

割賦販賣에 있어서 契約約款에 關한 考察 - 解釋論 中心으로 -

申 鍾 澈

A Study on the contract terms of the installment selling

Shin-Jong Cheol

目	次
I. 序 論	
II. 法的 性質	나. 所有權 留保約款의 有效性 問題
1. 諾成, 有價, 不要式, 雙務契約 이다.	2) 連帶保證人 設定約款
2. 代金支給方法에 關하여 特約이 있는 契約이다.	3) 讓渡, 擔保, 貸與 禁止約款
3. 賣買契約의 一種이다.	4) 交換, 返品 禁止約款
1) 貸貸借 契約說	2. 買受人의 債務不履行을 대비하기 위한 約款
2) 混合契約說	1) 解除約款 (失權約款)
3) 所有權 留保契約說	가. 解除事由
4) 停止條件附 所有權 移轉說	나. 解除方法
5) 解除條件附 所有權 移轉說	다. 解除效果
가. 意 義	2) 損害賠償約款 (違約金 豫定約款)
나. 主張根據理論	3) 期限利益 喪失約款
III. 約款의 內容分析	3. 賣渡人의 權利實現의 容易性을 위 한 約款
1. 賣渡人의 效果的인 債權擔保를 위한 約款	1) 自力救濟許容約款 (選取約款) 및 任意物 回收約款
1) 所有權 留保約款	2) 裁判管轄約款 및 住所變更告知 約款
가. 所有權 留保約款의 性質	IV. 結 語

Abstract

In modern consumption life, installment selling occupies large area of trade and the percentage of its occupation is very high. The reason why the installment selling is prevailing

nowdays is that it promotes sales for seller while it enables consumers to maintain the balance of income and expenditure by means of installment plans, and therefore enables the consumers to satisfy their consuming desire. But in installment selling system, as goods are delivered before the prices are paid completely, the vendor asks the vendee to accept the contract terms as a legal means to certify the complete collection of the prices as a result of it, so contract terms makes consumers legally unstable.

To solve the problems in connection with installment selling system. we rely on the interpretation of the contract terms while they have special laws to protect consumer's legal status in some advanced countries. The interpretation of contract terms in this thesis is based on the protection of consumers and the cases of the special laws of the other nations.

I. 序 論

現代產業社會에 있어서 割賦販賣(Installment Selling, Abzahlungsgeschäft, Ratengeschäft, Vente à Tempérament) 制度는 消費者側에서는 代金を 一定期間 동안에 分割支給할 수 있으므로 비교적 쉽게 商品을 購入할 수 있으며 收入에 맞추어 家計를 計劃的이고 合理的으로 運營하여 消費目的을 達成할 수 있는 點에 便宜와 매력이 있다. 또한 生産者(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 때문에¹⁾ 割賦販賣가 오늘날 消費生活에서 차지하는 比率은 날로 增大하고 있다.²⁾ 이에 割賦販賣制度는 大量生産物을 販賣하여 消費시켜야 하는 生産者(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이다³⁾). 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 代金の 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(契約金の 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 여

- 1) 李根植, 「割賦販賣에 관한 問題」, 法曹, 1978, 제 27권 1호 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, 1956, p. 98.
- 2) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1983, p. 237,
李根植, 前揭論文, pp. 54~55. 泳淵泰清, 割賦販賣의 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.

러가지의 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의인 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, 셋째 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 參照하고 割賦販賣의 法的性質을 可能한 한 解除條件附 所有權移轉說로 理解하여 割賦販賣法이 없는 우리의 現實에서 消費者 保護를 위한 合理的인 法律解釋을 취하는데 目的을 두고 있다.

II. 割賦販賣의 法的性質

1. 諾成, 有償, 不要式, 雙務契約이다

割賦販賣는 보통의 賣買와 같이 當事者 雙方的 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.

2. 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 後에야 이전하는 특징이 있는 賣買이므로 目的物은 現在 반드시 賣渡人에게 歸屬하고 있을 必要는 없다. 따라서 他人의 物件이라도 去來의 目的으로 可能하며 반드시 現存할 것을 요하지 않으며 將來 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 代金を 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 특징이므로 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 代金を 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 代金の 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 代金の 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 強制通用力있는 通貨임을 반드시 요하지 않으며 現在 通用되지 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⁾

3. 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이나에 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 달의 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 이전하기로 하는 特約이 있는 契約으로 보는 說이다. 이러한 形態를 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 賣渡人의 지위를 確保하기에 適合한 方法이라고 보며 英國의 Hire - purchase, 獨逸에서의 Möbelleihvertrag, 佛蘭西의 Vente - location 등이 이에 해당한다고 한다.⁹⁾ 그리고 英國의 賃貸賣買는 割賦販賣의 重要한 형식이며 瑞西에서도 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

