「國際法務」 第1輯 第2號, 2009. 11. 30.
濟州大學校 法과政策硏究所

국제물품매매계약에서 서식전쟁에 관한 연구

A study for the battle of the forms

박 선 아*
Park, Sun-Ah

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 서식전쟁 해결 이론
Ⅲ. 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 (UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods ; CISG)의 접근방법
Ⅳ. 미국 통일 상법전(Uniform Commercial Code; UCC)의 접근방법
Ⅴ. 국제상사계약원칙(PICC, Unidroit Principles)의 접근방법
Ⅵ. 유럽계약법 원칙(Principles of European Contract Law ; PECL)의 접근방법
Ⅶ. 서식전쟁에 대한 판례
Ⅷ. 결론

국문초록

오늘날의 상거래에 있어서 매도인과 매수인은 각자 표준화된 서식을 이용하여 서로 소통한다. 매도인과 매수인의 표준서식 모두 물품에 대한 설명, 가격, 수량과 인도 조건 등 일반적인 내용을 공통적으로 담고 있고, 추가적으로 자신에게 적합한 표준 조건을 담고 있다. 이러한 추가적인 조건들은 대개 당사자들 사이에서 미리 협상된 적이 없는 것들인 경우가 많다. 특히, 국제계약에서 이와 같은 표준서식을 사용하여 청약과 승낙이 이루어지는 경우가 많고, 양 당사자들은 각기 상이한 이해관계를 가지고 표준서식의 조건들을 초안하기 때문에, 각각의 조건은 충돌하기 마련이고 이러한 충돌 상

논문접수일 : 2009. 9. 30.
심사완료일 : 2009. 11. 6.
게재확정일 : 2009. 11. 6.
* 제주대학교 법학전문대학원 조교수

황을 서식전쟁(battle off the forms)이라 한다. 표준 서식에 담긴 계약 조항과 관련하여 분쟁이 발생할 때 나타나는 문제는, ① 표준화된 서식에 따른 계약 조건이 충돌하는 경우 계약이 성립하는가? ② 만약 성립한다면 계약의 조건은 무엇인가? 또는 매도인과 매수인 중 어느 당사자의 계약 조건이 우선하는가? 하는 문제이다. 다시 말해 표준서식과 관련하여 분쟁이 발생할 때에 나타나는 문제는 바로 계약의 성립과 계약 내용의 확정이라는 두 가지 문제를 포함하는 구조이다.

전세계적으로, 서식 전쟁의 문제를 해결하기 위해서 두 가지의 기본 원칙이 존재한다. 그 하나가 영국과 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)에서 적용되고 있는 Last-shot Rule이고, 미국, 독일, 프랑스 그리고 국제상거래계약에 관한 UNIDROIT 원칙(PICC) 및 유럽계약법원칙(PECL)이 채택한 Knock-out Rule이다. 서식분쟁에 대한 해결방법에 관하여 지금까지 마련된 입법 중에서 Knock-out Rule을 기본으로 하여 공백 부분에 대해 당사자의 의사를 보충하는 방법으로의 입법이 설득력을 가진다고 생각된다. 그러나 이러한 원칙들 중 어느 하나도 완전하게 무역실무를 반영하고 효과적으로 서식전쟁 문제를 해결하지는 못하고 있다고 평가되는 현실에서, 각각의 국제 입법의 내용을 검토하여 서식전쟁 문제에 대한 타당한 해결 방법에 대하여 모색하고자 한다.

주제어 : 서식전쟁, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약, 미국통일상법전 2-207, 국제상사계약원칙, 유럽계약법원칙, 경상의 원칙, 최후발포이론, 충돌조항배제의 원칙

Ⅰ. 서 론

오늘날의 전형적인 상거래에 있어서, 매도인과 매수인은 각자 표준화된 서식을 이용하여 서로 소통한다. 일반적으로 매수인은 매도인에게 구매 주문서(purchase order)를 송부하는 것으로 거래를 개시한다. 그러면 매도인은 매도 확인서(sales acknowledgement) 또는 송장(invoice)을 보냄으로써 구매 주문서(purchase order)에 대하여 답변한다. 매도인과 매수인의 표준서식 모두 물품에 대한 설명, 가격, 수량과 인도 조건 등 일반적인 내용을 담고 있고, 추가적으로 자신에게 적합한 표준 조건을 담고 있다. 이러한 추가적인 조건들은 대개 당사자들 사이에서 미리 협상된 적이 없는 것들인 경우가 많다. 특히, 국제계약에서 이러한 표준서식을 사용하여 청약과 승낙이 이루어지는 경우가 많고, 양 당사자들은 각기 상이한 이해관계를 가지고 표준 서식의 조건들을 초안하기 때문에, 각각의 조건은 충돌하기 마련이며 이러한 충돌 상황을 서식전쟁(battle off the

forms)이라 한다[1]. 이는 20세기 들어 대량생산과 대량거래에 따른 효율성을 제고하기 위하여 기업들이 반복되는 거래의 협상을 위하여 표준화시켜 놓은 양식을 주고받는 경우, 서로 자기의 양식을 계약의 내용으로 하려는 다툼[2]에서 비롯되는 것이다.

서식분쟁과 관련하여 분쟁이 발생할 때 나타나는 문제는, ① 표준화된 서식에 따른 계약 조건이 충돌하는 경우 계약이 성립하는가? ② 만약 성립한다면 계약의 조건은 무엇인가? 또는 매도인과 매수인 중 어느 당사자의 계약 조건이 우선하는가? 하는 문제이다. 다시 말해 표준서식과 관련하여 분쟁이 발생할 때에 나타나는 문제는 바로 계약의 성립과 계약 내용의 확정이라는 두 가지 문제를 포함하는 구조이다.

II. 서식전쟁 해결 이론

전세계적으로, 서식전쟁 사건에서 발생되는 법적 문제들을 어떻게 다룰 것인가 하는 문제는 아주 심오하고 열정적인 법적 논쟁의 초점이 되어 왔다. 이러한 논쟁에서 도출된 해법들은 Last-shot Rule(최후발포이론 또는 최후 계약조건 제시자 우선 이론)과 Knock-out Rule(충돌조건 배제의 원칙)으로 분류될 수 있다.

1. 최후발포이론 (Last-shot Rule)

영미보통법상 승낙은 청약의 내용과 완전히 일치해야 한다. 승낙이 조금이라도 청약과 다를 경우 새로운 청약이 되어 승낙이라고 할 수 없으므로 계약은 성립하지 아니한다. 즉 영미보통법은 계약 성립의 대원칙인 mirror image rule(경상의 원칙)을 고수해 왔고 청약자는 청약을 지배하는 자로 간주된다. 원래 전통적으로 영미법계, 대륙법계를 막론하고 승낙의 의사표시가 엄격하게 청약과 일치하지 않는 한 계약은 성립되지 아니하고 새로운 청약을 구성하는 것이 원칙이다.[3] 청약자는 청약의 승낙에 의해서 갖추어진 계약의 조건들에 대해 우위권을 갖는데,[4] 그러한 계약조건에 대한 지배권으로

1) Giesela Rühl. "The battle of the forms : comparative and economic observations". University of Pennsylvania Journal of International Economic Law. University of Pennsylvania. 25 Int'l Rev. L. & Ecom. 350. at 189 (spring 2003).

2) 김선국. "국제물품매매협약상 해석상의 문제점". 「경남법학」 19권. 경남대학교 법학연구소. 2004. 1. 1면.

3) 김선국. 전게논문. 3면.

