〈논　문〉

프랑스法上 轉買受人(消費者)의 直接訴權
－最初賣渡人(製造業者)의 目的物(製造物)의 瑕疵에 대한 直接契約責任－

南　孝　淳*

Ⅰ. 들어가는 말

프랑스는 EC 회원국으로서 1985년 7월 25일자 EC 제조물책임지침이 정하는 기한내(1988년 7월 30일)에 製造業者의 製造物責任에 관하여 EC지침에 부합하는 특별법을 제정하거나 또는 지침에 부합하도록 국내법을 정비하여야 할 의무를 지고 있다. 그러나 프랑스는 아직까지 이 의무를 이행하고 있지 않다.(1) 따라서 프랑스法上 제조물로 인한 손해배상의 문제는 기본적으로 현행 프랑스民法의 체계내에서 규율될 수밖에 없다. 이 점에서는 우리나라의 경우와 마찬가지라고 하겠다. 그런데 프랑스에서는 판례상 轉賣買(les ventes successives)의 경우 買受人에게 直接訴權(l'action direcrte)이 인정되어, 이것이 製造業者의 製造物責任에도 그대로 적용된다. 즉, 최초의 賣渡人이 목적물을 買受人에게 매도하고 買受人(轉賣渡人－le revendeur)은 다시 다른 買受人(轉賣渡人)에게 매도하고 이러한 과정이 반복됨으로써 하나의 목적물을 대상으로 하여 매매계약이 순차적으로 사슬처럼 집합적으로 형성되는 경우,(2) 판례는 轉買受人(le sous-acqéreur) 또는 「최후의 買受人(l'acheteur final)」이 「중간의 賣渡人(le vendeur intermédiaire)」이나 「최초의 賣渡人(le vendeur initial, le vendeur originaire)」을 상대로 매매목적물에 존재하는 원시적 瑕疵를 이유로 직접 契約不履行責任을 추궁하는 것을 허용하고 있다. 그리고 판례에 의하면 契約不履行責任을 추궁당한 轉賣渡人도 자신에 앞선 중간 賣渡人 중 1인 또는 최초의 賣渡人을 상대로 하여 동일한 권리를 갖는다. 이러한 현상은 특히 製造物의 경우에 현저하게 나타나는 바, 製造業者(le fabricant)는 중간도매상에게 중간도매상은 소매상에게 소매상은 다시 최종 소비자에게 제조물을 판매하게 되어, 하나의 제조물에 대하여 매매계약이 연쇄

* 서울대학교 법과대학 조교수

(1) 製造業者의 製造物責任에 관한 프랑스의 입법동향에 대하여는 다음 기회에 다룬다.

(2) 이처럼 계약이 사슬처럼 집합적으로 체결되어 있는 상태를 契約集合(le groupe de contrats) 내지는 계약사슬(la chaîne de contrats)이라고 부른다.

적으로 체결된다. 따라서 현재 프랑스에서는 비록 製造物責任에 대한 특별입법이나 특별규정이 존재하지 않는 상태에서도 轉賣買가 성립한 범위 내에서 製造業者의 製造物瑕疵責任은 특별한 규율을 받고 있다고 할 수 있다. 즉, 최초의 賣渡人의 지위를 갖는 製造業者가 최종 소비자에 대하여 직접 瑕疵의 존재를 이유로 契約不履行責任을 져야 한다. 본 논문에서는 製造業者의 製造物瑕疵責任을 중심으로 하여 프랑스법상의 轉賣買에서의 直接訴權에 대하여 고찰하고자 한다.

II. 프랑스法上의 轉賣渡人의 瑕疵責任

프랑스民法에서는 「損害賠償責任(la responsabilité civile)」은 「契約上債務의 불이행으로 인한 損害賠償責任(la responsabilité contractuelle)」(이하 契約不履行責任이라고 부른다)과 「不法行爲로 인한 損害賠償責任(la responsabilité délictuelle)」으로 2대별된다.(3) 따라서 프랑스民法의 체계상 製造物瑕疵에 대한 製造業者의 책임도 이론상 두 방향에서 고찰할 수 있는바, 하나는 契約法體系(le régime contractuel)에 기초한 것이고 다른 하나는 不法行爲法體系(le régime délictuel)에 기초한 것이다. 그런데 轉賣買에 있어서 製造業者에 대한 製造物의 瑕疵로 인한 直接訴權은 契約不履行責任의 본질(la nature contractuelle)을 갖는다는 데에 학설과 판례가 일치하고 있다. 한편 프랑스民法은 契約不履行責任이 성립하는 경우 不法行爲責任의 경합을 인정하지 않는다. 즉, 契約不履行責任과 不法行爲責任의 경합을 인정하지 않는 것이 프랑스民法과 판례의 확고한 원칙이다. 그러한 점에서 不法行爲責任이 損害賠償責任의 일반책임이고 契約不履行責任은 특별한 損害賠償責任으로 이해되고 있다.(4) 따라서 製造業者에게 轉賣買를 이유로 契約不履行責任인 直接訴權이 인정되

(3) 프랑스民法典(第3卷)은 債務를 그 발생원인에 따라 「契約에 의하여 발생하는 債務(contrats ou obligations conventionnelles en général)」(第3編)와 「契約없이 발생하는 債務(engagements qui se forment sans convention)」(第4編)로 구분하여 규정하고 있다. 따라서 損害賠償責任도 契約上債務不履行責任과 不法行爲責任으로 2대분된다. 第4編은 第1章 「準契約(Des quasi-contrats)」에서 事務管理와 非債辨濟를 규정하고 있고, 第2章에서 「不法行爲와 準不法行爲(Des délits et quasi-délits)」에 관하여 규율하고 있다. 그 결과 單獨行爲에 의하여 발생하는 債務 또는 法律의 規定에 의하여 발생하는 債務의 不履行責任 기타 契約의 無效·取消, 權利의 濫用, 契約締結過程에서 발생하는 損害賠償責任에 관하여는 法律의 흠결이 존재하게 된다.

(4) 통설과 판례는 不法行爲로 인한 損害賠償責任이 損害賠償責任의 일반책임으로서의 지위를 가지고, 契約上 債務의 不履行에 대한 損害賠償責任은 契約에 의하여 발생하는 債務의 불이행에 대하여서만 성립하는 특별한 責任으로 보고 있다(G. Viney, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : les conditions*, n° 181, p. 210; Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. III, *Les obligations*, 1re partie, n° 48, p. 46). 바로 이러한 이유에서 프랑스에서는 契約上의 債務不履行責任과 不法行爲로 인한 損害賠償責任의 경합이 인정되지 않는다(G. Viney, *loc. cit.*). 그리고 동일한 이유에서 前註에서 살펴본 法律의 흠결이 존재하는 경우의 損害賠償責任에 대하여서도 不法行爲責任이 적용되는 것으로 본다. 다만 單獨行爲에 의하여 발생하는 債務의 不履行責任에 대하여는 그 법적 성격과 적용법조에 대하여 契約不履行과 관련하여서 다루려는 소수설이 있다(G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, n° 366, p. 376-377).

는 범위 내에서는 不法行爲責任은 성립하지 않는 것이 원칙이라고 할 것이다. 그러나 후술하는 바와 같이 판례는 製造業者의 製造物瑕疵責任의 경우에는 오랫동안 不法行爲責任도 함께 인정하여 오다가 최근에 이르러서야 不法行爲責任의 성립을 배척하게 되었다.

1. 契約法上의 製造物瑕疵責任

전통적인 계약법이론에 의하면 製造業者는 자신과 직접 계약을 체결하지 않은 최종 소비자에 대하여는 직접 계약상의 책임을 지지 않는다. 製造業者가 최종 소비자와의 관계에서 매매계약상의 책임을 지는 경우란 求償訴權(l'action récursoire)이 최종 소비자에서부터 시작하여 자신에게까지 거슬러 올라오는 경우이다. 그런데 이러한 求償訴權의 연속적 행사가 실현되기에는 후술하는 바와 같이 많은 어려움과 불편이 따른다. 더군다나 求償訴權에 의하여 製造業者가 계약상의 책임을 지는 것도 어디까지나 자신의 직접 買受人에 대하여 책임을 지는 것일 뿐이지 최종 소비자에 대하여 직접 책임을 지는 것은 아니다. 그런데 프랑스판례는 오래전부터 求償訴權에 의한 간접적인 책임 이외에 直接訴權에 의한 직접책임을 인정하여 오고 있다. 轉賣買에 있어서 直接訴權이 갖는 의의와 중요성을 이해하기 위하여 먼저 求償訴權에 대하여 간단히 살펴 본다.

(1) 求償訴權(l'action récursoire)

최종 소비자가 자신의 賣渡人에 대하여 契約不履行責任을 추궁하면 賣渡人은 다시 買受人의 신분에서 자신의 직전 賣渡人에 대하여 契約不履行責任을 추궁하고 이러한 과정은 최종적으로 製造業者에 이르기까지 계속된다. 이러한 과정을 형성하는 개개의 단계, 즉 契約不履行責任을 진 轉賣渡人(최종 소비자와 최초 製造業者 사이에 존재하는 계약당사자들을 모두 轉賣渡人이라고 부르기로 한다)이 자신의 직전 賣渡人을 상대로 행사하는 訴權을 求償訴權이라고 한다. 轉賣渡人 한 사람을 기준으로 하여 볼 때 求償訴權을 행사하기 전에 轉賣渡人을 상대로 행사되는 訴權을 本訴權(l'action principale)이라고 부른다. 즉, 求償訴權을 발생시키는 訴權을 本訴權이라고 한다. 求償訴權은 轉賣渡人이 자신의 賣渡人을 대신하여 자신의 買受人에게 책임을 진 것을 이유로 제기될 수도 있고 또는 轉賣渡人이 자신이 취득한 목적물에 존재하는 瑕疵를 이유로 제기할 수도 있다. 전자의 求償訴權은 그 형식상 代位訴權(l'action subrogée)에 해당하고 후자의 求償訴權은 擔保訴權(l'action en garantie)의 본질을 갖는다.[5] 轉賣渡人이 자신의 賣渡人에 대하여 求償訴權을 행사하기 위하여서는 반드시 자신의 買受人으로부터 本訴權의 제기를 받았을 필요는 없고, 자신의 買受人에게 손해배상을 약속한 경우에도 가능하다.[6] 대부분의 경우 轉賣渡人은 자신

(5) J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats, la vente,* n° 1008, p. 1027.

(6) Cass. com., 12 janvier 1988, *Bull. civ.* Ⅳ, n° 30, p. 21.

의 買受人에 의하여 제기된 瑕疵擔保訴訟(l'action en garantie des vices cachés)에 패소한 후 求償訴權을 행사하는 경우가 많으므로 求償訴權은 흔히 求償擔保訴權(l'action récursoire en garantie)이라고 부르기도 한다. 이하에서는 求償訴權이 擔保訴權인 경우를 전제로 하여 求償訴權의 성립요건과 문제점에 관하여 설명하기로 한다.

가. 求償訴權의 成立要件

求償擔保訴權은 本訴權의 실질적 요건을 갖추어야 한다. 다만 판례에 의하면 求償訴權의 행사에 있어서 행사기간의 기산점은 本訴權의 행사기간의 기산점과 다르다.

(가) 求償訴權의 實質的 要件

求償擔保訴權을 행사하기 위해서는 擔保訴權 일반의 요건을 갖추어야 한다. 즉, 瑕疵가 존재할 것, 瑕疵가 매매계약 당시에 존재한 것일 것, 瑕疵가 숨은 것일 것이라는 요건을 갖추어야 한다. 이 중 瑕疵의 존재시기와 轉賣渡人의 善意에 관하여 살펴 본다.

瑕疵의 존재시기는 각 매매계약을 기준으로 결정한다. 즉, 瑕疵는 각 매매계약이 체결되기 전에 존재한 것이면 된다. 만약 어느 매매계약이 체결된 후에 瑕疵가 발생한 경우에는 그 매매계약의 賣渡人은 더이상 자신의 직전 賣渡人을 상대로 擔保訴權을 제기할 수 없다. 瑕疵의 존재시기에 대한 입증책임은 轉賣渡人이 부담한다.(7)

善意의 轉賣渡人에게만 求償擔保訴權이 인정된다. 그런데 轉賣渡人의 善意와 관련하여 프랑스法에서는 특기할 점이 있다. 프랑스民法 제1646조는 善意의 賣渡人의 손해배상책임을 제한하고 있다. 즉, 惡意의 賣渡人은 모든 손해를 배상하여야 하지만 善意의 賣渡人은 손해배상으로 계약비용만을 배상하면 된다. 프랑스 民法學者들은 본조가 賣渡人이 선의라는 이유로 손해배상책임의 범위를 제한하는 것은 아무런 근거가 없는 것으로 보고 있다. 여기서 본조의 부당함을 최소화하기 위한 방법으로 판례는 賣渡人이 專門家(le professionnel)인 경우에는 賣渡人을 惡意로 의제하는 방법을 택하고 있다. 그런데 판례가 취하는 「專門家=惡意」라는 의제방법을 求償訴權에도 그대로 적용하면 轉賣渡人은 求償訴權을 행사할 수 없게 되는 결과가 발생하고 만다. 왜냐하면 轉賣渡人은 상인인 경우가 많아서 상인, 즉 전문가라는 이유로 惡意로 의제받게 되면 이제 자신의 賣渡人과의 관계에서는 「惡意의 買受人」이 되어버리는 바, 惡意의 買受人에게는 擔保責任上의 권리가 전혀 인정되지 않기 때문이다. 일견하여 동일인이 자신의 買受人과의 관계에서 惡意로 의제된 이상은 자신의 賣渡人과의 관계에서도 惡意로 의제되어야 하는 것이 논리적인 것으로 보인다. 그러나 「專門家=惡意」라는 의제는 賣渡人에 대하여만 타당한 것이지 買受人에 대하여서는 적용되지 않는다고 하는 것이 판례의 태도이다. 즉, 전문가인 賣渡人은 瑕疵가

(7) P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, n° 420, p. 252.

