

## 프랑스 민법상 손해배상에 관한 합의\*

박 준 혁\*\*

### 〈국문초록〉

프랑스 민법전은 최근 많은 변화가 일어나고 있다. 채권법, 담보법이 개정되었고, 불법행위법은 개정이 예고되어 있다. 최근 불법행위법의 개정과 관련하여, 법무부(2017)와 상원(2020)에서 개정안을 제출하였으며, 해당 개정안에는 모두 손해배상에 관한 합의와 관련한 조문을 포함하고 있다.

2016년 개정된 현 프랑스 민법전 제1231-5조는 손해배상에 관한 합의에 대해 계약법의 범위에서 규정하고 있는데, 불법행위법과 관련한 개정안은 해당 조문이 또 한 번 개정될 것임을 예고하고 있다. 해당 개정안은 손해배상에 관한 합의의 2가지 방법, 손해배상의 책임 자체를 배제 또는 제한하는 방법과 위약금 약정을 규정하고 있으며, 이러한 손해배상의 합의와 관련한 조문들이 계약상 책임과 계약 외의 책임 모두에 적용되도록 규정한다. 이러한 점은 손해배상의 책임 자체를 배제 또는 제한하는 방법의 조문 내용 및 현 프랑스 민법전 제1231-5조와의 다른 용어의 사용 등에서 나타나는 부분이다. 이에 더하여, 불법행위의 손해배상과 관련하여서 법원의 조정권 인정 가능성과 다른 손해와 달리 신체 손해 등에 대해서는 보다 두텁게 보호하는 점 등이 그 특징이라 할 것이다.

프랑스의 불법행위법 개정안은 우리 민법의 내용과 상당히 다르다. 개정안의 불법행위 손해배상과 관련한 법원의 조정권이나 신체 손해에 대한 보호 강화 등은 우리 민법에도 참고할 만한 내용이라 생각된다. 다만 현재 제출된 프랑스 개정안은 그 해석이 확실하지 않은 부분이 여전히 존재하기 때문에, 앞으로의 개정 내용과 과정에 대해 계속된 주시 및 연구가 필요해 보인다.

주제어 : 프랑스 민법, 담보법, 손해배상의 합의, 위약금, 채무불이행, 불법행위

• 투고일 : 2023.12.13. / 심사일 : 2024.01.20. / 게재확정일 : 2024.01.22.

\* 본 논문은 2023년 10월 21일 경북대 법전원에서 개최된 한불민사법학회 추계학술대회에서 발표한 논문을 수정·보완한 것이다. 지정토론을 맡아주신 계명대 황원재 교수님과 부족한 논문에 귀한 조언을 해주신 익명의 심사위원께 감사드린다.

\*\* 울산대학교 법학과 조교수

## I. 서

프랑스 민법전 중 채권법은 이미 2016년에 개정이 완료됐지만, 불법행위 부분에 대한 개정은 오랜 기간 준비하였음에도 불구하고 아직 이루어지지 않았다. 불법행위 부분과 관련하여서, 채권법 개정 때와 동일하게 F. Terré와 P. Catala가 대표로 제시한 개정안이 있으며, 이에 영향을 받아 나를 최근 법무부와 상원에서 불법행위 부분에 관한 개정안을 공개하였다.

현 프랑스 민법상 손해배상에 관한 합의의 내용은 프랑스 민법전 제1231-5조에 규정되어 있다. 이는 2016년 개정 전 프랑스 민법전 제1152조, 제1126조 내지 제1233조에 해당하는 내용을 개정한 것으로, 상당한 수로 산재되어 있는 조문을 현 프랑스 민법전 제1231-5조, 단 한 조문으로 정리한 것이다. 이와 관련하여 불법행위에 관한 법무부개정안과 상원개정안에도 손해배상에 관한 합의의 조문이 발견된다.

본 논문은 프랑스 민법전 제1231-5조를 통해 현재 프랑스 민법상 손해배상에 관한 합의에 대한 연구와 제출된 개정안 중 나를 최신인 법무부개정안과 상원개정안의 손해배상에 관한 합의 조문에 대해 연구 및 소개하고자 한다. 현 민법 조문과 개정안의 공통점·차이점, 개정안의 구성 및 특징을 살피고, 이를 통해 우리 민법에 시사하는 바를 찾고자 한다.

## II. 프랑스 민법전 제1231-5조

### 1. 용어 정리

본 논문에서 다양한 프랑스 법률용어가 사용되고 그 의미가 비슷하므로, 용어로 인한 혼동을 줄이기 위해 먼저 관련 법률용어를 정리하고자 한다.

먼저, 약정(Clause)과 관련한 용어이다. 'Clause pénale'은 '위약금 약정'으로 번역한다. 또한, 'Clause punitive'는 '위약벌 약정'으로, 'Clause forfaitaire (d'indemnisation)'은 '(손해)배상액 약정'으로 번역한다.<sup>1)</sup> 해당 용어들을 간단히 살펴보면, 위약금 약정은 위약벌 약정과 배상액 약정으로 구분할 수 있으며, 전자는 손해 발생

1) 해당 용어 번역에 관하여는, 한불민사법학회, 「개정 프랑스채권법 해제」, 박영사, 2021, 346면 참조.

여부와 관계없이 계약불이행을 벌하기 위한 것이고 후자는 손해배상이 있는 경우 그 배상액의 약정을 의미한다.<sup>2)</sup>

과책(Faute)과 관련하여서는, ‘Faute intentionnelle’은 ‘의도적 과책’으로, ‘Faute dolosive’는 ‘고의적 과책’, ‘Faute lourde’는 ‘중과책’으로 번역한다.<sup>3)</sup> 의도적 과책은 당사자가 그 행위의 의사뿐만 아니라 손해를 일으키려는 의사까지 포함하는 과책인 반면,<sup>4)</sup> 고의적 과책은 행위의 의사는 있으나 손해를 일으키려는 의사는 없는 의사이다.<sup>5)</sup> 과거에는 의도적 과책과 고의적 과책을 구분하지 않고 고의적 과책을 의도적 과책과 동의어로 보았으나 현대에 들어서는 이를 구분하고 있다.<sup>6)</sup> 또한, 고의적 과책은 계약상 과책의 일종으로<sup>7)</sup> 계약관계 외에서는 사용되지 않는다.<sup>8)</sup>

그 외, ‘Dommages et intérêts’와 ‘Réparation’는 모두 손해배상으로 번역한다. 다만, 그 의미가 구분되며 이러한 점은 이하 논문의 내용에서 살핀다.

## 2. 프랑스 민법전 제1231-5조의 내용

현 프랑스 민법전 제1231-5조를 번역하면 다음과 같다.<sup>9)</sup>

### 프랑스 민법전 제1231-5조

- ① 계약으로 채무를 이행하지 않은 당사자가 손해배상금(dommages et intérêts)의 명목으로 일정한 금액(Certain somme)을 지급할 것을 약정한 경우, 이보다 많거나 적은 금액은 상대방에게 지급될 수 없다.
- ② 그럼에도 불구하고, 법관은, 합의된 위약금이 명백히 과다하거나 과소라면, 직권으로 이를 감액 또는 증액할 수 있다.
- ③ 채무가 부분적으로 이행된 경우, 합의된 위약금은 법관에 의하여 직권으로 부분적 이행이 채권자에게 가져올 이익에 비례하여 감액될 수 있고, 제2항의 적용에 영향을 미치지 아니한다.
- ④ 제2항 및 제3항에 반하는 약정은 기재되지 않는 것으로 본다.
- ⑤ 불이행이 확정적인 경우를 제외하고, 위약금은 채무자가 지체에 빠진 경우에만 부과된다.

2) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 déc. 1984, n° 83-11.788, Bull. civ. III, n° 207.

3) 프랑스 민법상 과책과 관련한 용어 번역과 그 자세한 내용에 관하여는, 황재훈, “프랑스법상 과책과 민사책임의 관계”, 저스티스 통권 제183호, 한국법학원, 2021. 참조.

4) G. Cornu, Vocabulaire juridique, 13<sup>e</sup> éd, PUF, 2020, p. 448.

5) *Ibid.*

6) *Ibid.*

7) *Ibid.*

8) 황재훈, 앞의 논문, 228면.

9) 번역 시, 자세히 살펴볼 필요성이 있는 용어는 프랑스 원어를 병기한다. 또한 프랑스 조문의 번역은, 한불민사법학회, 『프랑스민법전』, 박영사, 2023.을 따랐다.

1) 제1항의 내용과 프랑스 민법전 제1231-5조의 법적 성격

프랑스 민법전 제1231-5조 제1항은 손해배상의 합의에 대한 의의 규정이다. 해당 규정의 내용을 살피고, 그 법적 성격에 대해 살펴본다.

(1) 제1항의 구체적 내용

제1231-5조 제1항은 손해배상의 합의를 내용으로 하는 계약(Contrat)에 관한 것임을 명시적으로 규정하고 있다. 즉, 프랑스 민법상 손해배상의 합의는 본질상 계약이다.<sup>10)</sup> 따라서 프랑스 민법전 제1231-5조에서 규정하는 위약금 약정은 계약과 관련한 특징과 원칙에 영향을 받는다. 위약금 약정은 계약자유의 원칙에 따라 당사자 간 자유롭게 합의할 수 있으나 그 내용이 공공질서에 반하지 않아야 한다.<sup>11)</sup>

합의된 위약금 약정의 유효성(Validité)과 관련하여, 과거부터 소비자와 관련한 계약에서 문제가 되어 왔고, 이에 따르면 소비자의 계약불이행과 관련한 위약금 약정이 계약 당사자의 권리 및 의무 간 명백한 불균형을 발생시키지 않아야만 그 위약금 약정이 유효하다.<sup>12)</sup> 프랑스 법원은 일반 계약 당사자 사이의 불균형을 초래하는 위약금 약정은 인정되지 않는다고 보았으며, 프랑스 상법전에는 전문가 간 계약 당사자 사이의 불균형을 초래하는 위약금 약정도 인정되지 않는다고 규정되어 있다.<sup>13)</sup> 계약 내용의 불균형과 관련하여서는 프랑스 민법전 제1171조 부합계약과 관련하여서도 규정되어 있다.<sup>14)</sup> 즉, 부합계약으로 위약금 약정을 한 경우에도 당사자 간 명백한 불균형을 발생시키지 않아야 한다.

