

3차시

# 핵심만 쏙쏙! 기업법무실무

## 계약서 작성

변호사 / 공인회계사 이 은 종

# Contents

- 1 계약서에 대한 이해**
- 2 계약서의 각 조항에 대한 분석**
- 3 계약서의 효력에 관한 검토**

# Contents

## 1 계약서에 대한 이해

1. 계약서의 의미

2. 계약서의 당사자

3. 계약서의 내용

4. 서증으로서의 계약서

# 1. 계약서에 대한 이해

## 1. 계약서의 의미

### ■ 계약서란?

계약을 체결한 당사자들 사이에 계약서에 적힌 내용대로 계약이 이루어졌다는 사실을 증명하는 서증

#### 계약 당사자

- 계약서의 진정 성립

#### 계약의 내용

“Contract makes the law”

- 계약의 해제, 해지
- 계약의 무효, 취소
- 민법 제103조
- 약관의 규제에 관한 법률

#### 서증

- 처분문서
- 구두 계약의 문제점
- 계약서 분실의 경우

# 1. 계약서에 대한 이해

## 2. 계약서의 당사자

### 계약 당사자

대리인이 계약할 경우에는 위임장을 확보하여야 함, 법인이 계약 당사자일 경우 대표이사의 기명날인이 필요

#### 민법 상 규정

##### 제114조(대리행위의 효력)

- 1) 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다.
- 2) 전항의 규정은 대리인에게 대한 제삼자의 의사표시에 준용한다.

1. 계약서에 대리인 기명날인 필요
2. 해당 계약을 체결할 권한이 대리인에게 있다는 내용의 위임장 필요

# 1. 계약서에 대한 이해

## 2. 계약서의 당사자

### 계약 당사자

계약서를 작성한 명의인들이 실제로 그 계약을 체결하였는지(계약서의 진정성립)가 중요함

#### 민사소송법 상 규정

##### 제357조(사문서의 진정의 증명)

사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다.

##### 제358조(사문서의 진정의 추정)

사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인(拇印)이 있는 때에는 진정한 것으로 추정한다.

#### 공증의 방식

공정증서의 작성

사서증서의 인증

#### 인장의 날인

인감증명서 수령

신분증 사본 수령

#### 기타 방법

서명 받기

지장 받기

# 1. 계약서에 대한 이해

## 2. 계약서의 당사자

### 공증의 방식

공증의 방식으로는 공정증서의 작성과 사서증서의 인증이 있음

#### 공정증서의 작성

- 공증인이 당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁에 따라 법률행위나 사권에 관한 사실에 관하여 작성하는 증서
- 공문서로서 민사소송이나 형사소송의 강력한 증거가 되며, 민사소송에 있어서 법원은 원칙적으로 공정증서의 내용과 다르게 사실을 인정할 수 없음
- 집행권원이 되어 그 증서에 기하여 바로 강제집행할 수 있는 효력(집행력)이 인정됨

#### 사서증서의 인증

- 작성명의인이 본인의 의사에 기하여 사서증서(사문서)에 기명날인 (또는 서명, 무인)한 사실을 증명
- 인증 대상인 사서증서는 원본이어야 하며 공란이 없는 완성된 문서여야 함
- 문서의 진정성립이 추정(작성명의인의 의사에 따라 사서증서가 작성된 것으로 인정)될 뿐 집행력이 인정되지 아니함, 사서증서에 당사자가 강제집행을 승낙한 내용이 기재되어 있더라도 집행권원이 되지 못함

# 1. 계약서에 대한 이해

## 2. 계약서의 당사자

### 인장의 날인 및 기타 방법

인영 부분의 진정성립이 인정되면 그 문서 전체의 진정성립이 추정됨

#### 본인 확인 방법

##### 인감도장 날인

- 공증을 제외하고 본인 확인 방법 중 가장 증명력 높음
- 인감증명서 첨부

##### 인반도장 날인

- 인감증명 받는 것 보다는 명의자가 작성했다는 사실에 대한 증명력 약함
- 신분증 사본 수령

##### 무인 날인

- 외관상 본인이 날인한 것인지가 분명하지 않아 인감도장 날인보다 증명력이 약함
- 신분증 사본 수령

##### 서명

- 서명도 법률에서 인정하는 본인 인증 방식이지만 동일인 여부 확인을 위해선 감정을 거쳐야 함
- 신분증 사본 수령

# 1. 계약서에 대한 이해

## 3. 계약서의 내용

### 계약서의 내용

일단 체결된 계약은 일방 당사자 마음대로 그 효력을 거부하거나 변경할 수 없는 것이 원칙

#### 계약의 해제, 해지

##### 민법 제543조(해지, 해제권)

- 1) 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때에는 그 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다.
  - 2) 전항의 의사표시는 철회하지 못한다.
- 해지와 해제의 차이점
  - 합의해제, 약정해제, 법정해제

#### 계약의 무효, 취소

##### 민법

##### 제103조(반사회질서의 법률행위)

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

제104조(불공정한 법률행위), 제107조(진의 아닌 의사표시), 제108조(통정한 허위의 의사표시), 제109조(착오로 인한 의사표시), 제110조(사기, 강박에 의한 의사표시)

##### 약관의 규제에 관한 법률

##### 제6조(일반원칙)

- 1) 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.

