

解除權 및 解除時의 危險負擔에 관한 規定의 沿革

- 獨逸法을 中心으로 -

梁炳晦 · 朴奎龍

(建國大學校 法科大學 教授 · 建國大學校 法科大學 講師)

< 目 次 >

| | |
|------------------------|---------------------|
| I. 머리말 | III. 해제의 위험부담규정의 입법 |
| II. 해제권에 관한 규정의 입법 | 1. 입법논의 이전의 발전 |
| 1. 드레스덴초안의 해제규정 | 2. 제1차 위원회 |
| 2. 부분초안의 해제규정 | 3. 제2차 위원회 |
| 3. 제1차 위원회의 해제권에 관한 논의 | IV. 맺는말 |
| 4. 제2차 위원회의 해제권에 관한 논의 | |

I. 머리말

계약의 해제(Rücktritt)는 일반적으로 유효하게 성립되어 효력이 발생한 계약을 당사자 일방의 의사표시에 의하여 계약이 처음부터 성립되지 않았던 것과 같은 상태로, 다시말하여 소급적으로(ex tunc) 복귀시키는 제도라고 정의되고 있다¹⁾. 이에 반하여 독일에 있어서는 계약의 해제로 인해 기존의 계약관계가 청산관계(Rückabwicklungsverhältnis) 또는 반환채무관계(Rückgewährschuldverhältnis)로 전환된다고 이해하는 청산관계설 또는 반환채무관계설이 통설과 판례의 입장이 되었기 때문에, 계약을 해제한 경우에는 기존의 계약관계가 소급하여 소멸하는 것이 아니라 장래에 향하여 효력이 상실된다. 따라서 계약의 해제는 아직 이행되지 않고 있는 급부의무(Leistungspflicht)를 소멸시키고, 이미 이행된 급부의 반환의무를 발생케 한다²⁾.

1) 박윤직, 채권각론, 박영사, 1999, 133면; 김상용, 채권각론(상), 법문사, 1999, 128면; 김주수, 채권각론, 삼영사, 1997, 122면.

그러나 민법 제543조 이하 또는 독일민법(Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) 제346조 이하에 명시된 바와 같은 해제에 관한 일반규정은 로마법에서도 독일 보통법에서도 발견되지 않았고 계약의 당사자에게 일방의 의사표시를 통하여 계약을 해소하는 것을 허용하는 개별적인 경우들만이 로마법에 이미 존재하고 있었다. 계약을 폐지할 수 있는 권한을 부여하는 特約(pacta adiecta: Nebenabrede)은 무엇보다도 매매에 있어서 널리 행하여졌다. 예를 들어 매수인이 대금을 適時에 지불하지 않는 경우에 매도인에게 계약을 해소할 수 있는 권한을 부여해주는 失權約款³⁾(lex commissoria), 매도인이 더 나은 제안을 받은 경우에 그에게 본래의 계약을 해소할 수 있는 권한이 유보되어 있는 賣買(in diem addictio), 이와 반대로 매수인이 매매목적물에 만족하지 못하고 매매한 것을 후회하는 경우 그에게 해약권을 인정해주는 約款(pactum displicentiae) 등이 있었다⁴⁾.

이와 같은 규정들은 보통법에 의해 받아들여졌고⁵⁾, 19세기 말경에는 이미 일반적인 해제권의 발전이 시작되었는데, 당시에는 계약으로 합의한 약정해제권만이 관련되어 있었고 법정해제권에 대해서는 아직 알려지지 않고 있었다⁶⁾. 해제에 관한 일반규정은 매매의 목적물에 하자가 있는 경우에 로마법과 보통법에서 인정되던 매수인의 매매계약해제소송(actio redhibitoria)이 법정해제권의 토대로 논의되었던 독일민법의 제정을 위한 준비작업 속에서 발전되었고, 결국 독일민법을 위한 제1초안에서 처음 도입되었다.

우리 민법의 계약해제제도가 독일을 비롯한 서구의 立法例를 적지 않게 모범으로 하였다는 사실을 감안한다면, 해제의 성질이나 효과 등과 관련된 복잡한 문제들을 이해함에 있어서 독일법에 있어서의 해제권이 어떠한 논의와 과정을 거쳐서 입법되었는가를 고찰해보는 것도 의미가 적지 않을 것이다. 특히 논란이 많은 해제시의 위험부담의 문제, 다시 말하여 계약의 목적물이 해제권자의 고의·과실로 또는 우연히 멸실된 경우에 해제권이 소멸하느냐에 대한 입법과정도 본고에서 살펴보기로 한다.

2) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, § 26 a (S. 403); Medicus, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 1999, Rdnr. 550 f.; 이은영, 채권각론, 박영사, 1994, 179면; 김삼용, "해제의 효과에 관한 법리의 재구성", 법조, 통권 521호, 2000. 2, 78-79면.

3) 失權約款에 대해서는 이은영, 주석민법(편집대표 박준서), 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 1999, 38-39면 참조.

4) Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971, § 131 III; 곽윤직, 권계서, 137; 양창수, "독일민법상 해제배제에 관한 규정의 연혁" -쌍무계약에 있어서의 원상회복관계 一斑-, 민법연구 제3권, 1995, 286면.

5) Dazu Leser, Der Rücktritt vom Vertrag. Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, 1975, S. 24 f.

6) Vgl. etwa Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Aufl., 1906, § 323.

II. 해제권에 관한 규정의 발생

1. 드레스덴 초안의 규정

1865년 독일동맹을 위한 일반독일채무법의 법안으로서 발전되었던 드레스덴초안⁷⁾(Dresdener Entwurf)이 공표되었으나, 여기에도 아직 해제에 관한 일반규정이 포함되어 있지 않았다. 다만 이 초안은 매매에 있어서의 보통법상의 특약을 받아 들여, 계약체결시에 계약금(Reuegeld)으로서 무엇인가 주어져 있거나 약속되어 있는 경우에 그 계약금을 포기하고 계약을 해제할 수 있다고 규정하고 있다(제122조). 이와 함께 제457조의 '해약의 유보를 포함한 매매'(Kauf mit Vorbehalt der Reue)와 제132조의 '실권의 유보'(Vorbehalt der Rechtsverwirkung) 그리고 제468조 이하의 '더 나은 청약의 유보를 가진 매매'(Kauf mit dem Vorbehalt eines besseren Angebotes)에 있어서도 하나의 약정해제권의 성질을 가진 내용이 기술되어 있다.

