

## 미국법상 약관제시요건 및 사후조항의 효력에 관한 연구\*

The Study on validation of the contract terms  
requirements and ex post facto clause in American law

김 상 찬\*\*  
Kim, Sang-Chan

### 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 경상원칙과 포괄동의이론
- III. 미국통일상법전의 약관제시요건
- IV. 사후조항의 효력에 관한 판례와 입법동향
- V. 전자상거래상의 약관제시와 그 효력
- VI. 결론

### 국문초록

현대의 거래사회는 약관의 존재 없이는 성립하지 않는다고 할 만큼 약관이 지니는 역할은 갈수록 증가되고 있다. 특히 대량생산, 대량거래, 대량소비 현상과 더불어 전자상거래의 증가로 인하여 약관거래가 소비생활에서 차지하는 중요성이 한층 높아지고 있다.

기업의 측면에서 보면 약관거래는 표준화된 계약내용을 사전에 준비해 둬

논문접수일 : 2014.02.15

심사완료일 : 2014.03.03

게재확정일 : 2014.03.05

\* 이 논문은 2014학년도 제주대학교 학술진흥연구비 지원사업에 의하여 연구되었음.

\*\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

으로써 효율적인 계약리스크 관리를 도모할 수 있고, 계약의 당사자인 소비자도 계약관련 조항을 일일이 협상한 후 계약서를 교환하는 것은 거의 불가능하므로 기업이 미리 준비한 약관을 활용할 수밖에 없게 된다. 이처럼 역할의 중요성을 고려할 때 약관이 적절한 역할을 할 수 있게 하기 위하여 계약법은 어떻게 규율해야 할 것인가 하는 것이 문제로 되고 있다. 그러나 약관거래의 현실에 입각한 약관의 제시요건을 민법에서 새롭게 규정하는 것은 결코 쉬운 작업이 아니다. 또한 복잡한 현대의 거래사회에서 약관이 언제 어디에서 어떻게 제시되어야 하는가에 대하여 모든 사람이 납득할만한 기준이 없어서 거래당사자 간에 약관의 제시요건이나 사후조항의 효력 등에 관하여 분쟁이 발생 하는 것은 불가피한 것이 현실이다.

본고는 미국의 약관제시요건 이론과 입법에 대하여 살펴보고 있다. 미국에 있어서 약관이 보급되는데 큰 역할을 해온 '경상원칙'과 약관의 효력에 대하여 당사자 의사의 관점에서 보는 '포괄동의이론'을 살펴본 후, 경상원칙을 부정한 미국통일상법전(UCC) 제2편이 규정하는 약관규제 및 효력에 관하여 검토하고, 전자상거래에서의 약관규제를 위한 소프트웨어 계약법원칙 등을 둘러싼 논의 등에 대하여 살펴보고 있다. 우리나라에 있어서 약관의 제시요건을 논의 하는데 있어서 이러한 미국의 약관제시요건 이론이나 입법의 내용을 통하여 많은 시사점을 얻을 수 있을 것이며, 약관의 제시요건, 사후조항의 효력 등에 대한 분쟁의 해결에도 도움을 주게 될 것이다.

주제어 : 약관, 약관규제, 약관제시요건, 사후조항, 경상원칙, 미국통일상법전, 포괄동의이론

## 1. 서론

현대의 거래사회는 약관의 존재 없이는 성립하지 않는다고 할 만큼 약관이 지니는 역할은 갈수록 증가되고 있다. 기업은 약관이라는 표준화된 계약내용을 사전에 준비해 둬으로써 효율적인 계약리스크 관리를 도모한다.<sup>1)</sup> 거래사

회에서 약관이 필요한 것은 거래에 문서화된 규칙이 필요불가결하기 때문이다. 계약에 있어서 계약 당사자는 계약관련 조항을 일일이 협상한 후 계약서를 교환하는 것이 바람직하지만 이에 많은 시간과 비용이 든다는 한계가 있다. 계약서를 교환할 수 없다고 해서 계약법의 임의규정이 항상 그 허점을 메꾸어주는 것도 아니다.<sup>2)</sup> 계약상 일정한 규칙이 필요한 이상, 최선이 아니더라도 당사자 중 어느 쪽이 준비한 것이든 미리 준비한 약관을 활용할 수밖에 없게 된다.

이처럼 역할의 중요성을 고려할 때 약관이 적절한 역할을 할 수 있게 하기 위하여 계약법은 어떻게 규율해야 할 것인가 하는 것이 문제로 되고 있다.<sup>3)</sup> 그러나 약관거래의 현실에 입각한 약관의 제시요건을 민법에서 새롭게 규정하는 것은 결코 쉬운 작업이 아니다. 약관거래에서는 최소한의 절차적 보장으로서 약관수령자에 대하여 약관을 읽을 수 있는 기회를 주어야 하는데,<sup>4)</sup> 복잡한 현대의 거래사회에서 약관이 언제 어디에서 어떻게 제시되어야 하는가에 대하여 모든 사람이 납득할만한 명확한 답을 하기는 어렵다.

본고는 이와 관련하여 미국의 약관제시 요건론의 역사를 살펴보려 한다. 미국에서는 계약의 성립이나 약관의 제시에 관하여 요건화를 시도하는 과정에서 그와 모순되는 현실 때문에 우여곡절을 겪었다고 할 수 있다.<sup>5)</sup>

본고는 우선, 미국에 있어서 약관이 보급되는데 큰 역할을 해온 '경상원칙(鏡像原則)'과 약관의 효력에 대하여 당사자 의사의 관점에서 보는 '포괄동의이론'을 살펴본 후, 경상원칙을 부정한 미국통일상법전(Uniform Commercial

1) 阿部泰久・川崎茂治, “民法(債權關係)改正の中間論點整理に對する經團連の考え方”, 『金法』 1932號, 2012, 71面.

2) 계약법의 임의규정의 한계에 관하여 다른 문헌으로서, 小林一郎, “米國契約法理論におけるフォーリズムの展開と日本の企業間取引契約”, 『私法』 74號, 2012, 219面.

3) 일본에서도 최근 민법개정과 관련하여 법제심의회에서 약관의 제시요건의 도입여부를 둘러싼 논의가 진행 중이다(內田貴, 『民法改正-契約のルールが百年ぶりに変わる』, 筑摩書房, 2011, 171面 이하 참조).

4) 河上正二, 『約款規制の法理』, 有斐閣, 1988, 252面 참조.

5) 1990년대 후반에 있어서 미국의 약관규제(특히 약관제시규제, 불의의 타격조항 규제)를 둘러싼 논쟁을 소개한 것으로서, 三枝健治, “UCC第二編改正作業における約款の採用規制の試み(一)-(五)-内容規制との關係を念頭に”, 『法政理論』 37卷 3・4號, 2005, 80면; 38卷 3號, 14面; 38卷 4號 1面; 39卷 1號, 95面, 2006, 39卷 3號, 2007, 2009面 등.

Code, 이하 'UCC'라고 한다) 제2편이 규정하는 약관규제 및 효력에 관하여 검토하고, 전자상거래에서의 약관규제를 위한 소프트웨어 계약법원칙 등을 둘러싼 논의 등에 대하여 살펴보려고 한다. 우리나라에 있어서 약관의 제시요건을 논의하는데 있어서 이러한 미국의 약관제시요건 이론이나 입법의 내용을 통하여 많은 시사를 얻을 수 있을 것이다.

## II. 경상원칙과 포괄동의이론

### 1. 경상원칙

미국에서, 계약상 약관의 효력문제는 전통적인 보통법(common law)의 대원칙의 하나인 Mirror Image Rule(이하 '경상원칙(鏡像原則)'이라 한다)에 의하여 다루어져 왔다.<sup>6)</sup> 경상원칙은 청약자의 청약내용을 존중한다. 청약자는 계약에 대한 승낙방법을 포함하여 계약내용이나 절차를 자유로 결정할 수 있는 '청약의 지배자(master)'이며 타인의 간섭을 받지 않는다. 청약자는 청약내용과 다른 내용의 계약에 구속되지 않으므로 승낙자는 청약자가 청약한 내용의 범위 내에서 승낙해야 한다.<sup>7)</sup> 즉 승낙자는 청약자의 청약내용을 승낙할 것인지 아닌지 양자택일만이 가능하다. 그리고 승낙자는 약관이나 계약서에 의한 청약을 승낙함에 있어서 계약서나 약관을 읽을 의무(duty to read)가 있고,<sup>8)</sup> 약관에 동의한 당사자는 나중에 약관을 읽지 않았다는 변명이 허용되지 않는다. 일단 약관에 동의한 당사자는 약관을 읽었는지 여부에 관계없이 그 내용에 구속된다. 경상원칙을 엄격하게 적용하면 청약자가 제시한 약관의 구속력이 매우 크게 된다.

