

서식전쟁에 관한 비교법적 연구*

오 세 창**

박 성 호***

-
- I. 서 론
 - II. 서식전쟁에 대한 견해
 - III. 서식전쟁에 대한 법리
 - IV. 서식전쟁과 관련한 유의사항
 - V. 결 론
-

주제어 : 서식전쟁, 반대청약, 표준약관, PICC, CISG

I. 서 론

국제상거래는 일반적으로 거래당사자들 간에 서로 상이한 내용을 담고 있는 문서의 교환을 통해 이루어지고 있는 바, 이런 경우 거래상에 문제가 발생할

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012-S1A3 A2033963).

** 계명대학교 국제통상학과 명예교수(주저자)

*** 계명대학교 국제통상학과 조교수(교신저자)

경우에 계약의 성립여부와 계약내용에 관한 법적 문제가 발생하기 마련이다. 이러한 상황에 적용을 위한 법리를 “서식전쟁(the battle of forms)에 관한 법리”라 한다.

서식전쟁에 관하여 1997년 「무역상무연구」지 제10권에서 “서식전쟁의 원인과 그 법리”라는 제목으로 논문을 게재한 바 있다. 이 논문에서는 서식전쟁에 있어서 계약 당사자들 간에 계약의 성립 여부와 그 내용, 그리고 어느 당사자의 서류가 우선이 되는지에 관해서 영미보통법, 그리고 영미보통법을 진일보시켜 제정한 미국통일상법전(Uniform Commercial Code: 이하 UCC라고 함) §2-207조, 양법을 주로 참고하여 제정된 CISG의 제19조, 그리고 대륙법을 중심으로 서술되었는데, 이들의 경우 비교적 국제거래의 양이 많지 아니하고 주로 물품매매가 그 거래의 중심일 때 형성되고 제정된 입장과 법리들이었다고 볼 수 있다.

물론 이 규범들은 복합적이고 다양한 국제거래에도 그대로 적용할 수 있으나 그 적용에 한계가 있을 수 있다. 이러한 한계를 극복하기 위하여 UNIDROIT가 1994년에 “국제상거래의 제 원칙”(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: UNIDROIT Principles, 이하 PICC라고 함)이라고 하는 규범을 제정하였다. PICC는 2004년 1차적으로 수정되었으며 2010년에 2차 수정을 하였다.

그러므로 본 연구는 2차에 걸친 PICC의 수정에 따라 그동안 단순 국제물품매매거래에만 국한되었던 계약에 관한 규범이 국제서비스거래를 포함하는 규범으로 확대됨으로 인해 서식전쟁에 관한 견해와 법리가 변화되었음을 전제로 서식전쟁에 관한 고전적 견해와 법리, 그리고 현대적 입장에서의 견해와 법리에 대해 비교연구를 통해 서식전쟁과 관련한 유의사항을 제시함으로써 단순 물품매매거래에서부터 다양한 형태의 국제상거래에 이르기까지 이루어지고 있는 서식전쟁에 대해 국제상거래 당사자들로 하여금 만전을 기하게 하고, 이 분야 연구자들에게는 보다 깊이 있는 연구 자료를 제시할 필요성이 있어 본 연구를 하게 되었다.

이러한 연구의 필요성에 따라 제1장 서론에 이어 제2장에서 서식전쟁에 대한 고전적 견해와 현대적 견해를 논하고, 제3장에서 서식전쟁에 대한 법리를 고전적 법리와 현대적 법리로 구분¹⁾하여 논하며, 제4장에서 서식전쟁과 관련한 유의사항으로 확인문서, 특수한 문서나 형식을 전제한 계약 성립, 미해결

내용의 계약에 대한 효력을 논한 후, 제5장에서 결론을 맺는 순서로 연구를 진행하며, 연구방법은 문헌자료 분석을 중심으로 하였다.

II. 서식전쟁에 대한 견해

영미보통법상의 서식전쟁에 관한 입장이나 법리를 고전적인 것으로 보고, UCC § 2-207조, CISG 제19조, 특히 PICC의 경우 표준약관을 사용할 경우와 그렇지 못할 경우의 계약체결, 즉 서식전쟁의 근거가 되는 반대청약에 해당하는 수정승낙에 관해 2.1.11조에서 계약 성립의 일반원칙에 따른 수정승낙으로, 2.1.19-22조까지 표준약관과 관련한 계약 성립을 다루면서 특히 2.1.22조에서 서식전쟁으로 각각 구분하여 서식전쟁을 규정하고 있는 바, 이들의 입장이나 법리를 현대적인 것으로 하여 이하에서 논하기로 한다.

1. 고전적 견해

1) 승낙의 종류와 반대 청약과의 관계

일반적으로 당사자들간 거래에서 주된 관심이 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)²⁾에 대해 ① 절대·

1) 이러한 구분은 영국에서 시작된 “경상의 원칙”을 현대 국제상거래에서 발생하는 서식전쟁을 해결하기 위해 영국에서 개발된 “최후 발송자 승리의 원칙”의 역사를 130년으로 보고 있는 Beale의 견해에 근거한 것이다.(H. G. Beale, W. Bishop, M. P. Furmston, *Contract: Cases and Materials*, 5th ed., OUP, 2008, pp. 227~228.)

2) CISG 제14조는 계약을 체결하려는 의사를 가진 것을 제의(proposal)라 하고, 청약은 ① 계약을 체결하려는 제의라야 하고, ② 승낙의 경우 구속의 의사가 분명하고, ③ 품질에 관한 설명, 수량 그리고 가격이 명시적으로나 묵시적으로 충분히 명확하며, ④ 숫자적으로 수신인이 제한된다면 동 제의는 청약된다고 규정하고 있다. 이는 주문서, 견적서, 확인서 등으로 “offer”에 갈음하는 경향에 따라 “offer” 대신에 “proposal”로 표시하고 있다. 따라서 이 제의는 고전적인 offer 외에 주문서, 확인서, 견적서, 경매, 카탈로그, 광고 등을 모두 포함한다고 보아야 한다.

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

의뢰부 승낙은 절대적·무조건적인 승낙으로 계약을 성립시키나 부분적 승낙이나 조건부 승낙³⁾은 모두 최초 청약의 거절(소멸)임과 동시에 새로운 청약의 성격을 지니는 반대청약(counter offer)이다. 특히 어떤 의미에서는 조건부 승낙에 해당한다고 볼 수 있는 계약서작성 조건부 승낙은 정식계약서가 작성되어 양 당사자가 서명할 때까지 계약은 효력을 발생하지 아니한다. 따라서 계약서가 청약이나 승낙의 내용과 다르다면 이것 역시 부분적 승낙 내지 조건부 승낙이 되는 반대청약이 된다.

반대청약의 법적 의미에도 불구하고 새로운 청약의 성격만 있고 최초의 청약을 거절할 뜻이 전혀 없는 경우가 있다. 이런 경우 피청약자의 반대청약이 청약자에 의해 거절될 경우 최초 청약의 내용대로 승낙하여 계약을 성립시킬 수가 있다. 단, 최초 청약의 유효기간내의 승낙이어야 한다.⁴⁾

Restatement(이하 Rest.라고 함)에 의하면, 상이한 조건의 가능성에 대한 단순한 조희, 보다 유리한 청약의 요청, 청약의 조건에 관한 논평 등은 반대청약이 아니라 할 수 있으며, 이러한 청약에 대한 반응들은 청약으로 보기에 너무나 모호하고 불분명하거나 최초의 청약에 대한 대체라기보다 새로운 문제로 취급될 수 있거나 약인에 따라 최초 청약을 유지하려는 의사를 천명하는 표현으로 볼 수 있다.⁵⁾

3) 여기서의 부분적 승낙이나 조건부 승낙이란 ① 주된 관심이 되는 부분에 대한 상이와 이면 약관상의 내용상이(discrepancy) ② 주된 관심이 되는 내용은 완전 일치하나 이면약관상의 내용상이를 모두 포함한다.

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

5) Rest. Contract 2nd ed., § 3 Counter offer Comment, 1981, pp. 106~107.

이렇게 볼 때, 매 거래 시마다 청약과 승낙을 하기 위하여 당사자들이 사용하는 양식인 건별 서식에 의한 거래(transaction on case by case)와 사전에 인쇄된 표준약관을 두고 있는 표준서식에 의한 거래(transaction by standard clauses)가 있다. 전자에 의한 거래의 경우 무역계약의 핵심인 7대 조건 중심의 청약과 승낙서식, 7대 조건과 관련한 당사자들의 권리와 의무 등이 별도로 또는 7대 조건에 이어 명시되는 청약과 승낙서식 등이 사용된다. 후자의 경우는 표준약관을 포함하여 당사자들의 거래대상의 거래내용이 사전에 인쇄되어 있는 청약과 승낙서식이 사용된다. 따라서 건별서식에 의하건, 표준약관이 인쇄된 서식에 의하건 관계없이, 사전에 청약과 승낙의 내용 인지여부에 관계없이, 청약의 내용 수정여부에 관계없이, 수정의 회수에 관계없이, 청약의 내용과 수정의 내용이 불일치한 승낙을 수정승낙이라 부르며 이는 반대청약이다.

계약내용을 완전합의하여 상호동의하에 계약이 이루어지면 문제가 없으나 불일치한 상태 하에서 실제 거래가 이루어지고 있음이 현실이다. 이와 같이 불일치한 서류의 상호교환(서식교환)에 의한 현실거래를 서식전쟁 하에 이루어지는 거래라 할 수 있다. 이런 경우 당사자간 계약 성립이나 계약내용에 상호 대립되는 부분이 있다면 계약의 성립여부와 계약의 내용이 무엇인지가 문제가 된다. 이에 대한 법적 입장이 서식전쟁에 대한 고전적 견해라 할 수 있다.

