

## 구상보증상 권리남용적 청구

### Abusive Demands for Payment under Counter-guarantee

허해관\*

Hur, Hai Kwan

#### 〈목 차〉

- I. 서 언
  - II. 청구보증의 기본적 개념과 법리
  - III. 구상보증상 권리남용적 청구
  - IV. 결 언
- 참고문헌  
Abstract

주제어 : 청구보증, 구상보증, 청구보증의 독립성, 권리남용

\* 숭실대학교 글로벌통상학과 부교수, [hkhur@ssu.ac.kr](mailto:hkhur@ssu.ac.kr).

## I. 서 언

국제거래의 당사자는 상대방의 계약불이행(혹은 계약위반)에 대비하여 일정한 법적 장치를 강구하게 되며, 이를 위하여 이른바 독립적 은행보증(independent bank guarantee)이 사용된다. 이는 뒤의 본문에서 보는 바와 같이 독립성과 서류성을 갖는 보증을 말하며 주로 은행들이 발행하기에 실무상 그렇게 불리고 있다. 독립적 은행보증으로서 대표적인 것으로는 청구보증(demand guarantee)과 보증신용장(standby letter of credit)이 있으며, 그 중 실무상 청구보증이 더욱 흔히 사용되는 것으로 보인다.<sup>1)</sup>

한편 후술하는 바와 같이 국제거래의 맥락에서 흔히 사용되는 이른바 간접보증(indirect guarantee)의 구조 하에서는 원래의 보증(원보증) 외에 구상보증(求償保證, counter-guarantee)<sup>2)</sup>도 발행되는바, 이는 구상보증인이 원래의 보증인(원보증인)을 수익자로 하여 발행하는 보증을 일컫는다. 이는 원보증인의 상환청구권을 담보하기 위한 것이다.

청구보증을 규율하는 국제적으로 대표적인 규범으로는 ICC(International Chamber of Commerce, 국제상업회의소)의 『청구보증통일규칙』(Uniform Rules for Demand Guarantee: URDG)(ICC 간행물 제758호)(간단히 ‘URDG758’이라 한다)이 있다.<sup>3)</sup> URDG758은 기본적으로 당사자간의 합의에 의하여 적용될 수 있는 표준약관으로 의도되어 있으며,<sup>4)</sup> 당사자의 명시적 또는 묵시적 적용의사에 의하여 적용된다. 다만 뒤의 본문에서 후술하는 청구보증의 독립성이나 서류성 등과 같이 URDG758의 일부의 규정은 이미 관습법으로 정착되었다고 할 수 있다.

그런데 청구보증의 독립성과 서류성은 수익자에 의하여 악용될 수 있다는 문제가 있다. 수익자로서는 기초계약상 실제로 지급청구를 할 수 있는 아무런 근거나 사유가 없음에도 불구하고 외관상 일치하는 서류를 준비하여 보증상 지급청구를 하려는 유혹에 빠질 수 있기 때문이다. 이러한 청구를 본고는 권리남용적 청구(abusive demand)라 하되, 이를 막기 위하여

1) 보증신용장은 미국에서 많이 사용되고 있다(윤진수, “독립적 은행보증의 경제적 합리성과 권리남용의 법리”, 『법조』, 제692호, 법조협회, 2014. 5, p. 10 참조).

2) 이는 실무상 ‘역보증’ 혹은 ‘복보증’이라 불리기도 한다. 이것이 보증신용장의 형태로 발행되는 때에는 구상보증신용장이라 한다.

3) 이는 1992년의 『청구보증통일규칙』(Uniform Rules for Demand Guarantee: URDG)(ICC 간행물 제458호)(URDG458)을 2009년에 개정된 것으로 2010년 7월 1일부터 시행되고 있다. 한편, UN이 1995년 제정한 『독립보증과 보증신용장에 관한 협약』(Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit)(이하 간단히 1995년 UN협약이라 한다)이 있는데, 이 협약에서 사용된 “독립보증”이라는 용어는 사실상 청구보증을 의미한다. 다만 2024년 4월 현재, 이 협약의 체결국은 일부 중동, 남미, 아프리카의 8개국에 불과하다. 또한 보증신용장을 규율하는 ICC 통일규칙으로는 1998년 『보증신용장통일규칙』(International Standby Practices: ISP98)이 있다. 그 밖에 ICC의 2007년 『신용장통일규칙』(Uniform Customs and Practice for Documentary Credit)(UCP600)도 보증신용장에 적용될 수 있다.

4) URDG758 제1조 a항; Affaki & Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees: URDG 758*, ICC, 2011, p.33.

우리나라에서는 판례법에 의하여 권리남용금지의 법리가 개발되어왔다.

이러한 배경에서 본고는 이러한 권리남용금지의 법리가 구상보증의 경우에는 어떻게 발현되는지 살펴보고자 한다. 이를 위하여 이하에서는 먼저 청구보증과 구상보증의 개념과 그에 적용되는 독립성과 서류성과 같은 기본적 법리를 고찰한 후(II), 권리남용금지의 법리에 따라 예외적으로 지급거절사유가 되는 권리남용적 청구의 개념을 정립하고, 이어 구상보증에 있어서 권리남용적 청구가 인정될 수 있는 몇가지 상황을 살펴보고(III), 마지막 결론으로써 글을 마무리한다(IV).

## II. 청구보증의 기본적 개념과 법리

### 1. 청구보증의 개념

URDG758에 의하면 청구보증(請求保證, demand guarantee)은 “그 명칭이나 표현이 어떠하든지 간에, 일치하는 지급청구에 대하여 지급하기로 하는 서명된 약속”이다.<sup>5)</sup> 즉 청구보증은 수익자의 “일치하는 지급청구”(complying demand)가 있으면 일정한 금액(보증금)을 지급하겠다는 보증인의 조건부 지급약속(conditional undertaking to pay)<sup>6)</sup>이다. 이러한 정의는 후술하는 청구보증의 독립성과 서류성에 기초하고 있으며, 보증상 그에 반하는 조건이 들어있다면 그 보증은 청부보증의 지위를 갖지 못한다.<sup>7)</sup> 이러한 취지는 우리 대법원 판례에서도 나타나는데,<sup>8)</sup> “은행이 보증을 하면서 보증금 지급조건과 일치하는 청구서 및 보증서에서 명시적으로 요구하고 있는 서류가 제시되는 경우에는 그 보증이 기초하고 있는 계약이나 이행제공의

5) URDG758 제2조 용어정의 참조.

6) URDG상 지급청구의 일종인 연장지급선택부 청구(이에 관하여는 URDG758 제23조 참조)가 문제된 사안에서 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결은 “적법한 지급청구로 인정되기 위해서는 그 청구가 보증의 유효기간 내에 이루어져야 하고 보증서와 청구보증 통일규칙에서 정한 지급청구의 요건을 충족하여야 한다”고 판시하는바, 이는 위 본문과 같은 취지로 이해된다.

7) 예컨대, 만약 보증을 발행하면서 보증인이 “As Guarantor, we hereby irrevocably undertake to pay [the Beneficiary] on first written demand the amount of any loss [the Beneficiary] may suffer in connection with the [Underlying Contract] up to a maximum of [the Guarantee Amount]”(당행은 보증인으로서 서면의 단순지급청구가 있으면 [수익자]에게 최대[보증금액]의 한도 내에서 [수익자]가 [기초계약]과 관련하여 입은 손해액을 지급하기로 취소불능하게 약속한다.”와 같은 지급확약문구를 사용하는 경우에, “on first written demand”(단순지급청구)라는 문구로써 지급청구를 위하여 서류제시를 요구하고 있기는 하나 “the amount of any loss [the Beneficiary] may suffer in connection with the [Underlying Contract]”(수익자가 [기초계약]과 관련하여 입은 손해액)을 지급한다는 문구는 실제로 수익자가 입은 손해액을 지급하는 것으로 해석될 수 있고, 그렇다면 보증인으로서 는 지급을 위하여 먼저 수익자의 실제 손해액을 확인하여야 하므로 이때에는 청구보증의 지위를 갖지 못한다(허해관, “국제건설계약상 청구보증”, 『국제거래법연구』, 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013, p.179 참조).

8) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결, 대법원 2015. 7. 9. 선고 2014다6442 판결, 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결 등 참조.

조건과 상관없이 그에 의하여 어떠한 구속도 받지 않고 즉시 수익자가 청구하는 보증금을 지급하겠다고 약정하였다면”(밑줄 첨가) 그 보증은 독립보증이 된다.

