# 普通去來約款의 內容的 限界

徐　庚　林

〈目　次〉

Ⅰ 問題의 所在
Ⅱ 普通去來約款의 內容的 限界의 根據와 基準
Ⅲ 諸學說의 吟味
Ⅳ 結　言

## Ⅰ 問題의 所在

普通去來約款이 生成되고 展開됨에 있어서는 그 內在的 要因으로서 「多數契約 合理化의 企圖」가 그 基調가 되고 있다. 그러나 또 裏面에는 法律的 手段에 의해 企業이 계속적으로 經濟力을 强化시켜 간다는 企圖가 있음도 否認할 수가 없다. 다시 말하면, 普通去來 約款을 利用하는 企業者는 集團契約 合理化라는 이름아래, 事實은 顧客에 대한 自己의 法的·經濟的 優位性을 堅持한다는 企圖가 있다고 하여도 지나친 말은 아니다. 그리하여 企業者는 普通去來約款을 設定하고 利用함에 있어서 集團契約 關係의 合理化·簡易化만을 企圖함에 만족하지 않고, 이것을 濫用하여 顧客의 犧牲을 통하여 自己의 一方的 利益을 追求하려고 한다. 예컨대, 企業者側의 一方的인 責任의 排除·制限, 擴大 또는 延長된 所有權의 留保, 그리고 顧客側의 擔保權·損害賠償請求權등의 排除·制限 등이 그것이다.

約款의 生成·展開를 「多數契約 合理化의 企圖」라는 側面에서만 볼 때, 그 解釋을 約款文言의 普遍妥當한 解釋이 될 것이고, 또 基本的으로는 이것으로 끝나게 된다. 그러나 約款의 生成·展開의 裏面에는 企業者의 「法律的 手段에 의한 經濟力 强化의 企圖」가 있음을 認識할 때, 여기에서 發生하는 弊害의 問題는 約款 그 自体에 內在하는 問題로서 파악할 수 있게 된다.[1]

지금까지는 約款의 濫用내지는 弊害의 問題가 約款 그 自体가 아닌 約款의 形成樣態, 특히

1) 吉川吉衛, 「普通取引約款の 內容的限界づけ」, 田邊康平先生還曆紀念, 保險法學の諸問題, 1980, 325面.

一方的 形成樣態와의 關係에서 파악되고, 이 問題에 대한 救濟에 있어서도 外部的인 規制로서 理解되어 왔다. 다시 말하면, 約款濫用의 問題가 約款의 內容的 限界의 問題로서 다루어지면서도 그것은 公序良俗, 信義則, 기타 一般條項 및 强行規定 違反이라는 問題로서 論해 왔던 것이다. 그러나 이것은 外部에서의 制限이며, 이것으로서 問題가 다 解決되는 것도 아니다. 約款의 生成·展開의 內在的 要因의 하나가 「法律的 手段에 의한 經濟力强化의 企圖」가 있음을 理解하면, 問題의 本質은 오히려 約款 그 自体에 內在하는 것으로 取扱되지 않으면 안된다.

約款에 대한 外部에서의 內容的 統制와 約款自体의 內容的 限界의 問題는 次元이 다른 것이다. 前者가 普通去來約款에 의해 發生하는 弊害를 約款으로 定해진 具体的인 權利行使의 側面을 다루는 것이라면, 後者는 約款設定의 段階에서 일어나는 禍因을 探究하면서 約款解釋에 관한 法律構成을 하는 것이 된다. 그러나 約款으로 정해진 具体的인 權利行使의 弊害를 外部的으로 統制함에 있어서도, 그 前提로서, 法理論的인 側面에서의 妥當性의 限界를 確定하지 않으면 完全을 期待할 수 없을 것이다. 따라서 問題는 後者, 즉 理論的인 側面에서의 內容的 限界를 긋는 것이 먼저 先決되어야 할 것이다. 本稿에서는 問題의 檢討를 後者에 限定하고, 그 考察의 對象을 諸外國의 學說 및 判例, 그리고 最近에 制定된 西獨의 「約款規制法(Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)」도 아울러 살리기로 한다.

## Ⅱ 普通去來約款의 內容的 限界의 根據와 基準

約款에 內在하는 限界의 檢討는 ① 約款의 生成·展開에 있어서 두가지의 要因에 대한 理解에 입각하여 그 根據를 契約自由의 限界라는 觀点에서 찾고, 限界基準으로서 任意法規를 援用하는 Raiser의 學說에서 시작되었다고 볼 수 있다. 約款의 內容的 限界의 根據로서 ② 社會的 法治國家 原理를 主張하는 Krause등의 見解, ③ 私的自治의 原理에 의거하여 그 限界를 주장하는 Lukes, Flume등의 見解가 있는가 하면, ④ 約款에 의한 契約에 있어서의 意思一合意의 상태를 問題로 하는 Schmidt-Salzer, 日本과 獨逸의 判例理論, ⑤ 美國의 統一商法典 §2—302의 非良心的 條項을 適用함에 있어서 同意의 範圍를 問題로 하는 Murray의 學說이 있다. 그리고 ⑥ 私的自治一自己決定을 强調하면서 同時에 契約當事者의 去來力不均衡을 正面에서 問題로 삼고, 限界를 自己決定의 法律行爲에서의 表現인 決定自由에 대한 侵害의 問題로서 論하는 Wolf의 學說이 있다.

## 1. 契約自由의 限界(公共의 利益)說

普通去來約款의 內容的 限界에 대한 論議에 있어서 L. Reiser學說은 古典이라고 할 수 있고, 現在로는 契約自由의 原理를 가지고 約款의 効力根據로 하는 것은 獨逸에서는 慣用的 表現으로까지 되고 있다고 한다.[2] Reiser는 約款 그 自体의 規範性을 明確히 否定하고, 約款의 「通用(Geltung)」과 通用되는 約款의 內容의 「妥當性(Gültigkeit)」을 區別하고 있다.[3] 그러면 約款內容이 「妥當性」을 지니기 위해서는 어떠한 根據와 基準에 따른 限界가 마련되어야 할 것인가.

Reiser에 의하면, 普通去來約款은 契約自由의 原理에 由來한 것이라고 한다. 契約自由의 原理야말로 普通去來約款의 生成을 可能하게 하였고, 현저한 發展과 普及을 容易하게 한 것이다. 그러나 그것은 同時에 그 普及過程에서 스스로의 결함을 드러내게 되었다. 즉 自由는 그 調整을 時代마다 市場의 經濟法則에서 찾는다. 그러나 所有秩序가 不平等한 經濟力을 合法化한다. 調整도 經濟的 强者가 經濟的 弱者를 自由의 이름으로 행하는 搾取를 막을 수는 없다. 여기에 契約自由의 原理에 대하여 內容的 制限을 課해야 할 理由가 있다. 따라서 約款의 內容統制에 대한 根據도 契約自由의 內在的 限界에서 생기는 것이다.[4] 그런데, 契約自由의 制限은 個人을 위해서가 아니라 全体를 위한 것이다. 그러므로 約款의 利用이 濫用되는 경우에는 公共의 利益(öffentliche Interssen)을 侵害해서는 안된다고 한다.[5] 이것이 Reiser가 말하는 限界根據이다.

