

「普通保險約款의 拘束力」

徐 庚 林

目 次

- | | |
|---------------|-------------------|
| I. 問題의 提起 | 2. 諸學說에 대한 批判的 考察 |
| II. 約款拘束力의 根據 | 3. 客觀的 合意理論 |
| 1. 諸學說의 吟味 | III. 結 語 |

I. 問題의 提起

오늘날에 있어서의 大部分의 契約은 約款 즉 普通去來約款에 의해 행해지고 있는 것이 보통이다. 民·商法典의 任意規定이 普通去來約款에 의해 代替되지 않는 去來部分이란 거의 없을 정도이며, 制定法이 미처 豫想하지 못했던 現代의인 去來部分, 例컨대 lease 契約, factoring 契約, 自動販賣機 設置契約 등에 있어서는 普通去來約款이 獨步하고 있다.¹⁾

約款이 生成·展開된 內在的 要因으로서는 「多數契約 合理化의 企圖」와 「法律的 手段에 의한 經濟力 強化의 企圖」가 있다고 할 수 있다.²⁾ 또 約款이 어떻게 形成되며, 어떻게 規制되느냐에 따라 여러가지 Pattern이 있다. 約款이 形成되는 樣態로서는 一方的 形成과 雙方的 形成, 즉 企業이나 그 團體와 顧客圈이 共同으로 하여 形成되는 경우가 있으나,³⁾ 우리나라에서는 거의 一方的으로 形成되고 있다. 普通去來約款의 一方的 形成은 約款의 內在的

-
- 1) Vgl., Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz (約款에 對する 消費者保護의 改善에 對하여 提議), 北川善太郎·安永正昭 共譯, 民商法雜誌 73卷1號, 151面
- 2) 米谷隆三 「約款法의 理論」, 595~596面, 石井照久 「普通契約條款」, 35面
- 3) 米谷隆三, 前掲書, 119面

要因中, 「多數契約 合理化的 企圖」 보다는 「法律的手段에 의한 經濟力的 強化的 企圖」에 보다 比重을 두어 展開되어 갈 것이다.⁴⁾ 따라서, 이 경우에 大部分의 顧客(消費者)은 約款의 存在를 알지 못하거나, 또 알고 있었다고 하더라도 內容을 理解할 수 없거나, 가령 理解할 수 있다고 하더라도 納得할 수 없는 條項에 그대로 따를 수 밖에 없는 것이 오늘날의 實情이다. 따라서 이러한 契約은 말하자면 既成品的(ready made) 契約이 되고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 왜 普通去來約款은 拘束力을 갖게 되는 것일까.

한편, 企業은 去來力이 強大한 相對方, 例컨대 巨大海運會社나 巨大 maker 에 대한 保險契約, 또는 巨大企業에 대한 銀行融資契約 등에 대하여는 個別的 交涉過程을 통하여 特別約款이나 特約을 사용하여 普通去來約款을 修正하고 있다. 즉 注文品的(order made) 契約이 되고 있는 것이다. 이러한 事態는 消費者를 保護한다는 見地에서나, 資本主義의 維持·存續이라고 하는 見地에서도 容認할 수 없다. 여기에 바로 約款現象의 根本的인 問題가 있다. 바꾸어 말하면, 個別的 交涉過程을 통하지 않는 企業과 顧客과의 去來에 있어서, 企業이 一方的으로 形成하는 約款에 附從하지 않을 수 없다는 意思, 여기에 合意의 拘束力을 認定해야 할 것인가 어떤가가 問題이다.

II. 約款拘束力の 根據

約款에 의한 契約이 問題가 되기 시작한 것은 19世紀末에서 20世紀初의 獨占資本主義階에서 부터라고 할 수 있다. 즉 獨占資本의 一樣態인 카르텔 形成의 手段으로서 條件 카르텔인 統一約款이 나타났고, 이러한 約款에 의한 契約을 「附從契約(contrat d'adhésion)」이라 理解된 것이다.

現代, 즉 1930年代 以後부터는 國家獨占資本主義體制 내지 「混合經濟」體制의 時代로서 國家는 管理通貨制度에 뒷받침된 「資本主義의 組織化」를 기하게 되었다. 國家는 社會公共의 利益과 直接 關係를 가진 私企業에 대하여 干涉하기 시작했다. 그리하여 事業經營能力을 許可의 基準으로 함과 동시에 積極적으로 監督하기에 이르렀다. 이들 銀行業, 保險業, 運送業, 倉庫業 등 廣義의 公企業이 使用하고 있는 普通去來約款에 대하여도 國家의 強力한 干涉 내지 規制를 하게 되었다. 게다가 오늘날에 와서는 消費者의 權利意識이 높아져 社會公共의 利益과 直接으로 關係가 없는 企業에 대하여도 國家는 規制를 加하지 않을 수 없게 되었다. 또 規制를 함에 있어서도 그 契約關係를 「商人間의 去來」와 「商人(大企業)對 個人消費者의 去來」로 區分하게 되었다. 이러한 動向은 특히 西獨의 「普通去來約款法の 規制에 관한 法律」(Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)에

