

共同不法行爲의 類型

조정호* 문진규**

I. 序言

우리 민법은 제760조에서 공동불법행위를 규정하고 있는데 제1항에서는 「數人이 共同의 不法行爲로 他人에게 損害를 加한 때에는 連帶하여 그 損害를 賠償할 責任이 있다」고 규정하고 있고, 제2항에서는 「共同이 아닌 數人の 行爲중 어느 者の 行爲가 그 損害를 加한 것인지 알 수 없는 때에도 前項과 같다」고 규정하여 가해자불명의 경우나 원인경합의 경우에도 공동불법행위자와 동일하게 취급하고 있고, 제3항에서는 「教唆者나 幫助者는 共同不法行爲者로 본다」고 규정하여 행위의 외형을 고려하여 공동불법행위를 규정하고 있다. 이와 같이 우리 민법은 공동불법행위라는 제도를 가지고 하나의 손해발생에 복수의 원인행위가 관여한 경우에 각 원인행위자를 그 손해에 대한 공동책임자로 끌어들이려 하고 있다. 따라서 공동불법행위자는 결과에 대한 부분적인 인과관계 혹은 불확실한 인과관계밖에 없는 경우에도 결과전체에 대해 책임을 지게 된다.

그러나 과실책임주의를 취하고 있는 우리 민법하에서는 자기의 행위만

* 영남대학교 법과대학 교수 법학박사

** 국방과학연구소 연구원 법학박사

금의 책임을 행위자가 진다는 것이 근본취지의 하나인데 부분적인 인과관계나 불확실한 인과관계밖에 없는 불완전한 인과관계를 완전한 것으로 통합하여 전결과에 대해 손해를 확대시키는 것은 무엇 때문이고, 또 그 한계의 설정이 해석상 중요한 문제가 된다. 따라서 구체적인 경우에 공동불법행위를 어느 유형에 포함시킬 것이냐 하는 문제는 단순히 공동불법행위의 책임모습이 같다고 하여 가볍게 이를 결론지을 수 없으며 신중한 고려를 필요로 한다.¹⁾ 민법 제760조 제1항에 의한 공동불법행위와 민법 제760조 제2항에 의한 공동불법행위는 효과에 있어서 큰 차이가 있는데도 불구하고 현재의 다수설 및 판례는 단순히 客觀的關聯共同이 있으면 공동불법행위를 구성한다고 하여 이를 가변이 처리하고 있다.

여기서는 다수설 및 판례의 이와 같은 문제점을 인식하고 공동불법행위에는 主觀的共同을 요건으로 하는 공동불법행위와 客觀的關聯共同²⁾을 요건으로 하는 공동불법행위(競合共同不法行爲)가 구분됨을 명확히 하고, 원인행위와 결과사이의 인과관계를 근거로 하여 共同不法行爲를 유형화해 보고자 한다.

II. 主觀的共同不法行爲(민법 제760조 제1항의 공동불법행위)

민법제760조 제1항의 공동불법행위(이하 편의상 "주관적 공동불법행위"라 한다)가 성립하기 위해서는 意識되거나 意慾된 共同 즉 故意의 共同이 필요하다.³⁾ 여기서 고의란 수인이 共謀 내지 共同的 意慾과 共同的 認

1) 서민, 공동불법행위, 충남대 사회과학연구소 논문집, 제4권1호, 1977.6. 17면.

2) 객관적관련공동이란 독립의 불법행위가 우연하게 결합한 일체적 사건 즉 인과관계상의 관련공동이 있는 경우를 말한다. H. Koziol도 경합공동불법행위자(Nebentäter)의 경우에는 공동(Gemeinschaftlichkeit)은 객관적의미에 있어서만 즉 인과관계의 연쇄에의 관여(Beteiligung an der Kausalkette)로서만 이해할 수 있다고 하여, 경합공동불법행위에서 인과관계의 관련공동인 객관적관련공동성이 존재하고 있음을 인정하고 있다.(H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I (2. Aufl. 1980) S. 297))

3) 김중환, 공동불법행위, 민법논집, 1978, 385-394면; 이태재, 채권각론, 1985, 510면; 이

識을 가지고 침해행위에 가공함을 의미한다. 고의의 내용인 공동의 인식에 손해발생의 인식을 요한다고 하는 견해⁴⁾가 있으나 침해행위에 대한 공동 가공의 인식만으로 충분하고, 손해발생에 대한 인식까지는 필요로 하지 않으며, 단지 손해발생과 침해사이에 인과관계가 있으면 족하다고 해석해야 한다.

공동불법행위의 실행시에는 각 주관적공동불법행위자의 物理的 共同은 반드시 필요하지 않고 心理的으로 작용하는 支持 혹은 단순히 같이 있는 것으로도 충분하다.⁵⁾ 또 준비행위에도 주관적공동불법행위가 성립한다고 보아야 한다.⁶⁾ 수인의 공모에 의한 공동불법행위의 경우에 공모에는 참가했지만 實行行爲에는 참가하지 않은 자는 다른 공모자가 실현한 불법행위에 대하여 공동불법행위자로서 책임을 져야하는가에 관해서는 의문이 있다. 이러한 경우에는 불법행위를 공동으로 실행하기로 약속하고 협력하지 아니한 자는 그 약속에 의거하여 실현된 불법행위에 관하여 그의 행위자 행위자의 실행행위와 인과관계에 있고 따라서 교사자 또는 방조자에 의한 행위와 동일한 것으로 평가되는 한도에서 독일민법 제830조 제2항(교사자 및 방조자의 책임)에 의하여 책임을 지는 것으로 해석하는 독일민법의 해석론이 좋지 않을까 생각된다.

그리고 불법행위의 공모에는 참가했지만 불법행위의 실행전에 불법행위에 가담하지 아니할 의사를 다른 공모자에게 명시적으로 밝힌 경우에는 문제가 된다. 이 경우에는 공모 참가행위가 불법행위의 결심을 誘發 또는 불법행위의 실행등에 의하여 불법행위실행자의 행위에 인과관계에 영향을 미쳤고 따라서 교사자 또는 방조자의 행위로 평가되는 한도에서 교사 또는

권자론, 1987, 614면: BGHZ 17, 327, 333; 1929, 203, 206; BGH VersR 1960, 5 대의견을 채택하는 자는 박윤식, 채권자론, 1984, 701면; 김석우, 공동불법행위, 중앙대 법정은 제21권, 1981, ; 김기선, 한국채권법자론, 1982, 462면; 임정평, 공동불법행위의 일고찰, 민법학의와 전망, 1993, 671면; P. Oertman, Komm. zum BGB (5. Aufl. 1929) § 830 Bem.

4) 김중환·안이준, 신채권자론(하), 1965, 826면.

5) BGHZ 63, 124(126ff.) : 70, 277(285).

6) W. Erman, Handkomm. zum BGB. I (7. Aufl. 1981) § 830, RdNr2(B. Drees).

방조에 의한 공동불법행위자로서 책임을 져야 한다고 본다.⁷⁾

또 행위가 同時에 同一場所에서 이루어질 필요는 없다. 일정한 결과를 위해 수인이 의식하거나 의욕한 공동은 각 주관적공동불법행위자가 자기의 행위부분뿐만 아니라 다른 자의 행위부분도 자기의 것으로 의욕함을 전제로 하므로 주관적공동불법행위는 고의의 불법행위의 경우만 성립한다고 보아야 한다.⁸⁾

이것에 대해서 다수설⁹⁾은 주관적공동불법행위는 過失에 의한 不法行爲의 경우에도 성립할 수 있다고 주장한다.¹⁰⁾ 다수설의 견해를 보면 원래 주관적 공동불법행위의 개념은 民法上 固有의 概念이 아니라 형법상 共同正犯의 概念을 차용한 것이지만 이와같은 概念成立의 由來가 곧 그 概念內容까지도 制約하는 것은 아니라고 한다. 왜냐하면 형법에서는 책임요소로서 원칙적으로 고의만을 문제로 삼고 과실은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 책임요소로 고려하는 반면에, 민법에 있어서는 고의와 과실을 구별하지 아니하고 똑같이 책임요소로 구별하기 때문에 과실에 의한 법적평가가 형법에 있어서와 같을 수는 없기 때문이다. 따라서 주관적 공동불법행위에 있어서의 공동의 개념은 民法의 獨自의인 原理와 理論에 의하여 규명되지 않으면 안된다고 한다. 그런데 주관적 공동불법행위에 있어서 무엇을 공동으로 하느냐를 먼저 생각하여야 할 것이다. 불법행위에 數人이 關與하는 경우는 침해행위 자체에 관여하는 경우와 손해행위에만 관여하는 경우의 두가지 모습이 가능한데, 주관적 공동불법행위는 이중 침해행위 자체에 數人이 加功한 것으로 그 數人의 加功에 의하여 이루어진 침해행위가 因果的 關聯을 가지고 손해를 발생케 함으로서 불법행위가 성립한다. 이 침해행위에 수인이 가담함에 있어서는 그들 사이에 意思의 連絡이 있는 고의의 경우가 가장 전형적인 모습이지만, 意思의 連絡이 없으나 침해행위에

7) 서민, 전제논문, 19면.

8) 김중환(편집대표), 판례·학설 주석민법(하), 1972, 826면; 권용우, 공동불법행위, 법조, 70 .2.

9) 독일에서는 우리나라와 반대로 고의의 불법행위의 경우에만 공동불법행위를 인정하는 것이 다수설이다.

10) 박윤직, 전제서, 701면; 김가선, 한국채권법각론, 973, 311면

대한 수인의 행위의 관계에 있어서 의사의 연락이 있는 경우와 마찬가지로 하나의 행위를 수인이 공동으로 실현한 것으로 평가된다.

