



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

약관규제법상의 고객 보호의 법리 연구
- 몇 가지 문제점과 그 해결방안 -

A Study on the Theory of Customer Protection concerning
Act on the Regulation of Terms and Conditions
- Several Problems and Improved Solutions -

제주대학교 대학원

법 학 과

이 선 형

2017년 2월

약관규제법상의 고객 보호의 법리 연구

- 몇 가지 문제점과 그 해결방안 -

지도교수 김 성 욱 · 한 삼 인


이 선 형

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함


2016년 12월

이선형의 법학 박사학위 논문을 인준함


심사위원장

김 상 영 


위 원

김 대 경 


위 원

김 상 헌 

위 원

김 성 욱 

위 원

한 삼 인 

제주대학교 대학원

2016년 12월

A Study on the Theory of Customer Protection concerning
Act on the Regulation of Terms and Conditions

- Several Problems and Improved Solutions -

Lee, Seon Hyoung

(Supervised by Professor Dr. Kim, Sung Wook and Dr. Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of Doctor of Law

2016. 12.

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

<국문초록>

현대사회의 거래는 다양화·대량화되고 있다. 개인과 기업은 많은 경우에 사업자가 미리 마련한 약관을 이용하여 계약을 체결한다. 그런데 사업자는 거래 영역에서의 전문성을 바탕으로 약관의 내용을 자신에게 유리하게 작성하는 속성이 있다. 반면에 고객은 사업자가 일방적으로 작성한 약관의 내용을 잘 모르거나 그 내용이 자신에게 불리하더라도 그대로 계약을 체결하는 경우가 많다. 이와 같이 약관이 지배하는 거래영역에서 사업자는 능동적으로 명령의 자유를 누리고, 고객은 수동적인 지위에서 계약내용결정의 자유가 제한된다. 약관에 의한 계약체결을 강요받는 고객에게는 오로지 계약체결의 자유만 있을 뿐이다. 따라서 약관에 의하여 체결되는 계약에는, 당사자의 대등을 전제로 하는 계약자유 원칙을 그대로 적용할 수 없고, 이에 대한 일정한 수정이 필요하다.

약관에 의하여 체결되는 계약을 규제하여 약관내용의 공정성을 확보하고 고객을 보호하고자 하는 것은 세계적인 추세이며, 우리나라는 약관규제법의 제정과 시행을 통하여 약관에 대한 내용통제를 실현하고 있다. 약관규제법은 약관사용자인 사업자의 상대방을 특별히 ‘고객(顧客)’이라고 표현한다. 고객은 재화와 용역의 최종 구매자인 소비자는 물론, 우월한 지위의 사업자가 제안하는 약관에 의한 계약의 청약을 거절하지 못하는 영세 상인이나 하청기업과 같은 경제적 약자가 모두 포함한다. 약관의 내용통제는 약관 조항의 내용을 공정하게 하여 이러한 경제적 약자인 고객을 보호하고 거래의 공정성을 담보하는 중요한 수단이 된다.

그런데 입법목적과 달리 약관규제법에는 추상적이고 모호한 규정이 많다. 이를 적용하는 법원도 경제적 약자인 고객 보호 이념에 충실하지 못한 결론에 이르는 경우가 많았다. 이러한 점에 문제의식을 가지고 본 연구자는 고객 보호의 시각에서 약관규제법상의 기본 법리를 살피고, 외국 주요국가의 입법례와 비교하여, 편입통제·해석통제·불공정성통제의 단계적 방법에 따라 유기적인 연구와 검토를 통하여, 그 문제점을 도출하고 해석론과 입법론적 시각에서 그 해결방안을 모색하고자 하였다.

본 논문에서 검토한 약관규제법의 내용통제에서 야기되는 문제점과 그에 대한 해결방안으로서 해석론 및 입법론의 주요 내용을 요약·정리하면 다음과 같다. 우

선 해석론을 본다.

첫째, 약관규제법상 약관이란 사업자가 고객과의 계약체결을 위하여 계약의 내용이 될 사항을 미리 마련하여 둔 것 일체를 말하는 것이다. 약관의 개념을 엄격히 하는 것은 고객이 약관규제법의 보호를 받지 못하는 결과가 되어 고객 보호의 법리에 부합하지 않는다. 반대로 개별약정은 약관의 개념을 축소시키는 기능을 하므로 그 요건과 증명책임에 대한 판단은 신중하게 이루어져야 한다.

둘째, 약관이 계약내용으로 되기 위해서는 약관을 계약의 내용으로 하자는 당사자 사이의 채용합의가 필요하다. 또한 사업자의 공정한 약관 작성을 유인하기 위해서 사업자의 작성의무를 단순히 선언적인 것으로 보아서는 아니 된다. 설명의무의 대상이 되는 약관 조항의 중요한 내용은 급부의 내용, 사업자의 면책, 고객의 책임 가중에 관한 내용 등을 들 수 있다.

셋째, 근로기준법이 적용되는 근로관계나 특별한 거래 분야에서의 약관에 대하여도 해당 분야의 규범이 약관규제법의 규정과 상호 모순·저촉되지 않는 경우에는 약관규제법을 중첩적으로 적용하여 고객을 보호할 필요가 있다.

넷째, 해석통제 단계에서 신의성실의 원칙은 불공정성통제의 그것과 마찬가지로 일반 사법에서의 신의성실의 원칙보다 강화하여 적용되어야 한다. 객관적 해석원칙은 고객의 개별적 사정을 고려하지 않아 고객 보호에 미흡한 점이 있다. 따라서 통일적 해석원칙과 고객유리의 해석원칙의 적용을 통하여 이를 보완하여야 한다.

다섯째, 약관규제법 제6조 제1항과 제2항의 규정은 체계상으로 개선할 필요가 있다. 또한 약관규제법이 규정하는 불공정성통제의 판단 대상과 기준은 명확하지 않다. 한편 불공정한 약관에 대한 일반적인 효과만으로는 공정한 약관 사용을 기대하기 곤란하여 고객 보호에 충분하지 못하다.

여섯째, 약관규제법 제8조의 위약금에는 위약벌이 포함되는데, 법원은 이를 감액할 수 없고, 동조에는 효력유지적 축소해석도 적용되지 않는다. 약관규제법 제14조의 부당한 소송제기의 금지에는 부당한 중재합의도 포함된다고 보아야 한다. 또한 고객에게 증명책임을 전가하는 약관 조항은 그 불공정성의 정도가 심하다.

일곱째, 불공정성통제의 단계에서 약관 조항이 개별적 통제에 직접적으로 포섭되지 않을 때에는 불공정성 판단이 유보된 경우로 보아 일반적 통제의 적용을

받아야 한다. 약관 조항이 계약에 편입되지 못하거나 불공정하여 무효인 경우에는, 무효로 된 부분에 대하여 임의법규를 적용하여 계약내용을 정하면 된다. 효력유지적 축소해석은 고객 보호를 위한 내용통제 수단으로 보아야 한다. 한편 행정적 통제와 사법적 통제는 그 구조적 차이와 특성에 따라 불공정성 판단의 기준이 다르므로 고객의 예측가능성을 담보하기 위해서는 상호 보완이 필요하다.

다음으로 입법론을 본다.

첫째, 약관규제법 제2조 제1호에 약관의 개념요소로 규정되어 있는 ‘일정한 형식’이라는 문구는 삭제하고, ‘다수의 계약을 위하여’라는 요건을 마련할 필요가 있다. 약관규제법 제4조는 개별약정의 요건으로 ‘개별적인 교섭’을 명문화하고, 개별약정에 실질적인 교섭이 있었는지 여부는 사업자가 증명하도록 하는 것이 바람직하다.

둘째, 약관규제법 제3조 제3항의 본문은 설명의무의 대상이 되는 약관 조항의 중요한 내용으로 ‘급부의 내용’, ‘사업자의 면책’, ‘고객의 책임 가중’ 등을 예시할 필요가 있다. 다만 동항 단서는 고객 보호 이념과 친하지 않으므로 삭제하는 것이 바람직하다. 또한 작성의무 위반의 경우에도 편입통제의 효과를 받도록 약관규제법 제3조 제4항의 적용범위를 개정할 필요가 있다.

셋째, 약관규제법 제30조 제1항에서 근로기준법을 삭제하고, 동조 제2항은 약관규제법이 약관에 관하여는 우선 적용되는 특별법임을 명시하되, 다른 법률을 적용하는 것이 고객에게 유리한 경우에는 그 법률을 적용할 수 있도록 개정하여 고객을 중첩적으로 보호하는 것이 바람직하다.

넷째, 약관규제법 제5조 제1항 후문을 “고객에 따라 불리하게 해석되어서는 아니 된다”로 개정하여 통일적 해석원칙의 독자적 의미를 반영하고, 고객의 개별적 사정을 고려하지 않는 객관적 해석원칙의 문제점을 보완하여야 한다.

다섯째, 약관규제법 제6조 제1항은 “공정성을 잃은 약관 조항은 신의성실의 원칙에 위반하여 무효이다”로 개정하는 것이 조문의 체계상 합리적이다. 약관규제법 제6조 제2항 제2호는 불공정성통제의 판단 기준으로 ‘계약체결의 목적’, ‘계약의 내용’을 고려하도록 하되, 동조 제3항을 따로 두어 임의규정을 기준으로 불공정성통제의 대상을 명시할 필요가 있다. 한편 불공정한 약관을 사용하는 사업자에 대하여 징벌적 손해배상의무를 부과하는 규정을 두는 것도 고객 보호에 일조

할 수 있다.

여섯째, 약관규제법 제14조에 부당한 중재합의도 포함되도록 명시적으로 개정하고, 고객에게 증명책임을 전가하는 약관 조항은 절대적 무효조항으로 할 필요가 있다. 약관에 의한 계약체결에서 발생한 분쟁에 대하여 고객의 주소를 기준으로 전속관할 규정을 신설하는 것도 고려해 보아야 한다.

일곱째, 약관규제법 제17조가 규정하는 불공정약관조항을 ‘제6조부터 제14조까지의 규정에 해당하거나 해당할 우려가 있는 불공정한 약관 조항’이라고 개정하여 행정적 통제의 불공정성에 대한 심사기준을 명확히 하는 것이 바람직하다.

이와 같이 본 논문은 현행 약관규제법이 안고 있는 고객 보호에 미진한 몇 가지 문제점을 중심으로 비교법적인 연구 및 판례 분석을 통하여 상세한 해석론을 전개하고, 입법론까지 개진하였다. 다만 국제거래계약에서의 약관과 행정적 통제의 절차적 문제 등은 논의의 대상으로 삼지 않았고, 본 논문에서 개진한 몇 가지 입법론은 고객 보호의 관점에서 개별입법으로서의 입법론을 제시하는데 중점을 둔 것이다. 향후 약관규제법의 개정이나 민법으로의 흡수·통합이 이루어지는 경우에, 본 논문의 연구를 바탕으로 국제거래의 현실 및 사법의 일반원칙까지 종합적으로 반영하여 구체적인 논의가 전개되기를 희망한다.

주제어: 약관규제법, 고객 보호, 편입통제, 설명의무, 고객유리의 해석원칙, 징벌적 손해배상

목 차

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 선행연구와의 차별성	3
제3절 연구의 방법과 범위	5
제2장 약관규제법상의 고객 보호의 기본 법리	6
제1절 약관의 의의와 사회적 기능	6
1. 약관의 의의	6
(1) 약관의 개념	6
(2) 개별약정	8
1) 개별약정의 요건	8
2) 개별약정의 내용과 방식	9
3) 개별약정의 증명책임	10
(3) 검토	10
2. 약관의 사회적 기능	11
(1) 영업의 합리화	11
(2) 법률의 상세화·전문화	12
(3) 거래위험의 분산	12
(4) 검토	13
3. 약관규제법의 적용범위	14
4. 약관규제법의 성격과 민법으로의 편입	15
(1) 약관규제법의 성격	15
(2) 민법으로의 편입에 관한 논의	16
(3) 검토	16
제2절 약관의 작성형태와 그 구속력의 근거	17
1. 약관의 작성형태	17

(1) 일방적 형성	17
(2) 쌍방적 형성	18
(3) 표준약관	18
(4) 검토	19
2. 약관의 구속력	20
(1) 서설	20
(2) 학설의 대립	20
(3) 판례의 태도	22
(4) 검토	23
제3절 약관 조항의 특징과 내용통제의 필요성	23
1. 개관	23
2. 약관 조항의 특징	24
(1) 작성상 특징	24
(2) 채용상 특징	25
(3) 내용상 특징	25
3. 내용통제의 필요성	26
제4절 약관의 내용통제 방식과 그 내용	27
1. 개관	27
2. 사법적 통제	28
(1) 서설	28
(2) 편입통제	29
1) 편입통제의 의의	29
2) 편입통제의 요건	30
3) 편입통제의 효과	31
4) 편입통제의 증명책임	31
(3) 해석통제	32
1) 해석통제의 의의	32
2) 신의성실의 해석원칙	33

3) 객관적·통일적 해석원칙	33
4) 고객유리의 해석원칙	34
5) 엄격해석·축소해석	35
(4) 불공정성통제	36
1) 불공정성통제의 의의	36
2) 일반적 통제	36
3) 개별적 통제	37
4) 일반적 통제와 개별적 통제의 관계	38
3. 행정적 통제	39
(1) 행정적 통제의 의의	39
(2) 행정적 통제의 현황	40
1) 불공정약관의 시정	40
2) 주요 사례	41
제3장 외국 주요국가의 입법례와 시사점	43
제1절 대륙법계 국가의 입법례	43
1. 독일	43
(1) 서설	43
(2) 편입통제	45
(3) 해석통제	46
(4) 불공정성통제	47
1) 일반적 통제	47
2) 개별적 통제	48
3) 일반적 통제와 개별적 통제의 관계	49
4) 내용통제의 효과	49
2. 프랑스	50
(1) 서설	50
(2) 편입통제	51

(3) 해석통제	52
(4) 불공정성통제	53
3. EU	54
(1) 서설	54
(2) 편입통제	55
(3) 해석통제	56
(4) 불공정성통제	56
제2절 영미법계 국가의 입법례	58
1. 영국	58
(1) 서설	58
(2) 편입통제	59
(3) 해석통제	60
(4) 불공정성통제	60
2. 미국	62
(1) 서설	62
(2) 편입통제	62
(3) 해석통제	63
(4) 불공정성통제	64
제3절 동북아시아 주요국가의 입법례	65
1. 일본	65
(1) 서설	65
(2) 편입통제	66
(3) 해석통제	68
(4) 불공정성통제	69
2. 중국	70
(1) 서설	70
(2) 편입통제	71
(3) 해석통제	71
(4) 불공정성통제	72

제4절 시사점	73
1. 편입통제에 관한 시사점	73
2. 해석통제에 관한 시사점	74
3. 불공정성통제에 관한 시사점	75
4. 민법으로의 편입에 관한 시사점	77
제4장 약관규제법상 내용통제의 몇 가지 문제점	79
제1절 편입통제상의 문제점	79
1. 개관	79
2. 약관의 개념과 개별약정의 문제점	80
(1) 약관의 개념	80
1) 일정한 형식	80
2) 여러 명의 상대방	81
3) 계약의 구조	82
(2) 개별약정	83
1) 개별약정의 요건	83
2) 개별약정의 내용과 방식	84
3) 개별약정의 증명책임	85
3. 편입통제의 요건 및 효과의 문제점	86
(1) 채용합의	86
(2) 작성의무	87
(3) 명시 및 교부의무	88
(4) 설명의무	88
1) 중요한 내용	88
2) 면제기준	89
4. 기타 편입통제상 문제점	90
(1) 약관규제법의 적용범위	90
1) 근로기준법	90

2) 특정한 거래 분야	91
(2) 약관의 변경	92
(3) 의외조항	93
제2절 해석통제상의 문제점	93
1. 개관	93
2. 신의성실의 해석원칙의 문제점	94
3. 객관적·통일적 해석원칙의 문제점	94
4. 고객유리의 해석원칙의 문제점	95
(1) 해석의 방법	95
(2) 다른 해석원칙과의 관계	96
제3절 불공정성통제상의 문제점	97
1. 개관	97
2. 일반적 통제의 문제점	98
(1) 규정체계	98
(2) 불공정성통제의 판단 대상과 기준	99
(3) 불공정한 약관의 효과	100
3. 개별적 통제의 문제점	101
(1) 부당한 손해배상액의 예정 금지	101
(2) 계속적인 계약의 해제·해지	102
(3) 대리인의 책임 가중	103
(4) 부당한 소송제기의 금지	104
4. 기타 불공정성통제상 문제점	105
(1) 일반적 통제와 개별적 통제의 관계	105
(2) 불공정성통제의 적용제한	106
(3) 일부 무효의 특칙	107
제4절 기타 행정적 통제상의 문제점	108
1. 개관	108
2. 행정적 통제의 방법 및 효과의 문제점	108

(1) 불공정성의 판단 기준	109
(2) 행정적 통제의 효과	110
3. 집단적 분쟁해결제도의 문제점	111
(1) 집단분쟁조정제도	111
(2) 소비자단체소송	112
제5장 약관규제법상 내용통제의 문제점 해결방안	114
제1절 편입통제상의 문제점 해결방안	114
1. 약관의 개념과 개별약정의 문제점 해결방안	114
(1) 약관의 개념	114
1) 일정한 형식	114
2) 여러 명의 상대방	115
3) 계약의 구조	117
(2) 개별약정	118
1) 개별약정의 요건	118
2) 개별약정의 내용과 방식	118
3) 개별약정의 증명책임	120
(3) 입법론	121
2. 편입통제의 요건 및 효과의 문제점 해결방안	122
(1) 채용합의	122
(2) 작성의무	124
(3) 명시 및 교부의무	125
(4) 설명의무	126
1) 중요한 내용	126
2) 면제기준	128
(5) 입법론	130
3. 기타 편입통제상 문제점 해결방안	131
(1) 약관규제법의 적용범위	131

1) 근로기준법	131
2) 특정한 거래 분야	132
(2) 약관의 변경	134
(3) 의외조항	135
1) 학설의 대립	135
2) 판례의 태도	136
3) 검토	136
(4) 입법론	137
제2절 해석통제상의 문제점 해결방안	137
1. 신의성실의 해석원칙의 문제점 해결방안	137
2. 객관적·통일적 해석원칙의 문제점 해결방안	138
(1) 객관적 해석원칙의 필요성	138
(2) 통일적 해석원칙의 의미	140
(3) 검토	141
3. 고객유리의 해석원칙의 문제점 해결방안	142
(1) 해석의 방법	142
(2) 다른 해석원칙과의 관계	144
4. 입법론	145
제3절 불공정성통제상의 문제점 해결방안	146
1. 일반적 통제의 문제점 해결방안	146
(1) 규정체계	146
(2) 불공정성통제의 판단 대상과 기준	147
(3) 불공정한 약관의 효과	149
1) 불법원인급여와의 관계	149
2) 징벌적 손해배상제도의 필요성	150
(4) 입법론	151
2. 개별적 통제의 문제점 해결방안	153
(1) 부당한 손해배상액의 예정 금지	153

(2) 계속적인 계약의 해제·해지	155
(3) 대리인의 책임 가중	155
(4) 부당한 소송제기의 금지	156
(5) 입법론	157
3. 기타 불공정성통제상 문제점 해결방안	158
(1) 일반적 통제와 개별적 통제의 관계	158
(2) 불공정성통제의 적용제한	159
(3) 일부 무효의 특칙	160
1) 무효부분의 보충	160
2) 효력유지적 축소해석	161
제4절 기타 행정적 통제상의 문제점 해결방안	164
1. 행정적 통제의 방법 및 효과의 문제점 해결방안	164
(1) 불공정성의 판단 기준	164
1) 공정거래위원회의 판단 기준	164
2) 법원의 판단 기준	165
3) 검토	166
(2) 행정적 통제의 효과	167
(3) 입법론	168
2. 집단적 분쟁해결제도의 문제점 해결방안	168
(1) 집단분쟁조정제도	168
(2) 소비자단체소송	169
제6장 결 론	171
참고문헌	176
ABSTRACT	190

제1장 서론

제1절 연구의 목적

계약과 관련한 사법의 대원칙인 계약자유 원칙에 따라 각 개인은 그의 사법상 생활관계에 대하여 자기 책임으로 그 내용을 형성할 수 있는 자유를 누린다. 법은 개인이 스스로 형성한 법률관계의 내용에 간섭할 수 없으며, 그 범위에서 사인간의 합의는 구속력을 갖는 것이 원칙이다. 계약내용결정의 자유는 일단 성립한 계약의 변경·보완까지를 포함한다. 이와 같은 계약내용결정의 자유는 당사자의 대등을 전제로 한다.

그런데 현대사회의 거래가 다양화·대량화되면서, 개인과 기업은 많은 계약을 약관에 의하여 체결한다. 약관은 사업자가 미리 마련한 것으로, 사업자는 거래영역에서의 전문성을 바탕으로 약관의 내용을 자신에게 유리하게 작성하여 이윤극대화를 꾀한다. 고객은 사업자가 일방적으로 작성한 약관의 내용을 잘 모르더라도, 신속한 거래를 위해서 그대로 계약을 체결하는 경우가 많다. 고객은 심지어 약관의 내용이 자신에게 불리하다고 생각하더라도 어쩔 수 없이 이를 감수하고 계약을 체결하기도 한다. 이와 같이 약관이 지배하는 거래영역에서 사업자는 능동적으로 명령의 자유를 누리고, 고객은 수동적으로 계약내용결정의 자유를 제한받는다. 약관에 의한 계약체결을 강요받는 고객에게는 오로지 계약체결의 자유만 있을 뿐이다. 따라서 약관에 의하여 체결되는 계약에서, 당사자의 대등을 전제로 하는 계약내용결정의 자유는 일정한 수정이 필요하다.

약관에 의하여 이루어지는 거래 영역에서 계약당사자의 불평등한 지위를 해소하고, 약관내용의 공정성을 피함으로써 고객을 보호하려는 것은 세계적인 추세이다. 독일과 같이 일반 사법인 민법으로 이를 규율하는 경우도 있고, 프랑스·영국·일본과 같이 소비자 관련 특별법을 제정하여 이를 규율하는 경우도 있다. 중국과 같이 일반법과 특별법을 병행하여 이를 규율하는 경우가 있는가 하면, 미국과

같이 판례법 이론을 중심으로 발전해 온 경우도 있다.

우리나라에서 약관의 공정성 여부 또는 약관의 내용통제는 1987년 7월 1일부터 시행되어 온 「약관의 규제에 관한 법률」(이하 ‘약관규제법’이라 한다)에 의해 이루어지고 있다. 약관규제법은 불공정한 약관의 내용을 규제하여, 사업자가 불공정한 약관을 사용하는 것을 방지하고, 이를 통해 건전한 거래질서의 확립은 물론 소비자 보호와 국민생활수준의 향상을 목적으로 한다. 그런데 약관규제법의 ‘고객(顧客)’은 단순히 대가를 지불하고 재화나 용역을 구매하는 개인이나 소비자만을 의미하는 것이 아니다. 고객이란 우월한 지위의 사업자가 제안하는 약관에 의한 계약의 청약을 거절하지 못하는 영세 상인이나 하청기업과 같이 국가의 ‘보호(保護)’가 필요한 경제적 약자를 모두 포함하는 개념이다.

그러나 약관규제법의 내용통제에 관한 규정을 각국의 입법례와 비교하여 보면, 그 규정 내용의 추상성·미비성 등으로 인해 고객 보호의 장치가 미진한 것이 사실이고, 이는 수차례의 개정을 거친 이후에도 마찬가지이다. 대표적으로 편입통제와 관련하여 개별약정의 요건이 명시되어 있지 않아 논란의 여지가 있다. 또한 설명의무의 대상인 중요한 내용에 대하여는 별도의 부가적인 규정이 없다. 해석통제와 관련하여 객관적 해석원칙의 의미와 통일적 해석원칙과의 관계 역시 해석론을 통하여 파악하여야만 한다. 불공정성통제와 관련하여 판단 대상과 기준이 명확하게 규정되어 있지 않고, 불공정한 약관을 사용한 사업자에 대한 규제도 충분하지 못한 면이 있다. 행정적 통제와 관련하여 공정거래위원회와 법원의 판단 기준을 동일한 것으로 오해할 여지가 있다. 이에 따라 법원도 개별적 사안에 약관규제법을 적용하면서 구체적 타당성에 부합하는 결론에 이르지 못하고, 결과적으로 고객 보호의 이념을 충분히 실현하지 못한 경우가 많았다. 따라서 약관내용의 공정성 확보는 고객 보호의 관점에서 여전히 필요한 상황이다.

본 논문은 이러한 인식의 바탕위에서 약관규제법상의 편입통제·해석통제 및 불공정성통제의 단계로 이루어지는 약관의 내용통제를 둘러싼 몇 가지 문제점과 그 해결방안을 고객 보호의 시각에서 해석론적·입법론적으로 검토하고자 한다. 이것은 약관에 기한 계약당사자 사이의 경제정의의 실현에 부합하는 구체적인 법리 형성의 의미를 갖는다 할 것이다.

제2절 선행연구와의 차별성

약관규제법의 법리에 대한 선행연구를 살펴보면, ① 약관규제법에 의한 내용통제의 실상에 관한 이론과 주요 판례를 제시하고, 그에 대한 소평을 개진한 것,¹⁾ ② 금융거래에서의 약관을 중심으로 약관의 내용통제를 단계적으로 설명하고 판례와 이론을 정리한 것,²⁾ ③ 약관규제법의 설명의무와 관련한 주요 판례를 상세히 정리하고 검토하여 설명의무의 기준과 면제사유에 대한 논의를 정리한 것,³⁾ ④ 약관규제법의 전반에 걸친 일반론을 정리하면서 약관규제에 관한 문제점을 다루어 약관규제법의 개정 방향을 제시한 것⁴⁾ 등이 있다.

이들 선행연구 중 ①의 경우에는 동아시아국가 중 한국 약관규제법의 법리 문제 전반을 다루면서, 관련된 쟁점을 주요 판례를 중심으로 명쾌하게 정리하였다는 점에서 그 의의가 크다. 다만 연구의 목적이 동아시아의 민법학자들에게 우리 약관규제법의 적용 실상을 전달하는데 있었기 때문에, 개별적인 쟁점에 대하여 상세한 논의가 이루어지지 않은 면이 없지 않았다. ②의 경우에는 금융거래에서의 약관에 대한 사법적 통제에 관하여 상세히 연구하였다는 점에서 그 의의가 크다. 다만 연구의 범위가 금융거래 중심으로 한정되었기 때문에, 그 결과를 일반화하기 위해서는 그 외의 거래 분야의 사정까지 고려해야 한다는 과제가 남는다. ③의 경우에는 설명의무와 그 면제기준에 관한 다수의 판례를 검토하여 그 문제점을 적시하고 고객 보호의 관점에서 의미 있는 결론을 도출하였다. 다만 약관의 내용통제는 단계적 통제방법을 거치는데, 편입통제의 단계에서만 고객 보호의 법리를 다루고 있어 단계적 통제의 유기적 관련성을 간과한 면이 없지 않다. ④의 경우에는 소비자 보호의 관점에서 약관규제법의 문제점을 검토하고, 표준약관 제도 및 행정적 통제의 개선방안을 제시하였다는 점에서 의미를 가진다. 다만 행정적 통제에 관한 기초자료만을 중심으로 입법론을 전개하고 있어, 사법적 통

1) 윤진수, “한국법상 약관규제법에 의한 소비자보호”, 「민사법학」 제62호, 한국민사법학회, 2013.
2) 김진우, “금융거래에서의 약관에 대한 사법적 통제”, 「민사판례연구」 제37권, 민사판례연구회, 2015. 2.
3) 김원규, “약관의 설명의무의 대상 및 면제범위에 관한 판례의 입장에 대한 소고”, 「법학연구」 제16권 제1호, 한국법학회, 2016.
4) 황진자, “약관규제법 정비방안 연구”, 정책연구보고서, 한국소비자원, 2009.

제의 관점에서 충분한 연구가 이루어졌더라면 하는 아쉬움이 남는다.

그 외에도 최근의 거래현실을 고려하여 약관규제법상의 고객 보호 법리와 관련하여 다양한 쟁점이 개별적인 학술연구논문에서 부분적으로 제시되어 왔다.⁵⁾ 그런데 약관규제법 전반에 걸친 광범위한 고찰은 개개의 쟁점에 대한 연구만으로는 그 목적을 효과적으로 달성할 수 없고, 유기적인 연구를 통하여 기존 법리를 검토하여야만 문제점에 대한 합리적인 대안을 제시할 수 있을 것이다. 이와 같은 방법으로 약관규제법상의 문제점을 파악하고 고객 보호의 관점에서 다수의 문제점에 관한 적절한 의견을 개진한 선행연구는 보이지 아니한다.

본 논문의 연구에는 기존의 선행연구에 비하여 다음과 같은 차별성을 두고자 한다. 첫째, 약관규제법의 광범위한 분야를 다루면서도 개별적인 분야에 대한 이론과 판례를 검토하여 자칫 간과하고 지나칠 수 있는 고객 보호의 이념을 찾아내어 이를 개선하고자 한다. 둘째, 단일한 거래영역이 아닌 다양한 영역에서 이루어지는 약관에 의한 계약을 연구대상으로 하여 이를 충분히 고찰하고 의미 있는 결론을 도출하고자 한다. 이를 통해 약관규제법 규정의 추상성에서 비롯된 문제점에 대한 해석론과 구체적인 입법론을 제시하고자 한다. 셋째, 약관규제법의 단계적 통제 과정을 전체적으로 살펴, 편입통제와 해석통제 및 불공정성통제의 유기적인 관련성을 중심으로 고객 보호의 법리를 도출하고자 한다. 이를 통해 편입통제의 기능강화에 대한 근거를 마련하고, 해석통제의 의미를 명확히 밝혀, 불공정성통제의 효율적인 운영방법에 관한 대안을 제시할 수 있을 것이다. 넷째, 사법적 통제를 중심으로 하되 행정적 통제의 관련성까지 두루 살펴, 약관의 내용통제 전반에 걸친 고객 보호의 법리를 탐구하고 해결방안을 모색하여 구체적으로 약관규제법이 앞으로 나아가야 할 방향을 제시하고자 한다.

이러한 점에서 본 논문은 기존의 선행연구와는 차별된 시각과 방법론을 바탕으로 약관규제법의 고객 보호와 관련된 쟁점에 대하여 논술하고 있다 할 것이다.

5) 약관규제법의 고객 보호 법리와 관련한 최근의 주요 연구 중 주목할 만한 것으로는 김상헌·한삼인, “예탁금회원제 컨트리클럽 기존회원에게 대한 개정회칙 적용방법에 관한 약관규제법적 접근-대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다28339 판결을 중심으로-”, 「동북아법연구」 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016; 김성욱, “약관의 내용통제 및 해석과 관련한 법적 문제”, 「외법논집」 제39권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015; 이병준, “계약당사자가 아닌 제3자에 대한 면책약관의 적용과 그 내용통제”, 「법학연구」 제57권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2016; 최병규, “약관과 소비자보호의 쟁점 연구”, 「경제법연구」 제14권 제2호, 한국경제법학회, 2015. 8 등 참조.

제3절 연구의 방법과 범위

본 논문은 국내외 관련 문헌의 의미·내용을 명확히 밝혀 이를 바탕으로 논술해 나가는 법해석학적 연구방법을 취하면서, 필요한 범위에서 최신 판례를 중심으로 관련된 대표적 판례를 검토하는 판례연구의 방법을 병행한다. 또한 본 논문의 입법론 개진의 시사점을 얻기 위해서 최근 개정된 법령까지 포함하여 외국 주요국가 입법례를 검토·분석하는 비교법적 연구방법을 보충적으로 취한다.

본 연구의 논술 체계와 범위는 다음과 같이 이루어져 있다.

제1장에서는 본 논문의 연구 목적 및 선행연구와의 차별성을 중심으로 연구의 방법과 그 범위를 밝힌다.

제2장에서는 약관규제법상의 고객 보호와 관련한 기본 법리를 살핀다. 약관과 개별약정의 개념을 정립하고, 약관의 사회적 기능에 대한 이론을 탐구하여 약관이 갖는 현대적 기능을 검토한다. 이어서 약관규제법의 성격 및 민법으로의 편입에 관한 논의를 정리한다. 다음으로 약관의 작성형태와 약관의 구속력의 근거에 대한 종래의 논의를 바탕으로 약관 조항의 특징과 내용통제 필요성을 탐구하여, 단계적으로 이루어지는 사법적 통제와 행정적 통제에 관하여 논술한다.

제3장에서는 약관의 내용통제 또는 그 공정성 확보를 둘러싼 외국 주요국가의 입법례를 살펴본다. 독일을 중심으로 대륙법계 국가와 영미법계 국가 및 동아시아 주요국가의 입법례를 비교하여, 통제 단계별로 나누어 시사점을 도출하고, 약관규제법의 민법으로의 편입에 관한 시사점을 정리한다.

제4장에서는 제2장에서 살펴본 기본 법리와 제3장에서 정리한 시사점을 바탕으로 약관규제법상의 고객 보호의 법리를 중심으로 편입통제의 해석과 기능, 해석통제의 적용, 불공정성통제의 운용, 행정적 통제와 사법적 통제의 이원적 구조에 따른 몇 가지 문제점을 검토한다.

제5장에서는 제4장에서 제시된 문제점들과 관련 판례에 대하여 합리적인 해석론을 전개하고, 문제점 개선을 위하여 필요한 경우 입법론을 개진한다.

제6장에서는 본 논문에서 연구한 쟁점과 결론을 정리하고, 향후의 연구 과제를 제시한다.

제2장 약관규제법상의 고객 보호의 기본 법리

본 장은 세부적으로 제1절에서 약관과 개별약정의 개념을 정리하여 약관의 의의를 밝히고, 약관의 사회적 기능 및 약관규제법의 적용범위를 명확히 한다. 이어서 약관규제법의 성격과 민법으로의 편입에 관한 논의를 소개한다. 제2절에서 약관의 작성형태와 약관의 구속력의 근거에 관한 학설의 이론과 판례의 태도를 검토한다. 다음으로 제3절에서 약관 조항의 작성상·채용상·내용상 특징을 정리하고 이를 통하여 약관에 대한 내용통제의 필요성을 규명한다. 제4절에서 약관의 내용통제 방식에 따라 편입통제·해석통제·불공정성통제로 이루어지는 사법적 통제와 공정거래위원회에 의한 행정적 통제의 기본 법리를 살펴본다.

제1절 약관의 의의와 사회적 기능

1. 약관의 의의

(1) 약관의 개념

약관규제법⁶⁾은 제2조 제1호의 규정을 두어 약관의 개념을 정의하고 있다. 동호의 규정에 따르면 ‘약관’이란 그 명칭·형태·범위를 불문하고 계약의 한쪽 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 미리 일정한 형식으로 마련한 것으로 ‘계약의 내용’을 이루는 것이다.⁷⁾ 같은 조 제2호 및 제3호는 이때 계약의 한

6) 약관규제법은 1986년 12월 31일에 제정된 이후 2016년 3월 29일까지 열네 차례에 걸쳐 개정되어 시행되고 있다. 동법의 개정연혁에 대한 상세는 현대호, 「약관규제 관계법규의 체계화 방안 연구」, 한국법제연구원, 2013, 47-53면 참조.

7) 권오승, 「소비자보호법」 제5판, 법문사, 2005, 138면; 김민중, 「계약법」, 신론사, 2015, 29면; 김준호, 「민법강의」 제22판, 법문사, 2016, 1449면; 박동진, 「계약법강의」, 법문사, 2016, 132면; 정기웅, 「계약법」, 동방문화사, 2015, 24면; 정광수, 「계약법」, 법영사, 2015, 200면; 정호열, 「경제법」 전정 제5판, 박영사, 2016, 554면; 지원림, 「민법강의」 제14판, 홍문사, 2016, 1246면; 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 21면; 다만 약관규제법 제3조 제4항에 비추어 약관은 그 자체가 계약의 내용은 아니며 여러 요건을 갖추어야 계약의 내용으로 주장될 수 있기

쪽 당사자로서 상대 당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 ‘사업자’라 하고, 계약의 다른 한쪽 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 하도록 제안 받은 자를 ‘고객’⁸⁾이라고 규정한다.

약관규제법이 약관의 명칭·형태·범위에 상관없이 일정한 요건을 갖추면 약관이라고 규정하는 것은, 문언 그대로 오늘날 현대사회의 다양한 계약에서 거의 빠짐없이 약관이 사용되고 있는 거래현실을 고려한 것이다. 기업은 약관·계약서·합의서 등 다양한 명칭으로 미리 계약의 내용을 준비할 수 있으며, 그것은 서면으로 또는 녹음된 음성파일을 재생하거나 전자파일을 온라인에서 인식 가능하도록 표시하는 등 다양한 방법으로 고객에게 제시된다. 이제는 확고한 거래유형으로 자리 잡은 전자거래에 있어서는, 대부분 사업자가 제공하는 전자문서⁹⁾로 된 약관에 따라 회원이 가입절차나 구매단계에서 이에 동의하고 서비스를 이용하는 것이 일반적이다. 이와 같이 전자적 의사표시 형태로 작성된 약관을 ‘전자약관’으로 칭하기도 한다.¹⁰⁾ 약관규제법이 특별히 전자문서의 효력을 부정·제한하고 있지 않으므로 전자약관도 전자문서 및 전자거래 기본법의 적용을 받는 외에 원칙적으로 약관이 되어 약관규제법이 적용된다.¹¹⁾

약관으로 제시된 내용은 계약 전부에 대한 것이거나 이미 체결된 계약의 일부분에 관한 내용일 수도 있다. 약관 조항은 그것이 주된 급부에 관한 것이거나 부수적 급부에 관한 것이거나 모두 계약의 내용에 포함된다. 계약의 내용이 되기만 하면 그것은 법률행위의 중요부분일 필요도 없다.¹²⁾ 분양계약서나 사인간의 매매계약서·임대차계약서는 물론이거니와¹³⁾ 연예인의 전속계약서 등도 일정한 요건을 갖추면 약관이 된다.¹⁴⁾ 그러나 ‘계약’의 내용을 이루는 것이어야 하므로 단독

때문에 ‘계약의 내용이 되는 것’이라고 규정한 개정 전의 문구가 보다 정확하다는 견해가 있다(송덕수, 「신민법강의」 제9판, 박영사, 2016, 1268면).

8) 고객은 해당 약관에 의한 계약에서 당사자로서의 지위를 가져야 한다(2011. 4. 28. 선고 2010다106337 판결 참조).

9) 전자문서의 개념에 대하여는 한삼인·정창보, “전자문서에 있어서의 법제의 동향과 증거력에 관한 연구”, 「법학논총」 제19권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2012. 4, 369면 참조.

10) 한삼인, “부동산임대차계약서상의 ‘배상금’조항과 약관규제법”, 「고시계」 제54권 제3호, 고시계사, 2009, 21면.

11) 한삼인·정창보, “전자계약에 있어서의 법률문제에 관한 연구”, 「법학연구」 제15권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2012. 3, 360-362면.

12) 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994, 87면.

13) 다만 부동산중개업소에서 사용하는 부동산매매계약서는 계약당사자가 미리 일방적으로 준비한 것이 아니고 계약의 모범으로 삼기 위한 ‘서식’에 불과하여 약관으로 인정하기 어렵다는 견해가 있다(김준호, 앞의 책, 1451면).

행위의 내용을 정하거나 사단법인의 설립행위와 같은 합동행위의 내용을 정하는 것 등은 약관의 범위에서 제외된다.¹⁵⁾

결국 계약의 내용을 이루는 것이 약관이 되기 위한 중요한 요건은 그것의 명칭이나 형태 혹은 범위가 아니라 계약의 한쪽 당사자인 ‘사업자가 미리 마련한 것’이라는 점에 있다. 어떤 거래조건이 약관이라는 사실에 대하여는 이를 주장하는 고객이 증명하여야 할 것이나, 그 거래조건이 서면에 표시되어 있는 경우처럼 일정한 외관을 갖추고 있다면 사업자가 그러한 외관에도 불구하고 약관이 아님을 증명하여야 할 것이다.¹⁶⁾

(2) 개별약정

1) 개별약정의 요건

약관과 구별하여야 할 것은 개별약정이다. 개별약정은 사전에 작성된 약관과는 대립되는 개념이다.¹⁷⁾ 약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 경우 그 합의 사항은 약관과는 별개로 개별약정이라 하고, 이는 계약내용이 되어 약관에 우선하여 적용된다. 개별약정이 성립하기 위해서는 우선 개별약정에 대하여 법률행위 일반원칙에 따라 사업자와 고객의 합의가 필요하다. 독일의 보통거래약관법 제1조 제2항은 계약 조항이라도 계약당사자들 사이에 개별적으로 흥정된 경우에는 약관이라 할 수 없다고 규정하였는데, 독일민법(BGB) 제305조 역시 이를 받아들여 계약당사자들이 계약 조항을 개별적으로 교섭하여 정한 경우에는 약관이 아니라고 규정한다. 약관규제법도 입법과정에서 독일의 보통거래약관법을 참고하여 제4조에서 개별약

14) 연기영, “전속계약상 연예인의 법적 보호문제”, 「스포츠와 법」 제10권 제2호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2007, 167면.

15) 손지열(곽윤직 편집대표), 「민법주해[XII] 채권(5)」, 박영사, 1997, 301면; 이에 반하여 고객의 일방적 의사표시인 단독행위도 사업자가 사전에 마련한 형식에 의하여 이루어진 경우 약관규제법이 유추적용 되어야 한다는 견해가 있다(이병준, “약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용”, 「가천법학」 제7권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2014. 9, 228면). 생각건대 계약에 부수하여 이루어지는 고객의 일방적 의사표시에 관한 서식은 그 자체가 단독행위라고 하여 약관규제법의 적용을 배제할 것은 아니고, 그것이 계약에 종속되거나 계약을 보충하는 내용이라면 약관규제법을 직접 적용하는 것이 타당하다.

16) 손지열, 위의 책, 302면.

17) 이은영, 앞의 책, 128-129면; 최병규, “약관규제법상 개별약정 우선의 원칙에 관한 연구”, 「경제법연구」 제10권 제1호, 한국경제법학회, 2011. 6, 213면.

정 우선의 원칙을 명시하였다. 판례 역시 일관되게 “약관이라 함은 그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것으로서 구체적인 계약에서의 개별적 합의는 그 형태에 관계없이 약관에 해당한다고 할 수 없으므로”라고 하거나,¹⁸⁾ “사업자와 고객 사이에 교섭이 이루어진 조항은 약관 작성상의 일방성이 없으므로 약관규제법 소정의 약관에 해당하지 않는다고 할 것”이라고 하여,¹⁹⁾ 약관의 개념을 가급적 확장하면서도 개별약정으로 인정되는 조항에 대하여는 약관규제법이 적용되지 않음을 명백히 하고 있다.

2) 개별약정의 내용과 방식

사업자와 고객은 누구라도 개별적인 교섭을 통하여 계약내용을 자유롭게 결정할 수 있다. 교섭은 개별적인 것이어야 하며 사업자나 고객을 대표하는 단체 등에 의한 교섭으로는 개별약정이 성립할 수 없다.²⁰⁾ 유효한 개별약정은 계약내용의 일부를 구성하지만, 약관규제법의 적용을 받지 않는다. 개별약정에 대응하는 약관 조항은 그 자체로 계약내용으로는 편입되었으나, 개별약정이 우선 적용되는 결과 계약내용에서 배제된다. 그러나 개별약정의 효력 여부에 대한 다툼이 있어 개별약정의 효력이 인정되지 않을 경우, 효력이 배제되었던 약관 조항은 다시 내용통제의 과정을 거쳐 무효가 되지 않는 이상 계약 당사자를 구속하게 된다.²¹⁾

사업자와 고객은 개별약정의 내용뿐만 아니라 방식 또한 자유로이 선택할 수 있다. 예컨대 따로 개별조항에 대한 합의서를 작성하거나, 해당 계약과 관련된 약관 조항의 기재를 침삭하는 방식, 또는 계약서의 부기란에 계약당사자가 자필로 기록하는 방식 등도 무방하다.²²⁾ 마찬가지로 개별약정은 서면에 의하는 것 외에도 구두로 약속한 경우에도 가능하다.²³⁾ 따라서 약관 조항 중에 ‘이와 다른 개

18) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99다8353 판결; 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다39807 판결; 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다74863 판결 등 참조.

19) 대법원 2000. 12. 22. 선고 99다4634 판결; 대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다74863 판결, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2009다81906 판결 등 참조.

20) 김진우, “약관의 편입통제”, 「동북아법연구」 제8권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2015. 1, 336면.

21) 당사자는 개별약정의 효력을 다투면서 예비적 또는 선택적으로 대응하는 약관 조항의 편입 여부에 대하여도 다투게 된다.

22) 최병규, 앞의 논문(2011. 6), 214면.

23) 그러나 약관의 처분문서성에 비추어 구두에 의한 개별약정을 증명하는 것은 쉬운 일이 아닐

별약정은 서면으로 하여야 한다’는 서면작성요구조항을 삽입하여 두는 경우라도 구두에 의한 개별약정의 효력이 부인되어서는 안 된다. 왜냐하면, 개별약정을 서면으로 요구하는 약관 조항 자체가 약관규제법에서 인정한 개별약정우선의 원칙을 부정하여 무효이기 때문이다.²⁴⁾

3) 개별약정의 증명책임

약관이 존재한다는 것과 사업자가 약관을 제안하였다는 사실은 약관규제법의 적용을 주장하는 고객이 증명해야 한다.²⁵⁾ 반면에 문제된 약관 조항이 개별약정이라는 주장은 증명책임의 일반원칙에 따라 개별약정의 이익을 받는 사업자가 증명해야 한다. 판례도 개별약정에 대한 증명책임에 관하여 “약관 조항이 당사자 사이의 합의에 의하여 개별약정으로 되었다는 사실은 이를 주장하는 사업자 측에서 증명하여야 한다”라고 하였다.²⁶⁾ 다만 판례는 증명책임의 소재에 대하여는 언급하면서, 증명의 정도에 대하여는 침묵하고 있는데, 개별약정의 증명은 약관 조항의 문구가 변경되었는지 여부에 따라 증명의 정도가 달라진다는 학설이 있다.²⁷⁾

(3) 검토

약관의 개념과 개별약정의 구별을 통하여, 어떠한 계약조건을 약관으로 인정할 수 있는지에 관하여 다음과 같이 정리할 수 있다. 우선 약관은 문제된 약정이 해당 계약의 내용을 이루는 것으로 일방당사자인 사업자에 의해 사전준비된 것이어야 하며, 다수의 계약을 체결하기 위하여 마련된 것이다. 약관은 그 자체로 계

것이다(대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카413 판결 참조).

24) 그 서면작성요구조항은 개별약정이 서면에 의하여 체결되었는지 여부와 관계없이 무효로 보아야 한다. 왜냐하면 그와 같은 약관 조항은 계약의 중요한 내용으로 설명의무의 대상이 되고, 설령 사업자가 설명의무를 이행하여 그와 같은 조항이 계약의 내용으로 편입되었다고 하더라도 약관규제법 제12조 제2호 또는 제6조 제2항 제1호에 해당하여 불공정한 약관 조항으로 보아야 하기 때문이다.

25) 이은영, 앞의 책, 90면; 이병준, 앞의 논문(2014. 9), 244-245면.

26) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009다105383 판결(사업자가 개별약정으로 보험금지급의무의 면제를 주장한 사안이다).

27) 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 340면; 이병준, 앞의 논문(2014. 9), 246면; 이와 달리 개별약정의 증명은 개별약정의 존부만 밝히면 충분하고, 개별약정을 체결할 만한 합리적 이유까지 증명할 필요가 없다는 견해도 있다(이은영, 앞의 책, 131면).

약의 내용이 된 것으로 개별적인 교섭가능성이 배제된 것이어야 한다.

약관규제법은 사업자가 사전에 준비한 것의 명칭, 형태 및 범위에 상관없이 약관으로 인정하여 가급적 약관의 개념을 확장하고 있다. 그런데 약관과 구별되는 개별약정이 있는 경우 대응하는 약관 조항은 그 효력이 배제된다. 따라서 개별약정은 약관의 개념을 축소시키며, 약관규제법의 적용을 받지 않아 고객 보호의 법리와 친하지 않은 면이 있다. 개별약정이 당사자의 사적합의의 하나임에는 분명하나, 약관에 수반하여 이루어진다는 점에서 통상의 의사합치와는 엄연히 차이점도 존재한다. 약관인지 개별약정인지를 구별하는 것은 약관규제법의 적용 여부를 밝히는 작업이고, 약관규제법에 의한 내용통제의 시작점이다. 본 논문에서는 이후 제4장과 제5장에서 편집통제와 관련하여 약관의 개념과 개별약정에 관한 문제점 및 해결방안을 상세히 살펴보기로 한다.

2. 약관의 사회적 기능

(1) 영업의 합리화

약관은 어떤 종류의 계약에 있어 그 내용을 표준화·정형화시켜 놓은 것으로, 빈번하게 발생하는 대량적 거래에 있어 계약내용결정의 자유를 보완하여 합리적으로 계약이 체결·수행될 수 있도록 하는 역할을 한다.²⁸⁾ 대량적으로 발생하는 계약에 있어 그 계약체결시마다 개별적으로 계약체결의 당사자가 계약내용에 대하여 협의하여 합의된 내용으로 계약을 체결한다면 시간적·경제적으로 매우 번거로울 수 있으며 실질적으로는 계약체결 자체가 불가능해질 수도 있다. 결국 계약내용결정의 편의, 보다 정확하게는 계약체결의 편의를 위하여 기업은 약관을 이용하여 온라인거래계약·은행예금계약·항공운송계약 등과 같은 대량적·집단적·반복적 거래에 효율적으로 대처할 수 있게 되었다. 약관은 기업과 고객이 전화, 인터넷 등의 방법에 의하여 손쉽게 계약을 체결할 수 있도록 만들어주는 역할을 담당하고 있다.²⁹⁾

28) 권오승, 앞의 책(2005), 139면; 이은영, 앞의 책, 73면.

29) 김상용, 「채권각론」 제3판, 화산미디어, 2016, 23면; 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」

(2) 법률의 상세화·전문화

현대사회에 이르러 종래에 예상할 수 없었던 새로운 계약형태가 계속적으로 생겨나고 있다. 그러나 이러한 변화에 대처할 수 있도록 입법을 통하여 법규범을 제정하거나 개정하려고 하더라도 절차상·내용상 신속하고 적절하게 대응할 수 없는 것이 사실이다.³⁰⁾ 따라서 실제 거래관계에서 새롭게 나타난 계약형태와 그 내용을 규율하는 법률의 규정이 흠결되어 있거나 불완전한 경우에 이를 보완할 장치가 필요하다. 기업이나 정부는 그가 작성한 약관으로 계약을 체결하여 그것이 계약의 내용이 되게 하고, 이로써 약관은 법규범의 부족한 부분을 보충하게 된다.³¹⁾ 계약에 관한 법규는 대체로 임의법규가 원칙이지만, 사업자는 약관을 수단으로 고객과 임의법규와 다른 내용의 합의를 하여, 법규범을 보완하는 것 이상으로 이를 수정하거나 새로운 법규범을 창설하는 것과 같은 결과를 도모한다. 다시 말하면, 약관은 법규범을 대신하여 변화·발전하는 경제현실에 대한 규범적 수요를 충족시켜주는 기능을 하고 있다.³²⁾

(3) 거래위험의 분산

사업자는 약관을 준비 또는 개정하는 과정에서 대량거래에 대한 상세하고 통일적인 계약조건을 마련한다. 이를 통하여 사업자는 고객과의 법률관계를 명확하게 하고, 거래위험을 미리 산출하여 사전에 이를 대비하고자 한다.³³⁾ 사업자가 거래위험을 고려하여 작성한 약관은 고객에게 제시되어 계약의 내용이 된다. 약관규제법은 내용통제를 통하여 사업자가 마련한 약관 조항의 적절성과 공정성을 심사한다. 약관에 포함된 계약의 내용에 대하여 고객은 1차적으로는 약관 조항

제15판, 신조사, 2016, 1222면; 한삼인, 앞의 책(2011), 20면.

30) 최근 사인의 생활관계에 대중화·보편화된 여행과 관련하여 다양한 법적 분쟁이 발생하고 있다. 그러나 이를 규율하는 직접적인 법령이 없는 상태에서 이를 보완하기 위하여 민법이 직접 제 674조의2에서 제674조의9까지 규정을 신설하고, 여행계약의 의의, 해제·해지, 이행, 담보책임 등 여행계약에 대한 기본적인 사항에 대한 규정을 마련하였다(개정법은 2016년 2월 4일부터 시행 중이다).

31) 권오승, 앞의 책(2005), 139면; 정기웅, 앞의 책, 25면.

32) 손지열, 앞의 책, 290면.

33) 이 점은 영업의 합리화에도 이바지한다.

자체에 의한 보호, 2차적으로는 약관규제법의 규율에 의한 보호를 받는다. 사업자는 불공정한 것으로 판단된 약관 조항을 추후에 수정하고, 이후에는 수정된 약관을 기준으로 사업자와 고객이 거래의 위험을 예측하게 된다. 이와 같이 약관은 약관규제법을 통한 규율에 의하여 비로소 사업자와 고객이 거래위험을 분산하여 부담하도록 하는 장치로 기능하게 된다.³⁴⁾

(4) 검토

약관에 의한 계약체결은 주로 사업자인 기업의 편의성을 위한 것이므로 약관의 개별 조항 역시 사업자의 이익을 위하여 작성된 경우가 많은데, 이는 기업이 약관에 의한 거래를 통하여 최대이윤과 최소손실의 추구라는 이념을 실현하고자 하기 때문이다.³⁵⁾ 그런데 현대사회의 고객은 인터넷과 전자기기의 발달로 인하여 물품이나 서비스 공급계약에 관한 정보에 쉽게 접근할 수 있고,³⁶⁾ 약관의 내용을 확인하는 것에 큰 비용과 시간을 들이지 않는 경우가 많다. 따라서 영업의 합리화를 이유로 고객이 약관의 내용을 비교하고 계약체결 여부를 선택할 수 있는 기회를 침해해서는 아니 된다.

약관이 법률의 규정을 대체하는 역할을 한다고 하여 약관을 규범과 같은 것으로 취급하여서도 아니 된다. 어디까지나 약관이 구속력을 갖는 것은 그것을 계약의 내용으로 하자는 당사자의 합의에 근거하므로, 약관의 주요한 기능은 계약내용을 상세히 규정하는 것으로 이해하여야 한다. 사업자 편향적인 약관은 고객우리의 해석원칙을 도출해 내는 하나의 근거가 된다. 약관이 기업과 같은 사업자의 편의를 위해서 이용되는 이상 거래의 상대방인 고객의 일방적인 희생만을 강요할 수 없으며, 사업자인 기업의 일방적·이기적 목적을 추구하는 약관에 대하여는 반드시 규제가 요구된다.³⁷⁾

사업자와 고객의 이해를 조정한다는 미명하에 사업자가 일방적으로 사전에 작

34) 권오승, 「경제법」 제12판, 법문사, 2015, 560면.

35) 손지열, 앞의 책, 290면.

36) 김용규·김민우, “소비자보호에 관한 법적 이해와 법정책의 방향-소비자기본법을 중심으로-”, 「서울법학」 제23권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015, 357면.

37) 이은영, 앞의 책, 75면.

성한 약관은 불공정할 가능성이 크다. 따라서 약관규제법은 이러한 경우 기업의 면책조항을 엄격하게 해석하여야 한다.³⁸⁾ 고객의 입장에서 약관이 거래위험을 분산하는 장치로 기능하는 것은 약관 본래의 사회적 기능이라기보다는 약관규제법의 규율에 의하여 불공정한 약관의 사용을 방지한 결과로 보아야 한다.

약관에 의한 거래는 주로 국내법을 중심으로 논의되었으나, 오늘날 국제간의 금융·무역·보험·해상·운송과 관련하여서도 약관에 의한 거래가 활발하게 이루어지고 있는 이상 국제법적 관점에서의 논의 역시 등한시되어서는 아니 된다.

종래 논의되어 온 약관의 사회적 기능은 영업의 합리화, 법률의 상세화·전문화, 거래위험의 분산 기능을 중심으로 사업자 편의적인 측면만이 강조되어 왔다. 생각건대 최근 약관이 실제로 대부분의 거래에서 사용되고, 합리적인 소비자가 증가하고 있는 실정에 맞추어 약관의 사회적 기능은 수정이 필요하며, 고객 보호의 입장에서 다음과 같은 현대적 의미를 가져야 한다. 첫째, 약관은 고객 선택의 합리화에 기여하여야 한다. 둘째, 약관은 계약의 내용을 상세화하는 것으로 이해하여야 한다. 셋째, 약관은 내용통제를 수단으로 하여 고객을 보호하고 거래의 공정성을 담보하는 사명을 수행하여야 한다. 넷째, 국제거래에서의 약관에 대하여도 고객 보호를 위한 장치를 마련해야 한다.

3. 약관규제법의 적용범위

고객 보호를 위하여 약관에 대한 내용통제를 논의하기 이전에 약관규제법의 적용범위에 관한 제30조에 대한 해석이 우선적으로 이루어져야 한다.³⁹⁾ 약관규제법은 제30조 제1항을 두어 약관규제법이 적용되지 아니하는 경우로 상법 제3편 회사, 근로기준법 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 비영리사업의 분야에 속하는 계약을 열거하고 있다.⁴⁰⁾ 다만 대통령령으로 정하는 비영리사업의 분야와 관

38) 권오승, 앞의 책(2015), 560면.

39) 약관규제법의 적용범위에 관한 논의는 엄밀히 보면 내용통제라고 볼 수 없는 면도 있으나, 약관규제법의 적용에 선행하는 문제이므로 편입통제와 유사한 측면이 있음을 부인할 수 없다.

40) 비영리사업의 하나인 공제사업규정과 같이 사업자의 목적이 이윤추구에 있는 것이 아님이 분명한 경우라도, 고객은 대가를 출연하고 그 반대급부로서 손실의 위험을 분담하는 혜택을 받는 것이므로 약관규제법이 적용되는 다른 계약과 달리 불 이유가 없어 약관규제법의 적용을 배제할 필요는 없다고 본다.

런하여, 현재 약관규제법 시행령에는 적용이 배제되는 비영리사업의 분야에 대한 규정이 마련되어 있지 않다.⁴¹⁾ 약관규제법 제30조 제1항에 따라, 회사의 설립이나 정관작성 등과 같은 법률관계와 근로자와 사용자의 법률관계에 관한 내용을 담고 있는 취업규칙과 단체협약 등에는 약관규제법이 적용되지 않는다.⁴²⁾

한편 동조 제2항은 특정한 거래 분야의 약관에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우⁴³⁾를 제외하고는 약관규제법에 따른다는 특별법우선의 원칙을 명시하여, 약관규제법은 약관규제의 영역에 관하여는 일반법에 해당함을 밝히고 있다. 법문에 비추어 보면 약관규제법 제30조 제2항이 적용되는 다른 법률의 규정은 약관에 관한 것이어서 약관규제법의 특별규정임이 전제되어야 한다.⁴⁴⁾

4. 약관규제법의 성격과 민법으로의 편입

(1) 약관규제법의 성격

약관의 내용통제에 관하여는 약관규제법이 일반법이지만,⁴⁵⁾ 약관규제법은 본래 약관에 의하여 체결되는 계약에 대하여 민법이나 상법에 우선하여 적용되는 특

41) 비영리사업의 분야에 속하는 계약에 관한 약관으로서 대통령령에 의하여 지정될 만한 것에 관하여는 손주찬, “약관규제법의 제정과 문제점”, 「현대경제법학의 과제」, 삼지원, 1987, 616면; 판례는 서울특별시가 택지개발사업에 따라 일반경쟁 입찰방법으로 낙찰자들과 체결한 매매계약은 비영리사업 분야에 속한 것이기는 하나, 약관규제법 시행령이 아직 위 법률의 적용이 배제되는 비영리사업의 분야에 관하여 규정하고 있지 않으므로 거기에 약관규제법의 적용이 배제된다고 볼 수 없다고 하였다(대법원 1999. 4. 27. 선고 97다24009 판결).

42) 이은영, 앞의 책, 745면.

43) 할부거래에 관한 법률(이하 ‘할부거래법’이라 한다) 제4조는 “할부거래 및 선불식 할부거래에서의 소비자보호와 관련하여 이 법과 다른 법률이 경합하여 적용되는 경우에는 이 법을 우선하여 적용한다. 다만 다른 법률을 적용하는 것이 소비자에게 유리한 경우에는 그 법률을 적용한다”라고 규정하고 있다(같은 취지의 규정으로 방문판매 등에 관한 법률(이하 ‘방문판매법’이라 한다) 제4조 참조). 할부거래법이나 방문판매법 등은 그 특정한 거래 분야에 대한 규율이 약관에 대한 일반적 규율인 약관규제법보다 더 적절한 규율내용을 갖게 될 것이므로, 그 특별한 규정에 따라 판단하면 될 것이나, 그러한 경우라 하더라도 약관규제법의 적용이 완전히 배제되는 것은 아니고 다른 특별법의 내용이 불충분하거나 규정이 없는 사항에 대하여는 약관규제법이 적용된다고 보아야 한다.

44) 이와 관련하여 판례 중에는 국가와 사인간의 계약관계에는 약관규제법이 적용되어야 함은 당연하나, 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무 처리에 필요한 사항 등을 규정한 구 「예산회계법」 제79조 및 같은 법 시행령 제121조, 제122조 등은 국가의 내부규정에 불과하고, 국가가 당사자가 되는 계약 분야의 약관에 관한 특별규정이라고 할 수 없다고 한 것이 있다(대법원 1999. 4. 27. 선고 97다24009 판결 참조).

45) 김상용, 앞의 책, 24면.

별법이다.⁴⁶⁾ 이와 같은 특별한 지위에서 약관규제법이 갖는 성격을 다음의 몇 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 약관규제법의 규정은 강행규정성을 갖는다. 따라서 사업자와 고객이 약관규제법의 적용을 배제하기로 하는 합의를 하여도 이는 무효이다. 또한 약관에 의한 거래 영역에서는 불공정성통제를 통하여 민법과 상법의 임의법규가 강행법규화 된다.⁴⁷⁾ 둘째, 약관규제법은 행정법규의 성격도 갖는다. 약관규제법 제3장 이하의 규정은 주로 공정거래위원회에 의하여 이루어지는 내용통제의 요건과 절차를 중심으로 이루어져 있기 때문이다. 셋째, 약관규제법은 약자를 보호하는 경제법규의 성격을 갖는다. 입법자는 경제적 약자를 보호하기 위하여 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 소비자기본법 등과 더불어 약관규제법을 마련하여, 시장경제질서에 수정을 가하고 국민생활의 균형 있는 향상을 도모한다.

(2) 민법으로의 편입에 관한 논의

약관에 의하여 체결된 계약이라면 당사자인 고객이 소비자가 아닌 경우에도 약관규제법이 적용된다. 따라서 소비자 관련 법률과 약관규제법의 규율영역이 반드시 일치한다고 할 수는 없다. 그런데 2009년 우리 민법의 개정에 관한 논의에, 계약총칙에 소비자계약에 관한 규정을 신설하고, 소비자철회권, 소비자계약에 대한 내용규제 등을 규정하자는 입법의견이 있었다.⁴⁸⁾ 현대사회에서 약관거래가 이미 보편화된 형태라는 점을 고려할 때, 약관의 규제를 통한 사적자치의 공정한 실현은 법리적·정책적으로 민법의 규율을 받는 것이 바람직하다는 것이다. 한편 구체적으로는 편입통제와 해석통제의 일반원칙만을 규정하는 일부편입의 방법을 고려해 보자는 주장도 있다.⁴⁹⁾

(3) 검토

46) 김준호, 앞의 책, 1450면; 손지열, 앞의 책, 294면.

47) 이은영, 앞의 책, 54면.

48) 이은영, “한국소비자법 35년, 회고와 과제”, 「저스티스」 제146-3호, 한국법학원, 2015, 477면.

49) 서희석·백경일, “소비자법의 민법전 편입에 관한 연구”, 연구용역 과제 보고서, 법무부, 2009, 218-219면.

약관규제법의 민법으로의 편입에 관한 논의는 약관규제법의 성격을 우선적으로 고려하여야 한다. 약관규제법이 강행규정성과 행정법규성 및 경제법규성을 갖고 있는 이상 일반 사법인 민법에 그대로 편입하는 것은 체계적 정합성이 불일치하는 문제를 야기할 수 있다.⁵⁰⁾ 우리나라의 경우 약관규제법은 물론 그 외에도 다수의 소비자 관련 법률이 존재한다. 특별법인 개별 법률은 민법에 우선하여 적용되므로, 개별 법률로 운용하는 것이 민법으로 편입되어 있는 것보다 약자를 보호하고자 하는 개별 법률의 입법취지를 더욱 효과적으로 반영할 수 있다.

한편 약관규제법의 민법으로의 편입에 관한 논의를 위해서는 약관규제에 관한 각국의 입법례가 취하고 있는 규정형식에 대한 연구가 선행되어야 한다. 약관규제에 관한 각국의 입법례를 살펴보는 것은 우리 법제하에서 약관규제법을 민법으로 편입하는 것이 타당한지 여부에 대한 시사점을 줄 것이다.

제2절 약관의 작성형태와 그 구속력의 근거

1. 약관의 작성형태

(1) 일방적 형성

약관 작성 형태의 일반적인 모습은 사업자에 의한 약관의 일방적 형성이라고 할 수 있다. 즉 약관은 본질적으로 쌍방당사자가 계약체결에 임하여 서로 협의하여 그 계약내용을 결정하는 것이 아니라, 일방당사자가 계약체결 이전에 다수의 계약을 위하여 미리 준비한 것에 불과하다. 이는 어떤 하나의 특정계약만을 위하여 작성된 것이 아니고, 장래 그와 같은 종류의 계약에 대하여 보편적으로 적용하기 위하여 작성된 것이어야 한다.

