

## 사용자책임의 사무집행관련성에 관한 연구

### Studies on Affairs executive Relevance of the user Responsibility

강 창 보\*  
Kang, Chang-Bo

#### 목 차

- I. 서론
- II. 사용자책임의 판단기준 및 법적성질
- III. 사무집행관련성과 면책의 사유
- IV. 결론

#### 국문초록

오늘날의 기업의 형태가 대기업화 되어가고 있고 이에 따른 사용자에 대한 책임이 사회에 끼칠 수 있는 위험의 정도는 증가하는 것임에도 불구하고 사용자의 입증책임을 기능상으로 분산시켜 사용자의 면책 가능성에 대한 부분도 많이 제기되고 있고 사용자의 역할론에 중요하고 분산적 면책입증 이론과 피해자를 보호하고자 하는 법인의 책임으로 구성 할 이론도 있었지만, 최근들어 대기업인 경우는 피용인을 고용하여 활동영역을 확장하고 또 많은 이익을 창출하고 있기 때문에 그에 따른 피해자 구제에도 더욱 적극적이어야 한다. 이에 대하여 사용자책임을 설정하고 사용관계를 가시적으로 판단하기 보다는 포괄적인 측면에서 보아야 하지만 사용자가 인식하고 있는 사고의 차이가 우리사회에 미치는 파장은 크다고 할 수 있다. 또한 우리 판례에서도 사용자의

논문접수일 : 2014.09.14

심사완료일 : 2014.10.22

게재확정일 : 2014.10.28

\* 제주대학교 대학원 법학과 박사과정수료, 법과정책연구원 전임연구원.

면책을 인정하지 않으면서 사용자책임을 거의 무과실책임에 가깝게 적용하려는 보상책임의 원리를 실현하려는 경향이 있다. 이러한 것들이 법 개정을 통하여 실현 가능한 사용자책임을 본질과 그 면책의 법적의미가 되어야 할 것이다. 따라서 사용자책임을 본질적 문제에 해당하는 법적성질과 인정 근거를 살펴보고 사용관계의 존재와 사무집행관련성과 면책의 사유와 이와 밀접하게 관련이 있는 사용자책임을 둘러싼 많은 쟁점 가운데 사용자책임을 인정하려는 이론적 근거와 살펴보고 이에 관련한 사용자책임에 있어서 사용자는 우월적 지위를 이용하려는 것은 결코 자유로울 수 없다는 것과 함께 그 내용을 분석하고 있다.

**주제어** : 사용자책임, 피용자, 불법행위, 면책규정, 사무집행관련성

## 1. 서론

근대법의 책임이론의 원리로 바라보면 확립된 과실책임주의는 타인의 행위에 대한 책임은 제3자가 지지 않는 것을 원칙으로 하고 있다. 또한 이것은 자신의 행위라 할지라도 고의과실이 있는 경우에 한해서 손해배상책임을 지고 있다. 그러나 오늘날 고도의 산업화가 발달되면서 사업자는 피용자의 도움을 받아 사업을 진행함과 동시에 이익을 얻게 되고, 반면에 피용자의 귀책사유로 제3자에게 손해를 입혔을 때에는 일정한 요건 하에 손해배상책임을 부과하도록 하고 있다. 민법도 제756조에서 이를 규정하고 있는데 이를 비교법적으로 보면 피해자의 효율적인 구제를 위하여 사용자의 책임을 더욱 확장하는 경향을 보이고 있다.<sup>1)</sup> 그런데 민법 제756조 제1항 본문에는 '타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다'고만 규정하고 있어서 이러한 규정만으로는 사용자책임을 피용자의 불법행위에 대한 책임을 사용자가 대위하여 부담할 것인

---

1) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2013, 1908면; 김봉수, "사용자책임의 비교법적 경향", 「고려법학」 제54호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 202면.

지 아니면 자기의 고유 책임으로 할 것인지 분명하지 못하고 있다. 또한 사용자에게 가해 행위에 대한 고의 과실이 없음에도 피용자의 가해행위에 대한 책임을 부담시키는 것에 대하여 학설상으로 서로 대립하고 있다.<sup>2)</sup>

동조 제1항 단서에서는 '사용자가 피용자의 선임 및 그 사무 감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 때에는 그러하지 아니하다'라고 규정하고 있다. 이것은 사용자가 과실이 없다 것을 이유로 한 사용자에 대한 면책을 인정하게 되므로 이에 대하여 과실책임주의와 관련해서는 면책규정에 대해 법적성질을 어떻게 보느냐가 문제가 되어 진다.<sup>3)</sup> 이러한 사용자책임을 둘러싼 여러 쟁점 가운데 사용자책임을 인정하는 이론적 근거와 그 법률적 성질에 대하여 살펴보고 사용관계의 존재와 사무집행 관련성을 검토한 뒤 이를 바탕으로 사용자 면책의 사유는 어떻게 이루어지고 있는지 고찰 해보고자 한다.

## II. 사용자책임의 판단기준 및 법적성질

### 1. 사용자책임의 판단기준

민법 제756조 1항은 타인을 사용하여 사무에 종사하게 한 사용자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다고 하여 사용자의 배상책임을 규정하고 있다. 사용자책임의 판단 기준은 이익이 있는 곳에 손해도 귀속해야 한다는 보상책임의 원리를 들 수 있다. 사용자가 피용자를 사용함으로써 자신의 이익 및 활동범위를 확대하면서 많은 이익을 얻고 있으므로 피용자가 사무집행에 관하여 타인에게 가한 손해에 대해서는 그 손해로부터 사용자가 부담하는 것이 공평의 관념에 부합하고 보상책임의 원리

2) 이은영, 「불법행위법」, 전북대학교 출판문화원, 2013, 136-138면; 한삼인·정두진, "사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미", 「법학연구」 22권 제1호, 충남대학교, 2011. 1, 182면.

3) 김형석, "사용자책임에서 사무집행 관련성의 판단 -비교법적 연구로부터의 시사-", 「서울대학교 법학」 제53권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 6, 352면.

에 합치한다는 것이며 사용자는 타인을 지시함으로써 위험에서 지배 또는 회피할 여지가 있으므로 이러한 경우에 발생하는 책임을 져야 한다는 위험책임설과<sup>4)</sup> 기업에 종사하는 사용자는 손해에 대해 무과실책임을 져야 한다고 보는 기업책임설<sup>5)</sup> 등의 다양한 견해가 제시되고 있다. 이러한 견해는 사용자가 피용자의 행위에 대해 책임을 져야 하는 근거에 대해서는 강조하고 있으나 나름의 이론과 타당성을 근거를 제시하고 있으므로 사용자책임의 근거를 종합적으로 판단하는 것이 옳다는 견해가 있다.<sup>6)</sup>

또한 피용자의 불법행위에 대해 사용자가 대신 책임을 부담한다는 대위책임설과 사용자가 자신의 잘못에 대해 직접책임을 부담해야 하는 자기책임설이 있다. 사용자 자신의 고의 과실에 대한 자기책임으로 이해하는 것이 타당하다는 견해도 있다. 이러한 견해 역시 사용자는 그 피용자의 불법행위에 대해 책임을 지지만, 피용자의 선임감독에 관하여 과실이 없었다는 것과 상당한 주의를 하였더라도 손해가 생겼다는 점을 증명하게 되면 면책된다는 것이다. 이와 같이 사용자책임은 사용자 자신이 가해행위 자체에 과실이 있는 것을 요건으로 하는 것이 아니라 피용자의 선임감독에 대해 과실이 있는 것을 요건으로 성립하는 것으로서 이에 대해 민법상 사용자의 책임이 과실·무과실·중간책임인지 견해가 있으나 다수의 견해는 중간책임으로 보고 있다.

### 가. 보상책임설

보상책임이란 '이익이 있는 곳에 손해도 병행하여 귀속되어야 한다.'는 보상책임의 원리를 이론적 근거로 한 것으로서 특수한 방법에 의하거나 특수한 물건·사람 혹은 법률제도에 의하여 특별한 이익을 추구하는 사용자가 책임을

4) 강봉석, "사용자책임과 그 면책사유에의 법적 성질", 「저스티스」 통권 제85호, 한국법학원, 2005, 125-126면: 이 논문에는 위험을 만들어낸 자가 그 위험에 대하여 책임을 져야 한다고 하고 있다.

