

# 約款規制와 消費者去來

徐 庚 林\*

## 目 次

- |                     |                    |
|---------------------|--------------------|
| I. 問題의 提起           | 2) 個別的 意思와 約款의 拘束力 |
| II. 商人間의 去來와 消費者去來  | 3) 客觀的 合意와 約款의 拘束力 |
| III. 消費者去來와 約款의 拘束力 | IV. 結 語            |
| 1) 明示와 約款의 拘束力      |                    |

## I. 問題의 提起

오늘날 企業이 消費者 大衆을 상대로 約款을 통하여 처리하고 있는 일상의 去來에 있어서는 契約自由의 原則이 그대로 통용되지 않는다.

大量生産·大量販賣·大量消費로 이어지는 商品去來에 있어서 모든 企業이 去來時마다 個別的인 商談을 통하여 契約의 内容이나 方法을 정해야 한다면, 企業은 大量販賣를 할 수 없다. 消費者 역시 번거로움을 면할 수가 없다. 여기에 約款이 등장하게 되는 契機의 하나를 발견하게 된다.

約款은 定型契約을 통하여 우리의 去來生活을 簡易化한다. 이것은 企業活動의 旺盛, 合理化라는 商法의 理念에도 合致하는 것이다. 그러나 그 이면에는 逆機能的인 側面을 갖고 있다.

約款이 企業에 의해 一方的으로 作成되는 경우에는 利益의 調整은 물론 去來上의 危險分配를 자기에게 유리하게 유도한다. 企業은 約款을 통하여 그가 제공하는 財貨 및 用役に 관여하고자 하는 모든 사람들과의 法的 關係를 자기에게 유리하게 형성할 수 있다. 따라서 約款이 作成되는 또 하나의 契機는 企業維持를 위해 企業活動에서 생기는

\* 濟州大學校 法學科 教授, 法學博士, 濟州大 法과 政策研究所長

## ② 約款規制와 消費者去來

不測의 危險을 고객이나 消費者의 不利益으로 전가 시키려는 의도를 내포하고 있다.

요컨대 約款을 利用하는 企業者는 集團去來 合理化란 이름으로 실질에 있어서는 法律的手段에 의한 經濟的 強化의 企圖가 있는 것이다. 특히 一方的으로 만들어진 約款의 경우에는 「多數契約 合理化의 企圖」라는 기능적인 側面보다는 「法律的手段에 의한 經濟力 強化의 企圖」라는 側面에서 주로 전개되어 갈 것이다.

한편, 대부분의 고객, 특히 消費者의 경우에는 約款의 存在를 알지 못하거나, 또 알고 있었다고 하더라도 그 內容을 이해할 수 없거나, 이해할 수 있다고 하더라도 납득할 수 없는 조항에 그대로 따를 수 밖에 없는 상황에 처하고 있는 것이다. 따라서 企業과 消費者 사이에는 既成品的(ready-made) 契約이 되고 있는 것이다.

그런데, 企業은 交渉力이 강한 相對方, 예컨대 巨大한 海運會社나 製造業者에 대한 保險契約, 또는 大企業에 대한 銀行融資契約에 대하여는 個別的 交渉을 통해 特別約款이나 特約을 내세워 約款을 수정하고 있다. 즉 注文品の(order-made) 契約이 되고 있는 것이다. 이러한 현상은 消費者를 保護한다는 견지에서 볼 때, 쉽게 납득할 수 없는 것이다. 여기에 바로 約款現象의 근본적인 問題가 있다.

19세기 자유주의 단계에서의 近代 市民法은 等質의 市民인 商品所有者 相互間의 紛爭의 처리를 주임무로 하였다. 그러나 現代法은 서로 성질을 달리 하는 私的 利益 사이의 紛爭, 예컨대 勞使間의 紛爭, 獨占企業과 消費者間의 紛爭과 같은 것을 처리하는 것을 목적으로 하게 되었다. 이러한 새로운 형태의 紛爭에 있어서는 각 階層의 구체적인 利益의 인식과 이에 대한 價値判斷이 중요한 의미를 갖게 되고, 여기서 法判斷과 政策判斷은 분리하기 어렵게 된다.<sup>1)</sup>

## II. 商人間의 去來와 消費者去來

현대는 이른바 國家 獨占資本主義體制 내지 「混合經濟」 體制의 時代로서 국가는 管理通貨制度에 뒷받침된 「資本主義의 組織化」를 기하게 되었다. 그리하여 社會公共의 利

1) 渡邊洋三, 「法律學」(法社會學講座), 1973, pp.217~21.; 梁建, 「法社會學」, 1986, 18면

益과 직접 관계를 가진 私企業에 대하여 간섭하기 시작했다. 이러한 기업에 대하여는 事業經營能力을 許可의 기준으로 하고, 특히 保險業, 運送業, 倉庫業 등에 대하여는 이들이 사용하고 있는 約款에도 질적으로 강화된 국가의 규제가 가해지게 되었다.

더우기 오늘날에 와서는 消費者의 權利意識이 높아져 公共의 利益과 직접적으로 관계가 없는 기업에 대하여도 규제하지 않을 수 없게 되었다.<sup>2)</sup>

또 규제를 함에 있어서도 그 契約關係를 「商人(大企業) 對 個人消費者의 去來」로 구분하게 되었다. 특히 商人 對 消費者去來(以下에서는 「消費者去來」로 부르기로 한다)에 있어서 交渉力 不均衡(inequality of bargaining power)의 문제야말로 오늘날의 約款現象의 문제를 해결함에 있어서 근본적인 열쇠가 된다고 하겠다.

