

영미법상의 비양심성법리

이 우 석*

I. 序

우리 민법 제104조는 법률행위의 일반원칙으로서 불공정한 법률행위를 무효로 규정하고 있다. 그렇지만 이 규정의 성질상 그 기능은 단독행위와 합동행위에서는 발휘될 수 없는 것이고, 일반적으로 계약 특히 쌍무계약에서 발휘될 수 있는 것이다. 즉 계약의 자유를 제한하는 일반원칙으로 평가하여도 좋다. 이 규정은 구민법에서는 판례로 인정되고 있던 것을 현행민법에서 명문으로 규정한 것이다. 반사회적 법률행위가 있음에도 불구하고 특별한 규정을 두고 있는 것은 독일민법의 영향을 받은 것으로 생각되지만,¹⁾ 이 규정을 취지를 살리기 위해서는 비교법적 연구가 필요하다고 생각된다.²⁾

Common Law에서는 계약이 강박(duress)나 사기(fraud)가 있는

* 嶺南大 法科大學 講師・法學博士

1) 민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957, 49 - 50면.

2) 독일법의 불공정한 법률행위와 함께 연구되어야 할 프랑스 민법의 Lésion이다. Lésion에 관한 연구로는 이상옥, 프랑스 민법상 불공정행위-Lésion을 중심으로-, 영남법학 제3권 1·2호, 1997, 199 ~ 230면 참조.

경우가 아니면 계약내용에 대해서 법원이 간섭할 수 없도록 하고 있다. 그러나 형평법에서는 경제적인 강자의 지위에 있는 자가 약자의 지위에 있는 자를 이용하여 부당하게 이익을 취하는 것을 금지하고 있었다. 이 형평법상의 원리는 1970년대 이후 교섭력의 불평등에 대한 Denning과 Scarman의 논쟁을 불러 일으켰다. 이 중에서 교섭력의 불평등이 일방당사자의 노령, 무지, 무교육등으로 발생한 경우에 적용되는 것이 비양심성의 법리(Unconscionsability, Unconscious)이다. 비양심성의 법리는 불공정한 계약으로 인해 이익을 얻는 자에서 출발한다. 즉 계약의 일방당사자가 상대방의 무지, 무경험 등을 알고 공정하지 못한 계약을 체결함으로써 이익을 얻는 것은 비양심적이라는 것이다. 이러한 계약당사자가 비양심적인 계약으로부터 이익을 취하는 것을 인정하지 않아야 한다는 것이다.

영미법상의 비양심성의 법리에 대해서는 지금까지 미국의 통일상법전을 중심으로 하는 연구들이 있었다.³⁾ 본고에서는 미국 통일상법전의 비양심적 계약에 효시가 된 영국판례상의 비양심성의 법리의 생성과 발전에 대해서 살펴보고, 이 법리가 다른 영미법국가에 어떤 영향을 주었는가, 이 이론이 어떻게 활용되고 있는가를 살펴보기로 한다.

II. 비양심성 법리의 의의

미국의 통일상법전에서는 '일반상거래관행과 특정거래목적의 견지에서 관련계약조항이 계약체결시점의 사정에서 보아 비양심적이라고 할만큼 일방적(one side)인 경우'⁴⁾에는 비양심적이라고 할 수 있다고

3) 송중준, 미국통일상전상 비양심성법리의 연구, 판례월보 1983호, 9 - 26면; Meongcho Yang, PRICE UNCONSCIONABILITY IN CONSUMER TRANSACTIONS, 사법연구 1: 계약법의 특수문제, 사법연구회편, 三英社, 1983, 151-185.

한다. 또한 판례에서는 '사려있고 기만되지 않은 자라면 할 수 없는 것이고 성실하고 공정한 자라면 받아들일 수 없는 계약은 비양심적이다'⁵⁾라고 하고 있다. 이와달리 미국의 통일상법전과 같은 특별한 규정을 두지 않은 영국에서는 그 의미가 다양하다. Waddams는 벌금, 형벌, 부당위압, 교섭력의 불평등을 포함하는 것으로 파악하고 있다.⁶⁾ 이에 비해서 Denning은 교섭력의 불평등의 한 종류로서 파악하고 있다.⁷⁾ 또한 교섭력의 불평등의 원칙은 비양심적인 것의 전통적인 개념에 대한 새로운 이해이고…… 비양심적인 행위로 인한 취소와 교섭력의 불평등으로 인한 취소사이에는 특별한 차이가 없다는 견해⁸⁾도 있다. 이와달리 교섭력의 불평등이란 객관적으로 공정하지 않은 것을 의미하고 비양심성 법리는 행위자의 주관적인 요건으로 파악하는 견해⁹⁾도 있다. 본고에서는 Denning이 파악하고 있는 것처럼 비양심성의 법리를 교섭력의 불평등을 야기시키는 원인중의 하나로서의 비양심성 법리를 연구 대상으로 한다. 이렇게 파악할 때 비양심성 법리란 빈곤, 무지, 무경험 등을 원인으로 당사자간에 교섭능력의 불평등이 생기고, 당사자 일방이

4) UCC 2-302

5) Hume v. United States, 132 US 411(1889)

6) Waddams, The Law of Contract(2d)(1984), Toronto, Canada case book ch.4 Unconscionability, p.765.

7) Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy (1974), 3 All E. R. 757(C. A). 이 판례에서 Denning은 교섭력의 불평등(inequity of bargaining power)를 ① 물건에 대한 강박(dyress of goods) ② 비양심적 거래(unconscionable transaction) ③ 부당위압(undue influence) ④ 부당압박(undue pressure) ⑤ 해난구조계약(salvage agreements)의 다섯가지로 분류하고 있다.

8) More v. Fed Business Rev. Bank(1981), 30Nfld & P.E.I.R. 91, 98(P.E.I.S.C); Matthew J. A. Atlas Supply Co. of Can v. Yarmouth Equipment Ltd.(1991), 193 N.S.R. (2d) 1 at 16(N.S.C.A)

9) John C. Smith는 "교섭력의 불평등만으로 계약을 취소할 수 없다. 법원이 간여할 수 있는 것은 폭리자의 행위가 위압적이거나 비양심적인(oppressive or unconscionable) 예외적인 경우이다"라고 한다(Sir John C. Smith, Fundamental Principle of Law The Contract of Law(2d), London, 1993, p. 242).

거래능력의 불평등을 인식하면서 공정한 조연도 받지 못한 타방으로부터 불공정한 이익을 얻는 행위로 정의될 수 있다.

