

獨逸民法典에 있어서 解除規定의 發展

朴奎龍

(新羅大學校 法學科 助教授)

< 目 次 >

I. 序 論	
II. 解除規定의 立法化	
1. 解除權에 관한 規定의 發生	
2. 第1草案의 解除規定	
3. 第2草案의 解除規定	
III. 債權法改正委員會에서의 論議	
1. 改正의 必要性	
2. 改正案의 主要內容	
IV. 債權法現代化法律에 의한 解除規定의 改正	
1. 法制定의 論議와 背景	
2. 給付障礙法의 중심요소로서의 義務違反	
3. 解除規定의 변경	
V. 結 論	
참고문헌	
Zusammenfassung	

I. 序 論

유효하게 성립된 계약을 당사자 일방의 의사표시에 의하여 처음부터 성립되지 않았던 것과 같이 소급적으로 소멸시키는 해제(Rücktritt)는 독일민법 제323조 이하 및 제346조 이하 등에서 규정하고 있다. 그런데 해제에 관한 일반규정은 로마법에도 보통법에도 포함되어 있지 않았고, 다만 계약의 일방당사자가 의사표시를 통하여 계약을 해소하는 개별적인 경우들만이 로마법에 포함되어 있었다. 계약을 폐지할 수 있는 권한을 당사자에게 부여하는 특약은 무엇보다 매매에 있어서 널리 행하여졌는데, 매수인이 대금을 적시에 지불하지 않는 경우에 매도인에게 계약해소의 권한을 부여해주는 失權約款(*lex commissoria*), 매도인이 보다 유리한 제안을 받은 경우에 그에게 본래의 계약을 해소할 수 있는 권한이 유보되어 있는 매매(*in diem addictio*), 매수인이 매매사실과 그 내용에 만족하지 못하는 경우에 그에게 해약권을 인정하는 약관(*pactum displicentiae*) 등이 있었다¹⁾.

해제와 유사한 이와 같은 규정들은 보통법에 의해 수용되었고²⁾, 19세기 말에는 일반 해제권이 형성되기 시작했으나, 당시에는 계약으로 합의한 약정해제권만이 논의의 대상이 되었고 법정해제권은 아직 인식되지 않고 있었다³⁾. 독일민법의 제정을 위한 준비작업 속에서 매매의 목적물에 흠결이 있는 경우에 로마법과 보통법이 인정하던 매수인의 매매계약해제소송(*actio redhibitoria*)이 법정해제권의 토대로 논의되었고, 결국 해제에 관한 일반규정은 독일민법을 위한 제1초안에 처음으로 도입되었다. 초안에 포함되었던 해제규정은 적지 않은 논의를 거친 뒤에 개정 전의 독일민법 제346조 이하에 자리잡았다.

그 후 채권법분야의 개정요구에 부응하여 구성된 채권법개정위원회의 논의에 있어서 해제규정은 개정대상에 포함되었던 내용의 주요분야 중의 하나가 되었다. 개정위원회의 최종보고서는 급부장애법의 중심개념으로서의 의무위반과 이에 기인하는 손해배상을 포괄적으로 규율하고, 해제권의 행사에 귀책사유를 요건으로 하지 않는다는 점과 해제가 손해배상과 병존할 수 있다는 내용을 담고 있다. 한편 채권법의 영역에서 실질적인 부분을 개정하려는 입법자들의 의도는 몇몇 유럽공동체의 입법지침에 직접적인 영향을 받게 되는데, 이러한 입법지침들은 독일민법의 개정작업을 가속화시키는 원인을 제공하였다. 광범위한 채권법의 개혁을 추진하려는 움직임에 따라 연방법무부에 의해 제시된 채권법현대화법률의 토론안을 바탕으로 채권법현대화법률의 정부안이 연방내각에 의해 수용되었으며, 그 후 법사위원회의 수정을 거친 변경안이 연방의회에서 가결됨으로써, 채권법현대화법률이 2002년 1월 1일부터 효력을 발생하였고, 이에 따라 채권법을 중심으로 한 독일민법은 큰 변화를 경험하게 된 것이다.

여기서 우리 민법의 해제제도가 독일의 입법례를 넓게 따르고 있다는 사실을 고려한다면, 독일민법에 있어서의 해제권에 관한 규정이 어떠한 배경에서 어떠한 과정과 논의를 거쳐 형성되었는가, 정치·경제·사회 각 분야에서의 엄청난 변화 속에서 어떠한 변화요구와 비판을 받아왔는가, 그리고 개정된 해제규정이 어떠한 내용을 포함하고 있는가의 문제들을 살펴보는 것도 적지 않은 의미를 가질 수 있다고 본다.

II. 解除規定의 立法化

1. 解除權에 관한 規定의 發生

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

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

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

(1) 드레스덴초안의 규정

일반독일채무법의 법안으로서 발전되었던 드레스덴초안(*Dresdener Entwurf*)⁴⁾이 1865년에 공포되었으나, 여기에 해제에 관한 일반규정이 포함되어 있지는 않았다. 다만 초안 제122조는 계약체결시에 해약금이 지급되어 있거나 약속되어 있는 경우에 그 해약금을 포기하고 계약을 해제할 수 있다고 규정하였다. 또한 제457조의 “해약유보의 매매”(Kauf mit Vorbehalt der Reue)와 제132조의 “실권의 유보”(Vorbehalt der Rechtsverwirkung) 그리고 제468조 이하의 “보다 유리한 청약유보의 매매”(Kauf mit dem Vorbehalt eines besseren Angebots)와 같은 규정들에도 약정해제권의 성질을 가진 내용을 규율하고 있었다.

드레스덴초안의 의미는 법정해제권의 형성을 위한 발단을 제공하고 해제 후의 계약의 종결을 위한 원칙들이 제시되어 있다는 점에서 찾을 수 있다⁵⁾. 초안 제167조에 의하면 매수인은 매매 목적물이 자신으로부터 이탈되는 때에 권리의 하자에 기인하여 매도인에게 손해배상을 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 권리하자를 인식하였더라면 계약을 체결하지 않았을 것이 인정되는 경우에 손해배상 대신에 계약의 폐지를 요구할 수 있었다. 계약이 해소되는 경우 양당사자는 제168조와 제169조에 따라 수령한 급부 및 수취한 과실을 반환해야 했다. 흠결 있는 물건의 매수인은 제175조에 의거 계약해소로의 권리를 얻게 되는데, 여기에 제182조는 권리하자에 관한 규정의 적용을 지시함으로써, 결국 해제권의 규정을 단일화하려는 시도가 드레스덴초안에서 처음으로 발견되는 것이다.

(2) 部分草案의 規定

드레스덴초안의 작업에 주도적으로 참여했던 Franz von Kübel이 독일민법의 제정을 위한 준비위원회(*Vorkommission*)에 의해 제1차 위원회에 임명됨으로써, 드레스덴초안은 v. Kübel이 작성한 초안의 본보기가 되었고 그가 사망한 후에는 채권법분야의 제1초안의 주요내용으로 사용되었다⁶⁾. 채권법의 영역에서 v. Kübel이 작성한 부분초안(*Teilentwurf*) 역시 해제권에 관한 일반규정을 인식하고 있지는 않았으나, 제1초안의 토대가 된 개별규정들이 法案(*Vorlage*)에 포함되어 있었다⁷⁾. 한편 v. Kübel은 급부장애에 있어서의 법정해제권을 처음으로 도입하였고⁸⁾,

4) Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse(1866), vgl. dazu Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2, Aalen 1973.

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

6) Vgl. Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, Einführung S. 75; Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Aufl., 1993, S. 153.