50) 민법에는 약관에 관한 정의규정이나 약관규제법이 적용된다는 등의 인용규정만을 두고, 소비자 관련 제 법률의 통일성과 체계성을 제고하는 방향으로 입법이 이루어져야 한다는 견해(이준형, 「약관규제법·소비자법의 민법과의 통합문제에 대한 관건-프랑스의 경험을 소재로-」, 「재산법 연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009, 340면)도 이러한 문제점을 인식한 것이다.

(2) 쌍방적 형성

약관은 사업자가 일방적으로 작성하는 경우 외에도 독일 해상보험약관(1919) 및 보통운송약관(1939) 등과 같이 기업 또는 기업자단체와 고객단체 사이의 교섭에 의하여 쌍방대표의 협의 아래 작성되는 경우도 있다고 한다.⁵¹⁾ 그러나 쌍방적 형성에 의한 합의내용은 비록 약관이라는 명칭하에 있더라도 약관규제법을 적용하는데 주의를 기울여야 할 것이다.⁵²⁾ 왜냐하면, 약관의 쌍방적 형성과정에서 그 내용의 합의에 참여한 당사자가 일괄적으로 해당 합의에 의한 약관의 적용을 받기로 계약을 체결하였다면, 그 약관의 규정에 따라야 할 법적 근거는 약관의 구속력에 의한 것이 아니고, 그 약관의 내용이 되는 계약의 세부사항을 미리 합의하였기 때문으로 보아야 한다. 이에 반해, 고객을 대표하는 소비자단체가 약관 형성에 합의하였다고 하더라도 이는 약관의 형성에만 사업자와 잠재적 소비자가 관여한 것에 불과하므로 약관의 적용과 규율에 대하여는 일방적 형성에 의한 약관과 다를 것이 없어 약관규제법의 적용대상이 된다.⁵³⁾

(3) 표준약관

약관규제법은 사업자가 스스로 작성한 것만을 약관이라고 하는 것이 아니라 미리 마련한 것이면 약관이 될 수 있다고 규정한다. 약관규제법의 제2조 제1호의 명문에 비추어 보면 표준약관⁵⁴⁾이나 모범약관, 혹은 타인이 만든 약관이라도 자기의 거래를 위하여 사업자가 미리 준비하기만 하면 약관에 해당된다.⁵⁵⁾ 따라서 표준약관에 의한 계약체결이라고 하여서 그 계약에 대하여 약관규제법의 내용통제가 배제되는 것은 아니다. 사업자는 고객에게 표준약관조항의 중요한 내용을 설명하여야 하고, 이를 위반한 사업자는 해당 약관 조항을 계약의 내용으로 주장

51) 이은영, 앞의 책, 88면.

52) 이병준, 앞의 논문(2014. 9), 242면.

53) 같은 취지로 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 336면.

54) 표준약관이란 사업자가 약관 작성시에 모범으로 삼도록 공정거래위원회 등에 의하여 미리 작성되어 있는 약관을 말한다(장경환, “약관규제법의 개정론적 고찰”, 「경제법연구」 제4권 제1호, 한국경제법학회, 2005, 102면).

55) 이병준, 앞의 논문(2014. 9), 241면.

할 수 없다.⁵⁶⁾ 또한 표준약관에 의하여 체결된 계약도 다른 약관에 의하여 체결된 계약과 마찬가지로 불공정한 약관 조항이 있는 경우 약관규제법의 적용대상이 되어 해당 조항은 무효가 된다.⁵⁷⁾

(4) 검토

약관의 작성 형태는 사업자의 일방적 형성에 의한 것, 사업자와 고객의 쌍방적 형성에 의한 것, 고객이 적극적으로 관여하지 않은 표준약관과 같이 다양한 모습으로 발현될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 약관의 개념 요소로 가장 중요한 것은 사업자가 계약의 내용을 미리 준비하여 제안한 것이라는 점이므로 사업자의 일방적 형성에 의하여 작성된 경우뿐만 아니라 표준약관과 같은 경우도 모두 약관규제법의 적용대상이 되는 약관이라고 보아야 한다. 그러나 사업자와 고객 쌍방이 참가하여 작성한 경우는 약관규제법 적용 여부에 대하여 일률적으로 판단할 수 없다. 왜냐하면, 쌍방적 형성을 통하여 고객이 약관의 합의 또는 준비과정에 관여하였더라도, 사업자가 갖는 거래상 경험 및 우월적 지위와 고객의 법률에 대한 전문성 부족과 비용마련의 어려움에 비추어 보면, 고객은 약관의 작성 또는 합의 당시 예상하지 못한 불이익을 받을 가능성이 크기 때문이다. 생각건대 사업자와 고객 쌍방이 약관의 작성에 참여한 경우에는 작성과정에서 고객의 역할과 협의과정을 고려하여 고객이 작성과정에서 적극적으로 교섭에 임하여 약관 조항의 내용을 결정하였다면 개별약정에 준하여 약관규제법의 적용을 배제하여도 좋을 것이다. 그러나 고객이 약관 조항의 내용에 대하여 충분히 고려할 시간적 여유 없이 사업자와 협의한 내용으로 약관이 작성되었다면 이는 약관규제법의 적용을 받는 약관으로 보아야 한다. 그렇게 새기는 것이 소비자인 고객 보호를 목적으로 하는 약관규제법 본래 입법목적에 부합하고, 약관규제법 제2조의 법문에도 충실한 해석이 된다.

56) 대법원 2013. 6. 28. 선고 2012다107051 판결(이 판결에 대한 평석은 박은경, “표준약관조항은 보험자의 약관설명 의무 면제대상인가?—대법원 2013. 6. 28. 선고 2012다107051 판결—”, 「법학연구」 제52권, 한국법학회, 2013, 325-344면 참조).

57) 이병준·안남신, “계속적 계약관계에서의 약관의 개정”, 「소비자문제연구」 제34권, 한국소비자원, 2008, 37면.

2. 약관의 구속력

(1) 서설

약관이 당사자 사이의 계약내용이 되어 당사자를 구속하는 근거는 무엇인가? 약관이 갖는 구속력의 근거를 설명하기 위하여 종래 우리나라의 상법학자들은 전통적으로 약관에 의한 계약을 자동적인 부합계약(附合契約)으로 파악하고, 약관이 계약의 내용이 되기 위한 요건으로 당사자 사이의 채용합의⁵⁸⁾도 반드시 필요한 것이 아니라고 보아 왔다. 상법학자들은 이와 같은 결론을 도출하기 위하여 약관의 구속력을 자치법설과 상관습법설로 설명하였다. 따라서 위 학설들은 약관의 본질에 대한 접근이라기보다는 약관이 구속력을 갖는 근거에 대한 탐구를 목적으로 한 학설이라고 할 수 있다. 물론 위 학설들이 약관 그 자체를 법원(法源)으로 인정할지 여부에 대하여 대립하기는 하였으나, 양자 모두 약관의 본질을 규범으로 파악하는 규범설의 입장을 취하고 있었던 것으로 평가할 수 있다.

이에 대하여 1980년대 중반부터 민법학자들을 중심으로 약관의 본질과 관련하여 종래 규범설에 입각한 견해는 더 이상 이론적 타당성을 얻지 못하고 약관의 구속력은 당사자 사이의 합의에서 찾아야 한다는 계약설이 대두되기 시작하였다. 계약설에는 약관에 의한 계약도 원칙적으로는 계약의 일종이나 일정한 경우의 약관은 법규범으로서의 성격을 갖는다는 제한적 계약설과, 약관의 법적 성격은 계약이지만 그것이 사인간의 거래관계에서 수행하는 법규범 유사의 성격으로 인하여 순수한 의미의 계약은 아니고 소위 ‘규범적 요소가 가미된 계약’이라고 하는 절충설 등의 중간적 견해도 있다. 최근의 주류적인 견해는 약관의 본질은 법규범이 아니라 계약의 일종이라고 파악하는 순수한 계약설을 취한다.

(2) 학설의 대립

58) 채용합의란 계약체결에 대한 합의와 구별되는 것으로, ‘약관을 계약의 내용으로 하자는 합의’를 말한다(이은영, 앞의 책, 113면; 최병규, “약관의 계약편입요건에 대한 연구”, 「경제법연구」 제 13권 제2호, 한국경제법학회, 2014. 8, 137면).

약관의 구속력에 관한 자치법설은 약관은 국가 내의 부분사회가 자주적으로 제정한 법규로서 성문법 규정의 불비를 보충하는 기능을 수행하여 자치법으로서의 실효성과 법원성을 갖는다고 한다. 다만 자치법설을 주장하면서도 약관의 법원성에 대한 인정 근거는 약관의 규범력에 있는 것이므로 불공정한 내용의 약관은 법원성을 인정할 수 없다고 보아 자치법설에 일정한 제한을 가하고 있거나,⁵⁹⁾ 자치법은 기업단체 내부에만 적용되는 규칙이 아니라 부분사회의 하나인 기업이 자주적으로 설정한 법규로 이해하여야 하고 법제정권력의 다원성과 위임의 이론에서 약관설정권이 도출된다고 설명하는 견해도 있다.⁶⁰⁾

상관습법설은 본래 ‘약관 그 자체’를 상관습 또는 상관습법으로 인정하는 것인데, 우리나라에서 상관습법설을 취하는 학자들은 대부분 고유한 의미의 상관습법설이 아니라 백지상관습법설을 취하고 있다. 이는 약관 그 자체는 상관습이라 할 수 없고, 다만 “특정한 거래에 있어 약관에 의하여 계약내용을 정한다”라고 하는 상관습 또는 상관습법을 인정하자는 것이다.⁶¹⁾

민법학자들은 위와 같은 종래의 학설을 비판하면서 약관의 구속력의 근거로서는 계약설이 가장 타당하나, 초기에는 계약설로의 극단적인 변화를 피하기 보다는 계약설을 기본으로 하면서 일정한 경우 예외적으로 다른 근거를 바탕으로 구속력이 인정된다고 새기고 싶다거나,⁶²⁾ 법률이 기업에 대하여 약관의 작성의무를 부과하고 감독관청에 의하여 인가를 받은 후 그 약관에 따라서만 계약을 체결하여야 하는 경우⁶³⁾에는 예외적으로 규범설을 취하는 견해가 있었다.⁶⁴⁾

이에 반해, 순수한 계약설은 작성된 약관이 그 자체로서는 아무 효력이 없고, 계약상대방에 의하여 이를 계약내용으로 받아들이겠다는 합의가 있을 때 비로소 당사자를 구속하는 것이라고 한다.⁶⁵⁾ 이는 계약관계의 내용은 계약당사자의 합의

59) 정희철, 「상법학원론(상)」, 박영사, 1980, 47-48면.

60) 안동섭, “일반거래약관의 본질과 규제”, 「재산법연구」 제5권 제1호, 한국재산법학회, 1988, 512면.

61) 서돈각, 「상법강의(상)」, 법문사, 1979, 58-59면; 손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 1982, 79-80면.

62)곽윤직, 「채권각론」 재진정판, 1984, 35-36면; 김주수, 「채권각론(상)」, 1986, 49면.

63) 자동차운수사업법, 해운업법, 항만운송사업법, 항공법, 궤도사업법, 전기사업법, 도시가스사업법 등이 이러한 수권적 법률에 해당한다.

64) 종래 위와 같은 견해를 취하였던 이은영 교수는 절충설로 견해를 수정하였다(이은영, 앞의 책, 103면); 원칙적으로 계약설을 취하면서 구체적인 경우에 여러 가지 예외를 인정하는 다원설의 입장도 있다(김주수, 앞의 책, 63-64면).

65) 김형배, “보통거래약관에 의한 계약”, 「고시연구」 제227권, 고시연구사, 1993, 61면.

를 근거로 정해져야 한다는 사적자치의 원칙을 약관에 의한 계약체결에도 그대로 적용한 결과이다. 계약설은 법률로 기업의 약관 작성의무·국가의 인가 및 변경명령권 등이 규정되어 있다 하더라도 이는 당해 사업 영역의 공공성이나 공익성 때문인 것이지, 국가의 감독이나 통제가 약관의 구속력의 근거가 될 수는 없고, 약관이 계약의 내용이 되어 당사자를 구속하는 근거는 오로지 당사자의 합의라고 본다.⁶⁶⁾ 따라서 법률상 행정청의 인가를 받아야 하는 약관이 그러한 인가 없이 그 내용이 변경되어 행정상 제재를 받는다 하더라도 그 약관의 사법상 효력은 부인할 수 없고, 그러한 약관도 유효한 계약의 내용이 된다.⁶⁷⁾

약관의 구속력에 관한 절충설은 다음의 이유로 규범설을 비판한다. 첫째, 약관은 법률과 같이 모든 국민에게 적용되는 일반적 적용범위를 갖지 않는다. 둘째, 약관은 일반 법률과 달리 그 자체로 법적 의미를 갖지 못하고 계약에 편입되어야 효력을 갖는다. 셋째, 법률의 포괄적 추상적인 표현에 비하여 약관 조항은 구체성을 띠고 있다. 이러한 이유로 약관은 법규범이 아니라 당사자의 합의에 기초하여 계약의 내용을 구성하는 계약의 초안이므로 기본적으로 계약적 성질을 갖지만, 약관이 거래관계에서 담당하는 기능을 고려하면, 약관의 법적 성격은 ‘규범적 요소가 가미된 계약’으로 변형되었다고 설명한다.⁶⁸⁾

(3) 판례의 태도

판례는 약관규제법이 제정되기 이전부터 “보통보험약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 약관이기 때문이 아니라 보험계약 당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이라고 볼 것인 바”라고 하여⁶⁹⁾ 약관의 구속력의 근거는 당사자 사이에 이루어진 합의에 있다고 본다. 이는 약관의 법적 성질을 계약으로 파악한 것이고,

66) 김상용, 앞의 책, 26면; 김준호, 앞의 책, 1453면; 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1224면; 정기웅, 앞의 책, 27면; 정찬형, 「상법강의(하)」 제18판, 박영사, 2016, 514면; 지원림, 앞의 책, 1247면; 한삼인, 앞의 책(2011), 21-22면.

67) 손지열, 앞의 책, 305-306면.

68) 이은영, 앞의 책, 104-108면; 다만 약관규제법 제3조, 제4조 및 제6조에서 제14조까지의 규정은 계약설을 전제로 한 것이나 약관규제법 제3조 제4항이나 약관의 편입요건으로 고객의 동의를 명문화하지 않은 점 등은 계약설을 완화하는 요소라고 한다(송덕수, 앞의 책, 1270-1271면).

69) 대법원 1985. 11. 26. 선고 84다카2543 판결.

이와 같은 입장은 약관규제법이 제정된 이후부터 최근까지 변경 없이 일관되게 유지되어 왔다.⁷⁰⁾

(4) 검토

약관이 계약의 내용으로 되어 당사자를 구속하는 근거를 법규범으로 접근하거나 당사자 사이의 합의에 의한 계약으로 접근하든 관계없이, 약관은 실제로 계약의 내용이 되어 당사자를 구속하는 효력이 있다. 따라서 약관의 구속력의 근거를 검토하기 위하여 약관의 법적 성질에 대해 논의하는 것은 그 자체로는 큰 의미를 갖지 않는다. 다만 약관에 의하여 체결된 계약의 효력과 통제에 대하여 규범설과 계약설의 접근방법이 달라질 수 있으므로, 그 한도 내에서 위와 같은 논의는 여전히 의미를 갖는다. 생각건대 약관규제법 제3조의 규정과 사적 자치의 원칙 및 약관의 사회적 기능이 갖는 현대적 의미에 비추어 보면 약관의 본질은 계약이라고 보는 순수한 계약설이 타당하다. 또한 약관의 구속력의 근거를 당사자 사이의 의사합치에서 찾는 계약설에 따르는 이상 약관의 내용통제와 관련하여서도 계약설을 기초로 접근하여야 할 것이다.

제3절 약관 조항의 특징과 내용통제의 필요성

1. 개관

약관에 의하여 계약을 체결하는 것의 가장 큰 장점은 편의성·신속성이다. 그러나 그와 같은 순기능에도 불구하고 약관에 의한 계약체결은 약관의 작성·채용·내용과 관련하여 여러 가지 문제점을 내포하고 있다.

사업자는 이윤추구가 목적이며 약관 조항의 작성에도 이를 반영하지 않을 수 없기 때문에, 사업자의 경제적 우위는 약관 작성 시에 가장 두드러지게 나타난

70) 대법원 1990. 4. 27. 선고 89다카24070 판결; 대법원 2004. 11. 11. 선고 2003다30807 판결; 대법원 2007. 6. 29. 선고 2007다9160 판결 등 참조.

다.71) 사업자가 준비한 약관이 고객에게 제안되었을 때, 고객은 복잡한 약관을 제대로 살펴볼 기회도 없이 계약을 체결하는 경우가 많다. 약관은 작성과정에서의 특성 때문에 필연적으로 약관의 내용 또한 사업자에게 유리하게 이루어질 수밖에 없는 본질적 한계를 지니고 있다.72) 사업자에게 유리하고 고객에게 불리한 내용의 약관 조항이라도 사업자와 고객의 계약체결로 인해 약관 조항은 그대로 계약의 내용이 된다. 이와 같이 약관을 통하여 계약이 이루어지는 거래영역에서 사업자는 약관의 작성자가 되어 계약내용을 임의로 결정하는 지위를 누리는 명령의 자유가 있지만, 고객은 계약체결의 자유만 있을 뿐 계약내용결정의 자유를 갖지 못한다.73)

2. 약관 조항의 특징

(1) 작성상 특징

약관 작성 형태에 여러 가지 모습이 있으나 전술한 바와 같이 당초 약관 형성의 본래의 모습은 사업자에 의한 일방적 형성이다. 즉 오늘날 거래 일반에 통용되는 약관은 사업자가 계약체결 이전에 다수의 계약을 위하여 미리 준비한 것이고, 사업자의 주된 목표는 이윤추구를 통한 사업 또는 기업의 유지 및 발전에 있기에, 약관 작성에 대한 독점적 권한을 가진 사업자는 약관의 내용을 정하는 과정에서 사업자에게 유리하게 형성할 수 있는 기회를 최대한 이용하고자 한다.

이러한 약관의 작성상 특징은 사업자가 거래에 따른 위험이나 비용 등을 고객에게 전가할 가능성을 내포하고 있다.74) 비록 사업자가 약관의 작성에 고객의 의견이나 이익을 반영하여 고객이 약관의 합의 또는 준비과정에 관여하는 쌍방적 형성의 과정을 거쳤다고 하더라도, 그 고객은 실제로 계약에 임하는 개별적·구체

71) 극단적으로 약관의 작성자와 상대방의 관계는 계약관계가 아니라 신분(status)관계로 볼 수도 있다(Jack Beatson · Andrew Burrows · John Cartwright, Anson's Law of Contract, 30th ed., Oxford University Press, 2016, p.187).

72) 김준호, 앞의 책, 1449면; 이은영, 앞의 책, 76면.

73) 한삼인, 앞의 책(2011), 20면; 이른바 '계약적 정의(Vertragsgerechtigkeit)의 법리'는 약관내용의 공정성확보를 위하여 정립된 이론이다(김상용, 앞의 책, 22면).

74) 권오승, 앞의 책(2005), 140면; 지원림, 앞의 책, 1246면.

적인 고객이 아니라 일반적·추상적 고객에 불과하다. 사업자는 약관의 목적이 되는 거래에 대한 다양한 경험을 가지고 있으며, 약관에 의한 계약에서 비롯된 분쟁에도 용이하게 대처할 수 있는 비용과 자원을 보유하고 있다. 따라서 사업자는 고객 스스로 해석하거나 검토하기 어려운 법률적 관점까지 고려하여 약관을 작성하는 우월한 지위에 있다.

(2) 채용상 특징

일반적인 계약에서는 당사자가 계약내용이나 조건에 관하여 세부적인 협의를 거쳐서 계약의 체결이 이루어진다. 이에 반해, 약관에 의한 계약에서는 계약당사자인 고객이 그 계약이 약관에 의한 것임을 알기만 하면 된다. 따라서 고객이 약관의 세부적인 내용까지 전부 알아야 계약이 성립하는 것은 아니다.

통상 고객은 계약의 목적이나 대가에만 관심을 가지기 때문에 자의든 타의든 약관 조항의 세세한 내용까지는 모르고 계약을 체결하는 경우가 많고, 처음부터 약관 자체가 고객이 이해하기 어렵게 되어 있는 경우도 있다. 사업자는 약관을 단지 공고하거나 게시하는 방법으로만 제안하여 계약내용의 일부로 하려는 경우도 있고, 고객에게 약관을 보여주지만 하고 회수해가는 경우도 드물지 않다. 또한 지속적인 거래관계에서 약관의 변경이 있는 경우에 고객에게 이를 정확히 통지하지 않는 경우도 있다. 그러나 약관에 의한 계약체결이나 약관이 변경된 경우에도 그 약관이 계약의 내용으로 되기 위해서는 고객에게 약관의 내용을 충분히 이해할 수 있는 기회가 부여되어야 한다.

(3) 내용상 특징

약관의 본질에 대한 계약설에 따르면, 당사자는 민법 제103조에 반하지 않는 한 계약자유 원칙에 따라 약관의 내용을 자유롭게 정할 수 있다. 그러나 사업자가 일방적으로 약관 작성의 권한을 행사하고 있는 현실에 비추어 계약자유 원칙만을 강조하게 되면 약관의 내용은 오히려 사업자의 권리 남용을 인정하는 결과가 될 위험이 있다. 특히 사업자가 약관의 내용으로 사업자의 손해배상책임

을 제한하거나, 고객에게 과도한 지연손해금 또는 위약벌을 부과하는 것과 같이 약관 조항의 내용은 임의법규로 규정된 것보다 지나치게 편파적인 내용을 포함하고 있는 경우가 많다.⁷⁵⁾

한편 사업자는 약관에 자신만 이해할 수 있는 전문용어를 사용하거나, 자신의 우월한 지위를 이용하여 상세한 약관 조항을 마련한 뒤 그 체계를 복잡하게 하여 법률전문가조차 이해하기 어려운 애매한 조항을 만들어 내기도 하여, 약관의 채용은 물론 약관의 해석에서도 문제를 야기한다.

3. 내용통제의 필요성

약관의 작성상 특징 때문에 고객은 사전에 약관의 작성과정에 참여할 수 없다. 따라서 사업자가 우월한 지위에 기초하여 일방적으로 고객에게 불리한 약관을 작성하는 경우에 이를 방지할 필요가 있다. 약관규제법은 편입통제의 과정에서 사업자에게 약관을 공정하게 작성해야 할 의무를 부과한다. 또한 해석통제의 과정에서 불명확한 약관 조항은 고객에게 유리하게 해석한다. 사업자가 유리하게 작성한 약관은 고객에게 부당하게 불리한 내용을 담고 있는 경우에 공정성을 잃은 것으로 추정된다. 약관규제법은 표준약관제도 등을 도입하고 시정조치 등 행정적 규제를 통하여도 이를 해결하고자 한다.

약관의 채용상 특징 때문에 고객이 약관을 충분히 이해할 수 있는 기회를 가질 필요가 있다. 따라서 약관이 계약내용으로 되기 위해서는 사업자와 고객이 약관을 계약내용으로 하자는 합의를 해야 하며, 사업자는 고객에게 약관의 내용을 명확히 표시하고, 고객이 원하는 경우 약관을 교부하여야 한다. 또한 사업자는 고객이 약관의 내용을 충분히 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.

약관의 내용상 특징 때문에 약관이 계약내용으로 되었다 하더라도 그 내용은 사업자에게 유리하게 되어 있는 경우가 많다. 따라서 약관 조항의 내용이 임의법규보다 고객에게 불리한 경우에는 그 약관 조항을 무효화하여 고객을 보호할 필요가 있다. 이러한 점을 고려하여 약관규제법은 불공정성통제를 중심으로 약관 조항의 효력 여부를 규율하면서 부가적으로 편입통제와 해석통제를 병행하고 있

75) 최병규, 앞의 논문(2015. 8), 248면.

는 것이다.

약관 조항의 특징에 따라 고객 보호에 흠결이 생기는 문제점을 해결하기 위하여 계약법 자체를 강행법규화하는 극단적인 방법도 생각해 볼 수 있다. 그러나 계약법을 강행법규화하는 방법은 계약자유에 대한 중대한 제한이 되어 계약법의 원칙에 부합하지 않는다. 따라서 약관에 의하여 체결된 계약에 대한 규제는 결국 일정한 요건하에 사업자와 고객의 자유로운 계약체결을 허용하되, 편입통제의 방법과 해석통제의 과정을 거쳐 사후적으로 약관내용의 공정성을 심사하는 불공정성통제의 방법으로 이루어질 수밖에 없다.⁷⁶⁾

제4절 약관의 내용통제의 방식과 그 내용

1. 개관

약관규제법상의 내용통제 방식은 크게 구체적인 분쟁을 전제로 하는지 여부에 따라 구체적 분쟁을 전제로 하는 사법적 통제와 그렇지 않은 행정적 통제로 나눌 수 있다.⁷⁷⁾ 거래현실에서 구체적 분쟁은 법원이 담당하는 사법적 통제를 통하여 비로소 해결된다는 점에서 양자의 통제방식 중에 사법적 통제의 역할과 기능이 보다 중요하다.

사법적 통제의 영역은 편입통제와 해석통제 및 불공정성통제의 순으로 단계적 통제의 과정을 거친다.⁷⁸⁾ 사법적 통제는 법원에 의하여 구체적 사건에서 당사자의 권리와 의무를 확정하기 위하여 그 전제로 약관 조항의 효력 여부를 심사하는 것이다. 판례도 약관이 사업자와 고객이 체결한 계약의 내용으로 편입되었는지를 살피는 편입통제와 편입된 약관의 의미를 해석하는 해석통제 및 편입된 약

76) 손지열, 앞의 책, 338면; 김진우, 앞의 논문(2015. 2), 1136면.

77) 윤진수, 앞의 논문, 335면.

78) 위와 같은 단계적 통제방식에 대하여 통제의 대상이 성립에 관한 것인지 효력에 관한 것인지 여부를 기준으로 크게 간접적 통제와 직접적 통제로 구분하고, 성립과정에 관련된 편입통제와 해석통제를 간접적 통제로, 효력에 관련된 약관내용의 불공정성통제를 직접적 통제로 설명하는 견해(김성욱, 앞의 논문, 88-89면; 황진자, 앞의 논문, 16면)도 있다. 이 견해 역시 사법적 통제와 행정적 통제를 구별하고 직접적 통제는 구체적 분쟁을 전제로 하는지 여부에 따라 법원이 담당하는 구체적 내용통제와 공정거래위원회가 담당하는 추상적 내용통제로 구분하고 있다.

관의 해석을 통하여 확정된 약관의 내용이 고객에게 부당한 불이익을 주는 불공정한 것인지 여부를 판단하는 불공정성통제의 단계적 심사를 통하여 최종적으로 약관의 효력 여부를 정하고 있다.⁷⁹⁾ 행정적 통제는 공정거래위원회가 담당하는 추상적 내용통제이며, 구체적 분쟁을 전제로 하지 않고, 사전에 약관 조항 전체에 대한 심사도 가능하다.

약관은 계약체결 이전에 사업자가 사전에 미리 준비하는 것이기에 약관의 개별조항이 약관에 편입되었다고 하더라도 고객에게 불리한 내용으로 작성된 것은 아닌지 검토해야 하는 본질적인 문제가 남는다. 따라서 약관에 대한 내용통제는 사업자가 작성한 불공정한 약관의 효력을 다투는 불공정성통제가 그 핵심을 이룬다. 다만 본 논문에서 약관의 내용통제라 함은 약관에 대한 규율 전반을 일컫는 편입통제·해석통제·불공정성통제를 모두 가리키는 것으로 정하고,⁸⁰⁾ 약관의 직접적 통제로 약관 조항의 효력에 관련된 내용통제는 약관의 불공정성통제라고 통일하여 사용한다.

2. 사법적 통제

(1) 서설

약관에 의한 사법적 통제는 사업자와 고객 사이에 약관에 관한 구체적 분쟁이 발생하여 이것이 소송화된 경우에 법원에 의하여 이루어진다. 법원은 그 구체적 분쟁의 전제가 된 약관 조항에 대하여 개별적으로 심사하여 약관의 편입·해석·효력에 대하여 판단한다. 법원에 의한 사법적 통제는 개별 사건을 대상으로 하는 것이고, 민사소송의 원칙상 소송 당사자 사이에서만 기판력 및 집행력이 미친다.⁸¹⁾ 그러나 판결을 통하여 내려진 결론은 수범자에게 장래 재판에 대한 예측가능성을 부여하고, 상급법원의 판단은 해당 사건은 물론 다른 사건에 관하여도 하

79) 대법원 2008. 12. 16.자 2007마1328 결정 참조.

80) 고객의 이익 보호라는 이념을 실현하기 위하여 약관규제법을 적용하기 위해서는 문제된 계약 내용의 약관으로서의 효력 여부를 따져보기 전에, 약관규제법의 적용범위부터 밝히는 것으로 시작하여야 하며, 그렇다면 약관의 내용통제 범주에 편입통제나 해석통제를 제외할 이유가 없기 때문이다.

81) 민사소송법 제218조 참조.

급심을 기속하는 사실적인 힘이 있기 때문에,⁸²⁾ 사법적 통제 역시 사업자와 고객에 대하여 어느 정도 일반성·사전성을 갖고 있다고 할 수 있다.⁸³⁾

사법적 통제의 방법은 편입통제·해석통제·불공정성통제의 모습으로 발현된다. 편입통제는 약관의 명시·설명 의무와 관련한 약관규제법 제3조와 개별약정 우선 원칙을 명시한 제4조를 내용으로 한다. 해석통제는 약관 조항의 해석원칙에 대한 것으로 약관규제법 제5조 제1항 전단의 신의성실의 해석원칙, 제5조 제1항 후단의 객관적·통일적 해석원칙, 제5조 제2항의 고객우리의 해석원칙 등에 의한다. 불공정성통제는 약관규제법의 적용을 받는 약관의 효력에 관한 것으로, 약관규제법 제6조 일반원칙에 따른 일반적 통제와 제7조에서 제14조까지 이르는 개별금지조항에 따른 개별적 통제에 의하여 고객에게 불리한 약관 조항의 효력을 무효로 한다.

(2) 편입통제

1) 편입통제의 의의

사업자와 고객의 의사표시에 따라 약관이 계약 속에 녹아 그 내용을 구성하는 것, 즉 약관이 계약의 구성부분이 되는 모습을 ‘편입’이라고 한다.⁸⁴⁾ 약관규제법은 약관의 편입과정에 있어 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 작성하여(작성의무, 제3조 제1항), 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하고(명시의무, 제3조 제2항 본문), 고객이 요구할 때에는 당해 약관의 사본을 고객에게 교부하여야 하며(교부의무, 제3조 제2항 본문 전단), 중요한 내용에 대하여는 고객이 이해할 수 있게 설명하여야 하고(설명의무, 제3조 제3항 본문), 또한 당사자 사이에 개별약정이 없어야 한다(개별약정 우선의 원칙, 제4조)고 규정하고 있다. 이상의 요건을 모두 충족하여야 약관은 계약의 내용이 되어 계약으로 편입된다.⁸⁵⁾

82) 법원조직법 제8조 (상급심 재판의 기속력) 상급법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심(下級審)을 기속(羈束)한다.

83) 이은영, 앞의 책, 80면.

84) 이은영, 위의 책, 113면.

85) 김상헌·한삼인, 앞의 논문, 529면.

2) 편입통제의 요건

편입통제의 가장 핵심적인 내용인 설명의무를 중심으로 편입통제의 요건을 살펴본다. 약관규제법 제3조 제3항은 본문에서 사업자에게 약관에 정해져 있는 ‘중요한 내용’을 고객이 이해할 수 있도록 설명할 의무를 부과하면서, 단서에서는 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 설명의무를 면제하고 있다. 본문은 사업자의 약관 설명의무를, 단서는 약관 설명의무의 면제 요건에 관하여 규정한 것이다.

사업자에게 부여된 설명의무는 법률전문가가 아닌 고객의 편의를 위해서, 사업자가 고객의 이해에 중대한 영향을 미치는 계약의 중요한 내용을 다시 한 번 강조하도록 하고자 마련된 것이다. 따라서 설명의무의 이행은 명시적 의무를 이행하는 구체적인 모습의 하나이자, 명시적 의무 이행의 가중적 요소라고 할 수 있다.⁸⁶⁾ 독일 민법 제305조가 약관의 명확한 지적 또는 인식가능성의 부여만을 편입요건으로 정하고, 사업자가 약관의 중요한 내용에 관하여 설명할 의무까지 부과하지는 않고 있는 점을 고려하면,⁸⁷⁾ 이와 같은 설명의무는 우리 약관규제법이 규정하는 특유한 요건이라 할 수 있다.

사업자의 약관 설명의무의 상대방은 고객이다. 사업자가 고객의 대리인과 계약을 체결하는 경우 대리 일반원칙에 따라 본인의 대리인에게 설명하면 충분하고,⁸⁸⁾ 사업자가 고객 본인에게 설명의무를 다한 경우라면 대리인에 대한 설명의무는 면제된다.⁸⁹⁾ 판례도 설명의무의 상대방은 반드시 보험계약자 본인에 국한되는 것이 아니라, 보험계약자의 대리인인 차량판매자에게 설명의무를 이행한 것으로 충분하다고 한다.⁹⁰⁾

약관규제법에 설명의무의 이행정도 및 방법에 관하여는 특별한 규정이 없으나, 설명의무의 이행은 고객과 대면하여 직접 구두로 하여야 하는 것이 원칙이고, 필요한 경우 별도로 설명문을 작성하는 것도 무방하다.⁹¹⁾ 다만 설명의무는 고객의

86) 같은 취지로 이은영, 앞의 책, 118면; 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결 참조.

87) 약관규제법은 결과적으로 편입의 요건을 독일법보다 더 엄격하게 한 것이라 한다(김진우, 앞의 논문(2015. 1), 333면).

88) 정호열, 앞의 책, 569면; 한삼인, 앞의 책(2011), 23면; 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다23973 판결 참조.

89) 민법 제116조 참조.

90) 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다23973 판결.

91) 설명의무의 이행방법과 관련하여 최근 스마트폰 애플리케이션 마켓에서의 약관에 의한 계약체

계약체결 선택권을 보장하기 위한 것이므로 사업자는 정확하고 성실하게 설명하여야 한다.⁹²⁾ 관례도 약관 조항을 비교적 큰 활자로 표시한 것만으로 설명의무를 이행하였다고 할 수 없고,⁹³⁾ 통신판매의 상해보험계약 사례에서 약관내용의 개요를 소개하면서 면책사고에 해당하는 경우를 확인하라는 내용이 기재된 안내문과 청약서를 우송한 것만으로는 설명의무를 다하였다고 할 수 없다고 하여,⁹⁴⁾ 설명의무의 성실한 이행을 중요시 한다.

3) 편입통제의 효과

약관규제법 제3조 제4항은 사업자가 명시·설명 의무를 위반한 경우에, 사업자는 해당 약관 조항을 계약의 내용으로 주장할 수 없다고 규정한다. 이는 독일민법 제305조 제2항과는 달리 고객에게 선택의 기회를 부여하는 것이다.⁹⁵⁾ 사업자가 명시 의무를 위반하거나 일정한 사유가 있음에도 교부 의무를 위반하는 경우 혹은 중요한 내용에 대한 설명 의무를 위반한 경우에 해당 약관 조항은 계약의 내용으로 편입되지 않으며, 사업자는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다. 고객은 해당 약관 조항이 자신에게 유리한 경우 계약으로 편입하면 되고, 해당 약관 조항이 자신에게 불리한 경우 계약으로의 편입을 거부할 수 있다. 고객에게는 이른바 편입선택권이 있는 것이다.

4) 편입통제의 증명책임

일반적으로 명시 및 설명에 대한 증명책임은 사업자가 부담한다.⁹⁶⁾ 따라서 고객이 문제가 된 약관에 관하여 사업자의 명시 의무 또는 설명 의무의 불이행을 주장하면, 조문의 체계상 사업자는 자신이 계약체결시에 해당 약관 조항을 고객에

결 과정에서 기존 전자상거래에서 사용되는 컴퓨터의 화면보다 훨씬 더 작은 모바일 화면에서 약관을 봐야 한다는 것이 문제되므로 명시·설명 의무의 이행에는 보다 기술적인 접근이 필요하다는 견해가 있다(윤주희, “주요 스마트폰 애플리케이션 마켓(모바일 오픈마켓)의 이용약관 현황 및 약관규제법의 해석과 적용”, 「법학연구」 제21집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2013, 377면).

92) 같은 취지로 이은영, 앞의 책, 118면; 한삼인, “약관의 규제에 관한 법률의 판례분석”, 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005, 375면.

93) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다19990 판결.

94) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98다43342 판결.

95) 권오승, “약관규제법 집행의 개선”, 「아세아여성법학」 제12호, 아세아여성법학연구소, 2009, 13-14면; 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 327면.

96) 이은영, 앞의 책, 119면; 한삼인, 앞의 책(2011), 23면.

게 명시 및 설명하였음을 증명해야 한다. 사업자가 설명의무의 면제를 주장하는 경우에도, 이를 주장하는 사업자가 고객이 그 약관의 내용을 잘 알고 있었다는 사실 등과 같은 설명의무가 필요하지 않은 사정을 증명해야 한다.⁹⁷⁾

판례도 “보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 당해 약관이 바로 계약내용이 되어 당사자에 대하여 구속력을 가지므로 보험자로서는 보험계약자 또는 그 대리인에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없으며, 이 경우 보험계약자나 그 대리인이 그 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있다는 점은 이를 주장하는 보험자 측에서 입증하여야 한다”라고 한다.⁹⁸⁾

(3) 해석통제

1) 해석통제의 의의

해석통제란 약관 조항이 편입통제의 단계를 거쳐 일단 계약의 내용으로 된 경우 그 약관 조항의 의미를 밝히는 작업을 말한다. 약관 조항에 대한 해석을 통하여 계약의 내용이 정해지면, 최종적으로 불공정성통제를 통하여 약관 조항의 효력을 확정하게 된다. 계약의 내용에 대한 해석에는 약관의 본질이 계약인 이상 원칙적으로 법률행위 해석의 일반원칙이 적용된다.

그러나 일반적인 계약은 당사자의 협상을 전제로 한 것이지만, 약관은 그렇지 않으므로, 법률행위 해석이나 계약의 해석과는 달리 약관의 해석에는 특별한 원칙도 적용된다.⁹⁹⁾ 학설은 약관해석의 원칙으로 신의성실의 해석원칙, 객관적 해석원칙, 고객유리의 해석원칙 등을 들고, 그중에서 객관적 해석원칙과 고객유리의 해석원칙을 약관 특유의 해석원칙으로 설명한다.¹⁰⁰⁾ 약관규제법은 통일적 해석원칙과 고객유리의 해석원칙을 명문으로 규정하고 있다. 이에 반해, 독일민법은 고객유리의 해석원칙만을 규정한다.¹⁰¹⁾

97) 같은 취지로 박은경, 앞의 논문, 339면; 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다4494 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 99다55533 판결; 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다27054 판결 등 참조.

98) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다27054 판결.

99) 권오승, 앞의 책(2015), 568면; 정호열, 앞의 책, 576면; 한삼인, 앞의 논문(2005), 382면.

100) 김진우, 앞의 논문(2011), 181면.

101) 독일민법 제305c조 제2항 참조.

2) 신의성실의 해석원칙

민법 제2조 제1항은 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 이루어져야 한다”고 규정하여, 신의성실의 이념은 민사법의 대원칙으로 작용하고, 실제 재판에서 법률과 법률행위 해석의 표준이 되어 그 의미를 밝혀주는 역할을 한다.¹⁰²⁾ 약관규제법 제5조 제1항 전단도 “약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며”라고 규정한다. 약관에 대한 해석방법으로 따로 신의성실의 원칙을 규정한 약관규제법 제5조 제1항 전단의 의미는 무엇인가? 법관은 약관의 해석을 통하여 사업자와 고객의 정당한 이익을 고려하고 구체적으로 타당한 결과를 도출해야 한다. 즉 신의성실의 원칙에 따른 약관의 해석이란 해석의 방법은 물론 해석의 결과가 신의성실의 원칙에 부합하여야 한다는 것이다.¹⁰³⁾

3) 객관적·통일적 해석원칙

약관규제법 제5조 제1항 후단은 약관은 “고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다”라고 규정한다. 객관적 해석원칙이란 약관이 당사자의 협의 없이 사전에 준비된 것임을 이유로, 개별적 사정을 고려할 것이 아니고 평균적인 고객의 이해 가능성을 기준으로 객관적으로 해석해야 한다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 판례는 일관되게 약관을 해석함에 있어 사업자의 이익과 고객의 정당한 이익 및 합리적 기대를 함께 고려하여 고객에 따라 다르게 해석할 것이 아니라, “개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함이 없이 평균적 고객의 이해 가능성을 기준으로 하여 객관적, 획일적으로 해석하여야 한다”라고 한다.¹⁰⁵⁾

통일적 해석원칙이란 약관은 모든 고객에게 통일적으로 해석되어야 하고 해석의 결과가 고객에 따라 달라서는 아니 된다는 해석원칙이다.¹⁰⁶⁾ 우리 학설의 다수는 통일적 해석원칙은 객관적 해석원칙의 파생원칙에 불과하다고 하여, 통일적 해석원칙에 대하여 특별히 따로 설명하지 않으나,¹⁰⁷⁾ 객관적 해석원칙은 명문의

102) 신의성실의 원칙의 기능에 대한 상세는 송덕수, 앞의 책, 43-46면 참조.

103) 이은영, 앞의 책, 151면.

104) 이은영, 위의 책, 152면.

105) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다65138, 65145 판결; 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다45777 판결; 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다21849 판결.

106) 이은영, 앞의 책, 153면; 최병규, “약관해석의 특수성과 제도운용방안”, 「경제법연구」 제13권 제1호, 한국경제법학회, 2014. 4. 74면.

107) 양자를 동의어로 취급하여 설명하는 것으로 권오승, 앞의 책(2015), 569면; 정호열, 앞의 책,

규정이 없이 인정되는 것이고, 약관규제법 제5조 제1항 후문은 통일적 해석원칙을 명문으로 규정한 것이라고 하여 양자를 구별하기도 한다.¹⁰⁸⁾

4) 고객유리의 해석원칙

약관규제법 제5조 제2항은 “약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다”라고 규정하고 있다.¹⁰⁹⁾ 고객유리의 해석원칙은 작성자 불이익 원칙(*contra proferentem*)¹¹⁰⁾이라는 일반적인 해석원칙을 약관에 적용한 것이라고 한다.¹¹¹⁾ 이에 따라 약관 조항의 내용에 불명확한 점이 있는 경우 그 불이익은 약관의 작성자인 사업자가 감수하여야 하고, 다양한 해석이 가능한 경우에는 상대방인 고객에게 유리한 방향으로 해석하여야 한다. 이는 약관이 일방적으로 형성된 계약조건이기에 그것을 작성한 사업자에게 자기책임을 부여하고자 하는 책임사상에서 유래한 것으로 보아야 한다.¹¹²⁾

고객유리의 해석원칙은 명확하지 않은 조항의 의문점에 대하여만 사업자에게 책임을 부담시키고자 한다.¹¹³⁾ 따라서 고객유리의 해석원칙이 적용된다고 하여 그 조항이 무효가 되는 것은 아니다. 오히려 해석에 의문이 생긴 경우 다양한 의미 중에서 고객에게 유리한 의미를 선택하게 되어 약관규제법의 입법취지에 부합하는 합리적 결과를 도출한다. 결국 고객유리의 해석원칙이 존재함으로써 인하여 사업자는 약관 조항의 의미가 불명확한 경우에 받는 불이익을 방지하기 위하여 약관 조항을 보다 명백하게 작성하고자 한다.¹¹⁴⁾

577면; 지원립, 앞의 책, 1250면; 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰-객관적 해석과 작성자 불이익의 원칙의 유럽법과의 비교를 통한 검토-”, 「재산법연구」 제28권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 182면; 윤진수, 앞의 논문, 325면 등.

108) 손지열, 앞의 책, 333면; 이은영, 앞의 책, 154면.

109) 약관규제법 제5조 제2항의 해석원칙은 불명확조항 해석원칙, 작성자 불이익 해석원칙 등 다양한 용어로 표현되나, 본 논문의 연구 목적을 가장 잘 표현하고 있는 ‘고객유리의 해석원칙’이라고 통일하여 사용하기로 한다.

110) 작성자 불이익 원칙은 “의심스러울 때는 작성자에게 불리하게”라는 일반적인 해석원칙을 말한다.

111) 김민중, 앞의 책, 36면; 이은영, 앞의 책, 144-155면; 박창희, “약관해석에 관한 일고찰”, 「전북법학논집」 제1권, 전북대학교 법학연구소, 2000, 220면.

112) 고객유리의 해석원칙은 책임사상은 물론 투명성의 원칙(*Transparenzgebot*)의 적용에 따른 것이라고 보는 견해가 있다(김진우, 앞의 논문(2011), 194면).

113) 권오승, 앞의 책(2015), 569면; 이은영, 앞의 책, 155면; 정호열, 앞의 책, 577면 등.

114) 윤진수, 앞의 논문, 329면.

5) 엄격해석·축소해석

약관규제법은 특별히 명문으로 엄격해석이나 축소해석에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 그런데 판례는 공공연하게 엄격해석¹¹⁵⁾·축소해석¹¹⁶⁾의 방법을 사용한다.¹¹⁷⁾ 학설은 엄격해석이나 축소해석이 독자적인 의미를 갖는지에 대하여, 고객유리의 해석원칙의 파생원칙이라고 하여 독자적인 의미를 부정하는 견해¹¹⁸⁾와, 고객유리의 해석원칙과는 논리적으로 구별되어 별개의 독자적 의미를 갖는다는 견해¹¹⁹⁾가 대립한다. 독일의 유력한 견해는 제한해석 또는 축소해석의 원칙은 고객유리의 해석원칙으로 인하여 별도의 독자적 의미를 갖지 않는다고 한다.¹²⁰⁾ 이들 해석방법의 독자적 의미에 관하여 판례가 직접적으로 명시한 것은 찾아보기 어렵다. 다만 보험약관의 해석에 관하여 문제된 약관의 의미가 명확하여 다의적인 해석의 여지가 없는 때에는, 약관 조항의 간접적 내용통제의 방법으로 이를 제한해석을 할 수는 없고, 불공정성 또는 불합리성을 이유로 직접적인 내용통제의 방법으로 수정해석을 할 수 있을 뿐이라고 하여 제한해석과 수정해석을 구별하는 보충의견이 있다.¹²¹⁾

불명확한 약관 조항에 대하여 엄격해석·축소해석 등 어느 방법을 취하더라도 이들은 고객에게 유리한 결과가 나오도록 해석하여 고객을 보호하려는 해석원칙이므로 이들 해석방법에 독자적 의미를 부여할 것인가에 관한 논의의 실익은 없다.¹²²⁾ 다만 해석통제는 본래 약관 조항의 의미를 확정하여 해당 약관이 사용된 계약의 내용을 명확하게 하는 것이므로, 엄격해석·축소해석이 불공정약관조항의 무효 여부를 판단하는 방법의 범주에서 이루어졌다면 해석통제가 아니라 불공정성통제의 영역에 가까운 것으로 보아야 할 것이다.

115) 엄격해석이란 계약의 내용으로 된 약관 조항이 고객의 법률상 지위에 중대한 영향을 미치게 되는 경우 엄격하게 해석하여야 한다는 원칙이다.

116) 약관의 면책조항·보험계약상의 제한조항 등이 실정법상의 임의법규와 다른 내용으로 약관에 포함되어 있고, 그 조항이 고객에게 불이익한 것일 경우에는 그 조항의 의미는 좁게 해석되어야 한다는 원칙으로 제한해석이라고도 한다.

117) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다24131 판결 등 참조.

118) 이은영, 앞의 책, 157면.

119) 윤진수, 앞의 논문, 332면.

120) Ulmer, in: Ulmer·Brandner·Hensen, AGB-Recht Kommentar, 11. Aufl., Otto Schmidt, 2011, § 305c BGB Rn.100.

121) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결에서 이회창 대법관의 보충의견.

122) 같은 취지로 김상헌·한삼인, 앞의 논문, 538면; 윤진수, 앞의 논문, 332면.

(4) 불공정성통제

1) 불공정성통제의 의의

약관과 관련하여 구체적인 분쟁이 있는 경우에, 법원은 편입통제와 해석통제를 거친 약관 조항의 내용이 공정한 것인지 여부를 심사한다. 이와 같은 약관 조항에 대한 불공정성통제는 약관 조항의 사법적 효력을 부인하는 방법으로 행해지고, 그것은 일반조항에 의한 일반적 통제와 개별금지조항에 의한 개별적 통제의 두 가지 방식으로 이루어진다.¹²³⁾ 약관규제법은 제6조에서 일반원칙을 천명하고 제7조에서 제14조까지 걸쳐 개별적인 무효사유를 규정하여 양자를 병행하고 있다. 일반적 통제에 의하든 개별적 통제에 의하든 불공정한 약관조항이 무효라는 법률효과는 동일하다.¹²⁴⁾

2) 일반적 통제

약관규제법 제6조에 따른 일반적 통제는 다음과 같다. 첫째, 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관 조항은 무효이다. 판례도 기본적으로 문제된 약관 조항의 불공정성 여부를 신의성실의 원칙을 기준으로 판단한다.¹²⁵⁾ 둘째, 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항, 고객이 계약의 거래형태 등 제반 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항, 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항 등은 불공정한 조항으로 추정된다.

판례는 불공정성통제의 판단 기준인 고객에게 부당하게 불리한 조항인지 여부에 대하여, “그 약관 조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다”라고 한다.¹²⁶⁾

또한 판례는 “법원은 약관에 대한 단계적 통제 과정, 즉 약관이 사업자와 고객 사이에 체결한 계약에 편입되었는지의 여부를 심사하는 편입통제와 편입된 약관의 객관적 의미를 확정하는 해석통제 및 이러한 약관의 내용이 고객에게 부당하

123) 이은영, 앞의 책, 172면.

124) 손지열, 앞의 책, 343-344면.

125) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 판결 참조.

126) 대법원 2008. 12. 16.자 2007마1328 결정; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2013다210657 판결.

게 불이익을 주는 불공정한 것인지를 살펴보는 불공정성통제의 과정에서, 개별사안에 따른 당사자들의 구체적인 사정을 고려해야 한다”라고 한다.¹²⁷⁾ 이에 반하여 학설은 객관적·통일적 해석원칙과 마찬가지로 불공정성통제에 있어서도 계약 당사자들의 구체적 개별적인 사정은 고려의 대상이 될 수 없고, 객관적이고 일반적·평균적인 고객과 사업자의 관계를 기준으로 그 불공정성 여부를 판단하여야 한다는 견해가 일반적이다.¹²⁸⁾

3) 개별적 통제

약관규제법은 거래현실에서 자주 나타나는, 부당성이 현저한 약관 조항에 관한 사례를 중심으로 개별금지조항을 입법화하였다. 개별금지조항은 불공정성의 정도에 따라 절대적 무효조항과 상대적 무효조항으로 나뉜다. 절대적 무효조항은 불공정의 정도가 심각하여 법관의 가치평가가 필요 없이 당연히 무효가 된다. 상대적 무효조항은 법문에 ‘상당한 이유 없이’ 또는 ‘부당하게 불리한’ 등의 문언을 두어 그 불공정성 여부를 판단함에 있어 추가로 법관의 가치평가가 필요하다.

약관규제법 제7조 제1호는 사업자 측의 고의 또는 중과실로 인한 법률상 책임을 배제하는 경우,¹²⁹⁾ 제9조 제1호는 법률에 따른 고객의 해제권 또는 해지권을 배제하거나 그 행사를 제한하는 경우, 제13조는 고객의 대리인이 체결한 계약에서 고객의 의무불이행에 대한 책임을 그 대리인에게 지우는 경우 이를 절대적 무효로 규율한다.¹³⁰⁾

127) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결; 다만 이와 같은 판시는 단순한 傍論에 해당한다는 견해가 있다(윤진수, 앞의 논문, 328면).

128) Basedow, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 2., 6. Aufl., C. H. Beck, 2012, § 307 BGB Rn.110.

129) 동조의 법률상 책임에 불법행위 책임도 포함되는 것으로 보거나(이은영, 앞의 책, 214면), 불법행위책임의 면책조항에도 유추적용하여야 한다고 보는 견해도 있으나(손지열, 앞의 책, 361면), 고객 보호를 위하여 사업자의 면책에 관한 약관 조항을 확대해석 하여서는 아니 된다는 점, 선하증권의 면책약관에 관한 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결은 운송계약의 특수성을 고려한 것이라는 점, 채무불이행책임과 별도로 인정되는 고객의 불법행위책임 추궁이 제한되어서는 아니 된다는 점, 불법행위책임을 면제하는 사전 약정은 사회상규에 반하는 것으로 민법 제103조에 반하여 이를 인정하여서는 아니 된다는 점 등에 비추어 보면 약관규제법 제7조 제1호의 법률상 책임에 굳이 불법행위책임을 포함시켜 해석할 이유는 없다.

130) 김상용, 앞의 책, 32면; 손지열, 위의 책, 343면; 이은영, 위의 책, 209면; 김진우, “불공정조항의 내용통제에 관한 몇 가지 법적 문제점-유럽 및 독일계약법과의 비교를 중심으로-”, 「외법논집」 제36권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012, 167면; 양창수, “자동차보험약관의 무면허운전면책조항에 대한 내용통제”, 「민법연구」 제4권, 박영사, 1997, 346면; 윤진수, 앞의 논문, 335-336면 등.

약관규제법 제7조 제2호에서 제4호까지는 사업자의 책임을 부당하게 감면하는 경우, 제8조는 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 예정하는 경우, 제9조 제2호에서 제6호까지는 해제권·해지권과 관련하여 상당한 이유 없이 사업자에게 유리하고 고객에게 부당한 불이익을 줄 우려가 있는 경우, 제10조는 채무의 이행과 관련하여 상당한 이유 없이 사업자의 일방적 급부결정·변경·중지·이행대행이 가능하도록 하는 경우, 제11조는 상당한 이유 없이 고객의 항변권¹³¹⁾·상계권¹³²⁾·기한의 이익¹³³⁾·제3자와의 계약체결자유¹³⁴⁾ 등을 제한하고 상당한 이유 없이 사업자의 업무상 비밀누설을 허용하는 경우,¹³⁵⁾ 제12조는 의사표시의 형식·요건·기한에 관하여 부당한 조항을 둔 경우, 제14조는 소제기를 금지하거나 재판관할에 대한 합의가 고객에게 부당하게 불리하거나 상당한 이유 없이 고객에게 증명책임을 부담시키는 경우 이를 상대적 무효로 규율한다.¹³⁶⁾

4) 일반적 통제와 개별적 통제의 관계

약관규제법 제6조의 일반조항과 개별금지조항의 관계는 어떠한가? 이에 대하여 제7조에서 제14조까지의 개별금지조항이 제6조의 일반조항에 비하여 우선적으로 적용되고, 그러한 개별금지조항으로도 판단할 수 없는 경우에 보충적으로 제6조의 일반조항이 적용된다고 하는 보충적 적용설이 일반적이다.¹³⁷⁾ 개별금지조항은 불공정약관조항에 해당하는 경우에 대한 일종의 예시적 성질을 띠고 있

131) 여행계약에서 통용되고 있는 고객의 선이행의무를 인정하는 약관 조항은 동시이행의 항변권을 배제하는 것이므로, 거래 관행과 여행계약에 관한 민법 제674조의5를 고려하여 상당한 이유가 있는 것인지 판단해야 한다.

132) 독일민법 제309조 제3호는 다툼 없는 채권 또는 기판력 있게 확정된 채권으로써 상계할 수 있는 권능을 약관사용자의 계약상대방으로부터 배제하는 조항에 대하여 규율하고 있는데, 이와 달리 약관규제법에는 상계권의 행사요건에 대하여 특별히 제한을 두고 있지 않으므로 고객의 상계권은 소송법상 효력 여부를 떠나 처음부터 보호영역에 있다고 볼 수 있다. 따라서 고객의 상계권은 소송상 그것이 확정되었는지 여부와 무관하게 약관 조항에 의하여 상당한 이유 없이 배제하거나 제한될 수 없다.

133) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다52042 판결.

134) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2015다10479 판결 참조.

135) 고객의 사생활의 비밀과 자유는 헌법 제17조에 의하여 보장되는 헌법상 기본권이고, 형법 제307조 제1항 또는 제317조, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률·개인정보보호법 등의 제 규정에서도 영업비밀 또는 사인의 비밀을 보장하고 있다.

136) 김상헌·한삼인, 앞의 논문, 541-542면.

137) 이은영, 앞의 책, 190면; 윤진수, 앞의 논문, 335면; 다만 일반조항의 보충성 및 후순위성을 인정하면서도 개별금지조항의 사유에 해당하는지가 애매한 경우처럼 일반조항에 의한 심사가 바로 가능한 경우도 있다는 견해도 있다(손지열, 앞의 책, 343면).

고, 일반조항은 이를 보충하는 기능을 갖는다. 따라서 해당 약관 조항의 불공정성 여부를 따짐에 있어서는 1차적으로 개별금지조항을 우선 적용하고, 개별금지조항의 적용이 없는 경우에 비로소 일반조항을 보충적으로 적용하여야 한다.¹³⁸⁾ 그런데 해당 약관 조항이 개별금지조항에 기한 불공정약관조항에 해당하여 무효로 확정되면, 무효의 효과가 동일한 이상 일반조항에 해당하는지 여부는 따질 필요도 없는 것이 당연하다. 그럼에도 판례는 개별금지조항에 해당하는 경우에도 일반조항을 참조조문으로 인용하는 경향이 있다.¹³⁹⁾

3. 행정적 통제

(1) 행정적 통제의 의의

약관규제법의 행정적 통제는 준사법기관인 공정거래위원회가 담당한다. 약관규제법 제17조의2는 사업자가 불공정약관조항을 계약의 내용으로 한 경우 공정거래위원회가 시정조치의 권고 및 기타 필요한 조치를 명령하거나 사용금지를 권고할 수 있도록 규정한다. 약관규제법 제19조의3은 사업자 및 사업자단체가 공정거래위원회에 표준약관의 심사를 청구할 수 있도록 하고,¹⁴⁰⁾ 소비자단체 또는 한국소비자원은 표준약관의 제정 또는 개정을 요청할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 공정거래위원회는 표준약관의 제정·개정안 등에 대하여 심사할 권한뿐만 아니라 일정한 경우 표준약관의 심사청구를 권고할 수도 있고, 위 권고에 따르지 않는 경우 관계 부처의 협의를 거쳐 표준약관을 제정 또는 개정하여 사업자에게 그 사용을 권장할 수 있도록 하고 있다. 약관규제법 제20조에서 제23조까지는 공

138) 판례는 한국전력공사의 전기공급약관에 규정된 표준시설부담금의 부과에 관한 약관 조항은 전기공급계약이 사법상 계약관계이나 전기사업법 등에 의한 공법적 규제도 받는 점, 표준시설부담금의 부담 경위, 전기 공급의 유지·관리가 어려운 점, 전기수요자들 사이의 비용부담의 불균형을 반영한 점, 부담금의 액수를 합리적으로 산정하기 위한 규정을 두고 있는 점 등에 비추어 약관규제법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 위반되지 않는다고 하였다(대법원 2015. 4. 9. 선고 2013다210657 판결).

139) 가령 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다106337 판결; 대법원 2005. 3. 17. 선고 2003다2802 전원합의체 판결; 학설은 판례의 이와 같은 태도는 바람직하지 않다고 비판한다(권오승, 앞의 책(2015), 576면).

140) 이와 같은 약관심사청구자의 대상에 지방자치단체를 추가하자는 입법론도 있으나, 이러한 입법에는 신중을 기할 필요가 있다는 견해가 있다(김성욱, 앞의 논문, 96면).

정거래위원회에 불공정약관의 심사를 위하여 필요한 조사를 할 수 있는 권한을 부여하고, 심사절차에서의 사업자의 의견진술권, 불공정약관조항의 공개에 관하여 규정하고 있다.¹⁴¹⁾

공정거래위원회가 담당하는 행정적 통제는 문제가 된 약관 전체에 대하여만 가능한 것은 아니고, 약관의 개별조항에 대하여도 가능하다. 다만 공정거래위원회의 행정적 통제는 구체적 분쟁을 전제로 하지 않기 때문에 이를 두고 추상적 내용통제라고 한다.¹⁴²⁾ 행정적 통제는 구체적 분쟁을 전제로 하지 않으므로, 약관에 의한 계약 당사자 사이에 약관 조항을 계약내용으로 삼기로 하는 채용합의가 있었는지 여부도 판단 대상이 아니다. 그렇기에 공정거래위원회의 행정적 통제는 약관의 불공정성통제가 주가 된다. 또한 객관적·통일적 해석원칙이나 작성자에게 불리한 해석원칙 역시 약관의 해석이 구체적으로 문제된 경우에 적용되는 것으로 행정적 통제에서 그 기능은 크지 않다고 보아야 한다. 다만 표준약관의 제정·개정을 권고하는 공정거래위원회의 처분은 단순히 불공정성통제만을 기초로 하는 것이 아니고, 표준약관조항의 불명확한 규정을 없애고 이를 명확하게 규정하고자 한다. 이는 구체적 분쟁이 발생한 경우 약관의 해석에 대하여도 고객에게 불이익한 점이 생기는 것을 방지하려는 이유에서 비롯된 것이다.

요컨대 추상적 분쟁해결은 어느 약관 조항에 대하여 특정 고객이 피해를 입었는지 여부를 문제 삼지 않고 그 약관 조항 자체의 불공정성 여부를 판단하여 장래 그러한 약관 조항의 사용을 금지하는 방법으로 문제를 해결한다.

(2) 행정적 통제의 현황

1) 불공정약관의 시정

2010년 이후 공정거래위원회의 약관사건에 대한 심사 실적을 조치유형별로 살펴보면 시정명령의 경우 2011년 1건 외에는 없었으며, 시정권고의 경우에도 2011년 46건, 2012년 및 2013년에 각각 8건, 2014년 4건 등 차츰 감소한 반면에 사업자의 자발적인 약관개정을 유도하는 자진시정의 비율은 점차로 증가하여 왔

141) 표준약관제도의 비판 및 검토에 관한 상서는 김성욱, 앞의 논문, 95-96면 참조.

142) 윤진수, 앞의 논문, 335면.

다.¹⁴³⁾ 이와 같은 결과는 불공정약관의 경우 다른 사건에 비하여 그로 인하여 피해를 입는 거래상대방이 다수인 점, 시정명령이나 시정조치 등에 소요되는 시간에 비하여 사업자의 자진시정은 조속히 이루어질 수 있다는 점,¹⁴⁴⁾ 사건의 조속한 해결은 결국 다수의 소비자들이 입은 피해를 신속하게 회복할 수 있다는 점, 변화하는 거래현실에 탄력적으로 대응할 수 있다는 점 등을 고려하여 자진시정을 유도하는 방향으로 행정적 통제의 정책이 변화하였기 때문이다.¹⁴⁵⁾ 불공정성이 의심되는 약관의 신속한 시정은 궁극적으로 소비자의 이익을 위하여 바람직한 것은 사실이나 다만 그러한 정책을 효율적으로 운영할 수 있도록 인적·물적 자원이 뒷받침되어야 할 것이다.

2) 주요 사례

공정거래위원회는 불공정약관을 시정하여 소비자 보호 및 건전한 거래질서의 확립을 위하여 부단히 노력하여 왔는데 이와 관련한 최근의 주요사례를 몇 가지 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 신유형 상품권의 사용이 활발한 최근의 거래현실을 고려하여, 기존 종이류 상품권을 제외한 모바일·온라인·전자형 상품권 등 모든 전자적 형태의 상품권의 이용약관을 점검하여, 그 중 유효기간을 사업자가 자의적으로 설정할 수 있도록 규정한 조항, 소비자의 환불받을 권리를 제한하는 조항, 부당하게 사업자의 면책을 규정한 조항, 부당한 재판관할 조항 등을 변경 또는 삭제하도록 해당 사업자의 자진시정을 유도하였다.¹⁴⁶⁾ 둘째, 저비용 항공사인 에어아시아 등 4개 항공사가 모든 항공권의 환불불가를 정한 약관 조항에 대하여, 이는 고객이 운임 할인으로 얻는 이익에 비하여 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부과하고 있어 무효인 약관 조항이라고 판단하고 시정을 요구하고, 자진시정하지 않은 에어아시아에 대하여는 이를 삭제하도록 시정권고 조치하였다.¹⁴⁷⁾ 셋째, 신용카드사 개인

143) 공정거래위원회, 「공정거래백서」, 2015, 334면.

144) 자진시정의 경우 심의절차를 종료하며, 시정권고의 경우에도 공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙 제51조 및 제53조의2에 의하여 반드시 공정거래위원회의 의결을 거칠 필요가 없어 심사관의 전결로 이루어지고 있다.

145) 공정거래위원회, 앞의 책, 333면.

146) http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportboView.jsp?report_data_no=6518&tribu_type_cd=&report_data_div_cd=&currpage=2&searchKey=1&searchVal=약관&startdate=&enddate=.

147) 공정거래위원회 시정권고 제2013-006호, 2013약관1314.

