

## 일본 개정민법상의 정형약관에 관한 고찰\*

### Study on the Standard Terms and Conditions in Japanese Revised Civil Law

송 영 민\*\*  
Song, Young-Min

#### 목 차

- I. 서론
- II. 일본 개정민법상의 정형약관의 내용
- III. 정형약관의 개념정의 문제
- IV. 정형거래합의와 정형약관에 대한 합의간주 문제
- V. 결론

#### 국문초록

2020년 4월 1일부터 시행되는 개정 일본민법은 재산법 분야의 대대적인 개정작업이었다. 이러한 일본민법의 개정작업 중 마지막까지 논란의 중심에 있었던 것이 「정형약관」 제도의 민법으로의 도입여부와 내용의 확정 문제였다. 결과적으로 개정민법 제548조의2부터 제548조의4까지의 규정이 신설되었지만, 개정민법상의 규정내용은 많은 문제점을 내포하고 있다. 첫째, 개념의 불명확성과 규율범위의 제한 문제, 둘째, 이른바 「합의간주」 규정의 문제, 셋째, 정형약관의 開示방법상의 문제, 넷째, 약관의 일방적 변경에 관한 문제 등이 있다. 이러한

논문접수일 : 2019.06.26.

심사완료일 : 2019.07.23.

게재확정일 : 2019.07.23.

\* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 법학박사·동아대학교 법학전문대학원 교수

문제점들은 개정과정에서 약관을 민법에의 편입을 반대하는 부류와 편입에 적극적인 부류와의 타협의 산물로서 나타난 결과라고 한다.

본 논문에서는 이러한 문제점 중에서 특히 약관에 관한 개념의 한정성과 불명확성, 그리고 이른바 「합의간주」 규정의 문제점을 중심으로 검토하였다. 먼저, 개정민법은 정형약관에 관한 용어의 한정성으로 인하여 종전 약관규제의 대상이 되었던 많은 부분이 민법의 규율대상에서 제외되었다는 문제가 있다. 또한 일본민법은 약관의 일괄성과 획일성을 지나치게 강조한 나머지 약관에 대한 개별적 교섭가능성을 부정하고 있다. 다음으로 이른바 「합의간주」 규정은 고객의 인식가능성이 없는 경우에도 계약에의 편입을 인정하고 있다. 우리나라와 독일, 프랑스에서는 보통거래약관의 계약에의 편입의 전제로서 보통거래약관 적용에 대한 고객의 「동의」 혹은 사전 「합의」가 필요하며, 그리고 적어도 고객의 「인식가능성」은 필요하다고 한다.

약관은 대량거래시대에서 영업의 합리화·거래위험의 합리적 분배 등의 긍정적인 측면이 있는 반면에, 작성자인 기업주가 쌍방의 이해를 조정한다는 명분하에 약관의 사전작성가능성을 악용하여 자기의 법적 지위를 향상시키는데 이용하는 부정적 측면이 나타나기도 한다. 그러므로 약관작성자에 대한 상대방의 교섭력의 회복조치를 위한 국가에 의한 후견이나 보장이 필요한 것이다.

개정민법은 대량거래의 효율성을 우선한 반면에, 근대사법의 기본정신인 사적자치의 원칙과 약관작성자의 고객보호라는 「契約正義」에 반한다는 논란이 있다.

**주제어** : 일본 개정민법, 정형약관, 간주합의, 고객의 동의, 인식가능성, 契約正義

## 1. 서론

2017년 5월 26일 일본의 민법(채권법) 개정법안(이하, 개정민법)이 국회를 통과하였고, 2020년 4월 1일부터 시행되게 되었다. 이번 개정은 일본민법 제정 이후 약 120년만의 채권편의 근본적인 개정작업이었으며 개정항목이 약 200여

개에 달한다.

개정민법은 제3편 「채권」 제2장 「계약」에 관한 규정 중 특히 定型約款에 관한 제548조의2부터 제548조의4까지의 규정을 신설하였다. 즉 개정민법 제548조의2 제1항은 정형약관의 합의(정형약관의 편입요건), 제548조의2 제2항은 약관내용의 신의칙제한, 제548조의3은 정형약관의 내용의 표시, 제548조의4는 정형약관의 변경에 해당하는 규정을 두고 있다.

개정과정에서 정형약관에 관한 규정은 「법률가의 頭痛의 씨앗」<sup>1)</sup>이 될 내용이 다수 포함되어 있다고 한다. 개정민법상의 정형약관에는 첫째, 개념의 불명확성과 규율범위의 한정 문제, 둘째, 이른바 「합의간주」 규정의 문제,<sup>2)</sup> 셋째, 정형약관의 開示방법의 문제, 넷째, 약관의 일방적 변경에 관한 문제<sup>3)</sup> 등이 산재해 있다. 이러한 문제점들<sup>4)</sup>은 개정과정에서 약관의 민법예외의 편입을 반대하

- 1) 법제심의회민법(채권관계)부회에서 심의에 관련한 학자들 사이에 심의내용에 관한 인식이 불일치한 예로서는 潮見佳男, 「新債權總論 I」, 信山社, 2017, 36面 注86, 39面 以下.
- 2) 보통거래약관의 본질(구속력의 근거)에 대하여 우리나라의 판례는 「보통거래약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 약관이기 때문이 아니라 보험계약 당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이라고 볼 것인바, 일반적으로 당사자 사이에서 보통보험약관을 계약내용에 포함시킨 보험계약서가 작성된 경우에는 계약자가 그 보험계약의 내용을 알지 못하는 경우, 그 약관의 구속력을 배제할 수 없는 것이 원칙이나, 다만 당사자 사이에서 명시적으로 약관에 관하여 달리 약정한 경우에는 위 약관의 구속력은 배제된다.」는 입장(대판 1983.12.27, 83다카893; 대판 1988.4.12, 88다2; 대판 1989.3.28, 88다4645; 대판 1990.4.27, 89다카24070)이다. 또한 약관규제법은 구속력의 근거에 관한 견해 중 계약설에 기초를 두되, 약관의 사회적 작용과 조화될 수 있도록 규정하고 있다(동법 제3조·제4조 참조). 정형약관임을 이유로 상대방의 포괄적 승낙으로 「추정」된다면 가능할 수도 있겠지만, 「간주」(법률상의 의제)한다면 이는 약관=법규설 혹은 제도설로 선화한 것으로 볼 수 있어 판례의 입장인 계약설과 충돌될 수 있다는 문제가 발생한다.
- 3) 다른 외국의 약관규제 입법에서의 부당조항에서는 계약내용에 대한 일방적인 『의제조항(특정한 의사표시를 한 것으로 간주하는) 조항』이나 『급부내용의 일방적 변경권을 정하는(사업자의 급부내용의 일방적 변경에 동의를 한 것으로 간주하는 조항)』은 무효가 되는 부당조항의 전형적 모습을 생각한다면 민법에 규정을 두는 것은 찬성하기 어렵다는 견해가 있다. 또한 「국민생활심의회에서 사업자에 의한 약관내용의 일방적 변경은 인정될 수 없다는 요청에도 불구하고, 민법부회는 사업자에 의한 약관내용의 일방적 변경을 허용하는 제안을 하였고, 법제심의회가 이를 추인하여 입법화된 것이다. 이번 민법개정은 소비자보호를 위한 법개정이 아니라 사업자보호를 위한 법개정이었다. 이는 독일민법 등에서 보이는 국제적 동향을 보더라도 약관작성자에게 유리한 법개정이라는 비판이 있다. 河上正二, 【番外編】 債權法講義・特論 -“定型約款”規定の問題點-」 「法學セミナー」 第726号, 2015, 105面.
- 4) 河上正二, 前掲論文, 104面. 또한 山本豊, “定型約款の新規定に關する若干の解釋問題”, 『Jurist』 2017. 10, 46面に 의하면, 정형약관의 규정은 ①규정전체를 정형약관이라는 협소한

는 부류와 편입에 적극적인 부류와의 타협의 산물로서 나타난 결과라고 한다.<sup>5)</sup>

약관은 대량거래시대에서 영업의 합리화·거래위험의 합리적 분배 등의 긍정적인 측면이 있는 반면에, 작성자인 기업주가 쌍방의 이해를 조정한다는 명분하에 약관의 사전작성가능성을 악용하여 자기의 법적 지위를 향상시키는데 이용하는 부정적 측면이 나타나기도 한다. 그러므로 약관작성자에 대한 상대방의 교섭력의 회복조치를 위한 국가에 의한 후견이나 보장이 필요한 것이다.<sup>6)</sup> 이는 오늘날의 「契約正義」라는 관점에서 필요할 것이다.

