

## 국제계약에 있어서 의향서의 사용과 관련한 문제점

최 명 국\*

- 
- I. 서 론
  - II. 의향서의 의의, 특성 및 기능
  - III. 의향서에 관한 법리
  - IV. 의향서의 사용과 관련한 문제점
  - V. 결 론
- 

주제어 : 의향서, 예비적 합의, 계약체결 전단계의 책임

### I. 서 론

오늘날 거래의 과정이 복잡하고 시간이 많이 소요되는 해외건설공사, 산업 설비수출, 선박수출, 기업의 인수·합병 등과 같은 대형 국제계약에서 계약당

---

\* 경일대학교 국제통상학과 교수

사자들은 계약체결의 前段階에서 일종의 예비적 합의의 성격(preliminary agreement)<sup>1)</sup>을 지니고 있는 의향서(Letter of Intent)를 사용하는 것이 관행화 되어가고 있다.

이렇듯 국제계약에서 보편적으로 사용되고 있는 의향서는 그 법적인 의미나 효과 등에서 충분하면서도 확립된 이론이 뒷받침되어주지 못함으로써 당사자들 사이에 분쟁이 자주 발생하고 있다. 이러한 의향서에 대한 통일적이고 명쾌한 법적 해결이 이루어지지 못하고 있는 것은 의향서가 국제계약에서 활용되는 양태나 내용이 매우 다양할 뿐만 아니라 최종계약에 이르는 과정으로서의 협상 내지 교섭의 단계에 어떤 의미를 부여할 것인가 하는 문제에 대한 근본적인 생각이 크게는 대륙법계와 영미법계, 또는 각국마다 상이한 기초에 근거를 두고 있다는 점에 기인하고 있다.

따라서 본고는 국제계약에서 자주 사용되고 있는 의향서의 의의, 특성 및 기능을 살펴보고, 의향서에 관한 법리를 고찰한 후, 의향서의 사용과 관련한 문제점을 도출하는데 그 연구의 목적을 두었다. 본고는 문헌연구와 사례연구를 병행하고자 한다.

외국에서는 의향서에 관한 연구가 비교적 활발하게 진행되고 있으나, 국내에서는 이에 관한 연구가 극히 미흡하다고 볼 수 있다. 최근의 이에 관한 연구는 김동훈의 “계약의향서에 관한 연구(1998)”, 류병운의 “양해각서의 법적성격-비즈니스계약을 중심으로\_(2007)”, 최명국의 “Case Study on the Legal Effects of Letters of Intent” 정도가 있으며, 이들 연구는 의향서에 관한 개설적인 연구로 볼 수 있다. 따라서 본고는 의향서가 국제적인 대형 프로젝트에 주로 많이 사용되고 있다는 점에 착안하여 국제계약에 있어서 의향서의 법리적 문제와 그 사용상의 문제점을 중점적으로 분석하였다.

## Ⅱ. 의향서의 의의, 특성 및 기능

### 1. 의향서의 의의

---

1) Burton, Steven J. and Anderson, Eric G., *Contractual Good Faith-Formation, Performance, Breach, Enforcement*, Little, Brown & Co, 1995, p. 23.

의향서<sup>2)</sup>의 형식과 내용은 매우 다양하지만,<sup>3)</sup> 대부분의 의향서는 본질적으로 장래의 어느 시점에서 타방 당사자와 계약을 체결할 것이라는 일방 당사자의 의도를 담고 있다. Lake 교수와 Draetta 교수는 의향서를 “장래의 계약에 대한 일방 또는 쌍방 당사자의 예비적 합의나 양해사항을 반영하는 계약체결 전 단계의 서면도구”로 정의하고 있다.<sup>4)</sup> 즉, 의향서는 장래에 계약이 체결될 것을 전제로 하며, 최종계약에 대한 준비단계이다. 또한 의향서는 어디까지나 계약 체결 전 단계이지 계약자체는 아니다. 그렇지만 의향서로부터 여러 가지의 법적 의무가 도출되는 경우가 많다. 의향서는 그 형식에 있어서도 단순한 일방적 선언에서부터 당사자가 서명하고 계약에 유사하며 정교한 장문의 문서로 된 것에 이르기까지 매우 다양하다.<sup>5)</sup>

- 
- 2) 업계에서 계약체결 전 단계의 합의 등에 대한 명칭으로 쓰이는 것은 매우 다양하다. 예컨대, heads of agreement, memorandum of understanding, protocol, letter of understanding, memorandum of intent, term sheet 등과 같은 용어가 흔히 사용되고 있다(Michael Joachim Bonell, “Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods”, *Formation of contracts and precontractual liability*, International Chamber of Commerce, 1990, p. 163). 이 중에서도 letter of intent라는 용어가 가장 널리 사용되고 있으며 다른 용어들을 대체해 나가고 있는 듯하다. 의향서는 영미법계에서 뿐만 아니라 프랑스법에서는 lettre d'intention, 독일법에서는 Absichtserklärung 등의 대응어가 쓰이기도 하고 또 그대로 letter of intent란 용어를 쓰기도 한다. 아직까지는 의향서를 둘러싸고 “용어의 무정부상태”(terminological anarchy)가 지속되고 있는 것 같다. 이 중에서 특히 Memorandum of Understanding(양해각서로 번역됨)과의 구별문제는 좀 까다롭다. 의향서와 양해각서를 구별하는 입장에서는 전자는 장래 상대방의 흥미를 불러일으킬 것을 주로 의도하며 따라서 구속력이 없고 일방적이며 보다 예비적인 성격을 갖는데 비해, 후자는 구속력을 가지는 후속의 긴 중간적인 초안으로 보기도 한다. 그러나 양자를 구별하지 않는 입장이 더 우세한 듯 하며 널리 계약체결 전 단계의 합의를 담은 문서일반을 통틀어 의향서라고 부를 수 있을 것이다(Lake and Draetta, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, Butterworths, 1994, pp. 7-9).
- 3) 의향서에 관한 법률적 효과와 관련하여 대부분의 법제에서 문제가 되고 있으며, 특히 Marcel Fontaine 교수는 의향서가 사용되는 형식과 관련하여 26 가지의 형식을 확인한 바 있다(Cheshire, Fifoot & Furmston's *Law of Contract*, Butterworths, 1991, pp. 43-44).
- 4) *Ibid.*, p. 5. 의향서에 사용되는 대표적인 문언은 다음과 같다. “As soon as matters outstanding between us are settled, we will enter into a contract agreement with you, and in the meantime please accept this letter as an instruction to proceed with the work necessary to permit you to meet the agreed programme.”(*Trollope and Colls Ltd v. Atomic Power Construction Ltd* [1963] 1 WLR 335)(Jeremy Coggins, “Letters of intent and legal issues relating to their use”, *The International Construction Law Review*, Part 3, 2006, p. 355).
- 5) Lake 교수와 Draetta 교수는 의향서를 ① 기록의 성격을 가지는 의향서(memorialization letter of intent), ② 확약의 성격을 가지는 의향서(assurance letter of intent), ③ 협상계획