- 4) 李根植, 前掲論文, p. 55. 郭潤直, 前掲書, p. 238.
鄭明換, 前掲論文, p. 101. 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) 郭潤直, 前掲書, p. 239.
李根植, 前掲論文, 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) 郭潤直, 前掲書, p. 172.
- 7) Heinrich Mayrhofer, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz, Springer - verlag, Wien. New York, 1966, ss. 16 ~ 20.
- 8) 柚木馨, 注釋民法(14), 東京, 有斐閣, 1980, p. 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説, 東京, 法學書院, 1947, p. 352. 我妻榮, 債權各論中卷一, 東京, 有斐閣, 1983, p. 317.
- 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.

상의 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 아니면 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 關係를 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 目的으로 하고 있고 一定期間의 賃借後에 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 關係는 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 對價를 收受하고 최종적으로는 그 目的物을 返還시키는 것을 意圖하는 것은 아니다. 또 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 返還을 免하는 것 등의 目的을 달성하는 수단으로써 賃貸借의 形식을 사용한다 불과한 것이다. 따라서 原則的으로는 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도¹²⁾ 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 關係를 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 Brünneck 는 Möbelleihvertrag 는 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 賃貸料의 完給에 의하여 目的物의 所有權은 簡易의 引渡方法으로 賃借人에게 이전한다¹⁵⁾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 賃借料로 보지만 이 경우의 賃借料는 결코 物件의 使用 收益의 對價는 아닌

11) Heinrich Mayrhofer, a. a. O., s. 21.

12) 日大判, 1934, 7, 19, 刑集 13 卷 14 號, p. 1043. 末川博, 前掲書, p. 122.

13) 我妻榮, 債權各論 中卷一, 東京, 有斐閣, 1983, p. 317. 柚木馨, 前掲書, p. 56. 神田博司, 前掲論文, p. 352. 末川博, 前掲論文, p. 302.

14) 獨逸 割賦販賣法 第 62 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 規定

15) Brünneck, über den sogenannten Möbelleihvertrag in Gruchot, s. 344.

것으로써 物件 自體의 價格을 表準으로 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 해석되어야 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이라 하고 그리고 割賦金을 賃貸料라고 부르는데 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 Gierke 는 “이 경우 (Möbelleih vertrag)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을 取得하는 것이다¹⁸⁾” 라고 한다. 이 說이 가장 合理的인 것으로 보아지나 단순히 所有權留保가 따른 賣買라고 하는 것만으로서 買受人이 賣渡人의 所有에 속하는 物件을 占有하여 使用, 收益 하는 關係를 說明하기가 困難하다. 결국 本질적으로는 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 純善한 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 義務는 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 利益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의이나, 그렇게 되면 買受人은 債權의인 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는 너무 불안정하여 販賣政策上 지장을 초래하게 된다. 이리하여 停止條件附所有權移轉說이 대두

16) 我妻榮, 前掲書, p. 317.

柚木馨, 前掲書, p. 57.

末川博, 前掲論文, p. 303.

17) Britz, Abzahlungs geschäft und Gläubigersicherung, s. 25f. Enneccersu, lehrbuch II, §118, II2

18) Deutsches privatrecht III, s. 496, Anm 38

19) 末川博, 前掲論文, p. 303.

20) 郭潤直, 前掲書, p. 237.

崔鍾吉, 所有權留保賣買의 法律關係에 관한 考察, 法學, 第9卷2號, 서울大, 1972, p. 62.

金基洙, 前掲論文, p. 65.

李根植, 前掲論文, p. 55.

柚木馨, 前掲書, p. 60.

神田博司, 前掲論文 p. 356.

末川博, 前掲論文, p. 305.

幾代道, 「割賦賣買 - 所有權留保賣買」, 契約法II, 東京, 有斐閣, 1970, p. 293.

하게 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적으로 강한 地位에 있는 賣渡人은 滿足을 얻지 못하게 된다. 그리하여 그 條件은 停止條件이고 代金を 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

가. 意 義

이 說은 目的物의 所有權은 買受人의 賣買代金の 完納이 있기 前에 이미 買受人에게 移轉하되 만약 買受人이 割賦金を 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.

