

〈논문〉

최선노력조항(best efforts clause)의 해석*

權 英 俊**

요 약

최선노력조항(best efforts clause)은 계약상 채무이행과 관련하여 최선의 노력을 다하겠다는 취지의 문언이 포함된 계약조항이다. 최선노력조항은 계약관계의 불명확성으로 인하여 구체적이고 확정적인 계약내용을 정하기는 어렵지만 그 불명확성을 최소화하기 위하여 활용된다. 주로 영미법계 국가들에서 널리 이용되었으나 국제거래나 국내거래에서도 점차 활용도가 높아지고 있다. 그런데 최선노력조항은 ‘최선’이나 ‘노력’과 같은 추상적이고 불명확한 개념을 담고 있어 복잡한 해석 문제를 야기한다. 이 글에서는 그동안 그다지 연구되지 않았던 최선노력조항의 체계적 해석론을 전개하고자 하였다.

우선 최선노력조항은 그 추상성으로 말미암아 법적 효력 인정 여부 자체가 문제가 되는 경우가 많다. 이는 궁극적으로 계약해석의 문제로 귀착되지만, 일반적으로는 최선노력의무의 구체성과 명확성이 높고, 그 이행에 대한 상대방의 신뢰가 높으며, 계약의 특성과 내용상 독자적인 의미를 갖출수록 그 법적 효력을 인정할 가능성이 높아진다.

최선노력조항에 따른 법적 의무의 내용을 확정하는 과정에서는 ① 최선노력조항에 따른 법적 의무는 결과채무가 아니라 수단채무라는 점(해석의 출발점), ② 최선노력조항에 따른 법적 의무는 채무자가 적어도 필요한 최소한의 노력을 기울일 것을 요구한다는 점(법적 의무의 하한선), ③ 반면 최선노력조항에 따른 법적 의무는 비합리적인 노력을 기울일 것까지 요구하지 않는다는 점(법적 의무의 상한선)을 기본적인 계약해석원리로 고려해야 한다.

최선노력의무위반으로 손해가 발생하였다면 손해배상책임의 문제가 생긴다. 일반적인 계약위반의 경우처럼 이때에도 민법 제393조의 틀 내에서 그 이행이익이 배상대상이 되어야 한다. 실제로는 최선노력의무를 다하였다라면 얻게 되었을 이익의 존재와 범위를 증명하는 것은 쉽지 않다. 따라서 이에 갈음하여 지출비용 내지 신뢰이익에 상당하는 손해배상을 구하거나, 법원이 손해의 공평한 분담이라는 이념에 기대어 손해배상책임을 적정하게 제한하는 방법이 동원된다.

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014년도 학술연구비 지원금을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

계약실무의 최선선에서 활용되는 최선노력조항은 매우 실무적이고 사안 중심적이어서 학문적 탐구와 다소 거리가 있는 소재처럼 보인다. 하지만 사실 이는 법률관계와 그 밖의 생활관계, 계약 주체의 이타심과 이기심, 합리성과 비합리성 같은 법학의 근본적인 화두와도 맞닿아 있어 여러모로 생각할 바를 제공하는 소재이다. 그 점에서 최선노력조항에 대한 연구는 단지 실무적인 것에 그치지 않고 이론적인 문제와도 맞닿아 있는 것이다.

주제어: 최선노력조항, 합리적 노력조항, 계약해석, 합리성, 손해배상

I. 서 론

최선노력조항(best efforts clause)은 계약상 채무이행과 관련하여 “최선의 노력을 다하겠다”라는 취지의 문언이 포함된 계약조항이다. 최선노력조항은 진지한 숙고 끝에 계약서에 포함되기도 하지만, 호의적 분위기에 편승하여 별 문제의식 없이 계약서에 포함되기도 한다. 그런데 당초의 장밋빛 기대와 달리 협력관계가 깨지고 계약분쟁이 발생하면 이 조항은 어려운 계약해석 문제를 야기한다. ‘최선의 노력’이라는 일상적인 표현이 주는 막연함은 처음에는 당사자를 편안하게 하지만, 나중에는 당사자를 당혹스럽게 한다. 그러한 의미에서 최선노력조항은 계약단계에서의 거래비용은 감소시키지만 분쟁단계에서의 거래비용은 증가시킨다.¹⁾ 또한 최선노력조항은 결과가 아니라 과정을 규율하는데, 일반적으로 결과보다는 과정의 판단이 더욱 어렵다. 결과는 현재의 것으로서 눈에 보이는 경우가 많지만 과정은 과거의 것으로서 눈에 보이지 않는 경우가 많기 때문이다. 따라서 최선노력조항을 해석하고 적용하는 것은 결코 쉬운 작업이 아니다.

이러한 어려움에도 불구하고 영미법계 국가들에서는 최선노력조항이 활발하게 이용되어 왔다. 미국의 한 계약서 데이터베이스에 따르면 그 데이터베이스에 수록된 실제 계약서 전체 690,997건 중 76,611건(11%)에서 ‘best efforts’에 대한 조항을, 55,292건(8%)에서 ‘reasonable efforts’에 대한 조항을 두고 있을 정도이다.²⁾ 영국의

¹⁾ Robert E. Scott & George G. Triantis, “Anticipating Litigation in Contract Design”, 115 *Yale Law Journal* 814, 817 (2006).

²⁾ 계약서 데이터베이스인 CORI(Contracting and Organizations Research Institute) K-Base 참조(<http://cori.missouri.edu>, 2014. 6. 27. 최종 방문).

경우에도 당사거래를 중심으로 이 조항이 널리 활용되고 있다.³⁾ 영미법의 영향을 많이 받는 국제거래계약에 있어서도 마찬가지이다. 우리나라도 이러한 흐름에서 자유로울 수 없다. 우리나라의 계약 현장에서는 주로 대규모 또는 장기간의 계약에서 이러한 조항들이 종종 발견된다. 그런데 우리나라에서는 아직 최선노력조항에 대한 연구를 거의 찾아보기 어렵다. 외국의 상황도 크게 다르지 않다. 미국에 관련 연구가 있기는 하지만, 다른 연구주체에 비해 그 양과 질의 면에서 성과가 그다지 인상적이지는 않다.⁴⁾ 최선노력조항은 속성상 추상적일 수밖에 없는데 그 해석은 구체적 사안과 밀접하게 관련되기 때문일 것이다. 따라서 이에 대한 체계적인 일반론을 구성하고 전개하는 데에는 한계가 있다. 그러한 이유 때문에 최선노력조항의 해석에 대해서는 사안별로 구체적인 타당성을 피하여 해석해야 한다는 피상적 언급을 뛰어넘기가 쉽지 않다. 그만큼 학술적으로는 그다지 매력적인 주제가 아니라는 것이다.

그러나 계약법의 거대 담론을 펼치는 것 못지않게 계약현장에서 활용되는 실제 조항의 쓰임새와 적용례를 관찰하여 이론적으로 분석하는 것도 계약법의 중요한 과제이다. 이러한 분석은 실무에 유용한 지침을 제시할 뿐만 아니라 계약법의 고색창연한 이론이 현실에서 생명력을 얻을 수 있는 계기를 제공하기 때문이다. 아직까지는 최선노력조항의 실무적 비중에 비해 학술적 연구가 빈곤하지만, 이 조항에 내재한 이론적 논의 가치까지 생각하면 최선노력조항의 해석론을 체계화할 최선의 노력을 기울일 이유는 충분하다. 이를 통해 모든 사안에 획일적으로 적용할 기준을 만드는 것은 불가능하지만, 적어도 유연하게 참조할 판단의 틀을 제시하는 것은 가능하다. 이는 최선노력조항을 둘러싼 계약관계의 안정성을 제고하는 데에 도움이 될 것이다.

3) 영국 역시 상업계약서에서 이 조항이 널리 활용된다. Tony Martino, ““Best endeavours” clauses in entertainment industry contracts”, *Entertainment Law Review* (2009), 20(4), 134, 135.

4) 적어도 1980년대까지는 미국에도 최선노력조항에 대하여 별다른 연구가 없었던 듯하다. Charles J. Goetz & Robert E. Scott, “Principles of Relational Contracts”, 67 *Virginia Law Review* 1089, 1111 (1981)에서는 “최선노력의무의 성격에 관한 일관성 있는 어떤 분석도 행해진 바가 없다”라고 한다. E. Allan Farnsworth, “On Trying to Keep One’s Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law”, 46 *University of Pittsburgh Law Review* 1, 8 (1984)에서도 이 주제에 대한 연구가 거의 없었다는 점을 지적한다. 그 이후에 작성된 문헌들을 보면 변호사들이 작성한 실무적인 글들이 큰 비중을 차지하고 있다. 이 주제에 관한 전반적인 연구현황은 참고문헌 목록 참조.

이러한 배경 하에 이 글에서는 최선노력조항이 많이 활용되는 미국과 영국의 논의를 참조하여 최선노력조항의 해석론을 체계화하고자 한다. 최선노력조항에 관한 기본 사항(이 글의 목차 II)을 살펴본 뒤, 최선노력조항의 법적 효력 여부(이 글의 목차 III), 최선노력조항에 따른 법적 의무(이 글의 목차 IV), 최선노력의무 위반으로 인한 손해배상책임(이 글의 목차 V)에 관하여 차례대로 검토하고, 논의의 정리와 함께 글을 끝맺는다(이 글의 목차 VI).

II. 최선노력조항에 관한 기본 사항

1. 최선노력조항의 존재 이유

계약의 목적은 계약체결로 즉시 달성되지 않는다. 계약체결로 인하여 발생하는 채무를 이행하여야 비로소 계약의 목적이 달성되기 때문이다. 따라서 논리적으로 보면 계약체결과 채무이행 사이에 시간적 간격이 존재한다.⁵⁾ 그런데 채무이행은 채무자의 이행의사와 능력, 그리고 채무자가 통제하기 어려운 외부 변수의 영향을 받는다. 이는 채무이행의 전망을 불투명하게 한다. 그러므로 계약관계는 불명확성을 수반한다.

이에 대응하여 채권자는 계약을 통해 채무자의 이행의사를 제고하고 채무자가 능력을 다하여 채무를 이행하도록 인센티브를 부여한다. 또한 외부 변수로 인한 불이행의 위험을 분산하거나 회피한다. 이로써 계약관계의 불명확성을 내부화(internalize)하고, 채무자의 기회주의적 행태(opportunistic behaviour)를 최소화한다.

최선노력조항도 이러한 노력의 일환이다. 최선노력조항은 계약체결 단계에서 채무이행의 내용을 미리 구체적으로 특정하기 어렵거나, 장차 채무이행에 있어서 계약 당사자가 통제할 수 없는 외부 변수가 개입할 가능성이 큰 경우에 자주 활용된다. 이러한 상황은 계약체결과 이행 사이의 간격이 넓은 계약관계나 계약상 급부 실현이 일정한 기간에 걸쳐 이루어지는 연속적 계약관계에서 주로 발생한다.⁶⁾ 계

5) 현물매매처럼 시간적으로 계약체결과 이행이 거의 동시에 이루어지는 경우도 있지만 이 경우에도 논리적으로는 전자가 후자에 선행한다. 한편 최선노력조항이 포함되는 계약에서는 언제나 계약체결과 이행 사이에 시간적 간격이 존재한다.

6) 연속적 계약관계의 유동성에 대해서는 권영준, “계속적 계약에 있어서 채고섭조항의 해석”, 『民事判例研究』, 제36권(2014), 16-17면 참조.

속적 계약관계를 예로 들어보자. 계속적 계약관계에서는 1차적으로 추상적인 기본 계약을 체결하여 계약관계의 기본적 틀을 만든 뒤, 2차적으로 구체적인 개별계약들을 체결해 나가면서 계속적 계약관계를 전개하는 경우가 많다.⁷⁾ 이때 구체적이고 확정적인 급부의무는 기본계약에 기초한 개별계약을 체결함으로써 비로소 발생한다. 그러나 과연 상대방이 장차 개별계약 체결에 협조하여 계약관계를 원만하게 지속시킬 수 있을지는 미리 장담할 수 없다. 이러한 유동적 상황에서 기본계약에 개별계약 체결을 위한 최선노력조항을 두는 경우가 많다.

결국 최선노력조항은 계약관계의 불명확성으로 인하여 미리 채무이행의 구체적 확약을 받을 수는 없으나, 채무이행을 위한 최선의 노력이나마 약속받음으로써 채무이행의 가능성을 높이기 위해 존재한다. 계약의 불명확성을 길들여지지 않은 상태로 놓아두기보다는 추상적이고 간편한 방법로나마 이를 최소화하려는 노력인 것이다. 법경제학적으로 보면, 계약 내용을 미리 구체적으로 특정하는 데에는 과도한 비용이 요구되지만 이를 방치하면 장래의 기회주의적 행태를 막기 어려울 때 최선노력조항은 제한적이거나 기회주의적 행태의 가능성을 줄이는 간편한 수단이다.⁸⁾ 그러나 최선노력조항이 등장하는 상황 자체가 불명확성으로 점철되어 있으므로 최선노력조항의 해석과 적용도 불명확성 속에서 이루어지게 된다.⁹⁾

2. 최선노력조항의 표현 형태

최선노력조항은 다양한 표현 형태로 존재한다. 미국의 한 실무적 성격의 글에서는 2004년 1월 한 달 동안 미국의 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission, SEC)¹⁰⁾에 제출된 계약서들을 표본삼아 최선노력조항의 실제 표현 형태에 대한 통계를 아래와 같이 제시한다.¹¹⁾

-
- 7) 이러한 기본계약과 개별계약의 관계 일반에 대해서는 윤진수, “1. 第1審 敗訴部分에 不服하지 않았던 當事者의 上告와 上告範圍 2. 繼續的 供給契約에 있어서 基本契約의 成立과 個別契約의 成立 3. 基本契約 不履行으로 인한 損害賠償의 範圍”, **사법행정**, 제34권 제8호(1993. 8), 58-66면 참조.
- 8) 이른바 열린 조항(open terms)의 이러한 기능에 대해 언급하는 문헌으로 Mark P. Gergen, “The Use of Open Terms in Contract”, 92 *Columbia Law Review* 997, 1000 (1992) 참조.
- 9) Rob Park, “Putting the “Best” in Best Efforts”, 73 *University of Chicago Law Review* 705, 705 (2006) 참조.
- 10) 미국의 증권거래위원회는 투자자를 보호하고 거래시장의 공정성을 확보하며 자본거래를 촉진하기 위하여 설립된 연방정부의 기관으로 대공황 당시 제정된 1934년 미국 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934)에 의하여 설립되었다. <http://www.sec.gov> 참조.

