

# 要求拂 保證의 法的 特性에 관한 研究

김 재 봉\* · 서 백 현\*\*

〈目 次〉	
I. 序 言	1. 獨立性
II. 要求拂 保證의 概念 및 性格	2. 嚴密一致의 原則
1. 國際貿易에서의 保證	3. 詐欺의 範圍
2. 要求拂 保證의 性格	IV. 要求拂 保證의 問題點 및 對應方案
3. 要求拂 保證의 機能	V. 要約 및 結論
III. 要求拂 保證의 法的 特性	

## I. 序 言

각종 국제거래에서의 계약상의 의무이행을 확보하기 위한 수단으로 여러가지 수단이 강구되고 발전되어 왔다. Standby L/C, Guarantee, Indemnity, Performance Bond 등으로 불리우는 이런 다양한 契約保證手段은 고도로 발달된 국제금융서비스의 네트워크내에서 발달되어 어느 일방의 계약의무해태로부터 발생가능한 상대방의 피해를 보증하는 적절한 법적 보호장치로서의 역할을 수행하며 국제상거래의 활성화에 장애가 되는 리스크의 상당부분을 제거하는데 기여하고 있다.<sup>1)</sup>

이러한 보증의 수단들은 수행하는 경제적 목적에 있어서 동질적이며 그 기능에 있어서도 상호 교환적이다. 다만 이 수단들을 규율하는 국제적인 통일규칙과 국가별 용어 및

\* 본 대학교 무역학과 조교수(국제무역)

\*\* 본 대학교 무역학과 시간강사(국제무역)

1) Norbert Horn, "Securing International Commercial Transaction : Standby Letters of Credit, Bonds, Guarantees and Similar Sureties," *The Transnational Commercial Transactions*, Vol 2., Deventer : Kluwer, 1982. p.276.

이용관행에서 그 차이를 찾아볼 수 있다. 위의 제 용어들을 준거하는 통일규칙의 차이로 크게 구분할 때 신용장통일규칙의 규율을 받는 보증신용장과 요구불 보증에 관한 통일규칙<sup>2)</sup>의 규율을 받는 요구불 보증으로 양분하여 살펴볼 수가 있다. 양수단 동시 어느 일방의 계약의무해태를 담보한다는 점에서 동일한 목적과 기능을 가진다.

보증신용장의 경우에는 미국의 연방은행(national bank)들이 제3자에 대한 보증(guarantee)의 발급이 越權行爲(ultra vires)로 금지되어 있어서 이러한 제한을 우회하는 수단으로 발달이 되었고 따라서 일반 신용장의 명칭과 형식을 사용하고 있지만 그 실제의 기능은 보증(guarantee)에 가깝다고 할 수 있다.<sup>4)</sup> 그러나 유럽에서는 은행의 對개인 및 기업에 대한 지급보증이 合法化되어 있어 은행보증(bank guarantee)이 사용될 수 있고, 또 실제로 많이 사용되고 있고 있으며 또한 특정 목적으로 보증신용장(standby L/C)도 혼용하여 사용되고 있다.<sup>5)</sup>

요구불 보증은 최근 이에 관한 판례가 빈발하고 국제상공회의소에서 이에 대한 통일규칙을 제정<sup>6)</sup>함으로써 그 기능과 성격 및 법적인 특성에 대한 관심이 제고되고 있는 실정이다. 요구불 보증은 성격에 있어서 신용장과 매우 유사하다. 즉 신용장에서 약정이 기본계약과 별개의 독립적 성격을 띠고 있듯이 요구불 보증도 매매계약에 의해 발급될 망정 매매계약과 별개의 독립적인 약정이 된다. 많은 판결이 요구불 보증을 신용장의 한 부류(a species of letter of credit)로 취급하고 있으나 아직 그 법적인 지위가 확고하지 못하다.<sup>7)</sup> 이러한 원인은 이용빈도에 있어서 신용장과 같이 빈번한지 못하여 관계 당사자의 관심을 덜 끌 뿐더러 법원에 의한 판례의 축적도 아직은 일천하기 때문인 것으로 보인다.

이러한 관점에서 본 연구에서 밝히고자 하는 것은 요구불 보증의 의의와 용례에 대한 분석을 토대로 요구불 보증의 개념과 이용관행을 고찰하고 기존의 판례분석을 토대로 요구불 보증의 법적 성격을 규명하는 데 그 목적이 있다. 이상의 분석을 토대로 문제점을 적시하고 이후 개선방안 및 활용방안을 제시하는 것으로 연구를 맺는다.

2) ICC Uniform Rules for Demnd Guarantees : ICC Pub. No. 458.

3) 월권행위는 미국의 회사법에 나오는 원칙으로 기업을 허가한 (州)정부는 기업에 허용되는 권한(power)을 정의하고 제한할 수 있다는 것이다. 즉 허용된 권한이외의 기업활동은 월권행위가 된다. 이 원칙은 기업과 기업의 채권자, 주주 등에 적용되어 왔다. Henry Harfield, *Bank Credits and Acceptances*, 5th ed., The Ronald Press Company, 1974, p. 156.

4) 金善國, “保證信用狀의 獨立성과 그 例外,” 「司法行政」 365호, 1991.3., p. 81.

5) Boris Kozolchyk, “Bank Guarantee Law Reconsidered,” *Letter of Credit Update*, I.C.C., Feb.1989, p.19.

6) 1991년 12월 제정.

7) Martin coleman, “Performance Guarantee,” *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1990.5., p. 241.

## II. 要求拂 保證의 概念 및 性格

### 1. 國際貿易에서의 保證

국제상거래에서 계약내용의 이행을 확보하기 위하여 은행, 보험회사, 보증회사(surety company) 또는 개인을 이용하여 契約履行의 保證을 받는 것은 오늘날 국제무역에서 주요한 현상의 하나이다.

