

獨逸民法上の 錯誤와 瑕疵擔保責任과의 關係에 관한 研究

윤 석 춘*

I. 序說

1. 問題의 所在

우리 民法의 規定上, “賣買目的物의 瑕疵로 인하여 契約의 目的을 達成할 수 없는 경우” (민법 580조1항, 575조1항)와, “法律行爲의 重要한 部分에 錯誤가 있는 때” (민법 109조1항)와는 어느 程度 重複되는 部分이 存在한다는 點을 否定할 수 없는 바, 그렇다면 瑕疵擔保責任에 관한 580조1항·575조1항과 錯誤에 관한 109조1항과는 어떠한 關係에 있다고 하여야만 할 것인가. 다시 말해, 賣買의 目的物에 重大한 결함이 存在하는 경우, 買受人이 賣渡人의 責任을 追궁하기 위해서는 錯誤와 瑕疵擔保制度를 利用하는 것을 생각할 수 있으며, 그렇다면 兩制度의 關係를 어떻게 파악하여야만 할 것인가. 이에 관하여 우리 나라의 通說은 後者가 前者의 特別規定임을 根據로 109조 1항의 適用을 排除하고 瑕疵擔保責任에 관한 規定만이 適用된다고 함이 일반적이다¹⁾. 이 問題

* 영남대학교 강사, 법학박사

1) 우리 나라의 學說 가운데에서 兩者의 競合論者로는, ①김주수, 민법총칙 [제4판] (1996, 삼영사), 369面, ②김상용, 민법총칙 [전정판] (1998, 박영사), 504面을 들 수 있다.

에 관한 우리 민법학계의 태도는 애초부터 論할 實益조차 없는 것으로 받아들이고 있다는 印象을 지울 수 없는 것이다.

그런데 이와 類似한 현상은 독일에서도 볼 수 있으며, 通說·判例가 일치하여 瑕疵擔保責任優先說을 취하고 있다. 그렇지만 나로서는 이처럼 自明하다고 할 수 있을까, 라는 疑問을 拂拭할 수 없는 것이다. 또한, 우리의 大法院이 兩者의 關係에 관한 判斷을 아직 내리지 않았다고 斷言할 수 있는가 하는 點도 疑問이다. 이러한 狀況下에서 최근의 독일에서의 논의를 지켜 보면서, 이와 같은 疑問들에 대하여 어느 정도 解答을 提示할 必要性을 절감하게 된 것이다. 이에 本稿에서는, 우리 나라와 獨逸의 關聯法規에 관한 差異點을 간략히 검토한 後, 이어서 本論에서는, 이에 관한 國內의 研究實績이 거의 全無한 點을 감안하여 독일의 理論狀況, 다시 말해, 독일민법의 制定過程上의 論議(Ⅱ)와 判例(Ⅲ), 그리고 解釋理論(Ⅳ)의 상세한 분석을 통하여, 우리 學說이 제시하는 瑕疵擔保責任優先說이 과연 타당하다고 할 것인가라는 點을 檢證하기로 한다.

물론, 兩者의 競合문제보다 치밀하게 고찰하기 위해서는, 兩제도에 관한 독일의 研究實績에 관한 충분한 검토가 선행되어야 할 것이지만, 이에 관해서는 후일을 기약하기로 하고, 本稿에서는 競合問題에 限定하여 고찰하였음을 밝혀 둔다.

2. 兩國의 法規定上의 差異

먼저 錯誤에 관하여, 우리 民法은 “法律行爲의 內容의 重要な 部分”에 錯誤가 있는 때에는 取消할 수 있다(민법 109조1항)라고 한 데 對하여, 獨逸民法은 “法律行爲의 內容”에 錯誤가 있으면 取消할 수 있다고 한 後에(독일민법 119조1항), 目的物의 性狀의 錯誤에 대해서는, 그것이 去來上 本質인 것이라고 여겨지는 경우에는 法律行爲의 內容의 錯誤로서 擬制하고 있다(독일민법 119조2항). 瑕疵擔保責任과의 競合이 問題되는 錯誤類型이 性狀의 錯誤이며, 우리 나라와 독일 兩國間에는 民法의 明文規定上 그 取扱을 달리하고 있는 것이다. 그리고, 바로 이 點이 우리 民法의 錯誤의 構造에 관한 論爭을 첨예화시

키는 주된 원인이라고 할 수 있다. 나아가, 우리民法이 “그錯誤가表意者の重大한過失로 인한 때에는取消하지 못한다”라고 한 데反하여(민법 109조1항 후단), 독일민법에는 이에相當하는規定이 없으며, 오히려瑕疵擔保責任에 관한規定에 이와類似한內容을 두고 있다(독일민법 460조 2文).

또한,物件의瑕疵擔保制度에 관해서도 우리民法上の規定(580조와 581조)과 독일민법상의規定(459조 이하)間에도差異가 있으며, 이에 관해서도,獨逸民法이 비교적 상세하게 그內容을規定하고 있는데對하여, 우리民法은 “制限物權이 있는 경우와 매도인의擔保責任”의規定(575조)을準用하도록 하고 있으며,責任의具體的인內容은 역시解釋에 맡기고 있다고 할 수 있다.

나아가,時效 또는除斥期間에 관해서도, 우리民法上の錯誤에基한取消權은 “追認할 수 있는 날로부터 3年內에,法律行爲를 한 날로부터 10年內에行使”되어야 하는 데對하여(146조),독일의 그것은 “의사표시를 한 때로부터 30년이 경과하면 이를取消할 수 없다”(121조2항)라고 하여實際上으로는取消보다는無效에 가까운 것으로規定하고 있다. 그리고,物件의瑕疵擔保制度에 관해서도 우리民法이 “買受人이 그事實을 안 날로부터 6月內에行使”되어야 하는 것으로規定하는 데對하여,독일의 경우에는 “動産의 경우에는交付時로부터 6월,不動産의 경우에는引渡時로부터 1年이 경과함으로써時效로消滅한다.消滅時效期間은契約의 의하여 연장될 수 있다”(477조1항)라고規定하고 있는 것이다.

II. 獨逸民法典(BGB)의 制定過程

1. 머리말

독일에서는 프로이센一般란트法(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten)時代에 이미錯誤와瑕疵擔保責任에 관한法制度가存在하였다. 즉,

錯誤에 관해서는 第1編第4章의 第75條以下에서, 그리고 瑕疵擔保責任에 관해서는 第1編第5章의 317條以下에서 각각 規定을 두고 있었던 것이다. 329條는 一般的으로 想定할 수 있는 性狀의 瑕疵를 規定하고 있었으나, 法律效果에 대해서는 錯誤의 規定인 81條와 82條를 準用하고 있었다. 따라서, 目的物에 통상 想定되는 性狀이 缺如되고 있으며, 그리고 그에 관하여 重大하게 看過한 점이 없는 限, 그 意思表示는 無效가 되게 된다. 그 外에, 兩制度의 關係를 規律하는 條文은 전혀 存在하지 않는다²⁾. 후술하는 바와 같이, 兩制度에 관한 效果의 差異, 그 중에서도 특히 消滅時效期間의 差異가 兩制度間의 競合問題를 發生시키는 主된 要因이라는 점을 감안한다면, 當時에는 兩制度의 競合問題를 論할 實益이 전혀 없었다고 할 수 있다.

2. 獨逸民法典 制定過程上の 論議

독일민법典(BGB) 第一草案에는 性狀의 錯誤에 관한 規定을 두지 않았다. 性狀의 錯誤는 動機의 錯誤에 불과하며, 따라서 意思是 欠缺된 것이 아니라는 理由에서, 意思表示無效라고 하는 法律效果의 要件으로 보지 않은 것이다 (즉, 意思의 實現을 排除하지 않은 것이다)³⁾. 이에 관해서는 一般的으로 다음과 같이 說明된다. 즉, 動機의 錯誤에 관한 論議의 前提로서, 錯誤에 관해서는 一般的으로 本質的인 錯誤와 非本質的인 錯誤로 區別할 수 있을 것이며, 나아가 法的安定性을 위해서는 錯誤가 特定の 事例에 限해서만 考慮되어야 하는 것이며, 動機의 錯誤가 本質的인 錯誤로부터 排除됨으로서 그것은 達成될 수 있게 되는 것이다. 그러나, 무엇이 本質的이며 무엇이 非本質的인가를 決定하는 固有의 尺度를 찾아 내는 것은 어렵다. 한편으로 그와 같은 主觀的 要素를 導入하는 것은 法官으로 하여금 決定規範性을 망각케 하여 恣意를 초래케 할 수 있다. 그러므로 本質的인 錯誤는 要素 및 그 外에 特別히 열거할 수 있는 要素에 관한

2) Gabriela Bacher: Irrtumsanfechtung, vertragswidrige Leistung und Sachmängelgewährleistung beim Kauf, 1996, S.161.

3) Motive I S. 199.

不尙致에 制限해야만 한다⁴⁾. 動機의 錯誤를 考慮하는 것과 같은 規定을 承認하는 것은, 充分한 根據가 없으며, 다툼의 原因이다. 그 뿐만 아니라, 物件의 性狀에 關하여 錯誤者를 保護할 必要가 현실적으로 存在한다면, 그를 도울 다른 法的救濟手段을 미리 마련하고 있으면 充分하다. 卽, 讓渡된 物件의 缺陷에 基한 瑕疵擔保責任에 關한 規定(草案 381條以下)이 重要하며, 나아가 詐欺에 基한 取消에 關한 規定(草案 103條, 703條, 704條)이라든가 默示의 條件의 效力에 關한 規定(草案 137條參照) 등이 意味가 있다⁵⁾. 다시 말해, 性狀의 錯誤에 基한 取消의 可能性은, 瑕疵擔保責任의 權利가 豫定되어 있으므로, 不必要한 것으로 간주된 것이다⁶⁾. 한편으로, 瑕疵擔保請求權이 短期消滅時效에 걸리는 根據에 대해서는, 長期間 經過 後에 質的 缺陷을 確認하거나 確定한다는 것은 어려운 일이며, 그리고 그와 같은 缺陷에 대하여 소급시키는 것을 許容한다면 去來의 安全을 해칠 수 있다, 라고 하는 點을 들었다⁷⁾. 그런데, 이에 繼續하여 BGB의 起草第二委員會에서는, 瑕疵擔保請求權과 함께 性狀의 錯誤를 導入하였다. 議事錄에 의하면⁸⁾, 物件의 性狀에 關한 錯誤에 關해서, 그와 같은 錯誤는 動機上의 단순한 錯誤로서 언제나 考慮하지 않는다는 草案의 立場은, 去來의 安全·公正 및 一連의 現代의 法發展에 調和로운 것이 되지 못한다, 라고 하는 趣旨說明이 행해지고 있다. 그리고, 覺書에는 다음과 같은 설명을 열볼 수 있다. “草案에 따르면, 意思表示의 內容에 關한 錯誤만이 考慮되어야만 한다는 것이 되나, 錯誤가 具體的으로 意思表示의 內容에 속한다고 할 수 있는가의 與否의 問題는, 여전히 一般的인 解釋에 맡겨져 있다. 그렇지만 草案은, 疑問을 拂拭시키기 위하여, 物件의 性狀에 關한 錯誤는, 그것이 去來上 重要的 것으로

4) Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs/herg. von Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert, Bd. I. Allgemeiner Teil., 1985, S.591 f.

5) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I. Allgemeiner Teil., 1986, S.199.

6) Bacher, a.a.O., S.161.

7) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S.238.

8) S.Mugdan: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd I. Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil., 1899. Protokolle, S.720.

간주되는 경우에는, 意思表示의 內容에 관한 錯誤로 看做한다, 라고 하는 것을 특히 밝히고 있다. 그리고 그와 같은 錯誤를 考慮하는 것은 最近의 法發展에 一致한다” 9). 요컨대, 第一草案에 나타난 嚴格한 古典的 意思主義로부터 解放되어, 物件의 性狀에 관한 錯誤도 意思表示의 效力에 影響을 미치는 要件으로 하고, 나아가 錯誤의 效果를 “無效”가 아닌 “取消할 수 있는 有效”로 改正한 것이다.

그런데, 民法典의 起草者가 兩規定의 關係를 어떻게 생각하고 있었는가에 관해서는, 議事錄 뿐만 아니라 覺書를 통해서도 이것 以上の 說明은 不可能하다. 다시 말해, 兩制度가 存在한다고 하는 것만으로서, 民法典의 起草者가 瑕疵擔保責任의 規定과 함께 錯誤에 基한 取消權의 自由로운 競合을 認定할 意圖였다고 推論할 수도 없는 것이며, 結局, 그 適用範圍의 限界 및 決定은 學說 및 判例에 맡겨진 상태이다¹⁰⁾, 라고 할 수 있을 것이다.

3. 債務法改訂草案에서 나타난 競合問題

1991年 12월에 債務法改訂委員會에 의한 最終報告書(Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992)가 公表되었다¹¹⁾.

9) S.Mugdan, a.a.O. Denkschrift, S.833.

10) Bacher, a.a.O., S.162.

11) 獨逸聯邦司法府는, 독일민법 가운데 消滅時效法과 債務法總論을 改訂할 目的으로, 債務法改訂委員會에 의한 最終報告書를 公表하였으며, 이는 UN統一賣買法의 批准과 密接한 關係가 있다. 독일은 UN統一賣買法을 批准함과 동시에, 聯邦司法府의 債務法改訂委員會를 통하여 판데텐法學의 偉大한 成果인 現行의 契約法을 部分的이나 마 脫皮하려고 한 것이다. 다시 말해, 批准된 UN統一賣買法이 傳統의인 독일契約法體系와 상당히 다른 것이므로, 結局 獨逸에서는 두 가지의 契約法體系가 存在하게 되었으나, 國際化의 進展에 따라 國際去來와 國內去來를 엄격히 區別한다는 것도 現實의으로 不可能하므로, 原理가 다른 두 가지의 契約法秩序를 存置시킬 수 없다 라고 認識하게 된 것이다. 債務法改訂委員會에 의한 最終報告書도 이 點을 충분히 감안하여 公表하였다고 할 수 있다. 法의 統一과 獨逸債務法改訂草案에 대해서는, Peter Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP, 2/1993, S. 1ff.

이 債務法改訂草案이 民法典에 導入된다면 物件의 瑕疵擔保責任과 性狀의 錯誤에 基한 取消와의 關係도 새로운 局面을 맞을 可能性이 있다. 그러나, 위 報告書에는 錯誤의 適用을 排除하는 明文規定을 두고 있지 않으므로, 이 問題는 지금까지와 마찬가지로 法官의 判斷에 맡겨지게 된다고 할 수 있다¹²⁾.

뿐만 아니라, 改訂草案은 435條1項에서 瑕疵擔保責任에 관한 規定을 두고 있으나 從來의 判例·通說의 見解를 條文化한 것에 불과하며, 性狀의 錯誤와의 競合을 새로이 생각하게 하는 契機를 마련하고 있지도 않다. 다만 改訂草案434條는 「賣渡人은 買受人에게 物件 및 權利의 瑕疵가 없는 것을 調達하지 않으면 안 된다」라고 하여, 瑕疵擔保責任을 契約責任으로서 規定하고 있다. 또한 瑕疵擔保責任優先說의 實質的인 根據인 時效期間에 對해서는, 그 對象이 動産인 경우에는 3年(改訂草案195條1項), 不動産인 경우에는 10年(改訂草案195條5項)으로 하여, 다른 契約上の 請求權과 步調를 맞추고 있다. 더욱이 起算點은 物件의 引渡時로 하였다(改訂草案196條4項). 結局, 現行法 보다는 瑕疵擔保責任에 基한 權利의 行使期間이 長期化되었으므로, 買受人에게 錯誤取消의 主張을 認定할 實益도 그 만큼 減少되었다고 보아야 할 것이다.

또한 上記報告書는, 兩者의 競合關係는 提案된 新規則에 의해 變更되지 않는다는 點을 明示하고, 나아가 錯誤取消가 排除되는 것은 危險移轉이 된 後에야 비로소 排除된다고 할 수 있는가의 與否의 問題는, 判例에 맡겨진 狀態이다, 라고 한다¹³⁾. 한편, 후버 教授는 鑑定意見書에서¹⁴⁾, 瑕疵擔保責任은 錯誤取消의 特別法이며, 따라서 物件의 性狀에 관한 錯誤가 瑕疵擔保責任과 競合하는 경우는, 買受人은 性狀의 錯誤에 基하여 取消할 수 없다. 다만 이 問題는 여전히 다툼이 있으며, 나아가 危險移轉前에 錯誤取消을 認定할 것인가의 與否에 대해서는 엇갈리고 있다. 改正草案은 그와 같은 다툼이 있는 問題와 엇갈림을 除去하

12) Karin Flesch : Mängelhaftung und Beschaffenheitsirrtum beim Kauf, 1994. S.37.

13) Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts/herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, 1992. S.197.

14) Ulrich Huber, Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts. Bd I. /herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, 1981. S.880 f.

기 위한 意圖이며, 瑕疵擔保請求權과 함께 錯誤取消을 認定할 法政策上的 必要성은 認定되지 않는다. 缺陷이 危險移轉前에 發見된 경우, 買受人은 瑕疵擔保請求權을 行使할 수 있는 것이며, 取消은 不必要한 것이다, 라고 한다.

4. 小結

民法典의 制定經過를 살펴 보면, 第一草案에는 처음부터 動機의 錯誤가 排除되고 있었기 때문에, 瑕疵擔保責任과의 競合은 問題가 되지 않았다. 그리고 그 後의 第二委員會가, 去來上 本質의인 性狀의 錯誤를 意思表示의 錯誤와 同視하여, 錯誤取消을 認定함으로써 비로소 競合問題가 생기게 된 것이다. 그러나, 民法制定過程上에는 이 問題에 관한 充分한 說明이 행해지지 않았으며, 判例·學說에 그 解決을 맡기고 있다.

그 後의 債務法改訂委員會의 報告書는, 改訂草案에서 競合問題에 관한 明文의 規定을 두고 있지 않으므로, 瑕疵擔保責任이 錯誤取消을 排除한다고 하는 從來의 判例·通說의 立場을 變更케 하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 다만, 瑕疵擔保請求權에 관한 規定은 大幅의으로 變更되었으며, 買受人의 利益이 現行法에 比하여 두텁게 保護되고 있다는 것을 留意할 必要가 있다. 예컨대, 前述한 바와 같이 買受人의 權利行使期間이 延長되었다는 것 외에도, 改訂草案 422條1項에 의하여 買受人의 瑕疵擔保請求權이 排除되는 것은 惡意의 경우에 限定되며, 善意·重過失의 경우에는 權利의 行使가 可能하게 된 것이다¹⁵⁾. 즉, 改訂草案422條1項에 의하여 權利者의 權利行使의 主觀的 要件이 統一되게 된 것이다. 이와 같이 改訂草案은, 瑕疵擔保責任의 規定을 강화함으로써 買受人이 錯誤取消을 主張할 必要性을 적게 하고, 나아가 瑕疵擔保責任의 規定에 의해 錯誤取消가 排除된다고 하더라도 妥當한 結論을 얻을 수 있다고 보아, 이를 통하여 競合問題를 解決하려고 한 것이다, 라고 評價할 수 있을 것이다¹⁶⁾.

끝으로 改訂草案에 의하여 影響을 받을 問題로서, 瑕疵擔保責任이 錯誤取消

15) Abschlußbericht, S.226.

16) Bacher, a.a.O., S.196.

를 排除하는 時期에 관한 것을 들 수 있다. 聯邦大法院은, III.2 (2) 共有土地賣買事件判決에서 자세히 論議하는 바와 같이 瑕疵擔保請求權이 成立하는 것은 危險이 移轉한 때이므로(독일민법459조), 危險이 移轉하기 前에는 錯誤取消가 排除되는 것은 아니다, 라고 한다. 그런데 改訂草案에는, 缺陷이 危險移轉의 時點에 나타나지 않으면 아니된다, 라고 하는 것을 意味하는 規定은 存在하지 않으며, 오히려 瑕疵없는 物件을 提供할 義務가 契約締結時부터 發生한다고 하는 規定(改訂草案434條)을 두고 있다. 독일民法446條에 따르면, 危險이 移轉하는 것은 賣却된 物件의 引渡, 不動産의 경우는 引渡를 前提로 하여 買受人이 所有者로서 登記된 때이나, 改訂草案에 따르면, 買受人의 이러한 權利는 이들 時點에 의하여 左右되지 않게 되는 것이다. 그러므로, 改訂草案에는 危險移轉前과 後의 法律狀態의 區別을 正當化할 수 있는 法的 根據가 이미 存在하지 않는 것이다¹⁷⁾. 結局, 從來의 判例의 論理를 그대로 改訂草案에 適用시키면, 瑕疵擔保請求權은 契約成立時에 發生하고, 錯誤取消은 처음부터 排除되는 것이 된다.

