

무역상무연구
제71권
2016. 8, pp. 85~105.

논문접수일 2016. 08. 07.
심사완료일 2016. 08. 25.
게재확정일 2016. 08. 26.

중국의 독립보증에 관한 법률문제연구

송수련*

-
- I. 서 언
 - II. 문제의 제기
 - III. 수입대리계약에 관한 분쟁 사례
 - IV. 쟁점 및 우리기업의 대응책
 - V. 결 언
-

주제어 : 중국 담보법, 국내독립보증, 해외독립보증

I. 서 언

국제거래에서 상대방의 계약위반에 기인하여 손해가 발생한 경우에 이를 입증하여 회복하는 것은 쉬운 일이 아니므로 사전에 이러한 문제에 대비하는 것은 유용한바, 이러한 대비조항 중 하나가 ‘은행보증조항(bank guarantee clause)’이다.¹⁾

은행보증조항이란 상대방의 계약의무 중 보증이 요구될 만큼 주된 의무, 예컨대

* 송실대학교 글로벌통상학과 초빙교수, e-Mail : punsudek@naver.com

1) 다른 하나는 ‘손해배상액의 예정조항(liquidated damages clause)’으로, 계약체결시에 당사자일방의 특정의무불이행에 대하여 상대방에게 지급하여야 하는 손해배상액을 사전에 합의해두는 조항을 의미한다. 물론 손해배상액의 예정조항과 보증의 연계를 통하여 매도인의 계약불이행시에 약정손해배상액을 회수할 수도 있다. 이와 관련하여 자세히는 김필준, “우리나라 청구보증제도의 활용과 문제점에 관한 연구”, 박사학위 청구논문, 성균관대학교 대학원 무역학과, 2012, p. 111 참조.

매도인의 인도 의무나 매수인의 지급 의무를 합의된 바에 따라 이행하도록 압박하기 위하여 거래은행으로 하여금 이행을 보증하도록 하는 편리한 안전장치로서, 상대방의 불이행에 따른 손해의 배상을 약속하는 은행의 요구불(payable on demand) 서면약속(written undertaking)을 말한다.

특히 보증서의 제조조건이 충족되는 경우에 일정 금액을 지급하겠다는 보증인에 의한 1차적이고도 독립적인 약속을 ‘독립보증(independent guarantee)’이라고 하며, 청구가 있는 즉시 지급되어야 하는 독립보증을 ‘청구보증(demand guarantee)’²⁾이라고 한다. 이러한 청구보증은 장기간에 걸쳐 이행이 이루어지는 거래에서 상대방의 이행을 압박하고 일부이행이나 불이행 또는 불이행 선언시에 그 손해를 회복하기 위한 수단으로서 사용되는 것이므로, 통상 플랜트계약에서 주로 사용되며 장기공급계약이나 선박수출계약 등에서 널리 사용되고 있다.³⁾

그러나 오랜 기간 사회주의체제를 유지해온 중국에서는 담보제도 등을 포함한 재산법이 발달하지 못하였다. 그 결과 현재 중국에서 시행 중인 담보법은 중국의 전통담보제도에서 크게 벗어나지 못하여, 국제적으로 통용되는 제도나 관습 등에 위배되는 내용이 다수 포함되어 있다는 비판이 있다. 특히 중국의 담보법이 중국내 독립보증을 허용하는지 여부가 논란의 중심에 있다.

그러나 최근 중국기업과 해외기업 간의 거래가 빈번해지고 중장기프로젝트들이 양산되면서 독립보증에 대한 시장의 요구가 끊임없이 제기되고 있다. 그 결과 독립보증이 법률적으로 인정되는지의 여부와는 별개로, 중국내 독립보증의 사용은 급증하고 있으며 이와 관련한 분쟁 또한 끊이지 않고 있다.

그러나 이와 관련한 선행연구로는 중국 담보법을 개관하는 것이 전부이므로,⁴⁾ 본고에서는 먼저 중국 독립보증제도의 개관을 통하여 문제점을 도출하고(제2장), 이와 관련한 중국 최고인민법원의 최초판결을 소개하며(제3장), 이에 대한 쟁점과 우리기업의 대응방안을 모색하는 것으로(제4장) 본고를 마무리하고자 한다.

2) 청구보증은 지역적으로 미국에서 사용되고 있는 보증신용장에 대응하는 것으로 법적성격의 면에서 신용장(화환신용장, 보증신용장 포함)과 동일하다(오원석·허해관, “국제거래에서 구상 보증의 독립성의 제한 - 서울고등법원 2000나8863 판결 사례연구 -”, 무역상무연구 제47권, 한국무역상무학회, 2010, p. 158).

3) 오원석·송수련, 국제비즈니스계약, 삼영사, 2015. pp. 177~178.

4) 고성평, “중국 담보법제의 발전 및 비전형담보의 운명”, 법학논고 제33집, 경북대학교 법학연구원, 2010; 이상욱, “중국 담보법상 보증제도”, 동북아법연구 제7권 제1호, 전북대학교 동북아연구소, 2013; 이옥자, “남북법제 분과 자료집-중국 담보관련 법률의 새로운 동향과 한국 투자자의 권익보호”, 제2회 아시아법제포럼 남북법제분과 발표문, 북한법제정보센터, 2012; 최용원, “외국인투자자 중국법상 담보제공에 대한 법적 장애”, 중국자본시장연구, 한국금융투자협회, 2013.

II. 문제의 제기

1. 연혁

건국 후 중국은 70년대 말까지 사회주의체제하에서의 공유제를 실시한 결과 재산소유나 거래관계가 발달하지 못함에 따라, 이와 관련한 담보제도 등의 재산법 관련 법제가 발달하지 못하였다. 그러나 1980년대 개혁개방을 통하여 선진법제들이 도입·신설되고 1992년에 시장경제로 개편되면서, 재산법 관련 법제들이 도입되기 시작하였다.

1986년의 《중화인민공화국 민법통칙(中華人民共和國民法通則)》(이하 ‘민법통칙’이라 한다)은 제89조를 통하여 물권적 담보제도를 최초로 도입하였다. 그러나 이에 규정된 담보권은 저당권과 질권을 구별하지 않았을 뿐만 아니라 저당권의 등기제도 및 경매절차가 완성되지 않아 본래의 입법취지에는 적절하지 못하였다. 이에 1995년에는 《중화인민공화국 담보법(中華人民共和國担保法)》(이하 ‘담보법’이라 한다)을 제정하여 보증, 저당권, 질권, 유치권, 계약금 등 채권적 담보제도와 물권적 담보제도를 동시에 규정하기에 이르렀다. 그러나 《담보법》은 2007년에 《중화인민공화국 물권법(中華人民共和國物權法)》(이하 ‘물권법’이라 한다)의 제정에 의하여 물권적 담보제도인 저당권, 질권, 유치권이 규정됨으로써 그 중요성이 반감되었지만, 보증이나 계약금과 같은 채권적 담보제도에 대해서는 여전히 중요한 법률로 존재하고 있다.⁵⁾

이러한 입법시도에도 불구하고 중국의 독립보증과 관련한 현행 법률은 효력은 비교적 낮을 뿐만 아니라 대부분이 부문규장(規章)이나 금융기관의 내부규정(章程)으로 구성되어 있다. 즉 전국인민대표회의가 공포한 공식적인 법률은 여전히 마련되지 않은 상태임에 따라, 관련조문들이 상대적으로 분산되어 있고 체계화되지 않았다는 문제가 있다.

