

■ 논 단

약관통제의 실체적·절차적 우회 시도와 사법적 통제*
— 대체조항과 약관변경유보조항을 중심으로 —

이 병 준

고려대학교 법학전문대학원 교수

요 약 문

현대 상거래에서 필수불가결한 약관은 당사자 간 구조적 교섭력 불균형을 야기하여 사적 자치를 형해화할 위험을 내포하고 있다. 이를 통제하기 위해 「약관의 규제에 관한 법률」은 불공정 약관조항을 무효로 하고, 그로 인해 발생한 계약의 공백을 임의규정으로 보충하는 '일부무효의 특칙(제16조)'을 규정하고 있다. 그러나 사업자들은 이러한 통제로 인한 불이익을 회피하고 자신들의 경제적 의도를 관철하기 위해 다방면의 우회 기법을 고안해 왔다. 본 논문은 사업자의 대표적인 우회 전략인 대체조항과 약관변경유보조항의 법적 성질 및 위법성을 비판적으로 분석하고, 이에 대한 사법적 통제 방안을 고찰한다.

첫째, 실체적 우회 수단인 대체조항은 무효가 된 조항을 당초 사업자가 의도하였던 경제적 목적에 따라 복원하려는 시도이다. 이는 투명성 원칙에 위반되고 고객의 권리 행사를 부당하게 위축시키므로 약관법상 원칙적으로 무효이다. 비록 당사자 간 개별 약정의 형태를 띠더라도, 사업자가 무효의 위험을 전가하기 위해 악의적으로 제도를 남용하는 경우에는 신의칙상 모순행위금지의 원칙을 적용하여 그 권리 행사를 저지해야 한다. 둘째, 절차적 우회 수단인 약관변경유보조항은 조항 무효의 공백을 사후적으로 치유할 수 있는 권한을 사업자에게 일방적으로 유보하는 것으로, 이는 약관통제를 형해화하는 위법한 잠탈 행위이다.

주제어 : 약관통제, 약관규제법, 일부무효의 특칙, 대체조항, 약관변경유보조항, 재협상조항, 보충적 계약해석, 사적 자치, 모순행위금지의 원칙

〈目 次〉

I. 들어가며

1. 약관법에 기한 내용통제와 사업자의
우회 전략

2. 논문의 연구 범위와 논의 순서

II. 실체적 우회 수단: 대체조항의 통제

1. 대체조항의 의의 및 도입 배경

* 본 논문에 대하여 충실한 심사를 하여 주신 익명의 심사자들에게 감사의 인사를 전한다. 본 연구는 2026년 고려대학교 법학전문대학원 교내연구비에 의하여 수행되었음.

2. 개별약정을 통한 대체 의무 부여 조항의 허용 여부	2. 약관 무효를 이유로 한 일방적 변경의 불공정성
3. 실무상 주요 우회 유형과 개별적 무효 사유	3. 변경유보조항의 본래적 목적과 예외적 허용을 위한 엄격한 요건
III. 절차적 우회 수단: 약관변경유보조항의 통제	IV. 나가며
1. 대안적 우회 전략의 등장 배경: 계속적 계약 관계의 확대	

I. 들어가며

1. 약관법에 기한 내용통제와 사업자의 우회 전략

현대 자본주의 경제와 대량 거래계약에서 계약의 효율성을 높이고 거래비용을 절감하기 위해 고안된 약관은 오늘날 거의 모든 상거래에서 활용되고 있다. 그러나 약관은 본질적으로 계약 당사자 간의 개별적인 교섭 과정을 생략한 채, 사업자가 다수의 고객에게 획일적으로 계약 조건을 부과하는 형태를 띤다. 이는 필연적으로 계약 당사자 간의 구조적 교섭력 불균형을 수반하고, 이른바 사적 자치의 형해화라는 부작용을 낳는다. 이러한 현상은 사적 자치의 본질인 계약의 자유가 우월한 지위를 가진 사업자의 계약 강제의 자유로 변질되었음을 의미한다. 따라서 형식적인 계약의 자유를 넘어 실질적인 계약 정의를 회복하기 위해서는, 법이 약관의 내용에 직접 개입하여 통제해야 할 규범적 당위성이 도출된다.¹⁾ 이를 위해 제정된 「약관의 규제에 관한 법률」(이하 '약관법')은 사업자가 일방적으로 정한 조항이 신의성실의 원칙에 반하여 고객에게 부당한 불이익을 주는 경우, 해당 조항의 효력을 전면적으로 부정하는 내용통제를 핵심적인 규제 수단으로 삼고 있다. 문제는 이러한 규범적 통제의 결과로 특정 불공정 약관 조항이 무효화되었을 때 발생한다. 만약 약관의 일부 조항이 무효가 되었다는 이유로 계약 전체를 무효로 돌린다면, 사업자는 이를 빌미로 자신에게 불리해진 계약관계에서 손쉽게 벗어날 수 있게 된다. 이는 거래의 안정을 저해할 뿐만 아니라, 부당한 조항으로부터 고객을 보호하려는 약관 규제의 근본 취지를 몰각시키는 역설적인 결과를 초래한다.²⁾

1) 약관에 대한 내용통제의 정당화 근거에 관하여 자세한 것은 이병준, 약관법론, 제2판, 2025, 55면 이하 참조.

2) 이를 방지하기 위한 약관법 제16조에 대하여 사업자의 입장에서 약관에 의하여 체결된 대량의 거래를 전부 무효로 하는 것보다는 유효로 하는 것을 원하는 경우가 많을 것이기에 해당 조문이 양 당사자의 이해관계를 충족시킨다고 보기도 한다. 손지열, 민법주해 XII, 제5판, 404면.

이러한 딜레마를 해결하고 약관 통제의 실효성을 담보하기 위해, 약관법 제16조는 이른바 일부무효의 특칙을 명시하고 있다. 전통적인 민법의 대원칙(민법 제137조 본문)에 따르면 법률 행위의 일부분이 무효인 때에는 원칙적으로 그 전부를 무효로 하지만, 약관의 경우 고객 보호와 거래의 안전을 위해 약관의 일부 조항이 불공정하여 무효가 되더라도 원칙적으로 나머지 계약은 유효하게 유지하도록 한 것이다.³⁾ 이때 무효가 되어 발생한 계약의 공백은 사실인 관습 또는 임의규정으로 보충되는 것이 원칙이다.⁴⁾

그러나 약관 작성자인 사업자들은 이러한 보충 원칙의 적용을 배제하고, 무효 판결로 인해 자신들에게 불리해진 계약 내용을 어떻게든 원래의 의도대로 복원하기 위해 다방면의 우회 기법을 고안해 냈다. 초기의 기업 법무 실무는 약관법의 엄격한 내용통제 규정과 판례로 인한 무효의 위협으로부터 계약을 치유하기 위해 영미법계의 분리가능성 조항(Severability Clause)을 대륙법 체계에 무비판적으로 차용하여⁵⁾ 소위 대체조항(Salvatorische Klauseln)⁶⁾을 약관 말미

- 3) 약관법에서 규정한 일부무효의 특칙이 사업자에게 불리하게 작용하는 것은 사실이나, 대개 사업자는 약관을 작성하여 제안하는 자이므로 그 무효에 따른 불이익을 감당하여 부담할 것은 없다고 한다. 손지열, 앞의 책, 404면.
- 4) 김동훈 "약관조항의 일부무효의 법리 - 약관규제법 16조의 해석론 -", 경희법학 제23권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1988, 14면; 이은영, 약관규제법, 박영사, 1994, 154면; 이재현, "일부무효의 특칙에 관한 법리 - 비교법적 고찰 -", 비교사법 제4권 제2호, 한국사법학회, 1997, 241면; 김진우, "임의규정과 보충적 해석-계약의 공백보충을 중심으로-", 홍익법학 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 287면; 이원석, "보험약관에 대한 설명의무를 위반한 경우 보험계약 내용의 확정방법", 대법원판례해설 제105호, 법원도서관, 2016, 242면. 이에 관하여 자세한 것은 이병준, 계약의 보충해석을 통한 약관의 흠결 보충, 저스티스 제214호, 한국법학원, 2026 참조(근간). 효력유지적 축소를 적용하는 것이 논의되기도 하였으나 효력유지적 축소로 보충하는 경우 사업자는 최대한 자신에게 유리한 약관조항을 규정하려 할 것이므로, 약관의 적정화를 도모하고자 하는 약관법의 입법취지가 물갈릴 우려가 있다. 구체적인 내용으로는 손지열, 앞의 책, 405-407면; 권영준, 앞의 책, 705-706면.
- 5) 분리가능성 조항은 영미법계의 계약 실무에서 널리 쓰이는 표준 계약 조항(Boilerplate clause) 중 하나이다. 계약의 일부 조항이 위법하거나 법적으로 강제할 수 없는 것으로 판명되더라도, 그것이 계약의 본질적 목적을 해치지 않는 한 나머지 조항의 효력은 그대로 유지함으로써 계약 전체가 무효화되는 것을 방지하려는 목적을 갖는다(자세한 것은 최영홍, 영업금지특약의 유효요건 - 미국 가맹계약을 중심으로 -, 상사법연구 제27권 제1호, 2008, 141면 이하 참조; 미국에서 임원배상책임보험계약상의 분리가능성 조항에 관하여 자세한 것은 육태우, 미국 회사임원배상책임보험의 새로운 유형 및 주요계약조건, 경영법률 제20권 제3호, 2010, 238면 이하 참조). 대표적인 조항의 형태는 다음과 같다: "If any provision of this Agreement is held to be invalid, illegal, or unenforceable, the validity, legality, and enforceability of the remaining provisions shall not in any way be affected or impaired thereby." (본 계약의 어느 조항이 무효, 위법 또는 강제할 수 없는 것으로 판명되더라도, 나머지 조항의 유효성, 적법성 및 법적 강제력은 이에 의해 어떠한 영향도 받거나 훼손되지 아니한다.) 영미법 법원은 이 조항을 근거로 이른바 '블루펜실 테스트(Blue-pencil test)' 등의 법리를 적용하여 무효인 부분을 삭제하거나 합리적 범위 내에서 제한적으로 해석하여 계약을 구제한다. 일부 무효를 원칙적으로 전부 무효로 보는 대륙법계와 달리, 영미법에서는 이 조항을 통해 계약의 생명력을 유지한다. 초기 대륙법계의 기업 법무 실무자들은 전체 계약의 무효화를 방지하고자 이 조항을 도입하였으나, 개별적 교섭이 없는 약관 영역에서 사업자가 무효인 조항을 자신에게 유리한 내용으로 적극 대체하려는 '대체조항'으로 변질·확장시키면서 약관통제를 잠탈하는 문제가 발생하였다.
- 6) 여기서 말하는 대체조항과 하급심 판결에서 발견할 수 있는 대체조항은 다르다. 예컨대 "기납부한 이행보증금(15억 원)을 계약금으로 대체한다."는 조항을 대체조항으로 칭하고 있다(서울중앙지방법원 2016. 12. 23. 선고 2016가합545021 판결 참조). 판결 사안에서 문제되는 대체조항은 지급된 금액을 다른 목적으로 대체한다는 의미를

에 기계적으로 삽입하였다.