5) 김상명, "사용자책임의 성립과 책임제한에 관한 연구", 「법과정제」 제19집 제2호, 제주대학교 법과정제 연구소, 2013, 8, 43면: 기업은 피용자에 의한 손해를 물적 하자인 경우도 기업이 당연히 책임을 져야 한다는 것이다.

6) 김덕중, "사용자책임의 성립요건에 관한 고찰", 「원광법학」 제16권 제3호, 원광대학교 법학 연구소, 2010, 136면.

져야 한다는 것으로서 피용자를 그 지배범위 내에 두면서 그 활동범위를 확장하고 있고 그 피용자가 사무집행에 관하여 타인에게 손해를 가한 사용자가 이를 부담하는 것이 공평하다는 관념에 부합 하다는 것으로서 판례<sup>7)</sup> 대부분이 취하는 태도라고 볼 수 있다. 그러나 이러한 보상책임설은 우리 민법 756조의 사용자 면책과 피용자에 대한 구상권 규정을 근거로 하여 보상책임에 대하여 충실하게 대처하지 못하다는 비판을 받고 있다.<sup>8)</sup>

#### 나. 위험책임설

위험책임설의 견해는 사무집행에 관련하여 위험원을 제공한 자는 그 위험의 실현에 관하여 책임을 져야 할 것이므로 사용자는 피용자를 사용하여 어느 사무에 종사하게 함으로써 타인에게 손해를 가할 원인을 제공하고 있다고 볼 수 있기 때문에 그 위험자체가 현실화된 경우에는 그에 대한 책임을 져야 한다는 것이다. 이때 위험한 기업을 경영주가 책임을 지는 것은 경영주의 과실에 기인하는 것이 아니고 위험성에서 오는 손해를 줄이고 또한 손해를 사전에 예방을 위해서 노력해야 할 의무가 있다고 할 것이다. 그러나 이러한 견해는 피용자를 사용하는 것 자체가 위험 원인의 제공이라고 볼 수 있느냐 하는 것과, 위험이 발생하여 손해가 발생한 경우 위험원의 지배자는 과책의 유무에 불구하고 항상 책임을 부담하여야 하는 것이므로 중간책임을 인정하는 사용자책임의 근거로서는 적절하지 못하다는 비판도 있다.<sup>9)</sup>

#### 다. 기업책임설

기업조직에 있어서 인적조직과 물적 설비는 피용자에게 있어서 각각 독립

7) 대판 1985. 8. 13. 선고 84다카979: 본 판결에서는 민법이 불법행위로 인한 손해배상으로서 특히 사용자의 책임을 규정한 것은 손해를 이익의 당사자인 사용자로 하여금 부담케 하는 것이 공평의 원리에 이상에 합치된다는 보상책임의 원리로 보고 있다. 하지만, 사용자 면책과 피용자에 대한 구상권의 규정을 근거로 보상책임원리에 충실하지 못하다는 비판도 있다.

8) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2008. 1538면.

9) 김형배, "사용자 책임과 판례 - 비교법적시각에서-", 「고려법학」 제48호, 고려대학교 법학연구원, 2007. 6. 8면.

되어 있는 것이 아니라 서로가 긴밀하게 연결되어 하나를 이루고 있는 것으로 볼 수 있기 때문에 피용자의 행위로 인한 손해는 피용자 자신의 책임이라기보다는 기업이 시설로 인하여 이익을 창출하고 있으므로 기업의 배상책임을 져야 한다는 것이다. 그러나 이 견해는 기업이라는 자체가 무과실책임의 근거가 될 수 없기 때문에 기업책임을 사용자책임을 근거로 설명하기에는 곤란하다고 보며 기업주가 가중된 책임을 부담하는 근거마저도 결국은 기업이 가지는 위험성과 기업이 취득하는 이익의 대상으로서 보상책임설이 된다는 지적과 피용자를 기계에 불과한 것으로 보기 때문에 기계와 같은 피용자의 불법행위는 곧바로 사용자의 불법행위로 된다는 것이므로 비판적인 결과를 낳을 수 있다고 할 것이다.<sup>10)</sup>

#### 라. 소결

불법행위로 인한 손해배상으로서 사용자의 책임을 규정한 것은 사람을 고용하여 스스로 활동영역을 확장하고 그에 따른 많은 이익을 추구하는 사람은 하나의 조직으로 형성하고 피용자로 하여금 그 조직 내부에서 자기가 담당하는 직무를 그 조직의 내부적 규율에 따라 집행하게 하는 것이지만, 그 많은 피용자의 행위가 타인에게 상대적으로 손해를 끼치게 하는 경우도 많아질 것이므로 이러한 손해를 이익에 귀속자인 사용자로 하여금 부담케 하는 것이 공평에 합치된다는 보상책임의 원리에 입각한 것이라고 하여 대부분 보상책임설<sup>11)</sup>에 따르고 있다고 볼 수 있다. 사용자는 피용자를 사용함으로써 그 활동범위를 확대하고 그로 인해 위험원인을 창출하며 그 결과는 기업의 사회적 책임과 연결되므로 그러한 사용자의 이익 및 행위 결과를 종합할 때 사용자가 배상을 쉽게 할 수 있다는 현실적 위치를 고려하고 손실의 사회적 분배라는 정책적인 면도 함께 고려해서 기업이 책임을 지는 것이 타당하다고 본다.

10) 이태길, “금융기관의 사용자책임에 관한 연구 - 대법원 2007. 9.20. 선고 2004다43866 판결 분석을 중심으로-”, 『동아법학』 제42호, 동아법학 연구소, 2009, 573-574면.

11) 대판 1992. 06. 23. 선고 91다43848 전원합의체; 대판 1992. 07. 28. 선고 92다10531; 대판 1997. 09. 26. 선고 97다21499; 대판 1985. 12. 10. 선고 85다카578; 김덕중, 전계논문, 137면.

## 2. 사용자책임의 법적성질

### 가. 대위 및 자기책임설

대위책임설은 피용자의 불법행위에 관하여 사용자에게 손해배상책임을 부담하게 하는 것으로서 피해자의 손해배상청구권을 보장해 주기 위한 것이며 피용자의 사무집행에 관련하여 제3자에게 불법행위를 한 경우에는 사용자는 대신하여 피용자가 부담해야 할 손해배상을 해 주는 것이다. 또한 사용자의 책임은 피용자에게 불법행위책임이 성립되어 피용자의 손해배상책임을 전제로 할 수 있다. 이에 대하여 사용자가 배상한 경우에는 피용자에게 전액 구상권을 청구할 수 있지만, 피용자가 배상하여도 사용자에게 구상할 수 없다. 이는 피해자의 보호를 위하여 피용자를 대신하여 사용자가 배상책임을 지도록 한 규정하고 있기 때문이다. 따라서 사용자책임의 성립요건으로서의 사용관계와 사무집행에 관한 의미를 넓게 해석하여 피해자의 보호를 하려고 하고 있으며 이것은 제756조 제1항 단서의 의미는 대위책임에 대한 면책사유로 해석하고 있다<sup>12)</sup>.

자기책임설은 사용자가 자기의 책임을 스스로 부담하는 것으로 보고 타인의 책임을 대신 부담하는 것이 아니라고 보는 견해이다. 그 근거는 사용자가 피용자의 선임과 사무감독에 대하여 상당한 주의를 하지 않은 것에 대한 책임이라고 볼 수 있다. 그래서 이것을 사용자의 자기책임이라고 할 것이지만 예컨대 피용자로부터 지시를 잘못 받거나 부적격한 기재를 지시 받았다면 그 지시와 기재의 불충분성 내지 부적격성을 알 수 없었던 때에는 기계화된 기업 활동에 있어서는 제3자의 행위에서 언제나 피용자의 귀책사유로 인정할 수는 없을 것이다. 또한 피용자에게 책임능력이 없을 때에는 피용자의 유책성은 문제 되지 않는다 할 것이다. 따라서 사용자배상책임은 피용자의 과실이나

12) 김천수, "사용자책임의 입법론적 쟁점", 「법학논집」 제14권 제4호 이화여자대학교, 2010. 6. 61면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2008. 1538면; 田山輝明, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 成文堂, 2006. 225面; 일본의 학설은 사용자책임을 대위책임으로 파악하는 견해로 피용자가 피해자에게 손해배상을 하더라도 자기채무를 이행 한 것으로 보아 사용자에게 구상권을 행사 할 수 없다는 것이다.

