



저작자표시 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#) 

법학석사 학위논문

약관해석에 관한 연구

-판례의 약관해석 방법 분석을 중심으로-

2012 년 월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

김 승 민

약관해석에 관한 연구

-판례의 약관해석 방법 분석을 중심으로-

지도교수 남 효 순

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2012년 6월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

김 승 민

김승민의 석사 학위논문을 인준함

2012년 8월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

약관거래는 대량의 거래를 위해서 일방이 미리 마련한 약관에 따라 계약이 체결되는 형태이다. 이러한 약관에 의한 거래는 다수의 고객을 상대로 하는 은행거래, 보험계약 뿐만 아니라 다방면의 계약체결에서 활용되고 있다. 약관거래는 그 긍정적 기능에도 불구하고 계약체결시 더 많은 정보를 갖고 더 우월한 경제적 지위에 있는 일방이 미리 마련한 내용대로 계약이 체결된다는 점에서 불공정한 계약이 체결될 우려가 있다. 이러한 불공정한 약관을 사용한 거래를 제한하기 위해 약관규제법이 제정되어 불공정한 내용을 무효로 보고 있다.

약관을 이용한 거래도 결국은 통상의 계약의 일반법리가 적용될 것이다. 따라서 법원이 이러한 약관규제법을 직접 적용하여 불공정한 약관이라는 이유로 무효를 선언하기에 앞서서 약관조항을 이용한 계약내용을 확정하는 작업이 선행되어야 한다. 그리고 이 과정에서 계약내용 확정을 위해서 약관을 해석할 필요가 있게 된다. 약관도 계약이며, 법률행위의 한 형태라는 측면에서 약관해석은 법률행위해석의 범주에 속한다. 따라서 약관해석은 법률행위해석의 문제이다.

본 논고에서는 법률행위해석의 하나의 태양으로서 약관해석의 의의와 방법에 대해서 살피고자 한다. 다만 법률행위해석은 단독행위와 계약을 포괄하는 해석원칙이므로 계약해석에 한정하여 검토하기로 한다.

약관해석의 의의 및 본질은 계약해석, 나아가서는 법률행위해석이라는 관점에서 찾을 수 있을 것이다. 다만 다수의 고객을 상대로 하고, 거래상 우월적 지위에 있는 일방에 의해서 일방적으로 마련되는 약관의 특성을 고려하여 일반적인 계약해석의 방법에서 나아가 특별한 약관해석의 방법을 인정할 필요가 있다.

본 논고에서는 약관해석에 있어서 적용되는 일반적인 계약해석의 방법을 검토하고, 약관법에 규정된 약관해석의 방법을 검토하며, 최근 판례에 대한 검토를 통해 법원이 적용하는 약관해석의 방법의 타당성 여부를 확

인하고자 한다.

구체적으로 일반적인 계약해석의 방법에 대한 검토를 함에 있어 외국
의 입법례에서 제시되는 계약해석의 방법을 살펴보고 이를 우리의 계약
해석, 나아가서는 약관해석에서 적용가능한지 검토하고자 한다.

다음으로 약관법에 규정된 약관해석의 방법에 관한 학설 및 판례를 검
토하여 실제 약관해석에 있어서 어떤 형태로 적용되고 있는지 검토하기
로 한다. 나아가 판례의 약관 해석방법의 타당성 여부에 대해서 검토하
고자 한다. 판례는 약관의 해석에 있어서 엄격해석 내지 작성자 불리해
석의 방법을 제시하면서 해석의 방법으로 약관 조항의 의미를 한정적으
로 확정하는 경우가 있다. 문제는 이러한 약관 조항의 의미를 한정적으
로 확정하는 것이 해석의 범주에 해당하는 것으로 허용될 수 있는지 여
부이다. 아울러 이러한 법원의 해석 방법론이 허용된다면 구체적으로 어
떤 근거에서 정당화가 될 수 있는지 검토하고자 한다. 나아가 개별 판례
에서 문제된 사안에서 이러한 해석의 방법론이 구체적으로 어떠한 타당
성을 가지는지 검토하기로 한다. 타당성 검토의 방법으로는 최근 판례가
엄격해석 내지 작성자 불리해석을 통해 약관 조항의 의미를 한정적으로
해석한 사안에서 해석의 방법이 아닌 내용통제의 방법을 동원했을 때 결
론이 어떻게 변경될 것인지 여부를 살펴하기로 한다.

생각건대 약관에 대한 판례의 해석 방법은 개별 사안에서 구체적 타당
성을 피하기 위한 판례의 시도로 보여 지며 이는 전체적 통일적 해석을
추구하는 약관의 특성을 고려하고, 약관의 일부 조항에 불공정성이 있다
하더라도 이를 바로 무효로 하기보다는 계약조항의 효력을 유지하는 것
이 오히려 약관을 이용한 고객의 이익보호에 더 부합할 수 있다는 측면
을 고려한다면 판례의 해석 방법은 타당하다고 생각된다.

주요어 : 약관, 법률행위해석, 약관해석의 기준, 약관해석의 방법, 작성자 불이익 해석, 제한 해석.

학 번 : 2005-21761

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 논문의 구성과 연구의 범위	3
제 2 장 약관의 의의 및 기능	5
제 1 절 약관의 의의	5
제 2 절 약관의 기능과 통제	6
I. 약관의 기능	6
1. 약관의 순기능	6
2. 약관의 역기능	7
II. 약관통제의 방법	8
1. 계약에의 편입	8
1) 계약에의 편입의 의의	8
2) 국제 계약규범에서 계약편입에 관한 규정	9
3) 검토	11
2. 약관의 해석	12
3. 불공정성통제	13
제 3 장 약관해석의 의의 및 본질	15
제 1 절 약관해석의 의의	15
I. 법률행위해석의 한 형태로서의 약관해석	15
II. 약관해석의 본질	16
1. 개관	16
2. 학설	17
1) 표시상 효과의사설	17

2) 내심적 효과의사설	17
3. 판례	18
4. 검토	20
1) 종래의 논의의 한계	20
2) 약관해석의 규범적 성격과 고려 사항	22
제 2 절 현행법 및 판례의 약관해석기준	24
I. 개관	24
II. 약관 해석의 기준	25
1. 제반사정	25
2. 사실인 관습	26
3. 임의규정	28
4. 신의성실의 원칙	28
III. 소결	29
제 4 장 약관해석의 방법	30
제 1 절 서설	30
제 2 절 일반적 계약해석의 방법 체계	31
I. 자연적 해석	31
II. 규범적 해석	33
1. 종래의 학설	33
2. 자연적 해석과 규범적 해석을 구별하지 않는 견해	34
3. 검토 및 약관의 해석에서의 적용	34
III. 보충적 해석	36
1. 종래의 학설	35
2. 보충적 해석 개념에 대한 의문을 제기하는 견해	37
3. 검토 및 약관의 해석에서의 적용	38
IV. 검토	39
1. 종래의 해석방법 체계의 한계와 새로운 체계모색	39

1) 종래의 논의에 대한 비판	39
2) 새로운 서술 체계의 모색	40
2. 약관의 해석 방법에서의 적용	41
3. 소결	44
제 3 절 약관해석의 일반적 방법	44
I. 개관	44
II. 합리해석의 원칙	45
III. 통일해석의 원칙	46
IV. 효용해석의 원칙	46
V. 제한해석의 원칙	47
제 4 절 약관법상 약관해석의 방법	48
I. 신의성실 해석의 원칙	48
II. 고객통일 해석의 원칙	49
1. 종래의 고객통일 해석의 의의 및 적용	49
2. 고객통일 해석에 대한 새로운 이해	50
3. 검토	51
III. 작성자 불이익 해석의 원칙	52
1. 의의 및 법적 근거	52
2. 판례	53
3. 숨은 내용통제의 문제	57
IV. 소결	59
제 5 절 약관해석에 관한 판례상의 문제	60
I. 법원의 약관 해석 방법의 문제	60
II. 효력유지적 축소의 문제	62
1. 문제제기	62
2. 판례	62
3. 학설의 태도	63
1) 직접적 내용통제의 방법으로서 긍정하는 견해	63
2) 보충적 해석의 방법으로서 긍정하는 견해	63

3) 부정설	64
4) 절충설	65
4. 검토	65
Ⅲ. 약관 해석 관련 약관법 제8조와 민법 제398조의 관계	66
1. 문제제기	66
2. 공정위 의결	67
3. 법원의 부당하게 과다한 손해배상액 예정의 처리	67
4. 학설상 논의	69
1) 판례에 찬성하는 견해	69
2) 판례에 비판적인 견해	69
5. 약관법 제8조 위반의 경우 효력유지적 축소의 가능성	71
Ⅳ. 예문해석의 문제	73
1. 문제제기	73
2. 판례	73
3. 학설의 태도	74
4. 검토	75
제 6 절 법원의 제한적 해석 또는 작성자 불이익 해석 방법	
적용사례와 그 타당성 검토	76
Ⅰ. 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005다46431 판결	76
1. 사안의 개요	76
2. 원심판결	77
3. 대상판결의 요지	77
4. 검토	78
Ⅱ. 서울고법 2005. 7. 22. 선고 2005나8301 판결	79
1. 사건개요	79
2. 판결요지	80
3. 검토	80
Ⅲ. 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결	81
1. 사건개요	81

2. 원심판결	81
3. 대상판결	82
4. 검토	83
IV. 서울고법 2005. 7. 22. 선고 2005나8301 판결과 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결의 비교 검토	84
1. 문제제기	84
2. 법논리적인 측면에서의 타당성 여부 검토	85
V. 소결	86
제 5 장 결론	88
참고문헌	91
Abstract	96

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

현재 많은 거래가 당사자 일방이 미리 마련한 약관을 이용하여 이루어지고 있다. 이러한 약관을 이용한 거래의 경우 대량으로 이루어지는 거래에서 고객 전체에 대해 통일적인 거래조건이 적용되어 거래를 통일적으로 신속하게 처리할 수 있다는 점에서 긍정적인 기능을 가진다. 반면에 부정적인 면도 많이 발견된다. 특히 거래상 우월한 지위에 있는 약관 사용자가 상대방에게 부당하게 불리한 계약조건을 사용할 가능성이 커서 약관에 대해서는 별도로 약관규제법으로 불공정한 계약조건을 사용할 수 없도록 규제하고 있다.

한편 약관을 이용한 거래도 계약체결의 한 유형이라고 한다면 약관을 이용한 거래에서 계약의 내용을 이루는 당사자의 의사를 확정하는 작업이 약관의 내용에 대한 불공정성통제에 앞서 이루어져야 할 것이다. 즉, 약관에 나타난 당사자의 의사를 확인하는 작업인 약관의 해석이 약관의 유효성 판단에 선행되어야 한다. 다만 약관을 이용한 거래의 경우에는 대등한 교섭력을 지닌 당사자가 개별조항에 대해서 충분한 협상을 거쳐 합의하는 것과 달리 거래상 우월한 지위에 있는 일방에 의해 미리 마련되는 경우가 대부분이기 때문에 약관에 대한 해석에 있어서도 이러한 약관의 특징이 충분히 고려되어야 한다.¹⁾ 그렇기 때문에 통상적인 계약의 해석과 달리 약관의 해석에 있어서는 당사자들의 정보의 불균형 및 교섭

1) 이은영, “보통거래약관의 해석원칙”, 사법연구 1(1983), 68면은 약관은 계약당사자 일방에 의하여 계약체결 전에 이미 만들어져 있는 것이므로, 일반계약에서의 당사자의 협상을 전제로 한 계약해석원칙은 약관해석에 그대로 적용될 수 없기 때문에 약관해석에 관한 원칙은 일반적인 법률행위해석 내지 계약해석의 원칙과는 구별되는 특징이 있다고 한다.

력의 불균형이라는 요소를 고려할 필요가 있으며, 하나의 약관을 이용하여 대량의 거래에서 사용되는 경우가 많기 때문에 고객집단의 평균적 이해를 고려한 통일적인 해석이 요구된다. 따라서 약관의 해석을 함에 있어서는 약관에 나타난 당사자의 진정한 의사를 밝히는 것이 약관 해석의 목표 내지는 본질이라고 할 것이지만 통상의 계약해석과 달리 이러한 약관의 특성을 고려하여 보다 규범적인 요소에 대한 고려를 하여야 할 것이다.

약관의 해석은 결국 약관과 관련한 분쟁이 발생한 경우에 이를 해결하는 과정에서 그 전제로서 문제될 것이다. 따라서 본 논고에서는 약관에 관련된 분쟁이 발생하는 경우, 최종적으로 당사자의 의사를 확정하고 판단하는 법원에서 어떤 약관 해석 방법을 동원하고 있는지 개별 사례를 통해서 비판적으로 검토하고, 이를 통해 법원이 약관 조항에 나타난 계약 당사자들의 진정한 의사를 찾는 법률행위해석의 본질을 충분히 반영하고 있는지 확인하고자 한다.

약관 해석을 위한 방법으로 학설과 판례가 제시하는 체계와 방법은 다양하다. 그러나 이러한 약관 해석 방법은 선형적으로 정해지는 것이라기보다는 당사자의 진정한 의사를 찾는 과정에서 동원되는 경험적인 방법론이기 때문에 구체적인 개별사례에서 어떤 해석 방법이 가장 당사자의 진정한 의사를 발견하는데 적절한가라는 것은 개별사례마다 달라질 수 있을 것이다. 본 논고에서는 구체적인 약관 해석을 위해 법원과 학설이 제시하는 종래의 약관 해석의 방법과 체계가 법률행위해석의 본질에 비추어 체계상 정합성을 띠는지 우선적으로 검토하고, 최근 약관의 해석이 문제된 대법원의 판례를 통해 개별사례에서 법원이 적용한 약관해석의 방법이 적절하였는지 여부를 확인하고자 한다.

요컨대, 약관 해석의 방법은 약관에 나타난 당사자의 진정한 의사를 확인하는 방법이라 할 것이므로, 일차적으로는 법률행위해석의 일반원칙에 따라야 할 것이며 다만 통상적인 계약의 경우와 달리 거래상 우월적 지위에 있는 당사자 일방이 미리 마련하여 당사자 사이에 정보와 교섭력에 차이가 크고 전체적·통일적 해석이 요구되는 약관의 특성을 고려한다

면 대등한 당사자 간에 체결된 계약보다는 법원의 해석을 통한 계약에의 개입의 여지를 더 넓게 인정할 필요성이 있을 것이다.

제 2 절 논문의 구성과 연구의 범위

본 논문은 약관해석에 관련된 기존의 논의를 체계적으로 검토하고, 최근 약관해석에 관련된 주요 판례를 통해 법원의 약관해석이 구체적 타당성을 갖는지 개별적으로 검토하고자 한다. 이를 위해 우선 약관의 의의 및 법적 성질에 대해 확인한 후, 약관통제의 방법에 대해 개관하고자 한다. 즉, 약관을 이용한 거래에서 약관이 어떤 법적 의의를 지니는지 살펴보고 나아가 약관에 대한 법적 규율 측면에서 편입통제, 해석통제, 내용통제라는 방법을 통해 약관의 부정적 기능을 어떻게 해소하는지 살펴기로 한다.

다음으로 본 논고에서 연구의 대상으로 삼은 약관해석의 방법과 관련하여 약관해석의 본질을 무엇으로 볼 것인가를 우선적으로 확인하고자 한다. 이를 위해 기존의 법률행위해석 및 약관해석에 관한 논의를 통해 법률행위해석의 한 유형으로서 약관해석의 의의 및 본질을 1차적으로 확인하고 다음으로 약관해석의 기준에 대해서 현행법 및 판례의 해석기준을 개관하기로 한다. 이를 바탕으로 약관해석의 방법과 관련하여 일반적인 계약해석의 방법론이 어떻게 구체적으로 약관에서 적용되는지 살펴보고, 아울러 약관법에 규정된 객관적 해석이나 작성자 불리해석이 어떻게 우리의 법체계에서 어떻게 이해되는 것이 적절한지 최근 국제계약규범의 해석기준과 관련하여 종래의 논의를 검토하고자 한다.

최근 약관해석과 관련된 주요 판례의 사실관계와 판시내용을 검토하여, 판례가 제시하는 약관해석의 방법이 현재 어떤 형태로 적용되는지 구체적인 사례를 통해 살펴보고 이러한 법원의 해석 방법이 이론적으로 어떻게 정당화될 수 있는지, 또한 그러한 해석 방법이 구체적 타당성을

가지는지 여부를 법원의 해석방법과 다른 방법으로 약관해석을 시도하는 경우 결론이 어떻게 달라지는지 확인하는 방법으로 검토하고자 한다.

요컨대, 본 논고에서는 약관해석의 방법과 관련하여 전체적인 큰 틀을 새롭게 제시하기 보다는 기존의 약관해석 방법으로 제시되는 방법의 틀이 개별사례에서 실질적인 당사자의 진정한 의사를 찾는 방법으로서 얼마나 잘 기능하고 있는지 개별 판례에 대한 비판적 검토를 통해 확인하는데 중점을 두고자 한다. 이를 위해 계약해석에 관한 외국의 논의를 참고하여 약관해석에 관한 종래 우리의 논의를 정리하고, 최근 판례에서 문제된 사례, 특히 문언과 달리 작성자 불리 해석 내지 제한 해석 원칙의 적용을 통해 약관의 조항의 의미를 한정적으로 새긴 판례에서 법원의 약관해석 방법과 다른 약관해석방법을 적용할 경우를 비교 검토하여 법원의 약관해석 방법의 타당성을 검토하고자 한다.

제 2 장 약관의 의의 및 기능

제 1 절 약관의 의의

약관이란 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것을 말한다(약관규제법 제2조 제1항). 원래 계약은 둘 이상의 당사자의 의사표시의 합치에 의해 성립하는 법률행위로서, 그 내용은 당사자 사이의 교섭에 의해 정해지는 것이 원칙이다. 그러나 오늘날 은행거래, 보험계약, 운송계약 등 대량으로 이루어지는 거래 분야에 있어서 교섭에 의한 계약체결은 예외적인 경우이며, 대다수의 거래는 일방이 미리 마련한 거래조건을 상대방에게 제안하고 상대방은 단순히 이에 따르는 형태로 이루어지고 있다.²⁾

이러한 약관의 법적 성질에 대해서는 법규범으로 보는 입장과 계약으로 보는 입장이 대립하는데 다수설³⁾과 판례⁴⁾는 당사자의 합의에 따라 계약에 편입이 된다고 하여 계약설의 입장을 취하고 있다. 이에 따르면 약관은 사업자가 일정한 종류의 거래에 일률적으로 적용하기 위하여 미리 준비한 계약의 초안과 같은 성격을 가지며, 이것이 계약의 내용이 되

2) 박윤직 편, 민법주해12권(2009), 289면.

3) 박윤직, 채권각론(2005), 21면; 김상용, 채권각론(2003), 27면; 김형배, 채권각론(2001), 53면; 양창수·김재형, 계약법(2010), 148면; 윤철홍, 채권각론(2001), 34면. 한편 이은영, 채권각론(2004), 51면, 58면은 계약설을 취하면서도 약관은 사업자의 제안만 있으면 계약의 내용이 되고, 다만 명시·설명 의무 등의 위반이 있으면 그 효력이 저지될 뿐이라고 한다.

4) 대법원 1990. 4. 27. 선고, 89다카24070; 대법원 1991. 9. 10. 선고, 91다 20432; 대법원 1998. 9. 8. 선고 97다53663 판결; 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다6619 판결; 대법원 2004. 11. 11. 선고 2003다30807 판결 등에서 판례는 약관이 구속력을 가지는 것은 당사자 사이에서 약관을 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이라고 하고 있다.

기 위해서는 당사자의 합의에 의해 계약에 편입되어야 한다⁵⁾

제 2 절 약관의 기능과 통제

I. 약관의 기능

1. 약관의 순기능

약관을 이용한 거래는 계속적 반복적으로 체결되는 대량의 거래에서 그 필요성에 의해 나타난 거래형태이며 다음과 같은 순기능을 지닌다고 한다.⁶⁾ 첫째, 기업경영의 합리화이다. 자본주의의 발달에 따라 기업은 대형화하고 대형화된 기업은 일상적으로 대중 고객과 대량의 거래를 하게 된다. 이러한 대량거래를 법적으로 보면 사업자가 다수 고객을 상대로 계속적·반복적으로 같은 종류의 계약을 체결하는 것이다. 그런데 각 계약체결시마다 사업자와 고객이 개별적으로 협상하고 결정해야 한다면 계약체결에 소요되는 시간·노력·경비가 과도하게 될 것인바, 약관을 이용하면 법률관계를 명확히 하고 거래위험을 미리 산출하여 대비할 수 있으므로 약관은 기업경영의 합리화에 이바지한다. 둘째, 법적 규율의 보완이다. 경제의 발전으로 종래 없던 새로운 계약형태가 계속적으로 생겨나는데 실정법 질서는 이러한 변화에 신속·적절하게 대처할 만큼 유연하지 못하다. 따라서 법률의 규율을 받지 못하는 계약 분야가 있게 되는데 그 공백을 메워주는 역할을 약관이 담당한다고 한다. 셋째, 국제거래의 원활화이다. 국제거래와 활발해지면서 국가간 공통의 거래규범이 필요하게 되었고 이에 따라 국제적인 통일약관에 따른 거래의 필요성이 커지게 되

5) 최세련, 해상운송계약에서의 약관규제법의 적용, 한국해상법학회지 제31권 제1호, 2009, 74면~; 권오승, 경제법(제5판), 2005, 536면; 이은영, 약관규제법, 1994, 112-113면.

6) 민법주해12권, 290면.

었다고 본다.

2. 약관의 역기능

앞서 살핀대로 약관은 오늘날 거래일반에서 없어서는 안 될 존재라고 할 수 있으나, 약관의 이용에는 부정적 측면도 있다. 즉, 약관을 이용한 계약체결시 거래조건을 일방적으로 결정할 기회를 갖게 된 사업자는 기업의 이윤추구를 위해 자신의 법적 이익을 극대화시키는데 이 기회를 이용하게 된다. 이에 따라 사업자의 계약상 책임을 배제하거나 최소한으로 경감시키기도 하고, 반면에 고객의 부담을 최대한으로 가중시키기도 한다. 분쟁발생시 해결방법도 사업자에게 유리하도록 정해지는 경우가 많다. 그러나 경제적으로 약자이고, 계약체결시 정보와 교섭력에서 열세에 있는 고객은 사업자가 제시하는 조건에 따를 수밖에 없게 된다. 특히 사회생활상 불가결한 물품 또는 서비스를 제공하는 계약의 경우에는, 고객은 사실상 약관의 수용을 강제당하는 입장에 놓이게 된다. 결국 계약자유는 명목에 불과하게 되는 결과를 낳게 된다.⁷⁾

이처럼 약관은 그 긍정적 기능과 함께 부정적 기능도 내포하고 있으며, 이는 계약자유 원칙 자체에 대한 훼손이 될 우려를 포함한다. 따라서 약관을 이용한 거래에 대해서 다양한 방법으로 일정한 규제를 가할 필요성이 제기된다. 이러한 필요성에 따라 약관통제의 방법으로 편입통제, 해석통제 및 내용통제의 방법이 제시된다. 구체적인 통제방법에 대해서는 다음 항에서 논하기로 한다.

문제는 이러한 약관통제를 함에 있어서 약관의 특징이 충분히 고려될 필요가 있다는 점이다. 즉, 통상적인 계약체결과 달리 개별 계약 체결시 고객이 약관 조항에 대해 충분히 이해하였다거나 교섭하였다고 보기 어려운 사정이 있고, 약관은 다수의 고객을 예정하고 만들어지기 때문에 통일적으로 규율될 필요가 있으며, 거래상 우월한 지위에 있는 사업자가 제시하고 사용하는 것이기 때문에 통상의 계약에 대한 통제보다 더 엄격

7) 민법주해12권, 291면.

하게 통제할 필요가 있을 것이다.

II. 약관통제의 방법

1. 계약에의 편입

1) 계약에의 편입의 의의

이른바 ‘편입통제’는 약관이 사업자와 고객이 체결한 당해 계약에 편입되었는지 여부를 심사하는 것이다. 사업자의 약관의 명시·설명 의무, 의외성의 원칙 등은 이 편입통제에 동원되는 원칙들이다. 개별약정우선의 원칙에 대해서는 이를 계약에의 편입문제로 보는 입장과 해석의 문제로 보는 입장이 있다.

만일 사업자가 고객에게 약관조항을 명시·설명하지 않았거나, 약관에 의외조항이 들어있거나, 사업자가 고객과 약관조항과는 다른 내용의 개별약정을 했다면, 당해 약관조항은 계약에 편입되지 못한다. 약관조항이 계약에 편입되지 못하면, 사업자는 그 조항에 의한 권리를 주장하지 못하게 된다.⁸⁾ 요컨대, 약관법에 따를 때, 약관에 대한 설명의무를 위반한 경우 계약편입이 부정되는 바, 이는 일상적으로 신속히 계약이 체결되는 경우를 적절히 포섭할 수 없게 되는 문제점을 안고 있다. 다음 항에서는 유럽공동체법을 비롯한 최근 약관에서의 계약편입에 관한 입법례를 참고로 약관의 편입통제에 대한 우리의 바람직한 방향에 대해서 살펴보고자 한다.

8) 장경환, “약관의 불공정성 판단”, 권오승 편 *공정거래법강의II*(2000), 487면.

