

해외건설공사에서 독립보증에 관한 분쟁과 그 대책

최 명 국*

-
- I. 서 론
 - II. 독립보증의 특징
 - III. 독립보증에 관한 분쟁
 - IV. 독립보증 준비시의 대책
 - V. 결 론
-

주제어 : 독립보증, 부당청구

I. 서 론

1950년대 이후로 국제건설공사에서 계약교섭력과 위험할당 측면에서 발주자(employer)의 지위는 크게 향상되었다. 이러한 발주자의 지위향상으로 발주자들은 그들이 발주하는 국제건설공사의 성공적인 이행을 위한 담보로 수주자(contractor, 시공자라고도 함.)에게 무조건적 독립보증(first demand

* 경일대학교 국제통상학과 교수

guarantees)¹⁾을 요구할 수 있었다. 그 결과 1970년대 이래로 국제건설공사에서 수주자가 발주자에게 이러한 독립보증을 제공하는 것이 보편화되었다.

이러한 무조건적 독립보증을 받음으로써 발주자는 건설계약의 실질적인 불이행 또는 이행불능에 관한 증거를 제시하지 않는 단순한 지급청구를 할 수 있게 되었다. 오늘날 국제건설공사에서 이용되는 보증의 90% 이상이 이러한 종류의 독립보증에 속하며, 이러한 독립보증은 궁극적으로 그 청구 시에 지급을 하여야 하는 약속어음과 같다²⁾고 할 수 있다.

수주자들은 이러한 무조건적 독립보증은 책임감이 없는 발주자(독립보증서상의 수익자)가 지급청구를 남용³⁾할 수 있다는 점을 고려하여 중재판정문의 제시를 요구하거나 또는 발주자의 청구에 대한 증거를 요구하는 조건적 독립보증을 선호하겠지만, 대부분의 수주자들은 발주자들이 무조건적 독립보증을 요구하고 있기 때문에 성공적인 입찰을 위해서는 이러한 독립보증을 제공하는 것 외의 달리 다른 방법이 없다고 생각하고 있다.⁴⁾ 이러한 독립보증은 실무적용상 논쟁의 여지가 많으며, 현실적으로 국제상업회의소(ICC), 국제법조협회(IBA), 국제건설링엔지니어연맹(FIDIC) 등과 같은 국제기관들의 노력에도 불구하고 많은 분쟁을 낳고 있으며, 이러한 분쟁은 주로 중재나 소송을 통하여 해결되고 있다.

따라서 본고에서는 먼저 독립보증의 특징을 개관한 후, 다음으로 이와 관련하여 예상되는 분쟁을 살펴본 후, 마지막으로 수주자가 독립보증을 준비할 때의 대책을 고찰하는 데 그 목적을 두었다. 본고의 연구는 주로 문헌연구방법을 활용하고자 한다.

1) 독립보증은 청구보증, 요구불보증 등으로도 부르며, 영문으로는 “sight”, “confirmed”, “irrevocable”, “on demand”, “unconditional”, “independent” guarantee 등으로도 부른다. 본고에서는 특별한 사정이 없는 한 독립보증이란 용어를 사용하며, 문맥에 따라 무조건적 독립보증이란 용어를 사용하기도 한다. 또한 이는 예컨대, 수주자의 불이행 또는 이행불능을 입증하는 제3자 발행의 증명서 제출에 관한 규정을 두고 있는 조건적 독립보증(conditional guarantee)과 대조된다.

2) J. Dohm, Enjoining Payment of Demand Guarantees, *IBLJ*, 1992, p. 887.

3) 부당청구(unfair calling)라고도 부르며, 본고에서는 문맥에 따라 부당청구, 청구남용 등으로 부른다.

4) Vivian Ramsey and Stephen Furst, *Keating on Construction Contracts*, Sweet and Maxwell, 2006, para. 10-036.

독립보증에 관한 학위논문은 불과 수편에 지나지 않음을 알 수 있었다.⁵⁾ 전 문학술지논문으로는 1999년의 독립보증은 부종성과 보충성이 없으므로 보증인의 채무이행이 1차적이고 독립적이라는 것,⁶⁾ 2007년의 독립보증이 보증신용장과 기능상 동일하지만 준거법상 차이가 있다는 것,⁷⁾ 2008년의 독립보증이 신용장과 그 기본원칙이 동일하고 독립보증은 보증신용장의 기능과 같다는 것,⁸⁾ 2010년의 독립보증상 지급메커니즘에 따른 실무상 유의점⁹⁾에 관한 논문 등이 있다. 국내에서는 독립보증과 관련하여 보증신용장과의 비교연구가 비교적 많았으며 독립보증의 이용에 따른 분쟁과 실무적인 대책에 관한 연구는 근래에 와서 관심을 두고 있음을 알 수 있었다. 반면에 해외에서 독립보증에 관한 연구는 국내와는 달리 상당히 활발하다고 볼 수 있다. 1993년의 독립보증과 보증신용장의 차이점에 관한 연구,¹⁰⁾ 2008년의 독립보증의 1차적 의무에 관한 연구,¹¹⁾ 특히 국제건설공사와 관련한 다양한 연구¹²⁾가 이루어지고 있음

-
- 5) 김상만, 국제거래에서 독립적 은행보증의 부당한 지급청구(unfair calling)에 대한 법적 연구, 고려대학교 법무대학원, 2002; 박종균, 독립적 은행보증의 법적 측면에 관한 연구, 중앙대학교 대학원, 석사학위청구논문, 1993; 손명옥, 국제거래에서 독립보증상의 수익자의 부당청구에 관한 연구, 성균관대학교 대학원, 박사학위청구논문, 2008; 이호남, 신용장과 독립적 은행보증에 있어서 독립추상성과 그 한계, 고려대학교 법무대학원, 2005 등이다.
 - 6) 유중원, 독립보증 및 ICC 독립적 보증에 관한 통일규칙에 관한 소고, 변호사 제28집, 법조협회, 1999, p. 195.
 - 7) 이종원, 독립보증 및 보증신용장에 관한 유엔협약상의 준거법과 사기규정에 관한 연구, 국제상학 제22권 제3호, 한국국제상학회, 2007, p. 66.
 - 8) 김선국, 독립적 은행보증의 법적 규율과 관련한 문제점, 국제거래법연구 제17집 제1호, 국제거래법학회, 2008, p. 116.
 - 9) 오원석, 김필준, 이운창, 청구보증상 지급메커니즘에 따른 실무상 유의점, 무역상무연구 제46권, 한국무역상무학회, 2010, p. 133.
 - 10) Eric E. Bergsten, A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit : The UNCITRAL Draft Conventions on Guaranty Letters, *The International Lawyers*, Vol. 27, No. 4, 1993.
 - 11) Elspeth White, Guarantee : Primary Obligation, *Journal of International Banking Law and Regulations*, 2008.
 - 12) Hanotiau, Arbitration and Bank Guarantees, *16 Journal of International Arbitration*, 1999; Christopher Seppala, FIDIC Conditions of Contract and the Dispute Adjudication Procedure, *Legal Concerns*, 2003; Giles Dixon, On-Demand Performance Bonds in the International Market and Adjudication as a Means of

을 파악할 수 있었다.

본고가 기존의 독립보증에 관한 연구와의 차이점은 독립보증과 관련한 분쟁의 유형을 세 가지로 나누어 분석한 후, 특히 최근 활발하게 진행되고 있는 해외건설공사에서 우리나라의 수주자(보증의뢰인) 입장에서 독립보증서를 준비할 때 독립보증에 따른 분쟁에 대비한 대안을 제시하고 있다는 점이다.

II. 독립보증의 특징

1. 독립보증의 당사자와 법률관계

독립보증은 지급청구서 및 기타 보증 상 명시된 서류가 유효기간 내에 보증 조건에 일치하게 제시되면 수익자에게 일정한 금액(보증금)을 지급한다는 보증 은행의 지급약속을 말한다. 이러한 독립보증의 이용 예는 다양하게 나타나고 있는데 대표적인 것으로 입찰보증(tender guarantee), 이행보증(performance guarantee), 선수금보증(advance payment guarantee, repayment guarantee), 유보금보증(retention guarantee), 하자보수보증(maintenance guarantee, warranty guarantee), 지급보증(payment guarantee) 등이 있다.¹³⁾

독립보증에는 세 당사자 즉, 보증의뢰인(주로 수주자가 된다),¹⁴⁾ 보증은행

Reducing the Risks, *ICLR*, part 3, 2005; J. Dohm, Enjoining Payment of Demand Guarantees, *IBLJ*, 1992; Hans Giger, Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 38, 1987; L. Hardenberg, First Demand Guarantees: Recent Developments in the Netherlands, *24 International Business Lawyer*, 1996; M. A. Khalek Omar, The Regulation of International First Demand Bonds: A Comparative Approach, *4 Arab Law Quarterly*, 1989; Philip Dunham, The Use and Abuse of First Demand Guarantees in International Construction Projects, *ICLR*, part 3, 2008; Roy Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC, 1992; R.I.V.F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, ICC Publishing S.A., 1996; Vivian Ramsey and Stephen Furst, *Keating on Construction Contracts*, Sweet and Maxwell, 2006 등.

