[논 문] https://doi.org/10.31839/DALR.2020.02.86.73

대법원 판례에 나타난 묵시적 합의해제 의사 해석기준에 대한 일고찰*

손 홍 락**

≪차 례≫

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 합의해제와 묵시적 의사표시
Ⅲ. 묵시적 합의해제 의사 해석기준
Ⅳ. 결 론

Ⅰ. 서 론

1. 쌍방 당사자의 합치된 의사표시로 유효하게 성립된 계약은 지켜져야 하며, 그 계약의 구속력은 강력하여야만 한다. 그 계약의 구속력은 일정한 예외적인 상황에서만 그 효력을 상실할 수 있는데, 대표적으로 계약이 해제되는 경우가 그러하다.

당사자 의사표시로 성립된 계약의 구속력이 강력하여야만 하는 당연한 반작용으로, 그 구속력의 효력상실 사유로서 계약해제 역시 법정의 엄격한 요건이 충족되거나 당사자 쌍방의사로 한정적·열거적으로 미리 분명하게 정해둔

* 여러모로 부족한 졸고가 하나의 논문으로 게재될 수 있도록 심사과정에서 좋은 의견 말씀을 주시고 애써 주신 심사위원님들께 깊이 감사드립니다.

** 법무법인 금강 변호사, 동아대학교 법학전문대학원 박사과정 수료, 전) 창원지방법원, 부산고등법원 창원재판부 재판연구원.

해제 사유가 명시적으로 발생한 경우라야만 당사자는 그 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다.

다만 쌍방 당사자의 합치된 의사표시로 계약이 유효하게 성립된 것과 마찬가지로, 사적자치의 원칙 및 계약자유의 원칙상 유효하게 계약이 성립된 것과 마찬가지의 방식, 즉 쌍방 당사자의 의사표시로 계약으로서의 일반적 성립요건과 유효요건을 갖춘 새로운 계약으로 기성립된 계약의 효력을 소급적으로 소멸하게 하는 내용의 계약을 창설할 수 있는데, 이 새로운 계약을 해제계약 또는 합의해제라고 한다(이하에서는 통상적으로 사용하는 합의해제라는 용어를 사용하고자 한다).[1] 이 역시 유효한 계약구속력 상실 사유이다.[2]

2. 법률효과 발생을 목적으로 하는 의사 표현행위로서 의사표시는 사적자치라는 대원칙 아래 특별한 방식을 요하지는 않는다[3]고 하겠으나, 외부에서 인식 가능한 의사의 표시행위가 수반되어야만 한다는 점은 부인할 수 없으며, 쌍방 당사자의 의사 합치로 성립되는 해제계약인 합의해제 역시 그 예외일 수 없다.

의사의 표시행위는 통상 말, 문자 등의 수단을 이용하여 이루어지지만, 거동이나 침묵 역시 일정한 경우 의사의 표시행위가 될 수 있다. 법률규정의 제한이 없는 이상 의사표시는 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있는 것이다. 묵시적 의사표시의 대표적인 예로는 침묵에 의한 의사표시와 추단적 행위에 의한 의사표시가 흔히 제시된다.

해제계약인 합의해제 역시 명시적 의사표시는 물론 묵시적 의사표시로도 성립할 수 있다. 합의해제를 성립시키는 쌍방 당사자의 의사는 '이미 성립한 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 성립하지 않았던 것과 같은 상태로

---

1) 오종근, "합의해제의 효과 -대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결-", 민사법학 제59호, 한국민사법학회, 2012, 각주 1)에 의하면, 합의해제와 해제계약은 통상 같은 의미로 사용되는데, 해제계약은 (약정)해제권을 유보하는 약정으로 오인될 염려가 있다고 한다.

2) 오종근, 전게 논문, 243쪽에서는, "민법은 합의해제에 대하여 명문규정을 두고 있지 않다. 따라서 합의해제의 성립 및 효과와 관련한 법률문제는 학설 및 판례에 위임되어 있는데, 아직 학설상 논의가 충분하지 못한 형편이며, 판례 역시 정밀한 이론적 기초 없이 전개되고 있는 양상이다"라고 한다.

3) 최신섭, "묵시적 의사표시와 그 효과", 비교사법 제7권 제2호, 한국비교사법학회, 2000, 397쪽 이하 참조.

복귀'시키고자 하는 것이나, 쌍방 당사자의 그와 같은 명시적인 의사표시 합치가 없는 경우라도 '계약이 성립한 이후 당사자 쌍방의 계약실현 의사의 결여 또는 포기로 계약을 실현하지 아니할 당사자 쌍방의 의사가 일치'된 경우라면 당사자 사이의 묵시적인 의사표시로서 해제계약인 합의해제가 성립될 수 있다는 것이 우리 대법원이 형성한 판례법리이다.

3. 한편 당사자 사이의 합의해제라는 계약, 즉 법률행위는 그 의사표시 내지 법률행위 해석[4]을 통하여 그 내용이 확정될 수 있다. 누가 보아도 분명한 문언으로 명백하게 당사자 쌍방의 합의해제 의사가 담겨 있는 처분문서가 있다면 애초에 분쟁이 발생할 여지는 없을 것이나 분쟁이 발생하는 많은 경우, 그와 같은 당사자의 의사가 분명하게 확인되는 처분문서는 존재하지 않거나, 설령 어떠한 의사가 담긴 문서가 존재한다고 하더라도 이 경우 역시 그 기재내용에 대한 의사해석이 필요한 경우가 대부분이다. 하물며 묵시적 의사표시가 이루어지는 경우에는 두말할 나위가 없다고 생각된다.

우리 대법원이 어떠한 의사표시 내지 법률행위에 관한 해석기준을 일반적·추상적인 문구를 사용하여 구체적으로 밝히고 있는 것으로 평가할 수 있는 경우가 없지는 아니하나, 법원이 모든 개별적·구체적인 의사표시 내지 법률행위에 관한 해석기준을 일일이 밝힐 수는 없다. 그럼에도 불구하고 우리 대법원의 특정한 개별적·구체적 의사표시 내지 법률행위 해석에 관한 입장이나 경향을 파악해 보는 것은 그 누구보다도 실제 소송을 수행하는 당사자 또는 소송대리인 입장에서는 매우 중요한 문제일 수 있다(이를 기초로 관련 법리가 한 단계 더 발전할 수 있음 역시 물론이다). 이를 달리 말하면, 법원이 개별적·구체적인 법률행위에서 그 의사해석에 관한 일정한 경향성을 나타낸다고 할 경우, 일반 국민입장에서는 특정 법률행위 성립 여부에 대한 예측 가능성을 확보할 수 있어 이는 결국 법적 안정성에 기여하는 측면이 있는 것이

4) 이동형, "법률행위해석방법으로서 자연적 해석과 규범적 해석 검토", 저스티스 통권 제132호, 한국법학원, 2012, 6쪽에 의하면, 법률행위 해석과 의사표시 해석이 동일한 것인지 여부에 대하여 학설의 대립이 있으나[이은영, 민법총칙(제5판), 박영사, 2009, 419, 429쪽 참조], 일반적인 견해는 양자를 동일 의미로 보고 있으므로 이에 따른다고 기재하고 있다. 본 졸고도 이와 같은 일반적인 견해에 따라 양자를 동일한 의미로 보고 서술하기로 한다.

라 평가할 수 있다. 따라서 이를 단순히 사실인정의 문제[5]로만 여겨 이론적인 연구가치가 적은 것이라고 단정할 것은 아닐 수도 있다고 생각된다.[6] 오히려 의사표시 내지 법률행위 해석의 문제는 민법상 가장 기본적인 문제임에도 불구하고 우리 민법은 다른 나라 입법내용과 비교해 볼 때 극히 제한적인 규정을 두고 있을 뿐이어서[7], 실제 우리나라 현실에 있어 의사표시 내지 법률행위 해석의 문제야말로 가장 이론적이면서도 가장 실무와 맞닿아 있는 영역일 수 있다고 이해된다.

우리 대법원은 합의해제에 대한 의사표시도 묵시적으로 성립될 수 있음을 명시적으로 인정하고 있는데, 이는 당사자 입증 곤란을 구제하고 각 개별 사건에서 구체적 타당성을 확보하기 위한 우리 법원 노력의 결과물일 수 있다고도 생각된다. 이와 같은 노력의 산물인 축적된 우리 대법원 선고 판결 검토를 통하여 당사자의 합의해제 의사 해석기준 내지 그 성립 인정 여부 판단기준에 대하여 생각해 보고자 한다.

4. 이와 같은 취지에서 본 졸고 본문에서 다루어 보고자 하는 내용은, 여러모로 부족한 필자가 그 자신에게 던지는 화두이자 관련하여 앞으로 더 깊이 있게 연구해 보고 싶은 바람을 담아 그 스스로의 생각을 서툴게 표현한 것임을 고백하고자 한다. 애써 읽어 주시는 분들께 깊은 혜량을 구하는 말씀을 먼

---

5) 의사표시 또는 법률행위 해석이 법률문제인지 사실문제인지에 관하여는 견해 대립이 있으나, 다수의 견해와 우리 대법원 판례는 이를 법률문제로 평가하고 있는 것으로 이해된다. 한편 특히 묵시적 의사표시가 문제되는 경우, 그 의사표시의 존부문제와 그 해석문제는 사실상 서로 유리되기 어려운 것이라 생각된다.

6) 오종근, 전게 논문, 243쪽은 "합의해제를 다룬 판결들을 크게 2가지 유형, 즉 ① 합의해제의 성립과 관련된 판결들과, ② 합의해제의 효과와 관련된 판결들"로 분류하면서, "전자는 합의해제가 명시적으로 뿐만 아니라 묵시적인 합의에 의하여도 성립할 수 있는데, 어느 경우에 이러한 묵시적 합의를 인정할 수 있느냐를 다룬다"고 정리하고 있다. 그러면서 위 전게 논문은 이중 후자의 쟁점을 중심으로 상세한 검토를 하고 있는데, (필자의 부족한 검색능력에 기인한 것으로 보이기는 하나) 대부분의 합의해제 관련 선행연구들은 위 2가지 쟁점 중 이론적 담론이 상대적으로 풍부한 후자의 쟁점을 위주로 이루어지고 있는 것으로 이해된다.

7) 남효순, "법률행위 해석의 쟁점 - 법률행위 해석의 본질 및 방법에 관하여-", 법학 제41권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 146쪽은 우리 민법은 다른 입법례와 비교하여 볼 때, 법률행위의 해석과 관련하여 극히 제한적인 규정(민법 제106조가 유일하다)을 두고 있을 뿐이고, 그 결과 법률행위 해석은 민법상 가장 기본적인 문제임에도 불구하고 그에 관한 많은 점들이 명확하지 않은 채로 남아 있다고 설명한다.

저 올리고자 한다.