이러한 문제를 해결하기 위하여 최고인민법원은 사법해석⁶⁾을 통하여 법적 공백

5) 최용원, 전계논문, p. 1.

6) 사법해석(司法解釋)이란 소송실무에 관한 최고인민법원의 의견으로써 중국의 민사소송은 민사소송법상의 규정보다 사법해석에 의존하는 경향이 강하다. 이러한 사법해석은 하급인민법원의 질의에 대한 회답의 형식으로 이루어지기도 하나, 중요한 내용들은 최고인민법원이 직권으로 제정하여 공포한다.

다만 사법해석의 지위에 대하여는 견해가 엇갈리고 있으나, 일반적으로 인민법원과 인민검

을 보증할 수 있는 실무적 지침을 제공하고 있는데, 담보와 관련하여서는 《《중화인민공화국 담보법》 적용에 관한 약간의 문제에 관한 해석(關於适用《中華人民共和國擔保法》若干問題的解釋)》(이하 ‘담보법 해석’이라 한다)이 2000년 9월에 제정되어 2000년 12월 31일부터 시행되고 있으며, 《담보법 해석》의 규정 중 상당 부분이 보증에 관한 것이다.⁷⁾

2. 전통적 담보이론

중국의 전통적 담보이론에 따르면 보증계약은 주계약에 대하여 부종성을 가진다. 즉 보증인이 부담하는 것은 부종성의 유인성 채무이므로, 보증인은 주계약에 기초하여 대금지급거절의 항변권을 가진다. 그 결과 보증인은, 부담하는 채무가 일반보증책임인지 연대보증책임인지 여부와 관계없이, 채권자의 지급청구가 있더라도 다음의 경우에는 보증채무를 거절할 수 있다.

첫째, 채권자가 채무자의 계약불이행을 주장하는 경우에, 보증인은 주계약의 이행상황을 조사함으로써 주채무자가 실제로 주계약상의 위반행위를 하였는지 여부를 조사할 수 있으며, 조사 결과 주채무자가 주계약상의 의무를 충분히 이행한 경우에는 수익자에 대하여 보증책임을 부담하지 않는다. 또한 주채무자가 동시 이행항변권, 불안의 항변권, 선이행항변권 등의 권리를 가지는 경우에 주채무는 이행될 필요조차 없으며, 보증인 또한 상술한 항변권을 주장함으로써 임시적으로 보증채무를 불이행할 수 있다.

둘째, 보증인의 조사 결과 주채무자의 위반행위가 존재하는 경우에, 보증인은 주채무자의 위반행위가 채권자에게 실제로 손실을 입혔는지 여부는 물론 주채무자가 주계약상의 의무를 불이행 또는 일부만을 이행함으로써 발생한 채권자의 손실 규모를 조사할 수 있을 뿐만 아니라 보증인은 그러한 범위 내에서만 담보책임을 부담한다.

셋째, 주채무자의 위반행위가 채권자에게 손실을 발생시킨 경우에, 보증인은 주채권자와 주채무자 간에 존재하는 채무의 상쇄, 주계약의 하자, 공소시효의 만료 등을 이유로 지급을 거절할 수 있다.⁸⁾

찰원을 포함한 사법기관이 법률을 적용하는 과정에서 구체적으로 법률을 운용하는 문제에 관한 해석으로 본다(董曉, 司法解釋論(修訂版), 2007-8-1版, pp. 1-3).

7) 이상욱, 전계논문, p. 220.

8) 畢思公、魏蔚, 前揭論文.

3. 담보법의 한계

중국정부는 1986년에 《민법통칙》을 공포하면서 중국의 전통적 담보법리에 따라 보증계약은 주계약에 대하여 부종성을 가진다는 사실을 명확히 하였다.⁹⁾ 나아가 1995년에 중국 최초의 《담보법》을 공포하면서는 선진적 담보입법과 국제관습을 대폭 수용하였으나, ‘독립보증’이 중국의 《담보법》 하에서 일종의 보증으로 인정되는지 여부는 명확하지 않다. 이는 《담보법》 제5조 제1항이 중국의 전통적 담보법리를 계승하여 “보증계약은 주계약의 종속계약으로서 주계약이 무효가 되면 보증계약도 무효가 된다”고 규정하는 한편, “보증계약에 다른 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따른다”는 단서를 두고 있기 때문이다.

따라서 단서조항상의 ‘다른 약정’의 의미가 중요한데, 일부 학자들은 ‘이러한 단서가 계약을 통하여 보증계약의 종계약적 지위를 변경할 수 있도록 법률이 수권하는 것’이라고 주장한다. 이와는 달리 이러한 단서는 ‘보증에 관한 것이 아니라 보증계약이 실효된 이후에 당사자간 책임분담과 관련한 약정에 한정’된다는 주장도 있다.¹⁰⁾

이러한 법률상의 논란시에 참고할 수 있는 것이 최고인민법원의 사법해석인데, 안타깝게도 2000년의 《담보법 해석》은 “보증계약에 다른 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따른다”와 관련한 명시적인 해석을 제시하지 않는다. 따라서 보증계약의 비종속성 합의에 관한 효력문제는 명문해석이 현존하지 않는다.

다만 《담보법 해석》 제6조 제5항은 “주계약이 변경되거나 채권자가 대외보증계약상의 권리를 양도하는 경우에 보증인이 관련허가 및 주무기관의 비준을 거치지 아니하였다면, 보증인은 보증책임을 지지 아니 한다”고 규정하는바, 동 규정은 독립보증의 특성 중 하나인 독립성에 명백히 위배된다.

독립성이라 함은 독립보증은 원인거래에 기초하여 발행되지만 독립보증을 중심으로 하는 당사자 간의 법률관계는 그러한 원인거래에 영향을 받지 않는 별개의 거래라는 것을 의미한다. 그러므로 독립보증거래는 원인관계와는 단절된 일종의 무인성을 가지게 되며, 나아가 관계당사자 간의 거래역시 제3자 간의 거래에 영향을 받지 않는다는 것을 의미한다.

즉 독립보증에 대한 부종성을 인정하는 것은 독립보증의 본질을 해치는 것이지만, 중국의 사법부는 상술한 법률적 근거를 이유로 독립보증의 국내사용을 인정하지 않는다는 것으로 추단되고 있다. 이러한 추단은 최고인민법원의 관련 판결 이후 통설로 받아들여지고 있는데, 이하에서는 해당 판결을 중심으로 관련 논점을 검토한다.

