

社會定型的行爲論의 研究 (其二)

李 好 珽*

<目 次>	
I. 序 論	1. 法律行爲論의 테두리 안에서 解決 하려는 試圖
II. 法律行爲論(以上前號掲載)	2. 法律行爲論(내지는 契約法)의 테두리 밖에서 解決策을 구하는 立場
III. 社會定型的行爲論	V. 結 語
1. 生存配慮(Daseinsvorsorge)와 契約	
2. 社會定型的行爲論	
IV. 社會定型的行爲論에 대한 批判論	

III. 社會定型的 行爲論

1. 生存配慮(Daseinsvorsorge)와 契約

(1) 生存配慮의 給付關係

오늘날 대다수 사람들은 公的인 生存配慮(Öffentliche Daseinsvorsorge)에 의존하고 있다. 특히 現代의 社會福祉國家에 있어서는 이러한 生存配慮의 提供은 行政의 중요한 課題로 登場하고 있다. 어떤 면에서 보면 社會秩序維持라는 任務에 못지 않게 生存配慮의 提供은 國家의 중요한 任務라고 할 수 있다. 今世紀初부터 行政은 점점 더 단순한 秩序維持者로부터 生存配慮의 給付擔當者(Leistungsträger der Daseinsvorsorge)로 변모되어 왔다.^[221] 生存配慮의 擔當者의 중요한 課題에 속하는 것은 특히 公共交通(der öffentliche Verkehr)과 國民에 대한 가스, 水道, 電氣 등의 供給(Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser und Elektrizität)이다. Forsthoff는 이 밖에 「우편(Post)·電話·電報, 健康保障, 老人·廢疾者·病者·失業者에 대한 配慮」,^[222] 기타 「一般人 또는 客觀的基準에 의하여 정하여지는 일정한 範圍의 사람들로 하여금 有益한 給付를 享受하도록 하기 위하여 行政에 의하여 행하여지는 모든 것」^[223]을 生存配慮에 포함시키고 있다.

그런데 이러한 生存配慮의 提供者인 法的組織(rechtliche Organisation)은 多樣하다. 直接行政의 部分인 營造物(Anstalten), 間接行政의 公共營造物以外에 전적으로 私人的 손에

* 本研究所 研究員, 서울大學校商科大學 副教授

[221] Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger* (1938) 참조.

[222] Forsthoff, a.a.O.S. 7.

[223] Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 17. neubearbeitete Aufl.* (1958) S. 322.

의하여 운영되는 私法上の 企業形式 또는 國家 기타 公共團體가 참여하고 이에 의하여 영향을 받고 있는 半官半民企業 등 실로 多様하다.

公法上の 營造物도 그들과 給付利用者の 法律關係를 規律하기 위하여 公法的인 營造物 規則以外에 私法上の 契約을 利用하기도 한다. 電氣·가스·수도의 供給과 公衆交通의 運送手段의 利用의 關係의 規律을 위하여 私法上の 形成手段이 많이 利用된다. 生存配慮의 給付가 公共營造物에 의하여 私法上の 法形式에 따라 提供되고 따라서 公法과 私法의 接近과 錯綜이 招來되는 경우, 法體系의 兩大카테고리(즉 公法과 私法) 사이에 명백한 境界線을 긋기가 매우 어려워지기도 한다. 給付關係가 明白히 私法에 歸屬될 수 있는 경우에도 도대체 이러한 生活過程은 給付關係形成을 위한 通常的인 私法的道具 즉 契約에 의하여 處理될 수 있으나나 문제가 발생한다.

(2) BGB의 契約概念

19世紀와 BGB의 成立期에 있어서는 契約에 대하여 가장 큰 중요성이 인정되었었다. 19世紀는 私法的生活 특히 財產法과 去來法의 分野에서 될수록 國家의 介入·干涉을 排除하고 當事者들에게 그들의 法律關係의 自由로운 形成을 確保해 주려고 努力하였다. 따라서 私法의 領域에서는 契約이 個人 相互間의 給付關係를 成立시키고 規律하는 法的手段이다. BGB의 契約은 하나의 中性的인 法技術的 制度에 不過한 것이 아니라, 어떤 個人과 他人의 法律關係에 대한 立法者의 일정한 評價에 의하여 形成된 것이다. 19世紀의 歷史的·體系의 판데렌法學의 成果로서의 BGB가 立脚하고 있는 契約概念은 Kant의 古典的表現의 意味에서 「一人의 恣意가 他人의 그것과 自由의 一般法則에 따라 一致될 수 있는 諸條件의 總體」(Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann)를 이루는 것이다. BGB의 契約概念은 「自主적으로 그 자신의 生活關係를 通觀하고 形成하는 個人人格의 觀念」(Vorstellung der selbstherrlich ihre eigenen Lebensverhältnisse überschauenden und gestaltenden Einzelpersönlichkeit)을 前提로 하고 있으며 따라서 哲學的으로는 Kant의 人格의 自由의 思想위에 底礎하고 있다. 政治的·經濟的 側面에 있어서는 市民革命以後 19世紀까지 그 絶頂에 達했던 經濟的·政治的 自由主義가 그 基礎를 이루고 있다. 自由主義理論은 私法을 原則적으로 自由롭고 平等한 것으로 생각된 個人들의 서로 충돌하는 諸利益의 調整을 위한 메카니즘으로 보았으며 契約속에서 自由로운 個人들의 무수히 많은 요구와 目的設定을 個人的尺度와 價値觀念에 따라 自主적으로 規律하는 調節裝置를 發見하고 있었다. 近代私法에서는 契約은 任意의 종류의 債權法的給付關係의 效力根據로

이 있다. 契約은 當事者들의 個別的인, 그리고 自由롭게 展開된 決斷으로부터 나오는 意思表示의 法的 機能위에 立脚하고 있다. 契約의 締結을 위해서는 當事者들이 생각한 일한 法律效果를 目的으로 하는 서로 對立하는 意思表示들의 合致가 필요하다. 民法秩序 있어서의 契約의 任務는 個個 法主體들 사이의 多樣한 給付關係를 創設하고 當事者들의 願에 따라 이를 規律하는 데에 있다. 契約에 의하여 成立하는 이론마 "lex contractus"는 當事者들의 私的自治에 기한 法이며, 當事者들은 契約締結의 與否(ob)에 관한 決定과 契約內容 (wie)의 商談을 통하여 이러한 lex contractus를 스스로 創造한다. 當事者들은 이한 方法으로 서로 對立하는 그들의 利害關係를 調節할 수 있다.⁽²⁰¹⁾ 이러한 機能을 하 契約은 BGB의 立法者들이 눈 앞에 그렸던 自由主義的인 經濟秩序·社會秩序의 中心部을 이루고 있었다.⁽²⁰²⁾

(3) 生存配慮의 給付關係의 特徵

BGB상의 古典的契約概念의 이러한 社會的·經濟的·法政策的 諸前提들이 과연 行政法에 生存配慮라고 부르는 一般公衆에 대한 配慮的給付(Versorgungsleistungen)의 領域에서 發見될 수 있느냐? 이 문제에 관하여는 여러 學者들이 否定的解答을 하고 있다. ebert⁽²⁰³⁾는 生存配慮의 領域에서는 私的 自治의 形成에 大量的 (또는 集團的) 法律關係(massenförmige Rechtsbeziehung)가 등장하며, 그 集團의 性格(kollektive Struktur)·契約의 個別的·意思適合의 要素(individuelles, willensgemäßes Moment) 따라서 古典契約概念과 一致하기 어렵다고 한다. 그리고 生存配慮의 給付關係의 特性은 그 大量性(Massenhaftigkeit)과 一般의 利用可能性(Allgemeinzügigkeit)으로부터 나온다고 한다. 가스·수도·전기 등의 供給, 大衆交通手段(例: 버스·전차)의 利用과 같은 生存配慮의 給付는 그 生活必需性 때문에 每日같이 數十, 數百萬의 사람들에 의하여 大量的으로 利用된다. 따라서 生存配慮의 給付關係는 모든 사람이 이에 參加할 수 있도록 訂해져 있어야 한다. 또한 大量的으로 맺어지는 給付關係의 원활한 展開(glatte Abwicklung)를 위하여 이러한 給付의 利用關係의 內容은 統一化되고 定型化되어야 한다. 따라서 生存配慮의 給付關係의 大量性은 그 內容의 統一化와 定型化를 結果한다. 給付의 對價(例: 電氣·水費·가스의 料金, 버스·전차의 料金) 기타 給付關係의 內容은 料金表(Tarif), 一般去來約款(allgemeine Geschäftsbedingungen)에 의하여 統一的·定型的으로 訂하여진다. 이러

(201) Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 1. Aufl.* (1952) S. 170ff; Raiser, *Vertragsfreiheit heute*, JZ 1958, S.1ff. 참조.

(202) Siebert, a.a.O.S.14.

(203) Siebert, a.a.O.S.14. ff.

한 Tarif와 一般去來約款은 生存配慮의 給付의 提供者인 企業에 의하여 一方的으로 設定되며 그 適正性確保를 위하여 管轄官廳의 認可를 받게 되어 있다. 이와 같이 給付의 對價와 給付關係의 內容은 料金表나 一般去來約款에 의하여 미리 確定的으로 決定되어 있으므로 當事者들은 個別的으로 商談을 통한 合意에 의하여 이것을 정할 수는 없게 되어 있다. 給付의 利用者 즉 이른바 顧客(Kunde)들은 기껏 給付를 利用할(받을) 것이냐의 選擇만을 할 수 있을 뿐이며 이러한 選擇可能性마저도, 顧客들이 그들의 生活을 生存配慮의 給付에 依存하고 있기 때문에 事實上 存在하지 않는다. 따라서 生存配慮의 大量的給付關係에 있어서는 그 關係의 個別의 形成可能性(individuelle Gestaltungsmöglichkeit)이 缺如되어 있으며, 이것이 그 特徵이라고 할 수 있다.

Färmann⁽²⁰⁴⁾도 生存配慮의 給付關係에 있어서의 個人的 意思의 要素의 後退를 指摘하고 있으며 이러한 給付關係의 特徵으로서 生活必需性(Lebensnotwendigkeit), 無名性(Anonymität), 個別化不可能性(Nicht-Individualisierbarkeit), 大量的同一性(massenförmige Identität)을 들고 있으며, 이러한 特徵을 지니고 있는 給付關係는 이른바 大量的 法秩序(massenförmige Rechtsordnung)에 服한다고 한다. Bärmann은 그의 研究을 交通의 分野에 限定하고 있지만 그가 지적한 特徵은 기타의 生存配慮의 給付關係에 대해서도 그대로 해당한다.

그는 契約을 세계의 基本的 類型으로 分類하고 있다.

첫째로, 個人主義的 契約(der individuelle Vertrag). 이것은 古典的 契約概念과 一致한다. 이것은 아직도 全的으로 當事者의 意思의 形成力에만 의존하는 個人主義的 契約이다.

둘째로, 日常生活의 定型화된 契約(der typisierte Vertrag des täglichen Lebens). 이것은 個別의 形成(individuelle Gestaltung)이 점차로 場所的・時代的 慣習에 의하여 대체되는 日常生活에 있어서의 定型的 契約을 말한다.

세째로, 大量的・定型的으로 規格화된 契約(der massenförmige und dadurch typengeordnete Vertrag). 이것은 위에서 지적한 바 있는 諸特徵 즉 生活必需性, 無名性, 個別化不可能性과 大量型的同一성에 의하여 규정되는 大量的 契約이다. 여기서는 意思의 合致라는 傳統的 契約締結形式(herkömmliche Vertrags-Abschlußform der Willenseinigung)은 排除되며 現實的 行爲(reales Verhalten)——이에 대하여는 法律效果意思是 本質的인 것이 아니다——가 客觀的 法秩序(objektive Rechtsordnung)에 따라 權利關係의 成立과 存續期間을 決定한다.

Bärmann은 生存配慮의 給付關係를 成立시키는 것은 위의 第3類型的 契約이며, 이 경

(204) Bärmann, a.a.O.S. 68 ff.

에는 個人의 私的自治의 形成 내지는 契約成立에 있어서의 個人意思의 役割은 後退 내지 除된다고 한다. 따라서 傳統的인 契約概念과 法原理는 이러한 契約에는 適用될 수 없고 하며, 大量型的給付關係(massenförmige Leistungsverhältnisse)를 規律하는 法原理로 이른바「大量型的, 定型的民法秩序」(die massenförmige, typisierte Zivilrechtsordnung) 提案하고 있다.

이들은 Siebert와 Bärmann은 生存配慮의 給付關係成立에 있어서의 個人의 意思的要素의 重減少現象을 지적하고 있으며, 이른바 大量型的構造를 가진 契約關係(Vertragsverhältnis mit massenförmiger Struktur)에 있어서는 傳統的契約概念의 諸前提가 그대로 存在하자는다는 점을 강조한다. 生存配慮의 領域에 있어서 大量去來의 給付關係에 있어서의 個的形成可能性의 缺如(Fehlen jeder individuellen Gestaltungsmöglichkeit)는 Nikisch⁽²⁰⁵⁾ 타의 學者들에 의하여도 지적되고 있다.

이러한 大量型的契約에 대하여는 傳統的·古典的契約과 좀 달리 취급될 것이 요구되며 따라서 法도 이러한 요구에 대하여 고려를 베풀고 있다. 즉

첫째로, 契約內容의 法的規制(Normative Bestimmung des Vertragsinhalts)

法은 契約內容을 法的으로 規制함으로써 이러한 大量去來의 要求에 고려를 베풀고 있다.

通과 기타의 生存配慮의 給付關係는 여러가지로 行政機關의 監督下에 놓이게 되었으

나 給付關係에 適用되는 料金表는 行政機關의 認可를 받게 되어 있다. 이러한 料金表는

어 정도 規範의 效力(normative Wirkung)을 가진다. 즉 料金表의 內容形成의 意味는

個의 給付利用者에 의한 契約의 承認 (vertragliche Billigung)을 필요로 하지 않으며, 利

用關係가 成立하면 利用者의 意思와 관계없이 料金表가 利用關係 내지 契約關係의 內容으

로 된다. 利用의 對價뿐만 아니라 모든 利用은 規約의 性格을 가진 一般利用規則(allgemeine

Benutzungsordnung mit statutarischem Charakter)에 의하여 規範의 으로 규율된다.

둘째로, 締約強制(Kontrahierungszwang)

現代의 大量去來時代에 있어서는 모든 사람의 生活은 公衆交通, 가스·전기·수도 등의

給과 같은 이른바 生存配慮의 給付에 의존하지 않고서는 영위될 수 없다. 生存配慮의 給

付關係의 이러한 生活必需性 때문에 現代의 法秩序는 生存配慮의 給付의 提供者인 企業에

대하여 이른바 締約強制를 課하고 있다. 締約強制라 함은 Nipperdey의 古典的定義에 의하

면 「法秩序의 規範에 기하여 어떤 法主體에게 그의 意思拘束(Willensbindung)없이 受惠者

를 위하여 부과된, 受惠者와 일정한 內容의 契約 또는 公平한 第三者에 의하여 決定될 內

(205) Nikisch, a.a.O.S. 87.

容의 契約을 締結하여야 할 義務」⁽²⁰⁶⁾이다. 生存配慮의 給付關係의 特徵중의 하나는 企業에 일반적으로 存在하는 「營業의 義務」(Pflicht zum Betriebe)⁽²⁰⁷⁾이다. 이러한 義務는 대체로 締約強制와 結合되어 있다. 例컨대 電氣供給會社는 Energiewirtschaftsgesetz에 따라 一般的인 電氣供給義務를 진다.

(4) 大量的契約의 法的處理의 문제

生存配慮의 給付關係의 定型化(Typisierung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge)는 生存配慮의 企業側뿐만 아니라 그 給付의 購買人側 兩者의 主觀的目的과 目標에 따른 給付關係의 個別的形成的 可能性의 排除와 個別的形成的意思의 意味의 後退를 가져 온다.⁽²⁰⁸⁾ 즉 生存配慮의 給付關係는 定型化되어 있으므로, 給付提供者인 企業과 給付의 受領人인 個人이 그들의 主觀的 必要와 目的에 따라 個別的인 商談을 통하여 給付關係의 內容을 個別的·具體的으로 定할 수 있는 可能性은 거의 存在하지 않는다. 生存配慮의 給付의 定型化·統一化 缺이는 生存配慮의 企業에 의한 大量去來는 不可能하다. 따라서 이러한 企業은 定型化되고 統一化된 條件에 따라 給付를 提供한다. 이러한 給付의 受領人인 個人들은 그 給付의 生活必需性 때문에 企業이 提示한 條件에 服從하고 그 給付를 利用한다. 給付利用者의 個人的 생각에 따라 給付關係의 內容을 改치거나 달리 定할 수 있는 可能性은 存在하지 않는다. 따라서 給付關係의 內容決定에 대해서는 利用者의 意思는 거의 아무런 역할도 하지 못한다고 할 수 있다.

生存配慮의 領域에서는 個別的 契約(Individualvertrag)은 大量的契約(Massenvertrag)에 의하여 代替되었으며, 大量的으로 用意되어 있는 生存配慮의 給付는 定型化되고 代替的인 것으로 되었다. 또한 給付受領人和 企業의 需要와 特性은 그들의 個別的特殊性を 상실하고 따라서 人的인(persönlich) 性格을 잃고 物化되었다. 매일같이 同一한 形式으로 반복되는 給付關係는 當事者들에 의하여 習慣的으로(routinegemäß) 展開되며 當事者들의 意思形成은 「社會定型的으로」(sozialtypisch) 파악되며 既成의 것으로 생각되는 生活關係에의 自意的인 參加로 客觀化된다.⁽²⁰⁹⁾ 契約內容의 考量과 商談은 이러한 社會定型的의 行爲의 領域에서는 거의 역할을 못한다. 生存配慮의 企業의 相對는 個個의 個人이라기 보다는 社會의 全成員이며 이들의 一般的으로 同様の 需要를 만족시키기 위하여 같은 條件으로 같은 給付들이 提供된다. 契約關係의 選擇·個別化는 社會의 支配的인 社會定型的의

(206) Nipperdey, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag* (1920), S. 7.

(207) Siebert, a.a.O.S. 15.

(208) Siebert, a.a.O.S. 16.

(209) Siebert, a.a.O.

에 의하여 排除된다.

또한 生存配慮의 企業이 提供하는 給付는 生活必需的인 것이며, 社會全體가 그 生存을 위한 給付에 全적으로 依存하고 있다. 따라서 社會 내지는 國家는 그의 自己保持를 위하여 生存配慮의 企業에 대하여 여러가지로 統制를 가한다. 企業의 料金表는 行政官廳의 認許를 받아야 하며 企業은 締約強制를 받고 있다. 給付의 利用關係는 規約的인 利用規制에 의하여 規制되기도 한다. 이와 같이 生存配慮의 企業은 締約強制, 料金表, 規約的인 利用規制에 의하여 拘束받으므로 그의 契約自由도 制限받고 있다.

이와 같이 給付의 利用者와 企業의 契約自由는 실제로 크게 制限받고 있다. 특히 給付 利用者는 契約關係를 맺을 것이냐 거절한 것이냐, 즉 給付를 받을 것이냐 아니냐의 選擇권을 할 수 있을 뿐이다. 生存配慮의 企業과 給付利用者들이 給付關係의 形成에 影響을 줄 수 있는 범위는 매우 좁다. 또한 給付關係의 成立의 모습은 BGB가 머리에 그렸던 契約締結의 모습과는 다른 점이 적지 않다. 즉 給付關係는 內容의으로 이미 確定되어 있으므로 請約과 承諾의 意味에 있어서의 明示의 意思表示는 不必要한 것처럼 보이기도 한다. 企業側에서의 給付의 公開的提供(öffentliches Angebot)과 利用者側의 給付의 利用(Inanspruchnahme)이 給付關係成立의 通常의 모습이다.

따라서 도대체 生存配慮의 給付關係의 成立은 私의自治 위에 세워진 意思表示와 請約·承諾에 의한 契約이라는 法制度에 의한 것으로 파악될 수 있느냐의 문제가 발생한다. Haupt, Larenz, Simitis 그리고 BGH의 몇몇 判決과 Bremen地方法院의 한 判決은 生存配慮의 給付關係는 意思表示의 合致에 의한 契約締結에 의하여 成立하는 것이 아니라 事實的契約(Haupt, Simitis) 내지는 社會定型的의 行爲(sozialtypisches Verhalten) (Larenz)에 의하여 成立한다고 한다. 그들은 契約締結이외의 過程에 의한 契約關係의 成立을 인정한다.

以下에서는 Haupt, Larenz, Simitis의 生存配慮의 事實的契約關係論 내지는 社會定型的의 行爲論의 內容과 이와 관련된 독일法院의 判決들을 살펴보고 이러한 理論에 대한 批判 및 종래의 傳統的인 法制度와 私法理論에 의한 問題解決의 試圖를 考察하고 이 문제에 관한 洞見을 피력하기로 한다.

2. 社會定型的의 行爲論

(1) 學說

(A) Haupt의 社會的給付義務에 의한 事實的契約關係 (Faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialen Leistungsverpflichtung)⁽²¹⁰⁾

(210) Haupt, a.a.O.S. 22ff.

(a) Haupt는 다음과 같이 「社會的給付義務에 의한 事實的契約關係」의 理論을 展開하였다. 즉

契約關係의 成立은 항상 法律行爲의 合意(즉 契約締結)를 필요로 한다고 하는 BGB의 基礎에 놓여 있는 觀念은 契約當事者들이 契約上의 拘束(내지는 義務)을 發生시킬 수 있는 完全한 自由 속에서 意思를 決定하고 商談을 통하여 相互間의 義務의 內容을 決定할 수 있는 生活領域에만 限定된다. 現代의 大量去來에 있어서와 같이 同種의 給付들의 大量的 實現의 必要性(Notwendigkeit der massenhaften Bewältigung gleichartiger Leistungen)이 去來過程의 定型化된 機械化(typisierte Mechanisierung der Geschäftsabwicklung)를 結果한 곳에서는 위와 같은 觀念은 맞지 않는다.

버스·전차 등의 大衆交通手段의 利用이나 전기·가스·수도 등의 供給과 같은 生存配慮의 給付關係에 있어서는, 給付對價 및 給付條件 등은 料金表와 一般去來約款에 의하여 이미 當事者들이 움직일 수 없을 정도로 固定되어 있을 뿐만 아니라 企業에 대해서는 이른바 締約強制(Haupt의 말에 의하면 社會的給付義務)(soziale Leistungsverpflichtung) 즉 生存配慮의 給付를 提供하여야 할 義務가 課하여져 있다. 雙方에게는 決定의 自由가 전혀 存在하지 않는다. 이 경우 給付條件들을 利用者와 給付提供企業間의 法律行爲의 合意의 對象으로 보는 것은 별로 의미가 없다. 「이에 관한 契約은 虛空을 잡는 것이다. 왜냐 하면 合意할 것이 이미 아무 것도 存在하지 않기 때문이다.」(Ein Vertrag hierüber griffe ins Leere, weil es gar nichts mehr zu vereinbaren gibt).

例컨대 電車乘車의 경우, 電車會社가 一般的으로 大衆에 대하여 運送契約締結을 위한 請約을 하고, 乘客이 乘車로써 이러한 請約에 대한 承諾의 意思表示를 한다고 하는 식의 運送關係成立의 法律行爲의 構成은 契約締結의 本質에 맞지 않고 실로 「괴가 안 통하는 構成物」(ein recht blutleeres Gebilde)이다. 乘客은 通常 전차를 利用하는데만 依存하고 電車會社는 官廳에 의하여 認可된 料金表와 條件에 따라 運送할 義務를 진다. 그러므로 當事者들은 그들이 달리 정할 수 없이 確定되어 있는 것에 관하여 合意하는데 대해서는 거의 관심이 없다. 事實이 이따므로 이것을 法律行爲의 構成하기 위하여 法律行爲(契約)의 構成要件을 애써 짜낼 필요는 없으며, 大衆交通에 提供된 電車에의 乘車와 規定에 따른 利用이라는 事實이 直接 雙方의 權利와 義務의 成立을 위하여 決定的인 것으로 인정하여야 한다. 따라서 이 경우 法律行爲에 의한 權利義務의 成立을 云謂하는 것은 擬制(Fiktion)에 不過하다.

生存配慮의 領域에서는 生存配慮的給付의 利用의 事實을 法律關係成立을 위하여 充分하

다고 보는 것이 現實의인 生活過程에 알맞는 것이며, 法律行爲에 의한 法律關係의 成立을 인정하려고 하는 法構成的 迂路는 不必要하다. 이 領域에 있어서는 「現實이 事態(Sachverhalt), 生活, 그들의 職業, 그들의 活動을 통하여 當事者들을 그들이 원하는 원하지 않든간에 어리가지로 關係」지우며 「生活자체가 規律한다.」 다만, 生存配慮의 領域에 있어서는 請約과 承諾의 意味에 있어서의 契約締結에 의하여 成立하지 않지만, 法律行爲에 기한 法律關係와 同視할 수 있는 法律關係가 成立한다. 要件대 生存配慮의 給付關係 내지는 契約關係는 意思表示의 合致(契約締結)에 의하여 成立하는 것이 아니라 乘車 기타 전기·가스·수도 등의 利用과 같은 給付의 利用이라는 事實에 기하여 成立한다. 즉 法律行爲(契約)에 의한 契約關係의 成立이외에 契約關係의 事實上的 成立의 過程을 인정하여야 하며 이렇게 事實的 過程에 의하여 成立한 契約關係가 事實的 契約關係이다.

叙上한 바가 Haupt의 「社會的給付義務에 의한 事實的契約關係」의 理論의 素描이다.

Haupt는 이러한 事實的契約關係의 例로서 위에서 말한 電車乘車의 경우이외에 이른바 「스포츠飛行士事件」(Sportfliegerfall)을 들고 있다. 즉 어떤 스포츠飛行士가 事前通告없이 어떤 空港에 着陸하였다. 그러나 그는 着陸料를 支給하기를 거절하였다. 그리하여 有限會社인 空港은 이를 訴求하였다. 이 事件에 대하여 베를린 中區簡易法院(Amtsgericht Berlin-Mitte)은 스포츠飛行士와 空港사이의 空港의 右料使用에 관한 契約이 默示의으로 成立하였다고 인정하고 空港의 着陸料請求를 인정하였다. 이에 대하여 Haupt는 이 경우에 있어서의 默示的契約締結의 構成은 擬制로서 排斥되어야 하며 스포츠飛行士의 空港使用料支給義務는 「空港에의 着陸」이라는 事實만에 의하여 當事者의 意思와 관계없이 定型的인 事實的契約關係가 成立한다고 함으로써, 根據지우는 것이 타당하다고 하였다.

