

“請約을 변경하는 承諾”(acceptance with modifications)의 效果와 問題點 - CISG 제19조를 중심으로 -

오 원 석*

-
- I. 서론
 - II. 변경된 승낙의 효과
 - 1. CISG 제19조의 구성과 입법역사
 - 2. CISG 제19조의 내용
 - 3. CISG 제19조와 UCC 제2-207조의 비교
 - III. 본조의 문제점
 - 1. “실질적 변경조건”의 결정 어려움
 - 2. 매도인의 투기가능성
 - 3. “최후발포”에 대한 유혹
 - IV. 결론
-

I. 서론

국제물품매매계약은 계약당사자의 의사의 합치, 즉 청약과 승낙으로 성립된다. 동 승낙은 鏡像의 法則에 따라 청약의 내용에 대한 무조건·절대적 동의를 의미한다고 할 수 있다.

그렇지만 실제 상거래에서는 청약에 대한 회신이 승낙을 의도하고 있기는

* 성균관대학교, 경영학부 교수

하지만 청약의 내용에 대하여 일부를 변경 하거나 일부 내용을 추가하는 경우가 일반적이다.

특히 생산이 고속화·표준화됨에 따라 청약과 승낙에 해당하는 구매주문서(Purchase Order Form) 등의 양식을 사용하면서 이들 서식의 전면은 공란으로 두고 이면에는 자사의 구매 또는 판매전략에 따라 필요한 조건인 一般去來條件(general terms and conditions)을 인쇄하여 사용한다.

전면에 공란에는 협상의 여지가 있는 필수적 계약조건인 품질, 수량, 가격, 선적시기 및 지급조건이 명시하며, 반면 이면의 인쇄된 조건은 주로 틀에 박힌 문구로 매도인의 경우에는 물품의 하자담보에 관한 담보조항(Warranty Clause)이나 제조물 책임에 관한 제조물 책임조항(Product Liability Clause) 등을 명기하며, 매수인의 경우에는 Warranty Clause나 준거법이나 재판관할권에 관한 준거법 조항(Governing Law Clause), 재판관할권 조항(Jurisdiction Clause) 등을 명기할 수 있다.

이와 같이 서로의 서식이 상이한 서식의 교전(battle of forms)에도 불구하고 전면에 합의된 조건에 따라 주문과 주문승낙의 형식으로 거래가 이루어진다.

이 경우 계약이행 이전에 물품가격의 등락이 생길 경우 양자사이에 구속력 있는 계약이 존재하는지 여부가 문제가 될 수 있다. 또한 계약의 이행 이후, 즉 물품이 인도된 후 매수인이 물품의 하자를 이유로 클레임을 제기할 경우에도 문제가 발생할 수 있다. 이때 양 당사자 사이에 계약이 존재여부에 관한 문제가 제기될 수 있고, 만약 계약이 존재한다면 계약내용이 무엇이나 하는 것이다. 특히 발생된 문제에 대한 내용이 어느 한 당사자의 계약서식에만 명기되어 있을 때 이 조항이 구속력 있느냐 하는 것이다.

본고에서 논자는 우리나라의 경우 금년 2월 17일 UNCITRAL에 CISG의 비준서를 기탁하므로 2005년 3월 1일부터 체약국이 될 UN통일매매법(United Nations Convention in Contracts for the International Sale of Goods; 이하 CISG라 함) 제19조와 미국통일상법전(이하 UCC라 함) 제2-207조를 중심으로 청약을 변경하는 승낙의 효력을 비교 검토한다.

이를 위하여 우선 CISG 제19조의 구성과 제정역사 및 이에 상응하는 UCC 조항과의 비교검토를 통하여 실제거래에 CISG의 적용시 예상되는 법리적·상무적 문제점을 검토한 후 결론에서는 앞에서 제기한 문제점에 대한 양 법리의 입장을 설명하고 논자의 견해를 제시하고자 한다.

논자는 본고에서 다루는 문제가 실제거래에서 심각한 상황으로 진전되는 경우는 드물지만 국가별 또는 거래품목별로 계약서식의 표준화 경향과 함께 언제나 발생할 가능성이 있기 때문에 이에 대한 세밀한 비교·검토가 필요하다고 생각했으며, 특히 우리나라의 경우 CISG체약국이 될 시기에 이 논제를 선택한 것은 시의적절 하다고 생각한다.

국제계약의 실무자의 입장에서는 이러한 문제에 관한 법리를 잘 숙지할 경우 무지에 따른 손해를 줄일 수 있으며, 계약에 따른 충돌이나 분쟁을 미연에 방지할 수 있고 보아 본고가 실무적으로 기여할 것으로 기대된다.

II. 변경된 승낙의 효과

1. 제19조의 구성과 역사

제19조는 청약의 내용을 변경하는 승낙의 효과를 규정하고 있다. 제19조 제1항은 그러한 승낙은 원청약의 거절이며 대응청약이라는 전통적 법리를 규정하고 있다. 이것은 제18조 제1항의 승낙의 정의와도 일치한다. 승낙은 청약의 내용을 그대로 동의하여야 하며 만약 청약의 내용에 무엇을 추가하거나, 제한하거나 변경하면 이는 양 당사자의 의사의 합치로 볼 수 없으므로 청약의 거절이지만, 승낙의 의도가 있기 때문에 단순한 거절과는 다르며 여기에 대응청약이 가해진 것으로 보아야 한다.

