

국제거래에서 구상보증의 독립성의 제한 - 서울고등법원 2000나8863 판결 사례연구 -

오 원 석*
허 해 관**

-
- I. 서 언
 - II. 간접보증과 그 법률관계
 - III. 구상보증의 독립성과 그 제한
 - IV. 구상보증의 독립성의 제한에 관한 우리나라 판례
 - V. 결 언
-

주제어 : 독립보증, 청구보증, 구상보증, 간접보증, 독립성, 사기규칙, 권리남용

I. 서 론

지난 2009년 12월, 국제상업회의소(International Chamber of Commerce: ICC)는 개정 『청구보증통일규칙』(Uniform Rules for Demand Guarantees:

* 성균관대학교 경영전문대학원 교수(주저자)

** 성균관대학교 대학원 무역학과 강사(교신저자)

UDR)(ICC 간행물 제758호)(이하 이를 ‘URDG758’이라 한다)을 공표하였고, 이는 청구보증에 적용되는 통일규칙으로서 올해 7월 1일부터 시행·발효되었다.¹⁾ 청구보증(demand guarantee, 請求保證)²⁾은 일반적으로 지급청구서 및 기타 보증장(保證狀)³⁾에 명시된 서류가 보증의 유효기간 내에 보증조건에 일치하게 제시되면 수익자에게 일정한 액수의 금전(“보증금”)을 지급한다는 보증인의 지급약속을 말한다.⁴⁾ 청구보증은 지역적으로 미국(대미거래 포함)에서 사용되고 있는 보증신용장(standby letter of credit, 혹은 간단히 standby credit)에 대응하는 것으로, 법적성격의 면에서 신용장(화환신용장, 보증신용장 포함)과 동일하다.⁵⁾ 이러한 의미에서 청구보증은 독립보증(independent guarantee)⁶⁾이라 한다. 이는 흔히 국제적인 건설계약이나 턴키계약(turn-key contract), 장기 또는 단기의 공급계약에서 시공자 혹은 수주자(contractor)나 공급자(supplier 혹은 seller)의 불이행이나 이행지체 또는 불완전이행에 대하여 신속한 금전보상으로써 발주자나 매수인을 보호하고자 발행되는 것으로, 국제무역 금융(특히 기업금융) 분야에서 필수적인 금융도구의 하나이다.⁷⁾⁸⁾

-
- 1) 이는 동명(同名)의 1992년 『청구보증통일규칙(ICC 간행물 제458호)』(URDG458)을 개정한 것이다. URDG758에 관하여는, 박세운·한기문·허해관, “개정 『청구보증통일규칙』의 주요내용”, 『국제상학』 제25권 제1호(한국국제상학회, 2010.3) 참조.
 - 2) 이는 흔히 요구불보증이라고 불리기도 한다.
 - 3) 흔히 이는 보증서(保證書)라 불리고 있다.
 - 4) Roy Goode, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, (ICC, 1992), pp8-9; 오원석·허해관·김중년 공역(Roy Goode 지), 『국제상업회의소 청구보증통일규칙 가이드』(도서출판 두남, 2008), 2면 참조.
 - 5) 따라서 개념체계의 면에서 독립보증은 청구보증과 보증신용장의 상위의 개념으로 삼아야 할 것으로 보인다. 환언하자면, 독립보증의 종류로 청구보증과 보증신용장이 있다고 할 수 있다.
 - 6) 영문 ‘independent guarantee’는 국내에서 흔히 ‘독립적 보증’이라고도 불리고 있으나, 본고에서는 위와 같이 이를 ‘독립보증’이라 부르기로 한다.
 - 7) 오원석·허해관·김중년 공역, 전거서, 역자서문.
 - 8) 실무상 그 종류는 입찰보증(tender guarantee, 혹은 bid guarantee), 이행보증(performance guarantee), 선수금환급보증(advance payment guarantee, 혹은 repayment guarantee), 유보금환급보증(retention guarantee, 혹은 간단히 유보금보증), 하자보수보증(maintenance guarantee, warranty guarantee) 등 다양하다. 석광현, “국제적 보증의 제문제”, 『무역상무연구』 제17권(한국무역상무학회, 2002.2), 23면 참조. 나아가 청구보증의 종류에 관하여 상세히는 Roeland F. Bertrams, Bank Guarantees in International Trade, Third revised edition, (Kluwer Law International, 2004), pp.35-45; 박석재, “국제비즈니스계약에서의 보증수단 및 유형에 관한 연구”, 『무역상무연구』 제26권(한국무역상무학회, 2005),

국제거래에 이용되는 은행의 독립보증(independent guarantee)(대개 청구보증)은 대부분 간접보증의 형태로 제공되고 있다.⁹⁾ 뒤에서 상세히 보듯이 원보증인 청구보증이 독립성을 갖는 것과 마찬가지로, 구상보증도 독립성을 갖는데, 이는 보증은행이 원보증상 보증금의 지급에 따른 상환청구권을 위임인인 구상보증은행에게 행사함에 있어서 구상보증의 수익자의 지위에서 구상보증상 지급청구를 할 수 있도록 함으로써 그 상환청구권을 강력하게 보장받도록 하기 위한 것이다.

그러나 마찬가지로 뒤에서 상술하듯이, 원보증(의 발행과 그에 따른 서류심사 및 지급)에 관하여 수임인의 지위에 있는 보증은행이 특히 서류심사에 관하여 선량한 관리자로서의 주의의무(간단히 “선관의무”)를 다하지 못한 상태에서, 구상보증의 수익자의 지위에서 구상보증의 독립성을 악용하여 아무런 제한 없이 상환청구(구상보증상 지급청구)를 할 수 있는지가 문제된다. 이에 관하여 우리나라에서 매우 드물게 구상보증의 독립성의 제한가능성을 판시한 우리나라 2001년 고등법원의 판례가 있다.¹⁰⁾

이에 본고에서는 구상보증의 독립성에 대한 제한의 문제를 다루고자 하며, 이를 위하여 이하에서는 먼저 간접보증의 법적구조와 그에 따른 당사자간의 법률관계를 고찰한 후(II), 구상보증의 역할과 특징을 간단히 살펴봄과 아울러 구상보증의 독립성과 그 제한의 문제를 고찰한다(III). 이어 본고에서는 구상보증의 독립성의 제한에 관한 우리나라 서울고등법원 2001. 2. 27. 선고 2000나 8863 판결(확정)을 검토하고, 그에 대한 평가로서 논자의 사건을 제시한다(IV). 끝으로 본고는 결론으로써 반고하며 논의를 마무리한다(V).

다만 본론에 들어가기에 앞서 용어의 사용에 관하여 지적하고자 하는바, 독립보증(혹은 좁게는 청구보증)에 관하여는 범세계적으로 아직까지 용어의 통일성이 상당히 결여되어 있는 상태이다. 이에 본고에서는 청구보증에 관한 은행

213-218면 참조.

9) Bertrams, op. cit., p.166. 간접보증에 관하여 상세히는 본고 후술 II 참조.

10) 서울고법 2001. 2. 27. 선고 2000나8863 판결(확정). 그 밖에 이와 유사한 판결로 서울고등법원 1993. 7. 13. 선고 91나44225 판결이 있는데, 이는 대법원에 상고되었고, 그에 대한 대법원 1993. 12. 14. 선고 93다44524 판결은 “... [원심판결이] 독립적 은행보증등에 관한 법리를 오해하여 사실을 잘못 인정한 위법이나 이유불비, 이유소순의 위법이 있다고 볼 수 없다”고 판단하고 상고를 모두 기각하였다.

관행의 국제적인 통일을 지향하는 URDG758을 존중하여 그에 정의된 용어를 사용하고 있음을 유의하여야 한다.¹¹⁾ 이를 위하여 본고에서는 해당부분에서 일부 용어의 사용에 관하여 간략히 안내한다.

II. 간접보증과 그 법률관계

1. 간접보증의 의의와 필요성

독립보증의 일종으로 독립성을 갖는 청구보증은 대개¹²⁾ 기초계약(underlying contract)상 채무자의 계약에 따른 이행을 담보할 목적으로 - 즉, 채무자의 불이행에 대비하여 - 보증인에 의하여 채권자를 위하여 발행된다.¹³⁾ 여기의 기초계약의 양당사자인 채권자와 채무자는 청구보증의 맥락에서 각각 지시당사자(instructing party)¹⁴⁾(즉, 보증의뢰인)¹⁵⁾와 수익자(beneficiary)가 되

11) 아울러 특히 지시당사자(instructing party)의 용어를 포함하여 URDG758의 일부 용어는 URDG458의 용어와 다르게 정의되어 있음을 매우 유의하여야 한다. URDG758 제2조, URDG458 제2조 각 참조.

