

석사학위 논문

공동불법행위자의 책임에 관한 연구



제주대학교 행정대학원

법학과 법학전공

양 창 배

2010년 2월

공동불법행위자의 책임에 관한 연구

지도교수 김 상 찬

양 창 배

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함

2010년 2월

양창배의 법학 석사학위 논문을 인준함

심사위원장

한 심 인 (인)

위 원

백 기 용 (인)

위 원

김 상 찬 (인)

제주대학교 행정대학원

2010년 2월

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구 방법 및 범위	3
제2장 공동불법행위의 유형	5
제1절 의의	5
1. 서설	5
2. 공동불법행위책임의 성질	7
제2절 공동불법행위의 유형	11
1. 협의의 공동불법행위	12
2. 가해자불명의 공동불법행위	20
3. 교사·방조에 의한 공동불법행위	24
제3장 공동불법행위자 책임의 효과에 대한 비교법적 검토	28
제1절 영미법계	28
1. 영국	28
2. 미국	33
3. 검토	35
제2절 대륙법계	36
1. 독일	36
2. 일본	40
3. 검토	45
제4장 공동불법행위자 책임의 법률관계	47
제1절 공동불법행위책임의 법적 성격	47
1. 학설	47

2. 판례	50
3. 검토	51
제2절 공동불법행위자 상호간의 구상관계	52
1. 구상권의 근거	53
2. 구상의 범위	57
3. 구상에 관한 개별적인 문제점	58
4. 구상권 자체의 시효	61
제3절 공동불법행위자 1인에 대하여 발생한 사유의 효력	62
1. 책임배제계약의 경우	63
2. 법률에 의한 책임의 제한	64
3. 1인에 대한 면제	65
4. 상계·혼동	68
제4절 공동불법행위에서의 과실상계	70
1. 과실상계의 의의	70
2. 과실상계의 요건	71
3. 공동불법행위의 과실상계 문제	74
4. 과실상계의 적용과 효과	79
제5장 결론	81
참고문헌	84

제1장 서론

제1절 연구의 목적

현대 사회가 복잡하고 다양해짐에 따라 사회에서 발생하는 대다수의 불법행위는 복수의 원인에 의하여 발생하는 경우가 많다. 이로 인하여 하나의 손해의 발생에 단지 하나의 원인만이 인정되는 경우는 드물고 복수의 원인이 경합하는 경우가 대부분이며 또 발생하는 손해의 규모도 커짐에 따라 공동불법행위자의 책임의 법리에 관한 중요성은 점점 커지고 있다.

공동불법행위는 하나의 손해발생에 관하여 수인이 관여한 경우에는 물론 발생된 하나의 손해에 관하여 수인이 책임을 질 경우에도 성립한다. 그러나 일반적으로 공동불법행위라 함은 하나의 손해발생에 관하여 수인이 관여하여 그 손해발생에 원인을 제공하였을 때를 말한다. 공동불법행위는 수인의 행위와 손해발생간의 인과관계의 입증책임이 그 수인의 공동불법행위자에게 전환되어 있고, 그 수인이 연대책무자로서 손해배상책임을 진다. 그러므로 공동불법행위는 일반불법행위에 대하여 특수불법행위라고 할 것이다.

민법은 이러한 복수원인에 의한 불법행위를 해결하기 위하여 제760조 제1항에서 「수인이 공동불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다」고 규정하고, 제2항에서 「공동이 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에는 전항과 같다」고 규정한다. 이러한 제760조에 의하여 수인이 손해에 대하여 연대책임을 지는 경우가 공동불법행위책임이다. 그런데 제2항은 손해가 누구의 행위에 기하여 발생하였는지 알 수 없는 경우, 즉 양 당사자 간에 인과관계가 불명확한 경우에 적용되는 것이므로 만약 수인 중 1인의 행위와 손해발생과의 사이에 인과관계가 없음이 입증되는 경우에는 공동불법행위가 성립하지 않는다. 여기서 제760조 제1항을 ‘협동의 공동불법행위’라 하고, 제2항을 ‘가해자불명의 공동불법행위’라 한다. 그리고 제3항을 ‘교사·방조에 의한 공동불법행위’라는 특수한 공동불법행위

등 3가지 유형을 규정하고 있다. 이러한 규정체계에 따라 공동불법행위의 유형을 3가지로 구분하는 것이 일반적이다. 그러나 ‘공동’의 의미에 대하여 어떻게 해석하여야 하는가에 따라서 그 세부적인 내용에 있어서는 다소 차이가 있다. 한편, 이러한 견해에 대하여 민법 제760조 제2항에 있어서는 행위와 결과를 결부시키기 위해 인과관계 외에 독자적인 법적 근거가 존재하여야 한다는 이유에서 책임 법적 관점에서 행위와 결과 사이에 인과관계가 확정적인 경우(제760조 제1항)와 인과관계가 불명확한 경우(제760조 제2항)의 2유형으로 구분하는 견해가 있다.¹⁾ 또 다른 하나는 독립적 공동불법행위(병존적 공동불법행위)에 대해 기존의 학설과 달리 독자적인 지위를 부여하는 견해가 있다.²⁾ 이러한 견해에 따르면 공동불법행위를 주관적 공동이 존재하는 ‘의사적 공동불법행위’로, 수인의 손해발생에 대한 관여자 중 누가 손해를 가했는지 특정할 수 없는 경우에 피해자의 입증곤란을 구제하기 위해 연대책임을 부과하는 ‘관련적 공동불법행위’로, 의사적 공동 없이 독립한 불법행위로 인하여 불가분의 손해를 발생시키는 ‘독립적 공동불법행위’로, ‘교사·방조의 공동불법행위’의 4가지 유형으로 구분하여 설명하기도 한다.

그러나 이러한 견해들에도 불구하고 현재 공동불법행위에 대한 학계와 실무에서는 주로 민법 제760조 제1항의 ‘공동하여’의 의미와 ‘연대하여’의 의미에 초점이 맞추어져 연구되고 있다. 민법 제760조 제1항의 공동불법행위에 대한 통설³⁾과 판례⁴⁾는 ‘객관적 공동설’을 취하고 있으며, 여기서 연대의 의미를 ‘부진정연대’로 해석하고 있다. 이 결과 가해자들은 자신이 경과실이라는 이유로 피해자에게 책임의 경감을 주장할 수 없으며, 손해전액에 대하여 부진정연대채무를 부담하도록 하고 있다. 여기서 ‘공동’의 의미에 대하여 피해자보호를 근거로 객관적 공동으로 이해함에 따라 공동불법행위자 사이에 주관적 연관성이 없는 경우에 공동불법행위자들은 부진정연대책임을 부담하고 공동불법행위자 중 1인에 제소할 수 없거나 무자력인 경우에는 그 위험부담은 공동불법행위자가 부담한다.

그러나 공동불법행위자 상호간에 주관적 연관성이 없는 경우에도 다른 공동불법행위자의 무자력의 위험이나 제소불능의 위험을 나머지 공동불법행위자에게

1) 서민, “공동불법행위-공동원인부여자의 책임을 중심으로-”, 「논문집」 제4권 1호, 충남대학교, 1997, 69면.
 2) 정태륜, “공동불법행위에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994, 277-278면.
 3) 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 2005, 528면; 김상용, 『불법행위법』, 법문사, 1997, 17면.
 4) 대판 2008.6.26, 08다22481; 대판 2007.6.14, 06다78336; 대판 1998.6.12, 96다55631.

분담시키는 것은 공평한 책임분담의 원칙에 반한다고 할 수 있다. 그러므로 협의의 공동불법행위에서 ‘공동’의 의미를 주관적 공동으로 해석할 필요가 있다고 주장하는 소수견해가 있음을 간과해서는 아니 된다. 나아가 병존적 공동불법행위자의 경우에도 제760조 제2항과 같이 피해자의 입증곤란을 구제하기 위해서 병존적 공동불법행위자들의 책임을 연대책임으로 구성할 필요가 있다는 견해가 있음을 주의할 필요가 있다.⁵⁾

따라서 이 논문은 공동불법행위자의 책임을 보다 명확히 하여 합리적인 피해자의 구제 방안을 모색함과 동시에 공동불법행위자 상호간의 책임문제를 구체화 하는데 그 목적이 있다.

제2절 연구의 방법 및 범위

본 연구의 목적인 공동불법행위자의 책임을 명확히 하기 위해서는 여러 가지 측면의 연구가 필요할 것이며, 불법행위에 관한 일반론은 물론, 공동불법행위에 관한 다양한 법리들을 살펴보아야 할 것이다.

그러나 본 연구에서는 연구의 범위를 공동불법행위자의 책임론에 한정하고자 한다.

이를 위하여 기존의 국내외 문헌들을 조사하여 학설과 판례를 정리·분석하는 문헌 연구의 방법을 주로 사용하고자 하며, 비교법적 분석의 경우에도 공동불법행위자의 책임론과 관련된 부분에 초점을 두고 비교·분석하게 될 것이다.

본고는 다음과 같은 체계로 구성된다.

제1장에서는 연구의 배경 내지 문제의 제기로서 연구의 목적, 연구의 방법과 범위를 밝힌다.

제2장에서는 공동불법행위 책임의 일반론으로서 공동불법행위의 의의와 유형, 공동불법행위책임의 성질과 제760조 제1항, 제2항, 제3항의 성립요건과 관련공동성 등에 관하여 살펴보고자 한다.

제3장에서는 공동불법행위자 책임의 비교법적 검토로서 영미법계 국가 중 영

5) 김상명, “공동불법행위 책임분배의 적정화에 관한 연구”, 『원광법학』 제21권 제1호, 원광대학교법학연구소, 2008, 204면.

국, 미국, 그리고, 대륙법계 국가 중 독일, 일본 등 주요국가의 공동불법행위자 상호간의 관계, 공동불법행위자 1인에 대하여 발생한 사유의 효력, 공동불법행위에서의 과실상계 등 공동불법행위자의 책임론에 관하여 살펴보고자 한다.

제4장에서는 우리나라의 공동불법행위자의 책임론을 살펴보고자 한다. 즉 공동불법행위자 책임에서 공동불법행위 책임의 법적 성격, 공동불법행위자 상호간의 구상관계, 공동불법행위자 1인에 대하여 발생한 사유의 효력, 그리고 공동불법행위에서의 과실상계 등에 관하여 학설 및 판례를 살펴보고자 한다.

마지막으로 제5장에서는 이상의 검토를 전반적으로 종합하여 공동불법행위자 책임의 법리를 요약·정리하려고 한다.



제2장 공동불법행위의 유형

공동불법행위자의 책임에 관하여 검토하기 위해서는 우선 공동불법행위의 일반적 이론을 살펴보아야 할 것이다. 그러므로 이하에서는 공동불법행위의 의의, 유형, 그리고 공동불법행위의 성립요건, 공동불법행위책임의 성질 등에 관한 일반론을 살펴보고자 한다.

제1절 의의

1. 서설

우리 민법은 일반불법행위에 관하여는 제750조에 규정을 두고, 공동불법행위에 관하여는 제760조에 규정하고 있다. 공동불법행위는 하나의 손해발생에 관하여 수인이 관여한 불법행위이므로, 공동불법행위에 관한 특별규정을 두지 않더라도 일반불법행위에 관한 규정만으로도 피해자가 손해의 전보를 받을 수도 있다. 그럼에도 공동불법행위에 관한 특별규정을 둔 것은 수인의 관여자에게 연대책임을 지움으로써 피해자를 두텁게 보호하고 아울러 수인의 행위와 손해발생 사이에 인과관계에 관한 입증책임을 가해자에게 전환시킴으로써 피해자를 두텁게 보호하고자 하는데 그 제도적 의의가 있다고 할 수 있다.⁶⁾

그러므로 공동불법행위책임은 공동불법행위자에게 연대책임을 지움으로써 공동불법행위자 각자에게 개별적 책임을 지우는 것보다 가해자의 총재산을 책임재산으로 함으로써 피해자를 두텁게 보호할 수 있다. 외국의 입법례의 경우, 로마법에서는 각 공동불법행위자의 전액책임에 의한 누적적 책임을 인정하여 피해자를 보다 두텁게 보호하여, 공동불법행위자에게 누적적 책임을 인정한 것은 손해배상에 징벌적 기능을 갖게 한 것으로 볼 수 있겠고, 독일에서는 공동불법행위에 있어서의 피해자 보호를 위하여 부진정연대채무의 법리를 확립하고, 공동불법행

6) 김상용, “공동불법행위”, 『저스티스』 제29권 제1호, 한국법학원, 1996. 6, 153면; 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003, 1182면.

위자에게 부진정연대책임을 인정하였다.⁷⁾

공동불법행위는 일반불법행위와는 달리 그 손해의 발생에 관하여 수인의 행위가 직접·간접으로 서로 관련·공동하여 원인을 이루고 있으므로, 결과인 손해의 배상에 관하여도 분할채권관계를 원칙으로 하는 제408조의 적용을 배척하고 각 관련자가 공동책임을 지도록 하고 있다. 이러한 공동불법행위자의 연대책임을 진정연대책무로 이해하게 되면 공동불법행위자 1인과 피해자간에 발생한 사유로서 절대적 효력 있는 사유가 많으므로 피해자 보호에 불충실해질 수 있으므로, 독일에서와 같이 부진정연대책무로 이해하여야 할 필요가 있다. 즉 피해자의 두터운 보호를 위하여 피해자의 손해배상채권의 효력이 비교적 강한 '부진정연대책무'를 부담하는 것으로 해석하여야 한다는 것이 통설⁸⁾과 판례⁹⁾이다. 그리고 공동불법행위자간의 결합의 정도가 강하여 비난가능성이 높은 협의의 공동불법행위 및 교사·방조에 의한 공동불법행위에 있어서는 진정연대책무로 이해하면서, 비난가능성이 낮은 가해자불명의 공동불법행위에 있어서는 부진정연대책무로 이해하는 것은, 비난가능성이 높은 유형의 공동불법행위의 각 관여자의 책임을 비난가능성이 낮은 유형의 공동불법행위에 있어서보다 오히려 경감시켜 주는 모순을 낳을 수도 있기 때문이다. 또한 인과관계에 관한 입증책임의 전환은 피해자가 수인의 행위와 손해 사이에 인과관계만 입증하면 족하고, 수인의 행위 각각과 손해의 발생 사이의 인과관계를 입증할 필요까지는 없다. 그리고 협의의 공동불법행위에 있어서는 수인의 행위와 손해발생 간에 인과관계가 입증되면, 개별 관여자는 공동불법행위자로서의 책임을 면하지 못한다. 그러나 가해자 불명의 불법행위에 있어서는 가해행위와 손해발생 간에 인과관계가 존재하지 않거나, 관여의 정도가 약함을 입증하면 면책 또는 감책될 수 있다.¹⁰⁾

이와 같이 책임가중을 한 취지는, 제760조 제1항과 제3항은 공동의 위법행위에 관련한 것에 대한 책임의 가중함으로서 연대하여 배상할 책임을 지우고 있고, 제2항의 경우 피해자에게 인과관계의 입증책임을 덜어주는 것이므로 피해를 보호하려고 하는데 그 취지가 있다.¹¹⁾ 결국 제760조 제1항, 제2항, 제3항 그 어느 것

7) 최병조, 「로마법 연구:법학의 원류를 찾아서(1)」, 서울대학교출판부, 1995, 380면.

8) 박윤직, 전계 채권각론, 530면; 김상용, 전계서, 17면.

9) 대판 1998.6.12, 96다55631.

10) 김상용, 전계논문, 154면.

이나 피해자를 두텁게 보호하려는 취지는 동일하지만, 이것을 기초로 하여 그 책임의 성질을 이론 구성하는 데에는 학자들 사이에 견해가 나누어지고 있다. 민법 제760조에는 「…연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다」고 규정되어 있으므로 종래의 통설 및 판례는 문자의 표현내용대로 연대채무를 부담하는 것이라고 해석하고 있다. 그러나 최근에 와서는 연대채무가 아니라 부진정연대채무로 해석하는 경향이 있다.¹²⁾

협회의 공동불법행위와 가해자 불명의 공동불법행위는 모두 피해자를 충분히 보호한다는 취지는 동일하다. 그러나 제760조 제1항의 경우에 공동불법행위자가 지는 연대책임과 제2항에 의하여 부담하는 수인의 연대책임은 형식상으로는 동일하더라도 피해자를 보호하는 내용과 방법은 차이가 있고, 그렇기 때문에 책임의 성질에 대한 견해의 대립이 있는 것이다.

2. 공동불법행위책임의 성질

공동불법행위의 책임에 관한 민법 제760조의 규정은 수인의 행위가 서로 관련·공동하여 타인에게 손해를 가한 때에는 ‘연대하여’ 공동책임을 지도록 하고 있지만, 그 입법취지는 동일하지 않다. 이에 대한 제1항과 제2항은 위법행위의 공동성에 기인한 것이나 제2항은 피해자에게 인과관계의 입증을 면하게 하여 피해자를 보호하려는 데 그 취지가 있다. 여기서 ‘연대하여’라고 한 것이 무엇을 의미하는가에 대하여 학설과 판례가 각각 논의의 대상으로 하고 있다. 연대책임의 구체적 내용에 관하여 부진정연대채무라는 설¹³⁾과 협회의 공동불법행위와 교사·방조에 의한 공동불법행위에 있어서는 진정연대채무를, 가해자불명의 공동불법행위에 있어서는 부진정연대채무라는 설¹⁴⁾이 대립하고 있다. 판례는 공동불법행위자의 연대채무를 부진정연대채무로 이해하고 있다.¹⁵⁾

11) 박준서, 「(주석)민법:채권총칙 3」, 한국사법행정학회, 2000, 489-490면; 김기상, “공동불법행위에 관한 소고”, 「민사법의 실천적과제」(한도 정환담교수 회갑기념논문집), 2000, 333면.

12) 박윤직, 전계 채권각론, 690면.

13) 박윤직, 상계 채권각론, 690면; 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007, 834면; 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997, 715면.

14) 지원립, 「민법강의(제7판)」, 홍문사, 2009, 1444면.

15) 대판 2002.6.28, 200다62254; 대판 1992.3.31, 91다39849; 대판 1983.5.24, 83다카208.

(1) 학 설

가. 연대채무설

연대채무설은 민법 제760조 「연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다」고 뚜렷히 규정하고 있으므로 이에 근거하여 공동불법행위로 인한 책임은 연대채무라고 하는 것이며, 이 설을 취하는 실례는 거의 없는 것 같다.¹⁶⁾

부진정연대채무설은 위의 연대채무설을 반박하면서 근래에 정립된 견해로서 민법 제760조에서 말하는 ‘연대하여’라 함은 단지 각자가 전부의 배상책임을 진다는 것에 지나지 않는 것으로 보고 본질상 이것을 ‘부진정연대채무’라고 해석한다.

학설에 공동불법행위책임을 부진정연대채무로 해석하는 근거는 대체로 다음의 몇 가지를 들고 있다.¹⁷⁾

첫째, 공동불법행위로 인한 책임을 연대채무라고 한다면, 피해자의 보호를 두텁게 하려는 민법 제760조를 둔 입법취지에 어긋나는 결과가 된다. 왜냐하면 민법상의 연대채무는 채권자의 1인에게 생긴 사유가 다른 연대채무자에게 영향을 미치는 이른바 절대적 효력 발생사유의 범위가 넓고(제416조-제422조), 그 청구만은 시효중단의 효력에 의하여 채권을 강화하는 것이 되지만 그 이외의 경계, 상계, 면제, 소멸시효는 모두 채무의 소멸에 관한 것으로서 그것이 절대적 효력을 가진다는 것은 곧 채권의 효력을 약화시키는 셈이 되기 때문이다.

둘째, 이처럼 절대적 효력을 인정하는 것은 연대채무자 사이에 긴밀한 주관적 공동관계가 있는 것을 예정하고 상호간의 구상관계를 용이하게 처리하게 할 것을 목적으로 하고 있는 것인데, 공동불법행위의 경우에는 반드시 밀접한 주관적 공동관계가 있다고는 할 수 없으므로 이를 적용하는 것은 타당하지 못하다.

셋째, 그리고 책임무능력자의 감독 의무자와 대리 감독자(민법 제756조), 사용

16) 김기상, 전계논문, 333면; 문진규, “공동불법행위에 관한 연구-민법 제760조 해석론을 중심으로-”, 영남대학교 대학원 박사학위논문, 1997, 187면.

17) 김증한, “공동불법행위”, 「법정」 197호, 고시연구사, 1965. 5, 44면; 최식, “공동불법행위”, 「고시계」 73호, 고시계사, 1963. 3. 76면.

자와 대리 감독자(민법 제756조), 동물의 점유자와 보관자(민법 제759조)의 책임은 모두 부진정연대채무로 해석하고 있는데, 이는 의미에서는 그보다 더 강하게 피해자로 보호해야 할 공동불법행위의 경우에 오히려 그 보호를 약화시킨다는 것은 불합리한 결과가 될 것이기 때문이다. 이에 관한 최근의 대법원 판례를 보면 “공동불법행위자 사이에는 반드시 의사의 공동이나 인식이 필요한 것이 아니고 객관적으로 권리침해가 공동으로 행하여진 것이라고 보여지는 경우에는 공동불법행위가 성립한다고 할 것이며, 따라서 피해자에게 가하여진 동일한 손해발생 원인에 그 원인이 될 수 있는 수 개의 행위가 관여하고 있는 경우에는 공동불법행위가 성립한다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 공동불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 그 상호간의 부진정연대채무관계가 성립한다고 함이 상당할 것이며, 그 중의 한 채무자에 대한 채무면제의 효력에 관하여는 민법 제419조가 적용되지 아니하고 다른 채무자에게는 그 효력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다.”¹⁸⁾ 또한 “공동불법행위자 중 1인과 체결한 보험계약이나 공제계약에 따라 보험자나 공제사업자가 손해배상금을 지급하여 공동불법행위자들이 공동면책된 경우 보험계약 등을 체결한 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권행사가 가능하며, 보험자나 공제사업자가 보험자대위에 의하여 위 구상권을 취득한다”고 판시하고 있으며,¹⁹⁾ “공동불법행위로 인한 손해배상책임을 불법행위자 상호간에 부진정연대채무가 성립되므로 피해자에 대하여 각자 연대책임을 부담하고 불법행위자 1인에게 손해액 전부를 청구할 수 있다”²⁰⁾라고 판시하여 공동불법행위책임의 부진정연대책임임을 명백히 하였다.

나. 연대채무·부진정연대채무설

위의 두 학설 외의 특수한 주장으로서 절충적인 견해가 있다. 즉 위와 같은 연대채무설, 부진정연대채무설의 어느 쪽에도 가담하지 않고서 공동불법행위책임은 경우에 따라서 연대채무가 되기도 하고 또는 부진정연대채무가 되기도 한다

18) 대판 1995.7.28. 95다1187; 대판 1989.5.23. 87다카2723.

19) 대판 1993.1.26. 92다4871.

20) 대판 1969.8.26. 69다926.

는 설이다.

이 주장에 따르면 원래 연대채무와 부진정연대채무의 구별은 주로 채무자 사이에 상호공동목적에 의한 주관적 관련이 있으므로 그 책임은 연대채무라고 하여야 하나 제2항이 규정하는 경우에 있어서는 행위자 사이에 그러한 공동목적에 의한 주관적 관련이 없으므로 이때의 책임은 부진정연대채무라고 해석하는 것이 타당하다고 한다.²¹⁾

(2) 판례

대법원은 공동불법행위책임에 대하여 “공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 부진정연대책임을 지되, 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있고”²²⁾ 또한 “공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 그들의 구상권자에 대한 채무는 이를 부진정연대채무로 보아야 할 근거는 없으며, 오히려 다수 당사자 사이의 분할채무의 원칙이 적용되어 각자의 부담 부분에 따른 분할채무로 봄이 상당하다”²³⁾고 하여 부진정연대채무로 보고 있다.

(3) 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 민법 제760조의 취지는 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 특히 책임의 연대성을 인정하려는 것이므로 공동불법행위 책임을 채권의 효력이 약하게 되는 연대채무라고 보기보다는 채권의 효력이 보다 강한 부진정연대채무라고 새기는 것이 타당하다.

21) 김상명, 전제논문, 206면.

22) 대판 2004.6.25, 2002다13584; 대판 2002.9.27, 2002다15917; 대판 2002.5.24, 2002다14112.

23) 대판 2008.3.13, 2007다29287; 대판 2008.2.29, 2007다89494; 대판 2007.10.11, 2005다7085; 대판 2005.1.14, 2003다24499; 대판 2002.9.27, 2002다15917.

판례도 일관하여 부진정연대채무설을 채택하고 있다. 예컨대 “이와 같은 공동 불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 그 상호간에 부진정연대채무 관계가 성립한다고 함이 상당할 것이며 그 중의 한 채무자에 대한 채무면제의 효력에 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다” 라고 하고 있으며, 또 “이와 같은 공동불법행위에 있어서는 이로 인한 손해배상책임은 그 상호간 부진정연대채무 관계가 성립한다고 함이 상당할 것이며 그 1인의 변제 등 채권을 만족시키는 사유는 절대적 효력이 있다 할 것이나 1채무자에 대한 채무의 면제와 같은 사유는 다른 연대채무자에게 효력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다.” 라고 판시하고 있다.²⁴⁾

법문상의 표시가 ‘연대하여’로 되어있다고 해서 무조건 이를 연대채무라고 새기는 것보다는 피해자의 보호라는 제도의 취지를 살려서 부진정연대채무라고 보는 것이 좀 더 타당할 것이다.²⁵⁾ 이는 진정연대채무로 이해하면 공동불법행위자 1인과 피해자간에 발생한 사유로서 절대적 효력 있는 사유가 많으므로 피해자 보호에 불충실해지기 때문이다. 그리고 공동불법행위자간의 결합의 정도가 강하여 비난 가능성이 높은 협의의 공동불법행위 및 교사·방조에 의한 공동불법행위에 있어서는 진정연대채무로 이해하면서, 비난 가능성이 낮은 가해자 불명의 공동불법행위에 있어서는 부진정연대채무로 이해하는 것은, 비난 가능성이 높은 유형의 공동불법행위의 각 관여자의 책임을 비난 가능성이 낮은 유형의 공동불법행위에 있어서보다 오히려 경감시켜 주는 모순을 낳기 때문이다.

