

공정거래법(약관규제법)심결사례 해설 및 평석

이 기 수 / 고려대 법대 교수

서울특별시 임대주택분양계약서상의 불공정약관조항에 대한 건

1998. 2. 18. 공정거래위원회 의결 제98-35호 / 사건번호 9712약이1648

기조사실

1. 서울특별시장이 사용하고 있는 임대주택분양계약서는 서울특별시장이 계약의 일방당사자로서 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것으로서 약관의규제에관한법률(약관규제법) 제2조제1항의 약관에 해당된다.
2. 동 계약서는 서울특별시장이 작성한 약관으로 약관규제법 제18조제1항의 행정관청이 작성한 약관에 해당된다.

약관의 내용과 불공정약관조항의 성립

1. 약관조항

A. 분양대금에 대한 연체료조항

<제2조(분양금지급) 제5항>

“을이 제1항 내지 제4항에서 정한 기한까지 예산미확보 등 특별한 사유없이 분양금을 지급하지 아니한 경우에는 연체된 금액에 대하여 매 연체일수마다 한국주택은행의 일반자금대출 연체이율을 적용하여 아래 산식으로 산정한 연체료를 가산하여 지급할 수 있다.”

B. 잔금수령전 입주조항

<제2조(분양금의 지급) 제4항>

“잔금(국민주택기금융자금포함)은 준공(분양처분, 고시)과 동시에 전액 지급한다.”

<제4조(입주) 제1항>

“갑은 관련법령에 의해 사용검사(임시사용검사포함)를 득하였을 경우에는 분양대금잔금수령 전이라도 입주할 수 있도록 하여야 한다.”

2. 불공정약관조항성립

A. 분양대금에 대한 연체료조항

예산미확보를 면책사유로 하기 위하여는 예산미확보가 불가피하게 발생하거나 상대방의 귀책사유에 기인하는 경우로 한정하는 등 그 요건을 명확히 하여야 할 것임에도, 막연히 “예산미확보 등 특별한 사유”가 있는 경우에는 분양대금에 대한 연체료를 지급하지 않을 수 있도록 한 동 약관조항에 의하면 예산미확보 등이 피분양자의 중대한 과실로 인한 경우까지 연체료책임을 면할 우려가 있어, 이는 사업자, 이행보조자 또는 피용자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임을 배제하는 조항으로서 약관규제법 제7조제1호에 해당하는 불공정한 약관으로 인정된다.

B. 잔금수령 전 입주조항

매수인이 목적물을 사용·수익하는 입주시를 사실상의 소유권이전시기라 할 수 있으므로 분양대금에 대한 잔금지급과 입주를 동시이행의 관계에 있다고 보는 것이 타당하다고 할 것인 바, 분양처분 고시일을 잔금지급 일로 하여 건축물 사용검사를 득한 경우에는 잔금수령 전이라도 입주할 수 있도록 한 동 약관조항은 법률의 규정에 의한 고객의 항변권, 상계권 등의 권리를 상당한 이유없이 배제 또는 제한하는 조항으로서 약관규제법 제11조제1호에 해당되는 불공정약관으로 인정된다.

법령의 적용 및 주문

위에서 언급한 A. 분양대금에 대한 연체료조항은 약관규제법 제7조제1호에 해당되고, B. 잔금수령 전 입주조항은 약관규제법 제11조제1호에 해당되는 고객에게 부당하게 불리한 약관조항인 바, 이 사건 약관은 행정청이 작성한 약관이므로 약관규제법 제18조제1항의 규정을 적용하여 주문과 같이 의결한다.

■ 주 문

서울특별시시장에게 임대주택분양계약 체결시에 사용하는 임대주택분양계약서 조항 중 제2조제4항 및 제4조제1항을 이 시정요청을 받은 날로부터 60일 이내에 삭제 또는 수정할 것을 요청한다.

