

신용장 및 독립적 보증의 독립추상성 원칙 예외에 관한 고찰*, **

- 근거계약의 위법을 중심으로 -

A Study on the Exceptions to Independence Principle of Documentary
Credits and Autonomous Guarantees
- with Special Emphasis on Illegality Exception -

한재필***

Jae-Phil Hahn

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 문제의 제기
- III. 근거계약의 위법(Illegality)
- IV. 영국의 판점 Mahonia Ltd. v. JP Morgan Chase Bank 사건의 분석
- V. 위법 예외 적용의 합리성에 관한 평가
- VI. 결 론

주제어 : 위법예외, 독립추상성 원칙, 사기 원칙, 화환신용장, 독립적 보증

* 이 논문 또는 저서는 2007년 정부(교육인적자원부)의 재원으로 학술전통재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (KRF-2007-327-B00356)

** 이 논문은 한국중재학회 개최 학술발표대회(2009년 5월 22일)에서 발표한 논문을 수정 보완한 것임.

*** 중실대학교 국제통상학과 조교수

I. 서 론

일반적으로 계약당사자간 계약의무와 관련하여 지급을 유발하는 일반적인 근거사유는 계약의 이행에 따른 대금 지급과 채무 불이행 또는 하자 이행에 따른 손해배상으로 요약되어 질 수 있다. 국제거래에서 이와 같은 지급의무를 이행하는데 가장 대표적인 방식으로 사용되고 있는 것은 무역관련 대금지급에 있어 화환신용장(Documentary Credits), 그리고 계약 이행의 보증과 관련하여 유럽지역의 독립적 보증(Independent Guarantee, Autonomous Guarantee)과 미주 지역의 보증 신용장(Standby Credit) 등을 들 수 있다.¹⁾

독립적 보증 또는 보증신용장과 화환 신용장의 원천적 결제 사유는 서로 상이하다. 그러나, 이 두 결제수단의 근본적인 운영방식은 ‘독립추상성의 원칙(autonomy or Independence Principle)’과 ‘서류거래의 원칙’에 근거하고 있음으로 그 뿐리는 동일한 법률적 근거(identical legal footing)에 두고 있다고 할 수 있다.²⁾ 이와 같이 광범위하게 사용되고 있는 지급 방식인 신용장과 독립적 보증의 법리적 특징인 ‘독립추상성의 원칙’은 신용장 거래의 통일적 준거규칙인 신용장통일규칙(Uniform Custom and Practices for Documentary Credits : UCP) 제 6차 개정안 제4조³⁾에서 명확히 규정되고 있는데, 동 규정에 의하면 신용장을 발행하는 발행은행의 매도인/수익자에 대한 지급은 그 근거계약(underlying contract)으로부터 독립되어 제시되는 서류만을 근거로 하여 결정되어 진다고 명시하고 있다. 이와 같은 ‘독립추상성의 원칙’은 발행은행으로 하여금 근거계약에서 발생할 수 있는 당사자간 분쟁에서 벗어나 수익자에 대한 지급의무를 단순화하여 은행으로 하여금 효율적이고 안정적인 지급을 확약할 수 있게 하기 때문에, 은행의 신용장 거래 참여에 중요한 배경을 제시하고 있다.

이러한 실무적 중요성을 내포하는 독립추상성의 원칙은 신용장 거래의 중추적인 원칙인 바, 그 중요성에 비추어 반드시 지켜져야 하는 원칙으로 인식되고 있다. 그러나, 동 원칙의 완고하고 엄격한 적용은 기만행위를 통해 부당한 지급을 받고자 하는 수익자를 보호할 수 있음으로 법률적 혼란을 유발할 수 있다. 이와 같은 법률적 혼란을 예방하기 위하여 사법권에서는 예외적으로 독립추상성의 적용을 제외하는 원칙을 인정하고 있는데, 이의

1) 한재필, “독립적 보증에 있어 계약당사자간 법률관계에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제33권 제5호, 한국무역학회, 2008, p.304 참조.

2) *Ibid.*

3) UCP 600 Article 4 (a) A credit by its nature is a separate transaction from the sale or other contract on which it may be based. Banks are in no way concerned with or bound by such contract, even if any reference whatsoever to it is included in the credit. Consequently, the undertaking of a bank to honour, to negotiate or to fulfil any other obligation under the credit is not subject to claims or defences by the applicant resulting from its relationships with the issuing bank or the beneficiary.

A beneficiary can in no case avail itself of the contractual relationships existing between banks or between the applicant and the issuing bank.

대표적인 것은 미국의 *Sztein* 사건⁴⁾ 이 후 ICC 및 대다수의 사법권에서 동 예외 원칙을 인정되고 있는 사기원칙(fraud exception)이다. 본 원칙에 의하면, 수의자가 제출한 서류가 신용장의 제 조건(terms and conditions of the credit)과 일치한다 하더라도 서류가 위조 또는 변조된 경우, 지급전에 이를 인지한 은행은 서류의 일치성 여부와 관계없이 지급 거절을 할 수 있도록 하여 독립추상성의 원칙 예외를 인정하고 있으며, 발행의뢰인역시 본 사유에 근거하여 법원에서 지급금지 명령(injunction)을 획득하여 수의자의 지급 획득을 제한할 수 있도록 운영되고 있다.

이와 같이 신용장 사기에 대한 독립추상성 원칙 적용의 예외 원칙인 사기 원칙은 오랜 기간 동안 폭넓은 국가에서 인정되어 왔으며, 우리나라에서 이를 인정하고 있다. 그러나 사기원칙 이외에 다른 독립추상성 원칙의 예외조건 존재 여부 및 그 가능성에 대해서는 심도 있는 논의가 유발 되고 있지 않은 실정이다. 우리나라의 경우, 법원 판례에서 사기 원칙에 의한 독립추상성 원칙의 예외를 다루고 있을 뿐, 다른 예외의 원칙 및 존재 가능성에 대하여 언급하고 있지 않으며,⁵⁾ 이러한 상황 하에서 우리나라에서의 신용장 독립추상성 원칙의 예외에 관한 연구는 사기 원칙에 대한 연구에 국한되고 있을 뿐, 그 이외에 예외 사유에 대해서는 연구되어지고 있지 않다.⁶⁾

그러나 몇몇 국가의 판례에서는 사기를 제외한 독립추상성 원칙의 새로운 예외조건을 제시하거나 그 가능성을 제시하고 있음으로 기존 사법 체계의 변화가 예감되어 있다. 이

4) *Sztein v. J. Henry Schroder Banking Corp.* (1941) 31 NYS 2d 631.

5) 독립추상성 원칙의 예외를 다룬 판례는 1977. 4. 26. 76다956; 1993. 12. 24. 93다15632; 1994. 12. 9. 93다43873; 1997. 8. 29. 96다37379; 1997. 8. 29. 96다43713; 2000. 7. 6. 99다 51258 판결 등으로서 모두 사기원칙의 적용을 다루고 있다.

