

독일 근세 민법전상의 도급계약법

이준형*

목 차

- I. 序論
- II. 中世局地法과 보통법
 - 1. 로마법 계수 이전 중세국지법의 전개
 - 2. 로마법 계수 이후 보통법학설의 상황
- III. 近代立法의 내용
 - 1. 18세기 이전의 입법
 - 2. 1794년 프로이센 일반란트법
 - 3. 1853년 헤센민법 초안
 - 4. 1861/1864년 바이에른민법 초안
 - 5. 1863년 작센민법
 - 6. 1866년 드레스덴 채권법 초안
- IV. 結語

(국문요약)

비교적 일찍부터 수급인 일반에 하자담보책임을 인정하였던 독일법계의 전개과정을 살펴보기 위하여, 18세기 이전의 법상황을 간단히 살펴본 다음, 프로이센일반란트법, 헤센민법 초안, 바이에른민법 초안, 작센민법, 드레스덴 채권법 초안의 도급계약 규정들을 정리, 비교하였다.

(주제어) 도급계약, 수급인의 하자담보책임, 프로이센일반란트법, 헤센민법 초안, 바이에른민법 초안, 작센민법, 드레스덴 채권법 초안

* 중앙대학교 법과대학 전임강사

I. 서론

우리 민법(제664조 이하)처럼, 일의 완성을 목적으로 하는 유상계약인 도급계약을 독자적인 계약유형으로 파악하고 그에 고유한 법리를 인정하는 입법태도의 기원은 다른 대부분의 전형계약의 경우와 마찬가지로 로마법에서 기인한다고 이야기할 수 있다. 오늘날의 일반적인 견해에 따르면, 고전기 로마법 이후 일의 賃約(locatio conductio operis)이란 명칭으로 임대차, 고용과 함께 임약의 한 하부유형으로서 발전되었다.¹⁾ 그러나 賣買와는 비교하면 상대적으로 그 등장이 늦었고, 발전속도 또한 상당히 더뎠다고 할 수 있는데, 그 이유는 아마도 이미 로마시대 당시에 거의 완벽한 형태로 존재하고 있었던 현실매매와 달리, 노예제를 기반으로 했던 로마의 경제체제에서 注文制나 顧客制 생산의 의미가 미미하였고, 이러한 사정이 주문제 생산 등의 법적 형태인 도급계약의 등장과 발전을 저해하였다는 데서 찾을 수 있을 것이다. 하지만 그럼에도 불구하고, 당시 로마의 사료에 이미 도급계약에 관한—특히 위험부담에 관한—몇몇 중요한 개소들이 등장하였고, 그 후 이로부터 비롯된 원칙들이 오늘날까지도 대륙법계 국가들을 지배하여 왔다.

그러나 원칙적으로 도급계약에 관한 대륙법의 기원을 로마법에서 찾을 수 있다고 하더라도, 그 가운데에는 로마 이후의 법발전이 어떤 의미에서는 보다 중요한 역할을 하였다고 볼 수 있는 경우도 있다. 필자는 수급인의 하자담보책임 제도가 그러한 예가 될 수 있다고 생각한다. 고전기 로마법에 있어 도급의 하자란 주로 노무의 하자나 불완전한 노무급부의 제공을 의미하였고, 노무급부에서는 주관적 과책(주의의무 위반)과 객관적 불이행 사실이 명확히 구별되지 않는 경우도 많기 때문에, 로마법에서는 도급하자의 경우 일반적인 계약책임을 묻기 위하여 「미숙련」, 책임이라는 개념으로써 과책과 불이행을 연결짓고, 또 나아가 수급인에게 그가 점유하는 도급인의 재료에 대하여 엄격한 「보관」, 책임까지 물음으로써 도급인의 권리구제를 도모하였다.²⁾ 하지만 이와 같은 엄격함이 일반적인 계약책임으로서의 본질

1) 로마법, 그 가운데 특히 고전기 로마법에 있어 도급계약의 등장과 그 내용에 관하여는 이준형, 수급인의 하자담보책임에 관한 연구, 서울대 학위논문(2001.2.), 6면 이하 참조.

2) 이 점에서도 매도인의 表明(dicta)에서 담보책임의 기초를 두는 매매와 구별되었다.

까지 변화시킨 것은 아니었다. 그러므로 매수인과 달리, 도급인에게는 짧은 시효에 걸리는 해체소권이나 감액소권이 인정되지 않았고, 하자보수나 손해배상청구는 都給人訴權(actio locati)³⁾으로서 인정되었다. 그밖에도 엄격책임을 완화하기 위한 불가항력(vis maior)과 로마의 誠意訴訟(actio bonae fidei)은 분쟁의 탄력적인 해결을 가능하도록 하였다.

그렇다면 오늘날 매도인의 하자담보책임에 비견하는 수급인의 하자담보책임은 그 역사적 기원을 어디서 찾을 수 있을까? 위에서 보듯이, 고전기 로마법 이래 수급인의 하자책임은 그 기원이 일반계약책임에서 기원하고, 특별한 권리구제수단과 짧은 시효를 특징으로 하는 매도인의 하자담보책임과는 이 점에서 역사적 기원을 달리한다. 본래는 시장에서 이루어지던 노예와 가축의 현실매매에 국한하여 인정되었던 안찰관소권에 그 기원을 두고있는 매도인의 하자담보책임은 유스티니아누스 황제에 의하여 그 적용범위가 확대되었음에도 불구하고, 매매의 범위를 벗어난 것은 아니었다. 오히려 오늘날 우리 법전을 비롯한 대부분의 대륙법계 국가들과 같이 도급계약법에 수급인의 하자 「담보」 책임을 규정한 것은 비교적 최근의 일이라고 할 수 있다. 그런데 독일과 함께 대륙법계 국가의 대표적인 나라인 프랑스의 경우를 보면, 적어도 「입법」의 차원에서는 수급인의 하자담보책임 「일반」에 관한 규정을 갖고 있지 않다.⁴⁾ 그러므로 이 글에서 필자는 시야를 근세(Neuzeit) 독일에서 나타난 민법전들 내지 입법시도들을 소재로, 그 속에서 나타난 도급계약에 관한 규정들을 살펴보고자 한다.

글의 순서로서, 먼저 독일법계의 근세 민법전들의 배경이 되었던 중세 독일의 국지법과 로마법 계수 이후의 보통법의 내용을 간단히 살펴본 다음, 프로이센일반관트법, 헤센민법 초안, 바이에른민법 초안, 작센민법, 드레스덴채권법 초안의 순서로 입법의 체계와 몇 가지 특징들을 정리해보고자 한다.

3) 도급인에 locator란 명칭이 붙은 이유에 대하여는 Donellus, Commentarii de iure civili, t. XIII, ch. 6 no 5, in : Opera Omnia, Lucae, 1762-1770, t. III(1762), col. 815-854의 설명을 참조(그는 비용을 누가 부담하는가를 기준으로 설명한다).

4) 프랑스 민법전 제정 당시는 건축자에게 관한 두 개의 개별 규정(제1792조, 제2270조)을 두었음을 뿐이다. 프랑스에 있어 수급인의 하자담보책임에 관한 법발전에 관한 설명은 이준형(주 1), 63면 이하 참조.

II. 中世局地法과 보통법

1. 로마법 계수 이전 中世局地法の 전개

일반적으로 로마법학자들은 독일법계에서의 도급계약법의 발전을 로마법의 繼受에서 그 계기와 동력을 찾는 데 반하여,⁵⁾ 게르만법학자들은 獨自性을 강조하였다. 後者의 대표적인 이론적인 성과로는 로텐뷔허의 연구⁶⁾를 들 수가 있는데, 이하에서는 주로 그의 연구를 중심으로 로마법 계수 이전의 독일 국지법의 내용을 살펴본다.⁷⁾

적어도 프랑크 왕국시대에 이르면 몇몇 자영업자들(화폐주조공, 대장공)의 계약이 등장하고, 10세기 경부터는 不特定人을 위한 수공업 방식과 特定人을 위한 주문제 방식으로 활발한 영리활동이 이루어졌다.⁸⁾ 그때까지 아직 고용과 도급이 분리되지 않았지만, 수급인(fürgedinger)이 자신의 작업장에서 작업하는 경우(가령 제분업자, 제빵업자, 재단사, 대장장이, 제분업자 등)는 작업에 필요한 재료를 제공받고 일 전체에 대하여 보수를 지급받았다.⁹⁾

특히 建築의 경우는 고딕양식의 발흥과 함께 공사기간이 급격히 길어지면서 아마추어 건축업자들이 대거 등장하고 장기간에 걸친 고용계약이 이루어지기도 하였으나, 기술적인 면에서 건축수급인측이 여전히 독자성을 유지하였으므로 도급계약

5) 가령 Riezler, *Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*(1900), 19~20는 “화물이나 사람의 운송계약을 제외한다면 독일법에 있어 도급계약의 역사는 본질적으로 로마법의 일의 임약 역사의 연장에 불과하고 그 계수와 함께 시작되었다”고 한다. 일의 완성을 목적으로 하는 계약 자체가 전혀 없었던 것은 아니지만(자신의 도제들과 함께 일을 완성하기로 약정하고 그 기간동안 다른 일을 맡지 않겠다는 내용의 1347년 뮌헨市法 제 472조, 나아가 1489년 뮌헨市건축규정 제12조를 예로 들면서), 이를 규율할 법원칙들이 이론적으로 마련되지 못하였음을 지적하고, 그 원인을 농업 중심적 사회구조에서 찾는다.

6) Rothenbücher, *Geschichte des Werkvertrags nach deutschem Rechte*(1906)

7) 중세 이전에는 도급계약이라고 부를 수 있을 만한 형태를 찾기 어렵고, 또한 자료 발견의 어려움도 있었으므로, 여기서는 서술을 중세 이후로 국한하였다.

8) Hübner, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 4. Aufl.(1922), 540 ; Rothenbücher(주 6), 6-7 참조.

9) Rothenbücher(주 6), 7 ; Trachsel, *Begriff und Abgrenzung des Werkvertrages nach Gemeinem Recht und Modernen Gesetzen*, Diss. Bern(1923), 7 참조. 이와 같은 작업을 *störarbeit*라고 불렀다.

