

非典型契約의 解釋論的 課題

李 相 旭*

I. 序

民法典은 사회에 존재하고 있는 각종 다양한 계약형태 중에서 14종류의 대표적인 계약을 선정하여 그 표준적인 내용을 규정하고 있다. 이와 같은 14종의 계약을 典型契約 또는 有名契約이라고 부르고 그 밖의 계약을 非典型契約 또는 無名契約이라고 한다.

이와 같은 立法例는 독일민법과 프랑스 민법을 모방한 것으로 풀이된다. 또한 이 14종의 민법상 계약 유형은 민법의 권리분위의 시스템에 따라 계약으로 부터 발생하는 채권의 성격을 표준으로 한 것이지만, 채권의 성격이나 급부의 내용(목적)에 따라 정해지고 있기 때문에 결국 급부의 내용에 따른 분류라고 할 수 있다.

그러나 契約自由의 原則上 當事者는 强行法規나 公序良俗에 반하지 않는 범위내에서 어떠한 내용이든 계약속에 포함시킬 수 있다. 오늘날 실제 거래사회에서는 필요에 따라 나날이 새로운 계약이나 계약 형태가 고안되고 있으며, 현실적인 계약유형으로서 생성·발전해 가고 있는 것이다. 이러한 상황은 制定法으로서 일정한 계약 유형을 파악하여 규율하고 있는 법제하에서는 항상 발생할 수 있는 사태라고 할 수 있다. 즉, 민법전에 규정

* 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士.

된 계약 이외의 유형이 발생하리라는 것은 당연히 예상할 수 있는 예정된 것이라고 할 수 있다. 또한 그러한 현상은 사회적 요청에 따라 새로운 급부내용을 가진 계약이 거래사회에서 필요하다는 것을 의미한다. 따라서 구체적으로 체결된 계약의 전부나 일부가 민법전상의 전형계약으로서 규정되어 있는 유형 중 어느 하나에 해당되지 않는 경우가 발생할 수 있다. 때문에 典型契約에 속하지 않는 非典型契約을 어떻게 취급할 것인가 하는 문제는 「法律問題(Rechtsproblem)」라고 하기 보다는 「制定法上の問題(Gesetzesproblem)」라고 하는 것이다.

종래의 문제의식은 기존의 계약 유형에 적합하지 않는 新種契約, 즉 非典型契約을 법적으로 처리하는 경우에 법규정의 적용방법에 관한 것이 주를 이루었다고 할 수 있다.

그러나 오늘날 비전형계약에 관한 문제는 과거와는 다른 문제상황에서 고려되지 않으면 안된다는 점을 유의할 필요가 있다. 任意法規를 일반적으로 배제하면서 신종계약이 사업자의 상품개발이나 영업상의 편의를 위하여 定型的인 條件(約款)을 갖추고 등장한다는 점을 감안한다면 이전과 같이 당사자의 경제적 의도를 추측함으로써 불명확한 합의 내용을 보충하기 위한 해석 rule 을 검토하는데 그치는 정도로 전개된 非典型契約論만으로는 불충분하다고 하지 않을 수 없다. 오히려 明示的인 「特約」을 합리적인 내용으로 유도해내기 위한 이론틀로서의 非典型契約論의 검토가 요청된다고 하겠다. 즉 불합리한 계약조항에 대응하는 非典型契約論 그 자체가 오늘날의 과제라고 하겠다.

우리나라에서는 非典型契約에 관한 논의는 「類推適用說」로서 끝나버린 듯한 감이 있다. 이하에서는 전통적으로 非典型契約으로서 논의되어 온 구체적인 계약유형의 상세한 해석론을 연구하는 것이 아니라, 일반론적인 의미에서 非典型契約 특히 混合契約의 해석론적 과제를 검토해 보고자 한다.

