

법학석사학위논문

선박 건조계약상 선수금환급보증서에
관한 연구

A Study of Refund Guarantee in Shipbuilding Contracts



2012년 8월

한국해양대학교 대학원

해사법학과

김진용

本 論 文 을 金 鎭 用 의 法 學 碩 士 學 位 論 文 으 로 認 准 함 .

委 員 長 丁 大



委 員 金 仁 猷



委 員 鄭 暎 錫



2012年 8月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

金 鎭 用

목 차

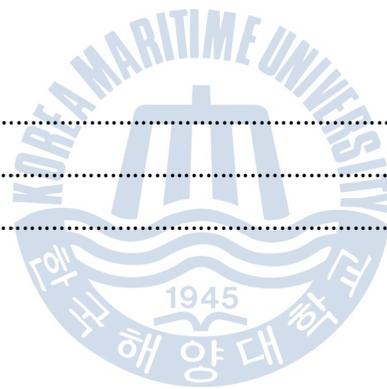
제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	3
1. 연구범위	3
2. 연구방법	4
제2장 선수금 환급보증서의 개념 및 연혁	5
제1절 선수금 환급보증서의 개념	5
1. 선수금 환급보증서의 의의	5
2. 선박건조계약내의 수출자의 의무위반에 따른 위험	6
3. 위험에 대한 담보제도로서의 환급보증서	8
4. 환급보증서의 종류	8
제2절 유사개념과의 구별	11
1. 독립적 은행보증과 보증신용장의 비교	11
2. 환급보증서(보증신용장)와 화환신용장의 비교	13
3. 환급보증서와 일반적 보증의 비교	20
4. 이행성 보증과 선수금 환급보증서의 비교	23
제3절 선수금 환급보증서의 준거규칙 및 연혁	24
1. 선수금 환급보증서 관련 국제 준거규칙	24
2. 국제 규칙 및 조약상의 발달	25
제3장 선수금 환급보증서의 특성과 법률관계	30
제1절 선수금 환급보증서의 기능과 특성	30
1. 선수금 환급보증서의 기능	30
2. 선수금 환급보증서의 특성과 기본원칙	33
제2절 선수금 환급보증서의 주요 기재사항	41

1. 독립성 명시적 표현	41
2. 원인계약의 설명과 약인	42
3. 보증수익자	43
4. 선행조건	43
5. 유효기간	43
6. 보증금액 및 통화	45
7. 보증한도액의 증액	46
8. 불가항력 조항	46
9. 원인계약의 변경	46
10. 지급기한과 이자	47
11. 양도 및 질권	47
12. 상계	48
13. 준거법 및 재판관할권	48
제3절 선수금 환급보증서상의 법률관계	48
1. 개설신청인과 수익자간의 법률관계	49
2. 개설신청인과 개설은행간의 법률관계	53
3. 개설은행과 수익자간의 법률관계	58
4. 개설은행과 보증보험사간의 관계	62
제4장 선수금 환급보증서의 지급청구와 문제점	64
제1절 선수금 환급보증서의 지급청구	64
1. 보증의무의 성격	64
2. 보증금 지급청구	65
3. 보증인의 심사의무	66
제2절 보증금 지급거절	81
1. 사기적인 지급청구	82
2. 기타 항변사유	84
제3절 환급보증서의 문제점 및 대처방안	84
1. 환급보증서의 문제점	85

2. 대처방안	87
제4절 선수금 환급보증서 지급청구 관련 사례	90
1. 중소조선사 워크아웃에 따른 환급보증서의 지급청구	90
2. 조선소와 선주의 다툼에 관련된 환급보증서 지급청구	92
3. 환급보증서 관련 판례 분석(영국 판례)	95
제5장 결 론	98
참 고 문 헌	101
A B S T R A C T	104

<그림 차례>

그림 1	6
그림 2	14
그림 3	63



제1장 서론

제1절 연구의 목적

지속적인 성장세를 기록하고 있는 한국 조선산업은 '03년 이후 LNG선과 같은 고부가가치선 건조의 우수한 기술력과 품질우수성을 바탕으로 시장점유율 세계1위를 달성하며 명실공히 세계 최고의 조선강국으로 성장하였다.¹⁾ 더불어 2007년도의 해운경기의 활황과 이에 따른 선박가격의 등귀로 인해, 국내 중소규모 조선소에 대한 신조선의 발주가 크게 증가하였다.

조선소가 선박을 완성하여 발주자에게 인도하기까지는 장시간이 소요되며, 신조선의 건조대금도 수백에서 수천만 달러에 이른다. 신조선의 발주계약에서는 발주자가 건조기간 내에 그 대금을 수회로 분할하여 지급하는 방식을 취한다. 그런데 선박이 건조 중일 때 조선소의 재무구조가 급격히 악화되어 조선소가 사실상 지급능력을 상실하거나 또는 이로 인해 파산이나 법인회생절차가 개시될 수 있다. 또한 조선소의 다른 채권자들이 건조중인 선박을 포함한 조선소의 재산에 대하여 강제집행이 이루어질 수도 있다. 이런 상황이 발생하는 경우, 이미 분할지급방식에 의하여 거액의 건조대금을 지급한 발주자로서는 자신의 채권을 상실할 위험에 처하게 된다. 특히, 충분한 지급여력을 갖추고 있는 초대형 조선소를 제외한 중소규모의 조선소와 선박건조계약을 체결한 발주자로서는, 이와 같은 위험성을 제거할 적절한 방안을 찾아야 할 필요가 있다.²⁾

특히 2008년 이후 글로벌 경제위기로 신조선시장의 위축과 함께 BDI³⁾, HR⁴⁾ 지수 급락으로 중소선사들의 재무건정성이 악화되면서 이들이 발주한 중소선박

1) 김현재, “조선업체 선수금 환급보증 알지(R/G)?”, 「수출보험 138호」, 2006.7.8. 23쪽.

2) 권성원, “선박건조계약과 관련하여 발생하는 선수금 반환 채권의 담보방법 및 실행에 관한 소고”, 「해상보험법 연구 제4권 1호」, 2008년, 35~36쪽.

3) BDI [Baltic Dry Index] 발틱해운거래소가 산출하는 건화물시황 운임지수로 1999년 말부터 발표하고 있다. 철강·곡물 등 포장 없이 내용물을 실어 옮기는 벌크선 운임지수로 통상적으로 사용된다.

4) HR 컨테이너선 종합용선지수 [Howe Robinson , 綜合備船指數] 영국의 해운컨설팅 및 브로커 업체인 'Howe Robinson C. I.'사가 1997년 1월 15일을 기준(HR 1,000)으로 발표하는 컨테이너선 용선료 지수이며, 510TEU에서 3,500TEU까지 세계 컨테이너선 용선시장에서 주로 거래되는 12개 선형별 지수 및 종합지수가 발표되고 있다.

에 대한 발주취소 우려가 대두되고, 후판가격 상승에 따른 수익악화 우려가 현실화 되면서 선수금 환급보증서 발급시 금융기관의 심사 기준이 엄격해지는 양상이 확대되었다. 특히 중소조선업의 신조시장 진입시점이 대부분 2006년 이후에 집중되어 과도한 설비투자에 따른 공급과잉 우려가 대두되면서 선수금 환급보증서 발급의 어려움이 가중되고 있다. 이로 인해 발주물량이 급감하였고 중소 조선소에 대한 특정시점의 설비투자 집중으로 인한 공급과잉 우려가 추가적인 선수금 환급보증서(Refund Guarantee) 발급 회피의 원인이 되었다.⁵⁾

중소조선업체의 유동성 악화우려가 심화되면서 금융기관이 지급보증성적인 선수금 환급보증서 발급심사를 까다롭게 하는 것은 리스크 관리측면에서 볼 때 당연한 결과이며 선수금은 부채성 현금으로 초기 1,2차 선수금이 많을수록 유동성이 풍부한 것으로 착시현상이 발생하며, 이는 조선업체들이 과다 수주 우려에도 불구하고 3~4년치 수주 잔량을 확보하려는 요인이다. 일부 업체의 경우 별도의 투자재원 확보없이 선수금으로 시설투자를 진행하는 경우가 발생하여 신규발주물량 감소에 따른 선수금의 선순환 고리가 끊어질 경우 심각한 상황에 직면할 수밖에 없다. 특히 신생중소업체 대부분이 중소 벌크선만을 주력으로 건조하고 있어 BDI 폭락에 따른 벌크선 발주 급감은 이러한 리스크를 증대시키고 있으며, 이는 국내와 더불어 중국 조선업계에도 심각한 불안요인으로 확대되고 있다.⁶⁾

금융기관이 조선업체에 선수금 환급보증서를 발급하면서 발생할 수 있는 리스크는 기 지급된 선수금을 대지급하는 가능성으로 이러한 리스크가 발생하는 경우는 조선업체의 건조하자, 공기지연에 따른 선박인도 지연, 조선업체의 파산 등이다. 수주감소와 무리한 설비투자에 따른 현금흐름이 악화되는 업체의 경우 선박인도 지연, 파산에 대한 리스크가 확대되어 선수금 환급보증서 발급이 중단되고 있으며 이는 또 다시 현금흐름의 악화라는 악순환을 형성하여 결국 금융불안과 신규 수주 급감이 지속되는 한 건조·자금 여력이 부족한 일부 업체의 경우 구조조정으로 이어질 가능성이 크며 이는 금융기관의 리스크로 이어진다.

특히 최근에 발생하고 있는 선수금 환급보증서의 책임소재에 대한 금융권의 분쟁을 지켜보는 심정은 조선산업이 국가의 효자산업에서 하루아침에 시한폭탄

5) 김현, 「조선: 구조조정의 도화선, 선수금 환급보증(R/G)」, LIG투자증권, 2008년 11월 20일, 1~2쪽

6) 김현, 앞의논문, 3쪽

으로 변해버린 듯해 씁쓸하다. 선수금 환급보증서가 이렇게까지 심각하게 확대되어 있는데 예는 여러 가지 문제들이 맞물려 있지만 조선산업 구조조정 과정상 선수금 환급보증서의 보험자와 재보험사들을 채권단에 포함시키지 않았던 것이 가장 큰 이유라 생각된다.

이 연구에서는 선수금 환급보증서가 선박수출거래에서 필수적이며 중요한 기능을 함에도 불구하고 원활한 선박건조계약에 장애가 되는 선수금 환급보증서의 법적특성과 각 당사자 간의 법률관계를 비교·분석함으로써 환급보증서의 지급청구와 관련된 문제점을 파악하고 환급보증서의 올바른 이해를 통해 선박수출거래의 성공적 이행을 돕고 선박수출경쟁력을 제고하는데 기여하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

1. 연구범위

선박수출은 우리나라의 3대 주력수출품목이다. 조선산업은 산업연관효과가 커서 관련 산업의 수요를 창출하고, 노동집약적 산업으로 고용효과가 매우 높다. 2008년 이후 미국발 서브프라임 모기지 사태로 촉발된 글로벌금융위기 및 이로 인한 해운 경기 침체로 세계의 조선경기는 불황을 맞고 있다. 지난 해 선박수주실적은 1,177만 CGT⁷⁾로 2007년도의 3분의 1수준에 지나지 않으며, 1,590만CGT를 기록한 중국에게 1위 자리를 내주었다.⁸⁾ 다만, 드릴쉽, 해양플랜트 등의 수주에 힘입어 금년 상반기에는 892만CGT를 수주하여 중국의 464만CGT를 크게 앞서며 다시 1위 자리를 찾았다.⁹⁾

이 논문은 이러한 흐름을 바탕으로 선박 건조계약상 선수금환급보증제도에 대한 이해를 위해 선박수출거래의 대금 지급과 기 지급한 선수금의 상환 청구 관련 특성을 바탕으로 선박건조계약상 선수금 상환에 대한 담보로 금융기관이

7) Compensated Gross Tonnage의 약자로서 선종 및 선형의 난이도에 따라 건조시의 공사량을 동일 지표로 평가하기 위한 방법으로 총톤수에 환산계수를 곱해 산출된 톤수를 말하며, '환산톤수' 또는 '조정톤수'라고 한다.

8) 김상만, "선박수출거래에서 환급보증(Refund Guarantee)의 특성과 문제점에 대한 연구", 「서울대학교 법학 제52권 제3호」 2009.11, 451~452쪽.

9) 한국조선협회, Shipbuilding Brief 제301호 (2011.3), 3쪽.

발행한 환급보증서 관련 연구를 중심으로 구성하였다.

‘제1장 서론’에서는 이 논문의 연구목적과 연구의 범위 및 방법을 간략하게 서술함으로써 이 논문의 전개방향을 제시하였다.

‘제2장 선수금 환급보증서의 개념 및 연혁’에서는 선수금 환급보증서의 의의와 필요성, 종류를 중심으로 개념을 잡고 유사개념과의 구별을 통해 명확한 개념의 확립 및 준거규칙과 연혁을 통해 선수금 환급보증서의 발전·전개과정을 살펴보았다.

‘제3장 선수금 환급보증서의 특성과 법률관계’에서는 선수금 환급보증서의 기능과 특성을 중점으로 주요 기재사항을 나열하여 그 구성요소들을 연구하였고, 선수금 환급보증서로 인해 발생하는 각 당사자 간의 법률관계를 비교·분석하여 정리하였다.

‘제4장 선수금 환급보증서의 지급청구와 문제점’에서는 선수금 환급보증서의 지급청구 요건과 금융권의 지급거절 사유를 검토하여 환급보증 지급청구시 발생하는 문제점과 대처방안에 대하여 연구하였다. 아울러 최근 이슈가 되었던 사례들의 집중 분석을 통해 선수금 환급보증서에 관한 분쟁의 법적접근과 올바른 해석을 할 수 있는 사례를 제시하였다.

끝으로 ‘제5장 결론’에서는 위의 각 장에서 전개한 내용을 요약·정리하는 동시에 선수금 환급보증서의 연구 필요성과 향후의 선박수출거래관행이 나아갈 방향을 제시함으로써 이 논문을 마감하였다.

2. 연구방법

이 논문의 연구를 위한 접근방법으로는 기존의 문헌자료에 의한 접근 방법을 택했다. 보다 체계적이고 실용적으로 연구하기 위해 실무적인 내용을 통한 실증적 연구방법을 병행하며, 이 논문의 연구주제의 특성상 기존의 관련 논문 등 문헌을 검증하는 문헌적 연구방법을 중심으로 전개하였다. 현행 법제도상의 내용을 기초로 하여 선박건조계약상 선수금환급보증서에 대한 기존 논문·문서·판례 등을 검토하여 비교·분석하는 방법을 채택한 것이다. 그리고 이해를 돕기 위해 실무의 경험을 바탕으로 실제 사용되는 환급보증서 문안을 예시하였다.

제2장 선수금 환급보증서의 개념 및 연혁

제1절 선수금 환급보증서의 개념

1. 선수금 환급보증서의 의의

전형적인 선박수출거래에서는 계약체결 후 환급보증서 발행 → 착공(steel cutting) → 용골거치(keel laying) → 진수(launching) → 인도(delivery)의 각 단계별로 계약 금액의 20%씩 지급한다.¹⁰⁾ 수출자가 정상적으로 선박을 인도하지 못하는 경우 수입자는 지급한 선수금을 상실할 위험을 부담한다. 즉, 건조기간 중 계약이 취소 또는 해지 되는 경우에는 수출자는 수입자에게 선 지급 받은 건조대금을 반환하여야 한다.¹¹⁾ 이에 따라 수입자는 지급한 선수금의 상환을 보장하는 담보로 환급보증서를 요구한다.

환급보증서란, 보증서에 정한 조건에 따라 수익자가 기 지급된 선수금¹²⁾의 상환을 청구하면, 선박수출계약과는 독립적으로 그리고 절대적으로 지급하기로 하는 보증은행의 지급확약이다. 선박수출계약과는 별개로 수익자는 환급보증서에 정한 조건에 따라 보증은행에 지급청구를 하며, 보증은행은 환급보증서의 지급조건 충족 여부만을 기준으로 즉시(forthwith on demand), 절대적으로(absolutely) 지급하며, 선박 수출계약을 근거로 또는 수출자의 항변권을 근거로 지급을 거절할 수 없다.

국제거래에서 사용되는 환급보증서의 영문표제는 "refund guarantee", "refundment guarantee", "letter of refundment guarantee", "letter of guarantee", "advance payment guarantee", "advance payment bond", "repayment guarantee", "standby letter of guarantee" 등 다양하다. 이에 따

10) 선박인도 잔금이 20%를 넘는 지급방식을 'heavy tail 방식'이라고 하는데, 이 방식의 경우 선수금은 선박건조에 부족하므로 추가적인 자금조달이 필요하다. 자금조달능력이 없는 조선소의 경우 계약금액을 낮추더라도 표준적인 방식을 택하는 것이 바람직하다.

11) 정우영, "선박금융의 실무소개", 「BFL(기업과 금융에 관한 법률전문 저널) 제19호, 2006.9, 94쪽.

12) 수출자가 상환해야 하는 금액은 지급된 선수금과 해당 이자이므로, 보증은행은 지급된 선수금의 원금과 보증은행이 지급하는 날까지의 이자를 지급해야 한다.

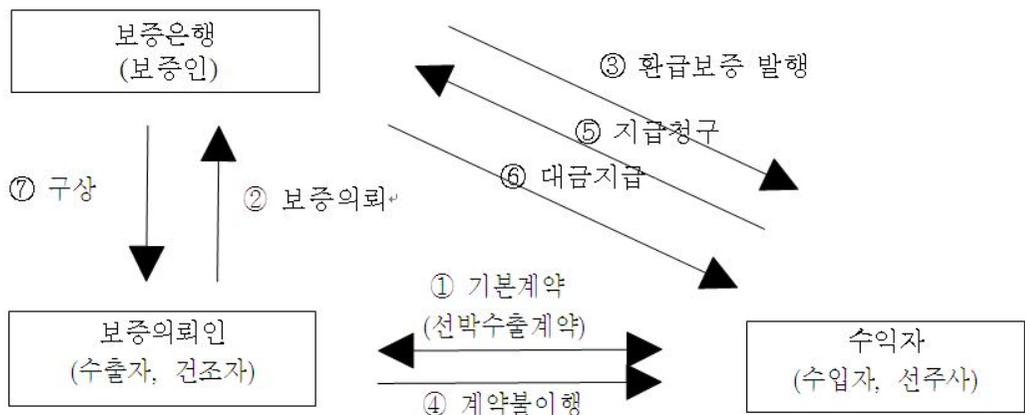
라 보증서상의 ‘표제’만으로 ‘환급보증서’ 여부를 판단할 수는 없고 그 내용으로 판단해야 한다. 실무에서는 ‘알지(RG)’, ‘선수금환급 보증’, ‘환급보증’ 등으로 불린다.

선박수출 및 환급보증서의 거래절차를 살펴보면,¹³⁾ ① 선박수출거래의 당사자인 수출자와 수입자는 선박수출계약을 체결한다. ② 수출자(보증의뢰인)는 자신의 거래 은행에 환급보증서 발행을 의뢰한다. ③ 보증은행은 수출자의 신용도, 선박건조능력 등을 심사하여 수입자에게 환급보증서를 발행한다. 환급보증서 발행 부적격 대상기업으로 판정되는 경우 환급보증서 발행을 거절하거나, 수출보증보험증권 등 담보를 청구한 후 환급보증서를 발행한다. ④ & ⑤ 수출자가 수출계약을 불이행하거나 수출자에게 선박건조를 곤란하게 하는 사유가 발생하면, 수입자는 수출자에게 선수금의 상환을 청구하고, 일정기간 내에 이를 상환하지 못하면, 보증은행 앞 선수금의 지급을 청구한다. ⑥ 수입자의 지급청구가 환급보증서의 요건에 부합하면, 보증은행은 즉시 대금을 지급한다. ⑦ 보증은행은 보증의뢰인이며 주채무자인 수출자에게 구상권을 행사한다.¹⁴⁾

2. 선박건조계약내의 수출자의 의무위반에 따른 위험

선박건조계약(Shipbuilding Contract)은 조선소(수출자)와 SPC¹⁵⁾(수입자) 간

13) 그림1 환급보증서 도해.



14) 김상만, 앞의논문, 454쪽.

15) Special Purpose Company - 금융기관에서 발생한 부실채권을 매각하기 위해 일시적으로 설립되는

에 체결되며, 그 주요 내용은 선박의 건조, 선가 및 그 지급방법, 성능에 따른 선가의 조절, 선박건조 감독방법, 불가항력 사유, 계약해지 사유, 분쟁의 해결 방법 등이다.¹⁶⁾

선박건조계약은 조선소와 SPC 간의 국제거래가 대부분이며 국제거래는 서로 다른 국가에 소재하고 있는 당사자들간의 거래이기 때문에 그들간에 존재하는 공간적 거리와 시간적 간극 그리고 각종의 법적인 제도와 관습의 차이 등 거래의 성공적 완수를 저해하는 많은 위험에 직면하게 된다.¹⁷⁾

선박건조계약에서 발생하는 국제거래상의 위험은 그 특성상 선박건조에 오랜 기간이 소요되는 바 그 기간중에 발생하는 거래환경의 변경에 따라 대금의 지급에 관련된 것과 그 이외의 거래상의 의무의 이행에 관련된 것으로 더욱 복잡한 양상을 나타나게 된다. 결국 국제거래의 당사자들에게는 선박건조계약과 같은 국제거래에서 발생하는 각종의 위험을 어떻게 관리하여 이를 극복하는가 하는 것이 관심사가 되어 위험에 대한 보증의 필요성이 증가 되었다.

일반적 국제거래에서 수입자의 대금지급에 대한 담보로 신용장이 이용되며, 수출자의 계약이행에 대한 담보로는 독립적 은행보증(또는 보증신용장)이 이용된다. 수출자의 계약이행에 대한 담보로 이용되는 독립적 은행보증(또는 보증신용장)을 이행성보증이라고 하는데, 이행성보증에서 보증은행의 지급책임은 기본계약과는 독립적이다. 이행성보증은 그 내용에 따라 입찰보증, 계약이행보증, 선수금 환급보증서, 하자보수보증 등으로 구분된다. 환급보증서는 이행성보증의 하나이며, 광의의 선수금 환급보증서(advance payment bond)¹⁸⁾에 해당된다. 환급보증서가 발행되어야 수출자는 선수금을 지급받게 되고, 환급보증서

특수목적(Special Purpose)회사. 채권 매각과 원리금 상환이 끝나면 자동으로 없어지는 일종의 페이퍼 컴퍼니다. SPC는 금융기관 거래 기업이 부실하게 돼 대출금 등 여신을 회수할 수 없게 되면 이 부실채권을 인수해 국내외의 적당한 투자자들을 물색해 팔아넘기는 중개기관 역할을 하게 된다. 이를 위해 외부평가기관을 동원, 부실채권을 현재가치로 환산하고 이에 해당하는 자산담보부채권(ABS)을 발행하는 등 다양한 방법을 동원한다. SPC가 발행한 ABS는 중간사와 인수사를 거쳐 기관과 일반 투자자들에게 판매된다. 투자자들은 만기 때까지 채권에 표시된 금리만큼의 이자를 받고 만기에 원금을 돌려받는다. 자산 관리와 자산 매각 등을 통해 투자원리금을 상환하기 위한 자금을 마련하는 작업이 끝나면 SPC는 자동 해산된다.

16) 정우영, 앞의논문, 94~95쪽.

17) 서헌제, “국제거래 있어서의 은행보증”, 중앙대학교, 「법학연구소 법학논문집 제17호」 1992, 54쪽

18) [2009] EW HC 2624 (Comm); [2010] 1 All E.R. (Comm) 823.

“One of the terms of the contract stated that J was obliged to procure a refund guarantee. K subsequently issued an advance payment bond to R on behalf of J.”;

의 발행을 선박수출계약의 효력발생요건으로 정하기도 하는 등 환급보증서는 선박수출거래에서 필수적이다.¹⁹⁾

3. 위험에 대한 담보제도로서의 환급보증서

위에서 언급한 바와 같이 선박건조계약의 의무 위반에 대한 위험은 그 성질에 따라 수입자 측면에서 거래상의 대금의 지급에 따르는 위험과 수출자 측면에서 의무 위반에 따르는 위험으로 나누어 볼 수 있는데 전자에 대한 담보제도로서는 은행의 지급보증등의 방법이 일찍 발달되어 왔으며 대금지급 이외의 수출자 측면에서의 거래상 의무 위반에 대한 담보의 방법은 은행의 이행성 보증의 형태로 발달 되었다.²⁰⁾

환급보증서는 이행성보증의 하나로 관련 국제적 통일규칙에는 청구보증통일규칙 (Uniform Rules for Demand Guarantees ; URDG 758), 보증신용장통일규칙(International Standby Practices ; ISP 98), 독립적 보증 및 보증신용장에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit) 등이 있다. 그러나 선박수출계약과 마찬가지로 대부분의 환급보증서는 영국법을 준거법으로 정하고, 영국을 재판관할지로 정한다.²¹⁾ 그 이유는 영국은 8세기부터 20세기까지 해운 무역조선에서 세계 1위를 유지하여 해운무역 조선업계에서의 영국의 법과 관행은 세계의 표준이 되었기 때문이다.²²⁾

4. 환급보증서의 종류

이행보증거래(독립적 은행보증)는 보증서 발행의 단계에 따라 다음과 같이 구분해 볼 수 있다.

첫째, 입찰보증(Bid Bond)은 응찰자가 입찰시 제공하는 것 등으로서 낙찰시

19) 김상만, 앞의논문, 452쪽.

20) 서헌제, 앞의논문, 56쪽.

21) 「Stephenson Harwood, Shipping Finance」, 3rd Ed., Euromoney Institution Investor Plc, 2006, 2쪽.

22) 김상만, 앞의논문, 452쪽.

이에 응하지 아니하거나 입찰시의 조건을 이행하지 않는 경우를 위한 은행보증이다. 1978년 국제상업회의소(international chamber of Commerce; ICC)의 계약보증에 관한 통일규칙(Uniform Rules for Contract Guarantees; URCG) 제2조 a항에서 입찰보증을 정의하고 있다. 흔히 물품 혹은 서비스의 제공 또는 어떤 건설회사가 해외에서 건설을 하고자 하면 먼저 건설수주를 위한 입찰을 하게 된다. 이러한 입찰보증은 입찰자가 낙찰이전에 수주를 위한 입찰을 철회 또는 변경하지 않을 것과 입찰자가 입찰승낙의 계약서에 서명하지 못하거나 또는 입찰서류에서 명시된 어떤 의무를 이행하지 못할 위험으로부터 입찰을 유인하는 발주자(보증수익자)를 보호하기 위하여 사용된다. 즉 발주자는 여러나라에서 온 입찰청약의 사정과 낙찰통지의 노고와 비용이 무위로 끝나는 것을 원치 않으며 그것을 보장받으려 한다. 또한 신용없는 입찰자의 낙찰이 성실한 여타의 입찰청약자의 기회상실을 초래함으로써 발생할 수 있는 손해를 방지하려고 한다. 이런 장치로 발주자는 입찰 예상금액의 1~3%를 입찰보증금(bid bond)으로 예치하도록 요구한다. 이런 입찰 보증금을 예치시키는 이유는 어떤 건설회사가 응찰하여 낙찰자가 되었으니 계약을 체결하지 않는 사례가 발생할 경우 발주자는 재입찰에 따른 많은 시간과 비용이 소요되기 때문이다. 따라서 입찰 보증이란 낙찰자의 계약불체결에 따른 발주자의 정신적 및 물질적인 비용을 커버하기 위해 개설되는 보증신용장이다.²³⁾ 즉 발주자는 응찰자가 계약체결에 응하지 않으면 개설된 보증신용장으로 서류매입을 하여 소요비용을 안전하게 회수하면서 부정업자의 응찰을 막고 평판이 좋고 재정적으로 건실한 업체만의 입찰을 유도하게 되는 것이다.²⁴⁾

둘째, 선수금 환급보증(Advanced Payment Bond or Repayment Guarantees)은 물품, 서비스의 공급자 또는 건설공사의 시공업자(이하 주채무자)의 요청에 의하거나 주채무자가 요청한 어느 은행, 보험회사 또는 기타 당사자(이하 지시당사자)의 지시에 의하여 은행, 보험회사 또는 기타 당사자(이하 보증인)가 매수인 또는 발주자(이하 보증수익자)에게 행한 확약이다. 즉 보증인은 주채무자와 보증수익자간의 계약조건에 따라서 보증수익자가 주 채무자에게 선지급하였거나 지급한 금액을 반환하지 못하였을 경우에는 명시된 금액의 범위내에서 보

23) 유경희, 「보증신용장 활용방안에 관한 연구」, 한남대 무역학 석사논문, 1994, 8쪽.

24) 이재관, 「보증신용장 개설은행의 권리와 의무에 관한 고찰」, 전북대 무역학 석사논문, 2003, 33쪽.

중수익자에게 지급할 것을 약속하는 것을 의미한다.²⁵⁾ 원래 목적이 선급금이 적당한 목적에 부합되도록 사용될 것을 보장하거나 또는 관련되는 프로젝트에 관한 시공업자의 계약위반의 경우에 발주자가 선수금을 반환받기 위하여 이용될 수 있다. 예를 들어 대형건설의 경우 계약이 체결된 후 발주자는 공사의 원활한 시행을 위하여 약 10% 정도의 선지급을 하게 되고 계약자의 계약불이행이 있을 경우 지급된 선수금을 환급받기 위해 보증신용장을 요구하게 된다.²⁶⁾ 선박건조계약등의 국제적인 매매나 도급계약의 경우 흔히 나타나는 것으로 매수인이 매도인에게 계약의 이행에 필요한 일부의 자금을 선수금 명목으로 제공한 후, 매도인이나 도급인이 계약을 이행하지 못했을 때, 매수인이 제공한 선수금을 되돌려 받기 위해 제공되는 은행보증이다. URCG 제2조 C항이 선수금반환보증을 정의하고 있다.

셋째, 이행보증(Performance Bond)은 물품 또는 서비스의 매도인 또는 경쟁입찰에서 낙찰된 건설업자가 정식계약 체결 등 그의 의무를 이행하지 못할 위험으로부터 매수인 또는 발주자를 보호하기 위하여 사용된다. 예를 들어 건설공사에서 발주자는 낙찰자와 정식 계약체결시 다시 계약금액의 10% 정도의 이행보증금을 예치하도록 요구한다. 계약자가 계약을 체결하고도 실제 공사를 하지 않는 경우 다시 경쟁입찰과 계약체결을 실시해야 하므로 많은 시간과 비용 등 손실이 크므로 발주자는 이런 손실을 커버하기 위하여 보증신용장의 개설을 요구하게 된다.²⁷⁾ 이때 건설업자는 자신의 거래은행을 통해 보증신용장을 발행하여 이를 담보로 제출하게 된다. 발주자는 건설업자가 계약을 위반하여 약정기간내에 배상 의무를 이행하지 않을 경우 그 배상대금으로 확정된 서류를 첨부하여 보증신용장 개설은행에 지급을 청구함으로써 보상을 받게 된다.²⁸⁾ 수출자인 매도인이나 수급인이 매매계약이나 도급계약상 약정한 물건 인도의무나 도급계약에 부합하는 계약이행을 하지 않았을 때 수입자인 매수인이나 도급인을 보호하기 위한 은행보증이다. URCG 제2조 B항이 이행보증을 정의하고 있다. 이행보증 가운데에서도 물건의 인도를 보증하는 경우 인도보증(delivery guarantee)이란 표현을 쓴다. 국제거래에서 사용되는 것은 이상의 세 가지 은

25) URDG, Article 2(c), ICC Pub. No. 325, 1978.

26) 이재관, 앞의논문, 34~35쪽.

27) 유경희, 앞의논문, 9쪽.

28) 이재관, 앞의논문, 34쪽.

행보증이다 그리하여 계약보증에 관한 1978년의 통일규칙도 입찰보증, 이행보증, 선수금반환보증을 계약보증(contract guarantee)이라는 상위개념 하에 나열하였던 것이다. 그러나 동 규칙은 성공을 거두지 못했다.

넷째, 하자담보보증(Warranty Bond)은 고가의 대형기계를 수출한 후에 기계를 일정기간 사용하는 중에 하자가 발생되거나 건설공사가 완료된 후 일정기간 동안 내에 공사내용의 하자가 있을 경우에 그 하자에 대한 수리와 보수를 위하여 그에 대한 배상을 보증하는 것을 하자보증이라 하며, 이 경우 발주자의 요청에 의해 하자보증을 위한 보증신용장이 이용되고 있다. 즉 하자담보보증은 매도인이나 수급인이 하자담보기간중 발견되는 하자보수를 해태할 경우 매수인이나 도급인에게 그러한 위험을 담보해주는 은행보증이다. 오늘날 매수인이나 도급인이 보증기간(warranty period)의 도과시까지 매매대금이나 도급액의 지급을 일부 유보해두는 방법도 쓰이고 있다. 하자보증방식에는 여러 가지가 있다. 첫째로 공사 완성시까지의 물론이고 완성 후부터 하자보수기간까지 보증하는 방식으로 별도의 하자보증은 필요없게 되는 방식. 둘째로 공사가 완성된 시점까지는 이행보증으로 하고 완성시점부터 하자 보수기간까지는 하자보증을 발행하는 방식, 셋째로 하자보증의 발행과 병행하여 발주자가 공사 기성금 지급 시 일정액의 현금을 유보하여 하자보증에 대한 증거금으로 사용하는 방식으로 대부분의 국제건설공사에 있어서 이 방법이 채택되고 있다.²⁹⁾

다섯째, 지급보증(Payment Guarantee)이란 상기의 여러 종류와는 달리 수출자(매도인이나 수급인)를 보호해주는 보증이다. 즉 매수인이나 도급인 등이 매매대금이나 공사대금을 지급하지 않는 경우 이에 대한 담보수단으로 이용된다.

