

〈논문〉

프랑스 민법상 계약책임과 불법행위책임의 관계

呂河濶*

요약

계약책임과 불법행위책임의 관계에 대하여 청구권이 불경합한다는 것이 프랑스 판례상의 확고한 원칙이다. 즉, 당사자 간에 계약 관계가 존재할 경우, 채권자는 채무자에게 계약상 채무불이행으로 인한 손해배상책임만을 추궁할 수 있을 뿐이고 불법행위책임을 추궁할 수는 없다는 것이다. 우리나라 판례가 양자는 실체법상 병존할 수 있는 것으로 인정하고 있는 것과 크게 대비된다.

그러나, 이와 같은 프랑스 판례의 원칙적 입장은 피해자 보호 측면에서는 불리하기 때문에, 피해자를 보호하기 위하여 당사자 간 계약 관계가 존재하더라도 채권자의 선택에 따라 불법행위책임을 추궁할 수 있도록 허용하고 있는 경우들이 존재하고 있다. 채무자의 채무불이행이 의도적이거나 중대한 과실에 기한 경우, 제조물 책임의 경우, 판례가 해석에 의하여 구조 약정이나 제3자를 위한 계약이론 등을 통하여 계약상 책임의 범위를 확대하는 경우 등이 이에 해당한다.

위의 논의들은 개별 사안마다 문제가 된 채무자의 채무가 수단채무인가 아니면 결과채무인가의 문제와 밀접한 관련이 있으나, 본 논문에서는 지면관계상 이 문제까지 깊이 있게 다루지는 못하였다.

위와 같은 프랑스의 판례와 제도들을 연구한 결과, 필자는 청구권 불경합 원칙을 취하고 있는 프랑스가 피해자를 보호하기 위하여 상당한 범위에 걸쳐서 실질적으로 청구권이 경합하는 경우들을 비교적 넓게 인정하고 있음을 알 수 있었으며, 우리나라 판례상의 청구권 경합 입장과 그 실질에 있어서 유사한 측면이 많다는 점을 알 수 있었다.

주제어: 청구권 불경합, 수단채무, 결과채무, 의도적인 혹은 중대한 과실에 기한 채무불이행, 구조 약정의 존재, 제3자를 위한 계약 이론, 피해자 보호

* 홍익대학교 법과대학 전임강사, 법학박사.

I. 서설

1. 문제의 제기

필자는 프랑스 민법상의 논의들을 우리나라에 소개하고 이를 우리 민법의 입장과 비교하는 연구를 하고 있다.¹⁾ 본 논문도 이와 같은 연구의 일환으로서 프랑스 민법상 계약책임과 불법행위책임의 관계에 관하여 보다 심도 있는 논의를 소개하고 간략하게나마 우리 민법의 입장과 비교해보는 것을 목적으로 하고 있다.

프랑스는 계약책임과 불법행위책임의 관계에 관하여 청구권이 경합한다는 우리 민법의 입장과는 달리 청구권 불경합 입장, 즉 당사자들 간에 있어서 특별법의 위치에 있는 계약책임이 일반법의 위치에 있는 불법행위 책임을 배제한다는 입장을 취하고 있다. 그런데, 필자가 우리나라 판례가 확고하게 청구권 경합 입장을 취하고 있는 점에 대해서 별다른 이의를 제기하지 않고 받아들일 수 있었던 것은, 무엇보다도 피해자 보호 차원, 즉 피해자의 구제 가능성이 넓어진다는 커다란 장점이 있기 때문²⁾이었던 것으로 생각한다. 이와 같이 청구권이 경합한다는 논리에 익숙해져 있던 필자가 프랑스 판례가 확고하게 청구권 불경합 입장을 취하고 있는 것에 대하여 피해자 보호가 지나치게 소홀해지지 않을까 하는 의문을 가졌던 것은 어떻게 보면 자연스러운 것이었다. 더 나아가 프랑스 판례가 원칙적으로 청구권 불경합 입장을 취하고 있다 하더라도 피해자 보호가 소홀해지는 단점을 보완하기 위한 방책을 별도로 강구하고 있지는 않을까 하는 의문이 들기도 하였다. 이러한 의문으로부터 필자는 계약상 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 불법행위로 인한 손해배상책임과의 관계에

1) 拙著, **채권자대위권 연구**, 경인문화사, 2007.; 拙稿, “미성년인 자(子)의 가해행위에 대한 부모의 책임에 관한 프랑스 판례의 동향”, **民事法學** 제41호(2008.6.); 拙稿, “프랑스 민법상의 법인론-비영리법인에 관한 논의를 중심으로”, **比較私法** 제15권 제4호·통권 43호(2008. 12.) 등.

2) 大判(全合) 1983. 3. 22, 82다카1533(集 31-2, 17) “..... 본래 채무불이행책임과 불법행위책임은 각각 요건과 효과를 달리하는 별개의 법률관계에서 발생하는 것이므로 하나의 행위가 계약상 채무불이행의 요건을 충족함과 동시에 불법행위의 요건도 충족하는 경우에는 두 개의 손해배상청구권이 경합하여 발생한다고 보는 것이 당연할 뿐 아니라, 두 개의 청구권의 병존을 인정하여 권리자로 하여금 그중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있게 하는 것이 피해자인 권리자를 두텁게 보호하는 길이라는 실제적인 이유에 비추어 보더라도”

관한 대표적인 프랑스 재판례와 이에 대한 프랑스 학자들의 평가들을 살펴보고 정리해보았다.

이하에서는 우선 청구권 불경합 입장을 취하고 있는 대표적인 프랑스 재판례들을 소개한 후(Ⅱ), 피해자 보호 차원에서 프랑스가 청구권 불경합 입장에 대한 보완책으로 강구하고 있는 내용들을 살펴볼 것이다. 판례와 입법, 기타 제도 등을 통해서 실질적으로 피해자가 계약책임이 문제되는 상황에서도 불법행위책임을 주장할 수 있도록 허용하고 있는 경우(Ⅲ)와 판례가 해석에 의하여 계약책임을 확대하고 있는 경우(Ⅳ)가 있다. 이에 해당하는 개별적인 내용들을 구체적인 프랑스 재판례와 이와 관련한 학자들의 평가들을 중심으로 살펴볼 것이다. 마지막으로 위 논의들을 정리하면서 우리 민법의 입장과 실질적으로 어떠한 차이점이 있는지를 생각해보았다(Ⅴ).

2. 개념의 정리

그런데, 프랑스 민법상의 청구권 경합 문제에 관한 논의를 본격적으로 소개하기에 앞서 우선 그들이 인식하고 있는 청구권 경합 문제를 정확하게 인식할 필요가 있다.

본 논문에서 문제 삼고 있는 점을 좀 더 명확하게 표현하면 “당사자 간 계약 관계가 존재할 경우, 채권자가 채무자에 대하여 채무불이행을 이유로 한 손해배상책임 외에 불법행위로 인한 손해배상책임을 물을 수 있는가?”이다. 우리는 이를 ‘청구권 경합’의 문제로 표현하고 있다. 일반적으로 프랑스에서도 이 문제에 대하여 ‘경합(*cumul*)’이라는 표현을 사용하고 있는데, 엄밀히 말해서 이는 경합이 아닌 ‘선택(*option*)’의 문제라고 해야 정확하다는 점을 많은 학자들이 지적하고 있다. 양자를 모두 주장하여 이중으로 배상을 받는 것을 허용하는 것이 아니라는 점은 당연하기 때문이다. 따라서 양자 중에서 어느 한쪽을 선택하여 주장할 수 있는가, 아니면 계약책임만을 주장해야 하는가의 문제로 파악하고 있다.³⁾

3) Bénabent, *Droit civil- Les obligations*, 9^e éd., Montchrestien, 2003, n°523(p.345).; Aubert et Savaux, *Les obligations - 3. Le rapport d'obligation*, 4^e éd., Sirey, 2006, n°184 et ss. (p.135 et ss.); Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2003, n°1007(p.523) et n°1010(p.525).; Terré, Simler et Lequette, *Droit civil - Les obligations*, 8^e éd., Dalloz, 2002, n°875(p.835).; Carbonnier, *Droit civil, t.4 Les obligations*, 22^e éd., puf,

이와 달리 양자의 관계에 관한 우리나라 판례는 실체법적으로는 양자가 ‘병존’할 수 있음을 명확히 하고 있다.⁴⁾ 그러나, 소송상으로는 양 소송물을 선택적 병합으로 파악하여 어느 하나가 인용되면 소의 목적을 달성할 수 있기 때문에 다른 청구에 대해서는 판단할 필요가 없다는 입장이다.⁵⁾ 즉, 실체법적으로는 청구권이 병존하지만, 절차법적 측면에서 채권자가 이중으로 배상을 받지 못하도록 하는 구조를 취하고 있는 것이다.

