

사용자책임의 성립과 책임제한에 관한 연구

A Study on the Requirement and Liability Restriction for the Employer's Liability

김 상 명*
Kim, Sang-Myeong

목 차

- I. 서론
- II. 사용자책임의 의의 및 근거
- III. 사용자책임의 성립요건
- IV. 사용자의 구상제한과 피용자의 구상여부
- V. 결론

국문초록

민법 제756조 1항에 의한 사용자책임은 사용자가 피용자를 사무집행과정에서 사용함으로써 피용자가 제3자에게 손해를 가한 경우에 그 배상책임을 부담하는 것이 공평의 원칙에 부합하다고 하는 보상책임의 원리에 따르고 있다. 이와 관련하여 민법 제756조 3항은 피용자의 가해행위로 인하여 손해가 발생한 때에는 사용자와 피용자 사이의 책임관계는 부진정연대관계로 보아 사용자가 피해자에게 배상한 경우에 피용자에게 구상권을 행사할 수는 있으나, 피용자의 불법행위가 인정될 때에는 사용자와 피용자는 피해자에 대하여 병존적으

논문접수일 : 2013.06.24

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 법학박사 · 제주국제대학교 경찰행정학과 부교수

로 연대책무자로서 책임을 부담한 것으로 새기는 것이 타당하다.

사용자의 피용자에 대한 구상권을 인정하는 경우에도 국가의 공무원에 대한 구상권 인정에서와 같이 피용자의 고의 또는 중과실의 경우에 한하여 인정하여야 하고, 경과실의 경우에는 인정하지 않는 것이 옳다고 생각한다. 나아가 피용자의 사용자에 대한 역구상권의 여부는 손해의 분산이라는 형평의 관점에서 인정할 필요가 있으며, 그 역구상의 범위는 당사자간의 관계, 직무의 특성, 이익의 배려정도, 손해발생의 원인과 과정 등을 종합적으로 고려하여 판단하는 것이 합리적이라 생각한다.

주제어 : 민법 제756조, 사용자의 대리인 책임, 피용자의 불법행위, 연대책임, 사용자의 구상권의 제한

1. 서론

사용자책임은 사용자가 피용자를 사용하여 사무집행 과정에서 피용자가 제3자에게 손해를 가한 때에는 사용자가 그 배상책임을 부담하는 것이 공평하다는 보상책임의 원리에 기초하고 있다. 사용자책임이 성립하기 위해서는 먼저, 사용자와 피용자 사이에 '사용관계'가 존재하여야 하고 이 경우에 있어서 피용자는 사용자의 지휘·감독관계를 받는 종속관계에 있어야 한다.¹⁾ 이러한 사용관계의 존부는 사용자가 실제로 지휘·감독을 하였느냐에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 판단하여야 한다.²⁾ 다음, 피용자가 '그 사무에 관

1) 대법원 2000.10.6. 선고 2000다30240 판결: 김형배, "사용자책임과 판례 : 비교법적 시각에서", 「고려법학」 48호, 고려대학교 법학연구원, 2007, 2면; 양석완, "보험업법상 보험사업자의 배상책임과 외형이론", 「기업법연구」 제21권 제3호(통권30호), 한국기업법학회, 2007, 312면; 김봉수, "사용자책임의 비교법적 경향", 「고려법학」 54호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 202면.

2) 대법원 2011.11.24. 선고 2011다41529 판결: 대법원 2011.11.24. 선고 2011다41529 판결: 대법원 2007.11.16. 선고 2005다55312 판결: 대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다36133 판결.

하여' 손해를 가했어야 한다. 이는 어떤 행위가 사무집행에 관한 행위인지에 대하여는 원칙적으로 피용자의 직무범위에 속하는 행위이어야 하지만, 직무집행행위의 자체는 아니라도 그 행위의 외형으로 보아 직무범위로 보이는 경우에는 포함된다.³⁾ 그러한 행위는 피용자가 그 권한을 남용한 경우,⁴⁾ 사용자 또는 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자의 구체적인 명령 또는 위임에 따르지 않은 경우도⁵⁾ 사무집행관련성이 있다. 이는 외형적 요소와 사무처리와의 관련성을 객관적 시각에서 고려하고 있다.⁶⁾ 이와 같이 사무집행에 관하여 행한 행위를 비교적 넓게 해석한다.⁷⁾ 그밖에 제3자에게 손해를 가하였어야 하며, 피해자의 가해행위가 불법행위의 요건을 갖추고, 사용자가 면책사유 있음을 증명하지 못하는 등의 요건을 갖추어야 사용자책임이 성립한다.

민법 제756조 제3항은 사용자가 피해자에게 배상한 경우에 피용자에 대하여 구상할 수 있다고 하여 이를 피용자 개인의 책임으로 보고 있다. 그러므로 피용자의 불법행위의 요건이 충족되어 사용자책임이 성립하는 경우에,⁸⁾ 사용자의 배상책임(제756조)과 피용자의 배상책임(제750조)은 부진정연대채무관계에 있다고 할 수 있다.⁹⁾ 그러므로 사용자책임의 성질을 대위책임으로 보면, 사용자가 손해배상을 한 경우에 그 전액을 피용자에 구상할 수 있다는 견해가 있는데¹⁰⁾ 피용자의 사무과정에서 발생한 손해를 피용자에게 전부 부담시키는

3) 대법원 1979.7.10. 선고 79다797 판결: 대법원 1971.6.8. 선고 71다598 판결.

4) 대법원 1980.2.28. 선고 82다카1875 판결: 대법원 1980.1.15. 선고 79다1867 판결.

5) 대법원 2008.2.1. 선고 2005다49270 판결: 대법원 1992.7.28. 선고 92다10531 판결.

6) 대법원 2009.02.26. 선고 2008다89712 판결: 대법원 2000.2.11. 선고 99다47297 판결.

7) 김형배, 전계 "사용자책임과 판례", 13면.

8) 대법원 1994.2.22. 선고 93다53696 판결: 대법원 1982.04.27. 선고 80다2555 판결: 대법원 1981.8.11. 선고 81다298 판결: 김형배, "사용자책임과 구상권의 제한", 『민사법학』 7호, 한국사법행정학회, 1988, 213면: 김형석, "사용자책임에서 사용자구상과 피용자책임에 관한 프랑스 판례의 동향", 『민사법학』 제59호, 한국민사법학회, 2012, 3면.

9) 같은 견해: 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007, 419면: 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004, 864면: 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2013, 1680면: 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2009, 1599면: 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2007, 1437면. 반대 견해: 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2003, 735면: 양자의 책임은 독립적 공동불법행위책임으로 이해한다. 이와 유사한 판결로, 대법원 1994.2.22. 선고 93다53695 판결: 대법원 1975.12.23. 선고 75다1193 판결.

10) 지원립, 전게서, 1437면: 박윤직, 전게서, 420면: 송덕수, 전게서, 1680면.

것은 사업위험을 근로자에게 전가되는 결과가 되어 부당하고,¹¹⁾ 이는 보상책임의 원리에도 충실하지 못하므로 구상권을 제한하는 것이 타당하다고 할 수 있다.¹²⁾ 그리고 그 권리를 제한 경우에도 권리남용, 공평의 관념상, 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 구상권을 행사할 수 있다고 생각한다.¹³⁾

따라서 이하에서는 판례를 중심으로 사용자책임의 의의와 근거, 그리고 사용자책임의 성립요건으로서 사용관계와 사무집행관련성을 살펴보고, 사용자책임과 책임제한에 관한 학설 및 판례를 검토하여 공평의 관념에서 역구상의 필요성에 따른 해석론을 끌어내어 사용자의 피용자에 대한 구상권과 더불어 피용자의 사용자에게 대한 역구상권도 제도화 하는 것이 타당한지에 대하여 입법대안을 제시하고자 한다.

II. 사용자책임의 의의와 근거

민법 제756조 1항은 타인을 사용하여 사무에 종사하게 한 사용자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다고 하여 사용자의 배상책임을 규정하고, 3항에서는 사용자는 피용자에게 구상권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 대리감독자 역시 사용자와 동일한 책임과 구상권을 가진다(동조 2항, 3항).

이와 같이 사용자책임의 근거에 관하여 다수설은, '이익이 있는 곳에 손해도 귀속해야 한다.'는 '보상책임의 원리'를 들 수 있다. 사용자가 피용자를 사용함으로써 자신의 활동범위를 확대하고 그 만큼의 더 많은 이익을 얻고 있으므로 피용자가 사무집행에 관하여 타인에게 가한 손해는 그 사업에 기인하는 손해로서 사용자 자신이 부담하는 것이 공평의 관념에 부합하고,¹⁴⁾ 보상책임의 원

11) 김형배, 전거서, 1606면.

12) 김형배, 전거서, 1606면; 이은영, 전거서, 864면; 김상용, 전거서, 735-736면.

13) 대법원 2009.11.26. 선고 2009다59350 판결; 대법원 2001.1.19. 선고 2000다33607 판결; 대법원 1996.4.9. 선고 95다52611 판결; 대법원 1994.12.13. 선고 94다17246 판결; 대법원 1991.5.10. 선고 94다17246 판결; 대법원 1987.9.8. 선고 86다카1045 판결.