그러나 개정 일본민법이 도입한 정형약관에 관한 규정<sup>7)</sup>은 이러한 契約의 正義에 합당한가에 대해서는 회의적인 견해가 많다. 이하에서는 정형약관에 관한 일본 개정민법상의 내용과 문제점을 개략적으로 언급한 후, 특히 정형약관의 개념과 개정민법 제548조의2 제1항의 정형약관의 「계약에의 편입」에 관한 문제를 중심으로 검토하고자 한다.

---

공동구조로 편입하려는 경직된 제도설계 사상 ②특히 「정형거래」라는 이론적 근거가 모호하고 내용이 애매한 개념을 핵심으로 하는 정의 규정(개정민법 제548조의2 제1항) ③협소한 「합의」 이해를 전제로 하면서 오히려 과잉표현이 빠져 있는 「合意擬制構成」(제548조의2 제1항) ④시대역행적인 부당조항 규제의 合意擬制排除構成 ⑤정형약관준비자의 거래합리화로 기울어진 적극적인 내용개시를 일률적으로 불요한 개시청구권규정(제548조의3) ⑥정형약관준비자의 거래합리화로 기울어진 이론적 근거가 불명확한 계약내용 변경규정(제548조의4) 등의 문제점을 지적하고 있다.

5) 山田創一, “定型約款に關する債權法改正の考察”, 「名城法學」, 66卷 3号, 2016, 282-283面.

6) 계약내용의 획일화 그리고 대량화, 신속화를 위해 만들어진 약관이 계약자유라는 미명하에 약관작성자에 의해 상대방(특히 소비자)의 계약의사를 희석시키는 문제를 해결하기 위한 방안중의 하나가 약관규제에 대한 司法介入이라고 할 것이다. 판례는 아래와 같이 전원합의체판결을 통하여 약관의 수정해석을 허용하고 있다. 즉, 「약관의 규제에 관한 법률 제6조 1항 2항, 제7조 2호 3호가 규정하는 바와 같은 약관의 내용통제원리로 작용하는 약관법상 신의성실의 원칙은 약관작성자는 계약상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대, 즉 보험의 손해전보에 대한 합리적인 신뢰에 반하지 않고 형평에 맞게끔 약관조항을 작성하여야 한다는 행위원칙을 가리킨다. 그리고 보통거래약관의 작성이 아무리 사적자치의 영역에 속하는 것이라고 하여도 위와 같은 행위원칙에 반하는 약관조항은 사적자치의 한계를 벗어나는 것으로서 법원에 의한 내용통제, 즉 수정해석의 대상이 되는 것은 당연하며, 이러한 수정해석은 조항전체가 무효사유에 해당하는 경우뿐만 아니라 조항 일부가 무효사유에 해당하고 그 무효부분을 추출·배제하여 잔존부분만으로 유효하게 존속시킬 수 있는 경우에도 가능하다.」고 한다.

7) 이러한 보통거래약관의 폐해를 규제하기 위하여 각국에서는 여러 가지 법률을 제정하고 있는데, 우리나라에서도 약관에 대한 입법적 규제의 필요성이 인식되어 「약관의 규제에 관한 법률」(1986.4.3. 법률 3922호)을 제정하게 되었다.

## II. 일본 개정민법상의 정형약관의 내용

개정민법상의 정형약관에 대한 규정내용은 아래와 같다.

### 제5관 정형약관

제548의2 (정형약관의 합의) ① 정형거래(특정인이 불특정 다수를 상대방으로 하는 거래에서 그 내용의 전부 또는 일부를 획일화하는 것이 쌍방에게 합리적인 경우를 말한다. 이하 동일하다.)에 대한 합의(다음 조에서 「정형거래합의」라고 한다.)를 한 자는 다음의 경우에는 정형약관(정형거래에서 계약의 내용으로 할 것을 목적으로 하여 특정인에 의해 준비된 조항의 총체를 말한다. 이하 동일하다.)의 개별 조항에 대해서도 합의를 한 것으로 본다.

- 一 정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지의 합의를 한 때
- 二 정형약관을 준비한 자(이하 「정형약관준비자」라고 한다)가 사전에 그러한 정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지를 상대방에게 표시하고 있는 때

② 전항의 규정에도 불구하고 동항의 조항 중, 상대방의 권리를 제한하거나 또는 상대방의 의무를 가중하는 조항으로서 정형거래의 모습, 실정 및 거래상의 사회통념에 비추어 제1조 제2항에 규정하는 기본원칙에 반하여 상대방의 이익을 일방적으로 해한다고 인정되는 때에는 합의를 하지 않은 것으로 본다.

제548의3 (정형약관의 내용표시) ① 정형거래를 하거나 또는 하고자 하는 정형약관준비자는 정형거래합의 전 또는 정형거래합의 후 상당한 기간 내에 상대방의 청구가 있는 경우에는 지체없이 상당한 방법으로 그 정형약관의 내용을 표시하여야 한다. 다만 정형약관준비자가 이미 상대방에 대하여 정형약관을 기재한 서면을 교부하거나 또는 이를 기재한 전자적 기록을 제시한 경우에는 그렇지 않다.

② 정형약관준비자가 정형거래합의 전에 전항의 청구를 거절한 때에는 전조의 규정은 적용하지 않는다. 다만 일시적인 통신장애가 발생한 경우 기타 정당한 사유가 있는 때에는 그렇지 않다.

제548조의4 (정형약관의 변경) ① 정형약관준비자는 다음의 경우에는 정형약관의 변경을 함으로서 변경 후의 정형약관 조항에 대하여 합의가 있었던 것으로 간주하여 개별적으로 상대방과 합의하지 않고 계약의 내용을 변경할 수 있다.

— 정형약관의 변경이 상대방의 일반적인 이익에 적합할 때

二 정형약관의 변경이 계약의 목적에 반하지 않고 또한 변경의 필요성, 변경 후의 내용의 상당성, 이 조의 규정에 의해 정형약관을 변경하는 것이 취지의 변경의 유무 및 내용 기타의 변경에 관한 사정에 비추어 합리적일 때

② 정형약관준비자는 전항의 규정에 의해 정형약관을 변경할 때에는 그 효력발생시기를 정하고 또한 정형약관변경의 취지 및 변경 후의 정형약관의 내용 및 그 효력 발생시기를 인터넷 기타 적절한 방법으로 주지시켜야 한다.

③ 제1항 제2호의 규정에 의한 정형약관의 변경은 전항의 효력발생시기가 도래할 때까지 동항의 규정에 의해 주지시키지 않으면 그 효력이 없다.

④ 제548조의2 제2항의 규정은 제1항의 규정에 의한 정형약관의 변경에 대해서는 적용하지 않는다.

실무상으로는 다양한 경우에 약관을 이용한 거래가 이루어지고 있지만, 현행 민법에서는 약관에 관한 규정이 없어 약관 조항이 당사자를 구속하는 계약의 내용이 되는가에 대해서는 전면적으로 해석에 위임하고 있다.

개정민법은 「定型約款」의 개념을 정의한 후 약관에 관한 규율을 정하고 있다.

## 1. 정형약관의 정의

개정민법은 「어떤 특정인이 불특정 다수를 상대방으로 하는 거래에서 그 내용의 전부 또는 일부의 획일화가 쌍방에게 합리적일 것」을 「전형거래」라고 정의한 후, 「전형거래에서 계약내용으로 할 것을 목적으로 특정인에 의해 준비된 조항의 총체」<sup>8)</sup>를 「정형약관」으로 정의하고 있다.<sup>9)</sup>

8) 우리나라에서는 일반적으로 「보통거래약관」이라 함은 다수의 계약을 위해 일방당사자에 의하여 사전 작성된 계약의 조항을 말한다고 정의한다.