이하에서는 합의해제(구별개념 및 성립요건 등을 중심으로), 묵시적 의사표시와 합의해제, 의사표시 내지 법률행위 해석기준에 관한 일반론 등을 간략히 살펴보면서 필자의 소견을 더한 후, 필자 나름대로 견지하고 있는 우리 대법원이 밝히고 있는 의사표시 내지 법률행위 해석기준에 관한 입장을 기초로 우리 대법원 판례가 묵시적 의사표시를 명시적으로 인정하고 있는 몇 가지 법률행위 중 합의해제에 대한 의사 해석기준을 필자 나름대로 간략하게 정리해 보고자 한다.

Ⅱ. 합의해제와 묵시적 의사표시

1. 합의해제

가. 의의

합의해제는 일반적으로, 계약당사자 쌍방이 기존 계약의 효력을 (해제권 유무와 관계없이) 별도의 새로운 계약에 의하여 소급적으로 소멸하게 하는 경우에 그 새로운 계약을 의미한다.[8] 이와 같은 취지에서 우리 대법원은 "계약의 합의해제 또는 해제계약이라 함은 해제권의 유무를 불문하고 계약당사자 쌍방이 합의에 의하여 기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀시킬 것을 내용으로 하는 새로운 계약"이라고 판시하고 있다.[9] 이러한 계약으로서 합의해제가 인정되는 것은 계

8) 지원림, 민법강의 제14판, 홍문사, 2016, 1318쪽 참조; 이에 반하여, 오종근, 전게 논문, 244-245는, 이러한 개념정의는 일반적인 해제의 효과와 관련하여 다수설 및 판례 입장인 소급무효설을 전제로 한 것으로, 합의해제의 경우에도 일반적인 해제와 마찬가지로 기존 계약과 마찬가지로 소급적 소멸은 전제로 한 것이나, 합의해제에 어떠한 효력을 부여할지에 대하여는 여러 주장이 있을 수 있으며, 사적자치의 원칙상 합의해제를 하는 당사자는 계약관계를 소급적으로 소멸시킬 수도, 장래를 향하여 소멸시킬 수도 있으므로 위와 같은 정의는 합의해제의 일반적 개념정의로는 부적합하다고 설명한다. 나아가, 비교법적으로도 합의해제의 경우 계약의 효력이 소급적으로 소멸되는지에 대하여 각 국의 태도가 일치하지 않는다고 한다.

9) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다11506 판결 등 참조.

약자유의 원칙상 당연하며,[10] 실제 거래 현실에서도 매우 빈번하게 이루어지고 있다.

나. 구별개념

1) 해제

합의해제가 기존 계약이 유효하게 성립된 이후에 계약당사자의 합의로 유효하게 존재하는 기존 계약을 당사자 합의로 그 효력을 소멸시키기로 하는 약정임에 반하여, 민법상 해제는 법률의 규정 또는 당사자 사이의 약정을 원인으로 해제권을 보유하는 자가 그 해제권을 일방적으로 행사하여 기존 계약의 효력을 소급적으로 소멸시키는 것으로 양자는 구별된다. 해제의 효과는 민법 규정에 따라 발생하게 되나, 합의해제는 당사자가 그 효과를 임의로 합의하여 정할 수 있다는 차이도 있다. 합의해제와 약정해제는 당사자들 합의로 그 발생요건과 효과를 정할 수 있다는 공통점이 있지만, 약정해제는 기존 계약의 성립시에 그 약정해제권에 관한 내용 합의가 함께 이루어진다는 점에서 합의해제와 차이가 있다.[11]

2) 합의해지 또는 해지계약

"합의해지 또는 해지계약이라 함은 해지권의 유무에 불구하고 계약당사자 쌍방이 합의에 의하여 계속적 계약의 효력을 해지시점 이후부터 장래를 향하

10) 지원림, 앞의 책, 1318쪽 참조.

11) 김동훈, "계약의 합의해제", 고시연구 제32권 제4호, 고시연구사, 2005, 24쪽 참조; 한편 오종근, 전게 논문, 246쪽은, 그러나 실무에서는 양자의 구별이 명확하지 않은 경우가 적지 않다고 하면서, ① 계약당사자 일방이 채무를 불이행함으로써 법정해제권이 발생하거나 당사자들이 미리 약정한 해제사유가 발생하여 상대방이 일방적인 의사표시로 곧바로 계약을 해제할 수 있음에도 실무적으로는 해제권을 가진 일방이 계약 해제의 의사를 표명하고 상대방이 이에 동의하는 형태로 합의해제의 형식을 취하는 사례, ② 계약당사자 쌍방이 상대방에게 채무불이행이 있었음을 이유로 해제의 의사표시를 한 사례, ③ 그밖에 계약이 최종적으로 해제되는 과정에서 양 당사자 사이에 여러 차례 해제와 관련된 의사표시가 교환되는 사례 등을 제시하고 있다. 이와 같은 사례에서 계약이 해제권자의 일방적인 의사표시에 의하여 해제된 것인지, 아니면 쌍방 합의에 의하여 해제된 것인지 구별하는 것은 쉽지 않다고 한다; 나아가 오종근, 같은 논문, 247쪽은, 계약당사자가 일정한 사유가 발생하면 계약을 일방적으로 해제할 수 있다는 약정을 미리 하고 그 후 그 사유가 발생하여 일방이 해제한 경우, 이는 약정해제의 형식을 갖추었지만, 합의해제의 예약 내지 정지조건부 합의해제로 볼 여지도 있어서 양자 구별이 명확하지 않다고도 한다.

여 소멸하게 하는 것을 내용으로 하는 새로운 계약"[12]이므로, 합의해지의 경우에도 합의해제가 갖는 기존 계약의 소급적 소멸이라는 소급효를 제외하고는 합의해지의 경우와 일응 같은 법리가 적용된다고 할 수 있다.

3) 면제 및 경개

면제는 채권자의 일방적 의사표시로 채무자에게 그 채무를 면제하는 단독행위로서, 개별채권을 소멸시키는 효과를 지님에 반하여, 합의해제는 기존 계약 전체를 소급적으로 소멸시키는 쌍방 당사자 합의인 계약이다.

경개는 합의해제와 마찬가지로 쌍방 당사자 합의로 성립하는 계약이다. 그렇지만 경개는 기존 계약에 따른 채무의 중요한 부분을 변경하여 신채무를 성립시키면서 동시에 구채무를 소멸하게 함으로서 기존 계약 내용을 변경하게 하는 계약인 반면, 합의해제는 기존 계약을 아예 소멸시키는 새로운 계약이라는 점에서 양자는 구별된다.

4) 해제조건 및 실권약관

민법상 해제는 해제권 행사라는 일방적 의사표시에 의하여, 합의해제는 쌍방 당사자의 합의로 기존 계약의 효력을 소급적으로 소멸하게 하는 것임에 반하여, 해제조건의 경우에는 그 조건의 성취라는 객관적 사실이 발생함으로써 당연히 기존 계약의 효력이 소멸한다는 점에서 서로 구별된다. 또한, 해제조건이 성취되는 경우 그 해제에 소급효가 인정되지 않는다는 점도 차이점이라 할 수 있다.

한편 계약당사자들 사이에서 일방이 그 계약상 채무 이행을 게을리하는 경우 그 계약은 효력을 잃는다는 뜻의 특약을 하는 경우가 있는데, 이러한 약정이 채무불이행시 당사자의 별도 의사표시 없이도 당연히 그 계약의 효력이 상실되는 것이라는 취지라면 이 약정은 해제권 유보가 아닌 통상 실권약관이라 부르는 해제조건부 계약에 해당하게 된다.[13]

---

12) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다5336, 5343 판결 등 참조.
13) 지원림, 앞의 책, 1320쪽 참조.

다. 합의해제의 성립요건

합의해제 역시 기존 계약의 효력을 소급적으로 소멸시키기로 하는 새로운 합의로서 계약의 체결과 다름 아니므로, 원칙적으로 일반적인 계약 성립의 경우와 달리 볼 것은 아니다. 마찬가지 입장에서 우리 대법원은, "계약이 합의해제되기 위하여는 일반적으로 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 계약의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것(합의)을 그 요건으로 하는바, 이와 같은 합의가 성립하기 위하여는 쌍방당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 객관적으로 일치하여야 되는 것이다"라고 일관하여 판시하고 있다.[14)]

한편 합의해제가 성립하기 위해서는 청약과 승낙의 의사표시가 내용적으로 서로 일치하여야 하는데 이때 의사표시가 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대하여는 의사표시 본질, 효력 근거 등에 대한 전통적인 견해 대립과 맞물려 있다. 우리 대법원은 2000. 3. 10. 선고 99다70884 판결에서 "쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 서로 객관적으로 일치하여야 한다"고 판시한 바 있다.

이와 같이 계약당사자 일방의 기존 계약의 효력 소멸을 구하는 의사표시인 청약에 대하여 반대 당사자가 이를 조건 없이 수락[15)]하는 승낙의 의사표시가 서로 합치됨으로써 합의해제라는 새로운 계약이 성립하게 되는 것이다. 다만 이와 같은 쌍방의 의사표시는 뒤에서 다시 보는 바와 같이, 명시적인 의사표시뿐만 아니라 묵시적인 의사표시로도 존재할 수 있다.

또한, 합의해제를 성립시키기 위하여 기존 계약에 따른 자신의 채무이행제공이 요구되는 것은 아니다.[16)]

---

14) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다11506 판결 등 참조.

15) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다17834 판결 등에서 확인되는 바와 같이, "매매계약 당사자 중 매도인이 매수인에게 매매계약을 합의해제할 것을 청약하였다고 할지라도, 매수인이 그 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 민법 제534조의 규정에 비추어 보면 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 보게 되는 것이고, 그로 인하여 종전의 매도인의 청약은 실효"되고 마는 것이다.

16) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다8343 판결은, "계약의 합의해제에 있어서는 쌍방의 자기 채무의 이행제공이 없이도 합의에 의하여 해제를 할 수 있음은 계약자유의 원칙상 당연하고, 묵시적 합의해제의 경우에도 마찬가지이다"라고 판시한다.

2. 묵시적 의사표시와 합의해제

가. “의사표시는 법률효과 발생을 목적으로 하는 의사의 표현행위이므로, 법률효과 발생을 위해서는 내심의 의사가 외부에서 인식될 수 있는 형태로 표시될 것이 요구되지만, 개인에게 부여된 사적자치의 권능은 의사의 표시방법을 언어와 문자와 같은 방식에 한정하지 않고, 의사표시자의 내심적 의사가 추단될 수 있는 일체의 행위형태가 의사표시의 수단으로 사용될 수 있는 가능성을 제시한다[17]. 이와 같이 의사표시는 언어나 문자를 통하여 자신의 효과의사를 표시할 수 있을 뿐만 아니라 표시자의 행동을 통하여 묵시적(추측할 수 있는 행위)으로도 표시될 수 있으며[18], 적극적인 사람의 동작뿐만 아니라 소극적인 침묵도 그 표시수단으로서 의미는 제한될 수 없다.”[19] 한편 묵시적 의사표시는 통상 침묵에 의한 의사표시와 추단된 행위에 의한 의사표시가 주로 문제된다.

