

CISG상 약관의 계약편입에 관한 연구

A Study on the Inclusion of Standard Terms under the CISG

이 병 문* Byung-Mun Lee

고 상 훈** Sang-Hoon Ko

목 차

I. 서론	IV. 약관의 계약편입 관련 기타원칙
II. 약관의 계약편입 관련 규정 및 요건	V. 결론
III. 약관 참조표시 및 약관내용의 명확성	참고문헌
	ABSTRACT

국문초록

본 연구는 국제무역거래에 있어 빈번하게 사용되는 약관의 계약편입과 관련하여 CISG 자문위원회 공식 의견인 Black Letter Rule을 중심으로 고찰한다. 그 주요 내용으로 약관의 계약편입 관련 적용규정과 요건을 상세히 고찰하고, 약관의 계약편입을 의도한 청약상 참조표시 및 약관 내용의 명확성 요건을 살펴보고자 한다. 이와 더불어 약관의 계약편입 관련 기타 원칙으로서 계약체결 후 약관편입의 배제, 의외조항배제, 개별약정우선, 작성자 불이익 원칙 및 서식분쟁에 대하여 살펴본다. 이와 더불어 본 연구는 약관의 계약편입 관련 기존 판례 및 학설을 검토한 후 이를 CISG 자문위원회의 공식의견과 상호 비교 검토함으로써 약관의 계약편입 관련 원칙을 재정립하고 이에 따른 실무적 시사점을 도출하고자 한다.

<주제어> CISG, 약관의 편입, CISG 자문위원회, 약관편입 참조표시, 약관인지 기회부여, 서식분쟁

* 숭실대학교 글로벌 통상학과 교수, 제1저자

** 숭실대학교 일반대학원 무역학과 박사과정, 교신저자

I. 서론

경제주체 사이의 거래형태가 다양해지고 빈번해 지는 현대 대량생산경제에서 상품, 서비스의 거래 당사자가 모든 계약조건에 대하여 상호 합의하고 규율하는 것이 현실적으로 불가능한 측면도 있거니와, 경우에 따라서는 이러한 상호 합의 및 규율이 여러모로 비효율성을 초래하기도 한다. 이에 무역거래 당사자들은 최근 그들 간 사전 합의 없이 일방 당사자가 혹은 해당 업계에서 일반적으로 통용되는 관행에 따라 미리 작성한 약관을 계약에 활용하는 사례가 빈번하다. 그러나 당사자들 사이에 종종 이들 약관이 계약에 유효하게 편입되었는지 여부와 어느 당사자의 약관이 계약내용으로 인정될 수 있는지에 관한 분쟁이 계속 발생하고 있다.

국제물품매매에서 국제적으로 적용되고 있는 준거법에는 ‘국제물품매매에 관한 UN협약(United Nations Convention on International Sale of Goods, 이하 CISG)¹⁾’이 있다. 그러나 CISG가 앞서 언급한 약관의 편입관련 문제에 대해 해답을 제시하고 있는지에 대해서는 사실상 불명확하다. 이러한 불명확성은 특히 다음과 같은 부분에서 발생하고 있다. 첫째, 약관을 사용한 계약이 CISG의 규율대상인지, 둘째, 만약에 그렇다면 어떠한 규정을 적용하여 해결해야 하는지, 셋째, 약관이 유효하게 편입되기 위한 요건에는 어떠한 것이 있는지 등이다. 이러한 불명확성은 학자들 사이에서 그리고 각국의 판례에서도 나타나고 있으며, 이에 대한 당사자 사이에 분쟁이 지속적으로 발생하고 있는 것이 현실이다. 이에 이러한 논란의 여지를 줄이고 국제물품매매거래의 안정성을 담보하기 위한 노력의 일환으로 CISG Advisory Council(이하 CISG 자문위원회)에서는 2013년 1월 20일에 공식의견서 제13호(CISG Advisory Council Opinion No. 13; 이하 Black Letter Rule)를 통하여 CISG상 약관의 계약편입을 어떻게 다루어야 할지에 대한 공식의견을 제시한 바 있다.²⁾

따라서 본 연구는 약관의 편입에 관한 원칙을 보다 명확히 하고자 다음과 같은 목적하에 그 연구를 수행하고자 한다. 첫째, CISG상 약관의 계약편입 관련 학자들의 기존견해 및 판례의 내용을 검토하고, 둘째, 이러한 선행연구에서 지적한 쟁점에 대하여 CISG 자문위원회가 제시한 해결책인 Black Letter Rule을 구체적으로 살펴보고, 셋째, 선행연구와 Black Letter Rule의 검토를 통해 계약편입 관련 원칙을 재정립하고 이에 따른 실무적 시사점을 도출하고자 한다.

1) 1980년 국제상거래법위원회(UNCITRAL)에 의해 제정되었으며, 2017년 1월 현재 가입국은 한국을 포함하여 총 86개국에 이르고 있다.

2) CISG Advisory Council Opinion No. 13에서 Black Letter Rule 10개 항목 제안

II. 약관의 계약편입 관련 규정 및 요건

1. 계약편입 관련 규정

1) 기존 논의

CISG에는 약관의 계약편입에 대한 명시적 조항이 없다. 사실, CISG의 성안 당시 약관의 계약편입에 대하여 명시적 규율 조항을 삽입하자는 제안이 있었으나 당시에는 CISG가 이미 계약의 내용을 해석하는 기준을 가지고 있다는 이유로 기각된바 있다(Schwenzer (ed.), 2016, p.290). 이에 따라 CISG 제정 후 초기에는 약관의 계약편입과 관련하여 CISG의 적용을 부정하는 판례가 없지 않았으나³⁾ 오늘날에는 학설과 외국의 판례에서 약관의 계약편입문제에 대하여 CISG가 적용된다는 데에는 거의 의견이 일치되어 있다 (Schwenzer (ed.), 2016; Gillette et al. 2016; Kröll et al., 2011; 석광현, 2010; 김진우, 2011a; 최홍섭, 2005).⁴⁾ 한편 약관의 계약편입 관련 내용을 규율하는 CISG 규정은 당사자의 의사표시에 관한 해석원칙(CISG Art. 8)과 계약의 성립에 관한 규정(CISG Art. 14 이하)이 될 것이다.

2) CISG 자문위원회 의견

CISG 자문위원회는 기존 다수설과 판례에 따라 약관의 계약편입 관련 내용은 계약의 성립과 당사자의 의사표시의 해석에 관한 규정에 따라 규율하여야 함을 밝히고 있다 (CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 1.1). CISG는 계약의 성립 관련 규정은 제2부에서 다루고 있다. 이와 더불어 당사자의 의사표시에 관한 해석을 규정한 Art.

3) 국내법이 적용되어야 한다는 주요 판례에 관하여 Schwenzer (ed.) (2016, p.291)을 참조.

4) 이들 외에 CISG가 적용되어야 한다는 학자들에 관하여 Schwenzer (ed.) (2016, p.290). 한편 일부 판례는 결론에 있어서는 일치하나 그 근거를 제7조 제2항의 협약의 일반원칙에 따라 해결하여야 한다고 판시하고 있다. 이들은 주로 네덜란드 판례로 예를 들어 Hoge Raad, 28-Jan-2005, CISG-online no. 1002; Rechtbank Arnhem, 17-Jan-2007, CISG-online no. 1476. 독일대법원은 CISG하에서 약관의 계약편입과 관련한 유명한 재판에서 다음과 같이 언급하였다. “(중략) 그러나 CISG에는 약관의 계약편입에 대한 특정 조항을 두고 있지 않다. 이는 CISG가 이미 계약의 해석에 대한 조항을 가지고 있기 때문에 약관의 계약편입 조항은 불필요하다고 여겨졌기 때문이다.” (Huber, 2009, p.126). Magnus(2008)는 이와 관련하여 “이는 청약(제14조), 승낙(제18조), 관계당사자의 진술 및 행위의 해석(제8조)에 의하여 해석되고 덧붙이자면 당사자 간의 또는 국제적 관행 및 관습(제9조)에 의해 해석되어야 한다. 그러나 약관의 유효성은 CISG 제4조에 의거 CISG가 다루지 아니하고 적용 가능한 국내법의 영향을 받는다.”고 밝히고 있다.

