

國際物品賣買契約에서 “變更된 承諾”의 契約成立效果와 契約書式的 交戰

吳 元 奭*

目 次

- | | |
|------------------|---------------------|
| I. 問題의 提起 | 4. “變更된 承諾” 후의 行爲 |
| II. “變更된 承諾”의 效果 | III. 契約成立과 契約書式的 交戰 |
| 1. “變更된 承諾”의 概念 | 1. 비엔나 協約의 입장 |
| 2. 實質的인 條件의 變更效果 | 2. 미국 統一商法典의 입장 |
| 3. 非實質的 條件의 變更效果 | IV. 結 論 |
-

I. 問題의 提起

傳統的인 契約法은 英美의 코먼로(Common Law)나 大陸法 모두 契約自由의 原則에 따라 當事者間 意思表示의 合致를 나타내는 請約과 承諾으로 賣買契約이 成立된다(한국 민법 제534조, 일본 민법 제528조, 독일 민법 제150-2조 등).

契約이 請約과 承諾으로 成立되기 위해서는 承諾이 請約의 內容을 追加하거나 變更한 것이 아닌, 즉 承諾은 請約을 거울에 비친 것과 같은 내용이어야 하는데, 이를 英美法에서 “完全一致의 原則”(mirror image rule)이라 부른다.

그렇지만 法院은 國際商慣習이나 信義誠實의 觀點에서 請約의 內容과 실

* 成均館大學校 貿易學科 教授.

제로는 모순되지 않는데도 일부의 修正이나 變更 등 사소한 不一致를 이유로 契約成立을 부정하려는 기도를 저지해 온 흔적이 있다.¹⁾ 또한 몇몇 국가에서는 이러한 慣行을 立法化하였다.²⁾

국내거래보다 더 복잡하고 덜 일상적인 國際物品賣買契約에 있어서도 전통적인 契約法の 完全一致의 原則을 완화하여 「國際物品賣買契約에 관한 유엔 協約」(United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods(1980) ; 일명 비엔나 協約)에 수용하고 있다.

따라서 본고에서는 이러한 “變更된 承諾”(acceptance with modification)의 契約成立에 대한 效果를 비엔나 協約 제19조를 중심으로 미국의 統一商法典과 비교·고찰함으로써 앞으로 본 협약이 적용될 경우에 대한 商務的 대응책을 모색하고자 한다.

특히 變更內容의 정도와 이에 따른 效果를 나누어 검토하고, 契約이 成立된 경우에 契約當事者가 주고 받는 契約書式, 예컨대 購買注文書(Purchase Order Form)와 注文承諾書(Order Acknowledgement Form) 사이에 不一致時 적용될 契約條項의 選擇問題에 관하여 검토하고자 한다. 끝으로 結論에서는 이러한 契約書式의 交戰에 대한 論者의 見解를 제시하고자 한다.

II. “變更된 承諾”의 效果

1. “變更된 承諾”의 概念

“變更된 承諾”(‘Acceptance’ with modifications)이란 請約에 대한 被請約者

1) Schlechtriem, “The Battle of the Forms Under German Law”, 23 *Business Lawyer* 655 (1968).

2) 덴마크는 1917년, 노르웨이는 1918년, 핀랜드는 1929년, 아이슬랜드는 1936년, 스웨덴은 1915년, 미국은 1952년 그리고 “Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sales of Goods”(1964) (ULF) 제7조 (2)항 등이다.

의 回信이 承諾을 의도하면서 請約內容에 어떤 條項을 단순히 追加하거나 또는 請約內容과 다른 조항을 삽입하는 것을 말한다.

실무적으로 보면 購買注文書, 賣買注文書 또는 注文承諾書의 裏面에는 기 인쇄된 조항을 두고 前面에는 空欄을 두어 交渉過程에서 이 空欄에 物品의 價格, 數量, 品質, 引渡時期 및 決濟方法 등 去來의 基本條件만 합의하고 裏面에 인쇄된 細部條項에 관해서는 일치여부를 확인하지 않고 契約이 成立된 것으로 간주하여 契約을 履行한다.