해제에 있어서 드레스덴초안의 의미는 법정해제권의 형성을 위한 최초의 발단이 발견되고 해제 후에 계약의 청산을 위한 원칙들이 제시되어 있다는 점에서 찾을 수 있다고 한다⁸⁾. 드레스덴초안 제167조에 의하면 매수인은 자신으로부터 물건이 이탈되는 예에 매도인에 대해 권리의 하자에 기인한 손해배상을 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 물건이 권리의 하자에 근거하여 부분적으로 이탈되거나 물권적 권리로 인해 침해받는 때에는, 권리하자를 인식하는 경우에 계약을 체결하지 않았을 것이 인정되는 한, 매수인은 손해배상 대신에 계약폐지를 요구할 수 있다. 계약의 양당사자는 계약이 해소되는 경우에 수령한 급부 및 수취한 과실을 반환해야 한다(제168조, 제169조). 결합있는 물건의 수령인은 계약폐지로의 권리를 가지며(175조), 초안은 이와 같은 물건하자로 인한 계약폐지를 위해 권리하자에 적용되는 조문들을 지시함으로써(제182조) 해제권의 통일적 규정을 처음으로 시도하였다.

2. 부분초안의 해제규정

독일민법의 제정을 위한 준비위원회(Vorkommission)의 제안으로 임명된 편집자들 중에서, 드레스덴초안의 작업에 주도적으로 참여하였던 Franz von Kübel이 제1차 위원회에서 편찬을

7) Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (1866), vgl. dazu Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2, Aalen 1973; zur Entstehung des Dresdener Entwurfs siehe Vierhaus, Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, hrsg. v. Bekker und Fischer, 1888, Neudruck: Glashütten 1974, S. 22 ff.

8) Leser, Rücktritt vom Vertrag, S. 27 f.

담당하게 되었다⁹⁾. 이로써 드레스덴초안은 v. Kübel이 작성하는 초안의 모범이 되었던 것이고, 그가 도중에 사망하자 채권법 분야의 제1초안은 드레스덴초안의 내용으로 보충되었다¹⁰⁾. 채권법을 위한 v. Kübel의 부분초안(Teilentwurf) 역시 아직 해제권에 관한 일반규정을 인식하지는 않았으나, 제1초안의 토대가 되는 개별적인 규정들을 포함하고 있었다.

v. Kübel의 부분초안은 드레스덴초안으로부터 보통법에 포함되어 있던 매매에서의 특약(pacta adiecta)을 넘겨 받아 法案(Vorlage)¹¹⁾19의 제4조에서 교부된 또는 약속된 계약금에 기인한 약정의 해제권을 규정하였다. 그밖에 失權의 유보에 근거한 약정의 해제권은 법안19의 제11조에서, 계약금의 유보를 포함하는 계약에 근거한 약정의 해제권은 법안32의 제22조 이하에서 규정하고 있다. 여기에서 해제 후의 계약의 청산을 위한 규정들이 발견되는 것이다.

법정해제권은 부분적인 권리하자가 발생한 경우와(법안20의 제15조) 매매목적물에 하자가 발생한 경우에(법안20의 제25조) 인정되고 있다. 또한 부분초안은 채무자에게 책임 있는 급부불능의 경우와 쌍무계약에서의 이행지체의 경우에도 채권자에게 법정해제권을 주고 있다(법안22의 제3조¹²⁾, 제28조). 이와 같이 v. Kübel은 급부장애에 있어서의 법정해제권을 처음으로 도입하였고, 계약금의 유보를 가진 매매에서 약정해제권을 규정한 법안32의 제22조에서는 물론이고 쌍무계약에서의 불능 또는 지체로 인한 법정해제권을 규정한 법안22의 제6조에서도, 해제에 있어서 계약의 당사자들은 계약이 체결되지 않았던 것처럼 권리를 가지고 의무를 부담해야 한다고 제안하였다.

부분초안은 '해약의 유보를 포함하고 있는 매매'에서 일어날 수 있는 약정해제의 효과로서, 양수인은 물건을 과실과 함께 양도인에게 반환하고 책임있는 사유로 인하여 수취하지 못한 과실과 발생한 손해에 대해 배상을 해야 하며, 양도인은 물건의 가액을 이자와 함께 양수인에게 반환해야 한다고 규정하고 있다(법안32의 제25조, 제26조). 이같은 내용은 권리하자로 인한 법정해제의 효과를 규정하고있는 법안20의 제16조와 제17조에서도 발견되며, 물건하자로 인한 법정해제에 있어서도 이 규정의 적용을 지시하고 있다(법안20의 제31조). 이와 더불어 불능으로 인한 법정해제의 경우와(법안22의 제6조) 지체로 인한 법정해제의 경우에도(법안22의 제28조) 위와 같은 해제의 효과를 규정하고 있다. 결국 약정해제의 효과와 법정해제의 효과가 똑같은 방식으로 기술되어 있음으로써, 해제권에 관한 일반규정이 형성될 수 있는 하나의 계기가 마련된

9) Vgl. Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, Einführung S. 75.

10) Hedemann, Der Dresdner Entwurf von 1866, 1935, S. 40 ff.; Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Aufl., 1993, S. 153.

11) v. Kübel에 의해 작성된 부분초안에 포함되어 있는 법안(Vorlage)에 대해서는 Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, 1980 참조.

12) Vgl. Schubert, Vorlagen der Redaktoren, Teil I, S. 849 ff. Vorlage 22의 제3조는 "쌍무계약에 있어서 채권자는 급부불능의 경우에 해제시에 이미 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있는 권리를 침해받지 않고 계약을 해제할 수 있다"고 규정하고 있다.

것이다.

3. 제1차 위원회의 해제권에 관한 논의

(1) 약정해제권

독립적인 법제도의 하나로서의 해제권은 독일민법전의 초안작업을 위해 구성된 제1차 위원회(Erste Kommission)에서 처음 논의되며 발전하였다. 위원회는 해약금을 포함한 해제와 실권의 유보를 논의하던 중에 약정해제권에 대한 일반의 법조문을 구성하기로 결정하여, 이를 제1초안(Erster Entwurf)의 제426조 이하에 규정하였다. 여기에는 해제의 경우에 해제권의 성질과 계약당사자의 추정할 수 있는 의사를 고려하여 계약이 체결되지 않았던 것과 같아야 한다는 해제의 효과도 포함되어 있다¹³⁾.

