

유럽법제에서 형평성 원칙에 따른 표준계약조건의 유효성에 관한 소고

김 재 성*

-
- I. 서 론
 - II. 표준계약조건의 형평성 원칙
 - III. 표준계약조건의 형평성 확보를 위한 입법과정
 - IV. 결 론
-

I. 서 론

일반상거래에서 그 거래의 내용이 공평한 것인가는 계약당사자에게 시대를 초월하여 늘 관심의 대상이 될 수밖에 없을 것이다. 계약의 형평성에 관한 문제는 오늘날 유럽법의 기원이 되는 그리스 로마시대까지 거슬러 올라가 그 고민의 흔적을 찾아 볼 수 있다.

* 배화여자대학 국제무역학과 겸임교수

로마 유스티니아누스 법전에서는 매도인이 자신의 땅을 시가의 절반미만에 해당하는 가치로 불공정한 가격으로 매각한 사실을 알게 되었다면 그 계약을 취소할 수 있었다.

반면에 이러한 거래에 대하여 매수인 입장에서 매수인이 합리적인 가격으로 인정되는 대금의 차액을 보완하여 지급하면 당해 계약을 취득할 권리가 매수인에게 보장되는 것이 중세유럽에서의 일반적 관행이었던 것 같다. 이러한 계약 관행은 토지거래는 물론 일반 상품거래에서도 매도인과 매수인에게 공히 적용되었던 상관습으로 추정된다.¹⁾

일반 상거래에서 중대하자보완의 원칙은 영국에서는 물론 중세 유럽에서 종교적이거나 도덕적인 측면에서 상거래의 일반적 관행으로 받아들여졌음은 물론 계약법에도 적용된 것으로 보인다.²⁾

그렇지만 일단 계약이 체결된 이후 분쟁이 발생하면 이를 해결하기가 대단히 어렵기 때문에 계약 당사자는 계약의 목적물을 거래하는 것뿐만 아니라 그 계약이행의 사전조건을 이루는 되는 사실적 판단 자체에도 계약의 형평성을 유지하여야 한다.³⁾

만일 어떤 계약조건이 공서양속에 비추어 양심의 가책을 느낄 정도로 형평성을 유지하지 못한다면 이는 계약의 중대한 하자일 뿐 아니라 계약의 안정성과 계약자유의 원칙에 대한 유효성을 인정하기 어려울 것이다.

이 때 당사자에게 적용되어야 할 형평성의 문제는 계약당사자에게 객관적으로 어느 정도의 수준으로 유지하게 될 때 형평성을 이루었다고 볼 것인지의 문제가 남게 된다.

이와 같은 계약 형평성의 문제는 자신의 판단으로 신중히 계약을 체결하고 이행하여야 할 계약당사자 사이에 공평하게 적용되어야 할 담보조건으로서 계약 책임과 공정가격(just price)의 문제 등으로 보다 구체화할 수 있을 것이다.⁴⁾

계약자유의 원칙과 계약 형평성원칙에 따라 계약을 체결하고자하는 당사자

1) Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition* Juta, Cape Town, 1990, p.59.

2) Patrick Atiyah, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p.62.

3) Hugo Grotius, *De Jure Belli et Pacis*, Vol.2. Clarendon Press, Oxford, 1925, p.348.

4) Patrick Atiyah, *op cit.*, p.167.

는 당해 계약의 기본조건은 물론 그 이외 계약을 성립하게 만드는 특별한 근거가 될 만한 배경에 대하여도 충분하고 적절하게 이해하여야한다.

그렇지만 대량생산과 대량소비의 시대에서 불특정다수와 계약을 염두에 두고 매도인이 사전에 작성하는 표준계약서의 계약조건이 형평성의 원칙에 부합하는 것인가의 여부를 판단하기가 어려울 수도 있다.

이러한 당사자의 표준계약조건에서 형평성의 위반으로 계약의 유효성을 인정할 수 있는가의 문제는 구체적으로 계약의 독립된 상황에 따라 판단하게 된다.

이 연구에서는 유럽법제에서 계약당사자의 표준계약조건이 어떤 근거로 형평성의 원칙에 부합하고 위반되는지를 살펴보고, 유럽법제에서 입법화되어온 과정을 영국, 프랑스, 독일의 계약법을 중심으로 간략히 살펴 보고자 한다.

II 표준계약조건의 형평성 원칙

1. 영국

영국에서는 모든 거래에서 매수인이 계약조건에 관하여 신중한 주의(*caveat emptor*)를 기울여야 할 것에 대하여 계약법이 아닌 일반적 관행으로 받아들이고 있지만, 매도인은 자신이 명시적으로 담보한 물품의 품질에 대하여 계약법상 책임을 부담하여야 한다.

영국에서는 19세기 후반까지 매도인의 물품에 대한 품질의 담보의무를 묵시적 의무와 별개로 다루었으나, 1893년 SGA가 법제화 되면서 물품의 품질 조건에 대한 매도인의 묵시적 의무를 다루게 되었다.⁵⁾

그러나 SGA의 이러한 시도에도 불구하고 계약당사자는 품질조건에 관한 매도인의 묵시적 의무조항을 특약조건으로 부정 또는 변경하여 매도인의 묵시적 의무조항을 무력화할 수 있었다. 그 결과 매도인의 계약위반으로 인한 매수인의 구제권에 대한 형평성이 문제가 되어 이후 매도인의 면책조항을 제한하게

5) Sale of Goods Act 1893. s.55.