책임능력이 없는 경우라 할지라도 책임을 부담하며 피용자와의 관계에서도 사용자의 과실이 고려되기 때문에 사용자의 구상권에 내용도 그 사정에 따라 제한될 수 있다는 입장이다.

#### 나. 과실 및 무과실책임설

사용자는 피용자의 불법행위에 대한 책임을 지게 하는 것은 사용자가 피용자의 선임에 있어서 사무 감독소홀로 인한 과실이 있기 때문이므로 사용자책임을 과실책임으로 이해 할 수 있다. 이러한 견해는 사용자가 피용자의 불법행위에 책임을 지는 것은 사용자가 피용자에 대한 선임 및 사무의 감독에 관하여 과실이 있기 때문이다. 그래서 순수과실주의와 사용자가 피용자의 선임 및 감독에 관하여 과실이 있다고 추정되는 것에 기인한다고 보는 과실추정주의로 나뉜다. 사용자가 피용자의 불법행위에 대하여 책임을 지는 것은 피용자의 선임과 사무 감독에 관하여 과실이 있기 때문이라는 것이라 할 수 있고, 그에 반해 과실추정주의는 사용자가 피용자의 선임 및 감독에 관하여 과실이 있다고 추정되는 것에 기인한다고 보는 설이다.<sup>13)</sup>

민법 제756조 제1항 단서는 사용자의 책임이 전가되는 것은 발생 요건이 아니고 단순한 면책조건이라 볼 수 있고 사용자의 과실은 선임 감독상의 과실이라고 보고 이것은 가해행위에 대한 과실이 아니고 과실과 손해와의 사이에 인과관계가 없다는 입증만으로는 충분하지 않고 그 사이에 원인적 인과관계가 없다는 입증이 필요하다는 것으로 보아 사용자책임을 타인의 불법행위에 대한 결과책임으로 보는 것이 타당 할 것이다. 또한 피용자의 가해행위는 피용자 자신의 행위이고 사용자는 이에 직접 개입하지 않았음에도 사용자에게 책임을 지우는 것은 우리 민법이 피해자의 입장을 보호하기 위한 것이다.

#### 다. 중간책임설

---

13) 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2013, 1673면; 장천석, 사용자책임에 있어서 구상권 제한의 법리, 「한양법학」 제39권 제3호(통권39집) 한양법학회, 2012. 8. 439면.



중간책임설<sup>14)</sup>은 사용자책임이 개인주의적 책임론의 요소를 포함하고 있다고 해도 사용자책임의 과실은 피용자의 선임 감독에 관한 것이고 피용자의 가해행위에 관한 것이 아니며, 그 입증책임은 피용자에게 있다는 점에서 일반 불법행위와는 다르다고 해야 할 것이다. 따라서 이 견해에 대해서는 사용자배상책임을 가리켜 순수한 과실책임도 순수한 무과실책임도 아닌 양자의 중간에 위치한다고 해서 이른바 중간책임이라고 하며 현재의 다수설이다. 그러나 우리나라와 일본에서 사용자책임을 비롯한 특수한 불법행위 유형을 중간책임이라고 하는 것은 상당히 표현에 있어서 차이가 있을 뿐이고 사용자책임도 채무불이행책임의 경우와 동일하게 해석할 수 있으므로 사용자책임은 결국 사용자 자신의 과실에 대한 과실책임이며 단지 사용자의 과실이 추정되므로 사용자가 면책을 받기 위하여 무과실에 대한 입증책임만을 사용자가 부담하고 있다는 비판도 하고 있다.

#### 라. 소결

사용자의 면책사유를 엄격하게 해석하여 될 수 있는 대로 사용자의 배상책임을 넓게 인정함으로써 기업에 책임을 현실화하려는 경향을 보이고 있다. 그러나 위험직종이 아닌 경우에는 사용자의 주의의무의 정도를 낮추어 일반인으로서의 보통의 주의의무를 다한 경우에는 면책을 인정한 경우도 있다. 따라서 우리 판례의 태도는 위험직종에 있어서는 사용자의 주의의무 정도를 높게 요구하고 있고 그렇지 않는 경우는 일반적인 주의의무를 다했으면 사용자가 면책될 수 있는 가능성을 보여주고 있으므로 사용자배상책임을 성질은 중간책임으로 보는 것이 타당하다고 할 것이다. 따라서 피용자의 불법행위가 외관상 직무행위라고 볼 수 있어도 그 직무행위가 사용자의 사무집행에 해당되지 않음을 피해자가 알았거나 또 중대한 과실로 인하여 알지 못했을 때에는 사

14) 지원립, 전게서, 2008, 1538면; 김형석, "사용자책임의 입법주의의 연구 -역사적·비교법적 접근-", 전계논문, 466면; 박규용, "사용자책임의 요건으로서 사용관계와 사무집행관련성", 「법학연구」 제52집, 한국법학회, 2013, 12, 113면; 이태길, 전계논문, 576면; 하경효, "사용자책임에 있어서의 구상권 제한에 관한 규율동향과 입법방향", 「안암법학」 제40권 안암법학회, 2013, 1, 438-440면.

용자에 대하여 사용자배상책임을 주장할 수 없다고 한 판결<sup>15)</sup>들에 살펴보면, 사용자의 과실은 피용자의 선임 감독에 관한 것이고 피용자의 가해행위에 관한 것이 아니며, 그 면책을 위한 입증책임은 사용자에게 있다는 점에서 일반 불법행위의 책임과는 다르다고 보아 과실책임과 무과실책임과의 중간지점에 위치하는 이른바 중간책임이라고 보는 것이 다수설이며 합리적이라고 생각한다.

### Ⅲ. 사무집행 관련성과 면책의 사유

사용자책임의 요건은 '사무집행에 관하여'란 그 자체의 사무집행을 위한다는 내용보다는 더 넓은 개념으로 사무집행과 관련성이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 피용자와 사용자 사이에 유발되는 내부적 관계가 있어야 하고 여기서 손해를 초래한 행위자체가 피용자에게 위임되어야 할 필요는 없고 다만 가해행위가 사무처리 함에 있어서 그 범위 안에 있다면 될 것이다. 최근 들어 보다 구체적인 사용자와의 관련성과 사무 중에 피용자의 직무범위 안에서의 관련성이 필요하다고 보는 경우가 생겨나고 있다.<sup>16)</sup> 사용자책임이 발생하기 위해서는 피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해가 발생하여야 한다는 것인데 어떤 경우에 사무집행관련성으로 할 것인가가 논쟁이 될 수도 있지만 민법 제756조에서 말하는 '사무집행에 관하여'는 사무집행과정 중에 행하여진다는 의미이며 이른바 사무집행에 관하여는 좁고 사무집행을 위하여 보다는 넓은 의미라고 하지만 가해행위의 경우 업무와의 관련성은 사용자가 책임으로부터 면책될 수 있는 항변과 관련이 되어 있는데, 피용자의 가해행위가 고용범위의 외 또는 피용자의 사무의 외에서 발생 한 것을 입증하면 자신은 면책 될 수 있기 때문이다. 이와 같은 기준은 추상적이고 포괄적이어서 사건의 해결은 확설과 판례에 의해 맡겨지고 있는 실정이다.<sup>17)</sup>

15) 대판 1983. 6. 28. 선고 83다카217.

16) 이은영, 전게서, 2007, 858면; 지원림, 전게서, 1541면; 박규용, 전게논문, 122면; 김형석, "사용자책임에서 사무집행관련성의 판단 -비교법적 연구로부터의 시사-", 전게논문, 352면.