표현 형태	계약서에 사용된 횟수
best efforts	627
commercially reasonable efforts	425
reasonable best efforts	345
reasonable efforts	307
good-faith efforts	58
commercially reasonable best efforts	46
diligent efforts	23
good-faith best efforts	8
every effort	5
commercially reasonable and diligent efforts	3

이 표에 따르면 미국에서는 최선노력조항에 있어서 ‘최선의 노력(best efforts)’이라는 표현이 가장 많이 사용되고 있고, ‘상업적으로 합리적인 노력(commercially reasonable efforts)’, ‘합리적인 최선의 노력(reasonable best efforts)’, ‘합리적인 노력(reasonable efforts)’이라는 표현도 자주 사용되고 있음을 알 수 있다. 그 이외에 ‘신의칙에 따른 노력(good-faith efforts)’이나 ‘성실한 노력(diligent efforts)’, ‘모든 노력(every effort)’과 같은 표현도 종종 사용된다. ‘최선의 노력(best efforts)’이라는 표현이 포함되지 않은 조항도 최선노력조항인가 하는 의문이 들 수도 있다. 그러나 위와 같은 다양한 조항들은 채무자의 충실한 노력을 이끌어낸다는 동일한 목표를 공유하고 있어, 넓게 보면 하나의 범주에 속하는 조항들로 파악할 수 있다. 실제로 계약 당사자들이 이러한 표현의 세밀한 차이에 큰 관심을 기울이지 않은 채 기존의 계약서 양식이나 계약 관행에 따라 그 표현을 차용하여 쓰는 경우도 적지 않다. 이러한 표현의 차이가 법적 의무의 차이로 이어지는가에 대해서는 『IV. 최선노력조항에 따른 법적 의무의 내용 - 4. 최선노력의무와 합리적 노력의무』에서 구체적으로 살펴본다.

11) Kenneth A. Adams, “Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations)”, *Practical Lawyer* (August 2004), p. 12.

3. 최선노력조항의 활용 모습

최선노력조항은 다양한 상황과 맥락에서 활용된다. 그중 주목할 만한 세 가지 경우는 다음과 같다.

첫 번째는 채권자의 이익실현 여부와 그 이익의 크기가 채무자의 노력에 달려 있는 경우이다. 즉 채권자가 얻는 반대급부의 구체적인 내용이 채무자의 노력에 따른 결과에 연동되는 경우이다. 가령 지식재산권자가 타인에게 독점적 라이선스(exclusive license)를 부여할 때 라이선시 licensee가 열심히 노력하여 매출을 높게 올리지 않으면 지식재산권자는 로열티(royalty)를 많이 받을 수 없다. 이때 지식재산권자가 라이선시에게 매출증대를 위해 최선의 노력을 다하도록 하는 조항을 두는 경우가 많다.¹²⁾ 이는 저작자가 출판사와 출판권설정계약을 체결하면서 출판사의 홍보를 독려하고자 할 때에도 마찬가지이다.¹³⁾ 그 이외에도 토지를 임대하면서 임차인이 토지를 활용하여 올리는 매출 중 일부를 임대인에게 차임으로 지급하도록 약정하거나,¹⁴⁾ 사업을 양도하면서 장차 그 사업으로부터 발생할 장래의 이익에 연동하여 양도대가를 지급하도록 약정한 경우,¹⁵⁾ 가맹계약(franchise contract)처럼 가맹본부(franchisor)가 가맹점사업자(franchisee)의 매출에 연동하여 대가를 지급받기로 한 경우 등에도 채권자의 이익상황이 채무자의 노력에 의존하게 되므로 최선노력조항을 자주 활용한다. 또한 이러한 상황에서는 최선노력조항이 없더라도 묵시적인 최선노력의무가 인정되는 경우도 있다.¹⁶⁾

두 번째는 계약목적달성을 위해 채무자의 노력과 외부의 상황이 합쳐져야 하는 경우이다. 가령 계약목적달성을 위해 행정관청의 인·허가나 제3자의 동의를 반드시 필요한 경우가 있다. 계약체결 당시에는 인·허가나 제3자 동의를 받게 될지를

12) 이러한 사안유형에 대한 일반적 분석으로는 Daniel J. Coplan, “When is “Best Efforts” really “Best Efforts”: An Analysis of the Obligation to exploit in Entertainment Licensing Agreements and an Overview of how the term “Best Efforts” has been construed in Litigation”, 31 *Southwestern University Law Review* 725 (2002) 참조.

13) *Zilg v. Prentice-Hall Inc.*, 717 F.2d 671 (2d Cir. 1983).

14) *Stoddard v. Illinois Improvement & Ballast Co.*, 113 N.E. 913 (Ill. 1916).

15) *Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*, 601 F.2d 609 (2d. Cir. 1979).

16) E. Allan Farnsworth, *supra* note 4, p. 5. 예컨대 *Wood v. Lucy, Lady Duff Gordon*, 118 N.E. 214 (N.Y. 1917); *Stoddard v. Illinois Improvement & Ballast Co.*, 113 N.E. 913 (Ill. 1916); *Zilg v. Prentice-Hall*, 717 F.2d 671 (2d. Cir. 1983). 또한 미국 통일상법전(Uniform Commercial Code) §2.306(2)에서는 이러한 경우에 명시적 조항이 없더라도 최선노력의무가 인정된다고 규정한다.

확실하게 알 수 없다. 그런데 이러한 인·허가나 동의를 받을 가능성은 노력의 정도에 따라 달라진다. 이때 채권자는 최선노력조항을 두어 채무자로 하여금 이러한 최선의 노력을 다할 법적 의무를 부과할 수 있다. 가령 토지매매계약이 행정관청의 허가를 요하는 경우,¹⁷⁾ 또는 재산지분의 매매계약이 파산법원의 허가를 요하는 경우¹⁸⁾ 등에 이러한 조항을 활용한다. 물론 채무자의 노력만으로 계약목적이 달성되는 것은 아니지만, 채무자의 노력을 이끌어냄으로써 그 가능성을 높이고자 하는 조치이다.

세 번째는 후속 계약체결을 위해 쌍방이 서로 노력해야 하는 경우이다. 예컨대 기본계약은 체결되어 있지만 후속 개별계약을 체결해야 하는 경우, 양해각서가 작성되어 있지만 본계약을 체결해야 하는 경우가 있다. 이때에도 당사자는 계약자유의 원칙에 따라 계약 체결 여부를 자유롭게 결정할 수 있다.¹⁹⁾ 그렇다고 하여 완전히 새로운 계약을 체결할 때처럼 계약체결 여부를 당사자의 완전한 자유에 맡기는 것도 곤란하다. 기본계약은 체결되었으나 개별계약이 체결되지 않거나, 양해각서는 작성되었으나 본계약이 체결되지 않는다면 계약관계의 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 따라서 최선노력조항을 둬으로써 계약체결을 위하여 노력할 의무를 명시적으로 부과하는 경우가 많다. 이러한 명시적인 약정이 없더라도 후속 계약 체결을 위해 노력할 의무 또는 성실하게 협상에 응할 의무가 묵시적으로 인정되는 경우도 많을 것이다. 이러한 경우에는 계약자유의 원칙과 계약체결을 위한 노력의 무 사이에 긴장관계가 형성된다.

Ⅲ. 최선노력조항의 법적 효력 여부

계약서에 최선노력조항이 있는 경우에는 이러한 조항에 법적 효력을 인정할 것인가를 먼저 살펴야 한다. 최선의 노력을 다하겠다는 표현은 대체로 추상적인 데다가 상황상 단지 사실상 또는 도의상 언명에 그치는 경우도 적지 않기 때문이다. 그런데 어떤 계약조항에 법적 효력을 인정할 것인가는 당사자가 그 조항에 기재된

17) *Kroboth v. Brent*, 625 N.Y.S. 2d 748 (1995).

18) *Timberline Development v. Kronman*, 702 N.Y.S.2d 237 (2000).

19) 계약자유원칙의 이념과 내용에 대해서는 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고 89헌마204 결정; 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2001헌바98 결정 참조.

내용에 법적으로 구속될 의사가 있는지에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 결국 최선노력조항의 법적 효력은 일률적으로 말하기보다는 구체적인 사안 속에 들어가서 논하여야 한다. 이에 대한 전반적인 감(感)을 획득하기 위해 우리나라의 관련 판결들을 소개하고 외국의 경향을 개관한 뒤 판단기준을 정리한다.

1. 우리나라의 관련 판결

우리나라 대법원 판결 중 ‘최선의 노력’과 관련된 판결로는 다음과 같은 것들이 있다. 우선 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다35571 판결은 상호신용금고의 임직원이 친·인척 등을 추천하여 신용대출을 해 주고자 하는 경우에 그 대출관계서류에 “회수책임”이라고 기재한 것은 대출금채무가 변제되도록 최선의 노력을 다하겠다는 취지를 기재한 것이지 민법상의 보증을 한 것으로 볼 수 없다고 판시한 사례이다. 한편 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다43486 판결은 낙찰대금에서 배당을 받지 못한 세입자가 임대인의 아들을 찾아가 임대차보증금을 어떻게 할 것인지 따지자 자신이 책임지고 해결하겠으니 걱정하지 말고 기다리라고 한 경우, 그 말의 객관적 의미는 임대차보증금반환의무를 법적으로 부담할 수는 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지라고 해석한 사례이다. 두 사례 모두 최선의 노력을 다한다는 취지의 의사표시에 법적 효력을 인정하지 않았다. 다만 이 사례들은 계약서상 최선노력조항을 다룬 것들은 아니다.

필자가 조사한 바에 따르면 계약상 최선노력조항의 법적 구속력을 정면으로 다룬 대법원 판결은 모두 3개이다.²⁰⁾

그중 대표적인 것으로는 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결을 들 수 있다. 이 판결은 약정서에 “최대 노력하겠습니다.”라는 문구를 부기하고 서명날인한 경우에 그 약정에 따른 법적 의무가 발생하는지를 다루고 있다. 그 약정서에는 경영권을 인수하는 회사(피고회사)의 대표이사가 인수대상회사의 전임 사장(社長)(원고)을 6년 이상 피고회사의 명예회장으로 추대하고 모든 예우를 사장과 동일하게 하겠다는 내용이 기재되어 있었다.

원심 법원은 “최대 노력하겠습니다.”라는 문구는 피고회사의 재정사정이 악화되어 전임 사장에 대한 예우가 사실상 불가능하게 되지 아니하는 한 이를 이행하겠다는 취지, 즉 사정변경에 의한 계약해지의 여지를 넓혀 주는 정도의 취지라고 보

²⁰⁾ 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결; 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다16049 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다79347 판결.

면서도, 피고회사는 약정대로 전임 사장에 대한 예우를 이행할 법적 의무가 있다고 해석하였다.²¹⁾ 그러나 대법원은 위 문구는 피고회사가 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지이지 그러한 의무를 법적으로 부담시키는 것은 아니라고 하였다. 대법원은 이러한 결론을 정당화하기 위한 이유로 ① “최대 노력하겠습니다.”라는 문구의 일반적 의미와 ② 그 문구를 굳이 삽입하게 된 경위를 들고 있다.

우선 대법원은 “어떠한 의무를 부담하는 내용의 기재가 있는 문면에 “최대 노력하겠습니다”라고 기재되어 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당사자가 위와 같은 문구를 기재한 객관적인 의미는 문면 그 자체로 볼 때 그러한 의무를 법적으로는 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지로 해석함이 상당하다고 할 것이다.”라는 일반론을 제시함으로써 위와 같은 문구는 일반적으로 법적 효력을 가지지 않는다는 점을 밝히고 있다. 대법원은 이로써 최선노력조항의 법적 효력 인정에 대한 문턱을 높여 놓았다.

한편 대법원은 최선노력문구가 기재된 경위를 또 다른 이유로 들고 있다. 이 사건에서는 이러한 기재 경위가 결정적인 고려요소가 되었을 것이다.²²⁾ 원고를 6년 이상 피고회사의 명예회장으로 추대하고 모든 예우를 사장과 동일하게 하겠다는 약정서 안을 제시하고 서명날인을 요구한 것은 의무부담주체인 피고회사가 아니라 원고 측이었다. 피고회사의 대표이사는 처음에는 이러한 약정서에 대한 서명날인을 거부하였다. 즉 위와 같은 의무를 부담할 의사가 없다는 점을 명확히 표시한 것이다. 그러자 현장에 있던 제3자가 쌍방 간의 중재를 시도하였고 그 타협의 결과로 피고회사의 대표이사가 위 약정서 끝 부분에 “최대 노력하겠습니다.”라는 문구를 부기한 뒤 서명·날인하였다. 만약 피고회사가 원고의 제안대로 법적 의무를 부담할 의사였다면 그 약정서에 서명·날인하는 것이 정상적인 행태이고 굳이 “최대 노력하겠습니다.”라는 문구를 추가로 부기할 필요가 없었을 것이다. 이러한 문구의 부기는 오히려 법적 구속력으로부터 도피하려는 의사로 이루어진 것이고, 원고 역시 그 점을 알았거나 알 수 있었을 것이다. 그런데도 피고회사가 본래의 약정서에 따른 법적 의무를 고스란히 부담한다고 해석하면 이러한 이례적 문구의 부

21) 서울고등법원 1993. 5. 25. 선고 91나62197 판결(미공간).

22) 尹眞秀, “契約 解釋의 方法에 관한 國際的 動向과 韓國法”, 『比較私法』 제12권 제4호 (2005. 12), 54면 이하에서는 이 판결을 계약 체결의 경위 내지 계약 체결에 이르게 된 사정을 중요하게 참고한 판결로 평가하고 있다.

기행위를 무의미한 것으로 만든다. 이는 문구의 내용과 부기행위에 담긴 당사자의 의사를 무시하는 것이다.

