

國際的 保證의 諸問題*

石光現**

-
- I. 머리말
 - II. 회사보증(Corporate Guarantee)
 - III. 獨立的 保證(Independent Guarantee)과
保證信用狀(Standby Letter of Credit)
 - IV. Comfort Letter
 - V. 맺음말
-

I. 머리말

과거 우리 기업이 해외차입을 하기 위하여 외국의 금융기관들과 체결한 국제적인 대출계약서는 무수하며 앞으로도 무수히 많은 대출계약서가 체결될 것이다. 이를 위하여 차주의 모회사나 계열회사가 이른바 人的 擔保로서 보증(guarantee)¹⁾ 또는 지급보증(payment guarantee)을 하는 예도 많이 있을 것이다. 물론 1997년 IMF의 구제금융을 받은 이후 재벌기업의 선단식 경영의 폐해가 집중적인 비판을 받고 엄격한 규제하에 놓이게 됨에 따라 지급보증도 규제를 받게 되었지만 완전히 금지된 것은 아니다. 국제적인 대출계약 내지는 보증은 종래 국제금융에 관여하는 실무자들과 일부 변호사들의 관심의 대상일 뿐이고 그에 대한 체계적인 연구나 검토는 행해지지 않고 있다. 이러한 배경하에서, 여기에서는 이러한 국제적인 대출거래와 관련하여 사용되는 한국 회사들이 발행하는 보증(corporate guarantee. 이하 편의상 “회사보증”이라 한다)²⁾의 내

* 이 글은 필자가 2001년 12월 14일 무역상무학회에서 발표한 것을 다소 수정·보완한 것이다.

** 한양대학교 법과대학 교수

1) 이를 ‘guaranty’라고 쓰기도 한다. 여기에서는 편의상 본문과 같이 한다.

용과 실무상의 논점을 우리 법상의 보증과 대비하여 논의한다.³⁾ 다만, 보증서에 대한 엄밀한 검토는 보증서의 準據法인 영국법 또는 뉴욕주법에 따라 이루어져야 하므로 여기에서의 논의는 제한적이다.

이러한 국제적인 보증의 경우에도, 차주가 해외의 현지법인인 경우와 한국 기업인 경우가 있고, 후자 중에는 차주가 외국에서 자금을 사용하는 '現地金融'인 경우와 그 밖의 경우가 있으나 그러한 구분은 여기에서의 논의와는 별로 관계가 없으므로 여기에서는 양자를 함께 논의한다.

주의할 것은 여기에서 사용하는 '보증', '보증인'이라는 표현은 편의상의 용어이지 그의 법적 성질이 우리 民法 제428조 이하에서 말하는 보증(Bürgschaft, cautionnement), 보증인(Bürge, caution)을 의미하는 것은 아니라는 점이다.⁴⁾

II. 회사보증(Corporate Guarantee)

1. 개관

국제금융거래에서 대출계약 - 은행단대출(syndicated loan)⁵⁾이든 단일은행 대출(single bank loan)이든간에 - 과 관련하여 차주의 모회사 또는 계열회사가 발행하는 보증서의 구체적인 내용은 개별 거래의 당사자들간의 합의의 산물이므로 당해 거래의 구조와 조건에 따라 상이함은 물론이고, 대주 또는 실제로 계약서작성(documentation)을 담당하는 대주측의 변호사에 따라 상이하다. 국제금융거래에서 사용되는 보증서는 주로 영어로 작성되고 국제금융의 중심지인 영국과 뉴욕주의 법에 의하여 규율되므로 영미법의 압도적인 지배하에

2) 이는 예컨대 회사의 대표이사 또는 대주주가 하는 '개인보증(personal guarantee)'과 대비되는 것이다.

3) 국제금융거래에서 사용되는 대출계약서에 관하여는 石光現, "國內企業의 海外借入의 實務와 法的인 問題點 - 國際契約法的 論點을 중심으로 -", 國際私法과 國際訴訟 제1권 (2001), 573면 이하 참조.

4) 민법에서 말하는 補充性과 附從性이 있는 보증을 가리키기 위해서는 'accessory suretyship' 또는 'accessory guarantee'라는 표현을 사용하는 것이 보다 정확할 것이다.

5) 최근에는 신디케이트드 론 거래에 있어 관리수수료의 귀속관계에 관하여 대법원 판결(대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다30469 판결)이 선고된 바 있다. 법률신문 2002. 1. 3. 10면 참조.

발전되어 왔다. 따라서, 이를 제대로 이해하기 위해서는 영미법, 특히 영미계약 법에 대한 기본적인 이해가 필수적이라고 할 수 있다.⁶⁾

보증서는 대출계약 자체에 포함되거나 별도의 서류로 작성된다. 전자의 경우 보증인은 차주와 함께 대출계약의 당사자로서 대출계약에 서명한다. 한편, 보증서가 별도의 서류로 작성되는 후자의 경우에는 대주와 보증인이 공동으로 서명하는 계약서의 방식을 사용하는 경우도 있으나, 통상은 보증인이 작성하여 대주에게 제출하는 이른바 “letter agreement”의 방식을 취한다. 國際私法상 방식은 보증서의 實質(substance)의 準據法 또는 보증계약의 체결지의 법에 따라 사항이나, 통상은 특별한 방식이 요구되지는 않는다.

국제금융거래에서 사용되는 보증서는 오랜 기간을 거쳐 형성된 국제금융시장의 거래관행을 반영하는 것으로서 당사자들간의 법률관계를 매우 정치하게 규정하는 점에 특색이 있는데 이는 바로 ‘契約自由의 原則’을 극대화한 것이다. 다만, 보증서는 오랜 관행에 의하여 어느 정도는 정형화되었다고 할 수 있다. 아래에서는 이러한 보증서의 주요내용을 간단히 살펴본다.

2. 주요조항

가. 보증문언

대주가 하나인 이른바 단일은행대출계약의 경우 보증서는 다음과 같은 취지의 보증문언을 포함한다.

“We, the undersigned, (Guarantor) for and in consideration of the (Lender) entering into the Loan Agreement with the (Borrower) and for other good and valuable consideration which the Guarantor hereby acknowledges having received, hereby irrevocably and unconditionally guarantee, as primary obligor and not merely as surety to the (Lender), jointly and severally with the Borrower, the prompt performance by the

6) 예컨대 consideration, representations and warranties의 법리 등은 우리에게 생소한 개념이다.

7) 예컨대 letter agreement의 방식에 의하는 경우, 보증인이 한국에서 이를 작성하여 외국에 소재하는 대주에게 제출한다면 한국과 당해 외국이 모두 행위지가 된다. 國際私法 제17조 제3항, 제4항.

Borrower of all obligations of the Borrower under or in connection with the Loan Agreement and the payment of all sums payable to the Lender by the Borrower thereunder or in connection therewith in each case when and as the same shall become due.”⁸⁾

(1) Consideration에 관한 문언

영미법에 따르면 다른 종류의 계약서와 마찬가지로 보증서가 유효하기 위해서는 보증인이 보증서를 발행하는 댓가로 대주가 보증인에게 일정한 이익 또는 약속을 할 것이 필요하다.⁹⁾ 영국법상 consideration(約因 또는 對價. 이하 約因이라 한다)의 문언이 없는 경우 보증서가 유효하기 위해서는 날인되어야 한다. 보증서의 경우 約因은 대주가 차주에게 대출할 것을 합의하는 것이다. 주의할 것은, 영국법상 約因은 과거의 것이어서는 아니되므로 이미 대출이 행해진 후에 또는 대주가 대출을 확약한 후에 보증할 경우 보증서는 約因의 결여로 무효가 될 수 있다는 점이다.¹⁰⁾

(2) Primary Obligor

보증서에 따르면 보증인은 단순한 'surety'로서가 아니라 일차적 채무자(primary obligor) 또는 주된 채무자(principal obligor)로서 보증을 한다. 원래 보증인은 '이차적 채무(secondary obligation)' 또는 '종속적 채무(accessory obligation)'를 부담할 것이나, 위와 같은 문언은 보증인이 그러한 채무가 아니라 '일차적 채무(primary obligation)'를 부담하고, 보증채무의 주채무로부터의 독립성을 확보하고, 주채무자의 불이행이 있으면 즉시 보증인에게 청구할 수 있음을 분명히 하며, 위의 문언이 없더라도 보증인이 면책될 수 있는 보증에 관한 기술적인 규칙들의 적용을 배제하고, 주채무에 관한 조건을 보증채무에도 적용하기 위한 것이다.¹¹⁾ 일반적으로 'suretyship'이라 함은 우리 民法상의 보증처

8) 이 글의 말미에 별첨 A로 첨부한 보증서는 본문의 보증문언에 추가하여 차주가 대출계약서상 대주에게 지급할 금원을 지급하지 않는 경우 보증인이 대주의 청구 즉시 그 금원을 지급할 것을 확약하는 문언을 포함한다. 이는 보증을 獨立的 保證이 되도록 하는 강력한 문언이다.

9) 約因이 없이 일방만이 어떤 약속을 하는 것을 영국에서는 'bare promise (nudum pactum)'라고 부른다. 보증과 달리 신용장의 경우에는 約因은 불필요하다. Philip R Wood, Comparative Law of Security and Guarantees (1995), para. 28-3. 미국의 통일상법전(UCC) 제5-105조는 이를 명시한다.