그러므로 정형약관에 해당하기 위해서는 ①어떤 특정인이 불특정 다수를 상대방으로 하는 거래, ②거래 내용의 전부 또는 일부의 획일화가 쌍방에게 합리적일 것, ③계약내용으로 할 것을 목적으로 준비된 조항의 총체일 것, ④거래의 당사자 일방에 의해 준비된 것일 것 등의 요소를 모두 충족해야 한다.

## 2. 간주합의와 표시의무

정형약관은 일정한 요건을 충족한 경우에는 간주합의의 효과를 인정하고 있다. 구체적으로 ①정형거래를 할 합의를 할 것, ②정형약관을 계약내용으로 하는 취지의 합의를 하거나(개정민법 제548조의2 1항 1호), 정형약관을 준비한 자(정형약관준비자)가 사전에 정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지를 상대방에게 표시할 것(개정민법 제548조의2 1항 2호)이라는 요건 중 하나에 해당할 것과 같이, ①과 ②의 요건을 모두 갖춘 경우에는 정형약관의 개별조항에 대하여 합의한 것으로 간주한다(개정민법 제548조의2 제1항).<sup>10)11)</sup>

간주합의의 요건은 정형약관준비자가 상대방에게 정형약관의 내용을 표시할 필요는 없다. 그렇지만 정형약관준비자는 정형거래의 합의 전 또는 후 상당한 기간 내에 상대방의 청구가 있는 때에는 정형약관의 내용을 표시해야 한다(개

9) 中間試案에서는 「약관이란 다수의 상대방과의 계약의 체결을 예정하고 사전에 준비된 계약조항의 총체로서 계약내용을 획일적으로 정할 목적으로 사용하는 것을 말한다」고 제안하고 있다. 商事法務 編, 「民法(債權關係)の改正に關する中間試案の補足説明」, 2013, 365面. 종래 일반민법 교과서에서도 약관은 「다수거래를 획일적으로 처리하게 위하여 사전에 정한 정형화된 계약조항 내지 계약조항군」(加藤雅信, 「新民法大系 I 民法總則」, 有斐閣, 2005, 209面.)으로 정의하거나 「일방당사자에 의해 사전에 작성된 획일적 계약조항」(大村敦志, 「新基本民法 5 契約編」, 有斐閣, 2016, 49面 이하)으로 정의하고 있다.

10) 중간시안에서는 「계약당사자가 그 계약에 약관을 사용할 것을 합의하고 동시에 그 약관을 준비한 자(이하 「약관사용자」를 말한다)에 의해 계약체결 시까지 상대방이 합리적인 행동을 한다면 약관의 내용을 알 수 있을 기회가 확보되어 있는 경우에는 약관은 그 계약의 내용이 된다」고 제안하고 있다(商事法務 編, 前掲書, 368面).

11) 더 나아가 교통기관을 이용하는 경우와 같이 정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지를 표시하는 것조차 곤란한 거래 중 거래의 공공성이 높아 정형약관에 의한 계약내용의 보충이 필요한 경우에는 위의 개정민법 제548조의2 1항 2호와 같이 상대방에게 표시하지 않고, 정형약관준비자가 사전에 해당 정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지를 일반적으로 공시하고 있는 경우에도 요건을 충족한다는 취지의 특례가 민법이외의 특별법에서도 인정하고 있다.

정민법 제548조의3 제1항 본문).

그리고 정형거래의 합의 전에 상대방이 정형약관의 내용의 표시를 청구한 때에 정형약관준비자가 이를 거절한 경우에는 정당한 사유가 있는 경우 외에는 정형약관의 조항에 대한 간주합의의 효과는 인정되지 않는다(개정민법 제548조의3 제2항). 다만 정형약관준비자가 상대방에 대하여 정형약관을 기재나 기록한 서면 혹은 전자적 기록을 교부나 제공한 경우에는 정형약관의 표시의무는 적용되지 않는다(개정민법 제548조의3 제1항 단서).

### 3. 약관규제

정형약관의 조항 중에서 간주합의의 효과를 인정하는 것이 적절하지 못한 경우에는, 간주합의의 대상에서 제외된다. 즉 정형약관의 개별조항 중에서 상대방의 권리를 제한하거나 또는 상대방의 의무를 가중하는 조항으로서 해당 정형거래의 모습이나 실정, 거래상의 사회통념에 비추어 신의칙에 반하여 상대방의 이익을 일방적으로 해한다고 인정되는 경우에는 정형약관이 간주합의의 요건을 충족하는 경우에도 합의를 하지 않은 것으로 본다(개정민법 제548조의2 제2항).

법제심의회민법(채권관계)부회의 심의과정에서는, 상대방이 약관에 포함되어 있다는 사실을 합리적으로 예측할 수 없는 조항(기습조항)과 상대방의 권리를 제한하거나 또는 상대방의 의무를 가중하여 상대방으로 하여금 과대한 불이익을 주는 조항(부당조항)으로 나누어, 계약의 내용에서 제외하는 논의가 있었다. 그러나 개정민법에서는 기습조항과 부당조항을 구별하지 않고 개정민법 제548조의2 제2항으로 일률적으로 처리하고 있다.

### 4. 정형약관의 변경

개정민법은 ①정형약관의 변경이 상대방의 일반 이익에 적합할 것 ②정형약관의 변경이 계약 목적에 반하지 않고, 동시에 변경의 필요성, 변경 후의 내용의 상당성, 이 조의 규정에 따른 정형약관 변경이 처음의 취지의 유무 및 내용

기타의 변경에 관한 취지에 비추어 합리적일 것 등 어느 것에 해당되는 경우에는, 정형약관준비자는 변경 후의 정형약관의 조항에 합의한 것으로 간주되므로 상대방과의 개별적인 합의 없이도 계약내용을 변경할 수 있다(개정민법 제548조의4 제1항).

정형약관준비자가 이 규정에 따라 정형약관을 변경하는 때에는 변경의 효력 발생시기를 정하여 정형약관을 변경하는 취지·변경 후의 정형약관의 내용 및 효력발생시기를 인터넷 기타 적절한 방법으로 공지하여야 한다(개정민법 제548조의4 제2항).

### Ⅲ. 정형약관의 개념정의 문제

#### 1. 규율 개요

개정민법 제548조의2 제1항은 정형약관을 「정형거래에서 계약내용으로 할 목적으로 특정인에 의해 준비된 조항의 총체」로 정의하고 있다. 그리고 「정형거래」라는 개념은 「어떤 특정인이 불특정다수를 상대방으로 하는 거래에서 그 내용의 전부 또는 일부의 획일화가 쌍방에게 합리적일 것」으로 정의하여, 정형거래를 하고자 하는 합의를 「정형거래합의」라고 한다.

법제심의회민법(채권관계)부회 자료에 의하면, 어떤 기업이 제품의 원재료거래계약을 거래기업과 체결하는 때에는 「거래 내용의 전부 또는 일부의 획일화가 쌍방에게 합리적」이라고 할 수 없는 경우도 있으므로 일방당사자가 준비한 계약약관은 정형약관에는 해당되지 않는다고 한다.<sup>12)</sup>

또한 정형약관에 해당되기 위해서는, 정형거래에서 계약내용으로 할 목적으로 특정인에 의해 준비된 조항의 총체라는 점이 필요하다. 여기서 「계약 내용으로 한다」는 의미는 정형약관이 계약에 일괄적으로 편입되는 것을 의미한다. 그러므로 통상적으로 계약내용을 사전에 충분히 검토한 후 판단해야 하는 경우에는, 가령 당사자의 일방이 사전에 계약서안을 준비하였고 그 안이 그대로 계약으로

12) 部會資料 78B, 16面. 山本豊, 前掲論文, 47面.

체결되었다고 하더라도 이는 契約의 試案에 불과한 것이며, 契約의 내용으로 할 목적이 있었다고는 할 수 없으므로 正형약관성은 부정된다.<sup>13)</sup>

이처럼 正형약관의 개념은 약관일반의 개념<sup>14)</sup>과 비교하여 현저히 좁고, 특히 사업자 간의거래에서는 매우 한정된 경우에만 적용된다.