4) 吉川吉衛 「普通取引約款의 基本理論」(日本保險學會誌 481號), 1978년, 7面

서 찾아 볼 수가 있다. 同法을 보면, 商人間의 去來와 消費者 去來의 異同에 입각하면서 普通去來約款 一般에 대한 規制가 意圖되고 있다.⁵⁾ 이것은 결국 普通去來約款의 規制樣態나 그 形成樣態가 多元的인 側面을 가지고 있다는 것이 되며, 따라서 約款의 拘束力에 대한 把握도 多元的으로 考察되어야 한다고 생각된다. 本論에 있어서는 廣義의 公企業에서 利用되고 있는 約款, 특히 現代 保險約款을 中心으로 그 拘束力의 根據를 把握하고자 한다.

1. 諸學說의 吟味

普通去來約款의 拘束力을 論할 때, 우선 約款이 法規範인가, 아닌가 하는 것이 問題가 된다. 約款이 法規範이 아니라면, 約款은 그 自體로서 바로 拘束力을 갖는 것은 아니다. 따라서 拘束力을 갖기 위해서는 兩當事者의 意思, 즉 約款形成者인 企業과 顧客의 意思가 어느 정도의 形態로든 媒介되지 않으면 안된다. 따라서 學說도 크게 두가지 類型으로 나눌 수가 있다. 그 하나는 約款의 拘束力의 根據를 法規라는 側面에서 찾으려고 하는 立場이고, 다른 하나는 그 根據를 主로 契約이라는 側面에서 찾으려고 한다. 前者의 경우를 「法規型」, 後者의 경우를 「契約型」이라고 類型化할 수 있을 것이다.

1) 法規型的 理論

法規型的 理論에 해당되는 것 中, 代表的인 것은 「自治法」理論이다. 이것은 「社會있는 곳에 法이 있다」는 法諺을 援用하여 團體가 自主的으로 制定한 法規에 法源性을 認定하고, 約款도 定款과 함께 그 例의 하나로서 본다.⁶⁾ 즉 約款은 「約款에 의한 契約」의 前提條件인 法律로서 그 去來圈內的 自治法이며, 自治法은 반드시 法律로 認定된 團體의 組織規制에만 限定될 것은 아니라고 한다.

約款은 現實로 行해짐으로써 實効性이 나타나는 것이며, 단순한 事實이 아니라, 企業의 維持強化 및 去來의 圓滑化라고 하는 商法理念의 支持를 받고 있는 데에 法律로서의 妥當性이 있다는 것이다.⁷⁾

이 說에 의하면, 普通保險約款은 保險契約의 當事者가 그 內容을 이해하고 그 約款에 따르겠다는 合意를 하였느냐 아니냐를 묻지 않고 당연히 保險契約의 체결과 동시에 保險契約關係者를 구속하는 것이며, 이것은 約款의 規範性에서 볼 때 당연한 것이라고 한다.⁸⁾

約款은 확실히 現實의 去來社會에 있어서 「企業의 自治法」이라고 할 수가 있고, 社會學的인 考察을 통해 볼 때, 規範과 類似한 效果를 갖고 있다. 그러나 여기서 問題가 되는 것은

5) 吉川吉衛 前掲書, 16面

6) 約款의 法源性을 認定하는 見解로서는 鄭熙喆, 「商法學原論」(上), 48面; 朴元善, 「새 商法(上)」, 45面; 車洛殿, 「商法(上)」, 212面.

7) 西原寬一, 「商行爲法」, 有斐閣 1960, 46, 52面

8) 鄭熙喆, 商法學原論(下), 20面

約款이 法院에서 通用되는 法規範으로서의 性質을 갖고 있는가의 如否이다. 다시 말하면, 法社會的으로는 約款의 內容이 現實로 法規範으로서의 適格을 갖출만한 合理性을 갖고 있다고 하겠지만, 그렇다고 바로 이것을 實定法的인 意味에서의 法規와 同一視하여 約款 그 自體에 法源性을 認定하는 것이 妥當한가는 疑問이다.

한편, 法律이 企業에 대하여 約款作成을 義務化하고 있는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어, 前者에 대하여는 法律이 企業에게 法規의 制定을 授權하고 있는 것이며, 後者の 경우에는 「約款에 의한다」고 하는 商慣習(法)이 있으면, 이것을 前提로 한 「契約을 締結하려는 當事者の 意思」에 拘束力의 根據가 있다고 한다. 또 이러한 商慣習이 없더라도 企業이 相對方에 대하여 約款適用을 開示하거나 相對方이 이를 받아들리면, 이러한 形式에 「契約을 締結하려는 當事者の 意思」가 있으며, 따라서 拘束力이 있다고 한다.⁹⁾ 그러나 約款作成의 義務化가 바로 그 約款에 대하여 拘束力을 承認한 것이라는 論法은 너무 單純하다.