국제상거래에서 계약의무를 보증하는 형식으로 여러 가지 수단들이 여러 가지 이름으로 사용되고 있지만 이러한 보증방식 공히 계약당사자가 계약의무를 一部 혹은 全部를 이행하지 않음으로서 발생할 수 있는 손해로부터 受益者를 보호하는 것을 목적으로 한다. 제2차 세계대전 이후 정치적·경제적 발전으로 인하여 필연적으로 건설 등의 대규모 공사에서 상거래상의 담보책으로서 그러한 보증방식이 더욱 요구되게 되었다. 더군다나 오늘날 국제상거래에 있어서는 규모가 큰 사업은 은행보증이 불지 아니한 경우가 거의 없는 형편이다.<sup>8)</sup>

이러한 국제상거래에 있어서의 보증은 일반 국내상거래에서의 보증<sup>9)</sup>과는 종종 다른 의미를 가지게 되는데 이는 보증의 조건이 만족될 경우 보증인의 주된 또한 獨立的인 支給義務(primary and independent undertaking)를 의미한다. 즉 單純 要求拂 保證(simple demand guarantee)形式으로 이것은 보증수익자의 지급요구만으로 보증금의 지급이 이루어지는 것을 의미한다. 즉 은행과 고객과의 자율적인 계약으로 原因契約과는 별개의 독립적 계약이라는 것을 의미한다.

용어에 있어서는 Bank Guarantee, Performance Guarantee, Performance Bond, Indemnity, Standby Letter of Credit 등등의 다양한 용어가 이용되고 있어 혼동을 일으키고 있다. 이러한 현상이 나타나게 된 근본적인 이유는 각국의 법과 관행에 따라 고유의 용어를 이용하고 있기 때문이다.

### 2. 要求拂保證의 性格

요구불 보증(demand guarantee)이란 보증인이 보증수익자(beneficiary)의 첫 요구(first demand)가 있을 경우 약정금액을 지급해야하는 보증을 의미한다. 그러므로 基本契約

8) Wolfgang Frieherr von Marschall, 林泓根 譯, “對外商去來에 있어서 保證信用狀과 이와 類似한 保證形態,” 「商社法の 現代的 課題」, 博英社, 1984.7, pp. 587-588.

9) 일반적으로 보증계약은 채권자와 주채무자간의 계약을 보조하는 이차적 채무(secondary obligation)이다. Clive M.Schmitthoff, *Export Trade*, 9th ed., (London: Stevens & Sons), 1990, p. 446.

(underlying contract)과 獨立의이며 無條件的 (unconditional)인 성격을 띤다.<sup>10)</sup> 따라서 어떤 사실에 기초하지 않고 신속한 보증금의 지급이 이루어 진다는 점에서 요구불 보증을 신용장장의 한 종류로 보기도 한다.<sup>11)</sup> 이러한 견해는 Donald 판사가 Intraco사건<sup>12)</sup>에서 신용장과 은행보증을 국제거래에서의 權原(life blood)이라고 표현한 다음의 판사에서 잘 나타나고 있다.

“Irrevocable L/C and bank guarantees given in circumstances such that they are equivalent to an irrevocable letter of credit have been said to be life blood of commerce. Thrombosis will occur if, unless fraud is involved, the courts intervene and thereby disturb the mercantile practice of treating rights thereunder as being equivalent to cash in hands.”

이와 같이 요구불 보증이 신용장과 동일시되는 것은 요구불 보증도 기본계약과 별개의 抽象的인 지급약정(abstract payment undertaking)을 나타낸다는 점이다. 즉 요구불 보증에서의 지급약정은 원인계약(underlying contract)의 위반이나 義務不履行등에 의해 영향을 받지 않는다. 그러나 양 수단간의 주요한 차이는 신용장은 국제매매계약의 이행에 대한 대금지급의 약정이나 요구불 보증은 원인계약이 이행되지 않는 경우에 支給請求를 하게 된다.<sup>13)</sup> 또한 신용장에서 요구되는 서류는 제3자가 발행하는 선적서류를 비롯하여 여러 가지 서류가 요구되나 요구불 보증은 자신이 발급한 진술서(statement)만으로 청구가 가능하며, 또한 화환신용장거래에서는 제 서류의 양식이 표준화되어 있는데 반하여 요구불 보증은 전형적인 서류의 양식이 없다.<sup>14)</sup>

보증신용장과 요구불 보증을 비교하면, 두 수단 모두 原因契約의 의무불이행이나 불완전이행을 전제로 하지만 보증신용장은 요구불 보증보다 좀 더 광범위한 범위에서 이용되고 미국에서는 거의 모든 영역에서 제한없이 이용되고 있다.

요구불 보증에 대칭되는 것이 條件附 保證(conditional guarantee)이다. 조건부보증의 경우에는 條件附 保證이란 보증의 청구를 위하여 보증수익자 또는 그의 대리인에 의한 단순한 불이행의 선언보다 불이행의 증거제시를 필요로 하는 付從的 義務를 말한다. 보증인의 지급의무는 어떤 조건의 서류의 제출을 전제로 하게 된다. 즉 보증수익자의 요

10) Schmitthoff, *op. cit.*, pp. 446-447.

11) Coleman, *op.cit.*, p. 241.

12) Intraco Ltd v. Notis Shipping Corporation of Liberia 「1981」 2 Lloyd's Rep.256.

13) Roy Goode, "The new I.C.C. Uniform Rules for Demand Guarantees," *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, May 1992, pp. 192-193

14) ICC 刊 Guide to documentary credit operations에서는 Transport Documents, Commercial Invoice, Certificate of Origin, Certificate of Inspection, Insurance Certificate와 신용장의 제 표준양식을 설명하고 있다., ICC Document No. 415, ICC.