위약금 약정의 실효성(efficacité)과 관련하여, 위약금 약정은 계약이기 때문에 계약 당사자 간에만 유효하며, 이러한 위약금 약정을 알지 못하는 채무자의 보증인 등에게까지 적용되지 않는다.<sup>15)</sup>

10) G. Chantepie/M. Latina, Le nouveau droit des obligations, 2<sup>e</sup> éd, Dalloz, 2018, n° 688, p. 637.

11) *Ibid.*: M. Fabre-Magnan, Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, 6<sup>e</sup> éd, PUF, 2021, n° 1090, p. 844.

12) 프랑스 소비자법전(Code de la consommation) 시행령 제R. 212-2조 제3호는 자신의 채무를 이행하지 않은 비전문가 또는 소비자에게 비율적으로 과도한 보상액을 강제하는 경우 이러한 조항은 남용에 해당한다고 규정한다.

13) 해당 조문은 프랑스 상법전(Code de commerce) 제L. 442-6조 I. 제2호에 규정되어 있다.

14) 프랑스 민법전 제1171조 제1항 부합계약에서 당사자들의 권리와 의무 사이에 중대한 불균형을 가져오는 조항으로서, 당사자 일방에 의해 미리 정해져 교섭될 수 없는 모든 조항은 기재되지 않은 것으로 본다.

15) Cass. com., 3 avr. 2022, n° 98-21.393, Bull. civ. IV, n° 64.

## (2) 다른 민법전 조문과의 관계

위약금 약정의 내용을 포함하고 있는 계약이 무효이거나 해제된 경우 어떻게 되는가? 계약이 무효가 되면 당연히 계약의 내용인 위약금 약정 또한 무효가 된다. 다만, 프랑스 민법전 제1184조는 무효의 원인이 되는 계약 조항이 결정적인 내용일 경우에만 전부 무효가 된다고 규정하고 있으므로, 해당 조문에 따라 결정적이지 않은 일부 계약 내용만이 무효가 된 때에는 위약금 약정 조항이 무효가 되지 않을 수 있다.<sup>16)</sup>

또한, 프랑스 민법전 제1230조는 계약의 해제 시 그 계약의 내용 중 효력을 유지하는 조항에 대해 규정하고 있다.<sup>17)</sup> 해당 조문은 ‘분쟁의 해결에 관한 조항뿐만 아니라, 비밀유지조항과 경업금지조항과 같이 해제의 경우에서조차도 효력을 발생하는 것을 목적으로 하는 조항’으로만 규정하고 있고 위약금 약정 조항에 관하여서는 명확히 규정되어 있지 않다. 그러나 파기원이 위약금 약정 조항을 책임을 제한하는 약정으로 판시하였다는 것을 근거로,<sup>18)</sup> 제1230조의 ‘해제의 경우에서조차도 효력을 발생하는 것을 목적으로 하는 조항’에 위약금 약정 조항이 포함된다는 주장이 있다.<sup>19)</sup>

## (3) 제1231-5조의 법적 성격 : 불이행 제재의 방법, 손해배상의 약정

위약금 약정은 민법전 제1231-5조 제1항에 규정된 것과 같이 당사자가 채무 이행을 하지 않은 경우를 산정한다. 따라서 위약금 약정 조항은 계약 불이행 제재 방법의 특징을 갖는다.<sup>20)</sup> 또한, 프랑스 민법전 제1231-5조는 ‘손해배상의 명목으로 일정한 금액’을 그 내용으로 하기 때문에, 해당 위약금 약정은 손해배상의 성격을 갖는다.<sup>21)</sup>

한편 제1231-5조의 법적 성격에 대해, O. Deshayes를 비롯한 몇몇 학자는 제1231-5조가 위약금 약정 중 위약벌인지 배상액 약정인지 명확하지 않다고

16) 프랑스 민법전 제1184조 제1항 무효원인이 하나 또는 수개의 계약조항에만 영향을 미치는 경우, 하나 또는 수개의 계약조항이 당사자 쌍방 또는 일방의 의무부담을 결정하는 요소이었던 때에만 행위 전체를 무효로 한다.

17) 프랑스 민법전 제1230조 해제는, 분쟁의 해결에 관한 조항뿐만 아니라, 비밀유지조항과 경업금지조항과 같이 해제의 경우에서조차도 효력을 발생하는 것을 목적으로 하는 조항에도 영향을 미치지 않는다.

18) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2018, n° 16-28.684.

19) G. Chantepie/M. Latina, *op. cit.*, n° 688, p. 638.

20) G. Chantepie/M. Latina, *op. cit.*, n° 689, p. 638-639; P. Delebecque, “Art. 1231 à 1231-7 - Fasc. 22 : Régime de la réparation”, *JCl. civ.*, 2022, n° 27.

21) G. Chantepie/M. Latina, *op. cit.*, n° 690, p. 639.

주장한다.<sup>22)</sup> 그러나 그 외의 많은 학자는 제1231-5조를 배상액 약정으로 설명한다.<sup>23)</sup> 이에 대해 살펴보면 다음과 같다.

많은 학자는 제1231-5조의 배상액의 약정이 계약을 불이행한 당사자에게 사실상 이행을 압박하는 수단처럼 사용되기 때문에 계약불이행의 제재 역할과 동시에 위협적 역할을 한다고 설명한다.<sup>24)</sup> 대표적으로 B. fages는 위의 배상액의 약정은 2가지 목표가 있다고 설명하면서, 첫 번째는 손해배상의 목표, 두 번째는 사실상 이행을 하게 하는 압박의 목표가 있다고 본다.<sup>25)</sup> 이러한 주장은, 과기원이 손해가 발생하지 않은 경우에도 약정된 위약금이 지급될 수 있다고 본 판결에서,<sup>26)</sup> 이는 손해의 발생이 필요 없는 위약벌로서 지급되는 것이 아니라 계약 불이행 시 배상액의 약정의 손해배상적 목표를 달성하기 위해 지급되는 것이라 설명한다.<sup>27)</sup>

이와 관련하여 더욱 자세히 살펴보면, 프랑스 민법전은 개정 전 제1145조에 의해 채무불이행만으로도 손해배상이 인정된다는 입장이었으나, 2016년 개정으로 인해, 손해가 실질적으로 발생하여야 손해배상을 인정하는 취지로 그 표제를 제5부속절 “계약의 불이행으로 인한 손해의 배상”로 규정하였다. 즉 프랑스 민법전 제1231조 이하의 손해배상은 계약불이행의 제재 수단 중 하나로서 실질적 손해가 발생한 경우를 전제로 한다.<sup>28)</sup> 그러나 프랑스 민법전 제1231-2조를 추가적으로 살펴볼 필요성이 있다.<sup>29)</sup> 해당 조문에 따르면, 일반적으로 채권자에게 지불될 손해배상은 채권자가 입은 손실과 상실한 이익을 기준으로 한

22) O. Deshayes/T. Genicon/Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 521-522; P. Grosser, “Les sanctions de l’inexécution”, *Dr. et patrimoine*, mai 2016, p. 70-71.

23) P. Malinvaud/M. Mekki/J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 16<sup>e</sup> éd, LexisNexis, 2021, n° 844, p. 766; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18<sup>e</sup> éd, LGDJ, 2019, n° 438, p. 347; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n° 28.234, p.209; M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 1099, p. 852. 등이 있다.

24) 대표적으로 D. Mazeaud, B. Fages, G. Chantepie, M. Latina, 등이 있다.

25) B. Fages, *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd, LGDJ, 2017, n° 336, p. 283-284; 동일한 설명으로, A. Bénabent, *op. cit.*, n° 438, p. 347. 과기원도 동일하게 설명하였다. Cass., 29 janv. 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 43.

26) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 déc. 2006, n° 05-20.065; JCP 2007. II. 10024, note D. Bakouche; RDC 2007. 749, obs. S. Carval.

27) P. Lemay, “La clause pénale en nature”, *RTD com.* 2017. 801, n° 10s.

28) *한불민사법학회*, 앞의 책, 338면.

29) 프랑스 민법전 제1231-2조 채권자에게 지급되어야 할 손해배상은, 일반적으로 채권자가 입은 손실과 상실한 이익으로 하나, 다음의 예외 및 수정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

다. 하지만 그 예외로, 제1231-3조부터 제1231-5조의 경우에는 위와 달라진다. 즉 원칙적으로 손해가 실제로 발생할 것을 손해배상의 전제로 하지만, 제1231-5조는 법률에서 정하는 예외로서 손해가 실제로 발생하지 않아도 손해배상이 이루어질 수 있음을 규정한 것이다. 즉 손해가 실제로 발생하지 않았지만, 해당 위약금 약정은 손해배상액의 약정으로 손해배상적 목표에 따라 지급되는 것이다.

제1231-5조가 손해배상의 약정이라는 입장은 다른 계약 불이행의 제재 방법과의 해석에서도 나타난다. 개정 전 민법전 제1228조와 제1229조 제2항에 따르면 강제이행과 위약금 약정을 통한 손해배상은 동시에 행사될 수 없었다. 그러나 이러한 조문은 2016년 개정을 통해 삭제되었으며, 그 결과 현재 위약금 약정과 다른 불이행의 제재와의 관계는 일반 민법의 조문을 따른다. 현 프랑스 민법전 제1217조 제2항은 손해배상은 다른 제재에 추가로 주장될 수 있다고 규정하고 있기 때문에, 현재는 계약의 해제나 강제이행이 주장된 상황에도 손해배상이 추가로 주장될 수 있다.<sup>30)</sup> 이러한 개정의 결과로, 상대방의 채무불이행 경우, 예를 들어 당사자는 강제이행을 청구하면서 위약금 약정에 의한 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 청구의 결과로 일반적으로 계약상대방은 채무를 강제이행하면서 손해 발생의 여부와 관계없이 위약금 약정에 의한 손해배상을 하게 된다. 이때 계약상대방은 지체한 채무를 이행하였기 때문에 실제로 발생한 손해와 비교하여 위약금 약정이 과다한 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 비로소 법원에 의한 조정이 필요하게 되는 것이다.<sup>31)</sup> 이는 곧 제2항의 내용과 연결된다.