없는 물건을 팔아야 했음에도 瑕疵 있는 물건을 매도하였다는 것을 비난하는 데에 「專門家=惡意」 의제의 취지가 있는 것이다. 따라서 판례는 轉賣渡人이 專門家라고 하는 사정만으로는 求償訴權의 행사에 방해를 받지 않는다고 판시하고 있다.(8) 다만 판례는 轉賣渡人이 자신의 직전 轉賣渡人과 동일한 전문성을 갖는 경우에는 惡意로 의제된다고 본다.

(나) 求償訴權의 形式的 要件

求償訴權도 擔保訴權인 이상 프랑스民法 제1648조에 규정된 권리행사기간을 준수하여야 한다. 본조에 의하면 擔保訴權은 단기간내(dans un bref délai)에 행사되어야 한다. 판례에 의하면 이 기간은 買受人이 瑕疵를 발견한 날로부터 기산된다. 그런데 이 원칙을 求償訴權에도 그대로 적용하면, 轉賣渡人이 求償訴權을 행사하는 때에는 이미 자신의 買受人이 瑕疵를 발견한 때로부터 상당한 기간이 경과한 경우가 많아 求償訴權이 부정되어 버리게 된다. 이러한 문제점을 제거하기 위하여 판례는 원칙적으로 求償訴權의 기산점은 轉賣渡人이 자신의 買受人으로부터 擔保訴權의 행사를 당한 날, 정확히는 「訴狀이 송달된 날(l'assignation délivrée)」을 기준으로 하고 있다.(9) 이는 求償訴權은 本訴權을 전제로 하므로 本訴權이 제기되지 않는 한 求償訴權을 행사한다는 것은 생각할 수가 없기 때문이다. 판례의 이러한 태도는 시효기간의 기산에 관한 일반원칙, 즉 "권리를 행사할 수 없었던 자에 대하여는 시효는 진행되지 않는다(*contra non valentem agere non currit proescriptio*)"는 원칙의 한 적용예라고 할 수 있다.(10) 물론 기산점을 늦게 잡음으로써 법률관계를 미확정인 상태로 상기간 방치할 수 있게 된다는 결점이 없지 않다.(11) 한편 판례에 의하면 경우에 따라서는 本訴權訴狀이 송달된 이후의 시점이 기산점이 될 수도 있다. 轉賣渡人이 本訴權의 행사를 당하였지만 소송이 확정되지 않는 한 瑕疵의 존재를 확신할 수 없는 경우가 그러하다.(12) 따라서 판례의 기산점에 관한 원칙은 本訴權의 소장이 송달된 날 이전을 기산점으로 할 수 없다는 것이라고 하겠다.

나. 求償訴權의 問題點

求償訴權이 製造業者의 책임을 발생시키기 위한 방법론으로서는 다음과 같은 문제점을 안고 있다.(13) 첫째, 轉買受人이 轉賣渡人에 대하여 擔保訴權을 행사하더라도 그가 무자력

(8) Cass. com., 8 juillet 1975, *J. C. P.* 1976, II, 18332; Cass. 1re civ., 23 février 1983. *Bull. civ.* 1983, I, n° 77, p. 77; Cass. com., 3 décembre 1985. *Bull. civ.* 1985, IV, n° 287.

(9) Cass. 1re civ., 4 janvier 1979, *Bull. civ.* I, n° 8, p. 6; Cass. com., 17 février 1987, *Bull. civ.* IV, n° 47, p. 34.6.

(10) G. Bonet et B. Gross, La réparation des dommages causés aux constructeurs par les vices des matériaux, *J. C. P,* 1974, II, 2602, n° 15; J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1014, p. 1033.

(11) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 420, p. 252.

(12) Cass. 1re civ., 27 octobre 1982, *Bull. civ.*, I, n° 308, p. 262; Cass. 1re civ., 15 décembre 1982, *Bull. civ.* I, n° 366, p. 315.

(13) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 416, p. 249 이하 참조.

인 경우에는 轉買受人은 아무런 만족을 얻을 수 없게 된다. 둘째, 求償訴權이 시작되더라도 製造業者가 언제나 契約不履行責任을 지게 되는 것은 아니다. 求償訴權의 사슬이 계속되기 위해서는 우선 本訴權의 요건이 갖추어져야 하고 동시에 求償訴權도 자신의 요건을 갖추어야 한다. 그렇지 않으면 求償訴權의 사슬이 중간에 끊어지고 만다. 예를 들면, 轉買受人이 惡意이거나 本訴權이 권리행사기간내에 행사되지 않으면 求償訴權도 발생할 수 없다. 셋째, 求償訴權은 중간 賣渡人들의 성의가 요청된다.

(2) 直接訴權(l'action directe)

프랑스판례는 求償訴權이 갖는 문제점과 불편을 제거하기 위하여 최종 소비자나 轉買受人이 중간의 賣渡人 누구에게나 그리고 궁극적으로는 製造業者에게 직접 訴權을 행사할 수 있는 방법, 즉 直接訴權을 인정하였다. 매매목적물에 瑕疵가 존재하는 데에 대하여 궁극적으로 책임을 져야할 자는 製造業者이고 더군다나 製造業者는 자력이 충분하다는 점에 비추어 볼 때 이는 실제적인 해결이라고 할 수 있겠다. 直接訴權의 설명에 들어가기 전에 먼저 訴權과 直接訴權 일반에 대하여 살펴 본다.

가. 訴權

訴權(l'action, l'action en justice)이란 엄밀히 말하면 소송법상의 권리로서 소송을 제기할 수 있는 권리를 말한다. 訴權은 어디까지나 소송법상의 권리이다. 실체법상의 권리가 없더라도 訴權이 인정될 수가 있다. 또 訴權은 실체법상의 權利를 가진 자뿐만 아니라 그 상대방에도 인정되는 권리이다. 프랑스民事訴訟法 제35조는 訴權(l'action en justice)을 원고와 피고 모두에 인정하여, "訴權이란 원고에게는 재판관으로부터 자신의 주장의 정당 또는 부당의 여부를 들을 수 있는 권리이고 피고에게는 원고의 주장의 정당성을 다툴 수 있는 권리이다"라고 규정하고 있다. 그리고 訴權이 실체법상의 권리(le droit subjectif)를 보호하는 경우에도 訴權과 실체법상의 권리를 동일시하여서는 안된다.(14) 따라서 訴權을 실체법상의 권리와 동일시하여 「동적 상태에 있는 (실체법상의) 권리 자체(le droit lui-même mis en mouvement) 또는 「투쟁상태에 있는 (실체법상의) 권리(le droit á l'état de guerre)」라고 하는 로마法적인 「訴權=權利」의 개념은 오늘날 프랑스民法에서도 받아 들여지지 않는다. 그러나 이러한 이론상의 구분에도 불구하고, 실체법상의 권리는 궁극적으로 訴權에 의하여 보호받을 수밖에 없고 또 訴權에 의하여 보호받을 수 없는 실체법상의 權利란 그 존재의의를 상실하므로, 訴權을 실체법상의 권리 자체를 가리키는 말로 사용하기도 한다. 민법전 자체가 소권법체계적 요소도 포함하고 있는 프랑스에서는 이것이 오히려 통상의 용어례이다. 예를 들면 擔保訴權이란 買受人에게 인정된 일체의 擔保責任上의 권리를 말한다. 또 不法行爲訴權이란 不法行爲를 이유로 피해자가 가해자에 대하여 갖는

(14) A. Weil et F. Terré, *Droit civil, Introduction générale*, n° 473, p. 449.

損害賠償請求權을 말한다. 그리고 代金減額訴權이란 代金減額請求權, 解除訴權이란 解除請求權을 말한다. 이하에서도 프랑스의 관용에 따라 訴權, 直接訴權, 擔保訴權, 解除訴權, 契約不履行訴權 등의 용어를 사용한다.

나. 直接訴權

直接訴權은 여러 상황에서 여러 가지 의미로 사용되고 있다.(15) 첫째, 수임인과 계약을 체결한 제3자에 대하여 위임인이 갖는 訴權, 둘째, 사무관리에서 관리자와 계약을 체결한 제3자에 대하여 본인이 갖는 訴權,(16) 셋째, 제3자를 위한 계약에서 수익의 의사표시를 한 수익자가 낙약자에 대하여 갖는 訴權, 넷째, 어음금액이 지급되지 않아 어음의 발행인, 인수인, 배서인에 대하여 어음소지인이 갖는 訴權, 다섯째, 계약인수(la cession de contrat)에 의하여 계약인수인이 기존의 계약당사자 일방에 대하여 갖는 訴權, 여섯째, 피용자의 가해행위에 의하여 피해자가 사용자에 대하여 갖는 訴權, 일곱째, 채권자가 자신의 채무자로부터 변제를 받기 위하여 채무자의 제3채무자에 대하여 갖는 訴權, 여덟째, 轉賣買에 있어서의 최종 매수인이 최초의 매도인에 대하여 갖는 訴權 등을 가리킬 때 모두 直接訴權이라고 칭한다. 이 중 통상적으로는 일곱째의 경우 채권자가 제3채무자에 대하여 갖는 訴權을 直接訴權이라고 부른다. 이 直接訴權과 비교하여 프랑스民法상 채권자대위권에 의하여 채권자가 채무자의 제3채무자에 대하여 갖는 訴權을 間接訴權(l'action indirecte) 또는 斜行訴權(l'action oblique)이라고 부른다. 즉, 채권자가 채무자의 재산을 보전하기 위하여 채무자의 이름으로 채무자의 제3채무자에게 행사하는 소권을 間接訴權이라고 한다.(17) 直接訴權은 間接訴權과 비교하여 세 가지 특징이 있다고 한다.(18) 첫째, 제3자는 자신의 채권자에게 대항할 수 있는 사유로 直接訴權을 행사하는 자에 대항할 수 없다. 둘째, 直接訴權의 행사로 인한 결과는 채권자의 이익으로 된다. 그리고 셋째, 直接訴權의 당사자가 자신의 채무자에 대하여 갖는 채권과 채무자가 제3채무자에 대하여 갖는 채권은 밀접한 관련이 있어야 한다. 따라서 채권자는 채무자의 특정 제3채무자에 대하여 直接訴權을 갖는 것이 보통이다. 이에 반하여 모든 제3채무자에 대하여 直接訴權을 갖는 경우도 있다. 전자를 特別直接訴權(l'action directe spéciale)이라 하고 후자를 一般直接訴權(l'action directe générale)이라고 한다. 후술하는 轉賣買에서의 直接訴權도 위의 세가지 특징을 갖는다. 특히 그것은 轉買受人 이전의 누구에 대하여서나 행사할 수 있으므로 一般直接訴權이라 할 수가 있다.

---

(15) 상세한 것은 Encyclopédie Dalloz, *Répertoire de droit civil*, v. 1, l'action directe, n° 11, p. 1 이하를 참조.

(16) 제3자와 관리자 사이에도 동일한 법률관계가 존속하는지를 묻지 않는다.

(17) 프랑스民法에서 間接訴權은 채권자 자신의 권리가 아니어서 채무자의 이름으로 행사하여야 한다.

(18) Encyclopédie Dalloz, *op. cit.*, n° 11, 12, p. 2.

다. 轉賣買에서의 直接訴權

현재 프랑스에서는 直接訴權을 인정할 것인지의 여부에 대하여는 더이상 학설상 다투어지지 않고 있다. 다만 直接訴權의 근거를 어디에서 찾을 것인지에 대하여는 논의가 계속되고 있다. 프랑스판례에 의하여 인정된 直接訴權은 프랑스民法을 수용한 벨기에서도 인정되었고, 캐나다의 퀘벡州도 프랑스의 학설과 판례의 직접적인 영향을 받아 1979년의 Kravitz 사건에서 이를 인정하기에 이르렀다.[19] 이하에서는 直接訴權을 인정하는 데에 어떠한 장애가 있는지에 대하여 먼저 살펴 보고 나서 直接訴權에 대한 판례의 형성과정과 그 이론적 근거에 대하여 살펴 본다.

