

독립적 보증과 그 부당한 청구에 대한 대응방안 연구*

김승현**

-
- I. 머리말
 - II. 독립적 보증의 의의와 법적 성격
 - III. 독립적 보증의 분류
 - IV. 독립적 보증과 그 부당한 청구에 대한 대응
 - V. 결 론
-

주제어 : 독립적 보증, 부당한 청구, 사기법리, 권리남용, 지급금지가처분, 청구금지가처분, 가압류, 긴급중재인

I. 머리말

통상 국제건설계약에서는 시공자의 의무이행을 담보하기 위해 보증¹⁾(Guarante

* 본 논문 초고를 읽고 세밀하게 논평을 해주신 서울대 법학전문대학원 석광현 교수님과 태평양 윤석준 변호사님께 깊은 감사의 말씀을 드린다.

** 법무법인(유한) 태평양 외국변호사(미국 뉴욕주), E-Mail : seunghyeon.kim@bkl.co.kr

1) 통상 *guarantee*와 *bond* 두 용어가 아무런 차이가 없는 것으로 혼용되고 있으나, *Bertrams*는 *bond*라는 단어는 법적으로 정의되지 않은 용어이며, 단순한 금전적 약정을 의미하기 때문에 그 사용에 대해 부정적인 입장을 취한다. 특히 이행보증(*performance bond or surety bond*)은 미국, 영국, 캐나다에서 특수 보증보험회사들에 의해 건설계약과 관련하여 발급되고 있는데 여기서 이행보증은 건설회사의 채무불이행 시에 프로젝트가 다른 시공자에 의해 완공이 되거나 그렇지 않으면 발주자가 금전적 보상을 받을 것이라고 약정하는 것이다. 이러한 이행보증은 혼합형 담보로서 독립성이나 종속성이라는 견지에서 논하기 어려운 것이다. 또한 이는 결코 청구만으로는 지급되지 않으며 채무불이행의 증거를 요구한다. 그리고 독립성의 정도나 *Suretyship* 계약과

e)2)이 제공되는데, 입찰보증, 선수금보증, 이행보증, 하자보증, 유보금보증, 모기업보증 등이 그것들이다. 이러한 보증들은 시공자인 주채무자가 국제건설계약상의 의무이행을 하지 않는 경우, 보증인(guarantor)이 그 의무이행을 대신하거나, 그 의무불이행으로 인한 손해를 배상하기 위해 체결되는 약정들이다. 여기서 입찰보증, 선수금보증, 유보금보증은 시공자의 금전지급의무를 담보하기 위한 것인데 비해 이행보증, 하자보증, 모기업보증은 공사계약상 시공자의 의무이행을 담보하기 위한 것이다. 이러한 보증들은 통상 채권자인 수익자와 보증인간의 계약으로 체결된다.³⁾

그런데 국제건설계약에 수반되는 이러한 보증들은 모기업보증을 제외하고는 대체로 독립적 은행보증의 형태로 제공된다.⁴⁾ 전통적인 담보 수단인 종속적(accessory) 보증이나 suretyship은 보증인이 주채무자가 제기할 수 있는 모든 항변을 행사할 수 있기 때문에 채권자에게 불리하고 부담스러운 면이 있다. 또한 이러한 보증은 종종 채권자가 보증인을 상대로 소를 제기하도록 만들어 보증인 입장에서는 불편하고 위험하다. 따라서, 은행은 종속적 보증인이 되기를 꺼리는데, 이는 그들이 어떠한 상황에서 지급을 해야 하는지 판단하기가 어렵고, 원인계약 당사자들간의 분쟁에 휘말려 들게 될 여지가 많기 때문이다.⁵⁾

이러한 종속적 보증의 단점을 피하기 위해 은행처럼 신용이 있고 재무적으로 튼튼한 금융기관에 의해 발행되는 독립적 보증이 만들어졌다. 특히, 국제건설계약에서는 계약 당사자들이 동일한 법역에 속하지 않는 경우가 많아서, 시공자가 의무이행을 제대로 하지 않을 경우에 이에 대한 지급 또는 손해배상을 청구하는 것이 그리 수월하지 않기 때문에 신용도가 높은 은행과 같은 금융기관에 의한 보증서 발급이 중요한 의미를 지닌다. 이러한 맥락에서 독립적 보증은 흔히 국제상거래의 생혈(lifeblood of international commerce)이라고 일컬어진다.⁶⁾

의 유사성은 전적으로 bond 계약조건에 달려있다(Roeland F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade - The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, 4th, ed., Kluwer Law, 2013, pp. 4~5.

2) 이를 FIDIC 계약조건에서는 담보(security)라고 표현한다. FIDIC 계약조건 제4.2조[performance security] 참조.

3) 하지만, 계약이라고 보기 위해서는 청약과 승락의 의사표시가 합치되어야 하는데, 독립적 보증에는 보증을 발행하는 보증인의 의사를 단지 청약의 의사표시에 불과하다고 보는 것이 부자연스럽고, 수익자의 승낙에 해당하는 의사표시를 찾기 어렵다는 점을 이유로 독립적 보증은 보증인의 단독행위라고 주장하는 견해가 있다(허해관, “국제건설계약상 청구보증”, 국제거래법연구 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013, pp. 190~192 참조).

4) 독립적 보증은 1960년대 중반 미국 국내시장에서 최초로 등장하였으나 본격적으로 사용되기 시작한 것은 1970년대 중동 산유국들이 사회기반시설, 공공시설, 산업플랜트 등의 대규모 프로젝트 건설하기 위해 서구회사와 계약을 체결할 때였다고 한다. Bertrams(주1), *op. cit.*, p. 1.

5) *Ibid.*, p. 2.

6) RD Harbottle (Mercantile) Ltd v National Westminster Bank Ltd [1978] 1 QB 146 at 155; Edward

독립적 보증은 독립성의 원칙이라든가 엄격일치의 원칙 등 여러 가지 측면에서 화환신용장과 매우 유사하다. 실제 미국에서는 물품매매의 지급수단으로 이용되는 전통적인 신용장에서 도출된 보증신용장(standby letter of credit)이 독립적 보증의 역할을 하는데, 그 이유는 미국에서는 법에 의해 은행이 보증(guarantee)을 발행하는 것이 허용되지 않기 때문이라고 한다.⁷⁾ 따라서 보증계약의 조건이 충족되면 은행은 무조건 지급해야 하고 원인계약으로부터 도출된 항변을 제기할 수 없다. 독립적 보증이 화환신용장과 다른 점은 독립적 보증은 담보장치이기 때문에 주채무자의 채무불이행 시 금전적인 보상을 약속한다는 점이다.

그러나 국제건설 발주자는, 최종적으로는 계약금액에 반영되어 자신이 부담하게 되는 독립적 보증의 비용 대비 그 이점을 면밀하게 분석해볼 필요가 있다.⁸⁾ 발주자는 시공자의 독립적 보증에 의해 시공자의 재무적 지급불능 위험으로부터 보호받을 수 있다. 또한 시공자가 채무불이행을 할 경우 그러한 채무불이행을 긴급하게 치유하고 그러한 채무불이행으로부터 발생하는 추가적인 지연과 공사방해(disruption)를 줄이기 위한 자금을 쉽게 확보할 수 있다. 하지만 궁극적으로 그러한 독립적 보증의 비용은 발주자의 부담이 될 뿐만 아니라 프로젝트 수행 도중 발주자의 독립적 보증 청구는 시공자의 파멸을 초래하거나 심각하게 타격을 주어 공사를 완공하지 못하게 할 수도 있다.⁹⁾

시공자들은 보증 청구를 위해서 중재판정이나 기타 발주자의 배상 권한을 입증하는 증거 제시를 요구하는 보다 전통적인 보증을 선호하지만, 경쟁입찰 절차에서 이러한 독립적 보증을 제공할 수 밖에 없는 형편이다.¹⁰⁾ 특히 시공자의 관점에서 독립적 보증은 발주자가 부당한 압력을 가하기 위한 수단으로 행사하거나 또는 아

Owen Engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd (CA) [1978] 1 QB 159 at 171; Britten Norman Ltd (in Liquidation) v State Ownership Fund of Romania [2000] Lloyd's Rep bank 315; Croup Josi Re Co SA v Walbrook Insurance Co Ltd [1995] 1 Lloyd's Rep 153(Giuseppe Broccoli, "On-Demand Bonds: A Review of Italian and English Decisions on Fraudulent or Abusive Calling", *ICLR*, 2015, 주1에서 재인용).

- 7) 1933년의 Glass-Steagall Act에 따라 미국은행은 상업은행과 투자은행으로 구분되었고, 상업은행은 보증서 발행이 금지되었다. 이 법은 1999년 폐지되었으나 2007년의 미국 금융위기로 2010년 3월 Volcker Rule에 따라 미국 은행은 다시 상업은행과 투자은행으로 구분되고 있어, 상업은행은 보증서를 발행할 수 없게 되었다(박세운 외, ICC 청구보증통일규칙, 대한상공회의소, 2010, p. 12).
- 8) Atkin Chambers, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 12th ed., Sweet & Maxwell, 2010, para. 17-003 at p. 1497.
- 9) Philip Dunham, "The Use and Abuse of First Demand Guarantees in International Construction Projects", *ICLR*, 2008, p. 274.
- 10) Stephan Furst and Vivian Ramsey, *Keating on Construction Contracts*, 9th Edition, 2011, para 10-036.

무런 근거 없이 부당하게 청구하는 등 남용되기 쉽다는 위험이 있다.

최근 해외건설산업에 참여하고 있는 많은 한국건설업체들이 해외 발주자로부터 독립적 보증 청구를 당하고 있는 형편이다. 그 중에는 원인계약상 정당한 사유가 없는 경우도 자주 있는 것 같다. 그럼에도 불구하고 우리나라 기업들은 공사를 수주할 당시에는 그냥 관행에 따라 남용의 위험성에 대해서 별로 생각 없이 독립적 보증을 발행했다가 막상 청구를 당하고 나서야, 독립적 보증이 어떤 것인지에 대해 깨닫게 되는 경우를 자주 목격한다. 과연 독립적 보증은 국제상거래를 활성화하기 위해 필수불가결한 생혈인가 아니면 시공자가 공사를 수주하기 위해 어쩔 수 없이 마셔야 하는 독배인가?

한국건설업체들은 공사계약과 관련하여 발주자에게 이행보증 등의 독립적 보증을 제공하는 경우가 더 많을 것이지만, 경우에 따라서는 자신의 하수급인 또는 주기기 공급업체들로부터 독립적 보증을 제공받기도 하므로, 독립적 보증에 대해서 어느 한 입장에서 일방적으로 가치편향적인 판단을 내리는 것은 곤란하다. 따라서, 독립적 보증이 무엇인지, 그리고 부당한 청구에 대해 어떠한 대응이 가능한지에 대한 정확히 이해를 통하여, 향후 독립적 보증에 대해 보다 신중하게 접근하는 것이 필요해 보인다.

이하에서는 먼저 독립적 보증이 의의와 법적 성격을 먼저 살펴 본 후에(II), 독립적 보증의 종류에는 어떠한 것들이 있으며(III), 부당한 독립적 보증 청구를 막기 위한 방법으로는 어떠한 것들이 있는지(IV)에 대해서 살펴보기로 한다.

II. 독립적 보증의 의의와 법적 성격

1. 독립적 보증의 의의

1) 전통적인 보증

원래 전통적인 보증¹¹⁾은 보증인의 지급의무가 발생하기 위해서는 선행조건으로 원인계약¹²⁾ 하에서 계약위반이나 채무불이행이 있어야 한다는 의미에서 이차적(secondary)이고 부종적(accessory)이다. 또한 보증인은 채권자에 대해 주채무자가

11) 영미에서는 전통적인 보증을 accessory, secondary, dependent 또는 conditional guarantee라고 한다.

12) 원인계약이라 함은 보증이 발행되게 된 원인이 된 거래계약, 즉 건설공사계약을 말한다.

가진 항변권을 그대로 행사할 수 있으며(부종성) 보증인에게 보증채무 이행을 청구할 경우 주채무자에게 먼저 청구할 것을 요구하는 이른바 최고검색의 항변권을 행사할 수 있다(보충성). 전통적인 보증 하에서 수익자가 보증인으로부터 지급을 받기 위해서는 종국적으로 주채무자의 불이행을 입증해야 하는데 이와 관련하여 다툼이 있는 경우 수익자는 중재 또는 소송절차에서 그러한 불이행을 입증해야 한다.

영미에서는 전통적인 보증을 *suretyship*라 부른다. *suretyship*은 주채무자가 채무 불이행을 할 경우 *surety*가 일단 먼저 주채무를 그대로 이행하거나 제3자로 하여금 이행하도록 할 수 있다. 이를 개입권(*step-in rights*)이라 한다. 이러한 이유로 *suretyship*은 전체 계약금액을 기준으로 해서 발행되므로 수수료가 매우 비싸다.¹³⁾

전통적 보증 또는 *suretyship*과 관련하여 채무보증인은 두 가지 문제에 직면하는데, 보증을 제공하기 전에는 보증인은 주채무자가 채무불이행을 할 확률을 계산해야 한다는 점이고, 둘째 보증제공 후로는 채무불이행이 발생했는지를 판단해야 하는데, 이 두 가지 다 통상적인 은행업무가 아닐 뿐만 아니라 발주자와 시공자의 분쟁에 휘말려 들 가능성이 농후하기 때문에 은행들은 이러한 보증을 취급하기를 꺼리는 경향이 있다.¹⁴⁾ 우리나라 건설계약 실무에서 널리 사용되는 보증보험은 전통적 보증의 일종인데, 건설공제조합이나 서울보증보험과 같은 전문 보증보험회사가 이를 취급하고 있다.

2) 독립적 보증

(1) 독립적 보증의 의의

전통적 보증 하에서 보증채무가 원인계약 상의 주채무에 대해 가지고 있는 부종성과 보충성 때문에 채권자들이 전통적 보증의 이용을 꺼리게 되자, 이에 대한 대안으로 등장한 것이 독립적 보증이다. 여기서 독립적이라는 것은 보증채무가 원인계약상의 주채무로부터 독립되어 있다, 즉 주채무에 대한 부종성과 보충성이 없다는 의미이다. 따라서 독립적 보증에서는 보증금 지급요건으로 보증서에 적시되어 있는 서류가 제시되면, 보증인은 실제 원인계약 하에서 주채무자의 채무불이행이 있었는지 여부를 따지지 않고, 무조건 보증금액을 지급하게 되어 있다. 통상의 독립적 보증에서는 수익자가 주채무자가 채무불이행을 하였음을 진술하는 서면을 제출하여 보증금액을 청구하는 것이 보통이다. 보증금 지급요건의 충족여부를 서

13) 자세한 사항은 Roeland Bertrams, "The New Forms of Security in FIDIC's 1999 Conditions of Contract", *ICLR*, 2000, pp. 370~371 참조.

14) Bertrams(주1), *op. cit.*, p. 12.

류상으로만 심사한다는 점에서 화환신용장의 법리와 유사한데, 요구되는 서류가 수익자가 작성한 서면뿐이라는 점에서 화환신용장과 다르고 보증신용장의 법리와 동일하다.

