

[국제상거래 계약실무 - 3] 진행단계별 합의/협의 서식



M & A, 합작투자, plant 수출등 장기간에 걸쳐 여러 영역의 조사, 협상이 필요한 프로젝트성 계약의 경우, 아래 표와 같이 진행 단계에 따라 여러 유형의 계약 또는 서식을 접하게 되는 바, 금번 제3회에서는 이러한 예비적 합의 또는 협의 서식에 대해 살펴 보고자 한다.

Procedures	Forms of Documents
a. Exchange of Information/Data	<b>1) NDA</b>
b. Due Diligence (for Evaluation & Feasibility Study)	
c. Negotiations	<b>2) MOU/LOI/Term Sheet</b> <b>3) Letter of Agreement</b>
d. Finalization/Agreement	<b>4) Definitive Agreements</b>
e. Regulatory Report/Approval/Registration (Foreign Investment Control, Exchange Control, Merger(anti-trust) Control)	
f. Closing	<b>5) Closing Documents</b>

(1) 비밀유지계약(NDA: Non-Disclosure Agreement)

장기구매계약, 합작투자, 기술도입 등 목적으로 하는 프로젝트/거래를 위한 교섭, 협상 단계에서 그 타당성 평가 및 검토에 필요한 샘플, 정보, 서류 등을 입수코자 할 때 대상 업체에서 정보 제공 전에 요구하는 서식이다. 일반적으로 영업비밀 등 기밀 정보를 보호 하기 위해 요구되는 계약이다.

법정공시(등록) 등을 통해 그 법적 권리가 거의 절대적으로 인정/보호되는 특허권 등과는 달리 일반 영업기밀의 경우에는 권리자의 비밀유지 노력도가 그 보호 및 법적 가치의 관 건이므로, 이에 대한 증거확보 없이 공개된 경우에는 그 대상 영업비밀에 대한 권리 및 침해입증이 어려운 바, 그 제공조건 및 용도 제한 등을 계약의 형식으로 확보하여, 위반 시, 영업비밀보호 관련법규는 물론 계약법에 기초한 손해배상 및 구제책을 사전에 확보 하기 위함.

## **(2) 의향서/양해각서(Letter of Intent/Memorandum of Understanding)**

논의 중인 프로젝트나 거래가 복잡한 쟁점들에 대한 협상 및 타당성 평가 등의 이유로 최종 계약을 위한 합의까지 상당 기간을 필요로 하는 경우, 기초 평가/검토결과 기본적인 사업타당성이 확인되고, 목적으로 하는 거래를 진행하고자 하는 쌍방 당사자 간의 의 도 및 협상의 기본 조건, 원칙 등이 합의된 단계에서 이러한 상호 이해를 일단 정리하고, 이러한 상호신뢰를 바탕으로 구체적인 조건에 대한 협상 진행을 위한 초석을 마련하기 위한 서류로, 해당산업의 실무에 따라, 의향서(letter of Intent, "LOI") 또는 양해각서 (memorandum of understanding, "MOU"), 경우에 따라서는 letter of agreement,

memorandum of agreement이라고도 불려지고 있고, Term Sheet형식으로 교환하기도 한다.

형식상 letter of intent는 일반적으로 일방이 상대방에게 보내는 편지 형식으로 작성, 서명 후 송부하되, 그 내용이 상대방의 이해와 부합, 동의하는 경우, 상대방이 말미에 counter-sign하여 회신토록 요청하는 형식으로 작성하는 반면, memorandum of understanding은 LOI보다는 계약서에 가까운 양식으로 좀 더 formal하게 작성하여 상호 서명을 교환하는 형식을 취하는 것이 일반적이다.

실무상, 최종계약 체결 시까지 특정 조항을 제외하고는 법적 구속력이 없고, 중도에 일방이 임의로 협상을 중단할 수도 있다는 전제와 의도하에 작성, 체결되는 경우가 대부분이다.

법적 비구속력은 의향서라는 형식에서 오는 특성이 아니라, 구속력을 갖지 않는다는 명문규정으로 인해 부여되는 특성임. 따라서, 이러한 명문조항이 없는 경우, 예기치 않은 법적 책임이 부과될 수 있음에 유의하여야 한다.

### **(3) Term Sheet**

의향서와 같이 본계약 체결 이전의 초기단계에서 교환되는 문서의 한 유형으로, 의향서와 같이 일반적으로는 양 당사자에 대한 법적 구속력을 갖지 않는 것을 전제로 교환, 또는 작성되는 문건이다.