9) 중국 민법통칙 제89조 제1항. 保證人向債權人保證債務人履行債務，債務人不履行債務的，按照約定由保證人履行或者承擔連帶責任；保證人履行債務后，有權向債務人追償。

10) 畢思公、魏蔚，前揭論文。

Ⅲ. 수입대리계약에 관한 분쟁 사례¹¹⁾

1. 수입대리계약의 체결

1996년 1월 10일에 후난기계수출입회사(湖南机械进出口公司: 이하 “후난회사”라 한다)의 직원 한루는 후난회사의 위임으로 동년 1월 20일에 Ningbo Dongfang Investment Co., Ltd. (宁波東方投资有限公司: 이하 “동팡회사”라 한다)와 수입대리계약을 체결하였다.

수입대리계약상 동팡회사는 수입대리를 위한 해외시장조사와 대외계약을 체결·이행하고 기한부신용장을 개설하며, 이에 대한 수수료 3%를 수령한다. 후난회사는 신용장이 개설되기 이전에 대금의 10%를 동팡회사에 입금하고, 어음의 인수 이전에 대금의 10%를 동팡회사에 입금하며, 잔액 80%의 지급과 관련하여서는 동팡회사가 인정하는 제3자가 보증한다.

2. 독립보증의 발행

하이난국제신용유한회사(海南國際租賃有限公司: 이하 ‘하이난회사’라 한다)는 후난회사의 의뢰로 동팡회사에게 수입대리계약의 이행을 위한 취소불능의 독립보증을 제공하였다. 동 보증에는 다음의 내용이 합의되었다.

- 1) 보증인은 보증의뢰인이 적기에 대리수수료, 물품대금 및 기타 부대비용을 지급하는 것에 대하여 연대책임을 제공한다.
- 2) 보증은 보증의뢰인 또는 보증인에 기인하지 않은 청산, 파산, 재조직, 개편, 인사변동 또는 경제변화가 발생하면 조건변경되거나 실효된다.
- 3) 보증은 보증의뢰인이 수입대리인에게 모든 대리수수료와 물품대금 및 기타 대부비용을 지급하는 시점까지 유효하다.
- 4) 보증은 독립보증이다.
- 5) 보증채무는 보증의뢰인이 대금지급시기를 연기하는 시점까지 연장되지 않으며, 동팡회사가 수입대리계약 또는 유관계약상 수권된 권리를 연기하는 시점까지 연장되지 않는다.
- 6) 보증은 보증의뢰인의 의뢰에 의하지 않은 수입대리에 대하여는 담보책임을 부담하지 않는다.

11) 최고인민법원 (1998) 경종자제180호((最高人民法院1998經終字第180号).

3. 소의 제기

동광회사는 동년 1월과 2월 그리고 6월에 각각 ‘홍콩허리실업유한회사(香港賀利實業有限公司)’와 ‘홍콩위안순회사(香港源順發展有限公司)’ 그리고 ‘홍콩바이리투회사(香港百利圖有限公司)’와 각각 매매계약을 체결하였으며, 동년 2월, 3월, 6월에 중국공상은행 Ningbo지점(中國工商銀行 寧波分行)을 통하여 취소불능화환신용장을 개설하였다. 신용장의 인수일이 도래한 이후에, 동광회사는 중국공상은행 Ningbo지점에 서류일치사실을 통지하고, 후난회사에게 중국공상은행 Ningbo지점에 대금을 지급할 것을 지시하였으며, 후난회사의 한루는 동년 5월과 9월, 12월에 선적서류가 신용장조건과 일치함에 따라 동광회사에게 대금지급을 약속하였다. 그러나 계약상 후난회사가 동광회사에게 지급하여야 하는 물품대금 및 대리수수료는 미화 15,081,468.06이나 실제로는 미화 2,308,419.68만 지급되었다.

1997년 6월에 동광회사는 후난회사가 수입대리계약상 규정된 대금지급의무를 불완전이행하고 하이난회사가 보증의무를 불이행하였다는 이유로 저장성 고급인민법원에 소를 제기하여, 후난회사가 동광회사의 손실 및 이자 그리고 본안 소송비용을 배상하고 하이난회사가 연대책임을 부담할 것을 청구하였다.

4. 원심의 판단¹²⁾

원심은 후난회사가 선하증권을 수령하여 선하증권상의 화물을 처분한 이후에 계약에 따라 동광회사에게 대금을 지급하지 않은 것은 계약위반에 해당하는 것으로서, 법률에 따라 대금지급지연에 따른 책임을 부담하여야 한다고 판시하였다. 나아가 하이난회사는 보증계약에 따라 후난회사의 채무에 대하여 연대책임을 부담하여야 하므로,

첫째, 후난회사는 동광회사에게 수입대금과 그 이자를 배상하여야 하고,

둘째, 하이난회사는 후난회사가 동광회사의 상술한 금액의 지급에 대하여 연대책임을 부담할 것을 주문하였다.

12) 저장성고급인민법원 (1997) 절경초자제15호(浙江省高級人民法院 (1997) 浙經初字第15号).

5. 후난회사와 하이난회사의 상소

후난회사와 하이난회사는 다음의 이유로 상소하였다.

첫째, 원심의 심리과정에서 상소인은 본 사건이 형사사건에 해당하는 것이므로 민사사건으로 다루어져서는 아니 된다는 점을 입증하기 위하여 두 차례에 걸쳐 본안의 주요 증인인 창사시 공안국을 증인으로 신청하였으나 원심은 “공안국은 법정에서 증인이 될 수 없다”는 이유로 이를 기각함으로써, 상소인의 증인신청권리를 박탈하였다.

둘째, 본 사건은 한루 등이 기한부신용장의 특성을 이용하여 문서를 위조함으로써, 실제보다 비싸게 수입하고 외화를 암거래하는 등의 수단으로 국가재산을 편취한 형사사건이다. 따라서 창사시 공안국은 이미 1997년 4월 29일에 사기죄로 한루 등에 대한 조사를 시작하였다. 최고인민법원의 유관 사법해석에 따르면 본안은 형사소추우선의 원칙이 적용되어야 하므로, 창사시 공안국으로 이송하여 처리되어야 한다고 주장하였다.

IV. 쟁점 및 우리기업의 대응책

이상의 판결은 그간 인정여부가 문제시되었던 중국내 독립보증의 효력에 관하여 최초로 내려진 최고인민법원의 판결이라는 점에서 의의를 가진다. 물론 최고인민법원의 판결이 법률과 동일한 효과를 가지는 것이 아니나, 하급법원들에게는 하나의 사법지침이 될 수 있다는 점에서 중요하다.

본 판결에서 최고인민법원은 후난회사와 하이난회사 간의 보증계약상 “본 보증은 보증의뢰인의 원인이 아닌 이유에 의하여 수입대리계약이 무효가 되더라도 담보책임을 부담한다”는 규정이 존재하나 중국내에서 사용되는 이러한 보증방식은 인정되지 않으므로, 동 규정은 무효이고 담보법 제5조의 규정에 따라 주계약이 무효가 되어 보증계약은 실효한다고 판단하였다.