17) 김봉수, 전게논문, 212면; 장재현, "조직폭력단 두목의 사용자 책임", 「법학논고」 제40집,

## 1. 사무집행 관련성

### 가. 사무집행관련성의 이론

피용자가 사용자의 사무집행에 관한 범위를 결정함에 있어 사용자의 사무집행 자체 또는 그 사무의 집행과 관련하여 불가분의 관계에 있는 것이어야 한다는 견해로 사용자의 책임을 좁게 해석한 것이다. 사용자책임의 근거를 과실책임으로 보는 이론은 사용자책임을 제한적으로 인정함으로써 거래상대방을 소홀히 하고 단지 사용자의 의사만을 중시하였으므로 사용자의 책임에 있어서의 부담이 상당히 경감되는 결과를 초래하고 동시에 피해자 구제에 많이 미흡하다는 지적을 받는다. 일본의 경우 일본 민법 제15조 1항에 이른바 '사업의 집행에 관하여'라는 문구는 넓은 뜻으로 해석하는 것이 타당하며, 엄격한 제한적 해석으로 사용자의 업무집행으로서 구체적으로 해야 할 사항이 현존하지 않는 경우에 있어서는 피용자의 행위에 관하여 사용자가 전혀 책임이 없다고 하는 것은 동조 입법의 정신에 비추어 보더라도 그렇거니와 또 거래의 관념에 비추어 보더라도 너무나 협소하다고 아니할 수 없다.<sup>18)</sup>

사무집행 관련성은 보조자에게 맡겨진 사무가 그 범위에 속해야만 인정된다. 그러나 판례는 사무의 범위는 보조자의 사무집행 행위와 동일해야 하는 것은 아니며 행위가 사무의 범위에 속하는 것도 포함하는 것이 이른바 외형이론이라 한다.<sup>19)</sup> 피용자의 불법행위가 실질적으로 피용자의 직무집행 행위 자체는 아닐지라도 사용자의 사업 활동이나 피용의 직무범위 내에 있다고 볼 수 있다는 견해이다. 예를 들어 피용자가 자기 또는 제자의 이익을 도모할 목적으로 권한을 남용한 경우에도 그러한 피용자의 주관적 사정은 고려하지 않고 직무의 집행에 관한 요건을 충족한 것으로 해석한다. 따라서 실제로 피

경북대학교 법학연구원, 2012. 10, 371-372면.

18) 宮内竹和, 「使用者責任における外形理論-民法の争點」, 有斐閣, 1978, 296面.

19) 김형배, 전계논문, 14면: 지원립, 전계서, 1541면 대판 2003. 12. 26. 2003다49542: 본 판결에서는 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것 인지는 보조자의 직무와 불법행위와의 관련정도를 고려하면서 위험에 대한 방지조치의 결어에 대한 귀책의 정도를 판단하여야 한다.

용자가 집행 할 사무인지 여부 또는 사용자를 위하여 행하는 사무인지의 여부를 가리지 않고 객관적으로 보아 사무집행으로 볼 수 있는 행위는 물론 이것과 상당한 견련관계에 있는 것은 피용자가 그의 지위를 남용하여 자기의 사익을 위해 행한 경우에도 사무의 집행에 관하여 행한 행위라고 보게 된다.

외형이론<sup>20)</sup>은 사무집행관련성의 범위를 어떻게 정하고 한계를 어디에 둘 것인가를 판단함에 있어 누구의 이익을 위하여 행위 하였는가 하는 점을 사무집행에 관한 판단기준에서 제외하고 외형을 만들어 낸 사용자측의 사정 및 이를 신뢰함에 이른 피해자측의 사정만을 고려한다는 점에 그 특징이 있기 때문이다.<sup>21)</sup> 우리나라에 있어서나 일본에 있어서나 현재의 판례<sup>22)</sup> 및 학설은 외형이론을 채택하고 있다. 외형이론이 사무집행의 범위를 넓게 해석하여 피해자를 보호하는 데에 크게 기여한 점을 인정하면서 단순히 피용자의 가해 행위가 사무집행의 외관을 갖추고 있다는 사실만으로 사용자책임을 인정하는 것이 너무 가혹하고 또한 사무집행의 범위를 지나치게 넓게 해석하였다는 비판을 수용한 이론이다. 제한적 외형설에서는 사무집행의 외형 그 자체로 말할 것이 아니라 사용자가 상대방의 신뢰를 야기 할 만 한 원인을 제공하거나 또는 피용자의 가해를 방지할 조치를 게을리 하는 등의 귀책원인이 있을 때에만 비로소 사무집행의 외형에 따른 책임을 부과 할 수 있는 것이라고 한다. 외형이론과 비교하여 구체적으로 어느 정도의 차이가 있는지 이해하기 어렵고 외형의 범위를 판단하는 것은 무조건 그 범위를 넓게 인정할 수 없는 이론 자체의 내재적 한계가 있다는 비판이 있다.

#### 나. 사용관계 존재의 판단기준

20) 박규용, “전계논문, 123면: 외형이론에서의 중대한 과실이라 함은 거래에 있어서 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 이를 직무권한 내의 행위라고 함으로써 일반인에게 요구되는 현저한 주의의무를 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태라고 하여 사용자 책임이 면책되는 피해자의 중과실의 의미를 밝히고 있다.

21) 김동석, “미국사용자 책임의 법리에 대한 고찰- Restatement (third) of Agency의 개정초안을 중심으로 -”, 「경영법률」 제15권 제2호, 한국경영법률학회, 2005. 4, 542면.

22) 대판 1999. 10. 12. 선고 98다62671.

사용자가 피용자에게 책임을 지도록 정당화시키는 양자 사이에 인과관계가 있어야 한다. 민법 제756조는 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 하는 관계 즉 양쪽의 사용관계가 존재할 것을 요구한다. 사무라고 하는 것이 일반적인 의미에서 준할 필요는 없고 기업 사무에만 한정되는 것은 아니며 모든 사무에도 포함될 것이다. 또한 그 사무의 진실성 여부는 묻지 아니한다는<sup>23)</sup> 것은 사무를 사실상 행하게 하는 것으로 사용자와 피용자 사이에는 실질적인 지휘 감독관계가 있어야 한다는 것이 통설과 판례<sup>24)</sup>의 입장이다. 이러한 사용관계는 일반적으로 고용계약에 의하는 것이 보통이지만 어떠한 관계라도 또한 보수를 지급에 유무도 묻지 않는다. 실질적으로 사용관계가 있다고 해서 그 관계가 법률적으로 유효하여야 하는 것은 아니다. 고용계약이 무효 또는 취소된 경우에도 처음부터 고용계약 없이 사실상 지휘 감독을 받아 사실상의 피용자로서 행한 불법행위에 대하여도 역시 사용자책임이 될 수 있다. 사용관계를 판단하는 기준은 사용자와 피용자의 관계에 있어서 손실의 공평한 분담을 위한 근거로서의 의미가 있다. 따라서 구체적이고 객관적 지휘 감독관계에 대한 판단기준으로 나뉜다고 볼 것이다. 또한 사용자의 의사에 따라 사무를 집행하는 관계만 있으면 사용자와 피용자의 관계가 폭넓게 인정된다.<sup>25)</sup>

#### 다. 구체적인 사용관계의 검토

##### (1) 경합적 사용관계

경합적 사용관계라는 것은 예를 들어 지입중기회사 명의로 등록된 중기를 사실상의 소유자로부터 그 운전기사와 함께 임차하여 공사현장에 사용하였다면, 특별한 사정이 없는 한 위 지입중기회사와 사실상 소유자의 위 운전기사에 대한 사용자로서의 지위는 일시대여 상태에서도 유지된다고 보아야 할 것이므로 공사현장에서의 작업 중인 운전기사의 과실로 인하여 사망하였다면

23) 대판 1989. 10. 10. 89다카2278.

24) 대판 1995. 4. 11. 94다15646; 대판 1960. 12. 8. 4292민상977; 대판 1968. 4. 16. 67다2644; 대판 1979. 2. 13. 78다2245; 대판 1982. 11. 23. 82다카1133; 대판 1994. 9. 30. 94다14148; 대판 1996. 10. 11. 선고 96다30182.

25) 장재현, 전계논문 369면; 대판 2010. 10. 28. 선고 2010다48387.

그 유족들이 입은 손해에 대하여 지입증기회사와 사실상의 소유자는 사용자로서의 배상책임을 면할 수 없다는 것이 판례<sup>26)</sup>의 입장이다.