정보 유출사고를 계기로 개인정보 보호 강화를 위한 조치의 일환으로 21개 온라인 사업자가 사용하는 이용약관을 검토하여, 그 중 회원 가입시 본인 확인 정보를 필수 항목으로 수집하는 조항, 제휴 사이트 통합 가입 또는 통합 아이디 설정시 개인정보의 제3자 제공 사실을 고지하지 않는 조항, 법률상 정해진 개인정보의 보유 기간을 연장하는 예외 조항, 개인정보 유출 사고에 대한 사업자의 책임 범위를 축소하는 조항 등을 시정하도록 하였다.¹⁴⁸⁾ 넷째, 애플 아이폰 수리 업체의 약관을 심사하여, 그 중 고객이 요청한 수리를 취소하지 못하도록 하는 조항과 수리 의뢰시 예상되는 비용 중에 최대 비용을 수리 이전에 미리 결제하도록 강요하는 조항에 대하여 자진시정하도록 하고, 자진시정 하지 않은 업체에 대하여는 약관 조항을 수정하도록 시정권고하였다.¹⁴⁹⁾ 다섯째, 체력단련장 이용 고객의 사정으로 계약이 해지될 경우, 총 계약금액의 10%와 함께 일방적으로 하루 이용요금의 50%를 경과기간 하루당 이용요금으로 책정하여 추가로 공제하는 약관 조항은 사업자의 원상회복의무를 부당하게 경감하고 결과적으로 이용자에게 부당하게 과중한 위약금 등의 손해배상의무를 부담시키는 것으로 무효이므로, 이에 대하여 사업자에게 사용금지과 수정을 명령하였다.¹⁵⁰⁾

148) http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportboView.jsp?report_data_no=6241&tribu_type_cd=&report_data_div_cd=&currpage=3&searchKey=1&searchVal=약관&startdate=&enddate=

149) 공정거래위원회 시정권고 제2015-029호, 2015약관2205.

150) 공정거래위원회 의결 제2016-058호, 2015약관3576.

제3장 외국 주요국가의 입법례와 시사점

본 장에서는 제2장에서 정리한 약관규제법의 고객보호에 관한 기본 법리와 관련하여, 약관에 의한 거래를 규율하는 주요국가의 입법례를 검토한다. 세부적으로 제1절에서 우리 약관규제법의 제정에 참고가 된 독일을 중심으로 프랑스와 EU 등 대륙법계 국가의 입법례를 살펴보고, 제2절에서 판례이론을 기초로 발전해 온 영국과 미국의 입법례를 검토한다. 제3절에서 동아시아국가 중 대표적으로 일본의 민법과 민법개정안 및 소비자계약법과 중국의 계약법 및 소비자권익보호법에 반영된 고객 보호의 법리를 살펴본다. 마지막으로 제4절에서 외국 주요국가의 입법례를 바탕으로 고객 보호의 관점에서 약관규제법의 문제점과 해결방안에 관련된 시사점을 도출한다.

제1절 대륙법계 국가의 입법례

1. 독일

(1) 서설

독일은 보통거래약관을 계약법의 일반문제로서 인식하고, 이에 대한 포괄적인 규제를 목적으로 1976년 보통거래약관법(Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)을 특별법으로 제정하였다. 동법은 세계에서 가장 체계적으로 구성되어 있고 소비자보호에도 충실을 기한 법률이라는 평가를 받고 있다.¹⁵¹⁾ 보통거래약관법은 편제의 우수성과 단일성을 이유로 다른 나라의

151) 김대규, “독일 약관규제법의 민법전 편입 및 개정-법정책적 논의와 개정 내용을 중심으로-”, 「경쟁법연구」 제8권, 한국경쟁법학회, 2002, 591면; 이병준, “독일 약관규제법 30년과 우리 법에 대한 시사점”, 한국재산법학회 2007년 하계학술대회 자료집, 한국재산법학회, 2007, 1면; 장경환, “약관규제법 일반조항에 관한 연구-독일약관규제법 제9조를 중심으로-”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 1990. 2, 1면.

약관 및 소비자 관련 법률에 큰 영향을 미쳤다. 우리 입법자도 1987년 약관규제법을 제정할 당시 독일의 보통거래약관법을 주로 참고하였기 때문에 그 편제와 내용에 있어 유사한 점이 많다.

그런데 2002년 독일민법이 개정되면서, 보통거래약관법의 실체법적인 규정들은 독일민법으로 편입되었다.¹⁵²⁾ 독일민법의 위 개정과정에서 소비자보호법령의 일부 규정들¹⁵³⁾도 함께 민법으로 통합되었다.¹⁵⁴⁾ 독일민법의 개정범위에 대하여는 종전부터 소폭개정론(kleine Lösung)과 대폭개정론(große Lösung)이 대립하고 있었다.¹⁵⁵⁾ 2002년 독일민법의 개정방식에 대하여도 약관규제에 관한 규정을 민법총칙에 두어야 한다는 주장이 있었고,¹⁵⁶⁾ 약관에 의한 거래의 포괄성, 약관에 대한 내용통제 규정의 고유성, 약관의 규제 목적, 법 체계상의 문제 등을 이유로 처음부터 민법으로의 편입을 반대하는 주장도 있었다.¹⁵⁷⁾ 위와 같은 논의를 거쳐 독일에서 보통거래약관법이 민법으로 통합되는 과정에서 절차법적인 부분은 부작위소송법으로 분리되고, 실체법적인 부분만 민법으로 편입되었다.¹⁵⁸⁾ 그에 따라 독일민법은 제305조에서 제310조까지 약관의 내용통제에 관한 규정을 두고 있다.¹⁵⁹⁾

152) 약관에 관한 규율을 위하여 민법개정의 형식을 취한 또 다른 입법례로서, 오스트리아의 민법(Das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, ABGB, 1811)은 제864a조를 신설하여 약관 조항이 고객에게 불리한 비통상적인 내용(ungewöhnlicher Inhalt)을 갖는 경우에는 계약내용을 구성하지 못하도록 규제하고, 제879조 제3항에서 계약상대방에게 ‘심한 불이익’(gröblich benachteiligt)을 주는 정형계약서의 조항을 무효로 규정하였다(이은영, “약관규제법 제정의 필요성 및 방향”, 「민사법학」 제6호, 한국민사법학회, 1986, 314-315면 참조).

153) 대표적으로 소비자(Verbraucher)의 개념을 정의한 독일민법 제13조를 들 수 있다. 독일민법 제13조는 소비자를 자신의 영업활동이나 독립적 직업활동을 목적으로 하지 않는 법률행위를 하는 모든 자연인이라고 규정한다.

154) 이에 관한 역사적 배경의 상세는 Schmoeckel·Rückert·Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, Mohr Siebeck, 2003, SS.4-33 참조.

155) 소폭개정론은 유럽공동체 준칙의 국내법 반영에 필요한 핵심적 사항에 한하여 개정을 하자는 주장이고, 대폭개정론은 기본적으로 독일 연방 법무부의 입장으로 전체적인 채권법 개정 및 체계 정비를 목표로 하는 주장이다. 대폭개정론에 따르더라도 ‘부작위청구소송에 관한 유럽준칙’이 부작위청구소송의 대상범위를 약관거래에 한정하지 않았기 때문에, 기존 보통거래약관법의 부작위청구소송 자체는 독립적인 입법이 요구되었다(김대규, 앞의 논문, 594면).

156) Thomas Pfeiffer, Die Integration von Nebengesetzen in das BGB, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, SS.482-525.

157) Peter Ulmer, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JuristenZeitung, 10/2001, S.495 참조.

158) 박종희, in: 김형배외 5인(共著), 「독일 채권법의 현대화」, 법문사, 2003, 161면.

159) 이병준, 앞의 논문(2007), 1면; 최병규, “약관규제법의 쟁점과 발전방향”, 「경제법연구」 제4권 제1호, 한국경제법학회, 2005, 63면.

(2) 편입통제

독일민법 제305조 제2항은 약관이 계약내용으로 편입되기 위한 요건을 규정한다. 약관이 계약내용으로 편입되기 위해서는 약관사용자(Verwender)가 상대방 당사자(고객)에게 약관의 내용을 인식할 수 있도록 약관을 명시 또는 게시하고, 고객이 약관의 편입에 동의하여야 한다.¹⁶⁰⁾ 이와 같이 독일민법은 편입통제의 요건으로 약관사용자에게 명시 의무를 부여하지만, 따로 설명의무에 대한 규정이 없다. 대신에 독일민법은 약관의 편입에 고객의 동의를 요구한다. 또한 약관사용자의 명시방법은 고객의 신체적 장애까지 고려한 것이어야 한다.

독일민법 제305조 제1항 제3문¹⁶¹⁾은 개별약정의 개념을, 독일민법 제305b조¹⁶²⁾는 개별약정우선의 원칙을 규정한다. 개별약정(Individualabrede)은 계약의 당사자가 계약 조항의 조건을 개별적으로 교섭하여 정한 경우에 이루어지는 ‘홍정된(ausgehandelt)’ 조항을 말한다.¹⁶³⁾ 독일민법 제305c조¹⁶⁴⁾는 계약의 여러 사정에

160) BGB § 305 (2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist(독일민법 제305조 제2항 약관은 약관사용자가 계약체결시에 다음의 요건을 갖추고 상대방 당사자가 그것이 효력을 가짐에 동의한 경우에만 계약의 구성부분이 된다.

1. 상대방 당사자에게 약관을 명확하게 지적하거나, 그 명확한 지정이 가능하여도 계약체결의 성질로 인하여 현격하게 어려운 때에는 계약체결의 장소에 분명히 보일 수 있게 게시함으로써 약관을 지적할 것

2. 약관사용자가 알 수 있는 상대방 당사자의 신체적 장애도 상당하게 고려하여 기대가능한 방법으로 약관의 내용을 인식할 수 있는 가능성을 상대방 당사자에게 부여할 것).

161) Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind(계약당사자들이 계약 조항을 개별적으로 교섭하여 정한 경우에는 약관이 아니다).

162) BGB § 305b Vorrang der Individualabrede Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen(독일민법 제305b조 개별약정의 우선: 계약의 개별적 약정은 약관에 우선한다).

163) 김진우, 앞의 논문(2012), 161면.

164) BGB § 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil(독일민법 제305c조 의외조항 및 다의조항: 제1항 제반 사정, 특히 계약의 외적 현상 형태에 비추어 이례적이어서 약관사용자의 계약상대방이 고려할 필요가 없는 약관 조항은 계약의 구성부분이 되지

비추어 이례적인 조항은 의외조항으로 편입통제에서 이를 규율한다. 따라서 약관 조항이 개별약정에 해당하거나 의외조항으로 해석되는 경우에는, 계약의 내용으로 편입되지 못하고, 불공정성통제의 과정을 거칠 필요도 없다. 이와 같은 편입요건이 충족되었다는 점에 대한 증명책임은 약관사용자가 부담한다.¹⁶⁵⁾ 다만 독일민법 제310조 제1항 제1문¹⁶⁶⁾은 약관의 의한 계약의 상대방이 사업자(Unternehmer),¹⁶⁷⁾ 공법상의 법인 또는 공법상의 특별재산인 경우 굳이 소비자와 동등하게 계약편입요건을 요구할 필요가 없다고 보아 편입에 예외를 둔다.¹⁶⁸⁾ 이는 일반 소비자에 비하여 사업자는 자신의 이익을 관철할 수 있는 능력이 있음을 고려한 것이다.¹⁶⁹⁾

(3) 해석통제

독일민법 제305c조 제2항¹⁷⁰⁾은 고객우리의 해석원칙에 대한 규정을 두고 있다. 그런데 약관규제법의 경우와는 달리 독일민법에는 객관적·통일적 해석원칙에 관한 명문의 규정이 없어, 객관적 해석원칙을 약관의 해석원칙으로 볼 수 있는지 여부에 대하여 다툼이 있어 왔다.¹⁷¹⁾ 다만 독일의 학설은 객관적 해석원칙을 의

아니한다).

165) Schlosser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB §§ 305-310, De Gruyter, 2006, § 305 BGB Rn.126.

166) BGB § 310 Anwendungsbereich (1) § 305 Absatz 2 und 3, § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden(독일민법 제310조 적용범위: 제305조 제2항, 제3항, 제308조 제1호, 제2호에서 제8호까지 및 제309조는 사업자, 공법상의 법인 또는 공법상의 특별재산을 상대로 하여 사용된 약관에 대하여는 적용되지 아니한다).

167) 독일민법은 사업자도 약관거래의 상대방이 될 수 있음을 전제한다. 독일민법 제14조의 사업자(Unternehmer)는 소비자(Verbraucher)에 대응하는 것이지, 우리 약관규제법의 사업자와 동일한 의미가 아님을 유의해야 한다. 독일민법의 소비자는 사업자와 약관에 의한 계약을 체결하는 경우에, 제310조 제3항에 따라 특별한 보호를 받는다.

168) 약관규제법에도 그와 같은 적용예외 규정을 두어야 한다는 견해가 있다(최병규, 앞의 논문(2014. 8), 148-149면); 같은 취지로 김대규, “약관편입통제 조항의 기능성연구-소비자보호의 관점에서-”, 「비교사법」 제11권 제1호, 한국비교사법학회, 2004, 262면.

169) 송석연·김성욱, “현행 약관통제와 관련한 고찰”, 「법학연구」 제27권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2016, 110면; 이금노, 「소비자권의 관점의 약관 규제 개선방안 연구」, 한국소비자원, 2015, 35-40면.

170) BGB § 305c (2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders(독일민법 제305c조 제2항 약관의 해석에서 의심스러운 경우는 약관사용자에게 불리하게 해석된다).

171) Basedow, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 2, 6. Aufl.,

사표시와 계약의 해석에 관한 특칙이라고 하여, 약관에 적용되는 특유한 해석원칙이라고 보는 것이 일반적이며, 독일판례의 태도도 같다고 한다.¹⁷²⁾ 결국 객관적 해석원칙에 따른 독일의 해석통제 과정에서 개별약정이 아닌 이상 개별적 사안의 구체적인 사정은 고려할 여지가 없게 된다.

(4) 불공정성통제

1) 일반적 통제

독일민법은 보통거래약관법의 규정을 정비하여 불공정성통제에 관한 일반조항으로 제307조¹⁷³⁾를 두었다. 일반적 통제에 관한 독일민법 제307조는 많은 부분에 있어서 우리 약관규제법 제6조와 유사하나 다소 차이점도 있다. 독일민법 제307조 제1항도 신의성실의 원칙에 반하여, 계약상대방에게 부당하게 불리한 경우를 무효로 한다. 이어서 동조 제2항이 신의성실의 원칙에 반하는 약관 조항에 대한

C. H. Beck, 2012, § 305c BGB Rn.26; Schlosser, in: Staudinger, 앞의 책, § 305c BGB Rn.126 ff.

172) Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., C. H. Beck, 2011, § 305 BGB Rn.15.

173) BGB § 307 Inhaltskontrolle (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein (독일민법 제307조 내용통제: 제1항 약관 조항이 신의성실의 원칙에 반하여 약관사용자의 계약상대방을 부당하게 불리하게 하는 경우에는 효력이 없다. 부당한 불리함은 그 조항이 명확하지 아니하고, 이해할 수 없는 경우에도 인정될 수 있다.

제2항 어느 조항이 다음 각 호에 해당되는 것이 의심스러운 때에는 부당한 불리함이 인정된다.

1. 그 조항이 법률상 규정과 달리 정하는 경우 그 규정의 본질적인 기본사상과 합치하지 아니하는 때

2. 계약의 성질상 인정되는 본질적인 권리 또는 의무를 제한하여 계약목적의 달성이 위태로운 때

제3항 제1항, 제2항 및 제308조, 제309조는 법령과 다른 내용 또는 그것을 보충하는 내용을 정하는 약관 조항에 대하여만 적용된다. 그 외의 조항은 제1항 제1문과 결합한 동항 제2문에 의하여 무효일 수 있다).

전형적인 예시를 규정하는데, 이는 동조 제1항의 특칙이 된다.¹⁷⁴⁾ 약관 조항이 법률규정이나 그 취지에 반하거나, 고객의 본질적인 권리나 의무를 제한하여 계약의 목적을 달성하기 어려운 것으로 의심되는 경우에는, 이를 ‘부당하게 불리한 것(unangemessen benachteiligen)’으로 인정한다. 우리 약관규제법과 달리 제307조 제1항 제2문은 독일판례¹⁷⁵⁾에서 인정되었던 투명성의 원칙¹⁷⁶⁾을 명문으로 규정한다. 그런데 ‘불명확하고 이해가 어려운(nicht klar und verständlich)’ 약관 조항이라도 자동적으로 무효가 추정되는 것은 아니다. 이로 인해 추가적으로 고객에게 부당하게 불리하고, 신의성실의 요청에 반하는 경우에 비로소 무효가 된다.¹⁷⁷⁾ 이와 같이 무효추정의 체계는 우리 약관규제법 제6조의 구조와 유사하다.

독일민법 제307조 제2항은 ‘부당하게 불리한 것’을 인정하는 구체적 기준으로 ‘법률규정(gesetzlich Regelung)’을 제시하고 있다. 이는 불공정성통제의 판단 기준을 명확하게 규정하지 않는 우리 약관규제법과 다른 점이다. 또한 독일민법 제307조 제3항은 불공정성통제의 판단 대상을 법률규정과 다른 내용 또는 그것을 보충하는 내용을 정하는 약관 조항이라고 규정한다. 다만 이와 같이 불공정성의 판단 대상을 구체화하면서도, 그동안 사법통제의 심사 범위 밖에 있었던 선언적인 규정이나, 법령(Rechtsvorschrift)에도 어긋나지 않고 법령의 내용을 보충하지도 않는 약관 조항도 그것이 불명확한 경우라면 불공정성통제에 의하여 무효가 될 여지를 둔다.

2) 개별적 통제

독일민법은 불공정성통제에 관한 개별금지조항으로 제308조와 제309조를 두고 있다.¹⁷⁸⁾ 제308조는 제1호에서 제8호까지 약관 조항의 불공정성 여부의 판단과

174) 최병규, “약관규제법 일반조항의 문제점과 개선방안-독일 법제와의 비교를 중심으로-”, 「경제법연구」 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013. 12, 143면.

175) BGHZ 106, 42(약관사용자가 주택담보대출 이율의 변동은 가져오는 계약조건에 대하여 고객이 충분히 이해할 수 없도록, 약관 조항을 불명확하게 작성하였다면 고객의 불이익이 추정될 수 밖에 없다는 것이다).

176) 투명성 원칙(Transparenzgebot)이란 고객이 계약내용을 이행하는 데 따르는 위험을 방지하기 위해서는, 고객의 권리와 의무가 약관에 명확하고 투명하게 표시되어야 한다는 것이다(Jürgen Niebling, AGB-Recht - Aktuelle Entwicklungen zu Einbeziehung, Inhaltskontrolle und Rechtsfolgen, MDR vol. 70 Heft 11, 2016, S.631).

177) 같은 취지로 김대규, 앞의 논문(2002), 615면.

178) 독일민법 제308조와 제309조의 원문과 번역문에 관한 상세는 양창수 譯, 「2015년판 독일민법 전 총칙·채권·물권」, 박영사, 2015, 144-157면 참조.

관련하여 개별적 사안에서 법관의 가치평가의 가능성을 인정하는, 이른바 ‘grey list’를 담고 있어 약관규제법의 상대적 무효조항에 해당한다. 제309조는 제1호에서 제13호까지 그 판단과 관련하여 법관의 가치평가 가능성이 없는, 이른바 ‘black list’를 규정하여 우리 약관규제법의 절대적 무효조항에 비견된다.¹⁷⁹⁾ 독일 민법의 개별금지조항은 우리 약관규제법에 비하여 절대적 무효조항으로 되어 있는 규정이 많고, 그 기준도 구체적으로 상세한 편이다. 예컨대 독일민법 제309조 제9호는 정기적 채무이행이 이루어지는 물품·노무제공·도급 등과 같은 계속적 계약에서, 구체적으로 계약상대방에게 2년 이상의 존속기간을 두어 구속하거나, 1년을 넘는 묵시적 연장은 무효라고 규정한다.

3) 일반적 통제와 개별적 통제의 관계

독일민법 제308조와 제309조는 제307조의 일반조항을 구체화한 사례들을 중심으로 입법한 것으로서 제307조의 특칙으로서의 성질을 갖는다. 또한 개별금지조항인 제308조와 제309조 사이에는 절대적 무효조항으로 되어 있는 제309조를 우선 적용하게 된다. 한편 제307조 제2항은 추상적 내용의 성격을 가지고 있는 제307조 제1항에 우선하여 적용된다.¹⁸⁰⁾ 그렇다면 독일에서의 불공정성통제는 첫째, 제309조의 절대적 무효조항에 해당하는지, 둘째, 제308조의 상대적 무효조항에 해당하는지, 셋째, 제307조 제2항의 사유가 있는지, 넷째, 제307조 제1항의 사유가 있는지 여부를 검토하는 과정으로 순차적으로 이루어지게 된다.¹⁸¹⁾

4) 내용통제의 효과

독일민법 제306조 제1항은 우리 약관규제법과 마찬가지로 편입통제와 불공정성통제의 효과로 일부무효원칙을 규정한다. 다만 제306조 제2항은 약관 조항이 편입통제나 불공정성통제로 무효인 부분에 대하여 계약의 내용을 갈음할 기준으로 임의법규(gesetzlichen Vorschriften)를 명시하고 있다.¹⁸²⁾

179) 김진우, 앞의 논문(2012), 166면.

180) Grüneberg, in: Palandt, 앞의 책, § 307 BGB Rn.2.

181) Heinz Georg Bamberger · Herbert Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 41th ed., Stand: 01. 11. 2016, § 307 BGB Rn.16.

182) BGB § 306 Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit (1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder

독일의 경우 약관에 대한 추상적 심사는 일반법원이 민사소송으로 담당하는 사법적 통제 방식을 취하고 있다. 독일의 부작위청구소송법(UKlaG)¹⁸³⁾은 독일 민법 제307조에서 제309조까지의 규정에 따라 무효가 되는 보통거래약관의 규정을 이용하거나 거래관계에서 이를 권장하는 자에게 그 이용금지나 권장철회를 청구할 수 있도록 하고 있다.¹⁸⁴⁾ 부작위청구소송법은 소비자보호단체 등에게 제소권을 주며 소송절차에 관해서는 민사소송법(ZPO)의 절차를 따르되 소송의 당사자가 아닌 제3자도 해당 계약부분에 대하여 문제된 약관의 효력에 관한 법원의 판결결과를 인용할 수 있도록 한다.¹⁸⁵⁾ 그러나 손해배상청구에는 위 단체소송을 이용할 수 없다.¹⁸⁶⁾

2. 프랑스

(1) 서설

unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

(독일민법 제306조 불평입시 및 무효시 법률효과: 제1항 약관의 전부 또는 일부가 계약의 구성 부분이 되지 아니하거나 무효인 때에도, 계약은 나머지 부분에 있어서 여전히 유효하다.

제2항 약관 조항이 계약의 구성부분이 되지 아니하거나 무효인 때에는, 계약의 내용은 임의법규에 따라 정하여진다.

제3항 계약을 유지하는 것이 제2항에서 정하여진 변경을 고려하여도 일방 당사자에게 기대할 수 없을 만큼 가혹한 때에는 계약은 효력이 없다).

183) 이에 관한 상제는 송호영, “독일의 부작위소송법 및 부작위경쟁방지법상 단체소송에 관한 연구”, 「인권과정의」 통권 제351호, 대한변호사협회, 2005, 6면 참조.

184) UKlaG § 1 Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehls auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden(부작위청구소송법 제1조 민법 제307조에서 제309조까지의 규정에 따라 무효인 규정을 보통거래약관에서 사용하거나 법적 거래를 위해 추천한 자에 대해서는 부작위 및 철회를 청구할 수 있다).

185) 권오승, 앞의 책(2005), 341면; 이를 두고 기관력의 확장이라고 파악하거나 소송법상 특수한 효력으로 보는 견해가 있는데, 이에 관한 상제는 정영수, “소비자단체소송에 관한 고찰”, 「법조」 제56권 제3호, 법조협회, 2007, 31면 참조.

186) 이와 관련하여 독일은 2001년 법률상담법(Rechtsberatungsgesetz)을 개정하여 소비자단체가 소비자로부터 손해배상채권을 양도받아 사업자에 대하여 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 그 요건의 엄격성으로 인하여 사실상 행사가 제한되어 실효성이 문제된다(신현윤, “공정거래 분야에서의 집단분쟁조정제도 도입”, 연구용역 과제 보고서, 한국공정거래조정원, 2010, 23-24면); 같은 취지로 오대성, “소비자기본법상의 단체소송의 문제점과 그 개선방향”, 「법학논총」 제23권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2016, 219면.

약관규제와 관련한 프랑스의 법이론은 계약에 부수하여 체결이 강제되는 ‘부합계약(contrat d’adhésion)’을 규제하는 것에서 시작되었다.¹⁸⁷⁾ 그러나 부합계약에 관한 이론이 그대로 프랑스 민법(Code civil)에 도입되지는 못하고,¹⁸⁸⁾ 특별법인 소비자 관련 법률을 통하여 약관에 대한 규제가 이루어져 왔다. 그런데 1993년 프랑스는 개별법에 산재되어 있던 여러 소비자 관련 법률을 통합하여 단일법인 소비법(Code de la consommation)을 제정하였다.¹⁸⁹⁾ 프랑스의 입법자가 단일법의 형태로 소비법을 제정한 것은, 소비자 관련 법률은 다양한 거래형태에 따라 빈번한 개정이 필요하므로, 민법에 편입시키는 것보다 특별법으로 제정하는 것이 변화에 신속하고 유연하게 대응할 수 있다고 판단하였기 때문이다.¹⁹⁰⁾ 프랑스 소비법은 수차례 개정을 거쳐 왔으며, 동법은 시장규제를 통하여 경제적 약자인 소비자를 보호하는 선구적인 법률로 평가받고 있다.¹⁹¹⁾ 제정당시 프랑스 소비법은 모두 5권(Livre)으로 구성되어 있었다. 그런데 2014년 EU의 소비자권리지침을 수용하는 내용으로 개정이 있었고, 최근에는 각 권별로 산재되어 있던 실제적 규정과 절차적 규정을 효과적으로 정리하는 개정이 이루어져, 8권으로 이루어진 소비법이 2016년 7월 1일부터 시행되고 있다.¹⁹²⁾ 이러한 프랑스 소비법에 의한 약관규제는 행정적 통제의 방법을 중심으로 이루어진다.

(2) 편입통제

프랑스 소비법이 약관에 의하여 체결된 계약에만 적용되는 것은 아니나, 제1권 제1편의 소비자 정보에 관한 규정은 약관에 의하여 체결된 계약에 대하여 편입

187) 프랑스 부합계약 이론에 관한 상세는 이준형, 앞의 논문, 315-325면 참조.

188) 그나마 부합계약의 이론을 반영한 것은 1975년 프랑스민법은 손해배상에정에 관하여 법원이 감액할 수 있도록 규정한 것을 들 수 있다. 프랑스 민법 제1231-5조는 손해배상예정액이 명백하게 과도(excessive)하거나 과소(dérisoire)한 경우에, 법원이 이를 감액하거나 증액까지 할 수 있도록 규정하고 있다.

189) Yves Picod, Droit de la consommation, Sirey, 2015, p.6.

190) 이은영, 앞의 논문(2015), 478면.

191) Guy Raymond, Droit de la consommation, 3rd ed., LexisNexis, 2015, p.13.

192) 개정 소비법은 제1권에서 소비자정보와 상행위에 관하여 규율하고 있는데, 제1편(titre)에 소비자 정보(information des consommateurs), 제2편에 금지되는 상행위와 법정 상행위(pratiques commerciales interdites et pratiques commerciales réglementées), 제3편에 제재(sanctions)에 관한 규정을 두고 있다. 제2권은 계약의 성립과 이행에 관한 내용으로, 제1편에 계약의 일반조건(conditions générales des contrats), 제2편에 특정한 계약의 성립과 이행에 관한 규정(règles de formation et d’exécution de certains contrats)을 두고 있다.

통제의 기능을 한다고 볼 수 있다. 프랑스 소비법이 규정하는 정보제공의무는 계약전 정보제공의무(Obligation précontractuelle d'information)이다. 사업자는 소비자(consommateur)가 계약을 체결하기 전에 '읽기 쉽고 이해 가능한(lisible et compréhensible)' 방법으로, 소비자에게 재화나 서비스의 본질적인 특징 및 가격에 관한 충분한 정보를 제공해야 한다.¹⁹³⁾ 이는 사업자의 정보제공은 명확하고 투명하게 이루어져야 한다는 취지이다. 프랑스 소비법은 사업자가 계약전 정보제공의무를 위반하여 소비자와 계약을 체결한 경우에, 사업자에게 행정벌금을 부과하는 규정을 마련하여 사업자의 정보제공의무를 강제한다.¹⁹⁴⁾ 한편 프랑스에서는 사업자의 계약상 정보제공의무(Obligation contractuelle d'information)도 널리 인정되고 있다.¹⁹⁵⁾ 계약상 정보제공의무는 사업자가 계약의 목적에 부수하는 사용법이나 주의사항과 같은 정보를 소비자에게 제공할 의무를 말한다.¹⁹⁶⁾ 정보제공의무를 불이행한 사업자는 불법행위 책임을 지고, 체결된 계약은 사기나 착오 등을 이유로 무효가 될 여지도 있다.

(3) 해석통제

프랑스 민법이나 소비법에 객관적 해석원칙에 관한 별도의 규정은 없다. 따라서 프랑스는 약관의 해석에 대하여도 계약법의 일반적인 해석원칙을 적용하여 계약 당사자의 공통적 의사를 탐구하고자 한다. 다만 최근에는 프랑스의 법이론도 약관의 사회적 기능에 부합하는 정형적 해석을 시도한다고 한다.¹⁹⁷⁾

객관적 해석원칙과 달리 프랑스 소비법은 고객유리의 해석원칙을 명문으로 규정하고 있다. 프랑스 소비법 제L211-1조¹⁹⁸⁾에 따르면, 사업자는 고객에게 '명확하

193) 소비법 제L111-1조 Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes(모든 직업적 상품판매인 또는 서비스제공업자는 계약체결 전에, 상품 또는 서비스에 관한 중요한 특성을 소비자가 알 수 있도록 해야 한다).

194) 소비법 제L131-1조에서 제L131-4조까지 참조.

195) 이틀레면 변호사가 위임계약을 체결할 경우에 고객에게 소송에서 승소할 가능성은 물론 수입료 결정 조건도 알려야 한다는 것이다(남궁술, "프랑스 소비자법 체계에 관한 연구", 「상사판례연구」 제25집 제2권, 한국상사판례학회, 2012, 245면).

196) 김도년·송민수, 「소비자거래법의 제정방향」, 한국소비자원, 2013, 57면.

197) 김진우, 앞의 논문(2011), 183면.

198) 소비법 제L211-1조 Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux

고 이해할 수 있는(claire et compréhensible)’ 계약조건을 제안하여야 하며, 사업자가 제안한 계약조건의 의미가 의심스러울 때는(en cas de doute) 소비자에게 더 이익이 되는 의미로 해석하여야 한다. 따라서 약관에 의해서 소비자계약이 체결된 경우에는 계약의 일반적인 해석원칙과 함께 고객우리의 해석원칙이 적용된다.

(4) 불공정성통제

프랑스 소비법 제2권 제1편은 제2장에 불공정조항(les Clauses abusives)에 대한 정의규정을 두고 있는데,¹⁹⁹⁾ ‘사업자와 소비자 사이의 계약에서 소비자에게 해를 끼치면서 계약 당사자의 권리와 의무 사이에서 상당한 불균형(déséquilibre significatif)을 야기하는 조항’을 불공정조항으로 정의하고 있다. 프랑스 소비법은 불공정성의 판단 기준으로 계약의 내용에 관한 프랑스 민법 제1156조에서 제1161조까지 및 제1163조와 제1164조를 들고 있다. 애초부터 프랑스 소비법은 불공정조항의 적용범위를 사업자와 비사업자 또는 소비자 간의 계약으로 정하고, 약관에 의한 계약에만 한정하지 않았다. 따라서 당사자 사이의 협의에 의하여 이루어진 개별약정도 불공정판단의 대상이 된다.²⁰⁰⁾ 이러한 입법태도는 개정법에 의하여도 유지되었다.²⁰¹⁾

불공정조항이나 약관에 대한 프랑스 소비법의 규제는 1차적으로 불공정조항위원회(commission des clauses abusives)라는 행정기관이 담당하고, 불공정조항을 사용한 개인에게 3000유로, 기업에 대하여는 15,000유로 이하의 행정벌금을 부과할 수 있다.²⁰²⁾ 또한 2차적으로 국사원(conseil d’Etat)의 명령을 통하여 해당 약

consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s’interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur(사업자에 의하여 제안된 계약조건은 명확하고 이해할 수 있어야 한다. 약관에 의문이 있는 경우에는 소비자에게 유리하게 해석되어야 한다).

199) 소비법 제L212-1조 Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

200) 남궁술, 앞의 논문, 246면.

201) 소비법 제L212-2조는 사업자와 비사업자간의 계약에도 제L212-1조가 적용됨을 명시하였다.

202) 소비법 제L241-2조; 이에 대한 상세는 Stéphane Piedelièvre, La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, La semaine juridique Entreprise et affaires N°14, 2014, p.35.

관이나 약관 조항의 일반적 사용을 금지할 수 있도록 규정하고 있어 행정적 통제를 원칙으로 하고 있다. 그렇다고 하여 법원의 사법적 통제가 전혀 불가능한 것은 아니다. 소비법에 따로 명문의 규정은 없지만 프랑스 법원도 소비자 계약의 내용상 불공정 여부를 판단해 왔다.²⁰³⁾

3. EU

(1) 서설

EU의 규범은 대표적으로 유럽연합조약과 이에 근거하여 유럽의회 등이 제정한 규칙(Regulation), 지침(Directive) 등으로 구성된다. EU의 규범은 회원국의 국내법보다 우선 적용된다.²⁰⁴⁾ 따라서 EU의 지침은 회원국이 그 내용을 반영하여 국내법을 제정하도록 요구한다. 약관에 대한 규제만을 직접적인 목적으로 하는 EU의 규범은 찾아보기 어렵지만, 1993년 제정된 ‘소비자계약에 있어 불공정 조항에 관한 지침(이하 ‘불공정조항지침’이라 한다)’²⁰⁵⁾이 소비자계약에서 약관의 내용통제 기능을 수행하고 있다. 최근에는 EU가 지향하는 공동시장의 실현을 위해서 소비자의 이익을 보호하는 것이 우선적으로 필요하다는 인식을 바탕으로,²⁰⁶⁾ 2011년 12월 12일부터 ‘소비자권리지침’²⁰⁷⁾이라는 이름으로 포괄적인 입법 지침이 시행되었다. 다만 불공정조항지침의 모든 조항이 전부 소비자권리지침에 수용된 것이 아니어서, 불공정조항지침도 그 자체의 효력은 유지되고 있다.²⁰⁸⁾ 결국 약관에 의한 거래에 있어 소비자를 보호하기 위한 EU지침은 여전히 불공

203) 이병준, 「현대 시민사회와 소비자계약법」, 집문당, 2013, 148-150면; 예를 들어, Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 juillet 1987, 84-17.731; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 14 mai 1991, 89-20.999 등.

204) Flaminio Costa v. ENEL (1964) Case 6/64.

205) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

206) 김성천·이준우, “EU의 소비자법에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2007, 14면.

207) Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council(소비자권리지침은 방문판매에 관한 지침과 원격거래에 관한 지침을 전적으로 포섭하고, 불공정조항지침과 소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 지침은 일부조항만 수용하였다).

208) 김종길, “유럽연합(EU) 소비자권리지침의 핵심적 규정내용-독일에서의 논의를 중심으로-”, 「법학연구」 제22권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2014, 5면.

정조항지침이라고 할 것이고, 이에 소비자권리지침을 부가적으로 고려하여야 한다.²⁰⁹⁾

한편 유럽재산법의 통일화를 목표로 EU의 지원을 받아 학술적 입장에서 유럽 민사법의 공통기준안을 마련하여 법령의 형태로 제안한 것으로 DCFR(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference)이 있다.²¹⁰⁾ DCFR은 일반사법 영역에 대한 연구를 기초로 총 10편으로 구성되어 있는데, 제2편(Book II)은 제8장 제1절에서 계약의 해석에 대하여, 제9장 제4절에서 불공정한 조항에 관하여 규정하고 있다. DCFR은 그 자체가 법률이나 법 규정이 되지 못하여 법적 구속력이 없다는 점이 한계로 지적되지만,²¹¹⁾ EU의 규범에 미치는 영향을 무시할 수 없으므로, 필요에 따라 DCFR의 내용 중 약관 규제와 관련된 부분을 참고할 필요가 있다.

(2) 편입통제

불공정조항지침은 소비자(consumer)와 사업자(seller or supplier) 사이의 계약에만 적용된다.²¹²⁾ 최근 EU 최고법원인 사법재판소(European Court of Justice)는 변호사와 고객 사이의 정보비대칭성을 근거로 변호사와 고객의 법률서비스계약을 소비자계약으로 판단하여 불공정조항지침을 적용할 수 있다고 판시하는 등 소비자의 범위를 넓히면서 소비자계약에 관한 기준을 제시하고 있다.²¹³⁾

소비자권리지침 제5조는 소비자가 사업장에서 대면계약을 체결하는 경우에, 사업자가 소비자에게 제공할 정보의 내용을 규정한다. 사업자는 물품이나 서비스의 ‘주요 특성(main characteristics)’과 전체 대금, 사업자의 신원(identity), 계약의

209) 송호영, “유럽연합(EU)에서 소비자에 대한 사업자의 부당거래행위 규제에 관한 연구-유럽연합의 관련지침과 독일의 국내입법을 중심으로-”, 「법학논고」 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015, 237면.

210) Christian von Bar·Eric Clive·Hans Schulte-Nölke (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference(DCFR), Outline Edition, European Law Publisher, 2009, Introduction paras.6-8. DCFR은 2008년 임시요약판(Interim Outline Edition)으로 발표된 뒤 1년에 걸쳐 DCFR 요약판(Outline Edition)과 해설 및 주석이 부가된 완성판(Full Edition)이 출간되었다.

211) Carsten Herresthal, Consumer Law in the DCFR, The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics, European Law Publishers, 2009, p.165.

212) 불공정조항지침 제1조 참조.

213) Case C 537/13, Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas [2015], para.23.

이행 등에 관한 정보를 ‘명백하고 이해할 수 있는(clear and comprehensible)’ 방법으로 소비자에게 제공하여야 한다. 다만 계약의 내용으로 보아 명확한(apparent) 정보는 제공할 필요가 없다.²¹⁴⁾ 제6조는 소비자가 원거리나 사업장을 방문하지 않고 계약을 체결하는 경우에 있어서의 사업자의 정보의무에 관하여 규정한다. 제7조 제1항에 의해 사업자는 제6조의 의무를 서면으로(on paper) 이행하여야 한다. 이는 대면계약에 비하여 비대면계약시에 정보제공의무의 요건을 가중하고 있는 것이다. 사업자가 제공하는 정보는 소비자가 읽기 쉽고(legible) 평이(plain)하며 이해할 수 있는(intelligible) 언어로 작성되어야 한다.

(3) 해석통제

불공정조항지침 제5조는 서면에 의한 소비자계약에 대한 해석기준을 규정한다.²¹⁵⁾ 제1문은 소비자에게 서면으로 계약이 제안되는 경우에, 계약 조건은 평이하고 이해할 수 있는 용어를 사용하여 작성해야 한다는 것이다. 제2문은 계약조건의 의미에 의문이 있으면, 소비자에게 가장 유리한 해석이 우선한다는 것이다.

참고로 DCFR 제2권(Book II)의 제8장 제1절은 계약해석의 일반적인 기준을 제안한다. 동절의 규정 중 해석통제와 관련한 조항은 II.-8:102조를 들 수 있는데, 제1항은 개별적으로 협상되지 않은 조항에 의문이 있는 경우 작성자에게 불이익하게, 제2항은 어느 당사자의 우월한 영향으로 작성된 조항에 의문이 있는 경우 그 영향을 끼친 당사자에게 불이익하게 해석하여야 한다는 것이다. 이러한 고객유리의 해석원칙과 달리 객관적 해석원칙과 같은 규정은 EU의 규범에서 찾아보기 어렵다.²¹⁶⁾

(4) 불공정성통제

214) 예컨대 소비자가 이미 사업자의 신원을 알고 있는 경우이다.

215) 불공정조항 지침 제5조 제1문 및 제2문 In the case of contracts where all or certain terms offered to the consumer are in writing, these terms must always be drafted in plain, intelligible language. Where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail.

216) 객관적 해석원칙은 독일을 제외한 유럽법에 거의 알려져 있지 않다고 한다(김진우, 앞의 논문(2011), 182-183면).

불공정조항지침에서 규정하는 불공정조항에 대한 판단 기준은 다음과 같다.²¹⁷⁾

첫째, 개별적으로 교섭되지 않은 계약 조항이 신의성실의 원칙에 반하여, 계약 당사자의 권리와 의무에 있어서 소비자의 이익에 현저한 불균형(significant imbalance)을 야기하는 경우, 이를 불공정조항으로 본다.²¹⁸⁾ 둘째, 특히 사전에 작성된 표준계약(standard contract)의 내용과 같이 계약 조항의 초안이 미리 만들어져, 소비자가 그 내용에 영향을 줄 수 없었던 경우에, 그 계약 조항은 개별적으로 교섭되지 않은 것으로 본다. 만일 계약의 전체를 평가하여 사전에 작성된 표준계약으로 볼 수 있다면, 어떤 특정 계약 조항이나 그 조항의 일부가 개별적으로 교섭되었다는 사실로, 계약의 나머지 부분에 대한 불공정성 판단을 배제하지 못한다.²¹⁹⁾ 불공정조항지침은 구체적으로 별표(Annex)에서 불공정조항으로 볼 수 있는 17개의 예시조항을 두어 사업자의 부당거래행위를 개별적으로 유형화하였다. 유형화된 부당거래행위는 대체로 사업자의 책임배제 및 제한, 소비자의 권리 제한 및 해제나 채무불이행시 책임가중, 사업자의 일방적 급부내용 결정·변경권 및 무통지 계약종료권, 계약의 부당한 자동갱신, 소비자에게 증명책임 전가 등을 내용으로 하는 것이다.²²⁰⁾ 이와 같이 불공정조항지침은 불공정조항에 대한 내용을 구체적으로 열거하여 기술함으로써, ‘불공정’이라는 개념의 추상성으로 인해 회원국마다 그 의미를 다르게 이해할 수밖에 없었던 상황에서 통일적 규제의 기준을 마련하였다.²²¹⁾

불공정조항지침 제4조 제1항은 불공정성을 평가할 때 고려할 요소로 제품 또

217) 불공정조항지침 제3조(이에 대한 번역은 김성천·이준우, 앞의 논문, 64-65면 참조).

218) 불공정조항지침 제3조 제1항 A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

219) 불공정조항지침 제3조 제2항 A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract. The fact that certain aspects of a term or one specific term have been individually negotiated shall not exclude the application of this Article to the rest of a contract if an overall assessment of the contract indicates that it is nevertheless a pre-formulated standard contract.

220) 불공정조항지침의 별표에 관한 상세는 김성천·이준우, 앞의 논문, 65-67면 참조.

221) Stephen Weatherill, EU Consumer Law and Policy, 2nd ed., Elgar European Law, 2013, p.145.

는 서비스의 성질(the nature of the goods or services), 계약체결에 이르게 된 일체의 사정(all the circumstances attending the conclusion of the contract), 그 계약의 다른 조항이나 그 계약의 전제가 된 다른 계약(all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent)을 규정한다. 불공정조항지침 제4조 제2항에 따라 불공정성 여부는 문제된 계약 조항이 계약의 핵심내용인지를 살핀 뒤에 순차적으로 이루어진다.²²²⁾

참고로 DCFR도 불공정조항지침을 기초로 B2C계약²²³⁾에서 흔히 발생하는 17가지 유형의 약관을 예시로 들고 이를 불공정약관으로 추정하고 있다.²²⁴⁾ 이러한 17가지 유형은 ‘grey list’에 해당하여 반대사실의 증명이 가능하다.²²⁵⁾ 다만 DCFR은 소비자계약에만 한정된 것이 아니므로 제Ⅱ.-9:403조에서 제Ⅱ.-9:405조까지의 규정을 두어 계약의 유형별로 불공정성의 판단 기준을 달리 하고 있다. 이에 따르면, B2C계약은 소비자의 불이익, C2C계약²²⁶⁾은 상대방의 불이익, B2B 계약²²⁷⁾은 선량한 상관행이 불공정성의 판단 기준으로 된다.

제2절 영미법계 국가의 입법례

1. 영국

(1) 서설

영국은 면책약관규제에 관한 판례법이 형성되면서,²²⁸⁾ 소비자 보호의 필요성을

222) Case C 96/14, Jean-Claude Van Hove v. CNP Assurances SA [2015], paras31-32.

223) B2C(Business to Consumer)계약은 기업이 물품 및 서비스를 소비자에게 직접 제공하는 내용의 계약을 말한다.

224) Christian von Bar·Eric Clive·Hans Schulte-Nölke (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR), Full Edition, Oxford University Press, 2010, Art. II. - 9:410, Comments A.

225) Christian von Bar·Eric Clive·Hans Schulte-Nölke (eds.), 위의 책, Art. II. - 9:410, Comments B.

226) C2C(Consumer to Consumer)계약은 소비자 간에 체결되는 물품 및 서비스 제공에 관한 계약을 말한다.

227) B2B(Business to Business)계약은 기업과 기업 간 또는 기업 내부에서 이루어지는 물품 및 서비스 제공에 관한 계약을 말한다.

느껴, 자체적으로 개별적인 특별법의 형식으로 소비자 관련 법률을 제정하였다.²²⁹⁾ 영국에서 약관의 규제와 관련하여 대표적인 법률은 1977년의 불공정계약 조항에 관한 법률(Unfair Contract Terms Act 1977, 이하 'UCTA 1977'이라 한다)과 1999년의 소비자계약에서의 불공정조항에 관한 규칙(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, 이하 'UTCCR 1999'라 한다)이 있다. 영국의 소비자 관련 법률은 EU의 입법지침을 반영하여 간이하게 제정한 것이나, 기존 법률도 병존하는 복잡한 법상황이 발생하게 되었다.²³⁰⁾ 이와 같은 법상황과 함께 영국의 소비자 관련 법률의 개편에 대한 공감대가 형성되어 2015년 10월 1일부터 소비자권리법(Consumer Rights Act 2015)이 시행되었다.²³¹⁾ 따라서 2015년 10월 1일 이후에 체결된 소비자계약에 대하여는 소비자권리법이라는 단일 법령의 규율을 받게 되었다.²³²⁾ 소비자권리법 제2부는 소비자계약에서의 불공정 조항에 대하여 규율하는 등 약관규제에 관한 내용을 다수 포함하고 있다.²³³⁾ 다만 최근 영국에서 EU 탈퇴에 찬성하는 국민투표가 이루어진 이상, 향후 탈퇴 절차의 진행에 따라,²³⁴⁾ 영국의 소비자 관련 법률의 적용에도 변화가 생길 것으로 예상된다.

(2) 편입통제

불공정성통제에 관한 성문법인 UCTA 1977이 제정되기 이전에, 약관의 내용통제에 대한 영국의 판례는 주로 편입통제를 중심으로 이루어졌다.²³⁵⁾ 우선 약관의

228) Pearson (S) & Son Ltd v. Dublin Corporation [1907] AC 351 참조(사기적인 설명은 면책조항이 적용되지 않는다는 것이다.).

229) 영국의 개별적인 소비자 관련 법률에 관한 상세는 이병준, 앞의 책, 194-195면.

230) 이병준, 위의 책, 196-197면.

231) 이은희, “소비자기본법의 기본법으로서의 과제와 전망”, 「소비자문제연구」 제46권 제3호, 한국소비자원, 2015, 210면.

232) Ewan Mckendrick, Contract law: text, cases, and materials, 7th ed., Oxford University Press, 2016, p.459; Jack Beatson · Andrew Burrows · John Cartwright, 앞의 책, p.186.

233) Ewan Mckendrick, 위의 책, p.460.

234) 최근 영국 고등법원은 영국의 EU 탈퇴 권한은 정부가 결정할 수 있는 것이 아니라 의회의 표결이 필요하다고 판결하였는데, 정부가 이에 항소하여, 법원이 이에 대하여 심리하고 있다 (<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-supreme-court-case-hearing-latest-news-article-50-lord-neuberger-gina-miller-live-a7456391.html>).

235) 한기정, “영국 약관규제법에 관한 소고”, 「법학논집」 제5권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2000, 287면.

편입을 위해서는 고객이 계약문서에 서명할 것이 필요하며, 서명이 없는 경우에는, 교부 또는 비치된 문서에 포함되어 있는 계약 조항에 관하여 사업자가 합리적으로 통지한 경우에만 그것을 계약내용으로 편입시킨다.²³⁶⁾ 다만 그러한 통지는 묵시적으로도 가능하고,²³⁷⁾ 계약 조항의 이례적인 내용에 대하여 합리적 통지(reasonable notice)가 있었음을 인정하기 위해서는 계약 조항을 눈에 잘 보이도록 하는 것과 같은 특별한 수단이 필요하다.²³⁸⁾ 문서의 교부나 비치는 계약체결 이전이나 적어도 동시에 행해져야 한다.²³⁹⁾

(3) 해석통제

약관에 의한 계약에 대한 영국의 해석통제는 판례법²⁴⁰⁾을 통하여 인정된 작성자 불이익 원칙에 따라 이루어진다. UTCCR 1999 제7조 제2항은 이를 명문으로 규정하고 있다. 영국에서는 작성자 불이익 원칙과 구별하여 엄격해석(strict interpretation)의 원칙에도 의미를 부여한다. 엄격해석의 원칙은 소비자계약이나 약관에 의한 계약에서 나타나는 면책조항에 주로 적용된다. 한편 영국의 경우에 약관의 기능을 고려하여 정형적 해석을 하는 경우도 있으나, 그러한 해석방법이 계약법의 해석에 관한 일반원칙을 배제하는 것은 아니라고 한다.²⁴¹⁾

(4) 불공정성통제

UCTA 1977은 면책조항을 중심으로 불공정한 조항을 규제한다. 이는 약관에 의한 계약은 물론 소비자로서 거래한 일반계약에도 적용된다.²⁴²⁾ 다만 UCTA 1977은 불공정조항이 무엇인지에 대하여 일반적 기준을 제시하고 있지는 않으며,

236) White v. Blackmore [1972] 2 QB 651.

237) Olley v. Marlborough Court Hotel Ltd [1949] 1 KB 532.

238) Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] QB 433.

239) Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd [1971] 2 QB 163.

240) Houghton v. Trafalgar Insurance [1954] 1 QB 247('적재'(load)를 초과하여 운행 중에 발생한 손해를 면책하는 약관 조항이 문제된 사안에서, 사람(people)은 적재(load)에 포함되지 않는다고 해석하였다).

241) 김진우, 앞의 논문(2011), 183면.

242) UCTA 1977 제3조 제1항 This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other's written standard terms of business.

다만 불공정하다고 예견되는 계약 조항의 경우를 열거하고 있다. UCTA 1977은 합리성 기준(reasonableness test)에 의하여 계약당사자의 권리와 의무가 공정하고 합당하게 분담되었는지를 평가한다.²⁴³⁾ 다만 합리성 기준에 의하면 개별적 사정을 고려할 수 있어 구체적 타당성에 부합하는 결과를 도출할 수 있지만 법적 안정성은 감소될 수 있다.²⁴⁴⁾

UTCCR 1999는 약관에 의한 계약을 포함한 소비자계약에 한정하여 적용되며,²⁴⁵⁾ 신의성실의 원칙에 반하는 계약당사자들의 권리와 의무에 대한 중대한 불균형(significant imbalance)을 불공정성 판단의 일반적 기준으로 규정하고 있다. 다만 불공정성통제의 방식으로 사법적 통제가 아니라 공정거래청(the Office of Fair Trading)을 중심으로 한 행정적 통제의 방식을 채택한다.²⁴⁶⁾

그런데 UCTA 1977과 UTCCR 1999는 서로 우열관계에 있는 것이 아니어서, 내용과 효력이 충돌할 여지도 있다는 문제점이 제기되었다.²⁴⁷⁾ 영국은 이와 같은 문제점을 해결하는 방법으로 통합법의 형식에 의한 규율이 필요하다고 인식하고, 소비자권리법을 제정하였다.²⁴⁸⁾

소비자권리법은 기본적으로 UTCCR 1999에서 정하고 있는 불공정조항에 관한 정의를 그대로 유지하고 있다.²⁴⁹⁾ 또한 소비자권리법은 별표2의 제1부에 20개 조항의 'grey list'를 두고 있으며,²⁵⁰⁾ 불공정조항으로 평가된 조항에 대하여 법원에 사용금지명령(injunction)을 신청할 수 있도록 한다. 법원은 소비자권리법 제71조에 따라 당사자가 계약 조항의 공정성에 대하여 다투지 아니한 경우에도 공정성 심사를 할 의무가 있다.²⁵¹⁾ 영국의 소비자권리법이 소비자의 권리를 보호하기 위

243) 이은영, 앞의 책, 40면.

244) Jack Beatson · Andrew Burrows · John Cartwright, 앞의 책, p.218.

245) UTCCR 1999 제4조 제1항 These Regulations apply in relation to unfair terms in contracts concluded between a seller or a supplier and a consumer.

246) 이병준, 앞의 책, 200-204면.

247) 이호정, 「영국계약법」, 경문사, 2003, 165-166면.

248) 소비자권리법은 소비자계약에서의 불공정조항에 대한 규제와 재화 또는 용역, 디지털 콘텐츠 공급 등에 관련된 단일하고 강화된 법률로 탄생하였다.

249) 소비자권리법 제62조 제4항 A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer.

250) 이 역시 기본적으로는 UTCCR 1999의 규정을 정리한 것으로, 소비자권리법이 불공정한 것으로 보는 계약 조항의 대강을 보면, 사업자의 책임을 부적절하게 제한하거나 배제하는 조항, 사업자가 상당한 이유 없이 계약의 내용을 변경할 수 있도록 하는 조항, 부당하게 고액의 위약금을 요구하는 조항, 오로지 중재합의를 요구하거나 증명책임을 소비자에게 전가하는 조항 등이 있다(이에 관한 상세는 이은희, 앞의 논문, 219면 참조).

한 입법으로 완벽한 것은 아니지만, 이와 같이 적어도 소비자계약에서의 불공정 조항을 규제함에 있어, 종래 UCTA 1977과 UTCCR 1999의 적용에 의하여 생기던 모순점을 제거하였다는 점에 대하여는 긍정적인 평가를 받고 있다.²⁵²⁾

2. 미국

(1) 서설

미국에서의 불공정약관에 대한 규제도 영국과 마찬가지로 법원이 면책약관의 계약 조항이 공공정책에 저촉된다는 이유로 무효라는 판결을 하면서부터 시작되었다.²⁵³⁾ 이러한 판례의 입장은 통일상법전(Uniform Commercial Code, 이하 'UCC'라 한다)에 성문화되었고, 법적 구속력은 없으나 부차적인 법원으로서의 역할을 하는 리스테이트먼트(Restatement (Second) of contracts, 이하 '제2차 리스테이트먼트'라 한다)에서도 약관계약과 관련하여 전통적인 계약법을 수정하고 있다.²⁵⁴⁾ 미국법에서의 약관에 대한 해석통제로는 작성자 불이익 원칙,²⁵⁵⁾ 합리적 기대(Reasonable Expectations)의 원칙, 평등취급의 원칙²⁵⁶⁾ 등이 있으며, 불공정성통제로는 법원에 의하여 실질적·절차적으로 적용되는 비양심성(Unconscionability)의 법리가 있다.²⁵⁷⁾

(2) 편입통제

251) 소비자권리법 제71조 제2항 The court must consider whether the term is fair even if none of the parties to the proceedings has raised that issue or indicated that it intends to raise it.

252) 이은희, 앞의 논문, 218면.

253) 이은영, 앞의 책, 42면; 김영주, "미국판례법상 비양심성 법리의 전개", 「기업법연구」 제27권 제2호, 한국기업법학회, 2013, 95면.

254) 한기정, "미국 약관규제법에 관한 소고", 「법학논집」 제6권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001, 311면.

255) 제2차 리스테이트먼트 제206조 In choosing among the reasonable meanings of a promise or agreement or a term thereof, that meaning is generally preferred which operates against the party who supplies the words or from whom a writing otherwise proceeds.

256) 제2차 리스테이트먼트 제211조 제2항 Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing.

257) 이금노, 앞의 책, 35-40면; 송석언·김성욱, 앞의 논문, 109면.

미국의 편입통제는 약관 조항이 계약서에 포함되어 있는 경우에 계약서에 서명하면 약관 조항이 계약내용으로 편입되는 것을 원칙으로 한다. 다만 약관 조항의 포함 여부를 기대하기 어려운 경우에 그 포함사실을 고객에게 충분히 통지하지 않았다면 계약내용으로의 편입을 부정한다. 약관 조항이 계약서에 포함되어 있지 않다면 사업자는 약관을 비치하여 고객이 읽어볼 수 있도록 하여야 한다. 다만 신속한 계약체결이 필요한 영역에서도 고객이 약관 조항을 읽어볼 수 있어야 하는가에 대하여, 법원은 그 필요성을 부정하였다.²⁵⁸⁾ 한편 UCC는 특정한 계약 조항은 별도의 서명이 필요하다고 규정한다.²⁵⁹⁾ 또한 UCC 제1-201조는 약관 조항의 편입을 위하여 중요한 내용은 눈에 띄게(Conspicuous) 표시할 것을 요구한다. 제2차 리스테이트먼트 제203조는 개별약정 우선의 원칙에 대하여 규정하고 있다.²⁶⁰⁾

(3) 해석통제

미국에서의 해석통제의 기능을 하는 고객유리의 해석원칙은 전통적으로 계약 조항의 불명확성을 해소하여, 사업자와 고객 사이의 불공정을 규율하는 역할을 하여 왔다.²⁶¹⁾ 제2차 리스테이트먼트 제206조가 규정하는 고객유리의 해석원칙은 약관계약에 한정되어 적용되는 것이 아니다. 고객유리의 해석원칙은 사업자가 불명확한(vague) 조항을 사용하는 것을 억제하여 약관에 사용되는 용어의 획일성(uniformity)을 향상시키고 계약법의 일관성(coherence)을 유지하는 기능을 한다.²⁶²⁾ 최근에는 고객유리의 해석원칙의 수범자가 판사(judge)인지 배심원(jury)

258) Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F. 3d 1147 (7th Cir. 1997)(위 판결은 전화로 컴퓨터를 구입한 고객이 물건을 배송 받았을 때 비로소 “30일 이내에 반환하지 않으면 소송을 금지하고 중재에 의한다”는 조항을 발견한 경우가 문제된 사안에서, 제1심법원은 위 계약조건의 편입을 부정하였으나, 항소심법원은 위 조항은 일단 계약내용으로 편입되고, 고객이 반환 여부를 선택할 수 있을 뿐이라고 판단하였다).

259) 이를테면 UCC 제2-205조 An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance on a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror.

260) 제2차 리스테이트먼트 제203조 제d호 separately negotiated or added terms are given greater weight than standardized terms or other terms not separately negotiated.

261) 박설아, “약관의 해석에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 2016, 211면.

262) David Horton, Flipping the script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts, 80

인지 명확히 알 수 없고, 임의적인(default) 원칙인지 강행적인(mandatory) 원칙인지 여부도 알기 어렵다는 점을 문제점으로 지적하는 견해도 있다.²⁶³⁾

합리적 기대의 원칙은 약관 조항이 불명확하지 않은 경우에도, 당사자의 합리적 기대에 반하는 내용을 담고 있다면, 이를 무효로 만들기 위한 해석원칙이라고 한다.²⁶⁴⁾ 평등취급의 원칙은 약관 조항의 의미를 이해하고 있는 고객이 그렇지 않은 고객에 비해 불이익을 입는 것을 방지하기 위한 해석원칙이다.²⁶⁵⁾

(4) 불공정성통제

미국의 판례이론의 하나인 비양심성의 법리는 가난하거나 약한 자, 어리석거나 무모한 자를 보호해야 한다는 이념이 계약법에 반영된 것이다.²⁶⁶⁾ 경제적 약자인 상대방의 이익을 보호하기 위하여, 사업자는 고객이 현실적인 인식을 할 수 있도록 계약내용을 고지할 것을 요구하며, 법이 용납하지 못할 정도로 상대방에게 불리한 약관 조항은 불공정한 것이다. 다만 UCC 제2-302조나 제2차 리스테이트먼트 제208조가 규정하는 비양심성의 개념은 용어 자체로 추상적인 개념에 불과하여 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.²⁶⁷⁾

미국 법원은 이해하기 어려운 표현이나 사기적인 방법을 사용하는 경우 및 경제적 약자와의 교섭이 불공평한 경우 등은 절차적으로 비양심적이라고 하며,²⁶⁸⁾ 계약 조항이 기본적 권리나 구제수단을 배제하는 것처럼 지나치게 가혹한 경우, 과도한 가격조항, 중재조항, 책임제한조항 등은 실체적으로 비양심적이라고 한다.²⁶⁹⁾ 비양심성의 법리는 실체적 비양심성만으로 계약 조건을 무효로 할 수 있

Colorado L. Rev. 431, 2009, pp.457-472.

263) Ethan J. Leib·Steve Thel, Contra Proferentem and the Role of the Jury in Contract Interpretation, 87 Temple L. Rev. 771, 2015, pp.782-791.

264) Roger C. Henderson, The Formulation of the Doctrine of Reasonable Expectations and the Influence of Forces outside Insurance Law, 5 Conn. Ins. L. J. 70, 1998, p.72.

265) 한기정, 앞의 논문(2001), 331면.

266) Hanoch Dagan·Avihay Dorfman, Just Relationships, 116 Columbia L. Rev. 1395, 2016, p.1425.

267) Robert A. Hillman, Debunking Some Myths about Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302, 67 Cornell L. Rev. 1, 1981, p.15.

268) John E. Murray Jr., The Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts, 67 Cornell L. Rev. 735, 1982, p.777.

269) 이종구, “미국에서의 소비자거래약관의 중재조항과 집단소송(집단중재)금지에 관한 연구-미국 연방대법원의 AT&T Mobility LLC v. Concepcion 판결을 중심으로-”, 「기업법연구」 제26권

는 것은 아니고, 절차적·실체적 비양심성의 기준을 모두 충족하여야 계약 또는 계약 조항을 무효로 한다.²⁷⁰⁾ 다만 이는 이른바 슬라이딩 스케일(a sliding scale)에 따라 비로소 보완이 이루어진다.²⁷¹⁾ 다시 말하면 어떠한 계약 조건이 실체적으로 억압(oppression)의 정도가 중대하다면, 절차적으로 억압이 있었다는 것을 증명할 책임은 완화된다.²⁷²⁾ 다만 이러한 비양심성의 법리는 주로 개인소비자 보호를 위해 발전해 온 이론이고 법적 전문지식을 갖춘 회사 사이에는 적용되지 않는다는 것이 일반적이다.²⁷³⁾

제3절 동북아시아 주요국가의 입법례

1. 일본

(1) 서설

일본은 약관규제에 관한 입법이 없어 종래 일본민법 제90조²⁷⁴⁾에 의하여 계약의 효력에 관한 문제로 처리하여 왔다.²⁷⁵⁾ 그러다가 2001년 4월 1일부터 소비자와 사업자의 정보의 양과 질 및 교섭력의 격차를 감안하여, 소비자를 보호하기 위한 소비자계약법(消費者契約法)이 시행되었다.²⁷⁶⁾ 소비자계약법의 실체적 규정은 약관에 의해 체결된 계약에도 의미를 가진다. 소비자계약법에서 말하는 소비자란 개인을 말하고, 사업자란 법인 기타 단체 및 사업을 위하여 계약의 당사자

제4호, 한국기업법학회, 2012, 297-298면.

270) Edward Allan Farnsworth, *Contracts*, 4th ed., Aspen, 2004, p.302.

271) James R. Maximeiner, *Standard-Terms Contracting in the Global Electronic Age: European Alternatives*, 28 *Yale J. Int'l L.* 109, 2003, p.119.

272) 송민수·윤민섭·나광식, 「소비자중재의 법제화에 관한 연구」, 한국소비자원, 2013, 47-48면; 다만 미국 법원도 傍論(dictum)이기는 하나 계약 조항이 지나치게 터무니없는 경우라면 실체적 비양심성만으로도 무효를 인정한다고 한다(한기정, 앞의 논문(2001), 334면).

273) Edward Allan Farnsworth, 앞의 책, p.304.

274) 일본민법 제90조 (공서양속) 公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行爲は、無効とする(공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효로 한다).

275) 大村敦志, 「消費者法」 第3版, 有斐閣, 2007, 127면.

276) 新井誠·岸本雄次郎, 「民法總則」, 日本評論社, 2015, 264면.

