信用狀讓渡와 貿易契約上의 責任과의 關係에 관한 硏究

-사례분석을 중심으로-

A study on relations between transfer of credit and liabilities of foreign trade contract

-with special reference to case analysis-

姜 二 秀*

1. 序 說
1-1. 本稿의 趣旨
1-2. 本稿의 範圍
2. 信用狀讓渡의 性質 및 效果
2-1. 信用狀의 讓渡性 與否에 관한 견해 및 信用狀統一規則의 입장
2-2. 信用狀讓渡의 法的 性質
2-3. 信用狀讓渡의 效果
3. 信用狀讓渡와 貿易契約上의 瑕疵擔保責任에 관한 事例分析
3-1. 信用狀讓渡와 貿易契約上의 瑕疵擔保責任에 관한 商事仲裁判定 事例[1)]
3-2. 信用狀讓渡와 貿易契約上의 瑕疵擔保責任에 관한 判例[2)]
4. 信用狀讓受人(輸出代行者)의 信用狀開設依賴人(買受人)에 대한 不法行爲責任을 인정한 仲裁判定事例의 分析[3)]
4-1. 紛爭經緯
4-2. 申請人의 主張要旨
4-3. 被申請人의 主張要旨
4-4. 判定要旨
4-5. 評 釋
5. 結 語

* 崇實大學校 經商大學 敎授, 經營學博士

1. 序 說

1-1. 本稿의 趣旨

信用狀베이스에 의한 무역거래에 있어서 信用狀의 第1受益者가 신용장을 제3자에게 양도하고, 그 제3자(第2受益者), 즉 신용장의 讓受人이 그 이후 당해 貿易契約을 이행하는 경우가 있다. 이러한 경우 중에서 신용장의 양수인이 이른바 單純輸出代行者의 지위에 있을 때에 당해 무역계약상의 물품에 대한 瑕疵擔保責任을 지는가의 여부, 또 瑕疵擔保責任을 지는 경우에 그 이론적 근거가 무엇인가 등에 관하여 논의되는 경우가 적지 않다. 그리고 信用狀讓受人이 신용장거래에 있어서 詐欺行爲(예컨대, 虛僞의 船荷證券에 의하여 換買入節次를 취한 것과 같은 행위)를 행한 경우에 특히 신용장양수인은 무역계약상의 買受人(信用狀開設依賴人)에게 어떠한 책임을 지는가가 문제되는 경우도 적지 않다.

따라서 本稿에서는 이와 관련된 大韓商事仲裁院의 商事仲裁判定 및 국내외 法院의 判例를 중심으로 한 실제의 사례를 검토, 분석함으로써 이러한 문제들을 이론과 무역거래의 실제의 양면에서 규명해 보고자 한다.

1-2. 本稿의 範圍

먼저 本稿에서 다루고자 하는 문제 해결의 이론적 전제로서 먼저 信用狀讓渡의 性質 및 效果(특히 信用狀讓渡와 貿易契約과의 관계)를 검토한 후, 商事仲裁判定 및 法院의 判例를 분석, 검토하기로 한다.

2. 信用狀讓渡의 性質 및 效果

2-1. 信用狀의 讓渡性 與否에 관한 견해 및 信用狀統一規則의 입장

(1) 信用狀讓渡의 完全肯定說

신용장의 양도성에 대하여 독일에서는 "讓渡禁止"가 없는 한, 受益者가 지정되어 있더라도 신

용장을 양도할 수 있다는 完全肯定說이 있다. 이 說은 신용장의 양도를 指示의 讓渡로 해석하는 견해로서 指示去來의 규정인 독일민법 제792조의 영향을 받은 것이라 할 수 있으나, 신용장거래의 實體와 맞지 않으므로 현재에 있어서는 지지를 받지 못하고 있다.[1]

(2) 受益者特定信用狀의 양도성을 否定하는 說

英美에서는 특히 授權되어 있지 않는 한, 수익자가 특정되어 있는 신용장은 양도할 수 없는 것으로 보는 견해가 있다. 특히 미국의 判例는 受益者特定信用狀(a letter of credit in favor of a specific beneficiary)의 양도성을 일반적으로 否認하고 있다.[2]

그러나, 受益者特定信用狀(이것이 일반적인 형식의 신용장이다.)의 양도를 부정하는 근거에 대하여는 買受人은 賣渡人의 誠實性 내지 技術的 能力을 신뢰하고, 그 매도인을 신용장의 수익자로 지정한 것이므로 매수인이 알지 못하는 사람에게 신용장을 사용하게 하는 것은 불성실한 신용장의 讓受人에게 그 양도를 허용하게 되므로 매수인은 불리한 지위에 서게 된다는 점에 그 논거를 구하는 說이 많다.[3]

이러한 賣渡人에 대한 信賴說은 신용장거래 전체의 원활성을 고려한다면, 수긍할 수 있는 면이 있다. 그러나, 銀行은 매수인과 매도인의 관계에 대하여는 직접적으로는 아무런 관련이 없다. 은행은 신용장에 표시되어 있는 매수인인 信用狀開設依賴人의 指示대로 행동하는데 지나지 아니한다. 特定受益者로부터 신용장양도의 요구가 있는 경우에 은행은 매도인과 매수인의 관계를 고려하지 않으면 안된다는 것은 신용장의 獨立, 抽象性의 취지와 상호 모순된다. 한편, 銀行慣行上으로는 수익자가 특정되어 있는 신용장은 그 특정수익자만이 신용장을 사용할 수 있는 것으로 해석하고, 그 신용장을 수익자 이외의 제3자에게 양도하는 것을 容認한다는 것은 信用狀條件違反으로 되는 것으로 이해되고 있다. 그리고 信用狀統一規則이 발전됨에 따라 通知銀行 등은 가령 原受益者의 요구가 있더라도 同規則의 취지에 맞추어 開設銀行을 통하여 개설의뢰인의 同意를 얻지 않는 한, 양도에 응하지 않는 것이 일반적인 관행으로 되어 있다.[4]

(3) 信用狀統一規則의 입장

---

1 小峯 登, 信用狀統一規則 (下), 外國爲替貿易硏究會, 1984, P 467.

2 Eriksson v. Refiners Export Co., 264 App. Div. 525, 35 N.Y.S 2d 829 (1st Dept. 1942); Lyon v. Van Raden, 126 Mich. 259, 85 N.W. 727 (1901); State National Bank v. Young, 14 Fed. 889 (D. Neb. 1883).

3 伊澤孝平, 前揭書, P. 653 ; Laudisi v American Exchange National Bank, 239 N. Y. 234, 146 N. E. 347 (1924).

4 信用狀統一規則 제48조 a, b 참조.

貨換信用狀去來에 있어서는 은행으로하여금 신용장거래의 배후에 있는 매도인과 매수인 사이의 매매계약 내지 기타 관계를 배려하도록 기대한다는 것은 신용장의 獨立, 抽象的 性質에 반하므로 허용될 수 없다. 따라서 受益者特定信用狀의 양도성을 일반적으로 부정하는 근거로서의 "信賴說"은 그 논거가 신용장의 독립, 추상적 성질에 반하므로 그것을 찬성하기 어렵다.[5] 오히려 신용장상의 指示의 내용이 특정인을 수익자로 하고 있기 때문에 신용장의 양도가 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

신용장은 指示를 중심으로 이루어지는 거래이므로 은행은 오직 그 지시의 내용대로 행동하여야 할 것이다. 그러므로 신용장 자체에 "讓渡可能"으로 지시되어 있을 때에는 이론상으로나 또는 실제상으로 신용자의 양도를 허용하는 것이 타당하다.

무역거래의 실제에 있어서는 여러가지 경제적 기타 사정이나 貿易金融의 원활화를 위하여 讓渡可能信用狀의 사용이 필요한 경우가 적지 않다. 신용장통일규칙은 이러한 실제적 필요성 때문에 신용장은 발행은행에 의하여 "讓渡可能(transferable)"이라고 명시되어 있는 경우에 한하여 그것을 양도할 수 있다고 규정하고 있다(제48조 b).

2-2. 信用狀讓渡의 法的 性質

신용장양도의 법적 성질에 관하여는 여러가지 견해가 대립되고 있는데, 여기서는 영미법계와 대륙법계를 구별하지 아니하고 통털어서 중요한 몇가지 견해를 검토하기로 한다.

(1) 債權讓渡說

이 說은 신용장에 의하여 原受益者가 信用狀發行銀行에 대하여 보유하고 있는 어음의 支給, 引受 또는 買入의 請求權을 제2수익자에게 양도하는 행위로 해석하고, 이것을 民法上의 指名債權讓渡(民法 제449조 내지 제452조)로 구성하는 견해이다. 따라서 原受益者가 개설은행(또는 그 代理銀行)에 대하여 행하는 通知는 民法 제450조에 정해진 "債務者에 대한 通知"에 상당하는 채권양도의 對抗要件이라고 설명하고 있다.[6] 또 이 견해와 거의 동일한 입장에서 신용장의 양도는 원수익자로부터 제2수익자에게로 일반적인 信用狀給與請求權의 移轉을 발생시키는 행위로서 양수인은 신용장양도에 의하여 신용장의 수익자로서의 지위를 취득하게 된다고 보는 견해도 있다.[7]

---

5 橋本喜一, "荷爲替信用狀讓渡の現狀とその法的性質について", 司法研修所論集 36號, 1966. 9, PP. 34-35.

6 伊澤孝平, "荷爲替信用狀の讓渡とその法的性質", 關西大學法學論集18卷1號, 1968, P.30 이하.

7 浜田一男, "商業信用狀の受益者の權利の性質", 法政研究 21卷 1號, 1953, P.13 이하

한편, 독일에서도 신용장의 양도는 신용장조건에 일치하는 서류의 제출을 조건으로 하는 발행은행에 대한 債權을 제3자에게 양도하는 것이며, 일반의 債權讓渡(Abtretung von Forderungen)와 같이 독일민법 제398조 이하의 규정을 따라야 한다는 견해가 있다.[8] 또 이탈리아法院의 판결이 대부분 이 견해를 취한다고 한다.[9]

(2) 第2受益者에 대한 信用狀開設契約說

이 說은 신용장의 一部讓渡 후에도 原受益者가 여전히 신용장에 의한 권리를 보유하고 있다는 점과 신용장의 양도는 절차상으로 반드시 發行銀行의 동의 아래 행해진다는 점(信用狀統一規則 제48조 a,b)을 중시하는 견해로서, 신용장양도의 성질은 原受益者와 發行銀行(또는 그 代理銀行) 사이에 특정의 제3자(第2受益者)에 대한 신용장개설통지를 하는 것을 내용으로 하는 일종의 信用狀開設契約이라고 한다.[10]

(3) 抽象的 債務約束說

이 說은 독일의 多數說이며, 그 내용을 요약하면 다음과 같다.