그러나 다수설은 과실에 의한 민법 제760조 제1항의 공동불법행위를 인정한다고 하더라도 모든 과실의 경우에 무제한적으로 인정하는 것은 아니다. 과실에 있어서는 고의에 있어서와는 달리 행위자 사이의 의사의 연락이 없으므로 수인의 행위자를 責任共同體로 結合시키기 위하여는 그 수인을 결합시키는 追加的인 要件이 필요하며, 이 요건을 갖춘 때에 한하여 민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립될 수 있다고 함으로써 과실의 공동불법행위를 인정하지 않고 있다. 다수설의 주장은 불법행위를 범한 것에 대해서의 공동의 의사는 행위가 불법한 것이라는 당사자의 의식을 전제로 한 것은 아니다. 행위가 의식되거나 의욕된 공동에 의해 이루어진 것이라고 하는 성질은 그 행위가 법적으로 어떻게 평가되는가 하는 것과는 무관하기 때문이다.¹¹⁾

민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 주관적공동성을 요건으로 한다는 생각은 우리 민법의 모법인 독일민법에서도 찾을 수 있다. 독일민법의 공동불법행위에는 主觀的共同을 要件으로 하는 공동불법행위(독일민법 제830조 제1항 전단 및 제2항)와 客觀的 關聯共同에 의해 성립하는 競合的共同不法行爲가 있다고 하는 것이 입법자의 의사이고 다수설의 견해이다.¹²⁾ 그러므로 민법 제760조 제1항은 독일민법의 主觀的共同不法行爲에 상당하는 것을 규정한 것이라고 생각된다. 따라서 민법 제760조 제1항의 공동불법행위에는 主觀的要件이 필요하다고 주장하는 의견이 타당하다고 생각되므로 過失의 共同不法行爲는 민법 제760조 제1항의 적용이 되지 않는다고 보아야 한다.

따라서 공동불법행위가 성립하기 위해서는 객관적관련공동성으로 족하다고 한 통설·판례는 민법 제760조 제2항의 경합공동불법행위의 유형에

11) M. Fraenkel, Tatbestand und Zurechnung bei §823 Abs. 1 BGB.(1979) S. 272.

12) 임정명, 전제논문, 671면.

는 정당하지만, 민법 제760조 제1항 및 3항의 공동불법행위에 대해서는 주관적 관련공동의 요건을 필요로 하지 않는다는 점에서 잘못이 있다고 생각된다.

일부학자는 민법 제760조 제1항을 因果關係의 看做規定이다¹³⁾고 하여 인과관계가 존재하지 않는다는 反證을 할 수 없다고 주장하고 있다. 그러나 민법 제760조 제1항에서 인과관계의 존재가 간주되고 있기 때문에 인과관계의 입증은 불필요하게 되지만, 그것은 민법 제760조 제1항의 공동불법행위의 인과관계를 둘러싼 다수의 심리가 이루어 지는 소송실무에도 반하여 이론상 실제상 부당하다고 생각된다.

민법 제760조 제1항의 공동불법행위의 경우에도 모든 불법행위자는 각자 부담부분의 범위에서만 손해를 야기하고 있다. 그리고 연대책임을 과하는 규정이 각자의 행위가 어떤 범위에서 혹은 어느 정도로 全損害에 대해 중요한가 어떤가하는 것의 입증을 피해자에게 면제시키는 것이다.¹⁴⁾ 그리고 또 주관적공동이 있음을 피해자가 입증한 때는 인과관계에 대한 事實上의 推定이 작용한다고 해석할 수도 있다.¹⁵⁾

Brambring은 주관적공동불법행위에 대해서 각 공동불법행위자의 행위와 적어도 손해의 일부에 대해서 인과관계가 있음을 피해자가 입증해야 하고, 주관적공동불법행위자가 의도적으로 공동한 경우조차 주관적공동불법행위자의 행위와 손해 사이에 인과관계가 있다는 의심만으로는 충분하지 않다고 한다.¹⁶⁾

그런데 민법 제760조 제2항의 규정이 경합공동불법행위의 일유형인 택일적경합공동불법행위만을 명문으로 규정하고 있고, 주관적공동없이 數

13) 淡路剛久, 最近の公害訴訟と私法理論(2), 判例タイムズ271號, 10頁.

14) W. Buxbaum는 독일민법 제1초안 제714조에 대해 이와같이 이해하고 있다.(W. Buxbaum, Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen, französischen und angloamerikanischen Recht, (1965) S. 4)

15) W. Buxbaum도 인과관계상의 기여가 추정된다고 하고 있다.(a.a.O., S. 4 Fußnote 11)

16) G. Brambring, Mittäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten, 1973, S. 36ff.

人의 違法 또는 有責한 행위가 경합하여 同一損害를 야기함에 따라 성립하는 競合的共同不法行爲에 대해서 규정하지 않았다. 이것은 독일민법 830조 1항 후단의 성립과정에서 생긴 단순한 立法上 過誤로 경합공동불법행위유형중의 특별유형인 태일적경합공동불법행위만이 명문으로 규정되고, 다른 경합공동불법행위유형이 규정에서 탈락한 독일민법초안을 우리민법이 그대로 계수했기 때문에 민법 제760조 제2항에도 독일민법과 같이 태일적경합공동불법행위 이외의 경합공동불법행위의 유형이 탈락한 것이다.¹⁷⁾ 이런 사정에서 민법 제760조 제2항은 경합공동불법행위에 대한 一般的 規定이 아니고 태일적경합공동불법행위만을 규정한 부자연한 個別的인 規定으로 되었다. 이 점에 대해서 우리나라의 학설은 지금까지 명확히 설명하지 못하고 경합공동불법행위의 경우를 민법 제760조 제1항의 공동불법행위로 취급하는 오류를 범하고 있다.

Ⅲ. 競合共同不法行爲(민법 제760조 제2항의 공동불법행위)

1. 序言

우리나라의 다수설 및 판례는 민법 제760조 제2항의 공동불법행위에 대해서는 加害者 不明의 공동불법행위만을 들고 나머지의 競合共同不法行爲에 대해서는 모두 關聯共同이라는 용어를 사용하여 민법 제760조 제1항의 공동불법행위로 취급하여 해결하고 있다. 그러나 민법 제760조 제2항은 원고가 擇一的因果關係의 존재를 증명하면, 모든 관여자의 행위와 손해사이의 인과관계가 법률상 추정되고, 각관여자에게 연대책임이 과해지는

17) 독일민법 830조 1항 후단을 그대로 계수한 것은 일본민법 (719조 1항 후단)과 혁명전의 중국민법(185조 1항) 뿐이고, 전체로서 강하게 독일법의 영향을 받은 브라질민법전조차 독일민법 830조 1항 후단에 상당하는 규정을 가지고 있지 않다고 말하여 진다.(E. J. Cohn, Joint Wrongoers in Continental Laws, 203 L. Q. R., (1935) p. 486 참조.)

경합공동불법행위 특별유형인 擇一的競合共同不法行爲을 인정하는 외에, 행위자간에 의욕된 공동이 없이 2인 이상이 위법 또는 유책한 행위가 우연히 공동하여 동일손해를 야기함에 따라 성립하는 경합공동불법행위의 一般的類型을 인정하는 규정으로 해석되어야 한다.

2. 경합공동불법행위의 의의

경합공동불법행위란 의식되거나 의욕된 공동없이 수인의 위법 또는 유책한 행위가 우연히 경합하여 동일손해를 야기한 경우이다. 즉 경합공동불법행위는 형법의 동시범(Nebentäterschaft)에 상당한 것¹⁸⁾을 공동불법행위로서 재구성한 것으로 로마법에서 유래하는 민사법학의 소산이다.

형법에서는 동시범은 동시에 행해진 2개 이상의 單獨犯의 競合에 지나지 않아, 각자 자기의 행위 기여에 대해서만 책임을 지지만, 민법에서는 형법의 동시범에 상당하는 불법행위를 단독불법행위자가 아니라 공동불법행위자로 취급하여 연대책임이 과하고 있다. 이점에서 형법의 동시범과 민법의 경합공동불법행위 사이에는 법률효과에 차이가 있다.

경합공동불법행위는 단독불법행위가 우연히 경합하여 동일손해를 야기한 것이므로, 關聯共同性이 존재하지 않아 공동불법행위가 아니라는 주장¹⁹⁾이 있으나 單獨不法行爲가 우연히 경합하여 동일손해가 야기된 경우뿐만 아니라 수인의 위법 또는 유책한 행위가 우연히 경합하여 동일손해가 야기된 경우도 포함되기 때문에 찬성할 수 없다.²⁰⁾

공동에는 「2인 이상의 자가 同一의 資格으로 關聯되는 것」이라는 의미가 있으므로, 擇一的因果關係의 존재로서 이미 객관적관련공동의 요건을

18) 能見善久, 共同不法行爲責任の基礎的考察(3), 法協95卷, 526頁 註2.

19) 平井宜雄, 債權各論 II(不法行爲), 1992, 206頁.

20) 필요적경합공동불법행위는 각각의 행위단독으로는 손해가 생기지 않으므로 각각의 행위는 단독불법행위의 요건을 충족하지 못하므로, 단독불법행위의 경합이 아니라, 수인이 하나의 불법행위를 객관적관련공동(인과관계상의 관련공동)에 의해 이룬 공동불법행위이다.

충족시킨다고 생각할 수 있는 택일적경합공동불법행위도 단독불법행위의 단순한 경합이 아니고 공동불법행위라고 생각된다.

경합공동불법행위는 통상 과실에 의한 불법행위가 우연히 경합하여 성립하지만, 고의의 공동불법행위가 우연히 경합함으로써도 성립한다. 그러나 수인의 행위가 우연히 경합하여 同一損害가 발생하지만, 각 행위자의 행위에 의한 손해부분을 특정할 수 있는 때는 경합공동불법행위의 성립은 부정되어야 한다. 예를들면 수인의 불법행위자가 상품창고에서 상품을 각각 단독으로 훔친 때에는 불법행위자는 각자 야기한 손해부분에 대해서만 책임을 지고 연대책임을 지지 않는다고 하여야 된다. 이 경우에는 행위의 일체성이 없기 때문이다.