이 사건에서 피고회사는 원고에게 약 9개월간 약정서에 따른 예우를 실제로 해주었다. 이 점을 들어 피고회사의 최선노력의무는 법적 구속력 있는 의무라고 평가하는 입장도 있다.²³⁾ 물론 이러한 입장이 주목하는 것처럼 계약 이후의 행위도 계약 당시의 의사를 추론하는 데에 참작할 수 있는 요소이다. 그러나 계약 체결 당시 피고회사는 꼭 법적 의무는 부담하지 않더라도 사실상 최선의 노력을 다하겠다는 의지를 표현하였던 것이고, 9개월간 이러한 예우를 해 주었던 것은 이러한 의지를 실천에 옮긴 당연한 결과일 뿐이다. 따라서 이러한 점만으로 계약체결 당시 당사자가 법적으로 구속되려는 의사가 있었다고 추단하는 것은 무리한 해석이라고 생각된다. 결국 이 사건에 관한 대법원의 결론은 정당하다고 평가할 수 있다. 그러나 이 결론은 어디까지나 이 사건에 고유한 독특한 사실관계 때문에 정당화되는 것이다. 따라서 이러한 결론이 최선노력조항의 법적 효력을 일률적으로 부정하여야 한다는 일반론으로 바로 연결될 수는 없다.

그런데 대법원은 최선노력조항의 법적 구속력에 관한 그 이후의 2개 판결들에서도 모두 그 법적 구속력을 부정하였다. 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다16049 판결에서는 피고가 제3자 명의로 되어 있는 부동산에 대하여 근저당권을 취득할 수 있도록 원고가 최대한 협조하기로 약정한 사안을 다루고 있다. 이 사건의 원심 법원은 위와 같은 약정으로 인하여 원고는 피고에 대하여 법적 구속력 있는 협조의무를 부담하게 되었는데 그 의무를 이행하지 않았다고 판단하였다. 반면 대법원은 위에서 살펴 본 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결의 일반론을 그대로 적용하여 위와 같은 최선노력문구로부터 법적 의무가 발생하는 것이 아니라고 판단한 뒤 원심판결을 파기하였다.

한편 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다79347 판결에서는 담보신탁계약에서 수탁자가 2순위 우선수익자의 채무가 완제될 수 있도록 그에게 최대한 협조하겠다는 특약사항을 포함시킨 경우에 수탁자가 어떤 법적 의무를 부담하는지가 쟁점이 되었다. 이 사건의 원심 법원은 이러한 특약사항의 취지에 따라 수탁자는 2순위 우선수익자의 채무가 완제될 수 있는 방향으로 최대한 노력을 기울일 신의칙상 보호

23) 金星泰, ““최대 노력하겠다”는 약정의 法的 拘束力”, *民事判例研究*, 제18권(1996), 43-44면; 백태승, “法律行爲의 解釋에 관한 判例의 態度”, *저스티스*, 제32권 제1호(1999. 3), 162면.

의무를 부담한다고 판단하였다. 그러나 대법원은 앞서 살펴 본 기존의 일반론을 재확인하면서, 수탁자에게는 어떤 법적 의무가 발생하지 않는 것이므로 그 의무위반을 인정할 수도 없다고 판단한 뒤 원심 판결을 파기하였다.

최선노력조항의 해석은 계약의 해석이고, 계약의 해석은 어디까지나 사안의 내용과 특성에 따라 그 결과가 달라질 수 있다. 그러므로 최선노력조항의 법적 구속력 역시 사안에 따라 개별적으로 판단할 사항이다. 그러나 위에서 살펴보았듯이 대법원이 각각 다른 사안들에서 3차례 연속하여 원심 판결들을 파기하면서 최선노력조항의 법적 구속력을 부정한 것은 적어도 이에 대한 대법원의 엄격하고 신중한 태도를 엿볼 수 있는 장면이다.

2. 외국의 경향

그렇다면 외국은 최선노력조항의 법적 효력에 대해 어떤 태도를 취할까? 이에 관하여 미국, 영국, 독일, 일본의 예를 살펴보기로 한다.

미국은 최선노력조항의 탄생지이고,²⁴⁾ 이 조항이 가장 활발하게 이용되는 나라이다.²⁵⁾ 주(州)마다 최선노력조항의 법적 효력을 판단하는 엄격성의 정도가 조금씩 다르다.²⁶⁾ 따라서 미국 법원의 입장도 일률적으로 말할 수 없다. 이에 관한 미국 연방대법원의 판결은 발견되지 않지만, 연방항소법원 판결 중에는 최선노력조항의 법적 효력을 부정한 것도 있고,²⁷⁾ 긍정적인 것도 있다.²⁸⁾ 하지만 최선노력조항

²⁴⁾ Daniel Wied, ““Best efforts”-Klauseln im deutschen Recht – Auslegung und Rechtsfolgen”, *RIW* 2013, 768, 771. 또한 독일의 한 문헌에서는 최선노력조항을 아예 미국법의 산물이라고 표현한다. Hanns Ullrich, “Zum Werkerfolgsrisiko beim Forschungs- und Entwicklungsvertrag”, in Großfeld/Sack/Möllers/Drexl/Heinemann (herausg.), *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 323.

²⁵⁾ Christine Chappuis, “Provisions for best efforts, reasonable care, due diligence and standard practice in international contracts”, *International Business Law Journal* 2002, 3/4, 281, 284; Daniel Wied, *supra* note 24.

²⁶⁾ 가령 일리노이 주는 최선노력조항의 법적 효력을 쉽게 인정하지 않는 주이다. James M. Van Vliet Jr., ““Best Efforts” Promises under Illinois Law”, 88 *Illinois Bar Journal*, 698, 698 (2000). 최선노력조항의 법적 효력을 부정한 일리노이 주 법원의 판결로는 *Kraftco Corp. v. Kolbus*, 274 N.E.2d 153, 156 (Ill. App. Ct. 1971). 반면 뉴욕 주는 최선노력조항의 법적 효력을 원칙적으로 인정하는 전제 위에 서 있다. David Shine, ““Best Efforts” Standard under New York Law: Legal and Practical Issues”, *M&A Law*, Vol. 7, No. 2, 15 (2004) 참조. 또한 최선노력조항의 법적 효력을 인정한 뉴욕 주 법원의 판결들로는 *Kroboth v. Brent*, 625 N.Y.S. 2d 748 (1995); *Timberline Development v. Kronman*, 702 N.Y.S.2d 237 (2000) 등이 있다.

이 일정한 정도의 구체성을 갖춘다면 그 법적 효력을 인정하는 것이 대체적인 흐름이다.²⁹⁾

영국 역시 미국처럼 최선노력조항 또는 합리적 노력조항을 많이 이용하는 국가이다.³⁰⁾ 따라서 영국에서도 최선노력조항의 법적 효력은 빈번하게 문제된다. 영국 판례들 중에는 최선노력의무는 그 내용이 불명확하여 법적으로 관철시킬 의무가 아니라는 판례들³¹⁾이 있는가 하면, 그 내용이 충분히 명확하다면 최선노력조항의 법적 효력을 인정할 수 있다는 판례들³²⁾도 있다. 즉 일정한 정도의 구체성과 명확성을 갖춘 최선노력조항의 법적 효력은 인정하고 있다.

독일에서는 미국이나 영국과의 온도차가 느껴진다. 우선 독일은 미국이나 영국 만큼 최선노력조항을 많이 활용하지 않는다. 주로 영미법적 영향이 큰 거래분야를 중심으로 이 조항을 활용하는 정도이다.³³⁾ 최선노력조항을 영어표현 그대로 “best-efforts Klausel”이라고 부르면서³⁴⁾ 이를 미국법의 산물로 여긴다.³⁵⁾ 따라서 최선노력조항에 대한 관심 자체가 미국이나 영국에 비해 떨어진다. 이 조항에 대한 학술적 연구도 거의 찾아볼 수 없다. 최선노력조항의 법적 효력을 일률적으로 인정하거나 부정하지는 않지만, 미국이나 영국보다는 좀 더 엄격한 관점에서 판단한다.³⁶⁾ 이처럼 미묘한 관점 차이 때문에 최선노력조항을 어느 나라의 관점에서 해석할지 계약서에 명시하여 불명확성을 줄일 필요가 있다는 실무적 조언도 발견

27) Kevin M. Ehringer Enters., Inc. v. McData Services Corp., 646 F.3d 321 (5th Cir. 2011).

28) Cruz v. FXDirectDealer, LLC, 720 F.3d 115, 125 (2d Cir. 2013).

29) James M. Van Vliet, Jr., *supra* note 26; E. Allan Farnsworth, *supra* note 4. 稲田 和也, “契約における努力条項の意義について”, *判例タイムズ*, No. 1268 (2008. 7), 69면도 미국의 태도를 그렇게 평가한다.

30) 영국에서는 최선노력조항을 ‘best efforts clause’가 아니라 ‘best endeavours clause’, 합리적 노력조항을 ‘reasonable efforts clause’가 아니라 ‘reasonable endeavours clause’라고 표현한다.

31) Little v. Courage Limted, [1994] 70 P & CR 469; Multiplex Constructions (UK) Ltd v. Cleveland Bridge UK Ltd, [2006] EWHC 1341.

32) IBM United Kingdom Ltd v. Rockware Glass Ltd, [1980] FSR 335 (CA); Fletcher Challenge Energy Ltd v. Electricity Corporation of New Zealand Ltd, [2001] 2NZCR 219.

33) Hirth/Eichler, “Die Behandlung der “Best Efforts-Klausel” nach deutschem Recht”, *Luther Newsletter* 4. Quartal 2012, S. 12f. (http://www.luther-lawfirm.com/download_newsletter_de/410.pdf) 참조.

34) Hirth/Eichler, *supra* note 33; Ronald F. Fürst & Stephan Wilske, “Die “Best Efforts” Klausel – Eine potentielle gefährliche Vertragsklausel”, *DZWir* 1998, Heft 5, S. 213f.

35) Hanns Ullrich, *supra* note 24.

36) Daniel Wied, *supra* note 24.

된다.³⁷⁾ 이는 좀 더 넓게는 영미법적 개념을 어느 나라의 시각에서 해석할 것인가의 논의로도 이어진다.³⁸⁾ 이는 계약해석(특히 규범적 해석)에 있어서 기준이 되는 ‘합리적 상대방’을 영미법적 사고를 하는 사람으로 파악할 것인지, 독일법적 사고를 하는 사람으로 파악할 것인지를 문제로서 준거법 문제와는 구별해야 한다.

일본도 독일과 마찬가지로 최선노력조항의 법적 효력에 대해 신중한 태도를 취한다. 최선노력조항을 정면으로 다룬 일본 최고재판소의 판례는 발견되지 않는다. 하급심 판례 중에는 운송인이 여객과 수화물을 모두 운송하는 경우에는 운송인인 이를 같은 항공기로 운송하도록 일반적인 노력을 할 의무를 부담한다는 조항의 법적 효력을 부정한 판결이 있다.³⁹⁾ 한편 54대 이상의 주차장 확보를 위해 노력하여야 한다는 조항,⁴⁰⁾ 상품 관측을 위해 노력하여야 한다는 조항,⁴¹⁾ 업체 명칭의 오인 혼동이 일어나지 않도록 노력하여야 한다는 조항⁴²⁾에 대해서는 법적 효력은 일단 인정하되 계약위반은 부정한 하급심 판결들도 있다.⁴³⁾ 반면 최선노력조항의 법적 효력을 인정하면서 그 의무에 위반하였음을 이유로 손해배상책임이나 계약해제 등 법적 책임을 지운 판결들은 찾기 어렵다. 이러한 판결들에 비추어 보면, 일본 법원은 최선노력조항의 법적 효력을 쉽게 인정하지 않거나 이를 인정하더라도 그 구속력의 정도를 낮게 파악함으로써 위반책임을 쉽게 부과하지 않으려는 경향성을 보이고 있다.

이러한 비교법적인 검토결과를 종합하면, 우선 어느 나라이건 최선노력조항의

37) Daniel Wied, *supra* note 24. 이 견해는 영문계약서의 최선노력조항 뒤에 독일어 표현 (nach besten Kräften)을 함께 명시하여 독일법의 관점에 따른다는 점을 명확히 할 수 있다고 권고한다.

38) Christian Armbrüster, “Fremdsprachen in Gerichtsverfahren”, *NJW* 2011, 812, 818에서는 영미법적 개념이라도 독일법에 기초하여 이해하고 해석하여야 한다고 하는 반면, Daniel Wied, *supra* note 24는 이를 영미법에 기초하여 이해하고 해석하여야 한다는 입장이다. 특히 후자의 논문은 최선노력조항은 국제거래 현장에서 많이 활용되므로 이를 통일적으로 해석할 필요가 있고, 그렇다면 그 조항이 유래한 미국법의 관점에서 해석하는 것이 타당하다고 한다. 영문계약서를 번역하여 활용하는 일이 늘어나는 우리나라에서도 이에 대한 논의가 필요하다. 예컨대 “Act of God”, “Gross Negligence”, “Reckless”, “Indemnity”, “Terms and Conditions”, “Subrogation” 등 우리 법의 개념에 정확히 대응하지 않는 개념들을 어떤 관점에서 파악할 것인지를 고민해야 하는 것이다.

39) 仙台地方裁判所, 2003. 2. 25. 判決, 判例タイムズ 1157号 157頁.

40) 東京地方裁判所, 2006. 9. 14. 判決, 判例タイムズ 1247号 231頁.

41) 知裁高等裁判所, 2006. 2. 27. 判決, 平成 17(ネ) 第10007号.

42) 大阪高等裁判所, 2000. 4. 14. 判決, 平成 11(ネ) 第3563号.

43) 이상 하급심 판결들에 대한 간략한 소개는 稲田 和也, *supra* note 29, 71면 참조.

법적 효력은 개별 사안의 특성에 따라 크게 좌우되는 모습을 발견할 수 있다. 계약조항의 법적 효력은 구체적 사안과의 관련성 아래에서만 판단할 수 있으므로 이는 당연한 결과이기도 하다. 그런데 국가별로 법적 효력을 판단하는 엄격성에 있어서 미묘한 차이가 있다. 미국, 영국과 같은 영미법계 국가들은 그 법적 효력을 너그럽게 인정하는 경향성을 보인다. 반면 독일, 일본과 같은 대륙법계 국가들은 그 법적 효력을 엄격하게 인정하는 경향성을 보인다. 영미법계 국가들에서 최선노력조항의 법적 효력을 비교적 폭넓게 인정하는 것은 이 국가들에서 그 조항을 널리 활용하는 것과 관련 있다. 법원이 이러한 조항을 통하여 당사자들이 추구하는 목적을 법적으로 잘 뒷받침해 주기 때문에, 실제 거래 현장에서도 이러한 조항을 더 많이 활용하는 것이다.