즉, 경제적 관점에서 볼 때에 신용장의 양도는 제1수익자의 신청으로 보통 물품공급자인 제2수익자를 위한 새로운 信用狀의 開設과 같은 것이며, 이것은 法的으로 제3자와 새로운 債權債務關係를 성립시키는 것이다. 따라서 독일에서는 제2수익자에 대한 은행의 讓渡表示는 독일민법 제780조가 규정하는 抽象的 債務約束(abstrakte Schuldversprechen)으로 보아야 한다고 주장한다. 다시 말하면, 제2수익자는 이러한 추상적 채무약속에 의하여 신용장상의 의무가 있는 은행 즉, 發行銀行과 경우에 따라서 確認銀行에 대하여 독자적인 支給請求權을 보유한다는 것이다. 그리고 발행은행(또는 확인은행)과 제1수익자간의 관계에서 은행이 가지고 있는 抗辯으로써 은행은 제2수익자에게 대항하지 못한다고 한다.[11]

(4) 私 見

---

8 林泓根, 荷換信用狀의 法的 構造, 1991, 三知院, P.209 참조. ; Schneider, Johann, Akkreditive im gebundenen und freien Zahlungsverkehr mit dem Ausland, 1955, Diss. Mannheim, S. 52.

9 林泓根, 前揭書, P. 209, 주 119) 참조.

10 橋本喜一, "荷爲替信用狀讓渡の現狀 と その法的性質について", 司法硏修所 論集 36호, 1966, P.48 d 이하.

11 林泓根, 前揭書, PP.209-210 ; Eisemann / Schutze, Dokumentenakkreditive im Internationalen Handelsverkehr, 3. Aufl. 1989, Verlag Recht und Wirtschaft, Heiderberg, S. 165.

신용장양도의 성질을 어떻게 파악할 것인가의 문제는 결국 그 先決問題로서 신용장 자체의 법적 성질을 어떻게 볼것인가의 문제에 달려있다고 생각한다. 신용장의 법적 성질에 관한 학설로서는 크게 보아 英美系의 學說과 유럽大陸系의 學說로 나누어지며, 다시 각각 세부적으로 여러가지 견해로 갈라지고있다.[12] 신용장은 원래 國際商人들의 自律的 國際商慣習의 산물이기 때문에 종래의 전통적인 法通念이나 契約觀念에 의하여 그 법적 성질을 파악하려고 하는 견해는 부적절한 면을 지니고 있다.

筆者는 이와같은 여러가지 학설 가운데서 영미의 多數說인 商業的 特殊行爲說(the mercantile specialty theory)이 신용장거래의 商慣習을 그대로 반영하고 있는 타당한 견해라고 생각한다. 신용장의 수익자의 개설은행에 대한 獨立, 抽象的 請求權과 信用狀條件遵守義務는 신용장발행이라는 상업적 특수행위에 의하여 발생된 권리, 의무로서 民法上의 一般債權, 債務와는 전혀 다른 특수성을 지니고 있다 이것은 신용장의 성질을 어음,수표 등과 같이 流通證券(negotiable instru- ments)은 아니지만, 어음, 수표 등과 마찬가지로 상업적 특수행위의 하나의 새로운 형태로 보아야 하기 때문이다.

따라서 신용장양도의 성질을 민법상의 指名債權讓渡로 보거나 또는 일반적인 信用狀給與請求權으로 보는 債權讓渡說은 수익자의 개설은행에 대한 독립, 추상적 청구권을 민법상의 일반채권과 동일시하고 있을 뿐만아니라 受益者의 義務(信用狀條件遵守義務)移轉도 발생한다는 점에 관하여는 전혀 고려하지 않고 있으므로 찬성하기 어렵다.

또 신용장양도의 성질을 제2수익자에 대한 신용장개설계약으로 보는 說은 신용장양도에 의하여 제2수익자가 개설은행에 대하여 독립, 추상적 청구권과 신용장조건준수의무를 취득, 부담하게 된다는 점은 설명할수 있으나, 다른 한편으로 엄밀하게 검토해보면, 제2수익자는 旣存의 제1수익자의 신용장을 양수 받는데 그치며, 결코 제1수익자와 개설은행(또는 그 대리은행) 사이에서 제2수익자에 대한 신용장개설통지를 하는 것을 내용으로 하는 일종의 信用狀開設契約이라고 보는 것은 신용장양도의 실체와 맞지 않으므로 이 견해도 부당하다.

독일에서 다수설로 주장되고 있는 抽象的 債務約束說은 위의 2學說에 비하여 신용장양도의 특수성을 인정하고 있다는 점에서 進一步한 견해라고 할 수 있다 그러나, 이 견해도 신용장양도의 성질을 개설은행과 제2수익자 사이에 새로운 債權債務關係를 성립시킨다고 보고 있다는 점에 대하여는 찬성할 수 없으며, 특히 신용장양도를 개설은행의 抽象的 債務約束(受益者의 獨立, 抽象的 請求權)이라는 측면에서만 파악하고, 제1수익자의 신용장조건준수의무가 제2수익자에게 이전

12 林泓根, 前揭書, P. 80 이하 ; H. C. Gutteridge and Megrah, The Law of Banker's Commercial Credits, 7th ed.,1984, Europa Publications Ltd., London, P 23 이하.

되는 현상을 度外視하고 있다.

결국, 신용장양도는 信用狀受益者로서의 地位(開設銀行에 대한 獨立, 抽象的 請求權과 信用狀條件遵守義務로 구성된다.)의 양도로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

2-3. 信用狀讓渡의 效果

신용장양도의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라서 신용장양도의 효과에 대한 해석도 당연히 달라지게 되겠지만, 그 어느 견해를 채택하든간에 신용장의 양수인이 신용장조건을 충족하는 것을 요건으로 하여 발행은행으로부터 어음의 支給, 引受 등의 給與를 받을 권리를 취득한다는 점은 같다. 또 신용장양도의 경우에 신용장발행의 원인이 된 賣買契約上의 매도인의 지위는 당사자간에 특별한 합의가 없는 한, 양수인에게 당연히 承繼되지 아니한다. 이것은 신용장의 독립, 추상적 성질로 보아 명백하다.[13]

일본의 東京地方法院 判例[14]를 보면, " 신용장은 그 성질상 對價關係에 있는 수익자(매도인)와 개설의뢰인(매수인)간의 매매계약에 의하여 개설된 것이나, 개설된 신용장에 의한 당사자간(개설의뢰인, 개설은행, 통지은행, 수익자 등)의 법률관계는 信用의 授受라는 특별한 종류의 법률관계를 구성하며, 이른바 신용장의 양도는 매도인, 매수인, 양수인의 3者間에서 특별한 합의가 없는 한, 신용장의 개설에 의하여 수익자가 개설은행에 대하여 취득한 代金決濟에 관한 특별한 권리가 수익자로부터 양수인에게 승계되는데 지나지 않으며, 이로 인하여 수익자가 매매계약에 있어서의 매도인의 지위로부터 탈퇴하는 것은 아니다. 따라서 본건 거래의 경우와 같이 신용장의 양수인이 채무의 本旨에 따르지 아니한 不完全給與를 한 경우에는 수익자는 마치 履行補助者가 불완전급여를 한 경우와 같이, 매도인으로서의 책임이 구체적으로 발생한다고 해석하는 것이 타당하다. 그리고 이 점은 신용장양도가 일부에 대해서만 행해진 경우인가 또는 본건과 같이 전부양도가 행해진 경우인가에 따라 그 해석을 달리 하지 아니한다."고 판시하고 있다. 이 사건의 抗訴審判決도 같은 취지로 선고 되었다.[15]

---

13 韓柱燮, 信用狀論, 東星社, 1994, pp.49-50.
14 東京地方法院 1972년 3月 11日 判時 679號 p.26.
15 東京高等法院 1973年 4月 26日 判時 706號 p.81.

3. 信用狀讓渡와 貿易契約上의 瑕疵擔保責任에 관한 事例分析

3-1. 信用狀讓渡와 貿易契約上의 瑕疵擔保責任에 관한 商事仲裁判定 事例[16]

(1) 事件의 개요

미국의 B상사는 국내의 제조업자 K에 대하여 목제 가구부분품(목각) 12,000개 미화 약 2,500달러 상당액의 물품을 C&F조건으로 매입하기 위하여 미리 합의된 계약의 내용에 따라 국내의 K업자를 수익자로한 신용장을 개설하였다. 그러나, 원수익자인 K는 貿易登錄業者가 아니었으므로 한국내의 貿易登錄業者인 N상사와의 사이에 본건 계약의 대신 이행을 위하여 따로 輸出代行契約을 체결하는 동시에, 자기 앞으로 개설된 위의 신용장을 미국의 B상사의 동의를 얻어 N상사에 양도하였다.

동 신용장을 양수한 N상사는 자기 상사 명의로 위의 상품을 매수인인 미국의 B상사 앞으로 선적하였다. 다른 한편으로, 미국의 B상사는 동사의 고객으로 하여금 이를 인수하게 하였던바, 다음과 같은 상품의 瑕疵가 발견되었다. 즉, 도착상품의 檢受結果에 의하면,

① 목제품의 전부가 주문하였던 원료와 다른 나무로 제조되어 있었으며,

② 제품의 대부분이 씩어 있었고,

③ 제품의 일부의 길이가 주문한 규격 보다 짧았으며,

④ 제품의 전부가 견품과 같이 곱게 다듬어지지 않아 쓸모없는 不良品이었다.

이에 따라 미국의 B상사는 우선 신용장의 原受益者인 한국내의 K를 상대로 손해배상을 청구하고자 시도하였으나, 賠償能力이 희박한 실정임을 탐문하였으므로 K의 輸出代行者인 국내의 N상사에 대하여 그 배상책임이 있음을 주장하고, 同不良品으로 인하여 입은 손해액 미화 2,000달러의 배상을 청구하였다.

그러나, N상사는 K를 위하여 단순한 輸出代理行爲를 이행한 결과로 초래한 손해인 만큼 동 대리행위의 本人인 K에게 직접 손해배상을 청구함이 타당하다는 이유로 미국 B상사의 청구에 불응하였으므로 B상사는 仲裁를 신청하였다.

(2) 當事者의 主張

(a) 請求人(買受人)側 主張 要旨

16 大韓商事仲裁院, 仲裁뉴스 제3호(1971, 10) 所載.

① 검수결과에서 지적한 바와 같이, 積送된 商品이 부량품이었다는 사실은 L/C의 원수익자인 K가 이미 이를 시인하였고, K는 부량품의 대체를 위하여 새로 제조한 상품을 후송하여주겠다는 약속을 한 바 있다.

② K의 해명에 의하면, 그 후 K는 한국내에서 輸出許可를 받을 수 가 없었기 때문에 위의 약속을 이행할 수 없었던 것이라고 하였다.

③ 이에 따라 매수인은 한국의 관계당국에 대하여 同製品의 代替를 위한 수출허가를 해주도록 특별히 요청하였으나, 목적을 달성하지 못하였다.

④ 그 후 B가 탐문한 바에 의하면, K는 도산상태에 빠졌으며, 이로 인한 손해를 배상할 능력이 없다는 사실이 인정되었으므로 信用狀의 讓受人인 한국의 N상사에 대하여 본건 손해 해당액 미화 2,000달러의 배상을 청구하였다.