발생한 전손해가 時間的으로나 事情上으로나 서로 전혀 관련이 없는 개개의 행위에 의해 야기된 경우, 예를들면 X가 A의 과실에 의한 교통사고로 생업능력의 감소에 따라 손해를 입은 수개월 후에, 상해가 완치하기 전에 B의 과실에 의한 교통사고로 생업능력의 상실을 초래했지만, 이 제2의 사고는 제1의 사고에 의한 손해의 치료경과에는 결정적인 영향을 미치지 않은 경우에는 행위의 일체성이 없다고 보아야 한다.

독일의 판례 및 학설도 택일적경합공동불법행위 이외의 경합공동불법행위자에 대하여 전손해에 대한 연대책임을 인정하고 있다. 개개의 경합공동불법행위자가 전손해에 대해서 연대책임을 지는 이유는 각각의 경합공동불법행위자는 전손해를 자기의 불법행위에 의해 야기하고, 전손해가 다른 사람의 불법행위와 경합하여 생긴다고 하여도, 그것은 각경합공동불법행위자의 행위와 전손해 사이에 상당인과관계를 배제하지 않기 때문이다. 즉 통설은 각각의 경합공동불법행위자의 행위는 각각 전손해와 상당인과관계에 있으므로 각 경합공동불법행위자는 전손해에 대해 연대책임을 진다고 한다.²¹⁾ 必要的競合共同不法行爲의 경우에는 각 경합공동불법행위자의 행위가 없으면 손해가 전혀 발생하지 않으므로 각 경합공동불법행위자의 행

21) 能見善久도 이와 동일한 오류를 범하고 있다.(能見善久, 前掲論文, 526-7頁 참조).

위는 전손해에 대해 相當因果關係를 가지고, 따라서 각각의 경합공동불법 행위자는 전손해에 대해 책임을 진다고 하는 이론이다. 그러나 개개의 가해자의 행위가 없으면 손해가 발생하지 않는다는 것은 손해는 그 가해자의 행위만으로 야기되는 것은 아니다.

擇一の競合共同不法行爲 이외의 경합공동불법행위의 경우에는 전손해는 수인의 가해자의 行爲競合에 의해서만 생기므로, 각 가해자의 행위가 전손해에 대해 각각 상당인과관계가 있다고는 할 수 없다. 각 경합공동불법행위자의 행위는 기여분에 상당하는 손해의 일부에 대해서만 각각 상당인과관계가 있다고 생각된다. 따라서 경합공동불법행위자의 연대책임은 결국 被害者 保護를 위한 擔保로서 政策的으로 인정한 것이라고 보아야 한다.²²⁾

이와같은 경합공동불법행위는 인과관계의 유형에 따라 택일적 경합공동불법행위, 필요적 경합공동불법행위, 누적적 경합공동불법행위, 방조적경합공동불법행위, 집합적 경합공동불법행위의 5가지의 유형으로 분류할 수 있다.

이하에서 경합공동불법행위의 제유형에 대해서 검토하기로 한다.

3. 競合共同不法行爲의 類型

1) 擇一の競合共同不法行爲

택일적경합공동불법행위는 민법 제760조 제2항에서 創出된 경합공동불법행위의 特別類型으로, 의식되거나 의욕된 공동없이 수인의 위법 또는 유책한 행위가 경합하여 동일손해를 야기함에 따라 성립하지만 원인이 불명한 것이다.²³⁾

독일민법 제840조는 각자가 不法行爲의 一般規定에 따라서 피해자에게

22) 浜上則雄, 損害賠償における保證理論と部分的因果關係理論(二), 民商法雑誌66卷5號, 1969, 739-749頁.

23) 독일에서도 경합공동불법행위라고 할 때는 이 협의의 의미로 사용되고 있다.

책임을 지는 경우에만 連帶責任을 과하고 있음에 반하여, 동법 제830조 제1항 후단은 피해자의 이익을 위해 새로운 責任要件을 요구하고 있다. 즉 독일민법 제823조 제1항이 규정하고 있는 불법행위의 일반요건으로는 가해자가 그 행위로 인하여 손해를 야기했다고 하는 것이 불가결한 요건이지만, 동법 제830조 제1항 후단의 책임요건으로는 가해자가 그 행위로 인하여 손해를 야기했다고 하는 요건의 충족이 필요없다.²⁴⁾ 따라서 공동불법행위자의 각자에게 불법행위의 일반규정에 따라서 불법행위의 요건을 충족하지 않으면 않된다고 하는 우리나라의 통설²⁵⁾은 민법 제760조 제2항의 택일적 경합공동불법행위에 대해서는 타당하다고 볼 수 없다.

행위와 손해 사이에 인과관계의 가능성이 전혀 없는 자에게도 연대책임을 과하는 점에서 민법 제760조 제2항은 例外的인 實體法上の 요건을 규정한 것이라고 해야 한다. 따라서 민법 제760조 제2항은 택일적경합공동불법행위라고 하는 실체법상의 특별요건과 그 법률효과로서의 연대책임을 규정하고, 피해자가 택일적인과관계를 증명하면 택일적인과관계에 있는 관여자 전원은 손해발생에 대하여 누적적인과관계가 법률상 추정이 되고, 관여자가 인과관계가 없다는 것을 증명하여 법률상 추정을 번복한 경우에는 민법 제760조 제2항의 연대책임을 면하게 된다고 하는 立證責任의 轉換規定으로 이해해야 한다. 민법 제760조 제2항을 단순히 입증책임의 전환이라고 할 경우에는 택일적경합공동불법행위자에게 연대책임을 과하는 것을 설명할 수 없다. 예를들면 Y1·Y2가 수렵중 X을 사냥물로 誤認하여 동시에 그리고 우연히 X를 향하여 발포했고, 그 중의 어느 한발이 X의 발에 명중하여 X에게 중상을 입혔지만 발을 관통한 탄환이 Y1·Y2중의 누구의 탄환인지가 不明한 경우에 X가 민법 제760조 제2항에 의해 Y1·Y2에게 전손해의 배상을 청구하기 위해서는 Y1·Y2의 발포행위가 違法過失이 있음과 擇一의因果關係가 존재함을 증명하면 족하다고 해야 한다.

24) BGHZ 72, 355=JZ 1979, S. 187.

25) 김중환(대표판저), 전제서, 823면

그리고 Y1·Y2는 X의 청구에 대해 민법 제760조 제2항에 의한 연대책임을 면하기 위해서는 자신은 단순한 傍觀者이고 擇一的因果關係는 Y1과 다른 제3자 사이에 존재한다는 事實主張을 하는 경우와 같이 처음부터 擇一的因果關係의 存在를 다투어 褫奪적인과관계가 없음을 증명한 경우나, 褫奪적인과관계의 존재를 인정 한 후에 因果關係에 대한 法律上的 推定을 번복하여 자신에게 인과관계가 전혀 없다고 주장하여야 한다.

Y2가 자신의 행위와 X의 손해 사이에 인과관계가 없음을 증명한 때는 證據共通의 原則²⁶⁾에 의해 X에 대한 가해자는 Y1임을 증명한 것으로 되어 Y1에 대해 민법 제750조를 적용하여 X의 전손해에 대한 손해배상책임을 인정하지 않으면 안되게 된다.

이와같이 褫奪적경합공동불법행위의 경우에는 피해자가 褫奪적인과관계의 존재에 대해서 입증책임을 부담하고 그 증명에 성공하여도 가해자인 관여자가 피해자의 손해와 자기의 행위 사이에 인과관계가 없다고 하는 反對事實의 證明을 하면 민법 제760조 제2항의 연대책임을 면할 수 있다.²⁷⁾

Y1과 Y2의 행위와 손해 사이에 褫奪적인과관계가 있음을 피해자가 증명하면 Y1도 Y2도 손해에 대하여 인과관계를 가진다고 법률상 추정하는 것은 褫奪적인과관계의 관계가 있는 Y1 및 Y2에 대하여, Y1 및 Y2의 행위와 피해자의 손해 사이에 누적적인과관계가 존재한다는 것을 추정함을 의미한다. 그러나 褫奪적인과관계의 경우 최종적으로 原因의 個人化가 불가능한 경우는 관여자 전원이 연대책임을 지고 피해자 구제를 위해 관여자 전원의 행위와 손해 사이에 누적적인과관계의 존재가 법률상 추정되어도

26) 증거공통의 원칙이란 적법한 증거조사의 결과는 판결의 기본이 되는 변론에 나타난 것이면 법원은 그 증거제출자에게 유리하게 판단할 뿐만 아니라 상대방의 원용에 관계없이 상대방을 위한 유리한 판단에도 활용할 수 있다는 것을 말한다. 따라서 법원은 증거자료가 제출되는 이상 당사자에게 불리한 사실을 인정하기 위해서나 또는 이것을 제출하지 않은 당사자에게 유리한 사실을 인정하기 위해서나 모두 이 증거자료를 인정할 수 있다.

27) 독일의 판례는 손해에 대하여 책임을 지는 자의 존재가 입증되면 독일민법 제830조 제1항 후단은 적용되지 않게 되므로 그 의미에서 동법 제830조 제1항 후단의 규정은 보조적 규정으로 해석되고 있다.(JZ 1979,S.188.)