12) 입찰보증의 경우에는 기초계약이라는 것이 아직 존재하지 않는다. 입찰보증(tender guarantee)은 입찰참가자가 낙찰을 받았음에도, 계약서에 서명을 하지 않거나, 요구되는 이행보증 기타 보증을 제공하지 않거나, 보증의 만료 전에 입찰을 철회하는 경우에 대비하여 입찰발주자를 수익자로 하여 발행되며, 이는 입찰발주자가 계약체결을 거둬하여야 함에 따른 고통과 비용, 그 계약상의 추가비용을 보상한다. Goode, op. cit, p.13; 오원석·허해관·김중년 공역(Roy Goode 저), 전제서, 7-8면.

13) Bertrams, op. cit., pp.1-3.

14) URDG758(제2조)에서 지시당사자는 “구상보증인 이외의 자로서, [원]보증이나 구상보증의 발행을 지시하고, 보증인에 대하여, 구상보증의 경우에는 구상보증인에 대하여 상환책임은 지는 자를 의미한다.”고 정의되어 있다. 이에 관하여 주의할 것으로 URDG758에서 지시당사자는 보증신청인(applicant)과 상이한 개념으로 정의되어 있다. 보증신청인은 당해 보증이 기초하는 기초관계상 채무자로 보증상 표시된 자를 의미한다(URDG758 제2조). URDG758에서 양자의 정의를 분리한 것은 실무상 양자가 동일인이 아닌 경우가 있기 때문이다. 물론 대부분의 경우에 양자는 동일인이겠지만, 예컨대, 모회사(母會社)가 자회사(子會社)를 위하여 보증인에게 보증을 의뢰하는 경우에는 보증장(保證狀)에 자회사가 기초계약의 채무자(원채무자)로 표시되므로 양자가 분리된다. 이러한 경우에, 직접보증의 보증인은 법적으로 보증신청이 아니라 지시당사자에 대하여 상환청구권을 갖는다.

15) 보증채무를 부담하는 자인 보증인에게 보증을 의뢰하는 자(주채무자)를 보증의뢰인이라 하는바, 후술하듯이, 기초계약상의 주채무자는 보증인(보증은행)과 위임계약관계(간단히 위

며, 지시당사자와 수익자는 기초계약의 당사자로서 보증의 제공에 관하여 약정한다. 이들을 위하여 보증을 제공하는 역할을 대개 은행이 수행하며 그에 따라 은행은 보증인(guarantor)(이하 편의상 “보증은행”이라고도 한다)¹⁶⁾이 된다.

직접보증(direct guarantee)¹⁷⁾의 경우에 수익자로서는 일반적으로 해외의 은행으로부터 보증을 받는데,¹⁸⁾ 수익자가 이를 꺼려하는 경우에 보증은 간접보증(indirect guarantee)의 형태로 발행되며 국제거래에서 이러한 후자의 형태가 보편적이다.¹⁹⁾ 간접보증의 경우에, 지시당사자는 (대개 자신과 거래관계에 있는) 자국의 은행(이하 편의상 “구상보증은행”²⁰⁾이라 한다)을 통하여 해외에 있는 은행(“보증은행”²¹⁾으로 하여금 수익자를 위하여 보증을 발행하도록 한다. 이와 같이 간접보증은 4 당사자가 개입되는 구조를 취하며, 이에 간접보증은 이른바 “4자보증”이라 할 수 있다.²²⁾

2. 간접보증의 절차

간접보증이 발행되는 절차를 보자면, 먼저 지시당사자는 구상보증은행에게

입관계)에 있고, 전자는 위임인이고 후자는 수임인이므로 지시당사자를 가리켜 보증의뢰인이라고 하는 것이 무방하고 또한 적절한 것으로 보인다.

16) 이와 같이 국제거래에서 청구보증은 대개 은행에 의하여 발행되므로, 본고에서 문맥에 따라 “보증인”이라는 용어와 “보증은행”이라는 용어를 혼용한다.

17) 이는 흔히 ‘3당사자보증’ 혹은 간단히 ‘3자보증’이라고도 한다.

18) 직접보증에 관하여 상세히는 Bertrams, op. cit., pp.15-16; Goode, op. cit., pp.9-11; 오원석·허해관·김중년 공역(Roy Goode 저), 전계서, 3-5면; 서헌제, 『국제거래법』 제4판(법문사, 2006), 357-358면 참조.

19) Bertrams, op. cit., p.166.

20) URDG758(제2조)은 “구상보증인(counter-guarantor)”이란 용어를 사용하나, 위 보증인/보증은행과 같은 이유에서, 본고에서 문맥에 따라 편의상 구상보증인이라는 용어와 구상보증은행이라는 용어를 혼용한다. URDG758(제2조)은 구상보증인을 “보증인[...]을 수익자로 하여 구상보증을 발행하는 자를 의미”한다고 규정한다. 이 은행은 흔히 제1은행(first bank) 혹은 지시은행(instructing bank)이라 불리기도 한다.

21) 이 은행은 흔히 제2은행(second bank)이라 불리기도 한다.

22) Bertrams, op. cit., pp.18-19; Goode, op. cit., pp.11-12; 오원석·허해관·김중년 공역(Roy Goode 저), 전계서, 5-7면; 서헌제, 전계서, 358-359면; 한재필, 독립적 보증에 있어 계약당사자간 법률관계에 관한 연구, 『무역학회지』 제33권 제5호(한국무역학회, 2008.11), 316-317면 참조.

2가지 사항을 지시하는데, 그 하나는 보증은행에게 수익자를 위하여 보증(이를 구상보증과의 구별을 위하여, 본고에서는 편의상 “원보증”이라고도 한다)을 발행하도록 의뢰하라는 지시(“보증의뢰지시”)이고, 다른 하나는 추후 보증은행의 상환청구를 보장할 목적으로 보증은행을 위하여 구상보증(counter-guarantee)²³⁾을 발행하라는 지시(“구상보증발행지시”)이다.²⁴⁾

이에 구상보증은행은 보증은행을 위하여 구상보증을 발행하면서 아울러 보증은행에게 수익자를 위하여 보증(즉 원보증)을 발행하도록 의뢰한다. 실무상 이때 구상보증은행은 하나의 문서로써 구상보증의 발행과 원보증의 발행의뢰를 동시에 하는데, 그 문서상으로 보증은행이 발행하여야 하는 보증의 문안(실무상 일반적으로 보증은행은 그 문서상 QUOTE와 UNQUOTE 사이에 기재된 문안을 그대로 이기(移記)하여 보증을 발행한다)을 제공하고 동시에 그 문서로써 구상보증을 발행한다.

그러한 지시를 받은 보증은행은 수익자에게 보증(원보증)을 발행한다.

3. 간접보증의 법적구조

위와 같이 간접보증은 사각(四角)의 법적 구조를 가지며, 이는 (i) 지시당사자와 수익자 사이의 관계와 (ii) 지시당사자와 구상보증은행 사이의 관계, (iii) 구상보증은행과 보증은행 사이의 관계, (iv) 보증은행과 수익자 사이의 관계로 구성된다.²⁵⁾ 분설하면 다음과 같다.

23) 이러한 맥락에서 URDG758(제2조)은 구상보증을 “그 명칭이나 표현이 어떠하든지 간에, 구상보증인이 타인으로 하여금 청구보증이나 다른 구상보증을 발행하도록 의뢰하면서 그 타인에게 행하는 서명된 확약으로서, 그 타인을 수익자로 하여 발행된, 그 구상보증상 일치하는 지급청구의 제시가 있으면 지급할 것을 규정하는 확약을 의미한다.”(밑줄은 논자가 추가함)고 정의한다. 용어에 관하여 보자면, 여기의 “구상보증”은 영문 “counter-guarantee”의 국문표현인바, 이는 흔히 “역보증”(逆保證)이라고 불리기도 한다. 그러나 생각건대, 본문에서 보듯이, 간접보증은 A(구상보증은행)가 B(보증은행)에게 구상보증을 발행하면, B는 다시 C에게 보증(원보증)을 발행하는 구조이지, A가 B에게 보증을 발행하면 B가 역(逆)으로 A에게 다른 보증을 발행하는 구조가 아니며, 따라서 “역보증”이라는 표현은 부적절한 것으로 보인다.

24) Bertrams, op. cit., pp.161-162; Goode, op. cit., p.12; 오원석·허해관·김중년 공역 (Roy Goode 저), 전게서, 6-7면 참조.