2) 반대청약과 서식전쟁과의 관계

오늘날의 국제거래는 어떤 형태의 청약이건 일방의 청약에 대한 타방의 절대 무조건적인 승낙에 의해 거래가 이루어지는 경우 보다 대계의 경우 청약에 대하여 반대청약이 이루어지며, 반대청약에 대하여 또 수정을 가한 승낙, 즉 반대청약이 이루어지는 등 상호간에 최소 1회 이상의 복잡한 반대청약이라는 서식의 교환과정, 즉 서식전쟁 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.

이렇게 볼 때, 상호간의 청약의 내용을 수정하는 성격의 반대청약이 수회에 걸쳐 교환되는 현상을 바로 서식전쟁이라 보고 있는 바, 반대청약이 바로 서

식전쟁의 시발점이라 할 수 있다.⁶⁾

2. 현대적 견해

UCC §2-207조, CISG 제19조 등은 현대적 거래를 고려하여 서식전쟁에 대한 고전적 견해를 발전시킨 결과로 볼 수 있다. 특히 PICC의 경우 2.1.11조에서 2.1.22조까지의 규정들이 계약 성립에 관한 규정들로서 이들 가운데 서식전쟁과 관련해서 볼 때 2.1.11조, 2.1.19-20조, 2.1.22조를 통해 수정승낙, 표준약관에 의한 계약 성립, 표준약관에 의한 계약 성립을 전제로 한 서식전쟁에 관한 규정들을 중심한 견해를 서식전쟁에 대비한 현대적 견해로 볼 수 있다.

이렇게 볼 때, PICC는 고전적 수정승낙 규정 외에 현대 상거래에 대비한 표준약관들에 관한 규정들을 추가로 규정하므로 현대적 서식전쟁에 대비하고 있어, 고전적인 서식전쟁의 입장보다 그 범위가 넓은 포괄적 입장을 취하고 있는 바, 엄격하게 말하면 수정승낙은 주로 단순한 물품매매를 중심으로 한 고전적 입장의 반영규정이고, 표준약관을 두고 있는 물품매매를 포함할 수 있으나 이들 거래를 제외한 기타 거래에 주로 적용되는 표준약관에 의한 거래를 서식전쟁으로 보고 있는 것 같다.

그러나 논자가 볼 때, 승낙서식의 형식과 내용에 관계없이 상이한 내용의 승낙, 즉 수정승낙(반대청약)이 수회에 걸쳐 교환되고 이런 와중에 완전한 합의 없이 결국 계약이 성립되는 경우가 바로 서식전쟁에 의한 계약 성립으로 볼 수 있기에, PICC상의 수정승낙과 표준약관에 의한 승낙에 대비한 서식전쟁에 관한 규정이 모두 서식전쟁에 관한 규정이라 본다.

Ⅲ. 서식전쟁에 대한 법리

전술한 바와 같이, 계약내용을 당사자간에 완전합의하여 상호동의하에 이루

6) 오세창, “서식전쟁의 원인과 그 법리”, 무역상무연구, 제10권, 한국무역상무학회, 1997, pp. 46~48.

어지면 문제가 없으나 불일치한 상태 하에서 실제 거래가 이루어지고 있음이 현실인 것을 감안하면, 불일치한 서류의 상호교환(서식교환)에 의한 현실거래를 서식전쟁 하에 이루어지는 거래라 할 수 있다. 이런 경우, 당사자간에 상호 대립되는 상황이 발생하면 계약의 성립여부와 계약의 내용이 무엇인지가 문제가 된다. 이에 대한 법적 견해, 즉 입장을 뒷받침하는 법리를 서식전쟁에 대한 법리라 할 수 있다.

서식전쟁에 대하여 영미보통법과 영미보통법에 뿌리를 두고 있는 UCC § 2-207조, CISG와 대륙법 등을 중심으로 하는 서식전쟁에 대한 고전적인 법리, 그리고 현대적인 법리의 해석 자료가 될 수 있을 뿐만 아니라 복잡한 현대 국제상거래의 극복을 위해 순수 법리적 차원에서 제정되었다고 볼 수 있는 PICC상의 법리를 중심으로 보면 다음과 같다.

1. 고전적 법리

1) 영미보통법(common law)상의 원칙

(1) 경상의 원칙

영미보통법에 의하면, 승낙은 청약의 내용과 완전히 일치해야 하며 승낙이 조금이라도 청약과 다른 경우 반대청약이 되어 승낙이라 말할 수 없으며 계약은 성립하지 아니한다는 계약 성립의 대원칙인 “경상의 원칙”(mirror image rule; mirror image of the offer; the offer of acceptance must be ribbon match)을 고수해 왔다.⁷⁾

우리 민법 제534조와 일본 민법 제528조에 의하면, “승낙자가 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 본다.”라고 규정되어 있고, 우리 민법 제532조와 일본 민법 제526조에 의하면, “청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 표시가 필요하지 아니할 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때 성립한다.”라고 규정되어 있다. 따라서 대륙법은 영미보통법의 경상의 원칙을

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

그대로 고수하고 있다고 볼 수 있다.

(2) 최후서식 발송자 승리의 원칙

상기의 경상의 원칙만으로 현실의 서식전쟁을 대비하는 데는 한계가 있음을 알 수 있다. 서식전쟁이 있더라도 무역실무가들은 주요한 조건의 합의가 이루어진다면 계약이 성립한 것으로 여겨 매도인은 자신의 주요한 의무인 인도의무를 수행하게 되고 매수인은 자신의 주요한 의무인 물품수령과 대금지급을 하게 된다. 사실 이러한 행동은 계약의 성립을 전제로 한 행동이지만 법률적으로 볼 때에는 문제가 있다.

다시 말해서, 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 조항에까지 합의하여 이행함이 상책이지만 종전의 거래 시에 특별히 문제가 되지 아니한 경우에는 최후까지 세부적인 사항, 특히 이면약관의 내용까지 상세히 읽고 합의하지 아니한 상태에서 전면의 주된 관심내용의 합의만으로 계약의 이행을 시작함이 일반적이다. 이러한 서식전쟁하에서 불행히도 분쟁이 발생할 경우 상기 문제제기에서 언급한 내용이 법률적인 문제점으로 부각된다.

이러한 서식전쟁하에 일어날 수 있는 문제점에 대한 해결방안으로 영국에서는 매도인 또는 매수인이 상대방의 서식(청약)을 행위로서 승낙한 것으로 간주하는 일종의 의제(fiction)적인 경상의 원칙을 개발하였는데, 이것이 “최후 발포자(최후 서식발송자) 승리의 원칙”(the last shot doctrine)⁸⁾이다.

이 원칙은 서식전쟁하에서 이행이 이루어지고 나중에 분쟁이 생길 경우, 최후에 서류를 발송한 자의 서류를 청약(반대청약)으로 보고 이에 대한 타방의 이행을 행위에 의한 절대·무조건 승낙으로 하여, 즉 고전적인 경상의 원칙이 이루어진 것으로 하여, 분쟁 발생 시 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 물품수

8) G. H. Treitel, *Chitty on Contracts, 26th ed.*, Sweet & Maxwell, 1989; A. G. Guest, *Anson's Law of Contract, 26th ed.*, Clarendon Press, 1984, p. 34.

령이 행위에 의한 승낙이 되어 매도인의 서식에 따라 계약이 성립하고, 매수인의 서식이 최후인 경우 매도인의 물품인도가 행위에 의한 승낙이 되어 매수인의 서식에 따라 계약이 성립하게 된다.⁹⁾ 이러한 원칙에 대하여 Davies 교수는 너무 단순한 전제의 원칙으로서 실제 상거래의 상황을 충족시키기에 부족하다고 하고 있다.¹⁰⁾

Smith 교수는 최후발송자 승리의 원칙이 주장하는 대로 이루어진다면 이 원칙이 합리적인 원칙이나 당사자들이 보낸 서식 상에 분명히 명시된 분쟁의 가능성이 있는 문제에 대하여 전혀 합의 못한 경우 최후발송자 승리의 원칙의 적용은 의제(fiction)일 뿐이며, 계약이 존재하지 아니하므로 법의 판결에 따라 원상회복이 이루어져야 하지만, 현실 상거래에 있어 이러한 일이 있을 수 있기에 당사자들 간의 서식 가운데 공통적인 것에 근거하여 계약을 성립시키고, 그 불일치한 부분이 필수적 요소가 아닌 경우 계약상의 단순한 갭(a simple gap)으로 간주하여 관행과 관습에 근거하여 해결되도록 할 수 있으며, 이는 결코 경상의 원칙을 무시한 것이 아니며, 법정도 이러한 경우에 저촉하는 부분에 대하여 공란(blank)으로 볼 것이라고 주장하고 있어, 상거래에 있어 서식전쟁에 관한 계약 체결 접근방법을 일반적인 계약의 원칙으로 주장하고 있다. 그러나 당사자들의 행위가 서식상의 내용에 합의할 것으로 보이며 일방 당사자가 타방의 조건에 실질적으로 합의한 경우와 전혀 합의가 이루어지지 아니한 경우 간에 구분하는 것은 어려움이 있음이 현실임을 배제할 수가 없다고 주장하면서 그 예로 일방이 작성한 조건에 따라 계약이 체결된 것을 표준관행으로 하고 있는 보험계약의 경우를 들고 있다. 자동차 보험의 경우로서 새로운 자동차를 구입한 경우 보험에 부보하기까지 법적으로 운전할 수 없으나 계약에 의한 보험증권의 효력이 발생하기도 전에 임시 부보증권을 가지고 운전하고 있는 바, 이 경우 쌍방 합의한 계약에 따른 보험증권 없이 전화 등을 통해 임시 부보증권이 발급되고 있다. 이 경우 피보험자가 인지하지 못하고 분명히 합의하지 아니하였지만 보험증권상의 일련의 조건에 피보험자는 합의한

9) 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, *Schmitthoff's Export Trade*, 9th ed., Stevens & Sons, 1990, p. 65).

