

## 私的自治와 債務超過

金慶旭\*

### I 私的自治의 意義

私的自治란 개인이 자기고유의 의사에 기하여 자기의 법률관계를 스스로 형성할 수 있다는 原則을 의미한다.<sup>1)</sup> 이러한 원칙은 개인이 자신의 사적 생활관계를 자유로운 자기결정을 통해서, 즉 국가의 도움이나 후견없이 이를 형성할 수 있다는 것을 그 전제로 하는 것이다.<sup>2)</sup> 그러므로 私的自治는 시민의 자유와 자기결정을 위한 힘으로서 근대시민사회의 법질서의 기본원칙이다.

이러한 사적자치에 기초가 되는 인간상은 자유롭고 평등하게 想定된 추상적인 개개인 즉 경제생활에서 자유로운 自己決定을 할 수 있는 經濟的 人間이다.<sup>3)</sup> 국가는 인간의 자기사무에 대한 자기결정의 원칙의 한 단면으로서의 사

---

\* 영남대학교 법과대학 교수

- 1) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. (이하 das Rechtsgeschäft 라 한다), § 1, 1, S. 1; ders, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben (이하 FS DJT 1960, Bd. I 라 한다.); Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entfaltungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 19
- 2) Hans Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 20 Aufl., 1996 (이하 AT BGB 라 한다), § 2, II, 1, Rdn. 24
- 3) G. Spieß, Inhaltskontrolle von Verträgen - das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung?, DVBl. 1994 (이하 DVBl. 1994 라 한다), S. 1222

적자치를 허용함으로써, 원래 국가에 부과된 과업을 사적권리주체들에게 넘겨 준 것이 아니라, 차라리 국가는 실체적 권리에 전제가 되는 형성가능성을 개인으로부터 넘겨받아 법적인 강제를 통하여 이를 다시 개인에게 환원시키고 있는 것이다.<sup>4)</sup>

私的自治는 자기책임에 의한 생활형성의 기본사고에서 유래하고 계약자유 원칙으로 가장 잘 표출되어진다.<sup>5)</sup> 契約自由는 원칙적으로 私的約定을 국가의 간섭으로부터 자유롭게 그 리고 유효하게 맺을 수 있는 권리주체의 권능을 의미하는 것으로서<sup>6)</sup> 계약이 사적자치적인 형성의 기본적인 형태이므로 사적자치와 계약자유는 자주 동의어로 사용되기도 한다.<sup>7)</sup> 계약자유 원칙에 따르면 기본적으로 언제 누구와 어떠한 내용의 계약을 맺을 것인지가 각각의 개인에게 맡겨져 있으며<sup>8)</sup> 또 그와 같이 형성된 생활질서는 당사자 스스로를 구속할 뿐만 아니라 동시에 상대방도 구속하여 국가의 간섭이나 강제없이 법적 생활관계를 형성할 수 있는 가능성을 제시한다.<sup>9)</sup> 결론적으로 말해 이러한 계약자유 원칙의 내용은 관련당사자의 의지에 따른 법률관계의 자기결정적인 형성에 있

4) J. Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 609; L. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, Karlsruhe 1960 (이하 FS DJT 1960, Bd. I 라 한다.), S. 114 ff.

5) Hans Merz, Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit, 1970, S. 1 f.; B. Grün, Die Generalklauseln als Schutzinstrumente der Privatautonomie am Beispiel der Kreditmithaftung von vermögenslosen nahen Angehörigen, WM 1994 (이하 WM 1994 라 한다), S. 714; G. Hönn, Zur Problematik der Privatautonomie, Jura 1984 (이하 Jura 1984 라 한다), S. 57 f.; K. Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 37

6) 李宙興, 계약자유 의 헌법적 의미, 민사판례연구 13권 (91, 3), 391면

7) W. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 8, a), S. 12; M. Geißler, Die Privatautonomie im Spannungsfeld sozialer Gerechtigkeit, JuS 1991 (이하 JuS 1991 이라 한다), S. 619

8) H. Merz, a.a.O. (Fn. 5), S. 2; W. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 8, a), S. 12; G. Hönn, Jura 1984, S. 57 f.; B. Boemke, Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht, NZA 1993 (이하 NZA 1993 이라 한다), S. 532; L. Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958 (이하 JZ 1958 이라 한다), S. 1

9) 김상용, 계약자유 원칙과 그 제한, 사법연구 I (계약법의 제문제, 삼영사, 1983), 8면

으며, 계약자유 원칙의 의미와 기능도 또한 계약당사자들에 의한 법률관계의 자기결정적인 형성속에서 찾을 수 있을 것이다.<sup>10)</sup>

## II 私的自治의 實定法的 意味

私的自治는 원칙적으로 憲法的으로 보장되어 진다.<sup>11)</sup> 즉 사적자치는 인간의 일반적인 자기결정원칙의 일부분으로서 이는 법질서에 先在하면서도 법질서 속에서 실현되어야 하는 가치로서 自由民主主義를 표방하는 모든 나라의 헌법이 이를 보장하고 있다.<sup>12)</sup> 다만 우리헌법은 이에 대한 직접적인 명문의 규정을 두고 있는 것은 아니며 자유민주주의적 기본질서에 관한 헌법 전문과 헌법 제 4조 및 8조, 인간의 존엄과 가치에 관한 헌법 제 10조, 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다라고 규정하고 있는 헌법 제 37조 제 1항 등의 규정에 의해서 일반적으로 보장된다고 할 수 있을 것이다.<sup>13)</sup> 이렇게 사적자치가 憲法에 의해서 보장되고 있기는 하지만 이는 헌법이 사적자치를 허용하는 根本判斷만을 내리고 있는 것이고 그 형식과 한계는 私法에 의해서 정하여 진다. 그렇다고 해서 私法 즉 민법의 입법자가 임의로 법을 제정할 수 있다는 것은 아니며, 그는 항상 헌법에서의 사적자치의 허용이라는 근본결단을 존중하여야 한다.<sup>14)</sup> 또한 우리 民法도 契約自由에 관한 일반적인 명문의 규정을 두고 있지는 않으며, 다만 민법 제 105조가 "법률행위의 당사자

10) M. Wolf, a.a.O., S. 19

11) BVerfGE 70, S. 123; BVerfGE 72, S. 170; Claus-W. Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987 (이하 JZ 1987 이라 한다), S. 994; M. Wolf, a.a.O. S. 19 ff.