이에 더하여, 해당 조문에는 명시적으로 규정되어 있지 않으나, 해당 약정은 계약으로 사전에 손해배상액을 결정하는 계약으로 설명된다.<sup>32)</sup> 이는 개정 전 구 민법전에서 관련 있는 조문에 대한 파기원의 판시에서도 동일하게 나타난다.<sup>33)</sup> 즉, 위의 위약금 약정은 손해배상액을 사전에 합의하는 것으로 ‘예정’의 의미를 갖는다.

결과적으로, 제1231-5조의 위약금 약정은 손해배상액의 약정, 더 명확하게는 배상액 예정의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 제1231-5조 제1항에 따르면, 계약

30) G. Chantepie/M. Latina, *op. cit.*, n° 690, p. 639-640.

31) *Ibid.*

32) P. Malinuaud/M. Mekki/J.-B. Seube, *op. cit.*, n° 844, p. 766; M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, 2021, n° 1098, p. 852; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 438, p. 346.

33) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 janv. 2011 : RDC 2011, 817, obs. Y.-M. Laithier.

을 불이행 등 한 채무자가 일정 금액을 지급하는 것이고, 그 약정액보다 적거나 많이 지급할 수 없다. 따라서 계약을 불이행 한 자는 약정된 액만 지급할 의무를 지며 발생한 손해를 실제로 배상하는 것은 아니다. 파기원은 발생한 손해를 실질적으로 배상하여야 하는 다른 약정들과 달리 제1231-5조의 위약금 약정은 손해배상액 예정의 성격으로 구분된다고 보았다.<sup>34)</sup> 또한, 제1231-5조의 위약금 약정을 손해배상액의 예정으로 보는 것이 이하 조문에서 규정하고 있는 법원의 조정권과도 조화로운 해석이라 생각된다.

## 2) 제2항부터 제5항까지의 구체적 내용

제1항은 일정한 위약금이 당사자의 합의로 정해진 경우, 원칙적으로 합의된 위약금은 증액 또는 감액과 같은 변경이 불가능(Intangibilité)하도록 규정하였다.<sup>35)</sup> 이에 대한 예외가 제2항 및 제3항이다.

제2항 및 제3항은 합의된 위약금에 대해 법원이 갖는 권리이다. 제2항은 위약금이 당사자 간 합의되었다고 하더라도 그 위약금이 명백히 과다 또는 과소한 경우 법원이 직권으로 이를 조정할 수 있도록 하였다.<sup>36)</sup> 제3항은 채무가 부분적으로 이행되어 그 이행으로 인해 채권자가 이익을 얻었다면 이를 고려하여 법원이 합의된 위약금을 조정할 수 있도록 하였다. 제3항은 제2항의 적용을 배제하지 않기 때문에, 제2항과 제3항은 동시 적용이 가능하다. 예를 들어, 합의된 위약금이 과다한 경우 법원은 직권으로 이를 감액한 후(제2항), 당사자의 부분적 채무이행을 이유로 한 번 더 감액할 수 있다(제3항). 또는 반대로 위약금이 과소한 경우 법원이 직권으로 이를 증액한 후(제2항), 당사자의 부분적 채무이행을 이유로 감액할 수 있다(제3항).

제4항은 제2항 및 제3항에 반하는 약정은 그 효력이 없음을 규정한다.

제5항은 상대방이 채무불이행이 확정적인 경우를 제외하고는, 당사자가 상대방에게 합의된 위약금을 주장하기 위해서는 상대방을 최고로써 지체에 빠뜨려야 할 것을 규정하고 있다. 이는 위약금 약정이 계약불이행에 의한 제재 방법의 하나이므로, 상대방의 채무불이행을 전제로 하여야 하기 때문이다. 또한 최고로써 채무자에게 채무이행의 기회를 제공하는 목적도 있다.<sup>37)</sup>

34) Cass. com., 18 déc. 2007, n° 04-16.069. Bull. civ. IV, n° 265.

35) O. Deshayes/T. Genicon/Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 522.

36) 직권으로 법원이 조정할 수 있는 권리는 1985년 개정(Loi du 11 octobre 1985)으로 추가된 것이고, 이를 통해 당사자가 법원에게 조정을 요청하지 않아도 법원이 위약금에 대해 개입할 수 있게 되었다. A. Bénabent, *op. cit.*, n° 438, p. 348. 관련 판례로, Cass. com., 23 mars 1993, Bull. civ., IV, n° 114.



### III. 관련 불법행위법 개정안

프랑스는 오래전부터 민법전의 불법행위 부분을 개정할 것이라 예고하였지만, 2023년 현재까지 개정되지 않았다. 불법행위 부분은 손해배상과 아주 밀접한 관계가 있으므로 민법상 손해배상에 관한 규정은 한 번 더 개정될 것이라는 전망이 있으며,<sup>37)</sup> 이미 발표된 개정안을 볼 때 이러한 전망은 타당해 보인다. 본 논문에서는 불법행위법의 개정과 관련한 상원개정안과 법무부개정안을 살펴보고자 한다.<sup>38)</sup> 각 개정안의 순서를 보면, 법무부안이 2017년 3월에 마련되었으며, 상원안이 2020년 7월에 제출되었다.

앞서 설명한 바와 같이 위의 개정안에 영향을 준 학자들이 주도한 개정안도 있다. 2005년 파리2대학 교수인 까탈라가 주도하여 만든 개정시안이 있으며, 이후 2008년 파리2대학 교수인 페레가 주도하여 마련한 안이 있다. 이러한 교수들의 개정시안을 바탕으로 2009년 7월 상원은 계약책임부분의 개정과 관련한 28가지 권장 사항을 발표하였다.<sup>40)</sup> 이를 바탕으로 나뉘어 최근에 제출된 개정안들이 본 논문에서 살펴볼 법무부안과 상원안이다.

위 두 개정안을 기준으로 현 프랑스 민법전 제1231-5조와 어떠한 공통점과 차이점이 있는지를 살펴봄으로써 그 내용을 연구해 본다.

#### 1. 개정안과 프랑스 민법전 제1231-5조

개정안과 프랑스 민법전 제1231-5조를 비교하기 위해, 상원안을 먼저 살펴보면 다음과 같다. 손해배상에 관한 합의의 조문은 총 4조문으로 구성되어 있으며, 이 중 제1284조, 제1285조, 제1286조는 제1절(책임을 배제 또는 제한하는 조항: Les clauses excluant ou limitant la responsabilité)에 속해있다. 제2절(위약금 약정)은 제1287조 한 조문으로 구성되어 있다.

법무부안의 구성은 상원안과 비슷하게 4개의 조문으로 구성되어 있다. 제1부속절(손해배상을 배제 또는 제한하는 계약: Contrat excluant ou limitant la réparation)에 제1281조, 제1282조, 제1283조가 규정되어 있으며, 제2부속절(위

37) M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 1103, p. 854.

38) G. Chantepie/M. Latina, *op. cit.*, n° 674, p. 623.

39) 이하에서는, ‘법무부안’, ‘상원안’이라 한다.

40) Sénat, Réforme de la responsabilité civile, Exposé des motifs, texte n° 678(2019-2020), le 29 juillet 2020 : <https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/pp119-678-expose.html>.

약금 약정)에 제1284조 한 조문이 규정되어 있다.

이러한 개정안은 현 프랑스 민법전 제1231-5조와 밀접한 연관성이 있다. 상원안 제1287조와 법무부안 제1284조는 위약금 약정에 관한 조문으로, 그 내용이 현 프랑스 민법전 제1231-5조와 대동소이하기 때문이다. 해당 조문의 구성도 제1항부터 제5항까지로 되어 있는 것과 각 항이 규정하는 내용도 비슷하다.

다만 용어에 있어서 몇몇 차이점이 있다. 프랑스 민법전 제1231-5조 제1항은 '손해배상금의 명목으로 일정한 금액을 지급할 것'을 규정하면서, 손해배상은 'Dommages et intérêts'를, 일정한 금액은 'Certaine somme'의 용어를 사용하였다. 반면, 두 개정안은 '손해배상의 명목으로 일정한 위약금을 지급할 것'이라고 규정하면서, 손해배상은 'Réparation'의 용어를 사용하였고, 일정한 금액이 아닌 위약금 'Certaine pénalité'라고 규정하였다.

현 민법전의 '일정한 금액(Sommes)'이 법무부안과 상원안에서 '위약금(Pénalité)'으로 수정된 것은 실질적으로 큰 의미가 없고 다만 그 역할의 변화를 보여준다. 위약금이라는 표현은 역사적으로 살필 때 상대방을 압박 및 위협하는 특성이 드러난다. 따라서 법무부안과 상원안에서 손해배상의 약정과 더불어 상대방을 압박하는 목적도 강조한 것으로 해석할 수 있다.<sup>41)</sup>

손해배상과 관련하여 'Dommages et intérêts'에서 'Réparation'으로 개정안들이 수정한 것은 그 용어의 의미를 살펴볼 때 큰 변화이다. 일반적으로 민법전 제1231-5조에서 사용하는 용어인 'Dommages et intérêts'는 채무자가 자신의 채무를 불이행하거나 지체하거나 등을 원인으로 발생한 손해를 배상할 때 사용된다.<sup>42)</sup> 반면 'Réparation'에 대한 개념을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 비슷한 용어인 'Indemnisation'이 'Réparation'의 의미로 남용되고 있는데, 본래 'Indemnisation'은 발생한 손해의 전부 배상을 의미하는 반면에 'Réparation'은 전부 배상을 의미하는 'Réparation intégrale'과 부분 배상을 의미하는 'Réparation partielle'로 구분된다.<sup>43)</sup> 이러한 배경에서, 'Réparation'은 넓은 범위에서 책임있는 자가 발생시킨 손해에 대한 배상을 의미한다.<sup>44)</sup>

정리해보면 다음과 같다. 현 프랑스 민법전 제1231-5조와 개정안들의 위약

41) O. Gout, "Les convention sur la réparation", JCP G suppl., n° 30-35, 25 juillet 2016, n° 29, p. 51.

42) G. Cornu, *op. cit.*, p. 365. 이는 첫 번째 일반적인 의미로서의 'Dommages et intérêts'이고, 두 번째 의미로, 넓게 해석한다면 불법행위 등으로 인한 손해배상도 포함한다고 설명한다.

43) *Idem.*, p. 890.

