

## 독일에서의 M&A와 환경책임법

Manuel Banck

Prof. Dr. Joachim Jickeli

### — 목 차 —

- A. 서론
  - I. 당사자들의 이해(利害)상황
  - II. 기업매매의 태양(態樣)
  - III. 환경손해에 대한 책임위험
- B. 법률상의 책임위험 분배
  - I. 책임법적 기초
  - II. 일반 사법상의 환경책임의 경우 책임의 분배
  - III. 환경책임법에 의한 매수인과 매도인의 책임
  - IV. 환경손해법에 의한 책임
  - V. 제조물책임법에 의한 책임
  - VI. 중간결론
- C. 기업매매 개관
  - I. 법선택 자유의 원칙
  - II. 독일법에 따른 매수인의 청구권들  
(매수인이 환경책임을 진 후의 구상)
  - III. Due Diligence (기업실사)
  - IV. 중간결론
- D. 환경위험의 분배를 위한 특별 계약조항들
  - I. 보증 (Garantien)
  - II. 구상요건의 완화
  - III. 구상요건의 가중
  - IV. 구상의 배제
  - V. 손해의 분담
  - VI. Warranty and Indemnity Insurance
  - VII. 담보
- E. 논점의 요약

## A. 서론

기업매매는 매수인에 대한 수많은 위험을 내포하고 있다. 그 중에서도 경제적 위험이 중대한 의미를 가진다. 기업매매를 할 때에 매수인의 목표는 보통 당해 기업을 통해 장기적으로 이윤을 획득할 수 있도록 계약을 형성하는 것이다. 이를 위한 계산작업을 할 때에 매수인은 극히 다양한 측면들을 인식하고 평가하여야 한다. 매수인이 고려하여야 할 전형적인 문제들은 예컨대 다음과 같은 것들이다:

- 이미 수주된 작업에서 이윤의 기회와 손실의 위험이 어떻게 분배되고 있는가?
- 이미 행해진 물품공급과 용역제공에 대한 보증위험이 존재하는가?
- 기업양도일 이전의 과세기간 동안 당해 기업활동과 관련하여 성립한 조세와 공과가 이미 올바르게 산정되어 지급 또는 납부되었는가?
- 영업장에 또는 법적분쟁과 관련하여 어떠한 위험이 성립해 있는가?

점점 강화되는 주민들의 환경의식에 힘입어 입법자는 1970년대 이래로 환경법 분야에서 몇몇의 법률과 명령을 공포하였고 더우기 삶의 기초가 되는 자연의 보호 및 동물보호를 헌법적 지위를 갖는 국가목표규정으로 승격시켰다 (Art. 20 a GG). 그 이후로는 기업매매의 경우에도 환경법적 위험과 문제들에 대한 강한 주의가 요구된다. BP, Honeywell과 Transocean에 의해 야기된 멕시코만에서의 환경재앙은 오늘날 한 기업의 가치가 환경손해에 대한 배상책임에 어느 정도로 종속적인지를 아주 명확하게 보여준다.

기업의 종류에 따라 영업과 그 생산물을 통하여 환경에 해로운 영향이 야기될 수 있거나 또는 - 종종 그러하듯이 - 이전의 영업활동을 통하여 야기되었을 수 있다. 특히 유해물질을 통한 토양, 지하수 및 대기의 오염과 기술적 영업으로부터 발생하는 임미시온(Immissionen), 산업쓰레기 및 건강을 해치는 유해물질을 함유하고 있거나 기타 환경법적 요구를 충족하지 못하는 기업생산품 또는 판매품들을 통한 환경에 대한 위험이나 부

담이 여기에 속한다. 이러한 측면들은 기업매매계약의 형성시에 일정한 역할을 수행해야 할 것이다.

이 강연의 목표는 기업매매시 환경손해에 대한 책임의 위험이 독일법에 따를 때에 양당사자 사이에서 어떻게 분배되고 있으며(아래 B), (당사자들은) 계약형성을 통하여 이와 다른 어떠한 해법에 도달할 수 있는가(아래 C)를 서술하는 데에 있다.

## I. 당사자들의 이해(利害)상황

### 1. 매도인의 이해관계

매도인의 관심이 어디에 있을지는 명백하다. 그는 당해 기업과 확정적으로 결별하려고 하며 또한 이 경우 가능한 한 높은 매매대금을 받으려고 할 것이다. 그는 혹시 있을지도 모르는 (토지 등의)오염 때문에 매매대금이 깎이는 것을 감수하지 않아도 되는 상황을 바랄 것이며 또한 기업매도 뒤에도 아직 유독성 폐기물에 대하여 책임추궁 당하는 것을 바라지 않을 것이다. 그의 태도는 이 경우 소극적, 방어적이다. 매도인은 가능한 한 위험예방조치나 개량계획이 전혀 취해질 필요가 없는 상황을 지향할 것이다. 또한 그는 매각되는 기업의 환경적합성에 대한 보증을 가능한 한 하려하지 않을 것이다. 통상적으로 행해지는 보증이나 면책들 중 다수는 매도인의 입장에서 계산하기 어려운 책임위험을 내포하고 있다.

### 2. 매수인의 이해관계

한편 매수인은 기업시설 등으로부터 발생하는 환경손해에 대해 책임을 지려하지 않을 것이다. 스스로 자신의 책임 하에 이 시설을 마련한 것도 아니고 또 보통은 기업매입 전에 그 시설로부터 발생할 수 있는 환경 위험에 대해 철저히 조사할 수도 없기 때문이다. 환경법적 위험이 매매계

약 체결 이전에 이미 알려져 있다면, 매수인은 이를 이용하여 협상에서의 자신의 지위를 강화하려 할 것이며 가능한 한 적은 매매대금으로 타결하려 할 것이다. 발생가능한 환경손해가 기업가치의 산정에 미치는 중요성은 책임근거와 책임범위가 아직 불확실한 동안에는 특히 파악하기가 쉽지 않다.

그 외에도 매수인은 통상의 경우에 광범위한 보증과 면책을 통하여 기업매매에 따르는 일반적 위험 및 환경과 관련된 특수한 위험에 대비하려 할 것이다. 아마 유독성폐기물 처리의무가 그 예로 될 수 있을 것이다. (매도인의) 담보책임 또는 손해배상책임과 관련해서는 매수인은 어찌 됐든 소송위험 외에도 매도인의 도산위험을 부담하고 따라서 자신의 청구권의 실현가능성에 대한 위험을 부담한다.

## II. 기업매매의 태양(態樣)

독일법은 기업매매의 두 가지 다른 모습을 인정하고 있다: Asset-Deal과 Share-Deal이 그것이다.

### 1. Asset-Deal

Asset-Deal의 경우에 기업매매는 당해 기업의 모든 자산(영어로 Assets)을 취득함으로써 행해진다. 즉 기업은 물건과 권리의 집합체로서 판매되는 것이다. 물건과 권리의 집합체는 독일민법 제453조 제1항에서 말하는 “기타의 객체”에 해당하며 따라서 물건의 매매에 관한 법규정들은 여기에도 상응하게 적용된다. 매매계약은 단 하나의 서류로 작성될 수 있다. 자산에는 기업에 속하는 모든 물건, 권리와 기타 객체, 즉 토지, 동산, 상호, 상표, 라이선스, 영업비밀 등이 포함된다. 이러한 권리와 물건들은 매매계약의 이행을 위해 그 각각에 상응하는 특수한 규정에 따라 개별적 승계의 방법으로 양도되어야 한다. 이것이 하나의 단일한 법적 행위에 의해

행해질 수는 없다. 그러므로 독일에서 Asset-Deal은 복잡하고 소모적이다.

## 2. Share-Deal

이와 달리 Share-Deal에서는 기업매수인은 매각되는 기업이 운영되는 법적 형태인 법인(권리담당자)에 대한 지분을 취득한다. Share-Deal은 독일민법 제453조 제1항의 권리매매에 해당하는데, 2001년에 행해진 채무법현대화개정 이래로 권리매매는 물건의 매매와 동일하게 다루어지고 있다. 매매의 객체는 이 경우 주식, 영업지분 또는 회사(조합)지분이 될 것이다.

## 3. 위 구별이 환경책임과 관련하여 가지는 의미

Asset-Deal과 Share-Deal의 구별은 환경책임과 관련하여 중요한 의미를 가진다. Share-Deal에서는 법인(권리담당자)과 그에 대한 (제3자의) 책임 청구가 (그대로) 인수되기 때문이다. Asset-Deal의 경우에는 책임이 이전의 법인(권리담당자)으로부터 새로운 법인(권리담당자)에게로 이전되는 경우에만 이러한 법적 효과가 발생한다. 따라서 Asset-Deal의 경우에 그야말로 기업의 상법적 이름(상호, 독일상법 제17조)을 포함하는 모든 자산이 인수되는 경우에만 위 두 모델에서 책임법적으로 동일한 결과가 발생한다.<sup>1)</sup> 단지 선별적으로 개별적 자산만이 인수되고 예컨대 환경침해적 시설은 인수되지 않았다면 매수인은 그 시설의 운영으로부터 발생하는 책임을 지지 않는다. Share-Deal의 경우에는 이러한 결과가 발생할 수 없다. 지분인수 후에 (환경침해적) 시설이 기업으로부터 분리되어 매도인에게 (다시) 양도되었다고 하더라도 이미 발생한 법인(권리담당자)의 책임은 이로부터 아무런 영향을 받지 않는다. 면책청구권이나 이와 유사한 것들이 보충적으로 합의될 수는 있겠지만 이는 매도인의 지급능력에 대한 문제를 야기한다. 따라서 Asset-Deal과 Share-Deal 중에서 어느 하나를 선

1) 이와 관련해서 세부적인 것은 아래 B 부분을 보라

택하는 것은 위험분배와 관련하여 당사자들의 첫 번째이자 기본적인 (계약)형성가능성을 의미하는 것이다.

