

契約自由에 관한 小考

李 好 珽*

<目 次>	
I. 序 論	1. 契約當事者間の 事實上の 不平等과 契約自由의 限界의 問題
II. 契約自由의 本質	2. 契約當事者에 對한 契約內容의 適正性保障을 爲한 制限
1. 契約自由의 概念	3. 社會利益을 爲한 契約自由의 制限
2. 契約自由를 認定하는 理由	
3. 契約自由가 적는는 意味	
III. 契約自由의 限界	IV. 結 語

I. 序 論

1912年 朝鮮民事令에 의하여 日本民法이 依用되게 됨으로써 우리나라에도 近代의 民法이 導入되었으며, 이로써 어찌든 우리도 近代民法의 基本原理의 하나인 私的自治 내지는 契約自由의 原則에 對한 信仰告白을 하였다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 近代의 民法의 繼受는 우리의 自主의 努力에 의한 結果는 아니었으며 植民統治를 爲한 方便으로서 日本에 의해 말하자면 떠맡겨진 것이었다. 물론 그 당시 우리나라에 近代의 民法에 對한 社會經濟的 및 道德的의 要請이 전혀 存在하지 아니하였다는 뜻은 아니다. 어찌든 近代의 民法의 우리나라에의 導入이 植民統治者의 손에 의한 것이었음은 否認할 수 없으며 導入의 歷史가 不幸한 것이었음은 明白하다.

또한 우리 民法의 模範型으로 되어 있는 독일民法은 유럽의 啓蒙思想과 독일理想主義哲學을 그 背景으로 하고 있으며 政治的으로는 近代의 自由民主主義 위에 立脚하고 있다.⁽¹⁾ 近代民法의 諸基本原理의 理念의 基礎인 이러한 諸思想의 發展은 李朝專制君主體制와 日本植民統治下에서는 매우 不充分한 것이었다. 個人의 自由와 自律의 존중이라는 칸트의 倫

*本研究所 研究員, 서울大學校商科大學 助教授

(1) Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*(1971), S. 8ff.; Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystem*(1962), S. 9ff.; Wieacker, *Das Sinnmodell der klassischen Privatrechtbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*(1953), S. 4ff.

理와 個人的 獨立과 自由를 강조하는 自由主義가 독일民法의 根柢를 이루고 있으며, 契約自由는 이러한 諸思想의 法的表現 중의 하나이다. 法은 다른 社會現象과 마찬가지로 한 나라의 文化發展의 所産인네, 社會經濟的 條件과 思想의 背景을 달리하는 독일法體系의 우리나라에의 移植은 여러가지의 문제점을 던져 주고 있다.

他人의 손을 통한 近代民法의 導入과 過去의 專制體制, 植民統治 및 今世紀에 있어서의 連續的 戰爭, 기타의 歷史的 事情은 自由主義發展의 障害의 要因으로 作用하였으며, 따라서 契約自由의 原則의 우리나라에서의 定着化의 條件은 매우 어려운 것이었다. 물론 우리나라에서도 時代的 思潮에의 參與와 함께 自由主義思想의 상당한 發展이 있었음은 否認할 수 없지만, 新民法이 施行된 現속에 있어서도 아직 만족스러운 것이 못됨은 인정하지 않을 수 없다. 人類文化發展의 成果로서의 自由主義를, 여러 모로 修正을 요하는 것이긴 하지만, 아직도 버릴 수 없는 價値로 인정한다면, 自由主義를 키우는 일은 그 發展이 不充分한 우리나라에 있어서서는 우리에게 부과된 중요한 課題 중의 하나라고 할 것이다. 이 말은 自由主義의 派生原理인 契約自由에 대해서도 그대로 適用된다. 反面, 20世紀 특히 第1次世界大戰 以來의 社會經濟的 變動은 自由主義 및 契約自由의 原則에 대한 여러 方面에서의 修正을 요구하고 있으며 실제로 契約自由의 範圍는 自由主義의 빛나는 勝利가 謳歌되었던 前世紀에 비하여 크게 좁아지고 있다. 現代社會의 一員인 우리나라에서도 自由主義 내지 契約自由의 濫用의 弊端의 是正은 喫緊하다. 따라서 우리 私法學은 契約自由의 伸張·育成이라는 近代的 課題와 그 弊害의 是正이라는 現代的 課題의 二重的 任務를 안고 있다고 할 수 있다.

이러한 諸課題의 解決을 위한 試圖로서 契約自由의 本質 및 그 限界의 문제를 고찰해 봄은 매우 有益한 일이라 여겨진다. 그러므로 本小稿에서는 契約自由의 本質, 契約自由의 限界의 문제에 관하여 특히 外國學者들의 見解를 길감이로 하여 考察해 보기로 한다.

II. 契約自由의 本質

1. 契約自由의 概念

近代私法學은 個人에게 그의 生活關係를 自己責任下에 形成할 수 있는 活動領域을 부여하는 私的自治(Privatautonomie)를 私法을 特徵짓는 基本原則으로 보고 있다.⁽²⁾ 契約自由

(2) Raiser, Vertragsfreiheit heute, *Juristenzeitung*(JZ), 1958, S. 1; Merz, *Privatautonomie heute-Grundsatz und Rechtswirklichkeit*(1970), S. 1ff.

는 이러한 私的自治의 하나의 現象形態이다.⁽³⁾ 私的自治의 原則의 內容은 當事者들의 意思에 의한 法律關係의 自決的 形成(die selbstbestimmende Gestaltung)이다. 즉 個人相互間의 生活關係의 形成을 當事者들의 自決(Selbstbestimmung)에 맡기고 國家 내지 法秩序가 이에 直接 介入·干渉하지 않는 것을 그 內容으로 한다.⁽⁴⁾ 이에 따라 契約自由의 意味와 機能은 契約當事者들 자신에 의한 法律關係의 自決的 形成에 있다. 즉 契約自由는 契約을 締結할 것이냐 아니냐, 누구와 어떠한 內容의 契約을 어떠한 方式으로 締結할 것이냐를 當事者들의 恣意(Willkür)에 맡기는 原則을 말한다. 따라서 契約自由는 契約締結의 自由, 契約相對方選擇의 自由, 契約內容決定의 自由와 契約方式의 自由를 포함하는 概念이다.