독일 실무에서 발전한 가장 고전적인 형태는 유지조항(Erhaltungsklausel)과 대체 의무 부여 조항(Ersetzungsverpflichtung)의 결합이다. 이는 주로 "약관의 일부 규정이 무효가 되더라도 나머지 계약의 효력에는 영향을 미치지 아니하며, 당사자는 무효가 된 규정을 원래 규정의 경제적 목적에 가장 근접한 새로운 규정으로 대체할 의무를 진다"는 내용으로 구성하였다. 여기서 계약의 효력을 유지하는 전단부(유지조항)는 약관법상 일부무효의 특칙과 부합하여 규범적으로 문제가 없으나,⁷⁾ 후단에 부가된 대체 의무 조항은 무효가 된 조항을 당초 사업자의 경제적 목적에 맞춰 억지로 복원하려는 실체적 우회 시도에 해당한다.

그러나 법원이 이러한 대체조항의 효력을 전면 부정하고 불공정 약관으로 엄격히 배척하자, 사업자들은 최근 디지털 플랫폼, 통신, 구독 경제 등 계속적 계약 관계의 특수성을 배경으로 새로운 전략을 모색하게 되었다. 바로 사업자에게 약관을 사후에 일방적으로 변경할 수 있는 권한을 유보해 두는 약관변경유보조항(Bedingungsanpassungsklausel)을 활용하여 절차적 우회를 도모하기 시작한 것이다.

한편, 우리 실무에서는 장기 계속적 계약에서 예기치 못한 사정변경이나 계약의 흠결이 발생했을 때 이를 보완하기 위한 또 다른 축으로서, 당사자 간의 진정한 교섭을 거친 개별약정의 형태로 재협상조항을 편입하는 방식 역시 적극 활용되고 있다.⁸⁾ 약관을 통한 일방적 대체나 변경이 사적 자치를 빙자한 사업자의 탈법적 권리 남용이라면, 대등한 지위에서 합의된 재협상조항은 훼손된 계약의 균형을 복원하기 위해 양 당사자에게 다시 교섭할 의무를 부과하는 절차적 실천 조항이자 계약의 동태적 유지를 위한 적법한 수단으로 평가된다. 그러나 재협상조항 역시 당사자 중 일방이 무리한 주장을 고집하거나 이유 없이 협상을 거부하여 합의가 최종적으로 결렬되었을 때, 계약의 공백을 어떻게 처리할 것인가라는 근본적인 한계에 직면한다. 이 경우 계약의 흠결을 그대로 방치할 것인지, 아니면 제3자인 법원이 개입하여 계약 내용을 사후적으로 조정하고 보충할 수 있는지에 관한 새로운 이론적 쟁점이 대두된다. 최근 우리 대

가지므로 본 논문에서 사용되는 대체조항과 구분한다는 측면에서 이는 엄밀히 말하면 '대체지급조항'에 해당한다고 볼 수 있다.

7) BGH NJW 2005, 2225; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 627. 유지조항은 잔부유효와 전부무효로 할 것인지에 관한 판단을 배제하는 효력은 없으나, 전부무효를 주장하는 쪽으로 주장 및 증명책임을 부과하는 효과가 있다(BGH NJW 2003, 347).

8) 계약의 당사자들이 계약체결 후 상황이 변경된 경우 계약상 권리와 의무의 내용을 조정하는 '계약조정 조항'을 두는 경우를 흔히 발견할 수 있다. 예컨대 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제19조 및 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제22조는 물가변동, 설계변경 등에 따라 계약금액을 조정하는 제도를 마련하고 있고, 이에 따라 국가나 지방자치단체가 체결한 계약에는 계약조정 조항이 있는 경우가 많다. 계약조정 조항은 조정이 이루어지는 절차에 따라, ① 특정 상황이 발생하면 자동적으로 계약내용을 변경시키는 조항, ② 일방 당사자 또는 제3자에게 계약내용을 변경할 권리를 부여하는 조항, ③ 일방 당사자에게 상대방에 대하여 계약내용 변경을 '요구할 권리'를 부여하거나, 당사자들 사이에 재협상이 이루어져야 한다는 취지의 조항으로 나눌 수 있다(최준규, '재협상조항'의 해석과 법원에 의한 계약내용의 조정 - 대법원 2011. 6. 24. 선고, 2008다44368 판결 -, 법조 제62권 제2호, 2013, 201면).

법원은 계속적 계약에서 당사자 간의 재협상이 결렬된 사안⁹⁾에 대해, 법원이 제반 사정을 종합하여 합리적인 범위 내에서 계약 내용을 조정할 수 있다고 판시함으로써 계약 흠결 보충에 대한 사법부의 적극적인 후견적 역할을 긍정한 바 있다.¹⁰⁾

우리 실무에서 발견되는 재협상조항은 계약 체결 후 경제적 사정의 변경으로 인해 위험 분배의 균형이 깨졌을 때, 당사자가 자율적으로 이를 조정하기 위한 절차적 수단으로서 사적자치의 원칙상 그 유효성이 인정된다. 그러나 본 논문에서 다루고자 하는 대체조항은 사정변경이 아니라, 약관 조항 자체가 불공정하여 내용통제에 따라 무효가 됨으로써 발생한 계약상 흠결을 대상으로 한다는 점에서 정당한 재협상조항과 궤를 달리한다. 사업자들은 약관 내용통제로 인한 일부무효의 위험을 회피하기 위해, 해당 조항이 무효가 될 경우 자신의 당초 경제적 목적에 부합하는 조항으로 자동 대체되도록 하거나, 이를 개별약정의 형태로 포장하여 사법통제를 잠탈하려는 시도를 이어오고 있다. 따라서 사정변경에 따른 정당한 계약 수정 메커니즘인 재협상조항의 영역과 약관법 위반에 따른 공백을 사업자 편향적으로 메우려는 대체조항의 영역은 엄격히 구별되어야 하며, 후자의 우회 시도에 대해서는 약관법의 규범력을 담보하기 위한 사법적 통제가 엄정하게 작동할 필요가 있다.

나아가 본 논문에서 논의하고자 하는 대체조항의 효력 통제에 있어서는, 당사자 간의 거래 형태에 따라 그 규범적 잣대를 달리 적용해야 한다. 실무적으로 대체조항이 가장 빈번하게 적용되는 영역은 기업인수합병(M&A)이나 프로젝트 파이낸싱(PF) 등 상인 간 거래(B2B)이다. 이처럼 교섭력이 대등하고 전문적인 법적 조력을 받는 주체 사이의 B2B 거래에서는 대체조항이 계약의 불확실성을 제거하고 사후 분쟁을 예방하는 정당한 사적 자치의 수단으로서 그 유효성이 인정될 수 있다.¹¹⁾ 그러나 본 논문이 집중적으로 조명하고자 하는 것은 구조적 정보·교섭력 불균형이 존재하는 소비자 거래(B2C) 영역에서 이루어지는 약관을 통한 거래이다. 이러한 B2C 영역에서 사업자가 일방적으로 작성한 약관에 대체조항을 삽입하거나, 이를 형식적인 특약 또는 개별약정의 외관으로 포장함으로써 소비자가 부담해야 할 위험을 가중시키는 행위는 약관법의 규범적 내용통제를 잠탈하려는 시도에 해당할 가능성이 높기 때문이다. 따라서 본 논문은 대등한 상인 간의 정당한 대체조항 실무를 부정하는 것이 아니며, B2C 약관 거래에서 사법통제를 우회하려는 도구로 악용되는 대체조항의 위법성과 그 제한 조치에 연구의 범위를 국한

9) 온라인연합복권 시스템 구축·운영회사와 복권 운영기관인 은행 사이의 계약에서, "관계 법령에 의한 통제가격, 정부 등의 규제가격, 인허가 또는 고시가격, 세법 등이 변동된 경우 상호 협의하여 수수료를 조정할 수 있다"는 조정조항을 두었는데, 복권 및 복권기금법 제정과 그에 근거한 복권위원회 고시로 수수료 상한이 정해지자 당사자 간 협의가 이루어지지 않은 사안이다.

10) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2008다44368 판결. 이에 관한 논의로 최준규, '재협상조항'의 해석과 법원에 의한 계약내용의 조정 - 대법원 2011. 6. 24. 선고, 2008다44368 판결 -, 법조 제62권 제2호, 2013; 이중기, 계속적 계약에서의 '재협상조항'의 역할과 한계 : '계약흠결'에 대한 사적자치와 법원의 역할, 홍익법학 제14권 제3호, 2013 참조.

11) 아래 II. 2. 참조.

하여 고찰하고자 한다.

2. 논문의 연구 범위와 논의 순서

본 논문에서는 약관통제 제도의 예방적·징벌적 기능을 무력화하려는 사업자의 앞에서 살펴본 두 가지 핵심 우회 기법을 비판적으로 분석한다. 이 문제는 독일의 논의를 바탕으로 문헌에서 언급된 적은 있으나,¹²⁾ 본격적으로 소개되거나 논의되지는 못하였다.

이를 위해 먼저 실체적 우회 수단인 대체조항의 무효 논거를 중심으로 실무상 변칙적 활용 유형을 살펴보고(Ⅱ), 이어서 절차적 우회 수단인 약관변경유보조항의 위법성과 예외적 허용 요건을 검토함으로써(Ⅲ), 고객 보호와 공정한 시장 질서 유지를 위한 올바른 약관통제의 방향성을 모색하고자 한다.

Ⅱ. 실체적 우회 수단: 대체조항의 통제

1. 대체조항의 의의 및 도입 배경

대체조항(Salvatorische Klauseln) 혹은 보전조항은 본래 개별 협상에 의해 체결되는 계약에서 계약의 일부분이 법적 흠결로 무효가 되더라도 전체 계약의 효력을 유지(salvare: 구원하다, 보전하다)하기 위해 고안된 유용한 법적 도구였다.¹³⁾ 구체적으로는 “약관의 일부가 무효로 선언될 경우, 무효가 된 공백을 당초 약관 작성자가 의도했던 경제적·상업적 목적에 가장 근접하거나, 관련 법령이 허용하는 최대 한도의 유효한 조항으로 자동 대체한다”는 내용을 담고 있다.

그러나 개별 협상이 존재하는 일반 계약과 달리, 일방이 획일적으로 작성하는 약관 영역에 이 조항이 도입되면서 그 성격은 완전히 변질되었다. 사업자는 이를 계약 유지의 수단이 아니라 약관통제의 결과를 회피하고 당초 의도하였던 경제적 목적을 관철하기 위한 수단으로 남용하기 시작하였다.