2) 국제 계약규범에서 계약편입에 관한 규정

(1) 유럽공동체법

유럽위원회가 2008년 10월 유럽의회에 제출한 소비자의 권리에 관한 광범위한 내용을 담은 입법지침 초안(이하 ‘소비자권리지침초안(2008)’이라 한다)은 기존의 유럽공동체 차원에서 존재하는 기존의 소비자보호 관련 입법지침을 하나로 총괄하려는 초안이다.⁹⁾ 이 초안은 소비자계약에 관한 입법지침을 최소기준만을 정하는 방향에서 나아가 소비자계약법 전체를 모든 유럽연합 회원국에서 완전히 동화시키려 하고 있다. 이 초안에서는 약관의 계약편입에 관한 명시적 규정은 없으며, 다만 계약조항의 투명성에 대한 요구를 정한 제31조를 약관의 편입을 규율하는 규정으로 이해할 여지는 있다. 그러나 소비자권리지침초안(2008)은 회원국의 규율 자치에 대한 중대한 간섭이라는 비판을 받았으며, 2011년 6월 몇몇 지침에 한해 기존의 ‘최소한의 조화’원칙을 포기하는 선에서 수정되어 유럽이사회에 재상정되었다.

(2) 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)

2005년 3월 1일부터 국내에서 발효된 CISG는 계약조항의 편입문제를 명시적으로 규율하지 않는다. 그러나 이 문제에 대해 국내법이 적용되는 것은 아니고 오히려 계약조항의 편입문제는 CISG의 계약성립 및 해석에 관한 일반규칙에 따른다. 협약 제7조 제2항¹⁰⁾은 협약에 의해 규율되는

9) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumerrights, COM(2008) 614 final: Bar/clive/Schulte-Nölke et al., Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Outline Edition, 2009, Introduction Para. 62.: 김진우, “국제계약규범에서의 계약조항의 편입”, 법조 2011. 12(Vol.663) 94면에서 재인용

10) Article 7. (1) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with

사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 않는 문제는 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 의하고, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다고 하여 일반원칙을 국내법보다 우선적용하고 있다.¹¹⁾

(3) 유럽계약법원칙(PECL)

PECL은 계약성립에 관한 절의 제2:104조 제1항¹²⁾에서 개별적으로 합의되지 아니한 계약조항의 효력을 위한 규정을 두고 있다. 그에 의하면 “개별적으로 합의되지 아니한 계약조항은 이를 원용하는 당사자가 계약성립 전에 또는 성립 시에 상대방이 이에 주의하도록 하기 위한 합리적 조치를 취한 경우에만 상대방이 이를 알지못한 경우에도 이를 그에 대하여 원용할 수 있다”고 한다.

PECL은 우리 약관규제법과 마찬가지로 상대방의 명시적 동의의 요건을 내세우지는 않지만, 이것은 상대방의 동의 없이도 계약조항이 계약에 편입된다는 것을 의미하는 것은 아니며, PECL에 따르더라도 계약조항의 편입을 위해서는 당사자의 합의가 필요하다.¹³⁾

(4) 국제상사계약원칙(PICC)¹⁴⁾

the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

11) 번역은 법제처의 번역본을 참조하였다.

12) Article 2:104: Terms Not Individually Negotiated (1) Contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party who did not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded.

13) Lando/Beale, Principles of European Contract Law. Parts I and II, 2000, P. 149; 김진우(주9), 94면에서 재인용

14) Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010

PICC는 사적자치를 강조하고(제1.1조),¹⁵⁾ 계약 성립에는 특별한 방식을 요하지 않으며(제1.2조),¹⁶⁾ 제2.1.19조 제1항은 약관이 포함된 계약성립에 대하여 계약성립에 관한 일반규칙(제2.1.1조 이하)이 적용되도록 하고 있다. 계약은 제2.1.1조에 따라 청약과 승낙에 의하여 성립한다. 이것은 약관에 대하여도 다를 바 없다. 따라서 PICC에 있어서 약관이 효력을 가지는 이유는 당사자들의 합의가 있기 때문이다. PICC 제2.1.19조 제2항¹⁷⁾에서 약관을 일반적이고 반복적인 사용을 목적으로 일방에 의해 미리 마련되고 또 상대방과 합의됨이 없이 실제로 사용되는 계약조항을 총칭한다고 보는 약관에 대한 개념은 우리 법과 일치한다고 보여진다. 특히 반복적인 사용의 의도가 필요하다.

3) 검토

요컨대 소비자권리지침초안(2008)은 계약조항 내지 약관의 편입문제에 대한 해결책을 직접적으로 담고 있지 않으며, 이에 따라 유럽연합의 각 회원국은 계약에의 편입을 위한 요건의 취급을 서로 달리한다. 계약조항의 편입문제에 대한 상이한 취급은 국제적 차원의 통일법(CISG)과 통일화를 위한 프로젝트(PECL, PICC, DCFR)에서도 계속되고 있다. 즉, 계약조항 내지 약관의 편입문제에 대하여 명시적으로 규율하지 않고 계약성립에 관한 일반규칙에 의거하여 답하는 경우가 있는가 하면(CISG), 편입문제를 정면으로 다루기도 한다(PECL, DCFR). 계약조항의 계약편입에

15) Article 1.1 (Freedom of contract) The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

16) Article 1.2 (No form required) Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.

17) Article 2.1.19 (Contracting under standard terms) (2) Standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party.

관한 적용범위와 관련하여 이를 약관에 한해 적용하는 경우도 있지만 (PICC), 약관을 비롯하여 개별적으로 합의되지 아니한 계약조항 모두를 대상으로 하는 경우도 있다(소비자권리지침초안[2008], PECL, DCFR).

이처럼 계약조항의 편입에 관하여 각 입법례는 상이한 점도 있으나 공통점도 존재한다. 즉 계약편입의 요건으로서 ① 계약조항의 사용자가 개별적으로 합의되지 아니한 계약조항을 늦어도 계약성립 시에는 상대방에게 지적하여야 한다. ② 계약조항 내지 약관의 사용자는 상대방이 계약조항의 내용을 늦어도 계약성립 시에는 인식할 수 있도록 할 가능성을 부여하여야 한다. ③ 상대방이 그 편입에 동의하여야 한다. 반면 명시설명의무를 부여하는 우리의 약관법은 약관의 계약편입을 위한 요건설정을 더 엄격하게 하고 있다고 보여진다. 국제계약규범에 따른 약관의 인식가능성의 부여를 위해서는 약관사용자가 약관의 중요내용에 관하여 설명할 필요까지는 없기 때문이다.

또한 약관에 대한 편입통제가 지나치게 엄격하면 국제거래에서 당사자의 합의로 우리 법의 적용을 배제시키는 경우가 증가할 것을 예상할 수 있으므로 약관의 편입요건으로 약관의 설명의무를 요구하기 보다는 약관의 인식가능성 부여의무로 전환하는 입법을 고려할 필요가 있다는 견해¹⁸⁾가 있는 바, 약관의 설명의무 이행여부에 대해 다툼이 있는 경우 실질적으로 이에 대한 입증이 곤란한 경우가 대부분임을 고려한다면 일응 타당한 주장이라고 생각된다.

2. 약관의 해석

이른바 ‘해석통제’는 약관조항을 여러 해석원칙에 따라 해석하고 그 해석된 내용을 당해 계약에 적용하여 사업자와 고객의 권리·의무를 정하는 통제방식이다. 다만 ‘해석통제’라는 용어의 사용은 논란의 여지가 있다고 생각한다. 즉, 약관도 계약이라고 보는 다수설과 판례에 따를 때, 약관의 해석은 계약해석, 나아가서는 법률행위해석의 문제이기 때문에 법률행위

18) 김진우(주9), 120면.

해석의 일반원칙에 따라야 할 것이다. 따라서 약관을 통제해야 할 대상으로 보는 입장에 따르면 ‘통제’라는 표현이 일응 타당성이 있을 것이나, 약관에 대한 해석이라는 것은 원칙적으로는 약관에 드러난 당사자의 진정한 의사를 찾는 과정이라고 본다면 해석의 문제에 있어서는 약관은 통제의 대상이라기보다는 해석을 통해 확정되어야 할 당사자의 의사가 표시된 법률행위라고 볼 것이어서 ‘해석통제’라는 표현은 적절치 않다고 생각한다.

약관규제법은 약관해석에 있어서 적용되어야 할 원칙으로서 객관적 해석의 원칙과 작성자불이익의 원칙 등을 예시하고 있다. 약관을 고객에 따라 다르게 해석해서는 안 되고 평균적인 고객의 사정을 고려하여 해석해야 한다는 객관적 해석의 원칙, 약관조항상의 문언이 다의적으로 해석되는 경우에 사업자에게 가장 불이익한 내용으로 해석해야 한다는 작성자불이익의 원칙 등은 이 해석통제에 동원되는 원칙이다.

본 논고에서는 이러한 약관에 대한 해석통제에 대해서 검토하고자 하는 바, 다음 절에서 약관해석의 의의 및 본질에 대해서 상세하게 살피기로 한다.

3. 불공정성통제

불공정성통제는 약관조항의 내용이 고객에게 불공정한 불이익을 주고 있는가를 심사하여 그 조항의 유·무효를 결정하는 통제방식이다. 이 통제는 궁극적으로 약관의 규율이 신의성실의 원칙에 부합되는가를 심사하는 것이며, 이를 쉽게 하기 위하여 약관규제법 제6조는 ‘법률상의 규율’과 ‘계약의 성질에 따른 규율’을 심사기준으로 제시하고 있고, 제7조부터 제14조까지는 고객에게 부당한 불이익을 주는 약관조항들을 유형화하여 열거하고 있다.¹⁹⁾ 즉, 약관법 제6조 제1항은 일반원칙으로서 약관조항의 불공정성의 판단기준으로 신의성실의 원칙을 제시하고 있는 바, 특정의 약관조항에 대해 이를 규율하는 제7조 내지 제14조의 규정이 없거나 개

19) 장경환(주8), 487면.

별규정의 적용이 제한되는 경우(약관법 제15조)에는, 제6조가 적용된다. 이 점에서 제6조는 제7조 내지 제14조에 대한 보충성 내지 후순위성을 지니고 있다고 할 것이다.

본 논고에서는 연구내용을 약관의 해석에 초점을 두고, 약관법 제6조 내지 제14조에 따른 불공정성통제의 구체적인 내용에 대해서는 상세하게 다루지 않고자 한다. 다만 해석통제와 내용통제의 접점에 있는 문제인 효력유지적 축소의 인정여부와 예문해석의 문제에 대해서는 약관 해석의 방법에 관하여 논하면서 아울러 해석의 방법으로서 인정가능한지 여부를 검토하기로 한다.

제 3 장 약관해석의 의의 및 본질

제 1 절 약관해석의 의의

I. 법률행위해석의 한 형태로서의 약관해석

약관의 해석이란 결국 약관의 의미 내지는 내용을 확정하는 것을 말하고, 약관의 의미 내지 내용을 확정한다는 것은 약관을 통해 당사자의 진정한 의사를 확정하는 것을 말한다. 따라서 약관의 해석은 법률행위의 해석의 한 형태라고 할 수 있을 것이다. 문제는 약관의 해석에 있어서 해석의 대상이 되는 ‘당사자의 진정한 의사’가 무엇인가라는 점이다. 법률행위의 해석에 있어서 확정하여야 할 당사자의 의사는 의사표시의 본질에 관하여 의사주의, 표시주의 또는 효력주의의 어떤 이론을 취하느냐에 따라 달리 보는 것이 일반적이다. 즉 의사주의 이론에 의하면 그것은 내심의 효과의사를 확정하는 것이고, 표시주의 이론에 의하면 ‘표시상의 효과의사’를 확정하는 것이 된다. 그러나 의사표시 내지 법률행위란 표시되어야 비로소 인식의 세계에 들어와 의미를 갖는 것이므로, 의사표시의 본질에 관하여 어느 이론을 취하든, 당사자의 진정한 의사란 의사표시 내지는 표시행위 안에 실현되어 있는 효과의사를 가리킨다고 하여야 할 것이다. 따라서 약관해석도 작성된 약관을 통하여 그리고 여기서부터 출발하여 그 안에 실현되어 있는 당사자의 의사를 확정하는 것이다. 이렇게 확정된 의사가 바로 당사자의 ‘참된 의사’ 또는 당사자의 ‘진정한 의사’가 되는 것이다. 요컨대 약관의 해석이란 ‘약관에 사용된 문자에 구애 받지 않고 그리고 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 약관의 기재 내용에 의하여 당사자의 진정한 의사를 찾는 것’이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 다

20) 남효순, “약관의 해석”, 권오승 편 *공정거래법강의II* (2000), 451면.

만 제1절에서 검토한 약관의 특징을 고려한다면 약관의 해석에 있어서는 통상적인 계약의 해석에 비해 규범적 판단이 더 많이 개입한다고 보아야 할 것인바, 약관의 특징을 고려한 해석에 있어서의 규범적 판단의 개입에 대한 사항은 약관해석의 본질에 관하여 종래의 논의를 개관한 후에 상술하기로 한다.

II. 약관해석의 본질

1. 개관

약관해석의 본질이 당사자의 진정한 의사를 확정하는 것이라고 할 때, 확정하여야 할 ‘당사자의 진정한 의사’가 구체적으로 무엇을 지시하는지에 대해서는 법률행위해석의 본질에 관한 논의의 연장선상에서 대립되는 견해를 우선 검토할 필요가 있다.

독일 민법학에서는 과거부터 의사표시의 본질론과 함께 법률행위 해석의 대상이 내심적 효과의사인지 표시행위인지에 대한 깊이있는 논의가 진행되어 왔다.²¹⁾ 이러한 영향 하에 우리나라에서도 의사주의와 표시주의에 대해서 다양한 논의가 진행되어 왔다. 일반적으로 의사표시의 본질에 관하여 의사주의 이론, 표시주의 이론 또는 효력주의 이론 중 어느 이론을 취하는지에 따라 당사자의 진정한 의사가 갖는 의미가 다르다고 본다. 즉, 의사주의이론에 의하면 법률행위해석이란 ‘내심적 효과의사’를 추구하여 확정하는 것이고, 표시주의이론에 의하면 ‘표시상의 효과의사’의 객관적 의미를 확정하는 것이 된다고 본다.²²⁾ 한편 의사표시의 본질에 관한 어떤 이론을 취하든 법률행위해석은 내심적 효과의사를 확정하는 것으로 보아야 한다는 견해도 있다.²³⁾

21) 의사주의, 표시주의, 효력주의에 대한 학설상의 논의에 대해서는 민법주해2권, 120-133면 참조.

22) 민법주해2권, 116면.

2. 학설

1) 표시상 효과의사설

법률행위해석이란 표시행위가 가지는 의미를 밝히는 것이라고 한다. 즉, 법률행위해석이란 표시행위가 갖는 객관적 의미, 다시 말하면 표시상의 효과의사의 의미를 밝히는 것이다. 따라서 표시되지 않은 당사자의 숨은 진의 내지 내심적 효과의사는 법률행위의 효력에 영향을 미치는 일은 있어도 그것은 법률행위 해석의 문제가 아니라, 그 다음 단계(법률의 적용, 법적 가치판단)에 있어서의 문제이고, 그것은 의사와 표시의 불일치, 사기·강박에 의한 의사표시의 문제로서 법률행위의 효력에 영향을 미칠 수 있을 뿐이라고 한다.²⁴⁾

2) 내심적 효과의사설

법률행위해석은 원칙적으로 표의자의 ‘내심적 효과의사’를 확정하는 것이고 ‘표시상의 효과의사’를 확정하는 것이 아니라고 한다.²⁵⁾ 표시상의 효과의사는 실존하는 표의자의 의사가 아니고 가정적 의사에 불과하므로 이러한 표시상의 효과의사에 의해 의사표시가 성립하는 것으로 하면, 개인의 의사에 따라 법률관계를 규율하려는 사적자치의 원칙, 특히 자기결정의 원칙에 배치된다. 원래 사적자치의 원칙은 자기 결정의 원칙이므로 법률행위해석은 1차적으로 ‘내심적 효과의사’의 확정으로부터 출발할 수 밖에 없고, 이것이 자연적 해석이며, 2차적으로 표시행위가 가지는 객관적 의미를 확정하는데 이것이 ‘표시상의 효과의사’를 확정하는 규범적 해석이라고 한다.

23) 백태승, “법률행위의 해석에 관한 판례의 태도”, 저스티스 제32권 제1호 (1999), 148면.

24) 박윤직·김재형 민법총칙(2012), 223면.

25) 이영준, 법률행위의 해석론(I), 32면.

3. 판례

판례가 의사표시의 본질 또는 법률행위해석의 본질에 대해 시사하는 판결은 매우 많다. 그 중에서도 “계약당사자간에 어떠한 계약내용을 서면으로 작성하였을 경우에는 당사자의 내심적 의사의 여하를 불구하고 그 서면의 기재내용에 의해 당사자의 참된 의사를 탐구하도록 합리적으로 해석하여야 할 것”,²⁶⁾ “일반적으로 계약의 해석에 있어서는 형식적인 문구에만 얽매어서는 아니 되고 쌍방 당사자의 진정한 의사가 무엇인가를 탐구하여야 하는 것”²⁷⁾, 법률행위의 해석이란 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 서면에 사용된 문구에 구애받을 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것²⁸⁾ 등의 판시를 예로 들 수 있다.

최근 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다53645, 53652판결은 “법률행위 해석은 당사자가 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 당사자가 표시한 문언에 의하여 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언 내용과 법률행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”고 하면서 갑 등이 아파트 입주권을 취득하기 위하여 을에게서 택지개발사업지구 내 아파트 1세대씩을 매수하기로 하는 매매계약을 체결하고, 이와 관련하여 갑 등이 아파트 입주권을 받지 못할 경우 일정한 정산절차를 거치기로 하는 내용 등으로 합의서를 작성

26) 대법원 1962. 4. 18. 선고 4294민상1236 판결

27) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2629 판결; 대법원 1992. 11. 23. 선고 92다 31514 판결; 대법원 1996. 8. 20. 선고 90다19581 판결

28) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결

한 사안에서, 귀책사유가 누구에게 있든지를 묻지 않고 등가성의 원칙에 입각하여 쌍방 손익이 없는 상태로 정산하자는 것이 합의 당사자들의 의도였다고 보임에도, 을이 갑 등에게 매도한 아파트가 구분등기가 되어 있지 않아 갑 등이 아파트 입주권을 받지 못할 경우에만 합의 내용이 적용된다는 취지라고 본 원심판결을 파기하였다.

판례는 이러한 법률행위해석의 본질에 관한 태도를 비전형의 혼합계약의 경우에도 논리일관 시키면서 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다67313 판결에서 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 사용된 문언에만 구애받는 것은 아니지만, 어디까지나 당사자의 내심의 의사가 어떤지에 관계없이 그 문언의 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것이고, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 형식과 내용, 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 이러한 법리는 비전형의 혼합계약의 해석에도 적용된다고 할 것인데, 비전형의 혼합계약에서는 다수의 전형계약의 요소들이 양립하면서 각자 그에 상응하는 법적 효력이 부여될 수 있으므로, 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 있는 그대로 확정하는 것이 필요하다”고 보고 “당사자 사이에 이루어진 거래가 현실적인 물품인도가 없는 형태의 물품공급계약에 수익률보장 또는 재매입보장의 요소가 합쳐진 비전형의 혼합계약으로 볼 여지가 충분히 있고, 이와 같은 거래형태는 계약자유의 원칙상 유효할 뿐만 아니라 그것이 어느 하나의 전형계약의 형태에 해당하지 않는다고 하여 그 계약 성립 자체를 부인할 수는 없으므로, 그 거래내용의 객관적인 의미를 있는 그대로 확정할 다음 그에 따른 법률효과를 부여할지 여부를 판단하여야 하고, 수익률보장이나 재매입보장 약정이 있다는 사정만으로 물품공급계약의 성립 자체를 부정할 수는 없음에도, 위 거래가

물품거래의 형식을 빌린 자금거래에 지나지 않는다”는 이유로 물품공급 계약의 성립 자체를 부정한 원심판결을 파기하였다.

법률행위 해석을 “표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것”이라고 밝힌 점에 비추어 이러한 판례의 태도는 일응 표시주의적 입장에 기울어 있다고 볼 여지가 있다.

반면에 대법원 2011. 8. 25. 선고 2008다47367판결은 “당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사 해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기과 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”고 하여 의사주의적인 입장에 따르는 것으로 이해할 여지도 있다.

이러한 판결들을 기초로 판례가 법률행위해석의 본질에 관하여 의사주의 또는 표시주의의 어떤 입장을 취하고 있는 것으로 이해할 것인지에 대하여는 견해가 갈린다.²⁹⁾ 생각건대, 판례가 법률행위 해석을 통해 밝혀야 할 ‘당사자의 진정한 의사’라고 밝히는 것은 단순한 ‘내심적 의사’가 아닌 ‘표시에 의하여 실현된 의사’라고 할 것인바, ‘표시상의 효과의사’의 객관적인 의미를 통해 ‘당사자의 진정한 의사’를 확정한다는 것이 결코 당사자의 주관적 목적이나 의사가 법률행위해석에서 배제된다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.³⁰⁾

4. 검토

1) 종래의 논의의 한계

법률행위의 해석은 문언과 맥락 내지는 형식과 실질의 개념으로 접근해야 한다고 하면서 이러한 종래의 논의가 학설사적 의미를 제외하고 법률행위의 해석의 실제 문제 해결에서 갖는 실익은 크지 않다고 보는 견

29) 남효순, “법률행위의 해석의 쟁점”, 서울대학교 법학 제41권(2000), 152면.

30) 남효순(주29), 153-154면.

해가 있다.³¹⁾ 이에 따르면, 의사주의를 극단적으로 강조하여 당사자들의 실제 의사의 합치가 있는 경우에만 계약의 성립을 인정한다면, 무의식적인 불합의로서 계약이 성립되지 않은 사안으로 볼 것인지, 계약은 성립되었는데 일방이 착오를 주장할 수 있는 사안으로 볼 것인지의 구별이 문제되는 경우, 의사주의와 표시주의의 대립이 의미가 있을 수 있을 것 이라고 한다. 그러나 실제 우리나라에서 이러한 극단적인 견해는 찾아볼 수 없고 쌍방이 계약내용에 부여한 의미가 다를 때 계약의 성립을 인정할 것인지는 쌍방의 이익형량을 포함한 규범적 판단을 통해 사안별로 다루어야 할 문제라고 한다.³²⁾ 이에 따르면 법률행위해석의 1차적 대상이 당사자들의 실제적 의사라는 점은 부정할 수 없으나 현실적으로 제3자가 당사자의 진정한 의사를 알 수는 없기 때문에 객관적인 자료를 토대로 그러한 의사를 판단할 수밖에 없다고 하면서 통일적인 법률행위해석의 목표를 설정하는 것은 불가능하고, 중요한 것은 개별상황에 맞게 당사자들의 이익을 형량하여 계약내용을 확정하는 것이라고 하면서,³³⁾ 문언주의와 맥락주의의 관점에서 계약해석의 문제를 실질적으로 접근해야 한다고 주장한다.³⁴⁾

31) 최준규, “계약해석의 방법에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문(2011), 20-29면.

32) 최준규(주31), 21면; 남효순(주29), 152면은 같은 취지에서 양자의 실질적인 차이가 없다고 하면서 의사와 표시는 불가분적으로 결합되어 있는 일체이기 때문에 표시행위에 나타난 객관적 의미와 당사자의 주관적 의사 모두를 포괄하는 법률행위해석의 본질에 관한 개념을 제시한다.

33) 최준규(주31), 27면.

34) Nicole Kornet, "Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives(2006), pp. 163-169에 따르면 단어 자체의 자연스럽고 통상적인 의미를 우선시하고 모호함이 있을 경우에만 문언 이외에 다른 사정을 검토하는 것이 문언주의(textualism)라면, 처음부터 문언에 놓인 맥락을 중시하여 계약을 해석하는 것을 맥락주의(contextualism)라고 볼 수 있을 것이라고 한다. 한편, 맥락에서 독립된 문언은 존재할 수 없음을 강조하여 언제나 맥락을 고려하여 해석해야 한다는 입장에서도, 상대적으로 문언을 더 중시하느냐, 문언 이외의 외부적 증거를 더 중시하느냐에 따라 전자를 문언주의, 후자를 맥락주의라 부를 수 있을 것이라고 한다.

이 견해는 계약해석의 방법 중 규범적 해석과 보충적 해석은 모두 ‘규범적 판단’이 이루어지는 경우이며, 특히 해석과정에 있어서 당사자들의 사실적 의사와 상관없이 법원이 규범설정행위를 할 경우 이러한 규범적 성격은 더 강해지며, 규범설정행위의 성격이 강해질수록, 해석의 본래 의미에서 점차 멀어지게 되고, 사전적 효율이나 사후적 형평이 더욱 중요하게 고려될 수 있다고 한다.³⁵⁾

생각건대, 법률행위해석의 본질과 해석의 대상을 규명한다는 측면에서 의사주의와 표시주의의 대립은 일용 그 의의를 찾을 수 있을 것이다. 다만 위에서 검토한 바와 같이 의사주의나 표시주의 어떤 입장에 따르더라도 법률행위해석의 실질에 있어서 차이가 없다고 볼 때, 단일한 약관 해석 체계에 따라 추상적으로 법률행위해석에 관하여 논의하기 보다는 실질적으로 개별 사례에서 적용가능한 의미 있는 해석의 방법을 찾는 것이 실제적인 약관해석에 도움이 될 것이라고 본다. 따라서 어느 견해에 의하더라도 약관의 해석에 있어서 당사자의 순수한 사실적 의사의 해석에 한정하지 않고 법원의 가치판단이나 법적 평가가 개입될 수 있다고 본다. 이러한 개입의 정도를 약관의 경우에는 어느 정도로 인정할 수 있는지 검토하는 것이 약관의 해석 방법에 대한 검토에 있어서 더 실질적인 이익이 있는 연구방향이라고 생각된다.