나. 우리 대법원은, “계약의 합의해제는 명시적으로뿐만 아니라 당사자 쌍방의 묵시적인 합의에 의하여도 할 수 있다”고 판시하여 명시적으로 묵시적 의사표시에 의한 합의해제 가능성을 인정한다. 나아가 우리 대법원은, “묵시적인 합의해제를 한 것으로 인정되려면 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다”고 판시하고 있다.[20]

이와 같은 우리 대법원판결에 대하여, 계약의 합의해제는 반드시 명시적일 필요는 없어, 당사들의 언어나 행동으로부터 묵시적으로 인정될 수 있다고 하면서도, 묵시적 합의해제를 쉽게 인정하여서는 안되며, 당사자의 합의해제 의사가 명확하게 추론되는 경우에만 인정되어야 한다[21]고 하거나, 계약 불실현

---

17) 최신섭, 전게 논문, 397면 참조.
18) 최신섭, 전게 논문, 415면 참조.
19) 최신섭, 전게 논문, 397면 참조; 이상의 Ⅱ.2.가. 부분은, 손홍락, “독점적・배타적인 사용・수익권 행사 제한 법리에 관한 대법원 전원합의체 판결에 대한 소고 -대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 판결-”, 민사법의 이론과 실무 제23권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2019, 62쪽 내용을 그대로 발췌하여 옮긴 것이다.
20) 가령, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결 등 참조.

에 대한 의사의 합치는 합의해제가 명시적이든 묵시적이든 필요한 것이어서 위와 같은 대법원 판시가 의미하는 바는 묵시적 합의해제가 성립하였는가를 판단하는데 있어 해제가 가져오는 기본적 효과 즉 계약의 실효에 대하여 양 당사자들이 진정으로 합의하였다고 볼 수 있는가라는 관점에서 엄격히 판단할 것을 선언하는 의미가 있다[22]는 등의 평가가 있다.

다. 원칙적으로 어느 법률행위이건 그 구성요소인 의사표시는 묵시적으로도 이루어질 수 있음을 앞서 확인한 바 있다. 그럼에도 불구하고 우리 대법원이 묵시적으로 어떠한 의사표시가 성립할 수 있음을 명시적으로 밝히고 있는 의사표시 내지 법률행위는 (필자의 소견으로는) 제한적이라는 인상을 받는다. 그렇다고 하여 우리 대법원이 특정한 법률행위에 한하여 묵시적 의사표시를 인정하고 있다는 취지는 아니다. 생각건대, 많은 경우 법원 내지 법관이 구체적 타당성을 확보할 필요가 큰 사건들에서 있어서 당사자 의사를 묵시적 의사표시라는 형식으로 존재하는 것으로 파악하고 그 의사해석을 통하여 당해 사건 실체 및 형평에 부합하는 결과를 도출해 내는 것은 아닌가 하는 생각이다.

합의해제의 경우도 마찬가지이다. 이러한 관점에서 본다면, 우리 대법원판결이 묵시적 의사표시에 의한 합의해제의 경우를 명시적 의사표시에 의한 합의해제와 비교하여 볼 때 더 엄격한 해석기준을 가지고 의사해석하고 있는 것이라고 단정할 수 있을지는 의문이다. 즉 합의해제에 대한 의사표시가 명시적으로 이루어지건 묵시적인 방법으로 이루어지건 양자 사이의 증명책임에 있어 어떠한 차이를 가져오는 것이라 단정할 것은 아니라고 이해된다. 다만 명시적 의사표시가 있었다는 증거가 있다면 그 증거로 인하여 그 의사표시 사실이 더 쉽게 인정될 수 있는 것일 뿐이다. 결국, 명시적 의사표시에 의한 것이건, 묵시적 의사표시에 의한 것이건 합의해제에 대한 청약 또는 승낙의 사를 해석하는 기준에 있어서는 본질적인 차이가 있다고 보기는 어려울 수 있다고 생각한다.

---

21) 오종근, 전게 논문, 248쪽 참조
22) 김동훈, 전게 논문, 34쪽 참조

라. 다른 한편 실제 민사소송에서 묵시적 합의해제 주장은 실질적으로는 입증 곤란을 구제하는 측면에서 특별한 함의를 가질 수도 있다고 이해된다. 관련하여 일천한 경험이지만, 필자가 실무 영역 업무를 담당하면서 느낀 바를 말씀드려 보고자 한다.

주요사실에 대한 주장책임과 증명책임은 원칙적으로 이를 주장하는 자가 부담한다. 합의해제 사실을 주장하는 당사자는 특정일, 특정 장소에서 상대방 당사자와 특정 계약의 효력을 소멸시키기로 하는 해제계약, 즉 합의해제를 쌍방 합의로 성립시켰다 하더라도 반대 당사자가 민사소송에서 이를 부인할 경우에는 그 사실을 주장하는 당사자가 이를 주장하고 증명하여야만 그 주장사실을 인정받을 수 있다. 이 경우, 그 사실을 주장하는 자가 특정일, 특정 장소에서 쌍방이 합의해제의 의사를 청약하고 이를 승낙한 사실에 대한 직접증거를 확보하지 못한 경우, 그 당사자는 그 주요사실을 추단시키는 간접사실을 밝힐 증거를 당해 소송에 현출하여 주요사실의 증명을 시도할 수도 있지만, 그와 동시에 합의해제를 전제로 이루어진 당사자의 거동 등을 묵시적 의사표시로 주장하여 묵시적 의사표시에 의한 합의해제를 주장할 수도 있을 것으로 생각된다. 즉 객관적인 실체진실이 존재하는 것이라 가정할 경우, 위와 같은 사안에서 객관적인 진실은 특정일, 특정 장소에서 쌍방의사 합치로 명시적인 합의해제가 성립된 사실이지만, 그 증명이 곤란할 경우에는 부득이 위와 같은 객관적·실체적 진실에 기초하여 이루어진 후속 조치, 가령, 당해 계약의 합의해제를 전제로 매도인이 매매목적물을 타에 매도하는 행위와 같은 거동 자체[23]를 합의해제의 묵시적 청약의 의사표시로 주장하고, 그와 같은 거동에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 아니한 채 이를 방관·방치한 상대방 당사자의 침묵 내지 거동을 합의해제의 묵시적 승낙의 의사표시로 주장하여, 그러한 사정에 비추어도 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기

23) 한편 이와 같은 기존 계약의 합의해제 사실을 전제로 한 것으로 이해할 수 있는 당사자의 거동, 즉 기존 계약 내용에 반하는 당사자 거동 등은 그 자체로 당사자가 주장하는 합의해제 사실을 추단하는 간접사실이 될 수도 있다고 생각된다. 그러나 그러한 간접사실만으로는 당사자가 주장하는 특정일, 특정 장소에서 명시적인 해제계약인 합의해제가 성립되었다는 취지의 주요사실을 인정하기에는 부족한 경우가 적지 않을 것으로 생각된다.

할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이른 것으로 그 시경 기존의 계약은 묵시적으로나마 합의해제가 성립하였다는 취지의 주장을 동시에 할 수 있을 것이다(이때 당사자가 묵시적 합의해제 의사를 표시한 것으로 평가할 수 있을지에 관한 의사해석의 기준에 관한 논의가 본 졸고의 일차적인 최종 주된 목표이고 이를 뒤에서 다시 생각해 보고자 하는 것이다).

다만, 합의해제 장소, 날짜 등에 관한 사실은 주요사실이라고 보기는 어려울 수 있으므로[24], 당해 사건을 담당하는 법원으로서는 변론에 현출된 간접사실 등에 비추어 묵시적 합의해제를 인정할 수 있다고 인정되면, 당사자의 합의해제 주장 속에는 그 주장도 포함되어 있는 것으로 보고 판단할 수도 있다고도 생각되나, 반대 당사자의 방어권 문제나 불의의 타격 우려 등을 고려한다면 석명 절차를 거쳐 당사자가 묵시적 의사표시에 의한 합의해제 주장을 명확히 하도록 유도하는 것도 바람직할 수 있을 것으로 이해된다.

한편 위와 같은 당사자 주장에 대하여, 사건을 담당하는 당해 법원은 당사자가 주장하는 명시적 합의해제 사실이 간접사실 등에 의하여 추단된다고 인정되면, 이를 인정하는 설시를 하면 족할 것이고, 명시적 합의해제 사실이 증명되었다고 인정하기는 어렵지만 묵시적 합의해제 사실이 인정된다면 이를 인정하는 취지의 설시를 하면 충분할 것이라 생각된다.

이와 같은 관점에서 보면, 우리 대법원이 묵시적 의사표시로 법률행위가 성립할 수 있다고 명시적으로 선언하고 있는 특정한 법률행위들은 대체로 보다 세밀한 심리를 통하여 구체적 타당성을 실현할 필요성의 요청이 상대적으로 강한 영역일 수도 있어 보인다.

---

24) 이시윤, 신민사소송법 제6판(중판), 박영사, 2011, 303쪽은 "판례는 기본사실의 경위·내력 등에 관한 사실 또는 당사자의 주장사실과 연결성이 있고 또 동일범위 안에 속하는 사항을 간접사실로 보고 법원이 증거에 의하여 자유롭게 인정할 수 있다는 태도이다. 등기원인·계약의 성립·충돌사고 등의 경위, 그리고 장소·날짜(변제기일, 등기원인일자, 취득시효의 기산일), 이혼사유인 배우자에 대한 심히 부당한 대우를 구성하는 개개의 사실은 간접사실이라고 한다. 단 소멸시효의 기산일만은 주요사실로 본다"고 설명한다; 양경승, "민사소송의 구조 -법률요건, 청구, 공격방어방법의 관계-", 사법논집 제55집, 사법발전재단, 2012, 265쪽 이하도 참조.

Ⅲ. 묵시적 합의해제 의사 해석기준

1. 의사표시 내지 법률행위 해석기준

가. 여러모로 부족한 필자가 현재 단계에서 법률행위 해석과 관련된 뿌리 깊은 다양한 논의를 본 졸고에 담아내어 이를 정리・평가하고 나아가 필자의 의견까지 밝히기에는 현재 필자의 능력 범위를 현저하게 넘는 것으로 사료되어, 이에 대한 양해의 말씀을 먼저 드리지 않을 수 없을 것 같다. 이는 보다 깊은 연구와 사색을 거친 이후 다음 기회에 다시금 정리하여 밝히는 것으로 하고, 이하에서는 우리 대법원 판례에 나타나는 합의해제 의사 해석기준을 생각해 보기 위한 이전 단계로 필요한 범위 안에서 의사표시 내지 법률행위 해석과 관련된 일반적 논의 및 판례분석을 중심으로 이를 간략히만 살펴보고자 한다.