44) *Ibid.*

금약정 관련 조문(상원안 제1287조, 법무부안 제1284조)는 그 구성과 거시적 관점으로 보았을 때 비슷하다. 다만, 민법전 제1231-5조의 ‘Dommages et intérêts’을 ‘Réparation’로 수정한 것이 발견되는데, 그 용어의 의미를 통해 살펴보면 프랑스 민법전 제1231-5조는 계약(채무)불이행에 관한 손해배상 조문으로 한정되어 있기 때문에 ‘Dommages et intérêts’의 용어를 사용한 것이고, 개정안들이 ‘Réparation’ 용어로 수정한 것은 위약금 약정에 해당하는 손해의 범위를 넓히고자 한 의도가 있다고 볼 수 있다. 즉 법무부안과 상원안의 ‘Réparation’ 용어의 수정은 위약금 약정 조항이 계약 범위 및 계약 외의 범위에서 적용되는 것을 내포하고 있는 것이다.<sup>45)</sup> 이러한 의도는 개정안들의 앞부분(상원안 제1284~1286조, 법무부안 제1281~1283조)의 손해배상의 배제 및 제한과 관련한 조문에 정리되어 있다.

## 2. 개정안의 구체적 내용

### 1) 개정안이 규정한 손해배상에 관한 합의의 2가지 방법

상원안과 법무부안은 손해배상에 관한 합의의 내용으로 표제를 정한 후, 하위에서 2개로 구분하여 살피고 있다. 상원안은 제5장 책임에 관한 약정(Chapitre V Les clauses portant sur la responsabilité)의 하위로 제1절 책임을 배제 또는 제한하는 약정(Section 1 Les clauses excluant ou limitant la responsabilité), 제2절 위약금 약정(Section 2 Les clauses pénales)으로 구분한다. 법무부안은 제3절 손해배상에 관한 계약(Section 3 Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice)의 하위로 제1부속절 손해배상을 배제 또는 제한하는 계약(Sous-section 1 Contrats excluant ou limitant la réparation), 제2부속절 위약금 약정(Sous-section 2 Les clauses pénales)을 두고 있다.

상원안은 ‘약정’으로, 법무부안은 ‘계약’으로 표현한 것만 차이가 있다(이하에서는, ‘약정’으로 통일하여 사용한다). 두 개정안에 따르면, 손해배상에 관한 합의의 방법은 2가지로, 책임을 배제하거나 제한하는 약정과 위약금 약정이 있다. 먼저 책임을 배제하거나 제한하는 약정을 살핀다. 위약금 약정은 민법전 제1231-5조와 대동소이함을 앞에서 설명하였으므로 이어서 간단히 살핀다.

45) O. Gout, *op. cit.*, n° 32, p. 51-52.

## (1) 첫 번째 방법 : 책임을 배제하거나 제한하는 약정

상원안과 법무부안에서 손해배상의 배제 및 제한에 관한 규정은 대동소이하다. 먼저 구성면에서 모두 3개의 조문을 두고 있다. 조문의 순서 면에서는 상원안은 1) 손해배상의 배제 및 제한에 관한 총칙, 2) 계약상 범위의 경우 조항의 효력, 3) 계약 외의 범위의 경우 조항의 효력에 대해 나열한 반면, 법무부안은 1) 손해배상의 배제 및 제한에 관한 총칙, 2) 계약 외의 범위의 경우 조항의 효력, 3) 계약 내의 범위의 경우 조항의 효력 순으로 규정하고 있다. 아래에서는 상원안의 순서를 기준으로 살펴본다.

## 가) 책임을 배제하거나 제한하는 약정에 관한 총칙 조항

상원안	법무부안
제1284조 ① 법률에 다른 규정이 없는 한, 책임을 배제 또는 제한의 목적이 있는 조항은 유효하다. ② 다만, 누구도 신체적 손해를 원인으로 한 책임을 제한하거나 배제할 수 없다.	제1281조 ① 손해배상을 배제 또는 제한하는 목적을 가진 계약은 원칙적으로 계약이나 계약 외의 범위에서 모두 유효하다. ② 다만, 신체적 손해의 경우 그 책임이 계약에 의해 제한되거나 배제될 수 없다.

순서상 첫 번째로 규정되어 있는 조문은 책임의 배제 및 제한에 관한 총칙 조항이다. 이는 상원안 제1284조와 법무부안 제1281조에 규정되어 있다. 상원안은 제1항에 ‘법률에 다른 규정이 없는 한, 책임을 배제 또는 제한의 목적이 있는 조항은 유효하다’라고 규정하였다. 법무부안 제1항은 이를 더 명확하게 ‘손해배상의 배제 또는 제한의 목적이 있는 계약은 원칙적으로 계약이나 계약 외의 범위에서 모두 유효하다’라고 규정한다. 즉, 개정안들의 위약금 약정 조문은 계약상 손해배상의 범위에만 적용되는 프랑스 민법전 제1231-5조와 그 범위가 확실히 다름을 규정한 것이다. 이는 앞서 설명한 프랑스 민법전과 개정안에서 사용되는 ‘Dommages et intérêts’와 ‘Réparation’의 용어의 차이에서도 내포된 내용이다.

각 개정안 동조 제2항은 손해배상의 배제 및 제한을 할 수 없는 경우를 규정하면서, 모두 신체적 손해의 경우에는 그 책임을 제한하거나 배제할 수 없다고 규정하고 있다. 이는 사람의 신체는 계약의 목적물이 될 수 없고 신체는 보호되어야 하는 것이 공공질서에 타당하다고 보기 때문이다.<sup>46)</sup>

이를 정리하면, 당사자는 손해배상의 책임의 배제 또는 제한에 관하여 법률

46) A. Bénabent, *op. cit.*, n° 434, p. 344.

의 규정이 없는 한 계약이나 계약 외의 범위에도 자유롭게 합의할 수 있으나, 신체적 손해에 대한 책임은 제한 또는 배제할 수 없다.

나) 계약 상 범위에서 책임을 배제하거나 제한하는 약정의 효력

상원안	법무부안
제1285조 계약상 범위인 경우, 책임을 제한하거나 배제하는 조항은 중과실 또는 고의적 과책의 경우에는 그 효력이 없다.	제1283조 ① 계약상 범위의 경우, 손해배상을 제한하거나 배제하는 조항은 채무자의 의도적 과책 또는 중과책이 있는 경우나 합의된 본질적 채무의 범위와 모순되는 경우에는 효력이 없다. ② 또한, 위의 조항들은 계약이 성립되기 전 상대방이 해당 조항들을 알 수 없었던 경우에도 효력이 없다.

순서상 두 번째로 규정되어 있는 조문은 계약 내의 범위의 경우 약정의 효력에 관한 내용이다. 이는 상원안 제1285조와 법무부안 제1283조에 규정되어 있다. 두 조문 모두 일정한 과책이 있는 경우 책임을 배제·제한하는 조항은 효력이 없음을 규정하고 있다는 점에도 동일하다. 다만, 과책과 관련한 용어를 비롯하여 몇 가지 차이점이 있다.

먼저 상원안은 책임을 배제 또는 제한하는 조항과 관련하여서 ‘중과책 또는 고의적 과책’이 있는 경우 해당 조항은 효력이 없음을 규정하고 있으며, 법무부안은 ‘의도적 과책 또는 중과책의 경우’에 효력이 없음을 규정하고 있다. 즉 과책에 관한 용어와 관련하여 차이가 있다. 두 번째, 법무부안은 ‘합의된 중요 채무의 내용과 모순된 경우’를 추가하고 있다. 세 번째, 법무부안은 제1283조 제2항으로 ‘위의 조항들로 대항받는 당사자가 계약 성립 전에 해당 조항을 알 수 없었던 경우에도 효력이 없다’는 내용을 추가하고 있다. 이에 대해 살펴보면 다음과 같다.

첫 번째로, 용어에 있어서 고의적 과책(Faute dolosive)과 의도적 과책(Faute intentionnelle)의 차이가 존재한다. 앞서 살핀 바와 같이, 의도적 과책은 당사자가 그 행위의 의사 뿐 아니라 손해를 일으키려는 의사까지 포함하는 과책인 반면,<sup>47)</sup> 고의적 과책은 행위의 의사는 있으나 손해를 일으키려는 의사는 없는 과책이다.<sup>48)</sup> 따라서 손해의 의사가 없는 과책인 고의적 과책을 인정하고 있는 상원안이 의도적 과책을 규정하고 있는 법무부안보다 넓은 범위로 과책을 인

47) G. Cornu, *op. cit.*, p. 448.

48) *Ibid.*

정하고 있다.

그러나 법무부안에 대한 설명을 살펴보면 이를 다르게 설명하고 있다. 페레시안과 까탈라시안에서 이미 ‘고의적 과책’을 요건으로 규정하였고, 이를 법무부안에서 이를 ‘의도적 과책’으로 수정한 것이 법무부안의 혁신적인 부분이라 설명한다.<sup>49)</sup> 고의적 과책은 계약상 책임과 관련한 용어인데, 법무부안은 ‘고의적 과책’이라고 규정하였을 때 계약 체결상 발생한 과책과 관련하여서 혼동이 발생할 여지가 있기 때문에, 중립적이고 더욱 명확한 의미를 위해 ‘의도적 과책’이라 수정하였다고 한다. 이러한 설명에 의하면, 법무부안의 ‘의도적 과책’은, 보험법전의 해석에 따른 파기원의 개념, 즉 행위의 의사와 손해를 일으키려는 의사가 포함된 과책이라 설명하는 개념과 다름을 강조한다.<sup>50)</sup> 따라서, 법무부안에서의 의도적 과책의 의미는 고의적 과책과 동일하게 손해를 일으키려는 의사가 없어도 인정되는 것이며, 단지 계약에 국한된 과책의 개념을 쓰지 않기 위해 의도적 과책의 용어를 사용한 것이다.<sup>51)</sup>

결과적으로 두 개정안 모두 손해의 의사가 없는 과책까지 넓게 그 범위를 인정하려는 것으로 판단된다.