25) Bertrams, op. cit., pp. pp.159-160; Peter Elliinger & Dora Neo, *The Law and Practice of Documentary Letters of Credit* (Hart Publishing, 2010), p335 참조. 또한 한재필, 전

첫째, 지시당사자와 수익자 사이의 관계는 기초관계(underlying relationship)²⁶⁾이다. 이 관계는 흔히 계약관계이므로 기초계약관계라고 한다. 여기의 기초계약은 예컨대 건설계약일 수도 있고 매매계약일 수도 있으며, 예컨대 이행보증의 경우에 건설계약상 채무자인 수주자(시공자)나 매매계약상 채무자인 매도인이 지시당사자가 되고, 발주자(건설계약의 경우)나 매수인(매매계약의 경우)이 수익자가 된다.²⁷⁾

둘째, 지시당사자와 구상보증은행의 관계는 위임관계(혹은 위임계약관계)이다.²⁸⁾ 지시당사자는 위임인으로서 구상보증은행에게 (i) 구상보증을 발행하는 일과 (ii) 보증은행으로 하여금 수익자를 위하여 보증을 발행하도록 하는 일을 지시(=의뢰)한다. 구상보증은행은 수임인으로서 그와 같은 2가지 수임사무를 수행하고, 지시당사자에게 상환청구를 하게 된다.

셋째, 구상보증은행과 보증은행의 관계는 이중적(二重的)인바, 이는 (i) 구상보증의 보증인(=“구상보증인”)과 수익자(=“구상보증수익자”)의 관계(“구상보증관계”)와 (ii) 원보증에 관한 위임인과 수임인의 관계(“위임관계”)²⁹⁾로 구성된다. 전자, 즉, 구상보증관계에 기초하여 그 수익자인 보증은행은 후술하는 구상보증의 독립성에 따라 그의 상환청구권의 위력을 강화하게 된다. 그러나 이러한 법률관계의 이중성은 후술하는 바와 같이 구상보증의 독립성의 제한에 관하여 중요하게 작용한다.³⁰⁾

계논문, 318-321면 참조.

26) 여기의 기초관계(underlying relationship)라는 용어를 URDG758(제2조)은 “당해 보증이 기초하는 계약, 입찰조건 기타 보증신청인과 수익자 사이의 관계를 의미한다.”고 정의한다.

27) Bertrams, op. cit., p.35 참조.

28) Bertrams, op. cit., pp.116, 159-160 참조. 우리 대법원도 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다 43873 판결에서 독립보증의 보증의뢰인(지시당사자)과 보증인의 관계가 위임관계임을 인정하고 있다. 동 판결은 이를 “보증의뢰인과 보증인 사이의 은행보증서의 발행을 위한 보증의뢰계약은 그 보증에 따른 사무처리를 내용으로 하는 민법상의 위임계약에 다름 아닌 것”이라고 표현하고 있다. 또한 서헌재, 전거서, 362면 참조. 이와 같이 위임관계라는 점에 대해서는 국내에서 이론(異論)이 없어 보인다. 이러한 위임관계는 지시당사자와 구상보증은행의 관계에서도 마찬가지라고 하여야 할 것이다. 우리나라 서울고등법원 2001. 2. 27. 선고 2000나8863 판결(확정)은 이를 긍정한다.

29) Bertrams, op. cit., pp.159-160. 사실 위와 같이 보증의뢰인(지시당사자)과 보증인 사이의 관계가 위임관계인바, 간접보증의 경우에, 구상보증인이 원보증의 보증의뢰인이 되므로 구상보증인과 원보증인은 당연히 위임관계에 있다.

넷째, 보증은행(보증인)과 수익자의 관계는 말 그대로 보증관계이며, 이는 직접보증상 보증인과 수익자의 관계와 다를 바 없다. 이러한 보증관계에 기초하여 수익자는 원보증인 청구보증의 독립성에 따라 만약 기초계약상 지시당사자의 불이행이 있는 경우에 먼저 보증인에게 지급청구를 하게 되고, 이로써 독립보증의 기능의 하나인 선불후쟁(先拂後爭, pay first argue later)³¹⁾의 결과를 누리게 된다.

3. 간접보증상 당사자들의 법적지위

위와 같은 사각의 법률관계에서 각 당사자는 최소한 2 이상의 법적지위에 놓이게 된다. (i) 지시당사자는 수익자와의 관계에서 기초계약상 당사자(채무자)의 지위를 가짐과 아울러, 구상보증은행과의 관계에서 위임계약상 위임인의 지위를 갖는다. (ii) 구상보증은행은 3중의 지위를 갖는바, 지시당사자와의 관계에서 위임계약상 수임인의 지위와 보증은행과의 관계에서 구상보증인의 지위 및 원보증에 관하여 위임계약상 위임인의 지위를 갖는다. (iii) 보증은행도 3중의 지위를 갖는데, 구상보증은행과의 관계에서 구상보증의 수익자의 지위 및 원보증에 관하여 위임계약상 수임인의 지위를 가짐과 아울러 원보증의 수익자와의 관계에서 보증인의 지위를 갖는다. (iv) 수익자는 지시당사자와의 관계에서 기초계약상 당사자로서 채권자의 지위와 보증은행과의 관계에서 원보증상 수익자의 지위를 갖는다.

30) 보증은행은 구상보증은행에 대하여 상환청구를 함에 있어 구상보증상 수익자로서 지급청구를 하거나 위임계약에 기초하여 수임인으로서 상환청구를 할 수도 있다. 그에 따라 보증은행이 수임인으로서의 의무를 다하지 못한 경우에는 구상보증은행이 위임인으로서 보증은행의 위임계약상 상환청구권에 대하여 항변할 수 있다. 그러나 보증은행은 독립보증의 성격을 갖는 구상보증의 독립성과 서류성을 향유하고자 일반적으로 구상보증상 지급청구를 하게 된다. 그러나 후술하듯이, 여기의 구상보증의 독립성은 일정한 경우에 제한되며, 수임인으로서의 의무를 해태하였음이 객관적으로 명백한 경우에조차도 항상 보증은행은 구상보증상 지급청구(상환청구)를 할 수 있는 것은 아니다. 본고 후술 III.4. 참조.

31) Bertrams, op. cit., pp.73-74 참조.

III. 구상보증의 독립성과 그 제한

1. 구상보증의 의의와 역할

구상보증은 구상보증은행이 보증은행을 그 수익자로 하여 발행하는 보증인 바, 이는 청구보증의 형태로 발행되고 그 법적성격은 독립보증이다. 구상보증은 구상보증은행에 대한 보증은행의 상환청구권을 담보할 목적으로 발행된다. 다시 말해서, 원보증상 수익자(기초계약상 채권자)의 지급청구에 대하여 보증금을 지급한 보증은행(수입인)은 구상보증은행(위임인)에 대하여 상환청구권을 갖게 되는데, 구상보증은행은 그러한 상환청구권을 보장하고자 보증은행을 위하여 청구보증의 형태의 구상보증을 발행하게 된다.³²⁾

2. 구상보증의 특징 - 원보증과의 차이점

위와 같은 사실에서 볼 때, 구상보증은 2가지 점에서 원보증과는 다른 역할을 수행한다.

첫째, 원보증은 기초계약상 지시당사자(채무자)의 “불이행”(不履行)이 있는 경우에 지급청구를 하는 것으로 의도되어 있는 데 반하여, 구상보증은 보증은행이 수입인으로서의 자신의 의무를 “이행”(履行)한 경우에 지급청구를 하는 것으로 의도되어 있다. 따라서 양자는 지급청구시에 제시되는 보강서류(supporting document)의 내실이 다르다. 원보증상 지급청구의 경우에, 특히 원보증이 단순청구보증(simple demand guarantee, 혹은 first demand guarantee)의 형태인 경우에, 수익자(기초계약상 채권자)로서는 지급청구서(demand for payment)와 불이행진술서(不履行陳述書, statement of default)를 제시하여야 하지만, 구상보증상 지급청구의 경우에 수익자인 보증은행은 지급청구서와 이행진술서(履行陳述書, statement of performance)(즉 원보증상 일치하는 지급청구가 있었고 그에 대하여 보증은행이 지급을 하였다는 취지의 진술서)를 제시하여야 한다.³³⁾

32) Bertrams, op. cit., p.166.

33) 이러한 차이점 때문에, 보증신용장에 적용되는 『보증신용장통일규칙』(International

둘째, 원보증은 보증은행(보증인)이 타인(즉 기초계약상 채무자인 지시당사자)의 채무에 관련되어 발행되는 데 반하여, 구상보증은 구상보증인 자신의 채무, 즉, 구상보증인이 위임인으로서 수입인인 보증은행(구상보증의 수익자)에 대하여 부담하는 상환의무에 관련되어 발행된다. 따라서 구상보증금의 지급은 구상보증인(위임인)의 보증은행에 대한 원보증상 상환의무를 소멸시킨다.

위와 같은 특징들 때문에, 특히, 구상보증은행과의 관계에서 수입인의 지위를 겸하고 있는 보증은행(구상보증수익자)으로서는 자신이 (타인이 아닌) 자신의 수입인으로서의 의무를 다하지 못한 것이 객관적으로 명백함에도 불구하고 후술하는 구상보증의 독립성을 원용하여 구상보증상 지급청구를 하는 것이 제한될 수 있는 가능성에 놓이게 된다.