2) 약관해석의 규범적 성격과 고려 사항

종래의 논의에 의할 때에도 법률행위 해석의 문제는 학설에 따라 정도의 차이가 있을 뿐, 법원의 가치판단을 어느 정도 전제하고 있다. 즉, 표시주의의 입장에 따른 견해는 해석은 표시행위에 대한 법률적인 가치판단으로서 ‘법률문제’라고 한다.³⁶⁾ 한편 계약해석 방법을 자연적 해석, 규

35) Robert E. Scott, "The Case for Formalism in Relational Contracts", 94 Nw. U. L. Rev. 847, 851-852 (2000) 참조. 그러나 효율, 형평과 같은 개념이 계약해석의 실제에서 별다른 역할을 하지 못한다는 견해로는 Steven J. Burton, Elements of Contract Interpretation, (2009), pp. 8, 16, 218-220 참조.

법적 해석, 보충적 해석으로 나누어 설명하는 견해도 규범적 해석시 상대방이 표시행위를 실제로 어떻게 이해하였는가는 중요하지 않고, 상대방이 합리적인 자라면 제반 사정 하에서 표시행위를 어떻게 이해했어야 하느냐가 결정적이며, 보충적 해석시 법률행위 자체뿐만 아니라 각각의 계약조항 및 평가, 인식 가능한 계약의 목적, 계약의 의미관계, 계약의 근본사상 등이 고려되어야 한다고 설명한다.³⁷⁾ 또한 법률행위의 해석에 있어 당사자들의 현실적 의사 탐구를 강조하는 견해도, 양 당사자의 현실적 의사가 일치하지 않을 경우에는 두 현실적 의사 중 무엇이 '정당한' 의사인지 판단해야 한다고 보고 있다.³⁸⁾

문제는 개별적인 계약유형에 따라 이러한 법원의 가치판단이 해석에 있어서 어느 정도로 고려의 기준이 될 수 있는지 여부이다. 통상적인 계약해석의 경우 다음과 같은 이유에서 법원의 개입보다는 문언해석 내지 형식주의에 따른 해석이 더 타당하다는 견해가 있다.³⁹⁾ 이에 따르면 문언해석 내지 형식주의는 숙련된 당사자들 사이의 거래의 경우, 거래비용의 감소를 가져오고, 당사자들 스스로에 의한 계약내용 명확화와 혁신을 유도하며, 비법률적 제재수단이 작동하는 자율적 거래질서를 장려할 수 있다는 점에서 정당화될 수 있다고 한다. 그러나 이 견해는 문언주의 내지 형식주의에 따른 해석의 정당화를 위해서는 이윤 극대화를 추구하는 숙련된 당사자들 사이에 정보나 협상력의 불균형이 존재하지 않는 것을 전제로 제시한다.⁴⁰⁾ 따라서 앞서 살핀바와 같이 약관은 당사자 사이에 정보와 교섭력의 불균형이 있고, 고객집단 전체의 이해가능성을 고려하여 전체적·통일적 해석을 할 필요가 있기 때문에 통상적인 계약해석의 경우에 비해서 법원의 해석을 통한 계약에의 개입여지가 더 크다고 할 수 있다. 즉, 약관의 해석을 할 때에는 통상의 계약해석과 달리 법원의 가치판단이 해석에 있어서 더 강하게 개입하게 될 것이며 이러한 필요성

36) 박윤직·김재형(주24), 228면.

37) 송덕수, 민법총칙(2011), 184-188면.

38) 엄동섭, “법률행위의 해석에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문(1992), 289-290면.

39) 최준규(주31), 75-87면.

40) 최준규(주31), 75면.

의 반영에서 약관 해석에 관한 방법들이 제시된다고 보여진다.

학설상 언급되는 합리적 당사자가 약관조항에 부여하였을 의미를 밝히기 위해 고려될 수 있는 기준은 다음 절에서 살펴볼 것과 같이 계약체결의 경위나 계약체결 이후 당사자의 행동 등 제반사정과 당사자들 사이에 확립된 관행과 같은 관습이 있다. 실질적으로 이러한 요소들의 고려는 통상적인 계약해석의 경우보다 법원이 계약내용의 형평에 대해서 가치 판단을 하고 개입할 여지가 더 크다는 것을 의미하게 된다.

다음 절에서는 판례를 통해 확인할 수 있는 법원이 약관을 해석함에 있어서 고려하게 되는 규범적 요소, 즉 약관의 해석기준에 대해서 살펴보고자 한다.

제 2 절 현행법 및 판례의 약관해석기준

I. 개관

민법이나 약관에 관한 일반법이라고 할 수 있는 약관규제법에 약관해석의 기준에 관한 일반조항은 없는 상태이다. 다만 민법상 법률행위해석의 기준으로 삼을 수 있는 일반규정은 동법 제106조가 있으며, 관습과 임의규정을 그 해석의 기준으로 두고 있다. 그 외에도 당사자 사이에 존재하였던 제반사정⁴¹⁾과, 신의칙⁴²⁾도 법률행위해석의 기준으로 인정되고 있다. 판례도 제반사정을 법률행위해석의 기준으로 인정하고 있다. 그리고 그 적용순서는 제반사정, 관습, 임의규정, 신의칙의 순서가 된다고 한다.⁴³⁾

이처럼 제시되는 약관해석의 기준이라는 것은 결국 약관을 해석할 때,

41) 이영준, 민법총칙(2007), 291면; 민법주해2권, 188면.

42) 민법주해2권, 187, 208면.

43) 남효순(주20), 453면.

문언에 따르는 것이 오히려 당사자의 진정한 의사에 합치하지 않는 결과가 나올 우려가 있기 때문에 제시되는 것이며, 이는 결국 약관의 경우 법원에 의한 계약에의 개입의 필요성 및 가치판단의 필요성이 통상의 계약해석의 경우보다 더 요구된다는 것을 의미한다.

II. 약관해석의 기준

1. 제반사정

약관조항의 의미는 우선 사업자와 고객집단 사이에 존재하는 제반사정에 따라 이를 해명하고 보충하여야 한다. 약관은 이를 체결하는 당사자 사이에 존재하는 제반사정을 통해서만 그 의미가 드러날 수 있다. 그리고 약관은 고객집단을 일방 당사자로 예정하고 있으므로, 약관해석의 기준이 되는 제반사정이란 고객의 집단에게 일반적으로 존재하는 사정을 의미한다. 제반사정에는 약관을 체결하는 고객집단에 관련된 사정, 약관을 이용하여 계약을 체결하게 된 배경, 약관이 체결된 상황 등이 있다. 이러한 제반사정 중에서도 고객집단이 약관을 통하여 달성하고자 하는 목적이 최우선적으로 고려되어야 할 것이다. 만일 약관이 상이한 고객집단을 예정하고 있다면, 어느 고객집단에 존재하는 제반사정에 따라 약관은 그 고객집단에 한해 달리 해석될 수 있다고 할 것이다.⁴⁴⁾

사업자와 고객사이에 존재하는 개별사정이 약관해석의 기준이 될 수 있는지에 대해서 기존의 통설은 부정설의 입장이었다. 즉, 약관규제법상 객관적 해석의 원칙 또는 고객통일해석의 원칙에 반한다고 보았다. 다만 개별약정우선의 원칙에 따라 개별약정이 있는 경우에 계약내용에 편입될

44) 남효순(주20), 454면; 약관의 해석에 관한 원칙 가운데 객관적 해석원칙은 동일한 고객집단에 대해서 동일하게 해석되어야 한다는 것이므로, 서로 상이한 고객집단에서 상이하게 해석될 가능성이 있다고 보는 것이 객관적 해석원칙과 충돌한다고 보기는 어려울 것이다.

수 있을 뿐이라고 보았다. 판례가 “근저당권설정계약서가 부동문자로 인쇄된 일반거래약관의 형태를 취하고 있어도...그 계약체결의 경위와 목적, 피담보채무액, 근저당설정자와 채무자 및 채권자와의 상호관계 등 제반 사정에 비추어 당사자의 의사가 계약서 문언과는 달리 일정한 범위 내의 채무만을 피담보채무로 약정한 취지라고 해석하는 것이 합리적이라고 인정되는 경우에는 당사자의 의사에 따라 그 담보책임의 범위를 제한할 수 있다.”고 판시⁴⁵⁾한 것도 이러한 취지라고 할 것이다.⁴⁶⁾

객관적 해석의 원칙을 이처럼 당사자의 개별적인 사정을 고려하지 않는다고 보는 통설적 입장은 약관의 특성을 고려하여 계약해석의 일반적인 원칙을 수정하는 입장인바, 이러한 입장이 타당한지에 대해서 다음에 다룰 ‘객관적 해석’ 부분에서 상술하기로 한다.

2. 사실인 관습

사업자와 고객 사이에 존재하는 관습 내지 거래관행은 약관해석의 기준이 된다. 즉, 사업자와 고객 사이에 약관의 의미를 밝혀 줄 특별한 사정이 존재하지 않는다면 관습 내지 거래관행에 따라 약관조항의 의미를 해명하거나 보충하여야 한다. 제반사정의 경우처럼 약관이 수개의 다른 고객집단을 예정한다면 각각의 관행에 따라 약관은 달리 해석될 수 있을 것이다.

판례는 계약금포기 또는 배액상환조항에 부가된 실권약관⁴⁷⁾이 문제된 사안에서 “위약한 당사자가 상대방에게 계약금을 포기하거나 그 배액을 배상하여 계약을 해제할 수 있다는 일종의 해제권 유보조항이라 할 것이지 상대방의 위약을 들어 최고나 통지 없이 해제할 수 있다거나, 그 위약사유의 존재만으로 당연히 계약이 해제된다는 특약이라고 볼 수는 없다”고 판시하고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 해석태도는 위 실권약관이 당사자 간에

45) 대법원 2000. 3. 28. 선고 99다32332 판결.

46) 손지열, “은행거래약관”, 김건식·남효순 편 금융거래법강의(1999), 55면.

47) “매도인의 계약위반시 계약금의 배액을 배상하고, 매수인의 계약위반시 지급한 계약금을 매도인이 취득하고 계약은 자동 해제된다.”

개별적인 검토 없이 계약서에 부등문자로 기재되어 있는 경우가 보통이어서 계약의 자동해제를 인정하는 것이 당사자의 진의에 부합하는지 의문이고, 위약자의 자동해제 주장을 받아들이는 것이 결과적으로 심히 부당할 수 있다는 점을 고려한 것으로 보인다.⁴⁹⁾ 이는 위약자 스스로 자동해제를 주장하는 불합리한 상황 발생을 허용하지 않으려는 태도로서 거래관행에 부합되는 해석이라고 보여진다.

대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다4517, 4524 판결은 임대차 계약서상 “모든 권리금을 인정함”이라는 조항의 해석이 문제된 사안에서, 통상 권리금은 새로운 임차인으로부터만 지급받을 수 있을 뿐이고 임대인에 대하여는 지급을 구할 수 없는 것이므로 임대인이 임대차계약서의 단서조항에 “모든 권리금을 인정함”이라는 기재를 하였다고 하여 임대차계약 종료시 임차인에게 권리금을 반환하겠다고 약정하였다고 볼 수는 없고, 단지 임차인이 나중에 임차권을 승계한 자로부터 권리금을 수수하는 것을 임대인이 용인하고, 나아가 임대인이 정당한 사유 없이 명도를 요구하거나 점포에 대한 임대차 계약의 갱신을 거절하고 타에 처분하면서 권리금을 지급받지 못하도록 하는 등으로 임차인의 권리금 회수 기회를 박탈하거나 권리금 회수를 방해하는 경우에 임대인이 임차인에게 직접 권리금 지급을 책임지겠다는 취지로 보아야 한다고 판시하였다. 이러한 판단 역시 거래관행을 약관의 해석기준으로 삼은 경우라고 할 것이다.

이러한 관습은 고객의 인식여부에 관계없이 해석의 기준이 된다. 법률 행위해석의 본질상 원칙적으로 표시행위 당시의 관습이 해석기준이 되고, 그것이 없다면 임의규정이나 신의칙이 적용될 것이다.

48) 대법원 1982. 4. 27. 선고 80다851 판결 참조.

49) 심재돈, “부동산매매계약에 있어서 위약계약금조항에 부가된 자동해제조항의 해석”, 민사재판의 제문제 9권(1997), 140-141면 참조.

3. 임의규정

민법상 임의규정도 약관을 해석하는 기준이 된다. 다만 약관법에서 특별규정을 두어 민법 규정에 의한 약관의 해석을 배제하는 경우에는 그러하지 아니하다.

임의규정의 적용은 법률행위해석이 아니라 법률적용이라고 보는 견해에 의하면 임의규정은 약관해석의 기준이 아니다.⁵⁰⁾ 그러나 임의규정을 적용하는 것이 법률적용에 해당한다 하더라도 임의규정이 법률행위해석의 기준이 되는 것을 부정할 것은 아니라고 본다. 법률행위해석의 본질이 당사자의 진정한 의사를 해명하고, 진정한 의사를 확인할 수 없을 때에는 당사자의 가정적 의사를 보충하는 것이라고 본다면 임의규정은 당사자의 가정적 의사를 보충하는 보충적 해석에 있어서 그 기준이 될 수 있을 것이다.⁵¹⁾

4. 신의성실의 원칙

제반사정, 관습, 임의규정이 없는 경우에는 신의칙에 따라 당사자의 진정한 의사를 발견하고, 보충하여야 할 것이다.⁵²⁾ 신의칙은 약관해석의 다른 기준의 의미를 확립하는 포괄적인 원칙이기는 하지만, 그러한 기능이 외에 독립하여 약관을 해명하고 보충하는 별도의 보충적 기준이 된다.⁵³⁾

50) 이영준(주41), 290면; 백태승, 민법총칙(개정판, 2004), 376면.

51) 남효순(주20), 455-456면.

52) 이영준(주41), 305면은 신의칙은 법률행위해석의 다른 기준의 의미를 확립하는 데에 이미 개입할 뿐아니라 이러한 기준과 합쳐져서 법률행위의 의미를 확정하는 것이므로 신의칙은 독립한 법률행위해석의 기준이 되지 않는다는 반대의 견해를 취한다.

53) 남효순(주20), 456면.

Ⅲ. 소결

이 절에서 살펴본 현행법 및 판례의 약관해석의 기준이라는 것은 결국 약관의 경우에는 문언에 드러난 당사자의 의사를 해명하는 것도 중요하지만 약관의 해석에 있어서는 통상의 계약에 비해서 법원의 가치판단요소가 더 많이 개입된다는 것을 의미한다고 생각된다. 따라서 통상의 계약의 경우에도 제반사정, 관습 임의규정 등이 해석의 기준이 될 것이지만 약관의 해석에 있어서는 법원이 이러한 요소들을 더 중요한 판단 기준으로 삼게 된다는 것을 의미한다.

요컨대, 일률적으로 약관의 해석에만 적용되는 별도의 기준이 있다고 말하기는 어려울 것이지만, 약관의 해석의 경우에는 법원의 규범적 판단이 통상의 계약해석의 경우보다 더 강조된다고 할 수 있을 것이다.

제 4 장 약관해석의 방법

제 1 절 서설

약관규제법 제5조 1항은 약관 해석의 원칙으로 “약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니된다”라는 신의성실해석의 원칙 및 객관적 해석의 원칙을 정하고 있으며, 동법 제5조 제2항은 “약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다”라는 작성자불리해석의 원칙을 약관해석의 원칙으로 정하고 있다.

약관의 성질을 계약으로 보는 한 약관의 해석방법 역시 법률행위해석에 관한 일반적인 해석방법이 적용될 것이다. 따라서 앞에서 살펴본 대로 계약 해석의 기준으로 제시되는 ①당사자의 목적, ②관습, ③임의법규, ④신의성실의 원칙 등이 약관 해석의 기준에서도 동일하게 적용된다. 다만 약관은 일반 계약과는 달리 당사자의 교섭과 개별적인 사정을 고려한 당사자의 협의는 개별약정이 있지 않는 한 원칙적으로 배제되며, 불특정 다수당사자를 상대방으로 예정하는 계약을 위한 것이기 때문에 통상적인 계약해석과는 다른 독특한 원리가 적용될 필요가 있게 된다. 따라서 약관의 해석에 있어서는 약관법 제5조에서 정하는 신의성실의 원칙, 객관적 해석의 원칙, 통일적 해석의 원칙 및 작성자 불이익의 원칙이 적용된다. 이러한 원칙들은 통상의 계약 해석의 원칙과 전혀 다른 해석 원칙은 아니며, 계약 해석의 기본적인 원칙에서 파생된, 약관의 특성을 고려한 해석 방법이라고 보여진다. 즉, 법률행위해석의 일반적 방법을 다수설에 따라 자연적 해석, 규범적 해석 및 보충적 해석으로 나누었을 때, 약관법 제5조에서 정하는 약관 해석의 원칙들은 당사자의 의사가 자연적 해석의 방법으로 확정되지 않을 때, 그 규범적 의미를 탐구하는 규범적 해석의 한 방법이라고 생각된다.

한편 판례는 약관해석의 방법으로 이른바 효력유지적 축소해석의 방법을 인정하고 있는데 그 타당성과 독자성 인정여부에 대해 견해대립이 있다. 본 장에서는 약관해석의 경우에 통용될 수 있는 일반적 계약해석의 방법을 먼저 살펴보고, 약관규제법에 열거된 약관해석의 방법을 확인한 후 판례가 제시하는 효력유지적 축소해석의 방법의 타당성에 대해서 검토하고 나아가 최근 약관법상 약관해석 방법을 적용한 판례들에 대한 구체적 검토를 통해 판례의 해석방법이 타당한지 여부를 확인하고자 한다.

제 2 절 일반적 계약해석의 방법 체계

I. 자연적 해석

자연적 해석이란 법률행위의 해석에 있어서 표현의 문자적 의미에 구속되지 않고 표의자의 실제의 의사, 즉 내심적 효과의사를 추구하는 것을 말한다. 상대방 있는 계약의 경우, 당사자의 진의가 상대방의 의사와 일치한 경우에는 그 표현의 객관적 의미에 관계없이 일치된 의사가 법률행위의 내용으로 되는 것이라고 설명된다. 자연적 해석의 전형적인 예로는 이른바 ‘오표시 무해의 원칙’(falsa demonstratio non nocet)을 든다. 예컨대 부동산의 매매계약에 있어 계약서상에는 매매 목적물이 A토지로 표시되어 있으나 매도인과 매수인의 일치된 의사는 이와 다른 B토지를 매매대상으로 하려는 것이었다면 매매의 대상은 A토지가 아닌 B토지로 보아야 하는 것이다.⁵⁴⁾

그런데 표의자의 진의가 잘못 표시되었는데, 상대방이 표의자의 진의를 인식하지는 못하였으나 상당한 주의를 기울였더라면 알 수 있었을 경우에 어떻게 다루어야 할 것인가에 관하여는 학설상 다소 견해의 불일치가 보인다. 즉 이러한 경우에 법률행위의 내용은 어떤 것이 되는가, 가령

54) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2629, 2636판결.

해석의 결과가 표의자의 진의대로 된다고 하는 경우 이를 자연적 해석으로 볼 수 있는가라는 점이다. 다수의 견해는 상대방이 표의자의 내심적 효과의사를 알지는 못하였으나 이를 알 수 있었을 때에는 표의자의 내심적 효과의사대로 의사표시가 성립한 것으로 해석하여야 한다고 하면서 이를 자연적 해석의 한 경우로 설명한다.⁵⁵⁾ 반면 상대방에게 중과실이 있는 경우에만 표의자의 진의가 법률행위의 내용이 되고, 반면 상대방이 경과실로 표의자의 진의를 알지 못한 경우에는 상대방에게 계약관계상의 선관주의의무가 있다고 할 수 없으므로 이때에는 표시된 바대로의 법률효과가 생긴다고 하는 견해도 있다.⁵⁶⁾ 다른 한편 착오로 표시를 교부한 경우에는 상대방이 사실적으로 일치하여 이해한 때에만 그것대로 효력이 있고, 상대방이 표의자의 진정한 의사를 알 수 있었거나 알았어야 했으나 실제로 그것을 인식하지 못한 경우는 그렇지 않다는 견해도 있다.⁵⁷⁾ 표의자에게도 착오를 저지른 잘못이 있음에도 불구하고 상대방의 부주의한 불인식을 이유로 표의자의 생각대로 효력을 인정하는 것은 부당하기 때문이라는 것이다.

생각건대 약관 역시 계약이라고 보는 계약설에 따른다면, 약관 해석에 있어서도 1차적으로 자연적 해석에 의해 당사자의 진의가 무엇인지 확인할 필요가 있을 것이다. 대법원은 형식적인 문구에 얽매어서는 아니 되고 쌍방당사자의 진정한 의사가 무엇인가를 탐구하여야 한다고 판시하고 있으나,⁵⁸⁾ 약관의 경우에는 고객집단 내에서 서로 다르게 해석되어서는 안 된다는 전체적·통일적 해석이 요구된다는 점을 감안하면 통상적인 법률행위해석보다는 약관 해석의 경우에 자연적 해석 단계에서 약관 조항의 문언의 객관적 의미를 밝히는 것이 실질적으로 더 중요하다고 생각된다.

55) 백태승(주50), 371-372면.

56) 김증한·김학동, 민법총칙(1995), 285-286면.

57) 민법주해2권, 182면

58) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2629, 2636판결.

II. 규범적 해석

1. 종래의 학설

규범적 해석이란 내심적 효과의사와 표시행위가 일치하지 않는 경우에 상대방의 시각에서 표시행위에 따라 법률행위의 성립을 인정하는 해석이라고 설명된다. 그리고 이러한 규범적 해석의 근거는 상대방의 신뢰를 보호하기 위한 자기책임의 원칙에 있다고 한다. 예컨대 매매계약의 청약자가 매매대금을 65만원에 청약하려 했는데 청약서에 56만원으로 잘못 기재한 경우, 카탈로그나 기타 다른 아무런 자료가 없어서 56만원이 65만원의 오기임을 승낙자로서는 알 수 없었던 때에는 승낙자가 청약자의 표시행위에 의하여 이해한 대로 그 계약은 56만원에 성립하였다고 인정할 수밖에 없다고 한다.⁵⁹⁾

또 다른 설명으로는 표시행위의 규범적·객관적 의미를 탐구하는 것이 규범적 해석인데, 이는 상대방 있는 의사표시에 있어서 상대방의 신뢰보호라는 요청에 부응하는 것일 뿐만 아니라, 해석에 적용되는 신의성실의 원칙에도 부합하는데, 특히 해석에 있어서의 신의성실의 원칙의 고려는 표시의 상대방이 적절한 주의를 베푼 경우에 이해되었어야 하는 표시행위의 의미가 탐구되어야 함을 요구한다고 한다.⁶⁰⁾

한편 당사자의 의도를 중시할 것인지 여부에 따라 계약의 해석을 크게 주관적 해석과 객관적 해석으로 구분하는 견해도 있다.⁶¹⁾ 이에 따르면 주관적 해석은 당사자들의 공통된 의도에 따라 계약을 해석하는 것으로 자연적 해석에 상응하는 것이며, 객관적 해석은 종래의 통설에서 말하는 규범적 해석에 상응하는 것으로, 합리성이나 신의성실의 원칙 등 객관적 기준을 고려하여 해석하는 것으로, 합리적인 사람이라면 계약에 어떠한 의미를 부여하였을지에 따라 계약을 해석하는 것이라고 한다.

59) 이영준, 한국민법론 총칙편, 2004, 252-253면.

60) 민법주해2권, 183-184면.

61) 김재형, “황금들녘의 아름다움: 법해석의 한 단면”, 민법론IV(2011), 152면

2. 자연적 해석과 규범적 해석을 구별하지 않는 견해

이에 반해 다음과 같은 이유로 법률행위의 해석 방법으로서 자연적 해석과 규범적 해석을 구별해서 별개의 해석 방법으로 볼 필요가 없다고 보는 견해도 있다.⁶²⁾ 이 입장에 따르면 첫째, 법률행위해석의 본질은 표시행위를 통하여 당사자의 진정한 의사를 확정하는 것이고, 또 그러한 작업의 결과로서 ‘표시상의 효과의사’와 다른 의미대로 또는 그것의 객관적 의미대로 ‘당사자의 의사’가 확정되는 것이므로 자연적 해석이 규범적 해석에 우선한다고 볼 이유가 없다고 한다. 둘째, 법률행위의 해석은 결국 상대방의 존재여부에 관계없이 의사표시에 실현되어 있는 ‘진정한 의사’를 추구하여야 하는 것이기 때문에, 자연적 해석은 표의자의 시각에 의한 해석방법이고 규범적 해석은 상대방의 시각에 의한 해석방법이라고 나누어 볼 이유가 없다고 한다. 셋째, 자연적 해석의 근거가 자기결정에 있고 규범적 해석의 근거가 자기책임에 있다고 볼 것이 아니라 자기결정과 자기책임은 상통하는 것이라는 이유로 규범적 해석의 근거도 자기결정이자 자기책임이라고 한다. 넷째, 법률행위해석이 표시행위에 실현되어 있는 당사자의 진정한 의사를 추구하는 것인 한 자연적 해석이든 규범적 해석이든 그 해석 기준이 달라지는 것은 아니므로 별개의 해석방법으로 볼 필요가 없다고 한다.

3. 검토 및 약관의 해석에서의 적용

생각건대, 법률행위해석의 본질을 표시행위를 통하여 당사자의 진정한 의사를 확정하는 것이라고 볼 때, 법률행위해석의 방법이라는 것은 진정한 의사를 보다 명확하게 탐구하기 위한 하나의 수단이자 틀이라고 할 것이다. 따라서 이러한 해석을 위한 수단은 다양한 방법이 동원될 수 있을 것이다. 다만 이는 객관적인 기준에 따라 정해져야 할 것이며, 실질적으로 당사자의 진정한 의사를 확정짓기 위한 유효한 도구가 되어야 할

62) 남효순(주29), 155-159면.

