

# 구상보증거래에서 보증은행의 부당한 지급거절과 주요 쟁점에 관한 연구

## A Study on Guarantor's Wrongful Dishonor and Main Issues under Counter Guarantee\*

채진익\*\* Jin-Ik Chae

### | 목 차 |

I. 서론	IV. 구상보증상 보증은행의 부당한 지급거절과 주요 쟁점
II. 구상보증청구에 따른 주요 제도적 관점	V. 결론
III. 구상보증청구에 따른 절차적 관점과 쟁점	참고문헌
	Abstract

### 국문초록

국제비즈니스에서 구상보증제도는 제도적 특성과 그 간편성으로 그 청구과정에서 많은 문제점에 노출되고 있으며, 또한 이와 관련하여 실제로 많은 분쟁이 발생되고 있는 것이 현실이다. 특히 보증은행 또는 그 보증수혜자의 부당한 또는 사기적 청구, 또는 그 과정에서의 사기의 공모 또는 묵인 등이 있다. 한편 특별한 사유없이 보증은행의 지급거절 또는 법원의 지급금지명령을 통하여 거래당사자 간의 분쟁해결의 수단으로도 악용될 수 있다. 본 연구는 구상보증제도상 보증은행의 부당한 지급거절과 그 관련 쟁점에 대해 사례를 중심으로 분석하였다. 또한 본 연구는 비즈니스 관점에서 그 시사점과 적법한 대응방안을 제시하였다.

〈주제어〉 부당한 지급거절, 지급금지명령, 구상보증, 은행보증

\* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2017S1A5A2A01023689)

\*\* 공주대학교 경제통상학부 교수

## I. 서론

국제거래에서는 구상보증제도는 구상보증은행의 구상보증을 근거하여 현지 보증수혜자의 손해를 담보할 목적으로 현지 보증은행의 보증발행을 위해 이용된다. 구상보증을 그 발행 이후의 보증사고, 즉 기초계약상의 주채무자(보증의뢰자)의 의무 불이행이 발생될 경우, 그 보증수혜자인 현지 보증은행으로부터 보증수혜자의 지급청구를 접수했다는 진실과 그의 구상청구가 접수되면 즉시 지급되는 제도이다.

구상보증에서 현지 보증은행은 당해 구상보증을 근거로 자신의 보증을 발행한 이후 보증수혜자의 지급청구에 따라 입게되는 그 금전적 손해를 보증의뢰자로부터 보상받지 않고, 구상보증은행으로부터 자신의 구상권을 행사하는 형태로 보상받게 됨으로써 그 제도적 효용성을 높인다.

그런데 구상보증거래는 보증수혜자의 현지 보증은행 앞 지급청구, 그리고 보증은행의 구상보증은행 앞 지급청구에 있어서 절차적 문제가 발생할 수 있으며, 여기에는 보증수혜자의 보증은행 앞 부당한(또는 사기적) 지급청구, 보증의뢰자의 지급금지명령 신청과 그 적법성, 보증은행의 부당한 지급거절, 보증수혜자의 사기청구 또는 부당청구에 대한 보증은행의 공모 또는 묵인, 그리고 보증은행과 구상보증은행의 그 절차적 대응과 그 적법성 등이 있으며, 법리적으로 쟁점이 되고 있다.

따라서 관계당사자들은 이와 같은 문제에 적법하게 대응함으로써 그 거래과정에서 발생될 수 있는 어느 일방 당사자의 큰 손해를 방지해야 할 것이다. 또한 은행보증거래에서 이와 같은 제반 문제에 대한 절차적 표준과 적법하고 투명한 업무적 관행을 정립함으로써 비즈니스적 착오와 실수를 축소시키고 은행보증이 비즈니스를 수행하는데 유용한 제도로 발전시켜야 할 것이다.

본 연구는 기존 선행연구에<sup>1)</sup> 기반하여 구상청구 절차상에서 발생하는 주요 쟁점으로, 특히 보증은행의 부당 지급거절과 그 사례를 중심으로 법원의 지급금지명령의 발부 및 그 적용, 그리고 그 절차상에 있어서 보증은행 또는 구상보증의 적법한 대응과 그 시사점에 관해 비즈니스적 관점에서 다루었다.

1) 기존 은행보증 관련 선행연구로는 문희철, 박세운, 박석재, 한재필, 박광서, 허해관, 이상훈 등의 연구가 있다 (참고문헌 참조).

## Ⅱ. 구상보증청구에 따른 주요 제도적 관점

### 1. 은행보증제도의 운용과 그 의의

#### 1) 은행보증제도와 그 성격

은행보증은 그 기초거래에서 발생하는 권리를 담보할 목적으로 이용되며, 그 기초계약상의 약정기한에 계약상 일방 당사자(채무자)가 약정사항을 이행하지 아니하거나 또는 지급약정을 이행하지 아니하는 등 계약상의 의무를 불이행함으로써 그 거래상대방인 보증수혜자(채권자)는 손해 또는 피해를 입을 수 있는데, 이 경우 보증수혜자가 보증조건에 일치하는 청구를 전제 조건으로 보증은행이 그 기초계약상의 채무자를 대신하여 은행보증에 약정된 보증금액을 그 보증수혜자에게 지급을 보장하는 제도이다(채진익, 2013).

전통적인 은행보증 및 독립적 은행보증은 모두 자체적으로 '보증은행이 보증수혜자에게 보증서에 약정된 금액의 지급을 법적으로 구속시킴으로써 채권자(보증수혜자)에 대한 채무자의 이행을 보장한다는 점에서 담보수단'이다. 그러나 두 보증 간의 결정적인 차이점은 전통적인 보증에서 보증은행의 책임은 2차적인 것이지만, 독립적 은행보증에서 보증은행의 책임은 1차적인 주된 책임이다. 전통적인 은행보증에서 보증은행은 주채무자의 이행에 종속되어 있다. 그리고 보증은행이 주채무자의 불이행에 대해 이의를 제기하는 경우, 그 채무자는 그 불이행의 입증에 필요하다. 한편 독립적 은행보증에서 보증은행은 주채무자의 이행과 독립되어 있기 때문에 보증은행이 주채무자의 의무 불이행에 대해 이의제기를 하는 경우, 당해 보증수혜자는 그 불이행을 입증할 의무가 없다(Byrne, Byrnes, Berger and Marxen, 2018).

그리고 청구보증과 전통적인 보증의 구별은 해석상의 문제이다. 어떠한 유형의 보증이 관련되어 있는지를 정확하게 해석하는 것은 매우 중요하다. 법원은 '보증'(guarantee)이라고 표기된 증서(법률 문서)와 관련되거나 또는 지급의무를 포함하는 문제에 직면하는 경우에는 그 보증에 따라서 그 이외의 다른 관련 쟁점을 다루기 전에 법원은 초기에 그 보증이 종속적 또는 독립적인지를 결정하는 것은 바람직하다(Byrne, et al., 2018).

#### 2) 은행보증의 특성과 그 독립성

보증수혜자가 URDG의 적용으로 가장 중요한 이점은 청구보증 및 구상보증의 독립적인 성격이다(Affaki & Goode, 2011). 청구보증은 주로 기초 계약에 근거하여, 예컨대

기초계약(계약자와 고용주)의 당사자 간에 체결되는 건설계약에 근거하여 보증은행이 발행한다. 보증의뢰자(은행보증의 보증신청자)와 그 보증수혜자 간에 이와 같은 기초계약이 체결된 후에 보증은행이 비록 그 기초계약을 근거로 하여 청구보증을 발행할지라도 당해 보증은행은 실제로는 그 기초계약에 관계하지 않는다(Kelly-Louw(n11)). 청구보증의 본질적인 주요 원칙 중의 하나는 기초계약과의 독립성이다(Byrne, et al., 2018).

따라서 청구보증을 발행하는 보증은행의 지급의무는 보증수혜자와 그 보증의 발행신청자인 보증의뢰자 간의 기초계약으로부터 야기되는 분쟁에 의해 영향을 받지 않으며, 또한 그 보증상의 권리와 의무는 그 기초계약상의 권리의무와는 독립되어 있다(Bertrams(n 19)). 보증수혜자가 정직하게 사실에 근거하여 일치하는 청구를 하는 경우에는, 그 자신과 그 보증의뢰자 간의 관계 여부와는 관계없이, 그 보증수혜자는 자신의 적법한 청구에 지급받을 권리가 있으며, 보증은행은 기초계약으로부터 발생하는 항변권행사가 허용되지 않는다(Ly, 1999; Byrne, et al., 2018).

URDG 제5조 b항에서는 구상보증의 독립성에 대해 다음과 같이 규정하고 있다. “구상보증은 그 성격상 그 은행보증, 그 기초 계약관계, 그 구상보증의 신청 및 그 구상보증이 관련되는 그 이외 다른 구상보증으로부터 독립되며, 그리고 그 구상보증은행은 그러한 관계와 전혀 관련이 없고 또한 그러한 관계에 구속받지 아니한다. 구상보증을 특정할 목적으로 그 구상보증상에 그 기초 계약관계에 대한 어떠한 언급이 있다고 하더라도 이로 인하여 그 구상보증의 독립성은 변하지 않는다. 구상보증상 구상보증자의 지급약정은 그 구상보증자와 구상보증을 발급받는 보증자나 또는 다른 구상보증자 간의 관계 이외의 어떠한 관계로부터 발생하는 주장이나 또는 항변에 영향을 받지 않는다.”라고 규정하고 있다(Affaki & Goode, 2011; 채진익, 2014).

