

契約의 解釋과 法の 適用

김 철 수*

Construction of Contract and Application of Law

Cheol-Soo Kim

〈 目 次 〉

Abstract	III. 契約의 解釋과 法の 適用과의 관계
I. 問題의 所在	IV. 맺음말
II. 補充的 契約解釋에 관한 獨逸民法理論	

Abstract

When the breach of contract is at issue between the contracting parties, the decision of the contents of obligation has an important meaning. The contents of obligation is decided by the construction of contract. Therefore, the construction of contract has very important meaning for the decision of the contents of obligation.

And the Civil Law of Korea includes provisions to settle disputes related to contract, and most of these provisions have the nature of voluntary law. And when there is no intention of the contracting parties, or it is not clear, the voluntary law comes into application(Civil code art. 105).

Ultimately, voluntary law not only becomes the standard of the construction of the contract, but also it is applied as the law to settle dispute. Thus, it needs to clear what is the relation between the construction of contract and the application of law.

Therefore, this paper aims to clarify the relationship between the construction of contract and the application of law.

* 正會員, 韓國海洋大學校 海事法學科

I. 問題의 所在

契約當事者 사이에 債務不履行이 문제로 되는 경우에 있어서 중요한 意味를 가지는 것은 債務者의 債務의 內容을 確定하는 것이며, 債務의 內容은 개개의 契約의 解釋에 의하여 定해지게 된다. 따라서 契約의 解釋은 債務不履行의 前提인 債務內容의 確定에 있어서 중요한 意味를 가지게 된다.¹⁾

우리 民法은 다른 立法例의 경우와는 달리(獨逸 民法 第133條·157條, 프랑스民法 第1156條 이하, 스위스債務法 第18條 등 참조) 法律行爲의 解釋에 관하여 明文의 規定을 두고 있지 않다. 그러나 이 문제와 관련하여 우리나라의 通說은, 法律行爲의 解釋이라고 하는 것은 當事者의 「內心의 效果意思」를 探究하는 것(法律行爲의 解釋에 있어서의 意思主義) 이 아니라, 表示行爲가 가지는 客觀的인 意味를 밝히는 것(法律行爲의 解釋에 있어서의 表示主義)이라고 하고, 그 解釋의 基準으로서는 當事者의 目的, 慣習, 任意法規, 信義誠實의 原則을 들고 있다.²⁾

한편 契約과 관련한 紛爭의 해결을 위하여 民法은 債權編에 여러 가지 規定을 두고 있으며, 그 대부분은 「任意法規(規定)」로서의 性質을 가진

다. 그리고 法律行爲의 當事者의 특별한 意思의 表示가 없는 경우 또는 意思가 不明確한 경우에는 이 任意法規가 適用되게 된다(民法 第105條). 결국 任意法規는 한편으로는 契約解釋의 基準이 되며, 다른 한편으로는 그 자체 紛爭解決을 위한 法規範으로서 適用되게 된다. 따라서 契約의 解釋과 法の 適用은 어떠한 關係에 있는가 하는 疑問이 提起된다.

위와 같은 문제에 대하여 종래 우리 民法學에서는 특별히 論議되지 아니하였으나, 獨逸民法學에서는 일찍부터 補充的 契約解釋(ergänzende Vertragsauslegung)의 問題로서 활발히 論議되어 왔다. 그리하여 이하에서는 獨逸의 補充的 契約解釋論을 概觀한 다음, 이것을 기초로 하여 契約의 解釋과 法の 適用과의 關係에 대하여 檢討하기로 한다.³⁾

II. 補充的 契約解釋에 관한 獨逸民法理論

1) 補充的 契約解釋(ergänzende Vertragsauslegung)⁴⁾은 개개의 意思表示의 解釋이 아니라, 契約當事者의 意思의 欠缺(Lücke)이 있는 경우에 그 欠缺을 補充하기 위하여 행하는 契約의 解釋을 말

1) 이에 대하여는 拙稿, 「債務不履行責任의 要件論의 再構成」 참조.

2) 郭潤直, 民法總則, 1990, 386-388면

3) 比較法的 考察의 대상으로 獨逸法을 선택한 理由는 다음과 같다. 첫째, 法律行爲論 그것 자체가 獨逸民法學의 產物이고, 우리의 法律行爲論도 그것으로부터 많은 影響을 받아 形成되어 왔으며, 둘째, 이에 관한 기초적인 研究가 充分하지 못한 現在의 事情하에서, 獨逸에서의 論議는 契約의 解釋과 法の 適用과의 關係과약에 있어서 많은 것을 示唆할 것으로 생각하기 때문이다.

4) 獨逸의 補充的契約解釋論에 관한 基本的 文獻으로서, Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., 1911; Titze, Die Lehre vom Miverständnis, 1910; Paul Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, S. 151 ff.; Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918; Franz Leonhard, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, AcP. 120, 1922, 14 ff.; Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930; derselbe, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 1980, S. 497 ff.; Henckel, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP. 159, 1960, 106 ff.; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben FS zum Hunderjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960 Bd. 1, 1960, 135 ff.; derselbe, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979(이하에서는 Das Rechtsgeschäft로 略稱한다), S. 321 ff.; Manfred Wolf in Soergel Kommentar zum BGB, 12, Aufl., Bd. 1, 1987, § 157 Rdnr. 103-132; 我妻榮, 「ダントツの『裁判官の解釋的作用』」, 法學協會雜誌 第41卷 3號, 1923; 高橋三知雄, 「私的自治·法律行爲論序說」, 關西大學 法學論集 第24卷 3號, 1974, 105면 이하; 吉岡祥充, 「W·フルーメ의法律行爲論に關する一考察」, 大阪市立大學 法學雜誌 第31卷 3, 4號, 1985, 777면 이하, 第32卷 2號, 1985, 257면 이하; 山本敬三, 「補充的契約解釋(一)~(五)」, 法學論集 第119卷 2, 4號, 第120卷 1, 2, 3號, 1986. 이하의 考察에 있어서는 특히 山本敬三의 論文에 힘입은 바가 크다.

한다.⁵⁾ 契約當事者의 意思表示 또는 合意는 언제나 完全한 것은 아니며, 여기에는 자주 不完全한 (unvollständig) 점이 있게 된다. 이 경우에 契約中에 정함이 없는 이른바 欠缺(Lücke) 部分은 이를 補充하지 않으면 아니된다. 補充的 契約解釋은 이러한 欠缺을 補充하는 機能을 가지는 解釋方法으로서 現在 獨逸의 學說⁶⁾·判例⁷⁾에 의하여 기본적으로 인정되고 있다.⁸⁾

그러나 補充的 契約解釋에 관한 종래의 論議가 반드시 단순한 것만은 아니었으며, 아직까지도 檢討해야 할 점이 많이 남아 있다. 종래의 補充的 契約解釋論에서 특히 중점적으로 論議된 기본적인 문제는 補充的 契約解釋의 認定與否 및 補充的 契約解釋과 任意法規와의 관계에 관한 것이었다. 따라서 이하에서도 이 문제에 초점을 맞추어, 補充的 契約解釋에 관한 獨逸民法學에서의 論議를 간단히 정리하고자 한다.

2) 먼저 20世紀初의 補充的 契約解釋論을 살펴보기로 한다.

