

〈자 료〉

# 普通去來約款과 定型契約書에 의한 契約\*

Allgemeine Geschäftsbedingungen und  
Formularverträge

Ernst von Caemmerer

李 好 珽 譯\*\*

〈자 료〉

- |                                     |  |
|-------------------------------------|--|
| I. 普通去來約款과 定型契約書에 의한 契約의<br>適用과 問題點 | 3. 카르텔法                                |
| 1. 適用領域                             | 4. 國家의 監督                              |
| 2. AGB와 定型契約書에 의한 契約의 機能            | III. 判例에 의한 AGB와 定型契約書에 의한 契約의 取扱      |
| 3. AGB와 定型契約書에 의한 契約에 대한<br>우려      | 1. 最高法院에 의한 事後審査(修正可能性)                |
| II. 立法者의 問題解決手段                     | 2. 解釋原則                                |
| 1. 強行法の 擴大                          | 3. AGB와 定型契約書에 의한 契約에 대한 公<br>開의인 內容統制 |
| 2. 方式에 관한 規定(Formvorschriften)      | IV. 改革立法(Reformgesetzgebung)           |

## I. 普通去來約款과 定型契約書에 의한 契約의 適用과 問題點

### 1. 適用領域

普通去來約款(以下 AGB로 略稱)과 定型契約書에 의한 契約(Formularverträge)은 獨逸法과 유럽大陸에서 매우 廣範圍하게 사용되고 있다. 英美法圈에 있어서도 사정은 같은 것으로 생각된다. 우리들은 都賣業者의 供給約款, 產業家의 買入約款 및 賣渡約款, 自動車販賣商의

\* 本稿는 von Caemmerer教授가 1976年 6月 10日 서울大學校 法科大學에서 행한 講演原稿를 번역한 것이다.

\*\* 서울大學校 法科大學 副教授

賣渡約款, 信用용자를 받아서 행하는 割賦賣買의 경우에 이용되는 契約書(Vertragswerke), 銀行의 AGB, 수표거래에 관한 銀行約款, 또는 保險分野에 있어서의 포괄적인 保險約款, 建築貯蓄金庫(Bausparkasse)의 約款, 抵當約款, 借金約款, 運送約款, 住居賃貸借契約이나 아파트 所有權取得에 관한 家主團體나 賃貸人團體의 定型契約書(Formulare), 自動車賃貸約款 등을 볼 수 있다.

獨逸의 判例는 契約當事者들이 明示的 또는 默示的으로 指示(verweisen)하는 普通供給約款과 定型契約書에 의한 契約을 구별할 것이냐 아니냐에 관해서 오랫동안 동요를 보여 주었다. 定型契約書에 의한 契約에 있어서는 契約約款全體가 當事者들이 署名한 契約書에 들어 오게 된다. 例컨대 賃貸借契約, 割賦賣買契約, 抵當權附消費貸借의 경우가 그러하다. 이러한 區別은 法政策的으로는 是認될 수 없다. 그러므로 현재는 獨逸의 聯邦大法院(Bundesgerichtshof, BGH로 略稱)의 判例는 AGB와 定型契約書에 의한 契約을 모든 점에서 同一하게 取扱하고 있다.

## 2. AGB와 定型契約書에 의한 契約의 機能

AGB와 定型契約書에 의한 契約은 立法者가 法을 制定함에 있어서 고려할 수 없었던 어떤 營業部門의 特別한 要請과 當事者들의 特別한 契約目的이 고려될 수 있는 特別規定을 設定할 수 있도록 해 준다. 大量契約은 이러한 식으로 合理化될 수 있다. 이러한 契約들의 危險性은 豫見可能하게 된다. 銀行은 그의 顧客들의 서로 合致하는 委任, 즉 有價證券의 買入 및 賣渡의 委任을 雙方代理에 의하여 처리할 수 있으며, 따라서 銀行은 證券去來所에서 決済만 해 주면 된다. 그러나 이러한 일은 銀行이 그의 顧客으로부터 받는 買入委託과 賣渡委託이 同一한 條件下에 수행될 수 있다는 것을 전제로 한다. 保險契約에 있어서는 定型的인 契約締結과 危險의 計算可能性이 保險可能性의 本質的인 前提條件이다.