보증거래에서 중요한 문제는 보증은행이 보증수혜자의 청구를 제한하는 항변을 제기할 가능성이다. 독립적 보증인 경우에는 당해 보증수혜자는 어떠한 계약위반이 실제로 그 기초 계약관계에서 발생되었는지의 여부와 관계없이, 그리고 그 결과로 초래된 손해의 규모에 관계없이 그 보증조건에 일치하는 청구를 제시하는 경우에는 지급받을 권리가 있다(Affaki & Goode, 2011).

따라서 보증은행은 보증수혜자의 보증청구에 지급의무가 있으며, 그 보증의뢰자는 당해 은행보증을 발행한 보증은행에 보상해야 한다. 그리고 그 보증청구는 그들 당사자 간의 기초계약을 위반했다는 보증수혜자의 모든 주장을 포함하여, 보증의뢰자와 그 보증수혜자 간의 모든 분쟁은 당사자로서 보증은행과 관련되지 않는 별도의 절차로 해결되어야 한다(Hapgood(n 5); De Ly, 1999).

또한 독립적 청구보증은 보증의뢰자와 보증은행 간의 계약과 분리되어 있으며, 따라서

보증은행은 보증수혜자가 일치하는 지급청구를 하는 경우, 지급거절의 근거로 그 계약위반을 근거로 제시할 수 없다. 예컨대 보증의뢰자의 보증은행에 대한 자금 미 예치를 근거로 제시할 수 없다(Byrne, et al., 2018).

그리고 그들의 독립성과 아주 밀접하게 연관되어 있는 또 다른 청구보증의 근본적인 원칙은 그 청구의 서류성이다. 요약컨대 이는 당해 서류가 그 보증의 조건과 일치하게 제시되는 경우에는 보증은행은 지급의무가 있다. 한편 그 서류가 그 보증요건과 일치하지 않는 경우에는 보증은행은 지급의무가 없다(Byrne, et al., 2018).

### 3) 은행보증의 독립성과 그 예외

이와 같은 독립성의 원칙은 절대적인 것은 아니다. 그 예외가 사실상 인정되어 수용되고 있다(Kelly-Louw(n 3)). 이는 어떤 상황에서 청구보증의 독립성은 보증은행과 법원에 의해 무시될 수 있다는 것을 의미한다(Kelly-Louw(n 11)). 즉, 독립성의 원칙은 일반적으로 절대적인 원칙은 아니며, 이는 국제적으로 널리 인정되어 오고 있다(Byrne, et al., 2018).

보증거래의 독립성에도 불구하고 사기거래 또는 거래의 불법성은 그 예외로 인정된다. 즉, 사기 또는 남용은 독립적인 지급약정의 독립성을 제한한다(Barns, 2010; 채진익, 2013). 그러나 사기로부터 관련 당사자를 보호하는 방법은 각 국가 간의 법원 간에도 다를 수도 있으며, 모든 선의의 관계당사자의 이해를 공정하게 보호하는 것은 법원에 달려 있다(ICC, 1997; 채진익, 2014). ISP98 제1.05조에서는 “사기, 권리남용, 또는 기타 이에 준하는 유사한 사유에 기인하는 지급거절에 대한 항변”에 대해서는 규정하지 않는다고 명시적으로 규정하고 있고, 또 이러한 문제는 준거법에 의한다고 규정하고 있다(Pealer, 2006; 채진익, 2017).

그리고 보증거래에서 사기는 일치하는 제시의 지급의무에 대한 가장 일반적인 예외이지만, 그것이 유일한 것은 아니다. 준거법, 보증거래에서의 원시적 위법성(initial illegality), 그리고 불가항력에 의한 지급중단이 항변을 구성할 수도 있다(Goode, 1992).

그러나 법원은 그 예외를 적용하는 경우에는 엄격한 조건을 적용해야 한다. 예컨대 존재하지 아니한 화물에 대한 서류제시와 같은 “명백한 사기”, 또는 이와 유사한 맥락에서 “입증된 분명한 사기”이어야 한다. 그리고 제시서류에 관련하여 사기가 발생된 경우에는 보증수혜자에게 지급을 중단시키기 위해 지급금지명령을 적용할 수 있다(Andrle, 2009; 채진익, 2011a, 2017).

## 2. 구상보증의 적용과 그 준거법

### 1) 은행보증거래에서 구상보증의 적용

구상보증은 현지의 보증수혜자가 해외에 위치한 은행의 보증을 이용하기 보다는 자신의 국가에 있는 현지 은행의 보증을 선호하는 경우에 이용된다. 이 경우에는 보증의뢰자의 은행(구상보증은행)은 보증수혜자의 국가에 있는 자신의 환거래은행에 그 자신의 은행보증을 발행하도록 지시한다. 이를 통하여 구상보증은행은 당해 보증은행의 책임을 면제하고 그의 보증에 따라 지급해야 되는 모든 보증지급에 대해 완전 보상한다. 보증은행은 구상보증의 구체적인 조건과 특히 본 규칙 제14조 및 제15조를 포함하여 URDG에 일치하는 “일치하는 청구”(URDG 제2조)를 제시하는 조건으로 보상받을 권리가 있다(Affaki, 2013).

그런데 URDG의 많은 조항은 은행보증과 보증은행에 대해서만 언급하고 구상보증과 구상보증은행에 대해서는 언급하지 않고 있기 때문에, 이들 조항이 구상보증과 구상보증은행에 동등하게 적용되는지에 관해 문제가 야기될 수 있다(Affaki & Goode, 2011).

이에 대해 ICC 은행위원회는 공식의견 470/TA/.454 rev.의 채택에서 구상보증과 구상보증자에 대해 언급 없이 보증과 보증자를 언급하고 있는 URDG 조항은 그 문맥상 구상보증과 구상보증자를 언급하는 것으로 해석한다. URDG 758은 그 본질을 개정하지 않고 더 일반적인 해석규칙으로 본 의견을 성문화했다. 본 규칙 제3조 b항에서는 “문맥상 달리 요구되는 경우를 제외하고 보증은 구상보증을 포함하고 이들 두 보증의 변경을 포함하며, 또한 보증자는 구상보증자를 포함하고, 보증수혜자는 구상보증의 보증수혜자를 포함한다.”라고 규정하고 있다(Affaki & Goode, 2011).

“URDG”는 본 규칙이 모든 청구보증 또는 구상보증에 적용된다고 명시적으로 기술하고 있는 경우에는 이들 보증에 적용된다. 은행보증 또는 구상보증이 본 규칙(URDG 규칙)을 변경하거나 또는 배제하는 경우에만 제외하고 청구보증 또는 구상보증의 모든 당사자들을 구속한다(ICC, 2016).

### 2) 구상보증의 준거법과 사법관할

구상보증은행의 요청으로 청구보증이 URDG에 따라 발행되는 경우에는 구상보증이 그 URDG를 배제하지 않는 한, 또한 당해 구상보증은 URDG가 적용된다. 그러나 구상보증이 URDG가 적용된다는 이유만으로는 청구보증에 URDG가 적용되지 않는다(ICC,

2016).

MT 760의 필드(field) 40C는 “URDG”, “ISP”, “OTHER”, 또는 “NONE” 중의 하나가 포함되어야 한다. 필드 40C에서 “OTHER”를 명시하고 있는 경우에는 URDG나 ISP가 적용되는 것이 아니고 또 다른 규정이 적용된다. 본 규칙은 필드 40C의 하위 필드(sub-field) 2에 명기되어야 한다(ICC, 2016).

필드 40C에 “OTHER”가 명시되어 있는 상태에서 필드 40C의 하위 필드 2에 다른 규칙이 명시되어 있지 아니한 경우에는 본 보증은 URDG 또는 ISP를 배제하는 것으로 본다. 필드 77C에 명시되어 있는 텍스트(text)상 준거법 선택에 관한 모든 표현은 URDG 758 또는 ISP98의 선택 여부를 의미하지 않는다(ICC, 2016).

따라서 필드 40C에서 “OTHER” 또는 “NONE”으로 표기하는 것은 URDG 758 제1조 b항 및 ISP98 제1.01조 b항에 규정된 URDG 및 ISP를 배제하는 것이다. 참조 질의 상 필드 77C의 문언에 의하여 보증은 URDG 758이 적용될 것이며, 또한 그 보증자의 국가 법이 적용될 것이다. 당해 구상보증은 필드 40C에 “NONE”으로 표기함으로써 URDG 758이 적용되지 않고 영국법이 적용된다(ICC, 2016).

그리고 MT760 40C 필드에 “OTHER”로 기술된 경우에는 그 적용규칙은 내러티브(narrative) 란에 명시된다(2 번째 하위 필드)(ICC, 2016).