미국에서 약관의 효력 관하여 최초로 직면한 과제는 청약자가 제시한 약관에 대하여 상대방이 동의여부에 관한 의사표시를 하지 않고 이행해버린 경우

6) E. Allan Farnsworth, Contracts, 4th ed., 1999, at 161.

7) See id. at 137.

8) Restatement Second of Contracts §23 (comment b).

에 계약법상 어떻게 취급해야 하는가 하는 문제였다. 상대방은 청약내용에 직접 승낙의 의사표시를 하지 않았지만 물품인도나 대금지급을 완료하였다면 계약이 성립되지 않았다고는 할 수 없다. 그러나 경상원칙에 의하면 청약자는 약관조항을 포함한 청약내용과 다른 내용의 계약에 구속되지는 않는다. 그러므로 경상원칙을 부정하여 청약자의 청약내용과는 다른 계약을 성립시킬 것인지, 아니면 승낙자가 약관에 동의한 것이라고 보아 청약자가 제시한 약관대로 계약을 성립시킬 것인지 양자택일을 해야 한다. 이 문제에 대하여 보통법이 취한 결론은 후자이다. 청약자의 청약에 대하여 상대방이 이행한 경우 이행이라는 당사자의 행동에 의하여 청약에 대한 승낙이 있었던 것이라고 구성한다.<sup>9)</sup> 보통법이 청약자의 청약내용을 존중하는 입장을 보임으로써<sup>10)</sup> 약관이 보급될 바탕이 확고해졌다.

## 2. 포괄동의이론(blanket assent theory)

경상원칙이 청약자의 청약내용을 존중하는 입장을 취함으로써 약관이 널리 보급되기 시작하였다. 그러나 일반적으로 약관수령자는 약관의 상세한 조항을 살펴보지 않는다. 그런데 약관의 수령자가 읽지도 않은 약관에 구속되는 까닭은 무엇인가. 이 의문에 대하여 경상원칙에 입각하면서 이에 당사자 의사의 관점에서의 설명한 것이 포괄동의이론이다. 이 이론을 주창한 Karl Llewellyn은, 거래 당사자는 계약의 주요조항(dickered terms)에는 관심이 있지만 약관의 개별조항에 관해서는 별로 관심이 없으며 당사자가 약관에 대하여 동의한

9) 이에 의하여, 경상원칙이 요구하는 청약자의 청약내용은 실현되고 계약이 성립된다. 청약자는 약관을 사전에 제시하고 있으면, 약관의 내용과 다른 계약에 구속되지는 않는다(Farnsworth, supra note 6, at 163).

10) 제시된 약관이 청약의 일부로서 존중되므로, 양당사자가 서로 약관을 송부하여 쌍방의 약관이 경합하는 '서식의 싸움(battle of the forms)'이 종종 있게 된다. 상대방이 약관을 송부하면, 그에 대하여 자신의 약관을 회송하여 새로운 청약을 한다. 경상원칙에 따르면, 최후에 약관을 송부한 자(최종의 청약자)가 우대받게 된다(서식의 싸움에 대하여는 小林一郎, "ウーイン賣買條約における書式の戦い(上)-なぜCISGはラスト・ショット・ルール系採用したのか", 「JCAジャーナル」58卷 6號, 2011, 21面 참조). 본고에서는 이러한 '서식의 싸움'은 논의에서 제외하고 단일한 약관이 거래에서 제시된 경우에 한정하여 살펴보려 한다.

다는 것은 거래사회에서 약관의 중요성으로 인하여 요청된 의제에 불과하다고 한다.<sup>11)</sup> 즉 당사자가 상대방이 제시한 발주서에 동의의사를 표시한 경우 발주서의 이면에 인쇄된 약관조항을 자세히 읽지 않아 그 내용을 충분히 이해하지 못했다고 해도 그 내용에 대하여 포괄적으로 구속되는 동의를 한 것이라고 설명한다.<sup>12)</sup>

이러한 포괄동의이론은 약관거래에 있어서 '불의의 타격'조항을 규제하기 위하여 전개되었다. 약관에 대한 동의가 의제된 것이라고 해도 약관 수령자가 구속되어야 할 약관의 내용은 어디까지나 합리적인 당사자의 기대의 범위 내이어야 하며, 합리적인 기대의 범위를 벗어난 조항에 대해서는 당사자의 동의가 인정되지 않는다고 설명하고 있다. 이 이론이 반영된 입법례로 UCC 2-302조가 있다. UCC 2-302조는, 약관조항이 계약에 편입되는 절차나 각 조항의 내용에 비양심적이라고 인정되는 상황이 존재하는 경우에는 예외적으로 당해 약관조항의 효력을 부정할 여지를 주고 있다.<sup>13)</sup> 그러나 거래계에서는 절차에 문제가 있었다고 해도 내용에 비양심성이 인정되지 않는 한, 비양심성 법리는 발동되기 어렵다. 비양심성 법리는 절차면과 내용면을 한 묶음으로 취급하는 것이 거래실무 일반의 견해이고, 판례도 기본적으로는 이러한 입장을 취하고 있다.<sup>14)</sup>

1979년에 미국법률협회(American Law Institute, 이하 'ALI'라고 한다)가 채택한 계약법 제2차 리스테이트먼트(The Restatement Second of Contracts, 이하 '리스테이트먼트'라고 한다)에서는 '불의의 타격'조항의 규제가 보다 직접

11) Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition-Deciding Appeals*, 1960, at 370.

12) 계약에는 핵심적 합의부분과 부수적 합의부분이 있고, 부수적 합의부분으로서의 약관은 핵심적 합의부분의 성립에 수반하여, 일정한 거래환경에 있는 고객이 상대방에게 한 동의의 외관과 그 책임성에 기초하여 핵심적 합의에 연결되는 형태의 특수한 법률행위의 산물이다(河上正二, 前掲書, 185面, 252-253面).

13) UCC 2-302조의 기초의 경위를 살펴보면, Llewellyn이 착안한 '불의의 타격'조항의 규제를 여기에 도입하였음을 알 수 있다(Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa. L. Rev. 485, 1967 참조).

14) See Farnsworth, *supra* note 6, at 302. 2-302조의 official comment에서는, 비양심성 법리는 교섭력 차이에 의한 당사자 간의 분배의 불공정의 시비를 목표로한 것은 아닌 것이 확인되고 있다(Comment 1 to UCC §2-207).

적으로 반영되고 있다. 리스테이트먼트는 “어떤 약관조항이 있다는 것을 알았다면 약관에 동의하지 않았을 것이라고 믿는데 충분한 이유가 발견되면 당해 조항은 효력을 가지지 못한다”라고 하는 ‘불의의 타격’조항을 명문화하였다.<sup>15)</sup> ‘불의의 타격’조항의 규제에 관하여 UCC에서는 절차적 비양심성과 내용면의 비양심성이라는 애매한 표현을 검토함으로써 실효성을 잃게 하고 있는데 반하여 리스테이트먼트에서는 보다 직접적으로 규제하고 있는 것이다.<sup>16)</sup> 그러나 리스테이트먼트의 이러한 규제는 현실의 재판에서는 그다지 채용되지 않았고,<sup>17)</sup> 이 규제는 구체적인 실무지침이라기 보다는 ‘이념으로서의 색채가 강한’ 것이라고 생각되고 있다.<sup>18)</sup> 그 후 1997년의 UCC 제2편 개정시안에서 ‘불의의 타격’조항의 규제가 시도되었지만, 경제계의 강한 반대에 부딪쳐서 좌절되었다.<sup>19)</sup>

요컨대 포괄동의이론은 ‘불의의 타격’조항의 규제에 관해서 거래실무의 지지를 받지 못하였다. 그렇지만 약관에의 동의를 의제로 받아들이는 Llewellyn의 발상은, 미국에 있어서의 약관의 효력에 대한 기초이론으로서 거래실무와 학설의 전개에 큰 영향을 주었다.