13) 허해관, 독립보증의 서류성, 국제상거래 관습의 제문제, 한국무역상무학회, 2010. 6, p. 158, 석광현, 국제적 보증의 제문제, 무역상무연구 제17권, 한국무역상무학회, 2002. 2, p. 23.

(주로 금융기관, 특히 은행이 된다.)¹⁵⁾ 및 수익자(주로 발주자가 된다.)¹⁶⁾가 개입되고 있다.

독립보증에는 세 가지 정도의 특징적인 법률관계를 낳고 있다.

첫 번째의 법률관계는 건설계약 당사자 사이 즉, 발주자와 수주자 사이에서 발생한다. 기초계약에 따라 수주자는 발주자에게 불이행 또는 이행불능의 경우에 청구할 수 있는 독립보증을 제공하게 되며, 이러한 독립보증의 발행에 따라 기초계약의 효력이 발생한다는 조건을 건설계약조건에 명시하는 경우가 보편적이다. 따라서 만약 수주자가 독립보증을 제공하지 못한다면 기초계약은 체결되지 않은 것으로 간주된다. 대안적으로 이러한 독립보증이 제공되지 않는다면 법률적으로 계약이 종료될 수도 있다.¹⁷⁾

두 번째의 법률관계는 수익자를 위하여 보증서를 발행하는 보증은행과 그의 고객 즉, 보증의뢰인 사이에서 발생한다. 보증의뢰인은 보증은행에게 수익자를 위하여 보증서를 발행하도록 지시함으로써 은행서비스계약관계¹⁸⁾에 들어간다. 보증은행은 보증서 발행을 약속하였으나 발행에 실패한 경우, 청구가 있을 때 정당한 사유 없이 지급을 하지 않을 때 또는 보증에 대한 잘못된 지급의 결과가 있을 때에는 보증의뢰인에 대해 책임을 부담한다.

세 번째의 법률관계는 무조건적 독립보증 자체와 관련하여 발생한다. 이러한 보증은 보증의뢰인의 지시에 따라 보증은행이 발행한 증서인 반면에, 보증은행은 수익자가 이 보증서에 명시된 요건에 일치시키는 경우 수익자에게 지급할 것을 약속하고 있다. 보증은행은 지급청구를 위한 조건이 충족된 경우에 청구된 금액을 지급하지 않을 경우에 수익자에 대해 책임이 있다.¹⁹⁾²⁰⁾

14) 국내에서는 원채무자, 발행의뢰인, 발행신청인, 보증신청인, 보증의뢰인 등으로 부르고 있으나 본고에서는 보증의뢰인이라는 용어를 사용한다. 영문으로는 contractor, principal, account party, applicant 등으로 사용된다.

15) 국내에서는 보증인이라는 용어가 사용되고 있으나, 국제거래에서 독립보증은 대개 은행에 의하여 발행되므로 본고에서는 보증은행이라는 용어를 사용한다. 영문으로 guarantor 등으로 부른다.

16) 국내에서는 보증수혜자라고도 하며, 영문으로는 owner, employer, beneficiary 등으로 부른다.

17) 예컨대, 프랑스 민법 제1184조에 따르면 보증서를 제공하지 못한다면 기초계약의 종료 사유가 된다고 규정하고 있다.

18) 우리 민법상 위임계약이다(대법원 1994.12.9, 93다43878판결).

2. 독립보증의 독립성

독립보증의 독립성은 독립보증을 둘러싼 다양한 법률관계(즉, 직접보증의 경우에, 보증의뢰인과 수익자 사이의 기초계약관계와 보증의뢰인과 보증은행 사이의 위임계약관계)로부터 보증이 독립되므로, 비록 보증서의 발행은 보증의뢰인과 수익자 사이의 기초계약에서 비롯하지만, 수익자와 보증은행 사이의 권리의무는 ① 기초계약상 발생하는 권리의무 및 ② 보증의뢰인과 보증은행 사이에 발생하는 권리의무와 독립된다는 것을 의미한다. 따라서 수익자의 명백한 사기나 준거법상의 다른 지급거절사유가 있는 예외적인 경우를 제외하고, 보증은행으로는 보증의뢰인이 수익자에 대하여 기초계약상 가지는 항변을 원용하여 보증 상의 지급을 거절할 수 없고, 또한 보증의뢰인으로서도 그와 수익자 사이에 기초계약상 불이행의 존부에 관하여 다툼이 있다는 이유만으로 보증금이 지급되는 것을 막을 수 없다. 마찬가지로, 보증은행은 예컨대, 보증의뢰인이 보증은행을 위하여 보증서의 발행에 관한 담보의 제공을 불이행하거나 그러한 담보목적의 자금을 예치하지 않음으로써 보증의뢰인이 그와 보증의뢰인 사이의 위임계약을 위반하였다든 것을 지급청구에 대한 지급거절사유로 원용할 수 없다.²¹⁾

19) Philip Dunham, *The Use and Abuse of First Demand Guarantees in International Construction Projects*, *ICLR*, part 3, 2008, pp. 276-277.

20) 이러한 직접보증 외에 간접보증(국내에서는 구상보증, 역보증, 견질보증이라고도 부른다. 영문으로는 indirect guarantee, counter guarantee라고 한다. 본고에서는 구상보증으로 부른다.)이 있다. 독립보증에서 수익자는 외국에 소재하고 있는 보증은행에게 지급을 청구해야 하는 불편함과 불확실성이 존재하게 된다. 이러한 이유로 수익자는 자국에 거주하는 은행의 보증을 요구하는 경우가 많다. 따라서 수익자는 자국 내에 소재하는 은행으로부터 보증서를 발급받게 되고, 원채무자의 거래은행은 수익자의 국가에 소재하는 은행에 대해 2차적인 보증을 하는 것이 간접보증이다. 독립보증에서 수익자는 여러 가지의 이점 때문에, 자국 내에 소재하는 은행에 의해 보증서가 개설되도록 합의하고, 원채무자는 자신의 거래은행에게 수익자의 국가에 소재하는 은행으로 하여금 독립보증을 발행하도록 지시한다. 이 경우, 원채무자의 국가 내에 있는 은행을 제 1은행 또는 지시은행이라 하고, 수익자의 국가 내에 소재하는 은행을 제 2은행 또는 보증은행이라 칭한다.(손명옥, 전제논문, pp. 17-18).

21) Roy Goode, *op. cit.*, pp. 18-19, 오원석·히해관·김중년 공역, 전게서, p. 15, 박석재, 국제비즈니스계약에서의 보증수단 및 종류에 관한 연구, 무역상무연구 제26권, 한국무역상무학회, 2005. 5, pp. 207-210.

3. 독립보증의 서류성

독립보증의 서류성²²⁾은 일반적으로 보증금액과 유효기간, 지급조건 및 지급 의무의 종료는 오직 보증 자체에 대한 조건과 지급청구서 기타 보증 상 명시된 서류의 제시 및 그에 따라 제시된 서류의 문면심사에 의존한다는 것을 의미한다.²³⁾

따라서 독립보증에서 지급청구를 원하는 수익자는 기초계약과 독립보증에서 규정된 시기와 방법에 따라 그 청구를 하여야 한다. 청구금액은 보증금액의 전액에 대하여 1회 또는 수회에 걸쳐 이루어질 수 있다.

독립보증은 또한 청구조건에 따라 여러 범주로 나눌 수 있다. 먼저 가장 보편적인 것(무조건적 독립보증)으로 그 청구 시에 불이행 또는 이행불능에 대하여 아무런 서류를 요구하지 않는 것이다. 둘째 범주는 수익자에게 수주자가 불이행 또는 이행불능 상태에 있다는 것을 주장하는 수익자의 단순한 서면진술서 정도의 증명서의 제출을 요구하는 것이다. 셋째 범주는 보증의뢰인에게 보다 큰 보호를 제공하는 것으로서 수주자의 불이행 또는 이행불능을 입증하는 제3자 발행의 증명서 또는 중재판정문이나 법원의 승소판결문의 제출을 요구하는 것이다.²⁴⁾

Ⅲ. 독립보증에 관한 분쟁

독립보증으로부터 야기되는 분쟁은 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 사기 또는 부당한 청구를 방지하기 위한 신청이며, 둘째는 그러한 부당한 청

22) 이를 추상성이라고도 한다. 이 경우의 추상성은 서류성과 같은 개념으로 이해하는 견해로 생각된다. 또한 학자에 따라 추상성과 서류성을 별개의 개념으로 이해하는 경우도 있다(허해관, 전개논문, pp. 158-159).