### 3. 구상보증의 재판관할권/준거법의 표기와 그 효과

MT760의 필드 40C에 “URDG”를 표기하고 있고 은행보증과 구상보증에 대한 준거법과 재판관할권 조항을 규정하고 있는 구상보증의 효과이다. 예컨대 MT760에서 다음과 같이 수신된 경우, 즉 필드 40C 준거규칙이 URDG으로 명시되었고, 필드 태그(field tag) 77C(보증 명세)에 “당사의 구상보증과 귀사의 보증은 [country T] 법이 적용될 것이며, 재판관할지는 [city I]이다.”라고 명시된 경우이다(ICC, 2016).

이 경우 구상보증은 URDG 758가 적용되고, 동시에 [country T] 법과 재판관할권이 적용되는 것으로 해석한다. 따라서 URDG 제34조 b항(준거법) 및 제35조 b항(재판관할)에 우선한다.<sup>2)</sup> 당해 보증은 URDG 758에 따라 발행되어야 하며, URDG 758 제34

2) a. 은행보증에서 달리 규정되어 있지 아니한 경우에는 보증의 준거법은 보증을 발행한 보증은행의 지점 또는 영업소가 소재한 법으로 한다. b. 구상보증에서 달리 규정되어 있지 아니한 경우에 구상보증의 준거법은 구상보증을 발행한 구상보증은행의 지점 또는 영업소가 소재한 장소의 법으로 한다(URDG Art. 34). a. 은행보증에서 달리 규정되어 있지 아니한 경우에 그 보증에 관한 보증은행과 그 보증수혜자 간의 분쟁은 보증을 발행한 보증은행의 지점 또는 영업소가 소재한 국가의 관할법원에서만 해결하기로 한다. b. 구상보증에서 달리 규정되어 있지 아니한 경우에 구상보증에 관한 구상보증은행과 보증은행 간의 분쟁은 구상보증을 발행한

조 a항 및 제35조에 의거하여 (country T) 법과 재판관할권이 적용되어야 한다(ICC, 2016).

더욱이 구상보증에서 준거법과 재판관할권 조항은 본 규칙 제34조 b항 및 제35조 b항의 적용만을 변경시키며, URDG 758의 다른 규칙은 여전히 구상보증에 적용된다.

URDG 758 제1조 a항은 다음과 같이 기술하고 있다. 즉, “URDG”는 본 규칙이 모든 청구보증 또는 구상보증에 적용된다고 명시적으로 규정하고 있는 그들 보증에 적용된다. 은행보증 또는 구상보증에서 본 규칙(URDG 규칙)을 변경하거나 또는 배제하는 경우만을 제외하고 청구보증 또는 구상보증은 모든 당사자들을 구속한다(ICC, 2016).

URDG 758 제1조 b항은 다음과 같이 더 분명히 하고 있다. 즉, 구상보증은행의 요청으로 청구보증이 URDG에 따라 발행되는 경우에는 구상보증에서 그 URDG를 배제하지 않는 한, 또한 구상보증은 URDG가 적용된다. 그러나 구상보증이 URDG가 적용된다는 이유만으로는 청구보증이 URDG가 적용되지 않는다(ICC, 2016).

SWIFT MT760 메시지와 관련하여 필드 40C는 은행보증이 적용되는 규칙을 명시하고 있다. 필드 77C에 달리 명시되어 있지 않았다면 구상보증은 또한 그 규칙이 적용될 것이다. MT760의 40C 필드에 URDG 758를 규정함으로써, 구상보증과 은행보증 모두 URDG 758이 적용된다(ICC, 2016).

URDG 758 제34조는 구상보증과 은행보증 모두 문언으로 준거법을 규정하는 것을 허용하고 있다. URDG 제35조는 재판관할 국가 또는 장소를 구상보증과 은행보증 모두 그들 보증에 문언으로 규정하도록 하고 있다(ICC, 2016).

MT760의 필드 77C에서 다음과 같이 기술하고 있는 경우, 즉 당사의 구상보증과 귀사의 보증이 (country T) 법이 적용되고 재판관할지가 (city I)으로 기술되어 있는 경우에는 구상보증과 은행보증은 또한 재판관할 (city I)과 함께 (country T) 법이 적용된다(ICC, 2016).

결론적으로 구상보증과 은행보증은 (city I) 재판관할이 적용되고, 준거법으로 URDG 758과 (country T) 법이 적용된다. 그리고 URDG758이 어느 범위까지 우선적으로 적용되는지의 여부는 준거법상의 문제이다. 현지 준거법에 따라 결정된다(ICC, 2016).

---

구상보증은행의 지점 또는 영업소가 소재한 국가의 관할법원에서만 해결하기로 한다(URDG Art. 35)



### Ⅲ. 구상보증청구에 따른 주요 절차적 관점과 쟁점

#### 1. 지급청구와 그 요건

##### 1) 서면청구

지급청구는 본 규칙 제14조(제시)에 규정된 일치하는 제시요건에 일치해야 하며, 또한 본 규칙 제15조에 규정된 구체적인 청구요건에 일치해야 한다. 그리고 보완 진술서의 요건을 포함하며, URDG의 기준(hallmark)에 부합해야 한다(Affaki & Goode, 2011).

은행보증거래에서 보증수혜자는 그 상대방인 보증의뢰자가 그의 의무이행 또는 채무를 정히 이행하지 않았다는 단순한 진술(서) 또는 의무 불이행에 대한 통지만으로 보증금액의 지급을 청구할 수 있다(URDG Art. 15).

그 청구방법에 있어서는 서면청구이어야 하며 또한 그 은행보증에 약정된 기타 서류에 의해 보완된다. 지급청구는 오직 서류조건만을 명시해야 한다. 보증은행으로 하여금 보증의뢰자의 의무 불이행과 같은 외부적 사실을 확인하도록 해서는 안 된다(Goode, 2010; 채진익, 2011b).

그 “청구”는 보증 또는 구상보증에 따라 지급을 청구하는 보증수혜자의 서명된 서류를 의미한다(본 규칙 제2조에 또한 “서명된”으로 정의). 엄격히 언급하면 은행보증 자체는 그 청구서에 서명되어야 한다고 요구할 필요는 없다. 이는 본 규칙 제2조 정의상의 요건에 불과하다. 따라서 전통적인 문언인 “첫 서면청구가 있으면”은 본 규칙에서 더 이상 “서면”(writing)이라는 언급이 없더라도 계속 이용될 수 있다. 사실상 URDG 758에서는 “서면으로 된”(written)이라는 문언은 서명되었거나 또는 서명되지 아니한 서류와 동일하게 취급될 수 있다. 사실, 은행보증은 그 청구가 서류상으로 구현되어 있어야 한다고 명시적으로 기술될 필요도 없다. 본 요건은 URDG에 그 내용을 규정함으로써 필수적인 은행보증의 일부이다. 이는 그 당사자들이 명시적으로 배제 또는 변경하지 않는 한, 본 청구의 정의가 적용되는 것으로 본다(Affaki & Goode, 2011).

그러나 청구서의 제시 없이 지급을 규정하고 있는 보증은 “청구보증”의 정의에 벗어나기 때문에 URDG의 범위를 벗어난다(Affaki & Goode, 2011).

##### 2) 의무 불이행과 그 불이행 진술의 제시

보증거래에서는 상업신용장과 같이 많은 서류를 요구하지 않고 비교적 간단한 서류제

시로 보증금액의 지급을 청구할 수 있다. 그런데 본 규칙 제15조에서는 보증수혜자는 의무 불이행에 대한 진술의 제시를 의무화하고 있다. 따라서 본 요건은 은행보증이 준거법 원으로 URDG를 채택하고, 또 본 요건을 명시적으로 배제하지 않는 한 적용된다(채진익, 2011a).

어떠한 경우든 보증수혜자의 진술은 보증의뢰자가 기초계약상 그의 의무를 위반한 사실을 명시한다. 이러한 진술은 그 지급청구상에 명시되어 있든지 또는 그 지급청구에 부수되거나 또는 그 지급청구를 확인할 수 있는 별도로 제시되는 서명된 서류에 명시되어 있는 지를 불문한다(URDG Art. 15).

본 규칙 제15조 a항은 은행보증에서 배제되거나 또는 변경되지 않는 한, 보증수혜자는 그 보증의뢰자가 그 기초계약 관계에서 그의 의무를 위반했다는 면에서 그의 청구를 보완하는 진술로 그 내용을 명시하는 것을 요구할 뿐이다. 보증수혜자는 그 위반을 증명하거나 또는 지급을 청구하는 그의 권리를 정당화할 의무는 없다. 이는 구상보증에도 적용된다. 본 규칙 제15조 b항은 보증은행이 그의 은행보증을 따른 일치하는 지급청구를 접수했다는 것을 진술하도록 하고 있다. 실제로 은행보증의 지급에 대한 증빙은 요구되지 않는다(Affaki & Goode, 2011).

## 2. 지급청구의 제시와 그 요건

청구보증은 계약위반 또는 의무 불이행, 또는 이와 유사한 취지의 문언으로 사고가 발생하는 경우에는 지급을 보장하는 지급수단이라는 취지로 URDG 제1조에서 분명하게 기술하고 있다.