商去來에 있어서 交渉力 不均衡의 重要性이 분명하게 인식되기 시작한 것은 美國에서 비롯했다고 할 수 있다.<sup>3)</sup> 1873년의 聯邦大法院 判決에서 大法官 Brady는 다음과 같이 지적하고 있다.<sup>4)</sup>

「運送人과 顧客은 對等한 입장은 아니다. 고객은 一百萬 중의 一個人에 불과하다. 그는 흥정하거나 버틸 수가 없으며, 법정으로 賠償問題를 끌고 갈 수가 없다. 오히려 運送人이 제시한 어떤 文書에도 서명하는 쪽을 택한다. …… 대부분의 경우, 서명하거나 그렇지 않으면 그의 業務를 포기하는 수 밖에 다른 도리가 없다.<sup>5)</sup>

交渉力 不均衡의 問題가 크게 거론되어 중요한 判例로 등장한 것은 製造物 責任에 관한 Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.<sup>6)</sup> 事件이었다.

이 사건은 原告가 그의 남편이 사준 자동차를 운전하다가, 핸들장치의 결함에 의한 사고로 重傷을 입어, 製造者 및 中間販賣者를 상대로 過失과 擔保責任을 이유로 損害賠償을 청구한 것이었다. 자동차 賣買契約書에는 90日 또는 주행거리 4,000마일 이내에 결함이 있으면 責任을 진다는 擔保條項이 포함되어 있었다.

이 사건에서 被告는 原告에 대하여 직접적인 法律關係가 없으며, 또 免責約款을 이유

2) 예컨대 割賦去來에 관한法律(1991년 制定), 訪問販賣등에 관한 法律(1991년 制定)등이 있다.

3) Nicholas S. Wilson, Freedom of Contract and Adhesion Contracts, 14 Int. & Comp. L. Q. 182(1965)

4) New York Central R.R. v. Lockwood, 84 U.S. (17 Wall.) 357(1873)

5) Ibid. p.379.

6) 32 N.J. 358, 161A. (2d) 69(1963)

#### ④ 約款規制와 消費者去來

로 責任이 없음을 주장하였다. 이에 대해 法院은 자동차 賣買契約에 있어서 默示的 擔保를 대신한 制限된 明示的 擔保는 交渉이 없이 購買者에 科하여 진 것이므로 「公序良俗 (public policy)에 반하여 無効가 되지 않을 수 없다」고 판결하였다.

이에 관하여 學說도 일반적인 契約法上의 原則들은 일반 당사자들이 交渉力을 갖지 못할 때에는 합리적으로 적용 할 수가 없다고 전제하고, 附從契約에 있어서는 이러한 原則들을 적용해서는 안될 것이라는 지지를 표하고 있다.<sup>7)</sup>

이와 같이 美國에서는 法院의 先見的·劃期的인 判決에 힘입어 消費者의 權利意識이 높아졌고, 이것은 정부에게 소비자문제를 政策의 根幹으로 채택하도록 촉구하는 계기가 되어 결국 立法化로의 진척을 보게 된 것이다.

케네디 대통령이 消費者 保護에 관한 特別敎書로서 이른바 消費者 4權을 천명한 때가 1962년이었다. 따라서 「商人間의 去來」와 「商人 對 消費者去來」를 구별하여 규제하기 시작한 것은 60년대 이후라고 할 수 있다.

獨逸에서는 예컨대 레빈더(M. Rehbhinder)에 의하면, 市民社會의 옛 賣買法은 곧 國家와 商事會社間 내지 商事會社 상호간에 체결되는 이른바 供給契約과 오로지 消費者의 去來에만 관계되는 賣買契約이라는 서로 구별되는 契約類型으로 代替될 것이라고 기술하고 있다.<sup>8)</sup>

볼프(M. Wolf)도 장래에 있어서는 「交渉力 不均衡(inequality of bargaining power)」이 있는 경우에는 美國法을 참작한 계약당사자의 武器平等의 原則과 對等性이라는 관점에 중점을 두어야 할 것이라고<sup>9)</sup> 전망하고, 이 兩者를 구별하는 것이 合目的的이라고 한다.<sup>10)</sup>

商人間의 去來와 消費者의 去來에 대한 分別을 분명히 한 것은 獨逸의 「約款規制法 (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen : AGB od. AGB-Gesetz)」이라고 할 수 있다. 이 法은 兩者의 異同에 입각하면서 約款

7) Nicholas S. Wilson, op. cit. at 178; Arther Allen Leff, Unconscionability and the Code-the emperor's new clause 115 U. Pa. L. Rev. 508(1967)

8) M. Rehbhinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin, 1972. S. 38

9) Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, S. 107.

10) Manfred Wolf, aaO., S. 23off.

일반에 대한 규제를 의도하고 있기 때문이다.

첫째로 이 법은 商人間의 去來에 대하여는 約款의 約款에의 採用要件에 관한 第2條, 約款의 內容規制에 관한 相對的 無効條項인 第10條, 約款의 內容規制에 관한 絶對적 無効條項인 第11條, 그리고 國際的 適用範圍에 관한 第12條의 규정은 적용되지 않는다(同法 第24條 1文). 그러면서도 이 법 第1條의 約款의 概念規定에 포함되는 約款은 모두 규제대상으로 하고 있는 것이 原則이다. 다만 완전히 適用에서 제외되는 것은 勞動法, 親族相續法, 그리고 會社法의 분야일뿐이다(同法 第23條 1項).