2. 개별약정을 통한 대체 의무 부여 조항의 허용 여부

1) 원칙적 유효

12) 김진우, 약관조항의 불편입 및 무효와 그 보충, 외법논집, 제39권 제4호, 2015, 50면 이하 참조.

13) Stoffels, AGB-Recht, Rn. 623.

약관이 아닌 당사자 간의 개별적인 교섭을 거쳐 체결된 개별약정을 통하여 대체조항을 합의하는 경우, 독일의 다수설은 이를 원칙적으로 유효하다고 본다.¹⁴⁾ 약관법의 본질적 통제 대상은 일방적으로 미리 작성된 계약 조건이므로, 당사자가 개별적으로 합의한 조항은 원칙적으로 약관통제의 심사 대상에서 제외되기 때문이다.

그러나 학계 일각에서는 약관규제법의 규범적 목적을 근거로 개별약정 형태의 대체조항에 대해서도 무효를 주장하는 유력한 소수 견해들이 존재하며, 이는 크게 두 가지 흐름으로 나뉜다. 먼저, Lindacher는 약관법이 지닌 예방적 통제 기능을 강조하며 다수설에 반대한다.¹⁵⁾ 그의 주장에 따르면, 자신의 조항이 위법함을 이미 알았거나 의도적으로 이를 외면한 악의의 사업자가 무효가 된 조항을 '가까스로 약관법의 허용 기준을 통과할 만한 수준'으로 대체할 권리를 유보하는 것은 허용될 수 없다는 것이다. 그러나 이 견해는 다음과 같은 비판에 직면한다. 작성자의 주관적 인식인 악의를 입증하는 것은 현실적으로 매우 곤란할 뿐만 아니라, 약관법의 명백한 적용 범위를 벗어나 개별약정까지 그 통제 아래 두려는 이론적 오류를 범하고 있다.¹⁶⁾ 또한 대체조항은 계약 전체를 규율하는 반면, 작성자의 악의는 특정 개별 조항에만 국한되므로, 그 논리를 관철하더라도 대체조항 전체가 아닌 일부 무효만을 도출할 수 있을 뿐이다.¹⁷⁾

한편, Harry Schmidt는 특정 계약 조건을 명시적으로 지칭하지 않는 일반적·포괄적인 대체조항은 고객 보호의 관점에서 무효라고 주장한다.¹⁸⁾ 고객은 그러한 포괄적 조항이 미칠 광범위한 파급효과를 사전에 예측할 수 없으며, 결과적으로 사업자가 약관의 편입 실패나 무효로 인해 자신이 부담해야 할 법적 위험을 고객에게 부당하게 전가할 우려가 있다는 것이다. 그러나 이 견해 역시 약관 통제의 범리를 개별약정에 무리하게 투영한 것으로, 약관법의 적용 한계를 명백히 일탈하였다는 비판을 피하기 어렵다.

2) 신의칙에 의한 제한

앞서 본 소수설들의 문제의식, 즉 악의적인 조항 작성자가 약관 통제로 인한 무효의 위험을 회피하기 위해 대체조항을 악용하는 상황을 규제해야 한다는 시각은 타당한 측면이 있다. 그러나 이를 굳이 약관법의 적용 한계를 무리하게 일탈하여 개별약정까지 확장 적용하는 방식으로 해결할 필요는 없다.

14) Staudinger/Schlosser, § 306 Rn. 17; Schröder, Der sichere Weg bei der Vertragsgestaltung, 1990, S. 190 ff.

15) Lindacher, BB 1983, 158 f.

16) Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 887. 약관법에 기한 개별약정의 통제가능성에 관하여 자세한 것은 Michalski/Römermann, ZIP 1993, 1434 참조.

17) Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 887.

18) Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rn. 41; 이와 유사한 견해로 Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 209.

고의로 무효인 불공정 조항을 계약에 편입시키고, 향후 그것이 무효화되면 개별약정인 대체 조항을 발동하여 등가의 유효한 조항으로 대체하려는 탈법적 기대를 품은 사업자는 민법의 일반 조항인 신의성실의 원칙(민법 제2조 제1항)을 통해 충분하고도 효과적으로 통제될 수 있기 때문이다. 우리 법원은 신의칙의 파생 원칙인 '모순행위금지의 원칙(*venire contra factum proprium*)'이 적용되기 위한 요건으로 (i) 객관적으로 모순되는 선행행위와 후행행위의 존재, (ii) 그에 대한 귀책사유(책임을 물을 수 있을 것), (iii) 선행행위로 인하여 야기된 상대방의 보호받을 가치가 있는 신뢰의 존재를 제시하고 있다.¹⁹⁾ 악의적 사업자의 대체조항 남용 사례는 판례가 제시한 이 세 가지 요건을 완벽하게 충족한다.²⁰⁾

첫째, 선행행위와 후행행위 사이의 명백히 객관적인 모순이 존재한다. 사업자가 약관법상 무효 사유가 명백한 불공정 조항을 스스로 작성하여 계약에 편입시킨 행위(선행행위)는, 해당 조항이 적법하고 유효함을 전제로 고객에게 그 일방적 이행을 강제하겠다는 의사의 발현이다. 그런데 사후에 고객의 이의제기나 법적 분쟁 등을 통해 해당 조항의 무효가 확인되자, 대체 의무 부여 조항을 근거로 고객에게 새로운 조항 마련을 위한 교섭 의무를 요구하는 행위(후행행위)는 선행행위와 모순된다. 위법한 조항으로 고객을 일방적으로 구속하려 하였던 사업자가 그 위법성이 확인된 후 계약의 흠결 보충을 이유로 상대방의 협력을 요구하는 것은 서로 양립할 수 없는 태도이다.

둘째, 선행행위에 대한 사업자의 비난 가능성도 존재한다. 대체 의무 부여 조항의 본질적 기능은 계약 체결 당시 당사자들이 예상하지 못한 사정변경이나 법리적 오해로 인해 우발적으로 발생한 계약상의 흠결을 보충하는 데 있다. 그러나 사업자가 애초부터 약관 통제의 한계를 시험하거나 법망을 우회할 목적으로 위법성을 인지한 채, 혹은 조금만 주의를 기울였다면 알 수 있었음에도 불공정 조항을 삽입한 것이라면 이는 의도된 흠결의 창설이다. 자신이 스스로 야기한 위법한 원인에 대하여 책임을 져야 할 귀책사유가 명백함에도 불구하고, 이를 기회로 대체조항을 원용하여 자신의 이익을 보전하려는 시도는 권리남용에 해당한다.

셋째, 선행행위로 인하여 야기된 상대방인 고객의 보호받을 가치가 있는 신뢰의 침해도 존재한다. 사업자가 계약을 제시할 때, 고객은 당해 계약의 조건들이 적법하게 작성되었으며 만약 특정 조항이 위법하여 무효가 될 경우 법질서가 정한 바에 따라 공정하게 처리될 것이라는 정당한 신뢰를 형성한다. 고객이 절차적·비용적 부담을 무릅쓰고 불공정 조항의 무효를 다투어 승소하였다면, 무효로 인하여 발생한 공백은 원칙적으로 고객에게 보다 더 유리한 임의규정으로 채워져야 한다. 그럼에도 사업자가 대체조항을 꺼내어 또다시 고객에게 불리한 방향으

19) 특허법원 2005. 10. 13. 선고 2005허5631 판결. 이 판결을 기초로 해당 원칙을 소개하고 구체적으로 검토하는 문헌으로 김희성/성대규, 추가 법정수당 청구 시 신의칙(모순행위금지원칙) 적용 여부에 대한 하급심 판결들의 태도와 평가- 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결의 올바른 이해를 전제로 -, 사회법연구 제34호, 2018, 7면 이하 참조.

20) Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 888.

로의 재협상을 강제한다면, 이는 거래질서에 대한 고객의 정당한 신뢰를 배반하는 것이다.

결론적으로 다수설의 입장에 따라, 개별약정으로 체결된 대체조항은 약관법의 잣대로 심사할 수 없으며 원칙적으로 유효하다. 대체조항 제도 자체를 일률적으로 무효화할 법적 근거는 없다. 다만, 사업자가 약관 통제의 위험을 회피할 목적으로 위법한 조항을 고의나 중과실로 편입시킨 후 대체조항을 발동하려는 사안에 있어서는, 모순행위금지의 원칙이 사후적으로 작동하여 그 남용적 권리 행사를 차단할 수 있다.

3. 실무상 주요 우회 유형과 개별적 무효 사유

사업자들은 엄격한 약관통제를 회피하고 자신들의 이득을 유지하기 위해, 교묘한 문장력과 법률적 기교를 동원하여 다양한 유형의 대체조항을 끊임없이 재생산해 내고 있다. 이러한 조항들은 겉보기에는 합법적인 테두리 내에 있는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 약관법의 규정 내용을 잠탈하려는 목적을 지닌다. 국내에는 아직 정면으로 다룬 판결례가 없으므로 독일 실무상 빈번하게 발견되는 대표적인 세 가지 유형을 살펴보고 독일에서 제시되고 있는 구체적인 불공정성에 따른 무효 논거를 살펴보면 다음과 같다.

1) 법적 허용 한도 내 적용 조항

(1) 의의

법적 허용 한도 내 적용 조항은 관련 법령이 허용하는 범위 내에서 약관조항이 효력을 가진다는 내용을 담고 있다.²¹⁾ 이는 대체조항 중에서도 가장 고전적이고 원시적인 형태로, 주로 손해배상책임의 면제나 제한, 위약금 산정 등 고객의 권리를 강하게 제한하는 조항의 말미에 부가된다. 예를 들어, "회사는 어떠한 경우에도 고객에게 발생한 간접손해나 특별 손해에 대해 책임지지 않는다. 단, 본 조항은 관련 법령이 허용하는 최대 한도 내에서만 유효하게 적용된다."와 같은 이른바 일반적 유보 방식을 취한다.

사업자는 약관 작성 단계에서 스스로 법적 한계를 조사하고 구체적인 한계선을 설정하는 수고와 법적 리스크를 회피하려 한다. 대신, 일단 가장 극단적이고 포괄적인 면책을 규정해 둔 뒤, 추후 법적 분쟁이 발생하거나 규제 당국의 제재가 내려질 경우에 대비한 안전망으로서 이 문구를 활용하는 것이다.

(2) 무효 사유

21) Stoffels, AGB-Recht, Rn. 624.