둘째, 본 규칙 제2조에서는 “일치하는 제시”를 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “은행 보증에 따른 일치하는 제시는 우선, 그 보증의 조건에 일치해야 하며, 둘째 그들 조건에 일치하는 한, 본 규칙에 일치해야 한다. 그리고 셋째, 보증 또는 본 규칙에 관련 조항이 없는 경우에는 국제표준청구보증관습에 일치해야 한다.”고 규정하고 있다. 본 정의에 따라서 보증의 본문은 URDG와 국제표준은행관습에 우선한다. 더욱이 본 정의는 URDG의 조항이 보증 본문에 적용되는데 있어서 그 보증문언과 URDG 간에 불일치가 발생하는 경우에만 URDG의 조항이 보증 본문에 적용되어야 한다는 것을 명백히 하고 있다. 이 경우에는 그 보증 문언이 URDG에 우선한다(George, 2009).

은행보증제도에서 그 지급 또는 상환은 은행보증을 약정된 서류를 제시하여 지급청구를 한다(URDG Art. 15). 그 “제시”는 은행보증서에 따라 서류를 보증은행에게 인도하는 것 또는 이와 같이 인도된 서류를 의미한다(URDG Art. 2).

URDG 제14조는 모든 형태의 서류제시를 규정하고 있다. 서류 제시의 시기와 장소, 제시방식(서면 또는 전자 방식) 및 보증의 특정 등의 요건에 관해 규정하고 있다. 은행 보증에 명시된 보험증명서를 보증은행에 직접 제시하는 보험업자와 같이 은행보증에서 요구한 서류를 본 목적을 위해 보증수혜자 또는 보증의뢰자를 대신하여 제공하는 제3의 당사자를 포함하여, 보증수혜자 또는 보증의뢰자 자신, 또는 그들의 은행 또는 그들을 대신해서 활동하고 있는 대행자(agent 또는 proxy)에 의해서 제시된다. 이 이외의 다른 당사자에 의해 제시되는 경우에는 일치하는 제시로 보지 않는다(Affaki & Goode, 2011).

## 1) 제시자로서의 보증의뢰자

본 규칙 제14조 g항에서 보증의뢰자에 대한 언급은 기초 계약관계에 대한 당사자들이 보증금액을 감액할 목적으로 제시하는 경우와 같은 청구서 이외의 특정 제시는 그 보증의뢰자 또는 그를 대신하여 제시될 수 있다는 사실을 반영하고 있다. 은행보증은 제시하는 당사자를 확인하거나 또는 그 당사자를 대신하여 제시한다는 것을 확인하는 것이 바람직하다. 은행보증에서 요구되고 세관 또는 검사업자와 같은 제3자에 의해 발행된 서류상의 데이터 또는 표현(기술)을 조작할 가능성이 있는 보증의뢰자에 대한 위험이 우려되는 경우, 보증수혜자는 그 보증의뢰자 대신에 제3자가 직접 제시하도록 하는 것을 고려함으로써 제시자가 그 보증의뢰자 또는 그 보증수혜자를 위하여 행동하는 것으로 간주되는지와는 무관하게 그 서류를 보증은행 앞으로 직접 제시하도록 제3자에게 요구하는 것을 고려할 수 있다(Affaki & Goode, 2011).

## 2) 제시 요건

은행보증에서 제시장소로 당해 은행보증에 명시되어 있는 지점 이외의 통지은행, 제2의 통지은행 또는 보증은행의 지점으로 제시되거나 또는 발행지점이 명시되어 있지 아니한 경우에는 URDG 제14조(제시)에 따른 제시로 보지 않는다(Affaki & Goode, 2011).

만약 제시당사자가 본 규칙 제14조에 따라 보증수혜자 또는 보증의뢰자를 위하여 그 제시를 보증은행 앞으로 발송함으로써 제시자로서 행동하는 경우에만 본조에 따른 제시로 본다. 이는 또한 구상보증자가 예컨대, 보증금액의 감액을 위해 본 보증의뢰자를 대신하여 행동하는 그 자체로 그 지시당사자를 위해 보증은행 앞으로 제시하는 경우에도 유효하다. 이는 본 규칙 제14조에 규정한 요건이 충족되는 보증에 따라 보증은행에 제시

되는 경우에만 해당된다(Affaki & Goode, 2011).

우선, 그 제시는 유효기일 이전에 은행보증의 발행 장소 또는 그 보증에 명시된 장소에 제시되어야 하며, 그 제시는 유효기일 이전에 완료되어야 한다. 그러나 그 제시가 추후에 완료된다는 기술이 있는 경우에는 그렇지 아니다.

즉, 그 제시가 그 후(유효기일 이전)에 보완제시될 것이라고 표기되어 있다면 불완전한 제시라도 허용된다. 이 경우 보증은행은 그 제시를 거절할 수 없다. 그 제시가 청구인 경우에는 본 규칙 제20조에 따른 심사기간은 그 제시가 완료될 때까지 기산되지 아니한다. 그리고 보증수혜자는 보증은행이 그 제시의 불일치성을 이유로 그 지급청구를 거절하지 아니한 경우에는 본 규칙 제24조 f항에 규정된 그 불일치성을 주장할 수 없다(Affaki & Goode, 2011).

그리고 은행보증에 전자적인 방법으로 제시되어야 한다고 명시된 경우에는 그 은행보증상에 그러한 제시를 위한 형식, 즉 데이터 송신시스템 및 전자주소를 명시해야 한다. 은행보증서에 이를 명시하지 아니한 경우, 그 제시서류는 인증이 가능한 어떠한 전자적 형식 또는 종이 형태로 제시될 수 있다. 인증될 수 없는 전자서류는 제시되지 아니한 것으로 간주한다(URDG Art. 14(abc); 채진익, 2011a).

은행보증에서 특정한 제시방법을 통하여 종이 형태로 제시하도록 명시하면서 다른 방법의 이용을 명시적으로 배제하지 아니하는 경우에는 그 제시자가 다른 제시방법을 이용해도 유효하지만, 그 제시는 본 규칙 제14조 a항에 규정된 장소와 기간내에 접수되어야 한다(URDG Art. 14(d)).

그 제시가 전자 또는 종이 형태인지를 표시하지 아니한 경우에는, 모든 제시는 종이형태로 제시되어야 한다. 그리고 각 제시는 당해 보증에 대해 보증은행의 참조번호를 기술하는 방법으로 그 제시가 이루어지는 보증임을 특정해야 한다. 그 제시가 특정되지 아니한 경우에는 본 규칙 제20조(지급청구의 심사기간)에 규정된 심사기간은 그 특정 일자부터 개시된다. 본 항의 어떠한 규정도 은행보증의 연장이 허용되지 않으며, 당해 서류가 관계되는 지급청구를 확정하기 위해 별도로 제시되는 서류에 관한 본 규칙 제15조(청구요건) a항이나 b항의 요건이 제한되지 아니한다(URDG Art. 14(ef); 채진익, 2011a).

그리고 보증서에서 달리 규정된 경우를 제외하고, 어떠한 지급청구나 보완 진술을 포함하여 보증의뢰자나 보증수혜자에 의해 발행되었거나 또는 그들을 대신해서 발행된 서류는 은행보증 언어로 작성되어야 한다. 그 이외의 여타의 자에 의하여 발행된 서류는 기타의 언어로도 작성될 수 있다(URDG Art. 14(g); 채진익, 2011a).

### 3. 구상청구

구상보증상의 청구는 어떠한 경우에도 본 청구가 구상보증에 명시적으로 기술되었는지 여부와는 관계없이, 구상보증을 발행받은 당사자가 구상보증을 발행한 은행보증 또는 구상보증에 일치하는 제시가 접수되었다는 것을 표기하는 그 당사자의 진술로 보완되어야 한다. “보증은행” 이외에 “구상보증을 발행받은 당사자”(구상보증수혜자)와 구상보증은행이 발행한 “구상보증에 따른 일치하는 청구”를 언급하는 것은 구상보증이 보증은행 앞으로 발행되는 것이 아닌, 그 자신의 구상보증이 그 보증은행 앞으로 발행할 또 다른 구상보증은행 앞으로 발행되는 구상보증채인에 관련되는 경우를 커버한다(Affaki & Goode, 2011).

은행보증의 보증수혜자와는 달리 보증은행은 보증의뢰자와 그 보증은행 간의 기본적인 거래관계가 없기 때문에 그 기초적인 관계에 따른 보증의뢰자의 의무 불이행 진술서를 제시할 의무가 없다. 그 진술(서) 대신에 보증은행이 발행한 은행보증에 따라 일치하는 청구를 접수하였다는 취지의 표현이 기술되어야 한다. 그 구상보증에서 당해 보증은행의 “보상”(reimbursement), 또는 그와 같은 취지의 문언을 규정하고 있지 않는 한, 보증은행이 접수한 일치하는 청구에 반드시 응할 필요는 없다. 보증은행은 구상보증에 따라 다음과 같은 요건을 갖추는 즉시 지급받을 권리가 있다. 즉 (a) 보증은행은 자신의 은행보증에 따라 일치하는 청구를 접수했을 것, (b) 그리고 구상보증에 따라 그 자신의 구상청구에 이 사실을 명기해야 한다. 더욱이 구상보증은행은 은행보증에 따라 보증수혜자가 작성한 청구가 사실상 일치하는 청구였다는 것을 처음 확인될 때까지 그 구상보증에 따라 제시되는 일치하는 청구의 지급을 연기할 권리가 없다.<sup>3)</sup>

구상청구에 대해 URDG는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, “구상보증상 구상청구는 어떠한 경우에도 자신이 발행한 보증이나 구상보증상 일치하는 보증청구를 접수하였음을 명시하는 본 구상보증수혜자의 진술에 의하여 보완되어야 한다. 이러한 진술은 독립적 청구보증과 마찬가지로 그 구상청구상에 명시되거나 또는 그 구상청구에 첨부되거나 그 구상청구를 확인하는 별도의 서명된 서류상에 기술될 수 있다.”(URDG Art. 15(b)).