約款의 拘束力을 形式的 拘束力과 內容的 拘束力으로 나누어, 前者에 있어서는 基本的으로 「當事者の 約款에 의한 意思表示」가 그 根據가 되고, 法律에 의해 約款作成이 義務化되고 있는 경우에는 法律이 企業에게 法規의 制定을 授權하고 있는 것이라고 한다. 約款의 內容的 拘束力에 대하여는 그 內容이 顧客에게 異常하게 不利益, 不衡平한 規定은 顧客의 客觀的 意思에 反하여 合意가 없는 것으로서, 異常하게 不利益, 不衡平한가의 如否는 任意法 規範을 規準으로 判定해야 할 것이라고 하고 있다.¹⁰⁾

이 외에도 約款의 拘束力의 根據를 네가지로 나누어, 첫째 法律이 企業에 대하여 約款의 作成을 義務化하고, 約款을 통해서만 事業을 하도록 하고 있는 경우에는 法律에 의해 約款의 拘束力이 承認된 것이며, 둘째로 企業의 相對方이 約款을 適用할 것을 「承認」한 경우에는 法律行爲의 內容으로서 當事者를 拘束한다고 한다. 셋째로 以上과 같은 「承認」이 없으나 「承認」한 것과 같이 취급하는 경우에는 法律的 行爲에 부여된 法律效果의 內容으로서 當事者를 拘束하며, 넷째로 約款이 慣習으로 되어 있는 경우에는 民法 106條 등에 의해 當事者를 拘束한다는 것이다.¹¹⁾

이들 學說에서 共通되고 있는 것은 約款作成의 義務化가 바로 法律이 當該 約款의 拘束力을 承認한 것이라고 보는 點이다. 그러나 法律이 企業에 대하여 約款을 作成할 義務를 課하고 있다고 하더라도 이러한 企業의 義務와는 直接的으로 關係가 없는 顧客이 왜 當然히 拘束되어야 하는지는 理解하기가 어려운 것이다.

9) 谷川久, 「企業取引と法」(矢澤惇編「現代法と企業」現代法9, 岩波書店 1966年 所収), 156~157面

10) 大塚龍兒 「普通取引約款の拘束力」, シュリスト別冊 法學教室 第二期 8號, 1975年 61~62面

11) 石田稷 「法解釋學の方法」, 203~204面

2) 契約型의 理論

가) 約款指定說: 約款 그것은 단순한 規準(Richtlinien)에 불과하며 法的인 意味는 없다고 한다. 따라서 約款이 契約의 內容이 되는 根據는 特定の 約款에 準據한다고 하는 約款指定에 의한다. Raiser는 이 指定의 構成에 대하여 國際私法에 있어서의 實質的 指定(materielle rechtliche Verweisung)의 概念을 빌고 있다. 그에 의하면, 指定은 契約의 意思表示의 要素로, 이것이 없으면, 約款은 個別契約의 內容이 되지 않는다고 한다.¹²⁾ 이 指定意思是 明示되어 있지 않는 경우에도 約款의 使用이 去來上 自明한 것으로 인정되는 種類의 去來에 있어서는 去來慣行에 의하여 指定이 補充(擬制)된다는 것이다. 例컨대, 去來所, 상당수의 都賣去來, 大規模의 運送·銀行·保險業과의 契約이다.

Raiser가 約款의 生成·展開의 內在的 要因에 대한 理解를 바탕으로 하여, 約款 自體의 規範性을 否定하고, 約款의 「通用(Geltung)」과 通用되는 約款이 지닌 內容의 「妥當性(Gültigkeit)」을 區別하였다는 點, 그리고 이른바 廣義의 公企業이 使用하는 約款에 대하여 問題意識을 갖고 있었다는 點에서 現代의 約款現象에 接近할 수 있는 실마리를 주고 있다. 그러나 約款問題의 主된 領域인 廣義의 公企業과 그 外의 企業과의 차이를 明確히 認識하지 못하였다는 缺陷을 갖고 있다. 또 指定說은 約款의 通用을 窮極的으로 慣習指定에 맡기고 말았다는 點이다. 따라서 이렇게 될 때, 約款通用의 力關係가 그대로 約款內容의 強制라고 하는 力關係와 미묘하게 關聯되어 간다는 約款現象의 特徵을 理論構成에 反映시키게 된다.

결국 이 說은 傳統的인 法律概念을 驅使한 精密한 理論이라 할 수 있으나, 約款 自體의 規範性의 根據를 밝히는 것을 斷念하고 있다는 點에 缺陷이 있다.¹³⁾

나) 白地慣習(法)說: 約款을 制定法과 對比하여 볼 때 商慣習 내지 商慣習法과 類似的 性格을 갖고 있다. 따라서 이 兩者는 形成過程에 있어서 서로 移行하고 있다. 즉 商慣習이 約款化하고 約款이 商慣習으로 移行하고 있다. 이러한 點에 着眼하여 「普通去來約款이 存在하는 去來 분야에 있어서의 契約은 특별한 事情이 없는 限, 「約款에 따른다는 것」 自體가 商慣習(法)化하고 있다는 點에 約款拘束力의 根據를 찾고 있다.¹⁴⁾ 이 說은 日本에서의 支配的 見解임과 동시에 우리나라에서 상당수의 學者들이 이것을 취하고 있다.¹⁵⁾

12) Raiser, L., Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1961. S. 152f.