私的自治와 契約自由의 基本的 要素를 이루는 것은 個人的 自決 내지 自律이며 Flume는 특히 이것을 強調하고 있다.⁽⁵⁾ 法的으로 私的自治 내지는 契約自由의 原則은 다음과 같은 意味를 갖는다. 즉 첫째로 法秩序는 일정한 範圍 안에서 그의 命令에 의하여 私的 當事者間의 「私的關係」의 領域에 介入하는 것을 포기하였고, 둘째로 法秩序는 當事者들에 의하여 이 範圍 안에서 행하여진 合意를 法的拘束力 있는 것으로 인정하고 法院에 의한 法的保護를 부여할 用意을 갖추고 있음을 意味한다.⁽⁶⁾

契約法이 規律하고 있는 것은 주로 法的主體間의 商品 및 勞務의 交換關係이다. 國家가 이러한 法律關係의 當事者가 아닌 경우 이러한 法律關係의 成立과 形成을 當該法主體들에게 맡길 것이냐(自律, autonome Regelung), 또는 國家가 직접 이를 規制할 것이냐(他律, heteronome Regelung)의 문제가 일어난다. 이러한 法律政策的 原則問題에 대한 實定法的 解答은 當該國家의 憲法에 의하여 決定된다. 法治國家理念 위 에 서 있는 法秩序는 法的主體個人들에게 그들 상호간의 法律關係의 自律的 形成權能(Befugnis zur Selbstgestaltung)을 부여하지만, 集團主義의 理念위 에 서 있는 法秩序에 있어서는 이 문제는 순수한 國家組織的 合目的性判斷(eine rein staatsorganisatorische Zweckmäßigkeitentscheidung)에 의하여

(3) Wolf, Manfred, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich* (1970), S. 19. Merz 와 Wieacker 는 私的自治의 內容으로 契約自由以外에 所有權과 相續의 自由를 들고 있다(Merz, a.a.O., S. 2; Wieacker, a.a.O., S.5).

(4) Esser, *Schuldrecht I* 4. Aufl.(1970), § 11 I; Fikentscher, *Schuldrecht* 3. Aufl. (1971), § 21; Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II, Das Rechtsgeschäft*(1965), § 1, 1; Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*(1967), § 7 IV; Otfinger, *Vertragsfreiheit, Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht*(1948), S. 315ff; Wolf, a.a.O., S. 19.

(5) Flume, a.a.O., § 1, ders., *Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum Hundert-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages Bd. I* (1960), S. 135ff.

(6) Raiser, a.a.O., S. 1.

決定된다.⁽⁷⁾

오늘날의 意味에서와 같은 契約自由의 諸基礎는 18世紀 유럽에서 形成된 것이다. 이 時代에 契約自由는 封建的 諸束縛으로부터의 解放과 Maine의 이른바 “from status to contract”의 發展을 이룩하였다. 그 前時代에도 契約은 있었던 것은 아니지만, 契約에 대해서는 傳統에 의하여 固定된 封建關係의 範圍 안에서 오로지 限定된 機能만이 부여되어 있었다. 封建關係 克服後의 工業化의 發展에 따라 經濟的 躍進을 가져온 經濟的 領域에 있어서의 「다이나믹」은 이러한 前近代의 契約에게는 缺如되어 있었다. 이러한 「다이나믹」은 契約自由의 原則이 當事者들에게 法律의 範圍 안에서 自由意思에 基한 그들의 法律關係의 形成을 맡겼기 때문에 비로소 展開될 수 있었다. 그 結果 19世紀에 있어서는 契約은 社會的·經濟的 關係의 基本的 成立原因으로 인정되었으며 이 時期는 “the years of contract”라고 불릴 정도로 契約의 重要性이 강조되었다.⁽⁸⁾ 契約自由의 原則의 任務는 이 時代의 自由主義 思想에 따라 個人에게 國家的 干涉으로부터의 自由領域을 確保해 주는 데 있었다. 또한 이러한 自由領域 안에서 社會成員인 個人相互間의 關係가 個人들의 諸力의 自由로운 活動에 따라 展開되고 그들의 利益의 適正한 調整이 이루어지도록 하는 데 있었다.

法規範은 일정한 行爲를 命하는 命令의 規定(Gebietende Rechtssätze), 일정한 行爲를 禁하는 禁止的 規定(Verbietende Rechtssätze)와 일정한 行爲를 하거나 하지 않는 것을 法主體의 隨意에 맡기는 許容的 規定 또는 授權的 規定(erlaubende od. ermächtigende Rechtssätze)으로 構成되어 있다. 契約自由의 原則은 個人들이 隨意에 따라 그들 相互間의 關係를 일정한 限度 안에서 自律적으로 規律하는 것을 許容하고 있다. 따라서 契約自由가 인정되는 範圍 안에서 法規定은 原則적으로 Max Weber의 이른바 授權的 規定의 형태로 나타난다.⁽⁹⁾

2. 契約自由를 認定하는 理由

法治國家의 法秩序에 있어서는 形式的 意味에 있어서의 法律은 그것이 正義理念의 具體化로 간주됨으로써 客觀적으로 옳은 것(das sachlich Richtige)의 具體으로 理解되고 있다. 그러나 私法上의 法主體인 個人의 法律效果決定(Rechtsfolgeregulung) 즉 契約은 「立法者」가 가지는 이러한 客觀的 正當性의 根據를 갖고 있지 않다.⁽¹⁰⁾ 따라서 法理念의 要求를 首尾一貫하게 貫徹한다면 個人의 主觀的 恣意 따라서 例컨대 私法上의 契約과 같은 것은

(7) Schmidt-Salzer, Grundfragen des Vertragsrechts im Zivil- und Verwaltungsrecht, *Neue Juristische Wochenschrift(NJW)*, 1971, S. 5.

(8) Wolf, a.a.O., S.9, 참조.

(9) Weber, *Rechtssoziologie* (hrsg. von Johannes Winckelmann)(1967), S. 128, 129.

(10) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 8.

法的으로 承認될 수 없을 터이다. 그럼에도 不拘하고 法秩序가 이것을 인정한다면 그것은 私法上的 契約이 正義의 理念과 一致하는 데 대한 상당한 保障을 갖고 있기 때문이다. 그렇다면 法秩序가 契約制度 내지 契約自由를 인정하고 있는 理由는 무엇인가? 이 문제에 관한 學說들을 살펴본다.