관여자 각각은 전손해를 초래할 가능성이 있는 행위를 한 것이므로 불합리하다고는 할 수 없다. 따라서 태일적인과관계에 의해 관여자 전원이 연대책임을 지는 경우에는 관여자는 각각 전손해에 대해서 因果關係上 均等한 것으로 취급되어야 한다.²⁸⁾

태일적경합공동불법행위의 경우에는 피해자가 擇一의競合共同不法行爲의 存在를 本證으로 증명해야 하는 것은 因果關係原則에서 발생한다고 생각된다. 피해자가 태일적인과관계의 존재를 입증하면 법률은 관여자의 행위와 손해사이에 累積的因果關係가 존재하는 것으로 法律上 推定하지만,²⁹⁾ 이 법률상의 추정은 證明的 危險만을 관여자에게 과하는 것이기 때문에 각 관여자는 자기의 행위와 손해 사이에 인과관계가 없다는 반대사실을 증명하여 법률상 추정을 반복하고 연대책임을 완전히 면할 수 있는 것은 인과관계원칙에 따른 것이라고 생각된다. 왜냐하면 태일적경합공동불법행위의 경우에는 실제적으로는 관여자중의 1인의 행위와 손해 사이에 인과관계가 존재하고 다른 관여자의 행위와 손해 사이에는 인과관계가 없기 때문이다. 그러나 관여자가 자기의 행위와 손해 사이에 인과관계가 없다는 반대사실의 증명으로 법률상의 추정을 반복할 수 없는 때에는 실제에는 인과관계가 없는 관여자에도 누적적인과관계가 있는 것으로 하여 연대책임이 과하여지는 것은 因果關係原則의 완화 또는 예외가 존재하는 것으로 생각된다.³⁰⁾ 이 법리는 태일적경합공동불법행위의 관여자가 3인 이상의 경우에도 똑같다고 할 수 있다.

태일적경합공동불법행위는 A의 행위가 없어도 B의 행위에 의해 전손해가 발생할 가능성이 있거나 B의 행위가 없어도 전손해가 발생할 가능성이 있는 경우가 擇一의競合共同不法行爲의 경우이기 때문에 事實的因果關係의 判斷基準으로 사용되는 *conditio sine que non*(이하 c.s.q.n.이라

28) 민법 제424조 참조

29) 태일적경합공동불법행위의 경우에는 각각의 기여자는 전손해를 야기할 가능성 있는 행위를 하고 있으므로 관여자의 행위와 손해와의 사이에 인과관계가 있다고 법률상의 추정이 되는 때는 필연적으로 누적적인과관계의 존재가 추정된다고 생각하지 않을 수 없다.

30) W.Brehm, Zur Haftung bei alternativer Kausalität, JZ 1980, S. 589.

부르기로 한다.)으로는 설명할 수 없다.

책임을 질 자가 명확한 경우에는 민법 제760조 제2항의 적용이 배제되지만, 적용배제의 효력범위는 증명되는 행위기여중 누가 그 원인을 주었는가에 대해서 擇一的인 疑問이 생기는 因果關係部分에 關與하는 범위내이다. 따라서 택일적인과관계에 의한 공동불법행위자 이외의 자에 의한 행위기여에 대해서는 제3자가 택일적경합공동불법행위 이외의 공동불법행위자로서 택일적경합공동불법행위자와 함께 존재하는 경우에는 민법 제760조 제2항의 적용은 배제되지 않는다고 보아야 한다. 擇一的競合共同不法行爲와 다른 單獨不法行爲가 경합한 경우에는 그 다른 單獨不法行爲도 경합공동불법행위로 될 수 있다. 예를들면 市가 市管理의 하수도 맨홀 두덩이 열린 것을 방치하였든바, A·B·C중의 어느 한 사람이 X를 맨홀에 넘어뜨리게 한 경우이다.

이와같이 택일적경합공동불법행위와 다른 단독불법행위가 다시 경합하여 그 단독불법행위자도 경합공동불법행위자로서 연대책임을 과할 수 있고 이것은 실제상으로도 자주 발생가능한 경우라고 생각된다.

독일의 학설·판례에 의하면 독일민법 제830조 제1항 후단의 규정은 추정되어진 過失責任 및 危險負擔에도 적용된다고 한다. 독일민법 제830조의 불법행위는 동법 제823조의 불법행위보다도 개념이 넓은 것이다. 따라서 독일의 학설·판례가 인정하고 있는 바와같이 우리민법의 해석에서도 민법 제760조의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 공동불법행위자의 각자에게 민법 제750조가 요구하는 不法行爲의 一般要件을 요구하는 것은 타당성이 없고, 결국 민법 제760조의 불법행위는 민법 제750조의 불법행위와 함께 하나의 不法行爲一般을 의미하는 것으로 해석해야 한다.

위에서 말한 것처럼 독일민법 제830조 제1항 후단은 특별요건을 규정한 것이므로, 독일의 연방최고재판소의 판결에 의하면 피해자가 자기의 손해를 자기 단독으로 야기하여 사망할 가능성이 있는 경우 예를들면 자신의 운전실수로 치명상을 입고 도로에 넘어져 있는 것을 가해자의 차가 다시

피해자를 치어 사망을 초래할 정도의 치명상을 입혔기 때문에, 피해자가 오로지 자신의 상해의 결과에 의해 사망한 것인가 아니면 가해자의 가해행위에 의해 사망한 것인가가 불명한 때에는 독일민법 제830조 제1항 후단은 적용되지 않는다고 하고 있다.³¹⁾ 이와같은 해석은 우리민법 제760조 제2항의 해석에 참고로 될만하다고 생각된다.

일부의 학설은 택일적경합공동불법행위의 경우에는 형법의 위험범과 같이 관여자의 각각의 違法한 行爲가 가지고 있는 危險이 歸責根據이라고 하는 견해³²⁾도 있지만, 민법에 있어서는 危險責任의 경우에도 위험한 행위를 하는 것만으로 책임을 지지 않고, 법익침해를 실제로 야기한 위험한 행위에만 책임이 과하여지기 때문에 危險한 行爲를 한 것만으로는 책임의 근거로 되지 않는다고 해야 한다.³³⁾

민법 제760조 제2항의 이해와 그 적용영역을 확정하기 위해서는 민법 제760조 제2항의 목적을 바르게 이해해야 한다. 민법 제760조 제2항은 손해발생이 관여자 1인의 행위로 인한 것임은 확실하지만 수인의 관여자가 손해야기의 가능성이 있고, 손해배상 의무의 발생에 적합한 獨立한 危險을 관여자의 각자가 만들기 때문에 가해자가 누구인가를 피해자가 확정할 수 없는 경우이다. 따라서 피해자와 관여자 사이의 관계에서는 관여자의 危險한 容態에 비추어 손해발생에 대한 단순한 인과관계의 가능성에 기하여 관여자에게 예외적으로 책임을 과한 것은 被害者の 損害賠償請求權을 인정하지 않는 것 보다는 적절하다. 이것이 실체법상으로 규정하는 민법 제760조 제2항의 목적이라고 생각된다.

택일적경합공동불법행위가 성립하기 위해서는 獨立하여 行爲한 수인 중의 어느 1인이 손해를 야기한 것은 확실하지만 어느 1인이 누구인가를 확정할 수 없을 것과 수인이 모두 가해자일 가능성이 있을 것이 민법 제760조 제2항의 요건이라고 생각된다.³⁴⁾ 그리고 피해자에 의해 손해배상

31) BGHZ 60, 177.

32) F. Bydlinsky, a.a.O., 1979, S.9.

33) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II(12.Aufl. 1981) S. 668.

이 청구된 자의 容態가 손해야기의 가능성이 있음에 대해서는 피해자가 立證責任을 진다고 해석된다.³⁵⁾

민법 제760조 제2항의 擇一的競合共同不法行爲에 관해 因果關係의 推定規定으로 해석하는 견해가 지배적인데, 이 견해에 의할 경우 공동행위자로 특정된 자도 인과관계의 부존재를 입증하면 면책되게 된다.³⁶⁾ 여기서 소위 因果關係의 推定이란 인과관계의 사실상 추정관계를 의미하는 것으로서 해석해야 하는데 통설은 이를 이론적으로 성립할 수 없다고 한다. 그것은 사실상의 추정은 價値判斷을 수반하는 것이 아니어서 經驗則이나 科學法則에 반하여서는 안된다.³⁷⁾ 택일적인과관계는 가해자가 1인인 것은 확실하지만 그 가해자가 누구인가가 불명한 경우이므로 모든 관여자의 행위와 손해 사이에 인과관계가 있다고 사실상 추정하는 것은 그것 자체가 논리적으로 모순되고 잘못된 이론에 지나지 않는다. 또 민법 제760조 제2항은 실체법상 특별한 책임근거 규정이므로 통설이 민법 제760조 제2항을 단순히 인과관계의 추정규정이라고 해석하는 것은 충분하지 않다. 이와같이 민법 제760조 제2항의 택일적경합공동불법행위의 경우에는 택일적인과관계의 존재에 기해서 실제로는 인과관계의 가능성이 없는 자에게도 연대책임을 과하고, 가해자가 인과관계의 個人化의 증명을 한 때에는 擇一的因果關係라는 실체법상의 요건이 존재하지 않게 되어, 민법 제760조 제2항은 적용되지 않고 그 가해자는 책임을 면한다고 해야한다.³⁸⁾ 택일적경합공동불법행위의 경우에도 택일적인과관계의 존재와 가해자가 위법한 행위를 한 것 및 과실책임이 문제로 되는 한에서는 가해자에게 有責性이 있음에 대해서는 피해자가 입증책임을 지는 것으로 해석해야 한다.

민법 제760조 제2항의 택일적경합공동불법행위의 경우에도 각각의 관

34) Th. Soergel- W.Siebert, BGB, Bd. 4(11.Aufl. 1985) § 830 RdNr15(A.Zeuner)

35) a.a.O.

36) 임정평, 전계논문, 677면.

37) 兼子一, 民事法研究1卷, 1950, 303-4頁.