것이다. 앞서 살펴본 견해처럼 자연적 해석과 규범적 해석은 그 차이가 불분명한 부분도 분명 있을 것이다. 그러나 이러한 분류방법의 1차적 의의는 당사자의 일치된 의사가 있으면 그에 따라야 한다는 점을 명백히 한 점이다. 즉, 법률행위해석을 함에 있어서 1차적으로는 일치된 의사에 따르고 일치된 의사가 확인되지 않는 경우에 객관적으로 볼 때 당사자의 의사가 어떤 것인지 확인하는 과정을 거쳐야 한다는 점에서 종래의 통설처럼 자연적 해석과 규범적 해석을 구별하여 당사자의 의사를 탐구하는 방법이 더 타당하다고 생각된다.

따라서 약관의 해석에 있어서도 문언에 구애받지 않고 당사자의 진정한 의사를 탐구해야 한다는 판례의 태도에 따라 당사자의 일치된 의사가 있다면 그에 따라야 할 것이나 그렇지 않다면 법률행위해석의 기준으로 제시되는 제반사정, 관습, 신의칙 등에 따라 규범적 해석 방법을 동원하여 해석하여야 할 것이다.

대법원 2011. 6. 24. 선고 2011다4162판결은 수분양자가 대한주택보증 주식회사를 상대로 주택분양보증계약에 기한 보증채무의 이행을 구한 사안에서 “주택분양보증제도가 마련된 취지는 사업주체가 주택의 완공 이전에 분양을 함으로써 발생하는 분양계약상의 의무를 이행하지 못할 위험으로부터 주택을 공급받고자 하는 선의의 수분양자를 보호하기 위한 것”이라고 하면서 “이러한 주택분양보증제도의 취지에 비추어 보면, 금융기관으로부터 계약금 또는 중도금 대출을 받아 분양대금을 납부하는 등의 방법으로 사업주체에 대하여 주택공사자금 등 사업자금을 지원하여 주는 것을 주된 목적으로 하여 분양계약을 체결한 자나 그에게 분양계약 명의를 대여한 자는 특별한 사정이 없는 한 주택분양보증제도의 보호대상이 되는 선의의 수분양자에 해당한다고 할 수 없고, 나아가 주택분양보증계약의 약관에서 ‘주채무자가 주택공급에 관한 규칙에 의한 정상계약자가 아닌 자에게 부담하는 채무’에 관하여 대한주택보증 주식회사가 보증채무를 이행하지 아니한다는 취지로 규정하고 있는 경우, 그는 바로 약관에서 정하는 ‘주택공급에 관한 규칙에 의한 정상계약자가 아닌 자’에 해당 한다”고 보았다.

위 판례는 약관의 문언에 구애받지 않고 주택분양보증제도의 취지를 고려하여 약관을 해석한 경우인 바, 법률행위해석의 기준이 되는 제반사정, 관습 등에 따라 약관 조항의 의미를 객관적으로 해석한 경우로서 규범적 해석 방법에 따라 약관을 해석한 경우라고 보여 진다.

위 판례에서 보는 바와 같이 약관의 해석이 문제되는 경우는 대부분 그 약관 조항의 문언의 의미가 불분명하고 당사자 사이에 의사 해석에 대해 다툼이 있는 경우여서 규범적 해석이 요구되는 경우인 바, 규범적 해석 방법에 따라 약관 조항에 나타난 당사자의 의사를 확정하기 위해서는 약관법상 약관의 해석 방법으로 제시되는 객관적 해석, 신의성실 해석, 작성자 불리 해석 방법이 동원될 것이다. 약관법상 약관의 해석 방법에 대해서는 다음 장에서 상세하게 다루기로 한다.

Ⅲ. 보충적 해석

1. 종래의 학설

어떤 계약의 실행과정에서 당사자들이 미처 생각지 못하여 계약에서 정한 바가 없는 사항에 관하여 분쟁이 생기는 경우가 있다. 보통 이러한 분쟁은 이른바 임의법규나 관습법의 적용에 의해 해결이 가능하다. 그러나 적용 가능한 임의법규나 관습법이 없거나, 존재하더라도 당해 사건에는 적용될 수 없는 사정이 있는 경우 문제가 된다. 이러한 경우에 대해 국내의 학설은 보충적 해석이라는 개념을 인정한다. 즉 이러한 경우에 법률행위에 흠결이 있다고 보고, 이 흠결을 당사자들이 그러한 사항에 관하여 규정하였더라면 어떻게 정하였을까 라는 가정적 당사자의 의사에 따라 보충한다는 것이다.

종래의 통설은 이러한 보충적 해석을 법률행위 해석의 일종으로 보면서, 그 근거를 다음과 같이 설명한다. 즉 보충적 해석은 양 당사자의 실제적 의사를 확정하는 것은 아니고 법률행위의 당시 및 보충적 해석을

할 당시의 사정, 신의성실의 원칙과 거래관행에 의해 인정되는 양 당사자의 가정적 의사를 확정하는 것이지만, 가정적 의사는 당사자가 정한 법률행위의 내용에 기초하여 양 당사자가 법률행위의 틈과 이에 관한 규정의 필요를 알았다라면 규정하였을 것의 내용을 확정하는 것이므로 역시 내심적 효과의사의 연장으로서 사적 자치와 조화된다고 한다. 그리고 보충적 해석을 보충하기 위한 기준이 되는 가정적 의사를 확정함에 있어서는 그 법률행위에 의해 당사자가 추구하는 목적, 동기, 이해의 균형, 거래관행 등을 참작하여야 한다고 한다.⁶³⁾

그런데 이와 달리 법률행위의 보충적 해석은 더 이상 법률행위의 해석이 아니고 법률행위의 다른 부분에 존재하는 객관적인 법의 적용이라고 보거나 법관에 의한 계약의 계속적 형성이라고 보는 법적용설도 주장된다.⁶⁴⁾

2. 보충적 해석 개념에 대한 의문을 제기하는 견해

법률행위해석 방법을 자연적 해석/규범적 해석/보충적 해석으로 나누어 보는 종래의 통설적 견해에 대해서 계약의 보충적 해석과 법관에 의한 법형성도 이론적으로는 구별될 수 있지만 보충적 해석의 경우에도 규범적, 정책적 판단이 고려되는 점을 고려할 때 그 경계가 반드시 명확하다고 볼 수는 없다고 한다.⁶⁵⁾ 즉, 개별 특수적 상황이 아닌 사회적으로 종종 발생하는 전형적 상황에서 보충적 해석이 이루어진 경우, 보충적 해석과 법형성의 구별이 쉽지 않다고 한다. 보충적 해석의 한계로 통상 인식가능한 당사자들의 계약계획을 벗어날 수 없고 계약상 주된 의무뿐만 아니라 부수적 주의의무를 포함한 계약대상을 변경할 수 없다는 점이 언급되지만,⁶⁶⁾ 공백의 보충은 법률관계상 당사자들이 규율했어야 할 권

63) 민법주해2권, 207-208면.

64) 김재형(주61), 153면; 김진우, “계약의 공백보충”, 비교사법 제8권 제2호, 2001, 414-420면; 윤진수, “계약 해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국 법”, 비교사법 제12권 4호, 2005, 257면.

65) 최준규(주31), 250면.

리관계를 창조하는 성격을 갖고 있다는 점도 인정되기 때문이라고 한다. 이 견해에 의하면 결국 규범적 해석을 포함한 통사의 해석, 보충적 해석, 법관에 의한 법형성은 각기 독자적 영역을 갖고 서로간의 경계가 명확히 구분되는 개념이라기보다는 사실적 측면을 강조한 계약내용의 확정과 규범적 측면을 강조한 계약내용의 확정이라는 양 극단 사이에 놓인 연속선상의 개념들로 봄이 타당하고, 이는 영미법상 계약의 해석, 사실 안에 묵시된 조항, 법 안에 묵시된 조항의 경우도 마찬가지라고 한다. 아울러 당사자들의 실제 의사로부터 가정적 의사가 별다른 어려움 없이 도출되는 경우에는 가정적 의사라는 개념의 실익을 인정할 여지가 있지만 가정적 의사를 확정함에 있어 실제 의사 이외에 다른 여러 정책적 요소들이 고려된다면, 가정적 의사라는 개념의 독자적 실익은 줄어들 것이라고 한다.⁶⁷⁾

3. 검토 및 약관의 해석에의 적용

생각건대, 개별 계약해석 방법을 자연적 해석/규범적 해석/보충적 해석으로 구분하여 인식하는 종래의 학설은 실제 판례를 그에 따라 유형화하는 작업을 하는 기초가 된다는 점에서 그 필요성이 인정될 수 있을 것이다. 따라서 법률행위의 해석에 있어서 당사자의 의사의 흠결이 있는 경우에 이에 대한 보충을 위해 도입되는 보충적 해석이라는 개념을 무용하다고 보기는 어려울 것이다. 다만 이러한 판례의 유형화 작업을 위한 기준을 제시하는 것에서 나아가 해석자의 계약내용에 대한 개입이 허용될 수 있는 한계가 어디까지인지를 밝히는 것에 초점을 맞추려는 위의 견해도 주목할 필요가 있다고 생각한다. 특히 본 논고에서 연구대상으로 삼고 있는 약관의 해석과 관련하여 제시되는 개별적인 약관해석 방법에 대해서 판례의 유형화에서 나아가 구체적으로 판례의 해석에 있어서 해석자의 개입이 허용되는 한계를 살펴보는 것이 필요

66) Ulrich Ehricke, "Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung", *RabelsZ* 60(1996), S. 688-689 참조.

67) 최준규(주31), 252면.

하다는 점에서 더욱 그러하다.

이러한 법률행위해석에서의 보충적 해석에 관한 논의를 약관의 경우에 적용해 보면, 약관의 해석의 경우에도 약관에 당사자의 의사의 흠결이 있다면 가정적 의사를 통해 보충되어야 하기 때문에 마찬가지로 보충적 해석이 필요한 경우가 있을 수 있다. 특히, 약관의 경우 약관법에 따라 불공정약관이라고 판단되는 경우에는 그 내용이 무효가 될 수 있고, 판례가 제시하는 약관 해석의 방법의 하나인 효력유지적 축소해석에 의할 경우 하나의 약관 조항의 일부가 무효가 되고 일부만으로 유효하게 효력이 유지되는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우, 당사자의 의사 일부에 흠결이 발생했다고 보고 보충적 해석을 통해 당사자의 의사를 보충하는 것이 가능한지 문제될 수 있는 바, 이 문제에 대해서는 판례의 약관 해석 방법에 대해서 논하는 다음 장에서 더 상세하게 다루기로 한다.

IV. 검토

1. 종래의 해석방법 체계의 한계와 새로운 체계모색

1) 종래의 논의에 대한 비판

위에서 검토한 것과 같이 법률행위해석을 자연적 해석, 규범적 해석 및 보충적 해석의 3가지로 분류하여 각 단계에 따라 당사자의 의사를 탐구하는 것이 일반적이며, 약관의 해석 방법 역시 이러한 단계를 거쳐 검토하는 것이 일반적인 학설의 입장이다. 이에 반해 이러한 설명은 이른바 규범적 해석을 지나치게 강조할 뿐만 아니라, 규범적 해석의 근거를 주로 상대방의 신뢰보호에서 찾고 있으나 이러한 신뢰보호는 규범적 해석의 한 근거에 불과할 뿐이고, 이러한 설명은 현실적으로 이루어지고 있는 법률행위 내지 계약 해석의 실재를 제대로 반영하지 못하고 있다는 이유로 새로운 해석 방법의 틀을 제시하는 견해가 있다.⁶⁸⁾

이 견해에 따르면 신뢰보호는 적극적인 의미에서 계약의 해석 결과에 있어서 당사자의 의사를 어떻게 확정할 것인가 하는 점에서는 현실적으로 상대방의 신뢰보호가 반드시 중요한 역할을 한다고 말하기 어렵다. 즉 신뢰보호가 계약 해석에 있어서 적극적으로 작용한다고 하기 위해서는 상대방 당사자가 계약의 의미를 특정한 의미로 이해하였고, 그 이해가 정당한 경우에 이를 보호하는 것이어야 한다. 그러나 많은 경우 과연 계약 당시에 상대방 당사자가 계약의 의미를 어떤 의미로 이해하였는지를 잘 알 수 없는 경우가 많다. 대부분의 경우 합리적인 인간이라면 계약을 어떤 의미로 이해하였을 것인가를 탐구하여 당사자도 그와 같이 이해하였을 것이라고 간주하는 것이 현실에서 이루어지고 있는 계약 해석의 실제라고 말할 수 있다. 그러한 결과가 정당화될 수 있는 것은 한편으로는 법원이 당사자의 의사를 정확히 파악하기 어렵기 때문이고, 다른 한편으로는 당사자들도 계약의 의미를 그와 같이 합리적인 인간이라면 이해하였을 내용대로 이해하였으리라고 추정할 수 있기 때문이다. 사회적인 거래에 참여하는 당사자로서는 계약의 조항을 합리적인 당사자라면 어떻게 이해했으리라는 것을 알 수 있는 능력을 가진 것으로 기대할 수 있는 것이다.⁶⁹⁾

2) 새로운 서술 체계에 따른 해석 방법의 분류

비판적 견해는 위에서 검토한 바와 같은 이유로 종래의 통설이 실제에 부합하는 계약 해석의 방법이 되지 못한다고 지적하면서 문언해석 - 객관적 해석 - 주관적 해석- 규범적 해석 - 보충적 해석으로 나누어 설명하는 새로운 해석의 방법 틀을 제시한다.⁷⁰⁾ 구체적으로는 다음과 같다.

법원은 계약 해석이 문제되는 경우에는 1차적으로 계약의 문언에서 출발한다(문언 해석). 그러나 그 문언의 내용이 명백하지 않거나 또는 문언의 내용이 당사자의 의사에 부합하지 않는다는 의문이 있는 경우에는 제

68) 윤진수(주64), 46-47면.

69) 윤진수(주64), 46-47면.

70) 윤진수(주64), 48-85면 요약정리.

2단계로 여러 가지의 제반 사정을 종합하여 계약의 의미를 탐구한다. 이 경우에는 합리적인 당사자라면 계약 조항에 어떠한 의미를 부여하였을까 하는 점이 기준이 된다. 이를 객관적 해석이라고 부를 수 있다. 이러한 두 번째 단계의 탐구 결과 계약 문언과는 다른 당사자의 일치된 의사가 인정되는 경우에는 그에 따라야 한다(*falsa demonstratio non nocet*). 만일 계약 당사자가 서로 상이한 의사를 가졌다고 인정되면 어느 당사자의 의사를 계약의 의미로 볼 것인가가 문제된다. 이는 제3단계라고 할 수 있다. 이를 주관적 해석이라고 부를 수 있을 것이다. 그리고 이러한 방법에 의하여도 계약의 의미를 확정할 수 없을 때에는 법원이 어느 해석이 규범적으로 가장 바람직한가를 결정하는 수밖에 없다. 이것이 본래의 의미에서의 규범적 해석이라고 할 수 있다. 이는 제4단계에 해당한다. 이 경우, 종래 통설에 따라 인정된 해석에 관한 기준과 방법이 적용될 수 있을 것이다. 다른 한편으로 계약에 공백 내지 흠결이 있으면 보충적 해석의 방법을 동원하여야 한다. 이를 제5단계라고 할 수 있을 것이라고 한다.

2. 검토 및 약관의 해석 방법의 적용

법률행위 해석의 방법, 나아가 약관의 해석 방법은 결국 구체적인 사안에서 당사자의 진정한 의사를 합리적인 방법으로 찾기 위한 하나의 방법론이라고 할 수 있다. 법률행위 해석의 실체는 자연적 해석, 규범적 해석, 보충적 해석의 3가지 틀로 포섭될 만큼 단순하지 않고, 위 틀이 법률행위해석 관련 문제들을 요령있게 포섭할만큼 정교한 것도 아니다.⁷¹⁾ 기존 분류법에 따르면 법률행위 해석이 문제되는 실제 사례들은 대부분 규범적 해석에 포섭될 것이다. 새로운 분류법은 종래의 학설에 따라 법률행위해석 방법을 자연적 해석, 규범적 해석, 보충적 해석의 3가지로 분류하여 설명하는 것에서 한걸음 나아가 실제의 계약 해석에서 어떤 과정을 거쳐 계약을 해석할 것인지 실제적인 문제의식을 갖고 접근하여 다양한

71) 최준규(주31), 30면.

분류기준으로 실제 판례들을 더 잘 포섭한다는 점에서 의의를 찾을 수 있을 것이다.⁷²⁾

이러한 새로운 서술 체계를 약관의 해석 방법에 적용해 볼 때, 약관의 해석은 제1단계로서 약관의 문언에 따라야 한다. 판례는 ‘약관의 문언에 구애받지 않고 당사자의 진정한 의사를 탐구해야 한다’고 판시하고 있으나 1차적으로는 당사자의 의사를 확인할 수 있는 자료는 약관 문언이 될 것이며, 명시적인 문언과 다른 당사자의 의사를 인정하기 위해서는 추가적인 별도의 사정이 있어야 할 것이다.

다음으로 문언 해석에 의해 약관 조항의 의미를 확정하기 어려운 경우, 약관의 해석은 제2단계로서 법원이 여러가지 사정을 고려하여 합리적인 당사자라면 이를 어떻게 이해하였을까 라는 관점에서 객관적으로 약관의 의미를 파악하여야 할 것이다. 이는 종래의 통설에 따를 때 자연적 해석과 규범적 해석 방법이 혼재되는 영역이라고 하는 바, 계약체결의 경위 등 개별당사자의 특수한 사정을 약관의 경우에도 그 해석에 있어서 고려해야 하는지 여부가 문제될 수 있다. 생각건대, 약관의 경우 전체적·통일적 해석이 필요하다는 특수한 사정을 고려한다면 개별당사자의 특수한 사정을 약관의 해석에 반영하는 것은 약관법상 객관적 해석의 원칙에 반하는 것이어서 허용하기는 어려울 것이다.

72) 최준규(주31), 30-31면은 이러한 새로운 계약해석의 분류체계 제시에 대해서 해석대상이 갖는 비정형성과 다양성을 고려할 때, 분류방법에 관한 논의가 해석자에게 실천적 지침을 주는 것에는 한계가 있다고 하면서 각 해석 방법 간의 경계가 반드시 분명한 것이 아니라고 비판한다. 즉, 새로운 분류 체계에서 제시하는 계약해석의 2단계인 객관적 해석시 고려되는 요소 중 계약의 성격과 목적, 관습은 4단계인 규범적 해석시 고려되는 요소와 큰 차이가 없고, 계약상 명시적 표현이 없더라도 묵시적으로 추단되는 의사를 통해 계약내용을 확정할 수 있고, 이 과정에서 고려될 수 있는 판단 요소들과 보충적 해석시 고려되는 요소들 사이에 별 차이가 없다는 점을 근거로, 객관적 해석, 규범적 해석 및 보충적 해석은 서로간의 경계가 명확히 구분되는 개념이라고 보기 어렵다고 비판한다. 아울러 계약해석의 규범적 성격을 강조하는 입장에서 의미를 발견하는 해석/의미를 부여하는 해석의 분류법을 제시하고 있다.

다음으로 제3단계에서 문제되는 것은 쌍방 당사자의 의사 중 하나는 제2단계까지의 방법에 의해 인정된 객관적 해석의 결과에 합치하지만 다른 하나는 합치되지 않는 경우이다. 새로운 서술 체계에 따르면 이 경우 이러한 사정을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 해석 방법을 달리하여 검토하고 있는 바, 약관의 경우에는 앞서 언급한대로 고객집단 전체적으로 통일적인 해석이 요구되기 때문에 이러한 해석 방법에는 제약이 뒤따를 것이다.

다음으로 제4단계의 해석 방법에 의하면 약관 조항의 의미가 불분명한 경우 법원이 당사자의 실제 의사와는 관계없이 어느 해석이 규범적으로 가장 바람직한 결과를 가져오는가 하는 관점에서 결정을 하게 될 것이고 이를 위해서 통설에서 인정되는 계약 해석에 관한 원칙들이 그 기준이 된다고 하고 있다. 결국 새로운 서술 체계에서 이해하는 제4단계는 사실상 통설의 규범적 해석에 해당한다고 할 수 있을 것이다. 아울러 법률행위해석에 관한 규범적 해석 방법에서 파생되는 약관 해석에 특유한 해석 방법인 약관법상 인정되는 엄격(제한)해석의 원칙, 작성자 불이익 해석의 원칙 등은 고객집단 전체의 이해가능성을 고려하여 법원이 객관적으로 약관 조항의 의미를 해석한다는 점에서 제4단계의 해석 방법에 속하는 해석 방법이라고 할 수 있을 것이다.

다음으로 제5단계의 해석 방법은 종래의 학설상 보충적 해석과 동일한 해석 방법으로서 약관에 의한 계약 체결시 당사자의 의사의 흠결이 있는 경우 가정적 의사에 의해 보충되어야 한다는 것이다. 이 경우 특히, 약관 조항이 약관법 등 강행규정에 반하여 무효가 되는 경우 계약 체결당시 양 당사자는 해당 조항이 유효인지 무효인지 여부를 미리 알기 어려운 경우가 많기 때문에 보충적 해석에 의해 당사자의 의사 흠결을 보충하게 된다.

3. 소결

본 절에서는 약관해석도 계약해석의 한 방법이라는 측면에서 계약해석에 관한 일반적인 체계에 대한 종래의 논의와 새로운 계약해석 방법 체계에 대한 논의를 살펴보았다. 종래의 자연적 해석/규범적 해석/보충적 해석 체계나 새로운 문언 해석/객관적 해석/주관적 해석/규범적 해석/보충적 해석 체계나 그 목적은 결국 계약해석의 본질에 부합하는 해석 방법을 통해 보다 더 당사자의 진정한 의사를 명백히 밝히려는 데 있다. 생각건대, 계약해석의 방법 체계는 선형적인 법논리에 의해 접근하기 보다는 실제 계약해석이 문제되는 사례에서 어떻게 하면 더 실질적인 당사자의 의사를 잘 밝힐 수 있을 것인가에 초점을 두는 것이 타당하다고 생각된다. 이런 점에서 종래의 계약해석 방법체계보다는 실질적인 계약해석의 방법으로 접근하는 새로운 체계가 더 설득력 있다고 생각된다.

다음 절에서는 새로운 체계에 의할 때, 특히 규범적 해석과 관련하여 문제되는 약관해석에서 약관법 및 판례에 의해 적용되는 개별적인 해석 원칙을 확인하고, 개별 사례에서 이러한 해석원칙의 적용례를 통해 구체적 타당성을 확인하고자 한다.

제 3 절 약관해석의 일반적 방법

I. 개관

약관법은 신의성실해석의 원칙, 고객통일해석의 원칙, 작성자 불리 해석의 원칙을 약관해석의 원칙으로 규정하고 있다. 그러나 약관해석의 원칙은 이에 한하지 않는다. 앞서 검토한 대로 법률행위해석의 한 방법이 기 때문에 법률행위해석에 관한 기능적 해석원칙인 합리해석의 원칙, 통일해석의 원칙, 효용해석의 원칙, 제한해석의 원칙도 당연히 약관해석의

방법이 될 수 있을 것이다.⁷³⁾ 이 절에서는 법률행위해석의 일반적인 방법으로서 약관해석에 그 적용이 있는 합리해석의 원칙, 통일해석의 원칙, 효용해석의 원칙 및 제한해석의 원칙을 검토하고자 한다.

II. 합리해석의 원칙

합리해석의 원칙이란 문언에 구애되지 않고 법률행위해석의 기준들을 종합적으로 고려하여 논리와 경험칙, 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 당사자의 진정한 의사를 탐구하여야 한다는 원칙을 말한다.⁷⁴⁾ 법률행위해석의 작업 그 자체가 하나의 합리적인 과정이라는 점에서 본다면, 합리해석을 굳이 별도의 법률행위해석의 원칙으로 내세울 필요도 없을 것이다. 판례도 일찍부터 약정은 “논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”고 하여 법률행위의 해석은 합리해석에 따라야 한다고 명시적으로 밝히고 있는데, 이는 합리해석에 특별한 의미를 부여하는 것이라기보다는 법률행위해석 자체를 합리해석의 과정으로 이해하는 것이라고 보아야 할 것이다.⁷⁵⁾ 약관의 경우에는 다수의 고객을 예정하여 작성되므로 포괄적이고 추상적인 조항에 대한 해석이 문제되는 경우가 많이 발생하므로 이러한 합리해석의 필요성이 크다. 판례는 특히 자동차보험약관의 해석과 관련하여 합리해석의 예를 보여준다. 업무용자동차보험약관이 보험사고로 ‘도로운행중 차량의 침수로 인한 손해’를 규정하고 있는 경우, 여기서 ‘도로운행중’이라 함은 ‘도로 자체의 운행’뿐만 아니라 도로에서의 회전 등을 위하여 필요한 범위 내에서 도로를 부득이 이탈한 운행도 포함하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 판시하고 있다.⁷⁶⁾

73) 남효순(주20), 456면.

74) 남효순(주20), 457면.

75) 대법원 2000. 4. 11. 선고, 2000다4517 판결.

76) 대법원 1999. 7. 13. 선고, 99다20346 판결.

Ⅲ. 통일해석의 원칙

통일해석의 원칙이란 약관의 각 부분을 분리해서 개별적인 의미를 부여할 것이 아니라 약관 전체에 대하여 하나의 통일적인 의미를 부여하여야 한다는 원칙을 말한다.⁷⁷⁾ 약관의 각 조항은 각각 명백한 의미를 가지고 있으나, 각 조항의 의미 사이에 불명료한 점이 있거나, 각 조항의 의미가 일치하지 않거나 또는 각 조항의 의미 사이에 충돌이 있으면, 약관의 전체적인 의미가 불명료하게 되는데, 이 경우에는 약관해석의 기준, 즉 앞서 검토한 제반사정, 관습, 임의규정 및 신의칙을 적용하여 전체적으로 통일적인 의미를 가질 수 있도록 해석하여야 한다는 원칙이다.