3. 정리

이상의 논의를 토대로 하면, 최선노력조항의 법적 효력 판단 기준은 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 최선노력조항의 법적 효력 판단에 대한 획일적 기준은 존재하지 않는다. 최선노력조항도 계약조항의 일종이고, 계약조항이 법적 효력을 가지는지는 그 계약 당사자의 의사해석에 따라 판단해야 한다. 그런데 계약 당사자의 의사해석은 개별 계약마다 달라지므로, 개별 계약에 존재하는 당사자의 의사를 성실하게 탐구하여 최선노력조항의 법적 효력을 판단해야 한다. 앞서 살펴 본 우리나라 대법원 판결들은 최선노력조항의 법적 효력을 부정하였지만,⁴⁴⁾ 이는 당해 사안들의 내용에 비추어 음미하여야 하는 결과로서 우리 대법원의 엄격한 태도를 보여주는 방증일 뿐 이로부터 최선노력조항의 법적 효력이 원칙적으로 부정된다는 일반론을 도출하는 것은 적절하지 않다.

둘째, 최선노력의 대상이 되는 행위가 구체적이고 명확하게 규정될수록 법적 효력을 인정할 가능성이 높아진다. 단순한 훈시적, 선언적, 추상적인 최선노력조항은 그 법적 효력을 인정하기 어렵다.⁴⁵⁾ 단지 “최대 노력하겠습니다.”라는 추상적 문구만 기재하였던 우리나라 대법원 판결⁴⁶⁾의 사안에서 법적 효력을 부정한 것은 이러

44) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결; 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다16049 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다79347 판결.

45) 稲田 和也, *supra* note 29, 71면; 奈良 輝久, “企業間提携契約の更新條項に關する若干の考察”, *判例タイムズ*, No. 1293 (2009. 9), 37면.

한 측면에서도 설명할 수 있다.⁴⁷⁾ 최선노력조항의 법적 효력을 부정한 외국 판례들도 대체로 그 내용이 충분히 구체적이고 명확하지 않다는 점을 근거로 들고 있다. 이처럼 계약조항의 구체성과 명확성이 낮아지면 계약 당사자가 자신의 의무를 예견하여 이행하기도 어려울 뿐만 아니라, 향후 분쟁이 발생하였을 때 법원이 그 의무 이행 여부를 판단하기도 어렵다. 계약이 계약 당사자에 대한 행위규범 및 법원에 대한 재판규범으로서의 기능을 다하기 어렵다는 말이다. 이러한 경우에는 법적 효력을 인정할 가능성이 낮아진다. 바꾸어 말하면 최선노력조항의 구체성과 명확성이 높아지면 법적 효력을 인정할 가능성이 높아진다.

셋째, 최선노력조항의 대상 행위 실현에 대한 상대방의 합리적 신뢰가 커질수록 최선노력조항에 법적 효력을 인정할 가능성이 높아진다. 최선노력조항에 법적 효력을 부여할 것인지를 판단하는 작업도 결국은 계약을 해석하는 작업이다. 계약을 해석할 때에는 상대방의 신뢰보호 필요성을 고려해야 한다.⁴⁸⁾ 상대방의 신뢰보호 필요성을 판단할 때에는 앞서 살펴 본 최선노력조항의 구체성과 명확성은 물론이고, 그 이외에 최선노력조항을 계약에 포함시키게 된 동기와 경위, 그 당시 당사자의 인식, 최선노력의무를 부담하는 당사자의 능력과 여건, 계약 당사자들 사이의 상호관계, 그 이후의 이행상황 등 다른 요소들도 고려해야 한다.⁴⁹⁾

넷째, 최선노력조항을 통해 달성하고자 하는 목적이 계약의 특성과 내용상 마땅히 이루어져야 하는 것이라면 최선노력조항에 독자적인 법적 의미를 부여하는 것은 신중하게 이루어져야 한다. 예컨대 돈을 빌린 채무자가 채권자에게 “변제기 내에 변제하도록 최선의 노력을 다하여야 한다.”라는 최선노력조항이 있다면 최선노력문구는 독자적인 법적 의미를 가지지 않을 가능성이 크다. 왜냐하면 변제기 내에 변제하는 것은 최선의 노력 유무와 무관하게 소비대차계약의 특성과 내용상 마땅히 긍정되어야 하기 때문이다. 마찬가지로 건축도급계약에서 “수급인은 건

46) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결.

47) 嚴東燮, “法律行爲의 解釋에 관한 判例分析”, **서강법학연구**, 제5권(2003. 5), 114면에서는 이를 모호하고 비법률적인 표현들에 대해 법적인 의미를 부여하지 않는 사안이라고 설명한다.

48) 권영준, “계약관계에 있어서 신뢰보호”, **서울대학교 법학**, 제52권 제4호(2011. 12), 232-233면 참조.

49) 滝澤 孝臣, “いわゆる「紳士協定」について — 契約とその法的拘束力 — ”, **銀行法務** 21, No. 650 (2005. 9), 44-45면에서는 신사협정의 법적 구속력 여부를 판단함에 있어서 고려하여야 할 요소로서 인식 상황, 합의의 확실성과 명확성, 합의의 시기, 이행에 대한 기대 등을 들고 있다.

물에 하자가 발생하지 않도록 최선의 노력을 다하여야 한다.”라는 최선노력조항 역시 독자적인 법적 의미를 가지지 않을 가능성이 크다. 또한 계약서의 모두(冒頭)에 “당사자들은 이 계약의 목적을 달성하기 위해 상호간 최선의 노력을 다하여야 한다.”라는 문구 역시 당연한 의례적인 문구이므로 법적 효력을 인정하기 어렵다. 바꾸어 말하면 계약의 특성과 내용상 최선노력문구가 독자적인 의미를 갖출수록 법적 효력을 인정할 가능성이 높아진다.

IV. 최선노력조항에 따른 법적 의무

최선노력조항의 법적 효력이 인정되면 그 조항에 따른 법적 의무의 내용을 확정해야 한다. 현실적으로는 양자를 결합하여 판단하는 경우가 많지만, 논리적으로 양자는 별개의 문제이다. 최선노력조항에 따른 법적 의무의 내용을 확정하는 것은 최선노력의무 위반 여부를 판단하기 위한 선행조건이기도 하다.

최선노력조항에 따라 어떤 법적 의무를 부담하는가는 계약해석을 통해 결정할 문제이다. 계약해석은 지극히 다양한 계약의 내용을 그 맥락에 맞게 확정하는 작업이므로 확실적인 판단기준을 정하기는 어렵다. 다만 계약해석에 고려되는 수많은 사항들은 대체로 계약법을 관통하는 자율과 후견이라는 두 가지 사상적 흐름과 관련이 있다는 점은 말할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 계약은 계약 당사자들의 자율적 합의로 성립하므로 계약해석의 궁극적 목표는 계약 당사자의 자율적 합의내용을 찾아내는 것이다. 그러한 자율적 합의내용이 명확하고 구체적으로 표현되어 있다면 그대로 계약내용을 확정하는 것으로 충분하다. 그러나 많은 경우 그렇지 않은 상태에서 계약분쟁이 발생한다. 이때 법원 등 계약해석 주체는 규범적인 기준에 따라 계약 당사자의 의사를 후견적으로 “재구성” 또는 “형성”할 수밖에 없다. 계약해석을 자연적 해석, 규범적 해석, 보충적 해석으로 나누는 일반적 분류법에 따르자면, 자연적 해석은 실제의 의사, 규범적 해석은 합리적 의사, 보충적 해석은 가정적 의사를 추구함으로써 어느 것이건 계약 당사자의 의사확정을 목표로 하지만, 뒤의 방법으로 갈수록 자율의 색채가 멀어지고 후견의 색채가 진해지는 것이다.

최선노력조항의 해석 역시 마찬가지이다. 당사자들이 계약 자체에서 최선의 노력을 구성하는 내용을 스스로 합의하여 제시했다면 그것이 1차적 판단기준이 되어

50) 권영준, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점”, **저스티스**, 통권 제124호(2011. 6), 181면.

야 한다. 예컨대 최소판매액수를 기재하는 경우, 채무이행을 위해 지출해야 할 최소한의 비용액을 기재하는 경우, 판매촉진을 위한 홍보와 관련하여 홍보매체와 홍보횟수·홍보방법을 기재하는 경우, 후속 계약체결을 위한 협의시기·협의횟수를 기재하는 경우, 채무이행과정을 기간별로 나누어 구체적으로 기재하는 경우, 채무이행과정에서 관여해야 할 직원들을 특정하여 기재하는 경우, 정부의 인·허가 취득과 관련하여 인·허가 신청시기 및 인·허가를 받지 못할 때 취할 조치를 기재하는 경우 등에 있어서는 이러한 기재내용이 최선노력의무의 내용을 구성하게 된다. 최선노력조항 해석의 불명확성을 줄이려면 가급적 최선 노력의 내용을 이렇게 구체적으로 기재하는 것이 바람직하다.⁵¹⁾

그러나 현실에서는 당사자들이 위와 같은 구체적인 기준을 제시하지 않고 추상적으로만 최선노력조항을 두는 경우가 많다. 계약체결 당시에는 최선 노력의 내용을 구체적이고 확정적으로 규정하는 데에 한계가 있기 때문이다.⁵²⁾ 이 경우 계약해석 주체는 당사자의 합리적 의사에 대한 규범적 상상력을 발휘하여 무엇이 계약에서 상정한 최선의 노력인지를 결정해야 한다. 이를 통해 당사자들이 미처 자율적으로 표현하지 못하였던 최선노력의무의 내용을 규범적으로 충전하여야 한다. 이 과정에서 최선노력조항에 특유한 다음 세 가지 해석원리가 추가적으로 고려되어야 한다.

첫째, 최선노력조항에 따른 법적 의무는 결과채무가 아니라 수단채무이다(해석의 출발점).

둘째, 최선노력조항에 따른 법적 의무의 하한선은 채무자가 최소한 노력 그 자체는 기울여야 한다는 것이다(법적 의무의 하한선).

셋째, 최선노력조항에 따른 법적 의무의 상한선은 채무자가 비합리적인 노력을 기울일 것까지 요구하지는 않는다는 것이다(법적 의무의 상한선).

이러한 해석원리의 범위 내에서 계약해석 주체는 당해 계약에 특유한 요소들을 반영하여 최선노력의무의 내용을 최종적으로 확정한다.

51) J.C. Bruno, ““Best Efforts” Defined”, 71 *Michigan Bar Journal* 74, 77 (1992); Shawn C. Helms, “The Fallacy of the “Best Efforts” Standard”, 42 *les Nouvelles* 432, 434, 435 (2007); Ronald F. Furst & Stephan Wilske, *supra* note 34, S. 215.

52) Ronald F. Furst & Stephan Wilske, *supra* note 34, S. 215.

1. 해석의 출발점 - 수단채무로서의 속성

최선노력조항에 따른 의무는 특정한 결과를 실현할 의무가 아니라 그 결과 실현을 위해 노력할 의무이다.⁵³⁾ 최선노력조항 중 ‘노력(efforts)’이라는 개념이 이러한 점을 나타낸다. 따라서 계약 당사자가 특정한 결과를 실현하지 못했다고 하여 곧바로 최선노력의무 위반의 책임을 지는 것은 아니다.

이는 최선노력의무가 수단채무의 속성을 가짐을 의미한다.⁵⁴⁾ 우리나라 판례는 특정한 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무와 결과발생을 위해 필요한 노력을 기울이면 되는 수단채무를 구분한다.⁵⁵⁾ 결과와 과정 중 어디에 초점을 맞추는가에 따른 채무분류법이다. 이러한 채무분류법은 역사적으로 보면 프랑스에 있어서 결과채무(obligation de résultat)와 행위채무(obligation de moyen)의 분류에서 비롯된 것이다.⁵⁶⁾

예컨대 매매계약에 따라 매매목적물의 권리를 이전하거나 매매대금을 지급하여야 할 채무는 결과채무이고, 의사가 환자의 질병을 치료하여야 할 채무는 수단채무이다.⁵⁷⁾ 결과채무에서는 특정한 결과가 달성되지 않으면 그 사유만으로 채무불이행이 발생하지만, 수단채무에서는 특정한 결과가 달성되지 않는다고 하여 늘 채무불이행이 발생하는 것은 아니다.

결과채무와 수단채무는 그 채무를 구하는 권리자가 자신의 권리를 행사하기 위해 무엇을 증명해야 하는가의 문제와 밀접한 관련이 있다.⁵⁸⁾ 결과채무의 경우 채

53) Daniel Wied, *supra* note 24.

54) 수단채무는 행위채무라고도 부른다.

55) 대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결; 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결.

56) 결과채무(obligation de résultat)와 행위채무(obligation de moyen)의 분류는 R. Demogue, *Traité des obligations* § 1237 (1925)에서 처음 발견된다(E. Allan Farnsworth, *supra* note 4, p. 3에서 재인용). 프랑스 민법에서 결과채무와 행위채무 분류의 역사 일반에 대해서는 남효순, “프랑스民法에서의 行爲債務와 結果債務 — 契約上 債務의 不履行責任의 體系 —”, **민사법학**, 제13·14호(1996) 참조.

57) 명시적으로 수단채무의 개념을 채용한 대법원 판결들은 모두 의료행위에 관한 것들이다. 그러나 수단채무가 의료계약상 채무에 국한되는 것은 아니다. 가령 대법원은 대표이사의 임무 해태로 인한 채무불이행 사건에서 대표이사의 직무수행상 채무를 “회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무”라고 표현하는데 이 역시 수단채무를 의미하는 것이다. 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465,30472 판결 참조.

58) 원래 결과채무와 수단채무의 분류 자체가 채무자가 자신의 귀책사유 부존재를 입증하도록 한 프랑스 민법 제1147조와 채권자가 채무자의 선관주의의무 불이행을 입증하도록

권자는 계약에서 의도한 결과가 달성되지 않았다는 점만 증명하면 된다. 가령 매매계약의 채무불이행을 주장하고자 하는 채권자는 채무자가 ‘매매목적물의 소유권 이전과 점유이전’, 또는 ‘매매대금의 지급’이라는 결과를 실현하지 못하였다는 점만 주장하면 된다. 이때에도 상대방은 불가항력이나 귀책사유의 부존재를 증명함으로써 책임을 벗어날 수는 있지만 일반적으로 그 증명은 쉽지 않다. 반면 수단채무의 경우에 채권자는 어떤 결과가 발생하지 않았다는 점뿐만 아니라 계약 당사자가 그 결과발생을 위해 필요한 노력을 기울이지 않았다는 점까지 증명하여야 한다. 가령 의료계약상 의사의 채무불이행을 주장하고자 하는 자는 치료의 결과가 좋지 못하였다는 점뿐만 아니라 의사가 치료과정에서 필요하고 적절한 진료조치를 다하지 못하였다는 점까지 증명하여야 한다.