두 번째, 법무부안은 ‘합의된 중요 채무의 내용과 모순된 경우’를 규정하므로 상원안과 차이가 있다. 법무부안의 위와 같은 내용이 무엇을 의미하는지 그 설명이 부족하여 명확히 알 수 없지만, 일부 설명에 따르면 해당 내용은 프랑스 민법전 제1170조의 내용을<sup>52)</sup> 한 번 더 확인하면서 부당한 조항의 제재를 강조하고자 추가하였다고 한다.<sup>53)</sup> 상원안과 관련한 해당 내용의 설명은 발견되지 않지만, 생각건대 프랑스 민법전 제1170조로 충분히 합의된 계약 내용이 중요 채무 내용과 모순된 경우 그 효력이 인정되지 않기 때문에 별도로 조문을 두지 않았다고 볼 수 있다.

세 번째, 법무부안은 제1283조 제2항으로 ‘위의 조항들로 대항받는 당사자가 계약 성립 전에 해당 조항을 알 수 없었던 경우에도 효력이 없다’고 규정하고 있다. 그러나 상원안에서는 이러한 내용을 규정하고 있지 않다. 또한, 법무부안의 이러한 내용을 설명하고 있는 문헌도 발견되지 않는다. 생각건대, 당사자

49) O. Gout, *op. cit.*, n° 14, p. 49.

50) *Ibid.*

51) O. Gout는 이러한 입장으로 안에서의 의도적 과책의 의미와 중과책을 동시에 표현할 수 있는 용어로, ‘Faute inexcusable(용서불가과책)’으로 수정할 것을 주장한다. *Ibid.*

52) 프랑스 민법전 제1170조 채무자의 본질적 채무의 실질적인 내용을 박탈하게 하는 모든 조항은 기재되지 않는 것으로 본다.

53) O. Gout, *op. cit.*, n° 13, p. 49.

간 합의 하에 손해배상을 배제 또는 제한하는 조항을 마련하는 것이기 때문에, 법무부안 동조 제2항이 상정하고 있는 ‘당사자가 해당 조항을 알 수 없는 경우’는 손해배상을 배제·제한하는 조항(계약)의 성립의 측면에서 해석상 어긋나는 면이 있어 상원안에서는 규정하지 않는 것으로 생각된다.

다) 계약 외의 범위에서 책임을 배제하거나 제한하는 약정의 효력

상원안	법무부안
제1286조 계약 외의 범위인 경우, 누구도 과책에 대한 책임을 배제하거나 제한할 수 없다.	제1282조 ① 계약 외의 범위의 경우, 과책에 의해 발생한 손해에 관한 배상을 배제하거나 제한할 수 없다. ② 무과실 책임의 경우, 이 계약은 피해자가 그 계약에 대해 명백한 방법으로 동의했음을 입증한 경우에만 유효하다.

순서상 세 번째로 규정되어 있는 조문은 계약 외의 범위의 경우 조항의 효력에 관한 조문이다. 이는 상원안 제1286조와 법무부안 제1282조에 규정되어 있다. 상원안의 해당 조문은 ‘계약 외의 범위인 경우, 누구도 과책에 대한 책임을 배제하거나 제한할 수 없다’고 규정하였고 이는 법무부안 제1282조 제1항의 내용과 비슷하다. 즉, 두 개정안 모두 계약 외의 책임인 경우 과책이 있는 경우에 관하여 손해배상 책임을 제한하거나 배제할 수 없다고 규정한다.

그렇다면 무과책인 경우는 어떻게 되는가? 상원안은 계약 외의 경우에 있어서 무과책인 경우에 대해 아무런 조문을 두고 있지 않는다. 반면 법무부안은 동조 제2항에 ‘무과책의 경우, (손해배상을 배제 또는 제한하는) 계약은 피해자가 그 계약에 대해 명백한 방법으로 동의하였음을 당사자가 입증한 경우에 유효하다’고 규정하고 있다. 즉 법무부안에 따르면, 무과책의 경우 해당 계약에 대해 피해자가 명백히 동의하였을 경우에만 손해배상을 배제 또는 제한하는 계약이 유효하다. 이러한 법무부안은 페레시안과 까탈라시안에서는 규정하지 않았던 내용을 추가한 것이다. 법무부안의 설명에 따르면, 계약 당사자 이외의 제3자에게 손해가 발생한 경우를 상정하여 이 경우에 계약 당사자가 손해배상의 배제 또는 제한에 관한 조문을 제3자에게 원용할 수 없도록 하고자 추가하였다고 한다.<sup>54)</sup> 하지만, 법무부안 제1282조 제2항은 무과실의 경우 피해자가 책임의 배제 또는 제한과 관련하여 명백한 방법으로 ‘동의(acceptation)’할 것

54) *Idem.*, n° 21, p. 50.

을 요건으로 하는데, 계약의 제3자가 이에 대해 인지가 아닌 명백한 방법으로 동의할 가능성이 거의 없을 것이라는 비판도 제기된다.<sup>55)</sup>

파기원은 과거부터 계약 외 범위의 경우에 특정 과실이 없이 발생한 손해와 관련한 사안에서 책임을 회피하는 조항을 인정하였다.<sup>56)</sup> 또한, 학자들 사이에서도 위의 경우에 책임을 제한하는 조항의 인정이 주장되었다.<sup>57)</sup> 이를 볼 때, 무과책인 경우 당사자의 책임이 배제되거나 제한되어야 함이 판례와 일반적인 학자들의 주장으로 파악된다.

이러한 배경으로 상원안을 살펴보면, 법무부안과 같이 ‘명백한 동의’를 요구한 조문이 없으므로, 계약 외의 범위에서 무과책 손해가 발생한 경우 그 손해배상을 제한 또는 배제하기 위해 합의된 조항은 유효하다고 해석될 것으로 보인다.

## (2) 두 번째 방법 : 위약금 약정

상원안	법무부안
<p>제1287조<sup>58)</sup></p> <p>① 계약으로 채무를 이행하지 않는 당사자가 손해배상의 명목으로 일정한 위약금을 지급할 것을 약정한 경우, 이보다 많거나 적은 금액은 상대방에게 지급될 수 없다.</p> <p>② 그러나, 법원은 합의된 위약금이 명백히 과다하거나 과소인 경우 직권으로 이를 감액 또는 증액할 수 있다.</p> <p>③ 채무가 부분적으로 이행된 경우, 합의된 위약금은 법원에 의하여 직권으로 부분적 이행이 채권자에게 가져올 이익에 비례하여 감액될 수 있으며, 이 경우 제2항의 적용은 별개로 한다.</p> <p>④ 제2항과 제3항에 반하는 약정은 기재되지 않는 것으로 본다.</p> <p>⑤ 불이행이 확정적인 경우를 제외하고 위약금은 채무자가 지체에 빠진 경우에만 부과된다.</p>	<p>제1284조</p> <p>① 계약으로 채무를 이행하지 않는 당사자가 손해배상의 명목으로 일정한 위약금을 지급할 것을 약정한 경우, 이보다 많거나 적은 금액은 상대방에게 지급될 수 없다.</p> <p>② 그러나, 법원은 합의된 위약금이 명백히 과다하거나 과소인 경우 직권으로 이를 감액 또는 증액할 수 있다.</p> <p>③ 채무가 부분적으로 이행된 경우, 합의된 위약금은 법원에 의하여 직권으로 부분적 이행이 채권자에게 가져올 이익에 비례하여 감액될 수 있으며, 이 경우 제2항의 적용은 별개로 한다.</p> <p>④ 전2항에 반하는 약정은 기재되지 않는 것으로 본다.</p> <p>⑤ 불이행이 확정적인 경우를 제외하고 위약금은 채무자가 지체에 빠진 경우에만 부과된다.</p>

상원안과 법무부안에서 손해배상에 관한 합의의 두 번째 방법으로 위약금 약정을 규정하고 있다. 상원안의 제1287조와 법무부안의 제1284조가 이에 해당한다. 앞에서 미리 살핀 바와 같이 개정안의 해당 조문들은 프랑스 민법전 제1231-5조와 구성과 그 내용에 있어서 대동소이하다. 따라서 프랑스 민법전 제

55) *Idem.*, n° 22, p. 50.

56) Cass. civ., 12 déc. 1899 : DP 1900, jurispr. p. 361, note. F. Génys.

57) B. Starck, Droit civil : Obligations : Litec, t. 2, 1972, n° 22 à 24.

58) 해당 개정안의 원문상 프랑스 민법전 제1231-5조와 다른 부분을 밑줄로 표시하였다. 이는 법무부안에서도 동일하다.



1231-5조와 다른 부분만 정리해보고자 한다.

현 프랑스 민법전의 손해배상에 관한 합의와 관련한 위약금 약정 조문은 채권법 중 계약 불이행의 제재 방법의 하나로 규정되어 있다. 따라서 그 범위가 계약에 있어서 불이행으로 한정되어 있고, 이를 반영하여 손해배상과 관련한 용어에서 채무자가 자신의 채무를 불이행하거나 지체 등을 원인으로 발생하는 손해배상인 ‘Dommages et intérêts’를 사용하였다.

반면, 개정안들은 위약금 약정 조항의 위치를 계약법이 관련 부분이 아닌 “책임에 관한 조항” 또는 “책임의 효과”에 두고 있다. 용어에 있어서도 손해배상과 관련하여 손해에 책임이 있는 자가 하는 손해배상을 의미하는 ‘Réparation’으로 수정하였다. 곧 조문의 위치 및 조문의 용어에서 위약금 약정의 조항의 범위가 계약 및 계약 외의 범위까지 넓혀지는 것을 나타내고 있다.

그러나 개정안의 원문을 살펴보면, ‘Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l’exécuter...’라고 규정되어 있어, 직역하면 ‘계약을 이행하지 않는 자’로 한정되어 해석된다. 이와 관련하여, 위약금 약정 조항은 계약상과 계약 외의 책임에 관한 것임에도 불구하고, 해당 개정안의 이를 반영하지 못하는 등 그 내용이 명확하지 않다는 지적이 있다.<sup>59)</sup> 해당 주장은 위의 ‘계약을 이행하지 않는 자’ 부분을 ‘의무’를 이행하지 않을 것으로 포괄적으로 수정함으로써 더 명확하게 계약 외의 범위에서도 유효하다는 문장을 추가할 것을 제안한다.<sup>60)</sup>

해당 용어의 변경과 학자의 주장을 살필 때, 해당 위약금 약정 조항은 계약 외의 범위에서까지 인정한다고 보는 것이 나름 타당해 보인다. 이 점은 위의 수정안처럼 개정될지 또는 수정되지 않고 용어와 관련하여 확대 해석상 인정될지는 앞으로 프랑스의 법 개정과 그에 대한 해석을 살펴보아야 할 부분이다.

