

# 書式戰爭의 原因과 그 法理

吳世昌\*

- 
- I. 問題의 提起
  - II. 書式戰爭의 原因
    - 1. 請約의 內容을 修正한 承諾과 反對請約과의 關係
    - 2. 反對請約과 書式戰爭과의 關係
  - III. 書式戰爭(反對請約)의 法理
    - 1. 英美普通法上의 原則
    - 2. 統一商法典上의 原則
    - 3. 大陸法上의 原則
    - 4. 비엔나 協約(CISG)上의 原則
  - IV. 結論
- 

## I. 問題의 提起

국제간의 거래에 있어 당사자 상호간에 내용이 다른 계약서나 주문서, 확약서 등의 서류를 교환하는 것을 서식전쟁(the battle of the forms)이라 한다.<sup>1)</sup>

이런 경우 계약이 당사자들간에 체결되었다고 말 할 수 있는가? 계약이 성립하였다면 당사자들을 구속하는 내용은 무엇이며, 당사자들의 서류 가운데 어느 서류가 우선하는가 등등의 문제가 제기된다.

그러나 이러한 문제점은 없을 수도 없고 없어지지도 아니하는 것으로서 서

---

\* 啓明大學校 通商學部 教授.

1) A.G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods*, 1st ed., Sweet & Maxwell, London, 1981, p. 75. Schmitthoff 교수는 이를 조건전쟁(The battle of Conditions)이라 부르고 있다(C.M. Schmitthoff, *Export Trade*, 9th ed., Stevens & Sons, London, 1990, p. 64). Schmitthoff 교수의 표현이 직접적이고 적절한 표현으로 여겨지나, 보다 설득력 있는 표현으로 “당사자들간에 교환된 서류를 통한 조건전쟁”(The battles of terms and conditions by documents exchanged between the parties)이 바람직하다. 그러나 본 논문에서는 서식전쟁으로 표현하기로 한다.

식전쟁의 원인이 되는 그러면서 국제간의 거래에서 흔히 발생하는 청약의 내용을 수정한 승낙과 반대청약과의 관계, 그리고 반대청약과 서식전쟁과의 관계가 근본적으로 어떤 관계에 있느냐, 그리고 서식전쟁에 대한 국제적인 법리가 어떠한가에 좌우된다.

따라서 본 논문에서는 상호 직접적인 관계에 있으면서도 마치 별개인 것으로 표현되어지기도 하는 상기의 관계와 이에 대한 법리를 제시함으로써 국제 무역종사자들과 이 분야의 연구자들에게 정확한 이해와 깊이 있는 연구에 기여함을 본 연구의 목적으로 한다.

이러한 목적을 달성하기 위해 제1장 문제제기에 이어 청약의 내용을 수정한 승낙과 반대청약과의 관계, 반대청약과 서식전쟁과의 관계를 제2장 서식전쟁의 요인에서, 그리고 이러한 서식전쟁의 확산에 따른 대책으로서 영미 보통법(common law), 미국 통일상법전(Uniform Commercial Code : UCC), 대륙법(civil law), 비엔나 협약(UN Convention Contracts for the International Sale of Goods : Vienna Convention : CISG)을 통한 서식전쟁의 법리를 제3장에서 각각 규명 내지 제시한 후 제4장에서 결론을 내리는 것을 본 연구의 범위로 하고 문헌자료 분석방법을 채택하였다.

## II. 書式戰爭의 原因

### 1. 請約의 內容을 修正한 承諾과 反對請約과의 關係

#### (1) 承諾의 種類

당사자들간 거래에서 주된 관심<sup>2)</sup>이 되는 품질, 수량, 가격, 선적(납기), 결제, 포장, 보험 등이 전면에, 일방의 책임범위와 분쟁 등에 관한 면책 내지 제한의 내용 등이 이면에 인쇄되는 주문서(청약서)<sup>3)</sup>에 대해 ① 절대·무조건적인 승낙,

2) 당사자들간의 거래에 있어 7대 조건이 잘 준수된다면 이면에 인쇄된 책임과 분쟁 등의 내용은 사실 문제될 것이 없다는 취지에서이다.

3) CISG 제14조는 이들을 제의(proposal)라 하고 ① 충분히 확정적이고 ② 승낙의 경우 구제의 의사가 분명하고 ③ 숫자적으로 수신인이 제한된다면 청약된다고 규정하고 있다. 이는 주문서, 견적서, 확인서 등으로 'offer'에 갈음하는 경향에 따라 'offer' 대신에 'proposal'로 표시하고 있다. 따라서 이 제의는 전통적인 offer 외에

② 주문서와 같이 주된 관심이 되는 7대 조건 등이 전면예 주문서와 달리 타방의 책임을 강조하는 내용이 이면에 인쇄된 구입확인서(승낙서)를 발송할 때 “accepted provided shipment by oct. 15”와 같은 조건부 승낙(conditional acceptance), ③ “accepted only 150 pcs.”와 같은 부분적 승낙(partial acceptance), ④ “accepted stop it possible please expedite shipment by oct. 15”와 같은 의뢰부승낙(acceptance accompanied by request), ⑤ “acceptance subject to contract”와 같은 계약서작성 조건부승낙 등이 있다.

(2) 反對請約

의뢰부승낙은 절대적, 무조건적인 승낙으로 계약을 성립시키나 부분적승낙이나 조건부승낙<sup>4)</sup>은 모두 최초 청약의 거절(소멸)임과 동시에 새로운 청약의 성격을 지니는 반대청약(counter offer)이다.

특히 어떤 의미에선 조건부승낙에 해당한다고 볼 수 있는 계약서작성 조건부승낙은 정식계약서가 작성되어 양 당사자가 서명할 때까지 계약은 효력을 발생하지 아니한다. 따라서 계약서가 청약이나 승낙의 내용과 다르다면 이것 역시 부분적승낙 내지 조건부승낙이 되는 반대청약이 된다.