(b) 被請求人(賣渡人)側 主張 要旨

① 당사는 K와의 輸出代行契約의 내용에 따라 K의 요청에 의하여 일정액의 수수료만을 받고 K를 대신하여 當社(N상사)의 名義로 수출을 대행하여 주었을 뿐이므로 이 클레임에 대하여 당사자가 되어야 할 책임이 없다.

② 당사는 처음부터 청구인인 B상사로부터 이 클레임의 발생에 대하여 통지받은 사실이 없고, B상사는 K를 상대로 損害賠償을 청구하여 온 것이므로 당사는 이에 응할 수 없다.

③ 청구인측에서 檢受한 상품이 부량품이었다고 주장하고 있으나, 동부량품에 대한 검사보고서가 국제적으로 인정받은 檢査機關의 보고서가 아니므로 이를 인정할 수 없다.

④ 청구인이 주장하는 선박의 도착일자와 물품검사 내지 인수일자가 일치하지 않을 뿐만 아니라 클레임의 내용과 손해액의 산출근거가 애매하여 클레임이 조작된 것으로 인정되므로 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 仲裁判定

(가) 仲裁判定 主文

a. 被請求人은 請求人에게 賠償金으로서 미화 1,000달러를 지급하라.

b. 청구인의 나머지 청구는 이를 棄却한다.

(나) 仲裁判定의 理由

청구인과 피청구인이 제출한 증거서류와 당사자 쌍방이 주장하는 모든 취지에 의하면, 본래 청구인과 K사이에는 별도로 서면계약서가 작성됨이 없이 단순히 양당사자간의 구두상

담의 내용에 따라 청구인이 본건 상품의 輸入을 위한 신용장을 개설함으로써 상품을 주문하였던 것인데, 당초에는 讓渡不能의 信用狀이었던 것을 K의 요청에 의하여 B로하여금 讓渡可能信用狀으로 수정하는데 동의하게 한 다음, 피청구인이 동 讓渡可能信用狀을 K로부터 양도받아 동 신용장상의 상품을 被請求人名義로 선적한 사실을 인정할 수있는 것이므로

① 이상의 사실로서 피청구인은 본건의 信用狀上의 權利, 義務를 承繼받은 것이라 할 것이고

② 피청구인(N)이 信用狀讓渡에 관하여 청구인(B)과의 사이에 클레임의 상대자는 K로 하기로 한다는 별도의 특약을 맺은 일이 없는 한[17], 비록 사실상의 선적을 한 자는 K라 할지라도 피청구인은 신용장을 양도받은 자의 책임으로서 船積에 대한 책임을 져야 하는 것이며

③ 특히 피청구인의 클레임免責에 대하여 미리 청구인과 K사이의 합의나 이에 관한 契約書를 요구한 바도 없는 피청구인으로서는 본건 클레임의 당사자의 책임에서 벗어나지 못할 것이다.

④ 또한 피청구인이 신용장에 기하여 선적한 상품이 습기에 젖어 있었고, 따라서 일부는 곰팡이 까지 생긴일이 있었다는 사실은 이를 인정할 수 있으나,

⑤ 규격이 相違하다는 점에 대하여서는 청구인이 제출한 증거에서도 찾아 볼 수 없었고

⑥ 제품을 見本과 같이 곱게 다듬지 못하였다는 점에 대하여서는 견본과 제품을 증거로 제출하지 아니하였으며, 이를 인정할 만 한 증거자료가 부족하므로 청구인의 주장대로 인정하기 곤란하다.

⑦ 따라서 위와 같은 인정사실에 기하여 청구인이 입은 損害額에 관하여서는 청구인의 손해액의 산출근거에 대한 구체적인 증거자료가 없을 뿐만 아니라 청구인은 본건 제품이 도착한 후 K에게는 클레임通知를 한 바 있으나, 클레임의 직접 상대자가 되어야 하는 피청구인에게는 전혀 그 통지를 하지 않음으로써 클레임청구의 商慣例에 위반한 점 등을 참작할 때 청구인이 주장하는 액수 중 위의 判示金額만을 實損害額으로 인정함이 상당하다 할 것이고, 그 나머지의 청구인의 청구는 이유없으므로 이를 기각한다고 판정하였다.

(4) 評 釋

위의 判定例를 검토하기 위하여는 먼저 輸出代行의 의의 및 유형을 살펴 볼 필요가 있다. 輸出代行이라함은 代行者가 해외의 거래상대방과 貿易契約을 체결한 代行委託者와의 代行契約에 의하여 대행위탁자가 수출하려는 물품을 자기 名義로 수출하는 것을 말한다. 이러한 수출대행은 輸出信用狀의 최초의 受益者가 누구냐, 또 수출물품의 供給者 또는 수출절차의 실무상의 履行者

17 N과 K사이에는 다음과 같은 특약이 있었으나, N과 B사이에는따로 특약이 없었다
輸出代行契約書(N과 K사이) 제3조 " N상사 명의로 수출되는 제품에 대한 품질은 K가 보상하여야 하며, 추후 대외적으로 발생하는 클레임에 대하여도 N상사는 책임이 없다

가 누구냐 등에 따라 다음과 같은 4가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.[18]

(가) 單純代行型 : 代行委託者가 수출신용장을 자기명의로 받고, 동신용장을 代行契約에 따라 대행자에게 양도한 후 대행위탁자가 자신의 모든 책임 아래 수출물품을 제조, 가공하여 信用狀讓受人인 代行者의 名義로 수출하는 방식이다.

이 경우에는 수출 및 선적에 따른 모든 절차도 사실상은 代行委託者가 맡아서 하게되며, 대행자는 단순히 모든 書類上의 名義者로만 되므로 일종의 窓口役割만 하게 되는 것이다. 다만, 이 때에 대행자는 信用狀讓受人으로서 최소한도로 信用狀條件에 따른 책임을 면하지 못한다는 것은 명백하다.

(나) 資金支援型 : 대행자가 모든 서류상의 名義者가 되는 것은 물론, 한 걸음 더 나아가 대행위탁자를 위하여 자기명의로 輸出金融의 融資를 받아 주는 등 여러가지 수출지원을 수혜하는 데에도 名義를 貸與할 뿐만아니라 선적절차도 맡아서 이행하며, 한편, 대행위탁자는 수출물품만 제조, 가공하여 공급하는 방식이다.

이 방식에 따르면 대행자가 여러가지 위험을 부담하게 되며, 특히 金融融資時에는 자본이 빈약한 위탁자를 위하여 代行者 所有의 擔保를 제공해야 하는 경우가 있으므로 위탁자와의 사이에 긴밀한 관계가 없으면, 대행자가 이러한 방식의 대행에 응하려 하지 않는 경우가 많다.

(다) 內國信用狀開設型 : 대행위탁자가 수취한 輸出信用狀을 대행자에게 양도하고, 다시 대행자로부터 完製品內國信用狀을 발급받고, 同 內國信用狀에 의하여 수출물품을 제조, 가공하여 대행자에게 공급하는 방식이다.

이 경우에도 수출 및 선적절차는 兩者 사이의 계약에 의하여 대행위탁자 또는 대행자가 이행하게 된다. 이러한 방식의 대행수출에서는 대행위탁자는 내국신용장을 근거로 하여 자기명의로 수출금융을 융자받을 수 있고, 輸出用原資材를 수입할 수 있다.

(라) 代行者를 受益者로 한 信用狀開設型 : 대행위탁자가 자기명의로 신용장을 수취하여 대행자에게 양도하는 것이 아니라 해외의 거래상대방과 수출계약만 체결하고, 신용장은 직접 대행자 앞으로 개설하게 하는 방식이다.

이 경우에 대행위탁자가 수출물품을 제조, 공급하면 양자 사이의 계약체결로서 대행관계가 성립되지만, 위탁자가 단순히 신용장개설의 중개인 역할만하고, 물품공급책임을 지지않는다면, 양자 사이의 관계를 輸出代行이라고 보기는 어렵다.

위의 사례에 있어서의 N상사의 수출대행은 앞에서 말한 4가지 방식 가운데 (가)의 단순대행에 해당되는 것은 명백하다. 또 국내의 제조업자 K는 신용장의 原受益者로서 N상사에게 그 신용장

18 韓國貿易協會, 輸出入節次解說, 1990, PP. 897-899.

을 양도하였으나, 그로 인하여 賣買契約上의 賣渡人의 지위에서 벗어나는 것은 아니라는 점도 명백하다. 따라서 K는 매수인인 미국의 B상사에게 매도인으로서의 瑕疵擔保責任을 져야 한다. 다만, 미국의 B상사는 국내 K의 배상능력이 박약한 실정을 고려하여 K의 수출대행자인 국내의 N상사에게 하자담보책임을 추궁하는 중재신청을 한것이다.

이 사례의 핵심적인 문제는 N상사의 단순수출대행에 의하여 수출된 물품에 대하여 N상사가 하자담보책임을 져야 하는가이다. 이 문제의 해결에 있어서는 우선 N상사가 국내의 K로부터 신용장을 양수받았을 뿐만 아니라 미국의 B상사와 국내의 N상사 및 K상사의 3자 사이에 매매계약을 引受하였는가(따라서 매도인의 지위를 인수하였는가)의 여부가 중요하다. 그런데 이 사례에 있어서는 K상사와 N상사 사이에 단순히 신용장의 양도만 있었을 뿐이며, 그 밖에 위의 3자 사이에 賣買契約의 引受(따라서 賣渡人의 地位承繼)에 관한 명시적인 합의가 없었을 뿐만 아니라 묵시적 합의가 있었다고 볼 만한 근거(미국 B상사의 양해 또는 매수인에 대한 통지 등)도 없었다.

그렇다면, 단순수출대행업체인 N상사는 信用狀讓受人의 責任(信用狀條件遵守義務)만 부담할 뿐이며, 매도인의 지위에서 부담하는 瑕疵擔保責任은 없다고 할 것인가의 문제가 제기된다. 이 문제에 관하여, 뒤에서 상세하게 논하는 바와 같이, 국내에서는 商慣例上(서울高法 判決) 또는 상관습상 수출대행자의 瑕疵擔保責任을 인정하는 견해도 있으나, 筆者는 이러한 견해는 그 근거가 박약하다고 생각한다. 筆者의 견해도 수출대행자의 하자담보책임을 인정한다는 점은 이러한 견해와 같으나, 그 論據를 商慣例 또는 商慣習에서 찾을 것이 아니라 國際商去來法上 확립되어 있는 영미법상의 禁反言(estoppel)의 法理[19] 또는 독일법상의 權利外觀理論(Rechtsschein-theory)에서 찾는 것이 타당하다고 생각한다.