나. 법률행위 해석이란 법률행위의 목적 내지 내용을 확정하는 것[25], 또는 법률행위의 내용이나 의미를 밝히는 것[26] 또는 법률행위의 의미 내지는 내용을 확정하는 것[27]이라 할 수 있고, 우리 대법원은 “의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 명백하게 확정하는 것”이라고 판시[28]하고 있다. 마찬가지로 우리 대법원은 대부분의 판결에서 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 명백하게 확정하는 것”이라고도 판시[29]해 오고 있다.

법률행위 해석과 관련하여, “우리 대법원의 기본적인 입장은, 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는

25) 박민수, “법률행위 해석과 사실인정”, 판례연구 제23집, 부산판례연구회, 2012, 12쪽 참조.
26) 이동형, 전게 논문, 6쪽 참조.
27) 남효순, 전게 논문, 147쪽 참조.
28) 대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다27923 판결 등 참조.
29) 대법원 1988. 9. 27. 선고 86다카2375 판결 등 참조.

것이지만, 당사자의 표시행위로부터 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 표시행위의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다는 것"으로 이해할 수 있다고 생각된다.[30]

한편 법률행위 해석이 특히 문제되는 경우는, 의사표시 존부가 명확하지 아니한 경우, 표시행위가 다의적인 경우, 의사와 표시가 불일치하는 경우, 숨은 불합의가 있는 경우, 약정의 공백이 있는 경우 등을 들 수 있다고 하고[31], 법률행위 해석방법에 관하여는 종래 통설적 입장에서 자연적 해석, 규범적 해석, 보충적 해석[32]이 제시되었다.[33]

다. 법률행위 해석기준 내지 해석표준과 관련하여, 종래 통설은 ① 당사자가 그 법률행위를 통해 기도한 목적 및 법률행위 당시의 사정, ② 신의성실의 원칙, ③ 사실인 관습, ④ 임의법규[34] 등을 제시해 왔다.[35]

---

30) 손홍락, 전게 논문, 16, 17쪽 참조.

31) 박민수, 전게 논문, 13쪽 참조.

32) 엄동섭, "법률행위의 해석에 관한 판례분석", 서강법학연구 제5권, 서강대학교 법학연구소, 2003, 117쪽은, 다수의 견해는 법률행위에 공백이 있는 경우 당사자의 가정적 의사를 기초로 그 공백을 보충하는 보충적 해석을 법률행위 해석의 일종으로 인정하고 있다고 설명하고, 대법원 1993. 11. 12. 선고 93다36882 판결 등을 들어 우리 대법원도 보충적 해석의 법리를 채택하고 있다고 평가한다.

33) 자연적 해석과 규범적 해석에 관한 검토를 수행한 선행연구로는, 가령 이동형, 전게 논문 등 참조; 규범적 해석에 관한 검토를 수행한 선행연구로는, 가령 김진우, "계약의 공백보충", 비교사법 제8권 제2호, 한국비교사법학회, 2001. 등 참조; 여러 선행연구와 여러 문헌과 논문 중, 유승룡・조의연, "법적 논증과 논리칙・경험칙":법관의 의사결정 이론과 실무, 사법발전재단, 2010, 267쪽의 '법률행위 해석의 일반론' 항목의 설명에 의하면, "의사표시 내지 법률행위 해석은 크게 밝히는 해석(단순한 해석)과 보충적인 해석으로 나누어지고, 밝히는 해석은 다시 자연적인 해석과 규범적인 해석으로 세분화 된다. 이러한 해석의 순서는 ① 자연적인 해석(당사자의 사실상 일치하는 이해의 확정으로서의 해석) → ② 규범적 해석(당사자의 사실상 이해가 확정되지 않는 경우) → ③ 보충적인 해석(규범적 해석의 결과 규율되지 않는 틈이 발견된 경우)으로 진행되는데, 그 중 규범적 해석이란 당사자들이 그들의 의사표시를 같은 의미로 생각하지 않는 경우 제반 사정 아래에서 의사표시의 상대방이 적절한 주의를 베푼 경우에 이해되었어야 하는 의미가 탐구되어야 하고, 법적으로 표준적인 의미(객관적인 표시가치)에 있어서 일치하는 때 성립하며, 보충적 해석은 틈 있는 법률행위의 보충을 의미한다"고 한다.

34) 엄동섭, 전게 논문, 93쪽은, "임의법규는 법률행위해석의 결과 어떤 부분에 관한 의사표시의 결여가 인정되거나 더 이상 그 의사표시의 내용이 탐구되지 않는 경우 적용되는 '법규범'에 불과하여 이를

우리 대법원 역시, ① 여러 판결에서 당사자가 법률행위를 통해 기도한 목적 기타 법률행위 당시의 사정을 법률행위 해석기준으로 삼고 있고,[36] ② 신의성실의 원칙을 기초로 '예문해석'[37] 및 '엄격해석'[38]을 인정하며, '계약의 일반원칙 및 사회통념', '조리', '정의와 형평' 등[39]을 법률행위 해석의 기준으로 제시하고 있는데 이들 역시 신의성실의 원칙의 발현[40]으로 볼 수 있다, ③ 또한 우리 대법원은 민법 제106조가 의사해석의 기준으로 규정하고 있는 것으로 이해되는 사실인 관습[41]을 법률행위 해석의 기준으로 삼고 있고, ④ 앞서 본 바와 같이, "법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와

법률행위해석의 기준이라고 할 수는 없다"고 하고, "판례 역시 임의법규를 법률행위 해석의 기준으로 제시하지 않는다"고 설명한다.

35) 엄동섭, 전게 논문, 93쪽 참조.

36) 대법원 1990. 12. 26. 선고 88다카20224 판결; 대법원 1994. 4. 29. 선고 94다1142 판결; 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결 등 참조.

37) ① 포괄근저당 및 포괄근보증과 관련하여 예문해석을 인정한 사안으로, 1984. 6. 12. 선고 83다카2159 판결; 대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다36962 판결 등; ② 매매계약서상의 일부조항에 대하여 예문해석을 인정한 사안으로, 대법원 1979. 11. 27. 선고 79다1141판결; 대법원 1989. 8. 8. 선고 89다카5628; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다36231 판결 등; ③ 손해배상청구권 포기각서에 대하여 예문해석을 인정한 사안으로 대법원 1993. 3. 23. 선고 98다64301판결 등 참조.

38) ① 법률행위의 내용이 상대방의 법률상 지위에 중대한 영향을 미치거나 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에 표시행위 또는 그 법률행위에 사용된 문언을 엄격하게 해석한 사안으로, 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카1907, 86; 대법원 1994. 6. 28. 선고 94다6048 판결; 대법원 2000. 5. 30. 선고 2000다2566 판결; 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다33607 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다71555 판결 등; ② 약관에 의한 법률행위의 경우 내용이 불명확한 조항에 대하여 작성자 불이익의 원칙이 해석기준으로 적용된 사안으로, 대법원 1998. 10. 23. 선고 98다20752 판결; 대법원 2001. 6. 26. 선고 99다27972 판결 등 참조.

39) 대법원 1982. 8. 24. 선고 82다카373 판결; 대법원 1984. 9. 11. 선고 84다카568 판결; 대법원 1985. 12. 24. 선고 85다카1362 판결 등 참조.

40) 신의칙에 기초하여 수정적 해석을 인정하고 있는 판례로는 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 판결; 1998. 3. 27. 선고 97다6308 판결 등 참조.

41) ① 사실인 관습을 법률행위 해석기준으로 인정한 사안으로, 대법원 1962. 11. 15. 선고 62다240 판결; 대법원 1967. 12. 18. 선고 67다2093 판결 등; ② 넓은 의미에서 사실인 관습으로 볼 수 있는 '전통적 사고'를 유언(법률행위) 해석기준으로 인정한 대법원 1989. 9. 26. 선고 89다카5680 판결 등 참조; ③ 한편 우리 민법 제106조가 정한 사유인 사실인 관습과 임의규정과의 관계 등에 대한 판결로는 대법원 1983. 6. 14. 선고 80다3231 판결 참조.

형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다"고 판시[42]하여 '법률행위가 이루어진 동기 및 경위', '당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사', '거래의 관행', '논리와 경험칙' 등도 의사해석의 기준으로 제시하고 있는 것으로 평가할 수 있어 보인다.[43] ⑤ 한편 비법률적인 표현이 사용된 경우, 우리 대법원은 각 개별 사안마다 그 의사해석을 통하여 법적 의미 부여 여부를 판단[44]하고 있다.[45]

라. 나아가 필자 소견으로는 우리 대법원은 이상에서 살펴본 의사 내지 법률행위 해석기준을 각 개별적·구체적인 법률행위에서 그 의사 내지 법률행위 해석기준을 보다 구체화하여 (일반적·추상적으로) 제시하고 있다고도 이해한다.

가령, ① 서류상으로 대물변제를 위한 가등기가 경료된 사안에서 채무자 소유 부동산이 채권자 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우 의사 해석기준,[46] ② 저작권에 관한 이용허락계약에 있어 의사 해석기준,[47] ③ 독점적·

---

42) ① 이와 같은 법리를 밝히고 있는 것으로, 대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카413 판결; 1987. 4. 14. 선고 86다카306 판결; 대법원 1997. 6. 24. 선고 95다43327 판결 등 참조; ② 한편 법률행위 해석과 관련하여 당사자 사이에 이견이 있어, '법률행위가 이루어진 동기 및 경위', '당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사', '거래의 관행' 등을 의사 해석기준으로 삼은 사안으로, 대법원 1998. 10. 20. 선고 98다31462 판결; 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다4517 판결 등 참조.

43) 남효순, 전게 논문, 154쪽도 이와 같은 취지로 이해된다.

44) ① 비법률적 표현에 대하여 의사해석을 거쳐 법적 구속력을 인정한 사안으로, 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다31493 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다40858 판결 등 참조; ② 비법률적 표현에 대하여 의사해석을 거쳐 법적 구속력을 부정한 사안으로는, 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결; 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다43486 판결 등 참조.

45) 이 부분 선행연구인 엄동섭, 전게 논문 참조.