10) F. R. Davies, *Contract*, 4th ed., Sweet & Maxwell, 1981, p. 11.

것으로 보고 있다.¹¹⁾

이렇게 볼 때, 최후 발송자 승리의 접근방식(last shot approach)은 반대청약에 대한 행위에 의한 승낙을 의미하는 것으로 승낙은 거래의 진행과정에서 반대 피청약자(counter offeree)의 후속 행위로부터 추정된다고 볼 수 있다.¹²⁾ 서식전쟁과 관련하여 자주 인용되는 Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corp(England) Ltd.사건¹³⁾을 보면 다음과 같다.

우선 동 사건에 의하면, 매수인의 조화에 대하여 1969년 5월 23일자로 매도인은 10개월 안에 인도를 조건으로 £75,535에 공구를 매각하려는 청약용 견적서를 작성하였다. 동 청약에 의하면 매수인의 주문서 상의 조건에 우선하는 특정조건을 전제하고 있었는데, 동 조건들 중에는 인도하는 날짜의 물품의 시장가격에 따라 가격이 변경가능한 가격변동조건을 두고 있었다. 동 청약에 대하여 5월 27일자로 매수인은 공구의 주문서를 송부하여 승낙하였다. 그런데 동 주문서에는 매도인이 제시한 조건과 달리 가격변동조건이 없는 것을 전제로 하고 있었다. 특히 매수인의 주문서에는 명시적으로 가격변동조건에 따라 주문서를 승낙한다는 문구를 두고 있는 주문서의 수령을 확인하는 절취부분을 두고 있었다. 매도인은 6월 5일자로 확인서를 완성하여 서명한 후 절취하여 반송하면서 “매수인의 주문서는 5월 23일자 매도인의 견적서에 따라 이루어짐”을 명시한 편지도 함께 보냈다. 유감스럽게도 매도인은 공구를 인도할 때 공구 가격이 £2,892가 인상되었음을 주장하였다. 이에 대하여 매수인은 가격의 인상분 지급을 거절하였고, 매도인은 자신의 청약서상에 명시된 가격변동조건에 따라 가격인상분을 주장할 권리가 있음을 주장하고 소송을 제기하였다. 동 사건에 대하여 법정은 매도인의 주장을 지지하므로 매수인은 항소하였다. 동 사건에 대한 항소원의 주장을 보면 다음과 같다.

Denning경의 주장 :

본 사건은 서식전쟁에 관한 사례로서, 1969년 5월 23일자로 공구공급자인 매도인 Butler사가 £75,535 상당의 공구판매를 위해 견적서를 보냈으며, 인도

11) S. A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6th ed., Clarendon Press, 2005, pp. 54~56.

12) R. Goode, *Commercial Law*, 3rd ed., Penguin Books, 2005, p. 87.

13) [1979]1 All ER. 965, Court of Appeal.

는 10개월 안에 이루어질 예정이었다. 동 견적서 이면에 다양한 조건을 두고 있었는데, 그 가운데 하나가 가격변동조건으로 원가 등의 상승이 있을 경우 가격이 인상됨을 규정하고 있었다. 동 공구는 1970년 11월까지 인도되지 아니하였으며 그 때까지 원가가 상당히 인상되어 매도인은 가격변동조건에 따라 원가상승을 이유로 £2,892의 추가 대금지급을 청구하였다.

반면에 매수인인 Ex-Cell-O사는 매도인의 추가대금지급의 요청을 거절하였다. 그 이유로 자신의 조건을 원용하였는데, 조건에 의하면, “당사는 매도인의 견적서대로 승낙하지 아니한다. 당사는 견적서상의 가격과 똑같은 가격에 똑같은 공구를 위한 주문을 한다. 당사의 주문서 이면은 당사가 원하는 조건을 두고 있는데, 이에 의하면 당사는 가격변동약관을 두고 있지 아니하다.”로 되어 있다. … 중략 ….

해석의 문제로서 나는 1969년 6월 5일자 매도인의 확인서류가 결정적인 서류인데, 동 확인서에 의하면 계약은 매수인의 조건에 따라 존재하지 매도인의 조건에 따라 존재하지 아니하며 매수인의 조건은 가격변동조건을 두고 있지 아니함이 분명하다. 따라서 나는 매수인의 항소를 허용하여 매수인의 승리를 주장한다.

본건과 관련하여 Lawton경의 주장 :

서식전쟁에 관한 원칙은 130년 이상 알려져 있다. 여러 사건에서 여러 명이 이 원칙을 주장하고 있는데, 이들이 주장한 원칙들을 본건에 적용해 볼 때 내 의견은 분명하다. 다시 말해서, 매도인은 매수인이 보낸 주문서의 수령을 확인하는 절취부분인 slip을 분리하여 매수인에게 발송하였으며, 이 slip은 “10~11개월 내에 인도조건인 5월 23일자 우리의 견적서에 따라 계약이 성립한다.”는 문구를 둔 편지와 함께 반송되었다. 나는 경영적인 측면에서 동 편지는 가격과 공구의 성격 등에 관해 견적을 하고 있는 것이지 견적서 뒷면에 인쇄한 작은 글씨의 인쇄된 조건에 따라 계약이 성립한다는 의미가 아니다. 이러한 인쇄된 조건들은 편지에는 없었으며, slip을 보내므로 계약이 체결된 때 없어졌다. 계약이 체결되는 날 가격변동조항 없이 고정된 가격이 계약가격이다. … 중략 …, 따라서 나는 Denning경의 주장에 동의하며 동 항소는 허용되어야 한다.

동 사건에 관련하여 Bridge경 역시 “전통적인 원칙”, 즉 최종발송자 승리의 원칙에 따른 항소를 인정하는 판결을 하였다.¹⁴⁾

이상의 Butler 사건에서 보여준 재판관들의 입장은 매도인이 slip을 분리하

여 보내면서 자신이 보낸 편지를 반대청약인 최후발송자의 서류로 보지 아니하고 매수인의 주문서를 최후의 발송서식으로 해석하여 판정한 것 같다.

최후 서식발송자 승리의 원칙은 다음과 같이 요약할 수 있다.

① 경상의 원칙보다 한발 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 서식의 전·후면을 검토한 후 이견이 있는 경우에는 즉시 이를 부정하는 서식을 반대청약으로 하여 발송함으로써 상대방에게 최후에 발송한 것에 따라 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 손해 볼 것도 없다.

2. 현대적 법리

1) UCC상의 원칙

영미보통법의 접근방법으로는 표준계약서가 일반적으로 사용되고 있는 현재의 상거래에 적용이 어렵다고 판단해서, UCC §2-207조에서 “실질적인 변경”(…materially alter…)을 가져오는 조항의 범위를 협의로 해석함으로써 고전적인 영미보통법상의 “경상의 원칙”을 폐지에 가까울 정도로 대폭 완화함과 동시에 수정형태의 경상의 원칙인 “최후서식 발송자 승리의 원칙”을 배제하여 양 당사자의 서식이 모순되는 경우에는 양 서식상의 공통부분, 즉 합의하고 있는 부분의 적용은 물론이고 모순되는 부분도 UCC의 보충규정에 의해 분쟁을 해결하려는 동기에서 규정되었다.¹⁴⁾

이러한 UCC §2-207조의 서식전쟁에 대비한 원칙에 대한 논평을 보면 다음과 같다.

14) H. G. Beale, W. Bishop, M. P. Hurmston, *op. cit.*, pp. 225~227.

15) 오세창, 전제논문, pp. 51~52.

UCC §2-207조는 ① 최종서식을 제공한 자가 종종 달성할 수 없었던 계약상실로부터의 보호, ② 최종적으로 서식을 보낸 자에게 부당한 이익의 부인, ③ 서식전쟁의 경우 계약 성립 이유와 계약내용의 구성 등을 위한 규정으로 영미보통법의 원칙인 경상의 원칙과 최후서식 발송자 승리의 원칙을 효과적으로 수정하여 현실에 접목시킨데 큰 의의가 있다.¹⁶⁾

1980년과 1964년 협약 초안자들은 이러한 UCC의 특징을 따르지 아니하도록 조언을 하였다. 왜냐하면 UCC에 의하면 승낙의 의미를 지니는 수정이 즉각적으로 반대를 초래할 경우 계약권리에 관한 신뢰가 아직 개발되어 있지 아니하기 때문이다. 그리고 §2-207조의 규정에 따른다면 당사자들이 계약체결 과정에서 합의하지 아니한 경우에도 양 당사자들을 구속하는 법률에 따르도록 한 것은 통탄할 일이기 때문이다.¹⁷⁾

이러한 UCC의 접근방법은 당사자들에게 경상의 원칙보다 공평한 결과를 가져오게 한다는 사고이지만 내용이 복잡하고 §2-207조의 문장이 짜임새 있게 구성되어 있지 아니한 점도 있어 당초 그 적용에 즈음하여 법정의 판단에 혼란이 제기되었으나,¹⁸⁾ 최근에 와서 판례가 누적되므로 조금씩 안정된 판단이 나오고 있는 것처럼 보인다.

UCC에 의하면, 내용이 추가되었으나 상이하지 아니하고 합의를 실질적으로 변경하지 아니한다면, 추가적인 상이한 내용이 제외된다는 §2-207조 (3)항의 단서 규정을 전제로, 이들은 §2-207조 (2)항에 의해 침묵에 의한 승낙이 된다고 규정하고 있다.¹⁹⁾

UCC §2-207조의 원칙은 구입자가 주문서를 발송하고 매도인이 매매확인서를 발송하여 이들 서류의 전면 내용, 예컨대 물품명세·가격·수량 등이 일치한다면 계약으로 인정한다는 것이다. 이러한 사실은 각자의 서식에서 이면조건이 근본적으로 다르다 해도 통상적이라면 계약의 성립으로 보고 있는 상관행

16) S. Emanuel & S. Knowles, *Contract*, New Rochelle, Emanuel Law Outlines, 1986, p. 23.

