

15:40~17:10 무역센터 무역회관 51F 중회의실

# 국제 비즈니스 계약에서의 보증

박 석 재  
(우석대학교)

## 목 차

I. 서론 .....	173
II. 보증수단 .....	174
1. 부종적 보증	
2. 독립적 보증	
3. 스탠드바이 신용장	
III. 보증의 활용 유형 .....	183
1. 입찰보증	
2. 이행보증	
3. 선금금 반환보증	
4. 지급보증	
IV. 결론 .....	188



## I. 서론

국제 비즈니스 계약에서 보증의 존재는 필요 불가결하다. 계약 당사자는 상대방이 계약을 제대로 이행할 것인지에 대해 불안을 느낀다. 이러한 불안을 해결하기 위하여 과거에는 보증수단으로서 현금기탁(cash deposit)을 사용하였다. 그런데 현금기탁은 후술하는 바와 같이 여러 가지 문제 때문에 그 사용에 많은 제약이 있었다. 이러한 어려움을 극복하기 위하여 개발된 것이 은행, 보증회사, 보험회사 등에 의하여 발행되는 보증(서)이다.

국제 비즈니스 계약에서 사용되는 보증 수단으로는 크게 부종적 보증, 독립적 보증서, 스탠드바이 신용장<sup>1)</sup>을 들 수 있다. 먼저 보증의 두 가지 주된 범주는 부종적 보증과 독립적 보증서이다. 양 증서는 성격에 있어서 차이가 있다. 그 중에서도 가장 큰 차이점은 독립성의 인정 여부에 있다. 부종적 보증은 기본계약에 부종적인 계약이지만, 독립적 보증서는 기본계약과 독립적인 계약이다. 이 중 독립적 보증서와 성격 면에서 유사한 것이 스탠드바이 신용장이다. 동 신용장은 보증의 기능을 담당하지만 형식에 있어서는 신용장의 형식을 취하고 있다는 차이점이 있다.

본고에서는 국제 비즈니스 계약에서 주로 사용되고 있는 3대 보증수단에 관하여 그 특성 및 보증 유형을 고찰함으로써 거래당사자들이 보증 상황에 직면했을 때 올바른 보증수단을 선택할 수 있는 기초를 제공하고자 한다. 이를 위해 보증과 관련된 국내외의 문헌을 중심으로 한 문헌연구 방식을 취한다.

---

1) 본고에서는 보증(bond)이 보통 보증회사에 의하여 발행되며 기본계약과의 부종적 성질을 갖는 경우가 많기 때문에 bond를 부종적 보증이라 칭하기로 한다. 보증서(guarantee)는 주로 은행에 의하여 발행되며 기본계약과의 독립성을 갖는 경우가 많기 때문에 guarantee를 독립적 보증서라 칭하기로 한다. 스탠드바이 신용장(standby letter of credit)은 국내에서는 주로 보증신용장이라 불려지고 있지만, 보증이라는 용어는 신용장의 독립성과 상반되는 느낌을 줄 수 있기 때문에 여기에서는 원어 그대로 스탠드바이 신용장이라 칭하기로 한다.

## II. 보증 수단

역사적으로 국제 상업 보증의 최초의 형식은 현금기탁이었다. 만일 한 당사자가 기본계약 하에서 불이행한다면,<sup>2)</sup> 당사자는 그 기탁금을 몰수당한다. 이러한 현금기탁 시스템은 많은 결점이 있다. 첫째, 무역업자는 보증기간 동안 계속하여 그 기탁 자금의 유동성이 묶이게 된다. 그래서 무역업자는 만일 투자를 한다면 그 기탁자금이 별 수도 있었던 이익(즉, 기회비용)을 상실하는 것이다. 게다가 현금기탁은 상대방이 자기 자신의 목적을 위하여 기탁된 자금을 사용하고 싶은 유혹에 빠져서 상대방 자신의 자금과 쉽게 혼합될 수 있는 위험이 있다.

이러한 결점은 은행 또는 다른 금융기관이 현금기탁 대신 수입상에게 보증서 또는 보증을 발행하는 시스템의 출현으로 대부분 극복되었다. 그러한 보증서는 불이행의 경우 수입상 또는 다른 보증수혜자에게 “사실상 현금과” 같은 역할을 하지만, 수출상 또는 다른 상대방에게 훨씬 더 저렴한 수단을 제공해 준다. 이용 가능한 다양한 종류의 보증 메커니즘은 “bonds”(보증), “guarantees”(보증서), “indemnities”(보상), “standby letters of credit”(스탠드바이 신용장), “bank guarantees”(은행보증서), “suretyship guarantees”(보증 보증서), “surety undertaking”(보증 계약) 등과 같이 다양하게 불려지고 있다. 이러한 담보 메커니즘은 은행, 보험회사, 전문 보증회사 또는 다른 금융 서비스 회사에 의하여 제공될 수 있다.

비록 “guarantee”라는 단어가 가장 일반적으로 사용되고 있지만 용어에 관해서는 국제적 표준화가 결여되어 있다. 비록 일부 법 제도는 “guarantees”, “bonds”, “undertakings” 및 “indemnities”를 구별할지라도, 이러한 용어들은 국제 무역업자들의 일상의 언어에서 동의어로서 종종 사용된다. 따라서 보증을 정확히 분류하기 위해서는 보증 채무의 특성 및 성질을 조사하는 것이 필요하다.<sup>3)</sup>

2) 예를 들면 매수인이 계약물품에 대한 지급 또는 인수를 하지 못하거나, 또는 공급자가 계약물품을 공급하지 못하는 경우를 말한다.

3) ICC, *Guide to Export-Import Basics*, 2nd ed., ICC Publication No.641, 2003. 3, pp.220-221.

