

독립보증상의 수익자에 의한 부당청구(unfair calling)에 관한 연구

오원석* · 손명옥**

-
- I. 서 론
 - II. 독립보증에 관한 개관
 - III. 독립보증상의 부당청구
 - IV. 결론 및 대응방안
-

I. 서 론

오늘날을 살아가는 기업들은 복잡하고 불확실한 사회와 경제 환경 속에서 생존하고자 노력하며, 그와 더불어 성장과 발전을 이루고자 고군분투하고 있다. 그리고 그들이 얻고자 하는 기업의 성장과 발전의 과정 중에 혹 접하게 될

* 성균관대학교 경영학부 교수

** 순천향대학교 국제통상학과 강사, 경영학 박사

될지도 모를 수많은 위험을 관리하고자 노력하고 있다.

국제거래에서 기업들이 위험을 관리하는 여러 가지 방법 중에서도 상대방의 계약불이행으로 인한 위험을 관리할 수 있는 가장 대표적인 것으로 독립보증¹⁾을 들 수 있을 것이다. 이러한 독립보증이 널리 보편화 된 것은 중동의 산유국들이 엄청난 오일머니를 바탕으로 한 도로, 공항, 항만과 같은 인프라 건설, 주택, 병원, 통신망, 발전소 등의 공공사업과 같은 대규모의 프로젝트를 발주함으로써 서방회사들의 확실한 이행을 위해 이용되었다.²⁾

독립보증의 기본원칙은 신용장과 동일하며 따라서 신용장이 가지는 맹점이라 할 수 있는 사기의 문제 역시 동반하게 된다. 하지만 신용장은 수익자의 완전한 계약의 이행을 증명하는 서류를 기준으로 지급여부를 결정하지만 독립보증은 발행신청인의 계약불이행을 증명하는 서류에 기초하여 지급을 결정한다는 데 가장 큰 차이를 보인다. 또한 발행신청인의 채무불이행 진술서의 작성자가 신뢰할만한 제 3자가 아닌 수익자 그 스스로가 작성한 서류라는 점에서 부당청구의 가능성은 높아지는 것이다.

국제거래에서 독립보증에 대한 인식과 활용도는 증가추세에 있으며 해외건설계약과 같은 중장기거래에 대한 경쟁력을 가진 우리나라 기업들의 거래를 원활히 하기 위해서는 독립보증에 관한 연구가 필요하다 볼 것이다. 그리하여 부족하지만 본 논문에서는 독립보증에 관한 개괄적인 내용과 더불어 독립보증의 허점이라 할 수 있는 수익자의 '부당청구(Unfair Calling)' 즉 사기문제에 관해 연구해보고자 한다. 본 연구를 위해 독립보증과 관련된 규범의 규정내용과 국내외 논문을 검토하는 문헌중심적인 연구방법을 취하고자 한다.

-
- 1) 독립보증에 대한 명칭은 연구자마다 다양하다. Bank Guarantees(David J. Barru), Banker's Guarantees(K. G. White), Independent Guarantees(Bachir Georges Affaki), Demand Guaranty(Jean Stoufflet), 독립적 은행보증(김선국), 독립적 보증(유중원), 독립적 은행보증(채동현). 논자는 본고에서 독립보증이라 칭하겠다. 그 이유는 독립보증의 보증인이 대부분 은행이기는 하나 반드시 은행일 필요는 없기 때문이며, 그 기본원칙이 부종성과 보충성을 가지는 일반보증과는 달리 독립성의 원칙을 가지기 때문이다.
 - 2) Roeland F. Bertrams, Bank Guarantees in International Trade, 3rd, ICC Publishing S.A., p 2004, p. 1. 독립보증이 1960년대 중반 미국의 국내시장에서 사용된 것으로 보이나, 은행가들에 따르면 국제거래에서 분명하게 사용된 것은 1970년대 중반부터 이다. Harfield, 4. U.C.C.L.J., p.251 (1972), Verkuil, 25 Stan. L. Rev., pp.716,717(1973), Wiley, 20 Bus. Law. pp.495,496(1965), Note, 66 Yale L.J., p.902(1957)

II. 독립보증에 관한 개관

1. 독립보증의 의의

국제물품매매계약을 비롯한 건설계약 등과 같은 국제계약에서 상대방의 계약이행에 대해 의구심을 가지는 거래 당사자일 경우, 상대방의 의무이행에 대한 안전한 장치를 마련하고자 노력할 것이다. 예전에는 이러한 안전한 장치로 현금예탁(cash deposit)을 요구하였으나, 국제무역의 확대에 의해 현금예탁방식은 상대방에게 금전적 부담으로 작용하게 되었다. 이러한 이유로 인해 신용이 있고 믿을 만한 은행이라는 기관이 발행하는 보증장을 통해 상대방의 이행에 대한 믿음을 보전하게 되었다.³⁾

독립보증에 관한 대표적인 국제규칙⁴⁾으로는 국제상업회의소(ICC)에서 제정한 청구보증통일규칙(Uniform Rules for Demand Guarantees : 이하 URDG)과 UNCITRAL에서 제정한 독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약(United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letter of Credit)이 존재한다. 각 규범에서 정의하고 있는 독립보증에 관한 내용은 다음과 같다.

국제상업회의소의 청구보증통일규칙 제 2 조에서는 “청구보증이라 함은, 그 명칭이나 표현이 어떠하든지 간에, 은행이나 보험회사 기타 단체 또는 사람(이하 “보증인”이라 한다)에 의한 보증 또는 기타의 지급약속으로서 지급청구서 및 당해 보증장에 명시된 기타의 서류(예컨대, 건축가 또는 엔지니어의 증명서, 판결문 또는 중재판정문)가 그 지급약속의 조건에 일치하게 제시되는 경우에 금전을 지급하겠다는 서면의 약속“을 말한다.⁵⁾ 또한 독립보증과 보증신용장에 관한 UN 협약에서는 보증인(또는 발행인)에 의하여 발급되고, 동 약정서

3) Roy Goode, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC, 1992, p.8.

4) 국제상업회의소에서 청구보증통일규칙에 앞서서 1978년에 제정한 계약보증통일규칙이 존재하기는 하지만 독립성의 원칙을 가지지 않는다는 이유와 지급청구 시에 요구되는 서류로 인하여 실무에서는 그 사용이 원활하지 않다. 하지만 그 사용이 완전히 배제된 것은 아니다.

5) ICC 청구보증통일규칙 제 2 조

상의 조건에 따라 단순한 요청 또는 주채무자(또는 의뢰인)의 채무불이행 등을 표시하는 기타 서류의 제출만으로 일정한 금액을 지급하기로 한 약정으로서, 국제적인 관행에서 독립보증(independent guarantee) 또는 보증신용장(Stand-by letter of credit)이라고 알려진 것을 말한다⁶⁾ 정의내리고 있다.

두 규범의 정의내용을 종합해보면 비록 그 명칭에 있어 청구보증(demand guarantee)과 독립보증(independent guarantee)이라는 차이가 존재하기는 하지만 보증인이 보증장상의 수익자 앞으로 행하는 지급약정이라는 점에서는 일치하다.

2. 독립보증의 기본원칙

(1) 독립성의 원칙

독립성의 원칙⁷⁾은 신용장 법의 주춧돌이다.⁸⁾ 이는 독립보증의 경우도 마찬가지이다. 즉, 독립보증과 보증신용장의 기본원칙이 기초계약으로부터 독립적이라는 것을 각 규범상에 명시하고 있다. 독립보증은 그 성격상 그것의 기초가 된 계약 또는 입찰조건과는 별개의 거래이며, 보증장상에 그것에 대한 참조문언이 기재되어 있더라도 그러한 계약 또는 입찰조건과 관계가 없고 구속받지 않는다.⁹⁾ 독립성의 원칙 하에서, 개설인의 의무는 다른 관련 거래로부터 구별되고, 전체적으로 분리된 것으로 보이는 신용장 하에서의 지급에 대한 수익자의 환어음 혹은 청구를 이행하는 것이다. 따라서 개설인은 반드시 신용장 하에서 수익자에 대한 그의 의무를 이행해야만 하고, 그 거래에 사기가 개입하지 않았다면, 기초계약뿐만 아니라 개설신청 합의와 관련된 클레임 혹은 모든 분쟁과는 상관이 없다. 또한 부종성¹⁰⁾과 보충성을 가지는 일반적인 보증의

6) 독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약 제 2 조 (1)항.

7) 독립성의 원칙을 autonomy principle, independence principle, the principle of abstraction, the doctrine of separation 등으로 표현한다.