제2절 공동불법행위의 유형

여러 사람이 공동으로 불법행위를 하여 타인에게 손해를 끼치는 것을 넓은 의미의 ‘공동불법행위’라 한다(민법 제760조). 가령 여러 사람이 합세하여 한 사람을 때린 경우(제760조 제1항의 협의의 공동불법행위)·여러 사람이 돌을 던졌으나 누구의 투석으로 유리창이 깨어졌는지 알 수 없는 경우(동조 제2항의 가

24) 대판 1997.10.10, 97다28391; 대판 1997.10.10, 97다28391; 대판 1993.5.27, 93다6560; 대판 1982.4.27, 80다2555.

25) 박윤직, 전계 채권각론, 377면; 김중환, 전계논문, 44면; 김상명, 전계논문, 212면.

해자 불명의 공동불법행위)· 시킨 사람(교사자)과 망을 본 사람(방조자)도 공동 불법행위자로 인정된다(동조 제3항)고 하고 있다.²⁶⁾ 이와 같이 우리 민법은 공동 불법행위를 세 가지 유형으로 나누고 있고, 그 효과로서 모든 공동불법행위자는 연대하여 손해배상의무를 진다고 규정하고 있다.

이하에서는 ‘협회의 공동불법행위’, ‘가해자 불명의 공동불법행위’, ‘교사·방조에 의한 공동불법행위’로 나누어 살펴보고자 한다.

1. 협회의 공동불법행위

협회의 공동불법행위란 수인의 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우를 말한다. 이것이 공동불법행위의 기본적인 형태이다. 예컨대, 여러 사람이 공동으로 어떤 자를 구타한다든가, 또는 몇 사람이 함께 강·절도 등을 행하는 경우와 같이 여러 사람의 행위가 서로 관련·공동하여 하나의 위법행위를 구성하는 경우가 여기에 해당된다고 볼 수 있다.²⁷⁾ 따라서 협회의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 각자의 행위가 상호 공동관련성이 있어야 하고, 각자는 독립하여 불법행위의 요건을 갖추어야 한다. 즉 고의·과실, 책임능력, 인과관계 등이 존재하여야 한다는 것이다. 행위의 공동성과 관련하여 각자의 행위가 불법행위의 요건을 구비한다는 것이 무엇이고 각자의 행위는 상호공동 관련성을 가져야 한다는 것이 무엇인가를 밝히는 것이 협회의 공동불법행위의 성립여부를 결정하는 기준이 될 것이다.

(1) 성립요건

가. 행위의 독립성

다수설에 의하면 공동불법행위가 성립하기 위해서는 공동불법행위자 각자의 행위는 독립의 행위로서 평가되어야 한다. 따라서 각자의 행위가 독립성을 잃고

26) 한삼인, 전제서, 1182면.

27) 이은영, 전제서, 823면; 加藤一郎, 「不法行爲(法律學全集 22)」, 有斐閣, 1981, 207면.

있는 경우에는 공동불법행위는 성립할 수 없게 된다. 예컨대 피용자의 불법행위가 있다 하더라도 사용자에게 불법행위에 대한 고의·과실이 없는 이상 사용자로서의 책임은 별론으로 하고 피용자와 더불어 공동불법행위가 되는 것은 아니다.²⁸⁾ 우리 판례의 태도도 이와 같다.²⁹⁾

그리고 조합의 대출담당자로서 조합의 대출규정에 위배하여 대출한 결과로 조합에 손해를 끼친 것이라면 그것이 상사의 지시에 의한 것이더라도 부정대출의 가담자로서 공동불법행위가 성립하며, 또한 사용자를 각각 달리하는 피용자들의 공동과실로 제3자에게 손해를 준 경우에는 그들 피용자들의 사용자들을 공동불법행위자로서 책임이 있다.³⁰⁾

나. 위법성

공동불법행위의 책임이 성립하기 위해서는 공동불법행위 각자의 가해 행위가 위법행위일 것을 요한다. 구민법은 불법행위 성립요건에 대하여 제760조에서 고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있었다. 그러나 권리침해라는 요건에 의해서는 불법행위제도에 의한 피해구제의 범위가 너무 협소하게 된다는 점 때문에 권리침해가 위법성의 의미로 확대해석하게 되었다.³¹⁾ 따라서 현행민법은 권리침해 대신 위법성을 요건으로 규정하였다.³²⁾ 그런데 민법은 이와 같이 불법행위의 성립요건으로서 위법성을 규정하고 있으면서도 이 위법성이 무엇을 의미하며 어떠한 경우에 위법성이 인정되는지에 대해서는 규정하고 있지 않다. 그러나 그 사용방법이나 범위가 사회질서에 반하는 경우에는 위법성을 띄게 된다고 볼 수 있다.

다. 책임능력

28) 박윤직, 전계 채권각론, 663면.

29) 대판 1997.11.28. 97다18448; 대판 1989.5.23. 87다카2723; 대판 1977.4.12. 76다2920; 대판1969.8.26. 69다962.

30) 대판 1974.2.26. 73다1191; 대판 1969.1.28. 68다2245.

31) 加藤一郎, 前掲書, 30面.

32) 박윤직, 전계 채권각론, 648-649면.

각 행위자는 책임능력이 있음을 요한다. 책임능력이라고 함은 자기의 행위의 책임을 인식할 수 있는 능력을 말한다. 그것은 자기의 행위의 결과발생 인식을 하는 것으로는 부족하고, 그 결과가 위법한 것으로서 법률상 비난받는 것임을 인식하는 정신능력이다. 책임능력이 없는 자의 행위는 불법행위가 되지 않는데서 이 능력을 불법행위능력이라고 한다. 우리 민법이 고의·과실이 있다고 할 수 있기 위해서는 이론상 당연히 일정한 판단능력을 가지고 있다는 것을 예정하는 것이라고 할 수 있고, 또한 민법 제753조와 제754조가 각각 행위의 책임을 변식할 능력이 없는 때 또는 심신상실 중에 행한 행위에 관하여는 불법행위 책임을 지지 않는다는 뜻을 규정하는 것도 역시 같은 생각을 바탕으로 하는 것으로 이해되고 있다.

라. 인과관계

다수설은 공동불법행위의 성립에는 각자의 행위와 손해발생 사이에 인과관계가 있어야 할 것을 요구하고 있고, 판례 역시 민법 제760조 제1항에 규정한 공동불법행위가 성립하려면 권리침해에 대하여 객관적으로 공동원인이 있고 가해자 각자의 행위와 이로 인하여 발생한 손해와의 사이에 인과관계가 있어야 한다³³⁾는 입장으로 일관 되어 있다.

여기서 공동불법행위의 성립 요건으로서의 인과관계는 가해행위와 손해발생간의 인과관계를 가리키는 것이어야 하나, 판례에서는 인과관계가 여러 가지 의미로 혼용되어 관련 공동성의 요건을 가리키기도 하고,³⁴⁾ 사실적 인과관계의 의미로 쓰이거나,³⁵⁾ 또는 손해배상의 범위를 정하기 위하여 쓰이기도 한다.³⁶⁾ 다만 공동불법행위의 성립요건으로서의 인과관계는 상당인과관계로 보아야 한다는 것이 지배적인 견해로 볼 수 있다. 판례는 공동불법행위를 행위자간에 하등의 의사공동이 있음을 요하지 않고, 예를 들면 갑·을 각 공장에서 배출되는 독물이 하류에서 합류하여 독력을 내는 경우에도 공동불법행위로 볼 수 있다는 입장이 나

33) 대판 1995.7.28, 95다1187; 대판 1989.5.23, 87다카2723; 대판 1963.10.31, 63다573.

34) 대판 1989.5.23, 87다카2723; 대판 1969.8.26, 69다962.

35) 대판 1957.3.28, 4289민상551.

36) 대판 1971.1.26, 70다2531.

왔다.³⁷⁾ 이에 대하여 이 판례의 이론은 결국 객관적 공동원인은 곧 인과관계라고 하는 것이 되고, 경우에 따라서는 원인이 결과와 직접 결부되어 있지 않더라도 결과와 간접적으로 결부되어 있는 한 공동불법행위의 성립이 인정되게 되어 인과관계론은 객관적 공동원인의 범위를 더욱 넓히는 기능까지 하기에 이르렀다는 비판이 제기되었고, 인과관계의 존재에 대해 상당 인과관계의 필요성을 강조하는 입장이 나오는 등 학설의 반대가 심해지자 판례는 다시 인과관계를 엄격하게 해석하는 방향으로 나아갔다.³⁸⁾ 학설 중에는 판례상의 이러한 동요를 지적하여, 우리 민법상의 인과관계의 개념은 사실적 인과관계, 민법 제393조의 인과관계, 책임범위 일반에 관한 인과관계의 세 가지 의미로 사용된다고 하고, 공동불법행위의 성립요건으로서 인과관계는 사실적 인과관계로만 이해하여야 한다는 주장이 있다. 이 설은 수인이 폭행할 것을 공동으로 모의하고 현장에 나가 피해자를 포위한 후 그 중 한명이 피해자에게 폭행을 실행하여 사망케 한 경우에, 그 수인에게 공동불법행위의 책임을 인정할 내용의 판례³⁹⁾를 행위와 손해 사이에 사실적 인과관계를 인정한 것으로 보고 있다.

(2) 관련공동성

공동불법행위의 책임에 관한 민법 제760조 제1항은 수인의 행위가 서로 관련·공동하여 손해에 대하여 원인을 이루고 있으므로 결과에 대하여 공동책임을 지게 하고 있다.⁴⁰⁾ 일반적으로 민법 제760조 제1항의 ‘공동’의 의미에 대하여 ‘객관적 공동설’과 ‘주관적 공동설’로 양분하여 설명하는 것이 주류이나,⁴¹⁾ 이에 대하여 ‘객관적 공동설’과 ‘주관적 공동설’ 및 ‘질충설’ 등으로 3분하여 설명하는 견해도 있다.⁴²⁾

37) 대판 1997.1.26, 96다2969.

38) 대판 2008.6.26, 2008다22481; 대판 2007.6.14, 2006다78336;

39) 대판 1989.5.23, 87다카2723; 대판 1969.8.26, 69다962.

40) 김상찬·정영진, “공동불법행위자의 책임과 불법행위자간의 구상관계”, 「국제법무」 창간호(제1집 제1호), 제주대학교 법과정책연구소, 2009. 5, 48면.

41) 박윤직, 전계 채권각론, 528면; 김상용, 전계서, 217면; 지원림, 전계서, 1442면.

42) 이은영, 전계서, 824면; 김주수, 전계 채권각론, 711면.

가. 객관적 관련공동설

민법 제760조는 공동불법행위자에게 ‘연대하여’ 책임을 지는 것으로 함으로써 피해자를 두텁게 보호하고 있는 점에 그 특색이 있다. 즉 공동불법행위에 있어서의 배상에 관하여, 다수 당사자의 채권관계에 관하여는 분할채권관계를 원칙으로 한다는 민법 제408조의 적용을 배제해서, 각 관계자의 공동 책임으로 하여, ‘연대하여’ 배상하게 하고 있는 점에 특징이 있다는 것이다. 또한 이때의 연대라고 하는 것은 연대채무로 파악하는 것보다는, 피해자의 보호라는 제도의 취지를 살려서 절대적 효력이 있는 사유가 적은 부진정연대채무라고 파악하는 것이 타당하다는 것이다. 그리고 민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 인정되기 위해서는 첫째로 행위자 각자가 각각 독립하여 일반불법행위의 요건을 갖추어야 할 뿐만 아니라, 둘째로 각 행위자 사이의 행위의 관련공동성이 필요하다. 공동불법행위자 사이에 공모 내지 공동의 인식이 없더라도 각자의 행위가 객관적으로 관련공동성이 있을 때는 공동불법행위가 성립한다는 것으로, 현재의 다수설이다.⁴³⁾

나. 주관적 관련공동설

주관적 관련공동설에 의하면 협의의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 가해자들 사이에 ‘공모 내지 공동의 인지’, 즉 ‘주관적 공동’이 있어야 하며, 그 근거로서 첫째로 자귀상으로 “공동의 불법행위”라고 하는 것은 독일민법의 ‘공동으로한 불법행위’와 같은 의미이고 ‘공동 아닌 수인의 행위’라고 하는 것은 수인이 공동으로 한 개의 행위를 한 것이 아닌 경우, 즉 주관적 공동 없이 수인의 행위의 의미라고 해석하는 것이 문리해석으로서도 순탄하며, 둘째로 협의의 공동불법행위에 있어서 행위자들의 책임이 가중되는 것은 수인이 의식적으로 합동하여 1인에게 손해를 가하는 행위의 유책, 비난가능성이 높다고 하는 데에서 구하여야 할 것임에 반하여 가해자불명의 공동불법행위에 있어서 각 행위자가

43) 박윤직, 전계 채권각론, 697면; 임정평, “공동불법행위책임의 일고찰”, 「민법학의 회고와 전망」, 민법전시행30주년 기념논문집, 1993, 668면; 한삼인, “공동불법행위자간의 구상관계”, 「고시계」, 제48권 제12호, 고시계사, 2003. 12, 106면; 지원립 전계서, 1442면; 이은영, 전계서, 845면 등.

전책임을 지게 하는 것은 피해자에게 인과관계의 입증을 배제해 줌으로써 인과관계의 입증불능 때문에 손해의 배상을 받지 못하는 일이 없도록 하자는 데 있다.⁴⁴⁾ 이 견해에 의하면 민법 제760조 제2항이 적용되는 경우는 ① 주관적 공동 없이 위법행위가 사실상 경합한 경우와 ② 수인이 공동행위를 하였으나 그 공동행위는 손해를 일으킨 위법행위는 아니고 공동행위자 중의 1인이 위법행위를 하여 타인에게 손해를 가한 경우다.⁴⁵⁾ 전자의 예로서는 갑회사와 을 회사가 하천에 방류한 약품이 서로 합하여 또는 서로 화합하여 농작물이나 어류에 피해를 준 경우, 갑과 을이 서로 아무 연락 없이 각자 동시에 병을 쏘아서 병이 사망한 경우, 갑 창고회사가 과실로 인하여 오기된 창고증권을 발행하고 을이 이것을 사용하여 금전을 사취한 경우 등이 이에 해당한다. 후자의 예로서는 갑 집단의 사람들과 을 집단의 사람들이 우연히 지나치다가 패싸움이 벌어졌는데, 한참 싸우던 도중 갑 집단 중의 누군가가 을 집단의 사람들을 나이프로 찔러서 부상을 입힌 경우에 누가 찔렸는지 알 수 없는 때를 들고 있다.

다. 검토

다수설이 취하는 객관적 관련공동설의 의미는 행위자 각자의 행위와 손해와의 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 가령 수인이 폭행하기로 공동 모의를 하고 현장에 갔으나 그 가운데에 한 사람만이 피해자에게 폭행을 실행하여 사망케 한 경우에도 그 수인은 공동불법행위의 책임을 져야 한다. 대법원⁴⁶⁾은 이를 부당하다고 할 필요는 없을 것이라고 하면서 인과관계의 인정에 상당히 너그러운 태도를 보이거나 행위자 각자의 행위와 손해와의 사이에 인과관계를 포기하거나 의제하고 있지는 않다. 이렇게 볼 때에 다수설은 민법 제760조 제1항의 공동불법행위의 성립요건으로서 일반불법행위의 요건 이외에 또 다시 행위의 관련공동성을 요구하고 있다고 볼 수 있다. 그렇다면 민법 제760조 제1항의 제도취지를 찾는다면 이 점에 대해서는 다수설은 공동불법행위 제도의 취지를 민법 제408조의 분

44) 김중환, 전계논문, 389면; 서민, 전계논문, 53면.
 45) 김중환, 상계논문, 391-392면.
 46) 대판 1982.4.27, 80다2555.

할책임을 배제하고 연대책임을 부과한 점에서 구하고 있다.

먼저, 판례가 취하는 객관적 관련공동설의 의미로 먼저 배분적 인과관계론을 전제로 하고 있는가의 여부이다. 공동불법행위의 제도취지가 분할책임을 배제하고 연대책임을 부과하는 데에 있다고 직접적으로 언명하고 있지 않다. 다만 공동불법행위로 인한 손해배상책임은 불법행위자 상호간에 부진정연대책무관계가 성립된다고 하고 있다.⁴⁷⁾ 그렇다면 판례 역시 배분적 인과관계론에 입각하여, 각 행위자의 전액에 대한 배상책임은 민법 제760조에 의하여 비로소 인정되었으며, 동 규정이 적용되지 않는 경우에는 각자는 분할책임밖에 부담하지 않을 것인가 하는 의문이 제기될 수 있다.

다음으로, 판례가 공동불법행위의 성립요건으로서 요구하는 객관적 관련·공동이 어떠한 의미를 가지는지 이다. 판례는 일관하여 공동불법행위가 성립하기 위해서는 “행위자 상호간의 공모는 물론 공동의 인식을 필요로 하지 아니하고, 다만 객관적으로 그 공동행위가 관련·공동되어 있으면 족하고 그 관련·공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생함으로써 이의 배상책임을 지는 공동불법행위가 성립하는 것이라고 할 것이다.”⁴⁸⁾ 또 “민법 제760조 제1항 소정의 공동불법행위가 성립하려면 각자의 고의, 과실에 기한 행위가 권리침해에 대하여 객관적으로 공동원인이 되는 것임을 요한다고 할 것”⁴⁹⁾이라고 함으로써 객관적 관련·공동 내지 객관적 공동원인을 요구하는 의미는 복수의 행위 사이에 객관적 공동이 인정되면 개개의 행위와 결과 사이의 인과관계는 문제 삼지 않고, 객관적 관련이 있는 일체적 관계로서의 행위전체와 결과 사이에 인과관계가 인정이 되면 개개의 행위와 결과 사이의 인과관계는 의제된다고 볼 수 있다. 따라서 판례는 공동불법행위가 성립되기 위해서는, 행위의 공동성이라고 하는 측면보다는 하나의 손해의 발생에 둘 이상의 행위가 각자 인과관계가 인정이 된다고 하는 측면이 더욱 중요하게 고려되고 있고, 사실 하나의 손해의 발생에 대하여 둘 이상의 행위가 인과관계를 가진다고 하는 말속에 이미 각 행위는 객관적 공동성을 가진다고 하는 의미가 포함되어 있는 것이며, 막연하게 객관적 관련공동성이 존재한다는

47) 대판 1997.12.12, 96다50896; 대판 1997.10.10, 97다28391; 대판 1982.4.27, 80다2555.

48) 대판 2009.4.23, 2009다1313; 대판 2006.1.26, 2005다47014.

49) 대판 2008.4.24, 2007다44774; 대판 1994.12.2, 93다111; 대판 1982.12.28, 80다3057.

말보다는 각 행위가 손해의 발생에 대하여 인과관계를 가진다고 하는 말이 더욱 의미를 가지게 되는 것이다. 판례상에서 공동불법행위 성립의 핵심은 객관적 관련공동성이 아니라 하나의 손해의 발생에 수인의 행위가 인과관계를 가진다고 하는 사실이며, 이러한 사실이 확인 되면 그들 행위 사이에는 어떤 형식으로든 객관적 관련공동성을 인정할 수 있을 것이다.

문제는, 수인이 공모를 하였으나 실행은 그 중 1인이 한 경우는 약간 문제가 된다. 이 부분은 아마도 객관적 공동설보다는 주관적 공동설에 의할 것인가인데, 이 경우는 물리적인 인과관계는 인정하기 어렵지만 심리적인 인과관계는 인정할 수 있고, 따라서 판례는 각 행위자의 개별적인 인과관계를 포기한 것이 아니라고 할 수 있다.

그리고 주관적 관련공동설에 대하여 일반적으로 제기되는 비판은 주관적 공동성이 없는 경우에 제1항 후단의 책임에 의한 피해자보호 이외에는 특별한 배려가 없다는 점이었다. 즉 복수의 가해자의 행위가 경합하여 비로소 손해가 발생한 경우에는 인과관계를 인정하고, 그 후는 책임액 결정의 문제로서, 기여도의 증명 없으면 전액에 대하여 부진정연대책임, 증명이 있으면 분할책임이 된다고 보고 있다. 기여도의 판단이란 위법성의 정도의 판단이며 과실상계와 같은 성질의 것이라고 한다. 그렇다면 피고가 위법성 판단의 기초가 되는 사실을 주장만 하면 되고, 그 정도까지는 증명할 필요가 없을 것이며, 그 존부·정도의 판단은 법률적 판단이라 할 것이다. 그리하여 대부분의 경우 기여도 감책은 인정받게 될 것이다. 그렇지만, 자동차 충돌에 의하여 보행자가 부상한 경우처럼 기여도 감책을 부정해야만 하는 경우에도 인정하여야 하는가가 문제가 된다. 자동차 충돌에 의하여 보행자가 부상당한 것과 같은 경우에 기여도 감책이 쉽게 인정되어 가해자들에게 분할책임이 인정될 여지가 많은 것으로 보인다.

우리 민법 제760조의 제도 취지는 무엇인가에서, 민법 제760조 제1항의 제도 취지에 대해서는 국내 학설에서는 위의 분할책임의 배제라는 설명 이외에는 볼 수 없다.⁵⁰⁾ 민법 제760조 제1항의 취지를 생각해 볼 때에, 이는 근본적으로 수인을 일체로 파악하여 1인의 행위의 결과를 모두에게, 즉 각자의 행위의 결과를 상호간에 귀속시키는 규정으로 생각해 볼 수밖에 없을 것이다. 이때 각자의 행위의

50) 정태륜, 전제논문, 288면.

결과를 타인에게 귀속시키는 근거는 무엇이나 하는 것이 문제될 수 있으나 귀책의 근거는 기본적으로 ‘의사’에서 구해야 하며, 이때 주관적 요건이란 “각자가 타인의 행위를 나의 행위로, 그리고 나의 행위가 타인의 행위로 받아들이는 의사”를 그 내용으로 한다고 하여야 할 것이다. 이때 각자는 타인의 행위의 결과에 대해서 직접적인 인과관계라는 개념을 통하여 인과관계가 인정되는 것으로 이론 구성할 수도 있으나, 적어도 위와 같은 주관적 요소가 인정되는 한 개별적인 인과관계는 묻지 않고 공동의 의사가 공동의 원인을 이룬다고 봄이 타당할 것이며, 따라서 민법 제760조 제1항은 책임근거적 규범의 기능을 한다고 보아야 할 것이다. 그러나 공동불법행위를 위와 같이 관련공동성이 있는 행위라고 해석하면 위와 같은 모순은 없어진다. 그러면 관련공동성의 요건은 무엇인가에서, 관하여 어느 누구도 명확하게 이야기 하는 사람이 없고 또한 그 자체가 바로 책임의 문제와 직결되므로 일의적으로 이야기 할 수는 없고 결국 공동불법행위의 유형의 다양성 때문에 각 유형과 구체적인 사정에 따라 판단할 수밖에 없고 관련적 공동불법행위중의 각종의 유형마다 관련공동성의 판단기준을 분화시켜야 할 것이다.

2. 가해자불명의 공동불법행위

(1) 서설

수인 중 일부의 행위에 의하여 하나의 손해가 발생하였으나, 누구의 행위에 의하여 손해가 발생하였는지를 알 수 없을 때, 그 수인을 모두 공동불법행위자로서 책임을 지우고 있다(제760조 제2항). 이러한 공동불법행위를 가해자 불명의 공동불법행위라고 한다. 협의의 공동불법행위에 있어서는 수인의 행위가 공동하여 하나의 손해를 발생케 함에 반하여, 가해자 불명의 공동불법행위는 수인의 행위의 공동에 의해서가 아니라 수인 중 일부의 자의 행위에 의하여 손해가 발생하였으나 그 손해발생의 원인자를 알 수 없는 경우, 그 수인 모두를 공동불법행위자로 인정하는 것이다. 예컨대 여러 사람이 음식점에 폭발물을 던져 사상자가 발생하였거나, 정치집단 간에 총기난사로 인하여 행인이 부상을 당한 경우 등을 가해자 불명의 공동불법행위의 예로 들 수 있을 것이다.

이와 같이 가해자 불명의 공동불법행위에 의하여 관여자 모두에게 연대책임을 인정하는 것은 피해자를 보호하기 위하여 피해자로 하여금 수인의 행위와 결과 발생 간에 인과관계의 입증책임을 면제케 함에 있다. 그리고 수인 중 자기의 행위에 의하여 결과가 발생하지 않은 자는 적극적으로 인과관계의 부존재를 주장·입증하여 면책될 수 있다. 그러므로 가해자 불명의 공동불법행위에 의하여 수인이 연대책임을 지도록 한 민법 제760조 제2항은 인과관계의 추정에 관한 규정이라 할 수 있다.⁵¹⁾

공동불법행위는 수인의 행위가 공동하여 하나의 손해를 발생케 한 경우에 그 행위자 모두에게 연대책임을 지우는 특수 불법행위로서 가해자 불명의 공동불법행위와 교사·방조에 의한 공동불법행위는 진정한 의미의 공동불법행위는 아니다. 그러나 책임의 인적 범위를 확대하여 피해자를 강하게 보호하기 위하여 그들 모두에게 연대책임을 지우고 있다.⁵²⁾

(2) 성립요건

가. 고의·과실과 책임능력

민법 제760조 제2항의 공동불법행위가 성립하기 위하여는 각 행위자에게 고의·과실이 있어야 한다. 따라서 행위자 중의 1인이 과실 없이 싸움에 합세할 것을 강요당한 경우에는 책임을 부담할 수 없다. 또한 가해자에게 책임능력이 있어야 한다.

나. 공동 아닌 수인이 행위가 있을 것

여기서 ‘공동 아닌’이란 의미는 손해발생의 위험이 있는 행위로 고려될 수 있는 수인의 행위가 서로 관련공동성이 없다는 의미를 가지는데 불과하고, 손해발생의 위험이 있는 행위로 고려될 수 없는 행위까지 포함하는 의미는 아니라고

51) 지원립, 전게서, 1443면.

52) 김상용, 전계논문, 1면.