14) 김덕중, "사용자책임의 성립요건에 관한 고찰", 「원광법학」 제16권 제3호, 원광대학교 법학

리에 합치한다는 보상책임설,¹⁵⁾ 사용자가 자신을 위하여 타인을 사무에 종사하게 하여 위험원인을 만들고 사용자는 타인을 선임이나 지시함으로써 그러한 위험을 지배 혹은 회피할 가능성이 있으므로 그러한 위험이 발생하는 경우에는 책임을 져야 한다는 위험책임설,¹⁶⁾ 기업을 경영하는 자는 그 기업에 종사하는 피용자의 행위로 의한 손해에 대해 무과실책임을 져야 한다고 보는 기업책임설,¹⁷⁾ 보상책임과 위험책임뿐만 아니라 사회정책적 고려에서 그 손실의 사회분배를 위한 사회정책적 고려설¹⁸⁾ 등의 다양한 견해가 제시되고 있다. 이러한 견해들은 사용자가 피용자의 행위에 대해 책임을 져야 하는 근거에 대해 어느 일부분을 중점적으로 강조하고 있으나, 각 이론마다 나름대로 타당한 근거를 제시하고 있으므로, 사용자책임의 근거를 보상책임이나 위험책임, 기업책임 등을 종합적으로 판단하는 것이 옳다는 견해가 있다.¹⁹⁾

생각건대, 사용자책임의 근거는 원칙적으로 보상책임설에서 찾는 것이 판례²⁰⁾ 및 다수설²¹⁾ 이지만, 사용자는 피용자를 사용함으로써 그 활동범위를 확대하고 그로 인해 위험원인을 창출하며, 그 결과는 기업의 사회적 책임과 연결되므로, 그러한 사용자의 이익, 행위, 결과를 종합할 때 사용자가 배상을 쉽게 할 수 있다는 현실적 고려와 손실의 사회적 분배라는 정책적 고려도 함께 중시하여 종합적으로 해석하여야 한다고 생각한다.²²⁾

사용자책임이 대위책임인지 아니면 고유의 자기책임인지에 관하여, 피용자의 불법행위에 대해 사용자가 대신 책임을 부담한다는 대위책임설과 사용자

연구소, 2010, 136면; 박윤지, 전계서, 416면.

15) 박윤지, 전계서, 416면; 김상용, 전계서, 726면.

16) 강봉석, "사용자책임과 그 면책사유 의 법적 성질", 『저스티스』 통권 제85호, 한국법학원, 2005, 125-126면.

17) 서정화, "사용자배상책임 법리에 관한 연구-기업책임을 중심으로-", 한양대학교 대학원 박사학위논문, 1990, 47면; 강봉석, 전계 논문, 129면; 김상용, 전계서, 725면.

18) 김상용, 전계서, 726면; 강봉석, 전계 논문, 129면.

19) 권용우, "사용자책임과 구상권의 제한", 『법학의 현대적 제문제』, 덕암 김병대학교수화갑기념, 1998, 431면.

20) 대법원 1997.09.26. 선고 97다21499 판결; 대법원 1985.12.10. 선고 85다카578 판결; 대법원 1992.06.23. 선고 91다43848 전원합의체 판결; 대법원 1992.07.28. 선고 92다10531 판결.

21) 김덕중, 전계 논문, 137면.

22) 같은 견해: 김상용, 전계서, 726면.

가 자신의 잘못에 대해 책임을 부담하는 것이라는 자기책임설이 있다.²³⁾ 대위 책임설은 영미법과 프랑스민법 등에서 채택하고 있고, 자기책임설은 독일민법에서 취하고 있다. 우리나라 학설은 대위책임설로 보는 것이 다수설²⁴⁾로 볼 수 있으나, 사용자 자신의 고의·과실에 대한 자기책임으로 이해하는 것이 타당하다는 견해가 있다.²⁵⁾ 또한 고유책임설을 주장하면서도 사용자가 선임·감독상의 주의의무를 다하지 못하여 야기된 손해나 그밖에 제3자에게 손해가 발생할 가능성을 미리 회피해야할 주의의무(위험방지의무)를 다하지 못하여 생긴 손해는 사용자 스스로 부담하여야 한다고 하는 견해도 있다.²⁶⁾ 이렇게 해석하는 견해 역시 사용자는 그 피용자의 불법행위에 대해 책임을 지지만, 피용자의 선임·감독에 관하여 과실이 없었다는 점 또는 상당한 주의를 하였더라도 손해가 생겼다는 점을 증명하면 면책된다(제756조 후문).

이와 같이 사용자책임은 사용자 자신이 가해행위 자체에 과실이 있는 것을 요건으로 하는 것이 아니라 피용자의 선임·감독에 대해 과실이 있는 것을 요건으로 성립한다. 이에 대해 민법상 사용자책임이 과실책임인지, 무과실책임인지 아니면 중간책임인지 여부에 대해 견해가 있으나, 다수의 견해는 중간책임으로 보고 있다.²⁷⁾ 이와 같은 사용자의 과실은 피용자의 선임·감독에 관한 것이고 피용자의 가해행위에 관한 것이 아니며, 그 면책을 위한 입증책임은 사용자에게 있다는 점에서 일반불법행위의 책임과는 다르다고 보아 과실책임과 무과실책임과의 중간지점에 위치하는 이른바 중간적 책임²⁸⁾이라고 보는 것이 다수설이며 합리적이라고 생각한다.

23) 한응길, "사용자책임에 있어 구상권에 관한 연구", 「동아법학」, 17호, 동아대학교 법학연구소, 1994, 75면.

24) 박윤직, 전게서, 749면; 김상용, 전게서, 723면.

25) 강봉석, 전계 논문, 138면; 한응길, 상계 논문, 76면.

26) 이은영, 전게서, 866면; 김형배, 전계 "사용자 책임과 구상권의 제한", 229면.

27) 강봉석, 전계 논문, 131면.

28) 권오승, "사용자책임에 대한 검토", 「상사법논총」, 무남 강위두박사 화갑기념, 형설출판사, 1996, 632면.

III. 사용자책임의 성립요건

사용자책임이 성립하기 위해서는 첫째, 어떤 사무에 관하여 타인을 사용하여야 하며 둘째, 피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가할 것을 요하며 셋째, 피용자에게 고의·과실 및 책임능력이 있을 것 등의 요건을 갖추어야 하고, 이러한 요건을 갖춘 경우에도 사용자는 면책사유를 주장, 입증하게 되면 책임을 지지 않게 된다.

1. 사용관계

사용자책임이 성립하기 위해서는 사용자와 피용자 사이에 사용관계가 존재하여야 한다. 사용관계에서 피용자는 사용자의 지휘·감독을 받는 종속관계에 있어야 한다.²⁹⁾ 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용자의 사무라 함은 법률적, 계속적인 것에 한하지 않고 사실적, 일시적 사무라도 무방하고,³⁰⁾ 영리적이냐 비영리적이냐는 묻지 않는다.³¹⁾ 이와 같이 사용자의 지휘·감독을 받는 관계에 있는지 여부를 판단하는 것에 대하여, 대법원은 증권회사와 그 증권회사의 직원이 아니면서 사실상 고객에 대한 투자상담사로서의 업무를 수행한 자 사이에 사실상의 지휘·감독관계를 인정하고,³²⁾ 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에, 명의사용을 허가 받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허가한 사람은 그 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하여³³⁾ 명의대여자에게 사용자책임을 인정하면서,³⁴⁾ 명의대여자

29) 박윤직, 전계서, 417면; 김상용, 전계서, 728면; 이은영, 전계서, 852-853면; 김형석, “사용자책임의 요건으로서의 사용관계”, 『민사법학』 제62호, 한국민사법학회, 2013, 231면; 김형배, 전계 “사용자책임과 판례”, 5면.

30) 대법원 1989.10.10. 선고 89다카2278 판결.

31) 김덕중, 전계 논문, 140면.

32) 대법원 2007.7.12. 선고 2006다53344 판결.

33) 대법원 2005.02.25. 선고 2003다36133 판결; 대법원 2003.07.25. 선고 2003다9049 판결; 대법

의 책임이 인정되기 위해서는, ① 명의의 영업상의 사용(외관), ② 명의사용의 허락(귀책사유), ③ 제3자의 오인(보호사유) 등의 3가지 요건이 갖추어져야 한다고 한다.³⁵⁾ 이러한 법원의 태도는 현실적으로 사용자가 피용자를 지휘·감독하고 있었는가에 따라 결정하는 것이 아니라 객관적으로 보아 지휘·감독관계에 있는가를 기준으로 결정하는 것으로 보인다.³⁶⁾ 또 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에, 그 사업이 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로 명의사용을 허용 받는 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 그 손해를 배상할 책임이 있고, 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 한다고 판시하여,³⁷⁾ 명의대여자에 대한 사용자책임의 성립의 판단기준을 제시하고 있다.

이와 같이 사용자와 피용자 사이의 사용관계는 객관적인 사정에 따라 결정되어야 하는 것으로서, 그러한 사용관계에는 고용관계뿐만 아니라 위임,³⁸⁾ 조합³⁹⁾ 등의 관계가 있을 수 있고, 보수의 지급유무나 고용기간의 장단 등을 묻지 않으며 사실상 지휘·감독관계가 있는 경우에도 인정된다. 한편, 일반적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘·감독의 관계가 없으므로 도급인은 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임이 없으나,

원 2001.08.21. 선고 2001다3658 판결: 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58538 판결.

34) 대법원 2005.2.25. 선고 2003다36133 판결: 대법원 2001.8.21. 선고 2001다3658 판결.

