

약관규제법에 대한 비교검토와 개선방안

최병규

고려대 법학연구원 전임연구원

I. 머리말

1986년 우리 나라 「약관의규제에관한법률(약관규제법)」을 제정할 당시 그보다 10년 전에 제정된 독일의 약관규제법이 많이 참조가 되었다. 우리 나라 약관규제법은 독일법과는 몇가지 다르게 입법이 되었다. 세계적으로 약관의 규제를 위하여 별도의 단행법을 두고 있는 경우는 많지 않다. 우리 나라, 독일, 포르투갈 정도가 별도의 단행입법을 하고 있을 정도이다.¹⁾ 그 밖에 국가는 일반 소비자보호법이나 민·상법 내지 계약관계특별법에서 같이 규정하는 경우가 많다. 그리고 유럽연합은 1993년 소비자계약에서 약관의 규제를 위한 지침을 발하여 역내시장의 법을 통일하고 있다.

우리 약관규제법이 시행된 지 이제 10년이 넘었다. 이 시점에서 우리법과 외국의 대표적인 법제의 비교를 하는 것은 의미가 있을 것이다. 이에 우리 나라 약관규제법과 독일 약관규제법이 다른 점에 대하여 우선 검토한다. 그리고 나서 유럽연합의 약관관계지침의 의의와 내용을 살펴본다.

그리고 이 지침에 의거하여 1996년 독일의 국내법이 개정되었는데, 그 개정내용도 검토를 하고 끝을 맺는다.

II. 우리 나라 약관법과 독일 약관법 상호간의 비교

우리 나라의 약관법은 독일 약관법과 다음과 같이 몇 가지 점에서 달리 규정되어 있다.

1. 행정통제/사법통제

우리 나라는 법원의 통제 이외의 행정적통제를 도입하고 있다. 이는 비교법적으로는 프랑스의 경우에서 찾아볼 수 있는 방법이다. 즉, 우리 나라에서는 공정거래위원회에서 약관을 법원에서 문제가 되어 검토하는 것과는 별도로 심사할 수 있게 하여 놓았다. 이에 반하여 독일에서는 법원에 의한 통제 이외에 별도로 행정기관에 의한 통제제도도 두고 있지 않다.

1) 이기수, 경제법, 세창출판사, 1997, 324쪽; 이은영, 약관규제법, 1994, 14쪽 아래.

2. 단체소송제도

두번째는 독일약관법의 커다란 공과의 하나라고 인정되는 단체소송제도²⁾를 우리 나라는 채택하지 않고 있다는 점이다. 이와 관련하여 우리 나라에서도 환경오염 등과 관련한 포괄적인 경우를 다루는 것으로서 가칭 '집단분쟁처리절차법'이 준비과정에 있고 또 소비자보호원은 소비자관계제소권을 소비자보호원에 부여해 줄 것을 요구하고 있다. 어떠한 방법에 의하여든 약관분야에서도 일반소비자가 직접 소송을 제기하고 수행하는 어려움을 덜어주는 방안이 강구되어야 할 것으로 본다. 가령 프랑스에서도 원래는 행정위원회에 의한 통제가 위주이고 법원에 의한 통제는 아주 예외적인 경우에만 허용되었으나 이에 의한 약관규제의 실효성에 의문이 제기되어 1988년 1월 5일의 입법³⁾에 의하여 소비자단체에 부당약관에 대한 제소권을 주도록 하였다.⁴⁾

3. 의외성요건

세번째는 의외성의 요건의 심사가 우리 나라법에서는 일반조항에서 불공정성이 추정되는 예시로서 약관의규제에관한법률 제6조제2항제2호에 규정이 되어 있는 반면에 독일에서는 실질적 내용통제(materielle Inhaltskontrolle)의 전단계

인 사전심사(Vorabkontrolle) 내지 편입의 심사(Einbeziehungskontrolle)에서, 즉 약관에의 편입요건을 다루는 독일약관법 제2조에 의한 심사를 한 후 동 제3조에서 하계끔 되어 있다. 이에 대해서는 우리 나라에 있어서도 이 의외성의 요건을 우리 나라 약관규제법 제3조의 약관에의 편입요건을 다루고 나서 이 의외성을 심사할 수 있도록 하여야 한다는 주장이 있으나,⁵⁾ 이는 입법자의 결단에 속하는 문제로서 우리법의 입장에 문제가 있는 것이 아니기에 수증하기 어렵다. 독일에서 원래 입법자의 의도는 약관과 관련한 정보제공모델은 편입의 심사단계에서 다루고 실질적 내용통제는 독일약관법 제9조 이하에서 하려는 데에서 출발하였으나 약관법을 운용하여 본 결과 이러한 입법자의 의도대로 관철되지 않고 양자를 확연히 구별할 수 없음이 밝혀졌다. 가령 투명성의 원칙은 정보제공모델에 속하는 내용인데 독일의 다수설과 판례는 이 투명성의 원칙을 실질적 내용심사에 관한 독일 약관규제법 제9조에서 그 근거를 이끌어 내고 있듯이 일반조항에서 정보제공모델을 함께 규정하는 것이 모순은 아니다.

4. 임의법규의 전형성

네번째는 독일약관법은 일반조항에 의한 통제

2) 사실 독일에서는 약관법이 제정되기 전에도 판례에 의하여 약관에 대한 규제가 특히 독일민법 제242조에 의하여 상당히 행하여지고 있었다. 따라서 독일에서 약관법의 제정으로 도입된 큰 변화는 오히려 단체소송에서 찾을 수 있다.

3) Lio-Nr. 88-14.