8) Xiang Gao, The fraud rule in the law of letters of credit : a comparative study, Kluwer Law International, 2002, p.23.

9) 청구보증통일규칙(URDG) 제 2 조 (b) 항

10) 보증인은 채무가 주채무자의 채무를 전제로 하고 있음을 보여준다. 따라서 일반적으로 주채무자의 채무가 존재하지 않거나, 소멸되면 보증인의 채무도 운명을 같이하고, 보

목적이 원채무와 동질적인 채무부담에 의한 채권담보에 있기 때문에 부종보증은 원채무에 부종하며, 이러한 부종성으로 인해 원채무가 계약의 무효, 취소, 해제 또는 채무의 변제, 소멸시효 등의 사유로 존재하지 아니할 경우 보증채무도 존재하지 아니하며, 보증인은 원채무자의 항변사유를 가지고 채권자에게 대항할 수도 있다.¹¹⁾ 하지만 독립보증은 부종보증이 가지는 부종성을 가지지 않으며, 즉 독립보증은 기초계약과는 별개라는 독립성의 원칙을 가진다. 독립보증은 보증인의 독립적이고 1 차적인 지급확약으로 독립보증의 발행으로 그 구속력을 가지되 다만 독립보증의 수익자가 보증에 대해 거절하지 않아야 한다.

독립보증의 발행신청인과 수익자 사이의 기초계약에 의하여 독립보증이 발행되기는 하지만, 독립보증은 그 기초계약과는 별개의 것이며, 그 보증에 의하여 발생하는 권리, 의무는 기초계약에 따라 발생하는 권리, 의무와 독립된다. 그러나 모든 원칙에는 예외가 존재한다는 사실이 독립성의 원칙에도 해당된다. 예컨대 원채무자가 기초계약에 따른 의무의 이행을 완결하였음에도 불구하고 수익자가 지급청구를 하는 경우에는 이러한 수익자의 지급청구권은 부인된다. 이와 마찬가지로 독립보증은 원채무자와 보증인사이의 보증발행계약과도 별개의 것이다. 따라서 보증인은 그 보증발행계약 하에서 원채무자가 담보자금을 예치하지 않았다는 이유를 들어 지급청구에 따른 지급을 거절하지는 못한다.¹²⁾

(2) 서류거래의 원칙

독립보증의 지급메커니즘 혹은 지급조건과 관련하여 독립보증은 추상성 혹은 문언성(documentary nature)을 갖는다. 즉, 보증인은 원채무의 실제와는 상관없이 수익자가 지급청구를 위해 제출한 서류가 독립보증의 문언상 조건과 일치한다면 보증채무를 이행해야 한다. 즉, 보증인은 수익자가 제출한 서

증인의 부담은 그 목적이나 형태에 있어 주채무보다 중할 수 없다고 한다.(민법 제428조 '주채무자가 이행하지 아니하는 채무') 김기창, 보증채무의 부종성과 독립성 -영국 법과의 비교를 중심으로-, 한국민사법학회, 민사법학 제29호, 2005, p.73.

11) 국토개발연구원, 건설업보증제도에 관한 연구, 1994, pp.6~7.

12) Roy Goode, op. cit., pp.18~20.

류에만 중점을 두어 판단할 뿐이지, 원채무자와 수익자간의 사실관계는 확인할 필요가 없다는 의미이다.¹³⁾ 만약 보증은행으로 하여금 이러한 사실관계를 확인하는 의무를 부담시키는 것은 독립보증의 유지를 힘들게 할지도 모른다. 그리하여 이러한 서류거래의 원칙을 유지하는 것은 독립보증의 필수적인 성격이라 할 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 서류거래의 원칙과 관련하여 미국의 Harfield교수는 '은행도 서면진술(written representation)로 거래하는 것이지, 사실(facts)로 거래하지 않는다.'고 하였다.¹⁵⁾

청구보증통일규칙(URDG) 제 20 조에서는 보증상의 지급청구는 서면으로 하여야 한다고 규정하고 있으므로 인하여 독립보증은 서류에 의한 거래가 전제가 된다는 것을 나타내고 있다. 독립보증상의 보증금액 및 보증의 존속기간, 지급조건 및 지급의무의 종료는 오직 보증 그 자체의 조건(예컨대 실효일) 및 지급청구서 및 보증장상에 명시된 기타서류의 제시에 좌우된다는 점에서 보증은 그 성격이 서류적이다. 따라서 보증인은 원채무자가 기초계약상의 의무를 불이행하였는지, 수익자가 그 불이행의 결과로서 입은 손해는 얼마인지의 조사와는 아무런 관련이 없다.¹⁶⁾

또한 우리나라 대법원 역시 독립보증은 서류의 거래라는 점을 인정하였는데, 그 판시내용¹⁷⁾을 살펴보면 독립보증과 관련한 거래의 경우, 국제적인 표준은행관행에 비추어 보증신용장(Standby Letter of Credit)과 유사한 기준과 법리가 적용되어야 함이 상당하다고 보고 있다. 이를 살펴보면 국제적인 표준은행관행에 비추어 독립보증을 판단해야 함으로 이는 독립보증은 그 기초에 서류의 심사가 포함되어 있다. 따라서 서류거래의 원칙을 가진다고 볼 것 이다.

13) Roeland F. Bertrams, Bank Guarantees in International Trade, 3rd, ICC Publishing S.A., p 2004, p. 32. 이와 관련된 조항으로는 URDG 제 2 조 (b) 항, URDG 제 9 조, ISP 98 1.06 (a),(d), 4.01 (b)가 있다.

14) URDG는 사실관계(non-documentary)를 지급조건으로 하는 보증을 적용범위에서 배제하고 있다. Roy Goode, op. cit., p.39.

15) Henry Harfield, Bank Credits and Acceptance, 5th ed., The Ronald Press Company, 1974, p.71 note 1 참조[재인용 김영훈, 화환신용장 개설은행의 서류심사 의무에 관한 연구 - 신용장통일규칙과 미통일상법전을 중심으로-, 성균관대학교 박사학위 청구논문, 2001, p.8]

16) Roy Goode, op. cit., p.19.

17) 대법원 판례 ; 2001. 2.27. 선고 서울고등법원 2000나8863 보증채무금

(3) 엄격일치의 원칙

독립보증 하에서 보증인은 수익자에 의해 제시된 서류의 적절성, 정확성, 진정성에 대하여 책임을 지지 않으며, 단지 서류가 문면 상 독립보증의 요건과 일치하는지의 여부를 판단하는 것에 대해서만 책임을 진다. 따라서 보증인은 합리적인 육안심사를 넘어서는 심사를 할 수는 없다. 이는 보증인의 의무는 그의 의무수행에서 신의성실과 상당한 주의를 가지고 권한을 행사하는 것으로 제한되기 때문이다. 보증은행은 그의 통제 밖의 행동에는 책임이 있을 수 없다.¹⁸⁾

만약 서류의 시각적인 일치성을 결정할 능력만을 가지는 자, 즉 서류를 점검하는 은행이 서류의 배후를 추궁한다면, 신용장 체계는 붕괴될 것이다.¹⁹⁾ 이는 독립성의 원칙과 서류거래의 원칙을 그 기본원칙으로 하는 독립보증에도 마찬가지로 적용된다. 수익자는 오로지 독립보증의 요건을 충족시킬 때에만 지급을 받을 수 있다. 만약 수익자가 독립보증 상에 명시된 서류를 제시하지 않거나, 보증요건을 모두 만족하지 못하는 서류를 제시하거나, 지급청구가 적절한 방법으로 보증기간 내에 행하여 지지 않는 경우에 수익자는 지급을 받을 수 없다.

청구보증통일규칙(URDG) 제 9 조²⁰⁾에서 서류들이 보증조건과 문면 상 일치하는지 여부를 확정하도록 규정하고 있다. 또한 엄격일치원칙은 판례를 통해서도 알 수 있는데, *In Equitable Trust Co of New York v. Dawson Partner* 사건에서 Sumner경은 엄격일치원칙에 대한 아주 유명한 판시를²¹⁾ 내렸으며, 1995년 개정된 미국통일상법전 제 5 편²²⁾에도 엄격일치에 대해 규정하고 있

18) *Ibid.*, pp.19~20.

19) Xiang Gao, *op. cit.*, pp.23~26

20) 청구보증통일규칙(URDG) 제 9 조

생략...Where such documents do not appear so to conform or appear on their face to be inconsistent with one another, they shall be refused.