7) v. Kübel이 작성한 부분초안은 교부되거나 약속된 해약금에 기인한 약정의 해제권(법안19의 제4조), 실권의 유보에 근거한 약정의 해제권(법안19의 제11조), 해약금의 유보를 포함하는 계약에 근거한 약정의 해제권(법안32의 제22조 이하) 등을 규정하고 있었다. 부분초안에 들어 있는 법안(*Vorlage*)에 대해서는 Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren

해약금을 유보한 매매에서 약정해제권을 규정한 법안32의 제22조에서는 물론이고 쌍무계약에서의 불능 또는 지체로 인한 법정해제권을 규정한 법안22의 제6조에서도, 계약이 해제된 경우에 당사자들은 계약이 체결되지 않았을 때와 같이 권리의무관계가 형성되어야 한다는 것을 주장하였다. 결국 부분초안에 있어서 약정해제의 효과와 법정해제의 효과가 동일한 방식으로 규정됨으로써, 해제권에 관한 일반규정이 형성될 수 있는 하나의 계기가 마련되었던 셈이다.

2. 第1草案의 解除規定

독일민법전의 초안작업을 위해 구성되었던 제1차 위원회의 논의에서 드디어 일반 해제권이 독립적인 법제도의 하나로 인정되었다. 일반 약정해제권에 관한 법조문을 편성하기로 결정하고, 이를 제1초안(*Erste Entwurf*) 제426조 이하에 규정한 것이다. 여기에는 해제권이 행사된 경우에 해제권의 성질과 계약당사자의 추정할 수 있는 의사를 고려하여, 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 해제의 효과를 인정해야 한다는 내용도 포함되었다⁹⁾. 제1차 위원회는 급부불능으로 인한 법정해제권을 논의하는 과정에서 채권자가 손해배상의 청구나 계약의 해제를 선택적으로 하도록 하고, 여기에 약정해제권과 매매물의 하자에 기인한 법정해제에 관한 규정들을 적용하였는데¹⁰⁾, 이것은 약정해제권에 관한 규정이 법정해제권에까지 적용된다는 의미를 가진다. 마침내 제1차 위원회는 쌍무계약에 있어서 채무자의 귀책사유에 의한 불능이나 채무자지체로 인한 법정해제권을 제1초안 제369조의 제1항과 제2항에 통일적으로 규정하였다¹¹⁾. 제3항은 약정해제에 관한 규정들을 법정해제권에 준용할 것을 지시함으로써, 개정 전의 독일민법 제327조 1문과 동일한 내용을 수용하였고, 제1초안 제361조 1항은 정기행위에서의 법정해제권을 규율하였다. 결국 제1차 위원회는 “이전의 상태로의 회복”(restitutio in integrum)¹²⁾을 공통분모로 하여 약정해제권과 법정해제권 그리고 하자담보책임에서의 해제권을 하나의 통일적 규정에 포섭하려 시도하였다.

3. 第2草案의 解除規定

für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, 1980 참조.

8) 부분적인 권리하자가 발생한 경우(법안20의 제15조), 매매목적물에 하자가 발생한 경우(법안20의 제25조), 채무자에게 책임 있는 급부불능의 경우 및 쌍무계약에서의 이행지체의 경우(법안22의 제3조, 제28조)에 채권자에게 법정해제권을 부여하고 있었다.

9) Vgl. Jakobs/Schubert, Beratung, S. 559 f.

10) Jakobs/Schubert, Beratung, S. 272, 278, 281.

11) Jakobs/Schubert, Beratung, S. 473.

12) 이 원칙은 해제에 따르는 계약청산에 큰 영향을 끼쳤으며, 제1초안 제427조는 계약이 해제된 경우에 당사자는 계약이 체결되지 않았던 것처럼 권리의무의 주체가 되어야 한다고 규정하였다(Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 155 f.).

1890년 12월에 소집된 제2차 위원회는 계약해제의 반환책임을 정함에 있어서 소유자와 점유자 사이의 소유물반환청구권이라는 법률관계를 유추적용해야 한다는 제안을 수용하여¹³⁾, “이전의 상태로의 회복”이라는 원칙을 변경하였다. 계약의 양당사자가 소유물반환청구권의 권리구속 중에 타인의 물건을 점유하고 있는 사람과 동일한 지위에 서게 된다는 것이었고, 이에 따라 소유자와 점유자 사이의 관계에 적용되는 규정들을 지시한 배경이 되었다. 이러한 내용은 제2초안(Zweiter Entwurf) 제298조 3항에 포함되었고, 해제권에 관한 제2초안의 규정들은 실질적인 변경 없이 종래의 독일민법 제346조 이하와 일치하고 있다. 그러나 법정해제에 있어서는 양당사자가 수령한 급부를 다시 반환한다는 점을 고려해야 하는 요건이 존재하지 않기 때문에, 소유자와 점유자 사이의 관계로의 지시는 본래 약정해제에 있어서만 유효하였다.

한편 제2초안은 제276조부터 제279조 사이에 법정해제를 위한 전제요건을 정하고 있는데, 채무자의 귀책사유에 의한 불능에 의하여 또는 채무자지체에 따른 이익상실로 인하여 발생하는 법정해제권에 관한 이 규정들은 종래의 독일민법 제325조와 제326조에 편입되었다. 그리고 해제 상대방이 자신의 귀책사유 없이 해제권이 발생한 경우에 단지 부당이득반환의 원칙에 따라 책임을 져야 한다는 제안이 수용되었는데, 이것은 종래의 독일민법 제327조 2문의 규정으로 편입되었다. 그러나 이 때에도 약정해제와 법정해제 그리고 물건하자에 기인한 해제 등을 위해 통일적으로 적용할 수 있는 일반규정이 도입되지 않고 있었다.

III. 債權法改正委員會에서의 論議

1. 獨逸民法 改正의 必要性

이미 한 세기가 지난 1896년에 제정되고 1900년 1월 1일부터 시행된 독일민법은 정치·경제·사회 각 분야에서의 엄청난 변화와 더불어 법규정의 변화요구와 여러 비판을 겪으면서도 그 기본구조를 유지하며 대응해 왔으나¹⁴⁾, 실무의 요청에 따라 무엇보다도 채권법분야에서 가장 큰 개정의 필요성이 제기되었다. 그 동안 이러한 변화에 대한 적용은 법개정에 의해서보다는 대체로 학설과 판례에 의해 이루어졌다¹⁵⁾.

민법전의 규정과 현실 사이의 간격이 점차 확대되어 가고 있는 상황을 어는 정도까지 받아들이야 하는가, 특히 채권법영역의 법개정이 앞으로 특별법의 형태로 이루어져야 할 것인지, 아니면 특별법으로 규정되어 있는 사항들이 민법전에 편입되어야 할 것인가의 물음이 제기되었다. 그밖에 채권법의 전반적인 재검토와 실무와 실제에서 널리 행해지고 있는 계약유형을 법률로

13) Mugdan, Materialien, S. 725 ff.; Jakobs/Schubert, Beratung, S. 598 ff.

14) Vgl. Schmoekel, 100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe, NJW 1996, S. 1697 ff.

15) Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin 1992, Rdnr. 1407.

규율하고 판례법상의 규정을 법률로 편입시키며, 시대에 뒤진 민법전의 규정들을 국제협약에 조화를 이루어 현대화해야 한다는 요청이 있었다. 이에 따라 채권법개정을 위한 본격적인 기초 작업이 착수되었고, 이를 통하여 얻어진 자료들은 “채권법개정의 전문의견과 제안”¹⁶⁾이라는 이름으로 공표되었다. 그 후 1984년 초에 채권법개정위원회가 구성되었으며¹⁷⁾, 이 위원회는 부여된 3가지 과제영역, 즉 일반급부장애법, 매매와 도급계약의 하자담보법, 소멸시효법을 중심으로 보고서를 작성하여 1991년 말 “채권법개정위원회의 최종보고서”¹⁸⁾를 제출함으로써 입법적 제안을 마련하였다. 이 위원회의 초안은 특별히 급부장애법과 매매법의 분야에서 국제통일매매법(CISG)의 규정내용에 상당부분 일치하고 있었으며, 1994년에 개최된 제60회 독일법률가대회의 민사법분과에서 대체적으로 긍정적인 평가를 얻었던 반면¹⁹⁾, 경제·산업분과에서는 개별적으로 비판을 받기도 하였다.