따라서 청구권 경합 문제에 관한 프랑스와 우리나라의 문제 인식은 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 프랑스는 ‘계약상 채무불이행책임과 불법행위책임 중 어느 하나를 채권자의 임의로 선택할 수 있는가’의 문제로 파악하고 있는 반면(선택의 문제), 우리의 경우 ‘실체법적으로 양자가 병존할 수 있는가’의 문제로 파악하고 있는 것으로 생각된다(병존의 문제). 양 국가 모두 채권자가 이중의 배상을 받는 것을 허용하지 않는 점은 동일하다. 다만, 이하 본 논문에서 전개되는 프랑스 민법상의 청구권 경합 문제는 양자의 병존 가능성 여부의 문제가 아닌, 양자택일의 문제, 즉 채권자는 채무자에게 계약책임과 불법행위책임 중 어느 한쪽을 선택하여 추궁할 수 있는가의 문제라는 점을 명확히 할 필요가 있다.

3. 계약상의 채권자가 계약책임 외에 불법행위책임을 주장할 경우의 실익

그렇다면, 프랑스 민법상 계약상의 채권자가 계약책임 외에 불법행위책임을 주장하는 구체적인 이유는 무엇인가? 그 실익은 어디에 있는가? 프랑스 민법상 다음과 같은 실익이 있다고 한다.⁶⁾

우선, 손해의 범위와 관련하여 계약상 채무불이행으로 인한 손해배상책임의

2000, n°292(p.517).; H. et J. Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil - obligation théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n°404(p.402).; 용어의 정확한 의미 및 용법에 대해서는 R. Rodière, *Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité - la combinaison des responsabilités*, JCP 1950 II 868 참조.

4) 註 2) 판결요지 참조. 양자가 병존함을 명시하거나 이를 전제로 하는 판결들은 무수히 많이 존재하고 있어서 이를 일일이 열거하는 것은 생략하기로 한다. 民法注解[X VIII], 166면 이하 참조(胡文赫 집필).

5) 李時潤, 新民事訴訟法 第5版(博英社, 2009), 612면.; 民法注解[X VIII], 172면(胡文赫 집필).

6) Req. 14 déc. 1926, DP 1927. I. 107 et s. note Josserand.

경우 프랑스 민법 제1150조에서 계약 체결 당시 예견되었거나 예견할 수 있었던 손해에 대해서만 배상하도록 배상범위를 한정하고 있는데, 불법행위로 인한 손해배상책임의 경우에는 이러한 제한이 없다는 점이다. 나아가 정신적 손해에 대한 배상에 대하여 프랑스 판례는 계약상 손해배상에 있어서는 이를 인정하지 않고 있었기 때문에 불법행위책임을 추궁할 경우 위자료를 배상받기가 용이하다는 측면이 있었다고 한다.

둘째, 소멸시효에 있어서 일반 채무불이행책임의 경우 10년의 시효가 적용되지만, 불법행위책임의 경우 30년의 시효가 적용되어 계약책임이 시효소멸되었을 경우에도 불법행위책임을 추궁하여 배상을 받을 수 있는 실익이 있었다고 한다.⁷⁾

셋째, 계약 체결시 당사자 간에 책임을 제한하는 약정이 있었을 경우, 이러한 약정은 계약책임에 한하여 적용되는 것이므로 채권자는 별도로 불법행위책임을 주장하여 이러한 약정에도 불구하고 전 손해를 배상받을 수 있는 이점이 있다.

넷째, 무상수치인 등과 같이 법률의 규정에 의하여 채무자의 주의의무가 경감되어 있는데 채무자가 통상의 과실을 범한 경우, 채권자는 불법행위책임을 주장하여 손해를 배상받을 수가 있다.⁸⁾

다섯째, 프랑스 민법상 공동불법행위에 있어서는 가해자들의 연대채무가 쉽게 인정됨에 반하여, 계약의 경우에는 프랑스 민법 제1202조⁹⁾의 제한이 있다.

마지막으로, 귀책사유의 입증책임의 측면에서 보면 불법행위책임보다 계약상 책임이 채권자에게 더 유리한 것으로 보일 수 있다. 일반 계약상 채무불이행의 경우에는 채무자 측에서 자신에게 귀책사유 없음을 입증해야 하고, 불법행위의 경우에는 피해자(채권자)가 가해자의 귀책사유를 입증해야 하기 때문이다. 그러나, 항상 그렇다고 볼 수는 없는 것이, 이른 바 수단채무(*obligation de moyen*)의 경우에는 실질적으로 입증책임이 채권자에게 있게 되고 이 경우 채권자가 채

7) 현행 프랑스 민법상으로는 불법행위로 인한 손해배상책임의 시효기간은 원칙적으로 10년이다(동법 제2270조의 1 제1항). 이 규정은 1985년 법률(*loi n°85-677 du 5 juill. 1985*)에 의하여 도입된 것이므로, 이 규정이 도입되기 전에 주장되는 내용이었다.註 30) 참조.

8) 뒤의 II.2 참조.

9) 프랑스 민법 제1202조

제1항 연대채무는 추정되지 않는다; [연대채무가 인정되기 위해서는] 명시적인 약정이 있어야 한다.

무자의 귀책사유를 입증하기는 쉽지가 않다. 반면, 불법행위에 있어서 가해자의 귀책사유를 입증하기가 용이한 경우가 드물지는 않기 때문이다.

II. 프랑스 판례의 원칙적 입장

1. 청구권 불경합 입장

프랑스 법원은 당사자 간에 계약관계가 존재할 경우, 원칙적으로 채권자는 채무자에 대하여 계약상 책임만을 추궁할 수 있을 뿐이고 불법행위책임을 추궁할 수는 없다는 입장을 확고하게 유지하고 있다.¹⁰⁾ 이에 관한 프랑스 재판례는 무수히 많기 때문에 일일이 열거할 수는 없으나,¹¹⁾ 대표적인 재판례 두 가지를 사실관계와 더불어 소개하고자 한다.

(1) 파기원 민사부 1922년 1월 11일 판결¹²⁾

사안의 사실관계는 다음과 같았다. A와 B는 담을 사이에 두고 이웃하여 거주하고 있었는데, 그들 간의 거주지를 구획하는 담 주위에 변기를 설치하는 문제를 놓고 분쟁이 벌어졌다. 이에 A, B는 합의를 도출하기 위해 우선 현장 상태의 확인에 관하여 3명의 감정인(C)을 선임하였는데, 3명 중 1명은 건설업자였고 2명은 건축사였다. 이들의 노력으로 결국 A, B 간에 화해가 성립되었고 A와 B는 이들에게 합의서 작성까지도 위임하였다. 감정인들(C)은 합의서를 작

10) 프랑스 채권법 부분에 대한 개정 작업이 시작된 지 수년이 지났으나, 아직 개정이 이루어지지 않고 있다. 프랑스 채권법 개정안 제1341조 제1항을 보면, 기존의 프랑스 판례상의 청구권 불경합 입장을 그대로 유지하고 있음을 알 수 있다.

프랑스 채권법 개정안 제1341조

제1항 계약상 채무불이행의 경우, 채무자와 채권자는 계약 외의 손해배상책임을 선택하여 계약상 채무불이행책임에 관한 규정의 적용을 배제할 수 없다.

www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf 참조.

11) 이하에서 소개하고 있는 두 개의 판결 외에 필자가 본 논문을 집필하면서 직접 읽어 본 프랑스 파기원 재판례에는 Civ. 9 janv. 1957 *JCP* 1957 II 9915 note Rodière.; Civ. 1^{re} 9 mars 1970, *RTD* 1971. 139 et s. obs. Durry.; Civ. 1^{re} 9 oct. 1979, *RTD* 1980. 354. obs. Durry. 등이 있다.

12) Civ. 11 jan. 1922, DP. 1.16 et s.; Capitant, Terré et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, 11^e éd., Dalloz, 2000, p.185 et ss.

성하여 A에게 제시하여 A가 이에 서명하였는데, 나중에 보니 합의서에 A가 담에 관한 소유권 내지는 공유 지분을 포기한다는 내용이 포함되어 있었다. 위 판결문만으로는 합의서에 담겨있는 정확한 문구를 알 수는 없으나, 감정인들(C)은 법률 문외한으로서 합의서에 담겨 있는 문구가 소유권을 포기하는 내용이 아닌 것으로 잘못 이해했고, A에게 그들이 이해한 대로 설명하여 A는 별 염려 없이 합의서에 서명하였던 것이다. 물론 A는 담에 대한 소유권을 포기할 생각은 전혀 없었으나 이미 합의서에 서명한 바가 있었으므로 B에게 담에 대한 소유권을 주장할 수 없게 되었다. 이에 A는 감정인들(C)의 합의서 작성상의 과책(*faute*)¹³⁾으로 인하여 자신이 손해를 입었다고 주장하면서 이들을 상대로 손해배상을 청구하였다.