(가) 直接訴權의 障碍

최종 소비자에 대하여 製造業者를 상대로 直接訴權을 인정하는 데에는 전통 계약법상의 법리에서 보면 커다란 장애가 존재한다. 그것은 바로 「契約效의 相對性原則(le principe de l'effet relatif du contrat)이다. 프랑스民法 제1165조는 "契約은 계약당사자 사이에서만 효력을 갖는다. 契約은 제3자를 해하지 못하며 그리고 民法 제1121조에 규정된 경우를 제외하고는 제3자에게 이익을 줄 수 없다"고 규정하고 있다. 제1121조는 제3자를 위한 계약에 관한 규정이다. 제1165조에 의하면 최종 소비자는 製造業者와 轉賣渡人 사이 그리고 중간의 轉賣渡人과 轉買受人 사이에 체결된 매매계약에 대하여는 제3자에 해당하므로, 轉賣渡人 또는 製造業者와 아무런 계약상의 관계를 갖지 않고 따라서 轉賣渡人 또는 製造業者에 대하여 직접 不法行爲訴權이 아닌 한 直接訴權을 제기하는 것은 도저히 생각할 수가 없다.[20] 그런데도 프랑스판례상 인정되고 있는 直接訴權은 바로 매매계약에 기초하여 인정된 訴權의 성질을 갖는다고 한다. 즉, 판례든 학설이든 直接訴權은 「契約的 性格(la nature contractuelle)」을 갖는 訴權이라고 말하고 있다. 여기서 契約效의 相對性原則이라는 엄연한 원칙에 직면하여 直接訴權의 이론적 근거를 어디에서 찾아야 할 것인지의 문제가 발생한다.

(나) 直接訴權에 대한 判例의 形成·發展

프랑스판례에 의하면 轉買受人(최종의 買受人일 필요가 없다)은 자신의 賣渡人이나 轉賣渡人 심지어는 최초의 賣渡人 중 어느 누구를 상대로 하여서도 그리고 이들 모두를 상대로 하여 동시에 직접 訴權을 행사할 수 있다.[21] 판례에 의하여 인정된 直接訴權에는 세 가지가 있다. 擔保責任에 기한 直接擔保訴權(l'action directe en garantie), 不完全履行責任에 기한 直接不完全履行訴權(l'action directe en non-conformité) 그리고 일반의 契約不履

(19) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1015, p. 1037.

(20) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 416, p. 249; J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1015, p. 1036; H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 5e édition, par F. Terré et Y. Lequette, n° 170, pp. 721-722.

(21) Cass. com., 17 mai 1982, *Bull. civ.*, 1982, Ⅳ, n° 182, p. 162.

行責任에 기한 直接契約不履行訴權(l'action directe de l'inexécution)이 있다. 각 直接訴權은 판례에 의하여 수용된 시기가 다르다.

'1) 直接擔保訴權(l'action directe en garantie)

擔保訴權은 처음에는 契約集合 내지는 계약사슬이 매매계약만으로 단일하게 이루어진 경우(le groupe de contrats homogènes)에만 인정되었고, 그 후 계약의 사슬이 매매계약과 그 이외의 계약으로 구성된 경우(le groupe de contrats hétérogènes)에도 인정되었다. 후자의 경우는 계약사슬에 도급계약(le contrat d'entreprise)이 개입하는 경우가 많다. 어느 경우나 소유권양도계약(le contrat translatif)으로 계약사슬이 이루어진다는 점에서 동일하다.

① 同種契約集團에서의 直接擔保訴權

파기원은 1820년 처음으로 買受人의 直接擔保訴權을 인정하였다.(22) 直接訴權의 역사는 1.5세기를 넘는다. 프랑스民法은 擔保責任의 내용으로 대금감액청구와 계약해제(제1644조) 그리고 각각의 경우 손해가 있으면 손해배상(제1645조)을 인정하고 있다. 이에 따라 買受人은 代金減額訴權(l'action estimatoire)과 契約解除訴權(l'action rédhibitoire)을 갖는바 어느 것을 행사하든 그의 자유이다. 최종 買受人의 直接訴權의 행사를 解除訴權에 대하여서도 인정할 것인지에 대하여서는 판례는 일관되지 못하였다. 최종 買受人의 直接訴權에 대하여는 그 내용을 代金減額訴權으로 제한하는 판례가 한때 있었다.

(ㄱ) 判 例

1973년 파기원은 최종 買受人의 擔保訴權으로 代金減額訴權만 인정하였다.(23) 즉, 轉買受人은 製造業者나 최초의 賣渡人을 상대로 하여 매매계약을 해제하는 소송은 제기할 수 없고 代金減額만을 청구할 수 있을 뿐이라고 하였다.(24) 문제된 판결의 사안을 살펴 보면 다음과 같다. Nicola씨 부부는 자신들이 제작한 청소기계를 Miran씨에게 공급하여 왔다. Miran씨는 轉賣渡人으로서 그 중 한 대를 Bertho씨에게 매도하였다. 위 청소기계는 굴양식업자가 굴양식을 위하여 사용하는 판을 청소하는 기계였다. 그런데 굴양식이 잘되지 않자 Bertho씨는 Miran씨와 Nicola씨 부부 모두를 상대로 하여 擔保訴權을 행사하였다. Caen高等法院은 代金減額訴權과 解除訴權을 모두 인정하였다. 이에 대하여 파기원은 매매계약이 연속적으로 체결된 경우 買受人인 Bertho씨는 Nicola씨 부부에 대하여는 직접 解除訴訟을 제기할 수 없고 Miran씨가 갖는 解除訴權을 대위(par voie oblique)하여 행사할 수 있을 뿐이라고 판시하였다. 1973년의 이 파기원 판결에 대하여는 후술하는 바와 같이

(22) Cass. civ., 25 jan, 1820, *S*, 20, 1, 213(P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 417, p. 249). 혹자는 1884년 판결(Cass. civ., 12 nov. 1884, *D. P.* 1885, 1, 357, S. 1886, 1, 149)을 최초의 판결이라 하기도 한다(B. Gross et Ph. Bihr, *Contrats*, t. 1, *Ventes civiles et commerciales, Baux d'habitation, baux commerciaux*, p. 233).

(23) 이것이 종래의 판례를 변경한 것인지 아니면 종래의 판례를 확인한 것인지는 명확하지 않다.

(24) Cass. com., 27 février 1973, *J. C. P.* 1973, II, 17445.

이에 찬성하는 견해와 비판하는 견해가 대립하였다.

파기원은 1982년 解除訴權을 인정하지 않았던 1973년의 판결을 파기하였다. 즉, 解除訴權이든 代金減額訴權이든 直接擔保訴權을 제기할 수 있음을 인정하였다. Beynier會社는 Guilhermet & Collange會社로부터 트럭을 매입하였다. Guilhermet & Collange會社는 Pamax會社이 생산한 트럭을 판매하는 지방회사였고, Pamax會社는 트럭의 부품을 수입한 후 이를 조립하여 판매하는 수입상이었다. 그런데 Guilhermet & Collange會社는 구입한 트럭이 계속하여 고장이 나자 트럭을 Guilhermet & Collange會社에 반환한 후 Guilhermet & Collange會社와 Pamax會社 모두를 상대로 하여 소송을 제기하였다. Chambéry高等法院은 Beynier會社가 製造業者인 Pamax會社를 상대로 제기한 解除訴權에 대하여서도 승소판결을 내렸다. 이에 Pamax會社는 Beynier會社는 Pamax會社와는 아무런 계약관계가 없으므로 자신을 상대로 한 解除訴權의 행사는 이유없다고 상고하였다. 이에 대하여 파기원은 買受人이 轉賣渡人 또는 製造業者를 상대로 제기하는 擔保訴權은 「契約的 性格(la nature contractuelle)」을 갖는다는 이유로 原審을 인용하였다.(25) 다만 여기서 수인이 直接訴權의 피고가 된 경우 누가 매매대금의 반환을 하여야 하는지가 문제된다. 파기원은 매매대금의 반환은 목적물의 반환의 대가이므로 물건의 반환을 받은 轉賣渡人인 Guilhermet & Collange會社가 매매대금을 반환할 의무가 있다고 판시하였다. 파기원이 수입업자인 Pamax會社를 상대로 한 解除訴權도 인용하였지만 이는 轉賣渡人인 Guilhermet & Collange會社가 무자력(insolvable)인 경우에만 그 의미가 있게 된다.(26) 따라서 Guilhermet & Collange會社 수입업자가 무자력이 아닌 경우 Pamax會社를 상대로 한 解除訴權은 賣買代金減額訴權의 기능만을 가지게 된다.(27)

(ㄴ) 肯定說(少數說)

찬성설의 논거는 만일 최종 소비자에게 解除訴權의 행사를 허용하게 되면 製造業者는 최종 소비자에게 소비자가 지불한 매매대금을 지불하여야 하는데, 통상적으로 製造業者는 소비자가 지불한 대금보다 적은 매매대금을 받았을 뿐이므로 그 이상을 배상하게 하는 것은 부당하다고 한다.(28)

(ㄷ) 否定說(多數說)

다수설은 파기원이 한편으로는 擔保訴權을 인정하면서 다른 한편으로 그 본질적 내용인

(25) Cass. com., 17 mai 1982, *Bull. civ.*, 1982, Ⅳ, n° 182, p. 162.
(26) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1023, p. 1045.
(27) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, note 33, p. 251.
(28) R. Savatier, note sous Cass. com. 27 février 1973, *J. C. P.* 1973, II, 17445.

解除訴權의 행사를 배제하는 것은 근거가 없는 것이라고 비판하였다.(29) 그 논거는 直接訴權은 원래 소비자 자신에게 인정된 訴權이 아니라 이른바 이전된 訴權(les actions transmises)에 지나지 않으므로 解除訴權만 이전되지 않는다고 볼 이유가 없다고 한다. 즉, 契約效의 相對性原則을 규정하고 있는 民法 제1165조에 대한 예외로서, 轉買受人은 賣渡人의 승계인으로서 訴權을 행사하는 것이고 따라서 이 訴權은 매매목적물의 소유권에 내재하는 것이므로 轉買受人은 매매목적물에 대한 소유권을 취득하면서 당연히 이를 온전히 승계하는 것이라고 한다.(30) 한편 轉買受人이 解除訴權을 행사하는 경우 製造業者는 어느 범위에서 매매대금을 반환하여야 하는지에 대하여는 다시 학설이 대립하고 있다. 혹자는 위의 긍정설이 解除訴權을 인정하게 되면 製造業者는 자신의 받은 매매대금 이상의 금액을 지급하여야 한다는 것은 부당하다고 하는 것은 타당하지 않다고 한다. 즉, 프랑스 民法 제1645조에 의하면 惡意의 賣渡人은 매매대금의 반환 이외에 손해배상의무를 지므로, 전문가의 자격에서 당연히 惡意로 의제되는 製造業者는 자신이 받은 매매대금 이상의 금액은 損害賠償의 명목으로 지급하여야 한다고 한다.(31) 혹자는 製造業者가 解除訴權의 상대가 되더라도 轉買受人은 자신의 賣渡人에 대하여 갖는 이상의 권리를 가질 수 없으므로, 轉買受人은 製造業者에 대하여는 그가 수령한 매매대금만을 청구할 수 있고 그 나머지는 자신의 賣渡人에게서 반환받아야 한다고 한다.(32)

② 異種契約集團에서의 直接擔保訴權

종래 擔保訴權의 승계는 계약사슬이 매매계약으로 이루어진 경우에만 인정되었다. 따라서 예를 들면 受給人이 賣渡人 또는 製造業者로부터 구입하여 도급공사에 사용한 물건에 瑕疵가 있는 경우 都給人(또는 그 買受人, 이하 동일)은 受給人의 賣渡人 또는 製造業者에 대하여 직접 擔保訴權을 제기할 수가 없었다. 즉, 계약사슬이 매매계약만으로 구성되어 있지 않는 경우에는 契約效의 相對性原則을 이유로 都給人은 受給人과 타인과 체결한 매매계약에 대하여는 제3자의 지위에 있는 것으로 간주되었다. 따라서 都給人은 製造業者에 대하여 不法行爲로 인한 소송을 제기할 수밖에 없었다.(33) 그런데 1983년부터 파기원의 민사부에서 都給人에게도 擔保訴權의 승계를 인정하기 시작하였다. 그러나 이 문제에 대

(29) B. Gross et Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 233; J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1023, p. 1044; A. Plancquel, note sous Cass. com., 27 février 1973, *Gaz. Pal*, 1973, 2, 737; G. Cornu, obs. sous com., 27 février 1973, *Rev. trim. dr. civ.* 1973, 582.

(30) G. Cornu, *op. cit.*, p. 583.

(31) B. Gross et Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 233; J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1023, p. 1044; A. Plancquel, note sous Cass. com., 27 février 1973, *Gaz. Pal*, 1973, 2, 737; 캐나다도 이러한 태도를 취한다고 한다(Cour suprême du Canada, 23 jan. 1979, *Rev. jurispr. com.*, 1980, p. 270, note B. Gross, citée par B. Gross et Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 232).

(32) G. Cornu, *op. cit.*, p. 584; P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 418, p. 251; H. Capitant, *op. cit.*, n° 170, p. 723.

(33) Cass. 3e civ., 5 décembre 1972, *D.* 1973, p. 401.

