

무역계약서 해설 1



유 하상

1. 계약서의 작성

- 영문 계약서의 구조 【표준식 예문 1】
 - **XXXXXX CONTRACT**
 - **THIS CONTRACT** is made and entered into this ___ day of ___ 20__ between A and B in_____.
 - **WITNESSETH:**
 - Whereas, . . .
 - Whereas, . . .
 - **NOW THEREFORE**, in consideration of the mutual covenants and promises of the parties as set forth herein, it is mutually agreed as follows:
 - ARTICLE 1 . . .
 - ARTICLE 2 . . .
 - ARTICLE 3 . . .
 - .
 - IN WITNESS WHEREOF, the parties hereto have executed this CONTRACT by causing their corporate seals to be affixed hereunto and duly attested, and these presents to be signed by their duly authorized representatives on the date first above written.
 - for and on behalf of for and on behalf of
 - _____ Co., Ltd. L.S. _____ Inc. L.S.
 - Signed on this ___ day of ___ 2006 Signed on this ___ day of ___ 2006
 - By
 - Name
 - Title
 - Attes
 - **APPENDIX:**

예

- (1) 표 제 (Title of contract)
- (2) 두서 (Heading)
 - 계약체결 일자 (date)
 - 계약의 당사자 (parties)
 - 계약 체결지 (place)
- (3) 전문 (Non operative Part, premises)
 - 설명조항 (recitals, whereas clause)
 - 약인 문구 (considering wording)
- (3) 본 문 (Operative Part, body)
 - 정의조항 (definition)
 - 주된 계약내용/계약당사자의 권리 의무
 - 계약자체의 관리 (housekeeping clause)
 - * 계약기간/계약의 효력발생 (period of agreement, duration, term)
 - * 계약의 종료 (termination)
 - * 계약의 양도/수정/변경
 - * 불가항력 (force majeure)
 - * 중 재 (arbitration)
 - * 준거법 (applicable law, governing law)
 - * 재판관할 (jurisdiction)
 - * 통지 (notice) 방법

예

- * 다른 계약과의 관계 (integration) 즉, 완전조항 (entire agreement)
- * 기타 조항
- (4) 최 부
 - 말미문언 (termination clauses)
 - 서명/날인 (signature, seal, attest)
 - 첨부문서 (annex, appendix, attachment, exhibit)

각 조항별 작성요령

1. 표 제(Title)(제목)

- 편의상 계약 내용을 한 눈으로 알아보기 쉽도록 하기 위한 것일 뿐, 그 자체가 특별한 법적 효과를 갖는 것은 아님(생략되기도 함)
- 표제를 붙이지 않아도 계약서의 법적 효과에는 전혀 영향이 없음
- Agreement(합의), contract(계약서 자체)를 의미하지만 실무상 그 의미에 차이는 없음/ 다만 혼란을 없애기 위해 계약서 전체에 어느 한 용어만 사용하는 것이 좋음

- Shipbuilding Contract: 선박건조 계약/Supply Contract: 물품공급 계약 /Loan Agreement: 차관계약 금융계약 /Relending Facility Agreement: 전대자금융자 협정 /Joint Venture Agreement: 합작투자 계약 /Plant Engineering Agreement: 플랜트 엔지니어링 계약
- Distributorship Agreement (Agency Agreement): 판매대리점 계약
- Sales Agreement: 매매계약 /Technical Assistance Agreement: 기술원조계약 /Patent and Trademark License Agreement: 상표 및 특허 사용 계약

2. 두서(Heading)

- 본문에 들어가기 전 서론적 부분/ 계약서의 실체를 확인하는 문구/ 보통 "THIS AGREEMENT(CONTRACT)"로 시작하여 계약체결일자와 당사자가 표시.

(1) 계약체결일(Date)

- 계약이 체결되는 연, 월, 일을 표시
- 계약서의 효력발생시기를 별도로 명시하고 있지 않으면 이 일자가 효력발생시기가 됨.
- 특히, 계약의 유효기간을 “계약 체결일로부터 몇 년간”이라는 형식으로 규정하는 경우/중요한 의미를 갖게 되므로 명확히 기재해야 함
- THIS AGREEMENT is made this 7th day of March 2011 between A Company and B Company.
- 이 계약은 2011년 3월 7일 A사와 B사간에 체결되었음

2. 두서 (Heading) 1/2

(2) 당사자(party)/ 계약체결지(place)