또한, 현 프랑스 민법전 제1231-5조의 위약금 약정은 손해배상의 예정으로 본다.<sup>61)</sup> 이와 관련하여, 개정안의 해당 조문도 손해배상의 예정으로 봐야 할 가능성이 크다. 다만, 불법행위까지 그 범위를 넓혔기 때문에 불법행위 시 받

59) O. Gout, *op. cit.*, n° 31s, p. 51-52.

60) *Ibid.* 해당 주장에 따른 수정안은 다음과 같다. “의무를 이행하지 않는 당사자가 손해배상의 명목으로 일정한 위약금을 지급할 것을 약정하는 계약은 계약상 범위와 계약 외의 범위에서 모두 유효하다. 이 경우, 약정보다 더 많거나 적은 금액은 상대방에게 지급될 수 없다.” 원문은 다음과 같다. “Les contrats ayant pour objet de stipuler que celui qui manquera d’exécuter ses obligations paiera une certaine pénalité à titre de réparation sont valables aussi bien en matière contractuelle qu’extracontractuelle. Dans ce cas, il ne peut pas être alloué à l’autre partie une pénalité plus forte ni moindre.”

61) 이에 관하여는, 앞의 II. 2. 1) 제1항의 내용과 프랑스 민법전 제1231-5조의 법적 성격 참조.

생하는 손해배상까지 예정할 수 있다고 볼 수 있는지에 대해서, 예를 들어 신체를 보호하는 것을 계약 내용으로 하는 경호 계약에서 보호받는 의뢰자가 제3자의 가해행위로 인해 부상당한 경우 불법행위 시 손해배상의 예정은 의미가 있다는 설명이 있다.<sup>62)</sup>

개정안의 위약금 약정 조문은 첫 번째 방법인 책임을 배제하거나 제한하는 약정과 어떠한 관계가 있는가? 법무부안에 대한 설명을 보면, 책임을 배제하거나 제한하는 약정은 여러 모습과 내용으로 합의가 가능할 것인데, 기술적으로 위약금 약정으로 연결될 가능성이 매우 크다고 본다.<sup>63)</sup>

### 3. 소결

개정안에서의 책임은 계약상 책임과 계약 외 책임을 모두 포함한다. 개정안은 그 책임에 관한 합의 또는 손해배상에 관한 합의의 방법, 개정안의 표현에 따르면 ‘책임에 관한 조항(또는 책임의 효과)’에는 두 가지 방법이 있다. 이를 정리해보면 다음과 같다.

첫 번째는 손해배상의 책임 자체를 배제하거나 제한하는 약정(계약)이다. 따라서 양 당사자가 해당 약정을 한 경우에는 손해배상 책임 자체가 배제되거나 제한된다. 두 번째는 위약금 약정이다. 이는 손해배상 책임 자체를 배제하거나 제한하지 않기 때문에 채무를 이행하지 않은 당사자에게 손해배상의 책임이 발생한다는 면에서 첫 번째 약정과 차이가 있다. 위약금 약정은 손해배상의 책임은 있으나 그 손해배상을 원인으로 하는 배상금을 미리 약정하여 실제 발생한 손해와 다른 배상금을 지급할 수 있도록 하는 약정이다. 채무를 이행하지 않는 자의 책임을 배제·제한하는 것인지 또는 인정하는 것인지에 따라 두 방법이 구분될 수 있다.<sup>64)</sup>

결론적으로, 손해배상에 관한 합의와 관련한 개정안들은 공통으로 계약상 책임과 계약 외의 책임을 같이 규정하려는 의도와 손해배상의 책임을 배제 또는 제한하는 방법과 위약금 약정, 2가지를 규정하려는 의도가 발견된다.

62) O. Gout, *op. cit.*, n° 32, p. 51-52. 위의 학자는 이 경우 제3자의 불법행위로 인한 손해에 관하여 경호원과 의뢰자가 배상액을 예정할 수 있다고 주장한다.

63) *Idem.*, n° 25, p. 51.

64) F. Chénéde는 전자는 손해배상의 한도(plafond)를 결정하는 것이고, 후자는 손해배상액을 결정하는 것이라 표현하였다. F. Chénéde, *op. cit.*, n° 28.234, p.209.

#### IV. 우리 민법에의 시사점

우리 민법의 손해배상에 관한 합의와 관련된 조문은 민법 제398조 배상액의 예정 조문이다. 해당 조문은 채무불이행과 관련한 손해배상 조문이며, 동조 제2항에 법원의 감액권을 인정하고 있다. 또한, 동조 제4항에 따르면, 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다고 규정하고 있다. 즉 해당 합의가 위약벌이 아니면 제398조에 따라 손해배상액의 예정으로 보며, 그 액수가 부당히 과다한 경우 법원이 이를 감액할 수 있다.

우리 민법 제398조와 프랑스법상 주장되는 손해배상에 관한 합의의 내용과 먼저 비교 후, 우리 법에의 시사점을 살피고자 한다.

##### 1. 우리 민법과 프랑스법의 차이점

첫 번째, 손해배상에 관한 합의에 관한 방법이 우리나라는 민법 제398조 배상액의 예정, 한 가지 방법뿐이다. 현 프랑스 민법전도 제1231-5조에 따라 위약금 약정, 사실상 배상액의 약정 조문을 통해 한 가지 방법만 규정하고 있다. 다만 개정안을 통해 볼 수 있듯이, 프랑스는 책임 자체를 배제 또는 제한하는 약정을 추가 신설할 가능성이 크다.

두 번째, 손해배상책임의 범위이다. 우리 민법 제398조는 채무불이행의 경우 발생하는 손해에 대해 미리 약정하는 것이다. 현 프랑스 민법전도 계약불이행의 제재 방법으로 제1231-5조를 규정하기 때문에, 우리 민법과 현재는 동일한 범위라 볼 수 있다. 그러나 개정안을 통해 볼 수 있듯이, 프랑스는 손해배상에 관한 합의에 해당하는 책임의 범위를 계약상 책임과 계약 외의 범위를 모두 포함하여 개정될 가능성이 높다.

다만, 프랑스의 손해배상에 관한 합의의 조문이 우리 판례와 같이 불법행위에 대해서는 배상액의 예정이 인정되지 않음을 원칙으로 하고 채무불이행과 같은 원인인 불법행위로 인해 발생한 손해배상채무에는 예외적으로 인정하는 것인가에 대해서는 불명확하다.<sup>65)</sup> 생각건대, 만약 채무불이행을 전제로 하는 위약금 조문이라고 하면, 현 프랑스 민법전과 같이 제1231-5조 계약법 부분에서 규정하는 것이 더 타당하며, 용어의 변경도 필요하지 않았을 것이다. 그러나 조문의 위치와 용어의 변경 등을 고려하여 볼 때, 프랑스의 계약 외의 범위

65) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다274270·274287 판결.

에서 우리 판례의 입장과 같이 채무불이행을 전제로 위약금 약정 등을 인정하는 것인지에 대해서는 확실하지 않다.

세 번째, 배상액의 약정에 있어서, 우리 민법은 법원의 감액권만 인정하지만, 프랑스는 법원의 감액권뿐 아니라 증액권도 포함하고 있다. 이는 현 프랑스 민법전과 개정안에서 동일하게 규정되어 있는 법원의 권리이다.

네 번째, 우리 민법전에는 규정이 없으나 프랑스 개정안에서 보이는 특징들이 있다. 신체적 손해에 대한 책임은 제한이나 배제될 수 없음을 명문화한 것과 계약 외의 범위에서 당사자의 과책으로 인한 손해에 대한 책임 또한 배제하거나 제한할 수 없음을 명문화한 조문이 특징적이라 볼 수 있다.

## 2. 불법행위와 관련한 시사점

위에서 살핀 바와 같이, 우리 민법에서 배상액의 합의와 관련한 조문은 제 398조뿐이며, 해당 조문은 채무불이행의 손해의 경우라는 범위의 제한을 받고 있다. 그러나 우리 민법은 불법행위의 경우 손해배상액의 합의가 인정될 수 있는지, 인정된다면 추후 확대손해 등으로 합의의 효력을 부인할 수 있는지에 대해 논란이 많다.

### 1) 우리 법상 불법행위와 손해배상의 합의

불법행위의 손해와 관련하여 배상액의 합의가 가능한지에 대해, 우리 학설은 전반적으로 긍정하면서 다만 확대손해의 발생 시 이미 이루어진 합의를 어떻게 다룰 것인가에 집중하고 있다. 판례는 불법행위와 관련한 손해배상 합의의 여부에 대한 것과 확대손해가 있는 경우 합의된 내용의 효력에 대한 것 모두 발견된다.

#### (1) 불법행위와 손해배상의 합의

대법원은 불법행위에 대한 손해배상의 내용을 포함한 이미 마련된 합의서에 서명·날인한 사안에서, 해당 합의서가 미리 마련되어 인쇄되었다는 것을 이유로 예문으로 볼 수 없다고 보았다.<sup>66)</sup> 즉 해당 합의서의 내용대로 합의가 이루어진 것으로 보았다. 다만 예외로 다른 피해자들과 합의금을 비교하였을 때 상당히 불합리하거나,<sup>67)</sup> 합의에 있어서 가해자 측이 중용한 경우에는 해당 합의

66) 대법원 1966. 10. 4. 선고 66다1479 판결.

가 이루어지지 않는 것으로 보았다.<sup>68)</sup> 이와 관련하여, 기존의 합의를 인정해주지 않는 근거로, 불공정행위에 의한 것, 착오에 의한 것 등이 있다.<sup>69)</sup>

일반적으로 판례는 위와 같은 예외를 제외하고는 불법행위와 관련하여 손해배상의 합의가 가능한 것으로 보았다. 학설도 이를 전반적으로 긍정하는 것으로 보인다.

## (2) 손해배상의 합의와 불법행위로 인한 후속손해

위에서 설명한 바와 같이 일반적으로 학설과 판례는 불법행위와 관련하여 손해배상의 합의를 긍정한다. 이를 긍정함으로 인해 추가적으로 고민해야 하는 문제들이 발생한다. 대표적으로 피해자가 가해자와 합의하여 이미 손해배상을 받았는데 이후 그 불법행위로 인한 추가적인 손해가 발생한 경우 어떻게 해결하는지에 대한 확대손해·후속손해 문제이다.