이러한 포괄적 유보 조항은 약관법의 핵심 원리 중 하나인 투명성 원칙에 정면으로 위반한다.²²⁾ 약관은 상대방이 자신의 권리와 의무를 사전에 명확히 이해하고 예견할 수 있도록 그 내용이 투명하고 구체적이어야 한다. 그러나 “법적 허용 한도 내”라는 유보 문언이 부가되며 해당 조항의 실질적인 효력 범위가 불명확하게 된다. 일반 고객의 입장에서는 관련 법령이 구체적으로 무엇인지, 강행규범이 금지하는 면책의 한계(예컨대 민법상 고의나 중과실에 의한 책임 면제 금지 등)가 정확히 어디까지인지 법률 전문가의 조력 없이는 도저히 파악할 수 없다. 이는 계약 내용의 한계를 확정해야 할 책임을 약관 작성자인 사업자가 지지 않고, 법률 지식이 부족한 상대방인 고객이나 사법부의 사후적 판단에 부당하게 떠넘기는 무책임한 위험 전가 행위에 해당한다.²³⁾

특히 문제가 되는 것은 이러한 조항이 초래하는 위축효과에 있다. 고객은 실제로는 관련 법령에 따라 사업자의 책임을 묻고 정당하게 손해배상을 청구할 수 있는 법적 권리를 가지고 있음에도 불구하고, 약관에 기재된 “법적 허용 한도 내에서 면책된다”는 문언으로 인하여 법적 불확실성에 직면하게 된다. 그 결과 고객은 분쟁 발생 시 승소 가능성을 판단하기 어려워 소송이나 정당한 이의제기를 포기할 가능성이 크다. 사업자는 이러한 고객의 포기를 유도하여 실질적으로는 무효인 불공정한 약관을 관철시키는 부당한 이익을 누리게 된다. 따라서 사업자가 의도적으로 모호성을 창출하여 고객의 권리행사를 방해하는 이 조항은 약관법 제6조에 따라 고객에게 부당하게 불리한 조항으로서 그 효력을 전면적으로 부정함이 타당하다. 이 경우 해당 조항은 법적 허용 한도 내로 축소되어 유효하게 남는 것이 아니라,²⁴⁾ 조항 전체가 무효로 된다.

계약체결 당시 판례와 문헌의 입장에 비추어 해당 약관조항의 허용 여부가 객관적으로 불확실한 경우에는 사업자는 이를 더 정확히 규정할 수 있는 방법이 없으므로, ‘법적으로 허용되는 한도 내’라는 유보문언을 통해 허용되는 범위 내에서의 유효성을 인정하는 방식을 긍정하는 문헌도 있다.²⁵⁾ 법적인 불명확성이 존재하는 한도에서 이 문언은 상대방인 고객에게 해당 조항의 법적 효력에 의문이 있음을 암시하는 기능도 함께 수행하고 있다고 한다. 이러한 지적은 유보조항이 특정한 영역으로 제한되어 있다면 타당한 측면이 있으나, 이러한 유보조항이 약관 전체에 일률적으로 적용될 경우 오히려 투명성 원칙에 반하여 아무런 의미를 갖지 못하게 될 수도 있다는 점을 고려하면 이러한 경우에도 유효성이 부정됨이 마땅해 보인다.²⁶⁾

22) 김진우, 앞의 논문, 51면; Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 306 Rn. 45; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 624; Lindacher, BB 1983, 157.

23) 김진우, 앞의 논문, 51면.

24) 법령이 허용하는 한도 내 조항은 실질적으로는 효력유지적 축소를 가져오기 위한 목적을 가지므로 이를 무효로 보는 견해로 Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 890.

25) Schlosser, WM 1978, 562; Bunte, NJW 1983, 1326. 이에 반대하는 견해로 Garm, JA 1981, 156; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 626.

26) Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 306 Rn. 46.

(3) 소결

법적 허용 한도 내 적용 조항은 관련 법령이 허용하는 범위 내에서만 약관조항의 효력이 인정된다고 하면서도, 실제로는 사업자가 자신에게 유리한 극단적 면책 또는 책임제한을 먼저 설정한 뒤 그 유효 범위를 사후적으로 법령에 떠넘기는 구조를 취한다. 이로 인해 고객은 계약 체결 시점에 자신의 권리와 의무 범위를 명확히 예견하기 어렵고, 강행규정이 어디까지 적용되는지도 쉽게 파악할 수 없어 약관의 투명성 원칙이 침해된다. 또한 사업자가 명확한 한계선을 제시하지 않은 채 법적으로 허용되는 한도라는 추상적 문언으로 책임제한의 범위를 열어두는 것은, 불명확성 자체를 이용해 고객의 이의제기와 권리행사를 위축시키는 방식이므로 신의성실의 원칙에도 반한다. 따라서 이 조항은 단순한 확인적 유보가 아니라 고객에게 부당하게 불리한 불공정 약관조항으로서 무효라고 보아야 한다.

2) 대체 의무 부여 조항

사업자들이 고안한 또 다른 우회 기법은 무효가 된 조항을 자동적으로 축소·유지하려는 단순한 시도를 넘어 당사자들에게 새로운 계약 조항을 만들어낼 의무를 강제하는 형태다. 이는 외관상 당사자 간의 합의라는 형식을 통하여 약관통제를 회피하려는 수단이다.

(1) 의의

대체 의무 부여 조항(Ersetzungsverpflichtung)이란, 약관의 특정 조항이 불공정성을 이유로 무효로 확정된 경우, 당사자 쌍방이 원래 무효가 된 조항의 상업적·경제적 목적에 가장 근접한 새로운 유효 조항을 합의하여 기존 조항을 대체해야 할 법적 의무를 진다고 규정하는 약관 조항이다.²⁷⁾

앞서 살펴본 ‘법적 허용 한도 내 적용 조항’이 기계적이고 자동적인 대체를 의도한 것이라면, 이 조항은 상대방에게 적극적인 협력 및 합의 의무를 부과한다는 점에서 차이가 있다. 사업자는 법원에 의한 조항 수정을 기대할 수 없는 상황에서 고객이 사업자가 당초 의도한 내용에 따라 조항 수정에 동의하도록 계약상 의무를 부과하려는 의도로 이 기법을 활용한다.

실제 B2C 및 플랫폼 약관 실무에서 자주 등장하는 대체 의무 부여 조항의 구체적인 예는 다음과 같은 형태를 띤다. “본 약관의 어느 조항이 관련 법령에 의해 무효로 판단될 경우, 본 계약의 나머지 조항은 계속하여 유효하다. 이 경우 양 당사자는 무효가 된 조항을 대체하여, 당초 회사가 의도했던 경제적·상업적 목적을 합법적인 테두리 내에서 가장 유사하게 달성할 수

27) MüKo/Basedow, § 306 Rn. 43; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 623.

있는 새로운 조항을 지체 없이 상호 합의하여 제정할 의무를 진다.” 또는 “고객의 계약 위반 시 청구되는 위약금 조항이 법원에 의해 과다하여 무효로 판결될 경우, 고객은 본인의 귀책사유를 인정하고 법원이 허용하는 최고 한도의 위약금으로 본 계약을 갱신하는 합의 절차에 성실히 응하여야 한다.”

(2) 대체 의무 부여 조항의 법적 성질에 관한 논의

독일 학계에서 대체 의무 부여 조항의 법적 성질에 관하여는 논의가 존재한다. 조항의 객관적 문언을 바탕으로 보았을 때, 당사자들이 무효가 된 조항을 유효한 조항으로 합의하여 대체할 것을 약정하는 것은 새로운 본계약(대체계약)의 체결을 목적으로 하는 약정이므로, 원칙적으로 이를 예약(Vorvertrag)으로 보는 것이 다수설의 입장이고²⁸⁾ 이 입장이 타당한 것으로 생각된다.

그러나 일부 문헌에서는 조항의 명백한 문언에도 불구하고, 이를 약관 작성자에 의한 일방적 급부결정권으로 해석해야 한다고 주장한다.²⁹⁾ 이 견해에 따르면 일반적인 예약이 법적 구속력을 가지려면, 계약의 보충해석을 통해 본계약의 내용이 도출될 수 있을 정도로 그 본질적 윤곽이 확정되어 있어야 한다. 그러나 대체조항의 경우 어떤 유효한 조항으로 대체할지 그 가능성이 다수 열려 있어 예약으로서의 구제성이 결여된다. 따라서 무효가 된 원래 조항의 경제적 목적을 가장 명확히 파악하고 있는 사업자에게 새로운 유효 조항을 제안할 권리가 주어지며, 상대방은 그 제안이 약관법의 통제 기준을 준수하는 한 이를 수용할 수밖에 없는 구조라는 것이다.

그러나 위와 같이 예약을 일방적 급부결정권으로 해석하여 조항의 효력을 유지하려는 시도는 다음과 같은 두 가지 이론적 한계를 지닌다. 첫째, 사업자가 항상 개별 조항의 목적에 대해 가장 정확한 이해를 가진다는 전제는 타당하지 않다. 약관 내에는 고객의 이익을 우선적으로 배려한 규정도 존재할 수 있기 때문이다. 이 경우 대체조항의 문언대로 양 당사자 모두에게 대체 요구권이 있다고 보아야 한다. 만약 소수설의 논리를 일관되게 적용한다면, 개별 조항이 누구의 이익을 위한 것이냐에 따라 이른바 상호적 급부결정권을 인정해야 하는 결론에 이른다. 그러나 현실적으로 특정 조항이 누구의 이익에 더 부합하는지 명확히 가려내기란 매우 어려우며, 이는 결국 당사자 간에 급부 결정을 위한 쟁탈전(Wettlauf um die Leistungsbestimmung)과 감내할 수 없는 법적 불확실성을 초래하게 된다.³⁰⁾ 둘째, 소수설의 본질적인 문제는, 당사

28) Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 886.

29) Witte, Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung Allg. Geschäftsbedingungen, 1983, S. 282 ff.; Baumann, Salvatorische Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1978, 1954; Garm, JA 1981, 155.

30) Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 886.

자의 합의 내용이 계약해석을 거치고도 구체적으로 도출되지 않는다면 그 예약은 단순히 무효가 된다는 기본 법리를 무시했다는 점에 있다. 해석을 통해서도 대체되어야 할 조항의 내용이 명확하지 않다면, 해당 조항은 대체 없이 소멸한 것으로 보아 규율 없는 상태로 두는 것이 법리에 부합한다.³¹⁾ 당사자들 스스로 확정하지 못한 계약의 구체화 작업을 법원이 후견적으로 대신해 줄 의무는 없으며, 조항 소멸로 인해 불이익을 입는 당사자인 사업자를 구제하겠다는 이유만으로 성립 요건을 결여한 예약을 급부결정권으로 변환하는 것은 교섭력 불균형을 시정하려는 약관통제의 이익상황에 비추어 볼 때 이론적으로 허용될 수 없다.