가 되는 개인을 포함한다. 따라서 사업으로 혹은 사업을 위해 계약의 당사자가 된 개인이나 법인 기타 단체는 소비자의 범위에서 제외되어 우리 약관규제법의 ‘고객’과 같은 보호를 받을 수 없게 된다.²⁷⁷⁾

한편 2009년 4월에 일본민법의 개정을 위하여 채권법 개정의 기본방침이 공표되었는데, 그 내용의 하나로 소비자법제의 민법으로의 편입이 포함되어 있었다. 그 취지는 현대사회의 변화하는 거래현실을 반영하여 민법의 주체를 인(人) 대신에 소비자로 대체하고, 소비자계약법의 사법적 실체규정인 제4조 및 제8조에서 제10조까지의 규정을 민법으로 편입시키면서, 약관에 의한 거래를 포함한 모든 소비자계약에 대한 규제를 통일적으로 정비하자는 것이었다.²⁷⁸⁾ 이를 토대로 2015년 발표된 일본민법개정요강안²⁷⁹⁾ 중 약관에 관련된 내용을 보면 ‘정형약관(定型約款)’²⁸⁰⁾의 정의규정을 신설하고, 계약으로의 편입·명시의무, 약관의 변경 등에 대한 규정만을 마련하여, 최초 논의단계에서의 기본방침인 소비자법제의 민법으로의 편입이라는 의도에서 많이 후퇴하였다.²⁸¹⁾ 이는 일본민법개정요강안에 대한 심사를 담당한 법제심의회가 전원일치의 의결방법을 취하였기 때문에, 최초 논의된 기본방침이 전원의 지지를 받지 못한 결과라 볼 수 있다.

(2) 편입통제

일본민법에는 아직까지 편입통제에 관한 규정이 존재하지 않는다. 다만 소비자계약법에서 굳이 편입통제와 관련된 내용을 찾는다면, 사업자가 계약내용을 명확·평이(明確·平易)하도록 배려하고 필요한 정보를 제공하도록(必要な情報を提供) 노력할 의무를 규정한 제5조를 들 수 있다. 이와 같은 의무는 협력의무에 불과하

277) 윤광균, “소비자법에 있어서의 인간상과 각국의 입법동향”, 「소비자문제연구」 제42권, 한국 소비자원, 2012, 113면.

278) 이병준, 앞의 책, 246면.

279) 일본민법개정요강안의 정식명칭은 「民法(債權關係)の改正に關する要綱案」이다.

280) 실무상 約款이라는 용어가 널리 사용되나 그 의미가 포괄적이며, 정형조항(定型條項)이라는 용어는 개별조항을 의미하는 것에 지나지 않으므로, 최종적으로 정형약관이라는 용어를 선택하였다고 한다(鈴木仁史, “改正監督指針等を踏まえた金融機關の反社對策. 10, 民法改正における「定型約款」と暴力団排除條項の変更(遡及適用), 1”, 「金融法務事情」 Vol. 63-10 No. 2018, 金融財政事情研究會, 2015, 68면).

281) 약관에 관련된 내용의 편입과정에 대하여는 生田敏康, “法學教育と民法改正-債權法改正が法學部教育に与える影響-”, 「福岡大學法學論叢」 Vol. 59 No. 4, Fukuoka University, 2015, 767면.

다는 점이 한계로 지적된다.²⁸²⁾

한편 일본민법개정요강안에는 편입통제에 관한 다수의 규정이 포함되어 있어 이를 소개한다.²⁸³⁾ 첫째, 정형약관의 정의에 관한 규정이다.²⁸⁴⁾ 정형거래(定型取引)란 특정한 자가 불특정한 다수자를 상대로 행하는 거래로 그 내용을 획일적으로 정하는 것이 상호 합리적인 경우를 말하고, 정형약관이란 그러한 정형거래에서 계약의 내용으로 할 것을 목적으로 특정한 자에 의해 준비된 조항의 총체를 말한다. 둘째, 정형약관의 채용합의에 관한 규정이다.²⁸⁵⁾ 정형거래합의(定型取引合意)를 한 자는 정형약관을 계약의 내용으로 한다는 합의를 하거나 정형약관준비자(定型約款準備者)가 미리 그 정형약관을 계약의 내용으로 한다는 취지를 상대방에게 표시한 경우, 정형약관의 개별 조항(定型約款の個別の條項)에 대하여도 합의한 것으로 간주한다. 그러나 상대방의 권리를 제한하거나 의무를 가중하는 조항이 그 정형거래의 태양 및 실정, 거래상 사회통념에 비추어 일본민법 제1조 제2항이 규정하는 신의성실의 원칙에 반하여 상대방의 이익을 일방적으로 해한다고 인정되는 경우, 합의하지 않은 것으로 간주한다.²⁸⁶⁾ 셋째, 정형약관의 명시 의무에 관한 규정이다.²⁸⁷⁾ 정형약관준비자는 사전에 또는 정형거래합의 이후 상

282) 정중휴, “일본의 소비자계약법에 관한 연구”, 「소비자문제연구」 제24호, 한국소비자원, 2011, 157면.

283) 일본민법개정요강안 중 약관에 관련된 내용의 해석에 관하여는 서희석, “일본 ‘민법(채권관계) 개정요강안’의 검토”, 연구용역 과제 보고서, 법무부, 2015, 228-232면 참조.

284) 일본민법개정요강안 제28-1 정형약관의 정의 定型約款の定義について、次のような規律を設けるものとする。 定型約款とは、定型取引（ある特定の者が不特定多數の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が畫一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。）において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された條項の總体をいう。

285) 일본민법개정요강안 제28-2 정형약관에 관한 간주합의 定型約款についてのみなし合意について、次のような規律を設けるものとする。(1) 定型取引を行うことの合意（3において「定型取引合意」という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款の個別の條項についても合意をしたものとみなす。 ア 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。 イ 定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という。）があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。(2) (1)の規定にかかわらず、(1)의條項のうち、相手方の權利を制限し、又は相手方の義務を加重する條項であって、その定型取引의態樣及びその實情並びに取引上의社會通念に照らして民法第1條第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

286) 정형거래의 태양 및 실정에 비추어 고객이 예측하기 어려운 의외조항(不意打ち條項)은 편입통제의 규율을 받게 된다(渡邊新矢 編著, 「要点解説民法改正」, 清文社, 2014, 274면).

287) 일본민법개정요강안 제28-3 정형약관의 내용의 표시 定型約款の内容の表示について、次のような規律を設けるものとする。(1) 定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相當の期間内に相手方から請求があつた場合には、遲滯なく、相當な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。ただし、定型約款準備者が既に相手方に對して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたとき

당한 기간 내에 상대방의 청구가 있는 경우, 지체없이 상당한 방법으로 정형약관의 내용을 명시해야 한다. 다만 정형약관준비자가 이미 서면을 교부하거나 전자적 기록을 제공한 경우²⁸⁸⁾에는 그러하지 아니하다. 정형약관준비자가 정형거래합의 전에 일시적 통신장애 등 기타 정당한 사유 없이 사전에 상대방의 명시청구를 거절한 경우 합의간주 규정은 적용되지 않는다. 넷째, 정형약관의 변경에 관한 규정이다.²⁸⁹⁾ 정형약관준비자가 정형약관을 변경한 경우에도, 변경이 상대방의 일반적인 이익에 적합하거나, 변경이 계약의 목적에 반하지 않고 변경의 필요성 및 상당성 등 제반사정에 비추어 합리적인 경우에는, 개별적인 합의 없이 합의된 것으로 간주하고 계약의 내용을 변경할 수 있다. 다만 정형약관의 변경으로 인한 효력발생시기와 취지, 변경 후의 내용 등을 인터넷 등 적절한 방법으로 알려야 한다. 합리적 필요성에 따른 변경은 상대방이 주지하여야 효력이 발생한다. 다만 개정법이 시행될 경우에, 시행 전에 합의된 계약에 대하여도 정형약관의 변경에 관한 규정을 적용하려면 경과조치가 필요하다는 문제점이 있다.²⁹⁰⁾

(3) 해석통제

일본민법이나 소비자계약법에는 해석통제에 관한 규정이 따로 마련되어 있지 않다. 다만 부당한 약관 조항의 효력을 부인하기 위하여 발전된 예문해석방법은

는,この限りでない。(2) 定型約款準備者が定型取引合意の前において(1)の請求を拒んだときは、2の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない。

288) 예를 들어 CD를 교부하거나 PDF파일을 메일에 첨부하여 제공한 경우를 들 수 있다(渡邊新矢 編著, 前掲書, 276面).

289) 일본민법개정요강안 제28-4 정형약관의 변경 定型約款の変更について、次のような規律を設けるものとする。(1) 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の條項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。ア 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。イ 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この4の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。(2) 定型約款準備者は、(1)の規定による定型約款の変更をするときは、その効力發生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力發生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。(3) (1)イの規定による定型約款の変更は、(2)の効力發生時期が到來するまでに(2)による周知をしなければ、その効力を生じない。(4) 2(2)の規定は、(1)の規定による定型約款の変更については、適用しない。

290) 渡邊新矢 編著, 前掲書, 281面.

일본의 판례에서도 널리 인정되어 왔다.²⁹¹⁾ 예문해석방법은 부동산자로 인쇄된 예문에 지나지 않는 내용은 당사자 사이의 진정한 합의내용이 되지 않으므로 효력이 없다는 것인데 약관규제법이 제정되기 이전에 우리 대법원의 판례에도 영향을 끼쳤다.²⁹²⁾

(4) 불공정성통제

일본 소비자계약법 중에 약관에 의한 계약에 대한 불공정성통제와 관련된 규정을 살펴보면, 사업자의 면책조항에 관하여 그 효력 여부를 규율하고 있는 제8조와, 소비자가 지불하는 손해배상액 예정 조항의 무효에 관하여 규정하는 제9조를 들 수 있다. 소비자계약법 제9조에서 주목할 점은 적정한 위약금의 범위를 초과하는 부분만 무효로 규정하고 있다²⁹³⁾는 것이다. 다만 이들 규정만으로 개별적인 불공정조항을 모두 예시하는 것은 일반조항인 소비자계약법 제10조를 고려하더라도, 충분하지 못하다는 지적이 있다.²⁹⁴⁾

일반 소비자계약법 제10조는 불공정성통제의 일반조항으로 기능한다. 즉 신의성실의 원칙에 반하여 소비자이익을 일방적으로 해하는 조항을 무효로 규정하여, 사업자와 소비자 사이에 약관에 의하여 체결된 계약의 효력을 정하는 일반원칙으로 적용된다. 그리고 불공정성을 판단하는 비교기준으로 임의규정을 들고 있다.²⁹⁵⁾ 그러나 ‘소비자의 이익을 일방적으로 해하는’이라는 규정은 추상적이어서

291) 다만 일본에서의 예문해석방법은 보험약관이나 운송약관 등과 같은 전형적인 약관에 적용되는 것이 아니었다(김영갑, “약관규제의 법리와 수정해석의 문제”, 「법조」 통권 제484호, 법조협회, 1997, 81면).

292) 대법원 1970. 9. 22. 선고 70다1611 판결; 대법원 1970. 12. 29. 선고 70다2494 판결; 대법원 1979. 11. 27. 선고 79다1141 판결 등 참조.

293) 소비자계약법 제9조는 평균적 손해액의 초과분(平均的な損害の額を超えるもの 当該超える部分)과 연 14.6%의 비율에 의한 금원의 초과분(年十四・六パーセントの割合を乗じて計算した額を超えるもの 当該超える部分)에 대하여만 무효로 규정하고 있다.

294) 大澤彩, “消費者契約法における不当條項規制の在り方について-「消費者契約法改正への論点整理」を踏まえて-”, 「金融法務事情」 Vol. 63-11 No. 2019, 金融財政事情研究會, 2015, 34面.

295) 소비자계약법 제10조 (소비자의 이익을 일방적으로 해하는 조항의 무효) 民法、商法 (明治三十二年法律第四十八号) その他の法律の公の秩序に關しない規定の適用による場合に比し、消費者の權利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の條項であつて、民法第一條第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする(민법, 상법(1899년 법률 제48호) 그 밖의 법률의 공공질서에 관계하지 아니하는 규정의 적용에 따른 경우에 비하여 소비자의 권리를 제한하거나 소비자의 의무를 가중하는 소비자계약의 조항으로서, 「민법」 제1조 제2항에서 규정하는 기본원칙에 반하여 소비자의 이익을 일방적으로 해하는 것은

구체적으로 부당한 계약 조항의 유형을 추가할 필요성이 있다는 비판이 제기되어 왔다.²⁹⁶⁾ 또한 임의법규에 비하여 소비자의 권리를 제한하거나 의무를 가중하는 조항으로서(제1의 요건), 신의칙에 반하여 소비자의 이익을 일방적으로 해하는 것(제2의 요건)은 무효라고 하여, 제1의 요건을 충족하여도 제2의 요건까지 고려하여야 하므로 그 규정체계가 불합리하다는 점을 지적하는 견해도 있다.²⁹⁷⁾

2. 중국

(1) 서설

중국은 1993년에 제정된 소비자권익보호법(中華人民共和國消費者權益保護法, 이하 ‘소비자권익보호법’이라 한다) 제24조에 처음으로 약관에 의한 계약에 관한 규정을 도입하였다. 이후 1999년에 제정된 중국계약법(中華人民共和國合同法, 이하 ‘중국계약법’이라 한다)²⁹⁸⁾이 제39조에서 제41조까지의 규정을 두어 일반법으로 약관에 의한 계약을 규제하고 있다.

이와 같이 소비자권익보호법에 약관에 관한 규정이 먼저 마련된 것은 사실이나, 중국계약법이 이를 구체화한 것이고, 중국법원도 실무상 불공정약관에 대한 규제는 중국계약법의 규정을 적용한다고 한다.²⁹⁹⁾ 중국에서의 약관에 의한 계약은 중국계약법의 편입통제와 해석통제 및 불공정성통제에 관한 규정이 원칙적으로 적용되고, 계약의 일방 당사자가 소비자인 경우 소비자권익보호법도 이를 보충하는 한도 내에서 적용되는 것이다.

무효로 한다)。

296) 소비자계약법은 제8조의2를 두어 사업자의 채무불이행에 의해 발생한 소비자의 해제권을 포기하게 하는 조항 및 유상계약인 소비자계약의 목적물에 숨은 하자로 인하여 발생한 소비자의 해제권을 포기하게 하는 조항을 무효로 하는 규정을 새로이 마련하였으며 신법은 2017년 6월 3일부터 시행될 예정이다.

297) 須藤希祥, “消費者契約法の一部を改正する 法律の概説”, 「NBL」 No. 1076, 商事法務, 2016, 11面.

298) 1999년 3월 5일 제9회 인민대표대회 제2차 회의에서 종래 중국경제계약법, 중국섭외경제계약법, 중국기술계약법을 통폐합하여 제정되었다. 合同(hétong)은 중화인민공화국에서 ‘계약’을 지칭한다(강평 저, 노정환 외 역, 「중국민법」, 삼성경제연구소, 2013, 1250면).

299) 최길자, “중국 소비자계약법의 현황과 개선방향”, 「법학논총」 제30권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 72면.

(2) 편입통제

중국계약법 제39조 제1항³⁰⁰⁾은 사업자의 약관작성의무, 중요조항에 주의(主意)를 요청할 의무, 설명의무를 규정한다. 사업자는 약관(格式條款) 작성시에 공평원칙(公平原則)에 따라 당사자의 권리와 의무를 정하여야 한다. 사업자는 합리적 방식(合理的方式)으로 고객에게 일정한 조건에 대하여 주의를 요청하고, 고객의 요구에 따라 위와 같은 조항에 대하여 설명하여야 한다. 고객의 주의를 요청할 의무는 우리 약관규제법의 명시적 의무에 비견된다. 주의요청의 대상은 사업자의 책임을 면제하거나 제한하는 조항이다. 다만 우리 약관규제법과 달리 편입통제의 법적효과에 대한 규정이 없다는 점이 문제점으로 지적된다.³⁰¹⁾

중국소비자권익보호법 제26조는 사업자가 약관을 사용한 경우에, 소비자에게 반드시 알려야 할 계약의 중요한 내용을 열거하고 있다.³⁰²⁾

(3) 해석통제

중국계약법 제41조³⁰³⁾는 약관 조항의 해석에 몇 가지 특칙을 두고 있다. 먼저 약관의 해석은 통상의 이해방식으로 해석해야 하고, 약관 조항이 두 가지 혹은 그 이상의 해석이 가능하여 의미가 분명하지 않은 경우 작성자에게 불리하게 해석하여야 한다는 것이다.³⁰⁴⁾ 부가적으로, 약관 조항과 개별약정의 내용이 다른 경우에 개별약정을 우선으로 한다는 규정이 있다. 중국법원은 약관의 해석이 문제되는 경우 중국계약법 제41조의 특칙을 먼저 적용하고, 일반원칙인 제125조³⁰⁵⁾

300) 중국계약법 제39조 제1항 採用格式條款訂立合同的, 提供格式條款的一方應當遵循公平原則確定當事人之間的權利和義務, 並採取合理的方式提請對方注意免除或者限制其責任的條款, 按照對方的要求, 對該條款予以說明。

301) 蘇号鵬, 格式合同條款研究, 中國人民大學出版社, 2004, 189面(최길자, 앞의 논문, 80면 재인용).

302) 중국소비자권익보호법 제26조에서 계약의 중요한 내용으로 열거하고 있는 것은 상품 또는 서비스의 수량과 품질, 가격 또는 비용, 이행기간과 방식, 안전주의사항과 위험경고, 애프터서비스, 민사책임 등(商品或者服務的數量和質量、價款或者費用、履行期限和方式、安全注意事項和風險警示、售後服務、民事責任等)이다.

303) 중국계약법 제41조 對格式條款的理解發生爭議的, 應當按照通常理解予以解釋。對格式條款有兩種以上解釋的, 應當作出不利於提供格式條款一方的解釋。格式條款和非格式條款不一致的, 應當採用非格式條款。

304) 이규철, 「중화인민공화국 계약법」 각조문의 해설과 사례를 통한 이론과 실무, 법제처, 2004, 60-64면.

의 규정에 의해 계약체결의 목적과 거래관습 및 신의성실의 원칙을 고려하여 계약 조항의 진정한 의미를 확정하고자 한다.

(4) 불공정성통제

중국계약법 제40조³⁰⁶⁾는 약관의 무효사유를 규정한다.³⁰⁷⁾ 중국소비자권익보호법 제26조 역시 불공평하거나 불합리한 약관 조항이 허용되지 않는다는 규정을 두고 있다.³⁰⁸⁾ 또한 중국계약법 제127조는 계약을 이용하여 국가이익과 사회공익을 해하는 위법행위에 대하여 공상행정관리기관 등의 감시의무에 관한 규정을 두어 행정적 통제에 대한 법률적 근거를 제공하고 있다.³⁰⁹⁾

약관에 의하여 체결된 계약에만 적용되는 것은 아니나, 경영자의 상품 및 서비스 제공행위에 기망이 있는 경우에, 경영자는 중국계약법 제113조 제2문³¹⁰⁾ 및 중국소비자권익보호법 제49조, 제55조 등에 의하여 징벌적 손해배상책임을 부담하게 된다.³¹¹⁾ 중국소비자권익보호법은 종래 2배의 배상금을 요구할 수 있도록 규정하고 있었는데,³¹²⁾ 2014년 중국소비자권익보호법의 개정과정에서 10배의 배상금을 지급하도록 하자는 의견도 있었지만, 최종적으로는 3배까지 배상금을 요구할 수 있도록 개정되었다.³¹³⁾

305) 중국계약법 제125조 当事人對合同條款的理解有爭議的，應當按照合同所使用的詞句、合同的有關條款、合同的目的、交易習慣以及誠實信用原則，確定該條款的真實意思。合同文本採用兩種以上文字訂立並約定具有同等效力的，對各文本使用的詞句推定具有相同含義。各文本使用的詞句不一致的，應當根據合同的目的予以解釋。

306) 중국계약법 제40조 格式條款具有本法第五十二條和第五十三條規定情形的，或者提供格式條款一方免除其責任、加重對方責任、排除對方主要權利的，該條款無效。

307) 동조에서 원용하는 동법 제52조 및 제53조는 계약이 무효가 되거나 면책조항이 무효가 되는 일반적인 규정이다.

308) 서희석, “한·중·일 소비자계약법의 비교법적 고찰”, 「일감법학」 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 195면.

309) 강평 저, 노정환 외 역, 앞의 책, 1258면.

310) 중국계약법 제113조 제2문 經營者對消費者提供商品或者服務有欺詐行爲的，依照《中華人民共和國消費者權益保護法》的規定承擔損害賠償責任。

311) 한삼인·김상명, “중국 계약법상 위약책임 연구”, 「홍익법학」 제15권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 206면.

312) 제정당시 중국 시장에서 만연하던 사업자의 사기행위를 규제하려는 취지로 도입된 것이라고 한다(최길자, 앞의 논문, 64면).

313) 全國人大常委會法制工作委員會民法室編, 消費者權益保護法立法背與觀點全集, 法律出版社, 2013, 97면(김정애, “개정 중국소비자권익보호법상 사업자의 의무”, 「소비자문제연구」 제45권 제1호, 2014, 27면 재인용).

제4절 시사점

1. 편입통제에 관한 시사점

독일민법상 약관이 계약으로 편입되기 위해서는, 약관사용자가 고객에게 약관의 내용을 명확히 지적하고, 고객이 이를 인식할 수 있는 후에, 약관의 효력에 동의할 것을 필요로 한다. 다만 개별약정이거나 의외조항이 아니어야 한다. 이와 같이 약관이 계약내용으로 편입되기 위해서 상대방의 동의가 필요하다는 독일민법의 태도는, 약관의 채용합의에 관한 특별한 규정이 없는 우리 약관규제법과 구별된다. 채용합의에 있어서 사업자의 그러한 제안은 계약의 청약에, 대응하는 고객의 수락은 계약의 승낙에 비견되어, 약관을 계약의 내용으로 하자는 합의는 계약체결의 합의와 모습을 같이 한다. 따라서 고객의 동의를 명시적으로 규정한 독일민법의 표현이 보다 더 사적자치에 부합하는 것으로 볼 수 있다.

프랑스 소비법과 EU의 소비자권리지침에는 우리 약관규제법과 같은 내용의 편입통제에 관한 규정은 없으나, 계약 전 정보제공의무를 법제화하고 대면계약에서는 이와 같은 의무를 더욱 강조하여, 계약체결에 임하는 고객에게 알권리를 충분히 보장하고 있음을 알 수 있다. 더구나 프랑스 소비법은 사업자의 정보제공의무 불이행에 대하여 행정벌금을 부과할 수 있도록 하여 편입통제의 기능을 강화하고 있는 것으로 평가된다.

영국과 미국의 편입통제는 주로 판례법을 통하여 발전해 왔으며, 계약서에 서명하는 것을 기준으로 약관의 편입 여부를 가린다. 따라서 영국과 미국의 법제는 약관 조항의 편입과 계약의 성립을 동일시하고 있다고 평가할 수 있다. 다만 계약의 성격에 비추어 이례적인 내용이나 특정한 계약 조항에 대하여는 뚜렷한 명시를 요구하거나 별도의 서명이 필요하다고 하여 편입요건을 강화하고 있다.

일본민법이나 소비자계약법에서 편입통제에 관한 의미 있는 규정을 찾아보기는 어렵지만, 일본 소비자계약법이 정보제공의무를 규정하고 있다는 점이나 일본민법개정요강안에 최소한 편입통제에 관한 규정이 마련되어 있다는 점은 고무적이다.³¹⁴⁾ 일본민법개정요강안이 약관의 채용합의와 약관의 변경에 관한 상세한

규정을 두고 있는 것은 약관이 당연히 계약의 내용으로 편입되는 것에 대한 문제점을 나름대로 의식하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

중국계약법은 우리 약관규제법과 같이 설명의무를 규정하고 있으나, 설명의무 위반에 대한 효과에 관하여는 특별한 규정이 없고, 설명의무의 대상을 예시한 것인지, 열거한 것인지가 명확하지 않아 비판을 받는다. 이를 설명의무의 대상을 열거한 것으로 해석하면, 이에 해당하지 않을 경우 사업자의 설명의무가 면제되어 버리므로 고객 보호의 관점에서 보면 예시적으로 보는 것이 타당하다.

편입통제에 관한 각국의 입법례를 종합하여 살펴보면, 약관에 대한 규제와 관련하여 대체로 편입통제의 기능과 역할을 점차 강화하고 있는 것이 세계적인 추세임을 알 수 있다. 그런데 우리 약관규제법과 같이 편입요건으로 사업자의 설명의무 이행을 특유의 요건으로 두고 있거나 사업자가 편입요건을 위반한 경우 고객이 약관 조항의 편입 여부를 선택할 수 있도록 규정한 입법례는 찾아보기 힘들다.³¹⁵⁾ 설명의무에 대한 우리 약관규제법의 규정은 독창적이면서 편입통제의 기능을 강화하여 고객 보호에 기여하는 뛰어난 입법으로 평가할 수 있다. 이와 같은 시사점을 중심으로 편입통제에 대한 문제점을 도출하고 그 해결방안을 검토해야 할 것이다.

2. 해석통제에 관한 시사점

독일은 명문의 규정이 없으나 객관적 해석원칙을 해석통제의 특별한 원칙으로 취급하고 있으며, 독일민법은 고객유리의 해석원칙을 규정한다.

프랑스는 민법이나 소비법에 따로 객관적 해석원칙에 대한 규정이 없어, 약관의 해석에 계약법에 따른 일반적인 해석원칙을 적용하며, 프랑스 소비법에서 고객유리의 해석원칙을 규정하고 있다.

EU의 규범에서도 객관적 해석원칙을 찾아보기는 어렵고, 불공정조항지침은 소

314) 다만 편입통제에 관한 규정 내용이 명목적인 것에 불과하다는 평가도 있다(서희석, 앞의 논문(2015), 321-322면).

315) 다만 중국의 소비자권익보호법 제26조나 중국계약법 제39조 제1항에도 설명의무에 대한 규정이 있으나, 고객이 요구하는 경우에 설명의무를 부여하므로 우리 약관규제법의 설명의무와는 그 의미가 다르다(같은 취지로, 서희석, 앞의 논문(2016), 195면).

비자계약에 고객유리의 해석원칙을 적용하며, DCFR은 계약해석의 일반적인 기준으로 고객유리의 해석원칙을 제안한다.

영국의 해석통제는 판례법에 의하여 인정된 작성자 불이익 원칙에 따르고 엄격해석의 방법도 이용한다. 미국의 경우 영국과 마찬가지로 작성자 불이익 원칙을 적용하여 사업자가 불명확한 조항을 사용하는 것을 억제하고 있는데, 제2차 리스테이트먼트는 모든 계약에 적용되는 원칙으로 이를 제시한다. 그 외에도 약관의 해석에 대하여 합리적 기대의 원칙이나 평등취급의 원칙을 적용한다. 미국의 평등취급의 원칙은 고객의 불이익을 방지하는데 목적을 둔 것이다. 따라서 우리 약관규제법의 통일적 해석원칙과는 그 접근 측면이 다르다는 견해가 있으나,³¹⁶⁾ 기본적으로 우리 약관규제법의 목적도 고객 보호에 있으므로 통일적 해석원칙에 대한 의미를 파악하는데 이를 참고하여야 할 것이다.

약관의 규제에 관한 입법이 더디게 이루어지고 있는 일본과 중국의 경우 해석통제에 관하여 특별히 주목할 점은 많지 않다. 다만 중국계약법의 경우에도 고객유리의 해석원칙을 규정하고 있다.

해석통제에 관한 각국의 입법례를 종합하여 살펴보면, 약관에 의한 계약에 있어서 고객유리의 해석원칙은 다소 차이는 있지만 모든 입법례가 고객 보호의 법리로 원용하고 있는 해석통제의 방법이라고 평가할 수 있다. 반면에 독일과 우리가 특별한 의미를 부여하고 있는 객관적 해석원칙에 대하여 다른 입법례에서 명문의 규정을 둔 경우를 찾아보기 어렵다. 이와 같은 시사점을 바탕으로 해석통제에 관한 문제점과 그 해결방안을 살펴야 할 것이다.

3. 불공정성통제에 관한 시사점

독일민법의 불공정성통제는 제307조 제1항 및 제2항에서 일반적 통제에 대한 구체적 기준으로 법률규정을 제시하고, 동조 제3항에서 불공정성통제의 대상은 법률규정과 다른 내용 또는 그것을 보충하는 내용을 정하는 약관 조항이라고 명확하게 규정하고 있다. 또한 개별적 통제는 절대적 무효조항(제309조 제1호에서 제13호까지)과 상대적 무효조항(제308조 제1호에서 제8호까지)으로 나누어 상세

³¹⁶⁾ 한기정, 앞의 논문(2001), 331면.

히 규정하고 있다. 부작위청구소송법에 의한 독일의 추상적 통제는 법원이 담당한다는 점에서 우리 약관규제법과 다르고, 손해의 회복은 이루어지지 않는다는 점에서 우리 약관규제법과 같다.

프랑스 소비법은 당사자 사이에 ‘상당한 불균형’이라는 추상적인 용어를 사용하지만, 불공정성의 판단 기준으로 프랑스 민법의 규정을 들고 있다. 프랑스의 경우 불공정조항이나 약관에 대한 규제는 행정적 통제가 원칙이나 그 위반에 대한 제재는 사법적 통제 못지않게 강력하다.

EU의 불공정조항지침은 불공정조항에 대한 일반적인 기준을 규정한 뒤에, 따로 17개의 구체적인 예시조항을 두어, 사업자의 부당거래행위를 개별적으로 유형화하였다. 불공정조항지침의 판단 기준은 향후 EU 회원국의 소비자 관련 법률의 통일성을 갖도록 하는 결정적인 역할을 하였다는 특별한 의미를 갖는다.³¹⁷⁾

영국의 UCTA 1977은 불공정하다고 예견되는 계약 조항을 일부만 열거하고 있었던 반면에 EU 불공정조항지침의 영향을 받은 UTCCR 1999와 소비자권리법은 불공정조항에 해당하는 유형을 상세히 규정하고 있다.

미국의 불공정성통제는 판례이론인 비양심성의 법리를 중심으로 발전해 왔고, 비양심성이라는 개념은 추상적인 개념에 불과하여 그 자체로는 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다. 비양심성의 법리는 실체적 요건과 절차적 요건을 동시에 요구하여 우리 약관규제법의 편입통제와 불공정성통제의 기능이 혼재되어 있다고 평가할 수 있다. 다만 미국의 경우 징벌적 손해배상의 청구가 가능하여, 기업은 약관의 작성과 사용에 대하여 특별한 도덕성이 요구된다.

일본 소비자계약법의 불공정성통제는 일반적 통제의 규정만 두었으나, 불공정성을 판단하는 기준으로 임의규정을 들고 있다.

중국계약법과 소비자권익보호법의 불공정성통제 역시 추상적인 규정에 그치고 있으나 소비자권익보호법에 징벌적 손해배상책임에 관한 규정을 두었다는 점은 주목할 만하다.

불공정성통제에 관한 각국의 입법례를 종합하여 살펴보면, 대체로 불공정성통제의 판단 기준을 구체화하거나 예시하고자 노력하고 있다고 평가할 수 있다. 독

317) 송호영, 앞의 논문(2015), 238면; 최난설현, “불공정조항지침 관련 최근 EU 판례 동향 및 시사점”, 「선진상사법률연구」 통권 제74호, 법무부, 2016, 38면.

일민법의 경우 절대적 무효조항의 예가 상대적 무효조항의 예보다 많다. 이와 달리 우리 약관규제법의 규정은 거래유형별로 불공정성 판단에 대한 기준에 대하여도 따로 규정하지 않고, 상대적 무효조항의 규정이 많아 주로 법관의 판단에 의존하여 부당성 여부를 판단하고 있다. 불공정성통제의 적용기준을 명확히 정하는 것은 고객 보호에 유리하며 법적 안정성도 확보할 수 있다. 불공정한 약관 조항의 예를 상세히 기술하고 있는 다수의 입법례를 참고하여 약관규제법의 해석은 물론 향후 약관규제법의 개정에도 반영할 점은 없는지 고민할 필요가 있다.

4. 민법으로의 편입에 관한 시사점

본 장에서 살펴본 바와 같이 외국의 주요국가들은 약관규제에 관하여 독자적인 입법방식을 채택하여 왔는데, 독일과 같이 보통거래약관법을 민법으로 편입한 경우도 있고, 프랑스나 영국과 같이 소비자 관련 법률로 규제하는 경우도 있음을 알 수 있다. 민법에 약관에 관한 규정을 마련하는 경우에는 단일한 법률로 다수의 거래관계를 간명하게 규율하여 통일적인 운영을 꾀할 수 있겠지만, 일반법의 성질상 규제 요건과 효과를 추상적으로 설정할 수밖에 없어, 다양한 거래영역에 따른 구체성을 반영하기 곤란한 어려움이 있다.³¹⁸⁾ 이에 반해, 소비자 관련 법률로 규제하는 경우에는 각 업종별로 그 특성을 살려 구체적 타당성을 가지는 입법을 할 수 있겠지만, 복잡한 법상태를 야기함은 물론 거래 영역별로 통일적인 입법이 이루어져야 한다는 번거로움이 있다. 그 결과 전문가가 아니고서는 법률문제를 해결하기가 어렵게 되어 고객 보호를 위한 약관규제법의 이념에 배치될 우려도 있다.³¹⁹⁾

현대사회에서 약관에 따른 계약이 체결되는 빈도, 경위, 모습 등을 고려하면, 민법의 형태로 약관의 내용을 규율하는 것도 소비자인 고객 보호를 위한 적절한 방법의 하나라고 할 수 있을 것이다. 하지만 약관과 관련된 거래의 공정성을 확보하고 고객을 보호하기 위한 제도적 장치로, 단일한 약관규제법이 마련되어 있

318) 다만 독일은 처음에는 보통거래약관법을 제정·운영하다가 후에 민법으로 편입하는 과정을 거쳤기 때문에 그러한 어려움을 극복한 것으로 짐작된다.

319) 이은영, 앞의 논문(1986), 316면.

는 상태에서 굳이 민법으로 편입시킬 필요가 있는지는 의문이 든다. 더구나 약관 규제법에는 행정적 통제에 관한 규정이 상당수 포함되어 있어 필연적으로 독일 민법 개정 당시에 야기되었던 절차법의 체계적 배치에 관한 문제도 고려되어야 하므로, 쉽사리 민법으로의 흡수·통합을 결정할 수는 없다.³²⁰⁾

생각건대 현재 상황에서는 개별입법으로 존재하는 약관규제법의 특수성을 발전시켜, 현행법 체계를 유지하면서 다양하게 변화하는 거래의 방법과 모습을 감안하여 약관규제법의 추상적인 규정에서 오는 문제점을 파악하고 보다 구체적으로 고객 보호에 만전을 기할 수 있도록 약관규제법 및 동법 시행령 등의 제 내용을 개정하는 것이 바람직하다고 본다. 이하 본 논문의 제4장 및 제5장에서 약관규제법의 민법으로의 편입에 관한 쟁점은 별도로 다루지 않도록 한다.

320) 같은 취지로 한삼인, 앞의 논문(2005), 405면.

제4장 약관규제법상 내용통제의 몇 가지 문제점

본 장에서는 제2장에서 정리한 기본 법리와 제3장에서 도출한 비교법적 시사점을 바탕으로 약관규제법상 내용통제에서 논의되는 몇 가지 중요한 문제점을 도출한다. 세부적으로 제1절에서 약관의 의의와 개별약정에 관한 현행 약관규제법 규정의 문제점을 정리하고, 편입통제의 요건과 효력을 중심으로 편입통제상의 문제점을 파악한다. 제2절에서 해석통제상 논의되는 문제점을 살펴보고, 제3절에서 일반적 통제와 개별적 통제를 모두 망라하여 불공정성통제상의 문제점을 도출한다. 마지막으로 제4절에서 내용통제의 이원적 구조에서 발생하는 기타 행정적 통제상의 문제점을 정리한다.

제1절 편입통제상의 문제점

1. 개관

편입통제는 약관규제법상 내용통제의 단계적 과정의 시발점이다. 그런데 학자에 따라서 약관규제법의 내용통제는 약관의 편입통제보다 해석통제나 불공정성통제에 중점을 두어야 한다거나,³²¹⁾ 약관의 계약편입통제가 지나치게 엄격한 경우 국제거래에서 한국법의 적용을 배제하는 당사자의 합의가 증가할 수 있고, 이는 결과적으로 한국법의 국제적 입지를 약화시키는 결과를 초래하게 될 것이라는 주장³²²⁾이 있다. 그런데 현대사회의 계약은 계약당사자 사이의 정보의 비대칭성이 발생하는 경우가 많아, 계약체결 전에 신의성실의 원칙에 따른 의무로 정보제공의무의 필요성이 중요시되고 있다.³²³⁾ 비록 정보제공의무와 설명의무가 동일

321) 백경일, “약관규제법의 규범적 정당성에 관한 고찰”, 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014, 64-66면.

322) 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 334면.

323) 김대경, “보증채권자의 정보제공의무”, 「경희법학」 제46권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2011, 16면.

한 개념은 아니나 약관에 대한 명시·설명 의무가 이행되지 않은 경우 고객은 계약 내용이나 효력에 대한 정보를 제공받지 못한 채 계약체결에 임하게 되어 자기책임 원칙에 반하는 부당한 결과를 감수하게 된다. 편입통제는 약관에 대한 단계적 규율 수단 중에서 해석통제와 불공정성통제의 단계에 선행하여 약관 조항을 규율할 수 있어, 고객의 피해를 최소화하고 고객의 유·불리에 따른 선택권까지 보장하여, 실질적으로 약관의 남용을 억제하는 중요한 기능을 수행하고 있다.³²⁴⁾ 더구나 객관적·통일적 해석원칙에 따라 약관의 해석통제 과정에서 고객의 개별적·구체적 사정을 고려할 수 없다고 하면, 고객의 개별적 사정을 고려하는 명시·설명 의무를 중심으로 한 편입통제의 기능은 강화되어야 할 필요성이 더욱 크다고 할 수 있다.³²⁵⁾ 본 절에서는 약관의 개념과 개별약정, 편입통제의 요건과 효과, 기타 약관의 변경과 약관규제법의 적용범위 및 의외조항에 대하여 학설과 판례의 논의를 중심으로, 편입통제의 기능을 약화시켜 고객 보호의 법리와 부합하지 못하는 몇 가지 문제점을 도출한다.

2. 약관의 개념과 개별약정의 문제점

(1) 약관의 개념

1) 일정한 형식

약관규제법 제2조 제1호가 약관에 대하여 ‘일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용’이라고 규정하고 있는데, 약관의 성립요건으로 ‘일정한 형식’이 필요한 것인지에 관해 견해가 대립한다. ‘일정한 형식’이 필요하다는 견해는 약관의 형식에 제한이 없다고 하더라도 어떠한 형태로든지 물질적 매개성이 요구된다고 하거나,³²⁶⁾ 구두에 의한 약관은 있을 수 없고, 사업장이나 영업소에서 방송을 통하여 거래조건을 알렸다 하더라도 이를 약관이라 할 수 없다고 한다.³²⁷⁾ 최근 유력

324) 김대규, 앞의 논문(2004), 252면.

325) 같은 취지로 장덕조, “설명 의무 위반으로 인한 계약편입배제와 개별약정 우선의 원칙”, 「사법」 통권 제37호, 사법발전재단, 2016, 159-204면.

326) 장경환, “보통거래약관의 개념-약관의 규제에 관한 법률 제2조를 중심으로-”, 「법학연구」 제3권, 충북대학교 법학연구소, 1991. 11, 104면.

327) 손지열, 앞의 책, 300면.

한 견해는, 이러한 해석에 우려를 표하면서, 약관규제법 제2조 제1호가 규정하는 ‘일정한 형식’이라는 요건은 약관규제법의 적용범위를 축소시킬 우려가 있으므로 법문에서 삭제되어야 한다고 주장한다.³²⁸⁾

그런데 약관규제법 제2조 제1호의 규정을 살펴보면 ‘형태 또는 범위에 상관없이’ 약관이 된다고 전제하였으므로, 구두의 형태로 이루어진 것을 문제 삼을 이유가 없다. 또한 약관의 요건으로 중요한 것은 사업자가 미리 마련하였다는 점이지 그 형태가 아니다. 그럼에도 위와 같이 약관의 성립요건으로 ‘일정한 형식’이 필요하다는 견해는 약관의 개념을 축소시켜, 약관규제법의 적용을 받고자 하는 고객이 불이익을 받게 되는 문제점이 있다. 따라서 약관의 개념표지에 관한 논의를 검토하여 구두에 의한 약관도 일정한 형식으로 인정할 수 있는 것은 아닌지, 더 나아가 약관규제법 제2조 제1호에서 규정하는 ‘일정한 형식’이라는 요건이 반드시 필요한 것인지 살펴볼 필요가 있다.

2) 여러 명의 상대방

약관은 계약의 상호 당사자가 협의한 내용에 따라 정해진 계약내용이 아니라, 계약의 한쪽 당사자인 사업자가 계약체결 이전에 다수의 계약을 예정하여 미리 마련한 것이다. 약관은 반드시 약관의 제시자인 사업자가 스스로 작성한 것일 필요가 없고, 표준약관이나 타인이 만든 약관을 자기의 거래에 사용하여도 약관규제법이 적용된다. 또한 법령의 규정에 의하여 계약내용을 결정할 수 있는 자유가 제한되는 경우에도 사업자가 미리 준비한 것은 약관에 해당한다.³²⁹⁾

약관의 사용목적은 다수의 계약에 이용하기 위한 것이지만, 사업자가 실제로 다수의 계약을 체결하였는지 여부나, 이때의 다수가 불특정다수인지 여부는 문제삼지 않는다.³³⁰⁾ 그런데 약관규제법 제2조 제1호의 규정 중 ‘여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여’라는 부분을 문리적으로만 해석하면, 사업자의 의도만을

328) 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 348면.

329) 판례는 전기사업법에 따른 공급규정은 일반전기사업자와 그 공급구역 내의 현재 및 장래 불특정다수의 수요자 사이에 이루어지는 모든 전기공급계약에 대하여 적용되는 보통계약약관으로서의 성질을 가지고 있다고 하였다(대법원 1989. 4. 25. 선고 87다카2792 판결); 같은 취지로 1995. 12. 12. 선고 95다11344 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 98다57099 판결; 서울중앙지방법원 2016. 10. 6. 선고 2014가단5221992 판결 등 참조.

330) 손지열, 앞의 책, 301면.

고려하게 되어, 사업자가 1인의 고객과 반복적으로 체결하려고 준비한 것을 약관에 포섭할 수 없다.³³¹⁾ 더구나 판례는 A회사(원고)가 B건설회사(피고)와 상가 및 상가 부지 매매계약을 체결하면서 작성한 상가매매계약서에 원고의 매매잔금지급의무를 선이행의무로 규정한 사안에서, 위 상가매매계약의 내용이 위 상가 및 상가 부지를 목적으로 피고가 특정인인 원고에게만 매도하는 것으로 되어 있는 점에 비추어, 위와 같은 약정은 피고가 다수의 계약을 위해 미리 정형화된 계약 조건으로 만든 것이 아니므로 약관규제법이 규율하는 약관이라고 할 수 없다고 하였다.³³²⁾ 그런데 판례처럼 매매계약서가 특정인과의 계약에만 사용되었다는 이유로 약관으로 보지 않는다면, 고객은 약관에 의한 계약체결 후에 사업자에게 발생한 우연한 사정으로 인하여 약관규제법의 보호를 받지 못하는 심각한 불이익을 감수해야 한다. 그렇다면 약관규제법 제2조 제1호의 규정 중 ‘여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여’라는 문언의 해석과 관련하여 판례의 타당성을 검토해 볼 필요가 있다.

3) 계약의 구조

최근 판례는 통화옵션계약(KIKO)의 내용은 은행이 고객의 필요에 따라 그 구조나 조건을 적절히 변경하여 사용하기 편하도록 표준화하여 미리 마련해 놓은 것이나, 그 구조만으로는 거래 당사자 사이에서 아무런 권리의무가 발생하지 아니하고, 거기에 구체적 계약조건들이 결부됨으로써 비로소 전체계약의 내용으로 완결되는 것이므로, 그 구조 자체만을 따로 약관으로 볼 수 없다고 하였다.³³³⁾ 위와 같은 판례에 대하여 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 우선 판례와 같이 계약의 내용이 되는 정형적인 구조를 약관으로 보지 않을 경우, 고객은 사업자로부터 정형적인 구조의 중요한 내용에 대하여 약관규제법에 규정된 설명의무

331) 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 323면.

332) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754 판결.

333) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683 전원합의체 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다26746 전원합의체 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146 전원합의체 판결; 같은 취지로 이후의 대법원 판결은 통화옵션계약의 구조 및 위험성에 대한 설명의무는 신의성실의 원칙상 의무에 불과할 뿐 약관규제법상의 설명의무는 아니라고 하였다(대법원 2014. 9. 24. 선고 2012다84516 판결; 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다117546 판결; 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다90122 판결; 2015. 3. 26. 선고 2012다88570 판결; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2013다5190 판결; 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013다27732 판결 등 참조).

의 이행을 기대할 수 없을 것이다. 다음으로 고객은 그 정형적인 구조 자체의 내용이 불공정하여도 계약자유의 원칙에 따라 책임을 감수할 수밖에 없을 것이다. 이와 같은 문제점을 중심으로 고객 보호의 관점에서 계약의 구조를 약관으로 보아야 하는 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있다.

(2) 개별약정

1) 개별약정의 요건

약관규제법 제4조는 개별약정의 요건으로 세 가지를 요구한다. 첫째, 약관에서 정하고 있는 사항에 관한 것이어야 한다. 둘째, 사업자와 고객이 합의한 사항이어야 한다. 셋째, 약관의 내용과 다른 것이어야 한다. 판례는 약관에 의한 계약체결에서 특정 조항에 관하여 개별적인 교섭을 거침으로써, 고객이 자신의 이익을 조정할 기회를 가졌다면, 그 특정 조항은 약관규제법의 규율대상이 아닌 개별약정이 된다고 한다. 또한 개별적인 교섭이란, 비록 그 교섭의 결과가 반드시 특정 조항의 내용을 변경하는 형태로 나타나야 하는 것은 아니고, 적어도 고객이 사업자와 대등한 지위에서, 당해 특정 조항에 대하여 충분한 검토와 고려를 한 뒤 영향력을 행사함으로써 그 내용을 변경할 가능성은 있어야 한다고 한다.³³⁴⁾

약관규제법의 규정과 판례의 태도는 몇 가지 차이점이 있다. 우선 약관규제법은 단순한 ‘합의’라고 규정하나, 판례는 ‘개별적인 교섭’이라는 용어를 사용한다. 개별약정은 약관규제법을 적용할 수 없는 영역이므로 고객 보호를 위해서는 가급적 고객에게 불리한 개별약정의 인정을 자제할 필요가 있다. 따라서 ‘개별적인 교섭’이라는 요건을 추가하여 개별약정의 요건을 엄격하게 해석하는 판례의 태도는 바람직하다. 그런데, 약관규제법에는 개별약정이 약관의 내용과 다른 것임을 요하지만, 판례는 반드시 특정 조항의 내용을 변경할 필요가 없다고 해석한다. 물론 고객이 개별적인 교섭과정에서 문제된 약관 조항의 내용을 감내하기로 결심한 경우라면, 교섭을 거쳤어도 약관 조항을 변경할 필요가 없는 것이 사실이

334) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다16950 판결; 대법원 2009. 11. 12 선고 2009다42635 판결; 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다27015 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결; 대법원 2013. 11. 28 선고 2013다23891 판결; 대법원 2014. 6. 12 선고 2013다214864 판결 등.

다. 그러나 경제적 약자인 고객에게 사업자와의 공평한 교섭을 기대하기 어렵고,³³⁵⁾ 개별적 교섭을 거쳤다는 이유로 약관 조항을 그대로 개별약정으로 인정하면, 사업자는 불공정성이 의심되는 약관 조항마다 개별적 교섭을 이용하여 불공정성통제를 회피할 수 있다. 그렇다면 약관내용의 변경이 없어도, 이를 개별약정으로 인정할 수 있는지 고객 보호의 관점에서 검토해 볼 필요가 있다.

2) 개별약정의 내용과 방식

개별약정의 기능이나 성격은 특별한 규정이 없어 해석에 의할 수밖에 없다. 개별약정은 개별적·구체적 성격을 가지는 것이고, 이에 반하여 약관은 특정계약에 사용되기 전에는 아직 그 특정계약과 법적으로 어떤 관련성도 가지지 않는다. 그러므로 개별약정은 개별적인 합의에 의해서 계약의 내용을 이루고, 약관은 채용 합의에 의하여 계약에 편입된다.³³⁶⁾

일반적으로 개별약정은 당사자의 내용적 협의를 거친 합의이므로 법률행위 일반원칙에 의하여 유효하게 성립하는 것이고, 그 내용은 약관과 비교하여 고객에게 유리할 것을 요하지 않는다.³³⁷⁾ 그러므로 고객에게 유리한 내용이든 불리한 내용이든 간에 일단 개별약정이 성립되면, 개별약정은 그에 상응하는 약관 조항에 비하여 우선적 효력을 갖게 된다. 그러나 고객을 합리적 소비자라고 가정한다면 당사자의 자유로운 교섭하에 불리한 개별약정을 선택할 것이라고는 보기 어렵다. 이와 같이 개별약정이 사업자가 작성한 약관 조항보다 고객에게 더 불리한 경우에, 그 개별약정의 효력을 인정하는 것이 타당한지 살펴볼 필요가 있다.

335) 특정한 약관 조항이 교섭의 대상이 되었지만 당해 조항의 변경이 없이 계약의 내용이 되었다는 것은 현실적으로 사업자와 고객의 교섭력에 차이가 있음을 고려하여 개별약정의 인정에는 신중을 기하여야 한다(김동훈, “개별교섭후 수정되지 않은 약관조항의 효력”, 「고시계」 제55권 제11호, 고시계사, 2010, 26면).

336) 약관과 개별약정의 관계에 대하여 결과적으로 약관은 개별약정의 보충적 기능을 수행한다는 견해가 있다(이은영, 앞의 책, 127면); 반면에 개별약정은 당사자에게 이익조정의 기회가 부여되어 실질적으로 자기결정이 있었으므로, 약관규제법의 보호를 필요로 하지 않는 구체적 사적자치의 영역으로 보는 견해도 있다(김진우, “근저당권설정비용의 부담에 관한 선택형 약관조항이 약관규제법 제6조의 의미에서의 불공정조항에 해당하는지 여부-대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다 214864 판결-”, 「민사법학」 제69호, 한국민사법학회, 2014, 338면); 한편 규범의 경합에 관한 원칙에 따라 특별규범(개별약정)이 일반규범(약관)에 우선한다는 견해(이상정·권대우, “약관의 규제에 관한 법률 해설”, 정책연구보고서, 한국소비자원, 1987, 47면)도 있으나, 사적합의에 불과한 개별약정의 효력을 규범의 우열로 설명하는 견해는 직접적으로 수용하기 어렵다.

337) Ulmer, in: Ulmer·Brandner·Hensen, 앞의 책, § 305 BGB Rn.47; Ulmer, in: Ulmer·Brandner·Hensen, 앞의 책, § 305b BGB Rn.42.

개별약정이 계약의 내용을 침삭의 형태로 보충한 것은 약관 조항을 구체화하는 것에 지나지 않아 독립적 의미를 갖지 않으므로 개별약정이 아니라는 견해가 있다.³³⁸⁾ 이와 같은 견해에 따르면, 독립적 의미를 갖지 않는 보충은 약관성이 유지되어 불공정성통제의 대상이 되고, 약관 조항의 실체적 내용에 영향을 미치는 보충만 개별약정이 되어 약관규제법의 적용에서 벗어난다.³³⁹⁾ 판례는 통화업 선계약(KIKO)에서 고객이 계약금액, 행사환율, 계약기간 등의 구체적 계약조건들에 대하여 개별적 교섭에 따라 수기로 보충한 이상 이는 개별약정으로 보아야 한다고 하였다.³⁴⁰⁾ 그러나 계약내용의 보충이 독립적 의미를 갖고, 계약의 실체적 내용에 영향을 미치는 경우라면, 고객의 이해에 중대한 영향을 미치는 내용일 것이다. 그럼에도 이를 개별약정으로 취급하는 것이 고객 보호의 입장에서 바람직한 것인지 재고해 볼 필요가 있다.

3) 개별약정의 증명책임

문제된 약관 조항이 개별약정에 의하여 해당하여 약관규제법의 적용이 배제되면, 사업자는 약관규제법의 적용을 받지 않는 이익을 얻는다. 그런데 고객에게 유리한 개별약정의 경우는 어떠한가? 고객이 자신에게 유리한 개별약정을 주장하면, 고객은 개별약정의 적용에 따른 이익을 얻으나, 약관규제법의 적용을 포기하는 불이익을 받는다. 하지만 고객은 법률전문가가 아닌 경우가 대부분이어서 개별약정이 자신에게 유리한지 여부를 판단하기 어렵다. 또한 고객에게 유리한 개별약정이 구두로 이루어진 것이라면, 이를 증명하기도 곤란하다. 반면에 사업자는 고객에게 유리한 개별약정으로 인하여 경제적·사실적 불이익을 받더라도, 여전히 강행법규인 약관규제법의 적용을 받지 않는 이익을 얻는다.

그렇다면 증명책임의 일반원칙에 따라 개별약정의 이익을 받는 자가 개별약정을 증명해야 한다고 해석하면, 고객이 스스로 유리한 개별약정을 주장할 경우, 사업자와 동일한 증명책임을 부담하게 되는 바 이는 고객 보호의 관점에서 공평하지 못하다. 따라서 고객이 개별약정의 이익을 받고자 스스로 증명책임을 부담

338) Pfeiffer, in: Wolf · Lindacher · Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., C. H. Beck, 2013. § 305 BGB Rn.43.

339) 김진우, 앞의 논문(2014), 345면.

340) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683 전원합의체 판결 등 참조.

하는 것이 타당한 것인지, 나아가 고객 보호의 관점에서 사업자와 고객의 증명의 정도에 차이를 두거나 증명책임을 전환해야 하는 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있다.

3. 편입통제의 요건 및 효과의 문제점

(1) 채용합의

사업자가 고객과 약관에 의한 계약을 체결하기 위해서는, 사업자가 고객에게 청약의 의사표시를 하고, 고객은 그와 일치하는 내용으로 승낙의 의사표시를 한다. 그 과정에서 사업자는 고객에게 약관을 제시하고, 고객은 약관내용이 무엇인지 알 수 있는 기회를 갖는다. 그러나 실제로 고객이 약관의 모든 조항을 확인하는 경우는 많지 않다. 따라서 약관이 계약의 내용이 되기 위해서, 계약체결에 대한 합의와는 별도로, 사업자와 고객 사이에서 ‘약관을 계약의 내용으로 하자는 합의’인 채용합의가 있어야 하는지에 대한 논의가 있다.

채용합의 필요설은 약관규제법의 입법취지와 약관의 구속력에 관한 계약설을 근거로 약관의 편입에 고객의 동의나 당사자의 합의가 필요하다는 견해를 취한다.³⁴¹⁾ 채용합의 불요설은 약관 조항의 내용이 고객에게 유리한 경우에는 약관의 편입이 오히려 고객에게 유리하고, 구태여 편입요건을 엄격히 할 필요가 없다는 이유로, 약관의 편입에 고객의 동의나 당사자의 합의가 필요없다는 견해를 취한다.³⁴²⁾ 판례는 “은행거래약관도 다른 일반거래약관과 마찬가지로 그 본질은 계약의 초안 즉 예문에 불과하므로 그것이 계약당사자에 대하여 구속력을 가지려면 계약당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 하는 합의가 있어야 할 것이지만, 일반적으로 계약당사자 사이에 약관을 계약내용에 포함시킨 계약서가 작성된 경우에는 계약당사자가 그 약관의 내용을 알지 못하는 경우에도 그 약관의 구속력을 배제할 수 없다 할 것이다”라고 하여 기본적으로는 채용합의 필요설의 입장

341) 김상용, 앞의 책, 27면; 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1225면; 손지열, 앞의 책, 310-312면; 양창수·김재형, 「계약법」 제2판, 박영사, 2015, 156면; 지원림, 앞의 책, 1247면; 이병준·안남신, 앞의 논문, 26면.

342) 김민중, 앞의 책, 33면; 이은영, 앞의 책, 120면.

을 취하는 것으로 보인다.³⁴³⁾ 이상의 논의를 중심으로 학설과 판례를 검토하여, 약관이 계약내용으로 편입되기 위해서 채용합의가 필요한 것인지를 고객 보호의 관점에서 살펴볼 필요가 있다.

(2) 작성의무

약관규제법 제3조 제1항³⁴⁴⁾은 사업자가 약관 작성시에 준수할 의무를 부과한다. 사업자는 약관을 작성할 때 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고 표준화·체계화된 용어를 사용하며,³⁴⁵⁾ 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰 문자 등으로 명확하게 표시하여 고객이 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다.³⁴⁶⁾ 사업자가 작성한 약관은 단순하고 명료할수록 바람직하고, 약관의 중요한 내용은 더 명확하게 표시할 필요가 있다. 사업자가 작성의무를 충실하게 이행하면, 고객은 약관내용을 명확하게 이해할 수 있다. 고객은 파악한 내용을 기초로 중요한 내용에 대하여는 사업자의 설명을 듣고, 최종적으로 약관에 의한 계약체결 여부를 선택한다. 따라서 사업자의 작성의무는 명시·교부의무와 설명의무의 전제가 되는 중요한 의무라고 보아야 한다.

그런데 약관규제법 제3조 제4항은 편입통제의 효과를 규정하면서, 사업자의 명시·교부의무와 설명의무 위반의 경우만을 포함하고, 사업자의 작성의무 위반에 대하여는 적용을 제외하고 있다. 더구나 사업자가 명시·교부의무나 설명의무를 위반한 경우에는 과태료까지 부과할 수 있음에도,³⁴⁷⁾ 작성의무 위반의 경우에는 약관규제법상 어떠한 제재도 불가능하다. 이와 같은 문제점을 고려하여 사업자의 작성의무 위반에 대한 효과는 무엇인지, 나아가 약관규제법 제3조 제4항의 개선 방안은 없는지에 관해 고객보호의 관점에서 살펴볼 필요가 있다.

343) 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다5624 판결.

344) 2007년 일부개정으로 처음 도입된 규정이다.

345) '표준화된 용어'의 의미에 대한 상세는 이준우, 「소비자보호를 위한 약관표시 제도화연구」, 한국법제연구원, 2013, 21면.

346) 표준약관의 경우 이러한 작성의무를 소홀히 하는 문제점이 있다(이준우, 위의 책, 37면).

347) 약관규제법 제34조 제2항 제1호 및 제2호 참조(사업자에게 500만 원 이하의 과태료를 부과하는 규정이다).

(3) 명시 및 교부의무

약관규제법은 제3조 제4항에서 사업자가 제2항 및 제3항을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다고 규정하고 있다. 사업자는 명시 및 교부의무·설명의무를 위반한 약관 조항이 무효가 되는 것을 막지 못한다. 그러나 고객은 사업자와는 달리 문제가 된 약관 조항을 계약내용으로 승인할지 여부를 선택할 수 있는 편입의 자유가 있다.³⁴⁸⁾ 해당 약관의 내용에 고객에게 유리한 조항이 있다면, 고객이 계약편입을 주장할 수 있도록 하는 것이 오히려 고객을 보호하기 때문이다.³⁴⁹⁾

그런데 사업자가 약관내용을 명시하였지만 사본을 교부하지 않은 경우에도, 사업자에게 위반의 책임을 묻는 것은 가혹하다거나,³⁵⁰⁾ 설명의무와 달리 명시의무를 위반한 내용에 대하여 고객이 유리한 부분만 원용하고 불리한 부분을 거부하는 것은 허용되지 않는다는 견해가 있다.³⁵¹⁾ 한편 사업자의 명시 및 교부·설명 의무는 계약상 의무가 아니어서 그 이행을 강제할 수는 없고, 약관에 의한 계약이 성립하였는지 여부와는 별개로 편입통제의 과정에서 의무의 불이행시에 일정한 불이익을 입게 되는 책무 또는 간접의무의 성질을 가지고 있다는 견해도 있다.³⁵²⁾

그러나 위와 같은 해석은 설명의무 위반의 경우에 비하여 상대적으로 명시 및 교부의무 위반에 대한 사업자의 책임을 감경하는 것이어서, 고객 보호에 흠결을 초래하고, 사업자의 명시 및 교부의무의 이행을 유인하지 못하는 정책적인 문제점이 있으므로, 그 해석의 타당성을 검토할 필요가 있다.

(4) 설명의무

1) 중요한 내용

348) 권오승, 앞의 책(2015), 567면; 정호열, 앞의 책, 570면; 한삼인, 앞의 논문(2005), 376면.

349) 이은영, 앞의 책, 121면.

350) 손지열, 앞의 책, 318면.

351) 손지열, 위의 책, 319면; 지원람, 앞의 책, 1250면.

352) 김원규, 앞의 논문, 195면; 간접의무에 관한 상제는 한삼인, 「민법총칙」 개정판, 화산미디어, 2015, 46면 참조.

설명의무의 대상이 되는 것은 약관에 정하여져 있는 ‘중요한 내용’이다. 약관규제법 제3조 제3항은 단순히 중요한 내용이라고만 규정하고 있다. 이와 같은 약관규제법의 규정만으로는 설명의무의 대상이 되는 중요한 내용의 의미에 대하여 명확하게 판단할 수 없다. 이는 약관규제법 규정 자체의 추상성에서 비롯되는 문제점의 하나이다. 결국 ‘중요한 내용’이 무엇인지는 개별적인 사례를 기초로 판례를 유형화하여 그 의미를 파악할 수밖에 없다.³⁵³⁾

판례는 설명의무의 대상이 되는 ‘중요한 내용’의 의미에 관하여 “사회통념에 비추어 고객이 계약체결의 여부나 대가를 결정하는 데 직접적인 영향을 미칠 수 있는 사항을 말하고, 약관 조항 중에서 무엇이 중요한 내용에 해당하는지에 관하여는 일률적으로 말할 수 없으며, 구체적인 사건에서 개별적 사정을 고려하여 판단하여야 한다”라는 입장이다.³⁵⁴⁾ 따라서 설명의무에 관한 판례를 검토하여 어떠한 조항이 사업자의 설명을 요하는 중요한 내용인가를 파악하고, 설명의무의 대상인 ‘중요한 내용’에 관한 약관규제법의 규정이 갖는 문제점을 개선할 방안은 없는지 검토해 볼 필요가 있다.

2) 면제기준

약관에 정하여져 있는 중요한 내용이라 하더라도 일정한 경우에는 사업자의 설명의무가 면제된다. 약관규제법 제3조 제3항 단서는 사업자가 요구하는 대량적·집단적·반복적 거래를 위한 계약체결의 편의를 위하여 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에 사업자의 설명의무를 면제한다.³⁵⁵⁾ 그러나 동 규정 역시 설명이 현저하게 곤란한 경우의 의미를 구체적으로 규정하지 않는다. 결국 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우인지 여부는 계약의 내용과 체결과정을 참작하여 결정하여야 한다.³⁵⁶⁾ 판례는 고객이나 대리인이 그 내용을 잘 알고 있는 조항, 거래상 일반적·공통적인 것으로 따로 설명이 없어도 고객이 예상 가능한 조항, 법령의 규정을 되풀이하거나 부연하는 조항, 약정의 취지를 명백히 확인하는 조항 등에 대하여 설명의무를 면제하고 있다.³⁵⁷⁾

353) 박동진, 앞의 책, 133면.

354) 대법원 2008. 12. 16.자 2007마1328 결정; 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다85417 판결 등.

355) 이은영, 앞의 책, 118면.

356) 김준호, 앞의 책, 1456면.

그런데 판례가 예시하는 것의 대부분은 설명의 필요성이 인정되지 않는 경우이지, 약관규제법 제3조 제3항 단서가 규정하는 설명이 현저하게 곤란한 경우라고 볼 수 없다. 그렇다면 판례가 지나치게 설명의무의 면제기준을 확장하고 있는 것은 아닌지, 고객 보호의 관점에서 설명의무의 면제에 관한 판례의 태도와 약관규제법 제3조 제3항의 의미를 검토해 볼 필요가 있다.

4. 기타 편입통제상 문제점

(1) 약관규제법의 적용범위

1) 근로기준법

약관규제법 제30조 제1항은 근로기준법에 속하는 계약에 관한 것일 경우에는 약관규제법을 적용하지 아니한다고 규정한다. 약관규제법이 그 적용범위에서 근로기준법³⁵⁸⁾을 배제한 이유는 다음과 같다고 한다.³⁵⁹⁾ 첫째, 노동법에 존재하는 다수의 강행규정이 근로자를 특별히 보호하기 때문이다. 둘째, 근로관계에 취업규칙이나 단체협약을 우선 적용하는 노동법 고유의 법리가 마련되어 있기 때문이다. 셋째, 위와 같은 노동계약의 특성에 비추어보면 약관규제법에 의한 중첩적인 보호는 필요하지 않기 때문이다. 입법자들은 이와 같은 점을 고려하여, 약관규제법 제정 당시에, 독일의 보통거래약관법의 규정을 받아들여 근로기준법에 속하는 계약을 약관규제법의 적용에서 배제하였다. 판례도 약관규제법 제30조 제1항과 관련하여, 사업자가 미리 마련한 계약서로 체결한 계약이 근로기준법상의 근로계약에 해당될 경우에, 근로계약의 내용에 재판관할 합의조항이 있더라도 약관규제법 제14조 제1호를 적용할 수 없다고 하였다.³⁶⁰⁾

그런데 근로자와 소비자과 같은 경제적 약자의 보호는 중첩적일수록 바람직하

357) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결 등 참조.

358) 우리 근로기준법은 1953년 5월 10일 법률 제286호로 최초 제정되고, 1953년 8월 9일부터 시행되어 수차례 개정을 거치다가 법률을 폐지하고 1997년 3월 13일 법률 제5309호로 새로이 제정되었다. 우리 근로기준법 제·개정 의 연혁에 관한 상세는 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 II」, 박영사, 2014, 49-63면 참조.

359) 김준호, 앞의 책, 1452면; 이은영, 앞의 책, 745면.

360) 대법원 2010. 1. 19.자 2009마1640 결정.