본 규칙 제15조 a항 또는 b항에 규정된 보완진술의 요건은 당해 은행보증이나 구상보증에서 그 요건이 명시적으로 배제되지 않는 한 적용된다. “제15조 a항, b항에 따른 보완진술은 배제된다.”와 같은 배제문언은 본항의 요건을 충족한다(URDG Art. 15(c)).

그리고 지급청구나 보강진술은 보증수혜자가 지급청구를 제시할 권리일자 이전의 일자

3) 구상보증은행에 알려진, 보증은행이 일치하는 청구를 접수했다고 작성한 진술서가 허위였다는 분명한 증거가 있는 경우, 이는 준거법에 의하여 사기예외를 적용 수 있다. 그러나 URDG로 다루어질 문제가 아니다 (Affaki & Goode, 2011).

로 일부되는 것은 허용되지 않는다. 그 이외의 서류는 그 이전의 일자로 일부될 수 있다. 지급청구와 보완진술서 및 기타 서류도 그 제시일 후의 일자로 일부되는 것도 허용되지 않는다(URDG Art. 15(d)).

#### 4. 구상보증은행과 보증은행의 지급정지

보증은행과 구상보증은행의 독립성(URDG Art. 5(b))에 따라 구상보증과 은행보증은 서로 독립적으로 지급 또는 중단 여부를 자유롭게 결정할 수 있다. 일치하는 청구의 지급을 중단하기로 결정한 보증은행이 자신의 은행보증에 따라 접수한 청구서를 연장하거나 또는 지급하는 경우에도 당해 구상보증은행은 중단하지 아니하고 즉시 지급할 수 있다(Affaki & Goode, 2011).

그 반대의 경우는 유효하지 않다. 보증은행이 지급을 중단하지 않았다면, 그 보증은행은 지급해야 하며, 따라서 구상보증에 따라 지급청구를 제시할 수 있을 뿐이다. 그러나 통상적으로는 보증은행과 구상보증은행이 모두 지급하거나 또는 모두 중단하는 상황이다. 이는 은행보증에 따라 허용되는 최대 유예기간과 구상보증에 따라 허용되는 그 유예기간 간에 최소 4일간 격차(gap)의 근거이다(URDG Art. 23(b)).

즉, 일치하는 지급청구상에 유효기간의 연장을 선택적으로 요청하는 경우에 보증자는 그 지급청구를 접수한 익일로부터 월력상 30일을 초과하지 아니한 기간 동안 지급을 정지할 수 있다(URDG Art. 23(a)).

그러한 정지 이후에 보증자가 유효기간의 연장을 요청하면서 구상보증에 따른 일치하는 지급청구를 하는 경우, 구상보증자는 보증에 따른 지급청구에 대한 지급이 정지된 기간 이내에서 월력상 4일을 초과하지 아니한 기간 동안 지급을 정지할 수 있다(URDG Art. 23(b); Affaki & Goode, 2011).

## IV. 구상보증상 보증은행의 부당한 지급거절과 주요 쟁점

### 1. *National Infrastructure Development Co. v. BNP Paribas* 사건<sup>4)</sup>

#### 1) 사실관계

Trinidad and Tobago(트리니다드토바코)에서 고가의 기반시설 시공 프로젝트를 위한 선급금(advance payment)을 담보하기 위해 브라질에 위치한 건설 및 엔지니어링 회사인 Construtora OAS(하도급업자/보증의뢰자)는 보증신용장을 제공할 의무가 있었다. 따라서 하도급업자인 보증의뢰자는 BNP Paribas(현지 은행)의 지사인 BNPP Brazil(구상보증신용장 발행자) 앞으로 BNP Paribas를 구상보증수혜자로 하는 구상보증 신용장(법원에서 “구상보증”으로 기술)을 신청하여 발행받았다. 현지 은행(BNP Paribas)은 도급업자를 보증수혜자로 하는 두 건의 보증신용장(현지 보증신용장) 형태로 그의 현지 지급보증 약속서를 발행했다. 그 보증신용장은 영국이 독점적인 재판관할권을 가지며 영국법을 준거법으로 한다.

현지 보증신용장에는 다음과 같이 내용이 기술되었다. “본 사건의 두 보증신용장은 청구로 지급되는 취소불능의 신용장이다. 당해 신용장은 [도급업자인 보증수혜자]의 계정 에 직접 입금하여 지급된다. 당해 신용장의 지급청구 그 자체로 결정적인 증거로 하며, 그 청구금액은 지급의무가 있고 현지 은행은 상계(set-off), 대응청구 또는 원천공제 없이 전액으로 지급을 약정한다. 그리고 당해 신용장은 ICC ISP98에 규정한 보증신용장규칙으로 한다. 그 청구 장소는 파리에 있는 [현지 은행]의 영업본부(operation centre)로 한다.”

#### 2) 보증청구 및 현지 보증은행의 지급거절

도급업자인 보증수혜자가 2016년 6월 21일자로 건설계약의 해지를 통지하자 하도급업자인 보증의뢰자는 당해 건설계약상의 중재조항에 따라 Trinidad and Tobago에서 중재절차에 착수했다. 또한 2016년 7월 11일 건설업자인 보증수혜자는 현지 두 건의 보증신용장에 근거하여 지급을 청구했다. 현지 보증은행은 두 제시 모두 지급을 거절했다.

4) *National Infrastructure Development Co. v. BNP Paribas*, [2016] EWHC (QB) 2508 (Comm) [England], available by James E. Byrne, Christopher S. Byrnes and Justin B. Berger(2017), *2017 Annual Review of International Banking Law & Practice*, Institute of International Banking Law & Practice, Inc., p. 578.

그 이후 하도급업자인 보증의뢰자의 요청에 따라 브라질 법원은 당해 보증신용장에 따른 구상보증은행의 지급을 금지하는 지급금지명령을 발부했다. 그 금지명령은 구상보증은행 앞으로 통지되었다. 그러나 하도급업자인 보증의뢰자는 현지 보증신용장의 사본을 현지 은행 앞으로 발송하면서 본 지급금지명령으로 현지 보증신용장에 따른 현지 은행의 지급을 금지된다고 주장했다.

구상보증은행이 조사확인해 본 결과에 따르면 처음에 동 브라질 법원은 그 지급금지명령은 현지 은행으로 확장적용되지 않는다고 판시했다. 그러나 그 다음 Santander Brazil(다른 보증신용장으로 확장적용한 또 다른 은행) 사건 이후, 브라질 법원은 Santander의 한 지사 앞의 지급금지명령은 Santander Madrid 상대로 효력이 미친다고 판결했다. 그 당시 구상보증은행은 자신의 상황이 Santander의 상황과 유사한지에 관해 추가적으로 요청했으며, 그 회신에서 당해 법원은 입장을 변경하여 그 지급금지명령은 현지 은행에 확장적용된다고 판결하여 번복했다.

### 3) 보증수혜자의 현지 은행을 상대로 한 소송 제기 및 판결

영국에서 즉심 사건(instant case)과 관련된 단독 소송에서 도급업자인 보증수혜자는 현지 두 건의 보증신용장에 따른 지급금액, USD58,786,765.00을 청구하면서 부당 지급 거절을 이유로 현지 은행을 상대로 소송을 제기했다. 본 소송에서 도급업자인 보증수혜자는 약식재판을 청구했고, 현지 은행 측의 변호인은 집행정지가 발부되어야 한다고 요청했다. 고등사법재판소인 영국 법원, 상사법정 Foxton, J.판사는 도급업자인 보증수혜자를 지지하는 약식재판을 승인하고 현지 은행의 집행정지 신청을 기각했다.

영국 판사는 브라질 법원의 재판관할권과 그 브라질 법원의 지급금지명령이 현지 은행에 적용된다는 것은 논쟁의 소지가 있는 문제(쟁점)라고 판결했다. 영국의 동 판사는 또한 현지 은행이 그 지급금지명령 하에서 구상보증신용장을 지급했다면, 현지 은행은 브라질 법에 따라 신용장금액의 10%의 벌금이 부과된다고 판결했다.

더욱이 동 판사는 도급업자인 보증수혜자와 하도급업자인 보증의뢰자 간의 중대한 분쟁(substantial disputes)은 그들이 지정한 법정 중재지에서 해결되어야 하지만, 현지 은행은 이들 분쟁을 현지 보증신용장에 따른 항변 또는 지급거절의 근거로 이용될 수 없다고 판결했다. 마지막으로 동 판사는 현지 은행의 지급거절에 대한 논쟁의 여지가 있는 항변 또는 근거는 독립적인 지급확약에 대한 영국법원이 승인한 제한된 항변의 범주에 해당되지 않는다고 판결했다.