## 2. 의향서의 특성

의향서의 특성을 한 마디로 언급한다면, 의향서는 계약의 성립과 관련되는 한 회색지대(grey area)에 속한다고 볼 수 있다. 한편으로, 의향서는 법원이 법률관계를 창출하고자 하는 의도를 추론하고 따라서 협상을 지지하는데 항상 최선을 다 해온 바와 같이 상업상의 합의를 나타내고 있다.<sup>6)</sup> 다른 한편으로는, 대부분의 의향서는 미해결 조건에 관하여 협상이 진행되는 동안에 발행되기 때문에, 의향서의 승낙에 의해 영향을 받는 합의는 흔히 불완전한 계약조건에 근거하게 된다. 다시 말하면, 의향서는 흔히 계약을 체결하기로 합의가 이루어졌을 때 모든 문제들이 합의가 이루어지지 않은 장래의 이행을 위한 계약을 체결할 합의를 이루고 있다. 이는 합의가 이루어진 조건에 관한 불분명함과 애매함의 문제와 이로 인하여 의향서가 충분한 확실성을 가지고 당사자들을 구속시키는데 필요한 동의를 이루고 있는지의 여부에 관한 문제를 야기시킨다. 이에 더하여 상당한 정도의 의향서는 법률 전문가가 아니라 비전문가 등에 의해서 준비되고 있으며, 이는 법률적 관점에서 만족스럽지 못한 결과를 초래하고 있다.<sup>7)</sup> 그러나 이러한 의향서의 특성상 불분명함과 애매함이 존재함

---

의 성격을 가지는 의향서(framework letter of intent) 등 세 가지로 분류하고 있다. ①의 의향서의 가장 중요한 용도는 예비적 합의나 부분적 합의 또는 협상과정 중 합의에 이르지 못한 부분 등을 기록하는 것이다. 이로써 장기간의 복잡한 계약과정에서 협상자들의 기억의 부담을 경감시키고 더 중요한 것은 이미 합의된 부분을 계약의 일부로서 종결시킴으로서 이 부분을 재협상의 대상으로 삼지 않고 장래 협상의 효율성을 높이는 동시에 이미 합의된 부분에 최소한 도덕적 구속감을 발생시키는 효과를 갖고자 하는 것이다. ②의 의향서의 주요한 기능의 하나는 이를 통해 일방당사자의 장래의 계약의 협상에 대한 의도의 진지성을 나타내는 것이다. 즉 복잡한 거래에서 많은 잠재적 당사자들과의 접촉을 가진 후 특정 상대방을 구체적 협상의 상대로 지정했다거나 적어도 협상의 대상이 축소되었다는 것을 보여주기도 하고 또 앞으로 보다 핵심적인 문제에 집중하여 협상을 진행시키겠다는 의도를 보이기도 한다. 이것은 타방당사자로 하여금 은행 등과 금융문제를 협상하거나 그 밖의 이해관계가 있는 제3자에게 제시하여 프로젝트를 추진해 나가는데 도움을 주기도 한다. ③의 의향서는 종종 장래의 협상의 구도를 담는데 이용되기도 한다. 복잡한 계약에서는 협상자체가 하나의 큰 업무이므로 예컨대 협상의 책임자는 누구이며 협상의 주요 일정, 양당사자의 노력의 범위, 협상 중의 합의의 성격 등이 정해진다. 또 협상에 부수적인 상표권의 보호나 비밀유지의무, 협상 중의 비용분담의 문제 등이 정해지기도 한다(Lake and Draetta, *op. cit.*, pp. 12-17). 의향서의 개요에 관해서는 최명국, 「무역매매론」, 박영사, 1994, pp. 66-68 참조.

6) *Edwards v. Skyways Ltd* [1964] 1 All ER 494.

7) Jeremy Coggins, *op. cit.*, pp. 357-358.

에도 불구하고, 의향서는 업계에서 협상 등에 있어서 유용한 역할을 담당하고 있음은 분명하다.

### 3. 의향서의 기능

이미 본 바와 같이, 해외건설공사 등과 같은 거래의 과정이 복잡하고 시간이 많이 소요되는 대형 국제계약에서는 정식계약의 체결 전단계에서 예비적 합의의 성격을 지니고 있는 의향서가 보편적으로 사용되고 있는데, 이러한 의향서는 다음과 같은 여러 가지의 기능을 가지고 있다.<sup>8)</sup>

첫째, 계약당사자의 특정화는 물론 협상의 당사자와 그의 권한을 분명히 할 수 있다. 협상은 계약당사자 본인이 할 수도 있고, 본인의 대리인이 할 수도 있으며, 무권대리인이 협상을 하고 그 결과에 대하여 본인의 추인을 받는 방식을 사용할 수도 있는데, 이러한 내용을 의향서로 분명하게 정리할 수 있다. 예컨대, 협상의 당사자가 회사로부터 받은 권한의 내용과 범위, 협상된 내용 중 회사의 이사회로부터 추인 받은 내용이나 추인 받을 내용 등을 의향서에 명시할 수 있다.

둘째, 의향서는 협상의 시간표 기능을 가질 수 있다. 의향서에 계약체결의 시한이나 시한을 맞추지 못한 경우의 효과를 규정할 수 있다. 계약체결시한은 성실한 협상을 바탕으로 해서 예상되는 계약체결, 계약서 교환의 시점을 정하고 이러한 계약체결시한을 달성하기 위하여 계약초안을 누구의 책임으로 작성할 것인가, 계약초안을 작성하는 동안 당사자들은 어떤 방식으로 의견을 교환할 것인가 등을 정할 수 있다. 계약체결시한과 의향서의 유효기간은 구별하여야 한다. 의향서에 그 유효기간을 명시하지 않은 경우 정식계약을 체결하기 전까지로 한정하는 것이 의향서의 의미에 부합한다고 볼 수 있다.

셋째, 당사자들은 의향서의 교환으로 계약체결을 위한 협상에 진입하였다는 점을 명확히 할 수 있다.

넷째, 의향서에 당사자들의 최선의 노력(또는 성실한 협상의무)조항을 규정하여 정식계약의 체결가능성을 높일 수 있다. 비록 이러한 조항을 의향서에

---

8) 류병은, “양해각서(MOU)의 법적 성격-비즈니스 계약을 중심으로-”, 『홍익법학』, 제8권 제1호, 2007. 2, pp. 186-189.

포함시키지 않는다고 하더라도 의향서의 작성 이후에는 당사자들은 그 내용에 따라 최선을 다해 성실하게 협상에 임하여야 할 것이다. 즉 의향서 자체로 장래에 타결될 계약에 대한 의무는 없으나 성실하게 협상에 임할 의무는 있다고 볼 수 있다.

다섯째, 의향서를 통하여 구두협상이나 토론 내용을 정리할 수 있고, 장래에 발생할 수 있는 문제점들을 찾아내어 명백하게 할 수 있을 뿐만 아니라 계약 입안자에게 계약으로 합의하여야 할 계약의 본질적 내용과 형식을 분명하게 제공할 수 있다. 이러한 의향서의 기능들은 협상 내용의 분명한 정리와 계약에의 효율적 편입을 도와줌으로써 협상에 따른 비용과 시간을 절약할 수 있다.

여섯째, 의향서는 거래내용을 외부에 공시하는 기능을 가질 수 있다. 의향서가 교환되고 이러한 내용이 언론을 통하여 알려지는 경우, 당해거래에 제3자의 개입을 미연에 방지하는 효과를 얻을 수 있다. 왜냐하면, 당해거래에 제3자의 개입은 불법행위가 될 수 있기 때문이다.<sup>9)</sup>

일곱째, 의향서에 협상비용에 관한 합의를 포함할 수 있다. 협상비용 등 서명된 의향서에 근거해서 어떤 비용이 지급되는 경우, 그 비용이 지급되는 이유와 목적이 의향서에 명확하게 명시되어야 할 것이다.

여덟째, 의향서에 협상에 관한 준거법과 분쟁 시의 관할권 등에 관하여 합의할 수 있다. 이러한 합의는 정식계약의 준거법이나 관할권 합의와는 별개의 것이다.