나. 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 바와같이 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적으로 강한 地位를 가지는 賣渡人에게 滿足을 줄 수 없기 때문이고 둘째 獨逸民法 條 455 條에서도 같은 趣旨의 明文規定을 두고 있기 때문이라고 한다. 그리하여 現實적으로 通用되고 있는 約款의 例示 文言이 停止條件의 趣旨로 定하여 지며 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 같은 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(信用會社 등이 利用者 즉, 會員에게 ticket 을 發行하여 利用者가 販賣者로부터 ticket 와 交換하여 거기에 表示되어 있는 金額相當의 商品을 購入하는 制度로서, Credit card 에 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한 뿐이다) Credit card 에 의한 販賣制度의 盛行, 金融機關의 中間保證과 保險制度의 導入, 連帶保證人設定約款 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 割賦販賣制度和 危險負擔 問題등 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.

① 不動產割賦販賣

21) 崔鍾吉, 前揭論文, p. 77.

割賦販賣의 目的物은 動産에 制限하는 立法例도 있으나²²⁾ 우리 法律上으로는 目的物이 動産에 制限된다고 하여야 할 아무런 理由나 根據가 없다. 그리고 實在에 있어서도 現在 不動産 특히 建物の 割賦販賣가 상당히 利用되고 있다. 不動産의 分割支給賣買도 代金の 完濟 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 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 된다고 한다.²³⁾ 이 에 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, 能率, 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 거둘수 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할 수 있으며(所有權이 買受人에게 移轉되어 登記가 可能하다) 만약 解除條件이 成就되면 登記의 效力이 當然히 消滅하게 되므로 扶消登記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 바와같이 債權確保가 不確實 하지도 않기 때문에 兩 當事者를 滿足시킬 수 있다. 所有權留保附賣買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의이므로 引渡時 債權契約은 勿論 物權的 合意도 完了되었다. 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 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 없어 (物權變動이 完全히 形成되지 않았으므로) 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 문제

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

23) 郭潤直, 前掲書, p. 237.

되는 것이다. 그러므로 不動産의 割賦賣買時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.

② 危險負擔

雙務契約에 있어서 一方의 債務의 全部 또는 一部가 債務者에게 責任없는 事由로 履行不能이 되어 消滅한 경우에 他方の 債務는 어떠한 影響을 받느냐 하는 것이 危險負擔(Gefahrtragung)의 문제이다. 이 문제는 割賦販賣에서도 提起되어 진다. 즉 買受人이 目的物을 引渡받고 割賦金을 支給하고 있는 도중에 代金完給 前에 目的物이 當事者 雙方의 責任없는 事由로 滅失·毀損한 경우에 누가 그 危險을 負擔하는가 이다. 이에 관하여 美國의 統一商法典 第 a-207 條 (2)(6)은 割賦販賣에 있어서는 商品滅失에 의한 危險은 商品의 legal title 만 가지고 있는 賣渡人이 負擔하는 것이 아니다. beneficial incidents of title 의 所有者인 買受人이 負擔한다고 明文하고 있으며 日本에서도 이것은 特定物賣買이므로 日本 民法 第 534 條의 適用에 의하여 買受人이 危險을 부담하게 되므로 買受人의 殘餘代金債務는 消滅하지 않는다고 한다.²⁴⁾ 獨逸도 民法 第 466 條에 의하여 賣渡된 目的物이 買受人에게 引渡된 以後에는 買受人이 目的物의 滅失에 대한 危險을 부담하는 것으로 하고 있다. 그러나 우리나라에서는 學說이 나누어져 있다. 그 理由는 우리 民法 第 537 條에 債務者危險負擔主義를 취하고 있으므로 이 條項에 의거하여 賣渡人이 危險을 負擔하여 買受人의 殘金代金債務는 消滅한다고 하는 小數說²⁵⁾과 이에 反對하는 多數說로 나누어 진다.

多數說의 根據는 ㉠ 賣渡人에게 所有權이 留保되어 있어도 실질상의 所有者는 買受人이므로 滅失·毀損에 의한 損害는 當然히 買受人이 부담하여야 하며²⁶⁾ ㉡ 債務者危險負擔主義로 말미암아 買受人의 代金債務가 免除되는 것으로 생각되지만 이것은 所有權留保賣買의 目的에 위배되며²⁷⁾ ㉢ 代金債權의 擔保로서 所有權을 留保하는 것에 불과하다.²⁸⁾ 비록 買受人에게 所有權은 이전되지 않았으나 目的物에 대한 占有權과 使用, 收益權을 가지고 있기 때문이다.²⁹⁾ 停止條件附所有權移轉說에 의하면 上述한 바와같이 여러가지 理由에서 買受人이 危險負擔을 가져야 한다는 根據를 提示하여 妥當性を 추구하나 解除條件附所有權移轉說에 의하는 경우 買受人에게 所有權이 이미 移轉되었으므로 買受人이 負擔하는 것은 當然한 歸結이다.