21) There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well.(거의 동일하거나, 혹은 그 정도면 족한 서류를 위한 여지는 없다.)

22) Article 5, 5-108(a),에서 제5-109 조에서 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 개설인은 하기 제 e 항에서 언급된 표준관습에 의한 결정에 따라 신용장의 제조건과 문면 상 엄격히 일치하는 제시를 수리하여야 한다. 제5-113조에서 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 개설의뢰인과 별도의 합의가 있지 아니하는 한, 개설인은 위와 같이 엄격

다.²³⁾

수익자가 독립보증의 조건과 엄밀히 일치하게 그의 의무의 이행을 요구받았을 때, 만약 독립보증과 엄격하게 일치하지 않는 서류를 이유로 은행이 지급을 거절한다면 은행에 대한 소송의 원인이 되지 않는다. 이와는 달리, 만약 은행이 독립보증과 일치하지 않는 서류에 대해 지급하였다면 이는 보증은행의 정당한 지급에 해당되지 않으며, 발행신청인으로부터 상환청구권을 잃고, 보상을 박탈당한다.

3. 유사제도와의 비교

(1) 부종보증

보통법 상의 보증 혹은 일반적으로 이용되는 보증의 개념을 살펴봄으로써 독립보증에 대한 개념을 더욱 더 명확히 할 수 있을 것이다.

보증(guarantee)은 부종성이 없는 독립보증과 부종성이 있는 보증을 모두 지칭하는 중립적인 의미를 지녔지만, 은행이 발행하는 독립보증을 가리키는 것으로 거래 계의 관행상 쓰이게 되었다고 한다.²⁴⁾ 이와는 다르게 원채무자가 채무를 이행하지 않은 경우에 청구될 수 있는 부종적 합의(ancillary agreement)²⁵⁾ 또는 이차적(secondary) 의무를²⁶⁾ 가리키는 것으로 본다면 suretyship과는 성질상 큰 차이가 없다.

미국의 경우, 보증(guarantee)은 부종성이 있는 보증을 가리키고, 독립보증의 의미로 보증신용장을 사용한다.²⁷⁾ 영국의 경우, Guarantee가 법적 의미 외에 단순한 지급약속(undertaking)으로 사용될 수도 있다는 판례도²⁸⁾ 있다.

히 일치하지 아니하는 제시를 수리 거절하여야 한다고 규정하고 있다.

23) Xiang Gao, *op. cit.*, pp.26~27.

24) *Ibid.*, p.3.

25) Lode G. Beckers, *Contract Guarantees and International Bonding Practices*, Trading Financing, Euromoney Publications, 1981, p.149.

26) G.A.Penn·A.M.Shear·A.Arora, *Law and Practice of International Banking*, Sweet & Maxwell, 1987, p.271.

27) Roeland F. Bertrams, *op. cit.*, p.13.

28) *Heiser v. Anglo-Dal Ltd.*, 1954, 1 WLR 1273.

(2) 보증신용장

독립보증과 보증신용장은 '기능상 동일(functionally equivalent)'하다.²⁹⁾ 다시 말해서 보증신용장과 독립보증은 부종성을 가지는 일반보증과는 달리 동일한 기본원칙 하에서 의무의 이행을 확실히 한다. 특히 보증신용장은 기초계약으로부터 독립성을 가지며 보증은행은 수익자가 제시한 서류에 기초하여 보증장상의 내용과 엄격하게 일치하는 지를 판단하여 지급한다. 이러한 보증신용장과 유사한 독립보증 역시 보증장상의 조건을 충족한다면 지급을 약정하는 보증인에 의해 발행되는 1 차적인 의무를 내포하는 문서인 것이다. 따라서 보증신용장과 독립보증은 사실상 신용장과 동일한 기본원칙에 기반을 두고 있다.³⁰⁾ 보증신용장이 미국에서 인기가 있다면, 독립보증은 미국을 제외한 전 세계 특히 유럽에서 인기를 누리고 있다.³¹⁾ 이는 보증신용장의 기원, 즉, 미국은행의 신용공여기능 중의 하나인 지급보증이 명백히 채무임에도 불구하고, 은행의 재무제표 상에 등재되지 않음으로 인해 미국은행의 신용상태를 평가하는데, 정확하고 공정한 평가를 내릴 수 없다는 이유로 미국법원이 미국은행으로 하여금 독립보증의 발행을 금지시켰기 때문에³²⁾ 독립보증의 기능과 화환신용

29) John F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits*, P 1.05(2), at 1-31 (rev.ed. 2003)('First Demand Guarantees', 'performance guarantees', and simple demand guarantees'은 보증신용장과 동일하다(citations omitted)); Wunnicke et al.,*supra* note 36, § 6.01, at 6-3 n.2 (독립보증은 보증신용장과 꼭 같다); *id.* § 2.08, at 2-55 (은행보증의 기능은 보증신용장과 같은 방식(same way)이지만, 그 용어는 다르다); John F. Dolan, *Analyzing Bank Drafted Standby Letter of Credit Rules, the International Standby Practice (ISP98)*, 45 *Wayne L. Rev.* 1865, 1873 (2000) (독립보증(Independent bank guarantee)은 그 형식에 있어서는 다르지만, 보증신용장과 기능에 있어서는 동일하다); Goode, *supra* note 36, at 16 (청구보증과 보증신용장은 그 법적인 관점에서 분간할 수 없다(indistinguishable)); Guttman, *supra* note 37, at 175 (비록 은행보증과 보증신용장을 구별하기는 하지만, 이러한 장치들이 자금의 유용성을 확신하는 기능에 있어서는 동일하다). [David J. Barru, *How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects : Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit*, 37 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 51, 2005, p.63 FN41]

30) Agasha Mugasha, *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, The Federation Press, 2003, P.43.

31) 오스트리아의 경우, 보증신용장과 독립보증 둘 다 사용하고 있다.

32) 19세기 중반 미국의 연방은행법(National Banking Act)에 의하여 보증행위는 은행의 권한 외의 행위로서(*ultra vires*) 무효라는 판결이 내려진 상황에서 미국의 은행들은 다

장의 형식을 취하는 보증신용장을 사용하게 된 것이다.

일반적인 국제거래에서 보증신용장은 독립보증에 비해 다음과 같은 유용성을 가지고 있다. 첫째, 그 이용범위에 있어서 보증신용장이 독립보증보다 더 광범위하게 이용될 수 있으며³³⁾, 둘째, 은행의 경우 보증업무보다는 신용장 업무에 친숙하다는 점이며, 셋째, 보증신용장이 독립보증에 비하여 법률적인 확실성³⁴⁾이 존재한다.³⁵⁾

따라서 보증신용장과 독립보증의 차이를 구분한다면 두 가지 모두 독립추상성과 엄격일치원칙 하에서 움직이고 있으며, 그 형태에 있어서 보증신용장은 신용장의 형태를, 독립보증은 보증장의 형태를 가진다는 점이 가장 큰 차이점³⁶⁾이라 볼 수 있을 것이다.

Ⅲ. 독립보증상의 부당청구

1. 부당청구의 의의

(1) 부당청구의 개념

독립보증에서 발행신청인의 불이행 여부와는 상관없이 악의적인 의도를 가진 수익자가 보증인에게 지급을 청구하는 것을 '부당청구(Unfair Calling)'라 하는데 이러한 용어에 있어서는 부당청구 이외에도 다양하게 사용되고 있다.

른 국가의 은행들과의 경쟁력에 있어 매우 뒤떨어지게 되었다. 이를 극복하기 위해 미국의 은행들은 보증장 대신 'Guaranty Letter of Credit' 내지는 'Standby Letter of Credit'이라는 명칭으로 신용장의 형식을 빌려 실질적인 보증행위를 하게 되었다. 김순자, 스탠드바이 信用狀去來에서 詐欺書類排除原則의 適用에 관한 研究, 성균관대학교, 박사학위 청구논문, 1998, pp.7~8.

33) Roy Goode, *op. cit.*, p.16.

34) UNCITRAL, "Stand-by letters of credit and guarantees : report of the Secretary-General" (A/CN 9/301) para. 25.

35) 박석재, 독립적 보증 및 스탠드바이 신용장에 관한 협약, 한국상사법학회, 상사법연구, 2004, pp.322~323.

36) 환환신용장 전문가들은 보증신용장과 독립보증을 구분하기란 쉽지 않다고 한다. Gary Gollyer, *The Guide to Documentary Credits*, 3rd ed., IFSA, 2007, p.43.