사안에서 A와 C 간에는 계약 관계가 존재하고 있었으므로 계약법 영역에서 C는 채무자로서 선량한 관리자(*bon père de famille*)의 주의의무를 다하였는지 여부가 문제되었다(프랑스 민법 제1137조). 선관주의의무를 다하였는지 여부는 채무자가 속한 직업에 비추어 평균적으로 요구되는 주의의무를 다하였는지를 기준으로 판단하게 되는데, C는 법률전문가는 아니었으므로 선관주의의무를 소홀히 하였다고 할 수 없다고 평가되었다. A는 C에게 계약상 채무불이행책임을 추궁하여 배상을 받기가 어렵게 되자, C는 자신으로부터 응분의 보수를 받고 있었으므로 자신들의 과책에 대하여 책임을 져야 한다고 주장하였다. 과기원은 A의 이러한 주장을 C에 대하여 불법행위책임을 추궁하겠다는 의미로 해석한 것으로 보인다. 과기원의 판결 내용은 다음과 같았다.

“..... 과책이 어떠한 형태이든 간에, 그러한 과책에 기한 행위로 인하여 발생한 손해에 대하여 책임을 지도록 하는 것은 ... 불법행위 영역뿐이다; [프랑스] 민법 제1382조 이하의 규정들¹⁴⁾은 계약상 채무를 이행하는 과정에서 범한 과책에 대하여는 적용되지 않는다; 따라서 채무자는 민법 제1137조에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 않은 과책에 대해서만 책임을 지는 것이 원칙이다 법률문외한인 감정인들의 착오에 증대한 과실¹⁵⁾이 있다고 볼 수 없으며

13) 우리 민법상의 고의 및 과실, 위법성, 책임능력 등을 포괄하는 프랑스 민법상의 용어이다. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, *Les obligations 2. Le fait juridique, Quasi-contrat, Responsabilité délictuelle*, Armand Colin, 1999, p.82 et ss.

14) 프랑스 민법상 불법행위에 관한 규정들.

15) ‘*erreur excusable*’을 번역한 것이다. 우리 민법 제109조에 비추어 설명해보면, 착오에 증대한 과실이 없어서 착오를 이유로 의사표시를 취소할 수 있는 경우의 착오를 의미

.....”

파기원은 A와 B는 C 등이 법률문외한이라는 점을 알고도 이들에게 합의서 작성을 위임하였고 A는 C 등이 합의서를 제시할 때에 그 내용을 살피고 서명을 거부할 수도 있었다면서 A의 청구를 기각한 원심 판결을 그대로 인정하였다.

(2) 파기원 민사부 1946년 5월 6일 판결¹⁶⁾

위 판결의 사실관계는 다음과 같았다. A는 B가 운영하는 레스토랑 2층에서 점심 식사를 한 후, 계단을 통해 1층으로 내려가려는 순간 갑자기 그 지역 전체가 정전이 되었다. A는 어둠 속에서 발을 헛디디 아래층으로 굴러 떨어져서 상해를 입게 되자 B를 상대로 손해배상을 청구한 사건이었다.

원심은 A의 청구를 기각하였고, 파기원 역시 원심 판결을 그대로 인정하였다. 그 이유는 다음과 같았다.

첫째, B는 고객이 자신의 레스토랑으로 들어와서 나가기까지 안전하게 보호해야 할 의무가 있는데, 원심이 밝힌 사실관계에 비추어 계단의 경사가 특히 급하다거나 계단에 설치상의 하자가 있다든가 계단이 미끄러웠다가 하는 등의 사정이 보이지 않았고 계단에는 난간이 설치되어 있었던 점에 비추어 A가 고객에 대한 보호 의무를 소홀히 하였다고 평가하기 어렵다고 보았기 때문이다. 다시 말해서, A의 계약상 채무를 결과채무(*obligation de résultat*)가 아닌 수단채무(*obligation de moyen*)로 파악하여 A에게 과책을 인정하지 않았던 것이다.¹⁷⁾

둘째, 사안에서 A는 프랑스 민법 제1384조 제1항 소정의 無生物責任(우리 민법 제758조의 공작물책임에 해당)도 주장하였다. 동 조항 소정의 책임은 무과실책임으로 인정되어 왔기 때문에 B에게 과책이 없더라도 책임을 물을 수 있었기 때문이다. A의 이러한 주장에 대하여 파기원은 다음과 같이 판시하였다.

한다. ‘*erreur excusable*’ 혹은 ‘*erreur inexcusable*’의 정확한 번역어는 좀 더 연구해보아야 할 문제이다. G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, p. 454.

¹⁶⁾ Civ. 6 mai 1946, *JCP* 1946 II 3236, note Rodière.

¹⁷⁾ 실제 청구권 경합 여부가 문제되었던 프랑스 재판례를 살펴보면 당해 사안에 있어서의 채무자의 채무가 결과채무인가 아니면 수단채무인가가 함께 문제되는 경우가 많다. 본 사안 외에 다음의 문헌들을 참조. Civ. 9 janv. 1957 *JCP* 1957 II 9915 note Rodière.; Carbonnier, *op.cit.*, n°295(p. 521).

“..... 본 사안의 당사자들 간에는, 계약상 채무를 이행하는 과정에서 범한 과책을 규율하기 위하여 민법 제1382조 이하의 규정들이 원용될 수 없는 것이 원칙이다.”

2. 프랑스 판례의 취지

앞에서 살펴본 바와 같이 프랑스 법원은 원칙적으로 청구권은 경합하지 않는다는 입장을 확고하게 유지하고 있다. 그러나, 파기원 판결문에서는 왜 그와 같은 입장을 취하고 있는가에 대하여 별다른 이유를 제시하고 있지 않다.

프랑스 학자들은 대다수가 프랑스 판례의 입장에 찬동하고 있다고 한다.¹⁸⁾ 그리고 이들이 판례의 취지를 해석하면서 그 이유를 설명하고 있는데, 대체로 다음의 두 가지 견해로 요약될 수 있다.

하나는 당사자들의 의사에서 그 근거를 찾고 있는 견해이다. 마조(Mazeaud)에 의하면, 파기원은 피해자 보호보다는 계약 당사자의 의사의 존중을 우선하고 있음을 명백히 하고 있다고 해석하고 있다. 당사자들 간에 계약이 체결되었다면, 불법행위에 관한 규정의 적용을 배제하는 점에 관하여 명시적 혹은 묵시적인 합의가 있다고 볼 수 있기 때문이라고 한다.¹⁹⁾

다른 하나는 당사자 간 계약책임이 문제되는 상황에서는 불법행위책임을 배제하는 것이 프랑스 민법 입법자들의 의사에 합치한다고 보는 입장이다. 예를 들어, 프랑스 민법 제1927조에서는 우리 민법 제695조와 마찬가지로 무상수치인(無償受置人)의 주의의무를 경감시키고 있는데(자기 재산과 동일한 주의), 무상수치인이 물건을 보관하는 과정에서 통상의 과실을 범했을 경우(선관주의의무 위반) 임치인이 수치인을 상대로 일반 불법행위책임을 추궁할 수 있게 하는 것은 무상수치인의 주의의무를 경감시키고자 한 프랑스 민법 입법자의 의사에 반한다는 것이다.²⁰⁾

¹⁸⁾ Req. 14 déc. 1926, DP 1927. 1. 106 note Josserand. 이 판결의 평석에서 나열되고 있는 대표적인 학자들의 이름을 원문 그대로 나열하면, Demolombe, Labbé, Salleilles, Bonnet, Perroud, Becqué, Demogue, Louis Hugueneu, Chironi 등이다.

¹⁹⁾ H. et J. Mazeaud et Chabas, *op.cit.*, n°404 et s.(p. 403 et s.)

²⁰⁾ Civ. 6 mai 1946, JCP 1946 II 3236, note Rodière. 이 판결 평석에서는 본문에서 예로 든 프랑스 민법 제1927조 외에도 동법 제1891조, 제2270조 등도 그 예로 제시하면서 설명하고 있으나, 지면관계상 이에 대한 구체적인 내용 소개는 생략하였다. 그밖에 다음의 문헌들도 참조. R. Rodière, *Etudes sur la dualité des regimes de responsabilité - la combinaison des responsabilités*, JCP 1950 II 868 (n°9); A. Esmein, *Concours de*

반면, 일부의 프랑스 학자들은 프랑스 법원의 원칙적 입장에 반대하면서 계약 책임이 문제되는 상황에서도 별도로 불법행위책임을 추궁할 수 있도록 해야 한다고 주장하고 있다.²¹⁾ 이에 해당하는 대표적인 프랑스 학자로는 과거에는 뵈라뇰(Planiol), 조세랑(Josserand) 등이 있었고,²²⁾ 현재에는 비니(Viney)²³⁾가 있다. 이들이 이와 같이 주장하는 이유는 불법행위법은 계약법에 대하여 ‘일반법’의 위치에 있기 때문에 당사자 간에 계약관계가 존재하더라도 요건만 구비되면 적용될 수 있다는 점,²⁴⁾ 더 나아가 과거 프랑스 법원이 청구권 불경합 원칙을 고수함으로써 인하여 보호되어야 할 피해자가 보호받지 못하는 경우가 많았다는 점²⁵⁾ 등을 근거로 제시하고 있다.