補充的 契約解釋에 관한 論議는 解釋(Auslegung)과 補充(Ergänzung)이라고 하는 두 가지 概念의 구별을 前提로 한다. 契約의 解釋과 補充(法の 適用)을 구별하지 아니하는 一元論에서는 兩者의 中間의 概念인 補充的 契約解釋이 아무런 意味를 갖지 못함은 지극히 당연하다. 이와 같이 解釋과 補充을 구별하지 아니하는 學者로는 단쯔(Erich Danz)와 띠제(Heinrich Titze)가 있다.⁹⁾ 단

쯔에 의하면, 法律行爲에 의하여 「어떠한 法律效果가 발생하였는가를 결정하는 것은 언제나 解釋이며,¹⁰⁾ 「모든 解釋의 결과는 언제나 意思表示의 補充이다.¹¹⁾ 따라서 그는 解釋에 의하여 表示의 내용을 명확히 하는 것과 任意法規(Dispositivnorm)에 의한 補充을 구별하지 아니한다.¹²⁾

띠제도 단쯔와 마찬가지로 解釋과 補充을 구별하지 아니한다. 띠제에 의하면, 解釋은 「表示内容(Erklärungsinhalt)」을 명확하게 하고 「表示結果(Erklärungsfolge)」를 확정하는 것이다. 따라서 表示의 内容과 表示의 法律效果(Rechtsfolge)는 구별할 수 없으며, 「表示内容」은 「表示에 의하여 발생한 法律效果의 總體」라고 한다.¹³⁾ 그는 이것을 기초로 하여, 「意思表示의 補充은 또한 法的으로 항상 表示解釋이며, 意思表示의 解釋은 또한 法的으로 항상 表示補充이다,¹⁴⁾ 「當事者에 의하여 행하여진 表示에 포함되지 않는 意思表示의 法律行爲의 效果는 없다. 그리고 이 表示内容의 確認하는 方法은 한 가지 밖에 없다. 이것을 解釋이라고 하기도 하고, 補充이라고 하기도 하지만 이 두 명칭에는 어떠한 本質的인 差異도 없다¹⁵⁾고 함으로써 解釋과 補充을 구별하지 아니한다.

그러나 이에 반하여 단쯔와 띠제 이외의 諸見解는 解釋과 補充을 구별한다. 특히 라렌쯔는 解釋과 補充은 오히려 法律要件(Tatbestand)의 解釋(Deutung)으로서의 意味와 이미 解釋된 法律要件에 대한 法の 適用으로 엄격히 구별되며, 「表示의

5) Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 1980(이하에서는 Allgemeiner Teil로 略稱한다), S. 497.

6) Oertmann, a.a.O., S. 159 ff.; Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930(이하에서는 Auslegung으로 略稱한다), S. 92 ff.; Henckel, a.a.O., S. 106 ff.; Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 321 ff.

7) BGHZ 9,273; 16, 71; BGH LM Nr 10 zu § 157(D); WM 1964, 234, 235.

8) Vgl. Wolf, a.a.O., § 157 Rdnr. 103. S. 1195.

9) Vgl. Larenz, Auslegung, S. 93.

10) Danz, a.a.O., S. 58.

11) Danz, a.a.O., S. 75.

12) Vgl. Larenz, Auslegung, S. 93.

13) Titze, a.a.O., S. 451.

14) Titze, a.a.O., S. 488.

15) Titze, a.a.O., S. 491.

내용과 任意法規는 서로 배척한다」¹⁶⁾고 하여, 解釋과 補充을 구별하지 아니하는 단조와 티제의 見解는 이 점에서 根據가 없다고 批判한다.^{17), 18)} 그리하여 解釋과 補充을 구별하지 아니하는 경우에는 당연히 補充的 契約解釋이 문제로 되게 된다.

補充的 契約解釋에 관하여 처음으로 理論的 基礎를 提示한 것은 에르트만(Paul Oertmann)이다.¹⁹⁾ 에르트만은 本來的인 表示의 意味의 확정과 또한 表示된 意思의 補充도 解釋의 임무라고 함으로써, 本來的 表示解釋과 補充 사이의 中間領域(Zwischengebiet oder Mittelgebiet)으로서 補充的 解釋 또는 意思補充(Willensergänzung)을 인정한다. 이러한 補充的 解釋은 法律行爲에 부속하는 개개의(einzeln) 表示와 法律行爲全體(Geschäftsakt im ganzen)는 구별되어야 하므로 결코 자기모순이 아니며,²⁰⁾ 獨逸民法 第157條²¹⁾가 補充的 解釋의 인정에 필요한 實定法的 기초(positiv-rechtliche Grundlage)를 제공하고 있다고 한다.²²⁾ 그러나 意思補充 또는 補充的 契約解釋은 쉽게 허용되어서는 아니되며²³⁾, 그것은 法律行爲目的의 달성에 不可缺少한 범위에 한정된다고 한다.²⁴⁾ 또한 意思補

充(補充的 契約解釋)과 任意法規(補充規定(Ergänzungsregeln))과의 관계에 관하여 에르트만은, 任意法規는 그것을 도로 밀어내는(zurückdrängend) 特別한 개별적인 法律行爲目的에 의거한 意思補充²⁵⁾은 배제하지 아니하지만, 단지 類型的인(契約) 目的 및 去來慣行에 의거한 意思補充은 배제한다고 한다.²⁶⁾

위와 같이 에르트만이 解釋과 補充 사이의 中間領域으로서 補充的 解釋을 인정하는 데 반하여, 레온하르트(Franz Leonhard)는 앞에서 본 단조나 티제의 見解와는 달리 解釋과 補充을 구별하면서도 補充的 解釋은 인정하지 아니한다.²⁷⁾ 즉, 「대개의 경우에 不完全한(mangelhaft) 契約은 思慮이고 自由로운 解釋에 의하여 충분히 해결된다. 契約의 文言에 너무 의지하여서는 아니되며, 全事情, 契約의 目的, 去來慣行 및 衡平이 考慮되어야 한다. 그 밖에 法律上の 補充規定이 補助的으로 適用되게 되지만, 우선 상당히 광범위하고 탄력성이 있는 第242條에 따라, 給付는 去來慣行을 考慮하여 信義誠實에 따라 정하여지게 된다. 이 規定은 給付의 內容에만 관련되는 너무 좁은 것은 아니다.²⁸⁾ 「그

16) Manigk, a.a.O., S. 121.

17) Larenz, Auslegung, S. 93.

18) 그 이외의 批判見解로서는, Manigk, a.a.O., S. 118 f.; F. Leonhard, a.a.O., S. 34 ff. 등 참조. 그 구체적인 내용은, 法律要件의 解釋問題와 解釋된 法律要件에 대한 法の 適用의 문제를 혼동하고 있는 점에 집중되고 있다(山本敬三, 前掲 '補充的契約解釋(三)', 18면 참조).

19) Larenz, Auslegung, S. 95.

20) Oertmann, a.a.O., S. 159. 즉, 補充的契約解釋에 의하여 개개의 表示는 補充되며, 全體法律行爲(Gesamtgeschäft)는 解釋된다고 한다.

21) BGB § 157 [Auslegung nach Treu und Glauben]: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. 契約은 去來慣行을 考慮하여 信義誠實의 요구에 따라서 解釋하여야 한다.

22) Oertmann, a.a.O., S. 715. 즉, 「第 157條는 특별히 規定되지 아니한 契約條項에 대하여 標準인 規範을 형성한다. 同條는 表示의 解釋이 아니라 契約의 解釋에 관하여 規定하고 있으며, ……契約은 관련이 없는(zusammenhanglos) 다수의 개개의 條項 그 이외의 다른 아무것도 아니라고 주장하는 것은 誤謬이다」고 한다(S. 174).