(2) 독립적 보증의 법적 성격

독립적 보증은 손해담보계약(Garantievertrag)¹⁵⁾과 유사한 측면이 있다. 즉, 보증 책임이 원인이 되는 채무자의 불이행 여부와는 무관하게 독립적이라는 점에서 그러하다. 우리 민법상 손해담보계약이란 당사자의 한쪽이 다른 쪽에 대하여 일정한 사항에 관한 위험을 떠맡기로 하고, 그로부터 생기는 손해를 담보하는 것을 목적으로 하는 계약¹⁶⁾ 또는 일방 당사자가 상대방에게 일정한 결과의 발생을 보장하고 그 결과가 도래하지 않는 경우 발생할 손해를 인수하는 의무를 부담하는 계약을 말한다.¹⁷⁾

손해담보계약은 상당히 광범위한 개념이기는 하지만, 특히 원인계약이 존재하지 않거나 손해담보계약의 수익자가 원인계약의 채권자가 아니거나 보증인이 자신의 계산으로 행위할 경우에도 적용된다. 예를 들어 현지 정부가 사업을 유치하기 위하여 투자자가 손실을 입게 될 경우 이를 보상해준다는 약정을 할 경우 또는 엔지니어가 발주자를 위해 건설프로젝트의 총사업비가 일정금액을 초과하게 되면 발주자의 손해를 보전하겠다고 약정하는 경우를 들 수 있다. 이러한 보증은 양 당사자 관계이며 이 경우 독립성은 확연히 드러난다. 하지만 현대의 은행보증은 수익자는 원인계약에서 채권자이며, 주채무자는 원인계약의 보증조항에 따라 은행에 자신의 계산과 위험으로 보증을 발급해 줄 것을 요청하는 다수 당사자 관계로 작동한다. 이러한 현대의 은행보증은 종종 일반적인 개념의 손해담보계약의 일종으로 이야기된다.

일반적으로 손해담보계약은 그 이전 국제거래에서 활용되던 현금예탁을 대신하기 위하여 등장한것으로 이해되고 있다. 현금예탁과 동일한 효과를 달성하면서도 채무자의 현금흐름에 악영향을 미치지 않는 것이 바로 손해담보계약이다.¹⁸⁾ 손해담보계약은 통상 특정 급부가 실현되지 않았다는 사건 자체만을 담보 실행의 요건으로 하며 이러한 의미에서 주채무에 대한 부종성이 없다. 이는 급부가 실현되지 않은 경우 채권자는 그 원인이 무엇이든 주채무관계에서 합의된 급부가 객관적으

15) 손해담보계약은 독일법상의 개념으로 suretyship과 다르게 부종성이 없다. 영미법에서는 indemnity가 손해담보계약과 유사한 개념이다.

16) 곽윤직, 채권총론(민법강의IV) 제6판, 박영사, 2013, p. 209.

17) 김형석, “보증계약과 손해담보계약”, 저스티스 통권 제77호, 한국법학원, 2004. 2, p. 49.

18) 상계논문, p. 51.

로 실현되지 않았다는 사실만을 입증하면 손해담보계약을 체결한 담보제공자로부터 약정된 금액을 청구할 수 있음을 의미한다. 이처럼 손해담보계약은 적어도 채권자가 급부가 제공되지 않았음을 입증해야 한다.¹⁹⁾ 이는 현금예탁에 비하여 손해담보계약이 채권자에게 불리한 부분이다. 또한 이러한 입증의 요구는 은행의 입장에서 바람직한 것이 아니다. 불필요하게 주채무관계의 복잡한 법률관계에 말려들어갈 수밖에 없기 때문이다.

손해담보계약은 이와 같이 독립적 보증과 유사한 면이 있지만, 채권자가 손해담보계약에서 특정되어 있는 급부가 실현되지 않았다는 사정을 입증해야 한다는 점에서 단순히 채무자의 채무불이행 사실을 진술하는 서류의 제시만을 요구하는 독립적 보증과 다르다. 뿐만 아니라 독립적 보증 중에는 후술하는 바와 같이 채무자의 채무불이행 사실을 진술할 필요도 없는 단순청구보증(on simple demand guarantee)도 있다는 점에서 더욱 그러하다.²⁰⁾ 손해담보계약에서 채권자가 채무불이행을 입증해야 하는 불편을 해소하기 위해 청구조항(on-demand)을 삽입하기 시작했다고 한다. 이에 따라 채무의 이행을 담보하는 은행은 아무런 이의의 제기 없이 단순히 채권자의 청구에 기하여 약정된 금액을 지급하여야 하며, 채권자는 담보의 실행시기가 도래하였음을 입증할 필요가 없이 단순히 이 사실을 일방적으로 주장함에 의하여 자신의 손해담보계약상의 권리를 행사할 수 있다. 우리 대법원은 1994. 12. 9., 93다43873 판결에서 이러한 청구조항과 결합한 손해담보계약을 ‘독립적 은행보증’이라 명명하였다.

(3) 독립적 보증에 대한 적용규범

한국에는 독립적 보증을 규율하는 성문법은 없고 법원 판례에 의해 그 범리가 형성되어 가고 있다. 독립적 보증을 규율하는 국제규범으로는 UN이 1995년 제정한 독립적 보증과 보증신용장에 관한 협약(Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit: 이하 “UN협약”)이 있는데, 독립적 보증과 보증신용장에 적용되는 것으로 계약국에서 조약으로서 효력을 가진다.²¹⁾

국제상업회의소가 1991년에 발간한 청구보증통일규칙(Uniform Rules for Demand

19) 김형석(주17), 전계논문, p. 56.

20) 허해관(주3), 전계서, pp. 198~199 등지.

21) 2016. 1. 현재 계약국은 8개국이다. 한국은 아직 가입하지 않고 있다. 이 협약의 전문과 그에 대한 간략한 해설은 <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf>에서 입수할 수 있다. 이 협약에 관한 상세는, 김선국, “독립적 보증 및 스탠바이 신용장에 관한 UN협약”, 비교사법 제3권 제1호, 한국비교사법학회, 1996, pp. 93~119; 박석재, “독립적 보증 및 스탠바이 신용장에 관한 UN협약”, 상사법연구 제22권 제5호, 한국상사법학회, 2004, pp. 315-337 참조.

Guarantees: 이하 “URDG 458”)이 있는데 이는 2009. 12. URDG 758로 개정 공표되어 2010. 7. 1부터 시행되고 있는데, 이는 원칙적으로 동 규칙을 적용하기로 명시한 경우에만 적용 가능하다.

신용장통일규칙(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007 revision, ICC Publication No. 600: 이하 “UCP 600”)은 원래 화환신용장을 규율하기 위해 ICC가 발간하였으나, UCP 400부터 보증신용장(Standby Letter of Credits)에도 적용된다. 신용장통일규칙은 국제적인 상관습법의 지위를 획득한 것으로 이야기된다.²²⁾ 한편 미국에서는 보증신용장이 독립적 보증의 일반적인 형태로 이용되게 되면서 미국 국제은행법실무연구소(Institute of International Banking Law & Practice)가 1998년에 “보증신용장통일규칙(International Standby Practices: ISP 98)”을 제정하였다.

Ⅲ. 독립적 보증의 분류

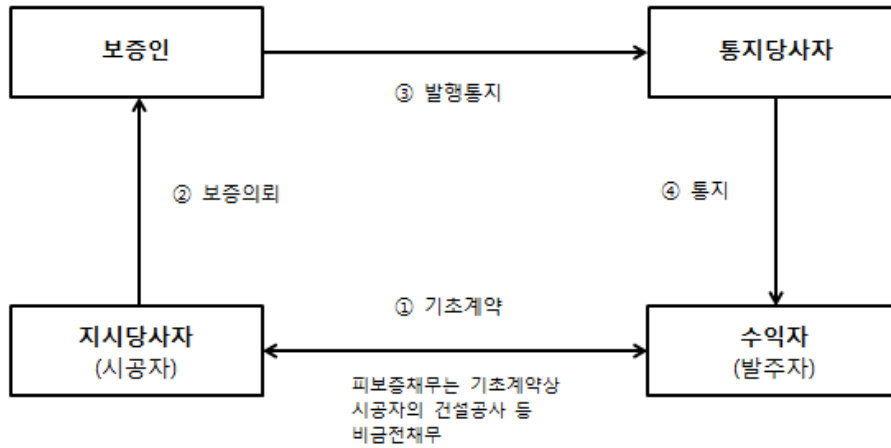
1. 직접보증 - 3자보증

보증의뢰인(applicant)의 의뢰에 따라 보증인이 수익자에게 보증을 발행하는 경우와 같이 세 당사자가 관여하는 구조 하에서 발행되는 보증을 직접보증(direct guarantee)이라 한다. 세 당사자가 관여하므로 3자보증이라고 부르기도 한다. 국제건설계약에서 계약조건에 따라 채무자인 시공자(보증의뢰인)가 채권자인 발주자에게 채무이행에 대한 담보를 제공하기 위해 보증인에게 보증의 발행을 의뢰하고, 그에 따라 보증인이 그 채권자인 발주자(수익자)에게 보증을 발행하는 경우가 여기에 해당한다. 이러한 직접보증은 보증인의 국가에 있는 보증의뢰인의 거래은행 또는 다른 은행에 의해 발행된다. 수익자가 외국에 소재하는 경우에는 수익자 국가에 있는 제2의 은행이 편의상 통지은행의 역할을 한다.²³⁾

22) 채동현 변호사는 URDG를 일반적인 거래약관에 가까운 것으로 보고, URDG의 구체적 규정 내용에 따라 국제적 상관습에 해당한다고 볼 여지도 있다고 한다(채동현, “URDG 758을 중심으로 한 국제거래에서의 청구보증(demand guarantee)에 관한 해석론”, 민사판례연구 XXXV, 민사판례연구회, 2013, p. 907).

23) Bertrams(주1), *op. cit.*, p. 17.

<그림 1> 직접보증(3자보증): 이행보증(통지당사자가 있는 경우)



2. 간접보증 - 4자보증

간접보증(indirect guarantee)은 네 당사자(보증의뢰인, 구상보증인, 보증인, 수익자)가 관여하는 구조 하에서 발행되는 보증을 일컬으며, 4자 보증이라고 부르기도 한다. 간접보증은 국제거래에서 가장 흔히 볼 수 있는 형태로서, 발주자인 수익자가 해외의 은행이 아니라 자국의 은행(보증인)으로부터 보증을 받기를 원하는 경우에 발행된다. 간접보증의 경우에 보증의뢰인은 대개 자신과 거래관계가 있는 자국 내 은행(구상보증인)을 이용하여 해외에 있는 은행(보증인)으로 하여금 수익자를 위하여 보증을 발행하도록 한다. 이 때 보증인으로서의 자신의 상환청구권을 보장받기 위하여 시공자(보증의뢰인)가 아닌 외국의 은행(구상보증인)으로부터 지급확약(구상보증)을 받기를 원하므로 간접보증에서는 두 개의 보증이 발행된다.²⁴⁾ 이와 같이 간접보증에서 구상보증인이 보증인을 수익자로 하여 발행하는 보증을 구상보증(counter-guarantee)²⁵⁾이라 하며, 이는 보증상의 보증의뢰인인 구상보증인이 자신에 대한 보증인의 원보증상 상환청구권을 담보할 목적으로 발행된다.

원보증이 보증의뢰인의 원인계약상의 의무를 이행하지 않은 경우에 청구하는 것임에 비해 구상보증은 보증인이 수입인으로서의 자신의 의무를 이행한 경우에 지급청구한다. 따라서 지급청구 시에 원보증의 수익자는 보증의뢰인의 원인계약상

24) Bertrams(쥬1), *op. cit.*, p. 19.

25) 이는 흔히 ‘역보증’이라고도 하는데, URDG 758 공식번역은 구상보증이라고 번역한다.

의 채무불이행을 진술하여 지급청구를 하고, 보증인은 자신의 원보증상의 이행을 진술하여 구상보증의 수익자로서의 지급청구를 한다.

<그림 2> 간접보증(4자보증): 이행보증



IV. 독립적 보증과 그 부당한 청구에 대한 대응

1. 지급 전 대응

1) 임시적 또는 보전적 처분

(1) 지급금지가처분²⁶⁾ - 법원

가. 지급금지가처분의 법적 성격과 요건

실무상으로는 발주자의 부당한 청구에 대해 은행이 지급하지 못하도록 하기 위해서는 보증의뢰인인 시공자가 보증인인 은행을 상대로 법원에 지급금지가처분을

26) 우리나라에서는 Injunction 또는 Restraining Order를 가처분으로 흔히 번역하는 경향이 있는데, 엄밀히 살펴보면 영미 절차법에서 Interim(또는 Temporary) Injunction 또는 Interim Restraining Order라고 가처분에 해당하는 용어가 있으므로, Injunction 또는 Restraining Order는 금지명령 또는 유지명령이라고 하는 것이 옳을 것이지만, 용어의 혼동을 피하기 위하여 가처분이라는 용어를 그대로 사용하기로 한다.

신청하게 된다.

한국법상 이러한 가치분이 계쟁물에 관한 가치분인지²⁷⁾, 임시지위를 정하기 위한 가치분인지에 대해 견해 대립이 있을 수 있지만, 후자로 보는 견해가 다수이며²⁸⁾, 실무상으로도 후자로 보고 있다.²⁹⁾ 임시지위를 정하기 위한 가치분은 당사자간에 현재 다툼이 있는 권리 또는 법률관계가 존재하고 그에 대한 확정판결이 있기까지 현상의 진행을 그대로 방치한다면 권리자가 현저한 손해를 입거나 급박한 위험에 처하는 등 소송의 목적을 달성하기 어려운 경우에 그로 인한 위험을 방지하기 위해 잠정적으로 권리 또는 법률관계에 관하여 임시의 지위를 정하는 보전처분이다.³⁰⁾ 은행을 상대로 보증금 지급금지를 구하는 가치분에서 다툼이 있는 법률관계는 보증 발행의 원인이 된 보증의뢰인과 보증인간의 보증발행의퇴계약이다.

우리나라 법원이 이러한 지급금지가처분을 허용하기 위해서는 민사집행법 제 300조에 따른 두 가지 요건, 즉 피보전권리와 보전의 필요성이 존재해야 한다. 먼저 피보전권리가 인정되기 위해서는, 보증의뢰인이 보증인에 대해 수익자에게 지급하지 말 것을 청구할 수 있는 권리, 즉 부작위청구권을 가질 것이 요구된다. 이를 위해서는 독립적 보증의 준거법상 보증인이 수익자에게 지급을 거절할 수 있는 권리가 있고, 나아가 보증의뢰인과 보증인간의 법률관계의 준거법상 보증의뢰인이 보증인에 대해 지급을 거절할 것을 요구할 수 있는 부작위청구권이 있어야 한다는 것이다.³¹⁾

한편 보전의 필요성과 관련하여 보증인이 수익자에게 보증금을 지급하게 되면 보증의뢰인은 현저한 손해를 입게 된다. 엄밀히 말하면 보증인이 수익자에게 보증금을 지급하고, 보증의뢰인을 상대로 구상권을 행사할 때 보증의뢰인이 손해를 입게 되지만, 통상 보증인은 보증의뢰인을 상대로 예금 질권 등의 담보를 갖고 있는 경우가 많아 손쉽게 구상을 받을 수 있으므로, 실무적으로 보증인이 수익자에게 보증금을 지급할 때 손해를 입는다고 본다.³²⁾

27) 이는 채권자가 금전 이외의 물건이나 권리를 대상으로 하는 청구권을 가지고 있을 때 그 강제집행시까지 다툼의 대상(계쟁물)이 처분·멸실되는 등 법률적·사실적 변경이 생기는 것을 방지하고자 다툼의 대상의 현상을 동결시키는 보전처분이다(민사집행법 제300조 제1항).