비양심성과 유사한 것으로 부당영향(Undue influence)이 있다. 이에 대해서 Davey 판사는 “부당영향은 동의가 충분하지 못했다는 것을 이유로 계약의 효력을 부정하고 있지만, 계약이 비양심적이라는 것은暴利者가 비양심적으로 힘을 사용함으로써 被暴利者에 대해서 얻은 불공정한 이익에 대해서 구제를 호소하는 것이다”¹⁰⁾라고 하여 양자를 구별하고 있다. 그렇지만 사용하는 사람에 따라서 의미가 다른 경우가 많고 이를 명확히 구별할 수 있는 기준은 없다. 예를 들어 Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy에서는 Denning는 비양심성의 법리에 의해 계약의 효력을 부정하고 있지만, Eric Sachs는 부당영향의 법리에 의해 계약의 효력을 부정하고 있다. 또한 다른 판결¹¹⁾에서는 the Court of Appeal은 ‘별거합의는 부당영향에 의하여 얻어진 것으로서 무효이고, 모든 상황을 고려해볼 때 비양심적인 거래이다’라고 부당영향에 의해 체결된 계약은 비양심적인 거래가 된다고 한다.

일반적으로 사무변호사와 의뢰인, 수탁자와 수익자와 같이 계약으로 인해서 이익을 얻는 자와 이익을 잃는 자사이에 신뢰관계(fiduciary relationships)에 있는 경우¹²⁾에는 계약의 효력을 다투는 경우에는 부당

10) Morrison v. Coast Finances Ltd.(1965), 55DLR(2d) 710.713(BCCA).

11) Davdison v. Davidson (1986), 2RFL(3d) 442(BCA).

12) Hugh Collins, The Law of Contract, Second Edition, London, 1993, 146. 이와 더불어 부당위압법리는 당사자가 자유로운 의사로 거래를 할 수 없는 경우에 취소를 인정하는 것을 목적으로 하고 비양심성의 법리는 폭리자가 피폭리자의 불리한 지위를 이용해서 불공정한 이익을 얻었다는 점에 중점이 있고, 부당위압법리는 일방의 위압이 상대방의 의사에 영향을 주었다는 지배적인 영향력을 가지는 자의 위압행위를 문제삼고 있는 것에 비해서 거래의 비양심성의 법리는 강자에 의한 적극적 위압행위가 없었더라도 강자가 단순히 약자의 불리한 지위를 이익을 얻는 경우에도 인정될 수 있다는 점에서 다르다고 한다(木村仁, 保證契約締結における保證人の保護と不當威壓の法理, 民商法雑誌 114卷 2号, 273-274면).

영향을 이유로 계약의 효력을 문제삼고, 신뢰관계에 있지 않은 경우에는 비양심성 법리를 이유로 효력을 문제삼고 있다.

III. 비양심성 법리의 전개과정

1. 영국

초기의 비양심성에 관한 판례들은 기대상속인의 기대상속권이나 복귀권자의 복귀권(reversionary interest)의 처분을 제한하는 역할을 하였다. 전통적으로 영국법은 계약자유의 원칙을 존중하고 계약내용이 당사자의 합의에 의한 것이면 법원이 간섭하지 않았다. 복귀권의 경우에도 예외는 아니었지만, 이 사고는 복귀권은 처분해서는 안된다는 생각과 충돌되었다. 이 충돌의 결과로 복귀권이 처분되기 위해서는 정당한 가격이어야 한다는 원칙이 확립되기에 이르렀다. 그 대표적인 판례는 *Evans v. Llewelin*¹³⁾와 *Aylesford v. Morris*¹⁴⁾이다. 이 경우에도 단순히 불평등하다는 것만을 이유로 계약이 취소될 수 있는 것은 아니고 상대방의 비양심적인 행위가 전제가 되어야 했다.¹⁵⁾

그 후 복귀권 매매법¹⁶⁾이 제정되어 복귀권 매매를 제한하는 판례

13) (1787), 1 Cox. 333. 가난한 사람인 Evans는 1700파운드에 해당하는 부동산에 대한 권리를 200기니스에 처분했다. 그 후 경솔하게 처분되었다는 이유로 계약을 취소하고자 한 사건이다.

14) (1873), L. R. 8 Ch. App. 484. 이 판결에서 Selbourne, LC판사는 「일방당사자가 타방을 지배할 수 있는(dominion over) 상황에 있고, 그 원인이 타방당사자의 우둔함, 보호받을 수 없는 상황, 무경험, (정신적) 무능이라면 이 원칙이 적용될 수 있다」고 한다.

15) *Collier v. Brown* (1788), 1 Cox C. C. 428(G. H. Treitel, the Law of Contract, ninth edition, London, 1995, p.382).

16) 복귀권 매매법(The Sale of Reversioners Act 1867)은 전문에서 [동산복귀권매

의 역할을 대신하게 되었다. 그 후 Fry v. Lane¹⁷⁾사건에 의해 비양심성의 법리가 복귀권에 한정하지 않고 일반적인 거래 관계에서도 적용되게 되었다. 다른 한편 이 판례는 계약의 효력을 다룰 수 있는 사람을 '가난하고 무지(poor and ignorant)'라고 해서 보호받는 대상을 줄이는 역할을 했다. 이 판례로 인해서 비양심성의 법리가 다른 영연방국가보다 영국에서의 적용범위를 좁게 만들었다고 한다.¹⁸⁾

Cresswell v. Potter¹⁹⁾사건에서 Megarry, J판사는 Fry v. Lane의 입장을 유지하고 있지만 無知는 상황에 따라서 상대적으로 파악하고

매에 관해서 형평법법원이 지배하고 있는 법은 수정되어야 한다]라고 규정하고, 제1조에서 [부동산 혹은 동산에서 어떤 복귀권의 양도도 그것이 선의이고 사기(fraud)나 부당한 행위(unfair dealing)없이 양도된 때에는 사후에 가격이 낮다는 이유만으로 무효가 되지 않는다]라고 규정하고 있다. 이 법은 1925년에 다시 개정되었다. 개정법 174조는 복귀권은 가격이 낮다는 이유만으로 취소될 수 없다. 그러나 법원이 비양심적인 거래를 취소하거나 수정할 수 있도록 하고 있다. 여기서 '저가적(undervalue)'이란 사기(fraud)가 될 수 있을 정도로 현저한 것이어야 하고 또한 사기란 common law상의 개념이 아니라 교섭력의 비양심적 작용을 의미한다.

- 17) (1888), 40 Ch. D. 312. 이 판결에서 Kay판사는 「판결의 결과는 가난하고 무지한 매도인이 독립적인 조언을 받지 않고 또한 양도가격이 상당히 저가인 경우에는 형평법원은 그 거래를 취소할 수 있고 이것은 점유재산(property in possession)에서도 동일하다. 그리고 이것이 복귀권인 경우에도 허용된다. 매도인의 빈곤과 무지 및 독립한 조언의 부존재라는 사정에 의해 당해 거래의 유효성이 다투어진 경우에는 매수인이 그 거래가 공평(fair), 정당(just)하고 합리적(reasonable)이었다는 것을 입증할 책임을 진다」고 함으로서 매수인에게 입증 책임을 부담시키고 있다.
- 18) Clark, The Unconscionability Doctrin Viewed From an Irish Perspective, 31 No. Ire. LQ, p.127
- 19) (1978), 1 W. L. R. 255. 그녀가 남편에게 혼인함으로써 생기는 이익을 주기로 약속하고 대신에 그녀의 남편은 그녀의 채무를 변제하기로 약속했다. 그러나 그녀의 채무는 그녀의 가옥에 대한 지분의 가치에 비해서 상당히 적었다. 그래서 계약으로부터 생기는 그녀의 이익은 불합리한 것이었다. 또한 그녀는 거의 수입이 없었고 재산거래에 대해서 잘 몰랐기 때문에 '가난하고 무지한' 사람이고 독립적인 조언을 얻을 수 없었다.