구를 합리화시키는 判決(judgment) 또는 評決(award), 中립인사의 證明書 또는 채무자가 채무를 불이행하였다는 단순한 陳述書 등의 서류가 제시되어야 보증인은 지급의무를 가지게 되는 것이다.<sup>15)</sup>

### 3. 要求拂 保證의 機能

요구불 보증의 전형적 이용은 비금용적인 의무(non-monetary obligation)의 불이행에 대한 금융담보를 제공하는 것이다. 요구불 보증의 전형적 이용은 건설공사 및 플랜트 수출 등과 관련된 국제거래에서 주로 이용되나 일반 수출거래에서도 매도인의 의무불이행을 담보하기 위해서도 이용되어진다.

요구불 보증은 그 것이 담보하도록 고안되어진 의무이행(performance)의 유형과 단계에 따라 구분되어질 수 있다. 契約履行保證(performance guarantee)는 좁은 의미로 계약자에 의한 계약이 완료되기까지 계약의 의무이행을 담보하는 것이다. 그러나 당사자들 사이의 관계에 있어서 主契約義務의 이행을 전·후로 한 여러 단계가 있다.<sup>16)</sup> 入札保證(bid or tender), 先受金還給保證(advance payment guarantee), 瑕疵補修保證(maintenance guarantee), 留保金還給保證(retention money guarantee)은 계약의 제 단계에서의 의무이행을 담보하는 것이 된다. 구체적으로 입찰보증의 목적은 落札者가 실제 계약을 수락하고 그 계약조건에 따라 건설, 공급 또는 인도의무를 수행할 것을 확보하기 위한 것으로, 落札者가 계약을 수락하지 않을 경우 그 발주자내지는 수입업자에 의해 청구가 가능하다.<sup>17)</sup> 선수금환급보증은 공사나 거래시작전에 선급금을 지급하는 발주의 위험을 전보하기 위하여 발행된다.<sup>18)</sup> 하자보수보증 건설공사 완료 후 일정기간내(통상 6개월-2년)에 그 공사에 하자가 발생하거나 기계 등을 수출한 후에 그 기계 등을 일정기간 사용하는 중에 발생하는 고장이나 하자에 대하여 工事受給者나 수출자를 위하여 그 보수나 수리 등을 보증하는 것이다.<sup>19)</sup> 건설공사계약에서는 발주자가 그 공사를 暫定引受(provisional acceptance)하거나 最終引受(final acceptance)할 때까지 工事既成金의 일정 비율(5-10%)을 유보하는 조항이 있는데 이 경우에 발주자는 공사수급자가 제출하는 기성금 신청서(invoice)의 5-10%를 기성금 지급시에 차감하여 유보하게 된다. 이와 같이 유보금이 있을 때에 공사수급자는 은행에 보증서를 제출하고 유보금(retention money)의 환급을 청구할 수 있는 바, 이 留保金還給保證은 先受金還給保證과 유사한 기능을 가지고

15) Schmitthoff, op. cit., pp. 446-447.

16) Roy Goode, op. cit., pp. 191-192.

17) 吳炳善, 「國際建設去來와 契約保證」, 國際商工會議所, p. 22.

18) 上揭書, p. 27.

19) 上揭書, p. 30.

있다.<sup>20)</sup>

이와 같은 이용은 대규모 건설공사계약을 고려해 볼 때 이 공사는 상당한 시간이 소요되고 그 기간중 투입된 자원 및 자금은 특정의 리스크상태에 놓이게 된다는 것이다. 이 리스크는 계약체결시 예측불능한 것으로 볼 수 있다. 즉 이런 예측불능한 리스크가 발생하여 계약자를 이행불능의 상태로 빠뜨릴 수 있을 것이다. 심지어 계약자가 낙찰이 되고도 계약을 거부하는 사태도 발생하는 것이다. 이러한 단계별 리스크의 유형에 따라 보증도 그 형태를 달리하게 되는 것이다.

또한 영국의 은행들은 국제상거래에서 原因契約과 獨立的인 主債務를 나타내는 “Bond”를 자주 발급하는데 Performance Bond라는 명칭으로 주로 이용된다.<sup>21)</sup>

요구불 보증의 발급은 크게 두 가지 형태를 띤다. 첫번째로 계약자의 국내 은행이 해외의 수익자에 직접 보증을 발급한다. 두번째로 계약자의 국내에 있는 은행에 의해 Counter-Guarantee가 수익자의 국내은행앞으로 개설된 후 수익자의 국내은행이 수익자앞으로 原保證을 개설하는 형태이다.<sup>22)</sup>

### III. 要求拂 保證의 法的 特性

본고에서는 요구불 보증의 法的地位에 관해 判例를 중심으로 고찰한다. 고찰의 범위는 신용장의 법리를 援用하여 이 양 수단 모두 獨立的이고 서류의 거래라는 점에서 獨立性과 嚴密一致의 原則 그리고 독립성의 예외인 詐欺의 範疇 등 세가지 측면에서 검토 하도록 한다. 또한 용어의 혼란은 현실정에 비추어 통일된 용어의 사용이 불가능하기 때문에 각 사건 별로 이용된 용어를 그대로 인용한다.

#### 1. 獨立性

신용장거래에서 독립성의 의미는 신용장통일규칙 제3조에 「신용장은 비록 그 것이 賣買契約이나 다른 계약에 근거를 두고 있다고 하더라도 성질상 이러한 계약과는 별개의 거래이며, 또한 이러한 계약에 대한 참조사항이 신용장에 포함되어 있다고 하더라도 그러한 계약과는 하등의 관계도 없으며 기속당하지도 않는다」라고 명시되어진 데서 잘나

20) 上揭書, p. 29.

21) Norbert Horn & Eddy Wymeersch, *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 17.

22) Goode, *op. cit.*, p. 192.

타난다.<sup>23)</sup> 즉 매매계약 당사자간의 특정관계 때문에 해당 신용장이 그 자체로서 기능을 발휘하는 데 제약이나 불이익을 받을 수 없다는 것이다.<sup>24)</sup> 따라서 은행은 신용장조건에 문면상 일치하는 서류와 상환으로 대금을 지급할 의무를 가지게 되는 것이다.

