

## 독 일

## 독일 소멸시효와 사적자치

안 경 희 (국립한경대학교 법학과 조교수, 독일 주재 외국법제조사위원)

## I. 머리말

2002년 1월 1일부터 시행되고 있는 개정된 독일 민법은 소멸시효법 분야에서 사적 자치를 확장시켰다는 평가를 받고 있다. 독일민법의 기초자들은 소멸시효에 관한 규정들은 강행규정으로서의 성질을 가진다는 전제하에, 당사자들이 법률에 규정되어 있는 것과 다른 - 소멸시효를 가중시키는 - 반대약정을 하는 것은 원칙적으로 금지된다고 보았다.

그런데 개정법은 제202조<sup>1)</sup>에서 당사자들의 약정을 통하여 소멸시효기간을 법정기간점으로부터 30년까지 연장하는 것을 허용하고 있다. 주지하다시피 현행 우리민법은 개정전 독일민법과 같은 입장을 취하고 있고, 지금 민법개정작업이 진행 중에 있다. 따라서 독일의 소멸시효법이 소멸시효가중금지에서 가중허용으로 태도를 전향하게 된 배경과 입

법취지 그리고 입법과정에 논의되었던 사항들을 살펴보는 것은 현행 우리민법의 문제점 및 개정방향을 설정하는 데 도움이 될 것으로 생각된다.

이하에서는 현행 우리민법 제184조의 모태가 된 구 독일민법 제225조의 제정과정과 개정과정에 대하여 살펴보고 이어서 개정된 독일소멸시효법에 대한 총체적인 평가를 내리기로 한다.

## II. 구 독일민법 제225조의 제정과정

## 1. 민법총칙 예비초안 제196조

1881년에 일반에 공표된<sup>2)</sup> 민법총칙 예비초안<sup>3)</sup>에서는 제196조에서 소멸시효에 관한 약정에 관하여 규정하고 있었다. 예비초안 제196조의 내용은 다음과 같다.

1) 본고에서 법명(法名)없이 조문(條文)만 기술된 것은 독일민법상의 조문이다.

2) Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Allgemeiner Teil, Vorlage des Redaktors Gebhard, Berlin, 1881.

3) 1871년에 독일연방제국이 성립되고 비스마르크헌법에 의하여 제국 전체에 적용되는 통일민법을 제정할 수 있게 됨에 따라, 연방참의원은 1873년 12월 12일에 54대 4표로 통일민법의 제정을 결의하였고, 같은 날 Lasker의원의 제안으로 법제사법위원회에 민법초안의 작성을 위한 위원회를 구성할 것을 결의하였다.

“소멸시효는 법률행위에 의하여 사전에 가중될 수도 없고 소멸시효기간이 연장될 수도 없다. 법률행위에 의한 소멸시효기간의 단축은 허용된다. 소멸시효의 완성 후에는 소멸시효를 포기할 수 있다.”

제1차 위원회에서 제1항은 그대로 받아들여졌다. 특히 소멸시효가 법률행위에 의하여 배제 내지 가중될 수 없다는 원칙에 대하여 공감대가 형성되었다.<sup>4)</sup> 다만 제2항에서 규정하고 있는 소멸시효완성 후의 시효이익의 포기는 소멸시효완성의 효과에 대하여 규정하고 있는 예비초안 제194조 제1항<sup>5)</sup>의 심의과정에서 동규정에 이를 삽입시키기로 함에 따라 제196조에서는 삭제되었다.<sup>6)</sup> 이에 동위원회에서는 제1항에서 규정되었던 내용을 소멸시효가중과 경감으로 나누어 각각 제1항과 제2항에서 별도로 규정하기로 하고 다음과 같이 위원회안을 확정했다. 확정된 위원회안 제184조는 다음과 같다.

“소멸시효는 법률행위에 의하여 배제될 수도 없고 가중될 수도 없다. 소멸시효는 특히 소멸시효기간의 연장에 의하여 가중될 수 없다.

소멸시효의 경감, 특히 소멸시효기간의 단축은 법률행위에

의하여 확정될 수 있다.”

## 2. 제1초안 제185조

전술한 위원회안 제184조가 그대로 제1초안 제185조로 확정되었다. 제1초안의 입법이유서에는 동규정의 입법취지를 다음과 같이 기술하고 있다.

### (1) 제1항 : 소멸시효가중금지

입법이유서에 따르면 소멸시효에 관한 규정들은 강행규정적 성격을 가지는데, 소멸시효를 가중하는 약정은 원칙적으로 무효라고 한다. 예컨대 계약당사자들이 명문규정상 소멸시효에 걸리지 아니하는 것으로 규정된 청구권들을 소멸시효에 걸리는 것으로 합의한다거나 시효기간의 연장에 합의하는 경우 뿐만 아니라 기산점변경, 시효중단 또는 정지사유 등에 대하여 합의함으로써 소멸시효를 가중시키는 것을 모두 무효로 보고 있다.” 이처럼 독일민법의 기초자들은 당사자들이 법률행위를 통하여 직접적·간접적으로 소멸시효를 가중하는 것을 금지시킴으로써, 소멸시효제도가 가지는 공익적 성격을 강조하고 있다.

법제사범위원회에서는 프로이센대표였던 법무부장관 Leonhardt의 제안에 따라 민법초안준비작업에 들어가기에 앞서 독일제국법전과 지방법전과의 경계설정문제에 대하여 논의할 준비위원회를 설치할 것을 결의하였고, - 지방대표자격으로 선출된 - 5명의 위원으로 하여금 이 임무를 수행하도록 하였다. 1874년 7월 2일에는 연방참의원의 총회에서 민법초안의 준비를 위한 11명의 제1차 위원회 위원들이 선출되었다. 이 위원회에서 작센민법의 체계에 따라 민법을 5편으로 구성하기로 결정하였고, 총칙에 Gebhard, 채권법에 v. Kübel, 물권법에 Johow, 친족법에 Planck, 상속법에 v. Schmitt가 각각 편집대표로 지명되었다. 이들에 의하여 민법전에 대한 예비초안이 완성되었다. 민법총칙 예비초안은 Gebhard 초안이라고 불리기도 한다.

4) Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin, 1985 (인용: Beratung), S. 1047

5) “완성된 소멸시효는, 법률에서 다른 것을 규정하고 있지 아니하는 한, 청구권을 완전히 소멸시킨다.”