있다. 즉 “원고는 전화교환수로서 충분한 주의능력과 기술을 가지고 있지만, 일반적으로 거래를 행하는 상황에서는 「無知」가 될 수 있다”고 하여 거래의 종류에 따라서 無知가 달라질 수 있다고 하여 약자가 된 원인이 타인에 비해 현저하게 낮지 않은 경우에도 이 법리의 보호의 대상으로 하고 있다.

그렇다고 하여 영국법원이 이 원칙에 반드시 호의적이라고 할 수는 없다. 위의 판례들이 있음에도 불구하고 비양심성 법리는 계약의 효력을 부정하는 기능을 할 수 없다는 견해²⁰⁾조차 있다. 또한 전형적인 비양심성 법리에 해당될 수 있는 사안에 대해서도 비양심성 법리를 적용하는 않는 경우가 많았다. *Saunders v. Ford Motor Co*²¹⁾, *Arrale v. Costain Civil Engineering Ltd*²²⁾, *Horry v. Tate & Lyle*²³⁾ 등이 그

20) Cheshire, Fitoot and Furmston's, Law of Contract, twelfth Edition, Butterworths London Dublin, Edinburgh, 1991, p. 312; Ford Unconscionable Conduct-A Matter for the court or the Legislature, 13 Aust bus L. R., 1988, 307, 310.

21) (1970) Lloyd's Rep 379(QB). 피용자인 Saunders는 근로중 눈에 상처를 입고 일을 수 없는 상태에 있었다. Saunders 와 Ford Motor Co의 대리인은 그 보상금을 200파운드로 하는 것에 합의했다. 사용자의 대리인은 상처의 범위를 조사도 하지 않았다. Paull, J판사는 비양심성의 법리를 인용하지 않고 당사자들은 피용자가 서명했을 때 동일한 지점에 있지 않았다는 이유로 계약의 효력을 인정하지 않았다.

22) (1976) 1 Lloyd's Rep. 98 근로자는 영국에 대해서 잘 모르는 가난한 아랍인이다. 그는 근로중의 사고에 대한 손해배상청구권을 포기하는 각서에 서명했다. 하지만 그가 서명할 때에는 충분한 조언을 얻지 못하고 적절한 설명을 받지 못했다. 법원은 부실표시가 없는 상태에서 포기각서를 작성했다는 점은 인정했지만, 합의가 없었다는 이유로 계약의 효력을 부인했다. Denning만이 거래능력의 불평등으로 구제를 인정하려고 했었다.

23) (1982) 2 Lloyd's Rep 417, 433 근로자가 조언자도 없이 낮은 보상금으로 합의한 사건이다. Peter pain J판사도 Bundy판례를 문제삼기는 했지만, 거래능력의 불평등성을 찾지 못했다. 왜냐하면 비록 근로자가 재정상 곤경에 처하지 않았고 이 사건을 처리하는 방법이 서툴기는 하지만, 그가 이 문제를 다룰 수 없었다는 것을 모를 정도로 무식하지 않았기 때문이다.

例에 해당한다.

영국에서 비양심성의 법리가 계약의 공정성을 확보하는 역할을 하지 못하는 것은 다음과 같은 이유가 있다. 첫째 강박(duress)의 개념의 확장을 들 수 있다. 전통적인 의미의 강박 뿐만 아니라 경제적 강박(economic duress)이란 개념이 생겨서 비양심성의 법리가 하던 역할을 강박이 대신하게 되었다.²⁴⁾ 또한 비양심성의 개념자체가 애매모호하기 때문에 적용자체가 어렵게 된 것도 비양심성의 법리를 적용하기 어렵게 된 원인중에 하나이다. 둘째로 1970년대 이후에 Unfair Contract Terms Acts(1977)과 같은 비양심성 법리에 해당하는 내용이 제정법의 내용으로 포함되어 비양심성의 법리가 역할을 할 수 없게 되었다.²⁵⁾ 셋째 계약자유의 원칙에 대한 관념이 뿌리 깊게 남아 있어 비양심성의 법리가 적용될 여지가 적다는 것이다.²⁶⁾

Denning은 교섭력의 불평등에는 여러 가지 원인이 있지만 그 원인은 중요하지 않고 계약의 취소여부는 교섭력의 불평등이 있었는가에 따라서 결정되어야 하고 그 판단은 법원이 해야 한다고 생각한다. 이에 비해서 Scarman은 계약에서 교섭력의 불평등은 항상 존재하는 것이고 이것만으로 계약의 효력을 다룰 수 없다고 한다. 교섭력의 불평등의 효력의 문제는 의회에게 의무가 주어져 있고, 법원이 일반원칙으로 인정할 필요가 없다고 한다.²⁷⁾

24) G. H. Treitel, The law of contract, p. 386.

25) 미국에서도 1980년 이후에는 적용되는 예가 많지 않다고 한다(大村敦志, 「非良心性」法理と契約正義, 星野英一先生古稀祝賀, 日本民法學の形成と課題(上), 有斐閣, 1996, 528면)

26) 이러한 경향을 보여주는 판례로 National Westminster Bank plc v. Morgan(1985) A. C. 686를 들 수 있다.

27) Hanburg & Martin, Modern Equity, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1993, p. 822.

2. 캐나다

비양심성법리의 역사는 길지만 캐나다에서는 19세기 말이 되어서 받아들여지게 되었다. 처음으로 캐나다에서 비양심성 법리를 받아들이게 된 것은 *Waters v. Donnelly*²⁸⁾이다. 이 사건에서 Boyd, C판사는 “당사자의 일반적인 無知, 사업에서의 능력의 부족과 상대적인 정신능력의 부족을 원인으로, 적절하게 자문을 받고 보호를 받았다면 체결하지 않았을 계약을 체결했다면 법원이 그로부터 발생하는 의무를 면제할 수 있다”라고 한다. 이 판례는 영국의 *Fry v. Lane*의 판결이전에 나온 것이기 때문에 비양심성의 개념이 축소되지 않았다. 이 판례는 차후의 캐나다의 판례를 주류를 형성했다. 이 후에도 비양심성 법리에 관한 판례가 많이 있었지만, 일반적으로 많이 인용되고 있는 것은 *Morrison v. Coast Finances*²⁹⁾이다. 이 판례에서 Davoy, JA판사는 “괴폭리자의 실질적인 요건은 자신을 暴利者의 처분에 맡긴 무경험, 窮迫으로부터 생기는 당사자들의 지위에 있어서 불평등성을 증명하는 것과 거래를 통해서 얻어지는 대가의 실질적인 불공정성을 증명하는 것이다. 이에 반하여 暴利者는 이 거래가 공정했고 정당했으며 합리적이었다는 것을 증명해서 대항할 수 있으며 혹은 아무런 이익이 없었다는 것을 증명함으로써 대항할 수 있다”고 한다.