III. 예외적으로 불법행위책임을 추궁할 수 있는 경우

위와 같이 프랑스 법원은 청구권 불경합 입장을 원칙으로 내세우고는 있지만, 이 원칙을 엄격하게 고수할 경우 피해자의 구제가능성이 지나치게 제한된다는 점을 인식하고 있었던 것으로 보인다. 이하의 경우들에서 보는 바와 같이, 프랑스 판례상 계약책임이 문제되는 상황에서도 피해자가 불법행위책임을 선택하여 추궁할 수 있도록 허용되고 있는 경우가 있고(1.), 그밖에 프랑스 특유의 제도(2.)나 입법에 의하여 허용되고 있는 경우들이 있다(3. 4.). 각각의 경우들을 살펴보도록 한다.

la responsabilité délictuelle avec la contractuelle, RTD 1934, 339(n°17).

21) Req. 14 déc. 1926, DP 1927. 1. 106 note Josserand. 이 판결의 평석에서 나열되고 있는 대표적인 학자들의 이름을 원문 그대로 나열하면, Sainctelett, Thaller, Martin 등이다. 이 판결의 평석자인 조세랑(Josserand)도 이들의 입장에 가담하고 있었다.

22) Planiol, note D. 1907. 2. 9; Josserand, 앞의註 21) 참조.

23) G. Viney, *Responsabilité*, JCP 1992. I. 3625. 비니는 계약책임과 불법행위책임을 통일적으로 규율하는 통합적 책임체계를 설계해나갈 것을 주장하고 있다. 자세한 내용은 G. Viney, *Traité de droit civil - Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., L.G.D.J., n°242 et ss.

24) G. Viney, *op.cit.*, n°216(p. 404).

25) G. Viney, *op.cit.*, n°221(p. 410).

1. 의도적인(*faute dolosive*)의 혹은 중대한 과실(*faute lourde*)에 의한 채무불이행

(1) 프랑스 법원의 입장

프랑스 법원은 채무자가 의도적으로 채무를 이행하지 않았거나(*faute dolosive*)²⁶⁾ 채무를 이행하지 않은 것에 중대한 과실이 있는 경우(*faute lourde*)²⁷⁾에는 채무자의 이러한 귀책사유가 ‘계약 외(*externe à la convention*)’에서 발생한 것으로 보아 불법행위책임을 추궁할 수 있다는 입장을 취하고 있다. 이에 관한 대표적인 재판례인 파기원 민사3부 1972년 12월 18일 판결²⁸⁾의 사실관계는 다음과 같았다.

A는 건축회사 B에게 건물 기타 시설의 건축을 의뢰하였고(도급계약 체결), 건축사인 C에게 B의 건축에 대한 관리 감독을 맡겼다. 그런데, B가 건물을 완성한 후 10년이 지나서 건물 지반이 침식되자, A는 B와 C에게 이에 대한 손해배상을 청구하게 된 사건이었다. 특히 이 사안에서 문제가 되었던 것은 A의 C에 대한 청구 부분이었는데, 원심 판결에서 밝혀진 사실관계에 의하면, B는 당해 건축물 가까이에 빗물을 담아서 용수를 공급하기 위한 우물 시설도 함께 설치하였는데, 관계 건축 규정에서 건물로부터 일정한 거리 이상을 두고 설치할 것을 요구하고 있음에도 불구하고 이를 위반하여 건물에서 가까운 곳에 우물을 설치하였고, C는 건축사로서 행정관청에 이 건물에 대한 건축 허가를 신청할 때에 이러한 사실을 알고 있었음에도 불구하고 이를 숨기고 허가를 받아서 건물 및 우물 등의 시설을 완공하였던 것이다.

A는 C에게 건축상의 관리 감독 업무를 의뢰하였으므로 A와 C 간에 계약 관계가 존재하였음은 분명하다. 그런데, 건축도급계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 건물이 완공된 때로부터 10년의 시효가 경과하면 소멸하는 것으로 되어 있어서 A는 C에게 계약상의 채무불이행책임을 추궁하기가 어려운 입장이었다.²⁹⁾ 한편, 사건 당시의 불법행위로 인한 손해배상청구권은 시효가

26) 프랑스에서는 계약법 영역에서 귀책사유로서의 고의는 ‘*faute dolosive*’라고 하는 반면, 불법행위법 영역에서 귀책사유로서의 고의는 ‘*faute intentionnelle*’이라고 하고 있다. 여기서 ‘*dolosive*’ 혹은 ‘*intentionnelle*’이라는 표현은 우리 법상의 고의(故意)보다는 좁은 의미, 다시 말해서 단순히 인식한 것에 그치지 않고 채무불이행 혹은 가해행위를 ‘의도’하였다는 점을 의미하는 것으로 보인다. G. Cornu, *op.cit.*, p. 348.

27) G. Cornu, *op.cit.*, p. 348.

28) Civ. 1^{re} 16 déc. 1972, D. 1973. 272 note J. Mazeaud.; *Gaz. Pal.* 1973. 1. 480.

29) 현행 프랑스 민법 제2270조 참조. 동 조항은 1978년 법률(*loi n°78-12 du 4 janv.*

30년으로 계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상청구권보다 훨씬 길었기 때문에 A로서는 C에게 불법행위책임을 추궁할 가능성이 남아 있었다.³⁰⁾ 그러나, 계약 책임이 문제되는 경우에는 불법행위책임을 추궁 가능성을 배제하는 프랑스 법원의 원칙적인 입장을 고수하게 되면 A는 C에게 불법행위책임을 추궁할 수가 없게 되는 입장이었다.

사안에서 원심은 채무자 C는 의도적으로 채무를 이행하지 않았던 점이 분명하고, 이러한 채무불이행은 ‘계약 외(*externe à la convention*)에서 발생’한 것으로 보아야 한다는 이유로 프랑스 민법 제1382조 이하의 불법행위책임이 적용될 수 있다고 하였고, 결국 30년의 시효가 적용된다고 보아 A의 C에 대한 청구를 인용하였다. 과기원은 원심의 판결이 정당하다면서 C의 상고를 기각하였다.

위 사안은 의도적인 채무불이행의 경우(*faute dolosive*)의 예를 소개한 것이고, 중대한 과실에 의한 채무불이행의 경우(*faute lourde*)의 경우도 위와 같이 ‘계약 외(*externe à la convention*)’에서 발생한 것으로 보아 불법행위책임을 추궁할 수 있다는 입장이다.³¹⁾ 구체적인 사실관계와 판시이유는 위 사안과 대동소이하기 때문에 생략한다.

(2) 프랑스 학자들의 평가

채무자가 의도적으로 혹은 중대한 과실로 채무를 이행하지 않은 경우 채권자는 채무자에게 불법행위 책임을 추궁할 수 있다는 프랑스 법원의 결론에 대하여 반대하는 학자는 찾아보기가 어려웠다.³²⁾ 특히 조세랑(Josserand)은 위와

1978)에 의하여 개정된 것이며, 위 사안에 적용되었던 구 프랑스 민법 제2270조는 수급인, 건축사 등 도급인과 도급 관련 계약을 체결한 자는 일을 완성한 날로부터 10년이 경과하면 책임을 면한다고 규정하고 있었다. Code civil 2007, 106^e éd., Dalloz, p.2122. A와 C 간에 체결된 계약은 엄밀하게 말해서 건축 도급계약은 아니나, 관련 건축도급계약과 함께 프랑스 민법 제2270조의 적용을 받고 있음을 알 수 있다.

30) 현행 프랑스 민법 제2270조의 1 제1항에 따르면, 불법행위로 인한 손해배상청구권은 손해가 발생한 날로부터 10년의 경과로 소멸하게 되어 있다. 그런데 이 규정은 1985년 법률(*loi n°85-677 du 5 juill. 1985*)에 의하여 도입된 것이고, 동 사안이 문제되었던 시기에는 시효에 관한 일반 규정인 현행 민법 제2262조에 따라 30년의 시효가 적용되었던 것으로 보인다.

31) Civ. 1^{re} 28 nov. 1967, D. 1968. 199.