4) Corneill A. Stephens. "Escape From the Battle of the forms: keep it simple. stupid". Lewis & Clark Law Review. Lewis & Clark Law school. at 237 (2007).

말미암아, 피청약자(승낙자)는 청약의 조건에 정확하게 부응하는 것에 의해서만 청약을 승낙할 수 있었다. 승낙이 청약과 동일하지 않은 경우, 즉 청약의 조건을 누락하거나, 변경하거나 또는 추가하지 않은 것을 의미하는 'mirror image'와 똑같지 않다면, 그것은 승낙으로 작동하지 않고 청약의 거절과 새로운 청약으로 다루어지게 되어서 계약 성립조차 어려웠다. 이러한 원칙을 계약 성립에 있어서 mirror image rule이라고 불렀다. 그러나 이러한 mirror image rule만으로는 현실의 서식전쟁을 해결하는 데 한계가 있었다. 또한 매도인의 표준 서식과 매수인의 표준 서식이 거울처럼 일치하지 않아서 mirror image rule에 따라 계약이 성립되지 않은 경우임에도 불구하고, 계약의 당사자들은 일상적으로 거래를 완료하고 계약을 이행해왔다. 즉, 매도인은 물품을 선적하고, 매수인은 물품을 인도받고 대금을 지급하는데, 이 경우 당사자들로서는 주요 거래조건(dickered terms)에 대하여 일치하여 합의가 된 것이기 때문에 문제가 발생되리라 전혀 예상하지 않는다. 모든 계약 사항들이 잘 이행된다면, 표준서식에 있어서 충돌상황은 중요한 것은 아니다. 그러나 물품에 대하여 분쟁이 발생한 경우 표준서식에 있어서의 충돌의 문제가 발생하고, 이 때에 비로소 계약이 성립한 것인가, 또한 계약의 조건은 무엇인가라는 점에 대한 문제가 발생하게 되는 것이다.[5]

이러한 당사자들의 표준 서식 충돌을 둘러싼 서식전쟁 하에서 불행히도 계약에 관한 법적 문제점이 제기되고 그 해결방안으로 영국에서는 매도인 또는 매수인의 서식을 청약으로 보고 이에 대하여 행위로서 승낙한 것으로 간주하는 일종의 의제적인 경상의 원칙을 개발하였던 바, 이것이 Last-shot Rule(최후발포이론, 최후 계약조건 제시자 우선 이론)이다.[6]

이 원칙은, 표준서식에 의해서 계약이 성립되고 이행이 이루진 후에 분쟁이 발생한 경우, 최후에 발송한 자의 서류를 새로운 청약으로 본다. 따라서 이에 대한 타방의 이행을 행위에 의한 절대·무조건 승낙으로 하여, 즉 전통적인 경상의 원칙이 이루어 진 것으로 하여 분쟁 발생시 최후에 발송한 서류의 내용이 당사자를 지배한다는 것이다. 그러나 현재 대부분의 보통법 국가들은 이러한 최후발포이론을 더 이상 채용하지 않고 있으며 적어도 급진적인 적용은 제한하고 있다. 그럼에도 여전히 동 원칙은 영국법하에서 서식교전문제를 해결하기 위해 지배적으로 사용되고 있는 원칙이다. 또한 비록 논쟁의 여지는 있지만, 이 Last-shot Rule은 CISG에서 원칙이기도 하다.[7]

---

5) Corneill A. Stephens. *ibid.* at 239.

6) 오세창. "서식전쟁의 원인과 그 법리". 「무역상무연구」 제10권. 한국무역상무학회. 1997. 49면.

7) 송경석 · 양정호. "국제물품매매계약에 있어서 서식전쟁에 관한 법리연구". 「관세학회지」 제6권 제2호. 한국관세학회. 2005. 430면. "국제물품계약의 성립에 있어서 Vienna협약과 UCC의 비교". 「중재」 277호.

2. 충돌조건 배제의 원칙(Knock-out Rule)

오늘날 대부분의 나라들은 서식전쟁의 문제들을 통상 표준서식의 충돌을 둘러싼 사건들을 다루기 위해 고안된 Knock-out Rule의 적용을 통하여 서식전쟁의 문제들을 해결하고 있다. Last-shot Rule과는 대조적으로, Knock-out Rule은 청약의 조건들에 대한 승낙만이 계약을 성립시키고 청약의 조건들만 계약의 조건을 구성한다는 청약과 승낙에 관한 일반론 및 전통적인 가정에 기초하는 것이 아니다[8]. 오히려, Knock-out Rule은 청약과 승낙이 비록 완전하게 일치하지 않는다고 할지라도 계약 자체는 성립하고 존재한다고 설명한다. 계약을 지배하는 조건들은 양 당사자의 일련의 일반적인 조건들 중에서 그 내용이 공통되는 부분이다. 다시 말해서 Knock-out Rule은 충돌조항배제의 원칙이라고도 하는데, 청약과 승낙이 완전히 일치하지 않은 경우에도 계약은 존재할 수 있고 비록 세부적인 사항까지 일치하지 않은 경우에도 계약을 성립시키는 것이 오히려 당사자들의 의사에 부합한다는 관념에서 출발한다. Knock-out Rule에 의하면 양자가 사용한 서식 속 내용 중 상이한 내용은 서로 제거되며 당해 공백은 법률의 일반원칙에 의해 보충된다. 이와 같이 공통된 부분을 제외한 나머지 부분은 서로를 파괴하며 사라지게 된다는 측면에서 Knock-out 이라 부르는 것이다.

Knock-out Rule은 일반적으로 미국, 독일 프랑스 등 국가에서 적용되어져 왔다.[9] 추가적으로 이것은 국제상사계약에 관한 Unidroit 원칙 1994(the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract 1994, 약칭 PICC 또는 Unidroit principles)와 유럽 계약법 원칙 1998 (the Principles of European Contract Law 1998)하에서 적용되는 원칙이기도 하다.

III. 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 (UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods ; CISG) 의 접근 방법

1. CISG 제19조[10]의 경상의 원칙(Mirror Image Rule) 완화 노력

대한상사중재원. 1995. 9. 69면에서는 계약성립에 관하여 UCC는 서식의 교전을 인정하지만 비엔나 협약은 이를 인정하지 않고 경상의 원칙을 고집하고 있다고 해석하기도 한다.

8) Giesela Rühl. *supra note 1.* at 198.

9) Giesela Rühl. *ibid.* at 199.

10) CISG Art. 19 (1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions.