2. 解除規定과 그 缺陷

계약의 해제에 관하여 종래 독일민법의 문제점으로 논의되었던 것은 채권자에게 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 선택적으로 행사할 수 있도록 함으로써, 해제와 손해배상이 서로 배척하며 존재한다는 점이었다²⁰⁾. 따라서 계약을 유효하게 해제한 채권자는 더 이상 계약의 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없게 된다. 이와 같은 규정체제는 실무의 요구에 일치하지 않았기 때문에, 판례는 해제의 의사표시가 행하여진 경우라도 손해배상청구로의 욕구가 인식되는가의 여부를 판단해야 한다고 보았다²¹⁾. 반면에 채권자가 손해배상을 청구한 경우에는 반대급부의 제공의무를 면하면서 차액설에 따른 배상청구권을 염두해 둔 것으로 판단하였다²²⁾.

채무불이행에 대한 채무자의 책임이 있을 때에만 채권자가 계약을 해제할 수 있다는 종래의 독일민법 제325조와 제326조 그리고 제285조에서 귀책성을 요구하는 것은 채권자가 손해배상을 청구할 때에 의미가 있었다. 반면 제반사정으로 보아 채권자가 계약에 구속되어 자기의 급부를 계속 준비하는 것을 기대할 수 없는 경우에는, 채무자의 책임 없는 사유에 의해 급부가 제공

16) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. v. Bundesminister der Justiz, Köln: Bundesanzeiger, Bd. I und II, 1981, Bd. III, 1983.

17) Vgl. Engelhard, Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts, NJW 1984, 1201 ff.

18) Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. v. Bundesminister der Justiz, Köln: Bundesanzeiger, 1992. 이 보고서에 대해서는 국내에서도 상당한 관심을 가지고 소개되었던 바, 이은영, “서독의 채권법개정계획”, 법조 제33권 2호·3호, 1984; 김상용, “최근 독일에서의 사법동향”, 법조 제34권 12호, 1985; 연기영, “서독 채권법의 개정에 대한 논의”, 월간고시, 1985년 9-11월호; 김형배, “독일채권법개정위원회의 민법개정안”, 고시연구, 1992년 10월호; 정중휴, “해제의 효과에 관한 독일민법 개정 제안”, 「채권법에 있어서 자유와 책임」(김형배교수화갑기념논문집), 1994; 김동훈, “독일의 채무불이행법의 개정론의에 관한 비판적 고찰”, 사법행정, 1994년 6-7월호 참조.

19) Dazu die Berichte in NJW 1994, 3070 und JZ 1995, 190.

20) Abschlußbericht, S. 172-173.

21) BGH, NJW 1982, 1279 f.

22) Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, S. 124 f.; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1995, Rdnr. 495.

될 수 없는 때에도 채권자의 계약해제권이 인정되어야 한다고 보았다²³⁾, 그리고 매매계약에서 매매한 물건의 우연한 멸실이나 훼손의 위험은 종전의 독일민법 제446조에 따라 매수인에게 이전되나, 계약의 해제에 있어서 종래의 독일민법 제350조에 의해 제기되는 위험부담의 경우에 매수인에게 이전된 위험이 다시 매도인에게 회귀한다는 점에서 법정책적인 오류가 지적되고 있었다²⁴⁾. 매수인이 수령한 물건의 우연한 멸실에도 불구하고 계약을 해제하는 경우, 매도인은 반대급부를 반환해야 하면서도 자신이 제공한 급부를 수령 받지 못하는 결과를 가져 왔다.

이와 같이 해제규정에 대하여 채권법개정위원회에서 논의되었던 부분은 국제통일매매법의 영향을 받았는데, 이것은 해제권과 관련하여 다음과 같은 내용을 포함하고 있다. 매도인의 계약 위반행위가 중대하거나, 매도인의 불이행에 있어서 매수인이 매도인에게 의무이행을 위한 유예기간을 적절히 부여한 경우에만 매수인이 계약을 해제할 수 있도록 함으로써 계약이행이 우선됨을 보장하고 있고(제47조 1항, 제49조 1항), 매수인은 계약을 해제하더라도 손해배상청구권을 잃지 않도록 규정하고 있다(제45조 2항). 그리고 매수인이 해제권을 행사함에 있어서 매도인의 귀책사유를 요건으로 하지 않는다(제49조 1항).

3. 解除規定에 관한 改正案의 主要內容

(1) 의무위반 개념의 도입

1930년대에 이미 Stoll에 의해 제기된 바 있었던²⁵⁾ “義務違反”(Pflichtverletzung)이라는 개념을 일반급부장애법의 중심에 위치시키고, 채권자의 권리가 발생하는 통일적인 기본요건을 하자 있는 급부행위, 즉 의무의 위반으로 설정하였다. 이는 개정위원회 草案(이하 ‘초안’으로 표기함) 제280조와 제283조의 손해배상청구권에서도 초안 제323조의 계약해제권에서도 적용되었다. 국제통일매매법에서 사용된 契約違反(Vertragsverletzung)이라는 개념은 계약에 기인하지 않는 의무에 적절치 못한 관계로 종래의 독일민법 제275조 이하에 일반적인 적용이 어렵게 되었고, 후버에 의해 제안된 不履行(Nichterfüllung)의 개념도 일반적인 의미로 사용되지 않아서 채무자가 단지 지체했다거나 혹은 적절치 않게 이행한 경우를 포함시키기 곤란하였다²⁶⁾. 따라서 이러한 개념에 대한 적용범위의 확대가 필요하게 되었고 채권법개정위원회는 보다 넓은 의미로서의 의무위반을 선택한 것이다. 그러나 위원회가 급부의무자의 행동과 독립된 불능도 의무위반으로 다루고 있다는 점과 쌍무계약에 있어서 채권자에게 책임 있는 급부장애의 경우에 이미 비판이

23) Abschlußbericht, S. 19.

24) Honsell, Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR 1970, S. 717f.; Huber, Gutachten, Bd. I, S. 667.

25) Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1936, S. 35.

26) Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrecht, AcP 182(1982), S. 117 ff.

제기되고 있었다²⁷⁾.

한편 초안의 급부장애법은 적극적 채권침해에 있어서의 책임의 계속적 발전과 일반화에 기인하는데, 판례가 불능이나 지체를 수반하지 않는 모든 의무위반을 적극적 채권침해로 본다면, 불능에 의한 불이행과 지체도 역시 의무위반에 포함된다는 인식에 근거한 것이었다²⁸⁾. 그리고 초안 제280조는 채무자가 채권관계로부터의 의무를 위반하는 경우에 채권자는 이로부터 발생하는 손해의 배상을 청구할 수 있다는 포괄적 규정을 두고 있다. 다만 채무자가 의무위반에 책임이 없는 경우에는 예외로 한다. 결국 1차 급부청구권으로부터 2차 급부청구권인 손해배상으로의 이전은 두 가지의 요건에 의존하게 되는데, 첫째는 채무자에 의한 의무위반이고, 둘째는 의무위반에 대한 채무자의 책임이다. 여기서 의무위반의 종류에 따른 구별 없이 모든 의무위반은 손해배상의 청구로 이어질 수 있고, 초안 제280조 1항에 따라 채권자의 손해배상청구에 채무자의 귀책사유에 의한 의무위반을 요구하였다²⁹⁾.

(2) 해제권의 발생 및 해제 효과

초안 제323조 1항에 의하면 쌍무계약의 당사자 일방이 의무를 위반하는 경우에, 채무자의 이행을 위해 설정한 기간이 도과한 후 채권자가 계약을 해제할 수 있었다. 의무위반에 대한 채무자의 귀책사유와 관계없이 계약을 해제할 수 있도록 규정함으로써³⁰⁾, 계약해제의 요건으로 채무자의 책임 있는 불능, 지체, 또는 과실 있는 적극적 채권침해를 전제하고 있는 종전의 독일민법에 본질적인 변경을 시도했던 것이다. 초안 제323조 2항은 기간설정 없이 해제할 수 있는 예외적인 경우를, 3항에서는 해제가 배제되는 경우를 규정하였다.