제2항은 제1항에 대한 예외규정으로 변경된 승낙의 내용이 청약의 내용을 실질적으로 (materially) 변경하지 않는 경우에는 승낙으로 된다고 규정하고 있다. 그렇지만 여기에도 조건이 있다. 즉, 변경된 승낙을 받은 청약자가 그 상위를 구두로 반대하거나 또는 그러한 취지의 통지를 발송하는 경우에는 승낙이 되지 않는다.

제2항과 같은 예외조항은 상거래 실무상 빈번히 발생하는 변경된 승낙을 법조항으로 반영하면서도 “청약자가 이를 반대하지 않는 한”이란 단서를 통하여 “의사의 합치”와 “통지”라는 계약성립의 원리와 요건의 성취를 전제하므로 다른 조항과 상충되지 않도록 규정하고 있다.

제3항은 청약의 조건을 실질적으로 변경하는 것으로 간주되는 조건들에 관한 예시를 하고 있다.

제19조는 제1항의 원칙, 즉, 청약에 대하여 추가, 제한 또는 다른 변경내용을 포함한 회신은 청약의 거절이며 대응청약이라는 鏡像의 法則을 고수하는 전통주의자와 동 법칙으로부터 이탈을 추구하는 개혁논자간의 투쟁과 타협의 산물이다.¹⁾

제1항의 전신은 1964년 UNIDROIT의 「국제물품매매계약의 성립에 관한 통일법」(Uniform Law on the Formation of Contract for the International Sale of Goods; ULF) 제7조 제1항이다.²⁾ 원문은 다음과 같다.

“An acceptance containing additions, limitations or other modifications shall be a rejection of the offer and shall constitute a counter-offer”

(추가, 제한 또는 다른 변경사항을 포함한 승낙은 청약의 거절이며 대응청약이 된다.)

위의 ULF제7조 제1항이 문제가 있다고 생각되어 UNCITRAL Working Group은 위의 문장에 있는 “an acceptance”를 “a reply to an offer”로 바꾸었다.³⁾

그 후 동 그룹은 “offer”란 단어 다음에 “which purports to be an acceptance”란 文言을 삽입하였다. 그 이유는 청약을 받은 피청약자가 단지 문의(inquiries)나 추가 또는 다른 조건의 추가가능성이 제안된 회신은 대응청약(counter-offer)이 되지 않음을 확실히 하기 위함이다.⁴⁾

제19조 제2항의 역사는 더 요란했다. 그 전신은 ULF 제7조 제2항으로 원래 스칸디나비아입법의 영향이다.⁵⁾

“However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but which contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer shall constitute an acceptance unless the offeror,

1) C.M.Bianca & M.J. Bonell, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè. Milan, 1987, p.175.

2) E.A.Farnworth, Formation of Contract in Proceeding of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Parker School. 1984, pp.322-323.

3) UNCITRAL Yearbook, Vol. VIII(1977), New York(United Nations), 1978, p.82.

4) UNCITRAL Yearbook, Vol. IX(1978), New York(United Nations), 1981, p.42.

5) J.O.Honnold, Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, Kluwer, 1982, pp.190-192.

promptly objects to the discrepancy ; if he does not so object, the terms of the contract shall be the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance”

(그러나 청약을 의도하고 있고 또한 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 추가적 또는 상이한 조건을 담고 있는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다. 다만 청약자가 신속하게 그 상위를 반대하거나 또는 그러한 취지의 통지를 반송하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 이렇게 반대하지 아니하지 않는 한, 청약상의 조건과 더불어 승낙에 들어 있는 변경사항이 추가되어 계약조건이 된다.)

위의 ULF제7조 제2항은 초안과정에서 약간의 변화, 즉 두 번째 관계대명사 “which”를 제거하고, “promptly”를 “without undue delay” 바꾸어 CISG제19조 제2항이 되었으나 이들의 변경내용에 특별한 의미는 없다.

제19조 제3항은 제2항이 추가된데 대하여 전통주의자들의 공격으로 새로이 삽입된 것이다. 전통주의자들은 추가된 제2항을 변경된 승낙의 변경내용이 청약상의 불명료한 명세와 같은 문자나 문법적 차이, 인쇄상의 오류 또는 중요하지 않은 문제 등에서 청약과 다른 경우에 국한되어야 한다고 생각한 반면, 개혁론자들은 변경된 승낙의 변경내용을 사소한 문자의 차이 등에 국한하지 말고 그 적용범위를 넓혀야 한다고 생각했기 때문에 양자의 타협으로 제3항이 추가되었다.

UNCITRAL에서는 제3항을 다음과 같이 승인했다.⁶⁾

“Additional or different terms relating, inter alia, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party’s liability to the other, or the settlement of dispute are considered the terms of the offer materially, unless the offeree by virtue of offer or the particular circumstances of the case has reason to believe they are acceptable to the offeror”

(특히 가격이나 대금지급 물품의 품질 및 수량, 인도의 장소 및 시기, 당사자의 상대방에 대한 책임의 범위 또는 분쟁의 해결에 관한 추가적 또는 상이한 조건은 청약상의 조건을 실질적으로 변경하는 것으로 본다. 단 청약이나 그

6) UNCITRAL Yearbook, Vol.IX,(1978), New York(United Nations), 1981, p.43.

사건의 특수한 상황으로 보아 피청약자가 이들이 청약자에게 승낙가능하다고 믿을 만한 이유가 있는 경우는 제외한다.)