물론 7가지의 주된 관심 내용에 대한 전보나 Telex, Fax 또는 주문서의 성격에 준하는 전보나, Telex, Fax 등에 의한 청약의 경우에도 승낙의 종류는 위와 같다.<sup>5)</sup>

반대청약의 법적 의미에도 불구하고 새로운 청약의 성격만 있고 최초의 청약의 거절될 뜻은 전혀 없는 경우가 있다. 이런 경우 피청약자의 반대청약이 청약자에 의해 거절된 경우 최초 청약의 내용대로 승낙하여 계약을 성립시킬 수가 있다. 단 최초의 청약의 유효기간내의 승낙이어야 한다.<sup>6)</sup>

이렇게 볼 때 청약의 내용을 수정한 승낙이나 청약이나 승낙의 내용을 수정한 계약서는 반대청약이 된다.

주문서, 확인서, 견적서, 경매, 카타로그, 광고 등을 모두 포함한다고 보아야 한다.

4) 여기서의 부분적승낙이나 조건부승낙이란 ① 주된 관심이 되는 부분에 대한 상위와 이면약관상의 내용상위(discrepancy) ② 주된 관심이 되는 내용은 완전 일치하나 이면약관상의 내용상위를 모두 포함한다.

5) 이 때의 부분적승낙과 조건부승낙은 ① 주된 관심내용에 대한 상위와 ② 주된 관심 내용상위와 기타 내용상이 ③ 주된 관심내용 일치와 기타 내용상이를 모두 포함한다.

6) L.Y. Smith & G.G. Roberson, *Smith & Roberson's Business Law*, London, West Publishing Co., 1971, p. 57.

## 2. 反對請約과 書式戰爭과의 關係

### (1) 1回 以上の 反對請約

오늘날의 국제거래는 어떤 형태의 청약이건 일방의 청약에 대한 타방의 절대 무조건적인 승낙에 의해 거래가 이루어지는 경우 보다 대개의 경우 청약에 대하여 반대청약이 이루어지며, 반대청약에 대하여 또 수정을 가한 승낙, 즉 반대청약이 이루어지는 등 상호간에 최소 1회 이상의 복잡한 반대청약 교환 과정을 거쳐 계약이 성립하고 거래가 이루어지고 있다.

그러나 반대청약이 새로운 청약으로서의 성격을 지니는 이상, 1회 이상의 복잡한 과정을 거친다 하여도 결국 계약은 청약과 승낙에 의하여 이루어짐은 분명하다.

### (2) 反對請約 交換의 結果

문제는 이러한 복잡한 1회 이상의 반대청약 교환에 의해 계약이 성립하여 당사자들이 물품의 선적의무와 대금지급의무를 행한 후에 당사자들간에 분쟁이 발생한 경우 문제제기에서 이미 지적하였듯이 과연 계약이 성립하였으며, 나아가 계약의 내용은 무엇이며, 누구의 서식이 우선하는가 하는 문제가 발생하게 되는 바, 반대청약은 서식전쟁 바로 그 자체, 즉 장본인이며, 서식전쟁의 원인제공자임을 알 수 있다.

특히 인쇄된 양식을 사용하는 청약과 승낙은 거래가 이루어진다 해도 특수한 경우를 제외하고 반대청약에 의한 거래가 이루어 질 수 밖에 없으며 전보나 Telex나 Fax 등에 의한 청약과 승낙의 경우도 내용 여하에 따라 반대청약에 의한 거래가 이루어 질 수 있다.

이 모든 경우 전면의 내용보다 이면의 내용 또는 이 양자를 포괄한 Telex나 Fax, 전보 등의 내용상의 저촉으로 인해 대부분 서식전쟁을 일으키고 있음이 작금의 무역거래의 현실이다.

### Ⅲ. 書式戰爭(反對請約)의 法理

#### 1. 英美普通法(Common Law)上的 原則

##### (1) 鏡象의 原則

영미 보통법에 의하면 승낙은 청약의 내용과 완전히 일치해야 하며, 승낙이 조금이라도 청약과 다른 경우 반대청약이 되어 승낙이라 말할 수 없으며 계약은 성립하지 아니한다는 계약성립의 대원칙인 경상의 원칙(mirror image rule ; mirror image of the offer ; the offer of acceptance must be ribon match)을 고수해 왔다.<sup>7)</sup>

##### (2) 最後 書式發送者 勝利의 原則

상기의 경상의 원칙만으로는 현실의 서식전쟁을 대비하는 데는 한계가 있음을 알 수 있다.

서식전쟁의 경우에 무역실무가들은 계약이 성립한 것으로 여겨 매도인은 자신의 주요한 의무인 선적의무를 수행하게 되고 매수인은 자신의 주요한 의무인 물품수령과 대금지급을 하게 된다 사실 이러한 행동은 계약의 성립을 전제로 한 행동이지만 법률적으로 볼 때에는 문제가 있다.

다시말해서 대개 무역실무가들은 완전히 상세한 조항까지 합의에 도달하지 않더라도 주요한 조건이 합의되면 계약이 성립된 것으로 여기고 계약의 이행을 시작하는 것이 일반적이다. 즉, 계약을 이행하기 위해 세부적인 조항에 까지 합의하여 이행함이 상책이지만 종전의 거래시에 특별히 문제가 되지 아니한 경우에는 최후까지 세부적인 사항 특히 이면약관의 내용까지 상세히 읽고 합의한 것이 아닌 상태에서 전면의 주된 관심내용의 합의만으로 계약의 이행을 시작함이 일반적이다.

7) Kritzer는 이러한 원칙을 "a perfect tend rule"이라 부르고 있다(A.H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, Boston, 1989, p. 35.

이러한 서식전쟁하에서 불행히도 분쟁이 발생할 경우 상기 문제제기에서 언급한 내용이 법률적인 문제점으로 부각된다.

이러한 서식전쟁하에 일어날 수 있는 문제점에 대한 해결방안으로 영국에서는 매도인 또는 매수인을 상대방의 서식(청약)을 행위로서 승낙한 것으로 간주하는 일종의 의제<sup>8)</sup>(fiction)적인 경상의 원칙을 개발하였는 바, 이것이 최후 발표자(최후 서식발송자) 승리의 원칙(the last shot doctrine)이다.<sup>9)</sup>

이 원칙은 서식전쟁하에서 이행이 이루어지고 나중에 분쟁이 생긴 경우, 최후에 서류를 발송한 자의 서류를 청약(반대청약)으로 보고 이에 대한 타방의 이행을 행위에 의한 절대·무조건 승낙으로 하여, 즉 전통적인 경상의 원칙이 이루어진 것으로 하여 분쟁 발생시 최후에 발송한 서류의 내용이 당사자를 지배한다는 것이다.