1. 독립보증의 독립성

1) 국제적 의의

최근의 국제거래에서는 ‘독립보증(independent guarantee)’¹³⁾의 사용빈도와 규모가 급격히 확대되고 있는데, 이의 배경에는 전통적 담보수단인 일반보증이 채권자에게 상당히 불리하기 때문이다. 즉 일반보증에서 보증인은 주채무자의 항변으로 채권자에게 대항함으로써 보증채무를 부담하지 않을 수 있으나, 독립보증은 기초계약에 기초하면서도 그 성질상 기초계약과는 별개로 독립된 지위에 있어 그와 같은 기초계약에는 전혀 구속받지 아니한다는 관계가 성립한다.¹⁴⁾

즉 독립보증은 수익자(채권자)에 대한 보증인의 독립적인 지급약속이므로, 이러한 지급약속은 보증의뢰인(채무자)과 수익자 간의 기초계약이나 보증의뢰인과 보증인 간의 보증의뢰계약 등 자신을 둘러싼 다양한 계약으로부터 독립된다. 이때 보증인과 수익자 사이의 권리·의무가 그러한 계약으로부터 영향을 받지 않는 것을 ‘독립성(independence)’이라 한다.

그 결과 보증인은 원칙적으로 기초계약의 부존재·무효·취소·해제사유가 있더라도, 원칙적으로 대금을 지급하여야 할 뿐만 아니라 수익자에 대하여 기초계약상 보증의뢰인의 계약위반의 부존재를 주장하거나 불가항력 등에 의한 면책을 주장할 수 없으며 나아가 청구금액이 수익자에게 발생한 손해액보다 많다는 이유로 지급을 거절하거나 지급금액을 감액할 수 없다.

수익자 또한 자신과 보증의뢰인 간에 존재하는 사유로써 보증인에게 대항할 수 없으며, 수익자의 불일치한 지급청구에 대하여 수익자와 보증의뢰인 간에 당해 불일치에 관한 권리포기에 합의하였더라도 보증인은 자신의 독자적 결정으로 지급을 거절할 수 있다.

나아가 보증인은 자신과 보증의뢰인 간의 보증의뢰계약상의 사유를 원용하여 수익자에게 대항하지 못하며, 수익자로서도 보증의뢰인과 보증인 간에 존재하는 사유를 원용하여 자신의 지급청구권을 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁵⁾

13) 이는 흔히 “독립적 보증”으로 불리고 있다. 개념체계의 면에서 독립보증은 청구보증과 보증신용장의 상위의 개념으로 삼아야 할 것으로 보인다. 즉 독립보증의 종류로 청구보증과 보증신용장이 있다(허해관, “청구보증상 지급청구와 지급 - URDG758을 중심으로 .”, 무역상무연구 제51권, 한국무역상무학회, 2011, p. 215).

14) 김필준, “부당지급청구 사례로 본 청구보증 사용의 필요성에 관한 연구”, 무역상무연구 제58권, 한국무역상무학회, 2013, p. 219.

15) 허해관, “국제건설계약상 청구보증”, 국제거래법연구 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013, pp. 192~193.

2) 중국내 효력

중국은 1986년에 《민법통칙》 16)을 공포함으로써, 보증계약은 전통법리에 따라 기본계약에 대하여 부종성을 가지므로 보증계약상 당사자들의 권리 또는 의무에 관한 분쟁은 단지 주계약 당사자들의 권리 또는 의무의 결정에 의해서만 가능하다는 점을 분명히 하였다. 즉 《민법통칙》이 규정하는 보증은 독립보증이 아닌 일반 보증으로서, 보증인은 기본계약상의 주채무자가 그의 의무를 이행하지 못하는 경우에 한하여 2차적인 책임을 부담할 뿐이다.¹⁷⁾ 그 결과 부종적 보증계약하에서 보증인은 주채무자가 가지는 원인계약상의 항변권을 원용할 수 있게 된다.¹⁸⁾

1995년에 공포된 《담보법》은 국제적 수준의 해외입법과 관습을 반영하고자 하였으나, 《담보법》 제5조 제1항 또한 보증계약의 종속성은 인정하면서 단서로서 다른 약정이 있는 경우에는 그 효력을 인정한다. 그 결과 ‘다른 약정이 있을 경우’의 의미가 보증제도의 유관 규정을 제외하는지 여부, 즉 이러한 단서조항이 보증계약의 종속계약적 지위를 변경할 수 있도록 법률이 수권하는 것¹⁹⁾인지 여부는 여전히 논란의 대상으로 남게 되어, 독립보증의 중국내 사용이 법률적으로 인정되는지 여부에 관한 논쟁이 끊임없이 제기되어 왔다.¹⁹⁾

이러한 문제를 종식시키기 위하여 1998년에 최고인민법원은 본고 ‘수입대리계약에 관한 분쟁’ 판결에서 독립보증의 중국내 사용을 인정하지 않음으로서, 독립보증의 중국내 사용을 부정하기에 이르렀다.²⁰⁾ 물론 최고인민법원의 판결은 하나의 법원으로서 하급심 판결에 중대한 영향을 미치는 것이 사실이나, 하급법원에 대하여 실질적인 법률효과를 강제하지 못한다는 한계를 가진다. 그 결과 하급법원이 유사한 사건을 심리하는 경우에, 판결결과가 상이해질 수 있는 가능성은 여전히 존치되고 있다.²¹⁾

16) 제89조 제1항 보증인이 채권자에게 채무자의 의무이행을 담보하였을 경우에 채무자가 채무를 이행하지 않으면 약정에 따라 보증인이 이행하거나 연대책임을 부담하며 보증인이 채무를 이행한 이후에 채무자에게 상환을 요구할 권리를 가진다.

17) 주채무에 대하여 부종성 및 보충성을 가진다는 점에서 우리 민법상의 보증채무와 동일하다 (석광현, “국제적 보증의 제문제”, 무역상무연구 제17권, 한국무역상무학회, 2002, pp. 23~24).

18) 박석재, “신 청구보증 통일규칙(URDG 758)의 주요 내용에 관한 연구”, 무역상무연구 제51권, 한국무역상무학회, 2011, p. 243.

19) 郭德香, 朱濤, “商業銀行獨立担保法律問題研究”, 征信, 2014年第10期總第189期, p. 76.

20) 최고인민법원은 또 다른 판결을 통하여 중국금융기관에 의한 국내청구보증의 독립성 또한 부정하였다(畢思公、魏蔚, 前揭論文).

21) 예컨대, “칭다오시 기업발전투자회사와 칭다오귀평제약주식유한회사등 간 대출계약에 관한 분쟁사건(青島市企業發展投資公司訴青島國風藥業股份有限公司等借款合同糾紛案)”에서, 재판부는 《담보법》은 제5조 제1항에서 독립보증을 인정하고 있으므로 당사자자치의 원칙에 따라 독립보증의 부종성 여부를 선택할 수 있다고 판시하였다.