해설 및 평석

1. 머리말

이 사례에서 문제된 약관조항은 서울특별시가 사용하는 분양계약서상의 조항으로서 약관의 개념에 포함이 되는가가 우선 문제된다. 그리고 약관이 계약내용으로 편입이 되는 문제는 이 사안을 해결하는 것과는 무관하다. 문제의 핵심은 실체적 내용심사를 한 결과이다. 실체적 심사를 하기 위하여는 약관규제법 제6조의 일반조항을 동원하는 방법도 있고 약관규제법 제7조~제14조의 개별사항적 무효사유를 동원하는 방법이 있는 바, 이 사안에서는 구체적으로 개별무효조항에 포섭이 되는 것으로 보아 약관규제법 제7조와 제11조를 동원하였다. 따라서 이 글에서는 약관의 개념, 기능, 약관규제의 필요성 및 실질적 내용심사의 기준을 검토한 후에 관련 심결례를 살펴보고 결론을 내린다.

2. 약관의 개념과 기능

1) 보통거래약관의 의의

보통거래약관의 사용과 관련하여 우리 나라에서는 1970년대경부터 소비자보호와 같은 맥락에서 문제점을 인식하게 되었고 이에 대한 대책을 일부 강구하게 되었다. 그와 같은 노력이 집적된 결과로서 또 외국의 입법례 등이 참고가 되어 소비자보호입법의 하나로서 1986년에 「약관의규제에관한법률」이 탄생되었다.¹⁾

보통거래약관이라 함은 특정종류의 거래를 위하여 미리 만들어진 정형적 계약조항을 일컫는다. 당사자가 계약을 체결할 때 이러한 보통거래약관에 그밖의 내용을 삽입, 추가, 변경을 가하여 계약을 체결한다. 그러나 대부분의 경우는 약관의 내용이 계약내용으로 되고 계약서에서는 당사자나 계약기간 등만을 특정하는 것이 보통이다. 이에 대한 예는 보통보험약관, 은행예금약관, 운송약관 등에서 전형적으로 찾아볼 수 있다.

현대의 물질문명의 대량소비사회에서는 약관이 많이 유통되고 또 그 중요성이 인식되어 '약관이라는 법전의 주해서'가 등장하여야 한다고 말하여지고 있고 실제 외국에서는 약관에 대한 주해서가 다수 등장하였고 또 법전과 같이 약관을 소책자로 발간하여 학생 및 실무자들을 대상으로 판매하고 있다.

보통거래약관의 개념요건을 충족하기 위하여는 다음 사항이 필요하다.²⁾

- a. 계약조건이어야 한다
- b. 사전에 작성된 것이어야 한다
- c. 다수의 계약을 위해 예견된 것이어야 한다

2) 기능

보통거래약관은 대량생산 소비사회에서 등장한 새로운 현상으로서 계약을 표준화·정형화함으로써 거래의 신속성 및 편의성을 높여주고 거래관계를 명확히 해 주고 또 국제거래를 원활하게 해 주는 장점이 있다.

보통거래약관의 기능으로는 구체적으로 다음과 같은 것을 들 수 있다³⁾:

- (1) 시간이 걸리는 교섭을 덜게 해 준다(합리화의 기능).
- (2) 계약내용을 통일화, 정형화할 수 있게 해 준다.
- (3) 약관사용자의 이익을 최대한 배려한다(위험전가의 기능).

이때 (3)의 역의 기능으로 인하여 약관은 계약상대방을 불리하게 하고 따라서 상대방보호조치가 필요하게 된다. 즉, 보통거래약관은 대부분 경제적인 강자가 일방적으로 자기에게 유리하게 만들어 상대방에게 강요하기 때문에 약자인 소비자를 보호하기 위한 조치가 필요하게 된다.

약관에 대한 규제에 있어서 법원에 대한 개별소송에 의한 소비자의 사후적 보호기능 이외에 보통거래약관에 대한 내용통제 자체에 대하여는 다음과 같은 두 가지 측면에서 예방적 기능이 주어진다:

- (1) 약관규제법 제7조 이하의 허용되지 않는 개별규정의 예시는 경험적으로 보아 불공정한 보통거래약관에 대한 민법의 계약법의 전형적인 개입사항을 나타낸다. 이 개별규정은 명확하고 구체적인 금지를 통하여 보통거래약관 실무에 있어서 법적 안정성을 제공해 주며 큰 폐해를 법정절차의 전단계에서 대응하게 해

1) 이기수, 경제법, 세창출판사, 1997, 321쪽; 이은영, 약관규제법, 박영사, 1994, 48쪽.