去來條件의 確定을 통한 去來의 定型化는 契約締結을 간단하게 하여 준다. CIF去來, FOB去來 또는 信用狀의 發行은 간단한 電信으로도 할 수 있다. 짧은 낱말(Stichwort)을 사용하여 많은 수의 規定全部를 指定(verweisen)할 수 있다. 끝으로 定型契約書의 사용이나 去來約款의 指示에 의하여, 그 自體 法的으로 매우 복잡한 去來가 法律教育을 받지 아니한 商人들에 의하여 締結될 수 있는 可能性이 발생한다. 商人들은 오직 定型契約書를 補充하거나 몇몇 商人的인 問題點들을 約定하거나 하면 된다. 反面에 契約全部에 관하여 미리 商談할 필요는 없다. 이러한 合理化와 標準化가 없다면 商人으로서의 教育은 받았지만 法律教育은 받지 아니한 사람들에 의한 銀行契約과 保險契約 기타의 수많은 복잡한 貿易契約의 締結은 생각조차 할 수 없는 일이다. 끝으로 供給約款과 定型契約書의 利用은, 一般的으로 標準約款과 다른 約定을 정할 代理權이 없는 契約代行者(Unterhändler)의 代理權의 範圍를 명확하게 限定지을 수 있다.

### 3. AGB와 定型契約書에 의한 契約에 대한 우려

定型契約書와 AGB의 사용은 따라서 合理化와 標準化, 그리고 大量去來의 可能, 그리고 個個의 營業部門의 特別한 目的의 고려라는 근거에 비추어 볼 때 전적으로 정당한 것이라고 할 수 있다. 그러나 동시에 커다란 위험이 이와 結付되어 있다. 去來約款을 정하고 定型契約書를 作成할 수 있는 사람은 이로써 또한 商談에 있어서 커다란 優位를 차지하게 된다. 그는 法律이 규정하고 있는 그의 責任을 排除하거나 制限할 수 있다. 사람들은 이것을 「免責 및 責任制限條項(Freizeichnungsklausel)」이라고 부르는데, 이 條項은 供給約款이나 定型契約書 속에 포함되어 있다. 船荷證券의 免責條項에 대한 判例나 法律의 鬭爭은 매우 有名하다. 去來約款이나 定型契約書는 또한 立法者가 규정한 擔保를 넘는 優先權(Vorzugsrecht)과 擔保를 確保하기 위하여 利用된 수도 있다. 有名한 것은 去來約款에 의한 擔保權(Geschäftsbedingungsgemässige Pfandrechte)이다. 이것은 銀行이 그의 顧客과의 去來關係로부터 나오는 모든 債權을 위하여 去來約款에서 정한 것이다. 또한 陸上運送과 海上運送에 있어서의 運送周旋人, 倉庫業者, 運送人의 去來約款에 의한 擔保權 등이 有名하다.

獨逸法에 있어서는 이른바 延長과 擴大可能性을 가지고 있는 賣渡人의 所有權의 留保——이것은 許容되고 있다——가 큰 役割을 하고 있다. 所有權의 留保는 엄청나게 廣範圍한 所有權留保條項에 의하여 供給된 資材로 만든 生産品에 미치며 또한 供給된 商品이나 製造된 生産品의 讓渡로부터 나오는 債權에도 미치고 있다. 所有權의 留保는 또한 그때 그때의 個別的 去來上의 賣買代金債權뿐만 아니라 買受人과의 繼續의 去來關係로부터 나오는 賣渡人의 모든 債權도 擔保하기로 되어 있기도 하다. 끝으로 사람들은 AGB나 定型契約書에 의한 契約에서 裁判籍의 約定이나 仲裁條項을 삽입하려고 꾀하기도 한다. 이러한 條項들은 自由롭게 商談된 個別契約에 있어서는 전혀 관찰시킬 수 없는 것들이다.

AGB와 定型契約書에 의한 契約은 또한 營業部門에 상응하는 法의 分裂의 위험을 그 속에 內包하고 있다. 그리고 특히 AGB와 定型契約書에 의한 契約은 完全히 一方的으로 契約內容을 정하도록 하는 결과를 초래할 수 있으며 이러한 일은 約款에 附종하여야 하는 者의 利益을 매우 심각하게 침해한다.