III. 독일의 判例

1. 머리말

독일民法典이 施行된 후 얼마 지나지 않아 帝國法院(Reichsgericht)은 物件의 瑕疵擔保責任과 錯誤取消과의 關係에 관하여 판단을 내릴 必要性에 직면하게 되었으며, 그 契機가 된 것이 바로 住宅賣却事件判決(1905年7月1日 判決)이다. 이 事件에서 내린 帝國法院의 判斷은, 그 後의 帝國法院判例¹⁸⁾에 그대로 계승되고, 오늘날의 聯邦大法院(Bundesgerichtshof)에 의해서도 끊임없이 引用되고 있다. 뿐만 아니라, 同判決에는 判例의 理由에 대한 것도 거의 集約되어

17) Bacher, a.a.O., S.197.

18) RGZ 97,351 ; 135,339 ; 138,345.

있다고 할 수 있다. 以下에서는, 먼저 리딩 케이스라고 할 수 있는 同判決 및 그 후에 聯邦大法院에 의해 내려진 일련의 諸判決의 全文을 검토한 후, 判例에 나타난 이론상의 도달점을 제시하기로 한다.

2. 判例의 展開

(1) 住宅賣却事件¹⁹⁾

契約當事者は 建物이 아직 完成되지 않은 狀態였던 1899年9月30日에 建物の 賣買契約을 締結하였으나, 매매계약서는 建物이 完成된 後인 1900年3月26日에 公證人을 통하여 作成하였다. 그런데, 1900年4月2日에 買受人은 建物を 引渡받았으나, 1902年10月9日에 당해건물의 일부분이 습기로 인하여 썩고 있다는 것이 判明되었다. 이에, 買受人(原告)은 詐欺 또는 錯誤에 基한 賣買契約의 取消, 그리고 解除를 동시에 請求하였다.

第一審은 買受人의 提訴를 棄却하였다. 즉, 錯誤取消가 認定된다고 할 수 있으나, 그것이 認定되는 것은 독일민법477조가 규정하고 있는 해제청구권의 期間內에 行使될 것을 要한다. 그러나, 이 期間이 이미 지났으므로, 取消도 解除의 可能性도 이미 存在하지 않는다, 라고 判示하였다.

原告는 抗訴하였다. 抗訴法院은 原告의 錯誤에 基한 取消에는 理由가 있다고 하며 原判決을 破棄하고, 錯誤取消가 消滅時效에 基하여 消滅할 때까지 그 主張은 許容된다, 라고 判示하였다.

이에 對하여, 被告가 上告하였으며, 帝國法院은 抗訴審判決을 破棄하였다. 먼저, 帝國法院은 賣渡人이 독일민법459條에 따라 買受人에 對하여 責任을 負야만 하는 賣買目的物의 瑕疵를 認定하였다. 이어서, 썩지 않을 것이 目的物의 性狀인 限, 독일민법119條 2項에 따라 錯誤에 基한 賣買契約의 取消與否에 對하여 判斷하면 充分하다고 할 것이나, 本件에서와 같이 兩制度의 法律要件이 同時에 充足되는 경우에는, 瑕疵擔保責任의 規定이 우선한다. 왜냐하면, 瑕疵擔保責任의 規定이 賣買行爲에 對하여 認定된 特別規定이며, 나아가 總則의 規定보

19) RGZ 61,171.

다 優先하기 때문이다. 立法者가 兩制度를 양립시키려는 意圖는 엿볼 수 없다, 라고 判斷하였다.

나아가 帝國法院은 上記判斷의 實質的인 理由로서, 法律行爲上の 去來에서 主要한 役割을 차지하는 賣買行爲를 짧은 期間內에 圓滑히 處理하기 위하여, 法律은 解除請求權에 대하여 短期消滅時效의 適用을 받게 하였다, 라는 것을 든다. 만일 이에 反하여 解除請求權과 함께 錯誤에 의한 取消도 認定한다면, 民法典이 去來의 安全을 保護하기 위하여 慎重하게 둔 모든 規定이 소용없게 되며, 특히 履行된 物件의 返還이, 瑕疵擔保責任에 基한 解除가 認定되지 않게 된 後에도, 다시금 29年間 認定되는 結果가 초래된다는 것이다²⁰⁾.

瑕疵擔保責任과 함께 錯誤取消가 認定된다고 한다면, 賣渡人이 이러한 不安定한 狀態를 모든 時效期間이 經過하기 前에 除去하기 위해서는, 確認의 訴에 의하지 않으면 아니되게 되나, 이것이 去來의 要請에 合致되지 않음은 물론이다. 또한, 第一審이 判斷하는 바와 같이 독일민법477條를 錯誤取消의 消滅時效期間에 轉用하는 것은 法律의 文言에 反한다²¹⁾. 아문튼, 帝國法院은 瑕疵擔保請求權이 錯誤에 基한 取消權 보다 短期消滅時效의 適用을 받게 된다는 理由로, 瑕疵擔保責任의 規定이 錯誤取消에 대한 特別規定이라고 判斷한 것이다.

(2) 共有土地賣却事件(1960年12月14日 判決)²²⁾

聯邦大法院이 判決理由 가운데에서 錯誤와 瑕疵擔保責任의 競合問題에 관한 判斷을 처음으로 내린 것은 公同土地매각사건판결에서였다²³⁾. 以下, 本事件의 概要 및 判決의 要旨를 검토하기로 한다.

原告는 1957年11月27日에 公正人에 의한 證書로 土地를 被告에게 매각하는 契約을 체결하였으나, 당시의 당해토지는 原告와 그의 妻가 각각 2분의 1의

20) Johannes Wasmuth, Wider das Dogma vom Vorrang der Sachmängelhaftung gegenüber der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrthums. in : FS für Henning Piper, 1996, S.1083 f.

21) Bacher, a.a.O., S.164.

22) BGHZ 34, 32., NJW 1961, 772., WM 1961, 309.

23) 聯邦大法院이 傍論에서 兩者의 關係에 對하여 최초로 언급한 것은, 超音波裝置事件 (1954年12月18日)에서였다 (BGHZ 16, 54).

비율로 공유하고 있는 상태였다. 1957년12월13일에 원고와 그의 妻는 당해토지를 원고의 단독소유로 한다는 취지의 합의를 하고, 共有持分權의 讓渡에 관한 토지등기부상의 등기는 1958년1월7일에 완료하였다. 그런데, 被告는 1957년12월13日字의 문서로, 매각된 토지가 이미 계획된 우회도로의 길목에 위치한다는 것을 이유로 解除의 請求를 하고, 나아가 1957년12월23日字의 문서로, 상기의 이유를 들어 詐欺에 基한 賣買契約의 取消, 및 原告가 토지의 공유자였던 것을 감안한다면 양도에 관한 모든 意思表示는 모순된다, 라고 主張하였다.

原審은 매매대금의 일부지불에 관한 原告의 請求를 인정한 바, 피고는 上告하였으며, 결국 原審은 破棄還送되게 되었다.

본판결에서 聯邦大法院은, 그 출발점으로서 上記 (1)사건(주택매각사건)을 引用한 후, 독일민법459조以下の 規定은 特別規定으로서 독일민법 119조2항의 適用을 排除한다는 것을 확인하였으며, 그 理由로서 (1)사건판결과 마찬가지로 時效期間이 短期인 점을 들었다. 그리고, 判例가 妥當한 範圍에 대해서, 독일민법459조이하의 특별규정에 따라 物件의 하자를 이유로 한 瑕疵擔保責任이 買受人을 보호하는 경우, 즉 瑕疵擔保請求權이 이미 성립하고 있는 경우에 한하여 認定된다는 것을 확인하였다.

물론 以上에서 언급한 것들은 從來의 判例의 태도를 답습한 것에 지나지 않지만, 本判決에서 주목되는 것은 다음 사항을 밝히고 있다는 점이다. 먼저, 독일민법459조에 따르면 매수인에게 危險이 移轉한 때 비로소 買受人에게 瑕疵擔保請求權이 귀속하게 되며, 나아가 구체적으로 危險이 移轉하는 것은 독일민법446조에 따라 賣買物件이 引渡된 때, 不動產인 경우에는 引渡를 전제로 하여 買受人이 所有者로서 登記된 때이다. 따라서, 危險이 移轉되기 前에는 瑕疵擔保請求權은 아직 성립하지 않는 것이므로, 錯誤取消의 적용에 대하여 아무런 장애물도 없다고 주장하는 見解는 正當하다, 라고 한다. 그리고, 本件에 대한 구체적인 판단에 즈음하여 위의 見解에 대한 例外에 대하여 언급한다. 즉, 물건의 결함을 수리할 수 없다던가 보증된 물건의 성질을 도저히 조달할 수 없는 경우, 혹은 매도인이 수리 혹은 조달을 중국적으로 거부하고 있는 경우에는, 買受人에게 危險이 移轉되기 전에도 매수인은 예외적으로 瑕疵擔保請求權을 행사

할 수 있다. 다만, 이러한 경우에는 錯誤取消을 排除시켜야만 하는가의 여부가 문제되나, 性狀의 錯誤에 기한 取消은 여전히 허용된다, 라고 한 것이다.

