

# 약관이란 무엇인가?

엄기섭 / 공정위 경쟁촉진과 서기관대우(변호사)

약관의규제에관한법률(이하 “약관법”이라 한다)은 약관에 관하여 다음과 같이 정의하고 있다. 즉, “약관”이라 함은 그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것을 말한다(약관법 제2조제1항)”. 약관의 개념은 약관법의 해석·적용에 있어서 가장 중요한 개념이므로 자세히 살펴보기로 한다. 독일약관법은 “일반거래조건(Allgemeine Gesch ftsbedingungen)”이란 용어를 사용하고 있다(동법 제1조제1항).

## 1. 명칭

약관은 그 명칭을 불문한다. 따라서, 보험회사의 보험약관이나 은행의 대출약관과 같이 그 명칭 자체에 약관이라는 표현을 사용하고 있는 것은 물론이고 그 외의 것이라도 계약의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 것이면 약관에 해당된다. 사건으로는 「계약서」라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 본다(이에 관한 자세한 내용은 13. 입법론 부분 참조).

## 2. 형태

약관은 그 형태를 불문한다. 약관은 계약서 가운데에 포함되어 있든 또는 별지로 되어 있든 이를 묻지 않는다. 대법원판례는 약관의 용어풀이란도 본문과 결합하여 전체로서 약관의 내용을 구성하는 것으로 보고 있다(대판 1990. 5. 25. 89다카8290).

## 3. 범위

약관은 그 범위를 불문한다. 따라서 약관에는 ① 상인간의 약관, ② 상인과 비상인간의 약관, ③ 비상인(일반사인)간의 약관, ④ 국가 또는 지방자치단체와 사인간의 약관 등이 있을 수 있다. ④번과 관련하여 대법원판례도 지방자치단체인 서울특별시의 매매계약서를 약관으로 보고 있다(대판 1999. 4. 27. 97다24009).

독일약관법<sup>2)</sup>은 계약이 상인의 영업활동의 일부를 이루는 경우에는 동법 제2조<sup>3)</sup>, 제10조<sup>4)</sup>, 제11조<sup>5)</sup>, 제12조<sup>6)</sup>의 규정은 상인에 대하여 사용되는 약관에는 적용되지 않는다고 규정<sup>7)</sup>함으로써 상인에 대하여 특례를 규정하고 있으나, 우리 약관법은 상인에 대하여 적용되는 약관에 대하여 특례를 규정하지 않고 있다

1) 이하에서 조문만을 인용하는 경우에는 약관법의 조문을 가리키는 것으로 한다.

#### 4. 계약의 일방당사자(일방성)

약관은 계약의 일방당사자가 미리 마련한 것이다. 약관법은 계약의 일방당사자로서 약관을 미리 마련하여 타방당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 사업자로 정의하고 있다(제2조제2항). 이 일방성에 약관의 문제점이 있다. 즉, 약관은 상대방과의 사이에 계약내용에 대한 합의를 거치지 아니한 채 사업자가 일방적으로 그 내용을 결정하는 것인 바(대판 1998. 12. 23. 96다38704), 이 일방성에 약관의 문제점이 있는 것이다.

「체신관서의국채·공채매도등에관한규칙」(체신부령 제789호, 1988. 10. 27)은 채권증서의 보관 및 반환, 환매의 일자·절차 및 이율, 약정기일 전후의 적용이율 등을 정보통신부장관이 약관으로 정하도록 규정하고 있으나(제15조), 이는 약관이 계약서로서 사업자가 일방적으로 작성한다는 것을 간과한 것으로 보인다. 이 규정은 삭제하는 것이 타당하다.

#### 5. 다수의 상대방(다수성)

약관은 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 마련한 것이어야 한다. 따라서, 단지 한 사람의 상대방과의 계약체결을 위한 것이라면 그것은 약관이라고 할 수 없다. 대법원판례도 같은 취지로 판시한 바 있다(대판 1999. 7. 9. 98다13754·13761). 한 사람의 상대방과의 계약체결을 위한 것은 약관이 아닌 개별약정(제5조 참조)이 되는 것이며, 개별약정에 대하여는 약관법이 적용되지 않고 민법이나 상법 등에 의하여 규율된다. 여기서 다수가 얼마인가는 구체적인 약관에 따라 판정해야 할 것이나, 필자는 일응의 기준으로 5인 정도를 생각하고 있다.

#### 6. 계약을 체결하기 위하여

약관은 계약을 체결하기 위하여 마련된 것이다. 따라서, 약관은 계약서의 초안이라고 할 수 있다. 이것은 또한 약관의 성질에 관한 계약설의 논거가 된다. 계약서에 초안인 계약서와 체결된 계약서가 있듯이 약관에도 초안인 약관과 체결된 약관이 있다. 물론 공정거래위원회 약관심사의 대상은 후자 즉, 체결된 약관이다.