23) Oertmann, a.a.O., S. 181.

24) Oertmann, a.a.O., S. 183 f.

25) 任意法規는 항상 類型的·平均的 利益狀態만을 標準으로 한다. 따라서 特別한 경우에 대한 特別한 취급을 可能하게 하기 위한 個別적 法律行爲目的에 의거한 意思의 補充이 필요하다고 한다(Oertmann, a.a.O., S. 152 f.).

26) Oertmann, a.a.O., S. 189.

27) Leonhard, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, AcP. 120(1922) (이하 AcP. 120 이라 한다), 14 ff.

28) Leonhard, AcP. 120, S. 44.

러나 실제로 補充이 가능한 경우에 그것은 더 이상 解釋이 아니다. 解釋과 補充은 어디까지나 對立的인 概念이며, …… 意味解釋(Sinndeutung)의 限界內에 머무르는 것만이 解釋으로 허용된다.²⁹⁾ 결국 레온하르트에 의하면, 解釋은 補充이 아니며(Die Auslegung ist nicht Ergänzung)³⁰⁾ 表示의 意味解釋에 限定된다. 補充的 解釋이 문제로 되는 것은 대개의 경우, 第242條에 의하여 해결된다. 따라서 解釋과 補充의 사이에 補充的 解釋이라고 하는 것을 인정할 필요는 없다는 것이다.

한편 라렌츠(Karl Larenz)는 補充的 解釋을 인정한다. 즉, 그는 解釋을 本來的 解釋(eigentliche Auslegung)과 補充的 解釋(ergänzende Auslegung)으로 나누고, 「兩者の 本質的인 구별표지(Unterscheidungsmerkmal)는, 前者가 개개의 表示의 意味를 探究하는 것임에 대하여, 後者는 그것을 넘어서…… 全體法律行爲(Gesamtgeschäft)의 意味를 探究하는 것이다.³¹⁾ 그러나 이 구별보다 더 중요한 것은 解釋-補充的 解釋을 포함하여-과 補充의 限界를 정하는 것(Abgrenzung)이다.³²⁾ 라고 한다. 그리하여 라렌츠는 解釋과 補充의 限界에 대하여 다음과 같이 말한다. 즉, 「補充的 解釋은 法律行爲의 관련으로부터 補充되는 規定(ergänzende Bestimmung)이 兩當事者가 理解할 수 있는 方法으로 信義誠實에 따라서 推論할 수 있는 곳까지 미친다. 또한 이렇게 확대된 意味는 表示者의 責任으로 돌릴 수 있는 즉, 그가 理解할 수 있는 것이어야 한다.³³⁾ 「그러나 補充되는 規定이 더 이상 表示 또는 法律行爲의 관련으로부터 推論될 수 없는 경우에는, 補充의 領域이 시작된다.³⁴⁾ 결국 라렌츠는 表示 또는 法律行爲의 관련

으로부터의 推論可能性與否에 의하여 解釋과 補充의 限界를 정하고 있다.

3) 이상과 같이 20世紀初 獨逸民法學에서는 法律行爲의 解釋方法의 하나로서 補充的 契約解釋이 論議되어 왔다. 그러나 이에 관한 論議는 1960年代에 이르러 다시 활발하게 행하여 지게 된다. 이하에서는 대표적으로 헨겔(Wolfram Henckel), 플루메(Werner Flume) 및 라렌츠(Karl Larenz)의 見解를 차례로 살펴보기로 한다.

먼저 헨겔은 補充的 契約解釋의 문제를, 첫째, 契約에 있어서의 拘束의 限界는 또한 解釋에 의하여 확인될 수 있는가, 둘째, 欠缺補充(Lückenfüllung), 따라서 法律效果命題(Rechtsfolgesätzen)의 補充에 의하여 또한 契約의 內容이 解釋되는가의 두 가지의 문제로 파악한다. 그리하여 그는 이 문제에 대한 해답은 私的自治(Privatautonomie)의 本質과 機能으로부터 얻어진다고 한다.³⁵⁾ 즉, 契約意思(Vertragswillen)와 去來保護利益(Verkehrsschutzinteresse)의 합동으로부터 契約에 있어서의 拘束의 限界도 발생한다. 契約內容의 正當性의 保證이 더 이상 존재하지 아니하고, 去來保護利益이 契約의 유지를 명령하지 아니할 경우에는, 拘束은 더 이상 正當化되지 아니한다.³⁶⁾ 따라서 拘束의 限界의 확인, 그와 동시에 契約欠缺의 확정인 문제가 되어 있는 限에 있어서는, 眞正한(echten) 解釋問題가 존재하게 된다.³⁷⁾ 그러나 解釋에 의해서는 단지 契約에 있어서의 拘束의 限界, 그와 동시에 契約欠缺만이 확정되며, 그것으로써 欠缺에 대한 補充은 확정되지 아니한다. 왜냐하면 契約欠缺이 확정되며, 그것으로써 欠缺에 대한 補充은 확정되지 아니한다. 왜냐하면 契約欠缺이 있는 경우에, 이

29) Leonhard, AcP. 120, S. 46. 山本敬三, 前掲 '補充的契約解釋(二)', 9-10면 참조.

30) Leonhard, AcP. 120, S. 41.

31) 이 점에 관하여는 에르트만의 見解와 기본적으로 일치한다.

32) Larenz, Auslegung, S. 101 f.

33) Larenz, Auslegung, S. 104.

34) Larenz, Auslegung, S. 106.

35) Henckel, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP. 159(1960), S. 113.

36) Henckel, aa.O., S. 115.

37) Henckel, aa.O., S. 115 f.

欠缺에 대한 補充으로 적당한 것으로 생각되는 모든 것은 더 이상 契約의 正當性保證의 典型的 要因에 의하여 지탱될 수 없기 때문이다. 결국 契約으로부터 欠缺은 推論되지 아니하며, 따라서 欠缺 補充에 의하여 이미 本來的 解釋의 限界를 넘은 것으로 된다.³⁸⁾

다음으로 헨켈은 任意法規와 契約의 補充과의 관계에 대하여 다음과 같이 論한다. 즉, 구체적인 상황에 대하여 契約上 規定이 없는 경우에는 任意法規가 適用된다. 成文의 法秩序에 欠缺이 없다면 補充의 契約解釋의 문제는 전혀 발생하지 아니한다. 왜냐하면 모든 契約欠缺은 任意法規에 의하여 推論되기 때문이다. 만약 契約이 解釋에 의하여 補充된다고 한다면, 이것은 任意法規의 適用에 의한 補充에 先行하게 되며, 따라서 전체의 任意法規는 補充의 契約解釋에 의하여 배제되게 된다.³⁹⁾ 결국 補充의 契約解釋은 한편으로는 契約의 欠缺, 다른 한편으로는 法의 欠缺을 前提로 하며, 이 欠缺은 契約內容의 擴張에 의해서가 아니라, 不文法의 適用 또는 法律上의 一般條項의 구체화에 의하여 補充되어야 한다.⁴⁰⁾ 요컨대 헨켈은, 契約의 欠缺은 契約의 解釋이 아니라 法의 適用에 의하여 補充된다고 함으로써, 補充의 契約解釋을 인정하지 아니한다.