되었다.

그 무렵 산업화의 영향으로 물품을 대량생산, 대량판매가 확산되자 생산자나 매도인은 자신들에게 유리한 계약조건을 개발하게 된다. 이는 생산조합과 공급자가 제시하는 표준계약서의 형태로 발전하고 이후 매도인과 매수인에게도 적용되는 표준계약의 형태로 확대되는 것이다. 당시 산업조합의 관행이 이후에 제한적거래관행법(The Restrictive Trade Practices Act 1956)의 태동으로 이어지게 되었다.⁶⁾

당시 일반적인 상거래 관행에서는 생산자와 매도인은 묵시적 의무와 SGA상의 담보의무를 한정적으로 적용하여 하자있는 물품을 보완하는 정도로 그치고자 하였다. 특히 자동차의 거래에서 매수인이 부품의 교환, 인건비 부담의 일부를 부담하도록 전가하기도 하였는데, 매수인이 하자의 보완을 청구하고 자신이 운임을 부담하여 매도인에게 인도하면 매도인은 하자있는 부품을 교환하거나 수리하는 것으로 그 기한은 6개월 미만 정도로 책임을 제한하고자 하였다.

다만 계약목적물의 적합성에 대한 책임은 직접손해에 한정하고, 간접손해에 대하여는 적용하지 않는다. 인도지연에 대한 책임은 매도인이 특정 기간을 명시하기만 하면 무효가 되었고, 계약상 규정된 물품인도기간을 초과하더라도 매도인은 배상책임에 대하여도 배상책임을 부담하지 않았다. 뿐만 아니라 매도인 자신들의 부주의로 발생한 결과에 대해서도 책임을 부담하지 않으려고 하였다.

이러한 경향은 제2차 세계대전 직후에도 남아있었는데, 이는 당시 시장이 매도인이 우월적 지위를 갖는 시대적 상황과 상인조합이 막강한 힘을 갖고 있었기에 가능했던 것으로 매수인이 자신에게 유리한 계약조건을 제시하는 것은 사실상 불가능하였다.

이와 같이 형평성의 원칙이 훼손되는 상황에서 법원이 직접적 조치를 행사하지 않았으며, 특히 매도인이 일반 소비자와 관련된 경우 법원은 계약서의 조항을 엄격히 문언으로 해석하여 만일 중의적으로 해석될 수 있는 경우 매도인에게 불리하게 판단하는 간접적인 방법을 선택할 수 있을 뿐이었다.

만일 매도인이 제시한 계약서에서 담보조건(warranty)만을 제외하였다면 법원은 이 계약서에 조건(condition)은 포함하지 않는 것으로 간주하거나, 계약

6) P.D.V. Marsh, comparative Contract Law England, France, Germany, Gower, 1994. p.293.

서의 조항이 조건과 담보조건만을 포함하였다면 묵시조건만을 담보하는 것으로 보고 명시조건은 포함하지 않도록 제한하는 것으로 간주하거나, 매도인이 인도한 물품의 잠재하자에 대하여 매도인의 책임을 면제한다면 당해 계약서에서는 SGA상 묵시조건을 포함하지 못하도록 하는 방법 등을 활용하여 불합리한 형평성을 회복하고자하는 법원이 그나마 제한적이고 간접적인 방법으로만 형평성의 훼손을 치유할 수 있을 뿐이었다.

그리고 매도인의 부주의로 발생하는 책임은 계약서를 통하여 명시적으로 면제하거나 부주의에 대한 일반적 의미를 작성할 때에만 매도인의 책임을 면제될 수 있고, 다른 방법으로는 매도인을 보호할 수 없도록 하였다.

또 법원과 매도인사이에서는 우월적 지위의 매도인을 보호하고자하는 계약서 작성의 유효성에 관한 지속적 대립이 발생하는 경우, 법원은 표준계약에 포함된 일부조항에 문제가 있을 때에는 표준계약 전체가 무효가 될 수도 있음을 알리고자 하였다.

그리고 계약의 어떤 내용이 당해 계약의 중대한 위반(fundamental breach)에 해당한다면 배상책임을 면제할 수 없다고 보기도 하는 때가 있었으나, 현재는 동등한 수준의 계약 당사자가 자유롭게 계약에 합의한 경우라면 계약의 내용은 계약당사자들에게 결정권한이 있음을 인정하는 추세이다.

그러나 계약의 어느 당사자에게 중대한 계약위반이 있음에도 불구하고 이에 대하여 매도인의 책임이 전혀 없다거나, 매도인의 책임이 있더라도 대단히 제한된 작은 책임만을 인정하는 조건으로 계약에 합의한다면 법원은 이러한 계약에 대하여 무효로 판시하게 된다.⁷⁾ 이는 계약 성립의 문제와 관련하여 영국 법에서는 계약의 위반이 사소한 것인지 중대한 것인지의 여부에는 크게 의미를 두지 않기 때문인 것으로 보인다.⁸⁾

2. 프랑스

프랑스 계약법에서도 계약의 조건의 조건은 어느 당사자에게 일방적으로 유

7) *Photo Production Limited v. Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827.

