

國際賣買契約의 成立에 관한 比較法的 研究

- CISG와 UNIDROIT 原則을 中心으로 -

裴 俊 逸*

-
- I. 序 論
 - II. 請約의 基準에 관한 比較
 - III. 承諾의 基準에 관한 比較
 - IV. 結 論
-

I. 序 論

각 국내법상의 규정이 상이함에 따라서 발생할 수 있는 문제 예컨대 法適用의 豫見 不確實性, 法的 不安定性 및 각종 紛爭 등을 해결하는 차원에서 국제적으로 통일된 법이 필요로 된다는 것은 주지의 사실이다. 국제물품매매계약과 관련하여 이러한 취지로 제정되어 성공적으로 채택된 統一法으로서 '國際物品賣買契約에 관한 UN協約'(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: 이하 CISG라고 칭함)을 들 수 있다.

그러나 CISG는 拘束力 있는 協約으로서 의도되었던 관계로 각 지역의 대표들간에 몇몇 조문에 대한 첨예한 대립이 있었고, 그 결과 그 조문은 서로 다른 규정을 둔 법계의 원칙들을 절충하는 방향으로 제정되어, 그 해석에 있어 모호함을 남기고 있다는 비판을 듣기도 한다. 대표적인 예가 바로 계약의 성립에 관한 동협약 제 19 조(請約을 變更하는 承諾)이다. 동조는 完全一致의 原則 (mirror image rule)을 준수하려는 대륙법계 대표와 이를 완화하려는 영미법계 대표간의 의견대립으로 인해 동원칙을 완화하고는 있으나, 후술하는 바와 같이 실질적으로 그렇지 못하다. UNIDROIT는 CISG가 가진 이러한 문제점에 대한

* 浦項 1 大學 貿易科 專任講師.

인식의 바탕위에 ‘國際商事契約에 관한 UNIDROIT 원칙’(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : 이하 UNIDROIT 원칙이라고 칭함)을 제정하게 되었다.

동원칙은 拘束力있는 協約으로 제정된 것이 아니고, 國際商事契約에 관한 일반원칙을 집적하여 再記述(restatement)할 의도로 제정되었기 때문에¹⁾ 제정 작업에 참가한 대표들은 자신이 속한 법계의 원칙에 구애받지 않고 가장 바람직한 방향으로 조문들의 내용을 구성하였다. 따라서 동원칙은 각 국내법 뿐만 아니라 국제매매법의 통일화라는 동일한 취지하에 제정된 CISG까지도 補充하는 역할(Gap-filling role)을 하고 있다.²⁾

CISG와 UNIDROIT 原則을 상호 비교하려는 노력은 최근들어 꾸준히 이행되고 있다. 그러나 이러한 노력은 주로 양 규정을 개괄적으로 비교하는 차원에서 벗어나지 못하고 있다. 이에 보다 구체적인 비교·검토가 이루어져야 할 필요성이 있는 바, 本考는 계약성립의 의사표시, 즉 請約과 承諾에 관한 法理를 중심으로 양규정을 비교·검토하는 데 그 목표를 두고 있다.

CISG는 제 2편에서 계약의 성립에 관한 규정을 두고 있는데, 제 14 조에서 제 17 조까지 請約을, 제 18 조에서 제 22 조까지 承諾을 다루고 있다. UNIDROIT는 제 2장에서 계약의 성립에 관한 규정을 두고 있으며, 그 중 제 2.2 조에서 제 2.5 조까지 請約을, 제 2.6 조에서 제 2.11 조까지 承諾을 다루고 있다. 이들 양 규칙의 내용은 일반적으로 일치한다. 그러나 이미 언급한 바와 같이, UNIDROIT 원칙이 CISG를 補充하는 역할을 하고 있는 만큼, 兩者의 규정에는 다소 차이를 나타내고 있는 부분도 있다. 특히 請約의 基準 혹은 概念에 관한 규정(CISG 제 14 조, UNIDROIT 원칙 제 2.2 조)과 請約을 變更하는 承諾에 관한 규정(CISG 제 19 조, UNIDROIT 원칙 제 2.11 조)은 해석에 따라 兩規則으로 하여금 다른 결론을 도출케 한다는 점에서 비교가 되어질 필요가 있다. 그리고 UNIDROIT 원칙은 CISG에서 직접적으로 다루고 있지 않는 書式의 交戰에 관한 명문 규정(제 2.19 조~제 2.22 조)을 두고 있는데, 이러한 보충적 조항이 UNIDROIT 원칙의 여타조항 및 CISG상의 규정과 어떠한 연관성을 가지는지

1) 梁暎煥, 徐正斗, 國際貿易法規, 三英社, 1998, p. 229.

2) A.M. Garro, "The Gap-Filling Rule of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between The Principles and The CISG", *Tulane Law Review*, vol. 69 1995, pp. 1155~1156; M.J. Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?", *Uniform Law Review*, 1996, pp. 11~13.

혹은 어떻게 보완하는지도 역시 고찰의 대상이 될만 하다.

이하에서는 계약을 성립시키는 요소로서의 請約(제 II 장)과 承諾(제 III 장)에 관한 법리를 우선 CISG상의 규정을 통해 알아보고 난 후, 이를 기준으로 UNIDROIT 원칙상의 규정을 비교·검토하고자 한다.

II. 請約의 基準에 관한 比較

1. 請約의 基準: 確定性, 拘束性

請約(offer)이란 일반적으로 請約者(offeror)가 被請約者(offeree)에게 계약을 체결하고자 하는 의사표시를 말한다. 즉 請約은 거래관계에 있는 당사자의 일방이 그 상대방의 承諾(acceptance)과 아울러 일정조건의 계약을 기대하고 행하는 의사표시이다.³⁾ 이러한 請約은 承諾만 있으면 계약을 성립시키는 효력을 가지고 있는데, 이를 承諾適格(power of acceptance)이라고 한다.⁴⁾

CISG와 UNIDROIT 원칙은 請約의 개념을 규정하는 조항(CISG 제 14 조 제 1 항, UNIDROIT 원칙 제 2.2 조)에서 유효한 請約의 기준을 '내용의 충분한 확정성'과 '승낙에 대한 구속의사표시'로 두고 있다.⁵⁾

2. 充分한 確定性

(1) CISG上的 規定

CISG 제 14 조 제 1 항은 物品과 數量 및 代金の 지정(indication)을 당해 請

3) 原 猛雄, 貿易契約の研究, ツネルウ"ア書房, 1958, p. 48; A.G. Guest, *Anson's Law of Contract*, 26th ed., Oxford University Press, 1984, p. 25.

4) 新堀 聰, 貿易取引入門, 日本經濟新聞社, 1992, p. 3.

5) CISG Article 14. (1): A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price. UNIDROIT Principle Article 2.2: A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.