### Ⅲ. 미국통일상법전의 약관제시요건

경상원칙은 약관을 제시한 당사자의 약관에 대한 기대를 존중한다. 그러나 청약자가 계약내용을 포함한 모든 주도권을 가지게 되어 승낙자는 불리한 지위에 놓이게 된다. 특히 경상원칙은 매매거래에서 매수인을 불리한 입장에 처하게 한다. 매도인은 자신의 품질책임을 한정시킨 약관을 매수인에게 제시하

15) The Restatement Second of Contracts §211(3).

16) 리스테이트먼트는, 미국계약법에 있어서 가장 영향력이 있는 계약법 문헌으로서 널리 인식되고 있지만, 법률로서의 효력을 가지는 것은 아니다.

17) 아리조나주에서 보험계약관련 판례가 20-30건 정도 존재하고 있을 뿐이다(James J. White, Form Contracts under Revised Article 2, 75 Wach. U.L.Q.315, 1997).

18) 三枝健治, 前掲 “UCC第二編改正作業における約款の採用規制の試み(四)”, 113面.

19) UCC 제2편 개정작업 중에서, ‘불의의 타격’조항 규제의 채용이 보류된 경위에 대하여는, 上掲論文에서 자세히 다루고 있다.

고, 협상에 있어서 시간과 비용의 한계가 있는 매수인은 매도인의 약관대로 이행하지 않으면 안된다. 이러한 문제로 인하여 승낙 중에 더해진 추가조항의 효력에 관하여 규정한 UCC 2-207조의 등장을 계기로, 약관추가의 요건론이 논의되기 시작하였다.<sup>20)</sup>

## 1. 미국통일상법전 제2-207조

UCC 2-207(1)조는, 합리적인 기간 내에 이루어진 승낙이나 서면에 의한 계약조건 확인은 승낙의 의사표시를 구성함과 동시에 이러한 승낙 중에 '추가 조항'이나 '다른 조항'이 더해진 경우 승낙자 측에서 당해 추가조항·다른 조항의 채용을 명시적으로 승낙의 조건으로 하지 않는 한 계약은 성립한다고 규정하고, 2-207(2)조는, 승낙자가 제안한 추가조항은 당해 추가조항이 상인 간의 거래에서 청약내용의 '중요한 변경'에 해당되지 않는 등 일정한 요건을 충족하는 경우를 제외하고는 승낙에 더해진 추가청약이라고 규정하였다. UCC 2-207조는, 경상원칙을 실질적으로 포기하고, 청약과 승낙내용의 완전한 일치를 요구하지 않기 때문에 계약성립 시기를 앞당기는 결과를 가져왔다.<sup>21)</sup> 매매 거래에서 당사자가 일단 구술로 품질·가격 등 주요한 요소에 관하여 합의에 이르렀다고 평가되면 그 시점에서 구술계약이 성립되었다고 해석되고, 그 후 제시된 주문확인서는 구술합의 내용의 '추인(confirmation)'으로 보게 된다(2-207(1)조). 그리고 거기에 부대하는 약관조항은 이미 성립된 계약에 대하여 후에 나타난 추가조건이 된다(2-207(2)조).<sup>22)</sup>

UCC 2-207조는 청약과 승낙의 미묘한 차이를 이유로 계약이 성립하지 않

20) 다만, UCC 제2편은 매매거래를 대상으로 하는 것이고, 그 이외의 영역에 있어서는 현재도 경상원칙이 유지되고 있다.

21) 계약성립 시기를 앞당김으로써 생기는 부작용에 관하여 지적한 문헌으로서, 小林一郎, "國際取引におけるLex Mercatoriaと法の競争-契約關係維持の原則(Favor Contractus)系題材として", 「國際商取引學會年報」第14號, 2012, 172-173面이 있다.

22) UCC 2-207(2)조에 의하면, 상인 간의 거래에서 본래의 계약의 중요한 변경에 해당되지 않는 경우, 추가조항도 계약에 포함된다고 규정하는데, 중재조항이나 손해배상책임 제한조항 등 현실로 추가가 다루어지는 조항의 대부분은, 본래의 계약에 대하여 중요한 변경에 해당한다고 생각되고 있다.



있다고 주장하는 것을 방지할 목적으로 규정되었고, 약관의 추가를 제한하려는 것은 아니었다.<sup>23)</sup> 그런데 현실적으로 동조는 계약의 성립을 다투는 사례에는 적용되지 않고 오로지 성립된 매매계약에서 어느 약관조항이 적용되는가를 결정하기 위한 판단기준으로 이용되었다.<sup>24)</sup>

## 2. 추가된 약관의 효력

UCC 2-207조는 주요조건에 관한 합의가 확정된 후 대금지급이나 상품인도 시까지 제시된 약관조항은 계약성립 후의 추가조건이라고 하고 있고, 판례는 UCC 2-207조를 문언 그대로 충실히 해석하여 뒤에 제시된 약관의 효력을 제한하고 있다.<sup>25)</sup> 이러한 판례의 배경에는 약관을 계약 중에 포함시키기 위해서는 계약상 양 당사자가 합의에 이르는 순간에 약관을 계약합의 속에 '통째로 포함시킬' 필요가 있다는 의식이 존재하고 있다고 생각된다. 약관을 계약합의 속에 '통째로 포함시키기' 위해서는 약관이 제시되는 시기(timing)가 중요한 요소로 된다. 약관수령자 측에 약관을 계약합의 내용에 포함시키는 것이 당연하다고 납득시키기 위해서는 약관이 적절한 때에 제시되어 마치 약관이 계약의 일부인 것처럼 인식되면서 합의가 형성되어간다는 과정이 필요하다. 그러나 사업자 간에 주요조항에 관한 구술합의가 있는 다음날에 일방 당사자가 약관을 상대방에게 송부한 경우에도 약관을 뒤에 추가하였다고 하여 그 효력을 부정한 판례<sup>26)</sup>도 있고, 이에 관해서는 구술합의 내용이 약관조항에 따르는

23) See James J. White & Robert S. Summers, Uniform Commercial Code(5th ed.) Vol.1 (2006) at 55.

24) 그렇지만 2-207조의 규정은 예상을 뛰어 넘어 여러 가지 유형의 사안에 미치게 되었고, 이들 모든 유형이 반드시 2-207조에 의해서만 적절한 해결을 할 수 있는 것은 아니라는 비판을 받기도 하였다. "2-207조는 늪지에서의 전투용으로 만들어진 수륙양용전차임에도 불구하고, 뚜껑을 열어보면, 광대한 사막의 전장에 보내어졌다"고 하는 표현이, UCC 2-207조가 처한 현상을 잘 말해주고 있다(See id. at 55).

25) 구술합의의 추인(confirmation)으로서 송부된 약관부주문서는, 구술합의 내용에 대한 승낙의 의사표시를 하는 것이고, 부대하는 약관은 추가청약으로 되고 계약합의의 내용을 구성하지 않는다고 한 리딩 케이스로서, American Parts Co., Inc. v. American Arbitration Association, 8 Mich. App. 156 (1968)이 있다.

26) 이에 관한 판례로서, Dale R. Horning Co., Inc. v. Falconer Glass Industries, Inc., 710 F.

것을 조건으로 거래하려는 취지의 것이었다고 받아들인다면 약관제시자의 약관조항에 대한 기대를 참작해야 한다는 비판이 있다.<sup>27)</sup>

협상을 통하여 합의내용을 하나의 계약서에 집약시킨 계약의 경우 양당사자가 서명한 계약서 자체가 유일한 합의내용이라고 인정될 수 있겠지만 그렇지 않은 거래의 경우에는 관습이나 거래관행을 유의하면서 관련 서류를 검토하여 계약합의 여부를 판단한다. 계약형성 과정에서 제시된 약관은, 계약상 합의의 내용을 판단하는데 중요한 자료적 가치를 가진다. 그러나 대부분의 계약은 구술로 가격이나 품질 등 주요조건에 대하여 합의한 후에도 그 때 정해지지 않았던 부대조건이 서서히 좁혀져 가는 것이다. 약관은 매도인의 책임제한이나 재판관할 등, 중요한 부대조건을 정하는데 활용되지만 교섭현장에서는 약관조항의 검토가 종종 뒤로 미루어지기도 한다. 이러한 거래현실에 비추어, 경상원칙은 계약조건이 모두 정리되기까지 계약의 성립을 인정하지 않았다. 다만 구술합의 이후 상당한 기간이 경과된 후 대금결제 단계에서 송장의 이면에 약관을 인쇄하여 송부하고 있는 사례가 정당한 약관의 제공이라고 할 수 있는지 여부는 명확하지 않다.<sup>28)</sup> 그러나 인도과정에서 제시되어 수령된 약관에 대해서는 그 효력을 인정할 여지가 있다고 할 수 있다.<sup>29)</sup>

Supp. 693 (1989) 참조.