일반적으로 賣渡人이 작성한 書式의 裏面條項은 物品의 供給이나 生産에 문제점이 발생할 때 자신의 책임을 제한하거나 物品의 瑕疵에 대한 責任, 특히 間接損害(consequential damages)에 대한 責任制限 등의 조항이 포함된다.³⁾ 물론 買受人의 書式은 物品瑕疵에 대하여 보다 단호한 救濟方法을 명기할 수 있다.

문제는 자신의 承諾內容이 請約과 일치하지 않음에도 불구하고 承諾한데서 발생한다. 특히 物品이 引渡된 후 物品의 瑕疵가 발견되거나, 買受人이 國內購買者로부터 클레임을 당하거나, 또는 生産재료나 機械의 缺陷이 追加費用이나 間接損害를 유발하여 買受人이 클레임을 提起할 때 다음의 문제가 제기된다.

“變更된 承諾”이 契約을 成立시키느냐? 만약 契約이 成立되었다면 어느 당사자의 계약이 우선하느냐?

이러한 문제는 쉽게 판단할 사항이 아니다. 變更된 條項의 性格과 그 內容에 따라 다르며, 承諾 후의 行爲에 따라 다를 수 있다.

물론 契約이 成立한 경우에 적용될 書式에 관하여 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」(the Last Shot Doctrine)이 있으나, 이 原則도 실무상 問題點을 지니고 있다.

3) John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 2nd ed., Kluwer, 1991, p. 227.

2. 實質的인 條件의 變更效果

비엔나 協約 제19조 (1)항에는 契約法의 一般原則에 따라 請約을 承諾할 의도가 있는 回信이라도 請約의 內容에 附加, 削除 또는 變更을 가하면 그것은 請約의 拒絶이며, 對應請約(counter-offer)이라고 규정하고 있다.

이러한 규정은 비엔나 協約의 前身인 ULF의 정신을 그대로 답습한 것이며(부록 제7조 (1)항),⁴⁾ 그 뿌리는 코먼로(Common Law)의 「完全一致의 原則」에 두고 있다.

본 條項에서 “附加”(addition), “削除”(limitation) 또는 “變更”(modification)이란 “實質的 條件”(material terms)에 대하여 부과되는 것을 의미한다. “實質的 條件”이란 代金, 支給, 物品의 品質 및 數量, 引渡의 場所 및 時期, 一方의 當事者의 相對方에 대한 責任의 範圍 또는 紛爭의 解決 등에 관한 條件을 의미하는 것으로 “본다”(are considered)(제19조 (3)항).⁵⁾

결국 제(3)항의 “實質的”(material)의 意味는 契約의 모든 측면을 포괄하고 있다. 따라서 “變更된 承諾”의 대부분이 請約의 拒絶이 될 것이며, 對應請約이 될 것이다. 그러나 위의 제(3)항에 “...하는 것으로 본다”(are considered)는 표현은 당사자의 추정된 의도를 나타내는 것으로서, 어떤 상황에 근거한 증거가 있으면 양보될 수 있음을 나타내고 있다. 또한 제(3)항에서 “다른 것 가운데”(among other things)라는 표현으로 보아 위에 열거한 條件들이 절대적인 것이 아님을 나타내고 있다.

위에 열거한 “實質的인 條件” 가운데, “상대방에 대한 일방의 책임의 범위”에 관한 條件의 예로는 保證條項(warranty clauses), 保證排除條項(warranty

4) Article 7(1) : An acceptance containing additions, limitations or other modifications shall be a rejection of the offer and shall constitute a counter-offer.

5) P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna: Manzsche, 1986, Commentary 55 n. 181.

disclaimer clauses), 不可抗力條項(force majeure clauses) 및 救濟制限條項(limitation of remedies clauses) 등으로 보통 契約書式의 裏面約款이 대부분 이에 해당하기 때문에 이들 條件의 不一致를 이유로 契約成立을 부정하기는 비교적 용이하다.⁶⁾

어떤 경우에는 “實質的” 變更을 추가한 承諾에서 “實質的”의 해석은 當事者間에 확립된 慣行이나 慣習에 근거할 수 있다. 예를 들면 當事者의 慣習이나 慣行이 紛爭의 解決을 위하여 仲裁을 요구하고 있다면, 承諾時의 仲裁條項의 삽입은 請約의 “實質的” 變更이 아닐 수도 있다.