3. 구상보증의 독립성

독립보증은 독립성을 가지며 이는 독립보증제도를 지탱하는 기본원칙 중의 하나이다.³⁴⁾ 같은 맥락에서 독립보증의 일종인 구상보증도 원칙적으로 독립성을 갖는바,³⁵⁾ 구상보증상 지급은 오직 그 구상보증상 “일치하는 지급청구”(complying demand) 여부에만 의존하여야 하고, 구상보증은행의 구상보증상 지급의무는 그와 그 수익자인 보증은행 사이의 관계 이외의 관계로부터 비

Standby Practices: ISP98)은 제4.17조에서 청구사유진술서(statement of drawing right)라는 표현을 도입하고 있는바, 이는 위의 불이행진술서와 이행진술서 등을 포괄하기 위한 것이다. 그에 관하여 상세히는 James E. Byrne, *The Official Commentary on the International Standby Practice* (Institute of International Banking Law & Practice Inc., 1998) pp.187-188; 박세운·한기문·김상만·허해관, 『보증신용장통일규칙 공식번역 및 해설』(대한상공회의소·ICC Korea 국제금융위원회, 2008), 156-158면 참조.

34) 구상보증을 포함한 청구보증의 독립성이라는 원칙에 관하여는 범세계적으로 이견(異見)이 없어 보인다. 이러한 독립성은 국제적으로 널리 인정되고 있으며, 예컨대 1995년 『독립보증과 보증신용장에 관한 UN협약』(United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit)(이하 1995년 UN협약이라 한다) 제2조, 제3조에서도 이를 명시한다. 또한 청구보증(구상보증 포함)의 독립성에 관하여 Bertrams, op. cit., pp.11-12; Goode, op. cit., pp.18-20; 오원석·허해관·김중년 공역(ROY GOODE 저), 전계서, 15-17면; 서헌제, 전계서, 354-357면; 김선국, “국제거래에 있어서 추상적지급약정의 문제점과 그 예외,” 『경영법률』 제19집 제4호(한국경영법률학회, 2009), 385-386면 등 참조. 우리 대법원도 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결에서 그러한 독립성을 인정하고 있다(이에 관하여 후술 IV.3 참조).

35) 또한 상세히, Georges Affaki, *ICC Uniform Rules on Demand Guarantees: A User's Handbook to the URDG*(ICC, 2001), p.19.

롯되는 어떤 주장이나 항변에 좌우되지 아니하는 것을 구상보증의 독립성이라 한다.³⁶⁾ 여기의 “일치하는 지급청구”는 일치하는 제시의 요건을 충족하는 지급청구를 의미하며,³⁷⁾ 여기의 보증상 일치하는 제시는 (i) 당해 보증조건과 (ii) URDG의 규정(다만 URDG의 규정은 임의규정이므로 당해 보증조건에 일치하는 한도 내에서 효력을 갖는다), (iii) 당해 보증이나 URDG에 관련규정이 없는 경우에, 국제표준청구보증관행에 모두 일치하는 제시를 의미한다.³⁸⁾ 이를 위하여 구상보증의 수익자(보증은행)는 예컨대 특히 모든 필요서류를 제시하여야 하고, 구상보증의 유효기간이나 보증금액을 준수하여야 한다.

이러한 구상보증의 독립성에 따라, 원칙적으로, 구상보증은 보증은행과 수익자 사이의 보증관계나 지시당사자와 수익자 사이의 기초관계, 지시당사자와 구상보증은행 사이의 위임관계로부터 독립되며, 이러한 구상보증의 독립성은 설령 구상보증상 당해 구상보증의 특정을 위하여 기초관계에 관한 언급이 있다는 사실에 영향을 받지 않는다.

4. 구상보증의 독립성에 대한 제한

그러나 구상보증의 독립성에 관하여, 이는 아무런 제한이 없는 것인지, 있다면 그러한 예외는 어떠한 경우에 인정되어야 하는지의 문제가 있다. 종래 전통적으로 영미법계에서는 이른바 사기규칙(fraud rule)으로써,³⁹⁾ 그리고 대륙법계에서는 권리남용(abuse of right)의 법리⁴⁰⁾로써, 수익자의 사기적 또는 권

36) URDG758 제5조 제b항 참조.

37) URDG758 제2조 “일치하는 지급청구”(complying demand)의 정의 참조.

38) URDG758 제2조 “일치하는 제시”(complying presentation)의 정의 참조.

39) Howard N. Bennett, "Performance Bond and the Principle of Autonomy," *Journal of Business Law* 574, (Nov. 1994), pp.581-586 참조. 이에 대한 미국법의 입자에 관하여 상세히는 David J. Barru, "How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bond with Bank Guarantee and Standby Letter of Credit," 37 *George Washington International Law Review* 51 (2005), pp.82-88 참조.

40) 우리 대법원은 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결에서 권리남용의 법리에 기초하여 독립보증의 독립성의 예외를 판시하고 있다. 이에 관한 평석으로는 김동훈, “독립적 은행보증과 권리남용금지의 원칙,” 『법조』 제44권 4호(통권463호)(법조협회, 1995.4); 김선국, “독립적 은행보증의 독립성 - 대판 1994.12.9선고, 93다43873판결을 중심으로,” 『경남법학』 제11집(김선수 교수 정년퇴임기념호)(경남대학교 법학연구소, 1996.2); 김정호,

리남용적 지급청구시에 독립보증의 독립성에 대한 예외를 인정하여 왔으며,⁴¹⁾ 대체로 사기적 또는 권리남용적 지급청구임이 객관적으로 명백한 경우에 그러한 예외를 긍정하였다.⁴²⁾ 나아가 그 외에도, 구상보증의 독립성에 대한 일정한 제한을 긍정하는 견해(이하 “제한설”이라고도 한다)가 있는바, 원보증상 일치하는 지급청구가 있었는지 여부나 보증은행이 구상보증은행에 대하여 수임인으로서의 서류심사사무를 준수하였는지 여부에 따라 구상보증은행에 대한 보증은행의 상환청구가 영향을 받을 수 있음을 긍정한다.

예컨대, 다음과 같은 사안을 생각해볼 수 있다. 구상보증은행의 지시에 따라 보증은행이 단순청구보증을 발행하면서 그 보증조건으로 (i) 수익자는 필요서류로서 불이행진술서를 제시하여야 하고, (ii) 보증의 만료일은 2010년 5월 31일이며, (iii) 최대보증금액은 2,000,000달러이되, 이는 지시당사자(기초계약상 채무자)가 일정한 서류를 제시하는 경우에 1,000,000달러 감액된다고 명시하였는데, 보증은행에게 발행된 구상보증에서는 그 조건으로 단순지급청구만을 명시하였을 뿐이고 그 밖의 다른 조건은 없었다고 하자. 그런데 보증은행은 (i) 원보증의 수익자가 불이행진술서를 제시하지 않았고, (ii) 원보증의 만료일이 지난 후에 비로소 지급청구를 하였고, (iii) 수익자의 지급청구가 있기 전에 지시당사자가 보증은행에 일치하는 제시로써 보증금액의 감액을 위한 서류를 제시하였음에도, 수익자의 2,000,000달러의 지급청구에 대한 전액을 지급하였다고 하자. 이러한 경우에 구상보증의 지급조건으로는 위와 같이 단순지급청구만이 명시되었다는 이유로 보증은행은 구상보증은행에 대하여 구상보증상 2,000,000달러 전액에 대한 지급청구(상환청구)를 할 수 있는가?⁴³⁾

“독립적 은행보증의 법률관계: 대법원 1994.12.9. 선고 93다43873 판결의 평석을 곁하여,” 『법실천의 제문제: 동천 김인섭 변호사 회갑기념논문집』(박영사, 1996.12) 참조.

41) 석광현, 전계논문, 26-27면 참조.

42) Anthony Pierce, *Demand Guarantee in International Trade* (Sweet & Maxwell, 1993), pp.81-100 참조. 나아가 화환신용장·보증신용장·청구보증을 포함하는 개념으로서의 추상적지급약정에 관하여 독립성의 예외에 관한 미국·영국·독일·프랑스의 비교법적 고찰로 김신국, “국제거래에 있어서 추상적지급약정의 문제점과 그 예외,” 『경영법률』 제19집 제4호(한국경영법률학회, 2009) 387-379면; 김정호, “유럽의 독립적 은행보증제도에 대한 법적 연구,” 『경영법률』 제9집(한국경영법률학회, 1999); Bertrams, op. cit., pp.335-393 참조. 그밖에 신용장에 관하여, 독립성의 예외에 관한 유력한 비교법적 고찰로는 Gao Xiang & Ross P. Buckley, “A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under The Fraud Rule in Letter of Credit Law,” 13 *Duke Journal of Comparative and International Law* 293 (Spring 2003), pp.293-336 참조.