27) 실제로, UCC 제2편 제정 직후는, 판례는 그러한 입장을 취하고 있었다. See *Roto-Lith, Ltd. v. F. P. Bartlett & Co.*, 297 F. 2d. 497 (1962). 그 후 *Roto-Rith* 판결을 번복한 판례로서, See e.g., *Dorton v. Collins & Aikman Corp.*, 453 F. 2d. 1161 (1972); *Ionics, Inc. v. Elmwood Sensors, Inc.*, 110 F. 3d. 184 (1997). *Roto-Rith* 판결은, 주문확인서에 “이면 약관을 조건으로 한다”는 기재를 조건부승낙(새로운 청약)으로 보고 구술계약의 성립을 인정하지 않았는데, *Dorton* 판결·*Ionics* 판결은, 주문확인서를 조건부승낙이라고 보기 위해서는 이면약관에 동의하지 않는 한 이행에 응하지 않는다는 당사자의 명확한 의사가 필요하고, 단지 ‘이면약관을 조건으로 한다’고 하는 기재만으로는 불충분하다는 입장을 채용하고 있다.

28) *In re Empire Pacific Industries, Inc.*, 71 B. R. 500 (1987)은, 송장의 이면약관이 구술합의 후 합리적인 기간 내에 송부되지 않았다는 이유로 그 효력을 부정하고 있다. 이에 대하여, *Mid-South Packers, Inc. v. Shoney's, Inc.*, 761 F. 2D. 1117 (1985)은, 송장에 기재된 약관조항은 구술합의에 의하여 성립된 계약의 추가청약에 해당하지만, 이 추가청약이 구술합의에 중대한 변경을 주는 것이 아닌 이상, UCC 2-207(2)조에 따라서 약관조항은 계약내용에 포함된다고 판시하고 있다.

29) James White교수는, 승낙자가 동의의사를 명시적으로 표시하지 않는 경우에도 동의를 추인하지 않을 수 없는 케이스는 다수 존재하고, 계약법은 이러한 ‘자폐증형(autistic)’ 동의를

UCC는 약관조항에 관한 합의의 의제하기 위해서는 약관이 제시되는 시기를 중시해야 한다고 하고 있다. 이러한 생각은 이해하기 쉽고 시종일관한 태도라고 할 수 있으며, 전통적인 '합의'의 이미지에도 합치된다. 그러나 다른 한편으로는 합의의 의제 방식이라는 가공(fiction)의 논의 때문에, 제시시기를 과도하게 중요시하여 계약의 운명을 결정짓는 것이 타당한가 하는 문제도 제기되고 있다.

#### IV. 사후조항의 효력에 관한 판례와 입법동향

미국통일상법전 제정 이후 대부분의 판례는 UCC 2-207조를 문언 그대로 해석하여, 매매의 주요조건이 합의된 후에 제시된 약관은 계약이 성립된 후의 추가조항이라고 보고, 이에 대하여 엄격한 태도를 취하고 있다. 그래서 거래는 일반적으로, 구술계약만으로 계약의 성립을 인정하지 않고 신중하게 협상한 후 교섭력이 강한 당사자가 자기 회사가 제시한 약관에 대하여 받아들여 듣지 아니면 계약을 하지 말라는(take or leave) 조건으로 서명을 요구하게 된다.<sup>30)</sup> 이러한 요구는 사업자간 거래에서는 비교적 쉽게 이용될 수 있지만 소비자거래의 경우에 소비자가 계약 전에 장황한 약관을 읽는 것은 구매의욕을 잃게 할 수도 있으므로 쉬운 일이 아니다.

미국에서는 Software · License 계약에서는 수축포장(shrink wrap)이라고 불리는 방법이 자주 이용된다.<sup>31)</sup> 구입한 CD-ROM 포장을 개봉하면 라이선스 약관이 동봉되는데 소프트웨어를 구동시켜야 라이선스 약관조항이 화면에 나타난다. 소프트웨어 구입자는 라이선스 약관의 조문을 접하기 전에 대금을 지급하고 구입절차를 마쳐야 한다는 문제가 발생한다. 소비자거래에서는 소프트

적극적으로 인정해야 한다고 지적한다(James J. White, *Autistic Contracts*, 45 Wayne L. Rev. 1693 (2000) at 1931).

30) Daniel Keating, *Doctrine in Action Exploring the Battle of the Forms in Action*, 98 Mich. L. Rev. 2678 (2000) at 2696.

31) *ProCD V. Zeidenberg*, 86 F. 3D.1447 (1996) at 1449.

웨어 이외의 상품의 매매에 있어서도, 상품인도나 대금지급 시까지 약관이 제시되지 않는 거래가 적지 않게 존재한다.<sup>32)</sup> 상품인도와 대금지급으로 매매계약이 성립되었다고 한다면, 매수인은 계약 성립 후에 제시되는 약관에 구속되는 것이다. 회전되면서 서서히 성립하고 있는 회전진행계약(rolling contracts)에서 계약성립 후에 제시된 약관조항(이하 '사후조항'이라고 한다)의 유효성이 문제로 된다.<sup>33)</sup>

실제로 1990년대 후반부터 소비자 거래에서 대금지급 후에 제시된 약관조항의 효력을 다투는 판례가 나오고 있다. 여기에서는 이러한 사후조항의 유효성에 관한 판례와 입법의 동향에 대하여 살펴본다.

## 1. 판례의 동향

### 가. proCD v. Zeidenberg 판결

1996년에 연방 제7순회구항소법원이 내린 proCD v. Zeidenberg 판결(이하 'proCD 판결'이라고 한다)은, proCD가 판매하는 소프트웨어의 CD-ROM 패키지에는 라이선스 약관이 동봉되어 있고, 약관에 동의하지 않으면 반품하고 대금을 반환받을 수 있다고 규정하고 있었는데, 구매자가 CD-ROM 구입 후에야 비로소 보게 되는 라이선스 조항의 유효여부가 다투어진 사안이다.<sup>34)</sup>

UCC 2-207조를 순수하게 읽는 한 이 라이선스 조항은 사후조항으로 볼 수 있어 당연히 계약에 포함되지 않는다고 할 수 있다. 그러나 항소법원은 2-207조가 양 당사자의 약관이 경합하는 '서식의 싸움'의 경우만을 규율하는 것이고 본건과 같이 일방 당사자의 약관만이 제시되어 그 효력을 다투고 있는 사안에는 적용되지 않는다고 하여 이 사안을 경상원칙에 따라서 판단을 하고 있

32) 매수인은 약관을 접하지 못한 채 일단 상품을 일단 구입하고 수령하지만, 상품의 포장을 개봉하면 이용약관이 동봉되어 있고 이 때 비로소 매수인은 약관의 존재를 알게 된다(Hill v. Gateway 2000, Inc, 105 F. 3d, 1147, 1997, at 1148).

33) See Clayton P. Gillette, Rolling Contracts as an Agency Program, 2004 Wis. L. Rev. 679 (2004).

34) ProCD, supra note 31.

다.<sup>35)</sup> 즉, 경상원칙 하에서 청약자는 '청약의 지배자'이고 자신의 의도하는 대로 승낙을 이끌어내는 것이 가능하다. 그렇다면 ProCD가 청약한 내용은 소프트웨어를 설치할(install) 때 제시되는 라이선스 계약에 동의하는 조건으로 소프트웨어의 이용을 허가한다는 것이므로 계약은 대금지급·상품인도시보다도 늦은 시점에 성립한다고 생각된다. 그리고 UCC 2-204조가 당사자의 행동에 의하여 승낙으로 보는 것을 인정하고 있는 점을 감안하면 매수인이 소프트웨어를 실제로 이용하는 것은 ProCD의 청약에 대한 동의라고 생각할 수 있고 라이선스에 동의할 수 없는 당사자에 대한 구체책으로서 상품의 반품·대금 반환의 기회도 주어지고 있다고 판시하고 있다.<sup>36)</sup>

#### 나. Hill v. Gateway 판결

1997년에 연방 제7순회구항소법원에서 내려진 Hill v. Gateway판결(이하 'Hill판결'이라고 한다)은, 전화주문을 통하여 Gateway사로부터 구입한 퍼스널 컴퓨터(PC)의 성능에 불만을 가진 소비자가 제조한 사안으로서,<sup>37)</sup> 판매된 PC에 동봉되어 있는 약관의 중재조항의 유효성이 문제로 되었는데,<sup>38)</sup> Gateway사는 ProCD판결을 인용하여 전화주문 시에 약관이 제시되지 않아도 상품에 동봉된 사후조항은 유효하다고 주장하였다.