제2절 유사개념과의 구별

1. 독립적 은행보증과 보증신용장의 비교

1) 기능적인 동일성

29) 대한상공회의소, 「국제건설거래와 계약보증」, 1984, 12~14쪽.

독립적 은행보증서와 보증신용장은 형식에 있어서 차이가 존재할 뿐 기능상 동일하다. 독립적 은행보증서도 법적 성질면에서 보증신용장과 마찬가지로 독립성과 엄밀일치 원칙을 가지고는 있지만 그 적용에 대한 준거법이 불확실하다. 즉 보증신용장은 UCP의 지배를 받으나 독립적 은행보증서는 발행국가의 법률의 지배를 받으므로 국제적 인증서로서 그 인지도가 보증신용장 만큼 높지 않다. 또한 국내외에서 사용되는 독립적 은행보증은 채무자가 의무를 이행하지 아니하는 경우를 대비하여 만들어진 미확정보장약정이라는 점에서 독립적 은행보증과 보증신용장은 때로 Guaranty L/C 또는 Banker's Guaranty라 불리기도 한다.³⁰⁾ 미국에서는 은행들이 보증서(guarantee)를 발행하지 못하도록 법률로 규정하고 있기 때문에 독립적 은행보증서를 발행할 수 없지만 그 이외의 국가에서는 전형적인 보증수단으로 국제거래에서 독립적 은행보증이 이용되고 있다. 또한 독립적 은행보증은 일반보증채무의 부종성과 보충성을 배제시킨다는 점에서 보증신용장과 같은 기능을 하고 있다.³¹⁾ 그러나 그 발행이 법률의 규정에 근거하지 않고 당사자의 계약에 기초하고 형식도 보증신용장과 같이 정형화되어 있지도 않으며 발행의뢰인과 은행의 합의에 따라 다양하게 이루어지고 있다. 그 허용범위도 당사자 계약자유의 원칙에 입각하여 자유롭게 설정하도록 하고 있다. 그 사용하는 용어도 독립적 은행보증은 최소한의 법적특성으로 개념화한 뜻으로 Letter of Guarantee, Letter of Credit on Demand Guarantee, First Demand Guarantee, Bonds, Securities 등 다양하게 사용된다.³²⁾

2) 차이점

이상에서 보증신용장과 독립적 은행보증의 기능적인 면에서 동일성을 가지고 있음을 검토해 보았으며 아래에서 두 차이점을 구체적으로 보면 다음과 같다.

첫째, 관련 규제에 따라 보증신용장은 그 당사자의 권리, 의무 및 형식등에 있어서 UCP의 적용을 받는데 비하여 독립적 은행보증은 그렇지 못하고 단지

30) 유경희, 앞의논문, 14쪽.

31) 문희철, "보증신용장의 법적 특성에 관한 연구", 「한국무역상무학회」, 1989, 300쪽.

32) 이재관, 앞의논문, 26쪽.

당사자의 계약규범만이 존재한다. 이와 관련하여 ICC에서는 “계약보증에 관한 통일규칙(Uniform Rules for Contract Guarantee, ICC Pub. No.325)”을 제정하여 신용장의 형식을 따르지 않는 일반적인 계약보증의 국제거래준칙으로서의 채택을 권장하고 있으나 아직까지 범용화 되어 있지 않다. 이것이 보증수익자 또는 수익자들이 독립적 은행보증보다 보증신용장을 상대적으로 선호하는 이유가 아닌가 판단된다.

둘째, 지급의무에 따라 보증신용장은 일정한 서류의 제시를 전제조건으로 은행의 지급의무가 발생하나 독립적 은행보증은 수익자의 지급청구가 있으면 그 즉시 은행의 지급의무가 발생하게 되며 그 이외의 다른 증명이나 조건을 필요로 하지 않는 것이 원칙이다. 그러나 실무에서는 독립적 은행보증서의 경우도 채무불이행의 증거로서 특정서류를 요구하는 경우도 있어 구분이 쉽지 않다. 하지만 보증신용장에서는 서류제시를 요구하는 문언의 표시가 있어야 한다. 우리나라 대법원도 독립적 은행보증서와 신용장은 원칙적으로 구별되는 것이라고 보면서 다만 양자의 구별은 당해증서의 제목에 의해 판단될 것이 아니고 실제로 당사자가 의도한 계약내용을 기준으로 판단하여야 한다고 판결³³⁾을 하였다. 따라서 이러한 견해에 의하면 Letter of Guarantee라는 명칭을 사용하고 있는 경우라도 UCP가 적용됨을 명시하고 있다면 그것은 지급보증서가 아니라 신용장이라고 보아야 할 것이다.

셋째, 어음 발행여부에 따라 보증신용장은 어음이 발행되는 근거가 되며 개설은행은 어음을 발행하는 자에 대하여 보증채무를 부담하는 반면에 독립적 은행보증의 경우에는 어음이 발행되지 않는다.

넷째, 유효기일에 따라 독립적 은행보증에 유효기일이 있는 경우 지급청구는 그 유효기일 내에 발행은행에 청구가 도달하여야 유효한 것으로 보는 견해가 있음에 반하여 보증신용장은 신용장조건에 따라 유효기일내에 개설은행, 지급은행 또는 매입은행에 제시되면 유효하다.

다섯째, 지급청구의 방식에 따라 보증신용장의 경우는 제시서류가 신용장조건과 엄밀일치를 요구하나 보증서에는 이런 제한이 없으며 채무이행방식은 지급청구시마다 송금방식이 많이 이용된다.³⁴⁾

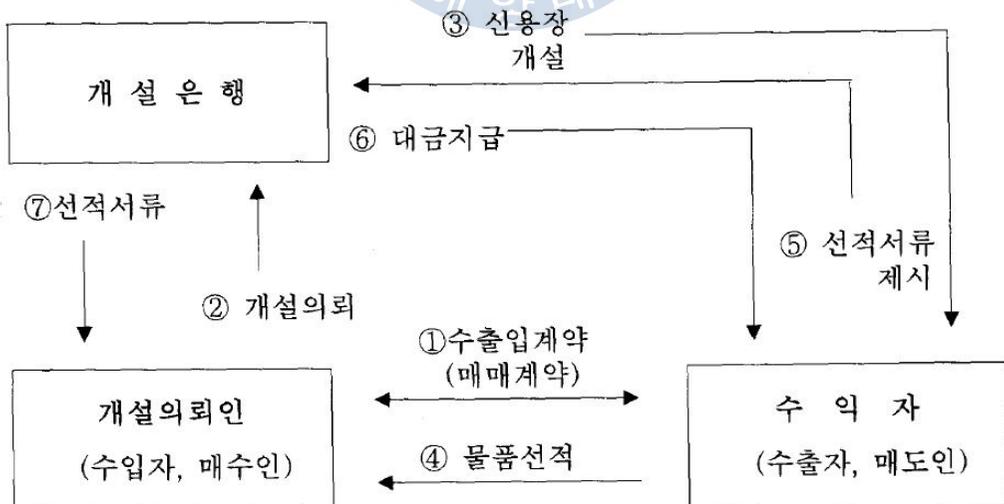
33) 대법원판결, 1980.11.11, 80다71.

34) 이재관, 앞의논문, 26~27쪽.

2. 환급보증서(보증신용장)와 화환신용장의 비교

화환신용장은 서류상의 거래로서 수출자가 정상적으로 매매계약을 이행하여 선적서류(선하증권, 상업송장, 포장명세서, 보험증권)를 제시하면 개설은행이 신용장에서 정한 금액을 지급하는 대금결제수단으로서 당사자의 의도와 형식에 있어서 개설은행이 1차적으로 지급책임을 부담한다.³⁵⁾ 화환신용장은 기본거래인 수출계약과는 독립적이며 서류상의 청구에 의해 지급을 하는 추상성면에서 독립적 은행보증과 공통점을 갖는다. 즉, 독립성 및 추상성을 가진다는 점에서는 환급보증서는 화환신용장(documentary letter of credit)과 공통적이며, 화환신용장과 보증신용장은 형식에 있어서 둘 다 신용장이라는 점에서 동일하다. 그렇지만 양자는 지급메카니즘 및 그 운용에 있어서는 아주 다르다.³⁶⁾ 즉 화환신용장은 신용장조건을 정상적으로 이행했을 때 개설은행이 지급을 보증한 것이므로 사용목적이나 형식에서 보더라도 개설은행이 제1차적 책임이 있음을 알 수 있다. 반면 보증신용장은 형식에 있어서는 제1차적 지급확약이지만 목적에 있어서는 주채무자에 의한 채무불이행의 경우, 즉 미래에 지급이 발생되지 않

35) 김상만, 「국제거래에서 Bank Guarantee 와 수출보험제도」, 한국수출보험공사, 2010, 93쪽.
그림2 화환신용장 도해.



36) 박석재, 「스탠드바이신용장의 활용상의 문제점에 관한연구」, 성균관대학교 무역경영 박사논문, 1996, 31쪽.

을 것을 예상하는 상황에서 발생하는 채무의 보장수단이다. 따라서 이런 형식상의 차이 외에 실무상의 차이를 중심으로 고찰해 보기로 한다.

1) 지급구조상의 차이

화환신용장은 수입자의 대금지급을 담보하기 위한 것으로 수출자(매도인)가 수익자(beneficiary)가 되며 수입자(매수인)는 개설의뢰인(applicant)이 된다. 그러나 환급보증서는 수출자의 수출이행을 담보하기 위한 것으로 수출자(매도인)가 보증의뢰인(applicant)이 되며 수입자(매수인)는 수익자(beneficiary)가 된다. 화환신용장은 기본계약의 이행을 조건으로 지급이 의도되지만 보증신용장은 기본계약의 불이행을 조건으로 지급이 의도된다는 점에서 근본적인 지급구조상의 차이가 존재한다.³⁷⁾ 즉 화환신용장은 상업상의 의무에 대한 수익자의 정상적인 이행을 조건으로 수익자에게 지급을 보장하여 준다. 반면 보증신용장은 개설의뢰인의 채무불이행이라는 우발적 사고를 조건으로 수익자에게 지급을 보장하여 준다. 따라서 화환신용장은 채무의 이행에 대한 지급을 약속하는 것으로서 매매계약이 제대로 이행되는 경우에 신용장금액의 대금지급이 이루어지는 것으로 통상적인 거래관계에서 발생한다. 그러나 보증신용장은 채무의 불이행에 대한 지급의 확약으로서 개설의뢰인이 수익자에게 매매계약상 이행해야 할 의무를 다하지 않는 경우에 신용장상의 약정금액이 지급되는 것으로 주계약의 불이행이라는 예기치 않은 경우의 보상의 지급을 의도하며 그 지급은 예외의 경우이다. First Empire Bank v. FDIC 사건에서 화환신용장과 보증신용장은 이행실패에 대한 지급을 의도한다.³⁸⁾ 동 사건은 화환신용장의 경우에는 이행이 지급의 전제조건이 되며 보증신용장은 불이행이 지급의 전제조건이 됨을 나타내고 있다. 또한 화환신용장에서 수출자는 개설은행에 지급 청구를 하며 개설은행이 지급을 거절하는 경우 수입자에게 지급청구 할 수 있다. 그러나 환급보증서에서는 보증은행에게 지급청구를 하기 전에도 수출자에게 선수금 상환을 청구할 수 있다.

37) 박석재, 앞의논문, 31쪽.

38) Wunnicke and D.B. Wunnicke, "Standby Letter of Credit", Wiley Law Pub, 1989, 22쪽.

2) 제시서류의 차이

지급청구를 위하여 제시되는 서류의 성격이나 목적이 상이하다. Apex Oil Co. v. Archem Co. 사건에서 기본계약은 보증신용장의 개설을 요구하였지만 실제로 개설된 신용장은 화환신용장(Documentary Of Credit)으로 명명되었다. 동 사건에서 법원은 “Documentary” 라는 용어는 지급조건으로서 서류를 요구하는 것이라 판시하면서 Documentary Of Credit은 보증신용장이 될 수 있다고 판시하였다. 동 사건에서는 명칭이 아닌 성질에 관한 것으로 구별하였다. 즉 신용장이 불이행을 전제조건으로 하고 지급에 필요한 서류를 운송서류가 아닌 불이행 진술서로 규정하고 있다면 이 신용장은 명칭에 상관없이 보증신용장이라고 인정될 수 있다 하였다.

화환신용장의 경우에는 수익자가 지급청구를 위하여 환어음을 제시할 경우 신용장상의 의무를 이행했다는 사실을 증명하기 위하여 선하증권, 보험서류, 검사증명서, 원산지증명서 등으로 대부분 제3자가 작성한 서류가 제시된다. 그러나 보증신용장의 경우에는 수익자가 지급청구를 하려고 하면 개설의뢰인이 기본계약상의 의무를 이행하지 아니 하였다는 내용의 채무불이행 진술서(Certifications of Default)만을 환어음과 함께 제시하면 되고 그 불이행진술서는 통상 수익자가 작성하며 자신의 진술서에 지나지 않는다.

여기서 개설은행에 제시되는 서류를 누가 작성하느냐에 따라 어떤 의미 차이가 있는지 실무적으로 비교해 보고자 한다. 먼저 화환신용장의 제시서류들은 대부분 제3자들이 작성하여 제시하게 된다. 이러한 제3자들은 수익자가 신용장의 대금지급 청구를 위하여 제시되는 서류가 신용장조건과 불일치, 즉 하자서류를 발행한데 대한 책임발생으로 개설의뢰인에게 어느 정도의 보호를 제공하여 주기도 한다. 그러나 무엇보다도 개설은행이 신뢰할 수 있는 객관적인 서류라는데 의미가 있으며 개설은행은 수익자에게 대금지급과 동시에 화물을 표상하는 선하증권을 취득함으로써 물품에 대한 담보이익을 가지게 된다. 개설은행은 그 물품에 대한 담보이익을 행사하여 현금화함으로써 수익자에게 지급한 금전에 대한 구제를 추구할 수 있다.

이같이 화환신용장에서는 공정한 제3자에 의한 서류 발행으로 인하여 서류에

하자가 있을 경우에는 서류의 발행인에게 어느 정도 책임을 지을 수 있으며 또한 물품의 권리인 선하증권을 취득함으로써 개설의뢰인과 개설은행은 어느 정도 보호를 받게 된다.

반면 보증신용장에서 지급청구를 위해 요구되는 서류는 대개 일람출금 환어음 및 개설의뢰인이 기본계약상 의무를 이행하지 못하였다는 불이행진술서이며 이들 서류는 신용장의 형식을 갖추기 위한 요식행위에 불과하다. 더욱이 수익자 자신이 채무불이행진술서를 작성하므로 개설은행에게 개설의뢰인의 의무불이행을 사기적으로 증명함으로써 은행에 금전을 청구할 수 있기 때문에 사기의 가능성이 화환신용장보다 훨씬 더 높다고 할 수 있다. 또한 보증신용장은 지급을 위하여 선하증권의 인도를 요구하지 않는다는 점, 즉 개설은행의 무조건적인 지급 약속을 의미하고 있다는 점에서 화환신용장보다 위험이 더 크다.³⁹⁾

따라서 보증신용장은 화환신용장에 비해 사기적인 청구의 가능성이 높고 물품에 대한 선하증권과 같은 권리증권이 없기 때문에 개설은행 및 개설의뢰인에게 더 큰 위험을 부담하게 한다고 말할 수 있다.⁴⁰⁾ 그럼에도 보증신용장이 화환신용장의 경우보다 더 활성화 되는 이유는 광범위한 서류의 지정이 가능하고 화환신용장과 같이 정형화된 서류를 제시하는 것이 어렵거나 불가능하기 때문이다.

3) 제시서류 작성의 차이

지급청구시 제출서류로 화환신용장에서 수익자는 지급청구를 위해 선하증권, 상업송장 등 신용장에서 요구하는 각종의 서류를 제출해야 한다. 그러나 독립적 은행보증에서는 일반적으로 수출자가 계약을 불이행하였다는 단순한 서면진술서의 제출만으로 지급청구를 가능하게 한다.

기본계약상의 의무의 이행을 조건으로 지급이 행해지는 화환신용장에서 서류의 발행은 상대적으로 용이하다. 즉 선적의 조건으로서 선하증권을 발행하는 것은 전형화되어 있는 데다 어디서든지 쉽게 발행을 할 수 있기 때문이다. 반

39) 김용환, "Fraud in the Transaction and Standby Letter of Credit", 「현대민상법의 연구」, 법문사, 1984, 569쪽.

40) 박석재, 앞의논문, 35쪽.

면 보증신용은 의무불이행시 지급이 행해지는 것이기 때문에 보증신용장의 환경에 따라 요구되는 불이행진술서도 각양각색으로 서류의 작성에 상대적인 어려움이 있다. 예를 들어 빌딩이 설계도에 따라 건설되지 않았음을 나타내는 것이 화환신용장에서 물품이 선적되었음을 나타내는 선화증권의 작성보다 훨씬 어렵다. 또한 수익자가 지급청구를 위해 개설은행에 제시하는 서류의 유형면에서도 차이가 있다. 즉 화환신용장 거래는 환어음이 생략되는 경우를 제외하고는 거의 환어음에 정형화된 일정 서류들이 첨부되어 동일한 거래가 동일한 서류에 의해 반복하여 일어나는 경향이 있다. 이에 반하여 보증신용장 거래는 많은 산업에서 발생할 수 있으며 거래형태도 개개의 경우마다 상이하고 그 거래마다 작성되는 서류도 독특한 경향이 있다.⁴¹⁾

4) 환어음 지급에 대한 관계당사자들의 반응의 차이

화환신용장에서는 개설은행은 선하증권을 받고 대금을 지급하므로 물품에 대한 권리를 확보할 수 있고 수입자가 신용장대금을 상환하지 않는 경우 동 물품의 처분을 통해 신용장대금을 회수할 수 있다. 그러나 환급보증서에서는 보증은행은 운송물에 대한 인도청구권을 표창하는 유가증권인 선하증권 없이 대금을 지급해야 하므로 수출자가 구상의무를 이행하지 않는 경우 대금을 회수할 수 없다. 즉, 보증은행은 아무런 담보장치 없이 수익자 앞으로 정해진 금액을 지급해야 한다. 다만, 건조중인 선박에 대해 양도담보권을 설정하여 건조중인 선박의 처분을 통해 일부 회수할 수 있다. 또한 화환신용장에서 개설은행은 개설의뢰인의 매매대금의 지급능력만 심사하면 되나, 독립적 은행보증의 사고의 원칙은 수출자의 수출계약이행 여부이므로 보증은행은 수출자의 계약이행능력을 심사해야 한다.

화환신용장에서 관계당사자들은 수익자가 발행하는 환어음의 지급을 미리 기대하고 있으며 그 지급의 이행은 신용장개설의 원인이 되는 매매계약의 정상적인 이행의 결과로 본다. 반면 보증신용장의 관계당사자들은 보통 그 어음의 지급을 미리 기대하고 있지 않다. 그 이유는 어음이 발생하는 것은 기본계약의

41) 박석재, 앞의논문, 36쪽.

불이행을 뜻하는 것으로 문제가 생기는 경우이기 때문이다.

개설은행의 입장에서 상술하면 화환신용장의 경우 개설은행은 수익자가 지급청구를 할 것을 개설의뢰인이 이미 기대하고 있음을 알고 있기 때문에 수익자에게 지급하기 전에 지급청구에 대하여 개설의뢰인에게 통지를 하지 않을 수도 있다⁴²⁾. 수익자의 지급청구시 선적의 이행을 나타내는 적극적 증거인 선하증권을 필요로 하며 이 경우 개설은행은 신용장금액을 지급하게 된다. 반면 보증신용장은 개설의뢰인이 그의 의무를 이행하지 못한 경우에 수익자가 지급을 청구하는 신용장이기 때문에 개설은행은 수익자가 지급받는 것을 원치 않는다고 확신할 수 있다.

즉 보증신용장의 경우 지급청구를 위해서는 채무불이행이라는 소극적 상황에 대응하는 것으로서 개설은행이 대금을 지급하는 것은 예정되어 있지 않다. 개설은행은 개설의뢰인의 채무불이행이라는 상황이 벌어질 때 까지 지급을 위하여 대기하고 있는 것이다.⁴³⁾ 또한 지급의 원인이 되는 개설의뢰인의 채무불이행은 개설의뢰인의 재정상 취약함을 암시하는 것이므로 개설은행의 환어음 지급에 대한 상환을 거절할 가능성은 화환신용장의 경우보다 훨씬 크다고 볼 수 있다. 일반적으로 개설의뢰인은 거의 언제나 자신의 채무불이행 사실에 이의를 제기하며 개설은행의 환어음 지급을 원하지 않기 때문에 개설은행은 수익자가 제시하는 환어음의 지급에 있어 화환신용장의 경우보다 더 불안감을 느끼고 있는게 현실이다. 그러다 보니 개설은행은 제시서류의 조건 불일치가 개설의뢰인에게 피해를 주지 않더라도 불일치함에 대해서 지급을 원하는 경우는 거의 없다고 할 것이다. 이는 화환신용장이 일상적인 상거래에서 지급이 이루어지길 원하는 지급의 보장수단임에 비하여 보증신용장의 지급이 발생되지 않을 것을 예상하는 상황에서 채무의 보장수단이기 때문이라고 위에서도 언급했다.

5) 채무발생시점에 따른 차이

화환신용장은 수입자의 대금지급에 대한 담보로서 제공되며 수출자의 정상적

42) 김병삼, 「스탠드바이신용장의 효율적인 활용방안에 관한 연구」, 성균관대학교 무역학 석사논문, 1998, 18쪽.

43) 이재홍, “보증신용장 및 관련문제”, 「사법행정 제353호」, 서울지방법번호사회 1990, 62쪽.

인 계약이행시에 지급청구를 할 수 있다. 그러나 독립적 은행보증에서는 수출자의 계약이행에 대한 담보로서 제공되며 수출자의 계약불이행시 지급청구를 할 수 있다. 또한 화환신용장에서는 수출자는 수출계약내용에 의거 향유할 이익과 동일한 이익을 향유한다. 즉 수출계약상 수출자가 향유할 이익은 대금을 받는 것이고 화환신용장에 의거 동일한 대금을 받는다. 그러나, 독립적 은행보증에서는 수출계약에 의거 수입자가 향유하기로 약정된 내용은 물품의 수령 또는 프로젝트의 완성이지만 독립적 은행보증을 통하여 얻는 것은 금전이다. 따라서 독립적 은행보증의 수익자가 얻게 되는 이익의 내용은 기본계약상 얻기로 약정된 본래의 이익과는 다르다. 즉, 화환신용장은 수입자의 대금지급을 담보하기 위한 것으로 지급청구사유는 수출자의 수출이행이나, 환급보증서는 수출자의 수출이행을 담보하기 위한 것으로 지급청구사유는 수출자의 수출불이행이다. 보증신용장에 있어서는 기본계약관계가 성립함과 동시에 은행의 채무부담이 시작되어 수익자의 요구만으로 지급이 발생하게 된다. 그러므로 은행은 보증신용장을 개설함과 동시에 채무부담을 하게 되는 것이나 다름없다. 반면에 화환신용장의 경우에는 수익자가 정당한 서류를 제시하고 그 지급을 요청함으로써 은행의 채무가 발생한다.

6) 적용규칙에 따른 차이

화환신용장에 적용되는 통일규칙으로는 ICC의 신용장통일규칙이 있다. 비록 1983년의 제4차 및 1993년의 제5차 개정 신용장통일규칙(각각 UCP400, UCP500)부터는 적용범위를 보증신용장까지 확대하였지만, 위에서 본 바와 같이 보증신용장이 화환신용장과는 상이하여 그 적용에 어려움이 있어 ICC에서는 1998년에 보증신용장통일규칙(ISP 98, International Standby Practice)을 제정하였다. 한편 유엔협약은 화환신용장에는 적용되지 않고 독립적 은행보증(또는 보증신용장)에만 적용된다.

3. 환급보증서와 일반적 보증의 비교

1) 기능적 동일성

환급보증서가 형식에 있어서 상업신용장과 유사하다면 실제에 있어서의 기능은 보증과 더욱 유사하다. 환급보증서와 마찬가지로 보증은 채무자가 의무를 이행하지 아니하는 경우를 대비하여 고안된 불확정의 서약(contingent commitment)이라 할 수 있다. 이와 같은 점에서 환급보증의 하나인 보증신용장은 때로 Guarantee Letter of Credit 또는 Banker's Guaranty' 라 불린다.⁴⁴⁾

보증이란 채무자의 계약조건의 불이행 또는 위반을 약인(consideration)으로 일정한 금액을 지급한다는 약속이다.⁴⁵⁾ 일반적으로 보증이라고 하는 우리나라 민법상 보증채무에 대한 특징을 보면 다음과 같다.

첫째, 보증채무는 주채무와 동일한 내용을 가지나 보증채무와 주채무와는 별개의 독립된 채무이다.⁴⁶⁾

둘째, 보증채무는 주채무의 담보를 목적으로 하는 종속된 채무이며 주채무에 부종한다. 부종성이란 주채무가 없으면 보증채무도 성립하지 않으며 주채무의 내용에 변경이 있게 되면 그에 따라 보증채무의 내용도 변경된다. 또한 주채무는 반드시 현실적으로 발생하고 있어야 하는 것이 아니며 장래의 채무 또는 장래에 증감하는 채무를 담보하는 이른바⁴⁷⁾근저당도 유효하게 성립하며 주채무가 소멸하면 보증채무도 당연히 소멸한다. 주채무에 비하여 보증채무가 더 크거나 무거운 것은 허용하지 않는다.

셋째, 주채무가 이전하면 보증채무도 당연히 이전한다. 그렇지만 미국에서는 은행이 타인의 채무에 대한 보증을 할 수 없기에 보증신용장이 일반적으로 사용되며 보증과 보증신용장에 의한 보증의 개념이 명확히 구분된다. 그렇지만 우리나라를 포함한 독일, 프랑스 등 대륙법계는 은행의 보증업무가 가능하기 때문에 부종성과 보충성을 갖는 전통적 보증(일명 일반보증)의 부종성과 보충성을 배제한 독립적 보증(일명 연대보증), 양자를 혼합한 bond 등 다양한 형태로 이루어진다. 전통적보증을 제외한 것은 계약자유의 원칙상 당연히 인정되는

44) 박석재, 앞의논문, 36쪽.

45) 이재덕, 「보증신용장의 법리에 관한 연구」, 서울대 상사법학 석사논문, 1996, 11쪽.

46) 이재관, 앞의논문, 24쪽.

것으로 단순한 채무불이행의 통지만으로 무조건적 지급약속이 이루어지기 때문에 보증신용장과 동일한 기능을 담당한다.⁴⁷⁾

2) 차이점

그러나 양자는 다음과 같은 중요한 차이가 있고 그러한 차이점은 결국 보증신용장의 독립성에 기인하는 것으로⁴⁸⁾ 개설은행의 책임과 밀접한 관련이 있다. 기본적인 차이점으로 다음의 세 가지를 들 수 있으나, 양자는 논리적으로 밀접한 관계가 있다.

첫째, 환급보증과 보증(guarantee)의 차이중 하나는 환급보증서 발행인의 책임이 일차적인 것임에 대하여, 일반 보증에서의 보증인의 책임은 이차적이라는 것이다. 따라서 보증에 있어서 보증인은 주채무자가 이행을 하지 아니하는 경우에 기존의 채무에 대하여 이차적인 책임을 부담하는 것이지만, 환급보증서의 발행인은 신용장조건에 일치하는 서류의 제시에 대하여 지급하는 자신의 원래의 의무 (환급보증서의 의무)에 대한 일차적인 책임을 부담하는 것이다.

그러므로 환급보증서의 발행인이 수익자의 청구가 신용장조건과 일치하는 경우에 지급하는 것은 그 자신의 원래의 책임을 이행하는 것이지, 개설의뢰인의 채무를 이행하는 것이 아니라는 것이다. 따라서 발행인책임의 전제조건은 개설의뢰인이 불이행하였다는 것이 아니라 수익자가 제시한 서류가 신용장조건에 일치하는가 여부에 달려 있는 것이다.

둘째, 환급보증서의 발행인의 지급책임은 위에서 언급한대로 개설의뢰인이 불이행하였다는 사실에 의하는 것이 아니라, 수익자가 신용장조건과 일치하는 청구를 하였는가에 달려있는 것이다. 환급보증서 발행인의 책임이 보증인과 다른 기본적인 차이점이 여기에 있고 그러한 것은 보충성과 부종성이 배제되는 것과 논리필연적인 관계가 있다.

환급보증서는 그것이 기초를 두고 있는 기본계약과는 분리, 독립된 것이므로 보증과는 달리 보충성과 부종성이 배제된다. 보증에 있어서 보증인은 주채무자가 의무를 이행하지 아니하였다는 것을 여러가지 객관적인 사실들에 의하여 알

47) 이재관, 앞의논문, 24쪽.

48) 유경희, 앞의논문, 14쪽.

수 있다. 그러나 환급보증서는 기본계약과 독립된 것이므로 발행인은 개설의뢰인이 불이행하였다는 수익자의 진술서등 환급보증서에서 요구하는 서류가 환급보증서 조건과 일치하는가 여부만 판단하면 지급여부를 결정하는 것이다.⁴⁹⁾ 따라서 수익자가 신용장조건과 일치하는 서류를 제시하면 개설은행은 무조건적으로 지급해야 하는 독립성의 원칙이 인정되어 부당한 청구의 가능성이 크다. 그러나 보증은 독립성의 원칙이 인정되지 않기 때문에 부당한 청구의 가능성을 크게 감소시킬 수 있다.⁵⁰⁾

따라서 보증에 있어서는 보증인의 권리와 의무는 기본계약하의 당사자들의 실질적인 권리, 의무에 의하여 결정되게 된다. 그러나 환급보증서의 발행인은 개설의뢰인의 대리인으로서가 아니라 본인으로서 자신의 책임을 부담하는 것이고, 기본계약의 실제 이행여부에 관계없이 지급하여야 하는 책임을 부담하는 것이다. 즉 개설은행이 수익자의 제시 서류가 신용장조건과 일치하는 경우에 지급하는 것은 그 자신의 본래 책임을 이행하는 것이지 개설의뢰인의 채무를 이행하는 것은 아니다.⁵¹⁾

셋째, 운용상 보증신용장은 일반보증에 비하여 비용이 상대적으로 저렴하고 지급이 신속하게 이루어진다는 점이다. 즉 개설은행은 개설의뢰인의 불이행사실을 조사하는 것이 아니라 제시된 서류가 보증신용장 조건과의 일치여부만 조사하기 때문에 보증에 비하여 비용이 저렴하고 지급이 신속하게 이루어진다.⁵²⁾

4. 이행성 보증과 선수금 환급보증서의 비교

환급보증서는 이행성보증의 하나로 넓은 의미의 선수금환급보증에 해당되나, 일반적 이행성보증에 비해 다음과 같은 차이가 있다.

첫째, 일반적 이행성보증에서는 보증금액이 확정되어 있으나, 환급보증서에서는 최고한도를 정해놓고 선수금 입금에 따라 자동으로 증가된다.

둘째, 일반적 이행성보증의 준거법 및 재판관할지는 보증은행 소재국 또는

49) 김선국, 「보증신용장 법적문제에 관한 연구」, 고려대학교, 법학 박사논문, 1992, 20~23쪽.

50) 박석재, 앞의논문, 42쪽.

51) 유경희, 앞의논문, 14쪽.

52) 박석재, 앞의논문, 131쪽.

미국 뉴욕주로 정하는 경우가 많으며, 청구보증통일규칙 (URDG 758)이나 보증신용장통일규칙(ISP 98)을 적용규칙으로 정하기도 한다. 그러나 환급보증서는 선박수출계약을 기본계약으로 발행되며, 대부분의 선박수출계약은 영국을 준거법 및 재판관할지로 규정하는 바, 환급보증서도 영국을 준거법 및 재판관할지로 정하는 경우가 많다.

셋째, 해외건설이나 플랜트수출에서 선수금 비중은 10~20% 정도인 것이 보편적이며, 이에 따라 선수금 환급보증서의 보증금액은 계약금액의 10~20% 정도이고, 계약이행보증의 경우 통상 계약금액의 10%이다. 그러나 선박수출거래에서 인도전의 기성대금은 80%가 표준이며, 이에 따라 환급 보증의 보증금액은 계약금액의 80%에 이른다.