위와 같은 가상의 사례는 원보증은행이 원보증상 수익자의 지급청구에 대하여 그의 서류심사의무를 해태하였음이 명백한 경우인데, 구상보증의 독립성을 충실히 견지하는 견해는 위와 같은 경우에 구상보증은행에 대한 보증은행의 지급청구권을 긍정하게 되고, 반대로 구상보증의 독립성이 제한됨을 인정하는 견해(제한설)는 그러한 권리가 부정될 가능성을 인정한다.

구상보증의 독립성에 관하여 제한설은 구상보증은 전술한 바와 같은 특징을 가지므로, (i) 기초계약과 원보증의 관계에 적용되는 독립성의 관념이 원보증과 구상보증의 관계에 그대로 이식(移植)될 수 없고, (ii) 구상보증의 독립성에 의존하여, 비록 보증은행이 수입인으로서 서류심사의무를 태만한 경우에게까지도 구상보증상 지급거절을 할 수 없다는 것은 의문이라고 주장한다.⁴⁴⁾ 전술한 1995년 UN협약은 독립보증의 독립성에 대한 예외를 규정하면서⁴⁵⁾ 제한설을 취하는바, 구상보증에 관하여, “구상보증의 수익자가 구상보증과 관련된 확약의 보증인/개설인으로서 악의로(in bad faith) 지급한 경우”⁴⁶⁾에 확약⁴⁷⁾의 유형과 목적에 따라 판단할 때 지급청구가 생각할 수 있는 아무런 기초가 없는 경우에 해당하는 것으로 다루어 보증인/개설인(즉, 여기서는 각각 구상보증인 또는 구상보증신용장의 개설인)으로 하여금 지급을 유보할 수 있도록 허용한다.⁴⁸⁾

그러나 구상보증의 독립성의 제한(혹은 예외)은 불가피한 경우에 예외적으로 인정되어야 하며, 따라서 실령 독립성에 대한 제한을 인정하더라도, 정도의 문제로서, 과연 어떠한 경우에 그 예외를 허용할 것인지는 여전히 어려운 문제

43) 여기의 가상사례는 Bertrams, op. cit., pp.166-167에 있는 것을 가공한 것이다.

44) Bertrams, op. cit., p.167. 나아가 사실 판례법을 보더라도, 보증은행이 지급청구에 대하여 서류심사의무를 다하지 못하였음이 명백한 경우에 단순청구보증 형태의 구상보증에서 보증은행의 지급청구권(상환청구권)을 인정하는 취지의 판례는 없다고 한다(ibid). 서헌제, 전제서, 366면도 **보증은행이 수입인으로서 서류심사의무를 태만한 경우에게까지도 구상보증상 지급거절을 할 수 있는 것은 의문이라고 한다.**

45) 1995년 UN협약 제19조 참조.

46) 1995년 UN협약 제19조 제2항 제e호.

47) 1995년 UN협약에서 말하는 여기의 “확약”(undertaking)은 청구보증(구상보증 포함)과 보증신용장(구상보증신용장 포함)을 포함하는 개념이다.

48) 1995년 UN협약 제19조 제1항 본문 및 제c호. 박석재, “**독립적 은행보증과 스탠드바이 신용장에 관한 유엔협약**”, 『상사법연구』 제22권 제5호(한국상사법학회, 2004), 329-330면 참조.

이다. 생각건대, 이에 관하여, 종래의 사기적 또는 권리남용적 지급청구에 적용되는 사기규칙이나 권리남용의 법리에 준하는 정도의 엄격성이 요구되어야 할 것이다. 따라서 구상보증은행과의 관계에서 수입인의 지위를 겸하고 있는 보증은행이 서류심사의무를 중대하게 위반하였음이 객관적으로 명백한 경우에 한하여(이른바 “객관적 명백성의 기준”) 구상보증은행은 구상보증상 보증은행에 대하여 지급을 거절할 수 있다고 하여야 할 것이다.

IV. 구상보증의 독립성의 제한에 관한 우리나라 판례

- 서울고등법원 2001. 2. 27. 선고 2000나8863 판결(확정)⁴⁹⁾

1. 사실관계

본고에 필요한 부분에 한하여 위 사건의 사실관계를 발췌하여 정리하면 다음과 같다. 여기의 사실관계에 관하여 주의할 것으로, 이미 밝힌 바와 같이 본고에서는 가급적 URDG758의 용어를 사용하고자 하였고, 그에 따라 판결문상의 일부 용어를 URDG758의 용어로 대체하였다. 특히 당사자의 지위를 표시하는 용어가 그러하며, 해당부분에서 그러한 사실을 표시하였다.

세아중기(피고보조참가인)(기초계약상 공급자 겸 채무자, 원보증의 지시당사자/보증의뢰인)는 1991. 12. 18. 사우디아라비아의 Arabian Pipes Co.(기초계약상 채권자, 원보증의 수익자)(이하 '아랍파이프'라 한다)에게 구경 6" 내지 20" 의 강관을 생산할 수 있는 조관기 설비일체를 납품하는 계약(이하 '이 사건 계약'이라고 한다)을 체결하였다. 계약상 세아중기는 동 설비의 설계, 제작, 설치, 시운전까지 부담한바, 위 계약일로부터 20개월 내에 조관기 설비 일체의 인도를 완료하고, 35개월 되는 때에 시운전을 완료하여야 한다. 아랍파이프가 세아중기에게 지급하여야 하는 대금은 미화 2,850만 달러였다.

이 사건 계약금액의 10%인 미화 285만 달러의 선수금에 관하여, 세아중기의 요청에 따라, 한국외환은행(피고, 구상보증은행)(본고에서 이하 외환은행 혹

49) 이 판례에 대한 평석으로 채동현, 『국제거래와 법 - 신용장 편』(청림출판, 2004), 155-169면이 있다.

은 구상보증은행이라 한다)은 1995. 12. 15. Al Rajhi Banking & Investment Corporation(원고, 선수금환급보증의 보증은행)(이하 Al Rajhi 혹은 원보증은행이라 한다)에게 아랍파이프를 위하여 미화 285만 달러의 선수금환급보증⁵⁰⁾을 발행하여 주도록 요청하면서, 아울러 원보증은행(원고)을 수익자로 하여 구상보증⁵¹⁾을 발행하였다. 그에 따라 Al Rajhi는 아랍파이프에게 1996. 1. 1.부터 1996. 12. 31.까지 유효한 선수금환급보증을 발행하였고, 그에 따라 아랍파이프는 세아중기에게 위 선수금을 지급하였다.

외환은행(구상보증은행)은 Al Rajhi(원보증은행)에게 선수금환급보증(원보증)의 발행을 요구하면서, 원보증의 내용으로 다음을 명시할 것을 요구하였다.

“... (2) 우리는 본 보증서의 유효기간 내에 [세아중기가] 공급, 설치, 시운전한 조관기, 후처리설비, 시험설비를 이용하여 아랍파이프가 API X-70 및 ARAMCO 규정에 따라 6" 내지 20" 짜리 강관을 생산하지 못하거나 ARAMCO/API의 검사를 통과하지 못한다는 귀사의 절대적인 판단에 따른 최초의 서면통지가 있으면, 위 금액을 초과하지 않는 범위 내에서 귀사가 청구하는 금원을 지급할 것을 무조건적으로 보증합니다(밑줄은 논자가 추가함).”⁵²⁾

“(3) 이 보증서의 유효기간은 1996. 12. 31.까지이고, 이 보증서의 해석에 관한 어떠한 분쟁도 사우디아라비아왕국의 법령에 따라 특히 재정경제부에서 1408. 2. 4.(해지라력) 공고한 규정번호 16/67의 보증서 규정에 의한다.”

50) 이 사건 판결문에서는 이를 ‘선수금지급보증서’ 혹은 ‘1차 보증서’라 표현하고 있다.

51) 이 사건 판결문에서는 이를 ‘2차 보증서’라 표현하고 있다.

52) 참고로 원문은 다음과 같다. “We hereby unconditionally guarantee to put under your disposal an amount not exceeding the above mentioned figure upon receiving your first written notice during the validity of this guarantee according to your absolute judgment of a failure in meeting that Arabian Pipes Company can and able to produce size 6 inch-20 inch pipes according to API X-70 and ARAMCO specification and able to pass ARAMCO/API inspection using the Tube Mill Finishing Line Equipment and Laboratory Equipment supplied, installed, commissioned by Haiduk Machinery Co. Ltd.”