CISG 제19조는 제1항은 "승낙을 의도하고 있으나, 부가, 제한 그 밖의 변경을 포함하는 청약에 대한 응답은 청약에 대한 거절이면서 또는 새로운 청약이 된다." 라고 규정하여 청약과 내용적으로 일치하지 않은 승낙은 원칙적으로는 청약의 거절이자 동시에 새로운 청약으로 볼 뿐이다. 제(1)항은 청약과 승낙이라는 보통법상의 개념을 활용하여 사실상 Mirror Image Rule을 천명하고 있다. 이 때, 그것이 승낙인지 단순한 문의인지 등에 대해서는 제8조가 어떻게 해석되는지에 따라서 해명될 것이다. 그러나 일단 청약의 거절이자 새로운 청약으로 인정되었다면 설혹 변경된 승낙을 철회한다고 해도 예전의 청약을 부활하지 않는다. 그러나 동조 제2항은 "승낙을 의도하고 있고, 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 부가적 조건 또는 상이한 조건을 포함하는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다. 다만, 청약자가 부당한 지체없이 그 상위에 구도로 이의를 제기하거나 그러한 취지의 통지를 발송하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 이의를 제기하지 아니하는 경우에는 승낙에 포함된 변경이 가하여진 청약조건이 계약 조건이 된다."라고 규정하여 불일치한 내용이 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 않는 것, 즉 비본질적인 청약자가 지체없이 이의를 제기하지 않는 한 변경된 내용으로 계약이 성립한다고 규정한다. 즉, 변경된 승낙이 청약과 내용적으로 불일치하더라도 그 불일치가 비본질적인 것이라면 변경된 승낙의 내용으로 계약이 성립할 수 있다. 다만, 청약자가 지체없이 그 불일치에 대해 이의를 제기하는 경우에는 변경된 승낙은 승낙으로 인정받지 못해서 계약은 성립하지 않는다. 이때의 이의제기는 발송으로의 효력이 발생하므로 그 전달상의 위험은 승낙자가 부담하게 된다. 이와 같이 제(2)항은, 청약의 내용을 실질적으로 변경시키지 않는 조건인 경우에는 계약의 내용에 포함될 수 있도록 허용함으로써 경상의 원칙이 갖는 경직성을 완화하려 시도하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이는 전통적인 경상의 원칙과 불일치한 것이지만, 이러한 경상의 원칙의 경직성을 완화하기 위해 "법은 사소한 일에 관여하지 않는다"는 법원을 활용한 것으로 해석될 수 있다.[11] (2)항은 계약당사자들의 의도를 반영하고자 한 시도로써

limitations or other modification is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extra of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

11) 송경석 · 양정호, 주 7), 432면.

UCC 제2-207조의 경우와 유사하다. 이와 같이 청약의 내용과 상이한 내용을 포함하고 있는 회답에 대하여 승낙으로서의 성격을 상실시키지 않은 채 계약이 성립될 수 있도록 인정함으로써 (2)항은 전통적인 보통법상의 원칙인 경상의 원칙으로부터의 이탈을 규정하고 있다는 점에서 그 의의는 크다. 그렇다면 이 때에 청약의 조건을 실질적으로 변경하는 것이란 무엇을 의미하는가, 즉 어떠한 내용이 계약의 본질적인 것에 해당하는가에 대해서는 제3항에서 "특히 대금, 대금지급, 물품의 품질과 수량, 인도의 장소와 시기, 당사자 일방의 상대방에 대한 책임 범위 또는 분쟁해결에 관한 부가적 조건 또는 상이한 조건은 청약조건을 실질적으로 변경하는 것으로 본다."라고 규정하고 있다. (3)항에 의하면 가격, 대금지급, 물품의 품질과 수량, 책임범위의 문제, 분쟁해결의 문제에 대한 신설 또는 변경은 본질적인 사항으로 본다. 그러나 이것은 예시적인 것이며, 또한 이 사항들도 상황에 따라서는 비본질적인 것으로 평가받을 수 있다. 따라서 이 규정은 단순히 해석원칙에 불과한 것으로 본다.[12]

2. Materiality 개념의 포괄성

그러나 위 (2)항의 노력에도 불구하고 (3)항의 'materiality'가 무엇인지에 대한 예시규정은 그 포괄 범위가 너무 넓어 계약 당사자 일방이 계약 과정에서 회피하는 것을 방지할 수 있는 방법이 없다. 이 제(3)항의 경상의 원칙은 시장 상황의 변동 시 불리한 지경에 처한 자가 서식 속의 사소한 불일치를 이유로 계약의 존재를 부정할 수 있는 가능성을 야기한다는 비판과, 이 규정은 서식의 끝없는 교환을 야기하게 된다는 비판을 동시에 받고 있다. 더욱이 CISG는 제 19조 (3)항에서 materiality를 광의의 개념으로 규정하고 있다. 따라서 사소한 불일치도 materiality 의 범주에 속하는 것으로 법원이 해석한다면 계약으로부터의 도피가능성이 언제나 존재하게 되고,[13] Mirror Image Rule의 경직성은 완화되지 않고 여전히 남게 된다. 다시 말해, (1)항에서는 전통적인 Mirror Image Rule을 선언하고 (2)항에서는 이 원칙에 대한 예외를 선언하고 있어 (1)항과 (2)항만을 본다면, CISG의 접근방법은 종래의 전통적인 접근 방식인 Mirror Image Rule이 갖고 있는 불합리한 부분이 어느 정도 개선되었다고 볼 수 있으나, (2)항의 효과는 (3)항에 의해 크게 훼손되었다고 볼 수 있다.

12) 법무부, 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설」, 법무부, 2006. 54면.
13) 송경석 · 양정호, 주 7), 432면.

3. 표준서식(약관)의 충돌과 최후 발포이론(Last-shot Rule)의 채택

청약자와 승낙자가 서로 다른 내용의 약관을 제시하거나 또는 청약의 내용과 다른 약관을 승낙자가 부가하여 표준서식 또는 약관의 충돌이 있는 소위 서식전쟁의 경우에 대하여, CISG는 이 문제 역시 계약 성립의 일반적인 문제라는 이유로 특별히 규정하고 있지 않다. 그렇기 때문에 이는 CISG 하에서는 서식전쟁의 문제를 제19조의 변경된 승낙의 문제로 해결할 수 밖에 없다. 따라서 승낙자가 청약의 내용과 다른 조건이 담긴 표준서식을 제시하는 경우에 그것이 계약의 비본질적인 사항으로 인정된다면 청약자의 지체없는 이의제기가 없는 한 승낙자의 변경된 승낙의 내용으로 계약은 성립한다. 그러나 그 변경의 내용이 본질적인 것으로 판정된다면 변경된 승낙은 청약에 대한 거절이자 동시에 새로운 청약이 되는데, 이때에 본래의 청약자가 계약을 이행하게 되면 승낙자의 표준 서식상의 내용대로 계약이 성립하게 되는 것이다. 결국 CISG 제19조가 적용되는 경우에는 논리적으로 제일 나중에 제시된 약관의 내용대로 계약이 성립하는 Last-shot Rule (최후 발포이론)이 인정된다고 볼 수 있다. 다시 말해서 이와 같은 상황에서는 행위에 의한 계약이 성립하는 것으로 볼 수 있고 이행이 최후의 서신에 대한 승낙인 경우에 계약이 성립하며 결국 계약의 내용은 최후의 서신 속의 조건으로 구성되게 된다. 이러한 결론은 UCC 제2-207 (3)항에 규정하고 있는 접근방법과는 다르다. UCC 제2-207(3)항에 따르면 계약은 일방의 서식 속 조건으로만 구성되는 것이 아니고 상충되는 조건은 배제되고(Knock-out Rule), 다만 UCC의 흠결보충규정이 그 자리에 들어서게 된다.

실제에 있어 매수인의 구입주문에 따라 제일 마지막 통신, 즉 확인서를 보내는 자는 대개 매도인이다. 그러므로 CISG 제19조는 매도인을 지지하는 경향을 보이며, 영미보통법, 대륙법, UCC, 그리고 현실거래를 참고하여 제정되었다 해도, 전통적인 영미보통법의 경상의 원칙과 현실성을 감안한 경상의 원칙인 최후발포이론을 그대로 따르고 있는 것이다.

한편 CISG 제8조 (2)항[14]에서는 "이행에도 불구하고 서식간의 모호함은 상대방과

14) CISG 제8조 (1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.
(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

동일한 부류의 합리적인 사람이 유사한 상황에서 가질 수 있는 이행의 정도에 따라 해석될 것"임을 규정하고 있다. 따라서 최후의 서식을 작성한 자에게 불리하게 해석될 수도 있을 것이다.