캐나다의 비양심성법리에서 또하나의 중대한 발전이라고 할 수 있는 것은 *Harry v. Kreutziger*³⁰⁾에서 이루어 졌다. 이 판례에서

28) (1884), 90R 391(R). Waters가 재산(properties)을 낮은 가격으로 매도한 사건이다.

29) (1965), 55DLR(2d) 710, 713(A) Mrs Morrison은 70세이며 (거래에)경험이 없는 과부이다. 두 사람이 그녀에게 그녀의 집을 담보로 제공하게 하고 금전을 빌려서, 그 중 한 사람은 채무를 변제하고 다른 한 사람은 두 대의 차를 구입할 수 있었다.

30) (1978) 95 DLR(3d) 231(BCCA) 인디언인 Harry는 자신의 6톤 짜리 어선을 면허와 함께 Kreutziger에게 매도했다. Harry가 어선을 팔게된 것은 인디언인 그

Lambert, JA판사는 “힘의 사용(the use of power)이 비양심적인가, 이익이 불공정한가에 관한 질문, 約因이 아주 불공정한가, 거래능력이 현저하게 불공정한가에 대한 문제는 오로지 한 문제의 다른 측면에 불과하다. 단순한 문제는 전체적으로 본다면 거래가 무효가 되어야 한다는 商道德의 社會的 基準(Community standards of commercial morality)으로부터 충분히 벗어났는가 여부에 관한 것이다.”라고 한다. 그리고 이 商道德의 社會的 基準(Community standards of commercial morality)³¹⁾을 발견하기 위해서는 전통적인 과거의 개념을 고찰하기보다는 주어진 공동체의 현재의 견해에 의존해야 하고 입법을 통해서 국제상도덕의 사회적 기준을 제시할 수 있다고 한다.³²⁾

3. 오스트레일리아

오스트레일리아에서 비양심에 관한 중요한 판례는 Blomley v. Ryan³³⁾이다. 이 판례에서 McTiernan, J판사는 “사기(fraud)가 있기는 하지만, 그 핵심적인 것은 이익이 당사자의 약함·무지 그리고 무능

는 다른 배의 면허를 얻는 것이 어렵지 않다는 매수인 Kreutziger의 말을 믿었기 때문이었다. 또한 매수인의 목적은 배가 아니라 배에 딸린 어업면허였다. 결국 매수인의 말은 거짓이었고, Harry는 청각에 이상이 있고, 온순했으며, 말을 잘못하고 사교성이 없었고, 상거래에 경험이 없었으며, 거의 교육을 받지 못했다.

- 31) Waddams는 이와 비슷한 용어로 Good Faith라는 말을 사용하고 있다(Steven R. Enman, Doctrines of Unconscionability in Canada, English and Commonwealth Contract Law, Anglo-American Law Review 16, 1987, p.218.p. 219).
- 32) G Fridman, The Law of Contract in Canada(3rd), Casswell, Toronto, 1994, p.333
- 33) (1956), 99 CLR 362, 386(Aust HC) 술과 병으로, 교육을 받지 못하고 사회경제적으로 낮은 지위로 인해서 정부의 지원을 받고 있는 어리석은 78세의 농부인 Blomley가 그의 농장을 농부의 무능함을 알고 가격의 불공정함을 아는 자에게 그의 재산을 이전했다.

력으로부터 오는 것이고, 계약이 이러한 행동으로 인한 것이므로 불공정한 거래”라고 한다.

이 판례에서 Fulleager, J판사는 “형평법에서 법원이 계약의 목적 실현을 부정하거나 집행을 저지하도록 하는 원인은 너무나도 다양하지만, 일반적으로 빈곤과 어떠한 필요성, 병, 나이, 성, 몸이나 신체의 불구, 숙취, 무식이나 교육의 부족, 조언이나 설명이 필요한 곳에서 조언이나 설명의 부족 등을 들 수 있다. 이들의 공통적인 특성은 일방이 타방을 심각하게 불리한 상태에 빠뜨리게 효과를 가지는 것으로 생각된다. 불이익당사자가 거래(bargain)에 의해 손해를 입었다는 것이 모든 경우에 필수적인 것은 아니다”라고 한다. 이것은 오스트레일리아의 원칙을 지지하는 중요한 원리인데 다음과 같은 점에서 캐나다의 비양심성 법리보다 적용범위가 넓다고 할 수 있다. 첫째 거래의 불공정성을 증명할 필요가 없고, 둘째 불평등성을 발생시키는 원인으로 무식, (경제적)곤란, 정신적 불안으로 한정되어 있지 않다는 것이다.

위의 두 판례는 피폭리자의 요건에 대해서 판단하고 있지만, 폭리자의 요건에 대해서는 판단하고 있지 않다. 그렇지만 폭리자가 불공정성과 피폭리자의 불평등한 지위를 인식해야만 비양심적인 계약이 되는가에 대해서는 *Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio*³⁴⁾가 이에 대해서 말하고 있다. 이 판례에서 Gibbs, CJ판사는 “집행을 강제하고자 하는 당사자가 교섭하는데 우월한 지위나 다른 당사자가 처해있는 불리한 지위를 불공정하게 이용하는 것으로 생각되기만 하면, 적당한 衡平法상의 원칙에서 이 거래는 비양심적이 된다”고 하여 피폭리자

34) (1983) 46ALR 492, 423 and 427(HC) 이탈리아의 노부부인 Amadio가 자신의 아들의 채무에 대해서 무한책임을 지는 보증을 했다. 은행의 지배인은 이 부부가 나이가 많으며 영어의 구사능력이 모자라고 부부의 아들외에는 누구로부터도 조언을 얻지 않았다는 사실을 알고 있었다. 또한 은행의 지배인은 아들을 시켜서 피고로부터 서명을 받고 또한 보증인에게 아들의 회사가 은행의 고객중에서 가장 우수한 고객이라고 했다.

의 불리한 지위를 인식해야만 비양심적인 거래가 된다고 한다. 그렇지만 불공정한 이익이 어떠한 상황으로부터 추정될 수 있는지 혹은 의심할 만한 행위와 지식이 증명되어야 하는가에 대해서는 명확하지 않다.