먼저 학설을 정리하면 다음과 같다. 제1설로 손해배상의 합의에서 권리를 포기한 것은 손해배상의 합의 시 예상 가능하였던 손해만을 의미하고 예상하지 못한 손해들에 대해서는 손해배상 권리를 포기한 것으로 볼 수 없다는 견해(한정적 해석론)이 있고,<sup>70)</sup> 제2설로 합의된 손해배상의 합의가 불공정행위의 요건에 해당하면 그 합의를무효로 보는 견해(불공정행위설),<sup>71)</sup> 그 합의로 피해를 구속하는 것이 신의칙에 위반하는 경우 그 합의의 효력을 배제하는 것으로 보는 견해(신의칙설)<sup>72)</sup> 등이 있다.

이와 관련한 판례는 후속손해와 관련하여 손해배상의 합의 시 추가적인 손해에 대한 예견성을 살피는 입장으로, 학설 중 제1설 한정적 해석론을 지지한다.<sup>73)</sup> 판례는, 불법행위와 관련한 손해배상의 합의에 관한 사안에서 “...그 합의 당시 피해자가 포기한 손해배상 청구권은 그 당시에 예측이 가능했던 손해에 대한 것뿐이라고 해석해야 할 것이지, 당시에 예상할 수 없었던 ... 그 손해

67) 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다64301 판결.

68) 대법원 1977. 9. 28. 선고 77다1071 판결.

69) 대법원의 불법행위와 관련하여 손해배상의 합의를 부정한 경우에 대한 설명은, 김학동, “손해배상의 합의와 확대손해”, 서울법학 제21권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013, 5면 이하 참조.

70) 대표적으로, 곽윤직, 「채권각론」, 제6판, 박영사, 2012, 334면.

71) 강승준, “불법행위로 인한 손해배상에 관한 합의와 민법 제733조”, 민사판례연구 제20권, 1998, 310면.

72) 송덕수, “불법행위의 경우의 손해배상에 관한 합의의 해석”, 민사판례연구 제12권, 1990, 114면 등.

73) 김학동, 앞의 논문, 17면.

에 대하여서까지 배상청구권을 포기했다고 해석할 것이 아니다”라고 보았다.<sup>74)</sup>

### (3) 우리 법상 후속손해 발생 시 해결방법

우리 법의 일반적인 논의와 판례에 따르면, 불법행위로 인한 손해배상의 합의는 가능한 것으로 보인다. 다만 후속손해가 발생했을 경우, 어떻게 피해자를 보호할 수 있는지와 관련하여 2가지 방법으로 정리할 수 있다.

첫 번째, 손해배상의 합의와 관련한 판례에서 볼 수 있듯이 기본적으로 불법행위의 손해배상과 관련한 합의는 유효하다고 볼 것이지만, 후속손해와 관련하여 기존 손해배상의 합의가 불공정하다는 것을 이유로 무효를 주장하거나 손해액의 착오를 이유로 취소를 주장할 수 있다.

두 번째, 한정적 해석론과 판례와 같이, 이미 합의된 손해배상의 합의는 예견 가능한 범위로 한정되고, 추후 예견불가능한 피해 발생 시 이에 대해서는 추가적으로 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 판례에서는 이러한 후속손해에 대해, “다시 그 배상을 청구할 수 있다”고 명확히 판시하였다.<sup>75)</sup>

### 2) 프랑스의 손해배상에 관한 합의가 우리에게 주는 시사점

우리 법은 불법행위와 관련한 손해배상의 합의가 이루어졌으나 그 합의가 타당하지 않게 되는 후속손해가 발생한 경우, 기존 합의에 추가로 손해배상청구권을 인정하거나 기존 합의를 무효 또는 취소하여 실효시키는 방법을 인정한다. 반면, 프랑스의 손해배상에 관한 합의는 계약상 손해배상과 더불어 불법행위의 손해배상에 관한 합의도 포함하여 위약금 약정과 관련한 조문(상원안 제1287조, 법무부안 제1284조)의 적용을 받도록 규정하였다. 그 결과 개정안의 해당 조문 제2항 이하의 내용에 따라 합의된 손해배상액에 대한 법원의 개입이 가능하게 된다. 이러한 점은 우리 민법에서 고려해볼 만하다.

불법행위와 관련한 손해배상액에 대한 법원의 조정권은 우리 민법상 고려된 적이 거의 없다. 그 이유에 대해 생각해보면, 우리 민법 제398조 배상액의 예정 조문은 그 범위를 채무불이행의 경우로 한정하고 있어서, 불법행위와 관련하여 이를 고려해볼 필요가 많이 없었을 것이다. 입법 과정에서 검토된 대부분의 비교법이 채무불이행과 그에 대한 배상액의 예정 조문을 두고 있었기에 우리 민법도 그러한 영향을 받았을 것으로 추측된다.<sup>76)</sup>

74) 대법원 1988. 4. 27. 선고 87다카74 판결. 같은 취지의 판결로 대법원 1997. 4. 11. 선고 97다423 판결, 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다65666 판결 등.

75) 대법원 1997. 4. 11. 선고 97다423 판결.

하지만 실제로 발생하는 불법행위에 관한 손해배상 합의의 모습에 대해 다시 살펴볼 필요성이 있다. 우리 민법에서 말하는 불법행위와 관련한 손해배상의 합의는 민법 제398조의 배상액의 약정과 합의의 시점이 다르다. 불법행위와 관련한 손해배상의 합의는 불법행위로 인해 손해가 발생한 후 합의하는 것이고, 민법 제398조는 손해의 발생 전에 예정하는 것이기 때문이다. 그러나 불법행위와 관련한 손해배상의 합의와 관련하여서, 합의 이후 발생한 추후·확대 손해에 대해서는 손해배상액의 예정이라 볼 수 있지 않을까? 위에서 살핀 판례와 다수설의 입장에 따르면, 예견할 수 있었던 추가적인 손해는 아직 발생하지 않았음에도 불구하고 불법행위와 관련한 손해배상의 합의에 포함될 수 있다고 보았다. 즉, 명확하게 따지자면, 불법행위와 관련한 손해배상의 합의는 이미 발생한 손해에 대한 합의와 예견 가능한 추후 손해에 대한 예정의 성격이 공존한다고 보아야 할 것이다. 따라서, 불법행위에 대한 손해배상의 합의가 배상액 예정의 성격을 갖지 않는다고 단언할 수 없다. 더 나아가, 예견 불가능했던 추후 손해는 기존 손해배상의 합의에 포함되어 있지 않기 때문에, 이미 합의된 예정액에 대한 수정 필요성이 더욱 높아진다. 그럼에도 불구하고, 우리 민법의 불법행위와 관련한 손해배상의 합의는 배상액의 예정이 아니라는 이유로 법원의 수정권은 고려되지 않고 당사자 간의 재합의나 추가적인 합의만을 그 해결책으로 보는 것 같다.

기존 민법 논의를 넘어서, 프랑스에서 주장되고 있는 것과 같이 불법행위의 손해배상액과 관련하여서 법원의 개입이 가능하면 다음과 같은 장점이 있을 것으로 생각된다. 위와 관련한 우리 법의 태도는 앞에서 설명한 바와 같이 기존의 손해배상 합의를 인정하고 추가로 발생한 손해에 대해서 피해자가 재주장을 하여 손해배상을 받도록 하거나, 기존의 손해배상 합의를 실효시켜 처음부터 손해배상액의 다시 산정하도록 한다. 그러나 이러한 우리 민법의 해법은 불법행위로 힘든 상황에 놓여있는 피해자에게 손해배상의 재청구 부담을 주는 방식이다. 반면, 불법행위의 손해배상 합의에 대해 법원의 조정권이 인정된다면, 이미 발생한 피해로 힘든 피해자의 부담을 줄일 수 있다.<sup>77)</sup>

76) 입법 당시 비교법적 검토 내용과 관련하여서는, 권영준, “위약벌과 손해배상액 예정”, 저스티스 통권 제155호, 한국법학원, 2016, 227면 이하 참조. 당시 프랑스 민법은 계약자유 원칙을 강조하며 손해배상액의 약정에 대해 법원의 개입을 인정하지 않았고 이를 반영하여 의용민법은 이를 규정하지 않았으나, 이후 독일 민법이나 스위스 채무법을 토대로 법원의 감액권을 인정하였다고 한다.

77) 법원의 조정권의 인정과 관련하여 사적 자치의 원칙을 침해하는 것이 아니냐는 반론에 대해, 손해배상의 예정은 불공정성에 취약하다는 점과 권리와 책임이 구별되어야 한다는

또한, 후속손해와 관련하여 큰 분쟁의 원인인 손해에 대한 예견 가능성과 관련한 입증이 불필요해지는 장점이 있다. 프랑스 개정안에 따르면, 합의된 위약금과 실제로 발생한 손해를 비교하여 법원의 중·감액이 인정될 것이기 때문이다.

다만, 이를 위해서 당사자들이 합의한 위약금 약정을 존중하고 또한 법원의 업무 과중을 막기 위해, 그 위약금이 명백히 과다하거나 과소한 경우 법원이 개입할 수 있도록 하는 각 개정안 제2항과 같은 제한 규정이 필요할 것이다.

### 3. 신체적 손해와 관련한 시사점

당사자의 행위로 발생한 손해가 상대방의 신체적 손해인 경우, 프랑스는 이에 대한 손해배상책임을 배제하거나 제한할 수 없음을 규정한다(상원안 제1284조, 법무부안 제1281조). 우리 민법은 제751조와 제752조에서 신체, 자유 또는 명예와 생명침해로 인한 손해배상 청구권을 인정하고 있으나, 다른 재산적 손해 등에 비해 더 두텁게 보호되진 않는다. 다만, 최근 들어 개정된 민법 제766조 제3항만 미성년자의 성적침해 경우 예외적으로 소멸시효를 통해 더 두텁게 보호한다.

