

## 독일민법에 있어서 해제규정의 발생사\*

### Die Entstehungsgeschichte der Rücktrittsregeln im BGB

박 규 용\*\*  
Park, Kyu-Yong

#### 목 차

- I. 서언
- II. 드레스덴초안의 해제 관련 규정
- III. 부분초안의 해제 관련 규정
- IV. 제1차 위원회의 해제권에 관한 논의
- V. 제2차 위원회의 해제권에 관한 논의
- VI. 해제권의 배제와 관련한 해제권의 통일화 논의
- VII. 결언

#### 국문초록

계약의 일방 당사자에게 유보되어 있는 해제권이 해제권자에 의해 행사되는 경우, 계약의 양당사자는 수령한 급부를 반환해야 한다. 독일민법은 제346조 이하에 그에 관한 규정을 두고 있으나, 해제에 관한 일반규정은 로마법이나 보통법에서 발견되지 않고, 계약의 당사자가 일방의 의사표시를 통하여 계약을 폐기할 수 있는 개별적인 경우들만이 로마법에서 인정되고 있었다. 예를 들어, 매수인이 매매대금을 적시에 지불하지 않을 때에 매도인에게 계약을 폐기할 수 있

논문접수일 : 2019. 03. 27.

심사완료일 : 2019. 05. 03.

게재확정일 : 2019. 05. 03.

\* “이 논문은 2019학년도 제주대학교 교육·연구 및 학생지도비 지원에 의해서 연구되었음”

또한 본 논문은 「일감법학」 제4권(1999)에 게재되었던 “해제권 및 해제의 위험부담에 관한 규정의 연혁 -독일법을 중심으로-”를 토대로 하여 보완·작성한 것임을 밝힌다.

\*\* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수

는 권한을 부여하는 실권약관(*lex commissoria*), 매도인이 더 나은 조건의 제안을 받은 경우에 원래의 계약을 폐기할 수 있는 권한이 그에게 유보되어 있는 매매(*in diem addictio*), 매매목적물에 대해 만족하지 못하는 매수인에게 해약권을 인정해주는 약관(*pactum displicentiae*) 등 매매에 있어서 계약을 파기할 수 있는 권한을 부여하는 특약(*pacta adiecta*)이 널리 행해지고 있었다.

이와 같은 규정들은 보통법의 내용으로 수용되었으며, 일반 해제권이 19세기 말에 형성되기 시작하였으나, 그 당시에는 약정해제권만이 관련되어 있었고 법정해제권은 아직 포함되어 있지 않았다. 해제에 관한 일반규정은 매매목적물에 하자가 있는 경우에 로마법과 보통법에서 인정되었던 매수인의 매매계약 해제 소송(*actio redhibitoria*)이 논의되면서 발전하였고, 독일민법 제1초안에 처음 도입되었다. 우리 민법에 규정되어 있는 해제제도 역시 상당부분 독일의 입법례를 모범으로 하였다는 점을 감안하면, 해제의 성질이나 효과 등을 실질적으로 이해함에 있어서 독일민법의 입법과정에서의 해제권에 관한 논의를 살펴보는 것도 적지 않은 의미가 있을 것이다.

**주제어** : 해제권, 해제규정, 약정해제권, 법정해제권, 드레스덴초안, 부분초안

## 1. 서언

계약의 일방 당사자에게 해제권이 유보되어 있는 경우, 해제권이 행사되면 계약의 상대방은 수령한 급부를 반환해야 하는 의무가 발생하는데, 독일민법은 제346조 이하에서 이에 관하여 규정하고 있다. 따라서 해제는 계약체결 전에 존재하는 법적 상태로 회복시키려는 목표를 갖기 때문에, 아직 이행되지 않고 있는 급부 의무는 소멸하고 이미 이행된 급부는 반환되어야 한다. 그러나 해제에 관한 일반규정은 로마법이나 보통법에서 발견되지 않았고, 계약의 당사자가 일방의 의사표시를 통하여 계약을 폐기할 수 있는 개별적인 경우들만이 로마법에서 인정되고 있었다.

특히 매매에 있어서 계약을 파기할 수 있는 권한을 부여하는 특약(*pacta adiecta*)

이 널리 행해지고 있었는데, 매수인이 매매대금을 적시에 지불하지 않을 때에 계약을 폐기할 수 있는 권한을 매도인에게 부여하는 실권약관(*lex commissoria*), 매도인이 더 나은 조건의 제안을 받은 경우에 그에게 원래의 계약을 폐기할 수 있는 권한이 그에게 보류되어 있는 매매(*in diem addictio*), 매매목적물에 매수인이 만족하지 못하는 경우에 그에게 해약권을 인정해주는 약관(*pactum displicentiae*) 등을 예로 들 수 있다.<sup>1)</sup> 이러한 규정들은 보통법의 내용으로 수용되었으며, 19세기 후반에는 일반 해제권이 생성되기 시작하였다.