그 후, 아랍파이프(원보증의 수익자)는 1996. 12. 초 Al Rajhi(원보증은행)에게 원보증의 유효기간을 1997. 12. 31.까지로 연장하여 줄 것을 요청하였고, 위 요청을 받은 Al Rajhi는 1996. 12. 9. 및 같은 달 24.에 외환은행(구상보증은행)에게 원보증의 유효기간을 아랍파이프의 요청대로 연장할 테니 구상보증의 유효기간을 1998. 1. 15.까지로 연장하여 달라고 요청하였으나, 피고는 이에 대하여 아무런 응답을 하지 않았다.

그러자 아랍파이프는 1996. 12. 24. Al Rajhi에게, Al Rajhi가 1996. 12. 28.까지 원보증의 유효기간 연장에 대하여 확인하여 주지 아니하는 경우에는 이 서신을 원보증에 따른 공식청구로 간주하고 미화 285만 달러를 지급하여 달라는 내용의 서면(즉 “지급 또는 연장의 선택부지급청구, pay or extend”)을 Al Rajhi에게 보냈다. 이에 Al Rajhi는 구상보증의 수익자로서 1996. 12. 26. 외환은행(구상보증은행)에게, 원보증의 유효기간을 1997. 12. 31.까지 연장할 테니 세아중기(지시당사자)와 접촉하여 구상보증의 유효기간을 1998. 1. 15.까지 연장하여 달라고 요청하면서 만약 외환은행이 1996. 12. 28.까지 구상보증의 유효기간 연장에 대하여 확인을 하지 않는 경우에는 이 전문을 구상보증에 기한 공식 지급청구로 간주하고 미화 285만 달러를 Al Rajhi에게 지급하여 달라는 내용의 전문을 보냈다(“구상보증상 지급 또는 연장의 선택부지급청구”).

외환은행(구상보증은행)은 위 1996. 12. 28.까지 이에 대하여 아무런 응답을 하지 않다가, 1997. 1. 3. 및 같은 달 15. Al Rajhi에게, 아랍파이프가 무슨 이유로 연장을 원하는지 알고 싶으며, 세아중기(지시당사자, 기초계약상 채무자)는 이 사건 계약에 따른 의무를 모두 이행하였으며, 다만 API X-70 규격에 의한 제품을 생산하지는 못하였으나 이는 아랍파이프(원보증의 수익자)가 판매처로부터 이의 주문을 받지 못하였고 이를 생산할 수 있는 소재를 세아중기에게 공급하지 않았기 때문이므로, 세아중기의 책임이 아니라는 취지의 답신을 보냈다.

아랍파이프(원보증의 수익자)는 Al Rajhi(원보증은행)가 보증금을 지급하지 않자 사우디아라비아 리야드의 금융분쟁조정위원회에 Al Rajhi를 상대로 제소하였고, Al Rajhi는 아랍파이프의 보증금청구가 원보증에서 정한 요건에 위반되고 세아중기가 채무불이행을 한 바 없다는 취지로 다투었으나, 위 위원회는 1998. 1. 1. Al Rajhi는 아랍파이프에게 원보증상 보증금을 지급하여야 한다는 결정을 하였고, 이에 Al Rajhi는 1998. 7. 19. 아랍파이프에게 미화 285만 달

리를 지급하였다.

이 후 Al Rajhi(구상보증 수익자)는 외환은행(구상보증은행)에게 구상보증에 기하여 상환을 구하였으나 외환은행은 그 지급을 거절하였고, 이에 Al Rajhi는 소송을 제기하게 되었다.

2. 당사자의 주장

원고 Al Rajhi는 위 원보증에 따라 아랍파이프에게 원보증금을 지급하였으므로 피고 외환은행은 위 구상보증에 따라 구상보증금을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

이에 대하여 피고 외환은행과 피고보조참가인 세아중기는(이하 '피고들'이라고 한다), ① 원보증에 의하면, 아랍파이프가 Al Rajhi에게 세아중기의 채무불이행의 내용을 명시한 서면통지를 한 경우에 Al Rajhi는 위 보증금을 지급할 책임을 부담하는 것인데, 아랍파이프는 Al Rajhi에게 세아중기의 채무불이행 내용을 명시한 통지를 한 바 없으므로 Al Rajhi는 아랍파이프에게 보증금을 지급할 의무가 없음에도 이를 지급하였으므로, 외환은행은 Al Rajhi에게 구상보증금을 지급할 의무가 없고, ② 세아중기가 아랍파이프에 대하여 이 사건 계약에 의한 채무를 모두 이행하였음에도 아랍파이프가 원보증에 기하여 보증금청구를 하였으므로 이는 사위(詐僞)에 기한 청구 또는 권리남용의 청구로서 허용될 수 없고, 따라서 Al Rajhi는 아랍파이프에게 원보증금을 지급할 의무가 없다고 할 것이므로 비록 Al Rajhi가 이를 지급하였더라도 외환은행은 Al Rajhi의 구상보증상 지급청구에 응할 의무("상환의무")가 없다고 주장하였다.

3. 법원의 판단과 그에 대한 사건

(1) 도입

제1심 법원인 서울지방법원은 이 사건 원보증의 문언상 지급청구시 채무자의 채무불이행 사실의 통지("불이행진술서"의 제시)가 불필요한 것으로 해석하고, 나아가 이 사건 구상보증상 지급청구가 사기적인 거래에 기한 것임을 인정할 이유가 없다는 이유로 원고 Al Rajhi의 청구를 전부 인용하였다.⁵³⁾

그에 따라 피고 외환은행은 항소하였고, 그에 대하여 제2심 법원인 서울고

등법원(본고에서 이하 항소법원이라 한다)은 피고의 항소를 전부 기각하였는 바, 원고의 청구를 전부 인용한 원심을 유지하되 그 이유의 구성은 달리하였다. 이하에서는 본고의 목적에 한하여 항소법원의 판단을 검토한다.

(2) 원보증상 불일치한 지급청구에 따른 구상보증상 지급청구의 가부에 관하여

항소법원은 이 사건 원보증 및 특히 이 사건 원고 Al Rajhi의 청구의 근거인 구상보증의 독립성을 인정하면서,⁵⁴⁾ 이와 같은 독립성, 특히 구상보증의 독립성의 제한에 관하여, 원보증의 수익자(아랍파이프)에게 보증을 발행한 원보증은행(Al Rajhi)은 원보증상 수익자의 지급청구가 보증조건을 갖추지 못하였음(즉, “일치하는 지급청구”⁵⁵⁾가 아님)을 명백히 알았거나 알 수 있었던 경우가 아닌 한 수익자의 지급청구에 응하여야 한다고 하면서도, 그에 대한 예외로, 만약 원보증은행이 수익자의 청구가 “불일치한 지급청구”임을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 그 지급청구를 거절하지 않고서 지급을 하였다면 피고인 구상보증은행에게 구상청구를 할 수 없다고 봄이 상당하다고 판시하였다.⁵⁶⁾

생각건대, 이는 구상보증의 독립성에도 불구하고 일정한 경우에 그에 대한 예외를 인정하는 것으로, 보증은행이 수입인의 지위에서 특히 서류심사에 관하

53) 서울지방법원 2000. 1. 14. 선고 99가합19945 판결.

54) 이 사건 항소법원 판결(서울고법 2001. 2. 27. 선고 2000나8863 판결(확정))의 ‘판결요지 [1]’에서는, “독립적 은행보증(first demand bank guarantee)의 경우, 보증인으로서의 수익자의 청구가 있지만 하면 보증의뢰인이 수익자에 대한 관계에 있어서 채무불이행책임을 부담하게 되는지의 여부를 불문하고 그 보증서에 기재된 금액을 지급할 의무가 있다고 할 것이며, 이 점에서 이러한 은행보증은 수익자와 보증의뢰인과의 원인관계와는 단절된 추상성 내지 무인성을 가진다.”고 판시하는바(이는 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결에서도 같다), 논자는 여기의 “추상성 내지 무인성”을 청구보증(구상보증 포함)의 독립성으로 이해한다. 비록 우리 민·상법학계에서는 추상성과 무인성이라는 용어가 보편적으로 사용되고 있고 또한 그러한 의미를 가지지만, 국제적으로 학계와 업계에서 뿐만 아니라 『청구보증통일규칙』(URDG758)이나 『보증신용장통일규칙』(ISP98)에서 각각 청구보증과 보증신용장의 그러한 성격을 지칭하는 용어로 독립성(independence)라는 용어를 사용하고 있고(URDG758 제5조, ISP98 제1.06조, 제1.07조 각 참조)에서 볼 때, 그리고 비록 이 사건에서 URDG가 준거규칙으로 적용되지 않았더라도, 우리 법원의 그러한 용어사용은 바람직하지 않다고 생각된다.

55) 여기의 “일치하는 지급청구”(complying demand)의 정의는 URDG758 제2조 참조.

56) 이와 유사한 취지의 독일과 프랑스 판례의 소개로는 Bertrams, op. cit., pp.179-183 참조.