제19조 제2항과 제3항은 비엔나 회의(Vienna Conference)에서 열띤 논쟁거리였다. 개혁론자들은 제2항과 제3항 모두를 삭제하자는 전통주의자들의 기도를 막고 대신 위의 제3항의 끝부분에 있는 “unless the offeree by virtue of the offer or the particular circumstances of the case has reason to believe that are acceptable to the offeror”(청약이나 그 사건의 특수한 상황으로 보아 피청약자가 이들이 청약자에게 승낙가능하다고 믿을 만한 이유가 있는 경우가 아닌 한...)을 삭제하는데 성공했다.⁷⁾

2. 제19조의 내용

1) 제19조 제1항

제1항은 모든 법계의 공통된 전통적 계약법리를 반영한 조항이다. 피청약자의 의사의 표시가 승낙이 되기 위해서는 청약의 내용에 대하여 변경없이 동의하여야 한다.

청약의 내용에 추가 또는 변경하려는 피청약자의 시도는, 자신의 답신이 청약의 거절이지만 승낙의 의사가 있기에 대응청약이 되는 결과를 초래한다. 청약에 대하여 추가조건이 가미되면 이는 청약의 거절이지만 승낙할 의도가 있다면 이것은 다시 청약자의 의도를 탐색하기 위한 독립된 통신으로 간주하여 대응청약이 된다.

그러지만 이 경우에도 동 답신이 승낙할 의도가 있는 경우에 국한된다. 즉 제1항은 전통적법리를 선언한 조항으로 계약이 성립되기 위해서는 鏡像의 法則에 따라 승낙은 청약의 거울상이어야함을 규정한 것이다.⁸⁾

동 법칙의 가혹함을 완화하기 위한 技法들이 법원에 의하여 고안되었다.

7) UNCITRAL, Official Record II ; Documents of Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, New York(United Nations), 1981, pp.284-289; M.J. Bonell, La nouvelle convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise, Droit et Pratique du Commerce international, 1981, pp.20-21.

8) S. Cigoj, “International Sales : Formation of Contracts”, Netherlands International Law Review, Vol.23(1976), p.257.

하나는 청약자의 청약에 대한 피청약자의 변경내용을 포함한 답신을 단순한 제안(mere suggestion)으로 해석하여 이에 대하여는 청약자가 승낙할 수도 거절할 수도 있도록 하는 것이다. 만약 청약자가 이를 승낙한다면 원래의 피청약자는 청약자의 청약에 자신의 추가제안을 결합하여 청약자가 승낙한 것으로 해석한다.

다른 기법은 청약자의 청약에 피청약자에 의한 변경내용을 묵시적으로 또는 관습적으로 포함하는 것으로 이해하는 것이다. 이 경우는 피청약자의 추가된 조건으로 청약에 대한 승낙이 이루어진 것으로 해석한다.

이러한 기법으로 鏡像의 法則이 완화된다 하여도 書式의 交戰은 불가피하다. 매수인의 인쇄문언이 포함된 구매서에는 擔保條項(Warranty Clause)이 포함된 반면 매도인의 인쇄문언이 포함된 판매서에는 擔保排除條項(Disclaimer of Warranty Clause)이 포함될 수 있다. 양 당사자는 가격이나 품질과 같은 거래의 기본조건에 관심을 기울이면서 담보조항의 불일치에는 관심을 기울이지 않는다.⁹⁾

분쟁은 2가지의 상황에서 생길 수 있다. 첫째는 계약이행전에 시장가격의 등귀나 폭락과 같은 상황변화가 생기면, 한 당사자가 계약이 성립되지 않았기 때문에 이행하지 않았다고 하면서 불이행에 대한 변명으로 서식불일치를 이용할 수 있다. 그 결과는 앞에서 언급한 완화기법에 따라 판단될 것이다.

두 번째는 매도인이 물품을 선적하고 매수인이 이를 수령한후 물품의 품질과 같은 이행내용에 관하여 분쟁이 생기면 그 분쟁을 규율할 계약조건을 결정하여야 하는 문제이다.

이 경우 제1항의 전통적 접근방식은 最後發砲理論(Last Shot Theory)을 선호한다. 즉 청약에 따른 피청약자의 승낙을 의도한 변경된 승낙은 대응청약이 되며 승낙을 유발한 최후의 대응청약이 바로 계약내용이 된다. 실제로 매수인의 구매주문서에 승낙한 매도인의 서식이 최후발포가 된다.¹⁰⁾ 피청약자의

9) J.D. Feltham, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", J.B.L. 1981, pp.346-352.; H. Gabriel, "The Battle of Forms : A Comparison of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Uniform Commercial Code" (1994)49 Business Lawyer 1053 (M. Bridge, The International Sale of Goods, Oxford, 1999, p.75)

10) F.J.A. Van Der Velden, Uniform International Sales Law and the Battle of Form in Unification and Comparative Law in Theory and Practice; Liber amicorum Jean-George Sauveplanne, Deventer, Kluwer, 1984, pp.233-234.

“last shot”에 있는 새로운 조건에 대하여 청약자가 반응이 없으면 영국법원도 변경된 조건으로 계약이 체결된 것으로 간주했다.¹¹⁾

비록 어떤 이론가들은 CISG나 동 제19조가 “서식의 교전”의 경우에는 적용되지 않는다고 주장하지만 많은 국내법원이 청약과 승낙에서 생기는 불일치를 해석하고 해결하는데 제19조를 적용하고 있다.¹²⁾

최후발포이론외에 서식의 교전을 해결하기 위하여 세 가지 해결방안이 제시될 수 있다.