최선노력의무는 수단채무이다.⁵⁹⁾ 최선노력조항이 부가된 본래 채무가 결과채무인 경우에도 그러하다. 예컨대 매매계약에 따라 매매목적물의 권리를 이전하여야 할 채무는 결과채무이다. 하지만 그러한 채무에 최선노력조항이 부가되고 그 조항의 법적 효력이 인정되면 그 채무는 수단채무로 전환된다.⁶⁰⁾ 일정한 기한까지 상가를 건축할 수급인의 채무도 결과채무이다. 하지만 그러한 채무에 그 기한까지 상가를 건축하도록 최선의 노력을 다한다는 조항이 부가되면 위와 같은 수급인의 채무는 수단채무가 된다.

이 경우 채권자는 결과가 발생하지 않았다는 점 이외에도 채무자가 그 결과발생을 위해 필요한 최선의 노력을 기울이지 않았다는 점까지 증명하여야 한다. 따라서 최선노력조항은 특정한 결과를 바라지만 그 결과를 확정적으로 달성한다는 보장이 없는 때에 그 의무의 정도를 결과채무 수준에서 수단채무 수준으로 완화하기 위해 사용되는 경우가 많다.⁶¹⁾

이와 관련하여 최선노력조항이 부가된 본래 채무가 수단채무인 경우에는 최선노력의무와 본래의 수단채무 사이에 어떤 관계가 성립하는가가 문제된다.⁶²⁾ 수단채

록 한 프랑스 민법 제1137조 제1항 사이의 외관상 모순을 해결하기 위하여 등장한 것임에 유의한다.

⁵⁹⁾ Christine Chappuis, *supra* note 25, p. 286; Ronald F. Fürst & Stephan Wilske, *supra* note 34, S. 214.

⁶⁰⁾ 稲田 和也, *supra* note 29, 71면 참조.

⁶¹⁾ Randolph Stuart Sergeant, “Do your Best with “Best Efforts””: Using Open Contract Terms”, 40-APR *Maryland Bar Journal* 49, 49 (2007).

⁶²⁾ 예컨대 컨설턴트에게 시장분석을 맡기면서 최선노력조항을 부가하는 경우가 그러하다. *WXON-T.V., Inc. v. A.C. Nielsen Co.*, 740 F.Supp. 1261 (E.D.Mich.1990).

무 그 자체가 이미 노력의무를 함축하고 있기 때문이다. 따라서 최선노력의무는 수단채무와 결합함으로써 수단채무의 본래 내용에 흡수된다고 볼 여지도 있다. 그러나 계약 당사자가 굳이 최선노력조항을 두었고 그 조항의 법적 효력이 인정된다면 그 조항은 독자적 의미를 가지는 방향으로 해석하는 것이 타당하다. 그러므로 일반적으로 최선노력조항은 본래의 수단채무보다 더 강화된 노력을 요구하는 조항이라고 볼 수 있다. 가령 위임계약처럼 선량한 관리자로서의 주의의무가 인정되는 경우에 최선노력조항까지 부가된다면 원칙적으로 이는 일반적인 선관주의의무보다 더 강화된 노력을 요구하는 의미이다.

이는 신의성실의 원칙에 따른 의무와의 관계에서도 마찬가지이다. 계약 자체에서 “신의칙에 따른 노력(good-faith efforts)”에 관하여 규정하는 경우는 물론이고, 계약에 정함이 없더라도 신의성실의 원칙으로부터 도출되는 노력의무를 부담하는 경우가 있다. 그런데 최선노력조항으로부터 발생하는 의무는 이러한 신의성실에 따른 의무보다는 더 높은 정도의 노력을 요구한다고 보아야 할 것이다. 미국에도 최선노력조항의 불명확성을 수궁하면서도 “최소한” 신의칙에 따른 행위의무는 부담한다고 함으로써 최선노력의무를 한층 높은 의무로 전제한 판결,⁶³⁾ 신의칙상 의무는 모든 약정에 묵시적으로 내재되어 있으므로 최선노력의무는 신의칙상 의무보다는 더 높은 정도의 의무라고 한 판결⁶⁴⁾ 등이 있다.

결국 ① 최선노력조항은 속성상 언제나 수단채무를 발생시키지만, ② 최선노력조항이 부가된 본래 채무가 결과채무인 경우에는 이를 수단채무로 완화시키는 기능을 수행하고, ③ 최선노력조항이 부가된 본래 채무가 수단채무인 경우에는 노력의 정도를 강화하는 기능을 수행한다고 볼 수 있다.

2. 법적 의무의 하한선

최선노력조항에 따른 의무를 부담하는 계약 당사자는 최소한 ‘어떠한’ 노력은 하여야 할 의무를 부담한다. 이는 계약 당사자가 부담하는 법적 의무의 하한선이 다.⁶⁵⁾ 어떠한 노력이나 시도 자체를 하지 않았고 이를 정당화할 만한 특별한 사정

63) Bloor v. Falstaff Brewing Corp. 601 F.2d 609, 613 (2d Cir. 1979).

64) Kroboth v. Brent, 625 N.Y.S. 2d 748, 749 (1995).

65) 이 중 법적 의무의 하한선과 상한선에 대한 기본적인 아이디어는 Informed Physician Servs. v. Blue Cross & Blue Shield of Maryland, Inc., 350 Md. 308, 332-33 (1998)에서 비롯된 것이다.

도 존재하지 않는다면 최선노력조항의 ‘노력(efforts)’ 요건 자체를 충족하지 못하기 때문이다. 예컨대 일정한 기한까지 상업등기를 하도록 하는 최선노력의무를 부담한 채무자가 등기신청조차 하지 않은 경우가 그러하다.⁶⁶⁾

그러므로 채무자의 최선노력의무 불이행을 주장·증명하고자 하는 채권자가 손쉽게 선택할 수 있는 방법은 채무자가 아무 것도 하지 않았다는 점을 밝히는 것이다. 이때 아무 것도 하지 않았다는 말은 문자 그대로 처음부터 끝까지 아무 것도 하지 않았다는 의미일 수도 있고, 여러 단계의 노력이 필요한 경우에 그중 특정한 단계의 노력을 하지 않았다는 의미일 수도 있다. 미국 판례에 따르면 정부의 승인을 받기 위해 최선의 노력을 다하도록 약정한 경우에 승인신청 자체를 하지 않거나, 승인신청에 필요한 서류를 제출하지 않거나, 일단 승인신청을 하였으나 그 후 필요한 사후조치들을 취하지 않는 경우에는 최선의 노력을 다하였다고 보기 어렵다고 한다.⁶⁷⁾

그런데 채무자가 아무 것도 하지 않았다는 점만으로 언제나 최선노력의무 위반이 성립하지는 않는다. 아무 것도 하지 않았던 데에 정당한 이유가 있을 수 있기 때문이다. 그렇다면 정당한 이유는 누가 증명해야 하는 것인가? 채권자는 채무자가 아무 것도 하지 않았다는 점을 증명하기만 하면, 이제 채무자가 그러한 부작위에 정당한 이유가 있음을 증명해야 하는 것인가? 아니면 채권자가 여전히 이러한 점을 증명해야 하는 것일까?

이와 관련하여 참고할 만한 흥미로운 국내 판결이 있다.⁶⁸⁾ 이 판결은 계약상 최선노력조항으로부터 도출되는 최선노력의무를 다룬 것이 아니기는 하지만, 최선노력의무를 둘러싼 증명책임 문제에 대해서 참고할 만한 것이다.

이 사건에서 원고는 서울대학교병원, 피고는 송도국제도시개발 유한회사였다. 원고는 피고 및 주식회사 에스메딕과 송도 신도시 국제복합의료시설 개발사업을 위한 사업계약을 체결하였다. 당사자들은 이에 기초하여 기본계획을 수립한 뒤 의료센터개발계약 및 관련 부속계약들을 체결하기로 하였다. 이미 체결된 사업계약

⁶⁶⁾ Daniel Wied, *supra* note 24, S. 773.

⁶⁷⁾ *Informed Physician Servs. v. Blue Cross & Blue Shield of Maryland, Inc.*, 350 Md. 308, 332-33 (1998).

⁶⁸⁾ 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다87556 판결. 이 판결은 공간되지 않았고, 대법원 종합법률정보나 법고을(LX) DVD에서도 검색되지 않는다. 하지만 대법원 종합법률정보 및 법고을(LX) DVD에서 검색 가능한 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다15292 판결의 참조판례로 기재되어 있고, 법원 내부 전산망에서는 검색가능하다.

에 따라 원고는 이 사건 사업에 관한 피고의 배타적 국내 파트너의 지위를 가지게 되었다. 한편 이 사건 사업의 해외 파트너 선정과 관련하여 뉴욕장로병원이 우선 협상대상자로 선정되자 원고는 피고에게 뉴욕장로병원이 원고와 협력하여 파트너십을 이룰 수 있도록 노력하여 줄 것을 요청하였다. 그러나 피고는 원고와 뉴욕장로병원이 국내 파트너십을 형성하는 것은 전적으로 원고와 뉴욕장로병원 간의 상호 협의로 해결할 문제라면서 원고의 요청을 거절하였다. 그 이후 뉴욕장로병원은 원고가 아닌 연세의료원을 이 사건 사업에 관한 국내 파트너로 정하였고, 이로 인하여 원고는 이 사건 계약의 목적을 달성하는 것이 사실상 불가능하게 되었다.

원심은 피고가 이 사건 사업에 관한 개발사업시행자의 지위에서 해외 파트너를 선정하고, 그 해외 파트너가 피고의 국내 파트너인 원고와 원만하게 제휴할 수 있도록 최선의 노력을 하여야 할 의무를 부담한다고 한 뒤, 피고가 이를 포함한 계약상 의무에 위반하였다는 이유로 피고의 손해배상책임을 인정하였다.⁶⁹⁾ 대법원은 원심 법원과 마찬가지로 피고에게 최선노력의무가 인정된다고 하였다. 그러나 이러한 노력을 다하였다는 점은 채무불이행을 주장하는 원고가 증명하여야 한다고 하였다. 그러면서 뉴욕장로병원이 우선 협상대상자로 선정된 후 원고가 아닌 연세의료원을 국내 파트너로 선정하기까지의 상황에 관한 자료가 없는 이 사건에 있어서 원고가 제출한 증거들만으로는 피고가 원고의 배타적 국내 파트너로서의 지위를 보호하기 위하여 최선의 노력을 다하지 않았다고 단정하기 어렵다고 하여 피고의 최선노력의무 위반을 부정하였다.

적어도 원심 판결과 대법원 판결에 나타난 사실관계에 따르면 원고와 뉴욕장로병원의 원만한 제휴를 위해 피고가 하였던 유일한 조치는 원고의 협조요청을 거절한 것뿐이다. 즉 피고는 노력이라고 부를 만한 아무 행위도 하지 않은 것이다. 그런데 대법원은 채무자가 아무 것도 하지 않았다는 점 이외에도 그러한 부작위가 정당하지 않다는 점에 대한 증명책임까지 채권자에게 지운 뒤, 이러한 증명에 실패하였다고 판단한 듯하다. 그러나 이러한 증명책임의 분배는 타당하지 않다. 일단 최선노력의무가 인정된다면 채무자는 그 의무의 하한선으로서 최소한 어떠한 노력은 해야 하는 것이고, 만약 아무 노력도 하지 않았음이 밝혀졌다면 그 정당함에 대한 증명책임은 채무자가 부담하는 것이 타당하다고 생각한다.

⁶⁹⁾ 서울고등법원 2008. 10. 17. 선고 2007나54582 판결(미공간).

3. 법적 의무의 상한선

최선노력조항은 채무자에게 최소한 어떠한 노력을 요구하는 것에서 한 걸음 더 나아가, 그 조항의 목적에 좇아 최대한 성실한 노력을 기울일 것을 요구한다. 문언 상으로 보더라도 최선을 다한다는 것은 가능한 모든 수단과 방법을 동원한다는 의미이다.

그러나 이러한 성실한 노력을 끝없이 요구할 수는 없다. 그것은 채무자에게 지나친 부담을 강요하는 것이고, 계약 당사자의 진정한 의사에 부합하는 것도 아니기 때문이다. 그러므로 최선노력의무의 정도에는 상한선이 필요하다. 미국 법원이 최선노력의무에 관하여, “태양 아래 가능한 모든 수단을 강구해야 한다는 것을 의미하지는 않는다”⁷⁰⁾라고 하거나, “최선의 노력이 상정할 수 있는 모든 노력을 의미한다고 한 어떤 판례도 찾아볼 수 없다”⁷¹⁾라고 하거나, “당사자가 최선의 노력을 다할 의무를 부담시키는 것이 그 당사자 자신의 이익에 합리적 고려를 하는 것을 금지하는 것은 아니다”⁷²⁾라고 하는 등 그 엄격성을 완화하려는 것도 상한선을 그어 최선노력의무가 끝없이 확장되어 가는 것을 방지하기 위한 노력의 일환이다. 그렇다면 상한선을 어느 지점에서 그을 것인가는 최선노력조항의 해석에 관한 가장 중요한 문제이다. 이는 최선노력조항 중 ‘최선(best)’의 의미를 확정하는 것과 관련 있다.

미국의 판스워스(Farnsworth) 교수는 최선노력의무의 정도에 대해서 다음과 같이 두 가지 기준을 제시한다.⁷³⁾ 첫째, 최선노력의무를 부담하는 계약 당사자와 상대방이 하나로 결합된 상황을 상정한 뒤, 그러한 상황에 있는 합리적 사람이라면 자신을 위해 어느 정도의 노력을 기울일 것인가를 고려하여 결정한다는 것이다.⁷⁴⁾ 이러한 기준은 대리인(agent)의 지위에 있는 계약 당사자에게 적용된다. 둘째, 합리적인 제3자가 최선노력의무를 부담하는 계약 당사자의 상황에 있다면 어느 정도의 노력을 기울일 것인가를 고려하여 결정한다는 것이다. 이러한 기준은 건축가나 변호사 등 특별한 기술을 가진 자가 계약 당사자가 되거나, 상충하는 이익을 부담하

70) *Coady Corp. v. Toyota Motor Distrib.*, 361 F.3d 50, 59 (1st Cir. 2004).