그러므로 AGB와 定型契約書에 의한 契約의 문제를 해결하는데 성공하느냐 못하느냐의 문제는 當事者自治의 試鍊의 核心問題로 된다.

## II. 立法者의 問題解決手段

### 1. 強行法의 擴大

立法者는 廣範圍하게 強行法을 만들어 냄으로써, 우선 AGB와 定型契約書에 의한 契約의 濫用에 대처할 수 있다. 이러한 方法은 독일에서는 이미 前世紀의 90年代에 割賦賣買에 대

하여 이용된 바 있다. 買受人은 滿期條項(Verfallklauseln)에 대하여 보호를 받았다. 이 條項은 割賦金支給을 지체한 경우에는 곧 全債權을 履行期에 도달한 것으로 만들고 賣渡人에게 買受人으로부터 賣渡物을 반환받을 수 있는 權利를 부여하는 條項을 말한다. 近年에는 割賦買受人의 이러한 保護는 「消費者 保護」라는 포어아래 分割支給信用에 대한 수많은 強行規定의 創設에 의하여 더욱 더 強化되고 있다. 鐵道·미스企業과 같은 運送企業은 法律이 규정하고 있는 責任을 그들의 運送約款에서 排除하거나 減輕할 수 없다. 住居賃貸借法은 近年에 이르러 수많은 強行規定에 의하여 賃借人에 有利하게 대폭 改正되었으며 契約自由는 여기서는 큰 制限을 감수하지 않으면 안되게 되었다.

保險契約法은 獨逸에 있어서는 1908년까지는 아무런 法律的規律도 없는 순수한 去來約款法이었다. 그러나 지금은 保險契約法이 이에 대하여 適用되고 있다. 이 法律의 規定은 많은 점에 있어서 強行的인 것은 아니지만 片面的 強行規定(unabdingbar)이다. 이것은 保險契約者에게 有利하게는 이 규정과 다른 約定을 할 수 있지만 不利하게는 안된다는 뜻이다. 끝으로 船荷證券에 있어서의 免責의 限界는 유명하다. 이러한 免責의 限界는 1924年の Hague 規則에서 實現되었다.

## 2. 方式에 관한 規定(Formvorschriften)

強行法の 擴張은 立法者가 定型契約書에 의한 契約과 AGB의 特定한 條項을 막으려고 하는 경우에 취하여지는 한 方法이다. 그러나 일정한 約定의 내용에 대해서는 아무런 異議도 없었던 이러한 約定이 AGB와 定型契約書에 의한 契約에 포함되는 것을 막으려고 하는 경우도 있다. 이러한 경우에 獨逸立法者는 特別한 方式規定의 方法을 선택하였다. 立法者는 다른 約定들을 문제되는 條項과 결부시켜서는 안된다고 정하고 있다. 만일 그렇게 하였을 때에는 無效로 된다.

仲裁條項의 例에 의하여 이것을 가장 명백히 알 수 있다. 仲裁約定 즉 仲裁條項은 獨逸立法者에 의하여 매우 너그럽게 허용되고 있다. 그러나 독일 民事訴訟法은 書式(Schriftform)을 요구하고 있으며 다음과 같이 규정하고 있다: 즉 仲裁節次에 관계되는 約定과 다른 約定들이 文書에 包含되어서는 안된다고.

이렇게 함으로써 仲裁條項이 AGB와 定型契約書에 의한 契約에 포함되는 것을 막고 있다. 그것은 언제나 다른 約定과 분리된 文書에 의한 特別한 仲裁契約를 필요로 한다. (물론 이것은 通常의 市民에 대해서만 적용된다. 商人간의 契約에 있어서는 仲裁條項에 대한 特別한 方式은 규정되어 있지 않다. 이것은 仲裁條項이 AGB속에 포함될 수 있음을 의미한다. 따라서 함부르크의 輸入業者는 그들의 買入約款 속에 “Hamburger Freundschaftliche Arbitrage” (「함부르크의 友誼의 仲裁裁判」)이라는 條項을 써 넣을 수 있다. 이렇게 함으로써 함부르크의 仲裁法院의 管轄權이 約定되게 된다.) 그러나 기타의 경우에 있어서는 仲裁裁判이 定型契

約書 또는 去來約款으로 約定될 수 없다고 하는 사실은 매우 큰 重要性을 가지고 있다. 왜냐하면 이로써 AGB에 대한 通常國家法院의 統制가 보장되기 때문이다.