#### 4) 법원의 판단 근거

영국 법원 판사는 *Power Curber v. National Bank of Kuwait [1981]*<sup>5)</sup>에서의 판결을 언급했다. 즉 법원이 “발부된 지급금지명령을 근거로 신용장이 지급되지 않는다면 국제무역거래의 중심에서 파업”하는 것이다. 즉 “절차적인 수단으로 그 대금지급이 반복될 수 있다면, 지급금지명령은 보증신용장의 신성함(sanctity)을 보호하는 영국법의 중요한 원칙을 약화시킨다.”라는 판결을 인용했다.

동 판사는 브라질의 법적절차에 대한 결과가 통지될 때까지 법원이 약식재판의 집행을 유예 또는 중단시켜야 한다는 현지 은행 측의 주장에 납득되지 않았으며, 또한 즉심 사건이 재판에 회부된다는 이유로 브라질 법원에 의한 벌금 부과에 대한 현지 은행의 신뢰성에 납득할 수 없다.

뿐만 아니라 법원은 그 지급금지명령이 중재계약의 위반으로 허용되었기 때문에 동 판사는 브라질 법원의 지급금지명령을 승인해서는 아니된다는 하도급업자인 보증수혜자의 주장을 기각했다. 동 판사는 현지 은행이 약식 재판을 거부할 근거가 없으며, 또한 보증신용장의 신성성을 보호하는 원칙에 입각하여 집행정지(stay of execution)를 기각한다고 판결했다.

## 2. 본 사건의 법적 절차상 주요 쟁점과 그 시사점

### 1) 보증수혜자의 지급청구와 보증은행의 지급거절

본 사건에서 어떠한 구체적인 사유로 보증은행이 보증수혜자의 지급을 거절했는지는 알 수 없으나 그 제시에서 하자가 없었다면 지급했어야 되었던 사례로 보인다. 보증수혜자는 보증신용장에 따라 지급청구를 했기 때문에 그 요건상으로는 문제가 없어 보인다. 그러나 본 사건에서 보증수혜자와 보증의뢰자 간의 건설계약상의 분쟁이 발생하면서, 보증수혜자가 본 계약을 해지하고 지급청구를 한 것으로 보이며, 반면 그 보증의뢰자는 중재계약에 따라 중재절차에 착수했기 때문에 계약상 의무위반에 관해서는 정확히 알 수 없는 상황이다.

한편, 영국 법원에서는 보증수혜자의 지급청구에 보증은행이 지급하도록 판결함으로써 보증은행의 부당한 지급거절로 인정되었다. 본 판결과 같이 그 기초계약상의 분쟁에 관

---

5) 2 Lloyd's Rep 394.

계없이 독립적 은행보증의 독립성에 따라 보증은행은 보증수혜자의 지급청구가 보증조건에 일치하는 한 그 지급청구에 응해야 할 것이다. 즉, 보증거래에서는 거래당사자 간의 분쟁으로 인한 지급거절은 허용되지 않는다는 것을 의미한다.

그런데 구상보증거래에서 보증은행은 구상보증은행과 보증수혜자 간의 중간에 위치하기 때문에 구상보증 또는 구상보증신용장에 따라 자신이 발행한 보증신용장 또는 은행보증에 따라 보증수혜자로부터 지급청구가 접수되었을 시, 그 보증수혜자의 적법한 보증청구에 지급한 후에 구상보증은행 앞으로 그 사실을 명시하여 지급을 청구함으로써 그 지급에 대한 보상을 받게 된다.

그러나 현지 보증은행은 자신에 발행한 보증신용장 또는 은행보증에 따른 보증수혜자의 지급청구에 지급하지 않은 상태에서 구상보증은행 앞으로 지급을 청구하는 사례가 대부분이다. 이 경우 구상보증은행으로부터 청구자금을 상환받게 되면, 그 자금으로 그 보증수혜자의 청구를 지급하게 된다.

그런데 구상보증은행으로부터 자신의 지급청구에도 구상보증은행으로부터 지급을 받지 못하게 되는 경우에는 자신도 자신의 보증수혜자에게 지급하지 않는 경우가 대부분이다. 이는 실무상으로는 어떤 점에서는 바람직할 수도 있으나, 보증거래의 독립성을 훼손하는 행위이며, 그 거래관습으로는 바람직하지 않을 것이다. 이는 또한 보증은행 입장에서 그 보증거래 절차상으로 어떠한 과오를 범하더라도 보증은행으로서의 책임을 회피하는 행위로도 보인다. 본 사건에서도 이와 같은 행위로 볼 수 있으며, 결국 법원의 판결을 통해 해결된 것으로 보인다. 따라서 이와 같은 상황에 유의해야 할 것이다.

예컨대 *S. Satyanarayana and Co. v. W. Quay Multiport Pvt. Ltd.* 사건에서 은행보증서는 “은행과 그 보증수혜자 간의 독립적인 계약”이며, 따라서 “보증수혜자와 그 소송사건에서 그 은행보증서를 제공받은 당사자 간의 분쟁과는 관계 없이” 그 지급청구가 일치하는 한, 지급되어야 한다고 판결했다(채진익, 2017).

은행보증은 “그 보증상의 은행과 그 보증수혜자 간의 독립적인 계약”이며, 따라서 “본 소송사건에서 보증수혜자와 은행보증을 제공받은 당사자 간의 어떠한 분쟁과는 관계 없이” 그 지급청구(환어음의 발행)가 일치하는 한, 지급되어야 한다는 점을 주목해야 한다. 독립성의 원칙을 적용하는데 있어서, 판사는 “그 유일한 두 예외는 사기와 회복할 수 없는 손해 또는 불법행위를 의미하는 특별한 형평의 원칙(special equities)이라는 점을 지적했다. 사기 그 자체는 기초 거래의 전체를 무효화시킬 정도로 터무니없는 특성이어야 한다(Byrne, Byrnes, Berger, 2016).

*Angelica-Whitewear* 사건에서, 대법원은 그 도급업자인 구상보증의뢰자는 지급금지 가처분(interlocutory)을 발부받기 위해서는 일응의 강력한 증거력을 갖춘 분명한 사기

를 입증해야 한다고 판결했다. 본 사건에서 대법원원은 계약자인 구상보증의뢰자는 또한 그 문제의 긴급성을 입증해야 한다고 판결했다(Byrne, et al., 2018).

우리나라 법원은 구상보증거래에 있어서 권리남용의 법리를 적용함에 있어서는 그 남용의 요건이 수익자와 제2은행(보증은행)에 공통적으로 존재하여야 구상보증은행이 보증은행의 구상권 행사에 대항할 수 있다고 봄이 상당하다. 즉, 수익자가 권리남용적인 보증금 청구를 하였고 보증은행이 그 청구가 권리남용에 해당한다는 사실을 알면서 수익자의 권리남용적 청구에 가담하였거나 적어도 그렇게 의심할 충분한 이유가 있었음에도 막연히 수익자의 청구에 응하여 보증금을 지급한 경우에는 구상보증은행은 보증은행의 구상금지급청구를 거절할 수 있다.”고 판시한 바 있다.<sup>6)</sup>

## 2) 구상보증은행의 지급금지명령의 발부와 그 적용

본 사건에서는 보증은행의 지급거절 이후, 보증의뢰자의 요청에 따라 브라질 법원은 당해 보증신용장에 따른 구상보증은행의 지급을 중단하는 지급금지명령을 발부했으며, 또한 하도급업자인 보증의뢰자는 동 지급금지명령으로 현지 보증신용장에 따른 현지 은행의 지급이 금지되었다고 주장했다(Byrne, Byrnes, Berger, 2017).

구상보증은 보증수혜자와 보증의뢰자 간의 그 기초계약으로부터의 분리·독립은 물론이고, 보증은행과 보증의뢰인과의 관계로부터 독립적이다.<sup>7)</sup> 그리고 구상보증은 은행보증과 분리되어 있는 독립적인 약정이며, 일반 독립적 보증과 동일한 방법으로 운용된다(Bertrams, 2004). 따라서 구상보증은 제1차적 보증에 근거하여 그 보증수혜자가 일치하는 청구를 제시하는 경우에는 당해 보증은행의 손해배상(구상청구권)을 보장한다. 구상보증과 은행보증은 상호 독립적인 별개의 두 은행보증이다(Sindberg, 2012; 채진익, 2014, 2017).

본 사건에서는 처음에는 현지 보증과 구상보증은 별개의 독립적 거래이기 때문에 구상보증에 대한 지급금지명령이 현지 보증에는 영향을 미치지 아니한다고 판결했다가 그 이후 번복하여 구상보증은행 앞의 지급금지명령이 현지 보증에 영향을 미친다고 판시했다. 이와 같이 번복한 판결은 정당하다고 생각된다. 그 이유는 구상보증과 현지 보증이 별개의 독립된 거래라 하더라도 지급금지명령에 대한 승인요건은 동일한 기준이 적용되는 것으로 보기 때문에 긴급을 요할 때는 별도의 지급금지명령을 발부할 필요가 없다고 본다.

6) 서울고법 2001. 2. 27. 선고 2000나8863 판결(확정).