## 1. 부종적 보증

보증회사에 의하여 주로 발행되는 보증(accessory or conditional bond)은 기본계약에 부종적<sup>4)</sup>인 계약이며, 따라서 보증당사자들의 권리 또는 의무에 관한 분쟁은 단지 주계약 당사자들의 권리 또는 의무의 결정에 의해서만 해결될 수 있다.<sup>5)</sup> 즉, 보증에서의 보증인은 기본계약상의 주채무자가 그의 의무를 이행하지 못하는 경우에 제2차적인 책임을 진다.<sup>6)</sup> 채권자와 보증인 사이의 보증의무는 채권자와 주채무자 사이의 기본계약에 부종적인 제2차적 의무이다. 이 결과 부종적 보증 하에서 보증인은 주채무자가 가지는 원인계약상의 항변을 원용하는 것이 가능하다.<sup>7)</sup>

부종적 보증 하에서 보증인의 채무는 주채무자에 반하는 법원 판결 또는 중재판정과 같은 서류에서 입증되는 바와 같이 주채무자의 실제의 불이행 또는 계약상의 위반에 의하여 시작(유발)된다. 따라서 부종적 보증 하에서 청구하기 위해서는 보증수혜자는 먼저 주채무자가 자신의 계약상의 채무를 충족시키지 못하였음을 서류의 방식으로 입증할 수 있어야만 한다. 청구출급 보증서(first demand guarantee or demand guarantee)와 대조적으로 부종적 보증은 보증인의 채무가 기본계약의 이행에 있어서 주채무자의 실제의 불이행에 의존하기 때문에 2차적(secondary) 또는 부종적(accessory) 채무라고 이야기된다. 게다가

---

4) 보증채무의 부종적 성질로 인하여 다음의 결과가 발생한다. 첫째, 주채무가 무효이거나 취소된 때에는 보증채무도 무효이다(한국 민법 제436조 참조). 둘째, 주채무의 내용에 변경이 생기면 그에 따라 보증채무의 내용도 변경된다(한국 민법 제429조 참조). 셋째, 보증채무는 그 목적 또는 형태에 있어서 주채무보다 무거울 수 없다(한국 민법 제430조 참조). 넷째, 보증인은 주채무자가 가지는 항변권으로 채권자에게 대항할 수 있다(한국 민법 제433조 참조). 다섯째, 주채무가 소멸하면 그 이유의 여하를 묻지 않고서 보증채무도 소멸한다(곽윤직, 『채권총론(민법강의Ⅲ)』, 박영사, 1988, p.308).

5) S.J. Pearlman, "Types of Non-Trade Letters of Credit Used in Today's Marketplace", *A Practical Guide to Letters of Credit*(edited by Aster, C.E. and Patterson, K.C.), Executive Enterprises Publications Co. Inc., New York, 1990, p.20.

6) H. Harfield, "Guaranties, Standby Letters of Credit, and Ugly Ducklings", *Uniform Commercial Code Law Journal*, Vol.26, 1994, p.201. ; H. Harfield, "Who Does What to Whom : The Letter-of-Credit Mechanism", *Uniform Commercial Code Law Journal*, Vol.17, 1985, p.295.

7) 相澤吉晴, 『銀行保證狀[スタンドバイ信用狀]と國際私法』, 大學教育出版, 2003, p.1.

보증인은 단지 주채무자의 책임의 범위까지 지급(이행)의무가 있다. 따라서 보증인은 주채무자에게 이용 가능한 모든 항변을 사용할 수 있다.<sup>8)</sup>

보증은 부종적 성질<sup>9)</sup>을 가지기 때문에 보증인은 주채무자가 약속된 이행 또는 지급에 관하여 실제로 불이행하였는지를 입증하기 위하여 청구를 위해 제시된 서류들 뿐만 아니라 주채무자의 불이행 사실을 조사하여야 한다.<sup>10)</sup> 즉, 보증인은 기본거래와 관련되게 되며 기본계약에 따라서 보증인의 의무가 결정되는 것이다.

한편 보증은 무효한 청구의 경우에는 스탠드바이 신용장의 경우보다 주채무자의 보호를 최대로 할 수 있다. 즉, 스탠드바이 신용장의 경우에는 독립성의 원칙이 인정되어 개설의뢰인이 기본계약에 기초한 그의 항변을 제기할 수 없기 때문에 부당한 청구의 가능성이 크지만, 보증의 경우에는 독립성의 원칙이 인정되지 않으므로 주채무자는 기본계약에 기초한 그의 항변을 제기할 수 있기 때문에 부당한 청구의 가능성을 크게 감소시킬 수 있다.

부종적 보증은 부당한 청구의 문제를 제거하여 주며 따라서 주채무자의 관점에서 보면 청구출급 보증서보다 더 선호된다. 주채무자는 만일 입증된 불이행이 없다면 보증인에 의한 어떠한 지급 또는 이행도 없을 것임을 부종적 보증하에서 보장받기 때문에, 주채무자는 부종적 보증이 계약금액의 더 큰 비율을 커버하는 것을 기꺼이 규정할 수 있다. 따라서 부종적 보증이 계약금액의 30% 또는 40%로 결정되는 것이 보통이다. 이러한 높은 담보 비율 때문에 부종적 보증은 마찬가지로 보증수혜자에게 매력적일 수 있다. 게다가 동일한 계약에서 두 가지 형식의 보증을 같이 사용하는 것도 가능하다. 즉, 계약금액의 작은 비율에 관해서는 청구출급 보증서, 계약금액의 보다 큰 비율에 관해서는 부종적 보증을 사용할 수 있다.

보증수혜자에게 부종적 보증의 잠재적인 불리한 점은 보증인의 채무를 유발

8) ICC, *op. cit.*, p.225.

9) 신용장이 독립적인 주채무인데 반하여 전통적인 보증서는 부종적인 채무이다. 즉, “부종적 채무”란 주채무자가 지급하지 않을 경우에만 지급책임이 있게 되는 제2차적 채무이다. 따라서 부종적 채무는 주채무에 종속되므로 주채무의 무효 또는 취소 경우에는 자동적으로 부종적 채무도 무효 또는 취소된다(오원석, “채무보증신용장의 운용상의 문제점”, 『동아대학교 논문집』 제15집, 동아대학교 대학원, 1990.9, p.290).

10) R.J. Driscoll, “The Role of Standby Letters of Credit in International Commerce : Reflections After Iran”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.20, 1980, p.471.