### III. 환경손해에 대한 책임위험

환경법 분야에서의 입법과 주민들의 높아진 환경의식 때문에 환경손해에 대한 책임위험은 눈에 띄게 높아졌다. 이러한 위험은 그 외에도 (다음과 같은) 두 가지 이유에서 매수인을 특히 위태롭게 한다. 그 하나는 환경손해와 그에 따르는 책임은 예견하기가 어려워서 아주 큰 예측위험(Prognoserisiko)이 존재한다는 것이다. 다른 하나는 유독성폐기물의 처리나 (오염된) 토지의 개량은 엄청난 비용을 요하기에 환경손해에 대한 책임은 금세 수십억에 달하며 따라서 금전적으로 막대한 범위에 이른다. BP사건의 경우 사람들은 책임범위가 심지어 700억달러에 이를 것이라 추산하고 있다. 이러한 문제는 독일법 하에서는 환경책임의 위험이 사법적 차원에만 한정되는 것이 아니기에 더욱 심각하다.

기업인수 후에 매수인에게 형법적 그리고 (행정)질서법적 제재가 가해질 수도 있는 것이다. 즉 매수인은 지속되고 있는 환경침해에 대해, 경우에 따라서는 Asset-Deal이 행해진 경우라 하더라도 이미 양도일 이전에 야기된 토양오염과 유독성폐기물에 대해서, 상태방해자(Zustandstörer)로서 책임을 지게 된다. 예컨대 오염된 토지를 인수한 경우에 그럴 수 있다. 형법적 관점에서 매수인이 방사능 등으로 오염된 토지를 계속 사용하거나 허가를 요하는 시설을 허가받음 없이 계속 유지하는 경우 그는 토양오염(독일형법 제324 a조)이나 시설의 불법가동(독일형법 제327조)라는 형법구성요건을 충족시킬 위험이 있다.

매도인에게는 이미 행해진 매각에도 불구하고 양도일 이전에 야기된 환경침해에 대해 책임청구를 당할 위험이 존재한다. 양도된 토지에 대한 지금까지의 소유자로서 그는 예컨대 Asset-Deal의 경우 시간적 제한 없이

토지오염과 유독성 폐기물을 개선하여야 할 의무를 부담한다 (§ 4 Abs. 6 BBodSchG (토지오염으로부터의 보호와 유독성 폐기물의 개선을 위한 법률 제4조 제6항)).

## B. 법률상의 책임위험 분배

### I. 책임법적 기초

#### 1. 환경책임법적 규정들에 대한 개관

독일 사법(私法)에는 환경손해에 대해 법리적으로 각각 서로 다르게 정립된 수많은 책임근거들이 존재한다.<sup>2)</sup> 먼저 사법의 일반적인 제도, 즉 계약침해, 절대권 침해, 그리고 보호법규 위반, 상린(相隣)법적 (이웃간의) 공동체관계로부터 그러한 책임이 발생할 수 있다. 이 밖에도 환경책임법에 따라 특정의 시설로부터 발생하는 환경침해에 대한 무과실책임으로서의 위험책임이 존재한다. 2007년에는 환경손해법이 새로 입법되었다. 이에 의하면 자신의 직업활동으로 인하여 환경손해를 야기한 자는 - 부분적으로 과실 여부에 상관없이 - 책임을 지게된다. 또한 결함있는 제조물을 유통시킨 제조자인 기업주는 제조물책임법에 따라 책임을 질 수도 있다. 이렇게 다양한 환경손해에 대한 책임의 단서들로 미루어 보면 환경책임법은 그 자체로 하나의 체계를 갖춘 단일의 법역이 아님이 분명해 진다. 따라서 기업매매시 당사자들은 당해 기업의 구체적인 활동이 환경법적 측면을 접하고 있다면 특히 신중하게 행동하여야 할 것이다.

#### 2. 독일 사법상 책임 있는 자의 범위

2) 이에 관해 구체적인 것은 Igl 교수의 발표문 (독일의 환경책임법 - 현재 상태, 성과 및 장래의 발전적 관점)을 보라.

(손해배상)책임 청구권은 상대권이다. 이 청구권은 책임구성요건을 실현시킨 권리주체에게 향한다. 그 외에 다른 자도 책임을 져야 한다면 이것은 다음과 같은 두 가지 방법에 의해 이루어진다.

그 하나는 또 다른 독립적인 청구권 기초 규정이 다른 권리주체에게 책임을 부과할 수 있다는 것이다. 독일 민법 제831조가 바로 그러한 것이다. 기업에 고용된 피용자의 불법행위로 인하여 환경법적 책임이 발생한다면 그 기업을 운영하는 법인(권리담당자)도 보충적으로 책임을 지는 것이다. 다만 법인(권리담당자)은 면책될 수 있다 (독일 민법 제831조 제1항 제2문). 이러한 결과를 회피하기 위하여 판례는 손해가 기업조직의 흠결로 인해 발생한 경우 독일 민법 제823조 제1항에 의거하여 직접 기업 경영진에게 책임을 물을 수 있도록 하였다 (Organisationshaftung, 조직책임).

다른 하나는 이미 성립한 책임이 타인에게도 미칠 수 있다는 것이다. 이것은 독일 민법 제31조와 제278조가 기능하는 원리이다. 법인과 인적 회사<sup>3)</sup>는 따라서 그들 집행기관의 구성요건 해당행위에 대하여, 특히 불법 행위법상의 조직책임의 경우에, 일반적으로 책임을 진다. 계약책임의 영역에서는 법인(권리담당자)은 더욱 폭넓게 모든 이행보조자들의 행위에 대해 그들의 기업내에서의 지위를 불문하고 면책가능성 없는 책임을 부담한다.

이러한 원칙에 따라 자연인이 아닌 법인(권리담당자)이 책임을 지게된다면 법인참여자, 즉 지분보유자도 책임을 부담하는가의 문제가 제기된다. 법인의 경우에는 법인체도가 지분보유자를 책임으로부터 차단시켜 주기 때문에 지분보유자는 책임을 지지 않는다. 반대로 인적 회사의 경우에는 지분보유자의 회사채무에 대한 무한책임의 원칙이 적용된다 (독일 상법 제128조<sup>4)</sup>). 합의된 출자금액에 대해서만 책임을 지는 합자회사 유한책임사원의 경우에만 예외이다 (세부적인 것은 독일 상법 제161조 이하를 보라).

3) 독일 민법 제31조가 인적 회사에 유추적용 될 수 있다는 것에 대해서는 BGH NJW 1952. 537, 538을 보라.

4) BGH는 이 원칙이 민법상의 회사에도, 그가 외적으로 활동을 한 이상, 적용된다고 하였다. BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 그리고 BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445를 보라.



### 3. Share-Deal과 Asset-Deal을 위한 의미

이러한 기초로부터 Share-Deal과 Asset-Deal의 근본적인 차이점이 발생한다. Share-Deal의 경우에는 법인(권리담당자)이 바뀌지 않고 단지 지분 보유자만 바뀔 뿐이다. 채무가 법인(권리담당자)에게 부과되기 때문에 그 한도에서 책임지속(Haftungskonstanz)이 성립한다. 그래서 새로운 지분보유자는 과거에 행해진 환경침해에 대한 책임위험을 인수된 회사의 재산으로써 부담한다는 것이 명확해진다. 단지 인적 회사의 경우에만 인적 책임을 이전의 지분소유자가 부담하는가 아니면 새로운 지분소유자가 부담하는가의 문제가 발생한다. 매수인은 이미 존재하는 회사지분을 인수하는 것이기에 그는 이미 성립해 있는 채권에 대해서도 책임을 진다.<sup>5)</sup> 지분의 양도 이후에 책임법적 구성요건이 실현된 경우에는 새로운 출자자는 어차피 법인(권리담당자)과 함께 책임을 진다.

Asset-Deal의 경우에는 상황이 완전히 다르다. 재산적 가치있는 대상이 새로운 법인(권리담당자)에게 양도된다. 새로운 법인(권리담당자)의 책임은 어떠한 법규정이 책임의 이전을 명하고 있거나, 법률행위에 의하여 채무인수(독일 민법 제414조 및 제415조)의 방법으로 책임이 인수되거나 혹은 이미 책임부담이 있는 대상, 예컨대 오염된 토지를 취득한 경우에만 고려된다. 새로운 법인(권리담당자)의 지분보유자가 책임을 지는가 여부는 회사정관에 의해 결정된다.

책임을 이전시키는 법규정으로는 무엇보다 독일 상법 제25조 제1항을 들 수 있다. 이에 따르면 살아 있는 자로부터 취득한 영업을 종래의 상호하에 - 영업승계를 암시하는 부수적 표시와 함께 또는 이 것 없이 - 계속

5) 동시에 매도인의 사후적 책임의무(Nachhaftungspflicht)도 성립한다. 독일 상법 제160조 제1항 제1문 (합자회사의 경우에는 독일 상법 제160조 제1항 제1문, 제161조 제2항)에 따라 인적 회사로부터 탈퇴한 출자자는 그 때까지 성립한, 탈퇴로부터 5년 이내에 만기가 도래하는, 회사의 모든 채무에 대해 책임을 진다. 다만 독일 상법 제160조는 임의법규이기에 당사자는 매도인의 면책에 대해 합의할 수 있다. 이를 위해서는 탈퇴하는 출자자와 각각의 채권자 사이에 합의가 요구된다.