12) 송덕수, 사적자치에 관하여, 이화여대사회과학논집-11집 (91.12), 38면

13) 그 이외에 헌법 제 23조 (재산권의 보장), 제 15조 (직업선택의 자유), 제 21조 제 1항 (결사의 자유), 제 119조 (경제상의 자유) 등도 사적자치와 관련이 있다.

14) 송덕수, 앞의 논문, 4면: 李宙興, 계약자유 원칙의 의미, 민사판례연구 13권 (91. 3), 401면

가 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다"라고 규정하여 당사자는 법률행위가 강행법규에 반하지 않는 한 자유로이 이를 행할 수 있도록 하여 간접적으로 계약자유를 규정하고 있다고 할 수 있으며, 또 민법 제 103조는 계약자유 원칙을 전제로 한 규정이라고 해야 할 것이다.<sup>15)</sup>

독일 문헌에서의 지배적인 견해와 독일연방헌법재판소의 판례는 사적자치의 논리적인 시발점으로서 人格의 자유로운 신장에 관한 權利를 규정하고 있는 독일기본법 2조 1항<sup>16)</sup>을 들고있다.<sup>17)</sup> 독일기본법 제 2조 1항은 개인의 권리관계를 각자가 자유롭게 결정하는데 있어서 가능하면 넓은 자유재량을 인정함으로써 국가는 시민의 自己責任性 (Mündigkeit)과 自己決定權 (Selbstbestimmungsrecht)을 보장할 수 있게 된다고 한다. 그러므로 사적자치는 인격의 자유로운 신장을 위한 근본적인 매개체, 더 나아가 불가결의 전제조건이 되는 것이다.<sup>18)</sup> 또 사적자치는 독일기본법 1조에서 보장하는 인간존엄, 독일 기본법 20조 상의 국가의 근본이념과 민주주의의 원칙과 밀접한 관련을 가진다.<sup>19)</sup> 그 밖에도 사적자치는 사유재산권의 보장과 함께 시장경제체제의 제도적인 근간을 이루며, 私法上的 權利와의 관계에서도 경제주체의 경제적인 신장의 자유를 보장한다.<sup>20)</sup> 이러한 독일 기본법상의 규정 이외에도 § 241, 305 BGB는 계약자유 원칙을 규정하고 있다고 할 수 있다.<sup>21)</sup> 이러한 계약자유에 의해서 누구나 자신의 필

15) 김상용, 앞의 논문, 13면

16) 독일 기본법 제 2조 1항은 "모든 사람은 타인의 권리를 침해하지 아니하고 또한 憲法秩序 또는 道德律에 반하지 않는 한 자신의 인격을 자유로이 신장할 권리를 갖는다"라고 규정하고 있다.

17) Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 2, Rdn. 53 ff.; Schmidt-Bleitreu / Klein, Komm. z. GG, Rdn. 14; BVerfGE 8, 328; 12, 347

18) Canaris, JZ 1987, 994면; G. Spieß, DVBl. 1994, 1222면 이하

19) Canaris, JZ 1987, 994면

20) Hönn, Jura 1984, S. 60; 金相容, 계약자유 원칙과 그 제한, 계약법의 특수문제 - (83.12), 12면, 계약자유는 헌법 22조 1항에서 규정하고 있는 사유재산제에 따르는 것으로 해석한다.

21) B. Boemke, NZA 1993, S. 532; H. Brox, AT BGB, § 2, II, 1, Rdn. 24

요에 의해 (법률행위의 형성을 통해서) 자신의 책임의 영역에서 경제적인 활동을 할 수 있고, 자신의 생활관계를 증진시키고, 또 자신의 생존조건을 향상시킬 수 있다.<sup>22)</sup> 사적자치의 일반원칙에 대하여 계약자유 원칙의 특수성은 최소한 두 사람의 고유의 용무와 관련되어 있다는 것이다. 즉 계약에 있어서 일방의 의지가 결코 기준이 될 수 없다는 점이 여기에서 나온다.<sup>23)</sup>

私的自治 (계약자유)는 그것 자체를 위해서 법률제도로써 헌법에 의해서 보장되는 것이 아니라 그것이 자기결정의 원칙에 따른 법률관계의 형성을 위한 요소 (Ordnungselement)로서 적합하기 때문이다.<sup>24)</sup> 사적자치는 계약법에서 특히 信賴保護 (Vertrauensschutz) 또는 去來安全의 原則 (Verkehrssicherheit), 信義·誠實의 原則 (Vertragstreue), 契約의 適正性の 原則 (Vertragsgerechtigkeit)을 통해서 실현되어진다. 그러므로 사적자치는 법률관계의 임의적 형성을 위한 완전한 또는 절대적인 자유를 의미하는 것이 아니다. 이는 차라리 개념적으로 그 반대개념 (Korrelat)이라 할 수 있는 법질서 (Rechtsordnung)를 요구한다.<sup>25)</sup> Flume에 따르면 법률관계의 사적자치적인 형성은 오직 현행 법질서로부터 법률행위적인 형성의 행위유형으로서 승인된 행위를 통해서만 일어날 수 있으며 또 법률규정의 발현 (Rechtsfiguren)으로서의 법률관계만이 형성되어질 수 있다. 따라서 법률관계의 사적자치적인 형성은 그 형식과 내용이 법률규정에 의해서 결정 지워지게 되는 것이다.<sup>26)</sup>

법률규정은 그의 "命令과 禁止 (Geboten und Verboten)"를 가지고 개인에

22) M. Geißler, JuS 1991, S. 619

23) 물론 경우에 따라서는 일방당사자의 의사로서 충분한 경우가 있다: 현상광고 (§§ 657 ff. BGB), 해지 (§§ 553 ff., 621 ff. BGB), 취소 (§§ 119, 123 BGB) 등: G. Hönn, Jura 1984, S. 58

24) J. Taupitz, a.a.O., S. 1009

25) W. Flume, das Rechtsgeschäft, S. 1, 2, S. 1; ders., FS DJT 1960, Bd. I, S. 137; B. Boemke, NZA 1993, S. 532 f.; F. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 52 f.