하여 그 후 파기원의 입장은 일관되지 못하였다. 즉, 파기원의 민사부들이 서로 반대되는 판결을 내렸기 때문이다. 1983년 처음으로 민사 제1부가 都給人도 製造業者를 상대로 직접 擔保訴權을 행사할 수 있다고 판시하였으나,(34) 민사 제3부는 종래대로 이를 부정하였다.(35) 그 후 1986년 파기원은 최종적으로 전원합의체의 판결로 이러한 혼선에 종지부를 찍었다. 즉, 종래의 민사 제1부의 입장을 취하여 "都給人은, 轉買受人(筆者註－여기서 買受人이라 함은 매매계약으로만 이루어진 계약집합에서의 轉買受人을 말한다)과 마찬가지로, 직전 權利者(筆者註－이 사안에서는 受給人)에 귀속되었던 물건에 부속되어 있는 일체의 권리와 訴權을 갖는다(le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur)"고 판시하였다.(36) 후술하는 바와 같이 이 判決은 都給人에게 直接不完全履行訴權을 인정한 판결이지만 '물건에 부속되어 있는 일체의 권리와 訴權'이라는 표현에 '直接擔保訴權'도 포함되어 있음에는 의문의 여지가 없다. 따라서 계약의 사슬이 매매계약 이외의 이종의 계약으로 구성된 경우에도 擔保訴權은 승계될 수 있게 되었다. 다만 異種契約사슬의 경우 直接訴權은 매매계약에 기한 것이냐 아니면 도급계약에 기한 것이냐는 중요한 문제가 남는다.

2) 直接不完全履行訴權(l'action directe en non-conformité)

파기원은 1983년에는 不完全履行責任에 대하여서도 直接訴權이 허용될 수 있음을 인정하였다.(37) Vacu Lug France라는 프랑스會社가 Vacu Lug Angleterre라는 英國會社로부터 고압솥을 매입하였다. 이 고압솥은 또 다른 영국회사가 제조한 것이었는데, 안전장치의 작동불량으로 폭발하여 버렸다. Vacu Lug France會社는 영국의 제조회사를 상대로 소송을 제기하였다. 이 사안에서 파기원은 한편으로는 買受人이 제조업자에 대하여 행사한 訴權은 不完全履行責任에 기한 訴權이라는 것을 인정하면서도 다른 한편으로는 위 訴權이 일반의 債務不履行責任의 성립에 필요한 요건을 갖추지 못하였다는 것을 이유로 Vacu Lug France會社의 상고이유를 배척하였다. 즉, 파기원은 비록 Vacu Lug France會社가 제기한 直接訴權은 인용하지는 않았지만, 간접적으로 買受人이 製造業者를 상대로 직접 不完全履行訴權을 제기할 수 있음을 인정하였다. 그 후 위에서 살펴 본 1986년 2월 7일자 전원합의체 판결이 이를 다시 확인하였다. Anjou에 소재하는 한 세라믹제조회사가 受給人에게 벽돌을 공급하였고 受給人은 이 벽돌로 건축물의 간막이를 설치하는 데 사용하였다. 그런데 벽돌의 瑕疵로 인하여 간막이에 균열이 생기자 都給人은 製造業者를 상대로 직접 訴權

(34) Cass. 1re civ., 9 mars 1983, *Bull. civ.*, 1983, I, n° 92, p. 81; Cass. 1re civ., 29 mai 1984, *Bull. civ.*, 1984, n° 175, p. 149.

(35) Cass. 3e civ., 18 juin 1984, *Bull. civ.*, 1984, III, n° 120, p. 95.

(36) Ass. plén. 7 février 1986, *J. C. P.* 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud.

(37) Cass. 1re civ., 9 mars 1983, *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, p. 753.

을 행사하였다. 파기원은 都給人은 製造業者인 세라믹제조회사에 대하여 不完全履行(la non-conformité)을 이유로 契約債務不履行責任을 추궁할 수 있음을 인정하였다. 즉, 파기원은 "都給人은 製造業者에 대하여 不完全履行에 기한 直接訴權을 갖는다"고 판시하였다.(38)

파기원은 直接擔保訴權 이외에 直接不完全履行訴權을 인정함으로써 결국 소비자에 대하여 直接擔保訴權과 直接不完全履行訴權을 선택할 수 있는 지위를 인정하였다.(39) 그런데 이러한 파기원의 태도는 아주 중요한 결과를 초래하였다. 그것은 擔保責任上의 권리의 행사에 대하여 단기의 권리행사기간을 정하고 있는 프랑스民法 제1648조가 사실상 사문화되었다는 것이다.(40) 왜냐하면 소비자는 擔保責任上의 단기권리행사기간이 경과된 후에도 얼마든지 不完全履行訴權을 행사할 수 있게 되었는 바, 그것은 더이상 그 기간을 준수하지 않아도 된다는 것을 의미함에 다름이 없기 때문이다.

3) 直接契約不履行訴權

파기원은 매매계약 이외의 동일한 계약의 집합에서도 直接訴權을 인정하기에 이르렀다. 그러나 이에 관한 파기원의 태도는 일관되지 못하였다. 우선 都給人에게 下受給人(une entreprise sous-traitante)을 상대로 不法行爲訴權이 아닌 契約不履行訴權을 인정하였다. Holguera씨는 Clic Clac Photo會社에 슬라이드의 확대를 의뢰하였고, Clic Clac Photo會社는 다시 이를 Ciné Sttittmater會社에 하청을 주었으나 Ciné Sttittmater會社가 이를 분실하였다. 原審法院은 Ciné Sttittmater會社에게 Holguera씨에 대한 不法行爲로 인한 損害賠償(제1382조)을 명하였다. 그러나 파기원은 원심이 契約不履行訴權에 관한 제1147조를 적용하지 않고 不法行爲訴權에 관한 제1382조를 적용하였음은 위법 부당하다는 이유로 이를 파기환송하였다.(41) 이제 直接訴權은 擔保訴權 또는 不完全履行訴權에 국한되지 않고 契約不履行訴權 일반에 대하여 인정되게 되었다. 그 후 파기원은 항공운송회사와 항공사, 항공사와 물건공급회사 그리고 물건공급회사와 제조업자 사이에서도 契約集團이 존재함을 이유로 直接訴權을 인정하였다.(42) 그러나 파기원의 민사 제3부는 下受給人이 受給人에 대하여 부담하는 瑕疵 없는 일을 완성하여야 할 의무는 당사자 사이에 존재하는 契約관계에 기하여 발생하는 것이므로 계약의 당사자가 아닌 都給人이 이를 원용할 수 없다고 판시함으로써 直接契約不履行訴權을 부정하였다.(43) 그리고 극히 최근(1991년)에 이르러 파기원은 다시 한번 전원합의체의 판결로 都給人이 下受給人을 상대로 행사한 訴權과 관련하여,

(38) Ass. plén. 7 février 1986. *D*, 1986, p. 293.
(39) Ph. Remy, obs. sous Cass. 1re civ., 9 mars 1983. *Rev. trim. dr. civ*, 1983, p. 756.
(40) A. Benabent, note sous Ass. plén. 7 février 1986. *D*, 1986, p. 296.
(41) Cass. 1re civ., 8 mars 1988, *J. C. P.* 1988, II, n° 21070.
(42) Cass. com., 17 février 1987, *D.* 1987, p. 543; Cass. 1re civ., 21 juin 1988, *Bull. civ.*, n° 202, p. 141.
(43) Cass. 3e civ., 22 juin 1988, *J. C. P.* 1988, II, 21115.

下受給人은 都給人과는 직접적인 계약관계가 없다고 판시하였다.(44) 즉, 파기원은 都給人이 下受給人을 상대로 訴權을 행사함에 있어서 건축주에 대한 契約不履行訴權에 적용되는 10년 소멸시효에 걸리지 않는다고 함으로써 문제의 訴權이 계약적 성질을 갖는 直接訴權이 될 수 없음을 판시하여 契約效의 相對性原則으로 회귀하였다. 그러나 그 해 다시 반전을 거듭하여 파기원은 契約效의 相對性原則을 포기하고 현재까지 直接擔保訴權을 인정하고 있다.(45)

(다) 直接訴權의 理論的 根據

轉買受人이 製造業者를 상대로 직접 擔保訴權 또는 不完全履行訴權을 행사하는 것에 학설은 전적으로 찬성하고 있다. 그러나 直接訴權의 이론적 근거가 무엇인지에 대하여는 학자들마다 설명하는 바가 다르다. 그런데 直接訴權의 근거를 찾는다는 것은 어느 학자의 경우나 直接訴權과 「契約效의 相對性原則(l'effet relatif du contrat)」를 어떻게 조화할 것인지의 문제로 귀착된다. 최종 소비자 또는 轉買受人에게도 擔保訴權 또는 不完全履行訴權이 인정된다는 것을 이론적으로 설명하기 위하여 현재 4가지의 학설이 제시되고 있다. 第3者를 위한 契約說(la théorie de la stipulation pour autrui présumée), 默示的 債權讓渡說(la théorie de cession de créance tacite), 從物說(la théorie de l'accessoire) 그리고 契約사슬說(la théorie de la chaîne de contrats) 내지는 契約集團說(la théorie du groupe de contrats)이 그것이다. 이러한 학설의 대립은 단순히 이론적 논의에 그치는 것이 아니다. 直接訴權의 근거를 어디에서 찾느냐에 따라 直接訴權의 발생근거, 소권제한규정의 대항력 인정여부 등에 있어서 커다란 차이를 나타내게 된다.

1) 第3者를 위한 契約說

이 학설은 묵시의 의사가 있었다고 추정할 만한 특별한 사정이 없는 경우에도 반대의 명시적인 의사가 없는 한 製造業者와 轉賣渡人은 계약을 체결할 당시 "轉賣渡人이 갖는 瑕疵擔保責任上의 권리는 轉買受人의 이익을 위하여 존재한다"는 취지의 제3자약관(la stipulation pour autrui)을 두었으리라고 추정할 수 있다고 본다.(46) 즉, 製造業者로부터 자동차를 매입하는 買受人이나 수급공사를 완성하기 위하여 製造業者로부터 물건을 구입하는 都給人은 자동차나 건물의 모든 취득자를 위하여 위와 같은 취지의 규정을 두었다고 보는 것이다. 이 학설은 실정법상의 근거로는 프랑스民法 제1122조를 든다. 본조는 "반대의 약정이 있거나 계약의 본질에 반하지 않는 한 계약당사자는 자신과 그 상속인 또는 승계인을 위하여 약정한 것으로 본다"라고 규정하고 있다. 본조에 규정된 승계인이 포괄승

(44) Ass. plén, 12 juillet 1991, *J. C. P.* 1991, 2, n° 21743.

(45) Cass. 3e civ., 30 oct. 1991, *J. C. P.* 1992, Ⅳ, n° 24; Cass. 3e civ., 26 mai 1992, *Rev. jurispr. dr. affaires*, 1992, n° 701.

(46) R. Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, *Rev. trim. dr. civ.* 1939, 525; P. Malinvaud, note sous Cass. 1re civ., 5 janvier 1972, *J. C. P.* 1973, Ⅱ, 17340.

계인(les ayants cause à titre universel)만을 말하는지 아니면 특정승계인(les ayants cause particuliers)도 포함하는지에 대하여는 학설이 대립하고 있다. 혹자는 본조의 승계인은 포괄승계인을 말한다고 보지만,(47) 다수설은 본조가 포괄승계인이라고 제한하지 않고 있고 또 굳이 '상속인 또는 승계인'이라고 하여 승계인을 포괄승계인의 하나인 상속인과 구분하여 규정하고 있는 것은 바로 특정승계인도 포함시키기 위한 것이라고 해석한다. 直接訴權의 근거를 제3자를 위한 契約에서 찾는 학설은 바로 후자의 입장에 서 있다.

파기원은 초기의 판결에서 제3자를 위한 契約說을 直接訴權의 논거로 원용하고 있다. 파기원은 "의무(筆者註－擔保責任上의 義務 또는 不完全履行으로 인한 義務)는 요약자 자신을 위해서만 아니라 건물의 이익을 위하여 인정된다"고 하거나,(48) "의무는 건물의 모든 점유자를 위하여 인정된다"라고,(49) 판시하였다.

① 第3者를 위한 契約說의 長點

第3者를 위한 契約說은 몇 가지 장점을 가지고 있다. 첫째, 무엇보다도 契約效의 相對性原則에 반하지 않는다는 것이다. 둘째, 轉賣渡人도 擔保訴權이 요약자 자신에게 여전히 이익이 되는 경우에는 자신에게도 이를 보류할 수 있는 것을 허용한다.(50) 이 점이 후술하는 묵시적 채권양도설에서 볼 수 없는 장점이다. 셋째, 제3자의 이익을 위하여 擔保訴權을 이전시키는 것은 프랑스民法 제3자약관을 인정하는 제1121조에 반하지 않는다.