영위하는 자는 당해 영업상 성립한 이전 영업주에 대한 모든 채무에 대해 그와 함께 책임을 진다. 판례는 이 조항의 요건을 취득자에게 불리한 방향으로 꽤 넓게 해석하고 있다. 영업상 본질적인 재산적 대상만이 인수되더라도 영업의 취득을 인정한다.<sup>6)</sup> 또한 판례는 상법적 이름이 수정되는 경우에도 거래계에서 기업의 연속성이 인정되는 한 상호의 계속을 인정하고 있다.<sup>7)</sup> 영업상 성립한 채무로는 계약상 의무 만이 아니라, 영업활동에 기인하는 한, 계약 외적 청구권도 인정된다. 따라서 당해 기업에 대한 상당수의 환경책임법적 청구권이 성립해 있다면 매수인은 Asset-Deal의 경우에 상호를 계속 사용할지 여부를 심각하게 고려하여야 한다. 이에 대한 대안으로 당사자들은 매수인이 기존의 채무에 대해 책임을 지지 않는다는 것을 계약으로 약정할 수 있다. 그러나 이러한 약정은 독일 상법 제 25조 제1항에 따라 상업등기부에 기재되어 공시되거나 또는 채권자들에게 다른 방법으로 통지되어야 한다.

## II. 일반 사법상의 환경책임의 경우 책임의 분배

### 1. 계약침해

독일 민법 제280조에 의하면 채무자가 (또는 그의 이행보조자, 독일 민법 제278조) 자신의 의무를 위반하고 그 의무위반에 대해 책임이 있다면 그는 손해배상을 해야 한다. 환경손해는 보통 보호의무가 제대로 이행되지 않음으로써 발생한다. 예컨대 어떤 시설의 건설업자가 (수도, 가스 등의) 관을 부적절하게 놓아 이로 인해 후에 도급인의 토지가 오염되는 경우 또는 환경에 나쁜 영향을 미치는 것으로 인해 결함이 인정되는 물건을

<sup>6)</sup> 세부적 사항은 단지 Burgard, in: Staub § 25 HGB Rn. 47 이하를 보라.

<sup>7)</sup> 상호가 단어나 철자 그대로 인수되어야 하는 것은 아니다. 신·구 상호의 핵심이 동일하다면 충분하다. 결정적인 것은 거래관념상 상호의 동일성이 존재하는가 여부이다, BGH NJW 1992, 911 참조.

판매하는 경우가 그러하다.

계약침해의 경우에는 원칙적으로 개개의 계약당사자에 대해서만 손해 배상을 청구할 수 있다. 기업취득자는 따라서 Share-Deal의 경우에는 책임을 진다. Asset-Deal의 경우에 그가 책임을 지는지는 독일 상법 제25조가 적용되는지 여부에 달려 있다.

## 2. 절대권에 대한 침해

절대권의 보호는 독일 민법에서 2원적으로 실현되고 있다: 그 하나는 독일 민법 제823조 제1항에 의한, 귀책사유를 요하는 불법행위책임을 통하여서이다. 고의 또는 과실로 인하여 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 침해한 자는 그 타인에 대하여 이로 인하여 발생하는 손해를 배상할 의무가 있다. 다른 하나는 소유권자는 모든 방해에 대하여 귀책사유를 불문하는 독일 민법 제1004조 제1항의 방해제거 및 부작위청구권을 통하여 방어할 수 있다는 것이다.

불법행위책임의 경우에는 독일 민법 제831조를 통하여 또는 독일 민법 제31조와 함께 하는 조직책임이라는 모습을 통하여 매각되는 기업(정확히는 법인(권리담당자))이 책임을 지게 될 수 있다. 따라서 Share-Deal의 경우에는 직원의 불법행위가 단지 그 자신의 책임영역에 놓여 있는 것인가, 아니면 조직의 흠결에 기인한 것인가 여부 및 독일 민법 제831조와 관련하여서는 사용자의 면책이 가능한가가 항상 검토되어야 한다. Asset-Deal의 경우에는 이러한 문제는 독일 상법 제25조가 적용될 때에만 의미를 가진다. Asset-Deal이 행해지는 모든 경우에 양도인은 자신에게 성립한 불법행위책임으로부터 벗어나지 못한다.

이들 규정의 적용범위 외에서는 불법행위책임은 행위자에게만 성립한다. 예컨대 올바르게 교육받고 지시받은 피용자가 기업매도 이전에 어떤 설비를 잘못 사용하여 독성물질을 방출하였고, 이로 인해 법에 의해 보호되는 권리나 법익이 침해되었다면 이에 대해 바로 그 피용자만이 독일 민법 제823조 제1항에 의해 책임을 진다. 기업의 책임은 이 경우 다른 규정

에 의거하여 발생할 수 있을 뿐이다.

독일 민법 제1004조 제1항의 귀책사유 불문의 청구권과 관련하여서는 누가 방해자인지가 중요하다. 기업의 영업으로부터 침해가 발생한다면 원칙적으로 법인(권리담당자) 그 자체가 방해자이다.<sup>8)</sup> 따라서 Share-Deal의 경우에는 취득자가 적어도 인수한 회사재산으로 책임을 진다. Asset-Deal의 경우에는 그와 달리 방해가 취득자가 인수한 대상, 예컨대 이웃한 토지로부터 발생하는 것인지가 중요하다. 만일 그렇다면 매도인이 행위방해자로서 책임을 지게 될 뿐만 아니라, 어찌면 매수인도 상대방해자로서 책임을 지게 된다. 이러한 사실관계 이외의 경우에는 취득자의 책임은 단지 독일 상법 제25조로부터만 발생한다. 그러므로 기업매매의 경우에는 독일 민법 제1004조가 적용될 수 있는 모든 모습들에 대해 숙고하여야 한다. 이것은 판례가 귀책사유를 요하지 않는 방해제거청구권을 손해배상과 유사한 것으로 만들고 있는 만큼 더욱 그러하다.<sup>9)</sup> 예컨대 오염물질의 방출로 인하여 타인의 토지가 오염되었다면 그 유독성물질의 제거는 손해배상법의 원상회복과 유사하다.

### 3. 독일 민법 제823조 제2항에서 말하는 보호법규의 침해

독일 민법은 절대적으로 보호되는 권리의 침해(독일 민법 제823조 제1항)와 보호법규의 침해(독일 민법 제823조 제2항)를 명확히 구분한다. 순수 재산손해는 보호법규위반으로 발생한 경우에만 배상받을 수 있다. 독일 민법 제823조 제2항에서 말하는 보호법규의 존재는 침해된 규범이 개인적 이익을 보호하기 위한 것일 때에 인정된다.

본고에서 논의되는 문제와 관련하여서는 독일 민법 제823조에서 규정

8) 간접적 행위방해자의 모습에 대한 수많은 예를 들어 주고 있는 것으로는 Bassenge, in: Palandt § 1004 Rn. 18. 이에 의하면 영업주는 공급자, 고객 및 하도급자에 의한 방해에 대해서 책임을 진다, BGH NJW 1982, 440. 또한 임대인도 특정의 경우에는 임차인에 의한 방해에 대해 책임을 진다, BGH NJW 2000, 2901 참조.

9) 단지 Baur/Stürner § 12 Rn. 20 이하 참조.

하고 있는 구성요건 유형들 사이의 이러한 차이는 오히려 그리 크지 않다. 피용자가 보호법규를 위반한 경우에는 독일 민법 제831조도 적용된다. 다만 조직책임은 독일 민법 제823조 제2항의 경우에는 인정되지 않는다. 피용자를 법률위반으로 내모는 조직구성 그 자체는 아직 보호법규를 위반하는 것으로 당연히 인정되는 것이 아니다. (그러나) 기업의 경영진이 법규위반을 교사하거나 방조한 경우에는 이와 다르다. 이 경우 모든 행위참여자들은 독일 민법 제830조에 의해 공동으로 책임을 진다. 독일 민법 제31조를 통하여 이 경우에는 통상적으로 법인(권리담당자)의 책임이 발생한다. Share-Deal의 경우에는 따라서 독일 민법 제823조 제1항과 제2항과 관련하여 검토해야할 문제들이 이러한 점들에서 차이를 보인다. Asset-Deal의 경우에는 위의 2.에서 언급한 것이 그대로 유효하다.

#### 4. 상린법적 (이웃간의) 공동체관계

환경침해로 인한 청구권은 또한 상린법적 관점에서 발생할 수 있다. 독일 민법 제906조 제1항 제1문에 의하면 토지의 소유자는 (타인의 토지에서 방출되는) 특정 유해물질 - 예컨대 가스, 증기, 악취와 소음 - 의 유입을, 그로 인한 영향이 자신의 토지 이용을 전혀 침해하지 않거나 또는 단지 비본질적으로만 침해하는 한, 금지할 수 없다. 독일 민법 제906조 제1항 제1문에 규정된 이러한 수인(受忍)의무에 대응하여 소유자는 독일 민법 제906조 제2항 제2문에 의하여 그 영향이 지역에 통상적인 토지이용 또는 토지로부터의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어 침해하는 경우에 적절한 금전보상을 다른 토지의 이용자에게 청구할 수 있다.