23) Roy Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC, 1992, p. 19, 오원석·허해관·김중년 공역, 국제상업회의소 청구보증통일규칙 가이드, 도서출판 두남, 2008, p. 15.

24) R.I.V.F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, ICC Publishing S.A., 1996, p. 4.

구로부터 야기되는 분쟁이며, 셋째는 청구 자체는 부당하지 않다고 하더라도 그러한 청구의 결과와 관련되는 분쟁이다. 이하에서는 이들을 차례로 고찰한다.

1. 부당청구의 방지를 위한 신청

1) 개설

보증의뢰인은 수익자의 부당청구를 방지하기 위하여 주로 중재판정부(기초계약이 중재조항을 두고 있을 경우)나 법원을 통하여 잠정적 또는 보존적 조치를 신청한다. 보증의뢰인은 지급청구가 후속적으로 부당한 것으로 확정이 된다고 하더라도 수익자에게 지급된 금액(보상금액과 이자)을 결코 회수할 수 없을 것이라는 우려 때문에 일반적으로 지급을 방지하고자 노력한다. 반면에 수익자의 관점에서 보면, 보증이 현금화되는 것을 방지하고자 하는 보증의뢰인의 노력은 상황에 따라 정당하지 않고 또 주로 지연책으로 간주될 수 있을 뿐만 아니라 특히 보증의뢰인이 불이행 중인 건설작업을 신속히 수리하거나 완성하는데 사용될 목적의 자금에서 지급할 경우에는 수익자에게 심각한 역효과를 줄 수도 있다.

보증의뢰인은 의도적인 부당청구를 방지하고자 노력을 하겠지만 다음과 같은 장애에 직면할 수 있다.

첫째, 기초계약과 독립보증에서 보증의뢰인에 대한 사전통지를 규정하지 않을 수도 있다.²⁵⁾ 따라서 보증의뢰인은 보증은행이 청구에 응한 후 보증의뢰인이 아무런 대비책도 강구할 수 없는 단계에서 독립보증이 청구되었다는 사실을 알게 될 수도 있다.

둘째, 은행이 보증을 하는 이유는 영업이익 창출의 근원이기 때문이다. 따라서 보증은행들은 보증서에 명시된 조건이 충족된다면 청구에 응하고자 하는 강한 욕구를 가지고 있다. 따라서 보증은행은 그러한 청구에 불응하도록 하는 법원의 금지명령(injunction)을 요구하는 경향이 있다.

셋째, 보증의뢰인이 지급청구에 관한 사전통지를 받는다고 하더라도, 보증은

25) I. Ndekugri, Performance Bonds and Guarantees in Construction Contracts: A Review of Some Recurring Problems, *ICLR*, part 4, 1999, p. 306.

행은 통상적으로 청구에 신속히 응할 필요가 있다. 따라서 보증의뢰인은 중재판정부나 법원(외국에 소재하고 있는 법원일 경우 문제가 보다 심각할 수 있다.)을 통한 적절한 구제방안을 강구하기 위한 시간에 심각한 제한을 받을 수 있다. 더욱이 분쟁이 중재나 소송으로 가기 전에 이러한 보증이 청구되는 경우가 많다. 법원을 통한 신속한 조치가 가능하여 법원으로부터 구제방안을 모색할 수 있다면 이는 문제가 될 수는 없을 것이다. 그렇지만 아직 중재가 개시되지 않았다면, 보증의뢰인은 중재판정부가 앞으로 수개월 동안 구성되지 못할 것이란 점을 감안할 때 중재판정부로부터 적기에 구제를 받을 입장에 있지는 못할 것이다. 이미 중재판정부가 구성되었다고 하더라도, 시간상의 제약으로 인하여 보증의뢰인은 중재를 신속히 종료시켜 적절한 구제방안을 모색하기란 극히 어려울 것이다.

넷째, 중재판정부가 일반적으로 잠정적 조치를 부여할 권한을 가지고 있다고 하더라도, 중재판정부가 이 권한을 행사함에 있어서 일관성이 결여되고 있으며²⁶⁾ 이에 따라 보증의뢰인이 이러한 선택권을 행사함에 있어서 보다 깊은 고려가 있어야 할 것이다.

다섯째, 독립보증이 청구되기 전에 중재판정부로부터 잠정적 또는 보존적 조치결정을 받는다고 하더라도, 보증은행 자신은 일반적으로 중재의 당사자가 아니기 때문에 그러한 조치결정에 구속되지 않는다. 따라서 수익자는 중재판정부의 결정에 위반하면서 청구를 주장할 위험은 남아 있다. 중재의 당사자는 중재판정부가 구성되기 전에, 적절한 상황이 있는 경우에는 중재판정부가 구성된 후에도, 통상적으로 법원에 잠정적 또는 보존적 조치를 신청할 수 있다. 이러한 법원에의 신청은 중재합의의 포기로 간주되지 않는다.

26) William Wang 교수는 이 점과 관련하여 다음과 같이 언급하고 있다. “비록 중재규칙이 구제에 관한 잠정적 조치를 제공해 줄 수 있다고는 하더라도, 그러한 구제를 부여하거나 부인함에 있어서 중재판정부 사이에는 통일된 관행이 없다. 대신에 어떤 중재판정부들은 잠정적 조치를 부여하지만 어떤 중재판정부들은 명시적으로 이를 부인하고 있으며, 또한 어떤 중재판정부들은 잠정적 판정의 해결을 위해 당사자들을 법원으로 유도하기도 한다. 중재판정부는 자신의 명령에 대한 강제력을 가지고 있지 않고 또 잠정적 구제도 법원을 통해서만 적절히 강제될 수 있기 때문에 중재판정부는 당사자들이 법원에 소송하기를 선호하고 있다. 비록 잠정적 조치가 법원을 통해서만 강제될 수 있다고 하더라도, 중재 상의 명령을 법원으로 이송한다는 것도 자주 문제를 일으키고 있다.”(William Wang, *International Arbitration: the Need for Uniform Interim Measures of Relief*, 28 *Brooklyn Journal of International Law*, 2003, p. 1075.

따라서 ICC의 사례²⁷⁾에서, 원자력발전소 건설과 관련한 유럽의 수주자와 아시아의 발주자 사이에 분쟁이 발생하였다. 대금지급에 관한 발주자의 수차에 걸친 불이행의 결과로 수주자는 공사를 연기하였고 결국 계약을 해제하였는데 이에 대해 발주자는 계약에 의해 제공받은 독립보증에 따라 지급을 청구하였다. 수주자는 중재판정부의 판정이 있기 전에 법원으로부터 보증은행이 보증금액의 지급을 금지하는 금지명령을 받았다. 이와 같은 이유로, 중재를 통한 분쟁해결의 규정이 있음에도 불구하고, 부당청구를 방지하기 위한 신청이 직접 법원으로 이루어지는 경우가 많다. 그러나 보증의뢰인은 그러한 부당청구를 막기 위한 힘겨운 노력을 계속해야 할 것이다.

2) 중재판정부를 통한 조치강구시 야기되는 문제

(1) 보증은행에 대한 중재판정부의 관할권

독립보증은 그 기초계약과의 독립성으로 인해 보증은행은 중재의 당사자가 아니기 때문에 기초계약에 규정된 중재합의에 따라야 하는 것은 아니다. 중재판정부는 기초계약에서 규정하고 있는 중재조항에 근거하여 보증은행에 대해 관할권을 가지고 있지 않다는 점을 지속적으로 확인하고 있다.²⁸⁾ 즉, 중재판정부는 통상적으로 수익자에게 지급청구를 하지 못하도록 명령할 권한을 가지고 있지만, 보증은행의 지급을 막을 수 있는 이와 유사한 명령을 내릴 수는 없다.

마찬가지로 중재판정부가 기초계약이 더 이상 효력이 없으며 독립보증에 대한 청구가 부당하다고 판정하더라도 보증은행이 자신의 보증에 따라 지급하는 것을 막을 권한은 없다. 따라서 보증은행이 독립보증에 의해 부당하게 지급한다면, 보증의뢰인은 보증은행에 대해 은행서비스계약(위임계약) 조건에 따라 소송을 제기하는 수밖에 없을 것이다.