의향서가 주로 letter형 또는 계약서 양식에 준하여 완전한 문장으로 양 당사자의 이해와 합의를 정리하여 상호 서명하는 형식을 취하는 반면, Term Sheet는 형식적인 구조/조항을 취하지 않고, 완전한 문장형식보다는 key words 중심의 bullet-point 또는 ball-park data 중심의 요지만을 단순 정리한 형식으로, 양당사자의 합의에 따라 작성하는 경우보다는 일방당사자가 먼저 자신의 proposal 형식으로 Term Sheet를 상대방에게 제시하고, 상대방은 이에 대한 자신의 counter-proposal을 회신하는 형식으로 진행되는 경우가 많고, 종국적으로 상호이해와 합의가 이루어진 조건을 통합한 Term Sheet를 작성, 상호 서명하거나, 이를 토대로 의향서를 완성, 서명 후 본계약 협상으로 진입하는 경우 등이 있다. 이러한 이유로 의향서 대비, 작성/교환상 신속, 간이성이 있는 반면, 완전한 문장형식이 아닌 관계로 해석상 다변성, 불확실성, 모호성 등으로 인한 상호오해나 혼선이 존재할 수 있는 단점도 상존한다.

Term Sheet의 경우에도, 그 내용상 binding한 의무, 약속으로 해석될 명시적 규정이 있는 경우에는 법적 구속력 있는 것으로 해석될 여지가 있으나, 그러한 명시적 특약이 없는 경우에는, 그 형식이나 표현상의 불완전성, 특히 완전한 문장형식도 아닌 key words 중심의 나열인 관계로 당사자의 확정적 의사표시로 보기에에는 부족하다는 것이 법원의 일반적인 해석인 바, 법적 효력 강도 측면에서는 상대적으로 의향서보다도 구속력이 약하고, 단순 proposal의 교환, 또는 협의내용을 정리한 회의록 수준의 문서로 이해하는 것이 보편적인 입장이다(상호 합의된 문서로 보기 힘든 경우도 많다).

#### **(4) 기본합의서 (Letter of Agreement, Heads of Agreement, Basic Agreement,**

## Framework Agreement)

국제상거래 실무상, Letter of Agreement, Heads of Agreement, Basic Agreement, Framework Agreement 등의 title로 불리는 계약서 형식의 문서들이 있으나, NDA 나 LOI 또는 MOU 정도로 정형화된 형태는 아님은 물론, 거래당사자들에 대한 법적 구속력 여부도 그 제목 또는 형식에 따라 부여되는 것이 아님은 MOU 또는 LOI 등과 마찬가지로이다. 해당 당사자들이 상호 합의, 서명한 내용상 어떻게 규정하였는가에 달려 있다. 따라서, 이러한 제목들의 문서들을 접할 경우, 그 제목이나 형식에 따른 선입감이나 편견보다는 내용상 확정적 의사표시로 상호권리, 의무를 합의하여야 할 필요성이 있는지, 아니면 통상적인 MOU나 LOI에서와 같이 당사자들의 현재까지의 이해와 의도를 정리하는 수준(non-binding)으로 할지를 면밀히 검토, 협의 후 판단, 결정하는 것이 바람직하다.

이러한 기본합의서는 주로, 의도하는 거래를 위해 non-binding 의향서 하에서 협상 및 기타 검토, 준비작업을 진행해 온 경우, 상호 합의된 기본적인 거래구조, 주요 원칙 및 조건 등을 상호 binding하게 확정하고, 이를 전제로 최종 계약 협상을 진행하고자 할 경우에 의향서와 최종계약 중간단계에서 작성, 서명하게 되는 경우가 많다.

기업인수, 합병, 합작 또는 plant 수출 및 project financing 등 상당히 복잡한 거래구조와 여러 부수계약을 수반하는 경우, 초기에 서명, 교환한 non-binding 의향서 이후 본계약 체결 전까지 진행하여야 할 추가적인 협상과 함께 지속하여야 할 검토, 분석 및 기타 준비작업 관련 불가피하게 상당한 인력 투입, 시간과 비용이 필요한 반면 이러한 준비과정상의 투자에도 불구하고, 어느 일방이 임의로 협상을 지연, 중단, 포기하는 등으로 최종

계약체결에 실패하는 경우, 직/간접 비용손실은 물론 제3자와의 협의/진행 기회 상실 등으로 인해 목적인 입찰 참여 또는 낙찰 실패나 경쟁업체의 시장 선점 등과 같은 기회 손실이 크다고 판단될 경우, 상호 합의한 주요 구조, 원칙, 조건에 대한 당사자간 상호구속력을 인정, 확인하고, 이를 전제로 최종계약까지의 협상 및 준비작업을 진행하고자 하는 경우에 이러한 기본합의서의 필요성과 실익이 있다.