Reiser는 約款의 「妥當性」에 대한 限界基準을 任意法規에서 찾는다. 任意法規는 원래 그것 自体로서는 契約秩序의 背後에 있으면서 補充的인 効力을 갖고 있음에 지나지 않는다. 그러나 任意法規는 그 基礎인 法的確信에 變化가 없는 限, 對立當事者間의 利益, 그리고 그 上位인 社會的 利益을 妥當하게 함과 동시에 自然的 調整을 기하는 生活關係의 規範的 秩序로 새기지 않으면 안된다. 任意法規가 지니는 이러한 性質은 契約秩序에 있어서도 確固한 地位를 차지하게 끔 하고 있다. 그래서 法이 明言하지 않더라도 任意法規는 約款에 의한 契約이 초래하는 逸脫의 限界基準으로까지 높이지 않으면 안된다는 것이다.[6]

2) Z. B. vgl., Schlegelberger-Hefermehl, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Ⅱ., Bd., Berlin Frankfurt Rd, 70 zu§346; Esser, J., Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, §12, 1, S. 38f.; von Gierke, J., Bedingungen, in; 吉川, 전게서, 331面, 註1) 參照.

3) Vgl., Reiser, L., Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935. (Nachdruck Bad Homburg v. d. H, 1961), S. 65ff., und S. 277ff.

4) Reiser, AGB, 277f.

5) Reiser, AGB, S. 283.

6) Reiser, AGB, S. 293.

그런데, 任意法規는 約款에 의해 變更될 수 있는 餘地가 있다. 여기에 다시 約款에 의한 任意法規排除의 限界가 問題로 된다. 任意法規範에는 當事者間의 權利義務를 公平하게 分配한다는 要請이 있으므로, 約款에 의해 法에 內在하는 正義의 思想이 방해를 받아서는 안된다. 그렇다면, 任意法規야말로 約款에 의한 契約自由의 原理에 대한 限界基準으로서의 價値를 갖고 있는 것이다.[7]

## 2. 社會的 法治國家觀

第二次 大戰後의 西獨은 그 基本的 政治目標를 「市場經濟」에 立脚한 「社會的 法治國家(Sozialen Rechtsstaat)」의 建設에 두었다. Krause는 이 社會的 法治國家의 原理를 내세워 約款의 內容的 限界問題를 論한다. 요컨대 競爭政策이 基幹이 된 「社會的 市長經濟」의 政策理念을 主唱한 新自由主義(Neoliberalismus)」는 現在 西獨의 消費者保護政策을 추진하는 원동력이 되고 있고, 또 私法學의 領域에도 스며들어 「Neoliberalismus 法學」이라고 부를 수 있는 研究動向을 낳았다.

Krause도 Raiser와 같이 約款의 內容的 限界를 契約自由의 限界에서 論하고, 限界基準으로서 任意法規를 援用하고 있으나, 契約自由의 限界根據로서는 社會的 法治國家의 原理를 주장한다.

그에 의하면, 附從을 規範的 秩序를 創造하는 者는 實定法上의 利益調整形式에 의한 엄격한 拘束을 받지 않으면 안된다고 한다. 이 拘束을 받아야 하는 理由는 「社會的힘(Soziale Macht)을 行使하고 있기 때문이다. 그런데 19世紀의 國家는 社會에 있어서의 이러한 힘의 蓄積을 傍觀하였는데, 그것은 契約自由의 原理에 의해 庇護될수 있다고 보았기 때문이다. 그러나 現代의 國家는 그 任務領域이 社會的 國家이며, 이 社會的 國家에 있어서는 私人의 手中에 社會的 힘의 集中을 許容하지 않는다. 社會的 國家原理를 社會的 關係에서 볼 때는 契約自由의 限界까지도 意味하는 것이다.[8] 이처럼 Krause는 約款내지는 契約自由의 限界부여에 대한 根據를 社會的 法治國家의 原理에서 찾는다. 그리고 限界基準을 「附從을 겨냥, 一般的 規範을 創造하여 私的으로 社會的 힘을 行使한 것이 本質的으로 法律上 企圖된 利益調整을 變更한 것이라면, 그것은 이미 社會的 法治國家의 原理에 合致하지 않는다」[9]고 하여 任意法規에 두고 있다.

7) Reiser, AGB, S. 295.

8) Vgl., Krause, H., Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 1955. S. 268.

9) Krause, a, a, O., S. 269.

### 3. 私的自治 限界說

普通去來約款은 契約自由의 原理에 由來하는 것이 아니라, 理論上 그 前段階인 私的 自治의 原理를 基盤으로 한다고 認識하는 것은 그 妥當性의 限界에 대한 理論構成에도 영향을 미치게 된다. 여기서는 主로 Flume의 理論을 中心으로 살피고자 한다.[10]

Flume는 그의 私的自治理論과 普通去來約款과의 關係에서 問題를 檢討한다. 그에 의하면 私的自治란 個人意思에 의한 法律關係의 構成이라고 한다. 私的自治의 構成은 法에 의해 是認되는 限, 個人이 그것을 意圖한다고 하는 도리 밖에 어떤 擁護도 必要로 하지 않는다. 그러나 私的自治의 承認은 바로 合理的인 意思에 가담한다고 하는 것이 된다. 私的自治의 本質은 확실히 이 点에 있다. 私的自治를 이렇게 이해함으로써 비로소 어떠한 範圍·條件下에 法이 이것을 許容하는가를 明白히 할 수 있는 것이다. 그렇다고 하더라도 私的自治의 構成은 法規를 設定할 수는 없다. 원래 各 個人은 그의 權利關係를 自律的으로 構成할 수 있음은 물론이다. 그 實効性의 根據는 個人의 自己決定과 이것에 대한 法的 承認 이외는 없다. 그러나 自己決定의 行爲에 대하여 法規設定으로서의 性質이 주어지는 것은 아니다.

私的自治의 問題点은 私的自治에 의거한 行爲에는 法規로서의 實体的 性質을 欠하고 있음에도 불구하고 이에 따른 構成이 法에 의해 擁護되고 있다는 点에 있다. 이것을 克服하기 위해서는 私的自治에 의거한 行爲에 대하여 그 多樣한 內容決定과 그 限界가 存在하는 것을 인정함과 동시에 私的自治는 엄격한 法의 테두리 內에서만 作用함에 지나지 않는다는 것을 承認하는 것이다. 私的自治가 一方的 法律行爲에 의해 實現된다는 것은 물론 가능하다. 그러나 이 경우는 行爲者 固有의 領域에 관한 것이거나, 또는 一定의 要件下에 實現될 수 있음에 그치고, 私的自治에 의한 構成은 契約에 의해 실시되는 것이 原則이다. 問題는 契約이 正當視되는 것은 어떠한 경우인가이다.

Flume에 의하면, 契約은 意思支配와의 對比에서가 아니라, 意思支配의 一手段으로서 考察될 때에만 正當한 것으로 是認되는 것이다. 왜냐하면 法은 人格의 自由로운 發展을 그 基本的 價値로서 肯定하기 때문이다. 따라서 私的인 權利關係는 無制限한 것이 아니며, 또 法의 基準에 의한다고 하더라도 各人의 自由로운 決定에 의해 構成하는 것이 正當한 것으로서, 이렇게 理解하는 것이 法의 理念의 實現에 適合하기 때문이다.

이상과 같이 Flume는 自己決定을 一個의 價値로서 承認한다고 하는 点에서 私的自治의 妥當根據가 있다고 한다. 따라서 法原理로서의 私的自治는 그것이 事實的인 것이라도 거기에 自

10) Flume, W., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum Hundertjahrigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1960, 135ff.; 大村須賀男, 普通取引約款における內容的 限界について(二), 神戶法學雜誌 15卷1號(1965), 80~83面參照.