② 第3者를 위한 契約說의 短點

第3者를 위한 契約說은 다음과 같은 여러 비판을 받고 있다. 첫째, 제3자를 위한 契約說에 의하면 제3자약관이 효력을 발생하기 위해서는 제3자에 해당하는 轉買受人 또는 소비자의 수익의 의사표시가 필요한데, 判例는 이를 요구하지 않는다.(51) 실제 그러한 수익의 의사표시가 있었다고 보는 것은 순전히 의제(la fiction)에 지나지 않는다.(52) 둘째, 第3者를 위한 契約說을 취하게 되면 不法行爲責任과 契約不履行責任의 경합을 인정하게 되고 마는데, 이는 양책임의 경합을 인정하지 않는 判例의 태도에 반한다고 한다.(53) 즉, 轉買受人은 수익의 의사를 표시하면 直接擔保訴權을 제기할 수 있고 반대로 수익의 의사표시를 하지 않은 경우에는 製造業者를 상대로 不法行爲責任上의 損害賠償責任을 추궁할 수 있는데 이는 양자의 경합을 인정하지 않는 判例에 반한다는 것이다. 그러나 이 비판에 대하여는 제3자를 위한 契約說은 轉買受人의 수익의 의사표시에 의하여 契約不履行責任을 원용

(47) H. L. J. Mazeaud et Chabas, *Obligations*, n° 753.
(48) Req., 18 mai 1868, *D. P.* 1869, 1, 366, citée par J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, note 105, p. 1049.
(49) Req., 5 juillet 1865, *D. P.* 1865, 1, 425, citée par J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, note 105, p. 1049.
(50) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1029, p. 1050.
(51) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1029, p. 1049; H. Capitant, *op. cit.*, n° 170, p. 723.
(52) H. Capitant, *op. cit.*, n° 170, p. 723.
(53) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1029, p. 1049; H. Capitant, *op. cit.*, n° 170, p. 723.

하는 것을 허용할 뿐이지 양자가 동시에 병존, 즉 경합하는 것을 인정하는 것은 아니라는 재비판이 있다.

2) 默示的 債權讓渡說

이 학설은 소비자나 轉買受人이 직접 擔保訴權이나 不完全履行訴權을 행사할 수 있는 것은 債權讓渡의 효력때문이라고 한다. 즉, 매매계약의 성질상 매매계약의 당사자는 위 訴權을 양도하였을 것이라고 추정할 수 있으므로 소비자나 轉買受人은 讓受人의 지위에서 직접 訴權을 행사할 수 있다고 본다.(54) 프랑스民法 제1135조는 "契約은 약정된 것뿐만 아니라 형평(l'équité), 관습(관행, l'usage) 또는 법률(la loi)이 그 성질상 명하는 것에 대하여서도 의무를 발생시킨다"라고 규정하고 있는 바, 매매계약의 성질상 당연히 訴權의 양도가 있었다고 보는 것이 형평과 관행에 부합한다고 본다. 그런데 判例를 살펴 보면 直接訴權의 논거로서 默示的 債權讓渡說을 원용한 판결은 없다.(55)

默示的 債權讓渡說은 다음의 비판을 받고 있다. 첫째, 直接訴權의 이전의 근거를 당사자의 묵시적 의사에서 찾는 바, 이 점에서는 전술한 第3者를 위한 契約說과 마찬가지로 존재하지 않는 의사를 의제한다는 비판을 면하기 어렵다.(56) 즉, 당사자가 언제나 訴權의 양도를 원한다고 볼 수가 없다는 것이다. 둘째, 반대로 訴權의 양도를 언제나 추정하게 되면 중간 賣渡人에게 이익이 되는 경우에도 반대약정이 없었음을 이유로 중간 賣渡人에게 直接訴權을 인정할 수 없게 된다. 셋째, 제3자를 위한 契約說에 있어서와 마찬가지로 製造業者나 轉賣渡人이 명시적인 반대의 약정을 둔 경우에는 소비자의 권리행사가 좌절되고 만다. 넷째, 후술하는 從物說과 마찬가지로 현재 判例의 입장에 부합하지 않는다는 비판을 면할 수 없다.(57) 다섯째, 무엇보다도 債權讓渡의 효력을 중간 賣渡人이나 製造業者에 대항하기 위해서는 대항요건의 절차를 밟아야 하는데,(58) 실제에 있어서는 그러한 절차를 행하는 경우란 거의 없다.(59) 이 점에서 債權讓渡說은 실제적이지가 못하다고 한다.

3) 從物說

이 학설은 擔保訴權은 매매목적물의 종물 내지는 종된 권리로서 轉買受人에게 이전된다고 주장한다.(60) 종물이론의 대표적인 학자들인 Aubry 및 Rau 양교수는 "특정승계인은 자신의 전권리자가 유형 또는 무형의 목적물에 관하여 직접 취득하였던 모든 권리와 소

(54) R. Rodière, note sous Aix, 5 octobre 1954, *J. C. P.* 1955, II, 8548.
(55) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1030, p. 1050.
(56) H. Capitant, *op. cit.*, n° 170, p. 723.
(57) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1030, p. 1050; P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 489, p. 202.
(58) 프랑스民法(제1690조, 제1691조)의 경우도 지명채권의 양도절차는 우리나라의 경우와 마찬가지로 채무자에 대한 채권양도통지와 채무자의 채권양도에 대한 승낙을 채무자에 대한 채권양도의 대항요건으로 규정하고 있다.
(59) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 419, p. 252; H. Capitant, *op. cit.*, n° 170, p. 723.
(60) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 417, p. 251; H. Capitant, *op. cit.*, p. 722.

권, 즉 목적물의 적극적인 내용으로서 동일시되거나 또는 그 종물이 된 모든 권리와 소권을 향유한다(Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est à dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives ou qui en sont devenus des accessoires)"라는 유명한 논거를 제시하였다.(61) 달리 말하면 擔保責任上의 권리는 목적물의 소유자에게 귀속하는 것이므로 목적물을 취득한 轉買受人은 어느 轉賣渡人이나 심지어는 製造業者에 대하여서도 직접 擔保訴權을 제기할 수 있다고 한다.(62) 從物說을 지지하는 학자들은 실정법상의 논거로는 프랑스民法 제1615조를 들고 있다. 본조에 의하면 물건, 즉 主物(le bien principal)을 인도할 의무는 종물과 그의 상용에 이바지하는 일체의 물건을 포함한다. 直接訴權을 인정한 초기의 판결들도 종물이론을 원용하고 있다; "轉買受人의 訴權은 … 물건의 매매는 모든 종물과 특히 매도인이 자신의 매매계약의 체결에 의하여 취득한 訴權을 포함한다는 원칙에 근거하고 있다"(L'action du sous-acquéreur est fondée … sur le principe que la vente d'une chose comprend tous ses accessoires et notamment les actions que le vendeur a pu acquérir à son occasion).(63) 그 후 파기원 판결들이, "賣渡人에 대하여 갖는 瑕疵擔保責任上의 권리는 매매목적물 자체에 내재하는 것으로서 목적물의 귀속자인 買受人에게 귀속하는바, 이는 買受人의 고유한 권리이며 계약으로부터 발생하는 것이다(La garantie due par le vendeur pour les vices cachés, étant inhérente à l'objet même de la vente, appartient à l'acheteur comme détenteur de la chose en vertu d'un droit qui lui est propre et qu'il tient du contrat)"라거나(64) "轉買受人은 자신의 權利者에 귀속되었던 물건에 부속되어 있는 일체의 권리와 소권을 갖는다(le sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur)"라는(65) 등의 이유를 제시한 것은 바로 Aubry 및 Rau 양교수의 논거를 그대로 따르는 것이라고 할 수 있다. 파기원은 최근에 이르러 후술하는 契約集團說을 따르기까지 이 從物理論을 원용하였다.

① 從物說의 長點

첫째, 從物說에 의하면 直接訴權은 본질적으로 契約的인 성격을 가지게 된다. 따라서 不法行爲責任과 契約不履行責任의 불경합원칙이 적용되는 결과, 轉買受人은 民法 제1648조에 규정된 단기권리행사기간을 회피하기 위하여 不法行爲責任을 원용하는 편법을 사용할

(61) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, 7e éd. 1961, par P. Esmein, § 176, n° 160, citée par B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, n° 192, p. 184.
(62) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 422, p. 162.
(63) Cass. civ., 12 nov. 1884, *D. P.* 1885, 1, 357, S. 1886, 1, 149.
(64) Cass. 1re civ., 4 février 1963, *J. C. P.* 1963, II, 13159.
(65) Ass. plén. 7 février 1986, *J. C. P.* 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud.

수 없게 되고 따라서 법률관계의 조속한 확정을 기할 수 있게 된다. 이는 판례도 인정하는 바이다.(66) 둘째, 擔保責任上의 권리는 목적물과 함께 이전되므로, 製造業者나 轉賣渡人은 擔保訴權이 轉買受人에게 이전하는 것을 부정하거나 그 이전에 제한을 가할 수 없게 된다.(67)

② 從物說의 短點

從物說에 대하여는 다음의 비판이 가하여지고 있다.(68) 첫째, 從物說을 따르게 되면 直接訴權에 관한 判例의 태도를 전부 온당하게 설명하지 못한다는 것이다. 즉, 從物說을 따르면 擔保責任上의 권리는 매매목적물의 종물로서 자동적으로 轉買受人에게 이전되어 버리므로, 轉賣渡人은 더이상 擔保責任上의 권리를 갖지 못하게 된다. 그 결과 轉賣渡人이 擔保訴權을 행사할 필요가 있는 경우, 예를 들면 자신의 買受人에 대하여 瑕疵로 인하여 계약을 해제당하였거나 대금을 감액하여 준 경우에도 자신의 賣渡人을 상대로 직접 訴權을 행사할 수가 없게 된다.(69) 그렇게 되면 轉賣渡人은 製造業者에 대하여서는 代位(la subrogation personnelle)에 기한 求償訴權(l'action récursoire)을 행사할 수밖에 없게 된다. 그런데 判例는 "擔保訴權이 매매목적물과 함께 轉買受人에게 이전되는 것이 원칙이지만, 轉賣渡人은 자신에게 직접적인 이익이 있는 경우에는 이를 행사할 권능을 상실하지 않는다(Attendu que si l'action en garantie des vices cachés se transmet en principe avec la chose vendue au sous-acquéreur, le vendeur ne perd pas la faculté de l'exercer quand elle présente pour lui un intérêt direct et certain)"라고 판시하고 있는데,(70) 여기서 轉賣渡人이 행사하는 訴權은 直接擔保訴權이다. 이처럼 直接訴權이 이전되면서도 잔존한다는 것은 從物說의 입장에서는 모순이라고 하지 않을 수 없다. 둘째, 製造業者는 자신과 동일한 전문성을 가지는 買受人과의 약정에 의하여 擔保責任을 제한하는 규정을 둘 수 있는데,(71) 從物說을 따르게 되면 제한이 있는 訴權이 이전되는 결과 製造業者가 이러한 약정

(66) Cass. 1re civ., 9 octobre 1979, *Bull. civ.*, 1979, I, n° 241, p. 192.

(67) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1021, p. 1039.

(68) 본문에 들고 있는 비판 이외에, 종물이론은 물건에 적용되는 것이지 권리에까지는 적용될 수는 없다는 비판도 있다. 즉, 民法 제1615조에 규정된 물건은 유체물을 말하므로, 권리와 그 권리의 객체인 물건을 혼동하여 권리에까지 종물이론을 적용하여서는 안된다는 것이다. 그러나 이러한 비판에 대하여는 권리이전이 있다고 보는 것이 적절하다고 인정되는 경우에는 종물이론을 권리에 확장하여 적용하더라도 제1615조의 취지에 반하지 않는다는 재비판이 가해지고 있다(J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1033, p. 1052; Ph. Malinvaud, note sous Cass. 1re civ., 5 janvier 1972, *J. C. P.* 1973, II, 17340).

(69) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1032, p. 1051.

(70) Cass. 1re civ., 19 janvier 1988, *Bull. civ.*, I, n° 20, p. 14. 同旨의 判決, Cass. 3e civ., 21 mars 1979, *Bull. civ.*, III, n° 73, p. 53.; Cass. 3e civ., 20 avril 1982, *Bull. civ.*, III, n° 95, p. 60.

(71) 프랑스民法上 전문가로서의 賣渡人은 자신과 동일한 전문성을 가지지 못한 買受人과는 자신의 책임을 제한하는 약정을 할 수가 없다.

상의 제한을 轉買受人이나 소비자에 대하여서까지 원용하는 것을 막을 길이 없게 된다.(72) 그러나 判例는 이를 인정하지 않는다. 셋째, 從物說에 의하면 瑕疵가 숨은 瑕疵인지의 여부는 轉賣渡人을 기준으로 하게 되는데, 그렇게 되면 轉買受人은 轉賣渡人이 惡意인 경우에는 直接訴權을 가질 수가 없다. 그러나 判例는 반드시 이러한 결과를 수용하지는 않고, 서로 모순된 태도를 보이고 있다. 判例는 한때는 轉買受人이 惡意인 경우에도 擔保訴權의 행사가 허용된다고 함으로써 從物說에 충실하였다.(73) 달리 말하면 直接擔保訴權의 요건은 轉買受人이 아니라 轉賣渡人을 기준으로 하는 것으로 보았다. 그러나 현재는 轉賣渡人이 惡意인 사실은 轉買受人에게 直接訴權이 이전하는 데에 아무런 장애가 되지 않는다고 본다.(74) 이처럼 이전될 訴權이 없음에도 불구하고 轉買受人에게 直接訴權을 인정하고 있는 것은 從物說로서는 설명할 수 없다고 하겠다.