둘째로 商人間의 거래에 대하여는 第9條의 一般條項을 적용함에 있어서 商去來上의 慣習과 慣行을 적당히 고려해야 한다고 규정하고 있다(同法 第24條 2文 後段). 그러나 「商人 對 消費者의 去來」에 대하여는 이것이 정해져 있지 않다.

이들 규정들은 특별히 最終消費者의 保護를 目的으로 한 것이다. 여기서 商人間 去來의 規制의 필요성을 충분히 고려하고 있지 않는 이유는 商人間의 去來에 있어서는 상대방 보호의 필요성이 그렇게 크지 않기 때문이다.

그 외에 1977년에 제정된 英國의 「不公正約款規制法(Unfair Contract Terms Act)」에서도 免責條項의 타당성을 판단함에 있어서, 먼저 그것이 消費者契約인가 아닌가, 合理性의 요청에 맞는가 아니가를 심사하도록 규정하고 있다. 消費者契約인 경우에는 물건의 하자나, 製造者의 過失로 인한 損害에 대한 責任이나 責任制限은 허용되지 않는다(同法 第5條, 第6條).

우리나라는 獨逸의 約款規制法을 모범으로 하여 1986년에 「約款의 規制에 관한 法律」을 제정하였다. 우리 約款規制法이 商人間의 去來에도 적용됨은 그 立法理由 및 法 전체의 규정상 명백하다. 立法過程에서는 이 법의 적용을 消費者 去來에 한정시킬 것인가 또는 商人間의 去來에 확대할 것인가가 매우 진지하게 논의되었다. 그 결과 事業者의 獨占的 地位의 濫用이나 兩 去來當事者의 經濟力의 不均衡이란 요소는 消費者去來에 국한되는 현상이 아니라, 大企業과 小商人과의 거래에도 빈번히 나타나므로 不公正約款條項 규제의 필요성은 商人間의 거래에도 존재한다고 판단하여 원칙적으로 모든 거래에 이 법을 적용하도록 立法化하였다는 것이다.<sup>11)</sup>

11) 李銀榮, 「約款規制法」, 1994, p. 748

## ⑥ 約款規制와 消費者去來

우리의 約款規制法은 獨逸의 約款規制法을 모델로 하였고, 또 第1條에서 消費者 保護를 第一義的 目的으로 하고 있음에도 불구하고 商人間의 거래와 消費者의 去來를 分別하지 않았다는 것은 문제가 있다.

독일에서는 約款規制法의 制定 전부터 이 法의 保護目的과 관련하여 法의 성격 및 適用範圍를 두고 다툼이 있었다.

즉 이 法의 보호목적을 경제·사회적인 약자인 消費者의 보호에 둔다면, 이 法은 消費者 保護法의 하나로서 約款法에서 떨어져 나와 特別法의 성격을 띠게 된다. 또 人的 適用範圍는 소비자에게 한정되어 소비자 거래에 사용되는 약관만이 적용대상이 된다.

반면에 이 法의 보호목적을 약관사용자의 契約內容 決定自由의 濫用을 저지하는데 둔다면, 이 法은 契約法의 하나로서의 성격을 띠게 된다. 또 그 人的 적용범위에는 소비자 뿐만 아니라 商人도 들어 오게 된다.

이 다툼은 독일약관규제법이 이 法의 保護목적을 명시하지 않고 「절충적인 입장」을 취한 결과 아직도 계속되고 있는 것이다.<sup>12)</sup> 그러면서도 위에서 본 바와 같이 商人에 대한 약관과 消費者에 대한 約款을 구별하고 있다.

독일 약관규제법은 節次法的 규정을 두어 소비자단체나 事業者團體에게 法院에 提訴할 수 있는 권리를 부여하는 이른바 「團體訴訟」 제도를 도입하였다.

소비자단체는 不當約款을 사용하는 사업자를 상대로 이것을 철회하거나 더이상 사용하지 못하게끔 명령하여 줄 것을 법원에 청구할 수 있다(同法 第13條 1項). 소비자단체는 약관으로 인한 직접적인 이해당사자는 아니지만 自己의 名義로 소송을 제기할 수 있다. 그러나 商人間에 그들의 영업과 관련하여 사용되는 약관에 대하여는 제소할 수 없다.(同法 第13條 3項)

요컨대 독일의 약관규제법은 商人에 대한 約款에 대하여, 實體法的 규정으로서 제24조를, 節次法 규정으로 제13조 제3항을 두고 있다. 또 約款 自體의 無効를 다루는 抽象的 內容統制는 團體訴訟에 의하도록 하고, 그 無効約款으로 입은 피해를 구제하는 具體的 內容統制는 個別訴訟으로 하게 하여, 이 모두를 법원이 맡는 司法的 規制方式을 취하고 있다. 따라서 商人에 대한 約款에 의해 부당한 피해를 받은 商人은 개별소송으로 법원에

12) 張敬煥, 「約款規制法 一般條項에 관한 研究」 서울대 박사학위 논문, 1990, p. 18ff.