한편 플루메는 法律行爲의 解釋과 관련하여, 「法律行爲上の 表示의 解釋에 있어서는—法律의 解釋에 있어서와는 달리—歷史的 事實로서 表示에 있어서의 當事者의 事實上의 理解가 解釋을 確定한다」⁴¹⁾라고 한다. 따라서 플루메에 의하면, 表示

의 意味를 確定하는 것이 아니라, 行爲者의 現實의 意思를 探究하는 것이 法律行爲의 解釋의 目的인 것이다.⁴²⁾ 그리고 그는 補充의 解釋에 대하여 다음과 같이 論한다. 「補充의 解釋은 法律行爲의 當事者가 事實上 意欲한 것을 確定하는 것은 아니다. 그 定義에 의하면 그것은 法律行爲의 當事者가 法律行爲上の 規律(Regelung)을 設定하는 데 있어서 當該問題를 실제로 規律(regeln)하지 않은 경우에 관한 것이다」⁴³⁾ 「補充의 契約解釋의 位置에 관한 論爭은, 本質적으로 그것이 解釋에 의한 法律行爲의 補充인지 아니면 法律行爲를 根據로 하는 法律關係에 補充의 法規範을 適用하는 것인지의 문제이다. 그것이 事實上 用語의인 問題만에 관한 것인 경우에는 어느 정도 重點을 포착한 것이다. 그러나 또한 補充의 解釋은 法規範의 適用에 지나지 않는다고 主張하게 되는 경우에는,⁴⁴⁾ 그 문제는 實際의인 意味를 갖지 아니한다」⁴⁵⁾ 「補充의 解釋은, 當事者의 現實의 理解 또는 表示의 時點에서의 規範的 解釋(normative Auslegung)에 의하여 確定된 理解에 의하여 規律되지 아니한 경우에 關係한다」⁴⁶⁾ 요컨대 플루메는, 補充의 解釋은 法律行爲者의 現實의 意思의 探究 또는 規範的 解釋에 의해서도 法律行爲上の 法律의 欠缺이 존재하는 경우에, 解釋(즉, 現實의 意思의 探究 및 規範的 解釋)에 의하여 確定된 法律行爲上の 規律의 內容에 相應하는 規律을 발견하는 것이라고 하는 것이다.⁴⁷⁾

그렇다면 補充의 解釋의 구체적인 方法, 즉 法律行爲上の 規律의 內容에 相應하는 規律은 어떻게 하여 발견할 것인가. 플루메는 「類型(Typus)」

38) Henckel, a.a.O., S. 116 f.

39) Henckel, a.a.O., S. 122.

40) Henckel, a.a.O., S. 124.

41) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 302.

42) 그리고 表示에 대한 行爲者의 現實의 理解를 確定할 수 없는 경우, 또는 表示에 대한 各當事者의 理解가 일치하지 않는 경우에는, 「規範的 解釋(normative Auslegung)」이 문제로 된다고 한다(S. 302).

43) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 322.

44) 실제로 이와 같은 主張을 하는 見解로서, Henckel, a.a.O., S. 122 ff. : Pils, Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung, 1963, S. 22를 예로 든다(S. 322).

45) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 322.

46) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 323.

47) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 323.

의 概念에 의하여 이 문제를 해결한다. 즉, 「補充的 解釋의 前提는 당해 法律行爲가 그 內容에 관해서 類型으로서 파악되는 것이다. ‘이(diesen)’ 契約에 대하여가 아니라, ‘이러한(einen solchen)’ 契約에 대하여 補充的 規律을 발견하는 것이 중요하다. 당해 類型에 대한 去來慣行에 의하여 否認되지 아니할 경우에는 補充的 規律은 그 去來慣行에 相應하여 행하여진다. 그 밖의 경우에는 法秩序 전체를 참고로 하여, 특히 法秩序에 있어서 비슷한 類型에 대하여 행하여진 規律을 類推하여 補充이 발견된다」고 한다.⁴⁸⁾ 따라서 플루메에 있어서는 補充的 解釋의 경우에도 法秩序가 그 解釋의 內容을 規定하게 되며,⁴⁹⁾ 그리하여 補充的 解釋과 任意法規의 適用의 限界는 유동적인 것으로 된다.⁵⁰⁾ 그는 補充的 解釋과 任意法規의 適用을 明確하게 구별하고 있지 않으며, 대체로 補充的 解釋의 基本的인 思考方式에 대하여 소극적이라고 말할 수 있다.⁵¹⁾

이상에서 본 바와 같이, 헨켈이 補充的 契約解釋의 理論的 可能性을 부정하고, 플루메가 補充的 契約解釋을 基本的으로 認定하면서도 소극적인 입장을 취함에 반하여, 다시 라렌쯔는 다음과 같이 이것을 적극적으로 인정한다.⁵²⁾

먼저 라렌쯔는 契約(Vertrag)과 契約關係(Vertragsverhältnis)를 구별한다. 즉, 「法律行爲로서의 契約, 즉 時間的으로 進行하는 意味있는 過程(in der Zeit verlaufender sinnhafter Vorgang)으로서의 契約과, 契約에 의하여 타당하게 되는, 時間的으로 現存하는(타당한) 規律(in der Zeit beste-

nde(geltende) Regelung)로서의 契約關係는 구별되어야 한다」⁵³⁾고 한다. 그리고 이와 같은 구별은 특히 補充的 契約解釋을 파악하는 데 있어서 意味를 가진다.⁵⁴⁾ 즉 라렌쯔에 의하면, 「補充的 契約解釋은 개개의 意思表示의 規範的 意味에서의 解釋은 아니며, 契約에 의하여 創造된 客觀的 規律(objektiven Regelung)의 解釋이다」⁵⁵⁾ 또한 「契約締結에 이르는 개개의 意思表示의 解釋은, 예컨대 受領者가 意思表示가 행하여진 時點에서 그것으로부터 表示者가 생각한 內容으로서 알 수 있는 또한 알아야 하는 것만을 명백하게 할 수 있을 뿐이다. 이 時點에서 어느 當事者도 생각하지 않았고 또한 생각할 필요가 없었던 상황은, 이미 개개의 意思表示에 의해서가 아니라, 規律의 全體意味로부터 이러한 상황에 대한 基準을 알 수 있는 경우에는, 타당한 規律로서의 契約에 의하여(意味에 따라서, 暗示的으로) 동시에 規律된다」⁵⁶⁾ 그리고 「補充的 契約解釋의 法的根據는 第157條에 있다」⁵⁷⁾ 결국 이렇게 하여 라렌쯔는, 契約의 本質로부터 補充的 契約解釋의 理論的 可能性을 부정하는 헨켈의 見解를 批判하고,⁵⁸⁾ 規律로서의 契約이라는 概念에 의하여 補充的 契約解釋의 理論的 可能性을 해명하는 것이다.

다음으로 補充的 契約解釋과 任意法規와의 관계에 대하여 라렌쯔는 다음과 같이 論한다. 즉, 「契約當事者의 合意의 欠缺을 補充하는 方法에는 기본적으로 補充的 契約解釋과 任意法規의 두 가지가 있다. 그런데 이 두 가지의 可能性 相互間的

48) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 324.

49) 吉岡祥充, 'W·フルーメの法律行爲論に關する一考察(二)', 大阪市立大學 法學雜誌 第31卷 4号, 1985, 281면.

50) Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 324.

51) 山本敬三, 前掲 '補充的契約解釋(二)', 27면 참조.

52) Larenz, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositive Recht, NJW. 1963, 737 ff.; derselbe, Allgemeiner Teil, S. 495 ff.