4 뉴질랜드

비양심성 법리는 오랜 역사를 가지고 있지만 뉴질랜드에서는 비교적 최근에 비양심성에 대한 판례가 나타나고 있다. 최초로 비양심성의 법리에 대해서 언급한 것은 *Harris v. Richardson*³⁵⁾이다. 이 판례에서 Adams, J판사는 “기대상속인의 경우나 부당위압하에 있는 사람, 그리고 교육을 받지 못한 무식한 자들의 사이에서, 거래의 공정성에 대한 입증책임은 계약의 이익을 얻기를 원하는 사람에게 있다”고 하고 있다. 이 판례의 사실개요로 볼 때에는 비양심성의 법리에 의해 취소될 수 있음에도 불구하고 계약의 유효성은 인정되었다. 비양심성 법리에 의해 매매의 효력이 부정된 최초의 판례는 *Archer v. Cutler*³⁶⁾이다. 이 판례에서 McMullin, J판사는 “원고가 피고의 정신이 온전하지 못함을 인식하지 못하고 피고의 불리함을 이용하려는 것을 피고가 입증하지 못했지만, 원고는 최소한 그녀가 나이가 많다는 사실을 인식했고 그녀의 사정을 알고 있었다. 당해 거래에서 피고가 조언을 받지 못했고, 그의 정

35) (1930) NZLR 890, 917(CA) 현명하지 못하고 재정적인 문제에 있어서 경험이 없으며 조언도 없이 거래한 한 파산자가 실제보다 낮은 가격으로 생활상의 이익(life interest)을 매도한 경우이다. 그는 자유로운 행위를 할 수 있는 자(free agent)가 아니고 자신의 이익을 보호할 수 없었다. 매수인은 매도인이 생활고로 고통받고 있으며 재정적으로 궁박에 처해있다는 사실을 아는 교활하고 노련한 자금대여자였다.

36) (1980), 1 NZLR 386(S. C.) 피고는 혼자 살고 자신의 사무를 처리할 수 없으며, 사실을 정확히 판단할 수 없으며 중요한 문제에 대하여 知覺있는 판단을 할 수 없는 72세인 노파이다. 피고는 재산권을 그녀의 상태와 땅의 가치를 모르는 노련한 매수인이다.

신의 불건전함으로 발생한 교섭지위의 불평등이 계약당시 賣買價가 상당히 낮은 것이어서 계약당사자간에 이 거래가 비양심적이라고 할 수 있는 정도로 불공정한 경우에 효력이 문제가 된다고 생각한다”고 한다. 이 판례는 피폭리자의 사정을 인지하고 있는 것만으로 비양심성의 법리에 의해 매매를 취소할 수 있다는 것이어서 ‘폭리자의 지위를 이용해 야 한다’는 오스트레일리아의 요건과는 다르다.

조언자의 조언이 있고 이익을 잃은 자가 청약했다는 사정 등을 고려해서 비양심성 법리의 적용을 부정한 Hart v. O'Connor³⁷⁾판례도 있다. 이 판례에서 법원은 “매수인은 매도인의 정신이 불완전하다는 것을 알지 못했기 때문에 그는 무지에 대해서는 완전히 책임이 없다. 항소인이 매도인이 완전하고 세심한 조언을 받아서 앓고 행동하거나 조언을 받지 않았다는 사실을 몰랐고 의심할 이유도 없었다. 거래의 조건은 매도인의 변호사에 의해 제안된 것이고, 항소인이나 그 변호사가 제시한 것이 아니다. 衡平法上的 사기도 없었고, 불법행위(victimization)도 없었고, 이익도 얻지 못했으며, 衡平法을 개입시켜서 행위를 제한할 말한 다른 비양심적인 일도 없으며, 속임수도 없었다”고 하여 비양심성 법리에 의한 계약취소를 인정하지 않았다.

부당위압과 관련되어 있기는 하지만 최근에 비양심적 거래로 판단된 사건으로 Harlick v. ASB Bank Ltd³⁸⁾판례가 있다. 이 판례에서 Harlick은 부인과 딸의 채무를 보증하기위해서 ASB은행에 자신의 가옥을 담보로 제공했다. 그 당시 그는 퇴직했고 적은 연금만을 받고 있었다. 그에게 있어서 가옥은 거의 유일한 재산이고 그는 은행과 거래한 적이 없었다. 법원은 이와같은 경우에 부당위압이 추정될 수 있고 독립

37) (1985), 2 ALL ER 880(P.C.) 매수인은 정신적으로 완전하지는 않았지만, 매수인은 위탁상인이 정신이 불완전하다는 것을 알지 못했다. 거래행위가 신탁인의 사무변호사와 신탁인의 가족의 권유에 의해 행해지고, 가격이 실제적인 가격과 비슷했다.

38) (1995), 5 NZBLC

한 조언을 권고하지 않았기 때문에 비양심적인 거래로 취소될 수 있다고 했다.

IV. 비양심성 법리의 요건

비양심성의 법리를 이유로 계약을 취소할 수 있기 위해서는 1) 피폭리자(victim)에게 거래능력을 불평등하게 만드는 원인이 존재하고 2) 대가가 공정하지 않고 3) 피폭리자가 공정한 조언(independent advice)을 얻지 못했다는 요건이 필요하다³⁹⁾는 견해가 있고, “1) 약자가 중대한 능력부족(significant disability)일 것 2) 강자는 이 능력부족을 알았거나 알 수 있었을 것 3) 강자가 약자의 능력부족을 이용해서 비양심적이라고 생각되는 계약을 청약하거나 승낙함으로써 약자의 이익을 희생했을 것 4) 심각하게 적당하지 않은 약인(marked inadequacy of consideration)이 있고 강자가 이 사실을 알았거나 알 수 있었을 것 5) 개개의 상황에서 추정될 수 있는 절차적 부적절성(absence of independent advice)이 있었을 것”⁴⁰⁾이 필요하다는 견해도 있다. 이처럼 비양심성의 법리가 적용되기 위해서는 필요한 요건은 각자 다르지만, 대체로 비양심성법리가 성립하기 위해서 필요한 요건으로 피폭리자의 상황, 폭리자의 피폭리자의 상황인식, 약인의 불충분성이 있고, 독립한 조언의 결여가 있다.

이하에서는 각 판례에서 나타난 것을 분석해보기로 하자

39) Hanburg & Martin, *Modern Equity*, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1993, p.821.

40) Bowkett v. Action Finance Ltd NZ Conc p.191

1. 피폭리자의 요건

비양심성의 법리는 능력있는 사람들간의 계약을 조정하는 만병통치약이 아니다.⁴¹⁾ 따라서 비양심성법리로 보호를 받는 자 즉 약자(the Weaker)는 현저하게 거래능력이 부족할 것이 요구된다. 복귀권 매매를 제한하던 초기의 판례는 복귀권자라는 요건외에 특별히 능력이 없다는 요건이 필요하지 않았다. 비양심성의 법리가 복귀권 매매외에 일반적인 거래에 적용되면서부터 거래능력이 부족하게된 원인들이 제시되고 있다. 이 원인들은 어느 한가지에만 해당되면 되지만, 일반적으로는 개개의 판례에서 많은 요건을 열거하고 있다.