그리고, 以上の 判斷에 대한 根據로서, 買受人이 例外的으로 危險移轉前에 瑕疵擔保請求權을 행사할 수 있는 것은, 信義誠實의 原則에 基하여 부여된 特典이라는 점을 든다. 즉, 買受人이 危險移轉前에 하자담보청구권을 취득하였다고 하여 錯誤取消을 잃는다고 한다면, 이미 특전이라 할 수 없게 된다, 라는 것이다. 또한, 買受人에게 危險移轉前에 取消權을 부여하는 것이, 실질적인 측면을 고려할 때에도 타당하다. 즉, 결함이 수리가능한가의 여부가 확정되지 않으면, 危險이 移轉되기 전의 어느 시점에 取消權이 배제되어야만 하는 것인가를 알 수 없는 사태에 빠지게 된다, 라고 한다. 나아가, 買受人에게 危險이 移轉되기 前의 取消權을 배제하지 않는다고 하더라도, 만일 買受人이 危險移轉前까지 그 取消權을 행사하지 않으면 장래에 대해서는 그것을 잃게 되기 때문에, 賣渡人이 保護받아야만 할 利益, 특히 매매행위의 조기의 청산처리에 관한 이익이 손상되는 것도 아니다, 라고 한다²⁴⁾.

(3) 宅地賣買事件(1962년1월26일 判決)²⁵⁾

聯邦大法院은 本事件判決에서, 瑕疵擔保責任이 免責條項에 의하여 排除되는 경우에 錯誤取消은 어떠한 영향을 받게 되는가에 관한 최초의 判斷을 내렸다. 이하, 본사건의 개요 및 판결의 요지에 관하여 검토하기로 한다.

1958년에 被告는 原告(베를린市)가 소유하는 택지를 매수하는 것을 내용으로 하는 賣買契約를 체결하였다. 이에 대하여는 베를린市參事會의 贊成을 필요로 하였다. 賣買契約에 따르면, 토지는 있는 그대로 引渡하며 건물상태에 대해서는 보증하지 않는다는 것, 매매대금은 6만5천 마르크이며 物權의 合意까지는 지불한다는 것, 등의 내용을 포함하고 있었다. 그런데, 當事者가 訴訟에 이르기까지의 概略의인 過程은 다음과 같다.

24) 以上에 관해서는, Günther Hönn, Grundfälle zur Konkurrenz zwischen Sachmängelhaftung beim Stückkauf und Anfechtung wegen Willensmängel, JuS 1989, 293, 297. 參照.

25) WM 1962, 511.

1958년8월18일자 의鑑定意見에 따르면, 壁 등이 무너져 내려앉은 상태이기 때문에 수리를 필요로 하였다. 이 때문에 피고는 1958년8월19일에는 원고에게 공동시찰을 할 것을 제안하게 되었다. 1958年8月22日字의 文書에 의하면, (原告는 請約當事者인 被告에게 請約의 內容을 不利하게 해석한 후) 賣買目的物이 1958년9월1일까지는 明渡된다는 것, 그리고 被告는 매대대금을 지불할 것, 等의 취지를 전하였다. 그리고, 1958年8月28日字의 편지에서 原告는 1958년8월22일에 원고가 문서를 수령하였다는 것을 확인한 후, 壁이 손상되었다는 사실이 賣買의 請約에 대한 요건에 더 이상 影響을 미치지 않으며, 따라서 베를린市 參事會에 의한 손해의 처리에 관한 解明이 있을 때까지는 賣買契約를 取消하던가 아니면 解約하도록 청구한다, 라고 하였다. 결국, 당사자간에는 합의에 이르지 못하게 되고, 原告는 토지가 被告에게 양도되지 않은 상태에서 매대대금 등의 지불을 請求하기에 이르렀다. 이에 對하여, 被告는 錯誤에 基하여 賣買契約를 取消한다, 라고 抗辯하였다.

地方法院(Landgericht)은 原告의 請求를 全面 認容하였다. 그러나, 抗訴法院(Oberlandesgericht)은 매수인의 錯誤取消가 有效하게 行使되었다는 것을 理由로 請求의 一部分을 認定하였다. 原告는 이에 불복하여 上告하였으며, 聯邦大法院은 이를 棄却한 것이다.

本判決에서 聯邦大法院은, 瑕疵擔保責任과 錯誤取消가 競合하는 경우에는, 前者가 優先한다는 것이 從來의 判例의 立場임을 밝혔다. 그 後, 危險이 移轉되기 前에 瑕疵擔保請求權을 행사할 수 있다고 하는 被告의 抗辯을 배척하고, 本件에서의 피고는 토지를 인도받지 않았으며, 또한 소유자로서 토지등기부에 기재되지 않은 것에 대해서는 의심할 바 없으므로, 性狀의 錯誤에 基한 取消는 미리 排除된다고 할 수는 없는 것이다, 라고 판시한다. 그리고, 錯誤取消가 免責條項에 의하여 排除된다고 하는 上告理由에 대해서는 다음과 같이 判斷하였다. 卽, 契約에 의한 瑕疵擔保請求權의 排除가 곧 바로 錯誤에 基한 取消權을 배제하는 것은 아니다. 取消權은 賣渡人의 責任에 의하여 發生하는 것이 아니며, 買受人에게 錯誤가 存在하면 그것으로 충분하기 때문이다. 계약당시에 건물 결함에 대한 하자담보책임을 排除하고 있었다고 하더라도, 그 배제가 곧 錯

誤에 基한 取消權도 배제한다고 하는 의미로 쌍방의 계약당사자가 이해한 경우를 제외하고는, 後者의 取消權을 잃지 않는다. 그런데 本件의 경우에는, 當事者間에 그와 같은 意思의 合致는 인정되지 않는다, 라고 하여 原告의 主張을 排斥한 것이다.

(4) 中古車賣買事件(1966년12월19일 判決)²⁶⁾

上記(3)判決에 이어 本事件判決에서도 瑕疵擔保責任이 免責條項에 의해 배제되는 경우에 錯誤에 基한 取消가 어떠한 영향을 받는가가 問題되었으나, 本判決에서 聯邦大法院은 上記判決과는 다른 判斷을 내렸다. 以下, 本사건의 개요 및 판결의 요지를 검토하기로 한다.

瑕疵擔保責任의 免責條項이 기재된 계약서에 따라 중고차매매계약을 체결하였으나, 매수인은 주행거리 등에 잘못이 있다고 하면서 去來上 本質的인 性狀의 錯誤에 基한 賣買契約의 取消를 請求하였다. 抗訴審法院은, 去來條件의 免責條項을, 契約당사자가 錯誤에 基한 取消도 排除하고, 따라서 錯誤取消에 대해서도 그 效果를 부여할 수 없다, 라고 해석하였다. 聯邦大法院도 免責條項에 대한 抗訴審法院의 해석은 정당하다고 하였다. 즉, 聯邦大法院은 本判決에서, 賣渡人이 물건의 瑕疵에 基한 청구권을 명시적으로 배제한 경우에는, 賣渡人은 錯誤取消로부터 발생하는 請求權에 대해서도 면책을 받으려는 意圖라고 생각할 수 있다. 帝國法院도 이와 동일한 해석을 해 왔으며, 그에 따라 判斷한 抗訴審法院의 解釋에 대하여 異議를 提起해서는 아니 된다. 抗訴審法院이 당사자가 提示한 個別的인 事情을 無視하고 추상적인 해석밖에 하지 않았든가, 혹은 소위 免責條項은 원칙적으로 좁게 해석하여야만 한다(BGHZ 22, 90, 96)라는 것을 간과하고 있다라는 事情은 특히 認定할 수 없다, 라고 한 것이다.

(5) 美術商事件(1975년1월15일 判決)²⁷⁾

聯邦大法院은 本事件判決에서 瑕疵擔保責任이 約款에 의하여 排除되고 있는

26) BB 1967,96.

27) BGHZ 63,369., NJW 1975,970.

경우에 錯誤取消가 어떠한 영향을 받는다고 할 것인가에 관하여 判斷하였다. 以下, 본사건의 개요 및 판결의 요지를 검토하기로 한다.

美術商을 經營하는 原告는 1971年4月28日에 미술품의 公賣를 열었으며, 그에 즈음하여 준비한 約款上에는 瑕疵擔保請求權을 배제하고 있었다. 마침 그 날의 公賣에서 美術商인 被告가 約 3만 마르크의 가격으로 油彩畵를 경락받았으나, 原告가 준비한 카탈로그에는 模寫한 작품이라는 것, 작자명, 題名 그리고 가격이 3만 마르크라는 것이 記載되어 있었다. 그런데, 被告가 賣買代金の 支拂約束日을 지키지 않은 바, 原告는 被告에 대하여 이미 引渡한 油彩畵의 賣買代金の 支拂을 請求하였다. 이에 대해 被告는, 그 그림이 眞筆로 그려진 것이 아니라는 事實을 競賣 後에야 비로소 作者의 아들로부터 전해 들었다는 것을 理由로, 代金を 支拂할 수 없다고 抗辯하였다. 地方法院 및 抗訴法院은 原告의 請求를 認容하였으며, 이에 대하여 被告가 上告한 것이다.

이에 對하여 聯邦大法院은, 本件의 賣買목적물이 瑕疵擔保責任의 성립요건으로서의 瑕疵 外에도 去來上 本質의인 性狀의 錯誤가 存在한다는 것을 確認하였다. 그러나, 瑕疵擔保請求權에 대해서는 約款에 의하여 排除되고 있다는 것을 確認한 후, 被告의 抗辯을 받아들이지 않았다. 또한, 錯誤에 대해서는, 먼저 賣買上의 瑕疵擔保責任이 認定되는 경우에는 契約上 前提가 된다고 할 수 있는 賣買目的物의 性狀의 瑕疵에 基한 錯誤取消를 認定할 餘地는 없다, 라고 하는 從來의 判例의 立場을 確認한 후, 그 근거로서 瑕疵擔保責任의 規定이 錯誤取消의 規定에 대한 特別規定이라는 것을 들고, 결국, 本件에서와 같이 契約當事者가 有效하게 瑕疵擔保責任을 排除하였다면, 性狀의 錯誤에 基한 取消도 또한 排除된다, 라고 判示하였다.

(6) 뮐세데스事件(1978年10月26日 判決)²⁸⁾

本事件判決에서 聯邦大法院은, 瑕疵擔保責任에 관한 免責條項이 賣買契約書上에 기재되어 있는 경우에도 錯誤取消가 認定될 수 있다고 判示하였다. 以下, 사건의 개요 및 판결요지의 順으로 검토하기로 한다.