71) *Triple-A Baseball Club Assocs. v. Northeastern Baseball, Incl.*, 832 F.2d 214, 228 (1st Cir. 1987).

72) *Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*, 601 F.2d 609, 614 (2d Cir. 1979).

73) E. Allan Farnsworth, *supra* note 4, p. 9.

74) *Petroleum Mktg. Corp. v. Metro. Petroleum Corp.*, 151 A.2d 616, 619 (Pa. 1959)에서도 이러한 기준을 채택하였다.

는 일반적인 계약 당사자에게 적용된다.⁷⁵⁾ 어느 설명이건 모두 ‘합리적 사람(reasonable person)’을 전제로 하고 있다.

사법통합을 위한 국제기구(International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT로 약칭)의 2010년판 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contract, PICC로 약칭)⁷⁶⁾ 제5.1.4조 제2항도 참조할 만하다. 이 조항은 “당사자의 채무가 어떤 업무의 이행에 있어서의 최선노력의무를 포함하는 때에는 그 당사자는 같은 종류의 합리적인 자가 같은 상황에 있었다라면 기울였을 최선의 노력을 다하여야 한다.”⁷⁷⁾라고 규정한다. 제5.1.4.조 제2항은 수단채무 일반에 대해 규정하는 조항으로서 최선노력조항이 있는 경우만을 염두에 둔 조항은 아니다. 그러나 명시적으로 최선노력의무라는 개념을 사용하면서 그 의무의 내용을 합리성이라는 기준에 의하여 설정한다는 점에서 특징적이다.

앞서 살펴본 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다87556 판결도 “최선의 노력을 다하였는지 여부는 통상적으로 그러한 상황에 놓인 일반인으로서 생각할 수 있는 조치를 다하였는지 여부에 따라 판단”하여야 하고, “피고에게 어떠한 경우이라도 이 사건 계약에 따른 원고의 배타적 권리를 보호하여야 할 의무가 있다고 해석하는 것은 원고의 이익만을 중시한 나머지 피고의 자유를 과도하게 제한하는 것이어서 부당하다.”라고 판시한다. 대법원은 ‘일반인(ordinary person)’이라는 표현을 쓰고 있어 ‘합리적 사람(reasonable person)’을 기준으로 하는 미국의 판결과 다소 뉘앙스를 달리하긴 하지만,⁷⁸⁾ 합리적 수준에서 최선노력의무의 상한선을 설정해야 한다는 근본적인 생각에 있어서는 다르지 않다.

결국 채무자는 수단과 방법을 가리지 않고 노력할 의무를 부담하는 것이 아니라 합리성(reasonableness)의 범위 내에서 필요한 모든 노력을 기울일 의무를 부담한

75) E. Allan Farnsworth, *supra* note 4, pp. 9, 11.

76) PICC는 1994년에 처음 발표되었고 2004년, 2010년에 각각 개정판이 발표되었다. 2010년판은 <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> 참조.

77) 원문은 다음과 같다. “To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.”

78) 대법원은 그 이외에도 “사회평균인”(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12352 판결)이라는 말을 즐겨 쓰는데 이러한 뉘앙스의 차이는 매우 흥미로운 연구대상이다. 문면만 놓고 보면 사회평균인, 통상인, 일반인 등 우리 판례가 쓰는 용어들은 실존하는 사회 평균치에 가까운 사람(즉 “sein”의 문제)을, 합리적 사람(reasonable person)은 마땅히 존재해야 할 사람(즉 “sollen”의 문제)을 각각 전제하는 것처럼 보이기 때문이다.

다.79) 법은 합리성의 산물이고, 법적으로 강제되는 의무는 그 내재적 속성을 벗어날 수 없기 때문이다. 그러한 의미에서 합리성의 기준은 최선노력의무의 상한선을 구성한다.80) 이러한 상한선은 실천적으로는 다음과 같은 의미를 가진다.

첫째, 최선노력의무의 채무자는 실정법을 위반하면서 어떤 행위를 할 의무를 지지 않는다. 계약에서 보호하고자 하는 채권자의 이익이 중요하다더라도 채무자로 하여금 법을 위반하도록 강제하는 것은 법치국가의 이념에도 맞지 않고, 합리적이지도 않기 때문이다.

둘째, 최선노력의무의 채무자는 자신의 이익을 무한정 희생하면서 오로지 상대방의 이익을 추구해야 할 의무를 부담하지 않는다.81) 계약은 상호 이익 도모의 수단이므로 합리적 채무자라면 타인의 이익만을 추구하기 위해 계약을 체결하지는 않기 때문이다. 최선노력조항이 주로 사용되는 상거래에 있어서는 더욱 더 그러하다.82)

첫째 사항, 즉 실정법이 최선노력의무의 한계를 형성한다는 점은 비교적 명확하다. 반면 둘째 사항의 내용은 그다지 명확하지 않다. 채무자가 자신의 이익만을 내세워 최선노력의무의 이행을 회피할 수는 없다. 그렇게 본다면 최선노력의무는 아무런 의미를 가지지 못하기 때문이다. 따라서 채무자 자신의 이익이 줄어든다거나 재정적 불이익이 따른다는 이유만으로 최선노력의무로부터 면제된다고는 할 수 없다.83) 그렇다고 채무자가 자신의 이익을 전부 또는 본질적으로 저버리면서까지 최선노력의무를 부담하도록 강제할 수는 없다. 즉 일정한 손실은 감수해야 하지만 온전한 희생을 요구하지는 않는 것이다.84) 따라서 ‘극단적으로 이기적인 채무자’

79) *Gilson v. Rainin Instrument, L.L.C.*, No. 04-C-852-5, 2005 U.S. Dist. LEXIS 16825 at 14 (W.D. Wis. Aug. 9, 2005)에서는 “최선노력의무는 당사자가 주의의무에 따라 합리적 노력을 기울일 것을 요구한다.”라고 판시한다. 또한 *Aeronautical Indus. Dist. Lodge 91 v. United Techs. Corp.*, 230 F.3d 569, 578 (2d Cir. 2000); *Town of Roxbury v. Rodrigues*, N.Y.S.2d 814, 815 (2000)는 최선노력의무는 채무자가 모든 합리적 방법을 추구할 것을 요구한다고 판시한다.

80) 참고로 호주 판례에서도 최선노력(best endeavours)의 의무를 부담하는 자는 합리성의 한계를 벗어나서 노력할 것까지 요구받지 않는다고 한다. *Hospital Products Ltd v. United States Surgical Corporation* (1984) 156 CLR 41.

81) *Nordan-Lawton Oil & Gas Corp. v. Miller*, 272 F. Supp. 125, 135 (W.D. La. 1967). 또한 *Informed Physician Servs. v. Blue Cross & Blue Shield of Maryland, Inc.*, 350 Md. 308, 334 (1998)에서는 최선노력조항이 피약속자로 하여금 비정상적인 경비의 지출까지 요구하는 것은 아니라고 한다.

82) *Rackham v. Peek Foods Limited* (1990) BCLC 895.

83) *Showtime Networks, Inc. v. Comsat Video Enterprises, Inc.*

와 ‘극단적으로 이타적인 채무자’ 사이 어딘가에 합리적인 경계선을 그어야 한다. 그 경계선은 ‘합리적으로 이타적인 채무자’를 상징하여 그어질 것이다. 즉 ‘합리적으로 이타적인 채무자’라면 감수하였을 손실이 최선노력의무의 한계이다.

미국에는 이러한 손실의 정도를 판단함에 있어서는 ① 채무자는 최선노력의무 아래에서도 채무자 자신의 이익을 추구하면 충분하되, 신의성실과 공정거래의 이념을 해쳐서는 안 되므로 이를 해치지 않기 위한 손실은 감수해야 한다는 입장,⁸⁵⁾ ② 채무자는 최선노력의무 아래에서 채권자와 채무자의 이익을 극대화하도록 행위해야 하므로 그 과정에서 발생하는 손실은 감수해야 한다는 입장⁸⁶⁾이 있다.⁸⁷⁾ 그러나 첫 번째 입장은 채권자와 채무자의 이익이 일치하는 경우(가령 채무자가 홍보를 통해 매출을 극대화할 최선노력의무를 부담하는 경우)에는 타당할지 몰라도 쌍방의 이익이 대립할 수 있는 경우(가령 채무자가 양해각서 체결 이후에 최종 계약을 체결할 최선노력의무를 부담하는 경우)에는 적용되기 어렵다. 또한 두 번째 입장은 효용 극대화라는 관점에서 최선노력의무를 파악하고 있으나 실제로는 무엇이 효용을 극대화하는 것인지 판단하기 어려울 뿐만 아니라 계약자유의 원칙상 쌍방의 이익이 극대화되지 않는 경우에도 최선노력의무를 부담하도록 합의하는 경우도 얼마든지 있을 수 있으므로 이를 일반적인 기준으로 받아들이기는 어렵다.

최선노력의무가 계약에 따른 의무라는 점을 고려하면 채무자가 감수해야 할 손실의 정도는 궁극적으로 계약 당사자의 의사에 따라 결정하여야 한다. 따라서 계약 당사자가 최선노력조항을 삽입할 당시에 상호 간에 의도하지 않았던 손실까지 감수할 것을 요구할 수는 없다. 이러한 손실의 정도를 파악함에 있어서는 당사자의 예견가능성이 중요한 고려요소가 될 것이다. 이때의 예견가능성은 결국 계약이 규율하고자 하는 외연을 확정하는 지표이므로 계약 당사자인 채권자와 채무자 쌍방을 기준으로 파악하여야 한다. 이러한 예견가능성을 판단함에 있어서는 계약 당사자들이 속한 산업계에서의 관행도 고려 요소의 하나이다.⁸⁸⁾ 또한 최선노력의무

84) Lars Gorton, “Best efforts”, *Journal of Business Law* 2002, Mar, 143, 162에서는 이를 “a certain loss may have to be accepted, but not ruin”이라고 표현한다.

85) Lawrence S. Long, “Best Efforts as Diligence Insurance: In Defense of “Profit über Alles””, 86 *Columbia Law Review* 1728, 1738 (1986).

86) Goetz & Scott, *supra* note 4, pp. 1114-1117.

87) 두 입장에 대한 요약은 Park, *supra* note 4, pp. 709-714 참조.

88) Joyce Beverage of New York, Inc. v. Royal Crown Cola. 이 사건에서 법원은 콜라 배급업자가 피고가 생산한 Royal Crown Cola만을 판매하기로 하는 약정이 있었던 것은 아니지만 그 판매에 관한 최선노력조항에는 산업계의 관행에 따라 Royal Crown Cola

의 이행이 계약 당사자들이 계약 체결 당시 계약을 통하여 도모하고자 하였던 이익상황에 어떤 영향을 미치는가도 고려해야 한다.

4. 최선노력의무와 합리적 노력의무

이 글의 『II. 최선노력의무에 관한 기본사항 - 2. 최선노력조항의 표현형태』에서 살펴보았듯이 최선노력의무와 관련해서는 ‘최선의 노력(best efforts)’이라는 표현 이외에 ‘합리적인 노력(reasonable efforts)’이라는 표현도 자주 사용되고 있다. 그런데 위와 같이 최선노력의무의 상한선이 합리성이라는 지표로 제한된다면 최선노력의무와 합리적 노력의무 사이에 어떤 실질적인 차이가 있는가 하는 의문이 생긴다.

비교법적으로 보면 이 문제에 대해서는 미국과 영국 사이에 미묘한 차이가 있다.

미국에서는 최선노력의무와 합리적 노력의무 사이에 의미 있는 차이가 없다고 보는 경향이 강하다.⁸⁹⁾ 다수의 미국 판례들은 최선노력조항은 채무자의 손실을 감소하면서까지 모든 노력을 다하도록 요구하는 조항이 아니라고 하면서,⁹⁰⁾ 계약에서 특별히 다른 정함이 없는 한 최선노력조항과 관련된 다양한 표현들은 그 표현의 차이에도 불구하고 결국 같은 내용을 담고 있다고 해석한다.⁹¹⁾ 거래계에서 차지하는 증거법의 비중 때문에 중요한 의미를 가지는 뉴욕주의 경우도 그러하다.⁹²⁾ 뉴욕주 법원들은 최선의 노력과 합리적 노력 사이에 별 차이를 두지 않는 경향성을 보인다.⁹³⁾ 또한 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code) §2-306(2)는 ‘최

만 판매할 의무가 포함되어 있었다고 보았다.

⁸⁹⁾ Randolph Stuart Sergeant, *supra* note 61, p. 50. 호주 판례도 비슷한 입장이다. Centennial Coal Company Ltd v. Xstrata Coal Pty Ltd, [2009] NSWSA 341 참조.

⁹⁰⁾ 예컨대 Coady Corp. v. Toyota Motor Distrib., 361 F.3d 50, 59 (1st Cir. 2004); Triple-A Baseball Club Assocs. v. Northeastern Baseball, Incl, 832 F.2d 214, 228 (1st Cir. 1987); Bloor v. Falstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609, 614 (2d Cir. 1979).

⁹¹⁾ 예컨대 Stewart v. O'Neill, 225 F.Supp.2d 6, 14 (D.D.C. 200); Permanence Corp. v. Kennametal, Incl, 908 F.2d 98, 100 n.2; Trecom Bus. Sys. v. Prasad, 980 F.Supp. 770, 774 n.1 (D.N.J. 1997). Shawn C. Helms, *supra* note 51, p. 433에서도 “best efforts”가 “reasonable efforts”보다 더 높은 강도의 노력을 요구한다는 일반적인 법률가들의 인식은 허구(fallacy)에 불과하다고 지적한다.

⁹²⁾ 미국법이 적용된 계약 중 상장회사가 당사자가 된 2,865개 계약을 샘플로 한 연구에 따르면 그중 46%가 뉴욕주법을 증거법으로 선택했다. Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, “The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Election of Forum Clauses in Publicly-Held Companies’ Contracts”, *N.Y. Univ. Law & Econ. Working Papers*, Paper No. 124 (2008), available at <http://lsr.nellco.org/nyu/lewp/papers/124>.