28) 윤진수, “독립적 은행보증과 지급금지가처분 신청금지 약관의 효력”, 민사재판의 제문제(상): 송천 이시윤박사 화갑기념논문집, 1995, p. 407; 김용균, “은행보증서상 보증의뢰인의 보증은행에 대한 보증금 지급금지가처분의 허부 및 미리 그 가치분신청권을 배제시킨 은행약관조항의 효력 유무”, 대법원판례해설 22호, 법원행정처, 1995. 5, p. 137.

29) 심승우, “신용장 및 독립적 은행보증 관련 지급금지가처분 - 우리나라 법원의 하급심 결정례를 중심으로 -”, 민사집행법연구 제11권, 한국민사집행법학회, 2015, pp. 388~389.

30) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행[IV] - 보전처분, 법원행정처, 2003, p. 8.

31) 석광현, “국제신용장거래와 사기의 원칙에 관한 소고 - 한국법상의 법리를 중심으로”, 한양대학교 법학논총, 한양대학교 법학연구소, 2014. 10, pp. 14~15.

이와 같은 임시의 지위를 정하기 위한 가치분에 있어서는 원칙적으로 변론기일 또는 또는 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 열도록 되어 있기 때문에(민사집행법 제304조 본문), 법원으로서의 편면 심리가 아닌 쌍방 심리를 할 수 있다는 장점이 있으나, 채무자인 보증인은 형식적으로만 가치분 신청기각을 구하면서 실질적으로는 다투지 않거나, 보증의뢰인과 수익자의 원인관계에 대해서 알 수 없어서 법원에서 결정하면 그에 따르겠다고 하는 경우가 대부분이라고 한다.³³⁾ 물론 실질적 이해당사자인 수익자가 보조참가하여 적극적으로 다투면 실질적인 쌍방 심리가 이루어질 수 있을 것이다. 하지만 신용장 대금 등 지급금지가처분 사건은 접수일로부터 결정일까지 불과 1주일도 채 걸리지 않는 경우가 상당히 많아서 수익자가 가치분 절차가 개시된 사실조차 모르는 경우가 다반사이며, 설령 수익자가 가치분 절차가 개시된 사실을 알고 있다고 하더라도 통상 수익자는 외국회사나 외국은행이라는 점을 감안할 때, 우리나라에서 이루어지는 가치분 절차에 참여하거나 관여하기란 시간상으로나 거리상으로 쉽지 않아서 수익자가 보조참가를 통해서 다투는 경우 또한 그리 많지 않아 보인다.³⁴⁾ 뿐만 아니라, 임시지위를 정하기 위한 가치분이 인용되는 경우, 보증인이 불복하는 경우도 상당히 낮다고 한다.³⁵⁾

나. 사기 또는 권리남용의 법리

독립적 보증채무의 독립성으로 인해 원인계약인 건설계약 하에서 수익자인 발주자가 독립적 보증채무이행을 청구할 정당한 사유가 없음에도 불구하고 청구를 하더라도 은행은 원인계약 하에서 시공자의 채무불이행이 실제로 있었는지 묻지 않고 발주자에게 지급해야 한다. 하지만 예외적으로 이러한 발주자의 청구가 “사기적인 청구” 또는 “권리남용”에 해당한다면 은행은 그 지급을 거절할 수 있고, 또 거절할 의무를 부담한다는 것이 국제적으로 널리 인정되고 있다.

URDG 758, UCP 600 또는 ISP 98은 사기적인 청구에 대해 규정하지 않는다. ISP 98 1.05(c)는 사기적인 청구는 준거법에 따를 사항이라고 규정한다. 원래 독립적 보증은 거래의 필요에 의해 자연적으로 발생한 것으로서, 초기에는 이에 관한 직접적인 법규범이 없었고, 오늘날도 대부분의 나라에서는 판례에 의하여 규율되고 있으나, 미국은 통일상법전(UCC) 제5편에서 보증신용장을 포함한 신용장을³⁶⁾, 프랑스

32) 대법원 1994.12.9 선고 93다43873 판결.

33) 심승우(주29), 전계논문, p. 389.

34) 상계논문, p. 390.

35) 상계논문, p. 390.

36) 미국 UCC 제5-109조는 “사기 및 위조”라는 표제 하에서 (b)에서 “보증의뢰인이 요구된 서류가 위조되었거나, 중대하게 기망적이거나 또는 지급청구에 응하는 것이 보증신용장의 발

는 민법 제2321조에서 독립적 보증(garantie autonome)을 규정하고 있다.³⁷⁾ 현재 독립적 보증에 관하여 국제적으로 구속력이 있는 협약으로서는 앞에서 언급한 UN협약이 있는데 이는 1995년 유엔총회에서 채택되어 2000년 1월 1일 발효되었지만 현재 가입국이 8개국에 불과하여 실제로 적용되는 범위가 넓지 않다.³⁸⁾

영미법계에서는 독립적 보증 하에서의 이러한 발주자의 부당한 청구에 대한 지급거절 법리를 “사기법리(fraud rule)”로 설명하지만, 대륙법계에서는 “권리남용의 법리”에 의해 설명한다. 참고로 UN협약 제19조는 국가에 따라 그 개념이 상이한 “사기(fraud)”나 권리남용(abuse of rights)이라는 용어의 사용 대신에 “지급의무에 대한 예외(exception to payment obligation)”라는 일반적인 표현을 사용하여 독립성에 대한 예외 사유를 규정하고 있다.

영미법계의 “사기법리”와 대륙법계의 “권리남용의 법리”의 이동에 대해서 이 둘은 사실상 동일한 기준이라는 견해³⁹⁾와, 전자가 후자보다 훨씬 더 엄격한 기준이라는 견해⁴⁰⁾ 대립이 있는데, 영미법계나 대륙법계 내에서도 국가마다 다소 다른 기준이 적용되고 있는 상황에서 일률적으로 말하기는 어렵겠지만, 유럽대륙과 영국은 일치하여 사기 또는 권리남용의 증거는 명백하고 합리적인 의심이 없어야 하

행인이나 개설의뢰인에 대한 수익자 측의 중대한 사기(material fraud)를 조장하게 된다고 주장하는 경우에는, 법원은 일정한 조건이 갖추어진 때에 한하여 법원은 발행인이 지급청구에 응하는 것을 잠정적으로 또는 영구적으로 금지하거나, 발행인 또는 다른 사람에 대한 비슷한 구제를 부여할 수 있다”고 규정한다. 여기서 금지명령이나 다른 구제수단이 발령될 수 있는 조건 가운데 중요한 것은, “손해를 입을 수 있는 수익자나 발행인 등이 금지명령 등에 의하여 발생할 수 있는 손해로부터 충분히 보호될 수 있을 것”과 “법원에 제출된 정보에 의하면 개설의뢰인의 주장이 받아들여질 가능성이 그렇지 않을 가능성보다 더 커야 한다”는 점이다.

미국에서 신용장에 관하여 사기가 지급거절 사유가 될 수 있다는 *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.* 뉴욕주 법원판결이 그 효시이다(김선국, “독립적 은행보증의 법리”, *재산법연구* 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008, p. 312 이하 참조).

37) 프랑스 민법 제2231조

- ① 독립적 보증은 제3자가 약정한 채무에 관하여 독립적 청구나 또는 약정된 방법에 따라 일정한 액을 이행하여야 할 의무가 있는 의무부담약정을 말한다.
- ② 독립적 보증인은 채권자의 명백한 남용이나 사기 또는 채권자와 주채무자와의 공모의 경우에는 의무가 없다.
- ③ 독립적 보증인은 채권자의 명백한 남용이나 사기 또는 채권자와 주채무자와의 공모의 경우에는 의무가 없다.
- ④ 반대의 합의가 없는 한, 이 보증은 피담보채무에 수반하지 아니한다.

38) 윤진수, “독립적 은행보증의 경제적 합리성과 권리남용의 법리”, *법조 통권* 제692호, 법조협회, 2014. 5, p. 13.

39) 김정호, “독립적 은행보증의 법률관계(대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결의 평석을 겸하여)”, *동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집*, 박영사, 1996. 12, p. 316.

40) 김선국, “신용장과 독립적 은행보증에 있어서의 지급금지가처분: 가치분 법원의 판단범위를 중심으로, 세계화시대의 기업법: 횡천 이기수선생 정년기념, 2010, p. 655.

고, 법원 심리절차의 속행 없이 원인법률관계를 자세히 들여다보지 않고, 즉시 제출될 수 있는 것임을 요구하고 있다. 또한 사기 또는 권리남용의 개념은 원인된 법률관계에 기해 인정될 수 있으며, 영국을 제외한 유럽대륙과 미국에서는 실제 수익자의 기망의 의사가 요구되지 않기 때문에 사기, 남용(abuse) 또는 악의(bad faith)라는 용어가 호환적으로 사용되고 있다는 점에서 큰 차이가 없다고 한다. 하지만 영국 판례는 은행을 상대로 한 보증금 지급금지가처분 사건에서 반복해서 보통법(common law)상의 일반적인 사기의 개념으로부터 도출된, 수익자의 주관적인 ‘부정직(dishonesty)’ 또는 ‘악의(male fide)’를 언급하고 있다는 점에서 차이를 보인다.⁴¹⁾

은행을 상대로 보증금지급금지 가처분을 구하는 것과 관련하여 첫째, 은행이 수익자의 사기 또는 권리남용을 알아야 한다는 점과 둘째, 보증의뢰인의 손해는 은행이 수익자에게 보증금을 지급하는 때 발생하는 것이 아니라 보증의뢰인의 계좌에서 구상금을 인출할 때 발생한다는 점으로부터 보증금지급금지 가처분을 인용하는데 이론적인 어려움이 발생한다. 하지만, 영국을 제외한 대부분의 법역에서 아직 은행이 보증금을 지급하기 전인 경우에는, 은행이 수익자의 사기 또는 권리남용을 알아야 한다는 요건은, 최종적으로 법원이 사기 또는 권리남용의 증거가 있다고 판단하면 충족되는 것으로 받아들여지고 있다. 하지만 영국법원(최근의 독일법원도)은 수익자의 사기가 은행의 보증금 지급 시에 은행에게 알려졌다면, 보증의뢰인은 은행을 상대로 손해배상을 청구할 수 있다는 근거로 가처분을 인용하지 않았는데, 이러한 영국법원의 태도는 매우 형식논리적이고 비현실적이라는 비판이 제기되고 있다. 왜냐하면 은행은 보증금을 지급함과 동시에 보증의뢰인의 계좌에서 구상금을 인출해 갈 것이고 보증의뢰인은 은행이 인출해 간 그 구상금을 되찾기 위해 매우 어렵고 오래 걸리는 싸움을 해야 하기 때문이다. 만약 보증의뢰인이 수익자의 사기를 입증하는데는 성공했으나, 은행이 보증금을 지급할 시에 수익자의 사기를 알았다는 사실을 입증하는데 실패한다면, 보증의뢰인이 승소하기는 어려울 것이기 때문이다.⁴²⁾

구체적으로 어떠한 경우에 외관상 일치하는 지급청구가 부당한 청구에 해당하는지는 국가마다 다소 차이가 있으며, 간단히 말하자면 대체로 사기적 청구 또는 권리남용에 해당하는 것이 명백한 경우에 한하여 지급거절을 허용한다고 할 수 있다. 참고로 유엔협약에 의하면, ① 지급청구 시에 제시된 서류가 진정한 것이 아니거나 위조된 경우, ② 지급청구서나 그 보강서류에서 주장된 근거에 의할 때 지급

41) Bertrams(주1), *op. cit.*, para. 14-17 at pp. 372-373.

42) *Ibid.*, para 16-9 at p. 446.

할 것이 아닌 경우 또는 ③ 당해 보증의 유형과 목적에 따라 판단할 때 지급청구가 아무런 기초가 없는 경우에 부당청구가 긍정된다.⁴³⁾ 원인계약상 보증의뢰인의 의무가 충분히 이행되었음이 의심의 여지가 없는 경우나 수익자가 보증의뢰인의 원인계약상의 의무이행을 고의적으로 방해하였음이 명백한 경우, 특히 구상보증이 있어서 구상보증의 수익자가 원보증상 지급청구에 대해 악의로(*in bad faith*)로 지급한 경우에는 위의 지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 경우에 해당한다.⁴⁴⁾

실무상 독립적 은행보증의 경우 수익자는 때때로 보증인에게 보증서의 만기를 연장해주던가 아니면 지급을 하라는 요구를 하는 경우가 드물지 않는데, 이러한 청구가 반드시 부적절한 것은 아니다. 수익자로서는 지급청구를 할 수 있는 상황이 발생하였음에도 그렇게 하지 않고 오히려 보증기간을 연장하려고 하는 것이므로 이는 보증의뢰인에 대한 일종의 관용이라고 볼 수도 있기 때문이다. 사실 경우에 따라서 보증서에 수익자는 연장지급선택부 청구를 할 수 있다고 명시되기도 한다. 물론 보증의뢰인이 아무런 불이행도 하지 않았고 그에 따라 수익자가 지급청구를 할 권리를 갖지 못한다는 사실을 수익자가 알았던 경우에 그 지급청구는 남용이 된다.⁴⁵⁾

다만 입찰보증은 입찰자가 입찰에 참가한 후 낙찰 전에 입찰을 철회하거나, 그의 입찰이 낙찰된 후 계약체결을 거부하거나 계약에서 요구하는 이행보증을 제출하지 않을 위험에 대해 발주자를 보호하기 위한 보증이므로 낙찰 전에 입찰자가 입찰을 철회하지 않는 한 입찰자의 의무불이행을 생각하기 어렵다. 통상 입찰자는 응찰 시에 발주자가 제시한 계약조건 등에 여러 가지 수정을 요구하는 조건부 응찰을 하는 경우가 대부분인데, 설령 최저가로 우선협상대상자가 된 입찰자라 하더라도 발주자와 이러한 수정 요구사항들에 대해 합의가 잘 이루어지지 않을 경우 계약 협상이 길어질 수 있다. 이렇게 입찰기간이 길어지면 견적금액의 기초가 된 기자재가격이나 인건비 등의 인상요인이 발생하기 때문에, 입찰자가 무한정 입찰보증을 연장할 수는 없다. 이 경우 발주자가 입찰기간을 연장하면서 입찰보증을 연장하지 않으면 청구하겠다고 하는 것은, 특별한 사유가 없다면 권리남용에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

한편, 직접보증에 비해 간접보증에서는 수익자의 부당한 청구에 대해 법원으로

43) UN 협약 제19조 제1항.

44) UN 협약 제19조 제2항; UNCITRAL Secretariat, *Explanatory Note*, p. 25 참조.