4) 이에 대하여는 Sonnenberger, RIW 1990, S. 165, 166; BR-Drucks. 611/90 v. 01.10.1990, S. 17 참조.

5) 장경환, "약관규제법 일반조항에 관한 연구", 서울대 박사학위논문, 1990, 207~208, 241쪽.

를 함에 있어 임의법규의 전형성을 명시적으로 동법 제9조제2항제1호에서 규정하고 있음에 반하여 우리 나라의 약관규제법에서는 이에 대해 명시적으로 규정하고 있지 않다. 이와 관련하여 약관의 해석의 원리로서 축소해석의 원칙이라는 것이 있다. 이는 임의법규에 위반하여 계약상대방을 불리하게 하는 내용은 가능한 한 축소해서 해석해야 한다는 원칙이다. 그런데 법에서 임의법규의 전형성을 규정해 놓으면 축소해석이 들어설 여지가 그만큼 축소되거나 전혀 필요하지 않게 될 수가 있다. 이와 관련하여 우리 나라 상법 보험편은 종래 보험편 중 총칙에 해당하는 규정만을 편면적 강행규정⁶⁾으로 하고 있었으나 1991년 말의 개정에 의하여 상법의 보험편 전체가 편면적 강행규정으로 되었기 때문에 축소해석의 여지가 그 밖의 일반법규정으로 제한되었다고 할 수 있으나 그럼에도 불구하고 이 원칙은 여전히 필요하다.

그런데 이에 대하여는 임의법규가 약관의 효력을 심사할 때 기준이 되도록 법에서 명시적으로 규정해 놓을 필요가 있다고 생각한다.⁷⁾ 약관이 수행하는 기능의 중요성에 비추어 일반 소비자를 보호하기 위하여는 일정한 기준이 있어야 하는데 입법자가 비록 임의법규로 하였지만 기준이 되는 내용을 정해놓은 경우에는 그보다 소비자를 불리하게 하는 내용은 불공정한 약관으로 볼 수 있기 때문이다.

5. 내용통제의 범위

다섯번째, 약관의 내용통제의 범위에 대하여 독일의 약관규제법은 제8조에서 명시적으로 규정하고 있는데 반하여 우리 나라법은 이에 대하여 규정을 두고 있지 않다.

약관에 관한 규제 법이나 유럽연합의 지침에서 근간을 이루는 것은 부당약관에 대한 내용통제이다. 이 때 약관에 대한 내용통제는 제한없이 적용되는 것이 아니다. 시장경제의 원리 및 사적자치의 원칙에 의하여 일정한 약관의 핵심급부의 내용은 내용통제에서 제외시켜야 된다. 왜냐 하면 상품자체와 상품에 대한 가격은 법원이 통제하여야 하는 성질의 것이 아니고 자유로운 시장에 있어서 경쟁의 원리에 맡겨야 하기 때문이다.

우리 나라 약관규제법은 이러한 내용통제의 범위에 대한 규정을 두고 있지 않은데 1976년의 독일약관법은 제8조에서 또 1993년 4월 5일의 유럽연합의 이 분야의 지침에서는 제4조제2항에서 이 원리를 명정하고 있다. 독일의 경우 약관규제법 제8조에 동 제9조 이하의 내용통제의 대상이 되는 것은 법규에서 벗어나거나 이를 보충하는 약관이라고 되어 있다. 그러한 법규로부터 벗어남 혹은 그에 대한 보충약관에는 주의무대상을 제한, 변경 또는 공동화(침탈)하는 약관이 속한다. 그리고 이 내용통제의 범위는 특히 보험약관이나 은행약관 등 무형상품에서 문제가 되고 있다.⁸⁾

6) 같은 소비자보호법에 속하는 할부거래에 관한 법률(제13조), 방문판매 등에 관한 법률(제51조)에서는 이들 법률에 위반하여 사업자의 계약상대방에게 불리한 규정은 효력이 없다고 규정하고 있는데 약관규제법은 이를 명시적으로 규정하고 있지 않다.

7) 同旨 : 장경환, "약관규제법 일반조항에 관한 연구", 213, 215쪽.

8) 이에 대하여 자세한 사항은 최병규, "보통거래약관에 대한 내용통제의 범위", 상거래법의 이론과 실제(안동섭교수회갑기념논문집), 세창출판사, 1995, 69쪽 아래 참조.

6. 적용범위로서 계약상대방이 상인인 경우

독일 약관규제법이나 우리 나라 약관규제법은 약관을 사용하는 사업자의 상대방이 상인인 경우에도 약관규제법이 적용되도록 되어 있다. 그럼에도 불구하고 우리 나라에서도 약관에 의한 계약의 상대방이 일반소비자가 아닌 상인이나 기업인 경우에는 약관규제법의 내용을 그대로 적용하기는 어려울 것으로 보인다. 즉, 당사자 사이의 지식적인 또는 경제적인 능력을 이익형량의 과정을 통하여 약관규제법의 입법취지와 결부시켜 고려할 필요가 있을 것이다. 그런데 이와 관련하여 우리 약관규제법은 공정거래위원회가 시정명령을 하기 위한 전제로서 동 제 17조에서 당사자의 힘관계를 고려할 것을 요구하고 있다. 즉, 사업자는 다음의 경우에 해당하는 경우에는 제6조 내지 제14조에 해당하는 불공정한 약관조항을 계약의 내용으로 하여서는 아니된다고 규정하고 있다. ① 사업자가 독점규제및공정거래에관한법을 제2조제7호의 시장지배적 사업자인 경우, ② 사업자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 계약을 체결하는 경우, ③ 일반 공중에게 물품·용역을 공급하는 계약으로서 계약체결의 긴급성·신속성으로 인하여 고객이 계약을 체결할 때에 약관조항의 내용을 변경하기 곤란한 경우, ④ 사업자의 계약 당사자로서의 우월적 지위가 현저하거나 고객이 다른 사업자를 선택할 범위가 제한되어 있어 약관을 계약의 내용으로 하는 것이 사실상

강제되는 경우, ⑤ 계약의 성질 또는 목적상 계약의 취소·해제 또는 해지가 불가능하거나 그로 인하여 고객에게 현저한 재산상의 손해가 발생하는 경우가 그것이다. 여기에서 보듯이 사업자가 불공정약관을 사용하지 못하는 경우에는 사업자가 그 분야의 약관사용관계에서 고객에 비하여 힘이 월등히 강할 것을 요구하고 있다.