선의 노력(best efforts)'이라는 표현을 쓰지만 막상 주해(comment)에서는 이를 '합리적인 성실성(reasonable diligence)', '합리적인 노력(reasonable effort)' 등으로 표현한다.⁹⁴⁾ 따라서 어느 판례⁹⁵⁾의 표현을 빌리자면 미국의 다수 견해는 '최선(best)'을 단지 과장된(extravagant) 문구 정도로 파악한다고 할 수도 있다.

반면 영국에서는 최선노력의무와 합리적 노력의무의 의미를 다르게 파악하면서 전자의 노력 정도가 후자보다 더 높게 요구된다고 한다.⁹⁶⁾ 영국에서 이루어지는 일반적 설명에 의하면, 최선노력의무는 가능한 모든 합리적인 수단을 강구하여야 할 의무이고,⁹⁷⁾ 합리적 노력의무는 그중 하나 또는 일부의 합리적인 수단을 강구하면 충분한 의무이다. 이 설명에 따르면 영국에서 최선노력의무는 모든 합리적 노력의무(all reasonable endeavours obligation)의 속성을 가진다. 참고로 캐나다 역시 영국과 마찬가지로 최선노력의무는 합리적 노력의무보다 더 높은 정도의 의무를 부과하는 것으로 이해한다.⁹⁸⁾

위와 같이 조항의 표현이 달라지면 조항을 통해 발생하는 법적 의무의 내용도 달라지는가는 계약해석의 문제이므로 일률적으로 말할 것은 아니다. 이는 최선노력조항과 합리적 노력조항 각각에 투영된 당사자의 의사를 밝혀서 확정할 문제이다. 그런데 일반적으로는 표현이 달라지면 의미도 달라진다고 보는 것이 문언해석의 정신에 부합한다. 그 표현이 여러 선택지 가운데 신중하게 결정된 표현이라면 더욱 더 그러하다. 또한 일상적인 어법에 따르면 최선의 노력은 합리적 노력보다 높은 정도의 노력을 요구한다. 따라서 일반인의 입장에서는 양자를 각각 다른 정도의 노력으로 받아들일 가능성이 크다. 이러한 인식 경향은 법률가들 사이에서도

⁹³⁾ 예컨대 *Kroboth v. Brent*, 625 N.Y.S. 2d 748 (1995); *Timberline Development v. Kronman*, 702 N.Y.S.2d 237 (2000); 이 판결들에 대하여는 David Shine, *supra* note 26, p. 15 참조.

⁹⁴⁾ UCC §2-306(2), Comment 5.

⁹⁵⁾ *Perma Research & Development v. The Singer Company*, 542 F.2d 111, 118 (2nd Cir, 1969).

⁹⁶⁾ *IBM United Kingdom Ltd v. Rockware Glass Ltd*, [1980] FSR 335 (CA); *Overseas Buyers v. Grandex*, [1980] 2 Lloyd's rep 608; *Jolley v Carmel Ltd* [2002] 2 EGLR 154; *UBH(Mecahnical Services) Ltd v. Standard Life Assurance Co.*, Unreported, EWHG 7 November 1986; Unreported, EWCA 5 July 1988. Charles Edwin Rickett, "Some Reflections on Open-Textured Commercial Contracting" (March 15, 2002), *AMPLA Yearbook*, 2001. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2356053>. at p. 386에서 인용.

⁹⁷⁾ *Sheffield District Railway Company v. Great Central Railway Company* (1911) 27 TLR 451.

⁹⁸⁾ *Atmospheric Diving Systems Inc. v. Interantional Hard Suits Inc.*, (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 356.

마찬가지이다. 실제로 미국의 법률가들도 “best efforts”라는 표현을 쓰는 최선노력 조항은 다른 표현을 쓰는 최선노력조항보다 더 높은 정도의 노력을 요구한다고 인식하는 경향이 있다고 한다.⁹⁹⁾ 이러한 인식 경향을 생각하면 양자의 표현 차이에도 불구하고 동일한 법적 의미를 가진다고 말할 것은 아니다.¹⁰⁰⁾ 당사자의 인식은 당사자의 의사와 밀접하게 연결되므로 계약해석에서 매우 중요한 고려요소이기 때문이다.

하지만 이미 검토하였듯이 최선노력조항에 따른 법적 의무는 그 표현 형태를 불문하고 합리성의 기준에 의하여 제한된다. 그렇다면 이러한 공통된 상한선 아래에서 최선노력의무와 합리적 노력의무를 어떻게 구별할 것인가의 문제가 발생한다.

이에 대해서는 다음과 같은 두 가지 설명이 가능할 것이다. 첫째로 합리성의 기준은 사전에 고정된 것이 아니라 당해 상황 속에서 당해 당사자를 토대로 결정하여야 하는 것이므로, 최선노력의무를 부담하는 당사자에게 요구되는 합리성의 정도는 합리적 노력의무를 부담하는 당사자에게 요구되는 합리성의 정도보다 더 엄격하다는 설명이다. 둘째로 최선노력의무를 부담하는 당사자는 합리적으로 취할 수 있는 ‘모든’ 조치를 취할 것을 요구받는 반면, 합리적 노력의무를 부담하는 당사자는 반드시 그러한 요구를 받지 않는다는 설명이다. 결국 최선노력의무와 합리적 노력의무는 비합리적이지 않은 노력을 요구한다는 점에서는 공통되지만, 그 범위 내에서는 일반적으로 전자가 후자보다 더욱 강한 노력을 요구한다고 해석하는 것이 타당하다.

⁹⁹⁾ Lou R. Kling & Eileen T. Simon, *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions*, §13.06 n.3.2 (2003) (“Practitioners, probably based on some of the broad interpretations given to ‘best efforts’, tend to view all the other phrases, while perhaps not being too different from each other, as being definitely different from ‘best efforts’”); Charles M. Fox, *Working with Contracts* 88 (2002) (“‘Best efforts’ is the most stringent standard”). 이상 Kenneth A. Adams, *supra* note 11, p. 13에서 재인용. 또한 Shawn C. Helms, *supra* note 51, p. 432도 참조.

¹⁰⁰⁾ Ronald F. Fürst/Stephan Wilske, *supra* note 34에서는 같은 취지에서 “best efforts”보다 “reasonable best efforts”나 “commercially reasonable best efforts”가 좀 더 낮은 정도의 노력이라고 파악한다.

V. 최선노력의무 위반으로 인한 손해배상책임

최선노력의무 위반에 따라 채권자가 취할 수 있는 조치는 일반적인 계약위반의 경우와 다르지 않다. 각각의 요건이 갖추어진다면 채권자는 채무자에게 최선노력 의무의 이행을 청구하거나 손해배상을 청구하거나 계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 최선노력의무의 강제이행청구는 일반론으로서는 가능하나, 법리적으로나 현실적으로 여러 가지 어려움에 직면할 가능성이 크다. 최선노력의무의 내용이 구체적, 확정적이지 않다면 이를 소구(訴求)할 수 없을 뿐만 아니라, 설령 그 의무의 내용이 구체적, 확정적이라고 하더라도 강제집행을 통해 원하는 결과를 얻는 것이 현실적으로 어렵기 때문이다.¹⁰¹⁾ 따라서 보다 손쉽게 활용할 수 있는 방법은 최선노력의무 위반이라는 채무불이행을 이유로 계약을 해제 또는 해지하거나 손해배상을 청구하는 것이다. 최선노력의무 위반을 이유로 한 계약의 해제 또는 해지에 대해서는 계약의 해제 또는 해지에 관한 일반론이 적용된다. 최선노력의무 위반과 관련하여 더욱 자주 문제되면서 어려움을 안기는 것은 손해배상청구이다.

최선노력의무 위반을 이유로 손해배상청구를 하는 경우에는 손해배상책임의 범위가 중요한 쟁점으로 등장한다. 손해배상책임의 범위는 민법 제393조에 따라 결정된다. 즉 채무자는 통상손해와 예견 가능한 특별손해를 배상해야 한다. 그런데 이와 관련하여 최선의 노력을 다하였더라면 달성되었을 결과에 상응하는 이행이익을 손해배상으로 구할 수 있는지가 문제된다. 예컨대 부동산 소유자가 부동산 개발사업 시행회사에게 부동산을 자익신탁¹⁰²⁾하면서 개발사업에 필요한 인·허가를 취득하도록 최선의 노력을 다할 의무를 부과하였는데, 시행회사가 최선노력의무를 위반하여 부동산 개발사업이 무산되었다면 부동산 소유자는 그가 수익자로서 얻을 수 있었던 개발이익을 손해배상으로 구할 수 있는가? 또는 수십 년에 걸친 원자재 공급에 관한 기본계약을 체결하면서 구체적인 거래는 개별계약 체결을 통하여 진행하기로 하면서 개별계약 체결에 관한 최선노력조항을 두었는데, 발주자가 최선노력의무에 위반하여 거래를 중단하였다면 공급자는 수십 년간 원자재 공급을 통하여 얻을 수 있었던 이익을 손해배상으로 구할 수 있는가? 이러한 이행이익 배상의 문제는 최선노력조항의 법적 효력 여부나 최선노력의무의 위반 여부 못지않게

¹⁰¹⁾ Daniel Wied, *supra* note 24, S. 772.

¹⁰²⁾ 자익신탁은 위탁자와 자신을 수익자로 지정하는 신탁이다. 李重基, 신탁법(삼우사, 2007), 21면 참조.

분쟁 당사자들의 이해관계에 큰 영향을 미치는 무거운 문제이다.

이론적으로는 이러한 이행이익에 대한 손해배상을 배제할 이유가 없다. 본래 계약위반에 따른 손해배상책임은 계약이 이행되었더라면 가졌을 이익상황으로의 환원, 즉 이행이익의 배상을 내용으로 하기 때문이다. 우리나라 대법원 판결 중에는 입찰을 실시한 자가 정당한 이유 없이 낙찰자에 대하여 본계약의 체결을 거절하는 경우라면 낙찰자가 본계약의 체결 및 이행을 통하여 얻을 수 있었던 이익, 즉 이행이익 상실의 손해는 통상의 손해에 해당한다고 볼 것이므로 입찰을 실시한 자는 낙찰자에 대하여 이를 배상할 책임이 있다고 한 판결이 있다.¹⁰³⁾ 또한 계속적 거래관계에서 정당한 이유 없이 개별계약의 체결의무를 이행하지 않는 경우 그 배상하여야 할 손해의 범위는 거래계약이 계속되었더라면 얻을 수 있었던 이익, 즉 이행이익의 배상에까지 미친다고 한 판결도 있다.¹⁰⁴⁾ 물론 계약교섭의 부당한 중도 파기에 대해서는 신뢰손해만 배상받을 수 있다는 판결이 있기는 하다.¹⁰⁵⁾ 하지만 이는 아직 계약이 체결되지 않은 상태에서의 불법행위책임에 관한 판결이므로 최선노력의무위반과 같은 계약위반의 상황에 그대로 적용할 성격의 것은 아니다. 미국에도 양해각서를 체결한 뒤 신의성실에 위반하여 최종계약을 체결하지 않았다면 최종계약 위반에 따른 이행이익 상당의 손해배상을 구할 수 있다고 한 판결이 있다.¹⁰⁶⁾

그런데 위와 같은 이행이익 상당의 손해배상청구권이 실제 인정되려면 채권자는 그러한 손해가 발생하였다는 점과 그 손해가 최선노력의무 위반으로 인한 것이라는 점을 증명하여야 한다. 즉 채무자가 최선의 노력을 다하였더라면 계약의 목적을 달성하였을 것이고 이를 통하여 채권자가 특정한 재산상 이익을 취득하였을 것이라는 점을 증명하여야 한다.

가령 계약의 목적이 최종계약이나 개별계약 등 후속 계약의 체결이라면, 채권자는 채무자가 최선의 노력을 다하였다면 그러한 계약이 체결되고 이로 인하여 계약에 따른 이익을 얻었으리라는 점을 증명하여야 한다. 또한 계약의 목적이 채무자의 노력으로 더 많은 매출을 달성하는 것이라면, 채권자는 채무자가 최선의 노력을 다하였다면 매출이 늘어나서 이로 인하여 채권자 역시 그에 비례한 대가를 받

103) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다41659 판결.

104) 대법원 1999. 6. 25. 선고 99다7183 판결.

105) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53059 판결.

106) *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F.3d 275 (7th. Cir. 1996).

을 수 있었다는 점을 증명하여야 한다. 그런데 현실적으로 이러한 증명을 하는 것은 쉽지 않다.¹⁰⁷⁾ 아직 일어나지 않은 가상의 상황을 설득력 있게 재구성하여야 하기 때문이다.¹⁰⁸⁾

우리나라 법원은 이러한 어려움을 고려하여 “장래의 얻을 수 있었던 이익에 관한 증명에 있어서는 그 증명도를 과거사실에 대한 증명에 있어서의 증명도보다 경감하여 채권자가 현실적으로 얻을 수 있는 구체적이고 확실한 이익의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서의 상당한 개연성이 있는 이익의 증명으로서 족하다고 보아야 한다.”라는 입장을 취하기는 한다.¹⁰⁹⁾ 그러나 이러한 개연성 있는 이익의 증명조차도 늘 쉬운 것은 아니다. 설령 그러한 증명에 성공했다 라도 채권자가 합리적인 조치를 취하여 감경할 수 있었던 손해 부분에 대한 배상 청구는 허용되지 않는다고 보아야 한다.¹¹⁰⁾

이러한 어려움을 극복하기 위하여 이행이익에 갈음하여 지출비용 내지 신뢰이익에 상당하는 손해배상을 구하는 방법도 있다. 이미 우리 판례는 “계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용인 이른바 신뢰이익의 손해도 그러한 지출 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고, 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서 배상을 청구할 수 있다.”라고 하여 이러한 손해배상을 허용한 바 있다.¹¹¹⁾ 실제로 이러한 방법에 따른 손해 배상청구는 자주 이루어지고 있다. 다만 이는 어디까지나 이행이익에 갈음한 배상이므로 이행이익의 배상과 중복하여 이루어질 수는 없다.¹¹²⁾

¹⁰⁷⁾ Daniel Wied, *supra* note 24, S. 773.