첫째는 서식의 교전의 효과는 계약내용을 결정하는 것이기 때문에 계약의 유효성 문제로 간주하여 국내법에 위임하는 방법이다.¹³⁾

둘째는 양 당사자의 모순되는 계약조건은 계약의 공백을 유발하므로 이 공백을 메우기 위하여 제7조 제1항의 신의칙의 원리(principle of good faith), 즉 불일치배제의 법칙(Knock Out Rule)을 적용하는 방법이다. 미국의 UCC도 이와 같은 입장을 취하고 있다.

셋째는 승낙서에 있는 조건을 우선하는 방안으로 이를 “제2발포의 법칙”(the Second Shot Rule)이라 한다. 이에 관한 논리는 청약자가 추가적 또는 모순되는 조건에 대하여 반대할 묵시적 의무가 있기 때문에 이를 반대하지 않고 계약이행에 들어간 것은 승낙조건에 묵시적 동의를 한 것으로 본다.¹⁴⁾

신의칙의 원리에 따르면 필수적인 계약조건이 합의되어 당사자가 이행을 개시하면 법원은 이를 유효한 계약으로 간주하고 서로 모순되는 조건은 무시한다. 비록 모순되는 조건이 제19조 제3항에 열거된 실질적인 조건이라고 하여도 법원은 계약이 체결되지 않았다고 보기보다는 모순되는 조건을 기각하기를 원할 것이다.¹⁵⁾

2) 제19조 제2항

제2항은 제1항의 전통적인 원칙이 적용되지 않을 경우를 대비한 예외를 규

11) *Burler Machine Tool Co. Ltd v. Ex-Cell-O Corp(England)Ltd* (1979) 1 WLR 401.

12) *Maria del Pilar Perales Viscasillas, “Battle of Forms” under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ; A Comparison with Section 2-207UCC and the UNIDROIT Principles*, 10 *Pace Int’l L. Rev.* 97, 104-36(2001)

13) CISG Art.4.

14) *Maria del Pilar Perales Viseasillas, “Battle of Forms and Burden of Proof ; An Analysis of BGH”* 9 *January 2002, Vol. No.2 Vindobona J. of Int’l Comm.L. & Arb.* 217-28(2002).

15) *Amtsgericht(Petty Court)[AG] Kehl3c 925/93, Oct. 6, 1995 (F.R.G)*

정하고 있다. 이러한 예외는 승낙이 청약의 조건을 실질적으로 변경시키지 않는 경우에 적용된다. 승낙이 청약을 변경한다면 대부분의 경우 그 변경은 실질적인 것이 되고 제2항의 예외는 적용되지 않는다.¹⁶⁾

그렇지만 승낙이 청약의 조건을 실질적으로 변경시키지 않으면 제2항이 적용된다. 만약 청약자가 부당한 지체없이 불일치를 구두로 반대하거나 그러한 취지의 통지를 하지 않는 한 승낙은 유효하며 승낙에 포함된 변경내용과 함께 청약은 바로 계약조건이 된다.

그렇지만 피청약자의 응답에 실질적 변경내용이 포함되어 있다면 그것은 당연히 대응청약이 된다. UCC도 같은 취지를 규정하고 있다. UCC는 CISG와 달리 청약에 대한 추가조건이 계약조건이 되기 위한 전제를 3가지로 한정하고 있다.¹⁷⁾ 즉, 청약이 청약조건에 대한 승낙을 명시적으로 제한하지 않거나 추가적 조건이 청약을 실질적으로 변경하지 않거나 또는 이들 추가조건에 대한 반대의 통지가 이미 행해지지 않았거나 합리적인 기간 내에 행해지지 않을 때 등이다. UCC는 추가조건에 대하여 CISG보다 훨씬 관대하다. 즉, UCC는 추가조건을 계약에 대한 추가적인 제안으로 간주하며 위의 세 가지 상황을 제외하고는 이를 계약의 일부로 수용하려는 태세를 보이고 있다.

CISG가 코먼로의 鏡像의 法則을 고수하려는데 반하여 UCC는 동 법칙으로부터 상당히 이탈하고 있음을 알 수 있다¹⁸⁾. 특히 UCC의 경우 추가적이지만 상이하지 않은 조건은 계약의 내용을 실질적으로 변경되지 않는 제안으로 해석하여 청약자가 침묵하면 승낙이 되어 계약의 일부가 된다.¹⁹⁾

3)제19조 제3항

제19조 제2항의 예외조항은 제3항 때문에 실제로 적용될 수 있는 경우는 드

16) P. Lansing & N.R. Hausermann, "A Comparison of the Uniform Commercial Code To UNCITRAL's Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 6 North Caroline Journal of International Law and Commercial Regulation, (1980) pp.63-80; P. Winship, "Formation of International Sales Contracts Under the 1980 Vienna Convention, 17 The Int'l Lawyer. (1980) pp. 1-8.

17) UCC § 2-207(2).

18) A. H. Kriger, Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Klawer Law and Taxation Pub, 1988, p.117.

19) UCC § 2-207(2) : "The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless...."

물 것이다. 제3항에는 청약의 조건을 실질적으로 변경시킬 것으로 간주되는 목록을 예시하고 있다. 즉, 가격, 지급, 품질, 수량, 인도장소 및 시기, 상대방에 대한 한 당사자의 책임의 범위 또는 분쟁해결등 이다. 이러한 예시는 실질적인 조건을 모두 열거한 것이 아니다. 제3항 규정중 “among other things”라는 文言으로 보아 알 수 있다.²⁰⁾ 그리고 “are considered”(…로 간주된다)의 文言으로 보아 이들 예시는 해석적 추정 또는 지침(interpretative presumption or guideline) 또는 당사자의 추정적 의도(presumed intent)로 반대의 증거에 의하여 부인될 수 있다.²¹⁾ 이러한 추정은 당사자간의 관행, 거래관습, 협상중의 행위 및 다른 관련 상황을 포함하는 증거에 의하여 부인될 수 있다.