아홉째, 의향서에 협상 중단 시 다음 협상을 위하여 지금까지의 협상내용을 유지할 것인가에 관한 합의를 할 수 있으며, 또한 협상 실패의 경우를 대비한 안전장치(safeguards)를 규정할 수 있다. 예컨대, 회사의 인수·합병 또는 합작투자계약 협상에서, 협상이 실패할 경우에 당사자들의 입장을 조율하여 협상을 재개하는 방안이나, 일정한 시한까지 계약가격협상에 실패할 경우 공정한 제3자나 공정한 자료에 의하여 이를 결정하도록 하는 것 등이다.

열째, 의향서는 이미 타결된 계약의 내용을 정리하고, 새로 체결되는 계약과의 관계에서 이미 체결된 계약의 이행에 관한 내용이나 계약들의 관계를 정리

---

9) *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 729 S.W.2d 768(Tex. App. 1987. writ ref'd n.r.e.), cert. dismissed, 485 U.S. 994(1988).

하고, 향후 추가적인 계약체결이 필요한 분야나 계약내용을 미리 정할 수도 있다.

### Ⅲ. 의향서에 관한 법리

#### 1. 의향서와 관련한 법리적 문제

##### 1) 예비적 합의의 구속력

의향서는 예비적 합의의 전형적인 모습을 담고 있다. 문제는 현대법이 예비적 합의에 어떠한 법적 효력을 인정할 것인가 하는 문제로 귀결된다.

기존의 계약법은 청약과 승낙의 원칙에 의한 구속력 있는 계약이 체결되었느냐의 여부에 따라 모든 법적 판단이 이루어지는 이분법적 구조를 이루고 있다. 그러나 오늘날 거래에서 예비적 합의는 정식계약과는 분명히 다른 범주를 이루면서 후속계약을 위한 기초가 되는 사항을 정하거나 장래 계약의 협상을 위한 조건이나 중간결과를 기록하거나 또는 당사자에게 장래 특정한 조건에 따라 계약을 체결할 의무를 지우는 등 그 법적 성격이나 강도에 있어서 다양한 형태와 내용으로 합의가 이루어지고 있다.

대륙법계, 특히 독일의 경우 예비적 합의에 관한 구속력과 관련하여 실무계나 학계에서 준비단계의 계약이라는 개념으로 의향서와 관련된 문제들을 해결하려고 시도하고 있다. 즉, 계약의 준비단계에서 주된 계약과 관련된 여러 부수적 합의를 담게 되는 의향서는 적어도 이 점에 관해서는 법적 구속력이 있는 권리의무관계를 형성시킨다고 보는 것이다.<sup>10)</sup>

한편 영미법계에서는 일반적으로 예비적 합의가 사후에 체결될 계약에서 포함될 필수적이고 중요한 조건들을 특정하는 경우에는 협상단계에서 신의칙의 의무를 강조하는 경향에 따라 구속력을 인정하기 위하여 노력하고 있으며 다만 당사자들이 예비적 합의의 계약적 구속력을 부인하는 의도의 표현에는 일

---

10) 김동훈, “계약의향서(Letter of Intent)에 관한 연구”, 「저스티스」, 제31권 제1호, 1998, pp. 56-57.

차적 중요성을 두고 있으며 예비적 합의가 후속계약의 성립에 종속된다는 합의의 의미를 둘러싸고 법원은 계약이나 아니냐의 이분법을 극복하기 위하여 여러 가지의 노력을 보여주고 있다고 한다.<sup>11)</sup>

## 2) 계약협상에 있어서의 자유와 공정

현대사회에서 계약체결의 모습은 단일이슈, 대립적, 제로섬의 교환에서 다수 이슈, 문제해결적, 이익극대화적 협상으로 옮겨가고 있다고 한다.<sup>12)</sup> 특히 복잡하고 시일이 걸리는 대형 국제계약 등에서는 처음 접촉이 시작되어 정식계약에 이르기까지 길고 지루한 협상의 과정이 있는 것이 보통이다.

문제는 이러한 협상과정에 양 당사자들은 많은 시간과 노력, 비용을 투자하게 되며, 협상을 위한 접촉과정에서 여러 가지 영업비밀 등이 노출되기도 하고, 제3자와의 협상의 기회를 포기하여야 하는 경우도 있게 된다. 그런데 이러한 협상이 중도에서 좌절되고 유효한 계약의 체결로 이어지지 못하는 경우 상대방사자가 적지 않은 손실을 입게 되는 경우도 있다. 이러한 경우에 그 손실을 누가 부담하여야 하는가 하는 문제와 더 근본적으로 협상에 있어 당사자들에게 요구되는 형태의 의무와 그 정도는 어떠한 것인가에 관한 문제가 최근 여러 나라의 계약법에서 활발하게 논의되고 있다.

영미법계에서는 전통적으로 협상의 자유를 폭넓게 인정하는 자유주의적 전통에서 왔다고 볼 수 있다. 계약체결의 자유뿐만 아니라 계약을 체결하지 않을 자유(freedom from contract)의 중요성도 강조한다. 이것은 기본적으로 계약의 교섭단계에서의 협상은 사행적(aleatory)이라는 것이 영미법계에서의 전통적 입장이다. 즉 정식계약의 체결로부터 생길 이익을 얻고자 협상에 들어오는 당사자는 동시에 상대방이 협상을 파기하였을 경우에 손해를 입을 위험도 부담하게 된다는 것이다. 이에선 단순히 일정한 비용의 지출은 물론 상황의 악화라든가 협상의 결과 놓쳐버린 기회이익 등도 포함된다. 즉 모든 것은 협상의 성공적인 결과여부에 달려 있으며 이것은 극단적으로 협상은 일종의 도박이며 그 위험비용은 투자의 일부분이라는 것이다.<sup>13)</sup>

11) Lake and Draetta, *op. cit.*, p. 67.

12) Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiations", *87 Columbia Law Review*, p. 219.



따라서 협상단계에서의 신의칙이나 공정협상의무 등에 대하여 매우 소극적이며 원칙적으로 계약이 체결되지 않은 이상 어떠한 계약체결 전단계의 책임도 지지 않는 것을 원칙으로 한다.

반면에 대륙법계에서는 비교적 폭넓게 협상단계에서의 신의칙이나 공정한 협상 의무 등을 인정하고 있다.<sup>14)</sup> 이탈리아민법은 1337조에서 교섭 및 계약전의 책임이라는 제목 하에 “당사자들은 교섭의 발전단계 및 계약의 형성과정에 있어 신의에 따라 행동하여야 한다.”라고 명문의 규정을 두고 있다. 프랑스에서는 신의에 의한 협상을 위반한 경우에 이를 불법행위책임으로 구성하고자 하는데 비해 독일에서는 일찍이 이를 계약책임으로의 포섭을 시도함으로써 이른바 “계약체결상의 과실”이라는 체계적 도그마를 만들어 내었고 이는 많은 비교법적 연구와 관심의 대상이 되었다.<sup>15)</sup> 이 이론의 장점으로 계약당사자들로 하여금 협상에서의 신의를 촉구하게 되고 소송 당사자나 법원에 의해서 쉽게 이해될 수 있는 이론이며 통일적으로 적용될 수 있어 사법의 경제성을 가져올 수 있다고 한다.<sup>16)</sup>

물론 당사자들의 협상의 자유와 이것이 보장하는 개인의 사적자치의 영역의 보장이 중요한 것은 틀림없지만 점차로 복잡하고 많은 투자가 이루어지는 협상과정에 대한 일정한 법적 보장의 결여는 거래의 효율성 자체를 떨어뜨리는 결과를 초래할 수 있다. 이 때문에 영미법계에서도 특히 영국법의 형식적 입장에서 벗어나 실질적이고 중도적인 입장을 가지고자 하는 미국의 판례법은 협상에서의 신의칙을 강화하는 방향으로 불법행위법과 계약법, UCC의 해석 등에 많은 융통성을 발휘해 옴으로써 실질적인 결과에 있어 양 법계가 접근의 가능성을 보여주고 있다고 한다.<sup>17)</sup>

13) Farnsworth, *op. cit.*, p. 221.