# 1. 계약서에 대한 이해

## 4. 서증으로서의 계약서

### ■ 서증으로서의 계약서

계약서는 서증으로서 법원에서는 증인의 증언(인증)보다 서증을 더 신뢰하는 경향이 있음

#### 처분문서

- 증명하고자 하는 법률적 행위가 그 문서 자체에 의하여 이루어진 경우의 문서
- 처분문서가 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기과 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다6753 판결, 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다60172 판결 등 참조)

# Contents

## 2 계약서의 각 조항에 대한 분석

1. 목적 조항
2. 전제사실 조항
3. 정의 조항
4. 손해배상 조항
5. 위약금 조항
6. 연체료 또는 지체상금 조항
7. 해제·해지 조항
8. 관할 조항

# 2. 계약서의 각 조항에 대한 분석

## 1. 목적 조항

### ■ 목적조항의 기능

반드시 기재할 필요는 없으나 계약의 명칭이 불분명한 경우 전체적인 계약의 형태를 확인할 수 있고 계약을 체결하게 된 동기 등도 나타낼 수 있음

#### 계약의 명칭 - MOU의 경우

- MOU, LOI, 양해각서, 의향서, 협정서 등
- MOU의 유용성 : 을의 필요
- MOU의 특징
  - 법적 구속력 배제조항의 필요
  - 기한약정의 필요(유효기한의 특정)
  - 일방적인 해지 가능 규정

#### 계약 체결의 동기

##### 민법 제109조(착오로 인한 의사표시)

① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.

계약 체결의 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 동기의 착오를 이유로 계약 취소 가능(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결 참조)

# 2. 계약서의 각 조항에 대한 분석

## 2. 전제사실 조항

### ■ 전제사실 조항의 의미

계약 당사자가 당 계약을 체결하게 된 배경이나 원인 등을 기술하는 조항, 추후 착오를 이유로 한 계약 취소의 여지를 두기 위한 조항임

#### 일반적인 예

갑(매수인)이 을(매도인)의 본건 부동산을 취득하게 된 중요원인은 위 부동산이 계약 체결일 이후 3개월 이내에 개발제한구역에서 해제된다는 을의 설명에 따른 것임을 양 당사자는 충분히 인지한다.

#### 법률행위의 내용의 중요부분

표의자가 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 뿐만 아니라(주관적 요건), 보통 일반인도 표의자의 지위에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않았을 것이라고 생각될 정도(객관적 요건)로 중요한 착오인가 아닌가에 의하여 판단하여야 한다

- 처음부터 조건부 행위로 규정하는 것도 가능

# 2. 계약서의 각 조항에 대한 분석

## 3. 정의 조항

### 정의조항의 중요성

당사자 간에 분쟁이 생길 가능성이 있는 모호한 개념에 대해서 계약서의 시작 부분에 정확한 개념 규정을 하여 두는 조항

#### 일반적인 예

“상용소프트웨어”란 일반적이거나 특정한 목적을 위하여 개발되어 하나의 상품으로 출시되고 판매를 목적으로 완성된 소프트웨어를 의미한다.

“불가항력”이란 태풍·홍수 기타 악천후, 전쟁 또는 사변, 지진, 화재, 전염병, 폭동 기타 계약당사자의 통제범위를 초월하는 사태의 발생 등의 사유로 인하여 계약당사자 누구의 책임에도 속하지 아니하는 경우를 의미한다.

#### 정의조항의 유용성

- 계약 당시에는 당사자 간에 합의가 되었다고 생각한 용어에 대하여도 분쟁 발생시 그 해석에 대한 다툼이 발생하는 경우가 잦은데, 이러한 분쟁을 미리 방지할 수 있음
- 계약서 문언을 모두 완성한 다음 그 내용을 몇 번 읽어보면서 여러 각도에서 해석해 본 다음 가장 마지막에 애매한 개념들을 뽑아내어 정리하는 것이 효율적임

# 2. 계약서의 각 조항에 대한 분석

## 4. 손해배상 조항

### ■ 손해배상 조항의 유의점

상대방이 계약을 위반하는 경우 이에 대한 손해의 전보를 위하여 미리 손해배상을 규정하는 조항

#### 일반적인 예

당사자 중 일방이 본 계약상의 의무를 위반하는 경우, 그로 인해 발생하는 일체의 민·형사상 책임을 진다. (X)

→ 구체적인 의무 적시 필요

‘을’은 자신이 공급하는 기자재의 하자로 인해 ‘갑’의 운전기가 운전 중단될 경우, ‘갑’에게 발생하는 손해가 1일 기준 약 2,000만 원에 상당하다는 점을 충분히 인지한다.