해제의 효과에 대해서는 초안 제346조 1항이 규정하였는데, 일방당사자가 계약으로 해제를 유보하고 있거나 그에게 주어진 법정해제권에 의해 계약을 해제한 경우에 수령한 급부와 획득한 수익이 반환되어야 한다. 약정해제와 법정해제를 구분하여 법정해제권을 약정해제권에 유추 적용하도록 규정하였던 종래의 독일민법 제327조 1문에서와는 달리, 초안에서는 통일적인 구성요건을 명시한 것이다³¹⁾. 해제권의 배제요건을 규율하고 있는 종래의 독일민법 제351조에서 제353조까지의 규정을 포기하고, 초안 제346조 2항은 수령한 목적물의 반환이 어려울 경우 반환 대신에 가액배상의 의무를 부여한다. 개정위원회는 해제의 경우에 위험부담의 책임이 매수인으로부터 매도인에게로 다시 역전되는 것은 설득력이 없다는 비판³²⁾을 받아들인 것이었다.

27) Schapp, Probleme der Reform des Leistungsstörungenrecht, JZ 1993, S. 638 f.

28) Abschlußbericht, S. 30.

29) 이에 관한 채권법개정위원회의 초안내용은 개정 전의 독일민법 제276조부터 제278조에 거의 변경 없이 그대로 규정되었다(Abschlußbericht, S. 121 ff.).

30) Wörlen/Mentzinis, Zur Reform des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, Jura 1995, S. 4; Abschlußbericht, S. 166.

31) Medicus, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen, NJW 1992, S. 2389; Abschlußbericht, S. 184.

32) Wieling, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS 1973, 397 ff.; Caemmerer, Mortuus redhibetur,

(3) 해제와 손해배상청구

위원회의 초안 제327조 1항에 따르면 해제권이 행사된 후에도 계약의 불이행으로 발생한 손해의 배상은 물론이고, 그에 대신하여 계약의 이행을 신뢰한 것으로부터 발생한 손해의 배상을 청구할 수도 있었다. 해제원인에 대한 채무자의 귀책사유가 없는 때에는 손해배상책임의 발생을 배제하였다. 이로써 계약의 불이행으로 인한 손해배상청구가 해제와 양립할 수 있음을 분명히 하였다³³⁾. 채권자는 초안 제323조 3항에 의해 해제가 가능하지 않게 된 경우에 더이상 차액설에 따른 손해배상의 주장을 통하여 해제의 효과에 도달할 수 없게 되었다³⁴⁾.

계약이 이행되지 않음으로써 발생한 비용의 배상은 채무자의 의무위반을 통하여 생긴 것이 아니기 때문에 곤란한 해석상의 문제를 일으킬 수 있는데³⁵⁾, 초안 제327조 1항 2문은 계약의 불이행으로부터 발생한 손해배상 대신에 계약의 이행을 신뢰함으로써 발생한 손해배상을 청구할 수 있도록 하여 문제의 해결을 시도하였다. 이러한 초안의 입장은 지출된 비용이 계약에서 기대되는 수익성을 근거로 거래에서 얻지 못한 물질적 수익의 費用을 보충하는 부분으로서 인정되어 질 수 있는가의 여부에 관계없이, 비용의 배상을 청구할 가능성을 채권자에게 부여한 것이다³⁶⁾.

IV. 債權法現代化法律에 의한 解除規定의 改正

1. 法制定의 論議와 背景

(1) 개정논의의 제개

2000년 8월 연방법무부에 의해 제시된 채권법현대화법률의 토론안은 채권법분야의 개혁을 이루려는 독일연방정부의 의도를 기반으로 하였고, 이 안은 독일민법의 개정을 위한 결정적인 계기를 제공하였다³⁷⁾. 연방내각에 의해 수용된 채권법현대화법률안은 연방대통령에게 보내졌고, 2001년 5월 14일 원내교섭단체인 사민당(SPD)과 녹색연합(BÜNDNIS 90/GRÜEN)이 동일

Festschrift für Karl Larenz, 1973, S. 625; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, S. 406 ff.

33) Abschlußbericht, S. 173; Medicus, Vorschläge zur Überarbeitung, S. 2388.

34) Wörlen/Mentzinis, Jura 1995, S. 5.

35) 이것은 종래의 독일민법 제325조 또는 제326조에 따라 채권자가 채무자의 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 경우, 소극적 이익(Negatives Interesse)이 여기에 포함되어 함께 주장될 수 있는가의 문제이다.

36) Abschlußbericht, S. 174.

37) 채권법현대화법률의 토론안은 학문적 관점에서의 강한 비판을 받기도 하였는데, 이에 대해서는 Vgl. Jakobs, Tagungsbericht: Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 27 ff.; Gsell/Rüfner, Symposium Schuldrechtsmodernisierung 2001 (Tagungsbericht Regensburg 17./18. 11. 2000), NJW 2001, 424 ff.

한 내용의 법안을 제출하여 입법절차가 진행되었다³⁸⁾. 연방참사회(Bundesrat)는 정부안에 대해 실질적인 비판을 표명하지 않고 다수의 내용을 변경하고자 의도했으나, 이것은 연방의회(Bundestag)의 법사위원회에서 대부분 채택되지 못하였다³⁹⁾.

채권법현대화법률을 통한 독일민법의 개정작업에 있어서 실행된 변경은 무엇보다도 소멸시효법, 급부장애법, 매매 및 도급계약법에 집중되었고, 지금까지 소비자보호의 영역에서 부수적인 법으로 규정되어 있었던 계약법적인 소재들의 통합을 가져왔다. 그리고 독일민법의 개정을 위해 이미 진행되었던 채권법위원회의 사전작업과 더불어 당시에 하나의 흐름이 되었던 국제적인 법통일화작업⁴⁰⁾에 나타난 새 규정들도 법률안의 내용에 큰 영향을 끼쳤다.

(2) 유럽공동체의 입법지침

몇몇 사법적인 유럽공동체의 입법지침은 독일민법에 대해 소멸시효법을 포함한 채권법의 실질적인 부분을 새로 규정하려는 입법자들의 결정에 직접적인 영향을 미쳤는데⁴¹⁾, 중요한 것으로는 소비재매매지침(Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG)⁴²⁾, 지불지체지침(Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG)⁴³⁾, 전자상거래지침(E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG)⁴⁴⁾ 등이다. 특히 기업과 소비자 사이에 체결된 계약에 적용하기 위한 매매법의 영역에 있어서 2001년 12월 31일까지 중요한 변경을 수용해야 한다는 입법시한은 독일의 입법자들에게 강한 압박으로 작용하였다. 이와 같은 입법지침들이 독일민법의 개정작업을 가속화시키는 원동력이 되었다.

위에 든 입법권고안들의 문제점은 채권법의 포괄적인 개정 없이도 당시 독일민법의 관련조항들을 개별적으로 변경하는 일련의 “작은 해결”(kleine Lösung)에 의해서도 수정될 수 있었던 것이 사실이나, 독일입법자들은 유럽공동체의 입법지침의 독일법으로의 전환을 통하여 오래 전부터 논의되어 왔던 채권법분야에 광범위한 변경을 가하는 기회로 삼았다⁴⁵⁾. 이로써 독일민법의 규정들이 계속 성장하고 있는 유럽공동체의 수요에 적용할 수 있는 계기가 마련되었다⁴⁶⁾.

38) BT-Drucks. 14/6040.

39) BR-Drucks. 14/7052.