ProCD판결의 사안은 소프트웨어의 이용에 관계된 사례이고 CD-ROM 포장 표면에 라이선스 약관이 존재한다는 문구가 기재되어 있었지만,<sup>39)</sup> Hill판결의 사안은 순수한 상품판매에 속한 것이고 더구나 전화주문 시에는 약관이 동봉된다는 것도 통지하지 않았다.<sup>40)</sup> 그런데 항소법원은 ProCD판결과 동일한 이론에 입각하여 매수인이 약관에 구속된다는 판결을 내렸다.<sup>41)</sup> 구입시에 약관

35) See id. at 1452.

36) See id. at 1452.

37) Hill, v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3D. 1147(1997)

38) See id. at 1148.

39) ProCD, supra note 31 at 1450.

40) Hill, supra note 37 at 1150.

41) See id. at 1151.

의 존재를 알 수 있는 실마리가 존재하고 매수인에게 반품의 기회가 주어진 ProCD사건뿐만 아니라, 사전에 약관제시가 전혀 존재하지 않는 일반 매매계약의 사례에서도 사후조항의 유효성을 인정하고 있어 큰 파문을 일으켰다.<sup>42)</sup>

ProCD판결과 Hill판결에 의하면, 회전진행형 계약에서 계약의 성립시점은 상품인도나 대금지급시가 아니라 매수인이 상품포장을 개봉한 후 반품하지 않고 반품기간이 경과된 시점이라고 구성한다.<sup>43)</sup> 계약의 성립시점을 늦추어, 경상원칙에 회귀한 이론구성을 함으로써 사후조항의 문제를 해결하고 있는 것이다.

#### 다. Klocek v. Gateway 판결

2000년에 같은 Gateway사의 사후조항이 계약에 포함되는지 여부가 다투어진 Klocek v. Gateway판결은, 다음과 같은 논지에 따라서 사후조항의 효력을 부정하고 있다.<sup>44)</sup> UCC 2-207조를 조문에 충실하게 해석하면 반드시 Hill판결이 내리는 것과 같은 결론이 도출되는 것은 아니다. 전화주문거래의 경우 매수인의 전화주문이 청약이고 Gateway사가 주문에 응한 시점에 승낙이 있었다고 해석하는 것이 자연스럽다. 그리고 동봉한 약관은 2-207(1)조 및 (2)조에 의하면 전화로 계약이 성립한 후에 이루어진 추가청약에 지나지 않는다고 해석해야 한다. ProCD판결은 UCC 2-207조의 규정이 복수의 약관이 경합하는 '서식의 싸움'의 사례만을 대상으로 하고 매도인의 약관만이 대상으로 되는 사안에는 적용되지 않는다고 설명하지만,<sup>45)</sup> 이러한 해석은 UCC 2-207조의 문리해석으로서는 명백히 무리가 있다.<sup>46)</sup> 또한 반품기간 내에 반품이 되지 않았기 때

42) 약관의 존재를 알고 있지 않은 이상, 전화주문 시에 주요계약조건에 부수하는 형태로서 약관에 관해서 포괄적으로 동의가 있었다고 설명하는 것은 무리가 있다는 것이다(Roger C. Bern, "Terms Later" Contracting : Bad Economics, Bad Morals, and a Bad Idea for a Uniform Law, Judge Easterbrook Notwithstanding, 12 J. L. & Pol'y 641, 2004, at 642-643).

43) ProCD, supra note 31 at 1452 ; Hill, supra note 37 at 1149.

44) Klocek v. Gateway, 104 F. Supp. 2d. 1332(2000) at 1341.

45) ProCD, supra note 31 at 1452.

46) See e.g., Robert A. Hillman, Rolling Contracts, 71 Fordham L. Rev. 743 at 753(2002):

문에 약관에 동의했다고 보는 법리구성도 전통적인 법해석에도 맞지 않는다.<sup>47)</sup>

Hill판결을 비판하고 UCC 2-207조를 충실히 해석할 것을 주장하는 학설은 전화주문거래의 관행을 고쳐야 한다고 주장한다. 하지만 미국의 경제계는 소비자에 대한 통신판매거래에서 사후조항은 당연히 유효하다고 주장하고 있으며, 만약 사후조항의 효력이 부정된다면 사업자는 고객에게 판매하는 상품에 동봉하는 약관의 내용을 일일이 설명해야 하는데 이것은 거의 불가능하다고 주장한다. 매수인도 PC에 부속하는 모든 약관을 판매원이 일일이 설명해줄기를 바라지는 않을 것이라고 한다. 그러나 전화로 약관을 읽는 것이 무리라고 하여도, 적어도 약관이 동봉되고 있는 사실을 전화로 알려야 할 것이다.<sup>48)</sup>

## 2. 입법활동

### 가. 컴퓨터정보거래통일법 제정

Software·License나 정보거래의 특수성에 착안한 ALI와 통일주법위원회전국회의(National Conferrence of Commissioners on Uniform State Laws, 이하 'NCCUSL'이라 한다)는, UCC 제2편에서 소프트웨어·정보거래를 분리하여 새로이 UCC 제2B편에서 새로이 규율함으로써, 1999년에 컴퓨터정보거래통일법(Uniform Computer Information Transactions Act, 이하 'UCITA'라고 한다)을 탄생시켰다.<sup>49)</sup> 이 법에서는 수축포장(shrink wrap) 라이선스 계약에서 사후조항을 인정하는 특별규정을 두었는데,<sup>50)</sup> 사후조항을 적극적으로 인정하는 규정은 사업자에게 일방적으로 유리하다고 하여 소비자단체 등의 강한 반발을 받았다.<sup>51)</sup> UCITA가 국내에서 지지를 받을 수 없다고 판단한 NCCUSL

White & Summers, supra note 23 at 91, 94.

47) Kloesk v. Gateway, at 1341.

48) John E. Murray, Jr., The Dubious Status of the Rolling Contract Formation Theory, 50 Duq. L. Rev. 35 at 51(2012).

49) UCC 제2B편의 기초 작업은 NCCUSL과 ALI의 공동작업으로 진행되었으나 중간에 ALI가 빠지고, NCCUSL이 독자적으로 개정작업을 진행하였다(Brian D. McDonald, The Uniform Computer Information Transactions Act, 16 Berkeley Tech. L. J. 461 (2001) at 462).

50) UCITA §202, §208, §209.

은 결국 각 주에 대한 입법보급 활동을 단념하였다.<sup>52)</sup>

## 나. UCC 제2편 개정

UCC 제2편의 개정작업을 진행하는 중에 Hill판결이 제기한 문제를 배경으로, 사후조항의 효력여부가 하나의 과제로 부각되었다.<sup>53)</sup> 그러나 2-207조개정안에서는 UCITA의 입장과는 정반대로 약관의 사전제시요건을 창설하여 사후조항의 효력을 제한하려는 것이었고,<sup>54)</sup> 동 개정안은 1999년 5월 ALI총회에서 채택되었지만, 경제계나 경제학과 법학자 등으로부터의 강한 반발에 밀려<sup>55)</sup> 결국 동년 7월 NCCUSL총회의 최종의안에서는 집행부가 이를 제외하였고,<sup>56)</sup> 그 후 우여곡절을 겪으면서 2003년에 채택된 수정 UCC 2-207조<sup>57)</sup>는 사후조항에 관하여 특별한 규정을 두는 것을 단념함과 동시에 이 문제에 관하여 어떠한 입장도 취하지 않을 것을 선언하였다.<sup>58)</sup>

ProCD판결이나 Hill판결을 계기로 사후조항의 효력을 정하려는 입법안은 이익단체간의 첨예한 대립 때문에 의견의 일치를 볼 수 없어 그 시도는 실패로 끝났다. 사후조항의 존재를 정면으로 인정하는 입법안이 강한 반발을 받는 한편, 사후조항의 효력을 제한하는 시도도 좌절된 것이다.