Ⅳ. 미국 통일 상법전(Uniform Commercial Code ; UCC)의 접근방법

1. UCC Sec. 2-207

UCC Sec. 2-207을 기초할 때에는 물품 매매를 위해서 현대의 상거래의 현실을 인정하고 이를 반영하고자 하였다. 일반적으로 전형적인 거래에 있어서는 매수인의 청약에 대한 매도인의 표준 서식에 따른 답변(확인서)은 보통 상이한 조건들을 포함한다는 점을 인정하였다. 그것은 경상의 원칙 하에서 어떠한 계약도 성립되지 않았다는 결과로 귀결된다. 또한 이 법안의 기초자들은 계약의 부존재에도 불구하고, 매도인은 그 당시 물품을 선적하고 매도인은 그 후 물품을 수락하는 현실에 따라서 법원을 만들었다. '매도인의 답변이 곧 승낙을 의미한다.'라는 매수인의 합리적인 가정에도 불구하고, 매수인은 이후에 매도인의 답변은 새로운 청약이고 그는 당사자들 간에 이루어진 Last-shot rule인 새로운 청약, 즉 물품을 수락하는 것에 의해서 인식하지도 못하는 사이에 그러한 새로운 청약을 승낙한 것으로 결론지어지는 것을 나중에서야 알고 굉장히 놀라게 될 것이다. UCC Sec. 2-207은 오늘날의 상거래에 있어서 경상의 원칙과 최후발포이론에 의해 야기된 부당함과 불공평을 교정하고 현재의 상거래 현실을 반영하여 계약의 성립에 관한 이론을 현대화하고자 제정된 것이다. 따라서 UCC Sec. 2-207은 표준 서식 계약에 의존하여 전적으로 체결되는 현대 상거래 계약에 적용하고자 했다.[15]

UCC Sec. 2-207[16]는 다음과 같이 규정되어 있다.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had. due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations. any practices which the parties have established between themselves. usages and any subsequent conduct of the parties.

15) Corneill A. Stephens. *supra note 5.* at 240.

16) UCC Art. 2-207 Additional Terms in Acceptance or Confirmation
(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation whish is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon. unless acceptance is expressly made conditional on assent to the

(1) 명백한 또는 시기에 적합한 승낙의 표현 또는 합리적 기간 내에 송부된 추인은 그 서면에 청약 또는 합의된 조항에 추가한 조항 또는 그것과 다른 조항이 기재되어 있어도 승낙으로서 효력을 가진다. 다만, 추가적 또는 다른 조항에 대한 동의가 조건이 경우에는 예외로 한다.

(2) 추가조항은 해당 계약에 추가하는 것을 제안한 것으로서 해석된다. 상인 간에 적용되는 조항은 다음의 경우를 제외하고 계약의 일부가 된다.

(a) 청약이 그 청약의 조항에 승낙하는 것을 명시적으로 제한할 경우;

(b) 추가적 조항이 청약을 실질적으로 변경하는 경우; 또는

(c) 추가적 조항에 대한 거절의 통지가 이미 행하여진 경우 또는 추가적 조항을 수령한 후에 합리적인 시간 내에 거절의 통지가 행하여진 경우

(3) 계약의 존재를 승인하는 양당사자의 행위는 양당사자의 서면이 계약을 성립시키지 않더라도 매매계약을 체결하기에 충분하다. 이러한 경우에 계약의 여러 조항은 양당사자가 합의하였던 서면에 표현된 여러 조항에 본법의 다른 규칙에 의하여 병합된 보충적인 여러 조항을 결합한 것으로 된다.

2. Knock-out Rule의 채택

UCC 2-207에 따르면, 합리적인 기간 내에 발송된 명확하고 시기에 적합한 승낙의 의사표시는 승낙이 명시적으로 추가적 또는 상이한 조건에 대한 동의에 대해 조건적으로 이루어진 것이 아니라면, 청약되거나 동의된 것으로부터 추가적이거나 상이한 조건을 의미한다고 할지라도 승낙으로서 작용한다고 규정하고 있다. 그러므로, 전통적인 영국의 경상의 원칙과는 반대로, 승낙이 청약과 일치하지 않는다는 사실에도 불구하고 계약은 성립하여 존재하게 된다. 승낙은 단지 두 가지의 조건을 충족할 필요가 있는데, 첫째, 승낙은 승낙의 "명확하고 시기에 적합한 의사표시라는 조건" 속에서 이루어져야

---

additional or different terms.

(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:

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms the offer:

(b) they materially alter it: or

(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

(3) Conduct by both parties which recognize the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary incorporated under any other provisions of this Act.

하고, 둘째, 승낙은 "추가적인 또는 상이한 조건에 대해 조건적인 동의라는 점에 대해서 명시적인 의사의 표현"이 없어야 한다. 만일 승낙이 이러한 두 가지 요건을 충족한다면, 계약의 조건은 본질적으로 청약의 조건과 동일해지는 것이다. 또한 UCC 2-207(2)항은 승낙에 포함된 추가적인 조건들은, 계약의 당사자들이 모두 상인이 아닌 경우에, 계약에 대한 추가조건을 위한 제안이 된다고 규정하고 있고, 따라서 청약자는 그가 원하는 대로 추가조건의 포섭 또는 제외에 대하여 동의할지 여부를 결정할 수 있다. 계약의 당사자들이 모두 상인이라면, 추가적인 조건은 자동적으로 계약의 일부가 된다. 다만 이 경우에도 (a) 청약자가 그가 제기한 조건에 대하여 동의를 하여야만 한다고 청약에서 미리 진술한 경우나, (b) 추가적인 조건이 존재하는 계약을 본질적으로 변경하는 내용인 경우, 또는 (c) 청약이 추가적인 조건에 대한 합리적인 기간 내에 이미 거절되었거나 그 이후에 거절한 경우 중 어느 하나에 해당되지 않아야 한다. 승낙에 포함된 상이한 계약조건에 대하여는, UCC 2-207(2)항은 침묵하고 있다. 그래서, 미국 법원과 학자들의 대다수는 상이한 조건은 서로 제거되며 UCC의 일반 규정에 의해서 보충된다고 설명하고 있다.[17] 결국 서식 전쟁 사건에서 보편적으로 발생되는 상이한 조건들에 대한 문제는 위와 같이 상충되는 조건은 서로 제거되는 Knock-out Rule에 의해서 해결된다. 만약 계약이 UCC 2-207 (1)항에 의하여 성립되지 않는다면, 그것은 UCC 2-207 (3)항에 의해서는 여전히 성립하여 존재할 수 있다. UCC 2-207 (3)항에 따르면, 계약의 존재를 인정하는 양 당사자들에 의한 행위는 비록 당사자들의 서면이 다르게 계약의 조건들을 구성하고 있다고 하더라도, 매매를 위한 계약을 확립시키는데 있어서는 충분하다고 본다. 그러한 사건에서, 특정 계약의 조건들은 미국 통일상법전의 다른 조문에서 규정된 보충적인 조건들과 결합하여 당사자들의 서면이 동의하고 있는 조건들과 함께 존재하는 것이다. 그러므로, UCC 2-207아래에서 계약이 어떻게 존재하느냐의 문제와는 관계없이, 바로 Knock-out Rule이 채택되어 적용된 것으로 해석할 수 있다.