한편, URDG758에 의하면 위에서 말하는 “일치하는 지급청구”는 당해 보증에 명시된 조건이 있으면 그에 일치할 뿐만 아니라 보증에 명시되지 않은 사항에 관하여는 URDG758의 규정에 일치하고 나아가 보증에 명시되지도 않았고 URDG758에도 규정되지 않은 사항에 관하여는 국제표준청구보증관행(international standard demand guarantee practices)에 일치하는 지급청구를 하는 것을 의미한다.<sup>9)</sup> 다시 말해 이는 수익자가 지급청구서 및 기타 보증서<sup>10)</sup>에 명시된 서류를 보증의 유효기간 내에 보증상 지정된 장소에서 보증인에게 제시하는 것이다. 이와 같이 청구보증에서는 수익자의 일치하는 지급청구를 충족하는 서류의 제시에 의하여 보증인의 보증상 지급의무가 발생한다.<sup>11)</sup>

## 2. 간접보증과 구상보증의 개념

단순한 형태의 청구보증의 경우에 보증인은 보증의뢰인<sup>12)</sup>의 의뢰에 따라 수익자에게 보증을 발행하는바, 이러한 3자구조(three-party structure)를 갖는 보증을 직접보증(direct guarantee)이라한다. 이를 3자보증(three-party guarantee)이라 부르기도 한다. 이러한 직접보증의 경우에 대개 보증인은 보증의뢰인의 거래은행으로서 보증의뢰인과 같은 국가에 소재하게 되고, 수익자는 다른 국가에 소재하게 된다.<sup>13)</sup> 직접보증의 경우에 보증인과 수익자는 보증의 양당사자이고, 보증의뢰인과 수익자는 기초계약의 양당사자이다.

그런데 국제거래의 맥락에서는 수익자로서는 보통 외국의 은행이 아니라 자국의 은행(보증인)으로부터 보증을 받기를 원하게 되고, 이때 보증인으로서의 자신이 지급한 보증금의 확실

9) URDG758 제2조의 일치하는 지급청구 및 일치하는 제시의 용어정의 참조.

10) 이를 URDG758의 우리나라 공식번역(박세운·한기문·한재필·허해관, 「ICC 청구보증통일규칙」, 대한상공회의소·ICC Korea, 2010)은 보증장(保證狀)이라는 표현을 쓰고 있다, URDG758 제2조 서명의 정의, 제25조 b항 참조.

11) 김진오, “독립적 은행보증에 있어 권리남용 법리의 적용 범위와 한계”, 「사법」, 제33호, 사법발전재단, 2015.9., p.340도 같은 취지이다(“독립적 은행보증은 그 보증금의 지급이 서류만을 기준으로 이루어지는 추상성(抽象性)을 지니는데, 보증은행은 수익자의 청구가 보증서에서 정한 형식적 조건과 일치하는지 여부만을 기준으로 보증금지급 여부를 결정하게 된다”).

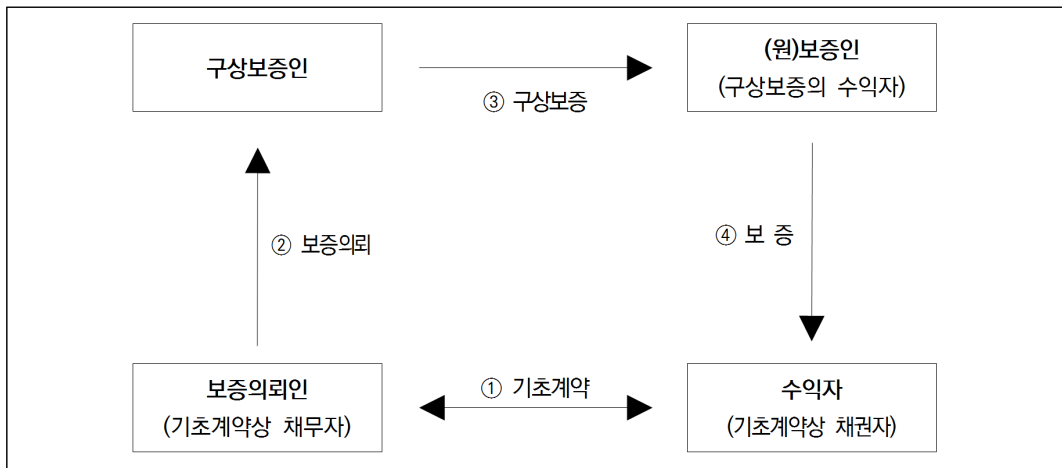
12) 본고에서는 위와 같이 “보증의뢰인”라고 표현하였지만, URDG758(제2조)에서는 “지시당사자”(instructing party)라는 용어를 사용하고 있다. URDG758 제2조(용어정의)에서는 지시당사자를 “보증[...]의 발행을 지시하고, 보증인에 대하여 [...] 상환책임을 지는 자”라고 정의한다. 한편 URDG758상으로 지사당사자는 “보증신청인”(applicant)과 구별됨을 유의하여야 한다. 보증신청인은 당해 보증이 보증하는 “기초관계상의 채무자로 보증상 표시된 자”로 정의되어 있다. 실무상 보증신청인은 대개 지시당사자와 동일인이지만 그렇지 않은 경우도 있는데, 예컨대 기초계약상의 채무자인 자회사(子會社)의 신용도가 낮은 경우에 보증인은 모회사(母會社)로 하여금 지시당사자로 참여하여 보증을 의뢰하도록 하되, 보증상으로는 자회사를 “applicant”(보증신청인)을 기재한다(Affaki & Goode, *op. cit.*, pp.208, 222; 박세운 외, 앞의 책, p. 111 참조).

13) 그 밖에 직접보증에 관하여 상세히는, Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, Fourth revised edition, Kluwer Law International, 2013. pp.15-17; Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC, 1992, pp. 9-11; 박세운 외, 앞의 책, pp.19-21 참조.

한 회수를 보장받고자 하므로 청구보증은 이른바 간접보증(indirect guarantee)의 형태로 발행된다.<sup>14)</sup> 아래 <그림>과 같이 간접보증은 4자구조(four-party structure)를 가지며, 네 당사자(보증의뢰인, 구상보증인, 보증인, 수익자)가 등장한다. 이 때문에 간접보증은 4자보증(four-party guarantee)이라 불린다.

아래 <그림>에서 보듯이, 간접보증에서는 두 개의 보증이 발행된다. 먼저 보증의뢰인(기초계약의 채무자)은 기초계약에 따라<sup>15)</sup> 수익자(기초계약의 채권자)에게 보증을 제공하기 위하여 자신의 은행(제1은행)(구상보증인)<sup>16)</sup>에게 두 가지를 지시하는데, (i) 수익자를 위하여 보증(편의상 원보증)을 발행해줄 것을 해외의 특정한 은행(제2은행)(보증인, 편의상 원보증인)<sup>17)</sup>에 의뢰하도록 지시하면서, 아울러 (ii) 제1은행이 제2은행을 위하여 구상보증을 발행할 것을 지시한다. 그러한 지시에 따라 제1은행(구상보증인)은 (i) 제2은행(구상보증의 수익자)에게 구상보증을 발행함과 아울러 (ii) 수익자를 위하여 원보증을 발행해줄 것을 제2은행(원보증인)에게 의뢰한다. 그에 따라 제2은행(원보증인)은 수익자에게 원보증을 발행한다. 이와 같이 간접보증의 경우에는 두 개의 보증, 즉 원보증인(제1은행)이 수익자에게 발행하는 원보증과 구상보증인(제1은행)이 원보증인(제2은행)에게 발행하는 구상보증이 존재한다.<sup>18)</sup> 그렇게 함으로써 제2은행은 원보증인이자 구상보증의 수익자가 되는 이중적 지위를 갖는다.

<그림> 간접보증 - 4자보증



14) 간접보증에 관하여 상세히는, Bertrams, *op. cit.*, pp.18-19; Goode, *op. cit.*, pp.11-12; 박세운 외, 앞의 책, pp. 22-23 참조.  
 15) 기초계약에서는 채무자(예컨대 건설계약의 시공자 겸 보증의뢰인)의 보증제공조항에서 채무자가 채권자(예컨대 건설계약의 발주자 겸 수익자)에게 제공하여야 하는 보증의 종류와 발행인(보증은행), 보증금액, 제공 시기 등에 관하여 약정된다.  
 16) 제1은행은 자신의 구상보증을 발행함으로써 곧 구상보증인이 된다.  
 17) 그에 따라 제2은행은 수익자에게 청구보증을 발행함으로써 보증인이 되며, 이를 편의상 원보증인이라 한다.  
 18) 오원석·허해관, “국제거래에서 구상보증의 독립성의 제한”, 『무역상무연구』, 제47권, 한국무역상무학회, 2010, pp.161-162; 박세운 외, 앞의 책, p.22 참조.