13) 安秉洙 「註釋商法(上)」 韓國司法行政學會, 274面

14) 石井照久 「普通契約條款」 劉草書房 1957, 33面

15) 石田滿 「普通保險約款의 拘束力」 商法(保險·海商) 判例百選, 別冊ゾクリスト, 1977, 11面. 大森忠夫 「保險法」 有斐閣 1957年, 53~54.

우리나라에서 이 說에 찬동하는 견해로는 徐徵珏 「第二全訂 商法講義(下)」 214面. 崔基元 「商法講義(下)」 336~337面. 安秉洙 前掲書 274面. 孫珠瓚 「保險約款의 成立과 拘束力의 根據」, 保險調查月報(1979年 1月號), 40面. 梁承圭·朴吉俊 共著 「商法要論」 三英社 41面.

이 說은 「約款에 따른다는 것」의 規範性을 客觀的인 去來慣行에서 찾으려고 하는 點에서 意義가 있다. 그러나 約款과 商慣習(法)의 關係를 너무 安易하게 밀착시킴으로써 約款現象의 問題性格을 올바르게 把握할 수 없게 하는 結점이 있다. 특히 새로운 種類의 去來分野에 있어서 約款을 採用할 경우에 그에 대한 說明을 明確히 할 수가 없다. 約款에 의한 意思를 去來慣行에 따라 推論 내지 補充한다는 것은 意思를 擬制하는 것이 되고, 이러한 擬制意思를 根據로 하여 拘束力을 인정할 수는 없는 것이다.

다) 編入合意說(Einbeziehungsvereinbarung) : 約款은 法規範이 아니므로 當事者의 意思와 關係없이 効力을 발생하지는 않는다. 約款은 企業의 意思를 體現하는 一方的 形成契約 規定(einseitig gestaltete Vertragsbestimmungen)이므로, 契約當事者들이 그들이 체결하는 個別的인 契約 속에 이를 編入시킨 경우에만 契約內容으로서 意味를 가지게 된다. 그러므로 普通去來約款을 個別契約 속에 편입시키기 위해서는 當事者의 編入合意가 필요하다. 그러나 이 경우 當事者의 意思는 반드시 明示的인 필요는 없고 默示的이라도 상관없다. 그래서 그 合意가 明示 또는 默示의 編入合意가 있는 경우, 約款의 拘束力은 法律行爲上의 自己決定(Selbstbestimmung)의 原理에 근거한다. 또 이러한 경우가 없더라도 企業의 契約의 意思表示가 客觀的으로 판단하여 約款의 編入에 關係되고, 顧客이 異議없이 契約의 意思表示를 한 경우에는 編入合意가 있다. 이 경우 約款의 拘束力은 自己決定의 原理에 대한 反射的 效果이며, 私的 自治에 由來하는 것으로서, 法律行爲를 행할 당시의 自己責任(Selbstverantwortung)의 原則에 根據한다. 다시 말하면 顧客이 나타낸 一定의 法律行爲의 意思表示로 볼 수 있는 態度(여기에서는 同意로서, 顧客이 約款에 대한 異議가 없을 때)가 顧客에게 歸責되는 것은 自己決定 및 自己責任이라고 보고, 顧客이 去來時에 必要한 注意를 한다면, 自己의 態度가 第三者에서 一定의 意思表示를 한 것으로 解釋될 수 있는 것을 알지 않으면 안 되었던 경우와 같은 것이다. 즉 約款을 個別契約에 編入시킴에 있어서 明示의 意思表示가 없는 경우에는, 顧客이 約款을 알 수 있는 것만으로는 안되고, 알지 않으면 안되었을 때, 비로소 顧客이 同意한 것이 되며, 이를 위해서는 企業이 明白히 그리고 誤解하지 않도록 指示하는 것이 必要하다고 한다. 그래서 Schmidt - Salzer는 具體的으로 營業所에 있어서의 揭示, 約款의 廣告, 文書에의 記載 등 여러가지 경우를 檢討하고 있다.¹⁶⁾ 요컨대, 普通去來約款의 妥當根據는 어느 경우에도 意思表示라고 한다.

라) 客觀的 意思說 : 約款의 拘束力을 契約에 두는 것은 아무리해도 意思의 擬制를 사용하지 않을 수 없는 것이다. 그런데, 그것이 擬制인가 아닌가가 重要한 것이 아니라, 그 擬制는 무엇을 위해 무엇을 豫定하여 擬制한 것인가가 問題인 것이다.

그런데 反對로 契約當事者를 拘束하는 基盤은 역시 그 者의 意思라는 點에서 出發하여, 約

16) Schmidt - Salzer AGB, S. 24 ff.