26) W. Flume, das Rechtsgeschäft, § 1, 2, S. 1 f.; ders., FS DJT 1960, Bd. 1, S. 137; H. Brox, Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966 (이하 JZ 1966 이하 한다), S. 761; G. Spieß, DVBl 1994, S. 1223

의해서 얻어진 또는 자치적으로 형성된 영역 (Spielraum)을 침범하려고 하지 않는다. 차라리 법률규정은 당사자 사이에 사적자치적으로 형성된 합의를 법적 구속력이 있는 것으로 승인하고 법원에 의한 권리보호를 보장한다.<sup>27)</sup> 사적자치와 법률규정사이의 관계와 관련하여 사적자치는, 개인의 법적인 관련 (Beziehungen)으로 그리고 법적인 한계 속에서 그에게 관련되는 법률관계를 법률행위적으로 규율할 수 있는, 법률규정에 의해서 보장되고 보호되어지는, 개인의 가능성으로 이해할 수 있다.<sup>28)</sup>

### III 形式的 意味의 私的自治와 實質的 意味의 私的自治

#### 1) 形式的 意味의 私的自治

시장에서의 자유로운 경쟁을 통하여 객관적으로 조화로운 질서를 세우기 위해서는 국가간섭으로부터 자유로운 절대적 자유, 특히 직업의 자유, 소유의 자유, 사적자치 (계약의 자유)가 필수적이다.<sup>29)</sup> 사적자치라는 개념은 기본적으로 두개의 상이한 의미로 나누어 볼 수 있다. 그 하나는 形式的 意味의 私的自治에 관한 것이고 다른 하나는 實質的 意味의 私的自治에 관한 것이다.<sup>30)</sup> 그 발

27) H. Merz, a.a.O. (Fn. 5), S. 3

28) B. Boemke, NZA 1993, S. 532; W. Zöllner, Die politische Rolle des Privatrechts, JuS 1988, S. 329; H. Brox, AT BGB, § 2, II, 1, Rdn. 24; K. Larenz, BGB AT, 7 Aufl., 1989, § 2, II, S. 40 f.; G. Hönn, Entwicklung des Vertragsrechts, JuS 1990 (이하 JuS 1990 이라한다), S. 953; F. Bydlinski, a.a.O., S. 127;

29) 李宙興, 앞의 논문, 394면 참조

30) Ernst A. Kramer, Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 20 f.; H. Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit, und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), S. 53 ff.; L. Raiser, FS DJT 1960, Bd. I, S. 129; B. Grün, WM 1994, S. 714; G. Hönn, Jura 1984, S. 72; ders., Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 298 ff.; H. Merz, Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz

전과정은 형식적 의미의 사적자치로부터 실질적 의미의 사적자치로 되어졌다.<sup>31)</sup> 이 때 형식적 의미의 사적자치는 전통적인 의미에서의 사적자치라고 말할 수 있는데, 이는 당사자의 법적인 行爲可能性 (Handelnkönnen)과 법적인 平等 (Rechtsgleichheit)<sup>32)</sup>, 다시 말해 경제의 자기결정을 스스로 관철하는 자유, 경제의 자율적 활동의 자유를 보장하는 자유경제의 法的表現이라고 할 수 있다. 다른 한편 법적인 의미에서의 의사표시는 관련당사자의 현실의 정신적인 의사와 연관된다. 의사표시는 관련당사자에게 국가로부터 자유로운, 다시 말해 국가로부터 승인된 형성권한의 의미에서의 진정한 자치를 보장한다. 각각의 개인은 자신의 의사에 따라서 계약을 체결하거나 계약체결을 거부하는 것이다.<sup>33)</sup> 이와 같이 계약은 자유경쟁을 통하여 자유의사를 매개로 하여 이루어진다는 점에서 계약은 자유라고 인식되며, 이러한 의미에서 계약의 자유는 일반적, 추상적, 형식적 자유라고 한다.<sup>34)</sup>

형식적 의미의 사적자치의 가장 중요한 핵심은 意思表示의 合致를 통해서 그와 일치하는 내용의 법률행위를 성립시키는 法的인 權限이라 할 수 있다.<sup>35)</sup> 여기에서는 당사자들에게 적절한 현실적인 행위가능성이 실질적으로 주어졌는지는 문제로 되지 않으며, 다만 그것이 형식적으로 존재하면 족한 것이다. 그러므로 이러한 전통적인 개념이해의 주요문제점은 자치적인 권리형성에서 당사자의 현실적인 의사가 어느 정도의 범위에서 관철되어 질 수 있느냐 하는 것이다.<sup>36)</sup> 왜냐하면 평등을 전제로 하는 계약의 자유가 표방하는 "법 앞의 평등"의 배후에는 계약당사자 사이에 강한 경제적인 불평등이 잠복해 있기 때문이다.