14) 이는 계약을 영미법계에서는 교환(bargain)의 개념으로 보는데 비해 대륙법계는 로마법에서 발원하는 신의(bona fides)의 영향을 받아 이를 합의와 관계성으로 보는 역사적, 개념적 차이가 대륙법계에서 신의에 의한 협상의무를 폭넓게 인정하게 한다고 한다(Lake and Draetta, *op. cit.*, p. 196).

15) 영미법계에서도 이 이론의 광범위한 도입을 주장하는 견해도 있다(Kessler & Fine, “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract : A comparative Study”, 77 *Harvard Law Review*, 1964, p. 401).

16) Mirmina, “A Comparative Study of Culpa in Contrahendo, Focusing on its Origins in Roman, German, and French Law as well as its Application in American Law”, 8 *Connecticut Journal of International Law*, 1992, p. 107.

또한, 사법통일을 위한 국제협회(UNIDROIT)는 1994년 5월에 “국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙”을<sup>18)</sup> 제정한 바 있는데, 동 원칙 제2.15조에서 “(1) 당사자는 협상의 자유를 가지며, 또 합의에 도달하지 못한 것에 대하여 책임을 지지 아니한다. (2) 그러나, 당사자가 악의에서 협상에 임하거나 또는 협상을 결렬시킨 경우에는, 그는 상대방이 입은 손해에 대하여 책임을 진다. (3) 특히, 당사자가 상대방과 합의에 도달하지 아니할 의도로 협상을 개시하거나 계속하는 것은 악의에 속한다.”라고 규정하여 최소한 협상에 임하는 양 당사자는 정직하게 행동하고 상대방의 정당한 이익을 고려할 의무가 있다는 점을 강조하고 있다.<sup>19)</sup>

### 3) 계약체결 전단계의 책임

#### (1) 책임발생요건

의향서가 모든 실질적 조건에 관한 당사자의 구속력 있는 합의를 담음으로써 이를 기초로 계약책임을 물을 수 있는 예외적인 경우를 제외한다면, 의향서로부터 계약책임을 끌어내는 것은 어렵다고 볼 수 있다. 그러나 의향서에 의한 합의를 이루었으나 결국 정식계약에까지 이르지 못한 경우 이에 책임 있는 일방당사자가 일정한 기준과 범위 내에서 책임을 져야 하는 경우가 있다. 이를 “계약체결 전단계의 책임”(pre-contractual liability)이라고 부른다.

의향서에 의한 계약체결 전단계의 책임이 문제되는 경우는 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 하나는 대부분 부수적 내용을 담고 있는 여러 명시조항들에 기초하여 책임을 지는 것이다. 비록 최종계약은 아닐지라도 이러한 부분적, 개별적 조항들이 법적 책임을 수반하는 구속력 있는 규정들이 될 수 있다는 것은 당연하다. 또한 명시조항이 없다고 하더라도 부수적 내용에 관해 묵시적

17) 김동훈, “계약의의향서(Letter of Intent)에 관한 연구”, pp. 57-59.

18) UNIDROIT 원칙은 자체가 구속력 있는 협약이 아니라 국제상사계약에 관한 일반원칙을 접적인 재술(restatement)로서의 성격을 가지며, 이는 각 국내법이나 국제법규의 해석과 보충 내지 표준이 될 수 있고, 당사자에게는 계약서 작성의 지침으로서, 그리고 각국의 법원이나 중재기관에게는 이를 유연하게 적용하게 하여 국제상사계약에서 야기되는 분쟁의 해결책으로서 사용할 수 있다는 것이 특징이다.

19) Carter & Furmston, “Good Faith and Fairness in the Negotiations of Contracts”, 8 *Journal of Contract Law*, 1994, p. 7.

내지 추론적 합의가 있는 것으로 해석될 수 있는 경우도 있다. 예컨대, 명시조항은 없지만 다른 경쟁자와의 병행적 교섭을 하지 않을 의무, 즉 배타적 교섭 의무에 관한 추론적 합의가 인정될 수 있는 경우도 있다.

다음으로 의향서의 명시 또는 묵시조항과 관계없이 보다 포괄적인 일반적 의무를 인정할 것인가의 여부는 협상단계의 일반적 의무와 그 책임의 문제로 귀착된다. 의향서가 발신되거나 또는 교환되었다는 것은 당사자들이 일정한 단계 이상의 협상과정에 있다는 것을 의미하므로 이러한 일반적 협상단계의 의무를 폭넓게 인정할 수 있는 지표가 될 것이다. 따라서 의향서의 발신 후에 정당한 이유 없이 협상을 거절하거나, 비합리적인 제안으로 협상의 진행을 방해하거나, 제공의무의 범위 내에 있는 정보의 제공을 거절하거나, 경우에 따라서 다른 상대방과의 병행적 협상 등이 책임발생의 요건이 될 수도 있다.

또한 근래에 와서 특히 영미법계에서 의향서에 당사자들은 신의로 협상하고 계약체결을 위해 성실히 노력할 것 등을 명시적으로 규정하는 경우가 많다. 이러한 신의협상조항에 대해서도 미국법 등에서는 이를 구속력 있는 것으로 볼 가능성을 열어 놓고 있으며 이른바 “합의하기로 하는 합의”(agreement to agree)나 또는 “협상하기로 하는 계약”(contract to negotiate) 등의 개념도 인정하고자 하는 움직임이 있다고 한다.<sup>20)</sup> 대륙법계에서는 이러한 명시조항은 신의에 근거를 둔 협상 의무를 더욱 강화하는 역할을 할 수 있을 것이다.<sup>21)</sup>

## (2) 책임의 근거와 범위

계약체결 전단계의 책임의 근거로서 영미법에서는 이른바 계약체결 전단계의 책임이라는 개념이 점차 형성되어 가면서 법원에서는 이를 구체적으로 실현하기 위하여 여러 가지의 시도를 해 오고 있다. 전통적인 불법행위법의 책임을 확대한다거나, 계약책임을 확대해 가며 특히 금반언(promissory estoppel)의 원칙<sup>22)</sup>, 부실표시(misrepresentation)의 법리 등이 활용되고 있다.

20) Lake and Draetta, *op. cit.*, p. 128.

21) 김동훈, “계약의향서(Letter of Intent)에 관한 연구”, pp. 63-64.

22) 약속자의 약속이 상대방에게 신뢰와 그에 기초한 손해를 야기했을 경우에 약속자는 자신의 약속에 구속된다는 내용으로 영미법 특유의 약인의 법리를 극복하기 위하여 발전되어 왔으며, 미국 계약법 *restatement* 제90조에 규정됨.

대륙법계에서는 주계약체결의 좌절 시 비용 상환청구의 근거로서 사무관리의 규정이 근거가 될 수 있다는 주장도 있고, 보다 일반적으로는 협상 시 일방의 손실로 본 이득의 반환문제, 예컨대 협상 중 얻은 상대방의 아이디어(일종의 지적재산)로서 이득을 취했다거나 상대방으로부터 이미 부분적으로 서비스 등을 이행 받았거나 하는 경우에 부당이득의 반환청구권이 근거가 될 수 있다. 나아가 의향서에 의한 관계를 계약에 유사한 성격의 법정채권관계로 보아 이른바 계약체결상의 과실에 의한 책임을 묻는 이론이 특히 독일법계에서 주장되고 있다. 즉, 의향서의 발신자는 수신자에게 야기한 신뢰를 위반하지 않을 주의의무나 보호의무, 정보제공의무 등이 있다는 것이다.