(b) 事實的契約關係와 관련된 諸問題

(aa) 行爲能力의 問題⁽²¹¹⁾

事實的契約關係에 있어서 行爲能力(Geschäftsfähigkeit)이 어떠한 역할을 하느냐의 문제가 발생한다. Haupt는, 事實的契約關係에 있어서는 意思表示가 存在하지 않기 때문에 行爲能力은 문제되지 않는다고 하는 結論을 導出하는 것은, 너무 圖式的이며 잘못이라고 한다. 이 문제에 대한 判斷은, 문제되는 生活關係에 있어서 事物의 事情에 따라 當事者들의 個人的 特性과 특히 當事者들에게 法秩序가 부여한 그들의 法律關係의 自律의 形成能力에 대하여 어떠한 意味를 인정할 수 있느냐 및 어떤 법위 안에서 이를 인정할 것이냐에 좌우된다고 한다.

(211) Haupt, a.a.O.S. 31.

電車乘車의 경우에는 行爲能力은 不必要하다고 한다. 왜냐하면 모든 乘客의 行爲能力을 確認하는 것은 大量去來의 圓滑한 展開(glatte Abwicklung des Massenverkehrs)를 저해하기 때문이라고 한다. Haupt는 社會的給付義務에 의한 事實的契約關係 즉 生存配慮의 領域에 있어서의 大量的인 給付利用關係에 관해서는 大量去來의 圓滑한 展開를 위하여 行爲能力規定의 適用은 排除된다고 하는 생각으로 기술고 있다.

(bb) 錯誤에 기한 取消⁽²¹²⁾

契約關係의 事實의 成立에 있어서의 錯誤를 理由로 하는 取消을 인정할 것이냐의 문제는 위에서와 비슷한 觀點에서 解答이 주어질 수 있다고 하며, 生存配慮의 領域에서는 原則적으로 取消은 不許되어야 할 것이라고 한다.

(cc) 法律違反과 良俗違反⁽²¹³⁾

事實的契約關係의 認定은 事實的契約關係의 全體法秩序와의 合致를 前提로 하는 것은 自明한 일이며, 따라서 事實的契約關係가 法律이나 善良한 風俗에 反할 때에는 法的 保護를 받을 價値가 없다고 한다(獨民 第134條, 第138條 참조). 無賃乘車者 (Schwarzfahrer) 나 盜電과 같은 給付의 詐取가 이에 해당한다.

(B) Larenz의 社會定型的行爲論

(a) 叙上の Haupt의 理論은 Larenz의 「社會定型的行爲에 의한 債權關係」(Schuldverhältnisse durch sozialtypisches Verhalten)의 理論에 의하여 繼承・發展되었다.⁽²¹⁴⁾

Larenz의 見解를 간단히 소개하면 다음과 같다. 즉,

現代의 大量去來에 있어서는 運送給付(Beförderungsleistungen)나 전기·가스·수도 등의 供給과 같은 給付는 固定된 條件下에——대부분의 경우 官廳에 의하여 認可된 條件下에——給付나 對價에 관한 事前의 契約締結없이 즉 明示的 또는 默示的인 合意없이 모든 사람이 事實上 利用할 수 있도록 公衆에게 提供된다. 이러한 給付에 대해서는 去來上 原則적으로 對價를 支給하여야 하게 되어 있으므로 去來界는 利用者가 그에 상당하는 意思表示를 하지 아니한 경우에도 通常的인 또는 料金表에 따른 對價를 支給할 義務를 부담한다고 생각한다. 따라서 이러한 給付들의 事實上的 利用(tatsächliche Inanspruchnahme)이 契約關係를 成立시킨다.⁽²¹⁵⁾ 例컨대 어떤 사람이 事前에 車票를 살 필요가 없

(212) Haupt, a.a.O.S. 32.

(213) Haupt, a.a.O.S. 32f.

(214) Larenz, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, S. 1897 ff. derselbe, Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund DRiZ 1958, S. 245ff.; derselbe, AT § 34 II.

(215) Larenz, NJW 1956, S. 1898, DRiZ 1958, S. 246, AT § 34 II.

에 車票를 살 필요가 없는 전차, 기타의 公衆交通手段을 利用하는 경우, 「駐車料를 支給하여야 한다」고 表示된 또는 기타 유사한 方法으로 그 뜻이 表示된 駐車場에 그의 車를 駐車시킨 경우, 또는 전기·가스 등의 使用에 관한 事前의 契約締結없이 또는 그 契約期間經過後 전기·가스 등을 계속 사용한 경우 등에 있어서는, 이러한 給付의 利用者の 意思是 通稱事實의 效果(tatsächlicher Erfolg)에만 향해진 것이고 法律效果의 發生에 향해진 것은 아니다. 따라서 「그는(社會定型的으로) 「行爲」하지만 아무것도 「表示」하지 않는다」(“dememäß “handelt” er(sozialtypisch), “erklärt” aber nichts.”).⁽²³⁹⁾ 위의 例에 있어서는 給付의 事實의 利用의 순간에 契約關係가 成立하며, 이關係에 기하여 給付의 提供者와 利用者雙方의 契約上의 給付義務과 行爲義務가 發生한다. 이러한 法律關係를 法律行爲에 의하여 成立한 것으로 보는 것은 妥當치 않으며 法律行爲의 本來의 意味을 擴張하거나 歪曲시키지 않고서는 法律行爲에 의한 成立을 云云할 수 없다.⁽²⁴⁰⁾ 法律行爲은 法律效果의 發生을 目的으로 하는 行爲 특히 意思表示를 말한다. 이러한 法律行爲 내지는 意思表示制度 속에서 個人이 私的自治의 範圍 안에서 權利創造의(rechtsschöpferisch)일 수 있다고 하는 大原則, 즉 그의 意思에 의하여 法律效果를 發生시킬 수 있다고 하는 大原則이 表現되어 있으며, 이점은 法律行爲를 위하여 固守되어야 한다.⁽²⁴¹⁾ 따라서 어떤 行爲가 個個의 경우 일정한 效果意思의 表現으로 생각될 수 있느냐 없느냐와 관계없이 法律效果를 發生시키는 경우, 또한 行爲者가 나는 이러한 內容의 表示를 할 意思가 없었다는 것을 理由로 取消하는 것이 許容되지 않는 경우에는 法律效果의 法律行爲의 成立은 더 이상 云謂될 수 없다.⁽²⁴²⁾ 위에서 든 例들에 있어서는 利用者の 行爲의 債務發生效果는 그의 債務負擔意思의 表現(Ausdruck eigenen Verpflichtungswillens)에 基한 것이 아니라, 行爲가 行爲者의 意思와는 관계없이 債務를 發生시킨다고 去來上 評價되고 있다는 데에 立脚하고 있다.⁽²⁴³⁾ 給付의 利用行爲는 給付提供에 대한 「社會定型的의 應答 또는 反應」(die sozialtypische Antwort od. Reaktion auf das Leistungsangebot)이며 社會定型的으로 債務發生原因으로서의 意味를 가진다.⁽²⁴⁴⁾ 給付를 事實上 利用한 者는 料金表에 따른 또는 通常의 反對給付의 義務를 진다고 하는 것이 定型화된 給付를 利用하는 社會定型的의 行爲의 結果이며 이러한 結果는 行爲者의 意思와 관계없이 發生하고 또한 行爲者의 意思에 의하여 이를 排除할 수도 없

(239) Larenz, DRiZ 1958, S. 246.

(240) Larenz, a.a.O.

(241) Larenz, a.a.O.

(242) Larenz, a.a.O. S. 246f.

(243) Larenz, NJW 1958, S. 1899.

(244) Larenz, a.a.O.

다. 例컨대 利用者가 給付의 利用에 즈음하여 反對給付를 支給하지 않겠다는 意思를 表示하더라도 反對給付의 義務의 成立을 막지 못한다(例: 駐車場事件). 이러한 結果는 行爲에 대한 社會的 評價로부터 나오며 이러한 社會的 評價는 이미 「一般的인 法的確信의 表現」(Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung)이다.⁽²²²⁾ 이러한 行爲는 그에 부여되는 社會定型的意味(sozialtypische Bedeutung)에 기하여 法律效果를 發生시키며 이와 反對되는 意思가 明白히 表現되었더라도 이 行爲의 評價에 대하여는 無意味하다는 社會的 一般的인 法的確信이 存在한다.⁽²²³⁾ 公衆에 대한 生存配慮의 給付의 提供과 어떤 利用者에 의한 그 給付의 事實上의 利用은 그 자체로서 法的意味가 있는 事實的인 그러나 社會定型的인 行爲⁽²²⁴⁾이며 이러한 社會定型的行爲는 契約成立에 있어서 承諾의 意思表示에 代替되며 그 社會定型的意味 때문에 마치 請約에 대한 承諾처럼 評價된다.⁽²²⁵⁾

社會定型的行爲에 의하여 成立한 契約關係는 그의 拘束力(Verbindlichkeit)이 法律效果 意思의 表示에 기한 것이 아니라 오로지 그 行爲의 社會定型的意味에 基한 것이라는 점에 서만, 즉 그 成立原因의 面에서만 法律行爲에 의하여 成立한 契約關係와 다를 뿐이며, 그 內容에 있어서는 法律行爲에 의하여 成立한 契約關係와 같으며, 이에 대하여는 契約法의 關係規定이 適用된다.⁽²²⁶⁾

以上이 대체로 Larenz의 社會定型的行爲에 의한 債權關係의 理論의 概要이다. 즉 Larenz는 生存配慮의 大量去來에 있어서는 給付의 利用關係는 意思表示의 合致에 의한 契約에 의하여 發生하는 것이 아니라 給付의 事實上의 利用이라는 社會定型的行爲에 의하여 成立한다고 한다. 그리고 이러한 社會定型的行爲는 意思表示로 볼 수 없다고 한다. 이러한 社會定型的行爲는 去來上 그에 부여되는 債權關係發生 原因으로서의 社會定型的意味에 기하여 債權關係를 發生시키는 效力을 갖는다고 한다. 그리고 이러한 生存配慮의 給付의 利用이라는 社會定型的行爲를 獨立한 債務發生原因(Verpflichtungsgrund)으로 보는(즉 給付利用者는 反對給付의 義務를 진다고 하는) 社會的 一般的인 法的確信이 存在한다고 한다.

契約關係가 意思表示에 의하지 않고 社會定型的行爲에 의하여도 成立될 수 있다는 Larenz의 見解는 Haupt에 의하여 처음으로 主張되고 특히 Simitis에 의하여 繼承發展된 事實的 契約關係論에 소급된다. 그러나 Larenz는 그의 理論과 Haupt, Simitis의 理論 사이에는 다음 두 가지의 差異點이 있다고 지적하고 있다. 즉, 첫째로 Larenz는 社會定型的行爲

(222) Larenz, a.a.O.

(223) Larenz, DRiZ 1956, S. 247.

(224) Larenz, NJW 1958, S. 1899.

(225) Larenz, AT § 34 II.

(226) Larenz, DRiZ 1956, S. 248; NJW 1958, S. 1900.

를 大量去來에만 限定하며, 둘째로 Haupt 와 Simitis 는 「社會的現實自體 즉 事實自體」(die soziale Realität als solche, Faktum als solche)가 스스로 法律과 마찬가지로 法律效果를 發生시킬 수 있는 힘을 가지고 있다고 하는데 대하여, Larenz는 그 行爲의 社會定型的 意味을 法的으로 決定的인 要素로 보고 있다.⁽²²⁷⁾

이러한 Larenz의 見解는 實務에도 큰 영향을 주었으며 뒤에서 言及할 BGH의 駐車場事 件判決은 Larenz의 社會定型的의 行爲論에 충실히 따른 것이다.

(b) 社會定型的 行爲와 관련된 諸問題

社會定型的의 行爲는 意思表示가 아니기 때문에 意思欠缺(Willensmängel)이 문제될 餘地는 없으며, 錯誤를 理由로 하는 取消는 一般的으로 許容되지 않는다고 한다.⁽²²⁸⁾

또한 社會定型的의 行爲에 대하여는 行爲能力은 요구되지 않으며 行爲者가 그의 行爲의 社會定型的 意味를 認識할 수 있는 事實上的 判斷能力만 있으면 充分하다고 한다.⁽²²⁹⁾ 이러한 能力을 缺如한 者는 社會定型的의 行爲의 能力이 없고 따라서 그의 行爲에 의하여 契約關係는 成立하지 않는다고 한다.⁽²³⁰⁾

다만 詐欺·強迫·性狀의 錯誤(Eigenschaftsirrtum)등을 理由로 하는 意思表示의 取消에 관한 規定은 社會定型的의 行爲에 準用될 수 있다고 한다.⁽²³¹⁾ 그러나 前述한 바 듯이 行爲의 社會定型的의 意味에 따라 義務負擔하려는 意思가 行爲者에게 缺如되어 있다는 理由에만 기한 取消는 許容될 수 없다고 한다. 왜냐 하면 社會定型的의 行爲에 의한 債權關係에 있어서는 行爲者의 意思는 크게 意味가 없기 때문이다.⁽²³²⁾

BGB 第134條(法律違反)와 第138條(良俗違反)의 一般的效果原因은 社會定型的의 行爲에 適用된다.⁽²³³⁾

(c) Simitis의 事實的契約關係論

Spiros Simitis는 그의 著書 “Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts (1957)”에서 事實的契約關係論에 대한 強力한 支持를 表明하였으며, 事實的契約關係를 契約關係라는 法制度(Rechtsinstitut)의 社會的機能의 變化의 表現으로 파악함으로써 그의 獨特한 事實的契約關

(227) Larenz, AT § 34 II DRiZ 1956, S. 245.

(228) Larenz, NJW 1958, 1899.

(229) Larenz, AT § 34 II; DRiZ 1956, S. 248; NJW 1958, S. 1899.

(230) Larenz, AT § 34 II.

(231) Larenz, DRiZ 1956, S. 248.

(232) Larenz, a.a.O.

(233) Larenz, a.a.O.

係論을 展開하였다.

Simitis의 上揭書는, Haupt의 論文이 30餘面に 不過한 小論文인데 비하여, 600餘面に 達하는 방대한 것이며, 分量面에 있어서는 현재까지의 事實的契約關係에 관한 文獻中에서 最大의 것이다. Simitis의 이 著書는 그 內容上의 價値보다도, Ballerstedt의 痛烈하기 짝이 없는 批判을 받은 事實때문에 더 有名하다.⁽²³⁴⁾ 독일의 많은 學者들이 Ballerstedt의 가차없이 진랄한 批判에 同調하고 있다. Simitis의 이 著書는 종래의 事實的契約關係論의 論據를 補強해 주었다기 보다는 오히려 批判論에 絶好의 批判의 구실을 주었다는 感이 커다고 할 수 있다.

以下에서 Simitis의 主張을 살펴 본다.

(a) Simitis의 法制度論⁽²³⁵⁾

우선 Simitis의 法制度論을 一瞥한다.

法制度는 一連의 法規範의 總體(die Summe einer Reihe von Rechtsnormen)이다. 이러한 規範들은 그때 그때 문제되는 法制度의 形式(Form)이며, 이 形式은 立法者에 의하여 파악되고 規定된 것이다.

또한 法의 現象形態로서의 法制度는 동시에 「法을 規定하고 成立시키는 社會的發展過程의 諸要素의 解釋公式」(Deutungsschema der das Recht bestimmenden und zustande bringenden Elemente des gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses)이며, 이 社會的發展過程으로부터 나오는 必要와 諸要求들이 法制度의 內容(Inhalt)을 形成한다.

法制度의 形式은 獨立的인 것이 아니라 法制度의 內容의 諸要求위에 立脚하고 있으며, 形式은 그 자신을 위하여 存在하는 것이 아니라 形式을 規定짓는 일정한 內容의 形式이다. 法制度의 形式의 特殊性은, 形式이 「그 스스로를 實現하는 社會的發展過程의 固定化的 產物」(Erstarrungsprodukt des sich vollziehenden gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses) 이라는 점에서 發見될 수 있으며, 따라서 形式은 發展過程의 일단 固定된 한 要素에 不過하다. 그러므로 形式은 過程(Prozeß)을 過程으로 表現하는 것이 아니라 이것을 「하나의 靜態的 所與」(eine statische Gegebenheit)로 變化시킨다. 따라서 形式이 表現하는 것은 「움직임」(Bewegung)이 아니라 「靜止」(Ruhe)이다.

法制度의 形式은 社會的·經濟的發展過程의 硬直化的 產物로 認識되기 때문에, 法制度 속에는 이러한 社會的·經濟的發展過程을 過程(Prozeß)으로서 즉 形式의 靜止에 대하여 움직

(234) Simitis의 著書에 대한 Ballerstedt의 評, AcP 157, S. 117ff.

(235) Simitis, *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, S. 49ff. 참조.

(Bewegung)을 表現하는 要素가 存在하여야 하는데, 이러한 要素가 法制度의 內容이다. 法制度의 形式은 「靜態的」(statisch)인데 反하여, 그 內容의 特色은 「動態的」(dynamisch)이라는 데 있다. 內容은 形式처럼 「不可變的」(unwandelbar)인 것이 아니라 「可變的」(veränderlich)이며, 「完成된 어떤 것」(etwas Fertiges)이 아니라 「形成되고 있는 어떤 것」(etwas Werdenendes)이며, 「固定的인 어떤 것」(etwas Starres)이 아니라 「움직이고 있는 어떤 것」(etwas sich Bewegendes)이다. 形式은 그가 파악한 社會的發展過程의 要素만을 表現하기 때문에 靜止이지만, 內容은 社會的發展過程을 過程으로 파악하기 때문에 움직인다. 形式과 內容은 이러한 差異에도 不拘하고 서로 無關係(unabhängig)하게 對立하는 것이 아니라 서로 끊임없는 相互作用 속에서 있다.

形式과 內容의 辨證法的統一(dialektische Einheit)로서의 法制度의 規定은 또한 이러한 要素間的 緊張의 可能性을 內包하고 있다. 法制度의 成立의 순간에는 法制度는 社會的發展過程의 一連의 過程을 反映하며 이 社會的發展過程으로부터 나오는 諸要求를 法的으로 적절히 表現한다. 따라서 이 成立의 순간에 있어서는 法制度의 形式과 過程의 表現으로서의 內容은 서로 一致한다. 즉 法制度의 形式과 內容은 法制度成立의 時點에서는 서로 一致한다. 法制度의 兩構成要素의 辨證法的統一은 「하나의 外觀上 모순없는 統一」(eine scheinbar widerspruchlose Einheit)로서 存在한다. 그러나 곧 法制度의 形式과 內容의 모순없는 統一은 단지 外觀上의 것에 不過함이 밝혀지며, 「모순에 가득찬 辨證法的統一」(eine widerspruchvolle Einheit)로 변하지 않으면 안되게 된다. 왜냐 하면 法制度의 形式속에 表現된 社會的發展過程의 要素는 過程(Prozeß)에 의하여 追越될 時點이 到來하기 때문이다. 그리하여 法制度의 靜態的 形式과 動態的 內容사이의 緊張關係가 成立한다. 그러나 우선은 法制度는 모순에 찬 辨證法的統一의 表現으로서의 形式속에 계속 存續한다.

이러한 경우 다음과 같은 문제앞에 서게 된다. 즉 法制度의 形式속에 表現된 社會的發展過程의 要素가 追越된 경우, 法制度自體의 效力喪失을 가져 오느냐의 문제, 혹은 法制度는 그의 出發點(基礎)이 社會的發展過程에서 脫落되었고 消滅하였음에도 不拘하고 계속 效力을 지니는 것이 可能하느냐의 문제가 發生한다.

法制度의 社會的機能(soziale Funktion)은 過程(Prozeß)을 Prozeß로서 表現하고 이 Prozeß에 影響하려고 하는 事實속에 存在한다. 그러므로 社會的機能은 法制度의 靜態的인 形式속에 포함될 수는 없으며, 오로지 動態的인 內容속에만 內包될 수 있다. 따라서 社會的機能은 결코 「不變的」(konstant)인 것이 아니며 可變的이고 끊임없이 自己實現하는 社會的發展過程과 이로부터 나오는 諸要求에 適應(anpassen)한다. 法制度의 社會的機能의

變化는 法制度를 構成하는 規範의 意味의 相對化를 가져 온다. 動態的인 內容 즉 끊임없이 變化하는 社會的 機能에 대하여 法制度를 構成하는 法規範은 그 絕對的 意味를 상실하고 相對的 意味만을 지니게 된다. 이것은 일어난 法制度의 社會的 機能의 變化가 法制度의 形式을 構成하는 一連의 規範들의 適用可能性을 制限하거나 또는 아주 排除할 수 있다는 것을 意味한다. 形式은 그의 靜態의 性格을 상실함이 없이 社會的 機能變化로부터 나오는 諸要求에 우선 이러한 식으로 適應한다. 이렇게 함으로써 一方으로는 그의 주어진 形式속에서의 法制度의 維持가 可能해지며, 他方으로는 法律을 이것이 追越되었다고 간단히 내동맹이치지 않아도 되게 된다. 그 性質上 서로 모순되는 法制度의 二要素 즉 形式과 內容間의 辨證法的 關係의 認識은 社會的 現實에 의하여 制約되고 法的으로 確定된 形式의 追越속에서 곧 法制度의 廢止의 必要性을 보도록 하는 結果를 가져오지는 않는다. 이러한 認識은 오히려 法制度의 社會的 機能의 動態의 性格의 必然的 結果로서의 그의 解釋의 變化를 통한 法制度의 維持를 結果한다.

以上이 대체로 Simitis의 法制度論의 要約이다.

(b) 生存配慮와 事實的 契約關係⁽²³⁶⁾

合意에 의한 契約關係와 區別되는 事實的 契約關係는 契約이라는 法制度의 社會的 機能의 變化의 表現이다.

契約締結에 의한 契約關係는 自由主義時代의 表現이며, 이것은 BGB속에 그 實定法的 結晶을 보았다. 自由와 平等(Freiheit und Gleichheit)의 觀念이 合意에 의한 契約(Verträge kraft Vereinbarung)의 基礎를 이루고 있는데 反하여, 事實的 契約關係에 있어서의 社會的 狀況은 從屬性과 不平等(Abhängigkeit und Ungleichheit)을 그 特徵으로 한다. 契約關係라는 法的 制度의 法律的으로 規定된 形式은 自由와 平等을 前提로 한다. 그러나 契約關係라는 法制度의 社會的 機能의 變化는 특히 生存配慮의 領域에서 契約自由를 發見하려는 努力을 幻想的인 것으로 만들었다. 生存配慮의 企業은 社會構成員인 모든 個人 즉 社會의 生存前提로 되며 現代社會는 生存配慮企業의 給付(즉 전기·가스·수도의 供給, 交通手段)에 全的으로 그 生存을 依存하고 있다. 그러므로 이러한 企業은 社會的·經濟的 秩序內에서 強力한 힘의 地位(Machtposition)를 차지하게 된다. 生存配慮의 領域에서는 附合契約(contrat d'adhésion)이 一般의 現象이다. 企業의 給付를 享受하고자 하는 個人은 더 이상 그의 意思를 企業에 대하여 主張할 수 없으며, 企業이 提示한 條件에 服從(Unterwerfung)하여야 한다. 企業의 意思는 相對方에 대하여 意思命令(Willensdiktat)으로 나타나며, 相對方인

(236) Simitis, a.a.O.S. 463ff.

個人은 企業의 給付를 利用하려면 이에 服從하여야 한다. 利用者인 個人의 意思가 作用할 餘地는 거의 存在하지 않는다. 이러한 過程을 契約締結이라고 부르는 것은 幻想的인 것이다.

또한 生存配慮의 給付關係는 이른바 大量去來關係에 속하므로 定型化(Typisierung)를 그 特色으로 한다. 給付關係의 定型化는 또한 給付關係의 非人格化(Entpersönlichung)와 物化(Verdinglichung)를 招來한다. 이러한 物化는 意思의要素(Willensmoment)의 優位(Primat)의 排除를 가져오므로 生存配慮의 領域에서는 BGB의 意味에 있어서의 意思表示를 云云할 수 없게 된다. 企業과 利用者의 關係는 「物化되고 非人格화된 關係」(verdinglichte, entpersönlichte Beziehung)로 된다. 契約의 目的은 個個當事者들의 目的과 利益에 고려를 베푸는데 있으며 當事者들의 個人的需要와 目的・利益에 따른 契約關係의 個別化(Differenzierung)는 契約概念의 中心的要素라고 할 수 있는데, 이러한 人的인 個別化(persönliche Differenzierung)는 生存配慮의 領域에는 전혀 存在하지 않는다.

또한 生存配慮의 企業의 給付는 社會의 生存前提이며 現代社會는 生存配慮의 企業의 給付에 全적으로 依存하므로 이러한 企業은 社會經濟秩序內에서 강력한 힘의 地位를 얻게 되고, 따라서 이러한 地位의 濫用의 危險이 發生하게 된다. 이러한 힘의 濫用의 危險은 이러한 企業과 去來하는 個個의 顧客뿐만 아니라 社會全體의 生存의 基礎를 위협하는 것이기 때문에, 社會의 自己保持過程(Selbsterhaltungsprozeß der Gesellschaft)의 發動을 가져오며, 國家로 하여금 生存配慮의 企業과 顧客의 關係에 形成的介入(gestaltender Eingriff)을 하도록 한다. 料金表(Tarif)에 대한 國家의 統制나 締約強制 등은 그 表現이다. 生存配慮의 領域에서는 企業의 活動에 있어서의 絶對的自由는 「社會的義務拘束性」(soziale Pflichtengebundenheit)에 의하여 代替되며, 生存配慮의 企業은 이러한 社會的義務拘束性에 기하여 社會의 生存前提인 給付를 행할 義務를 社會에 대하여 부담한다. 企業은 社會經濟秩序內에서의 이러한 그의 機能때문에 그의 獨立性을 상실한다. 企業은 「個人的領域의 自由(Freiheit der individuellen Sphäre) 대신 「社會的領域의 拘束」(Gebundenheit der sozialen Sphäre)을 지게 된다.

이런면 生存配慮의 領域에서는 給付를 利用하는 顧客들 뿐만 아니라 企業의 契約自由도 法的으로 排除된다. 個人法的인 契約關係가 個人의 意思活動에 立脚하는 것이라면, 生存配慮의 契約關係는 社會의 「配慮要求의 充足」라는 超個人的性格을 가진 課題의 遂行의 表現이다. 生存配慮의 領域에서는 종래의 순수한 個人法的 基礎는 社會法的 基礎에 의하여 대체된다.

以上과 같이 契約關係라는 法制度의 靜態的인 法律的으로 規定된 形式과 그 動態的인 內

容, 그 變化된 社會的 機能間的 緊張關係는, 이러한 形式의 構成要素에 속하는 一連의 法律規定의 適用의 排除 또는 修正을 통하여 解決될 수 있다. 따라서 문제되는 것은 變化된 社會的 機能으로부터 나오는 要求에의 法律的으로 規定된 形式의 適應이다.

