割賦販賣에 관한 考察

— 約款 解釋論 中心으로 —

申　　鍾　　澈*

A Study on the Installment Selling

Jong-Cheol Shin

<目　　次>

第一. 緖
第二. 法的 性質
　Ⅰ. 諾成, 有償, 不要式, 雙務契約이다.
　Ⅱ. 代金支給 方法에 관하여 特約이 있는 契約이다.
　Ⅲ. 賣買契約의 一種이다.
　　1. 貸貸借 契約設
　　2. 混合 契約設
　　3. 所有權 留保 契約設
　　4. 停止條件附 所有權 移轉設
　　5. 解除條件附 所有權 移轉設
　Ⅳ. 割賦販賣는 附從契約이다.
　Ⅴ. 讓渡擔保와 類似한 성질이 있다.
第三. 約款의 內容分析
　Ⅰ. 賣渡人의 效果的인 債權擔保를 위한 約款
　　1. 所有權 留保約款
　　2. 連帶保證人 設定約款
　　3. 目的物의 讓渡, 擔保, 貸與, 禁止約款
　　4. 交換, 返品, 禁止約款
　Ⅱ. 買受人의 債務不履行을 대비하기 위한 約款
　　1. 解除約款(失權約款)
　　2. 損害賠償約款(違約金 豫定約款)
　　3. 期限 利益 喪失約款
　Ⅲ. 賣渡人의 權利實現의 容易性을 위한 約款
　　1. 自力救濟 許容約款(還取約款) 및 任意物 回收約款
　　2. 裁判管轄約款 및 住所變更 告知約款
第四. 結　　語

第一. 緖

現代産業社會에　있어서　割賦販賣(Installment Selling, Abzahlungsgeschäft, Ratengeschäft, Vente á Tempérament)制度는 消費者側에서는 代金을 一定期間 동안에 分割支給할 수 있으므로

* 한국해양대학 해사법학과

비교적 쉽게 商品을 購入할 수 있으며 收入에 맞추어 家計를 계획적이고 合理的으로 운영하여 消費目的을 達成할 수 있는 點에 便宜와 매력이 있다. 또한 生產者(販賣者)側에서는 消費를 刺戟하고 購買力을 增大하는 販賣促進策의 하나로서 매출액을 높이고 企業利潤을 維持, 增加시키기 때문에[1] 割賦販賣가 오늘날 消費生活에 차지하는 비율은 날로 增大하고 있다.[2] 이에 割賦販賣制度는 大量生產物을 販賣하여 消費시켜야 하는 生產者(販賣者)側의 要求와 消費大衆의 收入形態와 그 購買慾이 結合하여 兩者의 必要를 同時에 解決하려는 合理的인 契約技術이다. (買受人과 賣渡人의 相互利益을 잘 調和시킨 賣買이다.[3]) 그러나 割賦販賣는 一般賣買의 경우와는 달리 契約의 成立으로 먼저 目的物의 占有를 買受人에게 移轉하고 代金의 完給을 條件附로 하여 所有權이 買受人에게 移轉하는 特殊한 賣買이기 때문에(契約金의 支給과 同時에 目的物의 占有가 買受人에게 이전되기 때문에) 一般賣買처럼 同時履行抗辯權이 없다. 賣渡人은 그 代金債權을 確保하기 위하여 여러가지의 강력한 債權保障方法을 강구하게 된다. 이 保障方法이 割賦販賣契約約款으로 나타나고 있다. 이 約款의 內容을 大別하면 첫째, 賣渡人의 效果的인 債權擔保를 위한 約款으로서 所有權留保約款, 連帶保證人設定約款, 目的物의 讓渡·擔保·貸與의 禁止約款, 둘째, 買受人의 債務不履行을 대비하기 위한 約款으로서는 解除約款(失權約款), 既支給額不返還約款, 期限利益喪失約款, 損害賠償 및 違約金豫定約款, 세째, 賣渡人의 權利實現을 容易하게 하기위한 約款으로는 自力救濟約款(還取約款), 다른 所有物任意回收約款, 不提訴約款 등을 들 수 있다. 本稿는 이들 約款으로 인한 法律關係의 問題를 檢討, 分析함에 있어서 各國 割賦販賣法의 立法趣旨 및 內容을 참작하고 割賦販賣의 法的性質을 가능한 한 解除條件附 所有權移轉說로 理解하여 規制 內容이 빈약한 특별법하에서 消費者 保護를 위한 合理的인 法律解釋을 취하는데 目的을 두고 있다.

第二. 割賦販賣의 法的性質

Ⅰ. 割賦販賣는 諾成, 有償, 不要式, 雙務契約이다.

割賦販賣는 보통의 販賣와 같이 當事者 雙方의 意思의 合致에 의하여 成立하는 諾成 契約이다. 또한 兩當事者의 出捐은 서로 原因을 이루고 對立關係에 서는 것이므로 有償契約이며 所有權移轉義務와 代金支給義務가 서로 代價的 意義를 가지고 대립하고 있으므로 雙務契約이다. 또한 아무런 方式을 必要로 하지 않으므로 不要式의 契約이다. 따라서 書面의 작성에 특별한 效力이 있는 것은 아니다.

1) 李根植, 「割賦販賣에 관한 問題點」, 法曹, 1978, 제27권1호, p. 54. 鄭明煥, 「分割支給約款附 賣買에 있어서의 法律問題」, 社會法學 4卷3號, 成大, 1966, p. 98.
2) 郭潤植, 債權閣論, 博英社, 1983. p. 237, 李根植, 前揭論文, pp. 54~55.
泳淵泰淸, 「割賦販賣の法律實務」, 東京, 日本經濟新聞社, 1977, p. 9.
3) Larenz, Lehrbuch des schuldrechts, Bd. II, 13. Aufl., 1982. S. 84.

II. 割賦販賣는 代金支給方法에 관하여 特約이 있는 契約이다.

割賦販賣는 所有權을 買受人의 代金完給 후에야 이전하는 특징이 있는 賣買이므로 目的物은 現在 반드시 賣渡人에게 歸屬하고 있을 필요는 없다. 따라서 他人의 物件이라도 去來의 目的으로 가능하며 반드시 現存할 것을 요하지 않으며 장래 製造될 物件이라도 賣買의 目的이 될 수 있다. 割賦販賣는 賣渡人의 所有權移轉에 대하여 買受人은 反對給付로써 그 代金을 支給하는 有償, 雙務契約이지만 그 代金支給方法이 一定期間 分割하여 계속적으로 支給되는 것이 하나의 특질이므로 비록 代金完給 前에 目的物이 引渡되어도 그 契約은 締結과 동시에 그 效力이 發生하고 代金을 完給할 때에 다시 契約을 하려고 하는 賣買의 豫約이 아님은 물론이고, 代金完給을 停止條件으로 하는 條件附賣買도 아니다.[4] 따라서 契約書에 賣買의 豫約 또는 條件附賣買 등의 文言이 記載되어 있다 할지라도 역시 그것은 完全 有效한 契約으로서 成立하는 賣買契約이다. 다만 代金의 支給方法이 특수하고 또한 目的物의 所有權이 代金完給이 있을 때까지 賣渡人에게 留保되는 특수한 내용의 賣買이다.[5] 目的物의 代金의 額은 契約으로 정하여지는 것이 보통이나 이미 정하여진 目的物도 있다. 買受人의 反對給付로서 支給하는 代金은 强制通用力있는 通貨임을 반드시 요하지 않으며 現在 通用하지 않는 것으로 支給하는 경우에 交換이 된다. 또한 反對給付로서 金錢이외의 다른 物件이나 權利의 이전을 約定하는 것도 交換이다.[6] 이 경우의 交換은 割賦販賣라고는 할 수 없다.[7]

III. 割賦販賣는 賣買契約의 一種이다.

割賦販賣는 그 種類와 形態가 다양하므로 法律上 어떠한 性質의 契約이냐에 대하여 法理構成에 견해가 대립되어 있다. 分說하면 다음과 같다.

1. 賃貸借契約說

이 說은 每月 支給하는 割賦金을 借賃으로 하여 마지막 날의 借賃을 支給할 때까지 이 賣買의 目的物의 所有權을 賣渡人에게 留保하고 買受人이 그 目的物을 賃借하여 占有, 使用하고 代金完給으로써 目的物의 所有權을 이전 하기로 하는 特約이 있는 契約으로 보는 說이다. 이러한 형태를 賃貸賣買(또는 還買權附賃貸借[8])라고 부르며 目的物의 所有權을 賣渡人에게 留保함으로써

4) 李根植, 前揭論文, p. 55. 鄭明煥, 前揭論文, p. 101. 郭潤植, 前揭書, p. 328. 金顯泰, 新稿債權法各論, 一潮閣, 1973. p. 141. 金基洙, 「所有權留保賣買와 所有權의 歸屬」, 考試界. 1976. 12月號, p. 65.

5) 郭潤植, 前揭書, p. 239.
李根植, 前揭論文, p. 55.
魚寅義, 「月賦販賣와 消費者保護에 관한 法的考察」, 法學論考 第13輯, 淸州大, 1981, p. 67.

6) 郭潤植, 前揭書, p. 172.

7) Heinrich Mayrhofer, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz, springer-Verlag, wien. New York, 1966, SS. 6~20.

8) 柚木馨, 注釋民法(14), 東京, 有斐閣, 1980, pp. 56~57.
神田博司, 「割賦販賣」, 田中實·山本進一編, 增補版 債權總·各論一重要問題と解說, 東京, 法學書院, 1977, p. 352. 我妻榮, 債權各論 中卷一, 東京, 有斐閣, 1983, p. 317.