6) 독립추상성의 예외와 관련하여서의 국내연구는 상기한 바 사기원칙에 집중되고 있는 실정이다. 이들 논문을 분석하여 보면 다음과 같다: 우선, 강원진 외 (“중국에서의 신용장사기 규제와 관한 고찰”, 「무역학회지」, 제24권 제3호 한국무역학회, 1999)의 연구는 중국과의 신용장 거래에 있어 신용장 사기에 대한 구제방안과 사례를 중점적으로 분석하였으며 새로이 제정된 중국의 사기 방지 법제를 연구하였다; 강창남 (“신용장거래에서 사기원칙적용상의 문제점에 대한 대응책”, 「국제상학」, 제14권 제1호, 한국국제상학회, 1999)의 연구는 신용장의 사기 원칙의 유형을 분석하고 이와 관련한 사기원칙 적용상의 문제를 분석하여 대응책을 제시하고 있다; 한주섭 (“신용장거래에서의 사기의 원칙에 관한 연구”, 「국제상학」, 제15권 제1호, 한국국제상학회, 2000)의 연구에서는 신용장의 독립추상성 원칙의 문제점과 사기원칙의 일반에 대하여 분석하고 1997. 8. 29. 96다43713의 대법원 판례를 분석하였다; 라공우 외 (“미 통일상법전 신용장편 제109조 (a)항에 관한 소고”, 「경영법률」, 제15권 제1호, 한국경영법률학회, 2004)의 연구에서는 미국 통일상법전의 사기원칙의 준거 조항인 109조 중 (a)항을 분석하여 그 적용의 범위와 요건을 연구하였다; 채진익 (“신용장거래에 있어서 사기예외의 적용기준에 관한 연구”, 「중앙법학」, 제6권 제3호, 중앙법학회, 2004)의 연구에서는 사기원칙의 적용상의 범위와 요건 차이를 비교법적으로 분석하였다; 양정호 외 (“신용장거래에서의 사기관련 한미 사례검토”, 「기업법 연구」, 제19권 제1호, 한국기업법학회, 2005)의 연구에서는 한국과 미국의 신용장 사기 관련 판례를 비교법적으로 분석하여 두 국가 판례의 공통점과 상이점을 분석하였다; 이정원 (“신용장의 예외적 사기와 사기대응에 관한 연구”, 「국제상학」, 제22권 제2호, 한국국제상학회, 2007)의 연구는 사기원칙의 미국 UCC의 관련 조항을 분석하였다. 이와는 조금 다르게 보증신용장의 지급은행의 거절권을 연구한 논문으로는 이상훈 (“보증신용장 거래에서 발행은행의 지급거절권의 행사에 관한 사례연구”, 「무역학회지」, 제30권 제2호, 한국무역학회, 2005)의 연구를 들 수 있으며, 본 논문은 보증신용장 거래에서 발행은행의 지급거절권 행사에 관한 필요성을 분석하면서 보증 신용장의 새로운 준거규칙인 유엔협약의 관련 규정인 19조와 미국 통일상법전의 사기원칙 조항인 5-109조 및 사례를 분석하였다.

러한 법률적 변화는 미국에서부터 시작되어 범세계적으로 인정된 사기원칙 이후 새롭게 은행권에서 받아드려야 하는 통일적 은행관습으로서의 예외원칙으로 발전할 가능성을 부인할 수 없다. 그러므로, 이와 같은 변화에 대한 실무적 법리적인 합리성 연구는 매우 중요하다고 할 수 있는 바, 이에 대한 연구가 시급하다고 할 수 있다.

이에 본 논문은 일반적으로 국제상거래에 참여하는 실무가들이 신용장과 독립적 보증의 독립추상성 원칙의 예외로서 사기 원칙만을 유일한 예외로 인지하고 있는 현 상황에서, 영국을 중심으로 한 몇몇 국가의 국내법에서 동 원칙의 새로운 예외 요인으로 인정되고 있는 요인과 관련한 판례를 분석하여 이의 이해를 도모하고자 한다. 이를 통하여 해당 국가들과의 거래관계에 있는 실무가 및 법률가에게 사기원칙 이외에 독립추상성 원칙 적용의 예외상황 합리성 분석 및 유효한 실무적 지침을 제공하며 변화하고 있는 신용장 관습에 대한 충분한 논의를 제공하여 안정적 신용장 거래의 제고 및 새로운 학문적 담론을 유발함을 본 논문의 목적으로 한다.

II. 문제의 제기

1. 독립추상성 원칙의 의의

국제무역거래에 있어서 가장 핵심적인 물품대금결제수단으로 활용되어온 신용장(documentary credits 또는 letters of credit)은 그 사용비율이 점차 감소하는 추세에 있다고는 하나 그 기능의 중요성은 부인 될 수 없을 것이다. 국제사회에서 당사자에게 광범위하게 활용되어 온 화환신용장의 가장 중요한 기능은 대금지급 시기의 조정과 신뢰할 수 있는 금융 기관인 은행의 지급확약에 있다.

일반적으로 국제물품매매계약에서 매수인은 계약물품을 선취하여 물품의 하자여부를 확인한 후 물품대금을 지급하기를 원하는 데 반하여, 수출업자는 물품을 수입업자에게 인도하기 전에 물품대금을 수령하기를 원하게 된다. 이러한 상이한 두 계약당사자간의 요구사항은 일견 조화될 수 없는 것으로 인식될 수 있으나, 신용장 방식에서는 이의 적절한 조화를 가능하게 하고 있다. 왜냐하면, 신용장방식 하에서 수출업자/수익자에 대한 대금 지급은 매도인이 계약 물품을 선적하고 획득한 서류가 기 발행된 신용장 조건에 일치하는 경우에만 이루어지기 때문에 수출업자/수익자는 대금 지급전 물품을 선적하여야 한다. 그러나, 신용장 조건에 일치하는 지정 서류의 획득은 발행은행의 확실한 대금 지급을 보증하고 있기 때문에 지급전 선적에 아무런 문제를 제기하지 않게 된다. 또한, 수입업자/발행의뢰인의 경우, 계약물품이 목적지에 도착하기 전, 발행은행이 수출업자/수익자에게 대금

지급을 해주었다 하더라도, 은행의 대금 지급은 수출업자/수익자가 매매계약 하에서 자신의 의무를 이행한 경우에만 수취할 수 있는 서류로 대금 지급을 수취하기 때문에, 은행의 대금 지급은 결과적으로 수출업자/수익자가 근거계약의 이행을 의미하기 때문에 약정한 물품인도를 적절히 보장하게 된다. 이와 같은 신용장의 기능성은 수출업자와 수입업자로 하여금 타방 당사자가 수용하기 어려운 자신만을 위한 지급 시기를 주장하지 않게 함으로써 양당사자의 상이한 대금지급 시기 요구를 적절히 조정하게 된다.

또한, 신용장 독립적 보증에서도 독립추상성의 원칙은 중요한 역할을 하고 있다. 왜냐하면, 본 원칙으로 말미암아 실제 근거계약의 불이행 또는 하자이행에 대한 증명이 아닌 제출되는 일치된 서류에 대해 지급을 이행하도록 하여 수익자의 지급 요건을 단순화하고, 지급 은행을 근거계약에서 발생할 수 있는 분쟁에서 독립화하여 본 보증계약에 안정적으로 참여할 수 있는 근본을 제공하기 때문이다.

이와 같이 신용장과 독립적 보증의 가장 중요한 원칙으로 운영되고 있는 독립추상성의 원칙은 이러한 대금지급거래의 생명-혈(life-blood)이라고 칭할 정도로 중요한 원칙으로 인정받고 있는데,⁷⁾ 이 원칙의 생성 이유는 상업적실무상의 이유에 근거하고 있다 할 것이다. 즉, 신용장 거래에서 지급확약을 하는 자는 매매계약에서의 매수인, 또는 근거계약의 이행자 아닌 신용장 또는 독립적 보증을 발행하는 자이기 때문에 신용장 발행인의 신용이 매우 중요하다. 현재 상업세계에서 가장 신뢰성 있는 기관은 금융기관인 은행이라 할 수 있을 것으로 은행의 신용장거래참여가 가장 합리적이라고 할 수 있다.