6) Jakobs/Schubert, Beratung, S. 1045.

7) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 1899 (인용: Motive), S. 346; Mugdan, Benno, Die Gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Band 1, 1979 (인용: Mugdan), S. 543.

아울러 제1항의 규정은 독일보통법상의 기본원칙 및 범조실무에 상응하는 것이고 다수의 외국의 입법례에서도 이와 유사한 규정들을 찾아볼 수 있으므로(가령 스위스채무법 제148조·제159조 오스트리아 민법 제1502조, 프랑스민법 제2220조 등) 소멸시효가중금지의 원칙을 범정하는 것은 타당하다고 한다.<sup>8)</sup> 이처럼 입법이유서에서 이론적인 근거 외에 외국의 입법례까지도 입법이유로 언급하고 있는 것은 다소 이례적인 일에 속한다. 아마도 당시의 지방특별법 가운데에는 소멸시효기간의 연장을 허용하고 있는 입법례들도 있었던바,<sup>9)</sup> 외국의 입법동향을 소개함으로써 지방특별법과 상이한 규정을 두는데 따른 비난을 다소 줄이고자 했던 것 같다.

## (2) 제2항 : 소멸시효경감의 허용

입법이유서에서는 당사자들의 자유의지로 소멸시효를 경감하는 데 합의하는 것은 금지될 이유가 없다고 보고 있다. 다만 개별적인 경우에 있어서는 당사자들이 소멸시효의 단축이 아니라 제척기간의 설정을 의도하는 것일 수도 있기 때문에, 당사자들이 실제로 소멸시효기간단축에 합의했는지의 여부에 대하여 관찰해야 한다고 한다.<sup>10)</sup>

## 3. 제2초안 제190조, 제3초안 제220조, 구독일민법 제225조

제2차 위원회에서는 제1초안 제185조의 기본이

념을 유지하면서 제1항과 제2항으로 나누어서 규정되었던 것을 항의 구분 없이 제1문과 제2문으로 나누어서 규정하고 약간의 자구수정을 하는 선에서 제2초안 작업을 마무리하였다.<sup>11)</sup> 제2초안 제190조의 내용은 다음과 같다.

“소멸시효는 법률행위에 의하여 배제되거나 가중될 수 없다. 소멸시효의 경감, 특히 소멸시효기간의 단축은 허용된다.”

동규정의 내용은 제3초안 제220조, 구독일민법 제225조에서도 그대로 유지되었다. 입법의견서에서는 제3초안 제220조는 소멸시효규정에 대한 당사자들의 사적자치의 한계를 설정하는 규정이라고 보았다. 따라서 소멸시효규정들에 의하여 보호되는 공적인 이익을 고려할 때, 법률행위로 소멸시효를 배제하거나 혹은 가중하는 것은 허용될 수 없고, 다만 소멸시효제도의 목적에 기여하는 소멸시효의 경감은 허용된다고 한다.<sup>12)</sup>

오늘날 거의 모든 법질서는 타인에게 작위 혹은 부작위를 요구하는 청구권을 일정한 시간적 제한 하에 놓이도록 하고 있는데, 독일민법의 기초자들도 시간의 경과에 기하여 권리가 소멸할 수 있다고 생각했다. 다만 권리를 소멸시키는 수단으로서 시효제도는 공익적 목적을 가진 것이므로, 당사자들의 약정으로 소멸시효를 가중하는 것은 금지되고 이를 경감하는 것은 허용되는 것으로 파악했던 것

8) Motive, S. 345; Mugdan, S. 542.

9) 가령 프로이센일반법(1794년) 제565조와 제567조는 장래를 향하여 소멸시효를 포기하는 것 및 시효기간의 연장도 허용하고 있었고(그러나 프로이센민법초안 제321조는 이에 따르지 아니하였다), 작센민법(1863년) 제152조에서는 단기의 시효기간을 연장하는 것을 허용하고 있었다.

10) Motive, S. 346; Mugdan, S. 543.

11) Jakobs/Schubert, Beratung, S. 1121-1122.

12) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, Berlin, 1896, S. 35.

같다. 결국 소멸시효와 사적자치가 충돌하는 경우에, 소멸시효가 가지는 공적인 목적을 해하지 않는 범위 내에서, 즉 소멸시효를 가중하지 아니하는 범위 내에서, 제한적으로 사적자치를 보장하고자 했던 것이 독일민법의 기초자들의 의도였다고 하겠다.

#### 4. 구독일민법 제225조에 대한 비판

구법 제225조는 다음과 같은 이유에서 많은 비판을 받았다. 특히 현행 우리민법 제184조 제2항의 규정이 구독일민법 제225조와 거의 유사하다는 점에 비추어 볼 때 이러한 비판들은 경청할 만하다.

##### (1) 소멸시효가중을 금지해야 할 타당한 근거가 없다는 점

독일민법의 기초자들은 전술한 바와 같이 소멸시효제도의 목적들, 가령 채무자보호, 공적인 이익 보호, 법적 안정성 등에 비추어 볼 때 당사자들의 약정으로 소멸시효를 가중하는 것은 허용되지 아니한다는 입장을 취했다. 그러나 이러한 입법자의 의도에 대하여 반론이 많이 제기되었다.

첫째, 채무자보호의 기능면에서 볼 때, 소멸시효를 가중하는 약정은 채무자의 동의하에 성립되는 것

이기 때문에, 이를 허용한다고 하여 채무자의 이익이 침해되지는 아니한다고 한다.<sup>13)</sup>

둘째, 소멸시효제도가 가지는 공적인 이익, 가령 시효제도를 둬으로써 많은 비용과 시간을 요하는 소송을 줄일 수 있다는 점 때문에, 소멸시효가중의 약정을 금지할 필요는 없다고 한다. 오히려 당사자들이 명백한 사실관계의 기초 하에 약정을 하고 그 결과 법원에 가기 전에 그들 스스로 분쟁을 해결하게 되어 중국에 가서는 법원의 부담을 덜어주게 될 것이므로, 소멸시효에 대한 약정을 허용할 때 - 이러한 의미에서의 - 공익이 더 배가될 수 있다고 한다.<sup>14)</sup>