(2) 법정해제권

제1차 위원회는 급부불능으로 인한 법정해제권을 규정한 부분초안의 법안22 제3조의 논의에서 채권자가 선택적으로 손해배상을 청구하던가 아니면 계약을 해제할 수 있도록 하였고, 이러한 법정해제권에는 약정해제권과 매매물의 하자에 기인한 법정해제에 관한 규정들이 적용된다는 내용을 결정하였다¹⁴⁾. 이는 약정해제권에 관한 규정이 법정해제권을 위하여 확대적용된다는 것을 의미하였다. 이행지체시의 법정해제권에 관한 논의에서는 불능의 효과로서 기술된 법조문을 지체의 경우를 위해서도 받아들여야 한다고 결정하였다¹⁵⁾. 결국 제1차 위원회는 Kurlbaum의 제안을 수용하여 쌍무계약에 있어서 채무자의 책임있는 불능이나 채무자지체로 인한 법정해제권을 제1초안 제369조의 1항과 2항에서 통일적으로 규율하였다¹⁶⁾. 제369조의 3항은 이러한 법정해제권 위에 약정해제에 대한 규정들이 적용된다고 함으로써 현재의 독일민법 제327조 1문과 동일한 내용을 이미 받아들였다. 제1초안 제361조 1항은 정기행위에서의 법정해제권을 채권자에게 부여하고 있다.

결과적으로 제1차 위원회는 약정해제권과 법정해제권 그리고 하자담보책임상의 해제권(Wandlung)을 통일적으로 규정하기를 원하였고, 여기에서 작용한 공통분모는 '이전의 상태로 의 원상회복'(restitutio in integrum)이었다. 이 원칙은 해제 후에 따르는 계약청산의 규정에 큰

13) Vgl. Protokolle der I. Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches (zit.: Protokolle I), S. 624 ff.;

Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 559 f.

14) Protokolle I, S. 1149; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 272, 278, 281.

15) Protokolle I, S. 1215 f.; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 304 f.

16) Protokolle I, S. 3260; Jakobs/Schubert, Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 473.

영향을 주었으며, 이에 따라 제1초안의 제427조는 계약이 해제된 경우에 양당사자는 계약이 체결되지 않았던 것처럼 권리의무의 주체가 되어야 한다고 규정한다¹⁷⁾.

4. 제2차 위원회의 해제권에 관한 논의

1890년 12월 연방참의원(Bundesrat)에 의해 소집된 제2차 위원회(Zweite Kommission)는 약정해제권에 대한 제1초안 제426조 이하의 규정들을 실제로 제2초안(Zweiter Entwurf)의 제298조 이하에서 받아 들였는데, 이는 현행독일민법 제346조 이하의 규정에 상응하는 내용이었다.

(1) 약정해제권

제2차 위원회는 제1차 위원회에서 강조되었던 '이전의 상태로 회복'이라는 원칙을 변경하고, 반환책임을 정함에 있어서 소유자와 점유자의 법률관계를 위하여 소유물반환청구권이라는 권리구속의 상태가 발생하는 시점부터 유효하게 작용하는 규정들이 유추적용되어야 한다는 Struckmann의 제안을 받아들였다¹⁸⁾. 해제로 인하여 계약이 체결되지 않은 것과 같은 상태로 전환되기 때문에 계약당사자는 수령한 물건의 반환의무를 부담하게 될 수 있다는 가능성을 처음부터 고려해야 한다는 것이 위원회의 생각이었다. 이로서 계약의 양당사자는 소유물반환청구권의 권리구속 중에 타인의 물건을 점유하고 있는 사람과 동일한 지위에 서게 된다는 것이었고, 이와 같은 입장이 바로 소유자와 점유자 사이의 관계에 적용되는 규정들을 참조하도록 지시하는 배경이었다¹⁹⁾. 제2초안의 제298조 3항에 위의 내용이 포함되었고, 해제권을 위한 제2초안의 규정들은 실제적인 변경없이 현행독일민법 제346조 이하로 유입되었다.

결국 소유물반환청구권의 규정으로의 지시는 제2차 위원회의 법안논의에서 현행독일민법 제347조로 도입되었다. 그러나 소유자와 점유자 사이에 관계되는 규정으로의 지시는 본래 약정 해제에서만 유효하게 하려 했다는 점이 고려되어야 한다. 왜냐하면 법정해제에 있어서는 양당사자가 수령한 급부를 다시 반환한다는 것을 감안해야 한다는 요건이 존재하지 않기 때문이다. 이러한 전제는 당사자들이 항상 해제와 반환을 준비해야 하는 계약으로 합의된 해제권에 있어

17) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (zit.: Motive), 2. Aufl., 1896, S. 280 f.; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 155 f.; Leser, Rücktritt vom Vertrag, S. 37 f.

18) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (zit.: Protokolle II), Band 1, 1897, S. 788 ff.; Mugdan, Materialien, S. 725 ff.; Jakobs/Schubert, Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 598 ff.

19) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen (zit.: Denkschrift), 1896, S. 52; Mugdan, Materialien, S. 1240.

서만 주어지는 것이다.

(2) 법정해제권

제2초안은 제276조에서 제279조 사이에 법정해제를 위한 전제조건들을 정하고 있다. 채무자에게 책임 있는 불능으로 인하여 또는 채무자자체에 따른 이익상실로 인하여 발생하는 해제권에 대한 제276조와 제277조의 규정은 실제적인 변경없이 독일민법 제325조와 제326조로 편입되었고, 두 조문에 따른 해제의 효과를 위해서 제2초안의 제279조 1문은 약정해제권을 지시하고 있다. 그리고 제2차 위원회는 해제의 상대방이 해제가 자신에게 책임없는 사유로 발생한 때에는 단지 부당이득반환의 원칙에 따라 책임을 진다는 Planck의 제안을 수용하였는데²⁰⁾, 이 내용이 바로 독일민법 제327조 2문의 규정과 일치하고 있다. 그러나 입법자들은 약정해제와 법정해제 그리고 물건하자에 기인한 해제를 위해 공통으로 적용될 수 있는 일반적이고 통일적인 규정을 아직 도입하지 못하고 있었다.

Ⅲ. 해제시의 위험부담규정의 입법

해제는 보통 계약체결 이전에 존재하던 법적 상태를 회복시키는 목표를 가진다. 그러나 해제권자가 수령한 물건을 본래대로 반환할 수 없는 경우에 이것이 해제권과 쌍무적인 급부의무에 어떠한 영향을 미치게 되는가의 문제가 생길 수 있다. 여기서 독일민법 제350조는 해제권자가 수령한 물건이 그에게서 우연한 사정으로 멸실된 때에도 계약을 해제할 수 있다고 규정함으로써, 해제권자는 멸실된 물건의 가치를 배상할 필요도 없이 반환의무에서 면제되는 반면(독일민법 제347조, 제989조), 해제의 상대방은 그에게 제공된 반대급부를 반환해야 한다. 이에 따라 해제의 상대방은 물건이 자신의 지배영역 안에 놓여 있지 않았음에도 물건의 우연한 멸실의 위험을 부담하게 된다. 이러한 의미에서 독일민법 제350조는 해제시에 반환되어야 하는 물건의 우연한 멸실에 있어서의 위험부담이라는 근본문제를 규율하고 있는 것이다²¹⁾.