II. 典型契約에 관한 民法 規定의 意義와 非典型契約

民法은 契約自由의 原則을 채택하여 契約 內容의 결정은 당사자의 의사에 맡기고 있으므로 당사자는 합의에 따라 어떠한 내용의 계약이든 체결할 자유가 있는 것이다. 당사자가 자신의 자유의사에 따라 체결한 계약은 강행법규에 반하지 않는 한 당사자간에서는 법률과 동일한 효력을 가진다. 따라서 당사자가 私的自治의 범위내에서 契約 內容에 관하여 명확한 의사 표시를 한다면 그 당사자의 의사가 법률 규정에 우선하게 되는 것이며, 그 한도내에서 법률은 개입할 여지마저 없게 된다.

먼저 混合契約에 대하여 살펴볼 때, 混合契約과 관련된 전형계약 규정 전부를 일률적으로 적용하는 방법도 생각할 수 있으나, 混合契約을 각 구성분자로 분해하여 그 구성분자에 해당되는 특정한 전형계약 규정을 기계적으로 적용하게 된다면 混合契約이 가지는 한개의 복합계약으로서의 특수성이 상실되게 되므로 그와 같은 태도는 타당하지 않다는 비판이 있다. 따라서 각종 전형계약에 관한 민법 규정이, 동일한 법률적 이유가 있다면 다른 계약에도 類推適用될 수 있다는 전제하에 混合契約에는 그 類에 속하는 典型契約 規定을 類推適用하여 타당한 해결책을 강구하는 것이 通說의 立場(類推適用說)으로 되어 있다. 類推適用說이 타당한 듯하지만 사실 유추 적용하는데는 여러가지 어려움이 따른다.

또한 狹義의 非典型契約에 대하여서도 해석기준으로 되는 것은 民法總則 債權總則 契約總則 등의 규정만 가능하고, 典型契約에 관한 규정은 전혀 적용되지 않을 것인가 하는 문제가 제기된다. 그런데 民法上的 典型契約에 관한 규정 자체가 다른 典型契約의 규정을 준용하도록 하는 경우도 있으므로 [예컨대, 貸貸借에 관한 民法 제 654조에 의한 제610조 제1항(使用借主의 使用, 收益權), 제615조(使用借主의 원상회복의무와 철거권) 내지 제617조(손해배상, 비용상환청구의 기간)의 준용; 任置에 관한 제 701조에 의한 委任에서의 제682조(복임권의 제한) 준용 등], 민법전 자

체가 처음부터 일정한 준용을 예정하고 있는 사실이 있다면, 그 사실에 대하여는 그 규정을 적용할 수 있다는 견해도 있다. 예를 들면 매매에 관한 민법 제567조는, 매매계약에 관한 규정은 계약의 성질이 허용되는 한 매매 이외의 다른 有償契約에 준용할 수 있다는 일반적 규정이지만, 이는 典型契約만이 아니라 狹義의 非典型契約에도 준용될 수 있다는 가능성을 시사하는 것으로 본다.

民法上の 典型契約에 관한 규정은 대부분이 任意規定이므로 당사자간에 강제 적용되는 것은 아니다. 이러한 규정은 當事者 意思에 대립하는 내용으로서 규정된 것은 아니고, 관련된 계약의 특성이나 목적 또는 거래의 관념이 요청하는 내용을 표현하고 있는 것으로 풀이된다. 따라서 합리적이고도 성실한 당사자라면 법률에 규정이 없는 경우에 이러한 계약을 체결할 것이라는 내용을 규정하고 있다고 할 수 있다. 계약 당사자는 법률 만능가는 아니기 때문에 장래 발생하는 모든 가능성을 고려할 수는 없는 노릇이다. 따라서 법률이 당사자를 가름하여 여러가지의 가능성을 고려하고 그에 대처하기 위한 규정을 세워놓은 것이므로, 당사자가 특별히 별도의 합의를 하지 않는 한, 그 규정에 따르게 한 것이다. 그런데 입법자가 이와 같은 규정을 설정한다는 것은 정형적이라고 고려되는 이해관계와 계약형태를 염두에 두고 규정을 한 것이기 때문에 그러한 상황이 되지 않는 경우에는 비록 그 계약이 외관상 법정된 전형계약에 적합하다고 하더라도 그 법률규정을 그대로 적용할 수 없는 경우가 있다. 단순히 기계적으로 법률규정을 적용할 것이 아니라, 신의성실의 원칙에 따라, 당사자가 한 구체적인 합의 속에 내재되어 있는 해결을 시도하는 것이 유능한 법률가의 기술이라고 할 것이다. 계약으로 특별히 정한 내용은 항상 법률의 임의규정에 우선하는 것이므로 일정한 계약이 일반적으로 일정한 계약정형에 적합하다는 점을 확인함으로써 종료될 일은 아니고, 법정된 전형계약에 예상되지 않았기 때문에 일부 그와 다른 판단을 할 수 있는 특별한 요소가 그 합의내에 내재하지는 않는지 그 유무를 검토해 보아야 할 경우가 적지 않을 것이다. 이