(3) 停止條件附所有權移轉說에 의하면 目的物은 買受人에게 移轉되어도 그 所有權은 이전되지 않으므로 따라서 買受人은 目的物에 대한 使用내지 利用의 法的인 기초가 困難해진다. 여기서 代

24) 幾代通, 前揭論文, p. 301. 我妻榮, 前揭書, p. 318.

25) 金錫守, 債權法各論, 博英社, 1978, p. 217.

26) 李根植, 前揭論文, p. 65.

27) 金基洙, 前揭論文, p. 68.

28) 郭潤直, 前揭書, p. 240.

29) Frederick, A. whitney, Outline of the Law of Sales, 4th, New York, S.T. Johns's University Press, 1947, p. 74 參照

金の完給이 있을 때에 當事者는 다시 物權的 合意를 할 必要가 없으며 買受人의 終局的 所有權 取得은 오직 代金の 完給이라는 條件의 여부에 의하여 左右되므로 買受人은 賣渡人의 意思에 의하여 影響받지 않고 條件의 成就로 法律上 當然히 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(Eigentums anwartschaft)를 가지는 地位를 가지므로³⁰⁾ 目的物의 使用내지 利用의 法的 기초가 可能하다고 한다. 이 경우 目的物이 動産인 경우에는 反對의 餘지가 없으나 不動産인 경우 占有하고 있으나 아직 登記되어 있지 않으므로 期待權을 認定할 수 없어서³¹⁾ 法的인 기초가 여전히 困難하다.

(4) 販賣者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 특히 割賦販賣法이 없는 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 경우에도 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.

Ⅲ. 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(allgemeine Geschäftsbedingung)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 應할 것을 要求하는 것이 보통이므로 附從契約(Contract d'adhésion)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 概括해 보면 첫째, 效果的인 債權擔保方法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 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, 셋째 賣渡人의 權利實現을 容易하게 하기위한 約款으로는 自力救濟約款(選

30) 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. § 59 I, 2

31) 郭潤直, 前揭書, p. 241.

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.

取約款), 다른 所有物任意回收約款, 不提訴約款 등을 들 수 있다.

1. 賣渡人의 效果的인 債權擔保를 위한 約款

1) 所有權留保約款

가. 所有權留保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 위 의 約定代金を 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 것인가는 문제이나 解除條件附所有權移轉說에서 論한 바와같이 約款의 例示의 文言이 明白하게 停止條件附에 의한다고 하여 있지 않는 경우에는 解除條件으로 理解하여야 한다. 物權行爲의 獨自性 確認與否도 所有權留保에서 문제되며 認定與否에 따라 行爲의 時期가 달라진다. 즉 獨自性を 認定하는 見解에 의하면 物權的 合意는 買受人이 그의 代金支給義務를 完全히 履行하면 따로이 賣渡人의 所有權移轉에 관한 物權的 意思없어도 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 包含되어 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 代金の 完給을 條件으로 하는 것으로 代金の 完給이 있을 때 物權行爲를 다시 하는 것도 아니고 代金の 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 있고³⁵⁾ 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.

33) 금성사, 「금성 factoring 매매계약서」 2條1項

대우전자, 「代金拂入約定書」, 2條1項

三星電子, 「需要者 金融販賣契約書」, 3條

34) 李根植, 前揭論文, p. 62. 漁寅義, 前揭論文, p. 74.

Serick, Eigentums vorbehalt und sicherung über tragung, Bd. I, 1983, 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, 「動產割賦販賣契約における債權確保のなめの諸條項と問題點」, 法學雜誌, 第10卷3號, 1964 p. 66.

나. 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 하지만³⁶⁾ 우리의 실제 去來界에서 통용되고 있는 契約書에 所有權을 留保한 約款이 86.6%를 차지하고 있다고 한다.³⁷⁾ 이에 이 約款이 有效하는 데 異說은 없고³⁸⁾ 各國의 立法例 역시 有效性을 認定하고 있다. 그러나 當事者 間에 所有權留保의 特約을 明示하지 않은 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 利害의 調和와 均衡을 꾀하는 데 妥當하리라 본다.³⁹⁾ 또 口頭로 契約을 체결하였을 경우에도 去來의 慣行을 고려하고 當事者의 意思를 尊重하여 決定할 문제이겠으나 일반적으로는 所有權이 留保된 것으로 推定하는 것이 妥當할 것이다. 위의 두 경우는 모두 解除條件附所有權移轉說로 해석하여야 한다.