그러나 이와 같은 해제에 있어서의 위험의 분배는 물건을 점유하여 실제적으로 지배하고 있는 사람이 위험을 부담하는 계약법상의 위험부담원칙에 조화되지 않는다²²⁾. 따라서 해제권자가

20) Mugdan, *Materialien*, S. 645 f.; Jakobs/Schubert, *Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, S. 482.

21) 이와 같이 본고에서는 계약이 이행된 후 직접 발생할 수 있는 해제시의 위험부담의 문제를 다루고 있으나, 계약이행 이전의 제한적인 범위에서 당사자가 급부의무에서 벗어날 수 있는 수단으로서의 해제와 급부의 관련관계에 근거한 위험부담의 원칙을 단순히 별개의 제도로 대비하여 설명하기도 한다(정진명, "계약해제와 유책사유", *비교사법*, 제5권 1호, 1998. 6, 17면 이하 참조).

22) Wieling, *Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt*, *JuS* 1973, 398; Honsell, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, 1984, S. 66.

물건에 대한 점유를 취득하고 원칙적으로 소유자가 되었음에도 불구하고 물건의 우연한 멸실의 위험을 상대방에게 전가시킬 수 있는 해제에서의 위험부담원칙은 법정책적으로 잘못되었다는 비판이 따르고 있다²³⁾. 어떤든 논란이 있는 제350조의 규정은 제351조와의 관계 속에서 이해되어야 하는데, 이것은 350조의 적용범위가 351조에 포함된 과실개념의 확대를 통하여 제한될 수 있기 때문이다. 결국 제351조의 과실의 개념은 350조의 수정을 위한 출발점이 될 수 있는 것이다.

해제에 있어서 위험부담의 문제에 대해서는 이미 독일민법의 제정을 위한 논의에서부터 다름이 있었으며, 법이 제정된 이후 100년이 지난 현재까지도 비판이 끊이지 않고 있다. 여기서는 위와 같은 해제시의 위험부담의 내용이 독일민법의 제정과정에서 어떻게 논의되었고, 어떠한 절차를 통하여 현행법 속으로 포섭되었는가를 살펴보고자 한다.

1. 입법논의 이전의 발전

(1) 우연에 의한 목적물의 멸실

해제권자에게 양도된 목적물의 우연한 멸실이 해제권에 어떠한 영향을 주는가의 문제에 대하여 두 개의 서로 다른 규정모형이 발전되어 있었다²⁴⁾. 보통법은 매매목적물이 우연히 멸실되어 있는 경우에도 매수인에게 매매의 해제를 인정하였기 때문에, 해제권자는 매도인에게 가치의 배상을 할 필요없이 매매가액의 반환을 청구할 수 있었다²⁵⁾. 이러한 원칙은 이미 로마법에서 '죽은 노예의 반환'(mortuus redhibetur)²⁶⁾으로 표현되고 있었는데, 매수인은 매매가액을 돌려받고 죽은 노예를 반환한다는 내용이었다. 따라서 매도인이 양도한 물건의 우연한 멸실의 위험을 부담하게 된다. 보통법상의 이같은 규정을 작센민법(Sächsisches BGB) 제918조와 드레스덴 초안 제183조가 받아 들이고 있다. 보통법과는 달리 프로이센의 일반란트법(Allgemeines Landrecht)은 매수인이 수령한 물건을 손상되지 않은 상태로 반환할 수 있는 경우에만 그에게 매매의 해제를 허용하고 있었고(Ⅰ5 §326-328), 물건의 하자과 같이 매도인에게 책임있는 상황에 기인하여 발생한 물건의 손상이나 멸실의 경우는 해제할 수 없는 예외가 되었다²⁷⁾. 그러므로 물건의 우연한 멸실 또는 손상의 위험을 매수인이 부담하였던 것이다. 이와 유사한 규정이 프랑

23) Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153 (1954), 140; Honsell, Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR 1970, 179; Enneccerus/Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, S. 169; 이은영, 전제논문(주3), 143면.

24) Vgl. Motive, S. 282; Mugdan, Materialien, S. 156.

25) Windscheid, Randektenrecht, S. 691; Dernburg, Pandekten, 2. Band, Obligationenrecht, 1897, S. 280.

26) 예를 들어 Ulpian D 21, 1, 31, 6. 11; h.t. 38, 3. Dazu vgl. Dernburg, Pandekten, S. 280; Wieling, Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, AcP 1969, 149; Lederle, Mortuus redhibetur, 1983, S. 33.

27) Vgl. Koch/Förster, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1. Band, 7. Ausgabe, 1878, S. 245 f.

스법(Code civil)과 바이에른초안(Bayrischer Entwurf)에 포함되어 있었는데, 프랑스법에 따르면 우연한 멸실은 매수인의 부담으로 편입되고(제1647조 2문) 멸실이 물건하자의 결과인 때에만 우연의 위험(Zufallsgefahr)을 매도인이 부담한다²⁸⁾(제1647조 1문). 바이에른초안은 구매한 물건이 우연에 의하여 멸실되어 있는 때에 매수인이 매매를 해제할 수 있는 것이 아니라 매매가격의 인하를 요청할 수 있다고 규정한다²⁹⁾(제2편 제324조).

(2) 귀책사유 있는 목적물의 멸실

매수인이 자신의 과실에 의하여 발생한 물건멸실의 결과에 스스로 책임져야 한다고 이해하더라도, 매수인은 물건의 가치를 배상하고 계약을 해제할 수 있는지, 아니면 해제청구를 완전히 상실하게 되는지의 문제가 생길 수 있다. 보통법에 의하면 매수인은 자신의 과실에 의해 손상된 물건에 대해 그 가치를 배상한 후에 매매가격의 반환을 요구할 수 있었기 때문에, 매수인의 급부 의무는 상응하는 가치의 배상을 통하여 유효하게 이행될 수 있었다³⁰⁾. 결국 과실에 의해 물건이 멸실된 경우에도 매수인은 물건가치를 배상함으로써 매매의 해제권을 가질 수 있었던 것이다.