경우에 정당한 판단을 하는 것은 법률규정을 단순히 적용하는 것으로서 만족할 수 없고 그 정형된 특성에 의하여 제약을 받는 것으로만 이해할 것이고, 그 법률규정을 과대평가하여 기계적으로 적용한 결과 거래의 수요와 정의관념에 적합하지 않게 되는 것을 방지해야 할 것이다.

Ⅲ. 非典型契約의 分類

廣義의 非典型契約이란 전형계약의 요소를 포함하고 있는 「混合契約」과 전형계약의 구성요소를 전혀 포함하고 있지 않은 「狹義의 非典型契約」으로 구분된다. 論者에 따라서는 前者를 混合契約이라 하고 後者를 非典型契約이라고 하는 견해도 있다.

1. 混合契約

1) 混合契約의 意義

混合契約이란 한 전형계약의 구성요소와 다른 전형계약의 구성요소가 혼합되어 있거나 또는 어떠한 전형계약의 구성요소에도 속하지 않는 내용을 내포하고 있는 한개의 계약을 의미한다. 混合契約은 廣義의 非典型契約의 한 종류가 된다. 그러나 混合契約이라는 개념은 전형계약의 규정을 어느 정도 類推適用할 것인가에 의미가 있으므로, 이를 混合契約이라고 부르지 않는 것이 적절하다는 견해도 있다. 물론 개념적으로는 混合契約과 非典型契約의 구별이 가능하지만, 실제상으로 엄밀한 구별은 곤란하다. 어떠한 간에 전형계약의 규정을 유추적용할 수 있는가의 여부가 문제되므로 엄밀한 개념적 구별은 실익이 없다고 생각된다.

2) 混合契約論의 발전과정

混合契約에 대한 논의는 로마법으로 까지 거슬러 올라간다. 알다시피 고대 로마법에서는 訴權(actio) 이 중심적 역할을 하였고, 일정한 形式과 類型의 계약만이 채무법상 이행이 訴求될 수 있는 것이며, 그러한 형식에서 해방되는 것은 執政官(consul)에 의하여 인정된 특정한 계약 유형에 한정되었다. 따라서 법률가에게는 목전의 계약이 어떠한 계약 유형에 속하는지, 어떠한 訴權을 구성하는지(換言하면 既存의 어떠한 訴訟形式에 속하는지)의 문제가 중대한 관심사로 되지 않을 수 없었다. 요컨대 混合契約의 문제는 형식상 어느 전형계약에 흡수시켜야 하는가라는 질문에 답하는 형태로서 그 주안점이 있다고 보아 결과적으로 「形式的吸收原理」에 의하여 해결된 것으로 이해된다.