2) 이기수, 경제법, 세창출판사, 1997, 332쪽; 이은영, 약관규제법, 박영사, 1994, 86쪽.

3) 이기수, 경제법, 세창출판사, 1997, 333쪽; v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach 9 AGB-Gesetz, Heidelberg, 1991, Rdn. 21.

주면서 동시에 소송을 피하게 해 준다.

- (2) 그 밖에 약관규제법 제7조 이하의 개별금지조항의 예시는 동 제6조 이하에 의한 내용통제에 대하여 공정거래위원회의 심사절차라는 방법을 통하여 마찬가지로 불공정한 약관이 법률거래상 유통되지 않도록 방어적 기능을 수행한다.

3. 약관규제법의 입법과 내용

1) 약관규제법의 목적

보통거래약관규제법의 목적은 계약상대방을 무효인 약관이 사용됨으로 인한 불이익으로부터 보호하며 그러한 약관의 내용이 쌍방당사자의 이익이 정당히 관철되는 방향에서 결정되도록 작용하는 데에 있다.

입법자는 약관규제법을 제정함으로써 계약자유를 일방적으로 권리남용적으로 활용하는 것에 대처함으로써 대등한 지위를 보장하여 계약자유로 인한 강자의 횡포로부터 약자인 소비자를 보호하려 한다. 따라서 이를 통하여 진정한 계약자유를 보장을 한단계 실현하였다고 볼 수 있다. 이 보호는 특히 내용통제를 통해 이루어진다. 내용통제에는 타방당사자의 권리가 부당한 약관이 사용됨으로써 부당히 제한되는 것을 방지해주는 기능이 부여되어 있는 것이다.⁴⁾

이와 같은 약관을 규제하는 법률의 규정목적에 비추어 볼때 약관에 대한 내용통제는 약자로서 소비자인 계약상대방을 위해서만 행하여지고 약관사용자(사업자)는 이에 반하여 약관의 무효를 주장하는 것이 설령 자신에게 유리하다 하더라도 어느 약관조항이 무효임을 동법을 원용하여 주장할 수는 없다.⁵⁾

2) 현행약관규제법의 주요내용

우리 나라에서는 약관규제법이 1986년에 제정되어 1987년 7월 1일부터 시행되었다. 동 법은 1992년 말에 개정된 바 있다. 종래 부당약관에 대하여 약관심사위원회에서 심사하고 경제기획원장관은 시정권고만 할 수 있었으나, 이 제도가 미약하다는 비판을 받아왔었다. 그리하여 개정을 하게 된 것인데 개정후에는 약관에 대하여 공정거래위원회에서 심사한 후 시정명령까지 가능하게 되었다. 또한 정부조직법 개정으로 공정거래위원회가 총리실 산하 독립기관으로 되어 위상이 높아졌다.

우리의 현행 약관규제법의 주요 내용으로는 다음과 같은 것을 들 수 있다⁶⁾ :

- 약관에 의한 거래를 하고자 하는 사업자에게 약관의 명시·설명 의무를 부과하였다(제3조).
- 약관의 내용과 다른 개별약정이 있을 경우 이 개별약정이 우선하고 그와 배치되는 약관조항은 배제된다(4조). 이는 당사자가 약관을 읽지 않는 경우가 많기에 손으로 쓰거나 한 경우에는 그것을 최소한 당사자가 이해한 것으로 보아 이 개별약정을 우선시키는 것이다.
- 약관규제법 제5조에서는 약관해석의 원칙으로 객관적 해석원칙과 작성자 불이익원칙을 규정하고 있다.

4) v. Hoyningen-Huene Rdn. 85.

5) Wolf, in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Aufl., 1994, §9 Rdn. 6.