約의 확정성을 결정짓는 본질적 사항으로 간주하고 있다. 물품에 대한 상세한 명세는 필요치 않으며 다만 지정(indication)되면 된다.⁶⁾ 물품이 적절하게 지정되기 위해서는 물품의 모양과 색상 및 평균적인 품질 등이 언급되어야 한다. 그리고 수량과 대금은 明示的으로든 默示的으로든 지정되면 된다.⁷⁾

CISG는 請約의 확정성을 결정짓는 본질적인 사항을 上記의 3가지로 규정하고 있지만, 대부분의 법정지에서는 當事者自治의 原則 혹은 契約第一主義의 原則에 입각하여 한 당사자가 대금지급방법 혹은 인도방법과 같은 추가적인 부분에 대한 合意를 주장할 경우, 그 또한 本質的 事項에 포함되도록 하고 있다.⁸⁾

논란의 여지가 많은 부분은 대금의 지정에 관한 것이다. CISG 제 14조 제 1항에 의하면, 대금이 明示的 혹은 默示的으로 지정되지 않을 경우, 당해 의사표시는 확정적이지 않으며 결국 請約이 되지 못한다. 따라서 이러한 경우, 請約과 承諾에 의하여 계약이 성립된다는 소위 2박자공식에 의하면, 계약은 유효하게 성립되지 못한다.⁹⁾ 그러나 CISG에서는 이와 같은 공식을 따르지 않고서도 계약이 체결될 수 있음을 인정하고 있다. 동 협약 제 18조 제 3항에 따르면, 계약은 '행위를 수행함으로써(by performing an act)' 체결될 수도 있다고 규정하고 있으며, 나아가 제 8조 제 3항에서는 당사자의 진술(statement)은 거래관행과 당사자간의 관습을 포함하는 것으로 해석되어야 하며, 또한 '기타 당사자의 후속되는 행위'를 고려하여 해석되어야 한다고 규정하고 있다. 결국 CISG에서는 請約 나아가 계약에서 대금의 지정이 없다 하더라도 계약이 성립될 수 있는 여지를 남기고 있는 것이다. 그러나 이와 같은 문제로 인해 당사자간에 계약성립여부에 관한 분쟁이 발생하여도, 동 협약에 의해서는 해결되지

6) 어떠한 제의가 물품을 '지정한다'는 문구의 의미는 비록 청약에서 물품의 명세를 표시하고 있지 않더라도 매수인이 차후에 이를 결정할 사정이 있다면, 물품을 지정하고 있다고 보아야 한다.

7) 수량의 묵시적 지정에 관해 예컨대, 천 마리의 소를 3달동안 먹일 수 있을 정도의 마초를 팔고자 하는 제안만으로도 충분하다는 것이다.(C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the Int'l Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè · Milan, 1997, p. 141) 또한 Honnold 교수는 "장기계약에서는 종종 매수인이 요구하는 수량을 尙量공급하거나 또는 매도인이 생산하는 수량을 尙量수매하도록 요구한다. 따라서 CISG 제 14조 제 1항을 근거로 해서 매도인의 생산량이나 매수인의 수요량이 밝혀지기 전에는 수량이 확정되지 않는다는 이유로 이러한 거래를 무효라고 해석해서는 안된다."라고 언급한 바 있다.(J. Honnold, *Uniform Law for Int'l Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2th edition, 1991, Kluwer pub., p. 197).

8) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 138.

9) 吳元爽 譯, UN統一賣買法, 三英社, 1998, p. 167,

못한다. CISG 제 4 조 (a) 호에 의하면 본협약은 계약의 유효성에 관계되지 아니한다고 규정하고 있기 때문이다. 따라서 법정지의 國際私法에 의하여 적용가능한 것으로 지정되는 國內法에 의해 계약성립의 유효성에 관한 판가름이 날 것이며, 만약 대금의 지정없이도 계약이 유효하게 성립되었다면 이때 대금은 CISG 제 55 조에 의하여 결정된다. 본 조는 “계약성립시에 당해거래와 유사한 상황에서 매매되는 그러한 물품에 대하여 일반적으로 징수되는 대금을 묵시적으로 援用한 것으로 본다.”고 규정하고 있다.¹⁰⁾

(2) CISG와 UNIDROIT 原則의 比較

CISG 제 14 조 제 1 항 및 UNIDROIT 원칙 제 2.2 조에서는 모두 請約의 의사 표시가 충분히 확정적이어야 함을 규정하고 있다. 그러나 확정성 부여요건에 관해서는 양 규정이 차이를 보이고 있다.

UNIDROIT 원칙에서는 請約은 충분히 확정적이어야 한다고만 규정함으로써 請約의 확정성에 대해 매우 포괄적인 규정을 두고 있다. 이에 비해 CISG에서는, 前述한 바와 같이, 請約이 충분히 확정적이기 위해서는 3가지 거래조건 즉 물품, 수량 및 대금이 지정되어야 한다고 규정하고 있다. CISG는 UNIDROIT 원칙보다 請約의 확정성 부여요건에 대해 더욱 구체적인 규정을 두고 있음을 알 수 있다.¹¹⁾

이러한 측면에서, CISG는 계약당사자간의 계약체결가능성을 제한하고 있다고 볼 수 있다. 비록 3가지의 요건만을 규정함으로써 최소한의 필요조건을 요구하고 있다고 하더라도, 可變性이 많은 실무에서는 당사자들이 그것마저 충족되지 않는 請約으로도 계약을 성립시키고자 의도하는 경우가 간혹 있다. 결국 물품, 대금 및 수량 중 어느 한가지에 대한 지정이 없는 請約이 있는 경우 이는 CISG상의 請約의 범위밖에 있게 되며, 소위 2박자공식에 의하면 그러한 請約에 대한 承諾이 있다하더라도 계약은 성립되지 않게 된다는 결론에 도달하게 된다. 물론 이미 언급한 바와 같이 동협약은 제 18 조 제 3 항 및 제 8 조 제 3 항에 의거하여 제 14 조 제 1 항의 請約의 확정성 부여요건 모두가 충족되지는

10) 대금에 관한 명시가 없는 계약이 유효하게 성립한 경우에, 대금을 정하는 방법에 있어서 비엔나협약은 UCC 및 SGA와 차이를 보이고 있다. 여기에 관해서는 上掲書 p. 170을 참고하라.

11) 박상기, “국제상업계약을 위한 UNIDROIT 원칙상 계약성립에 관한 규정의 국제거래에서 적합성에 관하여”, 「중재」, 1998 가을호, pp. 88~89.

않더라도 계약이 성립될 여지는 남기고 있지만, 그러나 당사자간에 이에 관한 분쟁이 발생할 경우 제 4조에 의거 동협약은 계약성립여부를 판단하는 수단으로 이용되지는 못하는 문제 즉, 法律空白이 여전히 존재하게 된다.

한편, UNIDROIT 원칙은 이러한 문제를 유발시키지 않는다. 동원칙은 請約의 내용이 확정적일 것을 규정하고는 있지만 CISG와 같이 제한적인 조건을 제시하고 있지는 않다. 따라서 동원칙하에서 당사자들은 거래의 형편과 환경에 따라 당사자들이 스스로 自由意思에 의해서 請約의 확정성 부여요건을 정할 수 있게 된다. 또한 UNIDROIT 원칙은 제 3장에서 계약의 유효성 문제를 명시적으로 규정하고 있음에 따라 계약성립여부에 관한 분쟁이 발생하는 경우 동협약의 범위내에서 해결할 수 있게 된다.