### 3. 카르텔法

a) AGB에 관한 중요한 규정들이 獨逸에서는 카르텔法에 포함되어 있다(카르텔法은 1957/1966의 競爭制限禁止法에 규정되어 있다). 이 法律은 이른바 條件카르텔 자체는 허용하고 있다. AGB와 一般供給約款의 適用이 약정되어 있는 카르텔契約이 문제로 된다. 이러한 條件카르텔은 市場競爭力이 弱한(市場에서 弱勢에 놓여 있는)産業들, 예컨대 大化學硯제론이 생산한 섬유나 지제로 천을 짜거나, 이에 염색하거나 무늬를 넣는 섬유가공산업이나 用途企業과 일정한 勞務供給企業을 위하여 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 그러므로 이러한 條件카르텔은 허용되고 있다. 그러나 條件카르텔은 申告義務를 부담하며, 카르텔協定은 카르텔官廳이 3個月 안에 異議를 말하지 아니한 경우에만 有效하다. 이러한 節次에 있어서 카르텔官廳은 他方市場當事者의 意見을 묻도록 되어 있다. 이렇게 됨으로써 AGB의 내용에 대한 심의가 행하여지게 되며, 이러한 審議節次에서 대립하는 利益들의 조정이 이루어질 수 있다.

b) 또한 카르텔官廳은 市場支配의 企業에 대해서 去來約款의 濫用的 作成과 適用을 막기 위하여 介入할 可能性을 가지고 있다. 따라서 이 경우에도 一方의으로 정하여진 去來約款의 使用에 대한 介入이 可能하다.

### 4. 國家의 監督

기타의 경우에 있어서도 사람들은 AGB의 使用를 國家의 監督과 認可下에 둘 것을 要求하고 있다. 그러나 그러한 國家의 認可의 實際에 대한 종래의 경험은 고무적인 것은 못된다. 銀行은 國家의 銀行監督에 服하고 있다. 保險業도 私保險監督官廳의 매우 엄격하고 신중한 감독을 받고 있다. 그러나 銀行約款과 保險約款은 個別的으로는 매우 一方의이고 顧客에게 불리한 條項들을 포함하고 있는 경우가 있다. 國家의 監督官廳들이 그들이 監督하고 있는 經濟部門에 대하여 우호적인 경향을 지니고 있다고 하는 것은 일찍부터 잘 알려져 있는 사실이다. 保險業界가 문제의 條項들은 危險의 억제를 위하여 필요한 것이며, 만일 그러한 條項이 없다면 安全이나 또는 保險危險의 計算을 위태롭게 할 重大한 財政的 負擔이 위협을 줄 것이라고 主張하면서 이러한 點에 대하여 監督官廳에게 責任을 轉嫁시키는 경우에는 保險監督官廳은 어려운 처지에 놓여지게 된다. 그러므로 獨逸法院의 判例는 一貫하여 일정한 條項들이 監督法에 따라 認可되었다고 하는 사실은 이러한 條項들에 대한 裁判上の 異議提起를 막지 못한다고 하는 立場을 取하고 있다.

## Ⅲ. 判例에 의한 AGB와 定型契約書에 의한 契約의 取扱

獨逸의 判例가 약간의 동요를 거친 후 AGB와 定型契約書에 의한 契約를 정당하게도 同一

取扱하고 있다고 하는 것은 이미 말한 바 있다. 양자의 경계선을 긋는 것은 경우에 따라서는 어려운 일일 것이다. AGB에 있어서는 當事者들이 AGB를 契約內容으로 만들었느냐 아니냐가 때때로 명확치 않다고 하는 特殊한 문제가 발생한다. 例컨대 이른바 “battle of forms” (「形式的 싸움」)의 문제는 물론 AGB의 경우에만 발생한다. 定型契約書에 의한 契約의 경우에는 約款書가 契約內容으로 되었느냐의 문제는 當事者들이 定型契約書에 署名함으로써 의문의 여지가 없게 된다. 그러나 그 밖의 점에 있어서는, 法政策的 觀點은 本質적으로 같다. 그러므로 獨逸의 BGH가 近來의 判決에서 AGB와 定型契約書에 의한 契約을 同一取扱하기로 한 것은 歡迎할 일이다.

