

貨換信用狀去來의 法律關係와 準據法

石 光 現*

目 次

I. 머리말	VI. 信用狀에 따른 法律關係의 準據法 -開設銀行과 제2은
II. 信用狀의 法的 性質	行간의 法律關係의 準據法-
III. 信用狀去來를 둘러싼 法律關係	VII. 賣買契約, 船荷證券, 保險
IV. 信用狀의 準據法 決定의 實益	契約 및 환어음의 準據法
V. 信用狀의 準據法 -開設銀行과 受益者간의 法律關係의 準據法	VIII. 맺음말

I. 머리말

국제무역거래에 있어서 대금결제수단으로서의 信用狀은 매우 중요한 위치를 차지하고 있으나, 종래 우리의 信用狀에 관한 연구는 주로 무역학자들에 의하여 信用狀去來의 실무를 중심으로 행해졌고 信用狀을 둘러싼 法律關係에 대한 법이론적인 연구가 상대적으로 미흡하였다. 최근 信用狀을 둘러싼 법적 분쟁의 증가와 더불어 판례도 증가하고 있고, 무역학자들도 信用狀의 법률관계를 보다 비중있게 다루는 경향을 보이고 있으며 나아가 법률가들도 信用狀에 관하여 주목할 만한 문헌들¹⁾을 발표하고 있으나 信用狀去來와 관련

* 金·張法律事務所 辯護士.

1) 참고문헌에 소개된 유중원 변호사의 “信用狀의 法理”와 임흥근 교수의 “荷換信用狀의 法的構造”가 그 예이다.

된 國際私法上的의 논점에 관하여는 아직도 관심이 크지 않은 것으로 보인다.²⁾

물론 국제상업회의소(ICC)가 제정한 “貨換信用狀 統一規則 및 慣例”(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 1993년 개정 공표 제 500호; 이하 “통일규칙”이라고 한다)³⁾에 의하여 국제적인 信用狀去來의 규범이 상당 부분 통일되어 있는 것은 사실이나, 아래에서 보는 바와 같이 이는 불충분한 바, 국제적인 信用狀去來는 섭외적인 요소를 가지므로 信用狀去來와 관련된 여러 가지 法律關係에 적용될 準據法을 결정할 필요가 있다. 각국의 법원은 당해 국가의 國際私法이 정한 연결원칙에 따라 涉外的 法律關係에 적용될 準據法을 정하므로, 信用狀 관련 소송이 어느 국가의 법원에 제기되는가가 準據法 결정에 논리적으로 선행한다. 따라서 信用狀去來에 관여하는 당사자들은 분쟁이 발생할 경우 어느 국가에서 소송을 제기하여야 유리한 판결을 받을 수 있는가를 사전에 검토하고 유리한 법정지를 - 물론 그 결과만이 아니라 비용, 편의 등도 고려하여 - 선택하게 된다. 그런데 모든 국가는 당해 국가와 일정한 관련이 있는 사건에 한하여 재판권을 행사하므로, 어느 국가의 법원이 어떤 요건하에 국제적인 소송에 대해 재판권을 행사할 것인가가 문제되는데 이것이 “國際裁判管轄”의 문제이다.⁴⁾

이 글에서는, 우리 법원에 信用狀 관련 소송이 제기된 경우 우리 법원이 國際裁判管轄을 가지는 것을 전제로 貨換信用狀⁵⁾(Documentary Letter of Credit; 이하 단순히 “信用狀”이라 한다) 去來의 여러 가지 法律關係의 準據法의 결정과 그 실익을 살펴 보기로 한다. 따라서 아래의 논의는 우리 涉外私法이 적용되는 것을 당연한 전제로 한다. 종래 우리 나라의 信用狀 관련 서적의 상당수가 信用狀 法律關係의 準據法을 논의하고는 있으나, 이는 외

2) 신용장거래와 관련된 국제사법상의 논점에 관하여는 임홍근, 221~232면이 비교적 상세하나 이는 주로 독일과 미국의 학설 및 판례의 소개이다.

3) 통일규칙의 법적 성질에 관해서는 아래 V를 참조.

4) 수출신용장거래와 관련한 국제재판관할의 문제에 관하여는 拙稿, “貨換信用狀去來와 관련한 國際私法上的의 몇 가지 문제점”, 「대한변호사협회지(인권과 정의)」 1994년 10월호, 119~124면.

5) 이를 “荷換信用狀”이라고도 하나 은행실무에서는 본문의 용어를 사용한다.

국, 특히 영국 또는 미국의 이론을 충실히 소개한 것으로서 우리 涉外私法の 해석론으로서는 적절치 않은 경우가 많음을 지적하고자 한다.

필자는 전에 “貨換信用狀去來와 관련된 國際私法上の 問題點”이라는 글⁶⁾에서 통지은행, 확인은행, 매입은행, 지급은행(또는 인수은행) 등의 제2의 은행(이하 “제2은행”이라 한다)이 개입하지 않고 信用狀去來의 基本的 當事者만이 관여하는 단순한 구조의 信用狀去來에서의 準據法을 논의한 바 있다. 이 글에서는 그 때의 논의를 기초로 제2은행이 개입한 경우의 信用狀去來와 관련된 法律關係의 準據法을 논의하고, 국제무역거래에 있어서의 매매계약, 선하증권, 보험계약 및 환어음의 準據法 등 信用狀 이외의 法律關係의 準據法도 간단히 논급한다.

II. 信用狀의 法的 性質

국제무역에 있어 대금결제를 위한 제도로서의 信用狀의 법적 성질 또는 본질에 관하여는 국내외적으로 견해가 나뉜다⁷⁾ 信用狀을 기존의 법제도에 편입시키는 데는 무리가 있는 것으로 보인다. 국제무역거래의 필요에 따라 생성, 발전되어 온 信用狀제도는 기존의 법제도와 구별되는 성질의 “獨自的인 法制度”(Rechtsinstitut sui generis, Rechtsinstitut eigener Art)로 볼 수 있다.⁸⁾

다만, 信用狀의 법적 성질을 논의하는 이유는 그것이 信用狀去來에 관여하는 당사자간의 法律關係를 분석하고 체계적으로 이해하는데 도움이 되기 때문인데, 위 견해는 信用狀의 특수성만을 강조할 뿐이고, 법적 성질을 적극적

6) [주3]에 기재된 글.

7) 이에 관한 국내외 학설의 소개는 임흥근, 80~93면; 양영환/오원석/서정두, 322~335면 참조. 최근의 논의는 고준환, “신용장의 본질에 관한 고찰 - UCP와 UCC를 중심으로 -” 「국제거래법」 제5집, 1995, 131~157면 참조.

8) Zahn/Eberding/Ehrlich, Rn. 2/15; 임흥근, 273면.

으로 규명하지 못하는 단점이 있으므로, 이 견해를 따를 경우 信用狀去來에 관계되는 당사자들간의 개별적인 法律關係를 보다 적극적으로 규명할 필요가 있다.

III. 信用狀去來를 둘러싼 法律關係

信用狀에 의한 국제무역거래를 둘러싼 法律關係에는, (ㄱ) 信用狀 개설은행을 중심으로 하는 信用狀에 따른 法律關係, (ㄴ) 수출자와 수입자 간의 매매계약에 따른 法律關係, (ㄷ) 수출자가 운송인과 체결한 운송계약 내지는 선하증권(또는 항공화물운송장)에 따른 法律關係, (ㄹ) 수출자(또는 수입자)가 물건에 관하여 보험회사와 체결한 보험계약에 따른 法律關係, (ㅁ) 수출자가 발행한 환어음에 따른 法律關係 등이 있고 이러한 다양한 法律關係가 서로 얽혀 있는 것이 信用狀에 의한 국제무역거래의 특색이라고 할 수 있다.

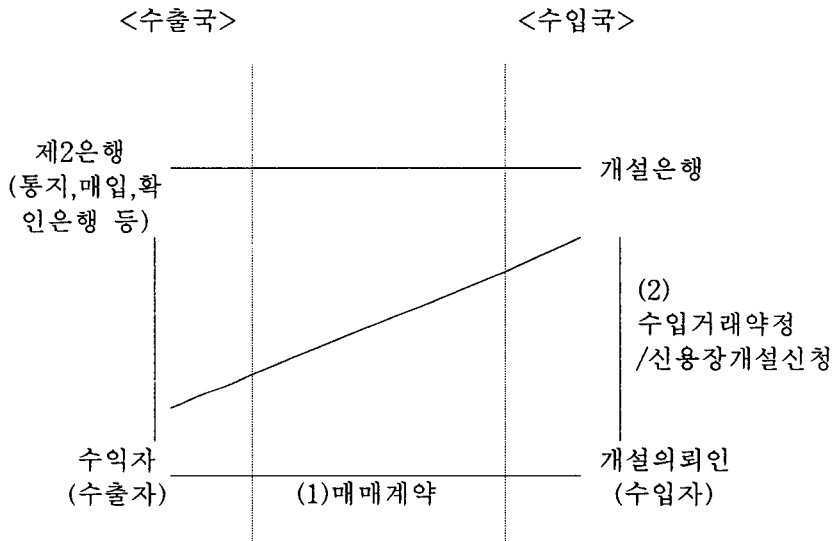
이러한 다양한 法律關係의 準據法은 반드시 동일한 원리에 의하여 결정되는 것은 아니므로 각 法律關係별로 검토하여야 할 것인 바, 여기에서는 信用狀去來에 따른 法律關係, 즉 첫째, 개설의뢰인(수입자)과 수익자(수출자)와의 法律關係, 둘째, 개설의뢰인과 개설은행과의 法律關係, 셋째, 개설은행과 수익자와의 法律關係,⁹⁾ 넷째, 제2은행이 개재하는 경우 발생하는 개설은행과 제2은행과의 法律關係와 다섯째, 제2은행과 수익자와의 法律關係를 논의한다. 이러한 信用狀去來의 法律關係를 도표로 정리하면 다음과 같다.

첫째의 관계, 즉 개설의뢰인과 수익자와의 관계는, 예컨대 매매계약과 같은 수출입거래의 기본계약관계이다.¹⁰⁾ 당사자들이 信用狀에 의하여 대금을

9) 매입은행이 개입하는 경우 통상은 수익자와 개설은행간의 직접적인 법률관계는 문제로 되지 않을 것이나, 예외적으로 직접 청구를 하거나, 수익자가 매입은행으로부터 화환어음을 환매하는 경우에는 직접적인 법률관계가 문제로 된다.

10) 이를 “對價關係”(Valutaverhältnis)라고 한다.