유형상의 강제가 완화된 것은 유스티니아누스법에서 비롯된다. 전형적인 소권과 직결되지 않는 이른바 「無名契約(contractus innominatus)」에 대하여, 일방 당사자가 급부의 선이행을 하고 있는 경우에 한하여 그 자로 부터의 이행의 소를 인정하게 되었다. 그런데 소권의 형식에서 해방된 무명계약이라고 하더라도 그 유효성에는 cause(계약체결을 위하여 충분하고도 합리적인 원인·이유·부담)의 교환 또는 인수가 요구되는 것이 일반적이었고, 중세의 계약이론은 이와 같은 사상을 계수한 것이 된다. 이를테면 cause 는 당사자가 계약을 체결하게 된 합리적 원인이라고도 하겠으며, 교회법학자들은 cause를 갖추지 못한 계약은 착오에 의하여 구속력이 발생할 수 없다고 하였다. 따라서 오로지 cause에 의하여 법적 성격이 부여된 각종 계약의 전형 그 자체가 충분하지 않았다는 점에서 당시 混合契約 문제는 침예화되지 않았던 것이다.

그 후 교회법이나 근대 자연법사상의 영향을 받아 근대계약법은 합의 자유의 원칙을 정면으로 채용하게 되었지만, 한편은 cause론의 영향을 짊어지고 입법화된 채무법상 일련의 「契約類型」은 전형적인 cause를 수반한 관계로서 규제되었던 것이다. 이는 동시에 고대 로마법 이래 계약 유

형의 한정된 열거라고 볼 수도 있는 것이다. 그러한 의미에서 독일민법(BGB)에 전형계약으로서 제시된 계약 유형은 개방된 유형론으로서 선정된 임의의 모델군이라는 점에 머물지 않고 채무의 성질에 따라 오랜 법적 전통속에서 전개된 「成文化된 理性」이라는 평가까지 받을 수 있을 것이다.

3) 混合契約과 유사한 계약형태

① 복수계약

混合契約이란 당사자가 한개의 계약을 체결하려는 의도가 있는 경우를 의미한다는 점에서 복수의 계약과 구별된다. 예를 들면 시간적인 간격을 두고 법률행위가 이루어진 경우는 통상 복수의 법률행위가 된다. 이를테면 매수인이 동일한 매도인으로 부터 수회에 걸쳐서 상품을 구입하는 경우를 들 수 있다.

그런데 문제가 되는 것은 동일한 당사자간에 동시에 체결된 계약으로서 복수의 계약문서가 작성되지 않은 경우이다. 이 경우는 복수의 계약인지 한개의 계약인지 구별이 곤란하게 된다. 결국은 당사자의 의사를 중시한 계약의 해석문제라고 할 수 있다. 즉 계약상 보호되어야 할 이익이 무엇인지를 탐구하는 것이 우선적으로 요구되는 것이다. 예를 들면 채권자가 복수의 급부를 분리해서 받지 않고 일체적으로 받음으로써 비로소 유효한 급부가 되는 경우는 통상 한개의 계약을 체결할 의도가 있는 것으로 이해된다. 예컨대 식사를 제공받는 가옥의 임대차계약을 체결한 경우, 債權者(賃借人)가 숙박을 하지 않는다면 식사 제공은 무의미한 것이 되고 만다. 이 경우 당사자의 의사가 명확하지 않을 때는 복수의 급부에 대한 한개의 계약이 있는 것으로 볼 수 있다.

② 契約의 聯立

混合契約과 구별되는 개념으로서 「契約의 聯立」을 들 수 있다. 이는 계약이 복수로 이루어 지면서 수개의 계약 사이에 일정한 결합관계가 존재하는 경우이다. 예를 들면 맥주제조 회사가 그 회사소유의 점포를 임대하면

서 일정한 대가로 맥주를 공급할 것을 약속하는 경우를 들 수 있다. 이 경우는 임대차와 매매라는 두개의 계약이 연립된 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 이러한 경우 이 두개의 계약은 상호 조건으로 되어 있으며, 물론 해제시에 양계약 내용이 동일한 운명에 따르며, 함께 동시에 소멸될 것인가의 문제가 있지만, 그러나 어떠한 전형계약의 규정을 적용할 것인가라는 문제는 발생하지 않기 때문이다.

4) 混合契約의 種類

混合契約은 통상 다음과 같은 3가지의 종류로 분류되고 있다.