---

der persönlichen Freiheit?, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Feb. 1965 (이하 FS für F. Böhm 이라 한다), S. 258

31) G. Hönn, Jura 1984, S. 72

32) B. Grün, WM 1994, S. 714; G. Hönn, Jura 1984, S. 72

33) G. Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 298

34) 李宙興, 앞의 논문, 394면

35) 이에 대해 Zöllner는 형식적인 사적자치의 개념에 이미 실질적인 의미에서의 개념까지도 포함되어 있다고 한다. 왜냐하면 당사자의 동의 없이는 임의의 규정을 성립시킬 수 없기 때문이다: W. Zöllner, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), S. 235

36) G. Hönn, Jura 1984, S. 72

다시 말해 형식적 의미의 사적자치와 관련하여 계약질서가 예정하고 있는 평등은 기회적 평등에 관한 법률적 평등이고 경제적인 평등은 고려되지 않고 있다. 따라서 계약당사자는 자신의 이익과 상황을 가장 잘 꿰뚫어 볼 수 있고, 계약적 타협이 일반적으로 이성적인 것으로 인정이 되고 그래서 계약은 그 자체로부터 정당성이 인정되는 것이다.<sup>37)</sup>

## 2) 實質的 意味의 私的自治

실질적인 사적자치의 개념은 형식적 사적자치의 영역에서는 고려할 수 없었던 문제점인 잠재적인 계약당사자의 불평등의 문제를 법적인 메커니즘을 통해서 극복하려고 시도하는데 이러한 개념자체도 일단은 형식적인 사적자치의 존재를 그 전제조건으로 한다. 여기서는 적절하면서도 실질적인 활동의 가능성(Handlungsspielräume)과 자치적인 권리형성에 있어서의 자기결정을 위한 적절한 힘이 중요하다. 이를 위해 형식적인 사적자치는 제한되어진다.<sup>38)</sup>

사적자치, 계약자유에 의한 개인의 競爭心의 刺戟과 개인적 주도에 의한 활발한 상품교환과 생산활동력의 증대로 19세기 후반기 이후로 자본주의가 고도로 발달하여 빈부격차의 顯著化·勞資對立의 激化 등 심각한 사회구조적 모순과 갈등이 생겨남으로서, 계약자유와 명목 하에 경제적인 강자에 의한 계약의 강제가 가능하게 되어, 계약자유와 원칙은 그 실질에 있어 "가진 자", "힘이 있는 자" 들의 자유로 바뀌어 경제적인 약자에 대한 합리적인 지배수단으로 이용되었다.<sup>39)</sup> 이러한 소수에 의한 자치의 강탈은 오히려 사회적인 통합을 방해하였고 또 이것은 사회적인 불공정으로 나타나게 되어<sup>40)</sup>, 결과적으로 사적자치의 원칙이 인간의 불평등을 심화시키는 부정적인 기능을 하게 됨으로 인해 계약당사자의 자기결정을 위한 "적절한 힘 (die angemessene Macht)"이 자치적 계약에 의한 권리형성의 법적인 承認要件이 되어야만 한다는 의식이 나타나

37) 李宙興, 앞의 논문, 395면

38) G. Hönn, Jura 1984, S. 72

39) 김상용, 앞의 논문, 15, 16면

40) 李宙興, 앞의 논문, 396면



게 되었다.<sup>41)</sup> 이러한 수정자본주의적 법이론은 사회국가·복지국가라는 이념 하에 국가에게 사회를 보호할 책무를 맡기게 되었으며, 이에 따라 私의自治는 사회자치로, 형식적 사적자치는 실질적 계약자치로 개념이 변화되고, 엄격히 구분되었던 공법과 사법의 관계도 긴밀하게 되었다.<sup>42)</sup> 이에 정의에 입각한 실질적인 자유와 평등의 사상이 강조되고 社會的 生存權 내지 社會的 生活配慮義務가 인정되고 또 공정한 이익조절을 위하여 국가의 후견적 배려와 통제·간섭이 요청되었다. 이러한 법경제이념의 변천에 따라 계약자유는 더 이상 지배의 도구가 아닌 동등화 (Koordination)의 도구로서 그 기능변화가 요청되었고, 사회법·경제법 등 규제입법과 연결된 이른바 신자유주의가 등장하게 되었다.<sup>43)</sup>

실질적 사적자치는 효과적인 그리고 특정의 범위에서 법규정을 통해서 정해진, 다시 말해 법적 장치의 적용을 통하여 (durch Verwendung des rechtlichen Instrumentariums) 자신이 진정으로 원하는 바를 현실적으로 실현할 수 있는 가능성으로 이해할 수 있다.<sup>44)</sup> 실질적 사적자치의 개념은 Walter Schmidt-Rimpler에 의해서 시작된 논의에서 처음으로 등장하였다.<sup>45)</sup>

계약자유와 관련하여 Schmidt-Rimpler는 계약자유와 契約의 適正性 (Vertragsgerechtigkeit) 사이의 기능적인 관련을 밝히려고 노력하였고<sup>46)</sup>, 그의 계약메커니즘의 정당성 보장이론 (Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus)<sup>47)</sup>은 많은 지지를 받아왔다.<sup>48)</sup> 다만 Schmidt-Rimpler

41) W. Flume, FS DJT 1960, Bd. I, S. 147

42) 이러한 과정을 거쳐 계약자유라는 私法的 原則은 헌법이라는 공법질서 내지 최고법 규범의 지배하에 들어가게 된 것이다: 愼庸路, 계약자유와 헌법적 한계, 재판자료 (제 77집), 헌법문제와 재판 (下), 765면

43) 李宙興, 앞의 논문, 397면

44) Ernst A. Kramer, a.a.O., S. 20; G. Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 298 f.