이에 최고인민법원은 2000년에 《담보법 해석》을 공표하였으나 “다른 약정”에 관한 추가적인 해석은 제시되지 않았으므로, ‘보증계약상 부종성이 없는 독립보증에 합의할 수 있는지 여부’는 여전히 논란의 대상으로 남게 되었다. 다만 《담보법 해석》 제6조 제5항은 “주계약이 변경되었거나 채권자가 대외보증계약상의 권리를 양도하였을 경우에 보증인이 허가와 관련한 주관부서의 비준을 거치지 아니하였다면 보증인은 담보책임을 지지 아니한다”고 규정하므로, 독립보증의 독립성 원칙은 여전히 인정되지 않을 것으로 보인다. 즉 중국의 현행 보증관련 법률은 독립보증의 중국내 사용을 인정하지 않는 것으로 추단할 수 있으므로, 실령 보증계약상 독립보증조항을 약정하였더라도 무효로 판단될 가능성이 높다.

2. 독립보증의 이원적 운영

중국내 독립보증의 인정 여부와 관계없이 국제거래에서 대규모의 중장기 사업이 활성화됨에 따라 보증의 필요성이 대두되었으며, 특히 섭외적 요소²²⁾가 개입되는 경우에는 독립보증의 발행을 요건으로 하는 경우가 적지 않게 되었다. 그 결과 중국의 금융기관들은 중국정부가 관련 법률과 제도를 정비하기 이전부터 독립보증과 관련한 업무를 개시하여 사용하고 있으나, 이의 법적지위는 불안정하였다.²³⁾

이에 중국정부는 중국법원의 판결로서 섭외독립보증의 사용을 인정하는 한편 유관법률, 예컨대 《중국내기관이 제공하는 외화담보의 임시 관리방법(境內机构提供外匯担保的暫行管理辦法)》, 《중국내기관의 대외담보관리법(境內机构對外担保管理辦法)》, 《중국내기관의 대외담보관리방법 실행세칙(境內机构對外担保管理辦法實施細則)》 등의 제정을 통하여 섭외독립보증을 인정하기에 이르렀다.

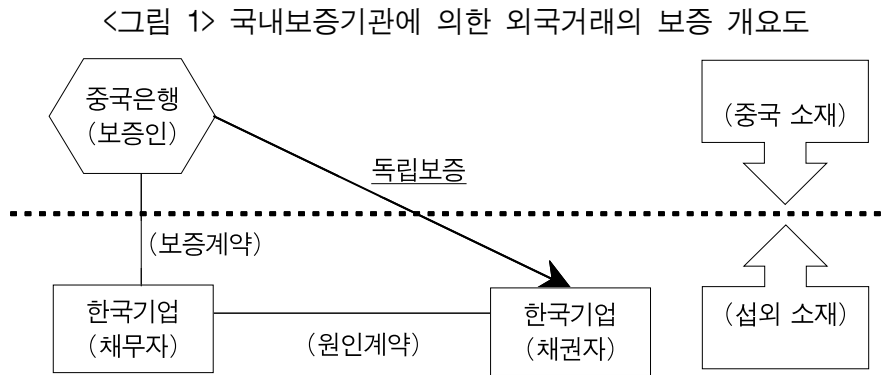
특히 중국정부는 지난 2014년 5월 19일에 《국제담보에 관한 외화관리규정(跨境担保外匯管理規定)》(이하 ‘담보규정’이라 한다)을 공표하여 동년 6월 1일부터 시행하고 있는데, 동 담보규정에는 섭외보증의 형태를 ‘국내보증기관에 의한 외국거래의 보증(內保外貸)’과 ‘외국보증기관에 의한 국내거래의 보증(外保內貸)’ 그리고 ‘기타의 방식(其他形式)’으로 구분하여 외화의 지급과 영수를 관리·감독하는데, 이하에서는 이에 관하여 분설한다.

22) 중국은 (국)경내이나 법률효과가 미치지 않는 홍콩, 마카오, 대만을 포함한 외국을 이르는 표현으로 ‘섭외’라는 용어를 사용하며, 당사자 일방이 외국공민·법인인 경우 이외에도 홍콩·마카오·대만 당사자에게는 섭외민사관련법률을 적용한다(송수린, “홍콩당사자와 분쟁시 준거법의 결정 - CISG를 중심으로 -”, 무역학회지 제39권 제2호, 한국무역학회, 2014년, p. 10).

23) 郭德香, 朱濤, 前揭論文, pp. 76~77.

1) 국내보증기관에 의한 외국거래의 보증(內保外貸)

국내보증기관에 의한 외국거래의 보증은 보증인의 소재지가 중국내에 있고 채무자와 채권자의 소재지가 중국경외에 있는 섭외보증을 의미한다.²⁴⁾ 이때의 ‘외국(外)’에는 중국경외에 소재하는 섭외기업은 물론 중국경내의 섭외기업이 포함된다.²⁵⁾ 따라서 중국의 금융기관이 중국 소재 섭외기업(예컨대 보증의뢰인)과 중국경외 소재 섭외기업(예컨대 수익자) 간의 원인계약에 기초하여 중국 소재 섭외기업과 체결하는 보증계약은 비록 그 성격상 국내계약에 속하더라도 섭외적 요소가 개입되므로 섭외보증계약으로 인정된다.

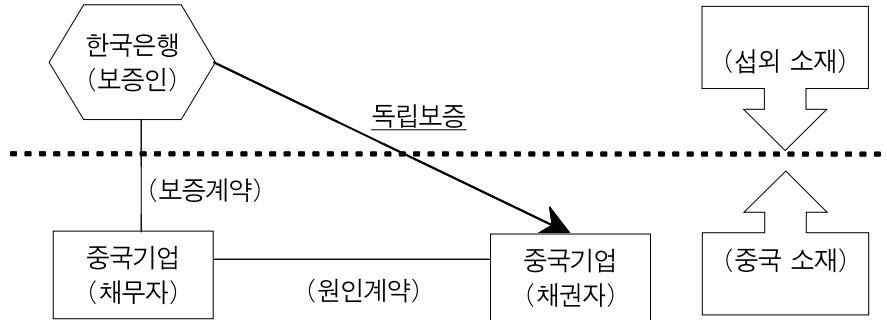


2) 외국보증기관에 의한 국내거래의 보증(外保內貸)

외국보증기관에 의한 국내거래의 보증은 보증인의 소재지가 경외에 있고, 채무자와 채권자의 소재지가 중국내에 있는 섭외보증을 의미한다.²⁶⁾ 이때의 ‘외국(外)’에는 중국경외에 소재하는 섭외금융기관은 물론 중국경내의 섭외금융기관이 포함된다. 따라서 중국 소재 한국금융기관이 중국기업(예컨대 보증의뢰인)과 중국기업(예컨대 수익자) 간의 원인계약에 기초하여 중국 소재 섭외기업과 체결하는 보증계약은 비록 그 성격상 국내계약에 속하더라도 섭외적 요소가 개입되므로 섭외보증계약으로 인정된다.