10) 미국에서는 그렇지 않다. 통일상법전 §2-209 참조. 미국법상의 約因의 법리는 양명조, 미국계약법 (1996), 9면 이하 참조.

럼 주채무에 대해 附從性을 가지는 보증채무를 말한다.¹²⁾

(3) Joint and Several Guarantee

수인의 보증인들이 있는 경우 보증서는 joint and several guarantee임을 명시한다. 또한 보증인이 일인인 경우에도 ‘jointly and severally with the Borrower’라고 규정하는 것이 보통이다.

영국법상으로는 보증인이 joint liability를 부담하는 경우 보증채무는 보증인의 사망에 의해 소멸하나, joint and several liability를 부담하는 경우에는 상속된다고 한다. 또한, 보증인이 joint liability를 부담하는 경우 대주는 하나의 訴因(cause of action)만을 가지나, several liability를 부담하는 경우에는 여러 개의 訴因을 가지므로 보증인들을 상대로 순차적으로 訴를 제기할 수 있다고 한다.¹³⁾ 이에 의하면, joint and several guarantee라고 하여 우리 법상의 연대보증과 동일한 것은 아니나 그와 유사한 것으로 이해된다.

(4) Unconditional and Irrevocable Guarantee

이러한 문언은 보증이 무조건적이고 취소할 수 없음을 분명히 하기 위한 것이다. 무조건이라 함은 주채무자인 차주의 불이행이 있는 경우 대주가 차주에 대한 구제수단을 행사한 뒤에 비로소 보증인에 대해 청구할 수 있는 보증이 아님을 명확히 하고, 보증채무의 주채무로부터의 독립성을 강화하기 위한 것이다.¹⁴⁾ 우리 법상의 개념으로 말하자면 보증인이 이른바 최고·검색의 항변권(民法 제437조)을 가지지 않음을 명확히 하는 것이라고 할 수 있다.

한편, 취소할 수 없다는 것은 아마도 1993년 개정 전 신용장통일규칙(UCP 400)상 명시적인 규정이 없으면 신용장은 취소할 수 있었던 데서 보는 것처럼 영미법상 보증인이 일방적으로 보증을 취소할 수 있음을 고려하여 이를 배제하기 위한 것이라고 한다. 우리 법상은 일단 보증계약을 체결하면 의사표시의 하자 등의 예외적인 사유가 없으면 보증인은 보증서를 취소할 수 없고, 나아가 철회할 수도 없음은 의문이 없다.

(5) Continuing Guarantee

11) Wood(註 9), para. 25-26 참조.
 12) R.I.V.F. *Bertrams, Bank Guarantees in International Trade*, second revised edition (1998), p. 3, p. 56. 미국법상의 suretyship에 관하여는 Restatement (Third) of Suretyship을 참조. 또한 Peter A. Alces, “An essay on independence, interdependence, and the suretyship principle”, 1993 *U. Ill. L. Rev.* 447 참조.
 13) Wood(註 9), para. 25-7 참조.
 14) Wood(註 9), para. 25-25.

영국법상 보증은 여러 가지 유형으로 구분할 수 있으나, 그 중 중요한 의미를 가지는 것은 개별보증(discrete guarantee)¹⁵⁾과 계속적 보증(continuing guarantee)¹⁶⁾이다. 대주의 여신거래에는 대주가 차주에게 일정 금액을 대출하고 차주가 이를 상환함으로써 대주-차주관계가 소멸하는 경우와, 대주가 일정 한도 내에서 회전대출을 허용하는 경우와 같이 차주에게 일종의 '편의(facility)'를 제공하는 경우가 있다. 후자의 경우 차주는 채무를 상환하고 다시 대출을 받을 수 있으며 차입금이 일시적으로 전부 소멸하더라도 대주-차주관계가 소멸하지 않는다. 개별보증과 계속적 보증은 이러한 여신거래의 구분에 상응하는 것이다. 보증서에서 계속적 보증임을 명시하는 것은, 영국법상 이른바 1816년의 Rule in Clayton's case, 즉 보증인의 채무는 주채무자인 차주가 채무를 변제하면 감소하거나 소멸하고, 그 후에 발생한 채무에는 미치지 않는다는 원칙의 적용을 배제하기 위한 것이다.

여기의 계속적 보증은 우리 법상의 계속적 보증 또는 근보증과 유사한 것으로 당좌대월 또는 회전대출과 같은 계속적 거래에서 중요한 의미를 가진다.

(6) 보증서에 따른 청구와 지급

주채무자인 차주가 변제기에 변제하지 않는 경우 대주는 막바로 보증인에게 지급을 청구할 수 있다. 이 경우 보증인은 대주의 청구 즉시 대주가 청구하는 금액을 지급할 것을 약속한다. 이 경우 보증은 이른바 요구불보증(first demand guarantee)이 된다. 보증서는 통상 대주가 수회 청구를 할 수 있음을 명시한다. 대주가 보증인에게 청구를 하기 위해서는 통상 차주가 변제기(약정 변제기 또는 기한의 이익이 상실된 경우)에 지급하지 않았다는 사실과, 차주가 지급할 금액을 기재한 증명서의 제출을 요구한다. 이러한 증명서는 대주가 단독으로 작성할 수 있으므로 대주는 강력한 지위를 가지게 된다.

(7) 附從性의 배제

영국법상 대주가 차주에게 변제기를 연장해 준 경우 그로 인하여 보증인이 피해를 입지 않더라도 보증인은 자동적으로 면책되고, 또한 대주가 주채무를 중대하게 변경한 경우와 대주가 차주의 채무를 감경하거나 화해계약을 체결한

15) 이는 'fixed guarantee'라고도 한다.

16) 그 밖에도 차주의 부탁에 기한 보증과 전적으로 대주의 부탁에 기한 보증의 구별이 중요하다. 이는 보증인이 차주에 대해 구상(indemnity) 또는 면책(indemnity)을 요구할 수 있는지와 관련하여 중요한 의미를 가진다.

경우에도 마찬가지이다.¹⁷⁾ 나아가 주채무가 어떠한 사유로 무효가 된 경우에는 보증인도 채무를 부담하지 않는다.¹⁸⁾ 우리 법상으로는 보증채무의 附從性으로 인하여 주채무가 변경, 변제기 유예 또는 소멸하거나 무효인 경우에는 보증채무도 당연히 변경, 변제기 유예 또는 소멸하고 보증인도 보증채무를 부담하지 않는다(民法 제430조 참조).

영국법상의 이러한 과격한 결과를 피하기 위하여 실제로 국제거래에서 사용 되는 보증서는 보증인의 채무는 주채무의 조건의 변경, 완화, 포기, 채무자와의 화해 또는 기간연장 등에 의해 영향을 받지 않는다는 취지의 규정을 두고,¹⁹⁾ 나아가 어떠한 사유로든 주채무가 무효이더라도 보증인의 채무는 영향을 받지 않음을 명시한다.

이러한 조항은 우리 법의 개념으로 말하자면 모두 附從性을 배제하기 위한 것인데, 이러한 조항이 포함된 보증은 우리 법상으로는 보증이 아니라 損害擔保契約(Garantie-vertrag)이 된다. 우리 나라에서는 損害擔保契約이란 당사자의 일방(담보자 또는 담보의무자)이 타방에 대하여 일정한 사항으로부터 생길 수 있는 손해를 전보 또는 담보할 것을 목적으로 하는 계약이라고 설명한다. 損害擔保契約에서는 주채무의 존재를 전제로 하지 않고 그와 독립하여 채권자에게 발생한 손해를 전보할 채무를 부담하므로 담보자의 채무는 補充性과 附從性이 없다.²⁰⁾ 그러나, 우리 나라에서는 損害擔保契約에 대한 논의는 매우 부족한 것이 현실이다.

損害擔保契約은 영미에서 말하는 “indemnity” 또는 “indemnity agreement”와 유사하다고 할 수 있다.²¹⁾

(8) 代位の 제한

통상 보증인은 보증채무를 이행하는 즉시 차주에 대해 구상권을 취득하고, 대위에 의하여 대출을 위한 담보권과 공동보증인에 대한 권리를 취득한다. 보

17) Wood(註 9), para. 25-10. 보증인이 대주에게 변제할 경우 차주에 대해 구상권을 가지고 대위에 의해 대주가 차주에 대해 가지는 권리를 취득하므로, 대주의 행위에 의해 보증인의 장래의 권리가 침해될 수 있다.

18) Wood(註 9), para. 25-13.

19) 그러한 조항을 두더라도 대주의 입장에서는 주채무의 조건을 중대하게 변경하는 경우에는 사전에 보증인의 동의를 받는 것이 현명함은 물론이다.

20) 김형배, 채권총론 제2판(1999), 550면.

21) Penn/Shea/Arora, *Law & Practice of International Banking*, Banking Law Volume 2 (1987), para. 15.02 참조.

증인에게 이러한 대위의 권리(right of subrogation)가 인정되는 결과 보증인은 담보권과 공동보증인에 대한 권리를 공동으로 비례적으로 가지게 된다.