미국통일상법전(UCC) 제 5 편 제 109 조에서 ‘기망(欺罔)적인(fraudulent) 청구’³⁷⁾로 규정하고 있으며, 독일에서는 ‘자의성(恣意性)’, 남용성 및 악의성(arbitrariness, abuse and bad faith)³⁸⁾이라 칭하고 있다. 특히 부당청구의 용어와 관련하여 주목할 만 한 점은 독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약에서 국가마다 상이한 개념을 가진 ‘사기(fraud)’나 ‘권리남용(abuse of right)’라는 용어를 피하고 ‘지급의무에 대한 예외(exception to payment obligation)’라는 일반적인 표현을 사용함으로써 독립추상성의 예외사유를 명시적으로 규정하고 있다.³⁹⁾

우리나라 대법원에서는 ‘권리남용적인 청구’⁴⁰⁾라는 용어를, 국제수출보험연맹에서는 ‘부당한 지급청구(unfair calling)’⁴¹⁾라는 용어를 사용하고 있으며, 수출보증보험을 다루는 보증기관들 중에서 우리나라 한국수출보험공사는 ‘부당한 보증채무이행청구’라하며,⁴²⁾ 영국의 수출보험기관인 ECGD(Export Credits

37) UCC 제5-109조 Fraud and Forgery

38) Roeland F. Bertrams, *op. cit.*, p.340.

39) 독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약 제 19 조에 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 구상보중에 의한 청구의 경우, 구상보중의 수익자가 역보중과 관련된 확약의 보증인/개설인으로서 악의로(in bad faith) 지급한 경우. 여기에서 확약이란 獨立的의保證과 保證信用狀을 포괄하는 개념이다. 石光現, 國際的保證의諸問題, 韓國貿易商務學會, 貿易商務研究, 제 17 권, 2002. 2, p.28.

40) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다 43873, 서울고등법원 2001. 2. 27. 선고 2000나 8863

41) “The Berne Union 2002 Yearbook”, International Union of Export Credit and Investment Insurers, 2002.

42) 수출보증보험 약관 제 27 조

부당한 보증채무이행청구(Unfair-Calling)는 다음의 하나에 해당함에도 불구하고 발주자가 보증채무이행청구를 하는 경우를 말한다.

1. 수출자등이 발주자와의 해외공사계약 또는 수출계약상 채무의 내용에 따른 이행을 한 경우
2. 수출자등에게 책임지을 수 없는 사유로 인해 해외공사계약 또는 수출계약상 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않거나 또는 이행할 수 없는 경우로서 해외공사계약 또는

Guarantee Department ; 수출신용보증국)에서는 ‘계약조건을 불이행하지 않았 음에도 불구하고 수익자가 지급청구를 하는 것’을 부당청구(Unfair Calling)로 규정하고 있다.⁴³⁾ 이렇듯 부당청구에 대한 용어는 각 기관별, 국가별로 달리 정의하고 있으나 그 내용에 있어서는 동일함을 알 수 있다. 또한 독립보증의 지급거절사유가 될 수 있는 부당청구의 유형 또한 각 국 법원마다 조금씩 다른 견해를 보이고 있으나, 일반적으로 ‘기초계약상의 정당한 근거 없는 보증수 익자의 지급청구’를 대표적인 예로 보고 있다.⁴⁴⁾

(2) 부당청구의 위협성

부당청구의 문제는 지급청구권을 가지고 있는 수익자에게서 파생된다.⁴⁵⁾ 독립보증과 기본원칙은 같은 화환신용장은 매도인의 계약이행을 증명하는 많은 서류들의 첨부를 요구하고 있으나, 보증신용장과 독립보증은 수익자가 은행으로부터 지급청구를 하기 위한 서류만을 그리고 그 작성자에 있어서도 신뢰할 만한 제 3 자가 아닌 수익자 스스로가 작성한 채무자의 채무불이행진술서라는 특수성으로 인해 수익자의 부당청구에 대한 가능성이 높아진다.⁴⁶⁾

채무자가 계약을 불이행했을 경우, 수익자는 채무자의 불이행사실만을 통지 하면 지급을 받을 수 있기에 많은 위협을 가지고 있음에는 틀림없다.⁴⁷⁾ 독립

수출계약 자체에서 그로 인한 채무불이행의 책임을 수출자등이 부담하지 않기로 정한 경우

43) Unfair Calls

A claim may arise where the buyer or local bank makes a call under the bond even though there has been no failure to perform the conditions of the contract or comply with any relevant laws or authorizations.[재인용 김상만, 부당한 지급청 구에 관한 독립보증에 관한 연구, 신인류, 2002, pp.104 ~ 105.]

44) 본 논문에서는 부당한 지급청구(Unfair Calling)이라 칭하도록 하겠다.

45) Brooke Wunnicke-Diane B. Wunnicke-Paul s. Turner, Standby and Commercial Letters of Credit, Wiley Law Publications, 2nd, 1996, p.41.

46) 강원진 · 이상훈, 보증신용장거래에서 지급금지명령의 적용에 관한 분쟁사례연구, 한국 중재학회지, 중재연구, 제14권, 제1호, 2004, p.30.

47) 보증신용장을 흔히 자살신용장(suicide letter of credit)이라 하거나 George Kimball and Barry A. Sanders, Preventing Wrongful Payment of Guaranty Letters of Credit - Lessons from Iran, 39, The Business Lawyer, Vol.39, February 1984, p.418. ; 단 두대신용장(guillotine standby letters of credit) 이라 칭하기도 한다. GW Jones, Letters of Credit in the United States Construction Industry (1986) 14 Int Bus

보증은 원칙적으로 수익자의 지급청구만 있으면 기초계약과는 독립적으로 은행이 지급해야 하는 것으로 독립성의 원칙을 가지며, 일반보증과는 달리 원칙적으로 부종성과 보충성이 없다. 따라서 일반적인 보증거래에서 보증인이 부종성 및 보충성에 기하여 항변권을 행사할 수 있으나, 독립보증은 기초계약에 영향을 받지 않으며 수익자의 지급청구만 있으면 무조건적으로 지급해야 한다. 더구나 독립보증의 보증력을 강화하기 위해 독립보증상의 문구를 작성함에 있어 무조건성, 취소 불능성을 추가하기도 한다.⁴⁸⁾ 결국 독립보증의 독립성, 무조건성, 즉시 지급성, 추상성 등은 부당청구를 야기 시키는 중요한 요소가 된다. 국제거래에서 부당청구가 빈번해 짐에 따라 채무자로서는 부당청구에 대한 위험이 큰 부담이 되었다. 서류 없이 지급이 이루어지는 독립보증의 경우에는 그 위험이 더욱 더 강하다.⁴⁹⁾

2. 부당청구에 대한 지급거절요건

(1) 독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약 상 지급거절사유

UN협약은 보증의 형태를 가지는 국제거래가 증가되자 이에 대한 규율의 필요성을 느낀 유엔 국제거래법위원회에 의하여 제정되어 1995년 12월 유엔총회에서 채택되었다. 유엔협약은 그 발효일과 관련하여 5개국 이상의 비준서가

Law, 17.

- 48) We, (L/G 발급자 : 은행 또는 보증인) at (L/G 발급자의 주소), as primary obligers and not merely as sureties, hereby establish an independent, absolute, irrevocable, unconditional Letter of Guarantee No. (L/G No) in your favor for account of (원채무자) at (원채무자의 주소)("Seller") to guarantee the performance of the terms and conditions of the agreement for (계약명)("Contract") and hereby undertake to pay you fully, promptly and punctually up to but not exceeding (L/G 금액) plus interests, fees, charges, costs, expenses and other amounts due and payable to you under the hsaid CONTRACT. 한국무역협회, 국제무역계약사례, 2003, p.818 [재인용 박광서, 스탠드바이 신용장의 국내 이용증대에 관한 연구, 성균관대학교 대학원, 박사학위 청구논문, 2004, p.26]
- 49) *Habottle Ltd. v. Nat. Westminster Bank* 사건을 담당한 케어판사는 채권자의 요구만 있으면 무조건 지급하는 것을 내용으로 하는 이행보증 약정에 놀라움을 표시하긴 하였지만, 이러한 약정은 중동 지역의 당사자와 거래하는 경우 흔히 맺어지고 있다는 점을 언급하고 있다. 김기창, 보증채무의 부종성과 독립성 -영국법과의 비교를 중심으로-, 한국민사법학회, 민사법학 제29호, 2005, p.87.