보아야 한다.⁵³⁾

그리고 수인의 위험행위 사이에는 어떠한 관계가 있어야 하는가에 관하여는 관련공동성을 요건으로서 요구하는 견해와 이를 요구하지 않는 견해가 대립하고 있다. 객관적 관련공동설을 주장하는 학자 중에서는 민법 제760조 제2항의 요건으로서도 객관적 관련·공동을 필요로 한다는 주장도 있고,⁵⁴⁾ 이에 대하여 이를 요구하지 않는 견해도 있다.⁵⁵⁾

후자의 논거는 공동 아닌 이라 함은 손해발생의 인과행위로 고려될 수 있는 수인의 행위가 서로 관련공동성이 없다는 의미일 뿐이므로 매우 넓은 개념이라는 것이다.⁵⁶⁾ 특히, 공동 아닌 수인의 행위란 공동 아닌 수인이 결과발생의 위험이 있는 행위에 행위자로서 관여한 경우를 말하며, 여기에는 택일적 손해 야기의 경우뿐만 아니라 이른바 가해자불명의 공동불법행위 및 병존적 공동불법행위까지도 포함된다고 보는 견해도 있다.⁵⁷⁾

한편, 주관적 관련공동설을 주장하는 학자 중에도 요건으로서 민법 760조 제2항의 경우에는 객관적 관련·공동만으로 충분하다고 하는 입장이 있는가 하면, 이에 대하여 주관적 관련·공동이 없는 것이라고 함으로써 (주관적)관련공동성을 요구하지 않는 견해도 있다.⁵⁸⁾

다. 가해자가 불명일 것

수인 가운데 누군가가 가해행위를 한 것은 분명하지만, 그가 누구인지는 명확하지 않아야 한다.⁵⁹⁾ 즉 수인 중의 어떤 자의 행위와 손해발생과의 사이에 인과관계가 있지만 그가 누구인지를 특정할 수 없는 경우로서 그 효과는 행위자 각자에게 인과관계가 추정된다.

53) 서민, 전계논문, 23면.

54) 박윤직, 전계 채권각론, 702면.

55) 서민, 전계논문, 23면.

56) 幾代通, 「不法行爲」, 筑摩書房, 1990, 85面.

57) 서민, 전계논문, 75면.

58) 김중환·김학동, 「채권총론(제7판)」, 박영사, 2006, 511-512면.

59) 수인의 행위 중 어느 1인의 행위로 인하여 결과가 발생했다는 점은 분명하나 누구의 행위로 인한 것인지 밝혀지지 않은 경우, 어느 1인의 행위로 인한 것인지 또는 수인의 행위가 경합되어 원인이 된 것인지 분명하지 않은 경우, 또는 주관적 공동이 있었으나 그 공동의 범위를 초과한 가중행위가 공동행위자 1인의 자의로 행해졌으나 그 행위자가 누구인지 알 수 없는 경우 등을 말한다.

그리고 협의의 공동불법행위에 관하여 공동인식설을 주장하는 견해에 의하면 주관적 공동 없는 위협행위가 사실상 경합한 경우, 예를 들면 갑 회사와 을 회사가 하천에 방류한 약품이 서로 합하거나 화합하여 농작물 등에 피해를 준 경우에는 가해자 불명의 공동불법행위로 이해하고 있으나, 통설인 객관적 관련공동설에 의하면 이것은 협의의 공동불법행위로서 다루게 된다. 다만 환경보전법 제60조 제2항은 무과실책임규정이므로 주관적 공동, 객관적 공동에 관계없이 면책되지 않는다.

(3) 가해자의 증명과 면책

가해자 불명의 공동불법행위는 수인의 행위가 협의의 공동불법행위로서 성립하지 않지만, 피해를 입은 것은 사실이고 수인의 행위자 중 누가 가해자인지 알 수 없는 경우 또 피해의 배분에 대한 가해자를 알 수 없는 경우에 피해자에게 현실의 가해자가 누구인지를 입증시키는 곤란을 덜어주고 가해자의 증명곤란으로 말미암아 피해자가 배상을 받지 못하게 되는 것을 구제하기 위해 정책적으로 책임자의 범위를 확장한 것이다. 따라서 수인의 행위자 중 가해자가 누구인가, 혹은 누가 손해의 어느 부분에 대해 원인이 되었는가, 인과관계가 입증된다면 그 자는 책임을 면할 수 있느냐가 문제된다. 예를 들면 피해자가 칼에 찔려 부상하였는데, 상대 집단의 어느 누구도 칼을 소지하지 않았음을 입증한 경우, 즉 가해행위와 손해발생 사이에 인과관계가 없음을 입증하면 그 상대방 집단은 책임을 면할 수 있을 것인가에 대하여 견해가 나뉜다.

이에 대하여 부정설은 제760조 제2항의 취지를 단지 공동행위자에 관하여 인과관계를 추정시키는 데에 있다고 해석하면 문제를 긍정하여야 할 것이지만, 피해자를 두텁게 보호하고 공동불법행위자에게 경고를 주려고 하는 취지라면 반증을 들어 책임을 면할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다고 한다. 그 이유는 민법 제760조 제2항의 규정은 수인의 행위가 있었으나 손해를 발생케 한 행위자가 누구인지 불명한 경우의 규정이므로 단순히 손해의 발생에 대한 인과관계가 없다는 이유만으로는 면책하기 어렵기 때문이라고 한다.⁶⁰⁾

60) 김증한, 「채권각론」, 박영사, 1988, 512면.

그러나 긍정설은 민법 제760조 제2항의 규정은 가해자의 입증이 곤란하여 피해자가 배상을 받을 수 없는 것을 방지하기 위하여 정책적으로 책임자의 범위를 확장한 규정이기 때문에 그 적용에 신중을 요하고, 공동행위자라고 할지라도 가해행위 자체에 공동성이 없는 경우이므로 오히려 면책을 인정하는 것이 타당하다는 견해이다. 또한 공동불법행위자에게 인과관계를 추정하는 것으로 보아야 하기 때문에 입증에 의하여 면책을 인정하는 것이 타당하다고 한다.⁶¹⁾ 그 이유는 가해자불명의 공동불법행위의 연대책임은 결코 반 윤리성의 근거에서 부담시키는 것이 아니기 때문에 어떤 자가 무책을 입증하였다면 벌써 입증의 곤란문제는 해결되어 버린 것이 된다. 그리고 아무리 피해자의 보호라고 할지라도 원인을 주지 않은 자에게 결과에 대한 책임을 묻는 것은 가혹하다 할 것이다.

가해자 불명의 공동불법행위의 경우는 주관적 공동 없는 위법행위가 사실상 경합한 경우와 수인이 손해를 발생시킬 위험이 있는 행위를 공동으로 하였는데, 그 중 1인이 위법행위를 하여 손해를 일으킨 것은 분명하나 직접의 가해자가 불명한 경우의 두 가지를 포함한 것이라 할 수 있다. 공동 아닌 수인의 행위 중 자기가 가해행위를 한 것이 아님을 입증한 자를 면책케 하더라도 그것은 피해자의 입증곤란 제거라는 입법취지와 상반되지 않을 뿐만 아니라, 또 민법 제760조 제2항의 규정인 ‘공동 아닌’ 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때라는 법문의 취지에도 부합한다고 하여야 할 것이다.

3. 교사·방조에 의한 공동불법행위

(1) 서설

민법 제760조 제3항은 “교사자나 방조자는 공동불법행위자로 본다”라고 규정하고 있다. 그러므로 교사자나 방조자는 공동불법행위자로 간주되어 직접의 불법행위를 행한 자와 연대하여 책임을 부담하게 된다. 또한 교사자나 방조자는 직접적으로 불법행위와 공동관계에 있지는 않지만, 피해자를 보호하기 위해서는 이러한 행위자에 대해서도 공동불법행위자로 보고 연대책임을 부담하게 하는 것이다.

61) 김중환, 상계서, 508면.

따라서 교사나 방조자는 위법행위 자체를 공동으로 하는 것이 아니라는 점에서 혐의의 공동불법행위자와 차이가 있다.

이처럼 교사나 방조자를 공동불법행위자로 취급하는 이유는 다음과 같은 점 때문이다. 즉, 교사는 직접 행위자와의 의사의 공동 내지는 직접 행위자의 결의를 강화시키는 것을 의미하고, 방조는 불법행위를 용이하게 하는 행위를 의미하므로 직접 행위자에 의하여 야기된 결과에 대한 개별적인 인과관계의 유무를 묻지 않고 교사나 방조자에게 직접 행위를 한 자와 마찬가지로 전손해에 대한 배상책임을 물어도 부당하지 않다. 다만 공동불법행위자가 상호간의 내부관계에 서는 각 행위자의 기여도에 따라 부담부분이 정해질 것이다.

교사자는 보통 직접 행위자보다 관여도가 높은 것으로 평가되고 방조자는 그 관여도가 낮은 것으로 평가되지만, 구체적인 사정에 따라서 달라질 수 있다.⁶²⁾ 또한 교사나 방조에 해당하는 경우 중에서도 관련공동성이 인정될 수 있는 경우는 혐의의 공동불법행위에 흡수될 여지가 많을 것이다.

(2) 성립요건

가. 교사에 의한 공동불법행위

교사란 타인으로 하여금 불법행위의 의사결정을 하도록 하는 행위를 말한다. 이처럼 교사는 직접행위자와 의사를 공동하거나 직접행위자로 하여금 불법행위를 행하는 결의를 강화시켜주는 역할을 한다. 그러므로 교사자는 직접 불법행위를 행한 자와 주관적 공동관계에 있는 것과 비슷하다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 교사자에게는 직접 행위자에 의하여 야기된 결과에 대한 개별적인 인과관계의 유무를 묻지 않고 직접행위자와 연대하여 전 손해에 대한 책임을 부담시키는 것이다.

나. 방조에 의한 공동불법행위

62) 이은영, 전거서, 833면.

방조자에 의한 공동불법행위라 함은 불법행위를 함에 있어 타인의 직접 행위의 실행을 용이하게 하는 행위, 즉 직접적인 불법행위의 실행을 도와서 그것을 쉽게 하도록 하는 행위를 말한다. 예를 들면, 어떤 자가 타인을 구타하고 있는 중에 망을 본다든가 하는 경우를 말한다. 판례도 공동불법행위에서 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것이라고 판시하고 있다.⁶³⁾ 이처럼 방조자는 직접행위와 객관적 관련공동성이 있는 공동불법행위자와 비슷한 것으로 볼 수 있으므로, 방조자에게는 그 기여도에 상관없이 직접행위자와 연대하여 전 손해에 대한 배상책임을 부담시키는 것이다.

방조는 물리적 또는 정신적으로 불법행위를 행하는 것을 도와주는 것이므로, 과실에 의한 방조도 가능하다. 또한 방조자에게 있어 고의와 과실은 구별하지 않으나, 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 하며 피방조자가 방조의 사실을 인식하여야 한다.⁶⁴⁾

다음의 판례에서도 과실에 의한 방조를 인정함에 있어서 과실을 ‘불법행위에 도움을 주지 말아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것’으로 판시함으로써 과실에 의한 방조에 있어서의 과실의 내용을 분명히 하고 있음을 알 수 있다.

민법 제760조 제3항은 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다고 규정하여 교사자나 방조자에게 공동불법행위자로서 책임을 부담시키고 있는 바, 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 제반 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위자의 실행행위를 용이하게 하는 경우도 포함하는 것이고, 이러한 불법행위의 방조는 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하고, 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위하여는 방조행위와 피방

63) 대판 2007.6.14, 2005다32999; 대판 2007.1.26, 2005다34377; 대판 2006.1.26, 2005다47014; 대판 2005.11.10, 2003다66066.

64) 서민, 전계논문, 74면.

조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다.⁶⁵⁾



65) 지원림, 전계서, 1443면; 대판 2007.6.14, 2006다78336; 대판 2007.6.14, 2006다78329; 대판 2007.6.14, 2005다32999; 대판 2007.1.26, 2005다34377; 대판 2007.1.25, 2005다11626.

제3장 공동불법행위자 책임의 비교법적 검토

불법행위란 법률의 근본목적에 어긋나고 법질서를 깨는 행위로서 법률이 그 본질상 허용할 수 없는 것을 말한다. 근대민법에서는 각각의 불법행위자는 자기가 야기 시킨 손해에 대해서만 책임을 진다는 개별책임의 원칙이 지배적이었던 것이 현대 산업사회가 되면서 불법행위에 관련공동성이 있는 경우에는 공동불법행위자 서로가 공동으로 책임을 지는 것으로 변천하였다. 이렇게 법질서 안에서 불법행위법은 각 국가에서 상이하게 발전해 온 오랜 역사적 산물이며, 각국이 그 법적 구조를 달리하고 있다.

마찬가지로, 각국의 공동불법행위에 관한 규정은 그 나라의 불법행위에 관한 전체 법체계와 관련하여 각기 다른 태도를 보이고 있다. 이 장에서는 영미법계 국가 중에서의 영국과 미국, 대륙법계 국가 중에서의 독일과 일본의 공동불법행위자 상호간의 관계, 1인에 대하여 발생한 사유의 효력, 과실상계의 공동불법행위자 책임을 살펴봄으로써 우리나라의 공동불법행위자 책임론을 검토하는데 유용하게 활용하고자 한다.

제1절 영미법계

1. 영국

(1) 공동불법행위자 상호간의 관계⁶⁶⁾

가. 구상권을 부정한 판례

구상권을 부정한 견해들을 먼저 살펴보면, 첫째 치욕적이거나 불법이 원인에

66) 주상수, “공동불법행위자 상호간의 내부구상관계”, 「사법논집」 제13집, 법원행정처, 1982. 195-202면; 정태륜, 진계논문, 33-41면; 김진, “공동불법행위에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 1999, 110-131면.

있는 경우와, 둘째로 묵시적인 계약에 의거한 경우가 있다.

구상권을 부정한 판례를 살펴보면, 1799년 ‘Merryweather v. Nixan’ 사건이 있다. 이 사건의 개요는 원고와 피고가 공동으로 타인의 제분공장에 대해 손해를 가했는데 원고만 그 손해전액을 변상하였기 때문에 원고는 피고에게 반액의 부담을 요구하는 소를 제기하였는데 원심은 공동불법행위자 상호간에는 하등의 부담액이 있을 수 없다는 이유를 내세워 원고의 청구를 기각하였다. 이에 상소를 하였으나 재판장은 불법행위로 인하여 지급의무가 발생한 경우에서의 구상권에 관해서는 구상을 인정한 사례가 없다는 이유로 상소를 기각하였다. 이처럼 자기의 위법행위로 인하여 책임을 추궁 당한 자는 손해를 배상하였다고 하더라도 자기책임을 스스로 완수한 것에 지나지 않는다고 보아, 불법행위자간의 구상권이 그들 사이의 묵시의 계약에 의하더라도 이러한 계약은 공서에 반하여 무효라는 이유에서 공동불법행위자 상호간에는 구상권은 존재하지 않는다고 하는 판례상의 일반원칙이 성립되었다.

나. 구상권을 인정한 판례

구상권을 인정한 견해로는, 발생한 손해를 공동불법행위자들 중의 누가 최종적으로 부담할 것인가 하는 것이 피해자인 원고에 의하여 결정된다는 것이다. 더 나아가 공동불법행위자 중의 1인이 피해자와 통모하여 자기의 재산에 대하여 집행하지 않는다는 것을 조건으로 하여 다른 자력 있는 공동불법행위자의 재산에 대하여 집행하도록 도와주는 경우가 있다.

이에 대한 구상권을 인정한 판례를 살펴보면, 1935년에 ‘부녀자 및 불법행위에 관한 법(Married Women and Tortfeasors Act)’에서 손해에 대하여 책임이 있는 불법행위자는 그 손해에 대하여 책임이 있거나 혹은 제소 당하였더라면 책임을 졌을 다른 불법행위자에 대해 구상할 수 있음을 규정하고 있으며, 구상액의 결정은 손해에 관한 상환채무자의 책임의 정도를 고려하여 정의와 형평에 입각하여 법원에 의하여 결정되며 법원은 경우에 따라 책임의 부담액을 면제할 수도 있고 완전한 전액상환을 명할 수도 있다고 규정하고 있어, 공동불법행위자 상호간에 구상권이 없다고 하는 원칙은 폐지되었다고 할 수 있다.⁶⁷⁾

(2) 공동불법행위자 1인에 대하여 발생한 사유의 효력⁶⁸⁾

가. 법률에 의한 책임제한의 경우

1882년 ‘유부녀 재산법’ 제12조에서 “부부는 타방에 대해 불법행위소송을 제기할 수 없다”고 규정하고 있는데 이것이 법률에 의한 책임제한의 예이다. Chant v. Read⁶⁹⁾에서는 부상당한 배우자가 이 규정의 혜택을 받지 않는 제2의 가해자에 대하여 손해전액을 청구한 후에 그 가해자가 다른 배우자에게 구상을 청구하였을 때에 이 규정이 그 구상권도 배제시키는가가 문제되었다.⁷⁰⁾ 이에 대해 법원은 배우자 사이의 불법행위소송의 금지는 서로 간에 가한 손해에 대한 책임을 배제시킬 뿐만 아니라 가해자가 다수인 경우에는 구상의 의무까지도 배제시킨다고 하였으며 이러한 책임배제에 관한 법률의 규정은 제2의 가해자에게 불리하게 적용하였다.

나. 책임배제의 합의가 있는 경우

영국에서는 책임배제의 합의가 있는 경우에 그 합의에 의하여 책임을 지지 않는 가해자에게 다른 제3의 가해자가 구상권을 행사할 수 있느냐 하는 문제에 관하여 특별히 따로 논함이 없이 보통 위에서 언급한 법률에 의하여 책임이 배제되는 경우와 함께 간단히 언급하는 것이 보통이다. 아마 실제로 이러한 문제가 거의 발생하지 않기 때문에 그렇지 않겠느냐고 추측이 된다.⁷¹⁾

67) 정태륜, 전계논문, 36면.

68) 주상수, 전계논문, 195-202면; 정태륜, 전계논문, 42-49면.

69) Chant v. Read, 1939, 2 All E.R. 286; 이 사건의 내용은 원고 C의 오토바이와 피고 R의 자동차가 양측의 과실로 충돌하였는데, 이 사고로 원고의 자동차에 함께 타고 있던 원고의 부인 W가 사망하였다. 이에 원고는 자기 부인의 유산관리인으로서 본 사건의 원고인 C에게 ‘기대수명의 상실’로 인한 손해배상의 청구를 하였던 바, 이에 C는 Tortfeasor Act 제6조 1항의 (c)에 의거하여 R에게 구상을 청구하였다. 이때 선결문제(‘기대수명의 상실’이 위 유부녀재산법의 의미에서의 ‘재산’에 속하느냐에 관한 문제이었다고 한다)로서 만약 본 사건의 원고 C가 피고의 부인 W의 유산에 대하여 책임이 있다면 그는 피고로부터 구상을 청구할 수 있느냐 하는 것이 문제 되었으나 W가 살아서 R에게 소송을 제기할 수 있었을 경우에만 C는 R에게 구상을 청구할 수 있는데 R은 Tortfeasor Act 제6조 1항의 (c)의 ‘책임이 있거나 제소당하였다면 책임이 있었을 불법행위자’가 아니기 때문에 구상의 청구는 인정되지 않았다.

70) 정태륜, 전계논문, 43면.

다. 1인에 대한 면제 또는 화해

영국에서는 공동불법행위의 유형에 따라 1인에 대한 면제의 효력이 달라진다. 즉 오늘날 영국에서는 공동불법행위자와 병발적 불법행위자의 법률상의 취급에 관한 차이점은 거의 사라졌지만 1인의 공동불법행위자에 대한 면제의 효력에 대해서는 아직 남아 있다. 전자의 경우에는 1인의 공동불법행위자에 대한 면제는 다른 모든 공동불법행위자에 대해서도 면제의 효과가 있으나, 후자의 경우에는 1인의 병발적 불법행위자에 대한 면제의 효과는 다른 병발적 불법행위자에 대해서는 아무런 영향도 미치지 못한다. 그러나 면제에 관한 이러한 차이점도 오늘날 많이 완화되어 1인의 공동불법행위자와 부제소합의가 이루어졌을 경우에는 다른 공동불법행위자를 면제시키는 효력은 없다고 하며, 법원도 1인의 공동불법행위자와의 합의를 면제로 보기보다는 될 수 있는 대로 부제소합으로 보려고 한다.⁷²⁾

1인의 공동불법행위자와 화해를 하였을 때에는 피해자의 다른 공동불법행위자에 대한 배상청구액은 그가 화해를 할 때에 실제로 받은액 만큼만 감액되고, 이때 전액배상을 한 공동불법행위자가 면제 또는 부제소합의의 계약 당사자(화해의 한 내용으로서 나머지 부분에 대하여 면제를 받거나 또는 소를 제기하지 않기로 합의를 본 자)에 대하여 구상을 청구할 수 있느냐가 문제될 수 있으나, 아직 판례상으로는 이러한 예가 나타나고 있지 않다.⁷³⁾

라. 소멸시효의 완성

영국의 Law Reform Act 1935 제6조에는 그 청구기간이 명시되어 있지 않아 불법행위에 근거한 다른 일반의 청구권과 마찬가지로 구상권이 발생한지 6년 내에 행사하여야 한다고 한다. 그러나 Limitation Act 1980 제10조는 소송 원인이 발생하는 일자는 판결 또는 중재재판을 받은 경우에는 판결일 또는 재판일로, 그

71) 정태륜, 전계논문, 44-45면.

72) Clerk & Lindsell, *on Torts*, 15th ed., London: Sweet & Maxwell, 1984. P.142.

73) 정태륜, 전계논문, 46면.

리고 화해의 경우에는 책임을 인정하든 부인하든 상관없이 지급할 금액이 합의된 일자로 하였다.

피해자에 대하여 전액을 변제한 공동불법행위자가 다른 공동불법행위자에게 구상권을 행사해 왔을 때에 이 구상당한 자는 자신에 대한 피해자의 손해배상청구권의 시효가 완성되었음을 이유로 구상에 응할 것을 거부할 수 있는가 하는 문제를 영국의 Civil Liability Act 1978은 제1조 3항에서 “손해가 발생한 이후에 문제의 손해에 관하여 책임을 지지 않게 되었음에도 불구하고 구상에 응할 책임이 있다”고 규정함으로써 피해자의 손해배상청구권의 시효가 완성되었다 하더라도 구상권 그 자체의 시효가 완성되지 않는 한 구상에 응할 의무는 계속 존재함을 밝히고 있다.⁷⁴⁾

(3) 공동불법행위에서의 과실상계

과실상계는 발생한 손해의 공평한 부담이라고 하는 손해배상법의 대원칙을 실현하는 법제도로써 그 현실적 중요성은 매우 크다. 여기서 문제 삼는 것은 공동불법행위에 고유한 과실상계의 문제로서, 과실평가의 요소는 이미 결정된 것으로 보고, 다만 가해자가 둘 이상이기 때문에 발생하는 복잡한 문제를 어떻게 해결할 것인가 하는 점이다. 예를 들어 피해자(P), 가해자 D1, D2의 과실이 각각 30%, 20%, 50%라고 할 때에 피해자는 누구에게 얼마의 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 문제이다.

영국에서의 일반적 경향은 먼저 가해자 전부의 과실과 피해자의 과실을 비교하여 그 비율을 결정한 다음, 가해자 전부의 비율에 상응한 손해에 대하여 각 가해자에게 연대책임을 지우는 것이다. 즉 위의 예에서 D1과 D2에게 70%의 손해액에 대하여 연대책임을 지우고, 가해자 각자의 과실비율은 그들 상호간의 구상관계에서 고려한다고 하고 있다.⁷⁵⁾

74) 정태륜, 전제논문, 48-49면.

75) Baristic v. Dvenport (1978) 2 N.S W.L.R. 111; Jones v. Richards [1955] 1 W.L.R.444; Murray v. Park Bros (1959) 109 L.J. 460.

2. 미국

(1) 공동불법행위자 상호간의 관계⁷⁶⁾

영국과 마찬가지로 미국에서도 공동불법행위자 상호간의 구상관계에 관하여 구상권을 인정하지 않는 원칙이 일찍이 지배하고 있었으나 판례에 의하여 수정되기 시작하였다. 판례의 변경 이유로는 “똑같이 고의 없는 행위로 인해 책임을 지는 2인의 가해자 중에서 우연히 1인에 대해 강제이행이 실효를 거두었다든가 1인이 책임보험에 가입하고 있었다는 사실에 따라 또는 피해자인 원고의 자의 또는 악의에 따라 더 나아가서는 다른 1인의 가해자와 공모하여 1인의 가해자에게 전 손해를 부담시킨다는 것은 명백하게 정의와 사리에 어긋난다”⁷⁷⁾고 하는 것이다.

이러한 변화는 일부 주에서는 비교과실법규의 제정과 동시에 구상권에 관한 입법이 이루어졌고 어떤 주에서는 비교과실법규와 관계없이 입법 또는 판례상으로 이루어졌다. 이처럼 대다수의 주에서는 공동불법행위자의 경우에 불가분적 손해에 대해서는 ‘전체로서 그리고 개별적으로’ 책임을 부담하고 그들 사이의 책임분담은 구상권의 문제로 해결하고 있다.⁷⁸⁾

(2) 공동불법행위자의 1인에 대하여 발생한 사유의 효력⁷⁹⁾

가. 법률에 의한 책임제한의 경우

불법행위가 발생할 당시에 그 책임을 배제시키는 항변사유가 있는 경우 공동의 법적 책임이 존재하지 않으므로 구상권이 배제되는 것이 전통적인 견해였다.⁸⁰⁾ 그러나 피해자에 대해 개인적 항변사유를 가지고 있는 가해자를 면책시키

76) 주상수, 전계논문, 195-202면; 정태륜, 전계논문, 33-41면; 김진, 전계논문, 110-131면.

77) 정태륜, 전계논문, 40-41면.

78) 김진, 전계논문, 127-128면.

79) 주상수, 전계논문, 195-202면; 정태륜, 전계논문, 42-49면.

80) Restatement (Second) of Torts §886 A. Comment g.

고자 하는 정책적 고려보다 구상권을 인정하고자 하는 정책적 고려에 더욱 큰 비중을 두는 주가 점점 많아지고 있다.⁸¹⁾ 그리하여 이러한 주에서는 피해자에 대하여는 면책되는 배우자나 부모 등에 대해서도 구상권을 인정하고 있다.⁸²⁾

나. 1인에 대한 면제 또는 화해

최근 몇 십년 전까지만 해도 미국의 대부분의 법정에서는 병발적 불법행위자 중의 1인에 대한 면제는 다른 병발적 불법행위자에 대한 소송원인도 완전히 포기한 것으로 다루어졌고, 따라서 실제로 받은 배상이 충분한가에 관하여 고려할 필요도 없이 다른 병발적 불법행위자들에 대한 소송도 금지되었다.⁸³⁾ 그러나 세월이 변하면서 많은 주에서 다른 불법행위자에 대해서는 소를 제기할 수 있다고 하는 취지의 법률이 제정되었고, 이러한 법률이 제정되지 않은 주에서도 부제소 합의라는 도구개념을 통하여 동일한 결과를 달성하였다.⁸⁴⁾

그리하여, 오늘날 대부분의 미국의 주에서는 피해자가 명시적으로 소송원인을 포기하거나 충분히 배상받지 않은 경우에는 어떠한 가해자에 대해서도 소송사유를 상실하지 않는다고 하는 원칙이 적용된다고 한다.⁸⁵⁾

다. 소멸시효

미국 불법행위법 Restatement(제2판)는 시효기간은 불법행위자의 책임의 부당한 확장을 피하기 위하여 충분히 짧아야 하며 이 문제는 Restatement가 관여할 사항이 아니라 입법자에게 맡겨져야 한다고 한다.⁸⁶⁾ Uniform Comparative Fault Act는 제5조(c)에서 구상권 소송은, 판결이 내려진 경우에는 그 판결이 확정된 후 1년 이내에, 판결을 받음이 없이 변제를 한 경우에는 변제한 후 1년 이내에, 그리고 소송이 계류 중인 상태에서 합의를 본 경우에는 합의 후 1년 이내

81) Harper, James, & Gray, *The Law of Torts*, 2nd ed. v.2, 1986, P49-50.