8) *Suisse Atlantic case* [1967] 1 AC 361; *Sze Hai Tong Bank v. Rambler Cylce Co.* [1959] AC 576.

리한 조건으로 작성되지 않고, 계약의 두 당사자에게 비교적 균등한 조건으로 성립하는 것이 일반적이다. 계약자유 원칙에 따라 당사자는 당사자의 책임과 권리를 계약상 권리를 프랑스 민법전(*Code Civil*)에 추가하여 보충할 수 있다.⁹⁾

프랑스에서도 영국에서의 경우와 마찬가지로 대량생산과 대량소비의 풍조가 사회전반으로 확산됨에 따라 그 파급효과로 과거 동등한 수준의 특정 당사자 사이에서 성립하던 계약에서 전문가와 비전문가의 거래, 생산단위조합과 개인 기업, 독과점적 기업과 소비자와의 거래 등이 발생하게 되었다. 이러한 상황에서 공급자와 매도인에게 점차 계약의 우월적 지위가 집중하는 현상이 나타나게 된다.

이처럼 특정 계약 당사자에게 우월적 지위가 집중되어 일방적으로 유리한 계약에 해당하는 경우 계약의 유효성을 인정하지 않는다.¹⁰⁾

- ① 계약 당사자의 현저한 불공정 거래조건
- ② 계약 대상과 내용을 특정하지 않은 청약조건
- ③ 우월적 지위의 당사자에게 일방적으로 유리한 조건으로 당사자 협의가 배제되는 계약조건
- ④ 계약의 내용이 상당히 난해하여 일반인이 이해할 수 없고, 우월적 지위의 계약당사자에게 일방적으로 유리한 조건의 계약

만일 이러한 네 가지 유형에 해당하는 계약이라면 계약 당사자에게 계약 자유의 원칙과 형평성의 원칙을 침해한 것이므로 유효한 계약이 성립한 것으로 볼 수 없다. 앞의 네 가지 유형은 모두 특정 당사자에게 일방적으로 유리한 조건으로 계약당사자가 대등한 조건이 아닌 상태에서 자신의 의사를 반영하지 못하였으므로¹¹⁾ 프랑스 민법에서도 이를 무효로 규정하고 있다.¹²⁾

따라서, 계약의 당사자가 자유롭게 자신의 모든 계약조건을 전체적으로 수정 또는 변경할 수 있을 때 이를 공정한 계약이라 볼 수 있지만, 앞의 네 가

9) Ghestin, Jacques and Martin Billau, *Traité des Contrats La Vente*, Librairie Générale de Droit et de Jurisrudence, Paris, 1990, s.54, p.37.

10) Weill, A. and Terré, F., *Droit civil Les Obligations*, 4th ed., Dalloz, Paris 1986, s.95.

11) *Code Civil* Art. 1134

12) *Code Civil*, Art. 1156.

지 유형에 해당하는 경우에도 모든 계약이 무효로 되는 것은 아니며 당사자 계약의 내용이 분명하고 상대방의 권리를 중대하게 침해하고 있을 때에만 법원은 이를 무효로 한다.

1866년 공장의 규칙을 어긴 여성 근로자에게 10프랑의 벌금을 부과하자 여성 근로자는 산업분쟁심판을 청구하였고, 그 결과 근로자에게 한 달 임금의 절반에 해당하는 10프랑의 벌금을 부과하는 것은 너무 가혹한 것이므로 이를 50센트로 조정하였다.¹³⁾

그렇지만 산업분쟁심판 벌금 감액은 “계약을 이행하지 못한 당사자는 손해액을 배상하여야하고, 상대방은 배상금액을 조정할 수 없다”는 프랑스 민법의 규정에 모순되는 것이다.

당시 프랑스 법원은 원인에 관계없이 계약당사자에게 배상책임이 있다면 그 책임을 제한하거나 면제하지 않았다. 계약의 주체로서 당사자가 계약자유의 원칙에 따라 계약을 체결하였다면 신의성실의 원칙에 따라 계약의 모든 조건을 이행하는 것이 형평성원칙(*culpa lata dolo aequiparatur*)에 부합한다고 여기는 것이 그 시대의 관행이었다.

법원이 손해액을 변경할 수 없다는 민법전의 내용은 1985년에 이르러서야 손해액을 조정할 수 있도록 변경되었다.¹⁴⁾ 이러한 원칙은 거래를 이행하는데 충분한 사전지식을 갖춘 전문매도인과 그렇지 못한 매수인 사이에도 적용되었다.

그러나 계약자유의 원칙에 따라 계약을 체결하는 당사자 사이에 전문적 지식을 갖추고 있는지 없는지의 여부를 합리적으로 판단할 수 있는 명백한 기준이 없다는 점에 문제가 있다.