결제하기로 하는 약정은 대금지급의 조건으로서 매매계약의 일부를 이룬다. 그러나 개념적으로는 이를 매매계약과 구분할 수 있는데, 이를 “信用狀 개설의 약정”이라고 하기도 한다.¹¹⁾



둘째의 관계, 개설의뢰인과 개설은행의 관계¹²⁾에 관하여는, 현재 우리나라의 실무상으로는 개설의뢰인은 개설은행과 은행들이 공동으로 작성한 표준서식에 의하여 “輸入去來約定”¹³⁾을 체결하고 信用狀 개설시마다 信用狀 개설신청서를 제출하는 방식을 취한다. 따라서 개설의뢰인과 개설은행의 계약관계는 개설은행이 개설의뢰인의 개설신청을 승낙함으로써 체결되는데 그 구체적인 내용은 수입거래약정에 따른다. 수입거래약정은 信用狀 개설의뢰뿐만 아니라 개설은행이 信用狀代金を 지급한 경우의 개설의뢰인의 상환의무, 수입화물에 대한 담보제공약정, 貨渡(Trust Receipt)에 관한 약정과 개설

11) 杉江 徹, 87면.

12) 이를 “補償關係”(Deckungsverhältnis)라고 한다.

13) 이는 “약관의 규제에 관한 법률”의 규제 대상이 되는 약관이며 과거에는 “신용장 약정”이라고 하였다.

의뢰인의 비용부담 등 다양한 내용을 포함하고 있으나, 信用狀 개설신청과 그에 대한 승낙만을 떼어서 본다면 이는 “有償의 委任契約”이라고 할 수 있다.¹⁴⁾ 이를 “信用狀 개설계약”이라고 하기도 한다.

셋째의 관계 즉, 개설은행과 수익자와의 관계는, 信用狀의 법적 성질에 관하여 어떠한 견해를 따르더라도 채권, 채무관계임은 다툼이 없다. 개설은행이 부담하는 채무의 내용은 통일규칙 제9조가 규정하는 바와 같이 信用狀의 종류(즉, 일람지급, 연지급, 인수 또는 買入信用狀)에 따라 상이하다. 信用狀의 개설이 계약인지, 단독행위인지에 관하여는 견해가 나뉜다,¹⁵⁾ 채권관계는 원칙적으로 계약에 의하여 성립하므로 필자는 이를 계약관계로 보고자 한다.¹⁶⁾ 그렇다면 개설은행은 信用狀을 개설함으로써 당해 信用狀이 정한 바에 따라 매매계약 등 기본계약과 獨立된 채무를 부담하는데, 信用狀의 개설은 그러한 계약의 체결을 위한 청약으로 이해할 수 있다.¹⁷⁾ 信用狀去來는 원칙적으로 서류에 의한 거래이고 개설은행은 信用狀에 따라 대가관계 및 보상관계와 獨立된 채무를 부담하는 것을 “信用狀의 獨立·抽象性的 原則”이라 하며 통일규칙 제3조 및 제4조는 이 원칙을 명시하고 있다.

넷째의 관계, 통지은행, 지급은행 또는 확인은행 등 제2은행이 개입하는 경우 개설은행과 제2은행간의 관계는 有償의 委任契約으로 볼 수 있다.¹⁸⁾ 매입은행이 지정된 “特定信用狀”(special credit)¹⁹⁾이나 매입은행이 지정되지 않은 “一般信用狀”(general credit)²⁰⁾의 경우는, 매입은행의 매입에 의하여 채

14) 국내에서는 이를 “정신적인 종류의 경제적 급여를 대상으로 하는 일종의 도급계약”이라는 견해와 “위임관계와 유사한 법률관계”(임흥근, 274면 참조)라는 견해가 있고, 독일에서는 이를 “유상의 사무처리를 대상으로 하는 도급계약”이라고 본다. 참고로, 독일민법은 유상의 위임계약을 인정하지 않는다.

15) 통일규칙 제2조는 신용장을 “... arrangement(약정)”라고 한다.

16) Canaris, Rn. 982; Zahn/Eberding/Ehrlich, Rn. 2/133 참조. 물론, 우리 민법은 독일민법 제305조와 같은 명시적인 규정을 두고 있지 않으나 동일하게 해석할 수 있다(이영준, 민법총칙, 1987, 150면).

17) 독일의 통설은 신용장을 개설함으로써 개설은행은 독일민법 제780조에 따른 추상적 채무를 부담한다고 한다(Zahn/Eberding/Ehrlich, Rn. 2/132).

18) Eisemann/Schüze, S. 213.

19) “제한신용장”(restricted credit) 또는 “제한매입신용장”(restricted negotiation credit)이라고도 한다.

권, 채무관계가 발생하고 그 결과 개설은행은 信用狀에 따라 지급을 할 의무를 부담하나, 개설은행과 매입은행간에 위임관계가 있는 것은 아니다.²¹⁾

다섯째의 관계, 제2은행과 수익자와의 法律關係는 제2의 은행이 통지은행, 지급은행, 확인은행 또는 매입은행중 어떤 지위에 있는가에 따라 달라지는데, 실무상 특히 문제로 되는 것은 제2의 은행이 매입은행인 경우이다. 우리 실무상으로는, 수익자인 매도인은 매입은행과 “수출거래약정”을 체결하고 화환어음 매입신청을 하면 은행이 이를 심사하여 매입하고 매입대금을 지급하는 방식을 취한다. 이 경우 매입의 법적 성질과 매입의 대상이 무엇인가가 논의의 대상으로 된다.

IV. 信用狀의 準據法 決定의 實益²²⁾

통일규칙은 信用狀에 관한 모든 규칙을 빠짐없이 규정하고 있는 것은 아니므로²³⁾ 통일규칙이 규율하고 있지 않은 사항은 信用狀의 準據法에 의하여 보충되어야 한다. 장차 통일규칙이 개정되어 그 중 일부의 문제가 통일규칙에 의하여 규율될 가능성도 있으나²⁴⁾ 현재의 통일규칙상 信用狀의 準據法 결정이 실익을 가지는 예로서는 다음의 것들을 들 수 있다. 아래에서 열거한 것 외에도, 일반적으로 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code; 이하

20) 이를 “개방신용장”(open credit) 또는 “자유매입신용장”(freely negotiable credit)이라고도 한다.

21) 다만, 특정신용장에 있어서는 경우에 따라 위임관계가 있는 경우도 있을 수 있다.

22) 여기에 열거하지 않은 그 밖의 예는 Matti Kurkela, *Letters of Credit under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant*, 1985, pp. 31~39; Eisemann/Schütze S. 213~217과 石黑一憲, 106~109면 참조.

23) 통일상법전 제5-102조 제3항은 이를 명시하고 있다.

24) 또한, 통일규칙이 규율하고 있지 않은 사항이라도, 신용장거래에 관한 국제적인 상관습(법)이 있는 때에는 그에 따라야 할 것이므로 준거법 결정의 실익은 그 범위내에 감소될 수 있다. 예컨대, 통일규칙 제13조는 서류조사의 기준에 관하여 통일규칙에 반영된 국제적인 은행표준관행(international standard banking practice)에 따를 것을 규정하고 있다.

“통일상법전”이라 한다)은 信用狀에 관하여 상세한 규정을 두고 있으므로 미국 어느 주의 통일상법전이 準據法으로 되는 경우 통일규칙에 따르는 경우와 차이가 있음을 주의하여야 한다.²⁵⁾

1. 詐欺的 請求와 權利濫用의 問題

信用狀의 獨立·抽象性의 원칙의 결과 개설은행은 수익자와 개설의뢰인간의 관계 및 개설의뢰인과 개설은행간의 관계상 존재하는 항변으로써 수익자에게 대항할 수 없다.²⁶⁾ 그러나 信用狀의 獨立·抽象性의 예외로서 수익자의 권리행사가 詐欺的인 청구인 경우에는 개설은행은 지급을 거절할 수 있고 나아가 지급거절 의무가 있다는 점이 국제적으로 널리 인정되고 있다. 통일규칙은, 통일상법전과는 달리²⁷⁾ 이에 관하여 규정을 두지 않으므로 그에 적용될 법이 문제된다.

다만, 이에 관하여 詐欺的인 請求에 대한 개설은행의 지급거절은 國際商慣習(또는 國際商慣習法)이라는 견해가 있을 수 있으나, 詐欺的인 請求를 이유로 信用狀에 따른 지급을 거절하기 위한 요건과 효과는 국가에 따라 상이하므로 아직 국제적으로 정립된 상관습(법)이 존재한다고 보기는 어렵다. UNCITRAL이 준비중인 국제보증서에 관한 협약(Convention on International Guaranty Letters)안의 작성과정에서 “fraud” 또는 “abuse of right”라는 용어는 각 국가별로 상이한 개념을 가지고 있으므로 이를 피하는 대신 “improper demand”라는 개념을 사용하였고 그 구체적인 요건에 논란이 있었다고 한다.²⁸⁾

25) Article 5. 다만, 뉴욕주가 채택한 통일상법전 제5-102조 제4항은 통일규칙이 적용되는 경우에는 통일상법전이 배제됨을 명시한다.

26) 통일규칙 제3조, 제4조 참조.

27) 통일상법전 제5-114조 제2항은 서류가 위조되거나 사기적인 경우에는 신용장 개설인은 지급을 거절할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있다.

28) Eric E. Bergsten, A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letter of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on

수익자의 詐欺的 請求時 개설은행이 지급을 거절할 수 있는 권리가 있는가의 여부는 信用狀에 따른 권리, 의무의 내용에 관한 문제이므로 이는 信用狀의 準據法에 따라 결정할 사항이다.²⁹⁾ 그러나 信用狀의 準據法上 개설은행이 수익자에 대하여 지급을 거절할 수 있는 권리가 있는 경우, 개설은행이 개설의뢰인에 대한 관계에서 지급을 거절할 의무를 부담하는가, 나아가 개설의뢰인이 개설은행에 대하여 수익자에게 지급하지 말 것을 요구할 수 있는 권리가 있는가는 信用狀의 準據法이 아니라 개설은행과 개설의뢰인의 관계의 準據法에 따라야 할 것이다. 왜냐하면 그러한 의무와 권리는 개설은행과 개설의뢰인간의 계약관계로부터 발생하기 때문이다.³⁰⁾

우리 법이 信用狀의 準據法인 경우 개설은행이 詐欺的 請求를 배제하기 위한 근거는 信義誠實의 原則의 한 표현인 “權利濫用禁止의 理論”으로 설명할 수 있다. 영미법상의 “fraud rule”을 우리 나라에도 바로 적용할 수 있는 것처럼 설명하는 견해도 있으나,³¹⁾ 필자는 信用狀의 準據法이 우리 법인 경우 개설은행이 信用狀에 따른 의무의 이행을 거절하는 근거로서 영미법상의 “fraud rule”을 굳이 인용할 필요는 없다는 견해를 피력하였고, 그 후 선고된 독립적 은행보증에 관한 대법원 1994.12.9.선고 93다43873판결도 그 근거를

Guaranty Letters, *International Lawyer*, Volume 27, 1993 No. 4, pp. 872~873. 이 글은 1993. 8. 1 현재 협약안의 상태를 소개한 글이다. 동 협약의 초안은 1995. 5 확정되었고, 동년 유엔총회에서 채택이 예정되어 있었다고 한다. ICC INSIGHT 1995 Summer, p. 23 참조.