이러한 상황에서 독립추상성의 원칙은 신용장 거래에 은행을 적절한 비용으로 참여시키는 결정적 원칙으로 작용하게 된다. 왜냐하면, 이 원칙으로 신용장거래의 당사자로 참여하는 은행은 신용장 거래를 유발하는 다양한 근거계약을 조사 (investigate), 판단 (judge), 또는 해석 (interpret)할 필요 없이 제시된 서류만을 근거하여 지급을 결정하면, 신용장 발행의뢰인 항변 및 기타 근거계약의 사유로부터 보호되므로 신용장거래에 안정적으로 참여할 수 있게 된다.

이와 같이 독립추상성의 원칙은 은행을 적절한 비용으로 신용장 거래에 참여할 수 있는 토대를 구축함으로써 국제상거래에서 신용장의 실무적 운영을 가능하게 하고 있다.

2. 독립추상성 원칙의 예외로서 사기원칙의 적용 법리

상기한바와 같이 신용장 거래에서 독립추상성 원칙의 중요성은 거듭 강조해도 지나치지 않는다. 그러나 동 원칙이 모든 상황에서 반드시 지켜지는 것이 아니라 이에 대한 예외가 인정되고 있는데, 이의 대표적 예외원칙으로 인정되는 것은 사기(fraud)에 의한 예외 원칙

7) *Harbottle v. National Westminster Bank Ltd.* [1978] QB 146.

(fraud exception)이다.

‘사기의 원칙(fraud rule)’ 또는 ‘사기의 예외(fraud exception)’라고도 불리는 본 예외원칙의 효시가 되는 판례는 1941년 미국 뉴욕 주의 법원에서 판결된 *Sztein v. J. Henry Schroder Banking Corp.*⁸⁾사건이 있다. 이 사건에서 수의자는 계약물품인 강모(bristle) 대신에 우모(牛毛)와 기타 쓰레기를 선적한 후, 강모를 나타내는 상업송장과 선화증권을 은행에 제시하는 사기를 범하였다. 이에 법원은 본 사건과 같이 확정적 사기(established fraud)가 존재하는 경우, 의도적이고 파렴치한 수의자를 보호하기 위하여 독립추상성의 원칙이 적용되지 않음을 천명함으로써 사기의 예외를 인정하였다.⁹⁾

이 사건에서의 주요 논점은 당사자 간의 분쟁은 단순히 계약상의 물품품질보증위반의 수준이 아니라 수출업자가 의도적으로(intentionally) 수입업자주문물품을 선적하지 않고 열악한 품질의 정도를 넘어선 쓸모없는 쓰레기를 선적하였다는 것이다. 그러므로 발행은행은 수출업자에 대하여 지급을 거절할 수 있다고 하는 것이며, 이를 사기의 예외 (fraud exception)에 의한 사기의 원칙 (fraud rule)의 효시라고 할 수 있으며 여기에서의 사기를 악의적 기준 (egregious standard)으로 구분하고 있다.¹⁰⁾

본 사기원칙의 적용과 관련한 일반적인 법리는 다음과 같다.:

첫째, 국제상거래에서 사기원칙은 “서류의 사기” (fraud in documents)와 “근거 계약의 사기” (fraud in the underlying contract)에 동일하게 적용된다는 것이다.¹¹⁾

둘째, 사기원칙의 적용은 은행이 일치하는 서류에 대하여 지급하기 이전에만 가능하다. 즉, 사기사실을 통지 받지 못해 수의자에게 지급한 은행의 상환청구권은 사기의 사실로 인하여 침해되지 않는다.

8) 31 NYS 2d 631 (1941).

9) 사기원칙과 관련하여 John F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits*, 2nd ed., Warren, Gorham & Lamont, 1991, pp. 7-36; 한주섭, “신용장거래에서의 사기의 원칙에 관한 연구”, 「국제상학」 제15권 제1호, 한국국제상학회, 2000, 5, pp. 117-144. 참조.

10) *Sztein* 사건 이전에도 사기의 사건에 관련된 소송사건이 있었다. 즉, *Maurice O'Meara Co. v. National Park Bank*(146 N.E. 637 (N.Y., 1925))에서 발행은행은 선지급을 요구하는 보증서류에서 표시오류가 있었음을 주장하고 지급을 거절하여 분쟁이 발생하였으나 Cardozo판사는 은행은 서류의 성격에 대하여 상관할 일이 아니며 설사 서류가 하위로 작성되었고 물품이 쓰레기에 지나지 않고 또한 은행이 이러한 사실을 사전에 인지하였을지라도 은행은 지급의무를 이행하여야 한다고 판시하였다. 또한 *Sztein Rule*은 1년뒤에 *Asbury Park & Ocean Grove Bank v. National City Bank of New York* 사건에서 도전을 받게 되었다. 법원은 신용장이란 구매계약과는 독립적인 계약에 해당하므로 수출업자가 물품을 선적한 이상 사기라고 할 수 없으며 발행은행은 신용장대금을 지급할 의무가 있다고 판시하였기 때문이다. 그러나, *Sztein* 사건에서의 법리적 절정은 전세계로 확산되어 지금은 널리 인정되는 예외라 할 수 있다.

11) 일반적으로 사기 원칙이 적용될 수 있는 사기 유형은 다음과 같다. 첫째, 서류가 온전히 발행된 후 행해지는 서류의 위조 및 변조 (*Voest-Alpine International Corp. v. Chase Manhattan Bank*, 707 F.2d 480 (1983)); 둘째, 사기서류의 발행 (*Etablissement Esefka International Anstalt v. Central Bank of Nigeria* [1979] 1 Lloyd's Rep. 445; *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada* [1983] 1 A.C. 168); 서류의 온전한 발행 후 발생되는 근거계약에서의 사기 (*Shell International Petroleum Co. v. Gibbs (The Salem)*) [1983] 2 A.C. 375).

셋째, 사기원칙의 적용은 은행이 일치된 서류의 제시에 대하여 사기를 이유로 지급을 직접 거절하거나,¹²⁾ 법원에 의한 지급 금지 명령에 의거하여 지급 거절¹³⁾하는 두 가지 방식이 있다.

넷째, 일반적으로 사기의 원칙은 사기의 증거가 명확한 경우에만 적용된다. 그러나 각 나라마다 사기의 증거에 관한 요구의 정도는 적용 가능한 준거법에 따라 차이가 있으며,¹⁴⁾ 은행은 근거계약을 조사하거나 해석할 필요는 없으며, 제시된 서류에 관련된 사기의 증거에만 기인하여 판단한다.

다섯째, 신용장 계약에 적용되는 준거법에 따라 수익자이외의 제 3자가 범한 사기도 사기의 원칙적용대상이 된다.¹⁵⁾

3. 사기원칙의 시사점

1940년대 처음으로 적용된 사기원칙은 현재 전 세계에서 인정되는 신용장의 일반 원칙인 독립추상성 원칙의 예외 사항으로 정착되어 있다. 이는 독립추상성의 원칙이 신용장 운영을 위한 필수불가결의 원칙으로 인식되고 있으나 이 원칙을 악의적으로 이용하는 당사자의 이익을 보호하여서는 안 된다고 하는 뜻을 명확히 하고 있는 것으로 이해되어야 한다.

사실 이러한 예외의 인정은 독립추상성의 궁극적 목적인 은행에게 신용장 거래에 참여할 수 있는 적절한 배경 제공 및 수익자에게 지급 협약 제공이라는 신용장 본래의 목적이 충실히 이행되는 터전을 제공하여 주는 것이라 할 것이다. 만일 악의의 당사자가 신용장 거래에서 부당한 이득을 안정적으로 얻을 수 있는 방향으로 독립추상성의 원칙이 운영된다면, 이는 궁극적으로 신용장 거래의 폐해적인 요인으로 확대하게 될 것이다. 이로써 국제상거래시장에서 신용장의 활용은 점차 감소가 가중되어 결국에는 시장 퇴출로 이어질 가능성을 배제할 수 없을 것으로 신용장거래에서 독립추상성 예외의 인정은 필요하다고 할 것이다. 그러므로, 만일 사기 이외에도 신용장 거래의 특성을 악용하여 이익을 취하고자 하는 악의의 당사자에 대한 적절한 통제는 필요할 것으로 사료된다.