이 원칙에 의하면 매도인과 매수인 가운데 최후에 문서를 발송해서 의사표시를 한 자가 승리하는 것으로 매도인의 서식이 최후인 경우 매수인의 물품수량이 행위에 의한 승낙이 되어 매도인의 서식에 따라 계약이 성립하고, 매수인의 서식이 최후인 경우 매도인의 물품선택이 행위에 의한 승낙이 되어 매수인의 서식에 따라 계약이 성립하게 된다.<sup>10)</sup>

이러한 최후 서식발송자 승리의 원칙에 따른 최근의 예를 소개하면 1979년 *Butler Machine Co v. Ex-Cell-O Corporation* 사건<sup>11)</sup>이다.

동 사건에 의하면 매도인은 기계 제조업자로서 매수인으로부터의 조회에 대한 회답으로서 기계를 공급하고자 하는 청약을 매수인에게 발송하였다. 그런데 동 청약의 상세한 조항이 서식의 이면에 인쇄되어 있었고 그 가운데는 선적전에 원가가 인상되는 경우에는 가격을 인상한다는 요지의 가격변동조항(price variation clause)이 포함되어 있었다. 매수인은 동 청약을 승낙한다는 요지의 문서(반대청약 ①)를 매도인에게 발송하였다. 이 문서의 이면에도 역시 계약을

8) P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed., Pitman, London, 1985, p. 74.

9) G.H. Treitel, *City on Contracts*, 26th ed., Sweet & Maxwell, London, 1989, A. G. Guest, *Anson's Law & Contract*, 26th ed., Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 34; 新堀 聰, 國際統一賣買法, 同文館, 1991, p. 34.

10) 그러나 Schmitthoff 교수는 최종 발송자의 조건이 적용되는지 아니면 최초 발송자의 조건이 적용되는지를 확정하기 위해 계약의 기타조건과 당사자들의 계약후의 행동 등을 분석해야 한다고 주장하고 있다(C.M. Schmitthoff, *op. cit.*, p. 65).

11) [1979] 1. W. L. R. 401.

구속하는 것으로 간주할 수 있는 여러 가지의 조항이 인쇄되어 있었지만 매도인의 것과는 달리 가격변동조항은 없었다. 그런데 이 서류는 slip이 분리 될 수 있게 되어 있어 매도인은 서명하여 매수인의 조항을 승낙한 것을 확인하는 것으로 되어 있었다. 매도인은 매수인에게 slip을 발송하면서 물품의 인도는 자신의 청약상의 조건에 따라 이루어진다는 요지의 편지(반대청약②)를 첨부하였다. 매도인은 기계를 제작하여 매수인에게 인도하였고 매수인은 이를 수리(행위에 의한 매도인의 반대청약의 승낙)하였다. 그 후 매도인은 자신의 청약상에 명시된 계약후의 원가인상에 해당하는 부분의 금액을 매수인이 지급할 의무가 있는지 여부의 문제가 제기되었다.

항소원은 반대청약①에 근거하여 매수인은 대금을 지급할 의무가 없다고 판결하였다. 이는 매수인이 제출한 승낙의 문서는 법률상으로는 반대청약이며 매도인이 slip을 발송함으로써 반대청약을 승낙한 것으로 판단하였기 때문이다.

물론 slip에 첨부된 편지는 매도인의 청약조건이 거래를 지배할 것을 분명하게 하는 매수인의 반대청약에 대한 매도인의 반대청약으로 최후에 발송된 서류로 생각되는데, 어떠한 이유로 이를 냉정히 무시하고 있는지를 이해할 수 없지만 매도인의 편지는 단지 목적물을 확정하는 것을 노리는 것이기 때문에 최초의 청약의 내용을 되풀이 하는 의도가 아닌 것으로 냉정히 생각하여 이렇게 판단한 것 같다. 그러나 엄격하게 말하면 매도인의 slip이 제일 마지막으로 발송된 반대청약이고 이에 따라 제작·선적된 물품을 매수인이 수령한 것을 매수인의 행위에 의한 반대청약의 승낙으로 보아야 한다. 이렇다면 매도인의 최초의 확약을 되풀이 한 slip이 계약의 내용이 된다.

양자 공히 최후 서식발송자 승리의 원칙을 인정하고 있는 것은 사실이다.

최후 서식발송자 승리의 원칙은 다음과 같이 요약할 수 있다.

① 경상의 원칙보다 한 발 앞서 현실성을 고려한 발전적 이론이다.

② 그럼에도 불구하고 경상의 원칙을 그대로 계승하고 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 최후서식이 반대청약이고 이에 대한 승낙으로 반대청약의 내용을 이행을 통해 절대적·무조건적으로 승낙하고 있기 때문이다.

따라서 상대방이 발송해온 서식을 전후면 검토한 후 이견이 있는 경우에는 즉시 이를 부정하는 서식을 반대청약으로 하여 발송하여 최후에 발송한 것에 따라 상대방에게 사실상 계약을 이행하도록 할 필요가 있다.

이렇게 하면 상대방과의 서식전쟁에서 상대가 분명한 것을 원할 경우 다시

서식(반대청약)을 보내올 것이기 때문에 반드시 승리하지 못한다 하더라도 손해볼 것도 없다.

## 2. 統一商法典(UCC)上的 原則

### (1) §2-207의 制定目的

영미 보통법의 접근방법으로는 표준계약서가 일반적으로 사용되고 있는 현재의 상거래에 적용이 어렵다고 판단해서, §2-207에서 “실질적인 변경(… materially alter …)을 가져오는 조항의 범위를 협의로 해석함으로써 전통적인 영미 보통법상의 “경상의 원칙”을 폐지에 가까울 정도로 대폭 완화함과 동시에 수정형태의 경상의 원칙인 “최후 서식발송자 승리의 원칙”을 배제하여 양 당사자의 서식이 모순하는 경우에는 양 서식상의 공통부분, 즉 합의하고 있는 부분의 적용은 물론이고 모순하는 부분도 UCC의 보충규정에 의해 분쟁을 해결하려는 동기에서 규정되었다.