비엔나 協約이 傳統的인 契約法의 完全一致의 原則을 고수하면서 예외를 인정한 것은 國際去來의 安全性과 複雜性을 고려한 것이다.

따라서 제19조 (2)항 및 (3)항에서 예외를 인정한 것은 미국 統一商法典과의 타협을 위한 것으로 생각된다.⁷⁾

3. “非實質的” 條件의 變更效果

完全一致의 原則을 규정한 비엔나 協約 제19조 (1)항에 대한 例外條項인 제(2)항에서는 請約에 附加條件(additional term)이나 相異한 條件(different term)을 가한 承諾일지라도 請約條件을 實質的으로 變更하지 아니하는 경우에는 承諾으로 간주하고 있다. 물론 이러한 “非實質的”인 條件이 첨부된 承諾에 대하여 請約者가 반대하면 역시 契約은 成立되지 않음을 條件으로 하고 있다.

한편 미국 統一商法典도 附加되거나 상이한 條件이라도 명확히 또는 適時에 이루어진 承諾의 表示 또는 合理的 期間內에 송부된 書面에 의한 確認은

6) 新堀 聰, 國際統一賣買法, 同文館, 1991, p. 40.

7) B.A. Leete, “Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code ; Pitfall for the Unwary”, 6 *Temp. International & Comparative Law Journal* 193 (1992).

承諾으로서 효력이 있다고 규정하여(§2-207 (1)) 실제로는 비엔나 協約과 유사한 입장을 취하고 있으나, 비엔나 協約은 完全一致의 原則에 대한 예외 규정을 인정하고 있는 반면, 미국 統一商法典은 變更內容이 첨부된 承諾도 정당한 承諾으로 간주하고 있다. 이것은 統一商法典이 적용되는 國內去來는 日常的이며 통일된 慣行이 존재하기 때문에 不一致에 대한 분쟁가능성이 적기 때문이다.

본고에서 “非實質的 條件”(immaterial terms)이란 請約의 內容을 實質적으로 變更하지 않는 附加條件이나 相異한 條件이 첨부된 承諾을 의미한다.

또한 비엔나 協約(제19조 (2)항)은 위에서와 같이 完全一致의 原則에 예외를 인정하면서도 被請約者가 承諾時에 非實質的인 附加條件이나 相異한 條件을 첨부할 경우, 請約者가 입을지도 모를 害에 대하여 請約者를 위한 對應策으로써 請約者가 지체없이 口頭나 通知로 不一致를 반대할 수 있도록 규정하고 있다. 그렇지 않을 경우, 附加 또는 相異한 條件이 첨부된 承諾內容이 바로 契約內容이 되어 “the last shot theory”가 적용될 가능성이 있기 때문이다.

미국 統一商法典에서도 附加條件이 契約의 一部가 된다. 단, (a) 請約이 請約條項대로 承諾될 것을 명시적으로 요구하고 있을 때, (b) 이러한 條項이 實質적으로 請約을 變更할 때, (c) 이러한 條項에 대한 반대의 통지가 이미 있었거나 또는 그 반대의 통지가 그러한 통지의 수령 후 상당한 기간내에 이루어질 때에는 그렇지 아니하다고 규정하여(§2-207 (2)), 비엔나 協約과 유사한 규정을 두고 있다.

결국 비엔나 協約이나 미국 統一商法典이 모두 “非實質的”인 條件變更의 效果를 承諾으로 간주하여 完全一致의 原則을 수정하고 있으나, 前者의 경우는 請約者가 反對意思의 表明을 하지 않는다는 것을 條件으로 하는 대신, 後者는 被請約者가 承諾時에 變更된 條件에 대한 동의를 명시하지 않을 것을 전제하고 있다. 그러므로 동일사안에 대하여 반대의 결론이 나올 수 있다.