요구불 보증하에서 독립성에 대한 설명은 Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd., and Umma Bank 사건<sup>25)</sup>의 다음과 같은 판시<sup>26)</sup>에서 잘 나타난다.

“...이행보증서를 발급하는 은행은 그 보증서의 조건에 따라 이행해야 한다. 보증서는 공급업자와 고객의 관계에 조금도 구애받지 않는다. 또한 공급업자의 약속이행 여부에도 영향을 받지 않는다...”

또 한 사례<sup>27)</sup>에서는 영국 매도인과 폴란드 수입업자간의 매매계약이 체결되어졌고 수입업자에게 적립금(deposit)의 상환을 보증하는 Bank Guarantee가 개설되어졌다. 계약 물품의 一部를 선적한 후 매도자는 매수인이 신용장을 개설하지 않았다는 이유로 殘量의 선적을 거부하였다. 이에 대해 매수인은 그 은행보증서에 대한 지급을 청구하였고 매도인은 수입업자에 대한 지급정지를 법원에 요청하였다. 법원은 이러한 지급정지요청을 거부하면서 Roskill 판사는 다음과 같이 판시하였다.

“동 은행은 취소불능의 확인신용장을 개설한 은행과 똑 같지는 않지만 비슷한 지위에 있다. 신용장에서건 보증서에서건 발생하는 은행의 의무는 그 특정계약에 의해 이행이 요구되는 것을 수행하는 것이며, 이러한 은행의 의무는 정상적인 경우 매도인의 매수인에 대한 계약이행의 충분성에 관한 분쟁의 해결에 따라 달라지는 것이 아니다……나의 견해로는 이 보증에 따라 은행에 대해 지급을 구하는 폴란드 수입업자의 분명한 권리에 법원이 개입하는 것은 완전히 잘못된 것이다. 왜냐하면 이는 은행이 매매계약상의 매도자의 의무가 적절히 이행되었는 지에 대해 조사할 의무를 갖도록 강요받게 되기 때문이다.”

이상의 판례에서 나타난 것은 적어도 原因契約로부터 요구불보증의 獨立적으로 취급받는 데에 있어서는 信用狀의 法理를 그대로 적용하고 있다는 것이다.

## 2. 嚴密一致의 原則

23) 요구불보증에 관한 통일규칙의 제2조 b)항은 요구불 보증의 독립성을 다음과 같이 명시하고 있다. Guarantees by their nature are separate transactions from the contract(s) or tender conditions on which they may be based, and Guarantors are in no way concerned with or bound by such contract (s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guaranteee...

24) 朴大衛, 「신용장」, 제2개정판, 법문사, 1985, p. 184.

25) (1978) 1 Lloyd's Rep.166.

26) 朴大衛, 「貿易事例(II)」, 法文社, 1987, p. 264.

27) Howe Richardson Scale Co.Ltd. v. Polimex-Cekop (1978) 1 Lloyd's Rep.161.

신용장 거래에서 은행은 신용장의 조건과 嚴密一致하지 않는 서류에 대해서는 인수를 거부할 권리를 유보한다는 법리를 전통적으로 嚴密一致의 原則(doctrine of strict compliance)<sup>28)</sup>이라 한다.

신용장 통일규칙 15조에는 은행의 서류검토의무를 다음과 같이 규정하고 있다.

“은행은 서류가 文面上 신용장의 모든 조건과 일치하고 있는가의 여부를 확인하기 위하여 상당한 주의를 기울여 모든 서류를 검토하여야 한다……”

요구불 보증(first demand guarantee)에 있어서는 이러한 엄밀일치의 원칙이 상당히 완화된 것으로 여러 판례는 나타내고 있다.

이러한 엄밀일치의 원칙이 판례로써 나타난 것은 Siporex v. Banque Indosuez 사건<sup>29)</sup>이다. 이 사건에서 bond 상에는 다음과 같은 지급조건을 나타내고 있었다.

“...In the event that, by latest 7 December 1984 no bankers irrevocable documentary letter of credit has been issued in favour of Siporex Trade SA by Comdel. Any claim(s) hereunder must be supported by your declaration to that effect...”

즉 신용장이 개설되지 않았다는 진술이 있으면 대금지급을 약정한다는 내용이었다. 그러나 실제 지급요구는 “no valid...letter of credit”로 이루어졌고 계약일자를 잘못 기입하였다. Hirst 판사는 그러한 誤謬(errors)가 있음에도 불구하고 양호한 지급청구(good demand)라고 판결하였다. 이러한 嚴密一致로 부터 벗어나는 판결을 한 근거를 Hirst 판사는 다음과 같이 설명하고 있다. “...신용장거래에서는 은행은 서류 그 자체를 다루며, 신용장에 기술된 내용과 제출된 서류의 내용이 일치하는지를 세심한 주의를 기울여 비교할 의무가 있다. 이에 반해 본 사건에서 은행은 특정 사건이 발생했다는 것을 나타내는 선언서 형태의 진술서 이외에는 어떤 다른 것도 다루지를 않는다.”

이러한 엄밀일치의 원칙에 대한 관대한 입장을 지지하는 판결이 최근 다시 발생하여 위 사건에서의 법원의 견해를 수용하였다.

I.E.Contractors Ltd.(GKN) v. Lloyds Bank Plc. and Rafidain Bank 사건<sup>30)</sup>에서 원고인 GKN사는 이라크회사와 이라크내에 세 군데에 도살장(poultry slaughterhouse)건설계약을 체결하였다. 이 계약의 정상적인 이행을 위해 제2피고인 Rafidain Bank는 이라크 발주자를 수익자로 하는 계약이행보증서(performance bond)를 개설하였고 그 Bond에는 다음과 같이 명시되어 있었다.

“We undertake to pay you, unconditionally, the said amount on demand, being

28) Schmitthoff, *op. cit.*, p. 446.