3. 拘束意思

(1) CISG上的 規定

CISG에서는 請約이 충분히 확정적이어야만 할 뿐 아니라 承諾이 있을 시 구속된다는 의사 또한 있어야 한다고 규정하고 있다.

請約이 구속성의 요건을 충족시키고 있는지를 판단하는 것은 上記의 확정성의 부여요건이 충족되고 있는지를 판단하는 것에 비해 결코 쉽지 않다. 왜냐하면, 구속의 의사표시는 일종의 心理狀態(a state of mind)를 지적하는 것으로서 명확한 객관적인 잣대로 확인될 수는 없고 개별 거래마다 별도로 판단해야 할 事實의 問題(question of fact)이기 때문이다. Bianca와 Bonell은 의사표시의 확정성이라는 기준은 객관적인 성격을 가지고 있지만, 구속의 의사표시라는 기준은 주관적인 것이라고 주장한 바 있다.¹²⁾

請約에 구속의사가 내재되어 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 당사자들 사이에 확립된 慣習, 慣行 및 기타 당사자의 後續하는 모든 행위를 포함하여 관련된 일체의 사정을 충분히 고려해야 할 것이지만,¹³⁾ 請約의 여타 전제조건으로부터 추론해 낼 수도 있다. 예컨대, CISG의 제 14조 제 1항에는 물품의 지정(indication of the goods)을 請約의 조건으로 두고 있을 뿐 그 물품에 대

12) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 139.

13) CISG 제 9조 제 3항.

한 보다 많은 明細(specification)를 要求하고 있지는 않다. 많은 경우, 그러한 物품의 指定만으로도 請約은 충분히 확정적인 것이 된다. 그러나 物품의 상세한 명세 없이는 제조가 불가능하거나 혹은 指定된 특정 物품에 많은 세부종류들이 있는 경우와 같이, 경우에 따라서는 상세한 명세가 없는 경우 請約이 모호해질 수 있다. 이러한 상황하에서는 請約者가 청약당시 承諾이 있는 경우 그에 구속된다는 의도를 가졌다고 볼 수는 없을 것이다.¹⁴⁾

구속성이 없는 請約은 請約의 誘引(invitation to offer)에 불과하다.¹⁵⁾ CISG 제 14 조 제 2 항은 다음과 같이 請約의 誘引을 정의하고 있다. “1인 또는 그 이상의 特定인에 대한 제의 이외의 어떠한 제의는, 그 제의를 행한 자가 반대의 의사를 명확히 표명하지 아니하는 한, 단지 청약의 유인으로 본다.”

구속의 의사표시가 결여된 請約의 誘引은 請約의 준비행위에 불과한 계약결의의 豫備的 交渉(preliminary negotiation) 段階로서 請約과 구별되어야 한다. 請約의 誘引과 請約은 그 법적 효력에 있어서 큰 차이가 있다. 前者는 承諾이 있어도 계약을 성립시키는 효력이 없으나 後者는 承諾에 의하여 계약이 성립된다.

請約의 誘引과 請約의 구분은 실제로 곤란한 경우가 많다. 따라서 개별적 상황, 사회적 의미에 따라 결정하는 수 밖에 없을 것이지만, 請約의 誘引은 일반적으로 不特定多數를 상대로 한다. 다만, CISG 제 14 조 제 2 항에 의하면, 그 제의를 행한 자가 반대의 의사를 명확히 표명한 경우에는 請約이 된다. 그러나 여기서 주목해야 할 부분은 ‘명확히 표명한(clearly indicated)’이라는 문구인데, 이는 소위 公共請約(public offer)이 請約으로서 효력을 발생할 수 있기 위해서는 特定인을 상대로 해야 한다는 조건 이외의 모든 조건들을 적어도 묵시적으로 라도 동시에 충족시켜야 한다는 것을 의미한다. 즉, 物품, 가격 및 수량에 관하여 指定을 함으로써 그 내용이 충분히 확정적이어야 함은 물론, 承諾이 있을 경우 이에 구속된다는 의사를 표명해야 한다는 것이다. 그러나 구속의사의 존재여부는 주관적으로 판단해야 하는 것으로서 확정성과 같은 여타 전제조건으로 부터 추론해야만 함을 감안할 때, 불특정 다수를 상대로 하는 청약이 CISG가 구체적으로 규정하고 있는 확정성요건(物품, 수량, 대금)을 모두 충족시킬 가능성은 현실적으로 희박하며 따라서 구속의사가 내포된 請約으로 추론하기

14) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 139~140.

15) G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 9th ed., Sweet & Maxwell, 1995, p. 11.

는 힘들 것이다.

(2) CISG와 UNIDROIT 原則의 比較

CISG와 UNIDROIT 원칙 모두 구속의사의 존재를 請約의 조건으로 규정하고는 있으나 後者は 前者에 비해 매우 단순하게 규정하고 있다. 이 부문에 관한 양 규정의 차이점은 다음과 같은 몇 가지로 요약된다.

첫째, CISG는 請約에 구속의사가 내재되어 있음을 판단하는 기준으로서 1인 혹은 그 이상의 특정인을 상대로 해야 함을 규정하고 있으나 UNIDROIT 원칙에서는 그러한 규정을 찾아볼 수 없다.

둘째, CISG에서는 請約의 확정성 부여요건으로서 3가지, 즉 물품, 수량 및 대금을 규정하고 있으며, 이 거래조건들이 請約書상에 지정되어 있어야만 당해 請約은 충분히 확정적인 것이 되고 나아가 구속의사가 있는 것으로 추론될 수 있다. 그러나 UNIDROIT 원칙에서는 확정성의 부여요건을 명시적으로 두지 않고 포괄적으로 규정함에 따라 請約의 구속성 존재 여부의 추론가능성을 증대시켰다고 볼 수 있다.

셋째, CISG는 請約의 誘引에 관하여 정의를 내리고 있으나 UNIDROIT 원칙에서는 그러하지 않다.

CISG는 위의 첫째, 둘째에서 기술된 바에 따라 구속의 의사표시가 없는 請約을 단지 請約의 誘引으로 규정하고 있다. 물론, 당사자가 반대의 의사를 명확히 표시하는 경우에는 불특정 다수를 상대로 하는 公共請約일지라도 청약으로 될 수는 있지만, 이미 언급한 바와 같이, 불특정 다수를 상대로 하는 청약이 CISG가 규정하는 구체적인 확정성요건(물품, 수량, 대금)을 동시에 충족시킬 가능성이 현실적으로 희박하다는 점을 감안한다면 구속성이 있는 청약으로 인정될 여지가 매우 낮다할 것이다.