그때까지는 약정해제권만이 관련되어 있었고 법정해제권은 아직 포함되어 있지 않았는데<sup>2)</sup>, 독일민법에 영향을 준 일반독일상법전(ADHGB)이 제정되면서 형성권으로서의 계약해제권이 인정되고 이행지체와 정기행위 위반의 경우에 법정해제권이 새로 규정된 것은 일반적 해제권을 발생시키는 본보기로 작용하였다. 그리고 해제의 효과와 관련하여 일반독일상법전은 해제와 손해배상을 분리하여 선택적으로 행사할 수 있도록 하였다.<sup>3)</sup>

해제에 관한 일반규정은 무엇보다 매매목적물에 하자가 있는 경우에 로마법과 보통법에서 인정되었던 매수인의 매매계약 해제소송(*actio redhibitoria*)이 독일민법의 제정을 위한 준비과정<sup>4)</sup>에서 논의되면서 발전하였고, 독일민법 제1초안에 처음 도입되었다. 우리 민법의 해제제도 역시 상당부분 독일의 입법례를 모범으로 규정하였다는 점을 감안하면, 해제의 성질이나 효과 등을 이해함에 있어서 독일민법에서의 해제규정에 대한 논의와 입법과정을 고찰해 보는 것도 의미가 있을 것이다.

1) Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971, § 131 III.

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

3) 최윤석, “계약해제와 귀책사유 -독일민법상의 채무불이행에 기한 법정해제권의 역사적 발전과의 비교-”, 『민사법학』 제74호, 2016. 3, 60-61면.

4) 독일민법의 제정배경과 과정에 대해서는 拙稿, “19세기 독일민법제정의 배경과 과정”, 『한독법학』 제14집, 한독법률학회, 2000. 7, 311면 이하; “독일민법전의 입법배경에 관한 고찰”, 비교사법 제8권 2호, 2001. 12, 839면 이하 참조.

## II. 드레스덴초안의 해제 관련 규정

1865년에 소위 ‘드레스덴초안’(Dresdener Entwurf)이 공표되었고, 그것은 독일 동맹을 위한 일반채무법의 법안으로 발전되었다.<sup>5)</sup> 드레스덴초안도 여전히 해제에 관한 일반규정을 포함하고 있지 않았고, 단지 매매에 있어서 보통법상의 구두약속만을 수용하였다. 약정해제권은 ‘해약을 유보한 계약’(pactum displicentiae)에 상응하여 계약체결시에 해약금(Reuegeld)으로서 무엇인가를 지급했거나 약속한 경우를 규정하였고, 해약금을 약속한 자는 그 해약금을 포기한 후 계약을 해제할 수 있었다(드레스덴초안 제122조). 또한 ‘권리실효의 유보’(제132조), ‘해약의 유보를 포함한 매매’(제457조), ‘더 나은 청약을 유보한 매매’(제468조) 등을 규정한 조문들에도 일종의 약정해제권의 성질을 가진 내용이 기술되어 있다.

드레스덴초안이 해제영역에 있어서 가지는 의미는 법정해제권의 형성을 위한 최초의 단초가 발견됨과 아울러, 해제 이후에 진행될 계약의 청산을 위한 원칙들이 비교적 상세하게 제시되었다는 점에서 찾아 볼 수 있겠다.<sup>6)</sup> 이와 관련하여 드레스덴초안 제167조에 의하면, 매수인은 매수한 물건이 권리하자로 인하여 자신에게서 이탈되었을 경우에 양도인에 대해 손해배상을 청구할 수 있다. 매수한 물건이 권리하자로 인해 부분적으로 이탈되거나 물권적 권리에 의해 침해받는 때에는, 매수인이 권리하자를 인식하였다면 계약을 체결하지 않았을 것으로 인정되는 한, 매수인은 손해배상 대신에 계약의 파기를 요구할 수 있다.

계약이 해소되는 경우에는 수령한 급부 및 수취한 과실을 반환해야 한다(제168조, 제169조). 과실에 의해 물건이 손상된 때에는 손해가 배상되어야 하고, 반대로 매수인은 필요하고 유용한 비용에 대해 배상을 청구할 수 있었다. 매도인은 매매가액을 반환하고 이자를 지불해야 한다. 물건하자의 경우에 수령인이 계약파기로의 권리를 가지는데(제175조), 드레스덴초안은 이러한 물건하자로 인

5) Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse(1866). 그 후 독일동맹이 얼마 되지 않아 해체되었기 때문에, 드레스덴초안은 더 이상 법적 효력을 유지하지는 못했으나 독일민법의 형성에 많은 의미를 갖는다.

6) Vgl. Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, 1975, S. 27 f.