셋째, 당사자들이 소멸시효에 관한 약정을 하는 과정에서 소멸시효에 대하여 자세하게 알게 되므로, 이러한 약정을 허용한다고 하여 법적 안정성을 해친다고 보기도 어렵다고 한다.<sup>15)</sup> 게다가 민법은 총칙면에서 소멸시효를 가중하는 것을 금지하고 있지만 예외규정들을 통하여 단기의 소멸시효기간을 연장하는 것을 허용하고 있는데(예컨대 제477조 제1항 제2문, 제480조 제1항 제2문, 제490조 제1항 제2문, 제638조 제2항에서 법정하고 있는 매매 그리고 도급계약상의 하자담보청구권), 이러한 일관성 없는 민법의 태도가 오히려 법적 안정성에 반한

13) Haug, Henner, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, Baden-Baden, 1999 (Zugl.: Dissertation, Univ. Tübingen, 1998) (인용: Verjährungsrecht), S. 174; Krämer, Ulrich, Die Neuregelung des Verjährungsrechts im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Göttingen, 2002 (Zugl.: Dissertation Univ. Gießen) (인용: Verjährungsrecht), S. 129. 이 점은 후술하는 바와 같이 구법 제225조의 개정근거로 인용되기도 하였다: BT-Drucksache, 14/6040, S. 111 참조.

14) Haug, Verjährungsrecht, S. 174. 반대의 견해: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 142-240, ABG-Gesetz, 4. Aufl., München 2001 (인용: MünchKomm / Bearbeiter), MünchKomm / Grothe, § 225 Rn. 1; Mitglieder des Bundesgerichtshofes (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts- und Bundesgerichtshofes, Band I 1. Teil (§§ 1-240), 12. Aufl., Berlin, 1982 (인용: RGRK / Bearbeiter), RGRK / Johannsen, vor § 194 Rn. 5.

15) Haug, Verjährungsrecht, S. 175.

16) Haug, Verjährungsrecht, S. 175.

다고 한다.<sup>16)</sup>

### (2) 계약자유의 원칙에 대한 침해

개별적 약정을 통하여 소멸시효를 가중하는 것을 금지하는 것은 당사자들의 계약자유에 대한 침해를 의미하기 때문에, 정당화되지 아니한다고 한다.<sup>17)</sup> 이러한 의미에서 연방대법원도 제225조 제1문의 확대 해석은 허용되지 아니하다고 판시한 바 있다.<sup>18)</sup>

### (3) 법규위반의 일반화

구법하에서의 판례는 당사자들이 합의를 통하여 직접적으로 소멸시효를 가중시키는 것(소멸시효기간을 연장하는 것, 법적으로 규정되지 아니한 시효정지 또는 중단사유에 대하여 합의하는 것)은 무효라고 보았지만, 간접적으로 가중시키는 것(소멸시효기간을 유예하는 것,<sup>19)</sup> 변제기를 뒤로 미루는 것<sup>20)</sup> 그리고 채무자가 청구권에 대하여 소멸시효의 항변을 하는 경우에는 불이익을 받는 것으로 합의하는 것<sup>21)</sup>

등)은 허용되는 것으로 간주하였다.

그런데 직접적으로 소멸시효를 가중하는 것과 간접적으로 가중하는 것을 구별하는 것은 어려운 일이며, 많은 경우들에 있어서 그러한 구분은 객관적으로 정당화되지 아니하였고, 결국 의식적 혹은 무의식적으로 제225조를 위반하는 것이 일반화되었는바, 민법상 소멸시효가중금지규정은 실효성이 별로 없다는 견해가 지배적이었다.<sup>22)</sup>

특히 소멸시효이익의 포기과 관련하여 소멸시효기간만료 전에 시효이익을 포기하기로 약정하는 것은 허용되지 않지만, 기간만료 후에 포기하는 것은 허용된다고 보는 것이 일반적이었는데,<sup>23)</sup> 채무자가 시효기간 만료 하루 전이 아니라 하루 후에 시효이익을 포기했다는 이유만으로 그의 소멸시효포기가 다르게 평가되어야 하는 이유에 대하여 납득하기 어렵다는 비판도 제기되었다.<sup>24)</sup>

더욱이 법원은 소멸시효기간 만료 전에 시효이익

17) Haug, Verjährungsrechts, S. 175; Rabe, Dieter, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verjährung, NJW 1992, 2395, 2400.

18) BGH NJW 1984, 289, 290.

19) BGHZ 93, 287, 292.

20) BGH NJW 1986, 1608.

21) KG Recht 1928 Nr. 2447.

22) Gottwald, Uwe, Verjährung im Zivilrecht, Taktik-Praxis-Fristen-ABC, 2005 (인용: Verjährung), Rn. 155; Haug, Verjährungsrecht, S. 176; MünchKomm / Grothe, § 225 Rn. 4; Soergel, Theodor (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Aufl., Stuttgart 1999 (인용: Soergel / Bearbeiter), Soergel/Niederführ, § 225 Rn. 1 f.; Staudinger, Julius von (Begründer), J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1 Buch, Allgemeiner Teil, §§ 164-240, 13. Aufl., Berlin 1995 (인용: Staudinger / Bearbeiter), Staudinger / Peters, § 225 Rn. 7 ff.

23) Erman, Walter (Hrsg.), BGB, Band I, §§ 1-565, 10. Aufl., Köln 2000 (인용: Erman / Bearbeiter), Erman / Hefermehl, § 225 Rn. 1; MünchKomm / Grothe, § 225 Rn. 3; Palandt, Otto (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., München, 1999 (인용: Palandt / Bearbeiter), Palandt / Heinrichs, § 225 Rn. 2; RGRK / Johannsen, § 225 Rn. 2; Soergel / Niederführ, § 225 Rn. 3 f.; Staudinger / Peters, § 225 Rn. 7 ff.

24) Haug, Verjährungsrecht, S. 176. 반대의 견해: Spiro, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band I, Bern 1975 (인용: Fristen), § 343.