이와는 다른 의견을 가진 Bechmann에 따르면 “mortuus redhietur”의 의미를 해석함에 있어서, 매수인의 의무는 죽은 노예가 아직 살아 있다는 이해 속에서 처리되어야 한다. 이에 따라 매수인은 노예의 반환이라는 급부를 제공할 수 없기 때문에 그의 해제청구권(Redhibitionsanspruch)이 배제되는 것이다³¹⁾. 이와 함께 작센민법 제918조 3문과 드레스덴초안 제184조 역시 양수인이 과실있는 멸실로 물건을 반환할 수 없는 때에는 매매를 해제하는 것이 아니라 단지 반대급부의 감축만을 요구할 수 있게 하였다. 양수인이 대체물을 가지고 자신의 반환의무를 이행한 후 해제를 요구할 수 있는 가능성이 배제되었던 것이다.

2. 제1차 위원회

(1) 제1차 위원회의 논의와 제1초안

매매계약의 해체에 있어서 누가 물건의 우연한 멸실 또는 손상을 책임져야 하는가의 문제에

28) Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Band 2, 2. Aufl., 1986, Rdnr. 2 G606 u. G616.

29) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (1861/1864) mit Motiven, Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 3, Aalen 1973, S. 107, 440 f.

30) Windscheid, Pandektenrecht, S. 691; Dernburg, Pandekten, S. 280; Lederle, Mortuus redhietur, 1983, S. 41 f.

31) Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, 3. Teil: System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2. Abteilung, 2. Hälfte, 1908, S. 124; auch Thielmann, 'Actio redhibitoria' und zufälliger Untergang der Kaufsache, Studi Volterra, Bd. 2, 1971, S. 490.

대해, 부분초안은 법안20의 제31조에서 양도된 물건이 우연히 멸실되어 있는 경우에도 해제할 수 있다고 설명한다. 따라서 매도인에게 물건의 우연한 멸실의 위험이 부과되는 것이다. 채권법 분야의 책임을 맡았던 v. Kübel은 매도인이 인도한 물건에 대해 약속했던 성질이나 결합의 부존재를 보장해야 한다는 점에서 이 규정을 위한 근거를 찾고 있었다³²⁾. 부분초안 제31조를 변경하여 매수인에게 위험을 부담시키기 위해, '우연을 통하여'(durch einen Zufall)라는 문구를 삭제한다거나 물건의 반환불능에 있어서 계약의 해제 대신에 매매가의 인하를 허용하자는 등의 제안이 제1차 위원회의 논의 중에 나타났다. 그러나 이같은 제안들은 다수에 의해 거부되었는데, 그 근거는 계약이 체결되지 않았던 것처럼 양수인의 지위가 정해져야 한다는 것이다³³⁾.

과실에 의한 물건의 멸실에 있어서 양수인이 매매를 해제할 수 있는 것이 아니라 매매가격의 인하를 요구할 수 있다는 부분초안의 규정(법안20의 제32조)에 대한 제1차 위원회의 논의에서 과실에 의한 실제적인 손상을 과실에 의한 멸실과 동등하게 취급하자는 제안이 있었으나, 배상되어야 할 가치와 실제적인 손상의 개념을 확정하는 것이 어렵다는 이유에서 채택되지 않았다³⁴⁾. 이로서 제1차 위원회는 현재의 독일민법 제351조와 같은 규정을 거절하였던 것이다. 매매의 법정해제를 배제하는 규정들을 제1초안의 429조와 430조에서 약정해제권으로 넘겨 받게 됨으로써, 제1차 위원회는 이미 이행된 계약의 청산을 위해 약정해제와 매매의 법정해제에 대한 규정들을 집중시켰다.

한편 양도된 물건이 채권자의 유책사유에 의해 멸실되고 이로 인하여 채권자가 그 물건을 반환할 수 없는 때에는 법정해제가 허용되지 않는다는 것을 v. Kübel의 부분초안이 규정하고 있었다(법안22의 5조). 이 규정에 대한 논의에서 제1차 위원회는 양도된 물건이 양수인의 유책사유에 의해 멸실된 때에는 법정해제가 배제되고, 그 물건이 우연에 의해 멸실된 때에는 법정해제가 배제되지 않는다고 결정하였다³⁵⁾.

(2) 해제에 관한 규정의 통일

해제권의 배제와의 관계에서 중요한 내용중의 다른 하나는 "해약의 유보를 포함하고 있는 매매"에 대한 부분초안의 규정 속에서 발견된다. 부분초안 법안32의 24조에 따르면 해약권자가 과실있는 또는 우연한 멸실로 인하여 수령한 목적물을 반환할 수 없는 경우에는 해약권이 인정되지 않는다. 목적물이 과실로 또는 우연히 손상된 경우도 역시 해약권이 부인된다. 다시 말하여 매수인이 그에게 건너간 위험을 마음대로 다시 매도인에게 되돌려 보내는 것은 양당사자의 의도가 아니라는 설명이다. 계약의 내용이 불명확한 경우에 매수인의 해제권은 오히려 매매물

32) Schubert, Vorlagen der Redaktoren, Teil 1, S. 419; Teil 2, S. 61.

33) Protokolle I, S. 757 f., 766; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 568, 571 ff.

34) Protokolle I, S. 768 f.; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 575 f.

35) Protokolle I, S. 1146; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 276 f.

의 존재와 손상되지 않은 상태를 전제로 인정될 수 있다는 것이다. 또한 v. Kübel은 계약으로 유보된 해제에서 해제권자가 계약에 가입되지 않았던 것처럼 취급받아야 하는 것은 아니라고 지적하였다. 약정해제에 있어서는 매매에서의 법정해제와는 달리 매수인이 특별히 보호되어야 할 필요성이 존재하지 않기 때문에 물건의 우연한 멸실 후에 해제를 허용하는 것이 당사자의 의사에 반하게 된다고 한다³⁶⁾. 결국 양도된 물건의 우연한 멸실에 있어서 약정해제와 매매의 법정해제 사이에 분명한 차이를 두고 있음을 확인할 수 있다.

이에 반해 Planck는 제1차 위원회의 논의에서 해약권을 위한 규정에 매매의 법정해제를 적용하자는 제안을 하였다³⁷⁾. 그는 약정해제권과 매매에서의 법정해제권 사이의 차이를 배제하고 두 경우를 통일적으로 규율하기를 원하였는데, 이것은 물건의 우연한 멸실의 경우에도 해제가 가능해진다는 것을 의미한다. 이어서 Kurlbaum은 해제권자가 수령한 물건을 반환할 수 없거나 단지 손상된 상태로만 반환할 수 있는 때에는 쌍무계약에서의 위험부담에 유효한 원칙들이 적용되어야 한다고 제안하였는데³⁸⁾, 이는 유책사유 있는 멸실에 있어서 매수인이 손해를 배상한다면 해제할 수 있다는 생각이었다. 이같은 입장은 보통법의 규정에 일치하는 것이며, 이후 민법제정을 위한 전제위원회는 해제권의 통일적 규정에 대해 새로이 논의하기 시작하였다. 그러나 Kurlbaum의 제안은 매매에서의 법정해제를 위해 얻어진 결정들이 변경되어야 한다는 이유에서 채택되지 못하였고, 제1차 위원회는 최종적으로 Planck의 제안을 수용하였다³⁹⁾. 결국 위원회는 Kurlbaum의 제안도 v. Kübel에 의해 작성된 부분초안의 규정도 받아 들이지 않았고, 이로써 약정해제권과 매매에서의 법정해제권의 통일화로의 움직임이 분명하게 나타났던 것이다.