賣渡人의 지위를 확보하기에 適合한 方法이라고 보며 英國의 Hire-purchase, 獨逸에서의 Möbelleihvertrag, 佛蘭西의 Vente-location등이 이에 해당한다고 한다.[9] 그리고 英國의 賃貸賣買는 割賦販賣의 重要한 형식이며 瑞西에서는 賃貸賣買는 擴大되고 있다.[10] 이런 契約은 그 自體로서는 公序良俗에 반한다고는 할 수 없으므로 無效라고 해석할 수는 없다. 그렇다면 이러한 契約을 民法上의 典型契約으로서 賣買와 賃貸借의 어느 것에 속하느냐에 대하여 賃貸借와 賣買와의 混合契約 또는 賃貸借와 賣買豫約과의 結合으로 볼 것이냐 하니면 순수한 賣買로 해석할 것이냐가 문제이다.[11] 그러나 이 문제는 當事者의 意思解釋, 특히 賃貸料에 어떠한 의미를 부여하였느냐에 따라서 결정하여야 할 것이다. 일반적으로 買受人은 賣渡人의 所有에 속하는 目的物을 使用내지 利用하는 형식이 되므로 일종의 賃借關係로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 當事者간의 관계를 실질적으로 본다면 그것은 도저히 賃貸借로 해석할 수는 없다. 왜냐하면 當事者간의 契約은 目的物의 所有權을 이전하는 것을 본래의 목적으로 하고 있고 一定期間의 賃借후에 반환하는 것을 目的으로 하는 것이 아니기 때문이며 또한 割賦金의 支給은 그것이 어떠한 名目이든 실은 賣買代金의 分割給인 것은 분명하기 때문이다. 買受人이 賣渡人의 所有에 속하는 物件을 使用, 利用한다는 賃貸借의 관계는 결국 해소되는 것이 당연한 前提이며 단지 一時的 經過的인 상태로서 存在하는 데 불과하다. 賣渡人에게 殘存하는 所有權이라는 것은 그 代金債權의 擔保를 위한 것이며 買受人에게 目的物을 이용시켜서 그 代價를 收受하고 최종적으로는 그 目的物을 返還시키는 것을 意圖하는 것은 아니다. 또한 代金 全部의 支給이 있기까지 賣渡人에게 所有權을 留保하고 契約解除의 경우에는 支給된 賃貸料의 반환을 免하는 것 등의 目的을 달성하는 수단으로써 賃貸借의 형식을 사용한데 불과한 것이다. 따라서 원칙적으로는 순수한 賣買로 해석하여야 할 것이다. 즉 賃貸借와 賣買와의 混合契約도 아니고 賃貸借와 賣買豫約과의 結合도 아니고 無名契約도[12] 아닌 순수한 賣買로 보는 것이 옳다.[13] 그러므로 일반적으로 借賃으로서 支給되는 割賦金은 賣買代金이며 目的物의 使用關係에 있어서도 賃貸借의 規定을 適用할 수 없다.[14]

2. 混合契約說

이 說은 買受人의 目的物의 使用 및 收益權과 賣渡人의 所有權留保와의 관계를 解除條件附賃貸借와 停止條件附賣買와의 混合型이라고 한다. 즉 獨逸의 Brünneck는 Möbelleihvertrag는 賣買로서는 停止條件으로서 또 賃貸借로서는 解除條件으로서 각각 條件의 成就에 의하여 賣買로 전환하여야 할 賃貸借이며 條件의 成就 즉 賃借料의 完給에 의하여 目的物의 所有權은 簡易의 引渡方法

9) 末川博, 「月賦販賣と所有權留保」(末川博 法律論集III), 東京, 岩波書店, 1970, p. 302.
10) Heinrich Mayrhofer, a.a.O., S. 23.
11) Heinrich Mayrhofer, a.a.O., S. 21.
12) 日大判, 1934. 7. 19, 刑集 13卷14號, p. 1043. 柚木馨, 前揭書 p. 57.
13) 我妻榮, 債權各論 中卷一, 東京, 有斐閣, 1983, p. 317. 柚木馨, 前揭書. p. 56.
神田博司, 前揭論文, p. 352. 末川博, 前揭論文, p. 302.
14) 獨逸 割賦販賣法 第6條에서도 賃貸借의 法律形態를 갖고 本法의 적용을 回避하는 것을 방지하기 위하여 이러한 法律形態에도 本法을 적용해야만 하는 것으로 규정.

으로 賃借人에게 이전한다[15]고 한다. 이 說도 所定期間의 賃借料가 完給되기까지는 이를 賃貸借로 하여 割賦金을 賃貸料로 보지만 이 경우의 賃借料는 결코 物件의 使用, 收益의 對價는 아닌 것으로써 物件 自體의 價格를 표준으로 하여 정하여진 賣買代金의 分類에 지나지 않으며 賃貸借의 要素는 결여되어 있다고 할 수 있다. 따라서 그 本質은 賃貸料가 아닌 賣買代金으로 해석하여야 할 것이다.[16] 다만 言語上의 表現으로 최후의 割賦金이 支給되기까지의 中間狀態를 賃貸借라 하고 그리고 割賦金을 賃貸料라고 부르는 데 지나지 않는 것이다.

3. 所有權留保契約說

이 說은 目的物의 所有權을 최후의 割賦金의 支給時까지 賣渡人에게 留保하는 契約이라고 한다.[17] 獨逸의 Gierke는 "이 경우(Möbelleihvertrag)에는 所有權留保를 隨伴하는 賣買가 있는 것이며 代金의 分割支給이 있다. 그리고 買受人은 殘餘債務의 辨濟를 條件으로 하여 所有權은 取得하는 것이다.[18]"라고 한다. 이 說이 가장 合理的인 것으로 보아지나 단순히 所有權留保가 따른 賣買라고 하는 것만으로서는 買受人이 賣渡人의 所有에 속하는 物件을 占有하여 使用, 收益하는 관계를 說明하기가 곤란하다. 결국 본질적으로는 賣買이긴 하나 買受人으로 하여금 物件의 使用, 收益을 하게 하는 點으로는 賃貸借와 비슷한 요소가 결합하여 있다고 보는 것이 오히려 適合할 것이다.[19] 또 전술한 賃貸借契約의 경우에 있어서도 이 所有權留保約款이 붙어 있는 것이 보통이다.

4. 停止條件附所有權移轉說

이 說은 賣渡人의 의무는 契約의 成立과 더불어 먼저 目的物의 占有를 買受人에게 이전하고 代金의 完給을 停止條件으로 하여 所有權이 買受人에게 이전한다는 特約이 있는 賣買라는 것이다.[20] 賣渡人이 그 收益을 확실히 하려면 代金이 完給되었을 때에 새로이 所有權移轉의 行爲를 하기로 하는 것이 가장 效果的이나, 그렇게 되면 買受人은 債權的인 請求權을 갖는 데 불과하여 代金完給 후에 所有權을 취득할 수 있는 것에 대하여 하등의 物權的인 保障이 없게 되므로 買受人의 地位가 너무 불안정하여 販賣政策上 지장을 초래하게 된다. 이리하여 停止條件附所有權移轉說이 대두하게 된 것이다. 여기서 條件은 解除條件으로 할 수도 있으나 이렇게 되면 賣渡人의 權利確保라는 目的이 完全히 達成되지 않을 때가 있으므로 대부분의 경우 經濟的으로 강한 地位에

15) Brünneck, über den sogenanntten Möbelleihvertrag in Gruchot, S. 344.
16) 我妻榮, 前揭書, p. 317.
柚木馨, 前揭書, p. 57.
末川博, 前揭論文, p. 303.
17) Britt, Abzahlungsgeschäft und Gläubigersicherung, S. 25f.
Enneccersu, Lehrbuch II, S. 118.
18) Deutsches privatrechtIII, S. 496, Ann. 38.
19) 末川博, 前揭論文, p. 303.
20) 郭潤直, 前揭書, p. 237. 崔鍾吉, 「所有權 留保賣買의 法律關係에 관한 考察」, 法學 第9권2號, 서울대, 1972. p. 62. 金基洙, 前揭論文, p. 65. 李根植, 前揭論文, p. 55. 柚木馨, 前揭書, p. 60. 神田博司, 前揭論文, p. 356. 幾代通, 「割賦販賣 — 所有權留保賣買」, 契約法II, 東京, 有斐閣, 1970, p. 293.

있는 賣渡人은 滿足을 얻지 못하게 된다. 그리하여 그 條件은 停止條件이고 代金을 完給하면 그 때에 所有權이 당연히(ipso jure) 買受人에게 移轉한다는 것이 停止條件附所有權移轉說이다.

5. 解除條件附所有權移轉說

1) 意義

이 說은 目的物의 所有權은 買受人의 賣買代金의 完納이 있기 前에 이미 買受人에게 移轉하되 만약 買受人이 割賦金을 支給하지 않을 때에는 解除條件의 成就에 의하여 買受人은 目的物에 대한 所有權을 喪失하고 賣渡人에게 當然히 所有權이 復歸되는 것으로 理解되는 說이다.

2) 解除條件主張根據

條件附所有權移轉說에서 條件을 解除條件으로 새기지 않고 停止條件으로 理解하는 것은 上述한 바와 같이 첫째, 賣渡人便이 解除條件으로 하면 權利確保의 目的을 充分히 達成할 수 없게 되므로 經濟的으로 强한 地位를 가지는 賣渡人에게 滿足을 줄 수 없기 때문이고 둘째, 獨逸民法 第455條에서도 같은 趣旨의 明文規定을 두고 있기 때문이라고 한다. 그리하여 現實的으로 通用되고 있는 約款의 例示 文言이 停止條件의 趣旨로 定하여지며 解除條件으로 行하여지는 경우는 實在에 있어서 극히 드물기 때문에 所有權留保賣買의 契約을 締結했으되 目的物의 所有權移轉을 停止條件으로 하였는지 또는 解除條件으로 하였는지 分明하지 않을 경우에는 오히려 停止條件으로 한 것으로 推定하는 것이 妥當하다는 것이다.[21] 이러한 觀點에서 當事者의 明白한 意思에 의하여 解除條件으로 한 경우에만 解除條件으로 認定하여야 한다고 하나 論者는 다음과 같이 理由에서 反對한다. (1) 賣渡人의 權利確保는 割賦制度의 發展으로 인하여 間接割賦制度인 Loan提携販賣制度, Ticket販賣制度, (信用社會 등이 利用者 즉 會員에게 ticket를 發行하여 利用者가 販賣者로부터 ticket와 交換하여 거기에 表示되어 있는 金額相當의 商品을 購入하는 制度로서, creditcard에 의한 販賣와 基本的 制度는 같이 하고 있으나 分割拂이 認定되는 것이 Credit card制와 相異할 뿐이다.) Credit card에 의한 販賣制度의 盛行, 금융기관의 中間保證과 保險制度의 導入, 連滯保證人設定約款 및 기타 約款에 의하여 停止條件附所有權移轉說에 의하는 것 만큼 保障될 수 있기 때문이다. (2) 앞으로 더욱 盛行될 不動產 割賦販賣制度 및 제 법률 관계에 있어서 法理解釋上 理論構成을 함에 있어서 더욱 合理性을 기할 수 있기 때문이다. 그 論據를 分說한다.