하는 것으로서 보증에 명시된 법원 판결 또는 중재판정을 획득하는데 아주 상당한 시간이 걸릴 수 있다는 점이다. 부종적 보증은 보증인으로 하여금 주채무자에 의하여 주장된 불이행의 사실상의 상세를 확인할 것을 요구하기 때문에, 은행들은 전통적으로 부종적 보증의 발행을 꺼려 왔다. 은행의 관점에서 보면 청구출급 보증서의 운용이 은행으로서는 단순하고 간단하기 때문에 청구출급 보증서를 더 선호한다. 반면 불이행을 둘러싸는 우발사건의 조사에 수많은 경험이 있는 보험회사들은 기꺼이 부종적 보증을 발행하고자 한다. 보증회사들이 부종적 보증의 관리에 있어서 전문화된 틈새 시장 가운데 있다. 그러나 어떠한 엄중한 규칙도 없다. 즉, 보험회사와 보증회사들이 또한 청구출급 보증서를 발행할 수 있으며, 은행들이 부종적 보증을 발행할 수도 있다.<sup>11)</sup>

## 2. 독립적 보증서

독립적 보증서(independent guarantees)는 유럽을 중심으로 한 국제무역에서 출현하였으며,<sup>12)</sup> 만일 보증서의 조건이 충족된다면 지급하겠다는 보증인에 의한 제1차적이고 독립적인 약속<sup>13)</sup>을 의미한다.<sup>14)</sup> 독립적 보증서는 보증수혜자에게 신속한 재정상의 구제수단 제공을 목적으로 하며, 그 목적을 위하여 형식에 있어서는 제1차적이며 성질에 있어서는 서류부 즉, 일치서류제시를 조건으로 한 지급확약이다.<sup>15)</sup> 독립추상성의 귀결로서 보증서 계약에 있어서는 보증서를 발행하는 은행은 주채무자의 보증수혜자에 대한 원인계약상의 항변을 원용하는 것은 불가능하다.<sup>16)</sup>

독립적 보증서의 법적 성질은 본래의 보증서가 가지는 부종성과 사실의 실질

11) ICC, *op. cit.*, p.226.

12) J.E. Byrne and H. Burman, "Introductory Note", *International Law Materials*, Vol.35, 1996, p.737.

13) 여기서 독립적 보증서의 독립성이란 동 증서는 비록 기본거래와 관련한 손실로부터 보증수혜자를 보호하기 위하여 의도되었을지라도, 주채무자와 보증수혜자간의 기본계약으로부터 독립된 보증인과 보증수혜자간의 제1차적인 지급확약을 의미한다(R. Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC Publishing S.A., 1992, p.8).

14) L. D'Arcy, C. Murray & B. Cleave, *Schmitthoff's Export Trade*, 10th ed., Sweet & Maxwell, 2000, p.215.

15) R. Goode, *op. cit.*, p.8.

16) 相澤吉晴, 전계서, p.1.

심사성이 배제되어 사실상 스탠드바이 신용장이 가지는 법적 성질과 동일하다.<sup>17)</sup> 즉, 독립적 보증서는 신용장의 대표적인 특성인 독립성 원칙과 엄격일치성 원칙을 공유한다. 따라서 만일 보증서의 제조조건이 충족된다면 은행은 기본계약이 사실상 위반되었는가의 여부 및 보증수혜자가 실제적으로 손실을 입었는가의 여부에 상관없이 원칙적으로 지급하여야 하며<sup>18)</sup> 은행은 기본계약에서 나온 항변에 호소할 수 없다. 즉, 독립적 보증서는 보증수혜자가 스스로 작성한 서류를 제출하면 기본계약상의 의무이행 여부에 관계없이 약정금액이 지급되며, 주채무자의 의무불이행이 주장되는 경우 약정금액이 지급되는 담보수단이 라는 점에서 스탠드바이 신용장과 매우 유사하다.<sup>19)</sup>

은행은 통상 기본 거래의 전문가가 아니며, 상업위험에 연루되는 것을 꺼리기 때문에 은행이 발행하는 보증서는 이 의미에서 필연적으로 독립적 보증서가 되는 것이 보통이다. 은행은 보증수혜자로부터 지급요구가 있었던 경우 제출된 서류가 보증서에 규정되어 있는 조건에 합치하고 있는 것을 확인한 후 지급을 행한다. 독립적 보증서는 특수 사정에 의하여 미국에서 탄생한 스탠드바이 신용장에 대하여 주로 유럽을 중심으로 이용되고 있다. 오늘날 독립적 보증서는 널리 보급하여, 전체 금액과 개개의 보증액도 극적으로 증가하고 있다.

독립적 보증서에서는 채무자가 의무를 다하였는가의 여부, 채권자·보증수혜자가 기초가 되고 있는 계약에 기초하여 손해배상을 청구할 권리가 있는가의 여부는 보증인과 보증수혜자와의 관계에서는 문제가 되지 않는다. 보증서에 기재되어 있는 조건이 충족된다면, 채권자·보증수혜자는 지급을 요구할 권리가 있으며, 보증서에 규정되어 있는 이외의 방법으로 불이행을 입증할 필요는 없다. 독립적 보증서가 사용된 것은 비교적 최근의 일이며, 국제시장에서 빈번히 이용된 것은 1970년대 초이었다. 이 시기에는 중동의 산유국이 석유가격의 폭등으로 풍족하게 되어, 선진국 기업에게 도로, 공항, 항만설비 등의 인프라의 정비와 주택, 병원, 통신망, 발전소 등의 공공사업, 공업·농업 프로젝트, 방위 시설 등의 대규모 프로젝트를 차차로 발주하였다. 국제거래에 이용되고 있는

17) 經濟法令研究會 編, 『外爲事故トラブル對策』, 經濟法令研究會, 1994, p.270.

18) R. Goode, *op. cit.*, p.8.

19) 송상현, “보증신용장의 독립성에 관한 소고”, 『법학』 제26권 2·3호, 서울대학교 법학연구소, 1985, p.176.