Ⅳ. 효용해석의 원칙

효용해석의 원칙이란 어느 약관조항이 여러가지 의미를 갖는 경우 당사자에게 효용성이 있는 방향으로 해석하여야 한다는 원칙을 말한다.⁷⁸⁾ 약관이 한편으로는 법적으로 유용하나 다른 한편으로는 법적으로 유용하지 않은 두 가지 의미를 가지고 있는 경우, 약관이 법이 금지하는 내용을 가지고 있으나 이를 달리 해석하면 법의 금지에 저촉하지 않는 내용으로 해석될 수 있는 경우, 또는 약관이 법적 효력이 있는 두가지 의미를 가지고 있으나 어느 하나가 다른 하나보다 더 당사자에게 유용한 경우 등에는, 유용하거나 더 유용한 의미로 해석하여야 한다는 해석원칙이 바로 효용해석의 원칙이라고 한다.

77) 남효순(주20), 458면.

78) 남효순(주20), 460면.

V. 제한해석의 원칙

제한해석이란 권리자의 권리를 제한하거나 포기하게 하는 조항, 의무자의 의무를 배제하거나 감면하는 조항 또는 당사자에게 책임을 부과하는 조항은 제한적으로 해석하여야 한다는 해석원칙을 말한다.⁷⁹⁾ 제한해석원칙의 의미를 형식적으로 파악한다면 그것은 법률행위의 효력과 그 적용범위를 제한하는 해석을 의미하고, 따라서 작성자 불리 해석의 원칙과 효력유지적 축소해석도 이 범주에 포섭이 가능할 것이다. 그러나 작성자 불리 해석과 효력유지적 축소해석은 그 적용을 위해서는 별도의 요건을 요한다는 면에서 여기에서 말하는 제한해석과는 구별된다고 보아야 할 것이다.

우리 민법은 제한해석의 원칙을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 법률행위해석의 본질상 제한해석도 당연히 법률행위해석의 하나의 방법으로 인정될 수 있다고 보아야 할 것이며, 판례도 이를 인정하고 있다.⁸⁰⁾ 특히 약관에는 사업자에게 일방적으로 유리한 조항이 포함되는 경우가 많으므로 제한해석의 필요성은 통상적인 법률행위해석의 경우보다 더 크다고 할 수 있다. 다만 제한해석을 작성자 불리 해석의 파생원칙으로 이해하여 독자적인 해석원칙으로 보지 않는 견해도 있다.⁸¹⁾ 그러나 약관법이 제한해석에 대하여 별도로 정하지 않은 것은 법률행위해석의 일반원칙이 약관의 특수성에 반하지 않는 한 당연히 약관에도 적용되어야 한다는 전제에서 있기 때문이라고 할 것이어서 제한해석의 원칙도 독립한 약관해석의 원칙이 된다고 볼 수 있을 것이다.

실제로 약관에 대해서 제한해석의 원칙을 적용하여 해석한 판례가 다수인 바, 제4절 및 제5절에서 최근 판례를 통해 이러한 해석 방법의 적용의 타당성 여부에 대해 검토하기로 한다.

79) 남효순(주20), 460-461면.

80) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결.

81) 이은영(주5), 157면.

제 4 절 약관법상 약관해석의 방법

I. 신의성실 해석의 원칙

약관법 제5조 제1항은 “약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며...”라고 규정하여 신의성실해석의 원칙을 약관해석의 원칙으로 밝히고 있다. 신의칙은 제3장에서 살핀 바와 같이 약관해석의 기준이지만 이처럼 약관해석의 방법도 된다.

우리 민법은 독일민법 제157조나 프랑스민법 제1135조와 달리 신의성실해석의 원칙을 법률행위해석의 원칙으로 직접 정하지는 않고 있다. 다만 민법 제2조 제1항에서 권리의 행사와 의무의 이행을 신의칙에 따라 할 것을 규정할 뿐이다. 그런데 권리의 행사와 의무 이행은 권리와 의무의 내용이 확정될 것을 전제로 하는데, 이는 법률행위의 해석을 통해 이루어지는 것이다. 신의칙이 권리의 행사와 의무의 이행을 지배하는 원칙이라면, 권리와 의무의 내용을 확정하는 법률행위의 해석에도 적용되는 것은 당연하다고 할 것이다.

신의성실해석의 원칙은 약관해석에 있어서는 약관법이 부여하는 특별한 기능으로서 공정성을 보장한다. 즉 약관법 제1조가 정하는 것처럼, 약관법의 1차적 목적은 불공정한 내용의 약관이 작성 통용되는 것을 방지하는 데에 있다. 그렇다면 약관법에서의 신의칙의 기능은 이 공정성을 확보하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 이유에서 약관법 제5조 제1항은 신의성실해석의 원칙을 특별히 요구하는 것이다. 판례가 약관해석이 문제된 사안에서 신의칙에 대해서 “계약상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대 즉 보험의 손해전보에 대한 합리적인 신뢰에 반하지 않고 형평에 맞게끔 약관조항을 작성하여야 한다는 행위원칙”⁸²⁾이라고 밝히는 것도 이러한 취지를 반영한 것이라고 보여진다.

82) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 판결

II. 고객통일 해석의 원칙

1. 종래의 고객통일 해석의 의의 및 적용

약관규제법 제5조 제1항 “약관은 ...고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다.”고 천명하고 있으며, 다수설과 판례 역시 약관규제법 제5조 제1항 및 약관의 특성을 근거로 하여 약관해석의 방법으로 고객통일 해석의 원칙을 천명하고 있다. 즉, 약관은 일방적으로 형성된 계약조항으로서 다수의 거래를 획일적으로 처리하기 위한 법기술이므로 당사자의 개별적 사정, 계약 당사자의 의도 및 개별 고객의 이해능력 등은 고려하지 않고 그러한 거래에 참여하는 일반평균인의 이해능력과 언어관행을 기준으로 해석되어야 한다는 것이다.⁸³⁾⁸⁴⁾

한편 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결의 다수의 의견에 대한 보충의견은 “보통거래약관 및 보험제도의 특성에 비추어 볼 때, 보험약관의 해석은 일반 법률행위와는 달리 개개 계약당사자가 기도한 목적이나 의사를 기준으로 하지 않고 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하되 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적, 획일적으로 해석하여야 하”고, “다만 약관을 계약내용으로 편입하는 개별약정에 약관과 다른 내용이 있을 때에 한하여 개별약정이 우선할 뿐이다”라고 하여 위 문헌들의 설명과 그 궤를 같이 하면서도, 개별약정이 있는 경우를 그 예외로 인정하고 있다. 그러나 대법원 1996. 6. 25. 선고 96다12009판

83) 권오승(주5), 539면; 권재열, 경제법(4정판, 2006), 457-458면; 이기수·유진희, 경제법(제8판, 2009), 500면; 이주홍, “일반거래약관에 대한 해석통제”, 민법학논총 2권(후암곽윤직선생고회기념), 후암 곽윤직 선생 고회기념논문집 편집위원회(1995), 309면; 정호열, 경제법(제3판, 2010), 594면.

84) 한편 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰”, 재산법연구 제28권 제3호(2011), 184-185면 등 일부문헌은 ‘객관적 해석’이라는 표현을 사용하고 있으나 법률행위해석에 관한 객관적 해석과 혼동될 소지가 있으므로 본 논고에서는 ‘고객통일 해석의 원칙’이라는 표현을 사용하고자 한다.

결 이래 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다7133 판결에 이르기까지의 판결들⁸⁵⁾은 위 전원합의체 다수의견에 대한 보충의견이 언급하는 예외를 언급함이 없이 “약관의 내용은 개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함이 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하여 객관적·확일적으로 해석하여야 한다”는 취지로 판시하여 고객통일 해석의 원칙을 취하고 있는 것으로 보인다.⁸⁶⁾

2. 고객통일 해석에 대한 새로운 이해

개별적 사안의 구체적 사정을 무시하는 고객통일 해석은 문제가 있다고 하는 견해⁸⁷⁾가 있다. 이 견해에 따르면 특히 약관사용자가 계약교섭시에 구체적인 상대방에게 어느 계약조항의 용어나 자구가 통상적인 의미와는 다른 의미로 사용된다는 인상을 야기한 경우나, 약관사용자가 계약체결 전에 또는 계약체결 시에 구체적인 상대방이 어느 계약조항의 용어나 자구를 객관적 의미와는 다르게 이해한다는 점을 안 경우에도 고객통일 해석을 지향하는 것은 맹목적이고 부당하다고 한다. 오히려 이러한 경우에는 해석에 의해 탐지할 수 있는 약관의 의미에 대해서 당사자들의 공통된 이해가 있기 때문에 약관사용자는 약관조항의 전형적인 의미를 주장할 수 없다고 해야 할 것이라고 한다. 요컨대 약관은 장래의 다수 계약체결을 위한 계약관계를 확일적으로 처리하기 위한 계약조항이라는 이유만으로 해석에 의해 탐지가능한 당사자들의 공통적인 의미가 인정될 수 없다는 취지의 주장은 지나치게 도식적이어서 수긍하기 어렵다는 주장이다.

85) 대법원 1998. 10. 23. 선고 98다20752 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005다35226 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다9326 판결; 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다72093 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2006다55005 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다81633 판결; 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결; 2010. 9. 30. 선고 2009다51318 판결 등.

86) 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰”, 재산법연구 제28권 제3호(2011), 184-185면.

87) 김진우(주85), 184-185면.

3. 검토

위 견해의 문제제기는 결국 약관도 계약의 조항이기 때문에 계약해석의 일종인 약관해석에 있어서도 개별적 사안의 구체적 사정을 고려하는 것이 당연하다는 인식에서 출발하는 것으로 보인다.

그러나 다음과 같은 이유에서 약관의 해석에 있어서 개별적 사안의 구체적 사정을 고려해야 한다는 위 견해는 수용하기 어렵다고 사료된다. 첫째, 약관도 계약의 일종이지만 약관은 통상적인 계약과 달리 한번 마련하여 다수의 고객을 상대로 통일적으로 적용되기 때문에 전체적으로 통일적으로 해석되어야 하는데 개별적 사안의 구체적 사정을 고려하게 되면 통일적 해석을 할 수 없게 된다. 둘째, 개별적 사안의 구체적 사정을 고려하는 것은 사후적인 해석을 전제로 한다. 그러나 우리의 경우 약관규제법에 따라 약관의 불공정성 여부를 공정거래위원회에서 심사하게 되어 있다. 이러한 약관의 불공정성 여부를 심사하는 과정에서 필연적으로 사전 작업인 약관의 해석작업이 이루어지게 될 것인바, 개별 사안에서 구체적으로 적용되기 전 단계에서 약관의 해석작업이 이루어질 때에도 개별 사정을 고려해야 한다는 주장은 그 타당성을 인정받기 어려울 것이다.

이러한 취지에서 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9294, 9300 판결은 아파트단지 내 이삿짐 운반을 위해 장시간 주차한 화물차의 고가사다리를 이용한 이삿짐 운반작업 중 인부가 추락하여 사망한 사안에서, “차량의 운전과 관계없이 그 부착장치를 이용한 작업 중 발생한 위 사고가 보험약관의 객관적 해석상 운전자 상해보험에 의한 보상대상이 되는 보험사고로 볼 수 없다”고 하면서 “보통거래약관의 내용은 약관 내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때 고객보호의 측면에서 고객에게 유리하게, 약관작성자에게 불리하게 제한 해석하는 경우 이외에는 개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함이 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하여 객관적·획일적으로 해석함이 원칙”이라고 판시하였다. 즉,

판례 또한 개별적인 사정을 고려함이 없이 해석하여야 함을 명시적으로 밝히고 있는바, 앞에서 소개한 것처럼 고객통일 해석의 의미를 종래의 학설과 달리 해석하는 것은 다소 무리가 있다고 생각된다.

Ⅲ. 작성자 불이익 해석의 원칙

1. 의의 및 법적 근거

약관규제법 제5조 제2항은 작성자 불이익의 원칙을 규정하고 있으며, 통설과 판례는 이 원칙을 일반적 계약해석원칙과 구별되는 약관 특유의 해석원칙으로 이해한다. 일반계약에 있어서는 양 당사자는 계약내용에 대하여 동등하게 책임을 부담하고 계약내용의 명료성을 기할 의무를 부담하지만, 약관은 일방적으로 형성된 계약조항이므로 약관작성자만이 조항의 명확성을 기할 책임을 부담하며 그로 인한 불이익은 모두 작성자가 부담하여야 한다는 것이다. 이에 반해 작성자 불이익의 원칙은 약관의 특유한 해석방식이 아니라, “의심스러울 때는 작성자에게 불리하게”라는 일반적인 해석원칙을 약관에 적용한 것에 불과하다는 견해도 있다.⁸⁸⁾

작성자 불이익 해석의 원칙은 상대방 보호보다는 책임사상에서 그 정당화 사유를 찾을 수 있을 것이다. 즉, 당사자 일방이 미리 작성한 계약조항에 관하여 교섭이 없었다는 이유로 작성자에게 불리하게 해석하는 것이 아니라 약관사용자가 그러한 교섭의 가능성을 허용하지 않았다는 점을 근거로 한다고 보아야 한다.

다른 해석방법과의 관계에서 볼 때, 작성자 불리 해석의 원칙은 불명확조항이 문제되는 경우 바로 적용되는 것이 아니고, 다른 해석원칙의 적용 후에도 그 불명확성이 제거되지 아니한 경우에 비로소 적용된다고 볼 것이다.⁸⁹⁾ 즉, 약관해석에 있어서 계약 해석의 일반원칙에 따라 약관

88) 이은영, 민법총칙(2004), 144면; 정호열(주83), 595면.

89) 신현윤, 경제법(제3판, 2010), 591면; 이기수·유진희(주83), 500면.

에 대한 당사자들의 일치하는 의사가 탐구되어야 하며, 공통적인 이해가 존재하지 않는 경우 객관적 해석에 따라야 하고, 이에 의할 때에도 약관의 내용이 확정되지 않을 때, 비로소 작성자 불이익 해석의 원칙이 적용될 것이다.

2. 판례

판례는 “약관의 해석은, 신의성실의 원칙에 따라 당해 약관의 목적과 취지를 고려하여 공정하고 합리적으로 해석하되, 개개 계약 당사자가 기도한 목적이나 의사를 참작함이 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적·획일적으로 해석하여야 하며, 위와 같은 해석을 거친 후에도 약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석되고 그 각각의 해석이 합리성이 있는 등 당해 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석하여야 한다.”고 판시⁹⁰⁾하였는데, 이 판결은 작성자 불리 해석원칙이 다른 해석방법과의 관계에서 보충성을 가진다는 점을 확인한 점에서 타당하다고 생각된다.

대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다71555 판결은 “신용보증사고의 통지를 지연함으로써 채권보전에 장애를 초래한 경우에는 보증채무가 면책된다는 보증약관은, 피보험자가 신용보증사고의 통지기한 내에 통지를 하지 아니함으로써 인하여 채권보전조치에 실질적인 장애를 초래한 경우에 한하여 면책된다는 취지로 해석하여야 하고, 피보험자가 통지기한 내에 통지를 하지 아니하였다 하여 언제나 보험자의 채권보전에 장애가 초래되었다고 볼 수 없고, 비록 보험자가 통지기한 만료일까지 통지를 받지 못하였다 하더라도 보험자가 통지를 받은 후 채권보전조치를 취할 수 있는 상당한 기간이 지난 후까지 아무런 조치도 취하지 아니한 경우에는 면책을 주장할 수 없다고 보아야 한다”고 판시하였다. 이 사안은 1차적인 문언 해석만으로는 면책을 주장할 수 있다고 볼 사안임에도 보험자가 통지

90) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다81633 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009다51318 판결.

를 받은 후의 사정을 이유로 보험자의 면책주장을 배척한 경우로서 작성자 불리 해석이 적용되어 문언의 의미를 한정적으로 새긴 예라고 하겠다.

또한, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다24131판결은 신용보증기관이 만든 대출보증약관의 면책기준에서 면책요건인 ‘장애’에 관하여 채권자의 신용보증사고통지 지연에 의하여 신용보증기관이 채권보전조치를 취하기 전에 피보증인 및 신용보증약정서상 연대보증인 소유재산이 소유권이전, 담보권설정, 가처분, 가등기된 경우로 정하고 있는 경우, “이는 예시적인 것이 아니라 위와 같은 경우에 한정되는 것으로 보아야 하므로, 여기에서 장애는 채권자의 신용보증사고 통지가 지연되고 있는 동안 구상권 행사의 대상이 되는 재산이 도피되거나 그 재산에 대하여 보증인에 우선하는 선순위 채권자가 새로 생기는 것을 말하고, 신용보증기관이 기존 권리의 실행절차에 불과한 경매절차에 참여하지 못하는 것은 위 면책기준에서 말하는 장애에 해당하지 않는다”고 판시하였다. 작성자에게 유리한 면책조항에 대해서 예시적인 것이 아닌 한정적인 조항으로 본 예로서 작성자 불리 해석의 원칙에 따라 그 의미를 한정적으로 해석한 경우인 바, 법원의 해석을 통해 약관을 이용한 거래에서 당사자 사이의 불균형을 해소한다는 측면에서 적절한 법원의 태도라고 생각된다.

최근 대법원 2011. 8. 25. 선고 2009다79644판결은 “갑 주식회사가 제공하는 인터넷 게임 서비스 이용자 을이 자신의 계정을 이용하여 3회에 걸쳐 게임 내에서 통용되는 화폐 아이템을 현금으로 구입하는 현금거래 행위를 하였는데, 게임 이용약관 및 운영정책에서 ‘아이템 현금거래행위에 대해 최초 1회 적발이라고 하더라도 해당 계정으로 과거 현금거래를 한 사실이 추가 확인되는 경우 등에는 해당 계정에 대한 영구이용제한의 조치를 받을 수 있고, 2회 적발 시 적발된 계정의 영구이용정지가 가능하다’고 규정하고 있으나, 위 현금거래행위가 갑 회사에 의하여 한꺼번에 적발되었음에도, 갑 회사가 을의 해당 계정에 대하여 영구이용정지조치를 취한 사안에서, 약관 해석에서 작성자 불이익의 원칙상 갑 회사로서는 위 규정에 근거하여 을의 해당 계정에 대한 영구이용정지조치를 취할

수 없다”고 판시하였다. 이 사안은 해당 약관의 고객집단인 인터넷 게임 서비스 이용자들의 평균적 이해가능성과 거래 당사자의 이해관계를 고려하여 객관적·확일적인 해석을 거친 후에도 ‘2회 적발’이라는 문언을 시간적 격차를 두고 2회에 걸쳐 있어야 하는지 여부 및 적발한 게임 서비스 업체가 서로 달라야 하는지 여부에 대해서 일의적으로 해석하기 어려운 경우에 법원이 작성자 불이익의 원칙을 적용하여 해석한 경우인바, 객관적·통일적 해석을 통해서 당사자의 의사를 확정하기 어려워 작성자 불이익 원칙에 따라 고객에게 유리하게 해석하여 그 의미를 확정된 경우로서 약관 해석 원칙의 적절한 적용을 통해 구체적 타당성을 도모한 결과로서 타당한 결론이라고 생각된다.

대법원 2011. 4. 28. 선고 2011다1118판결도 암보험계약 약관에서 ‘암’과 ‘상피내암’여부에 따라 암치료자금과 수술자금을 달리 지급하도록 정한 사안에서, “이 사건 약관이 규정하는 ‘상피내암’은 다의적으로 해석되어 약관 조항의 뜻이 명백하지 않으므로 작성자 불이익의 원칙을 적용하여 여기에는 점막내 암종을 제외한 상피내 암종만이 해당한다고 제한해석하는 것이 타당하다”고 보았는바 객관적 해석을 통해 당사자의 의사를 일의적인 의미로 확정짓기 어려울 때 작성자에게 불이익하게 해당 조항을 해석한 경우에 해당한다.

이러한 작성자 불이익 해석의 방법은 객관적 해석의 방법에 따라 당사자의 의사를 일의적으로 확정하기 어려울 때 적용하는 것이기 때문에 객관적 해석의 방법으로 약관 조항의 의미 확정이 가능한 경우에는 작성자 불이익 해석의 방법을 적용하지 않게 된다. 이러한 원칙에 따라 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다106337 판결은 주택분양보증약관에서 ‘입주자모집공고 전에 주택분양계약을 체결한 자가 납부한 입주금’을 보증채무 대상에서 제외하고 있는 사안에서 작성자 불이익 해석의 원칙을 적용해야 한다는 원고의 주장을 기각하면서 “‘입주자모집공고 전에 주택분양계약을 체결한 자가 납부한 입주금’이란 입주자모집공고 전에 주택분양계약을 체결한 자가 납부한 입주금 전체를 의미하는 것으로 해석하여야 하고, 입주자 모집공고 전에 주택분양계약을 체결한 자가 입주자모집공고

전에 납부한 입주금으로 제한하여 해석할 수 없다”고 보았다.

대법원 2010. 9. 9. 선고 2007다5120판결 역시 외국환은행이 한국은행 총액한도대출관련 무역금융 취급세칙과 그 취급절차에 따르지 않고 취급한 무역금융은 한국무역보험공사가 설정한 신용보증약관의 신용보증조건인 ‘신용보증부 대출금 종류’를 위반한 것이라고 보는 것이 위 신용보증약관의 목적과 취지를 고려한 공정하고 합리적인 해석이고, 그렇게 해석되는 이상 위 신용보증약관의 관련조항에 불명료한 점이 있다고는 볼 수 없어 약관법상 작성자 불이익의 원칙은 적용될 여지가 없다고 판시하였는바, 작성자 불이익 해석 방법을 다른 약관법상 해석 방법보다 보충적으로 적용되어야 할 해석 방법으로 보고 직접적인 적용을 배제한 경우로서 타당한 결론이라고 생각한다.

또한 판례는 “계약자 또는 피보험자가 손해통지 또는 보험금 청구에 관한 서류에 고의로 사실과 다른 것을 기재하였거나 그 서류 또는 증거를 위조 또는 변조한 경우에는 피보험자는 손해에 대한 보험금청구권을 잃게 된다”는 약관조항을 문자 그대로 엄격해석하여 조금이라도 약관에 위배하기만 하면 보험자가 면책되는 것으로 보는 것은 본래 피해자 다중을 보호하고자 하는 보험의 사회적 효용과 경제적 기능에 배치될 뿐만 아니라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항이 된다는 점에서 이를 합리적으로 제한하여 해석할 필요가 있다고 보아, 허위청구를 한 당해 보험목적물의 손해에 대한 보험금청구권만 상실한다거나, 피보험자가 보험금을 청구하면서 실손해액에 관한 증빙서류 구비의 어려움 때문에 구체적인 내용이 일부 사실과 다른 서류를 제출하거나 보험목적물의 가치에 대한 견해 차이 등으로 보험목적물의 가치를 다소 높게 신고한 경우는 위 요건에 해당하지 않는다고 보는 등 보험약관을 해석함에 있어 고객에게 유리하게 해석하고 있다.⁹¹⁾

91) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다56603, 56610 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2006다29105 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다72093 판결, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다10290 판결 참조.

3. 숨은 내용통제의 문제

약관의 객관적 의미가 명백한 경우라도 그 약관의 내용이 부당한 때에는 일부러 객관적 의미와는 다른 해석을 함으로써 그 부당성을 시정할 수 있는가? 예컨대 면책조항 등의 해석에 있어서 명시적인 규정내용 이상으로 축소해석을 함으로써 면책의 폭을 좁히는 것과 같다. 약관의 의미 자체는 문언상 명백하나 해석에 의하여 이를 수정한다는 점에서 작성자 불이익 해석의 원칙이나 축소해석의 원칙과는 다르다. 객관적 의미대로 해석하는 경우 무효사유에 해당함에도 이와 같이 약관의 의미를 의도적으로 수정하여 유효로 하는 것은 이른바 ‘효력유지적 축소’가 된다. 그러나 무효사유에는 해당하지 않으나 사업자의 이익에 치우쳐 부당한 것으로 여겨지는 조항을 공정한 내용이 되게끔 수정해서 해석하는 경우도 있을 수 있다. 이를 공개된 내용통제에 대비하여 숨은 내용통제라고 부르는 견해도 있다.⁹²⁾ 이에 따르면, 약관에 공개된 내용통제의 입법이 이루어지기 전에 각국 법원은 약관 통제를 위해 이러한 방법을 자주 사용하였다. 정면으로 무효선언하기에는 법적 근거가 없고 그대로 해석하자니 심히 불공정한 결론을 내릴 수밖에 없는 상황에서, 법원은 이와 같은 변칙적 방법에 의존할 수밖에 없었다. 그러나 이러한 법원에 의한 실질적 계약 수정은 사적 영역에 대한 국가권력의 과도한 간섭이라는 비난을 받을 우려와 함께 법적 안정성을 해할 위험도 지닌다. 반면 법원이 공개된 내용통제 대신 해석에 의한 통제를 선호함으로써 불공정한 약관조항을 무효로 한 입법 취지를 저버리고 결과적으로 고객보호에 불충실해질 염려도 있다. 내용통제를 위한 입법이 이루어져 법원이 강력한 무기를 갖게 된 이상 약관 조항의 유효를 엄격하게 심사하여, 무효에 해당하는 조항은 정면에서 무효를 선언하고, 무효에 해당하지 않는 조항은 객관적 의미대로 해석하여 효력을 존속시켜야 할 것이라고 한다.⁹³⁾

생각건대, 위에서 제기하는 숨은 내용통제의 문제는 약관규제법 제정

92) 민법주해 12권, 336면

93) 민법주해 12권, 337면

전에 불공정한 약관 조항의 시정방법에 있어서 문제되었던 것이라고 할 수 있다. 그러나 약관규제법이 입법화된 이후에도 여전히 이와 유사한 문제로서 약관의 해석을 통해 약관 조항의 의미를 고객에게 유리하게 제한적으로 해석하여 유효하다고 볼 것이냐 아니면 약관규제법의 직접적인 적용을 통해 바로 무효로 볼 것이냐의 문제가 남아 있다. 물론 법논리적으로는 해석통제를 통해 당사자의 의사를 확정짓고 난 이후에 내용통제의 문제가 발생하기 때문에 이러한 교차점의 문제는 발생하지 않는 것이 원칙이다.