款의 拘束力의 根據를 「客觀的 意思」에 구하려고 한다. 여기서 客觀的 意思라고 하는 것은 원래 當事者의 個別的·具體的인 意思는 아니다. 그것은 約款에 의한 契約當事者에게 普遍的으로 存在하는 意思이다. 이러한 意思는 法院의 認定에 의해 現實化될 것이나, 約款의 올바른 解釋에서 끌어내지 않으면 안된다고 한다.¹⁷⁾

2. 諸學說에 대한 批判的 考察

以上과 같이 法約款의 拘束力의 根據에 대하여 이를 法規型 理論과 契約型 理論으로 大別하여 살펴 보았다.

近代市民法에 있어서의 法的 拘束力에 대한 基本的 根據는 물론 當事者의 自發的인 合意이다. 그 合意도 兩當事者의 平等과 事前의 충분한 商議가 그 前提로 되는 것이다. 그러나 約款을 媒介로 한 契約-附從契約-에 있어서는 이러한 市民法的 合意는 明白히 存在하지 않는다. 附從契約에 있어서는 附從者는 提供者의 壓倒的인 社會的·經濟的 優越性, 約款內容의 詳細함, 그리고 高度의 專門性 등의 理由로, 단지 約款 全體를 承諾한 것인가 안할 것인가를 決定할 수 있는 自由만을 갖고 있을 뿐이고, 個個의 條項에 대하여 交渉할 수 있는 餘地가 없는 것이다. 더우기 生活必需品에 관한 契約에 대하여는 締約하지 않을 自由마저 없는 것이다.

法規型 理論은 約款을 둘러싼 現實을 社會學的으로 直視하려고 한다. 그리하여 約款現象에 대하여 一定의 事實的 支配關係를 인정하고, 이것을 根據로 約款을 一種의 法規로 把握하여 그 法規的 性質에 拘束力의 根據를 찾으려고 한다. 그러나 約款이 事實的으로 法律的 性格을 갖고 있다고 하더라도 그 作成이나 目的에 있어서 制定法과 비견할 수 없을 정도로 차이가 있다. 또 法規型 理論은 約款에 있어서 事實的인 支配服從關係가 왜 法的인 支配服從關係로 될 수 있는가에 대한 說明이 明確하지 않다. 따라서 契約型 理論으로부터의 비판도 이 點에 集中한다. 요컨대, 法規型 理論이 拘束力의 根據로 하는 이른바 事實上的 支配服從關係는 法社會學的으로는 規範關係로서 볼 수 있으나 約款 自體는 規範이 될 수 없는 것이다. 事實的인 規範이 法規範이 되기 위해서는 慣習法으로 認定되는 경우와 같이 法規範에 의하여 根據化될 수 있어야 한다.

法規型 理論은 이러한 法理論上的 難點으로 인하여 約款의 濫用을 助長하고, 現實을 追從하게 되어 결국 獨占大企業의 大衆支配를 合法化하는 機能上的 危險을 초래하게 된다. 왜 附從者의 意思와는 관계없이, 또 國家의 法規範과의 關聯도 지우지 않고 約款에 대하여 法으로서의 權威를 주어야 할 것인가.

法規型 理論의 一種이면서 獨自의 見解를 나타내는 것에 오오류우(Hauriou)의 制度說이

17) 戶田修三 「主務大臣の認可を受けずに變更した約款の効力」(「保險判例百選」 1966年所収), 14~15面

있다. 그는 附從契約이 形成되는 경우에는 行政과 같은 「완전히 完成된 制度」, 또는 保險, 運輸와 같은 「形成途上의 制度」가 存在한다고 한다. 그에 의하면 「制度」라는 것은 「社會的 環境 속에 法的으로 實現되어 持續하는 바의 일 또는 企劃의 理念」으로서, 이 理念의 實現을 위하여 「制度」에서 「權力」이 組織되고, 또 利害關係를 가진 集團構成員을 統制하는 것이다. 결국 오오류우에 의하면, 約款은 이 集團統制의 하나의 基準이 되는 것으로서, 理念의 實現이라는 「制度」 構成員의 共同目的上 必要한 統制라는데 根據를 둔다. 그리하여 約款을 로마法에 있어서의 Lex 또는 私的 法律(loi privée)로 把握하는 것이다. 따라서 附從契約은 그 契約的 外觀에 관계없이 單獨行爲이며, 「附從」은 意思表示가 아니라 「制度」에의 加入이라고 하는 事實行爲에 지나지 않는다고 한다.

오오류우가 主張하는 「制度」라고 하는 概念은 극히 哲學的이며 또 難解하다. 그러나 法規型 理論이 根據로 하는 事實上의 支配服從關係는 어디까지나 事實 그것에 지나지 않은 것으로서, 約款이 法이 될 수 있는 根據가 박약하다. 이에 對해 制度說은 그 「理念」 實現을 위하여 必要한 內部的 統制에 約款 拘束力의 根據를 두려고 하였다.¹⁸⁾

그런데, 「制度」라고 하더라도 그것은 여러가지 樣態가 있는 것이며, 특히 約款을 媒介로 하는 「制度」에 까지 一律적으로 法的 強制力을 준다는 것은 妥當하지 않다. 왜냐하면, 約款을 媒介로 하는 「制度」에는 一般的으로 이것에 대한 加入(附從)이 事實上 強制되어 있는 경우가 많고, 또 加入後에도 「制度」의 運營에 대하여 附從者의 意思가 反映되기 어렵기 때문이다.