### (2) §2-207의 分析

§2-207의 내용을 분석하면 다음과 같다.

첫째로 승낙의 표시나 확인서가 청약서상에 규정된 내용과 다르거나 추가의 내용을 언급하고 있다고 해도, 승낙으로서의 효력을 지님을 §2-207(1)이 규정하고 있는 바, 이는 영미 보통법의 경상의 원칙을 뒤집는 UCC의 일반원칙이다. 그러나 매우 중요한 하나의 단서를 규정하고 있는바, 청약서상에 규정된 승낙이 청약한 내용과 다르거나 추가적인 내용이 대하여 청약인의 동의를 조건으로 함을 명시하고 있는 경우 승낙의 표시나 확인서는 계약을 성립시키지 못한다.

따라서 승낙에 해당하는 확인서를 발송한 후에도 매도인은 선적 등을 하지 아니할 수 있으며 아무런 의무도 없이 동 거래의 계약성립을 피할 수 있다.

이러한 단서에도 불구하고 매도인이 선적하고 매수인이 물품을 수령하여 대금을 지급한 경우는 §2-207(3)에 따라 이행되는 한 성립이 된다.

따라서 단서 규정에 따르면 구입주문서를 발송하는 매수인의 입장에 있는 청약인에게는 피청약자인 매도인이 단서의 성격을 지니는 승낙서를 발송한 후



물품을 선적하지 아니하는 경우에는 클레임을 제기할 수 없으므로 위험이 따른다고 할 수 있다.

이렇게 볼 때 단서규정은 피청약인의 입장에서 볼 때는 하나의 전략적인 수단이 될 수 있으므로, 단서조항의 악용을 피하기 위하여 다르거나 추가된 내용에 대한 해석은 엄격해야 함을 *dorton* 사건<sup>12)</sup>이 입증해 주고 있다.

변경내용에 대한 청약인의 동의는 명시적으로도 묵시적으로도 가능하다는 점은 *Construction Aggregates Corp v. Hewitt Robin* 사건<sup>13)</sup>이 입증해 주고 있다.

둘째로 승낙이나 청약이 특수한 문제를 다루고 있고 이 문제에 관해 청약이나 승낙이 침묵하고 있는 경우, 즉 승낙이 추가내용을 다루고 있는 경우 피청약인의 회답이 이러한 추가적인 내용에 대하여 청약인의 동의가 분명한 조건으로 이루어지지 아니하였음을 알 수 있다. 이 때의 추가내용은 계약성립을 방해하지 아니하므로 계약의 성립이 가능하다. 왜냐하면 이런 경우 영미 보통법의 경상의 원칙을 §2-207이 변경한 동기가, 정확하게 말해서, 바로 이런 현실의 경우를 대비한 것이기 때문이다.

추가내용은 계약에 대한 추가청약으로 계약의 일부가 될 수 있는 바, 계약의 일부가 될 수 있는지 여부의 기준은 당사자들이 상인인지 여부이다. 만약 일부가 상인이 아니라면 추가내용에 대하여 청약인의 명시적인 동의만이 계약의 일부가 된다. 따라서 이런 경우 §2-207 (2)는 승낙의 동의를 필요로 하는 보통법의 원칙을 변경하지 못한다.

만약 양 당사자가 상인이라면 §2-207 (2)는 보통법의 원칙에 대한 철저한 예외를 인정하여 추가내용은 일반원칙으로서 자동적으로 계약의 일부가 된다.<sup>14)</sup> 그러나 §2-207 (2) 상의 3가지 예외 가운데 하나에 해당할 경우 추가내용은 계약의 일부가 못된다.

이 3가지 예외란 청약자가 추가내용에 대하여 자신은 동의를 원치 아니함을 분명히 한 경우<sup>15)</sup>와 추가내용이 계약을 실질적으로 변경한 경우<sup>16)</sup>이다.

12) *Dorton v. Collins & Aikman Corp.*, 453 F. 2d 1161(6th. cir. 1972).

13) 404 F. 2d 505 (7th. cir. 1968).

14) 이런 경우 추가내용은 당초 청약인이 청약시에 이러한 추가내용이 있었고 이에 대한 피청약인의 승낙이 있었던 경우로 마치 경상의 원칙이 그대로 적용되는 것으로도 해석할 수 있다.

15) §2-207 (2) (a), (c)의 경우 (a)는 (c)에 가까운, 즉 똑같은 개념으로 볼 수 있다.

주의를 요하는 것으로 추가내용이 청약서의 내용과는 저촉하지 아니하나 UCC의 간격메우기(gap-filler) 규정(§2-207(3))과 저촉하는 경우의 추가내용은 UCC의 간격메우기 규정에 우선하지 못한다.

셋째로 특수한 문제에 대해서 승낙으로 취급하면 상이한 내용이 되기 때문에 승낙과 청약이 서로 충돌하는 방식으로 이 특수한 문제를 다루어지게 되는 경우, 상호 충돌조항을 각각 계약에서 제외시켜 둘 다 계약에 삽입되지 아니하도록 하고 그 대신에 UCC상의 간격메우기 규정(보충규정)이 관련이 있으면 이 보충규정을 사용하고 이마저 불가능하면 보통법이 적용하는 '충돌조항 제거원칙'(knock out rules)을 채용하거나, 아니면 승낙서상에 제외하고 있는 추가내용의 조항이 일체 효과를 발휘하지 못하게 하고 청약서상에 명시하고 있는 조항만이 계약의 내용이 되게 할 수 있다.

반면에 상호간에는 충돌하지 아니하나 그 가운데 어떤 서류상의 하나의 조항이 UCC의 간격메우기 규정과 충돌하는 경우에는 UCC의 보충규정이 우선한다.

예컨대 매수인의 구입주문서가 매도인의 확인서상의 모든 책임담보에 대하여 아무런 언급이 없고 반면에 매도인의 확인서가 일체의 계약상의 책임담보를 부인하고 있는 경우 매도인이 책임담보를 부인한다는 점이 계약의 일부가 되는 추가내용이라고 주장할 수 있다.

