

공동불법행위자의 책임과 불법행위자간의 구상관계

The Responsibility of the Communal Illegal Activists and the Compensation Distribution between the Illegal Activists

김 상 찬* · 정 영 진**
Kim, Sang-Chan · Jung, Young-Jin

목 차

- I. 서론
- II. 공동불법행위의 개념과 성질
- III. 공동불법행위의 성립요건
- IV. 공동불법행위자의 책임
- V. 공동불법행위자간의 구상관계
- VI. 공동불법행위와 과실상계
- VII. 결론

국문초록

오늘날 급속한 경제성장과 과학기술의 발달로 공동불법행위에 관한 민법의 중요성은 커지고 있다. 우리 민법은 여러 사람이 공동으로 불법행위를 하여 타인에게 손해를 끼치는 것을 넓은 의미의 “공동불법행위”라 한다. 불법행위로 인한 손해배상과 관련된 사건들 역시 단순화된 고전적 유형을 벗어나 점차로 대량화·다양화 되었고, 이로 인하여 다수의 가해자 및 피해자로 인한 배상사건들이 현대 불법행위법의 새로운 과제로 등장하였고, 아울러 현대사회가 점점 복잡해짐에 따라 하나의 손해 발생에 복수의 원인이 경합하는 경우가 대부분이며, 발생하는 손해의 규모도 커져가고 있다.

논문접수일 : 2009. 4. 1.

심사완료일 : 2009. 4. 30.

게재확정일 : 2009. 5. 12.

* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

** 박사과정·제주대학교 대학원 법학과

공동불법행위제도의 목적은 피해자 구제와 손해의 공평한 분담에 있다. 그러므로 가능한 한 피해자에게는 손해에 대한 충분한 진보를 도모하고 가해자에게도 가혹한 결과의 방지 및 공평한 배상책임을 분담시켜야 한다. 그러나 실제로 그 상반된 이상을 조화시킨다는 것이 그리 쉬운 일이 아니다.

따라서 본 연구에 있어서는 다수인의 행위에 의하여 손해가 발생하는 경우 규율하는 공동불법행위이론을 오늘날의 사회현실과 법리에 맞게 해석하여 피해자의 이익을 보호할 뿐만 아니라 가해자에게도 심한 불이익을 초래하지 않은 취지 하에 우리 민법 제 760조를 재조명하여 가해자와 피해자의 이해관계를 균형 있게 조화시키는 합리적인 해결점을 찾는 데 연구의 목적이 있다.

주제어 : 공동불법행위, 공동불법행위자, 교사, 방조, 부진정연대책임, 구상관계, 구상권, 과실상계

1. 서론

공동불법행위란 여러 사람이 불법행위에 가담하여 피해자에게 손해를 입힌 경우 중에서 그 수인의 가해행위가 관련공동성을 가지는 등의 이유로 일체로서 파악되어야 할 때에 인정되는 책임귀속의 법리이다.¹⁾

불법행위로 인한 책임은 자기책임의 원칙에 따라 각각의 불법행위자가 야기한 손해에 대해서만 책임을 지는 즉, 개별책임의 원칙을 그 기본으로 한다. 그러나 다수의 자에 의해 불법행위가 함께 이루어진 경우 만약 이러한 행위에 관련공동성이 있는 경우라면 개별책임의 원칙을 관철하는 것이 적절치 않으며, 각 불법행위자에게 다른 불법행위자가 야기한 손해에 대해서 함께 책임을 지도록 하는 것이 공동불법행위제도의 기본 취지라 하겠다. 공동불법행위제도의 법적 기초는 로마법상의 공동불법행위제도에 있다고 하겠다. 로마법의 경우 협의의 공동불법행위, 가해자불명의 공동불법행위 및 교사·방조에 의한 공동불법행위를 인정하였고, 각 가해자는 중립적 책임을 부담하였다. 따라서 1인의 손해를 배상하였다 할지라도 다른 가해자가 배상의무를 면하는 것은 아니다. 또한 공동불법행위의 채무는 연대책무로서 다른 불법행위자의 채무불이행이나 지급불능에 대하여 연대하여 이행의무를 부담하였다.²⁾

1) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005, 820면.

관련공동성이 있는 자에게 피해자가 입은 손해에 대해 함께 배상할 책임을 지우는 것이 정의 관념에 부합한다는 사고에 따른 것이다. 그러면 과연 어떤 경우에 '관련공동성'이 있다고 할 것인가와 관련해서는 어려운 문제점이 있다고 할 것이다. 또한 이 문제는 불법행위자 상호간의 관련공동성을 어떻게 파악할 것인가의 문제와 함께 피해자에 대한 공동불법행위자들의 공동책임 부과라는 면이 접촉되는 문제이다. 피해자에 대한 철저한 권리구제는 자칫 '관련공동성'이라는 추상적 요건의 해석에 의해 관련 없는 행위자를 끌어 들여 가해자에게 가혹한 책임을 강요하는 우를 범할 수도 있을 것이므로 그 요건 충족과 관련한 해석 및 법적용에 신중을 기하지 않으면 안 될 것이다.

따라서 이하에서는 공동불법행위제도의 기본 취지를 전제로 하여 공동불법행위의 성립요건과 공동불법행위자의 책임에 대하여 학설과 판례의 입장을 살펴보고, 공동불법행위자 사이의 구상관계 그리고 과실상계의 내용을 관련된 판례의 입장과 분석하여 타당한 해석론을 제시하고자 한다.

II. 공동불법행위의 개념과 성질

1. 개념

공동불법행위란 여러 사람이 연관성을 가지고 공동으로 위법행위에 가담하여 타인에게 손해를 주었을 경우, 즉 수인의 위법한 가해행위를 통해 성립하는 불법행위를 말한다.