2) 連帶保證人設定約款

連帶保證(Solidarbürgerschaft)이란 保證人이 主債務者와 連帶하여 債務를 부담함으로써 主債務의 이행을 擔保하는 保證債務(Bürgerschafts-schuld)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 強化되는데 그 特色이 있다.⁴⁰⁾ 賣渡人은 自己의 代金債權을 보다 강력하게 確保하기 위하여 所有權留保者에 連帶保證人을 세우도록 하고 있는 바 이를 無效라고는 할 수 없다. 連帶保證人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되고⁴¹⁾ 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 金融機關의 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 連帶保證人 制度의 活用은 큰 意味가 없다고 한다. 이에 所有權確保, 金融機關의 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 않

36) Ostler - weidner, Abzahlungsgesetz, 6. Aufl., Berlin · New York. 1971, s. 339.

37) 嚴英鎮, 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, 債權各論新講, 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. 264.

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.

41) 谷川久, 前揭論文, p. 82.

으며 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) 讓渡·擔保·貸與禁止 約款

停止條件附所有權移轉說에 의하면 所有權留保賣買의 買受人은 賣渡人에 대한 代金の 完給인 條件成就를 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(Vermögens position)를 취득하게 된다.⁴²⁾ 그러므로 賣渡人과 買受人間에 所有權이 觀念上 分割되어 歸屬되고 있다는 思考(teilungsgedanken)에 의하여 賣渡人은 所有權이라는 權利 가운데 包含되어 있는 擔保權(Sicherungsrecht)과 價値權(Verwertungsrecht)을 가지며 買受人은 目的物의 占有權(Rechtzum Besitz)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 利益을 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으로⁴⁴⁾ 그만큼 完全한 權利에 接近하여 움직이고 있다는 事實 등에 착안하여 買受人의 法的地位를 物權的 期待權(dingliches Anwartschaftsrecht)⁴⁵⁾이라는 概念으로 把握하여 이 物權的 期待權은 條件成就에 의하여 취득되는 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 一般규정에 따라서 處分할 수 있으므로 物權的 期待權의 讓渡는 動產所有權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, 簡易引渡에 의하여도 가능하다. 위의 경우 즉 讓渡時 賣渡人의 同意가 必要한가에 대하여 獨逸의 경우 賣渡人의 同意가 있어야 한다는 것이 判例의 立場이었으나⁴⁶⁾ 條件成就와 동시에 買受人은 당연히 目的物의 所有權을 取得하고 賣渡人의 同意나 協力을 必要로 하지 않는다는 見解가 支配的으로 되자 라이히裁判所가 길을 열었고 BGH(聯邦裁判所)는 1956년에 經濟的 根據와 利益狀況에서 賣

42) Werner Flume, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, Archiv für die Civilistische Praxis, 161. Band 5. Heft, 1962, s. 385f

43) Baur, Sachenrecht, 8. Aufl., 1975, § 59 I, 2.

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, s. 91.

Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beivorkehaltkskauf, 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.

郭潤直, 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., § 59 I 2.

46) 崔鍾吉, 前揭論文, p. 81.

渡人の 동의가 必要 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 賣渡人の 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 賣買代金の 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 賣渡人の 동의없이 가능하다. 上述한 論據에 의하여 買受人은 賣渡人の 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 代金の 完給을 催告하여야 한다. 그리하여 相當한 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 代金の 支給을 免하는 것도 아니기 때문이다. 相當한 期間內에 代金の 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 依存하고 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 “賣買代金の 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한다하더라도 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 이와같이 說明 한다고 하여도 不動產割賦販賣의 경우에는 物權的期待權을 認定할 수 없으므로⁵¹⁾ 理論構成에 困難함이 있다. 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. 結論적으로 어느 說에 의하여도 같은 效果를 가져오나 解除條件附所有權移轉說에 의하는 경우에만 不動產割賦販賣에 있어서 理論構成에 矛盾이 없음은 多言을 要하지 않는다.

48) 田中整爾, 「所有權留保賣買をめぐる占有關係—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, 前掲書, p. 241.

50) 崔鍾吉, 前掲論文, p. 241.

51) 同旨; 郭潤直, 前掲書, p. 241.
反對; 崔鍾吉, 前掲論文, pp. 78 ~ 79.

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 以下の 規定에 그 發生與否가 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.

2. 買受人의 債務不履行을 대비하기 위한 約款

1) 解除約款 및 失權約款

가. 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 본다든가 하는 것이 많다. 현실의 問題로서 겨우 1 回の 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 回の 遲滯로서 契約關係를 포기하려는 것이 또한 本意가 아닐 것이다. 買受人이 分割金を 支給하는 경우에는 그 동안의 延滯利子를 支給하여야 하는 約款을 두는 경우가 많은데⁵²⁾ 當事者의 意思는 오히려 契約關係를 維持하면서 延滯利子の 支給에 當分間 의존하자는 것이라고 보는 것이 옳을 것이다. 그러므로 1 回の 割賦金遲滯에 의하여 當然히 契約解除의 效果가 생긴다고

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

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 意思解釋에 의하여도, 信義則上 보아도⁵⁴⁾ 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 既支給金を 損害賠償으로서 金部 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回以上の 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.