1) Schmidt-Rimpler의 見解

Schmidt-Rimpler는 그의 名論文 “Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts” (「契約法改正의 基本的 諸問題」)⁽¹¹⁾에서 契約制度 및 契約自由의 根據를 契約메카니즘의 適正性保障(Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus)의 機能에서 구하고 있다. 즉 契約메카니즘의 이른바 適正性保障의 思想에 基하여, 契約原理가 어떠한 根據에서 契約內容의 適正性을 보장하고 있는지를 설명하고 있다. 契約메카니즘은 法律效果의 發生을 兩當事者의 同意에 依存케 함을 의미한다. 各當事者는 契約이 그의 利益에 合致되지 않는다고 생각될 때에는 그의 同意 즉 契約締結을 拒否함으로써 그의 利益을 지킬 수 있으며, 契約이 兩當事者의 利益에 맞는다고 생각될 경우에만 契約締結이 이루어진다. 各當事者의 利己主義는 相對方當事者의 同意의 要件에 의하여 制約되며, 따라서 契約메카니즘은 契約內容에 대한 當事者雙方의 同意라는 要件 때문에 當事者間의 調整의 正義(Ausgleichsgerechtigkeit)의 의미에서 合意事項의 正當性에 대한 保障을 提示한다. 즉 契約의 成立과 內容의 決定은 兩契約當事者의 合意에 의하여 이루어지므로, 當事者의 利益의 適正한 調整이 이루어질 수 있다고 한다. 契約的 合意의 方法으로 이루어지는, 兩當事者의 同意를 前提로 하는 商品 및 勞務의 交換의 自律的 處理는 그 限度에서 社會關係의 適正한 形成手段으로 될 수 있다고 한다.

2) 契約自由를 人格의 自由에서 導出하는 見解

私的自治 및 契約自由의 原則을 Schmidt-Rimpler와 기타 많은 사람들이 契約原理의 合目的性的의 見地에서 正當化하려고 努力하는 데 반하여, 契約自由의 根據를 人格의 自由(Freiheit der Persönlichkeit)에서 찾으려는 見解가 있다.⁽¹²⁾

契約自由의 價値를 合目的性에 구하는 學說들은 當事者들은 그들의 關係와 欲求를 가장 잘 通觀할 수 있기 때문에 그들의 法律關係를 가장 잘 規定할 수 있는 상태에 있다고 하며 國家에 의한 高權의 規律(hoheitliche Regelung)은 法社會成員間의 個個法律關係들의

(11) Archiv für Civilistische Praxis(AcP) 147(1941), S. 130ff.

(12) Wolf, a.a.O., S. 19ff.

多様性 때문에 非效果的이라고 한다. 契約과 契約自由는 특히 傳統的 拘束에 沮害받지 않고 生産力의 自由로운 展開를 可能하게 해주고 따라서 社會發展의 本質的 前提條件을 이루고 있다고 한다. 또 위 1)에서 말한 바와 같이 契約메카니즘에 의하여 契約當事者들의 利益의 最大限의 適正한 調節도 이루어진다고 한다.

그러나 契約의 自由를 個人의 人格의 自由에서 導出하려는 學者들은, 契約自由의 의미는 이러한 合目的性의 考慮에 그치는 것이 아니라고 한다. 私的自治 및 契約自由는 오히려 우선 첫째로 個人이 그 自身の 일을 規律함에 있어서 國家的 後見(staatliche Bevormundung)이나 第三者의 一方的 他決(die einseitige Fremdbestimmung durch Dritte)에 따름이 없이 그의 일을 그 자신의 責任下에 配慮할 수 있는 個人人格(Einzelpersönlichkeit)의 自由의 表現이라고 한다.⁽¹³⁾ 契約自由의 行使는 人格의 自由의 展開의 한 모습이라고 한다.⁽¹⁴⁾ 人格의 自由는 現代民主主義憲法들이 빠짐없이 인정하고 있는 基本的 價値이며 그의 保障과 實現은 法秩序의 任務이다. 물론 이 自由는 아무런 制約없이 展開될 수 있는 것은 아니며, 他人의 尊嚴性이나 人格도 존중해야 한다는 限界를 가지는 것이다. Kant의 말과 같이 自由의 一般法則에 따라 他人의 自由와 一致하는 限度內에서만 인정될 수 있는 것이다.⁽¹⁵⁾ 또한 이 自由에 의하여 이 自由의 主體인 個人自身の 人格價値도 실현되어야 한다. 人間의 人格과 尊嚴性의 이러한 關聯이 비로소 人格的 自由에 대하여 法秩序內에 있어서의 그 現實的 意味를 부여하며 私的自治와 契約自由를 우리 法의 基本原則으로 만든다고 한다.⁽¹⁶⁾

自決의 價値는 더 이상의 正當化가 필요없는 것이며 따라서 이러한 關聯下에서 Schmidt-Rimpler의 契約메카니즘의 適正性保障理論은 의미가 없다고 한다.⁽¹⁷⁾ 契約自由의 原則은 契約當事者 자신에 의하여 發見된 利益調整이 正義의 要求에 매우 높은 蓋然性을 가지면서 合致되기 때문이 아니라, 오로지 個人의 人格의 自由로부터 이끌어져 나오는 自己決定의 價値가 自己利益에 대한 自由로운 判斷의 可能性을 요구하고 있기 때문에 正當視된다고 한다.⁽¹⁸⁾

(13) Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II*, § 1, 1; Bydliniski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*(1967), S. 56; Wolf, a.a.O., S. 20.

(14) Wolf, a.a.O., S. 21.

(15) Kant, *Die drei Kritiken* (hrsg. von Raimund Schmidt), 1969, Kröner Verl., S. 391, 참조.

(16) Wolf, a.a.O., S. 20.

(17) Wolf, a.a.O., S. 20.

(18) Flume, a.a.O., S. § 1, 6a; Raiser, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift zum Hundertjährigen des Deutschen Juristentages*, S. 117ff.; Wolf, a.a.O., S. 20.

3. 契約自由가 지니는 意味

Schmidt-Rimpler의 見解에 따라 契約메카니즘의 契約內容의 適正性保障의 역할을 인정한다 하더라도, 契約메카니즘을 통하여 이루어진 契約當事者의 利害의 調整이나 兩當事者의 共通利益이 社會의 利益과 一致한다는 보장은 없다. 이것은 어디까지나 契約메카니즘과 관련된 契約當事者間의 適正性保障에 지나지 않으며, 契約內容을 「客觀적으로 옳은 것」(das objektiv Richtige)의 表現으로는 볼 수 없다. 즉 客觀的 正義의 立場에서 客觀적으로 契約內容을 判斷하는 경우와 社會全體의 利益을 고려하는 경우에 正當한 것으로 인정되는 것의 實現으로는 볼 수 없을 수도 있다. 따라서 두 가지의 문제가 일어난다. 즉 첫째로 當事者의 合意內容(그리고 그 限度에서 「主觀적으로 옳은 것」(das subjektiv Richtige))과 客觀的 正義의 諸基準과의 合致의 문제(契約自由와 當事者間의 客觀的 正義의 문제)와 둘째로 當事者의 合意內容과 社會全體의 利益과의 合致의 문제(契約自由와 公益과의 관계)가 그것이다.