29) [1986] 2 Lloyd's Rep.146

30) [1990] 2 Lloyd's L.Rep.



your claim for damages brought about by the above named principal...”

Rafidain Bank는 자신이 발행한 보증서에 대한 보증의 수단으로 다시 GKN사의 거래 은행인 제1피고가 발행한 Counter-Guarantee를 수취하였다. 이 Counter-Guarantee에는 세 곳에 대한 공사중 두 곳의 공사에 대해서는 다음과 같은 내용을 포함하고 있었다.

“...to pay on demand any sum or sums which you may be obliged to pay under the terms of your guarantee...”

다른 한곳의 공사에 대해서는 다음과 같은 내용을 담고 있었다.

“...pay to you on receipt by us of your demand for payment in writing...any amount you state you are obliged to pay under the terms of your guarantee...”

결국 보증서 만기 이틀전인 1984년 12월 9일에 건설계약의 불완전이행을 이유로 이라크 발주자에 의해 세 건 모두에 대한 다음과 같은 청구가 발생하였다.

“As the company has not fulfilled the contractual obligations in respect of completing the shortages of Kerbala, Qadassiya and Duhouk slaughterhouses, please withdraw the undermentioned guarantees and transfer the amounts in cash to this Organisation with thanks.”

이러한 청구를 받은 Rafidain Bank는 그 counter-guarantee하에서 Lloyds Bank에 다음과 같은 청구를 하였다.

“At beneficiaries demand please credit full guarantees amount equivalent to... due to shortages not finished yet.”

이러한 청구에 대하여 원고는 대금지급청구가 보증서의 조건과 일치하지 않는 부당한 청구라며 대금지급정지를 주장하는 소송을 제기하였다.

본 사건에서는 문제가 된 것은 지급청구의 내용이 타당한가 하는 것이다. 즉 원고측은 보증서에 대한 지급청구시에 주계약의 조건에 따라 자신들이 부담하게 되는 손해내용이 계약자의 계약위반에 따른 것이라는 것을 나타내고 손해액을 명시하여야 한다고 주장하였다.

전체적으로 청구내용이 신용장에서와 같이 이행보증서의 경우에도 엄밀일치의 원칙이 적용되느냐 하는 점이 문제가 되어졌다. 이에 대한 법원은 發注者에 의해 이루어진 Rafidain의 P-Bond에 대한 지급청구는 GKN사에 의해 발생된 손실에 대한 청구라는 것의

언급이 필요했다는 사실 자체를 인정하나 발주자의 요구가 명백하게는 표현은 안되었어도 실질적(in substance)으로 그러한 요구가 이루어진 것으로 판단하였고 이러한 실질적 요구는 P-bond에 대한 지급청구로써 충분하다고 판결하였다.

이 판단의 과정에서 Performance Bond의 경우에 있어 嚴密一致의 原則의 적용이 과연 정당한가에 대해 재판부는 P-bond가 신용장과 비교할 때 그 이용의 頻度에 있어 상대적으로 적고 또한 은행의 세심한 주의를 끌지 못한다는 이유로 嚴密一致의 原則이 덜 필요하다고 하였다. 즉 정상적인 무역에서 빈번히 이용되는 것은 아니라는 것이다. 또한 요구되는 서류의 종류가 신용장과는 상이하다는 것이다. 만약 Performance Bond에 嚴密一致를 적용하고 싶다면 이것은 Bond 계약을 어떻게 하느냐의 문제가 된다는 견해였다. 즉 은행이 嚴密一致의 原則이 은행에 부담이 되는 실정이라면 이러한 데서 발생되는 救濟의 문제는 계약 당사자간의 승수에 달린 것이라는 견해를 재판부는 피력하였다.

따라서 Performance Bond의 경우에 있어서는 嚴密一致의 原則보다는 相當一致의 原則이 적용된다고 볼 수 있겠다. Performance Bond 등의 보증서의 경우에 있어서 서면의 지급청구는 어떠한 특정의 형태를 띠도록 된 것은 아니기 때문에 신용장의 서류들을 다루듯이 엄밀일치의 여부에 관한 논쟁은 발생하지 않는다고 볼 수 있는 것이다.

또 한가지 주목해야 되는 것은 국제상거래에서 은행의 편의를 충분히 고려하고 있다는 점이다. 즉 은행의 입장에서는 신용장이라는 용어가 들어 있다면 당연히 嚴密一致의 原則을 적용해야 한다고 생각을 할 것이다. 그러나 保證書의 경우에 있어서는 이러한 嚴密一致의 原則에 구속받아야 할 統一法이 있는 것도 아닌 상황에서 자칫 嚴密一致를 고집할 경우 고객과의 관계와 관련한 은행의 對外 公信力과 또한 상대국가에 의한 보복조치등의 난처한 상황에 직면할 수도 있는 것이다. 따라서 법원은 이러한 은행의 입장보호가 궁극적으로 국제상거래를 안정되게 유지시킨다는 입장인 것으로 해석되어 진다.

이상에서 요구불 보증에서는 신용장에서와 달리 엄밀일치의 원칙이 상당히 완화되어 있으며 이러한 점은 신용장의 법리와 乖離가 되는 부분이다.

### 3. 詐欺의 範圍

요구불 보증에서의 사기라하면 요구불 보증의 목적에 반하여 이를 사용하는 것이라 할 수 있다.<sup>31)</sup> 예를 들면 수출자의 물품인도의무가 적기에 완료되었는데도 불구하고 이행보증서에 대한 지급청구를 하는 것이다.

31) Horn & Wymeersch, op. cit., p. 26.

信用狀去來에서 信用狀의 條件과 文面上 일치되도록 제출된 서류에 대해 은행의 대금지급거절을 정당화시킬 수 있는 유일한 경우는 대금지급을 하려는 시점에 은행이 詐欺를 인지한 경우이다. 이러한 獨立性의 原則에 예외적인 範疇가 되는 詐欺에 대한 法院의 입장은 두 개의 判例에 의해 정리될 수 있다.