82) 뿐만 아니라 가족사이의 면책특권 그 자체를 부인하는 판결을 내리는 주도 증가추세에 있다고 한다.

83) 정태륜, 전제논문, 47면; Prosser & Keeton, *On the law of Torts*, 5th ed., 1984, P.33.

84) 정태륜, 상계논문, 45면.

85) Prosser & Keeton, op., cit, P.335.

86) Restatement (Second) of Torts §886 A g. 1979.

에 제기하여야 한다고 규정하고 있다.⁸⁷⁾

(3) 공동불법행위에서의 과실상계

미국에서는 공동불법행위에 있어서 피해자에게도 과실이 있는 경우에 비교과실제도를 택하고 있는 주들 중에서, 가해자들이 피해자에 대한 관계에서 가해자들의 부담부분 전부에 대하여 연대책임을 지는 것이 아니라 그들 각자의 부담부분에 대해서만 책임을 지는 단독책임제도를 채택하고 있는 주도 있다. 그러나 비교과실 제도를 채택하고 있는 대부분의 주에서는 커먼로상의 연대책임제도를 유지하고 있어, 피해자는 그의 과실과 가해자 전부의 과실을 비교하여 그의 과실의 비율에 상응하는 액수를 제외한 나머지 전부의 손해액에 대하여 가해자 각자에게 연대책임을 물을 수 있다.⁸⁸⁾ 또 연대책임제도를 약간 변형하여, 텍사스주에서는 피해자의 과실을 가해자의 과실 전체와 비교하여 가해자들에게 연대책임을 지게 하면서도, 다른 한편으로는 피해자의 과실과 가해자 각자의 과실을 비교하여 그의 과실이 원고의 과실보다 적은 피고는 그 자신의 과실에 상응하는 부분의 손해만을 배상하도록 하고 있다.⁸⁹⁾

3. 검토

이상으로 영미법에서의 공동불법행위에 관하여 개략적으로 살펴보았는데, 여기서 우선 눈에 띄는 것은 공동불법행위에 관한 유형이다. 즉 영미법에서는 먼저 공동불법행위자라고 하는 공동불법행위의 유형을 인정하고 있는바, 이는 행위의 측면에서 수인의 행위자들을 일괄적으로 파악하여, 개개인의 행위와 결과간의 인과관계를 묻지 않고, 전체행위와 결과 간에 인과관계가 인정되면 각 개개인에게도 그 결과에 대하여 전 책임을 묻고 있다. 그리고 행위의 측면에서 일괄적으로 파악함에 있어서 핵심적인 요소가 되는 것은 주관적 의사이다. 이때 주관적 의사

87) 정태륜, 전제논문, 50면.

88) W. Page Keeton, *Prosser and Keeton on the law of torts*, Minnesota:West Pub., 1984, P.475.

89) Schwartz, Victor E., *Comparative Negligence*, 2th ed., Indianapolis, Indiana, 1986. P.270.

의 내용에 관해서는 반드시 고의를 공동으로 함을 요구하지는 않고 일정한 행위를 공동으로 한다고 하는 의사만 있으면 족하다.

영미법에서는 이러한 주관적 공동이 없는 경우에는 불법행위의 일반원칙이 그대로 적용되며, 수인의 가해자가 있다 하더라도 근본적으로 달라지는 점은 없다. 다만 수인이 하나의 손해에 대하여 책임을 지게 된다고 하는 우연한 상황에 의하여 이들 수인의 책임은 약간 특별하게 다루어져 연대책임이 되는데 이들을 병발적 불법행위자라고 부른다. 즉 이들 병발적 불법행위자는 그들의 책임의 요건에 있어서는 불법행위의 일반원칙이 그대로 적용되며, 다만 동일한 손해에 대하여 같이 책임을 진다고 하는 우연한 사정에 의하여 그 책임의 내용이 약간 특별하게 다루어질 뿐이다. 따라서 이 경우에는 손해의 측면에서 파악된다고 할 수 있다.

그러므로 영미법에서는 복수의 가해자가 관계되어 있을 때에는 손해의 단일성 여부가 아주 중요한 요소로 등장하게 된다. 즉 상호 의사의 연락이 없이 수인이 일정한 결과를 발생시켰을 때에, 그 손해가 불가분이라고 하면 각자는 병발적 불법행위자로서 전 손해에 대하여 연대하여 책임을 지게 되며, 만일 그 손해가 나눌 수 있는 것이라고 한다면, 각자는 그 분할된 손해에 대하여 각자의 행위의 인과관계가 미치는 범위 내에서 분할책임을 지게 될 것이기 때문이다. 물론 손해가 분할될 수 있는 경우라 하더라도 각자의 행위가 전 손해에 대하여 인과관계가 인정된다면 각자는 전 손해에 대하여 연대책임을 지는 것은 물론이다. 하지만 손해가 분할될 수 있다고 하는 이상 각자의 책임은 분할책임으로 될 가능성은 많을 것이다.

이러한 손해의 일체성 내지는 불가분성에 대하여 영미법에서 이는 논리적 문제가 아니라 정책적인 문제라 하여 상당히 탄력성 있게 다루고 있다. 가해자 불명의 경우에는 이에 관한 특별한 법 규정이 없는 영미법에서도 우리민법의 경우와 같이 입증책임을 전환시키는 방향으로 나아가고 있다.

제2절 대륙법계

1. 독일

독일에서도 영미법계와 마찬가지로 구상권을 부정하다가 독일민법을 제정하면서 인정하게 되었다. 구상권을 인정하게 된 근거를 살펴보고자 한다.

(1) 공동불법행위자 상호간의 관계⁹⁰⁾

구상권을 부정했던 근거로는 첫째, 연혁적인 이유이다. 독일에서도 영국과 마찬가지로 손해는 궁극적으로 거기에 대하여 책임이 있는 모든 사람들이 짊어져야 한다고 하는 생각이 보통법시대까지만 해도 자명한 것은 아니었다고 생각한다.⁹¹⁾ 로마법에 따르면 불법행위는 처벌할 수 있는 권리를 발생시켰고 다수의 행위자는 중첩적으로 벌을 받아야 했기 때문에 불법행위로 인하여 책임을 지는 채무자들 사이에는 구상권이 인정되지 않았다. 둘째, 독일민법의 기초자도 독일민법에서 과실의 공동불법행위만 구상권을 인정하고 고의의 공동불법행위자에게는 구상권을 부정하는 입장을 취하였다.

이는 로마법에서 유래한 책임비난의 영향을 받은 듯하다.⁹²⁾ 즉 “동일한 잘못을 저지른 다른 사람들이 자기의 급부에 의하여 손해배상채무로부터 면책된다고 해서 그에게 부담부분에 따른 배상청구권을 부여할 수 없는 것이다. 고의로 행동한 자가 자기의 행위의 결과를, 마치 다른 공동책임자가 존재하지 않는 것처럼 혼자서 완전히 부담하여야 하는 것은 부당한 것이 아니다”⁹³⁾라고 하는 이유에서 이다.

독일민법 제840조 제1항은 공동불법행위의 책임을 연대채무로 규정하고 있고 동법 제426조는 연대채무자 사이의 구상권에 관하여 규정하고 있기 때문에 공동불법행위자 사이에 구상권을 인정한다는 직접적인 규정은 없어도 위 두 규정의 연결로 구상권을 인정하고 있다.

90) 주상수, 전계논문, 195-202면; 정태륜, 전계논문, 174-178면; 김진, 전계논문, 60-64면.

91) 정태륜, 상계논문, 174면.

92) 정태륜, 상계논문, 175면.

93) Wagenfeld, Meike, *Ausgleichsansprüche unter solidarisch haftenden Deliktsschuldern im englischen und deutschen Recht*, Mohr, 1972, S.49(정태륜, 상계논문, 174-175면).

(2) 공동불법행위자 1인에 대하여 발생한 사유의 효력⁹⁴⁾

가. 법률에 의한 책임제한의 경우

독일에서도 법률의 규정에 의하여 책임이 제한되는 경우에 이러한 법률의 규정의 혜택자에 대한 제3의 가해자의 구상권이 인정되는가에 대하여 많은 논란이 있어 왔다. 이 경우 특히 문제되는 법률의 규정은 민법 제690조, 제708조, 제1359조, 제1664조 등이다. 이 규정들은 각각 무상수치인, 조합원, 배우자, 부모 등의 주의의무를 자기의 업무에 관하여 기울이는 주의의무로 경감시키는 것을 그 내용으로 하는 규정이다. 이 문제에 관하여 특히 많은 논쟁을 야기 시킨 것은 BGHZ 35, 317의 판결이다.⁹⁵⁾

이 판결에 대한 법원의 견해에 의하면(계약상의 책임배제가 단지 계약책임자들 사이에만 작용하듯이) 독일민법 제1359조의 책임경감도 단지 배우자들의 ‘내부관계에서’ 만 작용한다고 하고 있고, 독일민법 제1359조의 규정의 결과로 인하여 1인의 배우자의 책임기여에 관한 고려 없이 다른 가해자가 혼자서 종국적으로 손해를 부담해야 하는 것은 받아들일 수 없다는 것이다.⁹⁶⁾

나. 책임배제의 합의가 있는 경우

책임배제의 합의에 관한 독일의 판례는 비교적 많은 편이다. 먼저 독일제국법원은 “공동의 책임이 없으면 조정의무도 없다”라는 원칙에 충실하였으며, 따라서 합의에 의하여 책임이 배제된 가해자는 조정의무도 면하였다. 그러나 후에 이렇게 제2의 가해자에게 부담지우는 것은 불공평하다고 느낀 독일제국법원은 독일민법 제138조를 원용하여 제2의 가해자로부터 청구권을 박탈하는 이러한 결과를

94) 주상수, 전계논문, 195-202면, 정태륜, 전계논문, 179-194면.

95) 이 판결의 사안을 보면 A의 자동차가 피고철도회사의 기차에 의하여 개폐기 없는 건널목에서 받혀, 일정 거리에 걸쳐 같이 미끄러졌는바 이때 A는 사망하고 동승하였던 그의 부인은 상해를 입었다. A부인의 상해로부터 발생한 손해배상청구권에 대하여 피고철도회사는 A의 구상의무에 기한 반대청구권으로서 상계를 하였다. 독일민법 제1359조를 고려하여 볼 때 아마도 A의 자기 부인에 대한 손해배상의무는 존재하지 않음에도 불구하고 독일연방대법원(BGH)는 피고철도회사에 대한 A의 구상의무를 인정하였다.

96) RGZ 84, 415.

피하고자 하였다.⁹⁷⁾ 따라서 공동의 책임이 구상 의무의 전제가 된다고 하는 생각은 포기하지 않았다. 이에 반하여 독일연방대법원은 이러한 책임배제의 합의는 단지 당사자 사이에만 영향을 미치고, 이러한 합의에 의하여 피해자로부터 면책된 가해자에 대한 제2의 가해자의 청구권에 대하여 효력을 가지지 못한다고 함으로서, 제2의 가해자는 청구권을 인정하였다.⁹⁸⁾

다. 1인에 대한 면제 또는 화해

독일에서는 수인이 동일한 손해에 대하여 손해배상채무를 부담하는 경우에 이를 연대채무로 보고 있으며 독일의 연대채무에 관한 법률의 규정은 연대채무자 중의 1인에 대하여 발생한 사유는 변제, 대물변제, 공탁, 상계, 채권자지체, 전부면제 등의 경우에만 절대적 효력을 인정하며 그 밖의 경우에는 상대적 효력만을 인정하고 있다. 그리하여 면제의 경우에도 독일민법 제423조에 의한 전부면제를 제외한 경우에는 상대적 효력만을 인정하고 있다.⁹⁹⁾

라. 소멸시효

독일에서는 독일민법 제426조 제1항에 근거한 구상권은 그 시효기간이 장기이기 때문에, 전액을 변제한 연대채무자(S2)가 다른 연대채무자(S1)에게 구상권을 행사할 때에 S1에 대한 피해자의 청구권이 이미 시효에 걸려버린 뒤일 경우가 영국의 경우보다 더욱 자주 발생한다고 한다.

독일의 판례는 이 문제를 해결함에 있어서 전적으로 청구권과 손해배상청구권이 서로 독립된 것이라는 원칙에 의거하고 있다. 판례에 따르면 구상이라고 하는 것은 다수의 채무자가 책임을 지는 경우에만 발생하기 때문에, 그것이 손해배상 의무의 결과인 것은 사실이지만, 그러나 배상 의무는 구상권에 관하여 판결할 시점에서는 더 이상 존재하지 않는다는 것이다.¹⁰⁰⁾ 그러나 이 경우 시효에 관한 규

97) RG in VAE 39, 326

98) BGHZ 12, 213.

99) BGB-RGRK(Weber), 1 zu §423.

100) BGHZ 11, 170.

정의 기능은 전혀 고려되지 않고 있다.

(3) 공동불법행위에서의 과실상계

공동불법행위에서의 과실상계 문제는 최근 매우 중요한 문제로 부각된다. 병존적 공동불법행위에 있어서 각자는 자기의 행위에 대해서만 책임을 지며, 타인의 과실에 대하여는 책임을 질 필요가 없다고 하고 있으나, 협의의 공동불법행위에 있어서는 그러하지 아니하다고 하고 있다. 즉 다른 행위자의 행위를 자기의 행위로 보기 때문에 모두의 행위를 일체로 파악하여 과실상계를 하고 거기에 대해서 모두가 책임을 지게 된다. 그리고 공동불법행위자간의 내부구상 문제에 대해서는 학설에서 인정되고 있다.¹⁰¹⁾

판례는 개별평가의 원칙, 개별평가와 전체평가의 결합, 책임단일체의 원칙을 취하고 있다. 먼저 개별평가의 원칙은 병존적 공동불법행위에서 피해자에게도 과실이 있는 경우에 독일판례는 이러한 피해자의 과실을 고려하는 방법으로서 독일연방대법원의 1959년 6월 16일 판결 이전까지는 개별평가의 원칙을 취해 왔었다.¹⁰²⁾ 이에 따르면 피해자의 각 가해자에 대한 손해배상청구권은 각 가해자에 대하여 개별적으로 결정하며 이때 피해자의 과실도 각 가해자의 과실과 개별적으로 비교 형량하여 그에 상응하는 부분을 감액한다는 것이다. 또한 각 가해자는 제840조 제1항에 따라 연대책무를 부담하는데, 이러한 연대책무 부분은 각 가해자의 피해자에 대한 채무액이 중복되는 부분에 한한다. 개별평가와 전체평가의 결합은 독일연방대법원의 1959년 6월 16일 판결로¹⁰³⁾ 개별평가를 통하여 얻은 피해자의 각 가해자에 대한 과실비율로부터 피해자와 가해자들의 과실이 전체적 비율을 산정하고 있다.

2. 일본

101) Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts . Bd. 1. , Allgemeiner Teil*, München : C.H. Beck, 1987, S.593(주상수, 전제논문, 201면).

102) RG DR 40,453; BGHZ 12, 213 = VersR 1954,189 = NJW 1954,875 = JZ 54, 505; BGH LM, Nr.5 zu §840 = VersR 1957,167

103) BGHZ 30,203 = NJW 1959,1772 = JZ 1961,601 = VersR 1959,203

(1) 공동불법행위자 상호간의 구상의 근거¹⁰⁴⁾

공동불법행위자 상호간의 구상관계는 현실적으로 많은 문제가 발생하고 있을 뿐만 아니라 이론적으로 볼 때에도 특히 구상의 근거에 관한 문제는 공동불법행위의 본질에 관련된 중요한 문제이다. 그러나 일본에서는 공동불법행위의 요건론에 관해서는 그 어느 나라보다도 활발한 논의가 행하여지고 있지만, 그 효과 특히 공동불법행위자 상호간의 구상이론에 대해서는 상대적으로 연구가 빈약하다는 지적이 있다.¹⁰⁵⁾

공동불법행위자 상호간에 구상이 인정되어야 한다는 점에 대해서는 이론이 없지만, 그 근거에 관해서는 그다지 깊은 논의가 이루어지고 있는 것 같지가 않다. 공동불법행위자의 손해배상채무를 연대채무로 본다면 별 문제이지만 부진정연대채무로 보는 경우에는 공동불법행위자 상호간의 구상권의 근거가 문제되는데, 이에 대해서는 견해가 나누어진다.¹⁰⁶⁾

가. 특별법률관계설

부진정연대채무자 사이에 있어서는 구상관계를 당연한 내용으로 하지 않고, 단지 부진정연대채무자 상호간에 특별한 법률관계(계약관계)가 존재하는 때에는 이에 의하여 구상관계가 발생하고, 또한 계약관계가 없는 경우에도 전부배상한 수치인이 배상자 대우를 하는 경우처럼 어떤 채무자만이 종국의 책임자로 인정되는 때에는 다른 자가 그 자에 대하여 구상권을 행사하는 것과 같은 효과를 가져온다고 한다.¹⁰⁷⁾

나. 사무관리설

104) 주상수, 전계논문, 195-202면; 정태륜, 전계논문, 257-259면; 김진, 전계논문, 108-109면.

105) 浜上則雄, “現代共同不法行爲理論(7)”, 「判例時報」 1166號, 1985-1986, 11面.

106) 일본 민법은 제422조에서 변제한 연대채무자의 구상권을 규정하고 있다.

107) 我妻榮, 「新訂債權總論」, 岩波書店, 1975, 445面.

공동불법행위자가 피해자에 대하여 전액배상을 함에 있어서 다른 배상책임자에 대한 관계에서는 그 자의 부담부분을 지급할 의무는 없는데도 그 자의 사무를 관리한 것이라고 하는 점, 또는 부담부분을 넘는 부분의 지급은 객관적으로 볼 때에 타인의 사무에 해당하고 초과부분에 대해서는 타인을 위한다는 의사를 가지고 한 것이라는 점을 이유로, 공동불법행위에 있어서의 구상의 근거를 사무관리에서 구하고자 하는 설이다.¹⁰⁸⁾

다. 부당이득설

복수관계자의 1인이 배상함으로써 다른 책임자의 배상 의무를 면책시키고 따라서 그에 의하여 다른 책임자를 이득케 하였다고 볼 수 있기 때문에 구상권의 근거를 법질서가 예정하는 손해배분의 법칙에 반하는 것에 의한 부당이득 반환의 관계에서 구하기도 한다.¹⁰⁹⁾ 이에 대해 복수채무자의 경우는 언제나 구상권이라는 분담관계가 인정된다고 하는 사고방식으로 처리한다면 부당이득을 끄집어 내지 않아도 좋지 않는가 하는 반론이 있다.¹¹⁰⁾

라. 기타

이외에도 공동불법행위자 상호간의 구상권의 근거를 일본 민법 제422조의 배상자대위 또는 제500조의 변제자의 법정대위에서 구하고자 하는 견해와¹¹¹⁾ 부진정연대채무를 연대채무에 접근시켜 해석하고자 하는 것으로 부진정연대채무를 부담하는 경우에도 원칙적으로 연대채무에 관한 규정을 적용하여야 한다는 설¹¹²⁾이 있다.

(2) 1인에 대하여 발생한 사유의 효력¹¹³⁾

108) 伊藤 進, “運轉者と道路管理者”, 「判例タイムズ」 393號, 1972. 45面.

109) 四宮和夫, 「不法行爲(下)」, 青林書院, 1989, 791面.

110) 樫壽夫, “法律關係の清算と不當利得”, 「私法」 48號, 1956, 58面.

111) 浜上則雄, 前掲書, 35面.

112) 清野搏之, “不法行爲に於ける復數關聯者間の求償權”, 「法律時報」, 60卷 5號, 1988, 41面.

113) 주상수, 전계논문, 195-202면; 정태륜, 전계논문, 260-262면.

공동불법행위자의 1인에 대하여 발생한 사유가 다른 공동불법행위자에 어떠한 효력을 미치는가는 주로 면제와 시효의 완성에서 많이 논하여지고 있다.

가. 1인에 대한 면제 또는 화해

피해자가 공동불법행위자의 1인에 대하여 손해배상의 채무를 면제해 주었다면 이러한 면제가 다른 채무자에게는 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제로서, 부진정연대채무설을 취하는 입장에서 면제는 상대적 효력을 가질 뿐이라고 한다. 이에 대하여 최근 일부의 학설은 연대채무이면 절대적 효력, 부진정연대채무이면 상대적 효력이라고 하는 해결방식을 취하지 않고 경우에 따라서 타당한 해결을 할 수 있는 제안을 제시하고 있다.

첫째, 피면제자의 부담부분의 크기를 판단기준의 하나로 삼고자 하는 견해를 살펴보면, i) 피면제자의 부담분이 다른 공동불법행위자의 그것과 동등하거나 작은 경우에는 면제 있는 상대적 효력을 가지는 데에 그치지만 다른 공동불법행위자의 그것과 비교하여 현저히 큰 경우에는 예외적으로 연대채무의 규정을 유추 적용하여 절대적 효력을 인정하고자 하는 입장이다. ii) 피면제자의 부담분이 다른 자보다 큰 경우와 작은 경우로 나누어 그것을 부담부분의 비율의 입증과 결부시켜 처리하고자 하는 입장이다.¹¹⁴⁾

둘째, 넓은 의미의 면제를 협의의 채무면제와 단순한 불소구약속으로 나누어 협의의 면제에는 일본민법 제437조(면제의 절대적 효력에 관한 규정)가 적용되지만, 불소구약속의 경우에는 동조의 적용이 없다고 하는 견해이다.¹¹⁵⁾

판례는 처음에는 공동불법행위자들의 배상채무를 연대채무로 보는 입장에 서서, 1인에 대한 면제의 경우에 연대채무의 규정을 적용하여 절대적 효력을 인정

114) 다른 공동불법행위자보다 큰 경우에 있어서 피해자가 다른 채무자의 부담부분의 비율을 입증할 수 없는 경우에는 그 자에 대하여 배상청구를 할 수 없지만 그것을 입증할 수 있는 때에는 그 부담부분에 대하여 청구할 수 있다. 다음으로 피면제자의 부담부분이 작은 경우에 있어서는 다른 공동불법행위자가 자기의 부담부분을 입증할 수 없는 때에는 피해자가 그 자에 대하여 전부의 배상을 청구할 수 있지만 부담부분의 입증이 행하여진 경우에는 이 부분 밖에 청구할 수 없다. 마지막으로 어느 쪽이 부담부분이 큰지 알수 없는 경우에는 타방에 대하여 1/2의 배상을 청구할 수 있다.

115) 我妻榮, 前掲書, 417面.

하였다.¹¹⁶⁾ 이에 대하여 많은 하급심판결은 부진정연대채무설을 취하고 있고, 따라서 공동불법행위자의 1인에 대한 면제는 상대적 효력을 가질 뿐이라고 판결하고 있다.¹¹⁷⁾

나. 소멸시효

공동불법행위자의 1인의 채무가 시효로 소멸한 경우에 다른 공동불법행위자의 채무는 어떠한 영향을 받을 것인가에 대해서, 일본의 관례는 연대채무설을 취하고 있었을 때에는 연대채무의 규정을 적용하여 시효완성한 공동불법행위자의 부담부분에 대해서는 다른 공동불법행위자도 채무를 면하는 것으로 하였을 것이다. 그러나 통설 및 최근의 일본의 하급심판결¹¹⁸⁾은 부진정연대채무설을 취하므로, 시효완성은 상대적 효력 뿐이라고 한다.

(3) 과실상계

일본에서도 공동불법행위에서의 과실상계는 전체평가에 의하여 각 가해자들의 과실의 비율이 결정되고, 이렇게 결정된 각 가해자들의 부담부분의 합산액에 대하여 각 가해자는 연대하여 배상책임을 부담하였다. 그러나 독일의 경우와 같이 가해자 상호간에 주관적 관련이 없는 경우에 부당한 결과를 가져오는 경우가 종종 있게 된다. 이러한 결과를 방지하기 위하여 일본에서의 일부 학설은 독일에서의 이러한 공동불법행위에서의 과실의 개별적 평가는 각 가해자의 기여도에 따른 책임을 실현할 수 있는 법제도로써 원칙적으로 이를 지지하고 있다.¹¹⁹⁾

하급심판결에서도 갑은 을에 대하여 허위납품보고서로 대금상당액을 편취한 을에 대하여는 불법행위를 이유로, 또 입고를 확인함이 없이 을이 제출한 허위의 입고 보고서에 스탬프를 찍은 병에 대하여는 입치계약상의 채무불이행을 이유로 손해배상을 구하는 소를 제기한 사안에서 법원은 갑에게도 과실이 있었다고 하

116) 日最判 1914.10 29, 民錄20輯 843面.

117) 東京地判 1966. 8. 9, 下民 17卷 7-8號 671面; 東京地判 1967. 6. 7, 下民 18卷 5-6號 616面 등.

118) 東京地判 1970. 5. 27, 交通民集 3卷 3號, 800面.

119) 能見善久, “共同不法行爲責任の基礎的考察(二)”, 「法學協會雜誌」 94卷 8號, 1992, 2214-2218面.