#### 통상손해와 특별손해

##### 민법 제393조(손해배상의 범위)

- ① 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.
  - ② 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.
- 채무자가 알았거나 알 수 있었는지를 판단하는 기준시점은 계약 체결시가 아닌 채무의 이행기
  - 특별 손해 발생사실을 상대방에게 미리 알려주고 계약서에 명기할 필요

# 2. 계약서의 각 조항에 대한 분석

## 5. 위약금 조항

### 위약금 조항

계약을 위반한 상대방에게 사전에 약정된 금액을 손해배상으로 청구할 수 있도록 규정한 조항, 위약벌과 비교

#### 일반적인 예

계약 당사자 중 일방이 위 제10조의 비밀유지의무를 위반한 경우, 위반 당사자는 상대방에게 그 위반행위로 인한 일체의 손해를 배상하여야 한다. (X) → 구체적인 금액 적시 필요

계약 당사자 중 일방이 본 계약상의 비밀유지의무를 위반한 경우 다른 상대방에게 위약벌로 금 1,000만 원의 배상을 하여야 한다. 위 배상은 다른 상대방의 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다.(추가적인 손해배상청구, 감액의 가능성)

#### 위약금 조항의 기능

- 상대방의 채무불이행이 있을 경우 손해배상을 청구할 수 있는데, 손해배상을 청구하는 측에서 손해의 발생 사실 및 손해 입은 액수를 증명하여야 함
- 손해배상액을 미리 예정해 놓으면 위약금 규정의 존재 및 상대방의 위약 사실만 증명하면 예정된 배상액을 청구할 수 있음, 다만 너무 과다할 경우 감액 가능
- 상대방에게 구체적인 손해배상의무를 일깨워주어 채무불이행 방지하는 효과

# 2. 계약서의 각 조항에 대한 분석

## 6. 연체료 또는 지체상금 조항

### 연체료 또는 지체상금 조항

계약 당사자 중 일방이 금전지급의무를 부담하고 있을 경우, 그 이행지체 시에 일정한 지연이자를 물리는 조항이며 손해배상액 예정의 일종임(과다하면 감액 가능)

#### 일반적인 예

‘을’은 본 계약에 의하여 ‘갑’에게 지급하여야 할 금전채무를 연체한 경우에는 연체일수에 대하여 연체금액의 연 17%의 비율에 의한 연체료를 가산 납부하여야 한다.

수급사업자가 계약기간 내에 상용소프트웨어 공급 및 과업수행을 완료하지 못한 경우, 원사업자는 지체일수에 하도급 대금의 2.5/1000 (물품과 용역의 과업을 일괄하여 입찰에 부치는 경우는 하도급 대금의 1.5/1000)을 곱한 금액(이하 “지체상금”)을 하도급대금에서 공제한다.

#### 금전채무 이행지체 시 법정이자

**민법 제379조(법정이율)** 이자 있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 연 5분으로 한다.

**상법 제54조(상사법정이율)** 상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6분으로 한다.

- 지연이자를 따로 정하지 않으면 상대방의 이행지체에도 법정이자만 청구 가능
- 물품 공급 계약에서는 물품이 늦게 공급되는 경우를 대비해 지체상금 규정을 두어야 함(1일당 계약금액의 1/1000 ~ 2/1000가 적당)

# 2. 계약서의 각 조항에 대한 분석

## 7. 해제·해지 조항

### 해제·해지 조항의 의미

체결된 계약을 소급적으로 해제시키거나 장래에 향하여 해지시키는 조항

#### 일반적인 예

- ① 갑 또는 을은 상대방이 본 계약 및 본 계약에 따라 체결한 협의 등을 위반한 경우 상당기간을 정하여 그 이행여부를 통지하고 상대방이 그 기간 내에 이행을 하지 않거나 이행을 거부하는 경우에는 본 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 이행여부의 최고 및 계약의 해제 또는 해지에 대한 통보는 반드시 서면으로 하여야 한다.
- ③ 제1항의 해제 또는 해지는 갑과 을의 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다.