## (2) 중첩적 사용관계

사용관계는 도급인이 수급인의 일의 진행 및 방법에 관하여 구체적인 지휘 감독권을 유보한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자 및 피용자의 관계와 다를 바 없으므로 수급인이나 하수급인이 고용한 불법행위로 인한 손해에 대하여 도급인은 사용자책임을 면할 수 없다는 것이 판례<sup>27)</sup>이다. 그러나 문제가 되는 것은 사용자와 피용자 사이에 사용관계가 있을 경우 사용자와 피용자 사이의 사용관계가 인정되기 위해서는 실질적인 지휘 감독 관계가 있어야 하는지의 여부이다. 사용관계를 실질적으로 파악하므로 사용자와 재사용자 사이의 경우에도 지휘 감독관계가 있어야 인정될 수 있다고 할 것이고, 재피용자 사이에 전혀 지휘 감독관계가 없는 경우까지 사용관계를 확대하는 것은 무리라고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>28)</sup>

26) 대판 1995. 4. 7. 94다3872.

27) 대판 2005. 2. 25. 선고 2003다36133; 대판 2007. 11. 16. 선고 2005다55312; 대판 2011. 11. 24. 선고 2011다41529; 김형석, “사용자책임에서의 사용자구상과 피용자책임에 관한 프랑스 판례의 동향”, 「민사법학」 제59권, 한국민사법학회, 2012. 6, 264-165면; 정소민, “사용자 책임에 관한 미국판례의 동향”, 「의법논집」 제38권 제1호, 한국의국외대학교 법학연구소, 2014. 2, 37면; 미국의 경우 피용자가 A와 B 두 명의 사용자를 위하여 일하고 있다면 누가 피용자의 불법행위에 대하여 책임을 져야 하는지는 미국의 전통적인 견해는 본래의 사용자가 책임을 지지 아니 하였는데 최근사건에서 미국법원은 사용자 양쪽에 각각 부담하여야 한다는 판결을 내리고 있다.

28) 김형석, “사용자책임의 요건으로서 사용관계”, 「민사법학」 제62권, 한국민사법학회, 2013. 3, 237-239면; 대판 2014. 5. 29. 선고 2014다202691; 본 판결에서도 사용자가 피용자의 업무수행과 관련한 불법행위로 손해를 입은 경우 피용자에게 행사할 수 있는 손해배상청구권이나 구상권의 범위에 대해서는 다른 특약이 없는 한 피보험자가 그 목적물의 소유자인 타인에게 손해배상의무를 부담하게 됨으로써 입게 되는 손해까지 보상하는 책임보험의 성격을 가진다고 할 수 없다. 일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행하여진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자인 제3자에게 사용자로서의 손해배상 책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 구상권을 행사할 수 있다.

(3) 위임계약의 관계

위임계약은 독립성을 가진 노무 공급계약으로써 수임인은 독립된 지위에서 위임된 사무를 처리하므로 위임인과 수임인 사이에는 지휘 감독관계가 존재하지 않는다. 따라서 위임인은 민법 제756조의 책임을 부담하지 않는 것이 원칙이지만 그러나 실질적으로 지휘 감독관계가 있다고 한다면 민법 제756조의 사용관계에서는 사용자책임이 성립하려면 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계가 있어야 한다. 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘 감독하는 관계가 있어야 하는 것임으로 위임의 경우에도 위임인과 수임인 사이에 지휘 감독관계가 있어야 하고 수임인의 불법행위가 외형상 객관적으로 위임인에 대하여 위임인은 수임인의 불법행위에 대하여 사용자책임을 진다고 할 것이다.<sup>29)</sup>

민법 제757조는 도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해가 있다면 배상할 책임이 있다. 그러나 도급 또는 지시에 관해서는 도급인에게 중대한 과실이 있을 경우에는 그러하지 아니한다고 규정한다. 원래 수급인은 도급인으로부터 독립하여 그의 사무를 처리하는 것이므로 도급인의 피용자라고 볼 수 없다. 즉 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있으면 도급인은 수급인의 행위에 대한 사용자로서의 책임을 도급관계에서는 언제나 민법 제756조에 의하여 적용되는 것으로서 도급인은 동조의 단서에 의해서 예외적으로만 사용자책임을 지게되는 것은 아니고, 도급관계에서도 도급인과 수급인사이에 실질적인지휘 감독관계가 있는 경우에는 사용관계가 인정되어 사용자로서 책임을 지게 된다.<sup>30)</sup>

일반적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘 감독의 관계가 없다면 도급인으로서의 민법 제756조의 규정이 적용되지 않으나 특정한 행위를 지휘 감독하거나 또는 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같이 소위 노무도급인 경우에는 도급인이라 하더라도 민법 제756조 '사용자의 배상책임의 규정에 의한 책임이 있다'고 판시<sup>31)</sup>하고 있다. 하도급의 경우에도 마찬가지로 사용자 및 피용자

29) 대판 1998. 4. 28. 96다25500.

30) 윤애립, "다면적 근로관계에서 사용자의 책임", 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2003. 2, 173-174면.

31) 대판 1965. 10. 19. 65다1688; 대판 1991. 3. 8. 90다18432; 대판 1992. 6. 23. 92다2615; 대판

관계 인정의 기초가 되는 도급인의 수급인에 대한 지휘 감독을 직접 지시·지도하고 감시 독려함으로써 시공 자체를 관리함을 말하는 것이고 공정을 감독하는 데에 불과한 이른바 감리는 여기에 해당하지 않는다고 할 것이다.

#### (4) 동업관계

동업관계에서의 사용자책임의 관계는 사용자가 피용자에 대한 지휘 감독이 수직에서 수평관계로 되어 있어도 인정될 수 있는지가 문제가 될 수 있는데 판례<sup>32)</sup>는 동업자중 1인이 업무집행 과정에서 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우 다른 동업자의 사용자책임의 인정 여부에 대하여 동업관계에 있는 자들이 공동으로 처리하여야 할 업무를 동업자 중 그 업무집행을 위임하여 그로 하여금 처리하도록 한 경우 다른 동업자는 그 업무집행자의 동업자인 동시에 사용자의 지위에 있다 할 것이므로 업무집행 과정에서 발생한 사고에 대하여 사용자로서의 손해배상책임이 있다고 할 것이고 동업관계에서도 사용자책임을 인정하고 따라서 민법 제756조의 사용자와 피용자의 수직관계 뿐만 아니라 수평관계에서도 사무집행에 대한 지휘 감독관계가 인정되면 사용자관계가 성립한다고 볼 수 있다.

#### (5) 명의대여의 관계

명의대여자는 명의차용자의 불법행위에 대하여 사용자책임을 부담하는지는 예를 들어 사업의 성질상 타인에게 위험을 미칠 염려가 있어서 국가나 공공단체의 허가 또는 면허를 요하는 사업에 관하여 자기의 허가 또는 면허 명의로 타인에게 그 사업의 경영을 허락한 자는 그 타인이 사업을 운영함에 있어서 타인에게 가한 손해에 대하여는 민법 제756조에 따라 이를 배상할 책임이 있다고 사용자책임을 인정하고 있다. 또한 명의대여자의 피용자의 영업상 불법행위에 대하여 명의대여자는 종업원을 직접적으로 선임하지 않았지만 지휘 감독의 의무가 있다는 이유로 사용자책임을 진다. 우리 법원은 '어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허락한 경우에 그 사업의 내부관계에 있

---

1993. 5. 27. 92다48109.

32) 대판 1998. 4. 28. 97다55164; 대판 1999. 4. 27. 98다36238.



어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로 명의사용을 허락한 자는 민법 제756조에 의하여 배상책임을 진다'고 판시<sup>33)</sup>하고 있다.