예8)를 들어 賣渡人 A와 買受人 B가 6월 1일과 6월 5일에 販賣注文書와

購買注文書を 각각 교환했다. 6월 6일에 賣渡人은 “새 포대로 전량의 설탕을 충분히 공급할 수 없으니 튼튼한 중고 포대를 이용하여 선적할 수 있다”고 전보를 쳤다. 이에 대하여 買受人은 6월 7일에 “새 포대를 고집함”이라고 전보를 쳤다. 6월 8일 賣渡人은 “귀사의 요청에 따를 수 없음”이라고 회신하고 物品을 선적하지 않았다. 7월 1일 설탕값이 폭등하자 買受人은 賣渡人의 契約違反에 대하여 손해배상을 청구했다.

위의 예에서 비엔나 協約에 따르면 賣渡人은 부당한 지체없이 不一致에 대하여 반대하였다. 즉 賣渡人의 對應請約이 承諾되지 않았기 때문에 契約은 成立되지 않았다.

그렇지만 미국 統一商法典에 따르면 이와 반대의 결과가 나온다. 즉 買受人의 회신은 條件變更이 있음에도 불구하고 承諾으로 간주된다(§ 2-207 (1)). 賣渡人은 신속하게 條件變更에 대하여 반대의 통지를 하였다(§ 2-207 (2) (c)). 결국 當事者는 賣渡人의 請約條件으로 체결된 契約에 구속을 받게 되는 것이다.

이와 같이 미국 統一商法典은 傳統的인 코먼로(Common Law)의 完全一致의 原則을 거부하면서 코먼로의 對應請約의 多數를 承諾으로 간주하고 있다.⁹⁾

4. “變更된 承諾” 後의 行爲

內容이 變更된 承諾은 對應請約이 되어 契約을 成立시키지 않지만, 當事者가 契約이 成立된 것으로 간주하여 實質的인 行爲를 한 경우에는 契約이 成立한다.

미국 統一商法典도 이에 관하여 “契約의 成立을 인정하는 當事者間의 行爲는, 이러한 行爲가 없으면 當事者의 文書가 契約을 입증하지 아니한 경우

8) John O. Honnold, *op. cit.*, p. 231.

9) Idaho Power Co. v. Westinghouse Electronic Corp. 596 F. 2d. 924, 26 UCC 638 (9th Cir. 1979) 등 (James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 3rd ed. West Pub., 1988, pp. 39~40).

에도 賣買契約을 成立시키기에 충분하다”고 규정하여(§2-207 (3)), 行爲에 의한 契約成立을 인정하고 있다.

비엔나 協約도 「請約 中の 正함에 의하거나 또는 當事者間에 확립된 慣習 또는 慣行의 結果, 被請約者가 請約者에게 통지함이 없이 物品의 發送, 代金의 支給 등의 行爲를 履行함으로써 同意의 意思表示를 할 수 있는 경우, 承諾은 그 行爲가 行해진 때에 효력이 생긴다」고 규정하여(제18조 (3)항), 行爲에 의한 契約成立을 인정하고 있다.¹⁰⁾

行爲에 의하여 成立된 契約에서 當事者間에 紛爭이 발생하면 적용될 契約內容이 무엇인가에 관하여 問題가 생긴다.

이에 대하여 傳統的인 契約法은 最後에 송부된 契約書式을 對應請約으로 해석하고 契約을 履行한 當事者의 行爲를 承諾으로 간주한다. 이것이 바로 最後에 송부된 契約書式을 契約內容으로 해석하는 소위 “the last shot approach”이다.

양 當事者의 契約書式이 不一致함에도 불구하고 行爲에 의하여 契約이 履行될 경우에 적용될 契約書式을 傳統的인 契約法에서의 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」을 일괄적으로 적용하는 것은 問題가 있다. 이에 관해서는 비엔나 協約 제8조 (2)항, 즉 “當事者의 陳述 또는 기타의 行爲는 상대방과 같은 종류의 합리적인 者가 동일한 사정에서 가질 수 있는 이해력에 따라 해석되어야 한다”는 條項과 관련이 있다고 보여진다.¹¹⁾ 이것은 계약내용에 의심이 있을 경우, 이를 야기시킨 자에게 불리하게 적용하여야 한다는 것이 일반적 원리이다.