미국에서 학자들의 대다수는 본질적으로 Knock-out Rule을 서식전쟁 사건에 적용하는 것을 지지하고 있다. 그러나 UCC 2-207의 문구는 거친 비판의 주제가 되어왔고 동조의 합리적인 해석과 개정을 위한 수많은 논쟁과 제안을 야기하여 왔다. 1994년에 개정 작업이 시작되었고 2002년 8월에 새로운 개정안이 마련되었다. 그러나 개정안은 아직까지 채택되지 못하였기 때문에, 여전히 미국은 UCC 2-207의 원래 규정을 적용하고 있는 실정이다.

17) Giesela Rühl. *supra note 1.* at 200.

V. 국제상사계약원칙(Unidroit principles ; PICC)의 접근방법

1. CISG 제19조와의 비교

사법통일을 위한 국제회의(International Institute for the Unification of Private Law ; Unidroit)는 1994년 현행 거래 실무를 기초로 국가의 법적 전통이나 정치·경제적 여건과는 상관없이 전세계적으로 사용될 수 있는 균형잡힌 계약법원칙을 제정하여 계약법원칙의 국제적 통일을 위한 노력의 결실을 맺게 되었는데, 이것이 바로 국제상사계약원칙이다.

PICC는 변경된 승낙에 대하여 제 2.1.11[18]에서 앞서 살펴본 바와 같이 표준 서식이 오고가는 현실적인 상거래에서 발생하는 서식전쟁의 사건에서 Last-shot Rule과 CISG의 규정들이 부당한 결과를 초래한다는 점을 인식하고 별도로 제2.1.22에서 서식전쟁의 해결을 다루고 있다. PICC 2.1.11조는 CISG 제19조와 실질적으로는 같으나, CISG와 같이 구두통지와 서면통지로 구분하지 아니하고 통지에 구두를 포함시킴으로 규정을 단순화시켰다. 그리고 CISG 제19조는 (3)항에서 계약의 조건에 실질적인 또는 본질적인 변경의 예를 구체적으로 제시하고 있지만, PICC 2.1.11조는 구체적인 예를 삭제하고 있음이 협약과의 차이점이다. 그 이유는 CISG 제19(3)항에 제시된 "예"가 예시적인 것으로 해석되기 때문에 그 이외에도 실질적인 변경을 가져오는 계약의 조건들이 다양할 수 있기에 이 조항을 제외한 것이라고 해석된다.

2. PICC 2.1.22

PICC 2.1.22[19]는 "양 당사자 모두가 표준약관을 사용하여 그 두 표준약관을 제외하

18) Article 2.1.11 (Modified acceptance)
(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.
(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with modifications contained in the acceptance.

19) Article 2.1.22. (Battle of forms)
Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party cleary indicate in advance, or later and without undue delay inform the

고서는 합의에 도달한 경우에, 계약은 합의된 계약 조건 및 그러한 두 표준약관상 그 내용이 공통하는 계약조건에 따라 체결된다. 다만 일방이 사전에, 또는 사후에 부당하게 지체함이 없이, 상대방에게 자신은 그러한 계약에 구속되기를 의도하지 않는다고 분명하게 밝히는 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다. 동조 본문에 이 규정을 표준약관을 사용한 경우라고 하여 CISG가 표준약관이 사용된 경우와 그렇지 않은 경우를 제19조 변경된 승낙 조항에 의해서 해결할 수 밖에 없는 단점을 극복하여, PICC하에서는 표준약관이 사용되지 않은 경우에는 제2.1.11[20]이, 표준약관이 사용된 경우에는 2.1.22가 적용되게 된다. 그렇다면 서식전쟁의 경우에 피청약자의 표준약관을 명시적으로 수락하는 청약자의 의사가 없는 경우에는 과연 계약이 체결된 것인지, 이것이 긍정된다면, 서로 충돌하는 두 표준약관 중에서 어느 것이 우선하는지의 문제가 발생한다. 만약 일반적인 청약과 승낙에 관한 원칙이 적용된다면, 계약이 아예 성립하지 않거나 아니면 최후의 표준약관의 내용에 따라 계약이 체결된다. 계약이 성립되지 않는 이유는 피청약자의 '의도된 승낙'이, 제2.1.11조 제2항 소정의 예외에 해당하지 않는 한, 새로운 청약으로 되기 때문이다. 한편 당사자들이 서로의 상대방의 표준약관에 반대함이 없이 이행을 개시한 때에는 계약은 최후로 발송 또는 원용·편입된(최후발포된) 표준약관을 그 내용으로 하여 성립된 것으로 다루어진다.

표준약관의 채택이 당해 계약 성립의 핵심적 조건이라고 당사자들이 명백히 밝힌 경우에는 최후발포이론이 적절할 수 있다. 그러나 실무적으로 매우 흔히 보듯이, 예컨대 계약조건들이 각각의 이면에 기재되어 있는 인쇄된 양식의 주문서나 주문확인서를 교환함으로써 다소간에 자동적으로 표준약관을 원용·편입하는 당사자들은 통상 그들 사이의 두 표준약관이 서로 충돌한다는 사실조차도 모른다. 이러한 경우에는, 당사자들이 추후 계약의 존재 자체에 의문을 제기하거나 이행이 이미 개시된 후에 최후로 발송 또는 원용·편입된 표준약관을 적용할 것을 주장하는 것을 허용할 하등의 이유가 없다.

이러한 이유에서 본조는, 청약·승낙에 관한 일반원칙에도 불구하고, 당사자들이 그들의 표준약관을 제외하고서는 합의에 도달하는 한, 계약은 합의된 계약조건 및 그러한 두 표준약관상 그 내용이 공통하는 계약조건에 따라 성립된다.

---

other party, that it does not intend to be bound by such contract.

20) Article 2.1.11 (Modified acceptance)
(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer. (2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with modifications contained in the acceptance.

예를 들어 A는 B에게 기계를 주문하면서 동 기계의 형태와 가격, 대금지급조건, 인도의 장소와 시기를 명시하였다. 그 때, A는 그의 주문서식을 사용하였고 동 주문서식의 이면에는 "일반매입조건(General Conditions for Purchase)"이 명시되어 있다. B는 그의 주문확인서식을 송부하는 방식으로 승낙하였고, 동 서식의 이면에는 "일반매도조건(General Conditions for Sale)"이 명시되어 있다. 그 후, A는 동 거래를 철회코자 하여 "누구의 표준약관이 적용되어야 할 것인지에 관한 합의가 없었으므로 처음부터 계약이 존재하지 않았다."라고 주장하였다. 그러나 당사자들은 당해 계약의 핵심적 내용에 관하여 합의를 하였고, 따라서 그러한 합의된 계약조건 및 그들의 두 서식 상 그 내용이 공통하는 계약조건에 따라 계약을 체결된 것으로 보는 것이다. 그러나 물론 당사자들은 자신은 자신의 표준약관을 기초로 하지 않는 계약에 구속되기를 원하지 않는다고 사전에, 또는 사후에 부당하게 지체함이 없이, 상대방에게 밝힘으로써 "충돌조건배제"이론의 적용을 배제할 수 있다. 실무상, 어느 정도로 밝혔어야 "분명하게" 밝힌 것으로 되는지는 절대적인 표현으로 제시하기는 불가능하나, 당해 표준약관에 그러한 취지의 조항을 삽입하는 것만으로는 통상 충분하지 않을 것이다. 그러한 의사는 당해 당사자가 그의 청약이나 승낙의 의사표시를 하면서 특정적으로 밝혀야 할 것이기 때문이다.[21]

3. 계약 조건 결정에 있어서 통일성을 찾기 위한 노력

PICC는 계약의 성립에 관해 CISG part Ⅱ를 모델로 삼고 제2.22조에서 명시적으로 서식전쟁의 문제를 다루고 있다. 계약의 양 당사자 모두가 표준서식을 사용하고 그러한 표준 서식 상의 조건들을 제외하고는 합의에 도달한 때에, 일방 당사자가 명확하게 미리 또는 이후에 부당한 지체없이 타방 당사자에게 그러한 계약에 의해서 구속되기를 원치 않는다는 점을 표시하지 않는다면, 계약은 합의된 조건과 내용에 있어서 공통된 표준 조건에 기초하여 체결된다.