여 과실상계를 인정하였다. 즉 “위 불법행위는 피고 병의 과실에 의한 불법행위와 이것과 객관적인 관련공동의 관계에 있는 피고 을의 고의에 의한 불법행위와의 공동불법행위라고 말하지 않을 수 없다. 이상의 제 사정을 고려할 때, 당 재판소는 원고의 그 상당의 과실을 참작하지 않을 수 없고, 피고 병의 불법행위의 태양과 비교해 볼 때 동 피고와의 관계가 있어서는 원고의 과실을 70%로 평가하고, 이것을 과실상계에 의한 감액요소로서 고려함이 상당하다. 그리고 공동불법행위에 있어서 공동의 불법행위자가 「연대하여」 손해배상의 책임을 진다는 취지의 규정도 불법행위의 이념에 따라서 해석되어야 한다. 따라서 공동불법행위자의 1인에 대하여 과실상계를 인정하지만 다른 1인에 대하여 이것을 부정하는 것이 공평의 관념에 합치하는 경우에는, 전자에 대하여 과실상계를 하고 후자에 대하여는 이것을 하지 않는다고 하는 결론으로 되는 것으로 해석해야 한다. 이러한 해석론에 기하여 생각할 때, 피고 을의 대표자는 고의로 허위의 입고보고서를 작성하여 피고 병의 피용자에게 이것을 제시하여 스탬프를 찍게 하여 이것을 이용하여 불법행위를 한 자이므로, 원고에게 과실이 인정된다고 하더라도 동 피고를 위하여 과실상계를 하는 것은 공평의 관념에 반한다고 판시하였다.

위와 같이 공동불법행위에서의 과실상계를 함에 있어서 개별적 평가의 방식을 취하는 것은, 독일의 경우와 같이 널리 인정되는 것은 아니고, 가해자 간의 기여도에 차이가 있어서 동율의 과실상계를 하는 것이 적당하지 않다고 생각되는 경우에 상대적 과실상계가 이루어지고 있다. 예컨대 고의의 불법행위자와 과실의 불법행위자가 공동불법행위책임을 지는 경우에, 과실밖에 없는 불법행위자에 대한 관계에서 행하여지는 것이 많다.¹²⁰⁾ 그 외에 가해자가 모두 과실에 의한 불법행위자라 하더라도 각자의 기여도에 격차가 있는 경우에는 상대적 과실상계가 행하여져도 좋을 것이라는 견해가 있다.¹²¹⁾

3. 검토

120) 고의의 불법행위자와 과실의 불법행위자가 공동불법행위를 구성하고, 과실불법행위자만이 피고로 된 경우에 상대적 과실상계가 행하여진 것으로 보이는 것으로서, 東京高判 1979.6.28, 判時 938號, 1面; 福岡地判 1984.1.31, 判例タイムズ 525號, 178面 등이 있다.

121) 이창수, “공동불법행위에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 73-74면.

공동불법행위에 관한 독일 민법의 규정은 우리 민법의 규정과 아주 유사하다. 우리 민법 제760조 제1항의 공동불법행위의 요건에 관하여 객관적 관련공동설이 통설과 판례의 견해임에 반하여, 독일에서는 객관적 관련공동설은 초기에 와르트만 등에 의하여 주장되었을 뿐, 현재로는 주관적 관련공동설이 통설과 판례의 입장이다.

일본의 공동불법행위에 관한 학설과 판례를 개관하여 보면 우리의 판례와 통설이 취하고 있는 객관적 관련공동설이 직접적으로 일본의 영향을 받은 것이라는 것과 우리의 객관적 관련공동설이 어떠한 의문점들을 가지고 있는지에 대해서 좀 더 분명하게 알 수 있게 되었다. 그리고 일본 및 우리가 당면하고 있는 현대적 공동불법행위의 유형들, 즉 공해로 인한 불법행위법상의 책임과 관련된 제 문제점들을 해결하기 위하여 시도하고 있는 공동불법행위에 관한 해석론의 재구성, 공해와 관련된 우리의 법률문제를 해결하는 데에 참고가 될 것이다.

제4장 공동불법행위자의 법률관계

앞에서는 공동불법행위의 일반론과 공동불법행위자 책임에 관한 영미법계 국가 중 영국, 미국과 대륙법계 국가 중 독일, 일본의 공동불법행위자 상호간의 구상권, 공동불법행위자 1인에게 생긴 사유의 효력, 공동불법행위자 과실상계를 비교법적으로 살펴보고 검토해 보았다.

이를 바탕으로 이 장에서는 우리나라에 있어서 공동불법행위자의 책임에 관한 법리를 살펴보고자 한다. 우선, 공동불법행위 책임의 법적 성격에 대하여 학설과 판례를 중심으로 살펴본 후, 공동불법행위자 상호간의 구상관계, 그리고 공동불법행위자 중 1인에 대하여 발생한 사유의 효력과 과실상계의 문제에 대하여 차례로 살펴보고자 한다.

제1절 공동불법행위 책임의 법적 성격

공동불법행위 책임의 법적 성격에 관하여 우리 대법원의 판례와 다수설은 공동불법행위자들의 책임의 성질을 부진정연대채무로 보고 있는데 반하여, 소수설은 경우를 나누어 민법 제760조 제1항과 제3항의 공동불법행위책임은 연대채무이고, 제2항의 가해자불명의 공동불법행위책임은 부진정연대채무라고 하고 있다.

1. 학설

(1) 연대채무설

연대채무란 수인의 채무자가 채무전부를 각자 이행할 의무가 있고, 채무자 1인의 이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하는 다수당사자의 채무를 말한다. 본설은 공동불법행위자는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있는 민법 제760조에 그 근거를 두고 있다.

구체적인 근거는 다음과 같다. 첫째, 부진정연대라는 개념은 강학상용어인데, 명문으로 연대라고 규정되고 있는데도 불구하고 해석상 제760조는 부진정연대로 이해한다는 것은 문리에 위배된다는 것이다.¹²²⁾

둘째, 부진정연대채무의 특징의 하나가 주관적인 공동관계가 없기 때문에 특별한 법률관계가 없는 한 행위자 사이의 구상권은 당연히 발생하지 않는다. 그럼에도 불구하고 우리의 통설과 판례가 공동불법행위의 책임을 부진정연대채무로 이해하면서 구상권을 인정함은 논리의 비약이라고 한다.¹²³⁾

셋째, 피해자를 두텁게 보호한다는 목적만으로 가해자와 불공평이 초래되는 것은 법의 근본이념인 형평에 어긋난다고 할 것이다. ‘연대채무’를 진정한 연대채무로 이해하고자 하는 것은 행위자와 피해자 사이의 실질적 형평을 기하는데 있으며, 평문에 충실함으로써 법적안전성이라는 이념을 살리는 결과가 된다고 한다.¹²⁴⁾

이에 관한 독일의 학설과 판례는 모두가 연대채무로 일관되어 있다. 공동불법행위에 관한 독일민법 제840조 제1항을 보면 한 개의 불법행위로 인하여 발생한 손해에 관하여 수인이 다 같이 책임을 질 때에는 그 수인은 연대채무자로서 그 책임을 진다고 규정하고 있어서 공동불법행위자의 책임을 연대채무라는 점에는 이론이 있을 수 없다. 또한 독일민법에서는 우리 민법의 경우와 달리 연대채무는 단순연대적인 것으로 통일되어 있어서 절대적 효력이 있는 사유는 매우 제한되어 있으므로 연대채무와 부진정연대채무를 구별할 실익도 없다. 그리고 종래의 일본의 판례¹²⁵⁾와 소수설¹²⁶⁾도 이에 관하여 법문에 충실하게 연대책임으로 해석한다.

(2) 부진정연대채무설

122) 이는 결국 입법자가 법률을 규정할 때에는 당시의 모든 지혜를 동원하여 예측할 수 있는 모든 사건을 포섭하려 하며, 법규정이 체계적이고 유기적인 관계가 되도록 규정하는 것이 일반적인데도 불구하고 해석론에 의하여 입법자가 법률에서 규정한 “연대채무”라는 용어를 순수한 해석학의 산물로 명문 규정에도 없는 부진정연대채무라고 해석하는 것은 타당하지 않다고 하는 것이다.

123) 강동호, “공동불법행위에 관한 연구”, 「논문집」 제2호, 경상대학교 경남문화연구소, 1979. 5, 41면.

124) 강동호, 상계논문, 42면.

125) 日最判 1914.10.29, 民錄 20集, 834面.

126) 幾代通, 前掲書, 267面.

공동불법행위자의 연대채무는 그 성질상 부진정연대채무라고 해석하는 것이 통설¹²⁷⁾과 판례¹²⁸⁾의 입장이다.

다수설이 부진정연대채무를 주장하는 근거는 다음과 같다. 첫째, 연대채무관계는 채무자 사이에 긴밀한 인적관계가 있는 것을 예정하여 채무자 상호간의 구상관계를 쉽고 편리하게 처리할 것을 목적으로 하고 있다. 그러나 공동불법행위자 사이에는 반드시 긴밀한 주관적 공동관계를 필요로 한다고 할 수 없기 때문에 부진정연대채무로 보는 것이 타당하다고 한다.

둘째, 피해자인 채권자를 두텁게 보호하기 위해서는 연대채무보다 부진정연대채무로 해석하는 것이 유리하다고 본다. 왜냐하면 민법상의 연대채무는 민법 제416조 내지 제422조의 규정이 적용되므로 채무자 1인에게 생긴 사유가 다른 연대채무자에게 영향을 미치는 절대적 효력이 발생하는 사유의 범위가 넓지만, 이를 부진정연대채무라고 해석하면 제416조 내지 제422조의 규정이 배제되므로 피해자를 두텁게 보호하려는 민법 제760조의 입법취지에 부합되기 때문이다.¹²⁹⁾

셋째, 일반적으로 책임무능력자의 감독의무자와 대리감독자(민법 제755조), 사용자와 대리감독자(민법 제756조), 동물의 점유자와 보관자(민법 제759조)의 책임은 모두 부진정연대채무로 해석하고 있는 실정이다. 그러나 오히려 그러한 경우보다 더 강하게 피해자를 보호해야 할 공동불법행위의 경우에 그 보다도 약한 효력을 가지는 연대채무로 해석한다는 것은 불합리하고 균형이 맞지 않는다는 것이다.

(3) 병존설

127) 박운직, 전계 채권각론, 697면; 김증한, 전계논문, 385면; 황적인, “공동불법행위”, 「법정」, 고시연구사, 1986. 12. 404면; 권오승, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임(민사판례연구 XIV)”, 박영사, 1992. 8. 218면; 김주수, 전계 채권각론, 714면; 임정평, 전계논문, 664면; 이은영, 전계서, 834면.

128) 대판 2005.7.8, 2005다8125; 대판 2002.9.24, 2000다69712; 대판 2000.8.22, 2000다29028.

129) 연대채무에 관한 규정이 있음에도 불구하고 법률에 규정되어 있지 않은 부진정연대채무를 해석상 인정하는 이유는, 통설과 판례처럼 피해자인 채권자를 보다 두텁게 보호하기 위해서는 법률에 규정되어 있는 연대채무만으로 만족할 수 없어서가 아니라고 설명하는 견해가 있다. 이는 연대채무나 부진정연대채무가 그 담보력에 있어서 차이가 나는 것은 결과적인 것이지, 담보력의 강화를 위하여 부진정연대채무가 인정된 것은 아니기 때문에 연대채무를 인정할 것인가 부진정연대채무를 인정할 것인가 하는 것에 있어서 담보력의 차이에 주안점을 두는 것은 본말이 전도된 것이라고 비판한다(정태륜, 전계논문, 304-305면).

이 설은 연대채무설이나 부진정연대채무설의 어느 하나의 설을 취하지 아니하고 공동불법행위책임은 경우에 따라서 연대채무가 되기도 하고, 또는 부진정연대채무가 되기도 한다는 것으로 구체적인 사안에 따라서 문제를 해결하려는 설이다. 원래 연대채무와 부진정연대채무의 구별은 주로 채무자 사이에 상호공동목적에 의한 주관적 관련공동이 있느냐의 여부에 따른 것이므로, 제760조 제1항과 제3항에 규정된 공동불법행위에 있어서는 행위자 사이에 공동목적에 의한 주관적 관련공동이 있으므로 그 책임은 연대채무로 보아야 한다고 한다. 그러나 동조 제2항의 경우에 있어서는 행위자 사이에 공동목적에 의한 주관적 관련공동이 없으므로 이때의 책임은 부진정연대채무라고 해석하는 것이 타당하다고 보는 견해이다.¹³⁰⁾

그러나 이 견해는 민법 제760조가 행위자 상호간에 주관적 관련성의 유무에 따라 특별한 구별을 하지 않고 동일한 책임을 규정하고 있음에도 불구하고, 주관적 관련공동의 유무에 따라 취급을 달리해야 한다는 점은 입법취지에 어긋난 해석이라고 보여진다. 또한 가해자의 반 윤리성이라는 측면에서 볼 때 피해자를 더 두텁게 보호해야 할 제1항과 제3항의 경우를 연대채무로 해석하면서, 그와 반대로 제2항의 경우는 주관적 관련공동이 없으면서도 가해자불명을 이유로 채무자에게 더 무거운 부담을 지우는 것은 사리에 어긋난 것이라고 비판하고 있다.¹³¹⁾

2. 판례

판례는 일관하여 부진정연대채무설을 채택하고 있다. 공동불법행위가 성립하려면 행위자 사이에 의사의 공통이나 행위공동의 인식이 필요한 것은 아니지만, 객관적으로 보아 행위자 각자의 고의 또는 과실에 기한 행위가 공동으로 행하여져 피해자에 대한 권리침해 및 손해발생에 공통의 원인이 되었다고 인정되는 경우라야 할 것이므로,¹³²⁾ 공동불법행위를 이유로 손해배상책임을 인정하기 위하여는 먼저 행위자 각자의 고의 또는 과실에 기한 행위가 공동으로 행하여졌다는

130) 정태륜, 전제논문, 306면.

131) 강동호, 전제논문, 25면.

132) 대판 1982.12.28, 80다3057; 대판 1989.5.23, 87다카2723.

점이 밝혀져야 한다고 할 것이다.¹³³⁾ 예컨대 “이와 같은 공동불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 그 상호간에 부진정연대채무관계가 성립한다고 함이 상당할 것이며 그 중의 한 채무자에 대한 채무면제의 효력에 관하여는 민법 제419조가 적용되지 않으므로 다른 채무자에게는 그 효력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다”¹³⁴⁾라고 하고 있으며, 또 “.....공동불법행위에 있어서는 이로 인한 손해배상책임은 그 상호간 부진정연대채무관계가 성립한다고 함이 상당할 것이며 그 1인의 변제 등 채권을 만족시키는 사유는 절대적 효력이 있다 할 것이나 1채무자에 대한 채무의 면제와 같은 사유는 다른 연대채무자에게 효력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다”¹³⁵⁾ 라고 판시함으로써 공동불법행위책임을 부진정연대채무로 이해하고 있다.¹³⁶⁾

3. 검토

다수설의 견해에 있어서는, 우선 연대채무는 밀접한 인적공동관계가 있는 것을 예정하고 있는데 반드시 밀접한 주관적 공동관계가 있다고는 할 수 없는 공동불법행위자에 관하여 이것을 적용하는 것이 타당한 것인가에 대해서는 의문이라고 하고 있는바, 그렇다면 주관적 공동관련에 있는 공동불법행위자들에게 까지도 부진정연대채무를 과할 이유는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 주관적 공동관계에 있는 공동불법행위자에게 부진정연대채무를 과하는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 특히 주관적 관련공동설을 취하면서도 이러한 논리를 전개하는 학설은¹³⁷⁾ 이해하기가 힘들다. 민법 제760조 전반에 걸쳐 공통된 책임론을 전개하기 위해서 불가피하다고 말할 수 있을지도 모르겠으나, 앞에서 검토한바와 같이 제760조 제1·3항과 제2항의 책임의 근거는 서로 다르기 때문에 그 책임의 성질을 동일하게 볼 필요는 없다고 할 것이다.

물론 객관적 관련공동설을 취하는 입장에서는 제760조 제1항 내부에 책임의

133) 대판 2008.4.24, 2007다44774.

134) 대판 1998.2.13, 96다7854; 대판 1997.11.28, 97다18448.

135) 대판 1997.12.12, 96다50896; 대판 1997.10.10, 97다28391; 대판 1993.5.27, 93다6560; 대판 1982.4.27, 80다2555.

136) 김상명, 전계논문, 212면.

137) 김중환, 전계논문 참조.

성질을 달리하는 두가지 유형의 공동불법행위를 인정할 수 없다고 말할 수는 있을 것이다. 그러나 공동불법행위의 유형론에서 언급하였듯이 객관적 관련공동설 자체가 타당한 학설이 되지 못할 뿐만 아니라, 설령 그 학설이 옳다고 하더라도, 어차피 ‘연대’ 라고 하는 명문의 규정을 어느 정도 무시하면서까지 공동불법행위의 성질에 적합한 책임론을 전개해 나가는 마당에, 한 개 조항 내부에 그 성질을 달리하는 두 가지 유형의 공동불법행위를 인정할 수 없다는 이유로 논리의 일관성을 유지하지 않는 것은 올바른 해석론이 되지 못한다 할 것이다.

민법 제760조 제1항의 공동불법행위에 관하여 주관적 공동설을 취하면서 그 책임의 성질에 관하여 부진정연대채무설을 채택하는 다수설의 위와 같은 논리적 결함을 보완하고자 다음과 같이 정리 한다. 즉 부진정연대채무는 민법상 개념이 아니므로 그의 내용이 구체적으로 설명되어야 하며, 단지 채권만족사유만이 절대적 효력을 갖는다는 설명만으로는 분담부분 및 구상관계 등의 채무자 상호간의 법률관계가 모호하다고 하면서, 연대채무의 발생을 주관적 공동관계라는 채무자 상호간의 관계에서 근거를 찾을 것이 아니라 계약에서 찾아야 하며, 부진정연대채무는 계약외의 사유로 인하여 수인의 채무자가 연대하여 책임을 지는 경우에 발생한다고 해석함이 타당하다고 한다.¹³⁸⁾ 그리고 부진정연대채무의 내용은 연대채무규정 중에서 부진정연대채무의 성질에 맞는 것을 유추적용하고, 나머지는 해석에 의하여 정하여 진다고 한다.

사실 다수설의 첫 번째 논거가 그 의미를 상실한 이상, 두 번째와 세 번째의 근거는 결정적인 것이 되지는 못한다. 그러나 현실적으로는 오히려 더욱 자주 인용되는 논거이다. 이 두 논거는 결국 같은 내용으로서, 즉 부진정연대채무는 연대채무에 비하여 채무자 1인에 대하여 발생한 사유가 다른 채무자에게 영향을 미치는 이른바 절대적 효력이 있는 사유의 범위가 좁아 그만큼 연대채무보다 담보력이 뛰어나기 때문에 피해자를 두텁게 보호할 수 있다고 생각한다.

제2절 공동불법행위자 상호간의 구상관계

138) 이은영, 전제서, 827면.

구상권이란 부차적 책임자가 채무를 변제하고 최종의무자나 자기에 앞서는 다른 부차적 책임자에 대하여 가지는 상환구상권이다. 연대책임자 중 한 사람이 그의 부담 부분 이상을 변제하고 다른 사람에 대하여 가지는 것, 보증인(민법 제 441조 이하)이 주채무자에 대하여 가지는 것이 그 대표적인 예이다. 공동불법행위자의 경우도 연대책임자와 같다.¹³⁹⁾ 공동불법행위자간의 구상에 관한 법률관계는 공평이라는 추상적 관념에 근거를 두고 있기 때문에 약간의 모호성을 지닐 수밖에 없다.

이러한 이유로 공동불법행위에 관한 연구의 대부분도 공동불법행위의 요건론과 피해자의 보호에 관한 대외적 효과론이 중심이었다. 그러나 공동불법행위자 상호간의 구상관계는 공동불법행위론의 종착역이자, 공동불법행위의 대외적 효과론에 대한 명확한 이해와 통일적인 체계를 만들 수 있으므로 이에 대한 규명은 반드시 필요하다.

대법원은 공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 그들의 구상권자에 대한 채무는 이를 부진정연대책무로 보아야 할 근거는 없으며, 오히려 다수당사자 사이의 분할채무의 원칙이 적용되어 각자의 부담 부분에 따른 분할채무로 보고 있으나,¹⁴⁰⁾ 공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 연대책임(부진정연대책무)을 지되 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고¹⁴¹⁾, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담부분을 초과하여 변제함으로써 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있으며, 공동불법행위자 사이의 구상권 발생시점은 구상권자가 현실로 피해자에게 손해배상금을 지급하여 공동면책이 된 때이다.¹⁴²⁾

1. 구상권의 근거

139) 대판 2002.9.24, 2000다69712; 대판 2002.5.24, 2002다14112.

140) 대판 2002.9.27, 2002다15917.

141) 한삼인, 전계논문, 109면.

142) 대판 2007.10.11, 2005다7085.

공동불법행위자 한 사람이 피해자에게 그 손해의 전부를 배상한 경우에는 다른 공동불법행위자에 대하여 본래 부담하여야 할 책임의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다.¹⁴³⁾ 그러나 우리 민법 제760조에는 연대하여 손해배상할 책임이 있다고만 규정하여 구상권에 관하여는 규정하고 있지 않다. 그런데 이미 서술한 바와 같이 공동불법행위의 효과로서 연대책임을 지는 경우와 부진정연대책임을 지는 경우로 나누어진다. 이때 부진정연대책무로 보는 한 주관적 공동관계에 따른 부담부분이 존재하지 않으므로 구상권이 발생하지 않는다. 그러나 구상관계를 인정하지 아니하면 배상을 한 자만이 손해를 보게 되므로 이를 규율하는 명문의 규정이 없음에도 불구하고 해석에 의하여 일반적으로 구상권을 인정하고 있다.¹⁴⁴⁾

연대책무의 경우에는 민법 제425조 제1항에 의하여 구상권을 행사할 수 있기는 하지만, 이때에도 구상권의 기초 내지 근거는 아직 충분히 해명되어 있지 않다.¹⁴⁵⁾ 외국의 입법례를 볼 것 같으면 공동불법행위자 상호간의 구상권에 관하여 명문의 규정을 둔 나라도 있고, 해석에 의하여 인정하고 있는 나라도 있지만, 규정의 유무를 막론하고 구상권의 기초 내지는 근거에 관하여 많은 논의가 이루어지고 있다.¹⁴⁶⁾ 이러한 논의는 우리의 부진정연대책무에 있어서의 구상권의 근거를 해명하는 데에 많은 도움을 줄 것이다.

공동불법행위자 중의 1인이 피해자에게 전부의 배상을 할 때에는 배상자는 공동면책된 배분에 관하여 다른 공동불법행위에 대하여 본래 부담하여야 할 책임의 비율에 따라 구상권을 가지게 된다.

구상권의 요건으로서 먼저, 공동불법행위자의 한 사람이 다른 모든 공동불법행위자를 위하여 공동불법행위로 인한 손해를 배상하여 손해배상청구권을 소멸시키거나 감소케 하였을 것, 즉 공동면책이 필요하다. 이 구상권은 공동면책을 얻은 후에만 발생하고 면책이 있기 전에 미리 구상하는 것은 허용되지 않는다. 또한 공동면책은 자기의 출자에 의한 것이어야 한다. 여기서 자기의 출자라 함은

143) 박윤직, 전계 채권각론, 703면.

144) 김주수 「민법사례연구」, 삼영사, 1993, 661면.

145) 박윤직, 전계 채권각론, 290면.

146) 공동불법행위에 관한 규정상으로는 우리 민법과 독일의 민법이 아주 유사하지만, 연대책무 그 자체에 관해서는 민법의 규정이 연대책무자 상호간의 밀접한 관련을 전제로 하고 있다고 하는 점에서는 우리 민법은 독일의 경우와는 다르며 프랑스 민법의 규정과 좀더 가깝다고 하겠다(정태훈, 전계논문, 307면).

재산적 지출을 하는 것을 의미하므로 변제는 물론 대물변제·공탁·상계·정정·혼동 등의 경우에는 구상권이 생긴다. 그러나 면제, 시효완성이 경우에는 구상권이 생기지 않는다. 이는 재산적 지출이 있다고 할 수 없기 때문이다.

(1) 연대채무를 부담하는 경우

연대채무에서의 구상권의 실질적인 근거에 관하여 그 시각에 따라 견해가 다시 나누어진다. 우선 연대채무자들 사이에는 출채를 분담한다고 하는 주관적 공동관계에 있다고 하면서 구상권의 근거를 연대채무의 성질상 당연한 것이라고 이해하는 견해가 있다.¹⁴⁷⁾ 이에 대해 원래 연대채무에 있어서의 전부의무는 담보의무이고 각 채무자의 부담부분에 대한 의무는 고유의무이므로 자기의 부담부분을 제외한 부분에 대한 의무는 타인의 채무를 담보하는 것에 지나지 않는다고 하면서, 따라서 자기의 부담부분을 넘은 변제는 내부관계에 있어서는 타인의 채무의 변제에 해당하므로 그 타인에 대한 구상권이 주어지며 이와 같은 구상권은 연대채무의 상호보증적인 성질로부터 생긴 것이라고 할 수 있다.

(2) 부진정연대채무를 부담하는 경우

협의를 공동불법행위에 있어서 그들 상호간 구상권의 근거는 법률상으로 민법 제425조 제1항을 들 수 있고, 또한 제481조의 법정대위에 의하여 채권자의 권리를 대신 행사할 수 있다. 그러나 가해자불명의 공동불법행위의 경우와 병존적 공동불법행위의 경우에는 부진정연대책임을 부담하는 것인데, 이에 대한 명문의 규정이 없으므로 해석에 의하여야 한다.

가. 특별한 법률관계설

부진정연대채무관계자들 사이에는 주관적인 공동관계가 없으므로 부담부분이

147) 박윤직, 「채권총론」, 박영사, 2003, 290면; 김주수, 「채권총론」, 삼영사, 1999, 253면; 김증한·김학동, 전게서, 225면.

없기 때문에 구상관계가 당연히 발생하지 않으며, 다만 그들 사이에 특별한 법률 관계가 있기 때문에 그에 기하여 구상관계가 생길 뿐이다. 이 견해가 통설적인 견해이다.¹⁴⁸⁾ 이 견해는 배상채무의 성질을 연대채무로 보던지 부진정연대채무로 보던지 간에 공동불법행위의 경우에 한 사람이 전부의 배상을 한 경우에 다른 자에 대하여 본래 부담하여야 할 비율에 따라서 구상권을 가진다. 왜냐하면 공동 불법행위자는 손해의 발생에 공동의 원인을 부여하였기 때문에 그에 대한 배상 책임도 내부관계에 있어서는 이를 분담하는 것이 공평하기 때문이다.¹⁴⁹⁾

그러나 피해자의 구제에 목적이 있는 전액의 배상책임은 특별한 법률관계가 전제되는 것이 아니고, 현대의 불법행위유형에 있어서 예컨대 특별한 법률관계가 존재하지 않는 교통사고, 환경오염 등으로 인하여 피해가 발생한 경우에는 구상권을 인정하지 않게 되는 불합리한 결과가 발생하게 된다는 비판이 제기되고 있다.¹⁵⁰⁾

나. 부당이득설

연대채무자가 채권자에게 변제함에 따라 다른 연대채무자가 자기의 부담부분에 상당하는 채무변제를 면하게 되는 것은 타인의 배상으로 혹은 타인을 위한 배상으로 인하여 생긴 부당이득으로 파악하는 견해이다. 그러나 공동불법행위자는 자기의 채무로서 그리고 자신을 위하여 피해자에게 손해를 배상한 것이므로 다른 공동불법행위자는 법률상 원인 없이 이득을 얻은 자라고 할 수 없으므로 이 견해는 타당하지 않다.¹⁵¹⁾

다. 사무관리설

공동불법행위자가 피해자에 대하여 전액배상을 하는 것은 그 내부관계에 있어서 다른 공동불법행위자의 부담부분을 지불할 의무는 없는데도 그 자의 사무

148) 박윤직, 전계 채권총론, 302면; 김형배, 「채권총론(제2판)」, 박영사, 1998, 536면.