53) Larenz, Allgemeiner Teil, S. 496.

54) 山本敬三, 前掲 '補充的契約解釋(二)', 29면 참조.

55) Larenz, Allgemeiner Teil, S. 497.

56) Larenz, Allgemeiner Teil, S. 497, Anm. 2.

57) Larenz, Allgemeiner Teil, S. 497.

58) Dazu vgl. Larenz, NJW. 1963, S. 740.

관계가 문제이다. 任意法規는 다수의 類型的인 경우를 동일하게 法律하며 그것에 의하여 法的安定性(Rechtssicherheit)을 높이는 기능을 하지만, 이것보다 補充的 契約解釋이 우선하는 모든 경우에는 그 기능을 달성하지 못한다. 즉, 구체적 契約의 意味와 目的으로부터 어떤 다른 것이 밝혀지는 경우에는, 任意法規는 모든 경우에 배제된다. 실생활에서 締結되는 契約중에서 많은 것은 法律에서 規律된 契約類型的의 하나에 모든 점에 있어서 일치하는 것이 아니라, 많건 적건 대개 그 주요한 점에 있어서만 일치한다. 그러한 契約에 있어서 立法者에 의하여 前提된 標準的인 상태는 개개의 契約에서는 존재할 수 없다. 구체적인 契約은, 典型的이지 않고 이러한 문제에 있어서 原則을 벗어난 판단을 요하는 附加的인 要素를 포함할 수 있다. 法律上的 契約類型的은 고정적인 것은 아니며 다양하게 변화할 수 있다. 이러한 意味에 있어서 그것은 「열린 類型(offene Typen)」인 것이다.……구체적인 契約이 法律上 規定된 「標準類型(Normaltypus)」에 대하여 광범한 特殊性을 나타내는 경우, 또는 契約의 全體內容으로부터 兩當事者가 任意的 法規律이 有效하게 되는 것을 원하지 않았다고 하는 것이 判明되는 경우가 補充的 契約解釋의 領域이다.⁵⁹⁾ 또한 「개별적 契約이 法律에 規定된 契約類型的에 있어서의 一般的인 概念標識에 일치한다고 할지라도, 특별한 契約形態 및 利益狀況에 의거하여 立法者의 表象(Vorstellungsbild)으로부터 本質的인 점에 있어서 벗어나는 경우에는, 補充的 契約解釋의 優先이 타당하여야 한다」고 한다.⁶⁰⁾

4) 이상에서는 補充的 契約解釋의 認定與否 및 補充的 契約解釋과 任意法規와의 관계라고 하는 두 가지의 기본적인 문제를 중심으로 하여 獨逸의 補充的 契約解釋論을 概觀하였다.

이미 본 바와 같이, 補充的 契約解釋의 認定與否의 문제는 契約에 정함이 없는 경우에 그 欠缺을 契約의 解釋에 의하여 補充할 것인가 아니면 任意

法規의 適用에 의하여 補充할 것인가의 문제이다. 이에 대하여는, 解釋은 表示의 意味解釋(Sinneutung)에 한정된다고 하든가(레온하르트), 契約欠缺에 대한 補充은 더 이상 契約의 正當性保證에 의하여 지탱될 수 없다고 하여(헨켈) 補充的 契約解釋을 인정하지 아니하는 見解도 있으나, 오늘날 獨逸의 學說·判例는 기본적으로 補充的 契約解釋을 인정하고 있다.⁶¹⁾ 補充的 契約解釋의 理論的 根據에 관하여, 에르트만은 法律行爲에 부속하는 개개의 表示와 法律行爲全體를 구별함으로써 이것을 正當化한다. 라렌즈도 本來的 解釋이 개개의 表示의 意味를 探究하는 것임에 대하여, 補充的 解釋은 그것을 넘어서 全體法律行爲의 意味를 探究하는 것이라고 하여 대체로 에르트만과 같은 입장을 취한다. 그 후 라렌즈는 다시 規律로서의 契約이라는 概念에 의하여 補充的 契約解釋의 理論的 可能性을 해명한다.

다음으로 補充的 契約解釋을 인정한다고 하면 이것과 任意法規와의 관계가 문제로 되게 된다. 兩者의 관계에 대하여는 論者에 따라 그 내용을 달리한다. 예컨대 에르트만은, 任意法規는 特別한 개별적인 法律目的에 의거한 意思補充은 배제하지 아니하지만, 단지 類型的인 契約目的 및 去來慣行에 의거한 意思補充은 배제한다고 한다. 또한 라렌즈는 구체적인 契約이 法律上 規定된 「標準類型」에 일치하지 아니한 경우 또는 이것에 일치한다고 하더라도 立法者가 예정한 表象에 本質的인 점에서 벗어나는 경우에는 補充的 契約解釋이 任意法規에 優先한다고 한다. 이와 같이 補充的 契約解釋의 인정이 반드시 任意法規의 適用排除를 意味하는 것은 아니다. 任意法規를 適用하여 지장이 없는 典型的인 事實關係가 문제로 되어 있는 경우에는 이 任意法規가 適用되지만, 이 適用을 妨害하는 개별적인 事實關係가 문제로 되어 있는 경우에는 補充的 契約解釋이 任意法規에 優先한다고 할 수 있다.⁶²⁾

59) Larenz, Allgemeiner Teil, S. 502.

60) Larenz, NJW. 1963, S. 740. 또한 山本敬三, 前掲 '補充的契約解釋(二)', 31면 주(5) 참조.

61) 주 (7) 및 山本敬三, 前掲 '補充的契約解釋(二)', 30면 참조.

62) 山本敬三, 前掲 '補充的契約解釋(四)', 44면 참조.

III. 契約의 解釋과 法の 適用과의 관계

1) 前章에서는 補充的 契約解釋論에 관한 獨逸 民法學에서의 論議를 간단히 紹介하였다. 그러면 이하에서는 이것을 참고로 하면서, 우리 法에서는 契約의 解釋과 法の 適用과의 關係를 어떻게 파악할 것인가에 대하여 檢討하고자 한다. 이를 위하여 먼저 契約의 解釋에 관한 우리나라의 學說現況을 살펴보기로 한다.

2) 먼저 契約의 解釋에 관한 종래의 通說의 見解는 다음과 같이 요약할 수 있다.⁶³⁾

첫째, 法律行爲의 解釋이라 함은 法律行爲의 내용을 명확히 하는 것을 말한다. 그리고 法律行爲는 意思表示를 要素로 하므로 결국 法律行爲의 解釋은 「意思表示의 解釋」과 같은 意味라고 한다. 결국 通說의 見解는 契約의 解釋을 별도로 취급하고 있지는 않으며, 法律行爲一般의 解釋으로서 論한다. 그리하여 契約-法律行爲-意思表示라고 하는 傳統的 體系에 따라서 契約의 解釋은 法律行爲 내지 意思表示의 解釋으로 還元된다.

둘째, 法律行爲(意思表示)의 解釋은 當事者의 意思를 밝히는 것이다. 그러나 그것은 當事者의 眞意 내지 內心的 效果意思를 探究하는 것은 아니며, 表示行爲가 가지는 客觀的인 意味를 確定하는 것이다. 當事者의 內心的 效果意思는 法律行爲의 效力에 영향을 미치는 일은 있어도(意思와 表示의 不一致, 瑕疵있는 意思表示의 문제), 그것은 法律行爲의 解釋의 問題는 아니다. 한편, 法律行爲(意思表示)의 解釋은 表示行爲가 가지는 意味를 밝히는 것이기는 하지만, 表意者와 相對方의 內心的 意思가 一致하는 경우(즉 兩當事者가 表示에 부여한 主觀的인 意味가 一致하는 경우)에는 表示의 客觀的인 意味를 問題로 하는 것이 아니라, 當事者가 一致하여 부여한 意味로서 法律行爲(意思表示)가 效力을 가지는 것으로 한다(falsa demonstratio non nocet의 原則의 承認).