심사를 청구하거나, 이 법 제13조 제3항에 의해 소비자단체를 제외한 동업단체·회의소가 단체소송으로 법원에 심사를 청구하게 된다. 법원은 이것을 심사할 때에는 이 법 제24조에 의해 제2조, 제10조, 제11조 등은 적용하지 않는다.

### Ⅲ. 消費者去來와 約款의 拘束力

契約當事者が自由로운意思로서 진실한合意를 거친 경우에는 그 사항은 반드시 지켜야 한다. 그러므로 여기서 拘束力이라고 할 때는 진실로合意한 것 이외의事項에 대하여 당사자가 權利를 행사하거나 義務를 지게 되는 것을 말한다.

當事者の意思와 관계없이 拘束力이 발생하는 것으로는 法令이 있다. 그런데 約款의 경우는 어떤가. 約款이 法規範이라면 당사자가 거기에 포함되어 있는 사항을 알지 못했더라도 적용을 받게 된다. 그러나 事業者가 일방적으로 작성한 約款 속에 소비자에게 알려져 있지 않는 條項이 있는 경우에도 그 소비자는 그 조항에 따라야 할 것인가.

約款이 法規範이 아니라면, 「約款 그 自體」로서는 拘束力을 갖는 것은 아니다. 따라서 拘束力을 갖기 위해서는 兩 當事者の意思, 즉 約款作成者인 企業과 고객의意思가 어떠한 형태로든지 媒介되지 않으면 안된다. 즉 「約款에 의한 契約」이 있어야 하는 것이다. 따라서 學說도 크게 두가지로 類型化할 수 있다. 그 하나가 約款 拘束力의 根據를 法規範이라는 側面에서 찾으려는 입장이고, 다른 하나는 契約이라는 側面에서 찾으려고 한다.

約款 拘束力의 문제는 商法の 法源性 인정 여부에 관한 문제이기도 하다. 約款이 商法の 法源이 되는가 하는 문제의 해답은 約款의 구속력의 근거를 어디에서 구하는가 하는 문제와 직결되어 있다. 그리하여 自治法說·授權說과 制度說은 約款의 法源性을 긍정하고, 商慣習法說과 法律行爲說은 이를 부정하게 된다. 多元說은 위 긍정설을 가미하는 범위내에서 約款의 法源性을 인정한다. 여기서는 諸學說에 대한 상세한 논의는 그만두고, 소비자의 구체적인 이익을 인식한다는 차원에서 約款 拘束力의 문제를 살피고자 한다.

근대 市民法에 있어서 法的 拘束力에 대한 기본적 근거는 당사자의 자발적인 합의라고 할 수 있다. 이 합의도 양 당사자가 실력이 대등하고 事前에 충분한 恊정이 있음을 그 전제로 하는 것이다. 그러나 約款을 매개로 한 契約－附從契約에 있어서는 이러한 市民法的 合意는 존재하지 않는다.

### ⑧ 約款規制와 消費者去來

附從契約에 있어서는 약관사용자의 압도적인 사회·경제적인 우월성, 약관 내용의 상세함, 그리고 고도의 전문성 등에 의해서 단지 약관 전체를 承諾할 것인가 안할 것인가를 결정할 수 있는 자유만이 있을 뿐, 個個의 條項에 대하여 交渉할 수 있는 여지가 없는 것이다. 더우기 생활 필수품에 관한 規約에 대하여는 締約하지 않을 자유마저 없는 것이다.

規範說은 約款을 둘러싼 현상을 사회학적으로 直視하려고 한다. 이 현상에 대하여 一定의 事實的 支配關係를 인정하고, 이것을 근거로 약관을 일종의 法律로 파악하여 그 法規的 성질에 구속력의 근거를 찾으려고 한다. 그러나 약관이 사실적으로 法規的 성질을 갖고 있다고 하더라도 작성방법이나 목적에 있어서 制定法과 비견할 수 없을 정도로 차이가 있다.

또 이 說은 약관에 있어서 사실적인 支配服從의 관계가 왜 法的인 지배복종의 관계로 될 수 있는가에 대한 설명이 명확하지 않다. 따라서 契約說로부터의 비판도 이 점에 집중한다.

요컨대 規範說이 拘束力의 근거로 하는 사실상의 지배 복종관계는 法社會學的으로는 規範關係로 볼 수 있으나, 約款 그 자체는 규범이 될 수 없는 것이다. 사실적인 규범이 法規範이 될 수 있기 위해서는 慣習法으로 인정되는 경우와 같이 法規範에 의하여 근거가 마련되어야 한다.

規範說은 이러한 法理論上的의 難點으로 인하여 約款의 濫用을 조장하고, 현실을 추종하도록 하여, 결국 독점적인 대기업의 대중지배를 合法化하는 기능상의 위험을 줄 우려가 있다. 왜 소비자의 意思와는 관계가 없이, 또 국가의 法規範과의 관련도 맺지 않고, 約款에 대하여 法으로서의 권위를 주어야 할 것인가.

이상과 같이 볼 때, 約款이 拘束力 문제는 결국 契約型 理論에서 구할 수 밖에 없을 것이다. 다시 말하면 약관 그 自體는 하등의 法的 意味를 갖지 않는다. 法的인 의미를 갖기 위해서는 個個의 約款使用者인 企業과 그 상대방이 약관을 계약의 내용으로 採用하여야 하고, 이 계약에의 채용이 法律行爲에 근거한 것으로 보게 되는 것이다. 따라서 法律行爲 理論의 現狀을 고려하면서 어떠한 경우에 소비자에 대하여 拘束力이 발생한 것인가를 살피고자 한다.