生存配慮의 領域에 있어서는 契約關係의 社會的 機能은 크게 變化하였으며, 여기서는 契約關係의 形成에 대하여 個人的 意思는 크게 영향을 미치지 못한다. 生存配慮의 給付關係 내지는 契約關係는 個人的 意思를 前提로 하는 個人領域(Individualsphäre)에 의해서가 아니라 이른바 「社會領域」(Sozialsphäre)에 의하여 決定되며 이러한 生存配慮의 社會的 契約關係(soziales Vertragsverhältnis)는 契約關係라는 法制度의 社會的 機能變化에 대응하는 것이며 하나의 진정한 契約關係(echtes Vertragsverhältnis)이다.

(aa) 生存配慮의 社會的 契約關係의 成立

生存配慮의 이러한 社會的 契約關係는 그 成立의 點에 있어서 BGB가 規定하고 있는 契約關係와 區別된다. 生存配慮의 社會的 契約關係에 있어서는 契約締結 즉 意思表示의 合致에 관해서는 전혀 云謂될 수 없다. 生存配慮의 契約關係도 契約에 의하여 成立한다고 하는 理論構成은 法的 擬制에 不過하다. 生存配慮의 社會的 契約關係는 오로지 生存配慮企業의 給付의 事實上的 利用(tatsächliche Inanspruchnahme)에 기하여 成立한다. 그것이 給付의 事實上的 利用이라는 事實的 行動에 의하여 成立한다고 하는 점에서 보면 事實的 契約關係라고 부를 수 있다. 그러나 한편 이 契約關係는 前述한 바와 같이 契約關係라는 法制度의 社會的 機能變化의 表現으로서의 社會的 契約關係이며 순수한 契約關係이다.

生存配慮의 社會的 契約關係에 있어서는 어떠한 契約的 基礎도 存在하지 않으며, 基準이 되는 것은 오로지 給付의 事實的 利用이다. 이렇게 하여 成立한 契約關係에 대하여는 法律規定들은 社會的 機能의 變化로부터 發生하는 諸要請과 모순되지 않는 限 如前히 適用된다. 이러한 限度에서는 生存配慮의 社會的 契約關係는 契約法의 規定에 의하여 파악되고 形成된다.

(bb) 生存配慮의 社會的 契約關係와 個人法的 契約關係

生存配慮의 社會的 契約關係는 變容된 個人法的 契約關係이다. 따라서 두 契約關係는 서로 反對物(Gegensatz)이 아니며 兩者間에는 連續性(Kontinuität)이 存在한다. 生存配慮의 社會的 契約關係는 個人法的 契約關係의 後期的 發展段階이다. 이러한 認識은 生存配慮의 社會法的 契約關係에 대한 증래의 法律規定의 適用의 基礎를 提供해 줄과 아울러 또한 그 法律規定의 修正이 社會的 機能의 變化 때문에 필요한 것으로 밝혀진 때에는, 契約關係라는 法制度의 法律的으로 規定된 形式의 修正을 위한 基準도 提供한다.

i) 生存配慮의 社會法的契約關係는 法律規定的 意味에서의 絶對的無效原因 (absoluter Nichtigkeitsgrund) (例: 法律違反・良俗違反)이 存在하는 경우에는 無效이다. 絶對的無效因이 存在하는 契約關係를 法的으로 承認하는 것은 法秩序자체의 自己廢棄를 의미하기 문이다.

그러나 相對的無效原因(relativer Nichtigkeitsgrund)이 문제되는 경우에는 事情이 다르. 여기서는 社會的機能의 變化가 自己主張을 한다. 일단 成立한 契約關係는 「存續하는 으로」(als bestehend) 생각되어야 하며 眞正한 契約關係로 인정되고 취급되어야 한다. 이 이 말은 行爲能力이 缺如된 경우에 適用된다. 企業과 給付利用者사이의 關係의 物化 契約關係가 事實的 利用에 基하여 成立하는 限, 個人의 個人性(Person)에 基礎를 둔 事情의 意味의 排除를 結果한다.

(ii) 위에서 말한 바는, 意思表示의 取消에 관한 法律規定的 適用可能性의 問題에 대한 答에 관해서도 妥當한다. 取消原因들은 契約關係의 當事者들의 個人性(Person)과 關係는 事實들이므로 生存配慮의 領域에서는 契約關係의 非人格化와 物化에 基하여 修正되어야 한다. 事實的利用에 基하여 일단 成立한 契約關係는 장애에 대한 效力만을 가지고 x nunc) 終了될 수 있을 뿐이며 適及的 效力解消는 있을 수 없다.

以上에서 Spiros Simitis의 生存配慮의 領域에 있어서의 事實的契約關係(그의 이른바 社會的契約關係)의 理論을 살펴 보았다.

(2) 判 例

Haupt와 Larenz의 理論 특히 後者は 독일의 法院의 實務에도 큰 影響을 주었으며, 最高法院인 聯邦大法院(Bundesgerichtshof, BGH)은 그 몇개의 判決에서 Haupt와 Larenz에 基하여 전개된 理論을 채택함으로써 독일法學界에 커다란 波瀾을 일으켰으며 이 判決에 對치 熾烈한 論爭을 유발시켰다. Bremen 地方法院도 한 判決에서 社會定型의 行爲의 理論에 基했다.

以下에서는 BGH와 Bremen 地方法院의 判決을 類型別로 分類하여 살펴 본다.

(A) 駐車場・버스停車場 등의 使用

(a) 駐車場事件(Parkplatzfall)

1956年 7月 14日 BGH 判決, BGHZ 21, 319 ff.

이 判決은 Haupt의 事實的契約關係論과 Larenz의 社會定型의 行爲論, 특히 後者를 正面적으로 받아들인 判決이며, 學者들 사이에 熾烈한 論議를 불러 일으켰다. 이처럼 큰 せんせん을 일으킨 判決은 아마 찾아 보기 힘들 것이다. 이 判決은 社會定型의 行爲論을 채택한

가장 有名한 代表的判例이다. 이 判決은 이 判決의 基礎理論을 提供한 Larenz⁽²³⁷⁾의 得意에 찬 贊成을 얻었을 뿐이며, Lehmann⁽²³⁸⁾, Nipperdey⁽²³⁹⁾, Blomeyer⁽²⁴⁰⁾, Wieacker⁽²⁴¹⁾, Küchenhoff⁽²⁴²⁾ 기타 大多數의 學者들로부터 痛열한 批判을 받았다.

駐車場事件의 內容을 살펴 보면 다음과 같다.

被告는 6週동안 그의 自動車를, 車를 감시해 주고 駐車料를 받는 有料駐車場에 駐車시켰다. 이 駐車場으로 되어 있는 土地는 市所有의 公地로서 Hamburg市가 原告에게 賃貸한 것이었다. 被告는 原告의 駐車場警備員에게, 駐車場의 利用은 市所有의 公地에 대한 公共使用(Gemeingebrauch)에 해당하므로 無料이어야 한다고 主張하면서, 그의 自動車를 警備해 주는 것과 駐車料의 支給을 拒絕한다고 하는 그의 意思를 表示하였다.

BGH는 이에 대하여(市가 原告에게 市有地에서 駐車場을 운영할 수 있는 特別使用權을 부여하였으므로 原告는 有料駐車場을 운영할 수 있음을 인정한 다음) 自動車의 駐車를 위하여 駐車場을 利用한 者는 이미 이 利用行爲 즉 駐車行爲만으로써 駐車場企業과 契約關係에 서게 되며 따라서 駐車者가 처음부터 對價(駐車料)의 支給을 拒絕하였더라도 料金表(Tarif)에 따른 對價를 支給할 義務를 진다고 判示하였다.

BGH는 그 判決理由에서 Haupt의 事實의 契約論과 Larenz의 社會定型的行爲論을 상세히 설명한 다음, 이러한 見解는 現代의 大量去來生活의 現實에 依지를 가함이 없이, 大量去來에 있어서의 定型의 人間行爲의 現象을 직접히 解決할 수 있다고 말하고 있다. 電車乘車의 경우와 마찬가지로 駐車場利用의 경우에 있어서도, 當事者間의 合致의 意思表示(übereinstimmende Willenserklärungen)없이 駐車行爲 즉 給付의 事實의 利用行爲만에 의하여 契約關係가 成立하며, 當事者의 意思는 문제되지 않는다고 말하고 있다. 따라서 駐車時에 駐車者가 對價支給의 意思가 없음을 表示하였더라도, 다시 말하면 契約締結意思가 없음을 밝혔더라도 契約關係는 成立하며, 이에 따라 駐車者는 駐車料支給義務를 부담한다고 말하고 있다.

(b) 버스停車場事件(Omnibusbahnhofsfall)

1964年 12月 16日 BGH 判決, BGH NJW 1965, 387ff.

버스業者인 被告는 原告인 市가 指定한 버스停車場을 使用하였다. 그러나 被告는 버스

(237) Larenz, NJW 1956, S. 1897ff, DRiZ, 1958, S. 245ff.

(238) Lehmann, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, S. 1 ff.

(239) Nipperdey, Faktische Vertragsverhältnisse? MDR 1957, S. 129f.

(240) Blomeyer, Anmerkung zu BGH, MDR 1957, S. 149(駐車場事件判決에 대한 評釋).

(241) Wieacker, Anmerkung zu BGH, JZ 1957, S. 61(駐車場事件判決에 대한 評釋).

(242) Küchenhoff, Faktische Vertragsverhältnisse und faktische Arbeitsverhältnisse? RdA 1958, S. 121ff.

停車場의 公共使用을 理由로 市가 정한 場所使用料의 支給을 拒絶하였다. 事案은 駐車場 事件의 그것과 매우 흡사하다.

抗訴法院은, 被告가 原告는 오직 對價를 받고서만 버스停車場使用을 許容하고 있음을 알면서 또한 그의 行爲(停車場使用)의 法的意味를 意識하면서 계속 버스停車場을 使用한 경우에는 이러한 場所使用속에 原告가 행한 契約請約에 대한 承諾이 存在하며 버스停車場의 有料使用에 관한 私法上的 契約이 成立한다고 判示하였다. 그리고 이러한 結論은 事實的契約關係論에 의해서도 뒷받침될 수 있다고 말함으로써 事實的契約關係論을 오로지 補充的으로만 援用하고 있다.

BGH는 버스業者인 被告의 버스停車場의 使用行爲(즉 停車)만에 의하여 原告인 市와 被告사이에 버스停車場有料使用契約이 成立하였다고 判示하였다. 그리고 이러한 結論은 社會定型의 行爲論에 의하여서 뿐만 아니라, 「行爲와 모순되는 無價値한 異議」(unbeachtliche protestatio facto contraria)에 의하여도 正當化될 수 있다고 하였다. 즉 「學說은 契約 成立을 위해서는 合致하는 意思表示들이 필요하다고 하는 傳統的見解에 追從하고 있는데 去來慣行의 規範定立力(die normierende Kraft der Verkehrssitte)은 「社會定型의 行爲」(sozialtypisches Verhalten)에게 순수한 意思表示의 內容을 부여할 수 있다고 인정된다. 특히 生存配慮의 給付의 使用은, 이 見解에 의하면, 個別的 意思(individueller Wille)에 의해서가 아니라 去來上 이 行爲에 부여되는 意味에 의하여 刻印(geprägt)지워진다. 個別의 意思는 여기서는 그에 대한 餘地가 없으므로 後退한다. 그러므로 給付의 利用속에 存在하는 意思表示의 解釋에 있어서도 個別의 意思는 중요시되지 않는다. 어떤 사람이 信義誠實과 去來慣行上 일정한 意思의 表現으로서만 理解될 수 있는 行爲를 보여 준 경우에는 그의 行爲에 대한 그러한 解釋에 反對하는 그의 言語上的 異議(seine wortliche Verwahrung gegen eine entsprechende Deutung des Verhaltens)는 존중되지 않는다(unbeachtlich 하다). 그는 그 자신의 事實的 行爲(tatsächliches Verhalten)와 모순에 빠지게 되며(이른바 protestatio facto contraria) 그 자신의 行爲에 의하여 이와 다른 解釋의 主張을 失權시킨다.」

이와 같이 BGH는 生存配慮의 給付의 利用은 信義誠實과 去來慣行에 의하여 意思表示로 評價될 수 있으며 個別의 意思는 중요시되지 않는다고 말하고 있다. 信義誠實과 去來慣行이 給付의 利用에 부여하는 意味의 否認은 이른바 unbeachtliche protestatio facto contraria로서 無視된다고 하였다. 따라서 利用行爲에 의하여 契約이 成立한다고 하였다. BGH는 駐車場事件의 判決에 대한 많은 學者들의 명열한 反對를 감안하였음인지(특히 Wicacker

의 批判을 참조하여), 선뜻 社會定型的行爲論에 따르기를 주저하였으며, 生存配慮의 給付의 利用行爲(本件에서는 버스停車場의 利用行爲)를 承諾의 意思表示로 評價하여 原告와 버스業者인 被告 사이에 버스停車場有料使用契約의 成立을 인정하고 被告에게 버스停車場使用料支給義務를 인정하였다. 그리고 使用契約締結을 원하지 않고 따라서 使用料를支給하지 않겠다는 被告의 異議를 “protestatio facto contraria non valet”의 法理에 의하여 無價値한 것으로 無視하였다. 그리고 社會定型的行爲論에 의하여도 같은 結論에 도달할 수 있다고 함으로써 補助的으로만 社會定型的行爲論을 援用하고 있을 뿐이다. 어떻든 Esser가 「新駐車場事件」(neuer “Parkplatzfall”)⁽²⁴³⁾이라 부른 이 「버스停車場事件」의 判決에서는 「駐車場事件」에서와는 달리 BGH는 社會定型的行爲論(내지 事實的契約關係論)에 따르는데 크게 주저하는 態度를 보이 주었다. 물론 社會定型的行爲論을 아주 버렸다고는 할 수 없지만.

(B) 電氣引用(Strombezug)

(a) 1957年 1月 29日 BGH 判決, BGHZ 23, 175ff. ·

原告는 未亡人인 그의 어머니와 같은 집에서 살았다. 그 住居는 元來 被告電氣會社의 電燈用線에만 連結되어 있었다. 1938년에 그 집의 電氣施設은 動力線의 設置에 의하여 擴張되었다. 1945年 2월에 車庫에 電氣를 끌기 위하여 새로운 申請이 있었는데, 이 申請書의 冒頭에는 原告가 電氣의 注文者로서 記載되어 있었다. 그러나 申請書의 署名은 原告의 어머니가 하였다. 同年 가을에 原告는 電氣技師를 시켜서 위 動力線으로부터 計量器를 피하여 電氣를 끌어 쓸 수 있도록 工事하였다. 오로지 電燈用線만이 計量器에 連結되어 있었다. 이러한 不法電線(Schwarzleitung)을 통하여 1951년까지 電氣를 끌어 썼다. 이러한 電氣竊取가 計量器交替時에 발각되어 모든 電氣供給이 中止되었으며 原告는 電氣竊取로 刑罰을 받았다.

原告는 그동안의 使用料를 내고 訴로써 被告電氣會社에게 電氣의 再供給을 請求하였으며, 이 訴는 후에 取下되었다. 被告는 反訴로써 그의 電氣供給約款에 의한 10,000마르크의 違約金(契約罰) 請求를 하였다.

地方法院은 反訴를 인정하였다. 高等法院은 原告의 抗訴를 棄却하였다.

이 事件에 대하여 BGH는 대체로 다음과 같은 內容의 判決을 하였다. 즉,

① 물, 개스 또는 電氣의 供給企業의 給付들을 例컨대 住居所有主(Wohnungsinhaber)와 家事處理人(Hausvorstand)으로서 事實上 利用한 者는 이미 이것만으로 企業과 契約關係

(243) Esser, *Schuldrecht Bd.I 4. neubearbeitete Aufl.* (1970), § 14, Anm. 5.

에 서게 된다(「社會定型的行爲에 관한 BGHZ 21, 319(引用者註・駐車場事件)의 補充).

② a) 電氣供給約款은 法秩序에 의하여 拘束力이 있다고 有效하게 宣言된 바 있다.

b) 計量器의 回避 또는 操作에 의하여 또는 그 設置前에 電氣를 使用한 경우의 契約 罰에 관한 이 約款의 規定은 法治國家의 原理에 反하지 않는다.

③ 法秩序에 의하여 契約內容으로 되는 規定에 立脚한 契約罰은 BGB 第343條에 의하여 減價될 수 있다.

以上한 바와 같이 BGH는 駐車場事件의 判例와 특히 Larenz의 理論에 따라 물, 가스, 電氣의 供給과 같은 生存配慮의 給付關係는 이러한 給付의 事實的 利用이라는 社會定型的 行爲에 의하여 成立한다고 判示하였다. 이렇게 함으로써 BGH는 契約關係가 契約締結에 의하지 않고 이른바 社會定型的 行爲에 의하여도 成立할 수 있다고 하는 그의 立場을 駐車場事件에 이어 다시 한번 明白히 하였다.

(b) 그러나 한편 RG의 한 判決(RGZ111, 310ff)과 BGH의 한 判決(BGH, NJW 1959, 1676)은 社會定型的 行爲論을 採擇하지 않고, 이른바 unbeachtliche protestatio facto contraria의 法理에 기하여 電氣使用者의 代金支給義務을 肯定하였다. 즉,

(aa) 1925年 9月 29日 RG 判決, RGZ 111, 310ff.

電氣特別需要者인 被告는 原告인 電氣會社를 운영하는 市의 電氣使用料引上에 抗議하면 서 引上된 電氣料金の 支給을 拒絶하고 그가 적당하다고 생각하는 料金額을 支給하였다. 그리하여 原告는 被告에게 引上된 料金額에 따라 殘代金の 支給을 請求하였다.

이에 대하여 RG는 다음과 같이 判決하였다.

「市の 電氣會社로부터 電氣를 供給받으려 하는 者는, 一般供給約款과 모든 電氣需要者에 대하여 統一의으로 確定된 價格에 따라야 한다. 不然이면 그는 電氣使用을 斷念하여야 한다. 어떤 사람이 電氣를 끌어 쓰면서도 關係機關의 決定에 의하여 모든 需要者에 대하여 一般의으로 確定되어 있는 條件들, 특히 確定된 價格에 따르려 하지 않고 그 자신을 위하여 단순한 異議(Widerspruch)에 의하여 하나의 特別取扱을 請求하는 것 즉 電氣를 그 가 적당하다고 생각하는 價格으로 供給받기를 원하는 것은 市電氣會社의 特性과 모순된다. …… 市는 電氣需要者가 市에 의하여 確定된 價格에 異議를 提起하고 이를 支給하기를 拒絶한 경우에는 給付를 차단할 權限이 있다. 그러나 이러한 權限의 不行使는 異議를 承認한 것으로 볼 수는 없다. …… 市는 異議를 拒否하고 관계 需要者에게 그는 그럼에도 不拘하고 電氣를 계속 使用할 것인가 與否를 맡길 수 있다. 만일 電氣需要者가 市는 그에게 電氣를 오직 一般의으로 確定된 價格으로만 供給할 것이라는 市의 意思를 알면서 계속 電

氣를 使用하였다면, 그는 그의 異議에도 不拘하고 繼續的인 電氣使用에 의하여 이러한 價格確定에 따라야 한다. 그가 고집하는 異議는 事實上 protestatio facto contraria의 意味만을 가지며 電氣需要者의 現實的 行爲(wirkliches Verhalten des Stromabnehmer)와 모순하며 따라서 존중되지 않는다(unbeachtlich하다).」

(bb) 1959年 6月 30日 BGH 判決, BGH NJW 1959, 1676

이 事件에서도 電氣의 特別需要者가 電氣會社의 電氣料金引上에 抗議하고 引上된 價格의 支給을 拒絕하였다. 이에 대하여 BGH는 다음과 같이 判決하였다. 「電氣의 特別需要者가 電氣供給會社의 電氣를 使用한 경우에는 이러한 行爲가 信義誠實에 合致하는 限 그는 이러한 電氣價格에 따르지 않겠다는 것을 表示하였더라도 企業에 의하여 確定되고 價格法的으로 許容되는 代金を 支給하여야 할 義務를 부담한다 (RGZ 111, 310(引用者 註: 上記 (aa)의 判決)의 確認).」

즉 (aa), (bb)의 두 判決은 性質上, 確定된 對價의 支給에 應하여서만 提供되는 生存配慮의 領域에 있어서의 給付를 使用한 者는 그의 行爲에 부여되는(契約의 請約의)承諾으로서의 去來適合의 意味를, 비록 그가 給付使用時에 代金を 支給하지 않겠다고 表示함으로써 이러한 去來界에 의한 그의 行爲에 대한 評價에 抗議하였더라도, 인정하여야 한다고 말하고 있다. 그의 抗議는 그의 行爲와 모순되기 때문에 無意味하다고 한다. 즉 그의 使用行爲를 契約請約을 承諾하는 推斷的 行爲(schlüssiges Verhalten)로 評價하며 이러한 給付使用行爲에 의하여 契約이 成立하며, 이에 따라 使用者는 料金表등에 의하여 確定되어 있는 代金を 支給할 義務를 지며, 그가 代金引上등에 抗議하더라도 이것은 protestatio facto contraria로서 無價値하다고 말하고 있다. 특히 上揭 BGH의 判決에서는 BGH는 駐車場事件과 上揭 BGH 23, 175ff의 判決에 대한 大多數學者들의 맹렬한 非難을 참작하여 社會定型的 行爲論에 따르지 않은 것으로 여겨지며, 社會定型的 行爲論을 떠나려는 傾向을 보여 주고 있다.

(C) 電車등의 利用

(a) 未成年者의 電車乘車事件

1966年 8月 17日 Bremen 地方法院 判決 LG Bremen NJW 1967, 354ff.

8歲의 어린이가 그의 父母 모르게 無效로 된 乘車券으로 재미로 電車遊覽을 하였다. 이 事件에 대하여 Bremen 地方法院은 그에게 車賃의 支給과 一般運送約款에 規定된 罰金(Buße)의 支給을 命하는 判決을 내렸다.

Bremen 地方法院은 그 判決理由에서 다음과 같이 말하였다.

① 大衆配慮(Massenversorgung)에 이바지하는 給付의 利用(Inanspruchnahme der Leistung)의 경우에는 對價支給義務는 社會定型的行爲의 法的基礎(Rechtsgrund des sozialtypischen Verhalten)로부터 나온다.

② 그의 法定代理人의 同意없이 이러한 給付를 利用한 未成年者도 그의 行爲의 社會定型的意味를 認識할 수 있는 경우에는 이러한 法的基礎에 기하여 責任을 진다.

③ 債權關係의 成立만이 社會定型的行爲의 法的基礎에 기하고, 그의 內容과 決濟(Abwicklung)는 給付들이 對象의으로 屬하고 있는 契約關係에 適用되는 規定들에 따르므로, 交通企業의 運送約款에 포함되어 있는 罰金(Bußgeld)은 BGB 第313條에 따라 減額될 수 있다.

우리는 이 判決이 Larenz의 社會定型的行爲論에 매우 忠實히 따르고 있음을 알 수 있다. 특히 社會定型的行爲에 대해서는 行爲能力은 요구되지 않으며 行爲者가 그의 行爲의 社會定型的意味를 認識할 수 있는 事實上的 判斷能力만 있으면 充分하다고 하는 Larenz의 見解를 그대로 받아들이고 있다.

電車乘車(Straßenbahnfahrt)의 경우에는 行爲能力은 필요하지 않다고 하는 이 Bremen 地方法院의 判決은 Medicus에 의하여 批判받았다.⁽²⁴⁴⁾ Medicus의 批判에 관해서는 社會定型的 行爲論의 批判을 말할 때 살펴 보기로 한다.

(b) 未成年者의 飛行機旅行事件

1971年 7月 1日 BGH判決, BGHZ 55, 128ff

未成年者인 被告는 필요한 비행기표를 가지고 航空會社인 原告의 定期旅客機로 München에서 Hamburg로 飛行하였다. 그는 여기서 비행기표 없이 旅客들 틈에 끼어 New York으로 다시 飛行하였다. 그는 入國비자가 없었기 때문에 New York에서 美國入國이 拒否되었다. 原告는 被告에게 \$ 256의 支給義務負擔의 表示에 署名시키고 그에게 歸國을 위한 비행기표를 發給하고 그를 München으로 다시 데워다 주었다. 被告의 法定代理人인 아버지는 被告가 原告와 締結한 法律行爲의 追認을 拒否하였다. 本事件에서는 原告는 被告에게 Hamburg-New York間的 비행기料金 1188마르크와 New York-München間的 비행기料金 1024마르크의 支給을 契約, 不法行爲, 不當利得과 事務管理를 理由로 請求하였다.

抗訴法院은 法定代理人의 追認의 拒絶을 理由로 法律行爲의 效力을 인정하지 아니하였으며, 또한 個個의 乘客들의 이름을 파악(確認)하는 것이 航空交通에 있어서의 慣行이기 때문에 判例에 의하여 發展된 社會定型的行爲의 義務發生的效力(Verpflichtungscharakter

(244) Medicus, NJW 1967, S. 151.

des sozialtypischen Verhaltens)에 관한 原則은 適用될 수 없다고 判決하였으며, BGH도 이러한 抗訴法院의 見解를 그대로 인정하였다.

抗訴法院과 BGH는 本事件의 特性에 비추어 社會定型的行爲論이 適用될 수 없다고 말하고 있을 뿐이며, 社會定型的行爲論 자체를 배척하고 있지는 않다.

BGH는 이 事件에 대하여 다음과 같이 判決하였다.

즉 法的根據없이 金錢의 價値가 있는 給付(本件에서는 飛行機旅行)를 利用한 者는 이러한 給付가 말리(즉 無償으로) 얻어질 수 없는 것인 경우에는, 이 給付에 의하여 그의 財産의 增加가 없었더라도 그가 給付의 受領에 즈음하여 法的根據의 欠缺을 알고 있었던 경우에는 通常的 내지는 適正한 代金을 積약한 것처럼 淸算하여야 한다.

즉 BGH는 航空旅客運送의 特殊性때문에 社會定型的行爲에 의한 契約關係의 成立을 인정할 수 없다고 하고, 未成年者의 飛行機料金支給義務를 不當利得(내지는 不法行爲)의 法理에 기하여 인정하였다. 이 경우 BGH가 對價를 받고서만 提供되는 金錢의 價値가 있는 給付를 利用한 者는 이 給付의 利用에 의하여 그의 財産이 增加되지 않은 경우에도 給付의 對價를 不當利得한 것으로 인정하고 있는 것은 주목할 만한 일이다.