- 계약당사자의 동일성을 명확하게 하기 위해 정확·완벽히 표기해야 함
- 따라서 최소한 당사자의 상호(trade name), 회사의 종류, 주소, 설립 준거법 등을 필수적으로 기재해야 하며, 주 사무소의 소재지, 영업소나 지점의 소재지, 회사의 대표자명을 기재하기도 함
- 본 계약은 대한민국 공군 군수사령부 (대한민국 대구광역시 동구 검사동 소재), (이하 매수자)와 미합중국 준거법에 따라 설립, 운영되고 있는 -----사(____에 소재)(이하 매도자)간에 작성 및 체결 된 계약이다
- 국가별로 다소 다른 성격을 가진 회사제도가 있으므로 영문표기 시 주의(한국 : 주식회사, 합명회사, 합자회사, 유한회사)
 - 주식회사 : 미국(Corporation, Incorporated 또는 Inc.) 영국(Limited 또는 Ltd.)
 - Company Limited by share(영·미, 주식회사), Partnership(미, 조합), Limited partnership(미, 합자회사), Unlimited Company(영·미, 무한책임회사), 특별법에 의하여 설립된 회사(statutory company) 등 여러 가지 명칭과 종류가 있음
- 회사의 주소는 재판관할권의 결정에 중요한 기준/ 통지·송달시 장소/ 준거법 결정의 기초가 되므로 반드시 기재해야 하지만 前文(Premises) 부분이 아닌 본문이나 계약서 마지막의 회사 표기 난에 명기할 수도 있음

2. 두서 (Heading) 2/2

(2) 당사자(party)/ 계약체결지(place)

- 통상 **주사무소**의 주소를 기재하지만, **지점소재지**를 기재하여도 무방
- 당사자를 규정할 때 **법인의 설립준거법**을 명기함으로써 후일 재판관할권 문제나 법인의 계약체결능력, 서명자의 대표·대리권 관계에 대한 해석상의 분쟁 등에 대비하는 것이 바람직함.
- 당사자 표기 시에는 약칭을 정함으로써 계약서작성에 편리하도록 하는 것이 좋음. (**약칭표기방법**)
 - **계약당사자의 지위를 표시** : "Seller/Buyer", "Principal/Agent", "Party A/Party B" 또는 "the first(second) party" 등
 - **회사의 상호를 표시** : "Hyundai", "I.B.M." 등
 - 당사자를 약칭으로 표기할 때에는 "**hereinafter referred to as 'X'**(이하 'X'라고 칭함)" 또는 "**hereinafter called 'Y'**(이하 'Y'라고 칭함)"라는 문구를 삽입하여 주어야 함.
- 계약 체결지는 계약의 **준거법/재판관할**에 관한 별도의 합의가 없거나 불분명한 경우, 이들 **결정에 중요한 요소**가 됨.
- 하지만, **국제계약**은 당사자가 한자리에 모여 서명·날인하는 것이 현실적으로 어려워 각자 순차로 서명·날인하는 경우가 많은데, 이 때에는 계약 체결지의 표시를 **생략하기도 함**

3. 전 문(Non operative Part. premise)

(1) 설명조항(Whereas clause, recital, backgrounds clause)1/2

- 계약 체결에 이른 경위/목적, 즉 계약 내용의 주된 개요/계약서 본문에 대한 이해에 도움을 줌
- 법적 효력이 없어 계약내용에 영향을 미치지 않으므로 필수적 요소는 아님
- 그러나 다음과 같은 경우에는 법적 효력을 가질 수도 있으므로 불필요한 것은 언급하지 않도록 주의
 - 첫째, 계약본문에 명백한 흠결이 있어 계약내용이 명료하지 못한 경우에는 설명조항이 계약당사자의 진의 파악을 위한 중요한 자료가 됨
 - 둘째, 표시에 의한 금반언(Estoppel by Representation) 이론에 의하여 설명조항에 어떤 사실을 기재한 당사자는 그 사실에 반하는 주장을 소송에서 할 수 없는 경우도 있음.
 - 예컨대 다른 당사자가 설명조항을 신뢰하여 계약을 체결한 경우, 그 후에 상대방이 그 설명조항에 반하는 주장을 함으로써 손해를 입지 않도록 하기 위함. 만약 이러한 상황이 발생한다면 설명 조항을 믿고 계약을 체결한 당사자는 상대방에 대하여 손해배상의 청구나 계약해제권을 가지도록 하여, 이를 신뢰하여 계약한 상대방을 보호