#### 1) 明示와 約款의 拘束力

自動車運輸事業法 제10조를 보면, 자동차운송사업자는 운임·요금과 함께 運送約款을



영업소 등 일반공중이 보기 쉬운 장소에 揭示하도록 규정하고 있다. 海運業法 제11조에서도 旅客運送事業者는 운임요금 및 운송약관을 위와 같은 장소에 게시할 것을 규정하고 있다.

保險業法 제156조 제1항 1호 및 商法 제638조 3에서 保險契約의 계약조항 중 중요한 사항을 保險契約者 또는 被保險者에게 알리도록 하고 있는데, 이것은 保險募集者에게 說明義務를課하고 있는 것이다. 이러한 義務를 위반한 때에는 行政的 制裁, 刑事的 制裁를 받게 된다<sup>13)</sup>.

우리의 約款規制法은 사업자에게 계약체결에 있어서 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 明示할 의무를 지우고 있다(同法 제3조 1항). 明示方法은 인쇄된 약관을 고객에게 교부하거나, 거래장소에 눈에 잘 띄게 게시하거나 또는 구두로 알려 주는 방법 등이 있다.

또 사업자는 약관에 정해져 있는 중요한 내용을 설명해야 한다(同法 제3조). 따라서 약관에 계약의 중요한 부분이 정해져 있는 경우에는 사업자는 일반적인 明示義務 외에 說明義務도 지게 된다. 설명의무는 넓은 의미의 明示義務내용의 일부를 구성한다.

그러면 이러한 揭示 내지 明示는 私法上 어떠한 의미를 갖는 것일까. 이것을 契約法理論에 비추어 살펴보기로 한다. 約款規制法은 約款이 契約的 성질을 갖는 것을 전제로 하여 사업자에게 약관의 명시 및 說明義務를 과하고 있고, 이를 이행하지 아니한 때에는 約款을 契約의 내용으로 주장하지 못하도록 규정하고 있다(同法 제3조). 그러나 고객의 요구가 없는 경우에는 명시만으로 족하고(同法 제3조 제1항 但), 契約의 성질상, 설명이 현저하게 곤란한 경우에는 說明義務가 없다(同法 제3조 제2항 但). 이와 같이 약관이 명시만 있는 경우에도 約款의 拘束力이 인정되고 있는 것은 순수한 형태의 法律行爲說은 아니고, 당사자의 合意를 추정한 것으로 볼 수 있을 것이다(意思推定說)<sup>14)</sup> 대법원도 保險契約約款의 효력에 대하여 같은 입장을 취하고 있다.<sup>15)</sup>

이렇게 소비자의 個別的 意思를 推定하는 理論에 의하는 경우에는 소비자의 意思의 推定을 용이하게 할 수 있는 事由로서 의미를 가질 수 있다.

表示說에 의하면 消費者가 의도하는 主目的에 관한 意思表示를 사업자의 意思인 명시와 관련시켜 객관적 상황에서 살펴보면 쌍방의 의사표시가 合致하고 있으므로 拘束力이

13) 自動車運輸事業法 제75조 1항 1호: 過怠料; 海運業務法 제64조 제2호: 過怠料; 保險業法 제 218조 5호 懲役·罰金刑

14) 鄭東潤, 「商法總則·商行爲法」 1993, p. 57.

15) 大判 1985. 11. 26, 84다카 2523; 1989. 3. 28, 88 다 4645; 1990. 5. 31, 89 다카 24070.

생긴다고 할 수도 있을 것이다. 그러나 商人이 아닌 소비자에게 그 效果가 미치기 위해서는 契約條件의 意義나 內容을 이해하고 난 다음에 이것을 선택하는 意思表示가 존재하지 않으면 안된다. 明示가 있었다고 하여 전적으로 구속력이 발생한다고는 할 수 없다. 명시 는 사업자가 해야 할 義務를 과한 것이고, 이것으로서 사업자가 소비자에 대한 權利를 취득하는 것도 아니다.

요컨대 揭示 내지 明示는 소비자의 의사가 合意로 연결되기 위한 前提로서의 의미를 갖는다고 할 수 있다. 왜냐하면 약관이 명시되지 않을 때에는 소비자는 그 약관에 대한 自己決定 내지 自己責任을 질 수가 없기 때문이다. 독일의 약관규제법 제2조에서는 約款이 契約에 채용되는 요건으로서 契約締結時에 當該約款을 명시적으로 揭示할 것(同條 1항 1호), 상대방에 대하여 기대가능한 방법으로 약관내용을 알 기회를 줄 것(同 2호), 상대방이 약관적용에 관해 同意하고 있을 것(1항 후단) 등의 요건을 들고 있다.

따라서 독일의 약관규제법은 구속력의 요건으로서 明示와 함께 相對方의 同意도 요구하고 있는 것이다. 이 점에서 우리 약관규제법이 명시만으로 구속력이 인정되는 것과 다르다. 우리 法이 독일의 약관규제법을 모범으로 제정하였으면서도 사업자의 提案만으로 구속력을 인정한 것은 소비자 보호를 위해 타당하다고 볼 수 없다.