### 1. 最高法院에 의한 事後審査(修正可能性)

最高法院, 즉 프랑스에 있어서의 破棄院, 독일에 있어서의 BGH는 法律問題만을 다루며, 事實問題를 다루지 않는다. 契約上の 約定의 解釋은 하나의 事實問題이므로 BGH나 破棄院의 管轄에 속하지 않는다. 그러므로 이미 1879年에서 1944年까지 재판한 독일의 다이히法院 (Reichsgericht ; RG로 略稱)과 현재의 BGH가 AGB와 定型契約書에 의한 契約을 當事者들이 그에 복종하는 法秩序(Rechtsordnung)처럼 취급한 것은 하나의 決定的인 進歩를 보여준 것이다. 이렇게 함으로써 AGB의 修正可能性이 認定되게 되었으며 最高審級에 의한 AGB의 統制가 비로소 可能하게 되었다. 이것은 AGB와 定型契約書에 의한 契約의 문제를 해결하기 위한 아주 결정적인 발걸음이었다.

### 2. 解釋原則

獨逸의 判例는 수많은 外國의 法秩序와 마찬가지로 AGB와 定型契約書에 의한 契約에 대한 일정한 解釋原則을 발전시켰다. 이러한 解釋原則들은 不當한 條項의 철폐를 가능하게 해 주는 것들이다. 이른바 「不明確性的 原則」(“Unklarheitenregel”)은 이러한 解釋原則에 속하는 것이다. 이 原則은 이미 古代로마法律家들이 채택하였던 判斷原則들에 속하고 있는 것이다. 어떤 契約條項이 不明確하고 의문스러운 것일 때에는, 이 條項은 이것을 정하였고 또한 이러한 條項의 作成에 책임이 있는 者에게 不利하게 解釋된다. 이러한 方法은 어느 정도의 보호는 주지만, 關係經濟團體들이 解釋原則에 의하여 最高法院의 判例에 의하여 排除된 條項을 다시 보다 더 明確하게 作成함으로써 이러한 批判으로부터 벗어나는 것을 막지는 못한다.

이밖에 判例는 이른바 「豫期하지 못한 또는 당황하게 하는 條項」(unerwartete od. überraschende Klauseln)으로부터 보호를 하여 주고 있다. 사람들은 아주 現實主義的으로 어떤 商人도 定型契約書나 AGB의 條項을 읽지 않는다는 데서 出發한다. 商人은 信賴할 만한 상대방과의 去來는 그 99%의 케이스가 정상적으로 전개될 것이고 非正常的인 1%의 케이스에 있어서는 法院이 그를 보호해 줄 것이라고 믿고 있다고 하는 데서 出發한다. 이러한 근소한 비율의 事故케이스 때문에, 商人은 去來條件의 協商에 의하여 契約締結을 위태롭게 만들 수는

없다. 事情이 이러하기 때문에 去來約款이나 定型契約書를 받아 들이는 契約當事者는 적어도 이러한 約款이나 定型契約書 속에 去來生活上 正常的인 아닌 전혀 예기하지 못한 條項들이 포함되어 있는 경우에는 보호받아야 한다고 한다. 따라서 署名者가 豫見할 수 없는 契約條項들은 約定되지 아니한 것으로 보아진다. 그러나 法院에 의하여 거류 이용되고 있는 이러한 原則들도 잠정적인 보호만을 제공할 뿐이다. 이러한 條項들이 명확하게 인쇄되어 있고 장기간의 사용에 의하여 널리 알려지게 된 경우에는 아무런 도움도 주지 못한다.

### 3. AGB와 定型契約書에 의한 契約에 대한 公開的인 內容統制

不當한 條項에 대한 効果的인 구제는, 最高法院의 判例가 AGB와 定型契約書에 의한 契約에 대한 公開的인 內容統制를 하기로 決斷을 내리는 경우에만 가능하다. 獨逸의 法院은 이러한 걸음을 내디뎠다. 이것은 例컨대 아직 이러한 決斷을 내리지 못하고 있는 프랑스나 스위스의 法院과 다른 점이다.