이와 같이 간접보증에서 구상보증인이 원보증인을 수익자로 하여 발행하는 보증을 구상보증(求償保證, counter-guarantee)이라 하며, 이는 원보증상 보증금을 지급한 보증인이 구상보증인에 대하여 갖는 상환청구권을 담보할 목적으로 발행된다. URDG758은 구상보증을 “구상보증인이 타인으로 하여금 보증을 발행하도록 의뢰하면서 그 타인에게 행하는 서명된 확약으로서, 그 타인을 수익자로 하여 발행되고 그 구상보증상 일치하는 지급청구에 대하여 지급하기로 하는 확약”라고 정의한다.<sup>19)</sup>

### 3. 구상보증의 특징

위와 같이 구상보증은 발행의 목적과 그에 따른 역할이 특별할 뿐이지 그 법적 성격은 청구보증과 다를 바 없다.<sup>20)</sup> 즉 구상보증도 청구보증의 일종일 뿐이고, 따라서 후술하는 청구보증의 독립성과 서류성은 모두 구상보증에 대해서도 그대로 적용된다.

그러나 구상보증은 다음 2 가지 점에서 원보증과 크게 다르다. 첫째 원보증과 구상보증은 지급청구사유가 다르다. 원보증은 보증의뢰인(기초계약상 채무자)이 기초계약상 “의무불이행”을 하는 경우에 지급청구를 하는 것으로 의도되어 있는 데 반하여 구상보증은 원보증인이 수입인으로서의 자신의 의무를 “이행”(즉 원보증상 지급)한 경우에 지급청구를 하는 것으로 의도되어 있다. 둘째, 그에 따라 양자는 지급청구시에 제시되는 보강서류(supporting document)<sup>21)</sup>에 기재되는 내용이 다르다. 즉 원보증의 수익자(기초계약상 채권자)는 지급청구를 할 때 불이행진술(statement of default)(보증의뢰인이 기초계약상의 의무를 불이행하였다는 사실을 기재하는 것)을 하여야 하지만, 구상보증상 수익자인 원보증인은 이행진술(statement of performance)(원보증인 자신이 원보증상 이행을 하였다는 사실을 기재하는 것)을 하여 지급청구를 한다.<sup>22)</sup>

### 4. 간접보증상 법률관계

간접보증에서는 위와 같이 네 당사자가 등장하므로 각 당사자간 법률관계는 ① 보증의뢰인과 수익자 사이, ② 원보증인과 수익자 사이, ③ 보증의뢰인과 구상보증인 사이, ④ 구상보증

19) URDG758 제2조(구상보증의 용어정의) 참조. 나아가 구상보증에 관하여 상세히는, Bertrams, *op. cit.*, pp.164-166; Affaki & Goode, *op. cit.*, pp.12-14; 박세운 외, 앞의 책, p.16 참조.

20) 채동현, “독립적 은행보증에서 권리남용에 대한 기준 - 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결 및 대법원 2015. 7. 9. 선고 2014다6442 판결에 대한 비판적 우려를 중심으로”, 『국제거래법연구』, 제26집 제2호, 2017, p.55도 같은 취지이다. 또한 UN협약 제6조 a호 및 c호의 규정은 이를 명확히 한 것으로 이해된다.

21) 여기의 보강서류는 당해 보증상 지급청구시에 이를 제시하도록 명시된 경우나 후술하는 바와 같이 당해 보증상 명시되지 않았지만 URDG758이 적용되는 경우(URDG758 제15조 참조)에 요구된다.

22) 박세운 외, 앞의 책, p.16 참조.

인과 원보증인 사이의 관계로 구성된다.

첫째, 보증의뢰인과 수익자는 기초계약의 당사자이며, 기초계약상 보증의뢰인은 채무자이고 수익자는 채권자이다. 여기의 채무자<sup>23)</sup>와 채권자라는 용어는 당연히 원보증상 담보의 목적이 된 기초계약상 채무(들)에 관하여 채무자/채권자인 것을 지칭한다. 보증의뢰인이 기초계약상 채무자로서 의무불이행을 하는 경우에 채권자인 수익자는 원보증인에게 보증상 지급청구를 할 수도 있고 보증의뢰인에 대하여 기초계약상 불이행책임을 물을 수도 있지만,<sup>24)</sup> 원보증인이 독립보증인 청구보증인 경우에 수익자는 응당 그 중 보증상 지급청구를 하는 것을 선택하게 된다. 그리하여 만약 수익자가 원보증인으로부터 지급을 받는다면, 그러한 한도 내에서 보증의뢰인은 수익자에 대하여 기초계약상 불이행책임으로부터 벗어난다. 반대로 보증의뢰인은 수익자가 기초계약상 불이행이 없었음에도 보증상 지급을 청구하거나 자신이 입은 손해액보다 많은 금액을 청구하여 수령하였다면 기초계약상 수익자에게 그 초과분의 반환을 청구할 수 있다.<sup>25)</sup>

둘째, 원보증인과 수익자는 원보증의 당사자이다. 원보증상 수익자는 원보증상의 지급청구 사유가 발생하는 경우(예컨대, 이행보증에서 기초계약상 의무불이행이 있는 경우)에 원보증인에 대하여 지급청구를 할 수 있는 지위에 있다.<sup>26)</sup>

셋째, 보증의뢰인과 구상보증인은 위임계약인 보증의뢰계약의 당사자이다.<sup>27)</sup> 보증의뢰계약상 보증의뢰인(위임인)은 구상보증인(수임인)에게 원보증인을 통하여 수익자에게 청구보증이 발행되도록 함과 아울러 구상보증인에게 원보증인을 위하여 구상보증을 발행할 것을 지시(위임)한다. 이에 따라 구상보증인은 보증의뢰인에 대하여 수임인으로서 선량한 관리자의 주의를 다하여야 하는 의무를 부담하되,<sup>28)</sup> 아울러 수임인으로서 약정된 보수를 청구할 수 있고,<sup>29)</sup> 위임사무의 처리에 관하여 지출한 필요비(이자와 함께)의 상환을 청구할 수 있다.<sup>30)</sup> 그러나 보증인이 보증의뢰인의 지시를 위반하여 지시와 다른 내용으로 보증을 발행하였거나 서류심사에 관한 의무를 위반하는 경우에 보증의뢰인은 보증인에 대하여 상환을 거절하거나 계약위반에 따른 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>31)</sup>

넷째, 구상보증인과 원보증인 사이의 관계는 구상보증관계와 위임관계로 이중적이다. 전자

23) 이 채무자는 보증의 맥락에서는 주채무자로 불린다.

24) 박세운 외, 앞의 책, p.24 참조.

25) Ibid.

26) 박세운 외, 앞의 책, p.25 참조.

27) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결은 “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 [된다]”(밑줄 첨가)고 판시하는바, 이러한 위임관계는 간접보증에서 보증의뢰인과 구상보증인 사이에도 같다.

28) 민법 제681조 참조.

29) 민법 제686조 제1항 참조.

30) 민법 제688조 제1항 참조.

31) 박세운 외, 앞의 책, p.24 참조.

는 원보증인과 구상보증인이 구상보증의 당사자인 것을 지칭한다. 즉 원보증인은 구상보증의 수익자이고 구상보증인은 구상보증상 보증인이다. 전술하였듯이 구상보증은 청구보증의 일종에 불과하여 본질적으로 청구보증과 법적 성격이 같으므로 구상보증관계는 본질적으로 전술한 원보증인과 수익자 사이의 관계와 다를 바 없다. 특히 청구보증의 독립성과 서류성이 적용되는 것도 같다. 다음으로 후자의 위임관계는 구상보증인(위임인)이 원보증인(수임인)에게 원보증의 발행을 의뢰하는 것에서 생기는 관계이다. 위임관계상 원보증인은 수임자로서 구상보증인의 의뢰에 따라 원보증을 발행하고 원보증의 수익자가 지급청구를 하면 그 지급여부를 결정하기 위하여 서류심사를 하여 그것이 일치하는 지급청구에 해당하는 때에는 보증금을 지급하여야 하고, 불일치한 지급청구인 때에는 지급거절을 하여야 한다. 일치하는 지급청구에 대하여 보증금을 지급한 수임인로서의 원보증인은 그 후 그의 위임인인 구상보증인에 대하여 위임관계상 보상청구권을 갖는바, 이 보상청구권을 담보할 목적으로 구상보증이 발행되었고 이를 이용하는 것이 유리하므로 원보증인은 구상보증상 지급청구를 하게 된다. 그에 따라 원보증인이 구상보증금을 수령하면 그 금액만큼 위임관계상 위임인(구상보증인)의 보상의무는 소멸한다.