## 2) 個別的 意思와 約款의 拘束力

約款에 삽입되어 있는 어느 條項이 契約內容에 포함된 것에 관하여 당사자의 합의가 성립되고 있는지의 여부를 다음과 같이 세가지로 설명할 수가 있다.

① 意思表示의 本質에 관한 意思說의 입장에서 보면, 效果意思와 그 조항의 一致여부를 중시하게 되므로, 「條項」이라는 형식으로 나타난 사업자의 意思表示와 소비자의 效果意思가 合致됨으로써 그 조항은 계약내용이 되어 당사자를 구속하게 된다.

이 때 소비자의 效果意思是 어느 정도 사업자의 說明이 동기가 되어 형성되는 것이므로, 소비자가 알지 못한 사항은 그 계약에 포함되는 것이 부정된다.

또 約款을 읽은 후에 계약하였다는 뜻이 記載된 書面에 소비자가 署名하였다고 하더라도 여기에 效果意思가 수반되지 않았다면 그 효력은 부정될 수 밖에 없다. 따라서 意思說에 따를 때에는 拘束力을 인정할 수 있는 경우는 한정되어 있다고 할 수 있다.

② 表示說의 입장에서 表示行爲와 그 條項이 一致하고 있다고 보게 된다. 따라서 소비자가 알지 못한 사항이나 約款을 읽은 후에 서명한 경우에 대하여 合意의 성립을 인정

하는 방향으로 가게 된다. 그러나 이 說에 의하더라도 內心的 效果意思의 존재가 요구되는 사항, 예컨대 約款에 포함된 合意管轄, 仲裁條項 등에 관하여는 合意의 성립은 어렵게 된다.

③ 그러나 意思推定설에 의할 때에는 消費者가 알지 못한 사항이라도 그 書面に 서명한 이상 合意의 성립을 인정하게 된다. 이 說에 의하면 「당사자 쌍방이 특히 普通保險約款에 의하지 않는다는 뜻의 意思를 표시하지 않고 계약한 때에는 反證이 없는 한, 그 約束에 따를 意思로서 계약한 것으로 推定한다」<sup>16)</sup> 고 하여 원칙적으로 그 조항에 구속되는 것이다.

意思說과 表示說은 個別的 合意를, 그리고 意思推定說은 包括的 合意를 예정하고 있다고 할 수 있다.

그런데, 表示說과 意思推定說은 결국 意外 條項으로써 소비자를 規律하게 된다.

소비자의 眞意와 관련되어 있지 않는 사항이라도 이런 결과를 초래한 것이 소비자측에 상당한 이유가 있다면, 당연히 이 說의 정당성은 인정될 수 있을 것이다. 그러나 약관의 利用目的은 이러한 個別的 意思를 문제로 하지 않고 계약을 체결하는 데 있는 것이므로 이런 결과를 발생시키는 이유가 소비자측에 없는 것이 보통이다.

요컨대, 表示說과 意思推定說은 소비자가 예측하지 못한 부담을 주거나 또는 기대하는 바를 저버리는 데 도움을 주는 결과가 되고 만다. 더우기 근본적인 缺點은 경제적으로 不平等한 관계에 있는 계약당사자에 대하여 그 個別的 意思를 문제삼아 拘束力의 근거에 알맞는 法律的 造形을 加했다는 데에 있다.

約款當事者로서의 소비자의 意識은 보통 그 계약을 통하여 달성하려는 목적을 향해 움직이고 있는 것이므로 權利義務에 관한 法認識도 그 한도에서 존재할 뿐이다. 따라서 그 범위의외의 사항에까지 구속력이 미치는 근거로서, 이런 個別的 意思를 채용하게 될 때, 약관에 삽입만 하면 어떠한 사항이라도 合意를 인정하는 결과가 된다. 이것은 소비자측의 承諾을 推定 내지 擬制하는 폭을 극단적으로 확대함으로써 사업자의 約款濫用을 조장하고, 소비자에는 不測의 손해를 주는 것이 된다.<sup>17)</sup>

約款規制法은 條項의 有効性 검토에 관한 일반적인 판단기준으로서 信義則을 규정하고, 이 원칙에 반하면 公正을 잃어 그 조항은 無効가 된다(同法 제6條). 또 이를 구체화

16) 日大判 1915(大4). 12. 24. 民錄 21-2182.

17) 鹽田親文, 「普通契約約款의 濫用」(末川先生古稀紀念 「權利의 濫用(中)」), 1962, p. 230~231.

한 규정을 두고 있다(同法 제 7~14조). 그러나 이들 규정에 반하지 않으면서도 소비자에게 不合理한 조항은 表示說이나 意思推定說에 의하면 당연히 구속력이 있게 되어 의무를 지우게 된다.

이상과 같이 보았을 때, 소비자의 正當한 이익을 옹호하기 위해서는 먼저 意思說을 논의의 출발점으로 하지 않으면 안된다.

### 3) 客觀的 合意와 約款의 拘束力

約款 拘束力의 근거로서 契約型의 理論을 취하는 경우에도 明示나 소비자의 個別的 의사에 대하여 積極적인 의미를 부여할 수는 없다. 이들은 오로지 充分한 交渉力을 가지고, 관행적으로 계속적인 去來를 하는 商人間의 去來에 한정될 수 있는 要件들이다.

지금까지의 學說은 約款의 구속력을 당연한 전제로 하여 이론을 전개하여 왔고, 그것도 商人間의 去來와 消費者 去來를 구분하지 않았다. 그 결과 大企業이 約款을 통하여 대중을 지배하는 것을 推인하는 지경에 이르렀다.