## 2. 「정형거래」 개념의 불명확성

개정민법은 정형거래라는 새로운 개념을 도입하고 있으며, 이를 정형약관의 정의의 핵심요소로 하고 있다. 그러나 정형거래개념의 내용이나 이에 대한 기본적인 논리에는 명확하지 않는 부분이 있어 향후 판례에 의해 확립되기까지는 법적 불안전이 계속될 것이라고 한다.<sup>15)</sup>

### 가. 「불특정 다수를 상대방으로 하는 거래」라는 의미

먼저 「불특정 다수를 상대방으로 하는 거래」라는 요건은 「노동계약」과의 관계에서 문제되고 있다. 노동계약은 노동자의 개성에 착안한 계약이므로 「불특정 다수를 상대방으로 하는 거래」는 아니므로 노동계약에서 사용되는 계약서 서식은 정형약관에 해당되지 않는다는 견해가 있다.<sup>16)</sup> 그러나 이에 대해서는 유력한 비판이 있다.<sup>17)</sup> 그 이유는 첫째, 「계약당사자의 개성에 착안한다」는 의미는, 폭넓은 개념으로서 해석에 다소간의 차이가 있을 수 있으며, 당사자의 개성에 착안한 계약은 적지 않으므로(노동계약에 한정된 것은 아니다) 이렇게 해석한다면 많은 거래가 정형계약의 대상이 될 수 없다는 점, 또한 동일한 노동계약이

13) 部會資料 83-2, 38面.

14) 일방당사자에 의해 사전에 작성된 획일적 계약조항(大村敦志, 前掲書, 49面.)이라거나 「①계약의 일방당사자에 의해 일반적 반복적인 사용을 위하여 사전에 준비된 계약조항일 것, ②개별적으로 합의된 조항(개별합의조항)이 아닐 것 이라는 두 가지 기준을 충족할 것」 등으로 정의된다(山本豊 「契約の内容規制」 山本敬三ほか, “債權法改正の課題と方向-民法100周年を契機として”, 「別冊NBL」 51号, 商事法務, 1998, 75面).

15) 山本豊, 前掲論文, 47-48面.

16) 部會資料 86-2, 1面.

17) 山本豊, 前掲論文, 48面.

라도 노동자의 개성에 착안하는 정도는 다양할 수 있다는 점, 둘째, 계약당사자의 개성에 착안한 거래라고 하더라도 계약의 일방당사자가 일반적이고 반복적인 사용을 위하여 부수적인 계약조항군을 사전에 준비하여 사용하는 경우가 있으며, 이러한 계약조항군에 대해서는 획일화하여 거래하는 것이 당사자쌍방에게 합리적일 수 있다는 점이다. 그러므로 이러한 경우를 정형약관의 규율의 대상에서 제외한다는 취지라면 이는 타당하지 않다고 한다.<sup>18)</sup>

위의 설명은 部會에서 노동계약에 이용되는 계약서 서식을 정형약관의 규율 대상에서 제외시키려는 필요에서 제기된 것이므로 이러한 설명의 독주나 노동계약 이외로의 파급을 방지하는 것이 해석론상의 과제라고 한다.<sup>19)20)</sup>

#### 나. 「내용의 전부 또는 일부의 획일화가 쌍방에게 합리적」이라는 의미

「문제된 거래내용의 전부 또는 일부의 획일화가 쌍방에게 합리적일 것」이라는 것은 정형약관의 규율전체의 근간을 이루는 중요한 요건임에도 그 의미가 명확하지 않다는 점에 문제가 있다. 그렇지만 거래내용의 전부 또는 일부를 획일화하는 것이 정형약관의 사용자에게 합리적이어야 한다는 의미는 쉽게 이해할 수 있다.

그러나 문제는 거래내용의 전부 또는 일부의 획일화가 상대방에게 합리적이어야 한다는 의미와 그 요건에 대해서는 검토할 필요가 있다. 部會資料 78B에서는 「상대방이 변경을 요구하지 않고 바로 계약을 체결하는 것」을 의미한다<sup>21)</sup>고 해석하고 있으나 구체적인 요건에 대해서는 앞으로 검토해야 할 과제이다.

18) 山本豊, 前掲論文, 48面.

19) 山本豊, 前掲論文, 48面.

20) 또한 河上正二, 前掲論文, 104面에서는 「특정다수」를 상대로 하는 부분이 제외되었거나, 「정형거래」로 한정된 점에서 종래 학설상 약관으로 인정되었던 경우보다 적용범위가 좁아지게 되었다. 그리하여 사업자간의 거래가 대부분 특정다수인 점을 염두에 둔다면 개정법상의 약관규정이 적용될 수 없는 문제가 있다. 또한 오로지 소비자약관을 염두에 두었다고 하지만 이에 대해서도 많은 점이 누락되었으며, 대기업이 거래처인 중소기업을 압박하는 종류의 약관은 개정민법에서는 적용되지 못하는 문제가 있다고 한다.

21) 潮見佳男, 前掲書, 36面.

## IV. 정형거래합의와 정형약관에 대한 합의간주 문제

### 1. 서언

신설된 약관조항의 가장 큰 문제점은 약관의 계약에의 편입 과정에서의 고객의 「동의」, 사전 「합의」 혹은 적어도 「인식가능성」에 대한 것이다. 우리나라의 통설과 판례, 독일과 프랑스에서도 보통거래약관의 계약에의 편입의 전제로서 보통거래약관 적용에 대한 고객의 「동의」 혹은 사전 「합의」가 필요하다고 한다.

반면에 개정민법에서는 정형약관의 각 내용에 대하여 고객 측의 「인식가능성」이 전혀 없는 경우에도 본 항 제1호 정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지의 합의가 있는 경우와 제2호 정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지의 표시가 있는 경우 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 이들 조항의 모든 내용이 계약내용으로 편입된다. 약관조항에 대한 고객의 인식이 없는 경우에도 계약내용으로 편입될 수 있다는 이 규정은 첫째, 개정민법 제548조의2 제2항에서 정형약관 중 부당한 내용의 조항에 대해서는 제외하는 특별한 규제를 두고 있으며, 둘째, 개정민법 제548조의2 제3항에서 고객에게 약관개시청구권을 인정하고 있으므로 이러한 방법으로 고객을 보호할 수 있다고 한다. 즉 동법 제548조의2 제1항은 ①「정형거래합의」를 전제로 하고, 더 나아가 ②아래의 두 가지 중 어느 경우에 해당하면 정형약관의 개별조항에 대해서도 합의를 한 것으로 간주한다(「각 조항에 대한 간주합의」라고 한다.). 즉 ②-(i) 「정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지의 합의가 있는 경우」(「합의형」이라고 한다), 혹은 ②-(ii) 「그러한 정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지」가 「사전에」 「표시」된 경우(「표시형」이라고 한다)이다. 이 조항은 고객 측의 합의나 의사를 고려한 것으로 판단할 수도 있지만, ①에서의 「정형거래합의」라는 것은, 불특정 다수의 고객을 상대로 하는 계약내용의 전부나 적어도 일부를 획일화하는 것이, 쌍방에게 합리적이라는 점 즉 정형거래에 대한 합의이다. 예를 들면 지하철이나 버스를 이용하거나, 편지나 우편물을 우체통에 투입하는 경우는 물론이고, 편의점에 출입하는 경우에도

이러한 고객의 행위가 있으면, 고객은 적어도 「계약내용의 일부」인 요금에 대해서도 「확실적」으로 결정된다고 인식하고 있고, 이러한 취급의 「확실성」은 사업자든 물론 고객으로서도 「합리적」이므로 「쌍방에게 합리적」이라고 할 수 있으므로 「정형거래합의」는 인정된다는 것이다. 그러나 이 단계에서는 정형약관조항의 개별조항에 대한 합의나 인식(가능성) 등은 요건으로 하고 있지 않다.

다음으로 개별조항에 대한 「간주」 합의에 대해서는 먼저 ②-(i) 「정형약관을 계약의 내용으로 하는 취지의 합의가 있는 「합의형」의 경우에는, 합의의 대상은 정형약관이라는 조항의 총체를 계약의 내용으로 하는 것이며, 여기서도 개별조항에 대한 고객의 합의나 인식(가능성) 등은 요건으로 하지는 않는다. 이러한 경우에 개별 조항의 핵심을 보지 못한 채 그대로 약관조항이 계약내용으로 편입될 수 있는 문제가 있다. 다음으로 ②-(ii) 「그러한 정형약관을 계약의 내용으로 한다는 취지」가 「사전에」 「표시」된 「표시형」의 경우에는, 위의 「합의형」의 경우보다 개별조항에 관한 합의나 인식(가능성)이 가볍게 평가될 가능성이 있다는 문제가 있다.