독립적 보증서의 대부분은 채무불이행 사실 유무의 입증을 필요로 하지 않으며, 보증서에 규정된 서류와 교환으로 보증채무의 이행을 요구할 수 있는 청구출급 보증서이며 스탠드바이 신용장과 기능적으로 동일하다.<sup>20)</sup>

청구출급 보증서는 무조건 보증서(unconditional guarantee)라고도 불리며, 보증수혜자는 채무자의 불이행에 관하여 어떠한 증거도 없이 은행으로부터 지급을 받는 것이 가능하다. 이것은 채권자에게 악용될 염려가 있으며, 채무자의 입장에서는 대단히 위험한 것이지만, 당시의 buyer's market 하에서는 부득이 하였다. 독립적 보증서에는 청구출급 보증서의 외에 제3자로부터의 서류의 제출을 지급의 조건으로 하는 보증서와 중재판단 또는 법원의 판결의 제출을 지급조건으로 하는 보증서가 있다. 따라서 독립적 보증서와 청구출급 보증서는 동일하지는 않다. 청구출급 보증서는 독립적 보증서의 하나의 종류에 지나지 않는다.<sup>21)</sup>

청구출급 보증서 하에서 보증인은 보증수혜자에 의한 제1 청구시 지급하여야만 한다. 보증수혜자만이 그 보증 하에서 지급을 요구해야만 한다 - 주채무자가 실제로 계약상의 채무에 관하여 불이행하였음을 입증할 필요는 전혀 없다. 보증수혜자는 신속하고도 확실한 금전적인 보증을 보장받는다. 개념상 청구출급 보증서는 따라서 그 보다 고대의 담보 시스템인 현금기탁에 대한 대체물이다. 현금 대체물로서 청구출급 보증서는 보증수혜자에게 쉽사리 접근가능하며, 골치 아프지 않은 담보를 제공해 준다. 대부분의 경우들에서 지급을 위한 유일한 서류 요건은 보증수혜자가 서면의 청구를 한다는 것이다. 분명하게 주채무자는 보증수혜자가 부당하게 현금을 보관할 수 있는 현금기탁에서와 같이 보증수혜자가 부당하게 청구를 행할 위험이 따른다. 이것은 때때로 부당한 청구의 문제로서 불려진다. 비록 대부분의 법 제도하에서 보증수혜자에 의한 노골적인 사기 또는 부정직한 주채무자가 그 보증 하에서 지급의 회피를 가능하게 할 수 있을지라도, 이러한 법 유보조항은 나라마다 다르며 아무튼 종종 입증이 어렵다. 결과로서 현명한 무역업자들은 청구출급 보증서의 수여 회피를 선호할 것이다. 사실상 청구출급 보증서는 보증수혜자가 강한 교섭력을 가지고 있을 때 아주 일반적으로 사용되며, 청구출급 보증서를 “싫으면 그만 두라”는 선택으로

20) 八尾 晃, 『貿易取引の基礎知識』, 東京經濟情報出版, 2002, p.163.

21) 新堀 聰, “グローバル商取引法(14)”, 『國際金融』, No.1129, 2004. 7, p.61.

서 강요할 수 있다. 이러한 현상은 많은 청구인들이 단 하나의 계약을 위해서 경쟁하는 대규모 건설 프로젝트에서 흔히 있는 일이다. 무역업자가 청구출급 보증서를 수여할 수밖에 없는 때에, 부당한 청구로부터 유일한 실제적인 보호 수단은 그러한 우발사건에 대한 보험을 획득하는 것이다. 일부 국가들에서 수출 보험자들은 상업상 정황이 특정한 요건을 충족시킨다면 부당한 청구에 대해 보험을 제공할 것이다. 이러한 보험의 비용은 그 후 수출상의 가격입찰 속에 비용요소로서 고려될 수 있다.

법적인 관점에서 보면 청구출급 보증서는 독립적 확약이라고 이야기된다. 그 채무는 보증인으로부터 보증수혜자에게 직접 미치며, 주채무자가 그 이후 보증인에게 상환할 능력이 있는가의 여부에 상관없이 일단 발행되면 보증인에게 구속력이 있게 된다. 따라서 주채무자의 지급불능은 그 보증 하에서 지급할 자신의 채무로부터 보증인을 면제시켜 주지 않는다. 그 지급채무는 기본계약하의 사정에 의하여 영향을 받지 않는다. 비록 주채무자가 기본계약 하에서 사실상 불이행하고 있지 않기 때문에 그 요구는 악의로 행해지고 있다고 주장하더라도, 보증인은 보증수혜자에 관한 입증된 사기가 없는 한 여전히 보증수혜자의 요구에 대해 지급해야만 할 것이다. 비록 청구출급 보증서는 기본계약 금액의 어떠한 비율로 결정될 수 있을지라도, 일반적으로 그 무조건적인 성질 때문에 주채무자가 전체 계약금액의 적은 비율 예를 들면 5%~10% 범위 내에서 결정된다.<sup>22)</sup>

### 3. 스탠드바이 신용장

스탠드바이 신용장은 은행이 보증서를 발행하는 것이 불가능한 no-guaranty rule이 존재하는 미국에서 국제적 대부, 건설계약, 리스계약 등에서 널리 이용되고 있다. 통상은 주된 채무자가 채무불이행이라는 불이행 진술서 등 신용장에 규정하는 단순한 서류와 교환으로(채무불이행 사실의 유무에 관계없이) 개설은행은 지급에 응한다.<sup>23)</sup> 즉, 스탠드바이 신용장은 원인관계의 채무자(개설의뢰인)의 의뢰를 받아서 은행(개설은행)이 원인관계의 채권자(수익자) 앞으로 개설하고, 채권자가 신용장에 규정한 서류를 제공하는 경우에는 채권자에 대하여

22) ICC, op. cit., pp.222-223.

23) 八尾 晃, 전게서, p.163.

개설은행이 신용장의 한도액까지 지급을 보증한 신용장이다.<sup>24)</sup>

동 신용장은 금융 또는 채무의 보증을 위하여 사용되는 특수한 신용장이며, 채무자의 채무불이행에 대비하고 채권자의 채권을 담보하기 위하여 개설된다. 우리나라 기업의 재외지점과 현지법인이 현지에서 외국은행으로부터 차입할 때에 우리나라의 환은행이 그 辨濟 보증으로서 개설하는 신용장, 또는 해외에서의 입찰 보증, 계약이행보증 및 선급금 반환보증으로서 개설하는 신용장 및 부동산 개발, 리스, 청부계약 등의 경우에 개설되는 신용장 등이 이것에 해당된다.<sup>25)</sup>