중요한 것은 約款의 구속력을 당연한 전제로 發想을 할 것이 아니라 어떠한 근거에 의해서, 어떠한 요건이 구비되면, 구속력을 승인할 有否를 명확히 하는 것이다. 또 이와 함께 소비자의 權利와 拘束力을 인정하는 것에 대한 效果를 놓고 利益較量을 하여야 한다는 것이다.

消費者去來에 있어서는 원래 契約自由의 原則에 의해서라면 당연히 주어져야 할 價値, 즉 契約內容의 適正, 契約節次의 適正 등이 무시된 채로 契約되고 있는 것이다. 約款使用의 남용에서 비롯한 損害를 시정하고, 空虛化된 가치를 회복하려 하면 결국 소비자의 效果意思를 증시하여 여기에서 理論構成을 시작하지 않으면 안된다.

約款의 조항이 합리적으로 당사자를 규율하는 規範으로 인정할 수 있기 위해서는 그것이 形式이나 內容에 있어서 일정의 기준에 合致해야만 비로소 구속력이 있다. 契約은 양당사자의 意思의 합치에 의해 形成되므로 무엇보다도 이것을 도의시하여서는 안된다. 따라서 當해조항의 존재를 알고 있었으므로 당사자는 그것을 시인했다고 인정하기에 充分한 상황이 존재하여야 한다. 다시 말하면 契約 상대방의 의사가 어떠한 형태로든지 그 契約내용에 반영되고 있어야 한다.

그러면 約款을 媒介로한 契約當事者의 意思란 具體的으로 어떤 것인가. 保險契約의

경우를 例로서 살펴보기로 한다. 保險者의 意思는 約款의 文言에 나타나 있는 契約의 諸條項이다. 그러나 이 約款 그 自體는 그 法的 効力은 없는 것이며, 어디까지나 事實關係에 불과하다.

다음에 保險契約者의 意思는 무엇인가. 그것은 形式理論的으로는 保險者가 제시한 約款文言의 契約 諸條項에 그대로 따른다고 하는 意思이다. 왜냐하면 企業保險과는 달리 家計保險에 있어서는 約款의 內容과 다른 契約을 締結할 수는 없기 때문이다.

그러나 法的으로 볼때 契約者가 되려고 契約關係에 들어간 이 이상은 그들은 무엇인가를 期待하여 그러한 關係에 들어갔다고 하지 않을 수 없다. 그것은 保險去來에 있어서 對價性確保의 期待에 向해진 意思라고 할 수 있다. 이것은 契約者 누구에게나 存在하고 있는 意思이다. 다시 말하면, 이러한 意思는 保險者 누구에게나 存在하고 있는 意思이다. 다시 말하면, 이러한 意思는 保險者의 當該約款을 利用하고 있는 「保險種目の 顧客圈」에 있어서의 契約者 全體에 共通的으로 存在하는 意思인 것이다. 이러한 意味에서 客觀的인 意思이다. 이것을 保險契約者의 「客觀的인 意思」라고 부르기로 한다. 이 保險契約者의 「對價性確保의 期待」에 向해진 의사가 「客觀的 意思」의 內容이라 하면, 「當該保險種目の 顧客圈」은 그 形式이다. 따라서 約款 拘束力의 發生要件으로서 契約當事者의 合意는 約款文言에 體現되어 있는 保險者의 意思와 「客觀的 意思」로서의 保險契約者의 의사의 合致로 構成할 수가 있다.<sup>18)</sup>

여기서 「對價性」이라는 概念은 單純한 「等價交換」의 觀點은 아니다. 이것은 當該去來制度가 健全하게 維持되면서 當事者의 對價關係가 確保되도록 해야 한다는 立場에서의 對價性인 것이다. 그러므로 여기에서 말하는 「對價性」이란 當該去來에 있어서 技術的 構造를 考慮한 對價關係임과 동시에 去來制度가 資本에 의해 뒷받침되고 있다는 點에서 適正한 利潤<sup>19)</sup>을 包含한 對價關係이다. 約款도 去來制度의 所産이라는 것을 생각하면, 約款의 諸條項에는 그 거래制度의 技術的 構造가 必要로 하는 諸條項과 그 제도를 뒷받침하고 있는 자본이 요청하는 製造항이 있음을 알 수가 있다. 다음에 「客觀的 意思」로서

18) 吉川吉衛, 「普通取引約款의 基本理論-現代保險約款を一つの 典型として-」, 日保險學雜誌 481, 1978, pp. 43-45. 그런데 이 견해는 約款 拘束力의 發生要件을 감독관청의 약관에 대한 認可와 보험계약자의 「客觀的 意思」에 두고 있다.

19) 例컨대 都市 가스事業法 第 20條 2항 1호에 의하면 供給規定의 承認基準으로 「料금이 適正할 것」이라고 明示하고 있다.