그러나 법적용의 실제에 있어서 애매한 지점의 문제가 나타나는 경우가 있다. 이는 결국 법적용 기관의 입장에 따라 달라질 수 있을 것이다. 사전적으로 불공정한 약관의 사용을 제재하고자 하는 공정거래위원회의 약관 심사의 경우, 약관 조항에 불공정한 부분이 있다면 사전적으로 피해예방을 위해 직접적인 내용통제를 하여 해당 약관 조항을 불공정하다고 볼 가능성이 클 것이다. 실제로 최근 3년간 약관 조항의 불공정성이 문제된 경우 공정거래위원회는 약관을 심사함에 있어 해당 조항을 제한적으로 해석하면서 유효하다고 본 경우는 없고, 문제가 된 조항을 무효라고 본 경우만 있을 뿐이다.⁹⁴⁾ 이와 달리 법원에서는 개별 사건에서 가급적 당사자 사이에 합의에 의해 체결된 계약의 효력을 유지하는 범위 내에서 분쟁해결을 위한 구체적 타당성을 도모하게 되므로 약관 조항의 효력을 유지하는 방향에서 해석을 시도할 가능성이 클 것으로 생각되며, 실제로 약관 조항의 해석을 통해 그 의미를 한정적으로 새기면서 해당 조항을 유효하다고 인정한 판례는 최근까지도 확인할 수 있다.⁹⁵⁾

94) 공정거래위원회 2009. 7. 21. 제2009-64호 의결은 약관법 제8조 위반이 문제된 장레토탈서비스이행계약서의 손해배상액 예정액의 산정기준을 무효로 보았다. 같은 취지에서 공정거래위원회 2012. 3. 22. 제2012-1호 의결은 고객의 귀책사유 유무를 고려하지 않고 환불을 해주지 않는 조항을 정한 제주국제영어마을 등록약관에 대해서 약관법 제8조 위반을 이유로 무효로 보았다.

95) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다71555 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다24131 판결; 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005다46431판결; 서울고법 2005. 7.

생각건대, 불공정한 약관조항을 무효로 돌리는 약관법이 있는 이상 이를 적극적으로 활용하여 약관조항의 유무효를 법원에서 적극적으로 선언하는 것도 일견 타당성이 있다고 보이지만, 내용통제에 앞서서 약관 조항의 해석이 선행되어야 함을 고려한다면, 약관 조항에 나타난 당사자의 의사를 탐구하는 과정에서 작성자 불이익 해석 원칙 등을 통해 그 의사를 제한적으로 새길 수 있는 이상 이러한 해석을 통해 약관 조항의 의미를 한정적으로 해석하는 것이 부당하다고 보기는 어렵고, 오히려 당사자들이 애초에 합의한 약관 조항을 최대한 유효하게 유지시키면서 당사자의 이해관계를 조정한다는 측면에서 약관조항의 의미가 불분명한 경우 해석 방법을 통해 그 의미를 한정적으로 새기는 것은 당사자의 진정한 의사를 탐구한다는 법률행위해석의 본질에 비추어 볼 때 타당한 태도라고 생각된다.

IV. 소결

앞서 제2절에서 살펴본 바와 같이 약관해석의 방법은 약관을 이용한 거래에서 당사자의 진정한 의사를 명백히 밝힐 수 있도록 하나의 방법적인 틀을 제공하는 것이므로 개별 사례에서 구체적 타당성을 도출해낼 수 있도록 실제적인 해석방법이어야 할 것이다. 다만 통상적인 계약해석의 경우와 달리 약관을 이용한 거래의 경우에는 계약 당사자간에 교섭력과 정보의 격차가 존재하고, 전체적 통일적으로 해석되어야 할 필요성이 있다는 특수한 사정이 있으므로 이러한 사정을 감안한 해석방법이 요구된다. 본 절에서 살펴본 약관법상 인정되는 약관해석의 방법은 이러한 요소들을 감안한 약관해석의 방법이라고 생각된다.

22. 선고 2005나8301 판결 등. 이와 달리 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결은 피보험자의 사망사고가 전체적으로 보아 과실로 평가되는 행위로 인한 경우에도 면책사유에 해당하는 것으로 정하고 있다는 이유로 해당 조항을 무효로 보았는바, 이 판례에 대한 비판적 검토는 다음 절에서 후술하기로 한다.

제 5 절 약관해석에 관한 판례상의 문제

I. 법원의 약관 해석 방법의 문제

현재 법원의 약관해석 방법에 의하면 약관 조항에 대한 해석과정을 거쳐 그 의미가 명확한 경우에는 불공정성 여부를 판단하고 그 유효효를 가리면 될 것이다. 한편 그 의미가 불명확하여 다의적으로 해석될 여지가 있는 경우에는 작성자 불리 해석의 원칙에 따라 고객에게 유리하게 제한적으로 약관조항을 해석하여 약관 조항을 유효하다고 보는 경우가 많다. 과거 법원은 약관 조항의 일부에 불공정성한 내용이 포함된 경우 약관 조항의 일부를 무효로 보고 나머지 부분을 유효로 보는 ‘효력유지적 축소’의 방법을 사용하여 약관을 유효하게 해석하기도 하였다.⁹⁶⁾ 이러한 ‘효력유지적 축소’에 대해서는 법원이 해석의 한계를 벗어나 약관 조항을 임의로 변경하였다는 비판이나 불공정한 약관 조항 전체를 무효로 선언하여야 함에도 불구하고 그러한 의무를 회피하였다는 비판이 가해졌다. 그러나 최근에는 이러한 ‘효력유지적 축소’의 방법을 정면으로 인정한 사례는 보이지 않고 작성자 불리의 원칙 내지는 엄격해석의 원칙을 근거로 문언에 구애됨이 없이 약관 조항을 한정적으로 해석하여 가급적 약관을 유효하게 유지시키려고 하는 경향을 보인다.⁹⁷⁾

문제는 이러한 방법으로 유효하게 해석되는 약관의 경우, 문언상으로는 약관법에 따라 무효로 볼 여지가 있는 경우도 많다는 데 있다. 약관법은 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항을 무효로 하고 있다. 또 약관법은 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항, 고객이 계약의 거래형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항과 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항도 공정을 잃은 것으로 추정하여 무효인 조항으로 추정하고 있다. 그리고 약

96) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결

97) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다24131 판결; 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005다46431판결; 서울고법 2005. 7. 22. 선고 2005나8301 판결 등.

관법은 일정한 요건하에 면책조항, 손해배상예정조항, 해제·해지조항, 채무이행조항, 권익제한조항, 의사표시 의제조항, 대리인 책임가중조항, 제소금지조항 등을 공정을 잃은 조항으로 의제하여 이를 무효로 하는 개별 조항을 두고 있다. 만일 어느 약관조항이 이상의 규정들에 위반될 경우 무효가 될 것인바, 이러한 내용통제의 단계에 앞서서 약관의 해석 단계에서 약관 조항의 문언에 구애됨이 없이 당사자들의 의사를 탐구하여 그 조항의 의미를 한정적으로 새기게 된다면 약관조항이 무효가 되는 경우는 크게 줄어들 것이다. 반면에 해석상 다툼의 여지가 있는 약관조항이 있는 경우 약관법에 따라 이를 전부 무효로 선언하거나 유효인 부분만으로 효력을 축소하여 유지해야 한다고 하는 입장에 따르게 된다면 불명확한 약관조항을 사용하는 경우가 크게 감소될 수 있을 것이다.

이러한 문제의식을 갖고 해석통제를 통해 약관조항의 의미를 한정적으로 새기는 현재 판례의 태도가 과연 바람직한 것인지 최근 약관의 해석에 관련된 주요 판례들의 사례를 통해 검토하고자 한다.

효력유지적 축소가 아닌 현재의 판례와 같은 해석방법에 대해서는 불공정한 약관조항으로서 무효에 이르는 정도가 아닌 약관 조항에 대해 해석통제를 통해 제한적으로 해석하는 것이라고 보아 판례의 논리와 결론에 특별히 이의를 제기하는 견해는 보이지 않는다.⁹⁸⁾ 다만 효력유지적 축소의 경우에 반대설은 불공정성이 있는 경우에 이를 직접적으로 무효로 선언하여 불특정 다수의 고객이 그 불공정성을 확인할 수 있도록 해야 한다는 입장인 바, 이러한 입장에서 본다면 현재 판례의 ‘문언에 구애 받지 않고’ ‘당사자의 의사’를 탐구하여 해석의 여지가 있는 약관 조항을 한정적으로 해석하고 그 효력을 유지시키는 것이 과연 타당한가라는 의문이 남게 된다.

98) 김재형·이영훈, “말기암 환자의 자살과 자살면책약관의 해석” 341면-347면은 이러한 판례의 제한적 해석 내지는 작성자 불리 해석의 적용을 통한 해석통제가 약관법 적용을 통한 직접적 내용통제를 사실상 형해화 시킨다는 이유로 불합리하다고 지적하면서 그 대안으로 효력유지적 축소해석을 제시한다.

II. 효력유지적 축소의 문제

1. 문제제기

최근에는 효력유지적 축소를 정면으로 인정하는 판례는 보이지 않는다. 다만 법논리적으로 볼 때, 약관의 해석과정을 거쳐 그 의미를 확정하고, 약관법을 적용했을 때 그 조항의 일부에 불공정성이 있는 경우라면 얼마든지 효력유지적 축소의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 효력유지적 축소가 허용될 수 있는지, 나아가 이를 약관 해석이라는 차원에서 접근하는 것이 타당한 접근 방법인지 최근 판례의 약관 해석의 타당성 여부를 검토하기에 앞서 우선적으로 확인할 필요가 있다.

2. 판례

대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결은 “약관의 내용통제원리로 작용하는 신의성실의 원칙은 보험약관이 보험사업자에 의하여 일방적으로 작성되고 보험계약자로서는 그 구체적 조항내용을 검토하거나 확인할 충분한 기회가 없이 보험계약을 체결하게 되는 계약 성립의 과정에 비추어, 약관 작성자는 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대 즉 보험의 손해전보에 대한 합리적인 신뢰에 반하지 않고 형평에 맞게끔 약관조항을 작성하여야 한다는 행위원칙을 가리키는 것이며, 보통거래약관의 작성이 아무리 사적자치의 영역에 속하는 것이라고 하여도 위와 같은 행위원칙에 반하는 약관조항은 사적자치의 한계를 벗어나는 것으로서 법원에 의한 내용통제 즉 수정해석의 대상이 되는 것은 당연하며, 이러한 수정해석은 조항 전체가 무효사유에 해당하는 경우뿐만 아니라 조항 일부가 무효사유에 해당하고 그 무효부분을 추출배제하여 잔존부분만으로 유효하게 존속시킬 수 있는 경우에도 가능하다”고 판시하면서 “무면허운전면책조항은 무면허운전이 보험계약자나 피보험자의 지배 또는 관리가능한 상황에서 이루어진 경우에 한하여 적용되는 조항

으로 수정해석할 필요가 있다”고 보았다.

3. 학설의 태도

1) 직접적 내용통제의 방법으로서 긍정하는 견해

효력유지적 축소를 해석이 아닌 내용통제로 보고, 우리나라에서는 어떤 약관조항이 약관법이 정하는 바의 내용통제에 의해 무효가 되는지 여부를 처음부터 분명하게 알 수 없는 것이 통상적이라는 이유에서 이를 긍정하는 견해가 있다.⁹⁹⁾ 즉, 약관이 작성자인 기업에 의하여 일방적으로 유리하게 작성되고 고객에게 그 약관 내용에 관한 교섭이나 검토의 기회가 제대로 주어지지 않는 형성의 과정에 비추어 해석 단계를 지나 내용통제에 있어서도 약관 조항의 효력을 최대한 유지하는 한도 내에서 약관 조항의 불공정성을 시정할 수 있는 방법으로 이러한 효력유지적 축소를 인정하자는 입장이다.

2) 보충적 해석의 방법으로서 긍정하는 견해

효력유지적 축소를 약관의 일부 무효에 따라 발생하게 되는 당사자의 의사의 흠결을 보충하는 보충적 해석의 한 방법으로 보고 해석의 차원에서 허용될 수 있다는 견해도 있다.¹⁰⁰⁾ 이 견해의 문제제기의 출발점은 만일 효력유지적 축소해석을 법률행위해석의 문제가 아닌 직접적 내용통제로서 인정한다면, 법원이 과연 약관 조항의 소극적 무효선언이 아닌 계약 내용을 적극적으로 수정할 수 있는 권한을 가질 수 있는가라는 근본적인 문제에 있다. 반면 효력유지적 축소를 법률행위해석으로서 문의한다면, 그것은 어느 조항이 전부 또는 일부가 무효가 되는 것을 전제로 하여 계약 내용에 당사자의 의사의 흠결이 있는 경우에 해당한다고 보아

99) 양창수, “자동차보험약관의 무면허운전면책조항에 대한 내용통제”, 이회창기념논문집, 737, 742면.

100) 남효순(주20), 485-486면.

보충적 해석의 문제로 해결할 수 있다고 한다. 즉, 효력유지적 축소를 약관해석의 문제로 포섭할 수 있는 방법은 바로 보충적 해석 방법에 해당한다고 보는 것이다. 따라서 먼저 약관조항 전체 또는 일부가 무효인 경우 보충적 해석을 인정할 것인지의 여부가 선결되어야 하고, 그 다음에 보충적 해석의 방법으로서 이른바 효력유지적 축소해석이 가능한지가 검토되어야 할 것이라고 한다. 어느 약관조항이 무효가 되면 그로 인해 규율의 흠결이 발생하고, 이를 보충하기 위한 해석이 필요하게 된다. 그런데 약관법 제16조는 “약관의 전부 또는 일부의 조항이... 제6조 내지 제14조의 규정에 의해 무효인 경우 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다. 다만, 유효한 부분만으로는 계약의 목적달성이 불가능하거나 일방 당사자에게 부당하게 불리한 때에는 당해 계약을 무효로 한다.”고 정하고 있다. 즉 위 조항은 얼핏 약관의 잔부유효를 정하여 무효부분에 대한 수정해석을 금하는 것으로 보인다. 그러나 위 조항은 일부무효의 경우 전부무효를 원칙으로 정한 민법 제137조의 특칙으로 이해해야 할 것이라고 한다. 따라서 민법 제137조 단서가 일부무효인 법률행위에 대해 보충적 해석을 배제하지 않는 것과 마찬가지로 위 조항도 일부무효인 약관에 대해서 보충적 해석을 배제하는 것은 아니라고 본다.

3) 부정설

효력유지적 축소해석이라는 편법을 버리고 불공정한 약관조항을 전부 무효화함으로써 향후 약관조항의 명백성이 촉진되도록 하는 일반예방의 효과를 추구하여야 한다거나, 긍정설을 취하게 되면 부당한 약관조항과 결합된 전부무효의 위험을 사업자로부터 제거하고 그로써 사업자가 약관의 내용을 순화하도록 스스로 배려하여야 할 의무를 면제하는 결과가 되어 약관법의 취지에 반한다거나, 약관에 대한 내용통제의 목적은 불공정한 약관조항을 거래계에서 추방하여 사업자가 다시는 그러한 약관을 사용하지 못하도록 하는데 있고 이를 위해서는 문제된 약관조항에 대해 생각할 수 있는 모든 적용례를 고려해서 그 중의 한 경우라도 불공정성이

존재하면 그 조항을 무효로 하여야 한다거나, 혹은 효력유지적 축소해석은 약관의 간접적인 내용통제로서 해석의 범위를 넘어섰고 그 남용의 우려가 많다는 등의 논거를 제시한다.¹⁰¹⁾

4) 절충설

원칙적으로 효력유지적 축소해석을 부정하지만, 당해 약관조항의 상당한 내용의 한계에 관하여 학설이나 판례에서 다툼이 있거나 또는 당해 거래관행상 명확한 기준이 아직 확립되어 있지 않은 특별한 사정이 있어서 사용자의 눈에 약관조항의 약관법과의 불일치가 뚜렷하게 드러나지 않는 경우에는 예외적으로 효력유지적 축소해석을 허용할 수 있다고 하거나, 혹은 어느 조항을 완전히 무효로 하는 것은 거래의 실질에 맞지 않고 구체적 타당성을 잃게 되는 경우가 없지 않으므로 그 약관조항이 누가 보더라도 명백한 경우 등을 제외하고는 효력유지적 축소해석을 인정해야 한다고 본다.¹⁰²⁾

그러나 절충설에서 인정하는 효력유지적 축소해석이란 이른바 약관조항이 무효가 아니라는 것을 전제로 하는 제한해석에 해당하는 것이어서, 엄밀하게 본다면 효력유지적 축소해석의 문제는 아니라고 볼 것이다.

4. 검토

생각건대, 부정설에서 말하는 것처럼 효력유지적 축소는 약관 해석과 내용통제의 접점에 있는 문제이고, 해석보다는 내용통제에 가깝다고 볼 것이다. 다만 법원이 계약 내용을 적극적으로 수정하는 권한은 없기 때문에 적극적으로 계약을 수정하는 것은 지양되어야 할 것이다. 그러나 부정설에서 말하는 것처럼 약관조항의 일부에 불공정성이 있는 경우 이를 일률적으로 무효로 만드는 것은 계약을 가급적 유효하게 유지하려는

101) 김동훈, “면책조항과 약관의 규제”, 인권과 정의(1995), 76면; 김영갑, “약관 규제의 법리와 수정해석의 문제”, 법조(1997), 124면.

102) 장경환(주8), 513-514면.

당사자의 의사에 반하는 결과를 가져올 수 있을 것이다.

요컨대, 효력유지적 축소를 인정한 위 판례도 ‘수정해석’이라는 표현을 사용하고 있지만 결국 이러한 방법이 직접적 내용통제라는 점을 자인하고 있는 점, 약관을 이용한 거래의 특성상 일방에 의하여 작성되고 고객의 입장에서는 이를 받아들일 것인지 여부만 결정하게 된다는 점을 고려한다면 약관의 경우는 통상의 계약체결에 비해 계약형성 과정에서 충분한 계약교섭이 이루어지지 않고, 일방에게 불리한 계약체결이 이루어질 가능성이 높다는 점을 고려한다면 효력유지적 축소를 약관 조항의 효력을 최대한 유지하는 한도 내에서 약관 조항의 불공정성을 시정할 수 있는 방법으로 인정할 수 있을 것이라고 본다.

Ⅲ. 약관 해석 관련 약관법 제8조와 민법 제398조의 관계

1. 문제제기

한편 종래 법원의 약관 해석이 법리 가운데 ‘효력유지적 축소’와 관련하여 특히 문제되는 것이 약관법 제8조와 민법 제398조의 관계이다. 약관법 제8조는 고객에 대하여 ‘부당하게 과중한’ 손해배상의무를 부담시키는 약관조항을 무효로 하고 있음에 반하여, 민법 제398조 제2항은 손해배상예정액이 ‘부당하게 과다한’ 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다고 규정하고 있다. 전자는 약관조항의 전부를 무효로 하고 있음에 반해, 후자는 감액의 방법에 의해 손해배상예정액의 약정의 효력을 부분적으로 유지시키고 있다. 따라서 손해배상액의 예정이 약관의 형태로 이루어진 경우, 어떤 조항을 적용할 것인지에 따라 결론이 달라질 수 있으므로 약관법 제8조와 민법 제398조 제2항의 관계에 대해서 명확히 해 둘 필요가 있다. 나아가 약관 해석의 문제에 있어서 약관법 제8조에 위반하여 무효인 약관조항에 민법 제398조를 적용하여 효력유지적 축소를 할 수 있을 것인지 문제된다. 손해배상액의 예정이 약관 조항으로 규정된 경우, 최근

공정거래위원회의 의결과 법원의 판결의 법 적용 및 해석 태도를 통해 양 조문의 관계와 해석에 관한 타당한 결론을 찾고자 한다.

2. 공정위 의결

약관에 대해서 직접적으로 불공정성 여부에 대해 내용통제를 하는 공정거래위원회는 최근 2009. 7. 21. 의결 2009약관2263 사건에서 (주)다음세계가 사용한 장레토타서비스이행계약서 상의 계약해지시 기간에 따라 환급율표를 달리 정한 사안에서 다음과 같은 이유에서 피청구인이 사용하는 약관 중 별도사항의 환급율표는 약관법 제8조에 해당하는 고객에게 부당하게 과도한 손해배상의무를 부담시키는 불공정조항에 해당된다고 보았다.

즉, 일반적으로 손해배상액의 예정이 부당하게 과중한지 여부는 손해배상 예정의 동기, 실제 손해액과 예정액의 대비, 거래관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이라고 하면서 피청구인이 사용하고 있는 약관상 계약체결시 납입한 운영비(130만원)는 인건비, 초기영업비 및 관리에 소모되는 비용으로 별도사항의 환급율표에 따라 가입 초기 해지시에는 그 중 5%만을 환불하고 계약만료 후에는 80%를 환불하는 것으로 정하고 있는 바, 초기 영업비와 같이 계약을 체결하기까지 사업자가 소모한 비용은 계약초기 해지시 위약금에 포함시킨다 하더라도 부당한 것으로 보기는 어려우나, 인건비나 관리비와 같이 계약기간 동안 지속적으로 지출되는 비용을 계약초기 해지시 일괄적으로 위약금에 포함시키는 것은 부당하다고 보았다.

3. 법원의 부당하게 과도한 손해배상액 예정의 처리

위에서 살펴본 공정거래위원회의 손해배상액 예정을 정한 약관조항에 대한 내용통제와 달리, 법원은 “약관조항이 무효인 이상 그것이 유효함

을 전제로 민법 제398조 제2항을 적용하여 적당한 한도로 손해배상예정액을 감액하거나, 과중한 손해배상의무를 부담시키는 부분을 감액한 나머지 부분만으로 그 효력을 유지시킬 수는 없다”고 하여 약관법 제8조에 위반하여 무효인 부당손해배상예정조항에 대해서는 민법 제398조 제2항의 적용을 배제하고 있다.¹⁰³⁾

이와 달리 통상적으로 손해배상액 예정을 정한 계약조항에 대해서는 민법 제398조를 적용하여 감액하는 방법을 취하고 있다.

일례로 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다65282판결은 한국철도공사와 제조업자가 체결한 디젤전기기관차 제조물공급계약 등에서 정한 선금잔액 반환사유가 있는 경우에 선금잔액에 덧붙여 지급하기로 약정한 선금이자(선금이자)는 위약금으로서 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되고, 다만 그 중 연 5%의 범위를 넘는 부분은 부당히 과다하다고 보았다. 즉, 민법 제398조 제2항에 따라 법원은 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 직권으로 감액할 수 있다고 하면서 제반사정을 고려하여 원심이 선금이자 약정 중 연 5%의 범위를 넘는 선금이자(선금이자)는 무효라고 본 취지는 예정배상액의 총액에 있어서 결과적으로 정당하다고 판시하였다.

다른 손해배상액의 예정이 문제된 사례에서도 판례는 일관되게 제반사정을 고려하여 민법 제398조 제2항에 따라 부당하게 과다한 경우 법원이 이를 감액할 수 있다고 판시¹⁰⁴⁾하고 있다.

이러한 판례의 입장은 결국 약관조항의 형태로 당사자가 손해배상액을 예정한 경우 그 금액이 과다하여 약관법 제8조를 적용하면 무효가 되는 경우 민법 제398조 제2항에 따라 감액을 부정하는 반면, 약관법 제8조를 적용하지 않는 경우에는 민법 제398조 제2항에 따라 감액하는 태도를 보이는 것으로 이해된다.

103) 대법원 1996. 9. 10. 선고 96다19758 판결.

104) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다54536판결; 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다73852판결

4. 학설상 논의

1) 판례에 찬성하는 견해

약관법 제8조 위반의 경우 효력유지적 축소를 허용하게 되면 약관법 제8조 위반의 효과는 결과적으로 민법 제398조 제2항의 적용과 다를 바 없게 된다는 이유로 판례에 찬성하는 견해가 있다.¹⁰⁵⁾ ‘상당성이 인정되는 범위에서의 효력유지’와 ‘적당한 금액으로의 감액’은 결과에 있어서 같을 수밖에 없고, 경우에 따라 부당한 약관 조항에 대한 효력유지적 축소가 제한적으로 허용될 수 있다고 하더라도, 약관법 제8조와 관련하여서만은 사업자가 자신의 이익을 극대화하기 위하여 턱없이 높은 금액을 약관상 위약금액으로 규정하는 것을 막기 위해서라도 효력유지적 축소해석을 허용하지 않아야 한다고 한다.

2) 판례에 비판적인 견해

판례가 약관법위반의 무효조항에 대해서 용이하게 효력유지적 축소를 인정하면서도 부당손해배상예정조항을 무효인 부당조항과 유효인 부당조항으로 구분하고 이를 전제로 하여 민법 제398조 제2항의 적용을 배제하는 것은 다음과 같은 이유에서 부당하다고 한다.¹⁰⁶⁾

첫째, 민법 제398조 제2항이 손해배상예정액의 감액을 하는 것은 실질적으로는 일부무효를 인정하는 것이고, 이는 그 전제로서 손해배상예정조항 전체는 무효라는 것에서 출발하는 것이다. 판례도 “법원이 손해배상의 예정액이 부당하게 과다하다 하여 감액을 한 경우 손해배상액의 예정에 관한 약정 중 감액부분에 해당하는 부분은 처음부터 무효라고 할

105) 민법주해12권, 373면.