40) 국제적인 법통일화작업의 예로는 유럽계약법위원회의 “유럽계약법의 원칙”(Principles of European Contract Law)과 UNIDROIT에서 작성한 “국제상사계약의 원칙”(Principles of International Commercial Contracts) 등을 들 수 있다.

41) 안법영, “개정 독일민법의 해제·해지법의 일별 - 우리 민법전의 개정시안에 관한 논의에 부쳐서 -”, 비교사법 제9권 3호, 2002. 10, 2면; 정종휴, “계약책임의 재구성 - 독일 채권법 현대화를 중심으로”, 비교사법 제9권 3호, 2002. 10, 153-155면; Vgl. Albrecht/Flohr/Lange, Schuldrecht 2002, Recklinghausen 2002, S. 2.

42) Abl. EG Nr. L 171/12 v. 7. 7. 1999.

43) Abl. EG Nr. L 200/35 v. 8. 8. 2000.

44) Abl. EG Nr. L 178/1 v. 17. 7. 2000.

45) Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, Rdnr. 2.

46) 拙稿, “독일민법전의 입법배경에 관한 고찰”, 비교사법 제8권 2호, 2001. 12, 858면; Vgl. Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002, S. 1.

2. 給付障礙法의 中心要素으로서의 義務違反

채권법현대화법률을 통하여 개정된 독일민법 제280조 제1항 1문은 “채무자가 채권관계에서 발생한 의무를 위반한 경우에, 채권자는 이로 인하여 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있다”고 규정하여, 의무위반(Pflichtverletzung)을 급부장애법의 중심적인 구성요건으로 삼았으며, 동조 제1항 2문에서는 손해배상의 청구에 채무자의 귀책사유를 그 요건으로 하고 있다.

여기에서의 의무위반은 가능한 한도에서의 가장 넓은 상위개념이고, 이것은 제241조에 의거 채권관계의 일방당사자가 부담하는 의무에서 이탈하는 모든 행위를 포함한다. 따라서 불이행, 지체된 이행⁴⁷⁾, 주된 또는 부수적인 급부의무의 불완전이행은 물론이고 제241조 2항의 의미에서의 계약적 또는 계약이전의 보호의무의 위반도 포함된다. 결국 채권관계로부터 발생하는 채무불이행의 원인과 유형에 관계없이 모든 종류의 불이행이 의무위반의 개념에 포함되는 것이다⁴⁸⁾. 채무자는 제276조 1항 1문에 따라 고의와 과실에 의한 모든 잘못에 대해 책임을 져야 한다. 이와 같은 채무자의 귀책을 위한 표준은 책임을 강화하거나 완화하는 여러 조문들을 통하여 변형되어 진다. 그리고 채무자가 그의 이행보조자의 잘못에 대해서도 책임을 부담해야 한다는 제278조의 규정은 그대로 존재한다. 한편 제280조 1항 2문에 따라 채무자 의무위반에 책임이 없다는 것에 대한 증명책임을 부담하는 반면, 채권자는 책임의 기초가 되는 구성요건으로서의 객관적 의무위반에 대한 증명책임을 부담한다⁴⁹⁾.

채권관계로부터 발생하는 의무의 위반은 새로운 급부장애법의 기본개념이고 개정된 독일민법 제280조 제1항의 구성요건이며, 손해배상청구를 위한 핵심적인 근거를 구성하는 것이다. 제280조 1항에서의 채권관계는 넓은 의미의 채권관계를 나타내며, 채권관계로부터의 의무는 급부와 관련된 의무는 물론이고 기타의 의무와 준법률행위적 채권관계로부터의 의무를 포함하고 있다⁵⁰⁾. 따라서 의무위반의 개념은 급부장애의 여러 유형 중 핵심역할을 하였던 불능(Unmöglichkeit)을 배척하는 효과를 가져왔고, 의무위반에 있어서 어떤 종류의 의무위반인지의 여부가 중요치 않게 되어 주된 급부의무이든 부수적 급부의무이든 또는 보호의무이든 구별의 실익이 없어지게 되었다⁵¹⁾. 또한 불능, 지체, 적극적 채권침해와 같이 개정 전의 법에 따라 존재 하던 의무위반의 기준들이 급부를 대신하는 손해배상 또는 급부의 지체로 인한 손해배상의 법적 효과를 위해 별도로 규정되어 추가적인 구성요건을 갖는다.

47) 급부에 대신하는 손해배상의 청구는 제280조 3항에 따라 제281조부터 제283조의 추가적인 전제요건 하에서만 존재하게 된다(Vgl. Albrecht etc., Schuldrecht 2002, S. 24).

48) 김형배, “독일채권법현대화법안 - 채무불이행의 체계를 중심으로”, 저스티스 제34권 제5호, 2001. 10, 92면; 임건면, “개정 독일민법상의 급부장애”, 비교사법 제9권 3호, 2002. 10, 127면 이하.

49) Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, RdNr. 180.

50) 불능으로 인한 급부의 중단, 가능한 급부의 지체, 불완전급부 등이 급부와 관련된 의무위반이고, 상대방의 권리나 법익에 대한 고려의무의 위반이 기타의 의무위반으로 이해된다. 특히 독일민법 제241조 2항, 제311조 2항과 3항에 규정되어 있는 계약체결상의 과실에서의 의무가 준법률행위적 채권관계로부터의 의무에 속한다.

51) BT-Drucks. 14/6040, S. 93.

독일민법 제275조 이하와 제323조 이하에 자리잡은 일반급부장애법의 새 규정들은 체계적 관점에서 볼 때, 복잡한 여러 급부보장규정들의 병존을 줄이기 위하여 다양한 급부장애의 형태를 가능한 한 통일적 규정 하에 두려는 노력에서 얻어진 것이다. 여기에서 결합 있는 물건의 인도에서 생기는 급부지체로부터 급부의 불능에 이르기까지 근본적으로 모든 유형의 급부장애를 포함하는 “의무위반⁵²⁾에 기인한 손해배상”을 위한 핵심적인 청구근거가 제280조에 포함되었다. 이 규정은 주된 급부의무 뿐만 아니라 부수하는 급부의무와 제241조 2항의 의미에서의 보호의무 등의 위반을 위하여 마찬가지로 유효하다. 그리고 제281조에서 제283조의 규정과 개정된 매매(제437조 3호) 및 도급계약(제634조 3호)의 급부보장규정에서 제280조를 준용하는 것으로부터, 손해배상청구에 관한 한 모든 급부장애요건들이 제280조의 기본요건에 근거하고 있다는 사실이 명확해진다⁵³⁾. 따라서 급부장애법에 있어서 중심적인 기준으로서의 의무위반이 불능의 개념을 대체하게 되며, 이것은 독일채권법의 체계적 관점에서 개혁의 실질적인 관심사가 되었던 것이다⁵⁴⁾.

독일민법 제280조와 함께 또 다른 핵심규정은 제281조와 제323조에서 찾아볼 수 있는데, 이것은 특별히 개정 이전의 제326조, 제463조 및 제635조를 대신하고 계약의 해소와 불이행에 기한 손해배상을 위한 일반적인 기준을 제시하고 있다. 이 규정들은 불이행이나 불완전이행과 같은 대표적인 급부장애의 경우에 있어서 하나의 간단하고 분명한 취급을 가능하게 한다. 이로써 채권자는 급부의무의 종류와 무관하게 어떤 경우든 적절한 급부를 위한 유예기간을 주고 제323조에 따른 기간의 경과 후에 계약을 해제하거나, 채무자의 귀책사유에 있어서 제281조에 따라 급부 대신에 손해배상을 요구할 수 있는데, 이는 약정채권관계는 물론 법정채권관계로부터의 급부의무를 위해서도 동일한 효력이 있다.