반면에 매수인 역시 자신의 구입주문서가 책임담보의 문제에 관해 침묵하고 있어 이런 경우를 위한 적격성의 묵시적 책임담보규정인 UCC의 규정이<sup>16)</sup> 자신의 묵시적 청약의 일부이며 매도인의 책임담보부정규정과 저촉됨을 주장할 수 있다.

이런 경우 UCC의 묵시적 책임담보규정과 매도인의 책임담보부인규정을 각각 배제시킬 것을 합의하고 주장할 것이나 양 당사자가 서류상에 적격성에 대한 아무런 언급이 없다면 UCC의 보충규정이 다시 적용됨을 합의하고 주장할 것이므로 UCC의 보충규정이 우선함을 알 수 있다.

넷째로 승낙이 계약을 성립시키지 못할 정도로 청약서상에 명시된 내용을

16) UCC는 승낙을 해도 반대청약이 되어 계약이 성립하지 아니하는 3 가지 예외 가운데 "실질적인 변명"에 대한 만족한 정의를 내리고 있지는 아니하나 그 해석의 범위를 협의적으로 해석하고 있음에는 틀림이 없다(S. Emanuel & S. Knowers, *Contract*, Emanuel Laws Outlines Inc., N.Y., 1986, p. 29.

17) UCC §2-314.

너무 벗어난 경우 §2-207 (1)에서 말하는 승낙으로서 실제 간주될 수 없다. 왜냐하면 §2-207 (1)은 분명하고 적시의 승낙표시만을 승낙으로 취급하고 있기 때문이다.

예컨대 매수인이 매도인의 재고 중인 기계를 \$16,500에 구입하기로 청약하고 청약의 내용으로 “FOB, our truck, Your plant, loaded.”라고 명시하였다. 매도인은 청약에 대한 승낙을 타진하였으나 승낙서에는 재고기계는 현재의 장소에 있는 상태에서 매각될 것이라고 언급되어 있었다.

동 사건을 심리한 법정은 계약이 존재하지 않는다고 주장하였다. 이는 청약과 승낙이 적재비용과 적재에 따른 위험을 누가 부담할 것인가 하는 점에 대하여 전혀 다르기 때문에 합의가 존재하지 아니하였으며, 따라서 매도인의 전보는 승낙이 아니라 반대청약이었고, 그리하여 상이하거나 추가적인 내용의 문제가 전혀 제기되지 아니하였기 때문이다.<sup>18)</sup>

그러나 상호 당사자간의 교섭한 내용에 관한 합의가 있으면 계약은 성립한다.

다섯째로 청약과 승낙의 내용이 너무 상이하거나 계약의 존재를 인정하는 당사자들의 행위가 있는 경우, 예컨대 매수인의 구입주문서와 내용이 너무 달라 계약이 존재하지 아니하는 확인서를 발송한 후 매도인이 물품을 준비하여 선적하고 매수인이 전쟁이 일어나기 전에 물품을 수령하고 대금을 지급한 경우와 피청약인의 변경에 대하여 청약인의 동의를 분명한 조건으로 하여 승낙이 이루어지고 청약인이 동의하지 아니한 상태에서 물품의 선적과 대금지급 행위가 이루어진 경우, §2-207 (3)에 의해 계약은 성립하며 계약의 내용은 당사자들의 합의 내용과 UCC의 보충규정이 된다.

여섯째로 당사자들이 구두합의를 하고 일방 또는 쌍방이 구두합의와 저촉하거나 구두합의를 추가한 확인서를 발송한 경우 이러한 서류는 확인서이지 승낙이 아니지만 §2-207 (1)은 이를 승낙과 같이 취급한다고 규정하고 있다. 물론 양 당사자들이 상인이어야 합의 전제다.

문제는 구두합의한 내용과 확인서상의 내용이 다른 경우, 확인서상의 상이한 내용을 일방이 거절하지 아니한다 해도 계약의 내용이 될 수는 없으며 구두합의의 내용이 우선한다. 왜냐하면 당사자들이 구두합의에 도달한 경우 일방은 자신의 일방적 행위를 통하여 구두합의와 모순해서는 아니된다는 논거이다.

18) *Koehring W. V. Glowacki*, 253 N.W. 2nd 64 (1977).

이러한 구두합의내용이 우선이라는 점은 당사자들이 구두로 합의하고 일방이 추가 또는 상이한 내용이나, 거래는 추가 또는 상이한 내용에 대한 승인을 조건으로 한다는 내용을 담은 확인서를 발송하는 경우에도 마찬가지이다.

그리고 양 당사자들이 발송한 사전구두합의서의 내용이 구두합의내용과 상호충돌하는 경우 §2-207 공식주석19에 의하면 각 당사자들은 이런 경우 사전구두합의의 내용과 충돌하는 조항에 대하여 각각 반대하는 것으로 추정하게 되어 있어 결과적으로 상호충돌하는 조항은 계약의 일부가 되지 못한다.

그러나 두 합의서 가운데 한 합의서만 사전구두합의와 충돌하지 아니하는 내용을 명시하고 있는 경우, 즉 주요내용이 두 합의서 가운데 한 합의서에만 명시되어 있고 구두합의의 명시적 내용과 충돌하지 아니하는 경우 §2-207(2)에 의하여 동 내용이 실질적인 구두합의를 변경하지 아니하고 타방이 동 내용을 반대하지 아니하는 한, 동 내용은 계약의 일부가 된다. 물론 양 당사자들이 상인임을 전제한다.

일곱째로 당사자들이 양식을 전혀 사용하지 아니하고 오히려 완전히 관습적으로 된 서식을 교환하는 경우, 즉 서식전쟁과 관계없는 협상의 경우는 계약이 전혀 존재하지 아니하거나, 즉 §2-207이 적용되지 아니하거나 §2-207(3)에 의해 해결될 수 있다.<sup>20)</sup>

이상과 같은 UCC §2-207의 역할에 대한 논평을 보면 다음과 같다.