(D) 農場讓渡事件(Hofübergabefall)

1957年 2月 5日 BGH 決定, BGHZ 23, 249ff.

農場令(Höfeordnung)의 意味에 있어서의 農場의 所有者인 被申請人(Antragsgegner)은 그의 작은 누이의 아들인 申請人(Antragssteller)에게 그의 農場을 私文書에 의한 契約으로 用益賃貸(Pacht)해 주어 그로 하여금 農場을 經營시켰다. 「用益賃貸借契約」(Pachtvertrag)라는 題目이 붙어 있는 이 契約에는 「用益賃貸借는 賃貸人의 死亡과 함께 農場所有權이 賃借人에게 移轉함으로써 終了한다. 이 契約의 解止는 그 때까지 兩當事者는 이를 할 수 없다」고 하는 條項이 포함되어 있었다. 職業이 農夫인 申請人은 劣惡한 상태에 놓여 있었던 農場을 다시 번영하게 만들었다. 그 후 兩者의 사이가 나빠지고, 그 賃貸人은 그의 管理人의 9歲의 아들을 養子로 入養하고 養子에게 農場을 相續해 주겠다는 意圖를 表示하였다.

이에 대하여 賃借人은 위의 用益賃貸借契約을 農場의 讓渡契約(Übergabevertrag)으로서 그리고 補充的으로 이러한 讓渡契約 締結을 위한 豫約(Vorvertrag)으로서 認可(genehmigen)해 줄 것을 法院에 申請하였으며 다음과 같은 事實을 그 理由로 提示하였다. 즉 被申請人은 二次大戰後 農場이 絶望의 狀態에 있었을 때 申請人을 農場에 오도록 하였으며, 이때 申請人은 그의 夫人이 그녀의 아버지의 農場에 대해서 가지고 있었던 確實한 期待權을 포기

하고 被申請人(그 당시 申請人은 被申請人의 유일한 法的相續人이었다)의 農場으로 갔다. 被申請人은 即刻의인 讓渡契約을 맺기를 拒絶하였으며 申請人은 農場의 단순한 用益賃借을 拒否하였다. 이리하여 被申請人의 死亡과 함께 農場은 申請人에게 移轉된다는 約定下에 農場의 終身的用益賃貸借契約이 맺어졌다. 그러므로 用益賃貸借契約은 동시에 讓渡契約이다. 所有權移轉은 被申請人의 死亡時까지 미루어진 것이다. 入養契約은 그의 農場相續人으로서의 權利를 박탈할 目的만으로 행하여진 것이므로 無效이다. 申請人과 被申請人의 契約이 讓渡契約이 아니라고 하더라도 그것은 어쨌든 不要式으로도 有效하고 認可를 필요로 하는(讓渡契約締結을 위한) 豫約(ein formlos gültigen und genehmigungsbedürftiger Vorvertrag auf Abschluß eines Übergabevertrages)이라고 할 수 있다. 이상이 대체로 申請人의 主張이었다. (註: 農場讓渡契約은 BGB 第313條의 不動產讓渡契約(Grundstücksveräußerungsvertrag)에 해당하므로 公證人 또는 法院에 의한 公正證書의 作成을 필요로 하는 要式行爲이다. 그런데 申請人과 被申請人사이에 締結된 위의 用益賃貸借契約은 이러한 形式을 갖추지 아니하였다. 한편 BGB 第125條에 의하면 法律이 規定하고 있는 形式을 갖추지 아니한 法律行爲는 無效이다).

이 事件에 대하여 BGH는 다음과 같은 內容의 決定을 내렸다. 즉,

「契約 따라서 農場相續에 관한 約定(Vereinbarung über die Hoferbfolge)도, 原則적으로 意思表示의 合致 내지는 合致的인 意圖의行爲(ein übereinstimmendes willentliches Verhalten)을 前提로 한다. 農場所有者가 農場相續을 기대하고 있는 農場相續人(引用者註: 申請人)의 行爲와 關聯시켜 볼 때 農場相續에 관한 約定을 推斷케 하는 行爲를 보여 주었을 때에는 農場相續人은 이러한 推測에 相應하는 意思를 가지고 있지 아니하였다고 하는 主張을 할 수 없다. 契約關係는 法律效果에 향해진 法律行爲의表示에 의하여서 뿐만 아니라 信義誠實의 原則에 따라 事實的過程(tatsächliche Vorgänge)에 의하여도 成立될 수 있다고 함을, BGH는 Tasche(上揭書)와 이러한 見解를 「社會定型的行爲에 의한 債權關係」라는 用語下에 받아들이고 계속 발전시킨 Larenz (Lehrbuch des Schuldrechts 1. Bd. §4)의 詳論에 의거하여, 1956年 7月 14日의 判決 (V ZR 223/54, BGHZ 21, 319……)(引用者註: 駐車場事件)에서 認定한 바 있다. 農地의 繼承을 生時에 이미 拘束的으로 規律하는 農民들 사이에 오래전부터 널리 퍼져 있는 慣行은 大量去來의 現象에 관한 思想을 農場法(Hofrecht)의 領域에 있어서의 定型的인 過程에 適用할 수 있음을 보여주고 있다. 모든 農民은——근소한 例外를 除外하고는——法定相續을 원하지 않는 경우에는 오로지 遺囑, 讓渡契約 또는 相續契約(Erbvertrag)에 의하여서만 그의 農場의 承繼人을 決定할 수

있고 또한 이러한 法律行爲들이 要式行爲임을 오늘날 알고 있더라도, 契約의 拘束의 認定을 正當化해 주는 事態(Sachverhalt)가 存在할 수 있다. 그러므로 農場所有者의 拘束(義務)은 原則的으로 形式을 갖춘 契約의 締結을 前提로 한다고 함을 兩當事者가 알고 있었다는 事實은 그럼에도 不拘하고 拘束(義務)은 發生될 수 있다고 하는 認定을 막지 못한다.……」

이와 같이 BGH는 이 事件에서 社會定型的行爲論을 이 理論의 主張者들이 그 固有한 適用領域으로 생각하였던 大量去來의 領域을 넘어서 이른바 農場讓渡에도 擴大適用하였다. BGH의 이러한 代當한 行動은 社會定型的行爲論의 批判者들은 물론 그 支持者들조차도 啞然케 하였으며 後者들의 支持조차 發見하지 못하였다.⁽²⁴⁵⁾ 그리고 社會定型的行爲論의 反對者들은 BGH의 이 決定을 社會定型的行爲論이 내포하고 있는, 契約法 내지는 契約理論體系의 破壞의 危險性을 實證해 주는 絶好의 證據로 보았다.⁽²⁴⁶⁾

IV. 社會定型的行爲論에 대한 批判論

契約締結이외에도 事實의過程에 의한 契約關係의 成立을 인정하는 事實的契約關係論 내지는 社會定型的行爲論과 이에 同調한 駐車場事件 기타의 BGH의 判決들은 독일私法學界에 深大한 충격을 주었으며 맹렬한 批判의 熱風을 惹起시켰다. 社會定型的行爲論에 대하여 Lehmann, Nipperdey 등의 元老를 비롯하여 수 많은 學者들이 큰 우려를 表示하였으며 痛烈한 批判을 퍼부었다는 데 관해서는 이미 言及한 바 있다.

「生活자체가 當事者들을 關係짓는다」라는 基本的思想에 立脚하여 生存配慮의 領域에 있어서는 生存配慮의 給付의 事實의 利用行爲라는 단순한 事實의 行爲에 의하여 契約關係가 成立한다고 보아야 한다는 Haupt의 見解는 Esser로부터 「政治的·社會的 事實에 대한 規範的法思考의 降服」을 意味한다고 하는 批判을 받았다.

Simitis도 「단순한 事實」 내지는 「社會的現實」의 權利創造의 效力 즉 事實의 規範力을 認定하는 점에 있어서는 Haupt와 軌를 같이 한다고 말할 수 있다. Ballerstedt는 이러한 Simitis의 見解는 法教義學의 基本的命題에 反하는 危險한 思想이라고 批判하였으며 또한 法制度의 形式과 內容을 區別하고, 事實的契約關係를 契約이라는 法制度의 社會的作用의 變化의 表現으로 파악한 것은 매우 恣意的인 說明이며 法制度의 形式·內容·社會的作用의 區別은 매우 애매 모호하며 說得力이 없는 恣意的인 것으로서 方法論의 不明確의 誤謬

(245) Bydlinski, a.a.O.S. 9 참조.

(246) Flume, § 8, 4, a.a.O. § 8.2.

를 법하고 있다고 批判하였다.⁽²⁴⁷⁾

이와 같이 事實의 規範의 效力을 認定하는 Haupt와 Simitis의 見解는 法에 있어서의 評價의 機能을 無視하고 있다는 批判을 받았으며 法敎義學의 基本公理에 反한다는 評價를 받았다. 그리하여 Larenz는 그의 社會定型的行爲의 債務發生의 效力의 근거를 「社會的現實」이라는 「事實」에서 구하지 않고 社會定型的行爲가 가지는 「社會定型的意味」내지는 「社會의 一般的인 法的確信」에서 찾고 있다. 즉 「社會定型的」으로 行動하는 者 즉 公開發行된 配慮의 給付(eine öffentlich angebotene Versorgungsleistung)를 알면서 그리고 意圖적으로(wissentlich und willentlich) 利用한 者는 이미 오로지 이로써, 그가 이러한 式으로 拘束받을 意思를 表現했느냐 아니냐와 관계없이 法的拘束을 지게 된다고 하는 法院의 判例에 의하여 確認된 一般的法的確信속의 社會定型的行爲의 債務發生根據(Verpflichtungsgrund)를 찾고 있다. 따라서 Larenz는 事實로부터가 아니라 評價(Wertung) 즉 規範的인 것으로부터 法律效果를 導出하고 있는 點에서 Haupt와 Simitis에 비하여 決定的인 進歩를 보여주고 있다고 할 수 있다. 그러나 Nipperdey는 事實的契約關係論에 대한 法學界에 있어서의 強力한 反對는 이미 이러한 一般的確信이 存在하지 않음을 立證해 주고 있다고 反駁하고 있다.⁽²⁴⁸⁾ Bydliniski도 그러한 一般的法的確信이 存在한다고 하는 主張은 證明될 수 없다고 말하고 있다.⁽²⁴⁹⁾

어떻든 契約締結없는 契約關係(Vertragsverhältnisse ohne Vertragsschluß)를 肯定하는 것은 傳統的私法體系의 根本的修正을 의미한다. 따라서 生存配慮의 給付關係의 特殊性으로부터 契約締結없는 契約關係를 認定하는 結論에 대하여는 傳統的私法學과 私法制度의 價値를 존중하는 壓倒的多數의 私法學者들은 否定的反應을 보이고 있다. 이들은 종래의 私法制度와 私法理論은 大量的定型的構造를 가진 生存配慮의 給付關係를 充分히 規律할 수 있다고 主張하고 있다. BGH도 점차 駐車場事件에서 보여 준 바와 같은 自信에 찬 態度에서 벗어 나려는 傾向을 보여 주고 있다는데 관해서는 이미 言及한 바 있다.

本章에서는 社會定型的行爲論에 대한 學者들의 批判을 考察한다. 前述한 바와 같이 독일의 壓倒的多數說은 社會定型的行爲論을 否認하며, 生存配慮의 給付關係의 成立의 問題는 종래의 傳統的私法理論에 의하여도 充分히 만족스럽게 解決될 수 있다고 主張한다. 그러나 批判的學者들이 提示하는 解決方案은 반드시 統一的인 것은 아니며 매우 多樣하다. 이러한 解決方案은 크게 「法律行爲論(내지는 契約理論)의 테두리 안에서 解決하려는 試圖」

(247) Ballerstedt, Simitis 書評 참조.

(248) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 163, VII 3 a.

(249) Bydliniski, a.a.O.S. 87.

와 「非法律行爲의 制度(특히 不當利得)에 의하여 解決하려는 試圖」의 兩者로 二大別할 수 있다. 또한 前者의 경우와 後者의 경우에 있어서도 學者들이 提示하는 見解는 多樣하다. 아래에서는 解決方案을 우선 위와 같이 兩大別하고 그 안에서 여러가지의 見解들을 類型的으로 分類하여 살펴 보기로 한다.

1. 法律行爲論의 테두리안에서 解決하려는 試圖

(1) 法律行爲概念에서 意思의 要素를 後退시킴으로써 문제를 法律行爲概念으로 파악하려는 見解——Betti, 初期의 Esser, Bärmann

(A) Betti⁽²⁵⁰⁾

독일에서도 높이 評價받고 있는 이탈리아의 法學者 Emilio Betti는 Haupt의 事實의 契約關係論에 대하여 매우 同情의인 反應을 보여 주고 있다. 즉 Betti도 現代의 大量去來는 債權關係의 發生을 目的으로 하는 意思表示없이도 많은 경우에 去來觀念에 따라 債權關係가 成立되는 現象을 가져왔다고 한다. 大量去來의 一連의 경우들에 있어서는 債務負擔(Verpflichtung)을 目的으로 하는 當事者들의 表示가 없어도 債務負擔이 發生하며 이 경우 決定的인 것은 去來觀念이라고 한다. 이러한 社會學의 事實에 대하여 現代法學은 고려를 배 풀어야 한다고 한다.

以下에서 Betti의 見解를 좀 더 상세히 살펴 본다.

위에서 말한 바와 같은 債權關係를 하나의 契約關係로 높여 주는 要件(Tatbestand)은 결코 法的으로 有效한 合意(eine rechtsgültige Einigung)가 아니며——그 法律行爲의 性格이 문제되는——「特別한 社會的接觸의 客觀的으로 實現된 事實」(die objektiv verwirklichte Tatsache eines besonderen sozialen Kontakts)이다. 現代의 大量去來에 있어서는 契約의 意思表示(vertragliche Willenserklärung) 대신에 「公開的인 告知에 의한 給付의 事實的提供」(das tatsächliche Angebot einer Leistung durch öffentliche Kundgabe)과 提供된 給付의 去來參加者에 의한 事實上의 利用(die tatsächliche Inanspruchnahme der angebotenen Leistung)이 행하여지는데, 兩者 즉 給付의 公開的提供과 事實上의 利用은 그에 향하여진 表示意圖이 雙方當事者에게 없기 때문에 債務負擔을 目的으로 하는 表示는 아니다. 그러나 위의 두 行爲는 推斷的行爲(ein konkludentes Verhalten)이며, 이 行爲는 그의 社會定型的의 意味에 따라, 私的自治의 實現으로서 따라서 契約과 同一한 法律效果를 가지고자 하는 法律行爲의 行爲(ein rechtsgeschäftliches Handeln)로 나타난다. 電車나 기타의 公衆交

(250) Betti, *Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse*, in: *Festschrift für H. Lehmann* (1956) Bd. I S. 253ff.

通手段의 利用의 경우가 그 예이다. 이 경우 「請約의 承諾」을 인정하는 것은 순수한 擬制에 不過하며 電車를 利用하는 者는 —— 그가 料金表를 알고 있었느냐 아니냐, 그가 이러한 內容의 意思表示를 하려고 하였느냐 아니냐에 관계없이 —— 去來觀念에 따라 料金表의 條件(Tarifbedingungen)에 따른 料金支給義務를 負擔하게 되며, 交通手段利用者의 法的狀態는, 그가 承諾할 것인가 拒絕할 것인가 또는 反對請約(Gegenangebot)으로써 答할 것이냐를 고려할 수 있는 契約請約의 受領人의 狀態와는 本質적으로 다르다. 그가 運送可能生(Beförderungsmöglichkeit)을 利用하면 이것에 의하여 運送關係의 成立이라는 推斷的行爲의 法的效果가 發生한다. 이러한 法律效果는 그가 원하던 안건에 去來觀念에 의하여 推斷的行爲로서의 利用行爲에 결합되어 있다.

따라서 大量去來에 있어서의 債權關係는 請約과 承諾에 의하여 成立하는 契約의 合意에 의하여 成立하지 않음을 알 수 있다. 現代의 大量的인 法的去來에 있어서와 같이 同種의 舍付가 大量的으로 提供되는 곳에서는 去來關係의 定型의 機械化(typisierte Mechanisierung)가 招來되며 여기서는 「意思」의 表示(“Willens”—Erklärung)와 「意思」의 合致(“Willens”—Einigung)라는 「教理的인 教科書의 概念」(die doktrinären Schulbegriffe)은 더 이상 들어 맞지 않는다. 意思의 表示와 意思의 合致를 인정하는 것은 순수한 擬制에 不過하다.

以上에서 소개한 Betti의 見解는 債權關係를 成立시키는 要件을 契約으로 보지 않고 있던 점에서 Haupt의 見解와 매우 흡사하다는 것을 알 수 있다. 그러나 다른 점은 Haupt는 이러한 法律關係를 發生시키는 要件을 法律行爲의 要件(rechtsgeschäftlicher Tatbestand)으로 보지 않는데 反하여, Betti는 이것을 法律行爲의 要件의 範疇에 넣고 있는 점이다.

즉 Betti는 法律行爲의 行爲(rechtsgeschäftliches Handlung) (즉 法律行爲)의 概念을 規正함에 있어서 「意思」의 表示(“Willens”—Erklärung)라는 教理的인 思考方式(doktrinäre Denkform)에서 解放되어야 하며 實生活에 가깝게 法律行爲의 行爲의 社會的意味를 정하여야 한다고 한다. 그리고 이러한 法律行爲의 行爲의 本質에 속하는 것은 다음과 같이 要約할 수 있다고 한다. 즉 (a) 두 法同僚의 利益範圍의 意識的接觸(ein bewußter Kontakt zwischen den Interessensphären zweier Rechtsgenossen), (b) 兩利益保有者에 의하여 (契約) 또는 一方의 利益保有者에 의하여 (一方의 法律行爲) 행하여지는 利益調整의 措置(Maßnahme der Intressenregelung)로서 社會의 立場에서 볼 때 共同生活의 틀안에서의 財貨의 分配 또는 財貨生産의 合目的의이고 定型의 措置로서 評價될 수 있는 것. 우리는 이러한 客觀的基準에 따라 이른바 事實的契約關係의 成立原因을 私의自治에 의한 法律行

爲의活動(eine rechtsgeschäftliche Betätigung)으로 볼 수 있다고 한다.

이른바 事實的契約關係가 그 基礎를 當事者들의 社會定型的行爲속에서 發見하고, 當事者들을 定型的態樣으로 구속하는 社會的事態(sozialer Sachverhalt)가 生活適合의으로 (lebensmäßig) 實現된으로써 事實的契約關係가 成立하는 限은, 私的自治의 意味內容(Sinngehalt der Privatautonomie)에 全的으로 合致한다고 하는 結論에 도달할 수 있으며 이러한 限에 있어서는 債權關係의 成立源(Entstehungsquelle des Schuldverhältnisses)은 約定(合意)으로서의 法的性格을 가지지 않으며 또한 그것은 그의 一方的遂行(einscitige Ausrichtung)의 점에서 어느 정도 로마法上の *contrahere obligationem* (*Zusammenziehung einer Gebundenheit*, 拘束의 맺음)⁽²⁵¹⁾의 本來的 意味에로의 復歸를 의미하는 하나의 法律行爲의行爲(rechtsgeschäftliches Verhalten)로 부를 수 있다고 한다. Betti는 法律行爲의行爲의 概念規定에 있어서 意思表示라는 要素를 폐기하고 로마法上の 이른바 *contrahere obligationem*이라는 意味로 法律行爲의行爲를 파악하고 있다. 따라서 Betti는 法律行爲概念에서 意思表示라는 要素를 後退시킴으로써 法律行爲를 上述한 바와 같이 *contrahere obligationem*으로 파악하고 事實的契約關係의 成立原因을 法律行爲概念 속에 포섭시키려 하였다. 行爲能力의 문제에 관하여는 一律的으로 말할 수는 없고 그때 그때의 상황에 따라 달리 解答되어야 한다고 하며, 電車乘車의 경우에는 行爲能力은 요구되지 않는다고 한다. 왜냐 하면 그때 그때의 모든 乘車者의 行爲能力을 確認하는 것은 大眾交通의 원활한 運營을 저해하기 때문이라고 한다.

(B) 初期의 Esser

Esser는 그의 名著인 債權法教科書 “Schuldrecht”의 初版(1949, S. 21f)과 2版(1960, S. 31f.), AcP에 發表한 論文 “Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse” (AcP 157, 86ff.)에서는 社會定型的 行爲論과 內容面에 있어서는 매우 가까운 태도를 취하고 있었다. 다만 다른 점은 Esser가 生存配慮的 給付의 事實上の 利用에 法律行爲의 意味를 부여하고 있는 점이다. 그러나 “Schuldrecht”의 第3版 및 第4版(1970,

(251) *contractus*의 語源인 *contrahere*라는 말은, *contrahere crimen, delictum*(犯罪, 不法行爲을 맺는다), *contrahere emptionem, stipulationem, negotium*(買賣契約, 問答契約, 行爲를 맺는다)라는 用法에 비추어 보면 당초에는 *contractus*는 合法行爲에 기하는 不問하고 法律關係設定의 事實을 가리켰다. 즉 債務는 *delictum contractum*(맺어진 不法行爲) 또는 *negotium contractum*(맺어진 行爲)으로부터 發生하였는데, 後에 *negotium contractum*에 관하여는 名詞가 脫落하여 *contractum*만으로 되고 다시 이것이 *contractus*로 變하고 이것이 不法行爲에 對立하는 意味로 쓰여지게 되고 市民法이 債務를 發生시키기에 充分한 行爲 또는 事實을 *contractus*로 부르게 되었다. 적어도 유스티니아우스法典에서는 主觀的 意思의 合致가 要件으로 되어 있지만, 古典로마法에서도 과연 그러하였느냐, 事務管理, 不當利得, 片約도 *contractus*속에 포함되어 있지는 아니하였느냐에 관하여는 見解가 對立되어 있다. 原田慶吉, 로마法(1955), 170面 참조.

97f.)에서는 뒤에 考察할 通說의 立場에 加擔하고 있다. 여기서는 初版, 2版, AcP論에서 피력된 그의 見解만을 살펴 보기로 하고 第4版에 나타난 그의 見解는 通說의 立을 고찰할 때 함께 言及하기로 한다.

Esser는 「여기서는 (引用者註: 生存配慮의 領域) 실은 더 이상 옛 意味에 있어서의 約이 締結되는 것이 아니라 오로지 規則과 料金表에 따라 連結되고, 交付되고, 引渡되고, 乘車되고 處理될 뿐이다」⁽²⁵²⁾ 라고 하며 公衆交通企業, 가스·전기·수도 등의 供給企業의 運送契約이나 供給契約에 있어서는 法律行爲의 意思表示의 有效性은 중요한 의미 가질 수 없다고 한다. 따라서 債權法的 關係는 標準화된 給付의 事實上的 利用에 의하여 成立하며 이러한 利用이 「社會定型的 行爲」에 의하여 행하여지는 限, 그러한 利用이 通約款 또는 供給約款에 따른 完全한 契約法上的 效果를 발생시키기 위해서는 自然的 意思能力(natürliche Willensfähigkeit)만으로 充分하다고 한다.⁽²⁵³⁾ 電車에의 乘車, 車를 駕馭하게 준다고 表示된 有料駐車場에의 駐車行爲로서 充分하며, 이러한 行爲에 대하여는 意思表示의 意味가 부여되며, 이러한 行爲에 부여되는 意味를 行爲者가 明示적으로 拒否하더라도 契約의 效果發生을 阻正할 수는 없다고 한다.⁽²⁵⁴⁾ 大量的 契約에 있어서는 「表意識과 義務負擔意思를 찾는 것」(Suche nach Erklärungsbewußtsein und Verpflichtungswillen)은 쓸데 없는 것이며,⁽²⁵⁵⁾ 여기서는 個別的 狀況(individuelle Situation)이 아니라 오로지 利用의 定型性(Typizität der Inanspruchnahme)만이 決定的인 意味를 갖는다고 한다.⁽²⁵⁶⁾ 生存配慮의 「定型화된 契約」(typisierte Verträge)에 있어서는 「意思表示없는 給付의 客觀的 締結要件」(ein objektiver Abschlußtatbestand ohne Willenserklärung)이 존재하며 이러한 要件은 「『社會定型的』 自然的 意思活動」(“sozialtypische” natürliche Willensbetätigung)이며 意思表示는 아니지만, 이러한 意思活動은 「原則적으로 表示를 필요로 하지 않는 意思活動의 表示로서의 類推的 取扱에 의하여」(durch analoge Behandlung von grundsätzlich nicht erklärungsbedürftigen Willensbetätigung als einer Erklärung) EGB體系에의 理論的 編入(dogmatische Eingliederung)이 可能해지며, 「法律行爲」의 概念으로서 이러한 生存配慮의 定型화된 給付의 社會定型的 利用도 파악할 수 있다고 한다.⁽²⁵⁷⁾ 生存配慮의 定型화된 給付의 「社會定型的 利用은 社會定型的 自然的 意思活動」으로서 아직도

(252) Esser, *Schuldrecht*, 1. Aufl. S. 21f.

(253) Esser, *Schuldrecht*, 2. Aufl. S. 34.

(254) Esser, a.a.O.S. 35.

(255) Esser, AcP 157, S. 90.

(256) Esser, a.a.O.S. 96.

(257) Esser, a.a.O.S. 97.

우리 私法의 基本原理인 意思原則(Willensprinzip) 또는 私의自治의 表現으로 파악될 수 있으며, 우리는 債權關係로서의 定型化된 給付關係를 法律行爲의 適切히 修正變化된 要素를 가지고 處理하여야 한다고 한다. (258)

이와 같이 Esser는 生存配慮의 大量的 契約에 있어서는 法律行爲의 要素인 意思表示의 意味 내지는 比重을 弱化 내지 後退시킴으로써 生存配慮의 定型化된 給付의 事實上의 利用行爲를 法律行爲概念으로 把握하려고 試圖하였다. 이와 같이 法律行爲制度의 理論의인 繼續的 法發展(dogmatische Rechtsfortbildung)에 의하여 生存配慮의 給付의 利用行爲를 民法의 法律行爲體系 속에 포섭시키는 것이 體系維持(Systemhaltung)를 위하여 올바른 길이며 法律에의 忠實(Gesetzestreue)의 命令과도 合致한다고 말하고 있다. (259)

(C) Bärmann⁽²⁶⁰⁾

Bärmann도 그의 著書 “Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge,,(1948)에서 契約概念에 있어서는 意思의 要素(Willensmoment)의 後退를 現代法을 特徵짓는 하나의 潮流로 보고 있다. 그는 Haupt의 事實的契約關係論에 대하여 이것은 契約概念을 「그의 合意主義의 狹谷으로부터 解放시켰다」고 肯定的 評價를 부여하고 있다. 그는 意思表示를 契約의 不可缺의 本質的 要素라고 고집하는 近代 民法典의 「靜態的 契約概念」(der statische Vertragsbegriff)는 現代의 大量去來關係에 있어서는 더 이상 妥當할 수 없다고 한다. 그러면서 그는 契約을 세 개의 基本的類型으로 分類하고 있다. 즉,

① 個人主義的契約(der individuelle Vertrag)

이 類型은 當事者들의 意思表示의 合致에 의하여 成立하며 近代民法이 規定하는 古典的 契約概念과 一致하는 契約類型이며 따라서 이에 대하여는 아직도 近代의 民法의 一般規定이 그대로 適用될 수 있다.