을 포기하는 것을 원칙적으로 무효라고 보고 있지만, 일정한 경우에는 (예컨대 채무자가 채권자에게 장차 채무를 변제할 것 같은 인상을 준다거나 객관적인 항변으로 다룰 것 같은 인상을 줘서 채권자가 적시에 소송을 제기하지 못하게 하고는 시효완성의 항변권을 행사하는 경우) 채무자가 시효완성의 항변을 하는 것이 권리남용에 해당한다고 보아 채권자의 이익을 보호해 주었는데,<sup>25)</sup> 이는 결국 채무자가 소멸시효기간 만료 전에 시효이익을 포기하는 것을 인정해 주고 있는 셈이어서, 이러한 법원의 일관성 없는 태도에 의하여 법적 안정성이 침해된다는 비판도 있었다.<sup>26)</sup>

### III. 현행독일민법 제202조의 개정과정

#### 1. Peters/Zimmermann의 개정안(1981년)

##### (1) 개정안 제213조의 내용

소멸시효법의 개정작업은 채권법의 개정작업과 함께 1977년부터 진행되었다. 당시 연방법무부는 학계대표들에게 민법 중 개정이 필요한 분야에 대한 의견서를 제출해 줄 것을 의뢰하였는데, 소멸시효법

분야는 Peters교수와 Zimmermann교수가 담당하였다. 1981년에 간행된 그들의 감정의견서에는 여러 입법의견과 더불어 개정안도 포함되어 있었는데, 소멸시효의 약정에 관하여는 규정하고 있는 개정안 제213조의 내용은 다음과 같다.<sup>27)</sup>

“개정안 제213조(소멸시효에 관한 약정들) 소멸시효의 경감, 특히 소멸시효기간의 단축은 허용된다. 그러나 소멸시효는 법률 행위에 의하여 배제되거나 가중될 수 없다. 그럼에도 불구하고 의무부담자는, 소멸시효의 완성이 임박한 경우에, 그가 일정한 기간 동안 일정한 사유에 기하여 소멸시효의 완성을 원용하지 아니할 것을 문서로 약정할 수 있다.”

#### (2) 개정안 제213조에 대한 평가

##### 1) 소멸시효가중의 금지

Peters/Zimmermann은 그들의 개정안에서 일반소멸시효기간을 2년으로 단축했음에도 불구하고 약정을 통하여 소멸시효를 가중하는 것은 허용하지 않고 있다.<sup>28)</sup> 그들의 감정의견서에 따르면 소멸시효를 가중하는 것은 채무자가 그가 포기하지 않아도 되는 이익들을 일방적으로 박탈당한다는 것을 의미하기 때문에, 법정책적으로 볼 때 문제가 있고, 다만 간접적으로 소멸시효를 가중하는 것은 불기피한 일이라

25) BGH NJW 1979, 866 f.; BGH NJW 1986, 1861; BGH NJW 1991, 974, 975.

26) Haug, Verjährungsrecht, S. 176.

27) Peters, Frank / Zimmermann, Reinhard, Verjährungsfristen. Der Einfluss von Fristen auf Schuldverhältnisse, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln, 1981 (인용: Gutachten), S. 318.

28) 이처럼 Peters/Zimmermann의 개정안에는 소멸시효가중을 금지하고는 있지만, 소멸시효의 기산점을 이행기로 삼는 등 구법을 개선하는 내용을 담고 있어서, 그들의 제안은 대체적으로 학계로부터 좋은 평가를 받았다: Diederichsen, Uwe, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182(1982), S. 101, 121 ff.; Spiro, Karl, Zur Reform der Verjährungsbestimmungen, in: FS Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden, 1986, S. 617, 618 f.

29) Peters/Zimmermann, Gutachten, S. 311.

고 한다.<sup>29)</sup> 결국 그들은 종래의 관례의 입장과 마찬가지로 소멸시효를 직접적으로 가중하는 약정은 허용되지 아니하고, 간접적으로 가중하는 것은 허용된다는 입장을 취했다고 하겠다.

## 2) 시효완성 전의 시효이익포기의 일부 허용

개정안 제3문에서는 소멸시효의 완성이 임박한 경우에 당사자들이 법률행위를 통하여 채무자가 소멸시효가 완성되더라도 시효완성의 항변을 하지 않을 것을 약정할 수 있도록 함으로써 채무자가 소멸시효 완성 전에 시효이익을 포기하는 것을 허용하고 있다.

Peters/Zimmermann은 이러한 규정을 둠으로써 당사자들이 유예된 기간 동안 건본소송을 제기할 수 있게 되어 그들 - 특히 채권자 - 의 이익을 보호할 수 있을 것으로 보고 있고, 문서로 할 것을 요구하는 것은 입증의 곤란을 방지하고 채무자의 포기의사의 진정성을 확보하기 위한 것이라고 한다.<sup>30)</sup>

그러나 “임박한”이라는 요건의 판단기준이 명확하지 아니하여 분쟁의 소지가 될 수 있고, 문서로 하는 것 및 사유·기간을 자세하게 기재하도록 하는 등 엄격한 요건을 요구하는 것은 오히려 거래상 문제가 될 수 있다는 비판을 받기도 하였다.<sup>31)</sup>

## 2. 채권법개정위원회의 개정안(1991년)

### (1) 개정위원회안 제220조의 내용

1981년부터 1983년에 걸쳐 3권의 채권법개정감정 의견서가 간행된 후에 연방법무부는 1984년 2월에 연방법무부 산하에 채권법개정위원회를 발족하였다. 이 위원회에서 일반급부장애법, 매매·도급계약상의 담보책임법 그리고 소멸시효법에 대한 개정안이 마련되었다.<sup>32)</sup> 이 개정위원회안에서는 제220조에서 다음과 같이 소멸시효의 약정에 대하여 규정하고 있다.

“제220조 (소멸시효에 관한 약정들) 법률행위에 의한 소멸시효의 경감, 특히 소멸시효기간의 단축은 허용된다. 소멸시효의 경감은, 개정위원회안 제195조 제4항<sup>33)</sup>의 경우에는 무효이다. 소멸시효의 가중, 특히 소멸시효기간의 연장은 30년까지 허용된다.”

### (2) 개정위원회안 제220조에 대한 평가

#### 1) 사적자치의 원칙의 구현

개정위원회안은 당사자들의 합의로 시효기간을 30년까지 연장하는 것을 허용하고 있는데, 이는 계약자유원칙에 상응하는 것이어서 긍정적인 평가를 받았다.<sup>34)</sup> 그러나 명문규정으로 이러한 가중합의를 허용한다고 하더라도 당사자들이 - 이러한 규정이 민법에 들어있다는 사실을 몰라서 - 이 규정에 의하여 소멸시효를 가중하는 약정을 할 가능성은 별로 없다는 지적도 있었다.<sup>35)</sup>

그리고 간혹 특약을 체결할 의지가 있는 경우라

30) Peters/Zimmermann, Gutachten, S. 323.

31) Spiro, in: FS für Wolfram Müller-Freienfels, S. 617, 628.