§2-207은 ① 최종서식을 제공한 자가 종종 달성할 수 없었던 계약상실로부터의 보호, ② 최종적으로 서식을 보낸 자에게 부당한 이익의 부인, ③ 서식전쟁의 경우 계약성립 이유와 계약내용의 구성 등을 위한 규정으로 영미 보통법의 원칙인 경상의 원칙과 최후 서식발송자 승리의 원칙을 효과적으로 수정하여 현실에 적합시킨데 큰 의의가 있다.<sup>21)</sup>

1980년과 1964년 비엔나 협약 초안자들은 이러한 UCC의 특징을 따르지 아니하도록 많이 조언을 받았다. 왜냐하면 UCC에 의하면 승낙의 의미를 지니는 수정이 즉각적으로 반대를 초래할 경우 계약권리에 관한 신뢰가 아직 개발되어 있지 아니하기 때문이다. 그리고 §2-207의 규정에 따르면 당사자들이 계

19) UCC §2-207, official comment 6.

20) S. Emanuel & S. Knowels, *op. cit.* pp. 25~35, Restatement §59, §61에 의하면 Restatement 역시 §2-207의 취지를 인정하고 있다.

21) S. Emanuel & S. Knowels, *op. cit.*, p. 23.

약체결과과정에서 합의하지 아니한 경우에도 양 당사자들을 구속하는 법률에 따르도록 한 것은 통탄할 일이다.<sup>22)</sup>

이러한 UCC의 접근방법은 경상의 원칙보다도 공평한 결과를 당사자들에게 가져오게 한다는 사고이지만 내용이 복잡하기 때문에, 그리고 §2-207의 문장이 상당히 짜임새 있게 구성되어 있지 아니한 점도 있어 당초 그 적용에 즈음하여 법정의 판단에 혼란이 제기되었으나<sup>23)</sup> 최근에 와서 판례가 누적되므로 조금씩 안정된 판단이 나오고 있는 것처럼 보인다.<sup>24)</sup>

UCC에 의하면 추가되었으나 상이하지 아니하는 한 내용이 합의를 실질적으로 변경하지 아니한다면, 추가적인 상이한 내용이 제외된다는 §2-207 (3)의 단서 규정을 제외하고, 이들은 §2-207 (2)에 의해 침묵에 의한 승낙이 된다고 규정하고 있다.<sup>25)</sup>

UCC §2-207의 원칙은 구입자가 주문서를 발송하고 매도인이 매매확인서를 발송하여 이들 서류의 전면의 내용 예컨대 가격·명세·수량 등이 일치한다면 계약으로 인정한다는 것이다. 이러한 사실은 각자의 서식 裏面條件이 근본적으로 다르다 해도 통상적이라면 계약의 성립으로 본다.<sup>26)</sup>

본인의 생각으로는 현실성을 인정한 것까지는 좋으나 계약의 중요한 원리인 계약자유의 원칙에 의한 당사자들간의 합의를 지나치게 제한하는 면이 다소 아쉽다. 그러나 비엔나 협약 제 18 조 3 항에서 규정한 이행행위에 의한 승낙의 대 전제조건이 충족되지 아니한 상태에서의 이행이 이루어진 경우에 §2-207 (3)을 적용하면 대단히 효과적이면서 현실적이라 할 수 있다.

### 3. 大陸法(Civil Law)上的 原則

우리 민법 제 534 조와 일본 민법 제 528 조에 의하면 “승낙자가 청약에 대하

22) J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention*, Kluwer, Boston, 1987, p. 165.

23) 법정이 §2-207의 적용을 오도한 사건으로 유명한 사건이 *Roto-Lith* 사건이고, 정확하게 적용된 사건이 *C. Ithoh* 사건이다.

24) 新堀 聰, 國際統一賣買法, 同文館, 1991, p. 42.

25) A.H. Kritzer, *op. cit.* p. 180.

26) Hancoak, “Special Report on the UN convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Corporate Counsel's International Adviser*, January 1988, pp. 32.

여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 본다.”라고 규정되어 있고, 우리 민법 제 532 조와 일본 민법 제 526 조에 의하면 “청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 표시가 필요하지 아니할 경우에는 계약을 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때 성립한다.”라고 규정되어 있다.

따라서 대륙법은 영미의 경상의 원칙을 그대로 고수하고 있다고 볼 수 있다.

#### 4. 비엔나 協約(CISG)上的 原則

##### (1) 一般原則(CISG, 제 19 조 (1) 항)

청약이 의도하는 내용을 추가, 제한하거나 기타 수정을 가하는 승낙은 청약의 거절임과 동시에 반대청약을 구성한다는 영미 보통법과 대륙법의 전통적인 경상의 원칙을 반영하고 있는 이러한 사실은 계약상의 의무는 상호 명시적인 합의로부터 일어난다는 전통적인 법이론을 반영한 것이다.

따라서 승낙은 청약에 정확하게 일치해야 한다. 만약 승낙이 청약에 일치하게 동의하지 아니한다면 승낙은 존재하지 아니하나 계약성립을 위해 타방의 승낙이 필요한 반대청약이 있게 된다.

그러나 승낙에 사용된 용어가 상위하여도 당사자들의 의미를 변경하지 아니하는 한 청약에 사용된 용어와 정확하게 똑같은 용어를 승낙이 사용할 필요는 없다. 주의를 요하는 것으로 회답이 추가내용의 7 가지 가능성을 제외하거나 조희를 하고 있다 해도 그 회답은 제 19 조 (1) 항에 의한 승낙이 되지 아니할 수 있다.

반면에 이러한 회답은 최초 청약의 나중 승낙의 가능성을 남겨 둔채 상이한 내용의 승낙의 가능성에 대해 청약인의 의중을 타진하기 위한 독립된 통신일 수 있다.<sup>27)</sup>

이러한 사실은 청약이 취소불능이라도 거절의 통지가 청약인에게 도착한 때 청약은 그 효력을 상실한다는 청약 제 17 조에 비추어 볼 때 특별히 중요하다.

따라서 광범위하게 인정되고 있는 계약성격의 입장을 지지하는데 상기의 일 반원칙이 있다고 해도, 피청약인이 청약의 내용에 전반적으로 동의하였으나 청

27) 단순한 반대청약은 new offer의 성격뿐임을 의미한다.

약상의 특정분야에 관해 협상을 원하는 흔히 있을 수 있는 실질적인 상황이 이 원칙은 반대하고 있다.