(2) 수익자에 대한 중재판정부의 관할권

중재판정부는 일반적으로 중재가 미결인 동안 수익자의 지급청구를 제한하

27) *ICC Case No 3896 of 1982* [1985] YB Comm Arb 47.

28) *ICC case No 3896 of 1982* [1985] YB Comm Arb 47 and *ICC Case No 5275 of 1990*, B. Hanotiau, Arbitration and Bank Guarantees, 16 *Journal of International Arbitration*, 1999, p. 16.

는 잠정적 또는 보존적 조치를 내릴 수 있는 권한을 가지고 있다.²⁹⁾ 또한 중재판정부는 지급청구가 기초계약에 따라 정당한지의 여부, 즉 보증의뢰인의 계약위반이 있는지의 여부를 판정할 수 있다.³⁰⁾

보증의뢰인이 중재판정부를 통하여 수익자의 지급청구를 방지하고자 할 경우 보증의뢰인이 직면할 수 있는 전술한 바와 같은 장애가 있음에도 불구하고, ICC의 사례³¹⁾는 법원을 통하여 신청하는 것보다 중재판정부를 통하여 신청하는 것이 보다 중요하고 또 가능성이 있다는 점을 제시하고 있다. 즉, 보증의뢰인은 국내법원이 일반적으로 보다 강화된 기준을 적용하고 있는 사기와는 달리 독립보증에 대한 지급청구를 야기 시킬만한 위반이 없었다는 점을 계속 주장할 수 있는 利點이 있음을 제시하고 있다. 그러나 전술한 바와 같이, 중재판정부는 그러한 잠정적 조치를 내릴 권한을 이용함에 있어서 일관성이 결여되어 있다. 따라서 보증의뢰인은 중재판정부 쪽보다 법원 쪽으로 자신의 노력을 집중하는 것도 깊게 고려할 필요가 있을 것이다.³²⁾

3) 국내법원을 통한 조치장구시 야기되는 문제

기초계약이 중재조항을 두고 있는 경우에도 앞에서 언급한 이유로 보증의뢰인은 지급을 막기 위한 현실적인 기회를 가지기 위하여 법원에 의지하는 경향이 있다.

역사적으로 보증의뢰인은 독립보증에 관한 지급을 금지하기 위해서는 명백한 사기를 입증하는 것이 요구되기 때문에 보증의뢰인은 대부분의 국가에서

29) Donald Francis Donovan, Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, Including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by such Orders, *10 ICC Bulletin*, 1999, p. 57.

30) B. Hanotiau, *op. cit.*, p. 16.

31) *ICC Case No 3896 of 1982* [1985] YB Comm Arb 47.

32) 본 ICC의 사례에 따르면, 중재판정부는 중요한 점은 은행보증이 유효하며 수익자에게 지급될 수 있다는 결론을 내렸다는 점이다. 당사자들에게 중재가 진행되는 동안에는 앞으로의 중재판정의 집행에 관한 유효성에 손해가 되는 어떤 조치를 취하는 것을 삼가야 한다는 점을 상기시켰다. 따라서 중재판정부는 중재신청인(보증의뢰인)에게는 사건이 종결될 때까지 남용과 사기성이 있다는 지급청구에 대한 조치신청을 철회할 것과 그러한 남용과 사기성이 있다는 주장으로 재신청하는 것을 금지할 것을 제의하였으며, 동시에 피신청인(수익자)에게는 사건이 종결될 때까지 지급청구를 삼가 할 것을 제의(명령이 아님)하였다.

그러한 지급을 막기 위한 금지명령을 얻는데 있어서 심각한 장애에 직면하였다.³³⁾

그러나 영국이나 호주와 같은 나라에서는 점차적으로 금지적 구제(injunctive relief)를 사기 이외의 다른 근거로 부여하려고 하는 보다 유연한 접근방법을 취하려고 하는 몇몇 징조들이 있다.

대부분의 국가에서(모든 국가는 아니지만) 간단하고 신속한 잠정적, 일방적(ex-parte) 또는 예비적 소송을 통하여 이러한 금지명령은 행해지고 있다. 수익자나 보증은행은 이러한 일방적 소송에서 보증의뢰인에 대해 반론할 입장에 있지 못하기 때문에 보증의뢰인은 분명히 우위에 있다. 더욱이 비록 보증의뢰인은 회복할 수 없는 손해가 예견되는 지급을 막기 위하여 신청한 조치의 긴급성을 입증하여야 하지만, 보증의뢰인은 일반적으로 이러한 일방적 소송단계에서 의도된 사기에 관한 완전한 입증을 하도록 요구받지도 않는다. 따라서 이러한 일방적 소송단계에서 보증의뢰인은, 비록 사기를 증명할 수 없다고 하더라도, 심각한 사기에 관한 증거로 부당한 청구에 의존함으로써 금지명령을 얻는데 있어서 합리적인 전망을 가질 수 있다. 이러한 전망은 보증은행으로 하여금 보증의 연결고리를 차단하기 위하여 가장 유리한 관할권을 선택하는 것이 허용될 수 있는 다른 나라에서 은행이 개입되는 구상보증의 경우에 보다 고무될 수 있다.

그러나 보증의뢰인이 이러한 일방적 소송을 통하여 금지명령을 취득한다고 하더라도, 당사자들 사이에 소송이 진행되면서 대부분의 금지명령은 번복되고 있다. 즉, 대부분의 법원은 신청인에게 명백한 사기를 입증하도록 요구하고 있기 때문에, 금지명령은 사기에 관한 은행의 증거부족으로 자주 번복되고 있다.

이러한 관점에서 몇몇 국가에서는 보증서 발급과 관련한 사기와 그 지급청구상의 사기를 구분하고 있다. 예컨대, 영국에서는 유효한 보증에서 수익자에 의한 사기적인 청구는 명백하게 입증되어야 한다. 그러한 사기는 수익자 측의 기만할 의도에 상응하는 것이다. 반면에 (수익자와 보증은행 사이의 공모를 암시하는) 보증서 자체의 발급과 관련한 사기의 경우에는 보다 완화된 입증기준이 적용된다.

33) 사기에 관한 자세한 내용은 손명옥, 전제논문, pp. 87-95 및 석광현, 전제논문, pp. 26-28 참조.

결과적으로 보증의뢰인은 사기를 입증할 수 없는 한, 겨우 몇 주 또는 몇 달만 지급을 지연시킬 수 있을 것이다.

이러한 금지명령의 신청은 수익자에 대해서도 이루어지고 있지만,³⁴⁾ 보다 보편적으로는 보증은행에 대해서 이루어지고 있으며, 이러한 보증은행에 대한 신청은 특별한 문제를 야기 시킨다.³⁵⁾

이미 언급한 바와 같이, 보증은행은 명시된 전제조건이 충족된 경우에는 그들의 평판 때문에 청구에 대한 지급을 거절하기를 꺼려하고 있다. 사실 보증은행의 취소불능적 의무는 국제상거래에서 생명과도 같기 때문에 법원이 이러한 점에 대해 간섭한다는 것은 극히 예외적인 경우에 해당된다. 즉, 법원은 계약은 지켜져야 한다는 근본적인 원칙에 예외를 허용하기를 꺼려하고 있다.

몇몇 국가에서는 구상보증의 경우에 보증은행에 대한 금지명령을 구하기란 매우 어렵다. 독일의 법원은 二重의 사기가 입증되어야 함을 요구하고 있다. 즉, 수익자와 제2의 은행 측의 청구남용에 대한 인식이 입증되어야 한다. 이 점은 보다 완화된 입증기준을 요구하고 있는 영국의 경우와는 대조를 이룬다.³⁶⁾

2. 독립보증의 부당청구로 인한 분쟁

앞에서 언급한 바와 같이, 독립보증과 관련하여 세 가지의 상이한 법률관계가 발생한다. 결과적으로 보증은행, 수익자 및 보증의뢰인 사이의 부당청구 관

34) 영국 법원은 수익자에 대한 금지명령을 내리는 경향이 있는 것으로 보인다. 이 점과 관련하여 영국의 항소법원은 다음과 같이 강조하고 있다. “보증의 강제에 관한 어떤 문제(수익자와 보증은행 사이)도 아직 제기되기 전인 초기 단계에서 주거래 당사자들 사이에 사기가 제기된 사례에서, 보증은행이 당사자가 아닌 사건에서 만약 수익자가 이행보증을 강제하는 것이 금지되었을 경우, 이행보증의 자율성에 대해 아주 사소한 위협이라도 개입되었다고는 보여 지지 않는다(*Themehelp Ltd. v. West* [1995] 4 All ER 215). 독일법에서도 만약 보증의뢰인이 당해계약에서 수익자가 청구를 하는데 있어서 그럴 듯한 법률적 이유가 없다는 점을 입증할 수 있다면 금지명령을 얻을 수 있을 것이다(G. Dixon, G. Gosswein, R. Button, *On-Demand Performance Bonds in the International Market and Adjudication as a Means of Reducing the Risks*, *ICLR*, part 3, 2005, p. 286).