민법 제760조 제1항은 "수인의 공동불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다"라고 규정하고, 동조 제2항은 "공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다"라고 규정하며, 나아가 동조 제3항은 "교사나 방조자는 공동불법행위자로 본다"라고 하여 규정하고 있다.

여기서 동조 제1항은 협의의 공동불법행위를 규정한 것이고, 제2항과 제3항은 광의의 공동불법행위로서 가해자불명의 공동불법행위 및 교사·방조에 의한 공동불법행위를 규정한 것이다.³⁾

2) 류승훈, "공동불법행위에 관한 소고", 『외법논집』, 제14집, 한국의국어대학교 법학연구소, 2003, 159면.

3) 박종두, 『채권법 각론』, 삼영사, 2005, 423-424면.

2. 공동불법행위 책임의 성질

(1) 행위의 공동성

불법행위의 책임에 관한 민법의 규정은 수인의 행위가 서로 관련·공동하여 손해에 대하여 원인을 이루고 있으므로 결과에 대하여 공동책임을 지게 하고 있다. 그러나 이러한 공동불법행위가 성립하기 위해서는 불법행위자 상호간의 공모나 공동의 인식까지는 요하지 않는다. 그러므로 인과관계가 경합된 관련공동성이 없는 것을 제외한 객관적으로 긴밀한 공동행위가 관련·공동되어 있으면 족할 것이다. 따라서 관련공동성이 있는 행위에 의하여 손해가 발생하거나 확대되면 그에 대한 손해를 배상하여야 할 책임을 지게 된다.⁴⁾

(2) 연대배상책임

공동불법행위는 연대하여 배상책임을 진다고 할 때, '연대하여'가 무엇을 의미하는가에 관하여 학설의 대립이 있다. 다수설과 판례는 '연대하여'의 의미를 부진정연대채무라고 해석하고 있고, 소수설은 제760조 제2항의 경우는 부진정연대채무이나 동조 제1항과 제3항은 연대채무라고 한다. 이러한 '연대하여'의 해석과 관련하여, 공동불법행위자 사이에는 반드시 긴밀한 주관적 공동관계가 필요하다고 할 수 없고, 피해자를 두텁게 보호하기 위해서 부진정연대채무로 함이 유리하다는 점과, 제755조, 제756조, 제759조의 경우 그 책임이 부진정연대채무로 해석되고 있는 것을 고려해 볼 때 공동불법행위의 책임을 부진정연대채무로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

Ⅲ. 공동불법행위의 성립요건

1. 협의의 공동불법행위의 요건

협의적 의미의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 먼저 각 가해자의 행위가 불법행위의 요건을 충족하여야 하며, 또한 수인의 가해행위 사이에 관련공동성이 있어야 한다.

4) 대판 1982.6.8. 81다카1130.

(1) 각 행위자의 불법행위책임 요건의 충족

협약적 의미의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 먼저 각 가해자의 행위가 불법행위요건을 충족하여야 한다. 그러므로 각 가해자에게 고의, 과실, 책임능력, 인과관계 등이 있어야 하며, 각 가해자의 행위는 독립적으로 평가된다.

(2) 관련공동성

1) 학설의 입장

가해행위자 및 가해행위 상호간에 관련공동성이 요구되는데 그 의미와 관련하여 주관적공동설, 객관적공동설 및 절충설의 학설이 대립하고 있다. 먼저 주관적공동설은 가해자들 사이에 '공모 내지 공동의 인식'이 있어야 한다는 입장이다. 협의의 공동불법행위에 있어서 행위자들의 책임이 가중되는 것의 근거를 수인이 의식적으로 합세하여 1인에게 손해를 가한 행위의 유책, 비난가능성이 높다는 데에서 찾고 있다. 또한 주관적공동관계를 필요로 한다고 새기는 것이 민법 제760조 제1항의 독자적 존재의의를 인정하는 것이 된다고 한다.⁵⁾

객관적공동설은 가해자들 사이에 공모나 공모의 인식은 필요치 않으며, 단지 가해행위가 객관적으로 관련공동하고 있으면 충분하다는 입장이다. 즉, 민법이 공동불법행위에 대하여 제408조의 분할채무의 원칙을 배제하여 공동책임을 함으로써 피해자를 두텁게 보호하려고 한 취지를 감안해 볼 때 공동행위자의 주관적 공동관계의 유무를 묻지 않고서 객관적 공동관계가 있는 것으로도 충분하다고 보는 것이 타당하다는 입장이다.⁶⁾ 따라서 객관적공동설을 취할 경우 민법 제760조 제1항의 협의의 공동불법행위는 '주관적 공동이 있는 경우와' '주관적 공동은 없지만 객관적 공동만이 있는 독립적 공동불법행위의 경우'의 두 유형으로 분류해 볼 수 있다.

절충설은 '주관적 공동관계가 있는 경우' 및 '주관적 공동관계와 같은 정도의 긴밀한 객관적 공동이 있는 경우'에 공동불법행위를 인정하는 것이 타당하다는 입장이다.⁷⁾ 객관적 공동이란 복수의 원인행위가 정합하여 하나의 결과를 야기한 경우를 통틀어서 총칭하는 개념으로서, 객관적 공동의 경우는 '긴밀한 객관적 공동이 있는 경우'와 '인과관계가 정합된 경우로서 관련공동성이 없는 경우'의 두 가지 유형으로 분류되며, 전자

5) 정태윤, "공동불법행위에 관한 연구", 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994, 287-290면.

6) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2005, 429면; 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2003, 756면.

7) 이은영, 전제서, 826면.