6) 이기수, 경제법, 세창출판사, 1997, 340쪽; 이은영, 약관규제법, 박영사, 1994, 48쪽 아래.

- d. 약관규제법의 가장 중요한 내용으로서 고객에게 현저하게 불리한 조항등 약관조항의 무효의 일반원칙을 일반조항으로서 제6조에서 규정하고 있다.
- e. 공정거래위원회는 제17조의 규정을 위반한 경우의 약관에 대하여 시정명령과 권고를 할 수가 있다(제17조의2).
- f. 약관규제법에서 표준약관을 명시적으로 규정하였다. 또 사업자단체 등은 표준약관의 내용이 약관규제법에 위배되는지에 대한 심사청구를 할 수 있다(제19조의2).

약관조항의 일부가 무효일 때에는 계약은 원칙으로 나머지 부분으로 유효하다. 다만 나머지 부분으로 계약 목적을 달성하기 불가능하거나 일방에게 부당히 불리할 때에는 계약은 무효로 된다(약관규제법 제16조). 그러나 이 때에도 상대방을 보호하기 위해 계약자체는 가능한 한 유효하다고 해석하려는 노력을 할 필요가 있다.

이는 독일에서의 논의를 보아도 알 수 있다. 가령 보험약관이 독일 약관의규제에관한법률⁷⁾ 제2조에 맞게 교부되지 못한 경우에는 계약은 독일 약관규제법 제6조제3항, 독일 민법 제154조제1항에 의하여 무효가 될 수 있지만⁸⁾ 계약이 전부 무효로 되는 극단적인 경우는 드문 예외의 경우에만 발생한다.⁹⁾ 기본적으로 계약에의 편입요건이 좌절되더라도 전부 무효는 발생하지 않는다고 독일에서도 이해되고 있다.¹⁰⁾

독일 약관규제법 제6조에서는 약관의 전부 또는 일부가 계약내용으로 되지 못하거나 무효인 경우 계약은 나머지 부분으로 유효하게 존속한다¹¹⁾고 하면서 이 경우 무효인 부분등의 계약내용은 법규에 의해 정하여진다¹²⁾고 하고 있다. 또 이때 계약을 고수하는 것이 이러한 법규의 내용으로 대체됨으로 인한 변경을 고려하더라도 일방당사자에게 부당히 가혹할 때에는 계약은 무효로 된다¹³⁾고 하고 있다. 여기에서 독일 약관규제법 제6조제3항의 의미에서의 계약을 계속 관철할 경우 일방에게 부당히 가혹하다는 요건은 문제된 보험약관이 배제되고 나서의 계약내용이 양당사자의 권리의무를 위태롭게 하는 경우에 충족될 수 있다. 보험분야에서 예를 들면 약관의 대부분이 배제되고 해당보험종목에 관해 보험계약법에 규정이 없고 또 표준약관도 없는 경우에는 결국 계약의 본질적 내용이 합의되지 않아 무효가 된다고 할 수 있다.

4. 약관규제법의 내용통제의 체계

우리 나라 약관규제법 제6조 아래의 내용통제는 개별사안을 뛰어넘는 일반화의 척도에 의하여 이루어진다.¹⁴⁾ 통제척도는 제6조 아래에 규정되어 있듯이 법(Recht)이다. 따라서 가격통제 및 순수한 합목적성의 견지는 통제척도에서 배제된다. 다시 말해서 그 내용통제는 일반·객관화된 형성(Ausgestaltung)의 통제이지 구체적인 사안에 주안을 둔 행사(Ausbung)의 통제가 아니고, 법규범에 의하여 행하여지는 것이지 공평성(Billigkeit)의 견지에 초점이 맞추어진 것이 아니다.¹⁵⁾ 약관규제법 제2장에서는 제6조에서 약관조항의 무효에 대한 일반원칙을 규정하고, 제7조 내지 제14조에서 무효가 되는 약관조항을 개별적으로 열거하고 있다. 만일

7) Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen : AGB-Gesetz, 이하 독일 약관규제법이라 한다.