己決定의 힘이 存在할 때 비로소 그 實現이 可能하게 되는 것이다. 現行法秩序는 各私人의 權利關係의 規定을 各者의 自己決定, 즉 契約에 의해 實現하도록 豫定하고 있다. 그 限에서 各人은 各己 다른 自己 決定의 힘으로 對立하고 있다고 할 수 있고, 그것이 當事者 双方의 自己決定에 의하지 않고 단지 一方當事者만의 自己決定에 의한 一方的·他律的인 決定이 되어서는 안된다는 것을 前提로 하고 있다. 强制와 私的自治와는 兩立할 수 없다. 그러나 不平等한 力關係의 存在를 一般的으로 豫想하지 않을 수 없는 契約類型에 대해서는 契約相對方의 規定의 自由는 박탈되어, 그 法律關係의 全部 또는 一部는 絕對的인 法規範으로서 規定되고 있는 것이다. 例컨데·勞動法·賃貸借法의 領域에는 그 適例가 많을 것이다. 마찬가지로 必需的인 財貨·供給에 있어서 法律上·事實上의 獨点的 地位를 保有하고 있는 者가 있을 경우, 그의 一方的 優位性 때문에 相對方은 自己決定을 위한 餘地가 없다. 물론 通常의 去來에 있어서도 經濟的으로 不均衡한 當事者가 서로 對立하고 있다. 그러나 이 경우에는 私的自治의 原理에 의거한 經濟秩序에 의해 市場에서 經濟的 强者의 優位性을 추방할 수 있는 限, 個人의 自己決定의 힘은 조금도 손상되지 않는다. 결국 어떠한 契約이라도 그것이 自己決定에 의해 행해지고, 그 自身도 相對方에 대해 自己와의 財貨·供給 등의 交換을 가능하다면 合意를 얻도록 寄與하여 주는 경우에는 私的自治의 合意로서 是認되는 것이다.

이상에서 본 것처럼 私的自治의 原理는 個人主義的 原理이며, 그것은 個個人이 自己의 法律關係를 構成할 때에 그 自身의 自己決定을 承認하는 것이다. 그러나 現在의 法秩序下에서는 私的自治의 作用領域도 현저한 制限을 받고 있는데(勞動法·賃貸借法 등의 領域), 여기에서의 個人의 決定은 請求에 대한 諾否의 有無에 限定되고, 더구나 그 決定에 대해서도 自由를 갖지 않는 경우가 많다. 普通去來約款에 있어서도 그 內容의 決定은 顧客과의 自由로운 合意에 맡겨져 있는 것은 아니다. 그렇다고 하여 私的自治의 活動領域에 대한 制限을 過度하게 評價할 수는 없다.

Flume는 普通去來約款에 의거한 契約에 있어서는 通例로 約款의 內容이 約款締結로서 合意되었다고는 할 수 없다고 하여 여기에 問題를 提起한다.[11] 約款의 指示(Verweisung)에는 原則的으로 合意가 必要하다. 그러나 約款이 通用되고 있는 限, 그 去來는 항상 約款에 의해서만 締結되고, 契約締結者도 約款에 의한 去來인 것을 알고 있음에 틀림없으므로 契約上의 「合意에 의한 約款」의 指示가 없다. 그런데, 이 경우에는 法秩序가 契約上의 合意를 補充하여 約款이 通用되는 것을 承認하고 있는 特別의 去來類型이 問題되는 것이다. 그러나 이러한 種類의 契約類型에 대하여는 그 社會的 機能 때문에 約款의 通用이 「正當」한 秩序에 適合하다고 하는 法的確信에서 생기는 것이다.

11) Flume, a, a , O., S. 165ff.

一方的으로 設定된 普通去來約款은 指示에 의하여 契約上 合意된 規制와는 따로 規制의 構成要素로 되는 것이므로, 이러한 一方的 規制(einseitige Regelung)에 대하여 私的自治의 自由는 없다. 이런 意味에서 約款의 內容的 限界는 私的自治의 原理에서 찾지 않으면 안된다. 一私人이 그 自身의 自己決定을 가지고 相對方의 自己決定을 規定하는 것은 私的自治의 原理에 矛盾되기 때문이다. 그런데, 約款에 있어서는 一方的 規制가 問題로되고 있는 것이므로, 約款의 內容을 「公平한 裁量에 의하여 確定」(獨民法 315條) 하지 않으면 안된다. 約款의 規制가 公平에 適合한지 아닌지의 評價에 대한 規準은 任意法規이다. 任意法規는 合意에 의해 排除될 수 있으면서도 一方的 規制에 있어서는 優先하기 때문이다. 이와같이 Flume는 約款의 內容的 限界의 根據를 私的自治의 原理 그 自体에서 찾고, 그 基準을 任意法規에 두고 있다.

## 4. 合意限界說

### 1) Schmidt-Salzer

Schmidt-Salzer에 의하면, 約款은 法規範이 아니라 契約法上의 規定으로 보지 않으면 안된다고 한다. 즉 約款은 企業의 意思를 体現하는 一方的으로 形成된 契約規定(einseitig gestaltete Vertragsbestimmungen)이다.[12] 그러므로 約款을 個個의 契約에 編入함에는 編入意思가 必要하다. 그래서 그 合意가 明示 또는 默示의 編入合意가 있을 때에는 約款의 拘束力은 法律行爲上의 自己決定의 原理에 根據한다. 또 이러한 경우가 없드라도 企業이 지닌 契約의 意思表示가 客觀的으로 判斷하여 約款의 編入에 關係하고, 여기에 顧客이 異議없이 契約의 意思表示를 한 경우에는 編入合意가 있다. 따라서 어느 경우에도 普通去來約款의 妥當根據는 意思表示라고 한다.[13]

Schmielt-Salzer는 約款의 個別契約에의 編入根據를 Flume처럼 法秩序에 의한 承認이 아니라, 編入合意 그 自体로 보는 見地에서 約款의 內容的 規制問題를 論하고 있다.

編入合意는 約款에 編入되기 위한 一種의 觸媒이며, 約款의 條項은 編入合意 속에서 個別契約의 內容이 되며, 또 制約된다. 約款의 制限은 編入合意의 制限이 된다.[14] 따라서 編入合意는 約款에 編入되기 위한 前提가 됨과 동시에 約款의 內容的 限界의 條件이 된다. 생각하건대 編入合意란 約款을 契約의 內容으로 삼는다는 合意이며, 顧客의 契約形成權限을 企業에 移讓한다는 合意이다.[15] 이로써 企業은 一方的으로 個別契約의 內容을 形成할 수 있는 것이지

12) Schmidt-Salzer, AGB-AVB, S. 49ff. ; ders., AGB, S. 15~17.

13) Schmidt-Salzer, AGB-AVB, S. 111ff ; insb. S. 123f.

14) Schmidt-Salzer, AGB-AVB, S. 235~236.

15) Schmidt-Salzer, AGB-AVB, S. 66ff., insb. S. 72.

만, 그러나 거꾸로 이 個別契約의 內容은 編入合意에 의해 限界짓게 된다. 결국, 約款의 內容的 限界는 編入合意의 內容的 限界로서, 다시 말하면, 企業에 移讓된 一方的 形成權限의 內容的 限界로서 理解되는 것이다.