(3) 무효로 보는 근거

외관상으로는 상호 협상을 요구하는 평등한 조항처럼 보이지만, 독일의 학계와 판례는 이 조항이 약관법의 근본이념을 훼손하는 무효 조항이라고 본다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

첫째, 불공정 약관이 무효가 되면, 그 공백은 임의규정으로 보충되는 것이 원칙이다. 일반적으로 사업자가 자신에게 유리하게 일방적으로 작성한 약관보다, 입법자가 당사자 간의 형평을 고려해 제정한 임의규정이 고객에게 훨씬 유리하다. 따라서 조항이 무효가 되면 고객은 당연히 그 유리한 법적 지위를 누릴 권리가 있다.³²⁾ 그러나 이 대체 의무 부여 조항은 고객으로 하

31) 일부 문헌에서는 위와 같이 대체할 수 없는 내용을 찾을 수 없다면 약관 전체를 일률적으로 무효로 보아야 한다고 주장한다. 그러나 당사자의 의사나 계약의 성질상 무효가 된 조항을 어떤 내용으로 대체할지 그 방법이 명확하게 도출되는 계약에서조차 해당 조항을 전면 무효화하는 것은 지나치게 과도한 해석이며, 그렇게까지 해야 할 규범적 필요성도 인정하기 어렵다는 비판이 존재한다(Ebel, DB 1979, 1976; Koch/Stübing, AGB, 1977, § 6 Rn. 5).

32) 약관의 일부 조항이 무효가 된 경우, 독일 민법 제306조 제2항은 그 공백을 '법률의 규정(임의규정)'으로 채우도록 명시하고 있다. 일각에서는 독일 민법 제306조 제2항을 강행규정으로 파악하여, 무효가 된 조항을 당사자 간의 합의로 대체하도록 강제하는 '대체 의무 부여 조항'은 해당 규정에 정면으로 반하여 무효라고 주장한다(Soergel/Stein, § 6 Rn. 18; Koch/Stübing, § 6 Rn. 5). 그러나 이러한 견해는 타당하지 않은 것으로 평가를 받는다. 해당 규정이 약관의 통제를 위해 배제되었던 법정 임의규정의 효력을 되살리는 것은 맞지만, 그렇다고 하여 그 임의규정을 당사자가 어떠한 합의로도 변경할 수 없는 '강행규정'으로 변환시키는 것은 아니기 때문이다. 계약자유 원칙상, 추상적이고 일반적인 법정 임의규정보다 구체적인 사정에 맞게 당사자들이 새롭게 합의한 계약 내용이 더 타당할 수 있다. 개별 사안에서 조항을 유효하게 대체할 수 있는 계약의 자유를 전면적으로 박탈하면서까지 임의규정의 적용만을 고집할 객관적인 정당성은 찾기 어렵다. 따라서 해당 규정은 여전히 배제 가능한 임의규범적 성격을 지니며, 그 자체만으로는 대체 의무 부여 조항을 무효화하는 근거가 될 수 없다(Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 888). 한편 Lindacher는 약관 작성자가 해당 조항의 무효성을 알았거나 알 수 있었던 경우(악의 또는 과실)에는 해당 규정이 강행규정으로 작용하므로, 이 경우에 한하여 대체조항의 합의는 약관이나 개별약정을 불문하고 무효가 된다고 주장한다(Lindacher, BB 1983, 158 f.). 그러나 이는 작성자의 주관적 인식 상태에 따라 조항의 효력이 좌우된다는 점에서 입증의 곤란을 초래할 뿐만 아니라, 조항 전체가 아닌 일부 무효만을 도출할 수밖에 없다는 이론적 결함을 안고 있어 수용하기 어렵다. Garm은 대체 의무 부여 조항의 문언이 어떻게 규정되어 있는지에 따라 그 효력을 달리 보아야 한다고 주장한다. 즉, 무효가 된 조항을 '그 경제적 목적에 가장 근접한 방식'으로 대체하도록 규정했다면 제6조 제2항에 반하여 무효이지만, '양 당사자의 이익에 부합하고 공정한 방식'으로 대체하도록 규정했다면 유효하다는 것이다(Garm, JA 1981, 153 ff.). 그러나 이러한 구분은 다음과 같은 세

여금 임의규정의 적용이라는 법률상 보장되어 있는 정당한 법적 이익을 포기하고, 약관 작성자가 의도하였던 목적을 관철하기 위하여 고객으로 하여금 원하지 않는 재협상에 응하도록 강제하는 효과를 갖는다. 이는 신의성실의 원칙에 반하여 고객에게 부당하게 불리한 의무를 지우는 전형적인 불공정 조항이다.³³⁾

둘째, 이 조항은 “고객도 원래 약관의 경제적 목적(사업자의 이익 극대화)에 동의했으므로, 조항이 무효가 되더라도 그 목적을 달성할 다른 수단에 동의할 의무가 있다”는 논리에 기반하고 있다. 하지만 애초에 상대방의 교섭권이 박탈된 약관 거래에서, 고객이 사업자의 일방적인 상업적 목적에 진정으로 동의했다고 볼 수 없다. 이는 고객의 진정한 의사를 무시한 채 사업자의 가상적 의사를 강요하는 것이며, 결과적으로 통제받아 마땅한 부당한 이익 추구 목적을 끝까지 관철하려는 시도에 해당한다.

셋째, 약관 거래의 본질은 당사자 간의 구조적인 교섭력 불균형에 있다. 이러한 상황에서 약관 문언에 명시된 합의할 의무는 대등한 당사자 간의 자유로운 교섭을 전제로 하는 민법상의 원칙과 모순된다. 사업자가 이 조항을 근거로 원래의 경제적 목적을 달성하기 위한 새로운 조항을 제시할 경우, 법률 지식과 협상력이 열위에 있는 일반 고객은 이를 단순한 제안이 아닌 사실상의 구속으로 인식할 가능성이 높다. 비록 법리적으로는 고객이 사업자의 새로운 합의 요구를 거부할 수 있다고 하더라도, 계약서상에 명시된 작위 의무의 존재 자체는 고객에게 향후 발생할 수 있는 법적 분쟁의 부담을 가중시킨다. 이는 결과적으로 고객이 임의규정 적용을 통해 누릴 수 있는 정당한 권리 행사를 단념하게 만드는 위축효과(Abschreckungseffekt)를 초래한다.³⁴⁾ 결국 이 조항은 효력유지적 축소를 통하여 달성하려는 결과물을 당사자 간의 사적 합의라는 합법적 외관을 빌려 관철하려는 시도에 불과하다. 사업자가 자신이 감수해야 할 조

까지 측면에서 강력한 비판에 직면한다. 첫째, 약관법은 최소한의 보호 기준을 보장할 뿐이므로 대체조항만 더 엄격한 잣대로 통제받아야 할 이유가 없다(Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 203). 둘째, 당사자들은 통상적으로 원래의 조항 자체를 이미 ‘적절하고 공정한 것’으로 간주하여 계약을 체결했을 것이므로, ‘경제적 목적에 상응하는 대체’와 ‘공정한 대체’는 실질적인 내용의 차이 없이 단순한 용어상의 차이에 불과하다. ‘공정한 방식’이라는 모호한 개념은 실질적인 판단 기준을 제공하지 못하며, 오히려 법원과 당사자에게 ‘무엇이 공정한가’를 탐구해야 하는 과도한 부담만을 지운다. 셋째, 대체조항이 작동하는 상황 자체가 특정 조항의 탈락으로 발생한 ‘계약의 흠결’을 메우는 과정이라는 점을 간과하고 있다. 결함을 치유하기 위해서는 원래 조항이 추구했던 ‘경제적 목적’을 전혀 고려하지 않고 대체를 진행한다는 것은 현실적으로 불가능하다(Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 888). 결과적으로 독일 민법 제306조 제2항을 근거로 대체 의무 부여 조항을 통제하려는 시도들은 무리한 개념법학적 구분에 얽매어 있거나 법원에 과도한 부담을 지우고 있다. 따라서 단지 해당 규정이 존재한다는 사실만으로 대체 의무 부여 조항 자체를 일률적으로 무효라고 단정할 수는 없다.

33) 이러한 입장으로 Ulmer/Harry Schmidt, § 306 Rn. 39; 김진우, 앞의 논문, 51면.

34) LG Köln NJW-RR 1987, 886. 이러한 입장에 대하여 대체조항의 근본 취지는 훼손된 권리의무의 균형을 바로잡는 데 있으며, 새롭게 합의될 대체조항은 반드시 약관법상 내용통제를 통과한 적법하고 유효한 조항이어야 하므로 고객은 대체조항이 발동되더라도 기존의 무효인 조항보다 결코 더 불리한 지위에 놓일 수 없다는 반대 견해도 주장되고 있다(Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 890).

항 무효의 위험을 회피하기 위해, 상대방에게 당초 사업자에게 유리했던 경제적 목적을 복원해 줄 의무를 전가하는 것은 약관법의 입법 목적을 우회한 위법한 수단이므로 그 효력을 부정함이 타당하다.³⁵⁾

(4) 소결

대체 의무 부여 조항은 외형상 약관의 일부가 무효가 되더라도 당사자 간 합의로 그 공백을 보완하도록 하는 중립적 장치처럼 보이지만, 실질적으로는 무효 조항의 효과를 고객의 재협상 의무로 전환함으로써 약관통제의 실효성을 잠탈하는 기능을 한다. 약관규제법 제16조는 불공정 조항이 무효가 되는 경우 계약이 나머지 부분만으로 유효하게 존속하도록 할 뿐, 무효 조항을 사업자에게 유리한 내용으로 다시 합의할 의무를 고객에게 부과하는 것을 예정하고 있지 않다. 오히려 무효 조항으로 인한 공백은 임의규정과 계약의 보충해석을 통해 보충되어야 한다. 약관 조항의 무효를 전제로 한 새로운 합의 의무는 고객에게 사실상의 수용 압력을 가하여 무효의 효과를 우회적으로 회복하려는 시도에 해당한다. 이 점에서 대체 의무 부여 조항은 약관거래에 내재한 구조적 교섭력 불균형을 전면적으로 외면한 채, 고객에게 사업자의 상업적 목적을 재현할 의무를 지우는 조항으로서 고객에게 부당하게 불리한 조항에 해당한다고 보아야 한다(약관법 제6조 제1항 및 제2항 제1호). 또한 이러한 조항은 고객이 원래 약관의 경제적 목적에 동의하였다는 가정에 기초하나, 약관거래에서 그러한 동의는 개별조항에 대한 실질적 합의라고 보기 어렵고, 따라서 고객에게 재합의 의무를 부과하는 것은 고객의 정당한 법적 지위를 약화시키는 결과를 낳는다. 결국 대체 의무 부여 조항은 불공정 조항의 무효를 우회적으로 복원하는 장치로서, 약관규제법의 입법 목적과 내용통제 체계에 반하여 무효라고 해석함이 타당하다.

3) 단계적 예비조항

사업자가 사용하는 또 다른 실체적인 우회 전략은 하나의 조항 내에 복수의 예비 조건을 겹겹이 설정해 두는 방식이다. 이는 고객의 권리 구제 시도를 사실상 단념하게 만드는 기법으로 평가된다.