35) 황경남, “명의대여자의 사용자책임”, 『대법원판례해설』 제28호, 법원도서관, 1997, 170면.

36) 김덕중, 전계 논문, 141면: 임성근, “명의대여자의 사용자책임과 그 면책사유”, 『민사재판의 제문제』 16권, 한국사법행정학회, 2007, 711면.

37) 대법원 2011.11.24. 선고 2011다41529 판결: 대법원 2010.07.22. 선고 2010다20211 판결: 대법원 2007.04.12. 선고 2006다29839 판결: 대법원 2007.06.28. 선고 2007다26929 판결.

38) 대법원 1963.2.21. 선고 62다780 판결.

39) 대법원 2006.03.10. 선고 2005다65562 판결: 대법원 1999.04.27. 선고 98다36238 판결: 대법원 1998.4.28. 선고 97다55164 판결.

도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같은 이른바 노무도급의 경우에는 비록 도급인이라고 하더라도 사용자로서의 배상책임이 있다고⁴⁰⁾ 하여 실질적인 사용관계에 따라서 판단하고 있음을 볼 수 있다.

그리고 이와 같은 사용자와 피용자 사이의 사용관계가 적법성 여부에 대하여 조직원의 폭력행사 등 불법행위에 대해 그 조직적의 장(두목)에게 사용자 책임을 물을 수 있는가에 대하여는 조직원과 두목을 공동불법행위자로 보아 책임을 묻는 것도 가능하나 행위분담이나 의사연락 등에 대한 입증이 곤란한 경우가 많으므로 조직폭력단의 두목에게 사용자 책임을 부담시키려면, 두목과 조직원 사이에 사용관계를 인정할 수 있는지, 조직원의 범죄행위를 사무집행으로 볼 수 있는지가 문제된다.⁴¹⁾ 이에 관한 판례는 없으나, 대법원은 민법 제756조 소정의 사용자와 피용자의 관계는 반드시 유효한 고용관계가 있는 경우에 한하는 것이 아니고, 사실상 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 지휘·감독 아래 그 의사에 따라 사무를 집행하는 관계에 있으면 족하다고 한다.⁴²⁾ 이에 대하여는 학설은 긍정설⁴³⁾과 부정설⁴⁴⁾이 있으나 조직폭력에 따른 피해자 보호가 다른 어떤 경우보다 더 절실할 수 있다는 점, 사용관계는 사실상의 지휘·감독관계가 존재하는 것으로 충분한 점, 사무집행의 관념을 반드시 적법한 경우에만 한정할 것은 아니라는 점 등에서 보면 조직폭력 두목에게 사용관계를 인정하는 것이 옳다고 생각한다. 이와 같이 사용자와 피용자 사이의 사용관계는 반드시 적법하여야만 성립하는 것이 아니라 사실상의 지휘·감독 관계가 있는 경우에는 위법한 범죄단체의 경우에도 그 사용관계를 긍정하는 것이 피해자 보호를 중시하는 관점에서 옳다고 생각된다.⁴⁵⁾

40) 대법원 2005.11.10. 선고 2004다37676 판결; 대법원 1983.2.8. 선고 81다428 판결.

41) 이로운, "폭력조직의 민사개입폭력과 사용자책임", 『고시계』 제53권 제5호(통권 615호), 고시계사, 2008, 66면.

42) 대법원 1999.10.12. 선고 98다62671 판결; 대법원 1998.8.21. 선고 97다13702 판결.

43) 平井宣雄, 『債權各論』, 弘文堂, 1993, 228면.

44) 幾代通, 『不法行爲』, 有斐閣, 1993, 196면.

45) 같은 견해: 이로운, 전계 논문, 68면.

2. 사무집행관련성

사용자책임이 성립하기 위해서는 피용자가 사무집행과 관련하여 타인에게 손해를 가하여야 한다. 예를 들면, 택시운전사가 택시를 운행 중 승객인 부녀를 강간한 경우 택시회사의 사용자책임 유무에 대해, 택시회사에 대해 사용자로서 손해배상책임을 인정하였다.⁴⁶⁾ 나아가 민법 제756조 소정의 '사무집행에 관하여'의 의미와 그 판단 기준에 관하여 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다.⁴⁷⁾ 그리고 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지의 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련 정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 한다.⁴⁸⁾

이와 같이 다소 표현상 차이가 있기는 하나 사무집행 관련성에 대해 외형상 객관적으로 보아 사용자의 사무에 속하거나 그와 관련된 그 행위의 외형을 관찰하여 마치 직무의 범위 내에 속하는 것과 같이 보이는 행위도 사무집행에 관한 행위로 본다.⁴⁹⁾ 이러한 견해를 취하는 것은 궁극적으로 피해자를 두텁게 보호하기 위한 것으로서 기업의 보상책임, 위험책임 등 사용자책임을 지우는 근거와는 관련이 있으며, 이와 같이 사용자책임을 보상책임의 원리에 입각한 것임을 명백히 하고 있으며, 거래 안전을 보호에 기초한 외형이론에 의하여⁵⁰⁾ 그 관련성이 광범위하게 인정됨에 따라 그 책임의 범위도 넓어지게 된다.⁵¹⁾ 이에 대해 너무 개괄적이어서 명확한 표준을 제시하지 못한다고 하면서 제한적 외형이론에 따라 외형을 만든 사용자측의 사정도 아울러 고려하여

46) 대법원 1991.1.11. 선고 90다8954 판결.

47) 대법원 1992.3.31. 선고 90다8763 판결.

48) 대법원 2006.09.14. 선고 2004다53203 판결; 대법원 2002.12.10. 선고 2001다58443 판결.

49) 대법원 1985.8.13. 선고 84다카979 판결; 대법원 1977.03.22. 선고 75다999 판결; 대법원 1969.7.22. 선고 69다702 판결.

50) 김덕중, 전제 논문, 145면.

51) 김형배, "사용자책임과 구상권의 제한", 「고시계」, 고시계사, 1987. 5, 45면.

야 한다는 비판도 있다.⁵²⁾ 사용자책임과 관련되는 사안의 유형은 매우 다양하므로 사무집행관련성은 개개의 사건마다 그 관련 정도를 따질 수밖에 없으므로 사안마다 관련자의 주관적 사정을 어느 정도 그 불가피성을 인정할 수 있다. 사용자측의 주관적 사정은 면책을 주장하는 경우에 이를 반영할 여지가 있고,⁵³⁾ 피해자 보호라는 관점에서 보면 사무집행관련성을 보다 폭넓게 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

3. 면책가능성

사용자책임의 성립을 주장하는 자는 일반적인 불법행위에 관한 입증책임분배의 원칙에 따라 사용자책임의 성립요건에 대한 입증책임을 부담한다. 사용자책임에 있어서 사용자나 그에 갈음하여 사무를 감독하는 자는 그 피용자의 선임·감독에 상당한 주의를 하였거나 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상의 책임이 없으나, 이러한 사정은 사용자 등이 주장 및 입증하여야 한다.⁵⁴⁾ 사용자책임의 면책사유에 대해서는 사용자나 대리감독자에게 주장, 입증책임을 있음을 명백히 하고 있으며, 면책규정은 사용자책임에 관한 원칙규정의 예외규정에 해당한다고 볼 것이므로 면책에 관하여 사용자측이 입증책임을 부담하기 때문에 이를 과실책임과 무과실책임 사이의 중간적 책임으로 보는 것이 다수설의 입장이다.⁵⁵⁾

한편, 피용자의 불법행위가 외관상 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보이는 경우에도, 그 행위가 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 사용자책임을 물을 수 없는바, 이 경우 중대한 과실이라 함은 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라

52) 지원림, “사용자책임에 있어서 「사무집행에 관하여」의 판단기준”, 「수원지방변호사지」 4호, 1993, 189면.

53) 강봉석, 전계 논문, 147면.

54) 대법원 1998.5.15. 선고 97다58538 판결.

55) 이은영, 전계서, 849면.

는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 판시하여⁵⁶⁾ 사용자측이 면책될 수 있는 경우를 제한적으로 인정하고 있다. 이러한 판단은 사용자측이 선임·감독에 주의를 기울이지 아니하였다는 면책항변에 관하여 판단한 것이 아니라 '사무집행관련성'이라는 사용자책임의 한 요건의 예외를 설정하는 방식으로 면책을 인정하는 것으로서 피해자측에 경과실이 있는 경우에는 사용자책임을 인정하여 과실상계의 문제로 다루고, 중과실이 있는 경우에는 면책을 인정한다고 이해된다.

이와 같이 상호신용금고가 어음을 취득함에 있어 배서의 적법성을 의심할 만한 충분한 사정이 있었음에도 배서 경위 등을 확인하지 아니한 경우에, 피해자에게 중대한 과실이 있다는 이유로 사용자책임을 부정한다.⁵⁷⁾ 따라서 피용자의 불법행위가 외관상 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보이는 경우에 있어서도, 피용자의 행위가 사용자나 사용자에게 같음하여 그 사무를 감독하는 자의 사무집행 행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 사용자책임을 물을 수 없다. 사용자책임을 면책되는 피해자의 중대한 과실이라 함은 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다. 그러므로 상호신용금고가 어음을 취득함에 있어 배서의 적법성을 의심할 만한 충분한 사정이 있었음에도 배서 경위 등을 확인하지 아니한 경우, 피해자에게 중대한 과실이 있어 피고는 사용자책임을 없다고 한다.