- 
- 2) 독일은 1976년에 약관법을 제정하였다. 정식명칭은 Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen이며, AGB-Gesetz 또는 AGB로 약칭한다.
  - 3) Einbeziehung in den Vertrag. 계약에의 편입
  - 4) Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit. 평가가능성 있는 약관금지
  - 5) Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit. 평가가능성 없는 약관금지
  - 6) Zwischenstaatlicher Geltungsbereich. 국제적 적용범위
  - 7) §24. Persönlicher Anwendungsbereich. Die Vorschriften der §§2, 10, 11, und 12 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.

## 7. 일정한 형식

약관은 일정한 형식에 의한 것이다. 대부분 조문의 형식을 취하고 있으나 이에 한정되는 것은 아니다. 보통은 부동산자로 인쇄된 것이나, 손으로 직접 쓴 것이더라도 상관없으며, 또한 계약의 내용을 이루는 조항 내지 규정 수의 다소도 문제가 되지 않는다.

## 8. 미리(사전성)

약관은 계약의 일방당사자가 미리 마련한 것이어야 한다. 이것을 약관의 사전성이라고 한다. 이 점에서도 약관은 계약서의 초안이라고 할 수 있다. 여기서 미리라고 함은 계약체결 전을 의미한다. 약관은 계약체결 전에 미리 마련한 것이어야 하므로 계약체결 현장에서 마련한 것은 약관이 아니다.

## 9. 마련

약관은 계약의 일방당사자가 미리 마련한 것이면 족하며 반드시 그 일방 자신이 작성한 것일 필요는 없다. 따라서, 다른 사업자가 작성한 것을 자기의 계약체결을 위하여 사용하는 경우에도 그것은 약관이 된다.

## 10. 계약의 내용

약관은 계약의 내용이 되는 것이어야 한다. 다시 말하면 약관은 계약서의 일종이다(제2조제1항·제30조제1항 등 참조). 계약(Vrettag)이라 함은 2인 이상의 당사자가 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시를 하고, 그 합치로 성립하는 법률행위를 말한다. 따라서, 단독행위(einseitiges Rechtsgeschäft)<sup>8)</sup>의 성격을 갖거나 합동행위(Gesamtakt)<sup>9)</sup>의 성격을 갖는 것은 약관에 해당되지 않는다. 또한 약관은 계약서의 일종으로서 계약당사자에 대하여만 효력(구속력)을 가지는 것이며, 따라서 불특정다수인에 대하여 일반적 구속력을 가지는 조례나 법규명령은 약관이라고 할 수 없다.

### (1) 주택조합규약

공정거래위원회의 실무상으로도 합동행위의 성격을 갖는 (지역)주택조합규약은 약관으로 보지 않고 있다(공정거래위원회 약관심사과, 약관심사업무질의회신사례집, 1996. 1, pp.101~103).

### (2) 조례

조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 자주적으로 제정하는 지방자치단체의 자주법으로서 불특정다수인에 대하여 구속력을 가지는 법규이며(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264, 헌재 1994. 12. 29. 92헌마216, 대판 1991. 8. 27. 90누6613 등 참조), 따라서 계약의 내용이 되는

8) 행위자 한 사람의 한 개의 의사표시에 의해 성립하는 법률행위를 말하며, 유언이 이에 해당된다.

9) 평행적·구심적으로 방향을 같이하는 두 개 이상의 의사표시가 합치하여 성립하는 법률행위를 말하며, 사단법인의 설립행위가 이에 해당된다.

약관에는 해당되지 아니한다.

### (3) 법규명령

법규명령은 약관으로 볼 수 없다는 것이 대법원판례의 입장이다. 즉, 대법원은 구 학교수업료및입학금에 관한규칙(1997. 8. 14. 교육부령 제699호로 개정되기 전의 것) 제6조는 교육법 제86조제2항의 위임에 근거하여 국·공·사립의 각급 학교에서 징수한 수업료와 입학금의 반환사유에 관하여 규정한 것으로서 일반적 구속력을 가지는 법규명령인 바, 약관법 제1조 및 제2조의 규정 등에 비추어 보면 위 규칙 제6조와 같은 법규명령은 위 법률이 적용되는 약관이라고 할 수 없다고 판시하였다(대판 1998. 1. 23. 97다25613).

## II. 인정례

실무 또는 이해의 편의를 위하여 법원의 판례나 공정거래위원회의 심결례에서 약관으로 인정된 것 중 주요한 것을 정리하면 다음과 같다.