17) J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention* (edited and updated by Harry M. Flechtner), Kluwer Law International, 2009, p. 253.

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

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

의 반영으로 볼 수 있다.²⁰⁾

이러한 점은 현실성을 인정한 것까지는 좋으나 계약의 중요한 원리인 계약 자유의 원칙에 의한 당사자들 간의 합의를 지나치게 제한하는 면이 있다는 것이 다소 아쉽다. 그러나 승낙의 대 전제조건이 충족, 즉 완전 합의되지 아니한 상태에서의 이행이 CISG 제19조 3항에서 규정한 이행행위가 이루어진 경우에 § 2-207조 (3)항을 적용하면 대단히 효과적이면서 현실적이라 할 수 있다.²¹⁾

이렇게 볼 때, UCC 역시 규정이 영미보통법상의 서식전쟁의 원칙을 근간으로 하여 현재 거래를 예상하여 표준약관 사용에 의한 거래에 대비한 규정이라고 하나 근본적으로 수정승낙에 의한 반대청약과 표준약관에 의한 반대청약과는 분명하게 구분하지 아니하고 양자를 포함하여 수정승낙, 즉 반대청약으로 보고 반대청약에 의한 계약 성립의 규정으로 서식규정을 두고 있다고 볼 수 있다.

2) CISG상의 원칙

(1) 일반원칙(제19조 (1)항)

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

따라서 승낙은 청약에 정확하게 일치해야 한다. 만약 승낙이 청약의 내용과 일치하지 아니한다면 승낙은 존재하지 아니하나 계약 성립을 위해 타방의 승낙이 필요한 반대청약이 있게 된다.

그러나 승낙에 사용된 용어가 상이하더라도 당사자들의 의미를 변경하지 아니하는 한 청약에 사용된 용어와 정확하게 똑같은 용어를 사용할 필요는 없다. 주의를 요하는 것으로 회답이 추가내용의 가능성을 제외하거나 조회를 하고 있더라도 그 회답은 제19조 (1)항에 의한 승낙이 되지 아니할 수 있다.

20) William E. Hancock, "Special Report on the UN convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Corporate Counsel's International Adviser*, Issue No. 32, January 1988, p. 32.

21) 오세창, 전계논문, pp. 56~57.

반면에 이러한 회답은 최초 청약의 승낙 가능성을 남겨둔 채 상이한 내용으로 승낙함으로써 청약인의 의중을 타진하기 위한 독립된 통신일 수 있다.²²⁾ 이러한 사실은 청약이 취소불능이라도 거절의 통지가 청약인에게 도달한 때 그 청약은 효력을 상실한다는 CISG 제17조에 비추어 볼 때 특별히 중요하다. 따라서 광범위하게 인정되고 있는 계약 성격의 입장을 지지하는데 상기의 일반원칙이 있다고 해도, 흔히 있을 수 있는 실질적인 상황으로서 피청약인이 청약의 내용에 전반적으로 동의하였으나 청약상의 특정분야에 관해 협상을 원하는 경우에 대해 이 원칙은 반대하고 있다.

(2) 실질적 변경이 아닌 승낙의 효력(제19조 (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, 제23조의 규정에 따라 계약은 승낙의 수령 시에 체결되고, 계약의 내용은 승낙 상에 명시된 변경사항을 추가한 청약의 내용이 된다.²³⁾

그러나 추가 혹은 상이한 내용이 청약의 내용을 실질적으로 변경하지 아니한다 하더라도 청약자는 이를 거절할 수 있다. 이런 경우 피청약인의 회답은 승낙이라기보다 청약의 거절임과 동시에 하나의 반대청약이 되며, 고전적인 영미보통법의 경상의 원칙이 그대로 적용되는 것이다. 특히 계약당사자들이 계약이 존재하지 아니함을 발견하기 전에 계약의 전부 또는 중요한 부분을 이미 이행한 경우를 취급하는 것이 어렵기 때문에 (2)항의 원칙은 분명히 장점을 지니고 있다.²⁴⁾

(3) 실질적 변경을 한 승낙의 효력(제19조 (3)항)

제19조 3항은 청약의 내용을 실질적으로 변경하는 추가 혹은 상이한 내용의

22) 단순한 반대청약은 new offer의 성격뿐임을 의미한다.

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

24) J. Ramberg, *International Commercial Transactions*, Kluwer Law International, 1998, p. 31.

예로서 “특히²⁵⁾ 대금지급, 품질과 수량, 인도장소와 시기, 상대방에 대한 일방의 책임범위 또는 분쟁해결²⁶⁾을 들고 있는 바, 청약의 회답이 이러한 내용을 변경하고 있다면 실질적인 변경²⁷⁾이 되고, 동 해답은 승낙을 구성하지 못하며, 영미보통법의 경상의 원칙이 그대로 적용되는 반대청약을 구성하게 된다.

그러나 이러한 사실에도 불구하고 최초의 청약자가 물품의 발송이나 대금지급 지급을 통해 실질적인 변경을 가한 회답에 답하면 계약은 선적이나 대금지급 사실²⁸⁾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.

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 간주되는 조건에 좌우된다.

이런 경우 자신의 행위가 타방의 내용에 대한 동의를 나타내는 것인지에 관한 분쟁을 제거하는 것이 아니라 오히려 이러한 분쟁에 패소한 당사자인 자신에게 부과된 타방의 조건을 부담해야 하기 때문에 그는 UCC하에서 부과되는 부담보다 더 큰 부담이 되는 조건을 지켜야 할지 모른다. 따라서 서식전쟁으로 인한 저촉규정에도 불구하고 계약을 이행한 경우 매매에 관한 어떠한 법도 완벽한 해답을 제공하지 못한다고 볼 수 있다.

CISG의 접근방법은 상호 저촉하는 조건에도 불구하고 당사자들이 이행한 때 분쟁해결에 도움을 줄 수 있다. 따라서 서식전쟁에 있어 각자가 보내는 서

25) 제19조 (3)항 상의 특히(among other things)의 의미는 예시적이지 전부를 망라한 것이 아니라는 의미이다(J. Honnold, *op. cit.*, p. 169).

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

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

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

식은 타방의 청약을 거절하는 반대청약이기 때문에 최종적인 계약은 타방의 이행에 의해 승낙되는 제일 마지막 반대청약을 발송한 당사자의 조건으로 구성된다.

CISG 제19조의 논평을 보면, CISG의 이론은 서식이면에 있는 대부분의 조건이 중요하다는 것이다. 따라서 이러한 이면조건이 다르다면 계약이 성립해서는 아니 된다는 입장이다.²⁹⁾

따라서 CISG는 UCC와 같은 주관적인 접근방법을 피하려 하고 있다.³⁰⁾ 즉, 당사자들이 불일치한 서식의 일상적인 교환에 근거하여 거래가 이루어져 있는 경우 당사자들이 합의한 것을 결정하기 위한 만족한 방법을 법과학이 아직 발견하고 있지 아니하다는 인식에서 출발한 UCC § 2-207조와는 달리 CISG는 영미보통법의 경상의 원칙에 유사한 원칙을 채택하였다. 따라서 협약 하에서는 최후에 발송한 자가 아마 최상이 될 것이라는 게 CISG의 결론이다.³¹⁾

결국 서식전쟁에 대한 본 협약의 대응은 제19조 (1)항을 통해 승낙에 관한 영미보통법의 대원칙인 경상의 원칙을 기본원칙으로 채용하고, (2)항을 통해 청약의 조항에 대한 추가, 변경이 있어도 청약의 조항을 실질적으로 변경하는 (materially alter) 것이 아니라면 그 회답은 승낙을 구성하며, 23조에 따라 계약은 승낙의 수령시에 체결되고 계약의 내용은 승낙상에 명시된 변경사항을 추가한 청약의 내용이 된다.³²⁾

단, 청약자가 부당한 지체 없이 구두로서 조항의 상이(discrepancy)에 이의를 제기하든가, 아니면 그러한 취지의 통지를 발송하면 그러하지 아니하다. 만약 청약자가 이러한 이의를 제기하지 아니하면 계약은 청약의 조항과 승낙에 포함되어 있는 수정조항에 의해 성립한다. 물론 승낙이라고 하지만 담겨져 있는 내용, 즉 수정조항이 청약의 조항을 실질적으로 변경하는 중대한 것이라면, 이 승낙은 분명히 반대청약이 되고 계약은 성립하지 아니함을 규정하므로

29) W. Hancoak, *op. cit.*, p. 32.

30) J. Honnald, *op. cit.*, p. 168. 그러나 Ramberg 교수는 (3)항의 논평에서 청약과 불일치한 승낙에도 불구하고 계약을 유효화 시키려는 목적을 크게 훼손시키는 원칙이라고 비판하고 있다(J. Ramberg, *op. cit.*, p. 31).

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

32) 이 경우 “최후발송자 승리의 원칙”이 적용된다.

UCC § 2-207조 (1)항과 (2)항을 참고하여 현실거래의 인정과 계약 성립의 원칙을 규정하고, (3)항을 통해 실질적인 변경을 가져오는 조항을 사실상 대부분의 계약조항으로 하므로 수정조항을 포함한 회답이 반대청약이 되는 확률을 높이고 있기 때문에 최후에 서식을 발송한 자가 승리한다는 원칙을 인정하는 입장이라고 볼 때, 전체적으로 보아 서식전쟁에 관한 영미보통법의 접근방법에 가까운 것으로 생각된다. 따라서 당사자 간의 불안정요인을 제거하기 위하여 중요한 약관에 관해서 합의한 기본계약서(basic agreement)나 포괄계약서(master agreement)를 체결해 두는 것이 상책이다.