넷째, 해외건설이나 플랜트수출에서는 기성단계별로 선수금 환급보증서의 보증금액이 감소하지만, 환급보증서는 기성단계별로 보증금액이 증가한다.⁵³⁾

제3절 선수금 환급보증서의 준거규칙 및 연혁

1. 선수금 환급보증서 관련 국제 준거규칙

오늘날 대규모의 국제거래에서는 거의 독립적 은행보증이 주요한 계약형상으로 등장하고 있다. 세계 1차대전 발발직후에는 신용장 거래가 부쩍 증가하였고, 1차 대전과 2차 대전의 중간 시기에는 국제 추심거래가 비중을 차지 하였다. 그러나 2차 대전 이후부터는 수익자의 절대적인 판단에 따라 보증의뢰인이 수익자와의 계약 조건상 어느 것이라도 불이행하였다고 판단하는 때에는 수익자측의 서면에 의한 청구가 있기만 하면, 보증의뢰인의 어떠한 반대에도 불구하고 즉시 수익자의 청구에 따라 보증서상의 내용대로 지급을 하여야 하는 은행보증이 현격한 발달을 하게 되었다. 이러한 은행보증은 결국 국제거래에서 계약 상대방에 대한 불신을 해소하고, 은행보증의 수익자에게는 강한 법적인 지위를 약속하는 것이다.

이러한 독립적 은행보증은 중동 산유국들이 외국으로부터 상품을 구매하거

53) 김상만, 앞의논문, 462~463쪽.

나, 자국의 주요 건설공사 등을 입찰이라는 형태를 통하여 외국에 발주하면서 입찰조건에 입찰 참가시에는 입찰보증, 계약시에는 이행보증을, 이행 후에는 하자보증을 요구하면서 보증의 방법으로 반드시 독립적 은행보증을 제공할 것을 요구하였고, Oil Money의 강력한 매력으로 인하여 외국 건설업체⁵⁴⁾ 등이 이를 수용하게 된 것을 계기로 급격한 발달을 보게 되었다.

2. 국제 규칙 및 조약상의 발달

독립적 은행보증에 관한 국제적 규범으로는 URDG 758, UCP 600, ISP 98, 1995년 UN협약 등이 있고, 또한 각국의 국내 법률이 있다. 그 중 청구보증에는 실무상 영국법이나 현지법률 또는 URDG가 적용되고 있다. 우리나라에서 발행되는 청구보증에 URDG가 적용되기 시작한 것은 얼마 되지 않으며, 현재는 발행되는 전체 청구보증의 약 20-30% 정도가 URDG를 적용 하고 있는 것으로 추정된다. 우리나라 대법원의 청구보증관련 판례를 보아도 URDG가 적용되지 않았으나, 최근에 와서 우리나라 은행에서 발행하는 청구보증에 URDG가 적용되는 사례가 증가하고 있고, 세계적으로도 그 사용이 점차 증가하고 있다. 한편 미국 은행이 주로 발행하고 있는 보증신용장에는 UCP 600과 ISP 98이 각각 50% 정도 적용되고 있다.

위의 여러 규정 중 청구보증서에 적용하기 위하여 URDG, 보증신용장에 적용하기 위하여 ISP 98이 제정되었지만 UCP가 준거규칙으로 적용되는 경우가 종종 있다. 이는 UCP가 국제상업회의소(또는 ICC라고 함)가 제정한 통일규칙 중에서 가장 오랜 된 역사를 가지고 있고 UCP가 보증신용장에도 쓰일 수 있다는 조항에 힘입어 은행이나 무역기업의 실무자가 무심코 쓰는 데 기인하는 것이다. 특히 은행 영업 창구에서는 무역외거래에 사용되는 보증신용장 또는 청구보증서를 동시에 취급하고 있으므로 여기에 사용되고 있는 URDG 758과 ISP 98의 차이점을 분명히 알아 두어야 할 필요가 있다. 또한 청구보증 또는 보증신용장 발행을 신청하는 개설의뢰인은 자신이 신청하는 보증에 그들의 필요성과 구조를 고려하여 어떤 규칙을 적용규칙으로 할 것인지를 선택하여

54) 특히 유럽이 그러하며, 미국에서는 은행의 보증행위 자격이 법적으로 문제가 되어 그 대응수단으로서 보증 신용장이 발달하게 된다.

야 한다. 특히 우리나라는 주요산업인 조선·중공업계가 선박·플랜트 등을 수출하기 위하여 입찰에 참여하거나 선수금을 받을 때 보증을 제공하여야 하므로 우리업계는 청구보증에서 개설의뢰인이 되는 경우가 많다. 이 경우 보증수익자의 부당한 청구를 예방하기 위하여 현지의 법률에 의존하기 보다는 국제적인 통일규칙인 URDG 758 혹은 ISP 98이 적용되도록 하는 것이 더 유리하므로 이에 대한 연구 및 적극적인 홍보가 필요하다.⁵⁵⁾ 그런데 영국에는 보증에 관한 성문법이 없고, 요르단과 시리아와 같은 국가에는 청구보증에 관한 국내법이 전혀 없으므로 영국법 또는 현지 법률을 청구보증의 적용규칙으로 하는 것은 당사자 간 분쟁의 소지가 많다.

신용장 거래에서 국제상업 회의소가 제정한 신용장 통일규칙이 당사자간의 계약 또는 이에 준하는 성격을 이유로 하여, 거의 제한 없이 사용(일부 국가에서는 신용장 통일규칙의 적용을 거부하는 경우도 있다)되는 것과는 달리, 독립적 은행보증은 이렇다 할 만큼 널리 활용되는 규칙상의 통일이 이루어 지지 않고 있다. 그러나 국제상업 회의소와 유엔에서 이 제도에 대한 통일적 노력이 이루어지고 있는 바, 이를 연혁적으로 간단히 살펴보기로 한다.

1) 1978년의 URCS⁵⁶⁾

국제상업회의소가 은행보증의 통일을 기하기 위하여 최초로 마련한 규칙이다. 그러나 본 규칙은 은행으로 하여금 원인계약상의 채무불이행이 계약당사자들 상호간에 인정되거나, 입증되어야만 보증금을 지급할 수 있도록 함으로써, 은행보증의 독립성을 인정하지 않았다. 다시 말하면 독립적 은행보증에 대하여 적대적(hostile to first demand guarantee)이었다. 그러나 이러한 규칙은 위에서 살펴본 바와 같이 보증을 요구하는 당사자가 우월적 지위를 가지고 있다는 점을 의도적으로 간과함으로써 거래계에서는 실제로 활용되지 못하였다.

2) 1992년의 URDG 458⁵⁷⁾

55) 박석재, “신 청구보증 통일규칙(URDG 758)의 주요 내용에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지, 2011.8, 제51권」, 257쪽.

56) Uniform Rules for Contract Guarantee

57) Uniform Rules for Demand Guarantee

국제상업회의소는 은행보증의 독립적 성격을 부인하는 URCG가 국제상거래에서 받아들여지지 않고 있음을 인정하고, 1992년 은행보증의 부종성을 제거한 새로운 규칙 URDG를 제정하였다 그러나 이러한 URDG도 실제 국제거래에서 이용되는 보증형태와 달리 수익자가 보증금을 청구하기 위하여는 보증의뢰인이 원인관계상 채무를 불이행하였다는 사실과 그 채무불이행의 내용을 서면으로 제시할 것을 요구하였던 바, URCG와 마찬가지로 보증의뢰인과 수익자간의 힘의 불균형을 반영하지 못하고 있었다. URDG 제20조를 특히 독일 학자들은 부정적으로 보고 있다. 즉 채무자의 채무불이행과 그 종류를 서면형식으로 제시해야 하는 조항은 국제상거래의 관행에 어긋나는 돌발조항으로 보고 있다. 그리하여 URDG를 받아들인 은행도 URDG 제20조를 대체하는 별도의 약관조항을 두고 있었다. 이러한 연유로 오랜 성안작업과 ICC의 노력에도 불구하고 URDG 역시 지금까지 각국의 은행들로부터 거의 외면당하고 있다.

3) 1995년의 유엔 협약⁵⁸⁾

국제상업회의소와는 별개로 국제연합 국제거래법 위원회는 ICC와는 별개로 은행보증과 독립적 은행보증에 대한 국제계약을 준비해왔다. 그러다가 마침내 1995년 12월 11일 유엔총회에서 “독립적 은행보증과 보증신용장에 대한 유엔 협약”이 채택 되었다. 본 협약은 지금까지의 국제거래에 나타난 은행보증제도의 여러 현상을 은행실무에 비추어 비교적 현실적으로 반영하고 있으며, 7개 편별에 29개 조문으로 구성되어 있다.

본 협약은 제 2조에서 독립적 은행보증과 보증신용장을 적용대상으로 한다는 “Undertaking”에 대한 정의규정을 두고 있으며, 제3조에서는 Undertaking의 독립성을 보다 분명히 성문화 하였고 제 4조에서는 보증의 국제성을 규정하였던 바, 본 협약에서 가장 주목해야 할 부분은 제19조에서 권리남용적 청구에 대한 대응 방안을 성문화 하였다는 점이다.

58) U.N. Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit

4) 신 청구보증 통일규칙 URDG 758

URDG 458이 세계적으로 널리 사용되지 못한 것에 비하여 URDG 758은 국제적인 규칙과 기대에 부응할 새로운 기회를 제공할 것이라면서 세계적으로 널리 사용되리라고 기대하는 사람들이 많이 있다. 주요한 근거로는 은행에서 보증을 다루는 사람들이 또한 화환신용장을 다룬다는 사실이다. URDG 758의 구조가 UCP 600의 형식 및 스타일과 유사하게 변화되었는데 이는 실무가들이 익숙한 형식 및 스타일로 보기 때문에 URDG 458보다는 훨씬 명확히 다양한 용어들을 보다 쉽게 이해하는 데 도움을 줄 수 있다.

또한 은행원들이 URDG 758을 학습하는 과정 및 일상의 작업 절차를 적용하는 것을 상당히 손쉽게 하여 줄 수 있고, URDG 758의 원칙과 규정들을 청구보증의 본문에서 반복할 필요가 없다는 점, 서류심사기간이 5은행영업일로 명확화 된 점 등을 지적하고 있다. 또한 URDG 458에서는 커버되지 않았던 통지, 조건변경 및 거절 등을 포함한 많은 실제적인 문제들이 URDG 758에는 포함되어 있다는 사실이다. 마지막으로 준거법 및 재판관할과 관련한 규정의 존재이다. 동 규정은 UCP 600 및 ISP 98에서는 규정되지 않고 있는데 동 규정으로 인하여 수년이 걸릴 수도 있는 소송 건수를 줄일 수 있으며, 또한 소송비용을 상당히 절감할 수 있다는 것이다.

우리나라는 주요산업인 조선·중공업계가 선박·플랜트 등을 수출하기 위하여 입찰에 참여하거나 선수금을 받을 때 보증을 제공하여야 하므로 우리 업계는 환급보증서에서 개설의뢰인이 되는 경우가 많다. 이 경우 보증수익자의 부담한 청구를 예방하기 위하여 현지의 법률에 의존하기 보다는 국제적인 통일규칙인 URDG가 적용되도록 하는 것이 더 유리하므로 URDG에 대한 연구 및 적극적인 홍보가 필요하다는 주장에 동의하는 바이다. 더욱이 최근 한-EU FTA의 발효로 앞으로 우리나라와 유럽 간의 더 많은 국제 거래가 이루어질 것으로 예상되는 상황에서 주로 유럽 지역에서 많이 이용되고 있는 청구보증에 대한 보다 깊이있는 연구가 절실한 상황이다. 앞으로 URDG에 관한 깊이 있는 연구와 적극적인 홍보를 통해 우리나라 업계에서 보증 거래시 URDG가 적극적으로 활용되기를 기대해 본다.

5) 보증신용장통일규칙(ISP⁵⁹98)

스탠드바이 신용장(Standby Letters of Credit)은 미국에서 사용이 시작되었는데, 미국에서는 은행의 수권(授權)된 활동을 열거하고 있는 연방면허은행법(National Bank Act 1864)을 고려하여 은행이 타인의 채무를 보증하는 것은 은행의 권한 외의 행위(*ultra vires acts*)로서 인정되었다. 따라서 보증이 필요한 분야에서 형식상 신용장이지만 실질적으로는 보증의 기능을 수행하는 스탠드바이 신용장을 고안하여 이를 국제 거래에서 사용하여 왔다. 이러한 스탠드바이 신용장은 미국의 국제적인 영향력 및 증서 자체의 장점으로 인하여 그 이용이 전 세계적으로 확산되고 있는 추세이다.

동 신용장은 1970년대 이후 각종의 국제 거래에서 계약 의무의 이행 및 채무를 보장하기 위하여 널리 사용되어 왔다. 그러나 이러한 신용장을 규율하는 통일적인 준거법이 존재하지 않았으며 또한 기존의 규칙이나 법들은 동 신용장을 규율하는 데 미비한 점이 많았다. 따라서 국제 거래에서 이러한 신용장을 사용하는 데에 있어서 준거법의 결여로 인한 많은 오해와 분쟁의 소지가 있었기 때문에 이의 사용에 장애 요인이 되어 왔다. 그런데 최근 들어 스탠드바이 신용장을 규율하는 각종 법규들이 국제 사회에 등장하면서 법조계, 실무계의 많은 관심을 끌고 있다. 우선 2000년 1월 1일부로 독립적 보증서 및 스탠드바이 신용장에 관한 유엔 협약(U.N. Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, 또는 ‘유엔 협약’이라 함)이 발효하였고, 1999년 1월 1일부로 스탠드바이 신용장 통일규칙(the International Standby Practices, 또는 ‘ISP 98’이라 함)이 사용되고 있으며, 기존의 화환신용장에 관한 통일규칙 및 관례(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 이하 ‘신용장 통일규칙’ 또는 ‘UCP 500’이라 함)와 청구출급보증에 관한 통일규칙(Uniform Rules for Demand Guarantees, 또는 ‘URDG’라 함)도 스탠드바이 신용장에 적용 가능한 준거규범들이다.⁶⁰⁾

59) International Standby Practices

60) 박세운·한기문, “보증신용장통일규칙과 청구보증통일규칙 비교분석”, 「한국무역상무학회지 제51권」, 2011, 263~283쪽.

제3장 선수금 환급보증서의 특성과 법률관계

제1절 선수금 환급보증서의 기능과 특성

1. 선수금 환급보증서의 기능

1) 선수금 수취가능(수출자 입장)

선수금 환급보증서(R/G)는 신조계약 후 약정기일 내에 조선업체가 일정 수준의 신용등급을 보유한 금융기관으로부터 발급받아 제출해야 하는 계약발효의 필수요소이다. 계약에서부터 인도에 이르는 건조기간이 타 제조업에 비해 긴 조선업의 특성상, 공사대금을 주요 공정별 진행과정에 따라 일정비율로 나누어 결제한다. 일반적으로 계약, 강제절단, 용골배치, 진수, 인도 등 5가지 주요 공정별로 대금을 분할하며, 기본적인 방식은 각각 20% 정도로 분할 지급하는 결제방식이다. 발주처로는 선박을 인도받기 전에 총 계약가의 상당부분(50~80%)을 선 지급하는 것이므로 해당 금액에 대한 지급보증을 계약시 요구하게 되며, 이에 따라 R/G발급여부가 대금지급의 선결요인이 된다.⁶¹⁾ 이렇듯 선박건조에는 거액의 자금이 소요되기 때문에 수출자는 자금부담을 갖게 된다. 그러나 환급보증서가 발행되는 경우 수출자는 공정단계별로 선박건조에 필요한 선수금을 받으며, 추가적인 자금부담 없이 선수금으로 선박을 건조할 수 있게 된다. 환급보증서의 발행이 불가능하면, 선박대금을 기성단계별로 지급받을 수 없고, 선박인도 후에 지급받는 연불방식으로 변경해야 하는데, 이 경우 수출자는 건조자금 전액을 조달해야 한다. 여유자금이 없고 금융기관의 차입도 쉽지 않은 중소 조선소의 경우 연불방식의 선박수출계약은 무용지물이 된다.⁶²⁾

2) 선박금융조달 가능(수익자 입장)

61) 이호남, 「신용장과 독립적 은행보증이 있어서 독립추상성과 그 한계」, 고려대학교, 국제거래법학 석사논문, 2005, 25쪽.

62) 김상만, 앞의논문, 454쪽.

수익자(beneficiary; creditor)측의 관점에서 선수금 환급보증서는 수익자의 보증의뢰인에 대한 청구권 담보의 기능을 수행해준다. 수출자를 수익자로하는 지급보증의 경우를 제외하고는 수입자가 수익자가 되는 보통의 은행보증에 있어서 보증의뢰인의 채무불이행 또는 불완전이행의 결과 발생할 약정 또는 법정 청구권들을 수익자가 행사하게 된다. 이때 수익자는 보증서상 요구되는 서류의 제시만으로 보증계약상의 권리를 행사할 수 있어 그의 지위는 보장되고 거래 상대방에 대한 불신은 이를 통하여 해소된다.

보증사고는 개념상 형식적 보증사고와 실질적 보증사고를 나누어질 수 있는데, 전자는 오로지 수익자와 보증은행간의 관계에서 보증문언의 형식적 요건충적으로 발생하며, 후자는 보증의뢰인과 수익자간의 원인관계에까지 관련된 개념이다. 이에 있어서 보증수익자는 보증은행에 대하여 형식적 보증사고만의 발생만을 입증하면 되는 것이다. 물론 수익자의 청구가 권리남용인 경우에는 이러한 형식적 보증사고의 존재에도 불구하고 수익자의 청구는 좌절될 수 있다.

수익자의 청구가 있기만 하면 보증은행은 일단 보증서상의 내용대로 지급하며 만약 실질적 보증사고의 부존재로 이 금액을 수익자로부터 환수하는 일은 보증의뢰인의 몫이다. 그리하여 독립적 은행보증에서는 선지급 후 소송의 현상이 나타나게 되는 것이다. 결국 수익자를 위한 현금예탁과 유사한 기능이 보장되는 것이다.

은행은 수익자의 청구로 보증서상의 내용대로 지급하고 보증의뢰인은 은행으로부터 구상당할 것이다. 그러면 보증의뢰인은 수익자를 상대로 보증금 반환소송을 제기하고 실질적 보증사고의 부존재에 대한 입증책임을 스스로 부담하게 된다.⁶³⁾ 선박수출거래는 대부분 구매자신용으로 진행되므로 수입자가 건조자금을 조달해야 한다. 건조자금을 금융기관으로부터 차입하는 경우 금융기관은 본선담보 등 다양한 담보장치 (security)를 요구하는데, 본선담보는 선박인도 후에나 의미가 있으므로, 선박인도 전에는 환급보증을 담보로 확보한다. 환급보증서상 수익자가 수입자로 정해진 경우 금융기관은 수입자로부터 환급보증서를 양도받거나 환급보증서에 질권을 설정한다. 또는 환급보증서 상의 수익자를 금

63) 이호남, 앞의논문, 26쪽.

용기관으로 정할 것을 요구하기도 한다. 통상 금융계약(loan agreement)에서 환급보증서의 발행을 인출선행조건으로 규정하는 바, 환급보증서는 수입자의 금융조달을 가능하게 하는 기능을 한다.⁶⁴⁾

3) 보증수수료 수입(보증은행 입장)

보증은행은 보증의뢰인과 수익자간의 수출계약의 내용에 대해서는 문외한이다. 따라서 보증은행은 이 계약관계에 관련되려 하지 않는다. 그것은 신용장 개설은행의 입장과 같다고 할 수 있을 것이다. 결국 수출계약관계로부터 독립된 지급책임을 부담하므로 보증사고시 보증금을 지급하고 이를 보증의뢰인에게 구상하면 되며, 보증사고에 이르지 않을 경우에는 보증수수료를 받게 되는 것이다.

보증은행은 환급보증서를 통하여 보증의뢰인에게 신용을 제공하는 기능도 갖는다. 보증은행은 통상 수익자에게 지급하여야 할 자금을 선수금의 형태로 받아 두지는 않는다. 따라서 보증기간 중 보증은행은 보증의뢰인을 위한 단기의 신용제공기능을 담당하고 있는 것이다.⁶⁵⁾

화환신용장개설과 마찬가지로 선수금 환급보증서를 발행하는 보증은행은 보증의뢰인인 수출자로부터 보증수수료를 받는다. 보증기간은 환급보증서 발행일로부터 선박의 인도일까지인데, 선박인도에는 통상 1년 이상의 기간이 소요되어 환급보증서에서의 보증수수료는 화환신용장의 개설수수료 보다 높은 편이다. 한편, 해외건설이나 플랜트 수출에서의 선수금 환급보증서는 통상 계약금액의 10~20%이나 표준적인 선박수출거래에서의 환급보증서는 계약금액의 80%이므로 선박수출에서의 환급보증서 수수료는 해외건설이나 플랜트수출에서의 선수금 환급보증서 수수료의 수배에 달한다. 상기의 사유로 보증은행은 환급보증서 발행을 통해 거액의 보증수수료를 받게 된다. 다만, 환급보증은 거액이고, 통상 수출자의 계약불이행 사유는 건조중인 다수의 선박 수출건에도 동시에 발생하는 경우가 많아 거액의 보증금액이 지급될 우려가 있다. 이에 따라 보증은행은 수출자의 건조능력, 자금수지 등을 분석한 후 발행여부를 결정하며, 필요

64) 김상만, 앞의논문, 455쪽.

65) 이호남, 앞의논문, 27쪽.

한 경우 수출보증보험증권 등 담보를 요구한다.⁶⁶⁾

4) 각 당사자가 부담할 위험의 내용

선수금 환급보증서는 대개 이러한 기능들을 수행하지만 한편 각 당사자는 이에 따르는 위험부담도 공유하여야 한다.

우선 수익자는 부담할 위험이 없다. 바로 이러한 위험전가 기능이 선수금 환급보증서의 효용이기도 하다. 그러나 만약 개별계약에서의 보증은행의 지급의무에 별도의 조건을 부가시키게 되면 수익자의 지위는 그만큼 약화되고 만다. 즉 ‘기본계약이 이행되지 않으면 (in the event of the principal contract)’, ‘주채무자가 채무를 이행하지 않는 경우’ (in the event of the principal debtor’s default) 혹은 ‘주채무자가 계약의 조건을 따르지 않는 경우 (Should the principal debtor fail to comply with terms and conditions of the Contract) 수익자의 청구에 대하여 즉시 지급하겠다는 보증문언을 갖고 있다면 부종적이요, 조건적인 지급 청구권만을 갖게 되어 수익자는 그만큼 불리하다.

한편, 보증의뢰인과 보증은행은 수익자의 부당한 청구에 대한 지급이 있는 경우 보증의뢰인이 수익자와 이를 해결하지 못하는 한, 보증의뢰인과 보증은행 간에 지급의 정당성에 대한 다툼으로 인하여 손실을 입게 될 위험을 부담하고 있으며, 보증은행은 이외에도 보증의뢰인의 변제자력 상실로 인하여 보증채무 이행 후 보증의뢰인으로부터 구상받지 못할 위험을 추가로 부담하게 된다.⁶⁷⁾

2. 선수금 환급보증서의 특성과 기본원칙

환급보증서가 국제거래에서 지급보증이라는 경제적 기능을 충실히 수행하기 위해서는 환급보증 거래의 대상을 서류만으로 한정해야 한다. 환급보증서 거래는 서류에 의한 거래이지 상품에 의한 거래가 아니므로 은행은 상당한 주의 (reasonable care)를 기울여 제시서류가 환급보증서 조건과 문면상 일치하는지 여부만 확인하면 되지 그에 대한 실증적인 심사의무까지 부담하지 않는다. 즉

66) 김상만, 앞의논문, 455쪽.

67) 이호남, 앞의논문, 26~27쪽.

분석의 수준이 아닌 조사의 수준이면 되는 것이다.⁶⁸⁾ 그렇지만 서류가 위조되었거나 은행이 서류위조 사실을 사전에 알았거나 또는 그와 같이 의심할 만한 충분한 이유가 있는 경우에는 환급보증서의 독립, 추상성의 원칙에 의해 보호를 받을 수 없다고 할 것이므로 개설은행은 신의성실의 원칙상 환급보증서 대금의 지급을 거절해야 한다.

즉 환급보증 거래이기 때문에 수익자의 부당한 청구가 발행할 염려가 크고 실제로 국제거래에서 독립, 추상성의 악용에서 비롯된 분쟁이 많다. 그 결과 환급보증서의 상업적 효용인 독립, 추상성원칙과 악의의 수익자까지도 보호하게 되는 상충되는 측면을 어떻게 조화시킬 것인가가 문제로 대두되고 있다.

사기와 관련한 판례로는 *Sztejn v. J Henry Schroder Banking Corp* 사건⁶⁹⁾이 있다. 이 사건에서 수익자는 환급보증서(=보증신용장)에서 요구된 ‘양털’이 기재된 송장과 선하증권을 제시했다. 그 제시된 서류는 문면상 신용장조건과 일치했지만, 실제로 선적된 물품은 암소털과 쓰레기였다. 따라서 개설의뢰인은 수익자의 사기를 발견한 후 선적서류가 허위라는 이유로 개설은행에 대해 지급정지가처분을 법원에 신청하였다. 이에 법원은 지급을 위하여 환어음과 선적서류가 신용장개설은행에 제시되기 이전에 은행에 통지되었을 경우에 독립성 원칙에 의한 개설은행의 책임도 부정할 수익자를 보호하기 위해 확대 적용될 수 없다⁷⁰⁾고 판시하였다.

이 사건을 통해 알 수 있는 것은 은행이 신용장조건과 일치하는 서류와 상환으로 대금지급을 하는 것은 신속한 결제를 통한 원활한 국제거래에 있는 것이지 수익자의 사기나 기만행위를 조장시켜 주기 위한 것은 아니다 라는 것이다. 이 사건은 후에 미국통일상법전의 사기규칙을 성문화시키는 계기가 되었다.⁷¹⁾

이와 같이 독립성 원칙을 논하는 실질적인 이유는 독립성 원칙의 예외를 어디까지 인정할 것인가에 있다. 독립성 원칙의 예외도 화환신용장에서 문제가 되어 판례가 축적됨에 따라 이른바 사기의 원칙이 정립이 되어 독립성의 예외 기준을 규정하는 계기가 되었다. 환급보증서는 화환신용장에서와 같이 제3자가 작성한 각종 운송서류등이 제출되지 않고 수익자가 작성한 채무불이행진술서만

68) 김기선, 「신용장거래관습의 해석에 관한연구」, 서강대학교, 무역학 박사논문 1993, 101쪽.

69) 545 F. Supp. 200(S.D.N.Y. 1982).

70) 송명복, 「보증신용장 거래상의 사기규칙에 관한 연구」, 충남대학교, 무역학 석사논문, 1995, 32쪽.

71) 강원진, 「화환신용장거래에서 은행의 면책에 관한연구」, 중앙대학교, 무역학 박사논문, 1990, 73쪽.

으로 지급이 이루어지므로 독립성 원칙을 이용한 부당한 사기적인 청구가 발행할 가능성이 화환신용장에 비해 매우 높다는 것은 위에서도 밝혔다.

최근에는 정보통신의 발달로 SWIFT, TELEX등 전자 통신기구에 의한 신용장개설이 가능해진 반면에 그 만큼 신용장의 위조, 변조 가능성도 커져 이에 의한 부당한 지급청구의 방지가 당면과제로 등장하고 있다. 이와 같은 사기적인 지급청구의 방지를 위한 독립성원칙의 예외에 관한 규정이 UCP에는 없기 때문에 대부분의 국가에서는 수익자의 사기적인 지급청구에 대해 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙을 적용하여 절차법상의 가치분결정에 의해 대응하고 있다. 여기서는 환급보증서의 주요원칙인 독립성, 추상성, 엄밀일치원칙에 대해 판례와 함께 보증신용장의 UCP와 환급보증서의 특성을 중심으로 살펴보기로 한다.

1) 독립성의 원칙

개설은행이 신용장을 발행하면 “신용장은 그 성질상 매매계약이나 다른 계약에 근거를 두고 있다 하더라도 그런 계약과는 별개의 독립된 거래이며 신용장에 그러한 계약에 대한 어떠한 언급이 있을지라도 그런 계약과는 무관하며, 어떠한 구속도 아니한다 (UCP Article3)⁴”라고 규정되어 있고 미국통일상법 제 5-109조 (1)에서도 같은 취지로 규정하고 있다. 즉 개설은행은 신용장거래의 한계 내에서만 권한과 의무를 가지게 되며, 신용장의 당사자인 개설은행과 수익자는 신용장거래에서 야기된 어떤 문제를 기본계약상의 내용을 들어 영향을 미치게 할 수 없다는 원칙을 독립성의 원칙(The Rule of Independent)이라 한다.

독립성의 원칙은 개설은행이 수익자에게 기본계약상의 항변으로 대항할 수 없고 신용장조건과 일치된 서류가 제시되면 무조건적인 지급의무를 부담해야 된다. 이러한 원칙은 국제무역거래의 지급수단으로 이용되는 화환신용장에서 먼저 인정되어 각국의 판례⁷²⁾가 이를 수용한 이후 최근에는 보증신용장과 은행보증에도 적용되어 오다 UCP에 명문화 되었다.

72) Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank(1922)l k.b.318 ; Maslass & Sons v. British Imex Industries Ltd(1958)2 Q.B.127.

Barclays Bank D.C.O. v. Mercantile National Bank 사건에서 법원은 “개설은행은 기본계약당사자인 개설의뢰인과 수익자와의 계약이 무효가 되더라도 보증신용장의 지급의무를 이행할 책임이 있다.” 고 판시한 바 있다.⁷³⁾

KMW International v. CMB 사건⁷⁴⁾에서는 “신용장 개설은행의 지급의무는 기본계약으로부터 완전히 독립되어 있다”고 판시하여 보증신용장의 독립성이라는 표현을 사용하였다. 따라서 보증신용장의 경우에도 신용장의 독립성에 의하여 개설은행은 신용장의 조건과 일치하는 서류가 제시되면 그 서류와 상환으로 환어음 또는 채무불이행진술서에 기재된 금액을 지급할 의무가 있으며 개설의뢰인과 수익자간의 기본계약에서 발생하는 분쟁에 관계해서는 안 된다.⁷⁵⁾

또한 이러한 독립성의 원칙은 신용장거래에 있어서 신용장조건에 일치하는 서류를 통한 청구가 있으면 개설은행은 무조건적인 지급의무를 이행해야 하기 때문에 원칙적으로 수익자를 보호하는데 있지만 실제로는 개설은행을 보호하는데 있다고 볼 수 있다.⁷⁶⁾ 왜냐하면 개설은행은 이러한 원칙으로 인하여 개설의뢰인과 수익자간에 체결된 기본계약상의 분쟁에 관계없이 신용장대금을 지급하면 되고 더욱이 개설은행은 기본계약의 내용에 대해 숙지할 필요없이 신용장을 적극적으로 발행할 수 있기 때문이다.

수익자 또한 독립성의 원칙에 의하여 개설의뢰인과의 기본계약에 따른 항변으로 신용장대금의 지급청구가 방해받지 아니하고, 신용장에서 요구하는 서류를 제시하면 수익자는 무조건적인 지급을 보장 받는다.

미국통일상법전 제5조-114조(1)에서도 “신용장 개설자는 환어음 또는 지급 청구서가 당해 신용장조건과 일치하는 한 물품 또는 서류가 거래계약의 합치와 관계없이 지급해야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 신용장은 매매계약 뿐 아니라 그 개설의뢰인과 은행간의 신용장개설 계약과도 독립적이다. 따라서 개설의뢰인은 자신과 개설은행과의 개설계약에 기초하여 개설은행의 신용장상의 지급에 대하여 항변할 수 없으며 수익자도 마찬가지로 신용장개설계약의 근거로 항

73) The bank is under a duty to perform its undertaking in a standby credit even if the contract between the beneficiary and the account party is void.

74) As a matter of law, a bank obligation under a letter of credit is totally independent of the underlying contract”.

75) 문희철, 앞의논문, 140쪽.

76) 양영환 · 오원석 · 서정두, 「신용장론」, 삼영사, 1993, 65~66쪽.

변할 수 없다.

보증신용장에 있어서 이러한 특성은 개설은행의 지급의무를 거래당사자간의 기본계약의 내용과 분리시킴으로써 신용장의 경제적 기능인 지급의 안정성과 간편성, 신속성을 도모하자는 것에 있는 것이다.

환급보증서는 기본계약(underlying contract)인 선박수출계약과는 독립적이며, 일반 보증과는 달리 원칙적으로 부종성이나 보충성이 없다. 지급청구를 받은 경우 보증은행은 환급보증서 상의 지급조건의 충족여부만을 기준으로 지급 여부를 결정한다. 이는 환급보증의 담보력을 강화하고, 기본계약의 당사자간 분쟁으로부터 보증은행을 보호하기 위한 것으로 화환신용장의 독립성과 사실상 동일하다. 일반보증 (surety)에서는 보증인의 보증채무는 주채무에 영향을 받아 주채무가 성립되지 않으면, 보증인의 보증채무도 성립되지 않고, 주채무자 감소 또는 소멸되면, 보증채무도 감소 또는 소멸되며, 보증인은 주채무자가 갖는 항변권을 행사할 수 있다. 그러나 환급보증서는 주계약인 선박건조계약과는 독립적이기 때문에 보증은행의 지급 책임 여부는 환급보증서 자체만으로 결정된다.