(2) 實質的인 變更이 아닌 承諾의 效力(CISG, 제 19 조 (2) 항)

상기의 일반원칙이 바람직한 결과를 주지 못하는 기타 흔히 있을 수 있는 실질적인 경우가 있는 바, 이런 경우들 가운데 하나에 관해 상기의 일반원칙의 예외를 규정하고 있다.

따라서 청약에 대한 회답이 추가 혹은 상이한 내용을 두고 있다고 하더라도 청약의 내용을 실질적으로 변경하지 아니한다면 그 회답은 승낙을 구성하며, 제 23조의 규정에 따라 계약은 승낙의 수령시에 체결되고, 계약의 내용은 승낙 상에 명시된 변경사항을 추가한 청약의 내용이 된다.<sup>28)</sup>

그러나 추가 혹은 상이한 내용이 청약의 내용을 실질적으로 변경하지 아니한다 하더라도 청약자는 이를 거절할 수 있다. 이런 경우 피청약인의 회답은 승낙이라기 보다 청약의 거절임과 동시에 하나의 반대청약이 되며, 전통적인 영미 보통법의 경상의 원칙이 그대로 적용되는 것이다.

(3) 實質的인 變更을 한 承諾의 效力(CISG 제 19 조 (3) 항)

제 19 조 3 항은 청약의 내용을 실질적으로 변경하는 추가 혹은 상이한 내용의 예로서 “특히<sup>29)</sup> 대금지급, 품질과 수량, 인도장소와 시기, 상대방에 대한 일방의 책임범위 또는 분쟁해결<sup>30)</sup>을 들고 있는 바, 청약의 회답이 이러한 내용을 변경하고 있다면 실질적인 변경<sup>31)</sup>이 되고, 동 회답은 승낙을 구성하지 못하며 영미 보통법의 경상의 원칙이 그대로 적용되는 반대청약을 구성하게 된다.

그러나 이러한 사실에도 불구하고 최초의 청약자가 물품의 발송이나 대금지급

28) 이 경우 “the last shot doctrine”이 적용된다.

29) 제 19 조 (3) 항상의 특히(among other things)의 의미는 예시적이지 전부를 망라한 것이 아니라는 의미이다(J. Honnold, *op. cit.*, p. 169).

30) 책임담보조항(warranty clause), 보증배제조항(disclaimer clause), 불가항력조항(force majeure clause) 구제제한조항(limitation of remedies clause), 중재조항(arbitration clause) 등을 포함한다(A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 182).

31) 실질적이지 아니한 변경을 규정에 삼입하기란 힘들다. 왜냐하면 청약자에게 중요하지 아니한 것으로 간주되는 변경이 청약자에게 중요할 수 있으며, 그 반대로 마찬가지이기 때문이다.

사실<sup>32)</sup>을 최초의 피청약인에게 통지함으로써 실질적으로 성립되며, 이런 경우 계약의 내용은 실질적인 변경인 추가 또는 상이한 내용을 포함한 반대청약의 내용이 되며 현실성을 감안한 경상의 원칙인 최후 서식발송자 승리의 원칙이 그대로 적용된다.

이상의 사실을 통해 다음과 같은 결론을 내릴 수 있다.

당사자 가운데 일방에 의해 준비된 서류상에 추가되거나 상이한 내용이 있고 계약이 궁극적으로 체결된 경우 계약은 추가 또는 상이한 내용 전부를 제외하거나 모두를 포함할 수 있는 바, 이는 타방에 의해 승낙된 것으로 간주 되는 조건에 좌우된다.

자신의 행위가 타방의 내용에 대한 동의를 나타내는 것인지에 관한 분쟁을 제거하는 것이 아니라 더욱이 이러한 분쟁에 패소한 당사자라는 자신에게 부과된 타방의 조건을 부담해야 하기 때문에 그는 UCC 하에서 부과되는 부담보다 더 큰 부담이 되는 조건을 지켜야 한다.

따라서 서식전쟁으로 인한 저촉규정에도 불구하고 계약을 이행한 경우 매매에 관한 어떠한 법도 완벽한 해답을 제공하지 못한다고 볼 수 있다.

비엔나 협약의 접근방법은 상호저촉하는 조건에도 불구하고 당사자들이 이행한 때 분쟁해결에 도움을 줄 수 있다.

서식전쟁에 있어 각자가 보내는 서식은 타방의 청약을 거절하는 반대청약이기 때문에 최종적인 계약은 타방의 이행에 의해 승낙되는 제일 마지막 반대청약을 발송한 당사자의 조건으로 구성된다. 비엔나 협약 제 19 조의 논평을 보면 다음과 같다.

비엔나 협약의 이론은 서식이면에 있는 대부분의 조건이 중요하다라는 것이다. 따라서 이러한 이면조건이 다르다면 그때문에 계약이 존재해서는 아니된다.<sup>33)</sup> 비엔나 협약은 주관적인 접근방법을 피하려 하고 있다.<sup>34)</sup>

당사자들이 불일치한 서식의 일상교환에 근거하여 거래가 이루어져 있는 경우 당사자들이 합의한 것을 결정하기 위한 만족한 방법을 법과학이 아직 발견하고 있지 아니하다는 인식에서 출발한 UCC §2-207 과는 달리 비엔나 협약

32) 대금지급이 이루어지지 아니해도 매수인이 물품을 수리하였다면, 승낙으로 생각해도 좋다(P.S. Atiyah, *op. cit.*, p. 75).

33) Hancoak, *ibid.*

34) J. Honnald, *op. cit.*, p. 168.