契約自由의 限界는 BGB에 의하면 強行法과 善良한 風俗 속에 存在한다. 法律의 금지에 위반하는 契約, 強行法에 위반하는 契約조항은 無效이다. 善良한 風俗은 第2의 限界를 이루고 있다. 善良한 風俗에 위반하는 契約들도 法律에 의하여 無效로 선언되고 있다. 그러나 어떤 契約이 이 두개의 限界에 위반되지 않는 限, 그 契約은 원칙적으로 有效하며 貫徹可能하다.

그러나 모든 法院은 일정한 去來約款을 이용하는 상인들의 행위가 良俗에 反한다고 비난하는데 약간 주저하고 있다. 모든 免責條項과 모든 廣範圍한 擔保의 約定을 곧 良俗에 反하는 것으로 볼 수는 없다. RG는 많은 去來約款에 대하여 이를 良俗에 反하는 獨占濫用으로 봄으로써 문제를 해결하려고 시도하였다. 그러나 이것은 올바른 觀點은 못된다. 물론 去來約款法에 있어서도 獨占의 狀況이 존재하는 경우도 있다. 그러나 不當한 條項은 그러한 獨占의 狀況이 존재하지 않았거나 또는 證明될 수 없었던 경우에도 利用될 수 있다.

獨逸 BGH는 이점에 관하여 原則宣言的判決(Grundsatzentscheidung)을 내림으로써 매우 중요한 발걸음을 내디뎠다. BGH는 자유롭게 형성된 個別的契約과 一般供給約款 및 定型契約書에 의한 契約의 利用을 구별하고 있다. 法律에 정하여져 있는 契約自由의 限界는 兩當事者가 대체로 같은 "bargaining power"를 가지고 있는 자유롭게 協商되는 個別的契約을 안중에 두고 있는 것이다. 이 경우에는 任意法과 다른 約定을 하는 것을 當事者들에게 許容하는 것은 옳은 일이다.

그러나 AGB와 定型契約書에 의한 契約의 경우는 사정이 다르다. 이들은 契約相對方이 받아들여야 하며 協商을 통하여 個別的으로 修正할 수 없는 條項들이다. AGB와 定型契約書에 의한 契約에 대해서는 다른 限界가 적용되어야 한다. 多數의 케이스와 사람들에 대하여 적용되는 조항을 一般的으로 정하는 사람은 모든 당사자들의 이익을 적절히 고려한 균형잡힌 규정을 만들어야 한다. 로마법의 誠實契約(bonae-fidei-Kontrakte)에 由來하는 오랜 歷史를

가진 信義誠實의 原則(§242 BGB)은 契約條項이 公正(fair)하고 調和감하고 적절할 것을, 즉 信義誠實에 合致할 것을 요구한다. 그리하여 法院은 적용된 AGB와 定型契約書에 의한 契約의 適切性과 公正性(Ausgewogenheit u. Fairneß)을 심사하기로 하였다. 이것은 法院들로 하여금 良俗違反의 비난을 할 수 없지만 그에게 너무 일방적인 것으로 생각되는 모든 조항을 排除시킬 수 있도록 해 주었다. 독일의 BGH에 의하여 행하여지고 있는 內容統制는 처음에는 오로지 점진적으로 下級法院의 判例에서 행하여졌었다. 그러나 오늘날에 있어서는 이러한 內容統制는 아주 一般的으로 행하여지고 있다. 이러한 內容統制는 특히 保險契約, 仲介人의 去來約款, 役務提供企業과 運送企業의 責任規定, 商人의 供給約款에 포함되어 있는 지나친 免責條項을 현저하게 무시하는 결과를 가져왔다.

이 경우 獨逸의 判例가 適用하는 基準은 美國의 UCC §2~302가 unconscionable contract 또는 unconscionable clause(不合理한 契約 또는 不合理한 條項)에 대하여 效力을 否認하는 경우에 이 規定이 의도하는 바와 대체로 일치한다.