이 사례에 있어서의 N상사는 단순히 수출대행을 한데 불과하지만, 실제로 N상사의 명의로 輸出承認을 받았으며, 또 선적서류상의 送荷人의 명의도 N상사의 명의로 되어 있었을 뿐만아니라 신용장에 의한 貨換의 就結도 N상사의 명의로 이루어졌으므로 미국의 B상사에 대하여는 매도인의 지위를 引受한 것과 같은 外觀(表示)을 作出한 것으로 볼 수 있다. 한편, B상사는 중대한 과실없이 이러한 외관을 신뢰하고 거래를 하였다고 해석되며, 國際去來의 通念上으로도 이와같은 경우에 특별한 사정이 없는 한, 일반적으로 그 외관을 신뢰하는 것이 보통이다. 따라서 N상사는 상사에 대하여 B상사가 신뢰한대로 매도인의 지위에서 부담하는 瑕疵擔保責任을 지지 않으면 안된다.

이러한 관점에서 본다면, 이 사례의 仲裁判定은 결론에 있어서는 타당하지만, 그 판정이유 가운

19 "Estoppel" means that party is prevented by his own acts from claiming a right to detriment of other party who was entitled td rely on suco conduct and has acted accordlngly.(Black's Law Dictionary, fifth ed., 1979, P. 494.)

데에는 납득하기 어려운 점이 있다. 즉, 그 판정이유 가운데서 " - 비록 사실상의 船積을 한 자는 K라 할지라도 피청구인은 신용장을 양도받은 자의 책임으로서 船積에 대한 책임을 져야 하는 것이며-"라고 하고, N상사의 瑕疵擔保責任을 인정하고 있다. 그러나, 신용장의 양수인으로서의 책임과 매도인의 책임은 전혀 다르며, 서로 구별되지 않으면 안된다. N상사가 신용장의 양수인으로서 부담하는 의무는 信用狀條件遵守義務 뿐이며, 또 이 신용장조건준수의무 속에는 신용장에 기재된대로 선적하고, 船積書類를 정비하여 신용장상의 제시기간 안에 선적서류를 제시할 의무도 포함된다. 한편, 매매물품에 대한 瑕疵擔保責任은 매도인의 지위에서 부담하는 책임이지, 결코 信用狀의 讓受人(또는 受益者)의 지위에서 부담하는 책임은 아니다. 따라서 이 仲裁判定의 理由로부터 N상사의 瑕疵擔保責任을 이끌어내는 데에는 理論上의 無理가 있다고 생각된다.

요컨대, 이른바 단순수출대행의 경우에 輸出委託者가 매도인으로서 瑕疵擔保責任을 져야 하는 것은 명백하다. 또 수출위탁자, 수출대행자 및 해외의 매수인 3者 사이에 수출위탁자만이 瑕疵擔保責任을 진다는 합의가 없는 한, 수출대행자도 그 책임을 면할 수 없는 것이다. 이 경우에 수출위탁자의 하자담보책임과 수출대행자의 하자담보책임은 不眞正連帶債務(unechte Solidarität)의 관계에 있다고 해석된다.[20]

3-2. 信用狀讓渡와 貿易契約上의 瑕疵擔保責任에 관한 判例[21]

(1) 訴訟의 경과

사건 : 서울지방법원 영등포지원 1977. 2.23 선고 75 가 합 873

서울고등법원 1977. 7.22 선고 77 나 580(상고취하에 의한 판결확정, 1977. 9.2)

원고 : G주식회사

피고 : N공사

가. 請求趣旨(생략)

나. 請求原因

a. 원고 주장의 개요

① 원고는 수출입 등의 업무를 수행하는 미국회사이고 피고는 수산물가공품을 해외에 수출하는 한국내의 법인이다.

---

20 拙 著, 貿易클레임論, 三英社, 1993, PP. 385-386.

21 林梁云, "商慣習에 의한 輸出代行者의 瑕疵擔保責任", 大韓商事仲裁院, 仲裁, 제94호, 1979, 10.에 게재된 내용을 발췌, 인용한 것임.

② 원고는 피고가 1974.4.9 피고의 仲介人 내지 代理人인 訴外 M주식회사를 통하여 백색게살통조림 5,000상자를 매수할 것을 제의하여 오자 동년 4. 11.자 전보로 일단 원칙적으로 이를 승락하고 1974. 5.2 및 1974. 6.19 2회에 걸쳐 미국 F은행을 통하여 M회사 앞으로 讓渡可能信用狀 2통(번호 18773. 18924 각 美貨 24,300달러 백색 게살 통조림 각 1,000상자, 상자당 24/6온스 單價 C.&.F 미화 24달러 30센트, 그 후 1974. 5. 신용장번호 18924는 금액이 미화 32,805딜러로 증액되었다.)을 개설하고 피고는 위 2통을 양도받아 그 내용에 따라 1974.7.31 게살 통조림 650상자, 동넌 8.29에 1,350상자를 원고앞으로 선적하였다.

③ 위 물품은 1974. 7.31 선적분은 동년 9.9에, 1974. 8.29선적분은 동년 10.7에 각각 도착하여 창고에 보관하던 중 동년12월 말경 위 물품을 조사하여 보니 게살이 연하고, 맛이 없고 게발은 살이 전혀 없는 것이 있고 회색 내지 검은색으로 변색하여 피고가 이미 제출한 見品과는 판이하게 다른 것으로 판명되었다. 그러던 중 위 게살 통조림은 미국연방식품약품관리청(Foods and Drugs Administration: 이하 FDA라 한다.)의 위생검사에 통과하지 못하여 결국 1975. 3.7 미합중국 미네소타주 지방검사의 신청으로 1975. 7.4 미연방재판소 미네소타지방법원으로 부터 동년 7.7 이전에 전량 폐기하라는 명령을 받고 폐기되었다.

④ 원고는 이로 인하여 物品輸入代金(C.&.F價格), 關稅, 輸送費(揚陸 후 목적지까지), 은행 및 브로커 수수료, 延滯料, 附帶費用 등 합계 US $ 54, 351.51의 손해를 입었다(세목 생략).

⑤ 원고는 위 손해금 및 이에 대한 지연손해금에 대하여 먼저 매도인으로서의 하자부담책임과 이것과 선택적으로 약정에 의한 손해배상을 구하고 예비적으로 輸出代行者로서의 책임과 信用狀讓受人으로서의 책임에 따른 손해배상을 구하고 수출대행자로서의 책임에 있어서는 本人을 위한 것임을 표시하지 않은 代리인으로서의 책임, 名義貸與者로서의 책임, 商慣習法에 의한 책임을 선택적으로 구하고 있으므로 그 주장을 살펴보면, 다음과 같다.

b. 主된 請求原因

① 매도인으로서의 瑕疵擔保責任

원고는 피고가 1974. 4 9 그의 중개인 내지 대리인인 訴外 M회사를 통하여 백색게살 통조림 5,000상자를 매수할 것을 전보로 제의하여 오자 동년 4.11자 전보로 이를 일단 원칙적으로 승락함으로써 피고와 본건 매매계약을 체결한 것이다. 이와같은 사실은 피고가 서명한 特別稅關送狀(special customs invoice)에 피고가 매도인, 원고가 매수인으로 각 표시되어 있고 또한 피고는 피고회사 양식으로 된 본건 물품에 대한 送狀을 직접 발행하였고, 본건 물품도 그 이름으로 선적하였을 뿐 아니라 본건 물품대금도 피고가 신용장을 양수하여 지급받았으며 피고는 본건 신

용장조건 중 매도인으로서의 의무를 이행하기 위하여 필요한 진술서를 작성한 사실을 보아도 의문의 여지가 없다고 할 것이다. 그러므로 피고는 본건 물품의 매도인으로서 그 物品의 瑕疵로 인한 책임을 져야 한다.

② 약정에 의한 損害賠償責任

피고는 양수받은 신용장조건에 따라 74. 7.30 및 동년 8.29 兩次에 걸쳐 만약 본건 물건이 미국연방식품약품관리청(F.D.A.)의 위생검사에 합격하지 못함으로써 발생되는 일체의 비용을 부담하겠다는 진술서를 작성 제출하여 손해배상을 약정하였으니, 이에 따라 선택적으로 손해배상책임을 져야 한다.

c. 豫備的 請求原因

① 輸出代行者로서의 責任

피고의 주장대로 국내제조업자인 訴外 M회사를 위해 수출대행만을 하여 주었다 하더라도 피고는 수출대행자로서 다음과 같은 이유로 책임을 져야 한다.

①-1 顯名代理人의 責任

商法 제48조는 ' 商行爲의 代理人이 本人을 위한 것임을 표시하지 아니하여도 그 행위는 본인에 대하여 효력이 있다. 그러나 상대방이 본인을 위한 것임을 알지 못한 때에는 대리인에 대하여도 履行의 청구를 할 수 있다.' 라고 규정하고 있는 바, 피고는 매매에 연관된 서류에 자신이 매도인임을 원고에게 표시한 이상(특별세관송장, 송장, 선하증권, 신용장에 요구된 환어음에 첨부할 양도인의 진술서 등) 피고가 단순히 수출대행자라는 점을 전혀 모르는 원고에 대하여 상법 48조에 단서에 의한 책임을 져야 한다.

②-2 名義貸與者의 責任

商法 제24조는 ' 他人에게 자기의 姓名 또는 商號를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 誤認하여 거래한 第三者에 대하여 그 타인과 連帶하여 辨濟할 책임이 있다.'라고 명시하고 있는 바, 피고는 訴外 M회사와 代行契約에 의하여 본건 게살통조림을 수출함에 있어서 피고의 名義를 빌려 주어 거래의 상대방인 원고로 하여금 마치 피고가 매도인인 것으로 오인케 하였으미 피고는 輸出代行者로서 원고에게 책임을 져야 한다.

③-3 商慣習法에 의한 責任

수출대행자가 貿易去來法上 貿易業登錄이 없는 제조자와의 대행계약에 의거하여 대행자의 명의로 수출할 경우 수출대행자와 외국수입업자간에 제조자가 製品瑕疵에 대하여 책임을 진다는 특약이 없는 한 수출대행자가 책임을 지는 것이 국내에 있어서의 확립된 商慣習法이므로 피고는 이에 따라 수출대행자로서의 瑕疵擔保責任을 면할 수 없다

② 信用狀讓受人으로서의 責任

피고의 주장과 같이 가령 피고가 본건에서 신용장양수인으로서의 책임만을 진다고 하더라도 본건 매매계약상 제품하자로 인한 책임을 모면할 수 없다. 신용장양도는 수익자가 발행은행에 대하여 취득한 권리의 양도로서 양수인인 제2의 수익자는 양도인인 최초의 受益者가 가졌던 신용장상의 권리를 취득함과 동시에 信用狀發行依賴人이 신용장상에 지시하는 선적서류의 제시의무와 신용장조건준수의무를 승계한 것이라고 보아야 할 것이다. 그렇다면 신용장의 양수인인 피고는 신용장결제의 대상이 되는 본건 물품을 제대로 선적하지 못하고 불량품을 선적한데 대한 책임을 당연히 져야 한다.