12) 본 방식의 사기원칙 적용에 관해서는 *Roman Ceramics Corp. v. Peoples National Bank* 714 . 2d 1207 (1983). For Canadian case, *Bank of N.S .v. Angelica-Whitewear Ltd.* (1987) 36 D.L.R.(4th) 161.의 판례 참조.

13) 본 방식의 사기원칙 적용에 관해서는 *Elian v. Matsas* [1966] 2 Lloyd's Rep. 495; *Bolivinter Oil S.A. v. Manhattan Bank* [1984] 1 All E.R. 252.의 판례 참조.

14) 영국의 경우에는 매우 명확한 사기의 경우에만 사기원칙의 적용을 인정하고 있으나 (*Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.* [1978] 1 Lloyd's Rep. 166) 미국의 경우에는 추정적 사기 (prima facie evidence of fraud)의 경우에도 사기원칙 적용의 가능함을 천명하고 있다. (*NMC Enterprises Inc .v CBS Inc.* 14 UCC REp. Serv. 1427 (1974)).

15) 일반적으로 미국의 경우에는 제 3자의 사기도 사기원칙 적용 대상으로 보고 있으나 (UCC 5-109 (a), (b) 참조), 영국(*Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping* [1999] 1 All ER 417)이나 캐나다(*Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.* (1987) 36 D.L.R. (4th) 161)의 경우, 수익자 이외의 자에 의해 행하여진 사기는 사기원칙의 적용대상으로 보지 않는다.

III. 근거계약의 위법(Illegality)

1. 문제의 제기

일반적으로 양당사자가 체결한 계약이 준거법 및 계약의 이행지법에 반하는 위법을 구성한다면 그 계약은 원천적으로 무효가 되어 계약 당사자는 계약의무의 이행이 강요되지 않는다. 이와 같은 위법의 효력은 신용장과 독립 보증장 계약에도 동일하게 적용된다. 그러므로 발행은행과 수출업자/수익자 사이의 신용장거래계약에서 위법이 존재한다면, 예를 들어 신용장 발행자체가 위법을 구성하는 경우와 신용장이 적법하게 발행되었으나 후차적인 사유로 인해 계약의 이행이 위법을 구성하는 경우,¹⁶⁾ 신용장상의 계약이행의무는 소멸되어 진다.

이와 같이 신용장 자체가 위법을 구성하는 경우는 좀 더 세부적으로 다음의 경우에서와 같이 구분하여 심층적 연구가 필요하다.:

- ① 근거계약(underlying contract)에는 적법성 여부와 관련 아무런 문제가 없으나 신용장 발행 자체가 위법인 경우.¹⁷⁾
- ② 근거 계약과 신용장 계약 모두가 정부의 금지 또는 법원의 명령에 반하는 위법을 구성하는 경우.¹⁸⁾

상기한 경우 신용장 자체가 위법을 구성하기 때문에 당연히 계약은 법률적 효력을 상실하게 되며 계약 당사자는 동 계약의무이행이 불필요하게 된다. 그러므로, 본 신용장계약에서 수출업자/수익자가 발행은행에게 신용장의 제 조건에 일치하는 서류를 제시하였다 하더라도 은행은 수익자에게 신용장 금액을 지급할 의무를 지지 않는다.

이와 같은 발행은행의 의무면제는 전장에서 설명한 근원계약에서 발생한 사유가 신용장 계약에 영향을 주는 것이 아니라, 신용장 계약 자체에 직접 영향을 주는 사유가 발생한 것임으로 이는 신용장의 독립추상성에 대한 예외의 원칙으로 가늠하여 볼 수 있는 상황이 아니다.

위법에 의한 독립추상성의 예외에 대한 인정이 가능한 경우는 위법 사항이 근거계약에

16) 본 경우에 의한 신용장 계약의 위법은 이행지법과 준거법에 의하여 적용될 수 있는데, 주로 정부와 법원의 명령에 의해 신용장하에서의 지급을 금지하는 경우가 대부분이다. 외국법원의 금지 명령에 따른 지급 금지와 관련하여서는 미국 판례 *Chudian v. Philippine National Bank* 734 F Supp 415 (1992) 참조.

17) 이 경우와 관련해서는 미국 판례인 *International Dairy Queen Inc. v. Bank of Wadley* 407 F Supp 1270 (1976) 참조.

18) 본 경우와 관련해서는 영국의 판례인 *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada* [1983] 1 A.C. 168. 참조.

서만 발견되고 신용장 계약은 그 적법성에 문제가 없는 경우이다. 이때 법원이 근거계약의 위법을 이유로 발행은행에 지급 금지를 명하거나 또는 은행자신이 제시된 일치서류를 인수를 거절하는 경우, 신용장의 독립추상성의 원칙에 대한 예외로서 위법에 관한 문제가 등장하게 된다.¹⁹⁾

이와 같은 근거계약의 위법과 관련하여 아직 범세계적으로 적용되는 통일적 관습이 형성되어 있지 않으나, 신용장 계약에 적용되는 준거법에 따라 상이한 적용이 나타나고 있으며 서구 몇몇 국가의 입지를 살펴보면 다음과 같다.

2. 비교법적 분석

(1) 미국

미국의 경우는 통일상법전 (Uniform Commercial Code : UCC) 제5조에 신용장과 관련한 명시적 규정을 가지고 있다. 본 법률의 5-109에 의하면 신용장의 독립추상성의 예외로는 서류의 위조와 사기에 대하여 명시하고 있을 뿐, 위법과 같은 사기 이외의 사유에 관련하여 동 원칙의 예외를 구성하는 조건을 명시적으로 규정하고 있지 않다.²⁰⁾ 이와 같은 명시규정의 부재는 위법이 UCC하에서 독립추상성의 예외로 인정되지 않음을 명백히 하고 있는 것이라고 하겠다.

그러나, 몇몇 교수들은 UCC에서 위법에 의한 독립추상성의 예외의 적용을 금하고 있는 않다고 주장하고 있다.²¹⁾ 그러나, UCC 개정 이전의 판례인 *KMW International v. Chase Manhattan Bank*²²⁾에서 재판부는 “신용장 거래에서 발행은행의 지급의무를 근거계약의 위법사유를 이유로 지급을 금지하는 어떠한 규정도 UCC에 규정되어 있지 않다”²³⁾고 천명하였으며, 이와 같은 입장이 개정된 UCC에서 변경되었다고 볼 수 없음으로, 위법이 UCC 하에서 독립추상성의 유효한 예외사유가 되지 않는다고 보는 것이 합리적인 입장인 것으로 사료된다. 그러므로, UCC가 적용되는 신용장거래에서 근거계약의 위법이 존재한다하더라도 은행은 신용장에 의거 일치되는 서류가 제시되면 약정된 방식으로 지급을 이행하여야 하는 것이다.²⁴⁾

19) 이하 본 예외를 '위법예외'로 함.

20) U.C.C. Art. 5-109. Fraud and Forgery. (a) If a presentation is made that appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit, but a required document is forged or materially fraudulent, or honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant.: (1)... (2) the issuer, acting in good faith, may honor or dishonor the presentation in any other case

21) 예를 들어, G. McLaughlin, "Exploring Boundaries: A Legal and Structural Analysis of the Independence Principle of Letter of Credit Law", (2002) 119 Banking LJ 501, pp.527-528 참조.