## 5. 청구보증의 주요 법리

### (1) 독립성

청구보증은 수익자에 대한 보증인의 조건부 지급약속인바, 이러한 약속이 보증의뢰인(기초계약상 채무자)과 수익자(기초계약상 채무자) 사이의 기초계약이나 보증의뢰인과 보증인 사이의 보증의뢰계약(위임계약) 등 그 청구보증을 둘러싼 다양한 계약으로부터 독립되어 있어서 보증인과 수익자 사이의 권리·의무가 그러한 계약으로부터 영향을 받지 않는 것을 청구보증의 독립성(independence)<sup>32)</sup>이라 한다.<sup>33)</sup>

우리 판례<sup>34)</sup>는 이를 “독립적 은행보증”의 “추상성”과 “무인성”이라는 용어를 사용하여 인

32) 국내에서 이에 관하여 용어의 혼란이 있다. 본고에서 말하는 위와 같은 의미의 독립성을 ‘독립추상성’이라 하는 분도 있고, ‘무인성’(無因性)이라고 하는 분도 있으며, 추상성이라는 표현을 본고에서 말하는 서류성의 의미로 사용하는 분도 있다. 이를 “청구보증 독립의 원칙”이라고도 할 수 있을 것이다.

33) URDG758 제5조 제a항; UN협약 제3조; UNCITRAL Secretariat, Explanatory Note, pp.19-20; Bertrams, *op. cit.*, p.11; Affaki & Goode, *op. cit.*, pp.7, 14-15, 241-243; 박세운 외, 앞의 책, pp.122-124 참조. 채동현, 앞의 논문, p.64에 의하면, 이러한 독립성의 근간은 “실물거래에 관여하게 되는 선의의 금융기관을 보호하고자 하는 취지에서 만들어진 법리와 제도”이다.

34) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결. 이러한 취지는 그 전의 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결(“이는 [...] 주채무자(보증의뢰인)와 채권자(수익자) 사이의 원인관계와는 독립되어 그 원인관계에 기한 사유로서는 수익자에게 대항하지 못하고 수익자의 청구가 있기만 하면 보증인의 무조건적인 지급의무가 발생하게 되는 이른바 독립적 은행보증(first demand bank guarantee)이라고 할 것이고, 따라서 이러한 은행보증의 보증인으로서의 수익자의 청구가 있기만 하면 보증의뢰인이 수익자에 대한 관계에 있어서 채무불이행 책임을 부담하게 되는지의 여부를 불문하고 그 보증서에 기재된 금액을 지급할 의무가 있다고 할 것이며, 이 점에서 이 은행보증은 수익자와 보증의뢰인과의 원인관계와는 단절된 추상성 내지 무인성을 가진다.”)에



정하고 있다. 그에 의하면, 독립적 은행보증의 경우에는 “그 보증이 기초하고 있는 계약[...]과 상관없이 그에 의하여 어떠한 구속도 받지 않고 즉시 수익자가 청구하는 보증금을 지급하겠다고 약정하였다면, 이는 주채무에 대한 관계에서 부종성을 지니는 통상의 보증이 아니라, 주채무자인 보증의뢰인과 채권자인 수익자 사이의 원인관계와는 독립되어 원인관계에 기한 사유로는 수익자에게 대항하지 못하고 수익자의 청구가 있기만 하면 은행의 무조건적인<sup>35)</sup> 지급의무가 발생하게 [된다]. 이러한 독립적 은행보증의 보증인으로서 수익자의 청구가 있기만 하면 보증의뢰인이 수익자에 대한 관계에서 채무불이행책임을 부담하게 되는지를 불문하고 보증서에 기재된 금액을 지급할 의무가 있으며, 이 점에서 독립적 은행보증에서는 수익자와 보증의뢰인 사이의 원인관계와는 단절되는 추상성 및 무인성이 있다(밑줄 첨가).” 따라서 생각건대, 청구보증의 독립성(우리 판례의 표현을 빌리자면 독립적 은행보증의 추상성·무인성)은 이제 우리나라에서는 단지 URDG와 같은 국제적 통일규칙<sup>36)</sup>에 규정된 원칙에 불과한 것이 아니라 판례에 의하여 법적 확신을 얻은 관습법에 이르렀다고 보아야 한다.

청구보증의 독립성에 따라 예컨대, 원칙적으로 보증인은 수익자의 일치하는 지급청구에 대하여 보증의뢰인이 기초계약상 수익자에 대하여 갖는 항변사유로 대항할 수 없으며, 따라서 유효하게 보증을 발행한 보증인은 기초계약의 부존재·무효·취소·해제사유가 있더라도, 후술하는 예외에 해당하지 않는 한, 원칙적으로 지급을 하여야 한다.<sup>37)</sup> 마찬가지로 보증인은 후술하는 예외에 해당하지 않는 한, 수익자에 대하여 기초계약상 보증의뢰인의 계약위반이 없었음을 주장하거나 보증의뢰인의 불가항력 등에 의한 면책을 주장할 수 없고, 혹은 지급청구금액이 수익자에게 발생한 손해액보다 많다는 이유로 지급을 거절하거나 지급금액을 감액할 수 없다.<sup>38)</sup>

이러한 청구보증의 독립성은 구상보증에도 그대로 적용된다. 그에 따라 구상보증은 보증의뢰인과 수익자 사이의 기초계약이나 구상보증인 자신과 보증의뢰인 사이의 보증의뢰계약으로부터 독립될 뿐만 아니라, 원보증인과 수익자 사이의 원보증관계<sup>39)</sup>로부터도 독립된다.<sup>40)</sup> 다시 말해, 구상보증상 구상보증인의 지급의무는 구상보증인 자신과 그 구상보증의 수익자인 원보증인 사이의 관계 이외의 다른 어떤 관계에 기하는 주장이나 항변에 좌우되지 않는다.

도 동일하게 나타난다.

35) 여기의 “무조건적”이라는 말은 본고에서 말하는 “일치하는 지급청구”가 있는 것 외에는 다른 조건은 없다는 뜻으로 이해되어야 한다. 청구보증상 보증인은 “일치하는 지급청구”가 아닌 때에는 수익자에 대하여 그 지급을 거절할 수 있고, 보증의뢰인(위임인)과의 관계에서 지급을 거절할 의무가 있다는 것을 오해하지 않아야 한다.

36) 전술하였듯이, 이러한 통일규칙은 기본적으로 거래약관이다.

37) Affaki & Goode, *op. cit.*, pp.7, 241 참조. UNCITRAL Secretariat, Explanatory Note, pp.19도 같은 취지이다.

38) Affaki & Goode, *op. cit.*, pp.7, 241 참조.

39) 구상보증의 관점에서는 이러한 원보증인과 수익자 사이의 관계가 구상보증상 기초관계를 이룬다. 이는 원보증의 관점에서 보증의뢰인과 수익자 사이의 계약이 원보증상 기초계약이 되는 것과 같다.

40) URDG758 제5조 b항; Affaki & Goode, *op. cit.*, pp.14-15, 242-243 참조.

## (2) 서류성

청구보증상 수익자는 지급청구서 등의 서류<sup>41)</sup>를 제시하여 지급청구를 하여야 하고 그에 대하여 보증인(구상보증인 포함)은 그 서류의 문면심사에 의하여 지급여부를 결정하여야 하는 바,<sup>42)</sup> 이를 청구보증의 서류성이라 한다.<sup>43)</sup> 이러한 청구보증의 서류성은 당연히 구상보증에 대해서도 마찬가지로 적용된다.