한 가지의 예는 獨逸의 判例가 자유롭게 형성된 個別的 契約과 AGB가 첨부된 契約을 구별하고 있는 根據와 區別의 方法을 명확하게 해 줄 것이다: 즉 自己 自動車를 親知에게 파는 어떤 私人은 그러한 個別的 契約을 締結할 때 "caveat emptor" (「買受人으로 하여금 注意하도록 하라」)라는 옛 原則에 따라 행동할 것이며, 買受人과 瑕疵에 대한 모든 責任을 排除할 것을 約定할 수 있을 것이다. 이것은 賣渡人이 惡意로 瑕疵를 말하지 아니한 경우 이외에는 獨逸 賣買法에서 許容되고 있다(§476 BGB)

그러나 判例에 의하면 自動車製造者와 自動車販賣商은 그의 供給約款에서 무제한하게 그렇게 할 수는 없다. 그는 물론 그의 瑕疵擔保責任을 制限할 수 있고 따라서 買受人이 수선단을 請求할 수 있다고 규정할 수 있으며, 또 賣渡人은 自動車에 대한 直接的 損害에 대해서만 책임을 지고 買受人이 입은 間接的 損害에 대해서는 책임을 지지 않는다고 정할 수 있다. 그러나 賣渡約款은 買受人을 完全히 無權利狀態로 만드는 것이어서는 안된다. 그리고 수선이 不可能한 경우 또는 지꾸 발생하는 새로운 瑕疵로 인하여 그러한 수선이 계속 必要하기 때문에 수선은 더 이상 기대할 수 없는 경우에는 法律이 규정하고 있는 瑕疵擔保法은 契約上의 制限에도 不拘하고 되살아나게 되며, 買受人은 自動車를 반환하고 그의 代金の 반환을 청구할 수 있다.

獨逸判例는 AGB나 定型契約書에 의한 契約의 免責條項의 內容統制를 위한 또 하나의 중요한 思想을 발전시켰다. 條項에 의한 免責은 그것이 契約에 의한 品質保證을 현실적으로 무의미하게 만들 경우에는 無效이다. 그 후의 判決들이 같은 의미로 따르고 있는 1968年の 指導的判決(Leitentscheidung)에서는 다음과 같은 事案이 문제되었었다. 賣渡人이 買受人에게 天井板(Deckenplatten)을 引渡하면서 接着劑는 天井板을 천정에 고착시키기에 적합한 것



이리는 점에 대해서 보증을 해 주었다. 그러나 接着劑는 品質이 좋지 아니하였다. 천정에 붙인 板이 떨어져서 상당한 손해와 수리비용이 발생하였다. 賣渡人은 그의 供給約款에는 다음과 같은 條項이 포함되어 있다는 理由로 賠償을 거절하였다.

「瑕疵가 證明되었을 때에는 買受人은 오로지 代物引渡만을 請求할 수 있다. 商品의 加工에 즈음하여 발생한 손해의 賠償請求權은 排除된다」

이러한 條項에 의하여 그리고 또한 買受人의 權利를 代金減額이나 商品의 返還에 限定하는 約定에 의하여 接着劑를 品質保證 때문에 산 買受人은 無權利狀態에 놓여지게 된다. 契約에 의한 品質保證을 現實적으로 無意味한 것으로 만드는 免責條項은 獨逸의 判例에 의하여 無效로 선언되고 있다. 이것은 英國의 判例에서 發展된 doctrine of fundamental breach와 어느 정도의 유사성을 가지고 있다. 그러나 獨逸의 判例은 英國判例보다 더 넓은 것이다. 왜냐하면 責任制限條項은 그의 明白하고 의문의 여지가 없는 文言에도 不拘하고 無效로 선언되고 있기 때문이다. 그러나 英國의 法院은, 나의 理解가 正確하다면, 아직 여기까지는 이르지 아니하였다.

獨逸法에 있어서도 이른바 “battle of forms”의 事件들의 役割이 증대되고 있다. 契約當事者雙方이 그들 자신의 去來約款을 契約締結의 기초로 삼으려고 시도한다. 賣渡人은 그의 供給約款을 指示하고 買受人은 그의 買入約款을 指示한다. 두 約款의 규정의 正反對이고 누구의 約款이 適用될 것이냐의 合意가 成立되지 아니하였다. 그럼에도 불구하고 契約이 실제로 履行된다.