다. 請求原因에 대한 答辯

a. 請求原因

나, a, ①의 사실 및 원고주장의 신용장이 개설되고 피고에게 양도된 사실과 그 통조림의 선적사실은 각 인정한다. 본건 선적품에 대하여 원고는 1974. 12말경 비로소 검사를 하였다는 사실 및 피고에게 품질하자 및 손해배상을 최초로 청구한 날짜가 75. 4.1이라는 사실주장은 피고의 이익으로 援用한다.

b. 賣渡人의 瑕疵擔保責任 主張에 대하여

본건 거래는 원고와 訴外 M회사간에 직접 商談이 이루어진 것이고 매매계약도 이들 사이에 체결되었다. M회사는 피고로부터 대리권을 받아 상담한 것도 원고와 피고사이의 거래를 중개한 것도 아니다. 따라서 피고는 매도인이 아니므로 그 책임이 없다.

c. 約定에 의한 損害賠償責任 主張에 대하여

피고작성의 진술서 중 F,D,A합격조항은 輸入港에서 F.D.A.검사에 불합격되는 경우에 한하여 환불하는 조건이지 수입통관 후 국내시장에 유통된 후에 연방식품약품화장품법(Federal Food, Drug, and Cosmetic Act)에 저촉되는 경우까지를 포함하지 아니한다 할 것인 바 원고는 본건 선적품에 대하여 미국세관에서 수입통관시 신용장조건에 기재된 미국연방식품약품관리청(F.D.A.)의 검사에 합격하여 원고가 內陸輸送하여 판매한 사실이 있으므로 피고는 배상책임이 없다.

d. 輸出代行者로서의 責任主張에 대하여

① 원고는 피고가 M회사의 대리인이라는 전제에서 위 M회사를 위한 것임을 표시하지 않았으므로 本人을 위한 것임을 표시하지 아니한 대리인의 책임을 추궁하나 피고는 M회사의 대리인으로 수출한 것이 아니다.

② 또 명의를 대여하였다고 하나 피고는 신용장양도를 받아 자기명의로 수출허가를 받

고 선적서류를 작성한 것이기 때문에 M회사에 명의를 대여한 것도 아니다.

다. 상관습의 주장에 대해서도 적은 액수의 수수료만 받는 수출대행자가 클레임의 배상책임을 직접 부담하는 상관습은 아직 우리나라에 없고 輸出代行契約에 의한 수출은 우리나라 특유의 방식이므로 다른 나라에서 이런 관습이 있을 수도 없다.

e. 信用狀讓受人으로서의 責任主張에 대하여

신용장양수로 인하여 원고와 M회사간의 매매계약을 피고가 양수한 것이 아니며 원고의 청구자체가 신용장조건에 따른 청구가 아니므로 피고는 책임질 수 없다(신용장조건에 그런 경우 책임진다는 약정이 없고 信用狀決濟의 대상이 되는 물품을 제대로 선적하지 못한 것은 계약상의 청구이지 신용장조건에 따른 청구가 아니다라는 취지로 보인다.)

라. 抗辯

원고주장과 같이 瑕疵擔保責任을 져야 한다고 하더라도 본건 선적품은 1974. 8.18과 1974.9.15경에 로스앤젤리스에 도착하여 각각 1974. 8.28, 1974. 9.26까지는 원고 또는 대리인이 화물을 수령하였으므로 즉시 이를 검사하여 하자를 발견하였을 때는 이를 즉시 매도인에게 통지를 발송하지 않으면 이로 인한 손해배상청구를 할 수 없는 바 원고의 주장자체에 의하여도 본건 물품을 1974. 12말경에야 비로소 검사를 하였다고 하고, 검사결과 하자있음을 알고서도 피고에 대하여는 1975. 4.1에야 통지를 하였으므로(원고가 피고에 대하여 피고를 매도인자격에서 배상청구하는 것이라면 의당 통지는 피고에게 하여야 한다.) 원고로서는 피고에게 배상청구할 수 없다.

마. 抗辯에 대한 再抗辯

피고의 위와 같은 항변에 대하여 원고는 다음과 같이 재항변하였다.

본건 물품의 제1차선적분 650상자는 1974. 7.31선적되어 동년 9.9경에 제2차 선적분 1,350상자는 동년 8.29에 선적되어 동년 10.7경에 각 미국에 도착되어 원고는 이를 각각 동년 9.27 및 10.29 인수한 후에도 물품자체의 하자가 즉시 발견할 수 없는 상태에 있었으며, 그 후 동년 12.24 고객들의 불평을 듣게 되어 위 물품을 검사한 끝에 물품의 하자를 발견하여 즉시 피고의 대리인인 M회사에 위 물품의 하자를 통보하고 그 후 계속하여 피고와 M회사에 위 하자로 인한 물품처분방법 및 문제의 해결에 관하여 통보하였던 것이다. 그러므로 피고의 이에 대한 주장 역시 그 이유없다.

(2) 1審判決의 要約

가. 賣渡人의 瑕疵擔保責任에 대한 判斷

1심은 訴外 M회사가 피고의 중개인 내지 대리인으로 볼 만한 증거가 없다고 하고, 또 신용장과 送狀의 매도인란에 피고가 기재되어 있으며, 신용장조건에 따른 진술서의 작성자가 피고로 되어 있다는 사실만으로는 곧 피고가 매매계약의 당사자라고 인정할 수 없다고 하였다. 나아가 신용장양수에 있어서 매매당사자 쌍방과 피고와의 사이에 3者合意로서 피고가 매도인의 지위를 야수한 것으로 인정할 만한 증거가 없으며, 그 밖에 그와같은 특약이 있는 사실을 인정할 자료는 없고 또 신용장의 양도로서 당연히 매도인의 지위가 양수인에게 이전된다고 할 수는 없다고 함으로써 매도인임을 전제로 担保擔保責任을 묻는 원고의 주장을 이유없다고 배척하였다.

나. 約定에 의한 損害賠償責任에 대한 判斷

피고가 일응 신용장의 양수인으로서 그 신용장조건에 따라 원고와의 사이에 선상품이 미국연방식품약품관리청(F.D.A.)의 검사에 합격하지 못함으로 인하여 발생되는 원고의 손해를 배상하기로 약정된 것으로 해석하였다. 그리고 본건 신용장조건에 이른바 "상품이 F.D.A. 검사에 합격하지 못함으로써"(failure of F.D.A. to pass the goods) 또는 "F.D.A.가 발행하는 거절통지서"(notification of rejection issued by the F.D.A.)는 수입통관시에 F.D.A.가 어떤 방법으로 든지 시행하는 검사에 통과하지 못하는 경우를 지칭한 것으로 해석함이 상당하고, 일단 수입이 되어 미국내에 반입된 후 F.D.A.가 할 수도 있는 검사에 까지 이에 포함된다고 해석할 수 없다고 하였다. 따라서 일단 본건 게살통조림 2,000상자가 미국 L.A 에 도착하여 적법한 통관절차를 거치고 수입통관시에 650상자는 F.D.A.의 검사(서류 기타 증거물에 의하여)에 통과하고, 그 밖의 통조림도 F.D.A.로부터 거절통지를 받음이 없이 통과된 본건에 있어서 신용장을 양도받은 피고로서는 수입항의 F.D.A.검사에 통과함으로써 신용장조건에 따른 책임이 면제되었다 할 것이므로 위 물품이 미국내에 반입되어 원고 주장과 같이 변질, 부패품으로 법원의 명에 의하여 폐기되었다 하더라도 매도인이 아닌 피고에게 그 책임을 물을 수 없다고 하였다.

다. 輸出代行者로서의 責任에 대한 判斷

a. 본인을 위한 것임을 표시하지 아니 한 대리인으로서의 책임주장에 대한 판단: 본건 매매는 원고와 소외 M회사간에 체결된 것이고 피고가 M회사를 수익자로 하여 개설된 讓渡可能商業信用狀을 양도받아 그 명의로 선적서류를 작성하여 원고 앞으로 선적하였다는 사실로부터 소외 M회사와 피고와의 사이에는 신용장의 양도인과 양수인으로서 貨換信用狀統一規則 및 慣例(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits; UCP)에 다라 규율될 뿐 양수인이 양도인의 대리인이 될 수 없다고 하고, 가령 피고가 商法上의 代理人이라 하더라도 원고는 소외 M회사와 계약한 것이므로 피고의 선적이 본인인 위 소외 M회사를 위한 것임을 알고 있었다 할 것이라고 판시하여 이 주장을 배척하였다.

b. 名義貸與者로서의 責任主張에 대한 判斷: 피고는 신용장양수인으로서 그 자신이 선적서류를 작성한 것이므로 商法上의 名義貸與者라고 볼 수 없을 뿐더러 원고가 M회사를 피고로 오인하여 거래 한것은 더욱 아니라 할 것이므로 원고의 이 점 주장 역시 이유 없다고 판시하였다.

c. 商慣習法에 의한 輸出代行者로서의 責任主張에 대한 判斷: 이에 부합하는 듯한 大韓商事仲裁院의 事實照會 回報로서는 그 책임을 인정하기에 부족하고, 한국에 그러한 상관습법이 있다고 할 수 없다는 이유로 배척하였다.

d. 信用狀讓受人으로서의 責任에 대한 判斷: 이에 대하여는 따로 판단하지 아니하고, 약정에 의한 손해배상주장에 대한 판단항목에서 함께 판단하여 피고가 '信用狀讓受人으로서' 위와같은 손해배상약정을 한 것이라고 판단하였다.

e. 被告의 抗辯, 再抗辯에 대한 判斷: 1審은 원고의 주장사실이 모두 이유없으므로 피고의 항변 및 원고의 재항변에 대하여는 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 원고의 청구는 이유없다고 판단하였다.

(3) 2審判決

가. 商慣例에 의한 輸出代行者로서의 責任

當院(서울고등법원)이 인용하는 원판결 이유 제2항[22]의 인정사실에 의하면, 피고는 소외 M회사가 輸出入業許可業體가 아니어서 신용장을 받고도 직접 수출할 수 없었으므로 2% 상당의 수수료를 지급받기로 하고 위 M회사로부터 신용장을 양도받고, 피고명의로 통조림 2,000상자를 선적했다는 것이므로 이러한 경우에 있어서의 피고는 바로 다름아닌 輸出代行者라고 하여야 할 것이며, 한편 原審에서의 大韓商事仲裁協會長과 當審에서의 大韓貿易振興公社長의 각 사실조회 회보결과를 종합하면, 수출대행업자는 수출업자와의 사이에 수출로 인한 擔保責任은 전적으로 수출업체가 지기로 한다는 약정을 했다 하더라도 輸入者와의 관계 즉, 대외적인 관계에서는 면책의 약정을 하지 않는 한, 담보책임을 지는 것이 商慣例인 사실이 인정된다고 판단하였다.

따라서 위와같은 免責의 約定에 대한 아무런 주장 입증이 없는 이 사건의 경우 피고는 수출대행자로서 일응 담보책임이 있다고 하였다.

그러나, 위 原審判示 제2항의 인정사실에 의하면, 피고가 수출대행을 하게 된 것은 수출업자인 위 소외 M회사와의 약정에 의한 것이고 수입자인 원고와의 계약에 의한 것이 아니며, 원고와는 다만 신용장을 위 訴外人으로부터 양수함으로써 간접적으로 법률관계를 맺게된 데에 지나지 않고, 또 그 신용장에는 담보책임의 발생에 관한 요건이 특별히 규정되어 있으므로 피고는 수출대

22 賣渡人의 瑕疵擔保責任主張에 대한 判斷部分.