近代 市民法에 있어서는 合意를 기초로 하지 않는 強制는 原則적으로 國家法 以外에는 인정될 수가 없다. 따라서 「制度」의 內部規範에 지나지 않는 約款이 法的 効力을 갖기 위해서는 國家法에 의한 授權 내지 認定이 必要한 것이다.

한편, 契約型 理論은 約款을 어디까지나 契約內容으로서 理解하고, 그 拘束力의 根據를 附從者의 合意에 구하려고 한다. 따라서 「附從」은 단순한 事實行爲가 아니라 契約의 要素인 承諾의 一特殊型에 지나지 않는다. 附從契約이라고 하더라도 一般 契約의 경우와 같이 兩當事者의 共通意思가 그 基礎로 되는 것이며, 따라서 約款의 拘束力도 「附從」이라는 特殊型을 취하는 附從者의 承諾 自體가 그 要素가 되는 것이다.

그러나 契約型 理論도 弱點이 없는 것은 아니다. 특히 問題가 되는 것은 이 理論의 要素가 擬制的이며, 그 論據도 消極的이라는 點이다.

3. 客觀的 合意理論

앞에서 살펴 본 바와같이 現代에 있어서의 約款問題는 어느 一側面만을 가지고는 解明될 수

18) 安井 宏 「普通約款의 拘束力에 關する一考察」(法と政治 24卷 2號) 1973, 273面.

없는 複雜한 양상을 띠고 있다. 따라서 이러한 現象을 올바르게 把握하기 위해서는 法律型 理論이나 契約型 理論 그 어느 것 하나만으로는 부족하다. 여기에 바로 約款의 拘束力에 대한 多元的인 把握이 필요한 것이다.

現代에 있어서의 約款에 의한 契約에는 公的 契機와 私的 契機가 存在한다고 할 수 있다. 물론 公的 契機가 存在한다고 하여 監督官廳의 許可 내지 認可를 얻은 保險約款이 그것만으로 바로 拘束力을 갖는 것은 아니다. 이것만으로는 不充分하고, 契約當事者의 合意가 없이는 約款의 拘束力은 發生하지 못한다고 보아야 한다.

우선, 保險約款이 拘束力을 갖기 위해서는 監督官廳의 認可에 媒介되어 행해지는 監督官廳의 保險政策이 約款에 插入되어져야 한다. 이것은 必要條件이긴 하지만 必要充分條件은 아니다. 여기에 契約當事者의 意思의 合致가 있어야 하는 것이다. 西獨의 約款規制法을 보면 이상과 같은 理論認識에 많은 시사를 주고 있다. 즉 建築貯蓄組合契約, 保險契約 등에 내해서는 그 普通去來約款이 監督官廳의 認可를 받고 있을 경우에는 同法이 要求하는 約款의 個別契約에의 編入要件의 一部를 適用除外하는 것으로 하고 있다(同法 第 23 條 3 項). 즉, 約款利用者가 그 約款에 대한 認可를 얻고 있는 경우에는 契約締結時에 그 約款을 明示的으로 指示하는 것, 또 期待可能한 方法으로 約款內容을 알리는 機會를 주는 것(同法 第 2 條 1 項 1 號, 2 號)을 행하지 아니 하여도 約款은 契約의 構成部分이 되고 있다. 따라서 同法에 의하면 監督官廳의 認可에 상당한 比重을 두고 있는 것이다.

한편, 이렇게 認可된 約款이라고 하더라도 約款適用에 있어서 相對方의 同意(einver-stehen)까지 不必要한 것이라고는 하고 있지 않다. 즉 認可된 約款이라고 하더라도 相對方의 同意는 必要한 것으로 되고 있는 것이다.

이상과 같이 保險約款이 認可되고, 또 契約當事者의 意思가 合致되면 그 約款은 拘束力이 생긴다. 그러나 여기서 契約當事者의 意思란 具體的으로 어떤 것인가가 問題가 된다.

우선 保險者의 意思는 約款文言에 具體的으로 實現된 契約의 諸條件이다. 그리고 이 契約의 諸條件은 保險者가 監督官廳의 認可를 얻은 後에는 監督官廳의 政策이 具體化되어 나타난 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 監督官廳은 認可를 통하여 그의 Fiscal Policy의 一環으로서의 保險政策을 保險約款에 插入한 것이기 때문이다. 그러나 이렇게 保險政策이 插入되어 있다고 하더라도 그 契約의 諸條件이 規範的 効力을 갖는 것은 아니다. 이 約款이 個別契約의 內容이 되기 위해서는 保險者의 意思와 保險契約者의 意思가 媒介되어 있지 않으면 안된다. 그것은 保險契約者가 保險者에 대하여 保險契約를 申請하고, 保險者는 이에 대한 承諾을 하는 과정에서 包含되어 있는 것이다.