이러한 상린법적 보상청구의 범위 내에서 유해물질이 방출되는 토지의 이용자는 책임을 지게된다. 토지를 이용하는 기업이 Share-Deal의 방법으로 처분되면 토지이용자는 동일하게 유지되는 것이고 따라서 책임도 계속 지속된다. 토지의 점유가 Asset-Deal에 의해 이전된다면 새로운 토지의 이용자는 기존의 유해물질 방출에 대해서는 책임지지 않아도 된다.<sup>10)</sup> 따라서 독일 상법 제25조가 적용되지 않는 한 양도기일 이전의 책임과 이후

의 책임은 판매자와 취득자에게 분배된다. 매수인은 장래에 향해서 책임을 지게 되므로, 그는 재산적 가치 있는 대상의 취득 전에 기업의 시설이 유해물질방출의 허용치를 지키고 있는지 조사해야만 할 것이다.

### III. 환경책임법에 의한 매수인과 매도인의 책임

1990년 12월 10일에 제정된 환경책임법은 귀책사유를 요하지 않는 위험책임 및 시설의 정상적 가동에 대한 책임을 확립하였다.

동법 제1조에 의하면 시설의 소유자가 책임을 부담한다. Share-Deal의 경우에는 소유자가 바뀌지 않는다. 이와는 달리 Asset-Deal의 경우에는 매도인은 매수인에게 이전하기 전에 생긴 손해에 대해서 책임을 진다. 환경책임법은 이미 성립한 책임을 매수인에게 이전시키는 규정을 두고 있지 않다. 이 점에서 환경책임법은 일반적 민법 규정들과 궤를 같이 한다. 매수인의 시설가동 이후에 생긴 손해에 대해서는 항상 매수인이 책임을 진다. 그러므로 매수인에게는 기업시설을 계속 이용하기 전에 그것의 정상적 작동능력에 대하여 면밀히 조사하는 것이 필수적이다. 다만 매도인이 시설의 정상적 작동능력과 안전성에 대하여 보증을 하였다면 매수인은 자신이 책임을 진 경우 사법의 일반원칙에 따라 구상할 수 있다.

### IV. 환경손해법에 의한 책임

환경손해법은 소위 공법적 환경책임의 일부이다. 환경손해법의 컨셉에

10) 독일 민법 제906조 제2항 제2문에서 말하는 “이용자”란 자기책임 하에서 행동하고 제3자 침해에 대한 위험을 부담하는 자만을 일컫는 것이다, Baur/Stürner § 25 Rn. 29 Fn. 2 참조. 상린법적 보상청구권의 범위 내에서 소유자는 따라서 그 스스로에 의해 행해진 침해에 대해서만 책임을 진다. (즉) 상태방해자라는 개념은 여기에 적용되지 않는다.

따르면 손해배상책임의 주체는 “책임있는 자 (Verantwortliche)”이다. (동법) 제2항 3호의 법적 정의(定義)에 따라 직업적 활동을 행하거나 지정하는 모든 자연인과 법인, 그러한 활동에 대한 허가나 인가의 보유자 또는 그러한 활동을 신고하거나 신청한 자가 이에 속한다. 책임의 요건은 직접 환경손해가 야기되었거나 또는 그러한 손해에 대한 직접적인 위험이 야기되었을 것이다. 다시 말하면 엄격한 형태의 야기자책임 (직접적인 야기자)이 인정되고 있다. 책임의 위험은 따라서 환경책임법에 의한 책임과 동일하게 분배되고 있다. 이에 따라 Asset-Deal의 경우에만 판매자는 이미 행해진 구성요건 충족에 대해 책임을 진다.

## V. 제조물책임법에 의한 책임

환경책임법적 사례에 제조물책임법도 원칙적으로 적용될 수 있다<sup>11)</sup>. 제조물책임법은 제조자에게 귀책사유가 있을 것을 요하지 않는다는 점에서 일반적인 독일 불법행위책임에 비해 피해자에게 유리하다.

누구에게 책임이 부과되는가와 관련하여 중요한 것은 제조자(생산자)의 개념이다.<sup>12)</sup> 보통은 기업의 주체(Unternehmensträger)가 기업에서 생산된 제품의 제조자이다. 그러므로 Share-Deal의 경우에는 책임의 지속성이 성립한다. 이와 반대로 Asset-Deal의 경우에는, 비록 생산작업이 다소 변함 없이 계속되더라도, 제조자가 바뀌게 된다. 이것은 제조자란 지시·명령권자이지 특정 재화의 소유자가 아니라는 사실로부터 도출된다. 다만 독일 상법 제25조가 종종 관련되어 적용되는데 이 경우에는 Asset-Deal의 경우라 하더라도 책임지속성이 인정된다. 바로 이러한 경우가 아니라면 Asset-Deal의 경우에 제품의 생산시점이 기록으로 남겨져야 한다.

11) 환경책임법적 사례에 대한 제조물책임법의 적용에 대해서는 Staudinger-Oechsler, Einl. zum ProdHaftG Rn. 56을 보라.

12) 이에 관해 자세한 것은 Wagener/Wahle NJW 2005, 3179 이하.

## VI. 중간결론

매도인과 매수인 간의 환경손해에 대한 책임의 분배는 꽤 복잡하다. 이것은 한편으로는 다양한 책임규범들이 각기 상이한 책임귀속을 규정하고 있는 데에 기인한다. 다른 한편으로 책임배분은 당사자들이 Share-Deal을 합의하느냐 또는 Asset-Deal을 합의하느냐에 영향을 받는다. 그럼에도 다음과 같은 두 가지 원칙이 제시될 수 있겠다: (1) 환경법적 부담이 기업의 객체로서 취득되는 것에 근거한다면 - 예컨대 오염된 업무용 토지와 같이 -, 취득자가 이 물건 등을 직접적으로 취득하는가 (Asset-Deal), 아니면 간접적으로 취득하는가(Share-Deal)는 중요하지 않다. 항상 취득자가 우선적으로 손해를 부담한다. 그가 매도인에게 그것을 전가할 수 있는가에 대해서는 아래 C.에서 설명할 것이다. (2) 이와 달리 환경법적 위험이 권리를 침해당한 제3자의 청구권으로 존재한다면 상이한 매매대상(Shares 또는 Assets) 간의 차이는 본질적이다. Share-Deal의 경우에는 기업관련책임의 위험은 항상 취득자가 부담한다. Asset-Deal의 경우에는 이와 달리 책임위험의 인수가 계약형성을 통하여 배제될 수 있다. 이 경우 계약형성시 독일 상법 제25조가 특히 고려되어야 한다.

### C. 기업매매 개관

#### I. 법선택 자유의 원칙

여러 나라에 걸쳐 활동 하고 있는 기업의 경우에는 어떤 법이 기업매매에 적용되는가를 당사자들이 확정하는 것이 중요하다. 약정채권관계에 적용되는 법에 관한 EG 명령 제593/2008호 제3조 제1항 제1문은 다음과 같이 규정하고 있다: “계약은 당사자들에 의하여 선택된 법에 종속한다”. EG-명령의 일부로서 이 규정은 독일에서 일반적이고 직접적인 효력을 가진다. 이로써



유럽의 입법자들은 민법상 사적자치의 원칙과 계약자유의 원칙을 국제계약 법에까지 미치게 한 것이다. 따라서 당사자들은 기업매매와 관련하여 판단 되어야 하는 법적 문제들에 대해 어떤 법질서가 기준이 되어야 하는지를 스스로 정할 수 있다. 이것은 독립적이며 본계약에 종속되지 않는 저촉법적 준거법계약의 체결을 통하여 행하여진다. 법선택자유의 원칙은 그러나 무제한으로 인정되는 것이 아니다. 사실관계가涉外적 관련을 가지지 않는 경우에는 그 생활사실관계가 관련되는 나라의 강행규정이 적용된다. 그러나 국제적인 기업매매의 경우에는 법선택계약조항이 널리 이용되고 있다.

## II. 독일법에 따른 매수인의 청구권들 (매수인이 환경책임을 진 후의 구상)

### 1. Asset-Deal의 경우

2001년 11월 26일 채무법현대화법으로써 입법자는 기업은 매매객체의 하자에 관한 일반 규정이 상응하게 적용되는, 독일 민법 제453조 제1항의 “기타의 객체”에 해당한다는 판례의 태도를 승인하였다<sup>13)</sup>. 기업이 물건과 권리의 집합체로서 판매된다면 매도인의 담보책임과 관련하여 이제 다음의 점들을 구분하여야 한다.

#### a) 개별적 객체의 하자

개별적 객체의 하자는 바로 이 객체와 관련한 담보책임을 성립시킨다. 매수인은 구체적 객체에 대한 추완(追完)이행을 청구할 수 있고, 경우에 따라서는 계약해제의 통지, 매매대금의 감액 또는 손해배상을 청구할 수도 있다. 환경손해의 경우 이러한 매수인의 권리는 예컨대 인도된 영업용 토지가 오염되어 있는 때에 고려된다.