32) 동위원회는 1991년 11월 21일에 개정위원회의 개정안을 포함하는 최종보고서를 연방법무부장관에게 제출하였고 이 보고서가 1992년 4월에 공간된 바 있다 : Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1992 (인용 : Abschlussbericht).

33) 의무자가 악의로 행동한 경우에는, 소멸시효기간은 10년으로 연장된다.

34) Rabe, NJW 1992, 2395, 2400.

하더라도, 당사자들 가운데 경제적 혹은 기타의 이유에서 상대적으로 열악한 위치에 있는 자가 그가 소망한대로 약정을 할 수 있으리라고 생각하기는 어려운 바, 양 당사자들의 자유의지에 맡겨두면 소멸시효의 문제가 합리적으로 해결된다고 생각하는 것은 지나친 기대라고 한다.<sup>36)</sup>

2) 후발적 손해에 대한 합리적인 대처

최종보고서에서는 소멸시효기간연장에 대한 약정을 허용하게 되면, 후발성손해로부터 발생하는 청구권에 대한 소멸시효기간도 약정을 통하여 연장할 수 있게 되므로, 이러한 손해에 대한 문제를 합리적으로 해결할 수 있을 것으로 기대하였다.<sup>37)</sup> 그렇지만 이러한 방안은 거의 실효성이 없다는 비판도 제기되었다.

후발성손해는 법정소멸시효기간이 경과한 후에, 그것도 숨겨진 원인에 기인하여 발생하는 경우가 많은데, 이러한 손해에 대한 잠정적 청구권의 소지자가 계약체결시에 이러한 손해를 고려하여 그에 대한 청구권의 소멸시효기간을 연장시킨다는 것은 생각하기 어렵다고 한다.

설령 청구권소지자가 계약체결시 혹은 그 후에 그러한 손해가 발생할지도 모른다고 생각하고 이에 대

한 청구권의 시효기간을 연장할 필요성을 인식했다고 하더라도, 계약당사자들 사이(가령 소비자와 기업)의 막대한 지적·경제적 차이로 말미암아 그러한 약정을 하는 것은 거의 불가능하다고 보아야 하는 바, 후발성손해의 문제를 시효가중약정을 허용하는 것을 통하여 해결하고자하는 시도는 거의 현실성이 없다고 한다.<sup>38)</sup>

3. 채권법현대화법의 토의안(2000년)

(1) 토의안 제212조의 내용

1994년에 전술한 채권법개정위원회안이 발표된 이후 채권법개정작업은 소강상태에 접어들었다. 그런데 1999년과 2000년에는 외부적 요인, 즉 세 가지의 유럽공동체지침(소비재매매지침, 전자상거래지침, 지급지체지침)들을 2001년말까지 독일국내법으로 전환해야 하는 문제로 말미암아 채권법개정작업이 다시 재개되기에 이르렀다.<sup>39)</sup> 연방법무부가 2000년 8월 4일에 발표한 채권법현대화법의 토의안에는 제212조에서 소멸시효약정에 관한 내용을 규정하고 있었다. 그 내용은 다음과 같다.

“토의안 제212조(소멸시효에 관한 약정들) (1) 법률행위에 의한 소멸시효의 경감 또는 가중, 특히 소멸시효기간의 단축 또는

35) Bydlinksi, Peter, Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts, in: Schulze / Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001 (Zit.: Verjährungsrecht), S. 385 (Fn. 27); Haug, Verjährungsrecht, S. 177 ff.; Krämer, Verjährungsrecht, S. 127

36) 이러한 의미에서 위원회안에서 보통거래약관으로 소멸시효기간을 단축 또는 연장시키는 것을 허용한 것은 문제가 있다고 한다: Haug, Verjährungsrecht, S. 177 f.

37) Abschlussbericht, S. 99; Rabe, NJW 1992, 2395, 2400.

38) Haug, Verjährungsrecht, S. 177.

39) 유럽연합지침을 국내법으로 전환하는 방식에 대하여는 지침들을 특별법형식으로 수용하자는 “소해결원칙”과 이를 민법전에 흡수하여 민법을 전면적으로 개정하자는 “대해결원칙”이 대립하였으나 연방법무부는 후자의 방식을 선택하였다.

연장은 허용된다. 소멸시효의 경감은, 제195조 제2문<sup>40)</sup>의 경우에는 무효이다. (2) 소비재매매(제437조)에 있어서 매매목적물의 하자로 인한 소비자의 청구권에 대하여 법률행위에 의하여 소멸시효를 경감하는 것은, 그것이 소멸시효기간을 법정의 소멸시효 기산점으로부터 2년 미만, 중고품의 경우에는 1년 미만으로 하면서 매도인에 대하여 하자를 통지하기 전에 약정한 것인 때에는 무효이다.”

## (2) 토의안 제212조에 대한 평가

토의안 제212조에 따르면 당사자들의 약정을 통하여 소멸시효기간을 단축하는 것과 연장하는 것이 모두 허용된다. 이는 일반소멸시효기간을 3년으로 파격적으로 단축한 것에 의하여 발생하는 어려움을 약정을 통하여 완화시킨다는 점에서 대다수의 학자들로부터 원칙적으로 지지를 받았다.<sup>41)</sup> 그러나 개별적인 문제에 있어서는 비판의 소리가 많았다.

### 1) 소멸시효기간연장에 대한 상한선 설정의 포기

토의안에서는 채권법개정위원회안과 마찬가지로 약정에 의하여 소멸시효기간을 연장하는 것을 원칙적으로 허용하고 있다. 그런데 위원회안과 같이 30년이라는 최장기간을 설정하는 것은 - 사적자치

제한하는 것이어서 - 더 이상 시대에 적합하지 아니한 것 보아 의식적으로 이를 배제하였다.<sup>42)</sup>

따라서 당사자들이 약정을 통하여 소멸시효기간을 무제한적으로 연장하는 것도 가능하게 되었다. 이러한 토의안의 태도에 대하여는 시효제도가 가지는 공적인 성격, 가령 시간의 경과에 의한 법적 평화를 보호한다는 점 때문에 상한선을 설정해야 한다는 견해<sup>43)</sup>와 사적자치의 원칙상 당사자들이 30년 이상의 시효기간에 합의한 경우에는 이를 허용해야 한다는 견해<sup>44)</sup>가 대립하였다.