3. 解除規定의 變更

(1) 약정·법정해제권의 동일한 취급

새로 개정된 독일민법 제346조 제1항은 약정해제권과 법정해제권을 동일하게 다루고 있다. 이것은 해제권이 계약에 근거하는지 아니면 법률에 근거하는지는 대개의 경우 구분하기가 쉽지 않기 때문에 그 적용범위와 관련하여 적절한 것으로 평가될 수 있다⁵⁵⁾. 그리고 정기행위에 있어

52) 급부장애법에 있어서 의무위반(Pflichtverletzung)이라는 일반개념의 도입을 비판하고 이것이 불이행(Nichterfüllung)으로 대체되어야 한다는 주장도 있었는데, 이에 대해서는 Vgl. Schapp, Empfiehlt sich die “Pflichtverletzung” als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?, JZ 2001, 585 ff.; Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 593.

53) Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 161.

54) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 84.

55) Vgl. Hager, “Das Rücktritt”, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002, Rdnr. 15.

서의 해제권을 규정한 개정 전의 독일민법 제361조가 지배적인 견해에 따라 하나의 해석규범이었던 반면, 현재 제323조 2항 2호에 동일하게 규정한 것은 법정해제권에 해당하는 경우이다⁵⁶⁾.

(2) 해제권 배제근거의 소멸

해제권의 행사와 관련하여 실질적인 새로운 내용은 개정된 독일민법 제346조 2항에서 생기는데, 종래의 독일민법 제351조와는 달리 물건이 해제권자의 과실에 의하여 반환될 수 없는 경우에도 해제권의 행사가 배제되지 않는다. 해제권자와 해제의 상대방이 기본적으로 동일하게 취급되며, 이것은 물건의 멸실이나 훼손이 해제의 의사표시 전에 이루어졌던 그 후에 이루어졌던 마찬가지이다. 그리고 물건의 완전한 파손과 부분적인 파손 사이의 구분도 없어졌고, 고의나 과실과 같은 귀책의 정도도 특별한 역할을 하지 못한다. 따라서 제346조 2항은 해제에 있어서의 하나의 위험부담에 관한 규정으로 볼 수 있는데, 이는 반환의무자에게 귀책이 없는 경우에도 적용된다⁵⁷⁾.

(3) 가액의 배상

계약의 목적물을 반환할 수 없거나 손상된 상태로만 반환할 수 있는 경우, 제346조 2항은 원상회복에 대신하여 금전에 의한 가액으로 배상할 수 있음을 정하고 있다⁵⁸⁾. 제346조 제2항 1문 1호는 개정 전의 제346조 2문에 연결되어 있으며, 그것을 하나의 일반원칙으로 확대하려 한다. 이에 따라 수취한 이익의 반환을 규정하는 제346조 제1항이나 수취하지 못한 이익의 배상에 관한 제347조 제1항 1문의 규정과의 한계설정에 관한 어려움이 발생할 수 있는데, 이것은 제346조 제2항 1문 1호의 적용범위를 수익가능성이 계약의 주된 의무인 경우로 어떻게 제한할 수 있는가의 문제이다. 그렇지 않은 경우에 제347조 제1항 1문에 의해 수취되지 않은 이득이 배상되어야 한다는 전제요건이 상실될 위험에 처할 수 있다. 제346조 제2항 2문이 가액배상의 기준으로서 설정하고 있는 합의된 반대급부 역시 그 이익이 계약의무일 때에만 하나의 중요한 발단이 된다. 이것은 해석론적으로 채무자가 반환 대신에 가액배상을 해야 한다는 제346조 제2항 1문의 문언으로부터 파생되어질 수 있다.

제346조 제2항 1문 2호는 채무자가 수령한 목적물을 소비·처분·가공·개조하거나 목적물에 부담을 설정한 경우를 포함하고, 개정 전의 제352와 제353조를 대체하며, 해제권의 행사를 배제하는 요건을 가액배상의무로 전환할 뿐만 아니라 이것을 해제의 상대방에게 확장하는 것이다. 개정전의 독일민법 제351의 자리에 위치하고 있는 제346조 제2항 1문 3호에 의해서도 가액

56) BT-Drucks. 14/6040, 185.

57) BT-Drucks. 14/6040, 195.

58) 개정 독일민법 제346조 2항의 모델이 된 조항에 대해서는 안법영, “개정 독일민법의 해제·해지법의 일별”, 15면 참조.

배상의 의무가 부과되기 때문에, 산정이 잘못 되었다더라도 배상의무는 그대로 남아 있게 된다⁵⁹⁾. 목적물의 양도나 부당설정은 물건행위로 이해되어야 한다. 그리고 제346조 제1항 1문 2호가 귀책을 근거로 하지 않기 때문에, 물건이 강제경매를 통하여 가치를 상실하거나 저당권의 설정에 의하여 담보되었을 때에, 그것이 귀책사유를 의미하는가에 대한 이전까지의 다툼은 여기서 더 이상 중요하지 않게 되었다. 물건의 처분에 있어서는 반환채무자에게 다시 반환취득이 가능한가의 여부가 기준이 되어야 한다⁶⁰⁾.

또한 제346조 제2항 1문 3호는 물건의 손상이나 멸실에 있어서의 가액배상을 명시하고 있는데, 이것은 제346조 제2항 1문의 다른 내용들이 미치지 못할 때에 적용되는 규정이다. 개정 독일 민법에서는 이전과는 달리 여타 방법의 반환불능을 명백히 규정하지는 않았다. 목적물의 분실, 절도, 수용 그리고 정치적 관계의 변동으로 인한 목적물의 반환취득의 불능 등은 중요시되지 않는다. 여기에 위험부담의 규정으로서 이 규범의 성격에 일치하는 제346조 제2항 1문 3호를 유추 적용해야 할 것이고, 목적에 맞는 사용에 의해 발생한 가치감소는 배상될 필요가 없다. 본래 독일 민법 개정을 위한 정부안은 반환채권자가 자신이 얻은 수익을 보유하는 것으로 지시하였다. 매도인이 발생한 가치감소를 완전한 범위로 배상 받을 수 없다는 사실은, 매도인이 흠결 있는 물건을 인도함으로써 해제근거가 발생한다거나 약정해제권의 합의를 통하여 반환위험에 관계한다는 사고로부터 정당화되는 것이다⁶¹⁾.

계약에서 정해진 반대급부는 가액배상의 산정에 있어서 기초가 된다. 해제가 상대방의 의무 위반에 근거하여 발생하는 때에 가액배상을 위해 기본적으로 반대급부가 가액배상의 기준이 된다는 제346조 제2항 2문의 규정은 적합하다. 그에 반하여 일정한 경우에 있어서는 계약으로 합의된 반대급부가 가액배상을 위한 표준으로서 적절치 않을 수 있다. 목적물의 손상이 흠결의 결과로서 발생한 것이 아닌 때에, 흠결 있는 인도에 의한 해제의 경우를 들 수 있다고 한다. 여기서 매수인이 해제하는 때, 그는 부분적으로 흠결 있는 물건의 전체가격을 지불해야 하였다⁶²⁾. 그러나 계약에서 정해진 반대급부가 가액배상 대신에 자리해야 한다고 보았으며, 계속된 비판⁶³⁾에도 불구하고 정부안은 이 결정에 머물러 있었다. 그 후 입법과정에서 그 불합리성이 또다시 지적되고 현재와 같은 구성이 제안되었고⁶⁴⁾, 연방정부가 여기에 동의하였던 것이다.

따라서 독일민법 제346조 제2항 2문의 적용에 있어서 상이한 기준이 설정되어야 하는데, 반대급부를 지불하는 것은 흠결이 없는 목적물의 인도에 있어서만 적절한 방법으로 평가될 수 있다. 아울러 당사자들이 그 규정을 분명하게 배제할 수 없는지의 여부가 조사되어야 하며, 그것

59) BT-Drucks. 14/6040, 196.

60) Vgl. im Rahmen des § 347 S. 1 BGH, NJW-RR 1993, 626(627); für § 325 BGH, NJW 1992, 3224(3225).

61) BT-Druckks. 14/6040, 193 f.