## 2. 비교법적 검토

### 가. 프랑스

2016년 개정된 프랑스 계약법은 민법전에 부합계약(contrat d'adhésion) 규정을 두고 있다. 부합계약이란 「계약 중에 교섭이 면제된[soustraites à la négociation] 일반거래약관[conditions générales]이 사전에 일방당사자에 의해 확정된 것」으로 정의하고 있다(동법 제1110조 2항). 그리고 이러한 일반거래약관이 계약내용이 되어 상대방을 구속하기 위해서는 어떠한 요건이 필요한가에 대하여 제 1119조 1항은 「일방당사자에 의해 원용된 일반거래약관은 그것이 상대방에게 표시되고 동시에 상대방사자가 그것을 승낙하지 않으면 상대방에게 효력이 없다」고 규정하여, 청약과 승낙이라는 두 개의 의사표시의 합치를 기초로 하는 「계약」적 구성을 명확히 제시하고 있다. 이 규정은 일반거래약관이 계약의 상대방이 실질적으로 알지도 못한 채 계약내용으로 될 수 있다는 현실적 위험성을 반

영한 것이다.<sup>22)</sup>

## 나. 미국

미국의 경우를 살펴보면, 미국법률가협의(American Law Institute)는 최근에 소비자계약법 리스테인먼트 가안을 만들면서 섹션2에서 정형계약조항(Standard Contract Terms)의 계약에의 편입에 대하여 고객이 정형계약 조항의 합리적인(상당한) 통지를 받고 계약조항 자체를 검토할 기회를 얻은 후 승낙의 표시를 한 경우에 계약내용이 된다고 한다. 이는 고객의 승낙을 직접적으로 요구하고 있어 인식의 가능성보다도 엄격하게 규정하고 있다.<sup>23)</sup>

## 다. 독일

독일은 종래 보통거래약관법(AGBG)에서 규율하던 보통거래약관(Allgemeine Geschäftsbedingungen)을 2002년 민법개정으로 민법 제305조 내지 제310조에서 규정하고 있다.<sup>24)</sup> 특히 「보통거래약관의 계약에의 편입」을 정한 제305조<sup>25)</sup>는

22) Olivier Deshayes/Thoms Genicon/Yves-Marie Laithier, *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations*, LexisNexis, 2016, p.65.

23) Omri Ben-Shahar and Carl E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, 2014, p.58.

24) 보통거래약관법의 규정을 민법으로 통합한 목적은 이하와 같다. 첫째, 특별사법인 보통거래약관법보다는 민법으로 통합함으로써 법에 대한 명료성과 이해도를 높일 수 있다는 점, 둘째, 보통거래약관법의 내용은 이미 민법과 밀접한 관계를 가지고 있다는 점, 셋째, 민법으로 통합시킴으로써 해석원칙, 개념화, 가치판단의 기준을 통일화시킬 수 있다는 점, 넷째, 보통거래약관을 민법으로 통합시킴으로써 민법의 재통합화가 가능해진다는 점 등이다. 박종희, “보통거래약관법의 민법으로의 통합”, 김형배 외 5인 공저, 「독일채권법의 현대화」, 법문사, 2003, 159-160면.

25) 독일 민법 제305조(보통거래약관의 계약에의 편입) ①(보통거래약관의 정의-생략), ② 약관은 다음 각 호에서 정하는 요건을 모두 갖추고 동시에 타방당사자(고객)가 보통거래약관의 적용에 대하여 양해 한 경우에 한하여 계약으로 편입된다. 1. 약관사용자가 타방의 계약당사자에 대하여 보통거래약관을 명시적으로 제시하고 또한 계약체결 형태로 인하여 명시적인 제시가 명확히 곤란한 경우에는 계약체결의 장소에 보통거래약관을 명확히 인식가능한 상태로 비치할 것. 2. 약관사용자가 타방의 계약당사자(고객)에 대하여 보통거래약관의 내용을 인식할 기회를 약관사용자에게 인식가능하고 그 자의 신체적 장애도 고려한 후 인식가능한 형태로 할 것. ③계약당사자는 본조 제2항에서 정하는 요건을 비추어 특정한 종류의 법률행

계약 편입의 전제로서 보통거래약관 적용에 대한 고객의 「동의」(제2항) 혹은 사전 「합의」(제3항)가 필요하다고 한다. 그리고 양자 모두 적어도 보통거래약관 중의 각 조항에 대한 고객의 인식가능성(제2항 1호 혹은 2호)이 필요하다고 한다.<sup>26)</sup>

**독일민법 제305조(보통거래약관의 계약에의 편입)**

(1) (보통거래약관의 정의 - 생략)

(2) 보통거래약관은 아래의 요건을 모두 충족하고, 상대방(고객)이 약관의 적용에 동의한 때에 한하여 계약으로 편입된다.

1. 약관사용자가 상대방에게 보통거래약관을 명시적으로 제시하거나 또는 계약체결의 유형에 따라 명시적인 제시가 곤란한 현저한 사유가 있는 때에는 계약체결 장소에서 보통거래약관을 명확히 인식가능한 상태로 비치할 것

2. 약관사용자가 상대방(고객)에게 보통거래약관의 내용을 인식할 수 있게 하는 기회의 제공은 상대방의 신체적 장애도 고려한 기대가능한 형태일 것

(3) 계약당사자는 본조 제2항에서 정하는 요건에 따라 특정 종류의 법률행위를 위한 보통거래약관의 적용에 대하여 사전에 합의할 수 있다.

또한 개정 일본민법상의 정형약관 규정 중 특히 제548조의2의 「간주합의」 규정의 전형의 하나인 철도운송약관[JR東日本(SUICA)]이나 우편 등의 공공서비스관련 약관은, 독일민법 제305조a의 「특수한 경우의 계약에의 편입」에 해당한다.

위를 위한 보통거래약관의 적용에 대하여 사전에 합의할 수 있다.

26) 독일에서는 1976년의 독일약관규제법의 내용이 그 후 2002년 개정 독일민법전에도 거의 그대로 반영되었다. 다만 그 동안 약간의 수정이 있었다. 특히 현행민법 제305조의a(약관규제법 제23조)는 내용적으로 변화가 있었다. 그 뿐만 아니라 여기서 규정하고 있는 것은 Obliegenheit(책무)이며 Pflicht(의무)는 아니다. 또한 위반에 대해서도 손해배상책임은 발생하지 않는다.

독일민법 제305조의a(특수한 경우의 계약에의 편입)

제305조 제2항 제1호 및 제2호에 따른 요건을 준수하지 않더라도 계약의 상대방이 아래의 약관의 적용을 동의한 때에는

1. 관할 교통당국의 인가 혹은 국제조약에 기초하여 공포된 철도의 요금규정 및 운송약관 및 여객운송법에 따라 인가된 전철·무궤도차량 그리고 정기노선차량의 운송약관은 운송계약에 편입된다.
2. 통신과 우편에 대한 규제관청의 관보에 공지되고 약관제공자의 영업소에 비치된 보통거래약관은
  - a) 영업소 이외의 장소에서 우편함에 우편물이 투입됨으로써 체결되는 우편배달계약에 편입된다.
  - b) 원거리통신수단의 투입에 의하여 직접적이며 또한 통신용역급부를 제공하는 동안 일회적으로 제공되는 통신용역급부, 정보제공급부 기타 다른 용역급부에 관한 계약에 계약상대방이 계약체결 전 그 약관에 접근하는 것이 현저히 어려운 경우에 계약으로 편입된다.