8과 Art. 9을 중시하고 있다. 이는 당사자들의 청약과 승낙도 결국 그들의 의사표시이며, 경우에 따라 당사자 간 관행 내지 관습의 일부를 구성하기 때문이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 1.3). 결국 계약의 성립에 이르는 당사자의 진술과 행위에 의한 청약과 승낙의 의사표시는 Art. 8과 Art. 9에 비추어 해석 되어야 한다. 즉 Art. 8은 Art. 14에 의한 청약에 대한 해석과 Art. 18 및 Art. 19에 의한 승낙에 대한 해석에도 적용되어야 한다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 1.5). 따라서 피청약자가 약관을 계약에 편입하려는 청약자의 의도를 알았거나 모를 리 없었던 경우 해당 약관의 편입이 인정될 것이다(CISG Art. 8(1)). 그러나 이를 입증할 수 없는 경우 피청약자와 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황에서 해당 약관이 계약에 편입되는 것으로 이해하였던 바라면 그 편입이 인정될 수 있다(CISG Art. 8(2)). 한편 청약자의 의도 내지 합리적인자의 입장에서 이해하였을 바를 결정함에 있어 당사자 간의 교섭, 관행 및 관습과 당사자의 계약체결 이후의 행위를 포함하여 관련 모든 사항을 적절히 고려하여야 한다(CISG Art. 8(3)). 약관의 계약편입에 대하여 CISG 자문위원회 Black Letter Rule 제1호는 아래와 같이 기술하고 있다.

“CISG하에서 약관의 계약편입은 계약의 성립 및 해석의 규정에 따라 결정 된다”⁵⁾

3) 시사점

국제물품매매거래에서 약관의 계약편입 관련 내용은 CISG상 계약의 성립관련 규정과 당사자의 의사표시의 해석 관련 규정에 따라 규율됨은 주지한 바와 같으며(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 1.2, 1.5), 이러한 내용은 대부분의 판례와 학자들의 견해가 일치하고 있다. 따라서 업계에서는 계약 성립과 관련된 규정과 당사자의 의사표시에 관한 해석 규정 및 당사자 간의 관행 및 관습 관련 규정 부분을 충분히 숙지하여야 할 것이다.⁶⁾ 다만 CISG가 규율하지 않는 소위 당사자 간 내적합치(internal consensus)의 문제는 여전히 국제사법에 의해 지적될 국내법에 따라 규율되어 약관의 편입이 배제 될 수 있음에 유의하여야 할 것이다. 이러한 약관의 계약편입 관련 내적합치의 문제로는 그 예로 사기 또는 강박에 의한 계약조항, 권리 또는 행위무능력자에 의한 계약조항 등이 포함되며, 그 외에도 공서양속 위반과 기타 강행법규 위반 등으로 약관의 편입이 부정될 수 있다(Schwenzer, 2016).⁷⁾

5) Rule 1. “The inclusion of standard terms under the CISG is determined according to the rules for the formation and interpretation of contracts under the CISG.”

6) 해당 규정의 연관성 및 구체적 내용은 후술토록 한다.

7) 강행법규의 일부로서 각국의 약관규제법에 따라(예를 들어 우리나라 약관규제법상 설명의무(약관규제법 제3

2. 계약편입 요건

1) 명시적 또는 묵시적 동의

① 기존 논의

약관이 유효하게 계약에 편입되기 위한 요건 중의 하나는 피청약자에 의한 해당 약관에 대한 동의이다. 이는 CISG상 계약 성립에 관한 일반원칙에 따른 것으로(CISG Art. 14, 18, 23), 그러한 동의가 없이는 계약 성립이 되지 않아 약관의 계약 편입 여지가 없기 때문이다(Magnus, 2008, p.318). 피청약자의 동의가 필요한 대상은 일반적으로 계약이 약관에 구속되어 체결된 사실이지 약관의 개별 내용에 대한 동의를 요하는 것은 아니다(Magnus, 2008).

한편 피청약자의 동의는 명시적 방식 외에도 묵시적인 방식에 의해서도 가능하다. 명시적 방식으로는 피청약자가 계약서에 서명을 하거나, 구두 계약이라면 구두진술에 의한 명확한 동의 표시 등을 들 수 있다. 묵시적 방식으로는 당사자 간에 확립된 관습, 관행(CISG Art. 9) 및 후속행위 등에 의한 계약 편입을 들 수 있다.⁸⁾ 즉, CISG하에서는 약관이 이미 당사자 간의 교섭의 대상이었거나 관례, 관행으로서 적용되는 경우에 한하여 묵시적 계약편입이 인정될 수 있을 것이다.⁹⁾ 다만 약관 내용을 인지할 합리적인 기회를 가진 피청약자가 합리적인 기간 내에 이에 구속되지 않겠다고 통보하면 그러하지 아니하다.

② CISG 자문위원회 의견

CISG 자문위원회는 이러한 약관의 편입에 관한 피청약자의 명시적, 묵시적 동의 요건을 Black Letter Rule에 기술하고 있지만 자세히 설명하고 있지는 않다. 다만 피청약자의 묵시적 동의를 그가 동의하고 있음을 객관적으로 표시하는 행위로부터 유추할 수 있음을 피력하고 있다. 이를 위해서는 청약자가 청약에 약관의 편입을 명확히 참조표시하고, 해당 약관을 피청약자가 협상 또는 계약 시에 합리적으로 이용 가능해야 하며, 피청약자가 해당 약관의 편입에 반대함이 없이 그의 의무를 이행 했어야 한다. 이러한 이행의

조 제2항 등) 약관의 편입이 부정될 수 있다는 견해가 존재하나 이들 약관의 편입여부와 그 형식의 문제는 모두 CISG의 규율범위에 있어 국내법 적용은 인정되지 않는다(Schwenzer (ed.), 2016, p.291).

8) 일부 학자는 이러한 묵시적 동의에 행위에 의한 동의를 포함하지 않는다고, 따라서 당사자 간의 관습 또는 국제거래 관행이 존재하는 경우에 한해 묵시적 동의를 인정하고 있다(Magnus, 2008, pp.317-318).

9) OGH, CISG-online No. 224; OGH, CISG-online No. 828; OGH, CISG-online No. 1093 및 Kramer, FS Welsch, 2004, S. 551

순간에 피청약자는 약관을 협상 조건과 함께 묵시적으로 승낙한 것으로 간주된다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 2,13). CISG 자문위원회는 Black Letter Rule 제2호를 통해 다음과 같이 기술하고 있다.

“약관의 계약편입을 위해서는 계약 성립 시에 양당사자가 명시적 혹은 묵시적으로 동의하고 약관 청약자의 상대방이 동 조건을 인지할 수 있는 합리적인 기회를 가져야 한다.”¹⁰⁾

③ 시사점

약관의 계약 편입을 위한 피청약자의 명시적 내지 묵시적 동의 요건은 의문의 여지가 없다. 이는 CISG의 계약 성립에 관한 규정에서 보듯 피청약자의 청약에 대한 동의 표시는 필수적이므로 그러한 동의가 없이는 해당 약관이 계약내용으로 인정될 수 없기 때문이다. 다만 CISG 자문위원회가 이러한 요건에 대한 보다 상세한 내용, 가령, 피청약자의 동의의 대상이 어디까지인지 등을 논의하지 않고 있어 아쉬움으로 남는다.

한편 기존 일부 논의에서 약관에 대한 동의 부재는 계약 성립 부정을 의미하므로 이에 따라 해당 약관의 편입을 인정할 수 없다는 견해는 동의할 수 없는 부분이다. 물론 대부분의 경우에, 분쟁해결 관련 조항 등을 담은 약관에 대한 피청약자의 동의부재는 청약에 대한 실질적 변경을 구성할 수 있어 계약의 성립이 부정될 수 있는 것이 사실이다(CISG Art. 19(3)). 그러나 약관 전체가 계약내용의 실질적인 부분을 담고 있는 것은 아니므로 이 문제는 실질적 변경을 포함하는 승낙 관련 규정에 따라 논의되어야 할 것이다(CISG Art. 19(2)). 이상에서 살펴본 동의 요건 관련하여 실무자들은 약관을 포함한 청약에 대해 자신에게 부여된 의무 이행이라는 묵시적 동의에 의해서도 계약이 편입될 수 있음을 충분히 유의하여야 할 것이다. 따라서 실무적으로는 약관내용에 대한 이의가 있으면 확실히 반대의사를 표시하고 이행으로 옮겨서는 아니 될 것이다.

2) 약관인지(認知)의 합리적 기회 부여

① 기존 논의

CISG상 약관의 편입요건에 관하여 기존 판례 및 학자들은 다양한 접근법을 제시한다. 첫 번째는 주로 독일에서 발전시킨 엄격한 접근방법으로서, 약관은 계약체결 시점에 상대방이 활용할 수 있도록 해야 한다는 입장파(Schwenzer, 2016; Kröll et al., 2011;

10) Rule 2. Standard terms are included in the contract where the parties have expressly or impliedly agreed to their inclusion at the time of the formation of the contract and the other party had a reasonable opportunity to take notice of the terms.