② 日常生活에 있어서의 定型化된 契約(der typisierte Vertrag des täglichen Lebens)

이 契約類型에 대하여는 場的・時代的 慣習이 一般法과 함께 基準이 된다.

③ 大量型的 定型的契約(der massenförmige und dadurch typengenormte Vertrag)

이것은 生存配慮의 領域에 있어서는 大量去來關係에서 登場하는 契約類型이며, 生活必需性, 無名性, 個別化不可能性, 大量型的同一性を 그 特徵으로 하며, 大量型的 法秩序(massenförmige Rechtsordnung)에 따르며 오로지 委任(Delegation)이 있는 경우에만 一般法이 이에 適用된다.

(258) Esser, a.a.O.S. 98.

(259) Esser, a.a.O.

(260) 특히 Bärmann, a.a.O.S. 84ff. 참조.

이 第3契約類型에 있어서는 「意思의 合致라는 傳統的 契約締結方式」은 排除되며 現實의 行爲(reales Verhalten) — 이 行爲에 대하여는 法律效果意思是 本質인 것은 아니다 — 客觀的法秩序에 의하여 生存配慮의 給付의 利用으로부터 나오는 權利關係의 成立과 存續을 決定한다고 한다. 古典인 法律行爲와 契約의 概念은 이에 그대로 適用될 수 없으며, 이 두 概念은 大量的인 利用關係(massentümliche Nutzungsverhältnisse)를 위하여 修正 또는 擴大되어야 한다고 한다.

이와 같이 Bärmann은 根本的으로는 Haupt의 事實的契約關係論에 同調하고 있다. 다수의 見解는 Haupt는 生存配慮의 給付關係를 成立시키는 給付의 事實的利用을 契約이나 法律行爲가 아닌 獨立한 契約關係成立原因으로 파악하고 이를 契約과 區別하는데 反하여, Bärmann은 아직도 生存配慮의 給付關係의 成立原因인 現實的 行爲를 法律行爲, 大量型・定型의 契約으로 파악하고 있는 점에서 兩者의 見解는 相違點을 보여 주고 있다.

(D) Betti, 初期의 Esser, Bärmann은 根本的으로는 Haupt, Larenz의 事實的 契約關係論을 내지는 社會定型의 行爲論에 대하여 同情的인 反應을 보여 주고 있다. 이들의 見解를 現實的 契約關係論의 陣營에 편입시키는 學者들도 있는 것은 바로 이 때문이다.⁽²⁶¹⁾ Betti, Esser, Bärmann 등의 見解는 서로 여러 가지의 相違點을 내포하고 있다. 그러나 法律行爲를 내지는 契約의 概念에서 차지하는 意思의 要素의 比重을 後退시키고 兩概念의 修正을 내는 變容을 통하여 社會定型의 行爲를 法律行爲 또는 契約의 概念으로 파악하고 있다는 점에서 共通點을 보여 주고 있다.

(2) 독일의 通說的 立場

독일의 通說的인 見解는 傳統的인 意思表示, 法律行爲 및 契約의 理論에 의해서도 生存配慮의 大量去來關係의 成立의 문제는 充分히 解決될 수 있으며, 契約締結 이외에 또 다른 獨立한 契約關係成立原因을 인정할 필요가 없다고 한다. 便宜上 다음의 세 경우로 나누어서 독일의 支配的인 學說의 內容을 살펴 보기로 한다. 즉,

- ① 生存配慮의 給付關係의 正常的 成立의 경우
- ② 어떤 사람이 對價를 支給하여야 하는 生存配慮의 給付를 利用하였지만 이를 認識하지 못하였고 따라서 이러한 行爲를 함에 즈음하여 그에게 表示意識 또는 效果意思가 없었던 경우
- ③ 對價를 支給하지 않겠다는 明示的인 抗議下에 生存配慮의 給付를 利用한 경우

(A) 生存配慮의 給付關係의 正常的 成立의 경우

(261) Soergel-Lange, Vorbem. vor § 145, 116; Nikisch, a.a.O.S. 87.

Haupt에 의하여도 例示된 電車乘車行爲(Straßenbahnfahrt)의 例에 따라 이 경우를 살펴 본다. 이러한 生存配慮의 給付關係가 正常的으로 成立하는 경우를 보면, 乘客이 停車場에서 있는 電車에 乘車하고—시간이 경과한 후—차장에게 料金表에 따라 정하여진 電車 料金(對價)을 支給하고 目的地에서 내림으로써 아무런 이상없이 生存配慮의 給付를 利用한다.

이러한 경우 給付關係의 成立에 있어서 當事者들의 電車利用이라는 定型的行爲(typisches Verhalten)는 意思表示로 評價될 수 있으나, 따라서 서로 合致하는 意思表示(즉 契約)의 外部的·內部的 要件이 存在하고 따라서 法律行爲의 契約締結이 成立하였다고 할 수 있으나 문제가 된다. 結論부터 말하면 독일의 壓倒的 多數說은 위와 같은 給付의 利用 行爲 속에 意思表示를 인정하며 이러한 行爲에 의한 契約의 成立을 인정한다.⁽²⁶²⁾

社會定型的行爲論은 이러한 電車乘車의 경우를 BGB의 法律行爲의 體系에 편입시키는 데 대하여, 生存配慮의 給付의 提供과 利用에 의한 給付關係의 成立은 請約, 承諾 그리고 意思表示의 到達에 관한 BGB의 觀念과 合致하지 않는다고 하는 理由와 契約形成의 自由의 缺如를 理由로 계속 反對하고 있다. Haupt는 「法律行爲의 理論構成은, 아마도 電車企業家は 公衆에 대하여 運送契約締結의 請約을 하고 그때 그때의 乘車에 의하여 이러한 請約에 대하여 承諾을 하는 意思表示가 행하여진다고 함으로써만 救해될 수 있을 것」이지만 企業家の 給付提供과 乘客에 의한 乘車行爲를 契約의 請約과 承諾의 意思表示로 보는 理論構成은 순수한 擬制에 不過하며, 「실로 피가 안 통하는 構成物」이라고 한다.⁽²⁶³⁾ Larenz도 이에 同調하고 있음은 이미 言及하였다.⁽²⁶⁴⁾

그러나 通說은 去來參加者의 行爲를 意思表示로 評價하는 것은 조금도 技巧的인 것이 아니며 이렇게 評價하더라도 生存配慮의 大量去來가 가지는 法社會學的 現實이나 BGB의

(262) Blomeyer, Arwed, MDR 1957, S. 151ff (駐車場事件 評釋); Brox, *Allgemeines Schuldrecht* 3. Aufl.(1972) S. 32; Bydlinski, a.a.O.S. 88ff.; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 163 VII 3; Esser, *Schuldrecht Bd. I, 4. Aufl.*(1970), § 14, 2; Fikentscher, *Schuldrecht* 3, Aufl. (1971), § 18 III 4; Gudian, Inanspruchnahme tarifmäßig zu vergütender Versorgungsleistungen-echter Vertrag oder nicht? JZ 1967, S. 303f.; Flume, a.a.O. § 8, 2; Kaduk, Vertrag und sozialtypisches Verhalten, *Juristische Rundschau* (1968), S. 1 ff.; Lange, a.a.O. § 40, 4; Lehmann, NJW 1958, S. 1 ff.; Lehmann-Hübner, a.a.O. § 25 e; Medicus, *Bürgerliches Recht 4. Aufl.* (1971), § 9 I 1a; Nipperdey, MDR 1957, S. 129f.; Palandt-Heinrichs, Einf. 5b vor § 145; Siebert, a.a.O.S. 19ff.; Soergel-Hefermehl, Vorbem. vor § 116, 11, Soergel-Lange, Vorbem. vor § 145 118, 119; Wieacker, JZ 1957, S. 61f. (駐車場事件 評釋), *Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle* (1967), S. 263ff.; Wolf, Manfred, a.a.O.S. 134ff. usw.

(263) Haupt, a.a.O.S. 21.

(264) Larenz, NJW 1956, S. 1897.

契約理論에 歪曲을 強要하는 것으로는 되지 않는다고 한다.⁽²⁶⁵⁾

(a) 通說은 生存配慮의 企業의 契約請約은 給付를 一般人이 利用할 수 있도록 提供하는 爲 “allgemeines öffentliches Zur-Verfügung-Stellen der Leistung” 속에 存在한다고 한다.⁽²⁶⁶⁾ 例컨대 電車會社의 契約請約은 公衆에 對한 運送給付의 提示行爲 속에 存在한다. 누구도 電車を 經해진 停車場에서 탈 수 있고 利用할 수 있다. 自動販賣器에 의한 販賣 行爲의 類似하다. 즉 通說은 生存配慮企業의 給付의 一般的 公開的인 提供行爲를 契約請約의 意思表示로 보고 있다.

이러한 경우에 있어서 請約의 相對方은 給付를 利用하려고 하는 모든 사람이다. 즉 企業의 給付提供은 不特人에 對한 請約(Antrag ad incertas personas)이다. 이와 같이 通說은 生存配慮의 企業, 例컨대 電車會社에 의한 給付의 「一般的・公開的 提供」(das allgemeine öffentliche Angebot) 즉 모든 사람이 탈 수 있도록 電車を 운행하는 行爲를 BGB의 119條에 있어서의 契約의 請約으로 評價하고 있다. 電車會社의 이러한 「公開的 請約」은 狀 態上과 去來觀念上 公開的으로 提示된 運送條件下의 運送可能性의 提供에 의하여 充分히 明 確하게 그리고 完全하게 행하여지며 따라서 運送關係의 成立(즉 契約의 成立)을 위해서 는 個個의 乘客側의 承諾 그의 「Ja」만이 필요하다고 한다.⁽²⁶⁷⁾

(b) 또 하나의 문제는 生存配慮的 給付의 利用行爲, 例컨대 電車에의 乘車行爲 속에 위 行爲와 같은 請約에 對한 承諾의 意思表示가 存在하느냐이다.

社會定型의 行爲論을 主張하는 學者들은 生存配慮의 領域의 大量去來에 있어서는 當事 者들은 契約締結 및 契約內容形成의 自由를 가지고 있지 못하다는 理由로, 法律行爲를 위 行爲에 餘地는 存在하지 않는다고 한다. 즉 Haupt는 「當事者들은 그들이 움직일 수 없이 確 定되어 있는 어떤 것에 관하여 合意하는데 대해서는 아무런 관심도 없다.⁽²⁶⁸⁾ 「이에 관 於한 契約은 허공을 치는 것이다. 왜냐 하면 合意할 아무것도 存在하지 않기 때문이다」⁽²⁶⁹⁾ 라고 말하고 있으며, Larenz도 같은 見解를 表示하고 있다.⁽²⁷⁰⁾

그러나 이러한 Haupt와 Larenz의 主張은 契約締結의 原則 이외에 또 하나의 事實的 過 程에 의한 契約關係의 成立을 인정하기 위한 充分한 根據를 提示해 주지는 못한다고 批

(265) Siebert, a.a.O.S. 22.

(266) Siebert, a.a.O.

(267) Siebert, a.a.O.S. 23; Staudinger-Coing, § 145 Anm. 2 und Vorbem. vor § 145, 3d.

(268) Haupt, a.a.O.S. 22.

(269) Haupt, a.a.O.S. 23.

(270) Larenz, a.a.O.

判받고 있다. Siebert⁽²⁷¹⁾는 例컨대 電車乘車의 경우에 있어서도 合意(約定)할 것이 전혀 存在하지 않는 것은 아니라고 한다. 즉 어떤 目的地로 乘客이 運送되기를 원하느냐에 관한 合意는 역시 一般的으로 필요하다고 한다. 또한 運送關係의 內容의 定型化와 一律의 規律이 當事者들에게 애당초 더 이상의 合意를 無用한 것으로 보이게 한다는 事實은 契約締結의 認定을 막는 것은 아니라고 한다. 電車乘車의 例에 있어서 運送關係의 內容은 部分的으로는 法的으로, 部分的으로는 社會定型的으로 미리 주어져 있지만, 當事者들 사이에 관하여 明確히 알고 있으며, 그들의 運送關係의 締結을 目的으로 하는 意思表示 속에 이러한 미리 주어져(정하여져) 있는 內容의 承認(Billigung)을 끌어 들인다고 한다. 따라서 Siebert는 私的自治의 缺如를 理由로 契約締結을 否認하는 社會定型的의 行爲論을 不當하다고 批判하고 있다.

또한 위에 말한 社會定型的의 行爲論의 論旨에 대하여 가장 신랄한 批判을 加하고 있는 學者로는 Flume 를 들 수 있다. Flume⁽²⁷²⁾는 生存配慮의 大量去來에 있어서의 私的自治의 形成(privatautonomie Gestaltung)에 관한 限, 大量去來의 給付의 利用者는 利用의 「與否」(Ob)만을 決定할 수 있고 그 限度에서 「自由롭지」않다고 하는 것은 正確한 말이라고 한다. 그러나 이러한 現象은 비단 이른바 生存配慮의 領域에만 있는 것이 아니라 日常生活上의 去來(Geschäfte des täglichen Lebens)에도 一般的으로 存在한다고 한다. 따라서 大量去來行爲의 同型性(Gleichförmigkeit der Geschäfte des Massenverkehrs)에 基하여 私的自治의 原則의 變化를 云謂하는 것은 잘못이라고 한다. 그는 말하기를, 日常生活上의 去來行爲를 할 때 에누리하지 않는 것이 通例인 나라들에 있어서는 일찍부터 日常生活上의 去來行爲인 賣買契約을 할 때 當事者들은 去來의 「與否」만을 決定할 따름이라고 한다. 그러므로 大量去來의 給付關係에 관하여 私的自治의 形成의 可能性이 없다는 것을 根據로 法律行爲를 위한 餘地는 없다고 말하는 것은 잘못이라고 한다. Medicus도 Flume에 同調하고 있다.⁽²⁷³⁾

또한 社會定型的의 行爲論은 生存配慮의 領域에 있어서는 公開的으로 提供된 生存配慮의 給付의 利用의 경우에는 「意思表示」는 存在하지 않는다고 한다. 즉 Larenz는 「利用者의 意思是 여기서는 通常 事實的인 效果에만 향해진 것이며 法律效果의 發生에 향해진 것은 아니다. 따라서 그는(社會定型的으로) 「行爲」하지만 아무것도 「表示」하지 않는다」,⁽²⁷⁴⁾

(271) Siebert, a.a.O.S. 23ff.

(272) Flume, a.a.O. § 9 Ia.

(273) Medicus, a.a.O. § 9 Ia.

(274) Larenz, DRiZ 1958, S. 246.

電車]에 타는 사람은 보통 아무것도 表示하지 않는다」⁽²⁷⁵⁾고 하며, Haupt는 乘客은 그 [이러한 行爲에 의하여 일정한 效果意思를 通知하려는 意圖를 가지고 있지 않다고 한다. ⁽²⁷⁶⁾ 즉 Haupt와 Larenz는 이러한 行爲에는 表示意識 및 效果意思가 缺如되어 있으므로 이러한 行爲를 意思表示로 볼 수 없다고 한다.

이에 대하여 Siebert⁽²⁷⁷⁾는 Haupt와 Larenz가 이러한 行爲 속에 어떠한 表示도 인정하지 않으려고 한다면, 그들은 지나치게 강한 個人的, 心理學的 表示概念을 使用하고 있는 것으로 된다고 批判하고 있다. Siebert는 電車에의 乘車行爲는 意思表示의 外部的 要件(客觀的 要件)인 表示行爲로서, 즉 表示價値를 가진 行爲로서 파악될 수 있다고 한다. 去來 概念은 乘客은 그 乘車行爲를 通하여 그는 公衆交通手段을 利用하고 運送條件에 服從하는 意思를 表示한다고 보기 때문에, 乘車行爲는 表示價値를 가진 表示行爲로서의 性質을 充分히 갖추고 있다고 한다. 電車에의 乘車는 電車會社의 請約에 대한 明白하고도 一義的인 “Ja, (承諾)를 形成한다고 한다. 電車會社의 給付의 內容과 對價는 一般人에게 開되어 있는 請約 속에 이미 밝혀져 있기 때문에 이러한 狀況下에서는 이에 관한 言語] 의한 表示는 不必要하다고 한다. 또한 이러한 行爲는 通常 意思表示의 內部的 要件(主觀的 要件)도 갖추고 있다고 한다. 通常의 경우 生存配慮的 給付를 利用하는 者(例컨대 電車 利用者)는 그의 行爲(例컨대 乘車行爲)의 法的・經濟的 效果를 充分히 意識하고 있으며 따라서 通常 일정한 法律效果를 發生시키려는 意思 즉 效果意思를 가지고 있다고 한다. Siebert는 乘車行爲와 같은 生存配慮給付의 利用行爲는 既存의 法律行爲論에서 이미 確立되어 있는 「推斷의 行爲에 의한 意思表示」(Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten) 또는 「推斷的 意思表示」(konkludente Willenserklärung)로 볼 수 있으며, 社會定型의 行爲는 給付關係의 正常的 成立의 경우는 推斷的 意思表示에 의하여 充分히 파악될 수 있다. 결론을 看過하고 있다고 말하고 있다(推斷的 行爲에 의한 意思表示에 관하여는 上述 意思表示論 참조).

Flume⁽²⁷⁸⁾도 電車에 타는 사람은 乘車行爲에 의하여 그에게 有料로 提供된 運送給付를 利用하는데, 契約締結을 위해서는 이 이상 더 필요한 것은 없다고 한다. Larenz의 見解가 옳다면 醫師와 患者 사이에도 契約의 締結은 있을 수 없을 것이라고 한다. 왜냐하면 患者의 意思是 通常 「事實的 效果」 즉 「效果的 治療行爲」에 향해진 것이기 때문이다. 前者는 Larenz의 意味에서 아무 것도 「表示」하지 않는 것으로 될 것이라고 한다. 왜냐하

(275) Larenz, *Schuldrecht Bd. I 3. Aufl* (1958), S. 33.

(276) Haupt, a.a.O.S. 21f.

(277) Siebert a.a.O.S. 24.

(278) Flume, a.a.O.

면 患者는 一般的으로 醫師에게 그의 고통(중세)을 말하기 때문이다. 그렇지만 醫師의 利用에 의하여 醫師와 患者 사이에 契約이 成立한다고 하는 것은 명백하다고 그는 말하고 있다. 大量去來의 給付關係에 있어서는 通常적으로 企業이 給付를 個人들이 利用할 수 있도록 一般的으로 提供하고 個人들이 이 給付를 利用하는데, 給付의 提供條件이 確定되어 있다고 해서 왜 契約이 提供된 給付의 利用行爲에 의하여 成立될 수 없느냐를 理解할 수 없다고 말하고 있다. 이러한 現象은 生存配慮에 特有한 것은 아니라고 한다. 例컨대 식당의 식탁 위에 놓여 있는 빵을 손님이 집어 먹었다면 이에 의하여 契約이 成立하며 이 契約에 기하여 그는 빵값을 支給할 義務를 부담하는데, 이러한 빵을 집어 먹는 行爲는 이른바 「社會定型的 行爲」이며 모든 法律行爲는 「社會定型的 行爲」라고 한다. 식당主人이 준비해 놓은 빵을 손님이 집어 먹는 行爲는 社會定型的이며 契約締結을 위해서는 이 밖에도 필요한 것이 없다고 한다. Siebert 기타 많은 學者들은 大量去來行爲의 特殊性을 한편 인정하면서도, 이러한 大量去來關係를 중래의 法律行爲 내지는 意思表示의 理論으로서도 充分히 파악할 수 있다고 主張하는데 反하여, Flume는 生存配慮의 領域에 있어서의 大量去來行爲의 特殊性조차 否認하고 있다.

Enneccerus-Nipperdey⁽²⁷⁹⁾는 生存配慮의 給付의 利用者는 그 給付의 利用에 의하여, 企業家가 對價를 받고 利用者에게 給付를 提供하여야 하는 法的인 特別關係를 企業家와 맺으려고 한다는 것을 明確히 認識할 수 있도록 表示한다고 한다. 그리고 극히 例外的인 경우를 除外하고는 去來參加者는 生存配慮의 領域에 있어서 그의 行爲에 대해 이러한 意味가 부여됨을 알고 있으며 그는 이러한 法律效果를 發生시키기를 원하고 있다고 한다. 따라서 BGB의 意味에 있어서의 法律行爲의 意思表示의 모든 構成要素가 存在한다고 한다. Nikisch도 「電車を 타는 사람은 法的으로 의미있는 表示(eine rechtserhebliche Erklärung)를 하고 있다는 것을 잘 意識하고 있으며 또한 이러한 表示를 하기를 意欲하며 그리고 이러한 表示를 한다」⁽²⁸⁰⁾고 함으로써 위에 든 學者들과 見解를 같이 하고 있다.

以上에서 通說에 加擔하고 있는 몇 學者들의 見解를 소개하였다. 結論적으로 말하면 通說은 生存配慮의 給付의 正常的의 意思의 利用(die normale, willentliche Inanspruchnahme der Leistung der Daseinsvorsorge)의 경우는 BGB의 契約理論에 편입될 수 있으며, 따라서 契約締結없는 契約關係의 理論構成(Konstruktion eines Vertragsverhältnisses ohne Vertragsschluß)은 필요하지 않다고 主張한다.⁽²⁸¹⁾ 通說은 生存配慮의 給付의 利用行爲는 通常的인

(279) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 163 VII 3a.

(280) Nikisch, a.a.O.S. 88.

(281) Siebert, a.a.O.S. 25.

경우 意思表示(대부분의 경우 推斷의行爲에 의한 意思表示)로 파악하고 있다. 이러한 通說은 위에서 든 學者 이외에 Brox, Blomeyer (Arwed), Bydlinski, Esser, Fikentscher, Jüdicke, Kaduk, Lange, Lehmann (-Hübner), Medicus, Palandt-Heinrichs, Siebert, Voergel-Hefermehl, Wieacker, Wolf (Manfred) 기타 壓倒的 多數의 學者들에 의하여 支持되고 있다.⁽²⁸²⁾

(B) 生存配慮의 給付의 利用者에게 表示意識 또는 效果意思가 없는 경우

生存配慮의 給付가 給付關係의 成立을 향한 表示意識 또는 이에 대응하는 效果意思없이 利用되는 경우도 생각할 수 있다. 즉 어떤 사람이 對價를 支給하여야 하는 生存配慮의 給付를 利用하였지만, 이를 認識하지 못하였고 따라서 이러한 利用行爲를 함에 즈음하여 그에게 表示意識 또는 效果意思가 없었던 경우도 있다. 例컨대 Haupt가 들고 있는 「스포츠 飛行士事件」이 이 경우에 해당한다. 이러한 경우에 있어서는 效果意思를 推測케 하는 外的行爲(äußeres Verhalten)는 存在하지만, 法律行爲의 意思表示의 主觀的要素는 缺如되어 있다. 왜냐 하면 行爲者는 表示意識·效果意思를 가지고 있지 않기 때문이다. 순수한 個人主義的法原理에 따른다면 스포츠飛行士는 그의 表示意識의 缺如를 理由로 有效한 意思表示를 전혀 한 바가 없다고 主張할 수 있을 것이며, 적어도 그는 BGB 第119條 第2項에 따라 效果意思의 缺如를 理由로 그의 表示를 取消할 수 있을 터이다. 그러나 이러한 結果는 生存配慮의 給付關係에 대하여는 不適當한 것으로 생각된다. 왜냐 하면 스포츠飛行士가 그의 着陸行爲의 法律行爲의 意味를 意識함이 없이 어떤 交通空港에 着陸한 경우는 大量的·定型적이 아닌 보통의 契約의 請約에 대하여 그것이 접심의 초대나 死亡의 부고인줄 알고 罵名을 한 경우와는 다르다고 할 수 있기 때문이다. 生存配慮의 領域에 있어서의 諸過程의 社會的定型性, 生存配慮의 給付關係의 원활한 展開에 대한 實質的要請, 生存配慮의 給付關係의 大量的性格은, 이러한 去來領域의 특히 表示受領人의 信賴에 대하여 行爲者의 利益(즉 行爲者를 그의 行爲의 法律行爲의 意味를 意識하지 못한 外的行動에 拘束받지 않게 해 줌으로써 行爲者에게 부여되는 利益)에 대해서 보다 더욱 강한 意味(즉 保護)를 부여할 契機를 提供한다. 大量去來의 特殊性을 고려하여 生存配慮의 大量去來에 있어서는 給付利用者의 意思와 關係없이 給付의 事實上의 利用行爲만에 의하여 契約關係가 成立하며 이 關係에 기하여 給付利用者는 對價支給義務를 부담한다고 함으로써 이러한 結果를 導出한 것은 어떠한 社會定型的行爲論 또는 事實的契約關係論의 큰 공적으로 높이 評價될 수 있다. 그러나 독일의 通說은 이러한 結果에 도달하기 위하여 傳統的인 法律行爲理論을 離脫하여

(282) 註(262) 참조.

契約關係의 成立原因으로서 契約締結 이외에 社會定型的行爲(또는 事實的 契約)를 인정할 필요는 없다고 한다. 즉 定型화된 大量去來의 過程들은 종래의 契約締結의 모습과 差異가 있긴 하지만, BGB에 指向되고 또한 現代의 法的去來의 形成에 適應(anpassen)된 法理論을 手段으로 하여 적절히 規律될 수 있다고 한다. 즉 이미 그 有效性 내지는 適切성이 檢證된 信賴保護(Vertrauensschutz) 또는 信賴責任(Vertrauenshaftung)의 原理나 私的自治의 原則의 相關原則(Korrelat)인 自己責任의 原則(Prinzip der Selbstverantwortung)에 의하여 종래의 法律行爲理論의 테두리 안에서 生存配慮의 大量去來의 給付關係의 成立의 문제, 즉 意思表示의 內部的要件(表示意識 또는 效果意思)의 缺如의 문제를 적절히 그리고 充分히 解決할 수 있다고 強調하고 있다.

以下에서 通說의 主張을 살펴 본다.