가. 不動產割賦販賣

割賦販賣의 目的物은 動產에 制限하는 立法例도 있으나[22] 우리 法律上으로는 目的物이 動產에 制限된다고 하여야 할 아무런 理由나 根據가 없다. 그리고 實在에 있어서도 現在 不動產 특히 建物의 割賦販賣가 상당히 利用되고 있다. 不動產의 分割支給販賣도 代金의 完給 前에 그 所有權을 買受人에게 移轉하는 것과 所有權留保附賣買가 있을 수 있다. 前者의 경우에는 代金債權을 確保

21) 崔鍾吉, 前揭論文, p. 77.

22) 獨民法에서는 Auflassung에 條件과 期限을 붙이지 못하므로 理論上 不動產의 割賦販賣는 認定될 수 없다. 또한 獨 割賦販賣法 第1條에도 動產의 割賦販賣에만 適用된다고 規定. 瑞西, 奧地利, 벨기에 割賦法에도 動產에 限함. 日本의 경우 割賦法에는 動產에 限한다고 규정하고 있으나 宅地建物取引法, 積立式宅地建物販賣法에 의하여 不動產의 割賦販賣도 認定하고 있다.

하기 위하여 그 不動産위에 抵當權을 設定하는 것이 보통일 것이며 특별한 문제는 생기지 않는다. 그러나 所有權留保附賣買의 경우에는 좀 문제이다. 즉 이 경우에는 買受人은 登記할 길이 없기 때문에(왜냐하면 登記事項은 登記와 동시에 效力이 생기는 것이어야만 하는데 停止條件으로는 物權變動의 效力이 생기지 않으므로[23]) 그 保護가 문제되며 動産의 所有權留保附賣買에 있어서처럼 이른바 物權的 期待權을 買受人에게 認定할 수도 없기 때문에 買受人은 대단히 不利한 地位에 놓이게 된다.[24] 이에 上述한 前者의 경우 賣渡人이 代金債權을 確保하기 위하여 不動産위에 抵當權을 設定하여 특별한 문제는 發生하지 않는다고 하나 抵當權設定時 事務費, 登錄稅 또는 抵當權實行手續의 煩雜, 競買로 인한 債權確保의 불확실성, 抵當權附私債權에 대한 租稅債權의 優位의 原則이 있기 때문에 抵當權의 設定이 그렇게 實效를 거둘 수 있는 것은 아니므로 賣渡人이 解除條件附所有權 移轉 特約을 할 경우 實效性이 더 있을 수도 있다. 왜냐하면 解除條件附는 登記에 記載될 수 있으며[25] 物權變動의 效力이 발생하므로 만약 解除條件이 成就되면 登記의 效力이 當然히 消滅하게 되므로 抹消登記를 하지 않더라도 그 效力은 없어지기 때문이다. 換言하면 賣渡人에게 當然히 所有權이 復歸된다. 이러한 論據에서 所有權留保附賣買도 停止條件附所有權移轉說로 解釋하지 않고 解除條件附所有權移轉說로 解釋할 때 買受人은 登記할 길이 있어 保護가 되고 또한 賣渡人도 上述한 바와 같이 債權確保가 不確實하지 않기 때문에 兩 當事者를 滿足시킬 수 있다. 所有權留保賣買를 停止條件附所有權移轉說로 解釋할 때는 民法 第188條에 의하면 動産物權의 讓渡는 引渡에 의하도록 되어 있으므로 動産割賦販賣의 경우 賣渡人은 賣買契約과 同時에 目的物을 買受人에게 引渡하는 것이 一般的이므로 引渡時 債權契約은 勿論 物權的 合意도 完了된다. 다만 所有權移轉을 위한 物權行爲만 停止條件附인 것이다. 그러므로 賣渡人의 所有權留保를 消滅시키는 停止條件의 成就(代金支給의 完給)로써 새로운 物權行爲를 다시 할 必要없이 買受人의 有效한 所有權의 取得을 認定할 수 있으나[26] 不動産에 있어서는 民法 第186條에 의하면 物權行爲로 인한 物權變動은 登記하여야 그 效力이 있으므로 登記하지 아니하고 停止條件의 成就가 動産처럼 當然히 發生하여 所有權取得을 가져 온다고 할 수 없으므로 不動産에 관한 物權行爲를 停止條件附로 特約하였다고 하여도 停止條件附를 登記할 수 없고(物權變動이 完全히 形成되지 않으므로) 停止條件의 成就로 비로소 登記할 수 있는 것으로 해석 되기 때문에 停止條件附所有權移轉說에 의하는 경우 買受人의 보호가 문제되는 것이다. 그러므로 不動産의 割賦販賣時에는 解除條件附所有權移轉說로 해석하는 것이 買受人은 登記할 길이 있어 보호되고 賣渡人도 不利하지 않아 衡平에 맞아 더욱 盛行될 수 있을 것이다.

(3) 停止條件附所有權移轉說에 의하면 目的物은 買受人에게 引渡되어도 그 所有權은 이전되지 않으므로 따라서 買受人은 目的物에 대한 使用 내지 利用은 占有權에 기인할 수 밖에 없고 代金

23) 金容漢, 全訂版物權法, 博英社, 1989, pp. 614~615.
24) 郭潤植, 前揭書, p. 237.
25) 金容漢, 前揭物權法, p. 630.
26) 郭潤植, 前揭書, p. 238.

의 完給이 있을 때에 當事者는 다시 物權的 合意를 할 필요가 없으며 買受人의 終局的 所有權取得은 오직 代金의 完給이라는 條件의 여부에 의하여 좌우되므로 買受人은 賣渡人의 意思에 의하여 영향받지 않고 條件의 成就로 法律上 당연히 完全한 無條件의 所有權을 取得하게 되는 期待(Anwartschaft) 즉 所有權取得의 期待(Eigentumsanwartschaft)를 가지는 地位를 가지므로[27] 目的物의 使用내지 利用의 法的 기초가 가능하다고 한다. 그러나 期待權 理論을 부정하는 學說[28]에서는 여전히 法的인 기초가 곤란해지며 解除條件附所有權 移轉說에 의하는 경우 法的 기초의 곤란성이 존재할 여지가 없다.

(4) 賣渡者는 賣買條件의 形成에 있어서 自己에 有利한 內容을 構成하는 반면에 消費者는 賣買條件 決定의 自由가 없는 대단히 不利한 地位에 있고 또한 各國의 割賦販賣法은 去來秩序에 있어서 消費者를 保護하는 方向으로 立法目的이 轉換되고 있는 것이 오늘날의 추세이며 特別法 規定으로는 보호가 미흡한 우리의 現實에서 消費者를 保護한다는 立場에서 當事者의 明白한 意思가 있는 경우에는 勿論이며, 停止條件, 解除條件 중 어느 條件으로 하였는지 分明하지 않을 경우에는 解除條件으로 推定하여야 한다. 즉 當事者가 停止條件으로 한다는 明白한 意思가 없는 경우에는 解除條件으로 理解하는 것이 妥當하다고 思料된다.

IV. 割賦販賣는 附從契約이다.

割賦販賣는 販賣業者가 일방적으로 정한 普通契約約款이라고 볼 수 있는 할부판매 계약서를 작성하여 매수인에게 매수인의 의사와는 관계없이 契約에 응해 줄 것을 요구하는 것이 보통이므로 當事者의 자유로운 意思의 合致에 의하여 이루어지는 一般的 契約과는 달리 附從契約의 성질이 있다고 볼 수 있다.[29] 附從契約으로서 매도인이 매수인에게 요구하는 約款의 내용들은 주로 매도인의 代金債權의 擔保를 效果的으로 실현할 수 있는 것, 즉 매수인의 債務不履行을 대비하기 위한 것과 그에 따른 권리 실현을 용이하게 하기 위한 것들이다. 그 결과 불공평하고 소비자에게 매우 불리한 결과를 가져오는 경우가 많다.

V. 讓渡擔保와 類似한 성질이 있다.

割賦販賣에 있어서 所有權留保는 代金債權의 辨濟를 確保하기 위한 擔保方法의 기능으로 볼 수 있고 이러한 의미에서 讓渡擔保의 경우와 같이 財產權移轉型의 擔保에 준하는 것이라고 볼 수 있다.[30] 이때 讓渡擔保에 있어서는 所有權을 擔保하는 형태는 割賦販賣와는 역구성이 될 것이다.

27) 金基洙, 前揭論文, p. 68, 崔鍾吉, 前揭論文, p. 78.
Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 63.
Baur, sachenrecht, 8. Aufl., 1975. SS. 591~2.
28) 郭潤植, 前揭書, p. 241.
29) 李根植, 前揭論文, p. 55.
30) 金基洙, 前揭論文, p. 67. 李根植, 前揭論文, p. 63.
金容漢, 前揭物權法, p. 658. 神田博士, 前揭論文, p. 357.
幾代通, 前揭論文, p. 294.

따라서 所有權은 매수인에게 이전되고 매도인은 目的物에 대한 賣買代金債權을 被擔保債權으로 하는 擔保權만 가지는 데 불과하다.[31] 그러므로 매수인은 실질적으로나 형식적으로나 所有權을 가지며 解除條件附所有權移轉說으로만 이론 구성이 가능하다.

第三. 約款의 內容 分析

割賦販賣는 經濟的 强者인 割賦販賣業者가 一方的으로 정한 普通契約約款(allgemine Geschäfts bedingung)이라고 볼 수 있는 割賦販賣契約書를 作成하여 買受人에게 買受人의 意思와는 관계없이 그 契約에 응할 것을 要求하는 것이 보통이므로 附從契約(Contract dādhēsion)의 성질을 갖고 있다고 볼 수 있다.[32] 附從契約으로서 賣渡人이 買受人에게 要求하는 約款은 賣渡人이 代金債權을 確保하기 위한 債權保障方法이며 그 約款의 內容을 槪括해 보면 첫째, 效果的인 債權擔保方法으로서 所有權留保約款, 連滯保證人設定約款, 目的物의 讓渡·擔保, 貸與 禁止의 約款, 둘째, 買受人의 債務不履行을 대비하기 위한 解除約款(失權約款), 期限利益喪失約款, 既支給額不返還約款, 損害賠償 및 違約金豫定約款. 세째, 賣渡人의 權利現實을 容易하게 하기위한 約款으로는 自力救濟約款(還取約款), 다른 所有物任意回收約款, 不提訴約款 등을 들 수 있다.