PICC 제2.22조를 적용받기 위해서는, (1) 양 당사자들은 우선 계약 체결의 과정에서 그들의 표준 서식을 사용하여야 하고, (2) 일부 또는 모든 표준 조건과 협상된 조건, 적어도 계약의 본질적인 내용에 관한 합의 사이에 차이점이 있어야 한다.

서식에 충돌이 있을 때에, PICC는 계약을 체결할 때에 협상되고 본질적인 요소로서 합의가 이루어진 것과 표준서식에 기재되어 있고 충돌되는 조건들로서 합의가 이루어진 것이 있다는 점에 대하여 가정을 하고 있다. 본질적인 계약적 요소에 대하여 합의가

21) www. unidroit. org : Unidroit 주석 (오원석 등 공역, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004, 법문사 77면 참조). 2009. 9. 30. 최종 접속.

없다면, PICC 제2.22.이 적용되기 위한 요건이 충족되지 않는다. 한편, PICC는 충돌되는 표준 조건들에 대해서는 어떠한 합의점도 없다고 가정한다. 그러나 그러한 경우에도 본질적으로 공통되는 조건들이 있다. 그러한 가정은 반박의 여지가 있는 것이다.

위 두 가지 요건이 충족되었을 때에, 즉 서식 전쟁이 발생하였을 때에, 계약의 조건은 Knock-out Rule에 의하여 결정된다. PICC는 원칙적으로 CISG part Ⅱ를 채택하고 있기 때문에, 청약과 승낙에 대한 규율은 실제로는 Last-shot Rule의 적용을 유도한다. 그러나, 문제를 즉시 해결할 수 있는 규정이 존재하기 때문에, Last-shot Rule은 단지 일방 당사자가 협상된 조건과 결합된 표준서식 상의 조건을 제외하고 계약에 대하여 원치 않는다는 점을 명확히 표시하기만 하면 적절한 적용이 가능하다. 반대의 의사표시는 일반적인 방어 조항을 계약에 편입시키는 것에 의해서 미리 또는 합리적인 시간 내에 사후에 이루어질 수도 있다. 그러므로, 계약은 일방 또는 쌍방의 반대로 성립되지 않을 수 있다.

표준 조항 사이에 일반적인 방어 조항을 편입시키는 것은 통상 충분한 것은 아니다. 일반적인 방어 조건들을 제외한 계약의 체결을 원치 않는다는 점은 타방 당사자가 그러한 의사를 잘 알 수 있도록 표준 서식으로서가 아니라 별도의 기재로서 표시되어져야 한다. 그렇게 함으로써, 어느 당사자든 그 효과에 대한 명시적인 표시가 없었던 Knock-out Rule의 적용으로 항상 손해를 입을 수 있다. 그럼에도 불구하고 Knock-out Rule은 여전히 PICC가 적용되는 사건에서 표준 서식들 사이의 상충 문제를 해결하는 원칙으로 작용하고 있다.

Ⅵ. 유럽계약법 원칙(Principles of European Contract Law ; PECL)의 접근방법

1. PECL Art. 2.209.[22]의 규정

22) Article 2.209. Conflicting General Conditions
(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract. a contract is nonetheless formed. the general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.
(2) However. no contract is formed if one party:
(a) has indicated in advance. explicitly. and not by way of general conditions. that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1): or
(b) without delay. informs the other party that it does intend to be bound by such contract.
(3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite

유럽계약법원칙은 유럽에서 계약법의 공통된 핵심사항에 대한 재확인이다.

계약의 성립에 관한 PECL의 규정들은 계약체결 그 자체와 계약의 내용을 구별하고 있다는 점에서 PICC의 규정들과 유사하고, PECL도 서식 전쟁 사건에 대한 해법으로 Knock-out Rule을 채택하였다.

(1)항 당사자들이 청약과 승낙이 충돌하는 계약의 일반 조건을 제외하고 합의에 도달하는 경우, 그럼에도 불구하고 계약은 성립된다. 일반적인 조건은 그들이 내용적으로 공통된 부분에 한해서 계약의 일부가 된다.

(2)항 그러나, 어떠한 계약도 다음과 같은 경우에 성립하지 않는다.

(a) 일방 당사자가 미리 명시적으로 제1항에 기초한 계약에 의해서 구속받기를 원치않는다고 일반 조건을 제시하는 것 이외의 방법으로 의사표시한 경우

(b) 지체함이 없이 그러한 계약에 의하여 구속받기를 원한다고 타방 당사자에게 통지한 경우

(3)항 계약의 일반적 조건이라 함은 계약의 불확정적인 성격에 대하여 미리 공식화된 조건 및 개별적으로 당사자들 사이에서 협상되지 않는 조건들을 의미한다.

PECL Art. 2.209은 PICC 2.22조와 같이 특별히 서식분쟁을 해결하기 위하여 작성되었다. 이 조항들을 살펴보면 서식 전쟁의 경우에 적용되는 해결방법은 본질적으로 PICC Art. 2.22.와 동일하다. 다만, 보다 면밀히 살펴보면, PECL은 계약의 일방이 동조 (2)항에서 규정하고 있는 Knock-out Rule에 의해서 구속되기를 원치 않는 경우에 대하여 보다 정확하고 상세한 규정을 두고 있다.

계약의 당사자들이 합의에 도달한다면, 청약과 승낙이 충돌하는 계약의 일반조건들을 언급함이 없이, 계약은 그럼에도 불구하고 성립된다고 규정되어 있다. 일반 조건은 그들이 본질적으로 공통된 사항의 범위까지만 계약의 일부가 된다. 일방 당사자가 미리 명시적으로 일반 조건의 방법이 아닌 다른 방법으로 미리 구속되기를 의도하지 않았다라고 표시하거나 또는 지체없이 그러한 계약에 구속되기를 원치 않는다는 표시를 한 경우에는 계약은 성립하지 않는다. PICC에서처럼, 계약에서의 흠결을 어떻게 보충할 것인가의 문제는 아무런 언급이 없다. 그러나 PECL 2.209조의 문맥에서 구속받기 않기를 원하는 의사는 표준 조건으로 선언될 수는 없음이 명백하다.

---

of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between parties.

Ⅷ. 서식전쟁에 대한 판례

1. Germany 6 October 1995 Lower Court Kehl (*Knitware case*)[23]

가. 사실관계

이탈리아 매도인인 원고는 니트웨어를 제작자이고, 독일인 매수인인 피고는 니트웨어를 판매상이다. 최초에, 매수인은 매도인으로부터 두 가지의 샘플 스웨터를 주문했다. 매도인은 이러한 샘플에 기초하여 103마르크의 가격을 매겼고, 매수인은 합계 9765마르크에 310장의 스웨터를 주문했다. 그런데 매수인은 상품들이 세탁에 대한 저항력이 충분하지 않았다고 주장하면서 대금 지급을 거부하고, 반면 매도인은 매수인의 하자 주장은 불특정하고 시기에 늦은 것이라고 주장하였다. 이에 매도인은 법원에 매수인은 1993년 1월 9일부터 10%의 지연 이자를 합한 금액인 9,374.40마르크를 지불해야 한다는 판결을 구하면서 소를 제기하였다.