나. 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적으로 相當한 期間을 정하여 履行의 催告를 하여야 한다. (민법 제 544 조) 여기서 相當한 期間은 買受人이 履行을 준비하고 이를 履行하는 데 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(제 5 조 1 항)은 20日 以上, 英國의 消費者信用法(제 87 ~ 89 조)은 7日 以上, 瑞西債務法(제 226 조 h 2 항·3 항), 벨기에의 割賦販賣 및 그 金融에 관한 法律(제 19 조)은 1月 以上の 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 催告의 期間이 客觀적으로 「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적으로 相當한 期間이 경과한 후에는 解除權이 發生한다.⁵⁸⁾ 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 경과 하여도 支給하지 않는 買受人(債務者)을 그 以上 保護할 必要는 없기 때문이다.

이와 같이 民法에는 催告는 「相當한 期間」을 정하도록 하고 있는데 割賦販賣에 있어서의 실제

53) 崔鍾吉, 前掲論文, p. 71. 嚴英鎮, 前掲書, p. 156.

54) 打田峻一, 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 226 條 h; 벨기에 割賦販賣 및 그 金融에 관한 法律 19 條 등에 의하여 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) 打田峻一·稻村良平, 前掲書, pp. 94 ~ 95.

57) 郭潤直, 前掲書, p. 121.

58) 郭潤直, 前掲書, p. 121.

李太載, 前掲書, p. 114.

黃迪仁, 現代民法論Ⅳ, 博英社, 1980, p. 133.

大法判, 1965. 3. 30, 64 다 1224

反對) 日大判, 1971. 7. 1

日大 高判, 1968. 4. 19

時報 535 號, p. 61.

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 1회라도 게을리 하면 本契約은 當然히 效力을 喪失한다는 失權約款 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으로 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 알 수 있으면 有效하고 債務 全部의 履行을 催告한 것으로 效力이 생긴다고 하여야 할 것이다.⁶⁰⁾

다. 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 제 548 조 1 항)와 損害賠償請求權이 發生한다. 原狀回復의 內容은 ㉠ 賣渡人은 이미 受領한 代金 및 受領後의 利子(민법 제 548 조 2 항)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. ㉡ 買受人은 目的物을 返還하여야 한다. 만약 原物이 滅失, 毀損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의인 경우에는 滅失인 경우 그 價格의 全額, 毀損한 때에는 毀損物 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. ㉢ 買受人은 그 目的物에서 收取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 賣渡人에게 歸屬되고 이것과는 별도로 契約日로부터 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적으로 定할 수는 없고 具體적으로 妥當性있는 基準이 提示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 여

59) 大法判, 1965. 8. 31, 65 다 560

大法判, 1980. 3. 25, 80 다 66

60) 郭潤直, 前掲書, pp. 120~121.

61) 「금성 Factoring 매매계약서」, 7 조

62) 대우전자 「代金拂入約定書」, 5 조

嚴英鎮, 前掲書, p. 161.

日本割賦販賣法 6條에는 상세한 규정을 두고 있다. 또 標準使用損料表를 만들어 그 基準에 따라 行政의 措置로 行해지고 있다.

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 「月賦金を 1회라도 遲滯할 시는 拂入金에 대한 期限의 利益을 喪失한다」 或은 「1회라도 辨濟하지 못하면 賣渡人은 買受人에 대하여 未拂入된 代金の 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 없으나⁶⁶⁾ 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 現金價格에 割賦金利를 加算하여 定하는 것이 보통이므로 現金價格에 비하여 그만큼 高價로 策定되고 있는데 買受人에게 間限利益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리에 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 倒來하여 그때부터 債務者 買受人은 당연히 遲滯에 빠지고 時效의 進行이 시작된다는 即時進行說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 即時進行說은 買受人의 어느 回分의 不履行이 있을때 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로 같다) 反面 債權者

66) 幾代通, 月賦販賣의 法律構造, p. 261.

67) 同旨, 崔鍾吉, 前揭論文, p. 73.

嚴英鎭, 前揭書, p. 164.