46) 서류상으로 대물변제를 위한 가등기가 경료된 사안에서, 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다19880 판결 등에 의하면, "이 사건의 경우처럼 채무와 관련하여 채무자 소유의 부동산이 채권자 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우, 그것이 종전채무의 변제에 갈음하여(즉 대물변제조로) 이전된 것인가, 아니면 종전채무의 담보를 위하여(즉 추후 청산절차를 유보하고) 이전된 것인가의 문제는 그 소유권이전 당시의 당사자 의사해석에 관한 문제"라고 분명하게 전제한 이후, "이 점에 관하여 명확한 증명이 없는 경우에는(물론 담보목적임을 주장하는 측에 그 입증책임이 있는 것이다) 소유권이전 당시의 채무액(당해 부동산이 부담하는 제3자에 대한 채무를 포함하여)과 그 당시의 부동산의 가액, 당해 채무를 지게 된 경위와 그 후의 과정(가등기의 경료관계), 소유권이전 당시의 상황, 그 이후에 있어서의 당해 부동산의 지배 및 처분관계 등 제반사정을 종합하여 그것이 담보목적인지 여부를 가려야 한다"고 판시하여, '소유권이전 당시의 채무액', '그 당시의 부동산의 가액', '당해 채무를 지

배타적 사용·수익권 행사제한에 관한 의사 해석기준[48] 등을 일례로 제시할

게 된 경위와 그 후의 과정(가등기의 경료관계)', '소유권이전 당시의 상황', '그 이후에 있어서의 당해 부동산의 지배 및 처분관계' 등을 의사 해석기준으로 제시하고 있다고 이해된다.

47) 우리 대법원은 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결 등에서, ㉮ 저작권 양도계약인지 이용허락계약인지는 명백하지 아니한 경우, "저작권 양도 또는 이용허락되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다"고 판시하여, '거래관행'은 물론, '당사자의 지식과 행동 등'을 의사 해석기준으로 제시하고 있고, 나아가 ㉯ "저작권에 관한 이용허락계약의 해석에 있어서 저작권 이용허락을 받은 매체의 범위를 결정하는 것은 분쟁의 대상이 된 새로운 매체로부터 발생하는 이익을 누구에게 귀속시킬 것인가의 문제라고 할 것이므로, '녹음물 일체'에 관한 이용권을 허락하는 것으로 약정하였을 뿐 새로운 매체에 관한 이용허락에 대한 명시적인 약정이 없는 경우 과연 당사자 사이에 새로운 매체에 관하여도 이용을 허락한 것으로 볼 것인지에 관한 의사해석의 원칙"과 관련하여서는, "① 계약 당시 새로운 매체가 알려지지 아니한 경우인지 여부, 당사자가 계약의 구체적 의미를 제대로 이해한 경우인지 여부, 포괄적 이용허락에 비하여 현저히 균형을 잃은 대가만을 지급 받았다고 보여지는 경우로서 저작자의 보호와 공평의 견지에서 새로운 매체에 대한 예외조항을 명시하지 아니하였다고 하여 그 책임을 저작자에게 돌리는 것이 바람직하지 않은 경우인지 여부 등 당사자의 새로운 매체에 대한 지식, 경험, 경제적 지위, 진정한 의사, 관행 등을 고려하고, ② 이용허락계약 조건이 저작물 이용에 따른 수익과 비교하여 지나치게 적은 대가만을 지급하는 조건으로 되어 있어 중대한 불균형이 있는 경우인지 여부, 이용을 허락 받은 자는 계약서에서 기술하고 있는 매체의 범위 내에 들어간다고 봄이 합리적이라고 판단되는 어떠한 사용도 가능하다고 해석할 수 있는 경우인지 여부 등 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따른 계약의 합리적이고 공평한 해석의 필요성을 참작하며, ③ 새로운 매체를 통한 저작물의 이용이 기존의 매체를 통한 저작물의 이용에 미치는 경제적 영향, 만일 계약 당시 당사자들이 새로운 매체의 등장을 알았더라면 당사자들이 다른 내용의 약정을 하였으리라고 예상되는 경우인지 여부, 새로운 매체가 기존의 매체와 사용, 소비 방법에 있어 유사하여 기존 매체시장을 잠식, 대체하는 측면이 강한 경우이어서 이용자에게 새로운 매체에 대한 이용권이 허락된 것으로 볼 수 있는지 아니면 그와 달리 새로운 매체가 기술혁신을 통해 기존의 매체시장에 별다른 영향을 미치지 않으면서 새로운 시장을 창출하는 측면이 강한 경우이어서 새로운 매체에 대한 이용권이 저작자에게 유보된 것으로 볼 수 있는지 여부 등 새로운 매체로 인한 경제적 이익의 적절한 안배의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 해석하여야 한다"고 하여 그 의사 해석기준을 제시하고 있다고 이해된다.

48) 손홍락, 전게 논문은, 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결은 그 스스로 자신 소유 토지에 관한 독점적·배타적 사용·수익권 행사제한을 인용한 토지소유자의 의사해석기준과 그 토지소유자로부터 그와 같은 제한상태를 용인하는 의사로 이를 특정승계한 특정승계인의 의사해석기준을 밝히고 있는 것으로 평가한다. 즉 이 대법원 전원합의체 판결은, 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한에 대한 판단기준(의사해석기준)에 관하여, 기존 대법원판결에서 제시해 온 것처럼, ① 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, ② 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공한 경위와 그 규모, ③ 토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무, ④ 해당 토지 부분의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 사정을 종합적으로 고찰할 것을 제시하면서, 나아가 ⑤ 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 새로이 추가 제시하는 한편, 특정승계인의 의사해석기준과 관련하여서는, ① 특정승계인이 토지를 취득한 경위, 목적, ② 그 토지가 일반 공중의 이용에 제공되어 사용·수익에 제한이 있다는 사정이 이용현황과 지목 등을 통하여 외관에 어느 정도로 표시되어 있었는지, ③ 해당 토지의 취득가액에 사용·수익권 행사의 제한으로 인한 재산적 가치 하락이 반영되어 있었는지, ④ 원소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 무상 제공한 것이 해당 토지를 이용하는 사람들과의 특별한 인적 관계 또는 그 토지 사용 등을 위한 관련 법령상의 허가·등록 등과 관계가 있었다고 한다면, 그와 같은 관련성이 특정승계인에게 어떠한 영향을 미치는지 등 사정 등을 제시하고 있는 것으로 이해하고 있다.

수 있다고 생각한다. 나아가 보다 구체화된 요소별로 제시되지는 않았으나 ④ (묵시적 의사표시에 있어) 이행거절,[49] ⑤ 아래에서 다시 살펴보는 바와 같이 (묵시적 의사표시에 있어) 합의해제에 관한 판단기준 등도 일응 우리 대법원이 판시하는 의사 내지 법률행위 해석기준의 일례들로 평가할 수 있다고도 생각된다.

'모든 판사의 판결이유는 그 자체가 법철학의 한 단편이다,'[50]는 말은, 법률행위 당사자 의사해석을 위한 의사표시 내지 법률행위 해석기준 정립 과정에도 당연히 관여된다. 당사자 의사가 불분명할 때 결국에는 법원 내지 법관이 그 의사를 해석·확인하는 작업을 거칠 수밖에 없고, 그 과정에서 법원의 관점이 녹아들게 된다. 법원의 관점이란 때로는 문언으로 대표할 수 있는 표시행위의 의미를 보다 객관적·문언적으로 해석하는 방식일 수도 있고, 때로는 표시행위의 객관적 의미 자체보다 신의칙 등을 매개로 그에 내재된 형평적 결과나 정의의 관념이 강조될 수도 있다. 법원이 모든 개별적·구체적인 법률행위에 대하여 일반적·추상적 형식으로 그 해석기준을 구체적으로 제시하는 것은 불가능에 가깝다. 그러나 든든한 이론적 토대가 지속적으로 제공되는 토양 아래, 개별 법률행위에서 구체적·반복적으로 문제될 수 있는 사안 등에 있어서는 앞서 본 바와 같이 일반적·추상적 형식으로 보다 구체화된 의사해석기준 등이 차곡차곡 정립되어 나갈 수 있을 것이라 생각된다. 이는 현실적으로 장래의 분쟁당사자, 바로 우리 국민에게 예측 가능성과 법적 안정성을 제공하는 훌륭한 도구가 될 수 있음은 물론, 그 자체로 법리와 법률문화 발전의 토대이자 결과로 평가받을 수도 있지 않을까 하는 소견이다.

---

49) 우리 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결 등에 의하면, "채무불이행에 의한 계약해제에서 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우로서 이른바 '이행거절'로 인한 계약해제의 경우에는 상대방의 최고 및 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행제공을 요하지 아니하여 이행지체 시의 계약해제와 비교할 때 계약해제의 요건이 완화되어 있는바, 명시적으로 이행거절의사를 표명하는 경우 외에 계약 당시나 계약 후의 여러 사정을 종합하여 묵시적 이행거절의사를 인정하기 위하여는 그 거절의사가 정황상 분명하게 인정되어야 한다"고 판시하는데, 이에 의하면 이행거절의사 해석기준으로 '계약 당시나 계약 후의 여러 사정', '그 거절의사가 분명하게 인정되는 정황(의 존재)' 등이 제시된 것으로 평가할 수 있다고 이해된다.

50) 권영준, "민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원", 비교사법 제22권 제4호, 한국비교사법학회, 2015, 1411쪽, 각주 17) 참조.

2. 대법원 판례를 통해 도출해 본 (묵시적) 합의해제 판단기준 또는 의사 해석기준

가. 첫머리에

앞서 본 바와 같이 우리 대법원은, “계약의 합의해제는 명시적으로뿐만 아니라 당사자 쌍방의 묵시적인 합의에 의하여도 할 수 있다”고 판시하여 명시적으로 묵시적 의사표시에 의한 합의해제 가능성을 인정하면서, “묵시적인 합의해제를 한 것으로 인정되려면 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다”고 판시하고 있다. 즉 합의해제는 당사자 쌍방이 합의에 의하여 기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀시킬 의사를 내용으로 하는 청약과 승낙의 의사표시가 합치되어야 하는 것이지만, ‘계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도’로 쌍방 당사자 의사가 묵시적으로 표시된 것으로 해석되는 경우라면 묵시적 의사표시에 의한 합의해제를 인정할 수 있다는 것이 우리 대법원의 입장으로 이해된다.

이하에서는 묵시적 합의해제 성립 여부와 관련한 판례분석을 중심으로 이루어진 선행연구[51] 결과 등을 참조하여 우리 대법원 판례를 통하여 도출 가능한 당사자의 (묵시적) 합의해제 의사 해석기준 등에 대하여 (비록 최종적·완결적 단계까지 도달하지는 못하더라도) 생각해 보고자 한다.[52]

---

51) 부족한 필자의 검색을 통하여 확인된 관련 선행연구로는, 우선, 김동훈, “계약의 묵시적 합의해제의 판단기준 -대상판결: 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다11506 판결-”, 고시연구 제32권 제2호, 고시연구사, 2005. 논문이 있다. 이 논문은 묵시적 합의해제에 관한 판례의 분석을 시도하고 있고, 이 논문 주요 내용을 담은, 동일한 저자의 각주 12) 전게 논문이 있다. 한편 오종근, 전게 논문 247-249에서는 합의해제의 성립문제와 관련하여 묵시적 합의해제에 관한 여러 판례를 제시하고 있다. 이 부분 본 졸고 내용은 위와 같은 선행연구를 검토하고 참조한 후, 가능한 범위에서 판례 검색 등을 거쳐 의사해석기준이라는 관점에서 부족하나마 필자의 (잠정적) 생각을 정리한 것임을 말씀드린다.