① 定型的 結合關係(Typenkombinationsvertrag : 병행적 결합)

계약 당사자 일방의 급부가 전형계약상의 수개의 구성요소인 내용을 결합하고 있는 경우이다. 즉 서로 다른 계약 정형에 속하는 수개의 급부가 결합되어서 그 각각의 급부가 단독으로는 주된 급부가 되지 않는 경우를 말한다. 쌍둥이계약(Zwillingsvertrag)이라고도 한다. 실제로 이러한 계약 유형은 가장 빈번하게 이용되고 있는 형태라고 할 수 있다. 예를 들면 숙식을 제공하는 하숙계약을 들 수 있다. 이는 일방 당사자가 상대방에게 가옥의 사용을 허락하면서 식사를 제공함은 물론 기타의 서비스를 제공하는 것이다(청소나 세탁 등). 이러한 계약에서는 그 각각의 급부는 임대차, 매매, 고용 등의 구성요소에 속하고, 그 규정이 적용된다. 이러한 경우, 그 반대급부는 통상 수개의 급부에 대하여 일체적으로 결정되지만, 급부의 일부가 이행되지 않는 경우나 이행된 급부의 내용에 하자가 있는 경우에는 상황에 따라 대가의 분할지불도 가능한 것으로 해석된다. 그 밖에 유람선에 의한 항해계약도 이러한 유형에 속한다.

② 2重定型契約(doppeltypische Verträge)

각각 성격을 달리하는 典型契約에 속하는 2개의 급부가 상호 교환되는 경우(예컨대 일정한 노무제공에 대하여 물건을 양도하거나 가옥을 임대하는 경우 등)를 말한다. 즉 계약의 일방 당사자는 어느 한 전형계약의 구

성분자에 속하는 급부를 이행하고, 그 상대방은 다른 전형계약의 구성분자에 속하는 급부를 이행하는 경우가 된다. 혼혈아계약 (Zwitterverträge) 이라고도 한다.

이 경우에는 각 당사자의 급부는 해당되는 전형계약에 관한 규정을 적용할 것이라고 한다. 예컨대 讓渡人 또는 貨貸人은 賣買나 貨貸借의 규정에 따라 擔保責任을 부담하며, 상대방은 勞務者로서의 의무를 부담하지만, 讓渡人이나 貨貸人이 동시에 使用者도 되기 때문에 사용자로서의 의무도 부담하게 되는 것이다. 그러나 의문이 제기될 수 있는 사안에 대하여는(解除權 등) 그 계약관계의 특별한 의미와 각 典型契約의 규정이 갖는 표준으로서의 기초적인 의미를 신중히 검토하여 적용법규를 정할 것이라고 한다. 물론 적용할 법규의 기준을 설정할 때는 당사자의 목적과 계약의 경제적 의미를 충분히 검토할 필요가 있다.

③ 定型的 融合契約(Typenverschmelzungsverträge)

서로 다른 정형에 속하는 두개의 급부가 당사자 일방에게 결합하여 부담을 주게 되는 것도 아니고, 또한 정형을 달리하는 급부가 상호 교환되는 것도 아니면서 당사자 일방이 부담하는 일체의 급부가 그 전범위에 걸쳐 두개의 (서로 배척하지 않는) 정형에 속하는 경우(이를 테면 사무처리적인 성격을 갖는 都給과 雇傭 등), 또는 실질적으로 일체불가분이기 때문에 가격적 비율로서 부분적으로 두개의 정형계약에 속하는 경우(混合贈與 등)를 의미한다. 이와 같은 경우에는 두개의 계약 정형이 한개의 형태로 융합되어 있다는데 문제가 있다.