106) 남효순(주20), 485면; 양창수(주98), 753면도 약관의 해석에 있어 효력유지적 축소를 인정하면서 손해배상액의 예정액이 과중한 경우에도 인정하는 입장이다.

것이다.”고 판시하고 있다. 따라서 판례가 민법 제398조는 손해배상예정조항의 유효를 전제로 하므로 약관법 제8조와는 전제를 달리한다고 하는 것은 피상적이다. 오히려 그 반대로 민법 제398조의 적용에 있어서도 실질적으로 손해배상예정조항이 일부무효인 것이 전제되어 있고, 이 무효조항은 민법 제398조 제2항의 적용 결과 비로소 그 내용이 축소되어 효력을 유지하게 되는 것일 뿐이라고 하면서 민법상 지상권의 존속기간(제280조), 전세권존속기간(제312조), 환매기간(제591조), 임대차 존속기간(제651조), 전세목적물의 불가항력에 의한 일부멸실(제314조), 담보책임면제에 관한 특약(제584조) 등 일부무효인 법률행위에 관하여 잔부유효를 인정한 효력유지적 축소규정을 많이 두고 있다는 점을 근거로 한다.

둘째, 판례가 한편으로는 효력유지적 축소를 인정하는 여타의 경우 특별한 보충법규가 없음에도 불구하고 효력유지적 축소해석을 하면서, 다른 한편으로 약관법 제8조 위반의 경우 민법상 명백한 보충법규가 있음에도 불구하고 수정해석을 하지 않는 것은 모순된다. 효력유지적 축소를 허용하는 판례의 태도를 미루어보면, 만일 민법 제398조 제2항이 없었다면 판례는 필시 약관법 제8조 위반의 손해배상예정조항에 대하여도 손해배상예정액을 감액하는 수정해석을 하였을 것이라고 한다.

셋째, 법률행위해석의 일반법리에 비추어볼 때, 약관법상의 규정 취지가 민법규정의 적용을 배제하는 것이 아닌 한, 민법상의 규정은 약관해석에 있어서도 원칙적으로 보충규정이 될 수 있다고 한다. 이러한 점에서 볼 때, 민법 제398조 제2항은 당사자 사이의 공정성을 유지하기 위한 규정으로서 반드시 약관법의 취지에 반한다고 볼 수는 없다고 한다.

넷째, 부당한 손해배상예정조항이 사소한 차이에 따라 또 법관의 인위적인 판단에 의하여 무효 또는 유효가 되는 것은 결과적으로 법적 안정성을 해치는 것이 된다고 한다.

5. 약관법 제8조 위반의 경우 효력유지적 축소의 가능성

우선 약관법 제8조의 ‘부당하게 과중’과 민법 제398조 제2항의 ‘부당히 과다’는 표현이 다를 뿐 그 의미는 동일한 것으로 이해해야 할 것이다. ‘과중’과 ‘과다’는 통상 동일한 의미로 쓰이며, 전후 문맥상 위 조문에서 두 단어의 의미에 차이를 둘 만한 단서를 찾기 힘들다. 그렇다면 민법 제398조 제2항이 이미 있음에도 불구하고 약관법 제8조를 둔 이유는 무엇인가 의문이 제기된다.

첫째, 약관법 제8조는 민법 제398조 제2항과 달리 ‘손해배상의무의 과중’을 규제한다는 점에서, 민법 제398조 제2항과 달리 금액의 과다 외의 다른 이유에 의해 위약금 등의 약정이 과중한 것으로 인정되는 경우도 규제대상으로 삼는 것으로 보아야 할 것이다. 예컨대 채무불이행과 무관한 징벌적 금전 지급을 규정하는 조항, 채무자의 귀책사유 없는 경우에도 손해배상의무를 발생케 하는 조항, 금전배상 외의 다른 배상방법을 정하는 조항, 손해배상 예정액의 감액 가능성을 배제하는 조항 등이다.

둘째, 법적용 효과의 차이이다. 민법 제398조 제2항의 해석상, 아무리 과다한 손해배상액의 예정도 금액의 이유만으로 전부 무효로 되지는 않으며, 법원이 적당히 감액한 범위 내에서는 그 효력을 유지한다. 그리고 손해배상 예정액에는 순수한 손해 예상액 외에 이행확보를 위한 징벌적 요소도 고려될 수 있으므로, 손해배상 예정액을 적당하게 감액하더라도 그 적정액은 실제 손해액을 초과할 수 있다. 그런데 그 손해배상액의 예정이 약관에 의한 것이어서 약관법 제8조가 적용되면, 그 예정액이 부당하게 과중한 것으로 인정되는 경우 그 예정 자체가 전부 무효로 된다. 따라서 법원은 그 손해배상 예정액을 손해액 산정의 기초로 삼을 수 없으며, 채권자는 일반 원칙에 따라 손해액을 입증하여야 한다. 이 경우 배상할 금액은 실제 발생한 손해액에 한정되며, 채권자가 손해를 입증하지 못하면 손해배상을 받지 못하게 될 것이다.

생각건대 경우에 따라 부당한 약관조항에 대한 효력유지적 축소해석이 제한적으로 허용될 수 있다고 본다면, 본조의 경우에만 한정해서 효력유

지적 축소를 부정할 이유는 없다고 본다. 약관법 제8조와 민법 제398조 제2항의 적용 문제는 약관에 대한 내용통제를 통해 조항 자체에 대해 무효 선언할 것인지 약관에 대한 해석을 통해 적정한 수준으로 감액할 것인지의 문제인바, 결국 이는 사전적으로 불공정한 약관조항이 사용되는 것을 예방할 것인지, 그러한 약관조항이 적용되어 일정한 손해가 발생한 경우, 이를 사후적으로 해결함에 있어서 적정한 수준으로 구체적 타당성 있는 해결책을 모색할 것인지의 문제로 귀결된다고 사료된다.

우선, 공정거래위원회는 구체적인 사례에서 손해배상액의 예정액이 과다한지 여부가 문제되기 전에 사전적으로 해당 조항을 사용한 약관의 불공정성 여부를 심사하기 때문에 개별적인 사정을 고려하여 예정액을 감액하기 보다는 통일적으로 해당 조항의 손해배상액 예정에서 고려된 사정이나 금액이 적정한 수준인지를 객관적·통일적으로 검토하게 될 것이어서 약관법 제8조에 따라 유·무효 여부를 판단하게 될 것이다.

다음으로, 법원은 개별 사례에서 당사자의 개별적인 사정을 고려하여 해당 손해배상액의 예정이 과다한지 여부를 판단하게 되기 때문에 예정액이 과다하다고 판단되는 경우, 해당 조항에 대해 약관법 제8조를 적용하여 무효로 선언하고 손해배상액을 입증근거에 기초하여 재산정하기 보다는 민법 제398조 제2항을 적용하여 당사자의 사정을 고려하여 감액하는 것이 더 구체적 타당성을 도모할 수 있을 것이다. 다만 약관을 이용한 거래의 경우 특별법인 약관법의 적용자체를 배제할 수는 없으므로 앞에서 검토한 판례에 비판적인 견해에 따라 약관법 제8조 위반의 경우에 대해서도 효력유지적 축소를 인정하여 상당성이 인정될 수 있는 범위내에서 적정한 손해배상액의 예정액을 인정함이 타당할 것이라고 생각된다.

IV. 예문해석의 문제

1. 문제제기

예문해석이란 계약서로 사용되는 약관이나 서식에 부동문자로 들어 있는 약정은 단순한 예문에 지나지 않는 것으로 보아 그 효력을 부인하는 해석을 말한다. 약관을 이용한 거래에서 특히 문제되는 것은 다른 조항과의 충돌도 없고 또 그 의미도 명백한 예문의 효력을 어떤 근거로 부인할 수 있는가라는 문제이다.

2. 판례

대법원 1979. 11. 27. 선고 79다1141 판결은 부동산매매계약서 중 대금채정산 조항에 대하여 “부동문자로 인쇄된 예문에 지나지 않아 원·피고간의 진정한 합의내용이라고 볼 수 없다”고 판단함으로써 예문해석을 최초로 판례에 도입하였고 이후 비교적 최근 판례에서도 이러한 예문해석이 확인된다.

예문해석을 인정한 대법원 2003. 3. 14. 선고 2003다2109판결에서 법원은 “근저당권설정계약서는 처분문서이므로 특별한 사정이 없는 한 그 계약 문언대로 해석하여야 함이 원칙이지만, 그 근저당권설정계약서가 금융기관 등에서 일률적으로 일반거래약관의 형태로 부동문자로 인쇄하여 두고 사용하는 계약서인 경우, 그 계약조항에서 피담보채무의 범위를 그 근저당권 설정으로 대출받은 당해 대출금채무 외에 기존의 채무나 장래에 부담하게 될 다른 원인에 의한 모든 채무도 포괄적으로 포함하는 것으로 기재하였다고 하더라도, 당해 대출금채무와 장래 채무의 각 성립 경위 등 근저당설정계약 체결의 경위, 대출 관행, 각 채무액과 그 근저당권의 채권최고액과의 관계, 다른 채무액에 대한 별도의 담보확보 여부 등 여러 사정에 비추어 인쇄된 계약 문언대로 피담보채무의 범위를 해석하면 오히려 금융기관의 일반 대출 관례에 어긋난다고 보여지고 당사자

의 의사는 당해 대출금 채무만을 그 근저당권의 피담보채무로 약정한 취지라고 해석하는 것이 합리적일 때에는 위 계약서의 피담보채무에 관한 포괄적 기재는 부동산자로 인쇄된 일반거래약관의 예문에 불과한 것으로 보아 그 구속력을 배제하는 것이 타당하다”고 판시하였다.

3. 학설의 태도

우선 예문해석에 대해서는 근본적인 문제로서 과연 그것이 법률행위해석이라고 할 수 있을 것인가의 문제가 있다. 이를 긍정하는 견해는 예문해석은 구체적인 사정 및 신의성실의 원칙에 따라 현실적인 의사를 기준으로 하는 법률행위의 해석에 해당한다고 보거나,¹⁰⁷⁾ 예문해석을 적용한 대법원판결이 구체적인 사정 및 신의성실의 원칙에 따라 어느 한 당사자의 현실적 의사를 정당시하고 이를 기준으로 하여 법률행위를 해석한 것으로 볼 수 있다고 보고, ‘예문’이라는 표현이 적절한 것은 아니지만, 대법원의 그러한 입장 자체를 나무랄수는 없다는 견해도 있다.¹⁰⁸⁾ 그러나 대체로 학설은 예문해석은 법률행위의 효력을 부인하는 것이기 때문에 해석의 문제가 아니고 법률행위의 내용의 수정에 해당한다고 보면서,¹⁰⁹⁾ 예문해석은 약관규제법이 제정되기 전에 하나의 편법으로 이용된 이론이므로 이를 마땅히 폐기해야 하고, 부당한 약관은 약관규제법에 의하여 통제되어야 한다고 본다.¹¹⁰⁾ 한편, 법원에서 예문해석을 한 사례에 대해서 대법원이 이를 법률행위해석을 통하여 해결하고 있다고 평가하고 약

107) 남효순(주20), 474면은 판례의 예문해석을 법률행위해석의 한 방법으로 인정하면서도 예문해석의 문제는 종래 다른 법률행위해석의 방법에 관한 법리로 해결이 가능하기 때문에 독자적인 해석방법으로 보기는 어렵다고 한다.

108) 엄동섭(주38), 274면.

109) 권오승, “이른바 예문해석의 문제점”, 민사판례연구 15(1993), 6면; 최준규(주31), 32면은 같은 취지에서 법원이 계약내용을 수정하는 것은 해석이라고 할 수 없다고 하면서도 당사자들의 실제 의사와 직접적 관련이 없는, 법원에 의한 계약내용의 형성이 허용되는 경우가 있다고 하면서 해석의 한계를 넘는 경우에도 법원의 계약형성을 인정하고 있다.

110) 권오승(주108), 11면; 이은영(주5), 201면.

관규제법이 적용되는 경우에는 약관규제법에 따라 해결하면 충분하므로 예문해석을 끌어들이는 필요는 없다고 하면서 이는 결국 약관규제법 제4조의 개별약정 우선의 원칙을 적용하는 것과 별다른 차이가 없으며 결국 계약의 해석문제라고 설명하는 견해¹¹¹⁾도 있다.

4. 검토

생각건대, 예문의 효력을 부인하는 방법은 약관해석의 일반적 방법에 따라 의미를 한정적으로 해석하거나, 약관법의 직접적인 내용통제에 의한 방법에 의해 얼마든지 해결이 가능한 부분이기 때문에 별도의 해석방법으로 인정할 필요는 없을 것이다. 따라서 예문해석이라는 이름으로 부당한 조항의 효력을 부인하기 보다는 약관규제법 상 개별약정 우선 원칙에 따라 당사자의 개별약정이 있는지 여부를 확인하고 개별약정이 없는 경우라면 약관법에 따라 직접적인 내용통제를 해서 해결함이 바람직하다고 생각한다.

111) 김재형, 근저당권연구(2000), 213-214면.

제 6 절 법원의 제한적 해석 또는 작성자 불이익 해석 방법 적용사례와 그 타당성 검토

I. 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005다46431 판결

1. 사안의 개요

피고와 원고인 그린화재해상보험 주식회사는 2003. 2. 2. 피고 소유의 카니발승용차량에 대해 보험자를 원고로, 피보험자를 피고로, 보험기간을 2004. 2. 2.까지로 하는 자동차보험계약을 체결하면서 사고일 현재 26세 미만자(주민등록상의 생년월일 기준)가 피보험자동차를 운전하던 중 발생한 사고에 대해서는 자동차손해배상보장법이 정하는 책임보험금만 지급하기로 하는 만 26세 이상 한정운전 특별약관을 계약내용에 포함시키기로 정하였는데, 그 약관 제2조 제2항에는 피보험자동차를 도난당하였을 경우 그 도난 당한 때로부터 발견될 때까지 사이에 발생한 피보험자동차의 사고로 인한 대인·대물·자기차량손해에 대하여는 해당 보험금을 지급한다고 규정되어 있다.

피고는 이 사건 보험계약 체결 이후 피고의 동생이 이 사건 차량의 사용이 필요하다고 요청하면 그 때마다 이 사건 차량을 사용할 것을 자주 허락하여 그 자동차 열쇠를 건네주곤 하였다.

피고의 동생은 2003. 5. 27.경 피고로부터 이 사건 차량의 사용을 허락 받고 이 사건 차량을 운전하게 되었는데 당시 술을 마신 상태여서 학교 후배 오○○에게 이 사건 차량을 운전하게 하였고, 학교 후배는 2003. 5. 28. 03:40경 이 사건 차량을 운전하여 경부고속도로 하행선을 주행하던 중 선행사고로 인해 1, 2차로 상에 정지하고 있던 원○○ 운전차량을 들이받아 원○○을 사망에 이르게 하였다.

피고는 이 사건 이전에는 사고자 오○○을 알지 못하였고, 피고의 동생과 오○○은 이 사건 사고 당시 각 만25세였다.

2. 원심판결

원심은 피고가 이 사건 차량을 오○○이 운전하는 것에 대해 명시적 혹은 묵시적으로 승인하였음을 인정할 증거가 없고, 오히려 피고가 동생의 나이를 잘못 계산하여 만 26세 이상이 되는 것으로 착오를 일으켜 이 사건 보험계약을 체결하고 동생에게 이 사건 차량을 사용하게 한 것으로 보이는 점, 동생 이○○이 피고로부터 장기간 이 사건 차량을 빌리는 등 관리 일체를 위임받았다거나 평소 이 사건 차량을 제3자에게 운전하도록 하고 피고도 그러한 사실을 알고서 방치하였다고 볼 만한 특별한 사정이 발견되지 않는 점, 피고가 이 사건 차량을 친척관계가 없는 제3자, 특히 보험적용을 받을 수 없는 만26세 미만자로 하여금 운전하도록 승인하리라고는 예상하기 어려운 점 등의 사정에 비추어 피고는 오○○이 이 사건 차량을 운전하는 것에 대해 반대하였을 것으로 추단된다고 하여, 결국 오○○의 이 사건 차량운전은 면책약관의 적용이 배제되는 도난운전에 해당한다는 이유를 들어 만26세 이상 한정운전약관의 위반에 따른 면책을 주장하는 원고의 청구를 기각하였다.

3. 대상판결의 요지

대법원은 자동차보험의 만 26세 이상 한정운전 특별약관 제2조 제2항에 규정된 ‘피보험자동차를 도난당하였을 경우’라 함은 피보험자의 명시적 혹은 묵시적인 의사에 기하지 아니한 채 제3자가 피보험자동차를 운전한 경우를 말하고, 기명피보험자의 승낙을 받아 자동차를 사용하거나 운전하는 자로서 보험계약상 피보험자로 취급되는 승낙피보험자의 승인만이 있는 경우에는 원칙적으로 피보험자의 묵시적인 승인이 없는 것으로 보아야 하나, 보험약관상 피보험자동차를 운행할 자격이 없는 운전가능연령 미달자에게 자동차를 빌려준 경우에는 그 대역 당시 다른 운전가능연령 미달자가 승낙피보험자의 지시 또는 승낙을 받아 그 자동차를 운

전하는 것을 승인할 의도가 있었음을 추단할 수 있는 직접적 또는 간접적 표현이 있는 때에 해당한다고 보아야 한다고 판시하며, 자동차보험계약에서 만 26세 이상 한정운전 특별약관에 가입된 기명피보험자는 자신의 선택에 따라 적은 보험료를 내는 특혜를 받는 만큼 타인에게 피보험자동차의 운전을 허락하는 경우에는 운전자의 연령이 운전가능연령에 해당한다고 믿을 만한 특별한 사정이 없는 한 운전자의 연령을 확인할 의무가 있고, 그 확인을 게을리 함으로써 운전가능연령 미달자에게 자동차를 빌려준 경우에도 그 승낙피보험자의 운전은 물론 그의 지시 또는 승낙하의 다른 운전가능연령 미달자의 운전 역시 달리 특별한 사정이 없는 한 당초의 한정운전 특별약관 위반상태의 연장에 불과하여 이를 예견할 수 있었던 것으로 봄이 상당하다고 할 것이니 운전가능연령 미달자의 운전은 승낙피보험자의 승인뿐만 아니라 기명피보험자의 묵시적 승인의 의도도 있었던 때에 해당한다고 보아야 할 것인 바, 이는 한정약관의 위반에 해당하여 피고의 보험금지급채무가 부존재한다 할 것임에도 이와 달리 본 원심의 판단에는 운전자 연령 한정운전 특별약관의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 이유로 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다.

4. 검토

대상판결은 문제가 되었던 약관 제2조 제1항의 ‘보상하지 않는 손해’ 규정에 대한 해석을 통해 문제를 접근하지 않고 제2조 제2항의 ‘피보험자동차를 도난당한 경우’ 규정에 대한 해석을 가하여 도난당한 경우와 무단운전을 동일한 개념으로 해석하고 있다.

생각건대, 이 사건에서 보험자의 면책범위를 타당하게 확정짓기 위해 결론에 있어서는 대법원의 태도가 구체적 타당성을 지닐 수 있다. 그러나 해석이라는 것은 결국 결과에 있어서의 구체적 타당성 뿐만 아니라 문언의 한계를 벗어나지 않아야 한다는 점에서 대법원의 해석은 비판 받을 만 하다. 즉, 차량을 도난당한 경우라는 문언을 해석함에 있어서 차주

의 허락을 받지 않은 무단운전도 도난당한 경우에 포함시키는 것은 문언의 한계를 벗어난 것이어서 해석의 범주를 넘어선 해석이라고 볼 여지가 있다. 따라서 이러한 해석보다는 대상약관 제2조 제1항의 ‘보상하지 않는 손해’의 범위를 ‘피보험자에게 책임을 물을 수 없는 무단운전으로 인한 손해’로 한정짓는 해석을 하는 것이 문언의 한계를 벗어나지 않으면서 구체적 타당성을 도모할 수 있는 해석이라고 보여진다.¹¹²⁾

II. 서울고법 2005. 7. 22. 선고 2005나8301 판결

1. 사건개요

2001. 11. 21. 보험자 H와 주택은행은 피보험자를 은행의 피고용인(배우자 포함)으로, 보험기간을 2002. 11. 21.까지로 하는 단체안심상해보험계약을 체결했는데, 이 보험에는 질병사망담보특약이 붙어 있다. 피보험자 갑의 처음은 2001. 7. 초순 자궁평활근육종으로 의심받고 자궁 등을 절제하는 수술을 받은 후 조직검사를 통하여 자궁육종(암) 3기 및 우측 골반벽 전이 등의 확진으로 2001. 7. 20.부터 2002. 2. 12.까지 항암치료를 받았고, 그 후 입퇴원을 거듭하면서 치료를 받았으나 상태가 나빠져 매일 진통제 주사나 수면제 복용 등의 고통을 줄이기 위한 보존적 치료만을 계속하고 있었다. 2002. 11. 13. 을은 담당의사의 허락을 받아 외출하였으며, 2002. 11. 14. 자택에서 아무도 없는 틈을 타 ‘애들아 미안하다. ○○아빠 먼저 가요’라고 적힌 쪽지를 남기고 목을 매 자살하였다. 이에 갑과 상속인은 보험자 H를 상대로 사망보험금을 청구하였다. 그러나 보험자 H는 갑 등을 상대로 자살면책약관을 들어 보험금지급채무가 없다는 채무부존재확인 의 소를 서울중앙지방법원에 제기하였다. 서울중앙지

112) 동지: 오지용, 한정운전 특별약관의 해석기준에 관한 소고-운전자연령 한정 특별약관을 중심으로-, 법조 제56권 제2호(2007); 188-190면.

방법원은 원고의 청구를 기각하였고, 이에 원고는 서울고등법원에 항소하였으나 본 판결에서도 패소하여 2005. 8. 22. 대법원에 상고하였다가 2005. 8. 25. 상고를 취하하였다.

2. 판결요지

피보험자가 암의 발병 및 치료의 실패, 말기암의 진행으로 일상적인 생활을 영위할 수 없음은 물론 극심한 고통 속에 짧은 기간내에 예정되어 있는 죽음을 기다릴 수밖에 없는 상태에서 극심한 통증, 우울증, 무력감과 불안, 전신쇠약 등으로 인하여 자살에 이르게 되었다 할 것이어서 그의 질병과 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있다.

자살면책약관의 취지는 자살의 경우에는 우연성을 인정할 수 없고 자기가 손해를 발생시켜 이를 타인에게 전가하는 것으로 신의성실의 원칙에 반하는 것이며, 사행성으로 인하여 보험금의 취득을 노린 인위적 보험사고를 방지할 필요가 있고, 인위적인 보험사고는 보험사고의 불확정성에 어긋나는 것이라는 등에 있다 할 것이어서 질병과 사망사이에 사회적·법적 인과관계로서의 상당인과관계가 인정되는 경우에 그 면책규정의 적용여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 규정취지를 감안하여야 할 것인 바, 피보험자가 암의 발병 및 치료의 실패, 말기암의 진행으로 인한 극심한 통증, 우울증, 무력감과 불안, 전신쇠약 등으로 인하여 자살에 이르게 되어 그 질병과 사망사이에 상당인과관계가 존재하는 경우에는 그 면책규정의 적용이 배제된다고 할 것이다.

3. 검토

면책규정이 적용되는 경우와 그렇지 않은 경우를 나누는 기준이 약관 조항에 명시되었다면 그 기준에 대한 해석이 1차적으로 이루어져야 할 것이다. 이 사건의 경우 법원은 면책규정의 법적 성격과 취지를 종합적으로 고려하여 면책규정이 적용되는 경우를 제한적으로 한정하여 해석하

면서 약관 조항의 효력을 유효하다고 보았다. 문제는 동일한 약관 조항에 대해서 불공정성 심사를 하는 경우, 이러한 해석을 통해 해당 약관 조항을 유효하다고 보는 것이 여전히 타당한지 여부이다. 요컨대, 약관 조항의 해석을 통해 면책규정의 의미를 제한적으로 새기면서 유효하다고 보는 것이 타당한지 아니면 면책규정의 다의적 해석이 가능하고 그 중 특정한 경우에 불공정한 약관이라고 볼 여지가 있기 때문에 해당 약관을 불공정한 약관으로서 무효라고 보는 것이 타당한가라는 문제가 있다.

Ⅲ. 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결

1. 사건개요

피보험자인 소외인이 평소 부탄가스를 흡입한 경험이 있어 그 증상을 충분히 인지하였음에도 술에 취한 상태에서 스스로 부탄가스를 흡입하다가 흡입량 과다로 사망하자, 보험수익자가 보험자인 미래에셋생명보험 주식회사를 상대로 보험금 지급청구를 하였다.

이에 대해 미래에셋생명보험 주식회사는 피보험자인 소외인이 평소 부탄가스를 흡입한 경험이 있어 그 증상을 충분히 인지하였고, 스스로 부탄가스를 흡입하다가 사망함으로써 소외인의 사인이 한국표준질병·사인분류상 X67 ‘기타 가스 및 휘발성물질에 의한 자의의 중독 및 노출’에 해당된다고 보고 피보험자의 사망사고가 전체적으로 볼 때 고의로 평가되는 행위로 인한 경우라고 보아 지급면책사유에 해당한다는 이유로 지급을 거절하면서 보험수익자를 상대로 보험금채권에 대한 채무부존재확인을 청구하였다.