- 29) 만일 외국법이 준거법인 경우 그 준거법이 “권리남용” 또는 “fraud rule”의 개념을 인정하지 않는 결과 우리 나라의 개설은행이 수익자의 권리남용에도 불구하고 신용장에 따라 지급할 것이 강제된다면 이는 우리의 公序에 반하므로 그 경우 涉外사법 제5조에 따라 준거법인 외국법의 적용이 배제될 수 있을 것이다. von Bar, S. 54~55. 위 서울고법 1993.7.13. 선고 91나44225 판결도 동지.
- 30) Canaris, Rn. 1024; Eisemann/Schütze, S. 215도 동지인 것으로 보임. 준거법을 영국법으로 하여 한국내 영국은행 지점이 발행한 이행보증증권상의 청구에 대한 지급정지가처분 이의사건에서 서울민사지방법원 1992.8.21.선고 81카14471판결은 보증서의 발행의뢰인이 보증은행에 대하여 지급금지를 구할 권리가 있는가의 여부를 영국법에 의하여 판단한 것으로 보인다.
- 31) 다만, 이행보증과 선수금환급보증에 관한 서울민사지법 판결(1985.9.26.선고 83가합7141 판결)에 대하여 서헌재교수는 신의칙 적용의 한 사유로서 영미법상의 詐欺의 법리를 받아 들인 것이라고 하여 신의칙을 근거로 제시한다. 서헌재, “신용장거래의 특성에 대한 재검토”, 「국제거래법연구」 제2집 1993, 25면.

權利濫用禁止에서 구하였다.³²⁾ 따라서 앞으로의 과제는 어떠한 경우에 수익자의 청구를 권리남용으로 볼 것인가를 구체화하는 일이고 그에 관한 판례의 집적이 기대된다. 물론, 그 과정에서 영미의 학설과 판례를 연구할 필요가 있으나, 이는 우리 법상의 권리남용이론을 구체화하기 위한 참고자료로서의 의미가 있기 때문이다.

수익자의 청구가 권리남용에 해당하는가의 문제는 실무상으로는, 개설의뢰인인 국내기업이 국내의 개설은행을 상대로 국내법원에서 지급금지가처분의 방법에 의하여 지급을 저지할 수 있는가 라는 형태로 종종 제기된다.³³⁾ 여기서 지급금지가처분의 허용여부와 요건은 절차법상의 문제로서 信用狀의 準據法에 관계없이 우리 법에 의하여 판단할 사항이다. 다만, 지급금지가처분의 요건을 검토함에 있어, 어느 종류의 가처분으로 보는가에 관계없이 피보전권리가 있는가를 판단하는 과정에서, 개설의뢰인이 개설은행에 대하여 수익자에게 지급하지 말 것을 청구할 수 있는 권리, 즉 부작위청구권을 가지는가를 판단하여야 하는 바,³⁴⁾ 이를 위하여는, 위에서 본 바와 같이, 信用狀의

32) 1995년 1월 12일자 법률신문 10~11면 게재. 이 판결에 대하여는 尹眞秀, “獨立的銀行保證과 支給禁止假處分 申請禁止 約款의 效力”, 松泉李時潤博士 華甲紀念民事裁判의 諸問題 (上), 1995, 387~412면 평석 참조. 윤부장판사도 동지임. 또한, 대법원 1993.12.24. 선고 93다15632판결도, 개설은행이 선적서류가 위조된 문서라는 사실을 사전에 알았거나 위조된 문서라고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 경우에 신용장 대금을 결제하는 것은 신의성실의 원칙에 위배된다고 하였다. 김선석, “화환신용장의 법률관계”, 「대한변호사협회지」 1986.8, 39~40면은 신의칙에 의하여 독립, 추상성의 원칙이 제한됨을 명확히 하고 있다. 독일의 학설과 판례도 그 근거로서 신의성실의 원칙을 정한 독일민법 제242조를 든다 (Eisemann/Schütze, S. 215, von Bar, S. 54).

33) 물론, 본안소송으로 다투어지기도 한다. 우리의 가처분에 상당하는 것으로, 영국이나 미국에서는 이른바 “留止命令”(injunction)에 의한 지급금지가 행해지고 있다. 이에 관하여는 임홍근, 237~245면.

34) 지급금지가처분을 계쟁물에 관한 가처분으로 보는 경우 이는 당연한 것이나, 현재 우리 나라의 가처분이론에 따르면, 임시지위를 정하는 가처분으로 보는 경우에도 피보전권리로서 부작위청구권이 필요하다고 한다. 주식장세집행법(IV)(박우동 집필부분), 1993, 470면. 지급금지가처분의 성격에 관하여는 논란의 여지가 있으나 지급보증에 관한 위 대법원판결은 임시지위를 정하는 가처분으로 본다. 독일에서도 민사소송법 학자들은 이를 임시지위를 정하는 가처분으로 본다(필자는 전에 독일에서는 이를 주로 계쟁물에 관한 가처분으로 보고 있다고 하였으나 이를 정정한다. 이를 지적하신 윤진수부장판사께 감사드린다). 독일의 학설, 판례는 von Westphalen, S. 25~303를 참조.

準據法上 개설은행이 수익자에 대하여 지급을 거절할 수 있는 권리가 있어야 하고, 이를 전제로 개설의뢰인과 개설은행간의 法律關係의 準據法인 우리 법상 개설의뢰인이 개설은행에 대하여 지급을 거절할 것을 요구할 수 있는 부작위청구권을 가질 것이 요구된다.³⁵⁾

여기서 한 가지 주의할 것은, 수익자가 청구하는 경우와는 달리 매입은행이 개설은행에 대하여 信用狀代金을 청구하는 경우 개설은행이 권리남용 또는 사기적인 청구임을 이유로 지급을 거절하기 위하여는 매입은행의 대금청구가 권리남용 또는 사기적인 청구에 해당하여야 한다. 따라서 매입은행이 수익자의 사기적인 청구임을 알지 못한 채 化환어음을 매입한 경우 개설은행은 권리남용 또는 사기적인 청구를 이유로 지급을 거절할 수 없게 된다. 이는 準據法이 우리 법인 경우에도 타당한 결론이나, 통일상법전³⁶⁾은 이를 명시적으로 규정한다. 매입은행과 개설은행의 法律關係의 準據法은 아래에서 논의한다.

2. 開設銀行이 信用狀代金の 支給을 不當하게 拒絶하는 경우 提起되는 問題들

수익자 또는 매입은행이 信用狀 조건에 일치하는 서류를 제시하였음에도 불구하고 개설은행이 信用狀에 따른 지급을 부당하게 거절하는 경우 수익자 또는 매입은행은 첫째, 서류와 상환으로 信用狀代金을 지급할 것을 요구하거나, 둘째, 손해배상을 청구할 수 있을 것이다.

(1) 信用狀代金の 請求

개설은행이 부당하게 信用狀代金의 지급을 거절하는 경우 수익자 또는 매

35) 지급보증에 관한 서울고법 1993.7.13.선고 91나44225 판결은 보증의뢰인은 보증은행에 대하여 지급의 금지를 구할 권리가 있음을 명확히 인정하고 있고, 위 대법원판결도 이를 인정하였다.

36) 제5-114조 제2항 (b).

입은행은 소송을 제기하여 信用狀에 따른 대금지급을 청구할 수 있다. 이 경우 개설은행은 서류의 수령과 상환하여 지급을 하면 된다. 개설은행은 지급을 지체한 데 대하여 연체이자를 지급하여야 할 것인데, 지급이자는 信用狀에서 명시하지 않은 경우 信用狀의 準據法에 따라 결정된다. 연체이율은 국가에 따라 상이하므로 연체이자를 정하는 準據法이 어느 법인가에 따라 경제적인 차이가 있다.

이와 관련하여, 우리 법원에서 信用狀代金 청구소송이 제기되는 경우 信用狀의 準據法이 외국법이더라도 소장송달일 이후 소송촉진 등에 관한 특례법(“특례법”)이 적용되는가가 문제로 된다. 특례법 제3조 제1항과 관련 규정에 따르면, 금전채무의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에 금전채무불이행으로 인한 손해배상액 산정의 기준이 되는 법정이율은 소장 송달 익일부터는 연 2할 5푼으로 된다. 이는 소송을 촉진하여 신속한 재판을 받도록 하기 위한 것이므로 채무자가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 다투는 것이 상당한 때에는 상당한 범위내에서 적용되지 않는다.³⁷⁾

國際私法 이론상 계약상의 채권에 기한 이자청구권의 발생과 그 금액은 채권, 채무의 準據法에 따르며 연체이자도 동일한 바, 만일 특례법의 위 규정이 절차법의 성질을 가진다면, “節次는 法廷地法에 따른다”는 國際私法の 원칙에 따라 우리 법원에 소송이 제기되는 경우 우리 법원은 信用狀의 準據法에 관계없이 특례법을 적용할 수 있다. 매입은행인 우리 나라 은행이 캐나다의 개설은행을 상대로 하여 우리 법원에 제기한 소송에서 이 논점이 다투어지고 있으며 동 소송은 현재 대법원에 계속중이므로 곧 이에 관한 대법원의 판단이 있을 것으로 기대된다.³⁸⁾

37) 동조 제2항.

38) 서울고등법원 1995.6.20. 선고 94나32193판결은 이를 절차법으로 보지 않고 신용장의 준거법에 따른 연체이자의 지급을 명하였으나, 지급보증에 관한 서울고등법원 1994.3.4. 선고 92나61623판결은 특례법을 절차법으로 판단하여 준거법에 관계없이 우리 법을 적용하였다. 필자는 후자의 판결에 대한 평석에서 그 입장을 지지한 바 있다(拙稿, “外換許可를 받지 아니한 國際保證과 관련한 國際私法上の 문제점”, 『法曹』 1994.12). 대법원에 계속중인 사건은 전자에 대한 상고사건이다.

(2) 損害賠償의 請求

개설은행이 信用狀代金の 지급을 부당하게 거절하는 경우 수익자는 개설은행에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 수익자가 연체이자를 청구할 수 있음은 위에서 본 바와 같으나, 수익자가 信用狀 대금의 지급에 갈음한 전보배상을 청구할 수 있는가와 그 손해배상액의 범위 등의 문제도 信用狀의 準據法에 따라 결정될 사항이다.³⁹⁾ 우리 법이 準據法인 경우 민법 제395조에 따르면, 개설은행의 이행지체시 수익자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 개설은행이 그 기간내에 이행을 하지 아니하거나, 지체 후의 이행이 수익자에게 이익이 없는 때에 한하여 수익자는 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.⁴⁰⁾

민법 제397조는 금전채무불이행으로 인한 손해배상의 특칙을 두어 금전채무불이행의 손해배상액은 약정이율이 있는 때에는 그에 의하고, 약정이율이 없는 때에는 법정이율에 의한다고 규정하고 있으나, 이는 위 제395조에 따라 전보배상을 구하는 경우에는 적용되지 않는다.⁴¹⁾ 따라서 수익자가 전보배상을 구하는 경우에는 제397조가 아니라 제393조가 적용된다. 이의 근거로서 개설은행의 채무를 단순한 금전채무가 아니고 그 이외의 일반채무라는 점을 드는 견해가 있으나,⁴²⁾ 우리 법상 개설은행의 信用狀代金の 지급의무가 금전채무임은 부인할 수 없으므로, 위에서 본 바와 같이 제397조는 전보배상에는 적용되지 않음을 근거로 설명하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

信用狀 대금의 청구와는 별도로 전보배상을 논의하는 이유는, 예컨대, 개설은행이 부당하게 信用狀代金の 지급을 거절하고 서류를 반환한 경우 만일

39) Zahn/Eberding/Ehrlich, Rn. 2/344.