38) 加藤一郎, 不法行爲(法律學全集), 1964, 210頁; 我妻榮, 事務管理不當利得不法行爲(新法學全集) 196頁.

여자에게 違法性과 有責性이 원칙적으로 필요하고, 그것에 대한 입증책임도 피해자가 져야 한다.

그런데 민법 제760조 제2항의 공동불법행위란 직접 가해행위에 대한 것이 아니라 그 전제로 된 集團行爲에 대해서 客觀的共同關係가 있다고 하는 견해³⁹⁾도 있는데 민법 제760조 제2항의 공동행위자란 褫奪적인과관계라는 의미이고, 褫奪적경합공동불법행위는 집단행위를 전제로 하나 주관적공동을 요건으로 하지 않기 때문에 찬성할 수 없다.

褫奪적경합공동불법행위에 관한 민법 제760조 제2항은 관여자가 2인 뿐이고 그 중의 일방이 위법한 행위를 한 것을 피해자가 증명할 수 있지만, 타방이 위법한 행위를 한 것을 증명할 수 없어 결과가 적법한 행위에서도 생길 가능성이 있는 때는 피해자는 위법행위를 한 관여자에게 민법 제760조 제2항에 의거하여 손해배상을 청구할 수 없다⁴⁰⁾고 생각된다.

褫奪적경합공동불법행위에 관한 민법 제760조 제2항의 규정은 그 정신과 목적에서 보아, 累積的競合共同不法行爲의 성립이 명확해도 기여도가不明한 때에도 적용해야 한다고 주장하고 있다. 따라서 이 견해에 의하면 민법 제760조 제2항은 加害者不明의 경우와 寄與度不明의 경우의 2개의 경우를 규정하고 있는 것이라고도 말하여진다.⁴¹⁾ 그러나 이는 아래와 같은 擇一的競合共同不法行爲와 累積的競合共同不法行爲와의 차이가 있는 점에서 부정되어야 한다.

첫째, 민법 제760조 제2항의 褫奪적경합공동불법행위는 특별법에 의해 만들어진 특별한 실체법상의 책임근거 규정이고, 경합공동불법행위의 특별 유형인 褫奪적경합공동불법행위를 규정하고 있다. 반면 누적적경합공동불법행위는 立法上的 過誤로 민법 제760조 제2항의 규정에서 제외된 경합공동불법행위 유형의 하나이므로 특별한 경합공동불법행위에 관한 例外的規

39) 임정평, 전개논문, 676면: 加藤一郎, 前掲書, 211頁.

40) J.von Staudinger, Komm.zum BGB, (12. Aufl.1986) § 830 RdNr 32(K.Schäfer)

41) H.Kähler, BGB, Schuldrecht, II (12. Aufl.1990) S. 246f.

定の原則을 競合共同不法行爲 類型的 하나인 누적적경합공동불법행위에 적용하는 것은 해석론상의 원칙에 반한다.

둘째, 택일적경합공동불법행위의 경우에는 원고가 택일적인관계의 존재를 증명하면 관여자 모두는 손해에 대해 累積的因果關係가 法律上 推定되므로 관여자의 인과관계상 寄與度는 法律上 均等한 것으로 취급되고, 관여자의 부담부분은 민법 제760조 제2항의 규정만에 의해 결정된다. 반면에 누적적경합공동불법행위의 경우에는 因果關係上的 寄與度는 인과관계상의 경합이 있는 한, 각 누적적경합공동불법행위자의 행위의 原因力에 比例하여 손해에 대해 부분적인 인과관계만을 가지는 것이므로 이 원칙을 우선 적용하여 累積的競合共同不法行爲者의 負擔部分이 결정된다. 이 원칙이 적용되지 않는 때에 비로소 인과관계상의 기여도는 민법제 427조에 따라 均等한 것으로 보아야 한다.

셋째, 택일적경합공동불법행위의 경우에는 실제에는 관여자 중 1인의 행위와 손해 사이에 인과관계가 있는 것은 확실하지만, 그것이 누구의 행위에 의한 것인가가 불명한 경우이므로 寄與分이 不明하지만, 누적적경합공동불법행위의 경우에는 모든 경합공동불법행위자의 행위와 손해 사이에 部分的인 因果關係가 반드시 존재하고 있다. 따라서 누적적경합공동불법행위자는 자신의 행위와 손해 사이에 인과관계가 없음을 증명할 수 없다. 이 점에서 택일적경합공동불법행위의 경우에는 자기 행위와 손해 사이에 인과관계가 없음을 증명하여 연대책임을 면할 수 있는 것과는 다르다. 누적적경합공동불법행위자는 자기 행위와 손해 사이의 인과관계상의 기여도를 증명하여도 그 누적적경합공동불법행위자는 연대책임을 면할 수 없고, 기여도의 증명은 누적적경합공동불법행위자간의 求償權 行使에 있어서 효력을 가질 뿐이다.

택일적경합공동불법행위는 민법에 의해 創設된 경합공동불법행위의 特別類型이고 의식되거나 의욕된 공동없이 수인의 위법 또는 유책한 행위가 우연히 경합하여 同一損害를 야기함에 의해 성립하는 경합공동불법행위유

형은 아니다. 관여자 1인의 행위와 손해 사이에 事實的因果關係가 있지만 다른 관여자의 행위와 손해 사이에는 사실적인과관계가 없기 때문이다. 택일적경합공동불법행위의 경우에는 관여자 중의 일부에게는 불법행위 요건의 하나인 인과관계가 결하여 있다. 택일적경합공동불법행위는 법률이 택일적인과관계의 존재를 근거로 모든 관여자를 경합공동불법행위자로서 취급하는 것이다. 이와같이 택일적경합공동불법행위는 법률에 의해 만들어진 경합공동불법행위의 특별유형인데, 우리나라의 학설은 이것을 명확히 인식하지 못하고 있다고 생각된다.

立法上の 過誤로 민법 제760조 제2항에서 의식되거나 의욕된 공동없이 수인의 위법 또는 유책한 행위가 우연히 경합하여 동일손해를 야기함에 따라 성립하는 競合共同不法行爲에 관한 名文의 規程이 빠졌고, 민법 제760조 제2항에 의해 創出된 경합공동불법행위의 특별한 유형인 택일적경합공동불법행위를 명문으로 규정하여 관여자 모두에게 연대책임을 인정하고 있는 것은 競合共同不法行爲로 連帶責任을 인정하고 있음을 전제로 하고 있다고 생각하지 않으면 논리적으로 일관되지 않는다. 따라서 민법 제760조 제2항은 의식되거나 의욕된 공동없이 수인의 위법 또는 유책한 행위가 우연히 경합하여 同一損害를 야기함에 의해 성립하는 경합공동불법행위에 대해서도 연대책임을 과함을 전제로 하고 있다고 해석하는 것이 타당하다고 본다. 즉 민법 제760조 제2항의 규정을 마치 위법 또는 유책한 행위가 우연히 경합하여 동일손해를 발생시킬 때 및 공동행위자중 누가 그 손해를 가했는가를 알지 못한 때에도 역시 같다고 규정하고 있는 것처럼 해석할 수 있다고 생각된다.

2) 必要的競合共同不法行爲

필요적경합공동불법행위의 경우는 A의 행위와 B의 행위가 우연히 경합하여 비로소 손해가 발생하는 경우이다. 예를들면 致死量이 25그램인 독을 A·B가 실수로 12.5그램씩 동일한 술잔에 넣고 그것을 마신 C가 사망

한 경우나, A가 독 5그램, B가 20그램을 넣은 경우이다. 이 경우 A의 행위가 없으면 C의 사망이라는 결과가 발생되지 않는다. 따라서 A의 행위는 C의 사망과 인과관계가 있게 되어 A는 C의 사망에 따른 전손해를 배상해야 할 책임을 지게 된다. 또 B에 대해서도 B의 행위가 없으면 C의 사망이라는 결과가 발생하지 않는다. B의 행위는 C의 사망과 인과관계가 있게 되어 B는 C의 사망에 따른 전손해를 배상할 책임을 진다고 일반적으로 생각하고 있다. 그러나 이것은 條件說의 영향을 받아 잘못 도출된 결론이라고 말할 수 있다.

필요적경합공동불법행위의 경우에는 A의 행위가 없으면 손해가 발생하지 않고 또 B의 행위가 없으면 손해는 생기지 않는다. 더구나 A의 행위도 없고 B의 행위도 없는 때에도 손해는 생기지 않는다. 손해가 생기는 것은 A의 행위와 B의 행위가 結合한 때 뿐이므로 A의 행위와 B의 행위는 손해에 대해 部分的因果關係 즉 因果關係上的 寄與度가 있을 뿐이고, A의 행위와 B의 행위는 손해의 부분원인으로 보아야 한다. 즉 C의 사망은 A의 행위와 B의 행위의 共同產物이다.

인과관계상의 기여도가 동일한 필요적경합공동불법행위자인 A와 B는 C에 대해 연대책임을 지지만, C의 손해의 半은 A가 기여한 것으로 A자신의 부분적인과관계에 상당하는 책임부분이고, 나머지 半은 B의 부분적인과관계에 상당하는 책임부분에 대한 擔保라고 보아야 한다.

그러나 A의 행위가 없으면 손해가 전혀 발생하지 않으므로 A는 전손해를 야기하고 있다고 생각하고, B에 대해서도 B의 행위가 없으면 손해가 전혀 생기지 않으므로 B도 전손해를 야기하고 있으므로 A과 B의 행위는 손해에 대해 等價이고, 부담부분도 均等하다고 하는 견해⁴²⁾도 있는데 이는 c.s.q.n식에는 충실하지만 A와 B는 必要的競合의 경우에도 각각 인과관계상의 기여도에 따라 손해발생에 부분적으로 기여하고 있음을 볼 때 불

42) H., L. et J. Mazeaud, Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, II (6^{ed.}, 1970) n°1640.