따라서 국제보증은 대출 원리금이 전부 변제될 때까지는 보증인이 차주와 공동보증인들에 대한 권리를 대위하지 않도록 명시적인 규정을 두는 것이 보통이다.²²⁾ 나아가 보증서는 보증인이 지급을 한 경우 차주에 대하여 채권 또는 담보권을 행사는 등의 방법에 의하여 대주와 경쟁하지 않을 것을 약속하도록 규정한다. 이를 명확히 하기 위하여 보증인은 자신의 차주에 대한 권리가 대주의 그것에 대해 후순위채무(subordinated debt)가 됨을 규정하기도 한다.

그 밖에도 보증인이 주채무자로 지급을 받은 때에는 이를 대주를 위하여 신탁적으로 보유할 것을(hold in trust for the Lender) 약속한다. 그러나, 보증인인 한국 회사가 한국 회사인 차주로부터 지급을 받은 경우 이 조항에 의해 당해 금액이 당연히 신탁재산이 되지는 않으며, 보증인은 고유재산과 신탁재산을 별도로 계산을 명확히 해야 한다(신탁법 제30조). 다만, 현행 신탁법상 보증인의 일방적인 선언에 의해 신탁이 성립할 수 있는지에 관하여는 견해가 나뉘고 있으므로 이 경우 차주와 보증인이 신탁계약을 체결하지 않는 한 신탁의 성립을 인정할 수 없다는 견해도 가능하다.²³⁾

민법상으로는 보증인은 변제할 정당한 이익이 있는 자로서 변제에 의해 당연히 채권자를 대위하고, 채권의 일부만을 변제한 경우 보증인은 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 그 권리를 행사한다(제481조, 제483조).²⁴⁾

(9) 기타 조건들

(가) 보증한도

보증서에 따라서는 보증채무의 한도를 설정하기도 한다. 이는 보증인이 한도가 없는 보증을 하는 것이 법 또는 정관에 의해 금지되는 경우에 흔히 사용된다. 이러한 보증한도가 설정된 경우 이자, 연체이자, 비용 등이 그러한 한도에 포함되는지의 여부를 명확히 해야 한다.

22) 國際私法에 따르면 법률에 의한 채권의 이전은 그 이전의 원인이 된 구채권자와 신채권자간의 법률관계가 존재하는 경우에는 그 법률관계의 準據法에 의한다(제35조 제1항 본문). 따라서, 보증인이 채무를 변제한 경우 보증인이 채권자의 권리를 대위하는지의 여부는 보증계약의 準據法에 따를 사항이다. 법정대위는 보증인의 이익을 위한 것이므로 準據法이 무엇이든간에 동법상 인정되는 권리를 보증인이 포기하거나 행사하지 않겠다고 합의하는 것은 허용될 것이다. 그러나 보증인의 주채무자에 대해 구상권은 그들간에 계약이 존재하는 경우 그의 準據法에 의한다.

23) 장형룡, 신탁법개론(1991), 82면 이하 참조.

24) 다만, 채권자와 함께 그 권리를 행사한다는 의미에 관하여는 견해가 나뉘고 있다.

(나) 보증기간

보증서에 따라서는 보증기간을 규정하기도 한다. 그러한 기간이 있는 경우, 그것이 그 때까지 발생한 주채무만을 보증한다는 의미인지, 아니면 보증인에 대한 청구가 그 때까지 행해져야 한다는 것인지를 분명히 해야 한다.

그 밖에도 대출계약서에 포함되는 것과 유사한 조항들이 보증서에 포함되며, 은행단대출계약인 경우 'sharing clause' 등이 포함된다.

나. 진술 및 보장(representations and warranties)²⁵⁾

차주와 마찬가지로 보증인은 보증서의 발행 시에 보증인의 지위, 능력 및 권한, 보증서의 유효성, 보증인의 채무상태 등을 포함한 여러 사항들에 관하여 진술하고 보장한다. 보증을 대출계약서 자체에 포함시키는 경우에는 보증인도 차주와 거의 동일한 진술 및 보장을 하나, 별도의 보증서를 작성하는 경우에는 보증인의 진술 및 보장은 차주의 그것과 비교하여 상대적으로 간단하다.

대출계약서는, 만일 보증인이 진술하고 보장한 사항이 중요한 점에서 진실이 아닌 경우에는 채무불이행사유가 되고, 그 결과 대주는 대출원리금의 기한의 이익을 상실시킬 수 있다고 규정한다. 이러한 의미에서 대주는 일정한 사항을 직접 확인하는 것에 추가하여, 보증인의 진술 및 보장을 신뢰하고 거래할 수 있게 된다. 따라서, 보증인의 진술 및 보장의 내용이 진실이 되도록 하는 것은 차주와 보증인에게 중요한 의미를 가지며, 차주와 보증인로서는 보증인의 진술 및 보장의 내용이 지나치게 광범위하거나 엄격하지 않도록 하여야 한다. 진술 및 보장 조항이 정확히 어떠한 의미를 가지는가는 보증서의 準據法인 영국법 또는 뉴욕주법하에서 검토해야 할 사항이나,²⁶⁾ 적어도 동 조항은 대출계약서상 위와 같은 의미를 가진다.

25) 'representation'은 '表示', 'warranty'는 '保證', '擔保'라고 번역하기도 한다. 따라서 이를 "진술 및 보증(담보)" 또는 "표시 및 보증(담보)"라고 번역할 수도 있다. 영국 보험법상의 'warranty'를 번역할 때는 '擔保'라고 한다. 그러나, warranty는 우리 법상의 보증은 아니므로 여기에서는 그와 구별하고자 '보장'이라고 하였다. 일반적으로 영미법상 'warranty'는 'representation'과 달리 계약의 일부를 구성하나, 대출계약서와 보증서는 통상 양자를 함께 규정하므로 그 범위 내에서는 구별의 실익은 없다.

26) 영미에서는 불실표시(또는 불실진술)를 한 경우 표시자는 법에 따른 책임, 특히 불법행위 책임을 진다. 영국법상은 불실표시를 한 경우 표시자는, 그가 진술한 사실이 진실이었다고 믿을 합리적인 근거가 있었음을 입증하지 않는 한 Misrepresentation Act 1967에 따른 책임을 진다. 영미법상의 불실표시에 따른 책임에 관하여는 우선 Wood(註 9), para. 17-9 이하 참조.

진술 및 보장 조항은 비단 대출계약서와 보증서뿐만 아니라 영미법에 의하여 규율되는 여러 가지 유형의 국제계약에서 빈번하게 사용되고 있음을 주목할 필요가 있다. 準據法이 한국법인 보증계약에서 이를 사용할 경우, 한국 民法 및 商法은 진술 및 보장의 개념을 알지 못하지만, 그 위반시 일응 관련 대출계약서와 보증서에서 규정한 효과를 인정할 수는 있을 것이다. 다만, 동 조항과 우리 民法상의 착오 또는 사기에 의한 의사표시의 관계를 검토할 필요가 있다.²⁷⁾

다. 구속약정(covenant 또는 undertaking)

대주는 원리금의 상환을 보장하기 위하여 차주는 물론 보증인에게도 일정한 작위의무(affirmative covenant)²⁸⁾와 부작위의무를 부과한다(negative covenant).²⁹⁾ 이 조항의 범위를 합리적으로 규정하는 것은 실무상 중요한 협상의 쟁점이 된다. 부작위에 관한 구속약정 중 대표적인 것은, 대주에게 이미 고지한 것과 대출계약서 또는 보증서에 명시적으로 허용된 경우 등을 제외하고는, 대주에게 동일한 담보를 제공하지 않는 한 보증인은 다른 채권자들에게 담보를 제공하지 않겠다는 취지의 ‘담보제공금지조항(negative pledge clause)’이다. 그러나, 보증인으로는 제한적인 범위 내에서 담보제공을 할 필요가 있고, 예컨대 유치권 등 법정담보권의 발생과 같이 담보의 발생이 불가피한 경우가 있으므로 실무상으로는 일정한 범위 내에서 예외적으로 담보제공을 허용하는데 예외의 범위가 중요한 협상의 쟁점이 된다.

라. 통화면책(currency indemnity)

국제보증에서는 보증인이 약정통화로 지급하도록 현실지급의 특약을 하고, 나아가 판결 기타 어떠한 사유로든 약정통화 이외의 통화로 지급이 이루어진 경우 대주가 지급받은 통화를 ‘통상의 은행절차(normal banking procedures)’에 따라 약정통화로 환산한 금액이 원래 대주가 지급받을 약정통화 금액에 미

27) 불실표시에는 표시자가 허위임을 알았던 경우, 허위임을 알지 못하였으나 그에 대해 과실이 있는 경우와, 허위임을 알지 못하였고 과실도 없는 세 가지 유형이 있다. 세 제의 유형이 이른바 “innocent misrepresentation”이다.

28) 예컨대 대주에게 재무제표를 정기적으로 제공하고 일정한 사태가 발생한 때에는 통지해야 한다.

29) 예컨대 중요한 재산을 처분하거나 다른 회사와 합병하여서는 아니된다.

달할 경우 보증인이 차액을 지급하도록 하는 취지의 ‘통화면책조항(currency indemnity clause)’을 함으로써 대주는 보증인의 대응급부 또는 기타 사정으로 인하여 발생할 수 있는 환차손을 피할 수 있다.