32) 프랑스 법원의 청구권 불경합 입장에 매우 적극적인 지지를 보내고 있는 마조(Mazeaud)도 위 판결에 대한 평석에서 판결 이유에 대해서는 타당성이 결여되었다 하면서도, A의 권리를 보호해준 판결의 결론에 대해서는 이의를 제기하지 않고 있다. 마조는 법원

같은 법원의 입장에 동조하는 이유를 구체적으로 제시하고 있다. 즉, 프랑스 법원의 입장은 프랑스 민법 정신에도 일치하는 타당한 입장이라는 것이다. 예컨대, 사기(詐欺, *dol*)를 계약의 무효 원인으로 규정하고 있는 프랑스 민법 제 1116조(우리 민법 제110조에 대응), 채무자의 사해행위에 대하여 무효를 주장할 수 있는 권리를 인정하고 있는 프랑스 민법 제1167조(우리 민법 제406조의 채권자취소권에 대응), 그리고 채무자는 이미 약정하였거나 계약 당시 예견할 수 있는 손해에 대해서만 배상하는 것이 원칙이나 의도적으로 채무를 이행하지 않은 경우에는 예외로 하고 있는 프랑스 민법 제1150조 등에 비추어 볼 때 프랑스 법원의 입장은 타당하다는 것이다.³³⁾

2. 범죄행위로 인한 피해자가 관련된 손해배상을 형사법원에 청구하는 경우

한편, 프랑스에서는 범죄행위로 인하여 손해를 입은 피해자는 당해 범죄를 관할하는 형사법원에 그로 인한 손해배상도 함께 청구할 수 있는 제도가 마련되어 있다.³⁴⁾ 다시 말해서 형사법원에 당해 형사사건과 관련한 민사사건에 대해서도 관할권이 인정되는 특이한 제도가 마련되어 있는 것이다. 그런데, 만일 피해자가 가해자의 범죄행위로 인한 손해배상을 형사법원에 청구할 경우, 양 당사자 간에 계약 관계가 존재하더라도 형사법원은 불법행위 규정에 따라 판단을 한다고 한다. 왜냐하면 형사법원은 불법행위에 대해서만 관할권이 있기 때문이라는 것이다. 이때 피해자가 형사법원에 제기한 손해배상청구가 기각된다면, 다시 민사법원에 계약상 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다는 점에서 청구권 불경합 원칙의 예외로 인정되고 있다.³⁵⁾

3. 제조물 책임의 경우

현행 프랑스 민법 제3권 제4-1편 제1386조의 1 이하에서는 제조물 책임(*la*

이 A의 청구를 인용해야 했다면 그 이유를 다른 곳에서 찾아야 한다고 한다. Civ. 1^{re} 16 déc. 1972, D. 1973. 273 note J. Mazeaud.

³³⁾ Req. 14 déc. 1926, DP 1927. 1. 108 note Josserand.; Terré, Simler et Lequette, *op.cit.*, n°876(p. 837)도 참조.

³⁴⁾ 프랑스 형사소송법(Code de procédure pénale) 제2조 참조.

³⁵⁾ H. et L. Mazeaud et Chabas, *op.cit.*, n°404(p. 403 et s.)

responsabilité du fait des produits défectueux)에 관하여 규정하고 있다. 동법 제 1386조의 1에서는 “제조업자는 자신이 생산한 제조물의 하자로 인하여 손해를 입은 피해자에 대하여 그와의 계약 관계 유무에 상관없이 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있고, 동법 제1386조의 18 제1항에서는 “본편의 규정은 피해자가 계약상의 권리, 계약 외의 권리, 혹은 기타 특별법상의 권리를 행사할 수 있는 것에 영향을 미치지 않는다.”고 규정함으로써 피해자는 제조자에게 제조물 책임, 계약상 책임, 불법행위 책임, 기타 특별법상의 책임 등을 자신의 선택에 따라 물을 수 있도록 하고 있다. 따라서 제조물 책임이 문제될 경우, 청구권 불경합 원칙의 예외를 이루고 있다고 할 수 있다.³⁶⁾

4. 건축도급 관련 구상권 행사의 경우

예를 들어, 건물의 하자로 인하여 타인이 손해를 입었기 때문에 건물 소유자가 그 타인에게 손해를 배상하였을 경우, 건물의 소유자는 건축 수급인이었던 자에게 다시 그 책임을 물을 수가 있는데, 프랑스 민법상 다음의 두 가지 방법이 가능하다. 하나는 프랑스 민법 제1792조 이하의 건축도급계약상의 책임을 묻는 방법과 동법 제1251조 소정의 구상권(*action récursoire*)을 행사하는 방법이다. 후자의 경우 도급인이었던 건물소유자가 수급인에 대하여 피해자인 타인의 권리를 대위(*subrogation*)하는 것인데, 피해자의 건물소유자에 대한 권리는 불법행위에 기한 손해배상청구권이므로³⁷⁾ 도급인은 수급인에 대하여 불법행위책임을 묻게 되는 것이다. 따라서 이 경우 건축도급인은 수급인에게 계약상의 책임과 불법행위책임을 하나를 선택하여 추궁할 수 있기 때문에 청구권 불경합 원칙의 예외를 이루고 있다고 한다.³⁸⁾

³⁶⁾ Aubert et Savaux, *Les obligations - 3. Le rapport d'obligations*, Sirey, 2006, n°184(p. 136).

³⁷⁾ 앞에서 본 프랑스 민법 제1384조 제1항 소정의 無生物責任인 경우가 많을 것이다.

³⁸⁾ Aubert et Savaux, *op.cit.*, n°188(p. 139).

IV. 계약책임을 확장하는 경우

1. 의의

위 III.에서 살펴본 내용은 채권자가 채무자에게 채무불이행 책임을 추궁할 수 있는 상황에서도 관례나 제도, 입법 등에 의하여 불법행위책임을 선택하여 추궁할 수 있도록 허용하고 있는 경우들이었다. 피해자인 채권자에게 이와 같은 선택권을 부여한 이유는 다른 아닌 피해자의 권리 보호에 있었다고 하는 점은 앞서 언급한 바 있다.

한편 프랑스 법원은 청구권 불경합 원칙을 취하고 있음으로 인하여 피해자의 구제 가능성이 좁아지는 단점을 보완하기 위하여 위와는 다른 방향에서 새로운 해석론을 펼치고 있다. 즉, 청구권은 경합하지 않는다는 입장을 취함으로써 당사자 간에 계약 관계가 존재하는 한 피해자가 원칙적으로 계약 책임만을 추궁할 수 있는 한계가 있기 때문에, 해석에 의하여 특수한 내용의 계약의 존재를 새롭게 인정하거나 이미 존재하고 있는 계약상 채무의 범위를 넓게 해석함으로써 피해자의 구제가능성을 넓혀주고 있다. 즉, 계약상 책임의 영역을 해석에 의하여 확장하고 있는 것이다.³⁹⁾ 구체적으로는 법원이 법률행위의 해석에 의하여 당사자 간 ‘구조 약정(*convention d'assistance*)’이 존재한다고 보아 피해자의 손해배상청구를 인용하는 경우(2.)와 제3자를 위한 계약이론(*stipulation pour autrui*)으로 계약상 책임을 확대하는 경우(3.)가 있다. 각각의 내용을 이하에서 살펴보기로 한다.

2. 해석에 의하여 구조약정(*convention d'assistance*)의 존재를 인정하는 경우

다음의 대표적인 재판례를 통해서 설명해보기로 한다.

(1) 파기원 민사 1부 1969년 12월 1일 판결⁴⁰⁾

구체적인 사실관계는 다음과 같았다. A가 타고 가던 오토바이가 반대방향에

³⁹⁾ Sériaux, *Droit des obligations*, 2^e éd., puf, 1998, n°98(p. 349 et ss.)

⁴⁰⁾ Civ. 1^{re} déc. 1969, D.1970. 422 note Puech.; JCP 1970 II 16645 note J-L Aubert.; RTD 1971. 164 obs. Durry.

서 오던 자동차와 충돌하여 오토바이에 불이 붙었다. 사고 현장 근처에 있던 자동차 정비공 B는 이 소식을 듣고 불을 끄기 위해 소화기를 들고 사고 현장으로 달려왔다. 그런데 B가 A를 구조하기 위해 오토바이에 가까이 다가가는 순간 A의 오토바이 기름 탱크가 폭발하여 B가 화상을 입게 되었다. 이에 B는 A에 대하여 자신이 입게 된 상해에 대하여 손해배상을 청구한 사건이었다.⁴¹⁾

B가 A에게 불법행위에 기한 손해배상을 추궁하기 위해서는 프랑스 민법 제1384조 제2항에 따라 오토바이에서 발생한 화재가 A의 과실에 기한 것이었음을 입증해야 했는데,⁴²⁾ 사안의 경우 화재에 대하여 A에게 귀책사유를 인정하기가 어려운 측면이 있었다. 더 나아가 사안에서 A는 충돌한 사고 운전자와 함께 B에 대한 과실치상 혐의로 구속되어 형사법원에 기소되었으나 무죄 판결을 받아 석방되었기 때문에 A의 과실을 인정하기가 더욱 어려웠다.⁴³⁾ 그러나, B가 A에게 채무불이행 책임을 추궁할 수 있다면 화재의 원인에 대한 귀책사유에 대한 입증책임의 부담을 덜 수 있으므로(채무자인 A가 귀책사유 없음을 입증해야 하므로) B의 입장에서는 A로부터 배상을 받기가 용이하였다. 프랑스 법원은 A를 구조하는 과정에서 손해를 입은 피해자 B를 보호하기 위하여 다음과

41) 주위적으로는 프랑스 민법 제1384조 제1항 소정의 불법행위 책임을 추궁하였고, 예비적으로는 구조약정상의 채무불이행책임과 사무관리상의 손해배상책임을 추궁하였다.