契約自由의 原則은, 當事者의 自決 내지는 自律은 重要親함으로서 우선은 當事者間에 있어서의 契約內容의 主觀的 正義의 그 客觀的 正義에 대한 優位를 인정하며, 또한 當事者間의 主觀的 正義의 實現을 통한 社會全體의 利益의 自然的 實現을 기대함으로써 前者의 後者에 대한 優位를 인정한다.⁽¹⁹⁾ 契約自由의 原則은 個人에게 그의 利害關係에 대한 評價의 自由를 인정한 것이라고 할 수 있다.

1) 契約自由와 客觀的 正義와의 관계

契約自由에 基하여 契約當事者들이 정한 契約內容 즉 主觀적으로 옳은 것이 客觀的 基準에 비추어 判斷할 때 當事者에 대하여 客觀적으로 옳은 것(客觀的 正義)의 實現으로 볼 수 없는 경우도 있다. 즉 當事者들은 主觀적으로 그들의 契約에 의하여 그들의 利益의 適正한 調整이 이루어졌다고 생각하고 있지만, 契約內容을 客觀的 正義의 立場 즉 公平한 第三者의 立場에서 判斷할 때에는 當事者들 사이에 利益調整이 適正하게 이루어지지 않았다고 여겨질 때도 있다. 이러한 경우에 있어서의 契約內容의 主觀的 正義와 客觀的 正義와의 관계에 관해서 살펴본다.

契約을 客觀的 適正性의 基準에 따라 審査하는 것은 契約當事者들의 自決權能의 制限을 의미할 수 있으며, 또한 이것은 契約制度를 許容함으로써 個人들에게 그들의 法律關係에 대한 自決權能을 인정한 法的 基本原理를 실제로 다시 廢棄함을 의미한다. 私法上的 契約의 內容에 대한 一般的 統制를 인정한다면 個人의 自決權能의 空洞化를 초래하며 실질적

(19) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 9.

으로는 法律關係의 內容을 國家가 高權的으로 規制하는 것을 許容하는 결과로 된다. 즉 실질적으로 契約의 內容을 當事者들이 그 意思에 基하여 自律的으로 決定할 수 있는 自由를 빼앗는 길어로 되며 契約自由는 空洞化한다.⁽²⁰⁾

法治國家理念에 立脚한 法秩序에 있어서는 契約의 許容은 個人들에게 商品 및 勞務交換關係의 自律的 形成을 통한 人格展開의 可能性을 提供하는 하나의 原則決斷(Grundsatzentscheidung)이며, 이러한 法秩序의 決斷의 必然的 結果는 個人들의 自己責任下에 있어서의 自由로운 利害評價에 맡겨진 領域에 있어서는 國家가 個人에게 어떤 保護를 강제해서는 안된다는 것이다. 또한 法秩序는 當事者들이 행한 「主觀的으로 옳은 것」의 判斷, 즉 主觀的으로 옳다고 생각하고 내린 判斷을 承認해야 하며 原則的으로 當事者들이 決定한 바를 客觀的 正義의 基準에 따라 審査해서는 안된다는 것을 의미한다.⁽²¹⁾ 法治國家의 法秩序에 의한 法主體 個人 상호간의 法律關係의 自律的 形成權能의 承認은 客觀的 評價者의 立場에서 보면 當事者一方에게만 有利하거나 經濟的으로 無益한 契約도 原則的으로 法的 效力이 있다고 함을 의미한다. 즉 個人間的 商品 및 勞務交換關係의 自律的 形成의 自由는 內容的으로 一方的인 즉 當事者一方만의 權利나 義務만을 發生시키는 契約의 締結自由를 포함한다. 왜냐하면 法은 不利益을 입는 當事者가 契約의 內容을 意識하면서 또한 그 에 대한 利益과 不利益의 較量下에 締結하였다는 點과 또한 契約內容이 當事者間的 主觀的 正義의 의미에서는 適正한 것이라는 點에서 出發할 수 있기 때문이다.

私法契約이 當事者의 利益을 위하여 適正한 것이냐 어미냐를 客觀的 評價者의 立場에서 一般的으로 審査하는 것은 當事者들로부터 契約內容決定의 自由를 빼앗는 길어로 된다. 內容決定의 自由는 契約自由의 特徵的 「메르크말」이므로 契約의 內容統制의 一般的 承認은 契約自由로부터 그 本質을 剝奪하는 것으로 될 것이며 우리 法秩序 위에 定礎되어 있는 契約自由에 대한 制度的 保障을 侵害하는 것으로 될 것이다.

全體主義的 法秩序는 憲法的으로 私法契約의 內容統制를 許容할 수 있을 것이다. 왜냐하면 여기서는 契約의 許容은 순수한 國家組織의 合目的性的의 判斷에 基한 것이며 個人의 人格의 自由의 尊重에 基한 것은 아니기 때문이다. 그러나 法治國家의 法秩序에 있어서는 契約이 가지는 그 內的事物論理는 個人들의 合意內容에 대한 審査의 原則的 拋棄를 요구한다. 왜냐하면 他律的 拋棄와 個人의 自決의 許容은 客觀的 判斷基準에의 個人의 拘束의 否認과 結付되어 있으며 契約內容이 適正하나에 관한 最終的 判斷權能을 當事者들에게 부

(20) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 9.

(21) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 9.

여하고 있음을 뜻하기 때문이다. 따라서 契約自由의 인정은 필연적으로 契約內容에 대한 當事者들의 評價의 自治의 許容을 內容으로 한다. 當事者들이 契約內容에 관하여 事實적으로 適當하다고 생각하고 내린 判斷을 法秩序는 當該契約關係에 대하여 「客觀적으로 옳은 것」의 表現으로 간주해야 하며 法院은 그가 客觀的 基準에 비추어 옳다고 생각한 契約內容을 當事者들에게 強制할 수 없다. 따라서 契約自由는 民法에서는 强行規定으로부터의 自由라는 의미에서 法으로부터의 自由와 또한 契約當事者들이 自律적으로 정한 契約內容에 대한 法院의 統制로부터의 自由를 의미한다.⁽²²⁾