최근에는 화환신용장에 대신하여 물품매매에서 상품대금의 지급보증에도 이용되고 있다. 이 신용장에서는 차입금을 변제하지 않는 경우와 계약을 이행하지 않는 경우에는, 개설은행 앞으로 일람출급 어음을 발행할 권한을 부여하며, 개설은행이 그 지급을 약속하고 있다. 게다가 스탠드바이 신용장에도 어음 또는 지급청구서와 불이행 통지서 등의 서류의 제출을 요구하고 있는 Standby Documentary Credit과, 어음 또는 지급청구서만의 제출을 요구하고 있는 Standby Clean Credit이 있다.<sup>26)</sup>

물론 스탠드바이 신용장의 경우도, 화환신용장의 경우와 마찬가지로 개설자의 지급의무는 기초가 되는 계약으로부터 분리된 독립한 것이지만, 스탠드바이 신용장의 경우에는 개설은행은 지급이 실행된 경우 고객에게 대부(loan)를 주는 것으로 되므로 고객이 계약상 어떠한 의무를 지는가를 평가하여, 그 의무의 성질을 이해해 두는 것이 필요하다.<sup>27)</sup>

그러나 스탠드바이 신용장과 독립적 보증서는 전술한 바와 같이 법적 성질 및 기능면에서는 유사하지만 형식의 정형화 측면에서 차이가 있다. 즉, 독립적

24) 相澤吉晴, 전계서, p.3.

25) 來住哲二, 『基本貿易實務』, 同文館, 2000, p.107. 그렇지만 최근에 채무자의 불이행을 전제로 하지 않고 기일이 된 경우 수익자는 신용장 개설자에게 바로 직접 지급을 요구할 수 있는 스탠드바이 신용장이 이용되게 되었다. 이것을 직접지급 스탠드바이 신용장(direct pay standby letter of credit)이라 한다. 이 종의 스탠드바이 신용장은 지방자치체의 공채, 민간 기업의 상업증권 등의 起債에 처하여 투자자의 불안을 해소하기 위하여 현재 활발히 사용되고 있으며, 국제 스탠드바이 규칙(ISP98)은 제1·01조 a항에서 이것에 적용되는 취지를 명기하고 있다. 직접지급 스탠드바이 신용장과 같은 신용장이 출현한 결과 스탠드바이 신용장은 개설의뢰자의 불이행을 전제로 하지 않고, 단지 신용장에 요구되어 있는 서류의 제시에 대하여 지급을 행하는 취지의 약속이라고 정의되는 것으로 되어, 반드시 사용된다는 의미에서도 화환신용장과 구별은 약간 불명확하게 되었다(新堀 聰, 전계논문, p.62.).

26) 來住哲二, 전계서, p.108.

27) 西 道彦, 『貿易取引の電子化』, 同文館出版, 2003, p.176.

보증서는 정형화된 형식이 없으며 보통 그 문언중에 “letter of guarantee”라는 문언을 포함하고 있고, 그 문서의 내용이 대체로 복잡하지만 스탠드바이 신용장은 발행형식이 어느 정도 정형화되어 있고 그 내용도 단순한 편이다.<sup>28)</sup>

스탠드바이 신용장과 독립적 보증서는 준거법에 있어서 다음과 같은 차이가 있다. 즉, 스탠드바이 신용장의 경우에는 국제적으로 인정을 받고 있는 신용장 통일규칙(UCP 500)이 적용되어 법률관계가 비교적 명확하다. 이에 반하여 독립적 보증서의 경우에는 아직 국제적으로 정립된 통일규칙이 없기 때문에 관련 당사국의 보증관계법이나 불확실한 국제관계가 적용되며 따라서 법률관계가 애매한 부분이 많다.<sup>29)</sup>

은행실무의 면에서 본다면 양자 간에는 상당한 차이가 있다. 예를 들면 스탠드바이 신용장의 경우에는 개설은행 자신의 계정을 위한 신용장의 개설, 다른 은행에 의한 신용장의 확인, 매입은행에게로의 서류의 제출 등 화환신용장과 같은 관행이 행해지고 있는 것에 대하여 청구출급 보증서 등의 독립적 보증서의 경우에는 이와 같은 관행은 거의 존재하고 있지 않다.<sup>30)</sup> 또한 국제거래에 있어서 스탠드바이 신용장이 독립적 보증서보다 더 선호되는 이유는 업계 및 은행업계가 보증서보다는 신용장과 더 친숙하다는 점과 특히 기본거래로부터 은행확약의 독립성에 관하여 보증서의 경우에는 법률적으로 불확실하지만 신용장의 경우는 법률적으로 확실하다는 점이다.<sup>31)</sup>

스탠드바이 신용장과 독립적 보증서 사이의 차이는 전술한 바와 같이 기능에 관한 것이 아니라 형식 및 실무에 관한 것이다. 그런데 실무에서 스탠드바이 신용장은 통상적인 독립적 보증서보다 훨씬 더 광범위한 분야에서 이용되는 만능의 금융상의 수단이라고 할 수 있다.<sup>32)</sup> 따라서 스탠드바이 신용장은 독립적 보증서와 유사한 기능을 수행하지만 그 이용범위에 있어서는 독립적 보증서보다 더 광범위하다는 유용성을 가지고 있다.<sup>33)</sup>

28) 한국금융연수원 편, 『국제금융관계법률』, 한국금융연수원, 1996, p.110.

29) 상계서, p.120.

30) 新堀 聰, 전제논문, p.61.

31) UNCITRAL, “Stand-by letters of credit and guarantees : report of the Secretary-General”(A/CN.9/301), para.25.

32) C.D. Busto(ed.), *Documentary Credits/UCP 500 & 400 Compared*, ICC Publishing S.A., 1993, p.3.

33) R. Goode, *op. cit.*, p.16.