52) 아울러, 김동훈, 각주 12) 전게 논문, 37쪽; 같은 저자, 각주 59) 전게 논문, 154쪽에 의하면, 위 저자는 “판례이론의 정리”라는 제목 아래, “판례는 당사자 사이에서 합의해제가 있었는지 여부에 대하여 일차적인 것은 당사자의 의사표시 해석의 문제로 본다”고 하여, 우리 대법원의 여러 판례 사안들에 나타난 (묵시적) 합의해제의 성립과 관련 문제들은 ‘의사표시 내지 법률행위 해석’의 문제라고 전제한 뒤, “비록 명시적인 해제의 청약과 승낙의 합치는 아니더라도 당사자의 의사표시의 상황에 맞추어 해석하는 경우에 계약해제에 대한 합의가 있는 것으로 볼 수 있는 경우가 있다”고 설명하고 있다.

나. 계약이 체결된 후 여러 가지 사정의 종합적 고려

먼저, 우리 대법원은 합의해제 의사 해석기준, 특히 당사자 쌍방의사가 "계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이른" 경우인지를 의사해석하기 위한 기준으로 그 (기존) 계약이 체결된 후 여러 가지 사정을 두루 살펴야 함을 밝히고 있다.[53] 이는 우리 대법원 판례가 많은 판결에서 밝히고 있는 의사표시 내지 법률행위 해석기준인 '당사자가 그 법률행위를 통하여 기도한 목적 및 법률행위 당시의 사정'과 밀접한 관련이 있을 수 있다고 생각된다. 즉 (묵시적으로라도) 합의해제라는 법률행위를 하였다고 볼 수 있는 당시를 전후한 여러 사정은 당해 법률행위인 합의해제에 대한 쌍방 당사자 의사를 해석하고 확정함에 있어 중요한 기준이 될 수밖에 없을 것이라 이해된다.

다. 이행 착수 여부 및 장기간 계약 방치 여부

기존 계약에 따른 이행이 일부라도 이루어졌는지 여부 및 기존 계약의 방치 여부도 (묵시적) 합의해제 의사해석을 위한 중요한 기준이 될 수 있다. 우리 대법원 판례에 따르면, "계약의 성립 후에 당사자 쌍방의 계약실현의사의 결여 또는 포기로 인하여 쌍방 모두 이행의 제공이나 최고에 이름이 없이 장기간 이를 방치하였다면, 그 계약은 당사자 쌍방이 계약을 실현하지 아니할 의사가 일치됨으로써 묵시적으로 합의해제되었다고 해석함이 상당하다"고 판시[54]하여, 당사자 쌍방의 이행제공이나 최고조차 없는 상태에서 장기간 계약

---

53) 가령, 우리 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결은, "계약의 합의해제 또는 해제계약은 해제권의 유무를 불문하고 계약당사자 쌍방이 합의에 의하여 기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀시킬 것을 내용으로 하는 새로운 계약으로서, 계약이 합의해제되기 위하여는 계약의 성립과 마찬가지로 계약의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것(합의)을 요건으로 하는바, 이와 같은 합의가 성립하기 위하여는 쌍방당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 객관적으로 일치하여야 한다. 그리고 계약의 합의해제는 명시적으로뿐만 아니라 당사자 쌍방의 묵시적인 합의에 의하여도 할 수 있으나, 묵시적인 합의해제를 한 것으로 인정되려면 계약이 체결되어 그 일부가 이행된 상태에서 당사자 쌍방이 장기간에 걸쳐 나머지 의무를 이행하지 아니함으로써 이를 방치한 것만으로는 부족하고, 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다. 이 경우에 당사자 쌍방이 계약을 실현할 의사가 없거나 포기할 의사가 있었는지 여부는 계약이 체결된 후의 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다"고 판시한다.

54) 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다28836 판결; 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결; 대법

이 방치된 사정은 (묵시적) 합의해제로 의사해석될 수 있음을 밝히고 있다.[55] 반면, 우리 대법원 판례는 “묵시적인 합의해제를 한 것으로 인정되려면 계약이 체결되어 그 일부가 이행된 상태에서 당사자 쌍방이 장기간에 걸쳐 나머지 의무를 이행하지 아니함으로써 이를 방치한 것만으로는 부족하고, 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다”고 판시[56]하여, 계약에 따른 이행이 일부 이루어진 상태에서는 단순히 장기간 나머지 의무가 이행되지 않고 있다는 상태만으로 쌍방 당사자에게 합의해제 의사가 있다고 의사해석할 수는 없다는 입장을

원 1987. 1. 20. 선고 85다카2197 판결 등 참조.

55) 아래 각주 56)의 각 판결들로 알 수 있는 바와 같이, 계약이 미이행된 상태에서 일견 장기간 방치된 사정만으로 당연히 무조건 묵시적 합의해제 의사가 있었다고 의사해석되어야만 하는 것이 아님은 물론이다. 즉 쌍방 당사자가 계약의 유효함을 인정하면서도 계약이 장기간 방치될 수 있는 다른 사정 등이 있다면 이러한 사정을 아울러 고려하여 당사자 의사해석을 하여야만 한다.

56) 대법원 1993. 7. 23. 선고 93다19030 판결; 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결; 1996. 6. 25. 선고 95다12682, 12699 판결; 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다10197, 92다10203 판결 등 참조; 같은 취지에서 대법원 1991. 4. 12. 선고 91다2113 판결 이유에 의하면, “원심은 가사 합의해제가 인정되지 않는다 하더라도 계약후 7년이 지나는 동안 쌍방 모두 이행의 제공이나 최고없이 장기간 이를 방치하였으니 이는 쌍방모두가 계약실현의 의사의 결여나 포기로 인하여 묵시적으로 합의해제 되었다고 볼 수 있다고 판단하여 당원 1987. 1. 20. 선고 85다카2197 판결을 원용하였는바, 위와 같이 계약후 7년의 기간이 경과하였다 하여 권리의 소멸시효기간이 경과되지 아니한 시점에서 가볍게 계약당사자의 계약실현의 의사결여나 포기를 단정할 수 없다 할 것이고, 위의 당원판례는 매매당사자가 계약금과 중도금을 정하거나 교부함이 없이, 또 쌍방 모두의 이행의 제공이나 최고없이 5년 이상의 세월을 망각속에 방치한 경우에 관한 사안이어서 이 사건에 원용할 적절한 선례가 될 수 없는 것”이라고 판시하였다. 즉 “원고와 피고사이에 소장첨부 제1, 2목록 토지 2필에 관하여 매매계약을 체결한 사실, 제1목록토지에 관하여는 평당금 10,000원씩 계산하여 그 토지대금 1,170,000원 전액을 피고가 수령하였고, 이 사건 토지인 제2목록토지에 관하여는 도로개설예정지인 200평만을 매수하고 후일 측량하여 매수평수가 확정될 때에 잔금을 지급하기로 하되 그 토지대금은 평당금 20,000원씩 계산하여 금 2,000,000원을 계약 당일에 피고가 수령하였으며, 그 매수대상토지상에 건축되어 있는 건물의 소유자인 소외 송기석에게 그 철거보상금으로 합계금 3,200,000원을 지급한 사실”이 인정되는 당해 사안과 아무런 이행(내지 이행제공 또는 최고)도 없는 상태에서 계약이 방치되어 있는 사안과는 각 의사해석을 달리하여야 한다는 뜻을 밝힌 것으로 이해된다.

한편 계약이 장기간 미이행 상태에 있었지만 (단순 방치가 아니라) 그 이행 최고가 있었던 사안으로, 가령, 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다28221 판결 등 참조.

나아가 계약이 미이행 상태로 장기간 방치되었더라도, 가령 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다19030 판결의 경우, “원심이 인정한 바와 같이 원고와 피고가 정지조건을 붙여 교환계약을 체결한 것이라면, 원고로서는 정지조건이 모두 성취될 때까지는 계약에 따른 자신의 채무를 이행하여야 할 의무가 없음은 물론 피고에 대하여도 계약에 따른 채무의 이행을 요구할 권리도 없는 것이므로, 원심이 인정한 바와 같이 교환계약의 정지조건이 1991. 1. 26.에 이르러 모두 성취되었다면, 적어도 그때까지는 원고가 교환계약에 따른 자신의 채무에 관하여 이행을 제공하지 아니하였거나 피고에게 교환계약에 따른 채무의 이행을 최고하지 아니하였다고 하더라도, 원고가 교환계약을 이행하지 아니한 채 방치하였다거나 원고에게 계약을 실현할 의사가 없었던 것으로 단정할 수는 없을 것이다” 등의 사정을 당사자 의사해석의 중요한 기준으로 삼아, 묵시적 합의해제 성립을 부인하였다.

거듭 밝히고 있다.

라. 계약효력 유지와 모순되는 사정 내지 계약 내용에 반하는 당사자 거동의 존재

기존 계약의 효력이 그대로 존속하는 것과 모순되는 사정의 존재 여부 또는 기존 계약 내용에 반하는 당사자 거동의 존재 여부도 (묵시적) 합의해제 의사해석의 중요한 기준이 될 수 있다. 우리 대법원 판례 사안으로 가령 ① (다른 특별한 사정이 없는 일반적·통상적인 경우라면) 계약해제를 주장하면서 반환하는 계약목적물이나 대금을 이의유보 없이 그대로 수령하는 경우[57] 나 ② 매수인이 대금지급채무를 불이행하고 있는 상태에서, 매도인이 매수인의 소개로 제3자와 동일한 매매목적물에 대해 재차 새로운 매매계약을 체결한 경우[58] 등에 있어서, 우리 대법원은 묵시적 합의해제 의사가 인정된다고 의사해석하고 있다고 이해된다.

마. 기존 계약 청산에 수반되는 부대조건 등에 대한 합의 존부

계약을 합의해제하는 당사자 의사에는 기존에 성립한 계약의 청산 등과 관

57) '매매계약의 해제의 통고를 한 후 공탁한 금원을 아무런 이의없이 수령한 것이라면, 공탁서에 기재된 대로의 공탁 원인 사실인 계약해제를 승낙한 것(대법원 1979. 10. 10. 선고 79다1457 판결 등 참조)'이라거나; '부동산 매수인이 명시적인 이의유보 없이 매도인이 제공하는 계약해제에 따른 정산금을 수령하였다면, 이는 매도인이 주장한 계약해제 사유 및 그 매매대금 정산액을 인정한 것으로 보아야 한다(대법원 2002. 1. 25. 선고, 2001다63575 판결 등 참조)'는 판결 등을 들 수 있다.
다만, 특별한 사정이 있는 경우는 별론이다. 즉, 우리 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다63575 판결은, "부동산 매수인이 매도인으로부터 계약해제에 따른 기지급 매매대금의 정산금을 반환받음에 있어서 매도인에 대하여 이의를 유보하는 의사표시는 반드시 명시적으로 하여야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 이의를 유보할 수 있음은 상고이유에서 지적하는 바와 같으나, 매수인이 명시적인 이의유보 없이 매도인이 제공하는 계약해제에 따른 정산금을 수령하였다면, 당시 매수인이 계약해제의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있었다거나, 그 외에 상당한 이유가 있는 상황에서 위 정산금을 수령하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이는 매도인이 주장한 계약해제 사유 및 그 매매대금 정산액을 인정한 것으로 보아야 할 것이다"라고 판시하고 있다.

58) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결은, "원심은... ....등 이 사건 매매계약의 내용에 반하는 행동을 함으로써 위 계약에 의한 자신의 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였다고 보아야 할 것이므로, 늦어도 원고가 위 소외인 2의 소개로 위 소외인 3에게 이 사건 토지를 매도한 1999. 12. 23.경에는 이 사건 매매계약을 존속시키지 아니하기로 한다는 점에 있어서 원고와 위 소외인 2 사이에 의사의 합치가 묵시적으로 이루어졌다고 봄이 상당하다고 판단하였다. ... 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고.."라고 판시한다.

련된 일체의 문제를 일거에 합의하여 정리하려는 의사를 포함하고 있다고 의사해석하여야 할 것인지가 문제될 수 있다. 상황에 따라서는 쌍방 당사자가 우선적으로 기존 계약의 효력만을 소멸시키기로 합의하고, 그에 수반하는 정산이나 손해배상의 문제 등은 별도로 처리하기로 합의할 수도 있을 것이다(가령, 쌍방 당사자 사이에 당해 계약 이외에도 다른 정산할 관계가 있는 등의 경우를 생각해 볼 수 있다). 그러나 특별히 고려할 사정이 없는 통상적인 기왕의 계약효력을 소멸시키기로 하는 합의 과정에서는, 기존 계약에 따라 이미 지급된 계약금, 중도금의 반환 및 손해배상금, 위약벌[59] 발생 여부 등에 관한 처리에 관하여도 (특별한 사정이 없는 한) 함께 약정하는 것이 일반적인 평균인의 의사일 것이라고 평가할 수 있다. 마찬가지로 계약당사자가 다수인 경우 일부 당사자 사이에서만 합의해제를 하는 경우 나머지 당사자들과 사이의 법률관계 처리에 관한 논의도 함께 이루어지는 것이 통상적이라 볼 수 있다.[60] 따라서 기존 계약의 청산에 수반되는 부대조건 등에 대한 합의 존재 여부도 쌍방 당사자의 (묵시적) 합의해제 의사해석에 중요한 기준이 될 수 있다고 이해된다. 우리 대법원 역시 위와 같은 부대조건 등에 대한 합의가 없는 경우 (묵시적) 합의해제 성립을 부인하고 있는 입장[61]으로 이해된다. 관련하여 우리 대법원은 그 성립부인의 근거를 '경험칙에 비추어 이례에 속한다'고 판시하는 경우가 많다.[62]

---

59) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다11506 판결 등 참조.

60) 가령 대법원 2010. 7. 29. 선고 2010다699 판결의 경우, 다수 당사자 사이에서 경개계약이 체결된 경우 일부 당사자 사이의 경개계약 합의해제의 효력은 인정될 수 있다고 하면서도, 이에 따라 발생할 수 있는 법률관계의 해결에 관한 약정이나 논의 없이 경개계약을 합의해제하는 것은 경험칙상 이례에 속한다고 하며 묵시적 합의해제를 인정하지 않았다.

61) 우리 대법원은 일찍이 1948. 5. 27. 선고 4280민상383 판결에서, "매매계약의 합의해제에 있어 특수사유 없으면 기교부계약금의 반환 및 매매계약서의 폐기는 필수적 처리이다"라고 판시한 바 있다; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다98412, 98429 판결은, 합의해제가 성립되는 경우, "계약이 일부 이행된 경우에는 그 원상회복에 관하여도 의사가 일치되어야 할 것이다"라고 판시한 바도 있다; 그밖에 대법원 1996. 2. 27. 선고 95다43044 판결 등 참조.
또한, 우리 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다2490, 2506 판결 등은, "물론 계약을 합의해제할 때에 원상회복에 관하여 반드시 약정을 하여야 하는 것은 아니지만, 매매계약을 합의해제하는 경우에 이미 지급된 계약금, 중도금의 반환 및 손해배상금에 관하여는 아무런 약정도 하지 아니한 채 매매계약을 해제하기만 하는 것은 우리의 경험칙에 비추어 이례에 속하는 일이다"고 밝히고 있다.

62) 위 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다2490, 2506 판결은 물론; 대법원 1994. 9. 13. 선고 94다17093 판결; 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다4130, 92다4147 판결 등 참조; 대법원 1996. 6. 25. 선고 95다12682, 12699 판결은, 그 판시 이유에서 "기록에 의하여 나타나는 다음과 같은 사정, 즉 위 각 부동산의 계

바. 비법률적 표현에 대한 의사해석을 통한 법적 구속력 부여

합의해제의 의사해석이 문제되는 구체적 사건에서도 다른 법률행위 해석의 경우와 마찬가지로 비법률적 표현이 사용되는 경우가 있다. 이와 같은 경우 당해 법원은 일반적인 법률행위 해석기준 등을 기초로 당사자 의사를 밝혀 그 비법률적 표현에 법적 구속력을 부여하거나 법적인 의미를 부여하지 않는 판단을 내리게 된다.[63]

사. 소결

우리 대법원이 그 판결을 통하여 (묵시적) 합의해제 의사를 해석함에 있어 고려하여야 할 판단기준 내지 해석기준을 일반적·추상적으로 일괄 제시하고 있는 것은 아니나, 그 판단기준 내지 해석기준으로 평가할만한 일련의 몇몇 기준에 대한 반복적 판단이 이루어지고 있다고 볼 여지는 없지 않다고 이해된다. 아울러 이와 같은 점을 확인하고 분명히 하는 것은, 관련 분쟁을 앞두고 있거나 겪고 있는 당사자들에게 실질적으로 도움이 될 수 있는 작업일 수 있다고도 생각된다.

이상에서 검토한 바와 같이 우리 대법원은 당사자의 묵시적 합의해제 의사를 해석하는 기준으로 ① 기존 계약에 따른 이행 착수 여부 및 장기간 계약

약금조로 금 25,000,000원이 피고에게 이미 지급되었고, 원고측이 받아야 할 공장 등의 이전보상금 15,128,660원을 피고가 지급받아 중도금조로 충당된 상태에서 원·피고측이 합의하여 매매계약을 해제하려면 먼저 위 금원의 반환 등 처리 문제를 당사자 사이에 논의하는 것이 경험칙상 당연한데 이 문제에 관하여 논의하거나 결정하였다는 점에 관하여 아무런 자료가 없는 점"을 들고 있다; 대법원 1991. 4. 12. 선고 91다2113 판결의 경우에도, "...원, 피고가 합의하여 이사건 매매계약을 해제하려면 원고가 위 지출금을 포기한 것이라고 인정할 특별한 사정이 엿보이지 아니하는 이 사건에 있어서 당연히 이에 관한 반환 등의 처리문제가 당사자간에 논의 결정되어야 할 것으로 경험칙상 인정되는데도 원심에서는 이점에 관하여 심리판단함이 없이 막연히 위 합의해제사실을 인정한 잘못이 있다"고 설시한다.

63) 가령, 상가 임차인이 입점이 어렵게 되자 임대차 계약을 해지하고 임차보증금반환을 요구하자, 임대인이 "조속한 건물 재임대를 통하여 보증금의 반환이 될 수 있도록 노력하겠다"고 답변한 사안에서, 우리 대법원은 '임대인도 계약을 유지할 의사가 없는 것'으로 의사해석하여 임대차 계약이 묵시적으로 합의해제되었다고 판시한 바 있고(대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다5336 판결 참조); 또한 우리 대법원은, 임대인이 계약금 반환을 요구하는 임차인에게 한 "세 나간 후에 보자"는 말의 의미를, '임대인이 임대차 존속을 바라지 않는 임차인의 요구를 받아들이되 제3자와 새로운 임대차계약을 체결하게 되고 그로 인하여 자신에게 손해가 생길 경우 계약금에서 그 손해를 공제한 나머지를 반환하겠다는 의사를 표시한 것으로 해석'하여 묵시적 합의해제 성립을 인정(대법원 1995. 4. 28. 선고 95다7260 판결)한 바 있다.

방치 여부, ② 계약효력 유지와 모순되는 사정 내지 계약 내용에 반하는 당사자 거동의 존재 여부, ③ 기존 계약 청산에 수반되는 부대조건 등에 대한 합의 존부, ④ 기존 계약이 체결된 후 여러 가지 사정의 종합적 고려 등을 일응 그 해석기준으로 삼고 있는 것으로 평가할 수 있을 것이라 이해된다.

아울러 합의해제의 경우를 비롯한 묵시적 의사표시와 그에 기초한 법률행위 해석에 관한 이론적 접근 및 그 실무적 적용이라는 관점에서 더 깊은 연구와 고민이 필요하다는 과제를 필자 자신에게 다시 한번 숙지시키고자 한다.

Ⅳ. 결 론

1. 쌍방 당사자의 합치된 의사표시로 유효하게 성립된 계약은 지켜져야 하지만, 그 쌍방 당사자의 합치된 의사로 그 기존 계약의 효력을 소멸시키기로 하는 합의 역시 사적자치의 원칙상 허용되어야만 한다. 이때 그 기존 계약에 대한 해제계약인 합의해제 역시도 그 기존 계약의 성립시와 동일한 계약성립요건을 모두 갖추어야만 한다. 한편 법률효과 발생을 목적으로 하는 의사 표현행위로서 의사표시 역시 사적자치의 원칙에 따라 원칙적으로 특별한 방식을 요구하는 것은 아니라고 할 것이어서 반드시 말이나 문자 등을 이용한 명시적인 방식으로만 이루어져야 하는 것은 아니고, 일정한 거동이나 침묵 등에 의한 묵시적인 방식으로도 이루어질 수 있다. 우리 대법원도 당사자 사이의 묵시적인 의사표시로서 해제계약인 합의해제가 성립할 수 있다는 점을 명시적으로 선언하고 있다.