실제에 있어 매수인의 구입주문에 따라 제일 마지막 통신, 즉 확인서를 보내는 자는 대개 매도인이다. 그러므로 매도인을 지지하는 경향이 있다.³³⁾

본인의 생각으로는 제19조가 영미보통법, 대륙법, UCC, 그리고 현실거래를 참고하여 제정되었다 해도 고전적인 영미보통법의 경상의 원칙과 현실성을 감안한 경상의 원칙인 최후서식 발송자 승리의 원칙을 그대로 답습하고 있는 것 같다.

그리고 제19조 (3)항은 UCC § 2-207조 (2)(b)항 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 이외에도 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 양자 간의 구분으로 인한 문제점 때문에 양자를 배격하여 중간약관 또는 판단보류약관(intermediate or innominate term³⁴⁾)을 개발하여 위반의 결과와 성격에 따라 선의의 당사자에게 계약의 소멸권을 부여할 수도 있고 아니할 수 있게 한 것처럼, 제19조 (3)항을 현재와 같이 규정할 것이 아니라 UCC § 2-207조 (2)항, (3)항보다 강한 내용을 포함하는 조항으로 개정하는 것이 바람직하다. 예컨대 CISG 제25조(중대한 위반의 정의)에 준하는 개정이 바람직하다.³⁵⁾

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

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

35) 오세창, 전계논문, pp. 58~62.

3) PICC상의 원칙

이미 언급한 대로 PICC는 표준약관을 사용할 경우와 그렇지 못할 경우의 계약체결, 즉 서식전쟁의 근거가 되는 반대청약에 해당하는 수정승낙에 관해 2.1.11조에서 계약 성립의 일반원칙에 따른 수정승낙으로, 2.1.19-22조까지 표준약관과 관련한 계약 성립을 다루면서 특히 2.1.22조에서 표준조건사용과 관련한 계약 성립을 서식전쟁으로 각각 구분하여 서식전쟁을 규정하고 있는 바, 규정과 그 논평은 다음과 같다.

(1) 수정 승낙

먼저 2.1.11조의 규정을 보면 다음과 같다.

“(1) 승낙을 의도하나 청약의 내용을 추가, 제한 또는 기타 수정을 포함하는 청약은 청약의 거절이며, 반대청약을 의미한다.

(2) 그러나 승낙을 의도하나 청약의 내용을 실질적으로 변경하지 아니하는 추가나 상이 한 내용을 포함하고 있는 청약은 승낙을 의미한다. 다만 부당한 지체 없이 청약자가 원청약과의 상이점에 대하여 반대하지 아니하여야 한다. 만약 청약자가 반대하지 아니한다면 계약조건은 승낙에 포함된 수정된 청약의 내용이 된다.”

1994년 제정된 이래 규정과 논평의 변경이 없이 조항만 변경된 본 조항의 논평을 보면 다음과 같다.

① 수정승낙은 일반적으로 반대청약

상거래에 있어 청약자에게 “주문확인서”(acknowledgement of order)와 같이 청약을 승낙한다는 자신의 의사를 표시하더라도 피청약자가 청약의 내용에 추가 또는 상이한 내용을 승낙 내용에 포함시키는 경우가 종종 발생한다.

이 경우 본 조항의 (1)항은 이러한 목적의 승낙은 원칙적으로 최초 청약의 거절로 간주되며 피청약자에 의한 반대청약에 해당함을 규정하고 있다. 이런 경우 청약자는 명시적으로 또는 예컨대 이행이라는 행위에 의해 묵시적으로 승낙하거나 거절할 수 있다.

② 청약의 성격을 실질적으로 변경하지 아니하는 수정승낙의 효과

영미보통법상의 승낙의 대원칙인 승낙은 청약의 경상이어야 한다는 원칙은 청약과 승낙 간에 중요하지 아니하는 내용이라도 당사자 중 일방에게 나중에 계약의 존재에 의문을 제기할 수 있음을 허용하고 있다. 따라서 어느 일방이 시장 여건이 유리하지 아니하게 변경되었음을 이유로 단순히 모색할 수 있는 이러한 결과를 피하기 위하여 본 조항의 (2)항은 승낙상에 포함된 추가 또는 수정된 내용이 청약의 내용을 실질적으로 변경하지 아니한다면 계약은 그러한 수정내용에 따라 체결됨을 규정함으로써 (1)항에 규정된 일반원칙에 예외원칙을 규정하고 있다. 다만 청약자가 부당한 지체 없이 반대한 경우에는 그러하지 아니하다. 왜냐하면 아무리 사소한 변경으로 청약의 내용을 실질적으로 변경시키지 아니한다 해도 경상의 원칙에 반이기 때문이다.

PICC는 수정승낙에 관한 규정인 CISG 제19조 (3)항에 명시되어 있는 “실질적인 것”의 정의를 두고 있지 아니함을 주의해야 한다. 이 경우 무엇이 실질적인 수정에 해당하는가는 추상적으로 결정될 수 없고 건별 상황에 좌우된다. 일반적으로 가격이나 대금지급방법, 비금전적 의무인 이행장소와 시기, 타방에 대한 일방의 의무의 범위, 분쟁해결 등에 관한 추가나 상이한 내용은 일반적으로 청약의 실질적인 수정을 의미하지만 반드시 그러하지는 않는다는 것을 인정하고 있다.

이 경우 실질적인 변경의 중요한 판단요인으로 고려해야 할 요인은 추가 또는 상이한 내용이 관련 거래분야에서 흔히 활용되고 있어, 이 때문에 청약자에게 놀라운 사실이 되지 아니하는지 여부이다.³⁶⁾

(2) 서식 전쟁

PICC는 CISG와 달리 수정승낙과 서식전쟁을 구분하고 있다. 특히 표준계약하에서 이루어지는 계약하에서 서식전쟁에 대비하여 2.1.19조에서 표준약관하에 이루어지는 계약체결을, 2.1.20조에서 표준약관 가운데 예상 밖의 조건을, 2.1.21조에서 표준약관과 비표준약관간의 충돌을, 이와 관련하여 적용되는 2.1.22조에서 서식전쟁을 각각 체계적으로 취급하고 있는 바, 표준조건하의 계약체결과 서식전쟁과 관련한 규정과 그 취지를 보면 다음과 같다.

36) PICC, 2,1,11, Official Comment, 1. 2.

① 표준약관하의 계약체결

2.1.19조의 규정에 의하면, 표준약관은 “(1) 일방 당사자나 양 당사자들이 계약체결시에 표준약관을 사용할 경우 계약 성립에 관한 일반원칙은 계약 성립에 관해 예상 밖의 조건에 관한 2.1.20조, 표준약관과 비표준약관간의 충돌에 관한 2.2.21조, 서식전쟁에 관한 2.1.22조를 전제로 적용된다. (2) 표준약관은 일방당사자에 의해 일반적으로 반복사용을 위해 사전에 준비되고, 타방 당사자와 협상 없이 실질적으로 사용되는 규정이다.”로 정의하고 있다.

이 경우 표준약관이란 일방 당사자에 의해 일반적으로 반복사용을 위해 사전에 준비되고 타방 당사자와 협상 없이 실질적으로 사용되는 계약조항으로 이해해야 한다.

표준약관과 관련하여 중요한 것은 예컨대 표준약관들이 별도의 서류나 계약서 자체에 포함되어 있는지 여부, 다시 말해서 표준약관이 사전에 인쇄된 서식으로 발급되거나 전자파일에만 포함되어 있는지 여부와 같이 표준약관이 공식적으로 제시되어야 하는 것도 아니며, 당사자 자신, 무역협회나 전문단체 등이 표준약관을 준비한 것도 아니고, 표준약관이 관련 계약의 거의 전부를 망라하는 종합규정으로 되어 있거나, 예컨대 책임과 중재의 제외에 관해 유일한 개 또는 두 개의 규정으로 구성되어 있는지 여부와 같이 표준약관의 분량도 아니다.

또 하나의 중요한 것은 표준약관이 일반적으로 반복적으로 사용되기 위해 사전에 초안되고 이들이 타방 당사자와 협상 없이 당사자들의 일방에 의해 해당사건에 실질적으로 사용된 사실이다. 이러한 요건은 예컨대 타방 당사자가 전체로서 승낙해야 하는 표준약관하고만 분명히 관련이 있다. 반면에 똑같은 계약서상의 다른 조건들은 당사자들 간의 협상의 대상이 당연히 된다.

표준약관에 관해서는 계약 성립에 관한 PICC상의 일반원칙이 적용된다. 다시 말해서, (1)항에 따라 대개 계약 성립에 관한 PICC상의 일반원칙은 일방 당사자 또는 양 당사자들이 표준약관을 사용하는지 여부에 관계없이 적용된다. 이러한 원칙은 일방 당사자에 의해 제의된 표준약관은 이의 승낙에 의해서만 타방을 구속하며, 양 당사자가 표준약관을 명시적으로, 예컨대 “unless otherwise, this contract is subject to model form”과 같이 언급해야 하는지 여부 또는 표준약관의 삽입이 묵시적 일 수 있는지 여부는 건별 상황에 좌우된다는 사실에서 추정된다.

예컨대 계약서 자체에 포함된 표준약관은 적어도 동 조건들이 문서의 이면이 아닌 전면상 복제되는 한 전체로서 계약서에 단순한 서명에 따라 일반적으로 승인되어 구속력을 지닌다.