마. 공제와 조세

보증서상 보증인은 대주에게 지급을 함에 있어서 어떤 명목으로든 상계, 공제를 하지 않고, 법률상 원천징수를 해야 할 경우를 제외하고는 원천징수함이 없이 지급할 것을 약속한다. 만일 보증인이 당해 국가의 세법에 따라 대주에게 지급할 이자로부터 원천징수를 해야 하는 때에는, 보증인은 원천징수 후 실제로 대주가 수령할 수 있는 금액이 보증서상 대주가 받을 수 있는 금액이 되도록 추가금원을 지급한다는 취지의 조항을 둔다. 이것이 이른바 ‘tax grossing-up’ 조항이다.

바. 양도(assignments) 및 참가(participation)

대주는 통상 대출계약상의 권리·의무를 제3자에게 이전할 수 있는데, 통상 보증서는 대주는 그러한 경우 제3자에게 보증인의 승낙 없이 보증서상의 권리도 함께 양도할 수 있다고 규정한다. 다만, 대주는 양도에 앞서 보증인에게 통지를 하는 것이 보통이다. 우리 법상은 이는 보증채무의 隨伴性에 기하여 당연한 것으로 이해된다.

보증금액이 큰 국제보증의 경우 하나의 은행이 단독으로 보증을 발행하는 대신 다수의 은행이 공동으로 보증을 인수함으로써 위험을 분산시키고자 한다. 이러한 은행단에 의한 보증은 은행단대출과 유사한 구조를 취한다. 또한 처음에는 하나의 은행이 보증을 하였더라도 후에 그에 대한 참가지분(participation)을 다른 은행에게 판매할 수도 있다. 후자의 경우 보증계약에 따른 권리·의무는 대주와 보증인간에 존재하고, 참가은행과 대주간에는 직접적인 권리·의무관계가 형성되지 않는다. 흥미로운 것은, 아래에 언급하는 ISP98 (Rule 10)이 다수의 은행이 保證信用狀을 공동으로 발행하거나(syndication) 참가지분(participation)을 매각하는 것에 관하여 규정을 두는 점이다.³⁰⁾³¹⁾

30) 대한상공회의소·ICC한국위원회, 스탠드-바이 신용장통일규칙 (1999), 107면은 이를 각각 “공동발행”, “지분매각”이라고 번역한다.

사. 보증계약의 準據法

보증계약의 準據法은 대출계약의 準據法과 마찬가지로 통상 영국법 또는 뉴욕주법이 된다. 그러나, 대출계약과 보증서의 準據法이 반드시 동일해야 하는 것은 아니다. 우리 國際私法상으로는 보증의 準據法에 관하여는 국제계약에 관한 일반원칙이 적용된다. 따라서 當事者自治(party autonomy)의 原則이 타당하고, 당사자들이 準據法을 지정하지 않은 경우에는 당해 보증과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 準據法이 된다(제25조, 제26조). 후자의 경우 보증계약에 따라 特徵的인 履行(characteristic performance)을 해야 하는 당사자, 즉 보증계약 체결 당시 보증인의 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정된다(제26조 제2항).

그러나, 보증계약의 準據法이 외국법이더라도 일정한 사항들은 한국법에 의해 규율된다. 예컨대 보증인의 능력과 보증인의 회사 내부절차에 관한 사항에 대해서는 보증인인 회사의 屬人法이 적용되고,³²⁾ 우리 나라의 외국환거래법은 이른바 國際的 強行法規로서 準據法에 관계없이 적용되며, 보증인의 도산시 우리 破産法, 和議法 또는 會社整理法이 적용된다. 따라서, 이와 같이 외국법과 한국법이 교착하는 거래영역에 있어 당사자들의 법률관계를 정확히 파악하기 위하여는 한국법과 準據法인 외국법의 적용범위를 정확히 획정할 필요가 있다. 이는 다른 종류의 국제거래의 경우도 동일하다.

아. 國際裁判管轄의 합의

대출계약과 관련된 국제보증의 경우 대체로 소송에 의하여 분쟁을 해결하기

31) 이러한 보증에의 참가와는 별도로, 위험참가라는 것이 있다. 즉 'funded participation'의 경우 참가인은 대출계약 체결 시 또는 계약체결 후 곧 일정 금액을 貸主에게 지급하고 대출로 인한 경제적 이익을 매수하는 데 반하여, '위험참가(risk participation)'의 경우는 기본이 되는 대출(underlying loan)에 채무불이행 기타 위험이 발생한 경우에 한하여 참가인이 貸主에게 일정 금액을 지급한다. 따라서, 後者は 기능상 보증에 접근한다. 위험참가를 부분적인 보증이라 하고 따라서 통상적인 보증법이 적용된다는 견해도 있다. Philip R Wood, *International Loan, Bonds and Securities Regulation* (1995), para. 7-35. 그러나, 우리 법상으로는 위험참가를 보증과 동일하게 보는 것은 의문이다.

32) 과거 涉外私法은 회사의 屬人法에 관하여 규정을 두지 않았으므로 견해가 나뉘었으나 國際私法(제16조)은 원칙적으로 設立準據法이 회사의 屬人法이 됨을 명시한다.

로 하고,³³⁾ 準據法에 상응하여 영국법원 또는 뉴욕주의 법원을 관할법원으로 합의한다. 통상 차주와 보증인에 대해 동일한 법원을 합의하나, 논리적으로는 반드시 그래야 하는 것은 아니다.

통상 대출계약서와 보증서는 ‘관할합의조항(jurisdiction clause)’뿐만 아니라 관할법원의 소재지에서 한국의 차주와 보증인을 대신하여 송달을 받을 송달대리인(agent for service of process)을 지정하도록 요구한다. 이는 간편한 송달 방법을 확보함으로써 그렇지 않을 경우 초래될 소송절차의 지연을 피하기 위한 것이다. 왜냐하면, 만일 송달대리인을 지정하지 않는다면, 당사자 또는 관할법원은 당해 국가의 법, 國際條約³⁴⁾ 및 우리 법이 정하는 절차에 따라 외교경로를 통한 국제민사사법공조의 방법에 의하여 차주 또는 보증인에게 송달하게 될 것인데, 그 경우 송달에 상당한 기간이 소요되어 소송절차의 지연이 불가피하기 때문이다. 따라서 차주 또는 보증인은 대출계약서 또는 보증서가 정하는 바에 따라 자신의 현지법인, 지점 등을 송달대리인으로 지정하거나, 마땅한 대리인이 없는 경우에는 송달대리업무를 전업으로 하는 현지의 기업을 송달대리인으로 지정하고, 이를 증명하기 위하여 송달대리인 지정서와 송달대리인의 승낙서를 대주에게 제출한다.³⁵⁾

주목할 것은 영미법상으로는 당사자들이 관할합의를 하였더라도 법원은 대체법정지가 있고 여러 가지 요소를 고려하여 대체법정지에서 재판하는 것이 더 적절하다는 사정이 있는 때에는 이른바 不適切한 法廷地(forum non conveniens)의 법리³⁶⁾에 의하여 訴를 각하하거나 소송절차를 중지할 수 있다.

33) 국제금융거래에서는 분쟁해결수단으로서 중재보다 소송이 선호된다. 이는 국제금융거래에서는 중재가 가지는 장점, 예컨대 단심에 의한 해결, 당해 분야의 전문가에 의한 판단의 필요성과 형평과 선에 의한 판단 등이 발휘될 여지가 크지 않다는 데 있다. 상세는 Philip R Wood(註 31), para. 5-57 이하 참조.

34) 현재 가장 중요한 국제조약은 1965년 11월 1일의 헤이그송달협약이다. 우리 나라는 1997년 8월 헤이그국제사법회의에 가입하였고, 헤이그송달협약은 2000년 8월 1일부터 우리 나라에 대해 발효되었다. 정식명칭은 「민사 또는 상사의 재판상 및 재판외 문서의 해외송달에 관한 협약(Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters)」이다. 동 협약에 관하여는 石光現, “헤이그送達協約에의 가입과 관련한 몇 가지 문제점”, 國際私法과 國際訴訟 제2권 (2001), 287면 이하.

35) 관할법원 소재지인 영국법과 뉴욕주법상 송달대리인에 대한 송달이 적법하다면, 우리 나라에서 그에 기한 판결의 승인 및 집행이 문제되는 경우 이는 민사소송법 제 203조 제2호의 송달요건을 구비한다고 본다. 상세는 石光現, “外國判決 承認要件으로서의 送達 — 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결에 대한 평석을 겸하여 —”, 國際私法과 國際訴訟 제1권 (2001), 378면 이하 참조.

36) 이에 관하여는 石光現, 國際裁判管轄에 관한 研究 (2001), 115면 이하, 132면 이하 참조.