법률행위는 그 의사표시 내지 법률행위 해석을 통하여 그 내용이 확정될 수 있다. 의사표시 내지 법률행위 해석의 문제는 민법상 가장 기본적인 문제임에도 불구하고 우리 민법은 다른 나라 입법내용과 비교해 볼 때 극히 제한적인 규정을 두고 있을 뿐이다. 우리 대법원은 의사표시 내지 법률행위 해석의 기준으로, ① 당사자가 법률행위를 통해 기도한 목적 기타 법률행위 당시 사정, ② 계약의 일반원칙 및 사회통념, 조리, 정의와 형평 등을 포함하는 신

의성실의 원칙, ③ 사실인 관습, ④ 그 밖에 문언 등 표시행위의 내용, 그와 같은 행위가 이루어진 동기와 경위, 행위에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사, 논리와 경험칙 등을 제시하고 있다. 아울러 필자 소견으로는 우리 대법원은 특정한 개별적 법률행위에 대한 의사 해석기준을 일반적·추상적 방식으로 보다 구체화하여 밝히기도 하는데, 가령 저작권에 관한 이용허락계약에 있어 의사 해석기준, 독점적·배타적 사용·수익권 행사제한에 관한 의사 해석기준 등을 들 수 있다고 생각한다.

법률행위를 구성하는 의사표시가 묵시적으로 이루어지는 경우 그 의사해석은 더욱 세밀하게 이루어져야 할 것인데, 우리 대법원은 '계약이 성립한 이후 당사자 쌍방의 계약 실현 의사의 결여 또는 포기로 계약을 실현하지 아니할 당사자 쌍방의 의사가 일치'된 경우, 합의해제가 묵시적 의사표시로 성립된 것이라는 판례법리를 형성하고 있고, 이 경우 여러 대법원판결에 나타나고 있는 판시를 고려하여 추측해 볼 때, ① 기존 계약에 따른 이행 착수 여부 및 장기간 계약 방치 여부, ② 계약효력 유지와 모순되는 사정 내지 계약 내용에 반하는 당사자 거동의 존재 여부, ③ 기존 계약 청산에 수반되는 부대조건 등에 대한 합의 존부, ④ 기존 계약이 체결된 후 여러 가지 사정의 종합적 고려 등이 그 묵시적 의사를 해석하는 기준으로 작용하고 있는 것으로 이해된다. 필자의 소견으로는 법률행위 당사자 의사해석을 위한 의사표시 내지 법률행위 해석기준 정립을 위한 노력은 그 누구보다도 일반 국민들께서 예측 가능성 및 법적 안정성 확보라는 큰 수혜를 얻을 수 있으리라 여겨질 뿐만 아니라, 그 자체로 우리 법률문화 발전의 토대이자 결과가 될 수도 있으리라 생각한다.

한편 필자 소견으로는 실제 소송에 있어 묵시적 의사표시에 의한 합의해제가 인정될 수 있다는 점은 실질적으로는 명시적 의사표시로 성립된 합의해제 사실에 대한 증명 곤란을 구제하는 측면도 있을 수 있다고 생각되어 이에 관하여도 두서없이 말씀드렸다.

2. 부족하나마 이런저런 생각을 하며 본 졸고를 작성하는 과정에서, 아이작 뉴턴이 했다는 '거인의 어깨에 올라서서 더 넓은 세상을 바라보라'는 말이 새

삼 깊이 느껴졌다. 훌륭하고 뛰어나신 모든 교수님들과 실무가분들의 선행연구가 없었더라면 부끄러운 이 정도 수준의 본 졸고도 당연히 존재할 수 없었을 것이다. 필자 역시도 반드시 그 위대한 거인의 어깨를 조금이라도 더 높일 수 있는 사람이 될 수 있기를 간절히 소망하고 꼭 그렇게 되겠노라 다짐해 본다. 이 기회를 빌어 위대한 거인을 창조해 오신 모든 분들께 진정한 경의를 표하며 너무나 부족하여 부끄럽기 그지없는 본 졸고를 마치고자 한다.

투고일 : 2020. 1. 30.	심사일 : 2020. 2. 16.	게재확정일 : 2020. 2. 21.

참고문헌

곽윤직, 채권각론 제6판(중판), 박영사, 2018.

곽윤직・김재형, 민법총칙 제9판(중판), 박영사, 2019.

이시윤, 신민사소송법 제6판(중판), 박영사, 2011.

이영준, 민법총칙(개정증보판), 박영사, 2007.

지원림, 민법강의 제14판, 홍문사, 2016.

권영준, “민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무”, 법학 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008.

권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 비교사법 제22권 제4호, 한국비교사법학회, 2015.

권영준, “최선노력조항(best efforts clause)의 해석”, 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014.

김동훈, “계약의 묵시적 합의해제의 판단기준 -대상판결: 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다11506 판결-”, 고시연구 제32권 제2호, 고시연구사, 2005.

김동훈, “계약의 합의해제”, 고시연구 제32권 제4호, 고시연구사, 2005.

김동훈, “계약해제의 몇 가지 특수한 경우에 관한 법리”, 법학논총 제16집, 국민대학교 법학연구소, 2004.

김재형, “법률행위의 내용의 확정과 그 기준”, 법학 제41권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2000.

김진우, “계약의 공백보충”, 비교사법 제8권 제2호, 한국비교사법학회, 2001.

김진우, “임의규정과 보충적 해석 -계약의 공백보충을 중심으로-”, 홍익법학 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016.

남효순, “법률행위 해석의 쟁점 -법률행위 해석의 본질 및 방법에 관하여-”, 법학 제41권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2000.

박동진, “쌍방의 공통된 동기착오”, 민사법학 제35호, 한국민사법학회, 2007.

박민수, “법률행위 해석과 사실인정”, 판례연구 제23집, 부산판례연구회, 2012.

백태승, “법률행위의 해석에 관한 판례의 태도”, 저스티스 제32권 제1호, 한국법학원, 1999.

손홍락, “독점적・배타적인 사용・수익권 행사 제한 법리에 관한 대법원 전원합의체 판결에 대한 소고 -대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 판결-”, 민사법의 이론과 실무 제23권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2019.

송덕수, “공통의 동기의 착오에 관한 판례 연구”, 법조 통권 제524호, 법조협회, 2009.

양경승, “민사소송의 구조 -법률요건, 청구, 공격방어방법의 관계-”, 사법논집 제55집, 사법발전재단, 2012.

엄동섭, “법률행위의 보충적 해석”, 이영준 박사 화갑기념논문집 한국민법이론의 발전(Ⅰ), 박영사, 2015.

엄동섭, “법률행위의 해석에 관한 판례분석”, 서강법학연구 제5권, 서강대학교 법학연구소, 2003.

엄동섭, “법률행위의 해석에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 서울대학교, 1992.

오시영, “계약 해제의 효과와 그 법적 성질에 대한 검토”, 민사법학 제58호, 한국민사법학회, 2012.

오종근, “합의해제의 효과 -대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결-”, 민사법학 제59호, 한국민사법학회, 2012.

유승룡・조의연, “법적 논증과 논리칙・경험칙”: 법관의 의사결정 이론과 실무, 사법발전재단, 2010.

윤진수, “법률행위의 보충적 해석에 관한 독일의 학설과 판례”, 재판자료 제59집 외국사법연수논집[10], 법원행정처, 1992.

윤형렬, “계약의 보충적 해석”, 비교사법 제15권 제2호, 한국비교사법학회, 2008.

이동형, “법률행위해석방법으로서 자연적 해석과 규범적 해석 검토”, 저스티스 통권 제132호, 한국법학원, 2012.

임형택, “법률행위의 해석에 관한 연구: 우리 민법개정안 제106조를 중심으

로,", 민사법학 제37호, 한국민사법학회, 2007.
정진명, "계약해제·해지 및 그 효과", 민사법학 제55호, 한국민사법학회, 2011.
지원림, "법률행위의 효력근거에 관한 연구", 서울대학교 박사학위 논문, 서울대학교, 1993.
최신섭, "묵시적 의사표시와 그 효과", 비교사법 제7권 제2호, 한국비교사법학회, 2000.

<국문요약>

대법원 판례에 나타난 묵시적 합의해제 의사 해석기준에 대한 일고찰

손 홍 락

쌍방 당사자의 합치된 의사표시로 유효하게 성립된 계약은 지켜져야 하지만, 그 쌍방 당사자의 합치된 의사로 그 기존 계약의 효력을 소멸시키기로 하는 합의 역시 사적자치의 원칙상 허용되어야만 한다. 우리 대법원은 묵시적 의사표시로도 이와 같은 합의해제가 성립 가능하다고 명시적으로 선언한다.

우리 대법원이 당사자의 묵시적 합의해제 의사를 해석하기 위한 기준을 일반적·추상적 방식으로 구체적으로 밝히고 있지는 않으나, 여러 대법원 판례를 고려하면, ① 기존 계약에 따른 이행 착수 여부 및 장기간 계약 방치 여부, ② 계약효력 유지와 모순되는 사정 내지 계약 내용에 반하는 당사자 거동의 존재 여부, ③ 기존 계약 청산에 수반되는 부대조건 등에 대한 합의 존부, ④ 기존 계약이 체결된 후 여러 가지 사정의 종합적 고려 등을 그 의사해석의 기준 내지 합의해제 성립 판단기준으로 여기고 있는 것으로 추측해 볼 수 있다.

의사표시 내지 법률행위 해석의 문제는 민법상 가장 기본적인 문제임에도 불구하고 우리 민법은 다른 나라 입법내용과 비교해 볼 때 극히 제한적인 규정을 두고 있을 뿐이다. 법률행위 당사자 의사해석을 위한 구체적 해석기준 정립을 위한 노력은 관련 법리의 발전은 물론 일반 국민의 예측 가능성과 법적 안정성 확보를 위한 중요한 과업일 수도 있다고 생각한다.

주제어: 합의해제, 묵시적, 묵시적 합의해제, 의사해석, 의사해석기준

<Abstract>

A Study on the Reasonable standard for interpretation of intention on termination of the contractual relationship by implied agreement

Sohn, Hong-Rak*

The contract should be kept. But the parties can terminate the contractual relationship by agreement under the principle of private autonomy. The Supreme Court clearly declares that such an agreement can be established in an implied manner.

According to multiple the Supreme Court rulings, The following could be the reasonable standard for interpretation of intention or legal act on termination of the contractual relationship by implied agreement ; ① Whether to be commencement of contract execution or not and Whether to be long-term contract neglect or not, ② Whether to be contradiction with maintaining contract effectiveness or not and Whether to be parties' behavior against the contract or not, ③ Whether to be agreement on additional terms and conditions accompanying liquidation of contract or not, ④ Comprehensive consideration of various circumstances after contract concluded.

* Attorney-At-law (kumgang Law-firm), Completed the coursework for professional doctorated in laws.

Interpretation of intention or legal act could be the most basic problem in civil law. I think that the effort to establish specific interpretation standards is an important task for the development of doctrine and predictability or legal stability of the people.

Key Words: termination of the contractual relationship by agreement, implied, termination of the contractual relationship by implied agreement, interpretation of intention, standard for interpretation of intention