행자의 입장에서도 위 신용장에 기재된 이상으로 담보책임을 지지 않는다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

따라서 수출대행자로서의 책임은 결국 신용장양수인으로서의 동일하다 할 것이니 이 수출대행자로서의 책임을 묻는 원고의 이 부분 예비적 청구도 원판결 이유 제3항[23]에서 판시된 것과 같은 이유로 이유없다고 판시하였다.

또 2심은 가사 피고의 수출대행자로서나 신용장양수인으로서 또는 약정에 기한 담보책임자로서의 담보책임의 범위가 위에서 본 바와는 달리 위 신용장에 기재된 범위를 넘어서 매도인과 같은 瑕疵擔保責任을 져야 한다 하더라도 다음 "피고의 항변에 대한 판단" 부분에서 설명하는 바와 같은 이유로 원고의 瑕疵로 인한 손해배상청구권은 소멸되었다고 판시하였다.

나. 被告의 抗辯, 再抗辯에 대한 判斷

피고는 원고가 매도인으로서 目的物檢査 및 瑕疵通知義務를 懈怠하였다는 피고의 항변에 대하여 2심은 피고는 매도인은 아니지만 기본적으로는 원고와 訴外 M회사와의 매매계약에 기하여 이루어진 거래관계이므로 피고에게도 이를 준용해야 할 것이라고 판시한 후 원고의 통지의무 해태를 인정하였다. 즉,

" 위 경우는 비록 피고가 매도인으로서 책임을 지는 경우는 아니라 하더라도 원고와 피고는 모두 상인으로서 기본적으로는 원고와 위 소외 M회사와의 매매계약에 기하여 이루어진 거래관계이므로 이 경우에는 매도인과 매수인 사이의 목적물검사, 하자통지의무에 관한 상법 제69조의 규정의 준용이 있다고 하여야 할 것인데, 원고의 주장 자체에 의하더라도, 원고는 1974. 9.27. 제1차 선적분을, 같은 해 10. 29. 제2차 선적분을, 각 인수하였는데, 같은 해 12월 말 경 고객들의 불평을 듣고 견품을 검사한 결과 하자를 발견하였으며, 1975. 2. 3.에는 미연방 식품 약품 관리청에서도 이를 검사한 결과 불합격이 되어 같은 해 3. 12. 피고에게 그 사실을 통지하였다는 것이니 , 원고는 결국 물건을 인수한 후 약 2개월 후에 이를 검사하였으며, 하자를 발견하고서도 약 3개월이 경과(최종적으로 미연방 식품 약품 관리청의 불합격통지를 받은 날로부터 기산하더라도 약 1개월 이상이 경과되었음)된 후에 그 사실의 통지를 피고에게 발송한 것이 된다 할 것이다.(원고는 소외 M회사가 피고의 대리인인데 소외 M회사에 대하여 즉시 통지하였으므로 피고에게도 그 통지의 효과가 있다고 주장하나, M회사가 피고의 대리인임을 인정할 아무런 증거가 없으므로 이점 원고의 주장은 이유없다.)

이는 곧 商法 제69조에서 정한 매수인이 목적물을 수령한때에는 지체없이 검사하여야 한다는 요구와 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하여야 한다는

23 約定에 의한 損害賠償과 信用狀讓受人으로서의 責任主張에 대한 判斷部分.

요구를 충족시키지 못한 때에 해당한다 할것이니 원고는 위 규정에 의하여 하자로 인한 손해배상 청구를 할 수 없다 할것이다.(원고는 그 목적물이 통조림이어서 하자를 즉시 발견할 수 없는 상태였다고 주장하나[24], 통조림이라고 하여 꼭 하자를 즉시 발견할 수 없는 경우라고 하기 어려울 뿐만 아니라, 그 하자가 즉시 발견하기 어려운 것이어서 늦게 발견하였다 하더라도 일단 하자를 발견한 이상 이를 즉시 매도인에게 통지하여야 할 것인데 이 의무는 결국 해태한 것이 되므로 이 경우에도 매수인은 손해배상청구를 할수 없다 할 것이다.)"라고 판시하였다.[25]

(4) 2審判決에 대한 評釋

2심판결의 내용 중에서 "피고의 항변, 재항변에 대한 판단" 부분에 관하여는 별다른 이견이 없으므로 여기서는 검토대상에서 제외하고, " 商慣例에 의한 輸出代行者로서의 責任에 대한 판단" 부분에 대해서만 검토하기로 한다. 검토의 순서는 먼저 "商慣例"라는 개념이 무엇을 의미하는지를 살펴 보고, 다음에 현재 우리나라에 輸出代行者의 責任을 인정하는 商慣例가 존재하는가에 대하여 검토하려고 한다.

일반적으로 講學上의 用語 또는 法律用語로서는 商慣習(mercantile or commercial custom, nrade usage; Usance, Handelsbrauche; usance, usage commercial)이라는 용어가 보편적으로 사용되고 있다. 그럼에도 불구하고 2심판결이 商慣例라는 용어를 사용하고 있는데, 과연 그것이 어떠한 의미로 사용되었는지는 명확하지 않다. 商慣習과 흔히 동일시되는 것으로서 각국의 실업계에 있어서의 商慣行 또는 商慣例(commercial practice)로 불리우는 것이 있다. 그리고 상인이 일상 반복하여 거래행위 또는 관례로 된 행위 중에서 그대로 상습적 또는 관례적으로 실행되는것으로서 思慮分別 있는 자가 계약당사자로서 동일한 상황에 놓여 있는 경우에, 그 계약에 당연히 적용할 것으로 생각되는 정도 까지 확립된 상관행 또는 방법이 바로 상관습이다.[26] 이와같이 엄밀한의미에서 본다면, 商慣例라는 개념은 商慣習의 개념 보다 넓은 개념이며, 상관례 중에서 상관습으로까지 확립되지 않은 상관례도 존재한다. 따라서 輸出代行者의 瑕疵擔保責任을 인정하는 근거로서 상관례라는 넓은 개념을 사용하는 것은 적절하지 못하다고 생각한다. 筆者의 생각으로는 2심판결이 사용한 상관례라는 개념은 상관습과 거의 동일한 의미로 사용한 것이 아닌가 한다.

위에서 말한 바와 같이, 상관습은 일정한 去來圈에 속하는 商人들의 오랜 시일에 걸친 상습적 행위에 의한 전통적인 行動樣式으로서 일반적으로 널리 승인되어 있을 뿐만아니라 그 상인들이

24 原告의 再抗辯.
25 서울高等法院 77 나 580 損害賠償 判決文 pp.32-34.
26 拙著, 國際貿易慣習論, 三英社, 1994, PP. 1-2.

그것을 준수하려고 하는 去來樣式을 말한다. 이와같은 상관습의 확립에는 언제나 계속적이며 반복적인 事實上의 慣行(tatsächliche Übung)을 전제로 한다. 그러므로 상관습이 확립되기위하여는 어느 일련의 행위의 계속성과 반복성이 반드시 필요하며, 그와같은 행위가 상관습으로 확립되려면 상당한 시간이 걸리게 된다. 또 상관습이 성립하기 위하여는 일정한 거래권에 속하는 상인들의 確信(Überzeugung), 즉 그 상관습에 동의하는 것을 전제로 한다. 따라서 많은 상인들 사이에서의 通常的인 行動方式(übliche Verhaltensweise)이라 하더라도 그것에 대한 상인들의 확신이 없으면, 상관습으로 되는 것은 아니다.[27]

무역거래와 관련된 商慣習의 實證은 일반적으로는 商工會議所 등 貿易有關機關의 감정에 의하여 이루어질 수 있으나, 그렇다고 하여 상관습의 존재를 확정하는 무역유관기관의 감정 및 간행물이 創設的 意味(konsititutive Bedeutung)를 지니는 것은 아니다. 그것은 단지 證據方法에 불과하며, 그 무역유관기관이 확정한 내용의 상관습이 사실상 형성된 바 없다거나 혹은 다시 소멸되었다는 立證에 의하여 反證할 수 있음은 물론이다.[28] 또 상관습은 그것을 援用하는 자가 입증하여야 한다는것이 독일의 通說, 判例이며, 우리나라의 判例도 이와 같다.(大判 1983. 6. 14. 80 다 3231 분묘이장청구사건)[29]

한편, 2심판결이 원심에서의 大韓商事仲裁協會長과 2심에서의 大韓貿易振興公社長의 각 사실조회회보결과를 종합하여 " 수출대행업자는 수출업자와의 간에 수출로 인한 담보책임은 전적으로 수출업자가 지기로 한다는 약정을 했다 하더라도 수입업자와의 관계 즉 대외적인 관계에서는 면책의 약정을 하지 않는 한, 담보책임을 지는 것이 상관례인 사실"을 인정하였는데, 이점에 관하여는 상당한 의문이 있다. 즉, 위에서 말한 바와 같이, 만약 여기의 "商慣例"라는 개념을 상관습보다 넓은 개념으로 본다면, 과연 商慣例上의 瑕疵擔保責任을 인정하는 것이 적법하느냐의 의문이 제기될 수 있으며, 또 " 商慣例"라는 개념을 商慣習과 동일한 것으로 본다면, 과연 이와같은 상관습의 존재를 인정할 수 있느냐에 관한 의문이 생기게 된다 상관습의 존재를 인정할 수 있기 위하여는 우리나라 무역업자들의 그것에 대한 확신을 전제로 하는데, 筆者는 우리나라 무역업자들의 이와같은 우리나라 무역업자들의 확신의 존재가 위의 事實照會 回報結果로서 반드시 명확하게 되었다고는 생각하지 않는다. 따라서 그 존재여부가 명확하지 않은 상관례 내지 상관습을 근거로 수출대행자의 하자담보책임을 인정하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

이 점에 관하여 우리나라 무역업계에서 수출대행자의 책임을 인정하는 商慣行이 상당히 긴 기간

27 林泓根, 商行爲法, 法文社, 1989, P.98 이하.
28 林泓根, 商行爲法, PP.111-112 참조
29 Ibid

동안 반복되어 왔으며, 또 수출대행자가 하자담보책임을 지는 것은 무역업종사자들의 상식에 부합한다는 등의 이유로 그 상관습이 존재하는 것으로 보는 견해도 있다.[30] 그러나, 이러한 상관습의 존재에 대한 무역업자들의 확신이 있는가의 여부가 불명확하므로 이 견해도 찬성하기 어렵다. 결국 그 상관습의 존재여부에 대한 판단은 우리나라 무역업계에 있어서의 商慣行의 발전추이를 좀더 관찰한 후에 결론을 내려야 할 것이다.

따라서 적어도 현싯점에서는 수출대행자의 하자담보책임문제를 상관습의 관점에서 다루는 것 보다는 오히려 禁反言의 法理 또는 外觀理論의 관점에서 다루는 것이 타당하다고 생각한다.