4) 契約集團說(契約사슬論)

契約集團說이란 하나의 목적물을 대상으로 하여 최초의 당사자로부터 최후의 당사자에 이르는 과정에 매매계약이 사슬처럼 연쇄적으로 체결되어 계약군이 집단적으로 존재하면, 이 계약군에 속하는 자는 자신과 契約의 직접 당사자가 아닌 자들에 대하여서도 직접 訴權을 행사할 수 있다는 이론이다. 예를 들면 매매계약이 製造業者로부터 최종 소비자에 이르기까지 사슬처럼 연결되어 있을 때는 최종 소비자나 轉買受人은 계약의 집합 속에 있다는 이유로 또는 일정한 계약집합이 존재한다는 이유만으로 자신들과 아무런 契約을 체결하지 않은 製造業者나 轉賣渡人을 상대로 하여서도 직접 契約不履行訴權을 행사할 수 있다는 이론이다.

契約集團說은 오래전부터 주창되어 왔으나 1975년부터 본격적으로 논의되기 시작한 이론이다.(75) 원래 契約集團說이 적용되는 契約集團에는 다시 두 가지의 유형이 있다고 한다. 하나는 병렬적으로 존재하는 다수의 계약이 공동의 목적아래 결합되는 契約集團이고, 다른 하나는 하나의 목적물을 대상으로 순차적으로 수개의 계약이 체결되는 契約集團이다.(76) 전자를 契約集合(l'ensemble contractuel)이라 하고 후자를 契約사슬(la chaîne de contrats)이라고 부른다. 이른바 直接訴權에서 문제가 되는 契約集團은 바로 후자의 契約사슬이다. 그리고 契約사슬에는 다시 순차적으로 체결된 계약이 동종의 계약인 경우(同種

(72) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1035, pp. 1053-1054.

(73) Cass. 3e civ., 28 octo. 1975, *Bull. civ.*, Ⅲ, n° 311, p. 235.

(74) Cass. 3e civ., 24 nov. 1987, *Bull. civ.*, Ⅳ, n° 250, p. 186.

(75) 契約集合論을 본격적으로 다룬 논문으로는 B. Teysié의 *Les groupes de contrats*(1975)가 있다.

(76) 그 밖에 물건을 일정기간 대차한 후 매매하기로 하는 매매부 대차(le prêt associé à une vente), 종신기간 동안 사용하기로 하는 대차(le prêt assorti d'une assurance-vie), 목적물을 매매한 후 중고의 물건으로 다시 환매하기로 하는 환매부매매(la vente assortie de rechat) 등도 契約集團의 범주에 속한다고 한다(P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 9, p. 18) 그러나 이러한 유형의 契約集團은 다른 유형의 契約集團의 경우처럼 특별한 문제를 야기하지 않는다.

契約사슬－la chaîne de contrats homogènes)와 이종의 계약인 경우(異種契約사슬－la chaîne de contrats hétérogènes)가 있다. 契約集團說의 내용은 다양한데 그 주요 내용은 다음과 같다. 계약집단내에 다른 계약에 비하여 「주된 계약(le contrat principal)」으로 간주될 수 있는 계약이 존재하는 경우에는 주된 계약의 내용을 다른 「종된 계약(le constrat accessoire)」에도 확장 적용하여 契約集團 전체에 주된 계약의 내용도 적용한다는 것이다. 또 동일한 契約集團 내에 있는 계약들은 다른 계약과의 관련하에서 해석하여야 한다는 것이다. 그리고 계약집단이 「불가분의 집단(un groupe indivisible)」인 경우에는 하나의 계약이 해제되거나 취소되면 다른 모든 계약도 동일한 지위에 놓이게 된다는 것이다. 특히 契約集團 내의 일정한 구성원들이 다른 구성원들을 상대로 직접 계약내용의 이행을 청구할 수 있다는 것이다. 예를 들면 下受給人들은 일정한 요건하에 受給人을 제치고 직접 都給人에게 보수지급을 청구할 수 있다는 것이다. 결국 하나의 契約集團 내에서는 契約에 의하여 발생하는 채무나 그 불이행으로 인하여 발생하는 책임은 개별적인 계약의 범주에서 고찰되지 않고 집단의 차원에서 고찰이 되어야 한다는 것이다. 이것이 바로 轉賣에 있어서의 直接訴權의 주된 내용이 된다. 즉, 순차적으로 매매계약이 체결되어 契約사슬이 형성되면 이 契約사슬에 의하여 轉賣渡人과 轉買受人 사이에는 「직접적인 계약관계(une relation contractuelle directe)」가 발생하게 된다. 따라서 契約集團說에 따르면 소비자나 轉買受人은 契約사슬이 존재하면 자신에게 고유한 권리로서 直接訴權을 가지게 된다. 그런데 契約集團 내지 契約사슬은 이종의 계약으로도 구성될 수 있는바, 直接訴權의 행사자와 상대방이 각기 체결한 계약의 종류가 다른 경우 어느 계약을 기준으로 법률관계를 정할 것인지가 문제된다. 즉, 訴權을 행사하는 자가 자신의 직전 계약자와 체결한 계약이 기준이 되는가 아니면 訴權의 상대방, 예를 들면 製造業者가 자신의 직후 계약자와 체결한 계약이 기준이 되는지가 문제된다. 契約사슬論에 의하면 直接訴權의 행사자는 자신이 체결한 계약에 기한 訴權을 가지게 된다.

判例는 근래에 이르러 直接訴權의 논거로서 契約集團說을 원용하고 있다. 예를 들면, "契約의 집합에 있어서는 최초의 계약(譯者註－都給人과 受給人 사이에 체결되는 계약)과 관련이 되었기 때문에 손해를 입은 모든 사람이 청구하는 손해배상은 契約不履行訴權에 의하여 규율되어야 한다. 즉, 債務者(譯者註－都給人)는 자신의 의무불이행(la défaillance)으로 인하여 발생할 모든 결과를 예측하였어야 하므로, 피해자는 債務者와 아무런 계약을 체결하지 않았을지라도 債務者에 대하여 契約不履行訴權을 가질 뿐이다"라고 판시하고 있다.(77) 즉, 판례는 하나의 목적물을 대상으로 契約이 연쇄적으로 체결된 경우 계약을 개별적으로 파악하지 않고 집단적으로 파악하여 전체 집단내에 일정한 계약적 효

(77) Cass. 1re civ., 21 juin 1988, *J. C. P.* 1988, II, 21125, 본 판결이 契約不履行訴權을 가질 뿐이라고 하는 것은 不法行爲訴權은 인정되지 않는다는 취지이다.

력을 인정하였다. 이는 곧 契約의 相對效를 파기하는 것이고 동시에 이를 전제로 한 논거들을 배척하는 것이기도 하다.(78) 그러나 판례는 直接訴權을 행사하는 당사자가 최초의 계약자 또는 중간 계약당사자가 둔 계약상의 제한에 구속되는지의 여부에 대하여는 集團契約說의 주장을 수용하고 있지 않다. 즉, 현재까지는 파기원은 直接訴權을 행사하는 자는 "자신의 권리에 존재하는 제한과 채무자(筆者註－여기서 債務者란 최초의 계약당사자와 계약을 체결한 자를 말한다)가 부담하는 의무의 범위에 따른다는 이중의 제한을 받는다(dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué)"고 판시하고 있다.(79) 이는 訴權의 행사자에 대하여 종래 從物說의 경우보다 더 큰 제한을 가하는 것이어서 타당성에 의문이 제기되고 있다.(80)

① 契約集團說의 長點

契約集團說은 세 가지 점에서 긍정적인 면을 가지고 있다. 첫째, 소비자, 轉買受人 또는 최종의 계약당사자에게 그에게 고유한 독자적인 訴權을 인정한다는 것이다.(81) 즉, 轉賣渡人 내지는 중간 계약당사자의 訴權이 이전된 것이라고 보지 않으므로 訴權이 이전된다고 보는 데에 따르는 문제점들이 발생하지 않는다. 둘째, 계약집단이라는 사실에 기초하여 契約集團에 속하는 구성원들 사이에 직접적인 계약관계의 발생을 인정함으로써, 「계약영역의 확장(une conception élargie du domaine contractuel)」을 도모하고 있다는 점이다. 즉, 製造業者 또는 轉賣渡人은 계약이 집합적으로 존재한다는 사실 자체만으로 瑕疵 있는 목적물을 취득함으로써 손해를 본 당사자에게 계약을 불이행한 데에 대하여 책임을 질 지위를 인정한다는 점이다. 셋째, 契約集團說은 거래에 참여하는 당사자의 심리적 상태에도 부합한다는 점이다. 소비자들이 물건을 구입하는 경우 자신의 賣渡人의 물건을 사는 것이 아니라 製造業者의 물건을 산다는 것이 그들의 심리상태이다. 마찬가지로 製造業者가 물건을 유통시키는 것은 최종의 소비자를 대상으로 하는 것이다. 製造業者가 轉賣渡人과 매매계약을 체결하는 것은 단지 최종의 소비자에게 물건이 도달하기 위한 방편 내지는 과정에 지나지 않는다고 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때 최종 소비자에게 製造業者를 상대로 直接訴權을 인정하는 것은 당사자의 의식에 벗어나지 않는 것이다.

---

(78) P. Jourdain, note sous Cass. civ., 21 juin 1988, *J. C. P.* 1988, II, 21125.

(79) Cass. 1re civ., 21 juin 1988, *J. C. P.* 1988, II, 21125.

(80) 從物說에 의하면 製造業者가 체결한 계약을 기준으로 하므로 直接訴權을 행사하는 자는 製造業者가 둔 면책조항이나 의무제한조항의 대항을 받게 된다. 이는 제조업자가 하자의 발생을 예견하고 이에 따른 조치를 취하여야 할 지위에 있다는 점에 비추어 볼 때 부당하다고 하지 않을 수 없다. 그런데 判例는 直接訴權 행사자에게 이중의 제한을 둠으로써 종래의 從物說보다도 더 가혹한 태도를 보이고 있다.

(81) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1039, p. 1059.

② 契約集團說의 問題點

契約集團說은 많은 문제점을 안고 있음과 동시에 民法學에 감당하기 어려운 과제를 제기하고 있다. 첫째, 異種契約사슬의 경우 최초의 賣渡人이나 製造業者는 直接訴權을 행사하는 자가 누구이냐에 따라 다른 규율을 받게 된다는 것이다. 즉, 直接訴權은 당사자에게 인정된 고유의 권리이므로 당연히 그가 체결한 계약을 기준으로 直接訴權의 내용이 결정되므로, 製造業者는 타인이 체결한 계약 내지는 타인의 의사에 따라 규율되는 것이 되고 그 결과 전혀 예상할 수 없는 경제적 부담까지 진다는 문제가 발생할 수 있다. 둘째, 契約사슬이 존재함을 이유로 최종 소비자나 轉買受人에 또 하나의 고유의 訴權을 인정하므로 종래 인정되어 온 訴權과의 관계가 문제되어 法律關係가 더욱 더 복잡하여지고 법적 안정성을 해치게 된다는 점이다. 따라서 契約法 특히 賣買法에 대한 개정이 불가피하게 된다. 셋째, 契約사슬 특히 이종의 契約사슬을 인정하게 되면 매매, 도급, 임치 등의 典型契約의 구분이 의미가 없어지게 된다. 즉, 製造業者는 제조물을 유통시켰다는 사실만으로도 瑕疵에 대한 책임을 지게 되므로 그가 어떠한 계약을 체결하였는지는 전혀 문제가 되지 않는다.(82) 넷째, 최종 소비자나 중간 계약당사자들의 경우도 위와 같은 문제가 발생한다. 그들은 자신이 체결한 계약이 어떠한 계약인지에 관계없이 언제나 製造業者에 대하여 瑕疵에 대한 책임을 물을 수 있는 바, 그것은 그들의 개별적인 계약상의 지위에 관계없이 단순히 물건의 사용자(l'utilisateur)로서의 권리를 인정하는 것과 다를 바가 없다.(83) 소비자를 보호한다는 차원에서는 어느 정도 소비자의 지위를 일반화하는 것이 예상되는 것이기는 하나 특별법이 없는 상태에서 판례의 이론을 그대로 인정하면 이는 단순히 소비자보호의 차원을 넘는 법적 문제를 야기하는 것이 되고 만다. 다섯째, 무엇보다도 전통적으로 개별계약을 규율의 대상으로 하는 民法의 영역에서 단체적 내지는 집단적 관계를 인정하는 데에서 오는 문제점이 있다. 이는 마치 勞動法에서 개별적인 勤勞契約 이외에 집단관계를 인정하는 것과 유사하다. 다만 勞動法의 경우는 團體協約이라는 또 다른 法律行爲가 존재하지만 契約集團說의 경우는 개별계약이 일정한 집합체를 형성한다는 사실만 존재할 뿐이고 그 사실에 기하여 단체적 효력을 인정하는 것이 되어 전통적인 民法理論에 비추어 볼 때 매우 파격적이라고 하지 않을 수 없다. 여섯째, 契約의 집합은 얼마든지 존재할 수가 있는데 아무 경우나 그러한 단체적 효력을 인정하기는 곤란할 것이다. 따라서 집단적 계약적 효력을 인정할 수 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하는 기준이 무엇인지가 분명하지 않다.