세째, 通說의 見解는 一般的으로, 우리 民法은 法律行爲 解釋의 標準에 관하여 明文의 規定을 두

고 있지 않지만, 法律行爲 解釋의 本質로부터, ① 當事者의 目的(當事者가 企圖하는 目的), ② 慣習, ③ 任意法規, ④ 信義誠實의 原則이 解釋의 구체적인 基準이 된다고 한다. 그리고 이러한 解釋의 標準에 관하여는 다음과 같이 설명한다.

먼저 當事者가 企圖하는 目的에 대하여는 다음과 같이 論한다. 즉, 法律行爲의 解釋은 무엇보다도 當事者가 달성하려는 目的을 捕捉한다는 것이 第一의 課題이다. 이를 위해서는 表示行爲의 表現이나 文字에만 구애함이 없이 當事者가 企圖하는 취지, 當事者의 意圖가 될 수 있는 대로 달성되도록 解釋하여야 한다. 따라서 法律行爲 가운데의 모순되는 條項은 되도록 統一的으로 解釋하고, 行爲의 內容 내지 目的은 될 수 있는 대로 可能·有效하도록 解釋하여야 한다.

다음으로 第二의 標準인 慣習에 대하여는, 民法 第106條가 法律行爲 解釋의 原則을 明言하고 있는 것으로 理解한다. 그리하여 強行法規에 違反하지 않고 또한 任意法規와 다른 慣習이 있을 때에, 當事者가 특히 그 慣習에 의하지 않는다는 것을 명백하게 한 경우를 제외하고는, 그 慣習은 任意法規에 優先하여 法律行爲 解釋의 標準이 된다(즉, 第106條의 適用으로 慣習이 解釋의 標準이 된다고 한다). 그러므로 法律行爲에 사용된 文字·言語·動作 등은 물론이며, 法律行爲의 全 內容도 당연히 慣習에 의하여 결정되어야 한다.

第三의 標準인 任意法規에 대하여는, 民法 第105條에 의하여 이것이 法律行爲 解釋의 標準이 된다고 한다. 즉, 이 規定을 反對解釋한다면, 특별한 意思의 表示가 없는 경우 또는 意思表示가 不完全·不明瞭한 경우에는 任意法規를 適用한다는 것이 된다. 그러므로 이 경우에는 任意法規가 法律行爲 解釋의 標準이 된다. 한편 任意法規는 解釋 規定과 補充規定으로 구별되지만 그 구별이 法典上 반드시 명확한 것은 아니며 또한 兩者를 구별하는 實益도 없다고 한다.

마지막으로 信義誠實의 原則에 대하여는 다음과 같이 論한다. 즉, 우리 民法은 獨逸民法 第157條⁶⁴⁾

63) 이하에서는 종래의 通說의 見解를 대표하는 見解로서, 郭潤直, 民法總則, 1990, 385면 이하 참조.

64) 주 (21) 참조.

와 같이信義誠實의原則을法律行爲解釋의基準으로하는規定을두고있지않지만,法律行爲의解釋은表示行爲가가지는客觀的인法律的意義를확정하는것이므로,當事者가企圖하는目的·慣習·任意法規등의標準에의하여그내용을확정할수없는경우에는法律上的行動原理인信義誠實의原則에따라야함은당연하다고한다.

이상이契約의解釋에관한우리나라의通說的見解의概要이다.그러면우리나라의通說的見解에있어서,獨逸의補充的契約解釋論에서중점적으로論議되어온기본적인문제-解釋과補充의구별,補充的契約解釋의認定與否및(補充的)契約解釋과任意法規와의관계-는어떻게파악되고있는가,다음에는이점에대한分析을행한다.

3) 먼저通說的見解는補充的契約解釋에관한論議의前提인解釋(Auslegung)과補充(Ergänzung)의구별에대하여어떠한 입장을취하고있는가.이문제와관련한通說的見解는다음과같이요약된다.

첫째,法律行爲의解釋은表示行爲가가지는客觀的인意味를확정하는것이라고하고(表示主義내지客觀說),그구체적標準으로서는當事者의目的,慣習,任意法規,信義誠實의原則을들고있다.그리고특히解釋과補充을구별하여論하고있는것은없다.

둘째,우리民法은法律行爲解釋의基準에관하여明文의規定을두고있지않다고하면서도,民法第106條의規定은法律行爲「解釋」의原則적인規定이며따라서同條의適用으로慣習이解釋의基準이된다.

셋째,또한第107條의規定에의하여任意法規가解釋의基準이된다고하며,任意法規를「解釋規定」과「補充規定」으로구별할필요는없다.즉,意

思表示는있지만그意味가不明瞭한경우에이것을「解釋」하는것과,意思表示의內容에빠진점이있는경우에이를「補充」하는것을구별하는실제상의實益은없다고한다.⁶⁵⁾

위에서본바와같이,우리나라의通說的見解는契約中에정함이없는경우에그점을또한「解釋」에의하여해결할것인가,아니면任意法規의「補充」에의하여해결할것인가의문제를정면으로언급하고있지는않다.다만民法第106條를「解釋」原則을明言한規定으로理解하는점,第105條에의하여當事者의특별한意思의表示가없는경우에任意法規를適用한다는것으로부터「任意法規는法律行爲解釋의標準이된다」고하는命題를導出하는점그리고通說的見解의내용이단쓰의見解를承繼한日本の我妻說을그대로받아들이고있는점⁶⁶⁾등으로미루어보아,通說的見解는解釋과補充을특별히구별하지아니할뿐만아니라,解釋은實際上慣習또는任意法規에의한補充까지도포함한다는것으로理解하고있다고할수있다.

通說的見解가解釋과補充을구별하지아니하는理由は解釋과補充의관계에대한論議자체가없으므로알수없다.그러나여러가지의事情을고려한다면,그주된理由は通說的見解가法律行爲의解釋을表示行爲가가지는客觀的인意味를확정하는것으로理解함(이른바客觀說)에있는것으로생각된다.즉,解釋과補充을구별하는것은「解釋은어디까지나意思의探究이다」라고하는입장을前提로한다고理解하고,法律行爲解釋의對象을表示行爲로하는이상이러한구별은인정되지않는다고하는것이다.⁶⁷⁾

위와같이通說的見解는契約의解釋과任意法規의適用에의한補充을구별하지않는다.따라서

65) 郭潤直, 民法總則, 393면.

66) 法律行爲 내지 契約의 解釋에 관한 日本의 종래의 通說을 대표하는 것은 我妻榮博士의 見解이다. 我妻博士는 「*ダンシ*의 『裁判官의 解釋의 作用』」이라는 論文(주(4))에서, 단쓰의 見解(「法律行爲解釋論(Die Auslegung der Rechtsgeschäfte)」, 1897)를 상세하게 紹介·分析한 후, 단쓰의 見解에 대하여 이를 대체로 正當한 것으로 評價한다. 다음에 我妻博士는 이와 같은 단쓰의 見解를 대체로 승계하여 法律行爲論을 確立한다(我妻榮, 民法總則(民法講義 I), 1933, 280면 이하.)