7) *North American MFRS, Export Asso. v. Chase Nat. Bank*, 77 F. Supp. 55, 55 (1948); *Kingdom Sweden v. New York Trust Co.*, 96 N.Y.S. 2d 779, 791 (1949); *Pringle-Assoc. Mortg. Corp.*, 571 F. 2d at 874; *Naugatuck Sav. Bank v. Fiorenzi*, 654 A. 2d 729, 734 (Conn. 1995).

이는 또한 보증거래에서 법운용의 효율성과 현실성 또는 편리성을 고려한 조치로 보인다. 즉, 구상보증은행에 대한 지급금지명령의 발부요건이 부합한다면 보증은행에 대한 지급금지명령의 발부요건도 법리적으로 부합되기 때문인 것으로 보인다. 그 상황이 긴급을 요하는 경우에는 어느 쪽의 지급금지명령으로도 지급을 금지시키도록 하는 것이 그 제도적 운용의 효과를 높일 수 있고 또한 현실적일 것이다.

법리를 떠나 현실적으로 현장 보증은행 입장에서는 구상보증에 대한 지급금지명령이 승인되었는데도 불구하고 지급하는 것은 현실성이 없다고 본다. 즉, 구상보증에 대해 지급금지명령이 발부된 상태에서 현지 은행보증에 대한 지급금지명령이 발부되지 않은 상태로 지급거절에 대한 근거가 없다고 해서 지급한다면 그 이후 보증은행이 정당하게 지급을 거절해야 상황이 온다고 해도 이미 지급한 자금은 회복할 수 없는 상태에 이를 수 있기 때문이다.

본 사건에서는 보증신용장상 영국법원이 재판관할권을 가지기 때문에 그 이후 영국법원에서는 이미 언급된 바와 같이 보증수혜자와 보증은행이 각각의 주장을 기각하면서 지급금지명령을 인정하지 않음으로써 보증수혜자의 지급청구에 보증은행이 지급하도록 판결함으로써 보증은행의 부당한 지급거절로 인정되었다.

본 사건에서 브라질 법원에서의 구상보증은행에 대한 지급금지명령에 대한 근거가 명확하게 명시되어 있지 않았기 때문에 이에 대해 구체적인 사실을 알 수는 없으나, 보증거래에서의 지급금지명령의 발부는 엄격히 적용되어야 할 것이다. 더욱이 본 사건에서 영국법원은 “절차적인 수단으로 그 대금지급이 반복될 수 있다면, 지급금지명령은 보증신용장의 신성함(sanctity)을 보호하는 영국법의 중요한 원칙을 약화킨다.”라는 판시를 이미 기술한 바와 같다.

예컨대 *SNC-Lavalin Group, Inc. v. BNP Paribas Canada* 사건에서 현지은행은 보증수혜자로부터 자신의 보증에 따라 일치하는 지급청구를 접수했다고 진술된 SWIFT 메시지를 구상보증은행 앞으로 발송하면서, 그 현지은행은 구상보증은행 앞으로 CAD \$10,000,000 이상 지급을 청구했다. 그 당시 계약자인 구상보증의뢰자는 개발업자인 보증수혜자의 청구는 부정직하게 작성되었기 때문에 사기와 다를 바 없는 권리남용을 구성한다고 주장하면서, 구상보증은행 앞으로 지급중단을 명하는 소송을 제기했다. 그러나 캐나다의 몬트리올의 퀘벡(Quebec) 주에 소재한 상급법원 Gaudet, J.S.C. 판사는 구상보증은행을 지지하는 판결을 하여 그 지급금지명령을 기각했다(Byrne, et al., 2018).

그리고 *Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.*, (1987) 1 SCR 59 사건에서는 개발업자인 보증수혜자는 계약업자인 구상보증의뢰자는 캐나다의 최고 연방대법원 판결에서 요구된 대로 증거를 일단 갖춘 분명한 사기를 입증하지 못했다고 주장했다. 이에 동

판사는 “일반적인 원칙대로 그 신용장을 개설한 은행은 그 기초계약과 관련하여 당사자 간에 야기되는 분쟁과는 무관하게 그 문면상 신용장의 조건에 일치하게 보이는 서류가 제시되면 당해 신용장대금을 지급할 의무가 있다.”고 판결했다(Byrne, et al., 2018).

### 3) 본 사건에서 절차적 대응과 시사점

본 사건에서는 보증수혜자의 지급청구에 보증은행이 지급거절함으로써 법적 소송이 전개되었으며, 최종적으로는 부당한 지급거절로 판결되었다. 본 사건에서 구상보증은 거래 당사자 간의 그 기초거래상의 분쟁해결을 위해 악용된 사례로 보인다. 따라서 본 사건은 구상보증거래임에도 구상보증청구상의 절차적 쟁점은 부각되지 않았다. 구상보증거래에서 많이 발생하는 보증은행 또는 보증수혜자의 사기 또는 그 사기에 대한 공모 그리고 구상보증은행의 적법한 대응 문제 등에 대해서는 쟁점이 되지 않았다.

그러나 구상보증거래에서는 보증수혜자와 구상보증의뢰자 간의 그 기초 계약상의 문제로 분쟁 중인 상태에서 보증은행이 보증수혜자의 지급청구를 접수하면, 그 보증은행이 보증수혜자와 공모하거나 또는 그 부당청구를 묵인하는 경우가 있다는 점도 유의해야 한다.

특히 보증은행이 보증수혜자와 금융거래가 존재하는 경우에 문제가 많이 발생된다. 구상보증은행은 보증은행의 보증청구를 접수 시, 보증의뢰자의 지급금지명령이 존재하지 않더라도 거래당사자 간에 분쟁이 발생되었거나 또는 그 여지가 있는 것으로 판단되는 경우에는 특히 유의해야 한다. 예컨대 보증은행이 보증수혜자 앞으로 여신이 제공된 상태이고 그 보증수혜자가 재정난에 처한 상태이기 때문에 자신의 여신에 대한 회수 가능성이 희박한 경우에는 보증수혜자와 공모하거나 또는 이를 묵인하는 사례가 적지 않게 발생되고 있다.

본 사건에서는 보증은행과 보증수혜자와의 특수 관계는 알 수 없으나, 보증수혜자가 보증은행을 상대로 부당한 지급거절로 소송을 제기하여 법적으로 해결된 사건이다. 그러나 그 당시 보증은행의 지급거절은 실무적으로는 적절한 대응으로 보여진다. 즉 본 사건은 거래당사자 간의 분쟁이 발생하여 보증수혜자 측이 그 기초계약을 해제하고 보증은행 앞으로 그 보증지급을 청구했으며, 한편 그 보증의뢰자는 기초 계약에 근거하여 중재절차에 착수한 상태였기 때문에 그 이후의 상황 전개가 불확실했기 때문이다. 더욱이 그 이후 보증의뢰자의 구상보증은행 앞 지급금지명령을 발부받은 상태라는 점이다.

따라서 현지 보증은행이 지급거절하고 그 이후의 상황을 살피면서 대응한 점은 실무적으로 바람직한 대응으로 생각된다. 또한 본 사건에서 보증은행이 구상은행 앞으로 구상청구를 했더라도 본 사건과 같은 상황에서는 구상보증은행도 그 지급을 거절하고 그 상

황을 살피면서 적절한 대응이 요구되었던 상황이다. 물론 본 사건에서는 지급금지명령이 발부된 상태이기 때문에 그 지급을 중단해야 하는 상황이었다.

특히 보증거래는 그 특성상 법리적으로 지급해야 되는 상황이라도 업무적 절차는 충분한 검토가 필요하다. 그 이유는 일단 지급된 후에는 그 이후 그 지급자금을 회수해야 되는 상황이 발생되면, 그 회수가 불가능하거나 또는 어려움에 봉착될 수 있기 때문이다. 그러나 본 사건에서처럼 거래당사 간의 분쟁이 보증은행 또는 구상은행의 지급거절 또는 그 항변의 사유가 되어서는 더욱 아니된다는 것은 명심해야 한다.

## V. 결론

국제거래에서 구상보증은 현지 보증은행으로부터 보증수혜자의 지급청구를 접수했다는 진술과 그의 구상청구가 접수되면 즉시 지급된다. 구상보증거래에서는 통상적으로 보증은행이 구상보증은행을 상대로 구상청구를 하는 과정에서 많은 문제가 발생된다.

본 사건은 보증수혜자가 보증은행을 상대로 부당한 지급거절로 소송을 제기하여 법적으로 승소하여 해결된 사건이다. 본 사건은 거래당사자 간의 분쟁이 발생하여 보증수혜자 측이 그 기초계약인 건설계약을 해제하고 보증은행 앞으로 그 보증지급을 청구했으나 지급거절을 당했으며, 한편 그 보증의뢰자는 그 분쟁을 해결하기 위해 중재재절차에 착수한 상태였다. 본 사건은 구상보증거래이지만 주로 보증수혜자의 보증은행을 상대로 지급청구를 하는 과정에서 발생한 문제이다. 주요 쟁점은 보증은행의 부당한 지급거절과 지급금지명령의 발부 및 그 적용 등이다.

우선, 본 사건에서 보증의뢰자는 브라질 법원에서 구상보증은행 상대로 지급금지명령을 법원에 신청하여 발부받았다. 그러나 본 사건의 재판관할인 영국법원에서 그 지급금지명령은 지급거절의 최종적인 근거가 되지 못한다는 취지의 법원 판결로 보증은행의 부당한 지급거절로 최종 확정되어 해결되었다. 대부분의 법원은 은행보증의 본질적인 특성을 강조하여 지급금지명령의 요건을 엄격하게 요구하고 있다.