1941년에 발생한 *Sztejn v. Henry Schroeder Banking Corporation* 사건<sup>32)</sup>에서 法院은 “...지급을 위하여 환어음과 선적서류가 발행은행에 제시되기 전에 매도인의 사기사실이 은행에 통지되었을 경우, 신용장의 발행은행의 책임에 관한 독립성의 원칙이 이와 같은 부정한 매도인을 보호하기 위하여까지 확대 적용될 수 없다.”<sup>33)</sup>고 판결을 하였다.

이후 *American Accord* 사건으로 약칭되는 *United City Merchant(Investments) Ltd. & Another v. Royal Bank of Canada* 사건<sup>34)</sup>에서의 판결은 수익자 본인이나 그의 대리인이 詐欺行爲를 하거나, 수익자가 대금지급을 위하여 서류를 은행에 제시할 때에 은행이 詐欺行爲에 대해서 인지하고 있을 경우임을 분명히 하고 있다.<sup>35)</sup> Diplock 판사는 다음과 같은 경우에 사기에외는 적용된다고 판시하였다.

“매도인이 신용장대금을 지급받을 목적으로 明示的 내지 默示的으로 중요한 부분의 사실표시가 진실하지 않음을 알면서도 확인은행에 서류를 제시한 경우이다.”<sup>36)</sup>

아직까지도 사기원칙의 정확한 개념이 정립되어 있지는 않고 경우에 따라서는 넓은 의미로 또는 좁은 의미로 한정될 수도 있으나 일반적으로 다음의 원칙을 적용할 수 있다.<sup>37)</sup>

첫째로, 사기원칙이 성립하기 위해서는 우선 수익자의 故意的인(intentional) 사기의도(scienter)가 존재하여야 한다. 둘째로, 이러한 사기의도와 그 행위는 객관적인 증거에 의하여 명백히 입증되어야 한다.

셋째로, 詐欺原則은 詐欺行爲를 자행한 당사자에게만 적용될 수 있고, 선의의 第三者는 免責된다.

마지막으로, 일반적인 경우 은행이 고객인 개설의뢰인에게 신용장거래에 관한 정보를 제공해야 할 告知義務가 있다고 보기는 어려우나, 사기원칙과 관련하여 수익자의 사기로 인한 피해를 방지하기 위해서는 상황에 따라 이러한 고지의무가 반드시 요청된다는 것 등이다.

32) (1941) 31 N.Y.Supp.(2d) 631, 634.

33) 朴大衛, 「貿易事例(II)」, 法文社, 1987, p. 252.

34) (1979) 1 Lloyd's Rep.267.

35) 朴大衛, 「信用狀」, 法文社, 1985, p. 590.

36) 原文을 소개하면 다음과 같다. “the seller, for the purpose of drawing on the credit, fraudulently presents to the confirming bank documents that contain, expressly or by implication, material representations of fact that to his knowledge are untrue.”

37) 文熙哲, “保證信用狀의 法的 特性에 관한 研究,” 貿易學會志 第14卷, 1989.2., pp. 309-310.

요구불 보증도 명백한 詐欺의 證據가 없는 한 은행은 신용장처럼 그 조건에 따라야 한다는 판례로서 대표적인 것이 Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd., and Umma Bank 사건<sup>38)</sup>이다.

본건 분쟁에서 재판부의 판단은 Sztejn v. J.Henry Schroeder 사건에서 정립된 詐欺의 일반원칙 즉 명백한 詐欺事實이 은행에 알려진 경우에는 지급거절이 합법화 된다는 원칙을 보증서의 경우에도 동히 적용하며 다음과 같은 판단을 하였다.

“...보증서는 사실상 지급의 첫 요청이 있으면 곧 지급되는 약속어음과 같다...은행은 고객의 요청이 성실하지 않았음을 증명하지 못하는 한, 지급에 응하여야 한다. 이 모든 것이 이행보증서란 신용장과 같은 기초에 근거하고 있다는 결론에 도달한다. 이행보증서를 발급하는 은행은 그 보증서의 조건에 따라 이행해야 한다. 보증서는 공급업자와 고객의 관계에 조금도 구애받지 않는다. 또한 공급업자가 약속이행을 했는지 하지 않았는지에도 영향을 받지 않는다.

은행은 보증서가 만일 그렇게 규정하고 있다면 어떠한 조건이나 증거없이 요청이 있으면 지급해야 한다. 단 한 가지 예외인 경우는 분명한 詐欺에 대해서 은행이 사전에 認知하고 있는 경우이다.”<sup>39)</sup>

이에 앞서 발생된 Harbottle(R.D.)(Mercantile) Ltd. v.National Westminster Bank 사건<sup>40)</sup>에서는 확정된 사기의 경우에만 은행의 보증수익자에 대한 대금지급을 금지시킬 수 있다는 판결이 나왔다. 이 사건에서도 매수인이 합의된 신용장을 개설하지 않았다는 이유로 매도인은 계약물품을 선적하지 않았고 매수인은 요구불 보증(first demand guarantee)에 대한 지급을 청구하였다.이에 매도인은 매수인의 支給請求는 詐欺라고 주장하며 지급정지신청을 하였다. Kerr 판사는 확정된 사기가 아니라는 이유로 이 신청을 기각하였다. 또한 상인과 은행간의 取消不能契約關係에 대해서는 아주 예외적인 경우에만 법원의 개입하며 그렇지 않을 경우에는 국제무역에서의 信賴는 회복할 수 없을 정도로 손상을 입을지도 모른다는 견해를 피력하였다.

詐欺事實의 立證基準이 어느 정도수준에서 이루어져야 하느냐 하는 立證基準과 관련하여 그 기준이 매우 엄격한 경우와 완화된 기준을 나타내는 판례가 병존함으로써 詐欺事實의 立證의 範圍는 이 양극단의 범주 내에서 이루어져야 한다는 것을 시사하고 있다.