이와 같이 의향서는 잠재적 계약당사자의 중요한 신뢰의 법적 기초가 되며 양 당사자의 행위의무의 대략적 윤곽을 정하며 주된 계약의 일정의 안전장치 내지 위험분산장치로서의 역할을 한다. 따라서 상대방의 신뢰를 깨뜨렸을 경우에 발신자, 경우에 따라서는 수신자는 상대방의 손해를 배상하여야 하며, 이것은 원칙적으로 이행이익이 아니라 신뢰이익이 한도가 된다고 보아지나 책임발생의 원인에 따라 이 원칙에 엄격하게 구속될 필요는 없다고 한다.<sup>23)</sup>

## 2. 의향서상의 개별조항에 대한 법적 구속력

실무에서 사용되는 의향서의 형태와 내용이 매우 다양하기 때문에 의향서가 당사자들에 대한 법적 구속력을 가지는가 하는 문제는 한 마디로 언급하기가 어려울 것이다. 여기서는 의향서에 기재되는 개별조항들에 대한 법적 구속력 문제를 고찰한다.

### 1) 구속력 배제조항

의향서는 계약의 연장선상에서 당사자자치의 원칙이 적용되는 영역이기 때문에 당사자들이 명시적으로 의향서에 어떤 구속력을 부여하기를 거절하는 구속력배제조항(non-binding clause)<sup>24)</sup>은 존중되어야 할 것이다.

23) 김동훈, “계약의향서(Letter of Intent)에 관한 연구”, pp. 64-65.

24) 예컨대, “본 의향서에 나타난 예비적 합의는 확정적이고 최종적인 계약의 협상과 체결에

## 2) 구속력 있는 개별조항

의향서는 비용분담조항, 비밀유지조항, 최선의 노력조항, 배타적 협상의무조항, 언론에의 노출금지조항, 협상의 독점조항, 계약체결시한조항, 협상에 관한 준거법과 관할권 조항 등 개별적으로 구속력 있는 조항들을 포함하는 경우가 많은데, 이러한 조항들은 계약체결의 과정에 필요한 사항들로서 계약의 본질적 내용에 관한 것이라기보다는 협상과 관련된 부수적인 의무들을 담고 있는 경우가 많다. 이들 조항들은 정식계약과는 관계없이 구속력이 있는 것으로 해석되는 경우가 많다.<sup>25)</sup> 이들 조항 중 의향서에 많이 등장하는 조항은 다음과 같다.

### (1) 비용분담조항

협상의 진행과정에 들어가는 법률자문 비용, 협상 팀의 여행경비, 사업의 타당성 조사비용 등과 같은 여러 가지의 비용을 어떻게 분담할 것인가에 대한 조항<sup>26)</sup>이 포함되는 경우가 많으며, 대륙법계에서는 의향서의 구속력과 관계없이 이러한 조항의 구속력을 인정하는 경향이며, 영미법에서도 약정된 분담부분 이상의 비용을 부당이득의 반환 등으로 소구할 가능성을 인정하고 있다.

### (2) 비밀유지조항

비밀유지(confidentiality)조항<sup>27)</sup>은 특히 라이선스 계약이나 기술지원 등을 내용으로 하는 계약에서 잠재적 계약당사자가 협상과정에서 제출되거나 알게 된 상대방의 기술 내지 영업 정보 등을 계약체결이 좌절되더라도 노출시키지

종속적이고 조건적이다. 각 당사자는 확정적이고 최종적인 계약의 체결 이전에는 상대방에게 아무런 책임이나 의무를 부담함이 없이 본 거래의 협상으로부터 자유로이 탈퇴할 수 있다. 또한 각 당사자는 본 거래와 관련하여 다른 잠재적 계약당사자와의 협상을 자유로이 시작할 수 있다.”와 같은 조항을 두는 경우이다.

25) Lake and Draetta, *op. cit.*, pp. 124-132.

26) 예컨대, “각 당사자는 입찰자격사전심사(prequalification; PQ), 입찰 및 후속조치에서 발생하는 자신의 비용은 각자 부담하기로 한다. 다만 입찰보증금과 관련된 수수료는 프로젝트의 참여지분의 비율에 따라 부담한다.”와 같은 조항을 두는 경우이다.

27) 예컨대, “각 당사자는 이 합작사업의 토론과정에서 구두의 또는 문서로 된 정보를 교환하게 되는바 이것은 각자에게 독점적이고 비밀의 정보로 간주되고 각 당사자는 이러한 정보를 아래의 조건에 따라 노출시키지 않을 것을 다짐한다.”와 같은 조항을 두는 경우이다.

않을 의무를 부과하는 것을 내용으로 한다. 비밀유지의무의 기간은 약정에서 정하기도 하나, 약정이 없다면 정보의 제공자가 정보의 비밀성에 이해관계를 가지고 있는 한 계속된다고 보여 진다. 이러한 비밀유지의무의 위반은 위반당사자에게 손해배상책임을 발생시키는데 대륙법계에서는 이른바 계약체결상의 과실책임 이론이 이를 뒷받침할 수 있으며, 영미법계에서도 타인 재산의 유용 등의 불법행위로 구성하는 등 구제의 길을 열고자 노력하고 있다.

### (3) 최선의 노력조항

목적달성을 위하여 최선의 노력을 다 한다는 소위 “최선의 노력”(best efforts clause)조항이다. 종래에는 최선의 노력을 다 한다는 의무를 진다는 것은 구속력이 있기에는 너무 불분명하다는 입장이었으나 오늘날 영미법계에서 법원은 “최선의 노력” 조항을 다양한 상황에서 의무위반이 있었는가의 여부를 결정하는데 적용 가능한 기준으로서 활용하고 있다.<sup>28)</sup>

### (4) 배타적 협상의무조항

상대방과의 협상 중에 다른 경쟁적 협상을 병행하지 않을 것을 약속하는 조항<sup>29)</sup>도 그 자체로 양 당사자를 구속하는 것이라고 보아야 하며, 이의 위반 시 이에 대한 법적 책임을 물을 수 있다.

## 3) 계약의 본질적 내용을 이루는 조항

예비적 합의의 성격을 가지고 있는 의향서에 정식계약에 포함될 내용인 계약의 본질적 내용<sup>30)</sup>을 이루는 조항을 포함하고 있을 경우 그 구속력의 여부가

---

28) Farnsworth, “On trying to keep one's promises : The duty of best efforts in contract law”, *46 University of Pittsburgh Law Review*, 1984, pp. 8-12.

29) 예컨대, “귀사는 당사에 제출한 청약에 포함된 작업의 전부나 일부를 같은 조건으로 제3자에게 청약하지 않았고 또 하지 않을 것임을 약속하였으며, 당사자 귀사의 청약에 포함된 작업의 전부나 일부에 관하여 제3자로부터 청약을 유인하거나 승낙하지 않을 것임을 약속합니다.”와 같은 조항을 두는 경우이다.

30) 국제물품매매계약과 관련하여 CISG는 제19조 제3항에서 “특히, 대금이나 지급, 물품의 품질 및 수량, 인도의 장소 및 시기, 상대방에 대한 당사자 일방의 책임의 범위 또는 분쟁의 해결에 관한 추가적 또는 상이한 조건은 청약의 조건을 실질적으로 변경하는 것으로 본

문제된다.