24) 담보규정 제3조 제2항 內保外貸是指担保人注册地在境内、債務人和債權人注册地均在境外的跨境担保。
 25) 劉貴祥, “獨立保函糾紛法律适用芻議”, 人民法院報/2009年/6月/25日/第006版。
 26) 담보규정 제3조 제3항 外保內貸是指担保人注册地在境外、債務人和債權人注册地均在境内的跨境担保。

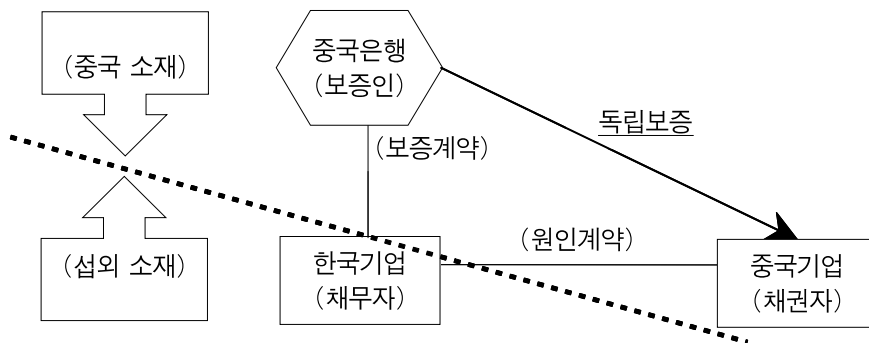
<그림 2> 외국보증·내국대출 개요도



3) 기타의 방식(其他形式)

기타의 방식에는 보증인의 소재지가 중국경내에 있고 채무자의 소재지는 중국 경외에 있으며 채권자의 소재지는 중국경내에 있는 섭외보증을 의미한다.²⁷⁾ 따라서 중국금융기관이 한국기업(예컨대 보증의뢰인)과 중국기업(예컨대 수익자) 간의 원인계약에 기초하여 한국소재 섭외기업과 체결하는 보증계약은 그 성격상 섭외 계약에 해당하므로 당연히 섭외보증계약으로 인정된다.

<그림 3> 기타의 방식



다만 이러한 섭외적 요소가 보증계약에 한정되는지 또는 기초계약에까지 확대 되는지가 문제될 수 있는데, 보증계약 그 자체로 판단하여야지 기초계약이 고려되어서는 아니 될 것으로 보인다. 즉 기초계약이 장기물품공급계약이나 국제플랜트 계약 등과 같이 국제계약의 성격을 지니는 경우라도, 보증계약이 중국내에 소재하

27) 담보규정 제3조 제4항 其他形式跨境担保是指除前述内保外贷和外保内贷以外的其他跨境担保情形。

는 중국금융기관과 중국당사자 간에 체결되는 경우의 보증계약은 국내계약으로 인정될 것이므로, 독립보증의 효력은 담보되기 어려워 보인다.²⁸⁾

3. 준거법의 지정

국내당사자 간에 체결되는 국내보증의 경우에는, 당사자 간의 합의여부와 관계 없이 중국법이 준거법으로 지정될 것은 자명하다. 다만 섭외적 요소가 개입되는 섭외보증계약의 경우에, 당사자 간의 준거법 지정을 통하여 중국법 이외의 법률로서 섭외독립보증의 효력을 인정받을 수 있는지 여부를 이하에서 살펴본다.

1) 국내보증기관에 의한 외국거래의 보증(內保外貸)

먼저 ‘국내보증기관에 의한 외국거래의 보증’하에서 당사자 간에 준거법에 합의하지 않은 경우에는 중국의 국제사법 및 《청구보증통일규칙(見索即付保函統一規則)》(이하 ‘URDG’라고 한다)에 따라 준거법이 결정된다. 이들 규정에 따르면 보증은행의 소재지법이 준거법으로 지정되므로, 중국의 국내법이 준거법이 된다.

물론 중국의 경우에도 준거법의 지정에 당연히 당사자자치의 원칙이 적용되므로 당사자간 준거법에 합의할 수 있으나,²⁹⁾ 중국의 경우에는 이에 대한 규제가 상당히 엄격하다는 점에 유의하여야 한다. 이는 ‘국내보증기관에 의한 외국거래의 보증’의 경우에 중국당사자의 의무불이행시에 외환이 유출되는 등 외국환관리의 문제와 직접적인 관련을 가지게 되므로, 중국정부가 이와 관련한 대부분을 강행규정으로 관리하기 때문이다. 그 결과 ‘국내보증기관에 의한 외국거래의 보증’의 상황하에서 당사자 간에 역외법의 준거법 지정에 합의한 경우에도, 이의 유효성 여부는 인정되기는 어려워 보인다.

이와 관련하여 최고인민법원은 ‘중국은행(홍콩)유한회사(中國銀行(香港)有限公司)’와 ‘샤터홍예(그룹)주식유한회사(汕頭宏業(集團)股份有限公司)’ 간의 보증계약과 관련한 분쟁³⁰⁾에서 명확한 입장을 밝힌바 있다. 재판부는 당사자 간에 체결한 독립보증계약에서 홍콩법을 준거법으로 지정하였으나 홍콩특별행정구와 중국내륙은 상이한 법역임을 인정하면서, 《민법통칙 집행의 관철에 관한 몇 가지 의견(關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見)》 제194조의 규정에

28) 劉貴祥, 前揭論文, 2009年/6月/25日/第006版.

29) 민법통칙 제145조 제1항 涉外合同의當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律, 法律另有規定的除外.

30) 최고인민법원 (2002) 민사중자제6호(最高人民法院 [2002] 民四終字第6号).

따라 섭외계약상당사자와의 계약에서 준거법을 지정하는 경우라도 중국법률상의 ‘강제성’ 또는 ‘금지성’ 규정을 위반할 수 없다고 판시하였다.

즉 중국은 섭외보증과 관련하여 비준과 등기 등 여러 강행규정들을 규정하고 있으므로, ‘국내보증기관에 의한 외국거래의 보증’의 경우에 당사자 간에 제3국 법률을 준거법으로 지정하더라도 인정되지 않을 가능성이 높다.

2) 외국보증기관에 의한 국내거래의 보증

‘외국보증기관에 의한 국내거래의 보증’의 경우에는 일반적으로 외국환관리의 대상이 되지 않으므로,³¹⁾ 당사자자치의 여지가 폭넓게 인정될 가능성이 높다. 이는 첫째, 중국법원이 이와 관련한 관할권을 가지지 못하는 경우가 대부분이고,³²⁾ 둘째, 실무상 사용이 많지는 않으나 중재에 합의한 경우가 더러 있기 때문이다.

3) 기타의 방식

기타의 방식, 즉 중국금융기관이 한국기업을 위하여 중국기업에게 보증을 발행하는 경우 또한 외환의 유출이 발생하지 않으므로, 상대적으로 당사자자치의 여지가 폭넓게 인정될 가능성이 높다.