4. 信用狀讓受人(輸出代行者)의 信用狀開設依賴人(買受人)에 대한 不法行爲責任을 인정한 仲裁判定事例의 分析[31]

4-1. 紛爭經緯

① 말레이지아의 A사는 한국의 乙사로부터 양모질 조젯 스크린 176,000야드를 US$ 120,600[00]에 수입하기로 계약하고 乙사를 수익자로 하는 讓渡 및 分割可能한 信用狀을 개설하였다.

② 乙사는 이 신용장을 한국의 甲사에게 양도하고 Local신용장을 받은 후 신용장 조건을 충족시키는 선적서류를 작성하여 甲사에 제출, 매도하게 하였다.

③ 말레이지아의 A사는 선적통지도 받지 않았는데 불구하고 신용장개설은행으로부터 수입상품대금 지급을 독촉받자, 동 금액지급불을 유예시키고 한국을 방문하였으나 한국의 乙사로부터 계약상품보다 더 싸게 많이 선적해 주겠다고 구두약속을 받고 귀국하여 선적서류를 인수하였다.

④ 그 후 한국의 乙사는 동 약정상품을 선적하였으나, 船上에서 화재를 만나 끝내 일부만을 선적한 후 도산하기에 이르렀고 말레이지아의 A사는 船積書類上으로 수출회사인 甲사를 상대로 대한상사중재원에 손해배상청구의 중재신청을 하였다.

4-2. 申請人의 主張要旨

30 林梁云, 前揭論文, 大韓商事仲裁院, 仲裁, 1979, 12, PP. 6-7
31 大韓商事仲裁院, 仲裁判定事例集, 1982, PP. 234-237.

① 신청인은 비록 피신청인과 직접 계약을 체결한 바는 없지만 피신청인이 본건 신용장을 양도받은 것은 매매계약상 매도인으로서, 신용장상 수익자로서 乙사의 권리의무를 포괄적으로 승계받은 것으로 볼 수 있다.

② 그런데 피신청인은 물품을 선적하지도 않고 선적서류를 허위로 작성하여 관련 은행으로부터 대금을 영수하였다.

③ 따라서 피신청인은 물품대금 US $ 120,600^{00}과 정상거래시 통상 얻을 수 있는 20%의 이익금 US $ 24,120^{00}을 신청인에게 지급하여야 한다.

4-3. 被申請人의 主張要旨

① 當社는 근소한 수출대행수수료만 받는 單純輸出代行者로서 메이커인 乙사가 수출하는 절차에 있어 명의만을 빌려 주었을 뿐이다. 실제에 있어서도 乙사가 상품을 생산하여 수출검사를 받고 통관절차를 마친 다음 선하증권을 발급받아 왔고, 당사는 단순히 Nego절차를 대행해 주었을 뿐이다.

② 또한 신용장은 수출대금의 결제수단으로서 메이커와 바이어 사이에 체결된 계약과는 본질적으로 다른 신용장 특유의 독립추상성을 지니고 있는 것이며, 따라서 당사는 乙사의 권리의무를 포괄적으로 승계한 것이 아니다.

③ 신청인은 종합무역상사인 당사의 경제적 실력을 믿고 거래하였다고 주장하나 당사는 계약단계에서 전혀 관여한 바가 없다. 따라서 신청인의 청구는 기각되어야 할 것이다.

4-4. 判定要旨

(1) 判定 主文

① 피신청인은 신청인에게 US$ 72,360을 지급하라.
② 신청인의 나머지 청구를 기각한다.
③ 중재비용은 신청인과 피신청인이 양분하여 각각 부담한다.

(2) 判定理由의 要旨

① A사와 乙사 사이에 1980년 4월 22일 A사가 乙사로부터 양모질 조젯스크린(Wooly Georgette Screen Printed) 176,000야드를 약 120,000야드는 야드당 US$ 1.^{05}(C&F), 약

50,000야드는 야드당 US $ 1.[15](C&F)의 가격으로 위 대금은 신용장을 개설하여 결제키로 하여 매수키로 한 매매계약을 체결한 사실, ② 위 약정에 따라 신청인은 매수인(輸入商)으로서 동년 5월 10일 말레이지아 쿠알라룸푸르 소재의 신용장개설은행으로 하여금 금액은 US $ 178,100, 수익자를 乙사로 하고, 讓渡 및 分割船積이 가능한 신용장을 개설하게 하였으며 위 신용장을 송부받은 乙사는 갑사에게 이를 양도한 사실, ③ 본건 거래의 실질적 당사자는 A사와 乙사인 점, ④ A사는 1980년 8월말경 폴리에스터 쉐도우 양모질 조젯 스크린 50,000야드를 송부받았을 뿐 나머지 120,000야드에 대하여는 여태까지 송부받지 못하고 있는 사실 및 ⑤ 갑사는 청구 외의 乙사로부터 위 120,000야드에 관하여 虛僞의 船積船荷證券에 의하여 선적도 되지 않은 상태에서 위 신용장에 의한 환매입 절차를 취할 것을 요청받고 이를 수락한 후 위 환매입 절차에 필요한 제반서류에 서명을 하는 등의 행위를 함으로써 乙사 명의로 위 신용장에 의한 위법한 환매입 절차가 1980년 6월 29일에 이루어진 사실에 관하여는 당사자간에 다툼이 없다. 이와 같이 허위의 선하증권에 의하여 은행의 환매입 절차를 취한 것은 고의에 의한 불법한 행위를 한 것이 분명하며, 그 결과 신청인으로 하여금 신용장개설은행에 신용장상의 해당 대금의 결제의무를 발생시킨 것은 갑 제10호증에 의하여 명백히 인정된다.

따라서 甲사는 A사에게 不法行爲로 인한 損害賠償責任이 있고 이는 적어도 본건 신용장상의 위 120,000야드의 상품대금인 US$ 120,600이 된다. 다만 ① 본건 거래의 실질적 주체는 A사와 乙사임은 위에서 밝힌 바 있고 또한 본건 불법 환매입수속을 실제로 취한 것은 乙사임은 위에서 밝힌 바 있고 또한 본건 불법 환매입수속을 실제로 취한 것은 乙사이며 甲사는 이를 방조한 것에 불과하다. ② 더구나 검사인의 검사증이 본건 신용장에 의한 환매입 신청의 요건으로 되어 있는 본건 불법행위에 협력한 점이 인정되는 한편, ③ A사는 본건 불법행위에 관하여 본건 신용장개설은행 또는 甲사에 대하여 거래상 통상 기대되는 방법에 의하여 또 본건 불법행위를 지특한 후 제체없이 이의를 명백히 제기한 사실을 인정하기 어렵다. 이러한 사실을 종합하여 보면 본건 신청인의 과실이 적어도 부분적으로 또한 간접적으로는 기여한 바 있음이 인정되며, 본건 불법행위발생을 지득한 후 즉시 이의를 제기하고 기타 조처를 취함으로써 그 손해액을 경감할 수 있었음에도 이를 하지 아니한 것을 인정할 수 있으며 이러한 A사의 사유는 본건 判定金額算定에 있어 고려되어야 할 사항으로 판단된다. 그리고 A사의 기타의 주장과 甲사의 기타 항변은 이를 특히 인정할 명백한 증거가 없거나 그 사실이 인정되더라도 본건 판정에 영향을 줄 수 있는 사항이 아니라고 판단한다. 이상과 같은 이유에서 주문과 같이 판정하는 것이다.

4-5. 評 釋

(1) 信用狀去來에 있어서의 詐欺

甲社는 請求外의 을사로부터 양모질 조젯 스크린 120,000야드에 관하여 선적도 되지 않은 상태에서 허위의 선적선하증권에 의하여 위 신용장에 의한 환매입절차를 취할 것을 요청받고, 이를 수락한 후 위 환매입절차에 필요한 제반서류에 서명을 하는 등의 행위를 함으로써 위법한 환매입절차가 이루어졌었다. 신용장양수인으로서의 甲社의 이러한 행위는 신용장거래에 있어서의 詐欺去來(the fraudulent transaction)에 해당된다.

신용장거래에 있어서 서류가 僞造, 變造된 경우에 그 위조, 변조의 행위자가 자신의 행위 에 대하여 책임을 져야 함은 명백하다. 그러나, 위조, 변조행위자에 대한 형사처벌 또는 손해배상청는 구는 신용장거래에 있어서의 피해당사자에게 적절한 補償策이 되지 못하는 경우도 있으며, 또 사안의 성질로 보아 피해당사자는 그의 손해를 신용장거래의 다른 당사자에게 轉嫁시키려는 경향이있다. 만약, 매도인이 선하증권을 위조하여 제공하고, 지급받는 경우에는 매도인이 그 금액을 도로 상환하여야 할 책임이 있음은 명백하나, 다른 한편으로 매수인이 위조서류와 상환으로 지급하였던 은행으로부터 상환을 받을 수 있는가의 여부에 대하여는 상당한 기간동안 의문이 제기되었었다. 또 진정한 서류를 소지하고 있는 善意의 第3者가 서류를 제시하고 지급을 청구하는 경우에는 더욱 복잡한 문제가 생기게 된다.[32] 이러한 문제들에 대한 다음과 같은 현존의 法原則에 대하여는 거의 의문이 없다. 즉, 外觀上 진정한 것으로 보이는 서류와 相換으로 지급한 선의의 은행은 보호된다.[33] 이에 관하여 미국의 判例[34]는 다음과 같이 언급하고 있다.

" - even if the documents are forged or fraudulent, if the issuing bank has already paid the draft before receiving notice of the seller's fraud, it will be protected if it exercised reasonable diligence before making such payment."(- 비록 서류가 위조되거나 또는 불진실한 것이라 하더라도 개설은행이 사기에 관한 통지를 받기 전에 어음을 지급한 경우에는 그 지급 전에 상당한 주의를 기울인 한, 개설은행은 보호된다.)

위에서 본 바와 같이, 은행이 위조 또는 불진실한 서류와 상환으로 선의로 지급한 경우에는 매수인은 개설은행으로부터 상환받을 수 없을 뿐만 아니라 개설은행도 買入銀行, 確認銀行 또는

32 Harfield, op. cit., p.80.
33 National Financiera v. Banco de Ponce, 275 App. 827, 89 N. Y 2d 480 (1st Dept. 1949).
34 Sztejn v. Schroeder Banking Corp., Supara n. 177 Misc. 722, 31 N. Y. S. 2d 634

支給銀行으로부터 상환받을 수 없다. 요컨대, 買入銀行은 서류의 眞正性을 擔保하는 것은 아니다.[35] 그러나, 이와 반대로 매입은행이 서류의 有效性(validity)을 담보하는 것으로 보는 소수견해도 있으나, 이 견해는 상거래의 자연적인 발달을 저해, 제한하게 되므로 찬성하기 어렵다.[36]

한편, 수익자(매도인)가 발행한 어음의 지급전에 사기 또는 위조, 변조가 발견된 경우에는 위에서 설명한 바와는 사정이 다르다. 이 경우에는 善意의 어음讓渡人과 어음讓受人의 권리는 보호되는 반면에, 不法行爲者는 그의 행위로부터 이익을 향유할 수가 없다. 이 문제에 관한 지도적 판례는 Sztejn v. Schroeder Banking Corporation, 177 Misc. 719, 31 N. Y.(Supp. ed 631 Sup. Et. N. Y. Ety. 1941)사건이다.