149) 서민, 전계논문, 79면.

150) 於保不二雄, 「債權總論」, 有斐閣, 1983, 249-250면.

151) 김진, 전계논문, 227면.

를 관리한 것이라는 점을 이유로 공동불법행위에 있어서의 구상의 근거를 사무 관리에서 구하고자 하는 견해이다. 그러나 공동불법행위로 인하여 피해자에게 전액 배상을 자가 타인을 위한다고 하는 의사가 있을 수 있겠느냐는 비판이 있다.

라. 검토

수인이 상호 의사없이 동일한 손해의 발생에 원인을 제공하였을 때 각자가 전 손해에 대하여 책임을 지는 이유에 따라 구상권의 근거에 관한 설명도 달라진다.¹⁵²⁾

그러나 공동불법행위자 상호간의 구상권은 그 책임의 법적 성격이 연대채무이든 부진정연대채무이든지 간에 형평에서 구하는 것이 공동불법행위자들을 평등하게 다루어야 하며 청구에 있어서 우연히 지배하는 것을 거부하여야 하는 데에서 구상의 근거를 구하고 있다.¹⁵³⁾ 누가 궁극적으로 채무를 부담하여야 하는가 하는 문제가 채권자의 자의에 의하여 결정되어서는 안 되기 때문이다.

2. 구상의 범위

구상이 인정되는 경우 그 범위는 부담부분에 의하여 결정된다. 여기서의 부담부분이란 공동불법행위로 제3자에게 피해를 입힌 경우, 그 피해에 대한 각 공동불법행위자 1인의 기여도에 따른 내부적책임의 한도를 말한다. 각 공동불법행위자의 부담부분을 결정할 때에는 민법 제396조의 규정이 유추 적용될 것이다. 이 규정은 본래 채권자인 피해자와 채무자인 가해자 사이의 관계에 관한 규정이기 때문에 채무자인 가해자들 사이의 관계에 대해서는 ‘유추적용’이 문제되는 것이고, 또 이러한 유추적용이 정당화되는 것은 양쪽의 경우 모두 손해의 발생에

152) 우리나라의 통설은 부진정연대채무와 연대채무와의 차이점으로서 첫째로 절대적 효력을 미치는 사유가 많고 적음을 들고 있으며, 둘째로 전자에 있어서는 채무자 상호간의 내부관계에 있어서 원칙적으로 구상계가 생기지 않는다는 점을 들고 있다. 그리고 후자에 있어서는 절대적 효력을 미치지만 전자에 있어서는 미치지 않는 사유를 민법 제416조 내지 422조의 사유를 들고 있다. 그러나 나중에 살펴보는 것처럼 혼동, 면제, 시효 등의 사유는 특히 공동불법 행위자들의 경우에는 결과적으로 절대적 사유가 미친다고 보아야 할 것이다(정태륜, 전계논문, 310면).

153) 이창수, 전계논문, 127-132면.

책임이 있는 다수의 관여자 각자가 부담해야 할 손해비율을 각자의 책임의 정도에 따라 결정하고 있기 때문이다.¹⁵⁴⁾

그러나 최종적으로 부담해야 할 각자의 채무액이라는 점에서는 동일하므로 공동불법행위자 사이의 구상범위는 각 행위자의 부담부분에 의해 결정된다고 말할 수 있다. 관례도 부담부분은 각자의 과실의 정도에 따라 부담부분이 정하여질 것이라고 한다. 그러므로 각자의 과실을 알 수 있을 때에는 그 과실의 비율에 따라 정하여야 하며, 알 수 없을 때에는 평등한 것으로 보아야 한다.¹⁵⁵⁾

공동불법행위자간에는 특별한 사정이 없는 한 그 부담부분은 평등한 것으로 본다. 그러나 부담부분평등원칙이란 손해에 대한 각 행위자의 기여도가 불분명한 경우에만 적용되는 것이고, 그렇지 않는 경우에는 각자의 기여도에 따라 그 부담부분을 결정하여야 한다.¹⁵⁶⁾ 관례도 “공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 연대책임(부진정연대채무)을 지되, 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다.”고 판단하고 있다.¹⁵⁷⁾

3. 구상에 관한 개별적인 문제점

구상과 관련하여 각국에서 특히 많은 논의가 이루어지고 있으며, 특히 1인의 공동불법행위자와의 책임배제특약, 면제, 시효의 완성 등에 관해서는 항을 따로 하여 살펴보기로 하고 여기서는 구상과 관련한 그 밖의 문제점에 관해서 간단하게 검토하기로 한다.

(1) 일부 공동면책의 경우

154) Larenz, Karl, a.a.O., S.645f.

155) 주상수, 전제논문, 207면.

156) 대판 1983.5.24, 83다카208; 대판 1971.2.9, 70다2508.

157) 대판 2002.9.24, 2000다69712.

공동불법행위자 중의 1인이 손해배상의 전부를 지급하였거나 일부의 배상을 하였더라도 자기의 부담부분을 넘는 배상을 하였을 때에 다른 가해자에게 구상을 행사할 수 있다. 그러나 문제가 되는 것은 자기의 부담부분을 넘지 않는 범위 내에서 배상을 한 경우에 다른 공동불법행위자에 대하여 구상권을 행사할 수 있는가의 여부이다.

먼저, 구상권을 부정하는 견해에 따르면, 공동불법행위에서의 공동면책이란 주관적 관련이 밀접한 연대책무의 경우와 달리 개별성이 강한 자기의 부담부분을 넘어서야 된다고 보기 때문에 일부공동면책의 경우에는 구상권을 부정해야 한다고 주장한다.¹⁵⁸⁾ 다음으로, 구상권을 인정하는 견해에 따르면 연대책무에 있어서는 부담부분을 각 채무자가 부담하여야 할 채무액이라기 보다는 일정한 비율이라고 보는 것이 옳으며, 공동면책을 위한 출제가 있으면 그 비율로 분담케 하는 것이 타당하다는 이유로 부담부분의 초과가 구상권의 성립요건은 아니라는 것이 다수의 견해이다.¹⁵⁹⁾

구상권의 개별적인 문제점과 관련된 판례에서 대법원은 자신의 부담부분보다 적은 일부공동면책의 경우에 있어서의 구상권을 인정하지 않는다. 즉 공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에 있어서는 연대책임(부진정연대책임)이 있으나 그 공동불법행위자의 내부관계에 있어서는 일정한 부담부분이 있고 이 부담부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것이며 공동불법행위자 중의 한 사람이 자기의 부담부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다고 한다. 한편, 수인의 보증인이 주채무자의 채무를 일정한 한도에서 보증하기로 하는 이른바 일부보증을 한 경우에 보증인 중 1인이 채무의 전액이나 자기의 부담부분 이상을 변제함으로써 다른 보증인의 책임한도가 줄어들게 되어 공동으로 면책이 되었다면 다른 보증인에 대하여 구상을 할 수 있고,¹⁶⁰⁾ 그 부담부분의 비율에 대하여는 그들 사이에 특약이 있으면 당연히 그에 따르되 그 특약이 없는 경우에는 각자 보증한도액의 비율로 부담하게 된다고 할 것이다.¹⁶¹⁾

158) 주상수, 전계논문, 206면.

159) 박윤직, 전계 채권총론, 293면; 정태륜, 전계논문, 206면.

160) 대판 2002.3.15, 2001다59071.

161) 대판 2005.3.11, 2004다42104.

(2) 통지의 필요여부

구상요건으로서의 통지에 관한 민법 제426조가 공동불법행위자 사이의 구상에 있어서도 적용되는가가 문제된다.¹⁶²⁾ 예를 들어 공동불법행위자 중의 1인인 을이 피해자에게 그 손해의 일부를 변제해 주었음에도 불구하고 피해자는 다른 공동불법행위자 갑에게 이러한 사실을 감추고 전 손해를 배상 청구하는 경우가 있을 것이다. 이때 을이 사후의 통지를 게을리 함으로써 갑이 선의로 전액을 변제하였고, 이렇게 전액을 변제한 갑이 을에게 구상청구를 해 온다면 을은 이미 변제한 일부 손해금을 내세워 갑에게 대항할 수 있을 것인가의 문제이다.¹⁶³⁾

학설은 연대채무에서의 통지에 관한 규정을 유추적용의 긍정설과 부정설로 나누어져 있다. 먼저, 유추적용의 부정설은 민법 제426조의 규정을 부진정연대채무에 유추적용 할 수는 없다고 하여 이 경우 일반원칙에 따라 먼저 변제한 을은 자기의 변제를 가지고 대항할 수 있다고 하는 견해이다.¹⁶⁴⁾ 한편, 유추적용의 긍정설은 연대채무에서의 통지에 관한 규정을 유추 적용하여 을은 자기의 변제를 가지고 대항할 수 없다고 하는 견해이다.¹⁶⁵⁾ 이 견해의 주된 논거는 연대채무에 있어서의 구상권의 제한에 관한 민법 제426조의 규정은 구상관계를 공평하게 하려는 규정이므로 반드시 채무자 상호간의 공동목적에 위한 주관적 관련관계를 전제로 하는 것이라고 볼 수 없다는 것이다. 따라서 부진정연대채무에 있어서도 적어도 채무자 상호간에 구상권이 인정되는 한, 민법 제426조는 유추 적용되어야 한다는 것이다.¹⁶⁶⁾

연대채무에 있어서 변제에 관하여 채무자 상호간의 통지의무를 인정하고 있는 민법 제426조의 취지는 이와 같은 채무에 있어서는 채무자들 상호간에 공동목적

162) 이은영, 전거서, 839면.

163) 정태륜, 전계논문, 315면.

164) 주상수, 전계논문, 213면.

165) 정태륜, 전계논문, 315면.

166) 위의 예에서 갑이 피해자에게 임의로 전액 변제하였다면, 갑은 을에 대한 구상권이 제한되는 대신(즉 을은 자기의 변제를 가지고 갑에 대항할 수 있으므로) 피해자에 대하여 부당이득의 반환을 청구할 수 있겠지만, 만약 법원의 을의 일부지급을 간과한 채 갑에 대하여 전액지급의 판결을 내리고 이 판결이 확정되어 버렸다면, 부당이득의 반환청구도 불가능하게 되어 결국 선의로 지급한 갑은 피해를 보게 된다는 것이 문제가 될 수 있다.

을 위한 주관적 연관관계가 있고, 이와 같은 주관적 연관관계를 나게 한 대내적 관계에 더 잡아 채무자 상호간에 출연분담에 관하여 인정하고 변제에 관해서 상호 통지의무를 인정하고 과실 없는 변제자를 구상관계에서 과실 있는 변제자보다 보호하려는 데 있다고 할 것이므로 이와 같은 출연분담에 관한 주관적인 밀접한 연관관계가 없고 단지 채권만족이라는 목적만을 공통으로 하고 있는 부진정연대채무에 있어서는 그 변제에 관해서 채무자 상호간에 통지의무를 인정할 수 없고 변제로 인한 공동면책이 있는 경우에 있어서는 채무자 상호간에 어떤 내부적 특별관계에서 또는 형평의 관점에서 손해를 분담하는 관계가 있게 되는 데 불과하다 할 것이다. 그러므로 부진정연대채무라고 할 공동불법행위로 인한 배상채무에 있어서는 채무자 상호간에 구상요건으로서 통지에 관한 민법의 위규정을 유추적용 할 수 없다고 할 것이다.¹⁶⁷⁾

4. 구상권 자체의 시효

구상권은 일반채권과 그 성질이 같다고 할 것이므로, 출재로 인한 공동면책이 있는 때로부터 10년간 행사하지 않으면 시효로 소멸한다. 시효의 기산일은 일반 원칙에 따라 '권리를 행사할 수 있는 때'로부터 진행하게 되므로¹⁶⁸⁾ 피해자에 대한 손해배상 의무를 이행한 때라 할 것이다.¹⁶⁹⁾ 대법원도 피해자에게 손해배상을 한 어느 공동불법행위자의 보증인이 그 공동불법행위자 또는 다른 공동불법행위자에 대하여 가지는 구상권의 소멸시효 기간은 일반채권과 같이 10년이고, 그 기산점은 구상권이 발생한 시점, 즉 보증인이 현실로 피해자에게 손해배상금을 지급한 때라고 한다.¹⁷⁰⁾

다만, 손해액 및 부담부분이 미확정된 단계에는 구상권의 범위가 불명확할 것이므로 결국은 손해배상청구소송의 판결확정시로 보아야 할 것이다.¹⁷¹⁾

167) 대판 1997.12.12, 96다50896; 대판 1997.10.10, 97다28391; 대판 1993.5.27, 93다6560.

168) 정태훈, 전계논문, 316면.

169) 한삼인, 전계논문, 110면.

170) 대판 1994.1.11, 93다32958; 대판 1999.6.11, 99다3143.

171) 김상찬정영진, 전계논문, 60면.

제3절 공동불법행위자 1인에 대하여 발생한 사유의 효력

부진정연대채무에 있어서는 피해자와 공동불법행위자 중의 1인과의 사이에서 발생한 사유는 원칙적으로 상대적 효력 뿐이다. 따라서 피해자와 1인의 가해자(갑)사이에서 발생한 사유(예컨대 사전에 책임배제의 합의가 피해자와 가해자 사이에 있는 경우)는 원칙적으로 다른 가해자(을)에게는 그 효력을 미치지 않음이 원칙이다. 따라서 피해자는 다른 가해자에게 전액을 구상할 수 있음이 원칙일 것이다. 그러나 가해자 사이에 전혀 아무런 관계가 발생하지 않는다면 몰라도, 가해자 사이에는 구상관계가 존재하므로 전액을 변제한 을은 갑에게 구상권을 행사할 수 있다. 이렇게 되면 책임배제의 특약에 의하여 전혀 책임을 지지 않을 것이라고 하여 갑에게 너무 가혹한 결과가 된다. 이 문제에 대한 해결방법은 다음과 같은 것을 생각할 수 있다.

첫째, 책임배제특약에 의하여 갑은 채무를 부담하지 않으므로 을 단독으로 피해자에게 손해전부에 대하여 책임을 지고, 갑에 대하여는 구상권을 행사할 수 없다고 하는 해결방법이다. 그러나 이렇게 되면 피해자와 가해자 1의 책임배제계약으로 인하여 제3자인 가해자 2가 그러한 계약의 없었더라면 취득하였을 구상권을 취득하지 못하게 되고 결국 피해자의 손해 전부를 그가 부담하게 되는바, 이러한 결과는 피해자와 갑 사이의 계약이 제3자인 을를 해치게 되어 사적자치의 원칙에 반한다.¹⁷²⁾

둘째, 책임배제 내지는 포기의 합의는 당사자 사이에서만 효력을 가지며, 제3자인 을과 갑 사이에서는 책임배제계약이 존재하지 않고, 따라서 그들 사이에서는 연대채무가 존재하는 것처럼 다루어져 을은 갑에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 방법이다.

셋째, 피해자에게 가장 불리한 방법으로서, 책임배제계약이 없었더라면 갑이 부담하였을 부분을 궁극적으로 피해자가 부담하게 하는 방법이다. 이러한 결과를 실현하는 방법은 경우에 따라서 다시 두 가지로 나눌 수 있을 것인바, ① 피해자는 을에게 전액을 배상청구 할 수 있고, 피해자에게 전액을 배상한 가해자 을은 갑에게 구상권을 행사할 수 있으며, 다시 갑은 피해자에게 자기가 구상당한 금액

172) Larenz, Karl, a.a.O., S.647.

을 청구할 수 있게 하는 방법과, ㉠ 을에 대한 피해자의 손해배상청구권을 책임 배제계약이 없었더라면 갑이 궁극적으로 부담하였을 부분만큼 감축시켜, 결과적으로 피해자로 하여금 을에 대한 관계에서 갑의 귀책을 자기에게 귀속시키게 하는 방법이다.

이 세 가지 해결방법 중에서 결과의 실질적인 정당성을 가장 잘 확보할 수 있는 것을 선택해야 할 것인바, 이 중에서 첫 번째의 해결방법은 사적자치의 대원칙에 위배되므로 거의 문제가 되지 않을 것이다. 문제가 되는 것은 나머지 2가지 방법이다. 이러한 삼면관계가 문제될 수 있는 경우는 책임배제계약, 법률에 의한 책임제한, 1인에 대한 면제, 소멸시효의 완성, 상계, 혼동 등의 사유가 피해자와 가해자 중의 1인과의 사이에 존재하는 경우이다.

1. 책임배제계약의 경우

구상권이라고 하는 것은 가해자들 사이의 연대책무 내지는 부진정연대책무가 존재할 것을 전제로 하는데, 책임제한에 관한 합의(또는 책임제한에 관한 법률규정이 있는 경우나 면제 혹은 시효의 완성의 경우)가 있을 때에는 특약을 한 피해자의 책임이 존재하지 않을 것이며, 따라서 연대책무관계가 존재하지 않을 것이므로 구상이라는 것도 발생하지 않을 것이다.

이 해결방법은 갑에게 너무나 불합리한 결과를 초래한다. 즉 손해의 발생에 제3자가 관여되어 있지 않거나 책임을 지는 사람이 자기 혼자뿐이라면, 그는 전혀 걱정할 필요가 없을 것이다. 그런데 제3자인 을이 개입되면 상황은 전혀 달라진다. 즉 이 해결방법에 따르면, 피해자는 을에 대하여 전액을 청구할 수 있을 것이며, 전액을 배당한 을은 다시 갑에 대하여 구상권을 행사할 수 있기 때문이다. 갑의 입장에서 보면 자기 혼자서 전손해를 야기한 경우보다 다른 사람과 함께 야기한 경우가 훨씬 불리하다고 하는 이상한 결론에 도달한다.¹⁷³⁾ 또한 이러한 해결방법은 약속에 대한 신뢰를 근본적으로 파괴한다. 즉 이렇게 되면 결국 당사자 간에 정당하게 배제된 책임을 구상권의 행사라는 방법을 통하여 뒷문으로 다시 끌어 들이게 되는 결과로 되는데, 이는 분명 그들의 합의에 반하는 결과이

173) Messer, Herbrt, "Haftungseinheit und Mitverschulden", JZ 1979. S.399.

다.¹⁷⁴⁾

2. 법률에 의한 책임의 제한

법률에 의한 책임의 제한은 주로 교통사고와 관련하여 많이 문제되었으나, 오늘날 입법에 의하여 법률에 의한 책임의 제한이 철폐되거나 적어도 자동차 사고의 경우에는 적용하지 않는 방향으로 나아가고 있어, 현실적으로 크게 문제되고 있지는 않다. 다만 프랑스에서는 노동사고와 관련되어 아직도 많이 문제가 되고 있다. 즉 동규정은 군인, 군무원 등 위 법률에 열거된 자가 전투 훈련 기타 직무 집행과 관련하여 공상을 입은 데 대하여 재해보상금, 유족연금, 상이연금 등 별도의 보상제도가 마련되어 있는 경우에는 이들의 국가에 대한 국가배상법 및 민법의 규정에 의한 손해배상청구권을 배제하고 있는바, 국가와 제3자의 행위가 결합하여 직무집행 중인 군인 등 공무원에게 손해를 가한 경우에 문제가 된다.

이에 대한 해결방법도 3가지를 생각해 볼 수 있다. 즉 첫째로, 피해자는 제3자에 대하여 전액을 청구할 수 있는데 대하여, 제3자는 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없게 하는 방법, 둘째로, 피해자에 대하여 전액을 배상한 제3자로 하여금 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 있게 하는 방법, 셋째로, 피해자는 제3자에 대하여 전액을 배상청구 할 수 없고 다만 제3자의 부담부분에 대해서만 배상청구 할 수 있게 하는 방법이 있을 수 있다. 대법원은 피해자가 가해자 중의 1인에 대하여 면제 내지는 청구권을 포기한 경우와는 달리, 첫 번째 방법을 택하고 있다. 1983년 6월 28일의 판결¹⁷⁵⁾에서, 국가배상법 제9조 소정의 배상심의회의 결정은 손해배상청구소송에서 요구되는 전치절차이므로, 국가와 공동불법행위자의 관계에 있는 원고가 피해자에게 공동불법행위로 인한 손해배상을 하였음을 이유로 공동불법행위자인 국가에 대하여 구상권을 행사하는 소송에 있어서는 이를 거칠 필요가 없다고 하였다. 또한 헌법 제28조 제2항에 근거를 둔 국가배상법 제2조 제1항 단서의 규정은 군인, 군무원 등 위 규정에 열거된 자에 대하여 재해보상금, 유족연금, 상이연금 등 별도의 보상제도가 마련되어 있는 경우에는 이중

174) 이창수, 전제논문, 139면.

175) 대판 2002.5.10, 2000다39735; 대판 2001.2.15, 96다42420.

배상 금지를 위하여 이들의 국가에 대한 국가배상법상 또는 민법상의 손해배상 청구권을 배제한 규정이므로, 국가와 공동불법행위책임이 있는 자가 피해자에게 그 배상채무를 변제하였음을 이유로 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것도 허용되지 않는다.

법률에 의하여 책임이 제한 또는 배제되는 경우에, 먼저 이 규정에 의하여 책임이 제한되거나 배제되는 자에 대한 구상권도 제한되는냐 하는 문제가 논의되어야 할 것이다. 그러나 각국의 판례를 살펴보면, 이 문제는 법이론에 의하여 해결된다고 하기보다는 정책적인 판단에 의하여 결정되는 측면이 많았던 것으로 보인다. 즉 배우자의 책임이 제한되는 규정을 가지고 있는 국가에서 배우자와 제 3자의 과실이 경합하여 자동차 사고가 난 경우에, 이론상으로는 배우자의 책임이 존재하지 않는 이상 연대채무도 존재하지 않으므로 구상이라고 하는 것도 문제되지 않을 것인데 반하여, 각국의 판례는 이를 인정하는 경향이 있었다.¹⁷⁶⁾

3. 1인에 대한 면제

공동불법행위에 있어서 가해자 1인에 대한 손해배상채무의 전부 또는 일부의 면제가 다른 가해자에게 어떠한 효력을 미치는가에 대하여는 각국에서 오래전부터 논의가 되어 온 문제이다. 즉 부진정연대채무에 있어서의 절대적 효력 사유인가 상대적 효력 사유인가의 관점에서 논의되어 왔던 문제이다. 특히 연대채무의 경우에 관하여 부담부분에 대해서만 절대적 효력을 미친다고 하는 명문의 규정이 있는 우리나라와 일본뿐만 아니라, 부담부분에 한하여 절대적 효력을 가지는 면제를 명문으로 인정하고 있지 않은 독일에서도 문제가 되고 있다.¹⁷⁷⁾

(1) 학설

우리나라 및 일본에 있어서는 연대채무에 있어서 그 부담부분에 대해서는 절대적 효력을 미친다고 하는 명문의 규정이 있기 때문에 공동불법행위자가 부담

176) 정태륜, 전제논문, 324면.

177) 독일 민법은 제423조에서 채권자와 1인의 연대채무자 사이의 합의에 의하여 전체채무를 소멸시킬 수 있음을 규정하고 있다.

하는 채무는 (진정)연대채무라고 보아 민법 제419조의 적용을 인정하여 부담부분에 한하여 절대적 효력을 인정하는 견해도 있으나, 다수설은 부진정연대채무라고 보고 부진정연대채무에 있어서는 변제 등과 같이 채권을 현실적으로 만족시키는 사유는 절대적 효력이 있으나, 채무면제 등 그 나머지의 사유는 모두 상대적 효력만 있어서 다른 부진정연대채무자에게는 효력을 미치지 않는다고 한다.¹⁷⁸⁾ 최근 일본에서는 채무의 성격론에 따른 해결방식을 취하는 경우의 불공평이나 불합리를 회피하고 경우에 따른 타당한 해결을 하려는 여러 방안의 절충설이 제기되고 있다. 부담부분의 대소를 기준으로 하여 부담부분이 큰 자에 대한 면제에는 절대효를, 그 외의 경우는 상대효를 인정하는 견해, 피해자의 의사를 기준으로 분쟁의 일체적 해결을 위해 공동불법행위자의 1인과 화해한 경우의 채무면제는 절대효를 그 외의 경우에는 단순한 불제소의 합의로서 상대효만 있다는 견해, 그리고 부담부분과 피해자의 의사를 모두 고려하여 해결하려는 견해 등이 있다.¹⁷⁹⁾

(2) 판례

우리나라의 판례는 공동불법행위자가 지는 채무가 부진정연대채무이므로 공동불법행위에 있어서 1인에 대한 면제에 있어서는 상대적 효력만을 인정하여, 다른 가해자에 대해서는 전액을 청구할 권리를 잃지 않으며, 전액을 변제한 가해자는 면제를 받은 가해자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 판시하고 있다. 예컨대 “공동불법행위에 있어서는 이로 인한 손해배상책임은 그 상호간 부진정연대채무관계가 성립하다고 함이 상당할 것이며 그 1인의 변제 등 채권을 만족시키는 사유는 절대적 효력이 있다 할 것이나 1채무자에 대한 채무의 면제와 같은 사유는 다른 연대채무자에게 효력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다”¹⁸⁰⁾고 하며 공동불법행위자의 1인에 대한 면제는 상대적 효력 밖에 없음을 판시하고,¹⁸¹⁾ 더 나아가 “공동불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 소위

178) 황형모, “공동불법행위자 사이의 구상요건과 그 1인에 대한 채무면제의 효력”, 『판례연구』 11집, 부산 판례연구회, 2000. 1. 333-334면.