1) 高齡

계약당사자가 노령인 경우에는 약자가 되는 경우가 많다. Morrison v. Coast Finances에서는 70세인 미망인이고, Blomley v. Ryan에서는 78세인 노인, Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio에서도 노부부이다. Archer v. Cutler에서도 72세인 노파이고 Harlick v. ASB Bank Ltd에서는 퇴직한 후 연금을 받고 있는 사람이다.

2) 貧困

계약당사자가 빈곤한(poor) 경우에는 피폭리자가 될 수 있다. Fry v. Lane에서 빈곤하다는 요건으로 처음으로 도입되었고 Cresswell v. Potter에서는 당사자는 거의 수입이 없었으며, Harlick v. ASB Bank Ltd 판례에서는 연금생활을 하고 있는 자로서 담보로 제공한 가옥이 유일한 재산인 경우이다.

41) Bridge v. Compell Discount, (1962)AC 600, 626.

3) 無經驗

계약당사자가 거래경험이 없는 경우에는 피폭리자가 될 수 있다. Morrison v. Coast Finances, Harry v. Kreutziger, Harris v. Richardson 등에서 무경험을 들고 있다.

4) 無知

계약당사자가 무지(ignorant)한 경우에는 피폭리자가 될 수 있다. Fry v. Lane, Waters v. Donnelly, Harry v. Kreutziger, Blomley v. Ryan, Harris v. Richardson에서 보여지는 용어들이다. 무지와 관련해서 생각해볼 때 주로 농부나 어부 등의 직업을 가지는 사람이 무지와 관련되는 경우가 많다.

5) 언어구사능력의 부족

약자로서 인정되는 사람중에 많은 사람들이 영어를 잘 이해할 수 없는 외국인이다. Harris v. Richardson에서는 영어를 잘 구사할 수 없는 인디언이고, Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio에서는 이탈리아인이다,

6) 기타 정신능력이 부족한 경우나 청각에 이상있는 경우 등이 피폭리자를 판단하는 요소가 된다. 또한 일반적으로 정상적인 생활을 지속하고 있는 경우라도 거래의 종류의 따라서 피폭리자로 판단되는 경우도 있다. Cresswell v. Potter에서는 전화교환수로서는 충분한 주의능력과 기술을 가지고 있다고 하더라도 거래능력에서는 약자일 수 있고 Griesshammer v. Ungerer에서는 간호사라 하더라도 댄스 교습에서는 약자가 될 수 있다고 한다.

2. 폭리자의 요건

1) 폭리자가 되기 위해서는 상대방의 능력부족을 이용할 수 있는 지위에 있어야 하고, 상대방의 능력부족과 상대방의 손실, 약인의 불충분성을 인식하고 있어야 한다. 이 폭리자의 지위에 있는 사람은 복귀권의 매수인, 이혼합의에서는 남편, 금전대차에서의 은행과 사채업자, 상당성이 없는 가격으로 물건을 매수한 매수인이다.

2) 폭리자의 인식은 상황으로부터 추정될 수 있다. 단 상대방은 자신이 인식하지 못했다는 것을 증명해서 추정을 번복할 수 있다(Hart v. O'Connor).

3. 현저한 약인의 불충분성

1) 오스트레일리아에서는 '일방이 타방을 심각하게 불리한 상태에 빠뜨리는 것이 중요하고, 불이익당사자가 거래(bargain)에 의해 손해를 입었다는 것이 모든 경우에 필수적인 것은 아니다'는 판례(Blomley v. Ryan)도 있지만, 비양심성의 법리가 성립하기 위해서는 약인이 불충분해야 한다. Fry v. Lane에서는 '아주 불공정하거나 약인이 중대하게 충분하지 않은(very unfair or transfer for a consideration which is grossly inadequate)'로 표현되어 있다.

이 요건은 캐나다의 비양심성 법리에도 도입되었고, Harry v. Kreutziger(1978)에서는 불공정성의 여부는 商道德의 社會的 基準(Community standards of commercial morality)에 의해 결정되어야 한다고 한다. 뉴질랜드에서도 Archer v. Cutler(1980)에서 받아들여졌고 Hart v. O'Connor(1985)에서는 가격이 실체가격과 비슷하다는 이유로 비양심적이지 아니라고 한다.

2) 영미계약법에서 捺印證書(deed)에 의해 작성되지 않은 계약을 강제(enforce)할 수 있기 위해서는 약인(consideration)이 있어야 한다.⁴²⁾ 약인은 상대방의 급부에 대한 반대급부로서 반드시 재산적 가치가 있을 것을 요하지는 않지만, 약인이 존재하지 않으면 강제할 수 없다. 상대방의 급부와 약인사이에 상당성이 요구되는가가 문제된다. 만일 약인에 상당성이 요구된다는 비양심적인 계약은 약인이 없다는 이유로 효력을 부정할 수 있게 되기 때문이다. 영국에서는 19세기 이후에 약인이론이 '교환의 본질'로부터 '대가거래과정'으로 변경됨에 따라 약인의 상당성을 요구하지 않게 되었다.⁴³⁾ 다만 약인이 현저하게 불균형적인 경우에는 비양심성을 입증하는 자료가 될 수 있을 뿐이라고 한다. 그렇지만 명목상의 약인(nominal consideration)은 약인이 될 수 없고, 명목상의 약인인가여부는 판단하기 쉽지 않다. 감정가가 475파운드에 물건을 150파운드에 매도한 경우,⁴⁴⁾ 65,000달러에 해당하는 물건을 8,500달러에 매도한 경우,⁴⁵⁾ 50,000달러를 청구할 수 있는 소송을 5,000달러에 화해한 경우,⁴⁶⁾ 17000달러의 가치가 있는 재산을 1,100달러에 매도한 경우,⁴⁷⁾ 간호사가 댄스 교습비를 지불하는 것 자체는 충분성이 있지만, 비용이 지나친 경우에는 불충분한 것이 될 수 있다⁴⁸⁾고 하고, 25,000 - 30,000달러의 가치가 있는 보험을 20,000달러로 포기한 것은

42) 양명조, 컨시더레이션의 법리와 미국계약법, 482면부터.

43) 19세기 이후부터는 common law는 약인의 상당성을 조사하지 않게 되었고, 형평 법원에서 비양심적 계약을 취소를 인정하게되었다고 한다(及川光明, 交渉力の不平等の法理に關する一考察, 比較法學 29卷 1号, 39면). 예를들어 포장지 3장 (three wrappers; Chapell & Co Ltd v. Nestle Co Ltd, (1960) AC), 거래도장 (tradeing stamps; Bulpillt & Sons Ltd v. S Bellman (1962)도 약인이 될 수 있다고 한다(Cheshire, law of contract, p. 73)

44) Fry v. Lane 주 15참조.

45) Zabolotney v. Szyjak (1980), 5 Man. R. 107(Q.B).

46) Beach v. Eames(1976) 82 D. L. R.(3d). 736(Co. Ct)

47) McArther v. McArther Estate (1982), 118 APRI0 (NBQBTD).