보증인은 보증서에 의해 차주와 마찬가지로 그러한 항변을 미리 포기하도록 요구된다. 주목할 것은, 不適切한 法廷地의 법리의 광범위한 적용으로 인한 국제금융거래상의 법적 불안을 제거하기 위하여 국제금융중심지인 뉴욕주는 1984년 뉴욕주법을 準據法으로 하고 금액이 미화 100만불 이상인 계약에서 당사자들이 뉴욕주법원을 관할법원으로 합의한 경우 법원이 부적절한 법정지의 법리에 기하여 관할을 거부할 수 없도록 입법적으로 명시한 점이다.³⁷⁾

논자에 따라서는, 관할합의의 경우 개별사안에 따라 합리성 판단이 중요하다고 한다. 즉, 구체적 사정에 비추어 불합리한 경우 관할합의의 효력이 부인될 수 있다는 것이다. 그러나 이는 국제재판관할에 관한 법적 안정성에 비추어 우리 법상으로는 바람직하지 않으므로, 합리성 판단을 통해 관할합의의 효력을 부인할 것은 아니다. 그러한 입장은 법원의 판결과도 상치된다. 즉, 전속적인 관할합의에 관한 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결은 “현저하게 불합리하고 불공정한 경우에는” 관할합의가 공서양속에 반하는 법률행위로서 무효라고 판시하였던바, 이는 관할합의가 단순히 불합리하다는 이유로 무효가 되지 않는음을 의미한다. 다만, 우리가 영미에서 인정되는 부적절한 법정지의 법리를 수용한다면 관할합의에도 불구하고 법원이 구체적인 사정을 고려하여 관할의 행사를 거부할 수 있지만, 우리 법의 입장에서는 관할합의의 경우에까지 이를 인정하는 것은 주저된다.³⁸⁾

3. 국제보증과 관련한 우리 법상의 몇 가지 문제점

가. 능력 외 행위(*ultra vires*)³⁹⁾

民法 제34조는 ‘법인의 權利能力’이라는 표제하에 “법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다”고 규정함으로써 법인의 權利能力을 목적에 의해 제한한다. 이는 영미법계에서 비롯된

37) General Obligations Law, Section 5-1402 Choice of forum.

38) 체계적인 논의는 다른 기회로 미루나, 사건으로는 국제재판관할합의의 요건에 관하여는 합리성의 판단보다는 첫째, 합의된 관할과 사건 또는 당사자간에 실질적 또는 합리적 관련이 있어야 하는가, 둘째, 부적절한 법정지의 법리를 적용할 것인가, 셋째, 관할합의의 남용을 어떻게 통제할 것인가라는 방식으로 접근할 필요가 있다고 본다.

39) 이를 ‘權限踰越’이라고 번역하기도 한다.

것이고, 독일과 같은 대륙법계는 이러한 제한을 알지 못한다. 그런데 商法에는 이러한 규정이 없고 民法 규정을 준용하지도 않으므로 회사의 경우에도 목적에 의해 權利能力을 제한할 수 있는지가 문제된다.

학설은 목적에 의한 權利能力의 제한을 부정하는 것이 통설이나, 판례⁴⁰⁾는 제한설의 입장을 취하되, 다만 목적범위 내를 정관에 명시된 목적 자체에 국한하지 않고, 목적을 수행하는 데 직접 또는 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되며, 목적수행에 필요한지 여부도 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단할 것이지 행위자의 주관적·구체적 의사에 따라 판단할 것은 아니라고 판시함으로써 이를 넓게 해석하는 입장을 취하였다. 특히 보증행위에 관하여 회사의 목적범위에 속하지 않음을 이유로 보증을 무효라고 하고, 회사의 주주 및 이사들이 보증의 결의를 하였더라도 마찬가지로 판시한 대법원판결⁴¹⁾도 있음을 주의해야 한다.

종래 모자회사간에 또는 그룹에 속하는 계열사간에 지급보증을 하는 경우 대체로 능력 외 행위에 해당하지는 않는 것으로 이해되었다.⁴²⁾ 그러나, 아무런 관련이 없는 회사에 대해 대표이사 또는 대주주가 동일하다는 이유만으로 보증을 할 경우 능력 외의 행위라는 이유로 보증이 무효가 될 수 있음을 주의해야 한다.

이는 회사의 權利能力의 문제이므로 한국 회사가 보증인이 되는 경우 屬人法⁴³⁾인 한국법이 규율할 사항이고 보증의 準據法과는 관계가 없다.

나. 보증한도를 초과한 보증의 효력

독점규제및공정거래에관한법률에 따르면 일정한 기업집단에 속하는 회사는, 기업의 국제경쟁력강화를 위하여 필요한 경우 기타 일정한 경우를 제외하고는, 원칙적으로 국내계열회사에 대하여 채무보증을 하여서는 아니된다(제10조의2 제1항). 이러한 조항은 동법의 요건이 구비되는 경우 보증의 準據法에 관계없

40) 대법원 1987. 9. 8. 선고 86다카1349 판결 등.

41) 대법원 1975. 12. 23 선고 75다1479 판결.

42) 모회사가 자회사를 위하여 보증을 하는 “downstream” guarantee의 경우에는 대체로 자회사의 이익이 모회사의 이익과 일치하는 점에서 별 문제가 없을 것이나, 반대로 자회사가 모회사를 위하여 보증을 하는 “upstream” guarantee의 경우는 달리 보아야 한다는 견해도 주장될 수 있다.

43) 위에 언급한 바와 같이 國際私法상 원칙적으로 設立準據法이 회사의 屬人法이 된다(제16조).

이 적용됨은 의문이 없다.

국제거래에서는 보증인이 보증한도를 초과하지 않음을 진술 및 보장하고, 나아가 한국의 변호사가 이를 법적으로 확인하므로 보증한도를 초과하는 보증서가 발급되는 예는 별로 없을 것이다. 그러나, 만일 보증한도를 초과하여 보증서가 발급된 경우 보증의 효력이 문제된다. 이 경우 보증서는 무효라는 견해도 가능할 것이나, 반대로 동법에 위반되는 결과 형사처벌을 받는 것은 별론으로 하고(제66조 제1항 제6호), 동법의 조항은 단순한 團東法規에 불과하므로 보증의 私法的 效力에는 영향이 없다는 견해가 유력할 것으로 생각된다.

다. 외국환거래법에 위반한 보증의 효력

거주자가 비거주자와 채무의 보증계약에 따른 채권의 발생등에 관한 거래를 하고자 하는 경우 외국환거래법과 외국환거래규정이 정한 바에 따라 외국환은행의 장, 지정거래외국환은행장 또는 한국은행총재에게 신고하거나 한국은행총재의 허가를 받아야 한다.⁴⁴⁾ 우리 나라가 법정지라면 외국환거래법은 개정 國際私法 제7조가 규정하는 이른바 國際的 強行法規로서 보증서의 準據法에 관계없이 적용된다.⁴⁵⁾ 그러나, 만일 영국이나 뉴욕주가 법정지라면 한국의 외국환거래법은 원칙적으로 적용되지 않는다. 국제금융거래의 準據法을 영국법이나 뉴욕주법으로 하는 것은 그러한 법이 국제금융에 관한 발전된 법체계가기 때문이나, 이처럼 차주 또는 보증인 소속국의 강행법규의 적용을 배제하기 위한 것이기도 하다.

실무상으로는 차주와 보증인이 필요한 외환허가를 받고, 나아가 한국의 변호사가 이를 확인하므로 별로 문제되지 않으나, 만일 필요한 외환허가를 받지 않고, 즉 외국환거래법에 위반하여 보증계약을 체결한 경우 그의 효력이 문제된다. 우리 나라가 법정지인 경우 이는 우리 법원이 우리 법에 따라 판단할 사항이다. 과거에는 당시 외환관리법 위반행위의 私法的 效力에 관하여 판례가 나뉘었으나, 대법원 1975. 4. 22. 선고 72다2161 전원합의체판결이 외환관리법은 단속법규에 지나지 않으므로 그에 위반한 약정의 효력에는 영향이 없다고 판시한 이래 이러한 입장이 견지되고 있다.

44) 외국환거래규정 제7-18조 이하 참조.

45) 國際私法 제7조와 國際的 強行法規에 관하여는 石光現, 2001년 개정 國際私法 해설(2001), 72면 참조.

다만, 영국 또는 뉴욕주가 법정지인 경우 國際條約인 International Monetary Fund Agreement 제8조의 적용 여부가 문제된다. 만일 보증계약이 동 협정 제8조의 'exchange contract'에 해당한다면 한국의 외국환거래법에 위반한 보증계약은 동 조약에 따라 'unenforceable'하게 된다. 그러나, 국제금융의 중심지인 영미에서는 대체로 'exchange contract'의 범위를 좁게 이해함으로써 차주 또는 보증인 소속국의 외환관리법에 의한 영향을 배제하고자 한다.⁴⁶⁾ 이에 의한다면 準據法이 아닌 한국의 외국환거래법 위반은 보증서의 효력에 영향을 미치지 않게 될 것이다.

Ⅲ. 獨立的 保證(Independent Guarantee)과 保證信用狀(Standby Letter of Credit)

1. 獨立的 保證 내지 保證信用狀과 化환신용장

국제금융거래에서, 앞서 본 회사보증과는 구별되지만 그와 인접한 것으로 중요한 의미를 가지는 보증에는 주로 은행이 발행하는 이른바 獨立的 保證(independent guarantee), 요구불 보증(first demand guarantee)과 保證信用狀(standby letter of credit)이 있다. 獨立的 保證 또는 요구불 보증은 수익자의 청구가 있으면 발행인이 보증서의 조건에 따른 금액을 지급할 것을 약속하는 보증으로 흔히 보증서(guarantee)나 保證信用狀의 형식으로 발행된다. 獨立的 保證은 해외건설공사와 관련한 입찰보증(bid or tender bond), 선수급환급보증(advance payment or repayment bond), 이행보증(performance bond), 유보금보증(retention money bond), 하자보수보증(maintenance or warranty bond) 등으로 빈번히 사용된다.⁴⁷⁾ 獨立的 保證은 보증이라는 용어에도 불구하고 주채

46) 이에 관하여는 石光現, “외환허가를 받지 아니한 국제보증과 관련한 國際私法상의 문제점 —서울고등법원 1994. 3. 4. 선고 92나61623 판결에 대한 평석을 곁하여—,” 國際私法과 國際訴訟 제1권 (2001), 38면 이하 참조.