3. 독일

독일 계약법에서는 자신의 권리와 의무를 알고 자유로이 계약을 체결하는 당사자는 자신의 이익을 추구할 권리가 있다고 본다. 따라서 계약자유의 원칙에 따라 계약당사자는 자신의 모든 계약조건을 결정할 권리가 있으며 이는 일

13) P.D.V. Marsh, *Ibid*, p.298.

14) P.D.V. Marsh, *Ibid*, p.330.

반적인 독일 계약법의 일반적 원칙이라 볼 수 있다.

그러나 거래유형과 상관없이 물품의 공급자, 보험사, 은행 등 모든 거래당사는 가능하면 자신에게 절대적으로 유리하고 우월적으로 작용하는 표준계약조건을 개발하여 왔으며, 그 결과 거래의 상대방에게는 선택의 여지가 없이 표준계약조건을 받아들이는 것이 일반적인 관행이 되었다.

독일 계약법에서도 계약자유 원칙이 있음에도 불구하고 독일 법원이 당사자 계약 조건에 현저한 불공정을 초래할 수 있는 독소조항이 있는지의 여부와 이에 관한 유효성의 문제를 판단하는 것은 그리 오래되지 않은 것으로 보인다.

현재 독일 계약법에서도 공서양속을 해치는 계약조건 또는 상대방의 곤궁, 부주의, 무경험 등을 이유로 이익을 취하는 경우 당해 계약은 무효가 된다.¹⁵⁾

형평성의 원칙과 관련하여 자신에게 절대적으로 유리하고 우월적으로 작용한 계약의 사건을 예를 들자면, 운송인이 자신의 부주의로 운송주선인에게 발생한 손해의 배상책임을 단위당 60마르크로 제한한 것은 우월적 지위를 남용하여 상대방의 경제적 이익을 침해한 것이며, 형평성의 원칙에 위반이므로 당해 계약은 무효로 판시하였다.¹⁶⁾

이러한 판례의 결과 법원은 모든 계약은 당사자의 자유의사에 따라 체결된 것이므로 채무자는 신의성실의 원칙과 상관행에 따라 자신의 배상책임을 성실히 이행하여야 할 것으로 보고 있다.

따라서 계약의 표준계약조건이 이러한 법원칙에서 벗어나 형평성의 원칙에 침해되거나 적절한 보완방법을 제시하지 못하는 계약은 무효가 된다. 표준계약조건에 의한 계약은 보다 특별히 계약자유 원칙이 적용되어야 하며, 신의성실원칙과 형평성의 원칙을 고수할 때 유효한 계약으로 인정하게 된다.

결국 신의성실 원칙에서 벗어난 표준계약조건이라면 당해 계약은 무효가 된다.¹⁷⁾

15) BGB Art. 138.

16) 26 October 1921 RGZ 108, 82.

17) 7 February 1964 BGHZ 51, 151.

Ⅲ 표준계약조건의 형평성확보를 위한 입법과정

1. 영국

영국의 불공정계약약관법(The Unfair Contract Terms Act 1977)은 명칭과 달리 불공정계약에 관한 내용은 전혀 다루고 있지 않다. 이 법에서 다루고자 하는 바는 배상책임의 내용을 제한하거나 면제하려는 계약의 조항만을 다루고 있으며 주요 적용범위는 계약의 주체로서 기업 또는 당사자가 된다.

일반 상거래에서 외견상 동등해 보이는 계약의 두 당사자가 합의한 계약에서 특정 당사자의 배상책임을 면제하거나 제한하고자한다면 이것이 합리적 기준에 충족하는지 여부를 판단하는 것은 대단히 어렵다.

이러한 합리성을 판단하는 가장 일반적인 기준을 예를 들어보면 매수인에게 계약의 명시적 계약조건의 위반, 물품의 상품성에 관한 묵시적조건의 위반 또는 SGA에서 보장되는 권리 등이 있음에도 불구하고 매도인이 제시한 계약조건에서 일정 기간 이내에만 물품의 하자가 없을 것 등의 방법으로 배상책임을 제한하는 것이다.

이와 같이 매도인의 배상책임을 제한하거나 면제하고자한다면 이는 합리적 기준이라 할 수 없다. 이와 같은 내용으로 매도인이 매수인의 권리를 제한한다면 매수인은 자신의 경제적 이익 또는 손실에 대한 배상청구권을 상실하게 된다.

그러면 합리적 기준의 판단과 관련된 두 사건을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 *White Cross Equipment v. Farrell*¹⁸⁾ 사건은 압축기를 판매하는 계약으로서 매도인의 인도물품은 당연히 거래목적에 부합하는 것이어야 했으나 명백히 그렇지 못하였다.

매도인과 매수인 당사자의 계약에서는 6개월 이내 하자가 발생할 경우 매도인이 하자를 보완하거나 또는 물품을 교환하거나 하자있는 부분의 부품 등을 교체하는 것만 인정하고 기타 담보조건 등은 면제하였으며 특히 매도인은 어떠한 경우에도 이로 인한 간접손실에 대한 것은 일절 책임지지 않기로 약정하

18) *White Cross Equipment v. Farrell* (1983) 2 TLR 21.

였다.