### (1) 판례

법원의 판례에서 약관으로 인정된 것 중 주요한 것은 다음과 같다.

- (가) 한국전력공사의 전기공급규정(대판 1983. 12. 27. 83다카893)
- (나) 한국자동차보험(주)의 자동차안전보험보통보험약관, 자동차대인배상정액보험약관(대판 1985. 11. 26. 84다카2543)
- (다) 보통보험약관(대판 1986. 10. 14. 84다카122)
- (라) 은행거래약관(대판 1992. 7. 28. 91다5624)
- (마) 종합체육시설업체인 스포츠시티의 회칙 및 세칙 중 입회비를 여하한 경우에도 반환하지 않는다는 규정(서울지판 1996. 7. 2. 96나17737)
- (바) 수산업협동조합중앙회의 어선보통공제약관(대판 1996. 12. 20. 96다23818)
- (사) 재단법인 축산물유통사업단의 입찰안내서(대판 1997. 2. 25. 96다24385)
- (아) 사립대학교 신입생모집요강 중 등록금에 관한 조항(대판 1997. 12. 26. 96다51714)
- (자) 신용보증기금의 신용보증약정서(대판 1998. 2. 27. 96다8277)
- (차) 건설회사의 아파트공급계약서(대결 1998. 6. 29. 98마863)
- (카) 부산광역시의 택지공급계약서(대판 1998. 12. 23. 96다38704)
- (타) 한국토지공사의 토지분양계약상의 위약금조항은 한국토지공사가 택지개발지구의 토지에 관하여 다수당사자인 입찰자와 계약을 체결하기 위하여 내부 규정에 의거하여 미리 마련한 분양계약의 내용으로서 약관법 제2조제1항 소정의 약관에 해당한다(대판 1998. 12. 23. 97다40131).
- (파) 대법원은 주식회사 한양이 군포시 산본동 소재 수리·백두·목련아파트를 분양하면서 1693명의 수분양자와 체결한 주택공급계약서를 약관으로 보았다(대판 1999. 3. 12. 97다37582·37869).
- (하) 대법원은, 회원 가입시에 일정 금액을 예탁하였다가 탈퇴 등의 경우에 그 예탁금을 반환받는 이른바 예탁금 회원제로 운영되는 골프클럽의 운영에 관한 법률관계는 회원과 클럽을 운영하는 골프장 경

영회사 사이의 계약상 권리·의무관계이고, 그 운영에 관한 회칙은 불특정 다수의 입회자에게 획일적으로 적용하기 위하여 골프장을 경영하는 회사가 제정한 것으로서 이를 승인하고 클럽에 가입하려는 회원과 회사와의 계약상 권리·의무의 내용을 구성하며, 그 중 회원권의 양도·양수 절차와 같은 당사자의 권리·의무에 관한 규정은 약관으로서의 성질을 가진다고 판시하였다(대판 2000. 3. 10. 99다70884, 대판 1999. 4. 9. 98다20714).

(거) 서울특별시의 매매계약서 중 계약보증금 귀속에 관한 조항(대판 1999. 4. 27. 97다24009)

(너) 어음거래약정서(대판 1999. 12. 28. 99다25938)

## (2) 심결례

공정거래위원회의 심결례에서 약관으로 인정된 것 중 주요한 것은 다음과 같다.

(가) 성업공사의 부동산매매계약서(공의<sup>10)</sup> 1997. 2. 21. 제97-34호)

(나) 변호사약정서(공권<sup>11)</sup> 1999. 3. 3. 제99-8~14호)

(다) (주)재능교육의 관리교사위탁계약서(공의 1999. 11. 20. 제99-228호)

(라) 현대자동차(주)의 자동차매매계약서(공의 1999. 11. 20. 제99-229호)

(마) 선경상조(주)의 상조회원가입규약(공의 1999. 11. 20. 제99-266호)

(바) 한국산업단지공단(주)의 아산국가공업단지입주계약서(공의 1999. 11. 20. 제99-270호)

(사) 현대엘리베이터(주)의 승강기보수점검위탁계약서(공의 1999. 11. 30. 제99-245호)

(아) SK텔레콤(주)의 이용약관(공의 1999. 12. 20. 제99-285호)

(자) (주)한국토지신탁의 부동산임대차계약서(공권 1999. 10. 1. 제99-142호)

(차) 범양식품(주)의 대리점계약서(공권 1999. 11. 3. 제99-144호)

(카) 혜성농산 영농조합법인의 거래약정서(공권 1999. 11. 10. 제99-145호)

(타) 금보개발(주)의 운영준칙(공권 1999. 11. 10. 제99-146호)

(파) 가야산 실버홈의 회원입주계약서(공권 1999. 11. 20. 제99-148호)