(82) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1043, p. 1063.

(83) *Ibid.*, p. 1064.

5) 結 語

위에서 살펴 본 바와 같이 契約의 相對效를 전제로 하는 학설들, 즉 제3자를 위한 契約說, 默示的 債權讓渡說 그리고 從物說은 각각 장점과 단점을 동시에 가지고 있다. 그 중에서도 從物說이 이론구성상 가장 간명하다고 할 수가 있다. 그러나 어느 학설이든 현재의 프랑스판례의 입장을 정당화하고 그리고 이를 완전히 설명하는 데에 근본적인 한계에 부딪치고 있다. 판례는 소비자나 轉買受人를 충분히 보호하여야 한다는 필요에 직면하여 그들에게 고유권 권리로서 直接訴權을 인정하고 있다. 그런데 契約의 相對效를 전제로 하여서는 고유한 直接訴權을 인정하는 것은 애초에 불가능하다. 따라서 直接訴權의 논거는 契約의 相對效를 초월하는 곳에서 찾지 않을 수가 없다. 그러한 논거로서 제시된 것이 바로 契約集團說이다. 이 학설도 많은 문제점을 안고 있고 또 民法學에 어려운 과제를 던지고 있음에도 불구하고 판례의 기본적인 입장을 무리없이 설명하고 있고 바로 그러한 점에서 그 본질적 내용이 판례에 의하여 수용되고 있다. 뿐만 아니라 契約集團說은 현재 民法에도 부분적으로 수용이 되었다. 賣渡人의 擔保責任에 관한 프랑스民法 제1641조의 1(1967년 1월 3일 法律에 의하여 신설)이 그 규정이다. 본조 제1항에 의하면, 건축예정 건물의 賣渡人은 건축물을 인수한 때로부터 건축가, 수급인 기타 都給契約에 의하여 都給人과 관련된 당사자들이 제1792조, 제1792조의 1, 제1792조의 2, 제1792조의 3에 의하여 지는 의무(筆者註－擔保責任)를 부담한다. 그리고 제2항에 의하면 위 擔保責任은 「건축물의 轉買受人(les propriétaires successifs de l'immeuble)」에게도 인정된다. 그런데 위 法律 제5조 제2항은 위 訴權은 최초의 賣渡人을 상대로 하여서만 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 건축업자 또는 중간 賣渡人에 대하여 訴權을 행사하는 것을 인정하지 않고 있다. 따라서 1967년 法律은 契約사슬論을 제한적으로 인정하고 있다고 볼 수가 있다.

여기서 轉賣에서의 轉賣渡人의 瑕疵責任과 관련하여 프랑스 파기원의 특징적인 태도에 대하여 언급하는 것이 좋겠다. 전술한 바와 같이 프랑스 파기원은 轉買受人의 直接訴權을 인정함에 있어서 그 동안 일원적인 논거를 고집하여 오지 않았다. 판례는 直接訴權에 따르는 문제점을 해결하기 위하여 그리고 소비자나 轉買受人을 보다 잘 보호하기 위하여 그때 그때의 학설의 변천과 학설의 비판을 수용하였다. 즉, 판례는 장기간에 걸쳐 학설의 변천과 비판을 수용하면서 현재의 입장에 이른 것이다. 따라서 현재의 판례의 입장도 고정적인 것이 아닌 것이고 장래 그 변천도 얼마든지 예상할 수가 있다. 바로 여기서 재판부의 실제적 태도, 즉 현란한 이론적 체계를 정립하기보다는 구체적 타당성이 있고 문제해결능력이 있는 판결을 내린다는 實事求是的 態度를 발견할 수 있다고 하겠다.

(라) 直接擔保訴權의 成立要件

直接訴權이 擔保責任 또는 不完全履行責任에 기초를 두고 있는 한 그에 따른 실질적 요건과 형식적 요건을 구비하여야 한다. 그런데 소비자나 轉買受人에게 인정되는 直接訴權

은 그의 고유한 권리로서 인정되므로 그 요건은 소비자나 轉買受人을 기준으로 결정되는 것이지 轉賣渡人을 기준으로 하는 것은 아니다. 判例에 따라 그 요건을 살펴 보면 다음과 같다.

1) 瑕疵의 存在

直接訴權은 매매 당시에 瑕疵가 존재하는 물건을 매도한 賣渡人을 상대로 하여서만 행사할 수 있다. 瑕疵의 선재여부는 轉買受人이 입증하여야 한다.(84)

2) 買受人의 善意

轉買受人이나 소비자가 瑕疵의 존재를 알았거나 알 수 있었을 경우에는 자신의 직전 賣渡人에 대하여서 뿐만 아니라 製造業者에 대하여서도 訴權을 가지지 못한다. 한편 轉賣渡人이 瑕疵의 존재를 인식하였다는 사실은 소비자나 轉買受人이 製造業者를 상대로 訴權을 행사하는 데에 아무런 장애가 되지 않는다.(85) 다만 轉賣渡人 자신은 자신의 賣渡人을 상대로 訴權을 행사할 수는 없음은 당연하다.

3) 契約集團의 存在

하나의 동일한 물건을 상대로 하여 연쇄적으로 契約이 체결되어야 한다. 契約集團이 존재하여야 한다. 그러나 直接訴權이 발생하기 위하여 동일한 契約이 연쇄적으로 체결될 필요는 없다. 製造業者－(매매계약)－受給人－(도급계약)－都給人, 혹은 受給人－(도급계약)－都給人－(매매계약)－買受人으로 구성된 이종계약사슬에 있어서도 각각 都給人은 製造業者를 상대로 買受人은 受給人을 상대로 直接擔保訴權을 갖는다.

2. 不法行爲法上의 製造物瑕疵責任

환자가 구입한 약을 먹고 중독이 되었거나, 오토바이부속품의 조립의 잘못으로 현가장치가 고장이 나서 부상을 당하였거나, 가스통이 폭발하여 가스사용자가 부상을 당하였거나, 건축부품의 불량으로 인하여 도급인에게 중대한 손해를 야기한 경우, 위에서 살펴 본 直接訴權 이외에 소비자나 轉買受人은 不法行爲로 인한 損害賠償責任도 추궁할 수가 있는지 여부가 문제된다. 전술한 바와 같이 프랑스民法에서는 契約不履行責任과 不法行爲責任의 경합을 인정하지 않고 契約不履行責任의 성립만을 인정하는 것이 오래전부터 확립된 원칙이다. 따라서 그러한 원칙에 의하면 최종 소비자는 直接訴權이 인정되는 한 不法行爲로 인한 損害賠償訴權을 轉賣渡人이나 製造業者를 상대로 제기할 수가 없는 것이 당연하다.(86) 그런데 直接訴權의 경우는 유독 그렇지가 않았다. 「契約不履行責任과 不法行爲責任

(84) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1020, pp. 1038-1039.

(85) Cass. com., 24 novembre 1987, *Bull. civ.*, 1987, Ⅳ, n° 250, p. 186.

(86) G. Bonet et B. Gross, *op. cit.*, n 28; J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1021, p. 1043; A. Weil et F. Terre, *op. cit.*, n° 758, p. 852; B. Starck, *Droit civil, Obligations, 2-Contrat et quasi-contrat; régime général*, n° 1755, p. 609.

의 不競合原則(le principe du non-culmul de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle)」은 1979년에 들어와서야 확립되었다.

(1) 1979年 以前

파기원은 처음부터 轉買受人에게 製造業者를 상대로 直接訴權을 인정하면서도 다른 한 편으로 不法行爲訴權도 인정하였다.(87) 즉, 轉買受人이 製造業者를 상대로 프랑스民法 제1384조 제1항이 규정하고 있는 「보관물로 인한 不法行爲責任(la responsabilité délictuelle du gardien de la structure)」을 추궁하거나,(88) 혹은 不法行爲責任에 대한 일반적 규정인 제1382조를 근거로 瑕疵 있는 물건을 유통시킨 데에 대한 不法行爲責任을 추궁하는 것을 허용하였다.(89) 사안을 보면 음료수 소매상인 Loriot부인은 냉동실에서 생수제조회사인 Vittel회사가 제조한 음료수병을 꺼내던 도중 음료수병이 터지면서 그 유리파편에 의하여 오른쪽 눈에 부상을 당하였다. Paris高等法院은 Vittel會社가 여전히 문제의 음료수병의 보관자(la gardienne de la structure)라는 이유로 Vittel會社에 損害賠償責任을 인정하였다. 파기원도 음료수병을 대상으로 순차로 매매계약이 체결되었음에도 불구하고 Vittel會社만이 유일하게 문제의 병을 지배할 수 있는 힘이 있으므로 여전히 이를 보관하고 있다는 이유로 原審判決을 인용하였다.(90) 파기원은 결국 소비자에게 契約不履行訴權(l'action en responsabilité contractuelle)과 不法行爲訴權(l'action en responsabilité délictuelle)을 선택할 수 있는 권리를 인정하였다.(91) 그 결과 轉買受人은 民法 제1648조가 규정하고 있는 擔保責任上의 단기의 권리행사기간을 회피할 수가 있었다.(92)

(2) 1979年 以後

파기원은 1979년 이후에는 契約不履行責任과 不法行爲責任의 不競合原則을 直接訴權에도 적용하기 시작하였다. 그러나 파기원의 태도는 일관되지 못하였자. 즉, 민사제1부는 不競合原則을 인정하였지만 민사제3부는 이를 인정하지 않아 혼선이 있었다. 1979년의 민사제1부의 판결 사안을 살펴 보면, 자동차정비공장의 주인인 Landrau씨는 프랑스내 Lambourghini자동차의 수입상인 Paris-Monveau會社로부터 Lambourghini마크의 자동차를 매수한 후 이를 다시 Constant씨에게 매도하였다. Constant씨는 자동차 뒷부분의 완충장치의 부품이 제조상의 결함으로 인하여 절단되어 사고를 당하였다. Constant씨는 Landau씨와 Paris-Monveau會社 그리고 Lambourghini自動車會社를 상대로 不法行爲로 인한

(87) Cass. civ., 25 jan, 1820, *S*, 20, 1, 213.
(88) Cass. 1re civ., 12 décem. 1975, *J. C. P.* 1976, II, 18479; Paris, 5 décem. 1975, *J. C. P.* 1976, II, 18479.
(89) Cass. com., 26 juin 1978, *Bull. civ.*, Ⅳ, n° 177.
(90) Cass. 1re civ., 12 décem. 1975, *J. C. P.* 1976, II, 18479.
(91) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1022, p. 1041.
(92) *Ibid.*

손해배상청구소송을 제기하였다. Amiens高等法院은 과실로 인한 不法行爲責任(quasi-délit)을 규율하고 있는 民法 제1383조를 근거로 하여 Paris-Monveau會社와 Lambourghini自動車會社에게 損害賠償責任을 인정하였다. 그러나 파기원 민사 제1부는 買受人이 製造業者와 轉賣渡人을 상대로 하여 갖고 있는 直接擔保訴權은 契約的 性格을 갖는 것임에도 불구하고 原審이 이 訴權이 제1648조가 정하고 있는 기간 내에 이루어졌는지를 심리하지 않았다는 이유로 原審法院의 판결을 파기환송하였다.(93) 그 후 제1부는 계속 直接訴權을 갖는 轉買受人에게 不法行爲訴權을 인정하지 않았다.(94) 그런데 파기원 민사 제3부는 여전히 프랑스民法 제1384조 제1항를 근거로 하는 不法行爲訴權(보관물로 인한 不法行爲訴權)만은 한동안 인정하였다.(95) 그 후 파기원은 1988년에 들어와서야 제1384조가 아니라 제1641조가 적용되어야 한다고 판시함으로써 不競合原則을 완전히 확립하였다.(96)

학자들은 파기원의 최종적인 입장에 찬성하고 있다.(97) 즉, 製造物이 유통된 후 이 제조물로 인하여 손해를 보는 모든 사람들은 동일한 하나의 법체계, 즉 契約不履行責任體系(le régime de la responsabilité contractuelle)의 규율을 받는 것이 타당하다고 한다.(98) 파기원의 판결은 直接擔保訴權에 대하여 不競合의 원칙을 선언한 것이었지만 이는 直接不完全履行訴權에도 적용되어야 한다고 본다.(99)

III. 맺는말

轉賣渡人이나 製造業者에 대한 轉買受人 또는 소비자의 直接訴權은 그 취지나 결과에 있어서는 환영할 만하다. 製造業者나 최초의 賣渡人은 자신이 교부한 물건을 지배하였던 지위에 있었던 자이고 따라서 그로 인하여 발생할 수 있는 손해를 예견하였어야 할 지위에 있으므로 그에게 물건의 瑕疵 또는 급부의 瑕疵로 인하여 타인들이 입은 손해를 배상하는 것이 마땅하다. 뿐만 아니라 製造業者는 충분한 자력을 갖추고 있고 특히 製造業者는 손해배상에 따르는 위험을 보험에 의하여 얼마든지 분산할 수 있는 지위에 있으므로 더더욱 그러하다. 直接訴權은 製造業者의 製造物責任에 관한 특별법이 제정되면 자연히

(93) Cass. 1re civ., 9 otobre 1979, *Bull. civ.*, 1979, n° 758, p. 852.
(94) Cass. 1re civ., 3 mai 1984, *Bull. civ.*, 1984, n° 149, p. 126.
(95) Cass. 2e civ., 4 nov. 1987, *Gaz. Pal.*, 1988, panorama, p. 14; Cass. 2e civ., 14 avril 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, 1, panorama, p. 158.
(96) Cass. 2e civ., 30 nov. 1988, *Bull. civ.*, II, n° 240.
(97) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1022, p. 1043; B. Gross et Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 231; G. Durry, *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 355.
(98) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1022, p. 1043.
(99) J. Ghestin et B. Desché, *op. cit.*, n° 1022, p. 1044; G. Durry, *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 356.