Siebert⁽²⁸³⁾는 信賴保護(Vertrauensschutz)의 思想 特히 Coing에 의하여 발전된 信賴責任(Vertrauenshaftung)의 理論에 立脚하여, 生存配慮의 給付의 利用行爲는 行爲者에게 表示意識 또는 效果意思가 없었던 경우에도 하나의 推斷的行爲(schlüssiges Verhalten)로서 法律行爲의 效果를 發生시킨다고 한다. 信賴責任과 推斷的行爲에 관하여는 위의 法律行爲論에서 言及한 바 있다 (上述 意思表示論 참조). Siebert에 의하면 表示意識 또는 效果意思라는 意思表示의 內部的 要件의 欠缺의 경우에 있어서 推斷的行爲의 意味 또는 效力의 문제는 生存配慮의 研究에 즈음하여 처음으로 登場한 것은 아니며, 이미 內心的인 法律行爲의 意思는 意思表示의 要素에 속하느냐 아니냐에 관한 意思主義와 表示主義間의 普通法上의 論爭속에 나타나 있다고 한다. 실제로 BGB도 철저한 意思主義에 加擔하고 있지는 않으며 信賴保護의 思想을 導入하여 여러 가지 경우에 一方當事者의 外的行動(äußeres Verhalten)에 대하여 行爲者의 內心的인 法律行爲의 意思를 고려함이 없이 法律行爲의 表示內容을 監責시키고 있다.

判例와 學說은 한걸음 더 나아가서 강력한 信賴保護의 思想을 發展시켰다. 즉 이러한 思想은 「모든 사람은, 그의 行爲가 그의 內心的인 表示되지 아니한 意思에 의하여 생각된 것과 같이가 아니라, 그의 行爲가 去來慣行 즉 去來觀念에 의하여 파악된 것과 같이 그의 行爲가 效力을 發生하는 것을 承認하여야 한다는 것이 現代法에서는 인정되고 있다. 이러한 原則은 商人間의 去來에 대하여는 HGB (독일 商法) 第346條에 結晶되어 있다. 그러나 그 適用은 商法에 限定되지 않는다. 이 原則은 오히려 BGB 第157條에 의하여 民法에 대하여도 一般的으로 適用된다.」 「決定的인 것은 오히려 그의 行爲가 去來慣行과 去來觀

(283) Siebert, a.a.O.S. 27ff.

念에 의하여 어떻게 評價되고 있느냐이다」(RGZ 95, 125ff)라고 하는 RG의 判例에 가장 명료하게 表現되어 있다. RG는 다른 判決에서도 비슷한 見解를 表明하고 있다. 즉 「모든 사람은, 法律行爲의 去來에 있어서 그의 行爲가 去來慣行에 의하여 즉 當該去來界의 法觀念(Rechtsanschauung)에 의하여 理解되는 것과 같이 그의 行爲의 效力을 承認하여야 한다. 그의 內心的意思是 중요하지 않다」고 말하고 있다 (RG Seufferts Archiv 78 Nr. 62). 이러한 判決들은 信賴保護의 原則을 信義誠實의 原則에 기하여 根據되고 있다. 이러한 信賴保護의 原則은 學說과 判例에 의하여 거듭 確認되었다. 이러한 判決들로부터 대략 다음과 같은 法原理를 抽出할 수 있다. 즉 「一方當事者が 일정한 行動을 보여 주고 이 行動이, 善意的 그리고 理性的인 理解를 前提로 할 때, 오로지 하나의 일정한 法律行爲의 意思와만 合致할 수 있는 것인 때에는, 이 當事者は 마치 그가 이에 相應하는 意思를 가지고 있었던 것처럼 취급되지 않으면 안된다」.⁽²⁸⁴⁾ 이 경우의 行爲者가 부담하는 責任의 基礎는 이러한 義務發生을 目的으로 하는 意思가 아니라, 信義誠實의 原則과 相對方의 信賴의 保護이다.⁽²⁸⁵⁾

總括적으로 말한다면 推斷의 行爲로 인한 法律行爲의 信賴責任의 경우에 있어서는 法的 去來에 參加하는 者는 그의 行動과 이에 의하여 惹起되는 客觀的 表示要件의 歸責을 받아야 한다는 것이 信賴保護 내지는 信賴責任의 思想의 內容이다.

Kramer⁽²⁸⁶⁾는 이러한 信賴保護의 思想, (그의 表現에 의하면) 「表示의 客觀的 歸責性의 思想」(Gedanke der objektiven Zurechenbarkeit der Erklärung)은 社會學의 「役割理論」(Rollentheorie)에 의하여도 뒷받침될 수 있다고 한다. 즉 Kramer에 의하면 法的 去來에 參加하는 者는 그의 相對方과 原則적으로 「그의 主觀的, 個人的存在에 있어서」(in einer subjektiven, personalen Existenz)가 아니라 「하나의 客觀的 役割 속에서」(in einer objektiven Rolle) 對面하고 있다. 모든 法同僚(Rechtsgenosse)는 따라서 契約締結者는 그의 社會的 相對方(Sozialpartner)으로부터 크든 작든 「社會定型의 役割行動」(sozialtypisches Rollenverhalten)을 期待하며 또한 그는 이것을 믿는다. 이 경우 「定型性의 程度」(Grad der Typizität)는 「行爲에 의한 接觸의 無名性의 程度」와, 그리고 거꾸로 「行爲可能性」(Handlungspotential)은 「자신의 自己表現에 대한 他人의 解釋에의 相當한 信賴의 程度」(Maß des berechtigten Vertrauens in die Fremdinterpretation der eigenen Selbstdarstel-

(284) Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 116, 3f.

(285) Staudinger-Coing, a.a.O.

(286) Kramer, a.a.O.S. 154ff.

lung)와 直接的인 比例關係에 선다.⁽²⁸⁷⁾ Kramer는 사람들이 이러한 의미의 役割을 「相互作用 모델」(Interaktionsmodell)로서, 「社會的行動의 理解를 위한 쉐마」(Schema zum Verständnis sozialen Verhaltens)로서 理解한다면, Manfred Rehbinder가 말한 바와 같이 「왜 大量去來의 時代에 있어서 즉 高調된 相互作用의 時代에 있어서는 法律行爲理論에 있어서의 意思主義가 점점 더 信賴保護에 有利하게 弱화되었느냐」⁽²⁸⁸⁾가 매우 간단하게 밝혀진다고 말하고 있다. 各各의 役割이 社會的相對方의 行動의 方向을 조종하는 意味를 갖는다면, 社會的相對方은 行動을 함에 있어서 당해 「役割屬性과 役割行動樣式」(Rollenattribute und Rollenverhaltensweise)을 보여 주는 外的現象形態(äußeres Erscheinungsbild)를 믿을 수 있어야 한다고 한다. 그러므로 契約함에 있어서 一方當事者의 「役割行動」(Rollenverhalten)이 相對方에 대하여 正當한 「役割期待」(Rollenerwartung)를 發生시킨 경우에는, 相對方의 이러한 「役割期待」 내지는 「信賴」는 보호되어야 한다고 한다.

Siebert⁽²⁸⁹⁾는 判例와 學說에 의하여 發展된 이러한 信賴保護 내지는 信賴責任의 思想을 生存配慮의 領域에도 適用하고 있다. 즉 「生存配慮의 필연적으로 定型화된 形式 (die notwendig typisierten Formen der Daseinsvorsorge)은 生存配慮의 給付의 利用 속에서, 따라서 일정한 行動樣式 속에서, 아주 一般的으로 이에 상응하는 契約締結으로 이끄는 意思表示를 發見하는 去來觀念을 發展시켰다. 電車에의 乘車, 車를 잠시해 주고 駐車料를 받는 駐車場에의 駐車 등의 社會定型的인 表示價値에 대한 당해 去來界의 信賴는 行爲者에게 外的인 信賴要件과 다른 內心的 意思의 主張을 不許함으로써 保護되어야 한다」고 하며, 「大量去來에 있어서 어떤 行動의 意味를 決定하는 「去來慣行의 規範力」(normierende Kraft der Verkehrssitte)의 理論의 觀點은 個個의 경우에 이에 상응하는 內心的意思가 있었느냐 없었느냐에 관계없이, 社會的·集團의 特徵과 그 展開의 社會定型性을 가진 이러한 給付關係의 法社會學의 特性에 의하여 正當化될 수 있다」고 한다. 大量的去來의 領域에서는 個人的 特性과 目的은 平準化되며 오로지 定型的·一般的「메르크말」만이 法的意味를 가지며 定型化·平準化는 意思의 要素의 弱化的 表現이라고 한다. 이에 따라 Siebert는 生存配慮의 領域에서는 表示意識과 效果意思가 缺如되어 있는 경우에는 私的自治의 原則은 「法律行爲의 責任의 原則」(Prinzip der rechtsgeschäftlichen Verantwortung)에 의하여 制限된다고 하는 結論에 도달하고 있으며, 錯誤를 理由로 하는 取消可能性은 個人意思의 尊重위에 立

(287) Luhmann, Niklas, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*(1968), S. 28f.

(288) Rehbinder, *Status-Kontrakt-Rolle*, in: *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch* (1968), S. 685ff.

(289) Siebert, a.a.O.S. 31f.

脚하고 있기 때문에 錯誤에 관한 BGB 第119條는 生存配慮의 定型화된 大量契約의 領域에서는 適用되지 않는다고 말하고 있다. 그러나 이러한 그의 見解는 BGB로부터의 離脫이나 contra legem (法律에 反對되는) 判斷이 아니라 BGB 規定의 目的과 規定에 의하여 規律되는 利益狀況을 고려한 第119條의 文言(Text)에 대한 制限의 解釋일 뿐이며 또한 이러한 制限的 解釋에 의하여 發生한 法の 欠缺의 補完일 뿐이라고 한다. Siebert의 見解는 錯誤를 理由로 하는 取消을 인정하지 않는 점에 있어서만 社會定型的 行爲論과 結論을 같이 한다.

이와 같이 Siebert는 Coing의 「法的去來에 있어서의 推斷的 行爲에 의한 信賴責任」(Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens in Rechtsverkehr)의 理論에 크게 依存하면서, 生存配慮의 給付의 利用者에게 表示意識 또는 效果意思가 없었던 경우에도 그의 利用 行爲를 推斷的 行爲로 파악하고 利用者에게 信賴責任에 기하여 法律行爲의 效果를 歸責시키고 있다.

以上에서 信賴責任 내지는 信賴保護의 法理에 의하여 문제를 解決하려는 通說의 試圖中에서 代表的인 것이라고 할 수 있는 Siebert의 學說을 살펴 보았다. 이러한 立場은 Nikisch⁽²⁹⁰⁾ 기타의 여러 學者들의 同調를 받고 있다. Flume는 이미 위에서도 言及한 바 있는 「自己責任」(Selbstverantwortung)의 原則에 의하여 같은 結論에 도달하고 있다 (前述 法律行爲論 참조).

信賴保護의 思想에 기하여 推斷的 行爲에 法律行爲의 效果가 부여되는 경우, 이 推斷的 行爲를 意思表示로 보는 見解와 意思表示로 보지 않는 見解가 對立하고 있다는데에 관해서 는 위의 法律行爲에 관한 敘述에서 이미 言及한 바 있다.

信賴保護思想의 理論的·體系的編入의 문제에 관해서도 見解가 갈라진다. 例컨대 Canaris는 法律行爲와 같은 法律效果를 發生시키는 獨立的인 信賴責任(selbständige Vertrauenshaftung)을 信賴思想(Vertrauensgedanke)으로부터 導出하고 있으며, 이러한 信賴責任을 法律行爲論의 構成部分으로 보지 않고 있다.⁽²⁹¹⁾ 그러나 Manfred Wolf,⁽²⁹²⁾ Säcker⁽²⁹³⁾ 등 多數의 學者들은 信賴保護를 私的自治와 함께 法律行爲論의 構成部分으로 파악하고 있다. Wolf는 信賴保護는 信賴者에게 損害賠償請求權을 부여함으로써 또는 法律行爲와 같은 法律效果를 부여함으로써 實現되는데, 信賴保護에 의하여 法律行爲의 效果가 發生하는 경우에는 信賴保護는 法律行爲論의 構成部分으로 보는 것이 妥當하다고 한다. 그리고 表示者

(290) Nikisch, a.a.O.S. 89.

(291) Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1971), S. 411 ff.

(292) Wolf, a.a.O.S. 83.

(293) Säcker, *Juristische Analyse* 1971, S. 509ff., vor allem S. 537.

에는 信賴保護는 法律行爲論의 構成部分으로 보는 것이 妥當하다고 한다. 그리고 表示者의 側面에서 보면 法律行爲의 效力은 그의 私的自治의自己決定에 基한 것이 아니라 그의 外部로 表示된 行爲에 대한 責任에 基한 것이라고 한다(Flume와 同旨).

(C) 利用者가 給付의 對價를 支給하지 않겠다는 明示的인 抗議下에 生存配慮的 給付를 利用한 경우

가장 문제가 되는 것은, 一般概念에 의하면 對價를 支給하여야 하는 生存配慮的 給付를 利用하였으나 利用者가 給付의 利用에 즈음하여 反對給付(對價)를 支給하지 않겠다고 明示的으로 뚜렷이 拒否한 경우이다. 즉 利用者가 給付의 利用에 즈음하여 反對給付(對價) 支給義務를 發生시키는 契約을 締結할 意思가 없음을 明示的으로 表示한 경우이다. 駐車場事件이 그 代表的 事例이다.

Larenz는 契約締結을 원하지 않는다는 意思를 明確히 認識할 수 있도록 表示한 경우에는 契約締結의 意思表示로 評價될 수 없다고 한다. 즉「解釋에 대해서는 行爲者의 行爲가 가지는 客觀的·去來適合의 意味가 매우 중요한 것이긴 하지만, 行爲者가 行爲에 즈음하여 明示的으로 그의 反對의 意思를 表示하면 推斷的 行爲는 일정한 意思의 表示로서의 意味를 상실한다. 어떠한 解釋도 이러한 限界를 넘을 수 없다」, 「反對의 意思가 明示的으로 表示되었음에도 不拘하고 法律效果가 發生하는 경우에는 이 法律效果의 發生은 더 이상 法律行爲에 基因하는 것으로 볼 수는 없다」⁽³¹⁷⁾고 말하고 있다. 이미 言及한 바와 같이 駐車場事件에 있어서는 駐車者는 駐車場에 그의 車를 駐車시킴에 즈음하여 駐車料를 支給하기를 拒絶하였다. 즉 駐車場使用契約의 締結을 拒絶하였다. 이에 관하여 Larenz는 駐車者의 이러한 反對表示에 의하여 契約締結은 좌절된다고 한다. 즉 當事者의 一方이 契約締結을 원하지 않는다는 意思를 明白히 했을 때는 契約締結은 이루어질 수 없다고 한다. 그의 見解에 의하면 駐車料支給拒絶의 表示(즉 契約締結 拒絶의 表示)에 의하여「具體的인 경우에 駐車場에의 駐車行爲를 駐車場使用契約을 締結하려는 意思의 表現으로 볼 수 있는 可能性」은 살아지며, 意思가 아주 명확하게 表現되어 있는「全行爲」의 部分 즉 行爲者 자신에 의하여 부여된 그의 行爲의 解釋을 意識的으로 無視하는「解釋」은 더 이상 解釋이라 할 수 없으며 하나의「擬制」⁽³¹⁸⁾이다. Larenz는 駐車場事件에 있어서와 같이 給付의 利用者가 給付의 對價의 支給을 明示的으로 拒絶한 경우에는 契約締結을 인정할 수 없으며, 給付關係(契約關係)는 契約締結에 의하여서가 아니라 社會定型的의 行爲에 의하여 成立한다고 보아야 한다고 한다.

(318) Larenz, DRiZ, S. 1958, S. 247.

물론 推斷的으로(schlüssigerweise) 行動하는 者는 去來觀念이 그의 行動으로부터 끌어내는 일정한 效果意思의 推測을 깨뜨릴 수 있는 可能性을 가지고 있긴 하다. 이를 위한 手段이 이른바 Protestation(Verwahrung)이다. 그러나 Protestation의 效力에는 限界가 있다. 즉 첫째로 當事者의 意思와는 관계없이 發生하는 意思表示의 法律效果에 대한 Protestation은 無意味(unbeachtlich)하다. 둘째로 Protestation을 하는 者의 事實上의 行爲(tatsächliches Verhalten)가 信義誠實의 原則에 비추어 볼 때 그의 Protestation과 모순되는 경우에는 Protestation은 존중되지 않는다. 이것이 이른바 “protestatio facto contraria non valet”의 法原則이다. 이 점에 관해서는 이미 위에서 意思表示를 論할 때 論及한 바 있다.

독일의 歴史的 多數의 學者들은 生存配慮의 領域에 있어서 生存配慮의 給付의 利用者의 對價支給拒絶 즉 契約締結拒絶의 경우를 “protestatio facto contraria non valet” 또는 “Unbeachtlichkeit der protestatio facto contraria” (protestatio facto contraria의 無價値性)의 原則에 의하여 解決할 수 있으며, 이러한 경우를 해결하기 위하여 法律行爲論을 떠날 필요는 조금도 없다고 한다. 즉 生存配慮의 給付의 利用者가 給付를 利用하면서 契約締結을 원하지 않는다는 意思를 明示的으로 表示하였다더라도 이러한 意思의 表示는 protestatio facto contraria로 되며 따라서 이러한 protestatio 에도 不拘하고 契約은 成立한다고 한다. 그리고 이러한 契約에 기하여 給付利用者는 給付의 對價를 支給할 義務를 부담한다고 한다.

Küchenhoff⁽²⁹⁶⁾는 다음과 같이 말한다.

行動은 契約意思를, 말은 契約의 拒絶을 明白히 表示하고 있는 경우와 같이, 言語와 行動간에 解消할 수 없는 것처럼 보이는 矛盾이 존재하는 경우에는, 行動이 言語보다 優先한다. 사람들의 後行行動은 他人이 그 存續을 信賴하였거나 信賴하였을 先行行動과 矛盾되어서는 안된다. 自己의 先行行動과의 矛盾(venire contra factum proprium)은 惡意的(arglistig)인 것이며, 信義誠實의 法命令에 立脚하고 있는 人間間의 行爲에 있어서의 「首尾一貫性의 原則」(Grundsatz der Konsequenz)에 反하며, 先行行動과의 矛盾의 禁止는 一般法的인 것이다. 「事實上의 行動과 矛盾되는 言語上의 異議의 不尊重(無價値性)의 理論」(Lehre von der Unbeachtlichkeit des Wortsprotests gegenüber dem faktischen Verhalten) 즉 「protestatio facto contraria의 無價値性의 理論」은 「同一人의 自己의(기준적인, 대부분 先行의)行動과 모순하는 다른(대부분 後行의)行動의 禁止의 理論」(Lehre vom Verbot des venire contra factum proprium)으로부터 나오는 것이다. 事實上의 行動

(296) Küchenhoff, a.a.O.S. 125ff.

(tatsächliches Verhalten)에 대한 言語上의 異議 (wörtlicher Widerspruch)는 無價値하다. 따라서 駐車場事件에 있어서 駐車者가 駐車料支給을 拒絕(protestatio) 하면서 駐車場에 그의 車를 駐車시킨 경우에는, 駐車行爲라는 事實上의 行動(tatsächliches Verhalten)이 이 行動과 또한 그 行動으로부터 나오는 法律效果와 모순되는 말(駐車料支給拒絕의 表示)보다 더 강하다. 따라서 駐車料支給拒絕의 表示는 protestatio facto contraria로서 無價値하며, 이러한 protestatio에도 不拘하고 駐車行爲에 의하여 駐車場使用契約이 成立한다. Küchenhoff는 대체로 以上과 같은 見解를 闡發하고 있다.

結論의으로 말한다면, 社會定型的行爲論의 主張者들과 對價支給(契約締結)의 明示의 拒絕의 경우를 不當利得등의 非契約的인 法定債權關係에 의하여 解決하려는 若干의 學者(例컨대 Bydlinski, Fikentscher 등) 들을 除外하고는 거의 모든 독일學者들이, 對價支給의 明示의 拒絕下에 生存配慮의 給付를 利用하는 경우를 「protestatio facto contraria의 無價値性」의 法理에 의하여 解決하려는 立場을 취하고 있다. 駐車場事件에 대하여 「自動車運轉者가 有料駐車場의 監視人에 대하여 駐車는 하겠지만 車의 監視는 원하지 않으며 또한 駐車料를 支給할 생각이 없다고 함을 明示의으로 表示하였더라도(駐車場 使用契約을 위한) 意思表示는 存在한다. 왜냐 하면 그의 (駐車)行爲는 有料駐車場使用契約締結의 意思表示로서의 解釋의의 다른 解釋을 許容하지 않기 때문이다」⁽²⁹⁷⁾라고 批判하는 것이 通說的 見解이다.

이러한 通說에 加擔하고 있는 學者들의 數는 일일이 열거할 수 없을 정도이다. 그 代表의 學者로서는 Küchenhoff이외에, Brox,⁽²⁹⁸⁾ Enneccerus-Nipperdey,⁽²⁹⁹⁾ Nipperdey,⁽³⁰⁰⁾ Esser,⁽³⁰¹⁾ Flume,⁽³⁰²⁾ Hübner,⁽³⁰³⁾ Lehmann,⁽³⁰⁴⁾ Lange,⁽³⁰⁵⁾ Medicus,⁽³⁰⁶⁾ Nikisch⁽³⁰⁷⁾ Palandt-Heinrichs,⁽³⁰⁸⁾ Siebert,⁽³⁰⁹⁾ Soergel-Hefermehl,⁽³¹⁰⁾ Wieacker,⁽³¹¹⁾ Wolf⁽³¹²⁾ 등을 들

(297) Brox, a.a.O.S.32.

(298) Brox, a.a.O.

(299) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 163 VII 2a.

(300) Nipperdey, MDR 1957, S. 130.

(301) Esser, 4. Aufl. a.a.O. § 14. 2.

(302) Flume, a.a.O. § 8, 2.

(303) Hübner, Zurechnung, S. 377ff.

(304) Lehmann, NJW 1958, S. 2; Lehmann-Hübner a.a.O. § 25 12e.

(305) Lange, a.a.O. §39 V4.

(306) Medicus, a.a.O. §9 1.

(307) Nikisch, a.a.O.S. 88.

(308) Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 145 5b.

(309) Siebert, a.a.O.S. 33ff.

(310) Soergel-Hefermehl, Vorbem. vor §116 11.

(311) Wieacker, JZ 1957, S. 61; *Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten*, in: *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, S. 268ff.

(312) Wolf, a.a.O.S. 136.

는 있다.

RG의 判決 (RGZ111, 310ff.)과 BGH의 判決(NJW 1959, 1 676)은 電氣料引上에 抗議하
키 引上된 電氣料金의 支給을 拒絶한 電氣需要者의 Protest를 無價値한 protestatio facto
contraria로 인정하고 引上된 電氣料金支給義務를 인정하였다는 점에 관해서는 判例를 살
키 볼 때 이미 言及하였다.

以上에서 본 바와 같이, 駐車場事件에 있어서와 같이 生存配慮的給付의 利用者가 對價
支給을 拒絶한 경우를 protestatio facto contraria의 無價値性의 理論에 의하여 法律行爲
理論의 테두리 안에서 解決하려는 見解가 독일에서는 支配的이다. 그러나 이러한 경우를
契約理論에 의해서가 아니라 不當利得·事務管理 등의 非契約的의 制度에 의하여 解決하려는
理論도 있다. 이러한 立場에 관해서는 章을 바꾸어서 따로 考察하기로 한다.

(D) 行爲能力·錯誤 등의 問題

(a) 行爲能力의 問題

Haupt, Simitis, Larenz 등은 生存配慮의 領域에 있어서의 事實的契約關係 또는 社會定
型的行爲에 대해서는 行爲能力에 관한 規定은 適用되지 않는다고 한다. Larenz는 社會定
型的行爲에 의한 契約關係의 成立을 위해서는 行爲能力은 필요하지 않으며 「行爲의 去來
適合의 意味에 관한 事實上的 判斷能力」(die tatsächliche Urteilsfähigkeit in bezug auf
die verkehrsmäßige Bedeutung des Handelns)⁽³¹³⁾ 즉 行爲의 社會定型的意味를 認識할
수 있는 事實上的 能力만 있으면 充分하다고 한다. 이미 言及한 바와 같이 Bremen 地方
法院의 判決은 Larenz의 見解에 따라 無賃乘車한 8歲의 少年에게 車賃과 運送約款에 따
른 罰金의 支給을 命하였다.

그러나 通說은 行爲能力을 요구하고 있다. 즉 生存配慮의 給付關係의 大量性과 定型性
은 行爲無能力者의 保護의 排除를 正當化해 주지는 못한다고 한다. Lange는 「行爲無能力
者 制限的 行爲能力에 있어서의 保護目的은 BGB에 의하면 絕對的優位(absoluter Vorrang)
를 차지하고 있다」⁽³¹⁴⁾고 말한다. 또한 學者들은 生存配慮의 企業의 信賴를 私人的 그것보
다 더 두텁게 保護할 理由는 存在하지 않으며⁽³¹⁵⁾, 무엇 때문에 生存配慮의 企業家를 法律
保護하려는 者(行爲無能力者와 制限的 行爲能力者)를 희생시켜 가면서 保護하여야 하느
냐를 理解할 수 없다고 한다.⁽³¹⁶⁾

(313) Larenz, AT § 34 II.

(314) Lange, a.a.O. § 39 V 4.

(315) Flume, a.a.O. § 8, 2.

(316) Lange, a.a.O.; Soergel-Lange, Vorbem. vor § 145, 122.