## 라. 소결

사무집행관련성이 인정되려면 피용자의 사무가 사용자의 사무범위 안에 속해 있어야 하며 비록 그 업무가 부수적이면서 부당한 사무라 할지라도 관계가 없으며 피용자의 사무범위는 사용자직무 범위 안에 있어야 한다는 것이다. 사용자책임과 관련되는 사안의 유형은 매우 다양하므로 사무집행 관련성은 개개의 사건마다 그 관련 정도를 따질 수밖에 없으므로 사안에 따라 관련자의 주관적 사정을 어느 정도 그 불가피성을 인정할 수 있다. 사용자 측의 주관적 사정은 면책을 주장하는 경우에 이를 반영할 여지가 있고 피해자 보호라는 관점에서 보면 사무집행관련성을 보다 폭넓게 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

## 2. 면책의 사유

### 가. 사용자 면책의 성질

민법 제756조 제1항 단서에 규정에는 사용자의 면책가능성을 규정하고 있는데 피용자의 불법행위에 대하여 언제나 사용자가 책임을 지는 것은 아니다.<sup>34)</sup> 즉 동조 제1항 단서에서는 '사용자가 피용자의 선임 및 그 사무 감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 때에는 그러하지 아니하다.' 라고 규정하고 있으므로 이들 양 면책사유 중 어느 하나를 입증하면 그 책임을 면하게 되는 것이다. 즉 이러한 면책규정을 어떻게 해석할 것인가

33) 대판 1959. 2. 19. 4290민상829; 대판 1969. 1. 28. 67다2522; 대판 1987. 4. 14. 86다카8; 대판 1998. 5. 15. 97다58538; 대판 2001. 8. 21. 2001다3658.

34) 김천수, "전계논문, 62면.

에 대해 과실책임설의 입장에서는 사용자책임은 자기의 과실책임이기 때문에 제1항 단서의 규정은 사용자책임이 성립하기 위한 주관적 요건으로서의 의미를 갖는 것일 뿐이라 하고, 그러나 불가항력인 피해자의 과실 또는 사용자의 영역 밖에 있는 제3자의 과책이 피해자에 의한 위험 인수의 경우와 같은 외적 원인이 있을 때에는 사용자는 면책을 주장할 수 있다. 또한 선임상의 주의의무는 가해행위의 시점이 기준으로 판단된다. 특히 사용자에게 갈음하여 사용자가 배상책임을 직접 지도록 한 것이므로 제1항 단서는 사용자의 과실규정이 아니라 면책규정이라고 해석하고 있다. 다만 선임과 사무 감독에 대한 상당한 주의를 다하였는가의 여부에 대해서는 주장책임과 입증책임은 사용자에게 있지만, 판례<sup>35)</sup>는 이와 관련하여 사용자의 면책주장을 거의 인정하지 않고 있어 그 결과 사용자책임에 대해서는 무과실책임에 가까운 것으로 보고 있다. 여기서 어느 정도의 주의가 상당한 주의에 해당하는지가 문제되는데, 주의의무의 정도는 사업이나 사무의 종류에 따라서 구체적으로 판단해야 한다.<sup>36)</sup>

#### 나. 면책사유

##### (1) 사용자가 상당한 주의를 한때

사용자가 피용자의 선임과 사무 감독에 상당한 주의를 다하였음에도 피용자가 그러한 감독행위에 반하여 불법행위가 행해졌다 하여도 사용자의 부주의와 손해의 발생 간에는 인과관계가 없음을 사용자가 입증한 경우에는 면책된다는 것이다. 따라서 민법 제756조 제1항의 첫 번째 면책사유 규정에 의하여 사용자가 자신에게 과실이 없다는 것을 입증할 책임을 부담하게 되므로 동 조항을 과실의 입증책임을 사용자에게 전환하는 규정이라고 보아야 할 것

35) 대판 2007. 4. 12. 선고 2003다63074; 대판 2007. 5. 10. 선고 2005다55299; 대판 2007. 6. 28. 선고 2007다26929; 대판 2009. 2. 26. 선고 2008다89712.

36) 강봉석, 전계논문, 138-139면; 대판 1998. 5. 15. 선고 97다58538; 본 판결에서는 민법 756조 제1항 제2항의 책임에 대해서는 사용자나 사무를 감독하는 자는 피용자 선임 및 사무 감독에 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상 책임이 없으나, 이 경우에도 사용자가 입증할 하여야 한다고 하여 사용자에게 면책사유에 대한 입증 책임을 하도록 명시 하고 있다.

이다. 민법 제756조 제1항 및 제2항의 사용자책임에 있어서 사용자나 그에 갈음하여 사무를 감독하는 자는 그 피용자의 선임과 사무 감독에 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상의 책임이 없으나 이러한 사정은 사용자가 직접 입증을 하여야 한다. 사용자에게 면책사유에 대한 입증책임이 있음을 명시하고 있다. 그리고 감독의무는 단순한 지시나 주의에 그치는 것이 아니라 보조자가 그의 사무를 제대로 집행할 수 있도록 하고 충분한 지시와 감독상의 주의를 의무를 말하는데 사용자의 선임 감독상의 주의를 선량한 관리자로서의 감독을 하였다면 손해발생을 사전에 방지하거나 피해를 예방할 수 있었으리라고 생각되는 정도의 것이어야 한다.<sup>37)</sup>

예를 들어 택시운전사가 여자 승객을 태우고 가다가 강간한 사건과 관련하여, 판례<sup>38)</sup>는 '피고의 행위는 피고 회사 운전사로서의 업무범위를 벗어난 행위라 할 것이나 이는 피고 회사의 운송업무와 견련하여 발생한 행위라 할 것이므로 피고 택시회사는 사용자책임이 면책되지 아니한다'고 하고 있다. 또한 신문사가 사업자와 형식적으로는 취급매체의 위탁판매계약을 체결하였으나 실질적으로는 신문사 명의로 영업할 수 있는 터전을 제공하고 그 업무수행 방법에 관하여 구체적인 지휘 감독권을 유보한 경우, 신문사는 위사업자의 피용자 업무수행 중 불법행위를 한 경우,<sup>39)</sup> 증권회사 지점장이 고객에 불과한 사람에게 사무실을 제공하면서 실장 직함으로 호칭되도록 방치한 행위와 그가 고객들에게 위 지점의 직원이라고 기망하여 투자금을 편취한 불법행위 사이에 상당인과관계가 있으므로 증권회사 측에 과실에 의한 방조로 인정된 경우,<sup>40)</sup> 증권회사 직원의 지휘 감독 아래 증권회사의 고객 유치와 수익을 위해 투자 상담실장 등의 이름으로 증권회사 지점에서 그 지점의 집기 등을 사용하며 근무한 자들의 과당매매로 인한 불법행위를 한 경우,<sup>41)</sup> 법무사 사무장의 직무상 과실로 인한 부실등기와 이를 이용한 등기명의자의 중간 매수인에 대

37) 김형배, 전제논문, 24면.

38) 대판 1991. 1. 11. 선고 90다8954; 대판 2009. 2. 26. 선고 2008다89712.

39) 대판 2007. 6. 28. 선고 2007다26929.

40) 대판 2007. 5. 10. 선고 2005다55299.

41) 대판 2007. 4. 12. 선고 2003다63067.

한 기망행위가 결합하여 최종 매수인이 부실등기 부분의 소유권을 상실하게 된 경우, 등기명의인의 기망행위에 의하여 위 사무장의 직무상 과실과 최종 매수인이 입은 손해 사이에 상당인과관계가 단절되지는 아니하여 사용자인 법무사에게 각각 사용자의 책임을 인정하고 있어 이것들에 대한 사용자의 면책 주장은 받아들여지지 않고 있다.<sup>42)</sup>

(2) 사용자가 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 때

사용자가 피용자의 선임과 사무 감독에 상당한 주의를 하였더라도 피용자의 행위로 인하여 손해가 발생하였을 경우이다. 이 시점에서 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우라는 것은 사용자의 피용자에 대한 선임 감독상의 과실과 손해의 발생과의 사이에 인과관계가 없다 하더라도 사용자가 상당한 주의를 하여 손해의 발생이 불가피했다면 이 경우에도 면책이 된다는 것이다. 또한 파견사업주와 파견근로자 사이에는 민법 제756조의 사용관계가 인정되어 파견사업주는 파견근로자의 파견업무에 관련한 불법행위에 대하여 파견근로자의 사용자로서의 책임을 져야 하지만, 파견근로자가 사용사업주의 구체적인 지시 감독을 받아 사용사업주의 업무를 행하던 중에 불법행위를 한 경우에 파견사업주가 파견근로자의 선발 및 일반적 지휘 감독권의 행사에 있어서 주의를 다하였다고 인정되는 때에는 면책된다고 할 것이다.<sup>43)</sup> 그리고 운송인을 위하여 운송계약의 이행을 보조하거나 대행하고 있더라도 운송인으로부터 직접 지휘 감독을 받지 않고 독립하여 영업활동을 수행하고 있을 뿐이라면 그러한 자를 운송인의 피용자라고 할 수는 없는 것이므로, 운송인은 그러한 자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 손해배상책임을 지지 아니한다.<sup>44)</sup> 대부분은 사용자의 '상당한 주의'라는 면책을 사실상 인정하지 않고 있다. 따라서 사용자가 기업인 경우에는 면책은 사실상 인정되지 않으며 이러한 점에서 제756조 제1항 단서 전단은 공문화되어 있다고 할 수 있다. 하지만 가시적 사용관계와 개인 영업의 사용관계에 대해서는 아직 적용의 여지가 있다고 할 것이다.