한 계약파기를 위해 권리자에게 적용되는 조문들을 준용함으로써(제182조), 처음으로 해제권을 통일적으로 규정하려고 시도하였다.<sup>7)</sup>

### III. 부분초안의 해제 관련 규정

독일민법을 위한 준비위원회(Vorkommission)의 제안에 따라 개별적으로 만들어져야 하는 민법전의 각 편들을 위하여 부분편집자들이 임명되었고, 그들은 각자의 영역을 위한 채무관계법 부분초안(Teilentwurf)의 작업을 수행하였다. 특히 드레스덴초안의 작업에 주도적으로 참여하였던 *v. Kübel*이 제1차 위원회에서 민법전의 편찬을 담당하게 되었는데<sup>8)</sup>, 이에 따라 드레스덴초안은 *v. Kübel*이 작업하는 제1초안의 모델이 되었고, 그가 편찬 작업을 마무리 하지 못한 상태에서 사망하게 되자 제1초안 중 채권법 분야는 새로운 작업이 진행되지 못하고 드레스덴초안의 내용이 수용되었다.<sup>9)</sup> *v. Kübel*의 채권법분야의 부분초안 역시 여전히 해제권에 관한 일반규정을 인식한 것은 아니지만, 거기에는 제1초안의 토대가 되는 개별 해제규정들이 포함되어 있었다.

#### 1. 계약으로 유보된 해제규정

*v. Kübel*의 부분초안은 법안(Vorlage)<sup>10)</sup> 19의 제4조에서 교부되었거나 약속

7) Park, *Entwicklungslinien des Rechts der Gefahrtragung beim Rücktritt*, Aachen: Shaker, 2000, S. 9; 양병희·박규용, “해제권 및 해제의 위험부담에 관한 규정의 연혁 -독일법을 중심으로-”, *일감법학 제4권*, 건국대학교 법학연구소, 1999. 12, 189면.

8) *v. Kübel*의 채무관계법 부분초안 및 그 초안의 이유서에 대해서는, 전계 최윤석, “계약해제와 귀책사유 -독일민법상의 채무불이행에 기한 법정해제권의 역사적 발전과의 비교-”, 62면 이하 참조.

9) Jakobs/Schubert, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I* (zit.: *Die Beratungen*), 1978, Einführung S. 75; Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 7. Aufl., 1993, S. 153.

10) 부분초안에 포함되어 있는 법안(Vorlage)들에 대해서는 Schubert, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*,

된 해약금에 기인하는 약정의 해제권을 규정하였는데, 이것은 보통법에 들어 있던 매매에서의 특약(*pacta adiecta*)을 수용했던 드레스덴초안을 따른 것이다. 그 외에도 실권의 유보에 근거하고 있는 해제권(법안 19의 제11조), 그리고 해약금의 유보를 포함하는 해제권(법안 32의 제22조 이하) 등이 규정되어 있는데, 이러한 규정들에서 해제 후에 이루어지는 계약의 청산을 위한 규정들이 발견된다.

## 2. 법률로 규율된 해제규정

부분초안은 권리의 일부에 하자가 발생한 경우(법안 20의 제15조)와 매매목적물에 하자가 발생한 경우(법안 20의 제25조)에 법정해제권을 인정하고 있는데, 채무자에게 책임 있는 사유로 급부가 불능하게 된 경우와 쌍무계약에서의 이행지체의 경우에도 채권자에게 법정해제권을 부여하고 있다(법안 22의 제3조, 제28조). 이처럼 *v. Kübel*은 부분초안을 통하여 급부장애에 있어서 법률의 규정에 의한 해제권을 처음으로 도입하였으며, 법안 22의 제3조에 의하면 해제와 손해배상이 병존하였다.<sup>11)</sup> 한편 해약금을 유보한 매매에서의 약정해제권의 규정(법안 32의 제22조)과 쌍무계약에서의 불능 또는 이행지체로 인한 법정해제권의 규정(법안 22의 제6조)에서는 해제의 결과로서 계약의 당사자들이 계약이 체결되지 않은 것처럼 소급하여 권리를 가지고 의무를 부담해야 한다고 제안하였다.

## 3. 해제의 효과

‘해약을 유보한 매매’에서 발생할 수 있는 약정해제의 효과를 포함하고 있는 부분초안의 규정에 따르면, 물건의 양수인은 과실과 함께 그 물건을 양도인에게 반환해야 하고, 책임 있는 사유로 수취하지 못한 과실과 발생한 손해에 대해서

Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2, Besonderer Teil, Berlin/New York, 1980 (zit.: Vorentwürfe Schuldrecht II) 참조.

11) 해제와 손해배상의 병존관계는 제1차위원회 논의에서 일반독일상법전(ADHGB) 제354조, 제355조와 같이 손해배상의 청구 혹은 해제권의 행사라는 양자택일의 선택권으로 제안되어 수용되었다(Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 272; 손명지, “독일 제정민법 성립과정에서의 해제제도”, 「법학논총」 제35권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2018. 6, 268면).

배상해야 하며, 양도인은 물건의 가액을 이자와 함께 반환해야 한다(법안 32의 제25조, 제26조). 이러한 내용은 권리하자에 기인한 법정해제의 효과를 규율하고 있는 조문(법안20의 제16조·제17조)에도 포함되어 있으며, 물건하자에 기인한 법정해제를 규율하고 있는 조문(법안20의 제31조)에서도 이 규정의 적용을 지시하고 있다.