만이 공동불법행위로 인정되어야 한다고 한다. 이를 구체적으로 살펴보면, 먼저 주관적 공동의 경우는 민법 제760조 제1항이 공동행위자의 면책이나 감책을 허용하지 않는다고 해석되므로 공동행위자는 자기의 행위와 결과 사이에 인과관계가 없음을 입증하여 면책 될 수는 없다할 것이므로 자기의 행위가 손해의 일부분만에 기여하였다는 것을 입증하여 배상책임을 감경 받을 수 없게 된다. 공동의 인식을 가진 가해행위자들 사이에는 전체의 행위결과에 대한 비난가능성도 공동으로 존재하기 때문에 각 행위자에게 전체 결과에 대한 책임을 부과하는 것이 타당하다고 한다.

2) 판례의 입장

우리의 판례는, “수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조의 공동불법행위의 경우 행위자 상호간의 공모는 물론 공동의 인식을 필요로 하지 아니하고 객관적으로 그 공동의 행위가 관련 공동되어 있으면 족하고, 그 관련공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생함으로써 공동불법행위가 성립한다”고 하여 객관적공동설의 입장을 견지해 오고 있다.⁸⁾ 또한 동시에 또는 거의 같은 시기에 건축된 가해 건물들이 피해 건물에 대하여 전체적으로 수인한도를 초과하는 일조 침해의 결과를 야기한 경우, 각 가해 건물들이 함께 피해 건물의 소유자 등이 종래 향유하던 일조를 침해하게 된다는 점을 예견할 수 있었다면 특별한 사정이 없는 한 각 가해 건물의 건축자 등은 일조 침해로 피해 건물의 소유자 등이 입은 손해 전부에 대하여 공동불법행위자로서의 책임을 부담한다는 경우도 있다.⁹⁾ 또한 1차사고와 2차사고가 조건적 관계에 있는 경우에 인과관계의 경합문제로 다루어 1차사고 가해자에게 관여도에 해당하는 손해배상만을 인정한 경우도 있다.¹⁰⁾

3) 소결

주관적 관련공동설은 협의의 공동불법행위의 성립요건으로 객관적 관련공동만으로는 부족하고 행위자간의 주관적 공동 즉, 공모 내지는 공동의 인식이 필요하다는 입장 인바, 이는 객관적 관련 공동만으로 공동불법행위의 성립을 인정하게 되면 가해자에게 너무 가혹해지며 아울러 그러한 불합리를 시정하기 위해 주관적 관련공동이 필요하다는 주장이다. 또한 절충설의 입장은 결국은 객관적 관련공동설의 입장을 취하면서, 객관적 관련공동의 의미를 좀 더 구체화 한 것으로 보인다.

8) 대판 2003.1.10. 2002다35850; 대판 2001.5.8. 2001다2181.

9) 대판 2006.1.26. 2005다47014.

10) 대판 1998.9.18. 97다47507.

사건으로는 공동불법행위에 있어서는 행위자의 주관적 공동관련의 유무를 묻지 않고 객관적 공동관계가 있으면 관련공동성을 인정하여야 할 것이다. 그러면 구체적으로 어떠한 경우에 수인의 행위가 객관적으로 관련공동이 있는 것으로 볼 것인가의 문제인데, 이는 수인의 가해행위 일체성이 인정될 수 있는가로 귀결될 것이고, 결국 사회관념에 의해 결정되어야 할 것이다. 절충설이 주장하고 있는 '주관적 공동관계와 같은 정도의 긴밀한 객관적 공동이 있는 경우'는 객관적 공동설이 주장하는 내용과 그 의미에 있어서는 별반 다르지 않고 다만 이를 좀 더 구체화 한 것으로 보인다.

2. 광의의 공동불법행위의 요건

(1) 가해자불명의 복수행위

“공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 야기한 것이지 알 수 없는 경우”를 가해자 불명의 복수행위라고 한다(민법 제760조 제2항). 공동불법행위를 성립시키기 위한 요건으로서, 먼저 각 행위자의 책임요건 충족이 요구된다. 따라서 각 가해자가 가해행위에 가담하였고 고의, 과실 및 책임능력을 갖출 것 등이 요구된다. 둘째로, 인과관계의 문제인데, 복수가해자의 가해행위와 손해상의 종합적 인과관계만이 입증되었고, 그 손해가 어떤 특정행위자의 가해행위로 인한 것인가가 입증되지 않은 상태여야 한다. 셋째로, 관련공동성이 없을 것을 요한다. 즉 행위자 사이에 관련공동성이 없는 때에 한해서 가해자불명의 복수행위로 된다. 공동의 인식 또는 공동의 과실로 인하여 어떤 공동의 결과를 초래한 경우에는 비록 직접 행위자가 누구인지 밝혀지지 않았더라도 가해자불명의 복수행위가 되지 아니하고, 민법 제760조 제1항의 공동불법행위로 취급된다.

(2) 교사·방조에 의한 공동불법행위

우리 민법 제760조 제3항은 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다고 하고 있다. 따라서 교사자나 방조자는 직접적으로 불법행위와 관련공동하고 있지는 않지만, 그것과 인과관계가 있기 때문에 피해자를 보호하기 위하여 이러한 행위자에 대해서도 공동불법행위자로 보고 직접 불법행위를 한 자와 연대하여 전손해에 대하여 책임을 진다는 것이다.

여기에서는 과실에 의한 교사·방조를 인정할 것인가가 문제로 된다.