51) McDonald, *supra* note 49 at 463-466.

52) UCITA의 조항을 입법으로 채용한 주는 버지니아주와 메릴랜드주에 밖에 없다. NCCUSL이 UCITA의 입법보급 활동을 단념한 과정에 관해서는, Sandy T. Wu, *Uniform Computer Information Transactions Act : Failed to Appease Its Opponents in Light of the Newly Adopted Amendments*, 33 Sw. U. L. Rev. 307(2004).

53) UCC 제2편 개정안에서 약관사전제시요건을 둘러싼 UCC기초위원회와 경제계와의 공방을 다룬 문헌으로, 三枝健治, 前掲論文(三) 참조.

54) James J. White, *Default Rules in Sales and the Myth of Contracting Out*, 48 Loy. L. Rev. 53 (2002) at 76-78.

55) See *id.* at 70-76.

56) 개정작업의 리포터인 Richard Speidel이 이에 항의하여 리포터 직을 사임하는 사태를 초래하기도 하였다(See *id.* at 78).

57) 수정 UCC 2-207조는, 경상원칙의 범위론과 약관편입론의 준별을 보다 철저히 하고, 약관의 편입을 청약과 승낙이라는 구도에서 판단할 것이 아니라 사안에 따라서 유연하게 판단할 수 있도록 배려하고 있다. 그러나 모든 주에서 수정 UCC 제2편을 채택하고 있지는 않다(White & Summers, *supra* note 23 at 82).

58) Amended UCC§2-207(comment 5).



## V. 전자상거래상의 약관제시와 그 효력

### 1. 전자상거래상 약관의 제시방법

전자상거래에서도 약관의 제시요건과 그 유효성에 관한 문제가 판례상 다투어지게 되었다. 이에 대한 미국의 판례는, 인터넷상의 약관에 대한 클릭(click)유형에 따라서 일반적으로 clickwrap형과 browswrap형으로 나누어 그 유효성을 살펴볼수 있다. clickwrap형에서는, 인터넷 상의 상품을 구입할 때 구매 버튼을 클릭하면 약관이 표시되고, 약관의 끝 부분에 '약관에 동의함'이라는 아이콘과 '동의안함'이라는 아이콘이 있고, 전자를 클릭하면 약관에 동의한 것으로 보게 되어 상품을 구매할 수 있지만, "동의안함"이라는 아이콘을 클릭한 경우에는 계약이 성립되지 않고 상품도 구매할 수 없는 구조를 취하고 있다.<sup>59)</sup> browswrap형은 clickwrap 보다도 구조가 간결하여, 웹사이트 화면상에 약관에 접속하기 위한 링크는 첨부되지만, '상품의 구매'를 표시하는 아이콘이 약관에 동의하는 의사표시를 겸하고 있지 않다. 상품구매 시 약관화면의 링크를 클릭하여 약관에 접속하는 것을 전제조건으로 하는 것은 아니므로 매수인은 약관화면에 접속하지 않고도 상품을 구입할 수 있다.<sup>60)</sup>

미국의 판례는 매수인이 약관에 동의했는지 여부를 판단함에 있어서, 판매업자가 clickwrap형 동의과정을 채용하고 있는 경우에는 약관에 대한 동의의 효력을 적극적으로 인정하지만 browswrap형 동의과정을 거친 동의의 효력에 대해서는 보다 회의적인 입장을 취하고 있다.<sup>61)</sup> 그런데, 판례의 이러한 회의적인 태도에도 불구하고 전자상거래 사이트의 90%가까이가 browswrap형의

59) Robert A. Hilman & Jeffrey J. Rachlinski, Standard-Form Contracting in the Electronic Age, 77 N. Y. U. L. Rve. 429 (2002) at 464.

60) See id.

61) Ronald J. Mann & Travis Siebenricher, Just One Click : The Reality of Internet Retail Contracting, 108 Colum. L. Rev. 984 (2008) at 990. browswrap의 합의절차에서는 약관은 유효하지 않다고 판시한 판례의 대표적인 예로서, Specht v. Netscape, 306 F. 3d. 17 (2002) 참조.

합의절차를 선택하고 있다고 조사되고 있다.<sup>62)</sup>

전자상거래의 편리성을 배려한다면 상품의 주문에 앞서 약관을 장황하게 표시하고 있는 웹사이트의 설계는 회피해야 하지만, 리스크 관리를 위해서 약관에 의한 거래를 규율하지 않을 수 없으므로 전자상거래 사업자는 browsewrap형 약관의 합의절차에 기대를 가지게 된다. 그리고 지방법원의 판례 중에는 browsewrap형 합의절차가 유효하다는 판례도 나오고 있다.<sup>63)</sup>

요컨대, 앞에서 살펴본 UCC 2-207조의 해석을 둘러싼 사후조항 문제는 약관제시의 시기에 대한 효력의 문제임에 반하여, 전자상거래 상의 browsewrap 문제는 약관의 제시방법이나 유형에 관한 문제라고 할 수 있다.

## 2. 전자상거래상 약관의 역할

전자상거래에서 약관의 제시방식이 불충분한 경우에도 약관의 구속력을 인정하는 견해가 유력하게 존재하고 있는 이유는 무엇일까. 전자상거래의 특수성에 비추어 전자상거래의 구조 전체 가운데 약관의 위치를 객관적으로 고찰하는 것이 의미가 있다고 할 수 있다. 전자상거래의 웹사이트에는 사업자와 고객 쌍방에게 계약의 이행을 확실히 하기 위한 인센티브가 구축되어 있다.<sup>64)</sup> 사이트 운영자를 신뢰하여 거래를 시작한 구매자는 신용카드로 결제하는데, 신용카드회사가 제공하는 클레임처리기능(chargeback)이 구매자의 상품클레임을 접수, 카드회사의 판단으로 대금을 반환하는 기능을 한다.<sup>65)</sup> 이 기능은 구매자에게는 상품결함에 대하여 재판을 하지 않고 문제를 해결할 수 있을 뿐만 아니라 사업자에게도 사업자의 이행능력에 관한 고객의 신뢰도를 높이는 장점이 있다.<sup>66)</sup> 그리고 사업자는 신용카드회사에 의한 분쟁해결이 납득되

62) Mann & Siebeneicher, supra note 61 at 998.

63) See e.g., Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F. 3d 393 (2004); Pollstar v. Gigmania, Ltd., 170 F. Supp. 2d 974 (2000); Ticketmaster Corp. v. Tickets, Com, Inc., 2003 W L 21406289 (2003). See also Mark A. Lemley, Terms of Use, 91 Minn. L. Rev. 459 (2006) at 472-480.

64) Ichiro Kobayashi, Private Contracting and Business Models of Electronic Commerce, 13 U. Miami Bus. L. Rev. 161 (2005).

65) See id. at 193-194.

지 않는 경우 최후의 수단으로서 재판에 의한 분쟁해결의 수단이 남아있다. 약관은 chargeback 등의 절차로 해결되지 않을 경우에 비로소 발동되는 것이며, 동시에 약질의 클레임을 행하는 소비자에 대한 위협수단도 된다.<sup>67)</sup>

약관의 역할이 전자상거래 사이트의 비즈니스 모델 총체 중에서 기능의 일부를 구성하고 있으므로, 약관의 효력을 쉽게 부정해버린다면 사업자가 당초 계획한 비즈니스 모델의 전체적인 균형이 깨지게 된다. 또한 합리적인 구매자에게 전자상거래 약관의 존재는 당연히 예상할 수 있는 것이고 약관의 효력을 인정하는 것이 '불의의 타격'이라고 할 수 없다.

### 3. 소프트웨어 계약법원칙

약관의 사후조항을 둘러싸고 심한 의견대립과 입법 활동의 좌절을 경험한 미국은 약관에 대한 동의를 유연하게 취급하는 계약법이론을 모색하고 있다.