45) 오원석·허해관·김중년 공역(Roy Goode 지), 국제상업회의소 청구보증통일규칙 가이드, 두남, 2008, p. 130.

부터 지급금지가처분을 얻기가 힘들 것이다. 왜냐하면 보증인이 수익자의 지급청구가 특별히 부당하다고 알면서도 지급한 경우가 아닌 한, 보증인의 구상보증인에 대한 구상보증청구가 사기 또는 권리남용에 해당하는 경우는 생각하기 어렵다.⁴⁶⁾ 보증인은 자신이 원보증상의 의무이행을 하였음을 진술하여 청구하면 되기 때문이다. 보증의뢰인은 수익자가 보증인을 상대로 원보증을 부당청구한 사실을 알았다 하더라도, 외국법원에서 신속하게 부당한 청구임을 입증해서 지급금지가처분을 구하는 것이 쉽지는 않을 것이다.

다. 권리남용의 명백성

은행을 상대로 하는 지급금지가처분 사건에서 독립성의 예외를 인정하기 위해서는 ① 수익자의 청구가 권리남용에 해당할 것과 ② 이 점이 객관적으로 명백할 것이라는 두 가지 요건이 충족되어야 하는데, 실무상으로는 이 두 번째 요건의 판단이 더욱 중요한 의미를 지닌다.⁴⁷⁾

권리남용이 명백하다는 것은 형식적 법적 지위의 남용이라는 사실이 누구에게나 의심없이 인식될 수 있는 상태라야 한다는 것인데, 제출된 자료에 비추어 단 하나의 가능한 추론이 권리의 남용으로 귀결되는 경우에만 명백성이 인정될 수 있다고 한다.⁴⁸⁾ 따라서 그 자체로 즉시로 대답될 수 없는 사실적, 법적 다툼이 원인관계에 있는 경우라면 명백한 권리남용이라고 볼 수 없으므로, 이러한 해답이 자명하지 않은 문제들로는 독립적 은행보증에 기한 보증금지급청구를 거절할 수 없고, 은행이 보증금을 선지급한 뒤, 사후적인 반환청구로 해결하여야 한다.⁴⁹⁾

권리남용의 명백성 여부를 판단하기 위한 증거는 즉시 입수할 수 있는 명백한 것이어야 한다. 이는 지체없이 입수할 수 있고, 권리남용을 명백하게 보여줄 수 있는 증거를 말한다. 이는 통상 구두 주장에 대비되는 것으로서, 제3자 또는 수익자의 진술서 또는 확인서 등의 서면 증거 및 다툼이 없거나, 이미 확립된 사실관계를

46) 참고로 한국에서는 대법원 1994.12.9 선고 93다43873 판결이 내려지기 전 서울고등법원 1993. 7. 13. 선고 91나44225 판결에서 한국에 있는 구상보증은행(제1은행)을 통해 보증금지급청구 이후 가처분 심리절차를 통해 예멘에 소재하는 원보증 발행은행(제2은행)에게 실제적인 원인사실관계가 다 현출되었으므로, 수익자의 청구가 기망적임을 객관적인 자료에 의하여 명확히 알면서 지급하는 것이 되고 따라서 제2은행이 제1은행에 역보증계약에 의해 지급요구를 하는 것도 기망적인 요구라고 판단하였는데 이는 독립적 보증의 법리를 이해하지 못한 잘못된 판결이다(윤진수(주38), 전제논문, p. 53 참조).

47) Bertrams(주1), *op. cit.*, para. 14-17 at p. 372.

48) 김기창, “보증채무의 부종성과 독립성”, 민사법학 29호, 한국민사법학회, 2005. 9, pp. 82-83.

49) MüKo/Habersack Vorb., §765 BGB, 6. Aufl. 2013, Rn. 34(김진오, “독립적 은행보증에 있어 권리남용 법리의 적용 범위와 한계”, 사법 제33호, 사법발전재단, 2015. 9, 주64에서 재인용).

의미한다.⁵⁰⁾

독립적 보증은 수익자가 마치 현금을 보유하고 있는 것과 같은 담보적 기능을 수행하는데, 수익자와 보증은행 사이의 본안소송이라고 하여 사실심 변론종결 시 까지 수익자의 권리 없음이 밝혀지기만 하면 된다는 것은 이러한 담보적 기능이나 국제분쟁해결절차에 필연적으로 수반되는 불확실성으로부터 채권자를 보호하려는 독립적 보증의 목적에 어긋난다.⁵¹⁾

라. 지급금지가처분 판단의 준거법

한편, 은행을 상대로 한 보증금지급금지 가처분 사건에서 사기 또는 권리남용을 판단하는데 적용되는 준거법과 관련하여, 보증의뢰인과 보증인간에는 보증발행의뢰계약의 법률관계가 존재하므로, 이 계약의 준거법이 적용될 것이다. 하지만, 그렇다고 해서 독립적 보증금 지급금지가처분 사건에 있어서 보증의 법률관계에 따른 준거법을 전혀 고려할 필요가 없다는 것을 뜻하지는 않는다라는 점에 유의하여야 한다. 예를 들어, 독립적 은행보증 사안에서 국내은행이 발행한 보증서에는 준거법이 영국법으로 지정되어 있는 반면, 보증발행의뢰계약에는 준거법에 대한 아무런 규정이 없다고 가정해 보자. 이 때 보증의뢰인과 보증은행 간에 법적 분쟁이 발생하면, 보증발행의뢰계약에 따른 준거법이 적용될 것인데, 보증발행의뢰계약에서 준거법이 지정된 바 없으므로, ‘보증발행의뢰계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가’, 즉 특징적인 이행을 하는 보증은행의 영업소 소재지의 법률이 적용될 것이어서(국제사법 제26조), 결국 우리나라의 법률이 준거법이 된다. 하지만 그렇다고 해서, 보증의뢰인(채권자)이 보증은행(채무자)을 상대로 독립적 보증금 지급금지가처분 신청을 하는 경우에 있어서 우리나라 법률이 준거법인 이상 우리나라가 채택하고 있는 ‘신의칙이나 권리남용의 법리’를 별다른 고민 없이 적용하는 것은 문제다. 왜냐하면 ‘보증의뢰인이 보증은행에 대하여 지급금지를 구할 수 있는 권리’는 반드시 ‘보증은행이 수익자에 대하여 지급거절할 수 있는 권한’이 전제되어야 하는데, 보증은행에 그러한 권한이 있는지 여부는 보증의 법률관계에 정해진 준거법에 따라 결정되고, 영국법의 사기의 법리가 적용되기 때문이다. 즉, 이러한 선결문제를 판단함에 있어서는 무조건 우리나라가 채택하고 있는 ‘신의칙이나 권리남용의 법리’를 적용할 것이 아니라, 보증의 법률관계에 적용되는 준거법이 적용될 수 있음을 유의하여야 한다.⁵²⁾

50) Bertrams(주1), *op. cit.*, para. 14-7 at pp. 358~359.

51) 김진오(주49), 전계논문, p. 355.

52) 심승우(주29), 전계논문, pp. 393~394; 윤진수(주28), 전계논문, p. 402도 동지.

독립적 보증이 간접보증인 경우 수익자가 외국에 있는 독립적 보증 발행은행에 청구를 한 경우에 외국 법원에서 그 은행을 상대방으로 지급금지가처분을 구하는 것은 장소적 또는 시간적 제약 때문에 현실적으로 매우 어려울 것이다. 따라서 실무상으로는 한국의 시공자가 외국 발주자의 부당한 독립적 보증 청구에 대해 한국 법원에서 한국의 보증 발행은행(직접보증의 경우) 또는 구상보증은행(간접보증의 경우)을 상대방으로 해서 보증금 지급금지가처분을 구하는 것이 주로 문제가 되고 있다.

마. 한국 판례의 태도

한국 대법원 1994.12.9 선고 93다43873 판결은⁵³⁾, 한국에서 독립적 보증의 지급금지가처분과 관련하여 권리남용의 법리를 정립하는 계기가 된 중요한 판결이다.⁵⁴⁾

사실관계를 간략하게 요약하면, 1984. 2. 발주자(수익자)인 사우디 보건성과 한국 건설사 사이에 담담 병원신축공사 도급계약이 체결되었고, 한국건설사의 보증발행 의뢰에 의해, 한국의 은행이 사우디 보건성을 수익자로 해서 선수금 보증서 및 이행보증서를 발행하였다. 그 후 사우디 보건성이 보증은행에게 보증기간을 연장해 주지 않으면 보증금을 지급해 줄 것을 요청하자⁵⁵⁾, 보증의뢰인이 보증금지급가처분을 신청한 사건이다. 1심에서는 보증금지급금지가처분이 인용되었고, 2심에서는 보증의뢰인과 보증은행간의 보증발행의뢰계약상 가처분 신청 등을 금지하는 부제소특약이 있음을 이유로 가처분결정이 취소되었는데, 신청인이 이의를 하여 대법원까지 오게 된 사건이다. 본 사건에서 대법원은 부제소특약은 한국 약관규제법 제14조 고객에 대하여 부당하게 불리한 소제기금지 조항에 위반하여 무효라고 보아 원심을 파기환송하며, 다음과 같이 독립적 보증과 관련한 권리남용의 법리를 정립하였다.

53) 은행을 상대로 한 독립적 보증 지급금지가처분 사건이 인용되면, 은행은 실질적인 이해관계의 당사자가 아니기 때문에, 수익자가 보조참가를 통하여 이의를 하지 않는 한 은행이 이의를 제기하지 않음에 비해, 본 건은 이례적으로 은행이 이의를 제기하여 2심에서 가처분이 취소되었고(서울 고등법원 1993. 7. 9. 선고 92나18337), 다시 보증의뢰인이 대법원에 상고를 하여 원심이 파기환송된 사건이다. 파기환송심은 서울고등법원 1995. 5. 11. 선고 95나3239 판결인데, 지급금지가처분이 확정되었다.

54) 본 판결에 대한 평석으로는 김선국, “독립적은행보증에 있어서의 지급금지가처분”, 상사판례연구, 법원공보 제984호, p. 215 이하; 윤진수(주28), 전계논문, p. 387 이하; 김동훈, “독립적 은행보증과 권리남용금지의 원칙”, 법조 제44권 4호, 법조협회, 1995. 4, p. 141 이하; 김용균(주28), 전계논문, p. 120 이하 참조 바람.

55) 한편 발주자가 “연장하지 않으면 지급하라”고 은행에 요구한 것을 대법원이 권리남용으로 본 것으로 이해하고 이를 비판하는 견해가 있는데(김선국, 전계논문, p. 292), 대법원 판결문 어디에도 그러한 취지의 설시는 보이지 않으므로 정당한 비판으로 생각되지 않는다.

독립적 은행보증의 경우에도 신의성실의 원칙 내지 권리남용금지 원칙의 적용까지 배제되는 것은 결코 아니라고 할 것이므로 수익자가 실제로 있어서는 보증의뢰인에게 아무런 권리를 가지고 있지 못함에도 불구하고 위와 같은 은행 보증의 추상성 내지 무인성을 악용하여 보증인에게 청구를 하는 것이 객관적으로 명백할 때에는 이는 권리남용의 경우에 해당하여 허용될 수 없는 것이고, 이와 같은 경우에는 보증인으로서도 수익자의 청구에 따른 보증금의 지급을 거절할 수 있다고 보아야 할 것이다.

보증의뢰인과 보증인 사이의 은행보증서의 발행을 위한 보증의뢰계약은 그 보증에 따른 사무처리를 내용으로 하는 민법상의 위임계약에 다름 아닌 것으로서, 보증인은 그 수임인으로서 상대방인 보증의뢰인의 당해 보증서에 관한 이익을 보호하여야 할 의무를 부담하게 되고, 따라서 보증인은 특히 수익자의 보증금 지급청구가 권리남용임이 객관적으로 명백할 때에는 보증의뢰인에 대한 관계에 있어서 마땅히 그 지급을 거절하여야 할 보증의뢰계약상의 의무를 부담하고, 그 반면에 보증의뢰인으로서도 보증인에 대하여 위와 같이 수익자의 청구가 권리남용임이 명백하다는 것을 입증하여 그 보증금의 지급거절을 청구할 수 있는 권리를 가진다고 보아야 할 것이다.

수익자가 권리남용적인 보증금의 지급청구를 하는 경우에는 보증의뢰인은 그 보증금의 지급거절을 청구할 수 있는 권리에 기하여 직접 그 의무자인 보증인을 상대방으로 하여 수익자에 대한 보증금의 지급을 금지시키는 가처분을 신청할 수 있다고 볼 것이고, 보증인이 수익자의 그러한 권리남용적인 보증금청구에 응하여 보증금을 지급하여 버리게 되면, 그에 따라 보증인의 보증의뢰인에 대한 상환청구가 당연히 수반될 것이고, 나아가 보증의뢰인이 보증인의 위 보증금 지급을 무효라고 주장하여 상환을 거절하는 경우에는 보증인으로부터 각종 금융상의 제재조치를 받게 되는 등의 사실상 경제적인 불이익을 감수할 수밖에 없게 될 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 보증금의 지급거절을 둘러싼 권리관계의 분쟁으로부터 생길 수 있는 현저한 손해를 방지한다는 측면에서 그 보전의 필요성도 충분히 인정될 여지가 있다.

하지만, 본 판결은 독립적 은행보증에 있어 권리남용 법리의 일반론을 실시한 것일 뿐 해당 사안이 권리남용에 해당하는지에 관하여 구체적인 판단을 내리지는 않았고, 파기환송심에서 그 구체적인 판단이 이루어졌고 사우디 보건성의 보증금 청구를 권리남용으로 확정했다.⁵⁶⁾

56) 파기환송심(서울고등법원 1995. 5. 11. 선고 95나3239 판결)은 사우디 보건성의 기성미지급, 설계 및 자재 승인의 지체 그리고 이라크 쿠웨이트 침공 및 걸프전 등의 사유로 공사가 지연됨에 따라 공사기간을 3차례나 연장하는데 합의한 사실, 그리고 신청인이 이로 인해 입게 된 피해에 관하여 사우디 보건성에 대해 미화 8,250여만 불 상당의 클레임을 제기한 사실, 이에 대하여 사우디 보건성 범무실은 위 클레임 액 중 미화 5,500만불에 관해서는 타당성이 있다는 의견을 제시하였으나, 사우디 아라비아 왕국 재무성에서 이를 인정하려 들지

한편, 최근 독립적 보증에서 권리남용 법리의 적용 한계를 판시한 대법원 판결이 나왔는데, 권리남용이 어느 정도로 명백해야 하는지 기준을 제시하는 최초의 대법원 판결이다.⁵⁷⁾

먼저 사실관계를 요약하면, 이란에 소재하는 자동차부품 생산회사인 원고는 2007. 12. 국내에 있는 소외 회사로부터 자동차용 플레이트형 실린더를 수입하는 계약을 체결하였고, 피고는 소외 회사의 요청에 따라 독립적 보증인 이행보증서를 발행하였다. 이 사건 수입계약에 따라 소외 회사는 2008. 5. 원고에게 1차 공급분 2,400개를 선적 발송하였다. 그런데 2008. 5. 소외 회사가 이란의 다른 업체에게 공급한 파이프형 실린더가 폭발하는 사고가 발생하였는데, 이란 국영기관이 소외 회사가 제작한 실린더의 수입을 승인하지 않을 것이며, 위 실린더가 관련 기준에 부합할 때까지 이란 내 사용 및 판매를 금지한다는 공문을 발송하였다. 원고와 소외 회사는 2009. 5.에 미미 공급받은 실린더에 대한 원고의 손해액을 342,000유로로 정하고, 그 중 142,000유로는 소외 회사가 원고의 청구를 받은 날로부터 3일 이내에 지급하고, 나머지 200,000유로는 원고가 추가 구매하기로 한 실린더 대금에서 공제하기로 합의하였다. 그 후 이란 국영기관은 2009. 8. 플레이트형 실린더의 경우에는 제조자가 품질을 보증하면 이란에서 사용할 수 있음을 고지하였고, 원고는 2009. 9. 경 소외 회사로부터 수입한 플레이트형 실린더 2,400개를 사용하였으나 아무런 문제가 발생하지 않았다. 참고로 원고는 이 사건 소제기 후 2010. 7. 부산지방법원에 보증의뢰인인 소외 회사를 상대로 원인관계(이 사건 수입계약)상의 채무불이행을 원인으로 별도의 손해배상청구소송을 제기한 이래 3년여에 걸친 치열한 공방 끝에 2013. 9. 패소확정판결을 받았다.