1) 교사에 의한 공동불법행위

교사라 함은 타인으로 하여금 불법행위의 의사결정을 하도록 하는 것을 말하며, 기망, 애원, 감언·협박에 의한 유도, 촉탁, 지시, 시사 등의 방법에 의하게 된다. 교사가 교사를 하였으나 그 교사자가 직접 가해행위를 하지 않았을 경우에는 책임이 성립하지 아니한다. 문제는 과실에 의한 교사의 인정·여부인데, 종래에는 개념상 이를 인정할 수 없다는 것이 지배적인 견해였다. 그 이유로는 교사자는 피교사자의 행위를 인식·예견하면서 피교사자의 행위의사를 결정케 하는 것이므로 피교사자의 행위에 대한 지배의사를 필요로 하기 때문에 고의에 의한 교사만이 가능하고 과실에 의한 교사는 인정할 수 없다는 것이다. 예를 들면 부주의로 타인에게 부당한 지시를 하고 그 타인이 제3자에게 손해를 준 경우에는 제760조 제2항의 불법행위는 성립하여도 동조 제3항에 의한 불법행위는 성립하지 않는다고 한다.¹¹⁾

2) 방조에 의한 공동불법행위

방조란 타인의 불법행위에 보조적 역할을 하는 것으로, 망을 보는 것, 조언, 격려, 흥기의 제공, 조력 등이 이에 해당한다.¹²⁾ 예를 들면 어떤자가 타인을 구타하는 경우에 망을 보던가 또는 도둑질한 물건이라는 사실을 알면서 매수하는 경우이다. 과실에 의한 방조를 인정하는 데에 학설은 일치하고 있다. 과실에 의한 방조에는 불법행위의 실행에 관해 방조자가 자기의 행위에 대한 인식을 못한 경우 또는 방조자가 자기의 행위에 대한 인식이 있으나 불법행위자의 실행을 용이하게 하는 것에 대한 인식을 하지 못하는 경우가 포함된다. 방조와 관련하여 문제가 되는 것은 사후가담에 관한 것이다. 협의 공동불법행위나 교사 및 방조는 모두 침해행위의 진행 혹은 실행 중에만 가능하므로 사후의 가담행위는 별개의 불법행위이다. 그러나 사후의 가담행위가 불법행위로 하여금 이를 예견하게 함으로써 불법행위 실행에 의사결정을 하게 하거나 그 의사를 강화하는 등의 영향을 미친 경우에는 사후의 가담행위자에게 교사 또는 방조의 책임을 물을 수 있다.

판례는, 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가르키는 것으로서 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 말한다고 한다.¹³⁾

11) 서민, "공동불법행위자의 책임", 「주석채권각칙(IV)」, 사법행정학회, 1987, 304면.

12) 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위하여는 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인관관계가 있어야 한다는 입장이다(대판 1998.12.23. 98다31264; 대판 2000.4.11. 99다41749).

교사자와 방조자는 직접의 가해행위자와 공동의 인식을 갖고 있으므로 협의의 공동 불법행위자에 속하는데, 우리민법은 이를 분명하게 하기 위해 “공동의 행위자로 본다”는 명문 규정을 두고 있다.

N. 공동불법행위자의 책임

1. 책임의 내용

공동불법행위자는 각자 피해자에게 발생한 손해 전부를 배상하여야 한다. 관련공동성 있는 수인 중 누구의 직접적 행위의 결과인지 모르는 경우라도 모든 공동불법행위자는 피해자에 대하여 연대책임을 지게 된다. 공동불법행위자 1인이 피해자의 관계에서 자기의 관여도에 해당하는 일부만의 배상책임을 지겠다고 주장하는 것은 허용되지 아니한다. 피해자는 하나의 손해에 대한 배상청구권을 복수의 공동불법행위자에 대하여 중첩적으로 가지지만, 중첩적인 만족은 얻을 수 없고 1인의 행위자로부터 변제를 받는 경우 다른 행위자에 대한 손해배상청구권은 소멸케 된다.¹⁴⁾ 또한 가해자 중 1인이 다른 가해자에 비하여 불법행위에 가담한 정도가 경미한 경우 피해자에 대한 관계에 있어서 그 가해자의 책임범위를 제한 할 수 있을지에 대하여는, 공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것이라 하겠다. 따라서 공동불법행위로 인한 손해배상책임의 범위는 피해자에 대한 관계에 있어서 가해자들 전원의 행위를 전체적으로 함께 평가하여 정하여야 한다. 즉, 그 손해배상액에 대하여는 가해자 각자가 그 금액의 전부에 대한 책임을 부담하는 것이며, 가해자 1인이 다른 가해자에 비하여 불법행위에 가담한 정도가 경미하다고 하더라도 피해자에 대한 관계에서 그 가해자의 책임범위를 위와 같이 정하여진 손해배상의 일부로 제한하여 인정할 수는 없다고 하였다.¹⁵⁾

2. 연대책임의 성격

(1) 학설의 입장

13) 대판 2003.1.10. 2002다35850.

14) 이은영, 전계서, 834면.

15) 대판 2001.9.7. 99다70365.

우리 민법은 공동불법행위자는 피해자에 대하여 연대하여 그 손해를 배상하는 책임이 있다고 규정하고 있다(민법 제760조 제1항). 그러면 여기에서의 '연대하여'의 의미는 무엇인가? 이에 관련 하여는 학설의 견해가 크게 대립하고 있다.¹⁶⁾

먼저 연대채무설은 민법 제760조의 규정을 그 근거로 삼고 있는데, '연대하여'라고 명문으로 규정한 것은 공동불법행위로 인한 공동책임이 연대채무라는 것을 말한다고 한다.¹⁷⁾

부진정연대책임설은 민법 제760조의 '연대하여'는 단순히 각자가 전부에 관한 배상의무를 부담한다는 의미를 가질 뿐이라고 보고 공동불법행위자의 연대책임은 부진정연대채무로 해석하자는 입장이다.¹⁸⁾ 이는 민법상 연대채무규정의 미비점을 부진정연대채무의 개념을 빌려서 보완함으로써 피해자에게의 전부배상의 가능성을 높여줄 수 있다는 점에서 그 근거를 찾고 있다.¹⁹⁾