### Ⅲ. 보증의 활용 유형

#### 1. 입찰보증

입찰보증(tender guarantees or bid bonds)은 흔히 물품 혹은 서비스의 공급 또는 건설작업에 관한 입찰이 행해질 때에 요구된다. 그러한 입찰보증은 입찰자(tenderer)가 낙찰 이전에 그의 입찰을 철회 또는 변경하지 않을 것과 입찰자가 입찰승낙의 계약서에 서명하지 못하거나 또는 입찰서류에서 기술된 다른 의무를 수행하지 못할 위험으로부터 입찰을 유인하는 당사자(보증수혜자)를 보호하기 위하여 사용된다.<sup>34)</sup> 즉, 발주자는 여러 나라에서 온 입찰청약의 사정과 낙찰통지의 노고와 비용이 무위로 끝나지 않을 것을 보장받으려 한다. 나아가 신용없는 입찰자의 낙찰이 성실한 여타 청약의 상실을 초래함으로써 발생할 수 있는 손해를 방지하려고 한다.<sup>35)</sup> 예를 들면 낙찰자가 계약의 체결을 거부한 경우에는 보증수혜자는 입찰보증에 따라서 이 보증금을 몰수하는 것이 가능하므로 부정업자의 응찰을 막는 것이 가능하다. 단지 평판이 좋고 재정적으로 건실한 시공업자만이 입찰에 응하도록 유인하는 것이다.<sup>36)</sup>

입찰보증이 요구되는 분야로는 일반적으로 공공토목공사, 건설 프로젝트 및 설비의 정부조달에 관한 국제계약에서 입찰이 행해지는 모든 경우들이다.<sup>37)</sup> 입찰보증금은 보통 그 프로젝트 가액의 2~5%이다.<sup>38)</sup> 따라서 입찰보증의 경우에 보증수혜자는 입찰자가 계약서에 서명을 못하였거나 입찰시 약정된 이행보증

34) F.V.M., Wolfgang, "Recent developments in the field of Standby Letters of Credit, Bank Guarantees and Performance Bonds", *Current Problems of International Trade Financing*, 2nd ed.(edited by E.P. Ellinger), Butterworths, 1990, pp.210-211.

35) 강갑선 역(Johannes C.D. Zahn 저), 『무역결제론』, 법문사, 1977, p.320.

36) R.I.V.F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1990, p.26.

37) M. Rowe, *Guarantees Standby Letters of Credit and Other Securities*, Euromoney Publications, 1987, p.73.

38) ICC, *op. cit.*, p.227.

서를 제출하지 못하였다는 진술서를 환어음에 첨부하여 제출하여야 한다.<sup>39)</sup>

일반적으로 입찰보증을 위한 스탠드바이 신용장은 입찰개최자를 수익자로 하여 다음과 같은 문면으로 발행된다.<sup>40)</sup>

.....available by beneficiary's draft at sight for full statement value accompanied by:

Beneficiary's signed statement of non-compliance with the terms of offer of bidder(accountee) under Public Tender No. \_\_\_\_\_ except due to force majeure and/or other circumstances beyond bidder's control and/or responsibility, and certifying that the amount drawn does not exceed 1% of tender amount.(... 총 명시금액에 대하여 다음의 서류가 첨부된 수익자의 일람 출급 환어음과 상환으로 지급가능하다 : 어음발행금액이 입찰금액의 1%를 초과하지 않음을 입증하며, 불가항력 및/또는 입찰자의 통제 및/또는 책임을 넘어서는 다른 환경으로 인한 사유를 제외하고 공공 입찰 No. \_\_\_\_\_ 하에서 입찰자의 제조건과의 불일치에 관한 수익자의 서명이 되어 있는 진술서.)

## 2. 이행보증

이행보증(performance guarantees or performance bonds)은 물품 또는 서비스의 매도인 또는 다른 시공업자가 그의 의무를 이행하지 못할 위험으로부터 매수인 또는 발주자를 보호하기 위하여 사용된다.<sup>41)</sup> 보증금액은 일반적으로 계약금액의 일정한 비율 즉, 보통 10%까지이다.<sup>42)</sup> 이 점에 있어서 이행보증서는 화환신용장의 대응물이라고 간주할 수 있다.

즉, 화환신용장이란 신용장에서 지정된 선적서류의 제시에 의하여 입증되는 매도인에 의한 정당한 이행을 예상하고 지급을 보장하는 신용장이다. 이와 대조적으로 이행보증서란 수출자 또는 시공업자가 이행기한을 지키지 못하거나 또는 기본계약상의 그의 의무를 부당하게 이행하지 않은 경우에 수입자 또는

39) 오원석, 전제논문, p.292.

40) 東京銀行システム部 東銀リサーチインターナショナル 編, 『貿易と信用状』, 實業之日本社, 1996, p.270.

41) F.V.M. Wolfgang, *op. cit.*, p.211.

42) ICC, *op. cit.*, p.227.

발주자에게 지급을 보장하는 증서이다.<sup>43)</sup> 즉, 화환신용장은 이행을 조건으로 지급하는 증서이며, 이행보증서는 불이행을 조건으로 지급한다는 점에서 서로 대조된다고 할 수 있다.

일반적으로 수출계약의 이행보증을 위한 스탠드바이 신용장은 수입자를 수익자로 하여 다음과 같은 문면으로 발행된다.<sup>44)</sup>

.....available by beneficiary's sight draft for full statement value accompanied by:

Beneficiary's statement that (Applicant's name) failed or defaulted to perform all or any part of terms and conditions of the contract No. \_\_\_\_\_ covering shipment of.....(... 총 명시금액에 대하여 다음의 서류가 첨부된 수익자의 일람출급 환어음과 상환으로 지급가능하다. 개설의뢰인이 ...의 선적을 커버하는 계약서 No.     의 제조건의 전부 또는 일부를 이행하지 못하였거나 또는 불이행하였다는 수익자의 진술서.)

### 3. 선금금 반환보증

선금금 반환보증(repayment guarantees or advanced payment guarantees)의 목적에 앞서 먼저 선금금의 용도에 대하여 진술하면 다음과 같다. 대부분의 주요 계약에서 수출자 또는 시공업자는 특히 기본계약의 최초의 이행단계에서 그 거래의 재정문제를 해결하기 위하여 보통 계약가격의 5~30%에 이르는 자금을 수입자 또는 발주자에게 요구한다.<sup>45)</sup> 수입자 또는 발주자는 원료구매 또는 최초의 생산비에 이용할 수 있도록 수출자 또는 시공업자에게 이 선금금을 제공하여 주며,<sup>46)</sup> 동시에 이 선금금은 수입자 또는 발주자의 계약에 대한 의도의 진지함을 나타내주는 역할도 한다.<sup>47)</sup> 차례로 수입자 또는 발주자는 기본계약

43) R.I.V.F. Bertrams, *op. cit.*, p.26.