한편, UNIDROIT 원칙은 '請約의 誘引'에 대하여 언급하지 않고 있다. 물론 제정작업의 참가자들이 請約의 誘引에 대한 法理를 고려하지 않았다고는 볼 수 없다. 그러나 CISG에 포함된 '1인 또는 그 이상의 특정인을 상대'로 해야 한다는 조건 역시 排除시키고 있음을 감안한다면, UNIDROIT 원칙은 불특정다수를 상대로 하는 공공청약 역시 동 원칙에서 포괄적으로 규정하고 있는 확정성 및 구속성의 조건을 충족시킨다면 청약으로서 인정될 여지를 남김으로써

계약의 성립을 보다 용이하게 하려는 의도가 내재되어 있다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 承諾의 基準에 관한 比較

1. 承諾의 基準 : 完全一致의 原則

承諾은 被請約者가 請約을 수락함으로써 계약을 성립시키겠다는 의사표시로 서, 계약성립을 완성시키는 행위이다.¹⁶⁾

전통적인 계약법의 사고방식으로는 承諾은 請約의 모든 조항에 대하여 同意하는 것이어야 한다. 즉, 承諾은 請約에 대해 절대적(absolute)이며, 무조건적(unqualified)이어야 한다는 것이다.¹⁷⁾ 만약 동의하지 않는 부분이 조금이라도 있으면, 이는 承諾이 아니고 反對請約에 불과하다. 이를 영미법에서는, 請約과 承諾은 거울에 비치는 모습과 같이 전체가 완전 동일하지 않으면 안된다는 의미로, 'mirror image rule' 혹은 '完全一致의 原則'이라고 칭하고 있다.¹⁸⁾ CISG 및 UNIDROIT 원칙에서도 이와 같은 취지의 규정(CISG 제 19 조 제 1 항, UNIDROIT 원칙 제 2.11 조 제 1 항)을 두고 있는데, 양 규정은 완전히 一致한다.¹⁹⁾

2. 完全一致의 原則의 緩和

(1) CISG上的 規定

完全一致의 原則을 너무 엄격하게 적용할 경우 계약의 체결이 원활하게 이루어지지 않는다. 따라서 청약내용에 대하여 本質的으로 實質的 變更(material alteration)을 가하는 承諾이 아니라면 사소한 내용의 변경은 계약의 일부로 인정시킴으로써 능률적으로 계약을 성립시킬 수 있도록 하기 위해서, 최근에는

16) *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota Y Aznar*, [1920] 2K.B. 287; 新堀 聰, 前掲書, p. 32; 姜元辰, 貿易契約論, 博英社, 1996, p. 21.

17) C.M. Schmitthoff, *Export Trade*, 9th ed., Stevens & Sons, 1990, p. 90.

18) 新堀 聰, 前掲書, p. 32; C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 175.

19) CISG Article 19. (1), UNIDROIT Principle Article 2.11 (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.

미국의 통일상법전, 독일의 판례 등에서 이와 같은 엄격한 사고방식이 완화되어 가는 추세이며,²⁰⁾ CISG에서도 동일한 취지의 명문규정을 두고 있다. 동협약 제 19조 제 2항은 “승낙을 의도하고 있고 또한 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 추가적 또는 상이한 조건을 담고 있는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다.”고 규정하고 있다.

그러나 CISG 제 19조 제 2항은 完全一致의 原則에 예외를 인정하면서도 被請約者가 승낙시에 비실질적인 부가조건이나 상이한 조건을 첨부할 경우, 請約者가 입을지도 모를 피해에 대하여 請約者를 위한 對應策으로서 請約者가 지체없이 口頭나 通知로 불일치를 반대할 수 있도록 규정하고 있다.²¹⁾

한편, 여기서 문제되는 것은 과연 무엇이 실질적 혹은 비실질적인 변경인가 하는 것이다. 이에 대해 CISG 제 19조 제 3항은 “특히, 대금이나 대금지급, 물품의 품질 및 수량, 인도의 장소 및 시기, 당사자의 상대방에 대한 책임의 범위 또는 분쟁의 해결에 관한 추가적 또는 상이한 조건은 청약의 조건을 실질적으로 변경하는 것으로 본다.”고 규정하고 있다.²²⁾

제 19조 제 3항의 규정은 동조 제 1항의 예외로서의 동조 제 2항의 適用可能性을 상당히 제한하고 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 제 3항의 범위내에 존재하는 조항들이 매매계약의 거의 全體를 구성하고 있다고 볼 수 있기 때문이다.²³⁾ 그러나 위의 제 3항에 “...하는 것으로 본다(are considered to)”는 표현은 당사자의 추정된 의도를 나타내는 것으로서, 어떤 상황에 근거한 증거가 있으면 양보될 수 있음을 나타내고 있다. 또한 제 3항에서 “다른 것 가운데(among other things)”라는 표현으로 보아 위에 열거된 조건들이 絕對的이지는 않음을 나타내고 있다.²⁴⁾

20) 新堀 聰, 前掲書, p. 32.

21) 吳元奭, “國際物品賣買契約에서 ‘變更된 承諾’의 契約成立效果와 契約書式의 交戰”, 「貿易商務研究」, 第9卷, 1996, p. 142.

22) 한편 UCC의 조문상에서는 이 문제에 대한 명확한 해답을 찾을 수 없다. 다만 UCC 제 2-207조의 公式註釋(Official Comment) 4를 통해서 간접적으로 알 수는 있다. 동 주석에서는 계약을 실질적으로 변경하는 전형적인 조항의 예로서 다음과 같은 4가지를 들고 있다. 즉, 保證排除條項(warranty disclaimer clause), 거래관행에 모순되는 數量變更可能條項, 매수인이 適期에 송장금액을 지급하지 않을 경우 매도인에게 契約取消權을 부여하는 條項, 부당하게 짧은 기간내에 苦情(complaint)을 요구하는 조항 등이 그것이다.

23) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 180; A.H. Kritzer, *Guide to Practical Applicants of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 172.

24) 吳元奭(1996), 前掲書, p. 140.

(2) CISG와 UNIDROIT 原則의 比較

CISG와 UNIDROIT 원칙 모두 전통적인 계약법의 사고방식을 이어받아 承諾은 請約에 대해 절대적, 무조건적으로 일치해야 하며, 만약 청약의 조건에 추가, 제한 또는 변경을 가한 승낙은 原請約의 拒絶이자 反對請約에 불과함을 규정함으로써 完全一致의 原則을 지지하고 있다. 아울러 CISG와 마찬가지로 UNIDROIT 원칙 제 2.11 조 제 2 항에서도 上記의 完全一致의 原則을 너무 엄격하게 적용할 경우 계약의 체결이 원활하게 이루어지지 않음을 감안하여 請約에 실질적 변경을 가하는 承諾이 아니라면 사소한 내용의 변경은 계약의 一部로 인정함으로써 능률적으로 계약을 성립시킬 수 있도록 하고 있다.²⁵⁾

UNIDROIT 원칙 제 2.11 조 제 2 항은 이에 상응하는 CISG 제 19 조 제 2 항과 거의 일치하지만 다만 CISG에 포함된 請約者의 변경된 承諾에 대한 반대의사 표시방법에 관하여 구체적인 내용을 두고 있지 않다. CISG는 請約者가 변경된 承諾에 대해 반대의사를 표시할 때 口頭로 하거나 또는 그러한 취지의 通知를 발송하도록 하고 있다. 이는 請約者가 침묵하는 것은 被請約者의 변경된 承諾의 의사표시가 계약을 성립시키는 유효한 承諾이 된다는 것을 의미한다.²⁶⁾ 그러나 이러한 규정은, 一見하여, 당사자들 사이에서 확립된 慣習에 拘束力을 부여하는 CISG 제 9 조와 兩立할 수 없는 것으로 생각된다. 제 9 조에 따르면, 만약 당사자들 사이에 비실질적인 부가조건이나 상이한 조건이 첨부된 承諾이 請約의 거절 혹은 反對請約으로 간주되는 관습이 확립되어 있다면, 請約者는 반대의사를 굳이 통지하지 않더라도 다시말해 침묵하여도 계약은 성립하지 않아 함에도 불구하고, 제 19 조 제 2 항에서는 침묵의 경우 계약은 유효하게 성립된다는 결론을 도출케 하고 있다.