어떻든 물건의 우연한 멸실에 있어서 해약권의 배제를 규정한 부분초안의 법안³² 제24조는 제1초안으로 수용되지 못하였고, 반환되어야 할 물건의 우연한 멸실에 있어서도 해제권이 존속되었다. 결과적으로 제1차 위원회는 약정해제권과 매매에서의 법정해제권에 동일한 법적 효과를 부여하고, 초안 제429조에서 해제권자가 수령한 목적물이 우연(Zufall)에 의해 멸실된 경우에도 해제권이 허용된다고 규정하였다⁴⁰⁾. 또한 제1초안 제430조는 수령한 물건이 매수인의 귀책사유에 의해 멸실되어 반환될 수 없는 경우에 매수인의 해제권을 배제하고 있는데, 이것은 고의과실에 의한 물건손상 후에도 매수인이 물건의 가액을 배상함으로써 해제가 가능하다는 보통법상의 입장과는 다른 새로운 규정이었다.

36) Schubert, Vorlagen der Redaktoren, Teil 2, S. 61.

37) Protokolle I, S. 1906; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 577.

38) Protokolle I, S. 1907; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 578.

39) Protokolle I, S. 1919 ff.; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 585 f.

40) 이는 보통법에서 인정되던 계약해제소송(actio redhibitoria)에서의 위험부담의 원칙에 일치하는 내용이었고, 위험분담에 대한 보통법상의 원칙들은 이미 작센민법 제918조와 드레스덴초안 183조에 채택되어 있었다. Vgl. Motive, S. 282; Mugdan, Materialien, S. 156.

(3) 제1초안에 대한 비판

현행독일민법 제350조의 내용과 일치하는 제1초안 제429조는 격렬한 논쟁을 일으켰고 해제권에 대한 논의에서 핵심문제 중의 하나로 발전되었다. 우선 이 조문이 자연적인 법감정에 모순된다는 비판이 제기되었는데, 반환되어야 하는 물건의 멸실이나 본질적인 손상에 있어서 매도인은 어떠한 경우에도 가치의 배상없이 매수인의 해제를 원하지 않았을 것이라 한다. 게다가 제429조의 규정은 제1초안에서 인정된 위험부담의 기본원칙, 예를 들어 매도인이 물건의 인도시까지만(제1초안 463조) 또는 운송판매에 있어서 운송업자에 교부시까지만(제1초안 465조) 위험을 부담한다거나 상속재산의 매매에서 매매계약의 체결시에 이미 목적물의 위험이 매수인에게 이전된다(제1초안 494조)는 원칙에도 위배된다는 것이다. 따라서 해제권자가 수령한 물건을 본래의 상태로 반환할 수 없는 경우에 해제권이 배제되는 것이 당사자들의 의도나 신의성실(bona fides)의 관념에 일치한다고 주장한다⁴¹⁾. 특히 매도인이 판매한 물건의 멸실을 사전에 인식하지 못하고 매수인에게 해제의 의사를 표시한 경우에, 매수인이 매매목적물의 반환의무에서 면제되기 때문에 해제의 의사표시를 한 매도인 스스로가 위험을 부담하는 불합리한 결과가 발생할 수 있다고 한다⁴²⁾.

해제권을 가지고 있는 매수인에게 우연한 멸실의 위험을 부담시키려는 제1초안 제429조에 대한 비판적인 견해는 끝내 채택되지 않았고, 제429조를 긍정적으로 보는 시각은 오히려 매도인이 물건의 우연한 손상의 위험을 부담하는 것이 당사자들의 일반적인 법감정에 일치한다는 입장이다⁴³⁾.

3. 제2차 위원회

(1) 제2차 위원회의 논의와 제2초안

해제의 규정에 대한 제2차 위원회의 논의에서 제1초안 제429조에 포함된 위험부담의 원칙이 역시 핵심문제로 등장하였는데, 여기서 v. Mandry는 반환되어야 할 물건이 우연히 멸실된 경우에는 해제권이 배제되어야 하고, 해제의 상대방이 물건손상에 책임있는 경우에만 해제가 허용되어야 한다는 제안을 하였다⁴⁴⁾. 약정해제권의 법적 성질과 계약당사자의 추정할 수 있는

41) Bähr, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, KritVjschr 30 (1888), S. 384; Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, AcP 74 (1889), S. 49 f.

42) Laband, AcP 74 (1889), 50 f.

43) Grützmann, Die zweite Lesung des Entwurfs eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, SächsArch 2 (1892), S. 765. 대부분의 상공회의소도 다양한 근거를 가지고 제1초안 제429조에 긍정적이었다. Dazu vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band IV, 1891, Neudruck: Osnabrück 1967, S. 360.

의사에 비추어 보면, 양도된 물건의 우연한 멸실에 있어서 약정해제권이 배제되는 것이 적절하며 해제가 약정되어 있는 계약도 하나의 쌍무계약처럼 취급되어야 한다는 것이다. 물건이 매수인에게 인도됨으로써 위험이 그에게 이전되며, 매수인의 매매대금 반환청구권이 매도인의 일방적 의무를 의미하는 것은 아니고 오히려 매매목적물의 반환과 결합되어 있다고 본다. 따라서 매도인이 판매한 물건을 반환받지 않고 매매가격을 반환해야 하는 것은 당사자들의 추정할 수 있는 의사가 아니라고 한다⁴⁵⁾.

제2차 위원회는 v. Mandry가 단지 매도인의 이익만을 고려하고 있다는 점을 근거로 그의 제안에 반대하였고, 매수인의 입장에서 보면 양도된 물건이 우연히 멸실되는 경우에도 매수인의 해제권을 인정하는 것이 적절하다는 생각이었다. 물건이 인도하기 전에 이미 매도인에게서 멸실되었다면 매수인도 매매가액을 지불하지 않았어야 하며, 그렇지 않은 경우에는 해제를 통하여 이미 지불한 매매가액을 반환받을 수 있어야 한다는 점을 강조하고 있다. 쌍무계약에 유효한 원칙들이 해제로부터 생기는 법률관계에는 적용될 수 없다고 한다. 그리고 해제의 유보를 포함하고 있는 매매에 있어서 매도인이 물건의 신속한 인도에 더 많은 이익을 가지고 있음에도 불구하고 매수인 측에서 우연한 멸실의 위험을 넘겨받는 것은 일상생활의 이해관계에 반하는 것으로 보고 있다⁴⁶⁾.