Gillette et al. 2016; 김진우, 2011a),¹¹⁾ 두 번째는 다소 완화된 접근 방법으로 약관에 대한 명확한 참조표시만 있으면 된다는 입장이며(Eiselen, 2011, pp.9-13),¹²⁾ 세 번째는 참조표시 없이도 약관이 첨부되기만 하면 약관의 계약 편입이 가능하다는 입장이다.¹³⁾

첫 번째 입장은 약관 내용을 '상대방이 활용 가능하도록 함(making the terms available)'이 약관의 계약편입을 위한 선결조건이라는 주장이다. 즉, 청약자가 약관을 상대방이 인지하도록 합리적인 기회를 부여하지 않았다면 약관은 유효하게 계약조건에 편입될 수 없다는 것이다. 이러한 입장을 따르는 대표적인 판례가 German Machinery case인데, 이 사건에서 독일연방대법원(Bundesgerichtshof)은 약관에 대한 피청약자의 합리적 인지 가능성은 다음 두 가지 요건을 충족시켜야 한다고 판결 하고 있다. 첫째, 약관을 계약에 편입하고자 하는 청약자의 의사가 그 상대방에 명확하여야 한다. 이 요건은 약관에 대한 명료하면서도 이해 가능한 참조표시가 있어야 함을 의미한다(Huber, 2009). 둘째, 청약자는 반드시 약관의 내용을 피청약자에게 전달하거나 다른 방법으로 활용 가능하도록 해야 한다.¹⁴⁾ 독일연방대법원은 그 이유로서 청약자가 약관 사본을 전달하는 것이 피청약자가 약관 내용을 문의하는 것 보다 더 용이하며, 국내거래에서 거래 당사자는 전형적인 약관에 익숙한 경우가 많지만 이는 국제거래에서 항상 적용되는 것이 아니라는 점을 들었다(Huber, 2009).

두 번째 입장은 독일 대법원 판결에서 주장하는 약관의 활용가능 조건이 너무 엄격하여 완화해야 한다는 것인데, 청약서에 약관 참조표시만 있으면 해당 약관이 계약에 편입될 수 있다고 한다. 이 견해에 따르면 상대방은 약관에 대하여 기대가능한 방법으로 인식하면 되기에 이러한 인식가능성은 참조표시로 충분하며, 상대방은 필요 시 약관내용에 대하여 약관제공자에 문의할 수 있다고 주장한다. 이를 대변하는 것이 Austrian Propane

11) 이러한 접근방법을 따르는 주요 판례에 관하여 Kröll et al.(2011, p.234, n.179).

12) 이러한 접근방법을 따르는 주요 판례로 Trib com Nivelles, 19 Sep. 1995, CISG-online 366; LG Coburg, 12 Dec. 2006, CISG-online 1447, IHR 2007, 117, 118; LG Heibronn, 15 Sep. 1997, CISG-online 562. 그 외 이러한 견해를 취하는 학자들에 관하여 Schwenger (ed.) (2016, pp.294-295); Magnus (2008, pp.319-320).

13) 이러한 접근방법을 따르는 주요판례로 Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centriys Corporation / Centriys Corporation v. Separator Technology Solutions Pty Ltd United States 21 January 2010 Federal District Court [California] <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>>].

그외 보다 관대한 입장으로서 계약체결 후에도 약관의 계약 편입이 가능하다는 입장이 있으며, 이러한 접근방법을 따르는 주요 판례로 Berry v Ken M Spooner Farms Inc, 59 UCC Rep Serv 2d 443 (WD Wash 2006).

14) Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Supreme Court] 31 Oct., 2001, 2001 BGHZ No. 149 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>>; Oberlandesgericht [OLG] [Appellate Court] 20 December 2007, 8 U 138/07 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071220g1.html>>].

case¹⁵⁾인데 이 판례에서 오스트리아 법원은 “CISG는 약관의 계약편입을 다루는 조항을 별도로 두고 있지 않으므로 약관의 편입요건은 Art. 14이하 계약의 성립 관련 조항을 참조하여 도출할 수 있을 것이다. 결과적으로 약관의 계약 편입을 의도하는 청약자의 의사에 따라 해당 약관이 청약의 일부를 구성하여야 한다. 단 이는 피청약자가 청약자의 그러한 의사를 모를 리가 없어야 한다(CISG Art. 8(1), (2)). 이러한 약관의 계약 편입은 묵시적으로 또는 당사자 간 협상, 확립된 관습으로부터 유추될 수도 있다”고 판결 하였다.¹⁶⁾

세 번째 입장은 참조표시 없이도 약관이 첨부되기만 하면 약관의 계약 편입이 가능하다는 입장으로 이와 관련한 상반된 두 견해가 존재한다. 먼저 프랑스의 Isea 판례에서 매수인은 매도인에게 이면에 약관을 담고 있으나, 주문서 전면에는 약관의 계약편입 관련 참조표시가 없는 주문서를 송부하였다.¹⁷⁾ 프랑스 법원은 주문서 이면에 기재된 약관이 눈에 잘 띄는 것인지, 매도인과 같은 처지의 합리적인 자가 주문서 이면의 약관을 인지할 수 있었을 것인지 여부를 고려하지 않고 엄격한 접근법을 택하여 주문서 전면 약관의 편입 참조표시조항이 없다는 사실로 주문서 이면의 약관이 계약에 편입되는 것을 부정하기에 충분하다고 판결하였다. 이와 상반된 판례는 미국의 Golden Valley Grape Juice 판례인데, 동 사건에서 청약서가 이메일에 첨부된 형태로 피청약자에게 송부되었고, 이메일에는 보증서와 약관이 각각 첨부되어 있었다.¹⁸⁾ 문제는 이메일에 첨부된 청약서에 약관의 편입에 관한 어떠한 참조표시도 없었다는 점이다. 미국 법원은 이들 첨부서류는 당사자간 협상에 의한 합의내용과 관련이 있다는 청약자의 명확한 의도를 나타내며, 매수인이 그의 선호에 따라 첨부 서류를 취사선택해서는 안 된다고 판시하였다.

② CISG 자문위원회 의견

상술한 입장 중에서 비록 German Machinery 판례의 엄격한 접근방법이 다소 논쟁의 여지가 있지만, 피청약자가 계약시점에 약관을 활용할 수 있도록 청약자가 조치하는 것이 바람직하다는 것이 다수 의견이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 2.3). 이는 CISG의 기초 원칙과 국제거래 요건에 더 부합하기 때문에 다른 접근방법보다는 선호되어야 할 것이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 2.4). 한편,

15) Oberster Gerichtshof [Supreme Court] 6 February 1996, 10 Ob 518/95
(<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>).

16) 이러한 입장의 근거에 관한 자세한 설명에 대하여 Eiselen (2011, pp.11-13)과 Schwenger (ed.) (2016, p.296-297)을 참조.

17) France 13 December 1995 Cour d'appel [Appellate Court] Paris (ISEA Industrie v. Lu)
(<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html>); 그 외에 Spain 27 December 2007 Appellate Court Navarra (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071227s4.html>).

18) United States 21 January 2010 Federal District Court [California] (*Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corporation et al.*) (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>).

독일과 네덜란드 하급법원은 약관의 계약편입을 위해서는 약관 자체가 계약 체결 시에 피청약자에게 전달되어야 한다고 판결하였으나 이는 너무 엄격한 해석이다. German Machinery판례에서 약관의 계약편입요건에 '피청약자가 약관을 인지할 수 있는 합리적인 기회를 가질 수 있는 기타 방법'으로 해당 약관을 이용 가능하도록 청약자가 조치하면 된다고 여지를 남겼음에 주목하여야 한다. 예를 들어 약관의 참조표시가 해당 약관을 이용할 수 있는 웹사이트를 나타낸 것만으로도 약관의 계약편입이 가능할 것이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 2.5). 이와 더불어 양 당사자가 과거에 동일한 약관을 사용한 거래 경험이 있거나 피청약자가 약관을 사전에 알고 있는 경우에는 청약자가 상대방에게 약관이 이용 가능하도록 할 필요는 없을 것이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 2.6).

참조표시 없이 약관이 청약에 첨부된 경우의 상반된 두 견해 중에는 Golden Valley Grape Juice 판례가 현실에 보다 부합한다고 볼 수 있다. 이 판례는 약관 사용이 보편화된 국제거래에서 약관의 참조표시가 없더라도 약관이 첨부되었거나 또는 이면에 인쇄되었을 경우에 대한 상업적으로 합리적인 접근방법을 제공하고 있다. 따라서 피청약자는 첨부된 약관이 명확하다면 동 약관이 별도의 서류로 송부되었든 청약서의 이면에 인쇄되었든 약관을 단순히 무시하여서는 아니 될 것이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 2.12). CISG 자문위원회는 Black Letter Rule 제3호를 통하여 피청약자가 약관내용에 대한 합리적 인지기회를 가진 것으로 간주되는 예를 다음과 같이 제시하였다.

“다음의 경우 일방 당사자는 약관 인지의 합리적 기회를 가진 것으로 본다.

첫째, 약관이 계약에 사용된 서류에 첨부되거나 이면에 인쇄된 경우.

둘째, 협상 시 양 당사자의 참석 하에 약관의 내용이 이용 가능한 경우.