기탁된 날로부터 1 년이 경과된 후 다음 달의 1 일부터 발효되는 것으로 규정하고 있는데,⁵⁰⁾ 1998 년 12 월 8 일 튀니지(Tunisia)가 다섯 번째로 비준서를 기탁하여 2000 년 1 월 1 일부로 계약국⁵¹⁾에 대하여 그 효력이 발생되었다.⁵²⁾

UN협약은 제 19 조에서 “지급의무에 대한 예외”(Exception to payment obligation)라는 표제 하에 보증은행의 지급 거절권에 관하여 규정하고 있다.

① UN협약 제 19 조 제 1 항

UN협약 제 19 조 1 항⁵³⁾은 지급거절권의 적용요건에 대하여 규정하고 있다.

제 1 항에서 규정하고 있는 지급 거절의 요건은 ① 서류가 진정하지 않거나 위조된 경우, ② 청구를 위하여 제시된 서류에서 주장된 근거에 의하여 지급이 정당하지 못한 경우, ③ 약정의 형태와 목적에 의하여 판단할 때 청구가 상상할 수 없는 근거에 의한 경우를 말하며, 이러한 요건에 해당하는 경우 선의로 행동하는 보증은행은 수익자에 대한 지급을 보류할 권리를 가진다.⁵⁴⁾ 즉, 이상의 요건 중의 하나에 해당하는 경우, 보증은행은 지급의무에 대한 예외가 인정되어 지급 거절권을 행사할 수 있게 된다.

② UN협약 제 19 조 제 2 항

UN협약 제 19 조 2 항⁵⁵⁾에서는 1 항에서 규정된 적용요건 중에서 세 번째

50) 독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약 제28조 (1)항.

51) UN협약의 계약국은 2009년 5월 현재 에콰도르, 파나마, 엘 살바도르, 쿠웨이트, 튀니지, 벨라루스, 가봉, 리베리아 총 8개국이다. 미국은 1997년 12월 11일 서명만 해놓은 상태에 있다.

52) 이상훈, 보증신용장거래에서 발행은행의 지급거절권의 행사에 관한 사례연구, 무역학회지, 제30권, 제2호, 2005.4. p.266.

53) Article 19. Exception to payment obligation

(1) If it is manifest and clear that :

(a) Any document is not genuine or has been falsified ;

(b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting documents ; or

(c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment.

54) 독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약 제19조 (1)항

55) Article 19. Exception to payment obligation

(2) For the purpose of subparagraph (c) of paragraph (1) of this article, the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis :

(a) The contingency or risk against which the undertaking was designed to secure

요건에 해당하는 상상할 수 없는 근거(no conceivable basis)에 의한 청구를 보다 구체적으로 다섯 가지 경우로 규정하고 있다. 본 규정에 따르면 상상할 수 없는 근거에 의한 청구란 ① 보증신용장에서 정한 우발적인 사건이나 위험이 현실화되지 않은 경우, ② 발행의뢰인의 근거계약상의 채무가 법원 또는 중재판정부에 의하여 무효라고 선언된 경우, ③ 기초계약에 따른 채무가 수익자가 만족할 수 있도록 의심할 바 없이 이행된 경우, ④ 기초계약에 따른 채무의 이행이 수익자의 고의적 비행에 의하여 방해된 경우, ⑤ 구상보증에 따른 청구에서 구상보증이 관련된 보증신용장의 보증은행이 수익자에게 악의로 지급을 행한 경우 등을 의미한다.⁵⁶⁾

(2) 미국통일상법전 제5편의 사기 및 지급거절사유

발행의뢰인은 사기, 위조 또는 거래에서의 사기를 증명할 수 있는 한, 대금지급을 금지하는 법원의 명령을 얻을 수 있다. 따라서 미국통일상법전 하에서 만약 발행의뢰인이 적절한 재판관할권을 갖는 법원으로부터 지급금지명령(injunction)을 얻는다면, 보증은행의 지급거절은 허락된다. 그러나 95UCC는 발행의뢰인이 신용장거래에서 유지적인 구제(injunctive relief)를 통해 사법적인 개입을 구해서 얻을 수 있는 아주 좁은 수단만을 남겨놓고 있다. 수익자에게, 이 개념은 신속한 대금지급에 대한 아주 큰 불확실성을 야기한다. 왜냐하면, 수익자는 사법적인 시스템에 대하여 무지하기 때문이다. 그러나 발행의뢰인이 유지명령을 공여 받았다고 보고된 사건은 무척이나 적다.

95UCC는 유지명령의 공여를 여러 가지 방법으로 제한하고 있다.⁵⁷⁾

-
- the beneficiary has undoubtedly not materialized ;
 - (b) The underlying obligation of the principal/applicant has been declared in valid by a court or arbitral tribunal, unless the undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking ;
 - (c) The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the beneficiary ;
 - (d) Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilful misconduct of the beneficiary ;
 - (e) In the case of a demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the counter-guarantee relates.

56) 독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약 제19조(2)항

첫째, 사기가 중대(material)해야만 한다. 그러나 material을 정의하고 있지는 않다. 95UCC 5-109조의 주석에서는 과거의 몇 개의 결정을 호의적으로(favorably) 인용하고 있다. 그러나 그것의 의미는 각 각의 사건에 기초하여 결정되어질 것이다.

둘째, 발행의뢰인은 단순한 주장(allegation)이 아닌 사기 또는 위조에 대한 충분한 증거를 제공해야만 한다.(allegation이 아닌 evidence)

셋째, 유지적 구제 또는 다른 구제의 공여를 위한 모든 절차적인 요건이 충족되어야만 한다.

넷째, 제3자가 적절히 보호되지 못한다면, 구제는 공여되지 못하고, 확인은 행 또는 통지은행이 수익자에게 이미 대금을 지급한 후라면 유지명령이 공여되지 않을 것이다.

(3) 우리나라 대법원의 입장

우리나라 대법원은 독립보증뿐만 아니라 보증신용장 혹은 화환신용장의 과정 중에 수익자의 사기적인 의도를 가진 지급청구에 대하여, 보증은행으로 하여금 지급을 거절하게 하는 근거는 우리나라 민법 제2조⁵⁸⁾에 규정된 신의성실의 원칙에 있다. 즉 수익자의 악의적인 의도를 가진 청구를 권리남용(權利濫用)적인 청구라 하여 '권리남용금지의 이론'으로 그 지급청구를 거절할 수 있는 것이다. 참고로 독립보증에 관한 우리나라 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결도 그 근거를 권리남용금지에서 구하였고, 신용장에 관한 대법원 1997. 8. 29. 선고 96다43713 판결은 신용장거래를 빙자한 사기거래의 경우 신의성실의 원칙상 신용장의 독립성의 원칙과 추상성의 원칙에 의한 보호를 받을 수 없다고 판시하였다⁵⁹⁾ 한편 이러한 법원의 판결에서 보증인은 수익자의 보증금 지급청구가 권리남용임이 객관적으로 명백할 때에는 발행신청인에 대한 관계에 있어서 마땅히 그 지급을 거절하여야 할 보증발행약정상의 의무

57) Ralph H. Folsom, International Business Transaction in a Nutshell, 5th ed., West Publishing Co., 1996, pp.171 ~ 179.

58) 민법 제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. ② 권리는 남용하지 못한다.

59) 石光現, 國際的 保證의 諸問題, 韓國貿易商務學會, 貿易商務研究, 제17권, 2002.2, p. 27.