우리나라의 通說的 見解는 이른바 「客觀說」로 불리는 我妻說을 그대로 수용하고 있는 것이다.

67) 山本敬三, 前掲 「補充的契約解釋(五)」, 6-7면.

兩者의 中間의 概念인 補充的 契約解釋이 특별히 문제될 여지는 없다. 오히려 通說的 見解는 補充的 契約解釋을 狹義의 解釋과 同一視하고 있다고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 한편 契約의 解釋과 任意法規와의 관계에 대하여는, 任意法規가 解釋의 標準의 하나라고 하고 있으므로, 契約의 解釋과 任意法規의 適用을 구별하지 아니하든지 또는 적어도 兩者를 對立的인 것으로 理解하고 있지 않다는 것은 示唆하고 있다.⁶⁹⁾

4) 그렇다면 위와 같은 通說的 見解에는 어떠한 문제점이 있는가. 日本의 通說的 見解에 대한 批判的 見解를 참고로 보기로 한다.

通說的 見解에 의하면, 法律行爲의 解釋이라 함은 表示行爲가 가지는 客觀的인 意味를 確定하는 것을 말한다. 그러나 이에 대하여 川島武宜博士는 法律行爲의 解釋에는 異質의 作業-法律行爲의 意味를 客觀的으로 確定하는 作業과 法院에 의한 規範定立行爲-이 존재함을 지적한다. 즉 川島博士는, 「法律行爲의 解釋이라고 하는 말은 종종 그것 이상의 것, 즉 法律行爲의 效力에 대한 法的價値判斷을 이루는 것에 대하여도 사용되고 있다. 예컨대, 契約條件의 모든 것에 대하여 周到하게 나타내져 있지 않은 경우에, 그 契約에 관한 紛爭이 法院에 提起되어, 當事者가 契約에서 정하지 않았던 이른바 空白의 契約部分에 대하여 法院이 裁判을 하는 것이 부득이하게 필요하게 된다. 이 경우에 法院은 그 空白部分에 대하여 法律的인 價値判斷을 가하여 일정한 法的規範을 정하지 않으면 아니된다. 民法 등의 法律에 이것을 補充하는 規定(이른바 解釋規定, 補充規定)이 있는 경우에는 그것을 適用하면 되지만, 그와 같은 規定이 없는 경

우에는 法院은 가능한한 法律 또는 契約으로 정한 規範에 의거하여 裁判하는 것이 요청되기 때문에, 그 空白部分의 補充도 본래 契約에서 정하여져 있는 것-즉 法律의 解釋에 의하여 밝혀진 것-이라고 부득이하게 說明할(또한 正當化할) 필요가 있게 된다. 그 결과 사실은 法律行爲의 解釋은 아니라 法院에 의한 規範定立行爲인 경우의 것이 法律行爲의 解釋으로 불리고 또한 觀念되게 되었다.⁷⁰⁾ 그리고 이러한 「두 側面은 理論的으로는 명확하게 구별될 수 있으며 또한 구별되어야 하지만, 현실로는 어디까지가 사실로서의 意味의 발견인가, 또는 事實認識에 의거한 規範定立인가, 그 限界는 불명확하며 유동적이다」라고 한다.⁷¹⁾

그리고 위와 같은 지적은 다시 穗積忠夫氏에 의하여 보다 精密하게 分析되게 된다. 즉 穗積氏는, 「法官이 現實로 法律行爲의 解釋이라고 하는 이름하에 행하고 있는 操作 가운데에는 두 종류의 다른 性質의 行動이 포함되어 있다.……첫째, 하나의 社會的 事實로서의, 심벌(symbol)의 意味나 當事者內에 惹起된 社會的 기대가 어떠한 것인가를 발견하여 確定하는 操作이 있다.……이와 같은 客觀的인 事實을 確定하는 操作을 「解釋」이라고 하는 것은, 解釋이라고 하는 말의 통상의 用語法과 일치한다. 이 操作을 價値判斷을 수반하지 아니하는 바의 「意味의 발견」이라고 하기로 한다. 둘째, 法律行爲에 어떠한 效果(legal operation)를 부여하여야 할 것인가에 대한 法積價値判斷을 행하여 바람직한 效果를 발생시키게 하는 意味를 심벌에 부여하는 操作에 대해서도 사용된다. 이 操作을 價値判斷을 수반하는 바의 「意味를 가져 오는 것」이라고 하기로 한다」고 한다.⁷²⁾

68) 石田穰, 「法律行爲의 解釋方法(二) - 再構成」, 法學協會雜誌 第93卷 1号, 1976, 17면 참조.

69) 山本敬三, 田揭 「補充的 契約解釋(五)」, 15면.

70) 川島武宜, 「法律行爲」, 法學セミナー 第9號, 1956, 14-15면.

71) 川島武宜, 民法總則, 1965, 189면. 또한 同(編), 注釋民法(3), 1973, 41-42면(平井宜雄執筆) 참조.

72) 穗積忠夫, 「法律行爲의 「解釋」의 構造と機能(二)」, 法學協會雜誌 第78卷 1号, 1961, 30-31면.

그리고 그는 이와 같은 「意味를 가져 오는 것」이 행하여지는 경우로서, ①當事者間의 合意가 없는 契約의 空白部分에 대하여 法律에 그와 같은 空白을 補充하기 위한 規定(이른바 補充規定)이 없는 경우, ②契約에 있어서 어떤 文言에 兩當社者가 부여한 意味가 다르고, 또한 어떠한 意味가 正當한가 證據에 의하여 충분히 밝혀질 수 없는 경우, ③法律行爲를 構成하고 있는 심벌의 社會的 意味가 比較的 명백하지만, 그 社會的 意味대로의 法律效果를 발생시키는 것이 公의 政策으로부터 보아 타당하지 않다고 法院이 생각하는 경우의 세 가지를 들고 있다(31면 이하).

이상과 같은 지적에 의하여, 法律行爲의 解釋에 있어서 두 가지의 異質의 作業이 존재한다는 것은 오늘날 一般的으로 승인되게 되었으며,⁷³⁾ 이로써 解釋과 補充의 구별은 명확하게 인식되게 되었다. 그 중에서도 특히 주목할만한 것은 石田穰教授의 見解이다. 石田教授는 위와 같은 批判的 見解를 이어 받아 法律行爲의 새로운 解釋方法論을 提唱한다.⁷⁴⁾ 즉 먼저 그는 종래의 通說에 대하여, 「意思表示가 가지는 客觀的 意味의 探究作業 中에는 명확하게 구별하여 論하여져야 할 異質的인 複數의 作業이 포함되어 있다. 예컨대, 錯誤의 法律關係를 處理하는 作業, 當事者의 意思表示의 內容을 修正하는 作業, 當事者의 意思表示의 內容을 補充하는 作業 등이 그것이다. 이 점은 지금까지도 지적되어 왔지만, 이것들의 異質的인 作業이 자칫하면 意思表示가 가지는 客觀的인 意味의 探究作業으로서 명확하게 구별되지 않아 왔다」고 主張한다.⁷⁵⁾