企業이 設定하는 이러한 一方的 形成契約 規定인 約款은 獨逸民法 315條에 의해 이들의 規定이 公平한 裁量(billiges Ermessen)이라는 標準에 合致하는 限에서만 法律効果가 생긴다. 그런데, 約款의 條項이 公平한 裁量에 合致하는 것은, 그 條項이 當該 事業分野 및 當該 契約類型에 대해 慣行的일 때에 限한다. 그러나 이 制限은 約款 設定者가 當該慣行을 證明한 경우에는 가령 客觀的으로 不公平한 條項이 있드라도 編入合意에 포함하게 되어 不當하다.[16] 여기에 Schmidt-Salzer는 거듭하여 編入合意의 問題를 分析한다.

個個의 合意는 法的으로 兩當事者의 利益調整의 表現이라고 評價된다. 企業에 移讓된 契約形成權限은 個個의 合意의 形成에 限定되고 있으므로, 一方的으로 삐뚤어져서는 안된다. 이런 類의 作用을 가진 約款의 條項은 編入合意에 포함될 수 없다. 여기에서 문제가 되는 것은 一方的으로 形成된 契約規定이 個個의 合意의 均衡을 깨뜨리고 있는가 어떤가의 評價基準이다. 그 評價基準은 任意法規範이다. 任意法規範에는 立法者가 兩當事者의 類型的인 利益을 同等하게 配慮하는 規制가 포함되고 있기 때문이다. 任意法規範과 相違한다고 하더라도 個別契約關係의 特性을 고려하여, 그 條項이 實質的으로 正當化 되거나(Sachlich gerechtfertigt) 또는 實質的으로 相當한 (Sachlich angemessen) 경우에는 編入合意에 포함되며, 따라서 法律効果를 갖는다.[17] 任意法規範이 存在하지 않는 경우에는 個別의 全事情을 配慮하여 當該條項에 대한 客觀的 評價를 내리지 않으면 안된다. 요컨대 Schmidt-Salzer는 約款을 內容的으로 限界지우는 根據를 編入合意에 두고 있다. 그리고 그 基準을 任意法規와 當該 條項의 客觀的 評價에 삼고 있는 것이다.

### 2) 獨逸判例

帝國法院 時代에 나온 初期의 判例는 約款에 대한 內容統制의 根據를 獨逸民法 第138條에 두고, 企業이 어느 去來分野를 事實上 獨占하고 있는 경우에 그 「獨占地位의 濫用(Mißbrauch der Monopolstellung)」에 의하여 約款을 强要하는 것은 善良한 風俗의 違背로 無効라고 하였다. 그러나 이러한 態度는 利潤追求를 위한 企業의 活動을 良俗違反이라고 할 수 있겠느냐는 理論上의 疑問이 提起되었고, 또 獨占濫用說은 企業의 獨占性이 要件이 되고, 「積極的인 濫用意思를 必要로 하기 때문에 內容統制의 範圍가 지나치게 좁아 진다는 批判을 받게 되었다.[18]그

16) Schmidt-Salzer, AGB-AVB, S. 238.

17) Schmidt-Salzer, AGB-AVB, S. 238~240.

18) Reiser, a, a, O., S. 280ff.

後의 判例는 約款利用者의 經濟的 優位를 問題로 하지 않고, 獨占濫用說에서 벗어나게 된다.[19]

第二次 大戰後 聯邦裁判所는 二件의 基本的 判例에 의해 內容統制를 核心으로한 「普通去來約款法」을 形成하였다. 그 하나의 判例는 約款에 대한 內容의 制限의 경우는 個別的 商議에 의한 契約法 一般의 契約條件과는 다르다는 것을 明言하고, 約款의 內容의 制限으로서는 「內在的 制限(immanente Schranken)」과 獨民法 第242條의 信義則에 의한 「强制的 制限(zwingende Schranken)」이 있다고 判示하였다.[20] 또 하나의 判例는 約款 內容의 「內在的 制限」에 대하여 詳論하였다. 즉 內在的 制限은 約款이 그 法的 效力을 私的自治에 의해서가 아니라 相對方의 附從에 힘입고 있는 것에서 明白하다고 하면서, 顧客이 행하는 附從의 意思表示에는 顧客이 約款의 設定을 正當 내지 公平하다고 期待할 수 있는 條項만이 포함된다고 하였다.[21]

獨逸의 判例는 約款의 內容的 限界 불임의 根據를 附從意思(內在的 制限)와 信義則(强制的 制限)으로 보고, 그 基準을 任意法規에 두어 當該 條項의 任意法規와의 相違가 ① 慣行的이고 또 ② 實質的으로 相當한 限度에서 有效하다고 한 것이다.

### 3) 普通去來約款法의 規制를 위한 法律(獨)

1977年 4月 1日 施行의 本法은 約款에 대한 內容 統制를 위한 條文들이 그 核心을 이루고 있다. 內容統制를 위한 諸條文들은 그동안 判例에 의해 形成되온 法理를 이어받아 크게 2個의 重要部分으로 構成되고 있다. 그 하나는 非慣行的 내지 豫想外的 條項은 契約相對方의 同意를 결하여, 契約의 構成要素로 되지 않는다는 것을 定하고 있고(同法 第12條, 3條), 또 하나는 不當한 約款의 경우를 客觀化하여 一般的 내지는 個別·具体的으로 設定하고 있다(同法 第9~11條). 後者의 경우를 자세히 살펴 보기로 한다.

同法은 約款의 內容統制의 根據를 信義則으로 보고(同法 第9條 1項), 그 基準을 法律規定에 둔다 (同條 第2項). 法律規定과 相違하거나 또는 이를 補充하는 規律의 合意를 內容으로 하는 約款規定(同法 第8條)이 그 相違하는 法律規定의 本質的인 基本趣旨와 一致하지 않거나(同所 第9條 2項1號), 또는 契約의 性質에서 나타나는 本質的 權利 또는 義務를 지나치게 制限하여, 그 때문에 契約目的의 達成을 위태롭게 할 때(同項 第2號)에는, 不當한 不利益으로 推定되어 無效가 된다(同法 第9條 1項).

同法은 以上의 一般 條項을 보다 具体化하여 個個의 重要한 問題에 대하여 明確히 規制하고 있다. 즉 同法 第10條와 第11條에서 典型的으로 不當한 條項으로서 效力이 否認되는 경우

19) RG. V. 19. 10. 1912: Seuff, ABd. 97 Nr. 6, S. 17f.

20) BGH. v. 29. 10. 1956: BGHZ Bd. 22, S. 90ff.

21) BGH. v. 17. 2. 1964: BGHZ Bd. 41, S. 151, insb. S. 153f.; NJW 1964, 1123f.

를 具体的으로 열거하고 있다. 立法技術上 異例에 속하는 것이나 特別히 不當한 경우들을 法文으로 明白히 열거함으로써 이를 미리 防止할 수 있고 또 法的 安全에도 기여할 수 있다는 趣旨에서 이러한 方式을 取했다고 한다.[22] 第10條는 全的으로 不當한 것은 아니고, 個別의 事情을 考慮하여 無効를 檢討해야 할 것으로서 8個를 열거하고 있고 第11條는 絕對的으로 禁止되는 條項 16個를 열거하여, 이 경우에는 檢討할 餘地가 없이 無効가 된다. 다만 兩條는 特定의 契約相對方에 있어서는 不適用되며(同法 第23條 2項 2號), 또 兩條의 特定의 條項은 特定約款에 대하여는 不適用되고 있다(同法 第23條 2項 3號내지 6號). 이 中 相當數는 從來의 判例가 이미 無効를 宣言한 條項을 判例趣旨대로 또는 多少 修正하여 條文化한 것이고, 一部는 法制定과 同時에 새로이 禁止가 宣言된 것도 있다.[23] 특히 第10條 및 11條가 그러하고, 非商人去來의 領域에 있어서 重要한 實踐的 効果를 갖는다고 볼 수 있다.