이에 비해 UNIDROIT 원칙은 請約者의 변경된 承諾에 대한 반대의사 표시방법을 구체적으로 규정하고 있지 않음에 따라 당사자간에 관행 혹은 관습이 확립되어 있는 경우²⁷⁾ 請約者가 변경된 承諾에 대해 침묵하여도 계약은 유효

25) UNIDROIT Principle Article 2.11 (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 the modifications contained in the acceptance.

26) 朴相基, 前掲書, p. 90.

하게 성립되지 못한다. UNIDROIT의 이러한 규정은 변경된 承諾의 의사표시에 대해서 請約者가 침묵하는 것을 承諾으로 간주하는 것은 국제계약에서 분쟁의 소지가 있다는 점에서 의미있는 규정이라 할 것이다.

변경된 承諾에 관하여 CISG와 UNIDROIT 원칙이 차이를 보이고 있는 다른 부분은 後者는 前者의 제 19조 제 3항에서 규정된 바와 같은 내용을 포함하고 있지 않다는 것이다. CISG 제 19조 제 3항은 請約의 내용을 실질적으로 변경하는 중요 조건들을 구체적으로 제시하면서 이러한 조건에 변경을 가한 承諾은 계약을 유효하게 성립시킬 수 없는 것으로 규정하고 있음에 따라 完全一致의 原則을 완화하는 동조 제 2항의 적용가능성을 제한하고 있다. 제 3항에서 열거된 중요조건들이, 비록 절대적인 것은 아니지만, 실제 매매계약의 대부분을 구성하고 있음을 감안한다면 결국 CISG는 제 1항의 계약성립의 원칙 즉 完全一致의 原則에 상당히 충실하고 있음을 알 수 있다.²⁷⁾ 이에 비해 UNIDROIT 원칙은 어떤 조건이 변경되었을 때 그러한 변경이 실질적인가 혹은 비실질적인가의 여부를 개별거래의 특성에 따라 결정할 수 있도록 함으로써 完全一致의 原則을 준수하고는 있지만 이 원칙을 완화하는 데 보다 충실하고 있다. 이에 UNIDROIT 원칙은 국제거래에서 보다 능률적으로 계약이 성립되도록 하고 있음을 알 수 있다.

3. 完全一致의 原則의 緩和에 따른 書式的 交戰

(1) CISG上的 規定

한편, 完全一致의 原則을 완화하였을 경우 계약당사자간에 서식상의 조건과 관련하여 분쟁이 발생할 수 있다. 이를 소위 '書式的 交戰'(battle of form)이라 한다. 즉, 請約의 내용을 변경하여 承諾이 이루어진 경우, 계약의 성립자체가 유효한가? 만약 유효하다면 누구의 계약서식상의 조건이 적용될 것인가? 하는 문제가 제기된다.

통상 매수인은 매도인의 카탈로그 또는 가격표에 대한 회신으로 購買注文書(Purchase Order Form)를 보내며, 매도인은 여기에 대해 注文承諾書(Ack-

27) UNIDROIT 원칙 제 1.8 조(관습 및 관행)는 CISG 제 9 조와 마찬가지로 당사자간에 확립되어 있는 관습에 구속력을 부여하고 있다.

28) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 170.

nowledgement of Order Form)를 보낸다. 이러한 서식들은 대개 事前에 인쇄되어 있는데, 前面은 공란으로 되어 있어 매도인이나 매수인은 여기에 물품과 수량, 금액 기타 개별적인 거래의 조건을 명기한다. 그리고 裏面의 표준약관에는 통상 추가적인 조건들(additional terms and conditions) 혹은 일반거래조건(the general terms of business)이 기재되어 있는데 주로 공급문제나 생산문제에 직면하는 경우 책임을 제한하는 조항과 물품의 하자에 대한 책임을 제한하는 조항 등이다. 일반적으로 각 당사자들은 자신의 이익을 보호하는 방향으로 표준약관의 내용을 사전에 결정해 놓는다.²⁹⁾ 예컨대 매수인의 서식에는 '明示的 瑕疵擔保'를 규정하고 있는 반면 매도인의 서식에는 '擔保의 排除'를 규정하고 있을 수 있다. 당사자들은 본질적인 조건들인 가격, 수량, 금액 등에 대해서만 合意를 하면 裏面의 표준약관에 대해서는 관심을 기울이지 않는다.³⁰⁾ 그리고 실제 상거래에서도, 이와 같이 엄격한 의미에서는 비록 계약은 성립되지 않았다 하더라도,³¹⁾ 아무런 문제없이 거래가 이행되는 것이 오히려 일반적이라 할 수 있다.³²⁾

書式的 交戰은 다음과 같은 두 가지 상황에서 발생할 수 있을 것이다.

첫째, 서식이 교환된 후 그러나 계약이 이행되기 이전에 가격이 변하는 등 시장상황이 변하고, 일방이 서식상의 實質的인 불일치를 발견하는 경우이다. 둘째, 선적 그리고 물품수령 이후 품질과 같은 부문에 있어서 계약위반에 대한 분쟁이 발생할 수 있다. 이때 계약은 체결된 것이 분명하다. 서식의 교환이 있

29) T.D. Crandall & D.J. Whaley, *Cases, Problems and Materials on Contracts*, Little, Brown & Company, 1987, p. 264.

30) 어떤 사업가는 만약 매도인과 매수인이 서로 '상대방의 서식의 이면을 읽어야' 한다면 아마도 영업이 중단되고 말 것이라고 주장한 바 있다.(Honnold, *op. cit.*, pp. 227~228).

31) 경상의 원칙에 의하면, 계약은 전면의 주거래조건뿐만 아니라 이면의 일반거래조건에 대해서도 양당사자간에 합의가 있어야만 성립하게 된다.(C.M. Schmitthoff, *op. cit.*, p. 96).