68) 獨逸割賦販賣法 4조2항에 「割賦金の 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 10분의1에 해당될 경우에만 有效하다고 規定하고 있다. 이와 같은 趣旨로 瑞西債務法 제 226 조 h 2항, 奧地利 割賦販賣法 제 5 조, 벨기에 割賦販賣 및 그 金融에 관한 法律 제 19 조, 日本割賦販賣法 제 5 조.

69) 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1980, 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.

러 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 全額을 使用料로 看做할 수는 없다. ㉔ 原狀回復義務는 同時履行의 關係에 서 며 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 全額은 當然히 賣渡人에게 歸屬하고 또 契約日로부터 1個月 內에는 代金總額의 2割, 1個月 後에는 3割을 使用料 및 損害賠償金條로 買受人은 支給하여야 한다⁶⁴⁾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 特約하는 것은 可能하고 有效하다고 하겠으나 既拂金 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 의 하여 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 不當히 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 하고(同法 1조·3조 參照) 違約金이 不當하게 高額인 경우는 買受人의 申청에 의하여 判決로써 相當額으로 減額될 수 있다(同法 2조·4조1항 參照). 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차 10%를 超過할 수 없다고 規定하고 있다. 그리고 延滯利子 條項도 두고 있는데⁶⁵⁾ 利子制限法 所定の 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. 그러나 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 參照)

63) Ostler - weidner, a. a. O., s. 33

獨逸割賦法 第1條, 第3條

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

65) 대우전자, 「대금불입약정서」, 4조
금성사, 「금성 Factoring 매매계약서」, 5조에서 約定期日內에 所定の 拂入金を 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 滯納金の 4%의 延滯料를 다시 加算하여 납부하여야 하고 이때 月未滿의 日數는 1個月로 計算한다.

意思說은 債權者가 請求하지 않은 限 各回의 割賦債務는 全額이 時效에 걸린다는 事態는 거의 일 어날 수가 없으나 오래된 것으로부터 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적으로 約款이 어느 性質(買受人의 1回의 不履行이 發生할 때 自動적으로 期限이 倒來한다는 趣旨이나, 아니면 債權者가 期限의 利益을 喪失시킬 수 있다는 趣旨이나)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(月賦金を 1회라도 遲滯할 때는 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 하였으며(買受人을 保護하기 위한 解釋이며) 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 있으며⁷²⁾ (期限의 定함이 없는 債權의 경우) 1回의 不履行이 있어도 각 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 殘債務 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 內容등을 볼 때 債權者意思說을 취하는 것이 妥當하다.⁷⁴⁾

3. 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), 任意回收權約款 및 不提訴約款

割賦賣買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을 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 自力救濟許容約款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 承認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 없을지는 保管品에 상당한 所有物品을 任意回收·處分하여도 異議를提起

71) 金容漢, 前掲書, p. 430.

72) 金容漢, 前掲書, p. 442.

伊藤英樹, 「割賦拂債務の概念と時效の起算點」, 板橋郁夫外, 增補版 民法總則·物權法(判例演習シリーズ 民法 I), 東京, 成文堂, 1980, p. 108.

73) 伊藤英樹, 前掲論文, p. 107.

74) 同旨, 金基洙, 前掲書, p. 443.

魚寅義, 前掲論文, p. 81.

嚴英鎭, 前掲書, p. 167.

田中實, 「割賦販賣における法律問題」, ジュリスナ, 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.

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 設사 買受人이 契約違反을 하였더라도 合法的인 節次없는 許容될 수 없는 것이다. 따라서 이러한 特約은 買受人에게는 原狀回復義務 以上の 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 割賦賣買의 特殊한 性格으로 賣渡人은 일반적으로 契約金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 小額이어서 適法節次에 의한 權利 實現이 事實상 困難한 경우가 많기 때문이다.

셋째, 獨逸 民法은 第22條에서 緊急性的인 要件下에 正當한 自力救濟는 違法성을 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. 이와같은 論據에도 상당히 수긍은 가지 만,

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 없으며⁷⁹⁾ 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 小額인 경우 適法節次에 의한 權利 實現의 實效성이 의문이지만 小額事件審判制度(小額事件審判法 第2條)를 活用할 수 있기 때문에

76) 打田峻一·稻村良平, 割賦販賣法, 東京, 第一法規出版株式會社, 1974, p. 97

77) 稻村良平, 前掲論文, p. 110.

78) 郭潤直, 前掲民法總則, p. 110.

金容漢, 前掲民法總則論, p. 87.

金曾漢, 前掲民法總則, p. 95.