품질에 담보배제조항(Disclaimer of Warranty Clause), 당사자의 책임에 관한 권리구제제한조항(Limitations of Remedies Clause) 및 분쟁해결에 관한 중재조항(Arbitration Clause)등을 보통 청약의 조건을 실질적으로 변경하는 것으로 간주될 것이다.²²⁾

실제로 제3항의 범주에 들지 않는 조항을 찾기는 쉽지 않다. 그렇지만 물품의 포장이나 물품을 운송할 특정 운송인이나 선박에 관한 조항이 이에 해당될 것이다.

UCC나 「국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙」(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)등은 제3항에 예시한 리스트에 해당하는 조항을 두고 있지 않다. 그 이유는 “실질적인 변경”여부는 추상적으로 결정될 수 없으며, 매 사건의 상황에 따라 결정되어야 한다.²³⁾

3. UCC 제2-207조의 내용과 비교

CISG 제19조에 상응하는 UCC 초문은 제2-207조로 여기에는 청약이나 주문에 대한 승낙이나 확인(acceptance or confirmation)에서 추가조건이 갖는 효력을 규정하고 있다.

20) J.O. Honnold, op.cit., 1991, p.232.

21) P. Schlechtrein, Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Mangsche, 1986,21, 181.

22) C.M. Bicanca & M.J. Bonell, op.cit., 1987, p.180.

23) UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, 1994, Art.211, Comment 2.

제1항은 「확정적이고 시이 적절한 승낙의 표현이나 합리적인 기간 내에 송부된 확인은 비록 거기에 청약이나 합의된 것과 추가 또는 상이한 조건이 명시되어 있어도 승낙으로 작용한다. 단 승낙은 명시적으로 추가 또는 상이한 조건에 대한 동의를 조건으로 하지 말아야 한다.」고 규정하고 있다.

UCC는 CISG에 비하여 승낙의 요건이 훨씬 관대하다. 즉 CISG 제19조 제1항은 추가 제한 또는 다른 변경사항이 포함된 청약에 대한 응답은 대응청약이라고 규정한데 반하여 UCC는 이를 일단 승낙으로 간주한 것이다.

UCC의 경우 만약 피청약자가 청약의 내용을 추가하거나 변경하려고 시도한다 하여도 그는 일단 청약자의 조건으로 계약이 성립된 것이다. 추가 조건의 계약적 의미에 관하여는 제2항에 규정하고 있다.

즉, 이때 피청약자의 추가조건은 계약에 대한 추가적 제안으로 해석되어 이러한 조건이 계약의 일부가 되기 위해서는 다음 3가지 경우에 해당되지 않아야 한다.

첫째, 청약이 청약조건의 승낙을 명시적으로 제한하는 경우

둘째, 추가조건이 청약을 실질적으로 변경하는 경우

셋째, 추가조건의 통지를 받은 후 이에 대한 반대의 통지가 이미 주어졌거나 합리적 기간내에 주어진 경우 등이다.

UCC에서는 피청약자의 추가조건이 청약을 실질적으로 변경하지 않는 한 또한 이에 대한 반대의 통지가 없는 한 계약의 일부가 되는데 반하여 CISG는 추가 또는 상이한 조건이 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 않아야 한다는 점은 UCC와 같은 입장이나 이러한 추가 또는 상이한 조건을 제19조 제3항에서 구체적으로 제한하고 있다. 그렇지만 UCC의 경우 상이한 조건에 관하여는 언급이 없다.

UCC와 CISG는 서식의 교전의 문제는 서로 다른 방향에서 접근하고 있다. 예를 들어 구매자가 구매주문서를 발송하고 이에 대하여 판매자가 판매확인서로 답신할 때 이를 서식의 전면에 있는 가격, 품목, 명세 수량등만 일치하면 비록 이들 서식의 이면에 인쇄되어 있는 조건이 실질적 조건이며 두서식간에 근본적으로 상이하더라도 UCC의 경우 계약이 성립된 것으로 보는 반면, CISG는 이 경우에 양자사이에 계약이 성립된 것으로 보지 않는다.

물론 UCC의 경우 계약이 성립되더라도 두 서식간에 있는 상이한 조건을 제외하고 계약이 성립된 것으로 보아야 한다. 그렇지만 추가적 조건이 있는 경우

에는 그것이 계약의 일부가 되기 위해서는 청약의 내용을 실질적으로 변경하지 말아야 하는데 만약 추가적 조건이 청약의 조건을 실질적으로 변경한 경우에는 이 조건을 제외하고 계약이 성립된 것으로 보아야 한다.

또한 매매당사자 사이에 불일치하는 서식을 교환한 두 양 당사자가 계약이 존재하는 것으로 인식하고 바로 계약이행에 들어간 경우에도 계약이 성립된 것으로 보아야 한다. 만약, 피청약자의 답신이 청약의 조건과 실질적으로 다른 조건을 포함할 경우라면 이에 대하여 UCC 제2-207조 제3항은 최초계약은 양 당사자가 문서로 합의한 내용으로 체결되며 서로 모순되는 조건은 제외한다고 규정하고 있다.