이에 대해 혼합채무설은 공동불법행위자들의 공동책임이 연대채무인가 부진정연대채무인가 하는 판단기준은 채무자들 사이의 상호 공동목적에 의한 주관적 관련 공동여부에 따라서 연대채무가 되기도 하고, 부진정연대채무가 되기도 한다는 입장이다. 즉, 민법 제760조 제1항과 제3항은 행위자 사이에 주관적 공동이 있으므로 연대채무로 보아야 할 것이나, 동조 제2항의 경우는 주관적 공동이 없으므로 부진정연대채무라고 한다. 이 설은 부진정연대채무가 연대채무보다 유리하다는 것을 당연시 하는 것과 관련하여, 이는 일률적으로 결정될 문제는 아니고 문제가 된 사안에 대하여 부진정연대채무의 내용을 하나 하나 구체적으로 결정한 뒤에 비로소 결론 지워야 한다. 따라서 공동불법행위에 있어서 각 가해자가 부담하는 채무는 원칙적으로 독립한 것이기는 하지만 이러한 독립성을 일률적으로 모든 관계에 그대로 적용할 때에 때로는 구체적 타당성을 해치는 결과를 가져오는 경우가 있다.

(2) 판례의 입장

우리의 판례는, "공동불법행위자는 소위 부진정연대채무자로서 피해자에 대하여 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있고, 공동불법행위자의 한 사람이 그 손해의 전부를 배상하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담할 책임에 따라 구상권을 행사할

16) 이은영, 전제서, 834면.

17) 문진규, "공동불법행위에 관한 연구", 박사학위논문, 영남대학교 대학원, 1997, 187면.

18) 박윤직, 전제서, 427면.

19) 이은영, 상제서, 835면.

수 있다"고 하여 부진정연대채무로 보고 있다.²⁰⁾ 또 다른 사안의 경우에는, "충돌사고로 승객이 피해를 입은 경우 가해자들이 피해자에 대하여 부담하는 각 손해배상책임은 서로 부진정연대채무관계에 있다고 볼 것이고, 이러한 부진정연대채무자 상호간에 있어서 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생하지만 그밖의 사유는 상대적 효력을 발생하는 데에 그치는 것이므로 피해자가 채무자 중의 1인에 대하여 손해배상에 관한 권리를 포기하거나 채무를 면제하는 의사표시를 하였다 하더라도 다른 채무자에 대하여 그 효력이 미친다고 볼 수 없다 할 것이고, 이러한 법리는 채무자들 사이의 일부를 면제받고도 사후에 면제받은 채무액을 자신의 출재로 변제한 다른 채무자에 대하여 다시 그 부담부분에 따라 구상의무를 부담하게 된다 하여 달리 볼 것은 아니다"라고 하고 있다.²¹⁾

(3) 소결

부진정연대채무설에 대한 비판은 주로 법체계성과 규정이 갖는 의미와 관련한 비판으로 보인다. 사견으로는 부진정연대채무설에 찬동하며, 공동불법행위는 일반불법행위의 특수한 형태인 특수불법행위의 일종으로서 그 근본취지는 공동의 가해자에게 무거운 책임을 인정하여 피해자를 보호하는데 있다할 것이므로 어떠한 입장이 피해자의 권리보호에 충실할 수 있겠는가 라는 측면이 이러한 법체계성과 규정이 갖는 의미보다 더욱 강조되어야 할 것으로 보인다. 따라서 연대채무는 계약에 의해서 발생하는 경우로 한정하고 불법행위로 인한 연대책임은 부진정연대채무로 파악하는 것이 타당하다.

3. 가해자불명의 복수행위의 경우

공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 손해를 야기한 것인지 알 수 없는 때에는 공동불법행위로 추정된다(민법 제760조 제2항). 다만, 자기의 행위와 손해의 발생 사이의 인과관계가 없음을 증명한 때에는 책임을 면하게 되고, 자기의 행위가 손해의 어느 부분에 대해서만 원인을 주었는지를 입증한 때에는 그 부분의 손해를 배상하면 될 것이다.

20) 대판 1983.5.24. 83다208.

21) 대판 1993.5.27. 93다6560.

4. 교사·방조의 경우

교사자나 방조자는 공동불법행위자로 간주된다(민법 제760조 제3항). 따라서 이들은 직접의 가해행위자와 연대하여 책임을 지게 된다. 교사자 및 방조자는 자기가 직접 가해행위를 하지 않았다는 이유로 면책되거나 감책되지 않는다.

5. 손해배상의 범위

손해배상의 범위는 피해자에 대한 관계에서 가해자들 전원의 행위를 전체적으로 함께 평가하여 정하여야 하므로²²⁾, 각 공동불법행위자는 공동불법행위와 상당인과관계에 있는 손해를 민법 제393조에 따라 배상해야 한다는 것이 통설의 입장이다. 그러나 특별사정을 예견할 수 없었던 공동불법자는 특별한 사정으로 인한 손해의 배상의무를 부담하지 않으며, 예견할 수 있었던 자만이 손해배상의무를 진다는 주장도 있다.²³⁾ 이에 반하여 협의의 공동불법행위 및 교사 방조의 경우에는 제도의 취지상 예견가능성을 기준으로 한 면책을 인정하지 않고, 가해자불명의 경우에는 자기의 행위와 특별손해 사이에 인과관계가 없음을 입증하면 면책된다는 주장도 제기되고 있다.²⁴⁾