79) 柚木馨, 注釋民法(14), 東京, 有斐閣, 1980, p. 64, 打田峻一, 稻村良平, 前掲書, p. 97

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 가능한 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 住居에 들어가 目的物을 回收해 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 住所變更告知約款

가. 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 모든 法的 紛爭은 賣渡人의 管理法院 또는 買受人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 包含한 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 것이므로⁸⁴⁾ 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 實際上的 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 裁判講求를 困難하게 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 갖는다」⁸⁵⁾라고 規定하고 있고 瑞西 債務法 第226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

80) 打田峻一·稻村良平, 前掲書, p. 99.

竹內昭夫 「割賦販賣法の改定 - 59年 改定と今後の課題 -」, ジュリスト, No. 818(1984) p. 6.

81) 同旨, 嚴英鎭, 前掲書, p.173.

82) 金성사, 「금성팩토링 매매계약서」, 11 조; 대우전자, 「代金拂入約定書」, 10 조
現代自動車株式會社, 「自動車賣買契約書」, 10 조

83) 三星電子, 「需要者 金融 販賣契約書」 10 조

84) 金容旭, 民事訴訟法, 學研社, 1983, p. 54.

85) 奧地利 割賦販賣法 제 12 조, 벨기에 割賦販賣法 및 그 金融에 관한 法律 제 22 조에도 같은 취지의 內容을 담고 있다.

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 89 조) 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.

나. 住所變更告知約款

約定代金を 完拂하기 前에 住所를 變更하거나 目的物을 다른 場所로 이진할 때는 事전에 賣渡人에게 通報하고 承認을 받아야 한다⁸⁶⁾, 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 35 조 2 항) 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.

IV. 結 語

割賦販賣은 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 우리 나라에서도 外國과 마찬가지로 割賦販賣이 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 비하여 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 信用會社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의 負擔 및 資金融通의 利子負擔 등으로 自身에게 그것을 削減할 수 있는 契約條件을 消費者에게 強要하게 되고 消費者는 그 不利益을 감수하고 혹은 그러한 것을 전혀 알지도 못하고 代金の 分割支給이라는 便利함 때문에 割賦販賣에 應하게 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 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 강구하

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

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

게 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

- 郭潤直, 民法總則, 經文社, 1980. 物權法, 博英社, 1984. 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, 1980. 物權法, 博英社, 1981. 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, 法文社, 1980. 韓國物權法, 法文社, 1985. 韓國債權各論, 法文社, 1973.
- 金錫宇, 債權法各論, 博英社, 1978.
- 金享培, 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, 1980年 9月號.
- 金基洙, 「所有權 留保附賣買와 所有權의 歸屬」 考試界, 1976年 12月號.
- 金容漢, 「契約과 普通契約約款」, 考試研究, 1983年 7月號.
- 魚寅義, 「月賦販賣와 消費者保護에 관한 考察」. 法學論考, 第13輯, 清州大, 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.
- 嚴英鎭, 「割賦販賣의 性質」, 考試界, 1982年 5月號. 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의 實證的研究, 東京, 商事法務研究會, 1977.
- 永淵泰清, 割賦販賣의 法律實務, 東京, 日本經濟新聞社, 1977.
- 伊藤進, 消費者의 權利, 東京, 有斐閣, 1976.
- 柚木馨, 注釋民法(14), 東京, 有斐閣, 1980.

- 長尾治助, 約款と消費者保護の法律問題, 東京, 三省堂, 1981.
- 打田峻一・稻村良平, 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 (判例仁學), 東京, 商事法務研究會, 1979.
- 通商産業編, 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.
- 未川博, 「月賦販賣と所有權留保」, 債權 (未川博法律論集III), 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, 「割賦販賣にずける諸問題」 私法 第24號, 1962.
- 米倉明, 「流通過程にずける所有權留保再論」, 法學協會百周年紀念論文集, 第3卷 民事法, 東京, 有斐閣, 1983.
- 伊藤英樹, 「割賦拂債務の小解説, と時効の起算點」 板橋郁夫外, 增補版民法總則・物權法 (判例演習民法III), 東京, 成文堂, 1980.
- 小西清治, 「割賦販賣の諸問題」, 綜合法學, 2권 4호, 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, 제 41 권 6 호, 1981.
- 長尾治助, 「イギリス」比較法研究, No. 36, 1974.
- Lanenz, Lebrbuch des schuldrechts Bcl, II. 12. Aufl, 1981. Allgemeiner Teil des deutsch Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl, 1983.
- Flume, Die Rechts stelling des Vorbehaltskäufers, Archiv für die Civilistische Praxis, 161. Band. 5, Heft, 1962.
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II 「das Rechtsgeschäft」 2. Aufl., 1975.
- Heinnch Moyrhofer, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz, Sprigerverlag, Wien. New York, 1966.
- Ostler-Weid ner, 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.