나. 법원의 판결

이에 대하여 법원은 매도인의 주장이 타당하여 이자 청구가 가능하다고 하면서, 다만 표준약관이 충돌되는 경우에 계약의 내용이 무엇인가에 대하여 판시하고 있다. "만약 당사자가 서로 각자의 국가의 법을 준거법으로 하는 준거법 선택 조항이 포함된 표준약관을 사용한 경우, 이를 새로운 청약으로 보지 않고 준거법 선택 조항과 상치되는 조건을 제외한 실질적으로 공통된 표준약관의 조건에 구속된다고 하였다. 매도인의 표준약관에 포함된 이탈리아법을 준거법으로 하는 준거법 선택조항은 계약의 일부가 되지 않았다. 당사자가 계약의 이행을 시작한 사실에 비추어 당사자는 계약과 이미 합의된 조건 및 준거법 선택 조항과 같은 상치되는 조건을 제외하고 실질적으로 공통된 표준약관의 조건에 구속될 의도가 있었다 할 것이다. 이는 당사자가 승낙을 의도하고 있으나 부가, 제한, 그 밖의 변경을 포함하는 청약에 대한 응답은 청약의 거절이고 새로운 청약이 된다고 규정하는 협약 제19조 제1항을 묵시적으로 배제하였음을 의미한다." 고 판결하였다. 또한 "매수인이 그의 보통거래약관을 계약의 언어가 아닌 독일어 이외의 다른 언어로 기재하여 보냈음을 증명하지 못하였으므로 매수인의 표준약관에 포함

23) http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html 2009. 9. 30. 최종 접속

된 독일법을 준거법으로 하는 준거법 선택 조항도 또한 효력이 없다." 고 판시한 바, 일방 당사자가 계약의 내용으로 편입되었음을 주장하는 자신의 표준약관이 타방 당사자의 언어로 제시되지 아니하였을 경우에는 그 표준약관을 계약의 일부로 편입될 수 없다고 해석하였다.[24]

2. Germany 11 March 1998 Appellate Court München (*Cashmere sweaters case*)[25]

가. 사실관계

고급 의류를 생산하고 판매하는 이탈리아 의류회사는 1992년 독일 의류상인 매수인에게 캐시미어 의류를 공급하기 시작하였다. 매수인의 주문에는 "독일 직물 및 의류업계의 표준약관이 주문의 일부이다"라고 하는 조항이 포함되어 있었다. 그러나 매도인의 주문확인서에는 '외국 고객과의 계약관계에서의 매매 및 인도에 관한 일반 약관'이 첨부되어 있었다. 매도인의 일반약관에는 대금지급과 인도에 관하여는 독일 직물업계의 표준 약관에 의한다고 하는 조항과 함께 독일법을 준거법으로 하는 준거법 선택 조항과 하자 통지기간을 14일로 제한하는 조항이 포함되어 있었다. 매도인은 물품을 인도하였으나 대금이 지급되지 않자 독일 법원에 매수인을 상대로 대금지급을 청구하는 소를 제기하였다. 이에 매수인은 물품이 계약에 합치되지 않는다는 이유로 물품의 대금과 손해배상금의 상계를 주장하였다.

나. 법원의 판결

독일 법원은 매수인의 주문 및 주문확인서에서 모두 독일 직물 및 의류업계의 표준약관을 원용하였으므로 동 표준약관의 적용에 대하여는 상호의 합의가 있는 것으로 볼 수 있으며, 동 표준약관에 의하면 상계주장은 금지되어 있으므로 매수인의 상계주장은 인정될 수 없다고 하였다. 이러한 상계주장을 금지하는 것의 유효성은 CISG 제4조에 의하여 국내법이 적용될 것인데, 어떠한 국내법을 적용하여야 할 것인지와 관련하여 독일 법원은 매도인의 일반 약관의 준거법 선택 조항에 의하여 독일법이 적용되

24) 법무부, 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례 연구 II」, 법무부, 2006. 84면.
25) http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html. 2009. 9. 30. 최종 접속

어야 한다고 하였다. 매도인의 일반 약관에 포함된 부가적인 조건은 CISG 제19조에 의하여 청약을 실질적으로 변경하는 것으로 새로운 청약이 되나, 매수인은 계약을 이행함으로써 이를 승낙한 것이라고 하였다. 즉, 위 판결은 서식 전쟁에 CISG 제19조를 적용하여 실질적 변경의 기준에 의하여 승낙이 될 것인지 새로운 청약이 될 것인지를 판단하고 있으며, Last-shot Rule을 적용함으로서 계약의 이행행위를 최후에 송부한 새로운 청약에 대한 승낙으로 보고 있다고 할 것이다.[26]

3. Germany 9 January 2002 Supreme Court (*Powdered milk case*)[27]

가. 사실관계

독일 매도인과 네델란드 매수인은 분유에 대한 매매계약을 전화통화를 체결하였고, 그 후 당사자간에 서면으로 확인되었다. 매수인월 확인서에는 표준약관이 포함되어 있었던 바, 이에 의하면 매도인의 대금반환의무 이외에는 매도인의 손해배상책임은 인도된 물품의 송장 대금을 초과하지 못하다고 되어 있었다. 그 후 매도인이 보낸 확인서에는 이 사건 매매는 매도인의 표준약관 만으로 규율되고 이에 상반되는 법률상의 조건 또는 매수인의 표준약관은 배제된다는 조항이 포함되어 있었다. 더욱이 매도인의 표준약관에 포함된 담보책임조항에 의하면 매수인은 물품의 인도 즉시 검사하여야 하고 인도서류에 하자를 기재하여야 하며 인도시 발견할 수 없는 하자는 기재된 기간 내에만 주장할 수 있다고 되어 있었다.

나. 법원의 판결

독일법원은 이 사건에서 계약 전체의 성립을 방해하는 것은 아니라고 판시하였다. 즉, "당사자가 계약을 이행함에 있어서 당사자의 표준약관의 부분적 저촉(서식전쟁)이 계약의 실질적 변경이라고 여기지 아니하였으므로(협약 제19조 제1항, 제3항) 이것이 계약 전체의 성립을 방해하지 않는다. 서식전쟁에 관하여 살피건대 일반적으로 인정되는 학설인 "knock out"이론을 적용하면 상호 저촉되는 계약조건은 계약의 일부가 되지 못한다 할 것이다. 저촉 여부를 판단함에 있어서는 관련 법리를 체계적으로 해석하는

26) 김효정, "국제물품매매계약상 서식전쟁의 해결방안에 관한 연구", 석사학위논문, 연세대학교 대학원, 2009, 78면.