5) 混合契約論의 쇠퇴

混合契約論은 크게 발전하여 정착되었다고 말할 수 없는 이유가 있다. 이 이론은 어떠한 混合契約의 급부와 관련된 법적구조의 어느 부분이 전형계약의 어느 유형과 동일한가, 또는 유사한가라는 문제를 확정짓는 것을 중시하고, 이를 類推適用하기 위하여 준거가능한 규정을 발견하여 문제를

해결하려고 한다. 그러나 이러한 탐색은 계약의 구조해명이나 형태분석에는 유용하다고 할 수 있으나 구체적인 문제를 해결하기 위하여는 또 다시 구체적인 규범이 확정되어야 하고, 또한 계약당사자의 의사로 새삼스럽게 환원된다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 즉 混合契約論이 상세한 분석을 증시하여 그 구조를 해명하면서도 그 연장선상에서는 해결점에 도달할 수 없다는 것이다. 그 계약의 전체상과 관련된 당사자의 의사로 되돌아 가서 해석할 것이 요청되는 점을 간과할 수 없다.

2. 狹義의 非典型契約

典型契約의 구성분자(주로 給付의 내용이나 목적)를 전체적으로나 부분적으로 포함하지 않고 있는 계약을 협의의 非典型契約이라고 한다. 우리나라의 판례도 施設貸與契約(리스계약)을 형식에서는 貸貸借과 유사하지만 그 실질은 물적 금융으로 파악함으로써 그 결과 시설대여계약은 非典型契約으로서 민법의 임대차 규정이 바로 적용되지 않는다고 한다(大判 1986.8.19.84 다카503,504).

IV. 混合契約의 法的規制

混合契約에 대하여 어떠한 전형계약의 규정을 유추적용할 것인가가 문제로 된다. 물론 混合契約을 고려할 때 우선적으로 그것이 다수 계약의 우연적 집합에 지나지 않는가 그렇지 않으면 계약의 체결형태·내용적 통일성·급부상호간의 의존관계 등으로 부터 일체적인 것(한개의 계약)으로 파악되는가 등이 문제가 되지만 아래에서는 한개로 파악된 계약의 법적 효과를 어떻게 결정할 것인가의 방안을 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 吸收理論

구체적인 混合契約의 구성요소 중에서 가장 중요한 내용을 결정하여 그 구성요소를 기본적인 요소로 하는 특정한 전형계약의 규정을 유추적용 하자는 이론이다. 즉 여러가지의 계약유형이 혼합된 경우에 주된 계약유형을 발견하여 그 규정을 기본적으로 적용하자는 것이다. 그 유추된 규정이 임의법규인가 강행법규인가는 묻지 않는다. 그렇지만 이 견해에 따르면 주된 구성요소의 부분에 대한 강행법규위반이 있는 경우, 그 무효는 계약전체로 확장된다. 이 흡수이론은 한편으로는 법적 안정성이라는 점에서 우수한 것으로 생각되며, 사실상의 典型契約 내용을 특약에 의하여 어느 정도 조정 내지 변형하려는 형태의 계약에는 충분히 통용될 것으로 보인다. 그러나 근대법체제와 소송이론 하에서 과연 주된 구성요소와 종된 구성요소를 언제나 확연하게 구분할 수 있을 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

2. 結合理論

結合理論에는 여러가지의 방법에 따른 다양성이 엿보이지만 기본적으로는 다음과 같이 정리할 수 있다. 각종 典型契約에 관한 제규정을 개개의 구성요소에 관한 규정에 따라 계통적으로 분해한 뒤, 混合契約에 포함된 구성요소에 관한 규정을 발견·결합하여 그 내용을 混合契約에 적용하려는 이론이다. 즉 이 이론은 여러가지 계약유형 중에서 추출된 제규정의 법적 효과를 결합하여 정리하려는 것이다. 여기의 구성요소란 각 규정의 법률요건의 일부를 이루는 것을 의미한다. 예를 들어 별장 관리인 계약의 경우를 살펴보면, 관리인으로서 노무를 공급하는 점에 대해서는 고용에 관한 규정 중에서 노무의 급부에 관한 내용이, 그 별장을 이용하는 점에 대해서는 임대차 중의 부동산의 이용에 관한 내용이 각각 결합되어 그 계약에 적용된

다는 것이다.