45) H. Bartholomeyczik, a.a.O., S. 54

46) J. Limbach, Forum: Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985 (이하 JuS 1985 라 한다), S. 12

47) W. Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) (이하 AcP 147 이라한다), S. 130 ff., 특히 149 ff.; ders., Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: FS für Hans Carl Nipperdey (이하 FS

에 따르면 그가 말하는 계약에서의 正當性의 保障 (Richtigkeitsgewähr)이란 절대적이고 무제한적인 것은 아니며, 이는 다양한 요건이 필요하고 또 예외가 인정이 되는 것이다. 그래서 Schmidt-Rimpler는 후에 이르러 그의 정당성의 보장이 正當性의 推測 (Richtigkeitswahrscheinlichkeit)을 의미한다고 하였다.<sup>49)</sup> 이러한 점들에서 양당사자의 동의라는 계약의 조건으로부터 나오는 "정당성의 보장 (Richtigkeitsgewähr)"은 절대적이 아니라는 것을 알 수 있다. 그러므로 계약이 그 자체로서 정당할 수는 없으며 다만 정당성에 관해서 결정하는 權利主體와 審級의 수만큼의 正當性이 존재하게 된다.<sup>50)</sup>

Schmidt-Rimpler는 법률관계에 관여하는 한쪽 또는 양쪽 당사자가 원한다는 것으로부터 법률효과의 정당성이 어느 정도로 보장되어질 수 있는지에 대해 스스로 질문을 던지고 있다.<sup>51)</sup> 그의 견해에 따르면 계약의 의미는 각 개인에게 임의로 권리관계의 형성을 하도록 하는 것이 아니다, 즉 이는 意思의 支配 (Willensherrschaft)도 아니며 권리를 자신이 자신 스스로에게 부여하는 권능

---

für Hans Carl Nipperdey 라 한다), S. 1 ff., 특히 6 ff.; ders., Zum Vertragsproblem, in: FS für Ludwig Raiser (이하 FS für Ludwig Raiser 라 한다), S. 3 ff., 특히 5 f.

48) F. Bydlinski, a.a.O., S. 62 ff.; M. Wolf, a.a.O., S. 20, 67 ff.; Franz-J. Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972, S. 205 ff.; J. Limbach, JuS 1985, S. 12 ff.; J. Taupitz, a.a.O., S. 1009; H. Bartholomeyczik, a.a.O., S. 54 ff.; W. Henckel, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960), S. 113 ff.; P. Kreutz, Kritische Gedanken zur gerichtlichen Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen, ZFA 1975 (이하 ZFA 라 한다), S. 72; H. Brox, JZ 1966, S. 762; 부분적 비판: L. Raiser, FS DJT 1960, Bd. I, S. 101 ff., 특히 117 ff.; W. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 6, S. 7 f.

49) W. Schmidt-Rimpler, Zum Vertragsproblem, in: FS für Ludwig Raiser, S. 11 f.; Schmidt-Rimpler의 "타당성의 추측"에 대하여 M. Wolf는 "타당성의 기회 (Richtigkeitschance)"라고 한다. M. Wolf, a.a.O., S. 73 f.; J. Taupitz, a.a.O., S. 1009; P. Kreutz, ZFA 1975, S. 72; Bydlinski는 타당성의 가능성이라고 표현한다. F. Bydlinski, a.a.O., S. 126 ff.,

50) Franz-J. Säcker, a.a.O., S. 207.; J. Taupitz, a.a.O., S. 1009 Fn. 65; P. Kreutz, ZFA 1975, S. 72 (계약당사자의 의미에서의 "주관적 정당성"); M. Wolf, a.a.O., S. 73 f., Fn. 177

51) W. Schmidt-Rimpler, AcP 147, S. 149

을 수여하는 것도 아니라고 한다. 왜냐하면 계약은 法律行爲 (Rechtsgeschäft) 이지 法源 (Rechtsquelle)이 아니기 때문이다.<sup>52)</sup>

더 나아가 계약에서는 상대방 측의 동의가 꼭 있어야만 한다. 이러한 점을 통해 계약은 일정한 영역에서 국가의 간섭이 없이도 정당한 규정을 이끌어 낼 수 있다.<sup>53)</sup> 다시 말해 계약에 의한 권리관계의 형성에서의 당사자의 공동작용 (Zusammenwirken)<sup>54)</sup>은 법적인 정당성의 의미에서 서로 대립하는 當事者間의 利益의 適正한 調整을 이끌어 낸다는 것이다.<sup>55)</sup> 원칙적으로 누구도 추구할 만한 가치가 없다고 생각하는 법적 효과를 받아들이지 않으며 또 계약당사자들은 계약에서 서로 합의가 이루어져야만 하기 때문에 계약의 법적 효과 (Rechtsfolge)는 어떤 契約當事者에게도 不適正하지 않을 가능성이 크며, 또 모든 이기적인 부작정한 당사자의 意思가 조화를 이루어 정당한 결론에 이르게 된다고 한다. 이러한 점에서 계약메커니즘을 통해서 국가의 간섭없이 그리고 계약당사자의 개인적인 이익과 결정권을 존중하면서 정당성이 보장되어지는 것이다.<sup>56)</sup> 동시에 Schmidt-Rimpler는 현실적인 이익조정 (Interessenausgleich)은 계약당사자사이에 힘의 균형이 있을 때 또 관련당사자의 현실적인 힘이 상호영향을 줄 수 있고 일방적인 힘에 의한 계약체결이 강요되지 않는 경우에 가능하다는 점을 강조한다.<sup>57)</sup> 오직 이러한 계약메커니즘을 통해서 正當性概念 (Richtigkeitsgedanken)과 가치평가의 원칙이 실현되어질 수 있기 때문에, 契

52) W. Schmidt-Rimpler, AcP 147, S. 156, 159; L. Raiser, FS DJT 1960, Bd. I, S. 118; W. Flume, FS DJT 1960, Bd. I, S. 141; H. Brox, JZ 1966, S. 761

53) W. Schmidt-Rimpler, AcP 147, S. 149 ff., 특히 155 f.; ders., FS für Hans Carl Nipperdey, S. 6