다. 독일민법도 근로계약에 불공정성통제가 가능하도록 개정하였다. 또한 근로기준법의 규정이 근로계약의 모든 내용을 포섭할 수는 없다는 사정도 감안해야 한다. 이상의 점을 고려하여 근로기준법의 영역에 약관규제법의 적용을 배제하는 현행 약관규제법의 규정이 타당한 것인지 살펴볼 필요가 있다.

2) 특정한 거래 분야

약관규제법은 통상의 계약에 적용되는 민법이나 상법에 대하여는 특별법이나, 약관규제법 제30조 제2항에 따라 약관의 내용통제에 관하여는 일반법이다. 상법 제638조의3³⁶¹⁾은 보험계약에 사용되는 보험약관의 교부·설명의무에 관하여 특별한 규정을 두고 있다.³⁶²⁾ 그러므로 보험약관에 대한 교부·설명의무에 대하여는 상법 제638조의3이 먼저 적용된다. 그런데 보험계약자가 정해진 기간 내에 보험계약을 취소하지 않았을 때, 약관의 편입 여부에 대한 명확한 규정이 없어, 학설이 대립한다. 상법적용설은 보험계약은 약관의 내용대로 성립하는 것이어서, 설명 보험자가 설명의무를 위반하였다 하더라도, 보험계약자가 상법 제638조의3 제2항에 따라 계약성립일로부터 3월 이내에 보험계약을 취소하지 않으면, 그 약관의 효력은 확정적으로 유지된다고 본다.³⁶³⁾ 이에 반해, 중첩적용설은 보험계약자가 보험계약을 취소하지 않아도, 다시 약관규제법에 따라 설명의무 위반을 이유로 보험약관의 편입을 다룰 수 있다고 본다.³⁶⁴⁾ 판례는 상법 제638조의3 제2항은 보험자의 설명의무 위반의 효과로, 보험계약자에게 비교적 단기의 계약 취소권을

361) 상법 제638조의3(보험약관의 교부·설명 의무) ① 보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 설명하여야 한다.

② 보험자가 제1항을 위반한 경우 보험계약자는 보험계약이 성립한 날부터 3개월 이내에 그 계약을 취소할 수 있다.

362) 상법 제638조의3은 보험계약자에게 보험약관을 알 수 있는 기회를 제공하기 위하여 보험자에게 보험약관의 교부·명시 의무를 부과하려는 취지에서 1991년 12월 31에 신설한 규정이다. 처음에는 조문 제목을 교부·명시의무라고 하고 중요한 내용을 알려주어야 한다고 규정하면서 계약 취소 기한을 1개월로 하였다가 2014년 3월 11일에 개정되어 현재에 이르게 되었다. 반면 약관규제법은 제정 당시부터 설명의무 위반에 대한 효과를 규정하였다.

363) 양승규, 「보험법」 제2판, 삼지원, 1992, 112면; 김현록, “보험자의 보험약관설명 의무에 관한 연구”, 대구대학교 대학원, 박사학위논문, 2011, 90면; 박은경, 앞의 논문, 333면; 양승규·장덕조, “보험자의 보험약관의 명시·설명 의무”, 「법학」 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 37면; 상법적용설이 다수적 견해라고 한다(박세민, 「보험법」 제3판, 박영사, 2015, 167면).

364) 박세민, 위의 책, 169-170면; 정찬형, 앞의 책, 522면; 이정원, “보험자의 약관설명 의무 위반의 법적 의의에 대한 비판적 검토”, 「법학연구」 제15권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2012, 640-642면.

부여하고 있는 것일 뿐이어서, 보험약관이 상법의 적용 대상이라 하더라도 약관 규제법 역시 적용된다고 하여 중첩적용설의 입장이다.³⁶⁵⁾

상법에 의한 취소권이 비교적 단기인 점을 고려하면, 고객은 약관규제법을 중첩적으로 주장하는 것이 유리하다. 그럼에도 상법적용설과 같이 해석하면, 고객 보호에 흠결이 생길 여지가 있다. 이는 약관규제법 제30조 제2항의 모호성으로 인한 것이다. 따라서 학설과 판례의 논거를 검토하여 약관규제법 제30조 제2항의 개선방안은 없는지 살펴볼 필요가 있다.

(2) 약관의 변경

유효하게 성립한 계약은 성립당시의 계약내용에 따라 효력이 발생한다. 당사자는 계약의 존속기간 중에 당사자가 합의하여 자유롭게 계약내용을 변경할 수 있다. 약관에 의하여 체결된 계약에서는 약관을 변경하면 계약내용이 달라진다. 그런데 계속적 계약에서 사업자가 일방적으로 약관을 변경하거나, 약관의 변경에 대한 고객의 동의를 의제하는 경우가 있다. 약관규제법에는 따로 이에 대한 규정이 없어 약관의 변경에 관한 요건과 효력은 해석에 의할 수밖에 없다. 판례는 컨트리클럽의 개정회칙의 효력이 문제된 사안에서 “회칙이 일단 계약내용으로 편입된 이후에 회사가 회칙을 일방적으로 개정하는 것은 종전 회칙에 따라 가입한 기존 회원들에 관한 한 계약내용을 회사가 일방적으로 변경하는 것이어서, 기존 회원들에 대하여는 그들의 개별적인 승인이 없으면 개정 회칙이 적용될 수 없다고 할 것이다”라고 하였다.³⁶⁶⁾

판례와 같이 약관의 변경요건으로 고객의 단순한 승인만을 요하면, 사업자는 약관의 명시·설명 의무 등을 회피하기 위해서 계약의 중요한 내용을 변경된 약관에 포함시키려고 할 수도 있다. 또한 사업자가 일방적으로 약관을 변경하였다고 이를 일률적으로 무효로 하면, 변경된 약관이 고객에게 유리하더라도, 고객이 변경된 약관의 적용을 선택하지 못하므로 고객 보호에 미흡한 점이 생긴다. 이러한

365) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결 참조.

366) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다28339 판결(이 판결에 대한 평석은 김상현·한삼인, 앞의 논문, 519-552면; 이선형·한삼인, “2015년 민사(채권법) 중요 판례”, 「인권과정의」 통권 제456호, 대한변호사협회, 2016. 3, 47-50면 참조).

문제점을 고려하여 약관의 변경에 대한 요건과 효력을 고객 보호의 관점에서 검토해 볼 필요가 있다.

(3) 의외조항

고객이 약관의 모든 조항을 검토하기도 어렵지만, 그러한 검토과정을 거치더라도 거래 분야의 전문가가 아니므로, 계약의 거래형태 등 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항³⁶⁷⁾을 발견하지 못하는 경우가 있다. 이러한 의외조항이 계약의 내용이 되어 구속력을 가지는 것은 불합리하다. 그런데 약관규제법은 제6조 제2항 제2호에 의외조항을 불공정한 것으로 추정하는 규정을 둔다. 즉 약관규제법은 의외조항의 성격을 불공정성에 대한 기준의 하나로 규정하여, 불공정성통제의 단계에서 규율하고 있다.

그런데 의외조항을 불공정성통제로 다루게 되면, 그것이 계약의 중요한 내용이라도, 고객은 설명의무의 이행을 기대할 수 없게 된다. 더구나 고객이 전혀 예상하지 못한 약관 조항이 일단 계약의 내용이 된다는 것은 사적자치의 원칙에 비추어 수긍하기도 어렵다. 이와 같은 문제점을 고려하여, 약관규제법의 의외조항의 통제방식에 대한 학설과 판례의 태도를 고객 보호의 관점에서 검토할 필요가 있다.

제2절 해석통제상의 문제점

1. 개관

약관해석의 원칙으로 신의성실의 해석원칙, 객관적·통일적 해석원칙, 고객우리의 해석원칙을 든다. 신의성실의 원칙은 민법의 일반적인 해석원칙이지만, 약관규제법은 이를 따로 규정하였다. 객관적·통일적 해석원칙은 고객의 개별적이고 구체적인 사정을 고려하지 않는다. 고객우리의 해석원칙은 약관의 해석통제에서

³⁶⁷⁾ 이러한 조항을 의외조항 또는 기습조항이라고 한다.

가장 고객 보호에 근접한 원칙으로 볼 수 있다. 본 절에서는, 약관규제법이 해석 원칙으로 신의성실의 해석원칙을 별도로 규정한 의미는 무엇인지 탐구할 필요성이 있음을 밝힌다. 다음으로 객관적·통일적 해석원칙에 따른 해석방법이 고객 보호와 불일치하는 문제점을 도출한다. 마지막으로 고객우리의 해석원칙의 해석방법과 다른 해석원칙과의 관계에서 파생되는 문제점을 도출한다.

2. 신의성실의 해석원칙의 문제점

기업은 이윤추구에 목표를 두고 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 최대한 자신에게 유리하게 약관을 작성하고자 하는 속성이 있다. 따라서 약관을 해석할 때는, 약관작성자가 사업자라는 점, 사업자와 고객이 경제적으로 불평등하다는 점, 약관의 해석으로 인하여 장래 다수의 고객이 피해를 입을 가능성이 있다는 점 등을 고려하여야 한다. 신의성실의 원칙에 따른 공정한 해석이 약관 해석의 일반원칙임에는 이론이 없다. 다만 이를 두고 쌍방의 정당한 이익을 균형 있게 고려하라는 것이지 고객에 치우친 해석을 하여 공평한 대우의 정신을 포기하여서는 아니 된다는 견해가 있다.³⁶⁸⁾ 그러나 동규정의 ‘공정하게’라는 문언에 비추어 보면, 그것은 민법이 규정한 신의성실의 원칙보다 공평성과 타당성의 요구가 한층 강화된 해석원칙이라고 보아야 하는 것은 아닌지 검토해 볼 필요가 있다.

3. 객관적·통일적 해석원칙의 문제점

약관의 본질에 관하여 계약설에 따르는 경우 계약내용이 되는 약관에 대한 해석은 계약의 해석원칙, 즉 법률행위 의사표시의 해석원칙을 따라야 한다.³⁶⁹⁾ 그럼에도 종래 해석통제에 관한 이론은 규범설의 입장에서 약관의 본질을 파악하여 법규해석과 법률행위 해석의 방법을 구별하지 않고 객관적 해석원칙의 적용만을 강조하였다.³⁷⁰⁾ 그 결과 약관 조항을 해석할 때, 고객 개인의 구체적이고

368) 권영준, “자살과 재해사망보험금 지급에 관한 보험약관의 해석”, 「재산법연구」 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015, 220면.

369) 김상용, 앞의 책, 29면; 한삼인, 앞의 책(2011), 24면.

370) 약관의 해석과 법규의 해석은 ① 상대방의 이해가능성이 고려되는지, ② 전체의 이념에 따른

개별적인 사정이나 당사자의 의도 및 이해가능성을 고려하지 않고, 당해 법률행위의 형태로 볼 때 통상적으로 관련되는 거래계의 일반적인 이해만을 고려하여 전형적으로 해석하려고 한다.³⁷¹⁾ 이러한 해석방법은 고객과 사업자의 구체적인 관계나 분쟁에 개입된 모든 우연적인 사정을 고려대상에서 제외한다.³⁷²⁾ 이와 같이 객관적 해석원칙을 엄격히 적용하여 개별적 사안의 구체적인 사정을 전혀 고려하지 않는다면, 개별적 사정에 따라 특정 고객의 보호에는 충실하지 못할 수 있다. 적어도 객관적 해석원칙이라는 용어는 그 자체로 고객 보호라는 약관규제법의 입법목적에 정확하게 반영하고 있다고 단정하기 어렵다.³⁷³⁾ 이와 같이 객관적 해석원칙에 따른 해석방법이 고객의 이익포기를 강요하는 것은 아닌지, 고객 보호의 입장에서 문제점을 검토해 볼 필요가 있다.³⁷⁴⁾

4. 고객유리의 해석원칙의 문제점

(1) 해석의 방법

고객유리의 해석원칙은 약관 문언의 객관적 의미가 명확하지 않는 경우에, 그 표시된 문언의 해석을 고객에게 유리하도록 해석하는 방법이다. 고객유리의 해석원칙은 법률행위해석의 일반원칙과는 다른 특칙으로 고객 보호를 위한 약관규제법의 입법목적에도 부합하는 원칙이다. 그런데 불명확조항을 어떻게 해석하는 것이 고객에게 유리한 해석인가? 고객에게 유리한 해석은 통상 고객친화적인 해석이라고 할 수 있다. 고객친화적인 해석은 약관 조항의 효력으로 인하여 고객이 법률적 의미에서 가장 많은 이득을 취할 수 있는 해석을 말한다. 이를테면 사업자의 면책에 관한 약관 조항은 그 면책요건의 의미를 엄격하게 제한하는 것이

내재적인 통일성이 요구되는지, ③ 정의와 형평의 이념에 부합하는 균형점은 무엇인지에 따라 차이가 있다(이은영, 앞의 책, 146면).

371) 이은영, 앞의 책, 151면; 이를 두고 동일성유지의 원칙이라고 하는 견해도 있다(김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1226면).

372) 박창희, 앞의 논문, 218면.

373) 종래의 객관적 해석원칙에 대한 이해는 약관을 임의법과 동일시하는 규범설적 사고에서 완전히 탈피하지 못한 것이라고 한다(김진우, 앞의 논문(2011), 200면).

374) 약관의 본질에 대하여 계약설을 취하면서도 약관의 해석은 구체적·개별적 사건에서의 당사자의 의사의 확정이 아니라, 다수의 거래를 규율하는 통일적 거래조건의 의미를 확정하는 것으로 사실상 규범 창출 유사의 기능을 한다는 견해가 있다(손지열, 앞의 책, 328면).

고객에게 유리하고, 고객의 계약 해제·해지권 및 책임에 관한 약관 조항은 그 사유를 폭넓게 인정하는 것이 고객에게 유리한 결과가 된다.³⁷⁵⁾ 결국 고객유리의 해석원칙에서 규정하는 ‘고객에게 유리한 해석’이란 해석의 방법에 관한 것이 아니라 해석의 결과가 무엇인지에 관한 것이다.³⁷⁶⁾

독일의 학설과 판례는 고객유리의 해석원칙의 적용에 관하여 고객에게 가장 불리한 해석을 취하여 약관내용을 정하고 그것이 불공정성통제에 따라 무효가 되는 것이 더 유리한 결과가 될 수 있음을 고려한다. 따라서 객관적 해석 후 바로 고객에게 유리한 해석이 무엇인지 판단하지 않고, 절차를 구분하여 고객에게 가장 불리한 해석을 하여도 불공정한 조항으로 무효가 되지 않는 경우에만 고객에게 가장 유리한 해석방법이 무엇인지를 판단하여 약관의 내용을 결정한다고 한다.³⁷⁷⁾ 우리 학설도 약관의 뜻이 둘 이상으로 해석 가능하여 고객에게 유리하게 해석하면 유효가 되고, 불리하게 해석하면 불공정성통제에 의하여 무효가 되는 경우에, 고객에게 불리하게 해석하여 이를 무효화하고 임의법규로 보충하는 것이 약관규제법 제5조 제2항의 취지에 부합한다고 설명하기도 한다.³⁷⁸⁾

이상의 논의를 통해 고객에게 유리한 해석의 의미를 구체화하기 위해서 고객유리의 해석원칙에 관한 판결을 살펴보고, 그 의미를 명확히 할 필요가 있다.

(2) 다른 해석원칙과의 관계

불명확조항을 고객에게 유리하게 해석하려면 그 전제로 약관 조항의 해석에 있어 실제로 불명확한 점이 존재하여야 하고, 구체적인 사건에서 명확한 해석이 불가능하다는 판단이 선행되어야 한다. 판례는 고객 보호의 측면에서 약관내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 고객에게 유리하게, 약관 작성자에게 불리하게 제한해석하여야 한다고 한다.³⁷⁹⁾

375) 약관규제법의 불공정성통제에 관한 개별적 조항들은 이러한 점에서 약관의 해석원칙인 고객유리의 해석원칙과도 관련이 있다.

376) 김진우, 앞의 논문(2011), 196면.

377) 이병준, “서비스이용자의 위반행위에 대한 제재와 불명확조항해석의 원칙”, 「민사판례연구」 제35권, 민사판례연구회, 박영사, 2013. 2, 372-373면.

378) 장경환, 앞의 논문(1990. 2), 87면; 손지열, 앞의 책, 340면; 이은영, 앞의 책, 198면.

379) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005다35226 판결; 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다72093 판결; 대법원 2011. 8. 25. 선고 2009다79644 판결.

그런데 다른 해석원칙과 고객우리의 해석원칙의 관계는 어떠한가? 대체로 우리 학설은 객관적 해석을 거치고도 아무런 결과가 도출되지 않는 경우에, 비로소 고객우리의 해석원칙을 보충적으로 적용하여 작성자에게 불이익하게 해석한다.³⁸⁰⁾ 판례는 고객우리의 해석원칙은 신의성실의 해석원칙과 객관적·확일적 해석에 의한 해석통제를 거친 다음 단계에서 살피게 된다고 한다.³⁸¹⁾ 이와 달리 독일의 일부 견해는 고객우리의 해석원칙은 보충성을 가지는 것이 아니라, 다른 해석원칙에 같음하여 적용되고, 해석의 여지가 존재하는 때에는 항상 고객에게 유리하게 해석하여야 한다고 본다.³⁸²⁾

위와 같은 논의를 중심으로, 고객의 개별적 사정을 고려하지 않는 객관적 해석원칙보다 고객우리의 해석원칙을 먼저 적용하는 것이 고객 보호의 입장에서 더 바람직한 것은 아닌지 검토해 볼 필요가 있다.

제3절 불공정성통제상의 문제점

1. 개관

불공정성통제의 경우, 구체적인 개별 계약을 전제로 약관 조항의 불공정성 여부를 판단하고, 그 결과 계약당사자의 권리의무관계가 확정된다. 일반적 통제는 약관규제법 제6조에 의하는데, 이것만으로는 불공정성 판단의 대상과 기준을 명확하게 파악할 수 없다. 불공정성통제의 효과는 불공정한 약관 조항을 무효로 한다. 그러나 사업자는 그 무효로 인하여 일반부당이득법리 이상의 책임을 지지 않아, 사업자가 불공정한 약관 조항을 사용하는 것을 억제하는 효과가 미약하다.

본 절에서는 일반적 통제에 관한 제6조를 검토하여 그 규정체계와 불공정성통제의 판단 대상·기준·효과에 대한 문제점을 도출한다. 이어서 개별적 통제에 관

380) 김진우, 앞의 논문(2011), 197면; 권영준, 앞의 논문, 234면.

381) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다81633 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009다51318 판결.

382) Uta Rausch, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Italien, Ein Vergleich zum deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung der EU-Richtlinie 93/13 über missbräuliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Dr. Kovač, 2004, S.176.

한 약관규제법의 규정 중에서, 고객 보호와 특별한 관련을 갖는 제8조, 제9조 제6호, 제13조, 제14조에 관한 문제점을 도출한다. 마지막으로 불공정성통제의 일반적 통제와 개별적 통제의 관계 및 제15조의 문제점을 파악하고, 일부무효의 특칙을 규정한 약관규제법 제16조의 문제점을 도출한다.

2. 일반적 통제의 문제점

(1) 규정체계

약관규제법 제6조 제1항은 약관의 공정성을 보장하는 기준으로 신의성실의 원칙을 명시하고 있다. 신의성실의 원칙은 거래 당사자에게는 상대방에 대한 이익배려의무를 전제로 한 행위규범이자, 법관에게는 당사자 간의 이익형량을 판단함에 있어 기준이 되는 재판규범의 성격을 갖는다.³⁸³⁾ 따라서 약관에 의한 계약이 아니더라도 민법상 신의칙에 의하여 계약의 양 당사자는 상대방의 정당한 이익을 침해하지 않을 의무를 지고 그에 어긋난 권리를 행사하여서는 아니 된다.

그럼에도 약관규제법이 해석통제에 이어 불공정성통제에도 특별히 신의칙을 따로 규정한 이유는 무엇인가? 약관규제법 제6조 제2항은 공정성을 잃은 것으로 추정되는 약관의 내용을 예시하고 있다.³⁸⁴⁾ 약관을 사용하는 사업자는 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항을 정하는 등의 방법으로 고객의 이익을 침해하지 않도록 주의를 기울여야 하고, 고객의 정당한 기대를 반영하여 약관을 작성해야 한다. 또한 사업자는 약관에 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항을 두어, 고객에게 불평등한 지위를 강요할 수 없다. 원칙적으로 무효를 주장하는 고객이 약관 조항이 불공정하다는 사실을 증명해야하지만, 약관의 불공정성통제는 기본적으로 사업자와 고객의 이익형량에 기초하는 것이므로 경제적 약자인 고객의 입장을 고려하여 적어도 약관규제법 제6조 제2항에 해당하는 경우라면 사업자가 공정성에 대한 증명책임을 지도록 하였다.³⁸⁵⁾

383) 광윤직, 「민법총칙」 제7판, 박영사, 2002, 61면.

384) 이은영, 앞의 책, 183-184면.

그런데 약관규제법의 위와 같은 예시에 해당하는 약관 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정될 뿐이지, 그 내용이 신의성실의 원칙을 위반하는 것이라고 명시적으로 규정하고 있지 않다. 법문대로라면 공정성을 잃은 것으로 추정되는 조항도 신의성실의 원칙에 위반되는지 여부를 다시 판단해야 하는지 문제가 된다. 위와 같은 결과는 불공정성통제의 심사를 어렵게 하여 고객 보호에 미흡할 수 있다. 따라서 약관규제법 제6조 제1항과 제2항의 규정체계에 대한 개선방안은 없든지 고객 보호의 관점에서 살펴볼 필요가 있다.

(2) 불공정성통제의 판단 대상과 기준

약관규제법 제6조 제2항 제1호는 고객에게 부당하게 불리한 조항을 계약의 내용으로 하는 것을 금지한다.³⁸⁶⁾ 제2호는 사업자가 고객에게 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 일정한 신뢰를 유발하고 나서 이를 배반하는 내용의 약관 조항, 이른바 ‘의외조항’을 계약의 내용으로 하는 것을 금지한다. 제3호는 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항을 계약의 내용으로 하는 것을 금지한다.³⁸⁷⁾

약관규제법은 특별히 불공정성통제의 대상에 제한을 두고 있지 않다. 그럼에도 학설은 계약의 상대방 결정, 급부 자체, 가격 합의 및 대가관계의 결정 등에 관한 내용은 계약자유의 원칙과 시장경쟁질서에 비추어 불공정성통제의 적용 대상이 되지 않는다고 한다.³⁸⁸⁾ 이와 달리 판례는 근저당권설정비용부담에 관한 약관 조항을 불공정성통제의 대상으로 삼은 경우도 있다.³⁸⁹⁾

한편 불공정성통제의 기준에 관하여, 해석통제처럼 고객의 개별적인 사정은 고

385) 손지열, 앞의 책, 357면.

386) 민법 제104조의 불공정한 법률행위와 약관규제법의 ‘부당한 불이익’은 그 기본사상은 같이 하나 그 요건 면에서 전자는 당사자의 궁박, 경솔, 무경험을 주관적 요건으로 하고 ‘현저하게 공정을 잃을 것’을 객관적 요건으로 함에 반하여, 후자는 열위적 지위에 있는 고객에게 따로 주관적 요건을 필요로 하지 않고, 객관적 요건도 전자의 그것에 미치지 않는 ‘부당하게 불리할 것’정도에 그치는 점에서 차이가 있다(같은 취지로 이은영, 앞의 책, 187면).

387) 본질적 권리는 반드시 주된 급부에 한정되지 않으며 경우에 따라서는 종된 급부도 그에 해당할 수 있다(손지열, 앞의 책, 352면; 이은영, 위의 책, 186-190면; 이종순, “약관에 대한 내용통제-보험계약상 면책조항을 중심으로-”, 「전북법학논집」 제1권, 전북대학교 법학연구소, 2000, 360면).

388) 손지열, 위의 책, 345면; 최병규, 앞의 논문(2015. 8), 188-191면.

389) 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결 참조.

객과 사업자의 이익을 형량 하는 과정에서 고려되어서는 안 되고, 고객집단의 평균적이고 전형적인 이익을 기준으로 판단하여야 한다는 견해가 있다.³⁹⁰⁾ 이와 같은 견해에 따르면 고객의 개별적인 사정을 전혀 고려하지 않아, 고객 보호에 미흡한 점이 생길 수 있다. 판례는 고객에게 부당하게 불리한 조항인지 여부에 대하여, 그 약관 조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하고 있다.³⁹¹⁾

위와 같이 약관규제법 제6조 제2항의 규정만으로 불공정성통제의 대상과 기준이 무엇인지 파악하는 것은 쉽지 않다.³⁹²⁾ 따라서 불공정성통제의 대상을 확정하고 불공정성통제의 기준에 관한 약관규제법의 문제점을 해결하여, 법적 안정성과 고객의 예측가능성을 담보할 수 있는 개선방안은 없는지 검토할 필요가 있다.

(3) 불공정한 약관의 효과

약관규제법이 정하고 있는 불공정성통제에 관한 규정은 경제적 약자를 보호하기 위한 사회정책적 목적에서 입법된 것이므로, 강행법규라 보아야 한다. 불공정성통제로 무효가 된 약관 조항은 계약내용을 형성하지 못한다. 그러한 무효는 실체법상 당연 무효로 처음부터 없었던 것으로 취급된다. 불공정한 약관 조항으로 무효라는 주장은 고객뿐만 아니라 사업자도 할 수 있다. 법률관계의 명확성을 위하여 누구라도 무효주장을 할 수 있도록 하는 것이 타당하기 때문이다. 강행법규에 위반되어 무효임을 알면서 스스로 그러한 법률행위를 한 자가 나중에 그 법률행위를 무효라고 주장하는 것을 배척한다면, 강행법규로 금지하려고 했던 것이 실현되는 결과가 되어 그 입법취지가 몰각될 것이다.³⁹³⁾

390) 이은영, 앞의 책, 185면.

391) 대법원 2008. 12. 16.자 2007마1328 결정; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2013다210657 판결.

392) 본래 계약의 '공정'이라는 개념은 추상적이고 불확정적인 개념일 수밖에 없어 뚜렷한 기준이 없는 종합적인 검토를 통하여 판단할 수밖에 없다(박득배, "계약법리에 관한 일고찰-자기결정을 중심으로-", 「법학논총」 제33집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2016, 291면).

393) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다1601 판결; 이은영, "약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여", 「외법논집」 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010, 201면; 다만 그러한 약관 조항에 기한 급부가 불법원인급여가 되는 경우라 하더라도 약관 작성자인 사업자의 불법이 고객의 그것보다 크다고 보아 민법 제746조 단서가 적용되어야 한다.

불공정한 약관으로 무효가 된 계약내용에 대하여는 약관규제법 제16조의 적용을 받는 외에는 무효에 관한 일반 원칙에 따른다. 따라서 불법원인에 기한 급부가 아닌 이상 일반부당이득의 법리에 의하여 이미 이행한 부분은 부당이득으로 반환하여야 하고, 계약 전체가 무효가 되면 고객은 사업자에게 민법 제535조 소정의 계약체결상 과실책임을 물을 수 있다.³⁹⁴⁾ 사업자의 부당한 약관 조항으로 인하여 고객이 손해를 입은 경우, 사업자는 계약책임과 경합하여 불법행위에 기한 손해배상의무를 져야 하고, 공정거래위원회로부터 행정적 제재를 받을 수 있다.³⁹⁵⁾

그런데 약관규제법을 위반하여 체결된 계약에 대하여 일반부당이득의 법리로만 해결하는 것이 과연 고객에게 공평한 것인가라는 의문이 든다. 왜냐하면 사업자의 경제적 우위에 비추어 보면 불공정한 약관에 의한 위법성은 일반 법률행위에서의 그것과는 달리 보아야 할 필요가 있기 때문이다. 이와 더불어 불공정한 약관의 작성경위, 피해를 입은 고객의 수, 피해모습, 피해를 입게 된 경위, 사업자의 부당한 이익 등을 종합적으로 고려하여, 사업자에게 고객이 실제로 입은 손해 이상을 배상할 책임을 질 수 있도록 하는 징벌적 손해배상제도의 도입이 필요한 것은 아닌지 검토해 볼 필요가 있다.

3. 개별적 통제의 문제점

(1) 부당한 손해배상액의 예정 금지

약관규제법 제8조는 고객에게 과중한 지연 손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 약관 조항을 상대적 무효조항으로 규정하고 있다. 약관에 의한 계약에서 민법 제398조³⁹⁶⁾와 같은 손해배상의 예정을 무제한 허용하면, 경제적 약자의 지위에 있는 고객을 부당하게 압박하여 가혹한 결과를 초래할 수 있다. 약관규제법

394) 이은영, 앞의 책, 193-195면; 한삼인, 앞의 논문(2005), 392-393면.

395) 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1230면; 정광수, 앞의 책, 203-204면.

396) 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조는 분쟁의 사전방지와 채무이행의 확보를 목적으로 제정민법에서부터 있던 규정이다. 동조에 의해 채권자는 채무불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정할 수 있다. 이를 통해 채권자는 손해의 발생사실과 손해액을 증명할 필요가 없고, 채무자는 실제로 손해발생이 없다거나 손해액이 예정액보다 적다는 것을 증명하더라도 그 지급을 면할 수 없다(지원림, 앞의 책, 1111면 참조).

제8조의 규정상 문제점을 민법 제398조의 규정과 비교하여 보면 다음의 몇 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 약관규제법 제8조에 규정된 ‘지연 손해금 등의 손해배상 의무’에는 원칙적으로 채무불이행에 관한 손해배상액 예정 및 금전채무불이행에 대한 지연손해, 위약금으로 약정된 손해배상금 등이 포함되나, 위약벌도 포함되는지가 문제된다. 둘째, 민법 제398조 제2항과 마찬가지로, 약관규제법 제8조에 반하는 부당하게 과중한 배상의무를 법원이 적당히 감액할 수 있는지가 문제된다.³⁹⁷⁾ 셋째, 약관규제법 제8조의 ‘부당하게 과중한’의 의미와 민법 제398조 제2항의 ‘부당히 과다한’의 의미가 동일한 것인지가 문제된다.

위와 같은 문제점을 중심으로 약관규제법 제8조의 해석과 판례를 검토하여, 고객 보호의 관점에서 그 타당성을 살펴볼 필요가 있다.

(2) 계속적인 계약의 해제·해지

약관규제법 제9조 제6호는 계속적인 계약에서 그 존속기간을 부당하게 단기 또는 장기로 하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항을 무효로 하고 있다. 그러나 어떤 경우가 부당하게 단기 또는 장기인지에 대하여는 명시적인 규정이 없다. 결국 부당하게 단기 또는 장기라는 평가개념은 개별적으로 판단할 수밖에 없는 것이어서, 이는 법적 안정성에는 반할 뿐만 아니라 고객 보호에도 미흡한 결과가 생길 수 있다.³⁹⁸⁾ 판례는 정유사업자의 석유제품공급계약의 경우, 고객이 무상으로 주유기를 사용하는 점을 고려하여, 그 존속기간을 주유기 등의 시설물 대여계약 기간인 5년으로 정한 것은 계약의 존속기간을 부당하게 장기로 정한 것이 아니어서 약관규제법 제9조 제6호에 해당하지 않는다고 하였다.³⁹⁹⁾

397) 판례는 분양계약의 미체결을 이유로 분양용지의 공급가액의 10%에 해당하는 분양신청금을 일방적으로 사업자에게 귀속시키는 약관 조항에 대하여, 당첨자인 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 약관 조항으로 무효라고 하였는데(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다30082 판결), 그와 유사한 사안에서 손해배상액의 예정액을 1/3로 감액한 원심의 판단이 정당하다고 판시한 것도 있어(대법원 1994. 10. 25. 선고 94다18140 판결), 손해배상액 예정에 관한 약관 조항의 효력에 관하여 판례가 일관적이지 않은 것처럼 보인다.

398) 손지열, 앞의 책, 379면; 이은영, 앞의 책, 283면.

399) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2013다75441 판결.

위와 같은 규정의 추상성으로 말미암아, 고객은 어느 정도의 기간이 유효한지 예측하기 어렵고, 소송에서 패소한 경우에는 예측하지 못한 기간에 대한 이행책임을 감수해야한다. 따라서 고객 보호의 관점에서 약관규제법 제9조 제6호의 규정이 적절한지에 대한 검토가 필요하다.

(3) 대리인의 책임 가중

약관규제법 제13조는 고객의 대리인에게 이행책임을 부담시키는 약관 조항을 절대적 무효로 규정한다. 동조는 사업자가 우월한 지위를 남용하여, 분쟁해결을 위한 구제장치를 미리 확보하는 것을 제한하기 위한 것이다. 여기서 대리인이란 계약대리인을 의미한다는 것이 일반적이다.⁴⁰⁰⁾ 따라서 대리인이 스스로 연대채무자나 보증인이 되는 것을 약정한 경우, 그러한 약정이 비록 약관에 명시되어 있더라도 사업자와 대리인 사이에 체결된 독립한 합의로 보아야 하고, 이에 대하여 약관규제법 제13조는 적용되지 않는다고 한다.⁴⁰¹⁾ 판례도 자기의 이름으로 사업자(축산업유통사업단)의 입찰에 참가하고, 사업자와 미국회사인 고객 사이에서 모든 연락업무를 수행하는 등 계약의 이행과정에 관여한 국내대리점의 경우 약관규제법 제13조 소정의 단순한 ‘계약체결의 대리인’의 지위를 넘어 ‘이행보조자’의 지위도 겸하고 있다고 보여지므로, 입찰안내서의 수입조건 중 공급자와 국내대리점의 보상의무를 규정한 조항은 약관규제법 제13조에 위반되지 않는다고 하여 본조에 규정된 ‘대리인’을 계약대리인으로 한정하여 축소해석하고 이행보조자는 이에 포함되지 않는 것으로 판단하였다.⁴⁰²⁾

그런데 학설과 판례의 태도처럼 대리인의 범위를 계약대리인으로 한정하여 해석하면, 고객과 동일시할 수 있는 지위인 고객의 법정대리인이나 피용자 등은 이행보조자가 되어, 위와 같은 약관 조항에 따라 예측할 수 없는 불이익을 감수하게 된다. 이와 같은 학설과 판례의 해석을 검토하여 고객 보호의 관점에서 약관규제법 제13조의 의미를 살펴볼 필요가 있다.

400) 이은영, 앞의 책, 346면.

401) 손지열, 앞의 책, 396면; 윤진수, 앞의 논문, 355면.

402) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98두17494 판결.

(4) 부당한 소송제기의 금지

약관규제법 제14조는 소송제기 등과 관련하여 약관 조항에 부당하게 불리하게 고객의 소송제기를 금지하거나 재판관할합의를 하는 경우 및 상당한 이유 없이 고객에게 소송상 증명책임을 부담시키는 경우, 이를 무효로 한다. 부제소합의⁴⁰³⁾는 당사자의 자유로운 의사에 기하는 이상 계약자유 원칙에 따라 유효하고, 개별약정의 형식으로도 이루어질 수도 있다.⁴⁰⁴⁾ 그러나 부제소합의가 약관 조항에 포함되면 고객은 이를 예상하지 못하는 경우가 많다. 판례도 약관으로 인정된 동의서에 기재된 ‘위 임대차계약과 관련하여 어떠한 민사상 청구를 하지 않는다’라는 취지의 조항은 약관규제법 제14조 제1호에 해당하여 무효라고 보았다.⁴⁰⁵⁾ 약관규제법 제14조의 문제점은 다음의 몇 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 약관에 중재합의에 관한 조항을 두는 경우, 그 효력이 문제된다. 이에 관하여 학설은 약관 조항에 의한 중재합의는 원칙적으로 무효라는 견해⁴⁰⁶⁾와 중재가 항상 고객에게 불리한 것은 아니라는 이유로 분쟁을 중재합의로 해결한다는 약관 조항은 유효하다는 견해⁴⁰⁷⁾가 대립한다. 둘째, 사업자가 약관에 자신에게 편리한 관할합의조항을 두는 경우⁴⁰⁸⁾가 많은데도, 고객은 관할합의에 관한 약관 조항을 불공정성통제로 다투어야 한다. 차라리 약관규제법상의 분쟁해결은 처음부터 전속관할법원에 의하여 이루어지는 것이 바람직한 것은 아닌지 검토할 필요가 있다. 셋째, 사업자가 고객에게 증명책임을 전가하는 약관 조항은 계약법의 일반원칙에 비추어 보아도 이례적인 경우이다. 그런데 약관규제법 제14조 제2호는 이를 상대적 무효로 규정할 뿐이어서, 사업자에게 항변의 여지를 두고 있다. 따라서 제14조 제2호의 규정형식에 개선방안은 없는지 살펴볼 필요가 있다.

403) 원칙적으로 채권자는 소를 제기하여 채무의 이행을 청구할 수 있으나, 예외적으로 소구가 불가능한 채권이 있다. 특히 당사자 사이에 소를 제기하지 않기로 하는 ‘부제소합의’가 있는 경우 법원은 이에 반한 소제기에 대하여 권리보호의 이익이 없어 각하판결을 한다(대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결).

404) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013다32246 판결 참조.

405) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다32512, 32529, 32536 판결.

406) 손지열, 앞의 책, 398-399면; 이은영, 앞의 책, 357면; 무효로 보는 견해는 우리 입법상 소비자 중재에 관한 보호 장치가 미비하고 소비자중재의 실효성이 검증되지 않는 상황에서는 약관 조항의 중재합의는 무효로 보는 것이 타당하다는 것이다(이병준, “약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성”, 「중재연구」 제24권 제1호, 한국중재학회, 2014. 3, 130면).

407) 윤진수, 앞의 논문, 357면; 대법원 2001. 10. 12. 선고 99다45543, 45550 판결 등 참조.

408) 이를테면 ‘사업장소재지를 관할하는 법원’, ‘서울중앙지방법원’ 등으로 정하는 약관 조항이다.

4. 기타 불공정성통제상 문제점

(1) 일반적 통제와 개별적 통제의 관계

약관규제법은 불공정성통제의 단계에서 일반조항과 개별금지조항을 적용하는 순서에 대하여 특별한 규정을 두지 않고 있다. 학설은 일반적으로 약관 조항의 불공정성이 의심되는 경우에, 개별금지조항에 위반되는지 여부를 심사하고, 개별금지조항이 적용되지 않는다면, 제6조의 일반조항을 적용한다.⁴⁰⁹⁾ 그런데, 개별금지조항의 적용 결과 무효로 되지 않은 경우에 다시 일반조항을 적용하여 무효로 할 수 있는지에 대하여 견해가 대립한다. 긍정설은 개별금지조항에 위반되면 그것으로 무효가 되고, 만약 개별금지조항에 포섭되지 않거나 위반되지 않는 경우, 개별금지조항이 반드시 일반조항의 평가기준에서 독립된 규정은 아니므로 다시 일반조항에 의한 심사가 이루어져야 한다고 한다.⁴¹⁰⁾ 제한적 긍정설은 상대적 무효조항은 제6조에 의한 심사대상이 되지 않지만, 절대적 무효조항은 제6조에 의한 심사대상이 되어 이중의 통제 과정을 거쳐야 한다고 한다.⁴¹¹⁾ 판례는 “한편 구 신탁법 제58조는 ‘신탁의 해지에 관하여 신탁행위에 특별한 정함이 있는 경우에는 전 제2조의 규정에 불구하고 그 정함에 의한다’라고 규정하고 있는바, 같은 법 제56조와는 다른 내용으로 당사자가 특약을 한 경우 그 약관 조항은 같은 법 제58조에 따른 것으로서 구 약관규제법 제9조 제1호 소정의 ‘법률의 규정에 의한 고객의 해지권을 배제하거나 그 행사를 제한하는 조항’에 바로 해당하는 것이 아니므로, 원심이 이 사건 조항이 구 약관규제법 제9조 제1호에 해당하여 무효라고 판단한 것은 잘못이지만, 앞서 본 바와 같이 이 사건 조항이 구 약관규제법 제6조 제1항에 해당하여 무효인 이상 원심의 위 잘못은 판결 결과에 영향이 없다”라고 하여,⁴¹²⁾ 문제된 약관 조항이 절대적 무효조항인 약관규제법 제9조 제1호에 바로 위배되는 것은 아니라도 일반조항에 의하여 무효라고 판단할 수 있다고 보았으므로, 명시적이지는 않지만 적어도 부정설을 취하고 있지는 않다. 위와 같은

409) 이은영, 앞의 책, 190면; 윤진수, 앞의 논문, 335면.

410) 권오승, 앞의 책(2015), 576면.

411) 이은영, 앞의 책, 191-192면; 최병규, 앞의 논문(2013. 12), 136면.

412) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다1272 판결.

논의를 중심으로, 약관규제법의 일반조항과 개별조항의 관계에 대한 학설과 판례의 태도를 검토할 필요가 있다.

(2) 불공정성통제의 적용제한

약관규제법 제15조는 국제적으로 통용되는 약관이나 기타 특별한 사정이 있는 약관으로 대통령령이 정하는 경우에는, 불공정성통제에 관한 제7조에서 제14조까지 규정의 적용을 조항별·업종별로 제한할 수 있도록 규정한다.⁴¹³⁾ 이에 따라 약관규제법 시행령은 약관규제법 제7조에서 제14조까지의 규정이 적용되지 않는 약관으로, 국제적으로 통용되는 운송업, 금융업, 보험업 및 무역보험법에 따른 무역보험에 해당하는 업종의 약관을 열거하고 있다. 다만 이러한 약관에 대하여도 편입통제와 해석통제에 관하여는 여전히 약관규제법의 통제를 받게 된다. 판례도 계약의 준거법이 외국법이라고 하여도, 약관의 설명의무에 관하여는 우리나라의 약관규제법이 적용된다고 하여, 사업자가 고객이 약관의 내용을 잘 알고 있었음을 증명하면 설명의무가 면제된다고 한다.⁴¹⁴⁾

그런데 약관규제법의 개별금지조항의 적용이 배제되는 업종에 대하여, 약관규제법 제15조는 명확하게 약관규제법 제6조의 적용을 배제하고 있지 않다. 그럼에도 학설은 이러한 업종의 약관에 대하여, 제6조의 일반조항을 적용할 것인지에 관하여, 일반조항에 규정된 신의성실의 원칙을 중요시하여 제6조가 적용된다는 적용긍정설⁴¹⁵⁾과 약관규제법 제15조의 적용배제 조항에 제6조를 포함하지 않는다면, 제15조의 규정은 의미 없는 규정이 된다는 이유로 제6조가 적용되지 않는다는 적용부정설⁴¹⁶⁾이 대립하고 있다. 판례는 수출신용보증약관에 대하여 약관규제법 및 동법 시행령에 따라, 약관의 구체적 무효사유를 규정한 약관규제법 제7조에서 제14조까지의 규정이 적용되지 않는다면, 제6조 역시 적용할 수 없다고

413) 본조는 불공정성통제의 개별금지조항은 입법당시 국내의 전형적인 거래에 존재하던 불공정한 약관 조항의 사례를 기초로 하여 이를 예시적으로 열거한 규정이므로, 국제거래나 특별한 사정이 있는 특수한 분야의 거래에서는 적합하지 못한 경우가 있을 수 있음을 고려한 것이다(최세련, “해상운송계약에서의 약관규제법의 적용”, 「한국해법학회지」 제31권 제1호, 한국해법학회, 2009, 81면).

414) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결 참조.

415) 손지열, 앞의 책, 341면; 이은영, 앞의 책, 361-362면.

416) 손주찬, 앞의 논문, 630면.

하여 적용부정설의 입장을 취하고 있다.⁴¹⁷⁾ 그런데 적용부정설을 취하게 되면, 개별금지조항을 적용할 수 없는 약관 조항에 대하여는 더 이상 불공정성통제로 규율할 수 없어, 국제적으로 통용되는 약관에 대하여 고객 보호에 중대한 흠결을 초래하는 것은 아닌지 문제된다. 이상의 논의를 중심으로 불공정성통제의 적용 제한에 관한 약관규제법 제15조의 규정을 검토할 필요가 있다.

(3) 일부 무효의 특칙

약관규제법 제16조 본문은 약관의 전부 또는 일부 조항이 명시 및 설명의무 위반으로 계약에 편입되지 못하거나 불공정성통제에 의하여 무효가 되는 경우에, 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다고 규정한다. 또한 동조 단서는 “유효한 부분만으로는 계약의 목적 달성이 불가능하거나 그 유효한 부분이 한쪽 당사자에게 부당하게 불리한 경우에는 그 계약은 무효로 한다”라고 규정한다. 동조 본문은 약관 조항의 무효는 일부무효가 원칙임을 명시한 것으로 민법 제137조에 대한 특칙이다. 판례도 법률행위 일부가 강행법규인 효력규정에 반하여 무효가 되는 경우에, 개별 법령이 일부무효의 효력에 관한 규정을 두고 있으면 그에 따라야 한다고 한다.⁴¹⁸⁾ 약관규제법 제16조의 체계상 계약 전부가 무효임을 주장하는 자가 증명책임을 지게 된다.⁴¹⁹⁾

약관규제법 제16조의 적용요건과 그 효과에 대한 설명과 더불어 종래 논의되어 온 것은 두 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 약관규제법 제16조의 규정이 무효로 된 약관 조항에 대응하는 계약내용의 보충방법을 명시하고 있지 않기 때문에, 계약의 내용이 된 약관이 무효가 되는 경우에, 무효인 부분에 상응하는 계약내용

417) 제6조 적용부정설은 약관규제법상 개별금지조항의 적용이 배제되는 경우에 일반조항으로 불공정성통제를 하게 되면 약관규제법 제15조의 입법취지가 몰각된다는 것이다(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다52202 판결; 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000다50299 판결; 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다9038 판결 등 참조).

418) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다2199 판결. 동 판결은 구 상호신용금고법의 효력규정에 위배하는 합의가 무효라 하더라도 서민과 소규모 기업의 금융편의를 위한 동법의 입법 목적의 취지를 고려하면 계약의 나머지 부분인 대출약정까지 무효로 할 수 없다고 하였다. 이는 민법 제137조가 적용되는 경우라 하더라도 나머지 부분을 무효로 하는 것이 당해 효력규정 및 그 법의 취지에 명백히 반하는 결과가 되는 경우에는 나머지 부분까지 무효가 된다고 할 수는 없다고 판단한 것이다(같은 취지로 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다23425 판결).

419) 최병규, 「약관규제법상 일부무효의 특칙에 관한 연구」, 『경제법연구』 제10권 제2호, 한국경제법학회, 2011. 12, 183면.

을 어떻게 정할 것인가에 관한 것이다. 둘째, 불공정성통제로 무효가 된 약관 조항에 이른바 효력유지적 축소해석⁴²⁰⁾이 가능한지 여부에 관한 것이다.

그런데 약관규제법의 내용통제로 계약내용에 공백이 생긴 경우 계약내용을 정하지 않으면 고객 보호에 흠결이 있을 수 있다. 또한 효력유지적 축소해석을 취하게 되면, 약관규제법에 저촉되는 부분만 무효로 보고, 저촉되지 않은 부분은 유효로 판단하는데, 이와 같은 방법이 반드시 고객에게 유리한 것인지 여부가 분명하지 않다. 따라서 위와 같은 논의에 대하여 고객 보호의 입장에서 살펴볼 필요가 있다.

제4절 기타 행정적 통제상의 문제점

1. 개관

약관규제법의 내용통제 방법은 공정거래위원회의 행정적 통제와 법원에 의한 사법적 통제라는 이원적 구조를 취하고 있다. 행정적 통제에 관한 약관규제법의 제규정은 공법인 행정법으로서의 성격을 다수 포함하고 있어 소위 경제법의 영역에도 속한다.⁴²¹⁾ 따라서 행정적 통제에 대한 접근은 물론 공법 등 다양한 영역에서 이루어질 수 있다. 추상적 내용통제방법인 행정적 통제의 절차에 관한 약관규제법의 규정상 문제점을 자세히 살펴보는 것은 후일의 연구과제로 미루어 두고, 본 절에서는 행정적 통제의 방법으로 불공정성의 판단 기준과 효과에 관한 문제점을 파악하고, 약관규제법과 소비자기본법에 규정된 집단적분쟁해결제도의 문제점을 도출한다.

2. 행정적 통제의 방법 및 효과의 문제점

420) 효력유지적 축소해석이란 어떤 약관 조항이 약관규제법상 구체적 내용통제의 대상이 되어 무효인 경우라 하더라도 ‘무효의 원인이 된 부당한 부분을 제외한 나머지 부분’에 대하여는 유효로 보는 해석방법이다.

421) 손지열, 앞의 책, 295면.

(1) 불공정성의 판단 기준

전술한 바와 같이 약관의 내용통제는 주체와 절차의 상이에 따라 행정적 통제와 사법적 통제로 나눌 수 있는데, 행정적 통제는 행정청에 의한 추상적 내용통제의 방법으로 이루어지고, 사법적 통제는 법원에 의한 구체적 내용통제의 방법으로 이루어진다. 약관규제법의 경우 구체적 분쟁을 대상으로 하지 않는 행정적 통제는 법원이 아닌 공정거래위원회가 이를 담당한다. 구체적 분쟁을 대상으로 하는 사법적 통제는 편입통제, 해석통제, 불공정성통제의 단계적 과정을 거치나, 공정거래위원회의 행정적 통제는 불공정성통제에 국한된다. 다만 공정거래위원회는 약관의 개별조항에 대한 심사는 물론 표준약관의 제정 및 개정에 대하여도 심사할 수 있다.

그런데 약관규제법은 제17조에서 제23조까지 약관의 규제에 관한 장을 따로 두면서, 동법 제17조에서 사업자가 제6조부터 제14조까지의 규정에 해당하는 ‘불공정약관조항’을 사용하는 것을 금지하고 있다.⁴²²⁾ 행정적 통제와 사법적 통제의 차이로 인하여 약관규제법 제6조에서 제14조까지의 ‘불공정’과 동법 제19조의3에서 규정하는 ‘불공정’의 의미는 서로 일치하지 않음에도, 이러한 규정형식은 마치 공정거래위원회의 행정적 통제와 법원의 사법적 통제의 기준이 동일하다는 인상을 준다.

은행에서 사용하는 근저당권설정비용부담주체에 관하여, 행정적 통제와 사법적 통제를 비교할 만한 두 개의 판결을 살펴본다. 전자의 판결⁴²³⁾은 문제된 약관 조항에 대한 공정거래위원회의 불공정 판단이 적법하다는 것이다. 후자의 판결⁴²⁴⁾은 공정거래위원회의 불공정 판단만으로, 문제된 약관 조항이 약관규제법 제6조에 반하는 불공정조항에 해당한다고 보기 어렵다는 것이다. 약관규제법 제17조의 범문에 비추어보면 위와 같은 양자의 판결은 서로 모순되는 것은 아닌가라는 의문이 든다. 이와 관련하여, 불공정성에 대한 공정거래위원회와 법원의 판단 기준을 비교하여, 약관규제법의 규정상 문제점을 해결할 방안을 모색할 필요가 있다.

422) 약관규제법 제17조.

423) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결.

424) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결; 대법원 2015. 1. 15. 선고 2014다201049 판결; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014다44659 판결 등.

(2) 행정적 통제의 효과

개별사건을 대상으로 하는 사법적 통제는 민사소송의 형태로 이루어지기 때문에 민사소송의 원칙상 소송 당사자 사이에 기판력 및 집행력이 미치게 된다. 이에 반해, 문제된 약관의 불공정성에 대한 공정거래위원회의 판단은 법원을 구속하지 못하고,⁴²⁵⁾ 공정거래위원회의 판단 결과에 따른 시정조치나 시정명령 등이 행정처분의 효력을 가질 뿐이다.⁴²⁶⁾ 시정조치명령이나 표준약관의 사용권장처분 등의 효력에 소급효가 있는지, 아니면 장래효만을 인정해야 할 것인지 여부가 문제된다. 이에 관해 공정거래위원회의 개정 표준약관의 사용권장처분이 소급효를 갖게 되면, 과거 사전심사 및 승인을 거쳐 시행되던 표준약관으로 체결된 거래의 효력을 처분청이 스스로 부정하는 결과가 되어, 사업자의 신뢰를 무너뜨리고 사업자에게 막대한 손실이 초래될 우려가 있다는 견해가 있다.⁴²⁷⁾

공정거래위원회는 불공정약관조항을 계약내용으로 하는 사용행위에 대하여 해당 사업자에게 소극적으로, 그 약관 조항의 수정·삭제 등의 시정명령만을 내릴 수 있을 뿐이고, 적극적으로 계약내용의 형성에는 개입할 수 없다.⁴²⁸⁾ 불공정약관에 대한 공정거래위원회 시정사례를 살펴보면 주로 계약 해제로 인한 환불에 관한 조항이나 위약금과 관련된 조항에 관한 것이 많고, 이에 대하여 약관규제법 제8조 또는 제9조 위반으로 판단하고 자진시정을 유도하여 왔다. 공정거래위원회의 그러한 조치는 소비자의 피해를 미연에 방지하는 긍정적인 역할을 담당하였다고 평가할 수 있다. 그러나 전술한 행정적 통제와 사법적 통제의 이원적 구조

425) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다17364 판결 등 참조; 이병준, “약관의 추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 관계-약관의 추상적 내용통제에서 확정된 약관의 무효를 개인의 개별적인 소송에서 주장할 수 있는가?-", 「재산법연구」 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012. 8, 163면.

426) 시정명령이나 사용권고 등은 행정청이 상대방에게 작위·부작위 등을 명하는 것으로 강학상 ‘하명’이라 할 수 있으며, 이에 따라 상대방인 사업자에게 일정한 공법상 의무가 발생한다. 또한 약관규제법은 벌칙규정을 두어 시정명령을 불이행하는 경우 사업자 등을 형사처벌하고, 표준약관의 부적절한 사용과 관련하여 일정한 경우 과태료를 부과하는 등 공정거래위원회의 행정처분에 강제력을 부여하고 있다. 또한 은행법 제52조 제3항·상호저축은행법 제18조의3에 따라 금융위원회는 은행·상호저축은행으로부터 신고, 보고 받은 약관을 공정거래위원회에 통보해야 하고, 공정거래위원회는 통보받은 금융약관을 심사하여 약관규제법에 위반되는 경우에는 시정을 요청할 수 있으며, 금융위원회는 특별한 사유가 없는 한 공정위의 시정요청에 응하여 시정에 필요한 조치를 해야 한다(여신전문금융업법 제54조의 3 및 자본시장과 금융투자업에 관한 법 제56조 등 참조).

427) 김진우, 앞의 논문(2014), 361면.

428) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두1604 판결 참조.

에서 발생하는 문제로 인하여, 공정거래위원회의 시정조치를 받은 약관 조항이라고 하여, 법원이 이를 반드시 불공정한 약관으로 판단할 수 없다는 문제점은 여전히 남는다.

위와 같은 문제점을 중심으로, 고객 보호의 관점에서 행정적 통제의 주체인 공정거래위원회의 권한을 강화할 필요성은 없는지 검토해 볼 필요가 있다.

3. 집단적 분쟁해결제도의 문제점

(1) 집단분쟁조정제도

불공정한 약관으로 인하여 고객이 피해를 입은 경우, 사업자가 임의로 그 보상을 하지 않는다면, 개별 고객은 피해회복을 위하여 스스로 법원에 제소하여 약관 조항의 효력에 대하여 다투어야 한다. 약관에 의한 거래의 특수성으로 인하여 동일한 피해가 다수의 고객에게 발생하는 경우가 많다. 그런데 그 피해가 소액이라면, 고객이 자신의 시간과 비용을 들여 스스로 번거로운 민사소송을 수행하리라 기대하는 것은 어렵다.⁴²⁹⁾ 더구나 고객은 법률전문가가 아니어서 약관 조항의 불공정한 면을 발견하기도 어렵다.

재판 외의 방법으로 불공정한 약관 또는 이와 유사한 약관과 관련된 분쟁을 조정할 수 있는 기관으로 한국공정거래조정원에 약관 분쟁조정협의회가 있다.⁴³⁰⁾ 불공정약관조항으로 피해를 입은 고객은 분쟁조정협의회에 분쟁조정신청이 가능하다.⁴³¹⁾ 분쟁당사자 간에 조정이 성립되면, 작성된 조정조서와 동일한 내용으로 합의가 성립된 것으로 본다.⁴³²⁾ 그런데, 다수의 고객이 피해를 입는 경우를 고려하여, 약관규제법 제28조의2는 분쟁조정 특례를 두어 집단분쟁조정제도를 마련하고, 일괄적인 분쟁조정이 가능하도록 하였다. 약관규제법의 집단분쟁조정제도는 본래 소비자기본법의 집단분쟁조정제도⁴³³⁾를 모범으로 하여 도입된 것이

429) 김건식, “공정거래관련 집단분쟁조정제도에 관한 연구”, 「서울법학」 제21권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014, 75-76면; 김상찬·이충은, “집단소비자분쟁조정제도에 관한 연구”, 「중재연구」 제19권 제1호, 한국중재학회, 2009, 100면.

430) 약관규제법 제24조.

431) 약관규제법 제27조.

432) 약관규제법 제28조 제1항.

다.⁴³⁴⁾

집단분쟁조정제도와 같이 다수 고객의 피해를 회복하기 위한 정책적 제도 자체는 고객 보호의 관점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 그러나 조정제도는 조정안의 수락을 강제할 수 없는 본질적인 문제를 안고 있다. 또한 조정개시공고⁴³⁵⁾와 같은 절차는 조정제도의 비밀원칙에 반하는 것으로 집단분쟁조정제도의 활용에 걸림돌이 된다.⁴³⁶⁾ 또한 사업자는 다수의 고객의 피해회복을 대상으로 하는 집단분쟁조정에 부담을 느낀다. 결국 조정이 성립되지 않아,⁴³⁷⁾ 고객과 사업자가 민사소송으로 분쟁을 해결하게 되면 애써 마련한 제도가 고객의 피해회복을 장기화시키는 것에 불과한 무의미한 제도가 된다는 문제점이 생긴다.

(2) 소비자단체소송

약관에 의한 피해에 한정된 것은 아니나, 소비자기본법은 일정한 요건을 충족하는 단체라면, 사업자가 소비자의 권익증진 관련기준을 준수하지 아니하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하고 그 침해가 계속되는 경우에, 법원에 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다.⁴³⁸⁾ 소비자단체소송은 기본적으로 사인간의 권리분쟁에 관하여 법원에 구체적 판단을 구하는 민사소송으로서의 성격을 가지고 있으나, 소비자단체소송으로 불공정약관의 사용금지·중지를 청구하는 경우 행정적 통제와 유사한 면도 있다.

한국소비자연맹 등이 주도하여 2015년 12월 17일에 한국스마트카드와 SK텔레콤, KT올레, LG유플러스를 대상으로 서울중앙지법 등에 소비자단체소송을 제기한 것이 있어 그 귀추가 주목된다.⁴³⁹⁾ 한국소비자연맹이 소비자단체소송으로 제

433) 소비자기본법 제68조 참조.

434) 소비자기본법은 소비자와 사업자 사이에 발생한 분쟁에 대하여 한국소비자원에 소비자분쟁조정위원회를 두어, 동 조정위원회가 소비자분쟁에 관하여 조정결정을 내릴 수 있도록 규정한다(소비자기본법 제60조). 소비자분쟁조정위원회에서 성립된 조정은 재판상 화해와 동일한 효력을 가진다(소비자기본법 제67조 제4항).

435) 약관규제법 시행령 제9조의3.

436) 김건식, 앞의 논문, 83-85면.

437) 집단분쟁조정신청건수 및 조정결과에 대한 상세는 김건식, 위의 논문, 80면 참조.

438) 소비자기본법 제70조.

439) <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=97692>.

기한 사안은 첫째, 단말기 할부구매계약과 결합한 이동통신계약 약정의 철회권·해지권 제한 및 위약금 부과에 관한 것이고, 둘째, 교통카드인 티머니 카드의 분 실시 환불불가 방침을 정한 약관에 관한 것이다.

소비자단체소송은 원고의 허가신청에 대하여 법원이 요건을 심사하여 허가결정을 하여야만 소송으로 진행된다.⁴⁴⁰⁾ 또한 소비자단체소송은 사업자의 소비자권익침해행위에 대하여 금지 및 중지만을 청구할 수 있고 개개의 소비자가 입은 실질적인 손해 회복에 대하여는 특별한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 소비자인 고객은 불공정한 약관 조항에 대한 사용금지와 중지만을 청구할 수 있을 뿐이다.

이와 같이 소의 제기 단계에서부터 엄격한 소송요건을 요구하는 것은 소비자단체소송의 활용을 저해하는 원인이 되고, 소비자인 고객이 원하는 것은 신속한 피해회복이라는 점에 비추어 보면, 소비자단체소송의 요건을 완화하거나, 효과를 보완하는 등 개선할 방안은 없는지 살펴볼 필요가 있다.

440) 소비자기본법 제73조.

제5장 약관규제법상 내용통제의 문제점 해결방안

본 장에서는 제4장에서 도출한 문제점을 중심으로 약관규제법상 내용통제에 관한 몇 가지 쟁점들에 대한 해결방안을 모색하도록 한다. 세부적으로는 제1절에서 약관의 개념, 적용범위, 편입요건, 명시·설명의무, 개별약정 등과 같은 편입통제상의 문제점에 대한 해석론과 입법론을 전개한다. 제2절에서 객관적·통일적 해석원칙의 적용과 고객유리의 해석원칙에 대한 합리적인 해석론을 통하여 바람직한 입법론을 도출한다. 제3절에서 약관규제법 제6조를 중심으로 한 일반적 통제와 개별적 통제의 몇 가지 문제점에 대한 해결방안을 제시한다. 마지막으로 제4절에서 행정적 통제의 방법 및 효과의 문제점에 대한 해석론과 함께 고객보호를 위한 정책적 해결방안을 제안한다.

제1절 편입통제상의 문제점 해결방안

1. 약관의 개념과 개별약정의 문제점 해결방안

(1) 약관의 개념

1) 일정한 형식

약관의 성립요건으로 ‘일정한 형식’이 필요하다는 견해는 구두의 형식으로 이루어진 약관을 인정하지 않는다. 사업자의 정형화된 관념의 표시가 구두의 형식으로 이루어지는 예로, 사업장에서 광고를 방송하는 경우가 있다. 물론 광고가 구두의 형식으로 이루어지는 경우에, 표시된 광고의 내용이 청약인지 청약의 유인인지 가늠하는 것은 쉽지 않다.⁴⁴¹⁾ 그런데 중국적으로 표시된 광고대로 계약의 내용이 정해지지 않았다면, 그 이유는 표시된 광고에 구체적 거래조건이 포함되

441) 이재목, “청약과 청약의 유인의 구별에 관한 일고-상품광고에 관한 해석론의 동향을 중심으로-”, 「법학연구」 제52권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2011, 87면.

어 있지 않아서 청약의 유인에 불과하였기 때문이다.⁴⁴²⁾ 그러나 광고의 내용이 명확하고 광고주인 사업주가 광고의 내용대로 계약을 체결하고자 하는 의사를 명백히 하였다면 그것은 청약으로 보아야 한다.⁴⁴³⁾ 따라서 광고의 내용대로 계약을 체결한 경우라면, 계약의 내용이 된 광고는 형식을 불문하고 약관에 해당한다고 보는 것이 타당하다.⁴⁴⁴⁾

오늘날 독일의 일반적인 견해도 약관의 성립요건으로 물질적 매개성을 요구하지도 않고, 계약 조항의 작성 방식을 문제 삼지 않는다.⁴⁴⁵⁾ 약관규제법의 범문도 ‘일정한 형식’이라고만 되어 있지, 그 형식에 제한을 두고 있는 것이 아니다. 오히려 구두의 형식은 ‘형태를 불문하고’라는 규정에 포섭되므로, ‘형태를 불문하고’와 충돌할 수 있는 ‘일정한 형식’이라는 요건은 불필요한 규정이다.

생각건대 고객 보호라는 약관규제법의 입법목적에 비추어 약관의 개념을 폭넓게 인정하는 것이 판례의 태도이고, 문제된 계약을 일단 약관규제법의 규율하에 두고 단계적 통제를 거쳐 계약의 유효성을 판단하는 것이 고객 보호에 더욱 부합하는 결과가 된다. 따라서 계약내용의 명칭·형태·범위를 불문하고 약관규제법을 적용하고자 하는 약관규제법의 입법목적에 비추어,⁴⁴⁶⁾ 해석의 여지가 남지 않도록 약관규제법 제2조 제1호의 규정에서 ‘일정한 형식’이라는 문구는 삭제하는 것이 바람직하다.⁴⁴⁷⁾

2) 여러 명의 상대방

약관규제법 제2조 제1호의 ‘여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여’라는 문언은 사업자의 의도만을 고려하여 약관의 개념을 제한할 여지를 두고 있다. 사업자가 일회성의 계약을 염두에 두고 준비한 경우라고 하여, 이를 약관개념에 포섭시키지 않으면, 고객은 그와 같은 사업자의 의도를 알 수 없음에도 약관규제법의 규율을 포기해야 하는 불합리한 결과가 된다. 왜냐하면 약관규제법의 입법목

442) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다201394 판결 등 참조.

443) 김재형, “분양광고와 계약-청약-청약의 유인·손해배상을 중심으로-”, 「민사판례연구」 제31권, 민사판례연구회, 박영사, 2009, 417면.

444) 같은 취지로 김상용, 앞의 책, 27면; 김진우, 앞의 논문(2012), 160면; 이병준, 앞의 논문(2014. 9), 236면; 이재현, “약관의 개념”, 「비교사법」 제10권 제1호, 한국비교사법학회, 2003, 340면.

445) Schlosser, in Staudinger, 앞의 책, § 305 BGB Rn.22.

446) 정호열, 앞의 책, 554면; 한삼인, 앞의 논문(2005), 371면.

447) 같은 취지로 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 324면.