## 5. 同意範圍(circle of assent)說

美國의 統一商法典(Uniform Commercial Code) §2—302를 보면 「法律問題로서 어떤 契約 또는 契約의 條項이 그 締結時에 非良心的(unconscionable)인 경우에는, 法院은 當該契約 全部의 履行을 拒否하거나 또는 그 非良心的 條項을 除外한 殘餘部分만의 履行을 인정하든가 혹은 어떤 非良心的 結果를 避하기 위하여 그 非良心的 條項의 適用을 制限할 수가 있다」고 定하고 있다. 統一商法典은 一般的으로 當事者가 賣買契約의 모든 條項(terms)을 自由롭게 決定하는 것을 認定하고 있으나, 그것은 어디까지나 그 條件이 不當내지는 非良心的이 아닐 것을 前提로 하고 있다. 따라서 賣買契約이나 그 條項의 하나가 法院에 의해 非良心的이라고 判斷되면, 결국 法院은 契約의 强制力을 不定하거나 그 條項을 無視하여 그 條項의 適用을 制限하게 되는 것이다.[24] 이 法典에서 使用되고 있는 非良心性(unconscionable)을 判斷하는 基準으로서 一般의 社會的 또는 經濟的 基盤위에서 特定 商去來의 要求의 見地에서 보아, 契約에 포함되어 있는 條項이 契約을 맺은 當時의 狀況下에서 不當하다고 볼 정도로 一方的일 것을 意味한다.[25] 非良心的 條項이 効力을 갖지 않는다는 것은 統一商法典이 施行되기 前부터 確立된 것으로,[26] 同法의 制定에 종사한 Braucher에 의하면, 非良心性槪念은 公序(publc policy)의 槪念

22) Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz : Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgeminen Geschäftsbedingungen, Vorbemerkung zu § 10 und 11, Rd. 3. 孫智烈, 「西獨의 一般去來法」(法院行政處刊, 外國司法研修論集〔2〕), p.309 參照.

23) 孫智烈, 전게서, p.309.

24) 並木俊守, アメリカ統一商法典, 33面.

25) Uniform Commercial Code, 1958. Offical Text wit Comments, Comments 1 to 2~302.

26) 石原全, 「米國における約款の司法的 規整」(一橋論叢 第66卷3號), 70面.

과 같이 받아드릴 것은 아니라고 한다.[27]

非良心性 槪念이나 公序槪念은 不明確한 것이고, 또 變化하는 것이다. 그러나 이것은 한편으로는 企業의 計算不可能을 가져오며, 다른 한편에서는 法官이 納得할 수 없는 先例에 대하여 行動의 自由를 얻거나 또는 새로운 判決理論을 獲得할 수 있기 위한 手段이되는 것에 注意할 必要가 있다고 한다.[28] 그러나, 그렇다고 하더라도 企業의 計算可能性을 위해서나 또 消費者의 保護를 위해서도 適用基準의 統一化와 明晰性을 探究하는 것은 有用한 것이다.

Murray는 從來의 學說·判例의 詳細한 分析을 근거로 하고, 또 契約의 本質은 意思(vollition)라는 傳統的 契約理論에 입각하여, unconsionability 原理의 適用을 論한다. 이 原理를 適用함에 있어서 그 統一的인 分析을 위해 Key가 되는 槪念은 「同意의 範圍」라는 것이다. 즉 當該條項이 「同意의 範圍」에 들어가는가 어떤가가 決定的인 관건이 된다고 한다. 具体的으로는 「外見上의 同意(apparent assent)」와 함께 「眞實한 同意(genuine assent)」가 있었는가 아닌가가 問題가 된다. 그리하여 「外見上의 同意」에 開示의 確保, 「眞實한 同意」에는 選擇의 自由가 있는 경우에는 當該條項은 「同意範圍」에 들어가게 되어 有效라고 主張한다.[29] 따라서 「眞實한 同意」의 有無의 判斷의 問題選擇의 自由의 問題와 관련되며, 결국 非良心性 原理에 있어서 去來力(bargaining power)이라는 要素는 本質的인 機能을 하게 된다. §2—302에 대한 公式注釋을 보아도 去來力이 優越하고, 壓迫(oppression)이 있는 경우에는 「非良心性」이 適用된다.[30]

요컨대, ① 個人의 意思自体가 制限되고, 하등의 商議의 機會가 없이 約款에 따를 수 밖에 없다는 것, 그리고 ② 約款의 內容이 作成者의 去來力 優位下에 一方的으로 決定되어 있는 경우에, 이것은 强迫(duress)의 擴張으로서 經濟的 强迫(economic duress)라고 해석되고 있는 것이다. 특히 統一約款 또는 當該 去來分野에서 主要한 企業에 共通的으로 使用되는 約款인 경우에는 去來地位의 不平等이 認定되고, 이러한 約款은 非良心的으로 된다.[31]

## 6. 決定自由侵害說

Wolf는 不均衡的인 力關係下에서 成立하는 約款에 관한 基本原理를 探究하고 있다. 그의 理

27) R. Braucher, The Unconscionable Contract or Term, University of Pittsburg Law Review, vol. 31, 1970, p.337.

28) E. v. Hippel, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach angloamerikanischen Rechtt, Frankfurt a. M. 1963, S. 46 ~48; 吉川吉衛, 「普通取引約款の基本理論(2)」保險學雜誌. 484號, 159面에서 再引用.

29) Murray, ibid., p.41. et seg.

30) Uniform Commercial Code, ibid., Comments 1 to 2~302.

31) Notes, Yale Law Journal, vol. 70. 1961, p.453; Notes, University of Pannsylvania Law Review, vol. 109, 1961, p.120~21, ets.

論의 構造를 以下에서 槪觀하기로 한다.

### 1) 自己決定과 自己責任

生活關係를 自己支配에 의하여 조망하고 形成한다는 個人人格의 觀念은 지금에 와서는 社會的 影響이나 經濟力에 從屬하는 大衆社會人(Marsenmench)이라는 人間像으로 變하게 되었다. 따라서 그의 決定이 스스로의 思考에 의해 행해지기 보다는 오히려 社會的 影響에 좌우되며, 個人的인 生活形成 대신에 慣習的인 生活形成 내지는 內容에서 구하게 된다.[32]

契約에 있어서의 合意의 拘束力은 兩當事者의 自己決定에 根拠한다. 그렇다면 不均衡한 力關係에서 成立한 勞動契約이나 約款에 의한 契約의 合意에 대한 法的 效力(Rechtswirksamkeit)은 어떻게 評價할 것인가. 이러한 契約關係를 초월하여 妥當할 수 있는 基本原理가 必要하다. 그것은 自己決定과 이에 대한 侵害라고 할 것이다. 다시 말하면, 不均衡한 力關係에 의하여 自己決定이 어디까지 侵害되면 그 結果 法律行爲의 法律效果의 妥當性 根拠가 없게 될 것인가를 確定하는 作業이다. 判例·學說은 오로지 合意가 原理的으로 有效하다는 点에서 出發하여 共同社會의 生活上 重要한 点만을 契約自由의 制限으로서 顧慮하고 있다. 그러나 이것은 自己決定의 基本的 意義를 疑心스럽게 하는 것이다.[33]