은 영미 보통법의 경상의 원칙에 유사한 원칙을 채택하였다. 따라서 협약하에선 최후에 발사를 한 자가 아마 최상이 될 것이라는게 비엔나 협약의 결론이다.<sup>35)</sup>

결국 서식전쟁에 대한 본 협약의 대응은 제 19조 1항을 통해 승낙에 관한 영미 보통법의 대원칙인 경상의 원칙을 기본원칙으로 채용하고, 3항을 통해 실질적인 변경을 가져오는 조항을 사실상 대부분의 계약조항으로 하므로 수정 조항을 포함한 회답이 반대청약이 되는 확률을 높이고 있기 때문에 최후에 서식을 발송한 자가 승리한다는 원칙을 인정하는 입장이라고 볼 때 전체적으로 보아 서식전쟁에 관한 영미 보통법의 접근방법에 가까운 것으로 생각된다. 따라서 당사자간의 불안정요인을 제거하기 위하여 중요한 약관에 관해서 합의한 기본계약서(basic agreement)나 포괄계약서(master agreement)를 체결해 두는 것이 상책이다.<sup>36)</sup>

실제에 있어 매수인의 구입주문에 따라 제일 마지막 통신, 즉 확인서를 보내는자는 대개 매도인이다. 그러므로 매도인을 지지하는 경향이다.<sup>37)</sup>

본인의 생각으로는 제 19조가 영미 보통법, 대륙법, UCC 그리고 현실거래를 참고하여 제정되었다 해도 전통적인 영미 보통법의 경상의 원칙과 현실성을 감안한 경상의 원칙인 최후 서식발송자 승리의 원칙을 그대로 답습하고 있는 것 같다.

그리고 제 19조 3항은 UCC §2-207(2)(b)상의 '실질적인 변경'(…materially alter…)의 내용을 구체적으로 나열하였으나 본 규정상의 '특히'(…among other things)를 통해 중요한 내용의 전부가 아닌 예시적인 중요한 내용을 나열하고 있다. 따라서 이 외에도 당사자들 간에는 중요한 내용이 얼마든지 있을 수 있고 예시적 내용도 당사자들 간에는 중요도가 달라질 수 있다.

이러한 사실은 마치 영국의 물품매매법상의 조건(condition)과 책임담보(warranty)의 규정에도 불구하고 양자간의 구분으로 인한 문제점 때문에 양자를 배격하여 'intermediate or innominate term'<sup>38)</sup>을 개발하여 위반의 결과와 성격에 따라 선의의 당사자에게 계약의 소멸권을 부여할 수도 있고 아니할 수

35) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 184.

36) 新堀 聰, 前掲書, p. 41.

37) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 183.

38) A.G. Guest, *op. cit.*, p. 361.

있게 한 것처럼, 현 제 19 조 3 항을 현재와 같이 규정할 것이 아니라 그러면서 UCC §2-207 (2), (3) 보다 강한 내용 예컨대 비엔나 협약 제 25 조(중대한 위반의 정의)에 준하는 개정이 바람직하다.

#### IV. 結 論

서론에서 제기된 문제점을 규명하기 위하여 청약의 내용을 수정한 승낙과 반대청약과의 관계와 반대청약과 서식전쟁과의 관계를 통한 서식전쟁의 원인을 영미 보통법상의 원칙과 통일상법전상의 원칙 그리고 대륙법상의 원칙과 비엔나 협약상의 원칙을 통한 서식전쟁의 법리를 문헌자료 분석방법을 통해 규명한 바, 본 논문의 결론은 다음과 같다.

① 서식전쟁에 관한 대표적인 규정인 UCC와 CISG는 현실성을 감안한 규정이지만 근본적으로 다른 방향에서 접근하고 있다. 즉, 전자는 아무런 문제가 없을 경우 당사자들간의 주된 관심이 되는 내용인 서식의 전면의 내용이 일치한다면, 성실히 이행을 한 경우에는 문제시 되지 아니하는 서식의 이면내용이 근본적으로 다르다 해도 계약을 성립시키며, 문제가 되면 형평의 원칙에 입각하여 당사자간에 충돌되는 조항을 배제하여 보충규정에 따라 해결 한다는 것이다.

반면 후자는 제 19 조 3 항을 통해서도 알 수 있듯이 서식의 전면과 이면을 공히 중요한 것으로 보고 경상의 원칙을 따르고 있다.

특히 후자의 경우 경상의 원칙이 적용되는 최후 서식발송자 승리의 원칙이 적용되므로 불이익을 보는 당사자가 있을 수 밖에 없다. 따라서 양 당사자들이 합의하지 아니한 부분에 관해서는 형평의 원칙에 입각하여 제정된 UCC § 2-207의 내용이 제 19 조보다 실효성이 있다고 여겨진다.

② 자신의 모든 조건을 고수하길 원한다면 타방이 자신의 서식에 서명할 때까지 합의는 존재하지 아니한다는 조건부로 서식을 만들 필요가 있다.

③ 자신의 시장과 거래를 고려하여 인쇄된 서식의 내용상에 실질적으로 상기한 것을 일치시키는 것이 필요하다.

④ 제품의 거래와 관련하여 위험이 발생할 가능성이 있는 경우로서 저축규

정이 있는 경우 상이한 내용을 일치시키지 아니하고 그러면서 최후에 발송하도록 하는 것이 서식전쟁에 대비한 하나의 방법이 될 수 있다.

⑤ 불확실성을 제거하기 위해 이에 언급한 기본계약서(basic agreement)나 포괄계약서(master agreement)를 작성하여 활용할 필요가 있다.

⑥ ICC나 UNCITRAL이 서식전쟁에 대비하여 표준계약서를 작성하여 회원국에 활용을 권고할 필요가 있다.

⑦ 서식전쟁에 대비하여 CISG를 준거법(proper law)로 채용할 필요가 있다.

### 參 考 文 獻

- 新堀 聰, 國際統一賣買法, 1991.
- Guest, A.G., *Anson's Law of Contract*, 26th ed., 1984.
- , *Benjamin's sale of Goods*, 2nd ed., 1981.
- Kritzer, A.H., *Guide to practical Applications of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1989.
- Schmitthoff, C.M., *Export Trade*, 9th., 1990.
- Farnsworth, E.A., *Contracts*, 2nd ed., 1990.
- Treitel, G.H., *City on Contracts*, 26th ed., 1989.
- Hancoak, "Special Report on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Corporate Counsel's International Adviser*, January 1987.
- Honnald, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention*, 1987.
- Smith, L.Y. & G. G. Roberson, *Smith of Roberson's Business Law*, 1971.
- Atiyah, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed., 1985.
- Emanuel, S. & S. Knowells, *Contract*, 1981.
- Restatement 2nd.*
- The Secretariate Commentary on Article 19.*
- UNCITRAL Yearbook*, 1980~1990.
- CISG.*
- UCC.*