22) 606 F 2d. 10 (1979).

23) *Ibid.*, p.16; "There is nothing in the U.C.C. ...which excuses an issuing bank from paying a letter of credit because of supervening illegality."

(2) 캐나다

캐나다의 경우도 역시 미국의 경우와 유사한 입장을 견지하고 있다. *Morguard Bank of Canada v. Reigate Resources (Canada) Ltd and Canada Trust Co.*²⁵⁾ 사건에서 Power J 판사는 신용장 계약은 근거 계약으로부터 독립이라는 독립추상성의 원칙을 기본 원칙으로 천명하면서, 동 원칙은 근거계약의 위법에 의해 오염(tainted)되지 않는다고 판시하고 있다. 또한, 다른 판례에서도 신용장거래에서 독립추상성원칙의 유일한 예외는 '사기 (fraud)'뿐이라고 판시하고 있어,²⁶⁾ 근거계약의 위법은 신용장계약에 영향을 끼치지 않는다는 입지를 견지하고 있는 것으로 분석될 수 있다.

(3) 영국 (England)

영국의 경우에는 위에서 살펴본 미국과 캐나다의 경우와는 다르며 근거계약의 위법을 인정하고 있는 것으로 나타나고 있다.

이와 같은 분석은 최근 판례로서 영국의 항소원 (Court of Appeal)²⁷⁾ 엔론 (Enron) 사태²⁸⁾와 연관되어 있는 *Mahonia Ltd. v. JP Morgan Chase Bank*²⁹⁾ 사건을 판결함에 있어 보여준 재판관의 의견 (dicta)에 기인한다고 할 수 있다. 이러한 견해는 앞서 살펴본 두 국가, 미국과 캐나다와는 다른 입지인 것으로 나타나고 있다.²⁹⁾

IV. 영국의 관점

Mahonia Ltd. v. JP Morgan Chase Bank 사건의 분석

1. 사건의 추이

본 사건 추이는 다음과 같다. 2001년 Mahonia, JP Morgan Chase Bank와 Enron의 자회사 사이에 3건의 스왑 (swap) 계약이 체결되는데, 이 거래에서 Mahonia는 Enron에게 Chase Bank의 중개로 미화 3억 5천만달러를 대부하였다. 총 세 개의 스왑 거래는 변액 지급에 대한 반대

24) N. Enonchong, "The Autonomy Principle of Letters of Credit: An Illegality Exception?", [2006] L.M.C.L.Q. 404. p.408. 참조.

25) 40 Alta LR (2d) 77 (1985).

26) *Cineplex Odeon Corp. v. 100 Bloor Street West General Partnership Inc.* [1993] OJ No. 112, 9; *Standard Trust Co. v. Bank of Nova Scotia* [2001] NFCA 27. 참조.

27) 엔론(Enron) 사태란 「포춘」지에 의해 미국의 7대 기업으로 선정되었던 세계적 에너지 회사 엔론이 2001년도에 수백 억 달러의 빚을 진 채 파산하여 막대한 경제적 파장을 일으킨 사건으로, 사상최대규모의 파산에 의한 대규모 회계부정이 있었다는 점에서 기업의 윤리성에 대한 논쟁을 불러 일으킨 바 있다.

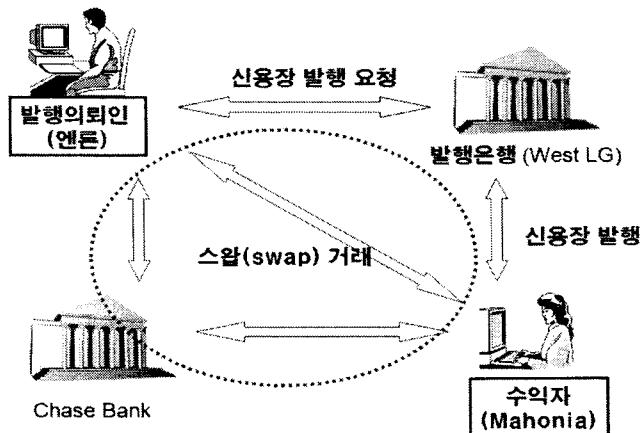
28) [2003] 2 Lloyd's Rep. 911.; English Commercial Court [2003] EWHC 1927 (Comm)

29) A. Malek & David Quest, *Jack : Documentary Credits*, 4th ed., 2009, Totte, pp.424-429.

로 고정액 지급을 대상적으로 약정하고 있었다. 즉, Chase Bank는 Mahonia와의 스왑협정에 의거 미화 3억 5천만달러를 Mahonia에게 지급하고 Mahonia는 Enron과의 스왑협정에 의거 이 금액을 Enron에게 지급하기로 약정하였다. 또한, Enron과 Chase Bank 간 스왑협정에 의거 Enron이 Chase Bank에 미화 3억6백만달러의 고정액 지급을 하도록 하였는데, 이러한 세 개의 스왑 거래에 의해 미화 3억5천만달러가 Chase Bank에 의해 Mahonia에게, 또한 Mahonia에 의해 Enron에게 지급되었고, Enron은 6개월 뒤 이자를 추가하여 Chase Bank에게 미화 3억 5천6백만달러를 지급하기로 되었다.

이와 같은 3 당사자간 스왑 협정의 정지조건(condition precedent)으로 Chase Bank는 Enron에게 Mahonia를 수익자로하는 신용장³⁰⁾을 발행하도록 하였다. 이에 Enron은 독일계 은행인 Westdeutsche Landesbank Girozentrale (West LB AG)의 London 지점에 Mahonia를 수익자로 하는 신용장 발행을 의뢰하였고, 이를 받아들인 West LB AG가 미화 천6백5십만달러에 이르는 신용장을 2001년 10월 5일자로 Mahonia를 수익자로 하여 발행하였다. 신용장의 지급조건은 Enron의 채무불이행(default) 시 지급청구(on demand)에 대하여 약정 금액을 지급하기로 되어 있었다.

Mahonia Ltd. v. JP Morgan Chase Bank 사건도해



본 신용장이 2001년 10월 5일에 발행되었으나 얼마 후 Enron의 재정적 어려움이 드러나기 시작했고, Enron은 동년 12월 2일 파산선고를 하게 된다. 이러한 Enron의 파산은 West LB AG가 Mahonia를 수익자로하여 발행한 신용장에서 약정하고 있는 지급요건불이행(default) 조건 중 하나였음으로 Mahonia는 동년 12월 5일 West LB AG에게 US\$ 165 million의 지급을 청구하였다. 그러나 Mahonia의 일치된 제시에 대하여 West LB AG는

30) 본 신용장은 그 성격상 보증 신용장 (standby letter of credit)임.

자신이 발행한 신용장은 그 근거계약에 위법사유가 존재하므로 이행될 수 없다고 하여 지급을 거절하였다. 이에 Mahonia는 영국의 상사법원(English Commercial Court)에 소를 제기하였다.

2. 사건의 쟁점

이 사건에서 피신청인/West LB AG는 Enron, Chase Bank와 Mahonia간 스왑 거래는 위법을 구성한다고 주장하였다.

피신청인/West LB AG 측은, 상기한 3건의 거래가 긴밀히 연관되어 있는 스왑거래는 각각 변액지급에 대한 약정지급이 대칭적으로 정확히 일치한 거래이기 때문에, 동 거래의 궁극적 효과는 Enron에게 미화 3천 5백만달러의 자금대여를 6개월 기간 동안, 연리 3.44%로 대출해주는 효과를 가져왔다고 지적하였다. 이와 같은 스왑거래를 통해 Enron이 획득한 자금은 자신의 회계장부의 부채계정에 기입되지 않아도 되기 때문에 회계장부상, 재정상태의 어려움을 드러내지 않아도 되는 효과를 가져 오게 되었다는 것이다.