특히 Medicus는 Bremen地方法院의 判決에 대한 評釋⁽³¹⁷⁾에서 이 判決에 대하여 다음과 같이 批判하였다. 즉 乘客 자신이 電車에 설치되어 있는 機械에 乘車券의 消印을 하는 경우에 있어서는 乘客의 未成年性を 識別할 수 있는 可能性은 없어진다고 하는 Bremen地方法院의 말은 옳긴 하지만, 乘客이 未成年者인 경우 BGB 第107條以下の 위험을 더 이상 交通企業에 부담시킬 수 없다고 하는 地方法院의 結論은 잘못이라고 한다. BGB의 立法當時에도 기차·택시·진차·버스 등은 있었으며 立法者들은 未成年者의 相對方에게 第107條以下에 의하여 發生할 위험을 明白히 認識하고 있었지만 未成年者의 利益의 保護를 優先시켰다고 한다.⁽³¹⁸⁾ 따라서 未成年者의 乘車行爲에 대한 第107條以下の 適用을 認定하지 않는 것은 잘못이라고 批判하고 있다. Bremen地方法院의 判決은 法律이 要求하고 있는 未成年者保護를 不當하게 排除한 것이라고 批判하고 있다. Canaris도 完全行爲能力者가 아닌 者의 保護는 「우리 法秩序의 基本原則」(Fundamentalprinzip unserer Rechtsordnung)임을 強調하고 있다.⁽³¹⁹⁾

이와 같이 독일의 大多數의 學者들은 生存配慮의 給付의 利用行爲 즉 Larenz의 이른바 社會定型的行爲를 法律行爲의 行爲(rechtsgeschäftliches Verhalten)으로 파악하고 있으며, 이 行爲에 대하여는 行爲能力에 관한 規定이 全面的으로 適用된다고 主張하고 있다.⁽³²⁰⁾

近來 이러한 通說에 대한 批判이 Jauernig와 같은 行政法學者에 의하여 일어나고 있다. Jauernig⁽³²¹⁾는 生存配慮의 給付가 公共營造物(例컨대 독일 聯邦鐵道, 市運營의 電車企業)에 의하여 提供되는 경우에는 營造物의 利用關係는 公企業의 利用의 許容(Zulassung)에 의하여 成立되는데 순수한 事實的過程(ein rein tatsächlicher Vorgang)이 許容과 따라서 公法上의 利用關係의 成立을 위하여 充分한 경우(例컨대 電車利用의 경우)에는 바로 이러한 순수한 事實的 過程만에 의하여 利用의 許容이 이루어지고 公法上의 利用關係가 成立하기 때문에 利用者의 行爲能力은 문제되지 않는다고 한다. 利用者의 「自然的辨別能力」(natürliche Einsichtsfähigkeit)만이 필요하다고 한다. 이러한 能力이 없이는 營造物利用(Anstaltsbenutzung)은 생각할 수 없다고 한다. Bremen의 少年의 電車乘車事件에 있어서 8歲의 少年

(317) Medicus, NJW 1967, S. 354 f.

(318) Motive Bd. I S. 131 ff; Mugdan, Bd. I, S. 424ff.

(319) Canaris, *Die Feststellung von Lücken in Gesetz* (1964); JZ 1971, S. 562.

(320) 위의 Lange, Medicus, Canaris 이외에, Brox, a.a.O. S. 32; Diederichsen, Wandlungen der Rechtsgeschäftslehre. Juristische Analysen 1969 Heft 2, S. 78; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. §163 VII 3b; Esser, a.a.O. § 14, 2; Flume, a.a.O. § 8, 2, § 18 III 3; Lehmann-Hübner, a.a.O. § 25 Ie; Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 145 5b; Wieacker, *Göttinger Festschrift für Oberlandesgericht Celle* S. 280 등.

(321) Jauernig, Anstaltsnutzung und Minderjährigenrecht, NJW 1972, S. 1 ff.

電車利用이 電車企業에 의하여 許容되었고 따라서 公法上의 利用關係가 成立하였다면 結果적으로 Bremen地方法院의 判決은 옳았다고 한다. 따라서 電車料金과 契約罰을 利用規則에 의하여 부담하여야 한다. 이러한 Jauernig의 見解는 公企業의 利用關係의 成立은 私法의 契約에 기하는 것이 아니라 公企業의 利用의 許容(Zulassung)에 의하여 成立한다고 하며 이러한 利用의 許容 따라서 利用關係의 成立이 電車利用과 같이 순수한 事實的 過程에 의하여 이루어지는 경우에는 利用者의 行爲能力은 不必要하며 다만「自然的辨別能力」만 있으면 充分하다고 한다. 行爲能力의 문제를 私法에 의하여서가 아니라 公法上의 原理에 의하여 解決하고 있다. 結果적으로는 Larenz의 見解에 매우 가깝다. 行政法學者인 H.J. Wolf도 이러한 立場을 취하고 있다.⁽³²²⁾

社會定型的行爲論과 그 批判理論이 結果에 있어서 差異를 보여 주는 것은 行爲能力의 存在에 관하여서 뿐이다. 기타의 문제에 관해서는 理論構成은 달리하지만 結果에 있어서 意見을 같이 하고 있다.

(b) 錯誤의 問題

社會定型的行爲論은 錯誤를 理由로 하는 取消을 인정하지 않고 있다. 生存配慮的給付 利用行爲를 法律行爲로 파악하는 學者도 給付關係의 大量性·定型性을 고려하여 利用者에 강력한 信賴責任 (Vertrauenshaftung)을 부담시키고 相對方에게 강력한 信賴保護 (Vertrauensschutz)를 부여할 필요가 있으므로 利用者의 錯誤를 理由로 하는 取消은 크게 制限하여야 한다고 말하고 있다.⁽³²³⁾ 大多數의 學者들은 生存配慮的 給付의 利用行爲에 대하여도 意思欠缺 따라서 錯誤에 관한 規定은 適用되지만, 相對方의 利益을 위하여 意思欠缺에 관한 고려가 排除되는 경우가 많다고 한다. 信賴保護의 思想이 크게 前面에 나선 즉 生存配慮的 給付關係의 特殊性때문에 意思欠缺 특히 錯誤를 理由로 하는 取消가 尠되는 경우가 많다고 한다.⁽³²⁴⁾ 多數說에 의하는 경우에도 事實上 結果적으로는 대부분이 경우 錯誤를 理由로 하는 取消可能性은 거의 排除된다. 따라서 結果的인 面에 있어서 社會定型的行爲論과 거의 大差없다. 結果적으로는 前述한 行爲能力의 문제의 경우와 달리 錯誤의 문제에 관해서는 社會定型的行爲論과 通說의 結論은 거의 一致한다. 生存配慮의 領域에 있어서는 錯誤가 法律上 큰 의미를 가질 수 없다고 하는 점을 지적한 것 社會定型的行爲論의 公적이라고 할 수 있을 것이다.

(322) H.J. Wolf, *Verwaltungsrecht Bd. II*, § 99 Vb.

(323) Siebert, a.a.O.S. 30ff.; Betti, a.a.O.S. 267 등.

(324) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 163 VII 3b; Lange, a.a.O. § 39 V4; Flume a.a.O. § 8, 2; Lehmann-Hübner, a.a.O. § 25 I 2e; Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 145, 5b; Soergel-Lange, Vorbem. vor § 145, 120; Wieacker, *Göttinger Festschrift für Oberlandesgericht Celle*, S. 281 등.

(E) 通說의 要約

한마디로 要約하면 通說은 生存配慮의 給付의 利用行爲, 즉 Larenz 의 이론바 社會定型的行爲는 종래의 傳統的 意思表示·法律行爲·契約의 理論으로 充分히 파악할 수 있으며, 社會定型的 行爲를 法律行爲 내지는 契約以外的 하나의 독립한 債權關係發生原因으로 보는 것은 잘못이며 그 有效性이 아직도 維持되고 있는 BGB의 體系를 攄脫없이 離脫하는 것이며 따라서 「法律에의 忠實」(Gesetzestreue)의 命令에 違反하는 것이라고 主張한다. 現行의 BGB體系와 私法理論은 制限解釋·類推 등의 方法에 의하여 現代의 大量去來現象에 充分히 適應할 수 있는 能力이 있으며 大量去來現象을 아무 不便없이 解決할 수 있다고 한다(특히 Lehmann).⁽³²⁵⁾

(a) 生存配慮의 給付의 正常的利用의 경우에 있어서는 利用關係는 生存配慮의 企業의 給付의 公開의 提供 (öffentliches Angebot der Leistung)에 의한 契約의 請約과 이에 대한 利用者의 給付의 事實的利用 (tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung)에 의한 承諾에 의하여 成立하는데, 이 경우 企業의 給付의 提供과 利用者의 事實的인 給付利用行爲는 바로 契約의 請約과 承諾의 意思表示에 해당한다고 한다. 따라서 企業과 利用者間의 契約關係는 兩者의 請約과 承諾이라는 두 개의 意思表示의 合致 즉 契約에 의하여 成立한다고 한다.

(b) 利用者에게 表示意識 또는 效果意思가 없더라도 信賴責任 내지는 信賴保護의 原則에 기하여 단순한 推斷的 行爲로서의 利用行爲는 意思表示와 같은 法律效果를 發生시킨다고 한다.

利用行爲가 信義誠實과 去來觀念上 일정한 效果意思의 存在를 推斷케 하는 推斷的 行爲로서 相對方에게 行爲者는 이 行爲에 상응하는 效果意思를 가지고 있을 것이라는 信賴를 發生시켰을 때에는 信賴保護 내지는 信賴責任 또는 自己責任의 法思想에 기하여 이러한 推斷的 行爲에 대하여 意思表示와 같은 法律效果가 歸責된다고 한다.

(c) 利用者가 給付의 利用에 즈음하여 給付의 對價를 支給하지 않겠다고 하는 意思 즉 契約의 締結을 원하지 않는다는 意思를 明示的으로 表示하였더라도 이러한 意思의 表示는 protestatio facto contraria로서 無價値하며 따라서 利用行爲에 의하여 契約이 成立한다고 한다. 즉 「protestatio facto contraria의 無價値性」의 原則에 의하여 解決하고 있다.

(d) 生存配慮의 給付의 利用行爲에 대하여도 行爲能力이 요구된다.

(e) 意思欠缺에 관한 規定은 原則的으로 適用되지만, 錯誤를 理由로 하는 取消는 相

(325) Lehmann, NJW 1958, S. 1 ff.

方의 信賴保護를 위하여 크게 制限된다. 따라서 錯誤에 관한 規定의 適用은 크게 制限
다.

2. 法律行爲論(내지는 契約法)의 테두리 밖에서 解決策을 구하는 立場(즉 非契約的
債權關係에 의하여 解決하려는 見解)

(1) 不當利得法에 의하여 解決하려는 見解

生存配慮의 給付의 利用者가 給付利用에 즈음하여 給付의 對價의 支給을 拒絶한 경우 즉
에게 契約締結의 意思가 없음을 明示的으로 밝힌 경우에 관해서는 通說은 「protestatio
cto contraria 의 無價値性」(Unbeachtlichkeit der protestatio facto contraria)의 理論에 의
어 法律行爲論의 틀안에서 문제를 解決하려고 하였다. 그러나 Bydlinski,⁽³²⁶⁾ Blomeyer⁽³²⁷⁾,
kentscher,⁽³²⁸⁾ Gudian,⁽³²⁹⁾ Kellmann,⁽³³⁰⁾ Schnorr,⁽³³¹⁾ Wilburg⁽³³²⁾ 등은 이러한 경
를 契約法에 의하여서가 아니라 不當利得法에 의하여 解決하려 하였다. Lehmann도
otestatio facto contraria 의 理論과 아울러 不當利得法에 의한 解決의 可能性을 말하고
다.⁽³³³⁾

이러한 見解를 가장 강력하게 力說하고 있는 Bydlinski⁽³³⁴⁾는 다음과 같이 말한다. 즉
駐車場事件에 있어서와 같이 生存配慮의 給付의 利用者가 契約를 締結하지 않겠다고 明示
으로 表示한 경우, 通說은 “protestatio facto contraria non valet”의 理論에 의하여 傳統
인 法律行爲論의 基礎위에서 이를 解決하려 하고 있지만, 이것은 잘못이다. protestatio
cto contraria 의 命題는 이른바 意思主義와도 表示主義와도 論理的으로 調和될 수 없다.
른바 protestatio facto contraria 가 행하여진 경우에는 行爲者는 어떠한 法的拘束도 원하
않고 있음은 極히 明白하며 또한 그는 이러한 뜻을 더 할나위 없이 明瞭하게 表現하
기 때문에 法律效果意思도 또한 이러한 法律效果意思의 外觀上의 表示 따라서 이러한
思表示에 대한 相對方의 信賴도 云謂할 수 없다. 行爲者가 不當하게 駐車場에 들어 오
고 하는 事實은 相對方에게 아주 뚜렷하게 잘 알려져 있다. 이 경우에는 意思表示의 要

(326) Bydlinski, a.a.O.S. 94ff.
(327) Blomeyer, MDR 1957, S. 151ff (駐車場事件評釋).
(328) Fikentscher, a.a.O. §18 III 4d.
(329) Gudian, JZ 1967, S. 393 ff (395ff).
(330) Kellmann, NJW 1971, S. 265ff.
(331) Schnorr, “Sozialtypisches Verhalten” im Lichte des ABGB, in: Gedenkschrift Franz Gsch-
nitzer hrsg. von Christoph Faistenberger und Heinrich Mayrhofer (1969), S. 359ff.
(332) Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163, 346ff.
(333) Lehmann, NJW1958, S. 1 ff.
(334) Bydlinski, a.a.O.S. 96 ff.

素인 意思도 表示도 전혀 存在하지 않는다. 意思主義에 의해서도 表示主義에 의해서도 意思表示의 存在는 인정할 수 없다. 이러한 점에서 「反對의 意思가 明示的으로 表示되었음에도 不拘하고 法律效果가 發生하는 경우에는, 이 法律效果의 發生은 더 이상 法律行爲에 基因하는 것으로 볼 수는 없다」⁽³³⁵⁾고 하는 Larenz의 말은 옳다. 法律行爲論에 기하여 이를 反駁할 수는 없다. protestatio의 理論의 존경할 만한 年輪과 이 理論의 主張者들의 높은 名望도 이 理論과 法律行爲의 諸基礎와의 論理的 不調和를 은폐할 수는 없다. 그러나 債權關係發生은 法律行爲 또는 意思表示가 아니라 「社會定型的行爲의 債務發生力」(verpflichtende Kraft des sozialtypischen Verhaltens)에 기하여 發生한다고 하는 社會定型的行爲論도 옳지 않다. 왜냐 하면 protestatio의 경우에는 이른바 社會定型性(soziale Typik)은 存在하지 않기 때문이다. 즉 停車場事件에 있어서 停車場에 들어 와서 有料停車場의 不當性和 停車場의 公共使用을 主張하면서 契約을 締結하지 않겠다고 하는 意思를 明示的으로 表示한 者는 明白히 典型的의 利用者 즉 正常的의 利用者와는 아주 다르게 行動하고 있으므로 이른바 社會의 定型性은 存在하지 않는다. 또한 行爲의 社會定型性에 대하여 債務發生力을 인정하는 社會의 一般的的의 確信은 證明될 수 없다.

以上과 같은 理由에 기하여 Bydlinski는 protestatio facto contraria에 의하여 解決하려는 試圖나 社會定型的의 行爲論은 잘못이며, 올바른 唯一한 解決策은 非法律行爲의 債權法(außergeschäftliches Schuldrecht) 특히 不當利得法(Bereicherungsrecht)의 適用이라고 한다. 즉 不當利得法에 의하여 解決하는 것이 가장 適切한 方法이며, 繼續發展(Fortbildung)된 不當利得法에 의하여 現行法의 制度로써 充分히 解決될 수 있다고 한다. 즉 給付의 利用者로 하여금 給付의 對價를 不當利得으로 給付提供者에게 返還시킴으로써 문제를 적절히 解決할 수 있다고 한다.

Fikentscher⁽³³⁶⁾는 「契約締結을 원하지 않는다는 異議」(Protest, keinen Vertrag schließen zu wollen)가 「契約締結을 원하는 자기의 表示」(eigene Erklärung, einen Vertrag schließen zu wollen)에 향해진 경우와 「어떤行爲의 表示로서의 誤解可能性」(die mögliche Mißdeutung eines Verhaltens als Erklärung)에 향해진 경우를 區別한다. 以下에서 Fikentscher의 見解를 살펴 본다.

前者의 경우에는 「모순되는 意思表示」(widersprüchliche Willenserklärung, protestatio declarationi contraria) (表示에 모순되는 異議)가 存在하며 이 경우는 法律行爲解釋의 一

(335) Larenz, NJW 1956, S. 1899.

(336) Fikentscher, a.a.O. §18 III 4 d.e.

原則에 따라 解決될 수 있다. 문제되는 契約이 通常 大量的으로 締結되는 것이면 것일수록 더욱 더 「모순되는 表示」의 解釋은 「去來에 有利하게」(verkehrsfriendlicher) 행하여져야 하며(獨民 第157條), 기타의 契約에 있어서는 表示者의 眞意(wirklicher Wille)가 究明되어야 한다(獨民 第133條). 電氣料金引上的 경우 이 引上에 抗議하지만 계속 電氣를 使用하는 者는(電氣引用事件참조) 「明示的」으로는 舊條件에 따라 電氣를 使用하겠다는 意思를 表示하고 있지만 「默示的」으로는 新條件에 따라 使用하겠다는 意思를 表示하며 따라서 「모순되는 意思表示들」(widersprüchliche Willenserklärungen)을 한다. 이러한 경우에는 電氣使用行爲의 基礎에는 默示的인 法律行爲의 意思가 存在하며, 電氣使用과 같이 大量的으로 행하여지는 表示에 있어서는 電氣供給者가 電氣使用者의 眞意를 探究하는 것은 困難할 수 없으므로 解釋은 「去來에 보다 有利한 默示的表示」(verkehrsfriendlichere stillschweigende Erklärung) 즉 新電氣料金率에 有利하게 행하여져야 한다. 모순되는 意思表示에 있어서는 「社會定型性」(Sozialtypik)은 法源이 아니라 「解釋의 基準」이다. 大量的으로 행하여지는 表示들은 去來에 有利하게 評價되어야 한다고 함을 認識한 점은 社會定型的行爲論의 公적이지만 「解釋의 問題」(Auslegungsfrage)를 「法源의 問題」(Rechtsquellenproblem)로 생각한 것은 社會定型的行爲論의 잘못이다. 社會定型性은 表示에 갈음하여 못한다. 모순되는 意思表示에 있어서는 解釋에 의하여 去來通常的表示(verkehrsubliche Erklärung)가 去來界에 낳진 去來非通常的異議(verkehrsunübliche Proteste)에 優先하게 된다. 이와 같이 한 行爲者의 意思表示들이 서로 모순하는 경우에는 意思表示의 解釋에 의하여 문제를 解決할 수 있으며, 이러한 경우에 대해서도 “protestatio facto contraria on valet”의 命題를 適用하는 것은 이 命題의 지나친 擴大適用이다.

後者의 경우 즉 契約締結을 원하지 않는다는 異議(Protest)가 表示에 대하여가 아니라 行爲의 表示로서의 誤解可能性(行爲를 意思表示로 誤解할 可能性)에 대하여 행하여질 경우에는 契約을 향한(契約을 目的으로 하는) 法律行爲의 意思가 存在하지 않는다. 이 경우에는 이른바 「진정한 protestatio facto contraria」가 存在하며 따라서 解釋은 不可能해진다. 이 경우 Protest를 하면서도 일정한 條件下에 提供된 給付를 利用한 때에는 給付提共者에게 不當利得에 기한 請求權이 發生한다(獨民 第812條 第1項 第1文). 그리고 대부분의 경우 이미 利用된 給付를 原狀回復해 주는 것은 不可能하므로 利用의 순간부터 BGB 第818條 第2項에 의한 價值償還請求權(Wertersatzanspruch)이 成立하며, 給付의 價值는 金錢으로 表現되기 때문에 BGB 第818條 第4項의 意味에 있어서의 一般規定으로서 第279條의 規定이 適用된다. 駐車場事件은 이 경우에 속하며 따라서 不當利得法에 의하여 駐車

者는 駐車料支給義務를 부담한다.

以上이 대체로 Fikentscher의 主張의 要旨이다.

Kellmann⁽³³⁷⁾은 다음과 같이 말한다. 즉 行爲者가 例컨대 電車에 탄 후, 그의 自動車를 停車場에 駐車시킨 후, 또는 손님에게 提供된 빵을 먹어치운 후에 對價支給을 拒絶한 경우에는, 사람들은 이미 成立된 契約들로부터 一方的으로 벗어날 수는 없기 때문에, 이러한 拒絶은 法的으로 無意味하다. 그는 이미 그의 給付利用行爲에 의하여 成立한 契約에 기하여 對價支給義務를 진다. 그러나 停車場事件에서와 같이, 처음부터 明示的으로 契約締結을 하지 않겠다고 하면서 제멋대로 違法的으로 行動하려는 者에게 대해서는 信義誠實의 原則에 기해서도 契約을 인정할 수는 없다. 行爲者가 給付의 利用行爲의 以前에 또는 이와 同時에 對價를 支給하지 않겠다고 하는 意思를 表示한 경우 (例컨대 無賃乘車行爲, 竊盜行爲등의 경우)와 같은 例外的 경우에 있어서는 「拘束意思」(Bindungswille)가 表示되지 아니하였음은 自明한 일이며 따라서 契約은 成立하지 않는다. 사람들이 「大量去來」에의 「社會定型的」 參加者의 意思를 法的으로 無意味한 것으로 無視하고 明示的으로 表示되거나 또는 기타의 方法으로 認識할 수 있는 反對의 意思를 중요하지 않은 것으로 생각한다면, 「슈퍼·마켓」의 「大量去來」에서 소세지를 집어 가려는 도둑에 대해서도 발각된 경우에 事實的 契約關係를 인정하여야 될 것이다. 왜냐 하면 「슈퍼·마켓」에서 生活必需品을 集는 行爲는 명백히 社會定型的의 行爲이기 때문이다. 「法律行爲的拘束意思」(rechtsgeschäftlicher Bindungswille)가 缺如되어 있는 모든 경우들은 過少評價되고 있는 非契約的 債權法(außervertragliches Schuldrecht)의 適用에 의하여 만족스럽게 解決될 수 있다. 특히 不當하게 소홀히 取扱되고 있고 또한 너무 편협하게 解釋되고 있는 不當利得法은 이 문제 해결을 위한 훌륭한 制度이다. 이러한 方法에 의한 解決은 法律에 忠實한 解決策이다.

以上이 대체로 Kellmann의 主張의 內容이다.

이 밖에, 停車場事件에서와 같은 이른바 protestatio의 경우를 不當利得法에 의하여 解決하여야 한다고 主張하는 學者로서는 Blomeyer, Gudian, 오스트리아의 私法學者 Wilburg, Schnorr 등을 들 수 있다.

위에서 본 바와 같이 protestatio의 경우 Bydlinski는 一般的으로 不當利得法에 의하여 解決하려 하며, Fikentscher는 契約締結을 원하지 않는다는 protestatio가 契約締結을 원하는 自己의 表示에 향해진 것인 때 즉 「모순되는 意思表示」의 경우에는 意思表示解釋의 一般原則에 따라서, 그리고 protestatio가 「行爲를 表示로 誤解할 可能性」에 향해진 것인 때

(337) Kellmann, NJW 1971, S. 266ff.

는 不當利得法에 의하여 解決하려 한다. Kellmann은 protestatio가 給付利用行爲後에 있던 때에는 이 protestatio는 利用行爲에 의하여 이미 成立한 契約으로부터 不當하게 一의으로 벗어나려는 行爲로서 無意味하며 따라서 이미 成立한 契約에 의하여 문제는 處理하며, protestatio가 利用行爲의 前 또는 同時에 행하여진 때에는 不當利得法에 의하여 處理하여야 한다고 말한다.

不當利得法에 의하여 문제를 解決하려고 하는 경우에 發生할 수 있는 難點은, 어떻게 不當利得法에 기하여 生存配慮的給付의 利用者에게 料金表에 따른 給付의 對價의 支給義務을 負擔시키느냐이다. Fikentscher⁽³³⁸⁾도 인정하고 있는 바와 같이 그 本來의意味에서 德의 BGB 第818條 第2項의 「價値責任」(Werthhaftung)은 元來는 契約에 기하여 發給할 給付使用對價의 支給義務을 이에 포섭시키기에는 不適合하다. 그러나 Fikentscher는 第818條 第2項의 類推의解釋에 의하여 給付의 對價(Entgelt)를 第818條 第2項의 「價値(Wert)의 한 경우로 파악할 수 있다고 한다. Fikentscher에 의하면 實務는 일찍부터 無形財產權(geistiges Eigentum)의 侵害에 대하여 「通常의 特許料」(übliche Lizenz)의 支給義務을 인정하고 있다. 그는 일정한 條件下에 提供되고 利用된 給付에 대한 「對價支給責任」(Entgelthaftung)에 관한 독일 不當利得法의 欠缺은 인정하지 않을 수 없지만, 對價가 本來的으로 法律行爲領域에만 관계가 있고 不當利得法과는 인연이 먼 것이라고 하는 생각으로 成立할 수 없다고 한다. Fikentscher는 第818條 第2項의 類推에 의하여 「給付의 事實的利用과 모순되는 異議」(Protestation gegen eine tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung)의 경우를 解決하고 있다. 그리고 이 경우 給付의 利用者는 利得의 消滅(Wegfall der Bereicherung)을 主張할 수 없다고 한다. 이 문제에 관한 Fikentscher의 見解를 駐車場事件의 例에 따라 다시 정리해 보면 다음과 같다.⁽³³⁹⁾

駐車場事件에 있어서 駐車者가 駐車場 警備員에게 駐車料를 支給하지 않겠다고 말하고 駐車시켰다면, 그는 駐車場의 使用價値(Nutzwert)를 不當利得한 것으로 된다(侵害에 의해서 不當利得 Eingriffskondition). 그런데 使用價値는 返還할 수 없기 때문에, 이에 갈음하는 金錢價値로서 對價(Entgelt: 여기서는 駐車料)의 支給義務을 지게 된다(獨民 第812條 第1項 第1文, 第818條 第2項). 駐車者는 契約締結을 拒絶하였으므로 그는 처음부터 法的根據(rechtlicher Grund)의 缺如를 알고 있었다. 따라서 그는 BGB 第819條 第1項, 第818條 第4項, 第279條에 의하여 「利得消滅의 抗辯」(Einwand des Bereicherungswegfalls)을

(338) Fikentscher, a.a.O.

(339) Fikentscher, a.a.O. § 100 VII 2.

할 수 없으며 駐車場利用의 金錢價値 즉 正常的인 契約上の 對價(使用料)의 支給責任을 진다. 同時에 正常的인 契約上の 對價에 對應하는 기타의 給付(車의 監視, 保險)를 요구할 수 있다. 말하자면 駐車者는 駐車空間(Parkraum)에 進入할 뿐만 아니라 「完全한 契約的地位」(komplette Vertragsstellung)에 進入한다. 그러나 이러한 完全한 契約的 地位를 契約에 의해서 얻는 것이 아니라 不當利得한다.

以上이 대체로 Fikentscher 의 主張인데, 要컨대 Fikentscher 는 不當利得法의 發展의 形成(Fortbildung)을 通하여 給付의 利用者에게 契約이 正常的으로 成立된 경우에 利用者가 부담하였을 使用對價의 支給義務를 부담시키고 있으며 結果에 있어서 利用者와 給付提供者 사이에 契約關係가 成立한 것과 거의 마찬가지로 效果를 인정하고 있다.

이러한 Fikentscher 의 見解는 Gudian 에 의하여 支持되고 있다. Gudian 은 이러한 「不當利得法의 比較的 輕微한 修正」에 의한 解決은 社會定型的行爲論(내지는 事實的契約關係論)이 主張하는 「完全히 새로운 債務發生原因의 創設보다는 훨씬 輕微한 傳來의 法體系에 대한 侵害」라고 말하고 있다.⁽³⁴⁰⁾

(2) 事務管理法에 의하여 解決하려는 見解

Dorn⁽³⁴¹⁾은 事務管理의 原理에 의하여 문제를 契約法 밖에서 解決할 수 있다고 한다.