Robert Hillman교수는, 약관의 효력을 판단하는데 있어서 약관이 계약성립 전에 제시되었는지 성립 후에 제시되었는지를 논하는 것은 전혀 의미가 없다고 지적한다. 그는 "Llewellyn의 포괄동의이론에 의하면 결국 가공에 지나지 않는 동의의 유무를 판단하기 위하여 계약이 언제 성립하는가에 관하여 끝없는 논의를 거듭하는 것은 헛수고일 것이다. 그렇다면 약관의 사전제시 요건을 포기하고 약관에 대한 동의를 유연하게 취급하는 편이 훨씬 더 의미가 있다. Gateway의 사후조항 문제도 장래 등장할 수 있는 약관을 포함하여 통째로 동의하였다고 구성하면 되고, 사전제시에 구매될 필요도 없다"고 한다.<sup>68)</sup>

Hillman교수의 이러한 주장의 본질은 2009년에 ALI가 채택한 소프트웨어 계약법원칙(Principles of the Law of Software Contract, 이하 '소프트웨어 계약법원칙'이라 한다)에 깊이 반영되었다.<sup>69)</sup> 소프트웨어 계약법원칙 2.02조에서

66) See id. at 192-193. 小林一郎, "日本の契約實務と契約法-關係的契約とドラフティング・コストの考察から(6・完)", NBL 935號, 2010, 97面 參照.

67) 小林一郎, 上掲論文, 96-97面 參照.

68) Hillman, supra note 46 at 744.

69) 소프트웨어 계약법원칙은 소프트웨어 거래법에 관하여 명확화·통일화를 도모하기 위하여 채택된 모델법이지만, 법적 구속력을 가지지 않는 실무지침에 지나지 않고, 등 원칙이 법률

약관의 제시요건에 관하여 규정하고 있는데, 2.02(b)조는 매수인이 약관에 구속되는 것을 의도하고 있다고 매도인이 믿는데 충분한 합리적 상황이라면 약관은 제시되었다고 규정한다. 이어서 2.02(c)조는, 약관의 제시에 관한 세이프·하버원칙(Safe Harbor Principles)을 보이고 있다. 이 원칙의 요건으로서, ①거래개시 전까지 약관이 열람 가능한 상태에 있을 것 ②양도시 또는 결제시 중 빠른 시점까지에 상대방이 약관을 수령하고 있을 것 ③전자상거래의 경우에는 전자약관에 서명되고, 약관이 상품에 동봉되어 있는 경우에는 매수인이 합리적인 기간 내에 반품·환금 절차를 취하지 않을 것 등을 들고 있다.<sup>70)</sup>

2.02(b)조는, 문맥상으로는 계약성립시에 약관을 제시할 것을 엄격하게 요구하지는 않고, 매수인이 구입시에 약관에 구속되어도 이상하지 않을 상황에 있었는지 여부에 관하여 객관적으로 검토한다. 계약의 성립형태는 다양하게 존재하고 명확한 원칙을 규정한다고 해도 모든 사안에 타당한 결론을 이끌어 낼 수는 없으므로 일반원칙으로서 제시요건은 충분한 유연성을 가져야 한다는 판단이 작용하고 있다.<sup>71)</sup> 또한 약관의 사전제시는 계약의 성립요건으로서가 아니라 권장되는 'best·practice'로서 요구되는 것이었다.<sup>72)</sup>

#### 4. 제도적 계약론의 출현

Clayton Gillette교수는, 계약의 성립에 있어서의 '동의(assent)'를 사적자치의 표현인 당사자의 의사로 받아들이는데 한계가 있다고 지적한다.<sup>73)</sup> 약관을 읽지 않은 매수인은 제시된 약관이 자기의 이해를 적절하게 반영하는지 여부를 판단할 수 없다. 그래서 매수인은 이러한 판단을 제3자인 '대리인(surrogate)'에

---

로서 받아들일 것인가는 장래 판례가 이를 채용할지 여부에 달려있다(See Robert A. Hillmann & Maureen A. O'Rourke, Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights, 84 Tul. L. Rev. 1519 (2010) at 1519).

70) browwrap형의 동의절차는 세이프 하버의 요건을 충족시키지 않는다고 한다. See Principles of the Law of Software Contracts §2.02(comment b).

71) See id. (comment b).

72) See id. (comment c).

73) Gillette, supra note 33, at 683.

게 대신하도록 한다. 여기에서 말하는 '대리인'의 대표적인 예로서 약관의 효력을 판단하는 법원이나, 약관을 허가하는 규제당국 등을 들 수 있으며, 거래시장에서도 '약관을 읽은 매수인 집단'이 '약관을 읽지 않은 매수인 집단'을 대신하여 약관내용의 형평성·합리성 여부를 판단하고 있다고 할 수 있다. 극단적으로 말하면 '약관을 읽은 매수인 집단'의 평판을 의식한 매도인 자신도 매수인의 '대리인'으로서 매수인의 이익을 약관에 적절히 반영시키고 있다고 생각할 수도 있다.<sup>74)</sup> 이렇게 해석하면 제시방법이나 시기에 있어서 불충분한 browsewrap이나 사후조항의 경우에도 약관이 거래시장에서 평가 가능한 상태로 놓여있다면 약관에 구속력을 인정하는 것이 가능하게 된다는 것이다.

현대의 거래실무에서는 계약조항에 대한 동의를 유연하게 해석하고, 경우에 따라서는 동의라고 의제할 수 있는 승낙자의 행동을 찾는데 고심하고 있는 상황임에 틀림없다.<sup>75)</sup> 약관제시요건에 관한 Hillman이나 Gillette의 주장에 의하면, 대부분 읽지 않는 약관에 대하여 동의유무를 논하는 것은 큰 의미가 없고 만약 동의유무를 논한다 해도 동의의 존재는 계약의 성립과정과 거래실무의 동향에 따라 유연하게 취급되어야 하며, 약관에 대한 동의는 사적자치에 있어서 당사자의 의사의 합치라는 성질을 넘어 경제적인 효용을 높이기 위하여 제도가 요구하는 하나의 기능이라고 할 수 있다는 것이다.<sup>76)</sup>

## V. 결론

미국에 있어서의 약관의 효력은 경상원칙에 의하여 처리되어 왔는데, UCC 2-207조가 경상원칙을 부정한 것을 계기로 약관의 제시요건과 효력에 관한 다

74) See id. at 689.

75) 内田貴는, 의사에 의한 계약형성이라는 원칙이 유지할 수 없는 정도에 이른 경우, 이러한 계약은 거래계약과는 다른 제도적 계약으로서 파악해야 하는데, 제도적 계약의 범위는 그 근거를 '개별적 교섭을 인정할 수 없을 정도로 불공평한' 경우에 두고, 일반 약관거래는 제도적 계약 차원에서 보면, 가공은 있어도 '의사에 의한 계약형성'이라는 원칙이 유지되고 있다고 한다(内田貴, 「制度的契約論·民營化と契約」, 羽鳥書店, 2010, 126面).

76) Gillette, supra note 33, at 683.

틈이 전개되어 왔다. 이러한 다툼의 전개과정을 요약하면, 첫째, 구술 합의후 약관을 첨부한 주문확인서를 보냈는데 상대방이 응답이 없는 채 이행을 한 경우 약관은 어떠한 효력이 있는가, 둘째, 수축포장거래나 전화주문 거래에서 대금지급·상품인도 후에 제시된 약관, 즉 사후약관은 효력이 있는가, 셋째, 전자상거래에서 약관제시방법이 불충분한 경우에도 약관의 효력을 인정해야 하는가 하는 것에 대한 다툼이었고 이에 대한 학설과 판례의 변천, 그리고 입법활동에 대하여 개괄적으로 살펴보았다.

첫째의 경우, 약관조항에 관한 합의가 계약합의 전체 중에 포괄적으로 포함 되어진 것으로서 평가할 수 있는가의 문제로서, UCC 2-207조는, 약관을 제시 하기에 앞서서 구술합의가 성립하고 있는 경우에는 그 후에 제시된 약관을 계약합의 중에 포괄적으로 포함시킬 수는 없다고 하므로 약관을 계약상 합의 에 포괄적으로 포함시키기 위해서는 본질적인 부분에 관한 합의 전까지 약관 이 제시되어야 한다고 해석해야 한다.

둘째의 경우, UCC 2-207조가 추구하는 사전제시 명제의 한계를 보여주는 전형적인 예로서, 거래실무에서는 약관이 사후에 제시된 경우에도 약관이 계약 전체 중에 포함되어진다고 평가해야할 경우가 있다는 것이 명백해졌다.