2) 契約自由와 社會의 利益과의 관계

契約當事者들이 정한 契約內容이 客觀的 基準에 비추어 볼 때 當事者를 위하여 適正한 것이냐의 문제와 契約內容이 社會의 利益과 調和되느냐의 문제는 별개의 문제이다. 이 문제도 契約制度에 부여된 任務에 의하여 영향받는다. 國家에 의한 財貨의 高標的 分配와 比較해 볼 때 最近利害關係者인 當事者들에게 財貨交換의 規律을 委任하는 것이 보다 더 合目的인 原理이며, 따라서 法秩序에 의한 契約制度의 許容은 個人的 利益 뿐만 아니라 社會의 利益을 위해서도 適切한 判斷이라고 할 수 있다. 그러나 契約當事者들의 利益과 社會의 利益이라는 두 개의 價値의 衝突可能性도 否認할 수는 없다. 따라서 兩者의 調和問題가 提起된다. 한편에 있어서 個人에게 契約自由를 인정하는 原則判斷은 社會公共의 利益의 侵害를 가져와서는 안되며, 또 다른 한편에 있어서 社會의 利益은 契約自由의 許容이라는 法秩序의 原則表明의 空制化를 초래해서는 안된다. 그러나 契約自由와 社會의 利益 사이의 이러한 內的關聯 때문에 兩者는 서로 排斥關係에서 있다고 할 수는 없으며 하나의 辨證法的 關係에서 있다고 보아야 한다.⁽²³⁾ 兩者間에 最大限의 調和를 發見하는 것이 契約法의 主要課題 중의 하나이다. 法治國家的 法秩序에 있어서는 이 경우 우선 個人的 自決의 許容이라는 原則判斷의 優位가 인정된다. 그 結果, 個人的 自決權能이 그의 利益 뿐만 아니라 社會利益에 이마지하기도 한다는 理由에서 法秩序에 의하여 承認되고 있다는 점에 비추어, 社會의 利益은 오로지 契約自由의 外的 限界로 될 수 있을 뿐이며 이러한 限界 안에서 個人行動의 自由領域이 最大限으로 開放되어야 한다.⁽²⁴⁾ 이것은 바로 當事者들이 이러한 範圍 안에서 그들의 契約의 事實上的 正當性을 最終적으로 決定할 수 있음을 의미한다.

3) 總 括

(22) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 9.

(23) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 10.

(24) Raiser, a.a.O., S. 119.

위에서 본 바를 整理要約하면 다음과 같다.

契約에 카니즘은 第一次의으로는 當事者間에 있어서의 契約內容의 主觀的 正義만을 보장한다. 그러나 契約自由는 當事者들이 내린 契約內容에 대한 主觀的 適正性判斷을 法秩序가 그의 客觀的 正義와의 調和라는 觀點에서 審査하는 것을 排斥한다. 즉 主觀的 適正性判斷은 契約內容의 適正性에 대한 最終的 判斷으로서 존중되어야 한다.

契約自由의 原則의 또 하나의 結論은 原則적으로 公益의 觀點下에서의 契約內容의 審査·統制의 不許이다.

III. 契約自由의 限界

1. 契約當事者들의 事實上的 不平等과 契約自由의 限界의 문제

위의 第Ⅱ章에서는 古典的 自由主義思想에 따라 理解된 契約自由의 의미를 살펴 보았다. 近代自由主義는 法的 平等과 競争秩序의 確立은 漸次 事實上的 平等을 結果한 것이라고 생각하였기 때문에 사람들의 事實上的 不平等의 側面을 無視하였다. 그러나 19世紀에 있어서의 産業革命은 事實上的 平等을 實現시키기는 커녕 오히려 不平等을 深化시켰으며, 自由의 原理와 平等의 原理의 乖離現象을 惹起시켰다. 自由主義는 이러한 事實的 不平等을 社會的 다윈니즘(sozial-darwinische Theorien)에 의하여 正當化하려고 試圖하였다. 그러나 人間의 經濟的·知的 不平等의 側面을 無視하였던 形式的 自由의 理念은 오히려 强者가 弱者를 支配하는 것을 뒷받침해 주는 支配이데올로기로 轉落하였으며, 社會的 弱者가 服從하여야만 하는 「社會的 強制의 法」(Recht des sozialen Zwanges)을 正當해 주는 구실을 하였다.⁽²⁵⁾ 自由主義理論의 缺陷은 社會諸力의 自然的 調和를 너무 지나치게 믿었던 데 있다. 社會諸力의 自由로운 活動 속에서 이루어지는 調和的인 自然的 秩序에 대한 自由主義의 지나친 期待는 充分히 充足되지 아니하였다. 契約에 카니즘의 適正性 保障機能 내지는 交換의 契約에 있어서의 當事者間的 給付와 反對給付의 調整 또는 均衡은 當事者들이 힘의 平等(소위 武裝의 不平等(Waffengleichheit))을 維持하고 있는 경우에만 可能的 것이다.⁽²⁶⁾ 法律生活에 있어서 契約自由를 통하여 當事者들의 利益의 適正한 調整과 個人의 人格의 自由로운 展開가 이루어질 것이라는 期待는 깨어졌다. 契約에 카니즘의 適正性 保障機能은 兩當事者가 그들의 利益을 契約協商過程에서 지킬 수 있는 事實上的 可能性 즉

(25) Ramm, *Einführung in das Privatrecht Bd. I* (1969), S. 67.

(26) Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, *AcP* 166, S. 30ff.

當事者들의 힘이 事實上的 平等을 前提로 한다.⁽²⁷⁾ 例컨대 契約當事者一方의 經濟力이 너무 커서 他方當事者가 실제로 前者가 정한 契約條件에 복종하지 않을 수 없는 경우에는 契約에 카니즘은 그 機能을 發揮하지 못한다. 經濟적으로 弱한 當事者의 意思表示는 契約內容을 檢討한 然後에 諾否의 自由로운 考量下에서 행하여지는 決心에 基한 것이 아니라 經濟적으로 強한 當事者가 一方으로 정한 契約內容에 대한 強要된 服從에 不過하다. 즉 經濟的 強者의 一方의 命令(einscitiges Diktat)에 대한 屈服이다. 그렇지 않을 때에는 弱者는 契約締結을 斷念할 수 밖에 없게 되며, 이것은 대부분의 경우 生活의 拋棄를 의미한다(이른바 take it or leave it). 廣汎한 人口層의 利益의 이러한 繼續的 無視는 社會的 不安의 助成要因으로 된다.

契約當事者들의 力關係의 不平等이 심할 때에는 當事者의 自決 내지는 自律을 인정하기 위한 存在條件이 存在하지 않는다. 따라서 契約內容의 適正性確保를 위하여 契約內容統制가 必要하게 된다. 즉 契約自由가 本來의 趣旨에서 逸脫하여 弱者를 착취하기 위한 強者의 武器로 濫用되거나 他人의 人格의 自由를 침해할 수 없을 정도로 濫用하는 데 濫用될 때에는, 그 限界가 그이지야 한다.