셋째, 전자적 교신은 협상 시에 당사자가 활용·검색 및 접근 가능한 경우.

넷째, 동일한 약관에 구속되는 이전의 합의가 있었던 경우”¹⁹⁾

이를 좀 더 부연 설명 해보면 첫째, 약관이 청약서나 기타 서류에 첨부되었거나 동 서류의 이면에 인쇄되었다면 상대방이 동 조건을 인식할 합리적 기회를 가졌다고 간주

19) Rule 3. “Amongst others, a party is deemed to have had a reasonable opportunity to take notice of the standard terms:

- 3.1. Where the terms are attached to a document used in connection with the formation of the contract or printed on the reverse side of that document;
- 3.2. Where the terms are available to the parties in the presence of each other at the time of negotiating the contract;
- 3.3. Where, in electronic communications, the terms are made available to and retrievable electronically by that party and are accessible to that party at the time of negotiating the contract;
- 3.4. Where the parties have had prior agreements subject to the same standard terms.”

된다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 3.2). 이에 프랑스의 Isea 판례는 예외적이며 Golden Valley Grape Juice 판례가 상업적으로 타당한 접근법이라 사료된다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 3.2).

둘째, 양 당사자의 협상 시 약관이 언급되거나 동 약관이 협상 장소에서 이용 가능한 경우라면 피청약자는 이를 인지할 합리적인 기회를 가진 것으로 볼 수 있다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 3.3).

셋째, 전자적 교신의 경우, 일방 당사자가 협상 중에 약관의 계약 편입을 언급하거나 청약서에 자사의 웹사이트를 편입조항으로 언급하고 있으며 계약 성립 시에 해당 웹사이트에 접근이 가능하면 상대방은 약관 내용을 인지할 합리적 기회를 가진 것으로 본다. 특히 계약이 웹사이트를 통하여 체결되는 경우라면 더욱 그러하다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 3.4). 양 당사자가 이메일 또는 다른 전자적 수단으로 협상할 때는 일반적으로 약관이 이메일에 첨부되거나 해당 약관으로 연결하는 하이퍼링크를 클릭함으로써 동 조건에 접근 가능하면 약관의 편입이 인정된다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 3.5).

넷째, 약관이 당사자 사이의 과거 거래에 사용되었고 피청약자가 동 약관을 협상이나 계약시에 이용할 수 있었다면 피청약자는 약관에 대한 합리적 인지기회를 가진 것으로 추정한다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 3.6).²⁰⁾ 다만 이러한 추정은 약관이 당사자 사이에 유효하게 계약에 편입된 적이 있는 경우에 한하며, 상업송장과 같은 서류에 약관이 추후에 포함되었던 경우와 같이 해당 약관이 유효하게 계약에 편입되지 않았던 경우라면 동 약관이 계약에 편입된 것으로 간주될 수 없다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 3.6).

③ 시사점

CISG 자문위원회는 다수견해인 German Machinery 판례를 따라 약관이 계약체결 시점에 상대방이 이용할 수 있도록 해야 한다는 입장을 취하고 있다. 이러한 입장은 국내거래와 달리 국제거래에서 약관의 사용은 여러 차이점이 존재하며, 약관을 작성하는 자인 청약자가 보다 적은 비용으로 이를 상대방에게 인지시킬 수 있으며, 피청약자가 그의 필요에 따라 약관에 대한 조회를 하도록 하는 것은 불필요한 계약체결 지연을 초래할 수 있고, 이는 CISG Art. 7의 신의칙에 반하는 결과를 낳을 수 있으며 이에 기초한 당사자 간 협력 및 정보제공의무에 모순될 수 있어 타당한 접근법이라 사료된다(Kröll et al.,

20) 이러한 원칙이 적용된 판례로 예를 들어 Netherlands Arbitration Institute, 10 February 2005, CISG-online 1621, YB Comm Arb 2007, 93, 103.

2011; Gillette et al. 2016; 김진우, 2011a).²¹⁾

다만 CISG 자문위원회는 다수 견해와 달리 참조표시 없이 약관이 청약에 첨부된 경우 해당 약관이 계약에 유효하게 편입된다는 입장을 취하고 있다. 이는 약관 사용이 보편화된 국제거래에서 청약 시에 약관의 참조표시 없이 단순한 약관의 제시만으로도 약관이 계약에 편입될 수 있음을 의미한다. 이러한 견해는 결국 당사자의 의사표시에 관한 해석 원칙(CISG Art. (8))에 따라야 할 문제이며, 비록 약관의 참조표시는 없더라도 동 원칙에 따라 약관의 단순 제시에 의한 청약자의 편입의사를 피청약자가 알았거나 모를 리 없었던 경우라면 그 편입을 인정하여야하기에 타당한 접근법이라 사료된다.²²⁾

한편 CISG 자문위원회가 제시한 피청약자의 합리적 인지가능의 기회가 부여된 것으로 추정하는 경우 중에 두 번째와 세 번째의 예에서 공히 계약 체결 시에 약관이 이용 가능한 경우의 합리적 인지가능성을 제외하고 있다. 물론 이러한 추정은 모두 비망라적(non-exhaustive)인 것으로 계약 체결 시의 약관의 이용가능한 경우도 합리적 인지가능성을 배제하는 것은 아닐 것이다. 그러나 협상과정의 약관의 이용가능성은 물론, 계약체결 시의 이용가능성 또한 합리적 인지 가능성에 대한 중요한 기준이기에 이를 누락한 것에 대한 보완이 필요할 것으로 사료된다.

이상의 약관의 편입을 위한 피청약자의 합리적 인지가능성 요건과 관련한 실무상 유의사항은 다음과 같이 정리될 수 있다. 먼저 앞서 살펴본 바와 같이 합리적 인지가능성과 관련하여 상반된 견해가 존재하는 바, 약관 청약자는 명시적인 참조표시 외에도, 약관내용을 상대방에게 직접 전달하거나 달리 상대방이 이용가능 하도록 다양한 방법을 강구하여 상대방의 약관에 대한 인지가능성을 높여야 할 것이다. 또한 CISG 자문위원회가 제시한 피청약자에 대한 합리적 인지가능 기회 부여 추정 경우는 비망라적인 바, 그 외에도 당사자의 의사표시에 관한 해석원칙에 따라 또 다른 인지가능 경우도 있을 수 있음을 주목하여야 할 것이다.

21) 이러한 근거에 대한 부당성에 관하여 Eiselen (2011, pp.11-13)과 Schwenzler (ed.) (2016, p.296-297) 참조.

22) 국제거래에서 약관의 사용이 보편화되어 있고, 참조표시는 없으나 약관이 청약에 첨부된 사실만으로도 피청약자에 해당약관에 대한 인지가능성의 기회를 부여한 것으로 간주할 수 있으며, 이를 조회하고 확인하는 의무는 피청약자에 있음은 올바른 접근이라 할 수 있다.

Ⅲ. 약관 참조표시 및 약관내용의 명확성

1. 참조표시와 약관내용의 명확성

1) 기존 논의

약관을 계약에 편입하고자하는 청약자는 청약 시에 그러한 의사를 참조표시로서 명확히 해야 한다.²³⁾ CISG는 참조표시에 대한 형식 요건에 대해 명시적으로 규정하지는 않지만, 약관의 참조표시는 합리적인 자가 피청약자의 입장에서 명확히 이해할 수 있는 정도이어야 한다(Schwenzer, 2016). 또한, 복수의 약관이 존재하는 경우에는 그 중 어느 것이 계약에 편입되는지도 밝혀야 한다(Schwenzer (ed.), 2016). 이상과 같은 원칙은 전자적 거래의 경우에도 마찬가지로 적용된다(Magnus, 2008).²⁴⁾

한편, 약관의 계약편입을 위해서는 약관의 내용 자체도 명확해야 한다. 즉, 상대방이 기대 가능한 방법으로 약관 내용을 이해할 수 있어야 한다는 것이다. 이 때 상대방의 이해가능성에 대한 요구는 “상대방과 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 이해하였을 바”에 따라 도출된다(CISG Art. 8). 예를 들어, 약관의 작성 언어가 피청약자에게 알려진 언어와 상이하든지, 해당 거래에서 통상적으로 사용되는 언어가 아닌 경우가 있을 수 있다(Kröll et al., 2011).