특히 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」은 賣渡人의 물품의 송부나 買受人의 物品受領이나 代金支給과 같은 行爲를 對應請約에 대한 承諾으로 간주하여 對應請約을 最後에 송부된 契約書式으로 보기 때문에 買受人이 物

10) 비엔나 協約에서 “행위”가 갖는 법률적 효과에 관한 규정은, 제8조 (1)항 및 (2)항, 제29조 (2)항, 제16조 (1)항 및 제18조 (1)항 등이 있다.

11) John O. Honnold, *op. cit.*, p. 237.

품을 수령할 때까지는 契約이 成立되지 않게 된다. 따라서 買受人으로 하여금 物品受領의 拒絶을 부추길 가능성이 있다. 이 경우, 國際運送이나 物品處分에 큰 문제가 발생하며 이것은 信義誠實 및 公정한 去來의 期待나 標準과 일치한다고 보기 어렵다.

그렇지만 미국 統一商法典 제2-207조 제③항은 當事者間에 교환된 문서가 契約을 입증하지 않고 當事者들의 行爲가 契約을 입증한 경우에만 적용되기 때문에, 이러한 行爲에 의하여 契約이 成立된 경우, 當事者間에 서면으로 합의한 條項과 統一商法典 제2편의 다른 補充條項이 합하여 契約內容이 된다. 이 경우에는 賣渡人은 흔히 統一商法典이 요구하는 것보다 物品의 品質에 대한 책임을 덜 부담하고자 하기 때문에 실제 상황에서는 불리하게 되기 쉽다.

따라서 賣渡人은 契約履行에 앞서 契約書式的 不一致를 점검하여 이를 교정한 후 이행하도록 주의하여야 한다.

Ⅲ. 契約成立과 契約書式的 交戰

1. 비엔나 協約의 입장

請約과 承諾으로 契約이 成立되면 賣渡人과 買受人은 각각 자기 회사의 契約書나 注文確約書 양식의 前面에는 합의된 去來의 基本條件을 기재하고 裏面에는 각각 자신들에게 유리한 免責條項이나 仲裁條項 등을 기재하여 교부한 후 契約을 履行한다.

契約의 實質的인 條件이 합의되었기 때문에 또는 履行行爲가 뒤따랐기 때문에 契約은 成立되었다고 볼 수 있지만, 契約書式的 交戰時 어느 것이 우선하느냐가 問題이다.

비엔나 協約은 契約書式的 交戰에 관한 직접적인 규정은 없다. 그러나 제7

조 (1)항의 “國際去來上の信義의遵守” 및 제(2)항의 “一般原則”과, “一般原則”이 없을 경우에는 國際私法の 規則에 따라 적용되는 國內법에 따라 해석하여야 할 것 같다(제4조 및 제7조). 그럴 경우, 모순되는 條項에 대하여 어느 한 當事者가 자신의 條項을 일방적으로 주장하는 것은 신의에 어긋난다고 할 수 있다.¹²⁾

이에 대하여 英法은 傳統的인 契約法の 立場에 따라 完全一致의 原則을 고수하고 있다. 이러한 이론하에서는 最後에 文書를 송부하여 의사표시를 한 자의 書式이 우선한다.¹³⁾

이 原則하에서는;

① 賣渡人이 最後로 買受人에게 書式을 송부하고, 買受人이 物品을 수령하면, 買受人의 受領이 契約承諾이 되고, 賣渡人의 書式이 契約內容이 된다.

② 買受人이 最後로 賣渡人에게 書式을 송부하고 賣渡人이 物品을 송부하면, 매도인의 물품송부가 계약승낙이 되어 買受人의 書式이 契約內容이 된다.

이러한 英法上的 「最後에 송부된 契約書式的 優先原則」은 다음과 같은 두 가지 실무상의 問題點이 예상된다.

첫째, 請約者와 被請約者가 서로 자신의 書式이 最後의 것이 되기 위하여 계속적으로 對應請約하고자 하는 유혹을 받게 된다.¹⁴⁾

둘째, 이러한 이론은 國際去來의 안정성을 크게 해칠 수 있다. 예를 들어 賣渡人은 買受人에게 請約과 함께 物品을 송부하였는 바, 買受人의 수령이 承諾이 되어 契約이 成立하게 되고 매도인의 서식이 계약내용이 된다. 이를 막기 위하여 매수인은 물품수령을 거절할 유혹을 받게 된다.