제1심은 피고는 원고에 대해 독립적 은행보증을 한 것이므로 소외 회사가 원고에 대하여 채무불이행책임을 부담하는지 여부를 불문하고 원고의 서면에 의한 청구가 있으면 피고는 그 보증서에 기재한 금액을 지급할 책임이 있다고 판시하였고, 제2심은 독립적 은행보증이지만, 원고는 보증의뢰인에게 아무런 권리를 가지고 있

아니하고 있어 화해가 성립되지 못하고 있었던 사실을 인정하고, 또한, 걸프전 종전 후 사우디 보건성은 다시 신청인에게 공사 재개를 요청하여옴에 따라, 신청인과 사우디 보건성 사이에 클레임 액 중 6,000만불 정도를 인정하여 주는 것과 관련하여 협상을 벌이다가, 갑자기 사우디 보건성이 신청인에게 아무런 조건없이 공사를 재개할 것을 요구하였고, 이러한 요구를 신청인이 받아들이지 않자, 사우디 보건성은 이 사건 보증서들의 보증기간을 1992. 9. 11. 까지 연장할 것을 요구하고 만일 연장하지 아니할 경우에는 보증금 전액을 지급할 것을 요청한 사실을 인정한 다음, 사우디 보건성의 보증금청구가 권리남용에 해당한다고 하여 지급금지가처분을 확정하였다.

57) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결. 최근 대법원 2015. 7. 9. 선고 2014다 64442 판결도 이 판결을 따랐다. 이 판결의 평석은 김진오(주49), 전개논문, p. 327 이하 참조 바람.

지 않음에도 이 사건 보증서의 추상성·무인성을 악용한 청구임이 객관적으로 명백하다고 판시하였다. 대법원은 2심 판결의 결론을 뒤집으며, 다음과 같이 설시하고 있다.

원심이 여러 간접사실에 기초하여, 원고가 보증의뢰인인 소외 회사에 대하여 권리를 가지고 있지 못함을 알았다는 사실을 추인한 다음, 원고의 이 사건 청구는 권리남용에 해당한다고 판단하고 있는데, 이는 보증의뢰인의 수익자에 대한 채무가 존재하는지 여부를 밝히기 위하여 원인관계에 관한 실체심리를 한 것으로 그 결론이 누구에게나 명백한 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 실질적으로 원심이 원고와 소외 회사 사이의 원인관계에 기초하여 원고의 이행보증금청구를 배척한 것과 다르지 않으므로, 독립적 이행보증의 기본적 특성에 반한다고 보아야 한다고 판시하였다.

권리남용의 항변을 인정하기 위해서는 보증금 청구를 받은 때에 보증은행인 피고에게 권리남용이 명백하여야 하고, 보증금청구 당시 권리남용 여부가 명백하지 않은 경우 보증은행은 일단 보증금을 지급하여야 한다. 따라서 이 사건 소 제기 후 3년 6개월 가량이 경과한 후에 관련 사건에서 원고가 소외 회사에 대하여 권리를 가지고 있지 않음이 밝혀졌다고 하여 피고의 보증금지급 거부가 정당화될 수는 없다.

원심은 이 사건 청구가 마치 원고와 소외 회사를 당사자로 하는 원인관계상의 분쟁인양 원인관계의 세밀한 부분에 대한 판단을 거침없이 함으로써 독립적 은행보증에서 권리남용 여부의 판단을 마치 원인관계상의 분쟁에서 당사자의 잘잘못을 따지듯이 운용하고 있다. 하지만 권리남용 여부에 대한 판단은 분명하고, 의심의 여지가 없으며, 당장 확보할 수 있는 자료에 의하여 이루어져야지 원인관계상 분쟁에 대한 자세한 탐구를 거쳐야 비로소 알 수 있는 사정을 토대로 이루어져서는 아니 된다.

이처럼 독립적 은행보증의 수익자가 한 지급요구의 권리남용 여부에 대한 판단이 원인관계상의 분쟁에 대한 실질판단으로 변질되는 것은 바람직하지 않다. 보증금을 지급한 은행은 보증의뢰인에 대하여 구상할 수 있으므로, 만약 수익자가 주원인관계상의 권리가 없음에도 보증금을 지급받은 경우 보증은행에 구상금을 지급한 보증의뢰인은 수익자로부터 이를 반환받아야 하는 위험을 부담하게 되나, 이러한 위험은 보증의뢰인이 독립적 은행보증제도를 선택하였을 때 스스로의 의사에 기하여 인수한 위험이다.

원심판결은 독립적 은행보증이라는 거래수단을 선택한 당사자의 의사와 이러한 은행보증이 국제상거래에서 수행하는 기능을 간과한 것이고, 나아가 이러한 사태가 반복된다면 궁극적으로 국제거래에서 한국금융기관의 위상이 실추됨은 물론이고, 그들이 국제거래에 참여할 기회 역시 주어지지 않을 것이다.

수익자의 청구가 권리남용에 해당하지 않는 한 보증은행의 지급은 정당하며 이로써 보증은행은 완전히 면책된다. 이때 보증금을 지급한 은행은 보증의뢰인

에 대하여 구상할 수 있는 반면, 보증의뢰인은 수익자와의 소송이나 중재를 통하여 분쟁의 해결을 시도할 수밖에 없고, 이를 통하여 만족스런 배상을 받을 수 있을지 불분명하다. 그러나 이러한 위험은 보증의뢰인이 독립적 은행보증 제도를 선택하였을 때 당연히 인수한 위험이자 이 제도의 본질적 기능이므로, 이러한 위험이 있다고 하여 보증은행의 지급의무를 부정한다면 독립적 은행보증제도의 존속 자체를 부정하는 것이라고 보아야 한다.

우리 법원 하급심에서 보증금 지급금지가처분이 인용된 사례를 살펴보면, 선급금을 받고 공사를 일정 정도 수행하였으나 발주자가 공사지연을 이유로 선급금보증서 전액에 대해 지급청구를 하고 계약해지를 통지한 경우에, 선급금 중 일부는 기성금에서 공제되는 것이 일반적인 거래관행이라는 점을 들어 가처분을 인용한 사건⁵⁸⁾이 있는데, 필자의 견해로는 일반적인 거래관행이라는 논거보다는 발주자 또는 엔지니어가 서명한 기성지급확인서에 선급금을 공제한 사실이 확인될 수 있다는 점이 더 객관적이고 명백한 논거일 것이다. 또한 리비아에서 수행 중이던 공사가 현지 내전 등 외부적인 원인에 의해 일시적으로 중단된 경우에 발주자가 공사계약상의 채무불이행을 이유로 보증신용장을 청구한 사례에서 권리남용을 인정하여 가처분을 인용하였다.⁵⁹⁾ 이 사건에서도 시공자의 공사계약 불이행이 불가항력적인 사정 때문임이 언론보도 등을 통해 객관적으로 확인될 수 있었기 때문에 가처분이 인용된 것으로 보인다.⁶⁰⁾

(2) 청구금지가처분 - 법원

가. 사기 또는 권리남용법리 적용 여부

한편 보증의뢰인인 시공자가 수익자를 상대로 보증금 청구금지가처분을 구하는 경우에는 다툼이 있는 권리 또는 법률관계가 보증의뢰인과 보증인간의 보증발행 의뢰계약도 아니고, 보증인과 수익자간의 보증계약도 될 수 없다. 이 경우 가처분의 근거가 되는 다툼이 있는 법률관계는 시공자와 발주자(수익자)간의 공사계약이다.

58) 서울남부지방법원 2013. 12. 27. 결정 2013카합789.

59) 서울중앙지방법원 2012. 3. 16. 결정 2012카합553.

60) 참고로 독일연방대법원(BGH) 1984. 3. 12. 선고판결도 영국에 사는 이란인들이 테헤란에 있는 부동산을 임대하고, 임차인이 목적물 인도의무를 이행하지 않을 경우를 대비하여 은행으로부터 독립적 은행보증을 받았는데, 그 후 호메이니의 이란혁명으로 임차목적물이 국유화되어 임차인이 목적물 인도의무를 이행하지 못하자, 원고들이 은행을 상대로 보증금을 청구한 사안에서, 독일연방대법원은 “테헤란 시장의 편지나 다른 문서에 의해 이란의 관청이 임대차목적물인 부동산을 이른바 수용을 원인으로 강제로 빼앗았다는 사실이 명백히 밝혀졌고 불가항력을 규정한 독일 민법 제275조에 따라 임차인의 부동산 인도의무가 소멸하였으므로, 보증인의 보증금 청구가 권리남용에 해당한다”고 판시한 바 있다(BGH, Urt. V. 12. 3. 1984, NJW 1984, 2030 ff., BGH 90, 287 ff.).

여기서 시공자와 발주자 간의 공사계약상 당사자들 간에 다툼이 생기면 중재로 해결하기로 합의한 경우에 이와 같이 국가의 법원에 보전처분을 구하는 것이 허용되는지 의문이 생길 수 있다. 이 점에 대해서 한국 중재법 제10조는 “중재합의의 당사자는 중재절차의 개선 전 또는 진행 중에 법원에 보전처분을 신청할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이는 UNCITRAL 모델 중재법 제9조의 내용과 동일하다. ICC 중재규칙 제28조[보전 및 임시처분(Conservatory and Interim Measures)] 또한 당사자들은 중재합의에도 불구하고 관할권이 있는 국가법원에 보전 및 임시처분을 신청할 수 있으며, 이러한 신청이 중재합의에 대한 포기나 침해에 해당하지 않으며, 중재판정부의 권한에 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있다. 다만, 국가법원의 보전 및 임시처분은 즉시 사무국에 통지되어야 하며, 사무국은 중재판정부에 통지해야 한다. LCIA 중재규칙 제25.3조에 의하면, 중재판정부가 구성되기 전에는 당사자들은 국가법원에 자유로이 보전 및 임시처분을 신청할 수 있고, 중재판정부가 구성된 후에는 예외적인 경우에 중재판정부의 허락을 받아서 보전 및 임시처분을 국가법원에 신청할 수 있다. 그리고 이러한 보전 및 임시처분은 중재판정부 구성 전에는 사무국에, 구성 후에는 중재판정부에 즉시 통지되어야 한다.

이와 같이 가처분의 근거가 되는 법률관계가 공사계약이면 법원이 청구금지 가처분 인용 여부를 판단할 때 당연히 공사계약상 보증금 청구사유가 있는지 여부를 들여다 볼 수 있는 것 아닌가하는 의문이 제기된다.

영국에서는 은행을 상대로 한 보증금 지급금지가처분 대신에 수익자를 상대로 한 보증금 청구금지가처분이 많이 활용되고 있다. 그리고 은행을 상대로 한 보증금 지급금지가처분에 비해서, 수익자를 상대로 한 보증금 청구금지가처분의 인용가능성이 훨씬 더 높다는 보는데, 이는 보증금 청구금지가처분의 경우에는 은행의 입장이 고려될 필요가 없으며, 독립성의 원리에 대한 훼손이 덜 문제가 되고, 사기에 대한 입증 요건이 덜 엄격하기 때문에 그렇다는 것이고 이러한 견해에 입각한 판례들도 있다.⁶¹⁾ 특히 최근 영국 기술건설법원(Technology and Construction Court)에서 내려진 독립적 보증에 관한 두 판결도 그러하다.

Simon Carves v Ensus 사건⁶²⁾에서 공사계약서는 인수확인서의 발급으로 독립적 보증은 현존하거나 이전에 존재하는 클레임을 제외하고 무효가 된다(the bond was to become null and void upon the issue of an Acceptance Certificate)고 규정하고 있었다. 인수확인서는 발급되었으나 인수확인서의 발급 전에 현존하거나 통지된 클레

61) *Themehelp Ltd. v. West and Others* [1996] QB 84; *Potton Homes v. Coleman Contractors* [1984] 28 Build. L.R. 19.

62) [2011] BLR 340.

임이 존재하는지에 대한 분쟁이 발생했다. **Simon Carves**는 법원에 독립적 보증에 기한 청구를 금지하고, 이미 이루어진 청구를 철회하는 명령을 신청하였다. **Akenhead** 판사는 독립적 보증이 담보의 목적으로 발행된 원인계약이 명시적으로 분명하게 수익자가 독립적 보증 하에서 청구를 하지 않도록 규정하고 있는 경우, 그리고 신청인이 본안에 대한 심리는 아니더라도 설득력 있는 주장이 있음을 소명한 경우에(demonstrate that it has a strong case albeit that the merits of the case would not need to be determined at that stage) 법원은 청구금지 가처분을 내릴 수 있다고 판시하였다.

Doosan Babcock Limited v Comercializadora de Equipos y Materiales Mabe Limitada 사건에서 2개의 이행보증이 독립적 보증 형태로 시공자인 **Doosan**의 의무이행을 담보하기 위해 발급되었는데, 그 이행보증은 보일러에 대한 인수확인서의 발급 또는 2013년 12월 31일 중에 빨리 도달하는 날에 만료하는 것으로 되어 있었다. **Doosan**은 두 개의 보일러가 2012년 11월 30일과 2013년 5월 10일에 각각 발주자인 **Mabe**에 의해 사용되고 있었기 때문에 인수확인서를 받을 권한이 있었다. **Mabe**는 보일러가 “일시적 조치(temporary measure)”로 사용되고 있는 경우에는 인수확인서 발급을 보류할 수 있다는 계약조항을 근거로 들었다. **Mabe**는 **Doosan**을 상대로 하여 손해배상 청구권이 있다는 점을 들어 보증금 청구를 할 수 있다고 하였다. 이에 **Doosan**은 영국 High court에 **Mabe**를 상대로 보증금 청구금지가처분을 구하였다. 영국 법원은 보일러가 일시적 조치로 발주자에 의해 사용되고 있는 것이 아니라고 하면서 **Doosan**의 주장이 설득력이 있으며, 보일러가 일시적 조치로 사용되고 있는 것이라는 **Mabe**의 주장은 거의 터무니없는(little short of ludicrous) 것으로 판단하였다. 법원은 **Mabe**의 보증금 청구를 허용하게 되면, **Mabe**가 인수확인서를 발급하지 않은 자신의 계약위반을 이용하도록 하는 결과를 초래하는 것이라고 하면서 청구금지가처분을 인용하였다.