44) 東京銀行システム部 東銀リサーチインターナショナル 編, 전제서, pp.270-271.

45) 일반적인 매매계약에 있어서는 선금금이 지급되는 예는 그리 많지 않지만 장기간에 걸친 대량의 주문이라든가 대규모 건설계약에 있어서는 계약금액의 약 10%에 해당하는 금액을 선지급하는 것이 국제거래에 있어서의 일반적인 관행이다(서헌재, "신용장거래의 특성에 관한 재검토", 『인권과 정의』, 180호, 대한변호사협회, 1991.8, p.148).

46) Union Bank of Switzerland, *Documentary Credits Documentary Collections Bank Guarantees*, Union Bank of Switzerland, 1985, p.7.

미이행의 경우에 선급금의 반환을 보장하는 선급금 반환보증서를 요구한다.<sup>48)</sup> 예를 들면 Shah 정부하의 이란의 많은 공급계약에서는 설비 또는 서비스의 계약에 관하여 이란 매수인이 미국 매도인에게 선지급을 하였다. 차례로 매수인은 그 매도인이 계약을 이행하지 못할 경우에 대비하여 매도인으로부터 선급금 반환보증서를 요구하였다.<sup>49)</sup>

선급금 반환보증서는 물품 또는 서비스의 매도인 또는 다른 시공업자가 그의 계약상의 의무를 이행하지 못하는 경우에 계약하에서 선지급을 행한 매수인 또는 발주자(보증수혜자)가 그러한 선급금을 반환받지 못할 위험으로부터 그들을 보호하기 위하여 사용된다.<sup>50)</sup> 또한 전형적으로 수출상이 현금 선급금을 받는 것을 허용하는 수입상은 수출상이 제 때에 계약물품을 실제로 선적하지 못하는 경우에는 수출상이 변제보증을 발행할 것을 요구할 것이다.<sup>51)</sup> 그러한 증서의 목적은 선급금이 적당한 목적을 위해서 사용될 것을 보장하거나 또는 관련되는 프로젝트에 관한 시공업자의 계약위반의 경우에 발주자가 선급금을 반환받기 위하여 이용될 수 있다. 전자의 경우에 보증수혜자는 만일 시공업자가 계약상의 프로젝트에서 의무를 이행하지 않는다면 선급금 반환보증서하에서 선급금을 반환받을 수 있다. 후자의 경우에 발주자는 만일 관련 프로젝트가 올바르게 수행되지 않는다면 선급금 반환보증서하에서 선급금을 반환받을 수 있다.<sup>52)</sup>

일반적으로 선급금 반환보증을 위한 스탠드바이 신용장은 다음과 같은 문면으로 발행된다.<sup>53)</sup>

...available by beneficiary's draft at sight for full statement value accompanied by:

Beneficiary's statement certifying that applicant has failed to comply with contract terms. (... 총 명시금액에 대하여 다음의 서류가 첨부된 수익자의 일

47) 대한상공회의소, 『국제건설거래와 계약보증』, 대한상공회의소, 1984, p.27.

48) R.I.V.F. Bertrams, *op. cit.*, p.28.

49) A. Loke, "Standby Credits and Performance Bonds : The Lesson of The Iranian Experience", *Current Problems of International Trade Financing*, 2nd ed.(edited by E.P. Ellinger), Butterworths, 1990, p.233.

50) F.V.M. Wolfgang, *op. cit.*, p.211.

51) ICC, *op. cit.*, p.227.

52) M. Rowe, *op. cit.*, p.76.

53) 東京銀行システム部 東銀リサーチインターナショナル 編, 전게서, p.271.



람출급 환어음과 상환으로 지급가능하다 : 개설의뢰인이 계약조건에 따르지 못하였음을 입증하는 수익자의 진술서)

#### 4. 지급보증

지급보증(payment guarantees)이란 한 당사자의 계약상의 의무이행에 대하여 다른 당사자가 지급할 것을 보증하는 것이다. 즉, 지급보증서는 물품 또는 서비스의 매수인 또는 발주자가 대금지급의무를 이행하지 못할 위험으로부터 매도인 또는 시공업자를 보호하기 위하여 사용된다.<sup>54)</sup>

지급보증은 건설공사와 관련하여 그 공사대금의 지급을 보장하기 위하여 이용될 수 있다. 즉, 시공업자로서는 발주자가 과연 공사대금을 성실히 지급할 것인가에 대하여 의심을 가질 수 있고 이에 따라 은행에게 공사대금의 지급을 보장하는 지급보증을 요구할 수 있다.<sup>55)</sup>

한편 본국 기업의 해외지점과 현지법인이 현지은행으로부터 자금을 대부받는 경우에 본국의 외환은행이 본국 모회사의 의뢰로 현지은행에 대하여 이 대부금의 상환을 보장하기 위한 스탠드바이 신용장을 개설하는 일이 있다. 이 경우의 신용장은 대부를 하는 현지은행을 수익자로 하여 다음과 같은 문면으로 발행된다.<sup>56)</sup>

.....available by beneficiary's sight draft on us for full statement value accompanied by: Beneficiary's statement certifying that the amount drawn under this credit represents the unpaid balance of their Loan to..... This credit expires on.....in..... Notice must be given to us at least two weeks before the drafts are drawn and negotiated under this credit. The beneficiary is also requested to forward monthly reports on advances or accomodations to us by airmail.(... 총 명시금액에 대하여 다음의 서류가 첨부된 당행 앞으로 발행된 수익자의 일람출급 환어음과 상환으로 지급가능하다 : 본 신용장하에서 발행된 금액은 ...에게로의 현지은행의 대부에 관한 미불잔고를 나타냄을 입증하는 수익자의 진술서 본 신용장은 (지역)에서 (날짜)에 만료한다. 그 환어음이 발행되어 본 신용장하에서 매입이 이루어지기 최소한 2주 전에 통지가 당행에 제공되어야 한다).

54) F.V.M. Wolfgang, op. cit., p.211.

55) 이재홍, “보증신용장 및 관련문제”, 『사법행정』, 제353·355호, 1990, p.63.

56) 東京銀行システム部 東銀リサーチインターナショナル 編, 전계서, pp.272-273.