그러면, 保險契約者의 意思란 어떤 것인가. 그것은 實際로는 保險者의 意思인 約款文言의 契約諸條件에 그대로 따른다고 하는 意思이다. 그러나 法的으로는 保險契約者가 되려고 契

約關係에 들어간 이상에는 무엇인가를 기대하여 그러한 關係에 들어갔다고 보지 않을 수 없다. 우선 이 期待意思가 바로 保險去來를 함으로써 얻는, 말하자면 對價性 確保의 期待에 향해진 意思라고 할 수 있다. 그 다음에 이러한 意思는 그 約款을 사용하고 있는 保險種目에 대하여 顧客圈에 있는 契約者 總體에 普通的으로 存在하는 意思라고 할 수 있고, 이러한 意味에서 客觀的인 意思이다.¹⁹⁾ 前者가 「客觀的 意思」라면, 後者는 그 形式이라 할 수가 있다.

요컨대, 約款 拘束力의 第2의 必要條件인 契約當事者의 合意는 約款文言에 體現되고 있는 保險者의 意思와 「客觀的 意思」인 保險契約者의 意思와의 合致, 즉 「客觀的 合意」로 構成할 수가 있다. 그리하여 監督官廳에 의해 그의 保險政策을 約款에 挿入했다는 必要條件, 그리고 保險者와 保險契約者間의 「客觀的 合意」라는 必要條件이 充足되어 있으면 이것만으로써 約款 拘束力의 充分條件이 된다는 것이다. 이것을 事實現象的으로 보면, 監督官廳의 認可로 媒介되어 保險政策이 挿入된 約款을 保險者가 指示하고, 이에 應하여 顧客이 客觀的 意思로써 異議없이 따른다고 하는 것이 된다.

이러한 理論構成은 다음과 같은 두가지의 長點을 갖는다.

첫째로 두가지의 必要條件이 充足됨으로써 約款 拘束力의 充分條件이 될 수 있으므로, 理論構成上 去來價行에 구매되지 않는다는 것이다. 따라서 支配的 見解라고 할 수 있는 白地 慣習(法)說이 갖고 있는 缺陷, 즉 理論構成에 있어서 約款에 의해 契約한다는 去來價行이 存在가 必要하다는 것, 그렇다면 새로운 去來分野에 있어서의 約款의 拘束力을 說明할 수 없다는 것, 이러한 缺陷을 극복할 수가 있다는 것이다. 이와 關聯하여, 約款通用의 力關係가 그대로 約款內容을 強制하는 力關係로 微妙하게 關聯지우게 된다는 約款現象의 特徵을 理論構成에 있어서 遮斷할 수가 있다는 것이다.

둘째로 約款 拘束力에 대한 이 두가지의 必要條件 中 어느 것이 빠지더라도 約款은 그 拘束力을 가질 수가 없다는 것이다. 이것은 現代에 있어서의 保險約款 全體에 대하여 말할 수 있는 것으로 그것이 家計保險인가 또는 企業保險인가의 差異에 따라 그 結論이 다르게 나타날 수 있는 것은 아니기 때문이다. 요컨대, 兩者는 Fiscal Policy 의 一環으로서 保險政策이 對象이 된다는 點에서 다르지 않기 때문이다.

19) 吉川吉衛, 前掲書, 44面.

III. 結 語

保險은 원래 危險 속에 놓여 있는 많은 사람들이 經濟生活을 위협하는 각종의 危險을 效率的으로 分散시켜 危險에 대비하는 制度이다. 그리하여 保險事業은 필연적으로 多數의 保險加入者를 대상으로 하는 危險團體의 觀念에 기초를 두어 「大數의 法則」에 따라 그 危險을 分散시킴으로써 保險加入者에게 우연한 事故로 인하여 생길 經濟生活의 불안을 제거 또는 완화시키는 것으로 公共의 利益과 密接한 關聯을 맺고 있는 것이다. 따라서 保險事業은 단순히 保險者와 保險契約者 間의 個人的인 利益調整만을 目的으로 하는 것이 아니라 널리 保險團體 全體의 利益을 고려해야 하고 이러한 理由에서 保險契約에 대한 國家規制를 행하고 있는 保險監督制度, 즉 保險業法을 重視하지 않을 수 없는 것이다. 保險業이 政府의 嚴格한 監督下에 있다는 것은 保險會社가 비록 株式會社의 形態를 취하고 있다 하더라도 保險事業이 公共의 利益에 막대한 영향을 준다는 점에서 이른바 廣意의 公企業으로 觀念하게 된다.

오늘날 保險產業의 發達과 함께 保險契約을 둘러싸고 消費者保護問題가 제기되고 있다. 주지하는 바와 같이 保險事業은 우연한 事故의 發生을 條件으로 保險者의 保險金支給責任을 인정하는 것이므로, 保險制度를 惡用함으로써 發生할지도 모르는 道德的 危險을 제어할 制度的 장치가 요구되는 것은 당연한 일이다. 따라서 保險商品은 一般的인 製造商品과는 전혀 다른 것이며, 消費者保護라는 側面도 不良危險에 의하여 自身の 利益을 도모하려는 保險契約者를 응징하고, 善意的 保險契約者의 利益을 保護하여 保險團體의 均衡을 유지한다는 觀念에서 理解되어야 한다.²⁰⁾ 따라서 保險監督制度는 단지 保險契約者의 保護만을 위해서 存在하는 것은 아니다. 이 制度는 本質的으로 保險制度가 가진 構造의 特殊性 및 社會的 總資本의 要請에 根據를 두고 있다.