이와 함께 불능으로 인한 법정해제의 경우(법안22의 제6조)와 이행지체로 인한 법정해제의 경우(법안22의 제28조)에도 동일한 해제의 효과를 규정하고 있다. 결과적으로 약정해제의 효과와 법정해제의 효과가 같은 방식으로 규율됨으로써, 해제권에 관한 일반규정이 성립될 수 있는 하나의 계기가 마련된 것으로 평가할 수 있겠다.<sup>12)</sup>

#### IV. 제1차 위원회의 해제권에 관한 논의

##### 1. 약정해제권

일반 해제권의 규정은 무엇보다 독일민법전의 초안작업을 위해 구성된 제1차 위원회에서 논의되었고, 거기에서 하나의 독립적인 법제도로 발전하였다. 특히 위원회는 부분초안에 있었던 것처럼 여전히 해제권의 개별적인 경우들을 논의하였고, 해약금에 있어서 해제와 권리실효의 유보에 대해서 토론하였다. 이러한 논의 과정에서 약정해제권에 관한 일반 조문을 구성한다는 결정에 도달하였고, 그것은 제1초안의 제426조 이하에 포함되었다. 해제의 원칙적인 효과로서 계약이 해제권의 성질과 계약당사자의 추정되는 의사를 고려하여 체결되지 않은 것으로 파악되었다.<sup>13)</sup>

12) 양병화·박규용, 전제 “해제권 및 해제의 위험부담에 관한 규정의 연혁 -독일법을 중심으로-”, 190면.

13) Protokolle der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches (zit.: Protokolle I), S. 601 ff. u. 621 ff.; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 555 ff.

## 2. 법정해제권

채무법의 부분초안 법안20의 제30조에 대한 계속되는 논의에서 하자담보에 따른 해제의 법적 효과에 대해 해제의 새로운 법제도에 관한 토론이 시작되었다. 담보책임으로서 해제의 작용은 약정해제권의 형성에 의존하여 다음과 같이 규정되었다: “당사자들은 계약이 체결되지 않았을 때처럼 서로 권리가 있고 의무가 있다”. 담보해제의 주장은 약정해제에 적합한 것인데, 이는 담보해제의 효과가 매수인의 표시를 통하여 직접 발생하는 것이고 이어지는 법률행위나 판결을 통하여 비로소 발생하는 것이 아님을 의미한다.<sup>14)</sup>

급부의 불능에서의 법정해제권에 관한 법안22 제3조의 논의를 계기로, 위원회는 이러한 경우에 손해배상을 청구하거나 계약을 해제하는 선택권을 채권자에게 부여하기로 결정하였다. 이러한 법정해제권을 위해 계약으로 유보된 해제권과 담보해제에 관한 규정들이 유추적용되는 것으로 설명되었다.<sup>15)</sup> 한편 지체의 경우에 법정해제권에 관한 법안22의 제28조의 논의에서는, 부분적인 불능의 효과로서 규정된 조문들을 지체의 경우를 위해서도 수용하기로 결정하였다.<sup>16)</sup>

마침내 제1차 위원회는 *Kurlbaum*의 제안을 수용하여 쌍무계약에 있어서 채무자에게 책임 있는 불능과 채무자지체에 기인한 법정해제를 제1초안 제369조 1항과 2항에 통일적으로 규율하였고<sup>17)</sup>, 제1초안 제369조 3항은 이러한 법정해제권에 약정해제에 관한 규정들을 적용할 것을 결정하였다. 이로서 제정민법 제327조 1문에 상응하는 약정해제의 규정들로의 지시가 수용되었으나, 제327조 2문에 비교될 수 있는 규정은 아직 받아들여지지 않았다. 게다가 제1초안의 제361조 1항은 채권자에게 정기행위에 있어서 법정해제권을 보장하였다.<sup>18)</sup>

결국 제1차 위원회는 약정해제권과 법정해제권 및 담보책임으로서의 해제권

14) Protokolle I, S. 752 ff.; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 565 ff.

15) Protokolle I, S. 1149; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 272, 278, 281. 그러한 유추 적용은 이미 *Windscheid*에 의해 제안되었으나 위원회에서 논의되지는 못하였고, 그로 인해 약정해제권의 규정들의 법정해제권으로의 확대가 유보된 상태로 머무르게 되었다.

16) Protokolle I, S. 1215 f.; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 304 f.

17) Protokolle I, S. 3260; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 473.

18) Park, Entwicklungslinien des Rechts der Gefahrtragung beim Rücktritt, S. 14.