그런데, 自己決定의 行使에 의해 成立한 意思表示는 어떠한 前提下에서 歸責시킬 수 있는가. 여기에 責任(Verantwortung)이 問題가 된다. 이 「責任」이라고 하는 槪念은 自己가 취한 態度와 그 結果에 대하여 責任을 진다고 하는 것이다. 法秩序에 있어서의 責任이란 어떤 사람에게 法律效果를 지우는 歸責原因이다. 責任은 意思와 歸責되어야 할 態度 또는 效果와의 關係를 指向하는 것이다. 그것은 違法行爲와 함께 適法行爲를 포함하는 것으로써, 人間의 共同生活에 있어서 하나의 基本的인 캐티고리이다. 그러므로 法律行爲에 대해서도 意義를 갖는다.[34]

法律行爲의 效果가 歸責되기 위해서는 自己決定에 의한 契約形成(Selbstbestimmte Vertragsgestaltung)의 可能性만 있으면 된다. 個人이 契約相對方에 대하여 어떻게 自己의 利益을 지키는 가는 그 自身의 일이지 法秩序의 任務는 아니다. 따라서 內容統制를 함에 있어서도 自由로운 交涉이 可能했느냐 어떠냐를 탐구하는 것이 決定的인 열쇠가 된다. 요컨대 責任에 따른 歸責은 항상 自己決定의 可能性을 그 前提로 하는 것이다.

---

32) Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessen ausgleeich, 1970, S. 1.

33) Manfred Wolf, a, a, O., S. 31.

34) 여기에서 Wolf는 責任에 대한 從來의 學說을 비판한다. 즉 從來의 學說은 責任을 오로지 違法行爲에서 비롯한 損害의 歸責이나 債務와 關聯지워 考察하고, 法律行爲의 效果의 歸責과는 결부되어 있지 않다고 한다 (전게서, S. 76f).

### 2) 決定自由의 內容과 그 侵害要件

自己決定을 그 機能에 맞게 利用할 수 있기 위해서는 個人에게 判斷能力 및 決定自由(Entscheidungs freiheit)와 秩序適合的 理解(ordnungsgemäße Verstanding)가 있을 것이 그 前提가 된다. 즉 ① 個人에게 關係와 利益을 올바로 判斷하는 能力이 있을것, ② 스스로 自由롭게 判斷한 決定을 貫徹할 수 있을 것, ③ 그리고 契約相對方이 意欲하는 規制(Regelung)를 理解하여 그 內容을 파악할 수 있을 것이 그 前提가 된다. 물론 行爲能力者에게는 이런 判斷能力은 당연히 갖추고 있다고 볼 수 있으나, 決定自由와 秩序適合的 理解라는 것은 現代의 大量去來에 있어서는 危險에 처하고 있다.

秩序適合的 理解의 問題는 우선 普通去來約款의 利用에 關聯된다. 約款을 利用하고자 할 때에는 一般的인 明確한 表現方法이나 理解하기 쉬운 說明이 必要함은 물론이고, 平均的 顧客의 理解能力도 고려해야 한다. 平均的 顧客에게 그 知識을 期待할 수 없는 商人去來用의 慣用語나 法律專門的인 知識은 피해야한다. 法律適合的 理解의 必要性을 强調하면 그럴수록 約款의 경우에도 決定自由의 保護가 한층 必要하게 된다. 私法自治的 自己決定의 表現으로서 法律行爲的 決定自由는 一方的인 個人의 決定에 의해 否定된다. 理性的인 決定自由는 人的 能力과 함께 客觀的 事情이 어떠냐에 구애된다. 人的 能力은 行爲能力에 관한 條文으로 規定되고 있다. 客觀的 事情·如何에 대하여 獨民法은 이것을 强迫(Drohung)의 構成要件으로 나타내고 있으나, 不均衡한 力關係에서 일어나는 影響에 대한 保護라고 하는 側面에서 볼 때는 그 保護만으로는 不充分하다. 이를 위해서는 決定自由를 意見表示의 有效要件으로서 獨立시킬 必要가 있다.[35]

契約自由의 內容으로서 締結의 自由와 形成의 自由는 各己 決定自由의 內容에 영향을 미친다. 契約締結에 관한 決定自由의 경우에는 契約給付와 결합된 利益과 相對方選擇이 前面으로 나온다. 各人이 自己가 생각한 바를 主張하지 않으면 안된다. 즉 各人은 어떤 契約給付를 얻게 되며, 누구와 契約을 할 것인가를 任意로 決定할 수 있지 않으면 안된다.

한편, 契約條件을 形成함에 임해서는 契約處理에 있어서의 當事者의 權利義務와 이와 결합된 서로 對立하는 利益이 問題로 된다. 이러한 利益을 自由意思에 의해 承認한다는 것은 期待할 수 있는 것은 아니다. 그러므로 法秩序에 의해 自己의 利益을 貫徹하는 手段을 어느 정도까지는 相對方에게 주지 않으면 안된다. 이와 같이 締結의 自由와 形成의 自由에 대한 決定自由의 內容은 同一하지 않다. 이른 바 內容統制라고 할 때는 契約形成의 領域과 關係되는 것이다.[36]

35) Manfred Wolf, a, a, O., S. 121f.

36) Manfred Wolf, a, a, O., S. 117f.

意思表示의 有效要件으로서의 決定自由는 온갖 類의 侵害에서 지켜지지 않으면 안된다. 이 決定自由에 대한 侵害의 要件에는 다음과 같은 것이 있다. 不均衡한 力關係에 있는 勞動者, 賃借人, 기타 企業의 約款에 同意하는 顧客의 경우에는 契約締結 그 自体를 放棄하지 않으면, 不當(Unangemessen)하다고 생각되는 그러한 條件을 拒否할 수 없다. 그러나 弱者(Unterlegene)가 契約締結을 放棄한다는 것은, 그 得失을 생각할 때, 期待할 수 없고, 결국 그 不利한 條件을 甘受하게 마련이다. 이 結合(Koppelung), 즉 契約締結이 契約條件에 從屬하고 있는 것 때문에, 弱者는 個別事例에 관한 決定에 직면하여 契約締結의 完成 또는 失敗에서 비롯한 結果까지를 당연히 考慮할 필요가 있는 것이다. 따라서 이러한 限度에서 弱者는 侵害받고 있다.

이러한 結合의 結果, 하나의 利益은 다른 利益을 犧牲하지 않으면 維持될 수 없다. 그러면, 과연 이러한 犧牲이 어느 정도 期待可能한가가 問題가 된다. 이것을 決定하는 基準은 社會的 妥當性(Sozialadäquanz)이 아니라 期待可能性이다.[37] 期待可能性에 대한 槪念을 正確히 하기 위해 그 基礎가 되는 것은 서로 對立하는 利益의 價値內容(Wertgehalt)이다. 契約形成은 當事者가 서로 對立하는 利益과의 사이에서 妥協点을 찾아내는 것이며, 그 때에는 必然的으로 自己의 利益을 放棄하는 것이 前提가 된다. 그러므로 對立하는 많은 利益中의 하나를 放棄한다고 하더라도 그것만으로는 決定自由를 侵害하는 것은 아니다. 그러나 異質的 利益의 價値가 극히 높을 때에는 事態가 달라진다. 그 利益의 價値가 높아서 그러한 利益의 拒絶을 期待할 수 없을 때에는 適切한 利益(Sachzugehöriger Interesse)의 衡量이 곤란하게 된다. 法律行爲에 있어서의 決定自由의 侵害로서 決定的인 것은 適切한 利益이 그 價値를 가지고 對抗할 수 없을 정도로 異質的인 利益이 지닌 價値의 영향이 큰 것인가 어떤가이다.[38]

요컨데 契約條件의 合意에 임하여 決定自由의 侵害로서 그 徵表가 되는 것은 ①「結合(Koppelung)」 ②「異質的인 關係(Sachfremder Zusammenhang) 다시 말하면 契約締結과 契約條件承認과의 結合에 의해 만들어진 關係의 存在, 그리고 ③「價値가 높은 異質的인 利益을 犧牲하는 것(契約締結의 放棄)이 期待不可能한 것」등 세가지가 있다.