법원은 이 사건에서 매수인이 주의 깊게 판단하였다면 장차 어떤 문제가 발생할 수 있을 것인지 예측할 수 있었고, 6개월의 담보기간내 완전한 하자보완을 제시하였으므로 이 사건에서는 매도인과 매수인 두 당사자가 합리적으로 동등한 수준의 형평성을 가진 것으로 보고 매수인의 주장을 인정하지 않았다.

반면에 *Edmund Murray Ltd v. BSP International Foundations Ltd* 사건¹⁹⁾은 드릴공구를 판매하는 계약으로 매도인의 물품이 계약에서 명시한 특정 조건을 수행하는데 성능이 부족한 것이 문제가 되었다.

이 사건에서도 매도인이 판매한 물품이 계약적합성에 부합하지 않는 것으로 의심할 여지가 없으나 당사자의 계약에서 물품의 하자로 말미암아 발생하는 문제는 물품을 교체하거나 하자를 보완하기로 하였다. 그러나 하자있는 물품의 교체나 보완만을 약정하고 기타의 조건 또는 담보조건을 이것으로 대치하고 매수인의 청구권을 배제할 수 있을 것인지는 문제가 된다.

법원은 계약의 두 당사자가 대체로 동등한 수준의 형평성을 가진 것으로 보이고 매수인은 매도인의 배상책임을 제한하는 계약조건에 동의하였다라도 드릴공구의 특성상 특별한 목적으로 생산되고 주문하는 점을 고려할 때 매도인의 배상책임을 제한하는 것은 합리적이라 볼 수 없다고 판시하였다.

따라서 이 사건에서 매도인의 물품은 명시적으로 묵시적으로 SGA상 계약적합성에 대한 위반이 명백하므로 매수인의 청구권을 배제하는 것은 합리적이 않은 것으로 결정하였다.

앞의 두 사건에서 살펴본 바와 같이 당사자의 계약에서 명시적으로나 묵시적으로 매수인의 권리를 배제하는 것이 계약적합성을 충족하고 합리적인 것인지의 여부를 판단하는 것은 대단히 어려운 일이다. 계약의 형평성에 관한 계약당사자의 문제는 계약당사자 스스로 각자 부담하여야할 문제일뿐더러 각자가 부담하여야할 위험을 어떻게 균등 수용할 것인지 선택의 문제가 될 것으로 보인다.

만일 계약의 어느 당사자가 계약의 일반적 상황에 대하여 무지하거나 잘못된 정보로 계약을 체결하였고 이것이 매도인에게 일방적으로 유리한 내용의

19) *Edmund Murray Ltd v. BSP International Foundations Ltd*, P.D.V. Marsh, *Ibid*, p.296.

계약임을 알게 되었더라도 그 후 계약의 유효성 여부에 관한 법원의 결정을 예측한다는 것은 어려운 일이다.

그러나 만일 시장에서 독점적 위치를 누리는 매도인과 매수인의 거래에서 매수인은 선택의 여지가 없이 매도인에게 절대적으로 유리한 계약조건을 수용할 수 밖에 없었다면 이는 분명히 계약당사자에게 공평하지 못한 계약으로 보아야 할 것이다.

그렇지만 이러한 계약형평성의 문제는 소비자로서 개인이 전문가적 위치의 상대와 체결되는 거래에는 적용되지 않고, 계약의 양 당사자가 당해 거래의 전문가로서 인정되는 계약 당사자에게만 적용된다.

2. 프랑스

프랑스에서는 영국의 불공정계약조건법과 같은 법 또는 표준계약조건에 관한 내용은 없다. 다만 전문가와 비전문가 사이의 계약에 적용될 여지가 있는 계약의 독소조항에 관한 내용²⁰⁾과 그러한 독소조항으로 인한 피해의 경우에 관한 내용²¹⁾으로 다루고 있다.

이후 이러한 내용이 발전되어 전문적이며 우월적 지위의 매도인 또는 공급자와 비전문적 매수인 또는 소비자의 거래에 관하여 다음 세 가지 요건을 두게 되었다²²⁾.

① 전문가로서 매도인이 소비자 또는 비전문가인 매수인의 하자있는 물품을 보완청구권을 부인하는 계약조건은 무효

② 전문가로서 매도인이 계약의 조건을 일방적으로 변경 또는 수정할 권리를 갖는 계약조건은 무효

③ 전문가로서 매도인이 공급한 물품 또는 서비스가 하자 있을 때 매수인에게 허용된 권한을 명시하지 않고 매도인의 담보조건을 제공하지 않는 계약조건은 무효

프랑스 법원은 비전문적 매수인 또는 소비자를 보호하기 위하여 우월적 지

20) Law No. 78-23 of 10 January 1978.

21) Law No. 92-60 of 18 January 1992.

22) Law No. 78-464 of 24 March 1978.

위의 매도인 또는 공급자 조합의 표준계약조건에서 위와 같은 세 가지 유형과 기타 독소조항을 폐지하도록 하는 발전을 이루게 되었다.