28) NJW 1979,160., WM 1979,54., BGHZ 72,252.

原告는 1972年11月28日에 被告로부터 1966年에 製造된 中古Mercedes를 1만 마르크의 價格으로 구입하였으며, 당시의 契約書上에는 製造年度에 관한 記載는 없었으나, 瑕疵擔保責任의 排除에 관한 文句가 삽입되어 있었다. 原告는 賣買代金を 支拂한 後, 目的物에 관한 모든 書類를 受領하고 나서야 비로소 製造年度를 알게 되었다. 그런데, 原告로서는 자동차의 製造年度가 특히 중요하였다. 왜냐하면, 原告는 당해자동차가 1970年度에 製作된 것으로 생각하고 터어키에 輸出할 계획으로 購入하였으나, 만일 1966年度에 製作된 自動車라면 法律上 터어키에 輸出하는 것이 禁止되기 때문이다. 이에 原告는, 당해자동차를 被告에게 반환하려고 하였지만 被告가 이에 不應한 바, 詐欺에 基한 賣買契約의 取消을 請求하게 된 것이다. 地方法院 및 抗訴審法院은 原告의 提訴를 認容하였으며, 이에 대해 被告가 上告한 것이다.

먼저 聯邦大法院은, 原審이 詐欺에 基한 取消을 認定하고 있으나 本件에서는 詐欺의 事實을 전혀 認定할 수 없으므로 原審判斷의 이 部分에 대해서는 同意할 수 없다, 라고 하였다²⁹⁾. 그러나, 原告가 自動車의 製造年度에 관하여 錯誤에 빠진 것은 확실하다고 할 수 있으므로, 原告가 錯誤에 基한 取消權을 행사할 수 있는가의 與否에 관한 判斷의 必要性을 指摘한 후³⁰⁾, 다음과 같이 判示하였다. 判例는, 瑕疵擔保責任에 관한 規定이 性狀의 錯誤에 基한 取消을 排除한다는 것을 一般的으로 認定하고 있는 바이다. 그러나, 契約當事者の 賣買契約書에 의한 擔保責任의 排除가, 性狀의 錯誤에 基한 取消과 對立하는 것은 아니다. 擔保責任의 免責規定이 錯誤에 基한 取消을 排除한다고 할 것인가의 여부에 관해서는 聯邦大法院이 統一的으로 判斷한 바가 없다. 具體적으로 말한다면, 前述한 (4)中古車賣買事件判決은 走行距離等에 관한 錯誤에 基한 取消가 瑕疵擔保責任의 免責規定에 의하여 排除된다는 것을 認定하고 있으나, (3)宅地賣買

29) 詐欺取消과 瑕疵擔保責任이 競合하는 경우에, 詐欺取消은 瑕疵擔保請求權에 의해 排除되지 않는다고 하는 것이 判例의 태도이다 (RGZ 104,1,3 ; BGH NJW 1958,117).

30) 前述한 (2)判決은, 이미 詐欺에 基한 取消의 意思表示가 錯誤取消의 主張도 동시에 포함하는 경우가 있으며, 그것이 구체적으로는 解釋을 통하여 確認될 수 있는 것이다, 라고 判示한 바 있으며, 本判決도 이를 답습하고 있다고 할 수 있다.

事件判決에서는, 그러한 種類의 免責條項은 좁게 解釋되어야만 하는 것으로 당해조항의 명확한 文言을 벗어나는 解釋은 허용될 수 없다는 理由에서 그것을 否定한다. 그러나, 가령 (4)判決의 立場에 선다고 하더라도 自動車의 製造年度에 대해서는 달리 말할 수 있는 것이다. 왜냐하면, 製造年度에는 — 賣渡人이 물건의 결함에 기반 瑕疵擔保責任 및 그 限度에서 錯誤에 기반 取消權을 排除하려고 노력하였다고 간단히 볼 수 있는 것과 같은 — 類型的인 부정확함이 存在하지 않기 때문이다. (4)判決에 있어서의 포괄적인 免責은, 中古車의 상태가 그 때까지의 利用方法 등의 영향을 强하게 받으므로, 賣渡人이 결함을 인식하는 것이 곤란한 경우가 많다, 라고 하는 것에 意味가 있다. 그러나, 製造年度는 賣渡人이 쉽게 알 수 있는 것이므로, 위와 같은 설명을 製造年度에 적용시킬 수는 없는 것이다. 그러므로 約定된 瑕疵擔保責任의 排除는 그 文言을 넘어서 解釋해서는 아니된다는 趣旨도 考慮한다면, 本件의 賣渡人을 製造年度에 관한 錯誤로부터 保護할 必要는 없는 것이다. 또한, 製造年度の 錯誤에 기반 取消는 當該錯誤가 自動車에 관한 物件의 결함으로 나타나지 않는 경우에만 排除되는 것이라고 할 수 있으나, 本件의 경우는 그것이 存在한다고 할 수 있다. 따라서, 本件에서는 免責條項에 의해 錯誤取消가 排除되지 않는다, 라고 判示하였다.

結局 聯邦大法院은, 製造年度가 去來上 本質的이라는 判斷下에서 原告의 錯誤에 기반 取消를 認定한 것이다.

3. 小結

이미 指摘한 바와 같이, 錯誤取消와 하자담보청구권의 競合問題에 관해서는, 帝國法院時代의 (1)判決에서 최초의 判斷이 내려졌으며, 특히 同判決은 瑕疵擔保責任優先說에 立脚하고, 그 根據로서 瑕疵擔保責任에 관한 規定이 錯誤의 規定에 대하여 特別法の 關係에 있다는 點과 去來의 安全을 위하여 瑕疵擔保請求權의 權利行使期間이 상대적으로 짧게 設定되어 있다는 點을 들었다. 그 後의 判決은 (1)判決의 判斷을 前提로 하여, 同判決에서 判斷되지 않은 部分을 補充하는 形態로 展開되고 있다고 할 수 있다. 다시 말해, (2)判決과 (3)判決은, 買

受人의 錯誤에 基한 取消權이 排除되는 것은, 瑕疵擔保請求權이 買受人에게 歸屬하는 危險移轉後라고 하는 基本命題를 밝힌 後에, 특히 (2)判決은 例外的으로 買受人에게 瑕疵擔保請求權이 危險移轉前에 歸屬하는 경우라고 하더라도, 錯誤取消가 排除되는 것은 危險移轉後라고 하는 點을 밝히고 있다.

그런데 問題가 되는 것은, 瑕疵擔保責任에 관한 免責規定이 錯誤에 基한 取消도 排除시킨다고 할 수 있는가라는 點이다. 이에 대하여, (3)判決은 錯誤取消가 排除되지 않는다고 한 데 對하여, (4)判決과 (5)判決은 이것을 排除하고, (6)判決은 判例는 統一을 보지 못하고 있다고 한다. 속단하기는 어려우나, (3)判決에서 나타난 「免責條項의 意思解釋의 問題」라고 하는 생각을, (4)判決과 (5)判決이 否定한 것이라는 생각은 들지 않는다. 바로 (6)判決은 意思解釋에 따라 이 問題를 解決하고 있다. 결국, 免責條項이 명확하게 錯誤取消을 排除한다면 그에 따를 것이나, 그것이 명확하지 않은 事案에서 問題가 된다고 보아야만 할 것이다. 즉, (3)判決에서는, 免責條項이 없었다고 하더라도 買受人에게 아직 瑕疵擔保請求權이 귀속되지 않았으므로, 從來의 判例에 따르더라도 買受人의 錯誤取消가 認定될 수 있었던 경우인데 對하여, (4)判決과 (5)判決은, 免責條項이 없었다라면 買受人에게 瑕疵擔保請求權이 歸屬되며, 그 結果로 買受人에 의한 錯誤取消의 主張이 排除되는 경우이었다. 免責條項이 있기 때문에 瑕疵擔保請求權이 排除되고, 그로 인해 錯誤取消의 主張이 可能하게 된다고 하는 것과 같은 結論은 矛盾인 것이다. 따라서, (4)判決과 (5)判決은, 免責條項이 없었다라면 買受人에게 瑕疵擔保請求權이 歸屬될 수 있었으므로 錯誤取消가 排除된 것이었다고 보아야만 할 것이다. 그리고, (6)判決에서는 애초부터 瑕疵擔保責任에 관한 것은 전혀 問題되지 않고, 錯誤取消만이 買受人에게 歸屬하는 事案이며, 그러므로 免責條項의 效力만이 論議되었다고 보아야만 할 것이다. 더욱이 (5)判決은 約款에 의한 瑕疵擔保責任의 免責條項도 有效하다는 것을 밝히고 있는 點이 注目된다.

IV. 독일의 學說

1. 머리말

民法施行初期의 독일에서는 兩者의 競合을 肯定하는 學說(특히, Ennecceres의 舊說)이 有力하였으나, 現在의 많은 學者들은 瑕疵擔保責任優先說을 따르고 있다고 할 수 있다. 그러나, 이미 判例의 檢討를 통하여 밝혀진 바와 같이, 瑕疵擔保責任優先說을 따르는 경우에도 특히 錯誤取消가 排除되는 時點에 대한 명확한 說明이 반드시 提示되었다고 할 수 없다. 이러한 점을 감안하여 以下에서는, 競合肯定說을 비롯하여 瑕疵擔保責任優先說 및 이에 대한 批判說, 그리고 錯誤取消가 排除되는 時點에 대하여 檢討하기로 한다.

2. 學說의 展開

(1) 競合肯定說

여기서는, 競合肯定說이 主張하는 根據를 詳細히 밝힌다는 意味에서 競合肯定說의 代表者者라고 할 수 있는 1930年代 以前의 에루트만(Oertmann), 렌트(Lent), 레온하르트(Leonhard), 그리고, 1960年代 以後의 엣사(Essar), 프레릿히(Fröhlich) 등의 諸說을 中心으로 살펴 보기로 한다.