54) 이에 대해 L. Raiser는 두 개의 이기주의의 단순한 調整으로부터 하나의 정당한 결론을 기대한다는 것은 비현실적이라는 비판을 제기하고 있다: L. Raiser, FS DJT 1960, Bd. I, S. 118

55) W. Schmidt-Rimpler, FS für Hans Carl Nipperdey, S. 6 f., Fn. 5; H. Bartholomeyczik, a.a.O., S. 54; W. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 6, S. 7

56) W. Schmidt-Rimpler, FS für Ludwig Raiser, S. 5 f.; ders., AcP 147, S. 155 f.; ders., FS für Hans Carl Nipperdey, S. 6; W. Flume, FS DJT 1960, Bd. I, S. 142; L. Raiser, FS DJT 1960, Bd. I, S. 118; H. Brox, JZ 1966, S. 762

57) W. Schmidt-Rimpler, AcP 147, S. 152, 157 ff., 특히 각주 34, Nr. 1; ders., FS für Ludwig Raiser, S. 13; F. Bydlinski, a.a.O., S. 62

約은 인간의 공동생활의 질서를 위한 수단으로서 법규에 의해 承認되어질 수 있는 것이다. 바로 여기에 사적자치적인 형성을 인정해야하는 이유가 있다고 한다.<sup>58)</sup> 이에 반해 계약자유의 인정근거를 개인의 인격의 자유 내지 인격전개의 자유에서 구하는 다른 견해도 있다. 이에 의하면 계약자유의 행사는 인격의 자유의 전개의 한 모습이 된다고 한다.<sup>59)</sup>

現在の 通說의인 견해에 따르면 법원칙으로서의 私的自治는 양당사자에게 자기결정 (Selbstbestimmung)의 실현에 있어서 適正한 利害調整이 이루어진 경우에만 실제로 적용될 수 있다고 한다.<sup>60)</sup> 그러므로 계약 상대방에 의한 강요된 의사결정이 아니라 자기결정을 위한 자기 고유의 힘을 가지고 각 개인이 대등하게 작용한다면 계약은 자기결정의 도구로서 올바르게 기능 할 수 있게 된다.<sup>61)</sup> 불평등한 힘의 분배에 의해서 사적자치의 자유로운 실현을 위한 실질적인 요건으로서의 경제적인 그리고 사회적인 평등이 欠缺된 경우에는 계약에 있어서 이익조정적인 기능이 부정되고, 구속적인 법질서의 하나로서 자동적으로 승인될 수도 없게 된다.<sup>62)</sup>

58) H. Brox, JZ 1966, S. 762

59) 김상용, 앞의 논문, 10면 각주 7 참조

60) W. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 7, S. 10; ders., FS DJT 1960, Bd. I, S. 143; M. Wolf, a.a.O., S. 73; G. Hönn, Jura 1984, S. 62; B. Grün, WM 1994, S. 714; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I (Allgemeiner Teil), § 4, S. 41; W. Schmidt-Rimpler, AcP 147, S. 152, 157 ff., 특히 각주 34, Nr. 1; ders., FS für Ludwig Raiser, S. 13; F. Bydliniski, a.a.O., S. 62; L. Raiser, FS DJT 1960, Bd. I, S. 106, 127 ff.

61) Franz-J. Säcker, a.a.O., S. 205 f.; J. Taupitz, a.a.O., S. 1009; W. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 7, S. 10; ders., FS DJT 1960, Bd. I, S. 143

62) BVerfGE 81, S. 254 ff.; J. Taupitz, a.a.O., S. 1009 f.; L. Raiser, FS DJT 1960, Bd. I, S. 106; Franz-J. Säcker, a.a.O., S. 209; H. Bartholomeyczik, a.a.O., S. 67 f.; W. Schmidt-Rimpler, FS für Ludwig Raiser, S. 13; P. Kreutz, ZFA 1975, S. 72

## IV 債務超過와 私의自治

오늘날 우리들의 일상에서 일정한 義務 (Verpflichtung)의 負擔을 그 내용으로 하는 계약들을 체결하는 것은 거의 회피할 수 없는 일이 되었다. 이론적으로는 우선 의무부담행위 (Verpflichtungsgeschäften)와 처분행위 (Verfügungsgeschäften)의 구별이 문제가 된다. 특히 의무부담행위의 경우 그 행위와 동시에 발생하는 채무는 대부분 곧 변제되기는 하지만 의무부담행위자체의 성질상 본질적으로 항상 채무부담 (Verschuldung)이 뒤따라온다. 다시 말해 債務負擔 (Verschuldung)은 계약을 통해서 실현되는 사적자치에 내재적 성질이라고 할 수 있을 것이다.

나아가 이러한 사적자치적인 계약을 통해서 債務負擔 (Verschuldung)을 넘어서는 債務超過 (Überschuldung)에 빠질 위험도 상존한다. 왜냐하면 현대 경제생활의 복잡성과 예측불가능성<sup>63)</sup> 때문에 누구라도 자신의 이익을 잘못 인식할 수 있고 또 자신의 경제적인 상황을 잘못 판단할 수 있기 때문이다. 나아가 개인은 경솔하거나 어느 정도는 비이성적일 수 있으며<sup>64)</sup>, 특히 어느 누구도 예측하지 못한 사태나 상황의 전개에 확신을 할 수 없기 때문이다.