### 2) 소멸시효기간단축에 대한 하한선 설정의 필요성

계약자유를 제대로 보장하려면, 30년이라는 최장기간 외에 6개월의 최단기간도 - 소멸시효기간의 단축은 청구권의 변제기로부터 6개월까지만 허용된다는 식으로 - 법정하는 것이 필요하다는 주장도 제기되었다. 6개월이라는 기간은 어떠한 권리가 존재한다는 사실을 해명하기 위해서는 짧은 기간이지만, 채권자에게 소멸시효가 완성하기 전에 청구권을 행사할 기회를 주기 위해서는 충분히 긴 기간이기 때문에 이를 법정할 필요가 있다는 것이다.<sup>45)</sup>

그러나 청구권의 성질에 따라 상이하게 법정되어

40) 의무자가 악의로 행동한 경우에는, 소멸시효기간은 10년으로 연장된다.

41) Bydlinski, Verjährungsrecht, S. 398 ff.; Eidenmüller, Horst, Ökonomie der Verjährungsregeln, in: Schulze / Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001 (Zit.: Ökonomie), S. 407 ff.; ders., Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, JZ 2001, 184 ff.; Haug, Verjährungsrecht, S. 177 ff.; Mansel, Heinz-Peter, Die Reform des Verjährungsrechts, in: Ernst / Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen, 2001 (인용: Reform), S. 399.

42) Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Stand: 4. August 2000 (인용: Diskussionsentwurf), S. 296.

43) Bydlinski, Verjährungsrecht, S. 398.

44) Eidenmüller, Ökonomie, S. 407; Mansel, Reform, S. 401 f.

45) Mansel, Reform, S. 400.

시효기간에 비추어 볼 때 하한선을 설정하려면 법정 기간을 기준으로 (가령 법정기간의 1/2 이하로의 단축금지) 삼는 것이 타당하고, 일률적으로 6개월의 최소기간을 설정하자는 제안은 받아들일 수 없다는 지적도 있었다.<sup>46)</sup>

3) 의무자가 악의인 경우 소멸시효경감의 약정은 무효 토의안 제212조 제1항 제2문은 의무자가 악의인 경우에는(제196조 제2문) 소멸시효경감에 대한 약정은 무효로 보고 있다. 토의안 제196조 제2문에서는 고의와 악의를 동일하게 취급하고 있는데, 소멸시효약정의 경우에도 동일한 원칙이 적용되는 것은 타당한 것으로 받아들여졌다.<sup>47)</sup>

따라서 가령 매도인이 악의인 경우에 당사자들이 사전에 소멸시효의 경감에 대하여 약정하는 것은 무효이지만, 매수인이 매도인에게 고의 혹은 악의가 있음을 알고 난 이후에 약정하는 것은 허용된다.

#### 4) 소비재매매의 경우

토의안 제212조 제2항에서는 소비재매매의 경우에 있어서 신상품의 경우에는 2년(소비재매매지침 제5조 제1항과 제7조 제1항 제2문 참조) 중고품

의 경우에는 1년(소비재매매지침 제7조 제1항 제1문 참조)의 최단기간을 설정하고 있다. 따라서 소비자를 상대로 하는 매매의 경우에 소멸시효기간은 당사자들의 합의에 의하더라도 신상품의 경우에 2년, 중고품의 경우에는 1년까지 단축될 수 있다.

동규정은 결국 소비자가 가지는 하자담보청구권의 소멸시효기간을 단축하는 것에 대하여 법적인 한계를 설정한 것이다. 이러한 최단기간의 설정이 사업자에게는 부담이 되고, 소비자에게는 유리한 측면이 있음은 물론이다. 따라서 동규정에 대하여는 -소비재매매지침을 민법에 수용한 것이어서 토의안 제안자들에게 입법적 재량의 여지가 거의 없었음에도 불구하고- 사업자보호측면 그리고 소비자보호측면에서 각각 비판의 소리가 높았다.

우선 사업자보호측면에서 보았을 때, 동규정에서 소멸시효기간단축의 약정을 허용하지 아니하는 것은 권위주의적인 발상에서 나온 것이어서 타당하지 아니하다는 비판을 받았다.<sup>48)</sup> 그런가 하면 소비자 보호적 측면에서 소멸시효법에서 신상품과 중고품을 동일하게 다루자는 제안도 있었다.<sup>49)</sup>

동규정은 소비재매매지침의 적용범위를 넘어서 손해배상청구권에 대한 소멸시효에 대해서도 적용

46) Bydlinski, Verjährungsrecht, S. 398. Ernst, Wolfgang / Gsell, Beate, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, S. 1410-1426에서도 매매계약상 하자담보청구권의 소멸시효기간과 관련하여 최단기간을 법정하는 것은 사적자치를 제한하는 것이고, 이는 하자담보책임의 배제가 원칙적으로 허용되는 것과 조화를 이루지 아니한다고 보고 있다.

47) Bydlinski, Verjährungsrecht, S. 398; Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1426; Mansel, Reform, S. 399-400.

48) 이러한 잘못을 교정하기 위한 노력으로 - 청구권과 청구권의 상대방에 대하여 채권자가 인식했거나 인식해야만 했다는 것에 좌우됨이 없이 - 모든 청구권에 대한 통상소멸시효기간을 3년으로 단축한 것은 제2의 잘못을 범한 것이라고 한다.: Eidenmüller, Ökonomie, S. 413; ders., JZ 2001, 287.

49) 중고품의 경우에도 숨겨진 하자가 있을 수 있는데, 이는 신상품의 경우와 마찬가지로 이 둘을 달리 취급할 이유가 없다고 한다. 그리고 지침과 토의안이 물건의 소모와 마멸을 기준으로 최단기간의 설정을 달리하고 있는데, 경우에 따라서는 이러한 기준이 아무런 역할을 하지 못하는 하자들도 있다고 한다. 더욱이 하자의 입증측면에서 볼 때 사용한지 1년 된 물건과 2년 된 물건 사이에 특별한 차이점이 없는데, 중고품의 경우에도 - 신상품의 경우와 마찬가지로 - 소비자에 의하여 주장된 물건의 속성 내지 변화들이 물건의 인도시에 이미 존재했던 하자로부터 생긴 것인지의 여부를 기준으로 신제품에 있어서와 동일한 최단기간을 보장해 주어야 한다고 한다.: Bydlinski, Verjährungsrecht, S. 399.