에루트만(Oertmann)³¹⁾은, 먼저, 買受人이 性狀에 관하여 一方으로 意識하였다는 것은, 性狀의 錯誤의 規定上으로 重要하지 않다고 한다. 그리고 어떠한 性狀의 存在가 確約되고 있는 경우, 買受人은 瑕疵擔保責任의 規定에 따라 解除權 뿐만 아니라, 不履行에 基한 損害賠償請求權도 가지게 되나, 다만 問題가 되는 것은 이와 함께 取消權도 歸屬된다고 할 것인가의 여부에 있다고 하면서, 이를 認定해야만 한다고 한다. 그 根據로서, 먼저 詐欺取消의 必要性을 力說한 뒤, 瑕疵擔保責任의 規定을 錯誤取消의 規定의 特別法으로 보는 見解를

31) Paul Oertmann: Die Geschäftsgrundlage, 1921. S. 73 ff.

批判한다. 買受人이 어떠한 性狀을 一方的으로 假定했을 뿐이며, 賣渡人이 그것을 確約하지 않은 경우, 缺陷에 관한 責任은 問題가 되지 않으며, 그 限度에서 取消權의 排除도 可能하다. “그러나 買受人의 그에 대한 假定에 대하여 賣渡人의 確約도 더해진 경우에는, 買受人의 地位를 上記와 同一하게 惡化시켜서는 아니 되는 것이다. 만일, 買受人의 性狀에 관한 틀린 想定을 30年 以內이면 主張할 수 있다고 하는 희망을 매수인으로부터 빼앗을 경우에는 그와 같은 結果가 생길 수 있다. 賣渡人이 買受人에게 性狀을 確約하였음에도 불구하고 그것이 결여된 경우에는, 買受人은 병존하는 두 가지의 視點을 자기의 請求權의 근거로 할 수 있다고 하여야 하며, 一方의 視點을 行使할 수 있다는 理由로 다른 一方의 視點에 基한 權利行使를 빼앗는 것은, 首尾一貫된 것이라 할 수 없으며 不當하다” 32)라는 것이다.

나아가 렌트(Lent)³³⁾는, 民法은 錯誤와 瑕疵擔保責任에 관한 規定을 서로 배척하는 것으로 規定하고 있지 않으며, 그 要件인 性狀의 錯誤와 瑕疵는 同一性を 갖지 않는다고 한다. 그리고 賣渡人은 買受人보다도 目的物을 더 잘 알 수 있으므로, 缺陷의 存在에 대한 危險은 먼저 買受人보다도 賣渡人에게 부담시키는 것이 正當하다. 나아가 買受人에게 取消權이 認定됨으로서 發生할 수 있는 賣渡人에 대한 不利益이라고 하는 것은, 去來의 安全이 그로 인하여 위협을 받을 정도로 重大하며 不當한 것이라고는 할 수 없다. 利益狀況은 多樣하므로 이들 相互間을 衡量하는 것이 困難하다는 點을 指摘하고, “瑕疵擔保責任이 許容되는 경우라고 하더라도 그것이 取消을 排除할 수 있는 根據는 되지 못하며, 그것이 排除되는 경우도 想定해서는 아니 된다. 오히려 錯誤에 基한 取消 및 瑕疵擔保責任은 서로 獨立하여 存在하는 것이며, 가령 後者が 存在하지 않는다고 하더라도, 前者는 認定된다”라고 結論지운다³⁴⁾.

以上の 諸說에 입각하여, 레온하르트(Leonhard)는 다음과 같이 말한다. 法律은 目的物이 瑕疵로 인하여 완전히 다른 종류인 것처럼 생각할 수 있을 정도

32) Oertmann, a.a.O., S.74.

33) Friedrich Lent : Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess. Bd.1, 1912. S.345 ff.

34) Lent, a.a.O., S.360.

의 본質인 경우에만 錯誤에 基한 取消權을 認定하지 않는다. 그 範圍는 民法 459條에 따라 考慮되는 重大한 缺陷보다도 훨씬 좁다. 그러므로 이와 같은 重大한 缺陷이 나타난 경우에는, 兩者의 法的救濟手段은 서로 兩立하여 認定되지 않으면 아니 되며, 그리고 買受人은 兩者를 選擇할 수 있다, 라고 한다³⁵⁾. 레온하르트(Leonhard)以後 1960年代에 이르기까지 競合說을 主張하는 學者들이 별로 나타나지 않는 점을 미루어 볼 때, 레온하르트(Leonhard)의 見解가 競合說에 관한 초창기의 대체적인 到達點이라 보아도 좋을 것이다. 그러면, 계속하여 1960年代以後의 競合說을 살펴 보기로 한다.

먼저 엣사(Essar)³⁶⁾는, 競合問題의 根底에는 瑕疵概念을 넓게 理解하는 見解가 있다는 것을 指摘한 後에, 瑕疵擔保責任이 錯誤를 排除할 것인가의 問題는, 瑕疵擔保責任의 規定이 特別法의 性格을 가지는가의 여부라든가, 瑕疵擔保請求權이 短期消滅時效의 對象이 된다는 趣旨의 여부에 의해서는 決定되지 않는다고 하며, 兩制度의 並存을 力說한다. 다시 말해, 性狀의 錯誤는 瑕疵擔保責任上의 모든 瑕疵를 包含하는 것도 아니므로, 瑕疵擔保責任의 規定은 錯誤의 規定에 대한 特別法으로서 理解할 수 없다. 또한, 買受人이 性狀의 錯誤에 빠진 경우에는 瑕疵擔保請求權이 短期消滅時效의 對象이 되므로 買受人은 保護할 수 없다고 하면서도, 賣渡人이 性狀의 錯誤에 빠진 경우에는 瑕疵擔保請求權과 錯誤에 基한 取消權間의 競合이 存在할 수 없게 되어 結果的으로 賣渡人은 錯誤에 基한 取消權을 行使할 수 있게 된다는 것은 不當하므로, 瑕疵擔保責任의 規定에 短期消滅時效가 存在한다는 것을 들어 買受人의 錯誤에 基한 取消權을 빼앗는 것은 體系的이라고 할 수 없다, 라고 한다³⁷⁾.

한편, 競合說을 主張한 最近의 代表的인 學者로는 프레릿히(Fröhlich)를 들 수 있으며, 그는 그 根據로서 다음의 세 가지를 들고 있다³⁸⁾. 먼저 錯誤와 瑕

35) Franz Leonhard: Besonders Schuldrecht des BGB. Das Schuldrecht des BGB. Bd. 2, 1931. S. 84.

36) Josef Essar : Schuldrecht Bd. II, 4. Aufl., 1971. S. 85.

37) 말하자면, 賣渡人이 偽作이라고 생각하고 賣渡하였지만 實際로는 진짜였다고 하는 경우에, 買受人의 瑕疵擔保請求權이 消滅時效에 의해 소멸하였다고 하더라도 賣渡人은 錯誤에 基한 取消가 可能하게 된다.

38) Tomas Fröhlich : Die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrthums beim Kauf,

疵擔保責任의 競合問題를 判斷하기 위해서는 法律의 規定에서부터 出發하지 않으면 아니 된다고 한다. 卽, 瑕疵擔保責任의 課題는, 賣買行爲 및 提供된 賣買目的物의 缺陷에 根據한 商品의 價値와 賣買代金의 額數와의 사이의 不均衡을 是正하는 것에 있다. 이에 反하여 錯誤取消은 意思形成의 瑕疵, 말하자면 表意者의 意識과 現實과의 사이에 乖離가 存在하는 경우에 意義를 갖게 되는 것이므로, 錯誤取消의 課題는, 錯誤에 基하여 實現된 意思表示를 원점으로 되돌리고, 法律行爲上的 去來에 있어서의 表意者의 意思를 重視함에 있다고 하여야 한다. 따라서, 性狀의 錯誤에 基한 取消과 瑕疵擔保責任에 基한 解除가 競合되는 경우에도, 兩者는 전혀 다른 法的 視點에 根據한 것이므로 당연히 無關係로 判斷되어야만 한다, 라고 한다.

다음으로 法律要件上的 差異에 基하여, 錯誤에 基한 取消과 瑕疵擔保請求權에 基한 解除라는 兩者의 適用範圍는 전혀 하나가 되는 것은 아니지만, 다만 서로 겹쳐지는 部分이 存在할 수 있으므로 그 範圍에 있어서는 競合이 問題될 수 있다. 그러나 이 경우에도, 法的救濟手段은 兩者擇一的으로 서로 競合하는 選擇의 競合으로 보아, 法的救濟를 兩者擇一的으로 適用함으로서 判例의 모순된 結果를 回避할 수 있다. 다시 말해, 取消과 解除의 法的效力은 서로 無關한 것으로서, 取消은 賣買를 遡及의인 無效로 誘導하지만 解除는 債務法上的 賣買의 取消로 誘導하는 것이며, 또한, 取消에 관한 法律要件은 단지 錯誤者의 保護에 그치지 않고 表示의 相對方의 保護 및 去來의 安全도 考慮하고 있으므로, 取消되는 경우라고 하더라도 여전히 賣渡人의 保護와 去來의 安全은 確保되고 있다, 라고 한다.

끝으로, 連繫적으로 보더라도 독일민법119조 2항은 兩者擇一的으로 適用하는 것에 대해 贊成하고 있다고 할 수 있다. 다시 말해, BGB의 起草第二委員會에서의 少數의 委員이, 去來의 安全을 理由로 민법119조 2항의 立法化에 反對하였음에도 불구하고, 當該規定을 採用하였기 때문이다, 라고 한다.

(2) 瑕疵擔保責任優先說

1) 學說의 概觀

전술한 바와 같이, 獨逸의 壓倒의인 通說은 判例가 認定하는 바와 같이 瑕疵擔保責任優先說을 취한다³⁹⁾. 初期의 瑕疵擔保責任優先論者들이 제시한 그 理論의 根據는 判例의 그것과 同一하다가 할 수 있는 바, 여기서는 먼저 이 學說의 轉機를 마련하였다고 할 수 있는 후루우메(Flume)의 見解부터 살펴 보기로 한다⁴⁰⁾.