62) 이와 같이 적절하지 않은 점에 대해서는 이미 채권법개정위원회의 최종보고서에서 지적되어 있었다(Vgl. Kohler, Bemerkungen zur vorgeschlagenen Überarbeitung des Rücktrittsrecht, WM 1993, 54 f.).

63) Vgl. Hager, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 450 f.

64) BT-Drucks. 14/6857, 22.

은 매수인이 물건을 조사할 수 있도록 높은 가격을 수용했다거나 해제권이 계약을 다시 소멸시키는 가능성을 그에게 부여하는 때에 주어질 수 있는 것이다. 여기서 거래가치가 적절한 기준이 될 수 있으며⁶⁵⁾, 물건의 인도시점에서의 가액을 기준으로 배상액이 결정되어야 한다.

(4) 가액배상의 배제

가액을 배상하는 의무는 독일민법 제346조 제3항 1문에 의해 일정한 경우에 제한되거나 완전히 배제되며, 이것은 이전까지의 법에서 인정되었던 예외들을 근거로 하고 있다. 종래의 독일민법 제350조에 의해 해제가 물건의 멸실에도 불구하고 가능하거나 제347조 1문에 따라 귀책사유 없이 손해배상을 지불할 필요가 없었던 반면, 이제는 가액배상의 배제 내지 제한의 문제로 변화되었다.

물건의 흠결이 가공 중에 또는 가공 후에 나타난 경우 가액배상이 배제되고, 이미 발생되어 있었던 경우에는 가액배상이 배제되지 않는다(제346조 제3항 1문 1호). 그리고 제346조 제3항 1문 2호는 종래의 독일민법 제350조의 범위에서 우연한 멸실이 긍정되어 해제가 가능하였던 경우와 연결된다. 그러나 개정 전의 법이 제462조에서 흠결 있는 물건의 인도에 있어서도 매도인이 그 흠결에 책임을 져야 한다는 것을 언급하였던 반면, 개정된 제434조 이하는 이 개념을 더 이상 사용하고 있지 않다. 따라서 흠결에 관련한 물건의 멸실에 있어서 가액배상의 배제를 가져오기 위해서는 개정 전의 법조문에 의지해야 하는데, 흠결 있는 물건의 인도에 있어서 물건의 멸실이 흠결에 기인하는 경우에 채권자가 항상 그에 대해 책임이 있어야 한다. 그렇지 않은 경우에 그 개념이 그간에 정의되었던 것보다 좁게 이해되고 제326조 2항에 의존해야 할 것이다⁶⁶⁾. 또한 법정해제권에 근거하여 계약을 해제하는 자는 제346조 제3항 1문 3호에 의해 우대되고 있는데, 그가 자신의 업무에서 요구되는 주의를 기울인 때에 책임이 면제되는 것이다. 이에 대한 근거는 매수인 내지 도급인이 법정해제권에 기초하여 계약을 해제하는 경우에 위험의 이전이 적절하다는 점에서 찾고 있다. 매도인 또는 수급인이 완전하게 이행하지 않았기 때문에 곧바로 해제를 인정하는 경우, 규정에 맞게 급부하지 않은 사람은 상대방으로의 위험이전이 확정적이라고 신뢰할 수 없다고 보는 것이다⁶⁷⁾. 그러나 이것은 여러 면에서 설득력이 없다는 평가가 따르기도 하는데, 법정해제권과 약정해제권의 구분이 이론적으로 뒷받침되기 어렵고, 다른 한편으로 행위근거의 상실로 인한 해제에서 제313조 제3항 1문의 법률에 의해 해제권이 부여되어 있는 사람에게 물건이 그에게서 손상되거나 완전히 멸실된 경우에 제346조 제3항 1문 3호에 의하여 다른 특권을 부여할 만한 근거가 존재하지 않는다고 보는 것이다⁶⁸⁾. 그러므로 채무자가 해제

65) Kaiser, Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 1059.

66) Soergel/Hadding, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 1990, § 350 Rdnr. 3.

67) BT-Drucks. 14/6040, 196.

68) 법정해제권자를 우대하는 제346조 3항 3호에서 발생하는 여러 난점들에 대해서는 안법영, “개정 독일민법의 해제·해지법의 일별”, 17면 이하(주51) 참조.

의 원인을 의무위반을 통하여 유발하였다면, 그의 상대방은 유리한 방향에서 책임을 부담하도록 해야 한다. 그리고 해제가 법률 또는 계약에 근거하는가, 제323조 제2항 2호와 관련하여 기한 설정이 불필요한가, 채무자가 계약적 보장을 받았는가의 여부는 중요한 요소가 아니라는 것이다⁶⁹⁾.

(5) 이득의 반환과 비용배상

해제권이 행사된 경우에 소유자와 점유자의 관계(Eigentümer-Besitzer-Verhältnis)로의 지시가 투명하지 못한 점과 반환채무자가 상대방이 여전히 부당이득을 취하고 있는 때에도 지출한 유익비를 위해 어떤 배상을 받지 못한다는 점에 대해 독일민법의 입법자들은 그 결함을 인정하였다. 개정 전의 독일민법 제327조 2문의 해석과 관련해서 제347조 2문에서 나오는 다툼이 법 적용을 어렵게 한다고 보았다⁷⁰⁾. 입법자는 기술적 의미에서의 귀책사유를 토대로 하였으나, 인식하기 이전에도 제347조 제1항 1문을 적용하려 하였다. 그러나 귀책사유는 본래 인식가능성을 전제로 하기 때문에⁷¹⁾, 다시금 비기술적 의미에서의 귀책사유에 대한 문제일 수 있다. 제347조 제1항 2문에 근거한 해제권자의 특권도 역시 문제가 된다. 적어도 상대방의 의무위반에 기초한 약정해제권은 상대방의 의무위반을 근거로 하지 않는 법정해제권에서와 마찬가지로 해제상대방이 인식한 시점부터는 특권이 상실된다고 보아야 한다. 그리고 종래의 독일민법 제347조 3문에 따른 이자지급의무는 대체내용 없이 삭제되었는데, 그 근거로는 채무자가 수령한 금전을 위해 법정이율 만큼의 이자지급을 원할 수 없다는 점을 들고 있다. 특별한 이자의무를 포기하고 합법적인 경제규정에 따라 채무자가 이득으로서 취득이 가능하였던 것을 목표로 하는 것이 적절하다고 본 것이다⁷²⁾.

IV. 結 論

앞에서 살펴 본 것처럼, 해제권에 관한 일반규정은 로마법에서도 보통법에서도 존재하지 않았고, 당사자들의 합의에 의하여 계약을 소멸시킬 수 있는 개별적인 경우들만이 인정되었다. 독일민법에 있어서 일반적인 해제규정의 형성은 독일민법의 제정을 위해 구성되었던 위원회가 드레스덴초안을 기초로 하여 v. Kübel이 주관하여 작성한 부분초안에 대한 논의를 시작하면서부터 이루어졌다. 해제에 대한 일반규정은 제1차 위원회에서 작성된 제1초안에 처음 도입되었고,

69) Dauner-Lieb/Hager, Das neue Schuldrecht, S. 184.

70) BT-Drucks. 14/6040, 197.

71) Münchener Kommentar/Grundmann, § 276 Rdnr. 68; Soerge/Wolf, § 276 Rdnr. 99.

72) BT-Drucks. 14/6040, 197.

1890년 12월에 소집된 제2차 위원회는 약정해제권에 관한 제1초안의 규정들을 받아들여 제2초안을 작성하였으며, 이 내용은 종래의 독일민법 제346조 이하에 그대로 수용되었다.