이와 같은 대칭적인 상호 스왑거래는 위법사항인 스왑거래 조작으로 인정되어, 최종적으로는 Enron이 불법으로 자금 대여를 한 거래가 됨으로 해당 스왑 거래는 미국의 일반적으로 인정되는 회계원칙 (US Generally Accepted Accounting Principles : GAAP)과 미국 증권거래소법 1934 (US Securities Exchange Act 1934)을 위반하는 위법을 구성하는 계약이라고 주장하였다.³¹⁾ 그러므로, 이러한 위법적 목적을 충족시키기 위해 발행된 신용장은 그 근거계약에 위법사유가 존재한다는 사실에 근거하여 이행될 수 없는 것이라고 주장하였다. 이에 대하여 원고/Mahonia측의 입지에서 피고/West LB AG는 자신과의 신용장계약에 의거하여 지급을 이행하여야 한다고 주장하였다.

이와 같이 본 사건에 있어서 가장 중요한 쟁점이 되는 것은 첫째, 근거계약에 위법을 구성하는 사항이 있는가와 둘째, 만일 위법 사항이 존재한다면 본 사유가 신용장의 독립 추상성원칙의 예외요건으로 인정될 수 있느냐 부분으로 요약될 수 있다.

3. 판결

(1) 본 사건의 판결

본 사건을 담당한 Colman 판사는 약식 판결 (summary judgment)에서 신용장 계약의

31) 피고은행의 주장은 다음과 같다: "[The transaction was] a cosmetic device to provide Enron with a loan ... which Enron did not have to record in its accounts as a debt"(Ibid., p.913); "[T]he purpose behind the Three Swaps was an illegal one and/or it was intended by Enron and Chase and Mahonia that the Three Swaps would be utilised illegally. ([2003] 2 Lloyd's Rep. 911, p.914)

독립추상성 원칙은 특별한 경우 근거계약의 위법사유에 의해 제외될 수 있다는 입장을 견지하고 있음을 밝히며 본 사건에서 수익자/Mahonia의 항변은 충분한 논의의 여지가 있다고 판시하였다. 또한 위법에 의한 신용장의 독립추상성 원칙의 예외 적용은 그 근거계약의 위법 사항의 경중 여부와 “법원에 제출되는 위법 사항의 증거에 근거하여 판결되어야 한다”고 판시하였다.³²⁾ 그러므로, 본 사건은 정식 재판의 수순을 밟게 되었다.

정식재판에서 충분한 사건 심의 후, 재판부의 Cooke 판사는 근거계약에 위법사항이 존재하지 않는다고 판시하면서 수익자/Mahonia는 신용장에서 지급 받을 권리가 있다고 판결하였다. 이와 같은 판결은 첫째, 엔론의 회계방식이 미국 증권거래소법에 위반되지 않으며; 둘째, 신용장의 수익자/Mahonia는 근거계약의 여하한 위법사항의 관계자가 아니며, 잘못된 회계방식에 대하여 인지할 수 없는 상황에 있었기 때문에 신용장에서 지급받을 권리 를 상실되지 않는다는 점에 근거하였다. 그러므로 본 사건에서 일치되는 제시에 대한 피고/West LB AG의 지급 거절은 적법하지 않다고 판결하였다.³³⁾

(2) 위법예외의 인정과 관련한 재판부의 법리 판시

상기한 바와 같이 본 사건에서는 근거계약의 위법이 발견되지 않았음으로 근거계약의 위법이 신용장 계약에 영향을 미치는지에 대하여 확정판결을 내리지 않았다. 그럼에도 불구하고 재판부는 신용장계약상의 위법가능성에 대한 긍정적인 법리적 의견을 제시하였다. 항소심의 Colman 판사는 *Group Josi Re. v. Walbrook Insurance Co. Ltd.*³⁴⁾ 사건의 판시를 인용하며 신용장계약 자체에 위법의 요소가 없더라도 신용장 계약의 이행이 근거계약의 위법에 대하여 지급을 이행하여야 하는 결과를 초래한다면 해당 신용장 계약은 이행되어서는 안 된다는 취지로 다음과 같이 판시하였다.

만일 수익자가 사기행위를 범행하여 이에서 창출되는 소득을 취득할 목적으로 신용장을 활용하려 한다면 정부의 공공정책상의 방향은 이의 권리를 박탈당하여 야 하는 입지에 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 수익자가 신용장이 활용되지 아

32) *Ibid.*, [69].

33) *Ibid.*, p.73. Cooke 판사는 “In my judgment, the question of nomenclature of the transactions is of little importance. The issue between the parties is the proper way to account for these transactions, which is a matter of accounting principle and practice, not one of usage of words in the jargon of banks, financial markets or economists”.라고 판시하며 본 스왑거래의 위법성을 부인하였다.

34) [1996] 1 W.L.R. 1152. 본 사건에서 신청인은 재보험회사로 다수의 피고들과 재보험계약을 체결하였다. 본 보험 계약에서 피고들에게 지급 확약을 하기 위하여 신용장이 발행되었다. 신용장 발행 후, 신청인은 피고 들과의 재보험 계약이 위법을 구성하여 철회되어야 함으로 신용장 계약 역시 집행되어서는 안됨으로 피고 들이 기 발행된 신용장에서 지급청구를 금지하기 위하여 법원 명령 (*injunction*)을 신청하였다. 이에 대하여 Staughton 판사는 본 사건의 경우, 재보험 계약이 위법을 구성하지 않음으로 피고들은 신용장에서 대금 지급 청구를 할 수 있다고 판결하며, 이번 사건의 경우는 아니지만 근거계약상의 위법이 신용장 계약에 영향을 미칠 수 있는 경우가 반드시 있을 것이라고 판시, 위법 예외의 가능성에 대해 긍정적 의견을 제시하고 있다. (“It seems to me that there must be cases when illegality can affect a letter of credit. (p.1163)

니하였을 경우 그 불법성으로 인하여, (그 불법성의 강도 여하에 관계 없이), 집행될 수 없었을 근거계약의 일부를 집행되도록 하기 위하여 법원의 이용이 허용되어서는 아니 된다. 또한 수익자가 국제적 범죄가 개입되어 있는 심각한 상황에서 신용장의 독립추상성에 반하는 조치가 있었다고 하여 국제상거래의 생명 혈에 위해적인 요인으로 작용하는 일은 있을 수 없는 것이다.³⁵⁾

또한 Colman 판사는 이에 추가하여 그 위법성이 외국의 법률에 기인하는 것이며 또한 이의 사실이 거래당사자의 일편만이 인지하였을 경우에도 독립추상성의 예외로 인정된다고 다음과 같이 천명하였다.³⁶⁾:

법리적으로 외국의 불법적 목적을 위하여 거래관계가 체결된 계약의 집행을 강요하도록 어느 한당사자에게 허락하였다면 이는 공공정책에 반하는 것이 될 것이며 또한 이의 불법성에 대하여 어느 당사자 일편만이 인지하였을 경우에도 양당사자가 그러한 계약상의 목적을 인지한 경우와 동일하게 이의 원칙이 적용되는 것이다.

이와 같이 Colman 판사의 판시는 근거계약의 위법이 신용장 계약에 영향을 줄 수 있음을 명확히 하고 있어 향후 이와 관련한 분쟁 사건의 법리적 기초가 될 수 있는 법리를 제시하고 있다.