8) 계약의 본질적 내용(essentialia negotii)이 합의되지 못한 경우에 해당될 수 있는 것이다.

9) Palandt /Heinrichs, 6 AGBG, Rdn. 8.

10) BGH, NJW 1982, S. 824; Palandt /Heinrichs, 6 AGBG, Rdn. 8. 반대견해: Bauer, BB 1978, S. 476.

11) 독일 약관규제법 제6조제1항, 우리 나라 약관법 제16조 제1문과 유사한 내용이다.

12) 독일 약관규제법 제6조제2항.

13) 독일 약관규제법 제6조제3항, 우리 나라 약관법 제16조 단서와 유사한 내용이다.

14) 이기수, 경제법, 세창출판사, 1997, 365쪽; 이은영, 약관규제법, 박영사, 1994, 61쪽.

15) 최병규, 보통거래약관의 제문제, 경영법률(한국경영법률학회) 제6집, 1996, 428쪽.

동일조항에 대한 법원과 공정거래위원회의 불공정성 통제의 결과가 다른 경우에는 법원의 통제가 우선한다.¹⁶⁾

1) 당사자의 법정책임을 억제하는 조항

계약당사자의 책임에 관해 다음의 내용을 정하고 있는 약관조항을 무효로 하여 일정한 경우 면책약관이 허용되지 않도록 하고 있다(약관규제법 제7조).

- 사업자, 이행보조자 또는 피용자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임을 배제하는 조항(약관규제법 제7조제1호)

여기에서 이행보조자에는 본래 의미의 법정대리인, 파산관재인, 가사대리권을 가지는 부부, 유언집행자 등의 특별임무를 가지는 대리인 뿐만 아니라 좁은 의미의 이행보조자를 포함시키며, 피용자에는 기타 이행대행자 또는 이행대용자 등을 포함해서 해석해야 한다.

2) 고객의 권익보호에 어긋나는 조항

고객의 권익에 관하여 다음의 내용을 정하고 있는 약관조항은 무효이다(약관규제법 제11조).

- 법률의 규정에 의한 고객의 항변권, 상계권 등의 권리를 상당한 이유없이 배제 또는 제한하는 조항(약관규제법 제11조제1호)

여기에서의 항변권에는 동시이행의 항변권(민법 제536조), 매매계약상의 항변권, 보증인의 항변권 등 법률에 의해 부여받은 모든 항변권이 포함된다. 기타의 권리에는 항변권, 상계권 이외에 법률에 의해 보장받은 권리 또는 이익이 모두 포함되며, 선택권(민법 제380조)이나 제공된 급부가 계약내용에 적합하지 않은 것일 때의 수령거절권 등이 그에 해당한다.

5. 관련 심결례

1) 약관규제법 제7조제1호에 관한 심결례 및 판례

사 건 명	불공정조항	의결이유 및 적용법조
라이프 住宅開發(株)의 임대차계약서상 불공정약관조항에 대한 件 의결 제94-377호(시정명령)	제19조(재해보상) 그러나, 도난, 천재지변 등의 기타 재해가 발생하여 을이 입은 손실에 대하여는 갑은 아무런 책임을 지지 아니한다.	임차인의 고의, 과실이 있는 경우를 제외하고는 임대인의 주의의무태만으로 화재나 도난이 발생하여 임차인에게 손해가 생겼다면 채무불이행에 의한 손해배상의 책임을 져야 함에도 현행 약관조항은 화재, 도난 등 사고에 대해 임차인의 고의, 과실 유무에 불구하고 임차인이 모든 책임을 진다고 규정하고 있는 바, 이는 사업자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임을 배제하고 있으며, 임대인이 부담하여야 할 위험까지도 임차인에게 전가시키는 조항으로 약관법 제7조제1, 2호에 해당되어 무효이다.

<판례>—대법원 1994. 5. 24 선고, 94다11019 판결

업무용자동차종합보험통약관 소정의 무면허운전면책조항(無免許運轉免責條項)은 무면허운전이 보험계약자나 피보험자(被保險者)의 지배 또는 관리 가능한 상황에서 이루어진 경우에 한하여 적용된다 할 것이므로,

16) 장경환, 고시계 1995년 7월, 135면.