그 결과 프랑스 법원은 두 가지 기준을 제시하게 되었다. 첫째, 비전문적 (non-professional)이라는 용어를 매도인 이외 매수인으로 한정하지 않았다. 법원은 부동산계약의 대리인에게도 비전문적 비전문성이 있음을 인정하고, 부동산 회사에게도 특정 전문지식이 없었다면 비전문적 대리인의 행위와 별 차이가 없었을 것이므로 대리인의 행위에 문제가 없는 것으로 보았다.²³⁾

둘째, 매매계약을 광의의 개념으로 확장하였다. 매매계약을 보다 넓은 의미로 확장하게 되면 현상비가 포함된 필름의 매매계약에서 현상비가 미미한 금액이라고 하더라도 그 금액을 거래에서 분리할 수 없는 것으로 보고 이를 전체의 매매계약으로 인정하였다.²⁴⁾ 법원의 이러한 시도와 기준에 따라서 법원은 판례와 법률에 따라 독자적으로 계약내용을 판단하여 독소조항의 여부를 결정하고, 독소조항에 해당된다고 판단되면 당해 계약은 무효가 된다.

최근의 판례와 관련하여 슬라이드 필름을 현상인화하는 계약은 매매계약의 범위로 볼 수 없지만, 현상 후 슬라이드를 현상업자가 돌려주지 않는 계약조건인 상황에서 알 수 없는 이유로 슬라이드를 분실하였다더라도 현상업자에게 명백한 책임이 없음을 증명하지 못하는 한 배상책임이 면제된다고 볼 수 없다고 보았다.²⁵⁾

3. 독일

독일 법원에서는 1970년대 초기로부터 표준계약조건의 독소조항에 관한 논란이 시작되었다. 문제는 불공정한 표준계약조건을 대하는 대부분 소비자에게는 당해 계약이 항상 중요한 것은 아니었기 때문에 소비자가 비용과 시간을 소모하며 모든 계약의 부당성을 법원에 호소할 수 없다는 점이다.

그 후 표준계약약관법(Allgemeine Geschaefts Bedingungs Gesetz; 이하 AGBG라 한다.)이 1977년 4월 발효되었다. 이 법은 표준계약약관의 의미에

23) Cass. civ. 1, 28 April 1987, D. 1987.

24) Cass. civ. 1re, 25 January 1989 D. 1989. 253.

25) P.D.V. Marsh, *Ibid*, p.300.

관하여 정의하였다. 표준약관은 표준약관을 준비하고 이를 사용하여 계약을 체결하는 것을 의미한다.

반면에 계약 당사자 사이에 개별적으로 계약서의 약관을 협의하였다면 이를 표준약관으로 볼 수 없다. 개별적으로 계약조건을 협의하였다는 것은 AGBG의 취지와 달리 계약의 각 당사자는 계약약관의 수정 또는 변경을 할 기회가 있었다는 것을 의미한다.

일반적으로는 실제적인 표준약관에 추가변경이 없었다면 법원은 이를 개별 협의에 의한 계약약관으로 보지 않으며, 당사자 계약에서 일부 조항에서는 표준약관을 사용하고 일부 조항에서는 협의에 의한 약관을 사용하였을 때 당해 계약이 AGBG의 취지에 벗어나지 않는다면 법원은 이를 유효한 것으로 본다.

독일 계약법에서도 계약자유의 원칙에 따라 계약의 당사자는 약정된 인도일 또는 계약물품의 특별한 조건 등과 같은 특별계약조건을 합의할 수 있다. 그러한 특별 조건이 존재한다면 이들 조항은 일반표준조건에 우선 적용된다. 이는 특별조건과 일반조건이 충돌하는 경우 당연히 특별조건이 일반조건에 우선함을 의미한다.

만일 이때 매도인이 표준약관으로 인도의무위반에 관한 면책조항을 당해 계약에 포함시키지 못하였고, 실제로 매도인이 계약물품을 약정일에 인도하지 못한다면 매도인은 인도의무 위반에 대한 면책조건으로 배상책임이 없음을 주장할 수 없다.

흔히 매도인의 표준계약서에 포함되는 내용으로 계약당사자가 진의의 표시로 구두로 합의한 내용이더라도 표준계약서의 조항으로 “계약당사자가 서면으로 합의하지 않은 사항에는 계약당사자가 구속되지 않는다”는 내용을 포함한다면 이 조항은 유효한 것으로 인정되며 당사자 구두합의는 무효가 된다.²⁶⁾

그런데 어떤 경우에 표준계약조건의 내용이 터무니 없는 것이어서 계약 상대방조차도 이것이 계약에 포함될 것으로 생각조차 하지 않는 경우에 이러한 터무니 없는 조건은 계약에 포함되지 않는 것으로 본다.

만일 의견상 동등한 수준의 전문가로서 일반적인 상거래의 경우라면 계약당사자는 경각심을 갖고 특별히 작은 글씨로 인쇄된 계약의 조건을 읽어야할 것이지만, 일반 소비자거래에서는 이와 같은 경우는 적용되지 않을 수도 있다.

26) BGH (V III ZR 226/83) 31 October 1984. [1985] DBI014.