<sup>13)</sup> Reg. Begr. BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

## b) 기업의 하자

기업 그 자체에도 하자가 있을 수 있다. 그 때에는 담보책임이 총체적인 기업매매계약과 관련하여 성립한다. 이 경우 문제로 되는 것은 개별적 객체의 하자나 개별적 객체의 흠결이 어떠한 경우에 기업의 하자로 인정될 수 있는가이다. BGH는 이전에는 하자로 인해 “기업의 경제적 기초가 흔들렸을 때”<sup>14)</sup>에만 기업의 하자를 인정하였다. 그 후에는 보다 명백하게 독일 구(舊)민법 제459조 제1항 제2문의 문언에 초점을 맞추었다. 이에 따르면 단지 경미한 가치의 저하나 경미한 유용성의 저하의 경우에는 결함이 인정되지 않았다.<sup>15)</sup> 현행법에 의하면 (하자의) 중대성 여부는 더 이상 하자 인정의 요건이 아니다. 그러므로 모든 개별적 객체의 하자는 또한 기업의 하자로 인정될 수 있다. 다만 그 하자가 기업 전체와 관련하여 그리 중대한 것이 아닐 때에는 매수인은 독일 민법 제437조 제3호, 제281조 제1항 제3문 때문에 전보배상을 청구할 수 없고 또 독일 민법 제437조 제2호, 제323조 제5항 제2문 때문에 전체 계약을 해제할 수 없다. 그러나 그는 독일 민법 제437조 제1호, 제439조에 의거해 추완을 청구하거나 또는 독일 민법 제437조 제2호의 2번째 경우나 제441조에 의거하여 대금감액을 할 수 있다. 환경손해와 관련하여 총체적 기업의 하자는 예컨대 오염된 영업용 토지의 개량을 위해 생산이 잠정적으로 중단되어야만 하는 경우 또는 기업의 생산물이나 기업활동을 통하여 제3자에게 환경침해가 생겨서 매수인이 상당한 재정적 지출을 하여야 한다거나 기업 이미지의 실추로 인하여 기업의 가치가 현저히 감소하는 경우에 인정될 수 있을 것이다.

## 2. Share-Deal의 경우

권리매매의 경우에 매도인은 단지 매도된 권리의 존속에 대해서만, 즉 회사지분이 실제로 존재하여 매수인이 이를 취득할 수 있는지에 대해서

<sup>14)</sup> BGH WM 1970, 819, 821.

<sup>15)</sup> BGH NJW 1979, 33.

만 책임을 질뿐이다. 구체적 기업가치의 상태에 대해서는 매도인은 원칙적으로 책임지지 않는다. 즉 기업이 하자를 보이면 매도인은 원칙적으로 담보책임을 지지 않는다. 왜냐하면 회사재산에 속하는 기업의 하자는 회사지분 그 자체의 하자가 아니기 때문이다.<sup>16)</sup> 단 판례의 견해에 따르면 매수인이 회사지분의 전부나 거의 대부분을 취득한 경우에는 그렇지 않다. 회사지분의 전부나 거의 대부분의 매매는 경제적으로 보아 물건과 권리의 집합체로서의 기업매매와 흡사하다. 그래서 BGH는 물건의 하자담보책임을 규정을 상응하게 적용하고 있다.<sup>17)</sup> 이를 위해 매수인이 회사지분의 취득을 통하여 지배적 지위를 얻었을 것이 요구된다. 또 매도인이나 제3자의 기업에 대한 잔존 지분이 취득자의 기업경영권을 결정적으로 침해할 수 없을 정도로 적어야 한다. 따라서 BGH의 견해에 따르면 단순한 과반수의 지분매입은 Share-Deal을 Asset-Deal과 동등하게 취급하기에 충분하지 않다.<sup>18)</sup>

### 3. 담보책임의 배제

기업의 하자로 인한 담보책임에 기한 매수인의 권리는 그가 하자의 존재를 알았던 경우에는 배제된다, 독일 민법 제442조 제1항 제1문. 예컨대 매수인이 Due Diligence 심사 (기업실사)를 하였고 이 때 가능한 하자에 대한 주의가 환기되었다면 그러한 경우일 수 있다. 매수인이 중과실로 하자를 알지 못하였다면 매도인이 하자에 대해 악의로 침묵하였거나 물건의 상태에 대한 보증을 한 경우에만 매수인은 대금감액, 손해배상 또는 해제를 주장할 수 있다, 독일 민법 제442조 제1항 제2문. 매수인은 매도인과의 계약에 의해 독일 민법 제442조 제1항이 적용되지 않음을 합의함으로써 담보책임에 기한 자신의 권리가 배제될 수도 있는 상황을 막을 수

<sup>16)</sup> BGHZ 65, 246, 250.

<sup>17)</sup> BGHZ 65, 246, 251; BGH NJW 2001, 2163, 2164.

<sup>18)</sup> BGH NJW 2001, 2163, 2164. Share-Deal을 경제적 관점에서 Asset-Deal과 동일시하기 위해서는 보통 75% 이상의 지분의 취득이 요구된다.

있다. 계약에 의한 독일 민법 제442조 제1항의 적용배제는 원칙적으로 가능하다.

#### 4. 계약체결 이전의 설명의무 위반으로 인한 책임

판례는 기업매매의 경우에 물건의 하자로 인한 담보책임의 적용범위를 오히려 좁게 해석하고 있다. 그래서 실제 거래에서는 매수인측은 종종 계약체결상의 과실책임의 원칙(cic, 독일 민법 제311조 제2항)을 통하여 매도인의 책임을 근거지우려고 시도한다. 이 원칙에 의하면 매도인은 계약 체결시에 존재했을 과책, 특히 계약체결 이전의 설명의무 위반에 대해 책임을 지게된다. 이 경우 다음과 같은 세 가지 상이한 사례군을 구별하여야 한다: 진실의무 위반, 설명의무 위반 그리고 정정의무 위반.<sup>19)</sup> 매도인은 첫째 진실의무를 부담한다. 그가 고의 또는 과실로 매수인에게 허위의 사실을 언급한다면 그는 이 의무를 위반하는 것이다.<sup>20)</sup> 계약체결상의 과실책임은 또한 매도인에게 적극적 설명의무가 있음에도 그가 매수인에게 특정한 사정에 대해 침묵한 경우에도 고려된다.<sup>21)</sup> 또 매도인은 계약과 관련된 사정의 사후적 변동에 대해 지체 없이 매수인에게 알려 줄 의무가 있다. 그래서 BGH는 계약협상은 완료되었지만 아직 계약체결 전인 때에 기존의 정비계약 중 40%가 해지로 인하여 소멸한 사실을 매수인에게 알려 주지 않은 컴퓨터기업 매도인의 책임을 긍정하였다.<sup>22)</sup> 기업의 개별적인 객체에 하자가 있지만 그것이 기업 전체의 하자로 인정될 수 없는 경우라 하더라도 매도인은 어찌면 계약체결상의 과실책임에 따라 책임을 져야한다. 계약체결상의 과실책임에 기한 청구권은 원칙적으로 매도인의 손해배상의무를 발생시킨다.

19) 동지 Fleischer/Körber BB 2001, 841, 843.

20) BGH BB 1974, 152; BGH NJW-RR 1988, 744 참조.

21) BGH NJW 1991, 1223, 1224.

22) BGH NJW-RR 1996, 429.

### III. Due Diligence (기업실사)

#### 1. Due Diligence에 대한 일반적 사항

어느 정도 규모 있는 기업매매시 취득자는 거의 모든 경우에 소위 Due Diligence 심사를 행한다. 이 개념은 미국의 거래실무로부터 유래하는 것으로 대략 “주의 깊은 이행” 내지 “거래계에서 요구되는 주의”를 의미한다. Due Diligence를 통하여 목적기업은 기업매매계약 체결 이전에 매수인에 의해 그 법적, 기술적 그리고 무엇보다도 경제적 급부(성과)능력에 대한 조사를 받는다. 그러므로 Due Diligence는 매수인이 구체적 매수조건을 제시하기 전에 가능한 한 목적 기업에 관해 많이 알고 시도하는 사전협상의 한 단계이다. 이를 통해 매수인은 기업매매시 매도인이 당해 기업의 중요한 지표에 관해 가지는 정보 및 지식적 우위를 상쇄하려고 시도한다. 기업매매의 종류에 따라 개개의 경우 상이한 모습의 Due Diligence가 수행되며 이 경우 또한 중점도 상이한 곳에 놓인다. 무엇보다도 Financial Due Diligence, Tax Due Diligence, Legal Due Diligence, Management Due Diligence 그리고 또한 Environmental Due Diligence가 통상적이다. Due Diligence는 보통 아주 많은 시간과 노동을 요하기에 특별히 꼼꼼한 준비가 필요하다. Due Diligence는 개별적 경우에 따라 특별히 고용된 회계회사, 투자은행, 경제 전문 변호사 또는 전문화된 기업자문회사들에 의해 수행된다.

##### a. 독일 매매법에서의 기능

Due Diligence의 수행은 독일 매매법에서 다양한 기능을 행한다<sup>23)</sup>. 그 중 가장 중요한 것은 하자담보기능, 위험산정기능, 가치산정기능과 증거 확보기능이다.

##### aa. 하자담보기능

영미법계에서 Due Diligence는 무엇보다도 하자담보기능을 행한다. 영미

<sup>23)</sup> Due Diligence의 기능에 대해서는 Fleischer/Körber BB 2001, 841, 842.