영국뿐만 아니라 싱가포르에서도 보증금 청구금지가처분을 인용하는 기준으로 엄격한 사기예외의 법칙 외에도 비양심성(unconscienability)을 들고 있다. 비양심성이란 한마디로 정의하기는 어렵고, 구체적인 사건에 따라 판단되지만, 사기와 구별되는 것으로 양심을 가진 법원이 일방 당사자의 청구를 금지하지 않으면 안될 정도의 신의를 결여하거나, 비난할 만한 행위로서 불공정성(unfairness)을 수반하는 것이다.⁶³⁾ 또 다른 사건에서는 비양심성을 선의의 결여(lack of bona fides)와 같이 폭넓은 개념으로 정의하였다.⁶⁴⁾

63) Raymond Construction Pte Ltd v. Low Yang Tong & Anor [1996] SGHC 136.

64) Dauphin Offshore Engineering & Trading Pte Ltd v. The Private Office of HRH Sheikh Sultan

한편, 수익자를 상대로 보증금 청구금지가처분을 구하는 경우에는 보증의뢰인과 수익자간에 적용되는 독립성의 원리와 사기예외의 법칙은, 은행과 수익자 또는 보증의뢰인과 은행간에 적용되는 독립성의 원리와 사기예외의 법칙과는 다른 의미와 법률효과를 지닌다고 이해하는 것은 잘못이고, 은행과 수익자간의 보증계약에 내포되어 있는 “일단 지급하고 나중에 다뤄라(*pay first, argue later*)”라는 원칙은 보증의뢰인과 수익자간의 위험배분에 관한 합의를 반영하는 것이기 때문에 그렇다고 하는 견해도 있다.⁶⁵⁾ 특히 공사계약에서 시공자가 발주자에게 이행보증 등을 무조건적이고 취소불가능한 독립적 보증을 제공하여야 한다는 명시적인 문구를 두고 있는 경우에는 이러한 견해가 더욱 설득력 있을 것이다. 독일법원은 *Deutsche Ruckversicherung AG v. Walbrook Insurance Co* 사건과 *Group Josi v. Walbrook Insurance* 사건에서 이러한 입장을 명시적으로 확인하였다. 또한 UN협약과 독일, 벨기에, 프랑스 법원은 은행을 상대로 지급금지가처분을 구하는 경우와 수익자를 상대로 청구금지가처분을 구하는 경우에 적용하는 기준에 대해 아무런 차이를 두지 않는다고 한다.⁶⁶⁾

한국에서는 수익자를 상대로 보증금 청구를 금지하는 가처분은 매우 드물다고 한다.⁶⁷⁾

나. 국제재판관할권

대부분의 국제건설계약에서 발주자인 수익자는 시공사 국가가 아닌 다른 국가에 있을 것이다. 따라서 만약 시공자가 있는 국가의 법원에서 외국에 있는 수익자를 상대로 가처분 재판을 하기 위해서는 먼저 그 국가의 법원에 국제재판관할권이 인정되어야 한다. 만약 수익자가 그 국가에 영업소를 두고 있거나, 재산을 두고 있는 등 국제재판관할권을 인정할 만한 연결점이 없는 경우에는 시공사 자신의 국가의 법원에서 외국의 수익자를 상대로 청구금지가처분을 구하기는 어렵다.

참고로, 독일은 토지관할에 관한 규정을 국내재판관할을 정함과 동시에 국제재판관할을 정하는 것으로 판례와 학설은 해석하고 있는데, 그 중에서도 특히 재산소재지에 관할권을 인정하는 독일 민사소송법 제23조⁶⁸⁾는 “재산권상의 청구로 인한

bin Khalifa bin Zayed Al Nahyan [2000] 1 SLR(R) 117.

65) Bertrams(주1), *op. cit.*, para 16.2.1 at p. 433.

66) *Ibid.*

67) 서울중앙지방법원 2013. 2. 12 결정 2013카합179(보증은행이 수익자를 피공탁자로 하여 독립적 은행보증금을 공탁하자, 보증의뢰인이 수익자를 상대로 그 공탁금의 출급, 즉 사실상의 추심행위를 금하고자 하는 사건으로 동일한 구조라고 할 수 있다.); 인천지방법원 부천지원 2011. 10. 19. 결정 2011카합869; 인천지방법원 부천지원 2011. 10. 19 결정 2011카합872(심승우(주29), 전게논문, p. 387 주35 재인용).

소”라고 하는 매우 광범위한 소에 대한 국제재판관할규정으로 이용되고 있어서 과잉관할의 전형으로 비판을 받고 있다고 한다.⁶⁹⁾ 그런데 여기서 독립적 보증 하에서의 청구권이 제23조에서 말하는 자산(assets)인지 여부인데, 이 점에 대해서 독일 판례는 엇갈리고 있다. 독립적 보증 하에서의 청구권을 제23조에서 말하는 자산에 해당한다고 본 판례도 있고,⁷⁰⁾ 그렇지 않은 판례도 있다.⁷¹⁾ 하지만 아직 이 부분을 다룬 연방대법원 판례는 없기 때문에, 독일 판례가 정립된 것으로 보기는 어렵다.⁷²⁾

영국에서 피신청인이 비거주자이거나 EU국가 국민이 아닌 경우에, 그가 영국 내에 소재할 경우에 소장을 송달하면 국제재판관할권이 생긴다. 법인의 경우에는 그러한 법인이 영국 내에서 직간접적으로 거래를 하는 경우에 영국 내 소재한다고 본다.⁷³⁾ 하지만, 피신청인이 영국 내에 소재하지 않을 경우에는 영국 법역 밖으로 소장을 송달하기 위해서는 법원의 허가를 받아야 한다.⁷⁴⁾ 법원의 허가를 받기 위해서는 신청인이 본안에 관하여 주장할 만한 유력한 근거(good arguable case on the merits)를 가지고 있다는 점과 영국 법원이 분쟁과 가장 실질적인 관련이 있다는 점을 소명하여야 한다. 예를 들어, 계약이 영국 내에서 체결되었다거나, 계약이 영국법을 준거법으로 하고 있다는 점 등이 있으면 실질적 관련이 있는 것으로 인정될 수 있다

다. 편면심리

어떠한 경우이든 청구금지가처분이 가능하려면 가치분 절차법과 실무가 일방(ex parte) 심리를 허용해야 한다. 만약 쌍방(inter partes) 심리를 개최하도록 되어 있는 경우에는 가치분 상대방에게 기일출석 통지를 해야하는데, 가치분 상대방이 외국

68) Section 23, Civil Procedure Code

“For monetary complaints brought against a person who has no place of residence in Germany, that court shall be competent in the jurisdiction of which assets belonging to that person are located, or in the jurisdiction of which the object being laid claim to under the action is located. Where claims are concerned, the debtor’s place of residence and, in cases in which an object is liable for the claims as collateral, the place at which the object is located shall be deemed to be the location at which the assets are located”.

69) 석광현, 국제재판관할에 관한 연구 - 민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로, 서울대학교 출판부, 2001, pp. 82-85 참조.

70) OLG Dusseldorf, 28 January 1999, BeckRS 1999, 02807.

71) OLG Frankfurt, 8 December 1986, NJW-RR 1988, 572, 573.

72) 이 부분에 대해 독일 판례와 법리에 대해 조언을 해준 CMS 쾰른사무소에 근무하는 Dr. Benjamin Lissner 독일 변호사에게 감사드린다.

73) H.R.H Maharanee Seethadevi Gaekwar of Baroda v Wildenstein [1972] 2 W.L.R 1077; Colt Industries Inc. v Sarlie [1966] 1 W.L.R 440.

74) Civil Procedural Rules 6.36, Practice Direction 6B. 3.1 (2).

에 있는 경우에는 송달하는데 오랜 시간이 걸리므로, 사실상 긴급성을 요하는 청구 금지가처분의 목적을 달성하기가 어렵다.

한국 민사집행법 제304조[임시의 지위를 정하기 위한 가처분]에서는 구술변론 또는 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 여는 것을 원칙으로 하되, 그 기일을 열어 심리할 경우 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때에는 심문기일을 열지 않고 재판하도록 하고 있다. 실제로 우리나라 법원 실무상으로도 기일을 열지 않고 서면으로만 심문하는 경우도 있다고 한다.⁷⁵⁾

영국은 원칙적으로 소 제기 후에 보전처분을 신청할 수 있는데 가처분의 경우에는 양 당사자를 소환하여 주장을 들어 결정하고, 다만 긴급한 때에는 소제기 전에 원고의 주장만을 듣고 재판한다고 한다.⁷⁶⁾

독일은 보전처분의 신청에 대하여 법원은 구술변론을 거치지 않고 재판할 수 있는데, 구술변론을 거친 경우에는 판결로, 그 밖의 경우에는 결정으로 재판하는바, 가압류와 가처분 사이에 심리방식에 차이를 두지 않는다고 한다.⁷⁷⁾

(3) 지급 및 청구금지가처분의 결합 - 법원

이미 수익자가 은행을 상대로 보증금을 청구한 경우에, 수익자에게 보증금 청구 금지가처분을 내린다 하더라도 은행의 수익자에 대한 보증금 지급의무는 소멸되지 않는다. 특히 외국에 있는 수익자가 자신을 상대로 내려진 청구금지가처분에도 불구하고, 은행에 청구를 한다면 은행은 청구금지가처분의 수명 당사자가 아니므로, 지급에 응하지 않을 이유가 없다. 하지만 이 경우 보증의뢰인은 수익자를 상대로 내려진 청구금지가처분을 근거로 이번에는 은행을 상대로 지급금지가처분을 구하게 될 것이다.

(4) 청구금지 임시적 처분 - 중재판정부 또는 긴급중재인

가. 중재판정부의 임시적 처분

한편 보증의뢰인인 시공자와 수익자인 발주자간에 분쟁이 발생하여 이미 중재판정부가 구성되어 있는 경우 중재판정부에 이러한 독립적 보증에 대한 부당한 청구를 막기 위한 임시적 처분(*interim measure*)을 구하는 것을 생각해 볼 수 있다. 일반적으로 중재판정부는 이와 같이 임시적 처분을 내릴 권한을 행사할 수 있다.⁷⁸⁾

75) 심승우(주29), 전계논문, p. 396.

76) 김능환·민일영(집필대표), 주식 민사집행법 제7권, 사법행정학회, 2012. 5, p. 784의 권창영 집필부분.

77) ZPO 제921조, 제922조 제1항, 제936조.

78) 당사자들이 달리 합의하지 않는다면, 중재판정부는 일반적으로 이러한 임시적 또는 보전적

중재판정부는 독립적 보증의 효력에 대해서는 중재합의가 없기 때문에 판단할 권한은 없지만, 독립적 보증의 원인계약과 관련하여 보증 청구가 정당한지를 판단할 수 있다.⁷⁹⁾

발주자를 상대로 법원에서 청구금지처분을 구하는 것은 외국에 있는 발주자를 상대로 어떻게 국제재판관할권을 인정할 수 있는지 그리고 그 법원의 실무가 이러한 가치분 결정을 위해 쌍방 심리를 개최하도록 요구하는 경우에 어떻게 외국에 있는 발주자에게 송달할 것인지의 문제가 있어서 쉽게 활용되기 어려운 반면, 중재판정부에 청구금지 임시적 처분을 구하는 것은, 이미 시공자와 발주자는 건설공사계약에서 중재합의를 하였으므로, 중재판정부의 관할권 성립에 특별한 의문이 없고, 일반적으로 국제상사중재에서는 서류 송달 시에 어떤 특정한 법역의 송달제도를 따를 필요가 없기 때문에 손쉽게 활용될 수 있다는 장점이 있다. 당연한 이야기이지만 법원과 마찬가지로 중재판정부도 임시적 처분을 내릴지 여부를 판단할 때, 보증의 발행구조가 직접 보증인지 간접 보증인지에 따라 달라지지 않는다.

또한, 법원으로부터 임시적 처분을 얻기 위해서는 사기라는 높은 문턱을 넘어야 하지만 중재판정부에게는 원인계약상 아무런 계약위반이 없다는 사실만 보여준다고 하는 견해가 있다.⁸⁰⁾ 예를 들어 **FIDIC** 계약조건 제4.2조 (c)는 채무불이행을 치유하라는 발주자의 통지를 받은 지 42일 내에 시공자가 그 채무불이행을 치유하지 않은 경우에 이행보증을 청구할 수 있도록 하는데, 발주자가 시공자에게 42일의 치유기간을 부여하지 않고 보증을 청구한 경우 법원에서는 이러한 발주자의 청구를 사기로 보기는 어려울 것이지만 중재판정부는 발주자가 보증을 청구할 권한이 없다고 판단할 수 있다는 것이다. 하지만, 앞서 법원에서의 청구금지처분에서 논의한 바와 같이 시공자와 발주자간의 공사계약 하에서 “일단 지급하고 나중에 다 튀라(pay first, argue later)”라는 위험배분에 관한 합의가 이루어졌고, 이러한 합의가 은행과 수익자간의 보증계약에 반영된 것이라고 보는 견지에서는 상기 견해가 반드시 옳다고 보기는 어렵다. 중재판정부는 중재합의의 당사자가 아닌 보증인인 은행을 상대로 임시적 처분을 내릴 수는 없고 수익자인 발주자를 상대로 청구금지 임시적 처분을 내릴 수 있을 뿐이며 수익자인 발주자가 그러한 임시적 처분에 따르도록 강제할 힘이 없다.⁸¹⁾ 하지만, 중재판정부가 보증금 청구금지 임시적 처분을

처분을 내릴 수 있다(ICC 중재규칙 제23.1조; LCIA 중재규칙 제25조; UNCITRAL 중재규칙 제26조 참조).

79) 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 Bulletins* 57, 1999.

80) Philip Dunham(주9), *op. cit.*, pp. 282-283.

내렸음에도 불구하고 수익자가 보증인인 은행을 상대로 보증금 청구를 하는 것은 중재판정부에게 발주자에 대한 부정적인 인상을 주게 되므로, 중재를 앞둔 발주자가 중재판정부의 보증금청구금지 임시적 처분을 정면으로 위반하기는 쉽지 않을 것이며, 실제 억제 효과가 있는 것으로 나타나고 있다.