當事者들이 契約을 실제로 履行하였으므로 全契約을 不合意를 이유로 無效로 선언하는 것은 적절하지 않다. 當事者들은 契約은 履行되어야 한다는 데에서 出發하였다. 오로지 去來約款에 대한 合意만이 성립치 않았다. 法院은 그때그때 個別的인 경우에 누가 그의 約款이 基礎로 되어 있음을 主張할 수 있는지를 밝히려고 努力하였다. 그러나 이것은 매우 우연적인 경우가 많으며 적절한 해결책을 가져다 주지 않는다. 오늘날에 있어서는 다음과 같은 立場이 채택되고 있다. 적용될 去來約款에 대한 명확한 合意가 없는 경우에는 契約은 성립한다. 그러나 당해 營業部門에서 그러한 契約締結時에 통상적으로 사용되곤 하는 供給約款에 의하여 수정된 任意法이 적용된다.

위에서 말한 AGB의 內容統制에 대하여, 責任制限條項에 대한 個別的으로 부여된 品質保證의 優位에 대하여, 그리고 “battle of forms”의 적절한 해결에 대하여 매우 중요한 의미를 가지고 있는 것은 通常法院이 그러한 紛爭에 대하여 判斷을 할 수 있는 위치에 있게 되고 通常法院이 仲裁裁判에 의하여 쫓겨나지 않았다는 사실이다. 獨逸의 立法者가 AGB의 仲裁條項에 대하여 규정하고 있는 制限은 이러한 제한을 商人간의 契約에 대해서도 擴大할 것이

나를 고려할 필요가 크다고 생각한다.

#### IV. 改革立法(Reformgesetzgebung)

위에서 말한 獨逸의 判例의 發展에 立脚하여, 獨逸의 立法者는 目下 定型契約書에 의한 契約에도 적용되는 AGB規制法律을 제정할 의도를 가지고 있다. 法律은 本質적으로 BGH가 발전시킨 원칙들을 法典化하려는 것이다. 이 法律의 要綱은 다음과 같다:

「AGB의 條項들은, 만일 이들이 契約參加者의 利益을 信義誠實의 命令에 비추어 볼 때 不當하게 調節하고 있을 때에는 無效이다.」

그 基準으로서는 利益衡量의 原則(Grundsätze der Interessenabwägung)이 적용되어야 한다. 이러한 原則은 비록 강행적인 것은 아니지만 法律規定속에 포함되어 있다.

또한 契約의 性質로부터 나오는 本質적인 權利나 義務를 契約目的의 達成을 위태롭게 할 정도로 제한하는 條項도 無效로 된다고 한다.

法律草案은 이밖에도 實務의 觀察로부터 發見해 낸 條項으로서 의심스러운 경우에는 不當한 조항으로 생각되는 條項들의 완전한 카탈로그를 열거하고 있다. 그러한 條項을 이용하는 者는 그 條項이 正當한 利益의 確保를 위하여 필요한 條項이라는 데에 대한 解明義務(Deutungslast)를 부담한다.

그밖에 個別的契約에서는 허용되는 條項들의 카탈로그가 去來約款에서는 허용되지 않게 되어있다. 물론 구체적으로는 이러한 條項目錄에 관하여는 아직 많은 다툼이 있다. 나는 個人的으로는 法院이 立法者보다 어떠한 條項이 부당하냐를 더 잘 판단할 수 있는 立場에 있다고 믿는다.

判例와 立法者의 改革努力의 중요한 成果는, 현재 獨逸에 있어서는 많은 約款書들이 심사받게 되었다는 사실이다. 民間銀行은 1976年 1月 1日 현재 一世代 이상 변경됨이 없이 적용되어 온 그들의 포괄적인 AGB를 銀行顧客의 利益에 맞도록 근본적으로 改正하고 있다. 우리가 앞으로 나아가려고 하는 또 하나의 길은, 市場當事者 雙方이 서로 만나서 妥協하여 當事者들에게 적용될 수 있는 橫範契約書(Musterverträge)를 만드는 일이다. 현재——聯邦法務部의 協力下에—— 家主와 賃借人 상호간의 利益을 考量한 住居賃貸借을 위한 橫範契約書를 만들려고 努力하고 있다. 누구도 이러한 契約書의 使用을 강제당하지는 않는다. 그러나 사람들은 이 契約書가 一般的으로 通用될 것으로 希望하고 있다.