35) 이처럼 대체조항은 탈법행위에 해당한다고 보는 견해로 Ebel, DB 1979, 1976. 이에 대하여 독일 민법 제306조 제2항이 기본적으로 강행규정이 아니라고 하면서도 만약 해당 규정이 강행규정이면 직접 위반이므로 잠탈이 아니고, 임의규정이면 정당한 배제이므로 잠탈이 아니라는 비판적 견해도 있다(Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 890).

(1) 의의

단계적 예비조항(Ersatz-AGB) 또는 폭포수 조항(AGB-Kaskaden)이란, 사업자가 자신에게 가장 유리한(즉, 고객에게 가장 불리한) 주된 조항을 제1순위로 전면배치하고, 해당 조항이 사법심사나 규제기관에 의해 불공정 약관으로 판단되어 무효가 될 경우를 대비하여 제2순위, 제3순위의 예비조항을 계층적으로 나열해 두는 기법을 말한다. 이러한 조항을 두는 사업자의 의도는 명확하다. 약관이 무효가 되어 약관조항의 내용이 적용되지 않거나 임의규정이 적용되는 상황을 방지하려는 목적을 갖는다. 이를 위해 법원이 허용하는 한계가 확인될 때까지 여러 단계의 예비조항을 마련해 두고, 규범이 허용하는 한도 내에서 자신의 이익을 극대화하려는 전략이다.

독일 실제 거래계에서 단계적 예비조항은 주로 위약금 산정, 경업금지 의무, 손해배상액의 예정 등 고객의 경제적 부담이나 직업의 자유를 강하게 제한하는 영역에서 빈번하게 발견된다. 그 전형적인 구조는 다음과 같다.

[단계적 예비조항의 예시]

구조	예시
위약금의 단계적 감액	1. 본 계약을 고객의 귀책사유로 중도 해지할 경우, 고객은 총 결제금액의 50%를 위약금으로 배상하여야 한다. 2. 만약 전항의 위약금 비율이 관련 법령에 비추어 과다하여 무효로 판단될 경우, 적용되는 위약금 비율은 30%로 한다. 3. 제2항의 비율 역시 무효로 판단될 경우, 위약금은 20%로 한다.
경업금지 의무의 단계적 축소	1. 가맹점주는 계약 종료 후 3년간 전국 어느 곳에서도 동종 업종을 영위할 수 없다. 2. 전항의 기간 또는 장소적 제한이 법원에 의해 무효로 선언될 경우, 제한 기간은 2년, 장소는 해당 광역지방자치단체 내로 한다. 3. 이 역시 무효일 경우, 기간은 1년, 장소는 해당 기초지방자치단체 내로 제한한다.

(2) 무효로 보는 근거

이러한 단계적 예비조항은 표면적으로는 법원의 판단을 존중하여 조항을 수정하는 듯한 외관을 띠지만, 실질적으로는 사법제도의 통제 기능을 훼손하므로 무효로 보아야 한다.

첫째, 명확성 및 투명성 원칙(Transparenzgebot)의 중대한 위반이다.³⁶⁾ 약관은 고객이 자신의 권리와 의무를 사전에 명확히 인지하고 예견할 수 있도록 작성되어야 한다. 그러나 여러 개

의 조건이 중첩된 단계적 예비조항 앞에서는, 법률 전문가조차 현시점에서 당사자 간에 확정적으로 적용되는 유효한 규범이 1순위인지, 2순위인지, 아니면 3순위인지 사전에 판단할 수 없다. 이는 사업자가 의도적으로 계약 내용에 법적 불확실성을 창출하여 고객을 혼란에 빠뜨리는 행위로, 약관법상 투명성 원칙에 정면으로 반한다.

둘째, 약관통제 제도의 예방적 억지력(Abschreckungseffekt) 무력화이다. 불공정한 약관 작성자에게 '조항의 전부 무효'라는 리스크를 부담시키는 것은 약관법의 핵심적인 통제 기제이다.³⁷⁾ 그러나 폭포수 조항이 허용된다면, 사업자는 법적 제재의 부담 없이 우선 자신에게 가장 유리한 1순위 조항을 사용하게 된다. 고객이 이에 순응하면 그에 따른 이익을 얻고, 소송에서 해당 조항이 무효로 판단되더라도 2순위, 3순위 조항이 적용되어 사업자가 부담하는 위험이 거의 없기 때문이다. 이는 약관법의 억지적 기능을 형해화하는 결과에 이르게 된다.

셋째, 단계적 예비조항이 특히 문제가 되는 측면은 고객이 소송을 제기할 실익을 사실상 상실시킨다는 점에 있다. 고객이 막대한 시간, 비용, 그리고 입증 책임을 감수하며 1순위 조항의 위법성을 다투어 승소하더라도, 그 즉시 2순위 조항이 자동으로 활성화되므로 고객은 실질적인 경제적 구제를 받지 못한다. 다시 2순위를 무효화하기 위해 또 소송을 이어가야 하는 상황은 고객에게 무의미한 쟁송의 반복을 강요하는 결과를 초래하며, 결국 고객으로 하여금 정당한 권리 구제를 단념하게 만든다. 이는 헌법상 보장된 재판청구권 등 사법 접근권을 사적 약관의 형태로 부당하게 제약하는 것이다.

(3) 소결

단계적 예비조항은 복수의 예비조건을 계층적으로 설정함으로써, 어느 조항이 최종적으로 적용되는지에 관한 법적 불확실성을 의도적으로 조성한다. 이는 고객으로 하여금 계약 체결 시점에 실질적으로 어떤 규율이 자신에게 적용되는지 알기 어렵게 만들고, 나아가 1순위 조항

36) MütKo/Basedow, § 306 Rn. 43; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 626.

37) 일부 견해는 약관 작성자가 위법한 조항을 계약에 편입시킨 것에 대한 이른바 '작성자 위험'을 스스로 감수해야 하며, 대체조항을 통해 그 위험에서 벗어나려는 것은 부당하다고 주장한다(Soergel/Stein, § 6 AGB-Gesetz Rn. 18). 이에 대하여 약관 조항이 무효가 되는 원인은 매우 다양하며, 이를 항상 작성자가 자신의 경제적·정보적 우위를 부당하게 남용한 결과로 단정할 수 없다는 비판도 존재한다. 실무에서는 법리의 복잡성으로 인해 작성자조차 무효 여부를 인지하지 못하거나, 양 당사자 모두 약관 조항이 무효라는 사실에 예기치 않게 놀라는 경우도 빈번하다. 따라서 무효인 조항을 편입시켰다는 이유만으로 작성자를 일률적으로 '처벌(Bestrafung)'하려는 접근은 타당하지 않다는 것이다. 더 나아가 당사자들은 개별 조건들을 협상할 때 나머지 약관 조항들이 모두 유효하다는 전제하에 가격(Preis) 등 전체적인 계약의 균형을 맞춘다. 만약 특정 조항이 무효가 되어 단순 탈락한다면, 원래 존재했던 계약의 균형은 작성자에게 불리한 방향으로 급격히 기울어지게 된다. 대체조항은 사업자뿐만 아니라, 특정 조건의 탈락으로 인해 계약의 기초가 흔들릴 위험에 처한 고객 모두를 보호하여 당초 의도했던 계약의 균형을 복원하는 정당한 기능을 수행한다고 본다(Michalski/Römermann, Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994, 889).

이 무효가 되더라도 2순위, 3순위 조항이 자동으로 작동하게 함으로써 약관통제의 예방적 억제효과를 현저히 약화시킨다. 고객이 상당한 비용과 노력을 들여 1순위 조항의 위법성을 다투더라도 차순위 조항이 즉시 작동할 수 있으므로, 실질적인 권리구제는 반복적 소송을 요구받게 되고, 이는 결국 권리구제를 단념하게 만드는 위축효과를 초래하므로 고객에게 부당하게 불리한 조항에 해당한다고 보아야 한다(약관법 제6조 제1항 및 제2항 제1호).

III. 절차적 우회 수단: 약관변경유보조항의 통제

1. 대안적 우회 전략의 등장 배경: 계속적 계약 관계의 확대

사업자가 약관에 기계적으로 삽입해 두었던 실체적 우회 수단들이 법원과 공정거래위원회 등 규제 당국의 엄격한 심사로 인하여 무효로 선언되자, 사업자들은 새로운 방안을 모색하기 시작하였다. 특히 현대 디지털 경제로의 전환과 함께 거래의 중심축이 일회적 계약에서 OTT 서비스, 클라우드 컴퓨팅, 이동통신, 구독형 소프트웨어(SaaS), 금융 및 보험 거래 등 장기간 계약이 지속되는 계속적 계약관계로 이동하면서, 사업자들은 계속적 계약이 지니는 장기성과 환경변화에 대한 적응 필요성을 명분으로 삼아 약관변경유보조항(Bedingungsanpassungsklausel)을 새로운 우회로로 채택하기 시작했다.³⁸⁾

이는 과거처럼 무효가 될 경우를 대비하여 약관에 미리 대체될 내용을 명시해 두는 직접적인 방식을 피하는 우회 기법이다. 대신 사업자는 약관에 “본 약관의 일부 조항이 관련 법령에 따라 무효로 판명되거나 사정변경으로 인해 법적 공백이 발생한 경우, 회사는 계약의 형평을 유지하기 위해 합리적인 재량에 따라 새로운 약관을 제정하고 이를 고객에게 공지함으로써 기존 조항을 변경할 수 있다”는 내용을 삽입한다. 즉, 약관법의 통제를 직접적으로 거스르는 실체적 조항을 두는 대신, 문제가 발생했을 때 사업자가 언제든지 자신에게 유리한 방향으로 계약 내용을 새로 형성할 수 있는 절차적 권한을 미리 유보해 두는 방식을 택한 것이다. 외관상으로는 급변하는 시장 상황에 유연하게 대처하기 위한 계약관계의 관리 수단처럼 보이지만, 실질적으로는 약관통제의 효과를 사후적으로 무력화하려는 의도를 가지는 경우가 많다.

2. 약관 무효를 이유로 한 일방적 변경의 불공정성

사업자는 이러한 변경유보조항이 급변하는 디지털 시장 환경과 예기치 못한 법률적 리스크에 적응하기 위해 불가피한 필수적 조치라고 항변한다. 그러나 그 약관 변경의 발동 사유가 시

38) 독일에서는 보험업계에서도 보험약관의 일부조항이 무효로 되는 경우 보험회사가 그 내용을 보충할 수 있는 권리를 갖는 약관변경유보조항을 많이 사용했다고 한다(Stoffels, AGB-Recht, Rn. 628).

장의 객관적 변화가 아닌, 사업자 자신이 작성한 조항이 불공정하여 무효가 되었다는 사실 그 자체에 있을 때, 이는 다음과 같은 문제점을 지니게 된다.