35) Hans Giger, *Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 38, 1987, p. 44.

36) Philip Dunham, *op. cit.*, p. 287.

한 상이한 분쟁이 제기될 수 있다.

부당한 청구와 관련한 분쟁은 흔히 청구를 위한 전제조건을 충족시키는데 실패한 점에 기인한다. 이러한 분쟁은 전제조건인 성격과 범위에 관한 의견불일치와 그러한 전제조건이 충족되었는지의 여부에 관한 의견불일치로 나눌 수 있다. 이러한 분쟁은 보증의뢰인과 수익자 사이에 또는 이들 중의 한 당사자와 보증은행 사이에서 발생할 수 있다.

보증의 효력에 관한 분쟁이 또한 발생하고 있다. 이러한 분쟁은 또한 보증의뢰인, 수익자 및 보증은행 사이에 발생할 수 있지만, 기초계약에 의해 구성된 중재판정부는 통상적으로 보증은행의 관점에서 보증의 유효성에 관한 구속적인 판정을 내릴 관할권을 가지고 있지 않다.³⁷⁾

1) 유효한 청구를 위한 전제조건인 충족

독립보증이 조건적이든 아니든 간에 보증의 조건에 관한 문제는 항상 분쟁을 야기 시켜왔다. 전형적인 경우로서 수익자는 불이행이 요구되지 않는 무조건적인 보증이라고 주장하는 반면에 보증의뢰인은 보증이 조건적이라고 주장하는 경우이다.

보증은행의 관점에서, 보증의뢰인에 대한 보증은행의 책임은 독립보증 하에서 형식적인 요건이나 또는 여타의 전제조건이 충족되지 않은 경우에 보증금이 지급되는 경우의 위험을 부담하는 것이다. 따라서 암스텔담의 은행은 보증금 지급청구가 통상적인 서신 대신에 법원 직원(bailiff)이라는 공식적인 중개자를 통하여 이루어져야 한다는 명시조건을 수익자가 충족시키지 못하였다는 이유로 보증금 지급청구를 거절하였다. 이러한 지급거절은 후속적으로 독일 법원에 의해 확정되었다.³⁸⁾

독립보증의 조건적 또는 무조건적 성격은 준거법에 근거한 독립보증의 해석상의 문제이다. 영국 법원은 이 점과 관련하여 무조건적 독립보증을 의도하고

37) 따라서 *ICC Case No 3896*에서 중재판정부는 보증의 유효성에 관하여 그 판단을 요청받았으나 이 문제는 중재합의의 당사자가 아닌 보증은행에게 영향을 미칠 수 있다는 이유로 동 판정부는 동 사안에 대해 판정할 관할권을 가지고 있지 않다고 판시하였다([1985] YB Comm Arb 47).

38) L Hardenberg, *First Demand Guarantees: Recent Developments in the Netherlands*, 24 *International Business Lawyer*, 1996, p. 380.

있다면 분명하고 명확한 문언이 사용되어야 하며, 따라서 당사자들은 독립보증을 준비할 때 극도로 주의하여야 한다고 강조하고 있다.³⁹⁾

전제조건인 삽입으로 야기되는 문제는 당해보증이 독립보증의 성격을 어느 정도 유지하느냐에 달려있다. 이 점과 관련하여 무조건적 독립보증의 본질은 보증은행이 수익자와 보증의뢰인 사이의 계약적 지위에 관한 조사 없이 수익자에게 지급의 의무를 부담하고 있다는 점이 강조되어야 한다.

이 문제를 해결하기 위하여 중재판정부나 법원은 보증서나 기초계약에서 규정하고 있는 특정 사실이 조건에 해당되느냐의 여부를 결정하여야 한다.⁴⁰⁾ 상 관행은 특히 중재사건에서 보증이 조건을 포함하고 있는지의 여부를 결정하는데 있어서 중요한 역할을 담당하고 있다.⁴¹⁾ 만약 보증이 조건적인 것으로 고려된다면, 기초계약에서 규정된 조건이 지급청구가 이루어지기 전에 충족되지 않았다면 그 청구는 부당한 것으로 간주된다.

ICC의 사례에서⁴²⁾, 보증의뢰인은 중재판정부에게 지급청구를 위한 조건이 충족되지 않았다는 근거에서 수익자에 의한 지급청구를 제한하도록 하는 잠정적 구제조치를 신청하였다. 중재판정부는 비록 보증이 기초계약에서 요구불(on demand)로 명시되어 있다고 하더라도 그 기초계약은 보증이 분쟁 중인 작업이 수익자에 의해 수리되거나 또는 완결되었을 때 그리고 그러한 작업에 관련된 비용이 수익자가 유보하고 있는 금액을 초과하는 경우에만 청구될 수 있다는 점을 명시하고 있다는 점도 파악하였다. 그렇지만 수익자는 그 작업을

39) *Trafalgar House Construction v. General Surety & Guarantee Co Ltd* (1995) 73 BLR 32 (HL).

40) *Schlumberger Electronics Ltd v. Bank Bumiputra Malaysia* 19, *ICLR*, 2002, p. 240에서 말레이시아 법원은 본 서류는 본 보증에 의한 지급은 피고가 계약의 이행을 실패하였거나 또는 그 계약적 의무위반을 행하였다는 것에 대한 입증을 조건으로 한다는 점을 명시하고 있었기 때문에 조건적 보증이라는 점을 판시하였다.

41) 예컨대, *ICC Case No 9427 of 1998* [2002] YB Comm Arb 153에서는 다음과 같이 판시되었다. “중재판정부는 제2호의 보증은 조건적 보증이라고 피고가 제시한 주장을 수락할 수 없다. 피고는 이러한 결론은 보증장의 문언에 따라 지급은 대금지급은 만기가 되었고 또 매수인이 그 지급에 실패하였다는 수익자에 의한 내역서의 요건과 함께 수익자에 의한 청구의 수령을 조건으로 한다는 보증의 조건적 성격이 입증되고 있다는 사실에 기초하고 있다는 점을 주장하고 있다. 그러나 중재판정부는 매수인이 지급에 실패했다는 내역서와 함께 이루어진 지급의 요청이 전형적인 청구보증이 조건적 보증으로 변경시키는 조건으로 간주될 수 없기 때문에 이러한 해석을 수락할 수 없다.”

42) *ICC Case No 7307 of 1994*, Philip Dunham, *op. cit.*, p. 289.

수리하거나 완결하고자 하는 어떠한 조치도 이행하기 전에 보증금액을 인출하려고 하였다. 따라서 중재판정부는 그 청구가 시기상조이며 결과적으로 부당한 것이라고 판시하였다.

2) 수익자에 의한 불이행 또는 이행불능의 부존재

무조건적 독립보증은 보증의뢰인의 불이행 또는 이행불능이 있을 때에만 청구되어야 한다. 불이행 또는 이행불능은 지급청구를 위한 적격한 사건(qualifying event)으로 간주된다.⁴³⁾ 예컨대, *Sté Matra v. Sté Borie SAE*(1994) 사건에서 프랑스 법원은 기초계약이 무효로 되었기 때문에 보증의뢰인은 수익자가 이미 청구하여 지급받은 보증금액을 회수할 권리가 있다고 판시하였다. 본 건에서 독립보증에 관한 부당한 청구에 접근하기 위하여 법원은 기초계약이 유효한지의 여부를 먼저 결정하여야 했다.⁴⁴⁾

다음의 경우가 부당한 청구로 분류될 수 있을 것이다.

첫째, 수익자가 자신의 청구를 정당화시키는 요건에 일치시키지 못하는 경우이다.⁴⁵⁾

둘째, 지급청구가 보증이 이루어진 기초계약과 관련이 없는 경우이다.⁴⁶⁾

셋째, 수익자 자신에 의해 또는 독립적인 제3자에 의해 발행된 서류로 입증된 바와 같이 보증의뢰인이 기초계약을 완전하게 또 정확하게 이행한 경우이다.