예컨대, *SNC-Lavalin Group, Inc. v. BNP Paribas Canada* 사건에서 구상보증의뢰자는 보증수혜자의 청구는 사기와 다를 바 없는 권리남용을 구성한다고 주장하면서 지급금지명령을 위한 소송을 제기했으나 캐나다의 상급법원은 이를 기각했다(Byrne, et al., 2018). 또한 *S. Satyanarayana and Co. v. W. Quay Multiport Pvt. Ltd.* 사건에서는 사기 또는 회복 불가능한 손해 또는 불법성을 지급금지명령의 구제요건으로 판결한 바

있다(Byrne, Byrnes, Berger, 2016).

그리고 본 사건에서는 구상보증은행 상대로 한 지급금지명령은 현지 보증은행에도 적용된다는 점을 명확히 하고 있다. 이는 보증거래에서 법운용의 효율성과 현실성 또는 편리성을 고려한 조치로 보인다. 현실적으로도 구상보증은행 앞 지급금지명령이 발부된 상태에서는 보증은행이 지급하는 경우는 없을 것이다.

한편 본 사건의 핵심 쟁점인 보증은행의 부당한 지급거절에 대해 영국 법원은 보증신용장의 지급수단으로써의 신성함을 강조하면서 보증수혜자의 승소 판결을 내렸다. 은행 보증에서 관련 당사자 간의 분쟁이 특별한 사유 없이 그 해결의 수단 또는 지급거절의 수단으로 악용되는 것을 인정하지 않는다는 것이다.

따라서 구상보증거래에서 구상보증은행(보증은행)은 그 지급청구에 대한 절차적 대응에 있어서는 향후 문제 가능성 등을 충분히 검토하고 보수적으로 대응하는 것이 바람직한 것으로 보인다. 특히 보증은행의 보증수혜자와의 사기 또는 부당청구, 공모 또는 묵인 등에 유의해야 할 것이다.

## 참고문헌

- 문희철, “보증신용장의 법적 특성에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제14권, 한국무역학회, 1989.
- 박석재, “국제 비즈니스 계약에서의 보증수단 및 유형에 관한 연구”, 「무역상무학회지」, 제26권, 한국무역상무학회, 2005.
- 박세운·한기문·허해관, “ICC 청구보증통일규칙 개정동향”, 「발표논문집」, 한국무역학회, 2009.
- 박광서, “스탠바이 신용장의 활용증대 가능성에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제30권 제2호, 한국무역학회, 2005.
- 이상훈, “보증신용장거래에서 발행은행의 지급이행에 관한 몇 가지 문제점”, 「국제상학」, 제19권 제1호, 한국국제상학회, 2004.
- 채진익(2011a), “은행보증제도에서 지급청구와 그 이행상의 주요 쟁점과 개선방안에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제36권 제1호, 한국무역학회, pp. 224, 225, 236, 238.
- \_\_\_\_\_(2011b), “URDG 하의 지급청구를 위한 제시요건과 그 일치성”, 「무역상무연구」, 제50권, 한국무역상무학회, pp. 112, 113.

- \_\_\_\_\_(2013), “신용장거래에서 사기청구에 대한 은행의 판단과 그 구제에 관한 연구”, 「국제상학」, 제28권 제1호, 한국국제상학회, pp. 7, 10
- \_\_\_\_\_(2014), “독립적 구상보증상의 지급청구와 그 사례연구”, 「무역학회지」, 한국무역학회, pp. 419, 420, 423-424.
- \_\_\_\_\_(2017), “구상보증거래에서 보증은행의 사기적 구상청구와 그 주요 쟁점에 관한 사례 연구”, 「국제상학」, 제32권 제4호, 한국국제상학회, pp. 302, 304, 305.
- 한재필(2008), 독립적 보증에 있어 계약당사자간 법률관계에 관한 연구, 「무역학회지」, 제33권 제5호, 한국무역학회, p. 183.
- 서울고법 2001. 2. 27. 선고 2000나8863 판결(확정).
- Andrle, Pavel(2009), “The “fraud exception” and the L/C independence principle”, *DCInsight*, Vol 15 No 3, July-September, pp. 3-4.
- \_\_\_\_\_(2010), “Two article on the new URDG 758”, *DCInsight*, Vol 16 No 4, October - December, p. 14.
- Affaki, G.(2013), “Cleaning counter-undertakings: another view”, *DCInsight*, Vol 19 No 4. October - December, p. 10.
- \_\_\_\_\_ and Goode, R.(2011), *Guide to Uniforms Rules for Demand Guarantees URDG 758*, ICC Pub. No. 702E, pp. 40, 41, 42, 54, 94, 95, 96, 97, 101, 106, 159, 160.
- Bertrams, Roeland(2004), *Bank Guarantee in International Trade*, ICC Publishing S.A., p. 55.
- Barnes, J.(2010), “The L/C fraud/abuse exception, *DCInsight*”, Vol 16 No 4, October - December, p. 10.
- Byrne, James E., Christopher S. Byrnes and Justin B. Berger(2016), *2016 Annual Review of International Banking Law & Practice*, Institute of International Banking Law & Practice, Inc., pp. 432, 433, 434.
- \_\_\_\_\_(2017), *2017 Annual Review of International Banking Law & Practice*, Institute of International Banking Law & Practice, Inc., pp. 578, 579.
- \_\_\_\_\_(2018), *2018 Annual Review of International Banking Law & Practice*, Institute of International Banking Law & Practice, Inc., pp. 67, 69, 70, 642, 643.
- Dolan, John F.(2012), “Bad faith and unconscionability”, *DCInsight*, Vol 16 No 3, July - September, p. 7.
- Goode, Roy(1992), *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC Publication No. 510, p. 23.



- \_\_\_\_\_ (2010), "ICC approves revised rules on demand guarantees", *DCInsight*, Vol 16 No 1, January-March, p. 4
- ICC(2016), Opinions 2012 - 2016, ICC Banking Commission, ICC Publication No. 785E, pp. 144, 145, 146
- Ly, De(1999), "The UN Conention on Independent Guarantee and Standby Letter of Credit"(Fall 1999), *33 International Lawyer*, pp. 831, 832.
- N.D., George(2009), "Four report on guarantees and the URDG revision", *DCInsight*, Vol 15 No 2, April -June, p. 10.
- Pealer, Casius(2006), "The Use of Standby Letters of Credit in Public and Affordable Housing Projects", *Journal of Affordable Housing*, Volume 15, Spring 2006, pp. 238, 291.
- Sindberg, K.(2012), "Guarantee versus standby letter of credits", *DCInsight*, Vol 18 No 1. January - March, p. 9
- National Infrastructure Development Co. v. BNP Paribas*, [2016] EWHC (QB) 2508 (Comm) [England].
- Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd*, (1987) 1 SCR 59
- 2 Lloyd's Rep 394.
- S. Satyanarayana and Co. v. W. Quay Multiport Pvt. Ltd. Arbitration Petition (L) No. 647 of 2015 (Bombay H.C. 2015) [India]*
- SNC-Lavalin Group, Inc. v. BNP Paribas Canada*, 2017 Q.C.C.S. 3694 [Canada]
- North American MFRS. Export Asso. v. Chase Nat. Bank*, 77 F. Supp. 55, 55 (1948).
- Kingdom Sweden v. New York Trust Co.*, 96 N.Y.S. 2d 779, 791 (1949).
- Pringle-Assoc. Mortg. Corp.*, 571 F. 2d at 874; *Naugatuck Sav. Bank v. Fiorenzi*, 654 A. 2d 729, 734 (Conn. 1995).
- Gulf Bank v. Mitsubishi* (1994) 2 LLOYD'S REP. 145 at 150-151.
- Mitsubishi v. Gulf Bank* (1996) 1 Lloyd's Rep. 499 at 502

## A Study on Guarantor's Wrongful Dishonor and Main Issues under Counter Guarantee

Jin-Ik, Chae

---

• Abstract •

It is an undeniable fact that the counter-guarantees are always exposed to wrongful or fraudulent demands for payment due to its institutional hallmarks and simplicity. Generally counter-guarantees are payable by presenting a written statement indicating that the local guarantor was in receipt of the beneficiary's statement that the principal was in breach of the underlying contract without any proof of any default. No proof of actual payment of guarantee is required. These matters may lead to numerous disputes or conflicts between the parties concerned. These problems raise may legal issues such as a guarantor(or a counter-guarantor)'s dishonor, the wrongful or fraudulent demands for payment, and the fraudulent conspiracy or the acquiescence of the local guarantor in the course of the procedural demand for payment. On the other hand, the guarantor's dishonor or an injunction are sometimes misused as dispute resolution method between parties involved. Therefore, this research analyzed the guarantor's wrongful dishonor and related issues such as an injunction, fraud exception, and others under the counter-guarantee regime focusing on the relevant cases. This paper also suggested practical implications and countermeasures from a business point of view.

---

〈Key Words〉 Guarantor's Wrongful Dishonor, Injunction, Counter-guarantee, Bank Guarantee