을 위한 조문들을 통일적으로 규율하고자 하였고, 여기에서의 공통분모는 ‘이전 상태의 회복’(*restitutio in integrum*)이었다. 이 원칙은 해제 이후의 계약의 청산에 관한 규정에 두드러진 영향을 끼쳤고, 기본적으로 계약을 체결하는 자는 해제에 있어서 계약이 체결되지 않았던 경우처럼 서로 권리가 있고 의무를 부담한다(제1초안 제427조).<sup>19)</sup>

## V. 제2차 위원회의 해제권에 관한 논의

1890년 12월 연방참의원에 의해 제2차 위원회가 소집되었다. 제2차 위원회 이전에 제1초안을 논의했던 제국법무부의 준비위원회를 위한 바이에른의 대표 *Jacubezky*는 제1초안 제361조의 정기행위에 관한 토론에서 법정해제의 경우에 해제의 상대방은 부당이득법에 따라서만 책임을 져야 한다고 제안하였는데, 약정해제권으로의 지시에 의하여 부과되는 책임이 너무 엄격하다는 것이다.<sup>20)</sup> 그러나 이 제안은 다수에 의해 거절되었는데, 앞에 제시된 방안이 반대로 해제권자에게는 부당하기 때문이라 하고, 모든 계약당사자는 쌍무계약에서 계약이 이행되기까지는 해제의 가능성을 고려해야 한다고 보았다.

제2차 위원회는 약정해제권에 관한 제1초안 제426조 이하의 조문들을 실제로 제2초안 제298조 이하에 받아들였고, 이 조문들은 독일민법 제정 당시의 제346조 이하와 일치하였다.

### 1. 약정해제권

제2차 위원회는 제1차 위원회에서 강조되었던 ‘이전의 상태로 회복’의 원칙을 수정하였고, 반환책임을 정하는데 있어서 소유자와 점유자 사이의 법률관계

19) Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896(zit.: Motive II), S. 280 f.; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, S. 37 f.

20) Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 448 f.

를 위하여 소유물반환청구권의 소송계속이 발생한 시점부터 유효한 조문들이 책임을 고려함과 아울러 반환되어야 하는 목적물의 사용으로 인하여 유추적용되어야 한다는 *Struckmann*의 제안을 수용하였다.<sup>21)</sup> 이 규정에 따라 매수인은 과실 있는 물건의 멸실에 대해 책임을 지게 된다. 모든 계약당사자는 그가 수령한 물건을 반환해야 하는 의무를 부담할 수 있다는 가능성을 처음부터 고려해야 한다는 것이 위원회의 생각이었고, 그것은 계약의 당사자는 해제의 결과 계약이 체결되지 않았을 경우와 같은 입장에 처할 수도 있기 때문이라 한다. 양당사자는 소유물반환청구권의 소송이 계속되는 중에 다른 사람 물건의 점유자와 비슷한 위치에 놓인다고 보았다. 이러한 태도는 소유자와 점유자 사이의 관계에 유효하게 적용되는 조문들로의 지시를 위한 근거가 되었다.<sup>22)</sup> 이 내용은 제2초안 제298조 3항에 위치하였고, 해제조항과 관련하여 제2초안에 포함된 규정들은 실질적으로 별다른 변경 없이 독일민법 제정 당시 제346조 이하로 편입되었다.

소유물반환청구권에 관한 규정으로의 지시는 결국 제2차 위원회의 법안논의에서 독일민법 제347조로 편입되었다. 그러나 소유자-점유자 관계에 관한 규정으로의 지시에서 본질적으로 약정해제만을 규율하려 했다는 것이 고려되어야 한다. 왜냐하면 법정해제와 담보해제에 있어서 양당사자는 수령한 급부를 다시 반환해야 한다는 점을 고려할 전제가 주어져 있지 않기 때문이다. 이러한 전제는 단지 계약으로 합의된 해제권을 위해서만 유효한 것이고, 거기에서 당사자들은 항상 해제와 청산을 준비해야 한다.<sup>23)</sup>

## 2. 법정해제권

21) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Band I, Berlin 1897 (zit.: Protokolle II, Band 1), S. 788 ff.; Jakobs/Schubert, Die Beratungen, S. 598 ff.; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse (zit.: Materialien, Band 2), Berlin 1899, S. 725 ff.

22) Mugdan, Materialien, Band 2, S. 1240.

23) Park, Entwicklungslinien des Rechts der Gefahrtragung beim Rücktritt, S. 14; 양병희·박규용, 전제 “해제권 및 해제의 위험부담에 관한 규정의 연혁 -독일법을 중심으로-”, 192면.

제2차 위원회는 법정해제를 위한 전제요건들을 제2초안 제276조에서 제279조 사이에 규율하였다. 채무자에게 책임 있는 불능으로 인하여 그리고 채무자 자체의 결과로서 이익상실로 인한 해제권에 대한 제2초안 제276, 제277조의 규정들은 실질적으로 변경 없이 독일민법 제325조, 제326조로 편입되었다. 두 조문에 따른 해제의 결과를 위해 위원회는 제2초안 제279조 1문에 따라 약정해제권을 지시하였다.