3. 전 문(Nonoperative Part. premise)

(1) 설명조항(Whereas clause, Recitals) 2/2

- 설명 조항 앞의 '**WITNESSETH**'란 단어는 "이 계약은 증거가 됨(He gives evidence)"이라고 번역되는 **영어의 고어체**이나 현재는 모든 종류의 계약서에서 사용하고 있음(**생략되기도 함**)
- 이 용어가 계약서상 의미나 법적 효과에 영향을 미치지 않으므로 생략해도 무방하지만, 변호사의 작품이라는 **고풍의 인상을 주는데 효과적**이며, 전통을 유지하고, 이를 **삽입하여도 계약서 효력에 영향을 미치지 않는 점**에서 계속 사용되고 있음. 이 표현은 대문자로 두서와 전문의 중간에 삽입하고, 콜론(:)을 붙여 설명조항의 시작을 예시해 주고 있음.
-
- **WITNESSETH THAT: WHEREAS, (A사) and (B사) wish to form a joint venture company in the People's Republic of China ("China") to carry on the business stipulated in Article 4; (현재의 시재로 표현)**
- **A사와 B사는 제4조에 규정된 사업을 수행하기 위하여 중국에 합작투자회사를 설립하고자 한다.**

3. 전 문(Non operative Part. premise)

(2) 약인 및 대가consideration clause(약인조항)

- 약인(consideration) : 계약상의 채무의 대가로 제공받는 작위, 부작위, 법률관계의 설정, 변경, 소멸 또는 약속
- 약인 이론은 강제집행을 구할 수 없는 증여와 구별하기 위한 것임
- 영미법의 common law(관습법)에서는 날인증서에 의한 계약이 아닌 한 약인이 없는 계약은 무효(void)이므로 그 이행을 강제할 수 없는 것으로 인식되어 왔음. 그래서 설명조항 다음에 약인에 관한 문구를 기재하는 것을 상례로 하고 있음
- 그러나 최근에는 계약 내용에 실제로 약인이 있는지 여부에 따라 계약의 효력이 정해지며, 단순히 약인 문구 여부는 계약의 성립여부와는 상관이 없게 되었음.(오늘날 누가 반대급부 없이 호의만으로 계약을 체결하겠는가?)
- Therefore, in consideration of the mutual covenants set forth in this Agreement, the Parties hereby agree as follows:
- 그러므로, 이 계약에 명시된 상호의 계약조건을 약인으로 하여, 이로써 당사자들은 다음 사항을 합의한다.

4. 본문(operative part)

(2) 계약의 존속기간 및 해제(duration and termination)

(다) 계약위반으로 인한 해제를 대비한 조항 2/3

③ 違約金

- 계약불이행에 대한 제재를 목적으로 정한 배상금.
 - 영미법상으로는 손해배상액의 예정은 그 유효성이 인정되나 위약금은 균형을 잃은 형벌적 성격을 띤다는 이유로 그 효력이 부인된다. 따라서 準據法이 영미법계인 경우에는 동 조항은 중요한 문제가 될 수 있음
- 제○조(위약금)
- 매도인의 책임 있는 사유로 인해 이행이 불능케 되었을 경우에 매도인은 매수인에게 금 원을 지급한다.

④ 확인성 조항

契約解除로 계약상의 모든 법률관계가 소급되어 무효가 되는 것은 법적 안정성에 반하므로 계약해제로 계약관계가 종료되어도 **해제 이전에 계약에 기초하여 당사자가 이행한 부분 및 적법하게 발생한 당사자의 債權·債務의 효력은 영향을 받지 않도록 하는 것이 필요.**

이는 마치 계약 중 무효화된 조항에 불구하고 다른 유효한 조항을 가능한 한 살려서 계약당사자간 법률관계에 안정성을 도모하려는 **분리가능조항(severability clause)**과 동일한 취지

4. 본문(operative part)

(2) 계약의 존속기간 및 해제(duration and termination)

(다) 계약위반으로 인한 해제를 대비한 조항 2/3

⑤ 분리가능조항(severability clause)