그렇지만 CISG는 이 경우 피청약자의 실질적으로 변경된 조건에 대한 답신을 대응청약으로 간주한다. 따라서 청약자의 이행은 이러한 대응청약에 대한 승낙으로 간주하지만, 피청약자의 이행은 원래 청약자의 청약조건의 승낙으로 간주되어 누가 먼저 이행에 들어갔느냐에 따라 계약내용이 달라질 수 있다. 이러한 조항들의 삽입여부에 따라 계약의 내용이 크게 변경될 여지를 갖고 있다.

Ⅲ. 본 조의 문제점

1. 실질적 변경조건의 결정에 따른 어려움.

제19조의 가장 큰 문제는 청약에 대한 답신이 청약의 내용을 실질적으로 변경하는 조건과 그렇지 않은 조건을 구별하는 것이다. 이러한 구별이 바로 제2항의 예외의 적용여부를 결정하기 때문이다. 이에 관하여 제3항에서 예시를 하고 있지만 그것은 포괄적인 목록이 아니다.

제3항에는 예시되어 있지 않지만 청약의 조건을 실질적으로 변경시킬 수도 있는 대표적 조항이 統合條項(Merger Clause)이다. 이것은 계약전 협상이 문서화된 계약조항을 보충하거나 변경하지 않을 것을 규정한 조항이다.²⁴⁾ 또 다

24) 이를 일명 “완전합의조항” 이라고도 한다. 이 조항의 예를 들면 “This agreement constitutes the entire agreement between the parties, all prior representations having been merged herein, and may not be modified except by a writing signed by a duly authorized representative of both parties.”

른 조항은 口頭變更不認定條項(No-oral Modification Clause)으로 일단 성립된 계약은 후속적인 구두합의로 변경될 수 없음을 규정한 조항이다. 이러한 조항들의 삽입여부에 따라 계약의 내용이 크게 변경될 여지를 갖고 있다.

이러한 조항이 청약의 조건을 실질적으로 변경하는지를 결정함에 있어 청약과 승낙의 불일치가 당사자간의 현실적 분쟁과 관련이 있는지 문제가 된다. 예컨대 피청약자의 승낙에 구두변경 불인정조항이 추가되었지만, 분쟁은 이와 관련이 없는 물품의 품질에 관한 것일 수 있다. 경상의 법칙을 고수하는 전통적인 법리는 현실적 분쟁을 고려하지 않는다. 제19조도 이러한 전통적 법리에 근접하여 현실적 분쟁의 성격과 관계없이 오로지 불일치에 초점을 두고 있다.²⁵⁾

다음은 제3항에서 예시된 용어들의 범위에 관하여 문제가 제기될 수 있다.

예컨대 구제제한조항(Limitation of Remedies Clause)은 제3항에 예시된 「상대방에 대한 한 당사자의 책임범위」(extent of one party's liability to the other)에 관련되지만 不可抗力條項(Force Majeure Clause)은 책임이 범위(extent)와 관련되지 않고 책임의 존재(existence) 여부와 관련되기 때문에 예시의 범주에 포함될지 의문이다.

논자의 생각은 불가항력조항이 비록 당사자의 책임의 존재여부와 관련되는 조항이긴 하지만 책임의 범위에 관한 조항만큼 중요한 조항으로 보여지기 때문에 “among other things”와 “are considered”의 文言으로 보아 청약의 조건을 변경한 실질적 조항으로 볼 수도 있다고 생각된다.

또한 중재조항(Arbitration Clause)은 분명히 분쟁의 해결에 관한 조항이지만 준거법 조항(Choice of Law Clause)은 분쟁의 해결에 관한 조항이 아니고 분쟁이 해결되어야 할 법규선택을 의미하기 때문에 실질적 조항에 해당하는지 여부가 문제가 될 수 있다. 준거법 조항도 “among”과 “are considered” 때문에 협의적으로 해석하기보다는 유연성을 부여하여 법원이 개별 상황에 따라 판단하여야 할 것 같다

CISG는 제19조 제3항에서 실질적 조건을 예시하므로 제2항이 적용될 분야를 이해하는데 의미 있는 암시를 제공하고 있으며 제19조의 배경이 된 전통주의자와 개혁논자 사이에 타협에 합리적인 효과를 부여하고 있다.²⁶⁾

25) C.M.Bianca & M.J.Bonell, op. cit.,p.183.

26) G. Eorsic, “Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods” 27 American Journal of Comparative Law(1979)

무엇이 실질적 변경사항인지에 관한 어떤 불확실성이 청약자에게 우려를 가져온 것 같지 않다. 만약 청약자인 매도인이 서식상의 불일치를 알지 못한다면 그로인한 결과의 불확실에 관심이 없을 것이다. 만약 청약자가 불일치에 대하여는 알고 있지만 해당 서식에 불일치가 있는지는 확신이 없는 경우 자신의 선택에 따라 자신의 권한내에서 계약체결여부를 결정할 수 없다. 즉, 청약자가 계약에 의한 구속을 원하지 않는다면 그는 불일치에 반대할 수 있다. 설령 변경 내용이 실질적이 아니라도 이것은 계약체결을 막을 것이지만 변경내용이 실질적이려면 반대의 통지는 불필요한 조치가 될 것이다.

한편 청약자가 청약에 구속받기를 원한다면 그는 피청약자의 조건을 승낙할 수 있다. 이때 변경내용이 실질적이면 이것은 피청약자의 대응청약에 대한 승낙이 된다. 만약 변경내용이 실질적이지 않으면 승낙통지는 불필요하게 된다. 결국 청약자는 주도권을 갖고 변경내용의 실질성에 따른 어떤 불확실의 문제도 해결할 수 있다.