2) CISG 자문위원회 의견

약관의 계약 편입을 위한 참조표시는 간과하기 쉬운 형태로 숨겨지거나 인쇄되어서는 안 된다. CISG Art. 8(2)는 일방 당사자가 상대방의 의도를 모를 수가 없다고 간주될 정도의 동의를 요구하고 있으며, ‘약관의 계약편입의도의 명확성’이라 함은 이 조항과 맥락을 같이 한다. 즉 청약자는 상대방이 약관의 편입내용을 알 수 있도록 합리적인 노력을 해야 한다는 것이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 5.1). 국제무역에서 약관은 자주 사용되지만 어느 일방이 약관의 내용을 찾아다니도록 의무를 부과해서는 안 되며 약관의 내용을 상대방이 인지할 수 있는 방법으로 제공해야 하는 것은 약관을

23) 이에 관한 판례로 예를 들어 OGH, CISG-online No. 1093; OLG Saarbrücken, CISG-online No. 83; OLG Zweibrücken, CISG-online No. 481; Hof van Beroep Antwerpen, CISG-online No. 1310; RB Veurne, CISG-online No. 765.

24) Magnus, FS Kritzer, 2008, S. 316.

사용하고자 하는 당사자의 책임이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 5.1).

약관의 내용 자체도 상대방과 동일한 부류의 합리적인 사람이 보기에 명확해야 한다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 5.2). 명확하지 않은 조건으로 간주되는 예는 약관이 협상이나 계약 시에 사용된 언어와 다른 언어로 적혀 있어서 피청약자가 이를 이해 할 것으로 합리적으로 기대되지 않는 경우이다.²⁵⁾ 약관 내용에 대한 참조 표시와 내용의 명확성에 대하여 CISG 자문위원회는 Black Letter Rule 5호에서 다음과 같이 기술하고 있다.

“약관의 계약편입 참조표시와 약관 자체는 상대방과 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황에서 명확히 이해할 수 있는 것이어야 한다.”²⁶⁾

3) 시사점

CISG 자문위원회는 약관 계약편입의 참조표시와 약관의 내용은 “상대방과 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황에서 명확히 이해할 수 있는 것이어야 한다”라는 요건을 두고, 이를 약관의 계약편입을 의도하는 청약자에게 그 의무를 부과하고 있다. 이는 약관을 계약내용으로 편입코자 의도하는 청약자가 상대방에게 동 약관의 존재와 내용을 인지시키고 이해시켜야 한다는 기본원칙에 따른 것으로 당연한 내용이라 사료된다. 즉 피청약자가 알지도 못하며 그와 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황에서 이해하지 못할 그러한 참조표시와 약관의 내용은 결국 청약의 일부를 구성할 수 없는 부분에 해당하여 해당 약관의 계약편입은 부정될 수밖에 없는 것이다. 이러한 관점에서 약관의 편입을 의도하는 실무자들은 불필요한 분쟁을 방지하기 위해서라도 약관의 참조표시 자체와 피청약자에 직접제공 되거나 이용토록 제시될 약관의 내용이 상대방이 이해할 수 있을 정도로 명확하게 작성되도록 조치하는 것이 좋을 것으로 사료된다.

25) 일례로, 독일 법원은 Knitware case에서 독일어로 된 약관의 계약편입을 시도한 건에 대하여 동건 계약서의 언어가 독일어가 아니므로 유효한 계약편입이 되지 않는다고 판결하였다; Germany 6 October 1995 Lower Court Kehl(Knitware case) (<http://CISGw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>)

26) Rule 5, A reference to the inclusion of standard terms and the standard terms themselves must be clear to a reasonable person of the same kind as the other party and in the same circumstances.”

2. 참조표시와 약관내용 명확성의 판단 기준

1) 기존 논의

약관의 참조표시 및 약관내용이 명확한지 여부를 가늠하는 중요한 기준으로 문면의 가독성(可讀性)과 언어문제를 들 수 있다. 가독성과 관련하여 CISG는 약관 문면의 형성과 체재에 대한 특별한 요구를 하지 않지만 가령, 분량이 너무 많고 매우 작은 글씨로 되어 있어서 읽을 수 없다면 해당 약관의 계약편입은 부정되어야 할 것이다(Schwenzer, 2016). 약관의 언어는 상대방이 이해할 수 있고 합리적으로 기대되는 언어로 표시하여야 한다. 일반적으로는 계약에 사용된 언어로 작성되어야만 하는데 계약에 사용된 언어라 함은 당사자들이 협상과 계약 체결 시 사용한 언어이다(Magnus, 2008).²⁷⁾ 하지만 약관이 피청약자가 실질적으로 이해하는 언어로 작성된 경우도 유효한 약관으로 간주된다.²⁸⁾

한편 약관이 이른바 '세계어'로 작성된 경우 계약에 편입이 되는지에 대하여 일부 판례에서는 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 않는 한 계약에 편입 된다고 하지만²⁹⁾ 다수설은 이를 부정한다(Schwenzer, 2016). CISG는 러시아어, 스페인어, 아랍어, 영어, 중국어, 프랑스어의 6개 언어본을 공식 언어본으로 지정하였으나 이는 대외교역에 자주 쓰이는 언어의 공식랭킹에 불과할 뿐 이를 세계어의 일부로 볼 수는 없다(김진우, 2011a).

2) CISG 자문위원회 의견

약관의 가독성과 관련하여, CISG가 약관의 배열, 디자인, 형식, 문자의 크기 등에 대해 특별히 요구하는 것은 없다. 단지 CISG Art. 8(2)에 따라 동일한 부류의 합리적인 자가 이해할 수 있으면 된다. 약관 내용이 해독 불가하면 계약에 포함된 것으로 간주할 수 없다. 일례로 글씨가 너무 작아서 읽을 수가 없거나 전면에 인쇄로 인하여 후면의

27) 이는 약관의 참조표시에 사용된 언어와 약관 자체의 언어가 같아야 함을 전제로 한다. 만약 교섭 및 계약의 언어가 영어인데 약관 편입에 대한 참조표시가 독일어로 이루어 졌다면, 상대방이 독일어를 이해할 수 있다고 합리적으로 기대되지 않는 한, 그 약관의 계약편입은 부정되어야 한다. 이러한 맥락에서 청약자가 상대방에게 상대방의 모국어로 된 약관을 전송하거나(CISG Art. 8(2)), 그 밖에 상대방이 충분히 이해할 수 있는 언어로 전송한 경우(CISG Art. 8(1))에는 약관의 계약편입이 인정될 것이다. (김진우 (2011a), p.107)

28) Oberster Gerichtshof (Austria), 31 August 2005, Internationales Handelsrecht 2006, 31.

29) 이를 긍정하는 측의 논리는 다국적 기업들은 당사자 간의 거래기간, 친밀도 및 경제적 중요성 등을 고려하여 세계어로 작성된 약관의 번역을 상대방에게 요청하거나 또는 자발적으로 번역을 할 것이 기대되기 때문이라고 한다(Schwenzer (ed.), 2016, pp.307-308).

내용을 읽을 수 없는 경우 등은 해독 불가능한 것으로 간주된다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 6.1). 한편, 약관의 언어는 피청약자가 합리적으로 이해할 수 있는 언어로 기술되어야 한다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 6.5). 협상이나 계약 체결 시 사용되거나 상대방 영업소에서 통상적으로 사용되는 언어 등이 합리적인 언어의 범주에 속한다. 상대방이 이해할 수 있다고 합리적으로 기대되지 않는 언어로 작성된 약관은 무시되어야 한다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 6.5). 따라서 일부 오스트리아 법원의 판례 처럼 소위 '세계어'에 대한 선호가 있어서는 안 되며 당해 거래의 전후 사정을 살펴 관계 당사자들에게 어떤 언어가 충분히 잘 알려진 언어인지를 결정해야 할 것이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 6.6). CISG 자문위원회는 Black Letter Rule 제6호에서 아래와 같이 기술하였다.

“약관의 계약 편입 참조표시와 약관자체의 내용은 다음과 같을 때 명확한 것으로 간주된다. 첫째, 합리적인 사람이 읽을 수 있고 이해할 수 있을 때, 그리고 둘째, 상대방이 이해할 수 있다고 합리적으로 기대되는 언어로 표시할 것. 그런 언어에는 협상대상자(negotiated party)의 언어, 협상대상자가 협상 시 또는 통상적으로 사용하는 언어가 포함된다.”³⁰⁾

3) 시사점

CISG 자문위원회는 약관의 참조표시 및 내용의 명확성 요건에 대한 판단 기준을 제시함으로써, 그간 논란의 소지가 되어 왔던 언어문제를 해결하고 있다는 점에서 높이 평가할 만하다. 다만 “협상대상자의 언어”와 “협상대상자가 통상적으로 사용하는 언어” 사이의 차별성에 있어 모호함이 존재하며 후자는 오히려 협상대상자가 이해하는 언어로 그 범위를 넓힘이 보다 타당할 것으로 사료된다. 한편 실무기들은 약관의 참조표시와 내용의 가독성을 확보하여야 할 것이다. 그리고 약관 언어로서 세계어의 일부가 될 수 있는 영어도 문제가 될 수 있기에 가능한 한 계약, 협상 시 사용한 언어로 하여 불필요한 분쟁을 미연에 방지해야 할 것으로 사료된다.