Ⅰ. 效果的인 債權擔保方法으로서 約款

1. 所有權留保約款

1) 所有權擔保의 性質

割賦販賣에 있어서 賣渡人은 그 代金債權을 擔保하기 위하여 여러가지의 수단을 강구하는 데 가장 많이 利用되고 있는 것 중의 하나가 所有權留保의 特約이다. 이에 契約書에는 「買受人은 위의 約定代金을 支給하였을 때 위 物品에 대한 所有權을 取得하는 것으로 한다.」라는 식의 約款을 보통 使用하고 있다.[33] 이러한 所有權留保約款(Eigentums Vorbehalt Bedingung)이 있는 경우 契約의 성질을 어떻게 이해하느냐가 문제되나 이것은 條件附法律行爲의 일종에 속한다는 것은 論議의 여지가 없다. 그러나 그 代金完給이라는 것으로써 停止條件으로 理解하여야 할 것인가 아니면 解除條件으로 理解하여야 할 것인가 문제이나 解除條件附所有權移轉說에서 論한 바와 같이 約款의 例示의 文言이 明白하게 停止條件附에 의한다고 하고 있지 않는 경우에는 解除條件으로 理解하여야 한다. 物權行爲의 獨自性 認定 여부도 所有權留保에서 문제되며 認定 여부에 따라 行爲의 時期가 달라진다. 즉 獨自性을 認定하는 見解에 의하면 物權的 合意는 買受人이 그의 代金支給義

31) 米倉明, 「所有權留保の實證的研究」, 東京, 商事法務研究會, 1977, p. 22, p. 37.
32) 金基洙, 前揭論文, pp. 65~66.
金容漢, 「契約과 普通契約約款」, 考試研究, 1983, 7月號, p. 99.
長尾治助, 「約款と消費者保護の法律問題」, 東京, 三省堂, 1981, pp. 5~6.
33) 금성사, 「금성 factoring 매매 계약서」, 2條1項
대우전자 「現代拂入約定書」, 2條1項
三星電子, 「需要者 金融 販賣契約書」, 3條

務를 完全히 履行하면 따로이 賣渡人의 所有權移轉에 관한 物權的 合意없이도 곧 所有權은 買受人에게 歸屬되고, 否定하는 見解에 의하면 割賦販賣契約에 物權的 合意가 포함되어 代金完給과는 관계없이 일단 所有權은 買受人에게 移轉된다고 한다. 따라서 物權行爲는 代金의 完給을 條件으로 하는 것으로 代金의 完給이 있을 때 物權行爲를 다시 하는 것도 아니고 代金의 完給으로 所有權은 당연히(ipso jure) 買受人에게 移轉하게 된다.[34] 所有權留保는 통상의 賣買에서 취득한 商品을 買受人이 그 賣買代金債務의 擔保 때문에 賣渡人에게 讓渡擔保를 提供한 것과 같은 관계에 있고[35] 다만 구성에 있어 讓渡擔保와는 逆構成이 되는 것이다. 또한 還買權의 留保와의 關係에서는 還買權의 留保의 경우는 所有權이 바로 買受人에게 移轉되므로 解除條件附所有權移轉說에 의하면 相異하다.

(2) 所有權留保約款의 有效性 問題

所有權留保約款이 割賦販賣의 本質的 要素는 결코 아니라고 하지만[36] 우리의 실제 去來界에서 통용되고 있는 契約書에 所有權을 留保한 約款이 86.6%을 차지 하고 있다고 한다.[37] 이에 이 約款이 有效하다는데 異說은 없고[38] 各國의 立法例 역시 有效性을 認定하고 있다. 그러나 當事者간에 所有權留保의 特約을 明示하지 않는 경우는 어떻게 해석 하여야 할 것인가가 문제되는데 日本割賦販賣法 第7條와 같이 所有權을 留保하는 것으로 推定함이 兩 當事者의 理解의 調和와 均衡을 꾀하는데 妥當하리라 본다.[39] 또 口頭로 契約을 체결하였을 경우에도 거래의 관행을 고려하고 當事者의 意思를 존중하여 決定할 문제이겠으나 일반적으로는 所有權이 留保된 것으로 推定하는 것이 妥當할 것이다. 위에 두 경우는 모두 解除條件附所有權移轉說로 해석하여야 한다.

2. 連滯保證人設定約款

連滯保證(Solidarbürgerschaft)이란 保證人이 主債務者와 連滯하여 債務를 부담함으로써 主債務의 이행을 擔保하는 保證債務(Bürgerschaftsschuld)이다. 따라서 보통의 保證債務가 가지는 補充性(催告·檢索의 두 抗辯權)을 가지지 않기 때문에 債權者의 權利가 현저하게 强化되는데 그 特色이 있다.[40] 賣渡人은 自己의 代金債權을 보다 강력하게 확보하기 위하여 所有權留保者에게 連

34) 李根植, 前揭論文, p. 62. 魚寅義, 前揭論文, p. 74.
Serick, Eigentums vorbehalt und Sicherung über tragung, Bd. I, 1963, S. 116, Vold, Hand book of the Law of Sales, 2nd ed. 1959, p. 287.

35) 金基洙, 前揭論文, p. 67. 幾代通, 前揭書, p. 294.
谷川久, 「動産割賦賣買契約における 債權確保のための諸條項と問題點」, 法學雜誌 第10卷3號, 1964, p. 66.

36) Ostler-weident, Abzahlungsgesetz, 6. Aufl., Berlin · New York. 1971, S. 339.

37) 嚴英鎭, 割賦販賣의 法律關係, 大旺社, 1985, p. 96.

38) 金基洙, 前揭論文, p. 69. 李根植, 前揭論文, p. 61. 郭潤直, 前揭書, p. 238. 李太載, 債權新講, 進明文化社, 1977, p. 197.

39) 魚寅義, 前揭論文, pp. 74~75. 崔鍾吉, 前揭論文, p. 62.
郭潤直, 前揭書, p. 238.
金曾漢·安二濬, 新債權各論(上), 法文社, 1964, p. 26.

40) 郭潤直, 債權總論, 博英社, 1983, p. 336.
金容漢, 債權總論, 博英社, 1983, p. 388.
黃迪仁, 現代民法論(III), 博英社, 1981, p. 177.

滯保證人을 세우도록 하고 있는 바 이를 無效라고는 할 수 없다. 連滯保證人을 세우는 것은 買受人으로 하여금 心理的 重壓感에 의하여 代金의 支給을 確保하려고 하는 데 의의가 있다. 그러나 保證人에 대한 信用調査가 없는 點을 惡用하여 詐欺的인 保證人이 있고 또 販賣業者間의 情報資料 등의 不交換과 販賣競爭 등으로 형식화하고 있는 이상 이러한 制度로는 債權確保策으로서의 기능은 喪失되고[41] 오히려 이를 강행할 때 소비자의 구매주저로 販賣促進에 逆效果만 招來할 염려가 있다. 따라서 所有權留保로서 債權의 確保가 되고 금융기관의 中間保證, 保險制度의 導入으로 賣渡人의 債權의 確保는 充分하므로 連滯保證人制度의 活用은 큰 意味가 없다고 하겠다. 이에 所有權留保, 금융기관의 中間保證, 保險制度의 導入으로 賣渡人의 債權確保가 充分하다고 하면 所有權留保를 解除條件으로 解釋하여도 賣渡人은 不利하지 않으며 이렇게 解釋하므로 販賣業者가 債權의 確保를 위한 競爭 以前에 情報資料의 交換을 盛行·誘導할 수 있다.

3. 目的物의 讓渡, 擔保, 貸與禁止 約款

停止條件所有權移轉說에 의하면 所有權留保販賣의 買受人은 賣渡人에 대한 代金의 完給인 條件成就로 支配할 수 있는 地位에 있다. 따라서 條件成就 以前에 이미 目的物의 所有權을 取得할 蓋然性이 큰 財産的 地位(Vermörgensposition)를 취득하게 된다.[42] 그러므로 賣渡人과 買受人間에 所有權이 觀念上 分解되어 歸屬되고 있다는 思考(teilungsgedanken)에 의하여 賣渡人은 所有權이라는 權利 가운데 포함되어 있는 擔保權(Sicherungsrecht)과 價値權(Verwertungsrecht)을 가지며 買受人은 目的物의 占有權(Rechtzumbesitz)과 利用權(Nutzungsrecht)을 가지고 있다. 이에 買受人은 完全한 所有權取得 以前에 目的物의 引渡를 받아 이를 占有하여 使用, 收益하고 占有者로서 보호를 받고 賣買代金完給과 동시에 당연히 所有權을 취득한다. 또한 條件附權利者로서 보호받음과 동시에 適法한 占有者로서의 保護權에 의하여 物權性을 갖는다.[43] 이리하여 買受人은 目的物의 實質的인 所有權의 이익을 享有하고 割賦金에 比例하여 割賦金의 未支給額이 적어지면 적어질수록 經濟的으로 점차 강화되어 時間的으로[44] 그 만큼 完全한 權利에 접근하여 움직이고 있다는 事實 등에 착안하여 買受人의 法的地位를 物權的 期待權(dingliches Anwartscahaftsrecht)[45]이라는 개념으로 파악하여 이 物權的 期待權은 條件成就에 의하여 취득하는 完全한 權利와 같은 方法에 의하여 他人에게 處分할 수 있다. 우리 民法은 條件附權利를 일반규정에 따라서 處分할 수 있으므로 物權的 期待權의 讓渡는 動産所有權의 讓渡와 마찬가지로 物權的合意(Einigung)와 引渡(Übergabe)에 의하고 그 引渡는 현실의 引渡뿐만 아니라 占有改定, 返還請求權의 讓渡, 簡易引

41) 谷川久, 前揭論文, p. 82.
42) Werner Flume, Die Rechtsstellung des VorbehaltsKäufers, Archiv für die Civili stische Praxis, 161. Band 5. Heft, 1962, S. 385f
43) Baur, Sachenrecht, 8. Aufl., 1975, SS. 591~2.
Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 91.
Georgiades, Die Eignetumsanwartschaft bei Vorbehaltskauf, 1963, S. 117.
44) 黃迪仁, 現代民法論II, 博英社, 1980, p. 62.
45) 金基洙, 前揭論文, p. 68. 崔鍾吉, 前揭論文, p. 79, 郭潤植, 前揭書, p. 241.
金曾漢, 物權法, 博英社, 1983, pp. 87~88. Raiser, a.a.O., S. 63. Baur, a.a.O., SS. 591~2.