된다. 이러한 토의안의 태도는 동일한 물건으로부터 발생하는 하자담보청구권들이 통일적으로 소멸시효가 완성되는 것이 바람직하다는 점에서 이에 찬성하는 견해가 있는가 하면,<sup>50)</sup> 사업자 보호의 측면에서 그리고 귀책사유를 요하지 아니하는 하자담보청구권과 귀책사유에 좌우되는 손해배상청구권을 동일하게 다루는 것은 문제가 있다는 점에서 이를 제212조 제2항의 적용대상에서 배제시켜야 한다는 견해도 있었다.<sup>51)</sup>

#### 4. 채권법현대화법의 확정안(2001년)

##### (1) 확정안 제216조의 내용

전술한 바와 같이 연방법무부의 토의안이 학계로부터 많은 비판을 받게 되자 연방법무부는 급부장에 법위원회를 구성하였고, 동위원회가 제출한 최종안을 기본으로 2001년 3월 6일에 확정안을 발표하였다. 소멸시효의 약정에 대하여 규정하고 있는 확정안 제216조의 내용은 다음과 같다.

“확정안 제216조(소멸시효에 관한 약정들의 금지) (1) 법률행위에 의한 소멸시효의 경감은 고의로 인한 손해배상책임의 경우에는 허용되지 아니한다. 그밖에도 법률행위에 의한 소멸시효의 경감은 매매목적물의 하자로 인한 청구권의 경우에는, 소비재매매가 문제되고 또한 약정에 의하여 소멸시효기간을 법정 소멸시효의 기산점으로부터 2년 미만, 중고품의 경우에는 1년 미만으로 하는 때에는 허용되지 아니한다. (2) 법률행위에 의한 소멸시효의 가중은 소멸시효기간을 법정소멸시효기산점으로부터 30년

을 초과하는 때에는 허용되지 아니한다.”

##### (2) 확정안 제216조에 대한 평가

###### 1) 소비재매매의 경우

소비재매매에 대하여 규율하였던 토의안 제212조 제2항에 대하여 제기된 비판은 확정안 제216조 제1항 제1문에 대해서도 그대로 적용된다.<sup>52)</sup>

###### 2) 고의로 인한 책임으로부터 생기는 청구권의 경우 경감금지

토의안에서는 의무자가 악의인 경우에 소멸시효를 경감하는 것을 무효로 보고 있는 데 비하여, 확정안에서는 고의책임으로부터 생기는 청구권의 경우에 법률행위에 의한 소멸시효의 경감은 허용되지 아니한다고 규정하고 있다. 토의안에서도 의무자의 악의와 고의는 동일하게 취급했던바, 이 점에 있어서 토의안과 확정안은 다를 바 없다.

###### 3) 30년의 상한선 설정

확정안 제216조 제2항은 토의안과는 달리 약정에 의하여 소멸시효를 가중하는 것은 그 약정이 법정소멸시효기산점으로부터 30년을 초과하는 경우에는 무효라는 규정을 첨가하고 있다. 이는 상한선설정의 필요성을 역설했던 학자들의 의견을 적극 수용한 것이다. 나아가 2001년 2월에 유럽계약법위원회가 채택한 유럽계약법원칙 소멸시효편도 연방법무부에 제공된 상태였으므로, 유럽계약법원칙에서 30년이라는 상한

50) Mansel, Reform, S. 401.

51) Eidenmüller, Ökonomie, S. 408; ders., JZ 2001, 285. 후술하는 확정안의 경우에도 마찬가지로 문제가 발생한다 : Leenen, Detlef, Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552, 558.

52) Eidenmüller, Ökonomie, S. 408; ders., JZ 2001, 285; Leenen, JZ 2001, 552, 558.

선을 설정한 것을 고려하지 않을 수 없었을 것이다.

### 5. 정부안 제202조(2001년)

#### (1) 정부안 제202조의 내용

2001년 5월 9일에 연방내각은 “채권법현대화법의 정부안”을 결의하였고, 5월 11일에는 연방참의원의 의장에게 법안을 송부함으로써 법률안이 의회에 상정되었다. 이 정부안이 거의 원안 그대로 연방의회와 연방참의원을 통과하여 2002년 1월 1일부터 시행되고 있다.

소멸시효약정에 대하여서는 정부안 제202조에서 규정되고 있는데, 확정안 제216조의 내용이 거의 그대로 수용되었다. 다만 소비재매매를 별도의 항목 - 제2편(채권관계법) 제8장(개별적 채권관계) 제1절(매매·교환) 제3관(소비재매매) - 에서 다루게 됨에 따라 확정안 제216조 제1항 제2문에서 규정되었던 내용(소비재매매에 있어서 소멸시효기간단축제한)은 정부안 제475조 제2항에서 규정되고 있다. 정부안(현행독일민법) 제202조의 내용은 다음과 같다.

“정부안 제202조(소멸시효에 관한 약정들의 금지) (1) 소멸시효는, 고의에 의한 손해배상책임의 경우에는, 법률행위에 의하여 사전에 경감될 수 없다. (2) 소멸시효는, 법률행위에 의하여 법정 소멸시효의 기산점으로부터 30년의 소멸시효기간을 초과하여 가증될 수 없다.”

#### (2) 정부안(현행민법) 제202조에 대한 평가

##### 1) 하한선설정의 필요성

2001년 7월 13일에 연방참의원은 연방정부가 제출한 법률안에 대하여 반대의견서를 제출하였다. 제202조와 관련해서는 당사자들이 소멸시효기간의 단축을 약정하는 것을 원칙적으로 허용하되, 기간 단축의 하한선을 범정할 것을 제안하였다.<sup>53)</sup>

이러한 연방참의원의 의견에 대하여 2001년 8월 31일에 연방정부가 반대의견서를 제출하였다. 이 의견서에서는 민법에 상이하게 설정되어 있는 소멸시효기간으로 말미암아 그러한 최단기간을 설정하는 것 자체가 거의 불가능할 뿐만 아니라 현재의 권리상태에 비추어 볼 때 최단기간을 설정할 필요가 없다고 기술하고 있다.<sup>54)</sup>

##### 2) 사적자치원칙의 확장

제202조에서는 소멸시효기간을 원칙적으로 계약 당사자들의 처분에 맡김으로써 소멸시효법분야에 있어서 사적자치를 확장시키고 있는바, 문헌에서도 이 점에 대하여 적극적인 평가를 하고 있다.<sup>55)</sup>

##### 3) 법적 명확성과 법적 안정성에 기여

전술한 바와 같이 구법하에서도 간접적으로 소멸시효를 가중하는 방법을 통하여 소멸시효가중금지 규정을 회피하는 것이 일반적이었다. 그런데 개정법

53) BR-Drucksache, 338/01, S. 4.