- 계약내용의 일부가 어떤 사유로 실효/무효화 하더라도 그 계약 전체가 실효/무효로 되는 것은 아니라, 다른 조항은 계속적으로 유효하다는 조항.
- 예컨대 법원의 판결/강행규정에 의하여 계약내용의 일부가 실효 또는 무효로 되더라도 계약전체가 실효/무효화 하는 것을 방지하기 위하여 설정
- 다만 계약조항의 중요한 부분이 실효가 되는 때에는 계약전부가 실효 되는 경우가 있음을 유의

4. 본문(operative part)

(3) 계약양도 (Assignment clause)

- 제3자에 대한 계약의 양도제한을 설정하는 조항
- 영미계약법상 계약상의 권리/의무는 당사자의 의사/법률규정에 따라 일정한 조건하에 제3자에게 양도할 수 있음. 따라서 계약양도를 금지하려고 하는 때에는 그 뜻을 계약상에 명기해 두어야 함.
- This agreement and each and every covenant, term and condition hereof shall be binding upon and effective to the benefit of the parties hereto and their respective successors and permitted assigns, but neither this agreement nor any right or obligations hereunder shall, without prior written consent of the other party, be assignable directly or indirectly, voluntarily or by operation of law by either party.
- 이 계약과 이와 관련한 모든 약정 및 조건은 관계당사자와 그 승계인 및 양수인을 구속하고 그들의 이익을 위해 효력이 있다. 다만, 상대방의 사전 서면동의 없이는 이 계약이나 이에 따른 어떠한 권리 또는 의무도 임의로 또는 법률의 정함에 의거하여 직·간접으로 양도할 수 없다.

4. 본문(operative part)

(4) 면책을 위한 조항

(가) 불가항력 (Force Majeure clause)

당사자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 의해 사정이 현저하게 달라진 때에 계약조건 대로의 내용을 그대로 인정할 수 없기 때문에 계약을 소멸시킨다는 내용

- ① 매매당사자의 귀책사유가 아닌 불가항력으로 인하여 계약내용을 이행하지 못한 경우에는 이를 계약불이행으로 보지 않고 그 당사자는 면책된다는 것과 불가항력의 정의 또는 예시 및 면책 받기 위하여 그 당사자가 해야 하는 조치 등을 그 내용으로 함
- 매도자는 천재지변, 화재, 폭발, 파업, 직장폐쇄, 폭동, 소요, 동원령 선포, 전쟁 위협/존재, 봉쇄, 출항금지, 선박의 징발, 유행병, 본 계약 발효 이후의 관련 법령 개정, 수출입 허가 등 기타 매도자가 적절히 통제할 수 없는 원인에 의한 인도의 불이행이나 지연에 대하여 책임지지 아니한다. 본 계약서 5조에 의거한 지체상금의 부과를 피하기 위하여, 매도자는 불가항력 사유에 관하여 불가항력 발생 후 10일 이내에 매수자에게 통지하고 물품발송전까지 국가의 공인기관이 발행하는 증명서를 첨부하여 매수자에게 전송통보 및 항공 우송하여야 한다.

4. 본문(operative part)

(4) 면책을 위한 조항

(나) 사정변경조항(hardship clause) 또는 이행가혹조항

- 계약체결 당시에는 예기하지 못했던 경제적 또는 정치적 사태가 계약 체결 후에 발생하여, 계약대로의 이행이 불가능하지는 않으나 현저하게 상업적으로 곤란해져 계약의 본질적 변경이 불가피해 진 경우에는 당사자는 계약내용의 변경을 요구할 수 있고 그때에는 상대방은 반드시 이에 응해야 한다는 조항
- 이와 같은 경우 채무이행이 불가능하지는 않으므로 채무이행을 바로 면제 받는 것은 아니지만, 본래의 채무이행을 강제하게 되면 채무자로서는 큰 부담이 되고, 계약의 衡平(fairness)이란 관점에서 부당하다.
- 또한 만약 이러한 경우에도 면책을 인정하지 않는다면 계약당사자는 계약체결 후 불확실한 사정변경에 따른 위험을 부담하지 않으려 함으로써 계약의 체결을 주저하게 될 것이다.
- 따라서 양당사자 간에 있어서 사정변경에 따르는 위험을 고려하면서 현시점에서의 원활한 거래성립을 도모하기 위한 방법으로 생겨난 것이 hardship 조항이다.