47) 이러한 각종 bond의 경우 'bond' 대신 'guarantee'라는 표현을 사용하기도 한다. 그러나, 이는 실질의 차이라기보다는 단순히 용어 내지는 표현상의 차이라고 할 수 있다. 다양한 bonds에 관한 논의는 우선 Penn/Shea/Arora(註 21), para. 12.03 이하 참조.

무의 존재를 전제로 하지 않고 그에 대하여 附從性, 補充性이 없다는 점에서 民法상의 보증채무와 구별된다.

위에서 논의한 바와 같이 회사보증은 지급보증 문언 외에도, 진술 및 보장, 구속약정, 통화면책, 準據法, 국제재판관할합의 등과 같은 대출계약서에서 볼 수 있는 조항을 다수 포함하고 있으나, 獨立的 保證은 주로 은행이 발행하는 것으로서 간결한 지급보증 문언만을 포함하는 점에서 회사보증과 차이가 있다. 따라서 獨立的 保證의 작성은 상대적으로 단순하다.⁴⁸⁾ 또한 회사보증의 경우 직접보증만이 이용되나, 獨立的 保證의 경우에는 직접보증 외에도, 제1의 은행이 신청인의 요청에 따라 수익자 소재지의 외국의 은행(이를 “제2의 은행”이라 한다)에게 보증서의 발행을 신청하고 제2의 은행이 수익자에게 보증서를 발행하는 間接保證이 이용된다. 간접보증의 경우 제1의 은행은 제2의 은행에게 역보증서(counter guarantee)를 발행한다.

한편 保證信用狀(standby letter of credit)⁴⁹⁾은, 무역거래에서의 대금의 결제를 목적으로 하지 않는 점에서 회환신용장과 대비된다. 保證信用狀의 형식을 취하는 것은, 은행의 보증서 발행을 금지하고 있는 미국 연방은행법상의 제한을 피하기 위한 데서 비롯된 것이다.⁵⁰⁾ 保證信用狀은 거래가 원만히 진행될 것을 전제로 하는 것이 아니라 개설신청인의 불이행을 전제로 하는 점에서 회환신용장과 구별되는 한편 獨立的 保證과 기능면에서 동일하고, 다만 보증서가 아니라 신용장의 방식을 취하는 점에서 차이가 있다.

회환신용장은 지급기능, 담보기능, 여신기능을 하는 데 반하여 獨立的 保證 또는 保證信用狀은 지급을 위한 담보기능만을 한다는 점에서 기능상 차이가 있다. 다만, 발행인이 기본계약과 독립된 채무를 부담하고 따라서 발행/개설 신청인과 수익자간의 대가관계상의 항변이 단절된다는 점, 즉 獨立·抽象性을 가지는 점에서는 獨立的 保證 및 保證信用狀은 회환신용장과 공통된다.⁵¹⁾ 또

48) 獨立的 保證의 drafting에 관하여는 Bertrams(註 12), p. 77 이하 참조.

49) 保證信用狀의 경우 개설신청인의 불이행을 기다린다는 의미에서 ‘standby’라는 명칭이 유래되었다고 한다, v. McCullough, Burton, *Letters of Credit* (1988), para. 1-33.

50) Bertrams(註 12), p. 4; Penn/Shea/Arora(註 21), para. 12.31 참조.

51) 참고로, 독일에서는 회환신용장은 독일 民法 제780조의 추상적인 채무약속(Schuldver-sprechen)이라고 보고, 獨立的 保證 또는 保證信用狀은 損害擔保契約(Garantievertrag)이라고 본다. Zahn/Eberding/Ehrlich, *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel*, 6. Auflage (1986), Rn. 9/8. 獨立的 保證에 관하여는 우선 이기수, 국제거래법 (1999), 333면 이하 참조.

한, 회환신용장의 경우 개설은행은 약속한 이행을 스스로 하나, 獨立的 保證 또는 保證信用狀의 경우 다른 채무자가 약속한 이행을 하지 않는 경우에 비로소 발행인/개설은행이 이행할 것을 약속하는 점에 차이가 있다.⁵²⁾

우리 법상으로도 強學上 民法상의 보증계약과 구별되는 개념으로서 “損害擔保契約”의 개념이 인정되고 있으므로 獨立·抽象性을 가지는 保證信用狀과 獨立的 保證은 일용 損害擔保契約으로 파악할 수 있을 것이다.⁵³⁾ 다만, 종래 우리 나라에서는 損害擔保契約은 身元保證과 관련하여 논의되고 있을 뿐이고 그 밖의 損害擔保契約에 관한 법리가 충분히 연구되고 있지는 않은 것으로 보인다.⁵⁴⁾ 따라서 앞으로는 損害擔保契約에 대한 검토와 병행하여 獨立的 保證의 법리를 보다 깊이 연구해야 할 것이다. 이 경우 損害擔保契約의 틀 속에 獨立的 保證을 집어넣기보다는 獨立的 保證에 적용되는 국제조약 내지는 국제규칙의 내용에 충실한 이론구성을 하는 것이 바람직하다고 본다. 獨立的 保證을 損害擔保契約으로 파악하는 것이 어떤 실익이 있는가는 그 후에 비로소 판단할 수 있을 것이다.

2. 獨立的 保證 내지 保證信用狀과 회환신용장에 적용되는 규범

주목할 것은 위 각각에 적용되는 국제적인 규범에 차이가 있다는 점이다.

국제상업회의소(ICC)는 保證信用狀을 신용장통일규칙(UCP)에 의하여,⁵⁵⁾ 요구불보증은 1992년 4월 제정한 요구불보증을 관한 통일규칙(Uniform Rules for Demand Guarantee. URDG)에 의하여 각각 규율한다. 그러나, 신용장통일규칙 중 保證信用狀에 적용되는 조항의 범위가 분명치 않은 점이 문제로 지적되었다. 한편 국제상업회의소는 1998년 Inter-national Banking Law & Practice, Inc. 등의 주도하에 성안된 國際保證信用狀規則(Inter-national Standby Practices. ISP98)을 승인하였고 이는 1999년 1월 1일부터 발효되어 현재 사용

52) 이기수, 국제거래법 (1999), 344면은 獨立的 保證은 일반보증과 회환신용장의 중간에 위치하는 것이라고 한다.

53) 최준선, 국제거래법 제3판 (2001), 217면은 保證信用狀을 보증계약 내지 損害擔保契約이라고 한다.

54) 損害擔保契約에 관하여는 우선 民法注解[X] 債權(3)(강용현 집필부분)(1999), 519면 이하 참조.

55) 신용장통일규칙 제2조의 信用狀은 保證信用狀을 포함한다. 保證信用狀은 1983년 개정시 처음으로 신용장통일규칙의 적용대상이 되었다.

되고 있다.⁵⁶⁾

한편 국제연합은 1995년 「獨立的 保證과 保證信用狀에 관한 협약(Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit)」(이하 “UN협약”이라 한다)을 채택함으로써 獨立的 保證과 保證信用狀을 함께 규율한다. UN협약은 2000년 1월 1일 발효되었다.⁵⁷⁾

즉, 국제연합은 기능에 착안하여 獨立的 保證과 保證信用狀을 통일적으로 규율하는 협약을 채택한 데 반하여, 국제상업회의소는 신용장통일규칙에 의해 화환신용장과 保證信用狀을 함께 규율하고, 요구불보증은 URDG에 의해 별도로 규율하다가 최근에는 保證信用狀을 규율하는 ISP98을 채택한 것이다. 그러나, 현재로서는 ISP98은 적어도 우리 은행이나 기업이 관여하는 거래에서는 활발하게 사용되고 있지 않은 것으로 보인다.

한 가지 유념할 것은, 어느 규범을 적용하더라도 이는 미국의 통일상법전(UCC)과 같은 국내법이 아닐 뿐만 아니라 필요한 사항을 망라적으로 규율하고 있지 않으므로 당사자간의 법률관계는 결국 準據法에 의해 보충되지 않으면 아니된다는 점이다. 準據法은 물론 법정지의 國際私法에 의해 결정된다.⁵⁸⁾

3. 詐欺的 請求의 문제

신용장의 獨立·抽象性의 원칙에도 불구하고 수익자의 권리행사가 獨立·抽象性의 원칙을 악용하는 이른바 “사기적인 청구”인 때에는 그에 대한 예외를 인정하여 개설은행은 신용장에 따른 지급을 거절할 수 있고, 나아가 지급을 거절할 의무를 부담한다는 점이 국제적으로 널리 인정되고 있다.

신용장통일규칙은 이 점을 명시하고 있지 않고, ISP98도 사기적인 청구의

56) 이는 ICC Publication No. 590으로 공표되었다. ISP98에 관하여는 우선 대한상공회의소·ICC한국위원회, 스탠드-바이 신용장통일규칙 (1999); James E. Byrne, *The Official Commentary on the International Standby Practices* (1998) 참조. 전자는 동 규칙의 영문과 국문번역을 수록하고 있다. ISP98과 UCP의 비교에 관하여는 James E. Byrne, *ISP98 & UCP500 Compared* (2000)과 김영훈, “스탠드바이 신용장통일규칙(ISP98)과 화환신용장통일규칙(UCP500)과의 비교연구”, 무역상무연구 제13권 (2000), 657면 이하를 참조.