를 부담하여야 하고, 반면 발행신청인으로서도 보증인에 대하여 위와 같이 수익자의 청구가 권리남용임이 명백하다는 것을 입증하여 그 보증금의 지급거절을 청구할 수 있는 권리를 가진다고 보아야 할 것 이라고 판시했다⁶⁰⁾

따라서 이러한 대법원의 결정은 독립보증에서 권리남용을 쉽게 인정할 경우, 독립보증의 추상성과 이에 결부된 입증책임의 전환을 공동화(空洞化)시켜 국제거래 결제수단으로서의 독립보증의 효용성을 감소시키게 되므로 엄격히 인정하여야 한다는 점을 밝히는데 그 의미가 있다할 것이다.⁶¹⁾

(4) 청구보증통일규칙(URDG)

계약보증통일규칙(URCG)의 경험⁶²⁾으로부터 학습되었으며, 청구보증통일규칙(URDG)의 입안자들은 사기에 관한 문제에 대해서는 신용장통일규칙(UCP)과 유사한 입장을 취했다. 즉, 사기에 대해서는 침묵했으며, 개개의 관할권의 법원들에게 떠넘겼다.⁶³⁾

청구보증통일규칙(URDG) 제 20 조에서 수익자의 지급청구는 서면으로 하여야 하고 또한 서면진술로 뒷받침되어야 하되 그러한 서면진술에서는 원채무자가 기초계약상의 의무를 위반한 사실, 또는 입찰보증의 경우에는 입찰조건을 위반한 사실, 및 원채무자의 위반내용을 기재하고 있어야 한다고 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 구상보증상의 지급청구는 보증인이 그 보증상의 조건과 본조에 일치하는 지급청구서를 수령하였다는 사실을 기재한 서면진술에 의하도록 하고 있다. 이렇듯 청구보증통일규칙(URDG)은 채무자의 불이행진술서의 작성자가 수익자이고 또한 그 기재내용에 있어서 예를 들자면, ‘만기일까지 계약을 이행하지 않았다’, ‘계약에 따라 공급된 상품수량이 부족하다’, ‘계약이행의 내용에 하자

60) 우리나라 대법원 1994.12.9 선고 93다 43873

61) 서울남부지방법원 2007. 3.19. 선고 2006카합3097 가처분이의

62) 수익자의 부당청구를 최소화하기 위해 청구에 필요한 서류를 언급하고 또한 그 서류를 준비하는 자의 입장이 negotiating power가 강한 수익자라는 점에서 그 서류는 지급청구에 불편함을 가져왔을 것이다. 그리하여 계약보증통일규칙의 활용이 많이 미흡하였다. 이러한 저조한 활용을 회복하고자 국제상업회의소에서 야심차게 준비한 것이 바로 청구보증통일규칙인 것이다.

63) Xiang Gao, *op. cit.*, p.58.

64) 청구보증통일규칙(URDG) 제 20 조

가 있다', 그리고 입찰보증의 경우, '발행신청인이 낙찰되었음에도 계약을 체결하지 않았다' 등을 기재하면 된다는 것을 의미하는 듯하다.⁶⁵⁾

(5) 보증신용장통일규칙(ISP 98)

보증신용장통일규칙은 신용장통일규칙과 유사한 접근법을 취하고 있다.⁶⁶⁾ 즉 보증신용장통일규칙도 법률적 행위 권한, 형식 또는 사기나 악용을 원인으로 한 지급 청구 및 그 결과라는 문제를 다루지 아니할 것임을 명시하고 있다.⁶⁷⁾ 이는 보증신용장통일규칙 Rule 1.05에서 스탠드바이를 개설할 능력이나 권한, 스탠드바이 실행을 위한 형식적 요건(예컨대, 서명된 서면), 또는 사기, 악용 또는 유사한 사유를 원인으로 한 지급 요구에 대한 항변에 대해서는 정의하거나 다른 방법으로 규정하지 않는다고 하면서, 이러한 사안에 대해서는 준거법에 따른다고 규정한다.⁶⁸⁾

3. 부당청구에 대한 은행의 책임

(1) 보증금지급 전과 후의 책임

'만약 수익자의 사기가 보증은행에게 명백하다면, 은행은 지급을 중지해야 할 의무가 있다.'라는 원칙은 수많은 판례와 법률서적 등에서 인정하고 있다. 만일 보증은행이 이와 같은 의무를 무시하고, 수익자에 대해 지급을 행하였다면, 보증은행은 발행의뢰인에 대하여 책임을 져야만 한다.⁶⁹⁾ 이러한 책임은 합리적인 주의를 기울여 선의로 위임계약을 수행해야하는 은행의 부수적인 의무로부터 발생하는데, 이와 같은 의무 즉, 발행의뢰인에 대한 은행의 의무와, 수

65) Roy Goode, *op. cit.*, pp.93~94.

66) Xiang Gao, *op. cit.*, p.59.

67) James E. Byrne, *The Official Commentary on the International Standby Practice*, Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 1998, p.19.

68) ISP 98 Rule 1.05 (정당한 개설 및 사기 또는 악용을 원인으로 한 지급 청구 관련 사안의 배제)

69) 여기서 책임이란, 은행이 상환청구권을 잃는다거나, 그의 고객인, 발행의뢰인의 계좌에서 자금을 회수해 갈 수 없음을 의미한다.

익자에 대한 은행의 의무가 충돌하지는 않는다. 따라서 사기가 입증되었다면, 수익자는 지급을 요청할 권리가 없고 은행 역시 지급을 거절할 권리를 가지기 때문이다.⁷⁰⁾

이렇듯 수익자의 사기를 보증은행이 인식한 경우, ‘보증은행이 수익자의 지급 요청을 거절할 수 있다’라는 대 원칙 하에서 두 가지 경우의 수, 즉 지급 전(before-payment)과 지급 후(after-payment)의 경우를 살펴볼 수 있다.

첫째, before-payment의 경우, 은행이 수익자에 대해 지급을 행하기 이전에 수익자의 사기를 알게 된 경우, 은행은 지급을 중지해야만 한다.

둘째, after-payment의 경우, 은행이 수익자의 사기를 명백하게 알았거나, 혹은 명백했을 것임에도 불구하고 보증은행이 지급한 경우, 보증은행은 책임이 있다.

‘사기가 명백하다면, 은행은 지급하지 않아야만 한다’라는 원칙의 경우, ‘증거 없는 사기주장이 있는 경우, 은행이 구체적인 소송의 원인(cause of action)을 추적하도록 하는’의무를 내포하고 있는 것은 아니다.⁷¹⁾

Is Bankasi v. Bank of China 사건의 경우, 위와 같은 원칙을 다음과 같이 표현하고 있다.

발행의뢰인이 수익자에 대한 증거 없는 주장에 대해 조사하는 것은 은행의 역할이 아니다. 만일 발행의뢰인이 ‘수익자의 지급요청이 사기적이다’라는 것을 증명하고자 한다면, 은행에게 반박할 수 없는 증거를 제출해야만 한다. 또한 수익자의 지급요청이 사기적이라는 발행의뢰인의 주장 및 발행의뢰인의 계약위반이라 주장하는 수익자의 주장의 시비를 결정하는 것은 결코 은행의 역할이 아니다. 은행에게 이러한 역할을 부여하는 것은 은행으로 하여금 ‘지급을 결정함에 있어’ 법원처럼 행동해야 할 위치에 올려놓는 것과 다름이 없다.⁷²⁾⁷³⁾

다시 말하자면, 사기 및 사기에 대한 명확한 증거는 발행의뢰인의 관심과 위험이지, 결코 은행의 관심과 위험은 아니기 때문이다. 그리고 발행의뢰인의

70) Roeland F. Bertrams, *op. cit.*, pp. 395~396.

71) *Ibid.*, p. 397.

72) [1992] 2 Lloyd's Rep. 611, 617.

73) Roeland F. Bertrams, *op. cit.*, p. 398.

사기에 대한 명확한 증거의 제시는 단기간 내에 이루어져야만 하는데, 이는 보증계약 하에서 보증의 조건이 충족되면 즉시 지급을 행해야 한다는 근본 취지에 맞지 않기 때문이다.

(2) 사기 인지에 따른 책임

수익자의 사기에 대한 인식은 정신적인 상태(mental condition)이다. 그렇기 때문에 수익자의 사기와 관련된 증거는 추론될 수밖에 없고, 법원은 이렇게 추정된 인식에 기초해서 판결을 내릴 수밖에 없다.

그래서 발행의뢰인이 보증은행의 대금지급 전에 설득력 있는 증거를 제공하지 않는다면, 은행은 통상적으로 사기를 인식할 수 없다. 그러므로 ‘발행의뢰인이 자신의 주장과 이를 뒷받침하는 서류들을 은행이 알 수 있도록 하는 것’이 가장 중요하다.

이에 덧붙여 발행의뢰인이 은행에게 제출하는 증거 서류의 경우, (1) 은행 자신에게 제공된 자료에 의하여, 평범하고·신중하고·근면한 은행원이 수익자의 지급청구가 사기적이라고 인식했을 것임에 틀림없을 만큼 혹은 (2) ‘은행이 이끌어낼 수 있는 유일한 현실적인 추론이 사기에 대한 추론일 만큼’ 명확해야만 한다. 즉, 바꾸어 말하면 발행의뢰인은 수익자의 지급요청의 부적절성과 관련한 어떠한 의심도 은행에게 남겨서는 안 된다는 것이다. 또한 발행의뢰인에게 유리한 엄격성 완화에 대한 여지는 없다.⁷⁴⁾

법원은 대부분 발행의뢰인에게 유리하고, 은행에게 불리한 판결을 내리기를 꺼려한다. 또한 은행에게 책임이 있다는 판결은 극히 드물다.