합리하다.

필요적경합공동불법행위도 同時的 혹은 異時的으로 발생할 수 있다. 異時的의必要的競合共同不法行爲란 예를들면 A운전의 甲차에 받친 X가 발빠가 굴절되어 넘어지고 다시 B운전의 乙차에 치어 팔이 뿌러진 경우이다. 이 경우 乙차 운전의 B가 팔의 손해에 대해서만 배상책임을 지는 것에는 문제가 없다. 그러나 甲차운전의 A는 발의 손해에 대해서만 배상책임을 지는 것이 아니라 발의 손해와 함께 팔의 손해에 대해서도 B와 연대하여 책임을 지는가 하는 문제가 생긴다. 이점에 대해 淡路剛久는 다음 2가지 측면으로 생각하고 있다. 첫째는 乙차에 의한 제2사고의 손해는 A로서는 제1의 불법행위에 의한 손해의 범위로서 파악할 수 있고 따라서 그것이 손해의 범위에 포함되는지의 여부로서 판단하여야 할 것이고, 둘째 乙차에 의한 제2의 사고는 2차의 불법행위이고 따라서 그 단계에서 또 한번의 불법행위의 成立有無를 판단하지 않으면 안된다. 後者の 생각은 擬制的인 것이므로 前者가 타당하다고 본다. 즉 甲차의 A가 뒤따라오고 있던 乙차를 예견하였거나 일반적으로 예견 가능한 때에는 A가 個別的因果關係의 부존재를 입증하지 못하면 A는 발과 팔에 대하여 B는 팔에 대하여 공동불법행위가 성립한다고 본다. 만일 A가 乙차를 예견하지 못하였고 따라서 개별적인과관계의 부존재를 주장하여 입증하는 경우라면 甲차의 A는 팔에 대한 손해는 부담하지 않게 된다. 이 때에는 A와 B는 一部連帶의 관계에 있게 된다⁴³⁾고 전제하고 있다. 그러나 그것은 乙차에 의한 제2의 사고의 피해는 A에 관해서는 제1의 불법행위에 의한 손해의 범위로서 파악할 수 있는 것이 아니라 제1사고와 제2사고가 경합하여 새로이 팔의 손해를 야기한 것이고, 팔의 손해에 대해서 A와 B는 必要的競合共同不法行爲의 관계에 있으므로 팔의 손해에 대해 연대책임을 지지만, 제1사고에 의해 이미 발생한 발의 굴절에 대한 손해는 A단독으로 야기한 손해로서 A만이 책임을 지는 것으로 된다. 그리고 팔의 굴절에 따른 손해에 대해서는 A와 B의 사이에 부담

43) 淡路剛久, 共同不法行爲に關する諸問題,ジュリスト,431號,1969.8,143頁.

부분이 존재한다고 볼 수 있다.

甲차에 의한 피해로 상해를 입은 자가 乙차에 다시 치어 사망해 버릴 경우 즉 A가 제2사고의 결과(사망)를 예견할 수 있었고 個別的因果關係의 부존재를 주장하여 입증하지 못한다면 A는 제2의 결과 즉 사망에 대해서도 책임을 지게 되고 그렇지 않을 경우는 A는 상해에 대해서만 책임을 지게 된다. 그리고 A가 제1사고의 결과를 입증하지 못하는 경우에는 결과 전부에 대해 A·B가 連帶하여 배상하여야 할 것인가 하는 문제가 제기될 수 있는데 이 경우에는 시간적 간격이 문제가 되어 제1의 사고와 제2사고 간에 時間的 間隔이 接續되어 있을 경우에는 全部責任으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 문제는 B의 배상범위인데 B는 제1사고의 결과 및 그 금전적 평가를 주장하여 입증할 수 있으면 B의 배상액에서 그 부분을 공제할 수 있겠지만 실제로는 그 입증이 어려울 것이므로 결국 B는 제1사고와 시간적으로 연속되어 있을 경우에는 전손해에 대한 배상의무를 질 수 밖에 없어 A와 공동불법행위책임을 면치 못한다고 보아야 한다.

결국 필요적경합공동불법행위의 경우에도 각각의 불법행위자의 인과관계는 部分的因果關係이고, 전손해의 발생에 부분적으로 기여하고 있다.

필요적경합공동불법행위의 경우에도 同時的으로 된 경우와 異時的으로 된 경우가 있지만 필요적경합공동불법행위는 각각의 행위가 경합하여 비로소 손해가 발생하는 경우이므로 법적으로 양자를 구별하여 취급하는 것은 타당하지 않다.

3) 累積的競合共同不法行爲

누적적경합공동불법행위는 각각으로도 全損害의 惹起可能性이 있는 가해자의 행위가 우연히 競合하여 同一損害를 야기하는 경우이다.

누적적경합공동불법행위는 복수 가해자의 행위가 인과관계상 전손해의 일부에 대해서만 겹쳐지고, 일부에 대해서는 겹치지 않는 경우가 자주 생기는데 실제상으로도 대단히 중요한 경우이다. 예컨대 전방을 달리던 甲차

가 갑자기 브레이크를 잡아 乙차가 甲차에 追突했고 乙차의 뒤를 달리던 丙차가 乙의 차에 追突하여 그 결과 다시 乙차가 甲의 차에 追突하였는데, 乙과 丙이 甲차의 손해에 대해 각각 얼마의 비율로 기여했는가가 不明한 경우이다. 이 경우에 민법 제760조 제2항으로 이론구성을 하면 민법 제760조 제2항은 각각의 행위가 단독으로 전손해를 야기할 가능성이 있음을 요건으로 하므로⁴⁴⁾ 위의 사례의 경우에는 이 요건이 결한 것은 아닌가 하는 의문이 생긴다. 위 사례의 경우에는 丙차의 追突전에 甲차는 이미 乙차의 追突로 손해를 입은 것이 명확하기 때문에 丙차가 全損害를 야기했다고는 볼 수 없다. 그러나 乙과 丙이 甲의 차에 대한 손해의 기여부분을 정확히 하는 것은 불가능했다. 이 경우에 대해서는 乙의 追突이 이미 전손해를 야기한 경우, 乙과 丙이 동일한 기여도에서 전손해를 야기한 경우 및 丙이 보다 큰 追突을 했으므로 丙의 기여도가 乙의 기여도보다 더 큰 경우와 같이 세가지의 사실경과의 가능성을 생각할 수 있다.

이와같은 경우에 대해 독일의 판례는 損害原因에 대해서 피해자의 立證困難의 극복을 목적으로 하고 있는 제830조 제1항 후단은 복수 가해자가 있는 경우에 손해야기에 대한 각자의 寄與部分을 입증할 수 없는 경우에도 적용된다고 하여, 乙은 자신의 행위가 독일 민법 제830조 제1항 후단에 의해 전손해를 야기할 수 없다는 것을 입증해야 한다. 乙이 이러한 입증을 하지 못한 경우에는 丙과 함께 독일민법 제830조 제1항 후단에 따라 全損害에 대해 책임을 진다고 한다.⁴⁵⁾

Brambring은 복수 가해자의 행위가 전손해의 일부에만 인과관계상 겹치고 다른 부분에는 겹치지 않는 경우에는 겹친 손해부분에 대해서는 累積的競合共同不法行爲의 성립을 인정하여 連帶責任을 과하고, 겹치지 않는 부분에 대해서는 그 기여분이 입증된 손해가 있는 경우 그 기여분을 야기한 자의 分割責任이 성립한다고 해석해야 한다고 주장하고 있다.⁴⁶⁾

44) 임정병, 전제논문, 675면.

45) LG Essen VersR 1963, 100.

46) G. Brambring, a.a.O., S. 122ff.

위에서 든 사례를 Brambring의 견해에 의할 경우에는 乙이 최초 追突에 의해 초래된 손해부분을 입증할 수 있으면 그 입증된 寄與分에 대해서는 乙은 민법 제750조에 따라 分割責任을 진다. 甲의 전손해에서 위의 기여분을 공제한 殘餘의 손해에 대해서만 乙과 丙이 연대책임을 지게 된다. 그 경우 乙의 가해행위는 乙 단독으로 야기한 위의 손해부분을 넘어 殘餘部分을 야기할 가능성을 가진 것이지 않으면 안되는 것이다.⁴⁷⁾

위에서 말한 것처럼 가해자가 損害一部를 야기한 것이 확실하다고 하는 것의 인정은 누적적경합공동불법행위의 성립에 관해서는 중요한 의미를 가지는 것은 아니다. 그 일부의 손해에 관하여는 그 행위가 그와같은 손해의 일부에 대해서 원인으로 되었다고 하는 것을 넘어, 전손해를 야기할 수 있는가 어떤가가 결정적 의미를 가진다고 볼 수 있다. 따라서 관여자의 1인이 全損害를 야기하지 않았음이 증명되고 損害一部에 대한 야기 가능성 밖에 없는 때는 累積的因果關係에 의한 공동불법행위의 성립은 부정된다. 가해자 1인이 손해를 야기한 것이 증명된 손해부분에 대해서는 그 가해자만 책임을 부담하고, 그 손해부분을 제외한 잔여의 손해부분에 대해서는 각 가해자의 因果關係가 累積된 범위에서 累積的競合共同不法行爲의 성립이 잔여의 손해부분에 대해서만 성립한다. 따라서 잔여의 손해부분에 대해서는 공동불법행위자는 특히 部分的으로만 손해를 야기하는 것이고, 각각 부담부분이 존재하는 것이다.