4. 우리기업의 대응책

중국이 국내의 독립보증과 섭외의 독립보증에 대하여 각기 다른 이원적 제도를 운영하는 것은 중국의 입장에서 그 이익이 상이하기 때문이다. 이하에서는 이에 관하여 분설한다.

1) 국내독립보증

앞서 살펴본 바와 같이 중국은 현재 법률과 이론 그리고 사법실무에 이르기까지 국내독립보증을 인정하지 않고 있으나, 실무적으로 일부 인정되는 경우도 존재하므로 한국기업의 주의가 요구된다.

31) 이는 당연한 것인데, 예컨대 섭외독립보증계약상 보증인이 한국금융기관이고 보증의뢰인이 중국당사자 그리고 수익자 또한 중국당사자인 경우에는 보증인에 의한 손해배상이 이루어지더라도 외환의 유출이 발생하지 않기 때문이다.

32) 중국의 국제사법 및 URDG에 따르면 보증은행의 소재지 법원이 관할권을 가진다.

(1) 주계약이 무효인 경우

국내독립보증은 부종성이 인정되므로 주계약이 무효가 되면 보증계약은 당연히 무효가 된다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

따라서 한국기업이 중국기업과 플랜트계약 등의 원인계약을 체결하고 중국기업의 이행을 담보하기 위하여 중국금융기관 등에 의한 독립보증을 발급받는 경우에, 보증계약에는 섭외적 요소가 존재하지 않아서 국내독립보증으로 취급된다. 이 경우에는 보증계약이 부종성을 가지게 되므로, 주계약이 무효가 되는 경우에는 보증계약도 무효가 되어서 보증에 따른 수혜를 전혀 누릴 수 없게 된다.

따라서 한국기업은 계약체결시에 반드시 섭외금융기관 또는 섭외기업에 의한 보증을 요구하여야 하며, 이미 체결된 경우에는 연대보증으로 조건을 변경하거나 새로운 보증계약을 체결하는 편이 안전하다.

(2) 주계약이 유효한 경우

《담보법》 제5조는 주계약이 무효인 경우에 보증계약 또한 무효가 된다고 규정하므로, 주계약이 유효한 경우에는 독립보증계약 또한 유효한 것이 된다. 다만 독립보증계약이 유효하더라도 중국법하에서는 독립보증의 형식으로 보증계약이 체결되는 것을 인정하지 않을 뿐만 아니라 독립성 또한 부정되므로, 독립보증계약 또는 독립보증조항의 해석은 여전히 의문이 남는다. 즉 한국기업이 불가피하게 중국금융기관 또는 기업에 의한 보증을 발급받은 이후 분쟁이 발생한 경우에, 보증인에게 물을 수 있는 책임범위가 문제될 수 있다.

이 경우에 한국기업은 민사법상의 “무효행위의 전환” 법리를 적용하여 보증계약 또는 보증조항의 독립적 효력을 주장하는 것이 유용하다. 이는 《담보법》 제19조33)가 “당사자가 보증방식에 대하여 약정하지 아니하였거나 또는 약정이 불명확한 경우에는 연대책임보증에 따라 보증채무를 부담한다”는 규정에 기인하는 것으로, 최소한 보증인에게 연대보증에 대한 책임을 물을 수 있기 때문이다.³⁴⁾

가사 보증인에게 연대보증의 책임을 지우더라도 연대책임의 경우에는 부종성을 가지므로, 채무자의 계약위반에 기인하지 않는 경우에는 손해배상을 물을 수 없을 뿐만 아니라 조사를 통하여 실제 발생한 손실범위 내에서만 책임을 부담하므로, 이러한 경우는 가능한 사전에 회피하는 편이 좋다.

33) 當事人對保證方式沒有約定或者約定不明确的，按照連帶責任保證承擔保證責任。

34) 이 경우에는 최고인민법원도 연대보증에 합의한 것으로 인정한다(劉琦, “論我國獨立保函法律制度構建”, 《決策与信息(下旬刊)》, 2015年4期, p. 125).

2) 섭외독립보증

중국내 법적효력이 인정되지 않는 독립보증이라고 하더라도, 그 필요성에 의하여 섭외적 요소가 개입되는 경우에는 그 효력이 인정되고 있다. 다만 섭외적 요소가 존재한다는 사실만으로는 섭외독립보증으로 인정받을 수 없으므로, 보증계약상 기초계약과 보증계약 간의 관계를 명확히 명시하거나 또는 보증조항상 독립보증의 여러 특성들, 예컨대 취소불능의 요구불 서면약속 등의 내용이 담겨야 한다.³⁵⁾

(1) 국내보증기관에 의한 외국거래의 보증

국내보증기관에 의한 외국거래의 보증은 예컨대 한국소재 한국발주자와 중국소재 한국공급자간 선박수출계약(기초계약)을 체결하고 한국발주자가 한국공급자의 계약상 의무이행을 담보하기 위하여 중국의 국내금융기관으로부터 은행보증을 발급받는 것을 의미한다. 즉 중국의 금융기관이 한국기업을 위하여 독립보증을 발급하고 한국공급자가 계약상 의무를 불이행하여 중국금융기관이 이에 대한 손해를 배상하여야 한다면, 중국정부의 입장에서는 외환이 유출되는 것이어서 이에 대한 일정한 관리와 통제문제가 대두될 수밖에 없다.

특히 중국은 외국환의 관리가 매우 엄격한 나라 중 하나로서, 외국환의 유출시에는 유관규정상의 엄격한 기준에 따라 관련기관의 승인이 요구된다. 따라서 국내보증기관에 의한 외국거래의 보증의 형식으로 보증계약이 체결되는 경우에는, 반드시 사전에 보증계약에 따른 외국환 유출이 가능한지 나아가 그 밖의 규제사항이 존재하는지 여부를 확인하여야 한다.

(2) 외국보증기관에 의한 국내거래의 보증

외국보증기관에 의한 국내거래의 보증은 예컨대 중국매수인과 중국매도인간 중장기 물품매매계약(기초계약)을 체결하고 중국매수인이 중국매도인의 계약상 의무이행을 보증하기 위하여 중국내 한국금융기관으로부터 은행보증을 발급받는 것을 의미한다.³⁶⁾ 즉 섭외금융기관이 중국기업을 위하여 독립보증을 발행하고 중국매도인이 계약상 의무를 불이행하여 섭외금융기관이 이에 대한 손해를 배상하여야 하는 경우로서, 중국정부의 입장에서는 외환이 유출되는 것이 아니라 역으로 유입되는 것이므로 이에 대한 관리와 통제가 국내보증기관에 의한 외국거래의 보증의 경우와 비교하여 상당히 자유롭다. 다만 한국금융기관으로서는 중국기업의

35) 喬元兀, 滕春遠, 馬新新, “探析獨立保函糾紛中的審判難點”, 中國法院網, 2014.