이와 같은 독일민법의 입법과정에서 수령한 물건이 우연한 사정에 의해 멸실된 경우에도 해제권자가 계약을 해제할 수 있다는 종래의 제350조가 형성되었는데, 해제에 있어서의 위험부담에 관한 이 규정에는 독일민법의 제정논의에서부터 근래 개정이 이루어지기까지 강한 비판이 따랐다. 또한 채권자에게 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 선택적으로 행사할 수 있도록 함으로써, 계약을 유효하게 해제한 채권자는 더 이상 계약의 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없게 된다는 점에 대해서도 많은 논란이 있었다. 그리고 채무불이행에 대한 채무자의 책임이 있을 때에만 채권자가 계약을 해제할 수 있다는 종래의 독일민법 제325조와 제326조 그리고 제285조에서 귀책성을 요구하는 것에 대한 문제점도 제기되어 왔다. 이에 따라 채권법개정위원회는 해제법의 영역에서도 많은 수정을 가하려 노력하였던 것이다.

그 후 “채권법현대화법률”(Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)이 제정·시행됨으로써 20년 넘게 지속되었던 독일민법의 개정작업이 마침내 그 결론에 이르렀으며⁷³⁾, 독일민법의 규정들이 계속 성장하고 있는 유럽공동체의 수요에 적응할 수 있는 계기가 마련되었다. 오랫동안 논의되어 왔던 해제권에 관한 규정도 폭넓은 범위의 변화를 수용하였던 것이다. 개정 독일민법 제323조에 따라 채무자가 쌍무계약으로부터 그에게 주어지는 의무를 이행하지 않거나 계약에 맞지 않게 이행하는 경우에 해제권이 행사될 수 있고, 해제의 요건으로서 귀책성(Vertretenmüssen)은 더 이상 요구되지 않게 되었다. 또한 제241조 2항에 의해 채무자가 채권관계에 있어서 상대방의 권리, 법익, 이익의 고려의무를 위반하는 경우에도 채권자가 계약을 해제할 수 있다. 그리고 쌍무계약에 있어서 손해배상을 청구하는 권리가 해제를 통하여 배제되지 않고 해제와 손해배상청구가 병존한다는 것이 입법적으로 확정되었다. 따라서 채권자는 계약을 해제하고 동시에 채무자에게 상실된 이익의 배상을 청구할 수 있게 된 것이다. 해제의 효과 역시 제346조에서 개정되었는데, 해제권이 행사된 경우에 수령한 급부가 반환되어야 하고 수취한 이득이 상환되어야 한다. 그러나 종래의 독일민법 제350조부터 제353조 사이에서 발생하였던 효과가 변경되어, 이제 반환할 물건이 멸실되거나 손상된 경우에도 해제가 배제되지 않는다.

73) Vgl. Schwab, Schuldrechtsreform 2001-Alles wird neu, JuS 2001, 311.

〈參考文獻〉

- 김동훈, "독일의 채무불이행법의 개정론의에 관한 비판적 고찰", 사법행정, 1994년 6-7월호.
- 김상용, "최근 독일에서의 사법동향", 법조 제34권 12호, 1985
- 김형배, "독일채권법현대화법안 - 채무불이행의 체계를 중심으로", 저스티스 제34권 제5호, 2001. 10
- _____, "독일채권법개정위원회의 민법개정안", 고시연구, 1992년 10월호
- 박규용, "독일민법전의 입법배경에 관한 고찰", 비교사법 제8권 2호, 2001. 12
- 양창수, "독일민법상 해제배제에 관한 규정의 연혁 -쌍무계약에 있어서의 원상회복관계 일반", 민법연구 제3권, 1995
- 안범영, "개정 독일민법의 해제·해지법의 일별 -우리 민법전의 개정시안에 관한 논의에 부쳐서", 비교사법 제9권 3호, 2002. 10
- 연기영, "서독 채권법의 개정에 대한 논의", 월간고시, 1985년 9-11월호
- 이은영, "서독의 채권법개정계획", 법조 제33권 2호·3호, 1984
- 임건면, "개정 독일민법상의 급부장애", 비교사법 제9권 3호, 2002. 10
- 정중휴, "계약책임의 재구성 - 독일 채권법 현대화를 중심으로", 비교사법 제9권 3호, 2002. 10
- _____, "해제의 효과에 관한 독일민법 개정 제안", 「채권법에 있어서 자유와 책임」(김형배교수화갑기념논문집), 1994
- Albrecht/Flohr/Lange, Schuldrecht 2002, Recklinghausen 2002
- Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln: Bundesanzeiger, Bd. I und II, 1981, Bd. III, 1983
- ders, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln: Bundesanzeiger, 1992
- Caemmerer, Mortuus redhibetur, Festschrift für Karl Larenz, 1973
- Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, Heidelberg 2002
- Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrecht, AcP 182, 1982
- Engelhard, Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts, NJW 1984, 1201 ff.

- Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse(1866), vgl. dazu
Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts,
Band 2, Aalen 1973
- Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin 1992
- Gsell/Rüfner, Symposium Schuldrechtsmodernisierung 2001 (Tagungsbericht Regensburg
17./18. 11. 2000), NJW 2001, 424 ff.
- Hager, "Das Rücktritt", in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hrsg.), Das neue Schuldrecht,
2002
- Honsell, Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR 1970
- Jakobs, Tagungsbericht: Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 27 ff.
- Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer
Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I,
1978
- Kaiser, Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, JZ 2001
- Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und
klassische Recht, 2. Aufl., 1971
- Kohler, Bemerkungen zur vorgeschlagenen Überarbeitung des Rücktrittsrecht, WM 1993
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987
- Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei
Leistungsstörungen, 1975
- Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002
- Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1995
- ders, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der
Leistungsstörungen, NJW 1992
- Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 2.
Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1899
- Schapp, Empfiehlt sich die "Pflichtverletzung" als Generaltatbestand des Leistungs-
störungenrechts?, JZ 2001, 583 ff.
- Schapp, Probleme der Reform des Leistungsstörungenrecht, JZ 1993
- Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Aufl., 1993

Schmoekel, 100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe, NJW 1996, 1697 ff.

Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, 1980

Schwab, Schuldrechtsreform 2001-Alles wird neu, JuS 2001

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 1990

Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1936

Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 589 ff.

Wieling, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS 1973, 397 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Aufl., 1906

Wörten/Mentzinis, Zur Reform des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, Jura 1995

Zusammenfassung

Entwicklungen der Rücktrittsregelung im BGB

Park, Kyu-Yong

(A Assistant Professor, Department of Law, College of Law, Silla University)

Eine allgemeine Regelung über den Rücktritt ist weder im römischen noch im gemeinen Recht inbegriffen. Allerdings gab es einzelne Fälle, in welchen einer Vertragspartei die Auflösung des Vertrags durch einseitige Erklärung gestattet war. Die Vorschriften über den Rücktritt sind den Beratungen der Kommission über den Teilentwurf hervorgegangen. Anfang 1984 wurde vom deutschen Justizministerium die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts einberufen. Im Mittelpunkt des von der Schuldrechtskommission entwickelten allgemeinen Leistungsstörungsrechts steht der Begriff "Pflichtverletzung". Wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten und auch einen umfassenden Schadensersatz verlangen.

Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist die Schuldrechtsreform ein einheitlicher Pflichtverletzungstatbestand nach den §§ 280 ff. BGB eingeführt worden. Als Zentraltatbestand für den Rücktritt wird nunmehr § 323 BGB eingeführt. Voraussetzung gemäß § 323 Abs. 1 BGB ist zunächst, dass der Schuldner eine ihm obliegende Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag nicht oder nicht vertragsgeäß erbracht hat. Die Voraussetzung des "Vertretenmüssen" entfällt mit der neuen Regelung.

Der Gläubiger kann auch bei der Verletzung einer Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB zurücktreten, die hinsichtlich des Schutzes der übrigen Rechtsgüter des Gläubigers bestanden. Durch den Rücktritt wird das Recht nicht ausgeschlossen, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen. Auch die Folgen des Rücktritts sind im Rahmen der Schuldrechtsreform neu gestaltet worden. Die Wirkung des Rücktritts wird in § 346 BGB neu geregelt. Geändert wurden jedoch die Folgen, die sich aus den §§ 350 bis 353 BGB a.F. ergaben.