32) 一般去來條件에 대한 합의는 가능한 한 書面으로 하는 것이 바람직하다. 이는 계약이 청약과 승낙에 의해 실질적으로 성립된 후 당사자가 확인을 위해서 각각 자기의 서식을 송부할 때 일반거래조건의 상위가 발견되는 경우, 어느 당사자의 일반거래조건이 유효한가에 대한 당사자간의 분쟁을 해결할 수 있는 실마리를 제공하기 때문이다. 영국의 보통법, 미국의 Texas law, 이탈리아법 등에서는 口頭上으로 계약의 일부분이 된 일반거래조건은 인정하고 있지 않다. 한편 일반적으로 口頭上의 증거는 書面上의 합의를 반복할 수 없다. 그러나 이러한 규칙에는 상당한 예외가 존재한다. *J. Evans & Son(portsmouth) Ltd. v. Andrea Merzario Ltd* [1976] 사건의 판시에서 볼 수 있듯이 특히, 일반거래조건에 대한 서면상의 합의가 있더라도, 特約(special agreement)에 대한 양당사자간의 구두상의 합의는, 설령 일반거래조건에 상치되더라도 그것에 우선한다(*ibid.*, pp. 97~98).

있고 이어서 물품의 선적과 수령이 있었기 때문이다.³³⁾ 이 경우 분쟁해결을 위한 계약조건을 결정해야 하는데, 각 당사자의 서식상의 표준약관의 조건이相異하기 때문에 누구의 조건이 유효한가를 입증하기란 실질적인 어려움이 수반된다.

CISG는 契約書式의 交戰에 관한 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 이러한 분쟁이 발생하는 경우, 행위에 의한 승낙을 가능토록 규정한 CISG 제 18조 제 3항 및 완전일치의 원칙을 규정한 제 19조 제 1항에 의하여 해결할 수 있다. 이는 곧 이 두 조항에서 그 논리적 근거를 찾을 수 있는 ‘最後의 書式이 우선하는 原則’ 즉 最後發砲理論(Last Shot Theory)³⁴⁾을 도입하는 것이다.³⁵⁾ 最後發砲理論은 上記의 두번째 경우, 즉 서식의 교환과 계약의 이행이 일어난 후에 발생하는 분쟁을 유효하게 해결한다.

最後發砲理論에 의하면, 우선 請約 - 反對請約 - 承諾의 제단계가 엄격히 준수되었는가를 분석하고, 이를 통해 누가 최후에 서식을 보냈는가(who fired the last shot)를 확인한다. 즉, 최후에 서식을 보낸 자가 제시한 조건이 당해 계약의 조건으로 간주된다는 것이다. 일련의 서식들은 직전에 타방으로 부터 온 請約을 거절하는 것으로서 反對請約이 되며(CISG 제 19조 제 1항), 체결된 계약은 최후의 反對請約을 보낸 당사자의 조건에 의하게 된다. 이는 최후의 反對請約이 상대방의 계약이행에 해당하는 행위에 의해 承諾된 것으로 되기 때문이다³⁶⁾(CISG 제 18조 제 3항).

그러나 이와 같은 最後發砲理論은 상기의 첫번째 경우에 있어서는 오히려 靑變적이고 또한 불공평하다는 비판을 받고 있다.³⁷⁾ 예컨대, 注文承諾書가 購

33) 예컨대, 매도인의 응답이 매수인의 청약의 승낙할 의도가 있었지만 (매수)청약을 實質的으로 變更하는 내용을 담고 있다면 이는 청약의 拒絶이자 反對請約이 된다. 그 후 매도인은 물품을 매수인에게 선적해 보낸다. 계약이 체결되지 않았기 때문에 물품을 거절할 것인지는 매수인의 자유이다. 매수인이 물품을 수령한다면 이러한 물품인수는 곧 매도인의 반대청약에 대한 승낙이 된다. 따라서 계약은 성립된다(Honnold, *op. cit.*, p. 237).

34) 혹자는 ‘最後 書式發送者 勝利의 原則’이라고 칭하기도 하나, (吳世昌, “書式戰爭의 原因과 그 法理”, 「貿易商務研究」, 第10卷, 1997. 2, pp. 45-63) 이 원칙에 대한 통일된 표현은 없다. 여기서는 最後發砲理論이라고 칭하기로 한다.

35) 최후발포이론은 *Butler v. Ex-Cell-O*, 1979 사건에서 Denning 경에 의해 개발되었다(M.H. Whincup, *Contract Law and Practice; the English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 35).

36) 실무적으로는 최후의 서식을 보내는 이는 대개 매도인으로서 그는 매수인의 구매 주문서에 대한 회신으로서 주문승낙서(Acknowledgement)를 보내게 된다.(C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 179).

37) Honnold 교수도 이러한 비판적인 주장을 지지하고 있다.(吳元奭 譯, 前掲書, pp.

買注文書の 이면상의 조건을 實質的으로 변경하고 있음에도 불구하고 어느 당사자도 상대방의 서식의 裏面條件에 대하여 언급하지 않은 채 매도인이 물품을 선적하였다고 하자. 이때 만약 市況이 매수인에게 불리한 방향으로 움직이거나 혹은 市況의 변동을 감안하지 않더라도 매도인의 조건대로 계약이 체결될 경우 추후 자신에게 불리할 것이 예상된다면, 매수인은 契約不成立을 이유로 물품인수를 거절할 것이다. 最後發砲理論에 의하면 매수인의 물품인수거절은 정당하다. 그러나 運送費用과 再處分費用을 고려해 볼 때, 매수인의 이러한 거절이 상업적인 기대나 CISG 제 7조 제 1항의 信義誠實의 原則 및 公正한 去來의 原則과 조화된다고 보기 어렵다.³⁸⁾

한편, UCC는 서식의 교환은 있었으나 양 서식상의 조건불일치로 인하여 일방당사자가 계약을 이행하지 않으려는 데서 발생하는 분쟁에 대하여 해결책을 제시하고 있다.³⁹⁾ UCC 제 2-207조 제 1항⁴⁰⁾에 의하면, 被請約者가 송부한 承諾이 附加 혹은 變更된 조항을 기술하고 있다 하더라도 承諾으로서의 효력을 가지며 나아가 계약은 성립한다. 따라서 위의 예에서 매수인은 契約不成立을 이유로 물품인수를 거절하지 못한다. 이는 CISG와는 다른 결과로 UCC는 CISG와는 달리 완전일치의 원칙에 중대한 변경을 가하고 있기 때문이다. 다만 UCC 제 2-207조는 조건부로 “그 承諾이 부가조건 또는 다른 조항에 대한 동의를 명시적 조건으로 하고 있는 경우에는 그러하지 아니한다.”고 규정하여 여기에 조건을 붙이면 전통적인 보통법상의 反對請約이 될 수 있음을 규정하고 있다.⁴¹⁾ 또한 동조 제 2항⁴²⁾에 의하면, 3가지의 경우⁴³⁾를 제외하고는 부가조항

208~210).

38) 上揭書, p. 209.

39) UCC 제 2-207조는 경상의 원칙에 중대한 변경을 가하고 매도인과 매수인간의 서식교전을 종식시키기 위하여 제정된 규정이다.(梁明朝, 美國契約法, 法文社, 1996, p. 63).

40) UCC §2-207 (1): A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which 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 additional or different terms.