나. 긴급중재인의 임시적 처분

발주자가 독립적 보증청구를 할 시점에는, 아직 중재판정부가 구성되어 있지 않은 경우가 대부분일 텐데, 중재 신청 후 중재판정부가 구성되기까지는 통상 수개월이 걸리기 때문에, 중재판정부에 독립적 보증청구금지에 대한 임시적 처분을 구하기가 현실적으로 어렵다는 문제점이 있다. 이와 같이 중재판정부 구성 전에 긴급한 필요에 따른 임시적 처분을 구하여야 할 경우에는 대부분의 국제중재규칙에서 도입하고 있는 긴급중재인 제도를 활용할 수 있다. 이하에서는 중요 중재규칙들에서의 긴급중재 제도를 간략하게 설명하기로 한다.⁸²⁾

긴급중재인 제도는 중재판정부가 구성되기 전에 발생하는 긴급한 상황을 처리할 수 있게 만든 제도이므로, 중재판정부의 구성이 완료되면, 선정되었던 긴급중재인의 권한은 상실되고 중재판정부가 임시적 처분 여부를 심리한다.⁸³⁾ 긴급중재 신청 시점과 관련하여 중재신청과 함께 또는 그 이후에만 긴급중재를 신청할 수 있

81) 우리나라 현행 중재법에 따르면, 중재판정부의 임시적 처분은 결정의 형식을 취하므로, 중재 법상의 중재판정이 아니고, 따라서 법원에 의한 집행의 대상이 되지 않는다. 한편, 2006년에 개정된 국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) 제17H조에 의하면 중재판정부의 임시적 처분에 대해 입법국에 임시적 처분을 승인하고, 집행할 의무를 부과하는 규정이 새로이 도입되었다. 현재 2006년 UNCITRAL 모델법을 대체로 도입하는 방향으로 우리 중재법 개정안이 국회에 발의되었는데, 중재판정부의 임시적 처분에 대해 집행력을 인정하는 것으로 되어 있다. 다만, 이 개정안이 국회 통과되더라도 우리 중재법은 중재지가 한국인 경우에 적용되므로(중재법 제2조), 외국에서 중재판정부가 내린 임시적 처분의 승인 및 집행은 여전히 뉴욕협약에 의하게 되므로 우리나라에서 뉴욕협약의 해석이 달라지지 않는 한 승인 및 집행되기는 어려울 것으로 보인다.

82) 2006년에 미국 국제분쟁해결센터(International Center for Dispute Resolution, ICDR)이, 2010년에 스톡홀름상업회의소 중재기관(Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, SCC)이 각각 긴급중재인 제도를 도입하였고, 아시아·태평양 지역의 경우 2010년 싱가포르 국제중재센터(Singapore International Arbitration Center, SIAC)가, 2011년에는 호주국제상사중재센터(Australian Center for International Commercial Arbitration, ACICA)가, 2013년에는 홍콩 국제중재센터(Hong Kong International Arbitration HKIAC)가, 2014년에는 일본상사중재협회(Japan Commercial Arbitration Association, JCAA)가 각각 긴급중재인 제도를 도입하였다. 우리나라의 경우 2015년 하반기 현재 대한상사중재원 국제중재규칙의 개정을 논의 중인바, 긴급중재인 제도의 도입이 예상되고 있다. 긴급중재인 제도에 대한 상세는 정교화, “긴급중재인(Emergency Arbitrator) 제도에 대한 고찰”, 법학평론 제5권, 서울대학교, 2015. 2, pp. 68~107 참조하시기 바란다.

83) SIAC 중재규칙 Schedule 1, 제7조; HKIAC 중재규칙, Schedule 4, 제20조.

도록 하는 중재규칙이 있는가 하면⁸⁴⁾, 중재신청 제기 전에 긴급중재신청이 가능하나, 긴급중재신청 이후 일정 기간 내에 중재를 신청하도록 하는 중재규칙이 있다.⁸⁵⁾ 긴급중재신청이 접수되면 접수 시로부터 정해진 기간 내에 신속하게 1인의 단독 긴급중재인을 선정하도록 한다.⁸⁶⁾ 긴급중재인의 선정권한은 SIAC과 ICC는 중재법원장(President of the Court)에게 LCIA는 중재법원(Court)에 부여하고 있다.

긴급중재인의 심리 절차는 당사자의 합의에 의하여 진행되는 중재라는 절차의 본질상 일방 당사자의 긴급중재 신청은 상대방에게 반드시 통지되어야 하며, 상대방에게 긴급중재인에 대한 임시적 처분의 신청에 대해서 다룰 수 있는 공평한 기회를 주어야 하므로 쌍방 심리(inter partes hearing)를 개최하여야 한다. 하지만 그로 인해 절차가 불필요하게 지연되지 않도록 하게 하기 위해서 긴급중재인이 선정된 날로부터 일정기간 내에 임시적 처분에 대한 결정을 하도록 요구하는 것이 보통이다.⁸⁷⁾ 이와 관련하여 긴급중재 절차가 신속하게 진행될 경우, 특히 신청인은 긴급중재 신청을 준비하는데 아무런 시간적 제약이 없으나, 피신청인 입장에서는 긴급중재 신청서를 받으면 즉시 사안을 파악하여 대응해야 하므로 큰 부담을 가지게 된다는 점에서 신청인 입장에서는 유리하지만, 여기에 대응해야 하는 피신청인 입장에서는 불리하다는 지적이 있는데, 타당한 지적이라고 생각한다.⁸⁸⁾

한편 긴급중재인의 결정이 명령(order)의 형태를 띠 것인지 아니면 중간 판정(Interim Award)의 형태로도 가능한지 여부는 긴급중재인 결정의 집행력과도 관계가 있고, 긴급중재인을 중재법상 중재판정부에 해당한다고 볼 수 있는지 여부와도 관계가 있다. SIAC과 HKIAC 및 LCIA는 ‘판정’과 ‘명령’ 중 긴급중재인이 그 결정 형식을 선택할 수 있도록 규정하고 있으나, ICC는 명시적으로 명령으로만 결정하도록 정하고 있다. 싱가포르와 홍콩은 관련법 개정을 통하여 긴급중재인의 판정뿐만 아니라 명령도 법원의 결정과 같이 집행가능하도록 입법적으로 해결하였다.⁸⁹⁾ 참고로 법원이 긴급중재인의 임시적 처분에 대한 집행명령을 내렸음에도 그 명령을 받

84) SIAC 중재규칙 Schedule 1, 제1조.

85) ICC 중재규칙, Application V, 제1조 6항은 긴급중재신청서 제출일로부터 10일 이내 본안 중재신청서를 제출하도록 하고 있다.

86) SIAC 중재규칙은 1영업일, ICC 중재규칙은 2영업일, LCIA 중재규칙은 3일로 규정하고 있다. 다만, 현실적으로 이 기간을 지키기가 어려울 수 있기 때문에, “합리적인 노력을 한다”거나 “해당기간에 안에 선정되도록 노력한다”거나, “가능한 한 신속하게”와 같은 문구를 사용하고 있다.

87) ICC 중재규칙은 15일, LCIA는 14일. 물론 상황에 따라서 연장할 수 있다. 참고로 SIAC 중재규칙은 결정기한을 두지 않는다.

88) 정교화(주82), 전계논문, p. 79.

89) 정교화(주82), 전계논문, p. 82.

은 당사자가 이를 따르지 않을 경우, 싱가포르와 홍콩과 같은 영연방국가에서는 민사상 모독죄(Civil Contempt)라는 제도에 의해 이에 대한 강제집행이 이루어지지만, 한국과 같은 대륙법계 국가에서는 간접강제 제도에 의해 강제집행이 이루어진다.

중재판정부의 임시적 처분에도 집행력을 부여하는 2006년 UNCITRAL 모델법 제17H조도 ‘중재판정부(arbitral tribunal)’가 내린 ‘임시적 처분(interim measure)’만이 집행력을 갖는다고 규정하고 있기 때문에 설령, 어떤 국가의 입법이 모델법을 받아들인다 하더라도 긴급중재인이 중재판정부에 해당하는지 하는 문제는 여전히 남게 되므로, 앞에서 언급한 싱가포르와 홍콩의 경우처럼 입법적 해결이 필요한 것으로 보인다.

실제 SIAC 긴급중재를 통한 보증금청구금지 임시적 처분을 구한 사례들에서 긴급중재인들에 의해 임시적 처분이 인용되는 비율이, 법원에서 은행을 상대로 지급금지가처분이 인용되는 것보다 훨씬 더 높은 것으로 알려져 있다. 저자의 견해로는 이는 긴급중재인이 독립적 보증의 법리에 구속되지 않거나, 독립적 보증의 법리에 대해 법관보다 유연한 접근을 하기 때문이라기 보다는, 통상 법원에서 은행을 상대로 하는 지급금지가처분 절차에서는 수익자가 보조참가를 하지 않는 한, 법원이 실질적인 이해관계의 당사자인 수익자의 이야기를 들어볼 기회가 없다. 따라서 법원은 신청인에게 수익자의 보증금 청구가 사기 또는 권리남용에 해당한다는, 객관적으로 명백한 증거 제출을 요구하는데, 사실상 이러한 증거를 제출하기가 실제 사기 또는 권리남용이라 하더라도, 극히 어렵기 때문에 은행을 상대로 하는 지급금지가처분이 인용되기는 매우 어려운 편이다. 하지만, 긴급중재절차에서는 쌍방심리를 열어 신청인의 사기 또는 권리남용 주장에 대해 피신청인이 반박할 기회가 주어진다. 이 점에서, 긴급중재인이 일방의 주장만 듣는 것보다 오히려 용이하게 수익자의 청구가 실제 사기 또는 권리남용에 해당하는 경우를 판단할 수 있다는 점이 그 원인이 아닌가 생각한다.

(5) 보증금지청구권 가압류

만약 시공자가 발주자에 대해 미수금 및 손해배상 등의 청구권을 가지는 경우에는 이를 피보전권리로 해서 발주자가 독립적 보증 청구에 의해 가지게 되는 보증금 채권을 가압류하는 방안이 있을 수 있다. 가압류란 대륙법계의 민사보전절차의 하나로서 채권자(원고)가 판결을 얻을 때까지 채무자(피고)가 자신의 자산을 처분해 버리는 위험을 막고자 채무자(피고)의 자산을 보전하는 것을 목적으로 한다.⁹⁰⁾ 한국법상 가압류의 대상은 채무자의 예금을 포함한 동산이나 부동산 같은 물적 자

90) Bertrams(주1), *op. cit.*, para 17-1, p. 471.

산 또는 은행으로부터 지급받을 채권을 포함한다. 가압류의 요건으로, 채권자(원고)의 채무자(피고)에 대한 피보전권리가, 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권이어야 하며, 가압류 재판시까지 성립하여 있어야 한다. 하지만, 가압류의 피보전권리는 가압류신청 당시 확정적으로 발생되어 있어야 하는 것은 아니고, 이미 그 발생의 기초가 존재하는 한 조건부 채권이나 장래에 발생할 채권도 가압류의 피보전권리가 될 수 있다.⁹¹⁾

Trib.gr. inst. Paris, 13 may 1980 사건에서 시공자인 신청인은 발주자이자 이행보증의 수익자가 공사계약 하에서 완성된 공사에 대해 지급해야 할 금액을 확보하기 위해 법원으로부터 가압류 명령을 얻었다. 법원은, 신청인이 독립적 보증의 성격과 양립하기 어려운, 보증 하에서의 수익자의 권리 행사를 저지하려는 것이 아니라, 오히려 수익자가 보증금을 지급받을 권리가 있다는 것을 전제로 하고 있다고 하면서, 신청인이 독립적 보증 하에서 수익자의 지급받을 권리에 대해 항변권을 행사하지 않겠다고 약속하는 것이, 확실하고 변제기에 있는 반대청구권을 확보하기 위한 실질적인 수단인 보증금을 가압류하는 것을 막지는 않는다고 판시하였다.⁹²⁾ 여기에 대해서 프랑스 학설은 찬반이 나뉘고 있다.⁹³⁾ 또한 **Rb Breda, 22 July 1992** 판례는 이러한 가압류는 독립적 보증의 원래 취지와 효과를 좌절시키는 것으로, 신청인과 수익자간에 보증이 무조건적인 효력이 있다고 합의한 취지와 양립하지 않기 때문에 허용되지 않는다고 판시하여, 앞선 판결과 반대의 결론을 내렸다.⁹⁴⁾

현재 한국법원 가압류 실무상으로는 가압류는 신청인의 엄격한 권리 소명을 요하지 않고, 편면 심리(*ex parte hearing*)에 의해 쉽게 인정되는 편이지만, 불법적인 가압류로 인해 초래될지 모르는 피고의 손해를 담보하기 위한 담보제공명령이 통상 수반된다.

그러나, 우리나라에서는 제3채무자인 은행 입장에서는 금전채권이 가압류되어도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없다.⁹⁵⁾ 이에 따라 민사집행법은 가압류된 채권의 제3채무자로 하여금 공탁을 할 수 있도록 하였는바(민사집행법 제291조, 제248조 1항), 공탁에 의하여 제3채무자는 채무를 면하고 가압류의 효력은 청구채권액에 해당하는 채무자의 공탁금출급청구권에 대하여 존속하게 된다(민사집행법 제297조). 따라서 은행 입장에서는 가압류된 채권의 지체책임을 면하기 위해 가압류된 보증금 채권액을 공탁하고, 보증의뢰인에

91) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다29801판결.

92) D. 1980 J. p. 488.

93) Bertrams, *op. cit.*, para 17-4, p. 476.

94) KG 1992, 301.

95) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93다951 전원합의체 판결.

계 구상금을 청구하는 것이 가능하다. 여기에 대해 보증의뢰인은 은행에 추후 보증금 가압류로 인하여 은행이 지연이자를 부담하게 된다면, 이에 대한 손해보전을 해주겠다는 약정을 제공함으로써, 은행이 공탁을 하지 않도록 설득할 수 있다.

은행의 보증금 지급을 막기 위한 가압류 제도의 활용은 간접 보증인 경우에는 상당히 어렵다. 발주자가 가지고 있는 외국의 은행에 대한 보증금 채권을 가압류하기 위해서는 외국의 은행이 있는 법원에 신청해야 하는데, 영미법계 국가에서는 이처럼 대물적 효력을 가지는 가압류 제도를 알지 못하고⁹⁶⁾, 대륙법계 국가라 하더라도 가압류 제도를 운용하는 실무가 각자 다르기 때문이다.

2) 부당한 청구를 막기 위한 장치에 대한 제안

발주자가 보증청구를 하기 위해서는 적임의 독립적인 제3자가 시공자가 계약위반을 했다고 하는 결정을 조건으로 하는 것이다.⁹⁷⁾ 예를 들어 FIDIC 계약조건 상의 분쟁재정위원회(Dispute Adjudication Board)의 결정을 제출하는 것을 조건으로 규정하는 것이다. 분쟁재정위원회의 결정은 84일 내에 내려지도록 규정되어 있다.

아마도 발주자에게 보다 수용가능해 보이는 또 다른 장치로는 ICC에서 제안한 보증 및 구상보증 방안(ICC Guarantee and Counter-Guarantee Scheme)을 들 수 있다. 수익자의 보증청구에 의해 지급은 즉시 이루어지지만 수익자는 구상보증을 제공하여야 한다. 건설공사계약 하에서 수익자의 보증청구권리가 다투어지는 경우 시공자는 중재전 심판절차를 위한 ICC규칙(ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure) 하에서 심판(Referee)가 임명되도록 절차를 진행할 수 있고 이 심판이 보증청구가 부당한 것이었음을 확인하는 경우에 시공자는 구상보증에 의해 자신의 손실을 회복할 수 있다. 심판에 의한 이러한 결정은 임명 후 30일 내에 내려지도록 되어 있다.