오늘날에 있어서의 保險契約은 約款에 의거하여 契約이 締結되고 있으면서도, 그 契約의 內容은 兩當事者의 私的 意思와는 관계없이 監督官廳의 公的인 處分에 의하여 形成되고 고쳐질 可能性이 있다. 경우에 따라서는 具體的으로 處分이 행해지지 않는더라도 그 可能性은 항상 存在한다. 保險契約이 이러한 可能性을 恒常的으로 包含함으로써 國家政策은 保險契約에 貫徹되고 또 政策의 具體化가 實現된다고 할 수 있다. 따라서 現代에 있어서의 約款에 의한 契約은 公的 契機가 內包되어 있는 것이다. 이것은 監督官廳의 行政行爲에 의거한다. 또 이 保險契約에는 私的 契機도 內包하고 있다. 이 私的 契機의 中核이 바로 兩當事者의 合意라고 하는 것이다.

20) 梁承圭 「商法中 保險編의 改正方向」(月刊「損害保險」), 1981.8., 10面.

요컨대, 약款 拘束力의 根據로서 不可缺한 要件이 두가지가 있다. 우선, 監督官廳의 認可에 媒介되어 행해지는 약款에 保險政策이 插入되어야 한다는 것이 첫째의 根據이며, 法律構成에 있어서 第一의 必要條件이다. 그 다음에 이러한 약款에 의거하여 契約當事者가 행하는 「客觀的 合意」, 즉 약款의 定型的 契約條件에 體現되어 있는 保險者의 意思와 保險契約者의 「客觀的 意思」와의 合致, 이것이 두번째의 根據이며 法律構成에 있어서 第二의 必要條件이다. 이 두가지가 약款 拘束力의 不可缺한 要件이며, 拘束力의 法律構成에 있어서 充分條件이라 할 수 있다.

결국 現代에 있어서의 약款의 問題는 歷史的 視角과 함께 多元的으로 把握하지 않으면 그 本體가 드러나지 않는다. 따라서 廣義의 公企業이 使用하는 약款과 기타의 企業이 使用하는 약款으로 나누어 그 差異를 살피는 것이 重要하다고 생각된다.

우선 廣義의 公企業에서 使用되는 약款의 拘束力에 대하여는 原則적으로 現代保險約款과 같은 法律構成을 할 수가 있다. 기타의 企業에 대하여는 私的 契機로만 形成되는 契約이며, 이것이 定型的으로 되는 경우에 약款이 된다. 이러한 약款의 拘束力은 어디까지나 契約 當事者의 合意이다. 이 合意가 「客觀的 合意」로 연결되기 위해서는 그 前提로서 약款의 明示的 指示 및 認識可能性의 創造, 즉 약款의 開示가 顧客에게 알 수 있도록 하지 않으면 안된다. 왜냐하면, 약款이 開示되지 않을 경우에는 약款利用者의 相對方, 즉 顧客은 그 약款에 대한 自己決定 내지 自己責任을 질 수가 없기 때문이다. 西獨의 「約款規制法」 第2條를 보면, 普通去來約款이 契約에 編入되는 要件으로서 契約締結에 즈음하여 當該約款을 明示的으로 指示할 것(同條 1項 1號), 相對方에 대하여 期待可能한 方法으로 약款內容을 알 機會를 줄 것(同 2號), 相對方이 약款適用에 關係 同意하고 있을 것(1項 後段) 등의 要件을 들고 있다. 이것을 보아서도 알 수 있는 바와 같이 普通去來約款은 法規範이 아닌 契約法規範으로서, 當事者의 客觀的 合意에 이르는 길을 明示하고 있다고 하겠다.

客觀的 合意理論에 있어서 약款 拘束力의 理論構成은 廣義의 公企業이 使用하는 약款에 대하여는 監督官廳의 認可에 媒介된 그 政策의 約款에의 插入, 그리고 客觀的 合意가 그 拘束力의 根據이고, 기타의 약款에 대하여는 客觀的 合意만이 그 拘束力의 根據가 된다고 할 수 있다. 그런데, 問題가 되는 것은 契約當事者에 있어서의 「客觀的 合意」를 어떻게 確定할 것이냐이다. 이것은 약款의 解釋論과 關係되는 問題이므로 여기서는 未解決로 남겨 둔다.

– Summary –

The Grounds for Validity of the Policy Conditions

Kyong -lim Seo

The grounds for the validity of the policy conditions are as follows;

1. The fiscal policies stated in the policy conditions are those which the competent authorities permit.
2. The contract, based on the policy conditions, should be reached by objective agreement.

The above are necessary and sufficient conditions to support the validity of the policy conditions.