54) Gegenerklärung der Bundesregierung, S. 5; BT-Drucksache 14/6857, S. 43. 이에 동의하는 견해: Heinrichs, Helmut, Entwicklung eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Neuregelung des Verjährungsrechts, BB 2001, 1417, 1423.

55) Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Ring, Gerhard (Hrsg.), Anwaltkommentar, Band 1: Allgemeiner Teil mit EGBGB, Bonn, 2005 (인용: Anwalt-BGB / Bearbeiter), Anwalt-BGB / Mansel, § 202 Rn. § 202 Rn. 5; Bydlinksi, Verjährungsrecht, S. 398 ff.; Eidenmüller, JZ 2001, 283, 285; Haug, Verjährungsrecht, S. 171 ff.; Mansel, Heinz-Peter / Budzikiewicz, Christiane, Das neue Verjährungsrecht, Bonn, 2002 (인용: Verjährungsrecht), S. 398 ff.;

에서는 명문규정으로 소멸시효가중의 약정을 허용하고 있는바, 당사자들은 종래와 같은 회피수단들을 사용할 필요 없이 직접 제202조에 기하여 소멸시효 약정을 하게 될 것이어서, 법적 명확성 및 법적 안정성이 확보될 수 있을 것으로 기대되고 있다.<sup>56)</sup>

#### 4) 당사자들의 이익에 기여

가령 계약당사자들이 유사한 사건에 대한 소송결과를 기다리기 위하여 소멸시효의 기산점을 늦추기로 약정하는 것은 채권자 및 채무자 모두에게 이익이 된다고 한다. 더욱이 당사자들이 시효기간의 진행 중에 유사사건의 소송결과를 기다리느라 소멸시효에 대한 약정을 중단하는 경우도 생기는데, 이러한 대기기간 중에는 시효기간이 정지되지 아니하는 바, 이러한 경우에 당사자들의 합의를 통하여 소멸시효기간을 연장할 수 있게 하는 것은 양 당사자 모두에게 유익하다고 한다.<sup>57)</sup>

#### 5) 불공정하게 단기로 규정된 소멸시효기간의 교정

개정법에서 기간연장에 의하여 소멸시효를 가중하는 약정을 허용한 것은 일반소멸시효기간을 3년으로 급격하게 단축한 것에 대한 교정책인바, 실무

에서 불공정하게 단기로 규정된 소멸시효기간을 연장하기 위하여 이러한 약정을 활용할 것이 기대된다고 한다.<sup>58)</sup>

## IV. 맺는 말

개정된 독일소멸시효법을 소개하는 문헌에서는 예외 없이 소멸시효가중허용을 통하여 사적자치원칙을 확장했다는 점이 주요내용으로 언급된다. 물론 제202조의 개정을 통하여 구법에 비하여 사적자치가 보다 강하게 보장된다는 점에는 이론이 없지만, 전체적인 소멸시효법체계에서 이 개정조문이 가지는 의미를 되새겨 볼 필요가 있다. 왜냐하면 소멸시효제도를 구성하는 여러 요소들, 가령 시효기간의 길이, 기산점, 시효중단 및 정지사유, 소멸시효에 대한 약정의 허용여부 등은 서로 밀접하게 연결되어 있어서, 특정조문만을 놓고 별도로 검토하는 것은 문제가 될 수 있기 때문이다.

일반적으로는 채무자에게 유리한 단기의 소멸시효기간을 법정한 경우에는 소멸시효의 기산점, 중단·정지사유 그리고 소멸시효에 관한 약정에 대한

Palandt/Heinrichs (66. Aufl., 2007), § 202 Rn. 1; Zimmermann, Reinhard, "...ut sit finis litium" Grundlinien eines moderner Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage, JZ 2000, 853, 866 (Fn. 200); Zimmermann / Leenen / Mansel / Ernst, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684, 698.

56) BT-Drucksache, 14/6040, S. 110; Anwalt-BGB / Mansel, § 202 Rn. 5; Gottwald, Verjährung, Rn. 155; Mansel / Budzikiewicz, Verjährungsrecht, § 6 Rn. 11; Mansel, NJW 2002, 89, 96; Palandt / Heinrichs (66. Aufl., 2007), § 202 Rn. 1.

57) Anwalt-BGB / Mansel, § 202 Rn. 5; Gottwald, Verjährung, Rn. 155; Mansel, NJW 2002, 96; Palandt / Heinrichs (66. Aufl., 2007), § 202 Rn. 1.

58) Birr, Christiane, Verjährung und Verwirkung. Fristen - Beginn - Hemmung - Wirkung, Berlin, 2003 (인용: Verjährung), Rn. 106.

규정들을 채권자에게 유리하게 확정함으로써 양당사간의 이해관계를 조정한다.<sup>59)</sup> 이러한 점에 비추어 볼 때 개정된 독일민법은 소멸시효법의 기본원칙을 충실하게 따른 입법례라고 볼 수 있을 것이다. 따라서 개정법에서 소멸시효가중의 약정을 허용한 것은, 소멸시효법 개정이라는 큰 틀에서 당사자들의 이해관계를 조절하기 위한 불가피한 선택이었다고 보아야 하고, 개정법이 소멸시효법이 가지는 강행규정적 성격을 완전히 포기하고 사적자치를 전면에 내세웠다고 평가하는 것은 무리이다.

요컨대 개정된 독일소멸시효법은 30년이라는 시

효기간 상한선의 설정, 고의책임에 있어서 감정약정 금지 등을 통하여 소멸시효법이 가지는 강행규정으로서의 성격을 반 정도는 그대로 유지하면서(결국 소멸시효에 대한 민법기초자들의 기본이념을 존중하면서), 이러한 제한을 넘지 않는 선에서 사적자치를 보장하고 있다고 평가해야 할 것이다. 그리고 보면 개정된 독일소멸시효법은 소멸시효제도와 사적자치의 원칙이 선택적 관계에 있는 것이 아니라 상호병존적 관계에 있음을 보여주는 선례라고 볼 수 있을 것이다.

59) Spiro, Fristen, §§ 256 ff.; Zimmermann, JZ 2000, 853, 857.