청구보증상 수익자가 지급청구를 하는 것은 그 기초계약의 불이행 때문이지만, 청구보증의 서류성에 따라 수익자의 입장에서는 그러한 불이행의 존재를 입증하는 것이 “일치하는 지급 청구”가 되기 위한 조건이 아니고 보증인의 입장에서도 보증금을 지급하기 위한 조건이 아니다. 이는 구상보증에 있어서도 마찬가지다. 즉 구상보증의 수익자(원보증인)가 지급청구를 하는 것은 그 기초관계(원보증인과 수익자 사이의 원보증관계)상의 이행(원보증상 지급) 때문이지만, 청구보증의 서류성에 따라 원칙적으로 수익자가 그러한 이행의 존재를 입증하는 것이 그 지급청구가 구상보증상 일치하는 지급청구가 되기 위한 조건이 아니고 구상보증인이 구상보증금을 지급하기 위한 조건도 아니다. 이와 같이 청구보증의 서류성은 서류제시로 이루어지는 당해 지급청구가 문면상<sup>44)</sup> 일치할 것을 요구하는 것인바, 이러한 서류성은 반대로 만약 당해 지급청구가 서류의 누락 내지 불일치와 같은 서류상의 하자로 인하여 이른바 “불일치한 지급청구”(non-complying demand for payment)가 되는 때에는 보증인이 지급을 거절할 수 있도록 한다.<sup>45)</sup>

청구보증상 지급청구시에 어떠한 서류(필요서류)가 제시되어야 하는지(수익자가 아닌 제3자가 발행한 서류가 제시되어야 하는지 포함)는 당해 보증에 명시된 바에 의한다. 지급청구에 필요한 가장 기본적 서류는 지급청구서이며, 특히 단순청구보증(simple demand guarantee, 후

41) 수익자가 지급청구를 할 때 지급청구서를 포함하여 어떠한 서류(들)을 제시하여야 하는지는 당해 청구보증에서 어떻게 정하고 있는지 달려있다. 만약 당해 청구보증에서 특히 지급청구서 외에 불이행진술서도 함께 제출하도록 명시하는 때에는 그렇게 하여야만 “일치하는 지급청구”가 된다. 다만 URDG458이나 URDG578이 적용되는 경우에는 당해 청구보증에 달리 명시되지 않은 한, “일치하는 지급청구”가 되기 위해서는 불이행진술서도 제출되어야 한다.

42) 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결은 URDG458이 적용된 사안에서 “독립적 은행보증에서 보증인은 특별한 사정이 없는 한 수익자가 제출하는 지급청구서 및 첨부서류가 보증서 등에서 규정하고 있는 보증조건에 문면상 일치하는지 여부만을 심사하여 보증금의 지급 여부를 결정하게 된다”고 판시하여 이를 긍정한다.

43) URDG758 제6조(서류 v 물품, 서비스 또는 의무이행)는 “보증인은 서류로 거래하는 것이며 그 서류가 관계된 물품[...]으로 거래하는 것이 아니다”(Guarantors deal with documents and not with goods [...] to which the documents may relate)라고 규정하여 청구보증의 서류성을 명시한다. 이러한 URDG758 제6조는 서류거래의 원칙 또는 서류거래성을 규정한 것이라고 설명되기도 한다. 나아가 청구보증의 서류성을 광의의 서류성과 협의의 서류성으로 구분하여 논의하는 글로는 허해관, “청구보증의 서류성 - 2010년 개정 ICC 청구보증통일규칙을 중심으로”, 『국제거래법연구』, 제23집 제2호, 국제거래법학회, 2014, pp.168-174 참조.

44) 문면심사의 원칙에 관하여는 후술 참조.

45) 같은 맥락에서, 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결은 청구보증상 지급청구의 일종인 “연장지급선택부(extend or pay)” 지급청구가 문제된 사안에서, URDG458상 “연장지급선택부 청구가 만기 연장이 함의되지 않아 보증금의 지급을 구하는 적법한 지급청구로 인정되기 위해서는 그 청구가 보증의 유효기간 내에 이루어져야 하고 보증서와 청구보증통일규칙에서 정한 지급청구의 요건을 충족하여야 한다.”고 판시하고 있다.

은 first demand guarantee)의 경우에 보증상으로는 지급청구서(demand for payment)를 제시하면 되는 것으로 명시된다.<sup>46)</sup>

그러나 URDG758 제15조는 지급청구(서)의 요건을 규정하는데, 그에 의하면 지급청구는 무엇보다도 ‘보증의뢰인의 기초관계<sup>47)</sup>상 의무위반의 내용을 표시하는 수익자의 진술’(불이행진술, statement of default)에 의하여 보장되어야 한다.<sup>48)</sup> 이러한 규정은 단순청구보증의 경우에도 URDG758이 적용되고 동 제15조의 적용이 배제되지 않은 때에는 지급청구는 불이행진술에 의하여 보장되어야 한다. 다만 이러한 불이행진술은 단지 당해 보증의 기초계약의 불이행에 기하여 보증상의 지급청구를 하기에 이르렀다는 취지를 기재하는 것(진술, 陳述, statement)으로 충분하다.<sup>49)</sup>

같은 맥락에서 URDG758이 적용되는 때에는 구상보증의 경우에도 지급청구시 구상보증의 수익자(원보증의 보증인)의 보장진술(supporting statement)이 요구된다.<sup>50)</sup> 다만 구상보증상 지급청구는 원보증인(구상보증의 수익자)이 그의 원보증의 수익자에게 보증금을 지급한 후에 일어나므로 내용 면에서 보장진술은 ‘불이행’에 관한 진술이 아니라 ‘이행’에 관한 진술(원보증인이 수익자에게 보증금을 지급하였다는 진술)이 된다.<sup>51)</sup>

나아가 이러한 서류성에 따라 서류심사를 하는 보증인은 보증상 제시된 서류(그 서류상의 기재내용)가 문면상(on face of the documents) 보증상 명시된 조건 등에 일치하는 것으로 보이는지 여부를 심사할 뿐이고<sup>52)</sup> 기초계약상 채무자인 보증의뢰인이 실제로 기초계약을 불이

46) 물론 부당한 지급청구의 여지를 감소시키는 취지에서, 보증상 필요서류로, 지급청구서(불이행진술서 포함) 외에도, 제3자가 발행하는 서류(예컨대, 건설계약상 이행보증에서 갑리인의 증명서)를 제시하도록 하거나, 법원판결이나 중재판정서를 제출하도록 하는 경우도 있다. 상세히는 Bertrams, *op. cit.*, pp. 47-60; 지정준·정용혁, 「청구보증통일규칙 실무가이드」, 한국금융연수원, 2012, pp.39-40 참조.

47) 여기의 기초관계(underlying relationship)는 URDG758 제2조에서 “당해 보증이 기초하는 계약, 입찰조건 기타 보증의뢰인과 수익자 사이의 관계”를 의미하는 것으로 정의되어 있으며, 이와 같이 기초관계는 실무상 보다 널리 사용되는 기초계약(underlying contract)을 포함하는 상위의 용어이다. URDG758에서 이와 같이 기초계약 대신에 기초관계라는 표현을 사용한 것은 예컨대 입찰보증과 같이 아직 기초계약이 체결되지 않은 상태에서 보증이 발행되는 경우가 있기 때문이다.

48) URDG758 제15조 a항. 다만 이러한 진술은 그 지급청구서 내에 기재되거나 별도의 서명된 서류에 기재될 수 있다(URDG758 제15조 제a항). 이러한 URDG758 제15조는 당해 보증에서 명시적으로 배제하지 않은 경우에 적용된다. 따라서 이와 같은 불이행진술과 같은 보장진술 요건을 배제하고자 하는 당사자는 보증상 그 취지를 명시하여야 한다. URDG458이 적용되는 사건에서 우리 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결은 “청구보증통일규칙이 적용되는 독립적 은행보증에서 보증금 지급청구의 요건으로 ‘단순청구(simple demand)’라는 문구가 기재되어 있더라도 명시적으로 청구보증통일규칙 제20조의 적용을 배제하거나 제한하지 않는 한 청구보증 통일규칙 제20조에 정한 지급청구의 요건 또한 충족되어야 한다”고 판시하였다(URDG458 제20조는 URDG758 제15조에 해당한다).

49) Affaki & Goode, *op. cit.*, p.298.

50) URDG758 제15조 b항.

51) 이러한 의미에서 “보장진술”은 이행진술과 불이행진술을 포함하는 상위의 개념이다.

52) 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결은 “보증인은 특별한 사정이 없는 한 수익자가 제출하는 지급청구서 및 첨부서류가 보증서 등에서 규정하고 있는 보증조건에 문면상 일치하는지 여부를 심사하여 보증금의 지급 여부를 결정하게 된다”(밑줄 첨가)고 판시하는바, 이는 문면심사의 원칙을 밝힌 것으로 이해된다. 이 사건에서는 URDG458이 적용되었으나, 문면심사의 원칙이 적용되는 것은 UDRG758(제19조 a항), UCP600(신용장통일규칙)((제14조 a항), ISP98(보증신용장통일규칙)(제4.10조 b항) 하에서도 같다.