예를 들어 AGBG의 규정을 위반하는 것은 물론 당사자가 계약서에 서명하기까지 수 개월이 걸리는 기간동안 대금의 이자를 지급하기로 하는 터무니 없는 내용이 계약조건으로 포함된다면 당연히 계약은 무효가 된다.²⁷⁾

반면에 표준조건을 포함한 상거래조건은 유효성이 성립되도록 충분히 읽혀지는 것이어야 한다. 준거법의 지정과 관련하여 너무 작은 글씨로 인쇄되어 돌보기가 없이 읽을 수 없는 정도의 크기라면 이 조항은 형평성의 원칙을 침해한 것으로 간주되어 계약의 양 당사자가 합의한 것으로 볼 수 없다.²⁸⁾

이처럼 상대방에게 현저한 불공정을 야기하는 조건은 AGBG에 따라 신의성실의 위반에 해당하므로 무효이다.²⁹⁾ 여기에서 현저한 불공정은 다음 두 가지 요건으로 판단한다.

- ① 당사자의 계약조건이 계약법에 근본적으로 위반되는 경우, 또는
- ② 당사자의 계약조건이 상대방의 기본적 권리와 계약상 의무를 계약의 목적을 위태롭게 할 정도로 제한할 때

예를 들면 고객이 자동차 정비기사를 호출하여 고객의 집으로 오기까지의 시간과 실제 자동차를 정비하는 시간의 시간당 인건비를 같은 비율로 책정하여 표준계약조건을 청구한다면 이는 신의성실원칙의 위반에 해당한다.³⁰⁾

그런데 다음의 경우에는 계약당사자의 표준조건이더라도 법원의 판단에 따라 무효가 될 수 있다.

- ① 계약의 약정기일이 만료된 후 이후에도 매도인에게 계약의무의 이행을 비합리적으로 긴 기간 동안 허용하도록 하는 경우. 독일법에서 인도 의무와 관련하여 매도인이 특정일을 인도일로 통지받았다면 인도하지 못한 매도인은 책임이 있다고 본다. 따라서 특정 인도일 이후 매도인이 6주 이상 계약물품인도의 지연을 허용하는 계약조건은 무효가 된다.³¹⁾
- ② 충분한 이유 없이 계약을 일방적으로 취소하는 경우
계약을 종료할 때는 그에 합당한 이유가 있어야 한다. 독일 계약법에서

27) BGH (V II ZR 195/84) 6 March [1986] DB 1519.

28) BGH (II ZR 135/82) 30 May [1983] RIW 872.

29) AGBG Art. 9.

30) BGH (X ZR 75/83) 5 June [1984] DB 1719

31) BGH (V II ZR 276/83) 28 June 1984, [1984] DB 2341

허용하는 계약의 종료요건에 도 불구하고 계약을 종료하고자 하는 자는 상대방에게 거래를 지속할 수 없을 정도로 심각한 재정적 문제가 발생하였더라도 먼저 상대방에게 종료의사를 통지하여야한다.³²⁾

- ③ 계약 상대방의 계약의무 불이행이 합리적으로 예측되지 않는 상황에서 자신의 계약의무를 이행하지 않는 경우. 어떠한 경우에도 합리적으로 상대방이 계약을 이행하지 않을 것으로 예측할 수 없는데도 불구하고 이를 핑계로 자신의 계약의무를 이행하지 않고자 한다면 이에 대한 거증책임은 계약의무를 이행하지 않고자 하는 당사자가 부담하여야 한다. 계약물품 인도의 유보는 허용되지 않는다.³³⁾
- ④ 상대방에 대한 정당한 보상 없이 계약의 조기종료를 허용하도록 하는 경우. 계약의 조기종료에도 불구하고 자신의 계약의무는 면제하고 조기종료로 발생하는 자신의 경제적 손실을 상대방에게 부과하는 계약조건은 무효이다.³⁴⁾

반면에 다음에 해당하는 상거래는 무조건 무효로 간주된다.

- ① 계약상대방의 상계 권리를 배제하는 경우³⁵⁾
- ② 예정된 손해상액(liquidated damage)이 합리적으로 예측되는 거래금액보다 더 큰 경우
- ③ 부주의에 의한 배상책임을 제한하거나 면제하는 경우
- ④ 인도물품의 잠재적 하자에 대한 담보기간을 강행법에서 규정한 기간보다 더 짧은 기간으로 합의하는 경우³⁶⁾
- ⑤ 법적으로 명시된 담보기간을 당사자가 임의로 단축하는 경우³⁷⁾
- ⑥ 매매계약 또는 도급계약에서 명시적 담보위반에 따른 배상책임을 제한하거나 면제하는 경우³⁸⁾

이처럼 당사자가 제시하는 표준계약조건의 유효성을 판단할 때 얻게 되는

32) BGH (V III ZR 247/89) 0 October [1990] DB 2367.

33) OLG Koblenz ZIP 81, 509.

34) BGH (V III ZR 296/89) 10 October [1990] DB 2463.

35) BGH (X ZR 97/83) 16 October 1984 [1985] DB 222.

36) BGH (V II ZR 152/84) 3 July [1985] DB 2556.

37) BGH (V III ZR 292/88) 17 January [1990] DB 578.

38) BGB Art.463, Art 480(2), Art 635.