渡에 의하여도 가능하다. 위의 경우 즉 讓渡時 賣渡人의 동의가 필요한가에 대하여 獨逸의 경우 賣渡人의 동의가 있어야 한다는 것이 判例의 입장이었으나[46] 條件成就와 동시에 買受人은 당연히 目的物의 所有權을 取得하고[47] 賣渡人의 동의나 協力을 必要로 하지 않는다는 見解가 支配的으로 되자 라이희裁判所가 길을 열었고 BGH(聯邦裁判所)는 1956年에 經濟的 根據와 利益狀況에서 賣渡人의 동의가 필요 없음을 명백히 밝히고 있다.[48] 이와같이 買受人의 法的地位는 讓渡는 순수한 債權의 讓渡가 아니고 또한 完全한 權利 自體의 讓渡도 아니고 物權的 期待權 自體의 讓渡이므로 賣渡人의 同意가 必要없다는 것은 當然한 것이다.[49] 그리고 物權的 期待權이 讓渡된 結果 期待權의 取得者는 賣買代金의 完給인 條件의 成就와 함께 買受人의 中間取得을 거치지 않고 直接的으로 目的物의 所有權을 取得하게 된다. 또한 擔保에도 提供할 수 있으며 貸與도 가능하다. 目的物의 讓渡, 擔保, 貸與등을 못한다는 特約이 있더라도 그것은 當事者 사이에서 債權的 效力이 있을 뿐이고 賣渡人의 동의없이 가능하다. 上述한 論據에 의하여 買受人은 賣渡人의 同意없이 讓渡, 擔保, 貸與가 가능하고 이것을 禁止하는 約款의 效力도 有效하다. 例컨데 買受人이 禁止約款을 위반하여 讓渡, 擔保, 貸與한 경우에는 그 效力은 有效하나, 賣渡人도 契約을 解除할 수 있다. 그러나 이 경우에는 契約은 當然히 解除되는 것은 아니며(失權約款이 規定되어 있어도)催告없이 解除할 수도 없다. 따라서 相當한 期間을 정하여 代金의 完給을 催告하여야 한다. 그리하여 상당한 期間內에 代金完給이 없을 경우 賣渡人은 解除할 수 있다고 새겨야 한다. 그 理由는 割賦販賣에 있어서 賣渡人에게 重要한 것은 代金債權 그 自體이지 當該 目的物이 누구에게 또는 어디에 있는가가 重要한 것은 아니며 또한 買受人이 目的物을 讓渡, 擔保, 貸與 하였다고 하여 代金의 支給을 免하는 것도 아니기 때문이다. 相當한 期間內에 代金의 完給이 履行되지 않아 契約이 解除된 경우 解除의 效力은 第三者에게도 영향을 주는 것으로 새겨야 한다(第三者가 善意取得한 경우는 例外이다). 買受人의 期待權은 恒常 賣買契約의 有效에 의존하고 있기 때문에 契約이 解除되면 그로 인하여 買受人의 期待權 自體도 消滅한다. 왜냐하면 所有權留保賣買에 있어서의 條件인 "賣買代金의 完給"은 이제 成就될 수 없기 때문이다. 이리하여 買受人의 法的地位를 物權的 期待權으로 把握하더라도 그것은 결국 債權契約과 그 運命을 같이 한다는 弱點을 가지는 特異한 것이기 때문이다.[50] 停止條件附所有權移轉說이 物權的期待權에 의하여 說明한다고 하여도 不動產割賦販賣의 경우에는 物權的期待權 自體를 부정하는 학설도 있기 때문에 理論構成에 곤람함이 있다.[51] 그러나 解除條件附所有權移轉說에 의하면 動產割賦販賣와 不動產割賦販賣를 不問하고 買受人에게 所有權이 移轉되었으므로 物權的期待權에 의하지 않아도 讓渡, 擔保, 貸與가 가능하다.

---

46) 崔鍾吉, 前揭論文, p. 81.
47) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl, 1960, S. 475.
48) 田中整爾, 「所有權留保賣買をめぐる占有關係一主としてドイツ法を中心として」, 民商法雜誌 第78卷, 臨時增刊號(1) (末川博先生追悼論集, 法と權利1), 東京, 有斐閣, 1978. p. 251.
49) 郭潤直, 前揭書, p. 241.
50) 崔鍾吉, 前揭論文, p. 82
51) 同旨 ; 郭潤直, 前揭書, p. 241.
反對 ; 崔鍾吉, 前揭論文, pp. 78~79.

結論的으로 어느 說에 의하여도 같은 效果를 가져오나 解除條件附所有權移轉說에 의하는 경우에 不動產割賦販賣에 있어서 理論構成에 矛盾이 없음은 多言을 要하지 않는다.

4. 交換, 反品禁止 約款

이러한 約款의 內容은 買受人에게 위협적인 效果는 있을지 모르나 法的으로는 無意味하다. 즉 法的으로 아무런 效果가 發生하지 않는 特約이라고 할 수 있다. 왜냐하면 賣渡人은 瑕疵擔保責任이 있고(民法 第580條) 買受人은 契約을 解除할 수 있기 때문이다. 그 理由로는 아무리 特約에 의한 것이라 하여도 兩當事者가 對等한 立場에서 自由로운 意思로서 特約의 內容을 規定한 것도 아니며, 民法 第543條 以下의 規定에 發生여부가 판단되어야 할 것이므로 賣渡人의 債務不履行에 따른 買受人의 契約解除權은 반드시 保障되어야 賣渡人과 買受人의 法律關係가 公平해질 수 있기 때문이다.

II. 買受人의 債務不履行을 대비하기 위한 約款

1. 解除契約 및 失權約款

1) 解除事由

우리 民法 第544條에 의하면 契約解除權은 契約當事者 一方이 債務를 履行하지 않는 경우에 상당한 期間을 정하여 그 履行을 催告하고, 그 期間 內에 履行하지 않는 때에 契約을 解除할 수 있다고 規定하고 있다. 또한 契約當事者가 特定事項을 約定해 놓은 경우에 그 約定한 事由가 發生할 때에도 解除權은 생긴다. 割賦販賣契約에서는 이러한 當事者 사이의 約定에 갈음하는 것이 바로 約款이다. 現在 우리 나라에서 널리 通用되고 있는 約款에서 明示하고 있는 事例는 買受人이 割賦金의 支給遲滯가 단 1回만 있어도 賣渡人이 契約解除權을 取得한다든가 또는 當然히 契約을 解除된 것으로 본다는가 하는 것이 많다. 현실의 問題로서 겨우 1回의 割賦金支給을 遲滯한 데 불과한 買受人에 대하여 당연히 契約解除의 效果를 認定하는 것이 과연 合理的인가는 지극히 의문이다. 왜냐하면 賣渡人·買受人 어느 쪽의 意圖와도 合致하지 않을 것이기 때문이다. 즉 賣渡人側에 있어서도 이런 解除約款에도 불구하고 곧 契約關係를 解消시키려는 것이 本意가 아니고 다만 이들 約款을 통하여 代金債權의 確實한 實現을 기하자는 것이 그 本意일 것이며 買受人側에서 보아도 1回의 遲滯로서 契約關係를 포기하려는 것이 또한 本意가 아닐 것이다. 買受人이 分割金을 支給하는 경우에는 그 동안의 延滯利子를 支給하여야 하는 約款을 두는 경우가 많은데[52] 當事者의 意思는 오히려 契約關係를 維持하면서 延滯利子의 支給에 當分間 의존하자는 것이라고 보는 것이 옳을 것이다. 그러므로 1回의 割賦金遲滯에 의하여 當然히 契約解除의 效果가 생긴다고 하는 것은 오히려 契約關係의 維持를 꾀하는 當事者의 意思에 反하는 結果가 되므로 解除約款으로서의 效果를 認定하지 않는 것이 妥當하다.[53] 그 理由는 現實에 입각한 契約當事者의 意思表示

52) 금성사, 「금성 Factoring 매매계약서」, 5조
대우전자, 「代金拂入約定書」, 4조

53) 崔鍾吉, 前揭論文, p. 71. 嚴英鎭, 前揭書, p. 156.

解釋에 의하여도, 信義側上 보아도,[54] 또한 比較法的 見地[55]에서도 그러하다. 다만 賣渡人의 解除權成立의 事由로 하는 特約으로서 有效할 따름이라고 새기는 것은 可能하다. 그러나 無猶豫解除나 既支給金을 損害賠償으로서 全部 沒收한다는 식의 상당히 不當한 違約罰 등을 수반하는 경우 그것이 公序良俗에 크게 反하는 暴利行爲에 해당하거나 信義誠實의 原則上 도저히 容納될 수 없는 것인 경우에는 約款自體를 無效라고 하여야 한다.[56] 이에 合理的인 解除事由라고 할 수 있는 것은 重要한 契約條項違反時, 2回以上의 支給遲滯 또는 割賦價格의 20% 이상의 遲滯등 割賦期間과 割賦價格 등을 比較하여 解除事由로 決定할 때이며 이 경우에도 상당한 期間을 정하여 催告하여야 함은 勿論이다.

2) 契約解除의 方法

買受人의 割賦金의 不支給 등 債務不履行을 理由로 契約을 解除할 경우에는 賣渡人은 原則的으로 相當한 期間을 정하여 履行의 催告를 하여야 한다(민법 제544조). 여기서 相當한 期間은 買受人이 履行을 준비하고 이를 履行하는데 必要한 期間을 말하는 것으로 이 期間은 履行하여야 할 債務의 性質, 기타 客觀的 事情을 고려하여 決定하여야 한다.[57] 日本의 割賦販賣法(제5조 1항)은 20日 以上, 英國의 消費者信用法(제87~89조)은 7日 以上, 瑞西債務法(제266조 h2항·3항), 벨기에의 割賦販賣 및 그 金融에 관한 法律(제19조)은 1月 以上의 催告期間을 두고 있다. 催告의 效力은 催告書가 到達하여 發生하나 賣渡人이 定한 最高의 期間이 客觀的으로 「相當한 期間」으로 생각되는 것보다 짧은 때에는 그 催告의 效力은 喪失되고 다시 相當한 期間을 정하여 催告하여야 하는 것은 아니고 다만 客觀的으로 相當한 期間이 경과한 후에는 解除權이 發生한다.[56] 왜냐하면 民法上 相當한 期間은 最低限을 規定한 것이며 催告를 받고 相當期間이라는 期間을 경과하여도 支給하지 않는 買受人(債務者)을 그 以上 保護할 必要는 없기 때문이다.