행하였는지 혹은 그 불이행으로 인하여 기초계약상 채권자인 수익자가 실제로 얼마의 손해를 입었는지 등에 관한 사실을 조사할 필요가 없다.<sup>53)</sup> 구상보증인도 마찬가지로 기초관계상 원보증인이 실제로 이행(원보증금의 지급)을 하였는지 여부를 조사할 필요가 없다. 이를 문면심사의 원칙이라 한다. 당연히 그에 따라 서류에 기재된 사항이 진실인지를 탐지하는 것은 허용되지 않는다(실질심사의 금지). URDG758는 이를 명시한다.<sup>54)</sup> 또한 문면심사를 하는 보증인으로서의 보증상 제시된 서류의 효력이나 정확성·진정성에 대하여 책임을 지지 않는다.<sup>55)</sup> 다만 후술하는 바와 같이 예외적으로 수익자의 명백한 사기적 또는 권리남용적 지급청구의 경우에는 서류의 문면심사를 넘어 실제적 진실의 발견을 추구하는 실질심사가 허용된다.

### Ⅲ. 구상보증상 권리남용적 청구

#### 1. 권리남용적 청구의 개념과 효과

위와 같은 청구보증의 독립성과 서류성은 수익자에 의하여 악용될 수 있다는 문제가 있다. 수익자로서는 기초계약상 실제로 지급청구를 할 수 있는 아무런 근거나 사유가 없음에도 불구하고 외관상 일치하는 서류를 준비하여 보증상 지급청구를 하려는 유혹에 빠질 수 있기 때문이다. 이러한 청구를 흔히 사기적 청구(fraudulent demand) 혹은 권리남용적 청구(abusive demand)라 한다.<sup>56)</sup> 이를 막기 위하여 대체로 영미법계에서는 이른바 ‘fraud rule’(사기규칙, 사기방지규칙, 혹은 사기의 법리)이 개발되었고, 우리나라를 포함한 대륙법계에서는 신의성실의 원칙의 일부인 권리남용이론 내지 권리남용금지의 법리로써 그에 대처하고 있다. 이러한 법리는 신용장통일규칙이나 보증신용장통일규칙, 청구보증통일규칙과 같은 ICC 통일규칙에는 규정되어 있지 않으며, 아래와 같이 각 국가에서 입법 내지 관례법에 의하여 구축되었다.<sup>57)</sup>

미국의 경우, 화환신용장에 관한 뉴욕주 법원이 1941년 *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.* 판결 이후, 이른바 “fraud rule” 법리가 확립되어 왔고, 1995년 개정된 통일상법전 제5편<sup>58)</sup> 제5-109조 b항에 의하면, 신용장상 제시된 서류가 위조되었거나, 중대하게 기망적

53) 박세운 외, 앞의 책, p.125 참조.

54) URDG758 제19조 a항.

55) URDG758 제27조 a항.

56) 김승현, “독립적 보증과 그 부당한 청구에 대한 대응방안 연구”, 『무역상무연구』, 제69권, 한국무역상무학회, 2016.2., p.272.

57) 이에 관한 미국, 영국, 독일, 프랑스 등 각국의 태도에 관하여는 김진오, 앞의 논문, pp.343-350 참조.

58) 미국의 개정 통일상법전 제5편은 화환신용장(documentary letter of credit)뿐만 아니라 보증신용장에도 적용되는바, 특히 제5-109조의 이른바 “사기규칙”의 취지는 청구보증에도 그대로 적용될 수 있다. 청구보증과 보증신용장은 본질적으로 동일한 것이기 때문이다.

이거나 또는 지급청구에 응하는 것이 보증신용장의 개설인(issuer)이나 개설의뢰인에 대한 수익자 측의 중대한 사기(material fraud)를 조장하게 된다는 것을 개설의뢰인이 주장하는 경우에, 법원은 일정한 조건이 갖추어진 진다면 개설인이 지급청구에 응하는 것을 잠정적으로 또는 영구적으로 금지할 수 있다.<sup>59)</sup>

프랑스는 종래 판례로써 청구보증의 독립성의 예외를 인정한바, 프랑스 파기원은 “사기는 모든 것을 무효화한다(fraus omnia corrumpit)”는 법언을 통하여 명백한 사기(fraude manifeste)가 있을 때 청구보증의 독립성에 대한 예외를 인정할 수 있다고 한다.<sup>60)</sup> 나아가 프랑스는 2006년 민법 개정을 통하여 독립적 보증(garantie autonome)을 규율하는 제2321조를 신설하면서 제2항에서 “독립적 보증인은 채권자의 명백한 남용이나 사기 또는 채권자와 주채무자와의 공모의 경우에는 의무가 없다.”고 규정하여 독립성의 예외를 명시하였다.<sup>61)</sup> 이는 그동안의 판례를 입법화한 것이다.

독일에서는 판례에 의하여 신의성실의 원칙 내지 권리남용의 법리에 근거하여 독립성의 예외를 인정하고 있다. 1984년 독일연방대법원 판결로서 무조건적인 보증을 한 보증은행은 수익자의 요구가 있기만 하면 주채무가 발생하지 않았거나 또는 소멸하였다는 등의 항변을 함이 없이 보증금액을 지급하여야 하는 것이 원칙이지만, 이러한 항변의 배제도 신의성실의 원칙의 지배를 받는 것으로서, 형식적인 요건(형식적 보증사고)의 존재에도 불구하고 수익자와 주채무자 사이의 대가관계에서 실질적인 보증사고가 발생하지 않았다는 것이 명백하거나, 또는 이를 즉시 입수할 수 있는 증거에 의하여 입증할 수 있으면(liquid beweisbar), 보증계약에 기한 지급청구는 권리남용의 항변에 의하여 부정된다고 실시하였다.<sup>62)</sup>

1995년 UN협약은 제19조에서 ‘지급의무에 대한 예외’(exception to payment obligation)라는 중립적인 용어로 이 문제를 다루고 있다. 그에 의하면, (i) 지급청구서에 제시된 서류가 진정한 것이 아니거나 위조된 경우, (ii) 지급청구서나 그 보강서류에서 주장된 근거에 의할 때 지급할 것이 아닌 경우, 또는 (iii) 당해 보증의 유형과 목적에 따라 판단할 때 ‘지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 경우’(the demand has no conceivable basis)에 독립성의 예외가 인정된다.<sup>63)</sup> 나아가 예컨대, 기초계약상 보증의뢰인의 의무가 충분히 이행되었음이 의심의 여지가 없는 경우나 수익자가 보증의뢰인의 기초계약상의 의무이행을 고의적으로 방해하였음이 명백한 경우, 특히 구상보증에 있어서 구상보증의 수익자(원보증은행)가 원보증상 악의로(in bad faith) 지급한 경우에는 위의 ‘지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 경우’에 해당한다.<sup>64)</sup>

59) 윤진수, 앞의 논문, pp.18-19, 27-28 참조.

60) 윤진수, 앞의 논문, pp.21-22 참조.

61) 윤진수, 앞의 논문, pp.32-33 참조.

62) 윤진수, 앞의 논문, pp.22-24 참조.

63) UN협약 제19조 제1항.

64) UN협약 제19조 제1항; UNCITRAL Secretariat, Explanatory Note, p.25 참조.

우리나라에서는 대법원 판례에 의하여 권리남용적 청구에 대한 독립성의 예외가 인정되고 있다.<sup>65)</sup> 그에 의하면, “수익자가 실제에 있어서는 보증의뢰인에게 아무런 권리를 가지고 있지 못함에도 불구하고 위와 같은 은행보증의 추상성 내지 무인성을 악용하여 보증인에게 청구를 하는 것임이 객관적으로 명백할 때에는 이는 권리남용의 경우에 해당하여 허용될 수 없[다]”고 일관되게 판시되고 있으며,<sup>66)</sup> 이러한 예외를 권리남용의 법리로써 다룬다. 나아가 특히 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결은 “[그러나] 원인관계와 단절된 추상성 및 무인성이라는 독립적 은행보증의 본질적 특성을 고려하면, 수익자가 보증금을 청구할 당시 보증의뢰인[에 대하여] 아무런 권리가 없음이 객관적으로 명백하여<sup>67)</sup> 수익자의 형식적인 법적 지위의 남용이 별다른 의심 없이 인정될 수 있는 경우가 아닌 한 권리남용을 쉽게 인정하여서는 아니 된다.”(밑줄 첨가)고 판시하여, 이러한 권리남용금지라는 예외는 엄격히 제한되어야 함을 강조한다.