40) 통일상법전 제5-115조는 이 경우 수익자의 권리에 관한 명시적인 규정을 두는데, 그에 따르면, 수익자는 신용장금액(계약금액)과 선적서류(물건)의 처분가격과의 차이를 청구할 수 있다.

41) 주석채권총칙(정만조 집필부분)(上), 한국사법행정학회, 1984, 327면.

42) 유중원, 168면; 양영환/오원석/서정두, 450~457면. 이는 영국에서의 논의를 따른 것으로 보인다. 예컨대, Gutteridge/Megrah, pp. 226~227.

물건 값이 하락하고 있다면, 수익자 또는 매입은행은 信用狀代金を 청구하는 대신 가능하다면 물건을 회수하여 처분함으로써 일부 채권을 회수하고 나머지 금액만을 손해배상으로 청구할 실제적인 필요가 있기 때문이다.⁴³⁾ 수익자가 전보배상을 구하는 경우에는 개설은행에 信用狀에 따른 서류를 제시할 필요가 없다.⁴⁴⁾

3. 信用狀의 開設時期

원칙적으로 “信用狀은 … 수익자에 대하여는 信用狀 또는 信用狀의 발행에 관한 권한있는 서면통지서를 수령하는 때 개설된다”고 규정하는 통일상법전⁴⁵⁾과는 달리 통일규칙은 信用狀이 개설되는 시점, 즉 개설은행의 수익자에 대한 채무가 발생하는 시점을 명시하고 있지 않으므로 이는 信用狀의 準據法에 따라 결정될 문제이다.

우리 법에 의하면, 信用狀의 개설을 단독행위로 보는 경우에는 개설의 통지가 수익자에게 도달한 때에, 이를 계약으로 보는 경우에는 개설의 통지가 수익자에게 도달하고 수익자가 이를 승낙한 때 비로소 계약이 성립하게 될 것이다. 그러나 계약설을 취한다면 우리 법상으로는 다음과 같이 설명하는 것이 바람직할 것이다. 즉, 민법 제532조에 따르면, 청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 때에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립하므로, 수익자의 승낙의 의사표시가 개설은행에 도달해야 하는 것은 아니나 승낙의 의사표시로 인정되는 사실은 필요한 바, 수익자가 이의없이 信用狀의 통지를 수령하는 때에 그러한 사실

43) Zahn/Eberding/Ehrlich, Rn. 2/344는 독일법상 손해배상청구를 인정하고, 그 경우 손해액은 매매가격에 관계없이, 신용장금액과 서류의 시장가격의 차액이라고 한다.

44) 이는 민법 제395조의 해석과 관련하여 검토를 요하는 문제이나, 동조의 근거가 된 독일 민법 제286조는 전보배상을 구하는 경우 약정해제권에 관한 독일민법 제346조 내지 제356조의 규정을 준용한다.

45) 제5-106조 (1)(b).

이 있다고 보아 그 때 계약이 성립하는 것으로 볼 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 이와 관련하여, 전자문서교환(Electronic Data Interchange: EDI)의 방법에 의한 국제적인 계약의 체결은 信用狀去來를 포함한 계약(특히, 국제계약) 전반에 관하여 새로운 법적인 문제점들을 제기하고 있음을 주목하여야 한다.⁴⁷⁾

4. 기타 信用狀의 準據法 決定에 따른 實益

개설은행에 대한 수익자의 권리의 내용은 信用狀上의 확약 내용에 따라 결정되나, 통일규칙에 명시되지 아니한 사항들, 예컨대 (가) 권리의 양도가능성 및 (나) 수익자의 권리의 소멸시효⁴⁸⁾ 및 (다) 개설은행이 錯誤 또는 詐欺를 이유로 信用狀의 개설을 취소할 수 있는가 등의 문제들은 信用狀의 準據法에 따라 결정된다.

또한 信用狀개설 후 개설은행이 파산한 때, 특히 개설의뢰인이 信用狀금액을 개설은행에 이미 지급한 경우 수익자 또는 개설의뢰인이 파산한 개설은

46) Canaris, Rn. 983; Zahn/Eberding/Ehrlich, Rn. 2/133 참조(물론, 독일 민법 제151조는 우리 민법 제532조와 다소 차이가 있다). 독일에서는 개설의 통지가 수익자에게 도달하는 즉시 효력을 발생하는 것이 아니라 일정기간(적어도 3일)이 경과함으로써 비로소 효력이 발생한다는 견해가 있다(Eisemann/Schütze, S. 131). 유중원 변호사는 신용장을 계약으로 보면서도(48면), 동 계약은 신용장개설의 통지가 수익자에게 도달한 때 성립한다고 한다(162면). 한편, 양승규(“신용장에 의한 환어음 매입은행의 조사 의무”, 서울대학교 「법학」 제20권 제2호, 1980, 209면)교수와 윤승진, 101면은 단독행위설을 취하여 신용장이 수익자에게 도달한 때 개설은행을 구속한다고 본다.

47) 이에 관하여는 우선 李鎭宇, “전자문서교환(Electronic Date Interchange)에 관한 법적 문제 - 무역업무 자동화촉진에 관한 법률을 중심으로 -” 「변호사」(제24집), 1994, 7~35면 참조.

48) Eisemann/Schütze, S. 214. 영국과 미국은 전통으로 소멸시효의 문제를 절차의 문제로 보아 권리의 준거법이 아니라 법정지법에 따른다고 하였으나 영국은 Foreign Limitation Periods Act 1984(스코틀랜드는 Prescription and Limitation (Scotland) Act 1984)에 의하여 소멸시효의 문제를 계약의 준거법에 따르도록 하였다. 미국에서도 일부의 주에서 채택한 Uniform Conflict of Laws Act는 소멸시효를 실체의 문제로 보고 있고, 이를 절차의 문제로 봄으로써 발생하는 forum shopping의 폐해를 줄이기 위하여 실체의 문제로 보려는 노력이 행해지고 있는데 그 대표적인 이론이 “borrowing statute”이다. Scoles/Hay, *Conflict of Laws*, 2nd Edition, 1993, §3.9-3.12 참조.

행 또는 그의 파산관재인에 대한 관계에서 단순한 파산채권자로 취급될 것인지, 아니면 위 금원을 신탁재산으로 보아 이를 파산재산에 속하지 않는다고 하여 그들을 보호할 수 있는지가 문제로 된다. 미국의 통일상법전은 이에 관하여 위 금액을 신탁재산으로 본다는 취지의 규정을 두고 있으나(제5-117조), 우리 법에 따르면 수익자는 단순한 파산채권자가 되어 양자간에 차이가 있다. 그러나 이는 信用狀의 準據法이 아니라 파산의 準據法, 즉 개설은행의 파산절차가 개시된 국가의 법에 따라 결정되는 문제라는 점에서 위의 논점들과는 차이가 있다.

V. 信用狀의 準據法

- 開設銀行과 受益者間の 法律關係의 準據法 -

信用狀에 따른 法律關係의 準據法을 논의함에 있어, 통상 개설의뢰인과 개설은행은 수입지에 있으므로 信用狀 개설신청과 그에 대한 승낙(이를 “信用狀開設契約”이라고 하기도 한다)을 포함한 그들간의 法律關係는 개설은행 소재지인 수입국법에 따르고, 수익자와 제2은행은 수출국에 있으므로 그들간의 法律關係는 제2은행 소재지인 수출국법에 따르므로 특별히 문제로 되지 않는다. 그러나 개설은행과 수익자간의 法律關係와 제2은행과 개설은행간의 法律關係에 있어서는, 당사자들이 명시적, 묵시적으로 準據法을 지정하지 않은 대부분의 경우 準據法의 결정이 용이하지 않다. 여기에서는 개설은행과 수익자간의 法律關係의 準據法을 살펴 보고, 제VI장에서는 은행들간의 法律關係의 準據法을 논의한다.

은행들이 개설하는 信用狀은 대부분 통일규칙에 따름을 명시하므로 信用狀에 관한 法律關係의 내용은 信用狀에 명시된 조건과 통일규칙에 따라 결정된다. 그러나 통일규칙은 信用狀去來에 관한 法律關係를 빠짐없이 규정하고 있지 않으므로 아래에서 보는 바와 같이 통일규칙이 규율하고 있지 않은

사항은 信用狀의 準據法에 의하여 보완되어야 한다.⁴⁹⁾

통일규칙은 국제상업회의소가 정한 규칙으로 특정국가의 법률 또는 국제 조약이 아니므로 우리 涉外私法上 準據法이 될 수는 없다고 생각된다. 통일 규칙의 법적 성질에 관하여 우리 나라에서는 “成文化된 商慣習(法)” 또는 “世界的인 去來慣行”으로 보는 견해가 유력하다.⁵⁰⁾ 이 논의의 실익은 信用狀이 통일규칙에 따를 것을 명시하지 않은 경우 당사자가 통일규칙에 구속되는가의 여부와,⁵¹⁾ 나아가 통일규칙을 일반거래약관으로 본다면, 적어도 우리 법이 準據法일 경우 약관규제법상의 계약에의 편입통제와 제6조에 따른 내용통제가 가능하게 된다⁵²⁾는 점이다.

통일규칙은 信用狀去來에 관한 法律關係의 準據法에 관하여 규정을 두고 있지 않으므로, 각국의 법원은 자신의 國際私法에 따라 그 法律關係의 準據法을 정하게 되는데,⁵³⁾ 信用狀의 법적 성질을 어떻게 보든간에 수익자와 개설은행의 法律關係가 채권관계임은 명백하다. 따라서 그 準據法은 국제적으로 널리 인정되는 “當事者自治(party autonomy; l'autonomie de la volonté;

49) 통일규칙은 제49조에서 수익자는 준거법에 따라 신용장 대금청구권을 양도할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있을 뿐 신용장의 준거법에 대하여는 침묵하고 있다.

50) 이 견해의 약점은 임흥근 교수가 소개하듯이, 통일규칙은 생성된 질서가 아니라 정립된 질서라는 점인 바, 현재와 같이 통일규칙의 개정 직후에 보다 명확히 드러난다. 독일에서는 통일규칙을 약관으로 보거나, 상관습(법)과 약관의 결합으로 보는 견해도 유력한데 그에 관하여는 Canaris, Rn. 925 이하; 임흥근, 52~61면 참조.