43) M. A. Khalek Omar, The Regulation of International First Demand Bonds: A Comparative Approach, *4 Arab Law Quarterly*, 1989, pp. 100-105.

44) Philip Dunham, *op. cit.*, p. 290.

45) 특히 ICC의 2009년 URDG 제15조 a호는 청구는 그 청구를 제기하는 위반을 자세히 담고 있는 수익자의 서면진술서가 첨부되어야 한다고 규정하고 있다. 동 조 a호는 다음과 같이 규정하고 있다(A demand under the guarantee shall be supported by such other documents as the guarantee specifies, and in any event by a statement, by the beneficiary, indicating in what respect the applicant is in breach of its obligations under the underlying relationship. This statement may be in the demand or in a separate signed document accompanying or identifying the demand.). 1992년 URDG는 2009년에 개정되어(URDG 758) 2010년 7월 1일부터 적용하기로 되어 있다.

46) 예컨대, 파리의 항소법원은 지급청구가 기초계약과 관련 없이 이루어진 경우에 은행이 무조건적 취소불능의 보증을 지급거절 하였을 때 독립보증에 따라 행동하였다는 점을 고려하였다.

넷째, 수익자가 기초계약의 이행을 불가능하게 만들었을 경우이다.

다섯째, 불가항력(*force majeure*)이 있고 또 기초계약이 계약위반을 배제시키는 상황으로 불가항력을 규정하고 있는 경우이다.

여섯째, down-payment 보증의 경우에 수익자가 먼저 합의된 down-payment를 보증의뢰인에게 지급함이 없이 지급을 청구하는 경우이다.

독립보증은 선급후쟁(*pay first argue later*)의 원칙에 근거하고 있기 때문에, 계약이 준수되었음에도 불구하고 보증이 청구되었다고 생각된다면 보증의뢰인은 중재나 소송으로 구제받도록 하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

또한 기초계약에 대한 사소한 위반도 보증에 대한 지급청구를 야기 시킬 수 있는지의 여부에 관한 문제가 제기된다. 이에 대한 해답은 보증의 해석에 달려 있다. ICC의 URDG 758 제15조 a호는 위반에 관한 진술서는 “보증의뢰인이 위반한 점”만 나타낼 것을 요구하고 있다.

보증이 어떠한 계약위반이라도 지급청구를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있다면, 중재판정부나 법원은 그 위반이 중대한 것이어야 함을 요구하지 않는다. ICC의 사례에서⁴⁸⁾, 은행보증서는 “보증의뢰인에 의한 의무이행의 실패가 있었다.”는 통지에 의해 청구할 수 있음을 규정하고 있었다. 중재판정부는 보증의뢰인이 자신의 계약의무를 이행하지 못하였기 때문에 그 지급청구는 정당하였음을 판시하였다. 특히 중재판정부는 그 실패에 특별한 성격이 있어야 함을 요구하지 않았다. “특정”의무의 단순한 위반만으로도 지급청구를 하기에 충분한 것이다.

Cargill International SA v. Bangladesh Sugar and Food Industries Corpn 사건⁴⁹⁾에서 매수인은 어떠한 손해도 입지 않았는데도 매도인이 이용한 선박이 계약조건과는 달리 20년이 넘었다는 근거로 보증에 대해 청구하였다. 그 보증은 어떠한 불이행이라도 청구를 제기할 수 있다고 규정하고 있었다. 매도인은 매수인의 청구를 제한하는 금지명령을 신청하였으나, 법원은 매수인이 보증금액의 전액에 대해 청구할 권리가 있음을 판시하였다.

47) J. Dohm, *op. cit.*, p. 887.

48) *ICC Case 3267 of 1984* [1987] YB Comm Arb 87.

49) [1998] 1 WLR 461.

3) 보증의 만료

당사자들은 보증이 기초계약의 일방적 종료에 따라 만료되어 후속적인 청구가 결과적으로 부당한 것인지의 여부에 관해서는 통상 합의하지 않고 있다. 일반적으로 이러한 상황은 수익자가 계약을 위반하고 그 후 보증의뢰인이 계약상의 이행불능에 빠지는 경우에 야기된다. 보증의뢰인의 이행불능에 근거하여 수익자가 지급청구를 하고 또한 보증의뢰인은 수익자의 계약위반 때문에 계약이 종료되었음을 주장하면서 중재를 신청하는 경우이다.

ICC의 사례⁵⁰⁾에서, 이집트에서 발주자가 선정하고 또 작업을 공동으로 하고 또 수주자에게 공장건설에 필요한 기자재를 공급하기로 한 하청업자는 수주자가 자신의 의무를 이행하지 않았기 때문에 계약이행에 있어서 어려움에 봉착하였다고 주장하였다. 이에 따라 발주자는 수주자를 퇴출시키고 그 작업을 하청업자에게 할당하였다. 수주자는 기자재의 인도와 작업의 완성과 관련된 독립보증의 청구를 시도하였다. 하청업자는 중재판정부에 하청계약이 종료되었음과 이에 따라 그 보증이 더 이상 효력이 없음을 선언하도록 신청하였다. 중재판정부는 수주자의 행위에 근거하여 하청계약이 종료되었음을 확인하였다. 중재판정부는 더 나아가 보증청구에 대한 수주자의 권리에 관하여 결정할 관할권을 가지고 있다고 판시하였다. 중재판정부는 또한 보증에 의해 카바 된 위험이 수주자와 발주자 사이의 기초계약의 종료에 따라 사라졌다고 판시하면서, “결과적으로 중재판정부는 보증은 더 이상 어떤 존재이유가 없다는 점을 발견하였다. 수익자는 더 이상 보증서에 대한 어떠한 권리도 가지고 있지 않다. 지급청구를 한다는 것은 수익자가 부당한 행위를 행하는 것이다.”라고 부언하였다.

그러나 비록 지급청구가 부당한 것이라고 하더라도, 중재판정부는 보증은행의 지급을 막기 위한 관할권을 가지고 있지 않다는 점을 기억하여야 한다. 중재판정부는 기초계약에 의한 수익자의 부당한 청구에 대하여 자신의 결정을 제한할 수 있다.⁵¹⁾

독립보증은 통상적으로 청구가 이루어져야 하는 시간제한을 규정하고 있다.

50) ICC Case No 5721 of 1990, JDI (Clunet), 1990, p. 1020.

51) ICC Case No 3986, *op. cit.*, n. 25.

만약 수익자가 규정된 시간제한 내에 청구를 하지 않으면 보증의뢰인은 보증이 소멸되었음을 주장할 수 있다.⁵²⁾

3. 기본계약상의 분쟁에 관한 청구의 효과

계약당사자들은 기본계약에서 야기되는 분쟁에 관한 지급청구의 효과에 대해서는 통상적으로 합의하지 않고 있다. 지급청구를 하는 수익자는 보증의뢰인의 불이행 또는 이행불능의 결과로 손해를 입을 수도 있다. 이 경우 독립보증이 손해배상예정액(liquidated damages)을 의미하는지의 여부에 대해서 다툼이 있을 수 있다. 수익자는 보증의뢰인의 불이행 또는 이행불능이 있는 경우에 독립보증을 통하여 선급(advanced payment)을 받을 권리가 있다. 이는 보증의뢰인에게 위약금(penalty)을 부과하고자 함이 아니라 수익자에 대한 신속한 구제를 제공하고자 함에 있다.

계약당사자들 사이의 분쟁에 관한 지급청구의 효과를 고려할 때에는 독립보증의 자율성 또한 고려되어야 한다. 예컨대, ICC의 사례에서⁵³⁾, 보증의뢰인은 독립보증은 계약에서 규정된 위약금에 관한 담보로 준비하였다고 주장하였다. 수익자가 지급청구를 하지 않았기 때문에, 보증의뢰인은 수익자가 계약상의 위약금을 청구할 자신의 계약상의 권리를 포기하였다고 주장하였다. 중재판정부는 보증의 자율성에 근거하여 이러한 주장을 거절하고 또 청구가 없다는 것이 이행불능의 경우에 계약에서 규정된 위약금을 청구할 권리의 포기에 해당하지 않는다는 점을 판시하였다.