일반적으로 의향서에 계약의 본질적 내용에 관한 조항을 두더라도 그 의향서는 향후 정식계약을 위한 진행과정으로서 협상된 기본적인 내용 또는 정식계약에 포함될 개별조항에 관한 초안의 작성과 정리를 위한 것으로 볼 수 있다. 통상적으로 계약당사자들은 정식계약이 체결되기 전까지 의향서로 합의한 계약의 본질적 내용에 구속된다고 생각하지 않을 뿐만 아니라 그러한 구속을 희망하지도 않을 것이다. 따라서 의향서에 포함된 계약의 본질적 내용은 구속력이 없다고 봄이 타당하다고 생각된다.

문제는 의향서에 정식계약에 포함될 내용인 계약의 본질적 내용을 포함시키고 그 내용에 대해 당사자들이 구속력을 인정하는 경우이다.<sup>31)</sup> 이와 같은 의향서의 내용은 곧 계약의 일부로서 추후 체결되는 정식계약과 함께 당사자들을 구속한다고 볼 수 있다. 이 경우 의향서의 내용과 정식계약상의 내용이 상충되는 경우 정식계약의 내용을 기준으로 문제를 판단하여야 할 것이다. 의향서에 계약의 본질적 내용을 포함시킨 경우 그러한 내용이 당사자들에 대해 구속력이 미칠 수 있는 경우는 다음과 같이 크게 다섯 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 의향서의 법적 구속력 인정 여부에 관한 명시조항을 두는 경우이다.<sup>32)</sup>

둘째, 협상의 과정과 내용을 통해서 구속력을 인정할 수 있는 경우이다. 이 문제와 관련한 대표적인 사례로는 미국의 *Pennzoil Co. v. Texaco, Inc.* 사건<sup>33)</sup>을 들 수 있다. 본 건은 Pennzoil사와 Getty Oil사 사이의 지분매각과 관련하여 의향서상의 합의내용은 Getty Oil사의 이사회 승인을 조건으로 하고 있었다. Getty Oil사의 이사회는 Pennzoil사로부터 청약 받은 가격을 다소 높여 주당 현금으로 110달러와 10달러의 채권을 제시하였다. 이 반대청

다.”라고 규정하고 있다.

31) 예컨대, 의향서에 “본 의향서의 모든 내용은 당사자들을 법적으로 구속한다.”와 같은 문언을 두고 있는 경우이다.

32) 다만, “최종 완성된 계약에 따라(subject to the execution of definitive documentation)”와 같은 문언이 있는 의향서는 당사자들에 대한 구속력이 없다(*Heritage Broadcasting Co. v. Wilson Communications, Inc.*, 170 Mich. App. 812, 428 N.W.2d 784(Mich. Ct. App. 1988)).

33) 729 S.W.2d, 768.

약(counter offer)에 대하여 Pennzoil 사 측은 주당 최소 현재가치로 110달러 상당의 반대청약을 다시 하였고, 이를 Getty Oil 사의 이사회는 이를 거절하는 대신 사소한 변경을 가하여 제안하자 Pennzoil 사 측은 이를 승낙하였다. 그 후 Texaco 사가 나타나 주당 128달러를 제시하여 거래를 성사시켰다. 이에 미국 연방고등법원은 의향서상의 합의내용은 Getty Oil 사의 이사회에서 승인을 받는 것을 조건으로 하고 있지만 동 이사회가 또 다른 가격을 제시하였고, 이에 대하여 Pennzoil 사 측이 다시 다른 가격을 제시하여 사실상 가격 합의에 도달하였다는 점에 주목하여 거래의 핵심적인 내용들에 관하여 당사자들이 합의에 도달하였다고 판단하였다. 즉, 미국 연방고등법원은 비록 당사자들이 그 의향서의 개별조항에 구속된다고 의도하지 않았다고 하더라도, 그 의향서의 내용에는 “배심원들이, 일부 기계적이고 세부적인 내용을 당사자들의 변호사들이 추가하여야 하는 것을 제외하고는 당사자들이 거래의 핵심적인 내용들에 관한 합의에 도달하였다고 판단할 충분한 증거가 있다.”라고 판결하여 의향서에서 합의된 내용에 대한 구속력을 인정하였다.<sup>34)</sup>

셋째, 당사자의 일방 또는 쌍방이 의향서에 포함된 계약의 본질적 내용에 따라 이행을 시작한 경우이다. 상당한 정도의 의향서는 한 당사자가 타방에게 협상 중인 계약의 이행을 시작할 것을 요청하는 경우가 있는데 이를 “진행지시 또는 진행위임”(authorization to proceed)이라고 한다.<sup>35)</sup> 특히 해외건설공사나 산업설비수출계약 등에서 공사기간을 단축하기 위하여 이러한 진행지시 조항을 두는 경우가 많다. 또한 의향서의 당사자가 상대방의 명시적 위임 없이 이행을 시작하는 경우도 있다. 이러한 경우 협상의 단계와 계약의 이행의 단계가 중첩되어 그 법적 판단이 어려워질 수 있다.

영미법계에서는 이행의 시작을 구속력 있는 완전한 합의가 의향서에 의해

34) “there was sufficient evidence for the jury to conclude that the parties had reached an agreement on all essential terms of the transaction with only the mechanics and details left to be supplied by the parties' attorneys...”. 판례의 전반적인 개요는 Ugo Draetta, “Legal Effects of Letters of Intent : A Case Study”, *Formation of contracts and precontractual liability*, International Chamber of Commerce, 1990, pp. 261-268 참조.

35) 예컨대, “확정적 계약을 체결할 것을 숙고하면서 이 합의는 물품의 적기공급이 가능하도록 하기 위하여 공급자에게 재료와 장비 등에 필요한 비용을 지출할 권한을 부여합니다. 공급자는 여기서 권한이 부여된 작업을 즉시 시작할 것이며 주문자에게 그 진척도를 계속해서 통보하여야 합니다.”와 같은 조항을 두는 경우이다.



형성되었다는 것을 묵시하는 것으로 보며 또한 영미법계와 대륙법계 모두에서 이미 이행된 부분에 대해서는 예정된 후속계약이 체결되지 않았다고 하더라도 그 손해를 배상받을 수 있는 것으로 보고 있다.<sup>36)</sup>

우리나라 법원은 계약교섭 단계에서는 아직 계약이 성립된 것이 아니므로 당사자 중 일방이 계약의 이행행위를 준비하거나 이를 착수하는 것은 이례적인 것으로, 설령 이행에 착수하였다면 이는 자기의 위험판단과 책임에 의한 것이나, 만일 그 이행의 착수가 상대방의 적극적인 요구에 따른 것으로 그 이행에 들인 비용의 지급에 관하여 이미 계약교섭이 진행되고 있었다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 사실상 구속력을 인정하여야 한다는 입장이다.<sup>37)</sup>

본 건에서와 같이 상대방에게 계약을 체결하는데 별 문제가 없으니 먼저 이행에 착수해 달라고 요구하여 상대방이 이를 받아들인 후에 교섭을 파기하였다면 파기자의 행위는 계약자유원칙의 한계를 넘어 신의칙에 위반된다고 할 수 있을 것이다. 따라서 협상파기자의 배상책임의 근거와 범위를 밝히는 데 있어 단순한 교섭파기시의 배상책임 일반에 관한 판례의 기존 법리만으로는 부족하여,<sup>38)</sup> 계약교섭이 부당하게 중도에 파기된 경우에 불법행위 영역으로 다루지 않고<sup>39)</sup> 미국법과 같이 계약법을 적용하여 신의칙에 따라 협상할 의무를 부과하는 것도 검토할 수 있다고 한다.<sup>40)</sup>

넷째, 의향서에 포함된 계약의 본질적 내용이 거의 정식계약의 내용을 망라하고 있고, 그 밖에 합의하여야 할 내용이 부차적인 것에 지나지 않는 경우이다. 이와 관련하여, 호주의 선도적인 사례인 *Masters v. Cameron* 사건<sup>41)</sup>에서 Dixon 판사 등은 의향서가 구속력 있는 합의를 이룰 수 있는 다음의 두 가지 가능한 범주를 확인한 바 있다. ① 당사자들이 협상의 대상인 모든 조항들에 대해 결말에 도달하여 그러한 조항들의 이행에 즉시 구속될 의도가 있으나 동

36) Lake and Draetta, *op. cit.*, pp. 108-116.

37) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002다32301 판결.

38) 김동훈, “계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상”, 「저스티스」, 제82호, 2004. 12, p. 193.

39) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53059 사건에서 문제의 사안에 대하여 계약불이행에 의한 손해배상을 인정하지 않고 대신 불법행위로 인한 손해배상을 인정하였다.

40) 이혜리, “미국법상 의향서의 구속력”, 「한양법학」, 제20권 제3집, 2009. 8, pp. 150-151.

41) (1954) 91 CLR 353 at 360.

시에 그러한 조항들을 동일한 효력을 가지면서 보다 자세하고 정확하게 정식의 계약에서 재술하기를 의도하는 경우이다. ② 당사자들이 협상의 모든 조항들에 대해 완전하게 합의하고 그들이 합의한 조항들에 대해 명시적으로나 묵시적으로 벗어나거나 추가할 의도가 없지만, 정식계약의 체결을 조건으로 해서 조항들 중의 일부를 이행한 경우이다.

다섯째, 의향서에 포함된 계약의 본질적 내용이 복잡한 거래에 관한 것이고, 그 세부적 내용은 관습법적으로 특정 계약서에 따른 경우이다.

이와 같이 의향서에 정식계약에 포함될 내용인 계약의 본질적 내용을 포함시키고 그 내용에 대해 당사자들이 구속력을 인정하는 경우에는 그 의향서의 내용이 곧 계약의 일부로서 추후 체결되는 정식계약과 함께 당사자들을 구속한다고 볼 수 있다.<sup>42)</sup>

#### IV. 의향서의 사용과 관련한 문제점

본 장에서는 지금까지의 논의를 참조하여 의향서의 사용과 관련한 문제점을 살펴보고자 한다.

가장 먼저 들 수 있는 문제점은 의향서와 관련한 법적 문제이다. 오늘날 대형 국제계약 등에서 계약당사자들은 정식계약을 체결하기 전단계에서 보편적으로 의향서를 사용하고 있지만, 이러한 의향서는 그 활용되는 형식이거나 내용이 매우 다양하며 또한 그 법적 의미나 효과 등에서 충분하면서도 확립된

42) 다만 이와 같이 구속력을 갖는 것으로 해석되는 경우라 하더라도 의향서에 서명한 회사대표가 그 계약의 목적물에 대한 처분권을 가지지 못하는 경우에는 그 구속력이 없는 것으로 보아야 할 것이다(*Buitoni S.p.A. v. Istituto per la Ricostruzione Industriale*, I Foro It., 2284(1986)). 본 건은 이탈리아 국영기업인 Istituto per la Ricostruzione Industriale(IRI)가 소유한 SME라는 식품회사의 지분을 Buitoni S.p.A.라는 민간 식품회사에게 매각하기 위해 양 회사의 대표가 체결한 1985년 4월 29일 자 의향서가 구속력을 갖는 계약인지 여부 대한 다툼이다. 본 의향서는 Buitoni S.p.A.의 회장인 De Benedetti가 IRI 소유 SME 지분을 구매할 능력을 선언하고, IRI 회장인 Romano Pro가 의향서에 포함된 계약조건들에 따라 SME 지분을 처분하는 것이 IRI에 이익이 된다는 것을 선언하며, 계약조건들(지분의 판매시기, 가격, 가격지급방식 등)을 규정하고, 본 의향서의 계약조건들은 IRI 이사회 및 정부의 승인을 받는 것을 조건으로 한다는 내용이다. 본 건에서 1심법원(the Rome Tribunal)과 상급법원(the Court of Appeals of Rome)은 본 의향서의 구속력을 부정하였다(본 건의 전반적인 개요는 Ugo Draetta, *op. cit.*, pp. 268-272 참조).

이론이 뒷받침되어주지 못함으로써 당사자들 사이에 분쟁이 자주 발생하고 있다. 이러한 의향서에 대한 통일적이고 명쾌한 법적 해결이 이루어지지 못하고 있는 것은 정식계약에 이르는 과정으로서의 협상 내지 교섭의 단계에 어떤 의미를 부여할 것인가 하는 문제에 대한 근본적인 생각이 대륙법계와 영미법계, 또는 각국마다 상이한 기초에 근거를 두고 있다는 점에 기인하고 있다. 우리나라의 경우 의향서에 관하여 아직 별다른 논의가 없는 상황이고, 이에 관하여 명시적으로 언급한 판례도 없는 상황이다. 다만, 최근 예약 또는 조건부 계약과 준비단계의 계약을 나누어 검토함으로써 간접적으로나마 이러한 문제를 다룬 하급심판례가 있을 뿐이다.<sup>43)</sup> 따라서 최근 해외건설공사 등과 같은 대형 국제계약이 크게 증가하고 있는 실정에 비추어 볼 때, 우리나라에서도 의향서와 관련한 법적 문제가 조속히 해결되어야 할 것이다.

둘째의 문제점으로 의향서를 사용하는 자의 의향서에 대한 올바른 인식상의 문제를 들 수 있다. 이미 본 바와 같이, 의향서의 형식과 내용은 매우 다양하지만, 대부분의 의향서는 본질적으로 장래의 어느 시점에서 타방 당사자와 계약을 체결할 것이라는 일방 당사자의 의도를 담고 있기 때문에 의향서는 장래에 계약이 체결될 것을 전제로 한다. 다시 말하면, 대부분의 의향서는 정식계약에 대한 준비단계이지 계약자체는 아니다. 또한, 당사자들이 의향서를 작성하는 것은 정식계약을 체결하기 전에 구속력 있는 계약을 체결하는 것을 회피하기 위함이다. 따라서 대부분의 계약당사자들은 그들이 준비하여 교환하는 의향서는 법적 구속력이 없는 것으로 생각<sup>44)</sup>하는 경우가 많다는 점과 법률 전문가가 아닌 비전문가에 의해 의향서가 준비되는데 문제가 있다. 그렇지만 의향서는 사용된 문언의 표현방식이나 언어의 선택, 주위의 사정 등에 따라 법적 구속력이 인정되는 사례도 많기 때문에 의향서에 법적 구속력을 배제하려면 예컨대, 다음과 같은 문언을 의향서에 두는 것이 바람직할 것이다.<sup>45)</sup> "This

43) 이해리, 전계논문, p. 152.

44) 미국에서 의향서를 준비하는 거의 모든 거래당사자들은 의향서가 구속력을 가지지 않는다고 믿고 이에 서명한다고 한다(Stellingwerf, Frank & Mantese, Gerard, "Letter of Intent", 79 *Michigan Bar Journal*, 2000. 11, p. 1512).

45) 또한 간단히 "The Letter of Intent should be subject to contract."라고 하여 의향서가 구속력 없음을 분명하게 할 수 있을 것이다(Rupert Lescher, "Commentary, Letter of Intent and Confidentiality", *International Business Transactions Vol. VIII*, 2005, p. 3).