셋째의 경우, 약관제시의 전제로서 약관을 읽으려면 읽는 것이 가능한 상황 이란 어떠한 상황인가 하는 논의와 관련된 문제이다. 이러한 문제에 대하여 학설은 약관거래 실무의 현상에서 약관제시 과정에 대한 정서와 관례를 중시 하고 있음을 알 수 있다.

요컨대, 위 세 가지 모두 약관이 계약상 합의 중에 통째로 포함되어 있다고 평가할 수 있는지 여부에 대한 판단과 관련이 있다. 미국에서는 오랜 논의를 통하여 약관에 대한 동의를 의제하는데 불과하다는 '포괄동의이론'을 재구성하 려고 노력해 왔다. 이 과정 속에서 계약합의에 약관을 '포함시키는 방법'에는 다양한 변형이 있고, 경우에 따라서는 약관의 제시가 계약체결 후에 이루어지 는 경우도 있고, 약관수령자에 대한 제시방법이 불충분한 경우도 있다는 것을 알 수 있다. 계약은 당사자 간의 합의로 성립하는 바, 거래 실무에서 대부분 약관을 읽지 않기 때문에 당사자 간에 약관조항에 관하여 엄밀한 의미에서의 합의가 있었다고 하기는 어렵다. 그래서 약관조항을 계약에 포함시키는데 있

어서는 적어도 외형적으로 합의라고 의제할 수 있는 과정이 있어야 한다는 이론이 전개되고 있다. 다만 이것은 가공의 논의이므로 지침으로서 안정감이 결여되고, 원칙보다도 실리를 우선하려는 거래실무에서 받아들이지 못하는 경우가 많음을 알 수 있다.

## 참고문헌

- 內田貴, 「民法改正-契約のルールが百年ぶりに変わる」, 筑摩書房, 2011.
- 內田貴, 「制度的契約論・民營化と契約」, 羽鳥書店, 2010.
- 三枝健治, “UCC第二編改正作業における約款の採用規制の試み(一)-(五)-内容規制との關係系念頭に”, 「法政理論」37卷 3・4號- 39卷 3號, 2005-2007.
- 小林一郎, “國際取引におけるLex Mercatoriaと法の競争-契約關係維持の原則(Favor Contractus)系題材として”, 「國際商取引學會年報」第14號, 2012.
- 小林一郎, “米國契約法理論におけるフォ-マリズムの展開と日本の企業間取引契約”, 「私法」74號, 2012.
- 小林一郎, “日本の契約實務と契約法-關係的契約とドラフティング・コストの考察から(6・完)”, NBL 935號, 2010.
- 小林一郎, “ウィ-ン賣買條約における書式の戦い(上)-なぜCISGはラスト・ショット・ルール系採用したのか”, 「JCAジャーナル」58卷 6號, 2011.
- 阿部泰久・川崎茂治, “民法(債權關係)改正の中間論点整理に對する經團連の考え方”, 「金法」1932號, 2012.
- 河上正二, 「約款規制の法理」, 有斐閣, 1988.
- American Parts Co., Inc. v. American Arbitration Association, 8 Mich. App. 156(1968).
- Arthur Allen Leff, Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause, 115 U. Pa. L. Rev. 485(1967).
- Brian D. McDonald, The Uniform Computer Information Transactions Act, 16 Berkeley Tech. L. J. 461(2001).

- Clayton P. Gillette, Rolling Contracts as an Agency Program, 2004 Wis. L. Rev. 679(2004).
- Dale R. Horning Co., Inc. v. Falconer Glass Industries, Inc., 710 F. Supp. 693 (1989).
- Daniel Keating, Doctrine in Action Exploring the Battle of the Forms in Action, 98 Mich. L. Rev. 2678(2000).
- Dorton v. Collins & Aikman Corp., 453 F. 2d. 1161(1972).
- E. Allan Farnsworth, Contracts, 4th ed.,(1999).
- Hill v. Gateway 2000, Inc, 105 F. 3d. 1147(1997).
- Ichiro Kobayashi, Private Contracting and Business Models of Electronic Commerce, 13 U. Miami Bus. L. Rev. 161(2005).
- Ionics, Inc. v. Elmwood Sensors, Inc., 110 F. 3d. 184(1997).
- James J. White & Robert S. Summers, Uniform Commercial Code(5th ed.) Vol.1(2006).
- James J. White, Autistic Contracts, 45 Wayne L. Rev. 1693(2000).
- James J. White, Default Rules in Sales and the Myth of Contracting Out, 48 Loy. I. Rev. 53(2002).
- James J. White, Form Contracts under Revised Article 2, 75 Wach. U.L.Q.315(1997).
- John E. Murray, Jr., The Dubious Status of the Rolling Contract Formation Theory, 50 Duq. L. Rev. 35(2012).
- Karl Llewellyn, The Common Law Tradition-Deciding Appeals(1960).
- Klocsk v. Gateway, 104 F. Supp. 2d. 1332(2000).
- Mark A. Lemley, Terms of Use, 91 Minn. L. Rev. 459(2006).
- Mid-South Packers, Inc. v. Shoney's, Inc., 761 F. 2D. 1117(1985).
- Pollstar v. Gigmania, Ltd., 170 F. Supp. 2d 974(2000).
- ProCD V. Zeidenberg, 86 F. 3D.1447(1996).
- Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F. 3d 393(2004).
- Robert A. Hillman, Rolling Contracts, 71 Fordham L. Rev. 743(2002).



- Robert A. Hillmann & Maureen A. O'Rourke, Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights, 84 Tul. L. Rev. 1519(2010).
- Robert A. Hilman & Jeffrey J. Rachlinski, Standard-Form Contracting in the Electronic Age, 77 N. Y. U. L. Rve. 429(2002).
- Roger C. Bern, "Terms Later" Contracting : Bad Economics, Bad Morals, and a Bad Idea for a Uniform Law, Judge Easterbrook Notwithstanding, 12 J. L. & Pol'y 641(2004).
- Ronald J. Mann & Travis Siebenricherm Just One Click : The Reality of Internet Retail Contracting, 108 Colum. L. Rev. 984(2008).
- Roto-Lith, Ltd. v. F. P. Bartlett & Co., 297 F. 2d. 497(1962).
- Sandy T. Wu, Uniform Computer Imformation Transactions Act : Failed to Appease Its Opponents in Light of the Newly Adopted Amendments, 33 Sw. U. L. Rev. 307(2004).
- Ticketmaster Corp. v. Tickets, Com, Inc., W L 21406289 (2003).

[Abstract]

The Study on validation of the contract terms requirements and ex post facto clause in American law

Kim, Sang-Chan

*Professor, Jeju National University Law School*

The role of contract terms in modern society has been increasingly important as it's decisive in business relations. Particularly in line with growing e-commerce accompanied by mass production, mass transaction and mass consumption, transaction under contract terms has been playing a

critical role in consumer life more than ever.

From business standpoint, standardized contract terms available in advance will enable them to do contract risk management in efficient way and for the consumer which is also one of the contract parties, it's inevitable to make use of the contract terms provided by the company because it's almost impossible for them to exchange the contract after reviewing every terms of the contract in detail. Given such important role, how to regulate the contract law to allow the contract terms to do its role appropriately has been emerged as the problem to be dealt with. However it would never be easy practically to specify the requirements for contract terms in civil law, considering the reality. Moreover since there's no baseline on when, where and how contract terms shall be suggested which are acceptable to everyone, disputes on requirements for suggesting contract terms and the validity of ex post factor clause can hardly be avoided, in fact.

This paper is intended to review the theory and legislation on requirements for suggesting the contract terms in the United States. After reviewing the Mirror Image Rule which has made commitment to distributing the contract terms in the United States and blanket assent theory on validation thereof from the standpoint of the contract party, regulation of contract terms and validation according to the Part II, Uniform Commercial Code was also evaluated, which was then followed by viewing the debate on the principle of software contract law for regulating the contract terms in e-commerce. The theory and legislation on requirements for contract terms in the United States would possibly imply the guideline in discussing the same in Korea as well as the help in solving the disputes with regard to requirements for contract terms and the validation of ex post factor clause.

**Key words** : Contract terms, Regulation of contract terms, Requirements for contract terms, ex post factor clause, Mirror Image Rule, Uniform Commercial Code, Blanket assent theory