51) 유중원, 86면. 국내은행들이 사용하는 수입거래약정서는 신용장거래에 통일규칙이 적용됨을 명시하나, 이는 개설은행과 개설의뢰인의 관계이고 수익자를 구속하지는 않는다. 통일규칙 제1조는 “... shall apply ... where they are incorporated into the text of the Credit.”이라고 하는데, 이는 신용장상에 준거문언을 두었을 때에 한해서라는 “as long as ...”, “provided that it is ...”라는 표현보다 한층 완화된 표현이라고 한다. 대한상공회의소, “화환신용장 통일규칙 및 관례 축조해설”, 1993, 21면. 여기서 한 가지 주의할 것은, 통일규칙의 법적 성질에 관한 논의도 신용장의 준거법이 결정된 후에 비로소 그 법에 따라 이루어져야 한다는 점이다. von Bar, S. 46은 이 점을 명확히 하고 있다.

52) 동법 제7조 내지 제14조에 의한 통제는 동법 시행령 제3조에 의하여 배제된다.

53) 요구불지급보증에 관한 국제상업회의소의 Uniform Rules for Demand Guarantees에 따르면 요구불보증은 달리 규정하고 있지 않는 한, 요구불보증의 준거법은 보증인(또는 지시당사자)의 영업소 소재지의 법이고 수개의 영업소가 있는 경우에는 당해 보증서를 발급한 영업소 소재지의 법이 된다(동 규칙 제27조).

Parteiautonomie)의 원칙에 따라 결정된다. 涉外私法 제9조 본문도 “법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정한다.”고 하여 이 원칙을 명시하고 있다. 그러나 실무상 信用狀이 準據法을 명시적으로 지정하는 것은 예외적이므로⁵⁴⁾ 당사자가 準據法을 지정하지 않은 경우 準據法의 결정이 문제로 된다. 물론, 信用狀이 관할법원을 명시하거나 특정국가의 중재에 따를 것을 정한 때에는, 당사자가 準據法을 묵시적으로 지정한 것으로 볼 수 있고 그 경우는 그러한 법을 準據法으로 하여야 할 것이나, 당사자의 명시적, 묵시적 지정이 없는 대부분의 경우 準據法의 결정이 문제로 되는 바 아래의 논의는 바로 그러한 경우에 적용된다.

1. 제2은행이 介入하지 않는 경우

아래에서는 국내의 수입자의 신청에 따라 국내 은행⁵⁵⁾이 외국의 수출자를 수익자로 하여 信用狀을 개설한 輸入信用狀의 경우와 외국의 은행이 외국의 수입자의 신청에 의하여 국내의 수출자를 수익자로 하여 개설한 輸出信用狀의 경우를 함께 논의하되 개설은행이 개입하지 않은 경우를 우선 논의한다. 이는 수익자 소재지 국가의 은행이 단순히 추심기능을 하는 경우에도 타당하다.

(1) 見解의 對立과 批判

당사자가 信用狀의 準據法을 명시적 또는 묵시적으로 지정하지 않은 경우 準據法을 어떻게 결정할 것인가에 관하여는 아직 정설이 없는 것으로 보인다. 현재 각국의 법원은 상이한 연결원칙을 적용하고 있으므로 信用狀의 準據法은, 어느 법원에 信用狀去來와 관련된 소송이 제기되는가에 따라 달라질 수

54) 이는 신용장거래에 관여하는 당사자들(특히 은행)이 준거법의 개념에 익숙하지 않고, 신용장에 관한 한 통일규칙에 따르면 족하고 별도의 준거법은 불필요하다고 생각하기 때문일 것으로 짐작된다.

55) 이는 우리 나라 은행과 외국은행의 한국내 지점을 포함하는 의미로 사용한다.

있는데, 우리 법원에 소송이 제기된 경우 涉外私法의 해석상 다음과 같은 견해가 가능하다.⁵⁶⁾ 그 논의에 앞서 한 가지 지적할 것은, 일부 견해는 信用狀法律關係의 準據法에 관한 영국 또는 미국의 이론을 마치 우리의 해석론인 것처럼 소개하나, 이는 우리 법원이 적용하기에는 적절하지 않다는 점이다.⁵⁷⁾

첫째, 涉外私法 제30조를 적용하는 견해 - 동조는 “은행업무에 관한 사항 및 효력은 그 은행이 속하는 국가의 법에 의한다.”고 규정하므로 信用狀이 準據法을 지정하지 않는 경우, 信用狀 대금의 지급의무의 유무는 信用狀에 의한 法律關係로서 은행업무에 관한 사항이므로 개설은행이 속하는 국가의 법이 準據法으로 된다는 견해 -가 있을 수 있는데 실제로 이 견해를 취한 하급심판결이 있는 바,⁵⁸⁾ 그에 의하면 개설은행과 수익자의 법률관계의 준거법은 당연히 개설은행이 속하는 국가의 법이 될 것이다.

涉外私法 제30조의 의미와 동조 및 涉外私法 제9조의 관계에 관하여는 필자가 다른 기회에 논의하였으므로 여기에서는 재론하지 않는다. 필자의 생각

56) 일본에서의 논의는 杉江 徹, 87면에 정리되어 있는데, 그는 Gutteridge/Megrah 및 Kegel의 견해를 포함하여 8가지의 학설을 소개한다. 일본의 法例는 涉外私法 제9조 내지 제11조와 거의 동일한 조항을 두고 있으나, 제30조와 같은 조항을 두고 있지 않다.

57) 영국의 경우 계약상 채무의 준거법에 관하여 과거에는 전통 이론을 적용하였으나, 1980년에 체결된 “契約上 債務의 準據法에 관한 協約(Convention on the law applicable to contractual obligations: Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht)(일명 “로마협약”)”이 1991년 4월 1일 발효된 이후부터는 연결원칙이 달라지게 되었다. 영국은 로마협약을 국내법화하기 위하여 The Contracts (Applicable Law) Act 1990을 제정하였다. 미국의 경우 신용장거래의 준거법에 관한 판례가 많지 않은데 이는 대부분의 국제적인 신용장거래가 통일규칙에 따르고 미국의 모든 주가 통일상법전 제5장을 채택하고 있기 때문이라고 한다. Dolan, *The Law of Letters of Credit, Commercial and Stand-by Credits*, 2nd ed., 1991, pp. 4~7. 미국의 학설과 판례는 우선 임흥근, 227~232면 참조.

58) 서울지방법원 1995.8.24.선고 93가합85391판결. 동 판결은 “은행이 속하는 국가”를 은행이 소재하는 국가로 보지 않고 본국으로 이해하여, 뉴욕소재 우리 은행 지점이 발행한 신용장의 경우 우리 법을 준거법으로 보았다. 또한 신용장에 관한 것은 아니나, 사우디아라비아인이 우리 나라에서 한국외환은행과 체결한 보통예금계약의 준거법에 관하여 설외사법 제30조를 근거로 우리 법이 동 예금계약의 준거법으로 된다고 판시한 판결도 있다. 서울고등법원 1989.1.27.선고 87나4726 판결.

으로는, 채권적인 은행거래에 관하여 당사자가 準據法을 선택하지 않은 경우 그 準據法은 제30조가 아니라 제9조에 의하여 결정되어야 한다.⁵⁹⁾ 예컨대, 은행이 속하는 국가를 그 본국법이라고 이해한다면, 외국에 소재하는 한국의 환은행의 지점이 체결한 모든 예금계약의 準據法은 당사자들이 지정하지 않은 경우 우리법이 될 것인데 이것이 부당함은 명백하다.

둘째, 涉外私法 제9조 내지 제11조를 적용하는 견해 - 涉外私法 제9조 단서는 당사자가 準據法을 지정하지 않은 경우 행위지법을 準據法으로 규정하고, 제11조는 청약의 발신지를 행위지로 보고 있는데, 그 이유는 청약이 계약의 내용을 정하고 이것이 근원이 되며 승낙은 그것에 동의를 표하는 것이므로 청약은 主位에 있고, 승낙은 客位에 있기 때문이라고 한다.⁶⁰⁾ 따라서 信用狀에 있어서 개설은행은 수익자에 대하여 信用狀에 따라 지급할 것을 약속한 것이므로 의사표시의 발신지인 개설은행 소재지의 법이 準據法이 된다는 견해가 가능하다.⁶¹⁾

행위지법에의 연결은 信用狀去來에서 특히 문제가 있는 것은 아니고, 아래에서 보는 바와 같이 결론에 있어서는 오히려 타당한 것일 수 있으나,⁶²⁾ 일반적으로 당사자가 채권계약의 準據法을 지정하지 않은 경우 행위지법을 準據法으로 하는 것 자체가 부당하다는 점에 사건의 쟁점이 있다. 행위지는 일반적으로 계약체결지를 의미하는 것으로 이해되는데, 공간적 이동이 용이하지 않던 과거에는 계약체결지가 큰 의미를 가졌을 것으로 생각되나, 오늘날에는 계약체결지는 우연한 사정에 의하여 결정되는 경우가 많다.⁶³⁾ 사건으로

59) 이와 같이 해석한다면, 입법론적으로 제30조를 굳이 존치시킬 필요가 있는가는 의문이다. 은행업무에 관한 사항은 일반이론에 따라 해결할 수 있을 것이다.

60) 유지담, 涉外債權契約의 준거법결정, 법원행정처 재판자료, 제6집, 1980, 192면.

61) 서울민사지방법원 1994.7.22. 선고 93가합54182판결과 그에 대한 항소심인 서울고등법원 1995.6.20. 선고 94나32193판결은 캐나다의 은행이 개설한 신용장의 국내 매입은행과 개설은행의 법률관계에 관하여 涉外私法 제11조 제1항을 근거로 개설은행이 소재하는 캐나다(주)법을 준거법이라고 판단하였다.

62) 다만, 매입은행이 지정되지 않은 一般信用狀의 경우는 아래에서 보는 바와 같이 문제가 있다.

63) 또한 청약을 승낙하면서 변경을 가한 경우 청약의 발신지의 결정, 또는 대리인 또는 지점이 행위를 한 경우 행위지의 결정과 같은 기술적인 문제가 있는데 이

는, 입법론적으로 涉外私法 제9조 단서는 삭제되어야 하고 해석론으로서도 제한적으로 적용되어야 한다. 사건으로는, 당사자가 채권계약의 準據法을 선택하지 않은 경우 바로 행위지법을 적용할 것이 아니라, 당해 계약과 “가장 密接한 關聯” 또는 “가장 重要한 關係”가 있는 국가의 법을 準據法으로 보아야 할 것으로 생각된다. 당사자가 準據法을 선택하지 않은 경우 계약과 “가장 密接한 關聯”⁶⁴⁾을 가진 국가의 법을 準據法으로 보는 국제적인 조류⁶⁵⁾와 국제적으로 통용되는 연결원칙을 적용함으로써 어느 국가에서 재판을 받더라도 동일한 실질법을 적용함으로써 동일한 판단에 이르는 것이 바람직하다는 國際私法의 이상(이른바 “國際的 判斷의 一致”)을 실현하기 위해서도 우연한 요소인 행위지를 연결점으로 할 것이 아니다.