Ⅲ. 유럽연합 약관관계지침

유럽연합에서는 약관의 규제를 위한 법 통일의 필요성을 일찍부터 느끼고 작업이 행하여져 왔다. 그러나 그 결실은 1990년대 초에서야 맺어지게 되었는데, 아래에서는 이 지침과 약관규제에 관한 독립된 성문입법을 최초로 마련한 독일약관규제법과를 비교하며 상세하게 검토한다. 유럽연합의 지침도 우리의 입장에서 살펴보아야 할 중요한 비교대상이기 때문이다.

1. 지침의 성립과 유럽법상의 의의

유럽연합의 소비자보호에 관계된 부서에서 1992년 6월 29일 소비자계약에 있어서 권리남용적 약관에 대한 지침초안이 결의되었다. 그 이후 유럽연합의 각료이사회(Rat)는 1992년 9월 22일 소비자계약에 있어 권리남용적 약관에 대한 지침과 관련하여 공동의견서를 확정하였다.⁹⁾ 1993년 4월 5일에는 소비자계약에 있어서 권리남

9) Duffy, Journal of Business Law 1993, p. 67 ff.; Micklitz, VuR 1993, S. 2, 3 f.

용적 약관에 관한 지침¹⁰⁾이 최종적으로 성립되었다. 이로써 1975년에 유럽연합에서 개시된 규정 목표¹¹⁾가 실현된 셈이다.¹²⁾

유럽공동체의 사법통일의 범주에서 이 지침은 매우 중요한 의미를 갖는다. 그 중요한 의의는 동 지침은 계약법과 보통거래약관규제법에 걸치는 것으로서 사법가운데 중요부분에 관한 것이라는 데에서 찾을 수 있다. 그밖에 유럽의 견지에서 동 지침은 매우 다양한 개별국가의 법전통과 새로운 입법을 통합하여야 할 과제를 부여받고 있다. 지침에는 그 성립사에 있어서 많은 개념상의 논점들이 투영되어 있다.

2. 보통거래약관의 개념

지침 제3조제2항¹³⁾에 의하면 통제의 대상이 되는 약관의 개념에 포함되기 위해서는 두 가지 요건이 필요하다. 즉, 약관이 사전에 작성되어야 하고 또 소비자가 그 내용에 영향을 행사할 수 없어야 한다. 그런데 독일 약관규제법에 의하면 이 요건은 다음의 세 가지이다. 1) 약관이 사전에 작성되어야 한다. 2) 약관이 다수의 계약에 적용될 것이 예정되어야 한다. 3) 약관사

용자에 의하여 설정되어야(stellen)한다. 이러한 요건 가운데 사전작성요건에 대해서는 독일 법과 지침이 일치한다. 그러나 독일 약관규제법이 최소한 다수의 계약체결을 대상으로 한다는 것이 의도되었다는 것을 요구하는 반면에, 지침에서는 약관을 통제하기 위한 요건으로 1회의 계약체결로도 족하다는 점에서 차이가 있다. 이는 가령 한 계약당사자에 의해 사전에 작성된, 하나의 구체적 계약체결만을 위해 마련된 계약초안의 경우에 의미가 있다.

그런데 이러한 계약초안은 독일 약관규제법 제1조에 의하면 보통거래약관으로 볼 수 없으며 따라서 약관통제의 대상이 아니다. 독일 약관규제법 제13조에 의한 보통거래약관에 대한 단체소송실무에 있어서는 이는 관련이 별로 없다. 왜냐 하면 단체소송에서는 반복의 위험이 필요하며 이를 위하여는 장래에 동일한 또는 같은 내용의 약관을 사용할 것이 전제되는데, 이는 개별사안에 대해 작성된 계약초안에 있어서는 보통 충족되지 않는 것이기 때문이다. 그러나 이 경우에도 반복위험이 체결된 계약이 계약에 내포된 보통거래약관에 의거하여 전개되는 경우가 존재할 수 있다.

10) Richtlinie 93/13 EWG v. 5.4.1993. ABIEG Nr. L 95 v. 21.4.1993, S. 29. 이하 "지침"이라 한다.

11) ABIEG, Nr. C 92 v. 25.04.1975, S. 1 ff.; von Hippel, Verbraucherschutz, 3. Aufl., 1986, S. 454 ff.

12) 최병규, "독일약관규제법의 최근동향", 상사법연구 제14집 제1호, 1995, 11쪽.

13) 지침 제3조제1항: 개별적으로 합의되지 않은 계약조항은, 그 조항이 신의성실의 원칙에 반하여 소비자에게 불리하게 계약상대방의 계약상의 권리의무에 대하여 현저하고 부당한 불균형 관계(Mißverhältnis)를 야기할 때에는 남용조항으로(als mißbräuchlich) 보아야 한다.

지침 제3조제2항: 계약조항은 사전에 작성되었고 따라서, 특히 소비자가 사전에 작성된 표준계약의 범주에 속하는 것이어서 그 내용에 영향을 미칠 수 없었을 때에는 항상 개별적으로 교섭이 이루어지지 않은 것으로 보아야 한다.