더 나아가 제2차 위원회는 법정해제권에 계약에 따른 해제권을 위해 유효한 조문들을 유추적용하는 것에 대한 제1초안 제369조 3항의 논의에서 *Plancks*의 제안을 받아들여기로 결정하였다. 그에 따라 해제의 상대방은 해제가 그에게 책임 없는 사유로 인하여 이루어졌을 경우, 부당이득의 반환에 관한 원칙들에 따라서만 책임을 지게 되는데<sup>24)</sup>, 이것은 독일민법 제정 당시의 제327조 2문에 포함된 규정과 일치한다.

그러나 입법자들은 여전히 약정해제와 법정해제 그리고 물건하자로 인한 해제를 위해 공통적이고 통일적인 규정을 도입하는데 성공하지 못하였다. 이러한 모든 경우들에서 지시를 통하여 독일민법 제정 당시의 제346조 이하의 규정과 제327조, 제467조가 적용되었지만, 거기에 규율된 상황들이 서로 달라서 이 규정들은 모든 경우들을 위해 차이 없이 적용될 수 없었다.<sup>25)</sup>

## VI. 해제권의 배제와 관련한 해제권의 통일화 논의

### 1. 우연한 사정에 의한 물건훼손에 있어서 해제권의 배제에 관한 제안들

해제규정의 형성에 있어서 해제권의 배제와 관련한 또 하나의 중요한 규정은 ‘계약금을 유보한 매매’에 관한 부분초안의 조문들에서 찾을 수 있다. 이것은 제1차 위원회에서 계속 논의되었고, 여기에서 위원회는 마침내 일반 해제권의 형성을 발전시켰다. 권리자가 수령한 목적물을 과실에 의한 또는 우연한 멸실에

24) Mugdan, *Materialien*, Band 2, S. 645 f.; Jakobs/Schubert, *Die Beratungen*, S. 482.

25) Park, *Entwicklungslinien des Rechts der Gefahrtragung beim Rücktritt*, S. 18.

기인하여 반환할 수 없을 경우, 해약금권리는 채무법의 부분초안<sup>26)</sup>(TE-OR) 제24조, 법안32에 따라 행사될 수 없었다. 물건이 과실로 또는 우연히 손상되었을 경우에도 해약금에 관한 권리행사가 허용되지 않았다. 이것은 흥미로운 논쟁을 가져왔는데, 양도된 물건이 우연히 멸실되거나 손상되었을 때에도 여전히 해제권이 허용된다는 것은 양당사자의 의도에 맞지 않다는 것이다. 예컨대 매수인이 물건의 수령으로 인해 자신에게 이전된 위험을 자기 마음대로 다시 매도인에게 되돌릴 수 있다는 것이 매매당사자의 입장에서 적절하지 않다는 것이다. 불분명한 계약규정에 있어서 매수인의 해제권은 오히려 매매물건의 현존하는 손상되지 않은 상태를 전제로 한다고 판단하였다.<sup>27)</sup> 따라서 *v. Kübel*은 양도된 물건이 우연한 사정으로 멸실된 경우에 약정해제권과 하자담보로서의 해제 사이에 분명한 차이를 두었다.

이에 반해 *v. Planck*는 제1차 위원회에서 해약금권리의 규정을 위해 *ZustOR*<sup>28)</sup> 제87조 이하의 하자담보해제 조문들을 적용하자는 제안을 하였는데<sup>29)</sup>, 그는 계약에 의한 해제권과 하자담보책임으로서의 해제 사이의 차이를 두지 않고 두 경우를 통일적으로 규율하기를 원하였다. 그렇게 되면 물건이 우연한 사정으로 멸실된 경우에도 해제가 가능하다는 것이다. 이어서 해제권자가 수령한 물건을 전혀 반환할 수 없다거나 단지 훼손된 상태로만 반환이 가능한 경우에 쌍무계약에서의 위험부담을 위해 유효한 원칙들이 유추적용 되어야 한다는 *Kurlbaum*의 제안도 있었는데<sup>30)</sup>, 이에 따르면 해제는 어떤 경우에도 가능할 것이나, 과실 있는 물건의 멸실에 있어서 매수인은 손해를 배상하여야 한다. 그리고 이 규정은 보통법에 일치하였고, 전체위원회는 해제권의 통일적인 규율을 새로이 논의하였다.

더 나아가 물건의 우연한 멸실에 있어서 유보된 해제권을 허용하자는 제안을

26) Vgl. Teilentwurf zum Obligationenrecht von *Franz Philipp von Kübel*.

27) Schubert, Vorentwürfe Schuldrecht II, S. 61.

28) Zusammenstellung der sachlich beschlossenen Bestimmungen des Obligationenrechts nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches (1882-1884).

29) Protokolle I, S. 1906; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 577.

30) Protokolle I, S. 1907; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 578.