위에서 살펴보았듯이 원칙적으로 사적자치는 개인에게 법에 의해서 금지되지 않는 것이면 모든 것을 할 수 있도록 하고 있다. 그리하여 의미없고, 비이성적이며, 비경제적인 계약<sup>65)</sup>은 구속력이 있는 반면에 선량한 풍속 (민법 제103조), 강행법규위반 (민법 제105조), 또는 신의성실의 원칙 (민법 제2조)에 위반되는 계약은 그 구속력이 없다. 개인에게 무엇이 意味없고 非理性的인 것인지에 대해 法律은 아무런 규정도 두고 있지 아니하다. 만약 법률이 개인에게

63) J. Limbach, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, 1966, S. 101 ff.; B. Knüllig-Dingeldey, Nachforderungsrecht oder Schuldbefreiung, 1984, S. 89; 특히 M. Lohmann은 예측할 수 없는 선택가능성과 다양한 판단가능성에 대해 이야기한다: M. Lohmann, Ein Vorschlag zur Reform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, AcP 150 (1949), S. 507

64) J. Taupitz, a.a.O., S. 1009, Fn. 65

65) 폭리행위가 되는 경우는 제외한다.

비이성적인 계약을 허용하고, 다시 말해 명시적으로 금지하지 아니하고 또 그의 개인적인 재정능력을 넘어서는 채무를 부담하는 것에 대해 아무런 법적인 보호를 해주지 않는다면, 法規에 의해서 구체화되어 질 수 있는 私的自治는 개인에게 실질적으로 "債務負擔 (Verschuldung)"과 "債務超過에 빠질 수 있는 權利"를 보장하고 있다고 이야기할 수 있을 지도 모르겠다. 실제로 계약체결의 시점에서 원칙적으로 어떤 계약을 체결할 것인지 또 어떤 범위에서 채무를 부담할 것인지가 계약당사자에게 맡겨져 있다.<sup>66)</sup> 이와 관련해서 Honsell은 자유라는 개념에 "과단"을 포함시키고, 자유시장경제로부터 "破産할 權利 (Konkursrecht)"라는 개념을 완전히 배제할 수 없다고 한다.<sup>67)</sup>

다른 한편 개인은 비이성적인 또는 비경제적인 계약을 맺어야만 債務超過에 빠지는 것은 아니다. 각각의 계약이 개별적으로는 이성적이고 경제적으로도 유리한 것이라고 할지라도 이러한 계약을 여러 개 체결한 경우 또 그 계약으로부터 부담해야하는 채무 (Verpflichtungen)가 전체적으로는 채무자의 經濟的 負擔能力을 넘어선다면 이는 곧바로 債務超過로 연결되는 것이다. 이러한 상황은 특히 여러 개의 계약을 동시에 체결하지 않고 연속해서 잇달아 체결하는 경우 쉽게 발생할 수 있다. 과거에는 이러한 문제로부터 나오는 위험은 별로 크지 않았다. 왜냐하면 雙務契約 (bei einem gegenseitigen Verpflichtungsvertrag)에서 채무자는 자신의 의무를 반대급부와 동시 이행 (Zug um Zug)으로 행해야만 했기 때문이다.<sup>68)</sup> 그러나 물품구매대금의 지불유예<sup>69)</sup>, 쉽게 얻을 수 있는 여신, 할부구매<sup>70)</sup> 등이 이미 일상이 되어버린 오늘날의 경제현실에서 우리 민

66) F. v. Rottenburg, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16. März 1989, WuB I E 2b. - 11,89, S. 705; D. Reinicke / K. Tiedtke, Zur Sittenwidrigkeit hoher Verpflichtungen vermögens- und einkommensloser oder einkommensschwacher Bürgen, ZIP 1989, S. 614

67) H. Honsell, Die Mithaftung mittelloser Angehöriger, JuS 1993 (이하 JuS 1993 이라 한다), S. 817

68) §§ 320, 322 BGB; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 320, Rdn. 1; V. Emmerich, MünchKommBGB, Bd. II, § 320, Rdn. 19, § 322, Rdn. 2

69) 예를 들어 민법 587조, § 452 BGB

70) 할부구매는 전체 구매가액을 즉시 현금으로 지불해야하는 것보다 경제적인 부담이 적어 보인다고 한다. 왜냐하면 보통 할부액은 당해 이행기에 받을 임금과 비교해보

법 제 536조 (§ 320 BGB)에서 나오는 "동시이행의 원칙 (Erfüllung Zug um Zug)"은 실질적으로 제한적인 효력밖에 없다고 해야 할 것이다. 오늘날 일반적인 상품구매에 있어서 조차도 契約當事者는 자신이 그 계약에 의해 부담하는 채무 (Verpflichtungen)를 부분적으로만 또는 심지어 전혀 이행하지 않았음에도 불구하고 자신의 계약상대방의 반대급부를 미리 받는 경우가 적지 않다. 이러한 경우는 더 나아가 계약당사자가 즉시 값을 능력이 전혀 없거나 그것을 구입함으로써 상당한 기간동안 검약하는 생활이 필요한 사람의 경우에도 마찬가지로 가능하다.<sup>71)</sup> 현실경제생활에서의 이러한 관행은 대금지불을 해야하는 채무자뿐만 아니라 그 계약상대방까지도 채무자의 재정상황에 대한 판단력을 잃어버리게 하고 이를 통해 채무자는 쉽게 債務超過의 상태에 빠지게 된다.

## V 마치는 글

17세기 이래로 사적자치는 그 중요성이 점점 더 강조되어 왔었다. 그러나 오늘날의 의미에서의 사적자치의 근거는 18세기에 이르러 성립했다고 할 수 있을 것이다.<sup>72)</sup> 19세기에 들어와서는 사적자치는 그 범위를 넓혀갔다.<sup>73)</sup> 개인은 더 이상 종교나 국가의 지배객체로서의 존재가 아니라 자신의 행위무능력으로부터 해방되어 인간다운 사회질서속에서 자신의 自己實現 (Selbstverwirklichung)을 이룰 수 있는 존재로 이해되었다.<sup>74)</sup> 여기에서는 시민의 형식적인 평등이

---

면 작은 액수에 불과하기 때문이다: W. Hadding, Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentencredits?, (이하 Gutachten zum 53. DJT 라 한다), 1980, S. 137 f.