2) 추상성의 원칙

신용장의 모든 당사자는 계약물품과는 상관없이 계약물품을 상징하는 서류만에 의하여 거래한다는 것이 신용장의 추상성의 원칙이다. 즉 물품이 신용장조건과 불일치하거나 물품을 선적하지 않았다고 하더라도 서류가 신용장조건과 일치하면 대금을 지급해야 한다는 것이다. 만약 서류의 매입이나 지급에 참여한 은행이 선적된 물품까지 확인하고 책임을 져야 한다면 은행은 신용장거래에 개입하기를 원하지 않을 것이다. UCP 제4조 및 14조(b)항 에서 신용장거래는 물품이나 용역거래가 아니라 서류거래로써 제시서류가 신용장조건과 일치하면 은행이 서류와의 상환조건으로 대금을 지급하며 최종적으로 개설의뢰인이 보상하도록 규정하고 있다. 이러한 서류에 의한 거래가 이루어지기 때문에 상품들에 대한 경험과 지식이 없는 은행도 신용장거래에 개입할 수 있고 원활한 업무 수행⁷⁷⁾은 물론 국제무역거래도 원활하게 이루어지는 것이다.

77) 박대위, 「신용장」, 법문사, 1994, 35-38쪽.

또한 신용장의 추상성원칙이 인정되어야 하는 목적은 매입은행의 보호에 있다. 매입은행이 수익자가 발행한 환어음을 유리하고 쉽게 매입하기 위해서는 개설은행으로부터 인수 또는 지급의 확약이 필요하다. 그러나 추후 화환어음이 계약물품과 일치하지 않는다는 이유로 개설은행이 대금지급을 거절한다면 매입은행은 결코 서류매입을 하지 않을 것이기 때문이다.

수익자로부터 지급청구를 받은 경우 보증은행은 서류심사에 의해서만 지급여부를 판단한다. 이와 같이 지급여부를 서면으로만 판단하는 것을 ‘추상성’ 또는 ‘서면성’이라고 한다.

환급보증서의 내용에 따라 지급청구의 조건으로 일정한 증빙서류의 제출을 요구하는 경우도 있고, 수익자의 절대적 판단에 따라 지급청구를 하면 무조건적으로 지급해야 하는 경우도 있다. 보증은행은 선박수출계약의 이행여부와는 별개로 수익자가 제출한 서류가 환급보증서의 조건과 일치하면 지급해야 한다. 보증은행의 서류심사는 화환신용장 개설은행의 심사와 마찬가지로 제시된 서류가 문면상 보증의 조건과 일치하는지 여부만을 판단하며, 서류가 실질적으로 진정한 것인지 또는 수출자가 선박수출계약에 따른 의무를 이행하지 않았는지 여부 등을 조사할 의무는 없다. 참고로 문서 대신 전자적 청구의 가능 여부에 대해 청구보증통일규칙(URDG 758)에서는 보증서상 전자적 청구 또는 문서적 청구를 명시하지 않았다면, 청구는 문서로 이루어져야 하며, 보증의뢰인 또는 수익자에 의해 또는 그를 대신하여 발행되는 문서는 보증서의 언어와 동일해야 한다고 규정하고 있다.⁷⁸⁾

3) 엄밀일치의 원칙

엄밀일치의 원칙은 “신용장은 서류에 의한 거래이다”라는 신용장의 추상성의 원칙에서 파생된 것으로 신용장에 명시된 서류는 신용장의 조건과 엄밀하게 일치하여야 함을 말한다. 다시 말해 신용장 개설은행은 신용장의 조건에 엄밀히 일치하지 않는 서류는 수리를 거절할 수 있는 권리를 가지고 있는데 이를 엄밀일치의 원칙이라 한다. 이와 관련하여 UCP에서는 “은행은 서류가 문면상 신용

78) URDG 758 제14조제e항, 제g항36.

장의 모든 조건과 일치하고 있는가의 여부를 확인하기 위하여 상당한 주의를 기울여 심사해야 한다”고 규정하고 있다.

그 대표적 판례로는 Equitable Trust Co. v. Dawson Partners Ltd 사건이 있고 그외 우리나라 및 외국의 판례도 대단히 많다. 따라서 개설은행의 서류심사의무는 엄밀일치의 원칙에 따라 엄격하게 이루어 져야 한다. 그러나 엄밀일치의 엄격한 적용이 오히려 사소한 불일치의 경우에도 지급거절을 허용하게 되어 선의의 수익자가 피해를 입을 가능성이 많아 신용장이 추구하는 거래의 편의성을 저해하여 거래의 감소를 초래할 우려도 있다.

따라서 최근에는 지나친 엄밀일치의 원칙의 적용은 완하되는 경향이 나타나면서 그에 따른 판례도 적지 않다. 우리나라도 지속적인 거래관계에 있어서 특정한 거래에 한하여 서류의 불일치를 이유로 대금지급을 거부한 것은 상대방의 신뢰와 이익을 전혀 고려하지 않은 행위로서 신의성실에 위배된다는 판결이 내려진 사건이 있다.⁷⁹⁾ 즉 수익자가 제출한 서류에서 본질상 신용장의 조건과 동일성을 유지할 수 있고 설사 은행이 제출된 서류를 수리하더라도 아무런 불이익 당할 가능성이 없는 경우에는 신용장의 조건이 만족되었다고 할 수 있다고 본 것이다. 그렇지만 보증신용장의 지급을 위하여 단순히 제시되는 채무불이행진술서는 그 양식이 아직까지 정형화되어 있지 않을 뿐만 아니라 담보력이 없으며 위조, 변조가능성이 높다. 이에 따라 당사자 간에 제시된 서류의 기재내용과 서류는 환어음이나 채무불이행진술서 등 비교적 간단하고 수익자가 직접 작성하기 때문에 신용장조건과 일치하지 않을 여지가 거의 없다는 문제점을 내포하고 있다는 것이다. 더욱이 UCP에서는 보증신용장도 그 대상으로 하여 서류에 관한 규정을 두고 있지만 보증신용장의 서류에 관한 규정은 마련되어 있지 않은데다 개설의뢰인과 개설은행이 직면하고 있는 높은 위험과 현행 UCP에서 은행의 재량권이 제약되고 있음을 감안할 때 신용장조건과의 엄밀일치 여부를 어디까지 허용할 수 있는지는 논란의 여지가 남아 있다.

다양화 되어가는 국제거래에서 엄밀일치원칙의 모순이라 할 수 있는 “서류의 불일치가 경미하거나 부분적인 사항의 불일치가 있는 경우, 또는 서류는 엄밀히 일치하지만 서류가 허위로 작성된 경우에 지급해야 되는지”는 매우 중요한

79) 대법원 제2부 1988.10.11, 판결 87다카 90.

문제라고 할 수 있다. 이미 이런 경우에 지급을 거절할 수 있다는 것이 미국의 판례에서도 인정되고 있듯이 보증신용장의 서류가 정형화되어 있지 않는 만큼 그 일치여부는 문자 하나하나까지 완전하게 일치하는 경우에만 지급해야 한다고 판단된다.

4) 보충성 없음의 원칙

일반보증에서는 보증인은 주채무자가 이행하지 아니하는 채무를 이행할 의무를 부담하는 것으로 주채무자가 1차적인 이행의무를 부담하고, 그 이행이 없을 때에 보증인이 2차적으로 이행의무를 부담하는 ‘보충성’을 갖는다. 이러한 보충성에 기해 보증인에게는 최고 검색의 항변권이 인정된다. 그러나 환급보증서에서 보증에게는 최고 검색의 항변권이 인정되지 않는다. 이에 따라 보증은행(보증인)은 사실상 주채무자의 지위에 서게 되며, 통상 환급보증서에 보증은행이 제2채무자(secondary obligor)가 아니고 주채무자(primary obligor)임을 명시한다. 실질적으로는 수출자가 선수금 상환을 못하는 경우 보증은행에 지급청구를 하기 때문에 보증은행은 주채무자가 아니지만, 환급보증서에서 주채무자라고 명시하는 목적은 보증은행에 직접 청구가 가능하게 하고, 주채무 집행불능, 채권자의 주채무 면제 등의 사유로 보증은행의 지급책임이 소멸 또는 면제되는 것을 방지하기 위한 것이며, 이 경우에 모든 면에서 보증은행은 주채무자의 지위에 서게 된다.

5) 근보증성의 원칙

환급보증서의 보증금액은 확정금액이 아니며, 수출자의 선수금 수취에 따라 자동으로 증가되며, 일정한도금액을 초과할 수 없다. 환급보증서 발행만으로 보증은행의 지급책임이 발생하지는 않으며, 선수금이 지급되어야 보증은행의 보증책임이 발생한다. 실무에서 환급보증서는 발행되었는데, 수입자가 자금조달에 문제가 발생하여 선수금을 지급하지 못해 환급보증서가 실효되는 사례도 있다. 그리고 보증은행도 보증한도 전액에 대해 보증수수료를 청구하지 않고, 입금된

선수금을 기준으로 보증수수료를 청구한다.

제2절 선수금 환급보증서의 주요 기재사항

환급보증서의 종류 및 내용은 기본적으로 보증의뢰인(주채무자)과 보증수익자(채권자)간의 원인계약(underlying contract)의 내용에 따라 정해지며, 보증인인 그의 고객은 보증의뢰인의 위험과 계산(for the risk and account of its customer)으로 보증계약을 체결한다. 따라서 보증형식 및 내용에 관한 이해관계는 보증의뢰인인 주채무자가 가장 크다고 할 수 있다.

그러나, 보증인도 보증서의 내용에 관한 이해관계를 가지며, 특히 보증인의 보증수익자에 대한 채무이행의 범위와 방법에 관한 부분이 주된 관심대상이라고 할 수 있다. 지급조건에 관한 문제는 특정한 서류의 제출을 명확히 규정함으로써 해결 할 수 있으며, 보증한도액이나 보증기간도 명확히 규정하여야 하지만 보증에 관한 담보가 확실하다면 보증인에게 그리 중요한 사항은 아니라고 할 수 있다. 그 외에 보증인에게 직접적인 영향을 줄 수 있는 조항으로는 상계(set-off)에 관한 조항, 관할법원 및 준거법에 관한 조항을 들 수 있다.

1. 독립성 명시적 표현

선수금 환급보증서를 작성하는데 있어서 가장 중요한 문제는 당해 보증서가 부종적인 보증(accessory)이 아니라 독립적 보증이라는 것을 명시적 표시하는 것이다. 단순히 '보증(guarantee)'이라고 하는 것은 여러 가지 용어가 혼용되고 있는 상황이고 각국에서 사용하는 용어의 정의도 다르므로 개념상의 혼동을 초래할 수 있어 충분하다고 할 수 없다. 따라서 표제에 '독립적 보증(independent guarantee)' 이라고 명시하는 것이 바람직하다. 만약 표제에 입찰보증(tender guarantee)이나 계약이행보증(performance guarantee)라는 용어가 사용되었다면, 본문에 'With refer to ... (the underlying relationship), we undertake to pay ... (upon first demand or upon presentation of certain documents)'라는 표현을 삽입하는 것으로 독립적 은행보증임을 확실히 표현할

수 있을 것이다.

한편, 독립적 보증을 표시하기 위하여 보증서 문구에 'unconditional', 'irrevocable', 'jointly and severely guarantee(연대보증)' 또는 'commitment to pay as our own debt'라는 표현도 자주 사용되고 있으나, 보증의 독립성을 명확히 하기 위해서는 부족한 표현이라고 생각된다. 선수금 환급보증서에 부종적인 보증의 특성을 암시하는 표현들을 사용하는 경우가 자주 있는데, 이는 보증서의 독립성을 해할 수 있으므로 이러한 표현의 사용을 자제 하여야 한다. 대표적인 문구로서 'We hereby guarantee proper performance of ... (principle contract)' 또는 'payment will be made in the event of failure of ... (principle debtor to execute ... principle debtor)' 등의 표현을 들 수 있다. 이러한 문구를 사용할 경우에는 'as determined by you(beneficiary)' 또는 'as evidence by ... (third party documents)' 등의 문구를 삽입하여 독립성을 명확히 표시하는 것이 바람직할 것이다.

보증서의 독립성을 표시하기 위하여 중동국가에서는 주로 'We undertake to pay to you on the first demand notwithstanding any contestation by the supplier accompanied by your statement regarding the supplier's default'라는 표현을 많이 사용하고 있으며, 영국에서는 'the beneficiary's statement in respect of default of the principal debtor will be accepted as conclusive evidence for the purpose of evidence'라는 표현이 많이 사용된다고 한다.

2. 원인계약의 설명과 약인

모든 선수금 환급보증서 문안은 예외없이 보증서 머리부분에 원인계약을 언급하는데, 이는 당해 보증서가 담보하는 피담보채무, 즉 주채무를 명시하기 위한 것이다. 원인계약에 관한 사항은 계약당사자, 계약체결일이나 입찰예정일, 계약서번호 등 간단한 사항만을 언급하는 것이 일반적인데, 이런 원인계약에 대한 언급이 보증서의 독립성을 해하지는 않는다고 할 것이다.

한 개의 보증서가 여러개의 원인계약을 담보할 수도 있는데, 이런 보증서를

‘block guarantee’라고 한다. 일종의 한보증이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 이러 보증서는 보증의뢰인의 보증인에 대한 채무를 줄일 수는 있으나 보증수익자가 한 계약의 채무불이행으로 보증금액 총액을 지급청구 할 수 있으므로 보증의뢰인의 위험을 지나치게 증가시킨다고 할 수 있다. 영미법 국가에서는 원인계약에 관한 언급을 약인으로 기술하는 경우가 많은데, 이런 경우 일반적으로 ‘In consideration of your(beneficiary) entering into a contract ... (the underlying contract). we undertake...’ 라는 표현으로 약인임을 표시한다.⁸⁰⁾

3. 보증수익자

선수금 환급보증서는 보증수익자를 지정하여야 하는데, 보증의뢰인의 채권자나 계약상대방을 보증수익자로 지정하는 것이 일반적이다. 그러나 압류해지보증 등의 경우에는 채권자의 소송대리인이 보증금 지급을 청구할 권한을 갖는 경우도 있다.

4. 선행조건

선수금 환급보증서는 일정한 선행조건을 명시할 수 있는데, 이런 선행조건은 원칙적으로 보증서 발급일로부터 발효되는 보증서의 효력 발생일을 연기하는 효과가 있으므로 보증의뢰인은 필요한 경우 이런 조항을 삽입하여 자신의 권리를 보호할 수 있다. 선수금 환급보증서는 통상적으로 선수금 수령과 동시에 보증서의 효력이 발생하는 것으로 규정하는 것이 보통이다. 특히 이런 선수금이나 유보금을 은행(보증인)에 개설된 보증의뢰인의 계좌로 수령하는 경우에는 은행의 보증채무에 대한 담보로서의 역할도 한다. 선행조건에 관한 조항이 없는 경우에는 당사자들 간의 불필요한 다툼을 야기할 수 있으므로 이를 명확히 하는 것이 바람직하다.

5. 유효기간

80) 박현일, 「국제거래에서의 보증과 유사보증」, 국제거래법연구, 1999, 6쪽.

선수금 환급보증서의 유효기간은 당사자들 사이에서 중요한 의미가 있다. 유효기간은 보증인에게는 보증수익자의 보증금 지급청구에 따라 보증채무를 이행하고 이를 위해 준비금(대손충당금)을 적립해야 하는 기간이고, 보증의뢰인에게는 보증인의 보증채무 이행에 따른 구상권 행사에 대비하여야 하고 보증인에게 보증료를 지급하여야 하는 기간이다. 그리고 보증수익자에게는 보증서를 이용하여 자신이 입은 손해를 보전 받을 수 있는 기간이기 때문이다.

특히, 보증서의 만기일(expiry date)은 보증인 자신의 보증서상의 권리의무가 소멸되는 시점이므로 더욱 중요하다고 할 수 있다. 다만, 최근에는 'pay or extend' 요청이나 'hold for value' 요청 또는 연장조건(extension clause) 등이 삽입되어 만기일의 중요성이 다소 상실되었다고 할 수 있다.

1) 만기일의 표시

선수금 환급보증서에 만기일을 표시하는 방법은 크게 3가지 방식으로 구분할 수 있다.

첫째로, 달력상의 특정일(예, 2010년 12월 15일)을 지정하는 것인데, 계약이행 완료예정일에 수개월을 더하여 정하는 것이 일반적이다. 만기일을 명확히 날짜로 명기하기 때문에 당사자간 다툼의 소지를 방지할 수 있다. 이와는 달리 '보증서 발급일로부터 36개월 되는 날'과 같이 정하는 방법이 있으나, 이는 당사자간에 정확한 날짜에 대하여 다툼의 소지가 있다고 하겠다.

둘째로, 만기일을 원인계약상의 특정조건으로 지정하는 방식이 있는데 선수금 환급보증서의 경우 대부분 '원인계약상의 선박인도를 조건'으로 표시한다. 만기일을 이 방식으로 정할 경우에는 당사자간에 종료여부에 관한 다툼의 소지가 있으므로, 일정한 서류의 제출로 확정하는 것이 분쟁예방 차원에서 바람직할 것이다.

셋째로, 위의 두 방식을 혼합하는 방식으로 만기일을 정할 수 있는데, '공사 완공일로부터 3개월이나 2010년 12월 15일 중 먼저 도래하는 날' 이라고 정하는 경우이다. 그러나 이러한 경우에도 위에서 말한 것과 같은 다툼의 소지는

있다고 할 것이다.

보증서 만기일을 명확히 하기 위하여 발신일 기준인지 수신일 기준인지 명시적으로 정할 필요가 있는데, 통상 만기일까지 지급요청이 수신되어야 하는 것이(received by us on or before the expiry date)으로 규정한다.

그리스, 인도네시아, 방글라데시 등에서는 만기일(expire date)과 최종청구일(the last date for claim)을 별도로 지정하는 경우가 있다. 이 경우에는 후자가 만기일에 해당한다고 할 것이다.

법원판결문이나 중재판정문을 제출하여야 하는 보증의 경우에는 소송이나 중재절차 지연으로 유효기간이나 만기일을 확정하는 것이 어렵기 때문에 일정기간 이내에 소송이나 중재절차를 개시하도록 규정하고 판결이나 판정결과가 확정되면 청구할 수 있도록 규정하는 것이 일반적이다.

2) 효력발생일

명시적으로 달리 정하지 않는 한, 보증서는 발급일에 효력을 발생한다는 것이 일반적이다. 그러나 선수금 환급보증서의 경우에는 원인계약상 채무가 발생하지 않은 경우에는 보증금 지급의무가 발생할 수 있으므로 이 경우에는 효력발생일을 달리 정하는 경우가 많다.

3) 선수금 환급보증서의 반환

선수금 환급보증서가 해지된 후에 보증수익자가 보증서를 반환하도록 규정한 보증서들이 있는데 이는 보증서의 유효여부와는 상관없이 내부적인 처리절차를 위한 것이라고 생각되며, 보증서가 반환되지 않았다고 하여 보증채무가 유효하게 존속한다고는 할 수 없을 것으로 판단된다. 다만, 당사자간에 다툼의 소지가 있는 경우에는 이를 명확히 규정하도록 하여야 한다.

6. 보증금액 및 통화

정부기관이나 여신을 공여하는 은행 등을 위하여 제공되는 보증서 이외에는 보증한도액이나 보증통화를 특정하는 것이 일반적인데, 이와 같이 보증한도액을 정한 경우에는 보증수익자의 실제 손해액이 한도액을 초과할지라도 한도액을 초과하여 지급할 수 없다. 다만, 선수금 환급보증서는 선수금지급일로부터 보증한도액에 대한 이자를 계산하여 지급하도록 명시하기도 한다.

여신을 공여하는 은행을 위하여 발급되는 지급보증의 경우에는 보증한도액을 여신계약에서 정하는 이자 및 비용을 포함하도록 규정할 수도 있으며, 보증인의 지급지연으로 발생한 이자는 보증한도액에 포함되지 않는다고 할 것이다.

7. 보증한도액의 증액

선수금 환급보증서는 원인계약상의 채무이행에 따라 점진적으로 증액하도록 명시적으로 규정할 수 있으며 이럴 경우 증액에 따른 보증인 및 보증의뢰인(주채무자)의 채무는 증가한다. 특히, RG는 계약이행보증서로서의 기능도 수행하고 있는 경우를 제외하고 계약이행 정도에 따라 차차 증액되어 계약금에 해당하는 정도의 계약이 이행되면 해지되는 것이 일반적이다. 증액방법은 원인계약의 선수금 지급조건에 따라 보증서에서 정하는 것이 일반적이다.

8. 불가항력 조항

보증의뢰인은 보증수익자에게 불가항력으로 인한 채무불이행의 경우에 보증금 지급요청을 금지하는 조항을 삽입하도록 요청할 수 있으며, 이 경우에 불가항력사유를 구체적으로 기재하여야 한다. 그러나 이런 조항은 보증수익자가 동의할 가능성이 적을 뿐만 아니라 보증인도 불가항력 인정사유의 확인이 곤란할 수 있으므로 거의 없다. 오히려 원인계약에서 불가항력으로 인한 경우에는 보증수익자가 보증금 지급요청을 할 수 없도록 규정하는 것이 타당하고, 사기로 인한 지급금지 명령의 경우에도 유리하다.

9. 원인계약의 변경

당연하긴 하지만 원인계약의 변경으로 인하여 보증계약이 변경되지 않는다는 조항을 명시적으로 규정하는 경우가 일반적이다. 이것은 원인계약의 수정이 보증인의 지위에 영향을 미치지 않기 때문이다. 하지만 원인계약의 지급조건의 변경으로 인한 금액의 증액 또는 감액으로 인한 보증금액의 변경시 당사자간의 합의에 의해 원 보증계약에 추가(addendum)의 형태로 반영될 수 있다.

10. 지급기한과 이자

일반적으로 보증서는 보증인이 보증금 지급요청을 받은 후 일정기간 이내(통상 3일 ~ 30일)에 보증금을 지급하여야 한다고 명시하는 경우가 많은데, 정확히 말하자면 보증인은 보증수익자의 지급청구가 보증서상의 요건을 충족하였음을 확인한 날로부터 일정기간 이내에 보증금을 지급하여야 한다.

이 지급기한에 관한 조항은 이자율과 함께 보증은행이 보증지급을 지체한 경우 보증금에 대한 이자를 계산하기 위하여 사용되기도 하고, 보증의뢰인이 법적절차를 통하여 보증금 지급을 유예하고자 할 경우에 이를 예방하는 효과도 있다. 보증은행에 대한 지급금지 명령이 내려진 경우에는 이 조항에 따른 이자는 지급하여야 한다는 견해가 있으나 이는 논란의 소지가 있다고 생각된다.

11. 양도 및 질권

선수금 환급보증서상 명시적 규정의 유무에 상관없이 보증수익자는 보증서상의 권리를 제3자에게 양도할 수 있다는 것이 일반적인 견해이다. 다만, 보증금을 수령할 권리만 양도되는 것이 원칙이고, 보증금을 청구하기 위해서는 보증수익자의 협력이 필요하다. 이와 다르게 규정할 수는 있다고 할 것이나, 이런 경우 보증의뢰인의 지위는 극히 불안하게 되고, 실제로 보증서는 유통증권(negotiable instrument)으로 바뀌게 된다. 준거법에 따라 다르겠지만 보증금 수령권은 일반적으로 질권의 대상이 된다고 할 것이다.

12. 상계

보증은행이 자신의 채권과 보증금 지급채무를 상계하는 것이 가능한가에 대하여는 확립된 이론은 없으나, 보증서에서 이를 인정하거나 배제하는 것이 모두 가능할 것이다. 다만, 보증은행의채권이 원인계약과 관련하여 발생한 것이 아니라면 이를 허용한다는 판례가 다수이고, 이에 관한 견해는 일치하지 않는다.

13. 준거법 및 재판관할권

보증은행들은 일반적으로 외국의 보증수익자를 위하여 발급되는 보증서에서도 보증은행이 소재한 국가의 법원에 배타적관할권(exclusive jurisdiction)을 부여하고 그 나라의 준거법으로 하는 것이 보통이다.⁸¹⁾

제3절 선수금 환급보증서상의 법률관계

신용장거래에 있어서는 기본당사자와 기타당사자가 관련되어 상호간에 여러 가지의 법률관계를 형성하게 된다. 신용장거래는 개설신청인과 수익자간의 거래에 은행이 개입되는 것이기 때문에 기본당사자는 개설신청인, 개설은행, 수익자가 이에 해당하며, 이들을 중심으로 법률관계가 3면으로 형성되는데 첫째는 개설신청인과 수익자 사이의 기타계약 관계, 둘째는 개설신청인과 개설은행사이의 자금관계, 셋째는 개설은행의 수익자에 대한 신용장상의 의무라고 할 수 있다.⁸²⁾ 3면 관계를 중심으로 경우에 따라 통지은행, 확인은행, 매입은행 등이 신용장 거래에 당사자로 개입된다.

보증신용장에서의 당사자도 상기의 법률관계를 바탕으로 하며, 개설신청인이 수익자와 기본계약을 체결하여 신용장개설을 약속하고 이에 따라 개설신청인이 개설은행에 보증 신용장 발행을 의뢰하며 개설은행은 개설신청인과의 보증신용

81) 심형보, 「독립적 보증의 법적문제에 관한 고찰」, 성균관대학교, 국제통상법무학 석사논문, 2001, 17~26쪽.

82) 김기원, 「보증신용장에 관한 연구」, 연세대학교, 법학 석사논문, 1993, 211쪽.

장개설 약정을 통하여 수익자에게 보증신용장을 발행한다.

보증신용장에 있어서의 법률관계를 논할 때의 기본은 개설은행과 수익자와의 보증신용장 개설약정 관계이지만 이하에서는 그 이외에도 신용장거래와는 독립적인 개설신청인과 수익자간의 계약관계를 포함하여 개설은행과 개설신청인까지 포함한 신용장거래에 있어서의 전체적인 당사자간 법률관계를 살펴보도록 한다.

1. 개설신청인과 수익자간의 법률관계

1) 개설

보증의뢰인(수출자)과 수익자(수입자)는 기본계약인 선박수출계약에서 환급보증서 제공을 수출자의 의무로 규정하지만, 환급보증서 자체에서는 양자는 직접적인 권리 관계에 있지 않다. 환급보증서의 제공은 선박수출계약 상 수출자의 의무 중 하나이며, 환급보증서가 제공되면, 선박수출계약에 따라 수입자는 선수금을 지급해야 한다.⁸³⁾

개설신청인과 수익자는 선박건조계약 외에도 매매계약, 건설공사계약, 대출계약 등의 기본계약을 체결함으로써 그의 권리와 의무를 확정한다. 계약 체결시 수익자는 계약이행의 담보로서 보증신용장의 제출을 요구하고 개설신청인이 제출을 승낙하고 기본계약상에 이 조건이 명시되는 경우에 개설신청인은 보증신용장의 개설의무를 부담하게 된다. 이러한 개설신청인의 보증신용장발행이 개설신청인과 수익자간의 보증신용장의 법률관계의 증추가 되므로 이에 관해 살펴보기로 한다.

2) 개설신청인의 의무

기본계약에서 보증신용장제출을 약정한 경우 개설신청인은 수익자에서 계약시 협의한 조건과 유효기간에 상응하는 보증신용장을 제출할 의무가 있다. 보

83) 김상만, 앞의논문, 460쪽.

증신용장은 개설신청인이 은행에 개설을 의뢰하고 은행은 개설신청인의 위임을 받아서 보증신용장을 발급한다. 따라서 수익자가 보증신용장의 내용에 관한 사항을 개설은행에 지시할 수 없다. 수익자는 기본계약 체결 시에 신용장조항 속에 보증신용장의 유효기간, 개설은행 지정, 제시서류나 조건 등 개설에 필요한 사항을 명확히 합의하여야 한다. 이와 같은 보증신용장의 개설은 수익자 측에서는 기본계약 이행의 선행조건이므로, 약정된 신용장이 개설되지 않거나 지연되면 수익자는 기본계약에서 해제될 수 있다. 이를 뒷받침하는 판례는 많으나 그 가운데서도 Trans Trust S.P.R.L. v. Danubian Trading Co.,Ltd. 사건에서 Denning판사는 명확한 판시를 남겼다.⁸⁴⁾ 매도인의 계약이행여부는 매수인이 신용장을 제공하는가에 달려있다. 만약 신용장이 제공되지 않는다면 양 당사자간에 계약이 존재한다고 볼 수 없다. 다른 경우들에서는 계약이 해지되고 신용장관련 규정은 계약의 필수적인 조건이라고 할 수 있다. 이러한 경우 신용장의 제공은 계약의 성립에 대한 선행조건이 아니라 매도인의 물품조달의무에 대한 선행조건이다. 만약 매수인이 신용장을 제공하지 못한다면 매도인은 계약의 항 후 이행에서 면제되고 그로 인한 손해배상을 매수인에게 청구할 수 있다.⁸⁵⁾ 위 판례에서 확인할 수 있는 바로써 개설신청인이 보증신용장개설약정에 따른 보증신용장을 정당한 기간 내에 수익자에게 제출하지 못하는 경우 수익자는 자신의 의무를 이행하지 않아도 될 뿐만 아니라 개설신청인의 채무불이행을 이유로 계약해지와 손해배상을 청구할 수 있음을 알 수 있다.

신용장거래에서 제일 핵심적인 역할을 하는 것은 바로 개설은행이므로 개설은행의 선택은 신중하여야 한다. 개설신청인은 자기의 비용과 위험부담으로 보증신용장을 개설하므로 개설은행의 지정에 있어 수익자가 요구하는 은행을 지정할 필요는 없으므로 통상적으로 개설신청인이 대외신용도와 공신력이 있는 은행 중에서 선정하게 된다. 그러나 수익자가 개설신청인의 신용도나 지정은행

84) 박대위, 앞의책, 50쪽.

85) The ability of the seller to carry out the transaction is, therefore, dependent on the buyer providing the letter of credit. If no credit is provided, there is no contract between the parties. In other cases a contract is concluded and the stipulation for a credit is a condition which is an essential term of the contract. In these cases the provision of the credit is a condition precedent not to the formation of a contract, but to the obligation of the seller to deliver the goods. If the buyer fails to provide the credit, the seller can treat himself as discharged from any further performance of the contract and can use the buyer for damages for not providing the credit.

의 신용을 믿을 수 없을 때에는 공신력 있는 은행을 재지정하거나 국제적으로 신용 있는 제3의 은행의 확인(confirm)을 요구할 수 있다. 일반적으로 매매계약의 경우 미국통일상법전에서는 “양 당사자가 주요지급수단으로서 신용장을 선택하였다면 다음 규칙이 적용된다: (a)물품인도를 증명하는 서류의 제시에 대해 지급을 이행하는 신뢰할만한 명성의 금융기관이 개설하고 확인하는 신용장을 매수인이 매도인에게 적기 제출하는 경우 매수인의 지급의무는 연기된다.”⁸⁶⁾라고 규정하고 있고, 미국통일상법전은 신용장 전반에 걸쳐 적용되므로 보증신용장에서도 동일하게 적용된다고 할 수 있다. 여기에서 신뢰할만한 명성의 금융기관이라 함은 상법전에 있어서 통념적으로 인정되는 판단기준에 따라야 할 것이나 국제거래에 있어서는 재정 및 신용상태가 양호하며 국제적으로 높은 명성을 가진 은행을 의미할 것이다.

개설신청인과 수익자가 특정 국가내의 은행을 개설은행으로 할 것을 약정하는 경우가 있는데 이는 보증신용장 관련 분쟁 발생 시 준거법과 재판관할권의 문제와 관련하여 매우 중요하다. 수익자의 입장에서는 자기 본사 소재지에서 개설하는 것이 유리하다. 그것은 수익자가 보증신용장 조건에 따라 서류제시를 하면서 지급청구를 하는 경우에 시간과 비용을 절약할 수 있으며 개설은행이 채무를 이행하지 않을 때 자국의 법률에 의한 구제를 받을 수 있는 이점이 있기 때문이다. 한편 개설신청인의 입장에서는 수익자와 이해가 상반되며, 자신의 소재지에 있는 은행에서 보증신용장의 개설을 원하게 된다. 왜냐하면 개설신청인과 수익자간에 분쟁이 발생하였을 경우에 보증신용장 개설은행을 개설신청인 소재지 내의 은행으로 선정하였다면 개설신청인은 보증신용장 거래와 관련된 제반 제시를 개설은행에게 원활하게 할 수 있고 또한 분쟁의 해결도 개설신청인 소재국의 무역관습에 따라서 하게 되므로 여러모로 개설신청인에게 유리하기 때문이다.⁸⁷⁾ 개설신청인과 수익자간의 이해가 상충되므로 기본계약 체결 시 보증신용장 개설 장소에 관한 약정을 하여야 하고, 기본계약의 약정에 따라 개

86) UCC§2-325(a)항에 The buyer's obligation to pay is suspended by seasonable delivery to the seller of a letter of credit issued or confirmed by a financing agency of good repute in which the issuer and any confirmer undertake to pay against presentation of documents that evidence delivery of the goods. 라고 규정하고 있다.