법계에서는 이른바 **Caveat Emptor** 원칙이라는 것이 인정되고 있는데, 이에 의하면 선의의 매도인은 원칙적으로 매매객체의 하자에 대해 책임을 지지 않는다. 매매의 객체를 자세히 검사하여 그 상태에 대해 알고 이러한 토대 위에서 계약을 통해 하자담보책임이나 보증을 규율하는 것은 매수인의 일이다. 하자담보기능은 따라서 무엇보다도 미국에서 **Due Diligence**의 핵심기능을 이루는 것이다. 독일에서는 이와 달리 하자담보기능은 다른 기능의 뒤로 후퇴하는데 그 이유는 독일의 매매법이 독일 민법 제437조 이하에서 미국법과는 반대로 매매객체의 하자위험을 원칙적으로 매도인에게 부과하는 규정을 두고 있기 때문이다. 그 외에도 기업의 매도인은 독일법에 의할 때에 계약체결전의 설명의무위반에 대해서도 책임을 지게된다. 따라서 기업의 매도인이 독일에서 부담하는 책임위험은 미국에서의 그것보다 현저히 크기에 매수인에 의한 **Due Diligence** 심사의 하자담보기능은 무엇보다 담보책임규정이 또한 준수되는 것과 이 규정이 보증이나 다른 면책약정을 통하여 더 확실하게 실현되는 것을 확보하는 것이다.

#### bb. 위험산정기능

**Due Diligence**의 또 다른 기능 중의 하나는 소위 위험산정기능이다. **Due Diligence** 동안에 모든 중요한 정보가 수집되어 목적기업이 매수인의 기대에 부응할지 여부 및 그 기업의 취득으로부터 특별한 위험이 발생할지 여부가 심사된다.

#### cc. 가치산정기능

**Due Diligence**는 더 나아가 기업가치의 산정을 위한 기초로서 기능하고 따라서 매매대금의 결정에 기여한다. 즉 가치산정기능을 수행하는 것이다.

#### dd. 증거확보기능

그 외에도 **Due Diligence**를 통하여 한편으로는 기업의 현재상태와 다른 한편으로는 매도인과 매수인간의 정보의 흐름이 문서화된다. 이로써 **Due Diligence**는 증거를 확보하는 데에 기여하게 된다.

## b. 실무적 작업수행

Due Diligence의 진행이 어떠한 확정된 플랜에 따라 진행되는 것은 아니다. 기업의 종류와 개개의 경우의 상황에 따라 중점이 많이 달라지기 때문이다. 그럼에도 불구하고 다양한 Due Diligence 심사의 틀에서 어떠한 규칙성을 발견할 수 있다. 이에 따르면 Due Diligence의 실무적 수행과정에서 준비단계(Preliminary Due Diligence)와 Confirmatory Due Diligence라 불리는 본래의 Due Diligence가 구별된다.

## aa. 준비단계

Due Diligence가 성공적이기 위해서는 철저히 준비되어야 한다. Preliminary Due Diligence는 예컨대 상업등기의 조사, 인터넷과 다른 매체를 통한 조사를 통해 이루어진다. 부분적으로는 이를 위해 M&A-정보제공서비스도 이용된다. Due Diligence의 준비의 틀 내에서는 다음의 관점들에 대해 특히 주의하여야 한다<sup>24)</sup>:

- Due Diligence 팀의 확정
- Informationmemorandum 및 현시점에 제공된 모든 다른 서류들에 대한 분석
- 기업의 가치를 형성하는 재화들에 대한 분석
- 기업에 전형적인 위험의 산정
- 첫 계약초안에 기초하여 계약형성에 대한 사전 숙고
- (기업)인수의 구조에 대한 사전 숙고
- 구체적 경우에 조정가능한 잠정적인 비용과 수수료 범위에 대한 약정
- 핵심적인 검사에 있어서 중요 부분의 누락을 막기 위한 체크리스트의 작성. 체크리스트 에는 각각의 심사 영역에 따라 모든 중요한 계약 및 서류의 목록이 들어 있다.
- Data-Room-Index의 파악. 이 경우 이것은 자신의 Due Diligence List와 상호 조정된다.

<sup>24)</sup> Vogt DSStR 2001, 2027,2034 참조.

### bb. Due Diligence의 진행

위와 같은 준비 후 본래의 Due Diligence 심사는 다음의 다섯 가지 핵심 단계로 행해진다.

#### (1) Data Room에 있는 중요한 자료들의 파악

먼저 매입희망자는 그에게 중요한 자료를 파악하여야 한다. 이를 위해 매도인은 공개해야만 하는 기업에 관한 정보들과 서류들을 열람할 수 있도록 특별한 자료실("Data Room")에 놓아둔다. 고전적으로는 이 경우 실제적인 자료실이 문제된다. 그러나 관심 있는 자가 온라인으로 포착할 수 있는 전자적, 가상적 자료실도 점점 더 많이 애용되고 있다. 출입이 제한된 자료실을 이용하는 것은 영업을 방해되는 것도 방지하고 또 기업매매가 미리 알려지는 것도 방지한다. 매입희망자가 여러 명일 때에도 사무처리비용을 되도록 줄이기 위해 이러한 방식이 제공된다. 매도인이 이렇게 자료를 사전선택하기 때문에 매수희망자가 구체적인 경우에 적절한 다른 질문을 하는 것을 주저해서는 안 된다.

#### (2) 이 자료들의 평가

중요한 자료들이 파악된 뒤에는 이 자료들이 법적인 관점에서 평가되어야 한다. 이 단계가 Due Diligence 심사의 핵심이다. 이 경우 첫걸음으로서 체계와 기능에 대한 심사가 행해질 것이 요망된다. 환경책임법적인 Due Diligence의 영역에서 이러한 방법으로 당해 기업이 효율적인 환경관리체계를 보유하고 있는지 여부가 파악될 수 있다. 또한 가동되는 모든 시설이 상응하는 허가를 보유하고 있는지 여부와 허가시 부과된 부담을 준수하고 있는지 여부도 심사되어야 한다. Due Diligence의 이러한 영역을 Legal Compliance라고도 부른다.

#### (3) 현장방문

현장의 여건에 대한 인상을 가지기 위해 매입희망자에게는 현장방문이 필수적이다. 전체적 방문을 통하여 매입희망자는 기업의 잠재적 위험을 가늠



할 수 있고 또 생산시설 및 기업의 물적 설비의 상태에 대하여 조망할 수 있다. 이 때 현장의 주위여건도, 예컨대 기업의 공간적 확장가능성이나 교통의 연결과 관련하여, 또한 환경의 관점에서 관심의 대상으로 된다.

#### (4) 선발된 대화상대와의 대화

인터뷰는 이전의, 현재의, 또는 장래 계획된 부지의 이용에 대한 그리고 기업활동에 대한 시사설명을 얻는데 기여한다. 이 경우 가능한 인터뷰 상대는 기업의 종업원, 종업원 대표단체, 생산지휘부, 환경담당자 그리고 이사진들이다.

#### (5) Due Diligence 보고서의 작성

Due Diligence 보고서는 Due Diligence 심사의 종료를 의미한다. 이 보고서는 매입희망자뿐만 아니라 해당기업도 또한 심사대상에 대하여 개관할 수 있도록 Due Diligence 과정의 개별적 심사를 통해 인지된 모든 것을 포괄하여야 한다. (그리고) 보고서는 가능한 한 근접한 시점에 영어로 작성됨이 바람직하다.

## 2. 환경책임법적 Due Diligence<sup>25)</sup>와 관련된 특별한 사항

환경책임법적 Due Diligence<sup>26)</sup>는 오랫동안 Due Diligence 심사의 핵심적 부분에 속하지 않았다. 그러나 독일에서는 유독성폐기물 문제의 의미와 더불어 환경책임법적 Due Diligence의 의미도 커졌다. 그 사이에 환경책임법적 Due Diligence는 더 이상 단순히 유독성폐기물개선에만 한정된 것이 아니라 본질적으로 보다 넓은 위험영역들을 담당하게 되었다. 환경위험은 환경에 적합하지 않아서 장래의 매출감소나 이미지훼손을 초래할

25) “환경(Umwelt) Due Diligence” 또는 “환경적 (Environmental) Due Diligence”라고도 불리운다.

26) 환경책임법적 Due Diligence에 관해 전문적인 것은 Engelhardt WiB 1996, 299 이하; Ewer AnwBl 2002, 309 이하; Pöhler/Hermann Die Wirtschaftsprüfung 1997, 628 이하 참조.

수 있는 생산품들에 의해서도 발생할 수 있다. 환경적 Due Diligence의 목표는 사건이나 위험을 방지하고자 하는 매입자의 목표와 관련하여 의미를 가지는 환경정보들의 취득, 심사, 평가이다. 환경책임법적 Due Diligence의 결과는 매수희망자의 매수결정에 대해 예컨대 특별회계검사와 비슷한 정도로 강하게 영향을 미친다. 환경적 Due Diligence의 핵심부분은 이른바 환경설문지이다<sup>27)</sup>. 이 설문지에 기초하여 매수희망자는 다음과 같은 점들과 씨름하여야 한다:

- 기업에 환경관리시스템이 존재하는가? 만약 존재한다면 관련 편람이 평가되어야 한다.
- 기업이 과거에 환경손해를 초래하였는가? 어떠한 조치가 이에 대해 취해졌고, 얼마나 성과가 있었는가?
- 어떠한, 환경과 관련하여 중요한 재료와 작업수단이 기업에서의 생산에 이용되는가? 이것들이 어떻게 적치되고 어떠한 보호조치가 취해지고 있는가?
- 영업 및 이와 관련된 시설에 대하여 충분하고도 안정적인 허가가 존재하는가?
- 영업 및 관련 시설이 적용가능한 실체법적 기준을 충족하는가? 이 경우 이미 서술한 책임위험 외에 임의시운 보호법, 쓰레기법, 수자원법, 건축법, 공업 및 수공업법, 그리고 기타 환경보호법에도 주의를 기울여야 한다.
- 영업에 속하는 토지가 유독성폐기물에 오염되어 있지 않은가? 만약 오염되어 있다면: 당해토지의 가능한 개량에 얼마나 많은 시간이나 노력들이 들며 또한 비용이 드는가?