30) Rule 6. A reference to the inclusion and the standard terms will be regarded to be clear where:
 6.1. They are readable and understandable by a reasonable person; and
 6.2. They are available in a language that the other party could reasonably be expected to understand. Such a language includes the language of the negotiated part of the contract, the negotiations or the language ordinarily used by that party.”

IV. 약관의 계약편입 관련 기타원칙

1. 계약 성립 후 약관 편입의 배제 및 의외조항의 배제

1) 기존 논의

계약 성립 이후에 새로운 약관을 송부하는 것은 기존 계약에 대한 수정 청약이며, 이를 피청약자가 승낙한다면 계약에 편입될 것이다. 그러나 계약 성립 후 송부된 상업송장이나 기타 서류에 인쇄된 내용은 계약에 편입되지 못한다.³¹⁾ 즉, 피청약자에게 알려졌던 약관의 문면이 청약자에 의하여 후발적으로 변경된 경우, 이는 당초의 계약 내용을 변경시키지 못하며 당초의 약관을 기초로 체결된 계약에 대해서는 그 약관이 그대로 적용된다. 새로운 약관을 장래의 계약에 편입시키려면 앞서 논의한 바와 같이 청약자가 타방당사자에게 변경된 약관을 이용가능토록 하여야 하며, 약관이 변경된 사실을 피청약자에게 인지시키기 위한 명시적 참조표시가 있어야 할 것이다(Schwenzer, 2016).

CISG상 의외조항의 처리문제에 관하여 이를 내용통제의 문제로 취급해야 하는지 아니면 이를 편입통제의 문제로 취급하여야 하는지에 대하여 논란이 있어왔다.³²⁾ 의외조항의 문제를 내용통제의 문제로 취급한다면 이는 CISG의 규율범위 밖의 문제(CISG Art. 4(1))로 국제사법에 의해 정해지는 국내법에 따라 규율되어야 하며, 반대로 이를 편입통제의 문제로 취급한다면 이는 CISG 규정에 따라 처리되어야 할 것이다. 이에 관하여 다수설은 전자의 입장을 견지하고 있다(김진우, 2011b; Schwenzer, 2016). 편입통제의 문제로 취급하는 소수설에 따르면 의외조항의 문제는 CISG Art. 8의 당사자의 진술과 행위에 대한 해석 원칙에 따라 해결하여야 한다고 한다(김진우, 2011b).

31) 계약 성립 후 약관의 전송은 기존 계약조건 변경을 위한 수정청약이며 상대방의 행위에 의해서도 승낙될 수 있다. 그러나 계약 성립 후 에 전송된 상업송장 또는 다른 의사전달 수단에 단순히 약관을 인쇄한 것은 기존 계약조건 변경을 위한 수정청약으로서 받아들여 질 수 없다. 왜냐하면, CISG Art. 8(2)에 명시된 합리적인자라면 일반적으로 그러한 의사표현을 기존 계약을 변경하기 위한 청약으로 간주하지 않을 것이기 때문이다. 상업송장은 보통 계약조건 변경이 아닌 다른 목적으로 사용된다. 따라서 일반적으로 상업송장을 수령한 당사자가 지불 또는 인도와 같은 행위를 하더라도 (상업송장에 있는 조건으로의 변경을) 승낙한 것은 아니라고 간주된다(Magnus, 2008, p.324).

32) 우리나라 약관규제법에서는 의외조항을 약관의 내용통제 문제로 다루지만(한국 약관규제법 제6조 제2항 제2호) 독일민법에서는 편입통제의 문제로 취급하고 있다(독일민법 제305조의c).

2) CISG 자문위원회 의견

약관의 계약편입을 위한 참조표시와 상대방에 의한 이용가능성은 계약 성립 이전 또는 동시에 이루어져야 한다. 계약 성립이후의 상업송장이나 기타 서류에 있는 약관의 계약편입 참조표시는 그 자체만으로는 이미 존재하는 계약의 내용을 변경시키지 못한다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 4.1). 계약체결 이후에 상업송장에 약관을 추가하여 보내는 것은 수령자가 침묵하거나 계약상 자신의 의무를 이행하는 경우 에라도 그것 자체만으로는 원 계약을 변경시키기에 충분하지 않다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 4.3).

미국의 American Barbara Berry 사례에서 법원은 “원고(매수인)가 물품 대금을 지급하였으므로 계약은 성립되었고 배제조항은 피고(매도인)가 보낸 포장된 물품박스 위에 선명하게 붉은 글씨로 써 있었기 때문에, 비록 이것이 배제조항의 유일한 통지였더라도 원고가 이를 인식하지 못 했을 리가 없다”는 이유로 계약 성립 이후에 송부된 물품박스 위에 인쇄된 배제 조항이 계약에 편입되었다고 판결 하였다.³³⁾ CISG 자문위원회는 이는 믿을 수 없을 정도로 느슨한 판례로 평가하였다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 4.2). CISG 자문위원회는 Black Letter Rule 제4호에서 다음과 같이 적시하고 있다.

“약관은 계약 성립 이후에는 편입될 수 없다. 다만, 합의에 의해 계약이 변경되는 경우는 예외로 한다.³⁴⁾”

약관은 계약에 편입이 되면 당사자가 그것을 읽었는지 여부와 관계없이 당사자를 구속한다. 그런데 약관은 익숙한 분야여서 많은 당사자들이 약관이 계약에 편입됨을 알고 도 내용을 일일이 읽지 않는 경우가 많다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 7.1). CISG의 해석상 의외 조항은 합의의 일부를 구성하지 못한다. 이는 유효성과 연관된 내용통제의 문제가 아니라 계약의 성립과 관련된 편입통제의 문제로서 CISG의 취급 범주에 속한다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 7.12). 이러한 조항을 계약에 편입시키고자 한다면 당사자는 상대방에게 해당 조항이 존재하고 계약내용에 포함될 것임을 특정하여 알려야 한다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 7.2). CISG 자문위원회는 Black Letter Rule 제7호에서 아래와 같이 규정한다.

“관련 당사자와 동일한 부류의 합리적인 자가 합 의사향으로서 합리적으로 기대할 수

33) United States *Berry v Ken M Spooner Farms Inc* 59 UCC Rep Serv 2d 443 (WD Wash 2006); *Magnus Festschrift Kritzer* 320.

34) Rule 4. Standard terms cannot be incorporated after the formation of the contract, unless the contract is modified by agreement.

없을 정도로 놀랍거나 통상적이지 않은 약관 조항은 합의의 일부를 구성할 수 없다.”³⁵⁾

3) 시사점

CISG 자문위원회는 계약 성립 후 송부하는 상업송장 또는 기타 서류에 포함되는 약관의 내용은 새로운 계약으로 편입될 수 없다는 일반원칙을 Black Letter Rule에 재조명하고 있다는데 그 의의가 있다. 따라서 실무가들은 새로운 조건을 기존의 거래관계에 추가하고자 할 때에는 새로운 수정청약의 과정을 거쳐서 계약 내용을 변경하여야 한다. 실무적으로는 추후에 계약조건을 변경하는 번거로운 과정을 거치지 않도록 최초 약관 작성 시 세부 조건을 꼼꼼히 챙겨서 약관 내용에 반영하여야 할 것이다.

CISG 자문위원회는 그간 문제가 되어 왔던 의외조항에 관한 처리문제를 편입통제의 문제에 해당함을 명료히 하고 있다는 점에서 그 의의가 있다. 이에 실무가들은 이러한 의외조항이 발생하지 않도록 해당 조항의 존재 여부와 그 편입 사실을 상대방에게 통지하는 등의 조치를 취하여야 할 것이다.

2. 개별 약정의 우선 원칙 및 작성자 불이익의 원칙(contra proferentem rule)

1) 기존 논의

CISG는 개별약정이 우선한다는 원칙을 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 이러한 사실이 각국의 국내법이 적용되는 것을 의미하는 것은 아니며(김진우, 2011b), 이는 당사자의 의사표시에 관한 해석원칙(CISG Art. 8)에 따라 규율할 문제이다. 개별약정이 우선한다는 원칙은 계약내용의 해석에 있어 계약의 전체맥락과 당사자 의사의 중요성을 고려하여야 한다는 원칙에서 찾을 수 있는데, 이는 개별조항이 약관보다 당사자의 의사를 보다 잘 반영한다는 가정에서 비롯된다 할 수 있다(Schwenzer, 2016). 한편 이러한 원칙은 구두합의에도 적용된다(Schwenzer, 2016).

CISG상 작성자 불이익의 원칙에 대한 명시적 규정은 없지만 이 원칙이 CISG에도 적용된다는 것이 통설이다(Huber and Mullis, 2014). 이 원칙은 계약조항을 작성하는 사람은 자신에게 유리하게 작성할 것이므로 모호성에 따른 위험을 자신이 부담해야 한다는

35) Rule 7. Standard terms that are so surprising or unusual that a reasonable person of the same kind as the relevant party could not reasonably have expected such a term in the agreement, do not form part of the agreement.