41) J.J. White & R.S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 3rd ed., West Pub. Co., 1988, p. 39; 吳元奭(1996), *op. cit.*, p. 148.

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

43) 첫째, 청약이 청약의 조건대로 승낙되기를 명시적으로 요구하는 경우. 둘째, 부가조항이 청약을 실질적으로 변경하는 경우. 셋째, 부가조항에 대한 반대의 통지가

이 계약의 일부가 된다는 것을 규정하고 있다. 제 2-207 조는 被請約者의 계약 성립의사를 존중하여 請約者가 시장상황의 변동 등이 자신에게 불리해지면 사소한 추가·변경을 이유로 계약의 성립을 피하려는 의도를 좌절시키고 계약을 早期에 성립시키려는 의도를 규정한 것이다.⁴⁴⁾

UCC상의 규정은 完全一致의 原則에 중대한 변경을 가했다는 측면에서 획기적인 것으로 받아들여지고 있지만, 서식의 교환과 계약의 이행이 있는 후에 발생하는 분쟁에 관해서는 그 원칙을 분명히 하고 있지 않다.⁴⁵⁾ UCC 제 2-207 조 제 3 항은 행위에 의해 계약이 성립될 수 있음을 규정하면서, 이런 경우에 체결되는 계약은 다만 교환된 서식상에 일치하는 조건만을 포함하며 불일치하는 조건(conflicting terms)은 제외된다는 입장을 밝히고 있을 뿐 누구의 서식이 우선하는가에 대한 규정 혹은 원칙을 제시하고 있지 않다.⁴⁶⁾

(2) CISG와 UNIDROIT 原則의 比較

CISG가 書式的 交戰에 관한 직접적인 규정을 두고 있지 않는 데 비해, UNIDROIT 원칙은 제 2.19 조(표준약관하의 계약체결), 제 2.20 조(의외조항), 제 2.21 조(표준약관과 비표준약관간의 충돌) 및 제 2.22 조(서식의 교전)에서 서식의 교전에 관한 규정을 明示的으로 두고 있다.

표준약관은 일방당사자가 일반적이고 반복적으로 사용하기 위해 事前에 마련한 것이고 상대방과의 협상없이 실제로 사용하고 있는 조항들로서,⁴⁷⁾ 書式的 交戰은 대부분 당사자들간에 교환된 서식의 표준약관상의 일부내용이 서로 다르기 때문에 발생한다. UNIDROIT 원칙 제 2.22 조는 “쌍방이 표준약관을 사용하고 그러한 약관을 제외하고는 합의에 이른 경우에는 일방당사자가 사전에 또는 사후에 지체없이 상대방에게 그러한 계약에 구속되지 아니하려는 의도를 표시 또는 통보하지 아니하는 한 계약은 합의된 내용과 실질적으로 공동된 표준조항에 기초하여 성립된다.”고 규정하고 있다.

제 2.22 조에서 주목할 사항은 “...계약은 합의된 내용과 실질적으로(in

있거나 또는 그 반대의 통지가 부가조항에 대한 통지의 수령 후 합리적인 기간내에 이루어진 경우 등이 그것이다.

44) 吳元奭(1996), 前掲書, p. 148.

45) 上掲書, p. 150.

46) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 173.

47) UNIDROIT 제 2.19 조 제 2 항.

substance) 공동된(in common) 표준조항에 기초로하여 성립된다.”라는 부분이다. 여기서 ‘실질적인’이란 의미로 사용된 ‘in substance’ 혹은 ‘substantially’는 英法上의 표현으로서 제 2.11 조 제 2 항의 ‘materially’와 동일한 의미로 받아들여진다.⁴⁸⁾ 따라서 被請約者의 표준조항이 請約者의 표준조항과 실질적으로 공동된다(in common)면, 달리 말해 前者가 後者를 실질적으로 변경한 것이 아니라면 이 또한 請約상의 조건과 더불어 계약내용을 구성하는 조건으로 인정된다. 이는 完全一致의 原則을 완화하는 CISG 제 19 조 제 2 항과 동일한 취지의 규정이라 할 수 있다. 그러나 CISG는 제 19 조 제 3 항에서 실질적으로 完全一致의 原則에 보다 충실하고 있음을 나타내고 있는 반면, UNIDROIT 원칙 제 2.22 조는 동원칙 제 2.11 조 제 2 항에서 표명된 完全一致의 原則을 완화하려는 의도를 보다 강조하고 있다고 볼 수 있다.

동조항을 해석함에 있어서 주의해야 할 부분은, UNIDROIT 원칙은 完全一致의 原則을 완화하는 데 주력하고 있을 뿐 UCC와 같이 完全一致의 原則 자체에 중대한 변경을 가하고 있지는 않다는 사실이다. 제 2.22 조를 “쌍방의 표준약관중 당해계약의 성립에 중요한 역할을 하는 조항이 실질적으로 불일치함에도 불구하고 계약은 합의된 내용과 실질적으로 공동된 표준조항만으로 구성되어 성립한다.”고 해석해서는 안될 것이다. 이는 곧 제 2.11 조(변경된 승낙)에 중대하게 위배된다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 본조문을 해석함에 있어서는 제 2.14 조(불확정조건부계약)⁴⁹⁾의 취지를 받아들여 실질적으로 불일치하는 부분은 未決定의 狀態(open)로 차후에 合意할 것을 조건으로 合意된 내용과 실질적으로 공동된 표준조항을 기초로 계약을 성립시킬 의도를 내포하고 있다고 해석하여야 할 것이다.

이상과 같이 UNIDROIT 원칙 제 2 장(계약의 성립)은 CISG의 제 2 편(계약의 성립)에는 포함되어 있지 않은 書式交戰에 관한 규정 등을 명시적으로 뒀으로써 CISG의 제정작업당시 여러 법계의 이해관계로 인해 누락된 물품매매계약 성립에 관한 중요부분을 보충하는 역할(Gap-filling role)을 하고 있음을 알 수 있다.

48) CISG 제 19 조와 UCC 제 2-207 조은 ‘materially’를 사용하고 있다.

49) UNIDROIT Principle Article 2.14 (1): If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence.

IV. 結 論

CISG는 1980년 비엔나 외교회의(Diplomatic Conference)에서 채택된 이후 계약국이 50여개국에 이를 만큼, 국제통일법으로서 비교적 성공적으로 국제법계에 뿌리를 내렸다고 할 수 있다. 이는 세계 각국이 기존의 국제분쟁 해결법을 사용할 경우 불확실한 國際私法規則을 찾아서 외국의 국내법을 적용해야 하는 번거로움이 있을 뿐만 아니라 國際的으로 재판관할권의 문제가 복잡하다는 데 대하여 공통된 인식을 가졌기 때문이다.