Letter of Intent is merely an expression of the parties' current business intent. Thus, it is not binding on either party, and neither party shall have any obligations to each other regarding its subject matter except pursuant to a mutually executed agreement. Either party can terminate discussions at any time, for any reason or no reason, without liability to the other party."<sup>46)</sup>

셋째의 문제점은 당사자들이 의향서의 법적 구속력을 배제하는 경우라 하더라도 예컨대, 비용분담조항, 비밀유지조항, 최선의 노력조항, 배타적 협상의무조항, 언론예의 노출금지조항, 협상의 독점조항, 계약체결시한조항, 협상에 관한 준거법과 관할권 조항 등과 같은 조항들은 계약체결의 과정에 필요한 사항들로서 계약의 본질적 내용에 관한 것이라기보다는 협상과 관련된 부수적인 의무들을 담고 있는 경우가 많다. 계약체결의 과정에 필요한 조항들에 대해 그 구속력을 인정하는 사례들이 많다는 점에 의향서를 준비하는 당사자들은 유의하여야 한다.

넷째의 문제점은 의향서에 정식계약에 포함될 내용인 계약의 본질적 내용을 포함시키고 그 내용에 대해 당사자들이 구속력을 인정하는 경우이다. 통상적으로 의향서에 계약의 본질적 내용에 관한 조항을 두더라도 그 의향서는 향후 정식계약을 위한 진행과정으로서 협상된 기본적인 내용 또는 정식계약에 포함될 개별조항에 관한 초안의 작성과 정리를 위한 것으로 볼 수 있다. 따라서 의향서에 포함된 계약의 본질적 내용은 구속력이 없다고 봄이 타당하다고 생각된다. 그렇지만 문제는 의향서에 정식계약에 포함될 내용인 계약의 본질적 내용을 포함시키고 그 내용에 대해 당사자들이 구속력을 인정하는 경우이다. 이러한 경우 의향서상의 내용은 곧 계약의 일부로서 추후 체결되는 정식계약과 함께 당사자들을 구속한다고 볼 수 있다. 문제는 이러한 상황에서 정식계약에까지 이르지 못한 경우 이에 책임 있는 일방당사자가 일정한 기준과 범위 내에서 책임을 져야 하는 경우가 있는데 이에 관한 법리적 해석과 해결방법이 각국마다 차이가 나며, 특히 우리나라의 경우 그 기준이 미비하다는 점이다.

---

46) 본 의향서는 단지 당사자들의 현재 비즈니스 의도의 표현이다. 그러므로 본 의향서에 관련된 내용은, 상호이행각서에 따르는 경우를 제외하고 어느 당사자를 구속하지 않고, 어느 당사자에게 의무를 부과하지도 않는다. 어느 당사자도 상대방에 대한 책임 없이, 언제, 어떤 이유의 유무를 불문하고 본 논의를 중단할 수 있다.

## V. 결 론

본고는 국제계약에서 자주 사용되고 있는 의향서의 의의, 특성 및 기능을 살펴보고, 의향서에 관한 법리를 고찰한 후, 의향서의 사용과 관련한 문제점을 도출하였다.

이미 본 바와 같이, 계약당사자들은 협상과정에서 통상적으로 의향서를 교환하는 경우가 많은데, 이러한 의향서는 그 법적인 의미나 효과 등에서 충분하면서도 확립된 이론이 뒷받침되어주지 못함으로써 당사자들 사이에 분쟁이 자주 발생하고 있다. 일부 의향서는 당사자들이 이미 합의한 사항이나 또는 최종계약에 도달하기 위하여 협상을 할 의무에 구속된다는 점을 명시적으로 규정하고 있다. 그러나 의향서가 이러한 점에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않다면, 여러 가지의 문제점이 야기될 수 있다. 따라서 계약당사자들은 그러한 예비적 합의에 구속되는지의 여부와 그 정도를 명확하게 명시하여야 할 것이다. 또한 당사자들은 권한을 가지고 있는 당사자들의 대표에 의해 서명된 정식의 최종계약이 있기까지 구속되지는 않지만 최종계약에 도달하기 위한 목표를 좌절시키는, 예컨대 최종계약에 의해 이행의 가치를 감소시키는 것과 같은, 조치는 금지하는 식으로 의향서를 준비하는데 있어서 매우 신중하여야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 김동훈, “계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상”, 「저스티스」, 제82호, 2004. 12.
- \_\_\_\_\_, “계약의향서(Letter of Intent)에 관한 연구”, 「저스티스」, 제31권 제1호, 1998.
- 류병운, “양해각서(MOU)의 법적 성격-비즈니스 계약을 중심으로-”, 「홍익법학」, 제8권 제1호, 2007. 2.
- 이혜리, “미국법상 의향서의 구속력”, 「한양법학」, 제20권 제3집, 2009. 8.
- 최명국, 「무역계약론」, 박영사, 1994.
- \_\_\_\_\_, “Case Study on the Legal Effects of Letters of Intent”, 「무역상무연구」, 제32집, 한국무역상무학회, 2006. 12.
- \_\_\_\_\_, “FIDIC의 DBO 프로젝트용 표준계약조건에 관한 연구”, 「무역상무연구」, 제46집, 한국무역상무학회, 2010. 5.
- \_\_\_\_\_, “해외건설공사에서 독립보증에 관한 분쟁과 그 대책”, 「무역상무연구」, 제47집, 한국무역상무학회, 2010. 8.
- 허해관, “국제무역계약상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응”, 「무역상무연구」, 제45집, 한국무역상무학회, 2010. 2.
- Burton, Steven J. and Anderson, Eric G., “*Contractual Good Faith-Formation, Performance, Breach, Enforcement*”, Little, Brown & Co, 1995.
- Carter & Furmston, “Good Faith and Fairness in the Negotiations of Contracts”, 8 *Journal of Contract Law*, 1994.
- Cheshire, Fifoot & Furmston's *Law of Contract*, Butterworths, 1991.
- Farnsworth, “On trying to keep one's promises : The duty of best efforts in contract law”, 46 *University of Pittsburgh Law Review*, 1984.
- Farnsworth, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiations”, 87 *Columbia Law Review*.
- Jeremy Coggins, “Letters of intent and legal issues relating to their use”, *The International Construction Law Review, Part 3*, 2006.

- Kessler & Fine, “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract : A comparative Study”, *77 Harvard Law Review*, 1964.
- Lake and Draetta, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, Butterworths, 1994.
- Mirmina, “A Comparative Study of Culpa in Contrahendo, Focusing on its Origins in Roman, German, and French Law as well as its Application in American Law”, *8 Connecticut Journal of International Law*, 1992.
- Michael Joachim Bonell, “Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods”, *Formation of contracts and precontractual liability*, International Chamber of Commerce, 1990.
- Stellingwerf, Frank & Mantese, Gerard, “Letter of Intent”, *79 Michigan Bar Journal*, 2000. 11.
- Ugo Draetta, “Legal Effects of Letters of Intent : A Case Study”, *Formation of contracts and precontractual liability*, International Chamber of Commerce, 1990.

## ABSTRACT

### Some Problems relating to Use of Letters of Intent in International Contracts

Choi, Myung Kook

This paper has derived some problems relating to the use of letters of intent which are common occurrence in the international contracts after considering its nature and legal issues.

As reviewed before, some problems may occur when a party has documented a stage in the negotiations by letters of intent. Such documents may well explicitly spell out if, and to what extent, the parties should be bound by what they have already agreed or to carry on negotiations in order to reach the final contract. But if the documents are silent, some problems would arise. Contracting parties are therefore well advised to spell out if, and to what extent, they should be bound by such preliminary agreements. Here again, it might be prudent to explicitly set forth that the parties should not be bound until there is a final written contract signed by authorized representatives of the parties but that they shall abstain from such measures which may defeat their stated objective to reach final agreement, for example, by diminishing the value of performance under the contemplated contract.

Key Words : Letters of Intent, Preliminary Agreement, Pre-Contractual Liability
---