42) 대판 2004. 4. 28. 선고 2003다66905.

43) 대판 2003. 10. 9. 선고 2001다24655.

44) 대판 2000. 3. 10. 선고 99다55052.

### 3. 판례의 입장

#### 가. 사용자의 직무범위

판례<sup>45)</sup>는 민법 제756조 '피용자가 그 사무집행에 관하여'라 함은 사용자의 사무집행 자체 또는 이에 필요한 행위 뿐 만 아니라 이에 상당한 견련관계에 있는 행위도 포함되는 것이라고 볼 수 있다. 예를 들면 피고조합의 사무장이 조합원이 아닌 갑에게 상가점포 1동을 조합원이 아니면 분양 할 수 없는 것을 할 수 있는 것처럼 가장하여 분양계약을 체결하고, 그 대금을 분납으로 받으면서 폐기된 회원카드를 이용하여 갑의 이름으로 1매를 위조 교부하였다면, 피고조합원 자격이 엄격히 제한되어 있고 조합원에게만 점포분양이 가능하고 비조합원에게 회원카드만을 발행 또는 양도한다면 조합원의 지위가 그로 인하여 취득 또는 양도되는 것이 아니라 하더라도 객관적으로 보면 조합사무장의 위 갑에 대한 점포분양대금 편취 행위는 피고조합의 조합원에 대한 점포분양업무와 밀접하게 관련되어 이루어진 것으로서 적어도 외형상으로는 피고조합의 업무집행으로 보여지기 때문에 사용자의 사무범위를 넓게 해석하고 있다.<sup>46)</sup> 판례는 사용자의 사무집행 범위를 사회관행상 인정되는 범위에 따라 결정하여야 할 것이며 형식적으로 좁게 본래의 사무집행에 한정할 것이 아니라 적당한 견련관계가 있는 것까지로 확장하여 인정하고 있다.

#### 나. 피용자의 직무범위

민법 제756조 직무범위에 속하는 행위이어야 할 것이나 피용자의 직무집행 행위 그 자체는 아니나 그 행위의 외형으로 관찰하여 마치 직무의 범위내에 속하는 것과 같이 보이는 행위도 포함하는 것이라고 한다.<sup>47)</sup> 민법 제756조의

45) 대판 1980. 1. 15. 79다1867.

46) 대판 1984. 2. 28. 82다카1875.

47) 대판 1985. 8. 13. 84다카979; 대판 1992. 2. 25. 91다39146; 대판 1995. 10. 13. 94다38168; 대판 2001. 1. 19. 99다67598; 대판 2001. 3. 9. 2000다66119.

소정의 피용자가 '그 사무집행에 관하여'라 함은 사용자의 사무집행 자체가 이에 필요한 행위뿐만 아니라 이에 상당한 견련관계에 있는 행위도 포함되는 것이고 또 피용자가 사리를 취하기 위해 그 권한을 남용하여 한 행위지만 외형상 피용자의 직무범위 속한 경우도 포함된다.<sup>48)</sup> 민법 제756조의 피용자가 그 사업집행에 관하여 제자에게 가한 손해 중에는 사용자의 사업범위에 속하는 행위가 사용자의 지휘명령에 다소 위배되는 바가 있거나 피용자가 그 지위를 남용하여 부당하게 사업을 집행한 경우라고 하더라도 그런 행위로 인하여 발생한 손해까지도 포함하는 것이다.<sup>49)</sup>

#### 다. 피해자의 사정

피용자의 행위가 사무집행에 관하여 행해지는 것이 아니라는 것을 피해자가 알고 있는 경우 거래 불법행위에 있어서 피용자의 행위가 그 직무 범위에 해당하지 않는다는 것은 사실적 불법행위에 있어서 피용자가 사적인 목적으로 자동차를 운행한다는 사실을 알면서 동승한 경우에는 사용자책임이 발생하지 않는다. 외형이론은 피해자의 신뢰를 보호하려는 것이므로 피용자의 행위의 실질적인 내용까지 알고 있는 상대방을 보호하기 위하여 사용자에게 책임을 지우는 것은 부당하기 때문이다. 그런데 대법원 판례<sup>50)</sup>는 중과실이 있는 경우에도 악의의 경우와 마찬가지로 사용자의 면책사유로 보고 있다. 즉 피용자의 불법행위가 사용자의 사무집행 행위에 해당되지 않음을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 피해자는 사용자에 대하여 사용자책임을 물을 수 없다는 것이다. 예를 들어 농지개량조합의 조합장이 동조합 지출역과 공모하여 개인적 목적으로 신용금고로부터 금원을 차용하고 아무런 내부적 절차나 도지사의 승인없이 지출역 명의로 된 당좌수표 1매를 발행하여 차용금에 대한 담보로 신용금고에 교부한 경우에 신용대출 등을 사업목적으로 하는 신용금고로서는 위와 같은 농지개량조합의 채무담보에 관한

48) 대판 1991. 1. 11. 90다카8954.

49) 대판 1959. 5. 21. 4291민58.

50) 대판 1983. 6. 28. 83다카217.

법률상 제한을 능히 알 수 있다고 보여지고 개인이 신용금고로부터 차용하는 금원에 대하여 농지개량조합이 그 지출담보로 수표를 발행한다는 것은 극히 이례에 속하는 일이므로 특단의 사정이 없는 한 신용금고는 위 수표발행이 적법하게 된 것이 아님을 알았거나 또는 알지 못하였다고 하여도 이를 중대한 과실이라 보고 있다.

#### 4. 사건

외형이론은 사용자책임제도의 근본 취지이자 피해자의 보호라는 차원으로 제도의 해석을 이끌어 내어 왔다는 점에서 매우 공헌적이라 하겠다. 그러나 이 이론이 사용하는 외형이라는 것은 너무 개괄적이고 넓어서 사무집행 관련성을 판단하는 명확한 기준이라고는 보기 어렵다. 오히려 피용자의 행위가 사무집행에 속하지는 않지만 행위의 외형상 사무집행으로 인정되는 경우에 무엇을 기준으로 판단할 것인지 모호하게 하여 법관의 형평 감각에 내맡길 수밖에 없다. 또한 외형이론을 사실적 불법행위에 적용시키는 경우에 있어 자동차사고와 같은 사례에 있어서는 상대방이 행위의 외형에 따라 행동하는 것이 아니기 때문에 피해자 보호를 위해서는 충분한 설득력이 없을 뿐만 아니라 사무집행의 판단기준을 설정하는 이유로 작용하는 손해의 적정한 부담 배분이라는 정신에 비추어도 적절치 않다. 사용자측이 잘못이 없다는 것을 입증하면 면책된다는 관계 규정은 사실상 사문화하게 되었고 면책의 여지를 주는 결과가 되므로 원천적으로 법 규정을 무시한 해석방법이라는 비난을 초래할 수 있을 것이다. 면책 규정이 삭제되어도 판례의 입장에서와 같이 피해자의 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 사용자 측의 책임을 면하게 할 수 있기 때문에 면책규정의 존부와는 피해자 측의 고의 또는 중과실의 존부와는 다르게 보아야 할 것이다. 따라서 피해자에 대한 가해행위를 거래적 행위와 사실적 행위로 구분하고 그에 따른 구체적인 판단기준과 그 효과를 설정하는 것이 필요하다. 또한 피용자의 가해 행위가 일반불법행위책임의 요건을 충족하더라도 사용자책임과 피용자의 책임이 병존하면서 사용자의 배상의무와 피용자의 배상의무를 부진정연대채무관계로 보는 것이 타당하다고 본다.<sup>51)</sup>

이러한 민법이 규정하는 사무집행에 관하여 명확한 기준이 정립되기 위하여 많은 판례가 나오는 것을 기다릴 수 밖에 없다 할 것이다.