계약조항의 일정부분 혹은 어떤 개별조항이 개별적으로 교섭이 이루어졌다고 하더라도 전체적으로 고찰해 볼 때 사전에 작성된 표준 계약조항일 경우에는 본조가 계약의 그 밖의 내용에 적용되는 것이 방해받지 않는다.

사업자가 어떤 표준계약조항이 개별적으로 교섭되었다고 주장하는 경우에는 그가 그에 대한 입증책임을 부담한다.

이러한 상위를 해결하기 위하여 독일에서는 두 가지 견해가 주장되었다. 그 첫째는 독일 약관규제법 제1조의 “다수의 계약을 위하여”라는 요건을 없애거나 그 요건을 완화하자는 것이다. 다른 제안에서는 독일 약관규제법 제1조에서 소비자계약에서는 약관을 다수의 계약체결에 사용할 의도가 결정적인 것이 아니라고 명확히 해주거나,¹⁴⁾ 독일 약관규제법의 개별규정을 적용할 때에는 이 요건에 구애받지 않는다고 하는 부가문구를 마련할 것을 주장하였다.¹⁵⁾

지침과 독일 약관규제법의 물적(사항적) 적용범위에 있어서의 또 하나의 차이점은 내용통제의 요건으로서 사용자측에서 약관을 “설정”한다는 요건에 있다.¹⁶⁾ 동 요건을 통하여 독일입법자는 교섭가능성이 없는 약관이 계약에 일방적으로 편입된다는 것을 표현하여 그러한 일방적 편입의 경우에만 약관으로 보려고 하였다.¹⁷⁾ 이 때 불이익을 당한 계약상대방의 입장이 기준이 된다. 그러나 유럽연합의 지침에 의하여 설정이라는 요건이 의미를 잃게 되었다. 유럽연합 지침은 명시적으로 설정할 것을 요구하지 않기 때문이다. 여기서 “설정”은 의사표시가 아니라 사용자에게 귀속시킬 수 있는 사실상의 행태이다. 독일 약관규제법의 입법이유서에서 교섭(aushandeln)에 대해서 언급하고 있는데, 이는 “설정”이 일방당사자

또는 그의 대리인이 약관을 타방당사자에게 교섭을 할 실질적 가능성을 부여함이 없이 계약내용에 편입시킨 경우를 말하는 것이다.¹⁸⁾ 독일 약관규제법에서 요구하는 “설정”을 상대방이 영향을 미칠 가능성없이 약관을 이용하는 것으로 이해한다면 이는 지침의 기본사상과 합치된다고 볼 수 있다. 그러나 “설정”을 더 나아가서 약관이 사용자의 동기(Veranlassung)에 의하여 계약에 붙여진 것을 의미한다고 이해한다면 그러한 내용은 지침에서는 찾아볼 수 없다.¹⁹⁾

이와 같이 “설정”이라는 요건은 지침에는 규정되지 않았기 때문에 지침과 독일 약관규제법의 상위라는 문제를 해결하기 위하여 독일에서는 두 가지 상반된 견해가 주장되었다. 우선 당사자일방이 설정하여야 한다는 요건이 불필요하다는 주장의 결과로 계약당사자가 아닌 제3자에 의해 작성된 약관도 내용통제를 받아야 한다는 견해가 주장되었는데,²⁰⁾ 그러한 약관은 종래 독일 약관규제법에 의하면 내용통제를 받지 않는다.²¹⁾

또 하나의 견해에 의하면 제3자에 의해 작성된 약관은 지침의 내용통제의 목적으로부터 보아 약관의 개념의 대상에서 제외된다고 한다.²²⁾ 지침의 제안근거 9에 의하면 내용통제의 적용을 받는 것에는 약관이 어느 계약당사자에게 귀속될 수 있을 것이 전제된다는 것을 알 수 있다. 그런데

15) Eckert, WM 1993, S. 1074.

16) 독일의 경우 이와 같이 약관을 “설정할 것”(stellen)을 요구하지만 우리 나라 약관규제법 제2조에서는 이를 명시적으로 요구하지 않는다.

17) BT-Drucks. 7/3919, S. 15.

18) Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn. 27.

19) Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi Rdn. 23.

20) 가령 공증인(Notar)에 의해 작성된 계약에서 제3자에 의해 작성된 약관의 예를 찾아볼 수 있다.

21) Micklitz, ZEuP 1993, S. 522, 525; Heinrichs, NJW 1993, S. 1819.

22) Ulmer, EuZW 1993, S. 342. Eckert, WM 1993, S. 1073도 같은 견해이다.

공증인에 의해 성안된 계약에서는 일방당사자에게 귀속시키기가 어렵다. 이러한 입장을 강조하여 보면 지침에서도 독일 약관규제법 제1조의 의미에서의 약관의 “설정”이 필요하다고 하여야 한다는 귀결로 된다.