또한 몇몇 사례에서 독립보증은 서류상의 명백한 문언에 근거하여 손해배상예정액으로 해석되고 있다. ICC의 사례에서⁵⁴⁾, 중재판정부는 독립보증의 기능은 현실적인 손해와는 구분되는 손해배상예정액을 보장하는 것으로 판시하였다. 그러한 보증은 이행불능의 경우 손해확보를 추구하는 것이지 이행확보를 추구하는 것이 아니다. 즉, 보증은 손해배상의 성격을 가지는 것이지 위약금이 아닌 것이다. 동 중재판정부는 “손해를 계산하는 이러한 방법은 건설계약에서

52) *ICC Case No 3055 of 1980*, JDI (Clunet), 1981, p. 937.

53) *ICC Case No 3267 of 1984* [1987] YB Comm Arb 87.

54) *ICC Case No 3267 of 1979* [1982] YB Comm Arb 96.

는 일반적으로 이용되는 방법이다.”라고 부언하였다. 따라서 수익자는 현실적인 손해액에 관계없이 보증금액 전액을 청구해서 보유할 권한이 있다.

마지막으로 독립보증은 불이행 또는 이행불능으로 야기된 장애에 대비한 손해배상예정액을 의미하는 것으로 추정될 수도 있다. 따라서 손해배상예정액을 카바 하는 그러한 지급청구는 수익자가 보증의뢰인이 작업을 수리하거나 또는 완결하는 비용과 같은 여타의 손해에 대하여 그 배상을 청구하는 것을 막지는 못한다.

IV. 독립보증 준비시의 대책

보증의뢰인은 부당청구를 막고자 할 때 그가 직면할 수 있는 어려움을 고려하여 부당청구의 위험에 대하여 주의 깊게 접근하여야 할 것이다. 보증의뢰인은 또한 부당하게 청구된 모든 금액(이자 포함)을 회수하고자 하는데 직면할 수 있는 어려움, 지연, 비용 등도 고려하여야 할 것이다.

그러나 앞에서 언급한 바와 같이, 무조건적 독립보증은 국제건설공사에서 광범위하게 이용되고 있으며, 수주자는 건설공사를 수주하기 위하여 이러한 보증을 제공할 수밖에 없는 처지이다. 따라서 보증의뢰인은 먼저 이러한 보증을 청구할 수 있는 수익자의 권리에 대한 조건을 두도록 시도하여야 할 것이다.

1. 독립보증청구 시의 조건 모색

한 가지 방안은 수익자 측의 손해가 발생되었을 때 또는 불이행 또는 이행불능이 중재판정부나 법원에 의해 확정되었을 때에 한하여 수익자가 지급청구할 수 있다고 하는 규정을 두는 것이다. 그러나 수익자가 이러한 자신에게 극히 불리하게 작용하고 있는 조건이나 또는 지급청구에 관한 자신의 권리를 지연시킬 수 있는 조건을 쉽게 받아들이지는 않을 것이다. 특히 불이행 또는 이행불능의 확정을 요구하는 방안은 불이행 또는 이행불능이 확정되어야 함을 요구하지 않는 독립보증의 보편적인 思考로 수익자에 의해 보다 쉽게 거절될 수 있을 것이다.

2. 보증의뢰인이 계약위반하였다는 제3자에 의한 결정을 수반케 하는 請求

잠재적으로 보다 수익자의 요구에 맞을 수 있는 방안은 모든 청구에는 보증의뢰인이 계약위반에 있다는 것을 기술하고 있는 자격이 있고 공정한 제3자의 결정을 수반케 하는 규정을 두는 것이다. 예컨대, 보증의뢰인이 DAB(Dispute Adjudication Board : 분쟁조정위원회)를 통하여 이러한 결정을 구하도록 되어 있는 FIDIC 표준계약조건을 이용하는 방안을 생각할 수 있을 것이다.⁵⁵⁾ FIDIC 표준계약조건은 잠정적으로 당사자들을 구속(중재에의 회부는 가능함)하는 이러한 결정을 DAB가 84일 이내에 내리도록 규정하고 있다. 따라서 지급청구를 할 수익자의 권리는 중재판정부에 의한 최종 판정을 기다리는 점과 비교하여 볼 때 상당히 신속하게 해결될 수 있다. 비록 보증의뢰인이 DAB의 불리한 결정에 불복종하여 동 사안을 중재에 회부할 수 있다고 하더라도, 수익자는 보증의뢰인이 중재를 통하여 불리한 결정을 번복시키려고 하는 동안에도 지급청구를 할 수 있을 것이다.

더욱이 FIDIC 표준계약조건에 따르면 수주자는 발주자가 본 표준계약조건에 명시된 특정의 불이행 사건에 대한 금액만 청구할 수 있는 이행보증을 제공하도록 규정하고 있다. 또한 동 표준계약조건은 대금지급 또는 수리하여야 할 하자에 관한 모든 불이행에 대하여 청구가 이루어지기 전 42일간의 사전통지를 요구하고 있다.⁵⁶⁾

55) Christopher Seppala, FIDIC Conditions of Contract and the Dispute Adjudication Procedure, *Legal Concerns*, 2003, 12.

56) 예컨대, FIDIC의 EPC/Turkey 프로젝트용 표준계약조건 제4.2항은 다음과 같이 규정하고 있다. "The Employer shall not make a claim under the Performance Security, except for amounts to which the Employer is entitled under the Contract in the event of: (a) failure by the contractor to extend the validity of the performance security until the works have been completed and any defects have been remedied, in which case the employer may claim the full amount of the performance security; (b) failure by contractor to pay the employer an amount due, as either agreed by the contractor or otherwise determined under the FIDIC Conditions of Contract, within 42 days of the agreement or determination; (c) failure by the contractor to remedy a default within 42 days after receiving the employer's notice requiring the default to be remedied; and (d) circumstances which entitle the employer to termination, irrespective of whether notice of termination has been given."

이와 유사한 경우로 런던에 소재하고 있는 CEDR(Center for Effective Dispute Resolution)에 의한 조정을 이용하는 방안도 있다. 독일의 수주자와 중동의 발주자 사이의 기간산업프로젝트용 이행보증을 호주의 은행이 발행하였다. 동 프로젝트의 계약서는 제네바에서 ICC에 의한 중재를 규정하고 있었으며, 이행보증과 관련하여 발주자의 청구가 이루어지고 수주자의 거절이 있을 경우에 이 문제를 CEDR의 규칙에 따라 조정에 회부하도록 하는 규정을 두었다. CEDR은 문제의 사안에 대해 28일 이내에 자신의 결정을 내리도록 되어 있다. 실제로 발주자의 보증금액 전액에 대한 청구가 있었고 수주자가 이를 거절하였다. 본 건은 CEDR에 의해 해결되었는데 그 결과 발주자는 보증금액에 대해 단 한 푼도 지급받을 수 없었다.⁵⁷⁾

따라서 독립보증과 관련하여 자격이 있고 또 공평한 제3자의 결정에 따라 지급청구 할 수 있도록 하는 방안은 그 실현 가능성이 높은 것으로 보인다. 즉, 수주자는 그들의 국제건설공사에 FIDIC와 같은 국제기관이 준비한 표준계약조건을 이용함으로써 자연스럽게 이와 같은 목적을 달성할 수 있을 것이다.

3. 구상보증의 활용

잠재적으로 수익자와 타협의 가능성이 높은 또 다른 방안은 ICC의 구상보증제도(ICC Counter Guarantee Scheme)를 활용하는 것이다. 동 제도는 수익자 입장에서 보면 보증의뢰인의 불이행 또는 이행불능을 입증할 필요 없이 곧바로 지급청구 할 수 있는 보증을 확보할 수 있는 장점을 가지고 있다. 반대로 보증의뢰인의 입장에서도 중재판정이 있기까지 얼마의 기간이 필요로 하던 간에 원보증의 부당청구에 따른 손해를 최대한으로 줄일 수 있는 장점을 가지고 있다.⁵⁸⁾

57) Giles Dixon, On-Demand Performance Bonds in the International Market and Adjudication as a Means of Reducing the Risks, *ICLR*, part 3, 2005, pp. 284-288.

58) ICC는 1992년에 보증과 구상보증을 연결하는 제의서(ICC Counter Guarantee Scheme)를 간행하였다(이 제의서는 그 후 IBA에 의해 Illustrative Form으로 채택되었다.). 동 제의서에 의하면, 발주자의 지급청구에 따라 수주자의 원보증은 발주자의 구상보증금 반환에 관한 규정이 충족되는 것을 조건으로 해서 즉시 지급되도록 되어 있다. 국제건설계약에서 발주자의 보증금 청구 권리에 대해 분쟁이 발생하면, 수주자는 이 문제를 ICC의 Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure에 의해 지명된 referee에게 회부할 수 있다. 지명된

4. 여타의 방안

앞에서 언급한 방안에 대한 시도가 실패한다면 보증의뢰인은 다음과 같은 방안을 고려하여야 할 것이다.