한편, 피용자의 불법행위가 외관상 사용자의 사무집행의 범위 내에 속하는

56) 대법원 2008.1.18. 선고 2006다41471 판결.

57) 대법원 1998.7.24. 선고 97다49978 판결.

것으로 보여지는 경우에 있어서도, 피용자의 행위가 사용자나 사용자에게 같음하여 그 사무를 감독하는 자의 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 사용자 혹은 사용자에게 같음하여 그 사무를 감독하는 자에 대하여 사용자 책임을 물을 수 없는 것이다.⁵⁸⁾ 증권회사 직원이 피해자 회사의 경리이사와 공모하여 환매조건부채권 예금계좌에 입금한 피해자 회사의 자금으로 임의로 주식거래를 한 사안에서, 위 증권회사 직원의 행위가 증권회사의 사무집행행위에 속하지 않는다는 것을 위 경리이사가 알고 있었으므로 피해자 회사가 이를 알았다고 보아 피해자 회사는 위 증권회사에 대하여 사용자 책임을 물을 수 없다.⁵⁹⁾ 위 증권회사 직원의 행위가 증권회사의 사무집행행위에 속하지 않는다는 것을 위 경리이사가 알고 있었으므로 피해자 회사가 이를 알았다고 보아 피해자 회사는 위 증권회사에 대하여 사용자 책임을 물을 수 없다.

그리고 사용자로부터 위임을 받은 바 없이 행한 피용자의 금원차용행위 및 예금인출행위에 대하여 피해자인 은행의 지점장이 위 피용자의 행위가 사용자의 사무집행행위에 해당하지 않음을 알고도 이에 응한 경우, 위 은행은 그로 인한 손해에 대하여 사용자 책임을 물을 수 없다.⁶⁰⁾ 피용자의 불법행위가 외관상 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보이는 경우에도 피용자의 행위가 사용자나 사용자에게 같음하여 그 사무를 감독하는 자의 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 사용자 또는 사용자에게 같음하여 그 사무를 감독하는 자에 대하여 사용자 책임을 물을 수 없다. 나아가 고객이 증권회사 직원으로부터 특정 주식의 시세가 타 증권회사 직원의 시장조작에 의하여 변동될 것이라는 말을 듣고 자신들의 투자수익을 목적으로 이에 편승하여 주식을 매매하였다가 손해를 입은 경우, 고객으로서는 증권회사 직원의 시세조종 등 불공정행위가 사무집행행위에 해당하지 않음을 알았다고 보아 증권회사의 사용자 책임을 부정하였다.⁶¹⁾ 또한 골프회원권을 가지고 있던 원고들로서는 골프회원권의 매매계약이

58) 대법원 1992.7.28. 선고 92다10531 판결.

59) 대법원 2007.9.20. 선고 2004다43886 판결.

60) 대법원 2005.12.23. 선고 2003다30159 판결.

이례적이고 이상한 형태라는 점을 알고 있었을 뿐만 아니라 대금을 피고회사의 거래구좌가 아닌 개인통장으로 입금하는 등 비자금 조성이라는 불법적 행위에 편승하여 시세차익을 노린 원고들을 구태여 보호할 필요가 없다고 보아 원고들의 중과실을 인정하여 사용자책임을 부정하고 있다.⁶²⁾

이와 같이 대법원이 사용자책임을 부정하는 경우에 피해자측에 있다고 보는 중과실에 대해서는 그 인정사태가 매우 제한적이고, 한정적이라고 볼 수 있다. 가령 대법원은 피용자의 행위가 법령상의 제한을 위반하고 있다는 사실을 피해자가 인식할 수 있었는지 여부, 피해자의 경험 및 직위, 피해자와 피용자 사이의 종래 거래관계, 은행이 개인으로부터 돈을 차용하는 행위 등 경험칙상 피용자의 행위가 이례에 속하는 경우 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 피해자의 악의를 추단하거나 중대한 과실여부를 판단함으로써 상당히 신중한 입장을 견지하고 있다고 볼 수 있다. 이에 따라 사실상 피해자와 피용자가 서로 통모하는 등 고의에 가까운 정도의 사안, 혹은 금융기관이 자신의 본업에 해당하는 사항에 대해 그 주의를 상당히 기울인 경우 등이 사용자책임을 부인하는 전형적인 경우라고 할 수 있다.

이와 같은 대법원의 판례를 보면, 은행직원이 보통의 정규예금 금리보다 훨씬 높은 이자를 준다며 예금을 유치하여 임의 소비한 경우,⁶³⁾ 증권회사 지점장의 권유에 따라 증권 투자금 명목으로 돈을 교부한 것이 개인적인 자금투자거래관계로 평가되는 경우,⁶⁴⁾ 은행직원의 배서위조행위의 경우,⁶⁵⁾ 피고은행 직원이 원고들의 예금을 함부로 인출하여 사용한 경우⁶⁶⁾ 등은 피해자 측에 중과실이 있는 경우에는 사용자책임을 면한다고 하면서도 피해자측의 중과실이 있다는 주장을 받아들이지 않고 모두 사용자책임을 인정하고 있는데,⁶⁷⁾ 이

61) 대법원 2000.3.28. 선고 98다48934 판결.

62) 대법원 2005.2.25. 선고 2003다36133 판결.

63) 대법원 1996.4.26. 선고 94다29850 판결, 대법원 1996.12.10. 선고 95다17595 판결.

64) 대법원 1998.3.27. 선고 97다19687 판결.

65) 대법원 1999.1.26. 선고 98다39930 판결.

66) 대법원 2008.2.1. 선고 2005다49270 판결.

67) 대법원 2005.07.15. 선고 2003다28200 판결; 대법원 2005.02.25. 선고 2003다36133 판결; 대법원 2005.07.08. 선고 2005다8125 판결; 대법원 2006.03.24. 선고 2005다48253 판결; 대법원

러한 판결들은 대법원이 사용자측의 면책을 인정하는데 다소 소극적인 입장을 취하고 있다고 평가할 수 있다.

나아가 사용자측이 선임 또는 감독상 잘못이 없다는 것을 입증하면 면책된다는 관계 규정은 사실상 사문화하게 되고 면책의 여지를 원천적으로 봉쇄하는 결과가 되므로 법규정을 무시한 해석방법이라는 비난을 초래할 수 있다. 그러므로 궁극적으로는 민법상 면책에 관한 규정을 아예 삭제하는 방향으로 관계 규정을 개정하고, 면책 규정이 삭제되더라도 판례의 입장에서 보는 바와 같이 피해자의 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 그 자체로 사용자측의 책임을 면하게 할 수 있으므로 면책규정의 존부와 피해자측의 고의 또는 중과실의 존부와는 별개의 문제로 볼 수 있다.

4. 사용자와 피용자 사이의 책임관계

사용자책임을 지는 자는 사용자 또는 대리감독자이다. 사용자책임이 인정되더라도 피용자 자신의 불법행위책임이 면제되는 것은 아니므로 피용자도 책임을 지게 된다. 피해자가 사용자와 피용자를 상대로 불법행위책임을 묻는 경우 사용자와 피용자 사이의 책임은 부진정연대채무의 관계에 있다는 것이 통설이다.⁶⁸⁾ 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 직접 손해를 가한 피용자 자신의 손해배상의무와 그 사용자의 손해배상의무는 별개의 채무일 뿐만 아니라 불법행위로 인한 손해의 발생에 관한 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 한 결과 피용자와 사용자가 피해자에게 배상하여야 할 손해액의 범위가 각기 달라질 수 있다.⁶⁹⁾ 이와 같이 배상의 범위가 달라지는 것은 피용자의 고의에 의하여 손해가 발생하고 거기에 피해자의 과실이 가공한 경우에 발생한다. 고의로 손해를 야기한 피용자는 과실상계를 주장할 수 없다.⁷⁰⁾

2006.09.14. 선고 2004다53203 판결: 대법원 2005.12.23. 선고 2003다30159 판결:대법원 2007.04.12. 선고 2006다11562 판결.

68) 박윤직, 전거서, 687면.

69) 대법원 1994.2.22. 선고 93다53696 판결.

70) 대법원 2000.1.21. 선고 99다50538 판결: 대법원 1995. 11. 14. 선고 95다30352 판결.

또한 대법원은 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 직접 손해를 가한 피용자 자신의 손해배상의무와 그 사용자의 손해배상의무는 별개의 채무일 뿐만 아니라 불법행위로 인한 손해의 발생에 관한 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 한 결과 피용자와 사용자가 피해자에게 배상하여야 할 손해액의 범위가 각기 달라질 수 있다고 하여⁷¹⁾ 사용자와의 관계에서 피해자측의 과실을 적극적으로 고려할 수 있다는 점에서 사용자와 피용자 사이의 책임관계는 부진정연대관계에 있다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

IV. 사용자의 구상제한과 피용자의 구상여부

1. 사용자의 구상권의 제한

(1) 구상범위의 제한근거

민법 제756조 3항은 사용자책임을 지는 사용자 또는 감독자가 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있음을 규정하고 있다. 이 규정은 피용자와 사용자 사이의 내부관계를 규정한 것으로 피해자를 보호하기 위한 직접적 규정은 아니다.⁷²⁾ 사용자책임을 사용자 자신의 과실책임(선임·감독상의 주의의무위반) 없이 피용자의 불법행위만으로 인정되는 것은 아니므로 엄격한 의미에서 대위책임이라는 용어는 적절치 않으나, 사용자책임을 다수설과 같은 대위책임으로 보게 되면, 사용자 등은 불법행위를 한 피용자를 대신하여 배상한 것이어서 불법행위에 대한 직접적 책임이 있는 피용자에게 전액 구상을 행사할 수 있는 것은 당연하다.⁷³⁾ 그러나 독일에서는 피용자의 불법행위가 인정될 때에는 내부관계에 있어서는 피용자만이 책임을 지우고,⁷⁴⁾ 사용자와 피용자는 피

71) 대법원 1994.2.22. 선고 93다53696 판결.