적은 사업자가 거래상의 지위를 남용하는 것을 방지하여 고객을 보호하기 위한 것이므로, 사업자가 거래상 지위를 남용하였다는 행위에 주목하여야 하는 것이지, 실제로 다수의 계약이 체결되지 않았다는 우연한 사정을 이유로, 약관의 개념을 축소하는 것은 약관규제법의 입법목적에 부합하지 않기 때문이다. 따라서 불특정 임차인을 상대로 임대인이 미리 계약내용을 부동산자로 인쇄하여 임대차 계약서를 준비한 경우에, 위 임대차계약서가 단 1회 사용되었다고 하더라도 약관에 해당한다고 보아야 한다.⁴⁴⁸⁾

위와 같은 점에 비추어, 건설회사가 상가 및 그 부지를 특정인에게만 매도하기로 하는 내용으로 준비한 상가매매계약서는 다수계약을 위해 미리 정형화된 계약 조건이 아니므로, 약관규제법 제2조 제1항 소정의 ‘약관’에 해당하지 않는다고 한 판례⁴⁴⁹⁾의 결론은 타당하지 않다. 이는 상가매매계약서의 형식이나 내용, 계약경위에 비추어 보아 사업자의 특별한 사정과 의도만을 고려한 것이어서 약관의 개념을 부당하게 제한한 것이다. 왜냐하면 사업자가 미리 준비한 것이 특정인과의 계약에만 사용되었다고 하여도, 특정인인 고객은 다수인과의 계약과 마찬가지로 사업자가 사전에 준비한 계약조건에 대하여 영향을 미칠 수 없기 때문이다.⁴⁵⁰⁾ 따라서 사업자의 주장대로 문제된 계약조건이 구체적 교섭을 통하여 이루어진 것이라면, 적어도 개별약정의 요건에 부합하는지를 검토하거나,⁴⁵¹⁾ 원심과 같이 약관으로 보아, 그것이 불공정하여 무효가 아니라는 결론에 이를지라도 약관규제법의 규율을 받도록 하는 것이 타당하다.

입법론으로 약관규제법 제2조 제1호의 규정 중 ‘여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여’라는 부분은 ‘다수의 계약을 위하여’라고 개정하는 것이 약관규제법의 입법목적과 법적 안정성에 일조할 수 있다는 주장이 있다.⁴⁵²⁾ 생각건대 이와 같은 입법론은 약관의 성립요건으로 사업자의 의도만 고려하는 점을 지양하

448) 같은 취지로 한삼인, 앞의 논문(2009), 21면.

449) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결.

450) 같은 취지로 전삼현, “독일보통거래약관법과 유럽약관준칙에 관한 소고”, 「법학논총」 제9집, 송실대학교 법학연구소, 1996, 197면.

451) 판례도 부동산임대업 등을 목적으로 하는 회사(원고)가 피고와 사이에 체결한 임대차계약에서, 임차인이 계약 종료시 목적물을 인도하지 못하는 경우 배상할 의무를 부과하도록 하는 내용이 부동산자로 인쇄되어 있는 임대차계약서의 배상금 조항은 개별적인 교섭을 거쳤다고 볼 수 없으므로 약관에 해당한다고 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다16950 판결 참조).

452) 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 324면.

고, 일회성의 계약이라도 용이하게 약관에 포섭할 수 있다는 점에 비추어 충분히 설득력을 가진다.⁴⁵³⁾

3) 계약의 구조

판례는 통화옵션계약에서 공란을 보충하는 행위를 개별적인 교섭에 의한 개별 약정으로 보고, 계약의 구조 자체만을 따로 약관으로 볼 수 없다고 하였는데,⁴⁵⁴⁾ 이와 같은 계약의 구조를 약관으로 인정할 것인지에 관하여 학설은 대립한다. 긍정설은 통화옵션계약의 구조만으로 직접적으로 권리의무가 발생하지 않더라도, 공란을 보충하는 행위를 매개로 법률적 효과를 발생시키므로, 약관으로 보아야 한다고 한다.⁴⁵⁵⁾ 부정설은 공란을 보충하는 행위가 계약의 본질적 내용에 관한 것이라면, 고객의 자유로운 의사결정 여부를 기준으로 약관인지 개별약정인지를 구별하여야 하고, 어떠한 계약과 관련한 정형서식이 계약의 내용이 되기 위해서는 간접적으로라도 계약관계에 영향을 미치는 것이어야 하는데, 공백의 상태에 있는 계약의 구조만으로는 거래당사자 사이에 아무런 권리의무가 발생하지 않으므로 약관으로 보지 않는 것이 타당하다고 한다.⁴⁵⁶⁾

위 판례가 이유에서 실시하는 ‘계약의 구조’라는 용어가 정확히 무엇을 의미하는지 명확하지 않으며, 판례와 부정설과 같이 계약 조건의 내용을 이루는 요소를 ‘계약의 구조’라 하여, 약관의 범주에서 제외시키면 그 결과 약관의 내용통제가 이루어질 수 없어 고객에게 지나치게 불리하다. 생각건대 계약 조건이 직접적·간접적 또는 잠재적으로 법률적 효과에 영향을 미치는 내용을 담고 있으면, 그것은 계약의 내용이 되는 것이라 보아야 한다. 왜냐하면 약관규제법 제2조 제1호도 ‘범위’에 상관없이 약관이 된다고 규정하고, 계약의 구조를 일단 약관으로 보아도, 사업자는 그것이 개별약정으로 성립되었다는 항변을 할 수 있으므로 합리적이다. 따라서 긍정설에 찬성한다.

453) 독일민법 제305조 제1항 역시 ‘다수의 계약을 위하여’(für eine Vielzahl von Verträgen)라고 규정하여 실제로 다수의 계약이 체결되었는지 여부를 중시하지 않는다.

454) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683 전원합의체 판결 등.

455) 이병준, “키코판결과 약관규제법상의 쟁점”, 『외법논집』 제38권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014. 5, 136-137면.

456) 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 347면; 계약의 개별 조항이 약관이 아니라면 계약의 기본 구조도 약관으로 보기 어렵다고 하는 견해(윤진수, 앞의 논문, 319면)도 부정설로 파악할 수 있다.

(2) 개별약정

1) 개별약정의 요건

개별약정에 해당하는지는 개별조항의 형식적인 부분으로 판단할 것이 아니라, 계약당사자가 실질적으로 개별적·구체적 합의과정을 거쳐서 자신의 이익을 조정할 기회를 가지고 이를 기초로 개별조항을 합의하였는지 여부를 기준으로 판단해야 한다. 개별적인 교섭의 결과가 특정 약관 조항의 내용을 변경하는 형태로 나타나는 경우, 이는 개별약정으로 인정하기 용이할 것이다. 약관의 특정 조항이 내용상 변경되지 않더라도, 고객이 사업자와 대등한 지위에서 그 조항에 대한 충분한 검토와 고려를 거쳤음이 인정된다면, 그러한 조항도 개별약정으로 인정할 수 있을 것이다. 고객이 자유롭게 선택한 결과라면 그것이 약관의 내용과 같거나 다른지는 특별히 문제가 되지 않기 때문이다. 그런데 이와 같은 개별약정의 특별한 요건은 약관규제법에 충분히 반영되어 있다고 볼 수 없다. 더구나 본질적으로 개별약정은 고객과 친한 것이 아니다. 따라서 통상의 약정과 뚜렷이 구별할 수 있도록 개별약정의 개념을 ‘사업자와 고객이 개별적인 교섭을 거쳐 합의한 사항’으로 명확하게 정의하는 것이 바람직하다.⁴⁵⁷⁾

2) 개별약정의 내용과 방식

약관규제법의 규정은 강행법규이므로 계약 당사자 사이에 약관규제법의 적용을 받지 않기로 합의하더라도 그 합의는 무효가 된다. 따라서 편입통제나 해석통제 원칙에 관한 약관규제법 제3조 및 제5조의 규정과 다른 합의는 그것이 개별약정에 의하여 이루어지더라도 무효가 된다.⁴⁵⁸⁾ 그런데 약관규제법 제6조에서 제14조까지의 규정에 반하는 개별약정의 경우는 어떠한가? 약관규제법의 불공정성 통제에 관한 규정들은 본래 일반법인 민법과 상법 등에 혼재되어 있는 임의규정과 다른 내용을 약관 조항으로 정한 경우에, 고객이 예측하지 못한 손해를 입지 않도록 그러한 약관 조항을 무효로 하는 것이다. 따라서 불공정성통제에 관한 규정이 약관규제법의 적용에 있어서는 강행규정이라 할지라도, 개별적으로 그러한

457) 같은 취지로 김진우, 앞의 논문(2014), 343-344면.

458) 김준호, 앞의 책, 1451면.

불공정한 내용의 합의를 하는 것까지 금지하지는 못한다.⁴⁵⁹⁾ 그 결과 고객에게 부당하게 불리한 내용이어서, 만일 약관에 포함되어 있었다면 약관규제법의 규율을 받아 무효가 되었을 조항이라고 하여도, 그것이 개별약정이라는 형식을 거쳤다면 고객은 그러한 조항의 유효를 수인할 수밖에 없다. 위와 같이 개별약정 우선의 원칙에 대한 약관규제법 제4조는 사업자에게 유리한 개별약정이 강제되는 경우 약관규제법의 강행법규성을 약화시키고 고객 보호에 심각한 흠결을 초래할 수 있는 위험을 내포하고 있다.⁴⁶⁰⁾

그런데 엄밀히 말하면 개별약정은 처음부터 약관인지 여부가 문제되지 않는 개별적인 계약과 구별되며,⁴⁶¹⁾ 약관에 의한 계약체결에 부수하여 이루어진 사적인 합의이고, 다만 약관규제법의 규율대상이 되지 않는 것에 불과하다. 따라서 불공정한 내용으로 개별적인 계약을 체결하는 것과, 약관 조항이 있음에도 불공정한 개별약정을 체결하는 것은 평가의 측면을 달리 보아야 한다. 판례는, 이에 관한 직접적인 판결은 아니지만, 무효인 약관 조항에 의하여 계약이 체결되었다면 그 후 상대방이 계약의 이행을 지체하는 과정에서 약관작성자로부터 채무의 이행을 독촉받고, 종전 약관에 따른 계약내용의 이행 및 약정내용을 재차 확인하는 취지로 각서를 작성하여 교부하였다 하여 무효인 약관 조항이 유효한 것으로 되는 것은 아니라고 한다. 이어서 각서의 내용을 새로운 개별약정으로 보아 약관의 유·무효와는 상관없이 위 각서에 따라 채무의 이행 및 원상회복의 범위 등이 정하여진다고 할 수도 없다고 한다.⁴⁶²⁾ 약관규제법에 의하면 불공정한 조항으로 무효가 될 내용을, 사업자가 그 우월한 지위를 이용하여 고객에게 부당하게 압력을 가하여 개별약정의 형태로 합의한 경우에, 사적자치의 원칙에만 충실하여 그 합의의 효력을 인정하게 되면, 고객은 약관규제법에 기대지 못하고, 일반법에 의하여 개별약정의 불공정성을 다룰 수밖에 없다.⁴⁶³⁾ 그러나 고객이 민법 제103조, 제104조 및 제107조에서 제110조까지 규정된 무효·취소의 사유나 민법 제2조의

459) 그러나 개별약정으로 약관규제법을 포괄적으로 배제하거나 구체적으로 개별약정의 내용을 합의하지 않고, 약관규제법의 특정조항을 배제하는 식의 적용배제 합의는 무효이다(손지열, 앞의 책, 295-296면).

460) 같은 취지로 김성욱, 앞의 논문, 91-92면.

461) 김진우, 앞의 논문(2014), 338면.

462) 대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결.

463) 손지열, 앞의 책, 296면.

법리를 원용하여 사업자의 부당함을 다투는 것은 용이하지 않다.

이와 같은 문제는 개별약정이 계약의 내용을 침삭의 형태로 보충하는 경우에도 마찬가지로 발생한다.⁴⁶⁴⁾ 계약내용의 보충이 독립적 의미를 갖고, 계약의 실체적 내용에 영향을 미치는 경우를 개별약정으로 보게 되면, 사업자는 약관 작성시에 중요한 내용에 대해서는 공란을 두어 계약을 체결하고, 계약을 체결할 때나 계약체결 후에 고객에게 불공정한 내용으로 그 보충을 강요할 여지가 있다.⁴⁶⁵⁾ 그러므로 약관 조항을 침삭하는 형태로 이루어진 합의는 개별약정으로 용이하게 인정해서는 아니 된다.

생각건대 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 때에, 그 합의 사항이 약관 조항보다 고객에게 유리한 내용인 경우에는, 약관규제법의 법문에 따라 개별약정으로 해석하면 된다. 그러나 그 합의사항이 약관 조항보다 고객에게 불리한 내용인 경우에는, 사업자와 고객의 개별적인 교섭 및 합의가 대등한 지위에서 이루어진 것인지에 대하여 엄격히 심사하여야 할 것이다.⁴⁶⁶⁾

3) 개별약정의 증명책임

약관규제법 제4조는 증명책임에 관한 규정을 두고 있지 않다. 적어도 우월한 지위에서 계약에 임하는 사업자가 제안한 조항에 대하여는 사업자가 증명책임을 진다고 명확히 규정하는 것이 필요하다.⁴⁶⁷⁾ 또한 문제된 개별약정이 고객에게 불리하면 불리할수록 그 증명에 대한 요구를 엄격히 하여야 한다.⁴⁶⁸⁾ 보호 대상이 되는 고객이 최종 소비자인 경우 약관규제법의 입법목적에 비추어 그러한 정책적 필요성은 가중된다.⁴⁶⁹⁾ 또한 고객은 경제적으로 열약한 지위에 있으므로, 고

464) 이를테면 약관에는 “계약기간은 당사자가 합의하여 정한다”라고 되어 있고, 고객에게 지나치게 불리한 계약기간으로 개별적인 합의를 하는 경우를 예로 들 수 있다. 그런데 계약체결 이후 개별약정의 형식으로 계약의 존속기간에 대하여 합의하는 경우에, 실질적으로 대등한 지위에서 교섭이 이루어질 수 있는지 실로 의문이다.

465) DCFR 제II-1:110조 제2항은 당사자 일방이 상대방에게 선택할 수 있는 조항들을 제공한 경우, 상대방이 그 중 어느 조항을 선택한 것만으로는 그 조항이 개별적으로 협상된 것이라 보지 않는다.

466) 같은 취지로 송석연·김성욱, 앞의 논문, 122면.

467) DCFR 제II-1:110조 제4항은 B2C계약에서는 사업자로 하여금 그가 제안한 조항이 개별적으로 흥정되었음을 증명할 책임을 부과한다.

468) 같은 취지로 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 340면; 판례는 사업자에게 유리한 개별약정에 대하여 개별적으로 흥정이 있었는지 여부에 대하여 사업자가 증명책임을 부담한다고 하였다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다16950 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다106337 판결 등 참조).

469) 손지열, 앞의 책, 299면.

객에게 유리한 개별약정에 대하여는 고객이 증명책임을 지게 되더라도 그 증명에 대한 요구를 완화시켜야 한다. 구두로 합의한 개별약정이라도 고객은 구두합의가 있었다는 사실만 증명하면 된다고 해석해야 한다.⁴⁷⁰⁾ 사업자는 문제된 약관 조항이 개별약정에 의하여 배제되면, 약관규제법의 적용을 받지 않는다는 이익을 얻으므로, 고객이 자신에게 유리한 개별약정을 주장하는 경우에, 고객은 개별약정이 있었다는 사실만 증명하면 된다고 보아야 한다. 따라서 사업자가 실질적인 교섭이 없었다는 사실을 증명하지 않는 이상 이와 같은 개별약정의 효력을 인정하는 것이 합리적이다. 생각건대 약관규제법 제4조에 개별약정의 증명책임에 관한 규정을 명시하여, 증명책임을 배분에 관한 논의의 여지를 없애고, 고객이 자신에게 유리한 개별약정을 주장할 경우에는 증명책임을 전환하거나 완화하여, 약관 조항과 다른 개별약정이 없었음을 사업자가 증명하도록 규정함이 타당하다.

(3) 입법론

약관의 개념과 개별약정에 관한 문제점에 대한 해결방안을 고객 보호의 관점에서 접근하여, 약관규제법 제2조 제1호⁴⁷¹⁾와 제4조⁴⁷²⁾에 대하여 다음과 같이 개정을 제안한다.

제2조 (정의)

1. “약관”이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 다수의 계약을 위하여 미리 마련하여 계약의 내용으로 되는 것 일체를 말한다.

제4조 (개별약정의 우선)

약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 개별적인 교섭을

470) 같은 취지로 이은영, 앞의 책, 129-130면.

471) 약관규제법 제2조 (정의) 1. “약관”이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.

472) 약관규제법 제4조 (개별 약정의 우선) 약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 때에는 그 합의 사항은 약관보다 우선한다.

거쳐 합의한 사항은 약관보다 우선한다. 다만 고객이 이를 주장한 경우에는 사업자가 실질적인 교섭이 없었음을 증명하여야 한다.

약관의 정의에 관한 현행 규정을 위와 같이 개정하면, 약관의 성립요건으로 ‘일정한 형식’을 필요로 하는지에 대한 논의를 불식시키고, 사업자의 의도만을 고려하지 않고 약관의 객관적인 기능을 강조하되, 계약의 구조는 물론 계약의 내용을 구성하는 모든 계약 조건을 약관에 포함시킬 수 있다. 이를 통해 약관규제법의 적용범위를 넓혀 한층 더 고객을 보호할 수 있게 된다.

또한 개별약정에 대한 현행 규정을 위와 같이 개정하면, 사업자는 개별약정의 형식을 불문하고 개별적인 교섭에 대한 증명책임을 부담한다. 반면에 고객이 개별약정을 주장하는 경우에는, 이를 배제하기 위해서 사업자가 실질적인 교섭이 없었음을 증명해야 하므로 개별약정에 관한 고객의 증명곤란을 해소할 수 있다.

2. 편입통제의 요건 및 효과의 문제점 해결방안

(1) 채용합의

약관의 계약편입을 위해서 채용합의가 필요한지에 대한 학설의 논의를 살펴보면, 순수하게 채용합의 불요설을 취하거나 필요설을 취하는 학자를 찾아보기 어렵다. 학자에 따라서는 채용합의 불요설을 취하면서도, 고객의 동의나 승낙은 불요하나 묵시적인 승낙이나 단순한 양해 정도로도 충분하다거나,⁴⁷³⁾ 고객이 특별히 약관에 의하지 않는다는 의사를 표시한 경우에는 채용합의가 의제되지 않는다고 한다.⁴⁷⁴⁾ 채용합의 필요설을 취하는 학자도, 사업자의 제안에 반대하지 않거나 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 않는 경우 채용을 양해한 것으로 보거나,⁴⁷⁵⁾ 편입합의는 부수적 계약으로 일종의 수권약정 또는 데두리약정으로서 묵시적으로도 가능하다고 한다.⁴⁷⁶⁾

473) 김민중, 앞의 책, 33면.

474) 이은영, 앞의 책, 120면.

475) 김상용, 앞의 책, 27면.

476) 양창수·김재형, 앞의 책, 156면; 같은 취지로 송덕수, 앞의 책, 1273면.

학설은 채용합의의 요부와는 별개로, 적어도 약관의 편입을 위해서 고객이 약관의 구체적 내용을 인식할 것을 요하지 않는다. 사업자는 약관을 제시하면서 약관이 계약의 내용이 될 것이라는 것과 그 약관내용의 대강이 무엇이라는 것을 고객에게 알리기만 하면 된다. 다만 계약의 내용을 알리는 방법은 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 것이어야 한다.⁴⁷⁷⁾ 약관규제법 제2조 소정의 ‘제안하고’·‘제안받은’의 관계는 각각 약관의 계약으로의 편입에 관한 ‘청약’·‘승낙’의 관계로 보아야 한다.⁴⁷⁸⁾ 약관의 구속력에 대한 근거를 계약당사자의 의사합치에서 찾는 이상, 채용합의 불요설을 취하여 고객의 의사에 의하지 않고 약관을 계약내용으로 편입하게 되면, 약관의 편입에 대한 이의제기가 있음에도 사업자가 약관을 계약내용으로 주장할 수 있어 불합리하다.⁴⁷⁹⁾ 이와 같은 이유로 채용합의 불요설이 타당하다.

한편 채용합의 불요설은 약관에 대한 채용합의가 있는 후에, 계약내용에 관한 착오의 문제는 발생하기 어렵다고 본다.⁴⁸⁰⁾ 그러나 약관에 의한 계약체결 과정에서 고객이 실제로 알지 못한 내용이 계약의 내용으로 되거나, 잘못 알고 있던 내용이 계약의 동기가 되는 경우에, 이를 착오의 문제에서 배제할 이유가 없다. 왜냐하면 사업자가 약관의 중요한 내용에 관하여 약관규제법에 정해진 명시·설명 의무를 충분히 이행하였으나, 고객이 이를 이해하지 못하였거나 잘못 이해한 경우에, 위 약관 조항이 계약에 편입되었다고 하더라도, 이에 대하여 법률행위의 착오 일반론을 적용하지 않을 이유가 없기 때문이다.⁴⁸¹⁾

생각건대 편입통제란 약관에 의한 계약체결과정에서 약관이 계약의 내용으로 되었는지 여부를 판단하는 과정이고, 약관이 계약내용으로 되기 위해서는, 그렇게 하자는 당사자 사이의 채용합의가 필요하다고 보아야 한다.⁴⁸²⁾ 채용합의의 단

477) 판례는 웹사이트에서 인터넷 게임 서비스를 제공하는 사업자가 게임의 운영정책을 공지하고 이용자의 게임 이용시에 화면에 이용자 동의서를 띄워 놓는 방법으로 개별적으로 고지한 경우, 위 게임이용자들이 그 내용에 동의하였다면 그 운영정책은 약관으로 편입되었다고 하였다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다9153 판결).

478) ‘제안받은’의 의미는 ‘제안을 받아들인’으로 이해하여야 한다(손지열, 앞의 책, 314면).

479) 이를 용인하는 것은 자기책임 원칙에 반한다.

480) 사업자가 명시·설명 의무를 이행하지 않은 때에 비로소 고객의 항변에 의해 계약내용으로 되는 것을 지지할 수 있다는 것이다(이은영, 앞의 책, 114면).

481) 같은 취지로 김형배, 앞의 논문, 68면.

482) 입법론으로 약관의 편입요건으로 동의(합의)의 개념을 도입하여 편입통제의 기능을 강화할 필요가 있다는 주장이 있다(황진자, 앞의 논문, 52면).

계에서 고객은 계약체결에 앞서 또는 계약체결과 동시에 신중하게 약관의 내용을 살펴볼 기회를 갖고, 이를 통해 합리적인 선택을 할 수 있기 때문이다. 이와 같은 이유로 채용합의 필요설에 찬성한다.

(2) 작성의무

약관규제법 제3조는 약관의 작성의무라는 용어를 사용하지만, 이는 사실상 제2항에 규정된 명시의무의 전제조건으로 약관의 명확성의무를 구체화한 규정이라고 보아야 하고, 그 본질적 내용은 명시 의무와 다를 바 없다. 그런데 약관의 작성의무에 대한 규정은 약관의 편입통제의 단계에 위치하고 있는 것이 사실이나, 사업자의 작성의무는 사업자와 고객을 공평한 위치에 놓게 하는 불공정성통제의 전제가 되는 규정이기도 하다. 독일에서는 이를 투명성의 원칙으로 설명한다.⁴⁸³⁾ 이와 같이 사업자의 작성의무는 단순한 선언적 의무가 아니고, 사업자가 한자와 전문용어 등을 사용하여 고객이 이해할 수 없는 내용으로 약관을 작성하거나 약관의 중요한 내용을 잘 알아볼 수 없는 색채나 작은 문자 등으로 표시함으로써 고객이 의외의 불이익을 입는 것을 방지하고, 고객에게 계약내용의 실질적 검토 기회를 보장하는 장치로 보아야 한다.⁴⁸⁴⁾

생각건대 동 규정을 위반하여 사업자가 약관의 내용을 고객이 쉽게 이해할 수 없도록 작성한 경우에, 그 법률효과는 계약체결의 모습에 따라 달리 보아야 한다. 첫째, 고객이 약관내용 자체를 전혀 알 수 없는 경우에는 계약체결의 합의 자체가 없는 계약 불성립의 문제로 다루는 것이 타당하다. 둘째, 사업자가 약관의 중요한 내용을 명확하게 표시하지 않아 고객이 뜻밖의 불이익을 입을 위험에 처한 경우에는, 약관규제법 제3조 제3항에 규정된 설명의무 위반으로 편입통제를 하는 것이 타당하다. 셋째, 설명 작성의무를 위반한 약관 조항이 계약에 편입되

483) 독일민법 제307조의 제1항 제2문이 규정하는 투명성의 원칙은 내용통제로 기능하여, 불명확하거나 이해가 불가능하여 고객에게 부당하게 불리한 약관 조항을 무효로 하는 것이다. 약관규제법은 불명확한 약관 조항을 고객유리의 해석원칙에 따라 해석하므로, 굳이 약관규제법 제3조 제1항에 대응하는 독일민법상의 근거를 찾는다면, 부당한 불리함을 인정하는 기준인 ‘이해할 수 없는 것(nicht verständlich)’이다(김진우, 앞의 논문(2015. 1), 326면).

484) 같은 취지로 이준우, 앞의 책, 40면; 이병준, “의외조항 내지 기습조항의 법률적 취급”, 「민사법학」 제73호, 한국민사법학회, 2015, 251면.

더라도 약관규제법 제6조 제2항 제2호에 따라 의외조항으로 취급하여 공정성을 잃은 것으로 추정하여야 한다.⁴⁸⁵⁾ 사업자는 강행법규에 위배되거나 임의법규보다 고객에게 불이익한 내용으로 약관을 작성하여서는 아니 되기 때문이다. 결론적으로 적어도 사업자가 작성의무를 위반한 약관 조항을 계약의 내용으로 주장할 수 없도록 약관규제법 제3조 제4항에 작성의무 위반에 대한 효과를 규정할 필요가 있다.

(3) 명시 및 교부의무

사업자가 약관내용을 명시하였지만 사본을 교부하지 않은 경우에도 사업자에게 위반의 책임을 묻는 것이 가혹하다는 견해는, 사업자의 사본 교부의무를 규정한 약관규제법의 취지에 반하는 해석으로 수긍할 수 없다. 왜냐하면 약관규제법은 계약을 체결하는 장소가 사업자의 영업소라면 사업자가 약관을 명백히 게시할 것과 고객이 원하는 경우에는 약관의 사본을 교부받을 수 있도록 규정하여, 이른바 ‘고객의 약관사본 교부청구권’을 보장하고 있기 때문이다.⁴⁸⁶⁾

한편 사업자가 명시의무의 일부를 불이행한 경우에,⁴⁸⁷⁾ 고객이 약관 전부의 편입을 전제로 명시의무를 다투어야만 한다고 해석하는 견해도, 명시되지 않은 약관의 일부가 설명의무의 대상이 되는 ‘중요한 내용’이 아니라면, 고객은 약관 전부의 무효를 다투는 것 외에는 사업자에게 아무런 책임을 물을 수 없는 불합리한 결과가 되어 타당하지 않다. 오히려 약관의 일부가 명시된 경우에는, 명시되지 않은 나머지 약관 조항에 대하여만 약관규제법 제3조 제4항이 적용된다고 보는 것이 고객 보호에 충실한 결론에 이른다.⁴⁸⁸⁾

사업자의 명시 및 교부·설명·설명의무는 계약상 의무가 아니어서 책무 또는 간접의무의 성질을 가지고 있다는 견해는 일응 타당한 면도 있으나, 이를 단순한 책무로 보게 되면 사업자가 명시 및 교부·설명·설명의무의 이행을 해태할 여지가 있다. 따

485) 결국 사업자의 작성의무 위반의 효과에 대한 입법적 보완이 필요하다(같은 취지로 최난설현, 앞의 논문, 50-51면).

486) 이은영, 앞의 책, 117면.

487) 실제로 약관의 일부에 대하여만 명시의무를 위반하는 경우는 드물 것이다.

488) 같은 취지로 양창수·김재형, 앞의 책, 158면.

라서 사업자가 명시 및 교부·설명의무를 위반한 경우에 적용되는 약관규제법 제 3조 제4항을 단순히 간접의무의 효과와 동일시할 것은 아니다.⁴⁸⁹⁾ 판례는 사업자가 설명의무를 위반한 경우에, 계약상 책임은 아니지만 민법 제750조 또는 보험업법에 따른 손해배상책임을 부담한다고 한다.⁴⁹⁰⁾

생각건대 약관규제법 제3조 제4항에 따른 고객의 편입선택은 통상적인 계약의 청약·승낙 과정에서 일컫는 ‘변경을 가한 승낙’이 아니라 ‘단순 승낙’이 된다. 따라서 고객의 의사만으로 약관이 계약으로 편입되고, 편입된 약관은 해석통제와 불공정성통제의 규율을 받는다.⁴⁹¹⁾ 이와 같은 고객의 편입선택권은 우리 약관규제법상의 특유한 제도로 명시 및 교부의무를 불이행한 사업자의 책임을 물어 고객을 보호하는 장치로 기능한다.

(4) 설명의무

1) 중요한 내용

사업자에게 부과된 설명의무의 대상인 ‘중요한 내용’이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 관한 판례를 유형화하면 다음의 몇 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 재산권의 양도를 금지하거나 담보설정권한을 배제하는 경우와 같이 고객의 권리에 대한 처분의 자유를 제한하는 등 고객의 이해관계와 밀접한 약관 조항⁴⁹²⁾이다. 둘째, 약관의 내용 중 고객의 계약체결 여부나 대가 결정에 직접적인 영향을 미친 사항이나 다수의 상품 중에서 계약 체결을 선택하게 된 이유에 관련된 약관 조항이다.⁴⁹³⁾ 약관의 내용 중 일부가 고객이 계약체결을 결심하게 하

489) 책무의 성질을 가지고 있다는 견해도 이를 ‘진정한 의무에 가까운 책무’라고 보면서 고객이 계약관계의 수정을 위해 의무이행을 청구할 수 있다고 한다(김원규, 앞의 논문, 195면).

490) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2012다22242 판결.

491) 법률행위가 무효이기는 하지만 추인에 의하여 행위시에 소급하여 유효로 될 수 있는 상태를 강학상 ‘유동적 무효’라고 한다(지원림, 앞의 책, 341면). 이에 비견하여 사업자가 명시적·설명의무를 위반한 약관 조항에 관한 합의는 원칙적으로 불성립이지만, 고객의 승낙에 의하여 계약체결시에 소급하여 합의가 성립할 수 있는 ‘유동적 불성립’ 또는 ‘유동적 불편입’의 상태에 놓여있다고 볼 수 있다. 이를 통하여 고객은 유리한 약관 조항을 계약에 편입할 수 있는 선택의 자유를 갖고, 계약에 편입된 약관 조항에 대하여는 해석통제와 불공정성통제를 통하여 이중·삼중의 단계적 통제를 받게 되어 고객 보호에 충실을 기할 수 있다.

492) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다20059 판결.

493) 대법원 1996. 6. 25. 선고 96다12009 판결; 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다19990 판결; 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결; 대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다81542 판결 등 참조.

는 동기가 되었다면, 그러한 사정은 고객에게 중요한 부분이므로, 사업자에게 표시되지 않더라도 설명의무를 인정해야 한다. 왜냐하면 약관에 의한 계약체결의 특수성에 비추어 고객이 사업자에게 계약체결의 동기를 일일이 표시하기 어렵기 때문이다.⁴⁹⁴⁾ 셋째, 급부의 목적이나 수단의 변경방법에 관한 약관 조항이다. 이는 계약체결 여부에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 것으로, 사업자에게 일방적으로 급부 변경권을 부여하는 약관 조항은 중요한 내용임은 물론 불공정한 약관에 해당할 여지도 크다.⁴⁹⁵⁾ 넷째, 보험자의 면책약관과 같이 사업자의 면책에 관한 약관 조항이다. 이와 같은 약관 조항은 일반적으로 보험자의 구체적이고 상세한 명시·설명义务的 대상이 된다고 하였다.⁴⁹⁶⁾ 다섯째, 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항에 관한 약관 조항이다. 이와 같은 약관 조항은 고객의 책임가중에 관한 것이어서 단순히 상법에 규정된 사유를 부연하는 것으로 볼 수 없고, 보험자가 명시·설명하여야 하는 보험계약의 중요한 내용으로 보았다.⁴⁹⁷⁾

이상의 판례들을 종합하여 보면, 설명의무의 대상이 되는 중요한 내용은 약관 조항의 내용이 고객의 이해관계와 밀접한 경우, 계약체결의 동기에 관한 사정, 급부의 변경, 사업자의 면책조항, 고객의 계약위반시의 책임가중 등에 관한 것임을 알 수 있다. 위와 같은 약관 조항은 고객이 계약체결 여부를 결정하거나 계약의 존속 또는 소멸과 관련하여 고객의 이해관계와 밀접한 관련을 가지는 것이다. 그런데 고객은 법률전문가가 아니어서 판례가 인정하는 상세한 사안을 알 수도 없고, 개별적인 사안에서 약관 조항이 중요한 내용에 해당하는지를 예측하기 어려우므로, 위와 같은 판례의 구체적 사례들을 종합하여 설명의무의 대상을 명문으로 구체화하여 입법할 필요가 있다.

494) 이병준, 앞의 논문(2015), 233면.

495) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결은 “마일리지 제공 기준에 관한 약정은 단순한 부수적인 서비스를 넘어서서 이 사건 계약의 주요 내용을 이룬다고 해석되므로 이와 같이 중요한 마일리지 제공 기준에 관한 약정이 고객의 의사와 무관하게 사업자 등의 사정에 따라 일방적으로 변경될 수 있다는 약관 규정의 내용은 설명의무의 대상이 되는 약관의 중요한 내용에 해당된다”라고 하였다; 같은 취지로 서울중앙지법 2016. 2. 3. 선고 2015가합10764 판결 참조.

496) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다27054 판결; 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009다105383 판결; 대법원 2013. 6. 28. 선고 2012다107051 판결; 대법원 2015. 3. 26. 선고 2014다229917 판결 등 참조.

497) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다217108 판결.

2) 면제기준

사업자에게 부과된 설명의무를 면제하는 기준에 관한 판례를 유형화하면 다음의 몇 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 계약자가 특정 업종에 대한 독점적 이익을 보장받는 경우에는 다른 업종의 수분양자에 대해서도 그 독점적 이익을 보장하는 영업제한의무를 수인하였다고 보는 것이 거래상 일반적이라는 점을 고려하여, 위와 같이 고객이나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 사항에 대하여는 중요한 내용이라도 설명의무가 면제된다고 하였다.⁴⁹⁸⁾ 둘째, 연대보증계약의 체결 당시 ‘대출은행의 담보취득가격’이라는 용어의 의미나,⁴⁹⁹⁾ 법률혼 배우자와 별거하고 있는 상태에서 제3자와 실질적 부부생활을 하는 경우 그 제3자가 ‘사실혼 관계에 있는 배우자’에 해당하는지 여부,⁵⁰⁰⁾ 기명피보험자의 자녀가 사실혼관계에 있을 경우를 상정하여 그 자녀와 사실혼관계에 있는 사람이 기명피보험자의 사위나 며느리로서 가족의 범위에 포함되는지 여부⁵⁰¹⁾ 등은 거래상 일반적이고 공통된 것으로 고객이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이므로 설명의무가 없다고 하였다. 셋째, 상법 제652조에서 이미 정하여 놓은 통지의무를 자동차보험에서 구체적으로 설명하는 정도의 규정은 이미 법령에 의하여 정해진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과하여 설명의무의 대상이 되지 않는다고 하였다.⁵⁰²⁾ 넷째, 어느 약관 조항이 당사자 사이의 약정의 취지를 명백하게 하는 확인적 규정에 불과한 경우에는 설명의무가 없다고 하였다.⁵⁰³⁾

498) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다8044 판결.

499) 대법원 2008. 5. 8. 선고 2006다57193 판결.

500) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다84141 판결; 다만 대법판결은 “피고들은 각자 법률상 혼인을 한 배우자와 별거하고 있는 상태에서 혼인의 의사로 실질적인 부부생활을 하는 경우이므로, 각자 특별한 사정이 있다는 점을 입증한다면, 피고 2는 위 특별약관에서 규정하는 ‘사실혼 관계에 있는 배우자’에 해당하여 보상을 받을 수 있다고 할 것이므로, 원심으로서 먼저 이 점에 관하여 석명을 구하고 심리를 하였어야 한다”라고 하였다. 즉 보험자의 설명의무 위반은 아니며, 보험계약자로서는 법률상 보호받을 필요가 있는 사실혼이라는 특별한 사정을 증명한다면 피보험자로서 특별약관의 적용을 받을 수 있다는 취지이다.

501) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다66966 판결.

502) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결; 위 판결과 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다217108 판결을 비교하여 보면, 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등은 약관의 중요한 내용임에는 틀림없으나 고객의 통지의무와 관련된 약관 조항이 설명의무의 대상이 되는지 여부는 구체적·개별적 사정에 따라 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 것인지 여부에 달려있다고 할 수 있다; 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다23743 판결은 화재보험보통약관에서 보험계약자 등의 통지의무 대상으로 규정된 ‘사고발생의 위험이 현저히 증가한 경우’에 대하여 무엇이 여기에 해당되는지를 미리 설명하기는 곤란하므로 보험자에게 설명의무가 없다고 하였다.

503) 대법원 1998. 2. 27. 선고 96다8277 판결.

이상의 판례들을 종합하여 보면, 설명의무가 면제되는 것은 고객이나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 것, 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 고객이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 것, 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 것,⁵⁰⁴⁾ 당사자 사이의 약정의 취지를 명백하게 하는 확인적 규정에 불과한 것 등에 관한 약관 조항이다. 이와 같이 판례는 설명의무 이행의 이익이 없는 경우를 설명의무의 면제기준에 대한 예시로 들고 있을 뿐이다. 이와 달리 약관규제법 제3조 제3항 단서가 규정하는 ‘계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우’라고 하여 설명의무가 면제된 약관 조항은 찾아보기 어렵다.⁵⁰⁵⁾

보험약관에 관한 최근의 판례들에 대하여, 고객인 보험계약자의 보호를 위하여 판례가 설명의무면제의 범위를 점차 엄격하게 해석하고 있다고 평가하는 견해가 있으나,⁵⁰⁶⁾ 오히려 설명의무의 면제사유를 점차 늘려가고 있다고 평가하는 학자도 있어,⁵⁰⁷⁾ 판례에 대한 평가도 엇갈린다.

한편 금융거래와 같은 계속적·반복적 거래에는 설명의무를 경감하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁵⁰⁸⁾ 그런데 고객에 비하여 충분한 인적·물적 자원을 갖춘 사업자는 계약의 내용이 복잡하면 복잡할수록 고객이 그 내용을 잘 이해할 수 있도록 설명할 필요가 있고, 고객은 적어도 중요한 내용에 대하여 충분히 이해하고 계약체결 여부를 결정할 수 있어야 거래관계에서의 실질적인 경제적 평등을 기대할 수 있으므로, 거래의 특수성만을 고려하여 설명의무를 경감하는 것에는 신중을 기하여야 한다.⁵⁰⁹⁾ 또한 판례가 예로 들고 있는 설명의무 이행의 이익이 없는 경우에 대하여도, 설명의무의 면제기준만을 우선시하게 되면 약관 조항이

504) 고객이 보험계약을 체결하는 경우에 상법에 규정된 사항이라고 하여 별도의 설명 없이 충분히 예상할 수 있다고 기대하기는 어렵다는 이유로 판례를 비판하는 견해가 있다(김성욱, 앞의 논문, 90면; 윤진수, 앞의 논문, 322면; 이정원, 앞의 논문, 632면).

505) 같은 취지로 김원규, 앞의 논문, 197면. 다만 하급심 판결 중에는 토익시험계약체결 과정의 특수성을 고려하여, 응시자에게 부정행위자처리규정과 같은 일반시험 관리규정의 내용에 대하여 설명하는 것이 현저히 곤란하다고 보아 설명의무가 면제된다고 본 경우가 있다(서울지방법원 2003. 5. 2. 선고 2002가합62628 판결; 서울중앙지방법원 2010. 5. 13. 선고 2009가합91458 판결 참조).

506) 박은경, 앞의 논문, 340면.

507) 장덕조, 「보험법」 제3판, 법문사, 2016, 75면.

508) 김진우, 앞의 논문(2015. 1), 334면.

509) 인적 자원의 부족이나 신속한 계약체결이 필요하다는 등 기업 내부의 사정을 핑계로 설명의무를 면제하여서는 안 된다(손지열, 앞의 책, 321면).

면제기준에 해당하기만 하면 설명의무가 없다는 논리가 성립 되어, 그것이 계약의 중요한 내용인지 여부는 경시하는 심각한 부작용을 초래할 수 있다. 따라서 구체적인 사안에서 설명의무의 대상이 되는 중요한 내용의 범위를 제한하거나 그 면제기준을 폭넓게 인정하는 것은 편입통제의 기능을 약화시키는 것으로 이를 지양할 필요가 있다.

생각건대 현대사회의 기술적인 발전에 비추어 보면 약관 조항의 설명이 현저하게 곤란한 경우는 상정하기 어렵다. 따라서 약관규제법 제3조 제3항 단서의 규정은 이를 삭제할 필요가 있다. 또한 구체적인 사안에서 고객이 설명의무 위반을 이유로 약관 조항의 편입을 부인하는 경우에는, 사업자가 설명의무의 면제기준을 충분히 증명한 경우에만 그 편입을 인정하는 것이 바람직하다고 본다.

(5) 입법론

편입통제의 요건과 효과에 관한 문제점에 대한 해결방안을 고객 보호의 관점에서 접근하여, 약관규제법 제3조 제3항 및 제4항⁵¹⁰)에 대하여 다음과 같이 개정을 제안한다.

약관규제법 제3조 (약관의 작성 및 설명의무 등) ③ 사업자는 약관에서 정하고 있는 사항 중에 급부의 내용, 사업자의 면책, 고객의 책임 가중, 기타 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.

④ 사업자가 제1항 내지 제3항을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

편입통제의 요건과 효과에 관한 현행 규정을 위와 같이 개정하면, 사업자의 설명의무의 대상이 되는 중요한 내용을 구체화할 수 있다. 다만 ‘급부의 내용, 사업자의 면책, 고객의 책임 가중’은 설명의무의 대상이 되는 중요한 내용의 예시로

510) 약관규제법 제3조 (약관의 작성 및 설명의무 등) ③ 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 사업자가 제2항 및 제3항을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

보아야 한다. 또한 작성의무 위반의 경우에도 편집통제의 효력을 규정한 약관규제법 제3조 제4항을 적용하게 되면, 사업자의 보다 충실히 작성의무 이행을 유도할 수 있다.

3. 기타 편집통제상 문제점 해결방안

(1) 약관규제법의 적용범위

1) 근로기준법

손해배상액 예정계약에 관한 근로기준법과 약관규제법의 적용을 비교하여 본다. 우선 근로기준법은 제20조에서 사용자가 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못하도록 하여 근로계약에 있어 위약 예정을 금지하고 있다. 동조는 사용자의 근로자에 대한 부당한 근로계속 강요를 방지하고, 근로자의 직업선택의 자유를 보장하기 위하여 마련된 규정이다. 왜냐하면 근로자가 근로계약을 이행하지 못한 경우에, 반대급부로 사용자로부터 임금을 지급받지도 못하고, 이에 추가로 위약금이나 손해배상까지 지급하도록 예정되어 있다면, 그 근로계약은 근로자의 퇴직의 자유를 심각하게 제한하기 때문이다. 판례는 교육이나 연수 등을 위하여 지급한 비용의 반환약정에 관하여, 대체로 그 비용이 임금이거나 혹은 본래 사용자가 부담할 성격의 것이라면 그 반환약정은 위약금 약정이라 보고, 그 비용이 근로자가 부담할 성격의 것이라면 그 반환약정은 위약금 약정이 아니라고 본다.⁵¹¹⁾ 또한 근로기준법 제20조가 현실적인 손해배상청구를 배제하는 것은 아니고, 근로계약 종료 후의 손해배상 예정에는 적용되지 않는다고 한다.⁵¹²⁾

이와 달리 약관규제법 제8조는 경제적 약자인 고객을 부당하게 압박하여 가혹한 결과가 생기는 것을 방지하기 위하여 손해배상의 예정을 금지한 것으로, 위약금 약정은 물론 위약벌 약정에 대하여도 적용된다.⁵¹³⁾ 따라서 근로기준법 제20조

511) 대법원 2004. 4. 28. 선고 2001다53875 판결 등 참조.

512) 노동법실무연구회, 앞의 책, 58-60면.

513) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다20475 판결 등 참조.

가 반드시 약관규제법 제8조의 적용범위와 일치하는 것은 아니므로, 약관에 의하여 체결된 근로계약에 근로기준법만이 적용된다고 하면 근로자의 이익 보호에 흠결이 생길 수밖에 없다. 이는 심지어 법률전문가가 아닌 고객에게 근로관계를 부인하여 약관규제법의 적용을 받는 것과 근로관계를 주장하여 근로기준법의 적용을 받는 것 중 어느 것이 유리한지를 선택하도록 강요하는 결과가 된다.

생각건대 근로계약이 사용자에게 의해 일방적으로 형성되는 경우 그로부터 근로자를 보호하는 것은 사업자가 미리 준비한 약관에 의해 일방적으로 형성된 계약 내용으로부터 고객을 보호하는 것과 크게 다르지 않다. 또한 노동법상 원리에 의해서 근로자가 보호된다고 하더라도 약관규제법의 중첩적인 보호를 부인할 필요는 없다고 본다.⁵¹⁴⁾ 따라서 근로계약에 대하여도 약관규제법을 중첩적으로 적용할 수 있도록 약관규제법을 개정할 필요가 있다.

2) 특정한 거래 분야

약관규제법은 우선 약관에 의한 거래에 적용되는 민법의 특별사법이다. 그런데 약관이 주로 사업자의 상거래에 사용되는 것임을 고려하면 약관규제법의 상사특별법으로서의 지위도 부정할 수 없다. 따라서 상인과의 거래에 대하여 약관규제법은 상법의 특별법이 되고, 상법에 따로 약관에 관한 규정이 있는 경우에만 그러한 규정이 약관규제법에 우선하는 특별규정이 될 뿐이지, 일률적으로 상법을 약관규제법의 특별법이라 할 수는 없다. 그렇다면 보험약관에 대하여도 상법에 따로 특별규정이 없는 한 약관규제법이 적용되어야 한다. 위와 같은 전제하에 상법적용설의 문제점을 검토한다.

상법 제638조의3 제1항은 ‘보험약관의 교부의무’를 따로 두어, 약관규제법이 정하는 ‘고객이 요구할 경우 그 사본을 제공할 의무’보다 가중된 의무를 규정하고 있어, 일견 상법의 규정만 적용하더라도 고객에게 특별히 불이익하지 않은 것처럼 보인다. 그러나 같은 조 제2항에 따라 보험자의 교부 및 설명의무 위반의 효과로 보험자의 계약취소권만을 인정하게 되면, 고객은 두 가지 방법 중에 하나를

514) 같은 취지로 한인상, “정형화된 근로계약에서 무효인 위약금조항의 법률효과-독일법상 효력유지적 축소해석에 대한 논의-”, 「비교사법」 제15권 제4호, 한국비교사법학회, 2008, 544면; 연예인의 근로자성을 인정하면서 전속계약에 대하여 약관규제법의 규율을 받아야 한다고 설명하는 견해도 있다(연기영, 앞의 논문, 178-179면).

선택하여야만 한다. 첫째, 보험약관의 명시·설명 의무 불이행에 대하여 상법 소정의 취소권을 행사하여 계약을 소급적으로 무효로 만드는 것이다. 둘째, 취소기간 동안의 보험사고의 발생 여부 등을 고려하여 차라리 해당 약관 조항의 편입을 온전히 감수하는 것이다. 어느 방법을 선택하더라도 고객 보호에 미흡한 결과가 되는 것은 더 설명할 필요가 없다. 또한 상법적용설을 취하게 되면 보험약관의 설명의무를 위반한 사업자에게 약관규제법 제34조 제2항의 과태료 부과라는 공법적 책임도 물을 수 없다. 이는 보험자에 대한 설명의무이행의 강제력을 약화시켜,⁵¹⁵⁾ 고객 보호라는 약관규제법의 입법목적은 물론 선량한 보험계약자를 두텁게 보호하기 위한 상법 제638조의3의 입법목적⁵¹⁶⁾에도 부합하지 않는다.

그렇다면 보험약관의 교부에 관한 상법 제638조의3 제1항은 약관규제법의 특별법규가 되지만 이른바 ‘대는 소를 포함한다’는 논리법칙에 따라 교부의무와 관련된 약관규제법 제3조 제2항에 비하여 가중적인 의무에 불과하고, 상법 제638조의3의 제2항은 계약의 취소를 규정한 민법⁵¹⁷⁾의 특별규정으로 적용되는 것이지, 약관의 설명의무 위반에 대한 효과를 규정한 약관규제법 제3조 제4항에 대한 특별규정이 되는 것이 아니라고 보는 것이 타당하다.⁵¹⁸⁾ 이와 같이 해석하면 보험자가 보험약관의 교부·설명 의무를 위반한 경우에, 고객은 보험계약을 유지할 필요성이 없거나 중요한 내용에 대한 편입의 유·불리가 불분명하다면 상법에 따라 전체 보험계약에 대한 계약취소권을 행사하여 계약 이행의 부담에서 벗어나면 된다.⁵¹⁹⁾ 반면에 보험계약을 유지할 필요성이 있다면, 고객은 약관규제법에 따라 교부·설명 의무 위반으로 인한 편입통제의 효과를 물어 일단 계약의 효력을 유지시키면서 약관 조항의 편입 여부를 자유로이 선택하면 된다. 이와 같이 고객에게

515) 이와 달리 계약설에 입각하여 보험약관의 구속력을 파악하고 상법적용설을 취하면서도, 보험약관의 교부설명 의무 위반 시에는 공법적 효과로 약관규제법에 의한 과태료 처분이 내려진다는 견해가 있다(장경환, “약관의 구속력의 근거”, 「고시계」 제40권 제7호, 고시계사, 1995, 144면).

516) 입법자는 동 규정을 신설하면서 보험약관의 설명의무 위반을 취소사유로 하여 보험계약자와 피보험자의 이익을 고려하고, 취소기간을 비교적 단기로 하여 보험자의 이익을 동시에 고려하였다.

517) 민법의 취소사유는 제한능력, 착오, 사기·강박 등이 있으며(민법 제5조 제2항, 제10조 제1항, 제13조 제4항, 제109조 제1항, 제110조 제1항 및 제2항 등 참조), 취소권의 행사기간은 추인할 수 있는 날로부터 3년, 법률행위를 한 날로부터 10년이다(민법 제146조 참조).

518) 관례도 상법 제638조의3 제2항은 약관규제법 제3조 제3항과의 관계에서는 그 적용을 배제하는 특별규정이라고 할 수가 없다고 하였다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결).

519) 계약취소권의 행사는 반사적으로 약관에 의한 계약 자체의 유효를 전제로 하는 약관의 편입통제를 고려할 여지가 없다.

선택의 기회를 부여하는 중첩적용설이 타당하고,⁵²⁰⁾ 이를 반영하는 입법이 이루어질 필요가 있다.

(2) 약관의 변경

계속적 계약관계에서의 약관의 변경은 장래의 계약내용을 새롭게 형성하게 되므로, 기존 계약의 존속 중에 사업자가 해당 약관을 변경·개정하였다면, 변경된 내용에 대한 사업자의 명시·설명 의무의 이행에 관계없이 기존 고객의 동의가 없는 한 변경된 약관은 계약내용으로 편입되지 않는다고 새겨야 한다.⁵²¹⁾ 왜냐하면 이러한 해석론이 약관의 본질에 관한 계약설에 부합할 뿐만 아니라 기존 고객의 이해관계에 중대한 영향을 미칠 수 있는 약관내용의 변경을 저지할 수 있어 약관규제법 제3조의 입법취지에도 맞기 때문이다. 따라서 컨트리클럽의 개정회칙의 효력이 문제된 사안에서, 판례처럼 약관의 변경요건으로 단순히 고객의 승인만을 요해서는 아니 된다. 사업자는 약관의 변경된 내용을 고객에게 명시·설명하고, 기존 고객이 그것을 동의·선택하여야 변경된 약관은 계약에 편입되고, 비로소 변경된 약관이 구속력을 갖는다 할 것이다.⁵²²⁾

사업자가 특정 약관을 변경·개정한 경우에 기존 고객의 동의가 없다면 변경된 약관은 계약으로 편입되지 않고, 고객의 선택에 따라 그 계약은 종전의 약관에 의하여 규율된다. 한편 거래상 지위를 가진 사업자가 개정된 약관을 고객들에게 강제 또는 강요하여 사용하는 것은 불공정거래행위가 될 여지도 있다.⁵²³⁾

520) 같은 취지로 상법 제638조의3 제2항과 약관규제법 제16조의 규정도 서로 모순·저촉이 있다고 할 수 없다. 보험계약자가 편입을 거부하여 계약이 일부무효로 되면 약관규제법 제16조를 적용하면 되기 때문이다.

521) 같은 취지로 김상헌·한삼인, 앞의 논문, 547면.

522) 고객은 변경된 약관이 유리한 경우 계약으로의 편입을 주장하거나 변경된 약관이 불리한 경우 종전 약관의 의한 계약의 존속이나 계약해지 중에 선택할 수 있다(이은영, 앞의 책, 122-123면).

523) 황태희, “약관 개정의 불공정성 판단에 대한 약관법과 공정거래법 적용의 관계”, 「서울법학」 제22권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015, 683면; 다만 판례는 불공정거래행위에서의 ‘거래’의 의미는 사업 활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것임에 비추어 보면 골프장 회칙의 개정이 평일회원들에게 불이익하고 그 행위가 일방적으로 이루어졌다는 사정만으로는 사적 거래의 개별적 형성과정에 잘못이 있음은 몰라도 널리 거래질서와 관련성이 인정되지 아니하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 보기 어렵다고 하였다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결).

(3) 의외조항

1) 학설의 대립

의외조항을 독일 민법⁵²⁴⁾처럼 입법론상 편입통제의 문제로 다루어야 한다는 견해는 의외조항에 대한 통제는 체계적으로 독일 민법에서 규정하는 것처럼 약관 조항 편입요건에 대한 심사이므로 간접적 편입통제로 보아야 하고, 약관 조항의 불공정 유무를 판단하는 직접적 내용통제에 속하는 것이 아니라고 한다.⁵²⁵⁾ 또한 약관 조항의 의외성은 해당 계약의 거래형태와 기타 제반사정을 고려하여 고객이 기대한 것과 약관 조항에 실제로 규정된 내용 중에 서로 일치하지 않는 것이 존재하는지 여부에 따라 판단하는 것이지, 약관규제법 제6조 제2항에 규정한 것처럼 해당 조항을 일단 불공정한 조항으로 추정하고 사업자의 증명에 의하여 이를 반복할 수 있도록 하는 방식으로 다루어서는 아니 된다는 것이다.⁵²⁶⁾

그에 반하여 약관규제법의 규정과 같이 불공정성통제의 문제로 파악하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁵²⁷⁾ 이 견해는 의외성의 판단 기준은 평균적 고객을 기초로 해야 한다고 한다. 또한 약관규제법은 계약의 거래형태 뿐만 아니라 모든 사정을 고려하고 있어 그 인정범위가 넓고, 불공정성통제의 문제로 규율하게 되면 법원의 구체적 통제뿐 아니라 공정거래위원회의 추상적 통제가 가능하기 때문에 의외조항을 불공정성통제로 다루는 것이 올바른 해석이라고 한다.

의외조항은 불공정성통제에 해당하는 것이 원칙이나 편입통제에도 해당할 수 있다는 견해도 있다.⁵²⁸⁾ 의외조항은 대체로 불공정성통제에 해당하나 문제된 약관 조항의 위치가 통상적이지 않아 고객이 전혀 예상할 수 없는 곳에 숨겨져 있는 경우에는 편입문제로 보는 것이 타당하다는 것이다. 다만 의외조항에 대한 규율은 양면성을 갖고 있는 문제임은 분명하지만, 법적 안정성을 위하여 일률적으로 취급하여 약관규제법의 규정대로 불공정성통제의 문제로 다루는 것도 무방하다고 한다.⁵²⁹⁾ 한편 독일 민법처럼 의외조항을 편입통제에 위치하여 두면서 투명

524) 독일민법 제305c조 참조.

525) 장경환, “약관의 규제에 관한 법률-제6조(일반원칙)에 관한 몇 가지 고찰-”, 「상사법연구」 제8집, 1990. 11, 381면; 이기수·유진희, 「경제법」 제10판, 법문사, 2013, 496면.

526) 이병준, 앞의 논문(2015), 225면.

527) 이은영, 앞의 책, 189면.

528) 김진우, 앞의 논문(2012), 164면; 윤진수, 앞의 논문, 320면.

성 원칙을 내용통제에 두거나, 투명성 원칙을 현행법과 같이 고수한다면 의외조항은 삭제하는 것이 바람직하다는 입법론도 제기된다.⁵³⁰⁾

2) 판례의 태도

판례는 할부판매보증보험계약 체결시에, 피보험자의 사기행위가 있으면 보증보험계약을 무효로 한다고 규정한 약관 조항에 대하여, 이를 실질적으로 피보험자가 아닌 사람의 사기행위가 있는 경우에도 무효로 하는 규정으로 해석한다면, 이는 약관규제법 제6조 제1항 또는 제2항 제2호에 의하여 무효로 볼 수 있다고 하였다.⁵³¹⁾ 판례는 의외조항에 대하여 효력유지적 축소해석의 방법을 통하여 불공정성통제의 문제로 접근하고 있는 것으로 보인다.

3) 검토

의외조항에 대한 법적 취급을 편입통제로 논하려는 견해는 약관규제법의 조문 체계에 부합하지 않고, 법문의 목적론적 해석에도 부합하지 않으므로 타당하지 않다. 반면에 불공정성통제의 방법으로만 논하려는 견해는 법문의 해석에는 충실하나, 단계적 통제 과정에서 편입통제의 단계를 거치지 못하여 역시 고객 보호의 법리로 충분하지 못하다.

생각건대 현행 약관규제법의 체계적인 위치로 보면 의외조항에 관한 규정이 불공정성통제에 위치하고 있는 이상 무리하게 조문 체계를 어겨가면서까지 편입통제에서 논할 것은 아니다. 그러나 의외조항의 성격을 갖는 약관 조항이 계약의 중요한 내용이 되는 경우라면 설명의무 위반으로 다루고, 계약의 중요한 내용이 아니라면 명시 및 교부의무의 이행을 검토하는 편입통제의 과정을 먼저 거쳐야 한다. 다음으로 의외조항이 편입통제 단계를 통과한 경우에는, 비로소 약관규제법 제6조 제2항 제2호를 적용하여 불공정성통제의 규율을 받도록 하는 것이 타당하다. 그렇게 해석하는 것이 이중의 단계적 통제 과정을 통하여 고객을 더욱 보호하는 방법이 될 것이다.

529) 김진우 교수는 종전의 견해를 수정하여 의외조항의 문제를 불공정성통제의 문제로 취급해야 한다는 입장이다(김진우, 앞의 논문(2015. 2), 1147면).

530) 이병준, 앞의 논문(2015), 257면.

531) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2011다83882 판결.

(4) 입법론

약관규제법의 적용범위에 관한 문제점에 대한 해결방안을 고객 보호의 관점에서 접근하여, 약관규제법 제30조⁵³²⁾에 대하여 다음과 같이 개정을 제안한다.

제30조 (적용 범위) ① 약관이 「상법」 제3편 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 비영리사업의 분야에 속하는 계약에 관한 것일 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다.

② 특정한 거래 분야의 약관에 대하여 다른 법률이 경합하여 적용되는 경우에는 이 법을 우선하여 적용한다. 다만 다른 법률을 적용하는 것이 고객에게 유리한 경우에는 그 법률을 적용한다.

약관규제법의 적용범위에 관한 제30조를 위와 같이 개정하면, 근로기준법이 적용되는 근로계약에 대하여도 약관규제법이 중첩적으로 적용되어 근로자인 고객을 보호할 수 있다. 또한 제2항과 같이 규정하게 되면, 본문에서 특정한 거래 분야에서 약관규제법의 적용이 배제되는 것을 방지할 수 있고, 단서에서 특정한 거래 분야에서 고객을 특별히 보호하는 경우 그 법률의 적용을 배제하지 않아 한층 더 고객 보호에 충실을 기할 수 있다.

제2절 해석통제상의 문제점 해결방안

1. 신의성실의 해석원칙의 문제점 해결방안

신의성실의 원칙이란, 본래 민법에 내재된 법이념으로 어떤 법률관계의 당사자

532) 약관규제법 제30조 (적용 범위) ① 약관이 「상법」 제3편, 「근로기준법」 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 비영리사업의 분야에 속하는 계약에 관한 것일 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다.

② 특정한 거래 분야의 약관에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에 따른다.

가 된 자는 상대방의 정당한 이익을 고려하여 권리행사와 의무이행을 하여야 한다는 규범을 말한다. 약관에 의한 거래 영역은 일반적인 법률관계와 달리 계약당사자의 일방인 사업자가 우월한 지위를 가진다. 따라서 사업자에게 요구되는 신의성실의 원칙과 사인간의 대등한 거래 영역에서 적용되는 민법상 신의성실의 원칙을 동일한 의미로 파악하여서는, 고객 보호에 충실을 기할 수 없다.⁵³³⁾

약관규제법 제5조 제1항이 규정하는 신의성실의 원칙에 따른 해석은 약관규제의 영역에서 사업자와 고객 사이의 이익형평을 기준으로 권리행사나 의무이행의 모습에만 초점을 두는 것이 아니라, 계약내용결정에 직접 관여한다는 점에서 민법의 일반원칙과는 차이점이 있다. 약관의 해석원칙으로 약관규제법 제5조 제1항에 규정된 신의성실의 원칙은 민법 제2조의 신의성실의 원칙과 완전히 동일한 의미는 아니고, 약자를 보호하기 위한 ‘강화된 신의칙’이라고 보아야 한다.⁵³⁴⁾

2. 객관적·통일적 해석원칙의 문제점 해결방안

(1) 객관적 해석원칙의 필요성

약관규제법이 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에 별도의 규정을 두어 고객에게 유리하게 해석하도록 규정하고 있는데도, 특별히 고객 보호를 위하여 객관적 해석원칙이라는 방법이 필요한 것인가?

객관적 해석원칙을 적용하지 않고 법률행위 해석의 일반원칙에 따라 약관을 해석한다고 가정하여 본다.⁵³⁵⁾ 약관 조항에 표시된 문언과 고객이 이를 인식한 내용이 서로 다른 경우에, 규범적 해석방법에 따르면, 표시상대방인 고객이 표의

533) 이를테면 하자담보책임에 관한 민법 규정은 임의규정이어서 이에 관해 계약당사자는 자유로이 약정할 수 있으나 약관규제법의 규율하에 사업자의 담보책임을 제한하는 규정은 그 정도에 따라 신의성실의 원칙에 반하는 불공정한 약관 조항이 되는 것이다.

534) 이는 불공정성통제에 관하여 약관규제법 제6조 제1항에 규정된 신의성실의 원칙에 대하여도 마찬가지이다.

535) 약관의 해석에 법률행위 해석방법을 취하여 당사자의 진의를 객관적으로 탐구해야 한다는 견해가 있다(정기웅, 앞의 책, 29면); 한편 약관 조항도 계약해석의 일반원칙의 적용을 받는다는 것을 전제하고 오표시무해의 원칙과 같은 구체적 사안에서의 개별적 사정이 해석의 범위 내에서 고려되어야 한다는 견해도 있다(김진우, 앞의 논문(2011), 185면). 다만 사업자의 목표가 이윤추구에 있는 이상 약관 조항의 해석에 오표시무해의 원칙이 적용될 경우는 거의 드물 것이므로 본 논문에서는 법률행위 해석의 일반원칙 중에서 규범적 해석방법과의 관계를 중심으로 객관적 해석원칙의 필요성을 살펴본다.

자인 사업자의 표시행위인 약관을 기초로, 고객의 시각에서 사업자의 추정적 의사를 탐구하게 될 것이다. 이와 같은 해석방법은 사업자의 표시를 판단 대상으로 하되, 고객의 능력을 판단 기준으로 하므로 공평한 해석방법이 된다.

그러나 실제로 고객의 개별적 능력 차이에 따라 고객의 인식이 문제되는 경우에는, 이를 약관의 편입통제 과정에서 명시·설명의무로 다루는 것이 타당하고, 해석통제의 단계에서 고객의 개별적인 사정을 고려할 여지는 거의 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 약관의 기능은 대량적·집단적 거래의 편의성에 있으므로, 대부분의 약관 조항은 내용적 교섭과정을 거치지 않은 것이고, 이윤추구를 목표로 하는 사업자의 속성에 비추어보면, 고객의 개별적인 사정을 기준으로 그 표시내용을 고객에게 유리하게 해석하기도 용이하지 않기 때문이다. 따라서 아무리 고객의 개별적인 사정을 고려하여도 그러한 사정이 약관에 의한 계약체결과정에서 엿보이지 않는 이상, 사업자가 약관에 표시한 내용을 고객 친화적으로 해석하는 것은 불가능에 가깝다고 할 수 있다. 그렇다면 약관의 해석원칙으로 객관적 해석원칙이라는 특별한 해석방법을 동원하지 않고, 규범적 해석방법으로 약관을 해석하더라도 개별고객의 특수성에 따라 해석의 결과가 서로 다르게 되는 경우는 거의 상정하기 힘들다.