첫째, 궁극적으로 수익자가 독립보증을 유지시키는 비용과 지급청구가 남용될 수 있는 위험을 부담하도록 하여야 할 것이다.

둘째, 만약 수익자가 계약금액을 통하여 부당청구에 대한 궁극적인 위험을 받아들이지 않는다면, 대안적으로 부당청구를 카바 할 수 있는 보험계약을 고려하여야 할 것이다. 사실 영국, 독일, 프랑스 등과 같은 몇몇 국가에서는 이와 관련한 보험을 취급하고 있는 보험회사들이 있다. 그렇지만 보험계약 자체가 어렵고 또 보험료(보증금액의 0.5%/년 정도임)가 극히 높다는 단점도 있다.⁵⁹⁾

셋째, FIDIC의 청구보증서(on-demand guarantee) 양식을 고려하여야 할 것이다. 이 양식에 따르면 수익자는 보증은행에 보증의뢰인이 기초계약상 계약 위반에 있다는 점과 보증의뢰인이 계약위반에 있다는 연관성을 명시하고 있는 서면진술서를 제출하여야 한다. 이러한 조건들은 지급청구를 하기 전에 수익자에게 어느 정도의 조심성을 요구하는 것으로 볼 수 있다. 즉, 수익자가 부당청구를 하기 전에 최소한 한 번 더 청구할 것인지의 여부를 생각하게 하는 利點이 있다.

넷째, 또한 수익자가 입은 현실적인 손해를 반영하는 금액에 대해서만 청구가 이루어지도록 하는 조건을 보증에 규정하는 방안도 고려하여야 할 것이다.

다섯째, 보증의뢰인은 지급청구가 근거 없는 것으로 생각된다면 적절한 구제를 신청하기 위한 시간을 가지기 위하여 어떠한 경우에도 청구에 관하여 충분한 사전통지를 받을 수 있어야 한다는 점도 고려하여야 할 것이다.

referee가 원청구가 부당한 것이라고 판정하면, 수주자는 구상보증의 효과에 의해 자신의 손해를 회수할 수 있다. 발주자가 구상보증에 관한 규정을 충족시키지 못하였다면, referee가 발주자에게 유리한 판정을 내릴 때까지는 수주자의 원보증은 지급되지 않는다. referee에 의한 이러한 판정은 그 지명일로부터 30일 이내에 이루어지도록 되어 있다(Philip Dunham, *op. cit.*, p. 275).

59) Philip Dunham, *op. cit.*, pp. 297-298.

V. 결 론

1970년대 이래로 발주자들은 국제건설공사의 이행을 위한 담보로 수주자에게 무조건적 독립보증을 요구하는 것이 보편화되었다. 동시에 대부분의 수주자들은 성공적인 입찰을 위해서는 이러한 독립보증을 제공하는 것 외의 달리 다른 방법이 없다고 생각하고 있다.

무조건적 독립보증은 그 특성상 발주자가 수주자의 불이행 또는 이행불능에 관한 증거를 제시하지 않고 단순히 지급청구를 할 수 있다는 점 때문에 실제에 있어서 국제기관들의 노력에도 불구하고 당사자들 사이에 많은 분쟁을 낳고 있다.

독립보증과 관련된 분쟁은 매우 다양하게 나타나고 있지만, 사기 또는 부당한 청구를 방지하기 위한 신청에 따른 분쟁, 부당한 청구로부터 야기되는 분쟁, 청구 자체는 부당하지 않다고 하더라도 이러한 청구의 결과와 관련되는 분쟁으로 분류할 수 있다.

국제건설공사의 수주자들은 발주자들의 부당청구를 미연에 방지하기 위하여 독립보증을 준비할 때 세심한 주의를 기울여야 할 것이다. 그 방안으로는, 첫째로 발주자 측의 손해가 발생되었을 때 또는 불이행 또는 이행불능이 중재판정부나 법원에 의해 확정되었을 때에 한하여 발주자가 지급청구 할 수 있다고 하는 규정을 두는 방안, 둘째로 모든 청구에는 수주자의 계약위반이 있다는 것을 기술하고 있는 자격이 있고 공정한 제3자의 결정을 수반케 하는 규정을 두는 방안, 셋째로 ICC의 구상보증제도를 활용하는 방안 등이 있다.

이 중에서 독립보증과 관련하여 자격이 있고 또 공평한 제3자의 결정에 따라 지급청구 할 수 있도록 하는 둘째 방안이 그 실현 가능성이 가장 높은 것으로 보인다. 즉, 수주자는 그들의 국제건설공사에 FIDIC와 같은 국제기관이 준비한 표준계약조건들을 이용함으로써 자연스럽게 이 문제를 해결할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 박석재, 국제비즈니스계약에서의 보증수단 및 종류에 관한 연구, 무역상무연구 제26권, 한국무역상무학회, 2005. 5.
2. 석광현, 국제적 보증의 제문제, 무역상무연구 제17권, 한국무역상무학회, 2002. 2.
3. 손명옥, 국제거래에서 독립보증상의 수익자의 부당청구에 관한 연구, 성균관대학교 대학원, 박사학위청구논문, 2008. 4.
4. 오원석·허해관·김중년 공역, 국제상업회의소 청구보증통일규칙 가이드, 도서출판 두남, 2008.
5. 오원석·김필준·이운창, 청구보증상 지급메커니즘에 따른 실무상 유의점, 무역상무연구 제46권, 한국무역상무학회, 2010. 5.
6. 허해관, 독립보증의 서류성, 국제상거래 관습의 제문제, 한국무역상무학회, 2010. 6.
7. B. Hanotiau, Arbitration and Bank Guarantees, *16 Journal of International Arbitration*, 1999.
8. Christopher Seppala, FIDIC Conditions of Contract and the Dispute Adjudication Procedure, *Legal Concerns*, 2003, 12.
9. Giles Dixon, On-Demand Performance Bonds in the International Market and Adjudication as a Means of Reducing the Risks, *ICLR*, part 3, 2005.
10. J. Dohm, Enjoining Payment of Demand Guarantees, *IBLJ*, 1992.
11. Hans Giger, Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 38, 1987.
12. L. Hardenberg, First Demand Guarantees: Recent Developments in the Netherlands, *24 International Business Lawyer*, 1996.
13. M. A. Khalek Omar, The Regulation of International First Demand Bonds: A Comparative Approach, *4 Arab Law Quarterly*, 1989.
14. Philip Dunham, The Use and Abuse of First Demand Guarantees in International Construction Projects, *ICLR*, part 3, 2008.

15. Roy Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC, 1992.
16. R.I.V.F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, ICC Publishing S.A., 1996.
17. Vivian Ramsey and Stephen Furst, *Keating on Construction Contracts*, Sweet and Maxwell, 2006.

ABSTRACT

A Study on First Demand Guarantees in International Construction Projects

-Disputes arising from the DG and Recommendations for their Drafting-

Choi, Myung Kook

Since the 1970s, international construction employers have commonly requested first demand guarantees upon their contractors as a form of security for due performance of their works. Contractors prefer the greater protection offered by more traditional forms of security requiring presentation of an arbitral award or other evidence of the caller's entitlement to compensation. Many contractors nonetheless feel that they have no alternative but to provide these unconditional guarantees in order to compete. However, these unconditional first demand guarantees are controversial and have given rise to numerous disputes both in arbitration and litigation.

Disputes arising from first demand guarantees can be broken down into a) applications to prevent a perceived fraudulent or otherwise unfair or improper calling of a guarantee, b) claims arising from such abusive calls and c) claims relating to the consequences of such calls even if the call itself may not be abusive as such.

The contractors should carefully assess the risk of an abusive call being made bearing in mind the difficulties he may face in seeking to prevent such a call. He should also bear in mind the difficulties, delays and cost he is likely to encounter in seeking to recover any monies wrongfully called. One option would be to provide that the call can only be made once and to the extent that the employer's damages have been assessed or even incurred or

even for the default to have been established by an arbitral tribunal or court. Another option would be to provide that any call be accompanied by a decision of a competent and impartial third party stating that the contractor is in breach. For example, such a requirement could be incorporated into a construction contract based on the FIDIC Conditions by submitting this decision to a Dispute Adjudication Board. Another option would be to provide for the “ICC Counter-Guarantee Scheme”.

In sum, there would appear to be room for compromise between the employer and the contractor in respect of first demand guarantees by conditioning the entitlement to call such guarantees to the determination of a competent and impartial third party.

Key Words : Unfair Call, First Demand Guarantee