## IV. 결론

국제 비즈니스 계약에서 보증수단으로서 주로 사용되는 것은 부종적 보증, 독립적 보증서, 스탠드바이 신용장이다. 부종적 보증은 채권자와 주채무자 사이의 기본계약에 부종적인 제2차적 채무라는 성질을 가지고 있다. 이 때문에 부종적 보증은 사기의 위험을 줄일 수 있기 때문에 주채무자로서는 바람직한 보증 수단이지만 보증수혜자는 지급을 받기 위한 절차가 복잡하고 시간이 많이 걸린다는 문제점이 있다.

독립적 보증서는 이와 반대로 보증서의 조건이 충족된다면 지급하겠다는 보증인에 의한 제1차적이고 독립적인 약속이라는 성질을 가지고 있다. 이 때문에 독립적 보증서 하에서는 지급을 받기 위한 절차가 간단하고 시간이 많이 걸리지 않는다는 점 때문에 보증수혜자가 선호하는 방식이지만 주채무자로서는 사기의 위험이 크기 때문에 이의 발행에 동의하기를 꺼려 한다.

스탠드바이 신용장은 기능상 독립적 보증서와 유사하지만 형식에 있어서 보증서가 아닌 신용장이라는 차이가 있다. 동 신용장은 독립적 보증서에 비하여 준거법의 안정성, 법률적 확실성, 실무에서의 선호 등 때문에 널리 사용되고 있다.

보증수단의 선택에 있어서 안정성 측면에서 주채무자로서는 부종적 보증을 선호할 것이고, 보증수혜자로서는 독립적 보증서와 스탠드바이 신용장을 선호할 것이다. 따라서 당사자들은 가급적 자신에게 유리한 보증수단을 선택할 필요성이 있으며 만일 자신에게 불리한 보증수단이 결정되더라도 그 피해를 최소화할 수 있는 방안을 마련하여야 할 것이다.

또한 국제 비즈니스 계약에서 보증의 주요한 유형으로는 입찰보증, 이행보증, 선급금 반환보증, 지급보증 등이 있다. 현재 세계무역기구(WTO)체제의 출범으로 인하여 국제거래의 형태가 다양화됨에 따라 건설 등의 서비스 거래와 지식재산권의 거래가 과거에 비해 크게 늘어나고 있으며 앞으로 그 거래는 더욱 늘어날 것으로 예측되는 바 앞으로 보증에 관한 심도 깊은 연구가 수행되어야 할 것으로 생각한다.

## 參考文獻

- 강갑선 역(Johannes C.D. Zahn 저), 『무역결제론』, 법문사, 1977.
- 곽윤직, 『채권총론(민법강의Ⅲ)』, 박영사, 1988.
- 서헌제, “신용장거래의 특성에 관한 재검토”, 『인권과 정의』, 180호, 대한변호사 협회, 1991.8.
- 송상현, “보증신용장의 독립성에 관한 소고”, 『법학』 제26권 2·3호, 서울대학교 법학연구소, 1985.
- 오원석, “채무보증신용장의 운용상의 문제점”, 『동아대학교 논문집』 제15집, 동아대학교 대학원, 1990.9.
- 이재홍, “보증신용장 및 관련문제”, 『사법행정』, 제353·355호, 1990.
- 대한상공회의소, 『국제건설거래와 계약보증』, 대한상공회의소, 1984, p.27.
- 한국금융연수원 편, 『국제금융관계법률』, 한국금융연수원, 1996.
- Bertrams, R.I.V.F., Bank Guarantees in International Trade, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1990.
- Busto, C.D.(ed.), Documentary Credits/UCP 500 & 400 Compared, ICC Publishing S.A., 1993.
- Byrne, J.E. and Burman, H., “Introductory Note”, International Law Materials, Vol.35, 1996.
- D’Arcy, L., Murray, C., & Cleave, B., Schmitthoff’s Export Trade, 10th ed., Sweet & Maxwell, 2000.
- Driscoll, R.J., “The Role of Standby Letters of Credit in International Commerce : Reflections After Iran”, Virginia Journal of International Law, Vol.20, 1980.
- Goode, R., Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publishing S.A., 1992.
- Harfield, H., “Guaranties, Standby Letters of Credit, and Ugly Ducklings”, Uniform Commercial Code Law Journal, Vol.26, 1994.

- Harfield, H., "Who Does What to Whom : The Letter-of-Credit Mechanism", Uniform Commercial Code Law Journal, Vol.17, 1985.
- ICC, Guide to Export-Import Basics, 2nd ed., ICC Publication No.641, 2003. 3.
- Loke, A., "Standby Credits and Performance Bonds : The Lesson of The Iranian Experience", Current Problems of International Trade Financing, 2nd ed.(edited by E.P. Ellinger), Butterworths, 1990.
- Pearlman, S.J., "Types of Non-Trade Letters of Credit Used in Today's Marketplace", A Practical Guide to Letters of Credit(edited by Aster, C.E. and Patterson, K.C.), Executive Enterprises Publications Co. Inc., New York, 1990.
- Rowe, M., Guarantees Standby Letters of Credit and Other Securities, Euromoney Publications, 1987.
- UNCITRAL, "Stand-by letters of credit and guarantees : report of the Secretary-General"(A/CN.9/301).
- Union Bank of Switzerland, Documentary Credits Documentary Collections Bank Guarantees, Union Bank of Switzerland, 1985.
- Wolfgang, F.V.M., "Recent developments in the field of Standby Letters of Credit, Bank Guarantees and Performance Bonds", Current Problems of International Trade Financing, 2nd ed.(edited by E.P. Ellinger), Butterworths, 1990.

經濟法令研究會 編, 『外為事故トラブル対策』, 經濟法令研究會, 1994.

來住哲二, 『基本貿易實務』, 同文館, 2000.

東京銀行システム部 東銀リサーチインターナショナル 編, 『貿易と信用状』, 實業之日本社, 1996.

相澤吉晴, 『銀行保證状[スタンドバイ信用状]と國際私法』, 大學教育出版, 2003.

西 道彦, 『貿易取引の電子化』, 同文館出版, 2003.

新堀 聰, "グローバル商取引法(14)", 『國際金融』, No.1129, 2004. 7.

八尾 晃, 『貿易取引の基礎知識』, 東京經濟情報出版, 2002.