87) 김동구, 「신용장거래당사자의 권리와 의무에 관한 연구」, 중앙대학교, 국제상학 박사논문, 1987, 7쪽.

설신청인은 그 약정에 따라 보증신용장 개설을 의뢰하여야 한다. 보증신용장이 통상적인 매매계약, 재금융계약이 아니라 특히 중동국가와 국제건설계약 등의 체결에 따라 보증신용장의 발급이 요구되는 경우 간접보증이나 역보증의 방식에 의하여 보증신용장이 개설되기도 한다. 여기서 간접보증이란 예를 들어 미국기업이 이란 정부의 입찰에 참가하여 낙찰 받은 후 이란정부의 요구에 따라 이란에 소재한 은행이 발행한 보증신용장을 제출하고 이란 소재 은행의 지급을 보증하기 위하여 미국소재은행이 개설하는 이란은행을 수익자로 하는 보증신용장을 개설하는 것을 말한다.

신용장의 발행 시기는 신용장 발행지연시 기본계약이 해제되는 경우도 있으므로 대단히 중요하다. 본 계약에서 보증신용장의 개설시기를 명시적으로 약정한 경우 개설은행이 기한 내에 보증신용장개설에 실패하는 경우 계약위반이 된다. 보증신용장의 개설시기를 명시적으로 지정하지 않은 경우 개설신청인이 개설해야하는 기한은 어떠한지가 문제 된다. 신용장의 Immediate issue가 기본계약 이행의 전제가 되는 경우, 그 시한에 대해 *Garcia v. Page & Co.* 사건⁸⁸⁾에서 Porter판사는 상당히 근면한 사람이 신용장을 개설하는데 필요한 기간을 뜻한다. 라고 판시하였고, 신용장은 선적이전에 개설되어야 한다는 것이 기본계약상의 약정인 경우 그 시한은 *Trans Trust S.P.R.L. v. Danubian Trading Co., Ltd* 사건⁸⁹⁾에서 Denning판사는 신용장은 단순히 선적 되기보다 상당히 앞서서(well in advance) 개설되어야 한다고 하였고, *Pavia v. Thurmann-Neilsen* 사건⁹⁰⁾에서 Mac Nair판사는 신용장은 수출업자가 허용된 기간 내에 언제라도 선적할 수 있도록 충분한 시일 내에 개설되어야 한다고 판시하였다. 상기 판결들에 의하면 기본계약상 신용장의 개설시기를 정하지 않은 경우 개설신청인은 신용장 개설을 하는데 정상적으로 필요한 상당한 기간(reasonable time) 내에 신용장을 개설해야 하고 수익자가 계약이행을 위해 상품을 선적하는데 지

88) (1936)55L.L.Rep.391 에서 Porter판사는 Which meant that the buyer must have such time as is needed by a person of reasonable diligence to get the credit established. 라고 판시 하였다.

89) [1952]1 Lloyd'sRep.348.

90) [1952]2 Lloyd'sRep.328 에서 Mac Nair판사는 The credit must be made available to the seller at the beginning of the shipment period. The reasonable cause the seller is entitled, before he ships the goods, to be assured that, on shipment, he will get paid. If the buyer is to fulfil his obligations, he must, therefore, make the credit available to the seller at the very first date when the goods may be lawfully shipped in compliance with the contract. 라고 판시하였다.

장이 없도록 늦어도 처음 선적하기 이전에 신용장이 수익자에게 도착하여야 한다. 건설계약의 경우 기본계약상 달리 약정한 경우가 아니라면 최소 공사착수 전에 약정된 보증신용장이 개설되어야 한다.

3) 수익자의 의무

기본계약 체결 시 신용장 조항 상에 개설신청인 뿐만 아니라 수익자에게도 보증신용장 개설에 관하여 협력하여야 할 일정한 의무를 규정하는 경우에는 수익자는 개설신청인이 신용장을 개설할 수 있도록 계약에 약정된 최선의 협력을 다하여야 한다. 수익자가 이러한 협력의무를 게을리 하면 계약위반이 되어 개설신청인은 이를 이유로 기본계약을 해제하고 손해가 있으면 손해배상청구도 할 수 있다.⁹¹⁾

2. 개설신청인과 개설은행간의 법률관계

1) 개설

기본계약의 개설신청인은 계약에 따라 거래은행에 보증신용장의 개설을 의뢰한다. 이 때 개설신청인은 은행과 신용장개설약정을 체결하여야 하며 개설신청인과 개설은행간의 법률관계는 이 계약에 의한다.

주채무자인 보증의뢰인(수출자)과 보증은행과의 관계는 그 보증에 따른 사무처리를 내용으로 하는 민법상의 위임계약에 해당된다. 그리고 고도의 신뢰관계를 바탕으로 하므로 보증의뢰인과 보증은행 사이에는 사법상의 대원칙인 신의성실의 원칙이 더 넓게 적용된다. 이에 따라 보증은행은 그 수임인으로서 상대방인 보증 의뢰인의 당해 보증서에 관한 이익을 보호하여야 할 의무를 부담하게 되고, 특히 수익자의 지급청구가 권리남용임이 객관적으로 명백할 때에는 보증의뢰인에 대한 관계에 있어서 마땅히 그 지급을 거절하여야 할 보증의뢰계약상의 의무를 부담하고, 그 반면에 보증의뢰인으로서도 보증인에 대하여 위와

91) 유중원, “보증신용장과 보증신용장에 관한 통일규칙(ISP)”, 「통상법률 30호」, 1999, 83쪽.

같이 수익자의 청구가 권리남용임이 명백하다는 것을 입증하여 그 보증금의 지급거절을 청구할 수 있는 권리를 가진다. 그리고 보증의뢰인은 위임 사무처리에 따른 보상의무를 부담하는 데, 보증은행이 징구하는 보증수수료는 이에 해당된다.⁹²⁾

보증신용장이 일단 개설되면 개설신청인과 개설은행 간에 어떠한 새로운 합의를 하더라도 제 3자인 수익자의 동의 없이는 신용장 내용의 변경이나 취소가 불가능하므로 개설 신청인은 상기 신용장개설약정내용이 기재된 신용장개설신청서의 내용을 숙지하고 지시의 내용이 완전 명확하도록 유의할 필요가 있다.

이와 같이 개설신청인이 자신의 거래은행에 보증신용장의 개설을 의뢰함에 있어서는 개설신청인과 개설은행 간에 소정의 보증신용장개설약정을 체결하게 되는 바, 위 개설약정의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가에 관하여 논의가 있다.

이에 관하여 첫째, 개설신청인과 개설은행간의 대리계약이라는 견해 둘째, 담보권 설정과 보증계약이 포함되어 있는 위임계약이라는 견해 셋째, 일종의 도급계약으로서 정신적인 종류의 경제적 급부를 대상으로 한다는 견해 등이 대립하고 있다.⁹³⁾

매수인이 개설은행에 수수료를 지급한다는 점에서는 대리 내지 위임계약이라 볼 수 있으나, 개설은행은 보증신용장에 의하여 스스로 수익자에게 의무를 부담하는 것이며 비록 자신의 고객인 개설신청인에 대하여는 대리인이 되지만 수익자에 대하여는 본인이 되는 이중적 지위를 가지고 있으므로 통상의 대리인의 지위와는 다르다고 할 것이다.⁹⁴⁾ 신용장약정에 따른 개설신청인과 개설은행간의 관계에서 가장 기본이 되는 양자의 의무는 개설신청인의 수수료지급과 상환의무 그리고 개설은행의 신용장개설의무라 할 수 있으므로 이하에서 상기의무와 부수적인 여러 의무에 대해 살펴보기로 한다.

2) 개설신청인의 의무

신용장은 어디까지나 개설신청인의 요청과 지시에 의하는 것이므로 개설신청

92) 김상만, 앞의논문, 463쪽.

93) 박준서, “신용장거래의 법률관계”, 「민사판례의 제 문제」, 제2권(1980), 215쪽.

94) 양영환·오원석·서정두, 앞의책, 369쪽.

인의 지시는 완전하고도 명확하여야 하며, 또 너무 상세한 내용을 포함하여 다른 관계당사자들을 혼동케 하거나 오해시키지 않도록 해야 한다.⁹⁵⁾ 보증신용장은 개설신청인의 요청과 지시에 따라 개설되며 그 지시는 보증신용장상의 조건이 되므로 지시사항은 완전하고 정확하여야 한다. 개설신청인은 신용장의 독립·추상성에 의해 신용장 당사자 중 가장 불리한 입장에 놓이게 되므로 신용장 조건을 보다 까다롭고 상세한 조건을 제시하여 수익자를 구속하려고 한다. 그러나 신용장에 여러 조건이 명시되는 경우, 수익자가 조건을 충족하는 서류작성에 시간과 비용이 소요되며, 서류의 매입을 의뢰받는 은행도 심사에 상당한 노력과 시간이 걸리는 등 신용장이 목적으로 하는 본래의 기능을 상실할 우려가 있다.

신용장통일규칙 제 182조 a항은 「보증신용장의 개설신청인은 개설은행에게 그 지시에 따라 신용장을 개설한 용역과 신용을 제공한 대가에 상당하는 수수료를 지급하여야 할 의무를 진다.」라고 규정한다. 수수료지급의무는 개설은행의 신용장개설의무와 대가관계에 있는 개설신청인의 의무이다. 이번에 제 5차로 개정된 신용장통일규칙 제18조 c항의 i)다른 당사자에게 서비스를 지시한 당사자는 그 지시와 관련하여 지시 받은 당사자가 지급한 수수료, 요금, 비용 또는 지출금을 포함한 모든 경비를 부담하는 의무를 진다. i)신용장에서 그러한 경비는 지시한 당사자 이외의 당사자의 부담으로 한다고 규정하고 있음에도 불구하고 그 경비를 징수할 수 없는 경우에는, 그 지시한 당사자는 최종적으로 이에 대한 지급의 의무를 진다. 라는 규정에 의하여 수수료 지급의무의 범위가 확대되었다.

보증신용장의 개설은행은 개설신청인의 신용상태 및 담보능력을 고려하여 보증신용장의 개설여부를 판단하게 된다. 개설신청인은 개설은행에 대하여 담보제공 및 선지급 의무가 있는가의 문제에 대하여 개설신청인과 개설은행 사이의 보증신용장개설약정에서 담보나 선지급이 합의되었다면 그러한 의무를 인정하여야 할 것이다.⁹⁶⁾

개설신청인은 개설은행이 수익자에게 보증신용장금액을 지급한 경우 은행이 지급한 금액을 상환할 의무가 있다. 미국통일상법전은 제시된 서류에 대해 신

95) 신용장통일규칙 제5조 및 제20조.

96) 김선국, 앞의논문, 85쪽

용장금액을 지급한 개설인은 그 지급일 이 내에 개설의뢰인으로부터 신용장 금액을 상환 받을 권리가 있다고 규정하고 있다.⁹⁷⁾ 신용장의 독립성에 의하여 기본계약에 의하여 개설신청인이 수익자에게 의무를 이행 하였음에도 불구하고 수익자가 악의로 은행에 보증신용장에 기한 지급 청구한 경우 개설신청인은 개설은행에 대하여 상환하여야 한다. 보증신용장의 독립성을 엄격하게 적용하는 것은 개설신청인의 보호를 취약하게 하므로 여기서 독립성의 원칙에 대한 예외인 사기규칙이 인정되게 되었다.

3) 개설은행의 의무

개설은행은 개설신청인이 보증신용장개설신청서를 제출하고 이를 심사하여 신용장 개설약정이 체결되면 개설은행은 그 약정에 따라 신용장을 개설할 의무를 진다. 이와 관련 신용장개설약정에서 보증신용장의 개설시기를 명시한 경우에는 그 기한을 준수하면 되겠지만, 개설시기가 불명확하게 기재된 경우에는 전술한 개설신청인과 수익자간의 법률관계에서 개설신청인의 신용장개설시기를 기준하여 개설은행은 개설신청인이 기본계약에 따라 신용장개설의무 이행시기에 늦지 않도록 개설해야 할 것이다. 만약 개설은행이 신용장 개설의무를 제대로 이행하지 아니하면 개설신청인은 신용장 개설 약정을 해제하고 그 불이행이 개설은행 측의 고의나 과실에 기인한 때에는 손해배상도 청구할 수 있다.⁹⁸⁾

보증신용장의 개설은 개설신청인의 요청과 지시에 따라 그의 비용부담으로 하게 됨으로 개설은행은 개설은행의 지시를 엄격하게 준수하여야 하며, 자신의 독자적인 판단에 근거하여 개설신청인의 지시를 위반하여서는 아니 된다. 만일 개설은행이 개설 신청인의 지시를 제대로 지키지 못하여 손해를 끼치게 되어 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지게 되면, 이때 채무불이행의 판단은 개설신청인의 지시 문언이 그 기준이 된다.⁹⁹⁾ 일반적으로 개설은행은 보증신용장 개설 즉시 개설한 신용장 사본을 개설신청인에게 교부하여 확인하도록 하고 만약 개설신청인의 지시사항과 상위한 점이 있으면 즉시 통지하게 하여 이러한

97) UCC§5-108(i).

98) 양영환 · 오원석 · 서정두, 앞의책, 371쪽.

99) 박대위, 앞의책, 56쪽.

사태에 대비하고 있다.¹⁰⁰⁾ 이와 관련 신용장 통일규칙 제 12조에서는 “은행은 상품거래에 대한 전문적인 지식이 없으므로 독자적인 판단을 해서는 안되며, 만일 불완전하거나 불명확한 지시가 접수되면 완전하고 명확한 지시가 올 때까지 기다려야지 개설은행의 독자적인 판단으로 그 불완전한 지시를 보완처리 할 자격도 없다.” 라고 규정하고 있다.

개설은행은 신용장 발행과 동시에 수익자에게 신용장개설을 통지할 의무를 부담하는 가가 문제된다.¹⁰¹⁾ 취소불능신용장에 있어서는 은행이 수익자에 대하여 하는 개설의 통지가 신용장의 효력발생 요건이므로 은행은 개설신청인에 대한 신용장개설의무의 이행으로서 이를 하여야함에는 의문이 없다. 따라서 은행은 신용장개설계약의 체결 후 지체 없이 이 통지의무를 이행하여야 한다. 왜냐하면 은행의 통지의무 이행의 지체는 개설신청인의 수익자에 대한 신용장개설의무의 이행지체로 되어 기본계약이 해제될지도 모르는 사태에 이르기 때문이다.¹⁰²⁾ 통지는 개설은행이 직접 수익자에게 할 수도 있고 다른 은행을 통해 할 수도 있다.¹⁰³⁾ 개설은행의 통지의무는 절대적이지만 다른 은행이 실수로 통지하지 못했거나 지연시킨 것 등에 대해서는 면책이 된다. 또한 신용장의 통지는 우편이나 전보, telex로도 가능한데, 후자의 수단을 이용할 때 만일 전보나 telex로 신용장의 개설을 통지하지만, 실제로 우편으로 전달되는 신용장이 유효한 수단일 것 같으면 이러한 수단이 반드시 추후에 전달되어야 하며, 이러한 절차를 밟지 않음으로써 야기되는 책임은 전적으로 개설은행에 귀착 된다.¹⁰⁴⁾

신용장의 독립·추상성에 의해 신용장거래는 서류상의 거래이므로 개설은행은 제시된 서류가 신용장의 조건과 문면상 일치하는가를 면밀히 검토하여야한다. 개설은행의 서류 심사는 궁극적으로 보증신용장금액을 지급할 개설신청인과의 사이의 법적의무이기 때문이다. 만일 개설은행이 신용장조건과 일치하지 않는 서류에 대해서 대금지불을 하였다면 개설신청인은 이를 거부할 수도 있다. 그러므로 개설은행은 자신을 보호하고 개설신청인의 이익도 보호하기 위하여 엄격한 서류심사과정을 거쳐야 한다.¹⁰⁵⁾ 한편, 수익자에게 보증금을 지급한 보증

100) 유중원, 앞의논문, 78쪽.

101) 안강현, 「신용장에 대한 법적고찰」, 연세대학교, 법학 박사논문(1995), 180쪽.

102) 안강현, 앞의논문, 181쪽.

103) 신용장통일규칙 제7조.

104) 신용장통일규칙 제11조.

은행은 보증의뢰계약에 따라 보증의뢰인에게 구상권이 있다. 보증의뢰인의 구상의무는 기본계약상의 분쟁 또는 항변과는 무관하게 발생하지만 보증은행이 보증의뢰인의 보증지시를 이행하였음을 전제로 한다. 따라서 보증의뢰인이 지시한 방식과 조건에 일치하여 보증서를 발행하지 않았거나, 서류의 일치여부에 대한 조사의무를 제대로 이행하지 않았을 경우 보증의뢰인은 구상의무를 거절할 수 있다.¹⁰⁶⁾

3. 개설은행과 수익자간의 법률관계

1) 개설

개설은행이 개설신청인의 의뢰에 의해 보증신용장을 발행하지만 보증신용장상의 개설은행과 수익자의 관계는 개설은행과 개설신청인의 관계 그리고 개설신청인과 수익자와의 관계와 분리된 것으로 보증신용장에서 가장 핵심적인 관계이다. 개설은행은 개설신청인에 대하여는 보증신용장 개설약정에 근거하여 수익자에 대한 지급의무를 부담하지만, 수익자에 대하여는 직접 자신의 의무로써 보증신용장조건과 일치하는 청구를 한 수익자에게 지급을 하여야 할 의무를 부담하는 것이다.¹⁰⁷⁾

보증신용장 거래에 있어 개설신청인의 기본계약상의 의무불이행을 근거로 한 수익자의 보증신용장 금액 지급청구는 수익자와 개설신청인간의 법률관계에 따라 규율될 것이고 그 이외에 기본계약이나 신용장개설약정에 의해서는 영향을 받지 않기 때문에 개설은행과 수익자간의 법률관계가 고유한 의미의 보증신용장 법률관계가 된다. 개설은행의 지급의무를 중심으로 개설은행과 수익자간의 관계를 이하에서 살펴보기로 한다.

2) 개설은행의 의무

105) 박대위, 앞의책, 57쪽.

106) 김상만, 앞의논문, 460쪽.

107) 김선국, 앞의논문, 87쪽.

첫째, 개설은행이 법적으로 구속받는 근거는 신용장상에 명시되어 있는 확약에 의해서이다. 이러한 약정은 기본계약이나 다른 어떤 법 관계에 대한 언급이 일체 없이 단순히 신용장의 조건에만 일치하는 서류와 상환으로 보증신용장대금을 지급하겠다는 약정이므로 독립적이고, 또 서류만으로 판단한다는 점에서 추상적이다.¹⁰⁸⁾ 즉, 보증신용장의 개설 후 개설은행은 수익자에 대해 보증신용장상의 보증확약에 따라 이행을 하여야 하며 개설은행은 기본계약의 약정과는 관계없이 신용장금액을 지급해야 한다. 따라서 개설은행은 수익자가 제시하는 서류가 보증신용장 조건과 일치하는 경우 개설은행은 개설신청인에 대하여 가지고 있는 항변권을 행사하거나 개설신청인의 상환능력상실 또는 기본계약상의 하자를 이유로 수익자에게 항변할 수 없고 기본계약상의 항변사유를 주장하거나 제시서류가 기본계약조건과 상이함을 이유로 지급을 거절할 수는 없다. 다만, 선박수출계약에 따르면, 수입자에게 선수금의 상환청구권이 없음에도 불구하고 수입자가 권리남용적인 부당한 지급청구를 하여 수출자가 보증은행에 구상 의무를 부담하게 된 경우, 수출자는 선박수출계약 및 준거법에 의해 수입자에게 손해배상청구를 할 수 있을 것이다.¹⁰⁹⁾ 위에서 본 바와 같이 보증신용장의 독립성의 원칙에 근거한 개설은행의 수익자에 대한 지급의무는 절대적이고 무조건적이지만, 이러한 지급의무에는 일정한 예외가 인정된다.

둘째, 개설은행이 수익자에게 행사하는 항변권은 독립성의 원칙에 의하여 많은 제한을 받고 있지만 각국법원은 일정한 요건 하에서 예외를 인정하는데 주로 개설신청인의 기본계약상의 의무이행에도 불구하고 수익자가 불이행한 것으로 주장하는 사기의 경우나 수익자가 제시한 서류가 위조된 경우이다. 개설은행은 서류 자체의 진정성이나 위조에 대해서까지 책임을 지지 않으며 제시된 서류의 위조나 사기의 여부를 확인하기 위한 적극적인 의무를 부담하지 아니한다. 또한 서류의 형식적 문언만으로 판단하여 보증신용장 조건에 일치하면 지급의무를 이행하여야 한다. 그러나 수익자가 사기에 직접 개입되었음이 명백히 입증된 경우에는 이를 이유로 지급을 거절할 수 있다.¹¹⁰⁾ 지급의무의 예외를 인정하는 것은 수익자에 의한 부당한 청구를 배제하는 효과도 있지만, 보증신

108) 박대위, 앞의책, 62쪽.

109) 김상만, 앞의논문, 461쪽.

110) 신용장통일규칙 제15조.

용장의 본질적인 특성인 독립성의 원칙의 예외를 인정하는 것이어서 특히 국제 거래에서 활용도가 빈번한 보증신용장의 지급보증기능을 침해할 소지가 많다.

3) 수익자의 권리와 의무

첫째, 보증은행이 환급보증서를 발행하면 수익자는 환급보증서에 기한 권리를 행사할 수 있게 된다. 환급보증서의 수익자는 보통 선박수출계약의 수입자가 되지만, 원활한 선박금융을 위해 금융을 제공하는 대주(lender)를 수익자로 정하거나, 환급보증서를 그 대주에게 양도하기도 한다. 이 경우 대주에게도 지급청구권이 발생하며, 환급보증서의 양도를 위해 환급보증서에 "양도가능(assignable)"이라고 명시한다.

지급청구시 수익자는 보증서에서 요구하고 있는 서류를 갖추어 지급·청구한다. 제시해야 할 서류는 보증서의 내용에 따라 따르며 보증서의 독립 추상성을 강조하여 일체의 첨부서류 없이 지급청구를 할 수 있다는 내용의 보증서도 있지만, 최근에는 부당한 지급청구(unfair calling)를 제한하는 방향으로 개선되고 있다.¹¹¹⁾ 수익자는 개설은행에 대해 보증신용장 조건과 일치하는 서류와 상환으로 신용장금액을 청구하는 권리를 가진다. 수익자의 개설은행에 대한 이 권리는 개설신청인과 개설은행 사이의 관계 또는 개설신청인과 수익자와의 관계와는 별개의 독립적, 상징적인 청구권이다. 수익자의 독립추상적인 청구권을 인정하는 것은 신용장제도의 근본목적에 비추어 적합하다.

그런데 수익자가 개설은행에 대하여 가지는 청구권을 행사하기 위해서는 보증신용장 조건을 엄격하게 이행하여야 한다. 그러나 개설은행의 입장에서 수익자에 대해 보증신용장 조건이행을 강력히 요구할 수는 없다. 왜냐하면 그 의무는 개설은행이 수익자에게 적극적으로 청구할 수 없는 간접의무이기 때문이다. 신용장통일규칙에서 취소불능신용장은 개설은행의 확약으로서 수익자 또는 그 신용장에 의하여 발행되는 환어음 및 선적서류의 선의의 소지자에 대해 신용장의 모든 조건이 부합되면 이의 일람출급, 연지급, 인수 또는 매입을 반드시 이행할 것이라고 하는 개설 은행의 약정이다.¹¹²⁾ 라고 하여 취소불능신용장에 있

111) 김상만, 앞의논문, 461쪽.

112) 신용장통일규칙 제9조 a항.

어서는 수익자의 권리는 독립적이며 절대적인 성격을 지닌 것으로 규정하고 있다.

한편 부당한 지급거절에 대한 권리를 가지며 수익자가 보증신용장 조건과 일치하는 서류를 개설은행에 제시하면 보증신용장 약정에 따라 개설은행은 신용장금액을 지급하여야 하므로 이러한 지급의무를 이행하지 않고 수익자의 지급청구를 거절하기 위해서는 전술한 개설은행의 지급의무 및 항변제한에서 살펴본 바와 같이 제시서류가 보증신용장조건에 엄격히 일치하지 않거나 수익자의 청구가 사기적 청구임을 입증해야 한다. 일정한 경우에 독립성의 원칙에 대한 예외가 인정되어 개설은행의 지급의무가 면제되나 그렇지 않은 경우에는 개설은행의 의무불이행상태가 된다. 개설은행의 부당한 지급거절시 수익자는 보증신용장상의 의무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있는데 보증신용장의 수익자가 부수적인 손해를 청구할 수 있는가는 부수적인 손해도 청구할 수 있음을 규정한 미국통일상법전 제5-111조와 관련하여 의견이 대립한다.

보증신용장하의 수익자의 부수적 손해의 청구권을 부정하는 견해는 상업신용장에서는 상품이 쉽게 판명될 수 있으나, 보증신용장은 그렇지 않기 때문에 동조는 상업신용장에만 적용된다고 한다.¹¹³⁾ 그러나 판례의 대다수는 보증신용장의 수익자에게 부수적인 손해를 인정한다. 다만 그 범위는 매매의 경우(제 2-710조)보다 좁게 해석하여 부수적인 손해가 있다는 것을 보증신용장하에서는 잘 인정하지 않는 경향이 있다.¹¹⁴⁾

그리고 개설은행이 부당하게 지급거절을 한 경우 수익자는 위와 같은 개설은행에 대한 손해배상청구뿐만 아니라 개설신청인과의 기본계약에 근거하여 개설신청인에게 신용장 금액을 지급할 것을 청구할 수 있다. 이 경우 수익자는 보증신용장 조건과 일치하는 서류를 제시하였으나 정당한 사유 없이 지급거절 당한 사실만 입증하면 충분하며 개설은행을 상대로 먼저 소송을 제기하여야 하는 것은 아니다.¹¹⁵⁾

둘째, 미국통일상법전 제 5조-110조 (a)항에서는 환어음을 제시하는 수익자

113) 김선국, 앞의논문, p.109; East Girald Savings Ass'n v. Citisens National Bank & Trust Co., 593F. 2d 598사건에서 법원은 신용장이 통상적인 계약임을 부인하였다.

114) 김선국, 앞의논문, p.110; Bossier Bank & Trust Co. v. Union Planters National Bank, 550F.2d 1077.

115) 유중원, 앞의논문, 83쪽.

는 (a)개설은행에 대하여 §5-109(a)에 규정된 사기나 위조가 없음과 (b)개설 의뢰인에 대하여 신용장금액의 지급이 개설의뢰인과 수익자간의 어떠한 합의나 신용장에 의하여 협의하려고 한 다른 합의를 침해하지 않는다는 것을 확인한다. 라고 규정한다. 통상 수익자는 위에서 살펴본 것과 같이 보증신용장 조건과 일치하는 서류와 상환으로 개설은행에 신용장금액의 지급을 청구할 수 있는 권리를 보유하고 특별한 법적 의무를 부담하지 않으나 상기의 규정에 의하여 수익자는 보증신용장에서 서류 및 환어음 등을 제시한 경우에 이해관계인들에게 그 제시가 보증신용장 조건과 엄격히 일치한다는 것을 보증하는 의무를 지게 된다. 수익자의 이 의무에 의하여 보증신용장에서 수익자가 제시한 증명서와 환어음에 대하여 지급을 한 개설은행이 개설신청인에게 상환청구를 하여 거절당하고, 수익자가 청구를 할 권리가 없었다면 개설은행은 수익자를 상대로 수익자의 담보의무에 근거한 소를 제기할 수 있게 된다.¹¹⁶⁾

4. 개설은행과 보증보험사간의 관계

1) 개설은행의 위험분산

금융기관이 보증한 조선사가 워크아웃으로 계약대로 선박을 인도하지 못할 경우 선주가 지급한 선수금에 대해 금융기관은 보증한 금액만큼 선수금을 지급할 의무가 발생한다. 반대로 대상 조선사의 조업이 정상화돼 선박을 인도하면 금융기관의 선수금 환급의무도 소멸된다.

국제거래에서 발생하는 각종의 위험에 대한 관리방법은 매우 다양하게 발전되어 나오고 있으며 위험의 성질에 따라 그 관리제도도 특징 지워진다고 할 수 있다. 국제거래상의 위험에 대한 담보제도로서 가장 대표적인 것은 보증과 보험이라고 할 수 있는데 보증과 보험은 그 위험에 대한 극복의 방법에 있어서 큰 차이를 보인다고 하겠다. 즉 보증은 주채무자의 의무 위반이라고 하는 위험을 보증인이 혼자 전적으로 부담하지만 보험은 보험단체에 의한 위험의 분산이라는 방법이 이용이 되고 이를 위하여 대수의 법칙이 적용되는 것이다. 이렇게

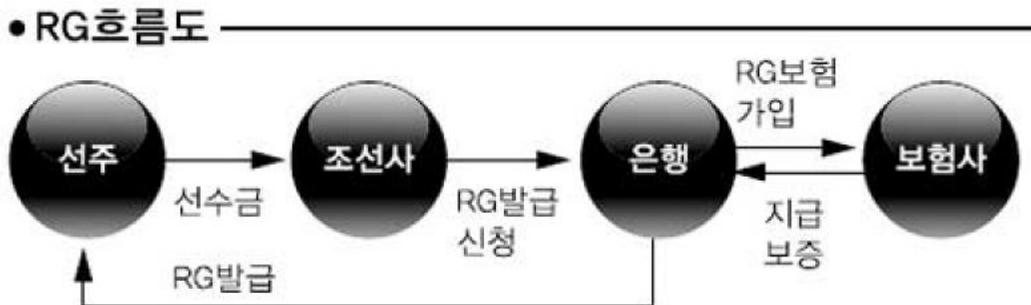
116) 한지연, 「보증신용장에 관한연구」, 연세대학교, 법학 석사논문, 2006, 35쪽.

두 제도는 상이한 형태를 가지지만 보험의 방법으로 보증을 하는 경우도 있고 또 어떠한 위험에 대하여는 일차적으로 보증이 담보하고 제 이차적으로 보험에 의하여 보증이 부담하는 위험을 다시 담보하는 경우¹¹⁷⁾도 있어 양자는 서로 보완관계를 가지고 있다고 할 수 있다.¹¹⁸⁾

2) 보험사의 입장

국내 조선업황이 힘들어지면서 워크아웃 대상 조선사가 선정됐고, 이들을 정상화시키기 위해 은행과 보험사등 금융기관의 자금지원이 이루어졌다. 이때 선수금 환급보증서에 의한 자금지원 분담 규모를 어느 수준까지 인정할 것인가에 은행과 보험사의 견해가 상충되었다. 보험사들은 자금지원 분담 규모를 왜 논의해야 하는지조차 이해할 수 없는 입장이다. 선수금환급보증 보험은 단순히 보험상품일 뿐이기에 보험사고가 발생하면 사고 경위에 따라 보험금을 지급하면 되는 것이기 때문이다. 하지만 금융기관에서는 보증보험의 성격을 마치 대출채권인 것처럼 주장하면서 자금지원을 주장하였다. 이렇게 된다면 향후 선수금환급 보증보험 시장이 위축될 가능성이 크다. 보험상품을 판매한 보험사 입장에서선 아직 발생되지 않은 사고에 대해서도 부담금을 지원하는 셈이므로 부당하게 여길 수 있다. 또한 보험사는 국외의 재보험을 통해 보험사의 보증부분을 분산하였으므로 실질적인 채권부분에서 재보험 부분을 제외시켜야 한다는 주장이 나온다.¹¹⁹⁾

117) 그림3 환급보증의 보험 도해.



118) 서헌제, 앞의논문, 55~56쪽.

119) 서보익, 매경 Economy, 2009.2.18, KB투자증권 선임연구원, 14~15쪽 발췌.

제4장 선수금 환급보증서의 지급청구와 문제점

제1절 선수금 환급보증서의 지급청구

1. 보증의무의 성격

1) 독립성 및 추상성

앞에서 말했듯이 보증채무는 원인계약과는 독립적, 추상적으로 존재한다. 이는 보증계약이 원인계약과는 분리된 법률관계임을 말함과 동시에 보증인이 보증의뢰인의 보증수익자에 대한 각종 항변사유를 원용하여 보증금 지급을 거절할 수 없다는 것을 의미한다. 이러한 독립적 보증의 독립성 및 추상성은 원인계약의 당사자들에게는 보증금 지급조건과 관련하여 위험을 분배하거나 조정하는 외에는 별 의미가 없다고 할 수 있다. 그러나 선수금 환급보증서의 독립성 및 추상성은 보증인에게 실질적으로 의미가 크다고 할 것이다. 선수금 환급보증서의 독립성 및 추상성으로 인하여 보증인은 원인계약으로부터 자유로울 수 있다. 즉, 보증인은 보증의뢰인과 보증수익자간의 원인계약상의 채무이행 여부에 관한 분쟁이나 보증의뢰인의 항변사유 등 두 당사자간의 법률관계에 상관없이 보증서상의 조건에 따라 보증채무를 이행할 수 있게 된다.