것과 이러한 모호성을 예방할 수 있는 가장 적절한 위치에 있는 사람이라는 인식을 전제로 한다(김진우, 2012). 그러나 유의할 점은 이 원칙은 보충적인 원칙이라는 점이다. 즉, 작성자의 상대방이 작성자의 의사를 알지 못한다면 이는 상대방의 관점에서 객관적인 해석에 따라야 할 것이며, 작성자의 의사가 모호한 경우에 한하여 작성자에 유리한 해석이 이루어져서는 안된다(Huber and Mullis, 2014).

2) CISG 자문위원회 의견

개별 약정 우선 원칙은 여러 법제에서 발견되는 익숙한 계약 해석의 규칙으로서 당사자의 실제 의도는 추정된 의도보다 앞선다는 전제에 기반을 둔 것이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 8.1). 약관은 그 특성상 당사자 간의 합의에 의하지 아니하고 일방 당사자나 제3자에 의하여 준비되어 계약에 편입된다. 그러므로 당사자들이 특별히 협상하고 합의한 조항은 당사자들의 의도를 더 잘 반영하고 있기 때문에 약관에 포함될 조항과 상충될 때에는 당사자들의 합의 조항이 우선하게 되는 것이 논리적이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 8.2). Black Letter Rule 제8호에서는 다음과 같이 밝히고 있다.

“계약에서 협상된 조건과 약관이 상충할 때에는, 협상된 조건이 우선한다.”³⁶⁾

한편 CISG 자문위원회는 작성자 불이익의 원칙이 국제적으로 잘 알려진 해석의 규칙이며 여러 학자들에 의해 CISG하에서도 일반적으로 적용되고 있음을 밝히고 있다. 이에 동 위원회는 CISG Art. 8(2)는 소통을 준비한 자 또는 계약서를 작성하는 자가 상대방과 동일한 위치에 처한 합리적인 자에게 명확하게 의사를 전달하는 책임을 지도록 하는 것이라고 설명한다(Honnold, J. and H. Flechtner, 2009, p.158). 이는 문화적, 언어적, 사업에 있어 상이한 배경을 가진 당사자들 간의 국제 거래의 경우에 특별히 중요하다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 9.1). 따라서 모든 계약조건은 CISG Art.8의 일반규칙에 따라서 해석되어야 하며, 이러한 맥락에서 당사자 사이의 협상을 포함한 관련된 모든 정황을 고려하여 해석할 것을 요구하는 Art.8(3)이 특히 중요하다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 9.3). 이러한 작성자 불이익 원칙은 Chinese Cysteine arbitration case 중재판정에도 적용된바 있다.³⁷⁾ 이에 CISG 자문위원회는 Black

36) Rule 8. Where there is a conflict between negotiated terms and standard terms in the contract, the negotiated terms override the standard terms.

37) China 7 January 2000 CIETAC Arbitration proceeding, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000107c1.html> “계약서 제5항에 대한 양 당사자의 해석은 어느 정도는 모두 일리가 있으며 중재판정부는 문제 해결 가이드를 당사자들이 준거법으로 채택한 CISG에서 찾을 수 없다. 그러나 중재재판부는 제5항이 매도자가 작성한 표준 계약서로부터 온 것임에 주목한다. 계약의 해석에 관련한 기본적인 작성

Letter Rule 제9호에서 아래와 같이 기술하고 있다.

“일방 당사자가 제공한 약관의 의미가 해석에도 불구하고 모호할 때에는 상대방에게 더 유리한 의미로 해석하는 것이 우선한다.³⁸⁾”

3) 시사점

개별약정 우선의 원칙과 작성자 불이익의 원칙은 그간 CISG상 명시규정은 없으나 널리 인정되는 원칙으로 이를 CISG 자문위원회는 Black Letter Rule에 명시적으로 밝히고 있다. 이에 실무가들은 약관의 내용과 구두 약정을 포함한 개별 약정 내용 간의 상위가 있는지 여부를 꼼꼼히 확인할 필요가 있을 것이다. 한편 계약에 편입시키고자 하는 자사의 약관 내용을 상대방에게 적극적으로 인지시킴으로써 분쟁 시에 ‘작성자 불이익의 원칙’에 따라 불이익을 받을 가능성을 사전에 방지하는 노력이 필요할 것이다.

3. 서식전쟁(Battle of Forms)

1) 기존 논의

서식전쟁은 양 당사자가 서로 충돌하는 자신의 약관을 제시하여 청약과 승낙이 이루어지고, 상호 충돌하는 약관의 내용이 실질적 변경(CISG Art. 19(2))에는 이르지 않아 계약이 성립된 경우 계약의 내용은 무엇인가의 문제를 말한다(이병문·박은옥, 2016). 이 문제에 관하여 CISG상 명시규정을 찾을 수 없으며,³⁹⁾ 이 문제 해결을 위해 몇 개의 방안이 제시되었는데 주요한 두 개의 접근 방법은 최후발포이론(last-shot rule)과 상충조건 배제이론(knock-out rule)이다(Schwenzer, 2016). 먼저 최후발포이론은 차기 모든 서식은 이전의 청약에 대한 거절에 해당하며 대응청약으로 간주할 수 있기에 이에 대한 거절 없이 승낙된, 주로 다양한 행위에 의하여 묵시적으로 승낙된 최종서식이 계약내용으로 인정된다고 한다(Kröll et al., 2011; 석광현, 2010; 최홍섭, 2005). 이러한 이론은 CISG

자불이익의 원칙(contra proferentem rule)에 의거하여 만약 일방 당사자가 제공한 계약 조건이 불분명하다면 동 당사자에 불리한 해석이 채택된다.”

38) Rule 9. If the meaning of a standard term provided by one party remains ambiguous despite interpretation the meaning more favourable to the other party shall prevail.

39) CISG의 제정 과정에서 명시적으로 규율하지는 논의가 있었으나, 각국의 국내법 내용이 서로 상이하여 통일된 의견을 모을 수 없고, 이에 대한 논의의 시간이 부족하며, 자칫 명시규정으로 당사자의 의사와는 다른 결과를 유출할 수 있으며, CISG의 규정 속(Art. 19(1))에 이미 해결되어 있다는 이유 등으로 거부되었다(최홍섭, 2005, p.114; Schwenzer (ed.), 2016, pp.364-365).

Art. 19의 문자적 해석과 일치하나, 결정되는 계약내용이 그 성질상 너무 임의적이며 예견 불가능하다는 비판을 받고 있다(Schwenzer, 2016). 이와 더불어 최후 의사 표시자가 상대방의 실수나 침묵을 기대하면서 자신에게 유리한 약관 내용을 남발할 우려가 있다는 비판이 있다(석광현, 2010). 이에 기초하여 상충조건배제이론은 서로 충돌하는 약관은 배제하여 계약이 성립되는 것으로 하고, 이 부분에 한하여 계약의 공백이 있어 이는 CISG상 적용가능한 관련 규정으로 규율토록 한다고 한다(Huber and Mullis, 2014; DiMatteo, 2014).

2) CISG 자문위원회 의견

CISG 자문위원회는 서식전쟁의 문제에 관한 CISG상 명시규정은 없으나, CISG상 계약의 성립에 관한 규정(CISG Arts. 14-24)에서 다루어지기 때문에 국내법의 적용 여지는 없음을 밝히고 있다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 10.4). 이와 관련된 판례 및 학설이 크게 두 가지로 나뉘어 갈리어 있음을 인지하나, 상충조건배제이론이 다수설에 해당함을 지적하고 있다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 10.6).⁴⁰⁾ 이 이론은 충돌하는 두 개의 약관 사이에서의 전횡적인 선택을 피하고 공통적인 요소만 활용하며 이것은 양 당사자의 실질적 의도와도 합치된다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 10.6). 비록 최후발포이론이 Art. 19의 엄격한 문자적 해석과 일치하는 것으로 보이지만 이 이론은 당사자들의 거래 관계 진행을 예측하기 매우 어렵게 만든다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 10.6). 상충조건배제이론은 일방 당사자가 사전에 명시적으로 자신의 약관이 아닌 다른 약관에 구속되지 않을 것이라고 표시함으로써 CISG 규정의 적용을 배제하지 않는다면 서식전쟁 상황에 적용될 것이다(CISG Advisory Council, 2013, Specific Comments 10.8). CISG자문위원회 Black Letter Rule 제10호에서도 다음과 같이 기술하여 상충조건배제이론을 지지한다.