179) 황형모, 상계논문, 333-334면. 각 학설에 대한 내용과 그 논거에 대하여는 김용균, “부진정연대채무자의 1인에 대한 면제의 효력”, 『사법행정』, 한국사법행정학회, 1993. 11, 99-102면.

180) 대판 1997.12.12, 96다50896; 대판 1997.10.10, 97다28391.

181) 대판 1989.5.23, 87다카2723; 대판 1977.4.12, 76다2920; 대판 1969.8.26, 69다962.

부진정연대채무관계에 있다 할 것이고, 그중의 한 채무자에게는 그 효력이 미치지 아니하며, 공동불법행위자의 1인으로부터의 구상권의 행사에 대하여 다른 공동불법행위자는 자기의 채무가 면제되었음을 이유로 그 구상을 거절할 수 없다고 봄이 공평의 이념상 타당하다”¹⁸²⁾ 고 하면서 공동불법행위에 있어서 1인의 가해자가 피해자로부터 면제를 받았다고 하더라도 다른 가해자로부터의 구상청구를 거절할 수 없음을 분명히 하고 있다.

(3) 검토

면제는 채권자의 상대방 있는 단독행위이므로 채권자의 의사를 기준으로 하여 다른 공동불법행위자에 대한 효력을 결정하는 것이 타당하고 그 의사해석 내지 법률행위의 해석을 함에 있어서 피면제자의 기대에 대한 신뢰보호도 고려하여 합리적 해석을 통한 규범적 의사를 확정하여 결정하여야 한다. 공동불법행위의 1인에 대한 면제의 종국적인 부담은 면제자인 피해자·면제받은 가해자·공동불법행위자인 다른 가해자 중에서 부담할 것인가의 세 가지로 나누어 볼 수 있지만, 다른 가해자가 부담하는 방법은 사적자치의 대원칙에 배치되므로 취할 수 없다. 결국 특약 가해자 또는 면제자인 피해자가 부담할 것인가의 문제이다. 따라서 면제의 취지가 명확한 경우에는 그것에 따라야 하고 그 취지가 명확하지 아니 하거나 확정할 수 없는 경우에 어떻게 볼 것인가 하는 것이 문제이다.

피해자가 특약 가해자와의 사이에 민법 제506조의 의미의 면제가 있었다면, 이 면제로 인하여 채무는 소멸하고 그 결과는 채권자가 부담하여야 할 것이다. 다수의 채무자가 존재하여도 마찬가지이다. 만약 면제를 해 준 피해자가 다른 가해자에 대하여 전액배상을 받고, 배상을 한 또 다른 가해자는 다시 특약 가해자에게 구상을 인정한다면, 특약 가해자에게 너무 가혹한 결과가 되기 때문에 절대적 효력을 인정하여야 한다. 그러나 피해자의 의사가 민법 제506조의 의미가 아닌 부제소합의를 하기 위한 것이라면, 이 부제소합의도 그 자체로 채무자에게 유리한 점이 있기 때문에 경우에 따라서는 상대적 효력을 인정할 수도 있다. 또 다른 특별한 사정이 없는 이상 손해액에 비하여 월등히 적은 배상액을 받으면서 피해자

182) 대판 1997.12.23, 97다42830; 대판 1997.10.10, 97다28391; 대판 1980.7.22, 79다1107.

가 가해자를 면제시켜주는 경우는 극히 드물 것이므로, 이런 경우에는 피해자는 다른 가해자에게는 전액을 청구할 수 있고 또 전액을 배상한 다른 가해자는 다시 특약 가해자에게 구상권을 행사할 수 있다.¹⁸³⁾

4. 상계·혼동

공동불법행위로 인한 손해의 배상에 대하여 부진정연대채무를 부담하는 가해자들 중의 1인이 피해자에 대하여 반대채권을 가지고 있어 상계의 의사표시를 함으로써 자신의 채무의 일부를 소멸시킨 경우에, 이 채무소멸의 효력은 다른 가해자들에게 어떠한 영향을 미치는가가 문제된다.

대법원은 1인의 부진정연대채무자가 피해자에 대하여 상계의 의사표시를 함으로써 자신의 채무의 일부를 소멸시킨 경우에 그 채무소멸의 효력은 다른 부진정연대채무자에게는 미치지 않는다고 판시하고 있다. 즉 대법원은 “부진정연대채무자 상호간에 절대적 효력을 발생하나 그 밖의 사유는 상대적 효력을 발생하는데에 그치는 것으로서 연대채무에 관한 민법 제418조 제1항의 규정은 부진정연대채무에는 적용되지 않는 것이므로, 부진정연대채무관계에 있는 이 사건 피고들 사이에서 피고 A가 소론과 같은 원고에 대한 1천 50만원의 구상 채권으로 원고의 이 사건 손해배상채권을 대등액에서 상계하였다고 하여도 그 상계로 인한 채무소멸의 효력은 피고 B에게 미치지 않는다”¹⁸⁴⁾고 판시하고 있다.

학설은 이의 없이 부진정연대채무자 중 1인에게 ‘채권을 만족시키는 사유’가 있는 경우에는 그 사유에 절대적 효력이 있음을 인정하고 있으며, 그 사유로서 변제·대물변제·공탁을 들고 있다. 그런데 상계가 이러한 ‘채권을 만족시키는 사유’에 포함되는지는 학설이 나뉘고 있다. 다수설은 상계를 이러한 사유에 포함시키며, 이러한 취지를 분명히 나타내고 있는 견해도 있지만,¹⁸⁵⁾ 많은 경우는

183) 이창수, 전계논문, 141-145면.

184) 대판 1996.12.10, 95다24364; 대판 1991.12.13, 91다30057; 대판 1989.3.28, 88다카4994. 이 판결에서 직접 공동불법행위라고 하는 말은 발견되지 않으나, 사안을 보면 사건이 원고와 피고 A, B 소유의 차량의 운전자들의 공동과실로 발생하였던바, 앞에서 판례가 공동불법행위의 요건으로서 요구하는 객관적 관련·공동의 의미를 분석할 때 살펴보았던 것처럼, 판례가 공동불법행위의 요건으로서 실질적으로 중요시하는 것은 둘 이상의 행위자의 행위와 결과 간에 인과관계가 존재하여야 한다고 하는 것으로서, 이러한 인과관계가 인정되면 객관적 관련·공동이 있는 것으로 보고 있으므로, 이 사건도 공동불법행위의 한 경우라고 보아도 무방할 것이다.

불명료하지만 이러한 취지로 해석하는 것으로 보아야 할 것이다. 즉 채권을 만족시키는 사유는 절대적 효력이 있다고 하면서 그 사유로서 변제·대물변제·공탁과 아울러 상계를 드는 한편, 부진정연대채무에 대하여는 일반의 연대채무에 관한 민법 제416조 내지 제422조의 규정이 적용되지 않는다는¹⁸⁶⁾ 것이다.

이에 대하여 소수설은 부진정연대채무에 있어서 절대적 효력이 인정되는 것은 변제·대물변제·공탁에 한정되며 기타의 사유는 상대적 효력이 있을 뿐이라는 것이다.¹⁸⁷⁾

연대채무의 경우에는 어느 연대채무자와 채권자와의 사이에 혼동이 있는 때에는, 민법 제420조는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 채무자도 의무를 면하게 하고 있다. 이는 구상관계를 간략하게 처리하기 위한 편의적 규정이다.¹⁸⁸⁾ 이에 반하여 부진정연대채무의 경우에는 위에서 언급한 바와 같이 학설은 한결 같이 민법 제416조 내지 제422조는 적용되지 않는다고 함으로써 혼동은 상대적 효력만을 가질 뿐이다.

그러나 적어도 공동불법행위의 경우에 가해자 상호간에 부담부분과 구상이 인정되고 있는 이상, 어느 공동불법행위자와 피해자와의 사이에 혼동이 있는 때에, 연대채무의 경우와 마찬가지로 구상관계를 간략하게 처리할 필요가 있다. 즉 혼동에 의하여 손해배상채무가 소멸한 가해자가 피해자 사이에 혼동이 있는 때에 다른 가해자에 대하여 전액을 청구하고 이에 응하여 전액을 지급한 다른 가해자는 다시 특약을 한 가해자에 대하여 구상권을 행사한다고 하는 번거로운 절차를 거칠 필요가 있는 것이다. “돌려주어야 할 것을 청구하는 자는 오의로 행동한다”라고 하는 원칙이 여기에도 적용된다.¹⁸⁹⁾ 참고로 독일 민법은 제425조 제2항에서 연대채무의 경우에 명문으로 혼동의 상대적 효력을 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 학설은 혼동의 사유가 있는 연대채무자는 자기의 부담부분을 제외한 부

185) 김형배, 전거서, 536면; 이은영, 전거서, 412-413면.

186) 박윤직, 전거 채권총론, 302면; 김용한, 「채권법총론」, 박영사, 1983, 333면에서는 절대적 효력이 있는 사유로서 변제·대물변제·공탁상계를 드는 한편, 연대채무에 관하여는 절대적 효력이 있으나 부진정연대채무에 대하여는 그렇지 않은 것으로서 제416조 내지 422조를 들고 있으면서도 구체적으로 열거를 함에 있어서는 이행청구·경개·면제·혼동·소멸시효·채권자지체만을 들고 있다. 그러나 마찬가지로 해석해야 할 것이다.

187) 이창수, 전거논문, 145-147면.

188) 박윤직, 전거 채권총론, 287면.

189) 정태륜, 전거논문, 332면.

분만을 청구할 수 있을 뿐이라고 하는 데에 견해의 일치를 보고 있으며, 다만 혼동의 사유가 있는 연대채무자가 자기의 부담부분을 제외한 액수에 관하여 다른 연대채무자에 대하여 전액을 청구할 수 있는가 그렇지 않으면 분할채무로 바뀌어 각자의 부담부분에 대하여만 청구할 수 있는가 하는 것이 문제되고 있을 뿐이다.

제4절 공동불법행위에서의 과실상계

1. 과실상계의 의의

과실상계란 채무불이행이나 불법행위에서 손해배상책임 및 그 금액을 산정함에 있어서 채권자 또는 피해자에게 손해의 발생 또는 확대에 기여한 과실이 있는 경우에 이를 참작하여 그 책임을 감면하는 제도이다(제396조, 제763조)

피해자 자신이 손해의 발생이나 확대에 유책적(고의·과실)으로 공동하였음에도 불구하고, 가해자에게 손해 전부의 배상을 청구할 수 있게 한다면, 이것은 손해배상의 목적에 반할 것이다. 그래서 제763조가 제396조를 준용하므로,¹⁹⁰⁾ 불법행위로 인한 손해의 발생 또는 그 확대에 피해자가 유책적으로 공동하였다면, 손해배상책임의 유무 또는 그 범위를 결정함에 있어서 이를 참작하여야 한다¹⁹¹⁾고 규정하고 있다. 이 규정은 법관에게 소송에서 개별사안의 특수성을 판단할 수 있는 권능을 부여하며, 과실상계의 입법취지는 당사자간의 공평과 신의칙에 있으며, 제396조가 가해자에게 독립된 청구권의 기초를 부여하는 것이 아니라, 피해자의 손해배상청구권에 대한 이의를 인정하는 규정이라는 점에 유의할 필요가 있다. 가령 보증보험계약에서 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급함으로써 보험계약자에 대한 구상권을 취득한 때에는 보증인에게 이를 지체 없이 통지하여 상환의무의 발생을 알려 줌으로써 지연손해의 확대를 방지할 신의칙상 의무가 있다고 할 것인데, 이러한 통지를 게을리 함으로써 지연손해가 확대된 경우에, 그 손해의 확대에 대하여 보험자의 과실이 경합되었다고 볼 것이어서 과실상계

190) 민법은 채무불이행에 관하여 제396조에서 규정하고 이를 제763조에서 불법행위에 준용하고 있다.

191) 지원립, 전거서, 1478면.

사유가 된다.¹⁹²⁾ 반면 이중매수인이 매매목적부동산에 관하여 처분금지가처분등기가 기입된 사실을 알았으나 매도인으로부터 자기책임 하에 가처분등기를 청산, 정리한다는 취지의 약속을 받음에 따라 매매대금을 전부 지급한 행위는 과실상계사유가 되지 않는다.¹⁹³⁾

2. 과실상계의 요건

피해자의 귀책이 손해의 발생 또는 확대에 공동으로 기여하였어야 한다. 여기서 피해자의 귀책은 타인에 대한 귀책이 아니다. 왜냐하면 피해자가 유책적으로 위반할 수 있는, 가해자에 대한 주의의무는 존재하지 않기 때문이다. 즉 제 396조의 과실은 「자기 자신에 대한 귀책」, 다시 말하면 피해자가 자기 손해를 피하기 위하여 기울여야 하는, 거래상 필요한 주의를 기울리 함을 뜻한다. 그런데 피해자에게 이러한 귀책이 있더라도 그에게 법적 비난을 가할 수 없을 뿐만 아니라, 가해자가 피해자에 대하여 그러한 주의를 기울일 것을 요구할 수도 없고, 단지 제396조가 피해자에게 이러한 귀책이 있다면 그로 인하여 발생하거나 확대된 손해를 피해자 자신이 부담하도록 하고 있을 뿐이다. 이러한 점에서 제 396조의 과실은 원래의 의미의 과실이 아니라, 책무의 위반에 불과하다고 할 것이다.¹⁹⁴⁾

다수설은 과실상계에서의 과실이 일반적 과실과 다르지 않다고 한다. 즉 “과실에 있어서의 의무위반이라 함은, 요컨대 위법한 부주의라는 뜻에 지나지 않으며, 그 위법성은 이를 법률상의 의무위반에 한할 것은 아니고, 오히려 사회생활에 있어서의 협동정신 또는 채권관계에 있어서의 신의칙 위반도 포함하는 것으로 해석하여야 한다. 이와 같이 새긴다면, 과실상계에 있어서의 과실을 특이한 개념으로 생각할 필요는 없을 것이다”라고 한다.

반면, 판례¹⁹⁵⁾는 “불법행위에 있어서 과실상계는 공평 내지 신의칙의 견지에서 손해배상액을 정함에 있어 피해자의 과실을 참작하는 것으로서 그 적용에 있어

192) 대판 1992.5.12, 92다4345.

193) 대판 1993.5.27, 92다20163.

194) 김형배, 전거서, 274면.

195) 대판 1995.9.15, 94다61120.

서는 가해자와 피해자의 고의 과실의 정도, 위법행위의 발생 및 손해의 확대에 관하여 어느 정도의 원인이 되어 있는가 등의 제반 사정을 고려하여 배상액의 범위를 정하는 것이며, 불법행위에 있어서의 가해자의 과실이 의무위반의 강력한 과실임에 반하여 과실상계에 있어서 과실이란 사회통념상, 신의성실의 원칙상, 공동생활상 요구되는 약한 부주의까지도 가리키는 것”이라고 한다.

생각건대 피해자가 자기 자신에게 손해가 발생하지 않도록 주의하여야 하는 의무를 타인에 대한 법적 의무로 파악하는 것은 잘못이다. 사회생활에서의 협동 의무를 긍정하더라도, 협동정신으로 나오는 주의의무의 해태를 「위법한」 부주의로 생각하는 것은 지나치다고 생각된다. 따라서 과실상계에서의 과실을 보통의 과실(타인에 의한 주의 의무의 위반)과 구별하는 것이 타당하다. 즉 과실상계는 피해자에게 그의 타인(가해자)에 대한 주의의무 위반의 책임을 부담시키는 제도이다.

그런데 과실상계에서도 귀책은 책임능력을 전제로 하는바, 특히 불법행위에서 피해자에게 책임능력이 없는 경우에 이른바 「피해자측의 과실」이 논의된다.¹⁹⁶⁾

피해자의 귀책은 작위 또는 부작위와 관련될 수 있다. 또한 가해적 사태가 발생할 당시에 있을 수도 있고, 발생 후에 존재할 수도 있다. 가령 어둠 속에서 도로 우측으로 걸어가던 어떤 보행자가 달리던 자전거에 치어 부상을 입은 경우에, 그가 충돌하기 전에 옆으로 재빨리 비켜섬으로써 사고를 미리 피할 수 있었거나, 사고 후 의사에게 가서 상처를 치료받지 않아 손해가 확대되었다면, 그러한 사정은 손해배상책임의 유무 및 그 금액을 정함에 참작된다.

피해자의 귀책을 요구하는 제396조는, 피해자에게 아무 귀책이 없지만 위험책임의 관점에서 피해자에게 귀책되는 물건의 위험 또는 기업위험이 손해발생에 공동한 경우에도 적용되어야 한다. 또한 제396조는, 가해자가 위험책임에 기하여 손해배상 의무를 부담하고, 피해자에게 손해발생에 대한 귀책이 있는 경우에도 적용되어야 한다. 나아가 가해자가 제756조에 따라 사용자책임을 지는 경우에도, 피해자에게 그 손해의 발생과 확대에 기여한 과실이 있다면, 사용자책임을 범위를 정함에 있어서 이러한 피해자의 과실을 고려하여 그 책임을 제한할 수 있다.¹⁹⁷⁾ 한편 가해자가 위험책임에 기하여 손해배상 의무를 부담하고, 피해자측의

196) 대판 2005.7.28, 2003다12083.

물건의 위험 또는 기업위험의 손해를 공동으로 야기시킨 경우에도 제396조가 적용된다. 이러한 위험의 참작은, 제396조의 근거에 놓여 있는 사상, 즉 어떤 법적 근거에 따라 손해발생원인이 자기에 귀책되는 자가 손해를 부담하여야 한다는 사상에 의하여 정당화될 수 있다.

제396조는, 피해자의 법정대리인이나 이행보조자 또는 피용자가 손해를 공동으로 야기시킨 경우에 피해자에게 불리하게 적용된다. i) 제391조가 유추적용되므로, 피해자는 그의 법정대리인이나 이행보조자의 귀책에 대하여 과실상계가 행하여진다. 그런데 가해 당시 이미 가해자와 피해자 사이에 채권관계가 존재하는 경우에만 제391조가 유추적용된다. 가령 전기수리업자 C가 조수 D를 자기 자전거로 일하러 보냈는데, 도중에 E가 자전거 운전 잘못하여 D와 충돌하여 C의 자전거가 훼손된 경우에, E는 C에 대하여 제750조에 따라 자전거 손괴에 대한 손해배상책임을 부담하지만, D에게도 부주의가 있어서 사고에 공동과실이 있더라도, 제391조는 유추적용되지 않는다. 왜냐하면 C와 E 사이에는 채권관계가 존재하지 않기 때문이다. ii) 다른 한편 제756조도 과실상계에 유추적용된다. 즉 피해자의 피용자에게 공동과실이 있었던 경우에도 제396조가 적용되어 과실상계가 행하여진다. 따라서 위의 예에서 제756조의 요건이 갖추어졌다면, D의 귀책을 이유로 C에게 불리하게 과실상계가 행하여진다. 물론 C의 면책가능성이 인정된다. 즉 C가 D에 대한 선임·감독상의 주의를 다하였음을 증명한 경우에 과실상계가 행하여지지 않고, C는 전 손해의 배상을 청구할 수 있다. 이 점이 제391조와의 차이이다.

제396조는 “법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 당사자의 주장이 없더라도, 법원은 직권으로 피해자의 과실을 심리·판단하여야 한다. 그리고 피해자의 귀책이 공동한 경우에 손해배상책임의 유무와 그 범위는, 「손해가 압도적으로 일방 또는 타방 중 누구에 의하여 야기되었느냐 하는 사정」에 의하여 결정되며, 다툼이 있으면 법원이 직권으로 당해 사안의 모든 사정을 검토·평가하여야 한다. 이 평가는 사실심 법원의 자유재량에 맡겨져 있는바,¹⁹⁸⁾ 쌍방의 손해발생에 기여한 정도와 쌍방의 귀책

197) 대판 2002.12.26, 2000다56952.

198) 대판 1972.12.26, 72다1037.

의 정도를 참작하여 손해배상책임의 유무 및 배상액을 결정하여야 한다.¹⁹⁹⁾ 과실상계에 의하여 결과적으로 손해의 비율적 배분이 문제된다. 즉 극단적인 경우를 제외 하면, 쌍방의 손해발생에 대한 기여도와 귀책의 정도를 고려하여 손해배상액의 경감이 이루어지게 된다.

피해자가 일부청구를 하는 경우에 과실상계를 어느 부분에서 어떻게 할 것인가에 관하여, 청구부분에 한하여 과실상계비율을 정한다는 안분설(按分說: 손해배상액과 일부청구액과의 비율에 따라 감액되는 부분을 안분하고 그것에 안분된 감액부분을 공제한 금액만을 인용해야 한다는 견해)과 심리 결과 인정되는 전 손해액에 대하여 과실상계를 하고 그에 의하여 감축된 금액과 청구액을 비교하여 인용액을 결정한다는 외측설(外測說: 손해의 전액에서 과실비율에 의한 감액을 하고, 그 잔액이 청구액을 넘으면 청구액을, 반대로 그 잔액이 청구액에 미달하면 그 잔액만을 인용한다는 견해) 및 내측설(內測說: 과실상계할 감액부분을 미리 일부청구액에서 공제하고 후자에 잔액이 있을 때 이를 인용하는 견해)이 대립하는바, 판례는 일관되게 외측설을 따르고 있다.²⁰⁰⁾ 채무불이행에 대하여 채권자에게 과실이 있고 또한 채권자가 채무불이행으로 인하여 이익을 얻은 경우에, 판례는 과실상계를 한 후에 손익상계를 하고 있다.²⁰¹⁾

3. 공동불법행위의 과실상계 문제

수인의 위법한 행위로 인하여 손해가 발생한 경우에 피해자는 공동불법행위의 책임에 관한 규정인 민법 제760조에 기하여 손해배상청구권을 갖게 된다. 이때 피해자의 과실이 손해의 발생 내지는 확대에 기여하였다면 이것이 피해자의 각 가해자에 대한 손해배상청구권에 대하여 어떠한 영향을 미치게 될 것인가 하는 점이다. 물론 이 경우에도 민법 제763조와 제396조가 적용될 것임에는 틀림 없다. 그러나 이 문제는 과실상계에 관한 일반 이론만으로는 해결될 수 없다. 과실상계에서의 과실을 어떻게 이해하여야 하며 이의 평가 시에 어떠한 요소가 고

199) 대판 2006.6.13, 98다35389.

200) 대판 1976.6.22, 75다819.

201) 대판 1990.5.8, 89다카29129.

려되어야 하느냐 하는 문제는 결국 피해자의 과실의 비율을 어떠한 기준에 의하여 결정할 것이냐 하는 문제임에 반하여, 여기에서 논하고자 하는 것은 이러한 문제가 결정된 다음의 문제, 즉 가해자가 수인인 경우에 발생한 손해를 수인의 가해자와 피해자 사이에 적절히 분배하기 위하여 이미 결정된 피해자의 과실을 어떠한 방법으로 고려할 것인가 하는 문제이기 때문이다. 이러한 문제는 가해자가 1인이 아니라 수인이기 때문에 비로소 대두되는 것이며, 따라서 이의 적절한 해결을 위해서는 먼저 공동불법행위에 관한 이해가 선행되어야 한다.

그런데 이 문제는 공동불법행위 중에서 병존적 공동불법행위 이외의 경우에는 크게 문제가 되지 않는다. 즉 민법 제760조 제1항의 협의의 공동불법행위의 경우에는 공동불법행위자 전원의 귀책사유 전체로서 평가하여 이것과 피해자의 귀책사유를 비교·형량 함으로써 피해자의 부담비율을 결정하고 그 부담 부분만큼 손해에서 공제한 나머지 부분에 대하여 공동불법행위자 전원이 연대하여 책임을 부담한다. 예를 들어 A와 B의 협의의 공동불법행위가 피해자 갑의 과실에 의하여 유발되었을 때 각자의 결과발생에 대한 기여도가 동일하게 평가되었다면 A와 B는 발생한 손해액의 2/3에 대하여 부진정연대채무를 부담하게 된다. 교사·방조의 경우도 마찬가지이다. 가해자불명의 공동불법행위의 경우에는 이보다 약간 더 복잡한 문제가 있다. 즉 이때에는 두 가지 경우로 나눌 수 있는데, 첫째로 결과발생에 대하여 관여자들 각자의 행위의 인과관계는 밝혀지지 않았지만 피해자의 과실의 정도는 밝혀진 경우에는(예를 들어 사냥이 한창 진행 중인 곳에 들어갔다가 부상을 입은 경우 등) 협의의 공동불법행위의 경우와 마찬가지로 다를 수 있는데 반하여, 둘째로 결과발생에 관하여 피해자 자신도 잠재적 원인자일 경우에는 피해자의 손해배상청구권은 배제된다. 왜냐하면 피해자의 손해배상청구권이 확정적으로 존재하여야 한다는 것이 민법 제760조 제2항의 요건으로 되어 있는데, 이 경우에는 피해자 자신이 결과를 발생시켰을 가능성도 있으므로 그의 손해배상청구권이 확정적으로 존재하고 있지는 않기 때문이다.²⁰²⁾

공동불법행위에 있어서의 과실상계에 관하여 판례는 태도는 “피해자가 공동불법행위자 중의 일부만을 상대로 손해배상을 청구하는 경우에도 과실상계를 함에 있어 참작하여야 할 쌍방의 과실은 피해자에 대한 공동불법행위자 전원에 대

202) 이창수, 전제논문, 149-150면.

한 과실을 전체적으로 평가하여야²⁰³⁾ 하고 공동불법행위자 간의 과실의 경중이나 구상권 행사의 가능여부 등은 고려할 여지가 없다”²⁰⁴⁾고 판시하고 있는데, 이러한 판례의 입장은 중전의 태도²⁰⁵⁾를 확인한 것이다.