또한, 이러한 독립성 및 추상성으로 인하여 보증인은 제출서류가 보증서상의 조건을 충족 하였는지만 확인하면 다른 사유에 대한 확인 없이 보증금을 지급할 수 있고, 이렇게 보증금을 지급한 보증인은 보증의뢰인으로부터 구상 받을 권리를 획득한다. 따라서 보증인은 이러한 독립성 및 추상성으로 인하여 선수금 환급보증서를 발급하고, 보증서상의 조건에 따라 보증금을 지급한다. 그러나 보증금 지급 후 구상권 행사를 보장받을 수 있다.¹²⁰⁾

2) 지급조건

120) 심형보, 앞의논문, 73~74쪽.

선수금 환급보증서라도 보증수익자가 지급을 청구하면 무조건 보증금을 지급하여야 하는 것은 아니다. 선수금 환급보증서의 경우에는 보증인이 원인계약상의 보증의뢰인의 채무불이행 거부 및 보증수익자에 대한 항변사유를 조사하고, 이를 원용할 의무는 없다고 할 것이나, 그렇다고 모든 의무가 면제되는 것은 아니다. 따라서 독립적 보증의 보증인은 보증금 지급청구를 접수하면 지급청구가 보증서상 조건을 충족하는지를 심사하여야 한다. 그리고 보증금 지급을 위한 절차를 제대로 이행하여 보증금을 지급하여야 하는데, 이를 위반하여 보증금을 지급하게 되면 보증의뢰인으로부터 보증금을 구상하는데 문제가 발생할 수 있을 것이다. 반면, 적법한 보증금 지급청구에 대하여 보증금을 지급하지 아니하면 자신의 영업을 영위하는데 기반이 되는 보증인(은행, 보험회사 등 금융기관)의 신용이 손상됨은 물론이고, 보증금 지급지연으로 인한 손해를 배상하거나 보증금에 대한 이자 등을 지급하여야 할 것이다. 따라서 이러한 피해를 예방하기 위하여 보증인은 선수금 환급청구를 받은 경우에는 보증의 유효성, 지급청구의 적법성 및 제출서류의 조건충족 여부를 엄밀히 조사하여야 한다.

또한, 보증인은 보증금 지급과 관련하여 보증금 지급청구는 물론이고 필요한 경우 수시로 보증의뢰인에게 모든 사실을 통지하여야 한다. 이는 보증금 지급 후 보증의뢰인에 대한 구상권 행사를 위해서도 바람직하다고 할 수 있다.

2. 보증금 지급청구

1) 지급청구 개관

외국은행들의 통계에 따르면 독립적 은행보증의 실제 지급청구는 총 보증건수의 3~5%라고 하는데, 이는 신용장과 독립적 은행보증의 차이점을 확연히 보여준다. 즉, 신용장은 정해진 서류에 대한 대가로 일정금액을 지급하기 위하여 정해진 것이므로 원인계약이 예정대로 이행되지 않는 경우에 예외적으로 지급이라는 기능을 수행하게 된다. 그러나 이러한 낮은 지급청구율에도 불구하고 보증의뢰인은 보증이 종료될 때 까지 보증금 지급이 현실화 될 수 있는 위험에

노출되어 있을 뿐만 아니라 보증금 지급청구 가능성으로 인하여 원인계약상의 범위를 넘어서는 보증수익자의 요구도 수용하는 것이 일반적인 실정이다.

보증수익자는 보증금 지급청구시 보증서의 조건을 충족하여야 한다. 그리고 보증인은 보증수익자에게 이를 확인할 권리가 있고, 보증의뢰인을 위하여 이를 확인할 의무가 있다.

2) 지급청구와 심사요건

지급청구는 보증서의 모든 조건을 충족하여야 하는데, 지급청구 방법이 정해진 경우에는 정해진 방법으로, 유효기간인 정해진 경우에는 유효기간 내에 청구하여야 한다. 또한 선수금지급 등 기타 선행조건이 있는 경우에는 이러한 조건도 충족하여야 한다. 반면, 일정한 경우에 보증금이 감액되도록 규정하거나 원인계약의 이행으로 보증이 종료되도록 규정하고 있는 경우와 같이 보증의 효력을 제한하는 조건(restrictive condition)이 있는 경우에는 보증의뢰인이 이러한 조건이 충족되었음을 증명하여야 한다. 이러한 조건충족 여부 확인에 있어서의 중요한 특징은 독립적 보증의 독립성에 기한 '형식성(formal nature)'이라고 할 수 있는데, 보증수익자는 보증서상의 조건만 충족하면 보증금 지급을 청구할 수 있고, 보증인도 보증서상의 조건충족 여부만 확인하면 원인계약상의 채무이행여부를 확인할 권한이나 의무가 없다.

보증인은 지급청구가 조건을 충족하였는지를 심사할 때 상당한주의(resonable care)를 기울여 당해 지급청구가 보증서상의 조건을 충족하였는지를 엄격하게 심사하여야 한다. 조건충족 여부에 관한 분쟁은 세 가지 경우로 분류할 수 있는데, 첫째, 보증인이 지급청구가 조건을 충족하지 못했다고 판단하여 보증수익자의 지급청구를 거절한 경우 둘째, 보증의뢰인이 보증수익자의 지급청구가 부당하다고 판단하여 법적절차에 착수한 경우 셋째, 보증인이 지급청구에 따라 보증금을 지급하고 보증의뢰인에게 구상하였으나 보증의뢰인이 조건이 충족되지 않았다는 이유로 이를 거절한 경우이다.

3. 보증인의 심사의무

보증금 지급청구가 보증서상의 조건과 일치하였는가는 모든 당사자들에게 중요한 의미가 있다. 보증계약관계에서 보증수익자는 지급청구가 보증서상의 조건을 충족한 경우에만 보증인에게 보증금 지급을 청구 할 수 있고, 보증인은 보증수익자가 보증서상의 조건을 충족하지 못한 경우에만 보증금 지급을 거절 할 수 있다.¹²¹⁾

그리고 보증인은 보증의뢰인과의 관계에서 보증금 지급청구가 보증서상의 조건을 충족하였는지를 점검하고, 그 조건을 충족하지 못한 경우에는 그 지급청구를 거절하여야 할 의무를 부담한다. 만약, 이를 위반하면 보증인은 보증의뢰인에게 구상권을 행사할 수 없게 된다.

1) 조건충족 판단기준

첫째, 보증인은 보증수익자가 보증금 지급을 청구한 경우에 조건충족여부를 조사함에 있어 보증수익자의 지급청구가 보증서상의 조건을 충족하였는지 여부만 형식적으로 심사(formal compliance)하면 되고, 제출서류의 진실성이나 보증의뢰인의 채무불이행 여부 등 실질적인 내용에 대하여는 조사할 권리도 의무도 없다. 이는 독립적 보증의 독립성에 기인한 것이라고 할 수 있으며, 보증인이 이런 의무가 없기 때문에 독립적 보증이 실무에서 사용될 수 있는 것이다.

만약에 보증인에게 원인계약상의 채무불이행 여부나 제출서류의 진실성에 대한 심사의무까지 부과한다면 보증인은 그런 부담 때문에 실제로 보증서를 발행할 수 없을 것이다. 그러나 보증수익자가 여러 가지 서류를 제출하는 경우에 제출서류간의 일치여부는 확인하는 것이 보증인의 의무일 것이다.

둘째, 요구불보증 통일규칙이나 국제보증협약 등에는 명시적으로 규정되어 있지 않지만, 보증인은 보증수익자의 지급청구가 보증서상의 조건을 충족하는지 여부를 심사함에 있어서 지급청구가보증서상의 조건과 엄격하게 일치(stirictly complied with)하는 경우에만 보증금을 지급하여야 한다. 이를 ‘엄격일치의 원칙(doctrine of strict compliance)’라고 하고, 판례와 학설에 의하여

121) URDG Art 19; UNCITRAL Convention Art. 15.

발전되었다.¹²²⁾ 이 원칙에 의해 보증의뢰인은 자신의 청구의무를 제한하여 보증인의 부당한 구상권 행사로부터 자신을 보호할 수 있게 된다. 보증인은 보증수익자에 대하여 보증서상 조건이 충족된 경우에만 보증금을 지급하여야 할 의무를 부담하게 되고, 이런 의무에 위반하여 보증금을 지급한 경우에는 보증인은 보증의뢰인에게 구상권을 행사 할 수 없다. 또한 보증수익자가 보증서상의 조건을 충족하지 못한 경우, 보증인은 보증수익자에 대하여 보증금 지급을 거절할 수 있는 권리를 갖는다. 한편, 보증인은 이 원칙에 의하여 보증의뢰인과 보증인간의 분쟁에 불필요하게 개입할 필요가 없어진다고 할 것이다. 그러나 이 엄격일치의 원칙은 언제나 엄격하게 적용되어야 하는 것은 아니며, 지나치게 부당한 결과가 예상되는 경우에는 그 적용을 완화하여야 한다. 엄격일치의 원칙은 적용범위도 사안에 따라 분류하여야 하는데, 지급청구인의 신원확인, 보증수익자의 청구불이행진술서, 보증만기, 감액을 위한 제출서류 등 사실문제에 대해서는 엄격일치의 원칙이 엄격하게 적용되어야 하고, 제3자 제출서류의 내용이나 비 서류적인 조건(non-documentary conditions)등에 대하여는 엄격일치의 원칙 대신 상당일치의 원칙이나 상당한 주의의 원칙이 적용되어야 할 것이다.

셋째, 보증서상의 조건충족여부를 판단함에 있어 엄격일치주의에 따르는 것이 원칙이나 이를 지나치게 강조하다보면 심히 부당한 결과를 가져올 수 있다. 따라서 이런 경우에는 상당일치의 원칙에 따라 해결하여야 한다. 그러나 이는 극히 제한적인 경우에만 적용되어야 하고, 보증인의 이익을 해하지 않는 정도로 허용되어야 할 것이다. 구체적으로 어떠한 경우에 상당일치의 원칙을 적용하여야 하는지에 관하여는 일반적인 원칙을 정하기 어려우나, 신용장의 경우를 준용할 수 있다. 그러나 독립적 보증은 신용장과 차이점이 있으므로 이 점을 고려하여야 한다.

넷째, 보증인은 지급청구가 보증서의 조건을 충족하는지 여부를 판단함에 있어 상당한 주의(resonable care)를 기울여야 한다. 이 상당한 주의의무는 보증인의 보증의뢰인에 대한 책임의 한계를 나타낸다. 그러나 엄격일치의 원칙에 따라야 할 사항에 대하여는 상당한 주의의무는 적용될 여지가 없다.¹²³⁾

122) 서헌재, 「국제거래에 있어서의 은행보증, 통계문제와 법」, 율곡출판사, 1994, 614쪽.

123) URDG, Art. 9; UNCITRAL Convention Art. 14.

2) 주요 심사사항

보증인은 보증금 지급시 보증금 지급의 조건이 되는 모든 긍정적 조건과 부정적 조건의 충족여부를 심사하여야 한다. 여기서 긍정적 조건이란 보증금 지급을 위하여 반드시 적극적으로 이행되어야 하는 조건을 말하고, 부정적 조건이란 지급을 위하여 소극적으로 하지 말아야 할 조건을 말한다.

우선 긍정적 조건 중에서 가장 중요한 것은 보증서상 규정된 서류의 제출이라고 할 수 있다. 보증수익자는 보증금 지급청구시 단순히 보증수익자의 지급청구서만 규정한 경우에는 지급청구서, 채무불이행진술서나 제3자가 작성한 서류 또는 법원판결문이나 중재판결문을 요구한 경우에는 각각의 서류를 제출하여야 한다. 보증인은 이들 서류가 보증서상의 조건과 일치하는가를 심사하여야 한다.¹²⁴⁾ 또한, 보증인은 제출서류 이외의 보증의 유효조건의 충족여부도 확인하여야 하는데, 이러한 조건에는 보증의뢰인의 선수금수령이나 보증의뢰인을 위한 신용장발급 또는 원인계약의 발효 등이 있을 수 있으며, 이러한 조건의 충족여부를 확인을 위하여 보증서상 확인서류를 명시하여야 한다.

위에서 말한 조건 이외에 기본적인 조건으로 보증금 지급청구가 보증서 유효기간내에 접수되었는가를 점검하여야 하고, 이러한 긍정적 조건에 대한 입증책임은 원칙적으로 보증수익자에게 있다. 한편 부정적 조건에는 원인계약상의 의무이행에 따른 보증한도액의 감액, 원인계약상의 의무이행 완료 또는 불가항력에 의한 의무해지 등을 들 수 있으며, 보증인은 이러한 조건들이 충족되면 보증채무를 이행하지 않아도 무방하다. 다만, 이에 대한 입증책임은 보증의뢰인에게 있다.

위에서 언급한 사항은 보증인이 조사할 사항을 예시적으로 열거한 것이다. 보증서의 형태, 종류 및 지급조건에 따라 보증인이 조사할 사항은 다양하다고 할 수 있는데, 보증인은 각각의 경우에 보증서상의 조건에 맞게 보증금 지급조건의 충족여부를 심사하여야 할 것이다.

124) URDG, Art. 9; UNCITRAL Convention Art. 15, 16.

(1) 지급청구의 존재

보증수익자의 지급청구가 없으면 보증인은 보증금을 지급할 수 없다. 따라서 지급청구는 보증금 지급의 기본조건이라고 할 수 있으며, 보증의뢰인은 보증인에게 지급청구서사본의 제출을 요청할 수 있다. 보증인은 자신의 이익을 위하여 보증수익자가 보증금 지급청구를 하도록 유인할 경우도 있을 수 있으나 이는 부당한 지급청구가 될 수도 있다.

보증금 지급을 청구할 수 있는 자는 보증서상의 보증수익자로 지명된 자이다. 그 이외의 자가 보증금 지급을 요청하면 보증인은 이를 거절하여야 한다. 보증수익자는 원인계약상 보증의뢰인의 상대방이나 대주인 경우가 대부분이나 예외적으로 소송대리인 등 계약상대방이 지정하는 자가 될 수도 있다.

보증인은 보증금 지급을 청구하는 자의 신원을 확인하기 위하여 필요한 경우에는 신원을 증명할 것을 요구할 수 있으며, 보증의뢰인에 대하여는 상당한 주의와 특수한 상황을 고려하여 이를 확인할 의무가 있다고 할 것이다. 보증수익자와 다른 명의의 계좌로 보증금 지급을 요청하거나 보증수익자가 법인인 경우에는 그 지급청구를 하는 자의 권한여부를 확인하는 것이 바람직하다. 실제로 이란 혁명기에 미국의 수출업자들이 보증금 지급청구자의 신원미상을 이유로 보증금 지급청구에 대한 유지청구(restraining order)를 요청하고 법원은 이를 수용한 바 있다.¹²⁵⁾ 통지은행 등 중대하는 은행이 있는 경우에는 이들 중개인이 이를 확인하도록 하는 것도 가능할 것이다.

기존의 보증수익자의 법인격이 소멸하고 새로운 법인이 설립된 경우와 같이 보증수익자의 법인격이나 지위에 변동이 생기는 경우에는 청구권자의 확인이 중요한 문제가 될 수 있는데, 특히 1978년 이란 혁명기에 과거 정부 및 정부기관들이 새로운 정부 및 정부기관들로 바뀌면서 보증인들이 보증금지급을 청구하는 자가 보증서상 보증수익자와 동일하지 않다는 이유로 보증금 지급을 거절한 바 있으나, 법원은 이를 수용하지 않았다고 한다.¹²⁶⁾ 이러한 경우에는 엄격일치의 원칙이 완화된다고 보는 것이 타당할 것이다. 다만, 지급청구인은 원래의 보증수익자가 현재 존재하지 않으며, 자신이 원래의 보증수익자의 적법한

125) Pan American Airways v. Bank Melli, No. 79 Civ. 1190(S.D.N.Y. April 3 1979); Stormberg-Carlson v. Bank Melli, 467 F. Supp. 530(S.D.N.Y. 1979).

126) Americal Bell v. Islamic Republic of Iran, 474 F. Supp. 420. 424 (S.D.N.Y. 1979).

승계인임을 증명하여야 할 것이다.

보증수익자는 자신의 변호사등 대리인을 통하여 지급청구할 수도 있는데, 이런 경우에 보증인은 위임장등을 청구하여 지급청구인의 권한을 확인하여야 할 것이다. 대리인에 대한 권한위임은 보증종료일 이전에 이루어져야 하지만 이를 반드시 보증종료일 이전에 증명할 필요는 없다고 할 것이다. 대리인을 통한 지급청구시에도 지급청구의 결정이나 청구불이행진술서 작성등은 보증수익자가 직접하여야 할 것이다.

보증수익자가 파산한 경우에는 파산관재인이 적법한 지급청구인이 되고, 보증금 지급청구권이 양도된 경우에는 양수인이 지급청구권자가 될 것이다.

지급청구지 관련하여 보증서상 달리 정하지 않는 한, 지급청구지는 보증인이 보증서를 발급한 장소이다.¹²⁷⁾ 따라서 같은 보증은행이라고 할지라도 발급지점이 아닌 다른 지점에 대한 보증금 지급청구는 유효한 지급청구라 할 수 없다. 다만 지급청구를 접수한 지점이 이를 발급지점으로 송부한 경우에는 지급청구로서 인정받을 수 있을 것이다.

특히, 직접보증의 경우에는 보증수익자와 보증인이 다른 국가에 소재하는 경우가 대부분이므로 보증수익자가 보증금 지급청구시 보증인 소재국에 가서 보증유효기간 내에 보증금 지급을 청구하는 것이 어렵다. 이런 경우에 지급청구인은 자신의 국가내에 소재하는 보증은행의 지점에 보증금지급 청구서를 접수하고 이를 보증은행 발급지점 앞으로 송부하도록 요청할 수 있을 것이다. 접수지점이 지급청구의 송부를 부당하게 지연시켜 보증기간이 종료되면 접수지점을 상대로 불법행위책임을 물을 수 있을 것이다. 다만, 이는 그 국가의 국내법이나 금융관행에 따라 해결해야 할 것이다.

직접보증의 경우에도 보증수익자의 국가내에 소재한 은행을 통지은행(advising bank)으로 지정하는 경우가 있으나, 이 통지은행은 지급청구와는 무관하다. 다만 통지은행이 지급은행(paying bank)의 역할도 수행하면서 지급청구서를 접수하고 지급청구인의 신원도 확인하도록 규정하고 있다면, 달리 규정하지 않는 한 이 통지은행에 대한 지급청구는 유효한 지급청구라고 하여야 할 것이다.

127) Art. 19 URDG; Art 14 UNCITRAL Convention; OA Australia, December 3 1986, JIBL 1987, N-51.

지급청구의 형식에 관하여는 대부분 서면으로 하도록 규정되어 있으며, 이는 편지 이외에도 인증만 가능하다면 케이블, 텔렉스, 스위프트(cable, telex, SWIFT) 등의 전송수단으로도 가능하다고 할 것이다. 다만, 이런 경우에 전송수단은 검증을 위한 test code를 포함하고 있어야 하는데, 보증인은 지급청구의 진실성이나 청구인의 권한에 의심이 있는 경우에는 청구인의 서명이 있는 확인서의 청구 등을 요구할 수 있다.

보증서상 특정한 지급청구서 전송방식을 규정하고 있는 경우에는 반드시 이에 따라야 할 것이다. 이러한 지급청구서상 전송방식 이외의 방법으로 한 경우에는 그 효력이 부인될 가능성이 있기 때문이다. 별다른 정함이 없는 경우에는 전화통화는 적당한 방법이라고 할 수 없을 것이다. 인증의 문제뿐만 아니라 보증의뢰인에게 지급청구 사실을 증명하는데 어려움이 있기 때문이다.

(2) 원인계약에 관한 청구

지급청구는 보증서상 언급된 원인계약과 관련되어야 함으로 이와 관련이 없는 다른 계약에 관한 청구는 정당한 지급청구가 아니다.¹²⁸⁾ 다만, 대부분의 경우에 이 원인계약은 보증의뢰인과 보증수익자 사이의 계약이지만, 예외적으로 계약당사자가 아니라 제3자인 경우도 있다.

그러나 보증수익자는 원인계약에 관한 보증금 지급청구라는 것만 언급하는 것으로 충분하고 이에 관한 기타 사실을 입증할 책임은 없다고 할 것이다. 이를 요구하는 것은 실질적으로 보증수익자에게 채무불이행 사실을 입증하는 것이나 마찬가지이므로 독립적 보증의 독립성을 해할 수 있기 때문이다. 따라서 보증수익자는 지급청구서 원인계약의 채무불이행을 언급하는 것만으로 족하고 이를 입증할 필요는 없다.

또한, 보증인도 보증수익자에게 지급청구가 원인계약과 관련된 것인지를 확인 할 수는 있으나, 그 사실을 입증하도록 요구할 수 없으며, 보증수익자가 원인계약과 관련된 것임을 언급하였다면 이를 이유로 보증금 지급을 유예할 수 없다. 따라서 보증의뢰인도 이와 관련하여 보증인에게 더 이상의 심사의무를 부과할 수 없다. 보증의뢰인이 보증인을 상대로 보증금 지급금지명령 (stop-payment

128) Hall's Motor Transit v. Chas manhattan. Bank, N.Y. Supreme, Court, June 13, 1983, IFRL October 1983, 42쪽.

order)을 청구하거나 보증수익자를 상대로 유지청구(restraining order)를 할 경우에 보증의뢰인 지급청구가 보증서상의 원인계약과 무관하다는 것을 입증하여야 한다.

3) 요구불보증의 경우

첫째, 단순 요구불보증의 경우에는 유효기간등 기타 조건 이외에도 정당한 지급청구만 있으면 유효한 청구이므로 지급청구와 관련된 문제가 발생할 가능성은 거의 없다.

둘째, 보증금 지급청구시 채무불이행 진술서를 제출하도록 정하고 있는 보증서의 경우에는 보증수익자는 지급청구시 이를 제출하여야 하고, 보증인도 채무불이행진술서의 제출 및 보증서상의 조건과의 일치여부를 확인할 의무가 있다.¹²⁹⁾ 구체적인 경우에 따라 다르겠지만 채무불이행진술서가 사실관계만을 언급하도록 되어 있는 경우에는 보증인은 엄격일치주의에 따라 이를 심사하는 것이 타당할 것이다. 달리 정하지 않는 경우에는 채무불이행진술서는 보증수익자가 작성하여야 한다. 구체적인 문구는 지나치게 엄격하게 일치하여야 할 필요는 없고¹³⁰⁾ 대체로 보증서상 정해진 양식과 일치하면 충분하다고 할 것이다. 또한, 보증서상 정해진 내용으로 충분하고 그 이외의 내용은 불필요하다. 채무불이행진술서에 보증수익자의 불만사항(the nature of complaint)을 명시하도록 정하는 경우도 있는데, 이 경우에도 채무불이행사실과 이에 관한 일반적인 언급만으로 충분하다고 할 것이다. 독립적 보증의 독립성으로 인하여 보증인은 어떠한 경우에도 채무불이행진술서의 진위성을 조사할 의무는 없다.¹³¹⁾ 채무불이행진술서의 제출여부에 대하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 해석의 원칙에 따라 정해야 한다. 또한 보증서상 원인계약의 채무불이행시에 지급하기로 하는 등 그 성격이 모호하게 보증서문안을 작성한 경우에는 보증서의 전체문안을 참조하여 판단하여야 한다. 일단 독립적인 요구불보증이라고 판단되면 보증인은 다른 채무불이행증명이나 채무불이행진술서를 요구할 수 없다고 한다. 그

129) URDG Art. 20(a) 참조.

130) First Bank v Paris Savings & Loan Association, 756 S.W. 2d, 329(Tex. Ct. App. 1988).

131) 그러나 국제보증협약 (Art. 19)은 제출서류가 위조된 경우에는 보증금 지급을 거절할 수 있다고 규정하고 있다.

리나 정당한 지급청구에 따라 지급하여야 한다고 규정한 보증서의 경우에는 채무불이행 진술서를 제출하여야 한다.

셋째, 보증서가 제3자가 작성한 서류의 제출을 요구하는 경우에는 보증수익자는 보증서상 조건에 맞는 서류를 제출하여야 하고, 보증수익자가 그 서류를 제출하지 않으면 보증금 지급을 거절하여야 한다. 보증인은 제출서류 확인시 제출서류 작성자의 신원이나 원인계약에 관한 언급 등 사실관계에 관하여는 엄격일치의 원칙에 따라 이를 확인하여야 한다. 그러나 제출서류의 모든 내용을 엄격일치의 원칙을 적용하는 조사하는 것은 바람직하지 않으며, 심지어 보증서상 구체적으로 제출서류의 내용이 정해진 경우에도 엄격일치의 원칙은 그 기본을 해하지 않는 정도에서 적절한 수정과 제한을 수용해야만 할 것이다. 이런 경우에도 보증인은 상당한 주의를 기울여 일치여부를 확인해야 한다. 독립적 보증의 독립성으로 인해 보증인은 제3자 제출서류의 진실성을 조사할 의무가 없으며 보증인은 오직 제출서류만으로 조사하면 된다. 한편, 보증수익자가 제출하여야 할 제3자 작성서류를 제출하지 못하는 경우라도 보증의뢰인 등에게 채무불이행 사실 등을 입증하도록 할 수 없으며, 이로 인한 위험은 보증수익자가 진다. 일반적인 경우와는 달리 보증의뢰인은 제3자가 작성한 서류를 제출하지 못하면 보증금을 지급하기로 하는 보증서도 있는데, 이 경우에 제출서류는 보통 원인계약상의 채무이행완료를 증명하는 경우가 많다. 보증인은 보증의뢰인이 증명서류를 제출하면 보증금 지급을 거절하여야 하고, 제출하지 못한 경우에만 이를 지급하여야 한다. 그리고 제출서류의 확인에 대하여는 위에서 말한 원칙들이 그대로 적용된다고 할 것이다.¹³²⁾

넷째, 보증서상 법원판결문이나 중재판정문의 제출을 요구하는 경우에는 보증인은 보증수익자가 판결문이나 판정문을 제출한 경우에만 보증금을 지급하여야 한다. 판결이나 판정은 반드시 보증서상의 원인계약에 관한 보증의뢰인과 보증수익자간의 분쟁에 관한 것이어야 하고, 보증의뢰인에게 일정금액을 배상하도록 하는 내용이어야 한다는 견해도 있으나 단순히 계약위반만을 확인하는 판결이나 판정도 보증금을 지급하기 위한 요건은 충족한다고 하여야 할 것이다. 판결이나 판정에서 보증수익자가 보증금을 지급받을 권리가 있음을 확인하

132) 심형보, 앞의논문, 84~85쪽.

여야 하는지 여부는 논란이 있을 수 있으나, 기본적으로 보증서의 내용에 따라야 한다. 명시적인 규정이 없는 경우에는 원인계약이 보증의뢰인과 보증수익자 간의 분쟁임을 고려할 때 보증수익자의 보증금 수령권에 관한 내용은 판결이나 판정의 내용에 반드시 포함되어야 할 것은 아니라고 할 것이다. 보증의뢰인이 파산한 경우, 각국의 파산법이 파산한 피고에 대한 소송을 금지하고 있기 때문에 보증의뢰인에 대한 소송이 불가능하다. 따라서 이런 경우에는 파산관재인인의 채무승인으로 대신하여야 할 것이다.

판결문이나 판정문의 제출을 요구하는 보증서는 판결 또는 판정의 유효성과 관련해서 특히 주의해야 한다. 판결 또는 판정이 특정법원이나 중재기관에 의한 것으로 한정된 경우에는 특별한 경우가 아니면 그 법원이나 중재기관에 의한 판결이나 판정이어야 한다. 법원이 사건을 다룰 권한이 있는가를 판단함에 있어서 보증인은 상당한 주의를 기울이면 족하다고 한다.

보증서상 판결문이 최종판결이어야 한다고 정한 경우에는 보증수익자가 제출 판결문이 더 이상 다툼의 대상이 될 수 없다는 것을 증명하여야 한다. 통상 상소기간이 경과하였음을 입증하는 정도로 충분하다고 할 것이다. 따라서 보증의뢰인이 상소를 한 경우에는 보증수익자는 즉시 지급을 청구 할 수 없다.

중재판정을 조건으로 지급하는 보증서 중에는 유효한 중재판정이 있으면 지급하기로 정한 보증서들이 있는데, 이런 경우에는 유효한 중재판정의 의미를 지나치게 엄격하게 해석하지 않는 것이 보증의뢰인의 보증금 지급지연을 방지하기 위해 바람직하다고 한다.¹³³⁾

4) 기타 조건

첫째, 보증수익자는 보증금 지급청구시 보증서상의 선행조건이 있는 경우 선행조건이 완료되었음을 증명하는 서류를 제출하여야 하고, 보증인은 선행조건 완료여부를 조사하고 선행조건이 이행되지 않은 경우에는 보증금 지급을 거절하여야 할 의무가 있다.

둘째, 보증인은 보증서상 일정한 경우에 보증금 지급을 제한하거나 금지하도

133) 심형보, 앞의논문, 85~86쪽.

록 정한 경우에는 그 제한사유를 조사하고 제한사유가 충족된 경우에는 보증금 지급을 제한하거나 금지하여야 할 의무가 있다. 제한사유의 충족여부는 원칙적으로 보증의뢰인이 제출한 서류에 의한다.

셋째, 대부분의 선수금 환급보증서는 선수금지급을 선행조건으로 규정하고 있으며, 구체적으로 환급방법까지도 정하고 있는 경우가 많다. 이런 경우에 보증인은 선수금 지급이 보증서상 정해진 방법과 정확히 일치하는지를 조사하고 일치하지 않을 경우에는 보증금 지급을 거절할 수 있다고 할 것이다. 따라서 보증수익자는 선수금 지급시 보증서상의 조건에 따라 선수금을 지급하도록 주의 기울여야 한다. 선수금 환급보증서가 선수금지급을 선행조건으로 정하지 않은 경우에도 선수금 환급보증서의 특성상 묵시적으로 포함된 것으로 보아야 한다.

넷째, 보증의뢰인이 원인계약상의 의무를 이행함에 따라 보증금액이 감액되도록 정하는 경우가 많은데, 이런 경우에 원인계약상의 의무이행을 입증할 책임은 보증의뢰인에게 있고, 보증인은 자발적으로 이해여부를 조사할 의무는 없다고 할 것이다.

감액조항은 대부분 보증의뢰인의 의무이행 정도를 입증할 수 있는 서류를 보증인에게 제출하도록 정하고 있는데, 이런 경우에 보증인은 보증의뢰인이 입증서류를 제출할 때까지 감액전의 금액을 지급할 수 있으며, 보증수익자도 감액전의 금액의 지급을 청구할 권리를 갖는다. 따라서 보증인이 감액전의 금액을 이미 지급하였다면 이를 보증의뢰인에게 전액 구상할 수 있다.

보증서가 구체적인 서류에 대한 언급이 없이 목적물 인도 등과 같은 특정한 사건만을 정하고 있는 경우에는 원칙적으로 보증의뢰인이 이를 입증하여야 하고, 보증의뢰인이 이를 입증한 경우에는 보증수익자는 감액된 금액만 지급 청구할 수 있다.¹³⁴⁾

5) 유효기간

보증서의 종료시점을 특정일이나 특정사건으로 정해 놓는 경우가 많은데, 이

134) CA Brussels June 26 1992, RDC 1994, 51쪽.

런 경우 종료일까지 또는 사건발생 전에 보증금 지급청구를 하여야 한다. 따라서 만기일 이후나 특정사건 발생 후에 한 보증금 청구는 유효한 보증금 지급청구로서 인정받지 못하게 되며, 보증인은 보증금 지급을 거절하여야 할 의무가 있다. 보증기간이 연장 또는 지급요청 등에 따라 연장된 경우에는 그 연장한 기간 이내에 지급청구가 있으면 된다고 할 것이나, 보증기간 연장요청 등도 반드시 그 보증기간이 만료되기 전에 하여야 유효한 것이라고 할 것이다. 그러나 일부국가의 경우에는 보증기간의 만료가 강제력이 없다고 하므로 이에 주의할 필요가 있다.

보증기간 이내의 지급청구인지를 구분하는 기준이 보증수익자의 발신시점인지 아니면 보증인의 수신시점인지가 다투어질 수 있으나, 실무적으로는 대부분의 보증서가 '보증인이 보증 수령일까지 수령하여야(received by us on or before the expiry date)' 한다고 명시적으로 규정하고 있으므로 별 문제가 없을 것이다. 이를 정하지 않은 경우에는 준거법에 따라야 한다.

또한, 전쟁 등 불가항력에 의하여 보증기간 이내에 지급청구를 하지 못한 경우에는 보증기간의 만료로 보증인의 보증금 지급의무는 소멸한다고 하여야 할 것이다.¹³⁵⁾

보증기간 만료일이 영업일이 아닌 경우에는 다음 영업일로 보증기간이 만료되며, 달리 정하지 않는 한 보증기간이 만료되면 보증서의 반환여부에 상관없이 보증서는 효력을 상실한다고 하는 것이 일반적이다.