V. 위법 예외적용의 합리성에 관한 평가

상기에서 논의한 바와 같이, 근거계약의 위법에 의한 신용장 계약의 독립추상성 원칙의 예외로 인정하고 있는 나라는 영국을 제외하고 찾아보기 어렵다. 사실 영국도 이와 같은 예외에 대하여 법리적 적합성에 대하여 판시하고 있을 뿐, 확정 판결에 의한 법리가 구축

35) [2003] 2 Lloyd's Rep. 911, p. 927. - If a beneficiary should as a matter of public policy (ex turpi causa) be precluded from utilizing a letter of credit to benefit from his own fraud, it is hard to see why he should be permitted to use the courts to enforce part of an underlying transaction which would have been unenforceable on grounds of its illegality if no letter of credit had been involved, however serious the material illegality involved. To prevent him from doing so in an appropriately serious case such as one involving international crime could hardly be seen as a threat to the lifeblood of international commerce.

36) <http://www.wmin.ac.uk/westminsterresearch> ; Documentary credits and illegality in the underlying transaction, journal of International Maritime Law. 9(6). pp. 518-521, 2003 - It must logically be just as contrary to publicc policy to enable the claimant to enforce a contract which has been entered into for a foreign illegal purpose known only to himself as to enable him to enforce such a contract the purpose of which is known to both party.

된 것도 아니기 때문이다. 그럼에도 영국의 판례상 상기한 위법 예외의 적절성이 인정되는 추세에 있음을 살펴볼 수 있음으로 앞으로 이에 대한 법리적 인정이 확산될 가능성이 충분하다고 할 것이다. 이와 같은 분석은 하기의 제시하는 당위성에 근거한다.

1. 위법 예외의 적법성

우선 신용장의 독립 추상성 원칙의 예외로서 위법 예외의 인정은 그 사유측면에서 이미 범세계적으로 폭넓은 예외 규칙으로 인정받고 있는 사기원칙과 동일하다고 할 수 있다.

일반적으로 사기원칙은 *United City Merchants (Investment) Ltd. v. Royal Bank of Canada*³⁷⁾ 사건에서 Diplock 판사의 판시에서 명확히 하고 있는 바, 그 법리상 라틴금언인 '*ex turpi causa non oritur actio*'에 근거하고 있다고 할 수 있다.³⁸⁾ '*Ex turpi causa non oritur actio*'는 'An action does not arise from a base cause' 또는 'No action arises from an unworthy cause'를 의미하며, 'base'와 'unworthy'는 사기(fraud)와 같은 불법행위를 뜻하는 것으로 해석된다. 그러므로 본 금언은 '위법 행위에 관여한 자는 해당 위법행위에 의해 발생하는 손해 또는 손상에 대하여 소를 제기할 수 없다'³⁹⁾는 뜻으로 해석된다.⁴⁰⁾

사기 원칙은 상기한 법률적 원칙에 근거, 사기에 의해 발생 또는 위조 변조되어 법적 효력을 갖지 못하는 무효화된 서류에 의한 대금지급청구는 어떠한 법적 구속력도 갖지 못한다는 것을 명확히 하고 있는 것이라고 할 것이다. 이와 같은 법률 원칙은 근거계약상의 위법의 경우에도 동일하게 적용될 수 있는 것이다. 위법 원칙에서 주장하고 위법에 의해 무효화된 근거 계약에서 규정한 지급의무를 이행하기 위한 신용장계약상의 권리와 의무의 무효화는 사기의 원칙에서와 마찬가지로 '*ex turpi causa non oritur actio*'를 적용할 수 있는 상황임으로 사기원칙에서의 경우와 마찬가지로 신용장의 독립추상성 원칙의 예외로 인정되어야 할 것이다.

2. 위법 예외의 일반법적 인정

일반적으로 세계 각국의 국내법하에서 계약에 위법 사항이 있을 경우, 즉 계약의 준거

37) [1983] 1 AC 168.

38) "[Fraud exception] is a clear application of the maxim *ex turpi causa non oritur actio*"; *ibid.*, p.183.

39) 'if one is engaged in illegal activity, one cannot sue another for damages that arose out of that illegal activity.' 예를 들어, 운전자와 같이 차량을 도난한 탑승차가 차량 도난 후 도주시 사고발생으로 부상을 입은 경우, 탑승자는 운전자에게 사고에 기인한 여하한 소를 제기할 수 없다: <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/E/Extrupicauononorituractio.aspx>

40) L. Rutherford and S. Bone, *Osborn's Concise Law Dictionary*, 8th ed., 1993, Sweet & Maxwell. p.137. 동 사전은 해당 금언의 뜻을 'An illegal contract is void.'로 해석하고 있다.

법 또는 행위지법에 반하는 약정이나 방식에 의해 계약이 체결된 경우, 해당 계약은 법적 구속력을 상실하게 되며, 그러한 위법 계약과 밀접하게 연계되어 있는 부차적 계약, 예를 들어 위법계약에 근거한 담보 계약 등도 마찬가지로 취소된다고 할 수 있다.⁴¹⁾

예를 들어, A가 B에게 C에 대한 청부폭력을 요청과 관련한 계약을 체결하고, 그 대가의 지급을 D에게서 자금 대여 명목으로 수령하기로 한 경우, A와 B사이의 계약이 위법 계약이기 때문에 B와 D 사이의 자금 대여 계약은 무효화 된다. 이러한 상황에서, 만일 D가 A의 청구로 인해 B를 수익자로 하는 신용장을 일람청구 지급하는 조건으로 발행한 경우, 신용장의 독립추상성 원칙을 근거로 신용장 계약의 이행을 요구하는 것은 적법하지 못하다고 할 수 있다. 그러므로 이미 일반법적 원칙에 의해 폭넓게 인정되고 있는 이와 같은 법원칙은 신용장 거래에서도 적용되어야 할 것임으로 근거계약상 위법의 예외는 인정되어야 할 것이다.

3. 위법의 예외에 대한 인정으로 인한 은행의 책임

신용장거래에서 위법의 예외가 인정됨으로써 이의 인정이 은행의 계약상의 의무와 책임이 확대되지 않아야 한다. 왜냐하면, 위법 예외는 신용장 거래에 은행의 안정적 참여를 보장하는 독립추상성 원칙의 예외이기 때문에 이의 인정이 은행에게 추가적인 계약 부담 요인으로 다가오면 문제가 될 수 있기 때문이다.

그런데, 위법의 예외원칙의 인정은 신용장거래참여은행의 책임을 확대하여 추가적인 어려움을 유발할 것임으로 인정해서는 곤란하다는 주장이 특별히 미국의 학자들에 의하여 주장되고 있다.⁴²⁾ 즉, 이들 학자들에 따르면 위법의 예외를 인정할 경우, 은행이 제시서류 점검 시 이의 관련 근거계약의 위법성에 대하여 충분히 이해하고 있어야 하기 때문에 은행의 서류 심사와 관련된 책임이 확대될 것이라고 하는 것이다. 그러나 이와 같은 결론은 신용장 거래를 잘 못 이해함으로 연유된 오류이라고 할 수 있다. 위법의 예외를 인정하여 적용한다 하더라도, 은행은 서류의 점검 시 근거계약을 조사하거나 해석할 필요가 없기 때문이다. 그렇기 때문에 위법의 예외를 인정하는 법칙이 인정된다 하더라도 은행의 서류 점검의무가 확대된다고 할 수 없다는 것이다.

또한, 위법의 예외에 대한 적용과 관련하여서도 추가적인 책임이 발생하지 않을 것으로 분석된다. 이는 은행에 대해 위법의 예외와 관련한 지급금지 요청이 청구되더라도 은행은 사기원칙⁴³⁾의 경우와 동일하게 근거 계약을 조사하거나 추가적인 증거 수집 등의 업무를

41) 영국법의 경우 *Spector v. Ageda* [1973] Ch 30 참조; R. Goode, *Commercial Law*, 3rd ed., 2004, Penguin. 130-135; G. Treitel, *The Law of Contract*, 10th ed., 1999, Sweet & Maxwell, 467-468 참조.