따라서 英法이나 우리 나라를 포함한 傳統的인 契約法の 法理를 고수하는 경우에는 자신의 書式과 상대방 書式의 일치여부를 잘 검토하여 不一致部分

12) 新堀 聰, 貿易取引入門, 同文館, 1992, pp. 89~90.

13) *Chitty on Contracts*, 26th ed., (1989) p. 57 (新堀 聰, 貿易賣買, p. 44); *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation* (1979) 1 W. L. R. 401.

14) 宋啓儀, “國際物品賣買의 成立에 관한 研究”, 博士學位請求論文, 成均館大學校, 1991. 3, p. 179.

에 대하여는 對應請約을 함으로써 자신의 것이 最後의 書式이 되도록 하여야 할 것이다.

2. 미국 統一商法典의 입장

契約法の 完全一致의 原則에 기초한 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」은 현실적으로 다음과 같은 問題點을 야기시킨다.

첫째, 인쇄된 書式이 별도로 사용되지 않던 시대에는 契約當事者들이 상대방의 문서를 숙독했으나, 지금은 각각 자신의 書式에 세밀한 免責條項을 인쇄하여 사용하기 때문에 不一致가 불가피하게 되었다.¹⁵⁾

둘째, 請約과 承諾의 不一致가 불가피하게 됨에 따라 賣渡人과 買受人은 市況을 보아 가며 行爲로써 契約을 成立하거나 거절하는 것이 자유롭게 되어 去來의 安定性이 저해되게 되었다.¹⁶⁾

셋째, 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」 때문에 賣渡人의 書式이 契約의 內容이 되는 경우가 많아서 賣渡人에게 유리하게 여겨졌다.

따라서 미국 統一商法典에서는 當事者 어느 일방의 書式을 우선시키는 영국의 코먼로(Common Law)의 規則을 개정하여 請約者와 承諾者의 쌍방으로부터 契約의 최종적인 內容을 구성하는 접근방식을 채택하였다.

「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」은 실무상으로 問題點은 있어도 비교적 단순한 것이지만 統一商法典의 접근방식은 商去來의 실태에 맞도록 시도된 것이기 때문에 契約內容을 확정하는 절차가 간단하지 않다.

미국 統一商法典 제2-207조 제(1)항은 “附加 또는 다른”(additional or different) 條項이 있어도 被請約者가 합리적인 기간내에 송부된 명확하면서도 적시의 承諾表示 또는 書面에 의한 確認을 承諾으로 인정한다고 규정하

15) American Parts Co. v. American Arbitration Association, 8 Mich. App. 156, 154 N. W. 2d. 5, 16 (1967).

16) Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co., 216 N.Y. 310 (1915).

여 코먼로(Common Law) 상의 完全一致의 原則을 거부하고 있다.

이러한 규정은 被請約者의 契約成立意思를 존중하여 請約者가 시장상황의 변동 등이 자신에게 불리해지면 사소한 追加·變更을 이유로 契約의 成立을 피하려는 의도를 분쇄하고 契約을 조기에 成立시키려는 의도를 규정한 것이다.

그러면서도 條件附로 “그 承諾이 附加條項 또는 다른 條項에 대한 同意를 明示的 條件으로 하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하여 여기에 條件을 붙이면 傳統的인 코먼로의 對應請約이 될 수 있음을 규정하고 있다. 이러한 條件이 유효하기 위해서는 被請約者가 對應請約을 매우 분명하게 진술하여야 한다.¹⁷⁾ 이것은 최초의 請約者가 對應請約者의 書式을 읽지 못할 가능성을 배제하기 위한 것이다.

제(1)항과 같이 “附加條項”이나 “다른 條項”을 첨부하여 承諾한 경우, 契約의 內容이 무엇이나가 問題된다. 이에 관하여 제(2)항에 언급하고 있다.

제(2)항에서는 “다른 條項”에 대해서는 언급이 없이,¹⁸⁾ “附加條項”은 다음 3가지 경우를 제외하고 契約의 一部가 된다는 것을 규정하고 있다.