그러나 이 이론이 목표로 한 「制定法上の契約類型을 파괴하고 분석하는 작업」은 스스로 파멸을 초래할 수 있는 위험을 내포하고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 역사적으로 형성된 개개의 계약 유형이 일정한 경제적 목적에 제공되기 위해서는 기능적으로 일체성을 가지고 있다는 점을 부정할 수 없기 때문이다.

3. 類推適用說

類推適用說은 흡수이론과 결합이론에 대한 방법론상의 비판위에, 「法的構造外에서」 해결책을 강구하려는 것으로, 계약총칙 부분은 직접 적용되 각 전형계약의 제 규정의 유추적용에 의하여 구체적으로 문제를 해결하려는 이론이다. 즉 각종 전형계약에 관한 규정이 동일한 법률적 이유가 있다면 유추적용할 수 있다는 전제하에 混合契約에 대하여는 계약총칙의 규정을 적용하는 외에, 유사한 전형계약에 관한 규정을 유추적용함으로써 당사자의 의사와 사회의 수요에 적합한 결과를 구하고자 하는 입장이다. 우리나라와 일본의 통설이라고 할 수 있다. 이에 따르면 앞서의 별장 관리인 계약에 있어서, 노무급부에 대하여는 민법상의 고용에 관한 규정에서 관련된 규정을 표준으로 하고, 별장 건물 이용에 대하여는 민법에 규정된 임대차 계약상의 관련 규정을 표준으로 한 후 당사자가 그 계약에 의하여 달성하려고 한 목적에 적합한 해결책을 강구한다는 것이다.

종래의 포섭과 추론이라는 전통적 법이론에서 유추적 처리라는 방향으로 선회한 것이라고 볼 수 있다.

그런데 類推適用說은 흡수이론이나 결합이론의 방법론상의 문제점을 명확히 지적한데 그치고, 混合契約의 구체적인 해결에 대한 명확한 비전을 제시하지 않고 있다는 점, 및 판단의 전제가 되는 이익상환이나 사실의 「類似性」에 대한 의견이 일치되기가 어렵다는 등의 비판을 면할 수 없다.

또한 실제적인 해결과정을 보면 앞에서 설명한 混合契約의 형태에 따라, 흡수이론이나 결합이론의 성과가 「類推」라는 이름하에 계속 유지되고 있는 것처럼 생각되는 면도 있다. 즉, 類推適用說은 결합이론의 전제가 된 논리 구조상의 난점과 경직성을 「類推」라고 하는 형태로 회피하려고 한 것이며, 그 작업을 전면적으로 부정한 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

4. 創造說

類推適用說과는 별도의 독자적인 입장으로서 스위스에서 제기되고 있는 내용이 창조설이다. 이 견해에 따르면 非典型契約의 법적 평가에 있어서 慣習法을 간과하고 있다는 점을 지적하고 법관이 필요한 법을 창조하지 않으면 안된다고 강조하면서, 법관은 마치 입법자처럼 행동할 것을 요구하는 것이다(스위스 민법 제1조 2항, 3항 참조). 즉 굳이 기존의 규정을 원용할 필요없이 단적으로 사실속에서 적절한 해결책을 강구하면 족하다고 한다. 다만 문제가 되는 점은 그 규범의 「創造」 방법에 관한 것과 「理論없는 理論」으로 추락할 위험을 내포하고 있다는 점이다.

5. 類型說

類推適用說은 실질적인 의미가 거의 없는 것으로 평가하고 단적으로 계약의 실체를 관찰할 것을 강조하는 이론이다. 따라서 강제적으로 混合契約을 협의의 무명계약과 구별할 실익은 없고, 실제로 어떠한 계약이 典型契約인가 無名契約인가를 논하는 것조차도 큰 의미는 없다고 한다. 오히려 우선적으로 해야 할 일은 먼저 문제가 된 계약 사실을 개개의 구체적인 경우에 따라 정확하게 조사하고, 다른 한편 민법의 규정은 어떠한 사실에 착안하고 있는가를 확실히 파악한 다음, 구체적인 사실이 민법 규정의 전제가 된 사실에 일치되는 범위내에서 그 규정을 적용해야 할 것이고 그렇