제1십에서는 B의 배상청구 인용 근거를 사무관리에 두었으나, 원심은 구조약정상의 채무불이행 책임에 그 근거를 두었고 파기원은 원심 판결의 근거와 결론을 지지하였다. 프랑스 민법은 사무관리(*gestion d'affaire*)에 관하여 제1372조 이하에서 규정하고 있다.

42) 프랑스 민법 제1384조 제2항

그러나, 화재가 발생한 동산 혹은 부동산을 점유하고 있는 자는, 그 점유의 권원이 무엇이든 간에, 그 화재가 자신 혹은 자신의 책임 하에 있는 자의 과실에 기한 것이 입증되었을 경우에만 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다.

사안에서 B는 프랑스 민법 제1384조 제1항만을 청구 취지로 하였으나, 동 사안이 화재였기 때문에 법원이 직권으로 동법 동조 제2항을 문제 삼아 판단한 것으로 보인다. Civ. 1^{re} déc. 1969, D.1970. 425 note Puech.

43) 우리나라의 경우, 민사재판에 있어서는 반드시 형사판결에서 확정된 사실에 구속을 받지 않는 것이 원칙이다. 예를 들어, 大判 1989. 11. 14, 88다카31125 “..... 관련 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서 유력한 증거가 되는 것이나, 민사재판에서 제출된 다른 증거내용에 비추어 형사판결에 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있는 것이다”

그러나, 프랑스의 경우 형사판결에서 판시된 내용은 민사재판을 구속한다는 원칙(*le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*)이 확립되어 있어 형사상의 과실은 민사상의 과실과 동일시되고 있다고 한다. Civ. 1^{re} déc. 1969, D.1970. 425 note Puech.

같이 이론을 구성하고 있다.

원심은 B에게는 A를 구조하겠다는 청약의 의사표시가, A에게는 B의 구조의사를 받아들이는 승낙의 의사표시가 ‘묵시적으로’ 있었다고 보았고 이와 같이 A와 B 간에 일종의 ‘구조 약정’이 성립하였기 때문에 B가 A를 구조하는 과정에서 입은 손해에 대하여 A가 배상할 책임(계약 책임)이 있다고 하였다. 파기원은 원심 판결을 지지하면서 다음과 같이 실시하고 있다.

“..... 원심은 피구조자의 명시적인 [수락] 의사가 있었는지 여부를 밝혀내야 할 필요는 없고, 청약이 전적으로 피구조자의 이익을 위해서 행해진 경우에는 [청약의] 의사표시의 상대방[피구조자]은 이를 승낙한 것으로 추정된다; 원심법원이 A와 B 간에 구조 약정이 체결되었다고 판단하고 피구조자에게 무상으로 도움을 제공한 자가 입은 손해에 대한 배상을 명한 것은 정당하다”

(2) 프랑스 학자들의 입장

위와 같은 유형의 사안과 관련하여 프랑스 학자들이 지적하고 있는 점은 크게 두 가지로 정리해볼 수 있다.

하나는, 위 사안과 같은 상황에서 B를 보호해야 한다는 결론에 대해서는 프랑스 학자들도 공감을 하고 있다는 것이다. 다만, 프랑스 법원이 제시하고 있는 근거에 대해서는 이의를 제기하는 경우가 많다. 가장 큰 문제점으로 지적되는 것은, 과연 위 사안에서 A와 B 간에 계약이 체결되었다고 볼 수 있는가 하는 점이다. 특히 피구조자가 의사무능력자 내지는 행위무능력자일 경우에는 구조자와 피구조자 간에 구조 약정이 체결된 것으로 보기가 어렵기 때문이다.⁴⁴⁾

따라서 이 사안에서 A의 B에 배상을 인정하되 그 근거는 사무관리(*gestion d'affaire*)에서 찾아야 한다는 견해⁴⁵⁾도 있고, B가 배상을 받을 수 있는 근거는 형평의 원리(*équité*)에서 찾아야 한다고 하면서 타인에게 이익을 주기 위한 행위를 하는 과정에서 입은 손해는 그 타인으로부터 배상을 받게 하는 것이 타당하기 때문이라고 주장하는 견해⁴⁶⁾도 있다. 위와 유사 사안⁴⁷⁾에서 법원의 판결이유에 대하여 의문을 제기하면서 이러한 판결은 구조자를 보호하기 위하여

44) Civ. 1^{re} déc. 1969, D.1970. 422 et s. note Puech.

45) Civ. 1^{re} déc. 1969, JCP 1970 II 16645 note J-L Aubert.

46) Civ. 1^{re} déc. 1969, D.1970. 424. note Puech.

47) Civ. 1^{re} 27 mai 1959, D. 1959. 524. note R. Savatier.; JCP 1959 II 11187 P. Esmein.

‘계약’이라는 덮개를 씌우고 있는 것일 뿐, 실은 형평의 원리로부터 도출된 것이라는 견해⁴⁸⁾와 구조자로부터 도움을 받은 자는 자신에게 닥칠 위험도 감수하는 것이 타당하다는 견해⁴⁹⁾ 등도 있다.

이상의 내용을 정리하면, 위 사안과 같이 구조자가 호의로 피구조자에게 도움을 주는 과정에서 입은 손해는 피구조자가 배상하도록 해야 한다는 결론에 대해서는 프랑스 법원과 프랑스 학자들 간에 이견이 없는 것으로 보이나, 다만 그 근거에 대해서는 프랑스 법원은 구조 약정상의 채무불이행 책임으로 보는 반면, 프랑스 학자들은 형평의 원리에서 찾는 것이 타당하다고 보는 것이 다수인 것으로 보인다.⁵⁰⁾

위와 같은 유형의 사안에 대하여 프랑스 학자들이 지적하고 있는 다른 하나는, 프랑스 판례가 구조 약정의 존재를 함부로 인정하여 계약상 책임을 무리하게 확장하는 것을 경계하고 있다는 점이다. 프랑스 법원이 구조 약정의 존재를 무리하게 확장한 것으로 평가되는 대표적인 재판례는 파기원 민사1부 1996년 12월 17일 판결⁵¹⁾이다.

이 사안의 사실관계는 다음과 같았다. A는 자신의 친구들(B, C 등)을 불러 곡괭이로 땅을 고르는 작업을 하고 있었다. 그런데, B가 땅을 고르다가 곡괭이를 잘못 휘둘러 함께 땅을 고르고 있던 C에게 상해를 입히게 되었다. C가 직접 가해행위를 한 B에게 불법행위에 기한 손해배상책임을 추궁할 수 있다는 점은 큰 문제가 없었는데, 더 나아가 자신이 도움을 주었던 A에 대해서도 상해로 인한 손해배상책임을 추궁할 수 있는가가 문제되었다.

파기원은 이 사안에서 다음과 같은 논리로 A의 배상책임을 인정하였다.

“…… 곡괭이를 휘두른 자[B]와 위 토지의 소유자[A] 간에는 묵시적으로 무상의 구조 약정이 체결되었다. 그와 같은 약정에는 구조자[B]가 그의 과책에 기해 발생할 수 있는 사고에 대하여 피해자[C]에게 배상책임을 지게 될 경우 피구조자[A]가 피해자[C]에 대한 B의 배상책임을 보장할 의무도 당연히 포함되

48) Civ. 1^{re} 27 mai 1959, D. 1959. 525. note R. Savatier.

49) Civ. 1^{re} 27 mai 1959, JCP 1959 II 11187 P. Esmein.

50) 위와 같은 판례의 결론은 형평의 원리에 기초하고 있다고 보는 또 다른 견해는 RTD 1971. 164 obs. Durry.

51) Civ. 1^{re} 17 déc. 1996, D. 1997. som. com. 288, obs. Delebecque.

어 있다고 추론할 수 있다 ……”

들르베끄(Delebecque)는 A와 B 간에 체결되었다고 볼 수 있는 구조 약정의 내용 속에 새로운 내용의 채무(B의 C의 대한 배상책임을 보장할 의무)를 해석에 의하여 창출해내는 것은 구조 약정의 내용을 지나치게 확장한 것이라고 비판하고 있다.⁵²⁾

3. 제3자를 위한 계약이론(*stipulation pour autrui*)으로 계약상 책임을 확대하는 경우

다음으로, 피해자를 보호하기 위하여 제3자를 위한 계약이 존재하는 것으로 이론을 구성하는 경우가 있다. 이와 같은 이론 구성은 여객운송에서 승객이 사망하였을 경우, 피해자인 승객의 유족에 대하여 운송회사의 배상책임을 인정하는 데에 주로 사용되고 있다고 한다.⁵³⁾

파기원 민사부 1932년 12월 6일 판결⁵⁴⁾의 사실관계는 다음과 같았다. A가 B 철도회사의 철도를 타고 목적지로 향하다가 갑자기 열차 궤도 위에 떨어져서 즉사하는 사고가 발생하였다. 이에 A의 유족들인 C(A의 처와 자녀들)가 B 철도회사를 상대로 계약상 손해배상책임을 청구한 사건이었다.⁵⁵⁾

사안의 경우, A가 즉사하지 않았으면 우선 A에게 B 철도회사에 대한 계약상의 손해배상청구권이 발생하고 이후 A가 사망한 때에 A의 손해배상청구권이 C에게 상속되기 때문에 유족인 C의 보호에 큰 무리가 없는데, 즉사의 경우에는 A가 권리의 주체가 될 수 없기 때문에 A에게 손해배상청구권이 발생할 수 없게 되고 따라서 유족인 C에게 배상금을 인정하는 데에 이론적인 문제점이 있었다. 항소심은 위 사안과 같이 피해자가 즉사한 경우에는 사고가 발생한 순간과 A가 사망한 순간 사이에는 ‘미세한 시간적 간격’이 존재한다고 이론을 구성하여 A의 B에 대한 계약상 채무불이행으로 인한 손해배상청구권이 C에게

52) 註 51) 참조. 그밖에 계약 책임을 무리하게 확장한 것으로 비판받는 주요 사례에는 Civ. 1^{re} 26 mai 1992, RTD 1992 obs. Jourdain.