2. 매도인의 투기가능성

제19조 제2항에서는 승낙을 의도하고 있고 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 추가적 상이한 답신에 대하여 청약자가 부당한 지체없이 구두로 반대하거나 그러한 취지의 통지를 하지 않는 한 그 응답은 승낙이 된다고 규정하고 있다. 청약자의 이러한 권한은 그로 하여금 변동하는 시장에서 투기할 권한을 부여할 수 있다. 즉 제2항의 상황에서 청약자는 침묵을 지킬지 반대할지를 선택하므로 피청약자가 철회할 수 없는 기간 중 계약에 구속을 받을지 또는 그렇게 하지 않을지 결정할 수 있다. 그렇지만 투기의 위험은 크지 않을 것이다. 왜냐하면 제2항이 적용될 수 있는 상황이 빈번하지 않을 것이며 제2항이 적용된다 하여도 투기의 기간은 청약자가 부당한 지체 없이(without undue delay) 행동하여야 하기 때문에 제한될 수밖에 없기 때문이다.

p.311, pp.322-323; E.A., Farnworth, op.cit., 3.044; P. Kahn, "La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats devente internationale de marchandises", *Revue Internationale de Droit Compare*(1981), pp.951-986.; J.C. Kelso, "U.N. Convention on Contract, for the International Sale of Goods : Contract Formation and the Battle of Forms" 21 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1982-1983, pp.529-556.

3. “最後發砲”에 대한 유혹

매매 당사자가 불일치 서식의 교환이나, 승낙의 방법을 물품의 송부나 대금의 지급과 같은 행위를 선택한 경우 분쟁발생시 계약조건을 결정할 때 CISG가 UCC와는 달리 최후발포이론에 따라 최후의 서식을 우선할 경우 양 당사자는 경쟁적으로 자신의 서식이 최후발포가 되기를 바라서 계약성립이 지연되고 서식의 교환이 많아질 가능성이 있다.

이에 반하여 UCC는 양 서식의 합의 또는 일치되는 조건만 계약조건으로 하기 때문에 계약성립이 쉽게 이루어지고 계약내용에 관하여도 분쟁가능이 줄어들 것으로 생각된다.

결국 이러한 현상은 CISG가 코먼로의 鏡像의 法則에 그 기초를 두기 때문에 생기는 태생적 한계라고 생각된다.

즉 최후발포이론은 상업적 현실성 또는 유용성과는 거리가 있으며 최후 발포를 통하여 계약을 통제하고자 하는 바램에서 악의로 수많은 표준조건을 남발할 가능성이 있으므로 비판받는 반면²⁷⁾ 동 이론이 계약의 확실성과 법적 안전성을 제공하기 때문에 어려운 상황에 대하여 최적의 접근 방식이라고 평가하기도 한다.²⁸⁾

V. 결론

실제 거래에서는 서식의 교전이 빈번하지만 이 문제가 소송사건으로 발전되는 경우는 드물다. 그 이유는 대부분의 이러한 문제가 양 당사자 사이에 확립된 거래관행에 의하여 해결되기 때문이다. 실제로 이에 관한 문제는 다음 두 가지 쟁점에 집중된다.

첫째, 당사자간 서로 모순되는 거래조건을 교환한 후 추가적 행동을 취하기

27) H.D. Gabriel, *op. cit.*, at 1487, ; J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales 2nd*, 1991, at 192.

28) Viscasillas, *Battle of Forms*, at 183.

전에 동 거래물품의 가격이 등락이 발생한 경우로 이 때 양 당사자 사이에 구속력 있는 계약이 성립된 것으로 보아야 하느냐 하는 것이다.

둘째, 첫째 가정과 같이 양 당사자가 서로 모순되는 거래조건을 교환한 후 계약이 성립된 것으로 믿고 이행에 들어간 후 분쟁이 발생한다면 어떤 계약조건이 적용될 것이냐 하는 것이다.

첫 번째 문제에 대하여 CISG는 코먼로의 경상의 법칙에 따라 모순되는 조건이 실질적 조건이면 계약이 성립되지 않은 것으로 간주되는 반면²⁹⁾ 모순되는 조건이 실질적인 조건이 아닐 경우에는 이에 반대한다는 것을 구두나 통지로 부당한 지체없이 발송한 경우를 제외하고 승낙으로 간주되어 계약이 성립된 것으로 간주된다.

이에 반하여 UCC는 비록 추가 또는 상이한 조건이 있어도 승낙을 의도했다면 이를 승낙으로 간주한다. 단 승낙이 이러한 추가적 조건에 대하여 명시적으로 청약자의 동의를 조건으로 하지 않았어야 한다.

결국 CISG 제19조 제3항에서 예시한 실질적 조건이 UCC에서의 실질적 변경조건보다 광범위할 가능성이 높아 CISG가 적용되는 경우보다 UCC가 적용되는 경우에 계약성립으로 간주되는 경우가 더 많을 것으로 보인다.

둘째의 불일치서식 교환 후 이행에 들어간 경우로 UCC와 CISG 사이에 결과가 달라질 수 있다. UCC의 경우 피청약자의 답신이 청약과는 실질적으로 다른 조건을 포함하고 있었다면 양 당사자는 서로 모순되는 조건을 제외한 일치하는 조건으로만 계약이 성립된 것으로 간주된다.³⁰⁾ 이에 반하여 CISG는 피청약자의 이러한 실질적인 추가조건을 대응청약으로 간주하여 제18조에 따라 피청약자의 이행을 청약자의 청약에 대한 승낙으로 간주하여 계약의 성립으로 간주될 수 있다. 또한 청약자의 이행을 피청약자의 조건에 대한 승낙으로 간주하여 계약이 성립된 것으로 간주될 수 있다.