제1초안 제429조에 반대하는 또하나의 제안이 Jacubezky에 의해 나타났는데, 그는 물건의 멸실이나 실제적인 손상이 해제의 상대방인 매도인 측에 발생하지 않았을 경우에는 매수인에게 해제를 허용하지 않으려는 입장이다⁴⁷⁾. 로마법과 보통법에서 제429조에 일치하는 규정이 많은 예의를 통하여 변형되어 있었던 것처럼 매수인의 책임도 강화되어야 한다는 것이다. 이같은 제안은 물건의 멸실을 일으키는 사건이 단지 매수인의 특별한 관여하에서 발생하는지 아니면 매도인에게 있어서도 발생했을 것인지의 문제는 어렵게 결정될 수 있다는 점을 제시한 제2차 위원회에 의해 거절되었다⁴⁸⁾.

결국 위원회는 초안 429조에 일치하는 Struckmann의 제안을 받아들여 제2초안의 제301조에 같은 내용을 규정하였다. 후에 제2초안의 제301조를 삭제하거나 우연한 물건멸실의 경우에 해제권을 배제하자는 제안이 다시 나왔지만 새로운 논의가 거절되고 말았다⁴⁹⁾. 이로써 계약해제소송(actio redhibitoria)에 토대한 청산규정이 관철되었고, 쌍무계약에서 유효한 급부의 상호 의존성에 가치를 둔 시도들은 모두 배제되었다. 결국 수령한 물건의 우연한 멸실에 있어서의 해제규정은 변경없이 독일민법 제350조로 수용되었던 것이다.

44) Protokolle II, Bd. 1, S. 790; Mugdan, Materialien, S. 727; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 603. 이와 같은 v. Mandry의 입장은 v. Kübel이 제시한 부분초안의 결정과 일치하는 것이다.

45) Protokolle II, Bd. 1, S. 791 f.; Mugdan, Materialien, S. 728.

46) Protokolle II, Bd. 1, S. 793; Mugdan, Materialien, S. 729.

47) Protokolle II, Bd. 1, S. 790; Mugdan, Materialien, S. 727; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 603.

48) Protokolle II, Bd. 1, S. 792 f.; Mugdan, Materialien, S. 728 f.

49) Protokolle II, Bd. 6, S. 158 f.; Mugdan, Materialien, S. 729; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 604.

제1초안 제430조의 논의에서 나타났던 귀책사유 있는 실제적인 손상을 멸실과 마찬가지로 해제권의 배제를 위한 근거로 다루자는 제안은 두 경우에 경제적 상황이 동일하다는 근거로 받아들여졌다⁵⁰⁾. 이 규정은 제2초안 제302조에 포함되었고, 이후 변경없이 독일민법 제351조로 수용되었다.

(2) 제2초안에 대한 비판

목적물의 우연한 멸실에 있어서의 위험부담원칙을 정하고 있는 제2초안의 제301조는 법감정이나 거래관념에 위배된다는 이유에서 많은 사람들로 부터 적절치 않은 규정으로 비판되었다. 무엇보다도 매도인이 인도된 물건의 멸실을 인식하지 못하고 해제의 의사를 표시한 경우에 부담함이 생긴다는 것이다. 여기서 자신의 유책사유에 의해 물건이 멸실됨으로써 해제권이 배제되는 경우가 확대되어야 한다는 주장이 제기되었고⁵¹⁾, 수령한 물건이 우연히 멸실된 경우에 있어서 해제권의 행사는 일반적이고 적극적인 규정에 의해서가 아니라, 개별적인 상황에 맞게 자유롭게 결정되어야 한다는 주장이 지배적으로 되었다⁵²⁾. 그러나 이러한 입장에 반대하여 제301조의 규정이 계약이 체결된 후 위험이 이전됨으로써 불리한 위치에 놓이게 되는 해제권자를 보호하려는 경제적 목적에 부합된다는 견해도 나타났다⁵³⁾.

IV. 맺는말

이상에서 살펴 본 것처럼, 로마법에서도 보통법에서도 해제권에 대한 일반규정이 인식되어 있지 않았고, 사전에 당사자들 사이에 합의가 이루어진 경우에 한하여 당사자의 일방적 의사표시에 의하여 계약을 해소할 수 있는 개별적인 경우들만이 존재하고 있었을 뿐이었다. 본고는 해제규정의 발생사적 관점에 입각하여 우선 v. Kübel이 주도하여 작성한 부분초안(Teilentwurf)의 토대가 된 드레스덴초안과 독일민법의 제정을 위해 구성되었던 위원회의 논의를 중심으로 기술하였는데, 해제에 대한 조문들은 부분초안의 여러 분야에 대한 위원회의 논의에서부터 형성될 수 있었다. 독일민법 제346조 이하에 규정된 바와 같은 해제에 대한 일반규정은 독일민법의 제정을 위해 구성된 제1차 위원회의 논의를 통하여 작성된 제1초안에 처음 도입되었던 것이다.

50) Protokolle II, Bd. 1, S. 794 f.; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, S. 606.
 51) Cretschmar, Besprechungen der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, AcP 82 (1894), 128 f.; Strohal, Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, JherJahrb 33 (1894), S. 371 ff.
 52) Strohal, Jherings Jahrbücher 33 (1894), S. 373.
 53) Denkschrift, S. 52 f.; Mugdan, Materialien, S. 1240.

특히 독일민법 제350조에 규정된 해제시의 위험부담의 원칙에 대해서는 이미 독일민법의 제정을 위한 논의 이전에 두 개의 서로 다른 규정모델이 발전되어 있었다. 부분초안에 포함되어 있는 해제규정에 대한 논의 후에 제1차 위원회는 제1초안의 제429조와 제430조에서 물건의 멸실에 있어서의 위험부담의 원칙을 정하였으나, 이 규정에 대해서는 강한 비판이 제기되었다. 제2차 위원회는 이에 대한 많은 논의 끝에 독일민법 제350조와 제351조에 일치하는 내용을 제2초안의 제301조와 제302조에서 수용하였다. 이로서 수령한 물건이 우연히 멸실된 경우에도 해제권자가 제350조에 따라 계약을 해제할 수 있다는 위험부담의 원칙이 설정되었고, 해제의 상대방은 물건이 자신의 지배영역안에 놓여 있지 않음에도 불구하고 물건의 우연한 멸실에서 생기는 위험을 부담하게 된 것이다. 이와 같은 해제에 있어서의 위험부담에 대한 규정은 독일민법의 효력발생 이후 100년이 지난 지금까지도 비판이 따르고 있는 실정이다.