그러나 CISG는 그 제정과정에서 각국 혹은 각 법계의 대표들간의 의견차이가 심한 부분에 있어서는 外交的으로 妥協하는 형태로 규정되었으며, 이로 인해 해당부문에 대한 바람직한 법이론을 제시하지 못한다는 문제점이 내재되어 있다. 이는 法的 安定性 혹은 確實性의 확보라는 그 본연의 제정목적이 제대로 달성될 수 없음을 의미한다. 이에 비해 UNIDROIT 원칙의 경우 제정작업 참여자들이 각국 혹은 법계의 대표로서가 아니라 개인적인 자격으로 참여하여 법률적으로 혹은 실무적으로 타당한 법이론을 제시함으로써 CISG가 제정작업과정에서부터 가질 수 밖에 없었던 모순으로부터 탈피할 수 있게 되었다. 이러한 이유로 많은 학자들은 CISG상의 모순점과 부족한 점을 보완하는 혹은 메꿔주는 역할을 할 수 있는 원칙으로서 UNIDROIT 원칙을 지목하고 있다.

CISG와 UNIDROIT 원칙은 동일한 목적하에서 제정된 만큼 근본원칙은 동일하다. 계약의 성립에 있어서, 이미 언급한 바와 같이, 請約의 경우 양 규칙은 모두 '내용의 충분한 확정성'과 '구속의사의 존재'를 법적 효력발생의 기준으로 두고 있다. 承諾의 경우도 마찬가지로 양규정은 공히 '完全一致의 原則'을 그 요건으로 하고 있다.

한편, UNIDROIT 원칙은 CISG상에 내재된 모순성 혹은 부족한 부분을 보완한다는 인식하에서 제정된 만큼 몇가지 부분에 있어서는 차이를 나타내고 있는데, 請約과 承諾에 관한 규정에 있어 兩者의 차이점을 제시하면 다음과 같다.

請約에 있어서는 우선 당해 청약이 확정적일 조건으로서, CISG는 구체적으로 물품, 대금, 수량에 대한 지정이 있어야 한다는 입장을 나타내고 있는 반면,

UNIDROIT 원칙은 請約은 충분히 확정적이어야 한다라고만 규정할 뿐 구체적인 규정을 두지 않은 채 포괄적인 입장을 취하고 있다. 그리고 請約은 구속의사를 내포해야 한다는 조건에 있어서는, CISG는 請約이 1인 이상 특정인을 상대로 해야한다는 것과 더불어 상기의 확정성조건까지도 감안하여 이것이 충족되지 않는다면 請約의 誘引에 불과하다는 취지의 규정을 두고 있는 데 비해, UNIDROIT 원칙은 請約이 1인 이상 특정인을 상대로 해야한다고 규정하지도 않고, 또한 請約의 誘引에 대한 구체적인 내용을 두고 있지도 않다. 결국 UNIDROIT 원칙은 CISG에 비해 請約의 기준을 포괄적으로 제시함으로써 請約으로서의 효력발생가능성을 제고시키고 있음을 알 수 있다.

다음으로 承諾에 있어서는 CISG와 UNIDROIT 원칙은 모두 普通法上의 完全一致의 原則을 기초로 하고 있다는 점에서는 공통된다 하겠으나, CISG는 請約을 실질적으로 변경하는 承諾의 거래조건으로서 실제 매매계약의 대부분을 구성하는 조건들을 지정하고 있는 관계로 完全一致의 原則에 충실하고 있는데 비해, UNIDROIT 원칙은 그러한 실질적 변경의 여부를 개별거래의 특성에 따라 결정할 수 있도록 함으로써 完全一致의 原則을 緩和하는 데 보다 충실하고 있다. 결국, 請約에서와 마찬가지로 UNIDROIT 원칙은 CISG에 비해 承諾으로서 법적 효력을 발생시킬 여지를 확대시키고 있음을 알 수 있다.

이와 같이 계약의 성립에 관하여 UNIDROIT 원칙은 CISG와 공동의 근본원칙하에 다소 차이를 나타내고 있는데, CISG에 비해 UNIDROIT 원칙이 가지고 있는 두드러진 특징은 請約과 承諾의 기준을 포괄적으로 규정함으로써 계약을 보다 원활하게 성립시킬 수 있도록 하고 있다는 것이다. 이러한 취지는 CISG에서는 찾아볼 수 없는, 그러나 UNIDROIT 원칙이 完全一致의 原則을 완화하고 있음을 강조하는 '서식의 교전'에 관한 조문(제 2.22조)을 통해 확인될 수 있다.

參 考 文 獻

- 姜元辰, 貿易契約論, 博英社, 1996.
- 박상기, “국제상업계약을 위한 UNIDROIT 원칙상 계약성립에 관한 규정의 국제거래에서 적합성에 관하여”, 「중재」, 1998 가을호.
- 吳世昌, 書式戰爭의 原因과 그 法理, 貿易商務研究, 第10卷, 1997.
- 吳元奭, “國際物品賣買契約에서 ‘變更된 承諾’의 契約成立效果와 契約書式的 交戰”, 「貿易商務研究」, 第9卷, 1996.
- 吳元奭 譯, UN統一賣買法, 三英社, 1998.
- 梁明朝, 美國契約法, 法文社, 1996.
- 梁暎煥, 徐正斗, 國際貿易法規, 三英社, 1998.
- 新堀 聰, 貿易取引入門, 日本經濟新聞社, 1992.
- 原 猛雄, 貿易契約の研究, ツネルウ”ア書房, 1958.
- Bianca, C.M. & Bonell, M.J., *Commentary on the Int'l Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre · Milan, 1897.
- Bonell, M.J., “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG: Alternatives or Complementary Instruments ?” *Uniform Law Review*, 1996.
- Crandall, T.D. & Whaley, D.J., *Cases, Problems and Materials on Contracts*, Little, Brown & Company, 1987.
- Garro, A.M., “The Gap-Filling Rule of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between The Principles and The CISG”, *Tulane Law Review*, vol. 69, 1995.
- Guest, A.G., *Anson's Law of Contract*, 26th ed., Oxford University Press, 1984.
- Honnold, J., *Uniform Law for Int'l Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2th edition, Kluwer pub., 1991.
- Kritzer, A.H., *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- Schmitthoff, C.M., *Export Trade*, 9th ed., Stevens & Sons, 1990.
- Treitel, G.H., *The Law of Contract*, 9th ed., Sweet & Maxwell, 1995.

Whincup, M.H., *Contract Law and Practice ; the English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

White, J.J. & Summers, R.S., *Uniform Commercial Code*, 3rd ed., West Pub. Co., 1988.

ABSTRACT

**A Comparative Law Study on the Formation of Contracts for
the International Sale**

Bae, Jun Il

To the extent that CISG and UNIDROIT Principles address the same issues, the rules laid down in the latter are normally taken either literally or at least in substance from the corresponding provisions of the former. Nevertheless, we may find cases where the latter depart from the former. The purpose of this paper is comparison of the two instruments, especially in part of contract formation. The result of this paper shows the fact that in the chapter of UNIDROIT Principles on formation provisions are included on the manner in which requirements that an offer and an acceptance must meet are more comprehensive, and in result a contract may be concluded more easily.

Key Words : CISG, Vienna Convention, UNIDROIT Principles, Offer, Acceptance, Formation of Contract, Mirror image rule, Battle of Forms, Last shot theory