한편 사업자의 전문성에 비추어 보면, 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 약관을 해석하는 것이 반드시 고객에게 불리하게만 적용되는 것도 아니다.⁵³⁶⁾ 그러나 안타깝게도 객관적 해석원칙에 따라 고객의 개별적 사정을 전혀 고려하지 않고, 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 객관적 해석원칙을 강요하면 평균적 수준에 미치지 못하는 능력의 고객에게는 의도하지 않았던 결과의 수인을 강요하는 결론에 이를 수 있다.⁵³⁷⁾

생각건대 객관적 해석원칙과 규범적 해석방법의 결과가 모순되지 않는 이상 객관적 해석원칙이 반드시 계약결과 양립할 수 없는 것은 아니라고 보아야 한다. 오히려 객관적 해석원칙의 필요성은 해석의 통일성을 기하여 개별 고객 사이의 공평성을 유지하려는 목적에서 찾아야 한다.

536) 객관적 해석의 결과가 고객에게 유리한 경우로 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다65138 판결; 이에 반하여 불리한 경우로 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다45777 판결 등 참조.

537) 독일민법은 제305조 제2항 제2호를 두어 편입통제의 단계에서 이를 보완하고 있다.

(2) 통일적 해석원칙의 의미

판례는 대출금 이자반환의무의 면책을 규정한 약관 조항의 객관적 의미를 해석함에 있어, 오피스텔의 수분양자 중 중도금 대출을 받아 사업자가 그 이자를 납부해 준 수분양자 고객과 그렇지 아니한 수분양자 고객을 구분하여, 전자의 경우에는 일정한 대가관계에 따른 면책을 규정한 조항이라고 해석하고, 후자의 경우에는 일방적인 이자반환의무의 면책을 규정한 조항이라고 해석하는 등 위 약관 조항의 효력을 달리 판단한 것은 약관의 객관적 해석원칙에 반하고, 약관 조항을 고객에 따라 다르게 해석한 결과가 된다고 한다.⁵³⁸⁾

그런데 위 판결의 원심은 계약의 해제로 인하여 사업자는 고객에 대하여 대출금 이자채무 상당의 원상회복청구권을 취득하므로, 이를 고객의 사업자에 대한 이자반환채권과 서로 상계하는 것으로 처리할 수 있다는 별개의 법률관계를 고려하였다. 물론 이러한 사정은 계약 이후의 개별적 법률관계에 불과한 것이고, 계약체결 당시의 사정도 아니며, 고객보다는 오히려 사업자의 사정으로 보아야 한다. 원심은 간명한 법률관계의 처리를 위하여, 문제된 불공정한 약관 조항에 대하여 효력유지적 축소해석을 통해 약관 조항을 고객에 따라 다르게 해석한 것이어서, 원심과 달리 판단한 대법원의 결론은 일응 수긍할 수 있다.⁵³⁹⁾

설령 규범적 해석방법에 의하더라도, 위 사안에서 사업자의 의사는 분양계약의 해제로 사업자가 고객이 납부한 분양대금을 반환해야 할 경우에, 분양대금에 대한 이자반환의무를 일방적으로 면하고자 하는 것으로 해석함이 타당하다. 따라서 계약체결이후의 개별적 법률관계에 관한 사정을 고려하여서는 안 될 것이다. 다만 위 판결을 두고, 통일적 해석원칙의 독자적 의미를 밝힌 판결이라고 평가하기는 어려우나, 약관규제법 제5조 제1항 후문의 해석원칙에 따른 대법원의 결론이 적어도 고객 보호에 흠결을 가져오지는 않는다.⁵⁴⁰⁾

538) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다21849 판결.

539) 다만 원심에 법리 오해가 있음에도, 대법원은 불이익변경금지의 원칙상 원심판결을 파기하지 못했다.

540) 사업자의 우월적 지위와 비교하여, 고객이 개별적인 이익을 받음으로써 다른 고객에게 불이익한 경우가 발생하는 경우를 굳이 예로 들면, 보험약관의 적용에 보험계약자의 개별적인 사정을 고려하여 보험금을 지급하는 경우를 가정할 수 있다. 이로 인하여 다른 고객은 다음 회에 납입할 보험료가 인상되는 정도의 불이익을 받을 수 있다. 그러나 이와 같은 불이익은 보험정책상 문제에서 기인하는 사실적 불이익에 불과한 것이다.

(3) 검토

약관의 본질을 계약으로 보는 이상 계약의 내용이 된 약관 조항의 해석에 대하여도 법률행위해석의 방법을 취하는 것이 옳다. 따라서 약관의 해석은 약관 조항에 담긴 사업자의 의사표시가 어떠한 내용인지를 밝혀, 사업자와 고객이 체결한 계약의 목적 또는 내용을 명확하게 하는 작업이어야 한다.

우선 사업자와 고객이 의도한 바를 탐구하여 그것이 일치한다면 약관에 표시된 것과 다르더라도 이와 상관없이 양자가 의도한 대로 법률효과를 인정하여야 한다.⁵⁴¹⁾ 그런데 약관에 의한 계약체결에 있어서는 사업자의 의사표시는 약관을 통하여 고객에게 제시될 뿐 고객은 구체적 의사표시를 할 수 없고, 채용합의를 거쳐 사업자의 표시대로 계약의 내용이 정해진다. 극단적으로 말하면 고객은 채용합의와 사업자의 청약에 대한 승낙 말고는 따로 의사표시가 존재하지 않고, 사업자의 표시에 대응하는 고객의 내심의 의사만이 있을 뿐이다.

사업자가 약관에 표시한 것과 고객이 이를 인식한 내용이 서로 다른 경우에, 규범적 해석방법에 따라 표시상대방인 고객이 표의자인 사업자의 효과의사가 아니라 표시행위의 하나로 이루어진 약관의 객관적 의미를 탐구하여, 고객의 시각에서 표의자인 사업자의 추정적 의사를 밝혀야 한다. 여기서 객관적 의미를 탐구하는 과정은 표시행위인 약관 조항의 객관적 의미를 합리적으로 해석하는 것이다. 따라서 그 문언의 형식과 내용·약관에 의한 계약체결의 동기 및 경위, 평균적 고객이 약관에 의한 계약으로 달성하려는 목적과 진정한 의사 및 거래관행 등을 종합적으로 고려하여 정의와 형평의 이념에 맞도록 해석하여야 한다.

결국 객관적 해석원칙의 적용은 반드시 계약결과 양립할 수 없는 것이 아니고, 규범적 해석방법의 특칙으로 적용되는 약관의 해석원칙이라고 보아야 한다.⁵⁴²⁾ 다만 객관적 해석원칙을 통하여 달성할 수 있는 다수 고객에 대한 평등한 취급은 개별 고객 사이의 공평성을 위한 것이므로, 그 적용에 있어 평균적 고객의 수

541) 같은 취지로 김진우, 앞의 논문(2011), 196면.

542) 같은 취지로 의사표시 해석에서의 '주관적 해석'의 일반 원칙에 대한 특별한 예외로서의 의미를 가진다는 견해(대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결에서 양창수 대법관의 보충의견 참조)와, 객관적 해석원칙은 법률행위 해석의 기준이 되는 개별 당사자를 '평균적 고객'으로 치환하여 그 평균적 고객의 합리적 의사를 추구하는 원칙일 뿐이라고 설명하는 견해(권영준, 앞의 논문, 221면)가 있다.

준을 높게 설정하는 것은 고객에게 지나치게 불리한 결과를 초래할 수 있다. 현행 약관규제법 규정에 이와 같은 점을 반영할 필요가 있다.

3. 고객유리의 해석원칙의 문제점 해결방안

(1) 해석의 방법

고객유리의 해석원칙에 대한 최근의 판례 중 유의미한 것들을 살펴보면 다음의 몇 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 보험약관에서 암보험급여의 대상이 되는 수술을 특정암 또는 일반암의 치료를 직접적인 목적으로 하는 수술이라고만 규정하고 있을 뿐이고, 의료계에서 표준적으로 인정되는 수술이라고 제한하고 있지 않은 경우에, 폐색전술⁵⁴³⁾도 넓은 의미의 수술에 포함될 여지가 충분히 있다고 판단하여 사업자의 보험금 지급 의무를 인정하였다.⁵⁴⁴⁾ 둘째, 절차적 요건을 위반하여 실행한 무역금융은 수출신용보증서의 신용보증대상에 해당한다고 할 수 없다고 해석하는 것이 위 신용보증약관의 목적과 취지를 고려한 공정하고 합리적인 해석이고, 그렇게 해석되는 이상 위 신용보증약관의 관련 조항에 불명확한 점이 있다고는 볼 수 없어, 고객유리의 해석원칙이 적용될 여지가 없다고 판단하여, 사업자인 한국무역보험공사는 면책약관에 따라 보증책임을 부담하지 않게 되었다.⁵⁴⁵⁾ 셋째, 암보험계약의 약관에서 암과 상피내암 여부에 따라 암치료자금과 수술자금을 달리 지급하는 경우에, 국내 의료계의 다수가 피보험자의 질병인 ‘구불결장의 점막고유층에 국한된 관상선종’을 상피내 암종으로 분류할 수 있다는 견해를 취하고 있더라도, 위 약관에서 피보험자의 질병과 같은 점막내 암종을 상피내암이 아니라 암으로 보는 해석이 가능하고 그 객관성과 합리성도 인정되므로, 위 약관이 규정하는

543) 색전술은 암세포가 혈액에 의존하는 점을 이용하여 영양분을 공급하는 혈관을 화학물질을 이용하여 차단하여 암세포만을 선택적으로 괴사시키는 방법으로서 전이된 폐암의 치료에 있어 표준화된 치료가 아니라 소수의 병원에서 실험적으로 시행되는 것이다.

544) 대법원 2010. 7. 2. 선고 2010다28208, 28215 판결(이 판결에 대한 평석은 임재호, “2010년도 보험법 판례의 동향과 분석”, 「상사판례연구」 제24집 제3권, 한국상사판례학회, 2011, 451면 참조).

545) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2007다5120 판결.

‘상피내암’은 객관적으로 다의적으로 해석되어 약관 조항의 뜻이 명백하지 아니한 경우에 해당하므로, 위 약관이 규정하는 상피내암은 점막내 암종을 제외한 상피내 암종만이 해당한다고 제한해석해야 한다고 판단하여 사업자의 보험금지급 의무를 인정하였다.⁵⁴⁶⁾ 넷째, 보험금지급 조건으로 ‘16대 특정질병’으로 진단이 확정되고 그 질병의 치료를 직접적인 목적으로 수술을 받았을 때 수술비 200만 원(수술 1회당)을 지급하도록 규정하고 있는 약관 조항에 대하여, ‘16대 특정질병’ 중 ‘당뇨병’에는 제3차 한국표준질병사인분류의 ‘당뇨병’이라는 항목군에 속하는 세분류 단위에 기재된 질병인 ‘당뇨병성 백내장’과 ‘당뇨병성 망막병증’도 포함된다고 해석하는 것이 고객 보호의 측면에서 타당하고, 약관 해석에서의 고객우리의 해석원칙에도 부합한다고 하였다.⁵⁴⁷⁾ 다섯째, 근저당권설정계약서에 피담보채무의 범위에 관하여 ‘포괄근담보’라고 기재된 상태에서 서명·날인하였다면 피담보채무의 범위에 관한 기재가 없다고 하여 그 뜻이 명백하지 아니한 경우라고 볼 수 없다고 하였다.⁵⁴⁸⁾ 여섯째, 무보험자동차에 의한 상해담보특약에 가입한 경우가해차량 보험회사의 보상책임 유무가 객관적으로 명확히 밝혀지지 않은 경우에 있어서의 가해차량 역시 위 약관에서 말하는 무보험자동차에 해당한다고 보아야만 피해자가 자신의 보험회사에 위 특약에 따른 보험금 청구가 가능하게 되어 신속한 피해보상이 이루어져 자동차 보험정책은 물론이고, 고객우리의 해석원칙에도 부합한다고 하였다.⁵⁴⁹⁾ 마지막으로 생명보험계약 체결시 부가적으로 가입한 재해사망특약의 약관 조항을 평균적인 고객의 이해가능성을 기준으로 살펴보면, 위 약관 조항⁵⁵⁰⁾은 고의에 의한 자살 또는 자해는 원칙적으로 우발성이 결여되어 보험사고인 재해에 해당하지 않지만, 예외적으로 단서에서 정하는 요건, 즉 피보험자가 정신질환상태에서 자신을 해친 경우⁵⁵¹⁾와 책임개시일부터 2년이 경

546) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다60305 판결(이 판결에 대한 평석은 김선정, “약관의 해석에 있어서 작성자 불이익의 원칙”, 「비교법연구」 제11권 제3호, 동국대학교 비교법문화연구소, 2011, 21-46면 참조).

547) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다222015 판결.

548) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013다87819 판결.

549) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2015다230310 판결.

550) 문제된 특약은 “회사는 다음 중 어느 한 가지의 경우에 의하여 보험금 지급사유가 발생한 때에는 보험금을 드리지 아니하거나 보험료의 납입을 면제하지 아니함과 동시에 이 계약을 해지할 수 있습니다”라고 하면서, 제1호에서 “피보험자가 고의로 자신을 해친 경우. 그러나 피보험자가 정신질환상태에서 자신을 해친 경우와 계약의 책임개시일(부활계약의 경우에는 부활청약일)부터 2년이 경과된 후에 자살하거나 자신을 해침으로써 장해등급분류표 중 제1급의 장해상태가 되었을 때에는 그러하지 아니합니다”라고 되어 있었다.

과된 후에 자살하거나 자신을 해침으로써 제1급의 장애상태가 되었을 경우에 해당하면 이를 보험사고에 포함시켜 보험금 지급사유로 본다는 취지로 이해하는 것이 합리적이고, 약관 해석에 관한 고객유리의 해석원칙에도 부합한다고 보아, 이와 달리 원심⁵⁵²⁾이 이 사건 특약 약관을 작성하는 과정에서 종전의 생명보험 표준약관을 부주의하게 그대로 사용함에 따라 이 사건 특약 약관에 잘못 포함된 것에 불과하여 보험금을 지급할 의무가 없다고 판단한 것은 위법하다고 하였다.⁵⁵³⁾

이와 같이 판례는 고객에게 유리한 해석이란 해석의 결과가 고객에게 유리한 경우와 불리한 경우를 가정하고, 양자를 비교하여 판단하고 있음을 알 수 있다.

한편 해석통제의 단계에서 일부러 고객에게 불리한 해석을 하고, 그로 인해 불공정성통제에 의하여 약관 조항이 무효가 되는 경우를 고객에게 가장 유리한 결과로 고려하여야 한다는 견해는 다음 몇 가지의 이유로 타당하지 않다. 첫째, 해석통제의 단계에서 일부러 고객에게 불리한 해석을 하는 것은 약관규제법 제5조 제2항의 문언에 반한다. 둘째, 불공정성통제에 의존하는 것은 추상적 심사만이 가능한 행정적 통제에서는 타당할 수 있으나, 단계적 통제 과정을 거치는 사법적 통제에는 적절하지 않다. 셋째, 불공정성통제로 인하여 약관 조항이 무효가 되면, 고객도 무효로 인한 원상회복의무를 지게 되므로, 이를 고객에게 항상 유리한 결과라고 단정할 수 없다. 따라서 불공정성통제에 의하여 약관 조항이 무효가 되는 경우를 고객에게 가장 유리한 결과로 고려하는 것은 타당하지 않다.

(2) 다른 해석원칙과의 관계

판례는 신의성실의 원칙에 따른 해석과 객관적·획일적 해석을 거친 후에도 약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석되고 그 각각의 해석이 합리성이 있는 등 당해 약관 조항의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석하나,

551) ‘피보험자가 정신질환상태에서 자신을 해친 경우’가 재해사망보험금 지급사유에 해당한다는 것이 대법원의 확고한 입장이다(2006. 3. 10. 선고 2005다49713 판결).

552) 서울중앙지방법원 2015. 10. 7. 선고 2015나14876 판결(이 판결에 대한 평석은 권영준, 앞의 논문, 207-248면 참조).

553) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다243347 판결; 대법원 2016. 5. 26. 선고 2016다205656, 205663 판결; 2016. 5. 26. 선고 2014다212339, 212346 판결.

그러한 약관 조항의 의미가 명백한 경우에는 고객유리의 해석원칙은 적용될 수 없다는 입장이다.⁵⁵⁴⁾

생각건대 고객유리의 해석원칙은 고객의 의사와 약관의 표시가 불일치하여, 특히 그 객관적 의미가 명확하지 않은 경우에 해당 법률행위에 관한 임의법규·사실인 관습 여하를 불문하고 고객에게 유리한 결과에 이르도록 해석하여야 한다는 취지로 새겨야 한다. 이와 같이 고객유리의 해석원칙이 보충성을 갖는 것에는 뜻을 같이 하나,⁵⁵⁵⁾ 그것은 약관에 표시된 의사표시를 해석하는 규범적 해석방법의 단계에서 이루어져야 한다. 더구나 고객 보호의 관점에서 접근하면, 불명확성에 대한 요건을 엄격히 하여서는 안 될 것이다. 약관에 대한 법원의 구체적 통제는 편집통제와 해석통제의 기능을 강화하여 최후의 수단인 불공정성통제 단계로의 진입을 저지하는 방향으로 이루어져야하기 때문이다.⁵⁵⁶⁾

4. 입법론

약관의 해석원칙에 대한 문제점 해결방안으로 고객 보호의 관점에서 접근하여, 약관규제법 제5조 제1항⁵⁵⁷⁾에 대하여 다음과 같이 개정을 제안한다.

제5조 (약관의 해석) ① 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 불리하게 해석되어서는 아니 된다.

객관적·통일적 해석원칙은 평균적 고객을 기준으로 하는 것이지, 모든 고객을 획일적으로 취급하고자 하는 것이 아니다. 오히려 개별 고객이 불이익을 받는 경우가 없도록, 개별 고객 사이의 공평성을 기하여 전체 고객을 보호하려는 취지로 이해해야 한다. 약관의 해석에 관한 제5조 제1항을 위와 같이 개정하면, 객관적

554) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2007다5120 판결 등 참조.

555) 고객유리의 해석원칙은 결국 해석원칙에서 최후의 수단(last resort)으로 작용한다(Edward Allan Farnsworth, 앞의 책, p.460).

556) 이에 반해, 약관 통제의 방향성은 해석에 의한 간접적 내용통제보다는 약관 조항 자체를 무효로 만드는 직접적 내용통제인 불공정성통제를 우선하는 것이 고객 보호에 더 효과적이라는 견해가 있다(황진자, 앞의 논문, 17면).

557) 약관규제법 제5조 (약관의 해석) ① 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다.

해석원칙의 문제점을 보완하고, 통일적 해석원칙에 내재된 고객 보호의 의미를 명확히 할 수 있다.

제3절 불공정성통제상의 문제점 해결방안

1. 일반적 통제의 문제점 해결방안

(1) 규정체계

약관규제법 제6조 제1항이 규정하는 신의성실의 원칙은 민법의 그것보다 강화된 신의칙으로 고객 보호를 위하여 약관 조항의 불공정성을 인정하는데 인식하지 않아야 한다.⁵⁵⁸⁾ 앞서 설명한 바와 같이 그것은 약관의 해석원칙으로도 적용되어, 약관의 해석도 신의성실의 원칙에 따른 공정한 해석을 추구하며, 이와 같은 해석은 고객의 사정을 고려한 해석이어야 한다.

약관규제법 제6조 제2항 각호의 사유에 해당하는 계약내용은 일반적인 계약관계에서도 공정성이 의심되는 것이지만, 사적자치의 원칙에 비추어 반드시 이와 같은 계약내용이 민법 제2조에 반하는 것이라 할 수 없다.⁵⁵⁹⁾ 그러나 약관규제법이 요구하는 강화된 신의칙에 의하여, 이와 같은 사유를 계약의 내용으로 하는 약관 조항은 불공정한 약관 조항이 된다고 보아야 한다. 그럼에도 일반조항인 약관규제법 제6조는 제1항에만 그 법률효과를 규정하고 있어, 제2항과 제1항을 순차적으로 거쳐야 하는 구조적 문제점을 가지고 있다.⁵⁶⁰⁾ 약관규제법 제6조 제2항은 동조 제1항의 강화된 신의칙을 예시하는 것이므로 제2항에 불공정성통제의

558) 최병규, 앞의 논문(2013. 12), 129면.

559) 민법상 신의성실의 원칙은 최후의 비상수단으로 작용하며(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다 33224 판결 등 참조), 신의성실의 원칙의 파생원칙인 권리남용금지의 원칙에서 권리남용이 성립하기 위하여는 권리가 자기에게 정당한 이익이 없음에도 오직 상대방을 해하거나 고통을 가할 목적으로 권리를 행사하여야 한다는 주관적 요건을 필요로 하고 있다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다44285 판결 등 참조).

560) 관례도 일반조항에 의한 불공정성통제에 관하여는 약관규제법 제6조의 구조를 따를 수밖에 없다(대법원 2012. 4. 13. 선고 2010다1180 판결; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결 등 참조).

효과를 명시하거나, 제2항이 제1항의 예시임을 명백히 규정하여 이와 같은 문제점을 해소할 필요가 있다.

(2) 불공정성통제의 판단 대상과 기준

계약의 상대방 결정, 급부 자체, 가격 합의 및 대가관계의 결정 등에 관한 내용이 불공정성통제의 적용대상이 되지 않는다는 해석은 다음의 몇 가지 보충이 필요하다.

우선 계약의 상대방 결정에 관하여 살펴본다. 계약자유 원칙은 계약체결의 자유·계약내용결정의 자유·계약방식의 자유를 포함한다. 이와 더불어 계약체결의 자유에 포함되는 것이어서 독자적 의미를 갖는 것은 아니지만, 계약상대방결정의 자유가 있다. 계약의 상대방 결정이라는 문제는 약관규제법이 규율하는 계약내용결정의 자유에 관한 것이 아니어서 불공정성통제의 대상이 되지 않는 것이 타당하다. 다만 전기·가스·수도 등과 같은 필수적 재화에 대하여 독점적 공급이 이루어지는 경우에, 공급자는 수요자의 청약을 승낙할 의무가 있고,⁵⁶¹⁾ 수요자는 공급자를 선택할 자유를 제한받는다. 따라서 계약의 상대방 결정의 자유가 제한되는 영역에서 약관에 의한 계약체결이 이루어지는 경우 그와 같은 사정은 불공정성통제의 대상이 되는 것은 아니라고 하더라도, 불공정성통제의 판단 기준으로 고려해야 한다.

다음으로 급부 자체, 가격 합의 및 대가관계의 결정 등에 관하여 살펴본다. 계약의 주된 급부나 그에 따른 가격 합의 및 대가관계의 결정을 사적 자치의 원칙에 근거한 시장경제원리에 일임하게 되면, 고객은 이에 관한 분쟁이 생겼을 때, 민법 제2조와 제104조에 기댈 수밖에 없다. 그러나 이와 같은 결론은 경제적 약자인 고객 보호에 미흡한 점이 생길 여지가 크다. 급부와 가격에 대한 결정은 계약의 당사자가 계약내용에서 가장 주목하는 중요한 내용이기 때문이다. 따라서 계약의 주된 급부나 가격 합의는 당사자의 선택의 영역에 놓더라도, 부수적 급부는 그것이 주된 급부의 내용을 결정하는데 영향을 미치거나, 주된 급부와 일체로 이루어지더라도, 불공정성통제의 대상으로 보아야 한다.⁵⁶²⁾ 판례는 근거당권설정

⁵⁶¹⁾ 한삼인, 앞의 책(2011), 8면.

비용부담에 관한 약관 조항을 불공정성통제의 대상으로 삼는다.⁵⁶³⁾ 사업자인 은행과 고객이 체결하는 근저당권설정계약에서, 주된 급부는 대출상품과 대출금리이다. 하지만 실질적으로 고객은 대출금리와 설정비용을 모두 고려하여 대출금과 대출기관을 선택하고, 근저당권설정비용이나 인지세 등을 누가 부담하는지에 관한 약정은 주된 급부와 일체로 이루어져 주된 급부에 영향을 미친다. 따라서 판례가 단순히 부수적 대가약정이어서 이를 불공정성통제의 대상으로 삼은 것으로 볼 것은 아니다.⁵⁶⁴⁾

이와 같이 불공정성통제의 대상에 대한 입법적 불비는 다양한 해석을 가능케 하여, 불공정성통제를 염두에 둔 고객의 예측가능성을 담보하지 못하게 되고, 결과적으로 고객 보호에 미흡한 점이 있다. 따라서 우리 약관규제법도 독일의 경우와 같이 불공정성통제의 대상을 ‘법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 내용 또는 그것을 보충하는 내용을 정하는 약관 조항’과 같이 명시적으로 규정할 필요가 있다.⁵⁶⁵⁾ 다만 약관규제법의 적용에 있어서 법률에 정하여진 내용을 되풀이하는 선언적·확인적 약관 조항에 대하여는 불공정성통제의 필요성이 없다고 보아야 한다. 법률이 헌법에 위반되지 않는 이상 법원에 의하여 공정성 여부를 심사받아서 안 되기 때문이다.⁵⁶⁶⁾

약관규제법 제6조 제2항에 따른 불공정성통제의 판단 기준도 명확하지 않다. 그러므로 이러한 불명확성을 해소하기 위하여 불공정성통제에 대한 구체적 판단 기준을 명시하는 방법으로 다음의 몇 가지를 생각해볼 수 있다. 첫째, 불공정성통제의 판단 기준으로 고객의 개별적 사정을 고려 요소로 포함시킬 필요가 있다. 둘째, 제6조 제2항 제2호에서 고려하는 ‘계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정’을 구체화할 필요가 있다.⁵⁶⁷⁾ 셋째, 약관규제법 제6조 제2항 제3호의 ‘본질적 권리’는

562) 이에 반해, 통화옵션계약의 구조에 관한 조항은 급부의 내용인 상품 자체에 관한 것이거나 상품 또는 그 반대급부의 내용과 직접적으로 연관된 것이므로, 통화옵션계약이 약관으로 인정되더라도 불공정성통제의 대상은 되지 않는다는 견해가 있다(이병준, 앞의 논문(2014. 5), 141면).

563) 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결 참조.

564) 이에 반해, 주된 급부는 불공정성통제의 대상이 되지 않지만, 근저당권설정비용에 관한 약관 조항은 부수적 대가약정에 관한 조항이기 때문에 불공정성통제의 대상이 된다는 견해가 있다(김진우, 앞의 논문(2014), 356-359면).

565) 최병규, 앞의 논문(2013. 12), 149면.

566) 김진우, 앞의 논문(2012), 159면; 최병규, “약관내용에 대한 사법적 통제의 한계”, 경제법연구 제12권 제1호, 한국경제법학회, 2013. 6, 188면.

567) EU의 불공정조항지침 제4조 제1항이나 DCFR은 불공정성 여부 판단에 고려할 요소로 “계약의 목적, 계약체결 당시의 지배적인 사정, 계약의 다른 조항들 및 그 계약이 의존하는 다른 계

고객을 기준으로 평가한다는 점을 명확히 하여, 사업자의 의무를 제한하는 경우도 불공정성통제의 기준으로 포함시킬 필요가 있다.⁵⁶⁸⁾

(3) 불공정한 약관의 효과

1) 불법원인급여와의 관계

약관규제법은 강행규정이므로, 불공정성통제로 무효가 된 약관 조항에 의하여 이루어진 급부행위를 불법원인급여로 볼 여지는 없는지 살펴본다. 민법 제746조의 불법원인의 의미에 대하여 견해가 대립하고 있다.⁵⁶⁹⁾ 약관규제법을 위반한 불공정한 약관 조항에 기한 급부행위를 불법원인급여로 보고, 사업자의 불법성이 크다고 인정되는 경우에는 민법 제746조 단서에 의해 고객의 반환청구만 가능하도록 하여, 고객 보호를 꾀할 수도 있다.⁵⁷⁰⁾ 그러나 판례는 민법 제746조의 불법원인은 그 원인이 된 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것이고, 강행규정 위반이라고 하여 반사회성을 가지지 않는 한 당연히 불법원인급여가 되는 것은 아니라는 태도를 일관되게 유지한다.⁵⁷¹⁾ 따라서 현실적으로 불공정한 약관 조항에 기한 급부행위가 반드시 불법원인급여에 해당한다고 보기 어렵다.⁵⁷²⁾

사업자가 불공정한 약관 조항을 사용하였음에도, 이에 의한 급부행위가 불법원인급여가 되지 않는 경우, 일반부당이득반환 법리에 의해, 사업자는 고객이 얻은 이익을 부당이득으로 환수할 수 있게 된다. 이러한 결과는 약관규제법이 추구하는 불공정한 약관의 사용금지라는 일반 예방적 효과와 부합하지 않는다.⁵⁷³⁾

약들의 내용”을 제시하고 있다(안태용 譯, 「유럽민사법의 공통기준안 총칙·계약편」, 법무부, 2012, 55면).

568) 장경환, 앞의 논문(2005), 95-102면.

569) 이에 관한 학설대립의 상세는 송덕수, 앞의 책, 1619면 참조.

570) 그러나 이에 대하여는 고객이 약관의 채용합의 과정에서 불법에 대한 인식이 전혀 없었는데도 사업자와 고객의 불법성을 비교하는 것은 타당하지 않고, 사업자에게 지나치게 불리한 법적용이라는 비판이 가능하다.

571) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다1782 판결 등 참조.

572) 이은영, 앞의 책, 194면.

573) 민법 제750조에 의한 손해배상책임을 묻는 것은, 고객이 입은 손해는 소비자 피해의 소액성에 비추어 재산상 손해는 경미하고 정신적 손해인 위자료가 대부분일 것이고, 위자료의 인정에 소극적인 우리 법원의 태도에 비추어 보면, 사업자의 불공정약관 사용을 억제할 만한 강제력을 가지지 못하는 수준에서 위자료가 결정될 가능성이 크기 때문에 그 효과가 부당이득반환법리와 별반 다르지 않다.

2) 징벌적 손해배상제도의 필요성

징벌적 손해배상제도는 민사소송에 형벌적 요소를 가미한 것으로 사업자의 반사회적 행위가 인정되는 경우 실제 발생한 손해액을 기준으로 하지 않고 사업자에게 징벌의 목적으로 거금의 손해배상의무를 이행하도록 명하는 제도를 말한다.⁵⁷⁴⁾ 징벌적 손해배상제도는 본래 위법행위에 대한 제재를 목적으로 영미법계 국가에서 인정되는 특유한 제도인데,⁵⁷⁵⁾ 실손해의 전보와 원상회복을 목적으로 하는 우리의 불법행위법과는 이념적으로 상충하는 면이 있다.⁵⁷⁶⁾ 아직까지 우리 학계에서 약관규제와 관련하여 징벌적 손해배상제도의 도입을 논의하는 연구는 찾아보기 어렵다. 다만 하도급거래 공정화에 관한 법률 제35조,⁵⁷⁷⁾ 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제45조,⁵⁷⁸⁾ 개인정보 보호법 제39조⁵⁷⁹⁾ 등과 같이, 경제적 약자를 보호하기 위하여, 징벌적 손해배상제도의 취지를 반영하여 손해배상 책임을 확대하고자 하는 입법자의 노력은 쉽게 찾아볼 수 있다.

그런데 보험계약의 사업자는 적극적으로 소비자를 기망하거나 책임을 부정하는 경우가 많다.⁵⁸⁰⁾ 또한 사업자는 약관의 해석이 불분명한 경우, 비용최소화를

574) 강병모, “소비자권리실현을 위한 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구”, 정책연구보고서, 한국소비자원, 2008, 21면.

575) 미국의 징벌적 손해배상제도의 동향과 우리 법으로의 도입필요성에 대한 연구로는 이재목, “미국 징벌배상제도의 개혁논의와 그 전망”, 「법학논총」 제22권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2015. 8, 169-195면 참조.

576) 이재목, “징벌배상제도의 국제적 동향과 국내에서의 논의 상황”, 「법학연구」 제26권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2015. 12, 426면; 판례도 민사소송법 제217조의2 제1항은 “징벌적 손해배상과 같이 손해전보의 범위를 초과하는 배상액의 지급을 명한 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판의 승인을 적정범위로 제한하기 위하여 마련된 규정”이라고 한다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결). 이는 징벌적 손해배상이 우리 불법행위법의 이론과 일치하지 않는다는 점을 인정한 것이다.

577) 대금을 미지급하거나 기술을 도용하여 손해를 입은 경우 손해의 3배의 한도까지 배상책임을 물을 수 있다.

578) 개인신용정보 누설 등으로 인한 피해에 대하여 손해의 3배의 한도까지 배상책임을 물을 수 있다.

579) 개인정보 분실 등으로 인한 피해에 대하여 손해의 3배의 한도까지 배상책임을 물을 수 있다.

580) 판례 중에는 A(원고)가 낚시터사고에 대비하여 B회사(피고)의 보험에 가입하고 C에게 낚시터 보수를 맡겼는데 C가 작업도중 사망한 경우에 C의 유족이 A와 B를 상대로 제기한 소송에서, C의 사망이 C의 전적인 과실로 인한 것으로 밝혀져 A가 전부 승소하여 피고에게 보험계약상 담보되는 사고에 대한 변호사선임비용 등의 소송비용 중 2천만 원의 지급을 청구하였지만 피고가 거부한 사안에 관한 것이 있다. 판례는 위 소송비용은 상법 제720조 제1항에 규정한 ‘방어비용’에 속하는 것이고, 피보험자가 지급한 소송비용, 변호사비용, 중재, 화해 또는 조정에 관한 비용 중에서 피보험자가 미리 보험자의 동의를 받아 지급한 경우에만 보험금을 지급하도록 규정하고 있는 약관규정은, 상법 제720조 제1항의 규정을 피보험자에게 불이익하게 변경하는 것이어서 상법 제663조에 반하여 무효라고 보아야 한다고 하여 B회사의 보험금 지급의무를 인정하였다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다22106 판결).

목표로 하고, 보험금 지급을 꺼리기도 한다. 그러나 보험자의 신속한 피해회복이라는 보험의 기능을 고려하면, 사업자가 약관의 해석을 전제로 하여, 보험금 지급을 거부하는 경우에, 이를 방지할 수단이 필요하다.⁵⁸¹⁾ 미국의 경우 보험회사의 보험금 지급거부와 관련된 사안에서, 보험회사가 실적향상을 위하여 불법적인 수단 등 다양한 조치를 취하여 보험금 지급을 극소화하고 고객을 속인 행위는 불법의 정도가 극심하다고 판단하여, 보험회사에 전보배상액의 145배에 달하는 징벌적 배상액을 부과한 예가 있다.⁵⁸²⁾

고의로 불공정한 약관을 사용하거나, 자의적으로 약관을 해석하여 고객에게 손해를 입힌 사업자의 행위에 대하여 특별한 제재를 가하게 되면, 사업자의 공정한 약관 작성을 유인할 수 있다. 이를 위해, 약관규제법 또는 소비자기본법에 징벌적 손해배상제도의 취지를 반영하여 손해배상책임에 관한 규정을 마련하는 것도 하나의 방법이다.⁵⁸³⁾ 다만 구체적인 배상액 산정에 있어서는 고객이 입은 피해규모와 사업자의 재산 상태 등을 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이다.⁵⁸⁴⁾

(4) 입법론

불공정성통제의 일반적 통제에 대한 문제점 해결방안으로 고객 보호의 관점에서 접근하여 약관규제법 제6조⁵⁸⁵⁾와 손해배상책임 등에 관하여 다음과 같이 개

581) 같은 취지로 강병모, 앞의 논문, 78면.

582) *Campbell v. State Farm Mutual Automotive Insurance Co.*, 2001 WL 1246676 (Utah 2001). 다만 동 판결은 미국 연방대법원에 의하여, 배상금이 과도하여 적법절차 조항에 위배된다는 이유로 파기환송되었다(*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003)).

583) 징벌적 손해배상제도를 도입하더라도 징벌적 손해배상에 관한 규정을 민법 제750조와 병렬적으로 규정하여 일반화할 것이 아니라 다수의 소비자 피해나 불공정 거래행위 등의 영역을 중심으로 적용영역을 점진적으로 확장하는 방식을 택하는 것이 바람직하다고 한다(이재목, 앞의 논문(2015. 12), 427면).

584) 소비자보호관련법과 관련하여 법정손해배상제도의 도입에 관한 연구로는 이종구, “소비자피해 구제의 실효성 보장을 위한 법정손해배상제도의 도입에 관한 연구-미국 주소비자보호법을 중심으로-”, 「소비자문제연구」 제44권 제2호, 한국소비자원, 2013, 125-146면; 장윤순, “독점규제법상 사인의 권리구제방안의 도입방향”, 「법학논총」 제36권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 391-413면 참조.

585) 약관규제법 제6조(일반원칙) ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.

② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 조항

정을 제안한다.

제6조 (일반원칙) ① 공정성을 잃은 약관 조항은 신의성실의 원칙에 위반하여 무효이다.

② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
2. 고객이 계약체결의 목적, 계약의 내용, 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 고객의 권리와 사업자의 의무를 본질적으로 제한하는 조항

③ 제1항, 제2항 및 제7조 내지 제14조는 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 내용 또는 그것을 보충하는 내용을 정하는 약관 조항에 대하여 적용된다.

제16조의2 (손해배상책임) ① 고객은 이 법을 위반한 사업자의 행위로 손해를 입으면 사업자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 사업자는 고의 또는 과실이 없음을 증명하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

② 사업자가 고의 또는 중대한 과실로 제6조 제1항, 제2항 및 제7조 내지 제14조를 위반하여 고객에게 손해를 입힌 경우에는 고객에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 그러나 사업자가 고의 또는 중과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 법원은 제2항의 배상액을 정할 때에는 위반행위로 인하여 고객이 입은 피해규모와 사업자가 취득한 경제적 이익은 물론 사업자의 재산 상태 등을 고려하여야 한다.

2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항

약관규제법 제6조를 위와 같이 개정하면 다음과 같이 불공정성통제의 효율성을 제고할 수 있다. 첫째, 제1항과 제2항의 규정이 체계적으로 부합한다. 둘째, 제2항 제2호의 사정을 구체화하여, 계약체결의 목적과 같은 고객의 개별적 사정을 고려할 수 있다. 셋째, 제2항 제3호의 사유를 명확히 하여 고객을 기준으로 불공정성을 평가할 수 있게 된다. 넷째, 제3항에 불공정성통제의 대상을 명시하여 법적 안정성과 고객의 예측가능성을 담보한다.

약관규제법 제16조의2를 두어 손해배상책임에 관한 특칙을 신설하면 다음과 같이 불공정성통제의 일반적 예방효과를 기대할 수 있다. 첫째, 고객이 사업자에게 계약상 책임을 묻는 경우는 물론 불법행위에 기한 손해배상책임을 묻는 경우에도 증명책임의 부담에서 벗어난다. 둘째, 사업자가 고의 또는 중과실로 불공정한 약관을 사용한 경우에, 3배까지 손해배상책임을 지게 하여, 사업자의 공정한 약관사용의무를 장려할 수 있다. 셋째, 징벌적 손해배상의 성격을 갖는 제2항의 책임에는 고객의 피해는 물론 사업자의 재산 상태를 고려하므로 적절한 손해배상액을 정할 수 있다.

2. 개별적 통제의 문제점 해결방안

(1) 부당한 손해배상액의 예정 금지

판례는 약관규제법 제8조에 규정된 ‘지연 손해금 등의 손해배상의무’에는 위약벌도 포함된다는 일관된 입장이다.⁵⁸⁶⁾ 만일 약관규제법의 ‘지연손해금 등의 손해배상의무’에 위약벌이 포함되지 않는다고 해석할 경우, 위약벌 약정의 효력에 관하여 민법 제2조나 제103조에 의하여 판단할 수밖에 없다. 그러나 과도한 위약금 약정의 효력을 부인하는 것이 쉽지 않아 고객 보호에 충실하지 못한 결과가 될 수 있고, 약관규제법에서 따로 별도의 규정을 둔 취지에 비추어 보면 위약벌도 포함된다고 보는 판례의 태도는 지극히 타당하다.

약관규제법 제8조의 무효가 가분적인지 혹은 민법 제398조 제2항과 같이 법원이 손해배상액을 감액할 수 있는 것인지에 대하여, 학설은 약관규제법 제8조는

⁵⁸⁶⁾ 대법원 1996. 9. 10. 선고 96다19758 판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다20475 판결 등.

사업자의 공정한 약관 사용을 유인하기 위해서 마련된 규정으로, 약관규제법 제8조의 무효는 전부무효이고, 효력유지적 축소해석이나 민법 제398조에 의한 감액도 인정할 수 없다고 한다.⁵⁸⁷⁾ 판례도 “위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정해지는 것으로서 손해배상의 예정과 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 그 액을 감액할 수 없고”라고 한다.⁵⁸⁸⁾ 생각건대 약관규제법에는 일본 소비자계약법 제9조와 같은 규정이 없고, 별도의 규정을 두어 손해배상의 예정을 제한하고 있는 입법취지에 비추어 보면, 약관규제법 제8조는 민법 제398조의 특칙이므로, 부당하게 과도한 지연손해금 등에 관한 약관 조항에서 무효가 되는 것은 적정액을 초과하는 부분에 한하는 것이 아니라 그러한 약관 조항 자체라고 하는 학설과 판례의 태도는 타당하다.⁵⁸⁹⁾

판례는 “원심이 위 약관 조항이 약관규제법 제8조를 위반하지 않아 무효가 아니라고 판시하면서, 다른 한편으로는 민법 제398조 제2항을 적용하여 그 손해배상의 예정액이 부당히 과도하다는 이유로 반으로 감액한 것은 약관규제법 제8조에 관한 법리를 오해하였거나 이유가 모순되는 위법이 있다”라고 하여 ‘부당하게 과도한’에 대한 판단 기준을 민법 제398조 제2항의 ‘부당히 과도한 경우’의 판단 기준과 같이 보고 있다.⁵⁹⁰⁾ 그러나 약관규제법 제8조의 효과는 전부무효 또는 전부유효의 일도양단의 결과이기에, 전부유효의 결정을 하는 경우에는 고객 보호의 입장에서 그 판단에 신중을 기하여야 할 것이다.

587) 이은영, 앞의 책, 246면; 정호열, 앞의 책, 588면; 지원립, 앞의 책, 1257면; 김진우, “약관조항의 불편입 및 무효와 그 보충”, 「외법논집」 제39권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015. 11, 48면.

588) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결.

589) 같은 취지로 손지열, 앞의 책, 373면; 다만 앞서 언급한 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다18140 판결에 대하여는 판례가 아직 효력유지적 축소해석을 인정할 것인지 유보한 것이라는 견해와 (양창수, 앞의 논문, 360-361면), 구체적 사안마다 분양계약의 성질을 파악하여 다르게 판단한 것이라는 견해가 있다(최병규, “약관규제법 제8조 손해배상액의 예정에 대한 고찰”, 「경제법연구」 제13권 제3호, 한국경제법학회, 2014. 12, 201-202면). 생각건대 위 판결의 원심이 “경제기획원 약관심사위원회에서 1992. 3. 20. 위 규정이 무효라고 의결한 사실은 인정되나, 이러한 사실만으로는 위 규정이 피고가 명백히 투기목적 등을 밝힐 수 있는 자를 제외한 선의의 미계약자에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 신의성실에 반하여 공정을 잃은 것이라고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다”라고 한 것에 비추어보면(대전지방법원 1993. 5. 19. 선고 93나973 판결), 위 대법원 판결의 결론이 달라진 이유는 원고가 약관규제법 제8조를 원용하지 않았기 때문으로 보인다. 그러나 약관규제법 제8조가 강행법규임에도 이를 적용하지 않은 것은 의문이다.

590) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다30082 판결; 대법원 1997. 3. 28. 선고 95다48117 판결; 대구고등법원 1997. 2. 5. 선고 95나6367 판결.

(2) 계속적인 계약의 해제·해지

약관규제법 제9조 제6호는 부당한 존속기간에 대한 구체적인 기준이 없다. 따라서 민법이나 특별법이 계속적인 채권관계의 대하여 정한 기간을 기준으로,⁵⁹¹⁾ 계속적인 채권관계의 존속기간에 대한 부당성 여부를 판단할 수밖에 없다. 그러나 존속기간에 관한 임의규정이 모든 계약의 종류별로 완벽하게 마련되어 있는 것은 아니다. 사용대차·주택임대차외의 임대차·소비대차·각종 서비스이용계약 등에 관하여는 따로 존속기간을 제한하는 규정이 없다. 보험계약의 경우에는 보험료의 납부가 장기간 이루어지는 경우가 많다는 점도 고려하여야 한다. 한편 본호의 입법취지를 긍정하면서도 부당하게 단기인 경우에 고객의 갱신청구권을 보장하고, 그 기간이 부당하게 장기인 경우에 고객의 계약해지권을 보장하는 규정을 두는 것이 합리적이라는 견해도 있다.⁵⁹²⁾

생각건대 계약의 존속기간이 부당하게 장기인 경우, 고객은 유효한 존속기간 동안 권리를 누리지 못하더라도 의무를 이행해야 하는 불이익을 입는다. 더구나 부당하게 단기 또는 장기라는 평가개념은 개별적으로 판단할 수밖에 없는 것이어서 법적 안정성에 반하는 측면이 있다.⁵⁹³⁾ 따라서 약관규제법 제9조 제6호가 적용되는 범위를 구체적으로 정하고, 부당한 기간에 대하여도 적정한 기간을 정하여 두는 것이 고객의 예측가능성 담보 및 법적 안정성에 기여할 것이다.

(3) 대리인의 책임 가중

약관규제법 제13조의 취지는 대리인은 계약의 당사자가 아니므로 대리인에게 계약의 이행책임을 묻는 것은 불합리하고, 대리인에 의하여 체결된 계약의 효과는 계약 당사자에게만 미치는 것이 타당하다는 것이다. 왜냐하면 대리인이 자신의 이름으로 합의하지도 않은 계약내용에 대하여, 이를 대리인 자신의 법률행위로 전환시켜 책임을 지는 결과는 대리 일반원칙은 물론 자기책임원칙에 반하기

591) 민법 제659조는 고용계약에서 3년의 기간이 경과한 후 각 당사자의 해지통고를 인정하고, 주택임대차보호법 제4조는 임차인에게 2년의 임차기간을 보장한다.

592) 이재성, “약관의 규제에 관한 법률안소고”, 「현대경제법학의 과제」, 삼지원, 1987, 641면.

593) 손지열, 앞의 책, 379면.

때문이다.⁵⁹⁴⁾

그런데 본조의 대리인을 계약대리인으로 한정하여 해석하면, 대리인의 권한범위가 다르다는 우연한 사정에 의해 고객과 대리인은 예측하지 못한 불이익을 입게 된다. 일반적으로 고객의 법정대리인이나 피용자는 이행보조자로 본인의 채무를 이행하는 경우가 많은데도, 약관 조항에 의하여 법정대리인이나 피용자에게 계약의 이행책임을 묻게 되면, 법정대리인이나 피용자는 타인의 의무를 이행하여야 하고, 그 결과 고객인 본인과 구상의 문제가 남는다. 이러한 결과는 법정대리인이나 피용자가 예측하지 못한 의무를 이행하게 되어 손해를 입고, 고객은 계약상 의무의 이행을 선택할 수 있는 여지가 없어 불합리하다. 따라서 본조의 대리인에 제한을 두지 않는 것이 타당하다.

(4) 부당한 소송제기의 금지

약관규제법 제14조의 ‘소제기’라 함은 본안의 제소는 물론이거니와 보전소송 등과 같은 강제집행 절차에서의 신청까지를 포함한 소송절차상의 일체의 행위를 뜻하는 것으로 보아야 한다.⁵⁹⁵⁾ 미국 연방대법원은 소비자거래약관에서 모든 분쟁을 중재절차에 의하도록 하고 집단소송을 제기하지 못하도록 규정한 약관 조항이 유효하다고 판단하였다.⁵⁹⁶⁾ 그러나 모든 분쟁을 중재절차에 의한다는 약관 조항도 본질적으로는 소송을 금지하는 것이다. 또한 중재결과가 반드시 고객에게 이익이 될 것이라고 단정할 수 없고, 중재판정에 대하여도 중재결정취소의 소 등 불복방법이 있는 것은 사실이나 그 요건이 제한적이므로, 중재합의 약관 조항은 특별한 사정이 없는 한 부당하게 소송제기를 금지하는 조항으로 보는 것이 타당하다.⁵⁹⁷⁾

약관 조항에 관할합의규정을 두는 경우 약관규제법 제14조 제1호에 의하여 무효가 되지 않는 이상, 사업자의 사업장으로부터 원거리에 사는 고객은 불편함을 감수하는 것은 물론, 피해액이 소액이라면 이를 초과하는 소송비용을 지출할 여

594) 이은영, 앞의 책, 347면.

595) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결 참조.

596) AT&T Mobility v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011).

597) 같은 취지로 이종구, 앞의 논문(2012), 308면.

지도 있다. 판례는 소송제기의 금지와 재판관할의 합의에 관한 조항은 사법절차를 통하여 채권의 만족을 구하고자 하는 당사자의 권리를 본질적으로 제한할 수 있기 때문에 불공정성에 대하여 엄격히 판단하고 있다.⁵⁹⁸⁾ 생각건대 사업자는 다수의 지점을 보유하는 경우가 많고, 그 경제적 우위로 말미암아 용이하게 소송을 수행하지만, 고객은 원거리에서 제기한 사업자의 소송에 응소해야 하는 경우에 용이한 소송수행이 곤란하고 심지어 소송을 포기할 여지도 있다. 따라서 여타 소비자 관련 법률과 같이 약관에 관한 분쟁에도 전속관할 규정을 마련하는 것이 바람직하며, 그 기준은 고객의 주소지로 해야 한다.

약관에 의해 사업자에게 부여된 증명책임을 고객에게 전가시키는 것은, 자기책임의 원칙에 반하는 것이어서 그 불공정성의 정도가 심하다. 따라서 사업자는 본래대로 증명책임을 부담하여야 하고, 이에 관해 상당한 이유가 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 보아야 한다. 따라서 약관규제법 제14조 제2호는 절대적 무효조항으로 규정하는 것이 타당하다.

(5) 입법론

불공정성통제의 개별적 통제에 대한 문제점 해결방안으로 고객 보호의 관점에서 접근하여 약관규제법 제14조⁵⁹⁹⁾의 개정 등을 다음과 같이 제안한다.

제14조 (소송 제기의 금지 등) 소송 제기 등과 관련된 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조항은 무효로 한다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 소송 제기 금지 조항 또는 중재합의 조항
2. 고객에게 사업자의 증명책임을 전가하는 약관 조항

제16조의3 (전속관할) 약관에 의한 거래와 관련된 소는 제소 당시 고객

598) 대법원 1998. 6. 29.자 98마863 결정; 대법원 2009. 11. 13.자 2009마1482 결정 등 참조.

599) 약관규제법 제14조 (소송 제기의 금지 등) 소송 제기 등과 관련된 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조항은 무효로 한다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 소송 제기 금지 조항 또는 재판관할의 합의 조항
2. 상당한 이유 없이 고객에게 입증책임을 부담시키는 약관 조항

의 주소를, 주소가 없는 경우에는 거소를 관할하는 지방법원의 전속관할로 한다. 다만 제소 당시 고객의 주소 및 거소가 분명하지 아니한 경우에는 「민사소송법」의 관련 규정을 준용한다.

약관규제법 제14조를 위와 같이 개정하면, 제1호에 중재합의 조항을 신설하여 제14조의 적용대상을 명확히 하고, 사업자가 중재합의 조항을 통하여 집단적 소송을 회피하려는 것을 막을 수 있다. 또한 제2호에서 고객에게 사업자의 증명책임을 전가하는 약관 조항을 절대적 무효조항으로 규정하여, 고객이 소송 과정에서 부당하게 증명책임을 부담하는 경우를 없애 고객 보호에 일조할 수 있다.

약관규제법 제16조의3을 두어 약관에 의한 거래와 관련된 소송에 대하여 전속관할규정을 마련하면, 사업자의 부당한 제소를 억제하고, 고객이 원거리에서 사업자가 제기한 소송에 응소해야 하는 불합리한 경우를 방지하여 고객 보호를 도모할 수 있다.

3. 기타 불공정성통제상 문제점 해결방안

(1) 일반적 통제와 개별적 통제의 관계

약관규제법에 규정된 불공정성통제 규정은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 첫째, 개별금지조항은 상대적 무효조항이 대부분이다. 둘째, 변화하는 거래현실에 비추어 입법자가 개별금지조항을 빠짐없이 규정하는 것은 불가능하다. 셋째, 입법자는 개별금지조항에 의하여 해당 약관의 불공정성 여부를 심사할 수 없거나 그 심사가 충분하지 못한 경우도 있음을 고려하여 최후의 수단으로 일반조항을 마련해 두었다. 따라서 불공정성이 의심되는 조항이 개별금지조항에 해당되면 이를 먼저 적용하여 판단하는 것이 타당하다. 제한적 긍정설은 절대적 무효조항을 적용한 경우에만 제6조에 의한 이중의 통제 과정을 거친다고 하지만, 불공정성통제 규정이 대부분 상대적 무효조항인 것을 고려하면 상대적 무효조항에 대한 이중적 통제 과정을 부정하는 제한적 긍정설의 논리는 고객 보호의 관점에서 수용하기 어렵다.

문제된 약관 조항이 개별금지조항의 적용 결과 무효로 되지 않은 경우에, 최종적인 효력은 개별금지조항에 ‘직접적으로’ 포섭되었는지 여부에 따라 달리 보아야 한다. 우선 약관 조항이 개별금지조항에 직접적으로 포섭되었지만 무효로 되지 않은 경우라면 일반조항에 의하여 재차 불공정성을 평가하는 것은 일반조항의 보충성에 비추어 불합리하므로 그 약관 조항은 확정적으로 유효로 보아야 한다. 다음으로 문제된 조항이 개별금지조항에 직접적으로 포섭되지 않는 경우라면, 약관규제법에 규정된 불공정성통제 규정의 체계적 특징과 교묘하게 개별금지조항을 회피하는 약관 조항에 대한 규제가 필요하다는 것을 고려하여 최후의 수단인 일반조항에 의하여 무효로 판단할 수 있다고 보는 것이 타당하다.⁶⁰⁰⁾

(2) 불공정성통제의 적용제한

약관규제법 제15조의 ‘제한할 수 있다’라는 법문의 표현과 국제적인 거래 분야에서 계약의 경우에도 약관규제법을 적용하기로 하는 당사자의 합의를 배제할 이유가 없다는 점을 고려하면, 동조는 임의규정으로 해석하는 것이 고객 보호의 관점에서 타당하다.⁶⁰¹⁾ 동조를 강행규정으로 보게 되면 약관규제법의 적용을 받기로 하는 개별적인 합의조차 금지되어 고객에게 불이익하기 때문이다.⁶⁰²⁾

그런데 판례와 일부 학설은 동조에 의하여, 약관규제법의 개별금지조항이 적용되지 않는 업종에는 일반조항인 제6조의 적용까지 부정하여, 결과적으로 불공정성통제를 무력화시킨다. 다음과 같은 이유로 적용긍정설에 찬성한다. 첫째, 약관규제법 시행령 제3조⁶⁰³⁾는 일정한 업종에 대하여 업종별 특수한 사정, 계약의 구체적 사정, 계약체결의 당사자가 개인인지 기업인지 여부 등을 전혀 고려하지 아니하고, 일률적으로 약관규제법 제7조에서 제14조까지의 적용을 제한하고 있으므

600) 같은 취지로 김준호, 앞의 책, 1459면; 송덕수, 앞의 책, 1277-1278면; 김상헌·한삼인, 앞의 논문, 543면; 김진우, 앞의 논문(2012), 167면.

601) 한삼인, 앞의 책(2011), 27면.

602) 엄밀히 말하자면 동조를 위반하여 고객에게 불리한 약정은 효력이 없다는 의미의 ‘편면적 강행규정’의 성격을 갖고 있다고 해석하는 것이 적절할 것이다.

603) 약관규제법 시행령 제3조 (적용의 제한) 법 제15조에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업종의 약관에 대해서는 법 제7조부터 제14조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

1. 국제적으로 통용되는 운송업
2. 국제적으로 통용되는 금융업 및 보험업
3. 「무역보험법」에 따른 무역보험

로, 이와 같은 적용배제 영역에서의 고객 보호가 절실히 필요하다. 둘째, 법문의 규정에 비추어 보면 일반조항인 제6조의 적용을 부정하는 것은 문리적 해석의 범위를 초월하는 것이다.⁶⁰⁴⁾ 셋째, 적용부정설에 따르면 불공정성이 의심되는 조항이라도 제7조에서 제14조까지 예시된 사유에 직접적으로 포섭되지 않는 경우에는 어떠한 규제도 받지 않게 되어 불합리하다. 넷째, 신의성실의 원칙에 기초하여 일반조항으로 규정된 약관규제법 제6조는 어떠한 업종의 어떠한 종류의 약관에서도 배제할 수 없는 불공정성통제의 대원칙이다.⁶⁰⁵⁾

(3) 일부 무효의 특칙

1) 무효부분의 보충

약관규제법 제16조는 무효인 약관 조항의 효력에 대하여만 규정하고, 무효가 된 부분에 대응하는 계약의 내용을 정하는 방법은 규정하지 않는다. 일반적으로 학설은 무효로 된 부분은 결국 당사자의 특별한 의사표시가 없는 경우에 해당하므로 당사자의 의사의 보충에 관한 규정인 민법 제105조와 제106조를 적용하여 사실인 관습과 임의법규의 순으로 내용을 보충하고, 흠결 있는 계약에 적용할 만한 사실인 관습이나 임의법규가 없는 경우에는, 보충적 해석을 통하여 당사자의 가정적인 의사를 탐구하여 흠결을 보충한다고 하여 보충의 방법과 순서에 주목하고 있다.⁶⁰⁶⁾ 판례는 “약관규제법 제16조에 의하여 보험계약이 일부무효가 된 경우 유효하게 존속하는 보험계약의 나머지 부분에 대한 해석을 통하여 보험계약의 내용이 확정되어야 하고, 만일 보험계약자가 확정된 보험계약의 내용과 다른 내용을 보험계약의 내용으로 주장하려면 보험자와 사이에 다른 내용을 보험계약의 내용으로 하기로 하는 합의가 있었다는 사실을 증명하여야 한다”고 한다.⁶⁰⁷⁾

그런데 약관에 의하여 체결된 계약에서, 약관의 흠결 또는 합의의 흠결로 계약의 내용이 정해지지 않은 부분은 법규의 적용이 문제되어 임의법규를 적용하면

604) 같은 취지로 윤진수, 앞의 논문 360면.

605) 이은영, 앞의 책, 361-362면.

606) 송덕수, 앞의 책, 1280면; 윤진수, 앞의 논문, 361-363면.

607) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다81542 판결.

되는 것이지, 이를 두고 학설과 판례와 같이 법률행위의 해석문제로 다룰 것은 아니라고 본다.⁶⁰⁸⁾ 물론 법률행위의 해석으로 보아 민법 제105조와 제106조를 적용하여 사실인 관습과 임의법규의 순으로 보충하는 것과, 법규의 적용으로 보아 임의규정을 적용하는 것이 결과에 있어 별반 차이는 없을 것이다. 이는 요컨대, “사실인 관습은 해석의 기준으로 기능하고, 해석의 결과에 대하여 관습법이 적용되어 양자는 별개의 차원에서 기능한다”라는 결론과 궤를 같이하는 것이다.⁶⁰⁹⁾

생각건대 무효로 된 조항에 관한 계약내용이 확정되지 않은 경우에, 고객은 일 무효가 된 약관 조항을 제외하고 남은 약관 조항만으로 계약목적 달성이 불가능한지 혹은 부당하게 불리한지 여부에 대하여 판단하여야 하고, 합의의 대상이 되지 않은 부분은 계약내용이 확정되지 않은 상태로 계약의 존속 여부를 결정하여야 하는 불안정한 지위에 놓인다. 따라서 계약의 내용으로 되지 못한 부분에 대하여 임의법규를 적용하여 법률효과를 부여함으로써 고객의 계약상 지위에 대한 불안을 제거하여야 할 것이다.

2) 효력유지적 축소해석

효력유지적 축소해석은 문제된 약관 조항에 따른 계약내용의 분할가능성을 전제로 한다. 분할가능성이란 일반적으로 양적 개념을 기준으로 한다.⁶¹⁰⁾ 약관 조항이 분할가능하다는 것은 무효의 원인이 된 부당한 부분과 유효가 되는 부당하지 않은 부분이 각각 독립성을 가진다는 것이다. 약관규제법 제16조의 일부무효 특칙에 관한 규정도 가분성을 전제로 하므로 효력유지적 축소해석과 유사한 면이 있으나, 동조는 약관의 전부 또는 일부 조항의 무효에 따라 계약의 효력에 미치는 관계를 규정하고 있는 것이지, 약관의 일부 조항의 내부적인 관계에 대하여 규정하고 있는 것이 아니어서 엄밀히 보면 양자는 차원이 다른 문제이다.⁶¹¹⁾ 효력유지적 축소해석의 근거를 법률행위의 해석에 관한 보충적 해석방법에서 찾을 수 있다는 견해⁶¹²⁾는 고객유리의 해석원칙과 그 취지를 동일하게 본다. 효력유지

608) 이 점에 있어서 독일민법 제306조 제2항의 규정 역시 임의법규의 적용을 의미하는 것이지 임의법규가 계약내용의 해석기준이 된다는 것으로 보아서는 안 된다.

609) 지원람, 앞의 책, 13면 참조.

610) 이영준, 「민법총칙」 개정증보판, 박영사, 2007, 669면.

611) 같은 취지로 김효신, “약관규제의 일반원칙과 수정해석”, 「법학논고」 제13집, 경북대학교 법학연구원, 1997, 272면.

적 축소해석을 헌법재판소가 종종 취하는 한정위헌이나 한정합헌 결정에 비견하는 견해도 있으나,⁶¹³⁾ 한정위헌 해석과 같은 합헌적 해석의 방법으로 하는 것으로 하는 것이고, 약관에 대한 효력유지적 축소해석은 법률행위의 해석에 관한 것이므로 이를 동일한 법리로 이해할 수는 없다.⁶¹⁴⁾

한편 판례는 변호사보수약정의 경우 제반 사정에 비추어 약정된 보수액이 부당히 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평원칙에 반하는 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 상당한 범위 내의 보수액만을 유효하다고 보아 왔다.⁶¹⁵⁾ 또한 약관규제법 시행 이전에도 이미 효력유지적 축소해석을 하는 것과 동일한 결과를 도출해 왔다.⁶¹⁶⁾ 독일의 경우 보통거래약관법의 제정 이후 효력유지적 축소해석에 관하여 논의되어 오다가 오늘날 독일의 판례와 학설들은 대체로 이를 부정하는 입장에서 있다고 한다.⁶¹⁷⁾

약관규제법의 해석상 효력유지적 축소해석의 인정 여부에 관하여 다음과 같이 학설이 대립한다. 긍정설은 무효인 부분만 무효로 보고, 나머지 부분은 유효로 하는 것이 임의법규나 보충적 해석방법 등을 통하여 무효부분을 보충하는 번잡한 절차 없이도 간명하게 법률관계를 해결할 수 있다는 견해⁶¹⁸⁾로, 그 논거는 다음의 몇 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 사업자가 약관규제법에 위배되지 않는 완

612) 김진우, 앞의 논문(2012), 171면; 보충적 해석방법에 근거하여 효력유지적 축소해석을 지지하는 독일의 견해로는 Schlosser, in: Staudinger, 앞의 책, § 306 Rn.22.

613) 박창희, 앞의 논문, 236면.

614) 한정위헌 결정은 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다(헌법재판소 1987. 7. 14. 선고 88헌가5 결정 등; 조소영, “현행 헌법상 헌법재판제도에 대한 비판적 고찰-한정위헌결정에 관한 논쟁을 중심으로-”, 「강원법학」 제40권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 46면).

615) 대법원 1967. 9. 5. 선고 67다1322 판결 등 참조; 다만 판례는 형사사건에 있어 변호사 성공보수 약정에 관하여는 민법 제103조에 반하여 무효라고 하여 중건의 태도를 변경하였다(이 판결에 대한 평석은 이선형, “형사사건에 관한 변호사 성공보수약정의 유효성 여부-대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결-”, 「법학연구」 통권 제48집, 전북대학교 법학연구소, 2016. 5, 157-184면 참조).

616) 대법원 1986. 3. 11. 선고 85다카1490 판결; 한편 법관에게 요구되는 덕목으로 ‘균형감각’이라는 용어를 사용하여 효력유지적 축소해석에 대하여 설명하는 견해가 있다(양창수, 앞의 논문, 356-357면). 대법원 1991. 12. 21. 선고 90다카23899 판결에서는 당해 약관 조항을 일률적으로 무효로 하게 되는 경우 사업자는 모든 무면허운전에 대하여 책임을 지게 되어 지나치게 불이익하고, 구체적 사정에 비추어 일률적으로 유효로 하는 경우 보험계약자인 고객으로서도 피해보상을 위한 재원을 마련하기 힘들게 하여 결과적으로 피해자보호도 소홀히 되는 결과를 초래할 수 밖에 없게 되는 사정이 있었다.

617) 최병규, 앞의 논문(2011. 12), 192면.

618) 양창수, 앞의 논문, 343면; 효력유지적 축소해석을 원칙적으로 금지할 필요는 없고 이를 허용하는 경우 사업자가 부당한 약관을 사용하게 될 위험성이 많은 경우에만 금지하자는 견해(윤진수, 앞의 논문, 366면)도 기본적으로는 긍정설의 입장이다.