#### 약정 해제·해지

##### 민법 제543조(해지, 해제권)

- ① 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때에는 그 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다.
  - ② 전항의 의사표시는 철회하지 못한다.
- 이행지체, 이행불능 등의 법정해제·해지 사유 외에도 당사자 간에 약정한 사유 발생 시 계약 해제·해지 가능

# 2. 계약서의 각 조항에 대한 분석

## 8. 관할 조항

### 관할 조항의 유용성

향후 법적 분쟁이 발생했을 경우 분쟁해결 기관을 사전에 계약서에 규정하는 조항

#### 일반적인 예

본 계약과 관련하여 분쟁이 발생하는 경우 소송은 갑의 소재지 법원을 관할법원으로 한다.

당사자의 일방이 다른 당사자에게 분쟁 발생 사실 통지 후 30일 이내에 당사자 간에 위 분쟁에 관한 협의가 이루어지지 아니하는 경우 서울에 소재하는 대한상사중재원에서 동 중재원의 상사중재규칙에 따라 동 분쟁을 해결한다. 중재인이 내린 중재판정은 당사자들을 최종적으로 구속하며 당사자들은 동 분쟁에 관하여 법원에 소송을 제기하지 못한다.

#### 약정 해제·해지

##### 민사소송법

**제29조(합의관할)** ① 당사자는 합의로 제1심 관할법원을 정할 수 있다.

- 특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙에도 어긋나는 것(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결 등 참조)

# Contents

## 3 계약서의 효력에 관한 검토

1. 계약의 무효, 취소
2. 계약의 해제·해지
3. 불공정거래의 경우

# 3. 계약서의 효력에 관한 검토

## 1. 계약의 무효, 취소

### 예외로서의 무효, 취소

계약은 성립하면 계약의 내용대로 당사자들을 구속하는 것이 원칙, 예외적으로 무효와 취소를 규정함, 계약의 무효 사유는 다음과 같음

#### 민법 제103조 (반사회질서의 법률행위)

- “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.”
- 도박의 대가로 주기로 한 금전채무, 성매매 약정, 신체포기 각서, 보험사기를 노린 보험가입 계약

#### 민법 제104조 (불공정한 법률행위)

- “당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.”
- 회사가 산재보험처리 해주면 사고 관련 민형사상 이의 제기 아니하기로 한 산재 피해 근로자와 회사의 합의, 지나친 폭리

#### 민법 제107조 (진의 아닌 의사표시)

- ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.
- ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

#### 민법 제108조 (통정한 허위의 의사표시)

- ① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.
- ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

# 3. 계약서의 효력에 관한 검토

## 1. 계약의 무효, 취소

### ■ 개별 법령에서의 무효 규정

약관의 규제에 관한 법률, 이자제한법 등 개별 법령에서 무효 규정 정하고 있음

#### 약관의 규제에 관한 법률

**2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

"약관"이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.

**제6조(일반원칙)** ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.

② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항

# 3. 계약서의 효력에 관한 검토

## 2. 계약의 해제·해지

### 합의해제, 약정해제 및 법정해제

해제 또는 해지 사유는 당사자 간의 합의, 당사자 간의 사전 약정 및 법률에 정한 사유에 의한 것으로 구분됨

#### 합의 해제

- 유효하게 성립한 계약관계를 해소하겠다는 내용의 새로운 계약
- 원칙적으로 사유에 제한이 없으며 해제계약의 내용에도 제한이 없음
- 손해배상, 원상회복 등 해제 이후의 법률관계에 대해서도 제한이 없음

#### 약정 해제

- 당사자 사이에 미리 정해놓은 사유가 발생하면 일방 또는 당사자들 모두에게 해제권을 수요하는 내용의 계약조항
- 원칙적으로 사유에 제한이 없음
- 약정해제권을 유보한 경우에도 상대방의 고의·과실이 없다면 상대방에 손해배상책임 물을 수 없음(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다59115 판결 참조)

#### 법정 해제

- 민법 제543조(이행지체와 해제), 제545조(정기행위와 해제), 제546조(이행불능과 해제) 등 규정
- 법정 사유로만 해제 가능
- 손해배상, 원상회복 등 해제 이후의 법률관계에 대해서도 법령의 규정을 따름

# 3. 계약서의 효력에 관한 검토

## 3. 불공정거래의 경우

### ■ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률

사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하기 위해 다양한 규제 마련

시장 지배적 지위의 남용 금지

부당한 공동행위의 금지

불공정거래행위의 금지

재판매가격유지행위의 제한



### 공정거래위원회의 규제

시정조치

과징금

형사처벌

3차시

# 핵심만 쏙쏙! 기업법무실무

## 계약서 작성

감사합니다