으로서의 성격을 잃은 것은 아니었다.¹⁰⁾

로마법의 경우와 마찬가지로 초기에는 도급인이 재료의 제공을 맡았고, 통상 그 재료는 高價物이었으므로 당시 계약들은 도급인의 材料返還權 확보가 초미의 관심이었다.¹¹⁾ 그러나 15세기 경 관행이 변화하면서 매매와 도급의 구별이 혼란스러워졌는데,¹²⁾ 이 때 로마법의 영향으로 상대적으로 보다 정비되었던 매매법이 아마도 도급계약법에 영향을 미쳤으리란 추측이 가능할 것이다. 한편 하도급에 대하여 관대하였던 로마법에 비하면 이 시대에는 보다 제한적인 태도를 취하였다.¹³⁾

한편 도급인은 수급인에 대하여 하자에 대한 책임을 물을 수 있었다.¹⁴⁾ 그 가운데 가장 중요한 구제책은 瑕疵補修와 損害賠償(Chör und Wandel)이었는데, 兩者는 개념상 서로 명확하게 구별되지 아니하였다.¹⁵⁾ 주목할만한 사실은 몇몇 史料에서 減額과 解除가 구제수단으로서 등장하였다는 점이다.¹⁶⁾ 도급인의 승인이나 - 실제로는 보다 빈번하였던 - 동업자조합(길드) 조합장들(Älterleute)의 이의 없는 검사(Beschau)에 의한¹⁷⁾ 受取(Abnahme)에는 로마법의 probatio와 마찬가지로 수급인의

10) Hübner(주 8), 541 ; Rothenbücher(주 6), 9 이하 참조.

11) 따라서 도급인의 재료반환권 상실과 균형을 맞추기 위하여 당사자 쌍방에 과실 없이 재료가 멸실된 때에는 설령 수급인이 그때까지 노무를 제공하였다고 하더라도 (일부)보수를 청구할 수 없었다. 그러나 재료 멸실 이외의 사유로 계약을 더 이상 진행시킬 수 없게 되거나 아예 재료가 문제되지 않는 때(가령 혼육계약)에는 일부보수의 청구가 가능하였다.

Rothenbücher(주 6), 73 참조

12) Hübner(주 8), 541 ; Rothenbücher(주 6), 14, 26 참조.

13) Hübner(주 8), 541 ; Rothenbücher(주 6), 49 참조(예 : 화가 뒤러[Dürer]의 제단화 제작계약).

14) Rothenbücher(주 6), 66은 이러한 수급인의 책임을 過失責任으로 이해한다.

15) Chör(Chur라고도 한다)와 Wandel은 둘 다 “시정하다, 손해를 제거하다”란 뜻이다. 다시 말해서 하자의 보수를 손해전보의 한 방식으로서 이해하였다고도 볼 수 있다. Rothenbücher(주 6), 66 참조.

16) 도급인의 감액권은 여러 가지 형태로서 규정되었다. 예를 들어 1537년 스트라스부르크(Strassbourg) 면직물검사규정(Bararchenschauordnung)을 보면 도급인은 불량면사를 제작한 방적업자에 대하여 불량률에 해당하는 만큼 보수를 삭감할 수 있도록 하고 있다. 그밖에도 뤼겐(Rügen) 란트법 제114조 제4항 참조. 한편 해제는 당사자 사이에 명시적인 약정이 있는 경우에 한하여 인정되었는데, 가령 1508년 볼게무트(Wohlgemuth)라는 사람의 제단화 제작 계약에 따르면 “하자가 증대하여 더 이상 치유할 수 없는 때”에는 계약을 해제할 수 있도록 규정되어 있었다. 그밖에도 1440년 뵐블링거(Böblinger)의 塔身건축공사계약 등의 기록이 남아있다. 이상 Hübner(주 8), 542 ; Rothenbücher(주 6), 66~67면 참조.

기망행위에 의한 것이 아닌 한 면책효과가 인정되었다.¹⁸⁾ 그러나 당사자들 사이에 수취기간보다 긴 하자담보기간의 약정이 따로 있으면 이 때는 수취의 면책효과가 부정되었다.¹⁹⁾ 그리고 수취의 적용범위도 - 로마법과는 달리 - 건축계약에 국한되지 않았던 듯하다.²⁰⁾

이상과 같이, 로텐뷔허 등에 따르면 독일지방에서는 로마법과 별도로 독자적인 도급계약법을 발전시켰다. 그리고 그와 같은 법발전은 전면적인 로마법 계수가 이루어진 다음에도 일부 지방(특히 남부 바이에른 지방, 북부 한자동맹의 뤼벡과 뤼젠, 함부르크 등)에서 관습법의 형태로 18세기까지 지속되면서 그 범위에서 로마법의 계수를 저지하였다고 한다.²¹⁾

2. 로마법 계수 이후 보통법학설의 상황

하지만 본격적인 로마법의 계수가 이루어지면서 보통법 학설의 대부분은 로마법 원전에만 관심을 기울였다.²²⁾ 그 결과 계수 이후는 도급계약의 독자성보다 오히려

17) 이에 관하여는 Rothenbücher(주 6), 58 이하 참조.

18) Floßmann, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl.(1992), 290: “계약에서 달리 정함이 없는 한, 아무런 이의 없는 수령으로써 하자담보책임은 소멸하였다.” 이 때의 수취(Abnahme)에는 도급인에 의한 승인의 표시가 필요하였던 듯하다(Rothenbücher, 61: “...gebiligt”).

19) Rothenbücher(주 6), 64는, 1407년 시청건물에 시계를 설치하기 위하여 시계제작업자와 바젤(Basel)시가 체결하였던 계약 안에 하자담보책임기간을 10년으로 약정한 사실이 있음을 예로 든다.

20) 위 주 19의 사례(시계의 제작, 설치) 참조.

21) Hübner(주 8), 542; Rothenbücher(주 6), 73, 117 참조.

22) 자연법 학자들이 매도인의 하자담보책임에 관한 로마법전의 개소들을 소재로 그 배후에 있는 - 적어도 있다고 믿었던 - 일반원리를 발견하려고 시도하였음은 널리 알려진 바와 같다. 그로티우스(Grotius)는, 여전히 개별적 검토에 머물렀던 그 이전 연구성과(가령 Thomas von Aquin, *Summa Theologica*, lib. 2, pars 2, quaestio 77, 2)에서 더 나아가 ‘계약정의’라는 보다 일반적이고 단일한 관점 아래 매도인의 하자담보책임을 포섭시켰다(De Iure Belli ac Pacis, lib. 2, cap. 12, §11)는 평가를 받고 있다. 이상은 Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*(1997), 72-73 참조위의 두 인용자료 또한 같은 곳에서 재인용한 것임). 자연법 학설이 매매에 국한되었던 하자담보책임 제도의 일반화에 어떠한 기여를 하였는가는 이

물건의 賃約과의 법교리적인 통일이 필연적인 것으로서 강조된다.²³⁾ 다만 예외적으로 도넬루스(Donellus) 등 일부 학자들이 도급계약에 관한 의미 있는 연구를 남겼고,²⁴⁾ 受取에 관한 견해 대립 정도를 찾아볼 수 있을 뿐이다.²⁵⁾

여기서 수급인의 하자담보책임과 관련하여 보통법 시대의 학설을 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 먼저 하자로 인하여 수급인이 부담하는 책임은 여전히 일반 계약책임으로 이해되었다. 이와 같은 사실은 19세기 말 독일민법전 제정 전후로 발간된 문헌들을 보더라도 명확히 확인된다. 무엇보다도 독일민법전 입법자 자신이 보통법의 태도를 그와 같이 이해하였다.²⁶⁾ 따라서 보통법에 따라서도 도급인은 현존하는 하자의 제거를 청구할 수 있고, 이와 함께 수급인이 목적물에 없는 性狀을 확약하였거나 성상의 결여에 과책이 있었던 때에는 손해배상을 청구할 수 있었지만, 이 때에도 역시 안찰관법상의 청구권들은 적용될 여지가 없었다.²⁷⁾

둘째, 소멸시효의 기간은 일반적으로 30년의 통상소멸시효기간이 적용된다고 보고, 그 기산점은 受取時가 아니라 청구권이 성립한 시점이라고 이해하였다.²⁸⁾

글의 주제와 관련하여서도 매우 흥미로운 주제이지만, 필자의 능력상 여기서는 더 이상 이에 관하여 詳論하지 않는다.

- 23) Riezler(주 5), 21은 “17세기까지 그것[locatio conductio operis의 교리-인용자]은 독일의 법률 저작자들 가운데 전혀 다루어지지 않았다고 하여도 좋을 것”이라고 한다. 또한 Rothenbücher(주 6), 123 이하도 같은 취지이다.
- 24) 가령 도넬루스(Donellus), 후우트(Voet), 푸펜도르프(Pufendorf) 등. 각각의 개소 확인은 Pietsch, *Die Abnahme im Werkvertragsrecht*, Diss. Hamburg(1976), 57의 주 5 내지 7 참조. 특히 프랑스의 도넬루스는, 리즐러 또한 당시 드물게 도급계약에 관한 깊이 있는 연구를 한 학자로 꼽고 있다(Riezler[주 5], 21의 주 5 참조).
- 25) Pietsch(주 24), 57의 주 8에 따르면 후우트(Voet)가 D. 19. 2. 24 pr에 기대어 도급인 또는 제3자의 승인을 강조한 데 반하여, 도넬루스(Donellus)는 수급인의 교부의무라는 측면에 주목하였다고 한다.
- 26) 다음과 같이 짧지만 매우 명확하고 인상적인 요약은 입법자료에서 찾을 수 있다. “채무불이행의 일반원칙들을 이 문제(하자로 인한 수급인의 책임 - 인용자 주)에까지 끌고 들어왔던 보통법과 프랑스 법”(Motive, 480=Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II(1899), 268)
- 27) von Buchta, *Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts*(1899), 132 참조.
- 28) Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl.(1906), Bd. I, §110 본문 및 주 1 참조.

셋째, 가장 논의가 활발하였던 주제는 收取와 하자담보책임의 관계였는데, 이에 관하여는 다음과 같은 세 가지 입장들이 대립하고 있었다.²⁹⁾ 먼저 D. 19. 2. 24 pr을 근거로 하는 제1설³⁰⁾은 受取를 승인으로 보고 따라서 受取가 있으면 - 수급인이 악의로써 야기한 受取가 아닌 한 - 하자로 인한 책임을 모두 면한다³¹⁾는 입장이었다고, 다만 이 때에도 C. 8. 11. 8에 따라서 공공건물의 경우 과책으로 인한 하자에 대해서는 수급인이 완성 후 15년 간 책임을 진다고 보았다.³²⁾ 반면에 제2설³³⁾은 이 C. 8. 11. 8에 착안하여 受取로 인하여 수급인이 책임을 면하는 하지는 그 발생에 수급인의 과책이 없는 경우에 한한다는 입장을 취하였다. 끝으로 보통법 시대의 通說이라고 할 수 있는 제3설은 受取의 효력이 미치는 범위는 어디까지나 수취 당시 도급인이 알 수 있었던 하자, 즉 드러난 하자에 국한되며, 그 후 발견된 하자에는 미치지 않는다는 입장이다.³⁴⁾ 이 제3설은 다시 승인, 즉 변제 승인의 효력을 어떻게 이해할 것인가를 둘러싸고 하자의 입증책임이 도급인에게 이전될 뿐이라는 입장³⁵⁾과

29) 이하는 Pietsch(주 24), 65~67의 정리이다.