“양 당사자가 각자의 약관을 계약에 편입하려고 하면서 일부 조항을 제외 하고 합의

40) 독일의 German Milk powder case는 이 문제에 대한 전통적인 예를 제공하는데, 이 사례에서 양 당사자는 계약 협상 시에 각자의 약관을 사용하였다. 계약이 성립된 것은 확실하였으나 어떤 약관이 실제로 합의되었는지는 결정할 수 없었고 법원은 CISG의 일반 원칙에 의해서는 해결하기 어려운 딜레마에 직면하였다. 독일 법원은 판결을 통하여 상충조건배제이론의 채택을 정당화 하였다. Germany 9 January 2002 Supreme Court (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>) “매수인1과 매도인1이 제시하는 약관의 부분적 상충이 CISG Art. 19(1), (3)에서 규정한 당사자 간 합의의 결여로 해석되어, 동 건의 계약 성립 실패로 귀결되어서는 안 된다고 추정함이 옳다고 판단한다. 당사자들은 계약을 이행함으로써, 상호간 계약조건을 합의하지 못한 것이 CISG Art. 19가 의미하는 바를 적용하는데 필수적인 것이라고 생각하지 않음을 표시하였다는 사법적 평가는 법률적으로 도전 받지 아니하고 항소심은 이를 명시적으로 받아들인다.”

에 이르렀다면, 계약은 협상된 조건과 약관의 내용 중 실질적으로 공통된 내용으로 이루어진다. 다만, 일방 당사자가 사전에 혹은 사후라도 부당한 지체 없이 그러한 기초 하에 계약을 성립시키는 것에 대해 확실히 반대 의사를 표시하면 그렇지 아니하다.”⁴¹⁾

3) 시사점

CISG 자문위원회는 그간 오랜 논쟁의 대상이 되어 왔던 서식전쟁의 문제에 관하여 상충조건배제이론이 다수 의견으로 모아지고 있음을 인식하고 이에 대하여 그 Black Letter Rule에 명시적으로 밝히고 있다. 그러나 실무에서 염두해 두어야 할 부분은 이에 대한 논쟁이 이것으로 종결되는 것이 아님을 기억하고 타방당사자에 의해 송부되는 약관의 내용이 자신의 약관과 어떠한 차이가 있는지를 꼼꼼히 확인하는 자세가 필요할 것이다. 이는 불측의 사유로 원치 않는 CISG 관련 규정이 계약내용으로 인정될 여지가 있기 때문이다. 또한 실무자들은 계약 상대방과의 협상에 전향적으로 임하고 의견이 상이한 부분을 지적하고 보완하는 협상 자세를 견지하여야 할 것이다.

IV. 결론

이상에서 살펴본 CISG 자문위원회 Black Letter Rule의 내용을 정리하면 다음과 같다. (1) CISG하에서 약관의 계약편입 여부 판단은 계약의 성립에 관한 일반 규정과 당사자 의사표시의 해석규정을 따르며 (2) 약관의 계약 편입을 위한 요건으로서 피청약자의 명시적·묵시적 동의가 있어야 하고, 피청약자가 이를 인지할 수 있는 합리적 기회를 가져야 한다. (3) 약관의 계약편입에 대한 참조 표시와 약관 내용 자체는 상대방과 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 조건에서 명확히 이해할 수 있는 것이어야 한다. (4) 이러한 명확성 판단의 기준은 첫째, 가독성에 문제가 없어야 하며 둘째, 상대방이 이해할 수 있다고 합리적으로 기대되는 언어로 기술되어야 한다는 것이다. 한편, 약관의 계약편입 관련 기타 원칙으로 (1) 계약 성립 후 상업송장 혹은 기타 서류 전송을 통한 신규 약관의 계약 편입 배제 (2) 의외조항 배제 (3) 개별약정의 우선 (4) 작성자 불이익 (5) 상

41) Rule 10. Where both parties seek to incorporate standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the negotiated terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later on but without undue delay objects to the conclusion of the contract on that basis.

충조건배제이론에 의한 서식 분쟁 해결을 제시하였다.

이러한 Black Letter Rule에 기초하여 무역업계에서 유의하고 대비해야할 실무적 시사점은 다음과 같다. (1) 계약 성립을 다룬 CISG 제2부의 규정, 특히 계약 성립의 해석을 다룬 Art. 8 및 Art. 9의 내용을 숙지하여 실무에 임하여야 한다. (2) 약관의 계약편입은 의무의 이행에 따른 묵시적 동의도 가능하므로 계약편입에 이의가 있을 경우 확실히 반대 의사를 표명하고 이행으로 옮겨서는 아니 된다. (3) 약관의 계약편입 참조표시는 명확히 하고 약관내용을 상대방에게 직접 전달하거나 이용가능 한 다양한 방법을 통해 상대방에게 확실히 인지시킴으로서 불필요한 분쟁을 사전에 예방한다. (4) 약관의 가독성을 확보하고 언어는 계약이나 협상에 사용한 언어 또는 상대방이 이해할 수 있다고 객관적으로 기대되는 언어를 사용한다. (5) 계약 성립 후 상업송장 등에 의한 신규 약관의 계약 편입은 불가하므로 처음부터 약관 내용을 꼼꼼히 챙기고 준비한다. (6) 상대방의 통상적이지 않고 합리적이지 않은 약관의 계약편입 시도는 의외조항 배제 원칙을 적극 활용하여 대응한다. (7) 중요 거래조건은 표준약관에 의존하기 보다는 개별 약정을 통하여 계약에 편입한다. (8) 약관내용을 적극적으로 상대방에게 인지시켜 분쟁 시 '작성자 불이익의 원칙'에 의한 피해 가능성을 예방한다. (9) 상충조건배제에 의한 서식분쟁 해결 흐름을 인식하고 계약 상대방과 의견 차이를 보완해 가는 협상 자세를 견지한다.

참고문헌

- 김진우(2011a), “CISG 에서의 약관의 편입통제”, 「경희법학」 제46권 제2호, pp.91-122.
- _____ (2011b), “국제계약규범에서의 계약조항의 편입”, 「법조」 2011 · 12(Vol.663), pp.87-126.
- _____ (2012), “CISG에서의 의사표시의 해석”, 「국제거래법연구」 제21집 제2호, pp.23-46.
- 이병문·박은옥(2016), “CISG상 계약의 성립에 관한 판례연구”, 「무역상무 연구」 제69권, pp.1-22.
- 석광현(2010), 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사
- 최흥섭(2005), “유엔국제매매법(CISG)에서 약관에 관한 문제”, 「법조」 2006. 1 (Vol.592) pp.104-138.
- CISG Advisory Council(2013), “Inclusion of Standard Terms under the CISG”,

- CISG-AC Opinion No. 13.
- DiMatteo, L. (ed.)(2014), *International Sales Law: A Global Challenge*, New York: Cambridge University Press.
- Eiselen, Sieg(2011), "The requirements for the inclusion of standard terms in International sales contracts", PER/PELJ2011(14)1.
- Gillette, P. Clayton and Steven D. Walt(2016), *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, 2nd ed., New York: Cambridge University Press.
- Honnold, J. and H. Flechtner(2009), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., New York: Wolsters Kluwer.
- Huber, Peter(2009), "Standard Terms Under the CISG", *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*(1/2009), pp.123-134.
- Huber, Peter and Alastair Mullis(2014), *The CISG - A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publisher, 2nd ed.
- Kröll, Stefan, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas(2011), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*
- Magnus, Ulrich(2008), "Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG", in Andersen, Camilla B. and Ulrich G. Schroeter eds., *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing.
- Schwenzer (ed.)(2016), *Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)*, Fourth Edition, Oxford University Press.

A Study on the Inclusion of Standard Terms under the CISG

Byung-Mun Lee

Sang-Hoon Ko

Abstract

It becomes a common feature of business practices in International Trade to use a standard terms for the formation of their contracts. However, because of differences in legal systems, business practices and so on in their own countries, there have been many conflicts and disputes happening between parties concerned in International Trade. The CISG, which has long been used as the governing law in many cases of International Trade, could not be free from those conflicting issues in its usage and application.

This study analyzes the “Black Letter Rules” which was adopted by CISG Advisory Council in 2013 to provide an effective way of resolving the conflicting issues regarding the inclusion of standard terms in International Trade Contracts under the CISG.

This study scrutinizes, the relevant rules and requirements for the inclusion of standard terms into a contract. It also deals with the offeror’s duty of making clear reference to the standard terms, transmitting the contents of standard terms to the other party.

As the other rules for the inclusion of standard terms, this study reviews the principle of denying the inclusion of standard terms after the formation of contracts, exclusion of surprising or unusual terms, preference of individually negotiated terms to the standard terms, contra preferentum rule and preference of the “knock-out rule” to “last-shot rule” in resolving the issue of so called, “Battle of Forms.”

Lastly, on the basis of analyzed opinion, this study suggests the practical implications for the people working at International Trade-related business sector to facilitate International Trade.

〈Key Words〉 CISG, Inclusion of Standard Terms, CISG Advisory Council, Reference to the standard terms, Reasonable opportunity to take notice of the standard terms, Battle of Forms