실무상으로는 이 문제가 중요하다. 종래 독일에서는 계약당사자가 아닌 공증인이 사전에 작성하여 놓은 계약내용을 고객의 계약의 내용으로 편입시키는 경우에 있어서 그러한 계약내용이 된 조항을 약관규제법에 의하여 통제할 수 있는가가 논의되어 왔었다. 공증인에 의해 작성된 계약초안은 종래 원칙적으로 독일 약관규제법의 규정의 적용을 받지 않았다. 그러나 독일연방대법원은 독일민법 제242조²³⁾의 기초하에 공증인에 의한 계약성립시의 계약조항에 대한 내용통제를 일정요건하에 허용하였다. 이러한 요건은 물론 독일 약관규제법 제9~11조의 내용통제의 요건보다 좁았다. 이 문제에 대해서 경우에 따라서는 지침의 해석이 문제될 수 있다. 지침에 의한 내용통제를 적용하기 위해 약관을 어느 계약당사자에게 귀속시킬 수 있을 것이 필요하다면 장차 공증인이 개입하여 체결한 계약도 원칙적으로 지침을 국내법으로 반영한 후의 독일 약관규제법에 의한 내용통제에 놓이지 않게 된다. 반면 지침이 그러한 귀속을 요구하지 않는다면 그 한도에서 독일 약관규제법에 의한 내용통제가 공증인에 의한 경우까지 미친다.

제3자가 제정하였지만 계약일방당사자가 계약

체결을 위해 사용하는 계약모델²⁴⁾에 있어서는 독일 약관규제법과 지침 사이에 차이가 없다. 여기에서는 계약모델의 귀속은 명확하고 지침이 여러 번 반복하여 사용할 것을 요구하지 않기 때문에 그러한 계약모델을 1회만 사용하더라도 내용통제의 대상이 된다. 이와 동일한 내용이 종래 독일 약관규제법에 의하여도 적용되었었다. 이때 독일 약관규제법에서 요구하는 다수의 계약체결이라는 요건은 그 서식이 다수 사용될 의도로 제정되고 통용되었다는 사실로써 충족되었다.²⁵⁾

3. 소비자만을 대상으로 하는가의 관점

지침 제2조²⁶⁾와 관련하여 동 제1조²⁷⁾제1항에 의하면 영업수행자와 소비자사이의 계약에서 남용적 약관에 대한 법규를 통일시키는 데에 지침의 목적이 있다. 이 목적은 소비자만을 그 상대방으로 하는 경우에 한하기 때문에 독일 약관규제법의 목적보다 그 폭이 좁다. 독일 약관규제법은 원칙적으로 소비자뿐만 아니라 계약상대방이 상인인 경우도 포함하여 모든 채권법상의 계약에 계약당사자 개인 또 그의 경제생활에서의 지위를 불문하고 적용될 수 있기 때문이다. 다만 이 원칙으로부터는 독일 약관규제법 제24조에 예외가 있어 가령 동 제2조, 제10조 및 제11조는 약관을 제정한 사업자의 상대방이 상인인 경우의 계약의 내용통제에 대해서는 적용되지 않는다. 그렇다해도 독일 약관규제

23) 우리민법 제2조 참조.

24) 가령 경제단체들에 의해 제정된 모델 ; Vertragsmuster.

25) 최병규, “독일 약관규제법의 최근동향”, 상사법연구 제14집 제1호, 1995, 18쪽.

26) 이는 개념정의 규정으로 남용적 조항, 소비자 및 사업자에 대하여 정의하고 있다.

27) 제1조는 지침의 목적과 적용범위에 관한 것이다.

법의 적용범위는 지침의 그것보다 넓다.

지침의 특수한 목적방향이 독일 약관규제법에 대해 어떠한 영향을 미칠 것인가에 대해서는 다툼이 있다. 학설의 대다수의 경향은 종래 지침은 최소한의 척도만 제공하고²⁸⁾ 따라서 소비자계약 뿐만 아니라 그 밖의 계약도 약관통제에 놓이게 하는 것을 회원국의 입법자로 하여금 금지하는 것이 아니라는 이유로 지침으로부터 독일 약관규제법을 개정할 필요성이 없다고 한다.²⁹⁾ 이 견해에 의하면 독일 약관규제법을 지침의 이념에 맞추어서 가령 상인이 약관에 의한 계약상대방이 되어 보호받는 것을 개정하여 소비자만을 보호받게 하여야 할 이유는 없게 된다.

다른 견해는 지침과 독일 약관규제법 사이의 규정영역이 상이하기 때문에 하나의 새로운 소비자보호법 내지는 소비자계약에 있어서의 남용약관에 대한 법을 새로이 제정하여야 한다고 한다.³⁰⁾ 그 이유로는 그러한 새로운 법률을 통해서만 소비자에 특화된 요청을 충분히 충족할 수 있다고 한다. 그러한 요청에는 지침 제4조제1항³¹⁾에 의해 계약 체결에 부수하는 사정 등이 속한다.

이러한 의견상위가 독일의 약관통제 실무에서 차지하는 의의는 평가하기가 쉽지 않다. 독일 약

관규제법을 계약상대방의 각각의 지위에 관계없이 법률거래보호에 귀속시키려는 이론적 해석³²⁾과 최소한 소비자보호사상을 판례의 근거제시로 분명히 인용하고 이 사상을 상인사이의 특수한 불평등 상황에 추가적으로 확대하는 판례의 실무³³⁾ 사이에는 차이가 있다.

그런데 독일 약관규제법은 외관상으로는 지침에서 예견하고 있듯이 진정한 소비자보호법은 아니지만 소비자가 전형적으로 상인들보다 보호가 필요한 것이 사실이기 때문에 강하게 소비자보호에 각인되어 있다는 점에서 하나의 불평등상황을 고려한 법(Ungleichgewichtslagengesetz)이다.³⁴⁾

4. 내용통제의 척도

1) 지침과 독일 약관규제법이 일치하는 점

지침 제3조제1항에 의하면 약관이 신의성실원칙에 반하여 소비자에 불리하게 계약상의 권리의 무에 있어 현저한 불균형(Mißverhältnis)을 초래할 때에는 권리남용으로 된다고 한다. 이 규정은 독일 약관규제법 제9조와 대체로 일치한다. 언어상의 표현이 다르기는 하지만 이는 특별히 문제가 되지 않는다고 한다. 독일 약관규제법 제9조에 의

28) 지침 제8조 참조. 이에 의하면 회원국가는 약관지침이 규율하는 분야에서 더 높은 수준의 소비자보호를 확보하기 위하여 유럽공동체 협약과 합치되는, 약관의 내용보다 더 엄격한 규정을 제정할 수 있다고 되어 있다.