30) Arndts/Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl.(1889), §315 ; Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, Bd. XVII(1815), §1055 I ; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. I(1853), 371 본문 및 주 7 ; Puchta, Pandekten, 10. Aufl.(1866), §367 등.

31) 다만 Mommsen(주 30), 371은 이를 도급인의 청구권 “포기”로 이해한다.

32) Glück(주 30), §1055 I은 그 이유를, 개인건물보다 공공건물에서 일반적으로 부실공사율이 높기 때문이라고 설명한다.

33) Leyser, Meditationes III Spec. 212 Meditation 5는 개인건축도급에도 15년의 기간을 적용시키려고 한다(Pietsch[주 24], 66의 주 51에서 재인용). 반면 Dochnahl, Die Gefährtragung beim Werkvertrage nach römischem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, JherJb, Bd. 48(1904), 251은 하자 발생에 과책이 있는 경우 소멸시효기간에 대하여는 논하지 않는다.

34) 앞서 제1설이 근거로 삼았던 D. 19. 2. 24는 완결적인 것이 아니고 수취 이전에 드러났으나 수급인의 악의적 행위로 도급인이 이를 알지 못하여 통지하지 못했던 하자라는 특수한 한 예에 불과하다고 이해한다. 이러한 입장을 취하는 학설과 판례로는 Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 6. Aufl.(1900), §113 ; Kohler, Annahme und Annahmeverzug, JherJb 17(1879), 373 ; Windscheid/Kipp, Bd. II, §§321의 주 6, 394의 주 28과 29, 401의 주 3 ; OAG Lübeck SeuffA 8 Nr. 43 ; 10 Nr. 256 ; OAG Dresden SeuffA 34 Nr. 201 등. 반면 Dankwardt, Die locatio conductio operis, JherJb 13(1874), 349~350과 Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, GrünhZ 24(1897), 24, 57은 숨은 하자 가운데 수급인에게 책임 있는 사유로 발생한 하자에 대해서만 수취 후에도 수급인은 책임을 진다는 입장을 취한다.

35) Windscheid/Kipp(주 28), Bd. II, §§321의 주 6, 394의 주 28 참조.

도급인의 이행청구권이 受取로써 손해배상청구권으로 전환한다는 입장³⁶⁾으로 나눌 수 있었다.

이상에서 보듯이, 보통법시대의 학설들은 대체로 로마법의 틀을 기본적으로 그대로 유지하면서 그 틀 안에서 이론적인 논의가 진행되는 데 그쳤다고 이야기할 수 있다.³⁷⁾

Ⅲ. 近代立法의 내용

1. 18세기 이전의 입법

프로이센일반란트법 이전의 입법들이 도급계약에 관한 규정을 두지 않거나 賃約 일반의 한 내용으로 규정하였던 것도 로마법의 賃約 관념에 충실하였던 보통법을 배경으로 한다.³⁸⁾ 다만 짜지우스(Zasius)가 기초한 1520년 프라이부르크 市法은 로마법의 일의 賃約(locatio conductio operis)에 관한 법리를 기본으로 하면서도, 앞서 살펴본 당시의 관습법을 조화시키고자 하였다.³⁹⁾ 노무의 賃約과 일의 賃約을 아예

36) Dankwardt(주 34), 349, 351의 주 1 참조

37) “17세기까지도 독일의 법률문헌 가운데 도급계약에 관한 연구는 거의 전무하였다고 할 수 있다(Riezler[주 5], 21)”거나 “19세기 도급계약에 관심을 가지고 당시 대표적인 판택텐 교과서였던 Windscheid/Kipp의 책을 펼쳐본 적이 있는 사람이라면 거기에 도급계약과 직접 관련된 설명은 고작 소략적으로밖에 되어있지 않다는 사실을 발견할 수 있을 것이다(Peters, Grundfälle zum Werkvertragsrecht, JuS 1992, 1022)” 등의 진술을 참조

38) Rothenbücher(주 6), 120-121는 규정을 아예 두지 않은 예로서 1535년 Reformation der Landgrafschaft Hessen, 1567년 Dithmarsisches Landrecht, 1663년 Kur-Kölnische Landrechtsordnung, 1678년 Kur-Trierische Landrecht, 1719년 Basler Stadt- und Gerichtsordnung를, 반면에 임약 일반에 대한 규정을 두었던 예로는 1498년 Wormser Reformation, 1564년 Nürnberger Reformation, 1616년 Nassauische Landesordnung을 든다.

39) Hübner(주 8), 542 ; Pietsch(주 24), 56(Zasius는 이 법률에서 로마법의 전거들을 기초로 하면서도 probatio에 관한 규정을 두지 않았다고 한다) ; Rothenbücher(주 6), 122-123(이를 모델로 삼은 입법으로는 1567년 Württembergisches Landrecht과 1582년 Kurpfälzer Landrecht가 있다고 한다) 참조

구분하지 않았던 1756년의 바이에른 민법법(Codex Maximilianeus Bavaricus civilis)⁴⁰⁾이나 모든 賃約을 통일적으로 규율하려 하였던 1766년 테레지아 입법 초안(Codex Theresianus)⁴¹⁾ 및 1787년 조세프 법전⁴²⁾ 모두 이와 같은 보통법의 복고적인 로마법 회귀 경향을 보여주는 입법례들이다.

2. 1794년 프로이센 일반란트법

그러나 18세기 말에 접어들면서 기간의 산업 발전은 민법 이론에도 영향을 주어 도급계약과 다른 계약의 구분, 위험부담과 수취, 하자담보책임 등 도급계약에 관한 연구들이 활기를 띠었고,⁴³⁾ 그것들은 뒤에서 보듯이 19세기 일련의 근대적 입법들로 결실을 맺었다.

먼저 이성법의 영향을 받아 로마법의 부자연스러운 「법교리상의 통일성」 도그

40) 여기서는 “도급계약(Werkpachte)”에 관한 간단한 언급만이 있을 뿐이다. Demel/Schubert, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Bayern von 1811(1986), 476, 491 ~ 493(Teil IV Kap. VI §2, 41 ~ 44) 참조. 다만 이 자료는 원래의 Codex가 아니라 그 개정안임에 주의를 요한다(S. LXIX 참조).

41) 여기서는 도급계약을 낙성계약의 하나인 賃約(Miethcontract)으로 규정하였다(Teil III C. XII, Von Mieth-, Pacht-, Bestand- oder Dingungscontract). 이에 관하여는 Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Bd. III(1884), 203 참조. 물건의 임대차뿐만 아니라 노무의 임대차도 포함하였지만(C. XII, § I, N. 1, 3), 後者は 다시 특정되지 않은 개인적인 노무 제공을 부담하는가, 아니면 일정한 일의 완성을 인수하는가에 따라 나뉘어졌다(C. XII, § I, N. 9, 10). 이런 점에서 테레지아 입법 초안은 후대 입법, 특히 1811년 제정된 오스트리아 일반민법전(ABGB)에 영향을 주었다고 볼 수 있다.

42) 테레지아 입법초안(Codex Theresianus)을 호르텐(Horten)이 다듬어서 조셉(Josef) 2세가 발효하였던 법전으로 賃約은 이 가운데 Teil III, Kap. 12에서 통일적으로 규정되어 있었다. 이 초안에 관하여는 Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Bd. IV(1885), 416 참조.

43) 독일민법 성립 이전을 기준으로 몇 가지 예를 들자면 Arndt(주 30), §315 ; Dernburg(주 34), §113 ; Glück(주 30), §1055 I ; Puchta(주 30), §367 I Windscheid/Kipp(주 28), Bd. II, §401 등의 당시 판례권 교과서들과 Dankwardt(주 34), 299 ; Kohler(주 34), 261 ; Mommsen(주 30), 371 ; Oertmann(주 34), 1 등의 논문들을 들 수 있다.

마를 벗어 던지고 “사물의 본성에 좇아” 임대차와 고용/도급을 구분⁴⁴⁾ 최초의 입법으로는 1794년 프로이센 일반관트법(Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 이하 ALR)을 들 수 있다.

그 제1편 제11장 제869조 이하(제8절)에서는 「행위에 대하여 물건을 또는 행위에 대하여 행위를 약정하는 각종 계약들」이란 표제⁴⁵⁾ 아래, 總則 다음에 a) 주인과 하인 사이의 계약(제894조), b) 피용노무자 및 일용노무자의 계약(제895조 이하), c) 수공업자 및 기능인의 계약(제920조 이하), d) 주문받은 일에 관한 계약(제925조 이하), e) 공급계약(제981조 이하), f) 현상광고(제988조 이하), g) 출판계약(제996조 이하) 등 일곱 개의 계약들을 규정하고 있었는데— 이보다 훨씬 단순하였던 ALR 제1초안에서도 그러하였듯이⁴⁶⁾— 고용계약과 도급계약은 따로이 규정되어 있었다.⁴⁷⁾ 특히

44) 입법과정에서는 로마법의 통일적 賃約 도그마로부터 벗어나기 위하여 賃約 가운데 일부(고용과 도급)를 떼어내서 無名契約으로 규정하는 방식이 사용되기도 하였다. 즉, ALR의 입법위원 가운데 한 사람이었던 클라인(Klein)은 자신이 제출한 초안에서 無名契約에 관한 별도의 장을 두고 거기에 고용계약, 도급계약, 공급계약, 출판계약을 규정하고, 당시 지배적인 학설을 좇아서 이들 無名契約에는 계약 일반에 통용되는 규정들이 적용된다고 보았다. 결국 클라인은 그의 초안 말미에서 “도급(locatio conductio operis)은 명칭을 제외하고는 임대차(locatio conductio rei)와 그다지 관련이 없다”고 선언하기까지 한다(이상은 Charnatz, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht[1937], 109에서 재인용). ALR의 또 다른 입법위원이었던 키르하이젠(Kirchheisen)도 임대차와 고용/도급의 구분을 지지하였다고 한다(Charnatz, 같은 책, 110).