셋째, 信用狀의 法律關係에서는 개설은행이 중심적인 역할을 담당하므로 信用狀의 개설은행을 둘러싼 法律關係는 개설은행이 소재하는 국가의 법을 準據法으로 하기로 하는 당사자간의 묵시적인 합의가 있는 것으로 볼 것이라는 견해가 있는 바, 그에 따르면 수익자와 개설은행의 法律關係의 準據法은 개설은행의 소재지의 법이 된다.⁶⁶⁾

그러나 묵시적 지정은 당사자의 추정적 의사를 탐구하는 것이 아니라, 계약의 조항 또는 사안으로부터 당사자의 현실적인 의사를 끌어낼 수 있는 경우에 인정되는 것이므로, 구체적인 사안에 있어서 信用狀의 문언 내지는 사안의 모든 사정을 검토함이 없이 일률적으로 信用狀去來이므로 개설은행 所在地法을 準據法으로 하는 묵시적 합의가 있다고 보는 것은 적절하지 않다.

경우 행위지의 결정은 隔地者간의 계약에서와 같이 의제적일 수 밖에 없다.

64) the closest connection: les liens les plus étroits: die engste Verbindung.

65) 로마협약 제4조 제1항 및 國際私法에 관한 미국의 Restatement (Second) 제188조 참조. 미국의 경우 이처럼 단순화할 수 없고 다양한 접근방법이 있음은 물론이나, 어느 견해에 의하더라도, 당사자들이 준거법을 지정하지 않은 경우 행위지법에 의한다는 도식적인 연결원칙은 허용되지 않는다.

66) Eisemann/Schütze, S. 209. 유중원 변호사는 신용장의 법률관계는 개설은행을 축으로 해서 전개됨을 이유로 개설은행이 소재하는 국가의 법을 준거법으로 하기로 하는 당사자간의 묵시적인 합의가 있는 것으로 추정할 것이라고 한다(유중원, 297면). 유변호사는 “개설은행의 본점 소재지법”이라고 하나 신용장거래는 개설지점을 중심으로 하는 것이지, 본점을 중심으로 하는 것이 아니다.

(2) 私 見

이상의 논의를 정리하면 사건은 다음과 같다. 즉, 信用狀에 따른 권리, 의무는 채권적인 法律關係이므로 그 準據法은 涉外私法 제9조에 따라 결정되고, 제30조에 의할 것이 아니다. 따라서 信用狀이 準據法을 명시적으로 지정하고 있는 경우에는 당해 準據法에 따르나, 準據法을 명시적으로 지정하지 않는 경우에는 信用狀의 조건 또는 사안의 제사정으로부터 準據法의 묵시적 지정이 있는가를 판단하여야 한다. 당사자가 準據法을 명시적 또는 묵시적으로도 지정하지 않은 것으로 판단되는 경우에는, 개설은행 所在地法을 準據法으로 볼 것이다.⁶⁷⁾ 개설은행의 소재지가 信用狀 개설의 의사표시를 발송한 곳이기 때문에 涉外私法 제9조 단서를 적용하더라도 결론은 동일하나, 필자는 제9조 단서가 아니라, 信用狀去來는 개설은행을 중심으로 이루어지고 있고, 개설은행 소재지가 당해 信用狀去來와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라는 점을 그 근거로 들고자 한다. 요컨대, 필자의 견해는 제9조 단서를 적용하여 행위지법에 의하는 것과 결론은 같으나 그 근거는 차이가 있다.⁶⁸⁾

물론 이 견해에 대하여는 현행 涉外私法의 해석론의 범위를 넘는다는 비판이 가능하나, 제9조 단서의 부당성에 비추어 그와 같은 해석을 수긍할 수 있을 것으로 생각한다. 특히, 외국에서 한국인간에 발생한 불법행위의涉外 사건성을 부인하고 공통의 속인법을 적용한 판결⁶⁹⁾에서 보는 바와 같이 涉外私法을 해석, 운용함에 있어 적극적인 입장이 현행법의 해석론으로서 불가능한 것은 아니다.

만일 필자의 사건과 달리, 행위지법 원칙을 따르고자 한다면, 일부 실무와 같이 당사자의 명시적 선택이 없으면 바로 행위지법을 적용하여서는 아니되

67) 양영환/오원석/서정두, 340면도 동지임.

68) 따라서 신용장을 들어 행위지법에의 연결을 비판하는 것은 적절한 예가 아니라고 할 수 있으나, 필자의 견해는 계약채무 일반에 관한 것이고, 그 원칙이 신용장의 경우에도 적용되어야 한다는 점을 지적하고자 한다.

69) 대법원 1979.11.13. 선고 78다1343 판결.

고, 그에 앞서 사안의 구체적인 사정을 고려하여 당사자가 묵시적으로 지정한 準據法을 탐구하여야 함을 잊어서는 아니된다.⁷⁰⁾

2. 제2은행이 介入하는 경우

제2은행이 개입하는 경우 그에 의하여 수익자와 개설은행간의 準據法이 달라지는가 라는 의문이 제기된다. 이 경우에도 信用狀 거래의 중심은 개설은행이고 따라서 信用狀去來와 가장 밀접한 관련이 있는 국가는 여전히 개설은행 소재지라고 할 것이고, 동일한 당사자들간의 法律關係의 準據法이 제2은행의 개입여부에 따라 상이하게 되는 것은 바람직하지 않으므로 제2은행이 개입하는 경우, 그것이 확인은행인가, 매입은행인가, 통지은행인가에 관계없이 수익자와 개설은행의 法律關係의 準據法은 개설은행 所在地法으로 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 이 경우 통상 동일국가에 소재하는 수익자와 제2은행의 관계는 후자의 所在地法에 따르게 되므로, 수익자의 입장에서 볼 때 제2은행에 대한 관계와 개설은행에 대한 관계가 상이한 準據法에 의한 결과로 된다.⁷¹⁾

이에 대하여는, (i) 수익자가 확인은행과 개설은행에 대한 관계에서 각각 상이한 準據法에 따르는 것은 적절하지 않으므로 양자를 일체로 보아 수출국의 법에 따를 것이라고 하는 견해,⁷²⁾ (ii) 제2은행의 기능에 따라 통지은행 또는 매입이 제한되지 않은 一般信用狀의 경우에는 개설은행 所在地法을 적용하나, 수익자의 국가에 지급은행이 있는 경우에는 信用狀 거래는 주로 그곳에서 이루어진다는 이유로 지급은행 所在地法이 準據法으로 된다는 견해,⁷³⁾ (iii) 확인은행, 통지은행, 지급은행 등의 제2은행이 개입하는 경우 수익자

70) 물론, 신용장의 경우 당사자들이 묵시적으로 준거법을 지정하였다고 볼 수 있는 경우는 많지 않을 것이다.

71) 유중원, 297면, Eisemann/Schütze, S. 211~212, von Westphalen, S. 301 참조.

72) 石黑一憲, 116~117면.

73) Zahn/Eberding/Ehrlich, Rn. 1/40, 1/41.

와 개설은행의 準據法은 제2은행 소재지의 법이 된다는 견해⁷⁴⁾ 등이 있다.

VI. 信用狀에 따른 法律關係의 準據法 - 開設銀行과 第2銀行間의 法律關係의 準據法 -

개설은행과 제2은행과의 法律關係에 관하여는 독일에서는 (가) 제2은행 所在地法을 準據法으로 보는 견해⁷⁵⁾ (나) 경우를 나누어 제2은행이 지급은행 또는 확인은행인 경우와 같이 信用狀이 제2은행에서 지급될 수 있는 한 제2은행 所在地法을 準據法으로 보나, 단순한 통지은행의 경우는 개설은행 所在地法을 準據法으로 보는 견해⁷⁶⁾와 (다) 지급은행의 경우도 통지은행과 같이 보는 견해⁷⁷⁾ (ㄷ) 確認信用狀의 경우 개설은행과 확인은행간의 法律關係에 관하여는 확인은행 소재지의 법을, 非確認信用狀의 경우 개설은행과 제2은행간의 法律關係에 대하여는 개설은행 소재지의 법을 準據法으로 보는 견해⁷⁸⁾ 등이 나뉘고 있다. 독일의 民法施行法(EGBGB)과 우리 涉外私法은 채권계약의 연결원칙을 달리 규정하고 있으므로, 독일의 이론이 涉外私法의 해석론으로서 그대로 타당할 수 없음은 물론이다.

국내에서는, 통지은행과 개설은행간의 法律關係의 準據法은 통지은행 소재지의 법이라고 하는 견해가 있다. 이 견해는 수익자, 통지은행과 개설은행간의 모든 法律關係의 準據法은 통지은행 소재지의 법이라는 견해가 있다.⁷⁹⁾

이에 관하여, 涉外私法 제9조 단서에 따라 행위지법을 準據法으로 보는 견해에 따르면, 통지은행, 지급은행 또는 확인은행 등 제2은행과 개설은행은 위임계약 관계에 있고 그 경우 통상 개설은행이 제2은행에게 청약을 하였을

74) 양영환/오원석/서정두, 340면.

75) Eisemann/Schütze, S. 213; 石黑一憲, 116면, 120~121면도 동지.

76) Zahn/Eberding/Ehrlich, Rn.1/43.

77) von Westpahlen, S. 300.

78) von Bar, S. 53.

79) 양영환/오원석/서정두, 340~341면.

것이므로⁸⁰⁾ 그들간의 法律關係의 準據法은 개설은행 所在地法이 될 것이다. 매입은행이 지정된 特定信用狀의 경우 매입은행과 개설은행간에 위임관계가 있는 것은 아니나 개설은행이 매입은행을 지정한 은행에 信用狀이 제시됨으로써 어떠한 의사표시를 한 것으로 볼 여지도 있을 것이다. 그러나 더 나아가, 매입은행이 지정되지 않은 一般信用狀의 경우 실제로 매입을 한 은행과 개설은행간의 관계에서 개설은행이 매입은행에게 어떠한 의사표시를 하였다고 보는 것은 지나치게 의제적인 것으로 생각된다. 이러한 의사표시를 인정하지 않는다면, 청약 또는 개설의 의사표시가 없는 것으로 되어 제9조 단서를 적용할 여지는 없게 된다. 따라서 이 견해에 의하면 一般信用狀의 경우 은행간의 準據法을 정하는 것이 어렵게 되는 문제점이 있게 된다. 그러나 서울민사지방법원 1994.7.22.선고 93가합54182판결과 그에 대한 항소심 판결인 서울고등법원 1995.6.20.선고 94나32193판결은 캐나다의 은행이 개설하고 매입은행이 지정되지 않은 買入信用狀의 국내 매입은행과 캐나다 개설은행의 法律關係에 관하여 涉外私法 제11조 제1항을 근거로 캐나다(주)법을 準據法이라고 판단하였다.