〈參考文獻〉

- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1999.
- 김상용, 채권각론(상), 법문사, 1999.
- , “해제의 효과에 관한 법리의 재구성”, 법조, 통권 521호, 2000. 2.
- 김주수, 채권각론, 삼영사, 1997.
- 박준서(편집대표), 주석민법, 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 1999.
- 양창수, “독일민법상 해제배제에 관한 규정의 연혁” -쌍무계약에 있어서의 원상회복관계 一斑-, 민법연구, 제3권, 1995.
- 이은영, 채권각론, 박영사, 1994.
- 정진명, “계약해제와 유책사유”, 비교사법, 제5권 1호, 1998. 6.
- Bähr, Otto, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 30, 1888, 321 ff.
- Bechmann, August, Der Kauf nach gemeinem Recht, 3. Teil, System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2. Abteilung, 2. Hälfte, Leipzig, 1908.
- Cretschmar, C., Besprechungen der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, AcP 82, 1894, S. 107 ff.
- Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, Berlin 1896.
- Dernburg, Heinrich, Pandekten, 2. Band, Obligationenrecht, Berlin 1897.
- Enneccerus, L./Lehmann, H., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.
- Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (1866), Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2, Aalen 1973.
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (1861-1864) mit Motiven, Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 3, Aalen 1973.
- Ferid, M./Sonnenberger, H. J., Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl., Heidelberg 1986.

- Grützmann, Die zweite Lesung des Entwurfs eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß 2, 1892, 745 ff.
- Hedemann, Justus Wilhelm, Der Dresdner Entwurf von 1866, Berlin 1935.
- Honsell, Heinrich, Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR 1970, 717 ff.
- ders., Von den aedilizischen Rechtshelfen zum modernen Sachmängelrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel, 1984, S. 53 ff.
- Jakobs, H. H./Schubert, W., Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I (§§ 241 bis 432), Berlin, New York 1978.
- Kaser, Max, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., München 1971.
- Koch, Christian Friedrich, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1. Band, 7. Ausgabe, Berlin 1878.
- Laband, Paul, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, AcP 74, 1889, S. 1 ff.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- Lederle, Rosalie, Mortuus redhibetur. Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 28, Berlin 1983.
- Leser, Hans Georg, Der Rücktritt vom Vertrag. Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, Tübingen 1975.
- Medicus, Dieter, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1999.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896.
- Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches (zit.: Protokolle II), Band I: Berlin 1897, Band II: Berlin 1899.
- Schlosser, H., Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Aufl., 1993.
- Schubert, Werner, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung

- des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 (Allgemeiner Teil), Teil 2 (Besonderer Teil), Berlin, New York 1980.
- Strohal, E., Zur Beurteilung des Rechtes der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 33, 1894, S. 361 ff.
- Thielmann, Georg, 'Actio redhibitoria' und zufälliger Untergang der Kaufsache, Studi in Onore die Edoardo Volterra, Bd. 2, 1971, S. 487 ff.
- Vierhaus, Felix, Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, hrsg. v. E. I. Bekker und O. Fischer, Berlin, Leipzig 1888, Neudruck: Glashütten 1974.
- Wieling, Hans Josef, Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen, AcP 1969, S. 137 ff.
- ders., Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS 1973, S. 397 ff.
- Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Aufl., Frankfurt 1906, Neudruck: Aalen 1963.
- Wolf, Ernst, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153, 1954, S. 97 ff.
- Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band VI: Nachträge, 1891, Neudruck: Osnabrück 1967.

Zusammenfassung

Entstehungsgeschichte der Vorschriften über das Rücktrittsrecht und die Gefahrtragung beim Rücktritt

Prof. Dr. Byung-Hui Yang und Dr. Kyu-Yong Park

(Jur. Fakultät der Konkuk Universität)

Weder das römische noch das gemeine Recht kannten eine allgemeine Regelung über den Rücktritt. Bereits im römischen Recht gab es allerdings einzelne Fälle, in welchen einer Vertragspartei die Auflösung des Vertrages durch einseitige Erklärung gestattet war. Eine solche Möglichkeit mußte von den Parteien vereinbart werden. In dieser Arbeit wird zunächst die Entstehungsgeschichte der Rücktrittsregelung der §§ 346 ff. BGB dargestellt. Der erste Teil befaßt sich mit der Entstehung der allgemeinen Regeln über den Rücktritt, beginnend mit dem Dresdener Entwurf von 1866 als Grundlage des Vorentwurfes v. Kübels, und mit den Kommissionsberatungen zum BGB. Die Vorschriften über den Rücktritt sind aus den Beratungen der Kommission über verschiedene Bereiche des Teilentwurfs hervorgegangen.

Anschließend wird speziell die Entstehung der §§ 350, 351 BGB behandelt. Hinsichtlich der Gefahrtragung beim zufälligen bzw. verschuldeten Untergang des an den Rücktrittsberechtigten veräußerten Gegenstandes haben sich bereits vor den Beratungen zum BGB zwei unterschiedliche Regelungsvorbilder entwickelt. Nach der Debatte über die im Teilentwurf enthaltenen Rücktrittsregeln bestimmte die erste BGB-Kommission in §§ 429, 430 des ersten Entwurfs eine Gefahrtragungsnorm für den Fall des Untergangs der zurückzugewährenden Sache. Diese Bestimmungen lösten aber eine heftige Kontroverse aus. Die zweite Kommission nahm letztlich mit den §§ 301, 302 des zweiten Entwurfs die den heutigen §§ 350, 351 BGB entsprechenden Regelungen an.

Hiermit hat sich das Gesetz in § 350 BGB dafür entschieden, daß der Rücktrittsberechtigte (etwa der Käufer) auch dann von dem Vertrag zurücktreten kann,

wenn die empfangene Sache bei ihm durch einen Zufall untergegangen ist. Diese Regelung der Gefahrtragung im Rücktrittsrecht, nach welcher der Rücktrittsberechtigte gemäß § 350 BGB die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache dem Rücktrittsgegner aufbürden kann, obwohl er den Besitz an der Sache erworben hat und regelmäßig auch Eigentümer geworden ist, wird daher verbreitet als problematisch angesehen. Sie ist daher seit Inkrafttreten des BGB heftig kritisiert worden.