53) Aubert et Savaux, *op.cit.*, n°188(p. 138).

54) Civ. 6 déc. 1932, DP 1933. 1. 137 et ss. note Josserand.

55) C가 A의 사망으로 인하여 입게 된 물질적·정신적 손해에 대하여 B 회사에 불법행위 책임을 추궁할 수 있는 가능성도 생각해볼 수는 있었으나, 사안에서는 B에게 과책이 있었는지가 불분명해서 이에 대한 입증책임을 부담했던 C가 B 회사에 불법행위 책임을 추궁하기는 어려웠다고 한다.

상속된다고 판단하여 C의 청구를 인용하였다.

항소심의 판단에 대하여 B 철도회사는 다음과 같은 이유로 파기원에 상고하였다. 우선, 유족인 C 등은 피해자가 사망 사고 발생 이전에 입었던 물질적인 손해에 대해서만 배상 청구할 권리가 있는데, 사안과 같이 피해자가 즉사한 경우에는 피해자에게 아무런 손해가 발생하지 않았다는 점과 둘째로 C 등은 B 철도회사의 과책을 입증하지 않았다는 점 등을 들어 C의 청구는 기각되어야 한다고 주장하였다.

두 번째 상고이유에 대하여 파기원은 B회사에게는 승객의 목적지까지 안전하게 운송해야 할 운송계약상의 의무를 인정함으로써 C의 주장을 받아들이지 않았다. 이러한 계약상의 의무를 이행함에 있어서 B가 자신에게 과책이 없었음을 입증하지 않는 한 B에게 배상책임이 인정된다는 취지이다.

첫 번째 상고이유에 대하여 파기원은 항소심처럼 시간적 간격설을 취하지 않고 제3자를 위한 계약이론을 도입함으로써 결과적으로 B 회사의 배상책임을 인정하였다. 즉, A가 B 회사와 체결한 운송계약의 내용에는 “B의 운송의무 이행과정에서 A에게 손해가 발생하여 A가 B에 대하여 손해배상청구권을 취득할 경우 이러한 권리는 C에게도 인정된다”는 내용이 포함된 것으로 해석할 수 있다는 것이다.

동 판결의 요지는 다음과 같았다.

“..... 민법 제1147조에 따라 철도회사는 고객에 대하여 목적지까지 안전하게 운송해야 할 운송계약상의 의무가 있다. [운송] 계약의 이행 도중에 발생한 사망 사고의 경우, [프랑스] 민법 제1147조에 의한 손해배상청구권은 [피해자의] 배우자와 자녀들에게도 인정되는데, 이는 피해자가 이를 계약상 명시하지 않았더라도 그들[배우자와 자녀들]에게 이익이 되는 한 이러한 내용을 삽입한 것으로 볼 수 있기 때문이다”

사고로 인하여 피해자가 즉사한 경우, 우리나라 판례는 위 사안의 항소심과 같이 소위 ‘시간적 간격설’을 취함으로써 피해자를 보호하고 있다.⁵⁶⁾ 위 사안에

⁵⁶⁾ 大判 1969.4.15, 69다268(集 17-2) “..... 정신적 고통에 대한 피해자의 위자료 청구권도 재산상의 손해배상 청구권과 구별하여 취급할 근거없는 바이므로 그 위자료 청구권이 일신 전속권이라 할 수 없고 피해자의 사망으로 인하여 상속된다 할 것이며 피해자의 재산상속인이 민법 제752조 소정의 유족인 경우라 하여도 그 유족이 민법 제

비추어 프랑스파기원은 우리나라와 같은 시간적 간격설 이론을 취하고 있지는 않은 것으로 보인다. 여하튼 사안과 같은 경우, 피해자의 상속인들은 가해자인 운송회사를 상대로 운송계약상의 책임이나 불법행위책임을 선택하여 추궁할 수 있다는 점에서 청구권 경합의 원칙의 예외로 인정되고 있다.⁵⁷⁾

V. 결어

지금까지 프랑스 민법상 계약책임과 불법행위책임의 관계에 관한 논의들을 중요한 재판례를 중심으로 살펴보았다. 서두에서 밝힌 바와 같이, 피해자 보호 차원에서 청구권이 경합하는 것이 타당하다는 논리에 익숙해있던 필자는 청구권 불경합 입장을 취하고 있는 프랑스 법원의 입장을 쉽게 납득할 수가 없었기 때문에 왜 프랑스 법원이 그러한 입장을 확고하게 유지하고 있는가를 밝히고자 하였다. 위와 같은 프랑스 민법상 청구권 불경합 입장을 탐구하면서 필자가 느낀 것은, 그 실질에 있어서는 우리 판례의 입장과 겹으로 보이는 만큼의 큰 차이는 없다는 점이었다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 프랑스 법원이 청구권 불경합 원칙을 내세우면서도 채무자가 의도적으로 혹은 중대한 과실에 의하여 채무를 이행하지 않았을 경우에는 채권자가 불법행위 책임을 주장하는 것을 허용하고 있기 때문에 그 실질에 있어서는 상당한 범위에서 청구권 경합이 인정되고 있다고 볼 수 있을 것이다. 특히 구체적인 사실이 채무자 내지는 가해자의 귀책사유(고의·과실 내지는 과책)와 같이 추상적인 요건을 충족하는지 여부는 법관의 재량에 의하여 판단된다는 점을 생각해보면 더욱 그러하다.

752조 소정 고유의 위자료 청구권과 피해자로부터 상속받은 위자료 청구권을 함께 행사할 수 있다고 하여 그것이 부당하다 할 수 없고 피해자의 위자료 청구권은 감각적인 고통에 대한 것뿐만 아니라 피해자가 불법 행위로 인하여 상실한 정신적 이익을 비재산 손해의 내용으로 할 수 있는 것이어서 피해자가 즉사한 경우라 하여도 피해자가 치명상을 받은 때와 사망과의 사이에는 이론상 시간적 간격이 인정될 수 있는 것이므로 피해자의 위자료 청구권은 당연히 상속의 대상이 된다고 해석함이 상당하고

⁵⁷⁾ Aubert et Savaux, *op.cit.*, n°188(p. 138).; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°1007(p.523).; H. et J. Mazeaud et Chabas, *op.cit.*, n°404(p. 404).

둘째, 사망 사고(즉사)의 경우, 피해자 보호를 위하여 피해자의 상속인들에게 가해자에 대한 배상청구권을 인정하기 위하여 파기원이 제3자를 위한 계약 이론을 도입하고 있다고 하였다. 우리나라의 경우, 시간적 간격설을 취함으로써 피해자를 보호하고 있다. 그 이론 구성을 어떻게 하느냐의 차이점은 있으나 궁극적으로 피해자를 보호하고자 하는 취지가 달성되고 있다는 점은 양 국가가 동일하다.

셋째, 프랑스에서 청구권 경합 문제를 실체법상 선택의 문제로 파악하고 있는 것과 우리나라에서 실체법상 양자의 병존의 가능성을 인정하되 소송상 선택적 병합으로 처리하고 있는 것 역시 그 실질에 있어서 차이는 없다고 생각한다. 양 국가 모두 채권자가 이중으로 배상받는 것을 허용하지 않는 점은 동일하기 때문이다.

넷째, 대법원은 1983년 전원합의체 판결로써 해상운송인이 발행한 선하증권에 기재된 면책약관의 효력을 계약 책임뿐만 아니라 불법행위 책임에도 적용된다고 판시한 바 있다.⁵⁸⁾ 그리고 1991년에 개정된 현행 상법 제746조에서는 선박소유자는 ‘청구원인의 여하에 불구하고’ 그 책임을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 프랑스 법원과 다수의 학자들이 청구권 불경합 원칙을 고수하고 있는 이유 중의 하나가 당사자 간에 책임제한 약정이 체결되어 있음에도 피해자가 불법행위책임을 추궁함으로써 그러한 약정의 효력을 배제하는 것은 타당하지 않다는 것이라는 점⁵⁹⁾을 고려해보면, 우리나라에서도 ‘부분적으로나마’ 위 대법원의 판결과 현행 상법 규정을 통해서 프랑스가 청구권 경합을 인정하지 않음으로써 추구하는 목적의 하나가 달성되고 있다고 볼 수 있을 것이다.