독일연방최고법원은⁴⁸⁾ 異時的累積的競合共同不法行爲의 사안에 대해서 이하와 같이 잘못된 판단을 하고 있는 것이다. 즉 관여자의 1인인 Y1에 의한 교통사고로 피해자 X가 도로의 한가운데 넘어진 것을 Y2의 차가 다시 치어 사망했지만, Y1과 Y2의 어느 사고도 X의 사망을 초래할 수 있는 사고이기 때문에, 어느 사고에 의한 상해로 X가 사망했는가 不明한 것같은 경우와 같은 異時的인 경우에도 공동불법행위가 성립하는가 하는 문제

47) a.a.O., S.126ff.

48) JZ 1979, S.187.

가 발생한다. Y1이 이미 全損害에 대해서 책임을 부담하고 있으므로 독일 민법 제830조 제1항 후단은 적용되지 않고, Y2의 책임은 생기지 않는다고 독일연방최고법원은 생각한 것이다. X가 Y2의 차에 의해 다시 치인 것은 Y1에게 귀책된다. 그것은 차도에 어쩔수 없는 상태로 X가 넘어졌으므로, 相當因果關係에 의해 생기는 것이라고 생각하는 것이다. Y1에 의한 제1 사고가 없었더라면 Y2에 의한 사고도 없고 따라서 X의 사망도 없을 터이다. 그러므로 Y1의 행위는 X의 사망에 相當因果關係가 있다고 생각한 것이다. Y1에 의한 傷害로 X가 사망했는가 Y2에 의한 상해로 X가 사망했는가가 명확하지 않는 때에는 異時的累積的競合共同不法行爲의 성립을 인정하여, 독일민법830조 제1항 후단의 적용이 인정되어야 하고, Y1에 의한 사고로 이미 X가 사망한 것이 증명된 때에 비로소 독일민법 제830조 제1항 후단이 적용되지 않는다고 보아야 한다. 독일연방최고법원은 Y1에 의한 사고로 X가 사망했는가가 Y2의 사고로 X가 사망했는가 불명한 사건이므로 Y1의 행위가 없으면 X가 차도에 넘어지지 않을 것이고 Y2가 X를 치지도 않았을 것이므로 Y1의 행위만이 X의 사망과 상당인과관계가 있다고 잘못 판단한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 Y1의 행위가 없으면 X의 사망이 생기지 않는다는 것은 Y1의 행위만이 X의 死亡原因이라는 것은 증명되지 않는다. 즉 Y1이 X를 사망에 이르게 한 것 같은 행위를 한 것은 Y2가 다시 X를 사망에 이르게 하는 것 같은 행위를 하여 X의 사망에 대한 양자의 因果關係上的 競合을 배제하는 것은 아니다. Y1이 전손해를 초래할 수 있는 행위를 한 것이 전손해를 실제로 초래한 것은 아니다. 따라서 위와같이 교통사고의 경우에는 異時的累積的競合共同不法行爲의 성립을 인정하여 共同不法行爲을 적용하여 Y1·Y2에게 연대책임을 인정해야 한다고 본다.

독일연방최고법원판결은 상당인과관계설과 c.s.q.n식에는 충실한 것이지만, 그 때문에 또 다른 결론에 도달한 것이다. 우선 Y1의 행위(A)와 X의 사망((R) 사이의 인과관계에 대해서는 Y1의 행위(A)가 없으면 결과

(R)은 발생하지 않는 것이 명확한 경우이므로, c.s.q.n식의 적용에는 오류가 없다. 원인A가 없으면 결과 R도 없다는 것에서 A에서 결과 R이 나온다. 즉 Y1의 행위(A)와 X의 사망(R) 사이에는 인과관계가 긍정되어 타당하다. 이에 대해서 Y2의 행위(B)와 X의 사망(R) 사이의 인과관계는 Y2의 행위(B)가 없어도 Y1의 행위만으로 X가 사망(R)하였다고 생각할 수 있으므로 c.s.q.n식으로는 Y2의 행위(B)와 X의 사망(R)과의 사이에는 인과관계가 없게 된다. 이와같이 하여 독일연방최고법원은 Y1의 행위(A)와 X의 사망(R) 사이에만 인과관계의 존재를 인정하고 Y2의 행위(B)와 X의 사망(R)과의 사이에는 인과관계를 부정한 것이라고 볼 수 있다. Y2의 행위(B)도 X의 사망(R)을 초래한 것 같은 것이 사실상 인정되므로 적어도 Y2의 행위(B)에 의해 X의 사망(R)이 재촉된 것은 틀림없다. 그럼에도 불구하고 Y2의 행위(B)와 X의 사망(R) 사이의 인과관계가 부정된 것은 c.s.q.n식이 가지고 있는 오류에서 나오는 잘못된 결론이라고 할 수 있다.

독일판례⁴⁹⁾나 학설⁵⁰⁾도 과거에는 위와같은 교통사고의 경우에는 累積的競合共同不法行爲의 성립을 인정하고 독일민법 제830조 제1항 후단을 적용하여 Y1·Y2에게 連帶責任을 과한다고 하는 입장을 채택한 것이다. 그러나 이 결론은 상당인과관계설과 조건설의 c.s.q.n식으로는 도출이 불가능하다. 이와같이 제1사고의 가해자에 보다 큰 기여도를 인정하지만 Y1도 Y2도 X의 사망에 대하여 연대하여 책임을 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

그리고 이와같은 一部連帶의 생각은 일본에서도 淡路剛久가 교통사고에 관하여 이미 주장하고 있지만⁵¹⁾ 淡路剛久는 c.s.q.n의 이론을 정당하다고 생각하고 있으므로 이와같은 일부연대의 이론을 도출할 수는 없다.

累積的競合共同不法行爲도 각각의 공동불법행위자는 全損害에 대해서

49) BGHZ33,286,291,293; BGH NJW 1969,2136,2137.

50) M.a.Bauer, JZ,1971, S.4, 8f. ; G.Deubner, JuS 1962, S.383,384 f. ; J.von Staudinger, Komm. zum BGB(10/11. Aufl.1975) § 830 RdNr20(K.Schäfer).

51) 淡路剛久, 前掲共同不法行爲に關する諸問題, 143頁.

部分的으로 밖에 기여하지 않는다.⁵²⁾ 예를들면 치사량 25그램의 독약을 Y1과 Y2가 각각 우연히 잘못하여 25그램씩 합계 50그램을 동일한 술잔에 넣었고 그 술을 마신 X가 25그램의 독약으로 사망한 것이 판명되었다. Y1·Y2는 각각 全損害의 발생 행위를 했지만, X의 사망은 Y1이 넣은 독약 중의 12.5그램과 Y2가 넣은 독약 중의 12.5그램으로 사망했음이 명확하다고 하여 Y1·Y2의 행위는 각각 X의 사망에 대하여 部分的인 因果關係밖에 가지지 않음도 명확하다. Y1·Y2가 넣은 독약 중의 각각 12.5그램 합계 25그램이 체내에 흡수되어 X가 사망했기 때문이다. X는 독약을 50그램 복용했지만 X의 사망은 Y1이 넣은 독약 중의 12.5그램과 Y2가 넣은 독약 중의 12.5그램으로 사망한 것이 확실하다.

또 Y1·Y2가 각각 우연히 12.5그램씩 합계 25그램의 독약을 넣은 술을 마신 X가 사망한 때 즉 必要的競合共同不法行爲인 때에도 Y1·Y2는 X의 사망에 대하여 각각 부분적인 기여밖에 하지 않았다. Y1·Y2는 어느 일방의 독약으로는 X는 사망하지 않고 Y1·Y2의 독약이 합쳐져 비로소 X가 사망한 것이므로 Y1·Y2는 각각 X의 사망에 대하여 部分的으로 밖에 기여하지 않음은 명확하다.

즉 Y1이 독약을 12.5그램 넣고 Y2도 독약을 12.5그램을 넣어 X가 사망한 때 즉 必要的競合共同不法行爲의 경우에도 Y1·Y2가 각각 25그램씩 합계 약 50그램의 독약을 넣은 때 즉 累積的競合共同不法行爲의 경우에도 함께 X는 결국 Y1이 넣은 독약의 12.5그램과 Y2가 넣은 독약의 12.5그램으로 사망했다. 필요적경합공동불법행위와 누적적경합공동불법행위는 類型的으로는 구별가능하지만 인과관계상으로는 共通하므로 民法上的 法律效果의 점에서 동일하다고 보아야 한다.

위의 독물의 사례에서 하나의 손해에 복수의 원인이 기여한 때는 그 인과관계를 부분적인 것으로 나눌 수 있음이 증명되었다고 생각된다. 그러나 통상은 部分原因이 어떻게 全損害의 야기에 기여했는가를 피해자가 중

52) G.Brambring, a. a. O., S.119ff.

명하는 것이 곤란한 경우가 많아 法律이 連帶責任을 인정하여 피해자로 하여금 그와같은 立證困難에서 免除할 필요가 있게 된다.

또 Y1이 독물 30그램을 넣고 Y2가 독물 45그램을 넣어 X가 사망한 때에는 X는 Y1이 넣은 독물 중의 10그램과 Y2가 넣은 독물중의 15그램으로 사망했다고 생각되기 때문에 Y1·Y2는 X의 사망에 대한 2대 3의 비율로 인과관계상의 기여를 한 것이 된다. 이 경우에도 부분적인과관계의 이론이 타당하다고 생각된다.

c.s.q.n식에 의하면 累積的競合의 경우에는 Y1의 행위가 없어도 Y2의 행위로 손해가 생기므로 인과관계가 없고 Y1은 책임을 지지않는다. 또 Y2의 행위가 없어도 Y1의 행위로 손해가 생기므로 Y2도 책임을 지지 않게 된다. 따라서 累積的競合의 因果關係는 법률학에 있어서 수수께끼로 되어 왔다. 그러나 이것은 c.s.q.n식이 가지는 誤謬에서 도출된 잘못된 결론이다. Y1의 행위가 없어도 손해가 생김은 Y1의 행위도 또한 손해의 원인임과 논리적으로 모순되지 않는다. 또 Y2의 행위가 없어도 손해가 생김은 Y2의 행위도 또한 손해의 원인임이 논리적으로 모순되지 않는다. 불이 없어도 연기가 있다는 것은 불도 역시 연기의 원인임과 논리적으로 모순하지 않는 것이다. 이리하여 Y1의 행위도 Y2의 행위도 동시에 손해의 부분적 책임원인임이 논리적으로 성립한다.