효용은 모든 상거래를 일일이 법원이 그 유효성을 판단하여 해당 조항을 계약서에서 삭제하거나 바로잡지 않더라도 정당한 관련 계약법규로 보충할 수 있다는 점에 있다.³⁹⁾

IV. 결 론

오늘날 흔히 사용되는 표준계약약관은 그 시작이 유럽에서 산업화의 결과이다. 산업화로 대량생산이 가능해짐에 따라 매수인에 비하여 상대적 우월적 위치에 있는 생산자 또는 산업조합이 표준계약조건을 활용하여 자신들의 이익을 최대한 확보하는 것에서 출발하였다. 매수인은 현실적으로 다른 선택권이 없었으므로 생산자 또는 판매자가 제시하는 표준계약조건을 수용할 수 밖에 없었다.

그렇지만 표준계약조건에 대한 계약 형평성에 대하여 영국법에서는 계약의 형평성은 계약을 성립하는데 필요조건이지만 이를 계약의 일반원칙으로까지 인정하지는 않는 것 같다.

이에 대하여 18세기까지도 영국법원은 형평성의 원칙에 대하여 특별히 문제 삼지 않았는데, 오늘날에도 계약당사자가 계약의 불공정에 대한 이의를 제기하지 않는 한 그 계약은 문제가 없는 것으로 보고 있다.

다만 당사자의 계약에서 계약을 취소할 수 있을 정도의 형평성 위반이라면 공정가격(just price)을 현저히 해하는 중대한 문제이어야 한다.

프랑스법은 형평성의 문제에 대하여 보다 폭넓은 개념으로 다루고 있다. 프랑스 법원은 다소 불공평한 측면이 있더라도 계약의 의무를 이행하는 것을 계약당사자의 신의성실의 문제로 본다.

프랑스 계약법에서는 당사자가 신의성실의 원칙에 계약을 이행할 것을 규정하고 있지만, 당사자 계약의 내용이 명확하고 이를 충실히 이행하였다면 법원은 당사자의 계약상 의무를 면제할 권한이 없다고 본다.

독일 법에서는 신의성실의 원칙은 중대한 원칙으로서 계약당사자의 의무와

39) BGH (VI ZR 4/84) 24 September 1985, [1986] DB 480.

관련된 형평성의 평가는 계약법상 상대방의 이익을 고려하여 다루고 있다. 이는 독일 계약법의 일반적 원칙일 뿐 아니라 계약상대방에게 부여하는 물품인도에 따른 정보제공 의무, 계약당사자의 대리인에 대한 조력제공과 방해금지원칙 등 부가의무를 포함하고 있다.

지금까지 살펴본 바와 같이 매도인과 매수인 모두에게 공정한 거래를 수행하기 위해서는 기본적으로 형평성의 원칙이 계약의 전반에 걸쳐 보장되는 것이어야 하는 점을 확인하게 되었다. 그러나 형평성의 원칙은 유럽의 각 국가별 문화적 특성에 따라 달리 적용되는 것으로 보인다.

이러한 전통은 현재 결과적으로 유럽계약법에도 적용되는 것으로 볼 수 있겠으나 그 원천을 살펴 본 까닭은 유럽과의 계약시에 현지 국가의 관습은 이러한 차이점을 볼 수 있음을 염두에 두고 작은 부분의 확인을 통하여 보다 확대 적용될 수 있기를 바란다.

참 고 문 헌

Byung-Mun Lee, Regulation of Unfair contract Terms in English Law, The International Commerce & Law Review, Vo.21, 2003.

Ghestin, Jacques and Martin Billau, *Traité des Contrats La Vente*, Librairie Générale de Droit et de Jurisrudence, Paris, 1990.

Hugo Grotius, *De Jure Belli et Pacis*, Vol.2. Clarendon Press, Oxford, 1925.

J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, Oxford Univ. Press., 1998.

P.D.V. Marsh, *comparative Contract Law England, France, Germany*, Gower, 1994..

Patrick Atiyah,, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1988,

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition Jura*, Cape Town, 1990.

Weill, A. and Terré, F., *Droit civil Les Obligations*, 4th ed., Dalloz, Paris 1986.

ABSTRACT

A Study on the Principle of Equilibrium in Standard Terms Contract in European Law

Kim, Jae Seong

In English Law it seems that it is essential to apply the principle of equilibrium in the contract, however, it does not seem to apply as the general rule of the principle of contract.

Especially it seems that English Court didn't pay attention to the principle of equilibrium in 18th century. If one of the party do not appeal the equilibrium of the contract, it does not make any difference even today.

However the Court may cancel or withdraw the construction of contract between the parties where the principle of equilibrium is damaged by fundamental problems like just-price.

In French Law it seems that they have more wide definition of the principle of equilibrium. The French Court may consider that the application of good faith is the performance of condition of the contract between the parties and has no power to relieve of one party of his expressed obligations or warranty.

In German Law, it seems that the principle of good faith is fundamental to take into account interest of the parties. They may agree to supply information or not to interfere with a commercial agent regarding performance and maintenance of the contract.

Key Words : The Principle of Equilibrium,
Standard Terms of Contract, European Law