의 保險契約者의 意思는 當事者의 個別적 意思는 아니다. 從來의 學說·判例와 같이 一般的인 法律行爲에 依據하여 當事者의 個別的 意思에 拘束力의 根據를 두는 것은 앞에서 본것 처럼 正當하지 않다. 물론 法律行爲의 意思(rechtsgeschäftliche Wille)가 存在하는 경우에는 그것이 明示이든 默示이든 法律行爲의 效果로서 고객에게 約款의 拘束力은 당연히 發生한다. 그러나 消費者의 去來에 있어서는 現實로 이러한 意思가 缺如되고 있는 것이 普通이다. 다시말하면, 消費者는 約款의 存在를 모르거나 알고 있다고 하더라도 그 內容을 理解할 수가 없거나, 理解하고 있더라도 納得할 수 없는 條項에 그대로 따를 수 밖에 없는 것이 보통이다. 이 점에서 消費者의 意思는 不分明하다고 볼 수 밖에 없다.

大企業과 消費者의 사이는 經濟的으로 不平等한 關係에 있고, 이러한 關係에서 表示되는 消費者의 意思는 強迫에 의한 意思表示(民 第 110條)는 아니라고 하더라도 經濟的으로 抑壓된 意思임에는 틀림이 없다. 이 不分明하고 附從的인 意思를 그 本來의 狀態로 回復시키는 것이 重要하다. 그리하여 이 抑壓된 意思를 回復시켜 그 意圖한 바를 드러나게 하면, 이리이러할 것이라는 意思를 設定하고 이것으로 個別的 意思를 代身하는 것이다. 이를 위해 그 前提가 되는 것은 當該 去來에 있어서의 顧客圈이다. 그리고 이러한 意思는 當該 顧客圈에 있어서 普遍的으로 存在한다는 意味에서 「客觀的인 意思」인 것이다.<sup>20)</sup>

保險法을 보면, 營利保險의 경우에도 保險會社의 組織變更에 관하여 「保險契約者總會」를 認定하고 있으므로(同第 第26條, 第30條), 營利保險이라고 하더라도 이 顧客圈은 단순한 事實的인 存在만은 아닌 것이다. 다만 契約締結에 있어서는 個別的인 形式을 취하고 있으므로 그 團體性은 潛在的인 것이다.

保險의 경우가 아니라고 하더라도 이 顧客圈은 存在한다. 社會學的으로는 이것을 擬似集團(Quasi-group)이라고 하고 있다. 이러한 集團은 同一한 役割의 利害關係를 가질만한 地位만 있으면 潛在的 利害關係는 形成된다고 한다. 물론 이 擬似集團은 集合性도 集團의 形態도 없으나, 共通의 利害關係나 行爲樣式을 갖고 있으므로, 언제든지 스스로가 하나의 明確한 集團의 形態를 취할 수 있다.<sup>21)</sup>

20) 經濟的인 利害關係에 관해서는 고객 個個人의 제각각의 의사가 존재하는 것은 아니다.

21) Ralf Dahrendorf, *Class and Class Conflict in industrial Society*, Stanford University Press, Stanford, California, 1965, pp.180~181.

## IV. 結 論

약관현상의 중요한 문제는 약관작성자인 商人과 계약당사자 사이에 교섭력의 불균형이라는 데에 있고, 특히 우리의 약관규제법은 商人間의 去來와 消費者去來를 구분하여 규제하지 않고 있으므로 소비자를 위해서는 충분한 보호책을 강구하지 못하고 있다.

소비자에 대한 약관의 규제는 소비자 거래의 질서를 올바르게 세우는 기능을 하게 되므로 넓은 의미의 소비자 보호법으로서 매우 중요한 역할을 한다.

이러한 인식하에 소비자거래에 있어서의 약관의 구속력의 근거를 계약당사자의 客觀的 合意에서 구하려고 하였다. 客觀的 合意는 소비자의 억압된 의사를 본래의 의사로 회복한다는 차원에서 의미가 있다. 이것을 제도적으로 확보하는 길은 標準約款制를 잘 활용함으로써 달성할 수 있을 것이다.

우리의 약관규제법 第19條의 2에 의하면, 표준약관의 이용을 권장하고 사업자나 그 단체가 이 약관의 公正性與否를 공정거래위원회의 審査를 통해 확인 받을 수 있는 審査節次를 규정하고 있다. 이 심사는 공정거래위원회에게 개개 사업자의 약관을 일일이 심사하여야 하는 수고를 덜어 주고, 표준약관이 통용되기 전에 거래 질서를 바로 잡을 수 있는 事前的 기능을 하게 된다.

이 심사를 통해 사업자는 자기가 사용하는 약관이 적법성여부에 대한 의구심을 가질 필요가 없고, 소비자는 안심하고 거래할 수 있을 것이다. 그러기 위해서는 소비자 단체와 사업자단체가 협의하여 표준약관을 작성, 공정거래위원회의 인준을 받는 것이 가장 바람직하다. 이러한 과정을 통해 사업자와 소비자의 客觀的 合意를 도출할 수 있을 것이다.

또 약관 규제법은 약관의 具體的 紛爭은 法院에서, 抽象的 紛爭은 公正去來委員會에서 처리하도록 하여, 이른바 二元的 規制方式을 취하고 있다. 법원에 의한 구체적 내용통제는 그 대상을 商人에 대한 약관이든 消費者에 대한 약관이든 구분해서는 안된다. 그러나 공정거래위원회에 의한 추상적 내용통제는 그 대상을 소비자로 제한하여 소송절차에 의하지 않고 쉽게 약관무효를 주장할 수 있도록 하고, 商人에 대한 약관(다만 小商人은 제외한다)에 대해서는 법원의 구체적 내용 통제만을 받게 함으로써 공정거래위원회로 하여금 소비자보호에 전념할 수 있게 해야 한다.