우리 판례는 가해자 1인이 다른 가해자에 비하여 불법행위에 가담한 정도가 경미한 경우라 하더라도, “공동불법행위의 책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것이므로, 공동불법행위로 인한 손해배상책임의 범위는 피해자에 대한 관계에서 가해자들 전원의 행위를 전체적으로 함께 평가하여 정하여야 하고, 그 손해배상에 대하여는 가해자 각자가 그 금액의 전부에 대한 책임을 부담하는 것이며, 가해자 1인이 다른 가해자에 비하여 불법행위에 가담한 정도가 경미하다고 하더라도 피해자에 대한 관계에서 그 가해자의 책임 범위를 위와 같이 정하여진 손해배상의 일부로 제한하여 인정할 수 없다”는 입장이다.²⁵⁾ 또한 산재사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화 되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확인된 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 손해와 산재사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 보아야 하므로, 산

22) 대판 1998.10.20. 98다31691; 대판 2000.4.11. 99다34055.

23) 박윤직, 전계서, 430면.

24) 이은영, 전계서, 837면.

25) 대판 2001.9.7. 99다70315.

재사고와 의료사고가 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 피해자에게 손해를 가한 것으로 인정된다면, 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립되어 공동불법행위자들이 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다²⁶⁾고 판시하였다.

V. 공동불법행위자 사이의 구상관계

1. 구상권의 발생

어느 공동불법행위자가 변제 기타 자기의 출재로 공동 면책이 된 때에는 다른 공동불법행위자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(민법 제425조). 공동불법행위자의 채무를 부진정연대채무로 해석할 경우에는 구상권은 부진정연대채무의 속성이 아니므로 이를 인정할 것인지에 대하여 문제가 있으나, 각자의 부담부분은 피해자에 대한 대외관계에서는 주장할 수가 없다 하였으나, 불법행위자 상호간의 내부관계에서는 그의 관련 정도에 비례하여 부담부분이 인정된다.²⁷⁾

2. 부담부분의 결정

공동불법행위자의 부담부분은 각 사례별로 각자의 고의·과실의 정도, 위법성의 정도, 손해와의 인과관계의 밀접성, 변제자력 등을 고려한 규범적 판단에 의해 결정되어야 한다. 이상의 원칙에 의해서도 부담부분을 결정할 수 없는 경우에 각 행위자의 부담부분을 균등한 것으로 추정된다(민법 제424조).

판례는, “공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 부진정연대책임을 지되, 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담부분이 있고, 미 부담부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인의 자기의 부담부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다고”하여 과실의 정도에 따른 부담부분의 결정을 인정하고 있다.²⁸⁾

26) 대판 2995.9.30. 2004다52576.

27) 대판 1997.12.12. 96다50896.

28) 대판 2002.5.24. 2002다14112.

3. 구상권의 행사

(1) 사전구상의 금지

공동불법행위자에 의한 사전구상은 허용되지 않으며, 변제 등에 의한 공동면책을 받음으로써 비로소 구상권의 행사가 가능하다. 그리고 공동면책은 구상하려는 자의 '자기 출재'로 인한 것이어야 한다. 따라서 구상권자 본인이 지급하지 아니하고 보험회사가 지급한 부분에 대하여는 구상권을 행사할 수 없다.²⁹⁾

(2) 구상권과의 상계

피해자와 가해자의 과실이 경합하여 발생한 사고로 제3자가 입은 손해를 가해자가 배상한 경우 가해자가 피해자에 대한 구상권을 가지고 피해자의 가해자에 대한 손해배상청구권과 상계할 수 있는지와 관련하여 의문이 제기되는데, 판례는, "그 피해자의 과실이 상대방에 대한 주의의무의 위반으로 불법행위의 책임요건을 충족하는 것이라면 위 사고로 제3자가 입은 손해에 대하여 피해자에게 구상권을 행사할 수가 있으므로 가해자는 이러한 구상권을 가지고 피해자의 가해자에 대한 손해배상청구권과 상계할 수 있다"고 하여 구상권을 상계할 수 있음을 명백히 하고 있다.³⁰⁾

(3) 공동면책의 범위

공동불법행위자가 전액 배상한 경우에만 구상할 수 있는지, 자기의 부담부분을 초과하여 변제한 경우 그 초과액에 관하여 구상할 수 있는지 또는 부담부분이하라도 구상할 수 있는지의 여부와 관련된, 즉 공동면책을 시키는 범위가 문제가 된다.

판례는, 자기의 부담부분을 초과하여 손해를 배상하는 경우 제3자에 대하여 그 부담부분에 국한하여 구상할 수 있다는 입장이다.³¹⁾ 또한 "공동불법행위자 중의 1인과 사이에 체결한 보험계약에 따라 보험자가 피해자에게 손해배상금을 보험금액으로 모두 지급함으로써 공동불법행위자들이 공동면책이 된 경우, 보험금액을 지급한 보험자가 상법 제682조 소정의 보험자 대위의 제도에 따라 보험계약을 체결한 공동불법행위자

29) 대판 1976.4.13. 75다1187.

30) 대판 1991.5.14. 91다513.

31) 대판 1992.6.23. 91다33070.