45) 주는 급부와 하는 급부(do ut facias), 하는 급부와 하는 급부(facio ut facias)가 교환되는 계약 일반에 관한 장을 의미하는 이러한 표제 자체는 ALR의 이성법적 입법태도를 잘 보여준다. 이러한 절을 두게된 이유를 입법자는 다음과 같이 밝히고 있다(Charnatz[주 44], 112, 주 103에서 재인용). “이 이론[물건과 행위, 또는 행위와 행위를 교환하는 경우에 대한 이론을 말한다 - 인용자 주]은 법학의 미개척지에 속한다. 지금까지 각종 체계를 속에서 이 이론이 그렇게 다루어지지 않았던 이유는, 로마법의 約因論을 회피하기 위하여 일정한 방향으로 진행되는 서로 다른 행위들을 賃約이라는 잘못된 관점 아래 모아놓은 데에 있다. 만일 우리가 이성애 좇아 이 문제를 고찰한다면 시민생활의 거래 속에서 현저히 중요한 이 이론 전체를 다음 다섯 가지 주요 형태 속에서 나누어볼 수가 있다. 즉, a) 물건 대 작위, b) 물건 대 부작위, c) 작위 대 작위, d) 작위 대 부작위, e) 부작위 대 부작위. 이번 절을 손질하는데 있어 이들 서로 다른 주요 형태들을 보다 눈에 띄도록 하고 그럼으로써 일반적인 기본 원칙을 완전한 것으로 만들뿐만 아니라 각각의 형태들의 특별한 차이들에 입장을 표명할 필요가 있다고 할 것이다.”

ALR은 도급계약의 대상을 유체물로 제한하였다는 점에서도 특징적이다.⁴⁸⁾

ALR의 규정 가운데 가장 주목되는 부분은 첫째, 도급계약법에서 수급인의 하자로 인한 책임에 관하여 별도의 규정을 두었다는 점이다. 즉, 목적물이 “無用한(untüchtig)”⁴⁹⁾ 경우, 명시적으로 약정한 성상이 결여된 경우, 수급인이 지켜야할 기술규칙을 지키지 않은 경우,⁵⁰⁾ 수급인이 선택하고 조달한 재료에 문제가 있었던 경우는 도급인이 다음 두 가지 중 하나를 선택할 수 있는데, 그 하나는 계약해소(수령 거절 포함)이고,⁵¹⁾ 다른 하나는 손해배상이다(제1편 제11장 제947조, 제952조 내지 제954조, 제956조).⁵²⁾ 반면 물건의 사용에 중대한 영향을 미치지 않는 결함이 있는

46) ALR 제1초안은 피용노무(자), 일의 주문, 공급계약, 현상광고, 출판계약 등 모두 다섯 가지 계약유형들을 규정하고 있었다(Charmatz[주 44], 111 참조).

47) 양자를 구별하는 결정적인 계기가 위험부담이라는 사실은 당시 이미 인식되고 있었다. 그것은 ALR 제1편 제11장 제927조, 즉 “오히려 수급인(Werkmeister)은 자신에게 손해가 된다고 할지도 자신의 채무를 충분히 이행하여야 한다”는 법문으로부터도 엿볼 수 있다. 그러나 입법자료를 보면 입법위원이었던 키르히하이젠(Kirchheisen)은 고용과 도급 모두 일의 완성을 목적으로 하기 때문에 양자의 구분은 부당하다고 보았다고 한다(Charmatz[주 44], 110에서 재인용). 그밖에도 Charmatz[주 44], 111면, 113면 ; Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag(1905), 172면 등 참조.

48) 도급계약의 대상을 유체물의 완성이나 변경으로 국한하는 태도는 그 후 바이에른 초안, 드레스덴 채권법 초안에까지 이어진다(Riezler[주 5], 17, 22 참조). 반면 작센 민법 제1243조와 보통법은 로마법의 예를 좇아 노무나 용역의 제공으로 인한 결과까지도 도급계약의 대상에 포함시켰다(Mugdan[주 26], 1257).

49) 이 때 “무용한”이란 목적물의 사용에 중대한 영향을 미치는 결함이 있는 것을 의미한다(제1편 제11장 제951조의 반대해석). 또 목적물을 화려하게 치장하기로 하는 약정이 있었던 경우는 미관상의 현저한 결함은—비록 목적물 자체의 사용 자체를 방해하지 않더라도—역시 마찬가지로 다룬다(제1편 제11장 제952조).

50) 도급인의 명시적인 요구가 있었던 경우는 제외한다(제1편 제11장 제955조).

51) 도급인은 자신의 선택에 좇아, 자신이 제공한 재료와 같은 수량과 품질의 대체물을 청구하거나 아니면 그 가액의 지급을 청구할 수 있고, 이 때의 가액이란 만일 도급인이 구입해온 재료일 경우는 그 소요 비용을, 그밖의 경우는 수급인에게 교부할 당시의 가격을 말한다(제1편 제11장 제949조, 제950조).

52) 도급계약에 관한 제1편 제11장 제947조나 제951조는 손해배상을 인정하고 있긴 하지만 이 때 손해배상의 구체적인 내용에 대해서는 아무 것도 정해놓고 있지 않다. 따라서 하자담보 책임의 총칙규정인 제1편 제5장 제320조 (“수령자가 인도받은 물건을 계약의 성질 및 내용에 좇아 사용할 수 없는 책임이 인도자에게 있는 때에는 인도자는 수령자에게 제285조 내

때는 약정보수의 감액 또는 손해배상만이 허용된다(제1편 제11장 제951조). 한편 하자보수권에 관한 명시적인 규정이 없었던 점을 지적할 수 있다. 도급인의 하자보수권이 명문으로 인정된 것은 뒤에서 보듯이 작센민법전 제1247조에서였다. ALR이 하자보수권을 인정하지 않은 이유는 분명하지 않지만, 부실하게 작업을 한 수급인에게 다시 한번 기회를 주라고 도급인에게 요구하는 것은 무리라고 보았던 듯하다.⁵³⁾ 그러나 추완청구권은 인정되었다.⁵⁴⁾ 왜냐하면 ALR은 매매를 모델로 하는 계약총론(제1편 제5장)의 하자담보책임과 관련하여, 하자 있는 물건을 수령한 자는 먼저 결여된 부분의 보완(Gewährung)을 신청할 수 있다고 하였는데, 실무에서는 이를 소구 가능한 추완채권으로서 이해하고, 다만 보완이 불가능하거나 과도한 기간이 걸릴 경우에만 하자담보청구권이 보완채권을 갈음하는 것으로 이해하였다.⁵⁵⁾ 또한 물건의 사용에 중대한 영향을 미치는 결함이나, 아니나라는 기준이 수급인의 책임 추궁과 관련하여 등장하였다. 자연법학설⁵⁶⁾에서 기원하는 것으로 보이는 이 기준은 “중대한 하자,” “계약의 목적을 달성할 수 없는 경우” 등의 표현으로서 그 후 여러 법전에서 사용된다.⁵⁷⁾

지 제291조에 따라 손해를 배상하여야 한다”) 이하에 따른다고 이해하였다(가령 Denkschrift =Mugdan[주 26], 1257 참조). 앞서 본문에서 언급하였듯이 이 때 수급인의 책임은 그의 구체적인 행위라기보다는 일정한 결과에 대한 책임 귀속의 표현이라고 볼 수 있다. 그러나 제1편 제5장 제321조, 제322조가 수령자의 경과실, 우연한 사정, 불가항력으로 목적물을 제대로 사용할 수 없는 때에는 인도자의 책임을 부인하고 있었기 때문에 실제로 손해배상책임을 물을 수 있었던 여지는 그렇게 넓지 않았다고 할 수 있다.

53) Förster/Eccius, *Preußisches Privatrecht*, 7. Aufl.(1896), Bd. II, 286의 주 92 뒷부분을 보면, 수급인에게 하자보수의 기회를 부여하지 않고 하자제거비용의 상환권을 인정해야 하는 이유로서 이와 같은 취지의 설명을 하고 있다.

54) Förster/Eccius(주 53), Bd. II, 286 본문과 주 91a 참조.

55) Förster/Eccius, *Preußisches Privatrecht*, Bd. I, 7. Aufl.(1896), 500 본문과 주 7 참조.

56) Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. II(1967), 112에는 다음과 같은 서술이 나온다. “교회법학자들과 그들을 이은, 후고 그로티우스(Hugo Grotius)에서 크리스티안 볼프(Christian Wolff)에 이르는 자연법학자들의 작업의 결과, 주된 하자(본질적 하자)에 대한 책임이라는 게르만법의(deutschrechtlich) 관념이 로마 안찰관법의 책임과 통합되었다. 이들에 따르면 본질적 하자란 물건의 통상적인 사용을 방해하는 하자를 말한다. 그러면서 東로마-비잔틴의 원전들에 대한 무수한 언급들이 추가되었다. 그리하여 여러 법전들의 표현들은 이로부터 유래한다.”

57) 무엇보다도 ABGB 제1167조 참조.

둘째, 이러한 독자적 책임체계는 ALR이 有償契約(lästige Verträge) 일반에 적용되는 하자담보책임에 관한 규정을 계약총칙에 두었다는 사실과 연관지어 이해하여야 한다.⁵⁸⁾ 즉, 제1편 제5장(「계약에 관하여」) 제8절(「계약의 이행」) 가운데에 하자담보책임에 관한 규정들을 두었다. (제317조 내지 제348조). 그 가운데에는 로마법상의 안찰관소권인 해제소권(제326조)⁵⁹⁾과 감액소권(제328조), 단기의 소멸시효(제343조 이하)⁶⁰⁾⁶¹⁾뿐만 아니라 채무자에게 책임 있는 사유로 인한 손해배상도 포함되어 있다(제319조 이하). 즉, 목적물을 인도하는 자는 통상 전제되는 성상과 계약에서 명시적으로 약정한 성상에 대한 책임을 부담하는데, 그 책임의 내용은 수령자가 수령한 목적물을 계약의 성질과 내용에 좇아 사용할 수 없다는 결과에 대한 책임이었다(제319조, 제320조). 반면에 계약총칙에서는, 도급계약법에서와 달리, 물건의 사용에 중대한 영향을 미치는 하자나 아니냐를 구별하지 않고 양자 사이의 선택권은 수령자가 가졌다.⁶²⁾

이처럼 ALR은 계약총칙에서 하자담보를 계약이행의 하나로 보고,⁶³⁾ 그 안에 전

58) 그러나 이들 계약총칙의 규정들은 어디까지나 “특별한 법률의 규정이나 (당사자 사이의) 명시적 약정에 다른 정함이 없는 때에 한하여” 적용되므로(제1편 제5장 제318조), 도급계약의 경우는 제1편 제11장 제947조 이하가 우선 적용되었다.