57) UN협약의 영문과 국문번역은 양영환·서정두(편저), 국제무역법규 제3판 (1998), 505면 이하 참조.

58) 개정 國際私法에 따른 신용장을 둘러싼 법률관계의 準據法에 관하여는 石光現, “貨換信用狀去來에 따른 法律關係의 準據法” 國際私法과 國際訴訟 제1권 (2001), 167면 이하 참조.

문제를 규율하지 않으며, 오히려 이는 準據法에 따를 사항임을 명확히 규정한다(1.05). 이와 같이 獨立·抽象性의 원칙의 예외를 인정하여 신용장에 따른 지급을 거절하기 위한 요건과 효과에 대하여는 국제적인 규범이 없고, 아직 상환습(법)이 정립되어 있다고 보기도 어렵다. 그러므로 현재로서는 이 문제는 신용장의 準據法에 따라 판단할 사항이다.

영미에서는 이를 ‘fraud rule’로써 설명하는 데 반하여,⁵⁹⁾ 대륙에서는 이를 ‘권리남용의 법리’에 의하여 설명한다. 즉, 수익자의 청구가 권리남용에 해당하는 경우 일정한 상황하에서는 개설은행은 수익자에 대해 신용장 대금의 지급을 거절할 수 있고, 개설신청인에 대한 관계에서 지급을 거절할 의무를 부담한다고 본다.⁶⁰⁾

이와 관련하여 주목할 것은 UN협약이다. 즉, UN협약 제19조는 국가에 따라 상이한 개념을 가진 ‘fraud’나 ‘abuse of right’라는 용어를 피하고 “지급의무에 대한 예외(exception to payment obligation)”라는 일반적인 표현을 사용함으로써 獨立·抽象性의 예외사유를 명시적으로 규정한다.⁶¹⁾

한국법이 獨立的 保證, 保證信用狀 또는 화환신용장의 準據法인 경우에는, 발행은행이 사기적 청구를 이유로 지급을 거절하는 근거는 民法 제2조에 규정된 신의성실의 원칙의 한 표현인 ‘권리남용금지의 이론’으로 설명할 수 있다. 참고로 獨立的 銀行保證에 관한 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결도 그 근거를 권리남용금지에서 구하였고, 신용장에 관한 대법원 1997. 8. 29. 선고 96다43713 판결(이른바 “신한인태내셔널 사건”)은 신용장거래를 빙자한 사기거

59) 미국의 통일상법전 제5-109조는 “사기 및 위조”라는 표제하에 이 원칙을 명시적으로 규정한다.

60) 石光現, “信用狀去來上의 銀行의 法的地位 一貨換信用狀去來의 法律關係一”, 南孝淳·金載亨(공편), 金融去來法講義 II: 서울대학교 법과대학 전문분야연구과정 제6권 (2001), 145면 이하 참조.

61) 제19조에 따르면 보증인이 지급을 유보할 수 있는 사유는 (a) 어떠한 서류가 진정한 것이 아니거나 위조된 경우, (b) 지급청구 및 첨부서류에서 주장된 근거에 의하여 지급할 것이 아닌 경우, 또는 (c) 확약의 유형과 목적에 따라 판단할 때 지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 경우이다. 여기에서 (c)는 예컨대 다음과 같은 경우이다. ① 수익자를 담보하도록 의도된 확약상의 우발사고 또는 위험이 발생하지 않았음이 의심할 여지가 없는 경우, ② 본인/개설신청인의 기초적인 의무가 법원 또는 중재판정부에 의해 무효로 선언된 경우 (다만, 그러한 우발사고가 확약에 의해 담보되는 위험에 포함되는 경우는 제외), ③ 기초적인 의무가 수익자에게 만족스럽게 수행되었음이 의심할 여지가 없는 경우, ④ 기초적인 의무의 수행이 수익자의 고의적인 악행(wilful misconduct)에 의해 방해되었음이 명백한 경우, ⑤ 역보증에 의한 청구의 경우, 역보증의 수익자가 역보증과 관련된 확약의 보증인/개설인으로서 악의로(in bad faith) 지급한 경우. 여기에서 확약이란 獨立的 保證과 保證信用狀을 포괄하는 개념이다.

래의 경우 신의성실의 원칙상 신용장의 獨立·抽象性의 원칙에 의한 보호를 받을 수 없다고 판시했다. 따라서, 앞으로의 과제는 과연 어떠한 경우에 수익자의 청구가 권리남용에 해당하는가를 구체화하는 작업인데 그에 관한 판례의 집적이 기대된다. UN협약 제19조가 권리남용을 구체화하는 데 도움이 될 것으로 본다.

IV. Comfort Letter

1. 의의와 주요내용

Comfort letter라 함은, 통상 모회사가 그의 자회사인 차주에게 대출을 제공하는 대주에게 그 대출과 관련하여 일종의 comfort를 주기 위해서 작성하는 서신을 말한다. 이는 모회사가 보증인으로서 법적인 확약(legal commitment)을 부담하기를 꺼리는 경우에 이용된다.⁶²⁾ 이와 유사한 것으로는 Letter of Awareness와 Keepwell Letter 등이 있다.⁶³⁾

Comfort letter의 구체적인 효력은 그의 구체적인 문언에 따라 결정되나, 통상 이는 법적인 구속력을 가지는 보증과 대비되는 것으로 이해되고, 따라서 발행인(comforter)도 이를 대차대조표에 우발채무로 기재하지 않는다. 이처럼 comfort letter의 내용은 경우에 따라 상이하나 대체로 ① 발행인이 금융의 제공을 인식하고 있음(awareness of financing)을 진술하고, ② 발행인이 자회사에 대한 출자비율을 유지할 것(maintenance of ownership interest)을 약속하며, ③ 발행인이 대주가 요구하는 수준의 일정한 지원(support)을 차주에게 제공할 것을 약속한다. 지원의 보다 구체적인 내용으로는, 발행인은 자회사가 적절히 경영되도록 필요한 조치를 취하고(management), 자회사로부터 자산 또

62) Wood(註 9), para. 7-1; 이태희, 國際契約法 (2001), 104면 이하 참조.

63) 후자는 'Keep Well Agreement'라고도 하는데. 후자의 경우 모회사가 자회사의 경영과 재무를 양호한 상태로 유지할 것을 확약하는 데 추가하여 일정한 사항의 지원을 포함하기도 한다. 이 경우에는 'Keepwell and Support Letter'라는 명칭을 사용하기도 한다. 독일에서는 comfort letter를 'Patronatserklärung'이라고 한다. 독일에서의 논의는 우선 von Westphalen, Rechts- probleme der Exportfinanzierung, 3. Auflage (1987), S. 385 이하 참조.

는 금원을 가져가지 않으며(no asset-stripping), 자회사가 채무를 이행할 수 있도록 하기 위해 필요한 자금을 제공하겠다는(funding) 문언을 사용한다.

③과 관련하여 발행인이 제공하는 보장은 대체로 “it is our intention…” 또는 “it is our policy…” 라는 문언으로 표현된다. 그러나, 현재의 의향 또는 정책은 변경될 수 있으므로 처음부터 그것이 불신표시(misrepresentation)가 되지 않는 한, 후에 이를 변경하더라도 발행인이 책임을 지는 것은 아니다.⁶⁴⁾

2. 법적인 문제점

일반적으로 comfort letter는 법적인 구속력을 가지는 의무를 발생시키지 않는 것으로 보는 경향이 있으나 반드시 그런 것은 아니다. 영국법상으로는 당사자들이 명확히 달리 진술한 경우를 제외하고는 당사계약은 법적인 구속력을 가지는 것으로 추정된다.⁶⁵⁾

결국 comfort letter의 문언이 결정적인 의미를 가지는데, 위에서 본 바와 같이 이를 발급하는 자가 “it is our intention…” 또는 “it is our policy…” 라는 문언만을 사용한 경우에는 법적인 구속력을 가지는 의무가 발생한다고 보기는 어려울 것이다.

영국법상으로는 comfort letter의 효력을 제한하는 원칙들이 있다. 우선 영국법상 계약의 조건은 법원이 무엇을 집행해야 하는지를 알 수 있을 정도로 확실하게 표시되어야 하는데, comfort letter의 애매한 문언은 이러한 요건을 충족하지 못할 수 있다. 또한, 영국법상 ‘계약을 하겠다는 합의(agreement to agree)’는 계약으로 취급되지 않기 때문에, 예컨대 발행인이 장차 차주에 대해 출자지분을 소유하지 않게 되는 경우 보증서를 발행하겠다는 약속은 보증서의 구체적인 조건이 명확히 되지 않는 한 너무 애매할 뿐만 아니라 계약을 하겠다는 합의로서 효력이 없다고 한다.⁶⁶⁾

이와 같이 comfort letter의 법적 성질은 실제 사용된 구체적인 문언에 따라 결정될 것이나, 準據法에 따라 상이할 수도 있음을 주의해야 한다. 또한 만일

64) *In Kleinwort Benson Ltd v Malaysian Mining Corpn Bhd* [1989] All ER 785.