위와 같은 우리 판례의 태도를 볼 때, 우리나라의 청구보증법 내지 독립보증법상 명백히 권리남용적 청구에 대하여 보증인이 지급을 거절할 수 있다는 법리는 이제는 관습법(판례법)으로 확립되었다고 생각된다. 그에 의하면 요컨대 청구보증의 수익자가 기초계약 또는 기초관계상 채무자인 보증의뢰인에 대하여 실제로는 아무런 권리를 갖지 못함에도 보증인에게 청구를 하는 것은 권리남용에 해당하여 금지되어야 하되,<sup>68)</sup> 다만 이는 청구보증의 독립성에 대한 예외를 인정하는 것임으로 그 지급청구가 권리남용에 해당한다는 점이 객관적으로 명백하여야 한다.<sup>69)</sup> 이러한 우리 판례법의 태도는 ‘지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 경우’에 ‘지급의무에 대한 예외’를 허용하는 위의 UN협약(제19조)의 태도와 같은 취지로 이해된다.

65) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결, 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결, 대법원 2015. 7. 9. 선고 2014다6442 판결 등 참조. 특히 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결에 대한 평석으로는 김진오, “독립적 은행보증에 있어 권리남용 법리의 적용 범위와 한계,” 사법발전재단, 사법, 33호, 2015. 9. 참조.

66) 참고로 김승현, 앞의 논문, pp.273-274에 의하면, “유럽대륙과 영국은 일치하여 사기 또는 권리남용의 증거는 명백하고 합리적인 의심이 없어야 하고, 법원 심리절차의 속행 없이 원인법률관계를 자세히 들여다보지 않고, 즉시 제출될 수 있는 것임을 요구하고 있다”고 한다.

67) 명백성에 관하여 김승현, 앞의 논문, p.276에서는 “그 자체로 즉시로 대답될 수 없는 사실적, 법적 다툼이 원인관계에 있는 경우라면 명백한 권리남용이라고 볼 수 없으므로, 이러한 해당 자명하지 않은 문제들로는 독립적 은행보증에 기한 보증금지급청구를 거절할 수 없고, 은행이 보증금을 선지급한 뒤, 사후적인 반환청구로 해결하여야 한다”고 한다.

68) 윤진수, 앞의 논문, p.40(“권리남용이라는 것은 수익자가 실제상 보증의뢰인에게 청구할 권리가 없음에도 보증은행에게 보증금의 지급을 청구하는 것을 말한다”)도 같은 취지로 이해된다.

69) 한편 화환신용장상 부당한 청구에 대한 거절과 독립적 은행보증상 부당한 청구에 대하여 비교하여 논의하는 글로는 채동현, 앞의 논문, pp.65-68 참조. 나아가 이 논문 69면에서는 “독립적 은행보증에 관하여 수익자와 보증의뢰인의 어느 한 쪽이 그야말로 사기적 행위를 하지 않은 상태에서 그 계약위반의 유무와 정당성을 다투고 있는 상황이라면, 적어도 보증금의 지급이 한번 이루어져 버리면 보증의뢰인의 입장에서 다시 국경을 건너가 많은 비용을 들여 별도의 소송을 하여야 한다는 측면에서 보면, 지급정지 가처분의 경우에는 본안 소송에 비하여 보다 완화된 법리와 증거관단으로 실무를 운영할 필요”가 있다고 하고, 이어 명백성에 관하여 70면에서는 “적어도 이러한 명백성의 정도에 대하여도 역시 지급정지 가처분 사건과 본안 소송에서의 기준을 굳이 같이 가져갈 필요는 없다”고 한다.

한편, 수익자의 청구보증상 지급청구가 권리남용임이 객관적으로 명백할 때에는 보증인은 수입인으로서 보증의뢰인에 대한 관계에 있어서 마땅히 그 지급을 거절하여야 할 보증의뢰계약(위임계약)상의 의무를 부담하고, 반면에 보증의뢰인으로서도 보증인에 대하여 위와 같이 수익자의 청구가 권리남용임이 명백하다는 것을 입증함으로써 보증금의 지급거절을 청구할 수 있는 권리를 가진다.<sup>70)</sup> 지급청구가 권리남용임이 명백한지 여부의 기준시점은 당해 지급청구가 이루어진 시점이다. 보증인이 지급청구를 받은 때에 권리남용 여부가 명백하지 않으면 보증인은 보증금을 지급하여야 한다. 설령 그 지급청구가 권리남용이었다는 사실이 나중에 밝혀지더라도 보증인의 지급은 정당한 것으로 처리되어야 한다.<sup>71)</sup>

## 2. 구상보증상 권리남용적 청구

위와 같은 권리남용의 법리, 즉 청구보증상 권리남용적 청구에 대하여 보증인이 예외적으로 지급거절을 할 수 있다는 법리는 전술하였듯이 구상보증의 경우에도 그대로 적용된다.<sup>72)</sup> 즉 구상보증인에 대한 구상보증 수익자(원보증인)의 ‘지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 것이 명백한 경우’에 구상보증인은 그 지급청구는 예외적으로 지급을 거절할 수 있다. 예컨대, 다음과 같다.

### (1) 원보증상 지급청구가 전혀 없었던 경우

구상보증의 목적은 원보증상 이행을 한 원보증인이 그의 보증의뢰인(구상보증인)에 대한 상환청구권을 담보하기 위한 것인바, 원보증상 수익자의 원보증상 지급청구가 없었던 경우(그에 따라 원보증인이 그의 수익자에 대하여 원보증상 지급의무가 전혀 발생하지 않은 경우)에, 원보증인이 구상보증의 수익자로서 구상보증상 지급청구를 하는 것은 권리남용적 청구에 해당한다고 보아야 하며,<sup>73)</sup> 만약 그러한 사실이 명백하다면 구상보증인은 예외적으로 지급거절을 할 수 있다. 원보증인(구상보증의 수익자)은 그 구상보증의 기초관계상 아무런 이행(원보증상 지급)을 한 것이 없으므로, 원보증인의 지급청구는 ‘생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 것’이기 때문이다. 이는 당해 구상보증이 단순지급청구(*simple demand*, 또는 *first simple demand*)에 의하여 지급청구를 할 수 있도록 되어 있더라도 마찬가지다.

이는 특히 단순지급청구가 허용된 사안으로서 URDG758이 적용되지 않아 보강진술이 요

70) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결 참조.

71) 윤진수, 앞의 논문, p.42도 같은 취지로 이해된다.

72) 참고로 김승현, 앞의 논문, p.274에 의하면 “직접보증에 비해 간접보증에서는 수익자의 부당한 청구에 대해 법원으로 부터 지급금지처분을 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.”

73) Bertrams, *op. cit.*, p.456 참조.

구되지 않는 경우에 중요하다. 이러한 경우에 만약 권리남용에 따른 예외적 지급거절이 인정되지 않는다면 구상보증의 수익자(원보증인)는 단지 지급청구서를 제시하는 것만으로 일치하는 지급청구를 할 수 있고, 구상보증에도 적용되는 청구보증의 독립성과 서류성에 따라 구상보증인은 원칙적으로 구상보증상 지급을 하여야 하는 결과가 되는바, 이는 구체적 타당성 면에서 도저히 수용할 수 없는 일이다.

## (2) 원보증상 지급청구가 유효기간 만료 후에 이루어진 경우

원보증상 지급청구가 유효기간 만료 후에 이루어졌다면, 그 지급청구는 명백하게 불일치한 것이므로 원보증인은 수익자에 대하여 그러한 지급청구에 대하여 지급을 거절할 수 있고 또 그의 보증의뢰인인 구상보증인과의 관계에서 지급을 거절할 의무가 있다. 따라서 생각건대, 논란이 있을 수 있으나, 유효기간 만료 후에 이루어진 지급청구에 대하여 지급을 한 원보증인이 구상보증인에 대하여 지급청구를 하는 것은 구상보증상 권리남용적 지급청구에 해당한다고 보아야 한다.<sup>74)</sup> 따라서 원보증인이 원보증상 유효기간 만료 후에 이루어진 지급청구에 대하여 지급을 하고 구상보증상 지급청구를 한다는 것이 명백한 경우에 구상보증인은 이를 구상보증상 권리남용적 지급청구로 보아 지급을 거절할 수 있다고 하여야 한다.