내용으로 담은 새로운 초안도 제출되었다.<sup>31)</sup> 그에 반해 *v. Kübel*은 이미 부분 초안의 작성 당시에 계약으로 유보된 해제에 있어서 해제권자를 그가 계약에 관여되어 있지 않은 것처럼 다룰 필요가 없다는 점을 지적하였었다. 하자담보로 인한 해제와는 반대로 약정해제권에 있어서는 매수인을 특별히 보호할 필요성이 주어지지 않는다는 것이고, 물건이 우연한 사정으로 멸실된 이후에도 해제를 허용하는 것은 당사자들의 의사에 반한다고 보았다.<sup>32)</sup>

## 2. 제1차 위원회의 결정

*Kurlbaum*의 제안은 그에 의해 제시된 규정이 법률의 이해를 약화시킬 뿐만 아니라, 하자담보에서의 해제를 위해 형성된 결론에 변경을 가져오는 영향을 준다는 점에서 위원회에서 다수에 의해 거절되었다.<sup>33)</sup> 결국은 위원회가 *Planck*의 제안을 수용하였고, 그에 따라 *Kurlbaum*의 제의는 물론이고 우연한 사정에 의한 물건의 멸실 후 해제를 허용하지 않고자 했던 *v. Kübel*의 부분초안 규정도 배제되었다. 이에 따라 약정해제권과 하자담보에서의 해제권을 통일시키려는 움직임이 분명해졌다.<sup>34)</sup>

따라서 우연한 사정으로 인한 물건의 멸실에 있어서의 해약금권리의 배제에 관한 법안 32, TE-OR 제24조의 규정은 제1초안에 관철될 수 없었고, 그에 따라 반환되어야 하는 물건의 우연한 멸실에 있어서도 해제권은 그대로 남아 있었다. 결과적으로 제1차 위원회는 약정해제권과 하자담보해제에 있어서 통일적인 법률효과를 가지는 규정으로 결정하였다.<sup>35)</sup> 결국 제1차 위원회는 제1초안 제429조에 약정해제에 있어서 우연한 멸실의 위험부담을 위한 다음의 규정을 두었다: “해제권자가 수령한 목적물이 우연한 사정으로 멸실된 때에도 해제권

31) Vgl. Protokolle I, S. 1912 f.; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 581, § d.

32) Schubert, Vorentwürfe Schuldrecht II, S. 61.

33) Protokolle I, S. 1920; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 585.

34) Protokolle I, S. 1919 ff.; Jabkobs/Schubert, Die Beratungen, S. 585 f.

35) 이 결정은 하자담보소송에서의 위험부담에 대한 보통법의 입장과 일치하는데, 이로써 독일민법 제정 당시 많은 논란을 가져 왔던 제350조의 규정을 위한 기초가 형성되었다(Park, Entwicklungslinien des Rechts der Gefahrtragung beim Rücktritt, S. 27).

은 발생한다”. 이로서 초안은 작센민법 제918조 1문과 드레스덴초안 제183조에 서도 수용하였던 위험분담에 대한 보통법의 원칙을 받아 들였다.<sup>36)</sup> 제1초안 제 430조는 “매수인이 수령한 물건을 그에게 책임 있는 멸실로 인하여 반환할 수 없는 때에 해제권이 배제된다”고 규정하였는데, 이것은 해제권의 배제를 통하여 원래대로의 복귀를 완전히 제외하려는 결정이었다.<sup>37)</sup>

## Ⅶ. 결언

이상에서 살펴 본 것처럼, 해제에 관한 일반규정은 로마법이나 보통법에서 발견되지 않았고, 계약당사자가 의사표시를 통하여 계약을 파기시킬 수 있는 개별적인 경우에서만 인정되고 있었다. 해제권을 인정해 주는 특정한 규정들은 보통법의 내용으로 수용되었고, 19세기 말에는 약정해제권에 한하여 해제권에 관한 일반규정이 생성되기 시작하였다. 매매목적물에 하자가 있는 경우에 로마법과 보통법에서 인정되었던 매수인의 매매계약해제소송이 독일민법의 제정을 위해 논의되면서부터 해제에 관한 일반규정으로 발전하였고, 독일민법 제1초안에 처음 도입되었다.

독일민법에 있어서 해제규정의 발전사(發展史)적인 측면에서 보면, 드레스덴 초안에는 법정해제권의 생성을 위한 계기가 처음 발견되고 해제 후 계약의 청산을 위한 원칙들이 제시되어 있었다. 또한 *v. Kübel*의 부분초안에 들어 있던 해제규정 역시 아직 해제권에 관한 일반규정을 인식하지는 않았으나, 약정해제와 법정해제의 효과를 동일한 방식으로 기술함으로써 해제권에 관한 일반규정이 생성될 수 있는 계기를 마련하였다. 그 후 구성된 제1차 위원회와 제2차 위원회에서는 약정해제권과 법정해제권을 내용적으로 분리하여 논의하였고, 특히 우연한 사정에 의한 물건멸실에 있어서 해제권의 배제에 관한 논의가 위험부담

36) Vgl. Motive II, S. 282; Mugdan, Materialien, Band 2, S. 156.

37) 보통법에 따르면 해제는 책임 있는 물건소멸 후에도 가능하였고 매수인은 물건을 위한 가액을 급부해야 한다는 점에서, 제1초안 제430조는 보통법과 다른 하나의 새로운 규정을 도입한 것이다.