위에서 살펴본 바와 같이, 독일민법 제305조의 원칙적·전형적 보통거래약관은, 일본 개정민법상의 전형적 규제대상의 하나인 JR이나 우편 약관 등 일반시민 상대의 공공적 서비스약관[독일민법에서는 305조의a(특수한 경우의 계약의 편입)를 통하여 주로 규율된다]과는 구별되는 영리적이고 비공익적인 민간사업자가 사용하는 영업약관이다. 일본의 JR이나 우편과 같은 계약의 중심적 급부내용과 대가에 대한 획일적이고 정형적인 거래유형은, 독일에서는 의사표시의 합치에 의한 계약적 구성을 하고 있다.<sup>27)</sup> 또한 제305조의a에서 「제305조 제2항 제1호 및 제2호 소정의 요건을 충족하지 않더라도 보통거래약관은 계약에 편입될 수 있다」고 하여 예외적인 법적 근거(제305조의a)를 두어 특별하게 취급(요컨대 종래의 계약구성에 따른 조항에 대한 인식가능성을 묻지 않는다)하고

27) 즉 제305조 제2항의 제1호 및 제2호에서 고객을 약관조항 내용에 대한 인식가능한 상태로 두는 것을 말한다.

있다. 다만, 제305조의a도 다른 한편으로는 「계약상대방이 보통거래약관의 효력을 동의한 때」와 같은 요건이 있으므로 넓은 의미에서의 계약적 구성을 취하고 있다고 할 것이다. 일본 개정민법과 비교하면 독일민법 제305조의a는 약관의 개개 조항에 대한 인식가능성의 요건이 제외되어 있으므로, 실질적으로는 일본의 정형약관 규정에 가깝다. 그러므로 일본민법에서의 정형약관의 계약으로의 편입은 독일민법의 공공서비스에 관한 예외규정(제305조의a)을 원칙규정으로 도입한 것이라고 할 수 있다.<sup>28)</sup>

더 나아가 독일민법 제305조의b는 「개별약정우선의 원칙」하에서 「계약당사자의 개별적 합의는 보통거래약관에 우선한다」고 명문화하고 있다. 이 점도 일본의 정형약관규정에서는 없는 특징이다. 즉 독일민법에서는 ①계약당사자간에는 보통거래약관과는 다른 개별적 합의를 할 수 있으며 또한 ②그러한 개별적 합의는 정형약관보다 우선하여 적용된다고 해석한다. 일본 개정민법 제548조의 2 제1항에서는 정형약관의 조항은 일괄적으로 합의한 것으로 「간주」되므로 정형약관 조항과 다른 개별합의를 하더라도 그 합의부분은 무의미하거나, 때로는 계약전체에 대한 착오의 문제를 일으킬 수 있고, 개별합의가 정형약관 조항에 우선하는 형태로 계약의 내용이 될 수 없다. 일본민법상 정형약관의 확실성은 계약내용에 철저히 관철된다고 해야 할 것이다. 또한 독일민법은, 프랑스의 민법과 같이, 약관관계 규정의 계약내용 면에서의 규제대상은 주로 부수적인 조항에 집중되고, 급부의 중심적 내용이나 대가에 대해서는 적용하지 않고 있다(제307조 3항).<sup>29)</sup> 조항내용의 성격을 구별하지 않는 일본민법과는 여기서도 차이가 있다. 독일민법은 적어도 위에서 설명한 두 가지 면에서 당사자에 의한 계약내용 형성의 자유를 일본보다 넓게 인정하고 있다.<sup>30)31)</sup>

28) 法制審議會 民法(債權關係)部會 第89回 2014年 5月 24日) 議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/001128466.pdf>) 35面.

29) 1976년의 약관규제법 제정이전의 판례나 학설은 가격이나 급부 그 자체는 보통거래약관의 대상 외로 보는 경향이 강했으나, 약관규제법 이후에는 「보통거래약관」의 개념에 포함하게 되었다. 그러나 가장 중요한 부당조항규제에 대해서는 그 후에도 급부자체나 가격은 (표시의 명백성은 요구되지만) 규제의 주된 대상에서 제외되는 구조이다.

30) 廣瀬久和, “正民法案 定型約款規定についての覺書(1)”, 「青山法務研究論集」, 第13号, 2017, 172面.

31) 위에서 설명한 문제는 프랑스 민법상의 「부합계약」제도에서도 알 수 있다. 「부합계약이란

### 3. 약관 개시청구권과의 관계

앞에서 설명한 개정민법상의 간주합의 규정의 문제점은 한편으로는 약관조항의 개시청구가 가능하다는 점에서 상대방을 충분히 보호할 수 있다고 한다. 즉 개정민법 제548조의3은 「정형거래를 하거나 또는 하려는 정형약관준비자는 정형거래합의 전 또는 정형거래합의 후 상당한 기간 내에 상대방의 청구가 있는 때에는 지체없이 상당한 방법으로 정형약관의 내용을 표시하여야 한다」고 규정하고 있다. 그러나 다른 한편 정형약관준비자가 약관조항에 대한 정보를 사전에 개시하여 이를 고객이 검토하도록 하는 것과 사전에 어떠한 개시도 없이 고객이 시간과 노력을 들이고, 그리고 약관준비자(상대방)의 반감을 사면서까지 약관의 개시를 청구하는 것과는 고객의 부담이라는 측면에서 차이가 있다.

사업자가 계약의 내용인 약관조항을 사전에 고객에게 설명한 후 계약을 체결해야 한다는 점은 근대법의 기본이론이다.<sup>32)</sup> 특히 최근의 판례나 입법동향은

---

계약 중 교섭이 면제된 보통거래약관(conditions générales)이 사전에 일방당사자에 의해 확정된 것이다」고 규정되어 있다. 독일에서의 약관과 유사하여, 보통거래약관과 다른 계약당사자 사이의 개별교섭이 부분적으로는 존재할 여지가 있는 점(개별 교섭결과가 우선하는 점)을 시사한다. 또한 프랑스 민법 제1171조는 ①부합계약은 계약당사자간의 권리의무에 현저한 불균형을 초래하는 모든 조항은 기술되지 않는 것으로 간주한다(reputée non écrite). ②현저한 불균형의 판단은 계약의 중심적 목적이나 급부에 대한 가격의 상당성으로 할 수 없다고 규정한다. 프랑스 민법 제1171조 제2항은 독일민법 그 이상으로 명확히 계약의 중심적 급부 내용이나 대가에 대한 내용규제를 제외하고 있다. 즉 이들의 중심적 계약내용에 대해서는 당사자 간의 계약의 자유를 남기고, 부합계약의 특수한 규제는 이들에게는 적용되지 않도록 하고 있다.

32) 일본에서는 예컨대 정형약관과 유사한 「취업규칙」은 노동기본법, 노동계약법 등이나 임대차 계약에서는 갱신료조항 등에 대해서는 고객이 어느 정도 조항의 내용을 인식하고 있었는가에 대하여 문제된 최고재판소 판례(最高裁判所 平成23年 7月 15日, 民集 65卷 5号, 2269面)가 있다. 더 나아가 정보개시 외에도 중요사항의 설명의무까지 인정하고 있는 택지건설거래업법 등의 규칙도 있다.

우리나라의 통설에 의하면 약관이 계약의 내용으로 편입되기 위해서는 사업자가 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하여야 하고(약관규제법 제2조 2항), 고객이 이러한 사업자의 제안을 받아들여야 한다(약관규제법 제2조 3항). 즉 계약편입에 대한 사업자의 청약과 고객의 승낙에 의하여 약관은 계약의 내용이 된다. 또한 사업자는 약관에 의한 계약체결에 있어서, 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시할 의무가 있다(동법 제3조 1항 본문 전단). 그러나 다른 법령에 의하여 행정관청의 인가를 받은 약관으로서, 거래의 신속을 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령으로 정하는 약관에 대해서는 명시적 의무가 면제된다. 예컨대 여객운송법, 통신법, 전기·수도·가스사업의 약관에 대해서는 명

사업자가 약관의 중요 조항을 고객이나 소비자가 잘 볼 수 있는 위치에 사전에 게시해야 한다는 것이 일반적이다.<sup>33)</sup> 그럼에도 불구하고 개정민법은 약관준비자로 하여금 고객의 청구가 없는 한 게시준비 조차 할 필요가 없다는 소극적 자세를 취하고 있고, 이러한 입법태도는 시장의 건전한 경쟁을 촉진하기 위한 정보개시의 목적과도 역행한다고 할 것이다.