첫째, 請約이 請約의 條件대로 承諾되기를 명시적으로 요구하는 경우

둘째, 附加條項이 請約을 實質적으로 變更시키는 경우

셋째, 附加條項에 대한 반대의 통지가 있거나 또는 그 반대의 통지가 附加條項에 대한 통지의 수령 후 합리적인 기간내에 이루어진 경우 등이다.

그렇다면 미국 統一商法典에서 請約을 實質적으로 變更시키는 “附加條項”을 구별하는 것은 매우 복잡한 問題이다.¹⁹⁾ 여기에 포함되는 條項은 保證排除條項(warranty disclaimer clause), 去來慣行에 모순되는 數量變更可能條項,

17) James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 3rd ed., West Pub. Co., 1988, p. 39.

18) 미국 統一商法典 제2-207조 제(2)항은 “다른 조항”에 대하여는 적용되지 않으며, 따라서 “다른 조항”은 계약의 일부가 될 수 없다(James J. White & Robert S. Summers, *op. cit.*, p. 32).

19) *Transamerica Oil Corp. v. Lynes, Inc.*, 723 F. 2d. 758, UCC 1076 (10th Cir. 1983).

買受人이 적기에 송장금액을 지급하지 않을 경우 賣渡人에게 契約取消權을 부여하는 條項, 부당하게 짧은 기간내에 苦情(complaint)을 요구하는 條項 등이 있다.²⁰⁾

또한 “非實質的 變更”(non-material changes) 조항은 不可抗力條項, 적절한 기간내 苦情提起를 요구하는 條項, 대금지급지연에 대한 합리적인 利子賦課 및 救濟制限條項 등이 있다.

일본의 新堀 聰 교수는 비엔나 協約 제19조 (3)항의 “實質的인 變更”에 해당하는 예시적인 條項 가운데 不可抗力條項(force majeure clauses)이나 救濟制限條項(limitation of remedies clauses) 등을 포함시켰으나 미국의 White & Summers 교수는 이러한 條項을 “非實質的 變更”으로 간주하고 있는 것이 특이하다.

“實質性”(materiality)에 관한 많은 판례가 일반적으로 이 주석(Comment)에 따르고 있다.²¹⁾

承諾者가 자신이 附加한 “附加條項”이 위의 제(2)항의 “實質的인 變更”이 아니라 주장하더라도 승소하기 어려운 것은 이에 관한 소송이 항소심까지 이르게 되면, 그것 자체가 그 條項이 “實質的”인 것임을 입증하는 것이 되기 때문이다.²²⁾

결국 “實質性”의 여부에 관하여 當事者間에 분쟁이 발생하면 承諾者가 패소할 가능성이 크다고 볼 수 있다.

“實質性”의 內容에 관하여 구체적으로 언급한 비엔나 協約과 그 內容에 있어서 차이가 있지만 비엔나 協約과 마찬가지로 問題가 생기면 그것은 “實質的인 條項”이 된다고 볼 수 있다.

미국 統一商法典에 따른 契約書式的 交戰問題에서 變更된 承諾의 경우, 請

20) UCC § 2-207 Comment 4.

21) Johnson Tire Service, Inc. v. Thorn, Inc., 613 P. 2d. 521, 29 UCC 774 (Utah 1980); Boese-Hilburn Co. v. Dean Machinery Co., 616 S.W. 2d. 520, 31 UCC 830 (Ho. App. 1981); Coastal Industries, Inc. v. Automatic Steam Products Corp., 654 F. 2d 375, 31 UCC 1566 (5th Cir. 1981).

22) James J. White & Robert S. Summers, *op. cit.*, p. 38.

約者の 동의를 承諾의 條件으로 한다는 명시적인 條件이 없는 경우에는 承諾內容대로 契約이 成立되고, 變更條件 가운데 “附加條件”은 統一商法典 제 2-207조 제(2)항의 但書條項에 해당하지 않는 한 契約의 內容을 구성하지만 “다른 條件”은 契約의 內容이 될 수 없다. 그렇지만 비엔나 協約은 被請約者가 請約의 內容을 變更하여 承諾하는 경우, 請約者가 이의를 提起하지 않는 한 契約이 成立된다. 비엔나 協約은 “다른 條項”에 관하여 언급이 없기 때문에 만약 이것이 있는 경우, 傳統的인 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」이 적용된다.