72) 김형배, 전제 “사용자책임과 판례”, 28면.

73) 송덕수, 전저서, 1680면.

74) Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, S.573.

해자에 대하여 병존적으로 연대책무자로서 책임을 지우도록 하고 있다.⁷⁵⁾ 판례는 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 구상할 수 있으며,⁷⁶⁾ 그 구체적인 사안에 따라 신의칙상 구상권 행사가 부정할 경우가 있으나,⁷⁷⁾ 피용자와 사용자는 피해자에 대하여 병존적으로 연대책무를 부담한다고 새기는 것이 타당하다고 생각한다.⁷⁸⁾

위와 같이 대법원은, 사용자의 피용자에 대한 구상권 행사에 있어서는 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 사업시설의 상황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실의 분담에 관한 사용자의 배려정도 등의 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분산이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해의 배상이나 구상권을 행사할 수 있다고 판시함으로써⁷⁹⁾ 사용자의 구상권을 제한하기 위해서 손해의 공평한 분담이라는 이상을 내세워 신의칙을 적용하고, 신의칙의 일반원칙을 구체화하는 기준을 제시하고 있다. 나아가 사용자와 피용자 쌍방의 과실의 경중, 곤돌라 기사인 피용자의 근무조건과 그러한 근무조건이 사고발생에 미친 영향의 정도, 피해자가 사고를 당하게 된 경위, 사용자의 노무자에 대한 인력관리상황, 사고 후 피용자가 실형을 복역한 후 현재 면직되어 있음에 반하여, 사용자는 국내 유수의 공동주택관리업체로서의 지위를 그대로 유지하고 있는 점 등 제반사정을 참작하여 사용자의 피용자에 대한 구상권 행사가 신의칙에 반하여 허용되지 아니한다고 판시하여⁸⁰⁾ 일정한 경우에 한하여 피용자에게 구상권을 행사할 수 없음을 밝히고 있다.

이와 같이 민법 제756조 3항에서 사용자 등이 배상을 한 때에는 피용자에게 구상권을 행사할 수 있다고 규정하고 있는데도, 일정한 경우에는 사용자 등의

75) §840, ABs. 1. BGB.

76) 대법원 2009.11.26. 선고 2009다59350 판결: 대법원 2001.1.19. 선고 2000다33607 판결.

77) 대법원 2001.01.19. 선고 2000다33607 판결: 대법원 1996.04.09. 선고 95다52611 판결.

78) 박윤직, 전거서, 519면: 김형배, 전거서, 1606면: 김형배, 상계 논문, 28면: v. Bar(Fn. 4), S.114: 加藤一郎, 「不法行爲」, 有斐閣, 1983, 190面.

79) 대법원 1994.12.13. 선고 94다17246 판결: 법원 1991.05.10. 선고 91다6764 판결: 대법원 1991.05.10. 선고 91다7255 판결: 대법원 1992.09.25. 선고 92다25595 판결: 대법원 1987.9.8. 선고 86다카1045 판결.

80) 대법원 2001.01.19. 선고 2000다33607 판결: 대법원 1994.12.13. 선고 94다17246 판결.

구상권의 행사를 제한할 수 있다고 해석하는 것이 판례의 입장이다.⁸¹⁾ 이러한 견해는 사용자는 위험성 있는 노동을 피용자에게 맡기고 있기 때문에, 그 과정에서 생긴 손해를 그대로 피용자에게 전가하는 것은 부당하다는 점,⁸²⁾ 피용자는 근로조건·작업시설·안전장치 등 사고방지를 위한 조건을 스스로 만들 수 없다는 점,⁸³⁾ 사용자는 사업위험을 줄이도록 안전장치 등 사고방지를 하거나 보험, 상품가격 등에 손실을 분산시킬 수 있다는 점 등에서 그 정당성의 근거를 찾는다.⁸⁴⁾ 사용자 등의 피용자에 대한 구상권을 제한하는 근거로,⁸⁵⁾ 대법원 판례⁸⁶⁾는 보다 전통적인 이론에 입각한 신의칙설을 적용하고, 이러한 태도에 대해서는 일반조항에 의지하는 것이 부적절하고 법에서 인정하는 구상권에 대해 신의칙에 반한다고 볼 수 있는 근거가 명백하지 않다는 비판이 있다.⁸⁷⁾

(2) 책임제한의 비교법적 검토

우리나라와 일본, 그리고 영미법⁸⁸⁾이나 독일에서는 판례를 통해 사용자 등의 구상권의 행사에 제한하고 있다.⁸⁹⁾ 영미법상 사용자와 피용자는 공동불법행위자(Joint tortfeasors)의 관계에 있는 것으로 본다. 이는 1799년에 나온 Merryweather v. Nixon 판결을 계기로 공동불법행위자 중 1인이 전액을 변제한 경우 다른

81) 대법원 2008.3.27. 선고 2006다70929,70936 판결.

82) 이은영, 전거서, 864면; 김형배, 전거서, 1606면.

83) 장석천, “사용자책임에 있어서 구상권의 제한”, 『법학연구』 제16권 2호, 충북대학교 법학연구소, 2005, 204면.

84) 김형배, 전거서, 1606면; 이은영, 전거서, 866면; 정희영, “사용자책임에 있어서 ‘사무집행에 관하여’의 판단기준”, 『재판실무연구 2001』, 광주지방법원, 2002. 1, 158면.

85) 한용길, 전거 “사용자책임에 있어 구상권에 관한 연구”, 87-92면.

86) 대법원 1996.04.09. 선고 95다52611 판결; 서울고등법원 1985.5.31. 선고 84나3685 판결; 서울민사지방법원 1984.8.31. 선고 83가합4963 판결.

87) 한용길, 상거 논문, 95면.

88) 미국에 있어서는 사용자의 피용자에 대한 구상권 행사가 제한되는 근거는 사용자가 구상권을 가지고 성실적(good-faith)인 피용자에게 벌을 가하려고 원치 않으므로 실무에 있어서는 상당히 제한되었다(G. t. Schwartz, Liability for Damage Caused by Others Under U.S. Law in: J. Spier(Ed), Unification of Tort Law, para. (17)).

89) 김봉수, “사용자책임의 비교법적 경향”, 『고려법학』 제54호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 223면 이하.

공동불법행위자에게 구상할 수 없는 것을 원칙이다.⁹⁰⁾ 그러나 미국에서 1970년대에 이르기까지 판례를 통해 부분적인 구상(contribution)을 허용하는 사례가 다수 나타나게 되었고, 입법의 형식으로 명시적인 구상을 허용하는 사례도 나타나 현재는 구상을 허용하는 것이 대부분이다.⁹¹⁾ 그러나 영국에서는 대위의 원칙에 기하여 피용자에게 소를 제기하는 경우에, 피용자에게 사기나 공모에 의한 경우가 아닌 한 그 권리를 행사하지 않는다는 '신사협정'에 따라 그 실행되는 경우가 드물었다.⁹²⁾ 이와 같이 영국과 미국법상 구상을 허용하는 형태는 우리 민법이 전면적인 구상을 허용하는 규정을 두고, 다만 판례에 의하여 구상을 제한하는 형식과는 다소 차이가 있음을 알 수 있다.

프랑스의 경우는 피해자를 위하여 사용자는 피해자의 권리를 대위하여 구상할 수 있으나, 피용자가 고의적으로 행위 한 경우에만 책임을 지도록 하고 있다.⁹³⁾ 다만 노동법규정은 특별한 경우를 제외하고는 피용자에 대하여 구상청구를 제한하고 있으며, 보험법은 어떠한 청구도 할 수 없다고 규정하고 있으나 보험자가 피해자에게 배상한 경우에는 보험자는 가해자가 악의적인 경우에만 구상할 수 있다.⁹⁴⁾ 오스트리아의 경우에는 민법 제1313조에서 타인의 불법행위에 의하여 책임을 진자는 과실 있는 자에게 구상을 청구할 수 있으나, 피해자의 손해가 피용자의 단순한 경과실에 의하여 발생한 경우라면 피용자책임제한법(DHG) 제4조 3항에 의하여 사용자는 그에 대하여 어떠한 구상청구도 할 수 없다.⁹⁵⁾ 네덜란드의 경우에는 사용자의 악의적 또는 의식적인 과실(malice or conscious recklessness)에 의한 피용자의 행위가 있는 경우에만 구상청구를 할 수 있다.⁹⁶⁾

90) Keeton et al, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*(5th ed. 1984), S. 336.

91) Keeton et al, *a.a.O.*, 337-338.

92) 이와 같이 사용자나 보험자가 피용자에 대하여 구상청구를 한다는 것은 거의 사문화되었다 (W. V. H Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, p.724).

93) Ass. Plén 14 December 2001, D. 2002, 1230.

94) 김봉수, 상계논문, 225면. Art. L 121-2 C Ass.

95) G. t. Schwartz, *Liability for Damage Caused by Others Under U.S. Law* in: J. Spier (Ed), *Unification of Tort Law*, para. [59]

96) 김봉수, 전계논문, 226면; 네덜란드민법 제6: 107조 3항.