그런데 이러한 侵害는 다음의 세가지의 事情이 存在하는 경우에는 각기 排除된다. 첫째는 約款의 正當한 (berechtight) 諸條件의 合意이다. 여기에서 正當하다는 것은 去來慣習에 適合하다는 것이다.[39] 두째는 반드시 期待可能性이 있어야 한다. 막연히 期待可能性이 있으면 된다고 하는 것은 아니다.[40] 세째는 武器의 均衡(Waffengleichheit)이다. 各 契約當事者가 契約의 利益衡量에 대하여 거의 同等한 勢力으로 決定을 할 때 武器의 均衡이 인정되는 것이다.[41]

37) Manfred WOlf, a, a, o, S.138f.
38) Manfred Wolf, a, a, O., S. 139f.
39) Manfred Wolf, a, a, O., S. 181ff.
40) Manfred Wolf, a, a, O., S. 186ff.
41) Manfred Wolf, a, a, a, S. 193.

### 3) 決定自由의 侵害에 對한 法律効果

決定自由는 意思表示의 有効要件이므로 그 侵害는 意思表示의 法律効果에 영향을 미친다. 當事者의 利益狀況을 볼때, 決定自由를 侵害받지 않는 者는 그 責任에 있어서 自己의 契約利益을 헤아릴 수 있다. 따라서 自己決定의 効果로부터 그를 解放시킬 필요는 없다. 한편, 侵害 받은 者는 意思表示의 有効要件을 欠하고 있으므로 契約上의 拘束力은 생기지 않는다. 그러니 이 被侵害者가 決定自由를 回復한 後에 처음에는 効力이 없었던 條項을 採用하는 것은 그의 任意이다. 그에게 이러한 一方的인 主張을 인정하드라도 相對方의 利益은 侵害받지 않는다. 그것은 相對方으로서는 自己의 最初의 意思가 實現된 것이기 때문이다.[42]

契約當事者의 이러한 利害狀況으로 미루어볼 때, 決定自由가 欠한 경우에는 無効라는 法律効果가 獨民法典의 体系에 適合하다고 Wolf는 보고 있다.[43]

Wolf는 以上과 같은 理論으로서 普通去來約款을 利用하는 경우의 決定自由의 侵害에 대해 實踐的으로 適用하면서 最終·消費者와의 契約과 企業間의 契約을 區別하여 利益評價를 위한 標準을 探究한다.

## Ⅲ 諸學說의 吟味

Reiser의 契約自由說은 約款의 內容的 限界問題에 대하여 古典이긴 하지만, 그러나 最近에 날카롭게 批判되고 있다. 즉 契約自由의 限界를 論하고 公共利益의 優先을 云謂하는 것은 「共同社會의 神秘主義」를 염두에 두고 한 것이다. 約款의 內容的 限界는 私的自治의 原理에서 그어져야 한다. 다시 말하면 企業에 의해 一方的으로 設定된 約款 그 自体를 問題로 해야 할 것이라고 Flume는 主張한다.[44] 또 公共의 利益에 의한 契約自由의 限界附與는 弱者의 保護를 考慮하지 못한다. 賃貸借法이나 勞動法의 分野에서는 社會的인 重要性에서 特別히 切迫한 問題가 있는 경우라면 個人은 保護된다. 그러나 社會的으로 重要하지 않는 問題의 경우에는 形式的인 同意가 있음으로서 充分한 것이며, 이 경우에 弱者의 自己決定은 顧慮될 수 없다고 Wolf는 批判한다.[45] 이 批判의 背景에는 近時 西獨의 古典理論의 復活내지는 私的自治의 再强

42) Manfred Wolf, a, a, O., S. 278f.

43) Manfred Wolf, a, a, O., S. 283.

44) W. Flume, Allgemeine Teil des Burgerlichen Rechts, Bd. 2 Des Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin Heidelberg New York 1975, S. 670f.

45) Manfred Wolf, a, a, O., S. 41~42.

調라고 하는 흐름이 있다.

約款의 妥當性에 대한 限界基準을 法律規定, 즉 任意規定에 두는 것은 現在獨逸이나 日本의 경우에 支配的인 見解이며,[46] 특히 獨逸의 「約款規制法」에서 이를 받아드렸다.

約款問題에 대하여 社會的 法治國家의 原理를 主張하는 Krause의 見解는 第二次 大戰後에 獨逸에 있어서의 基本的 政治目標와도 合致하며, Hildebrandt, Mroch, G. Reiser, Rehbinder 등의 贊同을 받고 있다. 또 約款規制法의 準備過程에서 提出된 聯邦法務長官의 諮門機關의 提案을 보아도 約款을 包括的으로 規制하는 것은 社會的 法治國家를 수립한다고 하는 憲法의 要請이라고 記述하고 있다.[47] 이에 대하여 一撥的으로 社會的 國家原理에서 契約自由에 대한 內容的 制限을 잘 못된 것으로, 契約自由라는 것은 항상 兩當事者의 自由만을 具現하는 것이기 때문이며, 社會的 國家原理는 兩當事者의 自己決定에 대해서도 貫徹되지 않으면 안된다는 Wolf의 批判이 있다.[48]

Krause가 「約款에 의한 契約」의 變化를 經濟構造의 變化뿐만 아니라 政治國家의 變化에도 規定된다는 것을 指摘한 점은 約款現象의 理解에 큰 도움을 주는 것이다. 그러나 約款의 內容的 限界問題, 나가서는 그 解釋에 있어서 經濟構造 또는 政治國家의 變化에 規定된다는 것은 外在的인 問題이며, 여기서 말하는 內在的 問題는 아니라고 할 수 있다.

L. Reiser나 Krause·등의 見解를 「共同社會의 神秘主義」에 지나지 않는다는 Flume의 批判이 있다. Flume는 철저한 個人主義의 法律觀에 입각하여 私的自治를 옹호한다. Flume의 觀点이 重要하기는 하면서도 이러한 点만으로는 問題의 解決은 되지 않는다. 公共의 利益에 의한 制限이나, 社會的 法治國家 내지 福祉國家原理에 의한 制限이라고 하는 것은 現代에 있어서 政治國家의 市民社會에 대한 Fiscal Policy에 의거한 規制라는 点에서 높이 評價되어야 할 것이다. 解決法學도 社會科學의 하나인 限, 「現代라고 하는 歷史的 變化를 무시할 수 없다. L. Reiser는 私的 經濟力에 의한 自由의 濫用에 直面하여, 私的自治(當事者自治)의 原則에 근거한 形式的인 責任을 정할 수는 없고, 社會的 法治國家의 原理에 相應하는 配慮를 확대하여야 한다고 主張하는 것이다. 그런데 이 說도 결국 約款統制의 外部的 作用이라는 側面에서 본 것으로서 公的契機의 問題라고 할 수 있다.