그리하여 지금까지 法律行爲의 解釋이라는 이름 아래 행하여져 온 作業을 主觀的 解釋, 規範的 解釋, 修正的 解釋, 補充的 解釋 및 法律의 行爲에 대하여 그 法律效果를 결정하는 作業으로 나누어 각각에 대하여 구체적으로 檢討하고 있다.⁷⁶⁾ 그에 의하면, 補充的 解釋이라 함은 「法秩序에 비추어, 어떤 意思表示에 대하여 當事者가 부여하였는가 어떤가 不明한 意味를 부여하였는가, 또는 어떤 意思表示에 의하여 형성되지 않았던 法律關係를 補充하는 作業」을 말하며, 그 구체적인 標準으로는 慣習, 解釋規定, 任意規定, 任意規定의 判例, 條理를 들고 있다.⁷⁷⁾

위와 같이 石田教授는 補充的 解釋을 인정하며,

結論적으로 「法律行爲의 解釋은 意思表示가 가지는 客觀的 意味의 探究이다」라고 하는 通說의 애매한 定義方法은 포기되어야 한다고 主張한다.⁷⁸⁾ 그러나 補充的 解釋을 인정하면서 이러한 通說의 定義를 유지하는 見解도 있다. 예컨대, 四宮和夫博士는, 「表示行爲의 意味를 명확히 하는 것을 法律行爲의 解釋(狹義)이라고 한다」고 하고, (法官은 當事者의 表示에 의하여 명백하게 되지 않는 부분에 대하여 法律行爲의 內容을 補充하지 않으면 아니되며, 當事者의 表示대로 法의 效果를 인정하면 條理에 反한다고 판단되는 경우에는 法律行爲의 內容을 修正하지 않으면 아니된다. 그리하여 종종 이 補充 내지 修正은 法律行爲의 解釋이라고 하는 명목을 빌려 행하여지고, 다른 한편 法律行爲의 解釋(狹義)에는 法律行爲의 內容의 補充 내지 修正(補充的 解釋·修正的 解釋)과는 실제상 밀접하게 얽혀 있다. 그래서 兩者를 합하여 흔히 法律行爲의 解釋(廣義)이라고 하게 되었다」고 한다.⁷⁹⁾

한편 磯村保教授는 補充的 解釋을 認定하고, 그 標準으로 慣習, 任意法規, 條理·信義則을 들면서, 다른 한편으로 「法官이 當事者의 假定的 意思를 顧慮하여 法律行爲를 補充할 수 있는가는 고려할 만하다. 이것은 當事者가 現實로 행한 合意와 當該法律行爲의 구체적 事情을 고려하여, 만약 當事者가 補充을 필요로 하는 점에 대해 合意하였다고 한다면 어떠한 合意를 하였는가를 묻는 것이다. 任意規定이 있지만 그 適用이 당해 法律行爲에 반드시 적당하지는 않다고 생각되는 경우에는, 오히려 구체적 事情에 卽應할 수 있는 假定的 意思를 優先시킬 實益이 있는 것으로 생각되지만, 그 根

73) 川島武宜(編), 注釋民法(3), 42면(平井宜雄).

74) 石田穰, 「法律行爲의 解釋方法(一~三) - 再構成」, 法學協會雜誌 第92卷 12号(1975), 第93卷 1, 2号(1976).

75) 石田穰, 「法律行爲의 解釋方法(一)」, 1551면.

76) 石田穰, 「法律行爲의 解釋方法(一)」, 1559면 이하.

77) 石田穰, 「法律行爲의 解釋方法(二)」, 14면. 여기서 그는 解釋規定과 解釋規定 이외의 任意規定을 구별한다. 前者는 어떤 意思表示에 대하여 當事者가 부여하였는가 어떤가 不明한 意味의 부여에 관한 것이며, 後者는 어떤 意思表示에 의하여 형성되지 않았던 法律關係의 補充에 관한 것이다(14-15면).

78) 石田穰, 「法律行爲의 解釋方法(二)」, 24면.

79) 四宮和夫, 民法總則, 1992, 147면. 또한 補充的 解釋의 基準으로는 慣習 다음으로 法規(任意規定)로서 補充하며, 그래도 또한 不充分한 경우에는 法의 理念으로서의 條理에 의하여 補充을 행한다고 한다(150면).

據나 認定方法에 대하여는 今後의 研究의 進展을 기다려야 한다」고 한다.⁸⁰⁾

5) 이상에서 본 바와 같이, 近時的 學說은 一般의 解釋과 補充을 구별하고 있으며, 또한 補充的 契約解釋을 認定하는 見解도 점점 有力해지고 있음을 알 수 있다. 그러나 補充的 契約解釋을 認定하는 見解에 있어서도 狹義의 解釋과 補充的 解釋의 구별基準, 補充的 解釋의 구체적 標準 등에 대해서는 반드시 명확한 것은 아니다. 특히 獨逸의 補充的 契約解釋論에 입각하여, 客觀的 規範(특히 法準則)의 適用만을 論하는 것이 아니라, 보다 當事者에 맞는 해결을 法律行爲의 解釋의 面으로부터 論할 必要性이 있음을 주장하는 見解(磯村教授)도 있지만, 補充의 문제를 客觀的 規範(慣習, 任意法規, 信義誠實의 原則)의 문제로 설명하는 것이 一般의이다.⁸¹⁾

생각컨대, 종래의 通說的 見解는 表示行爲에 구애함이 없이, 當事者의 目的, 慣習, 任意法規, 信義誠實의 原則 등을 基準으로 事實關係 전체를 종합 판단하여 解釋結果를 도출하는 것이므로, 通說的 見解에서의 「解釋」은 사실상 補充的 契約解釋을 포함하는 意味라고 할 수 있다. 따라서 종래의 通說的 見解와 補充(補充的 解釋)의 문제를 客觀的 規範의 適用으로 설명하는 見解의 解釋結果는 대체로 일치한다고 할 수 있다. 그러나 當事者가 정한 契約內容을 명확히 하는 것과 契約에 정함이 없는 事項을 補充하는 것은 概念的으로 명확히 구

별될 뿐 아니라, 兩者를 統一의 原理에 의하여 설명하는 것은 不可能한 것으로 생각된다. 그리하여 契約의 解釋과 法的 適用에 의한 補充을 구별하고, 또한 狹義의 解釋과 補充的 解釋을 구별하여 사용하지 않으면 아니된다.

IV. 맺음말

이상에서는 補充的 契約解釋에 관한 獨逸民法學에서의 論議를 참고하면서, 契約의 解釋과 法的 適用과의 관계를 간단히 檢討하였다. 그리하여 契約에서 정함이 없는 事項에 대하여는 일정한 法的 價値判斷에 의하여 그 空白部分을 補充하는 作業—즉 事實의 探究作業이 아니라, 法院에 의한 새로운 規範의 創造라고 하는 作業—이 행하여지게 되며, 여기서는 補充的 契約의 解釋과 法的 適用에 의한 補充이라고 하는 차원을 달리하는 두 가지의 방법을 구별하지 아니된다고 結論에 도달하였다.

다만 本稿에서는 狹義의 解釋과 補充的 解釋의 구별기준, 補充的 解釋의 方法 및 限界 등의 문제에 대하여는 이를 상세하게 다룰 여유를 갖지 못하였다. 이러한 문제들은 앞으로의 研究課題로 하기로 하며, 이 경우 앞에서 紹介한 獨逸의 補充的 契約解釋論이 示唆하는 점이 많을 것으로 생각된다.

80) 磯村保, 「法律行爲의 解釋方法」, 民法의 爭點 I, 1985, 33면.

81) 山本敬三, 前掲 「補充的 契約解釋」(五), 14면 참조.