29) Graf von Westphalen, EWS 1993, S. 161 ff.; Heinrichs, NJW 1993, S. 1817 ff.; Eckert, WM 1993, S. 1070 ff.; Ulmer, EuZW 1993, S. 337 ff.

30) Hommelhoff/Wiedenmann, ZIP 1993, S. 562 ff.

31) 지침 제4조제1항: “어떤 계약조항의 남용성여부는 본지침 제7조와 관계없이 계약의 대상인 財貨나 서비스의 종류를 고려하고 또 계약 체결에 부수하는 모든 사정 및 동계약이나 해당조항이 속하는 타 계약의 그 밖의 모든 조항을 고려하여 계약체결시점을 기준으로 판단하여야 한다.”

32) 이에 의하면 상인도 똑같이 보호받게 된다.

33) 이에 의하면 계약상대방이 상인인 경우에는 그의 지위등을 고려하여 약관법의 보호규정을 차별적으로 적용하게 된다.

34) 최병규, “독일약관규제법의 최근동향”, 상사법연구 제14집 제1호, 1995, 19쪽.

하면 그러한 약관은 무효이다. 이에 반해 지침은 그러한 약관을 “권리남용적”(mißbräuchlich)이라고 표현한다. 지침에서 전제하고 있는 “현저한” 불균형은, 비록 불균형이 계약법규정에서 벗어나는 것 이외의 방법으로도 성립될 수 있다 하더라도, 독일 약관규제법 제9조제2항제1호의 의미에서의 “법규의 본질적 기본사상”에 위배되는 것에 상응하는 것이다. 이는 독일 약관규제법에서는 계약상의 본질적인 권리·의무에서 벗어나는 약관은 무효에 이르게 하는 독일 약관규제법 제9조제2항제2호도 암시하고 있는 내용이다.

불균형이 지침 제3조제1항의 의미에서의 ‘정당화되지 못하는(부당한) 것’이어야 한다는 요건으로부터 그러면 정당한 불균형은 허용되는 것인가에 대해서는 의문이 있을 수 있다. 그러나 여기에서 부당히 불리하게 함이 무효요건이고 또 그로써 불리하게 함의 부당성이 지침의 의미에서의 ‘불균형의 부당함’에 상응하는 한도에서는 독일 약관규제법 제9조와 지침이 일치한다고 볼 수 있다. 따라서 일단 중간결과로 지침 제3조제1항에 관한 한 독일 약관규제법에 의한 내용통제에 대해 개정을 할 필요성이 존재하지 않음을 확인할 수 있다.

2) 독일 약관규제법과 지침의 통제척도상의 차이

지침에서 어떤 약관이 권리남용적인가를 확정하기 위하여 요구되는 그 밖의 요건들을 보면 독일 약관규제법에 의한 통제에 대해 큰 차이점을 분명하게 알 수 있다. 즉, 지침 제4조제1항에 의하면 어떤 약관의 남용여부를 판단할 때 그밖의 요소로서 계약대상(목적)의 종류, 계약체결에 부수하는 사정,

동계약의 모든 다른 계약조건을 고려하여야 한다.

이 가운데 우선 첫째조건인 계약목적의 종류는 독일 약관규제법의 일반조항인 제9조에서도 고려된다. 그밖의 두가지 요건은 독일 약관규제법에 의한 내용통제에 있어서는 전혀 고려되지 않거나 또는 개별사안에 따라서만 고려하여야 하는 내용이다. 계약체결의 사정에 관한 한 지침은 독일 약관규제법에 의한 내용통제와는 아주 다른 방법을 취한다. 지침은 남용여부를 확정하기 위하여 계약당사자로서의 소비자의 열등한 지위에 주안점을 두고 따라서 계약당사자의 지적 및 경제적 힘 관계를 고려한다.

이에 반하여 독일 약관규제법은 전형적으로 관계된 거래권의 추상적 이해관계, 즉 한편으로는 소비자성 또 다른 한편으로는 각 분야의 약관사용자의 이해관계를 기준으로 삼는다. 그러나 계약체결의 구체적 사정, 특히 구체적 계약당사자의 지적 및 경제적 관계는 주안으로 삼지 않는다. 따라서 가령 자신보다 열등한 지위에 있는 약관사용자에게서 약관사용자의 조건으로 물품을 구입하는 지적으로 또 경제적으로 강한 소비자도 독일 약관규제법의 보호를 누릴 수 있게 된다.

이 때 학설의 제1의 견해는 독일 약관규제법의 추상·일반적 척도가 구체적 계약사정을 목표로 하는 지침상의 척도보다 더 포괄적이기에 독일 약관규제법을 개정할 필요가 없다고 한다.³⁵⁾ 이에 대해서는 제2의 견해는 그러한 관계는 추상적으로 이미 무효인 약관이 구체적인 계약사정에 의거하여 그 무효성을 상실할 수 있는 경우에만 존재하지 그 반대의 경우, 즉 원래 문제가 없는 약관이 구체

35) Graf v. Westphalen, EWS 1993, S. 165.

적 계약사정에 의해 부당하다고 보아야 하는 경우에는 존재하지 않는다고 하여 반대한다.³⁶⁾

이와 관련하여 지침 제4조제1항의 무효척도를 법원에서 판단할 때의 이익형량의 방법으로나³⁷⁾ 또는 독일 약관규제법 제9조에 제3항을 추가하는 방법으로³⁸⁾ 독일 약관규제법에서 고려하여야만 할 것을 주장하게 된다.