Schmidt-Salzer는 約款의 拘束力에 대한 法律構成을 編入合意라는 意思로 보고, 여기에서 約款의 內容的 限界의 테두리를 論理的으로 導出하고 있는데, 이것은 約款問題의 理論体系로서

46) 吉川吉衛, 「普通取引約款の內容的 限界づけ」전게서, 330面.

47) Vorschläge zur Verbesserung des Schutzer der Verbraucher gegenüben Allgemeine Geschäftsbedingungen, Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 北川善太郎二安永正昭譯, 民商法雜誌 73卷1號, 117, 130面 參照.

48) Manfred Wolf, a, a., O., S. 56.

처음부터 끝까지 一貫되고 있다. 또 그 限界의 基準을 慣行에서 찾는 것을 批判하고 있는 点은 約款通用의 力關係가 그대로 約款의 內容强制의 力關係와 미묘하게 關聯된다고 하는 約款現象의 特徵을 그 限에서 克服하는 것이 될 것이다. 限界의 基準을 任意法規와 當該條項의 客觀的 評價에 두는 것은 Reiser와 거의 같다고 할 수 있다.

한편, Wolf는 强迫(Drohung)의 規定을 參考로 하면서도 그것만으로는 不充分하다고 하고, 決定自由를 意思表示의 有效要件으로 析出하여 이것을 保護하는 理論을 構成하고 있다. 그는 問題의 解決을 從來의 學說과 같이 契約自由의 制限이라는 水準에서가 아니라 이것보다 한 段階가 얕은 自己決定—決定自由라고 하는 一般論에서 끌어내고 있는 것이다. 그러나 疑問視되는 것은 그의 從來의 學說에 대한 理解와 理論上의 方法의 問題이다. 확실히 從來의 理論은 모두 有效한 合意가 있는 것을 그 前提로 하고 있다. 그러나 이러한 合意에는 두가지가 있다. 하나는 約款全体에 대한 合意가 있다고 보는 理論으로서 이것이 大部分의 學說이 취하는 理論이라고 할 수 있다. 또 하나는 Schmidt-Salzer 처럼 約款에 의한 契約은 最初에서 —그의 이른바 「編入合意」에 의해—限界 지워진 內容의 것으로서 생긴다고 할 때, 이 「編入合意」는 約款全体에 대한 合意는 아닌 것이다. Wolf는 이것을 誤解하고 問題를 自己決定의 侵害라고 하는 一般論의 水準에서 解決해야 할 것이라고 主張하는 것이다. 또 그의 理論上의 方法에 대하여 考察하여 볼 때, 去來力 不均衡의 問題를 自己決定이라고 하는 一般論的 水準으로만 論하는 것은 이 理論을 適用함에 있어서 단순한 利益衡量論으로 끝나버릴 것이라고 생각된다. 이것을 막기 위해서는 역시 當事者의 合意, 즉 約款에 의한 契約者의 意思에 눈을 돌리지 않으면 안되는 것이다. 約款에 의한 契約者의 意思는 어떻게 形成되는 것일가. 그리고 現代의 去來에 있어서는 어떠한 意思가 當初부터 限界지워져 典型으로서 存在하게 되는 것일가가 問題인 것이다.

요컨데 利益衡量을 통하여 現代契約의 참모습을 認識할 수 있어야 한다. 具体的으로 말하면 「約款에 의한 商人間의 去來의 契約」과 「約款에 의한 消費去來의 契約」이라고 하는 槪念을 근거로 한 利益衡量論이 아니면 안된다는 것이다. Wolf에 있어서는 이 兩者의 區別이 合目的的이라고 하면서도 利益衡量을 위한 利益의 探究라는 視角에서 행해진 결과, 力關係의 不均衡이라는 視角은 背後로 후퇴하는 것처럼 생각되는 것이다. 利益衡量의 基準은 그것이 客觀的으로 누구라도 認定하지 않을 수 없는 그러한 것이 되지 않으면 안되는 것이다.[49] 그런데 現代契約의 참모습을 認識할 수 있는 槪念을 理論의 体系속에서 理論的으로 導出하기 위해서는 現代의 去來에 있어서 典型으로서 存在하는 「意思」에 着案하지 않으면 안된다. 그것은 그 約款이 適用되는 契約者總体에게 普通的으로 存在하는 意思, 즉 顧客圈의 「客觀的 意思」이다.

49) 高橋三知雄「ヴォルフ法律行爲における決定の自由と契約による利益調整」法學論集 第21卷4號, 129面.

그리하여 이러한 意思가 當該顧客圈의 性格에 의해 類型化되고, 이것에 의거하여 利益衡量이 행해져야 한다고 생각된다.

앞에서 살펴 본 것 처럼 普通去來約款의 內容的 限界基準으로서는 대부분의 學說·判例나 「約款規制法」이 任意法規에 두고 있다. 이 觀点에 입각하고 있는 理論的 根據로서 任意法規範에는 秩序機能 내지 導象이 있기 때문이라고 한다. 다시 말하면 契約自由의 原則에 따라 當事者의 合意는 任意法規에 優先하지만 이 경우의 合意는 個別的 合意에 限定되며, 普通去來約款에 의한 合意는 原則的으로 任意法規의 下位에 놓이며, 따라서 이에 反하는 約款條項은 無效라는 것이다.[50] 그러나 이것은 經濟와 法과의 關係를 切斷하고, 결국 制定法의 比重을 過大評價하는 것이 될 것이다. 왜냐하면, 制定法은 본래 固定的인 것이므로, 이를 피하기 위해 法規修正의 可能性을 任意法規에 남기고 있는 것이다. 이렇게 하여 生成되는 것이 約款이라고 한다면, 任意法規를 約款統制의 最終基準으로 하는 것은 約款의 效用을 현저히 減殺하는 것이 될 것이다.

## Ⅳ 結 言

約款의 解釋에 관한 問題는 우선 約款拘束力의 法律構成을 어떻게 하고, 여기에서 그 內容的 限界問題를 어떻게 導出해야 할 것인가가 重要한 問題이다. 本稿에서는 約款의 拘束力을 契約型에서 찾고 이와 관련하여 그 內容的 限界에 대한 學說들을 考察하여 보았다. 여기서는 主로 契約當事者의 去來力 不均衡의 問題를 그 內容的 限界의 中心課題로 論하고, 또 그것은 個別當事者의 問題가 아니라, 顧客圈의 類型化의 問題임을 認識하였다. 따라서 約款의 內容的 限界의 根據는 兩當事者의 合意에서 찾아야 할 것이며 그 基準도 任意法規나 慣行과 같은 어느 時点에서 固定的인 것이 아닌 살아있는 去來에 根據한 客觀的인 것에 두어야 할 것이다. 이 客觀的 것에 뒷받침된 兩當事者의 合意와 去來力 不均衡의 問題를 照應시켜 보면, 역시 그 合意는 個別當事者의 意思의 問題가 아니라 當該 顧客圈의 性格에 의한 意思의 類型化의 問題로서 파악되어야 할 것이다.

50) Brandt, Die Allgemeinen Geschäftbedingungen und das Sogenannte dispositive Recht, Dr 1910. 76; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner des Burgerlichen Rechts, 15 Aufl.(1960) S. 1011f. 孫智烈, 전게서, 307面 참조.

— **Summary** —

# The Substantial Limit of General Conditions.

*Kyong-lim Seo*

The substantial limit of general conditions is the matter which inquires into the causes of trouble breaking out at the stage of its drawing up, and constructs the principle for its interpretation.

The contents of general condition are limited by the grounds for its validity. The grounds for its validity is objective agreement.

Therefore, the matter about its limit of its contents is how to reach objective agreement.