이와같이 民法에는 催告는 「相當한 期間」을 정하도록 하고 있는데 割賦販賣에 있어서의 실제 契約約款을 보면 事前 催告없이 이 契約을 解除할 수 있으며 또는 割賦金의 支給을 1回라도 게을리하면 本契約은 當然히 效力을 喪失한다는 失權契約 등이 상당히 많다. 判例에 의하면 「當事者一方에게 解除權을 부여한 경우에는 相對方이 債務를 履行하지 않으면 履行의 催告없이 즉시 契約을 解除할 수 있다」라고 判示하고 있다.[59] 그러나 割賦販賣에 있어서는 認定할 수 없다. 그 理由로는 民法 第544條에서는 相當한 期間을 정하여 催告할 것을 要件으로 하고 있고 이 規定이 비록 任意規定이라 하더라도 割賦販賣에서 當事者간의 진정하고도 대등한 合意가 없는 約款規定으

54) 打田唆一·稻村良平, 割賦販賣法, 東京, 第一法規出版株式會社, 1974, pp. 97~98.
55) 瑞西債務法 第266條 h ; 벨기에 割賦販賣 및 그 金融에 관한 法律 19조 등에 의하면 買受人이 一定額의 割賦金을 支給하면 賣渡人은 契約을 解除할 수 없는 것으로 하고 있다.
56) 打田唆一·稻村良平, 前揭書, pp. 94~95.
57) 郭潤直, 前揭書, p. 121.
58) 郭潤直, 前揭書, p. 121. 李太載, 前揭書, p. 114. 黃迪仁, 現代民法論IV, 博英社, 1980. p. 133.
大法判, 1965. 3. 30. 64다1224.
反對) 日大判, 1971. 7. 1 日大阪高判, 1968. 4. 19, 時報 535號, p. 61.
59) 大法判 1965. 8. 31, 65다 560
大法判 1980. 3. 25, 80다 66

로 決定되기 때문이며 前述한 바와같이, 契約當事者의 意思, 信義則上, 比較法的 見地에서 當然히 無效라고는 할 수 없어도 賣渡人의 解除權의 事由 하나로 解釋하여야 한다.

催告의 方法은 書面에 의하든 혹은 口頭로 하든 어느 것이나 상관없다. 다만 當事者가 特定한 方法을 定한 경우에는 그에 따라야 함은 勿論이다. 催告金額을 提示한 경우 그 金額이 실제로 買受人이 支給하여야 할 金額보다 과대하게 된 경우에는 超過의 정도가 비교적 적고 債務의 同一性이 認定되며 催告者의 眞意가 買受人이 본래 支給하여야 할 額으로 請求한 것으로 판단되면 그 催告의 效力을 認定하고 한편 過小催告도 債務의 同一性을 알수 있으면 有效하고 債務 全部의 履行을 催告한 것으로 效力이 생긴다고 하여야 할 것이다.[60]

3) 解除效果

契約이 解除되면 當事者들 相互間에는 原狀回復義務(민법 제548조 1항)와 損害賠償請求權이 發生한다. 原狀回復의 內容은 ① 賣渡人은 이미 受領한 代金 및 受領後의 利子(민법 제548조 2항)를 返還하여야 하고 買受人이 그 目的物에 대하여 支出한 費用이 必要費인 경우에는 그 金額, 有益費인 경우에는 賣渡人의 選擇에 따라 그 金額, 또는 現存의 增加額을 買受人에게 返還하여야 한다. ② 買受人은 目的物을 返還하여야 한다. 만약 原物이 滅失, 毁損에 의하여 返還할 수 없는 경우에 그것이 代替物인 경우에는 그것과 同種, 同量, 同等의 物件을 返還하여야 하고 不代替物인 경우에는 滅失인 경우 그 價格의 全額, 毁損한 때에는 毁損物 自體와 그 減少된 價格을 解除當時의 그 物件의 時價에 따라 金錢으로 換算하여 返還하여야 한다. ③ 買受人은 그 目的物에서 受取한 果實을 返還하여야 하며, 또한 目的物의 使用에 의한 使用料를 返還하여야 한다. 실제 使用料返還 契約約款을 보면「契約金 및 拂入金 全額은 當然히 販賣人에게 歸屬되고 이것과는 별도로 契約日로 부터 1個月 以內에는 代金總額의 2割, 1個月 後에는 3割을 使用料 및 損害賠償金으로 買受人은 支給하여야 한다」는 條項이다.[61] 이러한 條項은 原狀回復의 原則을 무시한 것으로 妥當한 約款이라고 할 수 없다. 使用料의 決定은 約款처럼 一律的으로 定할 수는 없고 具體的으로 妥當性있는 基準이 指示되어야 한다.[62] 즉 商品의 성질, 使用期間, 使用方法, 割賦期間 및 支給된 金額 등 여러 要素를 기초로 하여 個別的으로 適用하여야 妥當하다고 생각된다. 따라서 買受人이 相當期間 支給한 金額을 使用料로 看做할 수는 없다. ④ 原狀回復義務는 同時履行의 關係에 서며 原狀回復義務에 反하는 當事者의 合意는 無效로 보아야 한다.[63]

2. 損害賠償約款(違約金豫定約款)

契約約款에서 볼 수 있는 損害賠償約款의 內容은 이미 支給한 契約金 및 拂入金 金額은 當然히

60) 郭潤直, 前揭書, pp. 120~121.

61)「금성 Factoring 매매계약서」, 7조

62) 대우전자,「代金拂入約定書」, 5조, 嚴英鎭, 前揭書, p. 161.
日本割賦販賣法 6조에는 상세한 규정을 두고 있다. 또 標準使用 損料表를 만들어 그 기준에 따라 行政的 措置로 행해지고 있다.

63) Ostler-weidner, a.a.O., S, 33.
獨逸割賦法, 第1條, 第3條.

賣渡人에게 歸屬하고 또 契約日로 부터 1個月 內에는 代金總額의 2割, 1個月 後에는 3割을 使用料 및 損害賠償金으로 買受人은 支給하여야 한다[64]고 規定하고 있다. 그런데 遲延損害金의 率이나, 損害賠償의 豫定 또는 違約金을 特定하는 것은 可能하고 有效하다고 하겠으나 旣拂金 全部를 또는 一律的으로 違約金으로 한다는 것은 合理的이라 할 수 없다. 왜냐하면 原狀回復義務에 의하여 目的物이 賣渡人에게 返還되기 때문이다. 따라서 이러한 約款은 信義則 또는 民法 第104條가 許用되는 범위내에서 賣渡人이 실제로 받은 損害만큼 賠償받도록 하는 것이 合理的 解釋이며 民法 第398條 2項에 의하여 그 豫定額이 부당히 過多한 경우에는 法院이 적당히 減額할 수 있다.

各國의 立法例를 보아도 獨逸割賦販賣法의 경우 契約解除時 賣渡人의 目的物의 減少價値와 買受人의 使用으로 인한 補償請求權의 行使를 制限的으로 規定하여 各 當事者는 相互受領한 것을 返還하여야 하고 이에 反하는 特約을 無效로 하며(同法1조·3조 참조) 違約金이 부당하게 高額인 경우는 買受人의 신청에 의하여 判決로써 相當額으로 減額될 수 있다(同法2조, 4조1항 참조). 日本 割賦販賣法 第6條에는 違約金에 관한 特約이 있어도 ① 目的物이 返還된 경우는 通常使用料의 額 ② 目的物이 返還되지 못할 경우는 割賦販賣價格의 相當額 ③ 買受人에게 引渡前에 契約이 解除된 경우는 契約締結 및 履行에 要하는 費用의 額의 각기 法定利率에 의한 遲延賠償金을 加算한 額을 넘는 額의 金錢의 支給을 請求할 수 없다고 規定하고 있다. 또한 瑞西債務法 第227條 3項은 違約金은 賣買代金의 10%를 超過할 수 없다고 規定하고 있다. 그리고 延滯利子條項도 두고 있는데[65] 利子制限法 所定의 制限利率에 의하여 計算된 額을 超過하지 않는 限度 內에서 有效性을 認定하여야 할 것이다. 그리고 外國의 立法例에 있어서는 債務者에 대하여 무거운 負擔을 주는 것이기 때문에 이러한 事前 合意는 無效라고 하는 規定도 있다.(獨 民法 248條1項, 瑞西債務法 314條3項, 佛民法 1154條 참조)

3. 期限利益喪失約款

실제 割賦販賣의 契約書에 期限利益喪失約款의 內容을 보면 「月賦金을 1回라도 遲滯할 시는 拂入金에 대한 期限의 利益을 喪失한다.」 혹은 「1回라도 辨濟하지 못하면 賣渡人은 買受人에 대하여 未拂人된 代金의 一括支給을 請求할 수 있다.」등의 內容으로 되어 있다. 이들 約款의 內容을 當然無效라고는 할 수 없으나[66] 그렇다고 當然히 그 效果가 發生하는 것으로도 解釋할 수 없으며 단지 賣渡人이 비로소 期限利益을 喪失한다는 催告를 하기 위한 事由가 된다고 制限的으로 解釋하는 것이 妥當할 것이다.[67] 왜냐하면 割賦金總額은 대개 目的物의 現金가격에 割賦金利를 加算하여 定하는 것이 보통이므로 現金價格에 비하여 그 만큼 高價로 策定되고 있는데 買受人에게 期

64) 대우전자, 「대금불입 약정서」, 5조
금성사, 「금성 Factoring 매매계약서」, 8조

65) 대우전자, 「대금불입 약정서」, 4조 ; 금성사, 「금성 팩토링 매매계약서」, 5조에서 約定期日 內에 所定의 拂入金을 납부하지 못한 경우 滯納金額의 月4%에 해당하는 延滯料加算. 단 1個月을 超過하여 延滯時에는 1個月마다 滯納金의 4%의 延滯料를 다시 加算하여 납부하여야 하고 이때 月未滿의 日數는 1個月로 계산한다.

66) 幾代通, 「月賦販賣の法律構造」, 法律日報, 第27卷3號, p. 261.

67) 同旨, 崔鍾吉, 前揭論文, p. 73.
嚴英鎭, 前揭書, p. 164.

限利益을 喪失시켜 殘額을 一時에 請求한다는 것은 결국 賣渡人의 不當利得 내지 暴利가 될 경우가 많을 것이며, 또한 買受人이 單1回의 支給遲滯가 곧 信用을 喪失시킨 것으로 단정하기가 어렵기 때문이다. 그리고 外國의 立法例[68]도 嚴格한 制限을 加하여 效力을 認定하고 있기 때문이다. 이에 期限利益喪失約款의 效力은 信義誠實의 原則과 暴利에 反하지 않는 범위에서만 認定하여야 할 것이다.