독일민법 제831조 제1항은 타인을 어느 사무에 사용하는 자는 그가 사무의 집행에 관하여 제3자에게 위법하게 가한 손해를 배상할 의무를 진다고 규정하고, 제840조 제2항에서 제831조, 제832조에 의하여 타인이 야기한 손해를 배상할 의무가 있는 자와 함께 그 타인도 그 손해에 대하여 책임을 지는 때에는 그들 상호간의 관계에서 그 타인만이 의무를 지고, 제829조의 경우에는 감독 의무자만이 의무를 진다고 규정하여, 사용자와 피용자 사이에서는 피용자가 전적인 책임을 지는 것으로 하였다. 그러나 피용자에게 이와 같이 모든 책임을 부담하게 하는 것은 불합리한 점이 발생하게 되므로, 판례를 통해 피용자의 책임을 제한하는 방식을 취하였다.⁹⁷⁾ 독일 초기의 판례에서⁹⁸⁾ 과실에 기하여 동일 사업소 또는 동일 기업의 동료 노동자에게 노동재해를 일으킨 피용자는 위임받은 일의 특별한 위험을 고려하여 비난성이 중대하지 않을 때는 손해배상의무를 지지 않는다고 하고, 1959년의 판결⁹⁹⁾ 등이 사용자 측의 구상권 행사를 제한한 초기의 판례이다. 그리고 1983년에 사업활동의 집행에 있어 손해가 야기되었는가 여부는 사업활동과 손해결과가 내적 관련성을 지니고 있는가에 달려 있고, 운전자가 사용자로부터 미리 지정된 운행루트를 벗어나 휴식을 취하려는 때에 운행한도 시간을 이미 초과하였고 더 초과가 예상되어 지정루트를 벗어나는 것이 허용된다고 판단되는 경우에는 내적 관련성이 있으며, 피고는 중과실로 사고를 야기한 것이 아니어서 손해배상의무가 없다고 판시하여,¹⁰⁰⁾ 위와 같은 입장을 취하였다.¹⁰¹⁾

(3) 사건

사용자는 피용자를 고용하여 대규모로 사업을 영위하기 위하여 막대한 자

97) Zöllner/Loritz, *ArbR*, 5.Aufl., 1998, S.255.

98) BAG, *Beschl. v.25.9.1957*(BAGE 5,1).

99) BAG, *Urt. v.19.3.1959*(BAGE 7,290).

100) BAG, *Urt. v.21.10.1983*(BAGE 44,170).

101) 한응길, "사용자책임에 관한 연구-독일의 경우를 중심으로-", 「동아법학」 제10호, 동아대학교 법학연구소, 1990, 5, 80면; 한응길, "사용자책임에 있어서 구상권에 관한 연구", 「동아법학」 제17호, 동아대학교 법학연구소, 1994, 81면; Zöllner/Loritz, *a.a.O.*, S.256.

금 및 시설, 노동력 등을 투입하여 이윤을 추구하는 과정에서 피용자는 대체로 종속적 노동관계에서 노동을 제공하게 된다. 이러한 과정에서 피용자가 업무집행과 관련하여 불법행위를 함으로써 제3자에게 손해를 야기한 경우에, 그 책임을 전적으로 피용자에게 돌리게 된다면 피용자나 그 가족의 생계를 위협하는 요소로 작용할 것이므로, 보상책임론 혹은 위험책임론의 입장에서 책임의 범위를 일정 부분 제한하여야 한다고 생각한다. 결국 어떠한 방식과 근거로 제한할 것인지 여부가 문제이나 여기에는 구체적 사안에 따라 사용자와 피용자 사이의 관계, 사업규모, 근로조건, 조직체계, 업무의 위험성, 사용자의 위험분산가능성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

그러므로 비교법적 관점에서 보더라도 피용자와 사용자가 함께 책임을 지고, 사용자가 피용자에게 구상하려는 경우, 그 구상권 행사를 일부 또는 전부 제한하는 입장을 취하는 것이 대부분 국가에서 볼 수 있다. 프랑스와 오스트리아의 경우에는 노동법상 노동자를 위하여 특별한 입법을 마련하여 피용자에 대한 구상권행사를 제한하고 있음을 위에서 본 바와 같다.

영미법상으로는 처음에는 구상권 행사를 인정하지 않다가 그 행사를 일부 혹은 전부를 인정하고 있으나, 우리나라와 일본, 독일 등의 경우에는 그 구상권 행사를 할 수 있는 규정만을 두고 그 제한에 관한 규정을 두고 있지 않아 판례를 통해 그 전부 또는 일부를 제한하고 있는 것이다. 특히, 독일에서는 사용자책임과 피용자책임의 관계에 있어서는 피용자만 책임을 지도록 하고 있지만 판례를 통해 사실상 관련 규정을 적용하지 않고 있는 점이다. 이와 같이 독일연방노동법원의 판례를 통해 확립된 원칙은, 위험작업에 종사하는 근로자의 과실이 매우 경미한 때에는 근로자의 책임이 면제되고, 보통의 경과실의 경우에는 근로자와 사용자가 배상책임을 분담하여 만일 근로자에게 고의 또는 중과실이 있을 때에는 근로자가 배상책임을 전부 부담하도록 하나 근로자의 경과실의 경우에 책임을 분담하기 위하여 법원은 작업의 위험성과 경중, 사고의 예견가능성, 위험의 기업내재성, 노무제공의 단조성, 근로시간, 근로기간중의 실수의 정도와 빈도, 연령, 기업체내에서의 지위, 보수, 인적 관계, 손해발생에 대비한 보험가입여부, 과책의 정도 등의 사정을 고려하도록 하고 있다.¹⁰²⁾

2. 피용자의 사용자에 대한 구상 여부(역구상 여부)

(1) 역구상권의 행사 여부

사용자책임에 있어서 피해자가 피용자에게 소를 제기하여 손해 전액을 배상받은 경우에, 피용자는 고의적인 가해행위가 아니라면 사용자에 대하여 역구상권을 청구할 수 있는가가 문제가 된다.¹⁰³⁾ 즉 사용자책임의 본질에 관해 다수설인 대위책임설을 따르면, 피해자에 대한 관계에서 직접 책임을 져야 하는 자는 피용자이고 사용자는 사용관계에 따라 대위하여 그 책임을 지는 것으로 보게 되므로, 피용자는 자신이 배상하였다도 그것은 자신의 책임을 이행한 것에 불과하게 되어 사용자에게 어떠한 구상권을 행사할 수 없는 것이 원칙이다. 그런데 이러한 경우에도 피용자가 피해자에게 손해배상을 한 이후에 사용자에게 구상권을 행사할 수 있는 여부가 문제가 되고, 그것이 사용자 등이 행사하는 구상권과 역방향이라는 의미에서 보통 '역구상'이라 한다.

예를 들면, 피용자의 사무집행과정에서 피해자에게 손해를 가한 경우에 피해자는 병존적 연대책무자인 사용자에게 우선 사용자책임을 물어 전액보상(100%)을 청구하는 때에 사용자는 항변권을 주장할 수 없어 100% 이행하였고, 그 후 사용자가 피용자에게 구상권을 행사하였으나 일부(50%)가 구상권이 제한된 경우라면, 피해자가 피용자를 상대로 직접 불법행위책임을 물어 100% 전액의 손해배상을 받았다면, 피용자는 사용자를 상대로 자신의 책임이 50%라고 주장하여 구상권을 행사할 수 있지가 문제가 된다.¹⁰⁴⁾

이와 같은 역구상권에 관하여 판례가 인정한 사례는 없지만, 학설에서는 이를 인정하자는 견해가 있다. 이와 같이 주장하는 근거는 피해자가 사용자를 상대로 책임을 묻는 경우 사용자가 구상권을 행사한다면 피용자가 부담하는 책임은 50%에 한정되지만, 피해자가 피용자를 상대로 직접 책임을 묻는

102) 김형배, 전계 논문, 227-228면.

103) 김봉수, 전계논문, 227면.

104) 이혜진, "사용자책임과 구상권 및 역구상권에 관한 고찰", 「동아법학」 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 627면.