59) 그밖에도 제393조 이하에는 “상대방의 이행하자로 인한 계약해소”가 인정된다. 즉, 일반적으로 “일방이 계약의 이행을 거절하거나 제대로 이행하지 않는다는 이유만으로 상대방은 그 계약 자체를 해소시킬 수 없”지만(제393조), 이행거절의 부당성이 재판상 인정된 때에는 손해배상이나 계약해제를 할 수 있도록 규정하고 있다(제397조). 여기서 보듯이 이 때의 계약해제는 Zurücktritt로서 제326조 등에서 말하는 Wandlung과는 구별된다.

60) 목적물 자체의 자연적인 결함의 경우(wegen natürlicher die Sache selbst betreffender Fehler) 농장은 3년, 도시의 토지는 1년, 동산은 6월이었다(기산점은 목적물을 수령한 때), 목적물 자체와 상관없는 그 외부적 성상, 권한, 부담에 관한 하자의 경우(wegen solcher Mängel hingegen, welche nicht die Sache selbst, sondern nur äußere Eigenschaften, Befugnisse oder Lasten derselben betreffen) 농장은 1년, 도시의 토지는 6월, 동산은 3월이었다(기산점은 하자를 안 때). 그리고 이상의 기간들은 提訴期間이었다(제1편 제5장 제345조).

61) Denkschrift = Mugdan(주 26), 1257 : “물건의 하자로 인한 매수인의 청구권들이 단기의 소멸시효에 걸리는 이유들은 일의 하자로 인한 도급인의 청구권들에도 마찬가지로 타당하다. 따라서 초안[즉 BGB 초안] 제628조, 제629조는 ALR의 선례를 좇아...”

62) Förster/Eccius(주 55), Bd. I, 511의 주 69가 인용하는 입법자료를 참조. 도급계약법(제1편 제11장)의 제947조와 제951조와 비교

63) 제1편 제5장 제270조 : “원칙적으로 계약은 그 내용 모두를 이행하여야 한다.” 제1편 제5장

통적인 안찰관소권과 일반적인 계약소권을 함께 규정하였다.⁶⁴⁾ 즉, 목적물에 하자가 있는 경우 도급인은 부족분의 추완(그러나 하자제거는 제외), 해제, 감액, 손해배상(하자제거비용의 상환 포함)⁶⁵⁾, 이상 네 가지 가운데 선택권을 갖는다. 이 가운데 손해배상은 본래적 의미의 하자담보청구권이 아니고(따라서 통상의 소멸시효인 30년이 적용)⁶⁶⁾ 수급인의 계약위반행위가 있어야 인정되었으나, 결합이 발생하면 특별한 사정이 없는 한 수급인의 유책한 행위가 원인이라고 보았다.⁶⁷⁾ 또한 계약의 이행으로서 완성한 목적물을 거절할 경우 발생하는 각종 청구권들도 이와 같은 성질을 갖는다고 보았다.⁶⁸⁾

셋째, 受取(Abnahme)란 말이 직접 나오지는 않았지만 인수⁶⁹⁾, 수령⁷⁰⁾, 교부⁷¹⁾, 인도⁷²⁾ 등의 표현들이 사용되었다.⁷³⁾ 특징적인 사실은 受取에 대하여 裁判外 절차를 마련해두었다는 점이다. 제1편 제11장을 보면, 당사자 어느 쪽으로부터든 청구

제317조 : “하자담보의 급부 또한 계약의 이행에 해당한다.”

64) Förster/Eccius(주 55), Bd. I, 505 이하를 보면, 계약에 좇은 성상을 갖지 않은 물건의 수령자에게 세 가지 소송(Klage)을 생각할 수 있는데, 하나는 계약소송(Vertragsklage)으로서 그 내용은 다시 인도자에게 과책이 있을 경우 인정되는 손해배상과 소멸시효에 걸리지 않는 항변(악의의 항변 또는 동시이행의 항변)으로 나눌 수 있고, 다른 두 가지는 하자담보소송인 감액소송(Minderungsklage)과 해제소송(Wandlungsklage)이었다고 한다. 그러나 안찰관소권과 일반 계약소권은 선택적으로 인정되었던 것은 아니었던 듯하다. Förster/Eccius(주 55), Bd. I, 500 이하를 보면 계약 체결 당시 인도자에게 과책이 있었던 경우는 계약소송, 과책이 없었던 경우는 감액소송/해제소송이 인정된다고 설명하고 있다.

65) Förster/Eccius(주 53), Bd. II, 286의 주 92는 자신이 이전 판에서 취했던 견해, 즉 하자제거비용의 상환을 보수감액으로 보았던 견해를 폐기하고 제7판에서는 이를 손해배상으로 보았다. 그 이유는 아마도 인용하고 있는 판례(RG Gruchot 25, 729)의 영향 때문인 듯하다. 제3자에 의한 하자제거비용의 상환을 보수감액으로 본 또다른 판결로는 초기 오스트리아 최고법원(이하 OGH) 판결 SZ 7/76을 들 수 있다.

66) Förster/Eccius(주 53), Bd. II, 286 참조.

67) RGZ 21, 204(Förster/Eccius[주 53], Bd. II, 286의 주 92에서 재인용).

68) Förster/Eccius(주 53), Bd. II, 286~287.

69) Übernahme : 제1편 제11장 제932조, 제939조, 제940조, 제968조

70) Annahme : 제1편 제11장 제935조, 제945조, 제947조, 제949조

71) Ablieferung : 제932조, 제935조, 제936조, 제942조, 제943조, 제964조

72) Übergabe : 제1편 제11장 제933조, 제960조, 제965조, 제966조, 제970조

73) Demburg(주 34), §§200, 201 ; Förster/Eccius(주 53), Bd. II, 285 이하 참조.

가 있으면 전문가의 감정을 받아야 했고(제943조), 여기서 긍정적인 판단이 내려지면 도급인은 (잠정적으로) 목적물을 수령하고 보수를 지급하여야 했으며(제945조), 다만 양쪽 모두 감정결과에 이의가 있을 때에는 정식재판이 진행되었다(제946조 내지 제948조).⁷⁴⁾ 여기서 보듯이 수령 등은 단순한 점유의 이전 이상의, 즉 계약합치성의 승인이라는 의미를 가졌다.⁷⁵⁾ 수령 등이 있으면 여러 가지 효과가 발생하였지만⁷⁶⁾ 하자담보책임에는—계약해제권의 경우를 제외하고는⁷⁷⁾—별다른 영향을 주지 않았다는 점에, 다시 말해서 수령 이전에 이미 하자를 인식하였다 하더라도—보수감액권이나 손해배상청구권에—면책효과가 인정되지 않았다는 점에 유의할 필요가 있다.⁷⁸⁾

넷째, 특별히 건축도급의 경우는 다음 두 가지 측면에서 일반 도급계약법과 다른 특별 규정들이 있었다.⁷⁹⁾ 하나는 우연한 사정으로 인한 위험을 부담하는 자를 변경하여, 일반적으로는 “목적물 자체가 약정하였던 인도시점보다 앞서 우연한 사정으로 멸실하거나 사용할 수 없게 된 때에는 수급인은 報酬와 出費를 잃”지만(제960조), 건축도급의 경우는 인도 이전에는 건물이 붕괴하거나 손해가 발생한 경우 일단 건축수급인의 과실이 “추정”될 뿐(제966조), “위 손해가 단순히 우연한 사정에 인한 것이거나 건축수급인이 전문가로서 예견할 수 없었던 결함으로 인하여 발생한 것이었음을 증명하는 경우는 그 손실을 건축주가 부담한다.”(제967조)⁸⁰⁾ 다른 하나는

74) 그렇지만 Demburg(주 34), §200의 주 17은 이러한 절차 규정들이 실무에서는 그다지 큰 의미가 없었다고 한다.

75) 가령 Förster/Eccius(주 53), Bd. II, 286 등.

76) 제1편 제11장을 보면 동산의 경우 대가위험의 이전(제960조), 보수지급의무의 변제가 도래(제932조) 등의 효과가 인정되었다. 그러나 제939조, 제940조 등도 참조.

77) 제1편 제11장 제947조, 제951조 참조.

78) 무엇보다 이 점을 명확히 밝히고 있는 판결로는 RG, Gruchot. 26, Nr. 100.

79) 제1편 제11장 제966조 내지 제970조.

80) 그러나 제966조의 ‘추정’은 “인도시점보다 앞서” 일어난 멸실 또는 손해에 대한 것이므로 과연 건축공사가 개시되지만 하면 제967조를 적용시킬 수 있는 것인지, 아니면 공사의 완성이 있어야 하는 것인지에 대하여는 확실상 다투어졌다. 인도 유무와 상관없이 토지의 소유자가 이미 (완성 전) 건물의 소유자이기도 하다는 점을 강조하는 前者의 견해는 Demburg(주 34), §201의 주10이, 공사를 완공하여야 수급인의 수취청구권이 발생한다는 점을 주목하는 後者の 견해는 Förster/Eccius(주 53), Bd. II, 289의 주 107이 각각 취한다.

소멸시효로서, 토지와 동산이라는 일반하자담보법의 구별과는 별도로,⁸¹⁾ 건물의 경우는 그 인도가 있고 난 다음 기술규칙 위반으로 인한 결함에 대하여는 인도 후 3년, 단순한 재료의 성질로 인한 결함에 대해서는 통상의 소멸시효가 적용되었다(제968조, 제969조).⁸²⁾ 또한 기술규칙 위반으로 인한 건물의 하자의 경우 인정되는 3년의 단기소멸시효는 수령 이후 부실공사에 기하여 발생하는 모든 청구권, 따라서 수급인의 계약위반 행위로 인한 손해배상청구권에까지 적용되었다.⁸³⁾

3. 1853년 헤센민법 초안

헤센민법 초안은 물건의 이용 또는 소비를 목적으로 하는 계약들 가운데 세 번째 유형으로서 노무제공계약(Verdingungsvertrag)을 규정하고, 이를 다시 고용(Dienstverdingung)과 도급(Werkverdingung)으로 구분하였다(제209조 참조).⁸⁴⁾ 일단 임대차(Bestandvertrag)와는 명확하게 구분되었고, 나아가 고용과 도급에 공통으로 적용되는 주문계약 총칙편(제209조 이하)을 보더라도 모든 조문에서 양자는 구분하여 표시하고 있다.