#### IV. 결론

사용자책임의 본질적 문제에 해당하는 법적 성질과 그에 따른 인정 근거를 살펴보고 사용관계의 존재와 사무집행의 관련성과 사용자의 면책의 사유와 이와 밀접하게 관련이 있는 민법 제756조를 중심으로 법적의미는 어떤 것인가에 대하여 살펴보았다. 사용자책임을 인정하고 있는 이론적인 근거와 법적 성질에 대해서는 여러 학설의 대립이 있으나 현재 사용관계의 모습은 대단히 다양하게 나타나고 있다. 또한 가시적인 사용관계나 소규모의 영세 사용자에게는 면책의 범위가 현재보다 폭이 넓어지고, 반면 대기업인 경우는 고용인을 확대하여 활동영역을 확장하면서 또 많은 이익도 추구하고 있으므로 이에 따른 피해자구제에도 더욱 적극적으로 대처해야 한다는 점에서 사용자책임을 일률적으로 설정하기 보다는 사용관계를 가시적인면과 기업적인 사용관계를 이원화하여, 기업책임으로 보는 것이 타당하다고 보았다. 한편 이러한 사용자책임의 근거와 그 법적 성질과 밀접한 관련을 가지는 것이 제756조 제1항 단서에 규정되어 있는 면책규정의 의미와 그 법적성질이다. 이에 대해서는 사용자책임을 과실책임으로 이해하고 이는 피해자의 입증곤란을 구제하기 위하여 사용자에게 입증책임을 전환하는 입증책임을 전환규정으로 이해한다고 하였다. 또한 사무집행관련성에 있어서 현재의 학설 및 판례는 우리나라에 있어서나 일본에 있어서나 외형이론을 채택하고 있고 다만, 여기에서도 어느 한 학설에 치중할 수 없는 경우들에 대한 변수를 고려하여, 이에 대한 명확한 기준이 정립되기 위해서는 외형이론에 입각한 판례를 포함하여 많은 사례들을 제시하고 있는데 이번 기회에 사용자 책임에 대하여 한번 더 인식을 할 필요가 있다고 본다.

51) 김봉수, 전계논문, 220면.



따라서 오늘날의 기업의 형태가 대기업화 할수록 사회에 끼치는 있는 위협의 정도는 증가하는 것이지만 사용자의 입증책임을 기능상으로 분산시키면서 사용자의 면책 가능성을 확대하고자 하는 분산적 면책입증 이론과 피해자를 보호하고자 하는 법인의 책임으로 구성 이론도 있었지만, 우리 판례에서는 이들 이론은 거론되지 않고 있는 편이다. 그러나 이러한 학설과 판례의 태도는 보상책임의 원리와 피해자의 구제에 충실할 수 있지만, 보다 근본적으로는 현행 사용자책임 규정의 법 개정을 통하여 실현 사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미를 명확히 하여야 할 것이다.

## 참고문헌

- 박윤직, 「민법주해[X V III]-채권」, 박영사, 2008.
- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2013.
- 김형석, 「사용자 책임의 연구」, 박영사, 2013.
- 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2013.
- 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007.
- 이은영, 「불법행위법」, 전북대학교 출판문화원, 2013.
- 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2008.
- 강봉석, “사용자책임과 그 면책사유의 법적 성질”, 「저스티스」 통권 제85호, 한국법학원, 2005. 6.
- 김동석, “미국사용자 책임의 법리에 대한 고찰- Restatement (third) of Agency의 개정초안을 중심으로- ”, 「경영법률」 제15권 제2호, 한국경영법률학회, 2005. 4.
- 김덕중, “사용자 책임의 성립요건에 관한 고찰”, 「원광법학」 제26권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2010. 9.
- 강봉석, “사용자책임과 그 면책사유의 법적 성질”, 「저스티스」 제85권, 한국법학원, 2005. 6.
- 김봉수, “사용자 책임의 비교법적 경향”, 「고려법학」 제54호, 고려대학교 법학

- 연구원, 2009.
- 강봉현, “사용자 책임에 있어서 구상권 제한의 법리”, 제주대학교 대학원 법학과, 박사학위논문, 2014. 8.
- 김상명, “사용자책임의 성립과 책임제한에 관한 연구”, 「법과정책」 제19집 제2호, 제주대학교 법과정책 연구소, 2013. 8.
- 김천수, “사용자책임의 입법론적 쟁점”, 「법학논집」 제14권 제4호 이화여자대학교, 2010. 6.
- 김형배, “사용자 책임과 판례 - 비교법적시각에서-”, 「고려법학」 제48호, 고려대학교 법학연구원, 2007. 6.
- 김형석, “사용자책임에서 사무집행관련성의 판단 -비교법적 연구로부터의 시사-”, 「서울대학교 법학」 제53권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 6.
- 김형석, “사용자책임에서의 사용자구상과 피용자책임에 관한 프랑스 판례의 동향”, 「민사법학」 제59권, 한국민사법학회, 2012. 6.
- 김형석, “사용자책임의 요건으로서 사용관계”, 「민사법학」 제62권, 한국민사법학회, 2013. 3.
- 박규용, “사용자책임의 요건으로서 사용관계와 사무집행관련성”, 「법학연구」 제52집, 한국법학회, 2013. 12.
- 윤애림, “다면적 근로관계에서 사용자의 책임”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2003. 2.
- 이태길, “금융기관의 사용자책임에 관한 연구 - 대법원 2007. 9.20. 선고 2004다43866 판결 분석을 중심으로-”, 「동아법학」 제42호, 동아법학 연구소, 2009.
- 이지은, “사용자 재산에 설정된 저당권과 임금채권의 우선 변제 - 대법원 2011.12.8. 선고2011다68777 판결의 분석을 중심으로-”, 「서울대학교 법학」 제53권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 6.
- 장석천, “사용자책임에 있어서 구상권제한의 법리”, 「한양법학」 제39집, 한양법학회, 2012. 8.
- 장재현, “조직폭력단 두목의 사용자 책임”, 「법학논고」 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012. 10.

- 정소민, “사용자 책임에 관한 미국판례의 동향”, 『외법논집』 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014. 2.
- 하경효, “사용자책임에 있어서의 구상권 제한에 관한 규율동향과 입법방향”, 『안암법학』 제40권 안암법학회, 2013. 1.
- 한삼인·정두진, “사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미”, 『법학연구』 제22권 제1호, 충남대학교, 2011. 6.
- 宮内竹和, 『使用者責任における外形理論-民法の争点』, 有斐閣, 1978.
- 田山輝明, 『事務管理・不當利得・不法行爲』, 成文堂, 2006.

[Abstract]

## Studies on Affairs executive Relevance of the user Responsibility

Kang, Chang-Bo

*Ph. D. Course Jeju National University*

Nowadays form of companies are big commercialization, dispersed functionally the burden of proof of the user, the degree of possibility on society due to increase. Also, the possibility of immunity user theory be set at the discretion of the corporation for the agency try to protect the victim and immunity demonstrated theory decentralized be expanding. But in the case of large companies, the active region adopted. In addition, to expand, because it also pursuing a number of benefits, they must be more aggressive to victim relief with him. Rather than uniformly set to the user responsibility, lyrics manner use relationship.

The nature of the responsibilities of realized through the legal revision of responsibility regulations of the current user there must be a legal meaning

of the safe harbor. In addition, even in our case law, I did not allow the user of the disclaimer, there is a tendency to try to achieve the principle of liability to be applied near the user responsibility almost to strict liability. These things, through the legal reform, it must be the essence and legal meaning of the disclaimer of responsibility of feasible user.

Therefore, the grounds recognized as legal nature that corresponds to the user responsibility of the nature of the problem, and over the user responsibility. It related to the reason for the exemption and relevance of the presence of the affairs executive relevance of the many issues, to see a basis like accepted responsibility for the use. In this connection, It have to analyze its contents the user responsibility, the user, along with the fact that no means free to be attempting to use a superior position.

**Key words** : the user responsibility, employee, tort, indemnity provisions,  
affairs executive relevance