¹⁰⁸⁾ 영국 법원은 교섭의무위반에 대한 것이기는 하지만, “어떤 법원도 이러한 손해를 산정하기 어려울 것이다. 왜냐하면 누구도 교섭이 성공할지 실패할지, 또한 그 교섭이 성공하더라도 결과가 어떻게 나타날지를 알 수 없기 때문이다(No court could estimate the damages because no one can tell whether the negotiations would be successful or fall through; or if successful, what the result would be).”라고 하여 이러한 유형의 증명이 얼마나 어려운 것인지를 설명한다. Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd. [1975] 1 W.L.R. 297 C.A. at 301. 李東珍, “교섭계약의 규율 — 기업인수 교섭과정에서 교환된 「양해각서」를 중심으로 —”, 法曹, 통권 제665호(2012. 2), 119-120면에서도 교섭의무위반으로 인한 이행이익 배상의 현실적 어려움에 대해 설명한다. 이러한 어려움은 최선노력의무 일반에 적용될 수 있다.

¹⁰⁹⁾ 대법원 1992. 4. 18. 선고 91다29972 판결; 대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다39769, 39776 판결.

¹¹⁰⁾ 윤진수, *supra* note 7, 58-66면 참조.

¹¹¹⁾ 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다49104 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다13621 판결 등.

¹¹²⁾ 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결.

또한 이행이익의 증명도를 다소 완화하면서 손해의 공평한 분담이라는 이념에 따라 법원이 여러 사정을 두루 고려하여 손해배상책임을 제한하는 방법도 있다.¹¹³⁾ 이러한 방법은 법원이 손해액의 산정에 관하여 지속적으로 법원의 재량을 넓혀 온 그동안의 판례 경향과 연결된다.¹¹⁴⁾ 하지만 이러한 방법이 느슨하게 적용될 때에는 손해액 산정의 편의성과 더불어 그 자의성도 증가할 수 있어 주의가 요구된다.¹¹⁵⁾

VI. 결 론

이 글의 논의를 요약하면 다음과 같다.

최선노력조항은 계약상 채무이행과 관련하여 최선의 노력을 다하겠다는 취지의 문언이 포함된 계약조항이다. 최선노력조항은 계약관계의 불명확성으로 인하여 구체적이고 확정적인 계약내용을 정하기는 어렵지만 그 불명확성을 최소화하기 위하여 활용된다. 주로 영미법계 국가들에서 널리 이용되었으나 국제거래나 국내거래에서도 점차 활용도가 높아지고 있어 그 조항의 해석에 대한 연구가 필요하다.

최선노력조항은 그 추상성으로 말미암아 법적 효력 인정 여부 자체가 문제되는 경우가 많다. 이는 궁극적으로 계약해석의 문제로 귀착되지만, 일반적으로는 최선노력의무의 구체성과 명확성이 높고, 그 이행에 대한 상대방의 신뢰가 높으며, 계약의 특성과 내용상 독자적인 의미를 갖출수록 그 법적 효력을 인정할 가능성이 높아진다.

최선노력조항에 따른 법적 의무의 내용 역시 계약에 특유한 여러 요소들을 고려하여 이루어질 계약해석의 문제로 귀착된다. 그 계약해석 과정에서 ① 최선노력조항에 따른 법적 의무는 결과채무가 아니라 수단채무라는 점(해석의 출발점), ② 최선노력조항에 따른 법적 의무는 채무자가 적어도 필요한 최소한의 노력을 기울일

113) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다41659 판결은 본계약 체결의 거절로 인하여 낙찰자가 입은 이행이익 상당 손해액의 산정에 관하여 “손해의 공평·타당한 분담을 지도 원리로 하는 손해배상제도의 취지상, 법원은 본계약 체결의 거절로 인하여 낙찰자가 이행과정에서 기울여야 할 노력이나 이에 수반하여 불가피하게 인수하여야 할 사업상 위험을 면하게 된 점 등 여러 사정을 두루 고려하여 객관적으로 수급할 수 있는 손해액을 산정하여야 한다.”라고 판시한다.

114) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467,60474 판결; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2005다34766,34773 판결; 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결 등 다수.

115) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다40505 판결은 이러한 법리의 느슨한 적용을 경고한다.

것을 요구한다는 점(법적 의무의 하한선), ③ 반면 최선노력조항에 따른 법적 의무는 비합리적인 노력을 기울일 것까지 요구하지 않는다는 점(법적 의무의 상한선)을 기본적인 계약해석원리로 고려해야 한다.

최선노력의무위반으로 손해가 발생하였다면 손해배상책임의 문제가 생긴다. 일반적인 계약위반의 경우처럼 이때에도 민법 제393조의 틀 내에서 그 이행이익이 배상대상이 되어야 한다. 실제로는 최선노력의무를 다하였더라면 얻게 되었을 이익의 존재와 범위를 증명하는 것은 쉽지 않다. 따라서 이에 갈음하여 지출비용 내지 신뢰이익에 상당하는 손해배상을 구하거나, 법원이 손해의 공평한 분담이라는 이념에 기대어 손해배상책임을 적정하게 제한하는 방법이 동원된다.

지금까지 살펴보았듯이 최선노력조항의 해석은 ‘최선’이나 ‘노력’과 같은 추상적이고 불명확한 개념을 수단으로 삼아 법률관계를 확정하여야 하는 어려운 작업이다. 최선노력조항의 법적 효력 문제는 최선을 다하여 노력하여야 한다는 당위를 법률관계와 그 밖의 비법률적인 생활관계 중 어느 영역에 놓을 것인가 하는 문제이다.¹¹⁶⁾ 최선노력조항에 따른 법적 의무의 내용 문제는 타인의 이익을 위해 최선의 노력을 다하여야 한다는 의무감과 자신의 이익을 위해 행동하고 싶은 본능 사이에서 어디에 합리적인 경계선을 그을 것인가 하는 문제이다. 계약실무의 최전선에서 활용되는 최선노력조항은 매우 실무적이고 사안 중심적이어서 학문적 탐구와 다소 거리가 있는 소재처럼 보인다. 하지만 사실 이는 법률관계와 그 밖의 생활관계, 계약 주체의 이타심과 이기심, 합리성과 비합리성 같은 법학의 근본적인 화두와도 맞닿아 있어 여러모로 생각할 바를 제공하는 소재이다. 그동안 별로 논의되지 않았던 이 소재에 관하여 주의를 환기시키고 논의의 토대를 마련하였다는 점에서 이 글의 의미를 찾고자 한다.

투고일 2014. 7. 24	심사완료일 2014. 8. 23	게재확정일 2014. 8. 29
-----------------	-------------------	-------------------

116) 법률관계는 법에 의하여 규율되는 생활관계이다. 곽윤직·김재형, **민법총칙**, 제9판(博英社, 2013), 55면.

참고문헌

- 곽윤직·김재형, **민법총칙**, 제9판(博英社, 2013).
- 권영준, “계속적 계약에 있어서 재교섭조항의 해석”, **民事判例研究**, 제36권(2014).
- _____, “계약관계에 있어서 신뢰보호”, **서울대학교 법학**, 제52권 제4호(2011. 12).
- _____, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점”, **저스티스**, 통권 제124호(2011. 6).
- 金星泰, ““최대 노력하겠다”는 약정의 法的 拘束力”, **民事判例研究**, 제18권(1996).
- 남효순, “프랑스民法에서의 行爲債務와 結果債務 — 契約上 債務의 不履行責任의 體系 —”, **민사법학**, 제13·14호(1996).
- 백태승, “法律行爲의 解釋에 관한 判例의 態度”, **저스티스**, 제32권 제1호(1999. 3).
- 嚴東燮, “法律行爲의 解釋에 관한 判例分析”, **서강법학연구**, 제5권(2003. 5).
- 윤진수, “1. 第1審 敗訴部分에 不服하지 않았던 當事者의 上告와 上告範圍 2. 繼續的 供給契約에 있어서 基本契約의 成立과 個別契約의 成立 3. 基本契約 不履行으로 인한 損害賠償의 範圍”, **사법행정**, 제34권 제8호(1993. 8).
- _____, “契約 解釋의 方法에 관한 國際的 動向과 韓國法”, **比較私法**, 제12권 제4호(2005. 12).
- 李東珍, “교섭계약의 규율 — 기업인수 교섭과정에서 교환된 「양해각서」를 중심으로 —”, **法曹**, 통권 제665호(2012. 2).
- 李重基, **신탁법**(三字社, 2007).
- Adams, Kenneth A., “Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations)”, *Practical Lawyer* (August 2004).
- Armbrüster, Christian, “Fremdsprachen in Gerichtsverfahren”, *NJW* 2011, 812.
- Bruno, J.C., ““Best Efforts” Defined”, *71 Michigan Bar Journal* 74 (1992).
- Chappuis, Christine, “Provisions for best efforts, reasonable care, due diligence and standard practice in international contracts”, *International Business Law Journal*, 2002, 3/4.
- Coplan, Daniel J., “When is “Best Efforts” really “Best Efforts”: An Analysis of the Obligation to exploit in Entertainment Licensing Agreements and an Overview of how the term “Best Efforts” has been construed in Litigation”, *31 Southwestern University Law Review*, 725 (2002).
- Eisenberg, Theodore & Miller, Geoffrey P., “The Flight to New York: An Empirical

- Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts", *N.Y. Univ. Law & Econ. Working Papers*, Paper No. 124 (2008).
- Farnsworth, E. Allan, "On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law", 46 *University of Pittsburgh Law Review* 1 (1984).
- Fürst, Ronald F. & Wilske, Stephan "Die "Best Efforts" Klausel – Eine potentielle gefährliche Vertragsklausel", *DZWir* 1998, Heft 5.
- Gergen, Mark P., "The Use of Open Terms in Contract", 92 *Columbia Law Review*, 997 (1992).
- Goetz, Charles J., & Scott, Robert E., "Principles of Relational Contracts", 67 *Virginia Law Review* 1089 (1981).
- Gorton, Lars, "Best efforts", *Journal of Business Law* (March 2002).
- Helms, Shawn C., "The Fallacy of the "Best Efforts" Standard", 42 *les Nouvelles* 432 (2007).
- Hirth/Eichler, "Die Behandlung der "Best Efforts-Klausel" nach deutschem Recht", *Luther Newsletter* 4. Quartal 2012.
- Long, Lawrence S., "Best Efforts as Diligence Insurance: In Defense of "Profit über Alles"", 86 *Columbia Law Review* 1728 (1986).
- Martino, Tony, ""Best endeavours" clauses in entertainment industry contracts", *Entertainment Law Review* (2009), 20(4).
- Park, Rob, "Putting the "Best" in Best Efforts", 73 *University of Chicago Law Review*, 705 (2006).
- Rickett, Charles Edwin, "Some Reflections on Open-Textured Commercial Contracting", *AMPLA Yearbook*, 2001.
- Scott, Robert E. & Triantis, George G., "Anticipating Litigation in Contract Design", 115 *Yale Law Journal* 814 (2006).
- Sergent, Randolph Stuart, "Do your Best with "Best Efforts": Using Open Contract Terms", 40-APR *Maryland Bar Journal* 49 (2007).
- Shine, David, ""Best Efforts" Standard under New York Law: Legal and Practical Issues", 7 No. 9 *M&A Law*. 15 (2004).
- Ullrich, Hanns, "Zum Werkerfolgsrisiko beim Forschungs- und Entwicklungsvertrag",

in Großfeld/Sack/Möllers/Drexl/Heinemann (herausg.), *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag*, 1998.

Van Vliet, Jr. James M., ““Best Efforts” Promises under Illinois Law”, 88 *Illinois Bar Journal*, 698 (2000).

Wied, Daniel, ““Best efforts”-Klauseln im deutschen Recht — Auslegung und Rechtsfolgen”, *RfW* 2013, 768.

奈良 輝久, “企業間提携契約の更新條項に関する若干の考察”, *判例タイムズ*, No. 1293 (2009. 9).

稲田 和也, “契約における努力条項の意義について”, *判例タイムズ*, No. 1268 (2008. 7).

滝澤 孝臣, “いわゆる「紳士協定」について — 契約とその法的拘束力 — ”, *銀行法務*21, No. 650 (2005. 9).

<Abstract>

Interpretation of a Best-efforts Clause

Kwon, Youngjoon*

Best efforts clause is a contractual clause to the effect that a contracting party is required to exert best efforts to fulfill one's contractual obligation. This clause is often used to reduce uncertainty of the contractual relationship in a circumstance where it is difficult to specify concrete and fixed terms and conditions in advance at the time of the contract. It has been heavily used in Anglo-American jurisdictions. At the same time, the usage of the best efforts clause is increasing in international commercial contracts as well as in domestic contracts. However, the interpretation of the best efforts clause accompanies significant challenge from a legal perspective. This is mainly due to the amorphousness of the terms such as 'best' and 'efforts.' This article aims to address this challenging issue.

In the first place, it should be noted that enforceability of this clause is frequently at issue. It is, after all, the issue of a contract interpretation. Generally speaking, the more specific and clear the clause is, the more reasonable reliance invested into the clause exists, and the more unique and non-obvious the clause in the specific contractual setting is, the more likely the best efforts clause becomes enforceable.

Once enforceability of the clause is determined, one needs to interpret the clause to figure out the detailed obligation. Three guidelines may be suggested in this regard. First, the obligation arising from the best efforts clause is an obligation to undertake efforts for a certain result, not an obligation to bring about a certain result (the basis of interpretation). Second, it is an obligation to make at least "some" efforts (the lower limit of obligation). Third, it is not an obligation to make efforts

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

beyond what is reasonably required (the upper limit of obligation).

When there is a breach of contract concerning best efforts clause, it usually leads us to the issue of monetary compensation. As often is the case with ordinary breach of contract cases, the expectation interest is to be compensated within the framework of Article 393 of the Korean Civil Code. Practically speaking, it is not easy to prove definite expectation interest. For this reason, one may turn to reliance interest, or the amount of expenditure as a proxy for expectation interest. The Korean courts also use discretion to limit the scope of monetary compensation under the idea of fair distribution of loss embedded in the compensation law.

The best efforts clause may appear too practical and too fact-specific to be addressed from an academic perspective. However, it is a topic that leads us to ponder on fundamental issues such as legal enforceability of the contract, egotism and altruism in the contract, and the boundary drawn by reasonableness in determining the scope of contractual obligation. Therefore, this topic is significant concerning not only legal practice, but also legal theory in general.

Keywords: best efforts clause, reasonable efforts clause, contract interpretation, reasonableness, monetary compensation