무엇보다도 헤센민법 초안의 가장 큰 특징은, 도급계약의 각종 법률효과들을 「승인(Gutheißung)」이라는 통일적인 요건사실에 걸리도록 하였다는 점이다. 특히 제244조는 승인이 있으면 특별히 계약에서 정함이 없는 한 하자로 인한 수급인의 모

81) 제1편 제5장 제343조 내지 제345조 참조.

82) “따라서 마치 이러한 명문의 손해담보계약을 체결한 것처럼 이해한다”(Förster/Eccius[주 53], Bd. II, 289 끝부분).

83) RGZ 27, 273 ; Förster/Eccius(주 53), Bd. II, 289-290의 주 108 참조.

84) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen nebst Motiven, Vierte Abtheilung. I Gesetzentwurf, Darmstadt(1853), 57. 이 조문에 따르면 “노무제공계약이 손작업자, 일용노무자, 마부, 선원, 하인, 손작업보조원, 상점보조원, 기계보조원에 의하여 손노임, 일용노임, 운송노임, 수송노임, 작업노임을 받고 통상 제공되는 노무를 대상으로 하는 경우는 이를 고용으로 본다. 반면에 손작업자, 건축장인, 기계자에게 노임을 받고 통상 맡겨지는 일의 교부를 대상으로 하는 노무제공계약은 이를 도급으로 본다. 일의 교부를 약속에서 불허는 쪽이 도급인이고, 일의 교부를 약속에서 맡는 쪽이 수급인이다.”

든 책임은 소멸하도록 하였다. 즉, 同條에 따르면 수급인이 악의적 방식으로 승인을 야기하지 않은 한 승인이 있는 후에는 계약에서 승인 후의 책임을 명시적으로 부담한 때에 한해서만 하자에 대한 책임을 진다.⁸⁵⁾

4. 1861/1864년 바이에른민법 초안

그 후 바이에른민법 초안⁸⁶⁾도 제511조 이하에서 도급계약을 따로 규율하였으나, ALR, 드레스덴 초안처럼 도급계약의 대상을 유체물로 제한하였다고 한다. 그 이유서에 따르면 가령 “일의 주문과 유사하지만 그 대상과 목적이 본질적으로 상이한 화물운송계약(Frachtvertrag)은 상법에 속하는 것으로서 독일상법전 초안에서 다루고 있으므로, 이 초안에는 규정을 두지 않는다”는 “황당한” 이유 때문이었다고 리즐러는 소개한다.⁸⁷⁾ 이 초안 제518조 제1항에 따르면 도급인의 하자보수권과 보수감액권이 선택적으로 규정되었고, 같은 조 제2항은 중대한 하자의 경우에 한하여 계약 해제와 손해배상을 인정하였다. 또한 주의를 기울여 조사하였다면 알 수 있었을 하자에 대해서는 승인(Gutheißung)의 면책효과가 인정되었고(초안 제519조), 승인 후 발생한 멸실의 원인 작업의 하자로 인한 경우도 마찬가지이다. (초안 제629조 제2항). 승인의 면책효과가 인정되지 않은 권리의 경우 그 소멸시효는 부동산의 경우 승인시로부터 1년, 동산은 3월이지만(초안 제520조, 제529조 제2항), 특별히 건물의 경우는 붕괴위험성이 있거나 실제로 붕괴한 때에는 승인의 면책효과가 인정되지 않고, 책임기간도 인도(승인이 아니라) 또는 수령지체가 있는 때로부터 5년이었다(초안 제530조, 제519조).

85) 위의 자료(주 84), 67.

86) 바이에른민법 초안은 필자가 구하지 못해 이하의 내용은 Pietsch(주 24), 83 이하(특히 85-86)와 Riezler(주 5), 22를 중심으로 정리하였다.

87) Riezler(주 5), 22

5. 1863년 작센민법

작센민법은 임대차, 고용, 도급을 별도로 규정하였다.⁸⁸⁾ 작센민법 역시 하자담보 책임에 관한 일반적인 규정들을 계약총칙에 두고 있었는데(제899조 내지 제924조), 이유서를 보면 이 규정들은 로마법의 안찰관법에서 기원한 것으로서 매매를 전제로 하고 있었음을 알 수 있다.⁸⁹⁾ 그러나 앞서 ALR과는 달리 용역과 노무의 무형적 결과도 도급계약의 대상으로 인정하였다(제1243조). 수급인(Uebernehmer)은 도급을 계약에 좇아 실행하여야 할 의무가 있으므로(제1244조 제1문), 그가 실행한 일이나 만든 물건에 하자가 있거나 또는 계약에 위반되게 주문을 실행시킨 경우 도급인은 하자보수나 손해배상을 청구할 수 있다(제1247조 제1문). 하자가 중대하거나 또는 만일 도급인이 예견하였다면 주문하지 않았을 약정 위반이 있는 때에는 도급인은 그 계약을 해소하고 계약불이행에 기한 손해배상을 청구할 수 있다(제1247조 제2문). 일의 실행이 있고 나서 도급인이 명시적 또는 묵시적으로(무엇보다도 수령하거나 반대급부를 지급함으로써) 그 일 또는 그 물건을 시인(billigen)한 경우 도급인은 시인 당시 그에게 드러나지 않았던 하자에 기하여서만 수급인에 대하여 권리들을 갖는다(제1250조). 도급인이 “계약체결시”⁹⁰⁾ 미리 시인유보의 약정을 할 수 있는데, 이런 경우는 수급인이 일을 완성한 후 도급인에게 시인의무가 발생하며, 만일 그가 시인을 지체하면 수급인은 14일의 유예기간을 설정하고 그 기간이 도과하도록 아무런 의사표시도 없으면 시인한 것으로 본다(제1251조).

이하에서 작센민법에 나타난 도급계약법의 특징적인 점들을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 제1247조는 하자과 계약위반(계약에 위반된 주문의 실행), 나아가 중대한

88) 임대차 제1187조 내지 제1228조, 고용계약 제1229조 내지 제1242조, 도급계약 제1243조 내지 제1253조.

89) 가령 Pöschmann, *Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, Bd. I, 2. Aufl.(1869), 143에서 인용하고 있는 이유서 부분을 보면 이 규정의 적용을 “물건을 자신 자신을 위해서 가질 수 있는(rem sibi habere licere)” 계약으로 제한한다는 취지를 표현하고 있고(따라서 목적물의 用益만을 목적으로 하는, 가령 임대차 계약 등에는 적용이 없고), 또 같은 책, 144의 해설을 보면 매매에 관한 보통법을 따랐음을 지적하고 있다(Pöschmann는 주 1에서 Treitschke, *Kaufcontract*를 인용한다).

90) Siebenhaar, *Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, Bd. II(1869), 294

하자⁹¹⁾와 중대한 계약위반(만일 도급인이 예견하였다면 주문하지 않았을 약정 위반)을 똑같이 다루고, 동일한 법률효과(일반적으로 하자보수 또는 손해배상, 중대한 경우는 계약해소 및 손해배상)를 부여하였다.

둘째, 하자과 불이행에 대하여는 모두 같은 일반소멸시효가 적용된다. ALR과 마찬가지로 작센민법도 도급계약에 별도의 단기소멸시효 규정을 두지 않았다. 그러나 계약총론의 하자담보책임 일반에 적용되는 단기소멸시효를 끌어왔던 ALR과는 반대로 작센민법의 경우는 통상의 소멸시효가 적용된다고 해석된다.⁹²⁾ 작센민법 제 923조는 보통법에서 지켜왔던 로마 안찰관소권의 기간(해제소권은 6월, 감액소권은 1년)을 통일시켰고, 보통법이 알지 못했던 부동산과 동산의 구별을 규정하였으며, ALR에서는 언급하고 있지 않았던 *actio doli*(인식한 하자를 묵비한 경우)를 약정한 성상의 흠결과 같이 취급하여 단기소멸시효의 대상에서 배제시켰고, ALR과는 달리 농장과 도시 토지를 구별하지 않았으며, 끝으로 ALR의 불필요한 구별(목적물 자체의 하자나, 목적물의 외부적 성상 등에 관한 하자나) 및 기산점 차이(인도한 때나, 하자를 인식한 때나)를 불식시키고 인도시를 절대적 기산점으로 하는 단기소멸시효 규정을 마련하였다. 그러나 이 조항은 이미 현존하는 물건을 대상으로 한다는 점에서(“양도인이 계약체결시 숨은 하자를 알고도 이를 양수인에게 알리지 않았거나 현존하지 않는 성상을 약정한 때에는”) 도급계약에는 맞지 않았다.

91) 여기서 ‘중대한 하자’란 ALR의 “목적물의 사용에 현저한 영향을 주는 하자”(제1편 제11장 제951조의 반대해석)에 해당한다. 이 때 중대성의 판정은 사실문제(*quaestio facti*)이다 (Siebenhaar[주 90], 292).

92) 가령 Siebenhaar(주 90), 292는 제1247조의 조문해설에서 “제923조가 규정하고 있는 단기의 소멸시효는, 그것이 언제나 배제되는 확약(*dicti et promissi*)의 경우를 논외로 한다면 ... 제 1244조에 따라 소유권이전이 문제되는 경우에 한하여 ... 이를 고려할 수 있을 뿐이다”라고 쓰고 있다. 제1244조는 재료의 공급자에 따라 매매와 도급계약을 구분한다. 따라서 이 조문에 의하여 소유권이전이 문제되는 경우란 건축도급계약에서 수급인이 제공한 자재 부분, 그리고 이른바 「불규칙도급(*locatio operis irregularis*)」에서 수급인이 도급인이 제공한 재료와 동종, 동질의 다른 재료를 사용한 부분에 한한다. 수급인이 자신에게 제공된 재료 대신 그와 같은 종류와 품질의 다른 재료를 사용할 수 있는 *locatio operis irregularis*(가령 수급인이 서로 다른 소유자의 같은 종류의 대체물들을 운반하는 경우)에 대한 상세한 논의로는 Nikolas Benke, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der “locatio conductio irregularis”*, SZ 104(1987), 157면 이하를 참조.