그밖에, 민사재판과 형사재판의 관계에 있어서 프랑스의 경우 형사판결에서

58) 大判(全合) 1983.3.22, 82다카1533(集 31-2) “..... 운송계약상의 채무불이행책임에 관하여 법률상 면책의 특칙이 있거나 또는 운송계약에 그와같은 면책특약을 하였다고 하여도 일반적으로 이러한 특칙이나 특약은 이를 불법행위책임에도 적용하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 없는 한 당연히는 불법행위 책임에 적용되지 않는 것이나, 운송물의 권리를 양수하여 선하증권을 교부받아 그 소지인이 된 자는 운송계약상의 권리를 취득함과 동시에 목적물의 점유를 인도받은 것이 되어 운송물의 소유권을 취득하여 운송인에 대하여 채무불이행책임과 불법행위책임을 아울러 추궁할 수 있게 되는 점에 비추어 볼 때 운송인이 선하증권에 기재한 면책약관은 채무불이행책임만을 대상으로 한 것이고 당사자 사이에 불법행위책임은 감수할 의도였다고 볼 수 없으므로 불법행위책임에 적용키로 하는 별도의 명시적, 묵시적 합의가 없더라도 당연히 불법행위책임에도 그 효력이 미친다”

59) Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, *op.cit.*, n°185(p.136).

판시된 내용은 민사재판을 구속하는 것이 원칙이고 우리나라의 경우는 구속을 받지 않는 것이 원칙이라고 하였다. 그러나 우리나라 판례상 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서 유력한 증거가 되고 있음에 비추어⁶⁰⁾ 이 문제 역시 소송 당사자들이 체감하는 실질적인 차이는 크지 않을 것이라고 생각된다.

물론 우리나라 판례와 같이 원칙적으로 청구권 경합 입장을 취하는 것이 프랑스 판례의 입장보다는 피해자 보호 면에 있어서 더 유리할 것으로 생각한다. 필자는 본 연구를 통해서 계약책임과 불법행위책임의 관계에 대한 프랑스의 입장과 우리나라의 입장 중 어느 것이 더 낫다는 평가를 내릴 수는 없었다. 다만, 비교법 연구자로서 외국법제를 피상적으로 인식함에 그치고 그 실체를 보지 못함으로써 그릇된 판단을 하는 우를 범해서는 안 되겠다는 점을 다시 느껴볼 수 있었다.

투고일 2009. 5. 7	심사완료일 2009. 6. 15	게재확정일 2009. 6. 16
----------------	-------------------	-------------------

※ 본문에 있는 프랑스 약어는 다음과 같다.

D. = Recueil Dalloz

Gaz. Pal. = Gazette du palais

JCP = La Semaine Juridique

obs. = observation (평석)

op.cit. = *opere citato* (앞의 책)

RTD = Revue trimestrielle de droit civil

※ 본문에 나와 있는 [] 표시는 필자가 이해의 편의를 위하여 원문에 없는 문구를 추가한 부분이다.

60) 註 43) 참조.

참고문헌

1. 국내문헌

李時潤, 新民事訴訟法 第5版, 博英社, 2009.

民法注解[XⅧ] 債權(11), 博英社, 2005.

2. 프랑스문헌

- 단행본

Alain Bénabent, *Droit civil- Les obligations*, 9^e éd., Montchrestien, 2003.

Alain Sériaux, *Droit des obligations*, 2^e éd., puf, 1998.

François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil - Les obligations*, 8^e éd., Dalloz, 2002.

Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, puf, 2000.

Geneviève Viney, *Traité de droit civil - Introduction à la responsabilité* 2^e éd., L.G.D.J., 1995.

Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, 11^e éd., Dalloz, 2000.

Henri et Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil - obligation théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998.

Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t.4 obligation I* par Paul Esmien, 1952.

Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2003.

Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, *Les obligations 2. Le fait juridique, Quasi-contrat, Responsabilité délictuelle*, Armand Colin, 1999.

Jean-luc Aubert et Éric Savaux, *Les obligations - 3. Le rapport d'obligation*, 4^e éd., 2006.

Jean Carbonnier, *Droit civil, t.4 Les obligations*, 22^e éd., puf, 2000.

- 법률잡지⁶¹⁾

Dalloz Sirey 1907 II (D. 1907. 2. 97, note Planiol.)

61) 정확한 인용 표기를 위해 위의 법률잡지 옆에 프랑스 판결 번호 또는 논문 제목과 평석자의 성명을 부가하였다.

- 1927 I (Req. 14 déc. 1926, DP 1927. 1. 105 note Josserand.)
 1933 I (Civ. 6 déc. 1932, DP 1933. 1. 137 note Josserand.)
 1959 II (Civ. 1^{re} 27 mai 1959, D. 1959. 524. note R.Savatier.)
 1968 II (Civ. 1^{re} 28 nov. 1967, D. 1968. 199.)
 1970 II (Civ. 1^{re} déc. 1969, D. 1970. 422, note Puech.)
 1973 II (Civ. 1^{re} 18 déc. 1972, D. 1973. 272 note Mazeaud.)
 1992 II (Civ. 11 jan. 1992. 1. 16.)
 1995 II (Civ. 1^{re} 17 jan. 1995, D. 95. 350 note P.Jourdain.)
 1997 IV (Civ. 1^{re} 17 déc. 1996, D. 1997. som. com. 288 obs. Delebecque.)
- Gazette du Palais* 1973 I (Civ. 1^{re} 18 déc. 1972, *Gaz. Pal.* 1936. 2. 353.)
- La Semiane Juridique* 1946 II (Civ. 6 mai 1946, *JCP* 1946 II 3236 note Rodière.)
 1950 I (R. Rodière, “*Etudes sur la dualité des regimes de responsabilité - la combinaison des responsabilités*”, *JCP* 1950 I 868)
 1959 II (Civ. 1^{re} 27 mai 1959, *JCP* 1959 II 11187 note P. Esmein.)
 1957 II (Civ. 9 janv. *JCP* 1957 II 9915 note Rodière.)
 1970 II (Civ. 1^{re} déc. 1969, *JCP* 1970 II 16645 note J-L Aubert.)
 1992 I (3625, G. Viney, “*Responsabilité Civile*”)
 1993 I (3727, G. Viney, “*Responsabilité Civile*”)
- Revue trimestrielle de droit civil* 1934 (P. Esmein, “*Concours de la responsabilité délictuelle avec la responsabilité contractuelle*”, p.339 et ss.)
 1971 (Civ. 1^{re} 9 mars 1970, *RTD* 1971. 139. obs. Durry)
 (Civ. 1^{re} déc. 1969, *RTD* 1971. 164 obs. Durry.)
 1980 (Civ. 1^{re} 9 oct. 1979, *RTD* 1980. 354 obs. Durry)
 1992 (Civ. 2^e 26 mai 1992, *RTD* 1992. 767, obs. Jourdain)

<Résumé>

Étude concernant le problème du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en France

Hayoon Yeo*

Le plaideur qui se plaint de l'inexécution d'une obligation contractuelle peut-il se placer sous l'empire de la responsabilité délictuelle? La Cour de cassation a posé nettement le principe dit du 《non-cumul》; *les art. 1382 et suiv. c.civ. sont sans application résultant d'un contrat*(Civ. 11 jan 1922, DP 1922. 1. 16.). C'est en contraste avec la jurisprudence en Corée du Sud qui admet le cumul des deux ordres de responsabilité.

Mais il y a des exceptions au principe: par exemple, Dans un premier temps lorsque l'inexécution du contrat résulte d'une *faute dolosive* ou d'une *faute lourde*, le créancier peut faire appel à la responsabilité délictuelle, Deuxièmement, les proches de la victime peuvent, soit accepter(la responsabilité est contractuelle), soit refuser(la responsabilité est alors délictuelle) la *stipulation pour autrui* conclue par le défunt. Dernièrement, lorsqu'une personne subit un dommage en portant secours à une autre, afin de lui accorder une réparation, la jurisprudence retient le plus souvent l'existence d'une *convention d'assistance*, d'autres exceptions existent cependant.

Je pense que la Cour de cassation connaissait la nécessité de protéger la victime. C'est pourquoi elle admet le domaine où l'on peut opter pour la responsabilité contractuelle ou la responsabilité délictuelle. Alors, à mon avis, il y a une ressemblance entre la France et la Corée du sud sur le problème du cumul des deux ordres de responsabilité.

* *Chargée de cours titulaire à l'Université Hongik, Docteur en droit.*

mots-clés: non-cumul des responsabilités, obligation de moyen, obligation de résultat, faute dolosive, faute lourde, convention d'assistance, stipulation pour autrui, protection de la victime