한편 대법원은, “공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것으로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가할 것이 아니고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하여야 한다. 이에 대하여 원심은 소외 1이 오후1시경 그레이스 승합차를 운전하여 경북 군위군 소재 편도 1차선인 5번 국도상을 시속 약 50km로 중앙선을 침범하여 운행하다가 반대편에서 진행해 오던 소외 박영하 운전의 프레스토 승용차의 앞 좌측 부분을 위 그레이스 승합차의 앞범퍼 좌측 부분으로 들이받았고(이하 1차 충돌사고라 한다), 피고는 소나타 승용차를 운전하여 위 프레스토 승용차의 바로 뒤를 따라 내리막 커브길인 위 도로를 운행하던 중 위와 같이 충돌되어 도로 가장자리에 걸쳐 있는 프레스토 승용차를 미처 피하지 못하고 위 소나타 승용차의 앞범퍼 우측 부분으로 위 프레스토 승용차의 좌측 앞문짝 부분을 들이받은 사실(이하 2차 충돌사고라 한다), 위 교통사고로 인하여 위 프레스토 승용차의 운전자인 박영하가 사망하고, 위 프레스토 승용차에 동승하고 있던 원고 A, B, C, D가 그 판시와 같은 상해를 입은 사실, 피고가 2차 충돌사고를 일으키게 된 것은 내리막 커브길에서 전방을 제대로 주시하지 아니하고 다소간 과속한 상태에서 앞차와의 안전거리를 유지하지 아니하고 운행한 때문인 사실을 인정한 다음, 1차 충돌사고로 위 프레스토 승용차의 앞 좌측 부분이 크게 부서지고 위 그레이스 승합차는 전도되기에 이르러 그 충격이 매우 큰 반면에, 2차 충돌사고는 위 소나타 승용차가 제동조치를 취하면서 그 차 앞 우측 부분으로 위 프레스토 승용차의 좌측 옆 부분을 약간 밀고 들어가 긁는 듯이 들이받고 멈추게 되어 그 충격이 다소 가벼웠던

203) 대판 1998.6.12, 96다55631.

204) 대판 2007.6.14, 2006다78336; 대판 1998.10.20, 98다31691.

205) 대판 1991.5.10, 90다14423; 대판 1963.9.12, 63다343.

것은 사실이지만, 1차 충돌사고로 위 프레스토 승용차의 운전석 문짝 부분이 밀려나온 것이 2차 충돌사고로 다시 약간 안으로 우그러지면서 위 프레스토 승용차가 뒤로 밀려나기까지 하였고 피고 운전 차량의 보닛(bonnet) 등 차량 전면 우측 부분이 손괴된 사실이 인정되므로, 이 정도의 충격과 손괴라면 2차 충돌사고가 위 사망이나 상해의 결과에 전혀 영향을 미치지 아니하였다고는 할 수 없고, 나아가 위 1, 2차 충돌사고는 시간상 매우 근접하여 일어난 것으로 공동불법행위에 해당하므로 피고는 위 1, 2차 충돌사고로 야기된 사망이나 상해의 결과에 대하여 소외 1과 연대하여 손해배상책임이 있다고 판단하고, 나아가 위 프레스토 승용차의 운전자인 망인도 전방주시를 게을리하여 약간 비틀거리며 중앙선을 침범하여 마주 오는 위 그레이스 승합차를 뒤늦게 발견하고도 계속하여 중앙선에 근접하여 운행하였고, 위 프레스토 승용차의 뒷좌석에 승차한 원고 A, B, C, D, E는 안전띠를 착용하지 아니한 채 승차하고 있다가 이 사건 사고를 당한 사실이 인정되고 이러한 망인 및 그의 가족인 원고들 측의 과실은 이 사건 사고 발생 및 손해 확대의 한 원인을 이루었다고 할 것이므로 이는 피고가 배상하여야 할 손해액을 산정함에 있어 참작되어야 하고, 또한 이 사건 사고는 1차적으로 위 그레이스 승합차의 운전자인 소외 1의 중대한 과실에 의하여 발생하였고 망인과 원고들 측의 손해도 주로 소외 1에 의한 1차 충돌사고로 인하여 일어나 피고에 의한 2차 충돌사고는 이 사건 손해에 기여한 정도가 비교적 작은 점, 그리고 손해배상소송의 기본이념인 손해의 공평분담이라는 관점에서 보아, 망인 및 원고들과 피고 사이에 있어서 피고가 부담하여야 할 책임 부분은 전체의 30%로 봄이 상당하다”²⁰⁶⁾고 판단하였다.

공동불법행위의 성립에는 공동불법행위자 상호간에 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요하지 아니하고 객관적으로 각 그 행위에 관련공동성이 있으면 족하고 그 관련공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생하였다면 그 손해배상책임을 면할 수 없으며,²⁰⁷⁾ 또한 공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것으로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과

206) 대판 1998.6.12, 96다55631.

207) 대판 1997.11.28, 97다18448.

실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가할 것이 아니고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하여야 하는 것이다.²⁰⁸⁾

사실관계가 원심이 확정한 바와 같다면, 소외 1과 피고에 의하여 발생한 위 1, 2차 충돌사고는 객관적으로 보아 그 행위에 관련공동성이 있다고 할 것이므로 소외 1과 피고는 공동불법행위자로서 위 1, 2차 충돌사고로 야기된 위 사망이나 상해로 인한 손해배상책임의 전부에 대하여 연대책임을 부담한다고 할 것이고, 이 사건 사고를 야기함에 있어서 피고보다는 오히려 위 소외 1에게 보다 큰 과실이 있다거나 망인과 원고들 측의 손해가 주로 위 소외 1에 의한 1차 충돌사고로 인하여 일어난 것으로 피고에 의한 2차 충돌사고는 이 사건 손해에 기여한 정도가 비교적 작다는 등의 사정이 인정된다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 하겠다.

원심이, 위 1, 2차 충돌사고가 공동불법행위에 해당하므로 피고는 위 1, 2차 충돌사고로 야기된 사망이나 상해의 결과에 대하여 위 소외 1과 연대하여 손해배상책임이 있다고 판단하고서도, 앞에서 본 바와 같은 사정 등을 들어 망인 및 원고들과 피고 사이에 있어서 피고가 부담하여야 할 책임 부분은 전체의 30%로 봄이 상당하다고 판단하고 조치는 이유모순에 해당할 뿐 아니라 공동불법행위자의 손해배상책임에 관한 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 할 것이다. 위와 같이 상고이유를 받아들였다.

종래의 판례 및 학설은 공동불법행위에서 피해자의 과실도 경합한 경우에는 먼저 피해자를 포함한 전체 관여자의 과실비율을 결정한 다음, 가해자들의 과실비율의 합계에 대하여 각 가해자들은 연대하여 배상책임을 지도록 하였으며 이에 대한 이의는 찾아볼 수 없었다. 이에 반하여 위 판결은 각 가해자와 피해자의 과실의 비율을 개별적으로 결정하여 각 가해자들의 배상액을 개별적으로 결정한 다음 이들 배상액이 중복되는 한도에서 가해자들은 연대하여 책임을 지게하고 있다. 물론 이 판결은 과실상계의 방법에 대하여 상고가 제기된 것이 아니기 때문에 대법원이 이에 관하여 직접적으로 판단한 것이라고는 볼 수 없지만, 원심의

208) 대판 1997.4.11, 97다3118.

판결이유를 그대로 반복하면서 상고를 기각하고 있는 이상 대법원도 공동불법행위에서의 과실상계에 있어서 원심이 취한 방법을 인정한 것이라고 볼 수 있다. 어쨌든 위 판결은 종래의 태도와는 달리 공동불법행위자 상호간의 과실상계에 있어서 개별적 평가방법을 취하였다고 하는 점에서는 상당히 의의가 크다고 하겠다. 그러나 위 판결은 다음과 같은 점에서 약간의 해결해야 할 문제점을 내포하고 있다.

또한, 대법원은 공동불법행위자에 대한 손해배상청구를 별개의 소로 진행한 경우, 과실상계비율이나 손해액을 달리 인정할 수 있는지 여부에 대하여, “피해자가 공동불법행위자들을 모두 피고로 삼아 한꺼번에 손해배상청구의 소를 제기한 경우와 달리 공동불법행위자별로 별개의 소를 제기하여 소송을 진행하는 경우에는 각 소송에서 제출된 증거가 서로 다르고 이에 따라 교통사고의 경위와 피해자의 손해액산정의 기초가 되는 사실이 달리 인정됨으로 인하여 과실상계비율과 손해액도 서로 달리 인정될 수 있는 것이므로, 피해자가 공동불법행위자들 중 일부를 상대로 한 전소에서 승소한 금액을 전부 지급받았다고 하더라도 그 금액이 나머지 공동불법행위자에 대한 후소에서 산정된 손해액에 미치지 못한다면 후소의 피고는 그 차액을 피해자에게 지급할 의무가 있다”²⁰⁹⁾고 판단하고 있다.

4. 과실상계의 적용과 효과

(1) 과실상계의 적용

과실상계의 방법은, 가해자 측의 과실비율을 총계하여 피해자의 과실을 비교하는 ‘가산적 과실상계’와 복수인 가해자 각각의 과실과 피해자의 과실을 비교하는 ‘상대적 과실상계’가 있으며, 당해 가해자의 최종적인 손해비율만을 분담시키는 ‘개별적 과실상계’의 방법이 있다.

과실상계의 적용은, 가산적 과실상계는 가해자 측으로서는 자기의 기여도뿐 아니라 다른 가해자의 기여도에 대해서도 책임을 부담하게 되므로 원칙적으로 기여도에 의한 감책이 허용되지 않는 경우에 적용될 수 있을 것이고, 객관적 관련공동이 있는 가해자 사이에 과실비율의 차가 큰 경우에는 상대적 과실상계가

²⁰⁹⁾ 대판 2001.2.9. 2000다60227.

적당하나 기여도에 따른 감책을 허용할 만한 사정이 있는 경우에는 개별적 과실상계가 타당하다고 생각한다.

(2) 과실상계의 효과

피해자에게 과실이 있으면 법원은 배상책임 및 배상액을 정함에 있어 이를 참작하여야 하며,²¹⁰⁾ 법원은 불법행위의 원인에 피해자의 과실이 경합되었다고 인정되는 경우에는 법원은 과실상계에 관한 항변의 유무를 불문하고 그 과실을 그 불법행위로 인한 손해배상의 책임 및 손해액을 정함에 있어 이를 참작하여야 한다.²¹¹⁾ 그러나 법원이 과실을 어느 정도 참작하느냐 하는 것은 법원의 자유재량이지만,²¹²⁾ 이는 필요적 참작사유로서 과실 인정시에 이를 참작하지 않으면 위법한 판결로서 대법원의 상고사유가 된다(민사소송법 제423조).

210) 대판 1966.7.26, 66다937; 원고가 도로교통의 질서유지를 위하여 명시된 횡단도로 아닌 지점을 횡단하려다가 사고가 발생하였다면 원고에게도 과실이 있다 아니할 수 없음에도 불구하고, 원심이 위 원고의 자인 사실을 간과하고, 판단하였음은 잘못이라 아니할 수 없다.

211) 대판 1967.12.5, 67다2367.

212) 대판 1972.12.26, 72다1037.

제5장 결 론

이상에서 공동불법행위의 일반적인 법리와 주요국가의 공동불법행위책임에 대하여 비교법적 검토한 바에 따라 우리나라에 있어서 공동불법행위 책임에 대하여 학설과 판례를 중심으로 검토하였다. 그러므로 이하에서는 공동불법행위책임에 있어서 학설과 판례의 견해를 재정리하고, 그 바탕위에서 몇 가지 해석론을 제시하고자 한다.

첫째, 공동불법행위는 여러 사람이 공동으로 위법하게 타인에게 손해를 발생시키는 경우를 말하는데, 이러한 공동불법행위에 관해서 우리 민법은 소위 협의의 공동불법행위(제760조 제1항), 가해자불명의 공동불법행위(제760조 제2항), 교사·방조에 의한 공동불법행위(제760조 제3항)의 3가지 유형으로 구분하고 있다. 이 중 협의의 공동불법행위와 관련하여 행위자 각자의 행위 사이에 관련공동성에 관하여 객관적 관련공동성이 통설과 판례이다. 위와 같은 공동불법행위의 유형에서 ‘공동’한다는 것이 무엇이나에 따라 객관적 관련공동설과 주관적 관련공동설이 있는데, 주관적 관련공동설은 가해자들 사이에 공모 내지 공동의 인식, 즉 주관적 관련공동성이 있어야 하는 것으로 보고 있으나, 공동불법행위자 사이에 공모 내지 공동의 인식이 없더라도 각자의 행위가 객관적으로 관련공동성이 있을 때 공동불법행위가 성립한다고 보아야 할 것이다. 그러므로 제760조 제1항은 객관적 관련공동설을 취하면서도 다수설처럼 배분적 인과관계론을 전제로 하지 않고, 각자는 인과관계가 인정되는 범위 내에서 발생한 손해에 책임을 지며, 복수의 행위가 경합하여 손해를 발생시켰을 때에도 각자는 전액에 대하여 책임을 지는 것을 원칙으로 하여야 한다.

둘째, 공동불법행위자의 연대책임의 성질과 관련하여, 공동불법행위자 상호간에 그 과실의 비율에 따라 그 부담부분을 가지는 것으로 하여 구상권을 인정하는 것이 공평한 손해분담의 차원에서 합리적이고, 또한 책임무능력자의 감독의무자와 대리감독자, 사용자와 대리감독자, 동물의 점유자와 보관자의 책임과 같은 특수한 불법행위 유형들과 균형적 차원에서 공동불법행위의 경우에 피해자를 보

다 더 두텁게 보호하기 위해서라도 통설과 판례와 같이 부진정연대채무설로 해석하는 것이 옳다고 할 수 있다.

셋째, 연대채무자 중 한 사람이 그의 부담 부분 이상을 변제하고 다른 사람에 대하여 가지는 부분에 대하여 보증인이 주채무자에 대하여 행사할 수 있는 것이 구상권이다. 공동불법행위자가 피해자에게 그 의무를 이행하면 다른 공동불법행위자에 대하여 그의 부담부분에 관한 구상권을 행사할 수 있는 것이다. 따라서 공동불법행위자중 1인에 대한 면제의 효력에 있어서 면제를 받지 않은 다른 가해자에 대하여 어떠한 효력을 가지는가 하는 문제는 면제의 의미에 따라 결정되어야 할 것이다.

넷째, 공동불법행위자 중 1인의 배상의무가 시효로 소멸한 경우에 있어서는 피해자가 공동불법행위자 중 1인에 대하여 안심하고 소구할 수 있도록 하기 위해서는 시효로 소멸하지 않은 다른 공동불법행위자에 대하여는 전액배상을 청구할 수 있는 것으로 보아야 한다. 그리고 구상권의 소멸시효는 출재로 인한 공동면책이 있는 때로부터 10년간 행사하지 않으면 시효로 소멸하는 것으로 보아야 한다.

다섯째, 공동불법행위에서의 과실상계의 문제는 피해자의 과실이 손해의 발생 내지는 확대에 기여하였다면 이것이 피해자의 각 가해자에 대한 손해배상청구권에 대하여 어떠한 영향을 미치게 될 것인가와, 가해자가 수인인 경우에 발생한 손해를 수인인 가해자와 피해자 사이에 적절히 분배하기 위하여 이미 결정된 가해자의 과실을 어떻게 결정할 것인가가 문제 되었는데, 판례에서는 공동불법행위에서 피해자의 과실도 경합한 경우에는 먼저 피해자를 포함한 전체 관여자의 과실비율을 결정한 다음, 가해자들의 과실 비율의 합계에 대하여 각 가해자들을 연대하여 배상책임을 지도록 하고 있다. 이에 대하여 영국은 가해자 전부의 과실과 피해자의 과실을 비교하여 그 비율을 결정한 다음, 가해자 전부의 비율에 상응한 손해에 대하여 각 가해자에게 연대책임을 지우고, 가해자 각자의 과실비율은 그들 상호간의 구상관계에서 고려하고 있다. 미국에서는 피해자의 과실과 가해자 전부의 과실을 비교하여 과실비율에 상응하는 액수를 제외한 나머지 전부의 손해액에 대하여 연대책임을 묻고 있다. 독일은 병존적 공동불법행위에 있어서 각자는 자기의 행위에 대해서만 책임을 지며, 타인의 과실에 대하여는 책임을 질

필요가 없다고 하고 있으나, 협의의 공동불법행위에서는 그러하지 아니하다고 한다. 일본에서도 과실상계는 전체평가에 의하여 각 가해자들의 과실의 비율이 결정되고, 이렇게 결정된 가해자들의 부담부분 합산액을 연대하여 배상책임을 부담하도록 하고 있다. 따라서 공동불법행위에서 피해자의 과실도 경합한 경우에는 먼저 피해자를 포함한 전체 관여자의 과실비율을 결정하고 그 다음 가해자들의 과실 비율의 합계에 대하여 각 가해자들을 연대하여 배상책임을 지도록 하여야 할 것이다.

공동불법행위는 특수한 불법행위의 유형으로서 수인의 공동행위를 일체로 파악하여 그 공동행위와 손해발생 간의 인과관계를 인정함으로써 개별 공동불법행위자의 면책을 인정하지 아니하고, 공동불법행위자에게 연대책임을 지움으로써 피해자를 두텁게 보호하고자 하는데 그 의의가 있다고 할 수 있다. 그리고 새로운 학설들이 공동불법행위자 각자의 행위와 손해발생 사이에 인과관계의 입증을 경감 내지 면제하는 것에 의해 피해자의 구제와 가해자의 공평분담 등에 많은 연구와 의견들을 제시하여 이론구성을 시도하고 있다.

현행 민법의 공동불법행위에 관한 규정은 일정한 유형의 경우에만 그 기능을 발휘할 수 있기 때문에, 환경오염이나 교통사고 등과 같은 특수한 불법행위에 있어서는 공동불법행위의 일반적 요건을 갖추지 못한 복수가해자의 책임을 보다 명확히 하고, 피해자의 구제를 두텁게 하기 위하여 민법상, 또는 개별법상 공동불법행위자의 연대책임의 문제를 규율할 필요성이 있다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2005.
-----, 「채권총론」, 박영사, 2003.
김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997.
김용한, 「채권법총론」, 박영사, 1983.
김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997.
-----, 「채권총론」, 삼영사, 1999.
-----, 「민법사례연구」, 삼영사, 1993.
김중환, 「채권각론」, 박영사, 1988.
김중환·김학동, 「채권총론(제7판)」, 박영사, 2006.
김형배, 「채권총론(제2판)」, 박영사, 1998.
박준서, 「(주석)민법:채권총칙 3」, 한국사법행정학회, 2000.
이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007.
지원림, 「민법강의(제7판)」, 홍문사, 2009.
최병조, 「로마법 연구:법학의 원류를 찾아서(I)」, 서울대학교출판부, 1995.
한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003.
-----, 「민법일반이론」, 보명BOOKS, 2009.

2. 논문

- 강동호, “공동불법행위에 관한 연구”, 「논문집」 제2호. 경상대학교 경남문화연구소, 1979. 5.
권오승, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임(민사판례연구

- XIV)”, 박영사, 1992. 8.
- 김기상, “공동불법행위에 관한 소고”, 「민사법의 실천적과제」 (한도 정환담교수회갑기념논문집), 2000.
- 김상명, “공동불법행위 책임분배의 적정화에 관한 연구”, 「원광법학」 제24권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2008. 3.
- 김상용, “공동불법행위”, 「저스티스」 제29권 제1호, 한국법학원, 1996. 6.
- 김상찬·정영진, “공동불법행위자의 책임과 불법행위자간의 구상관계”, 「국제법무」 창간호(제1집 제1호), 제주대학교 법과정책연구소, 2009. 5.
- 김용균, “부진정연대채무자의 1인에 대한 면제의 효력”, 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1993. 11.
- 김증환, “공동불법행위”, 「법정」 197호, 고시연구사, 1965. 5.
- 김진, “공동불법행위에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 1999.
- 김충원, “국가배상책임의 제한과 공동불법행위자의 구상권”, 「판례연구」 제15집(상), 서울지방변호사회, 2001. 8.
- 김학동, “공동불법행위에 관한 연구-공동의 의미에 관한 판례를 중심으로-”, 「비교사법」 제10권 2호(통권21호), 한국비교사법학회, 2003. 6.
- 문진규, “공동불법행위에 관한 연구-민법 제760조 해석론을 중심으로-”, 영남대학교 대학원박사학위논문, 1997.
- 서민, “공동불법행위-공동 원인관계자의 책임을 중심으로-”, 「논문집」 제4권 1호, 충남대학교, 1997. 8.
- 송덕수, “법률상 책임이 경감된 공동불법행위자에 대한 구상관계 시론”, 「고시계」, 고시계사, 2001. 11.
- 주상수, “공동불법행위자 상호간의 내부구상관계”, 「사법논집」 제13집, 법원행정처, 1982.
- 윤재철, “복수의 가해건물에 의해 피해건물에 수인한도를 넘는 복합일조방해가 발생한 경우 공동불법행위책임이 성립하는지 여부: 대판 2006. 1. 26, 2005다47014”, 「부산법조논집」 제2호, 부산지방변호사회, 2007.
- 원상철, “공동불법행위에 관한 연구”, 원광대학교 대학원 박사학위논문, 1993.
- 이창수, “공동불법행위에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2004.

- 임정평, “공동불법행위책임의 일고찰”, 「민법학의 회고와 전망」, 민법전시행30주년기념논문집, 1993.
- 장수복, “공동불법행위책임의 유형화에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 1999.
- 정진명, “공동불법행위책임”, 「Jurist plus」 제4권(통권412호), 청림출판, 2007. 2.
- 정태륜, “공동불법행위에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994.
- 최 식, “공동불법행위”, 「고시계」 173호, 고시계사, 1963. 3.
- 최진갑, “복수공동불법행위자 상호간의 구상채무의 성질:대판 1998.09.22, 97다42502”, 「판례연구」 제12집, 부산판례연구회, 2001. 6.
- 한삼인, “공동불법행위자간의 구상관계”, 「고시계」, 제48권 제12호, 고시계사, 2003. 12.
- 황적인, “공동불법행위”, 「법정」, 고시연구사, 1986. 12.
- 황형모, “공동불법행위자 사이의 구상요건과 그 1인에 대한 채무면제의 효력”, 「판례연구」 11집, 부산판례연구회, 2000. 1.

II. 외국문헌

1. 일본문헌

- 加藤一郎, 「不法行爲(法律學全集 22)」, 有斐閣, 1981.
- 幾代通, 「不法行爲」, 筑摩書房, 1990.
- 我妻榮, 「新訂債權總論」, 岩波書店, 1975.
- 四宮和夫, 「事務管理・不當利得・不法行爲」(中・下卷), 青林書院, 1989.
- 於保不二雄. 「債權總論」, 有斐閣, 1983.
- 能見善久, “共同不法行爲責任の基礎的考察,(二)”, 「法學協會雜誌」 94卷 8號, 1992.
- 浜上則雄, “現代共同不法行爲理論 (7)”, 「判例時報」 1166號, 1985.
- 清野搏之, “不法行爲に於ける複數關聯者間の求償權”, 法律時報」 60卷 5號, 1988.
- 伊藤 進, “運轉者と道路管理者”, 「判例タイムズ」 393號, 1972.

椿壽夫, “法律關係の清算と不當利得”, 「私法」 48號, 1956.

2. 영미분헌

Clerk & Lindsell, *on Torts*, 15th ed., London: Sweet & Maxwell, 1984.

Harper, James, & Gray, *The Law of Torts*, 2nd ed. v.2, 1986.

Prosser & Keeton, *On the law of Torts*, 5th ed., 1984.

Schwartz, Victor E., *Comparative Negligence*, 2th ed., Indianapolis, Indiana, 1986.

W. Page Keeton, *prosser and Keeton on the law of torts*, Minnesota: West Pub., 1984.

3. 독일분헌

Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts . Bd. 1. , Allgemeiner Teil*, München : C.H. Beck, 1987.

Wagenfeld, Meike, *Ausgleichsanspruche unter solidarisch haftenden Deliktsschuldnem im englischen und deutschen Recht*, Mohr, 1972.

Messer, Herbrt, “Haftungseinheit und Mitverschulden”, *JZ*, 1979.



Abstract

Study on joint tortfeasor's responsibility

Yang, Chang Bae

The Graduate School of Public Administration Department of Law

Jeju National University

Supervised by Professor Kim, Sang Chan

By examining on comparative perspective about general legal principles of joint tort action and major states' joint tort responsibilities, it is inquired centering theory and precedent of joint tort action responsibility in Korea. So, this thesis tries to reorganize theories and precedents of joint tort action responsibility and show some interpretations on it.

First, joint tort action is that many people inflict a loss a person jointly and illegally. the civil law about this joint tort action distinguishes three types, the narrow joint tort action(Clause 760, Article 1 of civil law), the concurrent tort(Clause 760, Article 2 of civil law), joint tort action by aiding and abetting (Clause 760, Article 3 of civil law). Among these, objective joint relevance theory related to the narrow joint tort action is a common view and precedent. There are objective joint relevance theory and subjective joint relevance theory by what 'joint' is in types of joint tort action. Subjective joint relevance must have conspiracy or joint recognition among attackers, and although there is not conspiracy or joint recognition among attackers, joint tort action comes into existence. So, Clause 760, Article 1 of civil law does not presuppose distributive causal relationship like majority theory although it takes objective joint relevance, each person assumes the responsibility for loss brings in within the scope of causal relationship, and when plural action brings in loss, each person must be responsible for the total amount.

Second, related to joint tortfeasor's joint liability, joint tortfeasors mutually

takes burden as the ratio of mistakes and admitting the right to indemnity is sensible in fair apportionment of a loss. Also, it had better interpret unreal joint obligation in balanced level with types of special tort action such as animal occupants and keepers.

Third, a right to indemnity is that one of the joint debtors repays over financial burden and a guarantor exercises it a principal about another's burden. If joint tortfeasor discharge the liability, it can exercise a right to indemnity of his or her burden about other joint tortfeasor. So, what it has effect will be decided on meaning of exemption about other attacker who is not exempted in effect of exemption to one of joint tortfeasors.

Fourth, to make victim repay to one of joint tortfeasors, it must demand full compensation about other joint tortfeasors who does not have extinctive prescription. And extinctive prescription of a right to indemnity terminates unless it has exercised for 10 years since exemption from responsibility.

Fifth, the problem of accidental set-off in joint tort action is an issue how it will affect on a claim for damages about each attacker if victim's mistake brings in damage, and if attackers are plural, how decided attacker's mistake will determine to distribute properly between plural attackers and victims. However, in precedent, if victim's mistake also competes in joint tort action, first it decides the ratio of partaker's mistake including victim and then it is collectively responsible to each attacker for the sum of the ratio of attackers' mistakes.

Joint tort action as a type of special tort actions does not admit individual joint tortfeasor's exemption from responsibility by presuming causal relationship between joint action and damage and try to protect victim by shifting joint liability on to joint tortfeasor. Also, new theories try to show many studies and opinions of victim's relief and attacker's fair contribution by reducing or exempting proof of causal relationship between joint tortfeasor's action and damage.

Because regulation of joint tort action in the existing civil law shows the

function in the only regular case, special tort action such as environmental pollution or traffic accident is more clear plural attackers' responsibilities which does not have general requisite of joint tort action, and for victim's relief, there needs joint tortfeasor's joint liability problem on the civil law or individual law.