비교법을 살펴보면 신체적 손해에 대한 손해배상청구권의 보호는 강화하는 것이 세계적 추세이다. 신체적 손해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효 조문을 살펴보면 이러한 점을 찾을 수 있다. 프랑스는 일반 채권의 소멸시효는 주관적 기산점으로부터 3년, 최장기간 20년을 규정하는 반면, 불법행위로 인한 신체적 피해의 손해배상 청구권과 관련하여서는 객관적 기산점으로부터 10년과 특정 신체 침해에 대해서는 20년의 소멸시효를 규정하고 있다.<sup>78)</sup> 독일의 경우, 일반 채권소멸시효는 주관적 기산점으로부터 3년, 최장기간 10년을 규정하고 있지만, 생명, 신체, 건강, 자유 등과 관련한 손해배상청구권은 소멸시효는 30년으로 규정하였다.<sup>79)</sup> 일본의 경우도 불법행위로 인한 생명 또는 신체 침해에 관

점 등으로 재반론이 가능하다. 이와 관련한 자세한 내용으론, 권영준, 앞의 논문, 230면 이하 참조.

78) 프랑스 민법전 제2226조 ① 신체 손해를 야기한 사건을 원인으로 하여 발생하고 직접 또는 간접적으로 손해를 입은 피해자에 의하여 행사된 책임소권은, 원손해 또는 확대손해가 확정된 날부터 10년의 경과로 시효소멸한다.

② 다만, 고문, 야만행위, 또는 미성년자에 대한 폭력이나 성적침해를 원인으로 한 피해의 경우, 민사책임소권은 20년의 경과로 시효소멸한다.

79) 독일 민법 제197조(30년의 소멸시효기간) ① 다음의 권리는 다른 정함이 없는 한 30년의 소멸시효에 걸린다.



한 손해배상청구권은 주관적 기산점으로부터 5년, 최장기간 20년으로 규정하고 있다.<sup>80)</sup> 즉 일반 채권보다 신체에 관한 손해배상청구권을 더 두텁게 보호하는 것이 세계적 변화의 모습이다.

손해배상에 관한 합의와 관련한 프랑스 개정안이 신체적 손해에 대해서는 그 책임을 제한하거나 배제할 수 없다고 규정한 것은 이러한 세계적 추세에 일치한다.

우리 민법은 아직 개정된 바 없으므로 신체적 손해 등과 관련하여 손해배상청구권을 더욱 두텁게 보호하는 내용의 규정은 없다. 그러나 위와 같은 추세를 반영하여, 신체적 손해배상청구권의 소멸시효를 달리 규정하여 보호하거나, 만약 불법행위에 있어서 프랑스와 같이 손해배상의 합의를 인정한다면 신체적 손해에 대한 부분에 관하여는 예외를 두는 방법을 고려해 볼 만하다.

## V. 결

프랑스 민법은 정말 빠르게 변화하고 있다. 친족·상속법과 관련하여서는 수도 없이 개정되었고, 2016년 채권법의 전면 개정이 있었으며, 예상보다 늦어졌지만 불법행위에 관한 부분이 곧 개정될 것으로 추측된다. 손해배상에 관한 합의와 관련하여, 현 민법전 계약 불이행의 부분에서 이미 다루고 있는 내용은 위의 개정을 통해 또 변화를 앞두고 있다. 제출된 개정안들에 따르면, 손해배상에 관한 합의는 2가지 방법으로 하며, 그 손해의 범위를 계약상 손해로 한정하는 것이 아니라 계약 외의 손해까지 포함하여 손해배상에 관한 합의 또한 가능하다. 또한, 신체적 손해에 대한 예외, 불법행위의 손해배상 합의액에 관한 법원의 개입과 같은 특징들이 발견된다. 이러한 프랑스 민법상 손해배상에 관한 합의에 관한 개정안은 우리 법에서 인정되지 않는 불법행위의 손해배상에 있어서 법원의 개입과 신체적 손해배상에 대한 예외 등 나름 시사하는 바가 있다고 생각한다.

2019년에 개정이 완료될 것이라는 프랑스 민법의 불법행위 부분의 개정은 2024년까지 지체되고 있다. 우리가 살펴본 개정안의 내용과 그 구성으로 개정될지는 앞으로 지켜봐야겠지만, 학자들의 안과 법무부, 상원이 제시한 손해배

1. 생명, 신체, 건강, 자유 또는 성적 자기결정권의 고의적 침해로 인한 청구권 (이하 생략)  
독일 민법의 번역은, 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2018.을 따랐다.

80) 일본 민법 제742조의2.

상에 관한 합의 조문이 그 내용과 구성에 있어서 대동소이함을 볼 때, 본 논문에서 설명하는 바와 같이 개정될 것으로 예상된다.

## [참고자료]

## 상원개정안 원문 및 법무부개정안 원문, 프랑스 민법전 비교표

상원개정안	법무부개정안
<p><b>CHAPITRE V LES CLAUSES PORTANT SUR LA RESPONSABILITÉ</b>  <b>Section 1 Les clauses excluant ou limitant la responsabilité</b></p> <p><b>Article 1284</b>  Sauf disposition législative contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont valables.  Toutefois, nul ne peut limiter ou exclure sa responsabilité à raison d'un dommage corporel.</p> <p><b>Article 1285</b>  En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité n'ont pas d'effet en cas de faute lourde ou dolosive.</p> <p><b>Article 1286</b>  En matière extracontractuelle, nul ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour faute.</p>	<p><b>Section 3. Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice</b>  <b>Sous-section 1 Contrats excluant ou limitant la réparation</b></p> <p><b>Article 1281</b>  Les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.  Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel.</p> <p><b>Article 1282</b>  En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du préjudice qu'on a causé par sa faute.  Dans les régimes de responsabilité sans faute, le contrat n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait accepté de manière non équivoque.</p> <p><b>Article 1283</b>  En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du débiteur, ou lorsqu'elles contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite. Elles n'ont pas non plus d'effet si la partie à laquelle elles sont opposées n'a pas pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.</p>

프랑스 민법전	상원개정안	법무부개정안
<p><b>Article 1231-5</b>          Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.          Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.          Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.          Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.          Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.</p>	<p><b>Section 2 Les clauses pénales</b>  <b>Article 1287</b>          Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine pénalité à titre de réparation, il ne peut être alloué à l'autre partie une pénalité plus forte, ni moindre.          Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.          Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application du deuxième alinéa.          Toute stipulation contraire aux deuxième et troisième alinéas est réputée non écrite.          Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.</p>	<p><b>Sous-section 2 Clauses pénales</b>  <b>Article 1284</b>          Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine pénalité à titre de réparation, il ne peut être alloué à l'autre partie une pénalité plus forte ni moindre.          Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.          Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.          Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.          Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.</p>

## [참고문헌]

## 1. 국내 문헌

- 강승준, “불법행위로 인한 손해배상에 관한 합의와 민법 제733조”, 민사판례연구 제20권, 1998.
- 곽윤직, 「채권각론」, 제6판, 박영사, 2012.
- 권영준, “위약벌과 손해배상액 예정”, 저스티스 통권 제155호, 한국법학원, 2016.
- 김학동, “손해배상의 합의와 확대손해”, 서울법학 제21권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013.
- 송덕수, “불법행위의 경우의 손해배상에 관한 합의의 해석”, 민사판례연구 제12권, 1990.
- 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2018.
- 한불민사법학회, 「개정 프랑스채권법 해제」, 박영사, 2021.
- 한불민사법학회, 「프랑스민법전」, 박영사, 2023.
- 황재훈, “프랑스법상 과책과 민사책임의 관계”, 저스티스 통권 제183호, 한국법학원, 2021.

## 2. 프랑스 문헌

- A. Bénabent, Droit des obligations, 18<sup>e</sup> éd, LGDJ, 2019.
- G. Chantepie/M. Latina, Le nouveau droit des obligations, 2<sup>e</sup> éd, Dalloz, 2018.
- F. Chénédé, Le nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, 2016.
- G. Cornu, Vocabulaire juridique, 13<sup>e</sup> éd, PUF, 2020.
- P. Delebecque, “Art. 1231 à 1231-7 - Fasc. 22 : Régime de la réparation”, JCl. civ., 2022.
- O. Deshayes/T. Genicon/Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016.
- M. Fabre-Magnan, Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, 6<sup>e</sup> éd, PUF, 2021.
- B. Fages, Droit des obligations, 7<sup>e</sup> éd, LGDJ, 2017.
- O. Gout, “Les convention sur la réparation”, JCP G suppl., n° 30-35, 25 juillet 2016.
- P. Grosser, “Les sanctions de l’inexécution”, Dr. et patrimoine, mai 2016.
- P. Lemay, “La clause pénale en nature”, RTD com. 2017.

P. Malinvaud/M. Mekki/J.-B. Seube, Droit des obligations, 16<sup>e</sup> éd, LexisNexis, 2021.

B. Starck, Droit civil : Obligations : Litec, t. 2, 1972.

Sénat, Réforme de la responsabilité civile, Exposé des motifs, texte n° 678(2019-2020), le 29 juillet 2020 : <https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/pp119-678-expose.html>.

[Abstract]

## Agreement on compensation for damages under French civil law

Park, Jun-hyeok\*

There have been many recent changes in the French Civil Code. Articles of the law of obligations and security law have been revised and Articles of tort law are expected to be revised. In relation to the revision of the tort law, the Ministry of Justice (2017) and the Senate (2020) submitted amendments, and both of the amendments include provisions related to agreements on compensation for damages.

Article 1231-5 of the French Civil Code, revised in 2016, stipulates agreements on compensation for damages within the scope of contract law, and the amendment to the Tort law predicts that the article will be revised again. These amendements stipulate two methods of agreement on compensation, a method of excluding or limiting liability for damages and a Penalty Clause, and these provisions cover both contractual and extra-contractual liabilities. This point appears in the article of excluding or limiting liability for damages and in the fact that the revised articles use different terminology compared to Article 1231-5 of the French Civil Code. In addition, in relation to compensation for damages for torts, the possibility of reduction of liquidated Damages and greater protection against physical damage may be said to be characteristics.

French tort law amendments are quite different from the Korean civil law. It is worth taking note of the court's right of reduction of liquidated Damages and greater protection against physical damage. However, since there are still unclear parts in the amendments, additional research will be needed for future amendments.

---

\* professor, University of Ulsan

Keywords : French civil law, Security law, Tort law, liquidated damages,  
Penalty