Trib. com. Lyon, 3 July 1991 사건의 경우, 입찰보증과 관련하여, 발행의뢰인이 ‘수익자는 발행의뢰인 자신에게 계약서를 주지 않았고, 그럼에도 불구하고 보증을 요구했다’는 명확한 증거를 은행에게 제공했다. 그러나 은행은 이 증거를 무시하고 자신의 명성을 생각해서 대금지급을 결정했다.⁷⁵⁾

74) ...there is no room for laxness in favour of the account party.

75) D. 1993 Somm. p.100, Chapter 16.5, No. 16-24, Lyon, May 17 1991, D. 1993 Somm. p. 99, Chapter 15.2, No. 15-6 ; Roeland F. Bertrams, *op. cit.*, p. 399.

(3) 간접보증⁷⁶⁾에서 지시은행의 책임

지급 후 소송(after-payment cases)에서 은행의 책임에 관한 원칙들은 간접보증(indirect guarantee)의 경우, 역시 보증은행에 적용된다. 대금지급 시에, 수익자의 사기가 보증은행에게 명백했거나 혹은 명백했었을 것임에도 불구하고 보증은행이 지급을 했다면, 보증은행의 발행의뢰인에 대한 지급금지의무 및 책임은 '발행의뢰인에 대한 일반적인 주의의무'에 기초한 것이지, 계약상 의무에 기초한 것이 아니다. 그 이유는 발행의뢰인과 보증은행 간에 계약관계가 없기 때문이다. 외국의 보증은행이 수익자의 사기를 알고 있었는가와 관련된 질문은 일반적으로 '보증은행을 수익자로 하는 구상보증의 제 1 지시은행(first instructing bank)을 상대로 한' 유지명령 신청 시 발생한다.

만일 외국의 보증은행이 수익자에게 대금을 지급했고 지시은행이 보증은행에게 대금을 상환했다면 또한 만일 발행의뢰인의 '사기 때문에 지시은행은 지급하지 않았어야만 했다'라는 생각을 가졌다면, 발행의뢰인은 (1) 수익자의 사기 및 수익자의 사기에 대한 보증은행의 인식 뿐 아니라 (2) 간접보증 상의 금액을 지급하는 시점에, 앞서 말한 사항을 지시은행이 인식했다는 점 역시 증명해야만 한다. 하지만, 이러한 거증 책임을 이행하는 것은 사실상 불가능하다.⁷⁷⁾ 그러나, *Lyon, May 17 1991*.은 법원이 발행의뢰인승소(지시은행 패소) 판결을 내린 아주 드문 사건이다. 본 사건을 심리한 법원은 '수익자의 사기 및 보증은행의 이에 대한 인식은, 보증은행의 지급 요청서로부터 즉각 식별할 수 있었기 때문에, 기본거래에 대한 어떠한 조사 없이 지시은행에게 명백했었을 것임에 틀림없다'라고 판결 내렸으며, 또한 법원은 판결문에 '발행의뢰인이 기초계약의 조건에 대한 변경에 동의했다면, 그것은(guarantee) 취소된 것으로 간주되어야 한다'고 쓰고 있다.⁷⁸⁾

76) 독립보증에서 수익자는 외국에 소재하고 있는 보증인, 즉 보증은행에게 지급청구를 해야 하는 불편함과 불확실성이 존재하게 된다. 이러한 이유로 일반적인 국제거래에서 수익자는 자국에 거주하는 은행의 보증을 요구하는 경우가 많다. 따라서 수익자는 자국 내에 소재하는 은행으로부터 보증장을 발급받게 되고, 원채무자의 거래은행은 수익자의 국가에 소재하는 은행에 대해 2차적인 보증을 하는 것이 간접보증이다. 청구보증통일규칙(URDG) 제 2 조 a항 ii 호.

77) CA Amsterdam, 30 March 1972, Cass., 7 June 1994, Cass., 3 March 1991, 및 Trib.com. Marseille, 19 September 1991.사건들이 그 예이다.

78) D. 1993 Somm. p.99.

(4) 사기에 대한 은행 실무

많은 판례와 법률서적에서 '증거 없는 사기주장'이 있는 경우, 제한적인 방법으로 은행의 책임을 정의하고 있으나, '은행이 항상 냉담하고 비협조적인 태도를 취할 것이라' 가정해서는 안 된다. 왜냐하면, 은행은 그들 고객의 이익에 관심을 갖기 때문이다. 만약 사기에 대한 그럴듯한 증거가 제시된다면, 은행은 종종 수익자에 대한 지급을 연기하고, 발행의뢰인과 수익자간 중계자로서 행동할 것이고, 이에 덧붙여 오해 또는 의견 차이를 없애기 위해 부단히 노력할 것이다.

그러나 은행은 발행의뢰인이든 수익자든 양쪽 주장에 대한 옳고 그름에 관한 한, 어떤 입장을 취하지 않으려 할 것이다. 만일 수익자가 계속해서 은행에 대해 지급을 주장한다면, 은행은 수익자에 대해 지급을 해야만 한다는 사실을 그의 고객, 즉 발행의뢰인에게 피력할 것이다. 반면에, 현실적으로는 발행의뢰인이 사기에 대한 강력한 증거를 은행에게 제시하게 되었을 때, 은행은 발행의뢰인이 금지명령을 신청할 가능성을 공공연하게 언급한다. 그렇게 되면, 은행은 수익자에 대하여, 지급거절에 대한 '방패막이'로 법원의 결정을 주장할 수 있게 된다. 그러한 상황에서, 은행의 태도는 (1) 고객과 수익자에 대한 세상의 평판 뿐 아니라 (2) 자신의 업무에 무척 중요한 자들과의 관계를 악화시키지 않고자 하는 이해에 의해 좌우된다는 점 역시 지적되어야 한다. 예를 들어, 은행은 X국에 수익자가 있는 직접보증과 관련된 상황에 대해 'Y국에 수익자와 코레스 은행이 있는 간접보증(indirect guarantee)과 구상보증(counter-guarantee)과 관련된 상황과는' 다르게 반응하는 경향이 있다.⁷⁹⁾

IV. 결론 및 대응방안

국제거래의 성공은 거래당사자들이 계약에서 정한 바대로 성실히 계약을 이행함으로써 이루어진다. 특히 다양한 국제거래의 형태 중에서도 건설프로젝트

79) Roeland F. Bertrams, *op. cit.*, p. 403.

와 같이 거래규모가 크고 증장기에 걸쳐 이루어지는 거래는 거래상대방의 완전한 의무이행을 더욱 더 기대하게 된다. 하지만 혹시라도 거래상대방의 계약 불이행으로 인해 손해를 입게 될지도 모를 당사자는 거래상대방의 확실한 계약이행에 대한 안전한 장치로 독립보증을 요구하게 되는 것이다.

독립보증의 기본원칙은 독립성의 원칙, 서류거래의 원칙을 가지고 있다. 또한 독립보증은 일반보증과는 달리 부종성과 보충성을 가지고 있지 않으며, 수익자의 지급요청이 있으면 보증은행은 서류만을 기준으로 즉시 지급을 행하는 독립보증은 상거래에 있어 신속한 흐름을 가진 아주 독특한 계약(sui generis)인 것이다.⁸⁰⁾ 이렇듯 독립보증은 수익자의 지급청구가 있기만 하면 기초계약과는 별개로 보증은행이 지급을 해야 하는 독립성의 원칙과 서류거래의 원칙을 가지기 때문에 가지는 가장 큰 허점이 바로 수익자의 부당청구(unfair calling)이다. 독립보증과 동일한 기본원칙을 가지는 화환신용장의 경우도 사기의 예외가 존재하기는 하나, 독립보증은 지급청구를 위한 서류가 수익자 스스로가 작성한 채무불이행 진술서라는 점에서 부당청구의 가능성은 더 높은 것이다.⁸¹⁾

국제거래에서 신의성실의 원칙에 입각하여 거래를 이행하는 선의의 당사자를, 악의적인 의도를 가지고 계약에 임하는 상대방으로부터 보호하기 위한 대응으로 사전적인 대응방안과 사후적인 대응방안 그리고 수출보험에 의한 대응방안으로 구분할 수 있다.