여 자신의 의무를 다하지 못함으로써 부당하게 보증금을 지급한 경우에는 위임인인 구상보증은행⁵⁷⁾(원보증의 보증의뢰인)에 대하여 상환청구권(즉, 구상보증상 지급청구권)을 갖지 못한다는 취지로 이해된다. 여기의 제한가능성의 근거로는, 생각건대, 보증은행으로서는 원보증에 관하여 수입인으로서 자신의 위임인인 구상보증은행에 대하여 당해 원보증에 관한 구상보증은행의 이익을 보호하여야 할 의무를 부담하게 되고, 따라서 보증은행은 특히 원보증상 수익자의 지급청구가 권리남용임이 객관적으로 명백할 때에는 구상보증은행(보증의뢰인)에 대한 관계에 있어서 마땅히 그 지급을 거절하여야 할 보증의뢰계약(위임계약)상의 의무를 부담하기 때문이다.⁵⁸⁾

그러나 위와 같이 구상보증의 독립성의 제한가능성을 인정한다고 할 때에도 과연 이를 어떤 경우에까지 인정할 것인지의 문제, 즉, 정도의 문제가 있다. 독립성의 예외를 너무 쉽게 인정한다면 오히려 그 독립성의 본래의 취지가 근본적으로 훼손될 수 있기 때문이다. 따라서 그러한 예외는 엄격한 기준하에 비로소 인정되어야 할 것인바, 여기의 기준으로는 전술한 이른바 “객관적 명백성”(“객관적으로 명백하여야 한다”)의 기준이 적용되어야 할 것이다. 다행히 이 사건에서 항소법원은 이러한 객관적 명백성의 기준을 상정하고 있는 것으로 보인다.⁵⁹⁾

57) 직접보증의 경우에, 보증은행과 지시당사자(보증의뢰인)가 위임관계를 갖는바, 간접보증의 경우에는, 전술한 바와 같이, 원보증의 발행과 그에 따른 서류심사 및 지급 또는 지급거절 등에 관하여 구상보증은행이 위임인의 지위에 있고 원보증은행이 수입인의 지위에 있다.

58) 이러한 수입인으로서의 보증인의 지급거절의무에 대해서는, 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결의 판결요지 ‘다’항에서도 명시적으로 인정하고 있으며, 이는 이 사건 서울고등법원 2001. 2. 27. 선고 2000나8863 판결(확정)의 판결요지 [6]항에서도 마찬가지다. 다만 이러한 2 판결에서는 “수익자의 보증금 지급청구가 권리남용임이 객관적으로 명백할 때”에 보증은행의 지급거절의무가 있음을 판시하고 있는데, 이러한 취지는 본고의 위 본문과 같은 경우에도 타당하다 할 것이다.

59) 이는 이 사건 서울고등법원 2001. 2. 27. 선고 2000나8863 판결(확정)의 판결요지[1]항에서 “그 청구가 위와 같은 요건을 갖추지 못하였음을 명백히 알았거나 알 수 있었던 경우가 아닌 한 수익자의 청구에 응하여야 할 것”(밑줄은 논자가 추가함)이라고 판시한 것에서 알 수 있다. 나아가 이는 이 사건 원보증상 아랍파이프가 지급청구시 불이행진술서를 제시하는 것이 지급조건(즉, 지급청구의 요건)인지에 관하여, 이 사건 항소법원이 설령 아랍파이프의 원보증상 지급청구가 그 요건을 갖추지 못하였더라도 Al Rajhi가 국제적인 표준은행관행(international banking standard)에 따라 엄격하게 심사한 후 위와 같은 금융분쟁조정위원회의 결정에 따라 그 보증금을 지급한 것을 두고 수익자(아랍파이프)의 원보증에 기한 지급청구가 그 요건을 갖추지 못하였음을 “명백히 알았거나 알 수 있었던 경우”(밑줄은 논자가 추가함)에 해당한다고 볼 수 없다고 판시한 것에서도 알 수 있다.

이와 같이 항소법원은 전술한 구상보증의 특성(즉, 수입인의 상환청구권의 보장)을 고려하여, 보증은행(원보증에 관한 수입인 겸 구상보증의 수익자)이 원보증상 불일치한 지급청구에 대하여 그것이 불일치한 지급청구임이 객관적으로 명백함에도 불구하고 그의 선관의무를 중대하게 해태하여 원보증상 지급을 한 경우에, 후술하는 권리남용적 지급청구를 이유로 독립보증(구상보증 포함)의 독립성을 제한하는 것과 구별되는 별도의 제한사유, 즉, 구상보증의 독립성의 예외의 근거를 인정하고 있다.

(3) 원보증상 권리남용적 지급청구에 따른 구상보증상 권리남용적 지급청구에 관하여

전술하였듯이, 종래 독립보증의 독립성을 제한하는 근거의 가장 대표적인 것으로 수익자의 사기적 지급청구 혹은 권리남용적 지급청구(이하 후자의 표현만을 사용한다)가 있다. 이 사건에서도 원고 Al Rajhi의 지급청구권에 대하여 피고 외환은행은 원보증 및 구상보증상 각 수익자⁶⁰⁾의 권리남용적 지급청구를 주장하였다.

그에 대하여 항소법원은 독립보증의 경우에도 신의성실의 원칙 내지 권리남용금지의 원칙의 적용까지 배제되는 것은 결코 아니므로, 수익자가 독립보증의 독립성을 악용하여 보증인에게 지급청구를 하는 것임이 객관적으로 명백한 경우에, 보증인으로서의 수익자의 지급청구에 따른 보증금의 지급을 거절할 수 있고, 보증의뢰인에 대한 관계에 있어서 마땅히 그 지급을 거절하여야 할 보증의뢰계약상의 의무를 부담하고, 보증의뢰인으로서도 보증인에 대하여 위와 같이 수익자의 청구가 권리남용임이 명백하다는 것을 입증하여 그 보증금의 지급거절을 청구할 수 있는 권리를 가진다고 보아야 한다고 판시하였다.⁶¹⁾

그러나 이 사건은 구상보증⁶²⁾상 지급청구에 기한 것이므로, 항소법원은 더

60) 원보증의 수익자는 아랍파이프이고, 구상보증의 수익자는 Al Rajhi이다.

61) 이는 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결을 따른 것이다.

62) 이 사건 항소법원은 여기의 구상보증을 “간접보증”이라고 표현하는바, “보증인이 보증의뢰인의 의뢰를 받아 직접 수익자에게 위와 같은 내용의 보증을 하는 경우”를 “직접보증”이라 하고, “보증의뢰인이 은행(제1은행)에 보증을 의뢰하면 제1은행이 다시 제2은행(대체로 수익자의 국가에 있는 은행이다)에게 수익자에 대한 보증을 의뢰하고, 제1은행은 제2은행이 지급을 하는 경우에 그 구상권 행사를 보증하는 경우”를 “간접보증 또는 역보증”이라 하고 있다. 그러나 전술한 바와 같이, 직접보증과 간접보증이라는 용어는 각각 3자보증(three-

나아가 구상보증상 권리남용적 지급청구가 되기 위한 요건도 아울러 판시한바, 구상보증상 권리남용적 지급청구가 되기 위해서는 권리남용의 요건이 수익자와 원보증은행(이 사건의 원고)에 공통적으로 존재하여야 구상보증은행(이 사건의 피고)이 원보증은행의 구상권 행사에 대항할 수 있다고 봄이 상당하다고 보았다. 그에 따라 항소법원은 원보증상 수익자가 권리남용적 지급청구를 하였고 원보증은행이 그 청구가 권리남용에 해당한다는 사실을 알면서 수익자의 그러한 권리남용적 청구에 가담하였거나 적어도 그렇게 의심할 충분한 이유가 있었음에도 만연히 수익자의 청구에 응하여 보증금을 지급한 경우에 구상보증은행은 원보증은행의 구상보증상 지급청구를 거절할 수 있다고 판시하였다.⁶³⁾⁶⁴⁾

생각건대, 이 사건 항소법원의 위와 같은 판결은 종래의 전통적인 권리남용적 지급청구에 따른 지급거절의 법리(간단히 권리남용의 법리)를 구상보증에도 적용하는 경우의 문제를 다루는 점에서 의의가 있는바, 이 사건 항소법원은 위와 같이 구상보증상 권리남용적 지급청구가 되기 위한 선택적 요건, 즉, 원보증은행이 ‘수익자의 원보증상 권리남용적 지급청구의 사실을 의심할 충분한 이유가 있었음에도(밀줄은 논자가 첨가함) 보증금을 지급하였어야 한다는 요건을 요구하였다. 여기서도 이 사건 항소법원은 전술한 구상보증의 특성(즉, 수입인의 상환청구권의 보장)을 고려한 것으로 보인다.