그뿐만 아니라 개정민법 제548조의3 제2항은 「전형약관준비자가 정형거래합의 전에 전항의 청구를 거부한 때에는 전조(제548조의2)의 규정은 적용하지 않는다」고 규정한다. 이러한 상황에서는 고객이 사업자와 계약체결을 더 이상 원치 않는다고 하더라도 계약으로부터의 이탈은 쉽지 않을 것이다. 이때에는 이미 정형거래합의가 있어 계약관계에 진입된 상태이므로, 고객이 계약에서 이탈하기 위해서는 계약의 유효요건이 흠결되었다는 점(예컨대 착오가 있다는 점 등)의 입증에 필요하기 때문이다. 소비자의 입장에서는 「간주합의」에 의해 정형거래합

시의무가 면제된다(동법 시행령 제2조). 그리고 사업자는 약관의 중요내용을 고객이 이해할 수 있도록 그 고객에게 설명해 주어야 할 의무가 있다(동법 제3조 2항 본문). 사업자가 이러한 약관의 중요내용의 명시·설명의무를 이행하지 아니하였을 때에는 사업자는 그 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다(동법 제3조 3항). 판례도 사업자가 약관의 설명의무가 인정되는 것은 고객이 알지 못하는 가운데 약관에 정하여진 중요한 사항이 계약내용으로 되어 고객이 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하고자 함에 있다고 하여, 다음의 경우에는 그것이 비록 약관의 중요내용을 이룬다고 하더라도 설명의무의 대상이 아닌 것으로 본다. 즉 ①고객이 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우, ②그 내용이 거래상 일반적으로 공통된 것이어서 고객이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항, 판례는 피보험자동차의 양도에 관한 통지의무를 규정한 보험약관은 이에 해당한다고 한다(대판 2007.4.27, 2006다87453). ③해당 거래계약에 당연히 적용되는 법령에 정하여진 것을 약관에 그대로 기재하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이 그러하다. 그리고 이 경우에 그러한 사실은 사업자가 입증하여야 한다고 한다. 더 나아가 설명의무 위반의 효과에 대해서는 보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명의무를 지고 있으므로, 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없고, 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수 없다(대판 1996.4.12, 96다4893)고 판시하고 있다.

33) 임대차계약에서는 갱신료 조항에 대하여 고객이 어느 정도 조항의 내용을 인식하고 있었는지에 대하여 주목한 日本 最高裁判所 平成 23年 7月 15日(民集 65卷 5号 2269面) 판결이 있다. 더 나아가 정보개시 외에 중요사항을 구두에 의한 「설명」까지 부과하고 있는 택지건설거래법상 내용도 있다.

의가 묵시적으로 쉽게 인정된 후 약관개시를 거절하는 사업자에 의해 계약으로부터의 이탈이 쉽지 않게 된다면 이는 타당하지 않다.<sup>34)</sup>

한편 개정민법 제548조의3 제2항은 정형거래합의 전에 사업자가 개시청구를 거절한 경우에 대해서만 기술되어 있으나, 약관조항의 개시청구가 정형거래합의 후 상당한 기간 내에 이루어진 경우에도 위의 규정상 예정하고 있다. 즉 개정민법 제548조의3 제1항 본문에 「정형약관준비자는 ... 정형거래합의 후 상당한 기간 내에 상대방으로부터 청구가 있을 경우에는 지체없이 상당한 방법으로 정형약관의 내용을 개시하여야 한다」고 한다. 그리고 이 개시청구에 대하여 정형약관준비자가 거절한 경우에도 역시 위와 유사한 문제가 생길 수 있다. 정형약관준비자가 거절하지 않고 약관조항을 개시하였을 때 고객 측에서 이를 검토한 후 그러한 약관조항으로는 계약을 원치않는 경우에 고객은 계약으로부터 이탈할 수 있는가 하는 문제가 있다. 이러한 경우에 대해서는 미국법률협회의 리스 테이트먼트 잠정안은 취소나 해제가 가능하도록 하고 있지만, 개정민법은 사실상 이탈을 인정하고 있지 않다.<sup>35)</sup> 개개의 계약주체의 자기결정권 보장과 진정한 의미의 시장경쟁을 촉진시킨다는 차원에서도 소비자의 계약포기의 의사는 존중되어야 한다.<sup>36)</sup>

#### 4. 검토

위에서 살펴본 바와 같이, 개정 일본민법상의 정형약관은 약관의 계약에의 편입, 내용규제, 변경의 모든 단계에서 약관조항 전체가 정형약관으로서 일괄적이고, 획일적으로 고객에게 적용되고 있다. 또한 약관조항에 대한 당사자 간의 개별적 교섭가능성도 인정하지 않고 있다.

그리고 개별 조항의 내용에 대한 상대방 고객의 인식가능성도 묻지 않으므로,

34) 아직 본격적인 내용에 대한 실질합의가 되지 않은 상태에서 그 의사의 희박성을 문제의 하나로 하고 있는 정형약관제도가 「정형거래합의」를 통상적인 계약과 동일하게 효력을 갖는 것으로 보는 것에 문제가 있다고 생각한다. 廣瀬久和, 前掲論文, 178面.

35) 이미 정형거래합의가 있는 이상 계약관계에 유효하게 진입했기 때문에 그 계약에 무효나 취소의 특별한 사유, 예컨대 착오사유가 입증되지 않은 이탈을 불가능하다고 할 것이다.

36) 廣瀬久和, 前掲論文, 179面.

「표시형」과 같이 개별적 합의가 없더라도 약관준비자 측의 정형약관에 대한 일방적 표시가 존재하면 개별 조항에 대한 상대방의 인식유무와는 관계없이 계약 내용화가 의제되는 경우에는 고객의 약관조항에 대한 승낙의 의사표시의 존재 여부는 문제되지 않는다. 이러한 경우에는 사실상 고객의 의사결정의 자유는 무시된다고 보아야 할 것이다.

개정민법은 대량거래의 효율성을 우선한 반면에, 계약당사자, 특히 고객의 의사 혹은 계약관계에서의 자유로운 내용형성 과정을 등한시한 것으로 보아야 할 것이다. 자신에 대한 법률관계를 자신이 결정하고 형성하는 자유는 근대사법에서 모든 개인에게 인정된다. 이것이 법률행위자유의 원칙이며, 사적자치(의사자율)의 원칙이다. 그렇다면 개정민법 제548조의2는 사적 자치의 원칙에 반한다고 해야 할 것이다.<sup>37)</sup>

또한 개정민법은 「정형약관」 정의에 대해서는, 위에서 설명한 바와 같이, 대상조항의 구별, 혹은 독일민법과 같은 이분설(약관일반의 원칙규정과 공공사업약관의 예외규정)을 취하지 않고, 포괄적으로 규정하고 있다. 그러나 다른 한편 「정형약관」의 정의의 전제가 되는 「정형거래」의 개념은, 대상의 「확일성」 이외에 상대방의 「불특정 다수성」을 특색으로 한다. 「불특정 다수성」은, 독일민법 제305조 1항의 약관의 정의에서는 「다수」(Vielzahl)(상대방은 통상 3인 이상이면 「다수」로 표현한다)로 표현하지만, 프랑스 민법은 부합계약의 정의규정에서도 고객의 수는 언급하지 않는다. 그러나 입법취지에서 현대계약의 특징의 하나인 대량 계약성이 언급되고 있고,<sup>38)</sup> 다수계약이 대량의 계약을 전제로 하고 있다는 점에서 학설상 「다수성」을 사실상 인정하고 있다. 그러나 프랑스 민법은 개정 일본민법과 같은 「불특정 다수성」을 요건으로 하지는 않는다. 개정 일본민법의 또 다른 특징 중의 하나이다.

위에서 살펴본 바와 같이, 개정민법상의 약관의 계약에의 편입을 위한 「간주합의」의 요건은 재고의 여지가 있다. 이는 고객(소비자 포함)의 자율적인 계약 형성을 지원하는 모습으로 검토되어야 한다. 그러므로 「간주합의」 규정은 적어도 약관조항의 고객에 의한 인식가능성이 특히 많은 영리적인 영업약관에서의

37) 廣瀬久和, 前掲論文, 174面.

38) Olivier Deshayes/Thoms Genicon/Yves-Marie Laithier, p.63.