期限利益喪失約款에 있어서 消滅時效의 起算點이 問題되며 이에 대한 學說이 그 見解를 달리하고 있다. 買受人의 1回의 不履行이 發生하면 自動的으로 期限이 到來하여 그때부터 債務者 즉 買受人은 당연히 遲滯에 빠지고 時效의 進行이 시작된다는 卽時進行說[69]과 買受人의 1回의 不履行이 發生하면 債權者가 期限의 利益을 喪失시킬 수 있다는 趣旨로써 債權者가 期限의 利益을 喪失시킨다는 意思表示를 할때 買受人은 遲滯에 빠지고 그때부터 時效의 進行이 시작된다는 債權者意思說[70]이 對立하고 있다. 즉 卽時進行說은 買受人의 어느 回分의 不履行이 있을 때 殘額全部에 대한 時效가 當然히 進行되는 것으로 보기 때문에 全額에 對한 時效 完成이 可能하고 遲滯責任의 發生時期와 時效進行의 起算點이 一致하여 債權者가 언제든지 주장할 수 있기 때문에 期限을 定하지 않은 債權과 동일한 債權의 性質이 된다. (消滅時效의 起算點이 債權 成立時와 같다.) 反面 債權者意思說은 債權者가 請求하지 않는 限 各回의 割賦債務는 全額이 時效에 걸리는 事態는 거의 일어날 수가 없으나 오래된 것으로 부터 차례로 時效에 걸리고 遲滯責任의 發生時와 時效進行의 起算點이 一致하지 않는다. 결국 이 問題는 具體的으로 約款이 어느 性質(買受人의 1回의 不履行이 發生할 때 自動的으로 期限이 去來한다는 趣旨이냐, 아니면 債權者가 期限의 利益을 喪失시킬 수 있다는 趣旨이냐)을 가지는가는 當事者의 意思解釋 問題이다.[71] 그러므로 期限利益喪失約款의 解釋에서 約款의 內容(月賦金을 1回라도 遲滯할 時는 拂入金에 대한 期限의 利益을 喪失한다.) 대로 當然히 그 效果가 發生하는 것이 아니고 賣渡人이 期限利益을 喪失한다는 催告를 하기 위한 事由가 될 뿐이라는 制限的 解釋을 함이 前述한 3가지 理由의 根據에서 妥當性이 있다고 하겠으며 遲滯責任의 發生時期와 時效進行의 起算點이 서로 一致하지 않는 수도 있으며[72](期限의 定함이 없는 債權의 경우) 1回의 不履行이 있어도 割賦金債務에 대하여 約定辨濟期의 到來마다 順次消滅時效가 進行되고 債權者가 특히 잔여채무 全額의 辨濟를 要求하는 趣旨의 意思表示를 한 때에 限하여 그때부터 全額에 대하여 消滅時效가 進行하는 것으로 解釋하여야 한다는 判例의 內

68) 獨逸 割賦판매법 4조2항에 「割賦金의 支給이 적어도 2回 以上連續하여 遲滯하고 있거나 遲滯하고 있는 金額이 적어도 引渡받은 物件價格의 10분의 1에 해당될 경우에만 有效하다고 規定하고 있다. 이와 같은 趣旨로 瑞西債務法 제226조 h2항, 奧地利 割賦販賣法 제5조, 벨기에 割賦販賣 및 그 金融에 관한 法律 제19조, 日本 割賦販賣法 제5조.

69) 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1988, p. 520. 金容漢, 民法總則論, 博英社, 1983, p. 444. 金曾漢, 民法總則, 博英社, 1980, p. 448.

70) 金基善, 韓國民法總則, 法文社, 1980, p. 374. 魚寅義, 前揭論文, p. 81, 金基洙, 民法學演習, 博英社, 1982. p. 443, 嚴英鎭, 前揭書, p. 167.

71) 金容漢, 前揭民法總則, p. 430.

72) 金容漢, 前揭書, p. 442. 伊藤英樹, 「割賦拂債務の懈怠と時效の起算點」, 板橋郁夫外, 增補版, 民法總則・物權法(判例演習シリ-ズ民法Ⅰ), 東京, 1980, p. 108.

73) 伊藤英樹, 前揭論文, p. 107.

容등을 볼때 債權者意思說을 취하는 것이 買受人을 保護하기 위한 해석이라 생각된다.[74]

Ⅲ. 賣渡人의 權利現實의 容易性을 위한 約款

1. 自力救濟許用約款(還取約款), 任意回收權約款 및 不提訴約款

割賦販賣에서 買受人의 代金支給遲滯로 賣渡人이 賣買契約을 解除하는 경우에 買受人이 占有하고 있는 目的物을 賣渡人에게 返還하지 않을 때 賣渡人은 法定節次에 의하지 아니하고 스스로 그 占有를 回收할 수 있다는 趣旨의 特約을 定하는 수가 있는데 이것을 一般的으로 還取條項이라고 한다.[75] 이는 買受人이 賣渡人의 自力救濟를 許用하는 特約이라는 意味에서 自力救濟許用約款이라고도 한다. 去來의 實際에 있어서 「契約이 解除된 경우 賣渡人은 買受人의 商品保管場所에 들어가서 買受人의 承諾이 없어도 目的物을 回收할 수 있고 買受人은 이를 방해할 수 없다.」 더 나아가 「保管品이 없을시는 保管品에 상당한 所有物品을 任意回收 處分하여도 異議를 提起하지 않겠음」 또한 「契約物品이 없을시는 殘金 未支給金에 해당하는 家財道具 기타 物品을 賣渡人 任意로 回收하여도 異議없음」 또한 「賣渡人이 自力으로 目的物을 回收하거나, 다른 物品을 任意, 回收하여도 民·刑事件으로 提訴하지 아니한다」 등을 內容으로 하고 있다. 自力救濟는 實力에 의한 占有의 回收가 法秩序를 혼란시키기 때문에 原則上 禁止되어 있으므로 權利의 保護는 이를 國家에 구하는 것이 原則이기 때문에 설사 買受人이 契約違反을 하였더라도 合法的인 節次 없이는 許用될 수 없는 것이다. 따라서 이러한 特約은 買受人에게는 原狀回復義務 以上의 義務는 없다고 解釋하여야 할 것이며 이에 의하여 이러한 特約은 無效라고 하지 않을 수 없다.[76] 그러나 다음과 같은 理由에서 自力救濟를 認定할 수 있다고 한다.

첫째, 債務者가 적극적으로 拒否하지 않거나, 또는 債務者가 任意로 目的物을 交付한 경우가 아니더라도 債務者가 受忍의 態度를 보이는 結果로서 賣渡人이 占有를 回收할 수 있었던 경우에는 特約에 基한 것으로서 適法하며 만일 買受人이 이를 拒否한다면 賣渡人은 買受人의 債務不履行을 理由로 하여 損害賠償請求를 할 수 있게 되어 特約은 이 限度에서 法的 效力을 갖는다고 解釋하여야 한다.[77] 둘째, 現實的으로 볼 때 割賦販賣의 特殊한 性格으로 賣渡人은 일반적으로 契金만 받은 상태에서 商品을 買受人에게 引渡하는 危險負擔을 안고 있고 訴訟 現實이 많은 時間과 費用이 들며 目的物의 價格이 少額이어서 適法節次에 의한 權利 實現이 사실상 곤란한 경우가 많기 때문이다. 세째, 獨逸 民法은 第22條에서 緊急性의 要件下에 적당한 自力救濟는 違法性을 阻却하고 獨逸처럼 明文의 規定이 없는 우리 民法의 解釋에서도 自力救濟에 使用하는 수단이 善良한 風俗 기타 社會秩序에 反하지 않고 또한 그 정도가 相當한 것이어서 權利濫用에 이르지 않을 때 例外的으로 自力救濟를 認定하는 것이 通說[78]이기도 하기 때문이다. 이와 같은 論據에도

74) 同旨, 金基洙, 前揭書, p. 443. 魚寅義, 前揭論文, p. 81. 嚴英鎭, 前揭書, p. 167.
田中實, 「割賦販賣における法律問題」ジュリスト, No. 121(1959), p. 15.
75) 稻村良平, 「割賦販賣における諸問題」, 私法 24號, 1962, p. 107.
76) 打田畯一·稻村良平, 前揭書, p. 97.
77) 稻村良平, 前揭論文, p. 110.
78) 郭潤直, 前揭民法總則, p. 110. 金容漢, 前揭民法總則論, p. 87. 金增漢, 前揭民法總則, p. 95.

상당히 수긍은 가지만 첫째, 自力救濟를 違法이라고 하면서도 買受人에게 受忍義務를 認定하려는 것은 消費者 保護의 경향이 강한 오늘날에 있어서 理論的으로 수긍할 수 없으며[79] 더구나 이것을 認定하는 경우 다른 目的物 任意回收權 및 不提訴 特約까지도 認定해 주지 않으면 안될 理論的 根據를 提供해 주기 때문이다.

둘째, 訴訟의 時間과 費用을 감안할 때 目的物의 價格이 少額인 경우 適法 節次에 의한 權利 實現의 實效性이 의문이지만 少額事件審判制度(少額事件審判法 제2조)를 活用할 수 있기 때문에 별 問題도 없다. 세째, 오늘날 각국의 割賦販賣法이 消費者 保護를 위한 立法 目的으로 轉換되어 가므로 消費者에게 不利한 解釋은 可能한 限 피할 必要가 있기 때문이다.[80] 이리하여 買受人이 契約을 違反하면 일단 催告하고 나서 契約을 解除하고 이어서 原狀回復하면 된다. 原狀回復이 안되거나 不能인 경우에는 法院을 통하여 權利를 實現하고 損害賠償을 請求하는 것이 原則이어야 한다. 만약 賣渡人이 特約에 의하여 買受人의 居住에 들어가 目的物을 回收에 가면 買受人은 占有保護請求權 및 損害賠償을 請求할 수 있다고 보아야 한다.[81]

2. 裁判管轄約款 및 住居變更告知約款

(1) 裁判管轄約款

割賦販賣의 實際 去來에 있어서 裁判管轄에 관한 契約約款의 內容은 「이 契約과 관련된 모두 法的 紛爭은 賣渡人의 管轄法院 또는 賣渡人이 지정하는 法院을 第1審管轄法院으로 한다.」[82] 또는 「본 裁判管轄은 ○○地方法院으로 한다」는 條項과 더불어 「買受人의 債務不履行으로 인하여 訴訟이 提起된 때에는 訴訟費 및 辯護士 委任料까지 포함한 일체의 費用을 買受人 또는 買受人의 保證人 負擔으로 한다[83]」는 條項으로 되어 있다. 이러한 條項은 賣渡人이 紛爭解決에 있어서도 그의 有利한 地位를 維持하려는 意圖이다. 그러나 管轄에 관한 規定은 法院간의 裁判事務의 公平한 分配와 當事者의 便宜를 고려하여 定하여진 것이므로[84] 賣渡人 一方만의 便宜를 위한 合意는 公平하다고 할 수 없다. 왜냐하면 賣渡人은 각지에서 發生하는 수 많은 訴訟을 해야 하는 不便을 除去하는 實際上의 利益을 가지는 반면에 買受人은 管轄法院이 遠距離인 경우 訴訟費用과 時間의 낭비 및 裁判請求를 곤란하게 만들기도 하기 때문이다. 따라서 이러한 條項은 賣渡人의 利益이나 便宜만을 중시하고 買受人側의 立場은 고려하지 않았으므로 衡平의 原則, 信義則, 公序良俗 등의 一般原則에 비추어 부당하고 比較法的으로 보면 獨逸 割賦販賣法 第6a條에서 「割賦販賣로 인한 訴는 提訴時 買受人의 住所나 住所가 없을 때는 居所가 있는 지역의 法院만이 管轄權을 갖는