그러나 위와 같이 권리남용의 법리를 구상보증에 적용함에 있어서는 구상보증은행이 ‘원보증상 수익자의 권리남용적 지급청구의 사실을 의심할 충분한 이유’가 있어야 한다고 보는바, 여기의 충분한 이유는 전술한 객관적 명백성의

party guarantee)과 4자보증(four-party guarantee)을 지칭하는 용어이므로 항소법원이 간접보증의 개념을 위와 같이 이해하는 것은 꼭 정확한 것은 아니다.

63) 더욱이 항소법원은 화환신용장거래에 있어서 대법원 1997. 8. 29. 선고 96다43713 판결 등을 참조하면서, 독립보증은 보증신용장과 대체로 동일한 법리의 적용을 받고 있으며, 이 대법원판결에서 말하는 권리남용의 법리는 화환신용장뿐만 아니라 보증신용장과 독립보증에도 적용된다고 실시하고 있다.

64) 그러나 이 사건에서 항소법원은 아랍파이프의 청구가 원보증의 독립성을 악용한 청구임이 객관적으로 명백하다고 보기는 어렵다고 보았고, 또한 원고 Al Rajhi가 아랍파이프의 청구가 권리남용에 해당한다는 사실을 알면서 거기에 가담하였거나 적어도 그렇게 의심할 충분한 이유가 있었음에도 만연히 그 청구에 응하여 위 보증금을 지급하였는지 여부에 관하여 이를 부정하였다. 그에 따라 항소법원은 원고 Al Rajhi의 이 사건 청구가 권리남용에 해당하거나 사기적인 청구라고 볼 수는 없다고 판결하였다.

기준보다 낮은 것으로 볼 수 있어 오해의 소지가 있어 보인다. 예외의 인정은 엄격하여야 하며, 따라서, 생각건대, 수익자의 원보증상 권리남용적 지급청구가 객관적으로 명백하다는 사실을 원보증은행이 알았다는 사실이 객관적으로 명백할 때 비로소 구상보증은행의 지급거절이 인정되어야 할 것이다.

V. 결 언

독립보증의 독립성은 청구보증과 구상보증이 생존할 수 있도록 하는 핵심적 원천 중의 하나이다. 그러나 이러한 독립성도 엄격한 요건하에 일정한 제한을 받는바, 종래 이러한 독립성에 대한 예외의 가장 대표적인 근거가 권리남용의 법리(영미법계상으로는 이른바 ‘사기규칙’)이었다. 이러한 법리는 간접보증의 경우에 원보증과 구상보증 모두에 적용된다.

나아가 구상보증은 본문에서 보았듯이 보증은행이 수임인으로서 자기 자신의 의무를 이행한 경우에 위임인인 구상보증은행에 대한 그의 지급청구권(상환청구권)을 보장받을 목적으로 발행된다는 특징에 따라 구상보증의 수익자인 보증은행이 수임인으로서의 그의 의무(특히 서류심사의무)를 해태하였음이 객관적으로 명백한 때에도 그 독립성이 제한되고, 그에 따라 보증은행의 구상보증상 지급청구권(상환청구권)이 부정될 수 있다. 이러한 제한은 위의 권리남용의 법리와 본질적으로 같지만, 그와는 다른 별도의 것이다. 이러한 경우에는, 영미법계의 표현을 빌리자면, “원보증 수익자”의 사기 내지 사기적 청구가 개재되지 않기 때문이다.

구상보증의 독립성에 대한 위와 같은 2가지의 제한사유에 관한 우리나라에서 2001년 고등법원의 판례에서 항소법원은 양자의 적용가능성을 모두 긍정하였다. 그에 따라 보증은행이 수임인의 지위에서 특히 서류심사에 관하여 자신의 의무를 다하지 못한 것이 객관적으로 명백한 경우에 구상보증은행에 대한 구상보증상 지급청구권이 부인되는 것으로 판시하였다. 나아가 항소법원은 구상보증상 권리남용적 지급청구의 사실도 구상보증의 독립성에 대한 예외사유가 된다고 하였으나, 다만 이를 위해서는 원보증은행이 원보증의 수익자가 권리남용적 지급청구를 하였음을 의심할 충분한 이유가 있어야 한다고 판시함으

로써 독립성의 제한을 위하여 요구되는 전술한 객관적 명백성의 기준에 관하여 오해를 낳을 수 있는 소지가 있어 아쉬움이 있다. 향후 기회가 닿을 때 이러한 문제가 적절히 정리되어 해소되기를 기대한다.

참 고 문 헌

- 김동훈, “독립적 은행보증과 권리남용금지의 원칙,” 『법조』 제44권 4호(통권463호), 법조협회, 1995.4.
- 김선국, “독립적 은행보증의 독립성 - 대판 1994.12.9선고, 93다43873판결을 중심으로,” 『경남법학』 제11집(김선수 교수 정년퇴임기념호), 경남대학교 법학연구소, 1996. 2.
- 김선국, “국제거래에 있어서 추상적지급약정의 문제점과 그 예외,” 『경영법률』 제19집 제4호, 한국경영법률학회, 2009.
- 김정호, “독립적 은행보증의 법률관계: 대법원 1994.12.9. 선고 93다43873 판결의 평석을 겸하여,” 『법실천의 제문제: 동천 김인섭 변호사 화갑기념논문집』, 박영사, 1996.12.
- 김정호, “유럽의 독립적 은행보증제도에 대한 법적 연구,” 『경영법률』 제9집, 한국경영법률학회, 1999.
- 박석재, “국제비즈니스계약에서의 보증수단 및 유형에 관한 연구,” 『무역상무연구』 제26권, 한국무역상무학회, 2005.
- 박석재, “독립적 은행보증과 스탠드바이 신용장에 관한 유엔협약,” 『상사법연구』 제22권 제5호, 한국상사법학회, 2004.
- 박세운·한기문·김상만·허해관, 『보증신용장통일규칙 공식번역 및 해설』, 대한상공회의소·ICC Korea 국제금융위원회, 2008.
- 박세운·한기문·허해관, “개정 『청구보증통일규칙』의 주요내용,” 『국제상학』 제25권 제1호, 한국국제상학회, 2010.3.
- 석광현, “국제적 보증의 제문제,” 『무역상무연구』 제17권, 한국무역상무학회, 2002.2.
- 서헌재, 『국제거래법』 제4판, 법문사, 2006.
- 오원석·허해관·김중년 공역(Roy Goode 지), 『국제상업회의소 청구보증통일규칙 가이드』, 도서출판 두남, 2008.
- 채동헌, 『국제거래와 법 - 신용장 편』, 청림출판, 2004.
- 한재필, 독립적 보증에 있어 계약당사자간 법률관계에 관한 연구, 『무역학회지』 제33권 제5호, 한국무역학회, 2008.11.

- Affaki, Georges, *ICC Uniform Rules on Demand Guarantees: A User's Handbook to the URDG*, ICC, 2001.
- Barru, David J., "How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bond with Bank Guarantee and Standby Letter of Credit," 37 *George Washington International Law Review* 51 (2005).
- Bennett, Howard N., "Performance Bond and the Principle of Autonomy," *Journal of Business Law* 574, (Nov. 1994).
- Bertrams, Roeland F., *Bank Guarantees in International Trade*, Third revised edition, Kluwer Law International, 2004.
- Byrne, James E., *The Official Commentary on the International Standby Practice*, Institute of International Banking Law & Practice Inc. 1998.
- Ellinger, Peter & Dora Neo, *The Law and Practice of Documentary Letters of Credit*, Hart Publishing, 2010.
- Goode, Roy, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC, 1992.
- Pierce, Anthony, *Demand Guarantee in International Trade*, Sweet & Maxwell, 1993.
- Xiang, Gao & Ross P. Buckley, "A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under The Fraud Rule in Letter of Credit Law," 13 *Duke Journal of Comparative and International Law* 293 (Spring 2003).

ABSTRACT

Exceptions to the Independence of Counter-guarantee in International Trades: A Case Study on Seoul Appellate Court's Decision

Oh, Won Suk
Hur, Hai Kwan

A counter-guarantee is an independent undertaking and it functions in the same way as an ordinary independent guarantee. However, the typical notion of independence which applies to the relationship between the guarantee and the underlying contract cannot be exactly transposed to the relationship between the counter-guarantee and the primary guarantee, because the primary guarantor bears its duties that derive from the mandate.

In this respect, this study reviews, with some critics, a Korean appellate court's decision and argues that, in spite of the principle of independence between the counter-guarantee and the primary guarantee, the primary guarantor may not be entitled to reimbursement from the counter-guarantor, if it is objectively evident that the primary guarantor has failed to perform its duty of verifying compliance under the primary guarantee or if it is objectively evident that the primary guarantor knows that it is objectively evident that there was fraudulent calling by the beneficiary under the primary guarantee.

Key Words : Independent guarantee, Demand guarantee, Counter-guarantee,
Indirect guarantee, Independence, Fraud rule, Abuse of right.