아닌 다른 공동불법행위자에 대하여 취득하는 구상권의 범위는 지급한 보험금액의 범위 내에서 피해자가 불법행위로 인하여 입은 손해 중 다른 공동불법행위자의 과실비율에 상당하는 부분을 한도로 하는 것이므로, 보험자가 피해자의 손해액을 초과하여 보험금액을 지급하였다 하더라도 그 초과부분에 대하여는 구상할 수 없다”.³²⁾ 그러나 예외적으로 부담부분 이하일 경우에도 구상할 수 있는 경우도 있다. 먼저 가해자들이 피해자와 합의하여 손해의 일부에 대하여 전보할 의무를 지지 않게 되는 경우인데, 이와 같은 경우에는 공동불법행위자가 현실적으로 변제한 부분만을 특별히 구상할 것에 관하여 피해자와 합의가 있다고 보아도 좋은 경우이고, 다음으로 부담부분 이하에서 하기로 최종적 해결이 이루어진 경우인데, 이 경우에는 더 이상 피해자의 배상채권의 확보를 생각할 필요가 없기 때문이며, “보험자가 자동차 사고의 공동불법행위자 중 1인과 체결한 보험계약에 따라 피해자에게 배상할 금액 중 다른 공동불법행위자의 과실비율에 따른 금액이 사고 당시의 책임보험 한도액을 초과하는 경우에는 보험자 대위에 따라 다른 공동불법행위자에게 구상금을 청구하는 경우에 그 공동불법행위자 및 보험자가 부담하는 구상금은 책임보험금의 한도액 전액이 된다”.³³⁾

(4) 통지의무

구상요건으로서의 통지에 관한 민법 제426조가 공동불법행위자 사이에도 적용되는가에 관해서는 의문이 있다.³⁴⁾ 통지를 필요로 한다는 입장과 통지를 요하지 않는다는 학설상의 대립이 있으며, 전자는 어느 공동불법행위자가 다른 공동불법행위자에게 통지하지 아니하고 변제 기타 자기의 출재로 공동면책된 경우에 그에게 피해자에 대하여 대항할 수 있는 사유가 있었을 때에는 그 부담부분에 한하여 이 사유로 면책행위를 한 공동불법행위자에게 대항할 수 있다고 한다.³⁵⁾ 후자는 부진정연대채무자 1인이 변제하는 경우에 구상청구와 관련하여 사전, 사후의 통지의무가 부과되지 않는다는 우리 판례의 입장이다. 판례는 “부진정연대채무에 있어서는 주관적 연대관계가 없으므로 제 426조에 의한 채무자 상호간의 변제에 관한 통지의무관계를 인정할 수 없고, 변제로 인한 공동면책이 있는 경우에 있어서는 채무자 상호간에 어떤 대내적인 특별관계에서 또는 형평의 관점에서 손해를 분담하는 관계가 있게 되는데 불과하다고 할 것이므로,

32) 대판 2002.5.24. 2002다14112.

33) 대판 2002.9.4. 2002다4429.

34) 이은영, 전거서, 839면.

35) 주상수, “공동불법행위자 상호간의 내부구상관계”, 『사법논집』, 제13집, 법원행정처, 1982, 209면.

부진정연대채무에 해당하는 공동불법행위로 인한 손해배상채무에 있어서도 채무자 상호간에 구상요건으로서의 통지에 관한 민법의 위 규정을 유추적용할 수는 없다”고 하여 통지의무를 부정하고 있다.³⁶⁾ 사건으로도 연대채무에 있어서의 구상권의 제한에 관한 민법 제426조의 규정은 구상관계를 공평하게 하려는 규정이므로 반드시 채무자 상호간의 공동목적에 위한 주관적 연관관계를 전제로 하는 것이라고 볼 수 없다. 따라서 부진정연대채무에 있어서도, 적어도 채무자 상호간에 구상권이 인정되는 한, 민법 제426조는 유추적용되어야 할 것이다. 그리고 제3설로서, 구상청구인이 다른 공동불법행위자의 존재 및 소재를 알고 있는 경우에 한하여, 신의칙에 비추어 부진정연대채무자간에도 사후 통지의무는 부과되어야 하며, 그 위반시에는 자기의 면책행위를 이유로 이증변제한 채무자에게 구상청구할 수 없다는 주장이 제기되고 있다.³⁷⁾

4. 구상권의 소멸시효

구상권은 일반채권과 그 성질이 같다고 할 것이므로, 출재로 인한 공동면책이 있을 때로부터 10년간 행사하지 않으면 시효로 소멸한다. 시효의 기산일은 일반원칙에 따라 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로부터 진행하게 되므로 피해자에 대한 손해배상 의무를 이행한 때라 할 것이나, 손해액 및 부담부분이 미확정된 단계에는 구상권의 범위가 불명할 것이므로 결국은 손해배상청구소송의 판결확정시로 보아야 할 것이다.

VI. 공동불법행위와 과실상계

공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 기한 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.³⁸⁾ 그리고 공동불법행위자에 대한 피해자의 과실이 그 비율에 있어 다른 경우 역시 각 가해자에 대한 과실은 모두 일률적으로 참작된다고 함이

36) 대판 1998.6.26. 98다5777.

37) 이은영. 전제서. 840면.

38) 대판 1998.6.12. 96다55631.

타당하다 하겠다.³⁹⁾ 그러나, 공동불법행위자와 공동불법행위자로서 제3자에게 손해배상책임을 짐과 동시에 피해자로서 다른 공동불법행위자에게 불법행위로 인한 손해배상을 구하는 경우에 피해자로서의 과실상계의 대상이 되는 과실내용이나 비율은 공동불법행위자 사이에 제3자에 대한 가해자로서의 부담부분을 정하기 위한 과실내용이나 비율과 반드시 일치되어야 하는 것이 아니라고 하겠다.⁴⁰⁾

Ⅷ. 결 론

지금까지 공동불법행위와 관련하여 제기되고 있는 몇 가지의 문제점에 대해 정리해 보았다. 먼저, '관련공동성'의 의미와 관련하여, 공동불법행위에 있어서는 행위자의 주관적 공동관련의 유무를 묻지 않고 객관적 공동관계가 있으면 관련공동성을 인정하여야 할 것이다. 그러면 구체적으로 어떠한 경우에 수인의 행위가 객관적으로 관련공동이 있는 것으로 볼 것인가의 문제인데, 수인의 가해행위의 일체성이 인정될 수 있는가로 귀결될 것이다. 이는 사회관념에 의해 결정되어야 할 것인바, 절충설이 주장하고 있는 '주관적 공동관계와 같은 정도의 긴밀한 객관적 공동이 있는 경우'는 객관적 공동성이 주장하는 내용과 그 의미에 있어서는 별반 다르지 않고 다만 이를 좀더 구체화한 것으로 보인다. 결국 객관적 공동성의 의미는 개별판례의 축척에 의해 그 기준이 설정될 수 있을 것이다.