48) Griesshammer v. Ungerer (1958), 14 DLR(2d) 599, 604(Man. CA).

유효하다. 왜냐하면 양도가 불공정하다고 할만큼 낮지 않기 때문이다.⁴⁹⁾ 약인의 불충분성에 대한 입증책임을 폭리자에게 지우는 것이 일반적이다.⁵⁰⁾

4. 독립된 조언(independant advice)이 없을 것

1) 적극적으로 폭리자가 피폭리자의 상황을 이용하려는 의사가 필요하기는 하지만, 피폭리자는 지위와 평등하지 않다는 사실을 증명하면 비양심성이 추정된다. 이러한 경우에는 폭리자가 계약의 효력을 유지하기 위해서는 독립한 조언을 받도록 했다는 것을 증명하여야 한다. 조언이 독립된 조언으로 인정받을 수 있기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다.

첫째로 조언자(adviser)가 상대방과 완전하게 독립한 존재이어야 한다. 조언자는 상대방의 이익을 보호해야 할 의무가 존재해야 하는 경우에는 이 자로부터의 조언은 독립된 조언이라고 할 수 없다.⁵¹⁾

둘째로 조언이 실제로 적절한 것이어야 한다. 조언이 적절한 것이 되기 위해서는 조언자가 피폭리자의 재산상황을 알 수 있어야 하고 그렇지 않은 경우에는 독립된 조언이 아니다. Inche Noriah v. Shaik Allie Bin Omar⁵²⁾에서 Hailsham판사는 '수증자는 그 증여가 독립의사의 자유로운 행사에 의해서 행해진 것이라는 것을 증명해야 한다. 이것을 증명하는 가장 명확한 방법은 증여의 성질과 효과가 증여자에 대해

49) McCumber v. Mastin (1981), ILR 1-134.(Ont. HC).

50) Fry v. Lane 주 17, Harris v. Richardson 주 35참조.

51) Powell v. Powell (1900), 1 Ch.243.에서는 21세의 소녀가 계모에게 부동산을 증여하기 위해 사무변호사로부터 조언을 받았지만, 이 사무변호사는 계모의 고백이기도 했다.

52) (1929), A. C. 127사건은 사무변호사가 증여한 재산이 증여자 전재산이라는 것을 알지 못했기 때문에 증여의 결과로 그녀에게 어떤 상황에 놓이게 하는가에 대해서 증여자에게 아무런 말도 하지 않았다

서 완전하게 설명을 하고, 그녀가 스스로 무엇을 하고 있는가를 완전하게 이해한 후에 증여가 행해진 것이라는 것을 입증하는 것이다. 조언자가 관련되는 상황에 대해서 모든 지식을 가지고 조언하는 것이고 또한 능력이 있고 성실한 조언자가 증여자의 이익을 위해서만 행동한 경우에 주어지는 것 같은 조언이어야 한다'라고 하여 조언의 적절성에 대해 말하고 있다.

셋째로 조언자가 피폭리자에게 중요한 사실을 전부 알릴 것이다.

의뢰인이 재산상태, 당해 거래의 액수가 의뢰인의 재산에서 점유하는 비율 등을 모르면 거래의 결과나 거래하는 것이 현명한가 아닌가에 대해서 의뢰인에 대해서 적절한 조언을 할 수 없다고 한다. Wright v. Carter⁵³⁾에서는 Wright는 재산의 일부를 자녀 2인과 Wright가 고용하고 있는 피고 사무변호사 Cater에게 양도하기로 했다. Wright는 제삼자인 사무변호사 A로부터 조언을 받아서 이 증서에 서명했다.

채권자들로부터의 추급을 두려워한 Wright는 1년후 Wright의 생존중에 Wright에 대해서 연금을 지불할 것을 約因으로 현재 Wright가 가지고 있는 모든 재산을 바로 어린이 2인에게 증여하기로 하고 사무변호사 T의 조언을 받아서 이 증여를 정한 날인증서에 서명을 했다. 그러나 Wright에 조언을 한 A와 T는 Wright의 재산상태에 관해서 아무런 정보를 가지고 있지 않았다.

조언자는 Wright의 재산상태, 현재의 수입, 장래의 수입의 전망, 등을 알고 있어야만 유효한 조언을 할 수 있는 재료를 가질 수 있고 그와 같은 정보를 가지고 있지 않은 자에 의한 조언은 추정을 반복할 수 없다고 판시했다.

2) 공평한 조언이 받지 않았지만 공평한 조언이 있었다더라도 계약을 체결했을 것이라고 인정되는 경우에는 독립된 조언을 거치지 않았더라도 유효하다고 한 경우도 있다.

53) (1903), 1 Ch. 27.

Toronto Dominion Bank v. Wong⁵⁴⁾판례에서는 영어를 잘 구사하지 못하는 중국의 노파인 Wong이 조언도 받지 않지도 아들을 위해 담보를 제공했지만, 담보설정은 유효하다고 한다. 왜냐하면 그녀는 그 돈으로 자기 아들을 도우기로 결정했고 그가 독립한 조언을 받았더라도 서명을 했을 것이기 때문이다.

V. 제정법에 나타난 비양심성 법리

비양심성 법리는 소비자보호의 움직임과 맞물려 1970년대이후 영국과 영연방국가들에서 제정법의 형태로 나타나게 되었다. 제정법의 방향은 다음과 같다.

1. 금융거래

캐나다의 10개 주는 법원에게 금전거래에서 이자가 과다하고 경솔하고 비양심적으로 계약이 체결된 경우에는 금융거래를 재조정할 수 있는 권한을 주고 있지만,⁵⁵⁾ 어느 정도가 과도한가 어떤 경우에 비양심적인가 등에 관해서는 특별한 기준을 마련하고 있지 않아서 형평법상의 기준에 의존하고 있다.

오스트레일리아에서는 비양심적이거나 경솔하고 강압적이거나 이자율이 과다한 부적절한(unjust) 계약인 경우에는 계약을 취소할 수 있도록 하고 있다.⁵⁶⁾

354) (1985), 65BCLR243(CA).

55) Unconscionable Transaction Relief Act, RSNS(1967), c.319, s.2; RSO(1980), C514, s.2

56) New South Wales Credit Act (1984)

뉴질랜드에서는 강압적, 경솔, 부당하게 책임을 지우고 비양심적이거나 상관행의 합리적인 기준에 위반하는 경우에는 효력을 부정하고 있다.⁵⁷⁾

영국 소비자 신용법⁵⁸⁾은 과도한 청구나 공정한 거래의 일반원칙에 반하는 신용거래로부터 구제를 인정함으로써 금융거래에서도 비양심성의 법리를 관철하고 있다.