65) *Edwards v Skyways Ltd.* [1964] 1 All ER 494. Penn/Shea/Arora(註 21), para. 15.10.

66) Penn/Shea/Arora(註 21), para. 15.10.

발행인이 그에 따른 의무를 이행하지 않는 경우, 대주가 발행인을 상대로 손해 배상을 청구할 수 있는지 또는 차주에게 자금을 지원할 것을 요구할 수 있는지 기타 어떤 권리 또는 구제수단을 가지는지도 準據法에 따라 상이할 수 있다.

國際私法에 따르면, comfort letter가 準據法을 명시한 경우 그것이 準據法이 될 것이나, 만일 이를 명시하지 않는 때에는 그에 따라 特徵的인 履行을 해야 하는 당사자, 즉 발행인의 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정될 것이다(國際私法 제26조 제2항). 이 점은 영국이나 독일의 경우에도 마찬가지이다.

V. 맺음말

지금까지 우리 기업의 해외차입을 중심으로 국제금융거래에서 사용되는 보증서의 주요내용과 법적인 문제점을 간단히 살펴보았다. 우리 기업의 해외차입은 지금까지 대규모로 행해졌고 장차 그 규모가 더욱 확대될 것이며 그에 수반하여 보증서의 발행도 이루어질 것이다. 주로 영국법 또는 뉴욕주법에 의해 규율되는 국제보증의 법률관계를 정확히 이해하기 위해서는 準據法에 대한 이해가 필요함은 물론이다. 법에서 규정하는 전형계약에 안주하지 않고 실제의 필요에 따라 다양한 유형의 거래를 창안하고 이를 점진적으로 발전시켜가는 영미법의 유연성은 주목할 만하다. 이를 가능케 하는 것은 契約自由의 原則에 대한 존중인데, 영미계약법이 그의 법적 기초를 제공한다. 특히, 당사자의 합의를 존중하고, 信義誠實의 原則을 통한 법원의 자의적인 개입을 차단함으로써 '衡平보다 確實性(certainty over equity)'을 선호하는 '영국 契約法の 嚴格性(the strictness of English contract law)'은 국제금융계약의 準據法으로서 영국법이 선호되는 중요한 근거이다.

영미계약법은 대륙법적 사고에 익숙한 우리로서는 이해하기 어렵지만, 그것이 準據法이 외국법이라는 이유로 국제계약 내지는 국제보증에 대한 연구를 외면하는 것을 정당화하지는 않는다. 종래 우리 나라에서는 비교법적 연구가 부족하고, 있더라도 주로 대륙법계에 국한되는 경향이 있으나 이를 시정하지 않으면 아니된다. 나아가, 準據法이 외국법이라는 점을 감안한다면 외국법의

적용에 따른 어려움과 불이익을 극복하기 위한 방안으로 우리로서는 국제상업 회의소의 규칙이나 국제조약에 더 능동적으로 참여하고 이를 적극적으로 수용해야 할 것으로 생각된다. 만일 그렇게 한다면 계약의 모든 점에서 영국법 또는 뉴욕주법에 따르는 대신 핵심적인 내용은 통일된 국제적인 규범을 따르고, 그 밖의 부수적인 사항에 대해서는 법정지의 國際私法에 따라 결정되는 準據法을 적용할 수 있을 것이다. 물론, 시장이 그러한 접근방법을 수용하는 것이 전제가 되어야 하겠지만. 앞으로 회사보증은 물론이고 獨立的 保證과 保證信用狀을 둘러싼 외국, 특히 영미와 국제규범에 대한 좀더 체계적인 연구가 이루어지기를 희망하면서 이 글을 마친다.

參 考 文 獻

- 姜熙甲, “金融리스去來의 特質과 當事者間의 關係,” 商去來法の 理論과 實際: 石影 安東燮 教授 華甲紀念論文集(95.09)
- 김영훈, “스탠드바이 신용장통일규칙(ISP98)과 화환신용장통일규칙(UCP500)과의 비교연구”, 무역상무연구 제13권 (2000)
- 김형배, 채권총론 제2판 (1999)
- 석광현, 2001년 개정 國際私法 해설 (2001)
- _____, “헤이그送達協約에의 가입과 相關한 몇 가지 문제점”, 國際私法과 國際訴訟 제2권 (2001)
- _____, “國內企業의 海外借入의 實務와 法的인 問題點 — 國際契約法の 論點을 중심으로 —”, 國際私法과 國際訴訟 제1권 (2001)
- _____, “국제적인 전자거래와 분쟁해결-준거법을 중심으로”, 인터넷법률 2호
- _____, “信用狀去來上의 銀行의 法的地位 — 貨換信用狀去來의 法律關係—”, 南孝淳·金載亨(공편), 金融去來法講義 II
- _____, “外國判決 承認要件으로서의 送達 — 大법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결에 대한 평석을 곁하여 —”, 國際私法과 國際訴訟 제1권 (2001)
- _____, “외환허가를 받지 아니한 국제보증과 相關한 國際私法상의 문제점 — 서울고등법원 1994. 3. 4. 선고 92나61623 판결에 대한 평석을 곁하여—”, 國際私法과 國際訴訟 제1권 (2001)
- _____, “전속적 국제관할합의의 유효요건”, 중재(1998. 겨울호)
- _____, “貨換信用狀去來에 따른 法律關係의 準據法” 國際私法과 國際訴訟 제1권 (2001)
- _____, 國際裁判管轄에 관한 研究 (2001)
- _____, 국제재판관할에 관한 연구-민사 및 상사 사건에 있어서 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문(2000. 2.)
- 소건영, 리스거래법론, 법원사, 1997
- 양명조, 미국계약법 (1996)
- 양영환·서정두(편저), 국제무역법규 제3판 (1998)
- 이기수, 국제거래법 (1999)
- 이태희, 國際契約法 (2001)
- 장형룡, 신탁법개론 (1991)
- 최준선, 국제거래법 제3판 (2001)
- 대한상공회의소·ICC한국위원회, 스탠드-바이 신용장통일규칙 (1999)

- 民法注解[X] 債權(3)(강용현 집필부분)(1999)
법무부, 국제사법해설, 2000, 38-39면 참조.
兼子一, 民事訴訟法大系(1965)
菊井維大, 民事訴訟法(1968)
藤田耕司, “國際電子商去來に關する法律問題”, 自由と正義(1998. 3.)
藤田泰弘, “日本裁判官의 國際協調性過剩”, 判例タイムズ(249호)
小山昇, 民事訴訟法(1972)
James E. Byrne, *ISP98 & UCP500 Compared* (2000)
James E. Byrne, *The Official Commentary on the International Standby Practices* (1998)
John E. Murray, Jr & Harry M. Flechtner, *Sales and Leases - Problems and Matters on National and International Transaction*, (West Publishing, 1994)
McCullough, Burton, *Letters of Credit* (1988)
Penn/Shea/Arora, *Law & Practice of International Banking*, Banking Law Volume 2 (1987)
Peter A. Alces, “An essay on independence, interdependence, and the suretyship principle”, 1993 *U. Ill. L. Rev.*
Philip R Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees* (1995)
Philip R Wood, *International Loan, Bonds and Securities Regulation* (1995)
R.I.V.F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, second revised edition (1998)
von Westphalen, *Rechts- probleme der Exportfinanzierung*, 3. Auflage (1987)
Zahn/Eberding/Ehrlich, *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel*, 6. Auflage (1986)
General Obligations Law, Section 5-1402 Choice of forum.
Restatement (Third) of Suretyship

ABSTRACT

Various Issues on International Guarantee

Suk, Kwang Hyun

In many international financing transactions Korean companies are required to issue a guarantee. Thus far, however, legal issues on international guarantees have not been fully discussed in Korea. This is partly because most of the international guarantees are governed by a foreign law such as English law or the laws of the State of New York. In this articles the author examines major concepts or terms and conditions of a typical international guarantee, e.g., language on consideration, primary obligor, joint and several guarantee, unconditional and irrevocable guarantee, continuing guarantee, right of subrogation, representations and warranties, covenant or undertaking, currency indemnity, assignment, participation, governing law and jurisdiction clause, etc. For reference, standard forms of a guarantee and a standby letter of credit are attached to the article. In examining the terms and conditions, the author compares them with similar or equivalent concepts under Korean law. The author further discusses some Korean law issues that may arise under international guarantees governed by a foreign law. These issues include the application of the ultra vires doctrine under Article 34 of the Civil Code of Korea, the validity of an international guarantee which a Korean company has issued in violation of the guarantee ceiling set under Article 10 of the Law on Monopoly Regulation and Fair Trade of Korea and the validity of an international guarantee which a Korean party has issued in violation of the Foreign Exchange Transaction Law. In addition, the author discusses some issues under a so-called independent guarantee and a standby letter of

credit. In this regard, reference is made to the Uniform Rules for Demand Guarantee (URDG), International Standby Practices (ISP98) and the Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit adopted by the United Nations in 1995. Finally, the author examines major terms and conditions of typical comfort letters and discusses some legal issues, such as the binding force of the comfort letter. In dealing with the issues the author underscores that to the extent the issues are not properly dealt with by an international norm such as Uniform Customs and Practice for Documentary Credits or ISP 98, the issues must be analyzed by reference to the governing law of the relevant instrument.

Key Words : international guarantee, URDG, ISP98