27) http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html

것으로부터 시작하여야 한다. 따라서, 물품의 계약 부적합에 관하여는 매도인이나 매수인의 표준약관이 모두 적용되지 아니하므로 계약 부적합에 대한 매도인의 책임은 협약에 의하여 규율된다."라고 판시하여, 서식전쟁에 Knock-out Rule을 명시적으로 적용하였다.[28]

Ⅵ. 결 론

전세계적으로, 서식 전쟁의 문제를 해결하기 위해서 두 가지의 기본 원칙이 존재한다. 그 하나가 Last-shot Rule이고 나머지 하나가 Knock-out Rule이다. 현재 영국과 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)에서 적용되고 있는 Last-shot Rule은 자발적인 교환을 방해하고, 효율적인 계약 조건을 증진시키기 위한 노력들을 수포로 돌아가게 할 뿐만 아니라 상대적으로 높은 거래 비용을 발생시킨다. 즉, 서식 분쟁 해결방법으로 전통적인 Last-shot Rule이 적용된다면 계약의 당사자들에 대하여 상대방에게 계속적인 새로운 청약을 하도록 고무시킬 수 있다. 또한 타방당사자가 표준조건으로 승낙한다는 암시에 의해 일방 당사자는 이행을 해야 하는지 여부에 대해 불공정한 입장에 놓이게 될 수 있다.

미국, 독일, 프랑스 그리고 국제상거래계약에 관한 UNIDROIT 원칙(PICC) 및 유럽계약법원칙(PECL)은 서식분쟁에 대한 해결방법에 관하여 지금까지 마련된 입법 중에서 Knock-out Rule을 기본으로 하여 공백의 부분에 대해 당사자의 의사를 보충하는 방법으로 설득력을 가진다. 즉, 서식분쟁을 계약 성립에 관한 일 국면으로서 받아들이고, 계약의 내용은 우선적으로는 양당사자의 합치한 의사이고 양당사자의 의사의 합치가 이루어지지 않은 결여하고 있는 경우에도 합리성·공평성의 판단을 가하여 PICC, PECL 및 UCC에서 규정하고 있는 것처럼 의사가 불명확한 경우의 보충규정을 활용하여 보충해야 한다는 접근이 가장 적절하다고 생각된다.

그러나 불행히도 이러한 원칙들 중 어느 하나도 완전히 무역실무를 반영하여 효과적으로 서식전쟁 문제를 해결하지는 못하고 있다고 평가된다. 그렇다면 서식전쟁 사건에서 새로운 해결방법의 적용을 볼 수 있는데, 그것이 바로 많은 학자들이 주장하는 효율성에 기초한 Best-shot Rule이다. Best-shot Rule이 적용될 때에, 법원은 당사자들이 사실상 매매협상에 들어갔는지를 판단하여 계약의 성립여부를 결정하고 아울러 가장

28) 법무부, 주 24), 85면. : 김효정, 주 26) 79면.

효율적인 표준 서식을 선택하는 것에 의해서 계약의 조건을 결정하게 된다. 물론, 법관의 자의적인 판단의 위험이 있고 예측이 어렵다는 단점이 있으나, 이 경우 당사자들은 분쟁 발생시 자신의 약관이 계약의 내용을 지배하도록 하기 위하여 보다 공정한 약관을 작성하게 됨으로서 타방 당사자의 요건이 적용될 위험을 줄이고, 결과적으로 서식전쟁이 발생할 빈도가 감소하게 될 것이다. 즉, Best-shot Rule은 자발적으로 가장 효율적이고 공정한 계약 조건들을 조성해나가기 때문에, Last-shot Rule과 Knock-out Rule보다 더 서식 전쟁 사건에서 보다 한층 더 효율적인 해법을 찾아서 계약의 내용을 이룰 수 있다.[29] 또한 Knock-out Rule을 원칙으로 하여 보충방법을 명시하는 것에 의해서 보충의 기준을 보다 확실히 한 2003년 개정 미국 통일상법전에 기대를 걸어보고 아울러 당사자간에도 계약서 작성의 완전합의 조항[30]을 명시하여 분쟁을 최소화할 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

참고문헌

법무부, 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설」, 법무부, 2005.

법무부, 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례 연구 II」, 법무부, 2006.

오세창, 「국제상거래계약법: CISG와 PICC를 중심으로」, 학문사, 2004.

박정기 · 윤광운 공역, 「미국통일상법전」, 법문자, 2006.

오원석, 최준석, 허해관 공역, 「UNIDROIT 국제상사계약원칙」, 법문사, 2004.

고범준, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약」, 대한상사중재원, 1983.

법무부, 「유엔국제상거래법위원회 자료집(V)」 제162집, 법무부, 1993.

김선국, "국제물품매매협약상 해석상의 문제점", 「경남법학」 19권, 경남대학교 법학연구소, 2004.

송경석 · 양정호, "국제물품매매계약에 있어서 서식전쟁에 관한 법리연구", 「관세학회지」 제6권 제2호, 한국관세학회, 2005.

오원석, "국제물품매매계약에서 변경된 승낙에 계약성립효과와 계약서식의 교전", 「무역상무연구」 제9권, 한국무역상무학회, 1996.

29) Giesela Rühl. *supra note 1*. at 224.

30) 우광명 · 노현수, "국제물품매매계약의 성립에 관한 서식분쟁 해결의 타당한 접근법", 「국제상학」 제23권 제2호, 한국국제상학회, 2008. 6. 23면.

_____, "국제물품계약의 성립에 있어서 Vienna협약과 UCC의 비교", 「중재」 277호, 대한상사중재원, 1995. 9.

오세창, "서식전쟁의 원인과 그 법리", 「무역상무연구」 제10권, 한국무역상무학회, 1997.

우광명 · 노현수, "국제물품매매계약의 성립에 관한 서식분쟁 해결의 타당한 접근법", 「국제상학」 제23권 제2호, 한국국제상학회, 2008. 6.

김효정, "국제물품매매계약상 서식전쟁의 해결방안에 관한 연구", 석사학위논문, 연세대학교 대학원, 2009.

Bruno Zeller, CISG and the Unification of International Trade Law: Routledge · Cavendish, 2008.

Steven J. Burton & Melvin A. Eisenberg, Contract Law : Selected Source Materials : Thomson West, 2008.

Giesela Rühl, "The battle of the forms : comparative and economic observations", University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, University of Pennsylvania, spring 2003.(Cite as: 25 Int'l Rev. L. & Ecom. 350)

Omri Ben-Shahar, "An ex-ante view of the battle of the forms: inducing parties to draft reasonable terms", International Review of Law and Economics, University of Michigan Law School, Ann Arbor, 2005. (Cite as: 25 Int'l Rev. L. & Econ. 350)

Corneill A. Stephens, "Escape From the Battle of the forms: keep it simple, stupid", Lewis & Clark Law Review, Lewis & Clark Law school, 2007. (Cite as: 11 Lewis & Clark L. Rev. 233)

[Abstract]

A study for the battle of the forms

Park sun-ah

Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.

In today's typical commercial transactions, buyers and sellers communicate with other using standardized forms. Both the seller's form and the buyer's form generally contain a description of the goods, the price, the quantity, and the delivery terms. Further, each party's form contains additional pre-printed standard terms. Those terms usually have not been considered. As both parties draft their standard terms with different interests in mind, the respective terms almost always conflict. This kind of situation is commonly called as "Battle of the Forms" and the following questions arise: Does the exchange of the conflicting terms form a contract? If so, what are the contract terms?

Around the world, two basic types of rules are applied to solve the problem of the battle of the forms: the last-shot rule and the knock-out rule. Unfortunately, neither of these rules perfectly promotes economic efficiency. It is therefore suggested that a new solution should be applied in battle of the forms cases: an efficiency-based best-shot rule. As this rule essentially fosters voluntary exchange and the most efficient contract terms, it constitutes a far more efficient solution in battle of the forms cases than both the last-shot rule and the knock-out rule.

Key words : the battle of the forms, CISG, UCC 2-207, PICC, PECL, Mirror Image Rule, Knock-out Rule, Last-shot Rule