공동불법행위의 효과와 관련하여 공동불법행위자가 공동으로 책임을 진다는 의미는, 공동불법행위는 일반불법행위의 특수한 형태인 특수불법행위의 일종으로서 그 근본취지는 공동의 가해자에게 무거운 책임을 인정하여 피해자를 보호하는데 있다 할 것이므로 어떠한 입장이 피해자의 권리보호에 충실할 수 있겠는가라는 측면이 보다 강조되어야 할 것이다.

따라서 공동불법행위의 가해자 1인에게 발생한 사유가 다른 자에게 미치는 절대적 효력의 범위가 좁은 부진정연대책무로 보는 것이 타당할 것이다.

39) 각 공동불법행위자에 대한 피해자의 과실 증 보다 무거운 과실비율이 적용되어야 할 것이다. 예컨대, 공동불법행위자 .甲. 乙에 대한 피해자의 과실비율이 10%와 20%일 때 20%를 전체를 적용한다는 것이다.

40) 대판 2000.8.22. 2000다29028.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2005.
김상용, 「채권각론」, 법문사, 2003.
김주수, 「민법개론」, 삼영사, 2006.
김준호, 「채권각칙」, 법문사, 2007.
김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2006.
박기현·김종원, 「핵심정리 민법판례」, 고시연구사, 2006.
박종두, 「채권법각론」, 삼영사, 2005.
송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2008.
송영곤, 「민법의 쟁점Ⅱ」, 유니티니아우스, 2002.
유 정, 「민법조문·판례연습」, 형실출판사, 2006.
윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2001.
이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005.
장재현, 「채권법각론」, 경북대학교출판부, 2006.
한삼인, 「판례민법」, 법률행정연구원, 2003.

2. 논문

- 권오승, “공동불법행위”, 「사법연구」, 제1집, 청헌법류문화재단, 1992.
김 진, “공동불법행위에 관한 연구”, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 1994.
김학동, “공동불법행위에 관한 연구”, 「비교법학」, 제10권 제2호, 한국비교사법학회, 2003.
류승훈, “공동불법행위에 관한 소고”, 「외법논집」, 제14집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2003.
문진규, “공동불법행위에 관한 연구”, 박사학위논문, 영남대학교 대학원, 1997.
서광민, “공동불법행위의 성립요건”, 「민사법학」, 제41호, 한국민사법학회, 2008.
서 민, “공동불법행위자의 책임”, 「주석채권각칙(IV)」, 사법행정학회, 1987.
이창수, “공동불법행위에 관한 연구”, 박사학위논문, 조선대학교 대학원, 2004.

- 정진명, “공동불법행위 책임”, 『jurist plus』, 통권 제41호, 청림출판, 2007.
- 정태윤, “공동불법행위에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994.
- 주상수, “공동불법행위자 상호간의 내부구상관계”, 『사법논집』, 제13집, 법원행정처, 1983.
- 한삼인, “공동불법행위자간의 구상관계”, 『고시계』, 제48권 제12호, 고시계사, 2003.

[Abstract]

The Responsibility of the Communal Illegal Activists and the Compensation Distribution between the Illegal Activists

Kim, Sang-Chan

Professor, Law School, Jeju National Univ.

Jung, Young-Jin

Ph. D. Candidate, Dept. of Law, Jeju National Univ.

As Today, with rapid economic development and technological advancement, the importance of civil law related to communal illegal activities are increasing. This in our civil law refers to an act where many people carry out an illegal activity together to cause harm to other people in its largest sense as a 'Communal Illegal Activity'

The cases related to compensations caused by illegal activities also have evolved from its simple traditional form and have become multi-faceted and have spread out in a massive scale. Due to this, a new issue has arisen in the illegal activities law followed by compensation cases caused by numerous wrongdoers and victims. At the same time, with the complications within the modern society, in most cases, various reasons snowball into one damage creation and the scale of the loss is becoming larger as well.

The purpose of the communal illegal activity system lies in distributing the responsibility of the damage as well as deliverance of the victims. Therefore, we need to ensure enough progress is being made about the damage to the victim as much as possible and distribute the responsibilities between the wrongdoers evenly as well as preventing a drastic severe punishment to them. However, in reality, it is easier said than done in terms of realizing the almost paradoxical and idealistic results.

Thus, the communal illegal activity theory which regulates the creation of cases where damages are caused by a certain number of people should not only be interpreted

appropriate to the current social realities and legal system but should also protect the victims as well as prevent the wrongdoers from suffering from a severe disbenefit. This paper aims to revisit and reflect upon our civil law article 760 so that it can come up with a logical solution which will harmonize and balance out the understanding between the victim and the wrongdoer. Its ultimate purpose lies in contributing to finding such solutions in the future.

Key words : Communal Illegal Activity, Communal Illegal Activist, Abetment, Aiding, Pseudo Collective Financial Obligation Claim for Compensation between two parties Claim for Compensation Rights , Cancellation of Debt.