71) W. Hadding, Gutachten zum 53. DJT S. 137

72) W. Flume, FS DJT 1960, Bd. I, S. 145; M. Wolf, a.a.O., S. 8 f.: 이 시기에 있어서의 사적자치는 봉건적 구속으로부터의 해방을 의미했다; F. Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 4 ff.

73) W. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 9, S. 15; ders., FS DJT 1960, Bd. I, S. 145

74) M. Geißler, JuS 1991, S. 620

강하게 강조되었으며, 실질적인 의미의 불평등은 아직 주의를 끌지 못하고 있었다. 물론 제한없는 사적자치 (eine schrankenlose Privatautonomie)가 가장 이상적이라는 생각은 이미 오래 전부터 공감되어 온 것이지만, 시장에서의 평등하지 못한 당사자의 힘을 통해 사적자치가 항상 위협될 수 밖에 없다는 것도 또한 사실이다. 여기에 사적자치의 영원한 딜레마가 있다.<sup>75)</sup> 이와 같이 무제한의 사적자치는 사회현실과 상당한 거리가 있었으며 그로 인해 사적자치는 시간이 지남에 따라 많은 제한을 경험했다.<sup>76)</sup> 즉 상대적으로 약한 계약당사자의 보호와 구조적으로 불평등한 계약당사자의 힘의 조정이 그것이다.<sup>77)</sup>

우리 憲法上 契約自由의 原則은 절대적인 것이 아니며 公共福利를 위해서 制限 될 수 있다. 이러한 한계는 公共福利와 實質的 契約自由의 保障이라는 목표 하에 公法과 私法の 각 영역에서 구체화되어 있다.<sup>78)</sup> 그러므로 오늘날의 의미에서의 사적자치는 자기결정의 원칙 (Prinzip der Selbstbestimmung)위에 이루어진 것으로 자유로운 자기결정이라는 조건이 실제로 충족되어질 것이 요구되며<sup>79)</sup>, 경제적 자유는 경쟁의 기초로서 교환가치를 실현하려는 것인 만큼 계약공정이 존중되어야 할 것이다.<sup>80)</sup> 다만 이러한 사적자치의 제한과 관련해서 주의해야 할 점은 일방당사자의 보호를 위한 사적자치의 어떤 제한은 다른 일방의 자유를 침해할 수 있다는 점이다. 그러므로 私的自治는 그 본질적인 내용에 대해서는 제한을 가해서는 안될 것이다.<sup>81)</sup>

다른 한편 이러한 사적자치의 본질적인 내용에 대한 존중과 더불어 필연적으로 나타날 수 밖에 없는 契約自由로 인한 계약당사자의 債務超過의 문제를 현실적으로 어떻게 해결해야하는가의 문제가 남는다. 채무자가 자신의 과실에

75) H. Bartholomeyczik, a.a.O., S. 57; W. Flume, FS DJT 1960, Bd. I, S. 143; L. Raiser, JZ 1958, S. 6

76) H. Honsell, JuS 1993, S. 817; K. Zweigert, "Rechtsgeschäft" und "Vertrag" heute, in: FS für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli. 1969 (Ius Privatum Gentium), 1969, Bd. II, S. 503

77) H. Merz, a.a.O. (Fn. 5), S. 3, 14; H. Honsell, JuS 1993, S. 817

78) 愼庸珞, 앞의 논문, 804면

79) BVerfG NJW 1990, S. 1470

80) 愼庸珞, 앞의 논문, 805면

81) G. Hönn, JuS 1990, S. 962



의해 채무초과에 빠진 경우는 논외로 하고, 社會構造的 不平等契約을 통해서 또는 채무자 자신의 과실없이 예를 들어 전혀 예측할 수 없었던 經濟狀況의 變化로 자신의 힘으로는 영원히 헤어날 수 없는 채무초과의 상태에 빠진 채무자의 경우에는 법이 그 채무자의 인간존엄적인 삶의 보장이라는 측면에서 그의 채무로부터 벗어 날 수 있는 어떤 해결책을 제시해 주어야만 한다. 이에 대한 해결방법으로 우선 생각할 수 있는 것이 사적자치, 계약자유라는 이름 하에 체결된 계약의 효력을 부정하는 것이 될 수 있겠으나 위에서 살펴보았듯이 사적자치, 계약자유 원칙 자체에 제한을 가하는 것은 한계가 있고 또 경제활동의 위축 등의 역작용을 생각한다면 완전한 해결책이 된다고 할 수 없을 것이다. 그러므로 당사자간의 계약의 내용이 일단은 사적자치의 본질적인 내용을 일탈하지 아니하는 범위내에서 (그러나 이는 실질적인 자기결정이 가능한 범위이어야 한다) 그 계약의 효력을 인정하여야 할 것이고, 이러한 제한으로부터 보호받지 못하는 채무자는 그 債務의 強制執行의 段階에서 보호를 해주면 될 것이다. 다시 말해 실체법상의 계약의 자유의 원칙과 그 제한의 조화뿐만이 아니라 집행법상의 채무자보호규정과 조화도 필요하다는 것이다. 구체적으로는 개별 강제집행법상의 押留制限에 관한 규정 (예를 들어 민사소송법 제 523조, 579조)이나 파산법상의 殘餘債務免責에 관한 규정 (파산법 339조 이하)을 통해 채권자의 보호만큼이나 중요한 채무자의 인간존엄적 삶이 보장되어야만 하는 것이다. 이러한 보호가 주어질 때에만 사적자치의 원칙의 유지도 그 정당한 의미를 가질 수 있을 것이다. 다만 우리 민사소송법과 파산법상의 관련규정들이 실체법상의 사적자치로 인한 피해를 실제로 어느 정도 적절히 완화해주고 있는지에 대해서는 더 나아간 연구, 검토가 있어야 할 것이다.