후루우메(Flume)가 이 學說의 轉機를 마련하였다고 할 수 있는 것은, 독일 민법119조2項에 規定된 "性狀"의 概念을 再構成하였기 때문이다. 一般的으로 從來의 通說⁴¹⁾·判例⁴²⁾는, 性狀의 錯誤는 動機의 錯誤에 속하며, 法律의 規定에 의하여 表示의 錯誤와 同一한 것으로 取扱됨에 불과한 것으로 解釋하였다. 그 때문에 性狀의 錯誤에 관한 要件은, 表示의 錯誤와 동일한 것으로 評價할 수 있는 것에 限定되게 되고, 結果적으로 극히 좁게 解釋되게 된 것이다. 그러나 그 후, 만일 119條2項을 이와 같은 解釋하게 되면, 결국 同項을 內容이 없는 不必要한 條項으로 만들게 된다는 批判이 提起되게 된 것이다⁴³⁾. 이에 대해 후루우메(Flume)는, 그와 같은 見解는 이미 克服되었다고 하며, 客體의 性狀에 관한 意識은 法律行爲를 함에 있어서의 意思의 構成要素가 될 수 있으며, 119조 2항에 따라 顧慮되어야만 하는 錯誤는 마땅히 있어야 할 性質에 관한 錯誤로서 간주하여야만 한다. 따라서, 性狀의 錯誤는 動機의 錯誤나 表示의 錯誤도 아닌 別個의 錯誤類型으로서 評價하여야만 한다, 라고 한다⁴⁴⁾.

한편, 通說인 瑕疵擔保責任優先說은 瑕疵擔保責任의 要件인 "瑕疵"의 概念에

39) 예컨대, Hans Brox:Besonderes Schuldrecht, 21. Aufl., 1996. Rn. 96. ; Dieter Medicus: Bürgerliches Recht, 17. Aufl., 1996. Rn. 344 f., ders.: Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., 1994. Rn. 775, ders. ; Peter Schlechtriem: Schuldrecht Besonderes Teil, 4. Aufl., 1995. Rn. 88. ; Karl Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II / I, 13. Aufl., 1986. S. 73 ff. 등을 들 수 있다.

40) Wener Flume: Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948. S. 132 ff., ders.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992. S. 484 ff.

41) Ernst Zitelmann : Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.

42) RGZ 149, 235.

43) Paul Sokolowski : Die Philosophie im Privatrecht Bd. I, 1907. S. 328.

44) Flume: Eigenschaftsirrtum. S. 17 ff.

관해서도 主觀的瑕疵概念을 採用한다고 할 수 있는 바, 이에 따르면 兩者의 要件이 광범하게 겹치게 되고, 결과적으로 競合問題를 尖銳化시키게 되나, 이에 대한 解決策으로서 瑕疵擔保責任을 優先시키려고 한다⁴⁵⁾. 이에 대한 根據로서 후루우메(Flume)는, 判例와 거의 同一하게, 瑕疵擔保責任의 規定이 錯誤取消의 規定에 대하여 特別法에 해당한다는 하는 理論的 理由와, 競合을 認定하게 되면 瑕疵擔保責任에 대해서 認定된 短期消滅時效의 規定이 無意味하게 된다고 하는 實際的 理由를 든다.

2) 瑕疵擔保責任優先說에 대한 批判⁴⁶⁾

瑕疵擔保責任優先說에 對하여 正面으로 異論을 提起한 者로서, 바스무트(Wasmuth)辯護士를 들 수 있다. 바스무트辯護士는, 먼저 通說에 따를 경우에 結果적으로 不均衡이 초래될 수 있는 세 가지의 事例을 摘示한다. 예컨대 自動車의 製造年度에 관한 不適切한 記載는 物件의 瑕疵를 構成하지 않지만 買受人은 錯誤取消을 主張할 수 있게 되나(Ⅲ2 (6) 메르세데스사건), 新車에 缺陷이 있는 경우에는 독일민법477조1항의 期間이 경과하게 되면 買受人은 無權利狀態에 놓이게 된다. 또한, 詐欺·強迫이나 不法行爲責任이 瑕疵擔保責任의 規定과 競合하는 경우에는 各制度의 競合을 認定하면서도⁴⁷⁾ 錯誤의 경우에는 그와 달리 해석하는 경우가 많으나, 이와 같은 結果의 妥當性에 대하여 의문을 提起하지 않을 수 없다. 그 외에도, 賣渡人에게 故意 또는 重過失이 있었던 경우에도 目的物에 瑕疵가 있으면 瑕疵擔保責任이 適用되는 結果, 短期消滅時效에 걸리게 되어 時效期間의 經過 後에는 아무런 責任도 지지 않게 된다. 結局, 이와 같은 結論은 不當하다, 라는 것이다.

다음으로, 通說이 瑕疵擔保責任優先說의 理論的 根據로서 들고 있는 瑕疵擔保責任의 規定이 性狀의 錯誤規定에 대하여 特別法에 해당한다라는 것에 대하

45) Flume: Eigenschaftsirrtum, S.134 f.

46) Wasmuth, a.a.O., S.1983 ff.

47) 詐欺取消의 경우에 競合을 認定하는 判例로서는, RGZ 104,1,3; BGH, NJW 1958,177., 및 不法行爲責任의 경우에 競合을 認定하는 判例로서는, BGH, NJW 1985,2420. 참조.

여, 異論을 提起한다. 卽, 瑕疵擔保責任의 規定이 性狀의 錯誤의 規定에 대하여 特別規定을 이룬다고 하기 위해서는, 特別規範의 適用範圍가 一般規範의 效力範圍에 완전히 포함되며, 그리고 特別規範이 附加의인 法律要件의 指標를 提示할 수 있는 경우가 아니면 아니 된다⁴⁸⁾. 去來上 重要的 性狀이 物件의 瑕疵와 겹치는 경우도 있으나, 完全히 一致한다고 할 수는 없는 것이다. 또한 民法은 性狀의 錯誤는 意思表示의 瑕疵의 法律效果를 發生시킨다고 規定하며, 그 效果인 取消은 契約의 破棄로 誘導하는 것인데 對하여, 瑕疵擔保責任은 體系的으로 是 契約의 清算에 속하며, 그 有效性을 問題삼는 것은 아니다. 따라서, 理論上으로는 瑕疵擔保責任의 規定을 性狀의 錯誤의 特別法이라고 할 수 없는 것이다, 라고 한다⁴⁹⁾.

물론 兩者間에는 要件上 서로 겹치는 部分이 存在하므로, 그 範圍에서 競合의 問題가 생기는 것도 事實이며, 따라서 이를 解決할 必要性도 있는 것이다. 그러나 이러한 경우에도, 瑕疵擔保責任의 規定이 優先하게 된다고 結論을 내리기 위해서는, 독일민법460조·461조·464조 및 477조1항이 終局的인 性格을 가진다는 것이 目的論的 解釋으로부터 도출되지 않으면 아니 되나, 그것도 또한 不可能한 것이다.

끝으로, 比較法的 側面에서 UN動產賣買法·프랑스法·오스트리아法·스위스法上的 錯誤와 瑕疵擔保에 관한 規定, 그리고 이에 관한 各各의 學說 및 判例를 檢討한 後, 性狀의 錯誤에 基한 取消에 對하여 瑕疵擔保責任을 優先시키는 것은 獨逸法 뿐이며, 극히 特殊한 형태라고 한다. 따라서, 瑕疵擔保責任을 優先시키게 되면, 賣渡人의 利益을 지나치게 尊重하여 結果的으로는 消費者保護의 要請에도 背馳되게 된다, 라고 結論지운다⁵⁰⁾.

(3) 危險移轉前의 錯誤取消排除說⁵¹⁾

判例는 瑕疵擔保責任에 의하여 錯誤取消가 排除되는 것은, 瑕疵擔保請求權이

48) Wasmuth, a.a.O., S.1090.

49) Wasmuth, a.a.O., S.1090.

50) Wasmuth, a.a.O., S.1113.

51) 이에 관해서는, Medicus, BGB.Rn.345.를 주로 參照하였음.

發生하는 危險移轉後라고 한다(III2 (2) 共有土地賣却判決). 判例의 態度에 대해서는 물론 贊成하는 見解도 있으나⁵²⁾, 反對하는 見解가 많은 것 같다. 前者의 見解가 들고 있는 根據는, 判例가 判斷한 根據와 거의 同一하다고 할 수 있으므로, 여기서는 危險移轉前이라고 하더라도 錯誤取消은 排除되어야만 한다고 하는 見解에 대하여 검토하기로 한다.

이 見解에 따르면, 瑕疵擔保責任의 規定은 賣買契約締結과 동시에 錯誤取消을 排除하며, 買受人에게는 物件의 性狀에 관해서는 法定된 要件下에서 瑕疵擔保請求權만이 歸屬됨에 불과하다고 한다. 그리고 그 根據로서, 危險移轉前에 錯誤가 認定하게 되면, 독일민법460조2文이 無意味하게 된다는 것을 든다. 다시 말해, 독일민법460조2文은 買受人에게 重大한 過失이 있는 경우의 瑕疵擔保請求權의 行使를 制限하는 規定이나, 危險移轉前에 錯誤取消을 認定하면, 이 規定이 無意味하게 된다는 것이다 (다만, 독일의 錯誤規定에는 우리 民法과는 달리 重大한 過失이 있는 者의 權利行使를 否定하는 條項이 存在하지 않는다). 그 뿐만 아니라, 危險移轉前에 錯誤取消을 認定하게 되면, 賣渡人이 目的物을 修理할 權利도 喪失하게 된다는 것이다. 그런데, 만일 危險移轉前의 錯誤排除說에 따르게 되면, 買受人은 危險移轉前이라고 하더라도 錯誤에 基한 取消權을 主張할 수 없게 되고 危險移轉後에야 비로소 瑕疵擔保請求權을 主張할 수 있게 된다고 할 수 있다. 그러나 學者들 가운데에는 독일민법459조를 修正的으로 解釋하여, 危險移轉前이라고 하더라도 瑕疵擔保請求權을 行使할 수 있는 例外的인 경우를 認定하여야만 한다고 主張하는 者가 있다⁵³⁾. 즉, 共有土地賣却判決(前述)에서 問題가 된 바와 같이, 物件의 缺陷을 修理할 수 없는 경우라든가 修理를 終局的으로 拒否하고 있는 경우에는, 危險移轉前이라고 하더라도 買受人은 瑕疵擔保請求權을 行使할 수 있다고 하여야만 한다면 것이다.

3. 小結

52) Schlechtriem, a.a.O., Rn.88.

53) Medicus, BGB. Rn.344.