마찬가지의 말은 契約에 카니즘이 理想대로 움직이지 않는 또 하나의 경우에 대해서도 適用된다. 즉 복잡한 內容의 契約에 있어서, 一方當事者가 他方に 比하여 知的으로 현저하게 劣位에 놓여 있을 때에는 그는 契約 內容을 정확히 파악할 수 없으며 事實上 契約內容의 決定은 知的으로 優越한 者에 의하여 一方으로 이루어진다. 知的으로 優越한 者의 利己主義는 相對方의 意思 내지는 利己主義에 의하여 調節됨이 없이 그 뜻을 貫徹한다. 例컨대 大企業은 法律 및 經濟專門家의 힘을 빌려 長期間의 熟考 끝에 에게 有利한 상세하고도 복잡한 普通契約約款(allgemeine Geschäftsbedingungen)을 作成하여 놓고 契約締結에 즈음하여 顧客에게 이것을 契約內容으로 받아 들일 것을 強要한다. 그러나 顧客은 契約締結에 際하여 이 복잡한 普通契約約款의 內容을 席에서 檢討하여야 하는 處地에 놓일 뿐만 아니라 또 그 內容은 技術的으로도 복잡한 것이기 때문에 非專門家는 그 의미를 정확히 파악할 수 없는 것이 보통이다. 이와 같이 當事者一方이 他方に 比하여 심한 知的 劣位(intellektuelle Unterlegenheit)에서 있는 경우에도 契約에 카니즘은 그 任務를 수행할 수 없으며 契約自由許容의 基礎를 이루는 前提條件은 存在하지 않는다.

따라서 契約에 카니즘의 이른바 適正性保障은 그 機能上的 限界를 가지고 있다. 契約에

(27) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 130, 157—159 u. 165.

있어서 當事者雙方의 合意라는 要件은, 兩者가 契約內容에 영향을 줄 수 있는 事實上的可能性 내지는 協商相對方의 請約에 대하여 效果的인 統制를 할 수 있는 事實上的可能性을 가지고 있는 限에서만 契約內容의 適正性에 대하여 法이 인정할 수 있는 保障을 제공한다. 契約에카니즘의 根底를 이루는 前提條件 즉 當事者들의 平等과 그들의 決定의 自由意思性(Gleichheit der Parteien und Freiwilligkeit ihrer Entschlusses)은 동시에 契約制度의 機能能力的 限界를 이루며 適正性保障의 機能的인 內的 限界를 提示한다. 그 結果 契約에카니즘의 價値는 상당한 정도로 相對化된다. 즉 契約內容에 대한 當事者雙方의 同意라는 要件은 絶對的인 適正性保障이 아니라 相對的인 適正性保障만을 提供할 따름이다.⁽²⁸⁾ 契約에카니즘은 그의 事實上的 機能能力的 限界 안에서만 契約內容의 適正性保障을 주며, 契約當事者에 대한 自決權能의 부여는 社會的으로 適切한 法律關係의 形成手段으로 될 수 있다.⁽²⁹⁾ 이러한 限界 밖에서는 個人間의 法律關係의 形成은 더 이상 個人에게 맡겨질 수 없으며 法이 介入하여야 한다. 즉 個人에 의한 法律關係의 自律的 規律 대신에 國家의 高權的 規制가 들어서야 하며 契約內容의 適正性을 實現하기 위한 校正策이 강구되어야 한다.⁽³⁰⁾

契約自由의 制限에는 契約當事者의 利益을 위한 制限(契約當事者에 대한 契約內容의 適正性保障을 위하여 客觀的 正義의 立場에서 행하여지는 制限)과 社會의 利益을 위한 制限의 두 가지 경우가 있는 바, 아래에서 이 두 경우를 나누어서 考察하기로 한다.

2. 契約當事者에 대한 契約內容의 適正性保障을 위한 制限

1) 前述한 바와 같이 契約自由는 契約當事者들의 인정한 힘의 均衡을 前提로 한다. 따라서 當事者들의 經濟力의 不平等이 심하기 때문에 經濟的 劣位에 있는 一方當事者에게 심히 不公平한 契約이 締結되는 경우에는, 經濟的 强者의 契約自由는 契約正義(Vertragsgerechtigkeit)의 觀點에서 制限을 받아야 한다. 經濟力에 있어서 심한 差異가 있는 當事者間에서 一方에게 매우 不利한 內容의 契約이 締結되는 경우에는 契約에카니즘의 適正性保障機能은 作用하지 못하며 또 經濟的 劣位에 있는 當事者의 人格의 自由로운 展開은 阻害된다. 이러한 경우에는 弱者의 利益의 保護와 人格의 自由의 保障을 위하여 法秩序가 介入하여야 하며 强者의 契約自由에 대하여 弱者의 保護를 위하여 그 限界가 그어져야 한

(28) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 130, 157, 165.

(29) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 157.

(30) Schmidt-Salzer, Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit, NJW 1971, S. 173.

다. 勞働法의 出現이나 賃借權의 強化現象 등은 그 좋은 例이나. 契約當事者 사이에 甚한 知的 不平等이 存在하는 경우에도 마찬가지이다.

2) 契約自由의 制限과 去來安全의 문제

契約當事者들의 經濟力이 平等하지 않은 것이 一般的이다. 따라서 當事者들의 代價적인 經濟的 平等을 契約制度의 法的承認을 위한 不文要件으로 본다면 거의 대부분의 契約이 經濟的弱者保護의 觀點에서 法院의 審査를 받아야 하는 結果로 될 것이다. 따라서 債權者는 매우 限定된 範圍 안에서만 그의 契約上의 權利의 存在를 信賴할 수 있게 될 것이며, 이것은 궁극적으로 法的去來의 거대한 不安定性을 惹起시킬 것이다. 즉 當事者들간의 契約正義의 實現 때문에 契約에 基한 法律關係의 安定성과 確定성에 대한 公共利益이 侵蝕된 餘리가 있다.⁽³¹⁾ 이 점에서 契約當事者를 위한 契約正義의 要求와 法秩序가 또한 配慮하여야 하는 契約關係의 安定성과 確定성의 要求가 對立한다.⁽³²⁾ 우리는 이러한 두 개의 要求 중 어느 하나도 소홀히 할 수 없으므로 두 價値原則間에 適切한 妥協을 發見하여야 한다.⁽³³⁾