신용장의 사기기준과 관련하여 한 가지 의문은 신용장은 선하증권이나 증명서, 검사증 등이 제3자에 의해 발급되므로 매도인이 서류위조를 인지했느냐 하는 점이 문제가 된다.

38) [1978] 1 Lloyd's Rep. 166.

39) 朴大衛, 「貿易事例(II)」, 法文社, 1987, pp.262-265.

40) (1978) 1 Q.B.146.

이 것은 선의의 제3자를 보호한다는 측면에서 중요한 문제가 된다. 그러나 요구불 보증의 경우에는 제3자가 발급한 증명서등은 필요하지 않고 오로지 수익자 자신의 진술서(statement)만이 필요하게 되기 때문에 수익자자는 사기의 당사자가 될 수 밖에 없고 매도인의 인지 여부는 문제가 되지 않는다. 또한 수익자가 진술서만으로 대가를 수취하기 때문에 사기가 더 쉽게 발생할 수 있다는 점에서 사기의 입증기준이 중요한 문제가 된다.

사기사실의 입증과 관련 엄격한 기준은 United Trading Corp.S.A. v. Allied Arab Bank Ltd.(the "UTC" case) 사건<sup>41)</sup>에서 Ackner 판사에 의해 요구되어졌다. Ackner 판사는 사기의 증거는 수익자에 대한 대금지급의 시점에 은행의 認知와 詐欺事實 등 두 가지 측면 모두에서 명백해야 한다고 판결하였다. 강력한 詐欺의 確證이 있어야 하고 일반적으로 수익자로부터 얻은 문서의 형태이어야 한다고 하였다. Ackner 판사는 "seriously arguable case that there is good reason to suspect...that the demands on the performance guarantees have not been honestly made"와 "a good arguable case that the only realistic inference is that the demands were fraudulent"를 구분하였다. 즉 사기라는 현실적 추론만이 가능한 경우여야 한다는 것이지 단순한 혐의에 대한 타당한 근거로만 詐欺를 주장하는 것으로 보증에서 대금의 支給禁止가 이루어질 수는 없다는 것이다.

사기범주에 관한 좀 더 완화된 입장은 Potton Homes사건<sup>42)</sup>에서 Eveleigh 판사에 의해 주장되었는데, Eveleigh판사는 만약 원고가 기본계약의 위반이 없었다는 것을 증명하면 요구불 보증에서의 지급청구는 사기에 해당한다고 보았다.<sup>43)</sup> 이와 같은 완화된 입장은 GKN v. Lloyds 사건<sup>44)</sup>에서 Parker 판사에 구체적으로 제기 되었다.<sup>45)</sup> 즉 은행이 대금지급의 시점에 지급청구가 詐欺라는 것을 명백히 認知하거나 支給請求가 詐欺라는 合理的 類推만(only reasonable inference)이 가능한 상황이면 비록 수익자가 사기를 인지 못한 경우라도 지급금지가 정당화 될 수 있다는 것이다. 즉 대금지급시점에 은행이 명백히 사기를 인지했거나 그 상황에서 유일한 합리적인 추론(only reasonable inference)이 지급청구는 사기라는 것라면 사기로 보아 지급거절이 합리화 된다는 것이다. 이 같은 견해의 핵심적인 문제는 대금지급시점에서 은행의 인지이다. UTC 사건에서 개설의뢰인은 은행이 대금지급시점에 청구의 부당성을 인지했다는 것을 입증 못하여 사기주장에 실패하였다. 그러나 GKN 사건의 Parker 판사의 견해에 따르면 대금지급시점에서 유일한 합리적 추론이 그 지급청구가 사기라는 것만을 입증할 수 있다면 비록 수익자가 American Accord사건에서 처럼 사기를 인지못했다 하더라도 은행은 그 지급청구를 사

41) (1985) 2 Lloyd's Rep.554.

42) (1984) 28 B.L.R.19 ) Coleman, op. cit, p. 236.

43) (1985) 30 B.L.R.48.

44) Coleman, op. cit., pp. 235-237.

45) 金基宜, "信用狀來來慣習의 解釋에 관한 研究", 博士學位論文, 西江大學校, 1992. p. 194.

기로 간주하여 대금지급을 거절 할 수 있다는 것이다. 이러한 유일한 합리적 추론에 의한 사기입증은 유일한 현실적 추론(only realistic inference)보다는 광의의 개념이 된다. 그러나 문제는 이러한 견해를 채택하게 되면 은행이 기본계약상의 분쟁에 휘말릴 위험이 있다. 만약 매도인이 실제 물품은 선적하지 않고 수익자의 지급청구에 대해 僞造선적증명을 제시하여 은행이 사기를 추론할 수 있도록 한다면 은행은 原因契約條件에 대한 확인을 해야하는 문제가 발생할 수 있어 요구불 보증의 독립성과 자율성을 저해할 우려가 있게 된다. 이 경우에 이후 사기가 아니라는 것이 입증되면 은행이 곤경에 처하게 되므로 실제 적용가능할 수 있는나의 문제가 발생되고, 이 것은 은행을 보호하여 국제 거래의 효율성을 증진시킨다는 측면에서도 상당한 어려움이 있다. 실제로 은행의 입장에서 일단 지급거절을 하게 된 후에는 대외적인 공신력의 실추와 상대국의 보복조치를 우려하기 때문에 가급적 지급정지를 하지 않으려고 한다. 따라서 소망스러운 기준은 아니다.

이상에서 볼 때 신용장에서 확립된 사기의 기준과 달리 요구불 보증은 매도인의 사기인지 여부와 관련하여 매도인의 사기인지여부의 적용이 관연 타당한가 하는 점이 논란이 되고 있으며, 또한 사기의 입증이 개설의뢰인의 의무이행입증만으로 수익자의 지급청구를 사기로 간주하여 대금지급의 거절인가 하는 점이 논란이 되고 있음을 알 수 있다.