또한 위에서 본 서울지방법원 1995.8.24.선고 93가합85391판결은 개설은행과 매입은행의 법률관계에 관하여 섭외사법 제30조를 근거로 개설은행이 속하는 국가(이를 본국법으로 이해함)의 법을 준거법으로 보았으나, 그에 대하여는 제30조에 대한 비판에 추가하여, 이 경우 신용장의 개설과 매입이 모두 은행업무에 관한 사항임은 의문이 없으나, 개설은행과 매입은행 양자가 모두 은행이므로 매입에 따른 법률관계를 과연 어느 은행의 업무에 관한 사항으로 보아야 하는지를 결정할 수 없게 된다.

아직 단정적인 견해를 피력하기는 어려우나, 필자의 잠정적인 사건으로는 개설은행과 제2은행간의 法律關係에 관하여는 제2은행 所在地法을 적용하되, 다만 買入信用狀의 경우에는, 매입은행이 지정되지 않은 一般信用狀인가 매

80) Eisemann/Schütze, S. 213.

입은행이 지정된 特定信用狀인가에 관계없이, 개설은행 所在地法을 準據法으로 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.⁸¹⁾ 왜냐하면, 전자의 경우 제2은행은 개설은행의 의뢰에 따라 信用狀去來에 관여하나, 후자, 즉 매입은행은 개설은행으로부터 의뢰를 받은 바 없고 스스로 자신의 위험부담하에 독자적인 영업행위로서 매입하며 개설은행을 위하여 매입사무를 처리하는 것도 아니고 개설은행에 대하여 매입의 의무를 지는 것도 아니기 때문이다.⁸²⁾

VII. 賣買契約, 船荷證券, 保險契約 및 換어음의 準據法

信用狀에 따른 法律關係뿐만 아니라 매매계약, 선하증권, 보험계약 및 환어음에 따른 法律關係의 準據法도 중요한 의미를 가지나, 그에 관한 상세한 논의는 다른 기회로 미루고 여기에서는 문제점만 간단히 지적한다.⁸³⁾

1. 賣買契約의 準據法

수익자와 수출자간에 체결된 매매계약은 채권계약이므로 그 準據法은 涉外私法 제9조가 명시적으로 규정하는 바에 따라 當事者自治의 原則에 의하여 결정된다. 수익자와 개설의뢰인인 수출자간에 信用狀을 개설하기로 하는

81) 따라서 위 하급심판결들이 涉外私法 제11조 제1항을 근거로 삼은 것은 찬성할 수 없으나 결론은 옳다고 하겠다.

82) 박준서 15면; 유중원, 196면. 다만, 매입은행이 지정된 특정신용장의 경우, 예외적으로 개설은행과 매입은행간에 매입에 관한 약정이 있는 때에는 달리 볼 수 있을 것이다. 필자는 [주4]의 글에서, 특정신용장에 있어 개설은행과 매입은행간에 위임관계가 있다고 하였으나, 양자간에 매입지정에 의하여 당연히 위임관계가 있는 것은 아니라고 생각된다. 만일 신용장 매입에 의하여 수익자의 신용장상의 권리가 매입은행에 양도되었다고 보거나 수익자의 지위가 매입은행에 이전되었다고 본다면 개설은행과 매입은행의 법률관계의 준거법은 개설은행과 수익자의 법률관계의 준거법과 동일하게 될 것이다.

83) 이에 관한 개괄적인 설명은 임흥근, 「무역신용장」 1980, 597~608면을 참조.

약정(이를 “信用狀開設의 約定”이라고 하기도 한다)은 매매계약의 일부로서 이루어지므로 특별한 사정이 없는 한, 당사자는 매매계약의 準據法을 그 약정의 準據法으로 묵시적으로 지정하였다고 해석할 것이다.⁸⁴⁾ 매매계약의 準據法 결정과 관련한 當事者自治의 原則에 관하여 여기에서는 두 가지 논점만을 지적한다.

첫째, 당사자가 準據法을 지정하지 않은 경우의 準據法의 결정의 문제이다. 위에서 본 바와 같이 涉外私法 제9조 단서는 입법론적으로 부당하므로 해석론으로서도 그 적용범위를 제한하여야 한다. 예컨대, 국제매매거래에서 누가 먼저 청약을 하였는지 또는 상대방이 청약에 대해 변경을 가하여 승낙을 하였는가에 따라 계약의 準據法이 달라진다고 하는 것은 정당화되기 어려우며 그 경우 계약과 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법을 準據法으로 보아야 할 것이다. 만일 필자의 견해를 따르기가 주저된다면, 실무상으로는 보다 완화된 이론으로서, 행위지가 가장 밀접한 관련을 가지는 국가와 일치하는 경우 행위지법을 적용하되, 그렇지 않은 경우는 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법을 準據法으로 하는 것도 고려할 수 있겠다.

둘째, 우리 涉外私法上 매매계약의 準據法과 물건의 소유권 이전을 규율하는 準據法은 별개의 연결원칙에 의하여 결정됨에도 불구하고, 이 점이 종종 오해되고 있다.⁸⁵⁾ 참고로, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약”(The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 일명 “비엔나협약”)과⁸⁶⁾ “국제물품매매계약의 準據法에 관한 1986년 12월 22일 해

84) 杉江 徹, 87면

85) 예컨대 서헌제, 통상문제와 법, 국제거래법 강좌 I, 1994, 504~505면은 물품의 소유권이전 문제는 계약의 준거법에 의한다고 하고, 강이수, 국제무역관습론 1993, 302면은 C.I.F. 매매계약의 준거법이 한국법인 경우에는 특히 물품의 소유권 이전 문제에 관하여는 우리 나라 법칙 아래에서의 독자적인 이론구성이 필요하다고 하고 이재홍, 국제무역에서의 매매목적물의 소유권이전시기, 「대한변호사협회지」 1985. 9, 55면도 동지인 것으로 보이나, 이는 옳지 않다. 반면에, 오원석, “국제물품매매계약에서 소유권이전시기에 관한 논쟁의 실익”, 「무역상무연구」 제7권, 1994, 23면과 25면은 필자와 마찬가지로, 위험의 이전과 소유권의 이전을 구분한다.

86) 비엔나 협약 제4조 (b).

이그협약”(Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods)⁸⁷⁾도 협약의 적용범위에서 물건의 소유권의 이전을 명시적으로 제외하고 있는 바, 이는 물건의 소유권의 이전에 관하여는 현재 각국이 상이한 법체계를 가지고 있기 때문이다.

우리 涉外私法上 물건의 취득, 상실 및 변경은, 매매계약의 準據法이 아니라, 그 원인된 행위 또는 사실이 완성할 때의 “物件의 所在地法”(lex rei sitae)에 의한다.⁸⁸⁾ 여기에서 “원인된 행위 또는 사실이 완성한 때”라 함은 물권적 효과의 발생에 필요한 모든 조건이 완성된 시점을 의미하는 것으로 이해된다.

송부매매와 같은 단순한 수출입거래의 경우와 달리⁸⁹⁾ 물건의 이동중에 처분행위가 있는 이른바 “移動中の 物件”(res in transitu)의 경우 처분행위 시점의 목적물의 소재지는 명백하지 않고, 이를 확인할 수 있더라도 그 소재지는 우연적인 의미밖에는 없으므로 물건의 취득, 상실 및 변경의 準據法을 어떻게 결정할 것인가가 문제된다. 이에 관하여 우리 나라, 일본과 독일에서는 목적지(또는 도착지) 국가의 법에 따른다는 견해가 유력한데,⁹⁰⁾ 이는 그 경우 물건이 선적항을 출발함으로써 물건과 선적항과의 관계는 일단 단절되었다고 보고, 목적지는 물건의 장래의 所在地로서 당해 물권관계와 가장 밀접한 관련을 가지기 때문이라고 한다. 다만, 선하증권이 발행되고 그에 의하여 물건이 처분되는 경우 선하증권의 準據法, 선하증권의 所在地法과 목적지 국가의 법 중 어느 것이 물권변동의 準據法이 되는가에 관하여는 견해가 나뉜다.⁹¹⁾

87) 헤이그 협약 제5조 (c).

88) 涉外私法 제12조. 외국에서는 동산의 물권변동에 관하여, 당사자자치를 인정하는 학설과 입법례(스위스 국제사법 제104조)도 있으나, 그 경우에도 그 효력은 당사자간에 한정된다. 다만, 준거법에 관계없이 당사자들이 동산 소유권 이전의 시기를 약정할 수 있으므로 그러한 합의가 가능한 범위내에서는 실제적인 차이는 없게 된다.

89) 예컨대 우리 나라의 수출자가 일본의 수입자에게 통신판매에 의하여 특정물건을 매도한 사안(또는 그 반대의 사안)에 있어 물건의 소유권이전은, 소재지의 변경이 법률요건의 완성 전에 이루어졌는가 후에 이루어졌는가에 따라 달리 설정된다.

90) 스위스 국제사법 제101조는 이를 명시하고 있다.

91) 예컨대 스위스 국제사법 제106조는 선하증권의 소재지법을 적용하나, 독일의 다

이처럼, 우리 涉外私法上 “移動中の 物件”의 물권변동은 계약의 準據法에 따라 규율되는 것은 아닌데, 이와 관련하여 지적할 것은 “무역조건의 해석에 관한 국제규칙”(International Rules for the Interpretation of Trade Terms: “Incoterms”, 최근에는 1990년에 개정됨)에 의하여 매매계약의 조건을 정한 경우 이는 물건의 소유권이전을 직접 규정한 것은 아니라는 점이다.⁹²⁾ 예컨대, 영국의 매도인이 信用狀에 기하여 C.I.F. 조건으로 한국의 수입자에게 물건을 수출하는 경우, 물건의 위험은 물건이 본선의 난간을 통과하는 때에 매수인에게 이전됨은 Incoterms상 명백하나, 물건의 소유권이 그와 동시에 매수인에게 이전되는 것은 아니다. 위 사안에 있어 목적지 국가인 우리 법을 準據法으로 보는 견해에 의하면, 물권변동에 관하여 우리 법(민법 제188조)이 취하고 있는 형식주의하에서는 매수인은 개설은행에게 대금을 지급하고 선하증권을 수령함으로써 물건의 점유를 취득하여야 비로소 물건에 대한 소유권을 취득하며,⁹³⁾ 현재의 통설과 같이 물권관계에 대한 準據法의 결정에 관하여 當事者自治를 인정하지 않는다면 이 경우 당사자들은 準據法을 달리 선택할 수도 없다. 따라서 물권변동에 관하여 우리 법이 준거법으로 되는 수입거래에 관한 한, 당사자들이 합의에 의하여, 매수인이 어떠한 형태로든(간접점유 등) 물건의 점유를 취득하는 시점보다 선행하는 시점으로 소유권이전 시기를 앞당기는 것은 허용되지 않는다고 볼 수 밖에 없다.