반면에 별도의 문서나 전자파일상에 포함된 표준약관은 일반적으로 이들을 활용하려는 당사자들의 의지를 통해 명시적으로 언급되어야 할 것이다. 그리고 묵시적으로 인정되는 삽입은 관행과 관습에 관한 규정인 1.9조에 따라 당사자들 간에 확립되어 있는 관행이나 이러한 취지의 관습이 존재하는 경우에만 적용될 수 있다.

② 표준약관 가운데 예상 밖의 조건의 효과

이에 관해 2.1.20조를 통해 규정하고 있는 바, 그 취지를 규정과 논평을 통해 보면 다음과 같다.

먼저 규정을 보면 다음과 같다.

- “(1) 타방 당사자가 그러한 조건을 합리적으로 기대할 수 없었던 성격을 가지는 표준약관 가운데 포함된 조건은 타방 당사자에 의해 명시적으로 승낙되지 아니하는 한 효과가 없다.
- (2) 표준약관 가운데 포함된 조건이 그러한 성격을 가지는지 여부를 결정함에 있어 그 조건의 내용, 사용된 언어, 표현 등이 고려되어야 한다.”

그 논평을 보면 다음과 같다.

타방 당사자의 표준약관을 승낙한 일방 당사자는 표준약관의 내용을 실제 상세하게 알고 있었는지 여부 또는 표준약관의 함의를 충분하게 이해하였는지 여부에 관계없이 표준약관에 의해 원칙적으로 구속된다.

그러나 이러한 원칙에 하나의 중요한 예외로서 표준약관의 내용 일체의 승낙에도 불구하고 표준약관의 내용, 사용된 언어, 표현방법에 비추어 일방 당사자가 표준약관을 합리적으로 기대할 수 없는 성격을 가지는 표준약관은 일방 당사자를 구속하지 못함을 본 조항이 규정하고 있다.

이러한 예외의 이유는 표준약관을 제시하는 당사자가 상대방이 그러한 표준약관의 내용을 알았더라면 거의 승낙하지 아니하였을 표준약관을 상대방에게 부담시키려는 은밀한 기도를 통해 자신의 입장에서 부당한 혜택을 취하게 하는 표준약관을 사용하는 당사자를 피하려는 의도에서이다.³⁷⁾

내용상에 예상 밖의 조건에 대한 법적 효력은 그러한 종류의 조건이 관련 거래분야에 흔히 있는 것이고, 당사자들이 그들의 협상을 수행하는 방법과 일치하는지 여부에 좌우된다. 그리고 언어나 표현상으로 예상 밖의 조건에 대한 법적 효력은 특별약관으로 표현되고 있거나, 모호한 언어나 보이지 않을 정도의 작은 글자로 인쇄되어 표현하는 방법들이 있을 수 있다. 이런 경우, 예상 밖의 조건인지 여부를 결정하기 위해서는 관련 표준약관의 형태로 흔히 사용되는 유형과 표현에 대한 고려보다는 상대방과 동일한 종류의 사람의 전문적인 기술과 경험을 더 고려해야 한다.³⁷⁾

예컨대 특수한 표현이 애매성과 분명성을 동시에 가질 수 있는 바, 이런 경우 상대방이 표준약관을 사용하고 있는 당사자와 똑같은 전문분야에 속해 있는지 여부가 특수한 표현의 의미를 결정할 수 있다.

사실 표현되고 있는 언어의 요인은 국제거래와 관련하여 볼 때 중요한 역할을 할 수가 있다. 만약 표준약관이 외국어로 초안된다면 그러한 언어로 충분히 분명하다고 해도 표준약관들 가운데는 그들의 합의를 충분히 평가할 것으로 합리적으로 기대할 수 없는 타방 당사자에게는 예상 밖의 조건으로 판명될 수 있다. 그러나 명시적으로 예상 밖의 조건을 승낙한 경우 그 효력을 거부할 수 없다.³⁸⁾

③ 표준약관과 비표준약관간의 충돌

표준약관과 비표준약관간의 충돌의 경우에 대비한 2.1.21조의 규정에 의하면, “표준약관과 비표준약관간의 충돌의 경우 비표준약관이 우선한다.”고 규정되어 있다. 1994년 제정 이래 2004년 조항의 변경 외에는 규정과 논쟁 간에 변동이 없는 바, 그 논평을 보면 다음과 같다.

표준약관과 비표준약관간의 충돌의 경우에 대하여 2.1.21조에 의하면, 2.1.19(2)에 따라 표준약관이 일방 당사자나 제3의 당사자가 사전에 준비한 정

37) PICC 4.6조에 의하면, 계약서의 내용이 모호하여 이로 인하여 제공자의 자의적 해석으로 인해 누릴 수 있는 혜택을 방지하고 함정을 지닌 고의성 표시에 대한 책임을 지게하고 있다.

38) 일방의 진술이나 기타행위의 해석에 관한 규정인 CISG 8조 (2)항 역시 이런 취지의 규정을 하고 있다.

39) PICC, 2.1.12, Official Comment, 1. 2. 3. 4.

의상에 정의되어 있고, 당사자들이 토의하지 아니한 개별계약서상에 삽입되는 경우가 있다. 당사자들이 자신들의 계약서상의 특별규정에 관해 특별히 협상하여 합의한 경우, 이런 규정이 표준약관상에 포함된 저촉규정, 즉 특별조건에 우선함이 논리적이다. 왜냐하면 이런 규정이 해당 건에 관련된 당사자들의 의사를 보다 잘 반영하고 있기 때문이다.

그러나 개별적으로 합의한 규정들이 표준약관과 똑같은 서류상에 명시될 수 있으나, 별도서류상에 포함되어질 수도 있다. 전자의 경우 이런 규정들은 표준약관의 성격과는 상이한 성격으로 쉽게 간주될 수 있다. 그러나 후자의 경우 표준약관인 규정과 그렇지 못한 규정들 간에 구분을 하는 것과 상이한 서류간의 계층상에 정확한 지위를 결정하는 것이 매우 어렵다. 이런 취지에서 당사자들은 자신들의 계약의 일부를 구성하는 서류들과 이들 서류의 경중을 명시적으로 표시하는 계약규정을 종종 포함하고 있다.

그러나 표준약관상에 포함된 저촉규정의 삭제 없이 표준약관에 대한 수정이 구두로만 합의되는 경우와 표준약관이 당사자들에 의해 서명된 결정적 문서의 성격임과 표준약관의 내용의 추가나 수정을 반드시 서면으로 되어야 함을 언급하는 규정을 포함하고 있는 경우에 특별한 문제가 생길 수 있다.

이런 경우에 “당사자들이 합의한 내용을 서면이 완벽하게 명시하고 있음을 표시하는 조항을 포함하고 있는 서면계약서는 사전 진술이나 합의의 증거에 의해 부인되거나 보완되어질 수 없다. 그러나 이러한 사전 진술이나 합의는 서면을 해석하는데 활용되어질 수 있다.”는 완전합의조항(merger clause: entitlement clause)에 관한 규정인 2.1.17조와 “특정형식으로 된 합의에 의해 서면 수정이나 종료를 요구하는 조항을 포함하는 서면계약은 달리 합의에 의해 수정되거나 종료될 수 없다. 그러나 일방 당사자는 타방 당사자가 자신의 행위를 신뢰하여 행동한 범위까지 이러한 조항을 주장하지 못한다.”는 특정형식으로 수정합의의 효과에 관한 규정인 2.1.18조에 의해 해결되어야 한다.⁴⁰⁾

④ 표준조건간의 서식전쟁

서식전쟁에 관한 2.1.22조의 규정을 보면 다음과 같다.

“양 당사자들이 표준약관을 사용하면서 이러한 조건들에 관해 제외하기로 합

40) PICC, 2.1.21., Official Comment.

의한 경우, 계약은 합의한 조건과 실제 흔히 사용되는 표준약관에 근거해서 체결된다. 다만, 일방 당사자가 사전에 또는 나중에 자신은 이러한 계약에 의해 구속될 의사가 아님을 분명히 표시하고 부당한 지연 없이 타방에게 통지한 경우에는 그러하지 아니하다.”

이 조항은 1994년에 제정된 이래 규정과 논평에 변경이 없는 바, 논평을 보면 다음과 같다. 당사자들이 상이한 표준약관을 사용할 때의 우선순위 문제가 있어 청약을 할 때 청약자와 이를 승낙하는 피청약자들이 자신의 표준약관을 참고하는 것이 국제거래에 아주 흔한 일이다.

이 경우 피청약자의 표준약관에 대해 청약자의 명시적 승낙이 없는 경우, 계약이 완전히 체결되었는지 여부와 체결되었다면 충돌하는 일련의 두 표준약관 가운데 어떤 표준약관이 우선하는지에 관해 문제가 생긴다.

그리고 서식전쟁과 청약과 승낙에 관한 원칙과의 관계에 있어 서식전쟁의 경우 청약과 승낙에 관한 일반원칙이 적용될 경우 전혀 계약이 존재하지 아니한다. 왜냐하면 피청약자가 생각한 승낙은 2.1.11(2)조에서 규정하고 있는 예외를 전제로 반대청약에 해당하거나 양 당사자들이 각자의 표준약관에 반대 없이 이행을 시작한 경우 계약은 최후에 발송되거나 언급된 조건에 근거해서 체결되기 때문이다.

이런 경우에 대비한 PICC상의 서식전쟁에 대비한 결론은 다음과 같다. 영미보통법상의 수정승낙, 즉 반대청약에도 불구하고 이행의 경우 적용되는 최후발송자 승리의 원칙은 양 당사자들의 표준약관의 채용이 계약체결을 위해 필수적임을 당사자들이 분명히 표시한 경우라면 불일치에도 불구하고 그 적용이 적합할 수 있다.