2. 불공정한 상거래

몇몇 캐나다 주는 비양심적인 행위에 대해서 구제를 인정하는 입법을 가지고 있고, 부당압박으로 생각될 수 있는 상황으로 '현저하게 부당한 가격(grossly excessive price)', 가혹해서 형평법에 반한다고 생각되는 조항, 소비자가 지급할 수 있는 것보다 과도하게 지급할 가능성 등을 들고 있다. 또한 육체적 불구, 무식, 문맹, 합의나 비슷한 요소를 이해할 언어능력의 부족 등을 이유로 자신의 이익을 보호할 수 있도록 하고 있다.⁵⁹⁾ 이 법의 특징은 캐나다 형평법에서 요구하지 않던 폭리자의 행위에 관심을 두고 있다는 것이다.

영국에서는 '부당한' 계약의 효력을 부정하기 위한 요건으로 교섭력의 실질적 불평등, 자신의 이익을 보호할 수 있는 능력, 나이, 육체적·정신적 능력, 경제적 환경, 교육적 바탕, 문자인식능력, 공평무사한 조연과 상업적 혹은 다른 배경, 계약의 목적과 효과 등을 고려해야 할 요소로 들고 있다.⁶⁰⁾ 이 리스트에서 놀라운 것은 衡平法상의 원칙을

57) Credit Contract Act 1981, ss.9-11.

58) Consumer Credit Act 1973, section 137-139.

59) Business Practices Act, RSO(1980), c.55; SPEI(1977) c.31; Trade Practices Act RSBC(1979) c.406; Unfair Trade Practices Act, RSA(1980) c.U3 ; Consumer Protection Act SQ(1979) Bill 72.

60) New South Wales Contracts Review Act 1980, section 7, 9.

적용하는데 있어서 캐나다법원에서 고려한 것과 비슷하다는 것이다. 오스트레일리아의 상거래법⁶¹⁾에서 추가된 것도 비슷한 내용이다. 영국은 비슷한 입법을 가지고 있지 않고 그래서 衡平法상의 구제가 사용될 수 없는 영국의 소비자들은 제정법상의 구제는 부족하다는 것이다.

3. 면책 및 책임제한 규정

영국의 불공정약관법은 과실로 인한 사람의 사망 상해에 관계에서 비양심적인 약관을 규제하고 모든 거래에서 1979년의 동산매매법의 규정에서 벗어나는 계약을 금지하고 소비거래에 있어서 종류, 질이나 적합성에 관련되는 규정에서 벗어나는 계약을 금지하고 있다.⁶²⁾ 이 법에서는 기준은 당사자들의 상대적인 교섭지위의 힘에 대해서 특별히 언급하고 있다.⁶³⁾ 대부분의 캐나다 지역들은 동산매매법하에서 매도인의 의무로부터 벗어나는 계약을 금지하는 규정을 가지고 있다.⁶⁴⁾

이러한 계약조항들이 영국외의 다른 거래입법에서 있지 않을 이유가 없고 따라서 영국에서 많은 계약당사자가 장점을 가진다고 할 수 없다. 그들은 면책이나 책임제한 규정에 의해 보호되고 있지만, 신용거래가 아닌 다른 측면에 관한 구제수단이 없다.

4. 이혼합의

대부분의 캐나다의 지역은 부부재산에 대해서 제정법을 가지고 있고 그것중의 가장 전형적인 것은 Nova Scotia s.29⁶⁵⁾이다. “결혼계약이

61) Australian Trade Practices Act section 52A

62) Unfair Contract Terms Act 1977 ss. 6(1)(2).

63) UNTA 11(2) sch 2

64) Consumer protection Act ESO(1980) c. 87s.34; RSNS(1980) c.319, ss. 20C,D,E; Sale of Goods Act, Rsbc(1979)c.370, s.20

나 이혼합의에 있어서 당사자의 청구가 계약 혹은 합의가 비양심적, 일방당사자의 부당한 경솔이나 사기에 해당되는 요건에 충족되었을 때 법원은 공정하도록 계약이나 합의의 규정을 변경할 수 있다"라고 규정하고 있다. 이 규정은 단순히 법원에서 衡平法上的 원칙을 사용함으로써 이미 행해지고 있는 것을 제정법상의 권리로 부여하는 것에 불과하다. 이것은 衡平法上的 원칙에 관련된 제정법의 영향에 대한 공정한 평가이다. 제정법이 특별한 가이드라인을 제시하지 않은 곳에서는 결정은 衡平法하에서 동일한 정도이다. 법원이 제정법에 의해 거래관행입법에서처럼 특정한 요소들을 고려하도록 하는 곳에서 요소들은 Commonwealth 법원은 당사자들 사이에 불평등을 고려할 때 항상 사용된 것과 동일한 것이다.

그렇지만 법원은 제정법이 명백히 인정해왔던 이유들만 말할 수 있다. 법원은 제정법을 오랫동안 확립되어왔던 衡平法上的 원칙에 대한 보충적인 것을 제정법은 衡平法上的 원칙을 따른 것이라고 논의되어졌다. 어려움은 이러한 제정법의 실질적인 효과를 측정하는 것이다. 법원이 고려해야할 특정한 가이드라인이나 요소들은 법에서 증가되어 왔지만, 衡平法에서 집행이 허용되는 것이 뒤집히고 있다. 衡平法上的 원칙에 의해 결정되는 규정들을 비교할 때, 제정법이 특정한 사건의 결과에 더 영향을 주었다고 결론을 내리기 어렵다.

많은 나라에서 제정법들이 衡平法上的 원칙과 그 적용에서 차이점을 설명할 수 있는가에 대한 의문이 제기된다. 만약 영국이 제정법상의 구제에 대한 광범위한 규정을 가지고 있다면 이것은 衡平法の 역할의 부족을 설명할 수 있다. 그렇지만 반대이다. 제정법상의 구제 특히 거래관행에 대한 입법은 영국외에서 더 널리 사용된다. 위에서 결정된 것처럼 이 규정들은 명백하게 보호를 증가시킨 것은 아니고 그들은 衡平法上的 원칙의 적용범위를 제한할 것 같지도 않다. 그러므로 금전대차

65) Matrimonial Property Act, SNS(1980) c.9.

와 면책조항과는 별도로 영국의 계약들은 衡平法이나 제정법에서 무효로 되지 않을 것 같다.

VI. 결

영국의 형평법원에서 인정된 원리는 비양심성의 법리는 영국에서는 *Wester Minster Bank V. Morgan*의 판례에 의해 그 적용범위가 축소되어서 지금은 계약의 공정성을 확보할 수 있는 수단으로서의 의미는 상당히 축소되었다. 그리고 계약의 공정성을 달성하는 기능의 일부는 제정법으로 넘겨지게 되었다. 그렇다고 해서 지금까지의 판례가 무익한 것은 아니고 앞으로의 입법을 주도하고 이 제정법을 해석하는 기준으로서의 역할을 여전히 남아 있다. 이에 비해서 다른 영연방국가에서 비양심성의 법리는 영국보다 늦게 판례에 도입되었음에도 불구하고 현행법에서도 제정법의 방향제시와 해석기준으로서의 의미외에 개개의 계약에서 공정성을 확보하지 못한 계약의 효력을 부정하는 역할을 하고 있다.