의 문제로서 다양한 견해의 대립을 가져 왔는데, 이를 통해 해제권의 통일화 작업이 가속화될 수 있었다.

우리 민법에 포함되어 있는 해제에 관한 규정 역시 상당부분 독일의 입법례를 모범으로 하였다는 점을 고려한다면, 학설의 다툼이 많았던 해제의 성질이나 효과 등을 심도 있게 이해한다는 측면에서, 독일민법의 제정을 위한 준비과정에서 나타났던 해제규정에 관한 논의와 배경을 고찰해 보고 하나의 참고자료로 활용하는 것도 충분한 의미가 있다고 본다. 한편 1900년 1월 1일부터 시행된 독일민법이 100년이라는 한 세기를 보낸 후 대규모의 개정작업을 거쳐 2002년 이른바 ‘채권법현대화법률’이 제정되었고, 여기에는 해제와 관련한 급부장애법의 개정이 포함되어 있었다.<sup>38)</sup> 거기에서의 논의과정이나 내용 역시 또 다른 관점에서 해제규정을 이해하는데 중요한 자료가 될 수 있는 만큼, 앞으로의 연구에 있어서 하나의 검토과제로 남겨 둔다.

## 참고문헌

- 김형배, “독일채권법현대화법안 -채무불이행의 체계를 중심으로-”, 「저스티스」 제34권 5호, 2001, 10.
- 박규용, “19세기 독일민법제정의 배경과 과정”, 「한독법학」 제14집, 한독법률학회, 2000. 7.
- 박규용, “독일민법전의 입법배경에 관한 고찰”, 「비교사법」 제8권 2호, 2001. 12.
- 박규용, “개정 독일민법에서의 해제에 관한 연구”, 「법학연구」 제12집, 한국법학회, 2003. 6.
- 손명지, “독일 제정민법 성립과정에서의 해제제도”, 「법학논총」 제35권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2018. 6.

38) 독일 ‘채권법현대화법률’에 있어서 해제규정과 관련된 내용에 대해서는 김형배, “독일채권법현대화법안 -채무불이행의 체계를 중심으로-”, 저스티스 제34권 5호, 2001, 10; 안법영, “개정 독일민법의 해제·해지법의 일별 -우리 민법전의 개정시안에 관한 논의에 부쳐서-”, 비교사법 제9권 3호, 2002. 10; 拙稿, “개정 독일민법에서의 해제에 관한 연구”, 법학연구 제12집, 한국법학회, 2003. 6. 참조.

- 안법영, “개정 독일민법의 해제·해지법의 일별 -우리 민법전의 개정시안에 관한 논의에 부쳐서-”, 「비교사법」 제9권 3호, 2002. 10.
- 양병희·박규용, “해제권 및 해제시의 위험부담에 관한 규정의 연혁 -독일법을 중심으로-”, 「일감법학」 제4권, 건국대학교 법학연구소, 1999. 12.
- 최윤석, “계약해제와 귀책사유 -독일민법상의 채무불이행에 기한 법정해제권의 역사적 발전과의 비교-”, 「민사법학」 제74호, 2016. 3.

- Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I (zit.: Die Beratungen), 1978
- Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971
- Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, 1975
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896 (zit.: Motive II)
- Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse (zit.: Materialien, Band 2), Berlin 1899
- Park, Entwicklungslinien des Rechts der Gefahrtragung beim Rücktritt, Aachen: Shaker, 2000
- Protokolle der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches (zit.: Protokolle I)
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Band I, Berlin 1897 (zit.: Protokolle II, Band 1)
- Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Aufl., 1993
- Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung



des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2, Besonderer Teil, Berlin/New York, 1980 (zit.: Vorentwürfe Schuldrecht II)

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

Zusammenstellung der sachlich beschlossenen Bestimmungen des Obligationenrechts nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches (1882–1884).

[Abstract]

## The formative history of the release provisions in Germany

Park, Kyu-Yong

*Professor, Jeju National University Law School*

In the event of the exercise of a release right reserved for one party to the contract, both parties to the contract must return the benefit received. The German Civil Code sets forth this provision under Article 346. There have been widespread rumors that give the seller the power to destroy contracts. The provisions related to this were accepted as the contents of ordinary law, and the right of release was started to be created at the end of the 19th century.

The opportunity to form a statutory right of dismissal was first found in the draft of Dresden, where principles for liquidation of the contract were presented. The release provisions contained in the Partial draft did not yet recognize the general provisions on release rights. However, by describing

the effects of the release provisions in the same way, the General Regulations on the right of dismissal were created. The first and second committees, which were formed after that, discussed the contents of the right to dismiss and the right to dismiss the court separately.

Considering that the contents of the liberalization prescribed in the Civil Code were set as an example of the legislation of Germany, it is necessary to discuss the dismissal regulations and the legislative process in the German Civil Law in order to understand the nature and effects of the release. It will also make sense to see.

**Key words** : release right, release provision, draft of Dresden, contract, legislation of Germany