私法秩序가 當事者를 위한 正義의 價値原則 뿐만 아니라 去來安全에 대해서도 적절한 고려를 배풀어야 한다면 不平等한 經濟力關係에 基하여 締結된 契約은 原則적으로 法秩序에 의하여 인정되어야 한다는 結論이 나온다. 그러나 다른 한편에 있어서 經濟力關係의 差異는 法秩序가 또한 保障하여야 하는 契約正義의 侵害를 가져온다. 따라서 去來安全의 價値原則도 無制限으로 존중될 수는 없는 것이다. 契約正義의 要求는 去來安全의 要求와 調和되는 限에서만 고려되어야 하며, 後者도 또한 前者를 甚히 해하지 않는 限度에서만 존중되어야 한다. 兩價値原則은 이러한 식으로 서로 辨證法的 關係에 서며, 그들 사이에는 交互作用이 存在한다. 즉 그 一方은 他方에 의하여 限界지어지면서 또한 他方을 限界짓는다.⁽³⁴⁾

去來安全의 原則은 契約關係의 定型화와 일정한 限度內에서 個別的 契約關係가 지니는 個別的 諸特殊事情의 無視를 要求한다. 즉 契約關係의 安定성과 確實성을 필요로 하는 社會를 위하여 個人은 경우에 따라서는 어느 정도 不當한 것이더라도 受忍하여야 한다. 네냐하면 그의 利益과 社會의 그것을 較量하는 경우, 어떤 契約關係의 어느 정도의 不當性은 이를 참는 것이 法的去來의 安全性을 위태롭게 하는 것 보다 더 중요하기 때문이다.⁽³⁵⁾

(31) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 167ff.

(32) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 174.

(33) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 167; Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 174.

(34) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 174.

(35) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 168; Bydlinski, a.a.O., S. 131ff., 151.

다만 去來의 安全이라는 公共利益을 위한 個人利益의 이러한 희생은 前述한 不當성이 例外를 이루는 경우에만 正當視된다.⁽³⁶⁾ 個人主義의 社會國家的 法秩序下에서는 이러한 前提下에서만 社會利益의 優位가 인정될 수 있다.⁽³⁷⁾ 인정한 社會生活領域에 있어서 一方當事者의 經濟的 優越力下에 締結되는 契約을 不利益을 입는 相對方當事者가 어느 정도까지 甘受하여야 하느냐라는 認容의 限界의 문제가 발생한다. 이러한 문제에 대한 一般的 解答은 不可能하다. 法秩序가 이러한 契約에 대하여 法的効力を 인정할 것이냐 또는 拒否할 것이냐의 문제는 항상 具體的 事情에 따라 決定되어야 한다. 具體的인 個別的 케이스에 따라 法秩序가 當事者들의 經濟力關係에 介入하는 것이 契約正義의 觀點에 비추어 妥當視되는 경우도 있을 것이고 또한 去來安全의 法理 때문에 契約의 効력을 肯定하여야 할 경우도 있을 것이다. 어쨌든 이 문제를 다룸에 즈음해서는 항상 契約正義와 去來安全의 交互關係를 염두에 두어야 한다.

3) 契約自由의 制限의 方法의 問題

法秩序가 經濟力이 不平等한 當事者들이 締結한 契約關係에 介入하는 경우 그 介入方法이 문제된다.

經濟力에 있어서 不平等한 者 相互間의 法律關係에 대하여 法秩序가 當事者들의 決定權能을 아주 빼앗고 그 대신 直接 強行規定을 통하여 이를 規律하는 것은 너무 急進的인 方法인 것이다.⁽³⁸⁾ 法秩序에 의한 契約內容의 全面的인 強制的 規制는 法秩序가 優位를 인정하는 正義觀念을 貫徹하고 또 當該 契約當事者에게 正義를 보장해 주기는 할 것이다. 그러나 이러한 契約內容의 強制的 定型化는 늘 契約自由의 本質的 內容을 이루고 있는 것 즉 當事者들이 그들의 生活關係를 自律的으로 決定할 수 있는 可能性을 排除시킬 우려가 있다. 즉 個人的 生活關係에 대한 國家의 高權의 介入은 자칫하면 契約自由의 根柢를 이루는 것 즉 個人的 自決權能의 否認에도 이르지 않을 수만한다.

強行規定에 의한 契約에 카니즘의 訂正은 一般的으로 適切한 解決策이 못된다. 經濟力關係의 不平等에 의하여 제기되는 문제는 經濟的 强者의 不當한 利益을 위한 經濟力濫用の 防止에 있으며 契約內容의 規制自體에 있는 것은 아니다. 이러한 目的은 當事者들의 私的 自治를 廢止함으로써가 아니라 制限함으로써 達成될 수 있는 것이다. 國家의 高權의 介入에 의한 私的 自治의 廢棄에 의해서가 아니라 經濟的 强者의 經濟力濫用の 防止에 필요하고도 充分한 정도의 私的 自治의 制限에 의하여 이 문제를 解決하는 것이 法治國家의 私法

(36) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 167, 168.

(37) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 174.

(38) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 175.

의 構造原理에 보다 忠實한 것이다. 이것은 이른바 相對的 強行規定을 통하여, 다시 말하면 經濟的 弱者인 契約當事者(例컨대 勞動者나 賃借人 등)의 利益을 위해서만 法規定과 다른 約定을 許容하고 經濟的 强者인 契約當事者(例컨대 雇傭主나 賃貸人)의 利益을 위해서는 法規定과 다른 約定을 할 수 없게 함으로써 達成될 수 있다. 이러한 解決方法에 의하여 契約內容의 最少限度의 公正이 確保될 수 있으며 또한 個人의 自決機能에 대한 過度한 制限을 피할 수 있다.⁽³⁹⁾

契約自由의 制限을 위한 또 하나의 보다 善동장 있는 方法은 任意規範의 指導像의 機能에 立脚한 契約自由濫用의 防止이다. 이른바 rule of reason 에 의한 解決이다.⁽⁴⁰⁾ 즉 任意規定을 回避하는 契約條項을 是正할 것이나 아니나를 그 任意規定의 根柢에 놓여 있는 法秩序의 正義觀念에 비추어 審査하는 것이다. 例컨대 독일에 있어서는 經濟的 强者인 大企業이 任意規定을 恣의하여 그에게 一方적으로 有利한 內容의 普通契約約款을 訂해 놓은 경우, 이 普通契約約款의 不當한 條項에 法的 效力을 拒否하기 위한 目的으로 이 方法이 널리 利用되고 있다. 이러한 解決方法을 통하여 한편에 있어서 經濟去來上의 個人의 自決可能性이 確保되고 또한 經濟生活의 規格化 내지 圖式化를 피할 수 있고, 다른 한편에 있어서 個別의 경우의 具體的 狀況을 察작할 수 있고 또 任意規定의 指導理念에 따라 個別의 正義가 保障될 수 있다.⁽⁴¹⁾ 그럼으로써 個人의 自律과 法秩序의 正義의 要請사이의 緊張關係가 적절히 解決될 수 있다. 이러한 任意法의 規制機能과 指導像의 機能(Ordnungs- und Leitbildfunktion des dispositiven Rechts)⁽⁴²⁾에 의한 解決은 個人間의 法的去來의 許容을 통하여 追求하는 法政策的 目的과 아울러 契約當事者間의 契約正義와 去來安全의 價値原則의 諸要請을 充分히 만족시킬 수 있다. 물론 法秩序에 의한 契約內容의 統一의인 強制規格化 즉 全面的 強行規定化에 의한 契約法의 修正이 전혀 豫見되어서는 안된다는 것은 아니다. 다만 이러한 契約關係의 強制規格化는, 片面的 強行規定이나 他意法의 指導的 機能과 비교해 볼 때 매우 조잡한 武器이며 法秩序가 존중해야 할 個人의 自律이라는 理念에 비추어 볼 때 法政策的으로 그리 勸獎할 수 있는 方法이 아니라 함은 指摘했을 따름이다. 契約內容의 高權의인 強制規格化는 特別한 理由가 이를 正當化해 줄 때에만 인정하여야 한다.