Sztejn사건에서는 원고(매수인)가 은행에 대하여 매도인이 발행한 어음의 지급을 금지할 것을 청구하는 소송(支給留止命令의 訴)을 제기하면서, 그 이유로서 신용장에서 요구된 서류를 정비하는 과정에서 매도인측에 實際的 詐欺(actual fraud)가 있었다는 점을 들었다. 실제로 선적된 것은 빈 상자 또는 폐기물이 든 상자였다. 이에 대하여 법원은 원고의 청구를 기각해 달라는 피고(은행)의 주장을 받아들이지 않고, 그 신용장과 어음은 무효라고 판시하였다. 법원은 신용장은 그 기초인 매매계약과는 독립된 지위에 있다는 원칙은 확인하였으나, 매도인의 실제적 사기가 어음과 서류의 제시 또는 서류의 매입 전에 발견된 경우에는 그 원칙은 불법행위를 행한 수익자를 보호하기 위하여는 적용되지 않는다고 언급하였다.[37]

Sztejn사건에서는 다음과 같은 중요한 3개의 기본원칙이 선언되어 있다. 첫째로, 신용장계약(L.C. contract)은 다른 일반계약과 마찬가지로 " 계약은 實際的 詐欺의 立證에 의하여 無效化될 수 있다."는 일반원칙의 적용을 받는다. 둘째로, 信用狀契約은 오직 실제적 사기의 입증에 의해서만 무효화 될 수 있으며, 품질 또는 수량에 관한 단순한 商事紛爭은 신용장계약의 불이행에 대한 면책사유로 될 수 없다. 셋째로, 만약 서류가 위조되거나 불진실하다는 사실을 모른 채로 매입한 선의의 어음소지인이 지급청구를 한 때에는 信用狀契約은 실제적 사기가 현존함에도 불구하고, 신용장조건에 따라 이행되지 않으면 안된다.[38][39]

---

35 Harfield, op. cit., p 81.

36 Finkelstein, Legal Aspects of Commercial Letters of Credit, Columbia University Press, 1930, p. 240.

37 Harfield, op. cit., p. 81.

38 이러한 원칙들을 적용한 判例로서는 asbury Park & Ocean Grove Bank v. National City Bank of New York, Supra n. 7 ; Schering Corporation(Panama), S. A v. Bankers Trust Company, N. Y. L. J., September 30, 1960 at page 14 (Sup. Ct. N. Y. Cty. 1960) ; Fair Pavilions, Inc. v. First National City Bank, supra n. 1. 등이 있다.

39 한편, 미국의 統一商法典은 개설은행은 법원에 의한 支給留止命令이 없는 때에는 문면상 신용장조건과 일치하는 서류가 첨부된 어음을 지급하지않으면 안되며, 나아가 법원은 다음과 같은 지급청구가 있는 경우에는 支給留止命令을 내려서는 안된다고 규정하고 있다.

한편, 여기의 仲裁事例에 있어서의 爭點은 신용장거래에 있어서 사기행위를 행한 信用狀讓受人인 한국의 甲社는 신용장개설의뢰인(매수인)인 말레이지아의 A사에게 어떠한 책임을 지는가이다. 한국의 甲社는 信用狀開設銀行에 대하여는 신용장양수인으로서의 信用狀條件遵守義務를 부담하고 있다. 그런데 虛僞의 船積船荷證券(위조된 선적선하증권)에 의하여 선적도 되지 않은 상태에서 환매입절차를 취한 행위는 이와같은 신용장조건준수의무를 위반한 것으로서 신용장계약(credit contract)의 불이행에 해당된다. 왜냐하면, 신용장의 수익자가 신용장에 의하여 제출할 의무를 부담하는 선하증권은 선적을 전제로 한 진정한 선하증권을 의미하기 때문이다. 그러나, 이 사례에서는 한국의 甲社가 신용장양수인으로서 신용장개설의뢰인인 A사에 대하여 어떠한 책임을 지느냐가 문제되었으므로 甲社의 신용장개설은행에 대한 책임문제는 論外로 하기로 한다.

신용장 개설의뢰인인 A사와 신용장양수인인인 甲社 사이에는 직접적인 신용장계약관계가 존재하지 않는다. 따라서 甲社가 허위의 선적선하증권에 의하여 換買入節次를 취한 행위를 신용장개설의뢰인인 A사와의 관계에서 信用狀契約의 不履行으로 論할 수는 없고, 오직 不法行爲의 문제로 다루어야 할 것이며, 이 점은 이 중재판정의 판단이 옳다고 생각된다.

(2) 契約의 當事者問題

이 仲裁判定은 " 본건 去來의 實質的 當事者는 A社와 乙社인 점"이 인정된다고 판단하고 있다. 따라서 만약 이 사례에서 물품의 하자담보책임이 문제되었다면, 거래의 실질적 당사자인 갑사는 물론이고, 형식적 당사자인 甲社도 A社와의 사이에 免責의 특약이 없는 한, A사에 대하여 그 책임을 져야 할 것이다. 다만, 甲社의 하자담보책임을 인정하는 근거에 대하여는 앞에서 말한 바와 같이 견해가 대립될 수 있다.

(3) 被害者의 損害輕減義務 및 過失相計의 問題

"- - the court shall not issue such an injunction if the demand for payment is made by a negotiating bank or other holder of the draft or demand which has taken the draft of demand under the credit and under circumstances which would make it a holder in due course(Section 3-202) and in an appropriate case wduld make it a person to whom a document of title has been duly negotiated(Sectidn 8-302)--" (U.C.C. Section 5-114(2)(a)).

이 규정은 단순히 신용장거래 자체에 한정된 것이 아니고, 매도인과 매수인의 거래를 포함한 "거래상의 詐欺"를 다루고 있다는 비판이 있다. 즉, 이러한 입법태도는 Sztejn사건의 판례와 그것을 따랐던 여러 判例의 태도와 명백히 상치되며, 또 신용장법의 기본원리(즉, 신용장계약은 다른 계약과는 독립된 관계에 있다는 원리)에 명백히 배치된다. 따라서 미국의 법원도 신용장거래 자체에 詐欺가 있는 경우에 한하여 이 규정에 의한 支給留止命令을 내리는 것이 바람직하다.(Harfield, op. cit., PP. 82-83; 拙稿, 信用狀開設銀行의 書類審査義務에 관한 基本問題, 崇實大學校 論文集 社會科學編 제21집, PP. 33-34).

이 仲裁判定은 " A사는 본건 不法行爲에 관하여 본건 신용장개설은행 또는 甲社에 대하여 去來上 通常 기대되는 방법에 의하여 또 본건 불법행위를 지득한 후 지체없이 이의를 명백히 제기한 사실을 인정하기 어렵다. 이러한 사실을 종합하여 보면, 본건 신청인의 과실이 적어도 부분적으로 또한 간접적으로는 기여한 바 있음이 인정되며, 본건 불법행위를 지득한 후 즉시 異議를 제기하고 기타 조치를 취함으로써 그 손해액을 경감할 수 있었음에도 이를 하지 아니한 것을 인정할 수 있으며, 이러한 A사의 사유는 본건 판정금액산정에 있어 고려되어야 할 사항으로 판단된다."고 판시하고 있다.

불법행위의 피해자는 자기의 손해를 경감하기 위하여 합리적인 조치를 취하지 않으면 안된다. 바꾸어 말하면, 만약 합리적인 조치를 취하였다면, 피할 수 있었던 손해부분에 대하여는 피해자는 배상을 받을 수 없다. 英美契約法에 있어서의 이러한 準則은 契約違反에 대한 손해배상청구에 대하여 적용되는 경우가 많으나,[40] 不法行爲責任에 대하여도 적용된다.[41] 이와같은 피해당사자의 損害輕減義務(duty to mitigate damage suffered)는 그것을 게을리함으로 인하여 입은 손해에 대하여 배상청구를 할 수 없다는 효과를 수반할 뿐이며, 불법행위자 측으로부터 그와같은 조치를 취하도록 요구할 수 있는 것은 아니다. 말하자면, 이 의무는 피해당사자가 자기 자신에 대하여 부담하는 의무이지, 불법행위자에 대하여 부담하는 의무는 아니다.[42]

무엇이 합리적인 조치인가는 구체적 상황에 비추어 판단되어야 할 事實問題이나,[43] 요구되는 조치의 합리성의 수준은 불법행위의 경우에는 지나치게 높지는 않다. 또 손해경감의무를 다하지 않았다는 것에 대한 立證責任은 불법행위자 측에 있다.

이 사례에 대한 仲裁判定에서는 A사의 손해경감의무위반을 인정하고, 이를 A사의 과실로 보아 損害賠償額의 算定에 있어서 고려되어야 할 사항으로 판단함으로써 過失相計를 인정하였다. 公平과 衡平의 觀念 및 仲裁制度의 취지에 비추어 볼 때, 이 仲裁判定은 타당하다고 생각된다.

---

40 拙著, 前揭書, P. 250 이하 참조.
41 望月禮二郎, 英美法, 靑林書院新社, 1981, P 274.
42 Brace v. Calder 〔 (1895) 2 Q. B 253, C. A.〕
43 Interoffice Telephone, Ltd. v. Robert Freemann Co., Ltd., 〔1958〕 1Q. B 190.(Anson, English Law of Contract, Oxford At The Clarendon Press, 1993, P 482.)

5. 結 語

원래 國際貿易界의 실제에 있어서는 信用狀讓渡는 신용장의 수익자가 仲介人的 地位에 있는 경우에 많이 이루어지고 있다. 또 이러한 경우가 신용장양도의 典型的인 경우이기도 하다.

그러나, 우리나라 무역업계에서는 이러한 전형적인 경우도 있지만, 다음과 같은 특수한 경우가 적지 않다. 즉, 對外貿易法上으로 貿易業登錄業者만이 무역업을 영위할 수 있도록 되어 있기 때문에 최초의 수익자가 무역업등록업자가 아닌 때에는 부득이 代行輸出을 시키기 위하여 신용장을 형식상 양도하는 경우가 있다. 또 무역등록업자라 하더라도 특정품목의 輸出窓口가 사실상 일원화되어 최초의 受益者名義로는 수출하기 어렵기 때문에 수출이 가능한 무역등록업자의 명의를 대여받아 수출하는 경우에 신용장이 양도되는 때가 있다.

이와같은 특수한 거래환경 아래서 이루어지고 있는 형식상의 신용장양도는 거의 우리나라에 특유한 현상이라고 할 수 있다. 따라서 이와 관련하여 貿易契約上의 瑕疵擔保責任 또는 貿易契約의 不履行責任이 문제되는 경우에 신용장양수인이 책임을 져야 할 것인가에 관한 이론정립이 필요하다. 어떻든, 信用狀讓渡와 貿易契約上의 責任과의 관계에 관한 문제에 대하여는 本稿에서 다룬 論點 이외에도 적지 않은 論點이 있으나, 이들에 관하여는 다음 기회로 미루기로 한다.