2. 원심판결

원심인 인천지법 2009. 4. 29. 선고 2008나18093, 18109판결은 소외인은

평소 부탄가스를 흡입한 경험이 있어 그 증상을 충분히 인지하였음에도 술에 취한 상태에서 스스로 부탄가스를 흡입하다가 흡입량 과다로 사망함으로써 소외인의 사인이 한국표준질병·사인분류상 X67 ‘기타 가스 및 휘발성물질에 의한 자의의 중독 및 노출’에 해당한다고 보고, 위 재해분류표 중 고의적 자해(X60~X84)를 보험금을 지급하지 아니하는 재해로 규정한 부분을 자살과는 별도로 의도적인 자해를 보장대상이 되는 재해에서 제외하는 규정으로 보아, 비록 소외인이 그 사망이라는 결과를 의도하지 아니하였다 하더라도 이 사건 보험사고의 원인이 부탄가스에 의한 자의의 중독 및 노출로서 고의적 자해에 해당하는 이상 원고(미래에셋생명보험 주식회사)에게 보험금지급 의무가 없다고 보았다.

3. 대상판결

이 사건 보험계약 중 재해사망특약 약관(별표3) 재해분류표는 제1조 제1항에서 한국표준질병·사인분류상 S00~Y84에 해당하는 우발적인 외래의 사고를 보장대상이 되는 재해로 규정한 다음 제2조 제2항에서 위 한국표준질병·사인분류상 S00~Y84에 해당하는 우발적인 외래의 사고 중 고의적 자해(X60~X84)를 보험금을 지급하지 아니하는 재해로 규정하고 있는바, 이 사건 보험계약 중 재해사망특약은 사망보험의 일종으로서 위 재해분류표 중 고의적 자해(X60~X84)를 보험금을 지급하지 아니하는 재해로 규정한 부분은 그 규정의 형식상 면책약관의 성격을 가진다고 보았다.

한편, 한국표준질병·사인분류상 고의적 자해(X60~X84)에는 의도적인 자해에 의한 중독 또는 손상, 자살(기도) 등이 포함되어 있는바, 피보험자가 의도적인 자해에 의한 중독 또는 손상으로 인하여 사망함으로써 피보험자의 사인이 한국표준질병·사인분류상 고의적 자해(X60~X84)로 분류되더라도 피보험자에게 사망에 대한 고의가 없었던 경우에는 보험사고가 전체적으로 보아 고의로 평가되는 행위로 인한 사고가 아니므로 그 경우에 관한 한 면책약관은 무효라고 보아야 한다고 판시하였다.

아울러 비록 소외인이 평소 부탄가스를 흡입한 경험이 있어 그 증상을 충분히 인지하였고, 스스로 부탄가스를 흡입하다가 사망함으로써 소외인의 사인이 한국표준질병·사인분류상 X67 ‘기타 가스 및 휘발성물질에 의한 자의의 중독 및 노출’에 해당한다 하더라도, 소외인이 사망이라는 결과를 의도하지 아니하였다면 소외인의 사망이 전체적으로 보아 고의로 평가되는 행위로 인한 것이라고 할 수 없다고 보았다. 따라서 상법 제 732조의2, 제739조, 제663조의 규정에 의할 때 보험사고가 전체적으로 보아 고의로 평가되는 행위로 인한 경우뿐만 아니라 과실로 평가되는 행위로 인한 경우까지 보상하지 아니한다는 취지의 면책약관은 과실로 평가되는 행위로 인한 사고에 관한 한 무효라고 보아야 할 것이어서, 비록 소외인이 그 사망이라는 결과를 의도하지 아니하였다 하더라도 이 사건 보험사고의 원인이 부탄가스에 의한 자의의 중독 및 노출로서 고의적 자해에 해당하는 이상 원고에게 보험금지급 의무가 없다고 판단한 원심은 약관의 해석 및 생명보험에 있어서 면책약관의 효력에 관한 법리를 오해하고 고의행위 및 과실행위의 평가를 제대로 하지 못하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 보고 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다.

4. 검토

이 사안의 경우, 판례는 앞의 경우와 마찬가지로 “개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함이 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하여 객관적·확일적으로 해석하여야 하고, 고객보호의 측면에서 약관 내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 고객에게 유리하게, 약관작성자에게 불리하게 제한해석 하여야 한다”고 보면서 해당 면책약관조항에 대한 해석을 시도하고 있다.

다만 차이점은 앞의 경우 자살면책약관 조항에 대해서 제한적 해석 또는 작성자 불이익 해석 방법을 통해 그 의미를 문언과 달리 한정적으로 축소하여 새기면서 그 유효성을 전제로 판시하고 있는 반면, 이 사건의

경우에는 약관 해석의 일반 법리에 따르면서도 객관적인 문언의 의미에 충실하게 면책약관 조항이 ‘전체적으로 보아 고의로 평가되는 행위로 인한 사고’에 한정하지 않고 ‘전체적으로 보아 과실로 평가되는 행위로 인한 사고’까지 포함하는 것으로 정하고 있다고 당사자의 의사를 확정지은 후, 이러한 면책약관 조항이 상법규정에 위반된다고 보아 무효라고 보았다.

IV. 서울고법 2005. 7. 22. 선고 2005나8301 판결과 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결의 비교 검토

1. 문제제기

일견, 앞의 자살면책약관 조항에 대한 해석이 문제된 사안과 이 사건 면책약관의 해석이 문제된 사안에서 법원의 태도가 일관되지 않다고 볼 수도 있다. 즉, 앞의 자살면책약관 조항이 문제된 경우, 문언상 자살의 경우 보험자가 면책된다고 정하고 있음에도 불구하고 작성자 불이익 해석의 원칙을 적용하면서 피보험자의 질병과 자살로 인한 사망 사이에 상당인과관계가 있는 경우에는 면책규정의 적용이 배제되는 것으로 해석하였는바, 자살로 인한 사망의 경우 일률적으로 보험자를 면책시키는 것이 부당하다는 인식에서 출발하여 해당 약관조항의 의미를 한정적으로 새기면서 약관조항의 효력은 유지시키고 있다. 반면에, 이 사건 면책조항에 대해서는 과실로 평가되는 경우까지 보험자를 면책시키는 것이 부당하다고 보면서 해당 약관조항의 의미를 고의 및 과실로 평가되는 경우까지 포함하는 것으로 해석하고 있다. 결국 면책조항에 대해서 그 의미를 한정적으로 해석하여 유효하다고 보기도 하고 면책조항의 의미를 무효에 해당하는 경우를 포함하는 것으로 해석하여 무효라고 보기도 하는 것으로 이해되며, 이는 결국 판례의 약관 해석 방법의 적용이 논리일관 되지

않는 것이라고 볼 여지가 있다.

2. 법논리적인 측면에서의 타당성 여부 검토

엄밀하게 말하면 규범적인 측면에서 볼 때 두 판례는 약관 해석에 관한 판례의 해석 방법을 일관되게 적용한 결과에 지나지 않으며, 그 효력을 유효로 보느냐 무효로 보느냐의 문제는 약관 해석을 통해 당사자의 의사가 확정된 이후 일의적인 의미로 이해되는 약관 조항이 약관법 내지 상법상 보험약관에 관한 강행규정에 위반되어 무효가 될 수 있는지 여부의 문제가 될 것이다.

즉, 서울고법 2005. 7. 22. 선고 2005나8301 판결은 제한 해석과 작성자 불리 해석의 원칙에 따라 자살면책약관에 대해서 피보험자가 암의 발병 및 치료의 실패, 말기암의 진행으로 인한 극심한 통증, 우울증, 무력감과 불안, 전신쇠약 등으로 인하여 자살에 이르게 되어 그 질병과 사망사이에 상당인과관계가 존재하는 경우에는 그 면책규정의 적용이 배제된다고 보면서 해당 조항을 유효로 보았다. 요컨대, 다의적으로 해석될 여지가 있는 경우라고 보고 작성자 불리 해석의 원칙에 따라 면책규정을 제한적으로 해석하고 있다. 그러나 이 사건 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결에서는 피보험자의 사망사고가 전체적으로 볼 때 고의로 평가되는 행위로 인한 경우뿐만 아니라 과실로 평가되는 행위로 인한 경우에도 지급면책사유에 해당하는 것으로 정하고 있다는 이유로 해당 면책규정을 무효로 보고 있는바, 객관적 해석에 따라 고객집단의 이해가능성을 기준으로 했을 때, 해당 면책규정이 일의적으로 해석된다고 보고 일의적인 의미로 해석되는 면책조항이 불공정약관에 해당한다고 보아 해당 조항을 무효로 선언하고 있다.

따라서 이 사건 판례를 근거로 법원의 약관 해석에 관한 태도가 일관되지 않다고 보기는 어려울 것으로 생각되며, 오히려 약관 조항이 일의적으로 해석되는 경우에는 작성자 불리 해석의 원칙을 적용하지 않고 일의적으로 해석되는 조항의 유무효를 평가한다는 점에서 논리 일관된 판

례의 태도라고 생각된다.

V. 소결

생각건대 법원이 약관 조항의 문언상 불공정성이 문제될 여지가 있는 약관 조항에 대해서 제한 해석 내지는 작성자 불이익 해석의 방법을 통해 그 의미를 한정적으로 해석하면서 이를 유효하다고 보는 것은 개별 사안에서 구체적 타당성을 피하기 위한 시도로 보여지며 이는 문언상의 의미가 불명확할 수 있는 약관 조항을 계약의 내용으로 편입시킨 당사자의 의사를 1차적으로 존중한다는 점, 거래관행 및 약관법의 규정체계상 약관 조항의 유효 여부를 당사자가 계약체결단계에서 확정적으로 판단하기 어렵다는 점, 당사자가 합의한 약관의 효력을 가급적 유지하는 범위 내에서 관련 분쟁을 해결하는 것이 구체적인 타당성을 도모할 수 있다는 점을 고려한다면 법원의 이러한 태도는 타당한 해석 방법이라고 생각된다. 다만 법원은 약관의 내용이 약관법에 위배되어 불공정한 내용인 경우 그 조항에 대해 소극적 무효를 선언할 수 있을 뿐이고 당사자가 합의한 계약내용을 적극적으로 수정할 권한은 없다는 점, 법원이 바람직한 방향으로 계약내용을 형성하는 예외가 허용되기 위해서는 정책적인 고려 외에도 이를 정당화할 수 있는 방법론적 측면에서의 정당화가 필요하다는 점을 고려한다면, 제한적 해석 내지 작성자 불이익 해석의 방법은 약관을 이용하여 계약을 체결한 당사자의 의사를 벗어나 실질적인 내용통제의 방법으로 활용되는 것은 지양되어야 할 것이다. 따라서 현재 법원에 의해 이루어지는 제한적 해석 내지 작성자 불이익 해석의 방법은 어디까지나 해석의 한계를 준수하는 범위 내에 있을 때 그 정당성이 인정될 수 있을 것이라고 생각한다.

요컨대 전체적 통일적 해석을 추구하는 약관의 특성을 고려하고, 약관의 일부 조항에 불공정성이 있다하더라도 이를 바로 무효로 하기보다는 계약조항의 효력을 유지하면서 양 당사자의 이익을 형량하여 고객에게

유리하게 한정적으로 그 조항의 의미를 새기는 것이 오히려 약관을 이용한 고객의 이익보호에 더 부합할 수 있다는 측면을 고려한다면 현재 판례의 약관해석 방법은 타당한 해결방안이라고 생각된다. 다만 이러한 약관해석 방법의 적용에 있어서 법논리적인 측면에서의 일관성 외에도 정책적 측면에서의 일관성도 필요하다고 생각되므로, 엄격하게 일의적으로 해석되는 경우와 다의적으로 해석되는 경우를 나누기 보다는 약관 조항에 대한 법원의 규범적 판단을 통해 해당 조항의 일부에 무효사유가 있다하더라도 한정적으로 의미를 새기는 경우 유효로 볼 수 있다면 한정적으로 해석하여 유효로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 특히 면책조항의 유효여부가 문제되는 경우, 면책조항을 한정적으로 해석하면서 유효로 보기도 하고 전체적으로 무효로 보기도 하는 것보다는 일관되게 한정적으로 해석하면서 그 범위 내에서 유효하다고 보는 해석이 법적 안정성의 측면에서나 계약효력의 유지의 측면에서 볼 때 타당하다고 생각한다.

제 5 장 결론

약관의 해석은 결국 약관을 이용한 거래에서 당사자의 진정한 의사가 무엇인지 확정하는 작업이라고 할 것인바, 계약해석에 관한 일반원칙에 따라 해석을 하여야 할 것이다. 다만 약관을 이용한 거래의 특성을 고려하여 이루어져야 한다. 일반적인 계약해석에 있어서도 법원에 의한 가치 판단 및 규범적 요소들에 대한 고려가 이루어진다. 약관을 이용한 거래의 경우에는 고객집단에 대해서 전체적·통일적인 해석이 요구되고, 양 당사자 사이에 정보와 교섭력의 불균형이 존재하는 경우가 많다. 따라서 약관의 해석에 있어서는 법원의 개입정도가 통상의 대등한 교섭 당사자간에 체결된 계약보다 더 큰 정도로 이루어질 필요가 있다. 본 논고에서는 이러한 문제의식을 갖고 약관의 해석에 관련되어 제시되는 다양한 약관해석의 방법의 타당성 여부에 대해서 개별판례를 통해 살펴보았다. 결국 판례는 약관의 해석이라는 문제에 대해서 접근함에 있어 개별 사건에서의 구체적 타당성을 도출하기 위해 다양한 약관해석 방법을 제시하면서도 한편으로는 신의성실해석, 객관적 해석 및 작성자 불리 해석의 원칙 등 약관해석의 경우 강한 규범적 판단 요소들을 기준으로 삼고 있다.

해석통제와 내용통제의 접점에 있는 문제로서 판례가 제시하는 해석의 방법의 타당성에 대해서 학설상 논의가 있는 바, 우선 효력유지적 축소를 해석 방법으로서 인정할 수 있는지 여부 및 그 구체적 타당성의 문제가 있다. 약관의 효력을 최대한 유지하면서 당사자 사이에 실질적인 분쟁해결을 도모하는 이러한 판례의 시도는 일응 타당하다고 생각된다. 다만 판례는 ‘수정해석’이라는 용어를 사용하면서 약관에 대한 내용통제가 아닌 해석통제의 한 방법으로 이를 인정하는 듯한 태도를 보이고 있는데, 효력유지적 축소는 약관에 대한 해석을 통해 그 약관 조항의 의미를 일의적으로 확정된 후, 해당 조항의 일부에 무효사유가 있는 경우 일부만으로 유효하다고 보는 것이므로 엄밀히 본다면 해석 통제가 아닌 실질

적인 내용 통제의 영역에 해당한다. 따라서 효력유지적 축소는 약관의 해석 이후 약관 조항의 불공정한 일부부분의 효력을 부인하는 내용통제의 한 방법으로서 인정하는 것이 체계상 타당하다고 생각된다. 아울러 효력유지적 축소를 인정하는 것이 약관법과 민법의 체계 및 법원에서의 실질적인 분쟁해결에 도움이 된다는 측면에서 약관법 제8조와 관련하여 손해배상액의 예정이 문제되는 경우에도 효력유지적 축소를 인정함이 타당하다고 생각한다.

다음으로 엄격 해석 내지는 작성자 불리 해석의 방법으로 개별 약관 조항에 대해서 문언과 달리 그 의미를 축소해석하면서 유효한 약관으로 보아 이를 적용하여 사안을 해결하는 것이 인정될 수 있는 방법인지 여부 및 그 구체적 타당성의 문제가 있다. 이러한 해석 방법이 사실상 약관법을 통한 약관에 대한 내용통제를 형해화 시킨다는 비판도 있으나 약관을 사용하는 당사자로서는 그 불공정성 여부 및 유무효여부를 미리 알 수 없다는 점을 고려한다면 법원에서 최대한 약관의 효력을 유지하면서 구체적 타당성을 도모하려는 이러한 해석론 역시 일응 타당하다고 생각된다.

요컨대, 본 논고에서는 약관해석에 관한 종래의 이론들을 개관하면서 이를 관통하는 문제의식으로서 약관의 특징을 고려한 약관의 해석에 있어서는 통상적인 교섭에 의한 계약체결의 경우보다는 법원의 개입정도가 더 크게 되고 규범적 판단요소가 더 많이 작용하게 된다는 점을 문제제기하였다. 결국 개별 판례들에서 확인되는 바와 같이 약관의 해석에 있어서 법원은 문언에 구애받지 않고 약관의 특징을 고려한 규범적 요소에 대한 판단을 기준으로 삼고 있다고 보여 진다. 또한 최근 판례에서 확인되는 약관의 해석방법은 법논리적으로는 종래의 해석방법에 관한 논의에 따라 충분히 설명이 가능하고 부당한 결론을 내린 경우도 없다고 생각된다. 다만 보험약관에서의 면책조항 등에 관하여 객관적 해석 및 작성자 불리 해석에 관한 약관해석의 법리에 충실하면 실질적인 해석 및 운용에 있어서 다소 혼란이 초래될 우려가 있으므로 약관조항 일부에 무효사유가 있는 경우, 한정적으로 의미를 새기면서 유효로 보는 것으로 통일적

으로 해석할 필요가 있다고 생각한다.

앞으로 추가적인 연구를 통해서 약관의 해석에서 적용되는 해석 방법들을 보다 실질적인 기준에 따라 분류하고, 약관의 해석에서 요구되는 규범적 요소들에 대한 판단을 위한 기준과 그 한계를 명확히 하기 위한 연구가 필요할 것으로 생각된다.

참 고 문 헌

<국내문헌>

단행본

- 곽윤직 편, 민법주해 2권, 2010
- 곽윤직 편, 민법주해 12권, 2009
- 곽윤직·김재형 민법총칙, 2012
- 곽윤직, 채권각론(제6판), 2005
- 권오승, 경제법(제5판), 2005
- 권재열, 경제법(4정판), 2006
- 김상용, 민법총칙, 2003
- 김상용, 채권각론(개정판), 2003
- 김성태, 보험법강론, 2001
- 김재형, 근저당권연구, 2000
- 김증한·김학동, 민법총칙, 1995
- 김형배, 채권각론(계약법), 2001
- 남효순, 약관의 해석, 권오승 편 공정거래법강의Ⅱ, 2000
- 명순구, 민법총칙, 2005
- 백태승, 민법총칙, 2000
- 손지열, 은행거래약관, 김건식·남효순 편 금융거래법강의, 1999
- 송덕수, 민법강의(상), 2007
- 송덕수, 민법총칙, 2011
- 신현윤, 경제법(제3판), 2010
- 양승규, 보험법(제5판), 2004
- 양창수·김재형, 계약법, 2010
- 이기수·유진희, 경제법(제8판), 2009
- 이영준, 민법총칙, 2007

- 이영준, 한국민법론(총칙편), 2004
- 이은영, 약관규제법, 1994
- 이은영, 민법총칙, 2004
- 이은영, 채권각론(제4판), 2004
- 장경환, 약관의 불공정성 판단, 권오승 편 공정거래법강의Ⅱ, 2000
- 정호열, 경제법(제3판), 2010

논문

- 김동훈, 약관의 내용통제와 수정해석, 인권과 정의(1995. 3.)
- 김영갑, 약관규제의 법리와 수정해석의 문제, 법조(1997. 1.)
- 김재형, 법률행위 내용의 확정과 그 기준, 민법론 I (2004)
- 김재형, 황금들녘의 아름다움: 법해석의 한 단면-임대주택법상의 임차인에 관한 해석 문제-, 민법론Ⅳ(2011)
- 김재형·이영훈, 말기암 환자의 자살과 자살면책약관의 해석, 상사판례연구 제19집 제1권 (2006. 3)
- 김진우, 계약의 공백보충, 비교사법 제8권 제2호(2001)
- 김진우, 국제계약규범에서의 계약조항의 편입, 법조 2011. 12(Vol.663)
- 김진우, 약관 내용통제의 정당화사유, 법학연구 제53권 제1호(통권71호, 2012)
- 김진우, 약관의 해석에 관한 일고찰-객관적 해석과 작성자 불이익의 원칙의 유럽법과의 비교를 통한 검토-, 재산법연구 제28권 제3호(2011)
- 김효신, 약관규제의 일반원칙과 수정해석, 법학논고 제13집(1997)
- 남효순, 법률행위의 해석의 쟁점-법률행위해석의 본질 및 방법에 관하여-, 서울대학교 법학 제41권 1호(2001)
- 박창희, 약관해석에 관한 일고찰, 전북법학논집 제1집(2000)
- 백태승, 법률행위의 해석에 관한 판례의 태도, 저스티스 제32권 제1호

(1999)

- 손승범, 민사사건에서 사문서인 처분문서 해석에 관한 실무적 소고, 청주법학 제33권 제1호(2011)
- 송덕수, 보통거래약관의 법률문제, 법학논집 11권 1호(2006)
- 심재돈, “부동산매매계약에 있어서 위약계약금조항에 부가된 자동해제조항의 해석”, 민사재판의 제문제 9권(1997)
- 양승규, 자살면책약관과 암환자의 자살, 손해보험 제442호(2005)
- 양창수, 자동차보험약관의 무면허운전면책조항에 대한 내용통제, 법과정의(이회창선생 화갑기념논문집, 1995)
- 엄동섭, 법률행위의 보충적해석, 한국민법이론의 발전-무암이영준박사 화갑기념논문집-(1999)
- 엄동섭, 법률행위의 해석에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문(1992).
- 오지용, 한정운전 특별약관의 해석기준에 관한 소고-운전자연령 한정 특별약관을 중심으로-, 법조 제56권 제2호(2007)
- 윤남순, 미국계약법상 계약조건의 해석, 경영법률(2005)
- 윤진수, 계약 해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법, 비교사법 제12권 4호 (통권31호, 2005)
- 윤진수, 법률행위의 보충적 해석에 관한 독일의 학설과 판례, 재판자료 59집(1992. 12)
- 윤진수, 계약 당사자의 확정에 관한 고찰, 판례실무연구Ⅱ(1998)
- 윤형열, 계약의 보충적 해석, 비교사법 15권 2호(2008)
- 이승우, 법률행위 해석, 민사법연구 제10집 제1호(2002)
- 이영준, 법률행위의 해석론(Ⅰ),(Ⅱ),(Ⅲ) 인권과 정의(1986)
- 이은영, 보통거래약관의 해석원칙, 사법연구1(1983)
- 이재현, 국제물품매매계약에 관한 UN협약의 해석, 외법논집 통권32호(2008)
- 이주홍, 일반거래약관에 대한 해석통제, 민법학논총 2권(1995)
- 이진기, 1980 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 해석과 적용, 비교사법 제17권 2호 (통권49호, 2010)

- 조규성, 판례를 통해 본 자동차보험 약관의 문제점과 개선방안에 관한 고찰-약관의 사법적 통제를 중심으로, 보험학회지 제90집(2011)
- 최명구, 유럽계약법상 신의성실의 원칙의 내용과 우리민법의 시사점, 재산법연구 제27권 제1호(2010. 6.)
- 최세련, 해상운송계약에서의 약관규제법의 적용, 한국해상법학회지 제31권 제1호(2009. 4.)
- 최준규, 계약해석의 방법에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문(2011)
- 최준규, 보험계약의 해석과 작성자불이익의 원칙, BFL 48호(2011)
- 최준규, 화재보험자의 임차인에 대한 구상권 행사와 계약의 보충적 해석, 사법논집 51집(2011)

<외국문헌>

영미문헌

- Alan Schwartz/Robert E. Scott, "Contract Theory and the Limits of Contract Law", 113 Yale L. J. 541 (2003)
- Atiyah, Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 6th ed.(2005)
- Lando/Beale, Principles of European Contract Law. Parts I and II (2000)
- Nicole Kornet, "Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives (2006)
- Robert E. Scott, "The Case for Formalism in Relational Contracts", 94 Nw. U. L. Rev. 847 (2000)
- Steven J. Burton, Elements of Contract INterpretation (2009)
- International Institute for the Unification of Private Law(UNIDROIT), Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010(2010)

독일문헌

- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Reinhard Bork, (2006)
- Ulrich Ehricke, "Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung", RabelsZ 60(1996).

Abstract

A study on the interpretation of the standard terms

-mainly focused on the analysis of the
method that the court's interpretation of the
standard terms-

SEUNG MIN KIM

Dep. of Law

The Graduate School

Seoul National University

A contract with the standard terms is a trade that one party prepared standard terms before contracting and according to the terms both parties make a contract. These contracts with the standard terms are beneficial and widely used in many fields such as bank transactions, insurance transactions and so on. Although a contract with the terms are beneficial, sometimes this contract would be unfair while an economically superior party already prepared the terms. Act on regulation of the standard terms rules the unfair standard terms nullification.

A general rule of the contract would be applied to the contract with the standard terms. So the court has to confirm contents of the contract before it apply the act on regulation of the standard terms to the contract. In that case, the court has to interpret the standard terms before confirm contents of the contract. The interpretation of the standard terms is also one way the interpretation of contracts.

In Chapter 2 and 3 we take the significance and the method of the standard terms interpretation. In searching for the substance of the standard terms interpretation, we have to take the specific character of the standard terms. Also, we take general contract interpretation rules and interpretation rules which regulated in Act on regulation of the standard terms. Moreover, through searching for recent cases, we examine rules which court applied to the cases are reasonable. Specifically, we search for foreign legislations and court's judgment cases about contract interpretation.

In Chapter 4 we examine theories and court's judgment cases about interpretations of the standard terms regulated on Act on regulation of the standard terms. In court's judgment cases, we could find that court sets up a limited interpretation and a 'Contra proferentem' in standard terms interpretation and courts often limit intents of the standard terms through interpretations. The problem is that limited interpretations of the standard terms are allowed in individual cases. Also we examine that if these interpretations are allowed, specifically how these interpretations could be justified.

In conclusion court's various methods about the interpretation of the standard terms are results of pursuit to validity in various cases. And those court's interpretation methods are reasonable when considering characters of the standard terms which require an overall-unified interpretation. In interpreting the standard terms, moreover, limited interpreted valid contract clauses are more beneficial and profitable than invalid clauses to customers.

keywords : standard terms, the interpretation of contracts, the method of standard terms interpretation, Contra proferentem, Rechtsgeschäftsauslegung.

Student Number : 2005-21761