以上에서 검토한 바와 같이, 初期에는 性狀의 錯誤에 관한 要件을 극히 嚴格하게 解釋한 一部の 學者들에 의해 兩制度의 併合說이 主張되었다. 그러나, 性狀의 錯誤에 관한 要件이 解釋에 의해 緩和됨에 따라 瑕疵擔保責任과 競合하는 경우가 많아지게 되어, 결국 併合說은 더 이상 維持될 수 없게 되었다. 瑕疵擔保責任을 優先시키지 않으면, 同規定이 無意味하게 되는 경우가 빈번히 發生할 수 있기 때문이다. 이에 判例는 瑕疵擔保責任優先說을 따르게 되고, 學說이 이를 배후에서 支援하는 형태로 發展된 것이다. 특히 學說은 瑕疵擔保請求權이 發生하고 있지 않은 危險移轉前이라고 하더라도 錯誤取消을 排除시키려고 한다. 이에 對해 異論을 提起한 代表的인 사람들이, 프레릿히(Fröhlich)와 바스무트(Wasmuth)이며, 그들은 瑕疵擔保責任優先說의 理論的 根據 및 實際的 根據를 검토한 후, 瑕疵擔保責任優先說이 主張하는 바가 반드시 自명한 것이라고는 할 수 없다는 점을 생한다. 그리고, 瑕疵擔保責任優先說이 買受人의 保護에 충분치 못하며, 다른 法制度와의 不均衡을 指摘한다.

이와 같은 理論的 狀況에서, 現在 進行되고 있는 債務法改訂作業을 주목할 필요가 있다고 할 것이다. 改訂草案自體는 競合問題를 直接 다루고 있는 것은 아니지만, 買受人의 權利行使期間을 現行法보다도 길게 設定하여, 賣渡人과 買受人의 權利調整을 도모하고 있다. 또한 瑕疵擔保責任을 契約責任으로 規定하여, 瑕疵擔保請求權의 成立을 契約成立時로 함으로서, 通說에 대한 條文上的 根據를 부여하려고 한다. 理論的으로는 競合問題가 모두 解決된 것은 아니나, 學說에 대하여 一定한 方向性を 부여하는 役割을 수행하고 있다고 하더라도 좋을 것이다.

V. 결어

以上에서, 獨逸에서의 瑕疵擔保責任과 錯誤와의 關係에 관하여 民法制定過程상의 論議, 判例, 그리고 學說에 이르기까지 概括적으로 檢討하였다. 그 결과,

다음과 같은 結論에 到達하게 되었다. 첫 번째로, 독일의 判例·通說은, 瑕疵擔保責任의 規定이 要素의 錯誤의 特別法에 該當한다고 하는 理論的 理由와, 競合을 認定하게 되면 瑕疵擔保責任에 對하여 認定된 短期消滅時效의 規定이 無意味하게 된다고 하는 實際的 理由에 의해, 瑕疵擔保責任優先說을 취하고 있다.

두 번째로, 비판프레릿히(Fröhlich)와 바스무트(Wasmuth) 등의 瑕疵擔保責任優先說에 대한 批判論者는, 瑕疵擔保責任優先說의 上記 主張에 대하여, 錯誤와 瑕疵擔保責任은 別個의 制度이며, 錯誤가 瑕疵擔保責任을 완전히 커버할 수 없으므로, 一般法과 特別法의 關係에 있다고 말할 수 없다는 것, 그리고, 瑕疵擔保責任의 權利行使期間은 대단히 짧게 設定되어 있으므로, 兩者가 競合하는 경우에 錯誤取消가 排除된다고 한다면, 賣渡人을 지나치게 保護하는 結果를 초래하게 된다고 하며 批判한다는 것이다.

그렇다면, 우리 나라와 獨逸의 法規定上の 差異點에 유의하면서, 과연 獨逸의 上記 理論으로부터 무엇을 배울 것인가, 그리고 性狀의 錯誤와 瑕疵擔保責任의 競合問題를 어떻게 理解하여야만 할 것인가라는 것이다.

이에 對하여, 本人은, 兩者의 競合을 認定하는 見解를 따르고자 한다. 다시 말해, 兩者 모두를 行使할 수 있는 原告로서는 굳이 兩者를 함께 主張할 必要는 없으며 當該權利가 行使됨으로서 自己에게 有利한 效果가 미치게 되는 것을 擇一하여 主張할 수 있다는 것, 그리고, 兩者 모두를 주장할 수 있었던 原告가 瑕疵擔保責任에 관한 除斥期間의 經過로 말미암아 錯誤에 基한 取消權만을 主張할 수 있다면 여전히 後者의 權利는 行使할 수 있다라는 것이다. 따라서, 兩者의 關係에 관하여 事實上으로 問題가 될 수 있는 것은, 兩者 모두를 行使할 수 있는 原告가 兩者를 함께 主張한 경우에 限定되게 된다고 할 수 있다. 그러나, 實際의 事件에서 兩者 모두를 行使할 수 있는 原告가 그 效果가 불리한 錯誤에 基한 取消權을 主張한다는 것은 거의 想像할 수 없다고 보아야 할 것이다.

나아가, 다음의 判例에 對해서도 競合說에 根據한 說明은 可能하다고 생각한다. 즉, 性狀의 錯誤에 관하여 判斷한 代表的인 大法院 가운데에서 “본건토지 답 1389평을 전부 경작할 수 있는 농지인 줄 알고, 또 타인이 경작하는 부분

은 즉시 인도해 줄것으로 믿고, 이를 대금...을 지급하고, 그 소유권 이전등기를 마쳤으나, 타인이 경작하는 부분은 인도되고 있지 않을 뿐 아니라 위 토지를 측량한 결과 그 중 약 600평이 하천을 이루고 있어 원고가 사전에 이런 사실을 알았다더라면, 매매의 목적을 달할 수 없음이 명백하여 매매계약을 체결하지 않았을 것 [이므로] ...위 토지의 현황경계에 관한 착오는 본건 매매계약의 중요부분에 대한 착오"에 해당한다(대판1968.3.26, 67다2160)라는 것이 있다.

本事例는 瑕疵擔保의 主張도 可能한 경우라고 볼 수 있으므로, 만일 判例가 瑕疵擔保責任優先說을 취하였다더라면, 위와 같은 判斷을 내릴 수 없다고 보아야 한다. 다시 말해, 瑕疵擔保責任優先說을 취하는 경우,本事例의 事實關係가 明確하지 않으므로 다음과 같은 두 가지의 說明이 可能하게 되는 것이다. 먼저, 瑕疵擔保請求權에 관한 除斥期間이 경과하지 않았더라면, 當該權利를 根據로 解除權이나 損害賠償請求權의 주장도 가능하였다고 할 수 있으므로, 原告의 錯誤主張에 대하여, 瑕疵擔保의 主張이 아니면 안 된다고라고 判斷했어야만 할 것이다. 또한, 瑕疵擔保請求權에 관한 除斥期間이 경과하였더라면, 이미 瑕疵擔保請求權이 消滅하였으므로, 原告의 錯誤主張은 이미 排除되었다라고 判斷했어야만 할 것이다. 그러나 大法院은, 當事者의 主張을 그대로 認定하여 錯誤에 基한 取消을 認容하고 있으며, 事實上으로 兩者의 競合을 認定하고 있다고 할 수 있는 것이다.

한편, 擔保責任이 優先으로 適用된 下級審判例로써, 서울高判1980.10.31(80나2589)를 드는 경우도 있으나⁵⁴⁾,本事例는 原告(買受人)가 瑕疵擔保請求權을 行使한 데 對하여, 被告(賣渡人)가 錯誤에 基한 取消權을 主張한 것이라는 점을 留意하여야 할 것이다. 즉, 買受人의 瑕疵擔保請求權이 賣渡人의 錯誤取消에 의하여 排除되지 않는다는 것을 判示한 것에 不過하며, 애초부터 競合問題가 發生되지 않았다고 볼 수 있으므로, 말하자면 당연한 判決이라고 할 수 있는 것이다⁵⁵⁾.

結局, 瑕疵擔保와 錯誤와의 關係에 관한 一般理論이 그렇게 큰 意味를 갖게

54) 김 형배. 민법학강의(1999, 新潮社), 150-151面.

55) 類似한 獨逸判例로서는, 그림매매사건판결(BB 1988,1551., NJW1988,2597) 參照.

되는 것은 아니라고 할 수 있으며, 當事者의 主張에 따라 瑕疵擔保나 錯誤를 認定하면 足하다고 할 것이다. 물론, 이와 같이 解釋이 가능하다는 것은, 瑕疵擔保責任優先說에 對한 프래릿히(Fröhlich), 바스무트(Wasmuth) 등의 批判論者의 反論을 우리 나라에도 適用시킬 수 있다는 反證이기도 하다. 즉, 一般法과 特別法의 關係는, 단지 “法律行爲의 內容의 重要な 部分”의 錯誤에 관한 規定이 民法總則에 속하며 瑕疵擔保責任의 規定은 債權各論에 속한다라는 것만으로 認定되는 것이 아니라, 서로 포함관계에 있다라는 說明이 可能할 때 비로소 認定될 수 있는 것이다. 따라서, 우리 나라에서도 錯誤와 瑕疵擔保責任의 規定이 서로 一般法과 一般法的 關係에 있다라고는 말할 수 없으며, 결국 瑕疵擔保責任의 規定을 優先시키는 根據는 될 수 없는 것이다. 또한, 競合說을 認定하게 되면 權利行使期間이 짧은 瑕疵擔保請求權이 適用範圍를 잃게 된다고 하는 實際的 理由에 대하여 제기되고 있는 批判도, 우리 나라에서도 대체적으로 타당하다고 할 수 있다. 우리 民法上の 瑕疵擔保請求權은 動產·不動產의 구별없이 6個月의 除斥期間에 걸리게 되나, 獨逸民法은 “動產의 경우에는 交付時로부터 6개월, 不動產의 경우에는 引渡時로부터 1年”으로 短期消滅時效에 걸리는 것으로 하여 약간의 차이를 보이고 있으나, 다른 制度와의 均衡을 생각한다면, 역시 賣渡人을 부당하게 保護하는 結果가 된다고 할 것이다.