契約메카니즘의 修正을 위한 또 하나의 方法으로 經濟法과 勞動法을 들 수 있다.

(39) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 175.

(40) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 175.

(41) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 175.

(42) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 175.

3. 社會利益을 위한 契約自由의 制限

契約에 카나즘은 契約當事者間에 있어서의 正義를 보장한다. 그러나 當事者들은 一般的으로 오직 그들의 利益만을 追求하므로, 雙方의 利己主義의 調整에 의하여 社會利益이 항상 實現될 것이라는 보장은 존재하지 않는다. 個人的 利己主義의 調整을 통한 公益의 自動的 實現이라는 思想은 오늘날에는 크게 說得力을 잃고 있다. 특히 카르텔契約의 例를 보면 이를 明白히 알 수 있다. 즉 當事者들은 競争制限的 約定에 의하여 利益을 얻지만, 消費者와 社會의 利益은 侵害당한다. 契約自由의 原則은 社會의 利益의 見地에서 契約의 適正性을 統制하는 것을 原則적으로 삼가할 것을 요구한다. 그러나 近代自由主義的 民法이 契約自由를 인정할 것은 社會利益을 전혀 無視했기 때문이 아니라 個人들의 自律的인 利益調整에 의하여 社會利益이 自然的으로 實現되리라고 믿었기 때문이다. 따라서 契約自由를 통한 個人的 諸力關係의 自由로운 展開에 의한 社會利益의 實現을 기대할 수 없는 경우에는 社會利益의 立場에서 契約自由에 대한 制限이 가해져야 한다. 契約自由에 의한 公益의 確保를 기대할 수 있는 生活領域은 當事者들의 契約에 맡길 수 없으며 公益은 強行規定을 통하여 직접 實現되어야 한다.

IV. 結 語

以上에서 契約自由의 意味와 그 制限의 문제를 살펴 보았다. 近代民法의 根柢에 놓여 있는 自由主義의 이데올로기는 個人人格의 自律 내지는 自決(Autonomie bzw. Selbstbestimmung)을 強調하며, 民法은 이러한 個人的 自決原則의 하나의 現象形態로서 私的自治 내지는 契約自由를 인정하고 있다. 이러한 契約自由가 結果한 것은 近代立法者들이 豫想했던 것과는 달리 항상 肯定的인 것만은 아니었으며 여러가지의 否定的인 側面을 露出하기도 하였다. 따라서 특히 今世紀에 접어 들면서부터 契約自由의 制限의 問題가 심각하게 論議되기 시작하였으며 실제로 契約自由는 前世紀에 비하여 크게 制限받고 있다. 그러나 우리가 眼中에서 항시 놓쳐서는 안되는 것은 近代私法의 指導理念인 自由主義는 비록 여러모로 修正을 필요로 하는 것이긴 하지만 아직도 우리가 지켜야 할 價値原理라는 점이다. Karl Popper가 正當하게 지적한 바와 같이 自由와 不自由의 對立·矛盾은 貧富의 對立에 걸코 못지 않은 憚이며,⁽⁴³⁾ 不自由는 經濟的 弱者에 대한 經濟的 强者의 착취에 뒤지지 않는 弊惡이다. 法과 國家는 人間을 위하여 存在하며 결코 그 反對가 아니라는

(43) *Revolution oder Reform?* Herbert Marcuse und Karl Popper, *Eine Konfrontation* (1971), S. 26.

自由主義의 確認⁽⁴⁴⁾ 아직도 否認할 수 없는 妥當性을 지니고 있다. 個人에게 自由가 부여될 때 비로소 人間生存의 意義가 실현된다는 信念은 民法의 基礎를 이루는 것이며 이러한 信念에 따라 法治國家에 있어서의 個人과 社會의 關係가 決定되어야 한다.

私法關係 즉 個人상호간의 關係에 대한 國家權力의 全面的인 또는 過度한 介入統制는 個人의 自由의 喪失과 全體主義에로의 轉落을 의미한다. 「餘他の 모든 國家形態와 市場規制原則을 除外한다면, 民主主義는 모든 國家形態 중에서 最惡의 것이며 競爭은 가장 부적당한 市場規制原則이다」라는 Churchill의 諧謔이 內包하는 眞理는 否認할 수 없다.

自由民主主義와 市場經濟原則은 基本的으로 維持되어야 한다. 왜냐하면 그것은 個人에게 自律을 인정하며 또한 獨立성과 自由로운 人格展開의 可能性을 부여하기 때문이다. 또한 이러한 自由를 존중하는 자는 그 濫用과도 싸워야 한다. 그러나 이러한 自由의 制限은 自由의 本質을 박탈하는 것이어서는 안되며 自由를 위한 自由의 制限이어야 한다. 國家權力의 強化나 統制自體를 위한 制限이어서는 안된다. 아담·스미스의인 「보이지 않는 손」이 이룩하지 못한 것을 國家의 손에 의하여 解決하려는 것은 妥當한 생각이지만 國家의 손 속에서 萬能的 解決策을 구하고 國家의 손에 의하여 모든 문제를 一擧에 解決하려는 態度는 매우 위험한 것이다.

無責任한 個人主義와 全體主義的 集團主義, 無政府狀態와 獨裁, 自由와 強制 사이에서 지혜롭게 調和點을 發見하는 일은 20世紀 私法學에 부과된 매우 어렵긴 하지만 꼭 이룩해야 할 課題이다.

(44) Oftinger, a.a.O., S. 323.