심결사례 해설 및 평석

무면허운전이 보험계약자나 기명피보험자(記名被保險者)의 명시적 또는 묵시적 승인 하에 이루어진 경우에는 위 경우에 해당하나 이른바 승낙피보험자(承諾被保險者)의 승인(承認)만이 있는 경우에는 이에 해당하지 아니한다.

2) 약관규제법 제11조제1호관련 심결례

사 건 명	불공정조항	의결이유 및 적용법조
<p>중소기업진흥공단 의..... 대한件</p> <p>의결 제95-92호 (시정명령)</p>	<p>유치권 등의 권리의 포기 강제조항의 문제</p> <p>제9조(유치권의 포기)</p> <p>이 계약이 해제되었거나 사용승낙이 취소되었을 때에는 “을”이 이 用 地에 필요비용 및 유익비를 지출하였을 경우에도 그 비용의 지급 및 보상을 “갑”에게 청구할 수 없고 이를 이유로 유치권 등을 주장하지 않기로 한다.</p>	<p>유치권은 타인의 물건을 점유한 자가 그 물건에 관하여 생긴 채권(본건의 경우 필요비, 유익비상환청구권 등)이 변제기에 있는 경우에 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있는 권리를 말하므로 이러한 요건이 충족되면 당연히 점유자에게 인정되는 법정담보권임에도 불구하고, 이와 같은 유치권을 주장할 수 없도록 규정한 위 약관조항은 법률에 규정에 의한 고객의 권리를 상당한 이유없이 배제하는 조항으로 약관법 제11조제1호에 해당되어 무효이다.</p> <p>* 동 불공정약관조항은 동시에 약관법 제9조제3호 위반이기도 하다. 즉, 계약을 해제한 경우에 당사자 사이에는 원상회복의무가 발생하며 그 의무에는 필요비 또는 유익비가 발생한 경우는 그 지출에 대한 반환도 포함됨이 당연하므로 이를 청구할 수 없게 하고 있는 동 약관조항은 고객의 원상회복청구권을 부당하게 포기하도록 하는 조항으로 무효이다.</p>

6. 결론

서울특별시가 임대차분양계약서에서 사용하고 있는 조항은 ① 계약조건이고, ② 사전에 작성된 것이고, ③ 다수의 계약을 위해 예견된 것이어서 약관의 개념에 포함된다.

그리고 서울특별시가 예산미확보라는 추상적인 사유로 면책이 될 수 있도록 규정하고 있고 그 과정에서의 귀책사유를 고려하지 않고 있는 것은 사업자의 고의, 중과실로 인한 책임을 배제하는 조항에 해당되기 때문에 약관규제법 제7조제1호에 해당된다고 판단한 공정거래위원회의 판단은 옳다. 그리고 최근의 주택임대차보호와 관련하여서도 세입자의 동시이행의 항변권이 중요한 요소로 부각되고 있는 점에 비추어 보면 임대주택분양의 경우에도 동시이행의 항변권은 고객의 권익보호를 위하여 큰 의미가 있다. 그러한 의미에서 잔금수령 전에도 입주할 수 있도록 하는 조항은 효력이 없는 무효의 조항이고 그를 분양대금 잔금수령과 동시에 입주하도록 고쳐야 할 것이다. 물론 입주를 하면 고객에게 유리한 것이 아니냐는 주장이 있을 수 있으나, 약관규제법상의 인적 일부무효의 원리에 비추어 보아도 고객에게 불리한 부분은 무효라고 하여야 한다. 이러한 판단은 특히 입주를 하게 되면 각종 부과금을 납부하여야 한다는 점을 고려하여 보면 더욱 수긍할 수 있다.

이러한 약관조항을 사용하는 것에 대하여 시정요청이라는 방법보다는 사업자가 계약당사자로서의 우월적 지위가 현저하므로 동 약관조항이 무효임을 의결하고 시정명령조치를 취하는 것이 더 합당하였으리라고 본다.