2. 지급 후 대응

그런데 독립적 보증 하에서 발주자의 부당한 청구에 대해 이미 지급이 이루어져 버린 경우에 시공자는 어떻게 대응할 수 있는가? 시공자는 발주자를 상대로 불법

96) 영국에서는 Mareva(freezing) 금지명령(injunction)이 가압류와 유사하다. 하지만, Mareva 금지명령은 대인적 처분(action in personam)임에 비해 가압류는 대물적 처분(action in rem)이라는 점이 차이가 있다.

97) Giles Dixon, Georg Gösswein & Roger Button, "On-Demand Performance Bonds in the International Market and Adjudication as a Means of Reducing the Risks", *ICLR*, 2005, pp. 286~288.

행위에 기한 손해배상청구를 하거나 발주자를 상대로 부당이득반환 청구를 할 수 있을 것이다. 시공자가 계약 상의 청구를 할 수 있는지 여부는 건설계약의 구체적 인 문구에 따라 다를 것이다. 통상 발주자가 독립적 보증 하에서 청구사유를 구체 적으로 명시하지 않으면 발주자가 이렇게 부당한 청구를 하더라도 발주자의 계약 위반이라고 주장하기 어려울 수도 있다. FIDIC 계약조건은 제4.2조[이행보증] 하에 서 발주자가 이행보증을 청구할 수 있는 사유를 예시적으로 열거하고 있으며 발주 자가 이러한 사유에 기하지 않고 부당한 청구를 했을 경우에 시공자가 발주자를 상대로 손해보전(indemnification) 청구를 할 수 있다고 규정한다.

V. 결 론

이상과 같이 독립적 보증의 의미와 종류 그리고 독립적 보증의 부당한 청구에 대한 대응 방안에 대해 살펴 보았다. 독립적 보증은 국제 상거래를 활성화하기 위 해 필수불가결한 생혈(lifblood)로서, 독립적 보증의 청구가 사기 또는 권리남용이 라는 객관적으로 명백한 증거가 없는 한, 보증금은 지급되어야 한다는 원칙이 국제 적으로 널리 통용되고 있다. 우리나라 법원도 이러한 원칙에 입각하여, 은행을 상 대로 한 보증금 지급금지가처분 사건에서, 수익자의 청구가 권리남용에 해당하는 객관적이고 명백한 증거를 요구함으로써, 가처분을 극히 신중하게 인용하고 있는 편이다. 은행은 실질적인 이해관계의 당사자가 아닐 뿐만 아니라, 원인계약 상의 사실관계를 잘 모르기 때문에, 가처분 절차에서 적극적인 항변을 하지 않는 것이 보통이므로, 수익자가 보조참가를 하지 않는 한 수익자의 이야기를 들어볼 기회가 없다. 따라서 보증의뢰인의 일방적인 이야기만 듣고 가처분 결정을 내려야 하기 때문에 법원으로서도 수익자의 보증금 청구가 권리남용에 해당한다는, 객관적이고 명백한 증거를 요구하게 되는 것이다. 이에 비해, 발주자를 상대로 하는 보증금 청 구금지가처분은 실질적인 이해관계자들 간의 절차라는 점에서 법원이 양 당사자 들의 주장을 들어볼 수 있는 장점이 있다. 하지만, 독립적 보증이 주로 활용되는 국제적 맥락에서 발주자를 상대로 하는 청구금지가처분은 외국에 있는 발주자를 상대로 국제재판관할권이 인정되기가 어렵고, 설령 국제재판관할권이 인정된다 하더라도 이와 같은 가처분 절차에서 쌍방심리를 개최하도록 하는 재판실무에서는 외국 피신청인에게 송달을 하여야 하는 문제가 있어서 활용되기 어렵다는 한계를 지니고 있다.

한편 앞서 살펴본 바와 같이 대륙법계에서 활용되고 있는 보전처분의 하나인 가압류를 활용하여 은행의 보증금 지급을 막을 수도 있으나, 이는 보증의뢰인인 시공자가 수익자인 발주자에게 기성미수금 등 채권을 가지고 있어야 하고, 간접보증인 경우에는 수익자가 있는 외국법원에 가압류를 신청해야 한다는 점에서 활용되기 어렵다는 한계가 있다.

이처럼 법원에서의 지급금지가처분이나 청구금지가처분 또는 가압류 절차를 활용하여 발주자(수익자)의 보증금 청구를 막는 것에는 각각 나름대로의 한계가 있음에 비해 긴급중재인을 포함한 중재판정부의 임시적 처분을 활용하여 발주자의 보증금 청구를 저지하는 방안은, 아직까지 몇몇 국가의 경우를 제외하고는 발주자로 하여금 이러한 중재판정부의 임시적 처분에 따르도록 강제할 힘이 없다는 점이외에는, 이러한 한계가 비교적 적은 편이다. 중재판정부의 임시적 처분에 강제력이 없다는 점과 관련하여서도 단심으로 끝나는 중재 절차에서 긴급중재인 또는 중재판정부가 내린 임시적 처분을 당사자 일방이 처음부터 무시하고 가기는 실제 쉽지 않을 것이며, 많은 경우 중재절차의 당사자들이 그러한 처분이나 명령을 잘 따르고 있는 것으로 알려져 있다.

하지만, 발주자가 악의적이고, 그 발주자가 속한 국가가 이른바 뉴욕협약으로 알려져 있는 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약(UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award)의 가입국이 아니거나, 가입국이라 하더라도 그 국가의 법원에서 외국중재판정의 원활한 승인 및 집행을 기대하기 힘든 경우에는, 긴급중재인 또는 중재판정부가 내린 임시적 처분을 발주자가 순순히 따를 것이라고 기대하기는 어렵다.

독립적 보증을 관통하는 원칙은 “먼저 지급하고, 나중에 다투라(pay first, argue later)”라는 원칙이다. 하지만, 이 원칙이 성립하려면, 설령 독립적 보증의 청구에 의해 보증금 지급이 이루어졌다 하더라도, 나중에 원인계약인 공사계약 하에서 정한 분쟁해결 방법에 의해 그 청구가 부당한 것이었다고 밝혀지면, 이미 지급된 보증금을 회수할 수 있다는 것이 전제되어야 한다. 그러나, 한국 법원에서의 보증금 지급금지가처분 절차에서는, 일단 보증금이 지급되면, 나중에 원인계약 하에서 중재판정 등에 의해 발주자의 보증금 청구가 부당한 것임이 밝혀진다고 하더라도 발주자 국가의 사법체계를 신뢰하기 어려워 사실상 보증금을 회수할 가능성이 희박하다는 주장만으로는 보전의 필요성이 있는 것으로 인정되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.⁹⁸⁾

98) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결.

마지막으로 시공사 입장에서 독립적 보증은, 특히 발주자가 사법체계를 신뢰하기 어려운 국가에 존재하는 경우, 공사수주를 위해 어쩔 수 없이 마셔야 하는 독배에 가깝다. 따라서 이러한 경우에는 가급적 독립적 보증이 아니라, 일반적 보증을 발행하도록 협상해야 할 것이며, 어쩔 수 없이 독립적 보증을 발행하더라도 한국의 금융기관이 발행하는 직접보증의 형태로 발행하는 것이 그나마 향후 독립적 보증의 부당한 청구를 막을 수 있는 가능성을 높이는 방법이다.

참 고 문 헌

- 곽윤직, 채권총론(민법강의 IV) 제6판, 박영사, 2013.
- 김능환·민일영(집필대표), 주식 민사집행법 제7권, 사법행정학회, 2012. 5.
- 박세운 외, ICC 청구보증통일규칙(ICC Uniform Rules for Demand Guarantees 2010 Revision), 대한상공회의소, 2010.
- 법원행정처, 법원실무제요, 민사집행[IV] - 보전처분, 법원행정처, 2003.
- 석광현, 국제재판관할에 관한 연구 - 민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로, 서울대학교 출판부, 2001.
- 오원석·허해관·김중년 공역(Roy Goode 저), 국제상업회의소 청구보증통일규칙 가이드, 두남, 2008.
- 최준선 외, 로스쿨 국제거래법 - 이론과 실제, 박영사, 2011.
- 김기창, “보증채무의 부종성과 독립성”, 민사법학 29호, 한국민사법학회, 2005. 9.
- 김동훈, “독립적 은행보증과 권리남용금지의 원칙”, 법조 제44권 4호, 법조협회, 1995.
- 김선국, “독립적 은행보증의 독립성”, 경남법학 11집, 경남대학교, 1996.
- _____, “독립적 보증 및 스탠바이 신용장에 관한 UN협약”, 비교사법 제3권 제1호, 한국비교사법학회, 1996.
- _____, “독립적 은행보증의 법리”, 재산법연구 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008.
- _____, “독립적은행보증에 있어서의 지급금지가처분”, 판례연구, 법원공보 제984호.
- _____, “신용장과 독립적 은행보증에 있어서의 지급금지가처분: 가처분 법원의 판단범위를 중심으로”, 세계화시대의 기업법: 황천 이기수선생 정년기념, 2010.
- 김용균, “은행보증서상 보증의뢰인의 보증은행에 대한 보증금 지급금지가처분의 허부 및 미리 그 가처분신청권을 배제시킨 은행약관조항의 효력 유무”, 대법원판례해설 22호, 법원행정처, 1995. 5.
- 김정호, “독립적 은행보증의 법률관계(대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결의 평석을 겸하여)”, 법실천의 제문제: 동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집, 1996. 12.
- 김진오, “독립적 은행보증에 있어 권리남용 법리의 적용 범위와 한계”, 사법 제33

- 호, 사법발전재단, 2015. 9.
- 김형석, “보증계약과 손해담보계약”, 저스티스 통권 제77호, 한국법학원, 2004. 2.
- 박석재, “독립적 보증 및 스탠바이 신용장에 관한 UN협약”, 상사법연구 제22권 제5호, 한국상사법학회, 2004.
- 석광현, “국제신용장거래와 사기의 원칙에 관한 소고 - 한국법상의 법리를 중심으로”, 한양대학교 법학논총, 2014. 10.
- 심승우, “신용장 및 독립적 은행보증 관련 지급금지가처분 - 우리나라 법원의 하급심 결정례를 중심으로 -”, 민사집행법연구 제11권, 한국민사집행법학회, 2015.
- 윤진수, “독립적 은행보증과 지급금지가처분 신청금지 약관의 효력”, 민사재판의 제문제(상): 송천 이시윤박사 화갑기념논문집, 1995.
- _____, “독립적 은행보증의 경제적 합리성과 권리남용의 법리”, 법조 통권 제692권, 법조협회, 2014. 5.
- 정교화, “긴급중재인(Emergency Arbitrator) 제도에 대한 고찰”, 법학평론 제5권, 서울대학교, 2015. 2.
- 채동현, “URDG 758을 중심으로 한 국제거래에서의 청구보증(demand guarantee)에 관한 해석론”, 민사판례연구 XXXV, 민사판례연구회, 박영사, 2013.
- 허해관, “국제건설계약상 청구보증”, 국제거래법연구 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013.
- Affaki, Georges & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, International Chamber of Commerce, ICC Publication No. 702E, 2009.
- Baker, Ellis, Ben Mellors, Scott Chalmers & Anthony Lavers, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Informa, 2009.
- Bertrams, Roeland F., *Bank Guarantees in International Trade - The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, 4th ed., Kluwer Law, 2013.
- Chambers, Atkin, *Hudson's Building and Engineering Contracts 12th ed.*, Sweet & Maxwell, 2010.
- FIDIC, *FIDIC's guide to the 4th Edition of the Red Book*: FIDIC, 1989.
- Furst, Stephan & Vivian Ramsey, *Keating on Construction Contracts, 9th Edition*, Sweet and Maxwell, 2011.
- Bertrams, Roeland F., “The New Forms of Security in FIDIC's 1999 Conditions of

Contract”, *ICLR*, 2000.

Broccoli, Giuseppe, “On-Demand Bonds: A Review of Italian and English Decisions on Fraudulent or Abusive Calling”, *ICLR*, 2015.

Dixon, Giles, Georg Gösswein & Roger Button, “On-Demand Performance Bonds in the International Market and Adjudication as a Means of Reducing the Risks”, *ICLR*, 2005.

Donovan, Donald Francis, “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 Bulletins 57*, 1999.

Dunham, Philip, “The Use and Abuse of First Demand Guarantees in International Construction Projects”, *ICLR*, 2008.

Lavers, Anthony, “Ethics in Construction Law - European Society of Construction Law study: responses from eight member countries”, *ICLR*, 2007.

ABSTRACT

A Study on How to Cope with the Abusive Call on On-demand Bonds

Seung-Hyeon KIM

Recently the abusive calls on on-demand bonds have been a critical issue among many engineering and construction companies in Korea. On-demand bond is referred to as an independent guarantee in the sense that the guarantee is independent from its underlying contract although it was issued based on such underlying contract. For this reason, the issuing bank is not required to and/or entitled to look into whether there really is a breach of underlying contract in relation to the call on demand-bonds.

Due to this kind of principle of independence, the applicant has to run the risk of the on demand bond being called by the beneficiary without due grounds. Only where the call proves to be fraudulent or abusive in a very clear way, the issuing bank would not be obligated to pay the bond proceeds for the call on on-demand bonds. In order to prevent the issuing bank from paying the proceeds under the on-demand bond, the applicant usually files with its competent court an application for injunction prohibiting the beneficiary from calling against the issuing bank. However, it is in practice difficult for the applicant to prove the beneficiary's call on the bond to be fraudulent since the courts in almost all the jurisdictions of advanced countries require very strict and objective evidences such as the documents which were signed by the owner (beneficiary) or any other third party like the engineer.

There is another way of preventing the beneficiary from calling on the bond, which is often utilized especially in the United Kingdom or Western European countries such as Germany. Based upon the underlying contract, the contractor which is at the same time the applicant of on-demand bond requests the court to order the owner (the beneficiary)

not to call on the bond. In this case, there apparently seems to be no reason why the court should apply the strict fraud rule to determine whether to grant an injunction in that the underlying legal relationship was created based on a construction contract rather than a bond. However, in most jurisdictions except for United Kingdom and Singapore, the court also applies the strict fraud rule on the ground that the parties promised to make the on-demand bond issued under the construction contract. This kind of injunction is highly unlikely to be utilized on the international level because it is very difficult in normal situations to establish the international jurisdiction towards the beneficiary which will be usually located outside the jurisdiction of the relevant court.

This kind of injunction ordering the owner not to call on the bond can be rendered by the arbitrator as well even though the arbitrator has no coercive power for the owner to follow it. Normally there would be no arbitral tribunal existing at the time of the bond being called. In this case, the emergency arbitrator which most of the international arbitration rules such as ICC, LCIA and SIAC, etc. adopt can be utilized.

Finally, the contractor can block the issuing bank from paying the bond proceeds by way of a provisional attachment in case where it also has rights to claim some unpaid interim payments or damages. This is the preservative measure under civil law system, which the lawyers from common law system are not familiar with.

As explained in this article, it is very difficult to block the issuing bank from paying in response to the bond call by the beneficiary even if the call has no valid ground under the underlying construction contract. Therefore, it is necessary for the applicants who are normally engineering and construction companies to be prudent to make on-demand bonds issued. They need to take into account the creditability of the project owner as well as trustworthiness of the judiciary system of the country where the owner is domiciled.

Keywords : On-demand Bond, Independent Guarantee, Fraud Rule, Abusive Call, Injunction, Provisional Attachment, Emergency Arbitrator