셋째, ALR과 달리 하자보수에 관한 규정을 두었는데, 하자보수를 굳이 하자의 효과에 국한시키지 않고 계약위반의 효과로서 인정하였고(제1247조 제1문), 당시 학설도 하자보수의 청구를 본래 이행(Naturalerfüllung)의 청구로 이해하였다.⁹³⁾

넷째, 본래의 이행청구를 손해배상의 청구보다 우선하였던 일반원칙의 예외를 도급계약에서 인정하여 도급인으로 하여금 양자를 선택할 수 있게 하였다(제1247조 제1항).⁹⁴⁾ 그러나 이러한 명문의 규정이 있음에도 불구하고 현행 독일민법 제정과정에서는 양자 사이의 관계에 대한 잘못된 이해가 지배하게 된다.⁹⁵⁾

다섯째, 중대한 하자(계약위반)의 경우 계약해소와 손해배상의 병존을 인정한 것도 그 이전의 ALR(제1편 제11장 제947조)이나 오늘날 독일민법전의 규정(제635조)과 다른 점이다.⁹⁶⁾

여섯째, 보수감액에 관한 규정을 두지 않았는데, 이 점도 ALR(제1편 제11장 제951조), 오늘날 독일민법(제634조 제3항)과 다르고, 더구나 작센민법 스스로 계약총칙에서 반대급부 감액권을 인정하고 있었음(제909조 제1문, 제919조 내지 제922조)에 비추어 보더라도 의외이다.

일곱째, 오늘날 독일민법전의 수취와 유사한 是認(Billigung)에 관한 규정들(제1250조, 제1251조)을 두고 있으나, 이 때 是認의 효력은 어디까지나 하자담보책임(드러난 하자에 대한 면책, 하자에 대한 입증책임의 분배)에 국한되었다는 점이다. 위험부담의 이전이나 보수지급채무의 변제기 도래는 일의 완성 내지 인도를 요건으로 하였다(제1246조, 제1247조, 제1249조, 제1251조).⁹⁷⁾

93) Siebenhaar(주 90), 292 참조.

94) 작센민법 제761조에 따르면 “비록 채권의 목적이 인적 작위급부를 목적으로 한다고 하더라도, 채권의 이행 청구는 채권 그 본래의 대상을 목적으로 한다. 손해배상의 청구는 따로 이러한 청구를 발생시키는 요건들을 갖춘 때에 한하여 인정될 뿐이다.” Siebenhaar(주 90), 292는 하자보수와 손해배상의 “텍일적” 관계를 도급계약의 “특징(Eigentümlichkeit)”이라고 표현한다.

95) 가령 Denkschrift=Mugdan(주 26)은 다음과 같이 기록하고 있다. “보통법과 작센민법전 제1247조를 계승하여 도급인에게는 먼저 하자의 제거를 청구할 수 있는 권리를 부여하였다.”

96) 한편 하자담보책임 일반을 규율하는 작센민법 제922조는 계약해소 또는 반대급부 감액과 함께 또는 그것에 갈음하여 손해배상을 할 수 있도록 아주 탄력적으로 규정하고 있었다.

97) Siebenhaar 주석서(주 90)의 해당 조문 부분들을 각각 참조.

6. 1866년 드레스덴 채권법 초안

드레스덴 채권법⁹⁸⁾ 초안 제634조 이하는 도급계약을 따로이 규정하였으나, ALR이나 작센민법전과 달리 하자담보책임 일반을 계약총론에서 따로 규정하지 않았다. 그리고 계약의 대상을 ALR과 같이 좁은 의미의 일, 즉 유체물의 제작에 제한하였다.⁹⁹⁾ 다른 규정이 없으면 고용계약에 관한 규정이 적용되도록 하였고(제636조), 부분임금 지급을 긍정하는 조항을 따로 두었다(제637조). 도급인이 제공한 재료의 하자과 함께 일의 완성을 위협하는 사정이 있으면 이를 통지할 계약상의 의무를 수급인에게 부과한 제639조, 위험부담에 관한 규정들과 함께 승인(Gutheißung)이 있고 나서 하자나 계약위반으로 인하여 목적물이 멸실한 경우 도급인의 보수지급의무 면제와 손해배상의 권리를 규정한 제651조, 비용견적에 관한 제653조 등이 포함되어 있었다.

한편 드레스덴 채권법 초안의 특징들은 다음과 같이 정리해볼 수 있다.

첫째, 하자가 있으면 도급인은 하자보수나 보수감액이나 계약해제, 그리고 손해배상을 청구할 수 있다(제640조). “인도된 목적물에 하자가 있거나 기타 계약위반의 실행이 있는 때”라고 하여 하자과 계약위반을 나란히 놓고 동일한 효과를 인정하였다는 점이 흥미롭다. 승인의 면책효과는 통상적인 검사로써 알 수 있고 수급인이 악의로 묵비하지 않은 하자에 한하여 미쳤다(제641조).

둘째, 이러한 책임에 대하여—작센민법과 마찬가지로—별도의 단기 기간 제한을 두지 않고 일반소멸시효기간(10년)을 적용하고(제406조), 그 기산점은 채권을 행사할 수 있는 때, 즉 하자의 발견시로 보았다는 사실이다(제400조). 하자의 존재를 알기도 전에 이미 소멸시효가 완성되는 결과를 우려하였기 때문이다.¹⁰⁰⁾

셋째, 위험부담과 하자담보책임의 소멸을 도급인의 승인(Gutheißung)에 결부시켰다.¹⁰¹⁾ 위험부담과 관련하여 로마법과 같이 수급인은 승인시까지 대가의 위험을 부

98) Francke(hrsg.), Dresdener Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, Neudruck(1973)

99) 따라서 운송계약 등에는 적용 안되었다. 한편 초안 제633조는 비영리로 물건의 운송을 맡은 경우는 고용계약을 준용하도록 하였다.

100) Protocolle III, 2336-2337, 2340, VI, 4425(Pietsch[주 24], 89에서 재인용).

담한다는 원칙이 관찰되었다(제649조).¹⁰²⁾ 그러나 도급인의 개인적 사정으로 인한 우연한 결과에 대해서는 역시 책임을 지지 않았다(제646조).¹⁰³⁾ 또한 작센민법전과 달리 “계약체결시”가 아닌 목적물의 “수령시” 승인의 유보를 할 수 있고,¹⁰⁴⁾ 그 때는 교부시로부터 14일 이내에 의사표시를 할 의무가 있으며, 기간이 도과하면 승인이 의제되었다(제643조).

IV. 결어

로마 시대 이후에는 중세 관습법과 일부 란트법이 도급계약법의 전개에 중요한 역할을 하였다. 무형의 일 완성도 도급계약의 목적으로 포함시켰던 로마인들과 달리 이들은 원칙적으로 유체물의 제작을 전제로 - 소유권양도 유무보다는 - 완성된 목적물을 인도하고 이에 대한 대가(보수)를 지급한다는 현상을 중시하여 임대차보다는 오히려 매매에 가까운 것으로 이해하였고, 그것은 결국 도급계약의 독자성을 강화하는 방향으로 나아갔다. 매매와 임약을 엄격히 구별하였던 로마인들과 달리 매매와의 구별이 애매해지면서 하자보수¹⁰⁵⁾와 함께, 자연발생적으로 일부 지역에서는 하자를 원인으로 하는 해제와 감액이 관행으로서 인정되기 시작하였다.¹⁰⁶⁾

101) 초안 제641조 내지 제643조, 제647조 내지 제651조 참조. 반면 보수지급채권은 목적물의 교부가 있으면 변제기에 이르렀다(초안 제644조).

102) 이것은 실제적인 이유, 다시 말해서 위험이 실현될 당시 이미 승인에 적합한 완성상태라는 주장을 허용하게 되면 해결하기 곤란한 입증상의 문제가 발생할 수 있다고 보았기 때문이었다고 한다(Protocolle III, 2332, 2335, Pietsch[주 24], 88에서 재인용). 또한 드레스덴 초안에는 이미 수령지체에 관한 규정(초안 제310조, 제312조)이 마련되어 있었다.

103) 반대로 앞서 본 바와 같이 하자나 계약위반으로 인한 멸실의 경우는 도급인은 보수지급의 의무를 면하고 오히려 손해배상청구권을 가졌다(초안 제651조).

104) Protocolle III, 2365(Pietsch[주 24], 87에서 재인용)에 따르면 초안의 입법자들은 계약체결시의 유보만으로는 불충분하다고 보았다.

105) 특히, 과도한 비용을 이유로 하는 하자보수의 제한은 성의소송구조가 무너지면서 로마의 소권 제한이 청구권 제한으로 넘어가는 모습을 엿볼 수 있게 해준다.

106) 이와 같은 관행이 그 후 기존의 로마 안찰관소권법에 의하여 해석되었으리라는 추측도 가능할 것이다. 근세의 입법을 보면 가령 짧은 시효는 처음부터 인정되지 않았던 듯하다.

반면 로마법 계수 이후 보통법 확설은 일반적으로 도급계약의 독자성을 부정하는 복고적인 태도를 취하면서 수급인의 하자책임을 여전히 일반계약책임으로 구성하였다. 그 당시 확설의 성과로는 과실주의의 영향을 받아 수취에 승인(내지 권리포기)적 요소를 강화시켰다는 점을 들 수 있을 것이다.

근세 들어 독일법계에서는 일련의 입법시도들이 이어지면서 도급계약의 독자성이 확고해지고 이와 함께 수급인의 하자책임도 점차 형성되었다.¹⁰⁷⁾ 특히 이성법전이라고 할 수 있는 ALR은 임대차와 고용/도급을 먼저 구분지었고,¹⁰⁸⁾ 그 후 판택텐법학에 기반한 작센민법과 드레스덴 채무법 초안은 고용계약과 도급계약을 별도로 규정하였다. 이미 보았듯이 같은 독일계 입법들이라고 하더라도 그 사이에는 시대상황의 제약과 입법참가자의 견해 등에 따라 조금씩 다른 내용을 규정하고 있다. 여기서 몇 가지 세부적인 항목들을 비교, 정리해보면 다음과 같다.

첫째, ALR와 바이에른민법 초안, 드레스덴 채무법 초안은 유체물의 제작만을 도급계약의 대상으로 삼았던 데 반하여, 작센민법, BGB는 로마법의 예를 따라 무체적 결과의 완성 또한 도급계약의 대상으로 인정하였다.¹⁰⁹⁾

둘째, 19세기 전반의 입법들(ALR, 작센민법)은 주로 매매를 전제로 하는 담보책임 일반에 관한 규정을 두고 있었음에도 불구하고 도급계약법에서 따로 수급인의 하자담보책임을 규정하였다.¹¹⁰⁾ 이 사실은 도급계약의 이익상황이 매매의 그것과 다름을 입법자들이 어느 정도 분명하게 인식하고 있었음을 보여준다.