보증기간 만료전의 보증금 지급청구는 보증수익자가 충족하여야 할 조건중의 하나이다. 따라서 보증의뢰인이 보증기간 중에 자신의 의무를 불이행했다고 할 지라도 보증기간이 종료하면 보증수익자는 보증금 지급을 청구할 수 없다고 할 것이다. 이는 독립적 보증의 독립성 또는 부종성의 완화로 인하여 보증기간이 보증서상의 규정에 의하여 종료되고 원인계약과는 별도로 작용하기 때문이다. 따라서 원인계약의 이행여부와 상관없이 보증기간은 종료될 수 있으며, 이런 경우에 보증수익자는 지급연장 택일요청 등으로 보증기간을 연장할 수 있을 것이다.

한편, 보증서상의 보증기간이 원인계약상의 보증기간 보다 장기인 경우에도

135) OLG Stuttgart, January 25 1979, RIW 1980, 729쪽.

보증기간은 보증서상의 보증기간에 따라야 한다. 원인계약이 완료되었다는 사실만으로 보증기간이 만료되었다고 할 수 없기 때문이다. 다만, 보증수익자의 보증금 지급청구시 원인계약이 완료되었음을 입증하여 보증금 지급청구를 금지할 수 있을 것이다. 보증서상 제3자 작성서류 등 제출서류가 정해진 경우에는 이런 서류들도 반드시 보증기간 만료 전에 제출되어야 한다. 단순히 지급청구만 만료 전에 접수되었다면 유효한 지급청구라고 할 수 없다. 보증금 지급청구가 보증기간 만료 전에 이루어졌다면 실제로 보증금 지급은 보증기간 종료 후에 이루어져도 아무런 문제가 없으며, 통상 여러 가지 이유로 보증금 지급은 보증기간 만료 후에 이루어지는 경우가 많다.

보증금 지급청구는 보증기간 만료 전에 명확하게 보증금 지급을 청구한다는 의사표시를 하여야 할 것이다. 따라서 단순히 보증의뢰인이 원인계약상의 의무를 이행하지 않고 있다는 진술만으로 유효한 지급청구라고 할 수 없으며, 보증기간 만료 전에 이런 통지를 하고 보증기간 만료 후에 보증금 지급을 청구하는 경우에도 이를 유효한 청구로 인정할 수는 없을 것이다. 그러나 'pay or extend' 요청의 경우에는 보증기간 만료 전에 이를 요청하면 되고, 연장요청이 받아들여지지 않은 경우에는 보증기간 만료 후에 채무불이행진술서 등 기타 필요서류를 제출하여도 문제가 없다고 할 것이다.

보증서상 발효일이 정해진 경우가 있는데, 보증인은 발효일이 정해진 경우에는 발효일 이전의 청구는 이를 거절하여야 한다. 또한, 보증의뢰인이 일정기일까지 특정서류를 제출하지 않으면 요청에 따라 보증금을 지급하도록 규정한 보증서도 있는데, 이런 보증서의 경우에도 보증인은 그 기일까지 보증금을 지급하면 안 된다.¹³⁶⁾

보증기간 종료일이 특정일로 지정되어 있지 않고 일정한 사건이 발생하면 보증서가 효력을 상실하는 것으로 정하는 경우도 있는데, '완공을 증명하는 서류의 제출'과 같이 일정한 서류의 제출을 보증기간 만료의 조건으로 하는 경우나 '공사 완공 후30일'과 같이 단순한 사실을 조건으로 하는 경우가 있으며, 후자의 경우에는 보증인이 그 조건의 충족여부를 확인하기가 더욱 어렵다고 할 것이다. 이런 경우에 보증의뢰인은 특정사건이 발생하였음을 증명하여야 하는데,

136) Paris, June 2 1982. D. 1983 J. 437쪽.

이를 증명하지 못할 경우에는 보증인이 보증수익자에게 보증금을 지급하더라도 보증인에게 책임을 물을 수 없다. 따라서 보증인이 구상할 경우에 이를 응하여야 할 것이다. 그러나 단순한 사실의 통지만으로는 보증기간이 만료된다고 할 수 없으며, 보증인이 확인할 수 있는 서류를 제출하여야 할 것이다. 보증의뢰인이 이를 증명하지 못하면 보증서는 계속 유효하다.

특정일과 사건을 함께 정하고 있는 보증서는 둘 중에서 먼저 도래하는 시점에서 보증서가 만료¹³⁷⁾된다.¹³⁸⁾

6) 금액 및 통화

보증서상의 모든 조건을 충족하였다면 보증수익자는 보증금 금액을 지급청구를 할 수 있으며, 그 독립성으로 인하여 보증의뢰인이 의무불이행으로 인한 손실액을 입증할 필요도 없다. 다만 법정판결이나 중재판정을 제출하여야 하는 보증의 경우에 판결 또는 판정에서 손해배상액이 한도액에 미달하는 경우에는 손해배상액만큼만 지급할 수 있다.

보증수익자는 비록 자신의 손해액이 한도액을 초과하더라도 한도액을 초과하여 보증금 지급을 요청 할 수 없다. 다만, 선수금 환급보증이나 채무보증의 별도의 이자나 비용을 지급하기로 한 경우에는 이자 및 비용을 별도로 지급하여야 한다. 보증수익자는 한도액 이내에서 일부금액을 지급청구 할 수 있으며, 일부만 지급청구 하였더라도 차후에 보증기간이 만료하기 전에 나머지 금액에 대하여도 지급청구 할 수 있다.

정확한 금액을 명시하지 않고 보증금 지급청구를 하는 경우에도 유효한 지급청구라고 할 수 있으나, 다만 보증인은 보증수익자가 금액을 특정할 때 까지 보증금 지급을 연기하여야 할 것이다.

보증인은 원칙적으로 보증서상 규정된 통화로 지급하여야 하고, 보증수익자도 그 이외의 통화로 지급할 것을 청구할 수 없다. 따라서 보증수익자가 보증서상의 통화로 지급하지 않으면 이는 유효한 지급청구라고 할 수 없다고 할 것이다. 다만, 보증통화가 환전이 불가능하기 때문에 보증통화에 상응하는 다른

137) URDG Art. 22 참조.

138) 심형보, 앞의논문, 87~89쪽.

통화로 지급을 요청한 경우에는 유효한 지급요청이 인정된 외국의 판례가 있으나, 이런 경우에 보증인에 대하여 강제력이 있는가는 의문이다.

7) 심사기간

보증인은 보증수익자의 지급청구가 있으면 적절한 기간 동안 이를 조사하여야 한다.¹³⁹⁾ 어느 정도 시간이 적장한지 여부는 각 보증서마다 다르고, 특히 보증서의 성격이나 제출서류의 종류에 따라 달라질 수도 있다. 요구불보증의 경우 통상 최장3일이 적정하다고 하지만, 이는 제출서류가 복잡하면 더 장기간이 될 수 있으며, 특히 감액조항과 같은 보증의 효력을 제한하는 조항이 있는 경우에는 상당한 기간 동안 조사할 수도 있을 것이다. 보증서에 따라서는 3일 내지 30일의 심사기간을 정하고 있는 경우도 있다.

8) 지연이자 등

보증인이 보증금 지급을 지체한 경우에 이자를 부과할 수 있도록 이율 등을 명시한 보증서도 있는데, 이런 경우에 보증인은 보증서에 따라 이자를 지급하여야 할 것이다.

보증서상 이자에 대한 명시적인 규정이 없으면 보증서의 준거법에 따라야 할 것이다. 보증인이 사소한 이유로 보증금 지급을 지연시킨 경우에는 보증수익자에 대하여 이자 및 손해배상액을 지급하여야 할 것이다. 보증의뢰인은 보증금 지급 금지명령 신청으로 인하여 보증금을 지급하지 못한 경우에는 그 명령이 효력이 있는 한 이자 및 손해배상에 대한 책임은 없다고 하는 것이 타당하다. 보증수익자가 지급연장 택일요청을 한 경우에도 원칙적으로 이자를 지급할 의무는 없다.

9) 조건 미 충족시 보증수익자에 대한 통지의무

139) URDG, Art. 10 (a).

보증인은 심사의무를 이행하기 위하여 필요한 경우에 보증금 지급여부를 결정하기 전에 보증수익자나 보증의뢰인에게 필요한 사항을 문의할 수 있다. 특히, 감액조항이나 제3자 작성서류를 제출하는 경우에는 문의의 필요성이 더욱 크다고 할 수 있다. 그러나 보증금 지급결정은 보증인 자신의 입장에 서서 공정하게 판단하여야 하고, 보증의뢰인의 입장만을 고려해서는 안 된다.

보증금 지급청구가 보증서상의 조건을 충족하지 않는다고 판단한 경우, 보증인은 즉시 그 사실을 보증수령자에게 통보하여야 한다.¹⁴⁰⁾ 보증수익자가 잘못된 부분을 수정하여 다시 보증금 지급청구를 할 수 있는 기회를 주어야 하기 때문이다. 신용장통일규칙이나 미국 통일 상법전은 신용장과 관련하여 은행이 수익자에게 제출서류가 신용장조건을 충족하지 못함을 지체 없이 통보하지 않은 경우에는 은행이 수익자에게 이를 주장할 수 없도록 규정하고 있는데, 이를 배제의 원칙(preclusion rule)이라 한다. 독립적 보증의 경우에도 보증인이 이런 통지를 게을리 하여 보증수익자가 유효한 지급청구를 하지 못하였다면 보증인은 보증수익자에 대하여 조건이 충족되지 않았다는 항변을 할 수 없다고 하여야 한다. 그리고 이런 사유로 보증인이 보증금을 지급하였다면 보증인은 보증의뢰인에게 구상할 수 있다고 할 것이다. 보증수익자에 대한 의무위반이 보증의뢰인에 대한 의무위반은 아니기 때문이다. 그러나 지급청구상의 불일치가 중대한 것이어서 보증수익자에게 이를 통보하였더라도 보증수익자가 이를 치유하지 못했을 것이라면 보증인은 보증의뢰인에게 구상권을 행사할 수 없다.

보증수익자가 보증기간 만료 후 보증금 지급청구한 경우에도 보증인은 그 사실을 보증수익자에게 통보하여야 할 것이나, 통보하지 않았다고 하여도 보증수익자가 거부사유를 치유할 가능성은 없으므로, 위에서 말한 배제의 원칙은 적용될 여지가 없을 것이다.¹⁴¹⁾

제2절 보증금 지급거절

보증인은 보증수익자의 보증금 지급청구를 접수하면 그 지급청구가 보증서상의 모든 요건을 충족하였는지 심사하고, 모든 조건을 충족한 경우에는 보증금

140) URDG, Art. 10 (b).

141) 심형보, 앞의논문, 93쪽.

을 지급할 의무가 있다. 따라서 정당한 이유 없이 이를 지급하지 아니하면 그에 따른 지연이자 등 손해배상책임을 면할 수 없다고 하여야 할 것이다.

다만, 보증금 지급청구가 보증서상의 모든 요건을 갖춘 경우라도 일정한 경우에는 보증금 지급을 거절할 수 있다고 하여야 할 것인데, 그 중에서 특히 사기적인 청구 또는 권리남용적인 청구가 중요한 문제라고 할 수 있으며, 그 외에도 상계에 의한 항변이나 일반적인 항변사유로 착오 또는 기망에 의한 의사 표시라는 항변도 주장할 수 있을 것이다.

1. 사기적인 지급청구

1) 사기적인 청구의 개념

보증인은 보증서상의 조건을 충족한 경우에는 보증금을 지급하여야 한다. 그러나 보증서상의 조건이 모두 충족되었더라도 사기(fraud)적인 청구임이 명백하거나 권리남용(abuse)임이 명백한 경우에는 보증금 지급을 거절할 수 있도록 하는 것이 각국의 판례 및 학설의 입장이다.¹⁴²⁾ 그러나, 구체적인 기준 및 효과는 각국마다 다를 뿐만 아니라 법원 또는 개별사건마다 다르다고 할 수 있으므로, 이에 관하여는 각국의 판례 등을 참조하여 거래당사자들이 거래시마다 검토하여야 한다. 각국의 판례 및 학설을 고려하여 ‘사기’ 또는 ‘권리남용’적인 청구를 정의한다면, ‘원인계약상의 정당한 근거 없는 보증수령자의 지급청구’ 또는 ‘실제거래상 정당한 권리 없이 보증금 지급을 청구하는 것’ 이라고 정의하는 것이 일반적이다.

그러나 사기적인 청구(fraudulent calling)라고 하나, 사기라는 개념이 일반적으로 내포하고 있는 악의적인 의도(malicious intent)는 사기적인 청구의 필수조건이 아니다. 따라서 사기적인 청구와 권리남용적인 청구의 구별은 별 의미가 없다고 할 것이다.¹⁴³⁾

우리나라도 신의칙 또는 권리남용을 이유로 독립적 보증의 독립성에 대한 예

142) 김남주, 「국제금융관계법률」, 한국금융원수원 교재출판부, 1993, 105쪽.

143) 서울민사지법 1980.6.14, 80카19672 결정; 1986.6.25, 86카26778 결정; 1986.6.28, 86카27053 결정; 1986.7.22, 86카29920 결정.

외를 인정한 판례¹⁴⁴⁾가 다수 있으며, 대법원도 독립적 은행보증의 독립, 추상성 내지 무인성을 인정하면서도 “독립적 은행보증의 경우에도 신의성실의 원칙 내지 권리남용의 원칙의 적용까지 배제되는 것은 아니라고 할 것이므로 수익자가 실제에 있어서는 보증의뢰인에게 아무런 권리를 가지지 못함에도 불구하고 위와 같은 은행보증의 추상성 내지 무인성을 악용하여 보증인에게 청구를 하는 것임이 객관적으로 명백할 때에는 이는 권리남용의 경우에 해당하여 허용할 수 없는 것이고, 이와 같은 경우에는 보증인으로서도 수익자의 청구에 따른 보증금의 지급을 거절할 수 있다고 보아야 할 것이다.”라고 판시한 바 있다.

2) 증거 및 입증책임

독립적 보증은 그 독립, 추상성으로 인하여 원칙적으로 원인관계와는 상관없이 존재하고, 보증인도 원인계약과는 무관하게 보증서상의 지급의무를 이행하여야 한다. 그러나 보증수익자의 지급청구가 명백하게 부당한 경우에도 보증금을 지급하도록 하는 것은 타당하지 아니하므로 사기적인 청구가 명백한 경우에만 하여 보증금 지급을 거절할 수 있도록 허용하자는 것이 사기적인 청구를 인정하는 이유이다. 따라서 사기적인 청구에 대한 증거는 ‘의심할 여지가 없을 정도로 명백·명확하여야’ 하는데 보증인이 특별한 조사 없이도 알 수 있어야 한다. 그러나 구체적으로 어떠한 증거들이 이러한 요건을 충족하는지는 구체적인 사건을 참조하여야 할 것이다.

그리고 보증인은 원칙적으로 보증수익자의 지급청구가 보증서상의 조건만 충족하면 보증금을 지급하여야 하는 의무가 있고, 원인계약상의 권리의무관계와는 단절되어 있으므로, 보증금 지급을 중지시키려면 보증의뢰인이 이를 직접 입증하여야 한다.

3) 지급거절 결정사항

보증수익자는 사기적인 청구를 이유로 보증인이 지급거절을 인정한 외국법원

144) 대법원, 1994.12.9, 93다43873 판결(법원공보 제984호, 1995.1.15, 439쪽 참조).

의 사례로는 보증의뢰인이 채무불이행이 불가항력적사유로 인하여 불가능하게 되었는데도 보증수익자가 보증금 지급을 청구한 경우에 대한 미국판례 및 보증의뢰인이 원인계약상의 자신의 채무를 이행하였는데도 불구하고 보증수익자가 보증금 지급을 청구한 경우에 대한 독일 판례 등을 들 수 있다.

한편 국제보증협약은 보증인이 지급거절사유를 열거하고 있는데, 제출서류가 위조된 경우나 지급기일이 도래하지 않은 경우 및 지급청구가 정당한 근거가 없는 경우를 지급거절사유에 포함시키고 있다. 그리고 정당한 근거가 없는 청구란 ① 보증서상의 보증금 지급청구사유가 발생하지 아니하였음이 확실한 경우 ② 법원판결이나 중재판정으로 보증의뢰인이 원인계약상 의무가 없음이 확인된 경우 ③ 보증의뢰인이 원인계약상의 의무를 이행한 것이 확실한 경우 ④ 보증의뢰인이 원인계약상 의무이행이 보증수익자의 고의적인 방해로 불가능한 경우 ⑤ 간접보증의 경우에 보증인이 악의로 보증금을 지급하고 지시인에 보증금 지급을 청구하는 경우를 말한다고 열거하고 있으며, 이러한 경우에 해당하면 보증인은 보증금 지급을 거절할 수 있고, 보증의뢰인은 법원에 가처분신청을 할 수 있다고 규정하고 있다.

2. 기타 항변사유

보증수익자의 보증금 지급청구가 보증서의 조건을 모두 충족한 경우라도 보증인은 자신의 항변사유로 보증금 지급을 거절할 수 있을 것이다. 착오 또는 기망에 의한 의사표시 등을 이유로 보증금 지급을 거절할 수 있으나, 그 범위나 효과는 준거법에 따라야 한다.

그러나 위의 항변사유들은 이론적인 측면이 강하고 실제로 많이 논의되는 항변사유는 상계(set-off)라고 할 수 있으며, 보증금 지급청구에 대한 항변사유로서 상계의 구체적인 인정범위 및 효과는 법원 또는 학자에 따라 다르다.¹⁴⁵⁾

제3절 환급보증서의 문제점 및 대처방안

145) 심형보, 앞의논문, 94~97쪽.

1. 환급보증서의 문제점

1) 독립성의 남용 및 부당한 지급청구

환급보증은 선박수출계약과는 독립적이며, 수익자의 지급청구가 환급보증서의 조건만 충족하면 무조건적으로 지급해야 한다. 환급보증서의 독립성은 환급보증서의 담보력을 강화하고 수익자의 권리를 보호하기 위한 것인데, 한편으로 부당한 지급청구의 가능성을 높게 한다.¹⁴⁶⁾ 2008년 이후와 같이 조선경기 불황으로 선가가 급격히 하락하거나 기타 선박이 불필요하게 되는 경우 수입자는 선박수출계약을 임의로 해제하고 환급보증서의 독립성을 남용하여 부당한 지급청구를 하는 경우가 많다. 이 경우 환급보증서의 독립성을 존중하여 지급청구권을 인정해야 할지 아니면 부당한 지급청구를 사유로 지급거절을 인정해야 할지 논란이 되고 있다. 그리고 부당한 지급청구를 사유로 지급거절을 인정하는 경우에도 정당한 지급청구와 부당한 지급청구의 구분에 대해서도 다툼이 된다.

2) 환급보증서 발행시한

선가 상승을 우려하여 선주사가 선박을 선발주하는 경우 계약서에서 환급보증서 발행을 일정기한 이후(‘발행가능일’)로 정하는 경우가 있다. 통상 환급보증서가 발행되면 매수인은 1회차 선수금을 지급해야 하는 바, 선수금 지급의 금융부담을 줄이기 위함이다. 그러나 환급보증서 발행 가능일만 규정하고 최종 발행시한을 정하지 않은 경우 최종발행시한에 대해 분쟁이 발생할 수 있다.¹⁴⁷⁾

계약서상 환급보증서 발행을 계약의 효력발생조건으로 명시하지 않았다면, 당사자가 계약서에 서명시 계약은 효력이 발생한다고 보아야 할 것이며(통상

146) 오원석·손명욱, “독립보증상의 수익자에 의한 부당청구(Unfair Calling)에 관한 연구”, 「무역상무연구 제42권」, 2009, 144쪽.

강원진·이상훈, “보증신용장거래에서 지급금지 명령의 적용에 관한 분쟁사례연구”, 「중재연구 제14권 제1호」 2004, 30쪽.

147) S조선소와 그리스 선사간 선박 3척에 대해 선수금 발행시한문제로 2009년 영국 중재 법원(London Court of International Arbitration)에 중재신청이 제기되었는데, 2011년 중 재판정 결과 국내조선소가 승소하였다.

계약서 서명을 계약의 효력발생요건으로 정함), 합리적인 기간 내의 환급보증서 발행이 계약 효력발생의 정지조건이 되거나 합리적인 기간 내의 환급보증서 미발행을 계약 효력발생의 해제조건으로 볼 수 없고, 환급보증서는 일종의 담보(warranty)에 불과하며, 이를 위반한 경우 단지 손해배상을 초래할 뿐 계약의 효력에는 영향이 없다고 보는 것이 타당하다고 보인다. 영국 물품 매매법에서도 계약서가 매도인이 이행해야 하는 조건에 구속되는 경우, 매수인은 담보 위반(breach of warranty)을 주장할 수는 있지만, 계약을 해제할 수는 없다고 규정하고 있다(제11조58¹⁴⁸⁾). 또한 계약체결 후 수출자가 선박건조 개시를 위해 아무런 조치도 취하지 않고 있다면, 수출자는 계약의 이행거절(repudiatory breach)에 상태에 있다고 볼 수 있을 것이다.¹⁴⁹⁾

3) 선수금의 부당사용

선박의 인도전까지 계약금액의 80%를 공정단계별로 지급하는 선박수출거래에서는 지급받은 선수금을 선박건조에만 사용한다면, 건조자금부족으로 선박건조가 불가능해지는 사태는 발생하지 않을 것이다. 그러나 중소조선소는 재무구조가 취약하고 건조시설이 부족하여 지급받은 선수금을 시설투자비, 사업확장비, 기타 운영비로 사용하여 선박건조를 완료하지 못하는 경우가 발생한다. 더구나 일부 부도덕한 소유주는 선수금을 유용하는 경우도 있다. 이 경우 선박건조는 불가능하게 되고 보증은행은 환급보증서에 따라 지급하게 된다. 이는 선박수출실적을 감소시키고, 우리나라의 선박건조능력에 대한 대외적 신용도를 하락시켜 선박수출경쟁력을 저해하는 결과를 초래한다.¹⁵⁰⁾

148) 영국 물품매매법 11 When condition to be treated as warranty.

(2) Where a contract of sale is subject to a condition to be fulfilled by the seller, the buyer may waive the condition, or may elect to treat the breach of the condition as a breach of warranty and not as a ground for treating the contract as repudiated.

(3) Whether a stipulation in a contract of sale is a condition, the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract; and a stipulation may be a condition, though called a warranty in the contract.

149) Stocznia Gdynia S.A. v Gearbulk Holdings Ltd (2009) EWCA Civ 75.

150) 김상만, 앞의논문, 464~465쪽.

2. 대처방안

1) 지급보증 위험에 대한 담보제도로서의 보증보험

독립성의 남용 및 부당한 지급청구에 대한 수출자의 대처방안으로 대표적인 것은 환급보증보험에 가입하는 것이다. 환급 보증보험은 보증은행이 환급보증서에 따라 지급하게 됨으로써 입게 되는 손실을 보상하는 보험으로 보증은행이 보험계약자가 된다. 즉 보증보험을 통해 보증은행이 가질 수 있는 위험을 보험사에게 분산하는 것이다. 수출자가 선박수출계약의 이행능력이 충분하고 신용한도에 여유가 있는 경우에는 통상 금융기관은 특별한 제한 없이 환급보증서를 발행한다. 그러나 그렇지 못한 경우 금융기관은 담보의 제공을 요구하는데, 이러한 담보로 가장 많이 이용 되는 것이 수출보증보험증권이다.

수출보증보험은 수출을 진흥하기 위해 무역보험법에 의거 한국무역보험공사가 운영하는 정책보험이므로 일반 금융기관에서 담보 없이 환급보증서의 발행을 기피하는 경우에도 지원이 가능하다. 수출보증보험에 가입하는 경우 보증은행은 보험금을 지급받을 수 있어 환급보증서에 기해 지급한 금액을 회수할 수 있게 된다. 이 경우 한국무역보험공사는 보험자대위권에 기해 수출자에게 구상권을 행사하게 되는데, 수입자의 지급청구가 부당한 지급청구에 해당되는 경우 보험자대위권을 행사하지 않을 수 있어 수출자는 구상채무를 면할 수도 있다.¹⁵¹⁾

151) (수출보증보험 약관)

제27조(부당한 보증채무이행청구 시의 보험금지급) 보험계약자의 보증채무이행이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 공사는 제26조의 규정에 따라 보험금지급청구를 받은 날 부터 2월 이내에 보험금을 지급해 드립니다. 다만, 사고사유가 명백히 규명되지 않거나, 보상할 손실액의 산정을 위해 또는 기타 필요한 조사를 위해 특별히 시일이 필요한 경우에는 그렇지 않습니다.

1. 수출자등이 발주자와의 해외공사계약 또는 수출계약상 채무의 내용에 따른 이행을 한 경우.
 2. 수출자등에게 책임지을 수 없는 사유로 인해 당해 수출자등이 해외공사계약 또는 수출계약상 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않거나 또는 이행할 수 없는 경우로서 해외공사계약 또는 수출계약자체에서 그로 인한 채무불이행의 책임을 당해 수출자등이 부담하지 않기로 정한 경우.
- 제33조(보험대위) ①공사가 보험금을 지급한 경우에는 보험금의 지급시에 보험계약자가 가지고 있던 보험 사고에 관련된 채권의 전부 또는 보상비율에 따른 일부를 취득할 수 있습니다. 다만, 보험계약자의 보증채무이행이 제27조 각호의 1에 해당되는 경우공사는 대위권을 행사하지 않을 수 있습니다.

2) 독립성 관련 환급보증서 문안 주의

환급보증서의 독립성을 지나치게 보장하게 되면, 부당한 지급청구의 가능성은 높아지고, 부당한 지급청구를 사유로 지급을 거절할 수 있는 범위는 제한된다. 이에 따라 환급보증서 문안 작성 시 지급청구사유를 무조건적이고 절대적인 것으로 규정 하는 것을 피하고, 수출자의 수출계약위반 등 구체적으로 규정하는 것이 필요하다.¹⁵²⁾ 다만, 지급청구사유를 지나치게 제한하거나 수출계약서상 수입자의 선수금 상환청구권이 법원의 판결 또는 중재판정 등에 의해 확정되어야 한다고 규정하면, 보증이행에 상당한 시간이 소요되어 환급보증서의 기능이 상실될 수 있는 바, 공평하고 합리적인 조정이 필요하다.

3) 환급보증서 발행시한 명시

환급보증서 발행시한 관련 분쟁을 방지하기 위해서는 발행 가능일만 규정할 것이 아니고 최종발행시한도 명시하는 것이 바람직하다.¹⁵³⁾ 그 외 필요한 경우 환급보증서 발행을 계약의 효력발생요건으로 정할 수도 있으며, 이러한 내용을 계약서에 명시 하여 분쟁을 방지하는 것이 필요하다. 물론 이 경우에도 최종발행시한에 대한 규정이 없다면, 수출자의 환급보증서 발행지연이 계약의 해제조건에 해당되지 않을 것이다.

152) 예를 들어, 'In consideration of the BUYER entering into the Contract with the BUILDER, we hereby irrevocably and absolutely as primary obligor and not merely as surety, guarantee the repayment of the payments made to the BUILDER prior to the delivery of the VESSEL...' 문구는 'In consideration of the BUYER entering into the Contract with the BUILDER, if the BUYER shall become entitled to a refund of the advance payments made to the BUILDER prior to the delivery of the VESSEL or the cancellation of the Contract is exercised by the BUYER, we hereby irrevocably and absolutely as primary obligor and not merely as surety, guarantee the repayment of the payments made to the BUILDER prior to the delivery of the VESSEL...'와 같이 수정하는 것이 부당한 지급청구를 감소시키는 데 유리하다.

153) 예시문구)

As security for refund of installments prior to delivery of the VESSEL, the BUILDER shall furnish the BUYER with a Refund Guarantee not earlier than two hundred (200) days after signature of this Contract which shall cover the full amount of all sums paid by the BUYER to the BUILDER on account of the VESSEL prior to delivery, together with accrued interest thereon at the rate of Seven per cent (7%).

4) 선수금에 대한 효율적 관리

선수금의 부당사용을 방지하기 위해 보증은행이 취할 수 있는 가장 대표적인 방법은 보증은행에 선수금 관리계좌(Escrow Account)를 설정하고 선박수출계약서상 선수금을 그 관리계좌에 입금토록 하는 것이다. 그리고 보증은행은 공정진행상황에 따라 실제 원가투입 증빙 등을 징구한 후 선수금을 지급하는 것이다. 수출자가 선수금 부당사용을 위해 허위 증빙을 제출할 수 있으므로 조선소에 직원을 파견하여 상시적으로 건조공정을 확인하게 하거나 전문가의 확인을 받도록 한다면, 보다 철저한 선수금관리가 가능할 것이다.

그러나 위의 선수금 관리방안에는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 선박건조에는 직접경비 외에 거액의 간접경비가 소요되며, 다수의 선박을 건조하는 경우 직접경비도 특정 선박과 일치시키는 것이 쉽지 않다. 이에 따라 선수금의 일부(예를 들면 20%)는 증빙 없이 사용토록 하여 엄격한 선수금관리로 인해 선박건조에 차질을 초래하는 일이 없도록 하는 것이 필요하다.

둘째, Panamax급 이상 선박의 경우 1척의 선박건조에 사용되는 증빙서류가 수천 장에 이르는데, 이러한 서류의 진위여부를 모두 확인하는 것이 쉽지 않다는 현실적인 한계가 있다. 또한, 보증은행들은 다수의 조선소에 대해 환급보증서를 지원하고 있는데, 모든 조선소 마다 직원을 파견하여 상시적으로 건조공정을 확인하는 것은 인력수급상 쉽지 않다. 또한, 전문가의 확인을 받는 점에 대해서도 전문가의 충분한 확보가 필요하며, 전문가라고 하더라도 방대한 서류를 모두 확인한다는 것은 쉽지 않다. 그리고 하나의 조선소에 수개 은행에서 관리자를 파견한다면, 조선소 입장에서는 큰 부담이 되며, 각 은행관리자는 자신의 은행이 지원한 선박의 건조만 강요할 것이므로 정상적인 선박건조에 장애가 되기 쉽다. 또한, 모든 조선소에 보증은행의 직원을 파견하거나 전문가의 확인을 받도록 하는 것은 거액의 비용을 초래하고 이는 결국 수출자에게 전가될 것인 바, 선박수출가격에 영향을 주어 선박수출경쟁력을 약화시킬 수도 있다. 이러한 문제점을 해결할 수 있는 대안으로는 정부주도로 선수금 관리 전문기관을 설치하여 선수금 관리를 전문기관에 위탁 하는 방법이 있다. 전문기관의 설치는 다음과 같은 이점이 있다. i) 정부의 지원으로 상대적으로 낮은 관리수수

료를 징구하게 될 것이며, 이는 우리 선박수출의 가격경쟁력을 제고할 수 있다.
ii) 보증은행에 관계없이 하나의 기관에서 선수금을 관리하므로 보증은행별 이기적인 관리로 인한 폐해를 줄이고, 관리비용도 절감할 수 있다.

한편, 정부주도의 전문기관 설치가 곤란한 경우 차선책으로 각 조선소별로 주채권은행을 지정하여 그 주채권은행으로 하여금 환급보증서 발행 및 선수금 관리를 전담하게 하는 것이다. 이 경우 결과적으로 하나의 조선소에 한 명의 관리자만 파견 되므로 비용을 줄일 수 있고, 보증은행별 이기적인 선수금관리로 인한 폐해를 방지할 수 있다.

제4절 선수금 환급보증서 지급청구 관련 사례

1. 중소조선사 워크아웃에 따른 환급보증서의 지급청구

1) 개설

2003년만 하더라도 수출입은행이 RG 에서 차지하는 비중이 80%나 됐다. 그러나 2005년부터 조선업이 호황을 이어가자 수출입은행만으로 RG 물량을 감당하기 어려워졌다. 그러다 보니 우리은행을 비롯한 시중은행에 RG 에 뛰어 들었다. 시중은행들이 뛰어난 이유는 크게 두 가지다. 첫째는 수익성이 좋기 때문이다. 현대중공업, 삼성중공업, 대우중공업 등 국내 조선사들은 세계 최고 수준의 기술력을 갖춘 회사들이다. 따라서 RG 를 발급한다고 해도 큰 부담이 없다. 게다가 이들이 만드는 배 한 척당 가격은 수천억원을 넘어선다. 삼성중공업이 최근 브라질서 수주한 심해용 원유시추선박인 드릴십 1척 가격은 척당 1조원에 달한다. 은행이 RG 발급을 통해 수수료 0.3%만 받아도 30억원을 버는 셈이다.

둘째는 조선업시장이 수요자 중심에서 공급자 중심으로 전환됐다는 점이다. 2005년 조선업이 호황을 맞으면서 선주들은 기술력이 뛰어난 한국 조선사들로부터 배를 납품받기를 원했다. 당연히 한국조선사들의 입김이 세졌다. 선수금 비중도 기존 20%에서 50~80%로 높아졌다. 은행들이 RG 발급을 통해 수수료

를 챙길 수 있는 금액이 높아졌다는 의미다.