36) 독립보증상 섭외적 요소가 개입되었는지 여부는 보증계약관계에서 섭외적 요소가 개입되었는지 여부를 판단하여야 할 것이지 기초계약상의 섭외적 요소가 고려되는 것은 아니다.

신용도와 재정상태를 정확하게 파악하는 것이 용이하지 않으므로, 이와 관련한 정확한 정보를 입수하기 이전에는 보증계약을 체결하지 않는 편이 좋다.

가사 보증계약을 체결하여야만 하는 경우라면, 독립보증보다는 연대보증의 형태로 보증계약을 체결하는 것이 권장된다. 연대보증의 경우에는 보증인이 채무자의 원인계약상 항변권을 인용할 수 있고 채무자의 계약위반으로 발생한 손실범위 이내로 책임범위를 제한할 수 있기 때문이다.

V. 결 어

독립보증은 중장기 국제거래, 예컨대 플랜트수출계약이나 선박수출계약 등에서 편리성과 안전성을 제공함은 물론 채권자의 이익을 적극 보호함에 따라, 최근 국제거래에서 널리 사용되고 있다. 중국 또한 독립보증계약상 섭외적 요소가 개입되는 경우에는 그 효력을 인정하고 있음은 물론이다.

그러나 중국의 현행 담보법제도는 국내독립보증의 사용을 인정하지 않고 있으므로, 여러 문제와 분쟁이 야기되고 있다는 점에 주목하여야 한다. 특히 실무적으로는 시장의 요구와 수요에 따라 다수의 독립보증이 다양한 방면에서 사용되고 있는 상황이어서, 제도와 실무 간의 간극에 의한 분쟁이 양산되고 있는 실정이다.

이러한 문제를 바로잡기 위하여 최고인민법원은 2012년 5월에 《독립보증분쟁사건의 심리에 관한 약간의 문제에 관한 규정(關於審理獨立保函糾紛案件若干問題的規定)》(이하 ‘독립보증 규정’이라 한다)의 초안작업을 완료하였으며, 수차례의 공청회 등을 거쳐 현재 제6차 개정안이 마련된 상태로³⁷⁾ 머지않은 장래에 공표될 것으로 예상된다.

동 《독립보증 규정》은 제2조를 통하여 적용범위를 기존의 국제상사거래는 물론 국내상사거래에까지 확대할 뿐만 아니라 제8조와 제9조를 통하여 독립보증의 기본특성인 독립추상성을 강화하는 등, 중국내 국내독립보증의 법적지위를 인정함은 물론 독립보증의 특성 중 하나인 독립성을 인정하는 내용들이 포함된 것으로 알려져 있다.³⁸⁾ 따라서 중국국내의 수요는 물론 국제적인 요구에 따라, 동 《독립보증 규정》의 조속한 발효를 기대해본다.

37) www.chinacourt.org(中國法院網).

38) 閔之大, “最高院獨立保函司法解釋對保函業務的影響”, 單証中心業務國際研討會論壇四討論, 2015.

참 고 문 헌

- 고성평, “중국 담보법제의 발전 및 비전형담보의 운명”, 법학논고 제33집, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 김필준, “우리나라 청구보증제도의 활용과 문제점에 관한 연구”, 박사학위 청구논문, 성균관대학교 대학원, 2012.
- _____, “부당지급청구 사례로 본 청구보증 사용의 필요성에 관한 연구”, 무역상무연구 제58권, 한국무역상무학회, 2013, p. 219.
- 박석재, “신 청구보증 통일규칙(URDG 758)의 주요 내용에 관한 연구”, 무역상무연구 제51권, 한국무역상무학회, 2011.
- 석광현, “국제적 보증의 제문제”, 무역상무연구 제17권, 한국무역상무학회, 2002.
- 송수련, “홍콩당사자와 분쟁시 준거법의 결정- CISG를 중심으로 -”, 무역학회지 제39권 제2호, 한국무역학회, 2014년.
- 오원석·송수련, 국제비즈니스계약, 삼영사, 2015.
- 오원석·허해관, “국제거래에서 구상보증의 독립성의 제한 - 서울고등법원 2000나 8863 판결 사례연구 -, 무역상무연구 제47권, 한국무역상무학회, 2010.
- 이상욱, “중국 담보법상 보증제도”, 동북아법연구 제7권 제1호, 전북대학교 동북아연구소, 2013.
- 이옥자, “남북법제 분과 자료집-중국 담보관련 법률의 새로운 동향과 한국 투자자의 권익보호”, 제2회 아시아법제포럼 남북법제분과 발표문, 북한법제정보센터, 2012
- 최용원, “외국인투자시 중국법상 담보제공에 대한 법적 장애”, 중국자본시장연구, 한국금융투자협회, 2013.
- 허해관, “청구보증상 지급청구와 지급 - URDG758을 중심으로 -”, 무역상무연구 제51권, 한국무역상무학회, 2011.
- _____, “국제건설계약상 청구보증”, 국제거래법연구 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013.
- 畢思公、魏蔚, “獨立保函在國內法中的效力認定”, <http://blog.sina.com.cn>.
- 董皞, 司法解釋論(修訂版), 2007-8-1版
- 郭德香, 朱濤, “商業銀行獨立擔保法律問題研究”, 征信, 2014年第10期總第189期.
- 劉貴祥, “獨立保函糾紛法律適用芻議”, 人民法院報/2009年/6月/25日/第006版.

104 무역상무연구 제71권 (2016. 8)

劉琦, “論我國獨立保函法律制度构建”, 《決策与信息 (下旬刊) 》, 2015年4期.

喬元兀, 滕春遠, 馬新新, “探析獨立保函糾紛中的審判難点”, 2014, 中國法院网.

閔之大, “最高院獨立保函司法解釋對保函業務的影響”, 單証中心業務國際研討會論壇四討論, 2015.

ABSTRACT

A Study on the Legal Issues on Chinese Security Law

Soo-Ryun SONG

Independent guarantee is new financial product developed in international commercial transaction. The nature of independent guarantee is an independent undertaking, which takes the form of documentary transaction. As long as the documents presented by the beneficiary are on their face complying with the terms and conditions of the guarantee, the guarantor is obliged to pay upon the complying presentation.

Where parties choose to apply for issue of independent guarantee in international commercial transactions in China, Chinese court shall respect the autonomy of parties. If either the guarantor or the beneficiary is located outside of China, or the facts which cause the establishment, change or cancellation of independent guarantee relationship occurred outside of China, it shall be deemed as foreign related independent guarantee. If the interested parties requests for confirmation of the independence of foreign related independent guarantee, it shall be supported by Chinese court.

However, parties dealing with Chinese domestic commercial transaction have not fully realized the severity of independent guarantee liability. The market credit is being cultivated and the financial innovation is being explored at present in China. In order to guard against the systematic and the regional financial risk, before relevant rules are promulgated, Chinese court shall not recognize the independence guarantees issued for the domestic commercial transaction, but treat it as joint liability surety.

Keywords : Security Law of the People's Republic of China, Domestic Independent Guarantee, Foreign Related Independent Guarantee