미국 統一商法典은 사소한 不一致를 이유로 契約成立을 부정하여 그 履行을 회피하려고 의도하는 行爲를 막기 위하여 請約과 承諾으로 契約이 成立된다는 전제에 따라 「完全一致의 原則」을 수정했다는 점에서 획기적인 규정이나 履行後의 紛爭, 즉 契約書式의 交戰問題에 관하여 그 原則이 분명하지 않다는 비판을 받고 있다. 반대로 비엔나 協約은 傳統的인 契約法의 「完全一致의 原則」에 따라 契約成立을 위한 承諾을 無條件·絕對의 일 것을 전제로 하고, 예외적으로 “變更된 承諾”을 인정하고 있다. 이 경우에는 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」에 따라 적용될 契約內容을 비교적 쉽게 찾을 수 있다는 점에서 統一商法典보다 명료하다. 그렇지만 현실적으로 많은 경우에 서로 모순된 인쇄된 裏面約款을 교환하여 사용하고 있는 점과 또한 상대방이 裏面約款을 보지 않고 곧 바로 履行에 들어 가는 점을 감안할 때, 契約法의 단순한 原理로 이러한 問題點을 해결하는 데는 많은 어려움이 예상된다. 즉, 우선 이러한 不一致의 書式交戰을 承諾으로 볼 수 있느냐 하는 점과 履行이 뒷따라 불가피하게 契約이 成立된 것으로 간주할 경우에도 片面일률적으로 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」을 적용하여야 할 것 인지를 결정하여야 하기 때문이다.

IV. 結 論

國際物品賣買契約에서 “非實質的” 條件의 變更의 경우나, “實質的” 條件의 變更 후에도 行爲가 따르면 契約이 成立된다.

契約이 成立된 후에 契約內容에 관하여 當事者間에 紛爭이 발생할 경우, 不一致한 契約書式 가운데 어느 것을 우선할 것인가가 問題가 된다.

이에 관하여 傳統的인 契約法의 「最後에 송부된 契約書式의 優先原則」은 단순하고 안정성은 확보될 수 있으나, 當事者 일방의 書式이 적용되는 불공평성이 問題가 된다.

이에 반하여 미국 統一商法典은 탄력적인 면은 있으나 법규적용의 복잡성과 불확실성을 내포하고 있다.

한편, 비엔나 協約은 傳統的인 契約法에 뿌리를 두고 信義誠實과 國際去來의 특성 및 慣習이나 慣行의 중요성을 강조함으로써 法理와 實務의 괴리를 좁히고 있다.

契約書式의 交戰問題를 근본적으로 없애기 위하여 契約當事者는 包括契約書(Master Contract)나 「一般協定書」를 작성하며, 여기에 準據法條項을 두어 비엔나 協約을 채택하도록 하는 것이 바람직하다. 특히 EDI Message에 의한 契約의 경우에 「標準 EDI 協定」(Model EDI Agreement)을 契約書에 포함시키도록 하는 것이 좋다.²³⁾

그렇지만 미국 統一商法典은 서로 不一致하는 契約條項에 관하여는 어느 쪽의 條項도 적용시키지 않고 去來에 적용되는 統一商法典 제2편의 다른 보충조항에 의하도록 하고 있다. 따라서 國際私法의 規則에 따라 統一商法典이 적용될 경우에 이것을 인식할 필요가 있다.

23) Task Force 1990 Report, “The Commercial Use of Electronic Data Interchange - A Report by the Electronic Messaging Service Task Force”, 45 *Business Law*, 1645~1749 (1990).

그러나 國際私法의 規則에 따라 우리 나라의 법이 적용될 경우 契約法의 完全一致의 原理가 적용되기 때문에 불리한 當事者가 契約成立을 부정할 경우에 대비하여 契約 체결시 및 契約서 작성시 不一致가 발생하지 않도록 유의하여야 한다. 분쟁발생시 평화적인 해결방안의 모색과 契約書內의 仲裁條項의 활용이 필요하다.