실무적으로 매수인과 매도인이 구매주문서와 주문확인서의 교부로 거래할 때에는 포괄계약(Master Agreement)이 위의 두 가지 문제에 대한 실질적인 응답이 될 것이다.

만약 포괄계약이 없다면 “last shot”의 법리에 따라 매수인의 구매주문서보

29) Hancock, “Special Report on the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” Corporate Counsel’s International Adviser, January 1988, p.34-64.

30) UCC § 2-207(3).

다 주문확인서를 보낸 매도인이 더 유리한 입장에 서게 될 것이다.

그렇지만 서식의 교전이 국제거래에서 자주 발생하는 현상이며 제19조는 법원으로 하여금 몇 가지 해결 방법을 선택할 유연성을 제공하기 때문에 실제로 심각한 상황은 발생하지 않을 것 같다.³¹⁾

31) J.E.Murray, "The Neglect of the CISG ; A Workable Solution", 17 J.L. & Com. 365, 378-379(1988).

參考文獻

- A.H. Kritzer, Guide to Practical Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1988
- C.M. Bianca & M.J. Bonell, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè. Milan, 1987
- E.A. Farnworth, Formation of Contract in Proceeding of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Parker School, 1984
- F.J.A. Vau Der Velden, Uniform International Sales Law and the Battle of Forms in Unification and Comparative Law in Theory and Practice, Liber amicorum Jean-Geroge Sauveplanne, Deventer, 1984
- G. Eorsic, "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods" 27 American Journal of Comparative Law(1979)
- H. Gabriel, "The Battle of Forms : A Comparison of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code"(1994) 49 Business Lawyer 1053
- H.V. Houte, The Law of International Trade, Sweet & Maxwell 2002
- J. E. Murray, "The Neglect of the CISG ; A Workable Solution", 17 J. L & Com, (1988)
- J.C. Kelso, "U.N. Convention on Contract, for the International Sale of Goods : Contract Formation and the Battle of Forms" 21 Columbia Journal of Transnational Law, 1982-1983
- J.D. Feltham, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods," JBL 1981
- J.O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer, 1982
- L.A. DiMatto et al, "The International Turn in International Sales Law - An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisdiction," 24 NW J Int'l L&B, 299

- L.A. DiMatto, *The Law of International Contracting*, Kluwer Law International, 2000
- M. Bridge, *The International Sale of Goods*, Oxford, 1999
- M.J. Bonnel, *La nouvelle convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, *Droit et Pratique du Commerce international*, 1981
- Maria del Pilar Perales Viscasillas, “Battle of Forms” under the 1980 United Convention on Contracts for the International Sale of Goods : A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles, 10 *Pace Int’l L Rev*
- Maric del Pilar Perales Viscasillas, “Battle of Forms and Burden of Proof ; A Analysis of BGH” P January 2002, Vol. 6(*Vindobona J of Int’l Comm L & Art*)
- P. Kahn, “La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises”, *Revue Internationale de Droit Compare*(1981)
- P. Lansing & N.K. Hausermann, “A Comparison of the Uniform Commercial Code to UNCITRAL’s Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 6 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 1980
- P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law-The UN Convention on Contracts for the International sale of Goods*, Manzsche, 1986
- P. Winship, “Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention”, *The Int’l Lawyer*(1980)
- S. Cigoj, “International Sales : Formation of Contracts” *Netherlands International Law Review*, Vol. 23, 1976
- UNCITRAL Yearbook, Vol. VIII(1977), New York(U.N.), 1978
- UNCITRAL Yearbook, Vol. IX(1978), New York(U.N.), 1981

ABSTRACT

Effects, and Problems of Acceptance with Modifications in CISG Art.19

Oh, Won Suk

The purpose of this paper is to examine the effects and problems of acceptance with modifications according to CISG Art. 19, comparing with UCC §2-207.

First of all this author raised two legal issues encountered when there is an acceptance with modifications.

Scenario one is as follows :

“Before either party has taken further action, there is a rise or a fall in the price of goods, was there a binding contract ?”

The UCC rules provide for a contract if a purchaser sends out a purchase order and the seller sends back a sales acknowledgement form, and the items on the front(the price, description, and quantity) match up.

The CISG on the other hand, is that most of the terms and conditions on the backs of the forms are important. Therefore, if they are different, there should not be a contract.

Scenario two is as follows :

“There has been performance, A disputes arises. What terms and conditions apply ?”

The CISG and the UCC will probably lead to different results in the event the parties exchange conflicting forms and subsequently perform.

Assuming that the offeree's reply contains terms that are materially different from the offer, the UCC provides that the resulting contract will include only those terms on which the writings of the parties agree, excluding conflicting terms.

The CISG treats the material additions as a counter-offer and, in

accordance with Art. 18, the offeree's performance may be regarded as an acceptance of a contract containing all of the offeror's terms ; or the offeror's performance may be regarded as an acceptance of a contract containing all of the offeree's terms.

Second, this author raised three problems in the Art. 19 as follows ;

- 1) It is very difficult in practical application to decide what is material alterations even if the CISG lists material terms as an example.
- 2) There is a possibility for the offeror to speculate in the circumstance of market fluctuation as he has a change to object to the discrepancy in the offeree's reply.
- 3) There is also a possibility of inducement for the offeror or the offeree to send its own reply as a last shot.

Key Words : Acceptance with modifications, CISG, UCC
--