반면에 binding한 의향서를 체결한 경우에는 일방 당사자의 임의적, 진행포기, 거부가 이미 어려운 단계이므로 추가적인 기본합의서 협상, 서명보다는 최종합의서 협상, 체결에 주력하는 것이 상대적으로 효과적일 것이므로 그 실익이 적고, MOU를 아직 체결하지 않은 경우에는 기본합의서보다는 상대적으로 정형화된 MOU형식으로 상호이해와 합의를 정리, 교환하는 것이 오히려 바람직할 것이다.

상술한 이유로 binding한 기본합의서를 서명한 경우,

- i) 어느 일방이 기본 합의서상 합의 조건을 부정 또는 위반함에 따라 본계약 체결지연 또는 실패 시, 그 상대방은 계약위반 등에 따른 손해배상 등의 법적 구제 수단을 통해 상대방이 계약 준수, 이행하도록 강제할 압박수단을 확보하게 되는 장점이 있고,
- ii) 상대방이 제3자와 직, 간접적으로 이중협상 또는 상대적으로 유리한 기회를 저울질하는 등의 부정적 움직임을 방지하여, 사실상 우선 또는 독점 협상권을 확보한 것과 같은 효과를 얻을 수 있다.

한편, 상기와 같은 경우나 용도 외에도, 당사자 간 진행될 여러 건의 유사 또는 부속 거래가 계획되는 경우, 이러한 개별 거래를 포괄한 총거래 범위, 규모, 일정 또는 총체적인 거래의 기본 원칙과 조건을 Framework Agreement 등과 같은 총론적 기본계약(합의서) 형식으로 체결하고, 이후 그 범위 내에서 각 개별 거래를 협의 진행하여 후속 세부계약으로 체결하는 순서로 진행하기도 한다.

### **(5) 본계약(Definitive Agreement)**

위에서 살펴본 서식들은 모두 최종 계약에 도달하기 전의 예비적 또는 중간 협상단계에서의 정리를 위한 서식이었다면, 최종계약 (본계약)은 양 당사자들 간 상호 협상 결과 도출된 최종 합의사항을 정리한 법적 구속력이 있는 계약이다. 일반적으로, 최종계약 이전에 교환된 당사자들 간의 합의, 협의, 제안 등은 최종계약상 명시적 특약으로 그 효력을 인정하지 않은 한, 최종 계약서상의 명문 규정이 우선적 효력을 갖게 된다. 단, 최종계약상 명시적 조항이 없는 사안이나 해석상 이견이 발생하는 경우에는 보충적 증거로 활용될 수는 있다.

### **[참고] General Terms and Conditions (일반거래조건)**

일종의 표준약관으로 양당사자간 구체적 거래관련 조건을 개별적으로 합의, 작성한 것이라기 보다는, 어느 일방이 여러 다른 거래 상대방과 유사한 형태의 거래를 반복, 지속적으로 진행할 필요성이 있는 경우(원재료/부품/표준 완제품 등 장기 매매계약 등), 그러한 유형에 적용될 표준 거래조건을 작성하여 상대방들에게 제시하고, 상대방이 이를 수락하

는 형식을 통해 이러한 일반 거래조건을 각 개별거래를 위한 개별 계약의 일부로 편성되도록 진행하는 경우가 많다. 주로 여러 업체로부터 동일 또는 유사한 원재료, 부품 또는 표준화된 완제품을 구매하는 구매자의 입장에서 이러한 표준 거래조건을 적용을 요구하는 경우가 많다. 경우에 따라서는 특정업계(plant 건설 등) 차원에서 일종의 표준 기본조건을 정립하여 통용하고, 각 업체들의 개별 계약 시 모든 세부 조건을 일일이 협의, 협상하는 과정을 생략하고, 업계에서 상호 공정한 조건으로 널리 인정, 통용된 표준 거래조건을 전제로 개별 거래에 적용될 구체적인 금액, 일정, 공사내역 등 개별 특수 조건만을 중심으로 협상, 합의하여 본계약에 서술하되, 표준 거래조건상 수정이 필요한 부분은 Special Terms 또는 Particular Terms 등과 같은 이름의 특수 거래조건으로 정리하고, 일반거래조건보다 우선적용 효과를 갖는 것으로 하여, 본계약-(첨부1) 특수거래조건-(첨부2) 일반거래조건-(첨부 3) 기타 관련 부속서와 같은 구조로 계약문서를 구성하여 진행하기도 한다.

**이용태 미국변호사**

Global 기업법무 25년 Inhouse 경력, 국제계약, Claim, License, CP

T. 02-591-0657 E. [ytlee@kasanlaw.com](mailto:ytlee@kasanlaw.com) H. [www.kasanlaw.com](http://www.kasanlaw.com)