2) 사건 개요

그렇다면 왜 지금 시점에서 RG가 이슈로 떠오른 것일까. 은행이 중소 조선사들의 업황 침체로 중소 조선사들에 대한 RG 발급을 딱 끊었기 때문이다. 금융권에서 RG 발급을 해주지 않으면 조선사들은 선주로부터 선수금을 받는 것이 불가능하다. 수주한 선박도 금융권에서 RG 발급을 해주지 않아 배를 만드는 작업이 모두 멈추는 상황이 발생하는 것이다.

중소형 및 신생 조선사들을 지금까지 선주로부터 선수금을 받으면 그 돈으로 배를 바로 짓지 않고 도크 건설을 비롯한 시설투자에 집중해 왔다. 이렇게 시설투자를 한 뒤, 다시 또 다른 배를 수주하면 그 돈으로 이전에 수주 받은 배를 만든다. 이것이 중소 조선업계의 선순환 구조다.

그러나 최근 은행권에서 RG를 발급하지 않는 바람에 신주물량이 없어지자 중소 조선사들은 이전에 수주 받은 선박 제조에 나서지 못하고 있다. 신생 조선사들은 아직 배 건조 경험이 부족해 선박대금을 헤비테일(Heavy tail) 방식으로 받고 있어 RG 발급이 제대로 되지 않는다면 RG 미발급으로 인한 신규 수주 감소, 운영자금 부족, 저가수주를 통한 선수금 확보, 재무건전성악화 라는 악순환의 고리에 빠져들 수 있다.

3) RG 보험 해석에 따른 은행과 보험사의 입장차이

보험사들은 RG 보험이 담보를 잡고 현금을 주는 은행 대출과 달리 담보 없이 보험료를 받고 지급보증을 해주는 순수한 보험상품이며, 채권 규모도 대출처럼 사전적으로 확정되지 않고 사후적으로 결정된다는 점에서 양자가 서로 다르다고 주장하고 있다.

반면 은행권들은 해당 기업이 파산하면 보험사도 구상권을 행사할 수 있다는 점을 들어 양자가 다르게 취급될 필요가 없다고 주장¹⁵⁴⁾한다.¹⁵⁵⁾

154) 워크아웃 승인 후 워크아웃 개시결정이 돌연 철회된 C&중공업의 경우 채권금융기관들이 자금지원 규모를 놓고 '네가 더 많이 내라'며 다투게 된 경우다. C&중공업의 내부 문건에 따르면 C&중공업이 요

4) 채권금융기관조정위원회의 입장

구조조정 관련 분쟁을 조정하는 채권금융기관조정위원회는 RG 보험과 대출채권은 같은 점도 있고 다른 점도 있지만 관련 법규정에 따르면 RG 보험도 대출채권에 포함되는 것으로 보는 것이 맞다는 의견을 밝혔다. 해당업체에 상환을 청구할 수 있는 권리라는 점에서 대출채권과 RG 보험간에 본질적인 차이는 없다는 것이다. 이에 대해 보험사들은 RG 보험을 은행 대출채권과 동일하게 취급하더라도 문제는 남는다고 말한다. 금융회사별 채권금액을 산정할 때 재보험 가입을 통해 리스크를 없애거나, 선수금 중 아직 입금되지 않은 부분은 제외시켜야 한다는 것이다.¹⁵⁶⁾

2. 조선소와 선주의 다툼에 관련된 환급보증서 지급청구

1) 사건개요

한국선주협회는 10월 7일 신조선 건조를 둘러싸고 T선사와 Y중공업간 분쟁에 연관된 D보험사의 위법성 여부를 조사해 줄 것을 금융감독원에 건의했다.

선주협회는 건의를 통해 우리 해운업계는 지난 2008년 9월 15일 리먼브러더

청한 긴급자금 지원액은 1600억원이다 통상 긴급지원 지원금의 배분은 대출채권 비중에 따라 결정된다. 가령 A은행과 B은행의 대출채권 규모가 60% 와 40% 라면, 긴급자금지원금은 6대4로 나뉜다. 문제는 RG 보험을 대출채권에 포함시키느냐에 따라 채권금융기관의 자금지원 금액이 달라진다는 점이다. 다음은 RG 보험을 대출채권으로 보지 않고 채권금융기관이 작성한 C&중공업의 지급지원배분 문건 내용이다. “C&중공업의 총 대출채권 규모는 878억원이다. 그 중 24.18%(212억원)를 우리은행이 보유하고 있다. 이에 따라 긴급자금 지원액 1600억원중 286억원(1600억X24.18%)을 우리은행이 내야 한다. 채권금융기관 가운데 가장 많은 액수다.

이번엔 RG 보험을 대출채권으로 판단하고 작성된 문건의 내용이다. “이에 따르면 C&중공업의 대출채권 총 규모는 878억원에서 3711억원으로 경증 된다. 메리츠화재보험의 RG 보험 2833억원을 합친 규모이다. 메리츠화재보험이 총 대출채권의 76.33%를 보유하고 있는 셈이다. 그래서 이 회사의 긴급자금 지원액도 1221억원(1600억X76.33%)에 이른다. 반면 우리은행의 대출채권 비율은 24.18%에서 5.72%로 떨어지고 긴급자금 지원액도 386억원에서 92억원으로 4분의 1 가까이 감소한다. RG 보험의 대출채권 포함 여부에 따라 은행과 보험사의 희비가 크게 엇갈리는 것이다.

155) 이코노미스트 통권976, 2009년 3월3일, 42~43쪽.

156) C& 중공업에 대한 여신 규모가 2800억원으로 알려진 메리츠화재의 경우 총 선수금 1억9000만 달러 중 입금 된 것은 9100만 달러에 불과하고 이마저도 80%가 재보험에 가입돼 있어 실제 채권금액은 250억원 안팎에 불과 하다는게 보험업계의 주장이다.

스의 파산신청 이후 야기된 글로벌 금융위기의 여파로 해운수요가 급격히 감소함에 따라 사상 최악의 어려움에 처해 있다고 밝히고, 유동성 위기에 직면한 해운기업의 약점을 이용하여 보험금 지급의무를 회피한 손해보험사에 대한 철저한 진상조사를 요청했다.

특히, 선주협회는 특히 우리나라 상위그룹의 손해보험회사인 D보험사가 중견 해운기업인 T선사의 신조선 건조와 관련해 의도적으로 바이어디폴트를 이끌어 내 가뜩이나 어려움에 처한 당해 해운기업을 더욱 위기로 몰아넣었을 뿐만 아니라 조선강국의 이미지를 훼손하는 행위를 조장했다며, D보험사의 위법성 여부를 가려줄 것을 건의했다.

T선사는 지난 2008년 4월17일 Y중공업과 선박 1척당 2,650만 불에 신조선 4척의 건조계약을 체결했으며, 신조선 4척에 대한 건조계약 체결 당시 Y중공업은 D보험사로부터 ‘선수금 환급보증보험(RG, Refund Guarantee)’을 취득한 것으로 알려졌다.

당시 T선사가 메이저급 조선소도 아닌 Y중공업에 신조선 4척을 발주한 것은 D보험사의 RG가 있었기 때문이며, 이는 곧 RG의 소비자가 조선소가 아니라 신조선을 발주한 해운기업임을 입증해 주고 있다.

2) 분쟁의 발단

D보험사는 Y중공업이 경영난으로 인해 신조선 건조작업 공정이 크게 지연돼 신조선 1호선의 인도시기를 맞출 수 없게 되자, 선수금반환 보증의무를 회피하기 위한 궁여지책으로 조선소에 40억 원 이상의 자금을 긴급 지원해 하자 투성이인 1호선의 무리한 공정을 진행시키도록 조장한 것으로 전해졌다.

더구나 Y중공업은 신조선 공정단계를 확인하는 한국선급으로부터(무자격 용접사에 의한 용접이나 타호선 선체블록 임의전용의 문제로 인해) 공정단계확인서를 발급받지 못해 여러 외국선급(러시아, 중국선급협회)을 접촉해 공정단계확인서 발급여부를 타진했으나 이에 실패하자 결국 이탈리아선급을 통해 공정단계 승인을 받는 치밀함까지 보였다.

3) T선사의 입장

현재 T선사측은 Y중공업을 상대로 영국의 중재소에 중재를 신청한 상태이며, 오는 12월에 판결이 날 것으로 예상되고 있다.

이와 관련, 상법상 손해보험자의 책임조항에 따르면 손해보험계약의 보험자는 보험사고로 인해 생길 피보험자의 재산상의 손해를 보상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 또 보험자의 면책사유 조항은 보험목적의 성질, 하자 또는 자연소모로 인한 손해는 보험자가 이를 보상할 책임이 없다고 규정하는 등 인위적인 면책을 엄격히 금지하고 있다. 이에 따라 선주협회는 Y중공업에 긴급자금을 지원해 어려움에 처한 T선사로 하여금 바이어디폴트를 유도했으며, 이로 인해 T선사가 기업회생절차를 신청할 수밖에 없는 결과를 초래한 D보험사의 처신이 과연 손해보험사로서 적법한 행위였는지에 대해 조사해 줄 것을 건의했다.

이에 대해 선주협회 관계자는 “T선사와 Y중공업간의 분쟁에 협회가 나선 이유는 해운기업의 어려운 처지를 이용한 유사사례의 재발방지를 위한 것”이라고 설명했다.

4) Y중공업의 입장

반면 Y중공업은 T선사측이 먼저 채무불이행을 했다며 ‘적반하장’격이라고 주장했다. Y중공업은 해운경기가 갑자기 나빠지자 선박 인도를 의도적으로 지연하기 위해 선박 건조에 필요한 대금을 T선사에서 제대로 지급하지 않았고, 고의적으로 선박 건조감독을 까다롭게 했다고 분통을 터트렸다.

이로 인해 자금난에 시달리던 Y중공업은 기업회생절차를 밟고 있다. Y중공업 관계자는 “한국선급의 공정단계확인서 발급이 이뤄지지 않은 것도 T선사에서 동의를 하지 않았기 때문”이라고 책임을 돌렸다.

Y중공업은 한국선급에 책임을 물어 소송을 진행중이며, 10월중 판결이 예상된다. 결국 Y중공업은 세계적인 검사기관인 이탈리아선급까지 찾아가 공정단계확인서 발급을 받아야 했다. 또 Y중공업은 T선사와 계약해지를 통보하고, 건조 선박의 제3자 매각을 준비중이다.

Y중공업 관계자는 “이전에도 심사가 까다롭기로 유명한 독일에서 7척의 배를 인도했고, 이번 선박도 세계적인 검사기관이 있는 이탈리아에서 승인까지 받았는데도 선주사가 트집을 잡고 있다”면서 “선주협회 등에 대한 명예훼손 소송 여부를 검토할 것”이라고 답변했다¹⁵⁷⁾

3. 환급보증서 관련 판례¹⁵⁸⁾ 분석(영국 판례)

1) 사건 개요

수출자 J사는 수입자 R사와 선박수출계약을 체결하였고, 선박수출계약에 따라 보증은행에 환급보증서의 발행을 의뢰하였고, 보증은행은 수입자에게 환급보증서를 발행하였다. 환급보증서에는 다음의 내용이 규정되어 있었다. i) 선박수출계약에 따라 수입자(수익자)가 선박인수를 거절하거나 또는 선박이 전손되거나, 선박수출계약이 종료, 해제되는 경우에 수익자는 선수금 상환청구권을 갖는다.¹⁵⁹⁾ ii) 수출자가 선박수출계약을 위반하는 경우, 수입자가 서면지급청구를 하면 보증은행은 주채무자로서 선박수출계약 상 수입자에게 상환해야 하는 금액 전액을 무조건적으로 지급할 것을 약속한다.¹⁶⁰⁾ iii) 수출자가 선박수출계약의 조건을 불이행했고, 그 결과 수출자는 청구금액의 지급책임이 있다는 것을 기술하고, 수출자의 계약불이행의 내용과 청구금액을 적시하는 수입자의 서면지급청구서를 받는 즉시 환급보증서 상의 대금을 지급할 것이다.¹⁶¹⁾ 한편,

157) 김경수, 파이낸셜 뉴스, 2009년 10월 기사.

158) *Rainy Sky SA v Kookmin Bank*, [2009] EW HC 2624 (Comm) [2010] 1 All E.R. (Comm) 823.

159) Pursuant to the terms of the Contract, you are entitled, upon your rejection or total loss of the Vessel in accordance with the terms of the Contract, your termination, cancellation or rescission of the Contract, to repayment of the pre-delivery instalments of the Contract Price paid by you prior to such termination.

160) ...in case the Builder has failed to fulfil the terms and conditions of the Contract, we hereby, as primary obligor, irrevocably and unconditionally undertake to pay to you, on your first written demand, all such sums due to you under the Contract...

161) Payment by us under this Bond shall be made without any deduction or withholding and promptly without any deduction or withholding and promptly upon receipt by us of a written demand (substantially in the form attached) signed by two of your directors stating that the Builder has failed to fulfill the terms and conditions of the Contract and as a result of such failure, the amount claimed is due to you and specifying in what respects the Builder has so failed and the amount claimed.

선박수출계약에는 수출자가 재정적 문제(financial problems)를 겪게 되면 수출자는 지급받은 선수금을 상환해야 한다고 규정되어 있었다. 그 후 수출자 J사는 2009년 1월 기업구조조정촉진법상의 워크아웃에 들어가는 등 재정적 문제를 겪게 되었다. 이에 따라 2009년 2월 수입자는 선박수출계약에 의거 선수금 상환을 요청하였으나 수출자는 이를 거절하였다. 2009년 4월 수입자는 환급보증서에 기재 보증은행에 지급청구를 하였으나 보증은행도 지급청구를 거절하였다. 결국 수입자는 보증은행을 상대로 영국법원에 소를 제기하였다.

2) 법원의 판단 및 시사점

이 사건의 쟁점은 첫째, 환급보증서가, 재정적 어려움(financial difficulty) 관련 선박 수출계약의 조건에서 수입자가 갖는 선수금 상환청구권을 포함하는지 둘째, 선박 수출계약상의 선수금 상환청구권의 분쟁에도 불구하고 수입자는 환급보증서상 청구권이 있는 지이다.

보증은행은 환급보증서상 수입자의 청구권은 ‘수입자가 선박인수를 거절하거나 또는 선박이 전손되거나, 선박수출계약이 종료, 해제되는 경우에 수익자는 지급청구 할 수 있다.’는 환급보증서 조항에 근거한 것이며, ‘수출자가 재정적 문제(financial problems)를 겪게 되면 수출자는 지급받은 선수금을 상환해야 한다.’는 선박수출계약의 조항에 근거한 것이 아니라고 주장하였다. 또한, 보증은행은 수출자가 선박수출계약상의 재정적 어려움에 처해 있는지 다툼이 되기 때문에 현재 상태에서 수출자의 계약불이행은 성립되지 않는다고 주장하였다. 이에 대해 법원에서는 수출자가 선박수출계약의 조건 중 하나라도 위반하면 수입자는 선수금의 상환을 청구할 권리를 갖게 되고, 환급보증서는 무조건적인 지급보증¹⁶²⁾이라고 판시하였다. 환급보증서 상의 용어는 선박수출계약상의 용어와 동일한 의미를 갖고, 보증은행의 주장은 환급보증서의 조건과 일치하지 않으며, 수출자에게 재정적 문제¹⁶³⁾가 발생하였고, 수입자는 지급청구서에 이

162) ... an advance payment bond issued by a bank on the shipbuilder's behalf had given an unconditional refund guarantee.

163) 워크아웃 개시가 선박수출계약 상의 ‘재정적 어려움(financial difficulty)’에 해당하는지 다툼이 있었는데, 판결문에 명시하지는 않았지만, 법원에서는 워크아웃 개시가 재정적 어려움에 해당된다는 것을 인정한 것으로 보인다.

를 기술하였다. 따라서 사기적 지급청구가 아니라면 보증은행은 지급책임이 있다고 판시하였다. 이 판례에서는 환급보증서가 무조건적인 지급보증임을 확인하였다. 그리고 ‘사기가 없다면 지급책임이 있다.’고 판시함으로써 사기적 청구¹⁶⁴⁾에 대해서는 보증은행이 지급을 거절할 수 있음을 인정하였다.¹⁶⁵⁾



164) 참고로 독립적 보증 및 보증신용장에 관한 유엔협약 제19조 및 미국 통일상법전 제5편 제109조에서는 사기적인 청구에 대한 지급거절을 규정하고 있다.

165) 김상만, 앞의논문, 469~471쪽.

제5장 결 론

조선산업이 수년간 활황을 지속함에 따라 신규 국내업체의 조선업 진출이 활발하게 이루어졌으며, 중국도 조선산업 육성을 통하여 우리나라의 경쟁국가로 떠오르게 되었다. 그러나 2008년 미국발 금융위기로 인하여 초래된 세계 경제의 침체는 조선경기의 불황을 불러와서, 2009년 전세계 선박발주량은 전년도의 절반 수준으로 축소되었다. 심지어 기 수주한 계약건도 취소·변경등의 분쟁이 속출하고 있으며 새로운 계약에 대한 금융권의 보증거부로 중소형조선소는 초비상 사태에 이르게 되었다.

이에 중소형조선소를 중심으로 구조조정을 진행하고 있으나, 조선사 구조조정 발목을 잡는 선수금환급 보증보험관련 분쟁이 큰 이슈가 되며 은행과 보험사의 회비가 엇갈리게 되었다. 해운시장이 활황이던 2007년에 보험회사 등 은행 이외의 금융기관이 선박 건조 계약과 관련하여 발주자의 조선소에 대한 선수금 반환채권에 대한 지급보증을 많이 하면서도, 현재와 같이 급격한 조선·해운경기의 하락이 발생하는 경우, 선수금 반환에 따른 지급과 그 결과 이어지는 구상채권을 어떻게 확보할 수 있는지에 대해서는 충분히 연구하지 못하였다. 따라서 실제로 조선소의 파산 등 지급불능의 사태가 발생하는 경우에 어떻게 대처할 지에 대한 구체적인 대책들이 마련되지 않았던 것이다.

전형적인 선박수출거래는 공정단계별로 분할하여 계약금액이 선 지급되는 방식이 주를 이루고 있으며, 수출자 의무위반에 따른 선박건조계약의 불이행을 대비하여 수입자는 기 지급한 선수금을 보호할 목적으로 선수금 환급보증서를 요구한다. 이렇듯 환급보증서는 공정한 선박 수출거래를 위한 필수요소이며, 환급보증서 발행을 전제로 하여 선박건조계약이 이루어지며 환급보증서 없이는 수출자는 선수금을 지급받지 못하게 된다.

환급보증서를 둘러싼 기본 당사자는 개설신청인, 개설은행, 수익자가 이에 해당하며, 이들을 중심으로 법률관계가 3면으로 형성되는데 각 당사자는 쌍방의 이해 당사자에게 권리·의무가 존재하며 그 관계는 그림3을 통해 앞서 설명한 바가 있다.

환급보증서는 이행보증제도의 하나로, 수출자에게는 선수금 수취를 가능하게

하고, 수입자에게는 선박금융조달을 가능하게 하고, 보증은행에게는 보증수수료 수입을 가능하게 하는 선박수출거래에서 매우 중요한 기능을 하고 있다. 이러한 환급보증서는 기본계약인 선박수출계약과는 별개 된 독립된 거래이며 보증서 조건과 일치된 서류가 제시되면 무조건적인 지급이 이루어진다. 또한 보증은행은 추상성의 원칙에 의거하여 서류심사에 의해서만 지급여부를 판단하게 된다. 즉, 보증은행은 수익자의 지급청구시 독립성 및 추상성의 원칙에 의거하여 지급청구의 요건을 심사하며 요구사항 및 유효기간 등의 기타조건에 따라 지급·거절을 할 수 있다. 이는 환급보증서의 경제적 기능인 지급의 안전성과 간편성, 신속성을 도모하는 한편 선박건조계약과 관련이 없는 보증은행의 보호에도 있다.

하지만, 이러한 환급보증서의 독립성을 악용하여 부당한 지급청구가 이루어질 수 있는데, 이에 대한 대처방안으로는 보증당사자가 지급청구 심사요건에 상당한 주의를 기울여야 하며, 주요 심사사항에 따라 보증금 지급조건 충족 여부를 심사하여야 할 것이다. 또한 지급보증 위험에 대한 담보제도로서의 보증보험에 가입하는 것도 하나의 방법이다. 부당한 지급청구의 경우 수출자는 보증보험을 통해 구상채무를 면제받을 수 있다. 그 외 환급보증서의 문안에서 지나친 독립성을 보장하게 되며 부당한 지급청구의 가능성이 높아지므로 환급보증서 문안 작성시 공평하고 합리적인 조정이 필요하다. 또한, 선박수출계약에 환급보증서의 발행시한을 정하지 않아 분쟁이 발생하는 경우가 있는데, 발행시한을 정하여 이러한 분쟁을 미연에 방지하는 것이 필요하다. 또한 수출자가 선수금을 부당하게 사용하여 수출자의 자금력 부족으로 인한 선박건조가 불가능해지는 사례가 발생하고 있는데, 선수금을 효율적으로 관리·감독하는 선박금융기관 설립을 통해 선박금융전문가를 양성하고 수출자의 건조과정을 확인하게 하는 효율적 관리가 뒷받침 된다면 철저한 선수금관리가 가능할 것이다.

특히, 환급보증서의 특성상 사기적인 청구에 관한 분쟁이나 문제가 발생할 가능성이 있으며, 종종 이에 관한 다툼이 벌어지고 있으므로 심층요구가 요청되고 있다. 따라서 이에 관한 외국의 학설 및 판례의 연구가 시급하다고 본다.

마지막으로, 이 논문을 통해 환급보증서에 대한 이해 및 환급보증서의 기능과 각 당사자간의 법률관계를 정확히 이해하여 지급보증청구에 관련된 분쟁을 미연에 방지하여 수출자와 수입자간의 분쟁이 없는 선박건조가 가능해지길 기

대한다. 더불어 환급보증에 따른 금융권의 위험을 줄이고, 이로 인해 선박수출 경쟁력이 강화될 것이라 생각한다. 선박건조계약의 성공적 이행과 조선산업의 기술력·경쟁력강화가 더욱 절실해 지고 있는 시점에서 조선소(수출자), 선주(수입자), 금융권(보증은행)의 적극적 상생·협력 방안이 연구되어 선수금 환급보증서의 발급이 원활이 이루어지고 선박건조계약이 잘 이행되어 글로벌 경기불황을 타개하는데 도움이 되길 기대한다.



참 고 문 헌

1. 단행본

- 김용환, “Fraud in the Transaction and Standby Letter of Credit”, 「현대민상법의 연구」, 법문사, 1984.
- 박대위, 「신용장」, 법문사, 1994.
- 서보익, 「매경 Economy」, KB투자증권 선임연구원, 2009.2.18.
- 서헌제, 「국제거래에 있어서의 은행보증, 통제문제와 법」, 율곡출판사, 1994.
- 양영환 · 오원석 · 서정두, 「신용장론」, 삼영사, 1993.

2. 논문

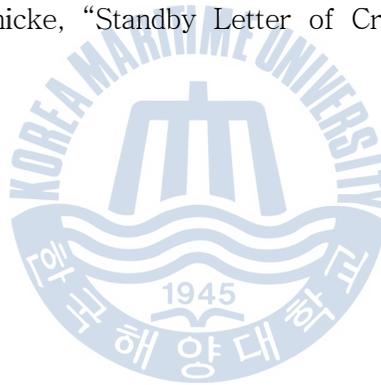
- 강원진, 「회환신용장거래에서 은행의 면책에 관한연구」, 중앙대학교, 무역학 박사논문, 1990.
- 강원진 · 이상훈, “보증신용장거래에서 지급금지 명령의 적용에 관한 분쟁사례연구”, 「중재연구 제14권 제1호」, 2004.
- 권성원, “선박건조계약과 관련하여 발생하는 선수금 반환 채권의 담보방법 및 실행에 관한 소고”, 「해상·보험법 연구 제4권 1호」, 2008.
- 김기선, 「신용장거래관습의 해석에 관한연구」, 서강대학교, 무역학 박사논문 1993.
- 김기원, 「보증신용장에 관한 연구」, 연세대학교, 법학 석사논문, 1993.
- 김남주, 「국제금융관계법률」, 한국금융원수원 교재출판부, 1993.
- 김동구, 「신용장거래당사자의 권리와 의무에 관한 연구」, 중앙대학교, 국제상학 박사논문, 1987.
- 김병삼, 「스탠드바이신용장의 효율적인 활용방안에 관한 연구」, 성균관대학교, 무역학 석사논문, 1998.
- 김상만, “선박수출거래에서 환급보증(Refund Guarantee)의 특성과 문제점에 대한 연구”, 「서울대학교 법학 제52권 제3호」, 2009.11.
- _____, “국제거래에서 Bank Guarantee와 수출보험제도”, 한국수출보험공사, 2010.

- 김선국, 「보증신용장 법적문제에 관한 연구」, 고려대학교, 법학 박사논문, 1992.
- 김 현, 「조선: 구조조정의 도화선, 선수금환급보증(R/G)」, LIG투자증권, 2008년 11월 20일.
- 김현재, “조선업체 선수금환급보증 알지(R/G)?”, 「수출보험 138호」, 2006.7.8.
- 문희철, “보증신용장의 법적 특성에 관한 연구”, 「한국무역상무학회 무역학회지 제14권」, 1989.
- 박세운·한기문, “보증신용장통일규칙과 청구보증통일규칙 비교분석”, 「한국무역상무학회지 제51권」, 2011.
- 박석재, “신 청구보증 통일규칙(URDG 758)의 주요 내용에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지 제51권」, 2011.8.
- 박석재, 「스탠드바이신용장의 활용상의 문제점에 관한연구」, 성균관대학교, 무역경영 박사논문, 1996.
- 박준서, “신용장거래의 법률관계”, 「민사판례의 제 문제」, 제2권, 1980.
- 박훤일, 「국제거래에서의 보증과 유사보증」, 국제거래법연구, 1999.
- 서헌제, “국제거래 있어서의 은행보증”, 중앙대학교, 「법학연구소 법학논문집 제17호」, 1992.
- 송명복, 「보증신용장 거래상의 사기규칙에 관한 연구」, 충남대학교, 무역학 석사논문, 1995.
- 심형보, 「독립적 보증의 법적문제에 관한 고찰」, 성균관대학교, 국제통상법무학 석사논문, 2001.
- 안강현, 「신용장에 대한 법적고찰」, 연세대학교, 법학 박사논문, 1995.
- 유경희, 「보증신용장 활용방안에 관한 연구」, 한남대학교, 무역학 석사논문, 1994.
- 유증원, “보증신용장과 보증신용장에 관한 통일규칙(ISP)”, 「통상법률 30호」, 1999.
- 이재관, 「보증신용장 개설은행의 권리와 의무에 관한 고찰」, 전북대학교, 무역학 석사논문, 2003.
- 이재덕, 「보증신용장의 법리에 관한 연구」, 서울대학교, 상사법학 석사논문, 1996.
- 이재홍, “보증신용장 및 관련문제”, 「사법행정 제353호」, 서울지방변호사회 1990.
- 이호남, 「신용장과 독립적 은행보증에 있어서 독립추상성과 그 한계」, 고려대학교, 국제거래법학 석사논문, 2005.
- 오원석·손명옥, “독립보증상의 수익자에 의한 부당청구(Unfair Calling)에 관한 연구”,

- 「무역상무연구」, 제42권, 2009.
- 정우영, “선박금융의 실무소개”, 「BFL(기업과 금융에 관한 법률전문 저널)」, 제19호, 2006.9.
- 한지연, 「보증신용장에 관한연구」, 연세대학교, 법학 석사논문, 2006.

3. 기타

- 김경수, 파이낸셜 뉴스, 2009년 10월 기사.
- 대한상공회의소, 「국제건설거래와 계약보증」, 1984.
- 이코노미스트 통권976, 2009년 3월3일.
- 「Stephenson Harwood, Shipping Finance」, 3rd Ed., Euromoney Institution Investor Plc, 2006.
- Wunnicke and D.B. Wunnicke, “Standby Letter of Credit”, 「Wiley Law Pub」, 1989.



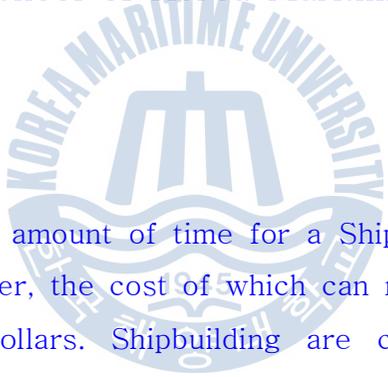
ABSTRACT

A Study of Refund Guarantee in Shipbuilding Contracts

By Kim, Jin-Yong

Faculty of Maritime Law

Graduated School of Korea Maritime University



It takes considerable amount of time for a Shipbuilder to build a ship and deliver it to a Buyer, the cost of which can range from hundreds to tens of millions of dollars. Shipbuilding are carried out by making payments by a Buyer in installments, which can lead to virtual insolvency and subsequently bankruptcy or corporate rehabilitation procedure if the Shipbuilder's financial structure would deteriorate during shipbuilding process, not to mention potential danger of the Shipbuilder's debtors (other than the Buyer) motioning for forcible execution against the Shipbuilder's properties including the not-yet-complete ship itself. In such cases the Buyer, who paid huge sum of construction price in installments, bears a risk of losing the possibility of exercising his/her rights. If a Buyer signed a shipbuilding contract with a small-to-middle sized Shipbuilders, the Buyer needs to

figure out a suitable way to remove such a risk, although it wouldn't be the case if the other party is a super-sized Shipbuilder with ample resources for payment. Therefore, if the Shipbuilders does not comply with the conditions set forth in the ship building contract or the ship cannot be complete due to other causes, the Buyer will demand refund of the advances. And the Buyer will demand 'Refund Guarantee' issued by a financial institute, as a security for advance refund.

However, due to global economic crisis in 2008, financial health of small-to-middle sized Shipbuilders deteriorated along with collapse of BDI, HR indexes and shrinking market for newly-built ships, which led to elevated concern for cancellation of shipbuilding orders placed by those Shipbuilders. This factor worked in tandem with profit deterioration caused by high steel plate price and resulted in more rigid review standard implemented by increasing number of financial institutes when issuing Refund Guarantees. Issuing Refund Guarantees has become more difficult especially due to elevated concern for over-investment in equipment followed by excessive supply, as most small-to-middle sized Shipbuilders entered into the market after 2006. This led to drastic decrease in the number of contracts signed and orders placed, and the concern for excessive supply caused by concentration of small-to-middle Shipbuilders equipment investment was another reason for avoiding issuance of Refund Guarantees for advances.

Possible risks generated by a financial institute issuing Refund Guarantee to a Shipbuilder (especially those risks which might lead to subrogation of the advances already paid) are construction defect on the part of the Shipbuilder, deferred delivery caused by deferred completion and bankruptcy of the Shipbuilder. For Shipbuilders with unhealthy cash flow caused by decreased number of orders and impractical equipment investment, risks such as deferred delivery and bankruptcy are working as the reasons for their failure to acquire Refund Guarantees, which

again leads to even more deteriorated cash flow, completing a vicious circle. As long as the current financial instability and drastic decrease of new orders continue, that vicious circle can drive some builders – with insufficient construction/financial resources – into restructuring, which in turn leads to increased risks borne by financial institutes.

In legal sense, Refund Guarantee is an independent bank guarantee identical to Performance Guarantee used by abroad construction companies or plants exportation. When a beneficiary demands payment, the guaranty bank must pay the amount regardless of the ship building contract. As charter parties were terminated and ship prices plummeted due to recession of maritime business, there occurred many cases where a Buyer abuse such independence of Refund Guarantee by cancelling the contract and requesting the payment. Many a small-to-middle Shipbuilders are going into bankruptcy because of decreased order following shipbuilding recession, and their difficulty is increased by disputes regarding past Shipbuilding Contracts.

The financial institutes' refusal to issue guarantees drove small-to-middle Shipbuilders into grave emergency, which led to restructuring efforts made by those Shipbuilders. However, guarantee insurance for advance refund became a big issue as it dragged down such efforts, which led to contrasting consequences for the banks and insurance companies.

As a provision for the possibility of abusing the irrevocable of Refund Guarantee by making wrongful payment request, one needs to have Refund Guarantee Insurance. Especially, characteristics of Refund Guarantee itself necessitate further investigation, as they lead to possible disputes and problems generated by fraudulent request, which actually occur more often than not. Therefore, I argues that there is a great need of research on theories and cases from outside of Korea.

Also, while a range of causes can be listed regarding disputes in

financial institutes as to who is responsible for advance Refund Guarantee problems, I think that the most important cause is the failure to include in the creditors group those insurers and reinsurance companies of advance Refund Guarantees.

The existing research on payment of advances refund and methods to retain ensuing indemnity rights is far from being sufficient. Actually, there has been no detailed counter-plan against incidents of insolvency caused by such factors as Shipbuilders' bankruptcy.

In this paper, I would like to review several issues surrounding Refund Guarantees which provides vital and significant function for ship building contracts and hinder it at the same time and make suggestions for ways to cope with those issues. I hope this paper will contribute to facilitating successful completion of ship building business and elevating competitiveness of Shipbuilders.