4. 본문(operative part)

(4) 면책을 위한 조항

(다) 지연이행조항(delayed performance clause)

- 불가항력조항과 밀접한 관계에 있는 조항
- 불가항력에 의하여 계약이행이 이루어 지지 못한 경우에는 그 이행을 며칠간 연장한다는 것
- 그렇게 연장된 기간 내의 계약내용 이행 및 연장된 기간 후의 계약내용 이행을 수용할 것인가의 여부
- 연장 기간 후에도 여전히 불가항력의 지속이나 그 후속사태의 여파로 여전히 계약이행이 불가능한 경우의 처리문제 등에 관한 사항을 약정하는 조항

(라) indemnification clause(보상조항)

- 어느 일방의 계약불이행이나 제3자에 대한 의무불이행으로 인한 손해에 대하여 배상할 것을 규정하는 조항
- 경우에 따라서는 계약불이행에 따른 직접적인 피해뿐만 아니라 그 불이행에 따른 기대이익의 상실 등 간접피해까지 배상하도록 규정하는 때도 있다.
- 계약위반 내지 계약불이행에 대한 손해배상을 규정

(마) Waiver/비포기조항(non-waiver clause)

- 일시적으로 어느 계약조건의 이행 청구를 하지 않더라도 이를 이유로 그 후의 동 조항 또는 조건의 이행 청구권의 포기한 것으로 보거나 이를 박탈할 수 없다는 조항
- 이 조항은 특히 영미법계에서 이른바 “표시에 의한 반금언”(estoppel by representation)의 법리가 법영역에서 널리 적용되고 있어, 앞에서 말한 이행청구권의 포기로 받아들여질 우려가 있기 때문에 계약관계를 명확히 유지하기 위하여 계약 속에서 이러한 조항을 설정하고 있는 것이다.
- 예를 들어 상대방의 계약위반 시 내가 그에 대해 계약을 종료하거나 손해배상을 청구하는 행위를 하지 않는다고 해서, 내가 그 권리를 포기한 것이 아니다. 따라서 나중에라도 그런 것들을 청구할 수 있으니, 내가 할 수 있었는데 안 했으므로 권리를 포기한 것이라고 하지 마라는 뜻. 또한 한 가지의 권리를 실행했다고 해서 다른 권리가 자동적으로 없어지거나 하는 것이 아니며, 여러 가지를 동시에 할 수도 있다는 뜻도 있음

(바) 면책승인조항(Releases clause)

- 계약완료 때 향후 어떤 법적 소송도 제기하지 않겠다는 약속으로 서구 기업 사이에 일반화되어 있는 조항
- 계약서와는 별도로 계약해지 시 상대방으로부터 면책승인서를 받아 두는 것도 안전을 도모할 수 있다.

(사) escalation clause(신축조항)

- plant(산업설비)나 선박, 대형 기계류처럼 공정에 장기간이 소요되는 물품의 경우 각종 원부자재의 가격상승에 대응할 수 있도록 가격의 변경(조정)을 허용하기 위한 조항

(아) Waiver of Sovereign Immunity(주권면제특권포기조항)

- 국가는 주권 행사보유권자를 이유로 타국의 소송에 응소하지 않을 권리가 있으며, 국가 자신이 부담하는 채권 또는 책임을 일방적으로 면제시킬 수 있는 특권이 있다.
- 따라서 국가 또는 정부기관과 체결하는 국가계약(state contract)의 경우에는 이러한 주권면제특권을 포기하고 완전히 사인과 동일한 지위에서 채무 및 책임을 부담하고 소송당사자가 되겠다는 것을 약정하는 주권면제포기조항을 명시해둘 필요가 있다.

4. 본문(operative part)

(5) 완전합의 (Entire Agreement clause, 다른 계약과의 관계)

- 계약체결의 이전단계에서의 그 계약과 관련된 의견교환/합의/약속 등은 정식으로 체결된 계약의 내용에 완전히 흡수 통합되어 소멸하였으므로 그것과 계약내용이 상치되더라도 과거의 것을 주장할 수 없고 오직 정식으로 체결된 계약내용만이 유효하다는 조항
- This Agreement constitutes the entire agreement between the parties and supersedes all previous negotiations, representations, undertakings and agreements heretofore made between the parties with respect to the subject matter, and shall not be modified except by the mutual agreement in writing by duly authorized officers of the parties hereto.
- 이 계약은 양당사자 간의 합의내용을 완결 짓는 것이며, 이 계약의 목적과 관련된 이전의 양당사자 간 모든 협상 및 의사표명, 양해, 약정 등을 대체하고, 양당사자의 서면 합의에 의하지 아니하고는 수정될 수 없다.