42) G. McLaughlin, "Letters of Credit and Illegal Contracts : The Limits of the Independence Principle", (1989) 49 Ohio St LJ 1197 p.1126 참조.

수행할 필요 없이 다만 제시된 위법 사유만을 근거로 서류점검을 수행하는 것으로 족하기 때문이다.

이와 같이, 위법의 예외의 인정은 은행에게 추가적인 계약의무를 유발하지 않음으로 이의 인정과 관련한 은행의 저항을 불러일으키지 않을 것임으로 이의 인정과 관련한 장애적 요인은 없을 것으로 판단된다.

VI. 결 론

지금까지 살펴본바와 같이 위법의 예외의 원칙을 인정하는 것은 법리적 실무에서 상당 부분 그 합리성이 인정되고 있다. 그러므로 근거계약에 위법이 존재한다면 이에 의한 신용장거래는 그 자체에 위법이 존재하지 않더라도 독립추상성 원칙의 예외를 인정하고 있는 것이다.

그러나, 신용장거래에서 독립추상성의 원칙의 중요성이 훼손되어서는 안 될 것임으로 이와 관련하여 어떠한 예외의 원칙도 쉽사리 받아드려져서는 안 될 것이다. 그러므로 근거계약상의 위법에 의한 예외는 신용장의 상업적 기능과 목적이 상실되지 않는 범위 내에서 합리적인 적용기준을 다음과 같이 설정되어야 할 것임을 천명하는 바이다:

첫째, 위법에 관한 의심이나 불확정적 증거에 대하여 본 원칙을 적용하는 경우 신용장의 근본 목적에 반하는 것임으로 위법의 확정적 증거가 노출되는 경우에 한하여 이 원칙을 적용하도록 하여야 할 것이며 단순히 위법의 가능성에 대한 의심만으로 동 외의 원칙적용을 허용하여서는 안될 것이다.

둘째, 은행의 입지에서 본 예외의 원칙적용과 관련하여 여하한 경우에도 그 근거 계약의 위법성 여부를 조사하거나 판단해야 하는 의무의 부담은 없어야 하는 것이다.

셋째, 위법의 예외원칙은 경미하거나 사소한 위법이 아닌 심각한 위법의 경우에만 적용될 수 있도록 하여야 한다. 근거 계약의 위법사항이 있다하더라도 그 내용이 사소하거나 단순한 기술적인 오류에서 연유된 경우 본원칙의 적용은 합리적이지 못하다는 것이다. 그러나 사소한 위법과 심각한 위법구분에 어려움이 있을 수 있겠으나 이는 적용 가능한 준거법에 의하여 판단할 과제이다.

넷째, 본 예외는 신용장의 수익자가 근거계약의 위법을 인지하고 계약을 체결한 경우에도 적용하여야 한다. 근거계약의 위법성을 인지하지 못하였다 하여 이

의 예외를 인정하지 않는다면 기본 법리에 반하는 문제가 있다고 할 수 있다.

상기에서 분석한 바, 근거계약의 위법에 의한 신용장 계약의 독립추상성 원칙의 예외로 인정하고 있는 나라는 영국이 효시를 이루고 있다. 현 단계에서는 위법의 예외에 대하여 법원의 확정 판결이 아닌 판사의 법리 분석부수적 의견에서 인정되고 있는 것이긴 하나 상기한 위법 예외의 적절성이 인정되는 추세에 있음을 나타내고 있으므로 이에 대한 연구와 대비가 필요하다고 하는 것이다.

참 고 문 헌

- R. Goode, *Commercial Law*, 3rd ed., 2004. Penguin.
- A. Malek & David Quest, *Jack : Documentary Credits*, 4th ed., 2009, Tottel.
- G. Treitel, *The Law of Contract*, 10th ed., 1999, Sweet & Maxwell.
- N. Enonchong, "The Autonomy Principle of Letters of Credit: An Illegality Exception?", [2006] L.M.C.L.Q. 404.
- G. McLaughlin, "Exploring Boundaries: A Legal and Structural Analysis of the Independence Principle of Letter of Credit Law", (2002) 119 Banking LJ 501.
_____, "Letters of Credit and Illegal Contracts : The Limits of the Independence Principle", (1989) 49 Ohio St LJ 1197.
- L. Rutherford and S. Bone, *Osborn's Concise Law Dictionary*, 8th ed., 1993, Sweet & Maxwell.
- 강원진 외, "중국에서의 신용장사기 규제와 관한 고찰", 「무역학회지」, 제24권 제3호, 한국무역학회, 1999.
- 강창남, "신용장거래에서 사기원칙적용상의 문제점에 대한 대응책", 「국제상학」, 제14권 제1호, 한국국제상학회, 1999.
- 라공우 외, "미 통일상법전 신용장편 제109조 (a)항에 관한 소고", 「경영법률」, 제15권 제1호, 한경영법률학회, 2004.
- 양정호 외, "신용장거래에서의 사기관련 한미 사례검토", 「기업법 연구」, 제19권 제1호, 한국기업법학회, 2005.
- 이상훈, "보증신용장 거래에서 발행은행의 지급거절권의 행사에 관한 사례연구", 「무역학회지」, 제30권 제2호, 한국무역학회, 2005.
- 이정원, "신용장의 예외적 사기와 사기대응에 관한 연구", 「국제상학」, 제22권 제2호, 한

국국제상학회, 2007.

채진익, “신용장거래에 있어서 사기예외의 적용기준에 관한 연구”, 「중앙법학」, 제6권 제3호, 중앙법학회, 2004.

한주섭 “신용장거래에서의 사기의 원칙에 관한 연구”, 「국제상학」, 제15권 제1호, 한국국제상학회, 2000

한재필, “독립적 보증에 있어 계약당사자간 법률관계에 관한 연구”, 「무역학회지」 제33권 제5호, 한국무역학회, 2008.

ABSTRACT

An analysis on the Exceptions to Independence Principle of
Documentary Credit and Autonomous Guarantees
-with a special emphasis on the illegality in the underlying contract-

Jae-Phil Hahn

This paper aims at assessing reasonableness for restraining the independence principle in the operation of documentary credit in case of the illegality appeared in the underlying transactions. It has been a major rule under the independence principle to keep the credit operation free from the defences made by the issuing bank and/or credit applicant with a view to prevent the payment as specified under the credit. And also, it is generally accepted in the international commercial community to examine a presentation to determine, on the basis of the document alone, whether or not the documents appear on their face to constitute a complying presentation. Even though these two essences are major rules in the credit operation, if a presentation is made with the documents forged or materially fraudulent, the issuing bank can refuse to pay the documents in respect of fraud rule based on fraud exception for which a court of appropriate jurisdiction would enjoin such honour. Now we have newly come to another situation to determine whether or not we have to apply the same as fraud rule which is applicable to the illegality in the underlying contract under the new conception of illegality principle based on illegality exception.

English Commercial Court handled the illegality case under the case of *Mahonia Ltd., v. JP Morgan Chase Bank* in 2003 and Justice Colman decided that issuing bank can rely on illegality affecting a letter of credit as an excuse for failure to pay. This judgement brought about the acceptance of illegality principle based on illegality exception as a defence to payment under a letter of credit as far as the illegality concerned in the underlying transactions. It is noticeable that this case will affect our international commercial community more to rely on the illegality in the underlying transactions as a good issue to stop payment for the issuing bank in the L/C operation.

Key Words : Illegality Exception, Independence Principle, Fraud Exception, Documentary Credits, Autonomy Guarantees