환경과 관련된 측면들을 자세히 심사한 후 매수희망자는 취득한 지식을 어떻게 활용할 것인가를 결정하여야 한다. 개관이 불가능한 환경위험들이 도사리고 있다면 계획된 인수는 매수인에게 의미가 없을 것이며 그는 매입을 포기할 것이다.

그는 어쩌면 환경법적 관점에서 문제가 없는, 기업의 일부만을 매입하려고 할 것이다. 반대로 매수인이 환경법적 위험에 별 영향을 받지 않아

<sup>27)</sup> 환경적 Due Diligence의 경우에 주의하여야 할 문제들의 예시적 목록, Pföhler/Hermann Die Wirtschaftsprüfung 1997, 628, 634 이하를 보라.

서 자신의 구매의도를 그대로 관찰하려 한다면 환경책임법적 Due Diligence를 통하여 취득된 지식은 매수인에게 적어도 설득력 있는 대금 감액의 논거를 제공해 준다.

#### IV. 중간결론

환경법 분야 법규정의 복잡다기함과 무체계성을 감안하면 매수인에게는 환경책임법적 Due Diligence를 행하는 것이 의미 있는 일이다. 그러한 Due Diligence는 광범위한 법적, 그리고 자연과학적 지식뿐만 아니라 사실적 생활관계에 대한 정확한 파악을 요구한다. 그것이 제3자의 법적 청구권에 영향을 미치는 것은 아니지만 아마 당사자들 간의 구상청구권에는 영향을 미칠 것이다. 또한 그것은 매도인을 향한 담보책임청구권을 제한하는 수단일 수도 있다. 다른 한편으로 매수인은 환경책임법적 Due Diligence를 행하기로 결정하였을 때에 독일 민법 제442조 제1항의 면책규정을 고려하여 특히 신중히 행동하여야 한다.

#### D. 환경위험의 분배를 위한 특별 계약조항들

환경위험에 대한 잘못된 판단은 당사자들에게 극적인 결과를 가져올 수 있다. 바로 그 규모의 면에서 이러한 위험은 매우 큰 것이다. 토지나 지하수의 개량이나 또는 산업시설에 대한 추가장치의 비용은 금방 수백 억대에 도달한다. 그러므로 처음부터 당사자들은 만약 있을지도 모르는 책임발생의 경우와 그러한 책임위험의 분배에 대해 논의하는 것이 합목적적이다. 독일 매매법은 기업매매의 경우 매도인의 담보책임과 관련하여 발생하는 특수한 문제들에 대한 적절하고도 균형 잡힌 해답을 충분히 제시하고 있지 못하다. 그래서 보통은 계약에 의한 독자적인 책임체계가

기초되는데 이것은 법률규정을 배제하고 법률효과를 당사자의 뜻대로 규율하려는 것이다.<sup>28)</sup> 이러한 시도는 환경책임의 영역에서도 검증하고 있다.<sup>29)</sup>

## I. 보증 (Garantien)

M&A 거래시에는 법률상의 담보책임규정과 계약체결상의 과실책임에 기한 청구권이 종종 보증약정에 의해 대체된다<sup>30)</sup>. 어느 정도 규모가 있는 거래의 경우 실무에서는 수페이지에 달하는 보증목록이 정착되어 있다. 이 목록에는 특정의 상태에 관한 언급과 매각대상인 기업에 관한 기타의 언급 및 보증이 들어 있다. 독일법은 이와 관련하여 다양한 형태의 보증을 인정하고 있다. 보증의 법적 의미는 개개의 경우 해석을 통하여 파악되어야 한다.

### 1. 독립적 보증약속

매도인이 독립적 보증약속을 하는 것은 상대적으로 드물다. 이러한 보증은 매도인이 법률상의 담보책임의 범위를 넘어 특정 사정의 존재 및 부존재에 대해 과실 여부와 상관없이 책임지려할 때에 존재한다. 이 경우

<sup>28)</sup> Turiaux/Knigge BB 1999, 913, 918.

<sup>29)</sup> 뮌헨 계약편람(Münchener Vertragshandbuch) 제2권 경제법 I, 제5판, 뮌헨, 2004년에 있는 Asset-Deal 형식의 기업매매에 대한 모범계약에는 그 제13조 제1항 제16호에 다음과 같은 상태약정이 있다: “상행위적 영업을 통하여 영업용 토지에 양도시점까지 어떠한 해로운 변경, 즉 연방토양보호법 또는 기타의 공법적 규정이나 행정명령에 의해 이미 지금이나 또는 장래에 - 또한 건축적 변경과 관련하여서도 - 예방, 방어, 안전조치나 개량작업이 요구되는 그러한 변경이 야기되지 않았다. 지금이나 장래에 그러한 조치가 요구되는 오염이 또한 지금까지 영업에 이용되었고 양도시점부터 매수인에게 임대되는 건물이나 기타 건축시설에도 존재하지 않는다.”

<sup>30)</sup> 전체적인 것은 Semler, in: Hölter, 732 이하를 보라.

보증인수는 청구권의 법적 근거를 형성하고, 또 귀책사유나 소멸시효기간과 같은 법률상 책임의 요건들을 폐기해 버린다. 이렇게 광범위한 책임은 통상 매도인이 원하는 바가 아니므로 독립적 보증약속은 예외적으로 인정되어야 하고 따라서 계약서에 명확하게 기재되어 있어야 한다. 독립적 보증약속의 법률효과로서 첫 번째는 매수인의 이행청구이다. 매도인은 보증약속이 이행되었더라면 성립했을 그러한 상태를 만들어야 한다. 그 외에도 보증계약에서 2차적 책임인 손해배상에 관해서도 합의되는 것이 통상적이다. 실무계에서는 보증 위반에 대한 책임이 여러 가지 방법으로 제한되고 있다. 매수인의 모든 잠재적 청구권에 대한 최저기준(Basket) 외에도 책임에는 보통 최고액의 제한(Cap)이 있다. 이 최고액은 매매대금의 25%에서 50% 사이에 달한다.

## 2. 성상(性狀)보증

이른바 성상보증은 독립적 보증약속과는 구별되어야 한다. 성상보증으로써 기업의 매도인은 독일 민법 제 434조 제1항 제1문에서 말하는 위험이전시점까지 특정 성상에 대해 보증한다. 기업의 실제 상태가 약정된 상태에 어긋나는 경우에는 하자가 존재하는 것이다. 이 하자는 보통의 담보책임에 기한 권리들을 발생시킨다. 즉 독립적 보증약속의 경우와는 반대로 매수인은 단지 독일 민법 제437조 이하의 추가적인 요건 하에서만 자신의 권리를 행사할 수 있는 것이다. 예컨대 그가 전보배상을 청구하면, 이 청구권은 매도인의 귀책사유를 요건으로 하고 있다. 게다가 성상보증의 경우에는 일반적 소멸시효기간이 인정되기에 청구권은 독일 민법 제438조 제1항 제3호, 동조 제2항에 따라 위험이전 후 2년이 지나면 소멸시효가 완성된다.

## 3. 면책약정

기업의 매도인은 매수인과 면책약정을 체결함으로써 매수인의 희망사

항을 들어 줄 수 있다. 이 약정 속에는 매도인이 매수인을 각종의 청구권들과 법적 구속관계로부터 면책시킨다는 것과 그래서 그 영역에서는 여전히 매도인만이 제3자와의 관계에서 책임을 진다는 것이 정해진다. 제3자가 매수인에게 법적 책임을 물으려고 한다면 매수인은 매도인에게 자신을 그러한 청구권으로부터 면책시켜 달라고 채권법적으로 청구할 수 있다. 그러한 제3자의 매수인에 대한 청구는 무엇보다도 예컨대 유독성폐기물의 처리에 대한 행정관청의 청구와 같은 부분적 영역에서 나타난다.

## II. 구상요건의 완화

기업의 매도인이 잠재적 환경손해사건에 대해 보증으로써 책임을 질 용의가 없다면, 당사자들은 그 대신에 구상요건의 완화를 약정할 수 있다. 이 경우에는 매도인이 무과실책임을 지는 것은 아니지만 완화된 요건 하에서 구상당할 수 있다. 생각해 볼 수 있는 구상요건의 완화로 예컨대 매수인 - 그는 원래 자신에게 도움되는 측면들을 입증해야 한다 - 에게 유리한 방향으로의 입증책임의 전환을 들 수 있겠다. 소멸시효의 정지, 최고(催告)기간의 불필요성 또는 담보책임배제의 제한도 또 다른, 가능한 구상요건의 완화이다.

## III. 구상요건의 가중

당사자들은 또한 환경위험을 매수인에게 전가시키고 단지 가중된 요건 하에서만 구상을 허용할 수도 있다. 그래서 당사자들은 예컨대 법률상의 소멸시효기간보다 더 빨리 담보책임의 소멸시효가 완성되는 것으로 약정할 수 있다. 다만 독일 민법 제202조 제1항 때문에 그러한 약정은 오로지 과실행위에 대해서만 허용된다. 고의로 인한 책임의 경우 소멸시효기간

이 사전에 법률행위를 통하여 단축될 수는 없다.