1) 두 번째 기회의 부당한 부여와 절차적 잠탈

약관법이 불공정 약관을 무효로 선언하는 가장 핵심적인 취지는, 사업자로 하여금 애초에 공정하고 적법한 약관을 작성하도록 강제하는 예방적 억지력을 확보하는 데 있다.³⁹⁾ 만약 약관 조항이 부당하게 불리하여 무효가 되었다는 사실 자체를 사유로 삼아 사업자에게 약관을 새로 제정할 수 있는 권한을 인정해 버리면, 이는 중대한 규범적 모순을 낳는다. 사업자는 일단 극단적으로 자신에게 유리한 위법 조항을 사용해 본 뒤, 운 좋게 통과되면 그에 따른 이익을 취하고, 무효로 선언되더라도 변경유보조항을 발동해 적법한 한도 내에서 조항을 수정하면 그만이기 때문이다.

이는 법질서가 사업자에게 위법한 약관 작성을 스스로 치유할 수 있는 두 번째 기회를 보장하는 결과가 되어 약관법의 제재 기능을 형해화한다.⁴⁰⁾ 결국 이는 앞서 살펴본 무효로 평가받은 대체조항과 외관상의 형태만 다를 뿐이다. 원칙적으로 금지되고 있는 효력유지적 축소를,⁴¹⁾ 사업자가 변경권 행사라는 명목의 절차적 껍데기를 씌워 사후적으로 단행하는 위법한 잠탈행위에 해당하므로 그 효력을 인정할 수 없다.⁴²⁾

2) 일방적 급부변경권 금지 원칙 위반

약관법 제10조 제1호는 “상당한 이유 없이 급부의 내용이나 계약 조건을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있도록 권한을 부여하는 조항”을 무효로 명시하고 있다. 장기의 계속적 계약에서 예외적으로 약관의 일방적 변경이 정당화되려면, 사업자가 예측할 수도 통제할 수도 없는 객관적이고 상당한 외부적 사유가 존재해야 한다.

그런데 약관 조항이 무효로 판단된 상황을 살펴보면 불공정한 약관을 작성하여 계약에 편입

39) 이은영, *약관규제법*, 1994, 183면.

40) Stoffels, *AGB-Recht*, Rn. 629; Matusche-Beckmann, *NJW* 1998, 114.

41) 우리 판례는 효력유지적 축소 내지 수정해석을 인정하고 있다. 예컨대 대법원은 용역경비계약상 “고객은 현금 및 귀중품을 되도록 금융기관에 예치하고 부득이한 경우에는 고정금고 또는 옮기기 힘든 대형금고 속에 보관하여야 하며 이를 준수하지 아니하여 발생한 사고에 대하여는 용역경비업자가 책임을 지지 않는다.”는 내용의 규정 및 특약 사항은, 그 규정 형식 및 내용 등에 비추어 볼 때 면책약관의 성질을 가지는 것이므로, 그 면책조항이 용역경비업자의 고의 중 과실로 인한 경우까지 적용된다고 본다면 약관법 제7조 제1호에 위반되어 무효라고 볼 수밖에 없기 때문에, 그 외의 경우에 한하여 피고의 면책을 정한 규정이라고 해석하는 한도 내에서만 유효하다고 수정 해석하여야 한다고 보았다(대법원 1996. 5. 14. 선고 94다2169 판결). 이러한 수정해석에 대하여 필자는 비판적 시각을 취하고 있다(이병준, *약관법론*, 29면 이하 참조).

42) 김진우, 앞의 논문, 51면; Stoffels, *AGB-Recht*, Rn. 625.

시킨 것은 전적으로 법률 전문가와 막강한 교섭력을 보유한 사업자 측의 잘못이다. 자신의 법적 과오로 인하여 초래된 계약의 공백을 이유로, 마치 객관적인 사정변경이 발생한 것처럼 외관을 갖추어 고객에게 새로운 의무를 부과하는 조항을 일방적으로 강요하는 것이다. 이는 약관법 제10조가 요구하는 상당한 이유 요건을 전혀 충족하지 못하는 신의성실의 원칙에 정면으로 반하는 내용을 담고 있다.

3. 변경유보조항의 본래적 목적과 예외적 허용을 위한 엄격한 요건

사업자의 법적 실패(약관 무효)를 편법으로 치유하기 위한 목적의 변경유보조항은 위와 같은 논거에 따라 엄격히 배척되어야 마땅하다. 그러나 현대 경제의 복잡한 장기의 계속적 계약에서 발생하는 모든 형태의 사후적 약관 변경을 원천적으로 금지한다면 오히려 계약관계가 지나치게 경직되거나 고객에게 더 큰 불이익이 돌아갈 위험이 존재한다.

따라서 예측 불가능한 거시적 사정변경에 유연하게 대응하여 계약의 기초를 유지하기 위한 변경유보조항은 그 본래적 취지 내에서 예외적으로 유효성을 인정받을 수 있다. 다만, 이 조항이 위법한 우회 수단으로 변질되지 않고 적법한 계약 관리 수단으로 인정받기 위해서는 다음의 엄격한 실체적·절차적 요건을 모두 충족해야만 한다.

1) 실체적 요건: 발동 사유의 객관성과 구체성

변경유보조항을 발동하여 계약 내용을 변경할 수 있는 원인은 앞서 비판한 사업자의 귀책사유(조항 무효)나 막연하고 일방적인 영업적 수익성 악화가 되어서는 안 된다. 오직 명확하고 당사자가 통제 불가능한 외부적 사정변경에 한정되어야 한다.

구체적으로는 관련 법령의 중대한 제·개정, 조세율 및 공과금의 급격한 변동, 행정관청의 강제적 지시나 가이드라인 변경, 혹은 대법원 전원합의체 판결 변경에 따른 해당 산업 표준의 근본적 변화 등, 당초 합의했던 당사자 간의 대가적 균형을 심각하게 무너뜨리는 사유여야 한다. 나아가 약관법상 투명성 원칙에 따라, 이러한 변경 사유와 변경의 범위가 약관 문언에 한정적이고 구체적으로 열거되어 있어야 한다. 고객이 사전에 어떤 상황에서 불이익을 입을지 예측할 수 없도록 “기타 회사의 합리적인 경영상 사정”, “시장 환경의 중대한 변화 시”와 같이 포괄적이고 모호하게 기재된 유보 조항은 그 자체로 명확성을 결여하여 무효 사유가 될 수 있다.

2) 절차적 요건: 충분한 사전 통지와 해지권의 보장

실체적 요건을 완벽히 갖추어 변경의 정당성이 인정되더라도, 거래 상대방인 고객을 보호하기 위한 절차적 장치가 결여되어 있다면 해당 변경 조항은 불공정성을 면할 수 없다. 당초 합의하지 않은 내용을 강요받는 고객을 보호하기 위한 절차적 통제 장치는 필수적이다.

첫째, 사업자는 변경 내용이 효력을 발생하기 전, 고객이 충분히 숙고하고 대안을 모색할 수 있는 상당한 유예 기간(통상 30일 이상)을 두고 변경 사유와 구체적인 내용을 고객에게 개별적이고 명확하게 통지해야 한다. 이때 단순한 홈페이지 게시만으로는 부족하다.

둘째, 나아가 가장 핵심적인 절차적 요건으로서, 변경된 약관 내용에 동의하지 않는 고객에게는 어떠한 위약금이나 손해배상 등의 불이익 청구 없이 즉각적으로 계약관계에서 벗어날 수 있는 무조건적인 해지권이 명시적으로 부여되어야만 한다.⁴³⁾ 사적자치의 원칙상, 고객은 자신이 원하지 않는 계약 조건에 묶이지 않을 소극적 자유를 지닌다. 고객의 실질적인 해지권이 보장되지 않거나 과도한 해지 위약금으로 인하여 해지권 행사가 사실상 제한되는 일방적 변경유보조항은 허용될 수 없다. 해지권의 실질적 보장은 변경유보조항이 적법성을 인정받기 위한 핵심적인 요건이다.

3) 독일 보험계약법상 인보험의 약관 변경 특별규정

독일에서는 인보험 영역에는 약관 변경에 관한 특별규정이 존재한다. 생명보험의 약관 변경을 규율하는 독일 보험계약법(VVG) 제164조는 동법 제203조 제4항의 준용규정을 통해 건강보험에도 적용된다.⁴⁴⁾ 개정된 규정에 따르면 보험자는 종전에 요구되었던 약관수탁자의 관여 없이도 일방적으로 새로운 약관을 계약에 도입할 수 있다. 다만, 기존의 약관조항이 최고 법원의 판결이나 독일 연방금융감독청(BaFin)의 최종적인 법적 효력이 발생하는 확정적 행정처분을 통해 무효로 선언되었어야 한다는 엄격한 요건이 충족된 경우에 한한다. 새로운 약관 규정이 유효하기 위해서는 추가로 다음의 실체적 요건을 충족해야 한다. 즉, 새로운 규정의 도입이 계약 유지를 위해 필수적이거나, 새로운 규정이 없을 경우 계약 당사자 일방에게 감당하기 어려운 가혹한 결과가 초래되어야 한다. 더 나아가 새로운 규정은 계약 목적의 달성과 유지라는 측면에서 보험계약자의 이익을 적절히 고려해야 한다.

이러한 독일 보험계약법(VVG) 제164조의 논의는 장기의 계속적 계약관계를 특징으로 하는 국내 보험 및 금융거래 약관의 사법적 통제와 관련하여 중요한 법적 시사점을 던져준다. 현행

43) 유럽연합 불공정계약조항지침에서 일방적 급부변경권과 관련하여 계약관계로부터 벗어날 권리가 보장되어 있는지 여부가 일방적 급부변경권 약관의 불공정성 판단에 중요한 요소로 작용하고 있다(이를 언급하고 있는 국내 문헌으로 최상진, 사업자의 일방적 급부변경권 약관에 관한 연구, 『저스티스』 통권 제186호, 2021, 100면).

44) 현재 법률상 해결되지 않은 쟁점으로 남아 있는 부분은 인보험을 대상으로 하는 VVG 제164조가 그 적용범위를 넘어서 비인보험(손해보험 등) 영역에 대해서도 규범적 지침으로서의 역할을 인정받을 수 있는지 여부이다. 그 해결이 열려 있다는 견해도 있지만(Stoffels, AGB-Recht, Rn. 631), 이에 명시적으로 반대하는 견해도 주장되고 있다(AGB-Klauselwerke/Präve, Allgemeine Versicherungsbedingungen, Rn. 89).