## (3) 원보증인이 원보증 수익자의 권리남용적 지급청구의 사실을 인지하고서 지급을 한 후 구상보증상 지급청구를 하는 경우

원보증 수익자의 지급청구가 생각할 수 있는 기초가 없는 것이어서 명백한 권리남용적 지급청구였던 경우에 원보증인은 예외적으로 원보증상 지급거절을 할 수 있음은 전술한 바와 같다. 그런데 혹시 원보증 수익자의 지급청구가 실제로는 권리남용적 청구였더라도 원보증인이 이를 인지하지 못하고서 지급을 하는 경우도 있을 수 있는바, 이때 구상보증상 지급청구가 있는 때에 비로소 그 원보증상 지급청구가 권리남용적 청구였음이 명백하게 나타나는 경우에 구상보증인으로서 ‘원보증인이 권리남용적 지급청구에 대하여 원보증상 지급을 하였다’는 이유로 구상보증상 지급청구가 권리남용적 청구가 된다고 주장하여 지급을 거절할 수 있는지 문제된다. 생각건대, 이러한 경우에 구상보증상 청구가 권리남용적 청구라는 구상보증인의 주장은 부정되어야 한다. 원보증상의 지급청구가 권리남용적 청구라는 사실 자체만으로 구상보증상 지급청구가 권리남용적 청구가 되는 것은 아니기 때문이다.<sup>75)</sup>

그러나 실무상 매우 드물겠지만, 반대로 원보증인이 원보증상 지급을 할 때 원보증 수익자의 지급청구가 명백한 권리남용적 청구였음을 인지하고 있었다면, 생각건대, 그에 따른 원보증인의 구상보증상 지급청구는 권리남용적 지급청구에 해당한다고 보아야 한다.<sup>76)</sup> 이러한 경

74) Bertrams, *op. cit.*, pp.186, 188 참조.

75) Bertrams, *op. cit.*, p.454 참조.

76) Bertrams, *op. cit.*, pp.454-455 참조. 윤진수, 앞의 논문, pp.8-9도 같은 취지로 보인다.



우에 원보증인은 위임관계상 수임인으로서의 주의의무를 위반하였기 때문이다. 1995년 UN 협약은 이를 명시하는바, 구상보증에 있어서 구상보증의 수익자가 원보증상 악의로(in bad faith) 지급한 경우에는 위의 ‘지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 경우’에 해당한다.<sup>77)</sup>

#### IV. 결 언

위의 본문에서 보듯이, 국제거래에서는 청구보증은 4자구조를 갖는 간접보증의 형태를 띠며, 이때 원보증인이 수익자에게 발행하는 원보증과 구상보증인이 원보증인에게 발행하는 구상보증이 존재한다. 그 중 구상보증은 원보증상 보증금을 지급한 보증인이 구상보증인에 대하여 갖는 상환청구권을 담보할 목적으로 발행된다. 구상보증은 발행의 목적과 그에 따른 역할이 다를 뿐이지 그 기본성격은 청구보증과 다를 바 없으며, 구상보증은 청구보증의 일종일 뿐이다. 따라서 청구보증의 독립성과 서류성은 모두 구상보증에 대해서도 그대로 적용된다.

구상보증의 당사자인 구상보증인과 원보증인은 구상보증관계와 위임관계로 이중적이다. 구상보증인과 원보증인은 구상보증의 당사자인바, 원보증인은 구상보증의 수익자이고 구상보증인은 구상보증상 보증인이다. 구상보증인과 원보증인은 또한 위임관계에 있는바, 구상보증인은 원보증의 발행을 의뢰하는 위임인이고 원보증인은 그 수임인이다.

수익자는 청구보증의 독립성과 서류성을 악용하여 기초계약상 실제로 지급청구를 할 수 있는 아무런 근거나 사유가 없음에도 불구하고 외관상 일치하는 서류를 준비하여 보증상 지급청구를 하려는 유혹에 빠질 수 있으며, 이러한 위험은 단지 지급청구서를 제시하는 것으로 일치하는 지급청구가 되는 단순청구보증의 경우에 더욱 현실로 나타날 우려가 크다. 이러한 권리남용적 청구(abusive demand)를 막기 위하여 우리나라에서는 권리남용의 법리가 개발되어왔고, 이는 판례에 의하여 관습법으로 확립되었다고 보아야 한다. 그에 의하면 당해 보증상의 지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 경우에 권리남용적 청구가 되며, 이때 보증인(구상보증인 포함)은 외형상 일치하는 지급청구에도 불구하고 예외적으로 지급을 거절할 수 있다. 다만 이러한 예외가 인정되기 위해서는 권리남용적 청구가 있음이 명백하여야 한다. 이러한 권리남용의 법리는 구상보증의 경우에도 그대로 적용된다.

그런데 구상보증의 특성과 구상보증상 구상보증인과 원보증인 사이의 위와 같은 이중적 관계 때문에 구상보증상 권리남용적 청구에 따른 예외적 지급거절사유로는 위 본문에서 보듯이 다른 청구보증에서는 볼 수 없는 독특한 것이 존재하게 된다. 첫째, 원보증 수익자의 원보증상 지급청구가 없었음에도 원보증인이 구상보증상 지급청구를 하는 것은 권리남용적 청구에

77) UN협약 제19조 제1항; UNCITRAL Secretariat, Explanatory Note, p.25 참조.

해당한다고 보아야 한다. 둘째, 원보증상 지급청구가 유효기간 만료 후에 이루어졌음에도 불구하고 원보증인이 그에 대한 지급을 하고서 구상보증인상 지급청구를 하는 것은 구상보증상 권리남용적 지급청구에 해당한다고 보아야 한다. 셋째, 원보증 수익자의 지급청구가 명백한 권리남용적 청구라는 것을 원보증인이 인지하면서 지급을 하고서 구상보증인에게 지급청구를 하는 것은 구상보증상 권리남용적 청구에 해당한다고 보아야 한다. 이러한 권리남용적 청구는 특히 이른바 단순청구보증의 경우에 더욱 일어날 수 있는바 모쪼록 본고가 부족하지만 구상보증상의 권리남용적 청구를 예방하고 대응하는 데 조금이라도 도움이 될 수 있기를 희망한다.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 김승현, “독립적 보증과 그 부당한 청구에 대한 대응방안 연구,” 「무역상무연구」, 제69권, 한국 무역상무학회, 2016. 2.
- 김진오, “독립적 은행보증에 있어 권리남용 법리의 적용 범위와 한계,” 「사법」, 제33호, 사법 발전재단, 2015. 9.
- 박세운·한기문·한재필·허해관, 「ICC 청구보증통일규칙」, 대한상공회의소·ICC Korea, 2010.
- 윤진수, “독립적 은행보증의 경제적 합리성과 권리남용의 법리,” 「법조」, 제692호, 법조협회, 2014.5.
- 지정준·정용혁, 「청구보증통일규칙 실무가이드」, 한국금융연수원, 2012.
- 채동헌, “독립적 은행보증에서 권리남용에 대한 기준 - 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다 53700 판결 및 대법원 2015. 7. 9. 선고 2014다6442 판결에 대한 비판적 우려를 중심으로,” 「국제거래법연구」, 제26집 제2호, 국제거래법학회, 2017.
- 허해관, “청구보증상 지급청구와 지급,” 「무역상무연구」, 제51권, 한국무역상무학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “국제건설계약상 청구보증,” 「국제거래법연구」, 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “청구보증의 서류성 - 2010년 개정 ICC 청구보증통일규칙을 중심으로,” 「국제거래법연구」, 제23집 제2호, 2014.
- 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결
- 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다53700 판결
- 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결

### 2. 영미문헌

- Affaki, Georges & Roy Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees: URDG 758*, ICC, 2011.
- Bertrams, Roeland F., *Bank Guarantees in International Trade*, Fourth revised edition, Kluwer Law International, 2013.
- Goode, Roy, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC, 1992.

## ABSTRACT

### Abusive Demand for Payment under Counter-guarantee

Hur, Hai Kwan

In international transactions, a demand guarantee is commonly used as a so-called independent bank guarantee to protect against the other party's default under, or breach of, contract). However, there is a risk that the independence and the documentary character of the demand guarantee may be abused by the beneficiary of the guarantee, who may fall into the temptation to demand or call for payment under the guarantee by preparing documents that appear to constitute a complying demand for payment, even though the demand has no conceivable basis. In Korea, through case law, a legal rule has been developed to prevent such abusive calls for payment.

This paper examines how such rule that prohibits abuse of rights is applying in the context of counter-guarantees. To this end, this paper first considers the concepts of a demand guarantee and a counter-guarantee and the basic legal principles applicable thereto. And then this paper considers abusive calls under the guarantees, that exceptionally works as grounds for refusal of payment by guarantors and counter-guarantors, further looking at some situations in which the calls amount to be abusive under counter-guarantees in particular.

**Key Words** : Demand guarantee, Counter-guarantee, Independence of Demand guarantee, Abuse of Rights, Abusive calls