다면 피용자는 결국 100%의 책임을 부담하게 되어 그 책임의 범위에 불균형이 발생하게 된다.¹⁰⁵⁾ 따라서 사용자가 피용자에게 행사하는 구상권에 대해 피용자의 제반사정 등을 고려하여 일부 제한한다면, 이와 반대로 피용자가 사용자에게 구상권을 행사하는 것도 신의칙 및 형평의 원칙상 인정할 수 있어야 한다.¹⁰⁶⁾

그러므로 역구상권에 대하여 명문규정이 없다고 하더라도 사용자와 피용자는 각자의 부담부분이 있고, 그러한 부담부분을 초과하여 배상하는 때에는 역구상은 가능하다고 하여야 한다. 예를 들면 의료사고의 경우 담당의사에 대한 복수심리 때문에 자력이 충분한 병원을 상대로 하지 않고 의사 개인을 상대로 소송을 제기하는 경우와 같이 사용자가 자력이 없는 경우에 한정되지 않기 때문에 사용자에게 자력이 없다는 이유로 역구상을 부정하는 것은 설득력을 갖기 어렵다. 또한 기업의 평화라는 이익이 과연 피용자의 일방적인 손해를 감수하면서까지 지킬 만큼 중요한 법익인지는 의심스럽다.¹⁰⁷⁾ 그리고 사용자로부터 피용자에 대한 구상을 부분적으로 제한할 수 있다면, 피용자의 입장에서 피해자로부터 손해배상청구를 당하는 경우 전액을 부담하게 되므로, 사용자가 배상한 경우에 비해 피용자에게 특히 불균형이 생기므로 역구상권을 긍정하여야 한다.¹⁰⁸⁾ 앞서 검토한 바와 같이 피용자의 책임과 사용자의 책임은 부진정연대채무의 경우와 같이 해석되므로 구상권의 행사에 있어서도 부진정연대채무와 같이 보아 이를 긍정하여야 한다. 이는 보상책임의 원리에서 보더라도 대신 변제하에 따른 청구도 인정하여야 한다고 한다.¹⁰⁹⁾

한편 견해에 따라서는 사용자책임을 대위책임으로 보면서도 피해자가 피용자에게 손해배상을 청구하는 경우에 사용자가 손해보험에 가입하고 있는 때에 신의칙에 기하여 피용자는 '보험의 항변'을 제출하여 그 한도에서 지급을 거절할 수 있으므로 피용자에게 일종의 항변권을 인정하여 피해자의 손해배상을

105) 山田卓生, 「新・現代損害賠償法講座4」, 日本評論社, 1997, 135面.

106) 이혜진, 전계논문, 628면.

107) 한웅길, 전계 논문, 96-96면.

108) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007, 450면; 加藤雅信, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 有斐閣, 2005, 346-347面.

109) 田山輝明, 前掲書, 226面.

제한할 수 있다고 한다. 따라서 피용자가 사용자에게 구상권을 행사하는 것은 인정할 필요가 없다는 견해가 있다.¹¹⁰⁾ 또한 절충설적 입장에서 사용자와 피용자 간에 일종의 공동불법행위관계가 성립하는 경우에만 공동불법행위자간의 부담부분으로 피용자의 사용자에 대한 구상권을 인정하여야 한다고 보는 한정적 긍정설을 취하는 견해가 있다.¹¹¹⁾ 이와 같은 견해에 따르면 교통사고의 경우 책임보험문제에서 피보험자로서 사용자뿐만 아니라 피용자인 운전자도 가입되어 있는 것이 일반적이므로 문제가 되지 않지만, 만일 보상액을 초과하는 손해가 발생하는 경우와 같이 피해자가 피용자에게 배상을 청구하는 것은 피용자 자신에게 어느 정도의 최종적 부담을 시키는 것은 사용자의 자력에 문제가 있다거나 피용자의 과실이 중대한 경우라면 피용자에게 구상권을 인정할 필요성은 없다고 보고 피용자의 과실이 가벼운 경우에는 구상권을 인정하여야 한다는 것이다.¹¹²⁾ 한정적 긍정설을 주장하면서도 피용자가 경과실에 해당함에도 임의로 변제하는 경우에는, 결과적으로 사용자에게 구상하지 못하게 된다면 전혀 변제하지 아니한 경우에 비하여 불공평이 생기게 된다. 이때에 피용자가 사용자에게 구상하는 것은 실제상 거의 생각할 수 없기 때문에 위와 같은 해석론상 불합치 문제는 추상론에 불과하다는 견해가 있다.¹¹³⁾

이와는 달리 일본의 학설은 주로 사용자책임을 대위책임으로 파악하는 견해로 피용자가 피해자에게 손해배상을 하더라도 자기고유의 채무를 이행한 것에 불과하기 때문에 사용자에게 구상권을 행사할 수 없다는 것이다.¹¹⁴⁾ 우리나라에서 역구상을 부정하는 견해는 역구상을 인정하는 명문규정이 없고, 피해자가 피용자에게 배상을 청구하는 것은 대체로 사용자에게 자력이 없는 경우에만 역구상을 인정하더라도 실익이 없으며, 역구상을 인정하면 기업평화가 깨질 염려가 있다는 등의 문제점을 들고 있다.¹¹⁵⁾

110) 田山輝明, 上掲書, 226面.

111) 淡路剛久, 「連帶債務の研究」, 弘文堂, 1975, 226面.

112) 김봉수, 전계논문, 234-235면.

113) 淡路剛久, 上掲書, 302面.

114) 田山輝明, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 成文堂, 2006, 225面.

115) 이혜진, 전계논문, 629면; 권용우, 전계 논문, 443면.

(2) 역구상의 가부

피용자가 자신의 불법행위로 인해 피해자에게 손해를 가하고 손해배상을 한 경우에, 사용자에게 구상권을 행사할 수 있는지 여부를 검토하는 경우에는 피용자와 사용자가 불법행위에 관여한 정도에 따라서 달리 해석할 필요가 있다.¹¹⁶⁾

불법행위로 인한 손해의 발생에 사용자의 고의, 과실이 있어 피용자와 사용자는 공동불법행위자로서 피해자는 사용자에 대해 직접적인 불법행위책임을 물을 수 있는 것이 가능하지만, 소송전략상 혹은 피용자에게 자력이 있다는 등의 이유로 피용자만을 상대로 책임을 묻거나, 사용자에게 직접적인 불법행위자로서의 책임이 아닌 사용자책임만을 묻는 경우에 문제가 된다. 예컨대, 사용자가 지시하는 방법대로 공사를 하다가 사고가 발생하여 손해가 난 경우, 사용자는 그 지시를 잘못된 자로서 불법행위책임을 져야 하는데도 피해자가 현실적인 소송에서 그 책임을 묻지 않은 경우이다. 만일 피용자와 사용자가 공동불법행위자로서 책임을 부담하게 된다면 피용자가 사용자에게 구상권을 행사할 수 있는 것은 판례¹¹⁷⁾도 긍정하고 있을 뿐만 아니라 학설상으로도 별다른 견해가 없다.¹¹⁸⁾ 이에 대해 피용자가 사용자를 상대로 구상권을 행사하는 것은 그 실질이 공동불법행위자 사이에서 구상권을 행사하는 경우와 다르지 않기 때문에 피용자로서는 사용자의 불법행위를 주장, 입증하여 그 부담부분에 상응한 구상권을 행사할 수 있다. 이 경우는 피용자가 사용자를 상대로 구상권을 행사하는 의미에서는 역구상과 유사한 외관을 보이고 있으나 일반적으로 논의되는 역구상의 개념과는 다소 차이가 있지만,¹¹⁹⁾ 이러한 때에도 역구상을 인정하여야 한다는 한정적 긍정설이 있다.¹²⁰⁾

그러나 이와 같은 경우에도 피용자의 사용자에 대한 구상권의 행사가 중하지

116) 이해진, 상계논문, 630면.

117) 대법원 2008.11.27. 선고 2008다65402 판결.

118) 이해진, 전계논문, 630-631면.

119) 淡路剛久, 上掲書, 303面.

120) 김봉수, 전계논문, 236면.

않을 수도 있다는 점은 주의할 필요가 있다. 예컨대, 금융기관의 직원이 고객의 돈을 횡령하고, 그 금융기관이 내부적으로 사고방지를 위한 아무런 견제장치도 마련하지 않는 등의 과실이 그러한 불법행위로 인한 손해발생에 가공한 경우에, 피용자가 사용자인 금융기관을 상대로 구상권을 행사할 수 있는 것인가? 피해자는 돈을 횡령한 직원을 상대로 책임을 물을 수 있을 뿐만 아니라 금융기관의 과실을 물어 공동불법행위자로서 책임을 물을 수 있는 경우라면, 손해배상에 응한 피용자가 사용자에게 구상할 수 있는가라는 것은 고의로 불법행위를 하는 자가 자신의 불법행위를 제대로 감시하지 못한 자를 상대로 구상을 하는 것에 해당하여 일반적인 통념상 구상을 인정하기는 어려울 것이다. 이는 사용자와 피용자 사이의 과책을 비교하여 그 부담을 사용자와 피용자 사이에는 사용자의 부담부분을 '0'으로 보는 것이 타당한 경우에는, 법원의 부담부분의 비율에 관한 판단에 따라 사용자의 책임이 부인되는 경우도 있게 된다.¹²¹⁾

사용자가 피용자에 대해 선임 또는 감독상 책임만을 지는 경우에 피용자의 역구상권을 인정할 것인지 여부에 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있음은 앞서 검토한 바 있다. 사용자는 피용자를 사용함으로써 그 활동영역을 확대하였고, 그로 인해 위험원인을 창출하였으며 그에 따라 기업의 사회적 책임도 크다고 할 수 있다. 이러한 점에서 사용자책임을 인정하는 근거는 보상책임, 위험책임, 기업책임 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 나아가 피용자가 그 직무집행과정에서 불법행위를 하고 그로 인한 손해를 배상한 경우 그 손해의 분담을 사용자에게 요구하는 경우에도, 사용자가 그 사업의 성격과 규모, 사업시설의 상황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손해의 공평한 분담에 관한 사용자의 배려정도 등의 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 위와 같은 손해의 배상이나 구상권을 행사할 수 있다.¹²²⁾ 가령 병원에 고용된 의사가 의료상 과실로 피해자에게 손해를 주었는데 피해자가 보복감정에서 고용의사만을 상대로 책임을 묻는

121) 이해진, 상계논문, 631면.

122) 대법원 1994.12.13. 선고 94다17246 판결: 대법원 1992.9.25. 선고 92다25595 판결: 대법원 1991.5.10. 선고 91다7255판결: 대법원 1987.9.8. 선고 86다카1045 판결.