우리 약관법 제10조 제1호에 따르면 사업자에게 일방적인 급부 변경권을 유보하는 조항은 원칙적으로 무효이다. 그러나 최고법원의 판결 등으로 특정 약관조항이 무효로 확정되어 장기 보험계약의 기저가 흔들리고 계약 유지가 현저히 불가능해지는 극단적인 경우에까지 사후적 약관 변경을 전면 봉쇄하는 것은 위험공동체로서의 보험단체의 존립을 위협할 수 있다. 따라서 해석론적으로는 최고법원 판결 등에 의한 무효 확정, 계약 유지를 위한 필수불가결성, 고객 이익의 적절한 고려라는 VVG 제164조의 엄격한 요건을 약관법 제10조의 '상당한 이유' 유무를 판단하는 유용한 비교법적 지침으로 삼을 수 있을 것이다. 나아가 입법론으로는, 상법 보험편이나 보험업법 내에 불공정 약관의 무효로 인한 장기 계약의 중대한 공백을 메우기 위한 예외적 약관 변경권을 명시하되, 이를 사법부의 최종 판단과 금융감독기관의 통제 및 고객의 해지권 보장이라는 엄격한 법적 테두리 내에서만 허용하는 특별 규정을 마련할 필요가 있다. 이는 사업자의 무분별한 절차적 우회 시도는 엄단하되, 계약의 동태적 유지가 절실한 특수 거래 영역에서 법적 확실성과 계약 정의를 조화시키는 현실적인 대안이 될 것이다.

IV. 나가며

현대 사회에서 약관은 필수 불가결한 도구이지만, 동시에 계약자유의 이름으로 위험과 불이익을 상대방에게 떠넘기는 통로가 되기도 한다. 약관법은 이러한 폐해에 대응하여 불공정한 약관 조항을 무효로 하고 그 공백을 임의규정으로 메우는 통제 장치를 마련해 두었으나, 실무에서는 이 통제를 회피하려는 시도가 끊이지 않는다.

본 논문의 분석 결과, 사업자가 주로 활용하는 두 가지 우회 수단은 모두 사법적 통제를 사실상 무력화한다는 점에서 공통된다. 첫째, 대체조항은 영미법상의 제도를 차용하여 조항이 무효로 판단되는 즉시 사업자에게 유리한 내용으로 계약을 자동 복원하려는 것으로, 실체적 차원의 회피수단에 해당한다. 둘째, 약관변경유보조항은 계약 조건의 현실화라는 정당한 외관을 빌려, 조항이 무효가 된 뒤에도 그 공백을 사후적으로 보정할 기회를 스스로 확보하려는 것으로, 절차적 차원의 회피 수단이라 할 수 있다.

두 기법은 모두 약관통제에 따른 전부 무효의 위험을 사업자가 스스로 부담하지 않고, 그로 인한 법적 불확실성과 비용을 고객과 국가의 사법제도에 전가한다는 점에서 허용되기 어렵다. 현행 약관법 체계에서 불공정 약관 조항의 무효로 생긴 계약의 공백은, 입법자가 정한 임의규정에 의하거나, 그것이 없는 예외적인 경우에 한하여 사법부의 엄격한 계약의 보충해석을 통해서만 메워져야 한다.

이러한 관점에서 향후 법원과 공정거래위원회 등 규제기관은 다음과 같은 정책적·해석론적

기조를 유지할 필요가 있다. 첫째, 약관 내에 삽입된 모든 형태의 대체조항 및 단계적 예비조항에 대해 명확성 원칙 위반을 근거로 가차 없는 무효 판단을 내려야 한다. 둘째, 겉으로는 합법적인 사정변경 조항처럼 포장되어 있으나 실질적으로는 약관 통제를 우회하려는 포괄적 약관변경유보조항에 대해, 그 남용을 철저히 감시하고 차단해야 한다.

약관법이 갖는 통제의 예방적 징벌 기능과 투명성 원칙은 사적 자치라는 허울 좋은 명목 아래 결코 양보되거나 타협될 수 없는 강행규범이다. 디지털 구독 경제의 발달로 기업의 약관 지배력이 그 어느 때보다 막강해진 현시점에서, 사법부와 공정거래위원회의 입체적이고 단호한 규범 통제만이 시장의 공정과 고객의 권리를 수호하는 방파제가 될 것이다. ▣

(논문접수 : 2026. 06. 14. / 심사개시 : 2026. 07. 10. / 게재확정 : 2026. 07. 23.)

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

권영준, 「주식민법 채권각칙 1」, 제5판, 한국사법행정학회, 2022.

손지열, 「민법주해 XII」, 제5판, 박영사, 1997.

이병준, 「약관법론」, 제2판, 서울: 세창출판사, 2025.

이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994.

2. 논문

김진우, “약관조항의 불편입 및 무효와 그 보충”, 「외법논집」, 제39권 제4호(2015), 1 - 24면.

김희성·성대규, “추가 법정수당 청구 시 신의칙(모순행위금지원칙) 적용 여부에 대한 하급심 판결들의 태도와 평가 - 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결의 올바른 이해를 전제로 -”, 「사회법연구」, 제34호(2018), 75 - 122면.

육태우, “미국 회사임원배상책임보험의 새로운 유형 및 주요계약조건”, 「경영법률」, 제20권 제3호(2010), 405 - 443면.

이병준, “계약의 보충해석을 통한 약관의 흠결 보충”, 「저스티스」 제214호(2026) (근간).

이증기, “계속적 계약에서의 ‘재협상조항’의 역할과 한계: ‘계약흠결’에 대한 사적자치와 법원의 역할”, 「홍익법학」, 제14권 제3호(2013), 271 - 304면.

최상진, “사업자의 일방적 급부변경권 약관에 관한 연구”, 「저스티스」, 통권 제186호(2021), 78~119면.

최영홍, “경업금지특약의 유효요건 - 미국 가맹계약을 중심으로 -”, 「상사법연구」, 제27권 제1호(2008), 303 - 338면.

최준규, “‘재협상조항’의 해석과 법원에 의한 계약내용의 조정 - 대법원 2011. 6. 24. 선고, 2008다44368 판결 -”, 「법조」, 제62권 제2호(2013), 118 - 163면.

II. 외국문헌

1. 단행본 및 주석서

- Basedow, Jürgen, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I (§§ 241 - 432), 6. Aufl., München: C.H. Beck, 2012 (§ 306).
- Hager, Johannes, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, München: C.H. Beck, 1983.
- Koch, Karl-Heinz / Stübing, Rüdiger, AGB – Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Baden-Baden: Nomos, 1977.
- Pfeiffer, Thomas / Lindacher, Walter F. / Hau, Wolfgang (Hrsg.), AGB-Recht: Kommentar zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 8. Aufl., München: C.H. Beck, 2026 (§ 306).
- Präve, Peter, in: Brandner, Hans-Erich / Präve, Peter / Sivesand, Henrik (Hrsg.), AGB-Klauselwerke: Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB), Köln: Dr. Otto Schmidt, 1994.
- Schlosser, Peter, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305 - 310 (AGB-Recht), Berlin: Sellier-de Gruyter, 1998 (§ 306).
- Schröder, Heinrich, Der sichere Weg bei der Vertragsgestaltung: Formulare, Klauseln, Rechtsprechung, 2. Aufl., Herford: Busse Seewald, 1990.
- Stein, Gunther, in: Soergel, Hans Theodor (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 12: AGB-Gesetz, 12. Aufl., Stuttgart: W. Kohlhammer, 1997 (§ 6 AGB-Gesetz).
- Stoffels, Markus, AGB-Recht, 5. Aufl., München: C.H. Beck, 2025.
- Ulmer, Peter / Brandner, Hans-Erich / Hensen, Dirk, AGB-Recht: Kommentar, 13. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2021 (§ 306).
- Witte, Gunter, Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

2. 논문

- Baumann, Horst, "Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", Neue Juristische Wochenschrift, 1978, S. 1954 - 1959.
- Bunte, Hermann-Josef, "Die Entwicklung des AGB-Rechts im Jahre 1982", *Neue Juristische

Wochenschrift, 1983, S. 1326 - 1334.

Ebel, Ingolf, "Salvatorische Klauseln und AGB-Gesetz", Der Betrieb, 1979, S. 1976 - 1981.

Garrn, Heino, "Die salvatorische Klausel", Juristische Arbeitsblätter, 1981, S. 153 - 158.

Lindacher, Walter F., "Salvatorische Klauseln und Teilnichtigkeitsdogmatik", Betriebs-Berater, 1983, S. 154 - 160.

Matusche-Beckmann, Annemarie, "Der Geltungserhalt von Verträgen bei unwirksamen AGB-Klauseln", Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 114 - 119.

Michalski, Lutz / Römermann, Volker, "Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel", Neue Juristische Wochenschrift, 1994, S. 886 - 890.

Michalski, Lutz / Römermann, Volker, "Zur Wirksamkeit salvatorischer Klauseln im Gesellschaftsrecht", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1993, S. 1434 - 1441.

Schlosser, Peter, "Die Rechtsfolgen unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen", Wertpapier-Mitteilungen, 1978, S. 562 - 569.

Abstract

Versuche zur Umgehung der AGB-Kontrolle und gerichtliche Überprüfung

- Unter besonderer Berücksichtigung von Ersetzungsklauseln und Bedingungsanpassungsklauseln -

Lee, Byung Jun

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind im modernen Geschäftsverkehr unerlässlich, bergen jedoch die Gefahr, durch ein strukturelles Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht die Privatautonomie auszuhöhlen. Um dies zu kontrollieren, sieht das Gesetz zur Regelung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) die Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln vor und schließt die dadurch entstehenden Vertragslücken durch die Anwendung dispositiven Rechts (Sonderregelung der Teilnichtigkeit, § 16). Verwender haben jedoch verschiedene Umgehungsstrategien entwickelt, um diese regulatorischen Nachteile zu vermeiden und ihre ursprünglichen wirtschaftlichen Absichten durchzusetzen. Diese Arbeit analysiert kritisch die Rechtsnatur und die Rechtswidrigkeit der „Salvatorischen Klauseln (insbesondere Ersetzungsklauseln)“ und der „Bedingungsanpassungsklauseln“, welche typische Umgehungsstrategien darstellen, und untersucht entsprechende gerichtliche Kontrollmöglichkeiten.

Erstens stellt die Ersetzungsklausel als materielles Umgehungsmittel den Versuch dar, eine unwirksame Klausel zwanghaft so wiederherzustellen, dass sie dem ursprünglich vom Verwender beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck entspricht. Dies verstößt gegen das Transparenzgebot und entfaltet einen ungerechtfertigten Abschreckungseffekt auf die Rechtsausübung des Kunden, weshalb sie nach dem AGB-Recht grundsätzlich unwirksam ist. Zweitens stellt die Bedingungsanpassungsklausel als prozedurales Umgehungsmittel einen rechtswidrigen Umgehungsversuch dar, der die AGB-Kontrolle aushöhlt, indem sich der Verwender einseitig das Recht vorbehält, die durch die Unwirksamkeit entstandene

300 선진상사법률연구 통권 제115호 (2026.7.)

Vertragslücke nachträglich zu schließen.

Key Words : AGB-Kontrolle, AGB-Gesetz, Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit, Ersetzungsklausel, Bedingungsanpassungsklausel, Neuverhandlungsklausel, Ergänzende Vertragsauslegung, Privatautonomie, Venire contra factum proprium