2. 船荷證券의 準據法

信用狀을 받은 수익자는 통상 운송인과 운송계약을 체결하고 매매계약에

수설은 목적지 국가의 법을 적용한다. 일본의 견해는 산전요일/佐野寬, 國際取引法, 1992, 113면 참조.

92) von Westphalen, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung 3. Auflage 1987, S. 167.

93) 강이수, 전게논문[주85], 303~306면은 이 점을 명확히 지적하고 있다. 이재홍, 전게논문[주85], 60면도 이를 인정한다. 다만, 이재홍부장판사는 영국법에 의하더라도 동일한 결론에 이른다고 하고, 나아가 Incoterms 내지는 영국법상의 소유권이전과 우리 법상의 소유권이전의 개념을 구별한다(58면).

규정된 물건을 선적한 뒤 운송인으로부터 선적선하증권(on board or shipped bill of lading)을 취득한다. 信用狀去來에 있어 수익자는 통상 자기지시식의 선하증권에 배서(백지배서)를 하여 매입은행에게 양도하고 매입은행은 이를 다시 개설은행에게 교부하는 방식을 취한다.

선하증권은 운송인이 일방적으로 발행하는 것으로서 운송계약 그 자체는 아니나, 운송계약의 내용에 대한 증거이다. 선하증권의 내용이 이미 체결된 운송계약의 내용과 상치되더라도 운송계약의 당사자는 운송계약에 따르나, 선하증권이 제3자에게 이전된 경우 운송인과 제3자간에는 선하증권의 내용에 따른다.

선하증권에 따른 法律關係, 즉 선하증권의 소지인과 운송인간의 法律關係는 선하증권에 명시된 準據法에 의한다고 설명하는 것이 보통이다.⁹⁴⁾ 그러나 선하증권에 따른 法律關係의 準據法을 논의함에 있어서는, 債權的인 法律關係⁹⁵⁾와 物權的인 法律關係를 나누어 보아야 한다. 참고로 일본에서는, 전자에 관하여는 선하증권의 準據法에 의할 것이라는 견해와 운송계약의 準據法에 의할 것이라는 견해 등이, 후자에 대하여는 證券所在地法, 목적지국가의 법 또는 선하증권의 準據法에 의할 것이라는 견해 등이 나뉘고 있어 상당히 복잡한 실정이다.⁹⁶⁾⁹⁷⁾

선하증권에 관한 범규범이 국제적으로 상당히 통일되어 있다고 하더라도 아직 완전하지는 않으므로 物權的인 法律關係는 물론이고 債權的인 法律關

94) 송상현/김현, 해상법원론, 1993, 330면은 선하증권에 기재된 준거법이 당사자들 및 당해 운송과 밀접한 관련이 있고 법정지국의 공서양속에 위반되지 않는 한 유효하다고 한다.

95) 예컨대, 空券을 발행한 경우 또는 선하증권에 기재된 물건이 실제 운송된 물건과 다른 경우의 운송인의 책임, 보증도에 기하여 물건을 인도한 운송인의 선하증권 소지인에 대한 책임, 운송인의 면책을 정한 약관의 효력 등(石黑一憲, 333~335면 참조).

96) 특히 후자에 관하여 선하증권이 발행되지 않은 경우 물건에 대한 물권변동은 목적항의 법에 의한다는 견해가 유력하나, 선하증권이 발행된 경우 어느 법에 따르도록 할 것인가에 관하여 견해가 나뉘은 위에서 본 바와 같다.

97) 이에 관한 일종의 country report로는 William Tetley, *International Conflict of Laws, Common, Civil and Maritime*, 1994, pp. 287~329 및 pp. 871~1010 참조.

係에 관하여도 準據法에 따라 상이한 결론에 이를 수 있으므로, 선하증권에 관한 法律關係를 논함에 있어 우선 그 準據法을 결정하여야 하는데도 우리나라에서의 선하증권에 관한 법적인 논의는 우리 법이 準據法이 됨을 당연한 전제로 상법에 따라 이론구성을 하는 경향이 있으나 이는 시정되어야 할 것이다.

3. 保險契約의 準據法

국제물품매거래에 있어서 수출자 또는 수입자가 물품에 관하여 적하보험계약을 체결하는 경우 동 보험계약의 準據法이 문제로 된다. 보험계약도 채권계약이므로 보험계약의 효력이 우리 법원에서 다투어진다면 그의 準據法은 涉外私法 제9조의 當事者自治의 原則에 따라 결정된다. 그러나 涉外私法 제33조는 “보험계약으로 인한 권리의무는 보험업자의 영업소 소재지의 법에 의한다”고 규정하고 있으므로, 동조와 涉外私法 제9조와의 관계가 문제로 된다.

이에 관하여는, 보험계약의 準據法은 보험업자의 영업소 소재지의 법이어야 하고 당사자는 그에 반하는 準據法合意를 할 수 없다. 즉, 제33조가 제9조를 배제한다는 견해와 보험계약의 경우에도 當事者自治를 인정하면서, 제33조는 당사자가 보험계약의 準據法을 선택하지 않은 경우에 보험업자의 영업소 소재지의 법이 準據法으로 된다는 원칙을 규정한 것이라고 보는 견해가 있는 바, 판례는 보험계약의 경우에도 當事者自治의 原則을 인정하고 있다.⁹⁸⁾

특히, 우리 수입자가 우리 보험회사와 협회약관을 사용하여 적하보험계약을 체결하는 경우 이른바 “英國法 準據約款”⁹⁹⁾을 사용하는 예가 많은 바, 그

98) 대법원 1991년 5월 14일 선고 90다카25314 판결(판례월보 제252호 125~128면, 대법원판례집 제39권 2집(1991년), 244~253면 게재). 이에 관한 학설은 拙稿 [주 101] 참조.

99) All questions of liability arising under this policy are to be governed by the laws and customs of England(이 보험증권상 발생하는 모든 책임문제는 영국의

것이 이른바 抵觸法的 指定인지 아니면 實質法的 指定인지가 문제로 되는데 대법원 판결은 이를 抵觸法的 指定으로 본다. 이에 관하여는 다른 곳¹⁰⁰⁾에서 논의한 바 있으므로 논의를 생략한다.

4. 換어음의 準據法

수익자는 물건을 선적한 뒤 개설은행을 지급인으로 하여 환어음을 발행하고¹⁰¹⁾ 선적서류를 첨부하여 信用狀에 지정된 매입은행(또는 자기의 거래은행)에 매입을 요청하고 매입은행은 서류를 검토한 뒤 이를 매입한다. 따라서 환어음의 발행인, 소지인과 지급인 또는 인수인간에 환어음에 따른 法律關係가 형성되고 그 準據法을 결정할 필요가 있다.

이에 관하여는 涉外私法이 제34조 내지 제41조에서 상세한 규정을 두고 있으므로 환어음 거래에 있어서의 抵觸法的 問題의 상당부분이 그에 의하여 해결된다. 이러한 涉外私法의 규정은 제네바통일조약을 따른 것으로서 일본 및 독일은 유사한 취지의 규정을 어음법에 두는데 반하여 우리는 涉外私法에서 규정하는 점에 차이가 있다.

법률과 관습에 의하여 규율된다).

100) 拙稿, “海上積荷保險契約에 있어 英國法準據約款과 相關한 法的인 問題點”, 『損害保險』 1993.12, 19~33면.

101) 통일규칙 제9조 a. iv는 환어음이 개설은행 앞으로 발행될 것을 요구한다.

VIII. 맺음말

지금까지 국제적인 信用狀去來에 있어서의 다양한 法律關係의 準據法을 검토하였는 바, 信用狀去來와 관련한 法律關係를 제대로 파악하기 위하여는 우선 가장 중요한 통일규칙을 이해하여야 함은 두말할 나위도 없으나, 그것만으로 불충분하고 個別 信用狀去來에 있어 각 法律關係의 準據法을 결정하고 그 準據法 소속국가의 實質法에 따른 법률효과를 분석할 필요가 있다는 것과, 국제적으로 통일적으로 적용되는 통일규칙과는 달리, 각 法律關係에 적용되는 準據法은 어느 법원에 소송이 제기되는가에 따라 달라질 수 있음을 확인하였다. 물론 대부분의 信用狀去來가 準據法을 따질 필요 없이 통일규칙에 의하여 원만히 처리되고 있음은 주지의 사실이나, 통일규칙의 규율범위가 확대되지 않는 한, 위에서 지적한 몇 가지 논점에 관하여는 準據法이 의미를 가지는 것도 부인할 수 없다. 이러한 의미에서 信用狀去來에 있어서의 準據法의 탐구는 통일규칙을 보완하는 기능을 한다고 볼 수 있다. 필자가 이 글에서 信用狀去來에 있어서의 準據法의 의의를 정리해 본 것은, 종래 信用狀去來에 관한 논의가, 특히 국내문헌의 경우 信用狀去來와 관련한 법적인 고찰을 소홀히 하였던 것이 사실이고, 나아가 準據法을 포함한 國際私法上の 논점은 아예 무시하거나 취급하더라도 涉外私法의 해석론상 그대로 수용할 수 없는 외국의 이론을 추종하는 경향을 보이고 있기 때문에 이를 바로 잡기 위한 것이지, 결코 信用狀去來에 있어 통일규칙의 중요성을 과소평가하거나 準據法이 가지는 의의를 과대평가하려는 의도는 아니라는 점을 밝혀 둔다.

參考文獻
(괄호 안은 인용방법)

- 朴駿緒, 信用狀의 法律關係, 「사법논집」 제11집, 1980 (박준서)
- 梁暎煥/吳元奭/徐正斗, 信用狀論 - 제5차 改正 信用狀統一規則, 1993 (양영환 /오원석/서정두)
- 柳重遠, 信用狀의 法理, 1993 (유중원)
- 尹勝進, 商業信用狀의 法律關係 - 取消不能 信用狀을 中心으로 -, 「사법논집」 제14집, 1983 (윤승진)
- 林弘根, 荷換信用狀의 法的構造, 1991 (임홍근)
- 杉江 徹, 42. 信用狀, 涉外私法判例百選 (第3版), 別冊ジュリスト No. 133, 1995, 86~87면 (杉江 徹)
- 石黒一憲, 金融取引と國際訴訟, 1983 (石黒一憲)
- von Bar, Christian, *Kollisionsrechtliche Aspekete der Vereinbarung und Inanspruchnahme von Dokumentenakkreditiven*, ZHR 152 (1988) S. 38~56 (von Bar)
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Bankvertragsrecht* 3. Auflage 1988 (Canaris)
- Eisemann, Frederic/Schütze, Rolf, *Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*, 3. Auflage 1989 (Eisemann /Schütze)
- Gutteridge/Megrah, *The Law of Bankers' Commercial Credits*, 7th ed. 1984 (Gutteridge/Megrah)
- von Westphalen, Friedrich Graf, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* 2. Aufl. 1989 (von Westphalen)
- Zahn, Johannes C.D./Eberding, Ekkard/Ehrlich, Dietmar, *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel*, 6. Auflage, 1986 (Zahn/Eberding/Ehrlich)