단체소송절차에 의한 약관의 추상적·일반적 통제에 대해서는 구체적 계약사정을 추가로 고려하는 것이 경우에 따라서는 어렵게 될 수 있는데, 이는 지침 제7조에 반하는 것이다. 즉, 지침 제7조는 약관의 폐단을 통제하기 위하여 유효한 수단을 마련할 것을 요구한다.³⁹⁾ 지침 제4조제1항에 의하여 계약의 그 밖의 모든 약관을 고려하는 것은 독일 약관규제법에 대한 판례에서 사안에 따라 분류하여 취급하는 것에서도 볼 수 있다.

원칙적으로 어느 약관의 무효는 독립되어 고려하여야 하기 때문에 동일한 계약의 타 조항(약관)의 효력에는 영향이 없다. 이 원칙으로부터는 물론 몇가지 예외가 있다.⁴⁰⁾ 가령 그 자체는 무효가 아닌 어떤 약관이 타 약관조항과 결부하여서는 무효로 될 수 있는 것이다.⁴¹⁾ 반대로 그 자체가 무효인 약관이 밀접한 관계에 있는 동일 계약내의 다른 약

관조항에 의해 유효로 될 수도 있다. 이에 대하여는 그 자체가 무효이지만 계약상대방에게 해지권이 부여된 경우의 가격인상조항이나 유효년이율을 고시한 것과 결부된 저당권신용에 있어서 무효이었던 이자지급약관에서 그 예를 찾아볼 수 있다. 그 밖에 그 자체 무효인 약관이 전체 계약모델의 범주에서는 유리한 약관과 불리한 약관이 고려된 집단적으로 교섭된 전형계약조건인 경우에는 허용될 수도 있다. 그러한 전형계약조건은 독일에서는 특히 VOB⁴²⁾과 ADSP⁴³⁾에서 찾아볼 수 있다.⁴⁴⁾

독일 약관규제법의 범주에서의 내용통제에 있어서 판례가 동일계약내의 타 약관들을 고려하기 때문에⁴⁵⁾ 그 한도에서는 지침 제4조제1항으로 인하여 독일 약관규제법의 개정은 필요하지 않다.⁴⁶⁾ 결국 유럽연합의 약관관계지침에서 약관규제에 대한 내용과 기준을 상세하게 제시하고 있음을 알 수 있다.

IV. 유럽연합의 지침에 의한 독일국내약관 규제법의 개정

유럽연합의 지침에 의하여 독일 약관규제법은 일부 개정되어야 하였다. 이는 가령 약관의 “설

36) Heinrichs, NJW 1993, S. 1820.

37) Ulmer, EuZW 1993, S. 346.

38) Eckert, WM 1993, S. 1075.

39) Graf v. Westphalen, EWS 1993, S. 165.

40) Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 85.

41) 이에 대해서는 또한 Heinrichs, NJW 1993, S. 1820 참조.

42) Verbindungsordnung für Bauleistungen, 건축약관.

43) Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, 보통 독일운송주선인약관.

44) BGH, NJW 83, 816; BGH, NJW 91, 1812; BGH, NJW 82, 1820.

45) 이때 판례는 물론 각 사안마다 상이한 비중을 두면서 타조관을 고려한다.

46) 최병규, “독일약관규제법의 최근동향”, 상사법연구 제14집 제1호, 1995, 24쪽.

정"이라는 요건이 필요하지 않게 되었거나 또는 단 한번의 계약체결을 위하여 마련된 약관이라 하더라도 약관법의 대상으로 하여 소비자를 보호하게 하여야 한다는 것과 또 공증인이 계약의 내용으로 편입시키는 미리 작성된 내용에 대하여도 약관규제법에 의한 보호대상에 포함시키도록 해야한다는 점이 그것이다. 이러한 내용은 결국 더 소비자를 보호하는 쪽으로 고쳐야 한다는 것을 의미하는 것이었다. 독일 약관규제법은 원칙적으로 고객이 상인인 경우에도 적용이 됨에 반하여 지침에 의하면 약관을 사용하는 사업자의 고객이 소비자인 경우에만 적용이 되어서 이와 관련한 독일법의 개정도 있었다.

1996년 7월 19일의 법개정⁴⁷⁾에 의하여 독일에서는 유럽연합의 약관관계지침⁴⁸⁾을 국내법화하였고, 이는 1996년 7월 25일 발효되었다. 이에 의하여 독일 약관규제법 제12조가 개정이 되었고 새로이 제24a조가 신설되었다.⁴⁹⁾ 독일 약관규제법 제12조의 개정은 사소한 개정에 불과하지만 동 제24a조의 신설은 독일 약관규제법의 내용을 근본적으로 바꾸어 놓았다. 그에 의하면 소비자 관계 계약에서는 약관은 소비자에 의하여 계약에 편입되지 않은 한 원칙적으로 사업자에 의하여 설정이 된 것으로 본다(독일 약관규제법 제24a조 제1호). 그로써 공증인이나 중개인과 같은 제3자의 제안에 의하여 계약내용으로 된 정형화된 조항에 대하여도 내용통제가 미친다.