Dorn 은 公共交通機關에 의한 電車의 配置와 乘客의 運送을 BGB 第667條의 意味의 事務의 處理로 본다. 交通機關은 生存配慮의 擔當者로서 그 活動을 통한 「人間扶助」(Menschenhilfe)를 그 第1次的 任務로 한다고 한다. 電車運營機關은 他人 즉 그 때 그 때의 乘客을 위하여 行爲를 하는데, 보통은 運送契約에 기하여 對價를 받고 運送해 주지만, 이러한 契約이 成立하지 않은 경우에는 交通機關에게 事務管理者의 地位를 인정할 수 있다고 한다. 이러한 解決策은 不當利得法의 適用보다 長點이 있다고 한다. 不當利得法에 의할 때에는 運送된 乘客의 利得은 確認하기가 어렵지만, 事務管理制度에 의할 때에는 BGB 第683條, 第670條에 의하여 事務管理人인 電車會社의 償還請求는 그의 運送이 乘客 즉 本人의 利益과 意思에 合致하는 경우에는 可能하며 또한 第683條에 있어서 決定的으로 중요한 것은 給付의 有用性(Nützlichkeit)이 아니라고 한다. 그리고 他面에 있어서 電車會社는 그의 機關의 過失있는 行動에 대하여 第678條와 第278條에 따라 利用者에게 責任을 진다고 한다.

(340) Gudian, a.a.O.S. 307.

(341) Dorn, Strukturgleichheit zwischen Faktischen Vertragsverhältnissen und Geschäftsführung ohne Auftrag, NJW 1964, S. 799ff.

이러한 Dorn의 見解에 대하여 Erman⁽³⁴²⁾은 다음과 같이 批判하고 있다.

이 事務管理의 法制度는 이른바 Menschenhilfe의 경우를 規律하는 것이긴 하지만, BGB立法자가 눈앞에 그렸던 것은 대체로 어떤 夫人이 그의 이웃을 위하여 手數料를 支給하고 小包를 대신 받아 주는 것과 같은 경우이므로, 生存配慮의 給付關係의 문제를 解決하는데는 不充分한 것이다. 事務管理는 一方的要件 즉 어떤 사람의 他人을 위한 行爲에 국한된 것이므로 事務管理는 本來 雙方的 給付 즉 給付와 이에 대한 對價에서 있는 生計關係를 適切히 파악하기에는 不適合하다. 또한 事務管理에 의할 때에는 事務管理者는 오로지 費用償還의 請求만을 할 수 있는데 이것은 對價를 커버하기에는 너무 적으며, 完全費用償還請求속에는 對價의 觀點은 원래 포함되어 있지 않다. 費用償還概念의 無理한 解釋과 操作에 의해서만 現實的인 對價와 같은 解決에 도달할 수 있는데, 이러한 法的技巧은 권장할 일은 못된다. 또한 事務管理는 本人의 意思와 利益에 合致하여야 하기 이러한 要件이 生存配慮의 경우 언제나 充足되어 있다고는 할 수 없다. Dorn의 試問은 興味있는 것이긴 하지만 「보다 나은 것」(ein Besseres)을 「보다 못한 것」(ein Schlechteres)에 의하여, 「特殊한 것」(ein Spezielles)을 「一般的인 것」(ein Allgemeines)에 의하여 追放하는 結果를 초래하는 것이며 解決方案으로서는 事實의 契約關係論이 더 낫다.

以上이 Dorn의 主張에 대한 Erman의 反駁의 內容이다. Dorn의 見解는 學者들의 關心を 전혀 모으지 못했으며 한명의 同調者도 發見하지 못하였다.

V. 結 語

1. 以上에서 社會定型的行爲論 또는 生存配慮의 事實的契約關係論과 이에 대한 批判理을 通觀하였다.

社會定型的行爲論을 둘러싼 論爭에 있어서의 問題點은, 이른바 生存配慮의 領域에 있어서 大量去來現象(버스·電車 등의 大衆交通施設의 利用, 전기·가스·수도 등의 供給, 駐場의 利用)은, 契約締結없는 契約關係의 成立을 認定하여야 할 契機를 부여하느냐이다.

契約關係成立의 原因으로 종래의 契約締結이외에 이른바 社會定型的行爲를 하나의 獨한 契約關係(또는 債權關係) 成立原因으로 認定하지 않으면 안되게 하였느냐 또는 이러한 大量去來現象은 종래의 私法體系와 私法理論으로써 充分히 把握·規律될 수 있느냐

(342) Erman, Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag, NJW 1965, S. 421f.

에 있었다

독일의 通說을 비롯한 大多數의 學者들의 見解는 社會定型的行爲를 하나의 獨立한 契約關係發生原因으로 보는데 反對하고 있다는데 대해서는 前述한 바 있다. 社會定型的行爲論과 그 反對理論은 行爲能力의 要否의 문제를 除外하고서는 實際的 結果面에서는 다른 점이 없다. 따라서 兩立場의 對立은 실은 주로 理論構成上的 對立이라고 할 수 있다. 以下에서는 그 어느편의 理論構成이 BGB의 體系에 비추어 볼 때 보다 妥當한 것이냐에 관하여 鄙見을 結論的으로 開陳하여 보기로 한다.

2. 우선 私法學뿐만 아니라 무릇 法律學에서 중요시되어야 하는 體系尊重의 思想의 觀點에서 社會定型的行爲論의 妥當性與否를 檢討해 보기로 한다. 생각컨대 法律學의 任務는 法律問題를 實제적으로 適切히 解決할 수 있는 道具를 제공해 주는데 그치는 것은 아니다. 均整한 體系形成(Systembildung)도 適正한 結果의 保障에 결코 뒤지지 않는 課題라고 할 수 있다.

社會定型的行爲論은 이른바 社會定型的行爲를 意思表示로 보지 않고 이것을 BGB에 規定되어 있지 않은 第三의 債權關係 내지는 契約關係의 發生原因으로 인정하려는 見解로서 종래의 독일의 民法 및 民法學의 體系에 一種의 革命的 變革을 加하는 것이다. 따라서 이 理論의 正當性과 必要不可缺性이 肯定될 수 있기 위해서는 이 理論의 主張者들이 그들의 理論에 의해서만 適切히 說明·解決될 수 있다고 말하는 문제들을 解決할 能力을 종래의 民法과 民法學이 전혀 가지고 있지 못하다는 점이 우선 說得的으로 證明되어야 한다.

생각컨대 社會定型的行爲論은, Lehmann이 極言한 바와 같이 차라리 없었던 것만 같지 못하다고 간단히 밀어 버릴 수 있는 여처구니 없는 理論이라고는 할 수 없다. Larenz와 같은 當代를 代表하는 民法學界의 碩學이 이러한 理論을 主張한데는 그럴만한 問題意識이 있었으며, 또한 現代의 독일 民法學이 적절한 解決策을 제시할 필요가 있는 問題의 지적이 포함되어 있다고 보아야 한다. 이러한 문제는 이른바 大量去來現象에 의하여 招來된 것이다. 즉 19世紀 以來의 商工業의 爆發的 擴大는 經濟的 領域에 있어서의 大量去來의 現象을 가져왔으며, 이러한 現象은 去來의 定型化를 結果하였다. 去來의 大量化·定型化는 必然的으로 去來에 있어서의 去來參加者들의 意思의 比重의 弱화 내지는 個別의 意思의 상당한 程度의 無視의 必要性을 가져왔다. 따라서 民法 및 民法學이 直面하는 문제는 과연 個人意思의 尊重 내지는 私的自治의 原則 위에 立脚하고 있는 民法이 이러한 새로운 現象을 適切히 規律할 수 있는 能力을 가지고 있느냐이다.

에 의하여 그에 부여되는——生存配慮的給付의 利用者는 원하는 양돈간에 對價支給義務을 부담하여야 한다는——「社會定型的意味」에 기하여 債權關係를 成立시킨다고 말하고 있다. 이러한 Larenz의 見解는 法律效果(즉 債權關係의 成立)를 「事實로부터」(aus sachen) 導出하고 있는 Haupt와 Simitis의 見解에 비하여 볼 때, 하나의 「評價」 즉 規範的인 것」(一般的法的確信 또는 社會定型的意味)으로부터 法律效果를 導出하고 있는 點에서 進一步한 것이다.

Haupt와 Bremen 地方法院은 Haupt와 Larenz의 理論에 따라 社會定型的의 行爲를 契約는 意思表示·法律行爲)과 法律 以外の 第3의 債權關係(契約關係)의 發生原因으로 인정하고 있다(駐車場事件=BGH 21, 319ff.; 電氣引用事件=BGH 23, 175ff.; Bremen 未成年者電車事件=LG Bremen NJW 1967, 354ff.) 그러나 BGH는 전차 이러한 立場에서 벗어나는 傾向도 보여 주고 있다(버스停車場事件=BGH NJW 1965, 387ff.).

이러한 社會定型的의 行爲論에 대해서는 독일의 壓倒的 多數의 學者들이 反對하고 있다. Haupt가 關係를 發生시킨다(“Das Leben ordnet zu.”)라는 Haupt의 思想은 根本的으로 治的·社會的 事實에 대한 規範的 法思考의 降服)을 意味한다고 Esser는 통렬하게 批判하고 있다. 事實 자체의 規範力을 인정하려는 態度는 Simitis에게서도 發見된다. 事實 자체의 發生的 效力(즉 事實的 規範力)을 認定하는 것은 法敎義學(Rechtsdogmatik)의 基本에 反한다는 批判을 받고 있다.

이러한 事實的 契約關係에서 「契約的 社會的作用의 變化」의 表現을 發見하고, 契約制度는 社會的 變化(soziale Wandlung) 때문에 오늘날에 있어서는 BGB의 成立當初와는 全然 다르게 理解되어야 한다고 하는 Simitis의 見解는 아무런 根據도 없다는 批判을 받고 있다. 즉 鐵道會社나 電車會社와의 契約, 公共施設物의 利用에 관한 契約 등 이른바 「大衆會社」(Massengesellschaft)의 現象으로 불리우는 契約들은 BGB 成立時에도 「個別的으로」(individuell) 締結된 일은 없었다고 하며 이러한 점에서는 質的으로 何等의 變化도 없으므로 批判도 있다.⁽³⁶⁶⁾ 또한 事實的 契約關係를 契約的 社會的作用變化의 表現으로 파악하는 것은 매우 막연한 것이며 方法論的으로 不透明하다는 批判을 받고 있다(Ballerstedt에 의해서 批判).

去來慣行에 의하여 規律되는 社會定型的의 行爲」(das durch die Verkehrssitte normierte altypisches Verhalten)의 債務發生力의 根據를 去來界의 「一般的法的確信」에 구하는 Simitis의 見解에 대하여는, 이러한 「一般的法的確信」의 存在는 證明될 수 없을 뿐만 아니

366) Bydlinski, S. 47f.

라 社會定型的行爲論에 대한 法學界에 있어서의 強力한 反對는 오히려 이러한 「一般的法的確信」이 存在하지 않음을 雄辯해 주고 있다고 하는 反論이 提起되고 있다(Nipperdey). BGH와 Bremen 地方法院의 判決이외에 이러한 「一般的法的確信」을 뒷받침해 줄만한 法意識은 存在하지 않는다고 批判받고 있다(Bydlinski).⁽³⁶⁷⁾

또한 生存配慮의 領域에서는 給付는 大量的으로 그리고 統一의인 條件(例컨대 Tarif)에 따라 提供되기 때문에 個人意思에 대한 考慮는 許容되지 않으므로 (즉 私的自治의 餘地는 없으므로) BGB의 契約概念은 適用될 수 없다고 하는 主張에 대해서는, 生存配慮의 領域에 있어서도 給付의 利用者는 아직도 契約締結의 自由(Abschlußfreiheit)를 가지고 있으며 限定된 範圍에 있어서이긴 하지만 債權關係의 內容에 影響을 미칠 수 있는 可能性을 가지고 있다고 反駁되고 있다(Enneccerus-Nipperdey).

또한 社會定型的行爲에 대하여는 로마法에 까지 거슬러 올라가는 千餘年間的 傳統, 洞察, 지혜의 終末을 意味할 수 있다는 우려가 表示되고 있다. 이 傳統에 의하면 請求權은 法律, 物權, 法律行爲 특히 契約, 不法行爲, 事務管理, 不當利得 등으로부터 發生하며, 그 밖에 解釋者에게 法律行爲의意思의 表現으로 보이지 않는 行動은 그것만으로는 어떠한 法的義務나 請求權도 發生시킬 수 없었다. 社會定型的行爲論은 이러한 로마法 以來의 傳統을 充分한 理由없이 廢棄하는 것이라고 批判받고 있으며 社會定型的行爲論이 제기한 問題는 종래의 契約法——물론 어느 정도 修正된 것이긴 하지만——의 테두리 안에서 만족스럽게 解決될 수 있다고 主張되고 있다(Küchenhoff).

4. 以上과 같이 독일의 壓倒的 多數의 學者들은 社會定型的行爲論이 立脚하고 있는 基本의 前提들을 공격하고 있으며, 生存配慮의 領域에 있어서의 이른바 「大量去來」, 「人間生活의 定型化」, 「大量的의 現象」은 權利創設的 (rechtsbegründend)으로 作用한다고 하면서 意思表示에 있어서의 個人的決意(persönliche Entschliebung) 以外에 社會定型的行爲라는 事實의 行動에 債權發生力을 부여하는 것은 잘못이라고 말하고 있다. 또한 종래의 私法體系와 私法理論은 生存配慮의 大量去來現象을 充分히 規律할 수 있는 強力性을 지니고 있다고 한다. 물론 이러한 主張을 하는 學者들은 BGB體系가 아무런 修正없이도 그대로 이러한 現象에 適用될 수 있다고 말하고 있지는 않다. 그들은 종래의 私法體系와 私法理論의 發展의 形成(Fortbildung)을 通하여 (例컨대 錯誤를 理由로 하는 取消의 制限 또는 不當利得制度의 補完 등에 의하여) 問題를 適切히 解決할 수 있다고 主張한다. 그리고 이러한 發展의 形成의 方法에 의한 解決策만이 體系維持와 法律에의 忠實이라는 法解釋學의 要請에 合致

(367) Bydlinski, S. 87.

하는 것이라고 한다. 그리하여 독일의 多數의 學者들은 종래의 私法體系와 私法理論의 틀 안에서 문제의 解決을 試圖하고 있다. 즉

(1) 生存配慮의 給付關係의 正常的의 成立의 경우에 있어서는 給付利用者의 給付利用行爲를 生存配慮企業의 給付의 事實의 提供에 의한 契約의 請約에 대한 承諾의 意思表示로 보거나 이러한 請約·承諾의 意思表示의 合致 (즉 契約締結에 의하여 給付關係(契約關係)가 成立한다고 한다.

(2) 단일 利用者에게 表示意識 또는 效果意思가 缺如되어 있는 경우에는 信賴保護 또는 信賴責任(Siebert, Coing)의 法理 또는 私的自治의 部分인 (自己決定에 대응하는) 自己責任의 原則(Flume)에 기하여 給付의 利用行爲라는 推斷的行爲에 대하여 意思表示와 마찬가지로의 法律效果를 부여한다. 이 경우 利用者의 錯誤의 主張은 크게 制限되며, 取消權은 大部分 排除된다.

(3) 給付利用者가 給付의 對價를 支給하지 않겠다는 意思 즉 契約締結을 원하지 않는다는 意思를 明示的으로 表示한 경우 (이른바 *protestatio facto contraria*의 경우에 대해서는 이것을 「行爲와 모순되는 異議의 無價値性」(*Unbeachtlichkeit der protestatio facto contraria*; "*protestatio facto contraria non valet*")의 理論에 의하여 法律行爲論의 테두리 안에서 解決하려는 立場(通說)과 不當利得制度에 의하여 解決하려는 立場이 對立하고 있다.

(4) 기타 事務管理制度의 活用을 主張하는 見解(Dorn, Bärmann, Betti)와 같이 法律行爲論의 概念에서 意思의 要素의 比重을 弱화시킴으로써 生存配慮의 大量去來의 문제를 法律行爲論으로 解決하려는 試圖가 있다.

5. 拙 見

끝으로 社會定型의 行爲論에 대한 拙見을 피력해 보고자 한다.

Nipperdey는 社會定型의 行爲論(事實的契約關係論)은 現代法과 맞지 않을 뿐만 아니라 生活觀念에도 맞지 않으며 또한 實際적으로 필요하지도 않다고 말하였으며 Lehmann은 이 理論은 차라리 없었던 것만 같지 못하다고 신랄하게 非難하였다. 그러나 Haupt, Larenz 등이 大量去來의 特殊性을 指摘하고 이 문제에 관한 종래의 法律行爲制度의 解決能力에 의문을 提起함으로써 法律行爲理論에 대하여 反省의 機會를 부여하고 法律行爲理論의 發展을 形成·再整備·精密化의 契機를 부여한 공적은 높이 評價되어야 할 것이다. 社會定型의 行爲論과의 對決을 통하여 독일 法律行爲論이 더욱 풍부해졌다는 事實은 無視할 수 없으며 社會定型의 行爲論에 대하여 否定的立場을 취하더라도 이러한 事實은 否認할 수 없다. 따라서 社會定型의 行爲論은 없었던 편이 더 나았을 것이라는 非難은 論證에 있어서의

Rhetorik 으로서는 首肯할 수 있지만 社會定型的行爲論의 功적을 너무 無視한 癖이 없지 않다.

그러나 한편 Lehmann이 「法律에 忠實한 法思考를 파괴하기 위한 原子彈」이라는 極烈한 表現으로 批判한 바와 같이 社會定型的行爲論(事實의契約關係論)은 「體系破壞」의 危險을 內包하고 있다. Flume⁽³⁶⁸⁾는 事實의契約關係論은 그 適用이 大量去來의 給付關係에 限定되는 限, 理論적으로는 不當하더라도 通常의 경우 結果에 있어서는 옳았으며 따라서 아무런 위험도 없는 것이긴 하지만, 우리의 全契約法을 파괴할 위험을 내포하고 있다고 말하고 있다. 실제로 이러한 우려는 BGH가 「農場讓渡事件」에서 社會定型的行爲論을 大量去來의 領域을 넘어서 適用함으로써 確認되기도 하였다. Flume는 大量去來의 給付關係는 法律行爲理論에 의하여 充分히 規律될 수 있으므로 「電車乘車法學」(Jurisprudenz der Straßenbahnfahrt)은 不必要하다고 야유하고 있다. 어떻든 社會定型的行爲論이 內包하고 있는 體系破壞의 위험은 인정하지 않을 수 없을 것이다.

실제로 社會定型的行爲論과 그 反對說은 行爲能力의 문제를 除外하고서는 實際的 結果에 있어서는 다른 점이 없다. 따라서 兩立場의 對立은 실은 크게 理論構成上의 對立이라고도 할 수 있다. 그러나 생각컨대 法律學의 任務는 法律問題의 適切한 解決을 可能케 해 주는 理論을 發展시키는데 그치는 것이 아니다. 體系形成(Systembildung)도 適正한 結果의 保障에 못지 않은 課題라고 할 수 있다. 이렇게 볼 때 종래의 私法體系와 私法理論이 그 修正 내지는 發展의 形成을 통하여 大量去來의 現象을 적절히 規律할 수 있다면, 종래의 私法의 體系와 理論을 존중하는 것이 「體系思想」(Systemgedanke)에 충실한 것이다. 새로운 社會現象에 접할 때마다 새로운 法制度를 考案해 내는 것보다 종래의 法속에 「생각되어 있는 것의 끝까지 생각하기」(Zuendedenken eines Gedachten) (Radbruch)에 의하여 종래의 法을 目的論적으로 解釋함으로써 社會發展에 適應하는 것이 바람직스러운 것이다. 이러한 意味에서 社會定型的行爲論을 拒否하는 多數學者들의 見解에 加擔하고 싶다.

또한 「事實」(Faktum) 내지는 어떤 行爲의 社會定型性(Sozialtypik)은 法律行爲의 解釋의 중요한 基準으로는 認定할 수 있지만 그 자체가 債權關係成立原因으로서의 規範의 效力을 가지고 있다고는 할 수 없다.⁽³⁶⁹⁾ 事實이 法規範의 成立에 중요한 作用을 하는 것은 否認할 수는 없지만, 事實자체가 곧 自動적으로 規範으로 될 수는 없다. 法秩序는 事實에 대하여 그 자신의 觀點에서 여러 가지로 評價하며 이러한 評價를 통하여 事實이 法的意味를

(368) Flume, §8.2.

(369) Fikentscher, §18 III 4d; Medicus §911 C.

取得한다. 따라서 事實 또는 行爲의 社會定型性으로부터 債務發生效力を 導出하는 社會定型의 行爲論(事實的契約關係論)에는 首肯할 수 없다. 따라서 現行法體系에 의한 解決을 主張하는 學者들의 見解에 따르고 싶다.

이 경우 現行法體系에 의한 解決을 主張하는 學者들의 見解는 특히 *protestatio facto contraria*의 경우에 관하여 分裂을 보여 주고 있다. 즉 이 경우를 「*protestatio facto contraria*의 無價値性」의 理論에 의하여 法律行爲論으로 解決하려는 立場(通說)과 不當利得法에 의한 解決을 主張하는 立場이 그것이다. 따라서 문제를 現行法體系에 의하여 解決하는 立場을 취하는 경우, 위의 두 陣營중에 그 어느 편에 따르느냐의 문제가 일어난다. 이 경우 檢討하여야 할 점은 法律行爲理論의 發展의 形成에 의한 解決이 無理가 적으나 不當利得法の 發展의 形成에 의하는 것이 더 無難하냐이다.

不當利得法の 發展의 形成에 의하여 對價責任(*Entgelthftung*)을 인정함으로써 실제로 契約關係가 成立한 것과 마찬가지로의 地位를 給付利用者에게 인정하려는 *Fikentscher* 등의 見解는 本來의 不當利得法の 趣旨에 비추어 볼 때 아무래도 좀 無理라고 하는 印象을 씻을 길이 없다. 따라서 普通法時代以來 독일私法學에서 確固한 位置를 차지하고 있고 또한 *RG*와 *BGH*에 의해서도 採擇되고 있는 「*protestatio facto contraria*의 無價値性」의 理論에 의하여 法律行爲論으로 解決하려는 通說의 試圖가 보다 說得的이라고 생각한다. 우리는 이러한 독일의 通說에서 종래의 法體系와 法理論을 새로운 社會現象에 直面하여 가볍게 버리지 아니하고 그 繼續的인 補完과 發展을 통하여 이에 對處하는 溫故知新의 建전한 態度와 知慧를 發見할 수 있을 것이다.

<書 評>

Donald W. Katzner,
Static Demand Theory

The Macmillan Company, New York, 1970, pp. 242

崔 凡 鍾*

需要理論은 經濟學의 根幹으로 오랜 歷史를 가지고 있을 뿐만 아니라 최근 20여년 동안에도 刮目할 發展을 거듭하여 왔다. 本書는 여러 學術誌 등에 산재하고 있는 最近의 結果를 중심으로 需要理論을 폭넓게 그리고 嚴密하게 要約 敘述하고 있다. 이와 같은 綜合的 體系的 敘述의 缺如로 불편을 겪던 學生과 教授들의 요구를 本書가 충족하여 줄 것임을 의심하지 않는다. 다소 微積分과 線型代數의 知識이 있는 學生이라면 本書를 통하여 상당히 進展된 水準의 需要理論에 접할 수 있을 줄 믿으며 특히 大學院生의 교재로 적절할 것이다.

一般的 敘述과 證明은 매우 明瞭하며 어려운 부분에 대하여는 그림으로 說明하여 理解를 돕고 있다. 또 各章 末尾에 練習問題를 주고 解까지 두어 理解에 편의를 도모하고 있다.

第1章에서는 앞으로 使用될 記號를 說明하고 需要理論의 역사를 개관한다. 第2章에서는 需要理論의 기본이 되고 있는 消費者의 “preference ordering”이 効用函數로 표현될 수 있기 위한 諸條件과 兩者의 關係를 명백히 하고 있다.

第3章에서는 “古典的” 効用函數下에서의 効用極大化模型에서 需要理論과 그 性質을 究明한다. 끝으로 効用函數의 dual function인 “間接的 効用函數(indirect utility)”를 紹介한다.

効用函數와 効用極大化에서 需要函數를 誘導하는 문제의 逆이 “integrability”의 문제이다. 즉 어떤 消費者의 經驗的 需要函數가 관찰되었을 때 과연 그 消費者가 効用函數를 가지고 이를 極大化한 結果라고 할 수 있을 것인가의 問題이다. 第4章에서는 주어진 需要函數를 가져오는 効用函數가 存在할 수 있다는 것과 이 効用函數가 古典的이라는 것을 보여

* 本研究所 研究員, 서울大學校商科大學 專任講師

주고 있다.

實際로 많은 理論的 또는 經驗的 問題를 다루기 위해서는 效用函數에 좀 더 制約을 加할 必要가 있다. 흔히 가하는 制約에는 同次性(homogeneity)와 分離性(separability) 또는 加減的 分離性(additive separability)이 있다. 第5章에서는 直接的 效用函數(direct utility function), 間接的 效用函數(indirect utility function) 그리고 需要函數에 있어서 이러한 制約들이 어떻게 關聯되어 있는가를 보여 주고 있다.

第6章에서는 效用函數에 附加된 制約을 점차 완화할 때 발생하는 問題들을 고찰한다. 먼저 效用函數가 단지 連續的이고, 單調增加函數이며, “strictly quasi-concave”라고만 할 경우에도 效用極大化의 解는 存在하며 需要函數도 定義됨을 보여 준다. 또 이 때의 “integrability”의 問題도 考察한다. 끝으로 “nontransitive preference”의 경우, 需要理論의 成立 與否를 검토한다.

第7章에서는 기타의 雜多한 問題, 예컨대 勞動의 供給, 嗜好나 質의 變化, 集計의 問題, 補完財, 經濟的 厚生 등을 고찰한다. 第8章에서는 不確實性(uncertainty)下에서의 需要理論이 다루어지고 있다. 第9章에서는 지금까지의 結果를 일단 綜合하여 어떤 結論을 지으려 하나 그 方向은 明確하지 않다.

需要理論은 많은 發展을 보았으나 效用函數의 微分可能性(differentiability)이라는 假定에 아직도 크게 依存하고 있으며 本書도 예외는 아니다. 그러나 著者が 지금까지 發展된 需要理論의 綜合的, 體系的 敘述이라는 주어진 課題를 훌륭히 完수하고 있음이 높이 評價되어야 할 것이다.