반면에 실제 매우 흔한 경우처럼 당사자들이 예컨대 이면 상에 각자의 조건을 갖고 있는 인쇄된 주문서와 확인서를 서로 교환하므로 다소 자동적으로 자신들의 표준약관을 참고할 경우, 당사자들은 자신들의 각자의 표준약관들 간에 충돌이 있음을 일반적으로 알지 못할 수 있다. 이런 경우에 당사자들에게 계약의 존재에 문제를 제기하거나 이행이 시작되었다면 최후에 발송되거나 언급한 조건 적용의 주장을 허용할 이유가 없다.

이런 이유에서 본 조항은 청약과 승낙에 관한 일반원칙에도 불구하고 당사자들이 자신들의 표준약관에 관해 제외를 합의한 경우, 계약은 당사자들이 합

의한 조건과 실제 흔히 사용되는 표준약관에 근거하여 체결된다는 이른바 충돌배제원칙을 채용하고 있다.

결국 서식전쟁과 청약과 승낙에 관한 일반원칙간의 관계에 있어 사전에 합의가 있거나 상식적으로 판단할 수 있는 경우에는 일반원칙이 그대로 적용된다. 그러나 당사자들이 사용하고 있고 표준약관의 적용을 제외하기로 합의한 경우 당사자들이 합의한 조건과 해당 상거래에 흔히 사용되는 표준약관에 의해 계약은 체결된다고 PICC는 규정하고 있다. 이는 CISG의 최후발송자 승리의 원칙도 합의조건과 충돌조건의 경우 UCC규정에 의해 해결된다는 UCC의 원칙도 PICC는 모두 배격하고 있다.

주의할 사항으로 PICC상의 표준약관에 의한 계약 성립의 경우 2.1.19조에 의하면 2.1.20, 2.1.21, 2.1.22조를 전제로 계약 성립의 일반원칙이 적용됨을 규정하고 있다. 그러나 이러한 일반원칙에도 불구하고 표준약관의 적용을 제외하기로 한 경우 당사자들이 합의한 조건과 상거래에 흔히 사용되는 일종의 관습 또는 관행이라 할 수 있는 표준약관에 근거해서 계약이 성립된다고 하고 있다.⁴¹⁾

IV. 서식전쟁과 관련한 유의사항

반대청약에 해당하는 수정승낙에 따른 서식전쟁에 대비한 PICC상의 제 규정을 해석할 때 함께 고려해야 할 계약 성립과 관련하여 신설된 현실 상거래를 수용하기 위한 규정으로 2.1.12조, 2.1.13조, 2.1.14조, 2.1.15조, 2.1.16조, 2.1.17조항을 들 수 있는 바, 그 개요를 보면 다음과 같다.

1. 확인문서

확인문서에 관해 규정하고 있는 2.1.12조는 계약이 구두로 또는 필수적인 합의내용에 한정되고 서면통신의 교환을 통해 이미 체결된 후에 일방 당사자

41) PICC, 2.1.22., Official Comment, 1. 2. 3.

가 이미 합의한 것을 단순히 확인하려는 의도이나 실제에 있어 당사자들에 의해 종전에 합의한 내용과 다르거나 추가한 내용을 포함하고 있는 서류를 타방에게 발송한 경우를 취급하고 있다.

이론적으로 보면, 이런 경우는 계약이 아직 체결되지 아니한 상태에서 수정 내용이 피청약자의 승낙 상에 포함되어 있는 경우를 위한 수정승낙에 관한 규정인 2.1.11조와는 분명히 다른 경우이다. 그러나 아직은 현실적으로 두 경우 간에 구분하는 것이 불가능한 것은 아니라 해도 매우 어려울 수 있다.

본 조항은 확인서에 포함되어 있는 수정내용에 관해 2.1.11조에서 생각하는 해결방법과 똑같은 해결방법을 채용하고 있다. 다시 말해서 주문확인서에 포함되어 있는 수정에 관해서와 똑같이 본 조항은 확인서에 포함되어 있는 당사자들에 의해 사전에 합의한 내용과는 다르거나 추가한 내용은 이들이 합의를 실질적으로 변경하지 아니하고 문서의 수령자가 부당한 지체 없이 이들에 대하여 반대하지 아니하는 한 계약의 일부가 됨을 규정하고 있다.

물론 본 조항과 관련하여 유념해야 할 것은 확인문서와 관련하여 새로운 내용 가운데 어느 내용이 종전 합의한 내용을 실질적으로 변경하고 있는지의 문제는 매 건별 상황에 비추어서만이 명확하게 대답되어질 수 있음은 말할 것도 없다.

반면에 본 조항은 확인문서를 발송한 당사자가 승낙을 위해 정히 확인한 확인문서를 발송할 것을 타방에게 명시적으로 요청하고 있는 경우에는 분명히 적용되지 아니한다. 이런 경우에 문서가 수정을 포함하고 있는지 여부와 포함하고 있다면 이러한 수정이 실질적인지 여부는 관련이 없다. 왜냐하면 문서는 어떤 경우든 계약이 존재하려면 수신인에 의해 명시적으로 승낙되어야 하기 때문이다.⁴²⁾

이렇게 볼 때, 본 규정에 의하면 확인서상에 합의한 내용과 다소 상이한 내용이 있어도 이러한 상이함이 합의를 실질적으로 변경하지 아니하거나 아무리 사소한 변경이라도 수령자가 반대하지 아니한다면 또한 관련 거래 분야의 표준관행으로 흔히 사용되고 있어 수령자에게 일체의 당황을 주지 아니한다면 계약의 일부로 인정하는 점은 현실 상거래에 있어 청약과 승낙 후에 당사자들에 의해 작성되는 서류의 특징상 있을 수 있는 현실을 인정하는 규정이다. 이는

42) PICC, 2.1.12., Official Comment, 1. 2.

마치 현실 거래를 인정한 UCC §2-207조 (1)항의 내용을 따르고 있는 것 같다.

그러나 실질적인 변경이나 사소한 변경이라도 즉각 반대하면 계약은 성립하지 아니한다는 계약체결의 원칙 정신을 존중하고 있다. 이 역시 UCC §2-207조 (2)항을 따르고 있는 듯하다. 본 규정에서 말하는 확인서란 광범위한 의미로 해석할 필요가 있는 바, 구두로 또는 비공식 통신을 통해 체결된 계약의 조건을 명시하는 이행과 관련한 송장이나 이와 유사한 기타 서류를 사용한 경우도 확인서에 해당한다.⁴³⁾

2. 특수한 문제나 형식을 전제한 계약 성립

2.1.13조는 특정문제에 관한 합의 또는 특정서식상의 합의를 전제한 계약의 체결 여부에 관한 규정이다. 따라서 예컨대 특정문제에 관해 합의하는 경우에 계약은 체결되며 해결하지 못한 사소한 내용은 계약체결 후 법을 통해 또는 사실을 통해 묵시되어질 수 있다. 그러나 경우에 따라서는 당사자들이 이러한 특정문제들이 만족할 만한 방법으로 해결되지 아니한다면 당사자를 구속하는 합의를 체결할 의사가 없을 만큼 중요한 것으로 간주할 수 있다. 따라서 당사자나 당사자들 가운데 한 당사자라도 이러한 의사를 명시적으로 표시한 경우, 이러한 문제에 관해 합의가 없다면 계약은 성립하지 아니한다.

본 조항에서 “주장하다”(insist)라는 표현을 사용함으로써 본 조항은 단순히 지나가는 말로 이러한 취지의 의사를 명시하는 것은 충분하지 못하고 명확히 해야 함을 분명히 하고 있다. 그리고 상관행상 오랜 협상을 필요로 하는 복합적인 거래의 경우 기본 합의서(preliminary agreement)나 양해각서(memorandum of understanding) 또는 의향서(letter of intent)나 이와 유사한 비공식서류에 서명하는 경우가 흔하다. 이 경우 이들 서류상에 추후 공식문서, 즉 “계약서 작성조건”(subject to contract), 또는 “추후 공식합의서 조건”(formal agreement to contract)과 같은 문서의 작성을 요구하고 있을 경우 이들 서류가 초안되지 아니한다면 계약은 성립하지 아니한다. 경우에 따라서는 당사자들은 자신들의 계약을 이미 체결된 것으로 간주하고 공식 문서의 작성을 이미 종결된 합의의 확인으로서의 기능만을 하는 것으로 간주하는 경우가 있다. 이런 경우도 공식

43) PICC, 2.1.12., Official Comment, 1. 2.

문서가 반드시 필요하나 계약 성립과는 관계가 없고 추가 내용들은 계약의 내용이 될 수 없다. 그러나 양 당사자 또는 일방이 분명히 한 경우 공식서류가 초안되어서 합의 후 교환될 때까지 계약은 성립하지 아니한다.⁴⁴⁾

3. 미해결 내용의 계약효력

2.1.14조는 의도적으로 미해결로 남겨진 내용을 두고 있는 계약의 성립, 즉 효력문제에 관해 규정한 것으로, 완전합의를 전제로 하되 계약체결의사가 분명한 경우 추후 협상을 통해 합의가 되거나 제3자에 의해 결정되어질 미해결로 남겨진 내용이 계약의 성립을 방해하지 못하게 하고 있다. 그러나 당사자들이 미해결 내용에 관해 합의에 도달할 수 없거나 제3자가 내용을 결정하지 못할 경우 계약의 존재는 당사자들의 의사를 고려한 상황에 합리적인 내용으로 분명하게 할 수 있는 대안적 수단⁴⁵⁾이 존재하는 한 영향을 받지 아니한다.⁴⁶⁾

V. 결 론

서식전쟁은 구입준문서나 승낙서식 이면 상에 표현되는 작은 글자체로 인쇄된 규정과 같은 조건을 양 당사자들이 원용할 경우와 매매당사자들이 사용하는 해결되지 아니하는 문제를 두고 있는 서식들 간에 불일치한 경우 등을 대비하여 사용되는 용어이다. 이러한 사실은 타방 당사자가 사용하는 서식상에 인쇄된 규정에 충분한 주의를 어느 당사자도 기울이지 아니한 때 종종 발생한다. 이러한 서식전쟁은 어디서나 완전한 해결방법을 제시하지 못하는 모든 상법전 하에서 문제를 일으키고 있다.⁴⁷⁾

44) PICC, 2.1.14., Official Comment, 1, 2.