사전적인 대응방안에는 신용조사를 통하여 악의적인 의도를 지닌 거래당사자와는 더욱 더 치밀하게 계약서와 보증장을 작성하는 것이다. 특히 계약서의 불가항력조항에는 불가항력의 사유를 구체적으로 명시함에 따라 명시된 불가항력으로 인한 계약불이행은 지급청구의 사유가 되지 않음을 명확히 할 필요가 있겠고, 만약 분쟁이 발생할 경우 중재로 해결할 수 있도록 중재조항을 삽입함으로써 분쟁을 신속하고 경제적으로 해결할 수 있을 것이다. 이에 덧붙여 보증장을 작성함에 있어서도 지급청구의 요건을 명확하게 기술하고 지급청구를 위해 제출해야 하는 서류로는 수익자가 작성한 서류이외에 신뢰할만한 제

80) Agasha Mugasha, *op. cit.*, P.19.

81) Michael Stern, The Independence Rule in Standby Letters of Credit, University of Chicago Law Review, Vol. 52, Winter 1985, p.223

3자가 작성한 서류를 요구함으로 인해 부당청구의 여지를 최대한 줄일 수 있을 것이다. 이러한 방안으로도 수익자의 부당청구를 막을 수 없다면 법원의 도움을 구해야 할 것이다. 거래당사자의 국가의 법률체계에 따라 지급금지명령이나 혹은 지급금지가처분이나 하는 용어와 그 절차상의 차이가 존재하기는 하지만 악의적인 의도를 가진 당사자로부터 선의의 당사자를 구원하고자 하는 법원의 궁극적인 목적은 동일할 것이다. 따라서 수익자의 지급청구가 의심스러울 경우, 법원으로 하여금 수익자에 대한 보증은행의 지급을 금지시키는 방법으로 흔히 정지명령, 유지명령, 지급금지가처분, 지급금지명령이라 칭해진다. 이러한 지급금지명령은 무조건적으로 법원으로부터 공여 받는 것이 아니라, 부당청구의 증거가 명확한 경우에 한해서만 공여를 받을 수 있다. 따라서 원채무자의 추측에 의한 의심만을 가지고서는 지급금지명령을 부여받을 수 없다. 특히 영국법원의 경우 그 기준이 매우 까다로워서 반드시 확인된 부당청구에 한해서만 지급금지명령을 부여하고 있다. 그 이유는 '상거래의 살아있는 혈액'과도 같은 그것을 법원이 강제적으로 중단할 경우, 상거래의 메커니즘이 원활히 이루어지지 못할 뿐 아니라, 상거래의 고유한 특수성을 해칠 수 있기 때문이다. 마지막으로 각 국가에서 국영으로 운영하는 수출보험공사의 수출보험제도를 이용하는 것이다. 우리나라의 경우 한국수출보험공사의 수출보증보험을 이용하면 된다.

참 고 문 헌

- 강원진·이상훈, 보증신용장거래에서 지급금지명령의 적용에 관한 분쟁사례연구, 한국중재학회지, 중재연구, 제14권, 제1호, 2004.
- 국토개발연구원, 건설업보증제도에 관한 연구, 1994.
- 김기창, 보증채무의 부종성과 독립성 -영국법과의 비교를 중심으로-, 한국민사법학회, 민사법학 제29호, 2005.
- 김상만, 국제거래에서 독립적 은행보증서에 대한 담보장치로서의 수출보증보험에 관한 연구, 한국무역상무학회, 무역상무연구, 제 39 권, 2008. 8
- 김상만, 부당한 지급청구에 관한 독립보증에 관한 연구, 신인류, 2002.
- 김순자, 스탠드바이 信用狀去來에서 詐欺書類排除原則의 適用에 관한 研究, 성균관대학교, 박사학위 청구논문, 1998.
- 김영훈, 화환신용장 개설은행의 서류심사의무에 관한 연구 -신용장통일규칙과 미통일상법전을 중심으로-, 성균관대학교 박사학위 청구논문, 2001.
- 박석재, 독립적 보증 및 스탠드바이 신용장에 관한 협약, 한국상사법학회, 상사법연구, 2004.
- 박석재, 독립적 보증서 및 스탠드바이 신용장에 관한 연구, 한국무역상무학회, 무역상무연구, 제 11 권, 1998. 2,
- 石光現, 國際的 保證의 諸問題, 韓國貿易商務學會, 貿易商務研究, 제 17 권, 2002. 2.
- 이상훈, 보증신용장거래에서 발행은행의 지급거절권의 행사에 관한 사례연구, 무역학회지, 제30권, 제2호, 2005. 4.
- Brooke Wunnicke-Diane B. Wunnicke-Paul s. Turner, Standby and Commercial Letters of Credit, Wiley Law Publications, 2nd, 1996.
- David J. Barru, How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects : Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit, 37 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 51, 2005.
- G.A.Penn · A.M.Shea · A.Arora, Law and Practice of International Banking, Sweet & Maxwell, 1987.

- Gary Gollyer, *The Guide to Documentary Credits*, 3rd ed., IFSA, 2007.
- GW Jones, *Letters of Credit in the United States Construction Industry* (1986) 14 *Int Bus Law*, 17.
- Henry Harfield, *Bank Credits and Acceptance*, 5th ed., The Ronald Press Company, 1974.
- James E. Byrne, *The Official Commentary on the International Standby Practice*, Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 1998.
- John F. Dolan, *Analyzing Bank Drafted Standby Letter of Credit Rules, the International Standby Practice (ISP98)*, 45 *Wayne L. Rev.* 1865, 1873 (2000)
- John F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits*, P 1.05(2), at 1-31 (rev. ed. 2003)
- Lode G. Beckers, *Contract Guarantees and International Bonding Practices, Trading Financing*, Euromoney Publications, 1981.
- Michael Stern, *The Independence Rule in Standby Letters of Credit*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 52, Winter 1985.
- Roeland F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, 3rd, ICC Publishing S.A., p 2004.
- Roy Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC, 1992.
- UNCITRAL, "Stand-by letters of credit and guarantees : report of the Secretary-General" (A/CN 9/301).
- Xiang Gao, *The fraud rule in the law of letters of credit : a comparative study*, Kluwer Law International, 2002.

ICC 청구보증통일규칙(URDG)

독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약

ISP 98

UCP 600

UCC 제 5 편

ABSTRACT

A Study on the Unfair Calling under the Independent Guarantee

Oh, Won Suk · Son, Myoung Ok

In International trade the buyer and seller are normally separated from one another not only by distance but also by differences in language and culture. It is rarely possible for the performance of obligations to be simultaneous and the performance of contracts therefore calls for trust in a situation in which the parties are unlikely to feel able to trust each other unless they have a longstanding and successful relationship. Thus the seller under an international contract of sale will not wish to surrender documents of title to goods to the buyer until he has at least an assurance of payment, and no buyer will wish to pay for goods until he has received them. A gap of distrust thus exists which is often bridged by the undertaking of an intermediary known and trusted by both parties who will undertake on his own liability to pay the seller the contract price in return for the documents of title and then pass the documents to the buyer in return for the reimbursement. This is a common explanation of the theory behind the documentary letter of credit in which the undertaking of a bank of international repute serves as a “guarantee” to each party that the other will perform his obligations.

The independence principle, also referred to as the “autonomy principle”, is at the core of letter of credit or bank guarantee law. This principle provides that the letter of credit or bank guarantee is independent of the underlying contractual commitment – that is, the transaction that the credit is intended to secure – between the applicant and the beneficiary ; the credit is also independent of the relationship between the bank and its customer, the applicant. The most important exception to the

independence principle is the doctrine of fraud in the transaction. A strict interpretation of the rule that the guarantee is independent of the underlying transaction would lead to the conclusion that neither fraud nor manifest abuse of rights by the beneficiary would constitute an objection to payment.

There is one major problem related to “Independent guarantees”, namely abusive or unfair callings. The beneficiary may make an unfair calling under the guarantee.

The countermeasure of beneficiary's unfair calling divided three cases.

First, advance countermeasure namely by contract. In other words, when the formation of the contract, the parties must insert the Force Majeure Clause, Arbitration Clause to Contract, and clear statement to the condition for demand calling.

Second, post countermeasure namely by court. Many countries, including the United States, authorize the courts to grant an order enjoining the issuer from paying or enjoining the beneficiary from receiving payment under the guaranty letter.

Third, Export Insurance. For example, the Export Credit Guarantees Department is prepared, subject to certain conditions, to cover the risk of unfair calling. Of course, KEIC in Korea is cover the risk of the all things for guarantees.

On international projects, contractor performance is usually guaranteed by either a standby letters of credit or Independent guarantee. These instruments will be care the parties.

Key Words : Independent guarantee, bank guarantee, demand guarantee, unfair calling, fraud