셋째, 수급인의 하자 있는 급부는 그 자체로서 계약위반이 된다는 점은 보통법 이래 유지되어온 대원칙이었다. 특히 작센민법 제1247조는 하자과 계약위반(내지 계약불합치)을 함께 규정함으로써 양자에 같은 법률효과를 인정하여 이 점을 확인시켰고,¹¹¹⁾ BGB 제633조 제1항(나아가 제640조 제1항까지도) 또한 마찬가지이다.

넷째, 하자담보책임의 내용은 대부분의 경우 하자보수, 해제, 감액 그리고 불이

107) 도급계약의 독자성 강화는 임대차 및 고용계약에 대한 종속성 약화를 가져왔고, 이것은 그만큼 매매로의 접근을 의미한다고도 볼 수 있다.

108) 이러한 태도는 그 후 프랑스민법전, 오스트리아민법전에 의하여 계승되었다.

109) 오스트리아민법과 스위스채무법과 작센민법 등과 입장을 같이한다.

110) 이 점은 오스트리아민법의 태도와 합치한다.

111) 그밖에도 스위스채무법 제368조 참조

행으로 인한 손해배상 전부 또는 그 가운데 일부를 인정하였다. 이 가운데 하자보수를 이행청구의 연장으로 이해한다면¹¹²⁾ 이것과 손해배상은 계약책임의 내용이기도 하다.¹¹³⁾ 따라서 대부분 입법들이 수급인의 하자담보책임으로서 안찰관소권과 일반계약소권을 함께 인정하였다고 말할 수 있다.¹¹⁴⁾ 중요한 하자일 경우는 해제,¹¹⁵⁾ 경미한 하자의 경우는 감액을 인정하는 것이 보통이었고,¹¹⁶⁾ 하자보수의 명문화는 작센민법 제1247조 제1문이 처음이었다.¹¹⁷⁾ 나아가 작센민법은 하자보수와 손해배상, 해제와 손해배상 사이의 선택을 각각 인정하였다.¹¹⁸⁾

다섯째, 단기 소멸시효 또한 예외 없이 채택한 것이 아니었다. 작센민법과 드레스덴 채무법 초안의 경우는 일반소멸시효가 적용되었다.¹¹⁹⁾ 특히 드레스덴 채무법 초안은 기산점을 권리를 행사할 수 있는 때, 즉 하자를 안 때로 보았다.¹²⁰⁾ 나머지 입법례들은 단기의 소멸시효를 규정하고,¹²¹⁾ 대부분 그 기산점을 인도(내지 일의 완성)시로 보았다.

여섯째, 대부분의 입법들이 受取를 是認 내지 승인(Billigung, Gutheißung, Genehmigung, Abnahme)으로 이해하였다.¹²²⁾ 19세기 후반부에 나온 입법들은 대체로 추단적, 묵시적 受取에 관한 조항들을 두었다.¹²³⁾ 한편 BGB는 유체적 取去와 변제

112) 작센민법전 제정 당시 학설은 이미 그와 같은 태도를 취하였다.

113) 이 점을 정면으로 인정하고 있는 입법으로는 작센민법전 제1247조 제1문.

114) 다만 ABGB만은 손해배상책임을 담보책임과 구분하여 규정하였다. OR도 해석상 손해배상을 하자확대손해로 국한하기 때문에 담보책임과의 경합 문제가 발생하지 않는다.

115) OR의 경우는 일정한 건물의 경우 해제권이 제한되었다.

116) 다만 작센민법전에는 감액에 관한 규정이 도급계약법에 없었다.(그러나 일반하자담보책임법에는 규정이 있었음).

117) ALR의 경우 추완청구는 인정되었으나 하자보수는 인정하지 않았다.

118) 스위스채무법 제368조 참조(하자보수와 해제, 하자보수와 감액 사이의 선택을 인정).

119) ALR의 경우도 도급계약법의 단기소멸시효 규정이 없었으나, 하자담보책임법 총칙에 있었던 단기 소멸시효 규정을 인용하였다.

120) 그 취지는 손해(하자)의 발생을 알기도 전에 시효가 완성되는 일을 막기 위해서였다고 한다.

121) 그러나 그 기간은 모두 상이하다. 대부분 건물에 대하여는 특별규정이 있었다.

122) 그러나 오스트리아민법만은 유체적 취거(Entgegennahme) 내지 완성을 수취 대신 사용한다. 또한 스위스채무법의 경우는 특히 수령(Annahme)과 수취(Abnahme) 사이의 혼동이 인정된다.

123) 특히 바이에른민법 초안 이유서가 이 점을 명확히 밝히고 있다고 한다.(Pietsch[주 24], 91 끝부분에서 재인용). 이와 관련하여 특히 OR 제367조 제1항은 도급인에게 검사 및 통지의

로서의 승인을 포함하는 개념으로 受取를 이해하였다.¹²⁴⁾ 이에 따르면 수취의 요건으로서 도급인의 적극적인 행위(그것이 묵시적인 것이라 하더라도)를 요구하는 것이 아니라 일정한—검사에 충분한 시간—시간동안 아무런 이의 제기가 없으면 그것으로 충분하였다.¹²⁵⁾

일곱째, 입법례에 따라 수취(내지 수령지체)의 효과는 다양하다. 헤센 초안과 BGB는 각각 나름대로 이해한 수취시를 각종 법률효과의 유일한 기준으로 하였다. 대가위험의 이전시기로 보는 입법례로는 ALR(단 동산의 경우), 작센민법, 헤센민법 초안, 바이에른민법 초안, 드레스덴 채무법 초안이 있고,¹²⁶⁾ 이를 보수채권의 변제기로 보는 입법례로는 ALR, 작센민법, 헤센민법 초안, 바이에른민법 초안, BGB가 있다.¹²⁷⁾ 하자담보책임과 관련하여 수취의 면책효과를 인정하는 입법례들 가운데에는 헤센민법 초안 제244조가 특히 눈에 띈다. 이에 따르면 도급인의 수취가 있으면 수급인은 일체의 하자담보책임을 면하였다. 다른 입법례들은 대부분 검사를 하였다면 알 수 있었을 하자, 즉 드러난 하자에 대해서만 면책효과를 인정하였다.

이상에서 보듯이, 독일법계의 경우는 도급계약을 “결과의 매매”로 보는 경향이 강하였다.¹²⁸⁾ 그 결과 19세기 계속된 입법들이 매도인의 하자담보책임에 상응하는 체계를 도급계약에도 인정하였다. 해제소권과 감액소권, 짧은 소멸시효의 인정이 그 예에 해당한다. 그러나 그렇다고 하여 도급계약의 본질을 무시하였던 것은 물론 아니다. BGB의 입법자들은 이를 “현실적 합목적성(praktische Zweckmäßigkeit)”라고 여러 차례 표현하였다. 하자보수권, 수취의 조건 및 각종 효과들, 소멸시효에 관한

무를 인정하고 있음은 주목할만하다.

124) Prot. I 2221=Mugdan(주 26), 925 참조. 제1위원회는 유체적 取去만으로 이해하였다는 견해에 대하여 Pietsch(주 24), 147은 발췌된 공식 입법사록(Protokolle)만을 근거로 하였기 때문에 발생한 오해라고 비판한다.

125) “막연하고 모호한 개념”인 승인이나 시인 따위 개념에 법률효과가 좌우되어서는 안된다는 것이 BGB 입법자의 의사였다고 한다(Pietsch[주 24], 149 참조).

126) 반면에 개정전 ABGB 제1157조(수급인이 재료의 소유자인 경우), 작센민법 제1249조(유보 없이 승인한 경우), OR 제376조 등은 인도(내지 일의 완성)을 기준으로 하고, 목적물이 부동산일 경우 ALR는 처음부터 대가의 위험은 도급인이 부담하는 것으로 본다.

127) 나머지는 대부분 인도(내지 일의 완성)시로 본다.

128) Peters(주 37), 1022

규정들이 이와 같은 고려의 소산들이다. 또한 일반계약책임으로서의 성격도 일정한 범위에서 유지하였다. 과책을 요건으로 하는 손해배상청구권이 이러한 사실을 뒷받침한다.

Historical Analysis of European Private Law on Contractor's Defect Liability

: With particular reference to the Austrian, Swiss and
German Codifications during the 19th century

Lee, Joon-Hyong*

The Korean Civil Code provides contractor's responsibility for defects in arts. 667-672, though at the same time the Code prescribes in art. 567 the correspondent application of sale provisions to other commutative types of contracts, to which contracts for work also belongs. Here starts discussion. This study aims at the historical backgrounds of the above mentioned provisions.

As far as our recent knowledge reaches, surprisingly, classical Roman jurists didn't know contractor's separate responsibility for defect itself, at all. Two actions for cancellation of the contract(*actio redhibitoria*) and reduction of the price(*actio quanti minoris*) were restricted to market sale of slaves or animals at that time. And Romans treated contracts for work as a sub-type of contracts for lease, that is, lease of work.

From the beginning of the 18th century, however, a series of codification attempts continued, which saw contracts for work as an independent category and regulated contractor's responsibility for defects. Needless to say, these attempts had been called for by economic and social developments, inter alia, of modes of production. Such attempts could be

* Full-time Lecturer, College of Law Chung-Ang University

found mostly in Germanic areas. Therefore, after the glance at the legal situations in the medieval age, this study scrutinizes Germanic codifications prior to the German Civil Code(1896) : Prussian General Civil Code(1794), Draft Civil Codes of Hesse(1853) and Bavaria(1861/1864), Civil Code of Saxony(1863) and the Dresden Draft of Obligations Law(1866). The result is the confirmation of legislative trial and error in order to reach practical reasonableness, concerning object of contract, structure and nature of regulations, remedies, limitation, as well as meaning and function of reception.

(약어 표)

ABGB = Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch(奧)

ALR = Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten(獨)

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch(獨)

C. = Codex(羅)

D. = Digesta(羅)

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot

GrünhZ = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut

JherJb = Jheringsjahrbücher = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts(獨)

JuS = Juristische Schulung(獨)

Mot. = Motive zum Entwurf eines BGB(獨)

OR = Obligationenrecht(瑞)

RG = Reichsgericht(獨)

RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen(獨)

SeuffA = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten(獨)