용도폐기될 것이라는 예견을 하는 학자도 있기는 하지만,[100] 製造物責任이 위험책임 내지는 不法行爲責任으로서 제정되는 한 直接訴權은 여전히 효용가치를 가질 것이다. 그러나 直接訴權은 그 실용성에도 불구하고 이를 이론적으로 뒷받침하는 데에 많은 어려움이 따른다는 것은 이미 살펴 보았다.

直接訴權의 논의는 우리에게도 전혀 생소한 것은 아니다. 제3자의 보험자에 대한 損害賠償請求權(商法 제724조)과 보관자의 責任保險에 있어서 소유자의 보험자에 대한 損害賠償請求權(商法 제724조 제2항)도 이른바 直接訴權의 한 예라고 하겠다.[101] 전자의 경우는 제3자와 피보험자 사이에 아무런 계약이 체결되지 않지만 후자의 경우는 소유자와 보관자 사이에 계약이 체결되어 있어서 契約效의 相對性原則을 배척하고 있는 直接訴權의 좋은 예라고 하겠다. 그리고 이른바 中間省略登記에 있어서 최종 買受人이 최초 賣渡人에 대하여 직접 登記請求權을 행사할 수 있는지의 문제도 바로 直接訴權(直接請求權)과 동일한 논의라고 볼 수가 있다. 따라서 契約效의 相對性原則을 전제로 하는 학설을 원용한다면 轉買受人이나 소비자의 直接訴權도 우리나라에서도 논의가 가능하다고 하겠다. 다만 전술한 바와 같이 어느 학설을 원용하든 우리 민법에서도 일정한 문제점이 나타난다. 우선 從物說의 경우는 從物理論을 擔保責任上의 권리에까지 확장할 수 있는지의 문제가 발생한다. 즉, 擔保責任上의 권리가 매매목적물의 所有權에 따르는 종물이라고 볼 수 있는지의 검토가 필요하다. 한편 제3자를 위한 契約說이나 默示的 債權讓渡說은 의제적이라는 결점이 있고 특히 후자의 경우는 대항요건의 문제가 있다. 그러나 현재 中間省略登記에서 최종 買受人의 登記請求權의 근거를 債權讓渡에서 찾는 견해도 있다.[102] 默示的 債權讓渡說에 있어서 대항요건의 문제는 讓渡通知를 면제한 것으로 또는 통지의 대리권을 최종 買受人에게 수여한 것으로 볼 수 있기는 하지만 여전히 의제적이라는 비판은 면할 수 없다고 하겠다. 한편 어느 학설을 원용하든 프랑스판례처럼 권리행사기간의 기산점을 늦추어 주는 완화조치가 없이는 直接訴權이 실제로 인정될 가능성은 희박하다고 하겠다. 우선, 중간 賣渡人은 상인의 지위를 가지는데 상인에게는 검사의무(商法 제69조 제1항)가 있으므로 直接訴權이 인정될 가능성이 감소된다. 더군다나 6월의 단기권리행사기간은 목적물이 인도된 시점부터 기산되는데 그것도 최초 買受人에게 이전된 시점을 기준으로 하므로(商法 제69조 제1항) 直接訴權이 인정될 가능성은 더욱 감소된다. 다만 중간 賣渡人이 검사의무를 이행하였는데도 발견할 수 없는 瑕疵를 製造物이 유통된 지 6월 이내에 소비자가 이를 발견한 경우에는 製造業者를 상대로 直接訴權이 인정될 수 있는 객관적 요건은 충족된다고 할 수 있다.

---

(100) P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 419, p. 252.

(101) 보험에 있어서 直接請求權에 관하여는 金星泰, 直接請求權의 性質과 時效, **民事判例研究** (XVI) (民事判例研究會, 1994), 343면 이하.

(102) 李好珽, **債權法總論**, 144-5면

〈Résumé〉

L'action directe du sous-acquéreur en droit français

Nam, Hyo-Soon *

I. Introduction

Dans la distribution moderne le fabricant vend à un grossiste, qui vend lui-même à un détaillant, auquel s'adressera le consommateur final. Le même objet, aprés à un usage plus ou moins prolongé, peut encore être vendu d'occasion à un deuxiéme utilisateur, qui à son tour, le cédera à un troisiéme. Les objets donnent ainsi lieu, le plus souvent, à des ventes successives. Là il y a une chaîne des contrats ou le groupe des contrats. D'aprés le mécanisme juridique traditionnel, le sous-acquéreur peut mettre en cause le fabricant ou les vendeurs intermédiaires par voie d'action récursoire. Mais cette manière d'agir cause beaucoup d'inconvénients. Il arrive que le vendeur précédent ne soit pas reprochable ou solvable. D'où naît la nécessité de mettre en cause l'un des vendeurs intermédiaires quelconque surtout le fabricant vendeur. La mise en cause de ce dernier est d'autant plus nécessaire que dans la plus part des cas, celui qui est responsable et solvable, c'est le fabricant initial. La jurisprudence française autorise également le dernier acheteur à exercer son recours directement contre l'un quelconque des vendeurs successifs, ce qui est propre au droit français. C'est l'action directe du sous-acquéreur.

II. L'action récursoire du sous-acquéreur

Lorsque le sous-acquéreur agit en garantie l'encontre de son vendeur immédiat, ce dernier exercera, lui-même, un recours en garantie contre son propre vendeur. Pour parvenir au fabricant et le mettre en cause il faut alors que se développe ultérieurement une série d'actions récursoires en cascade remontant la chaîne des intermédiaires successifs. L'action en garantie récursoire ne pose pas de problémes particuliers sauf celui du point

* Professeur en droit civil, Faculté de droit, Université nationale de Séoul

de départ du délai pour l'exercer. Son exercice suppose d'abord la réunion des conditions de fond; l'existence du défaut, l'antériorité du vice, le caractére occulte du vice et le bref délai. Quant au bref délai pour exercer l'action récursoire, celle-ci n'est pas soumise à la régle de principe selon laquelle le point du départ du délai commence à courir à compter de la découverte du vice. La jurisprudence française prend pour point de départ soit le jour de l'assignation principale délivrée au revendeur par le sous-acquéreur soit la date de la connaissance du vice.

III. L'action directe du sous-acquéreur

Pour éviter des recours en chaîne, en cas de ventes successives, la jurisprudence française admet que l'un quelconque des acheteurs succcessifs peut agir indifféremment contre son propre vendeur, ou l'un quelconque des vendeurs précédents. Cette action, en dépit de sa commodité, paraît cependant se heurter au principe de l'effet relatif des contrats qui est énoncé expressément par l'article 1165 du code civil français; aux termes de cet article, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.

1. L'évolution de la jurisprudence française en la matière

Depuis 1820, l'action en garantie pour les vices cachés peut être directement exercée contre le vendeur originaire par l'un quelconque des sous-acquéreurs. Le sous-acquéreur peut exercer également l'action rédhibitoire ou l'action estimatoire contre le fabricant ou le vendeur intermédiaire. Quant à la restitution du prix, c'est seulement celui auquel la chose est rendue qui doit restituer au sous-acquéreur le prix qu'il en a reçu. A compter de 1983, la première Chambre civile a admis en plus que l'action en garantie pouvait s'opérer au sein d'une chaîne des contrats hétérogènes, alors que la troisième refusait toujours cette solution. Enfin, l'Assemblée plénière a repris la solution prise par la première Chambre, par deux arrêts du 2 février 1986, au motif que le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur. A présent, il est admis que le sous-acquéreur ou le maître de l'ouvrage disposent, contre le fabricant, non seulement de l'action directe en garantie mais

également de l'action directe en non-conformité et de l'action directe de l'inexécution.

2. Le fondement de l'action directe contractuelle

La doctrine approuve unanimement la solution jurisprudentielle. Mais l'explication est différente suivant les auteurs. Pour concilier l'action directe avec le principe de l'effet relatif du contrat plusieurs raisonnements ont été proposés. Suivant le fondement juridique les conséquences sont différentes. Selon la théorie de la stipulation pour autrui, cette action aurait sa source dans une stipulation pour autrui tacite : tout intermédiaire qui achète un produit serait censé stipuler que la garantie des vices cachés qui lui est due bénéficiera aussi au sous-acquéreur. Cette présomption peut trouver un support légal dans l'article 1122 du code civil selon lequel on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention. Or cette théorie, qui ne paraît d'ailleurs pas toujours correspondre au droit positif, aurait l'inconvénient de laisser l'ayant cause la possibilité de choisir entre la responsabilité contractuelle et délictuelle du débiteur de son auteur, ce qui est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation et à la régle du non culmul de la rsponsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. L'action directe s'expliquerait par une cession de créance : elle serait l'effet d'une cession de créance entre vifs que la nature même de la convention de vente autorise à supposer voulue par les parties au contrat. Cependant, selon cette théorie, l'acheteur, qui revend la chose après avoir constaté son défaut et accepté un prix réduit en conséquence, est censé avoir cédé son droit à garantie en même temps que la chose, ne pourrait plus conserver l'action contre son propre vendeur. En plus de ce défaut, elle, comme la stipulation pour autrui, respose sur une fiction de volonté, tout en restant soumise à la volonte contraire du fabricant ou du revendeur. On a également la théorie de l'accessoire qui est la plus ancienne. D'après cette théorie, la créance de garantie se transmet *propter rem* comme un accessoire de la chose vendue, conformé ment à l'article 1615 du code civil. Cette théorie a l'avantage de rendre inutile la recherche d'un accord de volontés plus ou moins factice. En plus, elle n'est pas contraire à la ré gle du non-culmul des responsabilités contractuelle et délictuelle. En tout cas, elle ne peut non plus justifier l'ensemble des solutions du droit positif français en la matiére. D'abord, par suite de la transmission de l'accessoire de la chose vendue, le revendeur ne pourrait

plus avoir, en premier lieu, la qualité de se prévaloir lui-même de cette action contre son propre vendeur, même s'il conservait un intérêt à le faire. Dans la dernière étape de l'évolution doctrinale, la notion de chaîne des contrats a été invoquée pour justifier l'octroi d'actions directes en paiement au profit de certains membres du groupe et à l'encontre d'autres membres avec lesquels ils n'avaient aucun rapport contractuel direct. Tout en abandonnant le fondement de l'effet relatif du contrat, elle met en relief l'existence d'un groue de contrats, qui est consacrée par la première Chambre de la Cour de cassation. La théorie du groupe de contrats a le double mérite. Elle justifie d'abord l'existence d'une action directe qui est propre au sous-acquéreur contre le fabricant ou les vendeurs intermédiaires de la chose. On peut donc échapper aux inconvénients qui sont inhérents à la transmission de l'action du vendeur intermédiaire au sous-acquéreur. D'autre part, elle peut naître, au sein d'une chaîne de contrats d'un même objet, une relation contractuelle directe entre les vendeurs et acheteurs successifs. Sans transmission de l'action originelle, ni substitution dans l'excécution d'un contrat initial, la seule existence du grouep de contrat suffit à fonder l'action contractuelle de celui qui n'a souffert du dommage que parce qu'il avait un lien avec le contrat initial.

3. L'action directe contractuelle et l'action délictuelle

A la rigueur du principe de non-culmul des responsabilités, lorsque le sous-acquéreur peut exercer l'action directe, il ne pourrait se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle, même si celui-ci était plus avantageux pour lui. Mais contrairement à ce principe la jurisprudence française a autorisé, pendant longtemps, le sous-acquéreur, s'il le préférait, à invoquer l'action déllictuelle en se fondant sur l'article 1384(alinéa 1er) ou l'article 1382 du code civil. Cette dualité d'actions est à présent condamnée par la première Chambre civile qui avait affirmé par un arrêt du 9 oct. 1979 que l'action directe dont dispose le sous-acquéreur contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire, pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication, est nécessairement contractuelle.