79) 柚木馨, 前揭書, p. 64. 打田畯一・稻村良平, 前揭書, p. 97.
80) 打田畯一・稻村良平, 前揭書, p. 99.
竹內昭夫, 「割賦販賣法の改定 — 59年 改定と今后課題一號」, ジユリスト, No. 818, 1984, p. 6.
81) 同旨, 嚴英鎭, 前揭書, p. 173.
82) 금성사, 「금성 팩토링 매매계약서」, 11조 ; 대우전자, 「代金拂入約定書」, 10조 ; 現代자동차 주식회사, 「自動車賣買 契約書」, 10조.
83) 三星電子, 「需要者 金融 賣買契約書」, 10조.
84) 金容旭, 民事訴訟法, 學研社, 1983, p. 54.

다[85]」라고 規定하고 있고 瑞西 債務法 第266條1은 더 나아가 「割賦販賣契約으로부터 發生하는 紛爭의 裁判에 관하여 그 住所地의 裁判籍을 미리 포기하거나 賣渡人과 仲裁裁判契約을 締結할 수 없다」고 規定하고 있다. 따라서 裁判管轄은 買受人의 住所地를 中心으로 함이 妥當하다. 그리고 訴訟費用은 敗訴한 當事者가 負擔하는 것이 原則이다. (민소법 89조) 그런데도 實際 契約約款은 買受人 또는 買受人의 保證人 負擔으로 되어 있다. 이러한 約款은 無效라고 하지 않을 수 없다.

(2) 住所變更告知約款

約定代金을 完拂하기 前에 住所를 變更하거나 目的物을 다른 場所로 이전할 때는 事前에 賣渡人에게 통보하고 承諾을 받아야 한다.[86] 또는 住所移轉을 事前 告知하지 않으면 詐欺로 인정한다는 契約約款의 條項도 있다.

居住 移轉에 대한 制限은 法律로서만 할 수 있다.[87](헌법 35조2항) 그러나 契約自由의 原則에 의하여 制限할 수 있으나 이것은 基本權의 侵害이며, 消費者 保護側面에서도 有效한 制限이라고는 할 수 없다. 더우기 住所移轉의 不告知를 詐欺로 認定한다는 것은 公序良俗에 違反 할 뿐만 아니라 詐欺의 本質에도 反한다. 따라서 買受人이 住所를 移轉할 경우는 賣渡人에게 告知하는 義務를 지우는 것으로 解釋하여 刑法上의 詐欺罪는 認定할 수 없고 다만 契約解除의 事由가 될 수 있다고 解釋함이 妥當할 것이다.

第四. 結　　語

割賦販賣는 現代社會의 經濟의 構造的인 側面에서 發生한 賣買方式이지만 契約技術로서 오늘날 一般消費者의 消費生活의 全域에 그 범위가 擴大되어 가고 있다. 이에 우리나라에서도 外國과 마찬가지로 割賦販賣가 盛行하고 있으나 販賣業者와 消費者를 連結하는 中間媒介機關이나 金融機關이 割賦販賣에 介入하는 事例가 점차로 增大하고 있지만 外國에 바하여 아직 現代的인 割賦販賣制度가 定着하지 못한 段階이다. 이리하여 割賦販賣에 있어서 賣買를 專擔하는 信用社會나 金融機關이 積極的으로 介入하게 되면 販賣會社는 資金壓迫이 輕減되고 따라서 割賦金額 等 여러가지 點에서 消費者에게 有利한 條件으로 割賦販賣에 임할 수 있게 되나 이러한 여건이 充分하지 못한 우리의 現實에서는 販賣者는 危險負擔 및 자금융통의 利子負擔등으로 自身에게 그것을 削減할 수 있는 契約條件을 消費者에게 强要하게 되고 消費者는 그 不利益을 감수하고 혹은 그러한 것을 전혀 알지도 못하고 代金의 分割支給이라는 便利함 때문에 割賦販賣에 응하게 되는 것이다. 이리하여 割賦契約의 成立時 消費者는 經濟的 弱者이고 또한 契約締結의 自由는 事實上 存在하지 않고

85) 奧地利 割賦販賣法 제12조, 벨기에 割賦販賣法 및 그 金融에 관한 法律 제22조에도 같은 취지의 내용을 담고 있다.

86) 금성사, 「금성 팩토링 매매계약서」, 2조 3항
대우전자, 「代金拂入約定書」, 2조3항

87) 未成年者에 대한 親權者의 居住指定權(민법 914조), 夫婦同居義務(민법 826조 1항·2항)등이 民法 상의 制限이다.

販賣者가 一方的으로 作成한 契約條件의 決定을 따르게 된다. 그러므로 販賣者는 自己가 供與한 信用을 確保하기 위하여 여러가지 法律的 대비수단을 강구하게 되고 이것이 約款의 內容으로 나타나고 있다. 여기에서 不合理한 附合契約의 弊端을 是正하여 消費者를 保護하여야 한다는 趣旨에서 外國의 立法例와 去來에 實際 使用되고 있는 約款의 內容을 바탕으로 法律解釋을 具體化하여 보았다.

參考文獻

郭潤植, 民法總則, 博英社, 1988. 物權法, 博英社, 1989. 債權總論, 博英社, 1983. 債權各論, 博英社, 1984.

金容漢, 民法總則論, 博英社, 1983. 物權法, 博英社, 1989. 債權總論, 博英社, 1983.

金曾漢, 民法總則, 博英社, 1980. 物權法, 博英社, 1983.

金曾漢·安二濬, 新債權法各論(上), 博英社, 1970.

黃迪仁, 現代民法論 I, 博英社, 1981. 現代民法論 II, 博英社, 1983. 現代民法論III, 博英社, 1981. 現代民法論IV, 博英社, 1985.

金基善, 韓國民法總則, 法文法, 1980. 韓國物權法, 法文社, 1985. 韓國債權各論, 法文社, 1970.

金錫宇, 債權法各論, 博英社, 1978.

金亨培, 債權總論, 日新社, 1974.

李太載, 債權各論新講, 進明文化社, 1977.

金基善, 「特殊한 賣買」, 考試界, 1980년 9월호.

金基洙, 「所有權 留保附賣買와 所有權의 歸屬」, 考試界, 1976년 12월호.

金容漢, 「契約과 普通契約約款」, 考試研究, 1983년 7월호.

魚寅義, 「月賦販賣와 消費者保護에 관한 考察」, 法學論考 第13輯, 淸州大, 1981.

鄭明煥, 「分割支給約款附賣買에 있어서의 法律問題」, 社會法學 제4집, 成大, 1966.

嚴英鐵, 「割賦販賣의 性質」, 考試界, 1982년 5월호. 割賦販賣의 法律關係, 大旺社, 1985.

李根植, 「割賦販賣에 관한 問題點」, 法曹 제1호, 1978.

李銀榮, 「西獨의 普通去來約款法」, 法曹 제3호, 1978.

崔鍾吉, 「所有權 留保附 賣買의 法律關係에 관한 考察」, 法學 제9권 2호, 서울大, 1972.

我妻榮, 債權各論, 中卷一, 東京, 有斐閣, 1983. 擔保物權法, 東京, 岩波書店, 1967.

北川太郎, 現代契約法 I, 東京, 商事法務研究會, 1978.

米倉明, 所有權 留保の實證的研究, 東京, 商事法務研究會, 1977.

永淵泰淸, 割賦販賣の法律實務, 東京, 日本經濟新聞社, 1977.

伊藤進, 消費者の權利, 東京, 有斐閣, 1976.

長尾治助, 約款と消費者保護の法律問題, 東京, 三省堂, 1981.

打田唆一·稱對良平, 割賦販賣法, 東京, 第一法規出版株式會社, 1974.

野口惠三, 賣買契約(判例に學), 東京, 商事法務研究會, 1979.

通商產業編, 改定版 割賦販賣法 關係法令集, 東京, 大藏省 印刷局, 1980.

幾代通, 「割賦販賣-所有權 留保賣買」, 契約法大系II, 東京, 有斐閣, 1970.

末川博, 「月賦賣買と所有權留保」, 債權(末川博法律論集IV), 東京, 有斐閣. 1970, 「月賦販賣の法律構造」, 法律時報, 第27卷 3號, 1955.

稻村良平, 「割賦販賣における諸問題」, 私法 第24號, 1962.

未倉明, 「流通過程における所有權留保再論」, 法學協會百周年記念論文集 第3權, 民私法, 東京, 有斐閣, 1983.

伊藤英樹, 「割賦拂債務の懈怠と時效の起算點」, 板稿郁夫外, 增補版民法總則・物權法(判例演習シリ-ズ民法 I), 東京, 成文堂, 1980.

小西淸治, 「割賦販賣の諸問題」, 綜合法學 2권4호, 1959.

石田文次郎, 「擔保作用より見たる所有權留保契約」, 法學新報 제41권6호, 1981.

Lanenz, Lehrbuch des schuldrechts Bd, II. 13. Aufl, 1982. Allgemeiner Teil des deutsche Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl, 1983.

Flume, Die Rechtsstelling des Vorbehaltskäufers, Archiv für die Civilistische Praxis, 161. Band. 5, Heft, 1962.

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen RechtsII, 「das Rechtsgeschäft」 2. Aufl., 1975.

Heinnch Mayrhofer, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz, Spriger-Verlag. Wien. New York, 1966.

Ostler-Weidner, Abzahlungsgesetz, 6. Aufl., Berlin. New York, 1971.

Vold, Hand Book of the Law of Sales, 2nd ed., 1959.

Eugene Hafter, 「An introduction to the Retail Installment Sales Act」, Wake Forest Law Review, Vol. 8, No. 2, 1972.