45) 대안적 수단은 누락된 내용에 관한 보완 규정인 4.8조, 묵시적 의무규정에 관한 5.1.2조, 청약의 정의에 관한 2.1.2조, 가격결정에 관한 5.1.7조의 규정을 통해 추정될 수 있다.

46) PICC, 2.1.14., Official Comment, 1, 2, 3.

47) A. H. Kritzer, *op. cit.*, p. 14.

이상에서 서식전쟁에 대하여 영미보통법에 근간을 두고 있는 고전적 견해와 법리, 그리고 고전적 입장을 해석하거나 복잡한 현대 모든 상거래에 적용을 전제로 제정된 UNIDROIT의 PICC 규정을 UCC와 CISG의 규정과 함께 검토하였다.

표준주문서식, 확인서, 또는 이와 유사한 서식 등의 사용을 통해 당사자들이 자신들의 표준약관을 인용하므로 계약내용으로 삼입하려고 시도하고 있다. 그러나 여러 면에서 서로 충돌하는 서식전쟁의 경우 항상 만족하지 아니하지만 일반계약원칙에 따라 해결하거나, 매매법보다 계약법에 근거하여 해결하거나, CISG에 의해 해결할 수 있다는 주장에 대하여, Goode교수는 서식전쟁의 경우 CISG 제19조에 의한 해결이 어려움이 없는 것은 아니나 다른 국제협약이나 국제법상의 해결방안보다 우수하다고 볼 수 없으나 뒤지지 아니한다고 주장하고 있다.⁴⁸⁾

이러한 주장과 이상의 연구에 대한 결론은 다음과 같다.

PICC의 서식전쟁에 관한 규정들은 결국 계약 성립의 일반원칙에 의하면 수정승낙, 즉 반대청약일 수밖에 없는 상이한 표준약관을 사용하고 있는 서식에 의한 계약 성립의 경우를 포함한 수정승낙, 즉 반대청약의 법적 효력에 관한 원칙으로서 영미보통법과 UCC §2-207조를 토대로 제정된 CISG의 원칙과 비교해 볼 때 상당히 일치할 수가 있다. 다시 말해서 PICC상의 서식전쟁에 관한 규정들은 CISG 제19조의 원칙과 일반원칙인 진술과 기타 행위에 관한 해석원칙 규정인 제8조, 그리고 적용할 수 있는 관행과 관습에 관한 해석규정인 제9조를 종합하면, PICC상의 서식전쟁의 경우 제1장 PICC의 일반원칙 규정과 제4장 해석규정을 굳이 참고하지 아니해도 표준약관을 사용하고 있는 서식전쟁의 경우 계약 성립에 관한 일반원칙의 적용을 대 전제로 제시한 2.1.19-22조 규정의 내용이 일반 계약 성립은 물론이고 표준약관을 사용하고 있는 서식전쟁에도 그 적용을 전제한 해당 CISG의 제 규정과 상당부분 일치할 수 있다. 따라서 CISG 제19조가 PICC상의 서식전쟁을 커버할 수 있다고 생각할 수 있다.

그러나 PICC는 엄격하게 보면 일반 계약성립원칙과 표준계약하의 계약성립

48) R. Goode, H. Kronke, and E. Mckendrick, *Transnational Commercial Law*, OUP, 2007, p. 292.

원칙을 구분하여 규정하고 있고, 표준약관하의 계약 성립의 경우 2.1.20-22를 전제로 계약 성립에 관한 일반원칙의 적용을 2.1.19조가 인정하고 있다. 이는 CISG 제19조가 (3)항을 통해 “...타방에 대한 일방의 책임범위 혹은 분쟁의 해결 등...”에 대하여 규정하고 있어 표준약관을 사용하는 현대 서식전쟁에 대비하고 있다고 볼 수 있으나, PICC상의 수정승낙에 의한 계약 성립과 서식전쟁에 의한 계약 성립을 모두 커버하기엔 무리가 있음을 전제한 것일 수도 있다.

특히 충돌조항배제원칙을 고수하고 있는 2.1.22조상의 서식전쟁에 관한 규정만을 두고 본다고 해도 반대청약, 즉 수정승낙임에도 불구하고 이에 대해 행위로 승낙을 하면 최후발송자 승리의 원칙을 적용하고 있는 CISG 제19조의 묵시적 원칙과는 차이가 있어 계약 성립에 관한 일반원칙으로 표준약관을 사용하고 있는 서식전쟁까지 커버하려는 CISG 제19조상의 수정승낙에 관한 계약 성립의 원칙을 그대로 적용하는 데는 무리가 있다.

그러므로 CISG상의 반대청약이자 수정승낙인 서식전쟁에 대비한 규정인 제 19조를 해석할 때 PICC상의 계약 성립에 관한 영미법의 원칙을 중심한 일반원칙 규정과 사례들, 그리고 표준약관에 따라 이루어지는 계약 성립에 관한 서식전쟁을 포함하고 있는 PICC 규정과 그 사례들을 참고하면 매우 유익할 것이다.⁴⁹⁾

49) *Ibid.*, p. 293; P. S. Atiyah, J. N. Adams, and H. MacQueen, *The Sale of Goods*, 11th ed., Pearson Longman, 2005, p. 227.

참 고 문 헌

- 배준일, “국제매매계약의 성립에 관한 비교법적 연구—CISG와 UNIDROIT 원칙을 중심으로”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제12권, 1999.
- 오원섭, “국제물품매매계약에서 ‘변경된 승낙’의 계약성립 효과와 계약서식의 교전”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제9권, 1996.
- 오세창, “서식전쟁의 원인과 그 법리”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제10권, 1997.
- American Law Institute, *The Restatement (Second) of the Law of Contracts*, 1981.
- Atiyah, P. S., Adams, J. N., and MacQueen, H., *The Sale of Goods, 11th ed.*, London: Pearson Longman, 2005.
- Beale, H. G., Bishop, W., and Furmston, M. P., *Contract: Cases and Materials, 5th ed.*, Oxford: OUP, 2008.
- Davies, F. R., *Contract, 4th ed.*, London: Sweet & Maxwell, 1981.
- Emanuel S. & Knowles, S., *Contract*, New Rochelle, NY: Emanuel Law Outlines, 1986.
- Goode, R., *Commercial Law, 3rd ed.*, London: Penguin Books, 2005.
- Goode, R., Kronke, H., and McKendrick, E., *Transnational Commercial Law*, Oxford: OUP, 2007.
- Guest, A. G., *Anson's Law of Contract, 26th ed.*, Oxford: Clarendon Press, 1984.
- Hancock, William E., "Special Report on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Corporate Counsel's International Adviser, Issue No. 32*, January 1988.
- Honnold, J., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (edited and updated by Harry M. Flechtner), Kluwer Law International, 2009.
- Kritzer, A. H., *Guide to Practical Applications of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Boston: Kluwer, 1989.

- Murray, Carole, Holloway, David, and Timson-Hunt, Daren, *Schmitthoff's Export Trade, 11th ed.*, London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Peel, Edwin, *The Law of Contract, 12th ed.*, London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Ramberg, J., *International Commercial Transactions*, Kluwer Law International, 1998.
- Smith, L. Y., & Roberson, G. G., *Smith & Roberson's Business Law*, London: West Publishing Co. 1971.
- Smith, S. A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 6th ed.*, London: Clarendon Press, 2005.
- Schmitthoff, C. M. *Schmitthoff's Export Trade, 9th ed.*, London: Stevens & Sons, 1990.
- Treitel, G. H., *Chitty on Contracts, 26th ed.*, London: Sweet & Maxwell, 1989.
- The Restatement(Second) of Contracts, [http://www.lexinter.net/ LOTWVers4/restatemen t\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatemen_t(second)_of_contracts.htm) (2013, 10, 25).
- UCC, <http://www.law.cornell.edu/ucc> (2013, 10, 20).
- UNCITRAL, UN Convention for the Contract on the International Sale of Goods(CISG), 1980, <http://www.cisg.law.pace.edu/> (2013, 10, 10).
- UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994, 1994, <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.contract.principles.1994/doc.html> (2013, 10, 5).
- UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2004, <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/11/11-03/unidroit-principles-contracts.xml> (2013, 10, 5).
- UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2010, <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (2013, 10, 5).

ABSTRACT

A Comparative Legal Study on the Battle of Forms

Oh, Se Chang

Park, Sung Ho

International sales contract, in general, is concluded through the exchange of written forms which contain each of their own business terms and conditions among the contractual parties. To illustrate, A sends the other an offer on A's general terms and conditions of business and B accepts the offer subject to the use of B's own general terms and conditions. Where the two sets of terms and conditions do not coincide, the question may arise whether the parties(A and B) have contracted and, if so, whose general terms and conditions apply. This situation is referred to as “the battle of forms”.

This article would try to make, in terms of the battle of forms, a comparison between the classical perspectives and opinions which are based on the principle of the English Common Law and the modernistic perspectives and opinions which are applied to the provisions in the UCC, CISG, and PICC. Therefore, the aim of this article is to provide the increase self-consciousness with respect to the battle of forms between the contractual parties that may frequently happen in the international business transactions and will pave the way for further research in the future.

Key Words : Battle of Forms, Counter Offer, Standard Terms, CISG, PICC