지 않으면 민법 규정을 무리하게 적용해서는 안된다는 것이다. 따라서 계약법에서는 무엇보다도 충분한 「유형적 고찰」이 요구되며, 동시에 특약이나 관습, 더 나아가서 법관에 의하여 창조된 범명제의 역할이 상대적으로 중요하다고 한다. 다만 이러한 견해의 출발점은 주로 신종계약 중에서 계약 내용이 불명확한 경우에 이를 보충하고, 의존해야 할 계약 규범을 모색하기 위한 것이었다는 한계를 지적하는 비판을 받고 있다.

6. 檢討

이상으로서 混合契約의 법적 처리에 관한 여러견해를 정리해 보았으나, 제각기 나름대로의 난점을 지니고 있고, 이론적으로 충분한 기초를 가진 것이라고 보기는 어려울 것 같다. 즉 먼저 계약의 성격을 결정하게 되는 주된 요인을 찾고, 계약의 구성요소 사이의 主從과 輕重을 따져 본 후, 상호결합된 방식을 확인하여 법규범과 사실을 결부시키기 위한 유사성의 원근을 신중히 검토하면서 계약체결 당사자 자신의 신종계약으로의 시점을 결정하려는 사고 과정만이 중요하지 않나 생각된다.

VI. 契約의 現實類型論

계약의 현실유형이란 당사자간에 체결된 계약이 非典型契約인가 전형계약인가를 묻지 않고 현실적으로 이용되고 있는 계약관계에서 그 빈도·중요성·법적인 특징 등으로 부터 정형화되고 있는 계약 유형을 말한다. 따라서 계약의 현실유형은 전체적으로나 부분적인 급부의 성질이 전형계약에 해당되지 않는 非典型契約의 제 유형을 포함하는 개념이다. 현실적인 계약 실무에서는 典型契約과 非典型契約이 밀접한 관련하에서 이용되고 있으므로 그에 따라 여러가지 계약문제가 발생하기 때문에 典型契約과 非典型契

約을 별도로 언급하는 방법은 계약문제를 개별적으로 다루기에도 적절하지 않고, 또한 계약법 전체의 연결속에서 계약문제를 검토하기 위해서도 적절하다고 할 수 없다는 것이다.

이제는 매매계약과 같은 典型契約에서도 대리점이나 특약점 거래속에서 활용되는 경우의 법률문제가 제기될 수 있으므로 典型契約과 非典型契約이라는 종래의 분류와 그에 부합하는 계약법의 체계는 반드시 적절한 대응책이라고 할 수 없다는 점을 강조한다.

계약의 현실유형은 이러한 점을 감안하여 非典型契約과 典型契約의 유기적인 관련을 동시에 함께 고려한다. 계약의 현실유형은 非典型契約이 제기한 문제를 근거로 삼아 현실속에서 계약이 다하는 기능과 역할을 해석론으로서 파악할 것을 목적으로 한다.

VII. 結論

이제는 계약의 유형을 민법전상의 규정에만 국한할 것이 아니라, 시야를 특별법상의 규정까지 확대해서 각 유형의 계약에 적합한 법이론을 구축하지 않으면 안될 것이다. 또한 典型契約과 非典型契約이라는 구별은 이제 그 의미가 그다지 크지 않다고 생각된다. 그런 점에서 현실유형론이 설득력이 있다고도 볼 수 있다. 특히 현재 발생하고 있는 신종계약은 주로 약관에 의하여 계약내용이 결정되는 경우가 많으므로 계약의 공정성 확보라는 측면에서의 해석론도 간과할 수 없을 것이다. 그와 아울러 근본적으로는 이러한 제반상황을 고려한 새로운 典型契約論의 구성이 절실하게 요구된다고 하겠다. 이 문제는 곧 非典型契約의 입법론적인 과제로서 결국 민법의 개정작업을 통하여 달성할 수 있을 것이다.