#### IV. 要求拂 保證의 問題點 및 對應方案

요구불 보증은 이상에서 살펴본대로 원인계약에 대해 獨立的이고 自律的(autonomous and independent of the underlying contract)인 수단이라는 점에서 신용장과 하등의 차이가 없다. 다만 요구불보증에 있어서는 엄밀일치의 원칙이 적용되지 않는다는 점을 은행과 수익자는 염두에 두어야 할 것이다. 엄밀일치가 지켜지지 않는 이유는 앞서도 언급했듯이 요구불보증의 이용빈도와 은행의 便宜의 측면에서 부당한 原則이라는 것이 법원의 판단이다. 요구불보증에 관한 통일 규칙 2조 b항에서는 비록 文面上 일치하는 서류와 상환할 것을 명시는 하고 있지만 이 조항을 준용한 요구불보증에 관한 판례는 현재까지는 보고되고 있지 않으며, I.E.Contract 사건이 서류점토의 기준이 되기 때문에 이 점을 각 거래당사자는 유의하여야 할 것이다. 그러나 동 사건에서 판단 했듯이 청구내용이 명백하지는 못할 망정 실질적인 청구내용은 포함하고 있어야 한다. 즉 실질적인 청구내용마저 누락된다면 수익자의 청구에 대한 은행의 지급거절은 정당화 될 수 있다는 점을 관계 당사자는 유념하여야 한다. 따라서 Edward Owen사건에서 처럼 요구불 보증을

단순히 약속어음으로 보는 것은 잘못된 견해이다. 요구불 보증에서는 요구불 보증서상의 청구내용을 실질적으로 청구내용상에 담고 있어야 하는 것이지 약속어음과 같은 단순 지급청구로 판단하는 것은 잘못된 것이다.

신용장거래에 있어 獨立, 抽象性 원칙과 엄밀일치의 원칙은 개설은행, 개설의뢰인, 수익자들의 이해관계를 공평하게 분담시키는데 중추적인 역할을 하고 있으나 엄밀한 의미로 신용장을 통한 혜택은 주로 수익자에게 공여되며 개설의뢰인은 상대적으로 열악한 위치에 놓여 있게 된다. 이러한 이해관계의 불균형은 신용장거래에 사기가 발생할 경우 더욱 더 구체화 된다.<sup>46)</sup>

더구나 지급과 청구가 간편한 요구불 보증의 경우에는 개설의뢰인은 이러한 위험에 더욱 노출되어 있다고 볼 수 있다. 따라서 요구불 보증의 개설의뢰인은 이러한 보증의 성격을 염두에 두고 거래상대방에 대한 신용조사를 철저히 하여야 하며, 부분적인 안전 조치로서 가격을 올려 거래하는 것도 하나의 방법이 될 것이다.

또한 요구불보증에서 사기의 입증기준에 관한 차이를 나타내는 판례가 병존하고 있어 관계당사자를 혼란에 빠뜨릴 우려가 있다는 점이다. Potton Homes사건에서는 개설의뢰인이 殘存契約義務가 없다는 것만을 증명한다는 대금의 지급거절이 가능하다고 하였고, GKN사건에서는 수익자의 의도와 관계없이 대금지급시점에서 유일한 합리적 추론으로 사기라고 볼 수 있으면 지급거절이 가능하다고 판결하였다. 그러나 이 같은 견해는 앞서 언급했듯이 요구불 보증의 기본 성격을 해할 우려가 있다는 데서 문제가 있다. 즉 은행으로 하여금 기본계약을 참조케할 우려가 있다는 것이다. 이 것은 궁극적으로 요구불 보증의 활성화에 대한 장애요소가 될 것이고, 이로 인해 국제무역의 원활한 성장을 침해할 가능성이 있기 때문에 바람직한 기준은 되지 못한다. 따라서 이 점에 대한 명확한 기준이 필요하다. 이러한 기준에 대한 제언을 하자면 UTC사건의 기준이 타당하리라 본다. 즉 사기의 성립을 위해서는 대금지급시점에서 은행의 認知와 사기의 사실 등 두 가지 측면에서 명백하여야 하며, 이러한 은행의 사기인지는 수익자측에서 나온 문서의 형태로써 유일한 현실적 추론이 사기라는 것이어야 한다는 것이다.

## V. 要約 및 結論

국제무역거래에서 어느 일방의 의무해태로부터 초래될 수 있는 손실을 극소화 하고자 여러가지 장치가 강구되어 발전되어 왔다. 미국에서는 은행의 보증의 발급이 월권행위로 금지되어 보증신용장이 발달된데 반하여 요구불 보증은 유럽을 중심으로 발전되게 되

었다. 요구불 보증은 일반적인 보증과는 달리 보증인의 自律的이고 獨立的인 지급약정으로 기본 계약의 의무이행여부와는 무관하게 수익자의 적절한 청구에 대해 지급이 이루어지므로 신용장과 그 성격에 있어 매우 유사하다.

신용장의 법리와 피리되는 부분은 엄밀일치의 원칙과 사기의 입증기준에 관한 것이다. 요구불 보증에서는 엄밀일치의 원칙이 상당히 완화되어 나타나기 때문에 요구불 보증서상의 실질적인 청구내용만을 지급청구서(statement)상에 포함하고 있으면 되며, 엄격히 일치시킬 필요는 없다. 사기의 입증기준과 관련하여 엄격한 기준과 다소 완화된 기준이 병존하고 있으나 완화된 기준을 적용하게 되는 경우에 은행으로 하여금 기본계약을 참조케할 우려가 있으므로 엄격한 기준을 적용하는 것이 바람직하다.

거래 당사자는 요구불 보증이 사기로 인한 피해에 쉽게 노출될 수 있다는 점을 염두에 두고 계약과정에서 신용조사를 철저히 해야 하며 거래가격에 이러한 리스크를 반영하여 피해를 최소화하는 것이 바람직하다.