경우에, 물론 고용의사 자신의 직무상 과실이 손해발생의 가장 큰 원인이었겠지만 경우에 따라 거기에는 그 병원의 시설, 인원의 제한 등이 그러한 과실에 가공하였을 수도 있다. 고용의사가 손해배상에 먼저 응한 경우 병원을 상대로 그러한 시설 등을 제대로 갖추어 놓지 않은 것을 과실로 삼아 구상권을 행사하기는 현실적으로 쉽지 않지만, 병원은 고용의사 등을 통해 상당한 이익을 올린 점이나 의료행위는 그 자체로 항상 오진 등의 위험이 따르는 점 등을 고려하면 그 손해에 대해 전적으로 고용의사에게만 책임을 지우는 것은 형평에 어긋난다. 이러한 의미에서 병원이 먼저 손해배상에 응한 뒤 의사에게 구상권을 행사한다면 사안마다 다르기는 하겠지만 어느 정도의 제한은 불가피할 것이다. 그런데 동일한 사안에서 거꾸로 의사가 병원을 상대로 손해의 분담을 구하는 의미에서 구상권을 행사하는 것을 부정한다면 그 형평의 괴리정도가 너무 크다고 할 수 있다.¹²³⁾

따라서 피용자의 사용자에 대한 역구상권의 행사는 손해의 분담기능이라는 신의칙 혹은 형평의 원칙에서 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 다만 그 구상의 범위는 사용자와 피용자 사이의 종속관계 여부, 사무의 특수성, 사용자의 재력정도, 이익 및 배려의 정도, 급여의 수준, 손해발생의 원인과 과정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

V. 결 론

이상에서 사용자책임의 성립요건과 관련한 몇 가지 쟁점과 사용자측의 구상권 행사에 대한 제한, 나아가 피용자가 사용자에게 역구상할 수 있는지 여부 등을 학설과 판례를 중심으로 검토하였다.

사용자책임의 성립과 관련하여 사용관계의 존부에 대하여, 사용자와 불법행위자(피용자) 사이에 실제적으로 지휘·감독관계가 있었는지의 여부와 상관없이 객관적·규범적으로 보아 지휘·감독할 지위에 있었는지의 여부에

123) 이혜진, 전계논문, 632면.

따라 사용관계를 인정하고 있다.¹²⁴⁾ 이는 피해자의 보호에만 편중되어 있어 입법취지와 목적에 벗어난다고 할 것이고, 결국 사용관계의 인정여부는 실제 사안에서 사용자와 피용자, 피해자 사이의 공평한 손해분담이라는 점까지 종합적으로 고려하여 판단해야 한다고 생각한다. 그리고 사무집행관련성에 있어서는 피해자 보호라는 관점에서 보면 사무집행관련성을 보다 넓게 인정하는 것이 바람직하고, 그 범위는 사용자책임의 주장 혹은 입증책임을 경감한다는 의미까지 고려하여 외형이론을 객관적 관점에서 접근하는 것이 옳다고 생각된다.

사용자책임에 있어서 사용자의 구상의 제한과 피용자의 사용자에 대한 역구상권에 대하여 앞서 검토한 바 있다. 특히 해석론으로는 위험한 사무로 인하여 이익을 얻고 있는 사용자에게 전면적으로 구상권을 행사할 수 있도록 허용하는 것은 신의칙 혹은 공평의 관념에 반하므로 한정적으로 허용하는 것이 타당하다고 생각한다. 그리고 피용자의 선임·감독상의 과실이 클 때에는 과실상계의 이론을 적용해야 하고, 피용자의 불법행위가 인정되는 경우에는 사용자와 피용자는 피해자에 대하여 병존적으로 연대책무자로서의 책임을 지는 것으로 새기는 것이 피해자의 보호측면에서 합리적이라 생각한다. 이에 부과하여 입법론으로서 사용자의 피용자에 대한 구상권을 인정하는 경우에, 국가공무원법상 국가배상책임에 있어서 국가의 공무원에 대한 구상권 인정에 있어서와 마찬가지로 피용자의 고의 또는 중과실의 경우에만 사용자의 구상권을 인정하고, 경과실의 경우에는 인정하지 않는 것이 타당하다고 생각한다. 나아가 피용자의 사용자에 대한 역구상권의 여부는 손해의 분산이라는 공평의 관점에서 인정하여야 하고, 그 구상의 범위는 사용자와 피용자 사이의 관계, 직무의 특성, 사용자의 재력정도, 이익 및 배려의 정도, 급여의 수준, 복무의 충실도, 손해발생의 원인과 과정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것으로 생각한다.

124) 대법원 2005.2.25. 선고 2003다36133 판결; 대법원 2001.8.21. 선고 2001다3658 판결; 대법원 1997.4.11. 선고 97다386 판결.

참고문헌

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007.
- 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2003.
- 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2009.
- 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2013.
- 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2007.
- 권오승, “사용자책임에 대한 검토”, 「상사법논총」, 무남 강위두박사 화갑기념, 형설출판사, 1996.
- 권용우, “사용자책임과 구상권의 제한”, 「법학의 현대적 제문제」, 덕암 김병대 교수화갑기념, 1998.
- 김덕중, “사용자책임의 성립요건에 관한 고찰”, 「원광법학」 제16권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2010.
- 강봉석, “사용자책임과 그 면책사유의 법적 성질”, 「저스티스」 통권 제85호, 한국법학원, 2005.
- 김봉수, “사용자책임의 비교법적 경향”, 「고려법학」 54호, 고려대학교 법학연구원, 2009.
- 김형배, “사용자책임과 판례: 비교법적 시각에서”, 「고려법학」 48호, 고려대학교 법학연구원, 2007.
- 김형배, “사용자책임과 구상권의 제한”, 「민사법학」 7호, 한국사법행정학회, 1988.
- 김형배, “사용자책임과 구상권의 제한”, 「고시계」, 고시계사, 1987. 5.
- 김형석, “사용자책임에서 사용자구상과 피용자책임에 관한 프랑스 판례의 동향”, 「민사법학」 제59호, 한국민사법학회, 2012.
- 김형석, “사용자책임의 요건으로서 사용관계”, 「민사법학」 제62호, 한국민사법학회, 2013.
- 서정화, “사용자배상책임 법리에 관한 연구-기업책임을 중심으로-”, 한양대학

- 교 대학원 박사학위논문, 1990.
- 양석완, “보험업법상 보험사업자의 배상책임과 외형이론”, 「기업법연구」 제21권 제3호(통권 30호), 한국기업법학회, 2007.
- 이로문, “폭력조직의 민사개입폭력과 사용자책임”, 「고시계」 제53권 제5호(통권615호), 고시계사, 2008.
- 임성근, “명의대여자의 사용자책임과 그 면책사유”, 「민사재판의 제문제」 16권, 한국사법행정학회, 2007.
- 장석천, “사용자책임에 있어서 구상권의 제한”, 「법학연구」 제16권 2호, 충북대학교 법학연구소, 2005.
- 정희영, “사용자책임에 있어서 ‘사무집행에 관하여’의 판단기준”, 「재판실무연구 2001」, 광주지방법원, 2002.
- 지원림, “사용자책임에 있어서 ‘사무집행에 관하여’의 판단기준”, 「수원지방법번호사지」 4호, 1993.
- 한응길, “사용자책임에 있어 구상권에 관한 연구”, 「동아법학」 17호, 동아대학교 법학연구소, 1994.
- 한응길, “사용자책임에 관한 연구-독일의 경우를 중심으로-”, 「동아법학」 제10호, 1990.
- 황경남, “명의대여자의 사용자책임”, 「대법원판례해설」 제28호, 법원도서관, 1997.
- 加藤一郎, 「不法行爲」, 有斐閣, 1983.
- 加藤雅信, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 有斐閣, 2005.
- 幾代通, 「不法行爲」, 有斐閣, 1993.
- 淡路剛久, 「連帶債務の研究」, 弘文堂, 1975.
- 平井宣雄, 「債權各論」, 弘文堂, 1993.
- 山田卓生, 「新・現代損害賠償法講座4」, 日本評論社, 1997.
- 田山輝明, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 成文堂, 2006.
- Keeton et al, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*(5th ed. 1984)
- Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004.
- Zöllner/Loritz, *ArbR*, 5. Aufl., 1998.

<Abstract>

A Study on the Requirement and Liability Restriction for the Employer's Liability

Kim, Sang-Myeong

Professor, Jeju International Univ.

Article 756 of Korean Civil Code prescribes that a person who employs another to carry out an undertaking shall be bound to make compensation for damages done to a third person by the employee in the course of the execution of the undertaking.

The art 756 III of the Korean Civil Code expressly grants a recourse claim to the employer if she is vicarious liable for her employee's torts. Case law and doctrine are of the opinion that both are liable in solidum in such a case. However, the Article of the Code with its interpretation leads to an inequitable result in that it shifts to the employee the damage costs which arise with the employer's expanded economic activity.

The case law therefore limits the employer's recourse towards her employee by applying the good faith clause Article 2 of the Korean Civil Code. But this approach cannot be said to be satisfying enough for the employee's protection.

I believe that the employee who compensated for damages, may have such a right from the employer as the case may be judging from a standpoint of equity.

Key words : Article 756 of Korean Civil Code, Employer's vicarious liability, Employee's torts, Liability in solidum, Limitation of employer's recourse.