#### IV. 구상의 배제

훨씬 더 나아간 계약형성의 가능성은 구상의 완전한 배제이다. 이 경우 매수인은 담보책임에 기한 권리들을 매도인에게 행사하는 것을 포기한다. 구상의 배제는 따라서 보증과 정반대의 것이다. 기업의 환경책임법적 상황을 정확히 검사하였고 또 존재하는 위험이 아주 미약한 것이라 평가되는 때에만 매수인은 구상의 배제에 대한 용의를 표해야 할 것이다. 할인된 매매대금도 매수인이 구상배제를 결정하는 하나의 이유일 수 있다.

#### V. 손해의 분담

또한 당사자들은 잠재적 환경손해에 대해 공동으로 책임진다는 것을 계약으로 약정할 수 있다. 그 배경에는 독일 민법 제426조 제1항의 법사상이 놓여 있다. 이에 따르면 연대채무자는 서로간의 관계에서는 균등한 부분에 대해 책임을 진다. 그러나 이것이 당사자들은 필수적으로 반반씩의 책임에 합의해야만 한다는 것은 아니다. 개개의 경우의 사정에 따라 그들은 각각의 책임비율을 개별적으로 협상할 수 있다.

#### VI. Warranty and Indemnity Insurance

무엇보다도 규모가 큰 거래에서는 환경손해에 대한 책임에 대해 보험을 드는 것이 당사자들에게 합목적적이다. 보험업계는 규모가 큰 거래의 경우에 수 페이지의 보증목록이 합의되는 실무에 반응하여 이른바 보장

보험들(Gewärleistungsversicherungen)의 제공을 늘리고 있다.<sup>31)</sup> 영미법계에서는 이미 규칙적으로 이러한 보장보험들이 투입되고 있다. 독일에서도 그 수용이 증가하고 있다. 내용적으로 보장보험은 일반적인 회사법적 위험과 세법적 위험 외에무엇보다 발생가능한 환경책임과 관련하여 존재하는 위험도 부보한다. 이 보험은 보험가입자에게 기업매매계약시 주어진 보증에 기하여 발생가능한 책임의 위험을 제거해 준다. 매수인보험증서와 매도인보험증서가 제공되고 있다.

#### 1. 매도인보험증서 (Seller-Side-Insurance)

매도인보험증서의 경우에는 매도인이 보험가입자이다. 보험계약을 통하여 그는 보증으로인한 책임청구로부터 보호받는다. 보험회사의 보험가입자에 대한 구상은 생기지 않는다. 매도인은 이러한 보험증서를 매매협상시 좀 더 높은 가격을 이끌어 내기 위해 이용할 수 있다. 한편으로 그는 보험료를 위한 비용을 조달하여야 한다. 매도인보험증서의 단점은 보험회사가 종종 보증의 요건이 충족되어 매도인의 책임이 법적으로 확정된 경우에만 지불한다는 점이다. 이것은 경우에 따라서는 수년에 걸치는 법적 분쟁을 전제로 한다. 또한 매도인이 매수인에게 악의로 잘못된 보증을 준 경우에는 보장보호가 배제되어 버린다. 매도인이 중과실로 인하여 보증의 잘못에 대해 알지 못하는 경우에조차도 보험의 보호는 부분적으로 탈락한다. 이 점에서 매수인에 대한 큰 위험이 존재한다. 그는 비록 고의 내지 중과실로 행위하는 매도인에 대한 자신의 사법적 청구권을 가지지만 자력 있는 보험회사가 그 청구권에 대한 책임을 지지 않기 때문에 스스로 그 청구권의 실현가능성에 대한 위험을 부담한다.

<sup>31)</sup> 또한 Warranty & Indemnity Insurance라고도 불리운다. 이에 관해서는 Grossmann/Mönnich, Versicherungswirtschaft 2003, 652 이하; Metz, NJW 2010, 813 이하를 보라.



## 2. 매수인보험증서 (Buyer-Side-Insurance)

이런 이유에서 보험회사는 매도인보험증서 외에 매수인보험증서도 제공하기 시작했다. 이 경우 매수인이 직접적인 보험가입자이다. 매수인 스스로 보증의 잘못에 대해 적극적으로 알았던 경우에만 보험회사에게 청구하는 것이 배제된다. 이와 반대로 매도인의 악의는 매수인보험증서의 경우에 보장보호를 배제시키지 않는다. 매수인은 미리 매도인에 대한 소송을 제기 하지 않아도 보험회사에 대하여 청구를 할 수 있기 때문에 그는 지루한 법정소송을 할 필요가 없다. 매수인보험증서의 단점은 매수인이 보험료를 지급하여야 한다는 데에 있다. 보험료는 약 보험금액의 3%에서 6% 정도이며 따라서 꽤 큰 비용요소이다.

## VII. 담보

매수인은 기업의 매도인에 대해 발생가능한 구상청구권을 확실하게 하는 데에 합리적 이해를 가진다. 이를 위해 다양한 담보들이 고려된다.

### 1. 은행보증

발생가능한 담보책임청구권을 확보하기 위한 수단으로 가장 적당한 것은 우선 은행보증을 세우는 것이다. 이 보증은 연대보증으로 그리고 선소(先訴)의 항변권(독일 민법 제771조, 773조)의 포기 하에 행해짐이 좋다. 은행의 보증의사표시에는 구체적 경우에 이미 존재하는 청구권들이나 혹시 성립하는 청구권들 중 어떠한 것이 보증되는지 드러나야 한다<sup>32)</sup>. 은행 보증의 경우에는 보통 청구가능한 금액(보증금액)의 최고액이 제한되어 있다. 따라서 은행의 원칙적인 지급능력에도 불구하고 매수인에게는 보증금액을 뛰어 넘는 대규모 환경손해의 경우에 매도인에게 청구를 하여

<sup>32)</sup> BGH NJW 2006, 658; BGH NJW 1996, 2369 참조.

야만 하고 어찌면 손해의 일부는 자기스스로 부담해야 하는 위험이 존재한다. 또한 보증을 서는 은행이 시간에 따라 단계적으로 책임을 진다는 것도 자주 약정된다. 특히 기업의 양도 후 어느 정도 시간이 지난 뒤에야 밝혀지는 유독성 폐기물 사례의 경우에는 이러한 방식의 보증은 매수인에게 추가적 위험을 내포하고 있다.

## 2. 담보목적의 유보(Sicherheitseinbehalt)

또 다른 담보의 형식은 예치금을 두는 것이다. 이 경우 계약당사자들은 매매대금의 일정부분을 만약 있을지도 모르는 담보책임청구권 내지 손해배상청구권에 대한 담보로서 전체적 또는 부분적으로 유보하여 공증인신탁계좌에 넣어 놓는 것을 합의한다. 그 후 담보책임의 사례가 발생하면 매수인은 개별적 경우에 따라 상응하는 매매대금 일부의 전면적 또는 부분적 지급을 청구할 수 있다. 매도인의 입장에서 보면 이러한 담보예치금은 현저한 유동성불이익을 의미한다. 왜냐하면 그는 기업매매 후 수년 내지 심지어 수십년이 지난 후에서야 매매대금총액을 처분할 수 있기 때문이다.

## E. 논점의 요약

- 기업의 매매에는 환경손해에 대한 발생가능한 책임과 관련하여 매수인에게 수많은 위험이 도사리고 있다. 그러므로 그는 매매계약을 서명하기 이전에 환경법적인 측면들을 정확히 분석해야 한다. 환경적 Due Diligence를 통하여 매수인은 대상기업이 환경법적 기준을 충족하고 있는지 여부를 심사할 수 있다.
- 환경법은 독일에서 하나의 체계를 갖춘 단일의 법역이 아니다. 사법과 공법 전체에 걸쳐 산재하는 수많은 책임근거들이 존재한다. 이에 의하면 법적 책임위험은 일방적으로 매도인에게만 또는 매수인에게만 전가되어 있지 않다. 양자 모두 경우에 따라 환경손해로 인한 책임의 위험을 지고 있다. 누가 책임을 지는지는 개별적 경우에 기업매매계약으로부터 정해진다. Share-Deal의 경우에는 법인(권리담당자)과 관련하여 책임지속의 원칙이 인정된다. Asset-Deal의 경

우에는 독일 상법 제25조 때문에 종종 이전의 소유자 외에 새로운 소유자도 이미 성립한 환경손해에 대해 책임을 진다. 다만 이 상법 규정의 적용 여부는 당사자들이 조종할 수 있다.

- 독일 매매법상의 법적 담보책임규정은 대규모의 기업매매의 경우를 위해서는 적당하지 않다. 그러한 종류의 거래에서는 독일 민법이 충분히 답하지 못하는, 발생가능한 담보책임사례와 관련된 구체적 문제들이 제기된다. 무엇보다도 75%미만의 지분을 취득하는 Share-Deal의 경우에 규율의 필요성이 존재한다. 왜냐하면 이 경우 당해 기업이 부담하는 환경책임은 판례에 의할 때에 매입된 지분의 하자로 볼 수 없기 때문이다. 담보책임 규정이 적용되는 한도에서 이 규정은 환경손해로부터 야기되는 경제적 위험을 매도인에게 다시 전가한다.
- 당사자들은 계약형성을 통하여 법률상의 책임위험 분배와 구상청구권을 조절할 수 있다. 환경손해는 미리 계산하기 어렵기 때문에 이 점에 관한 계약협상이 좌절될 위험이 존재한다. 그러므로 특별한 보험이 좋은 해결책이다. 이 경우에 당사자는 보험금을 넘어서는 책임에 대해서만 여전히 합의를 보아야 한다.