전한 약관을 만들기 어렵다는 것이다. 둘째, 약관 조항 전부가 무효인 경우와 약관 조항의 일부만 무효인 경우를 같이 취급하는 것은 형평에 반한다는 것이다. 셋째, 전부무효는 사업자에게 지나치게 불이익한 결과가 된다는 것이다. 넷째, 고객에게 ‘부당한 약관으로부터의 보호’라는 입법목적 이상의 이익을 부여할 필요가 없다는 것이다.

부정설은 약관 조항 전부를 무효로 하는 것이 타당하고, 임의법규나 보충적 해석 등을 통하여 무효부분을 보충해서는 아니 된다는 견해⁶¹⁹⁾로, 그 논거는 다음의 몇 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 약관규제법의 ‘무효로 한다’고 규정한 문언을 충실히 해석하여 그 조항 전부를 무효로 해야 한다는 것이다. 둘째, 사업자에게 명시적 의무가 있음에도 효력유지적 축소해석을 허용하게 되면, 사업자는 최악의 경우 불공정성통제의 단계를 거치더라도 효력유지적 축소해석으로 인하여 유효로 될 부분을 계산하여 부당한 약관 조항을 만들게 될 여지가 있다는 것이다. 셋째, 법원의 구체적 내용통제를 거치더라도 해당 약관 조항에 대한 개정의 필요성이 없게 될 여지도 있다는 것이다.

제한적 긍정설은 효력유지적 축소해석을 원칙적으로 부정하나, 특별한 사정이 있는 경우에 이를 긍정하는 견해⁶²⁰⁾로, 그 특별한 사정을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 약관 조항의 규율내용이 무효인 부분과 유효인 부분으로 가분적이어야 한다. 둘째, 당해 조항의 부당성에 대하여 확립된 견해나 판례가 없어야 한다. 셋째, 당해 거래에 있어 아직 관행상 명확한 기준도 확립되어 있지 않아야 한다. 이러한 특별한 사정이 있을 때에는 해당 약관 조항의 불공정성을 판단할 수 없는 경우이므로 제한적으로 효력유지적 축소해석을 허용하여야 한다는 것이다.

다음의 몇 가지 이유로 제한적 긍정설에 찬성한다. 첫째, 긍정설의 가장 큰 장점은 효력유지적 축소해석 자체가 보충적 해석의 내용이자 결과가 되어 불공정성통제로 무효가 된 부분의 법률관계를 일거에 해결할 수 있다는 것이다. 둘째, 법률적 분쟁의 소지를 없애는 것은 그 결과 신속한 피해회복이 이루어져 고객

619) 김영갑, 앞의 논문, 109면.

620) 이은영, 앞의 책, 369면; 김성욱, 앞의 논문, 93-94면; 이종순, 앞의 논문, 369면; 장경환, 앞의 논문(1990. 2), 224면; 약관 조항이 객관적으로 약관규제법에 명백히 위반되거나 사업자가 그 위반을 명확히 인식 가능하였다면 불공정조항은 전부무효이고, 선의의 사업자가 그 조항의 유효성을 신뢰한 경우에는 효력유지적 축소가 허용되어야 한다는 견해도 있다(김진우, 앞의 논문(2012), 172면).

보호에 충실을 기하게 된다. 셋째, 효력유지적 축소해석은 고객의 보호를 위한 측면으로만 제한적으로 허용해야 한다.⁶²¹⁾ 넷째, 사업자가 불공정한 약관을 사용할 위험성이 높은 경우에는 효력유지적 축소해석을 허용하여서는 안 된다.⁶²²⁾ 다섯째, 효력유지적 축소해석에 앞서 편입통제나 해석통제의 단계에서 우선적으로 고객의 이익을 충분히 보호할 필요가 있다.⁶²³⁾ 따라서 효력유지적 축소해석은 편입통제와 해석통제를 모두 거처도 규제할 수 없는 약관 조항에 대하여 고객의 신속한 피해회복을 위한 목적으로 제한적으로 적용되어야 한다.

제4절 기타 행정적 통제상의 문제점 해결방안

1. 행정적 통제의 방법 및 효과의 문제점 해결방안

(1) 불공정성의 판단 기준

1) 공정거래위원회의 판단 기준

근저당권설정비용부담 약관 조항에 관한 행정적 통제의 사안은 다음과 같다. 공정거래위원회는 금융기관들이 과거 고객들과 사이에서 근저당권설정계약을 체결하는 경우에, 그 비용부담에 관하여 체크박스에 기재하는 방식⁶²⁴⁾으로 은행과

621) 다만 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다34956, 34963 판결은 사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 자살이나 피보험자의 고의와는 별도로 피보험자의 정신질환을 독립된 면책사유로 규정하고 있는 약관 조항에 대하여, 원심이 '피보험자의 심신상실 또는 정신질환으로 인한 손해'부분을 피보험자가 정신질환으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살한 경우까지 포함하는 것으로 해석하는 한 약관규제법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 무효라고 보아야 한다고 판단한 것은 약관규제법의 법리를 오해한 잘못이 있다고 하여, 무효인 부분이 없는 약관 조항에 대하여는 효력유지적 축소해석도 가능하지 않다는 것을 명확히 하였다; 같은 취지로 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결; 2015. 9. 24. 선고 2015다217546 판결; 따라서 '피보험자의 정신질환'에 대한 면책사유를 규정한 약관 조항은 유효하다.

622) 같은 취지로 손지열, 앞의 책, 406면; 윤진수, 앞의 논문, 366면.

623) 손해보험사가 판매하는 상해보험의 정신질환 면책약관에 대하여 편입통제의 중요성을 강조하는 견해가 있다(조규성, "손해보험사의 상해보험 약관에서 규정하고 있는 '피보험자의 정신질환' 면책조항의 효력에 관한 판례 고찰-대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결-", 「법학연구」 제56권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2015, 214면); 이에 반해, 위 판결에 대하여 불공정성통제의 관점에서 접근한 것으로는 전별, "피보험자가 정신질환을 이유로 자살한 경우 면책조항에 관한 검토-대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결-", 「법학논문집」 제39집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2015, 301-321면 참조.

고객이 합의하여 비용부담조항의 공란을 채우는 형식으로 되어 있던 종전의 표준약관을 개정⁶²⁵⁾한 뒤 금융기관에게 그 사용을 권장하였다. 공정거래위원회는 종전 표준약관이 선택형 부담조항의 형식임에도 대부분 채무자가 비용을 부담하고 있는 실정을 고려하면, 위 표준약관은 채무자인 고객의 부담이 강제되고 사업자가 임의법규와 다르게 약관을 규정한 경우에 해당하여, 고객에게 부당하게 불리한 조항이라고 본 것이다.⁶²⁶⁾ 이에 금융기관이 공정거래위원회를 상대로 개정된 표준약관의 사용권장처분취소를 구하는 행정소송을 제기하였는데, 판례는 종전의 표준약관이 은행의 우월한 지위를 이용하여 대출관련 부대비용을 고객에게 부담하게 하는 등 고객을 부당하게 불리하게 하는 불공정한 약관이라고 하면서, 금융기관의 취소 청구를 기각하였다.⁶²⁷⁾ 따라서 문제된 사안에서 불공정약관조항이라는 공정거래위원회의 판단은 적법하다는 것이다.

2) 법원의 판단 기준

근저당권설정비용부담 약관 조항에 관한 사법적 통제의 사안은 다음과 같다. 위 행정적 통제가 문제된 사안에 관한 판결을 근거로, 고객은 사업자인 은행을 상대로 종전의 표준약관에 따라 대출거래약정을 하면서 부담한 근저당권설정비용을 부당이득으로 반환하라는 소를 제기하였다. 이에 대해, 법원은 선택형 비용부담조항을 개별약정이 아닌 약관으로 전제한 뒤, 공정거래위원회가 문제된 약관 조항을 불공정조항이라고 하면서 이를 개정하고 개정된 표준약관에 대한 사용권장 처분이 확정되었다는 사정만으로는, 종전의 표준약관이 약관규제법 제6조에 반하는 불공정조항에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하여 고객의 부당이득반환 청구를 기각하였다.⁶²⁸⁾ 이미 논의한 것처럼, 법원은 약관 조항의 불공정성이 문제된 경우에, 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당

624) 체크박스의 항목은 본인, 은행, 각 50%씩 본인과 은행으로 되어 있거나 채무자, 설정자, 채권자 중에 체크박스에 표시하는 방법으로 그 부담주체를 정하도록 되어 있다.

625) 종전 표준약관처럼 선택형이 아니라 확정형으로 각 50%씩 본인과 은행이 부담하거나, 절차의 종류에 따라 부담주체를 미리 정하고 별도의 설명을 하도록 개정하였다.

626) http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportboView.jsp?report_data_no=2919&tribu_type_cd=&report_data_div_cd=&currpage=4&searchKey=3&searchVal=표준약관&stdate=&enddate=.

627) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결; 서울고등법원 2011. 4. 6. 선고 2010누35571 판결.

628) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결; 대법원 2015. 1. 15. 선고 2014다201049 판결; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014다44659 판결 등.

사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 불공정성을 판단한다.⁶²⁹⁾ 행정적 통제가 적법하다는 법원의 판결은 위와 같은 고려요소에 포함되지 않는 것인가?

3) 검토

공정거래위원회가 종전 표준약관을 불공정약관조항이라고 판단한 처분이 적법한지 여부를 판단하는 행정소송에서, 판례는 “구 약관규제법 제19조의2 제3항에서 규정한 불공정약관조항에 해당하는지 여부를 심사함에 있어서는 문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래 분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려하여 판단하여야 한다”라고 하였다. 그런데 이와 같은 판단 기준은 고객의 부당이득청구에 관한 민사소송에서, 법원이 약관규제법 제6조 제1항 위반 여부를 판단하는 기준으로 고려한 사정과 큰 차이가 없다.⁶³⁰⁾ 위와 같은 전후의 판결에 대하여, 판례가 약관규제법 제6조 제1항의 불공정조항과 표준약관의 개정사유가 되는 같은 법 제19조의2 제3항의 불공정조항은, 그 적용범위와 그 평가의 기준이 다르다는 것을 분명히 하였다고 평가하는 견해도 있다.⁶³¹⁾ 그러나 판례는 공정거래위원회의 행정적 통제는 사법적 통제를 구속하지 않는다는 것을 명확히 한 것일 뿐이지, 판시이유를 보아도 불공정성의 판단 기준에 관한 양자의 차이를 뚜렷이 파악하기 어렵다.

생각건대 추상적 통제는 구체적 분쟁을 전제로 하지 않으며, 추상적 통제의 기능은 공정한 거래질서를 확립하여 고객의 피해를 미연에 방지하는 정책적 목적이 중심이다.⁶³²⁾ 그러므로 행정소송에서 법원이 공정거래위원회 처분의 적법성을 판단하는 경우에, 문제된 약관 조항이 약관규제법 제6조에서 제14조까지의 사유에 해당하여 불공정한 것인지 여부는 중요한 고려요소가 될지언정 이를 엄격한

629) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2013다210657 판결.

630) 약관규제법 제6조 제1항의 위반 여부를 살피는 경우에도 “선택형 부담조항의 구체적인 내용과 이 사건 표준약관 개정 전후의 사정, 이 사건 비용부담조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익과 그 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 불공정약관 및 표준약관 등에 관한 법 규정의 내용 및 입법 취지 등의 여러 사정들”을 고려하고 있기 때문이다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결).

631) 김진우, 앞의 논문(2014), 362면.

632) 이은영, 앞의 책, 672면; 이병준, 앞의 논문(2012. 8), 163면.

기준으로 판단해서는 아니 된다. 따라서 추상적 통제의 경우 불공정이 의심되는 경우에도 불공정약관조항으로 판단할 수 있다고 보아야 한다.⁶³³⁾ 그러나 현행 약관규제법 제17조는 ‘실제로’ 불공정한 약관에 대하여만 사용금지의무를 부과하는 것처럼 규정하고 있어 입법적으로 보완이 필요하다.

(2) 행정적 통제의 효과

공정거래위원회의 제처분에 소급효를 두는 것은 행정처분의 성격에 반하고,⁶³⁴⁾ 법률관계를 지나치게 복잡하게 하여 사업자는 물론 고객도 불이익을 입을 수 있다.⁶³⁵⁾ 약관규제법의 법적 안정성이나 약관에 의한 거래안전을 고려하면, 공정거래위원회의 처분은 장래효를 원칙으로 하는 것이 타당하다.⁶³⁶⁾ 다만 공정거래위원회의 구성에서 상임위원의 비율을 높이고,⁶³⁷⁾ 분쟁가능성이 높은 다양한 거래분야의 약관을 심사할 수 있도록 전문 인력을 확보하되,⁶³⁸⁾ 약관심사와 관련된 업무는 변호사의 자격을 갖춘 자가 담당하게 하는 등 공정거래위원회의 구성을 정비하여 처분의 신뢰성을 확보하면서, 공정거래위원회가 적극적으로 불공정한 약관의 사용을 미연에 방지할 수 있도록 행정적 통제의 기능을 강화할 필요성이 있다.⁶³⁹⁾

공정거래위원회의 시정처분이 적법한지 여부와 그 시정의 원인이 된 약관 조항이 불공정한 약관 조항으로 법률상 무효라는 사실은 항상 일치하지 않는다. 그

633) 공정거래위원회의 예규인 약관심사지침도 지침의 적용범위에 관하여, “공정거래위원회의 약관심사는 약관 조항 자체에 대한 문언적 의미를 심사하는 추상적 심사로 위법성 여부를 판단하여야 하므로 사업자의 약관이 이 지침에서 예시한 「법 위반에 해당될 수 있는 조항(예시)」에 해당되더라도 구체적인 시장상황이나 거래관행 등에 비추어 볼 때 법에 위반되지 않을 수 있다”라고 규정한다. 이는 공정거래위원회가 스스로 행정적 통제의 심사기준과 한계를 밝히고 있는 것이다.

634) 공정거래위원회의 처분에 소급효를 인정하면, 헌법과 법률에 따른 절차에 의하지 아니하고도 사인의 재산권을 제한하게 되어 중대한 헌법위반이라는 비판을 받을 여지가 있다.

635) 이를테면 고객이 이미 보험금을 지급받았는데, 보험약관조항이 무효가 되는 경우를 예로 들 수 있다.

636) 최병규, 앞의 논문(2012. 8), 181면.

637) 현행 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제37조 제1항에 의하면 공정거래위원회는 9인의 위원으로 구성하나, 그 중 상임위원은 5인에 불과하다.

638) 최병규, 앞의 논문(2015. 8), 72-73면.

639) 이에 반해, 약관규제법의 제정당시와는 달리 행정적 규제의 필요성이 약화되어 향후 약관의 내용통제의 방향을 사법적 통제 중심으로 전환하여 그 활성화 방안을 모색하여야 한다는 견해도 있다(권오승, 앞의 논문, 30면 참조).

러나 사법적 통제는 행정적 통제에서 불공정성이 인정되지 않은 약관에 대하여도 그 불공정성을 엄격히 심사하는 방향으로 이루어져야 하는 것이지, 위 문제된 판결과 같이 행정적 통제에서 불공정한 약관 조항으로 인정한 것을 사법적 통제에서 아니라고 판단하게 되면, 행정청의 처분에 대한 국민의 신뢰와 법적 안정성을 해칠 수 있다. 고객의 예측가능성을 담보하기 위해서 공정거래위원회의 행정적 통제와 법원의 사법적 통제가 상호 보완적으로 작용하는 것이 가장 바람직할 것이다.⁶⁴⁰⁾

(3) 입법론

행정적 통제의 방법과 효과에 대한 문제점 해결방안으로 고객 보호의 관점에서 접근하여 약관규제법 제17조⁶⁴¹⁾의 개정을 다음과 같이 제안한다.

제17조 (불공정약관조항의 사용금지) 사업자는 제6조부터 제14조까지의 규정에 해당하거나 해당할 우려가 있는 불공정한 약관 조항(이하 “불공정약관조항”이라 한다)을 계약의 내용으로 하여서는 아니 된다.

약관규제법 제17조를 위와 같이 개정하면, 공정거래위원회의 행정적 통제 기능을 강화하고, 고객은 행정적 통제와 사법적 통제의 효과가 달라질 수 있다는 것도 미리 예상할 수 있게 되어, 신중하게 계약체결에 임할 수 있어 고객 보호에 충실을 기할 수 있다.

2. 집단적 분쟁해결제도의 문제점 해결방안

(1) 집단분쟁조정제도

약관규제법의 분쟁조정신청 대상은 불공정약관조항은 물론 이와 비슷한 유형

640) 정호열, 앞의 책, 561면.

641) 약관규제법 제17조(불공정약관조항의 사용금지) 사업자는 제6조부터 제14조까지의 규정에 해당하는 불공정한 약관 조항(이하 “불공정약관조항”이라 한다)을 계약의 내용으로 하여서는 아니 된다.

의 약관도 가능하고,⁶⁴²⁾ 집단분쟁조정 역시 마찬가지이다.⁶⁴³⁾ 사업자에게 집단분쟁조정을 장려하기 위한 방법으로 사업자가 조정을 수락한 경우 일정한 혜택을 부여하는 방안을 생각해 볼 수 있다.⁶⁴⁴⁾ 이를테면 조정이 성립될 경우 공정거래위원회의 시정조치나 시정권고 또는 과태료 부과를 면제하는 것이다. 한편 조정개시공고는 그 자체로 사업자에게 부담을 주는 면이 있지만, 집단분쟁조정의 당사자가 아닌 고객의 조정참가를 위해서 반드시 필요한 제도이다. 다만 공고의 범위를 적절히 규정하여 조정성립에 방해가 되는 것은 방지하여야 한다. 또한 집단분쟁조정의 당사자인 고객은 경제적 약자이자 피해자임을 고려하여, 분쟁조정에 임하는 다수의 고객에 대한 소송지원 방법을 마련할 필요가 있다. 한편 불공정약관조항으로 인하여 광범위한 피해발생이 예상되는 경우에, 집단분쟁조정제도의 실효성을 높이기 위해 지방자치단체가 집단분쟁조정을 의뢰할 수 있도록 하는 방안도 고려해 볼 만하다.

(2) 소비자단체소송

소비자단체소송을 허가하기 위해서는 일정한 요건을 갖추어야 한다.⁶⁴⁵⁾ 소송의 요건을 엄격하게 하는 것은 남소를 방지하는데 일조할 수 있는 면은 있으나,⁶⁴⁶⁾ 법원이 소비자기본법 제74조 제1항 제1호의 사유와 같은 공익상 필요성을 사전에 심사하는 것은 소송의 지연을 초래하여 신속한 재판의 이념에 반한다.⁶⁴⁷⁾ 따라서 위와 같은 사유는 허가요건에서 삭제하는 것을 고려할 필요가 있다.

642) 약관규제법 제27조 제1항.

643) 약관규제법 제28조의2 제1항.

644) 김건식, 앞의 논문, 84면.

645) 소비자기본법 제74조 (소송허가요건 등) ① 법원은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 결정으로 단체소송을 허가한다.

1. 물품등의 사용으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 등 다수 소비자의 권익보호 및 피해예방을 위한 공익상의 필요가 있을 것
2. 제73조의 규정에 따른 소송허가신청서의 기재사항에 흠결이 없을 것
3. 소제기단체가 사업자에게 소비자권의 침해행위를 금지·중지할 것을 서면으로 요청한 후 14일이 경과하였을 것

② 단체소송을 허가하거나 불허가하는 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다.

646) 같은 취지로 이명민, “독일 소비자단체소송의 민사소송법으로의 편입가능성”, 「동아법학」 제59호, 동아대학교 법학연구소, 2013, 306면 참조.

647) 같은 취지로 송민수, “집단적 소비자피해구제제도의 현황과 입법적 고찰”, 「법학논총」 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 170면; 정영수, 앞의 논문, 37면.

소비자단체소송은 사업자가 불공정한 약관 조항을 사용하는 것을 금지·중지하는데 그치므로, 소비자인 고객의 실질적인 피해회복이 이루어지지 않으면, 고객은 별도로 소송을 제기하는 수밖에 없다. 이러한 결과는 소비자단체소송의 효과를 민사소송법 제300조⁶⁴⁸⁾가 규정하는 보전처분의 수준에 그치게 하여, 그 제도적 실효성에 의문을 가지게 한다. 추상적인 통제에 그칠 수밖에 없는 소비자단체소송을 보완하기 위해서 증권관련집단소송제도⁶⁴⁹⁾와 같이 정비하거나 미국의 Class Action과 같은 집단소송제도⁶⁵⁰⁾의 도입을 지속적으로 검토할 필요가 있다. 한편 특수한 소송의 형태로 약관 무효확인소송을 활성화하거나,⁶⁵¹⁾ 고객의 개별적인 소송에 법률적 지원을 모색하는 방안을 마련하여 소송을 지원하는 것도 하나의 남겨진 과제이다.

648) 민사집행법 제300조 (가처분의 목적) ① 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.

② 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가처분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.

649) 증권관련 집단소송법 제3조 참조.

650) 미국의 집단소송제도에 대한 상세는 권오승, 앞의 책(2005), 342-346면.

651) 황태희, 앞의 논문, 673면.

제6장 결 론

오늘날의 거래현실에서는 약관에 의한 계약체결이 정형화되어 있다. 그런데 약관에 의한 계약체결은 고객에게 불리한 측면이 있다. 왜냐하면 사업자의 경제적 힘의 우위로 인하여 약관의 내용이 고객에게 불리하게 작성되는 경우가 많기 때문이다. 따라서 약관에 의한 계약체결에서는 고객의 이익을 보호할 필요성이 크다. 세계 각국의 입법 추세도 약관에 의한 계약체결에서 고객 보호의 중요성을 반영하고 있으며, 이와 마찬가지로 우리 약관규제법도 고객 보호를 입법목적으로 하여 제정되었다. 그러나 약관규제법은 그 규정내용의 추상성 때문에 열네 차례의 개정이 있었지만 고객 보호의 제 기능을 다하지 못하고 있는 것이 현실이다. 본 논문은 이러한 인식의 바탕위에서 고객 보호의 관점에서 약관규제법상의 몇 가지 문제점을 지적하여, 그 해결방안으로서 합리적인 해석론을 전개하고 바람직한 입법론을 개진하고자 하였다.

우선 본 논문의 주요 쟁점에 대한 해석론을 본다.

첫째, 약관규제법상 약관이란 사업자가 고객과의 계약체결을 위하여 계약의 내용이 될 사항을 미리 마련하여 둔 것 일체를 말하는 것이라고 보아야 한다. 문제된 계약 조건이 사업자에 의하여 준비된 것이라면 가급적 약관으로 보아 고객이 약관규제법을 원용할 수 있도록 하는 것이 고객 보호의 법리에 부합한다. 따라서 전자약관과 같은 새로운 유형의 약관은 물론이거니와 구두에 의한 약관도 일정한 경우에는 약관으로 인정될 수 있다. 반대로 개별약정은 약관의 개념을 축소시키는 기능을 하므로 개별약정의 요건과 증명책임에 대한 판단은 엄격하게 이루어져야 한다.

둘째, 약관에 의한 계약체결과정에서 고객이 신중하게 약관의 내용을 살펴볼 수 있는 기회가 보장되어야 한다. 고객은 이를 통해서 계약체결 여부를 합리적으로 선택할 수 있다. 따라서 약관의 편입을 위하여 계약체결에 대한 합의와는 별도로 당사자 사이의 채용합의가 있어야 한다는 채용합의 필요설이 타당하다. 사업자의 작성의무는 단순히 선언적인 것으로 볼 것이 아니고, 사업자의 공정한 약

관 작성을 유인하기 위해서는, 사업자가 작성의무를 위반한 경우 이를 명시·설명 의무를 위반한 경우와 동일하게 취급하는 것이 합리적이다. 또한 사업자의 설명 의무의 대상이 되는 중요한 내용이란 고객의 이해관계와 밀접한 사항, 계약체결의 동기에 관한 사정, 급부의 변경에 관한 것, 사업자의 면책조항, 고객의 계약위반시의 책임가중에 관한 내용을 말한다. 한편 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란하다고 하여 사업자의 설명의무를 면제하는 경우는 찾아보기 어렵다.

셋째, 근로기준법이 근로관계에서의 고객인 근로자를 보호하는 수단으로 완벽한 것은 아니므로, 약관규제법으로 고객을 중첩적으로 보호하는 것이 바람직하다. 또한 약관규제법의 적용이 배제되는 특별법은 약관에 관한 규정에만 관계되는 것이고, 법률의 규정이 상호 모순·저촉되지 않는 경우에는 약관규제법의 적용이 배제되는 것이 아니다. 한편 사업자가 약관을 변경하는 경우 기존 고객의 동의를 얻어야 변경된 약관이 계약의 내용으로 된다. 의외조항은 불공정성통제로 다루되 편입통제에서도 이와 같은 사정을 고려하여야 한다.

넷째, 해석통제 단계에서 신의성실의 원칙은 일반 사법에서의 신의성실의 원칙보다 강화하여 적용되어야 한다. 이는 불공정성통제 단계에서의 신의성실의 원칙도 마찬가지이다. 객관적 해석원칙은 법률행위 해석의 일반원칙 중 규범적 해석방법과 비교하여 보면 고객의 개별적 사정을 고려하지 않아, 고객 보호에 미흡한 점이 있다. 따라서 객관적 해석원칙의 문제점을 보완하기 위해서는 고객우리의 해석원칙의 적용을 중시하고, 해석통제의 단계 이전에 편입통제의 기능을 강화할 필요가 있다.

다섯째, 불공정성통제의 일반조항인 제6조 제1항과 제2항의 규정형식은 체계적으로 부합하지 않는다. 또한 약관규제법의 규정이 갖는 추상성으로 인하여 불공정성통제의 판단 대상과 기준도 명확하지 않다. 약관규제법이 규정하는 불공정한 약관 사용의 효과를 일반부당이득반환 법리로만 해결하는 것은 고객 보호에 불충분한 점이 있으며, 사업자의 공정한 약관 사용이라는 일반적 예방효과도 기대하기 어렵다.

여섯째, 약관규제법 제8조의 위약금에는 위약벌이 포함되고, 법원은 이를 감액할 수도 없으며, 동조에는 효력유지적 축소해석을 적용해서도 다. 약관규제법 제13조의 대리인을 계약대리인으로 한정하여 해석하는 것은 사업자가 고객과 동일

시할 수 있는 지위에 있는 법정대리인이나 피용자에게 이행을 강제할 수 있게 되어 고객 보호에 충실하지 못하다. 약관규제법 제14조는 부당한 중재합의를 포함하는지 여부가 명확하지 않고, 고객에게 증명책임을 전가하는 약관 조항은 자기책임의 원칙에 반하는 것으로 불공정성의 정도가 심하다.

일곱째, 약관규제법의 불공정성통제는 개별적 통제를 먼저하고 개별적 통제에 직접적으로 포섭되지 않는 경우에 다음으로 일반적 통제를 적용하는 것이 바람직하다. 또한 국제적인 거래 분야에서의 계약의 경우에도 일반적 통제에 관한 약관규제법 제6조의 적용이 배제되는 것은 아니다. 약관규제법 제16조에 의하여 무효로 된 부분에 대하여는 합의된 내용이 없으므로, 법률행위 일반 원칙에 따라 계약내용을 정하되 단지 임의법규가 적용되는 것으로 보아야 한다. 효력유지적 축소해석은 고객 보호를 위한 기능을 수행할 때만 가능한 내용통제의 방법으로 보아야 하고, 이를 사업자의 책임을 경감하거나 배제하는 수단으로 전용하여서는 아니 된다. 한편 행정적 통제와 사법적 통제의 불공정성의 기준이 다른 것은 약관의 내용통제 방법의 구조적 차이와 행정적 통제의 특성과 한계에 따른 불가피한 결과이다. 다만 공정거래위원회와 법원의 불공정성 심사는 이와 같은 한계를 염두에 두고 상호 보완이 필요하다. 약관에 의한 거래에서 경제적 약자인 다수 고객의 피해보상을 위해서는, 집단분쟁조정제도 및 단체소송을 현실화할 수 있는 제도 마련이 시급히 필요한 실정이다. 그 전제로 행정적 통제의 실효성을 확보하기 위해서 공정거래위원회의 기능적 분담 및 강화가 선행되어야 한다.

다음으로 본 논문의 주요 쟁점에 대한 입법론을 본다.

첫째, 약관규제법 제2조 제1호의 규정은 약관에 일정한 형태가 요구되는 것으로 오해할 수 있으므로, ‘일정한 형식’이라는 문구를 삭제하여 오해의 소지를 없애는 것이 타당하다. 또한 고객이 사업자의 의도를 증명하기 어렵다는 사정을 고려하면, ‘다수의 계약을 위하여’라는 요건을 마련하여 약관의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 반대로 개별약정은 그 요건으로 ‘개별적인 교섭’을 명문화하고, 고객이 자신에게 유리한 개별약정을 주장하는 경우에, 이를 배척하기 위해서는 사업자가 실질적인 교섭이 없었음을 증명하도록 하는 것이 바람직하다.

둘째, 약관규제법 제3조 제3항에서, 본문은 설명의무의 대상이 되는 약관 조항의 중요한 내용으로 ‘급부의 내용’, ‘사업자의 면책’, ‘고객의 책임 가중’ 등을 예시

하고, 단서는 고객 보호 이념과 친하지 않으므로 삭제할 필요가 있다. 또한 작성 의무 위반의 경우에도 편입통제의 효력을 규정한 약관규제법 제3조 제4항을 적용할 수 있도록 개정하는 것이 바람직하다.

셋째, 약관규제법 제30조 제1항의 약관규제법 적용배제 영역에서 근로기준법을 제외할 필요가 있다. 이를 통해 근로기준법이 적용되는 근로관계에 대하여도 약관규제법의 중첩적 보호가 가능하도록 해야 한다. 또한 약관규제법 제30조 제2항은 약관규제법이 약관에 관하여는 우선 적용되는 특별법임을 명시하고, 다른 법률을 적용하는 것이 고객에게 유리한 경우에는 그 법률을 적용할 수 있도록 개정하여 고객 보호에 흠결이 생기는 결과를 방지하는 것이 바람직하다.

넷째, 약관규제법 제5조 제1항 후문은 단순히 객관적 해석원칙만을 반영하는 것이 아니므로 “고객에 따라 불리하게 해석되어서는 아니 된다”로 개정하는 것이 바람직하다. 이를 통해 통일적 해석원칙의 독자적 의미를 반영하고, 객관적 해석원칙으로 인하여 고객의 개별적 사정이 고려되지 못하는 해석통제의 한계를 보완하여야 한다.

다섯째, 불공정성통제의 단계에서 일반조항인 제6조 제1항은, 제2항과의 관계와 약관규제법상의 신의성실의 원칙이 갖는 강화된 의미에 비추어 볼 때, “공정성을 잃은 약관 조항은 신의성실의 원칙에 위반하여 무효이다”로 개정하는 것이 체계적이다. 약관규제법 제6조 제2항 제2호는 불공정성통제의 판단 기준으로 ‘계약체결의 목적’, ‘계약의 내용’을 고려하도록 개정하여야 한다. 한편 약관규제법 제6조 제3항을 따로 두어 임의규정과 다른 내용 또는 그것을 보충하는 내용을 정하는 약관 조항을 불공정성통제의 대상으로 명시하여 법적 안정성과 고객의 예측가능성을 담보해야 한다. 또한 불공정한 약관을 사용하는 사업자에 대하여 민사상 징벌적 손해배상책임을 지워 공정한 약관 사용의무를 유인하여야 한다. 다만 전보배상주의를 취하는 민법의 불법행위이론과의 충돌을 고려하여 일단은 개별입법으로 실효성 있는 규정을 신설하는 것이 바람직하다.

여섯째, 약관규제법 제14조의 소송 제기의 금지와 관련하여 부당한 중재합의의 경우에도 불공정성통제의 대상에 포함되도록 규정하고, 고객에게 증명책임을 전가하는 약관 조항은 절대적 무효조항으로 할 필요가 있다. 약관에 의한 계약체결에서 발생한 분쟁에 대하여 고객의 주소를 기준으로 전속관할을 두는 규정을 신

설하는 것도 고객 보호를 위한 하나의 방법이다.

일곱째, 약관규제법 제17조가 규정하는 불공정약관조항이란 ‘제6조부터 제14조까지의 규정에 해당하거나 해당할 우려가 있는 불공정한 약관 조항’이라고 개정하여 행정적 통제의 불공정성에 대한 심사기준을 명확히 할 필요가 있다. 이를 통해 고객은 행정적 통제와 사법적 통제의 효과가 달라질 수도 있음을 미리 예측할 수 있게 되어, 신중하게 계약체결에 임하게 된다.

이와 같이 본 논문은 현행 약관규제법이 안고 있는 고객 보호에 미진한 몇 가지 문제점을 중심으로 비교법적인 연구 및 판례 분석을 통하여 단계적 통제방법에 따라 유기적으로 상세한 해석론을 전개하고, 입법론까지 개진하였다. 본 논문은 이러한 논술방식을 통하여 기존 선행연구와의 차별성을 기하고자 하였다.

다만 본 논문에서 국제거래계약에서의 약관과 행정적 통제의 절차적 문제 등은 논의의 대상으로 삼지 않았다. 이 부분에 대한 검토는 국제법과 행정법의 특수성을 고려하여 후행연구의 과제로 삼고자 한다. 또한 본 논문에서 개진한 몇 가지 입법론은 약관의 구속력에 관한 계약설을 기본으로 고객 보호의 관점에서 개별입법으로서의 입법론을 제시하는데 중점을 둔 것이다. 따라서 향후 약관규제법의 개정과정이나 약관규제법의 민법으로의 흡수·통합이 이루어지는 경우에, 본 논문의 연구를 바탕으로 국제거래의 현실 및 사법의 일반원칙까지 종합적으로 반영하여 구체적인 논의가 전개되기를 희망한다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 강평 저, 노정환 외 譯, 「중국민법」, 삼성경제연구소, 2013.
- 공정거래위원회, 「공정거래백서」, 2015.
- 곽윤직, 「민법총칙」 제7판, 박영사, 2002.
- _____, 「채권각론」 재전정판, 박영사, 1984.
- 권오승, 「경제법」 제12판, 법문사, 2015.
- _____, 「소비자보호법」 제5판, 법문사, 2005.
- 김도년·송민수, 「소비자거래법의 제정방향」, 한국소비자원, 2013.
- 김민중, 「계약법」, 신론사, 2015.
- 김상용, 「채권각론」 제3판, 화산미디어, 2016.
- 김주수, 「채권각론(상)」, 삼영사, 1986.
- 김준호, 「민법강의」 제22판, 법문사, 2016.
- 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」 제15판, 신조사, 2016.
- 김형배외 5인(共著), 「독일 채권법의 현대화」, 법문사, 2003.
- 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해Ⅱ」, 박영사, 2014.
- 박동진, 「계약법강의」, 법문사, 2016.
- 박세민, 「보험법」 제3판, 박영사, 2015.
- 서돈각, 「상법강의(상)」, 법문사, 1979.
- 손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 1982.
- 손지열(곽윤직 편집대표), 「민법주해[XII] 채권(5)」, 박영사, 1997.
- 송덕수, 「신민법강의」 제9판, 박영사, 2016.
- 송민수·윤민섭·나광식, 「소비자중재의 법제화에 관한 연구」, 한국소비자원, 2013.

- 안태용 譯, 「유럽민사법의 공통기준안 총칙·계약편」, 법무부, 2012.
- 양승규, 「보험법」 제2판, 삼지원, 1992.
- 양창수 譯, 「2015년판 독일민법전 총칙·채권·물권」, 박영사, 2015.
- 양창수·김재형, 「계약법」 제2판, 박영사, 2015.
- 이규철, 「중화인민공화국 계약법’ 각조문의 해설과 사례를 통한 이론과 실무」, 법제처, 2004.
- 이금노, 「소비자권익 관점의 약관규제 개선방안 연구」, 한국소비자원, 2015.
- 이기수·유진희, 「경제법」 제10판, 법문사, 2013.
- 이병준, 「현대 시민사회와 소비자계약법」, 집문당, 2013.
- 이영준, 「민법총칙」 개정증보판, 박영사, 2007.
- 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994.
- 이준우, 「소비자보호를 위한 약관표시 제도화연구」, 한국법제연구원, 2013.
- 이호정, 「영국계약법」, 경문사, 2003.
- 장덕조, 「보험법」 제3판, 법문사, 2016.
- 정광수, 「계약법」, 법영사, 2015.
- 정기웅, 「계약법」, 동방문화사, 2015.
- 정찬형, 「상법강의(하)」 제18판, 박영사, 2016.
- 정호열, 「경제법」 전정 제5판, 박영사, 2016.
- 정희철, 「상법학원론(상)」, 박영사, 1980.
- 지원림, 「민법강의」 제14판, 홍문사, 2016.
- 한삼인, 「민법총칙」 개정판, 화산미디어, 2015.
- _____, 「계약법」, 화산미디어, 2011.
- 현대호, 「약관규제 관계법규의 체계화 방안 연구」, 한국법제연구원, 2013.

2. 논문

- 강병모, “소비자권리실현을 위한 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구”, 정책 연구보고서, 한국소비자원, 2008.
- 권영준, “자살과 재해사망보험금 지급에 관한 보험약관의 해석”, 「재산법연구」

- 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015.
- 권오승, “약관규제법 집행의 개선”, 「아세아여성법학」 제12호, 아세아여성법학 연구소, 2009.
- 김건식, “공정거래관련 집단분쟁조정제도에 관한 연구”, 「서울법학」 제21권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014.
- 김대경, “보증채권자의 정보제공의무”, 「경희법학」 제46권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2011.
- 김대규, “독일 약관규제법의 민법전 편입 및 개정-법정책적 논의와 개정 내용을 중심으로-”, 「경쟁법연구」 제8권, 한국경쟁법학회, 2002.
- _____, “약관편입통제 조항의 기능성연구-소비자보호의 관점에서-”, 「비교사법」 제11권 제1호, 한국비교사법학회, 2004.
- 김동훈, “개별교섭후 수정되지 않은 약관조항의 효력”, 「고시계」 제55권 제11호, 고시계사, 2010.
- 김상찬·이충은, “집단소비자분쟁조정제도에 관한 연구”, 「중재연구」 제19권 제1호, 한국중재학회, 2009.
- 김상현·한삼인, “예탁금회원제 컨트리클럽 기존회원에게 대한 개정회칙 적용방법에 관한 약관규제법적 접근-대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다28339 판결을 중심으로-”, 「동북아법연구」 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016.
- 김선정, “약관의 해석에 있어서 작성자 불이익의 원칙”, 「비교법연구」 제11권 제3호, 동국대학교 비교법문화연구소, 2011.
- 김성욱, “약관의 내용통제 및 해석과 관련한 법적 문제”, 「외법논집」 제39권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015.
- 김성천·이준우, “EU의 소비자법에 관한 연구”, 한국법제연구원, 2007.
- 김영갑, “약관규제의 법리와 수정해석의 문제”, 「법조」 통권 제484호, 법조협회, 1997.
- 김영주, “미국판례법상 비양심성 법리의 전개”, 「기업법연구」 제27권 제2호, 한국기업법학회, 2013.
- 김웅규·김민우, “소비자보호에 관한 법적 이해와 법정책의 방향-소비자기본법을

- 중심으로-”, 「서울법학」 제23권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015.
- 김원규, “약관의 설명의무의 대상 및 면제범위에 관한 판례의 입장에 대한 소고”, 「법학연구」 제16권 제1호, 한국법학회, 2016.
- 김재형, “분양광고와 계약-청약·청약의 유인·손해배상을 중심으로-”, 「민사판례연구」 제31권, 민사판례연구회, 박영사, 2009.
- 김중길, “유럽연합(EU) 소비자권리지침의 핵심적 규정내용-독일에서의 논의를 중심으로-”, 「법학연구」 제22권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2014.
- 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰-객관적 해석과 작성자 불이익의 원칙의 유럽법과의 비교를 통한 검토-”, 「재산법연구」 제28권 제3호, 한국재산법학회, 2011.
- _____, “불공정조항의 내용통제에 관한 몇 가지 법적 문제점-유럽 및 독일계약법과의 비교를 중심으로-”, 「외법논집」 제36권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012.
- _____, “근저당권설정비용의 부담에 관한 선택형 약관조항이 약관규제법 제6조의 의미에서의 불공정조항에 해당하는지 여부-대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결-”, 「민사법학」 제69호, 한국민사법학회, 2014.
- _____, “약관의 편입통제”, 「동북아법연구」 제8권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2015. 1.
- _____, “금융거래에서의 약관에 대한 사법적 통제”, 「민사판례연구」 제37권, 민사판례연구회, 2015. 2.
- _____, “약관조항의 불편입 및 무효와 그 보충”, 「외법논집」 제39권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2015. 11.
- 김정애, “개정 중국소비자권익보호법상 사업자의 의무”, 「소비자문제연구」 제45권 제1호, 한국소비자원, 2014.
- 김현록, “보험자의 보험약관설명 의무에 관한 연구”, 대구대학교 대학원, 박사학위논문, 2011.
- 김형배, “보통거래약관에 의한 계약”, 「고시연구」 제227권, 고시연구사, 1993.
- 김효신, “약관규제의 일반원칙과 수정해석”, 「법학논고」 제13집, 경북대학교 법

- 학연구원, 1997.
- 남궁술, “프랑스 소비자법 체계에 관한 연구”, 「상사판례연구」 제25집 제2권, 한국상사판례학회, 2012.
- 박득배, “계약법리에 관한 일고찰-자기결정을 중심으로-”, 「법학논총」 제33집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2016.
- 박설아, “약관의 해석에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 2016.
- 박은경, “표준약관조항은 보험자의 약관설명 의무 면제대상인가?-대법원 2013. 6. 28. 선고 2012다107051 판결-”, 「법학연구」 제52권, 한국법학회, 2013.
- 박창희, “약관해석에 관한 일고찰”, 「전북법학논집」 제1권, 전북대학교 법학연구소, 2000.
- 백경일, “약관규제법의 규범적 정당성에 관한 고찰”, 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014.
- 서희석, “일본 ‘민법(채권관계) 개정요강안’의 검토”, 연구용역 과제 보고서, 법무부, 2015.
- _____, “한·중·일 소비자계약법의 비교법적 고찰”, 「일감법학」 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016.
- 서희석·백경일, “소비자법의 민법전 편입에 관한 연구”, 연구용역 과제 보고서, 법무부, 2009.
- 손주찬, “약관규제법의 제정과 문제점”, 「현대경제법학의 과제」, 삼지원, 1987.
- 송민수, “집단적 소비자피해구제제도의 현황과 입법적 고찰”, 「법학논총」 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 송석언·김성욱, “현행 약관통제와 관련한 고찰”, 「법학연구」 제27권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2016.
- 송호영, “독일의 부작위소송법 및 부작위경쟁방지법상 단체소송에 관한 연구”, 「인권과정의」 통권 제351호, 대한변호사협회, 2005.
- _____, “유럽연합(EU)에서 소비자에 대한 사업자의 부당거래행위 규제에 관한 연구-유럽연합의 관련지침과 독일의 국내입법을 중심으로-”, 「법학논고」 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.
- 신현윤, “공정거래분야에서의 집단분쟁조정제도 도입”, 연구용역 과제 보고서, 한

- 국공정거래조정원, 2010.
- 안동섭, “일반거래약관의 본질과 규제”, 「재산법연구」 제5권 제1호, 한국재산법학회, 1988.
- 양승규·장덕조, “보험자의 보험약관의 명시설명의무”, 「법학」 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999.
- 양창수, “자동차보험약관의 무면허운전면책조항에 대한 내용통제”, 「민법연구」 제4권, 박영사, 1997.
- 연기영, “전속계약상 연예인의 법적 보호문제”, 「스포츠와 법」 제10권 제2호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2007.
- 오대성, “소비자기본법상의 단체소송의 문제점과 그 개선방향”, 「법학논총」 제23권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2016.
- 윤광균, “소비자법에 있어서의 인간상과 각국의 입법동향”, 「소비자문제연구」 제42권, 한국소비자원, 2012.
- 윤주희, “주요 스마트폰 애플리케이션 마켓(모바일 오픈마켓)의 이용약관 현황 및 약관규제법의 해석과 적용”, 「법학연구」 제21집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2013.
- 윤진수, “한국법상 약관규제법에 의한 소비자보호”, 「민사법학」 제62호, 한국민사법학회, 2013.
- 이명민, “독일 소비자단체소송의 민사소송법으로의 편입가능성”, 「동아법학」 제59호, 동아대학교 법학연구소, 2013.
- 이병준, “독일 약관규제법 30년과 우리 법에 대한 시사점”, 한국재산법학회 2007년 하계학술대회 자료집, 한국재산법학회, 2007.
- _____, “약관의 추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 관계-약관의 추상적 내용통제에서 확정된 약관의 무효를 개인의 개별적인 소송에서 주장할 수 있는가?-", 「재산법연구」 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012. 8.
- _____, “서비스이용자의 위반행위에 대한 제재와 불명확조항해석의 원칙”, 「민사판례연구」 제35권, 민사판례연구회, 박영사, 2013. 2.
- _____, “약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성”, 「중재연구」 제24권 제1호, 한국중재학회, 2014. 3.

- _____, “키코판결과 약관규제법상의 쟁점”, 「외법논집」 제38권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014. 5.
- _____, “약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용”, 「가천법학」 제7권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2014. 9.
- _____, “의외조항 내지 기습조항의 법률적 취급”, 「민사법학」 제73호, 한국민사법학회, 2015.
- _____, “계약당사자가 아닌 제3자에 대한 면책약관의 적용과 그 내용통제”, 「법학연구」 제57권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2016.
- 이병준·안남신, “계속적 계약관계에서의 약관의 개정”, 「소비자문제연구」 제34권, 한국소비자원, 2008.
- 이상정·권대우, “약관의 규제에 관한 법률 해설”, 정책연구보고서, 한국소비자원, 1987.
- 이선형, “형사사건에 관한 변호사 성공보수약정의 유효성 여부-대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결-”, 「법학연구」 통권 제48집, 전북대학교 법학연구소, 2016.
- 이선형·한삼인, “2015년 민사(채권법) 중요 판례”, 「인권과정의」 통권 제456호, 대한변호사협회, 2016.
- 이은영, “약관규제법 제정의 필요성 및 방향”, 「민사법학」 제6호, 한국민사법학회, 1986.
- _____, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 「외법논집」 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.
- _____, “한국소비자법 35년, 회고와 과제”, 「저스티스」 통권 제146-3호, 한국법학원, 2015.
- 이은희, “소비자기본법의 기본법으로서의 과제와 전망”, 「소비자문제연구」 제46권 제3호, 한국소비자원, 2015.
- 이재목, “청약과 청약의 유인의 구별에 관한 일고-상품광고에 관한 해석론의 동향을 중심으로-”, 「법학연구」 제52권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2011.
- _____, “미국 징벌배상제도의 개혁논의와 그 전망”, 「법학논총」 제22권 제2호,

- 조선대학교 법학연구원, 2015. 8.
- _____, “징벌배상제도의 국제적 동향과 국내에서의 논의 상황”, 「법학연구」 제26권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2015. 12.
- 이재성, “약관의 규제에 관한 법률안소고”, 「현대경제법학의 과제」, 삼지원, 1987.
- 이재현, “약관의 개념”, 「비교사법」 제10권 제1호, 한국비교사법학회, 2003.
- 이정원, “보험자의 약관설명 의무 위반의 법적 의의에 대한 비판적 검토”, 「법학연구」 제15권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2012.
- 이종구, “미국에서의 소비자거래약관의 중재조항과 집단소송(집단중재)금지에 관한 연구-미국연방대법원의 AT&T Mobility LLC v. Concepcion 판결을 중심으로-”, 「기업법연구」 제26권 제4호, 한국기업법학회, 2012.
- _____, “소비자피해구제의 실효성 보장을 위한 법정손해배상제도의 도입에 관한 연구-미국 주소비자보호법을 중심으로-”, 「소비자문제연구」 제44권 제2호, 한국소비자원, 2013.
- 이종순, “약관에 대한 내용통제-보험계약상 면책조항을 중심으로-”, 「전북법학논집」 제1권, 전북대학교 법학연구소, 2000.
- 이준형, “약관규제법·소비자법의 민법에의 통합문제에 대한 관견-프랑스의 경험을 소재로-”, 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009.
- 임재호, “2010년도 보험법 판례의 동향과 분석”, 「상사판례연구」 제24집 제3권, 한국상사판례학회, 2011.
- 장경환, “약관규제법 일반조항에 관한 연구-독일약관규제법 제9조를 중심으로-”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 1990. 2.
- _____, “약관의 규제에 관한 법률-제6조(일반원칙)에 관한 몇 가지 고찰-”, 「상사법연구」 제8집, 1990. 11.
- _____, “보통거래약관의 개념-약관의 규제에 관한 법률 제2조를 중심으로-”, 「법학연구」 제3권, 충북대학교 법학연구소, 1991.
- _____, “약관의 구속력의 근거”, 「고시계」 제40권 제7호, 고시계사, 1995.
- _____, “약관규제법의 개정론적 고찰”, 「경제법연구」 제4권 제1호, 한국경제법학회, 2005.

- 장덕조, “설명 의무 위반으로 인한 계약편입배제와 개별약정 우선의 원칙”, 「사법」 통권 제37호, 사법발전재단, 2016.
- 장윤순, “독점규제법상 사인의 권리구제방안의 도입방향”, 「법학논총」 제36권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 전 별, “피보험자가 정신질환을 이유로 자살한 경우 면책조항에 관한 검토-대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결-”, 「법학논문집」 제39집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2015.
- 전삼현, “독일보통거래약관법과 유럽약관준칙에 관한 소고”, 「법학논총」 제9집, 숭실대학교 법학연구소, 1996.
- 정영수, “소비자단체소송에 관한 고찰”, 「법조」 제56권 제3호, 법조협회, 2007.
- 정중휴, “일본의 소비자계약법에 관한 연구”, 「소비자문제연구」 제24호, 한국소비자원, 2011.
- 조규성, “손해보험사의 상해보험 약관에서 규정하고 있는 ‘피보험자의 정신질환’ 면책조항의 효력에 관한 판례 고찰-대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결-”, 「법학연구」 제56권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2015.
- 조소영, “현행 헌법상 헌법재판제도에 대한 비판적 고찰-한정위헌결정에 관한 논쟁을 중심으로-”, 「강원법학」 제40권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013.
- 최길자, “중국 소비자계약법의 현황과 개선방향”, 「법학논총」 제30권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- 최난설현, “불공정조항지침 관련 최근 EU 판례 동향 및 시사점”, 「선진상사법률연구」 통권 제74호, 법무부, 2016.
- 최세련, “해상운송계약에서의 약관규제법의 적용”, 「한국해법학회지」 제31권 제1호, 한국해법학회, 2009.
- 최병규, “약관규제법의 쟁점과 발전방향”, 「경제법연구」 제4권 제1호, 한국경제법학회, 2005.
- _____, “약관규제법상 개별약정 우선의 원칙에 관한 연구”, 「경제법연구」 제10권 제1호, 한국경제법학회, 2011. 6.
- _____, “약관규제법상 일부무효의 특칙에 관한 연구”, 「경제법연구」 제10권 제

- 2호, 한국경제법학회, 2011. 12.
- _____, “약관내용에 대한 사법적 통제의 한계”, 「경제법연구」 제12권 제1호, 한국경제법학회, 2013. 6.
- _____, “약관규제법 일반조항의 문제점과 개선방안-독일 법제와의 비교를 중심으로-”, 「경제법연구」 제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013. 12.
- _____, “약관해석의 특수성과 제도운용방안”, 「경제법연구」 제13권 제1호, 한국경제법학회, 2014. 4.
- _____, “약관의 계약편입요건에 대한 연구”, 「경제법연구」 제13권 제2호, 한국경제법학회, 2014. 8.
- _____, “약관규제법 제8조 손해배상액의 예정에 대한 고찰”, 「경제법연구」 제13권 제3호, 한국경제법학회, 2014. 12.
- _____, “약관과 소비자보호의 쟁점 연구”, 「경제법연구」 제14권 제2호, 한국경제법학회, 2015. 8.
- 한기정, “영국 약관규제법에 관한 소고”, 「법학논집」 제5권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2000.
- _____, “미국 약관규제법에 관한 소고”, 「법학논집」 제6권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001.
- 한삼인, “약관의 규제에 관한 법률의 판례분석”, 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005.
- _____, “부동산임대차계약서상의 ‘배상금’조항과 약관규제법”, 「고시계」 제54권 제3호, 고시계사, 2009.
- 한삼인·김상명, “중국 계약법상 위약책임 연구”, 「홍익법학」 제15권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.
- 한삼인·정창보, “전자계약에 있어서의 법률문제에 관한 연구”, 「법학연구」 제15권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2012. 3.
- _____, “전자문서에 있어서의 법제의 동향과 증거력에 관한 연구”, 「법학논총」 제19권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2012. 4.
- 한인상, “정형화된 근로계약에서 무효인 위약금조항의 법률효과-독일법상 효력유지적 축소해석에 대한 논의-”, 「비교사법」 제15권 제4호, 한국비교사

법학회, 2008.

황진자, “약관규제법 정비방안 연구”, 정책연구보고서, 한국소비자원, 2009.

황태희, “약관 개정의 불공정성 판단에 대한 약관법과 공정거래법 적용의 관계”, 「서울법학」 제22권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015.

II. 국외문헌

1. 단행본

Christian von Bar · Eric Clive · Hans Schulte-Nölke (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR), Full Edition, Oxford University Press, 2010.

Christian von Bar · Eric Clive · Hans Schulte-Nölke (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference(DCFR), Outline Edition, European Law Publisher, 2009.

Edward Allan Farnsworth, Contracts, 4th ed., Aspen, 2004.

Ewan Mckendrick, Contract law: text, cases, and materials, 7th ed., Oxford University Press, 2016.

Guy Raymond, Droit de la consommation, 3rd ed., LexisNexis, 2015.

Heinz Georg Bamberger · Herbert Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 41th ed., Stand: 01. 11. 2016.

Jack Beatson · Andrew Burrows · John Cartwright, Anson's Law of Contract, 30th ed., Oxford University Press, 2016.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 2, 6. Aufl., C. H. Beck, 2012.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., C. H. Beck, 2011.

Schmoeckel · Rückert · Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum

- BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, Mohr Siebeck, 2003.
- Staudinger, Kommentar zum BGB §§ 305-310, De Gruyter, 2006.
- Stephen Weatherill, EU Consumer Law and Policy, 2nd ed., Elgar European Law, 2013.
- Ulmer · Brandner · Hensen, AGB-Recht Kommentar, 11. Aufl., Otto Schmidt, 2011.
- Uta Rausch, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Italien, Ein Vergleich zum deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung der EU-Richtlinie 93/13 über missbräuliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Dr. Kovač, 2004.
- Wolf · Lindacher · Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., C. H. Beck, 2013.
- Yves Picod, Droit de la consommation, Sirey, 2015.
- 大村敦志, 「消費者法」 第3版, 有斐閣, 2007.
- 新井誠 · 岸本雄次郎, 「民法總則」, 日本評論社, 2015.
- 渡邊新矢 編著, 「要点解説民法改正」, 清文社, 2014.

2. 논문

- Carsten Herresthal, Consumer Law in the DCFR, The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics, European Law Publishers, 2009.
- David Horton, Flipping the script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts, 80 Colorado L. Rev. 431, 2009.
- Ethan J. Leib · Steve Thel, Contra Proferentem and the Role of the Jury in Contract Interpretation, 87 Temple L. Rev. 771, 2015.
- Hanoch Dagan · Avihay Dorfman, Just Relationships, 116 Columbia L. Rev. 1395, 2016.
- James R. Maximeiner, Standard-Terms Contracting in the Global Electronic Age: European Alternatives, 28 Yale J. Int'l L. 109, 2003.

- John E. Murray Jr., The Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts, 67 Cornell L. Rev. 735, 1982.
- Jürgen Niebling, AGB-Recht - Aktuelle Entwicklungen zu Einbeziehung, Inhaltskontrolle und Rechtsfolgen, MDR vol. 70 Heft 11, 2016.
- Peter Ulmer, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JuristenZeitung, 10/2001.
- Robert A. Hillman, Debunking Some Myths about Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302, 67 Cornell L. Rev. 1, 1981.
- Roger C. Henderson, The Formulation of the Doctrine of Reasonable Expectations and the Influence of Forces outside Insurance Law, 5 Conn. Ins. L. J. 70, 1998.
- Stéphane Piedelièvre, La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, La semaine juridique Entreprise et affaires N°14, 2014.
- Thomas Pfeiffer, Die Integration von Nebengesetzen in das BGB, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001.
- 大澤彩, “消費者契約法における不当條項規制の在り方について-「消費者契約法改正への論点整理」を踏まえて-”, 「金融法務事情」 Vol. 63-11 No. 2019, 金融財政事情研究會, 2015.
- 生田敏康, “法學教育と民法改正-債權法改正が法學部教育に与える影響-”, 「福岡大學法學論叢」 Vol. 59 No. 4, Fukuoka University, 2015.
- 須藤希祥, “消費者契約法の一部を改正する 法律の概説”, 「NBL」 No. 1076, 商事法務, 2016.
- 鈴木仁史, “改正監督指針等を踏まえた金融機關の反社對策. 10, 民法改正における「定型約款」と暴力団排除條項の変更(遡及適用), 1”, 「金融法務事情」 Vol. 63-10 No. 2018, 金融財政事情研究會, 2015.

Ⅲ. 보도자료

http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportboView.jsp?report_data_no=6518&tribu_type

_cd=&report_data_div_cd=&currpage=2&searchKey=1&searchVal=약관
&startdate=&enddate=.

[http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportboView.jsp?report_data_no=6241&tribu_type_cd=&report_data_div_cd=&currpage=3&searchKey=1&searchVal=약관&startdate=&enddate=.](http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportboView.jsp?report_data_no=6241&tribu_type_cd=&report_data_div_cd=&currpage=3&searchKey=1&searchVal=약관&startdate=&enddate=)

[http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportboView.jsp?report_data_no=2919&tribu_type_cd=&report_data_div_cd=&currpage=4&searchKey=3&searchVal=표준약관&startdate=&enddate=.](http://www.ftc.go.kr/news/ftc/reportboView.jsp?report_data_no=2919&tribu_type_cd=&report_data_div_cd=&currpage=4&searchKey=3&searchVal=표준약관&startdate=&enddate=)

[http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-supreme-court-case-hearing-latest-news-article-50-lord-neuberger-gina-miller-live-a7456391.html.](http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-supreme-court-case-hearing-latest-news-article-50-lord-neuberger-gina-miller-live-a7456391.html)

[https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=97692.](https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=97692)

ABSTRACT

A Study on the Theory of Customer Protection concerning Act on the Regulation of Terms and Conditions

- Several Problems and Improved Solutions -

Lee, Seon Hyoung

Department of Law

Graduate school

Jeju National University

Supervised by professor Dr. Kim, Sung Wook and Dr. Han, Sam In

Trading of modern society is becoming highly diversified and large-scale. In most cases, Individuals and a company use contractual terms and conditions that the company pre-composed. But For that reason, Usually Pre-made contractual terms and conditions work to company's advantage. On the other hand Most customers don't know about the meaning of contractual terms and conditions and Even if they knew it and the terms are against customers. They don't have any chance to change Pre-made contractual terms and conditions. As such, In the trading field of governing by terms and conditions, Providers have much freedom of command. It limits the freedom of contract decisions to customers who are in passive position. Customers forced to sign by the terms and conditions have only the freedom of contract. So, In the formation of contracts by the terms and conditions, Liberty of contract should be restricted and require a modification.

For the customers protection, It is a global trend that We should emphasis fairness in the contract contents by regulating the terms and conditions. For this reason in Korea, We legislate 「Act on the Regulation of Terms and

Conditions」. The opponent of business operator is expressed as a ‘Customer’ by the law. The ‘Customer’ means not only the final buyer but also the financially challenged like the petty merchant or Subcontractors who can’t say no to pre-made contract. Controls of Content of The Terms are an important tool to protect the weak and to guarantee the fairness of the transaction.

But Unlike the legislative purpose, There are too many provisions that are vague and abstract in 「Act on the Regulation of Terms and Conditions」. There were many cases that could not reach a conclusion for protecting customers in the court’s decisions. At these points, I tried to find ways of resolving by studying the basic legal principles, foreign similar laws and theoretical reviews. Especially I review in The transfer control, interpretation control and unfairness control. I will make a *De lege ferenda* offer.

Remarked as above, The thesis includes interpretations and *de lege ferenda* that compensate the defect of the law. A summary of major matters is as following. First of all, I sum up the thesis about interpretations.

First, The terms and conditions on 「Act on the Regulation of Terms and Conditions」 are every details in which the providers prepares matters to be the contents of the contract in order to conclude the contract with the customer. If we define the concept of the terms and conditions strictly, the customer will not be protected by the law. On the contrary, Individual agreements function to reduce the concept of the contract, so the judgment of the requirements of individual agreements and the burden of proof must be made with caution.

Second, for Terms and Conditions to become a content of contract, it is necessary that the parties should agree on the employment of them. In addition, the providers’ obligation to make Terms and Conditions is not declaratory, but inducing the contractor to create a fair contract. The important objects of the Liability for explanation are content of payment, exemption of providers, contents about responsibility of customer.

Third, The regulation of terms and conditions could be limited or excluded because of Some special laws like labor law. But If Provisions of each law were not contradictory, inconsistent, We have to make a application of 「Act on the Regulation of Terms and Conditions」 for protection of customers.

Fourth, In the interpretation and control provisions, The Principle of good faith should be more strengthened as compared with general civil law's principle. The objective interpretation principle does not take into consideration the individual circumstances of the customer, which is insufficient to protect the customer. Therefore, In the interpretation control it should be complemented by '*Contra Proferentem*'.

Fifth, The provisions of Article 6 Clause 1 and Clause 2 of 「Act on the Regulation of Terms and Conditions」 need to be improved systematically. In addition, the criteria and standards for the control of unfairness, as regulated by the Law, are not clear. On the other hand, the general effect of the use of unfair terms and conditions is not enough to protect customers.

Sixth, The penalty for breach of contract under Article 8 of the Law includes the punishment, which can not be reduced nor maintained effect by the court. The prohibition of filing an unfair suit, as stipulated in Article 14 of the Law, should be considered to include an unfair arbitration agreement. In addition, the provision of transferring certification responsibility to the customers is severely unfair.

Seventh, In cases where unfairness control is not directly involved in the individual control, it should be subject to general control because the judgment of unfairness is presumed to be reserved. If the terms of the contract are not included in the contract nor unfair, the contract may be determined by applying voluntary law to the invalidated parts. Restriktive Interpretation for maintaining effect should be seen as a means of controlling content for customer protection. On the other hand, Administrative control and judicial control differ from each other in terms of unfairness judging by their

structural differences and characteristics. It is necessary to complement each other to guarantee the predictability of customers.

To the next, I sum up the thesis about *De lege ferenda*.

First, It is necessary to delete the phrase ‘certain form’, which is defined as the conceptual element of Article 2, Paragraph 1 of the Law, and to establish the requirement ‘for multiple contracts’. Article 4 of the Law stipulates ‘individual negotiation’ as a requirement of individual agreement, and it is desirable that the providers prove whether there has been substantial negotiation of the individual agreement.

Second, It is necessary to illustrate each case in details like ‘Contents of payment’, ‘Exemption from responsibility of providers’, ‘Addition the customer’s responsibility’ in Article 3, Paragraph 3 of the Law. However, it is preferable to delete provisory clause in Article 3, Paragraph 3 of the Law because it is not familiar with the customer protection idea. It is also necessary to revise Article 3, Paragraph 4 of the Law, which stipulates the effect of transfer control, even in the event of breach of the duty of writing.

Third, In Article 30, Paragraph 1 of the Law, We shall delete the Labor Standards Act as unapplied law. In Paragraph 2 of the Law, 「Act on the Regulation of Terms and Conditions」 is fixed as Special Priority Act. If applying other laws is favorable to the customer, It is desirable to protect customers in an overlapping manner.

Fourth, We shall revise Article 5, Paragraph 1, thereafter of the Law as “not to be interpreted as disadvantaged by customer”, We reflects the original meaning of the principle of unified interpretation and compensate the defect of objective interpretation principle.

Fifth, Article 6, Paragraph 1 of the Law shall be revised as “A provision that has lost its fairness is invalid in violation of the principle of good faith”. In Article 6, Paragraph 2, Subparagraph 2 of the Law, We shall take into consideration ‘the purpose of the contract’ and ‘the contents of the contract’

as the criterion for the control of unfairness, We need to specify the object. On the other hand, the provision of punitive damages to providers who use unfair terms can also help protect customers.

Sixth, Article 14 of the Law requires that the provision explicitly amend to include an unfair arbitration agreement and It is regarded as not valid that unfair terms and conditions shift responsibility on the burden of proof to the customer. Consideration should also be given to establishing exclusive jurisdiction rules based on the customer's address for disputes arising out of contractual agreements.

Seventh, the unfair terms and conditions stipulated in Article 17 of the Law shall be amended as 'unfair terms and conditions that may fall under the provisions of Articles 6 to 14' and It is desirable to clarify the screening criteria for the unfairness of administrative control.

In this way, this thesis develops the detailed interpretation theory and the legislative theory through comparative legal research and precedent analysis focusing on some problems which are not in the protection of the customer under the current Law. However, the terms of the contracts in international trade custom and the procedural issues of administrative control were not discussed, Some of *De lege ferenda* introduced in this thesis focuses on the provision of legislation as individual legislation in terms of customer protection. In the future, I hope that a comprehensive discussion of the reality of international transactions and the general principles of the private law will be reflected in the revision process of the Law and the absorption and integration of the Law into the civil law.

Key Words: Act on the Regulation of Terms and Conditions, Customer Protection, Transfer control, Liability for explanation, Contra Proferentem, Punitive damages