계약구성을 위한 최소한의 요건이 되어야 한다. 그리고 고객에게 인식가능성을 요구하는 것이 적절하지 않는 거래유형이나, 계약내용이 현저히 정형화·획일화 되어 개별적 취급이 쉽지 않는 공익적 서비스 등의 정형약관에 대해서는 독일 민법의 규정을 참고하면서 예외규정을 둘 필요가 있다.<sup>39)</sup>

## V. 결론

2020년 4월 1일부터 시행되는 개정 일본민법은 재산법 분야의 대대적인 개정작업이었다. 이러한 일본민법의 개정작업 중 마지막까지 논란의 중심에 있었던 것이 「정형약관」제도의 민법으로의 도입여부와 내용의 확정 문제였다. 결과적으로 개정민법 제548조의2부터 제548조의4까지의 규정이 신설되었지만, 개정민법상의 규정내용은 많은 문제점을 내포하고 있다. 첫째, 개념의 불명확성과 규율범위의 제한 문제, 둘째, 이른바 「합의간주」 규정의 문제,<sup>40)</sup> 셋째, 정형약관의 開示방법상의 문제, 넷째, 약관의 일방적 변경에 관한 문제 등이 있다.<sup>41)</sup>

39) 廣瀬久和, 前掲論文, 175面.

40) 보통거래약관의 본질(구속력의 근거)에 대하여 우리나라의 판례는 「보통거래약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 약관이기 때문이 아니라 보험계약 당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이라고 볼 것인바, 일반적으로 당사자 사이에서 보통보험약관을 계약내용에 포함시킨 보험계약서가 작성된 경우에는 계약자가 그 보험계약의 내용을 알지 못하는 경우, 그 약관의 구속력을 배제할 수 없는 것이 원칙이나, 다만 당사자 사이에서 명시적으로 약관에 관하여 달리 약정한 경우에는 위 약관의 구속력은 배제된다.」는 입장(대판 1983.12.27, 83다카893; 대판 1988.4.12, 88다2; 대판 1989.3.28, 88다4645; 대판 1990.4.27, 89다카24070)이다. 또한 약관규제법은 구속력의 근거에 관한 견해 중 계약설에 기초를 두되, 약관의 사회적 작용과 조화될 수 있도록 규정하고 있다(동법 제3조·제4조 참조). 정형약관임을 이유로 상대방의 포괄적 승낙으로 「추정」된다면 가능할 수도 있겠지만, 「간주」(법률상의 의제)한다면 이는 약관=법규설 혹은 제도설로 선회한 것으로 볼 수 있어 판례의 입장인 계약설과 충돌될 수 있다는 문제가 발생한다.

41) 河上正二, 前掲論文, 104面. 또한 山本豊, 前掲論文, 46面에 의하면, 정형약관의 규정은 ① 규정전체를 정형약관이라는 협소한 공통구조로 편입하려는 경직된 제도설계 사상 ② 특히 「정형거래」라는 이론적 근거가 모호하고 내용이 애매한 개념을 핵심으로 하는 정의 규정(개정민법 제548조의2 제1항) ③협소한 「합의」이해를 전제로 하면서 오히려 과잉표현이 빠져 있는 「合意擬制構成」(제548조의2 제1항) ④시대역행적인 부당조항 규제의 合意擬制排除構成 ⑤정형약관준비자의 거래합리화로 기울어진 적극적인 내용개시를 일률적으로 불요한 개

이러한 문제점들은 개정과정에서 약관을 민법에의 편입을 반대하는 부류와 편입에 적극적인 부류와의 타협의 산물로서 나타난 결과라고 한다.

본 논문에서는 이러한 문제점 중에서 특히 약관에 관한 개념의 한정성과 불명확성, 그리고 이른바 「합의간주」 규정의 문제점을 중심으로 검토하였다. 먼저, 개정민법은 정형약관에 관한 용어의 한정성으로 인하여 종전 약관규제의 대상이 되었던 많은 부분이 민법의 규율대상에서 제외되었다는 문제가 있다. 또한 일본민법은 약관의 일괄성과 획일성을 지나치게 강조한 나머지 약관에 대한 개별적 교섭가능성을 부정하고 있다. 다음으로 이른바 「합의간주」 규정은 고객의 인식가능성이 없는 경우에도 계약에의 편입을 인정하고 있다. 우리나라와 독일, 프랑스에서는 보통거래약관의 계약에의 편입의 전제로서 보통거래약관 적용에 대한 고객의 「동의」 혹은 사전 「합의」가 필요하며, 그리고 적어도 고객의 「인식가능성」은 필요하다고 한다.

개정민법은 대량거래의 효율성을 우선한 반면에, 근대사법의 기본정신인 사적자치의 원칙과 약관작성자의 고객보호라는 「契約正義」에 반한다는 논란이 있다.

## 참고문헌

- 박종희, “보통거래약관법의 민법제로의 통합”, 김형배 외 5인 공저, 「독일채권법의 현대화」, 법문사, 2003.
- 加藤雅信, 「新民法大系 I 民法總則」, 有斐閣, 2005.
- 廣瀬久和, “改正民法案 定型約款規定についての覺書(1)”, 「青山法務研究論集」, 第13号, 2017.
- 大村敦志 「新基本民法 5 契約編」, 有斐閣, 2016.
- 法制審議會 民法(債權關係)部會 第89回 2014年 5月 24日) 議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/001128466.pdf>)
- 山本豊 「契約の内容規制」 山本敬三ほか “債權法改正の課題と方向-民法100周

시청구권규정(제548조의3) ⑥정형약관준비자의 거래획일화로 기울어진 이론적 근거가 불명확한 계약내용 변경규정(제548조의4) 등의 문제점을 지적하고 있다.

- 年を契機として”，「別冊NBL」51号，商事法務，1998.
- 山本豊，“定型約款の新規定に関する若干の解釋問題”，「Jurist」2017. 10.
- 山田創一，“定型約款に関する債權法改正の考察”，「名城法學」，66卷 3号，2016.
- 商事法務 編，「民法(債權關係)の改正に関する中間試案の補足説明」2013.
- 潮見佳男，「新債權總論 I」，信山社，2017.
- 河上正二，【番外編】“債權法講義・特論 -定型約款』規定の問題點-”，「法學セミナー」，第726号，2015.
- Olivier Deshayes/Thoms Genicon/Yves-Marie Laithier, *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations*, LexisNexis, 2016.
- Omri Ben-Shahar and Carl E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, 2014.

[Abstract]

## Study on the Standard Terms and Conditions in Japanese Revised Civil Law

Song, Young-Min

*Professor, Dong-A Law School*

Japanese revised Civil Law, effective from 1 April, 2020, was the large scale revising work in Property Act. The introduction to Civil Law and contents confirmation of 「Standard Terms and Conditions」 system was the center of controversy until the end in revising work in Japanese Civil Law. As a result, the regulation from Article 548 Clause 2 to 4 in Civil Law has been established, but the regulation contents have many problems. First, the

problem of concept ambiguity and limit of regulation range, second, the problem of so-called 「Regarded Consent」 regulation, third, the problem of exhibition measures of standard terms and conditions, fourth, unilateral change of terms and conditions.

This treatise studied focusing on the problem of limitation and ambiguity of concept on the terms and conditions, and 「Regarded Consent」 regulation among the problems. First, many part of objects of former terms and conditions regulation were excluded from the regulation of Civil Law because of limitation of terms on the standard terms and conditions in revised Civil Law. In addition, Japanese Civil Law denies the possibility of individual negotiation because of overemphasizing the collectiveness and uniformity of terms and conditions. Next, so-called 「Regarded Consent」 regulation admits contract transfer in case that there is no possibility of customer's understanding. In Korea, Germany and France, customer's 「Agreement」 or prior 「Consent」, and at least customer's 「Possibility of Understanding」 are necessary as the precondition of contract transfer of general terms and conditions.

Revised Civil Law prioritizes the efficiency of mass trades, however, there is a dispute that revised Civil Law is against 「Contract Justice」, the principle of private autonomy and customer protection, as the basic spirit of modern private law.

**Key words** : Japanese Revised Civil Law, Standard Terms and Conditions, Regarded Consent, Customer's Agreement, Possibility of Understanding, Contract Justice