(하) (주)MBC예수당의 전속계약서(공권 1999. 11. 27. 제99-149호)

(거) 대진침대(주)의 판매대리점계약서(공권 1999. 11. 27. 제99-150호)

(너) 듀오정보(주)의 회원가입계약서(공권 1999. 11. 30. 제99-152호)

(더) (주)철우네식품의 가맹계약서(공권 1999. 12. 3. 제99-161호)

(러) (주)롯데리아의 가맹점계약서(공권 1999. 12. 11. 제99-166호)

(머) 아주산업(주)의 레미콘운반도급계약서(공권 1999. 12. 14. 제99-168호)

10) 공정거래위원회의 의결을 말한다. 공정거래위원회의 의결에는 시정명령, 시정요청, 과징금납부명령, 과태료납부명령 등이 있다. 공정거래위원회회의운영및사건절차등에관한규칙(이하 “절차규칙”이라 한다) 제51조제1항 참조.

11) 공정거래위원회의 시정권고를 말한다.

## 12. 공정거래위원회의 조사·심사

공정거래위원회는 약관의 심사청구를 받거나 직권인지를 하는 경우 문제된 계약서 조항이 약관법이 정하는 약관에 해당되는지 여부를 조사하여야 한다. 조사결과 문제된 계약서 조항이 약관이 아니라고 인정되는 경우에는 심사관이 심사절차불개시 결정을 하여 사건을 종결할 수 있다(절차규칙 제11조제6호).

문제된 계약서 조항이 약관이 아니라는 것이 전원회의 또는 소회의 단계에서 확인된 경우에는 전원회의 또는 소회의는 심의절차종료를 의결하여 사건을 종결할 수 있다(절차규칙 제44조제1호).

## 13. 입법론

약관이라는 명칭을 계약서로 바꾸는 것이 타당하다고 본다. 약관법 제2조제1항과 제30조제1항 등의 규정에 비추어 보아도 약관은 계약서의 일종이다. 예컨대, 보험약관을 보험계약서로, 대출약관을 대출계약서로 바꾸는 것이다. 그것이 일반인이 이해하기에 더욱 쉽다고 보기 때문이다. 필자는 약관의 명칭을 계약서로 바꾸는 것만으로도 약관에 관한 문제의 대부분은 해결될 것이라고 본다. 약관이란 개념은 계약서 중의 어떤 유형의 것을 법률적(규범적)으로 평가한 것을 지칭하는 것이지 약관에 해당하는 계약서에 대하여 현실적으로도 반드시 약관이라는 명칭을 사용할 필요는 없다고 생각한다. 약관은 계약서의 일종임에도 그 명칭에 「약관」이라는 용어를 사용하는 경우에는 회사 등의 「정관」과 같이 법규적 성질을 갖는 것으로 오해할 여지가 있기 때문이다. 실제로도 공정거래위원회가 승인하기 전에 한국일만여행업협회와 한국관광협회에서 사용하고 있던 「여행업표준약관」은 부칙을 두고 여기에 시행일과 경과규정을 둬으로써 법규적인 형식을 취하고 있었다(공정거래위원회가 승인한 여행업표준약관은 계약서의 형식을 취하고 있다).

여기서는 보험약관을 예로 들어 설명하기로 한다. 즉, “보험약관”이란 명칭을 “보험계약서”로 바꾸는 것이다. 현재는 보험약관에는 계약적인 내용 외에 법령에 규정되어야 할 사항이 다수 포함되어 있는데, 보험약관의 명칭을 보험계약서로 바꾸게 되면 이러한 현상은 줄어들거나 없어질 것으로 예상된다. 왜냐하면 보험약관의 명칭을 보험계약서로 바꾸는 경우에는 보험회사는 법령에 규정되어야 할 사항을 보험계약서에 포함시키는 것에 대하여 주저하게 될 것이며, 보험계약자(소비자)는 보험계약서에 법령에 규정되어야 할 사항이 다수 포함되어 있는 경우 ‘왜 이런 내용(즉, 법령에 규정되어야 할 사항)이 보험계약서에 규정되어야 하는냐’는 식으로 항변을 할 수 있게 될 것이기 때문이다. 위에서 본 바와 같이 법원의 판례나 공정거래위원회의 심결례에서 약관으로 인정된 것 중 대부분은 “○○계약서”라는 명칭으로 되어 있으며, 실무상으로도 공정거래위원회에 심사청구되는 약관은 대부분 “○○계약서”의 명칭을 갖고 있다.

약관을 이해함에 있어서는 추상적·관념적으로 이해할 것이 아니라 구체적·현실적으로 이해할 필요가 있다. **관** **의**