내용통제의 적용범위에서 소비자계약에서는 소비자가 약관작성과 관련하여 영향을 행사할 수 없는 한 단 한번의 이용을 위하여 마련된 약관의 경우에도 내용통제가 미친다(독일 약관규제법 제24a조제2호). 즉, 유럽연합지침의 수용을 통하여 소비자계약에 한하여 독일약관규제법 제5조, 제6조, 제8조~제12조는 사전에 작성된 계약조건이 단 한번의 사용만을 위한 경우에도 적용된다고 한다.⁵⁰⁾ 그리고 내용통제의 척도에 있어서도 변화가 있었다. 즉, 소비자계약에서는 독일 약관규제법 제9조의 일반조항에 의한 부당하게 불리하게 하는 약관에 해당하는지 여부를 판단할 때 계약체결에 수반하는 사정도 고려하여야 한다.⁵¹⁾

이러한 법개정으로 인하여 전통적인 약관의 개념에 수정을 가하지 않을 수 없게 되었다. 또 지침이 원래 1995년 1월 1일부터 효력을 발하여야 하였고 이 개정법은 1996년 7월 25일에 효력을 발하였기에 그 사이의 계약에 대하여는 지침이 공동체에 합당한 해석에 의하여 효력을 갖는가 하는 문제가 제기된다. 그런데 독일의 통설은 이를 긍정한다.⁵²⁾

V. 약관규제법의 개정방향

우리 나라법과 독일법 및 유럽연합의 지침을 비교하여 얻은 결과로 우리법의 운용 및 개정시에 참조할 사항은 다음과 같다.

47) BGBI. I 1996, S. 1013.

48) EG-Richtlinie 93/13/EWG v. 5. 4. 1993.

49) 법개정에 대하여 자세한 사항은 Heinrichs, NJW 1996, S. 2190; Bunte, DB 1996, S. 1389; Eckert, ZIP 1996, S. 1238; Graf v. Westphalen, BB 1996, S. 2101 참조.

50) 이기수, 경제법, 330쪽.

51) Palandt /Heinrichs, BGB, 56. Aufl., 1997, § 24a Rdn. 15 ff.

항 목	개 선 내 용
약관의 개념	유럽연합 지침과 독일 약관규제법이 약관의 개념을 확대하여 소비자와의 계약의 경우에는 단 한번의 계약체결을 위하여도 미리 작성된 것이면 약관규제법의 적용을 받도록 한 점을 주목하여야 한다.
내용통제의 범위	내용통제의 범위문제는 자본주의의 기본원리인 시장경제의 원칙과 사적자치라는 입장에서 우리나라에서도 계약의 핵심급부내용이라든지 급부와 반대급부의 관계(가격) 및 법규와 일치하는 내용은 법원에 의한 내용통제의 범위에서 제외시킬 필요성이 있다. 그러나 계약의 핵심급부를 정하는 것이 보험약관과 같이 무형상품을 대체하는 약관인 경우에는 어려움이 있을 것인데 이는 형식적인 기준이 아닌 실질적인 척도로서 거래계의 관념을 기준으로 결정하여야 할 것이다.
임의법규의 전형성	약관이 수행하는 기능의 중요성에 비추어 일반 소비자를 보호하기 위하여는 일정한 기준이 있어야 하는데 입법자가 비록 임의법규로 하였지만 기준이 되는 내용을 정해놓은 경우에는 그보다 소비자를 불리하게 하는 내용은 불공정한 약관으로 볼 수 있기 때문에 임의법규가 약관의 효력을 심사할 때 기준이 되도록 독일법과 마찬가지로 법에서 명시적으로 규정해 놓을 필요가 있다.
사업자의 계약상대방이 상인인 경우	우리법과 같이 계약상대방이 상인인 경우에도 약관규제법이 적용되도록 했던 독일이 유럽연합 지침을 받아들이면서 소비자와 계약을 체결하는 경우에는 몇가지 점에서 특칙을 두어 경제법에서 소비자 보호법으로 더 접근하고 있다. 우리 약관규제법이 계약상대방이 상인인 경우에도 그대로 적용되는지 아니면 순수히 소비자를 위한 법인지의 성격을 보다 명시적으로 밝혀줄 필요가 있다.
소송수행상의 용이화 장치	시정명령이 내려진 경우에도 약관에 의해 피해를 입은 소비자는 법원에 다시 소송을 제기해야 이미 발생한 피해를 구제받도록 되어 있다. 이와같이 현행 약관규제법은 공정거래위원회의 조치로는 추상적인 무효선언과 당해 약관의 장래에 대한 사용금지만을 규정하고 있으나, 이와 더불어 이러한 피해를 함께 구제해 주는 조치가 도입되어야 한다. 한편 약관에 대한 판단을 청구하는 피해당사자를 효과적으로 구제하기 위하여 독일에서 채택하고 있는 단체소송제도나 이와 유사한 제도를 도입하여 소비자의 소송수행과 관련하여 도움을 주는 장치를 마련하여야 한다.

52) Heinrichs, NJW 1995, S. 153.

공정거래 제도에 관한 여러분의 원고를 기다립니다

공정한 경쟁질서를 확립하고, 공정거래제도가 국민의 각계각층에 확산될 수 있도록 하기 위해 사단법인 한국공정경쟁협회에서는 월간 「공정경쟁」(공정협회보)지를 발행하고 있습니다.

「공정경쟁」지는 공정경쟁 사회의 위상을 새롭게 하고 관계 전문가들과 함께 공정거래 제도에 관한 문제들을 여러분들과 함께 토론하고자 합니다. 참신하고 의욕적인 여러분의 글을 다음의 요령대로 보내 주십시오.

사단법인 한국공정경쟁협회

- 보낼 곳 : (100-743) 서울특별시 중구 남대문로4가 45 상의회관 621호
사단법인 한국공정경쟁협회 「공정경쟁」 출판 담당자 앞
- 전 화 : (02)775-8870~2
- PC통신 : kfca2000(hitel, 천리안)