경합공동불법행위의 경우에는 각공동불법행위자는 全損害와 相當因果關係를 가진 것처럼 원인을 독립하여 만든다고 일반적으로 말하여지고 있다. 그러나 경합공동불법행위자의 각자가 全損害와 因果關係를 가질 수 있는 원인을 초래한 것은 예를들면 25그램의 독을 넣은 것은 실제로 전손해(사망)을 그 원인이 야기한 것과 동일하지는 않다.

전손해의 惹起 可能性있는 행위를 한 것을 실제로 전손해를 야기한 것과 동일시하는 것에 종래의 통설의 오류가 있다고 생각된다. 경합공동불법행위자의 각자가 전손해를 상당인과관계로서 야기했다고 하는 것⁵³⁾은 논

53) 김용희, 공동불법행위에 있어서의 인과관계에 관한 연구, 건국대학술지, 제21집, 1977, 3-4면.

리적으로 잘못이다. 同一時間에 그리고 同一空間에서 同一의 全損害를 數人이 각각 독립하여 야기했다는 것은 논리적으로 성립할 수 없다. 전손해의 惹起 可能性이 있는 행위일지라도 손해가 생기기까지에 다른 가해원인이 介入한 때는 발생한 손해에 대한 2개의 원인은 결국 부분적인 기여밖에 하지 않는다고 보아야 한다.

각각 단독으로도 전손해가 생길 수 있는 행위가 우연히 경합했지만 그 행위가 동시에 이루어진 것이 아니고 前後로 된 때에도 因果關係上的 競合範圍에서 누적적경합공동불법행위의 성립을 인정해야 한다. 2개의 행위 사이에 시간적 前後에 따른 누적적경합공동불법행위의 성립을 부정할 수 없다. 따라서 양자는 인과관계상 경합하는 손해에 대해서 연대책임을 진다고 해석해야 한다.

누적적경합공동불법행위의 책임이 分割責任이 아니고 連帶責任인 이유는 필요적경합공동불법행위의 경우와 같이 각 공동불법행위자의 행위는 전손해에 대해 部分的으로 寄與하고, 다른 공동불법행위자의 행위와 함께 전손해를 야기한 점에 因果關係上的 關聯이 있기 때문이다. 즉 누적적경합공동불법행위의 경우에도 각 행위자의 행위는 부분원인이고 다른 공동불법행위자의 부분원인과 함께 全體原因을 구성하고 그 全體原因이 전손해를 야기했기 때문이다. 누적적경합공동불법행위의 경우에는 각각의 행위는 다른 행위가 없어도 전손해의 야기가능성이 있는 행위인 점에서 필요적경합공동불법행위와 차이가 있지만, 실제로 발생한 손해와의 관계에서는 각 누적적경합공동불법행위자의 행위가 경합하여 손해를 발생시킨 점에서 필요적경합공동불법행위와 같이 서로 因果關係上的 關聯共同에 의해서 全損害가 발생한 점이다. 즉 누적적경합공동불법행위의 경우에도 인과관계의 관련을 의미하는 客觀的關聯共同성이 존재한다.

4) 幫助的競合共同不法行爲

A의 행위만으로도 損害發生이 가능한 경우에 B의 행위가 加擔하여 손

해가 발생했지만, B의 행위만으로는 손해가 발생하지 않는 경우이다. B의 행위에서 보면 B의 행위가 없어도 손해가 발생한다는 점에서 累積的競合共同不法行爲와 같고, A의 행위에서 보면 B의 행위만으로는 손해가 생기지 않는 점에서 必要的競合共同不法行爲와 동일하다. 이것을 幫助的競合共同不法行爲라고 한다. 이는 필요적경합공동불법행위와 누적적경합공동불법행위의 中間的 類型으로서 예를들면 A사의 汚水만으로 공해발생의 許容量을 초과하고, B사의 汚水가 합류하여 손해가 생기지만 B사의 汚水만으로는 許容量의 범위내인 경우이다. 공해에 있어서 자주 발생하는 유형이다.⁵⁴⁾ 이 경우, B사의 책임에 대해서는 B사의 행위가 없어도 A사의 행위로 손해가 생기므로 B사에 책임이 없다고는 할 수 없다. 이것도 c.s.q.n식이 가지는 오류에서 도출된 잘못된 결론이다. 幫助的因果關係는 필요조건적인과관계의 존재를 전제로 하지 않으므로 幫助的因果關係를 c.s.q.n식으로는 설명할 수 없다.

방조적경합공동불법행위가 인정되어야 한다는 것은 主觀的共同을 요건으로 하는 민법 제760조 제3항의 幫助者의 責任을 고려하면 쉽게 이해할 수 있다. 민법 제760조 제3항의 방조자는 자신의 방조가 없어도 주된 불법행위자의 행위로 손해가 발생함을 입증하여도 책임을 면할 수 없다. 불법행위의 제도는 손해발생에 기여하는 위법한 행위를 각각 금지하는 것이고, 행위자가 불법행위를 하지 않음에 의해 다른 자에 의한 손해이기도 회피가능한가 하는 점은 불법행위의 성립에 있어서도 관계가 없다.

경합공동불법행위가 된 경우에 그것이 필요적경합공동불법행위에 해당되는가 방조적경합공동불법행위에 해당되는가는 경합공동불법행위자의 1인의 행위가 인과관계상의 어떠한 힘을 가지는 다른 경합공동불법행위자의 행위와 우연히 경합했는가 하는 우연한 사정에 좌우된다. 따라서 必要的競合共同不法行爲과 幫助的競合共同不法行爲의 구별은 相對的이고 양자의 사이에는 本質的 差異가 없기 때문에 양유형의 법적취급을 다르게 하는 것은

54) 日最判1968.4.24 民集22卷4號,964頁.

부당하다고 생각된다.

방조적경합공동불법행위의 경우에도 同時的인 것과 異時的인 것의 2개가 존재한다. 異時的競合共同不法行爲의 경우에도 因果關係上的 競合이 있는 損害範圍에 대해서만 연대책임이 생기고, 幫助的競合共同不法行爲가 되기 전에 이미 발생한 손해에 대해서는 그 손해를 초래한 경합공동불법행위자의 分割責任으로 보아야 한다.

5) 集合的競合共同不法行爲

집합적경합공동불법행위는 각각 단독으로는 손해를 발생시키지 않는 3개 이상의 행위가 경합하여 손해가 생긴 경우로 관여자 1인의 행위가 없어도 다른 관여자의 행위에서 손해가 생기는 경우이다.

집합적경합공동불법행위의 경우에도 c.s.q.n식을 적용하면 피고 기업 Y1이 자기의 배출량만으로는 손해가 발생하지 않고(Y(P) 자기의 배출물이 없어도 全損害가 발생함(Y2+Y3)P)을 입증한 경우에는 Y1은 면책된다⁵⁵⁾고 하는 오류를 범한다. 즉 치사량 30그램의 독물을 Y1·Y2·Y3가 각각 서로 이해함이 없이 우연히 16그램씩 하나의 술잔에 넣고 그것을 모르고 술잔을 마신 X가 사망한 예를 생각하면 명백하다. X는 Y1이 넣은 독물 16그램중의 10그램과 Y2이 넣은 독물 16그램중의 10그램과 Y3가 넣은 16그램중의 10그램, 합계30그램을 체내에 흡수하여 사망했다고 생각하는 것이 가능하기 때문이다. 이것 또한 c.s.q.n식 자체가 가지는 오류에서 생기는 것이다.

IV. 結言

민법 제760조에는 다수의 공동불법행위유형이 존재하여 공동불법행위

55) 淡路剛久, 公害賠償の理論, 1978, 133頁.

의 요건으로서 意識되거나 意慾된 共同의 필요가 客觀的關聯共同으로 족한가 어떤가 하는데 대하여 야기된 논의는 그 자체로서 별로 의미가 없다고 생각된다. 그것은 각 공동불법행위유형에 따라 검토되어야 한다. 택일적경합공동불법행위의 경우에는 가해자가 인과관계가 없음을 입증한 때는 택일적인과관계라는 민법 제760조 제2항의 실제법상의 요건이 존재하지 않게 되어, 제2항은 적용될 수 없어 가해자는 連帶責任이 면제된다고 볼 수 있다. 그러나 必要的競合共同不法行爲, 累積的競合共同不法行爲, 幫助的競合共同不法行爲, 集合的競合共同不法行爲의 경우에는 意識되거나 意慾된 共同에 의해 이루어진 공동불법행위와 같이, 가해자의 행위와 손해 사이에 部分的因果關係가 있고 그것이 공동불법행위의 요건으로 되기 때문에 그와 같은 部分的因果關係밖에 없음을 가해자가 입증하여도 다른 공동불법행위자의 부분적인과관계에 대한 擔保責任이 法定連帶債務의 효과로서 존재하므로 피해자에 대한 가해자의 면책은 문제로 되지 않는다고 해석된다. 이 점에서도 손해와 가해자의 행위사이에 인과관계가 없음을 가해자가 입증하여 全部免責이 인정되는 택일적경합공동불법행위는 경합공동불법행위의 예외적인 특별유형임이 명백하다.

이와같이 볼 때 민법 제760조 제1항 및 제3항은 의식되거나 의욕된 공동에 의해 이루어진 공동불법행위를 규정한 것으로 해석하고, 동법 제760조 제2항은 명문으로 규정된 택일적경합공동불법행위 외에 그 이론적 전제로서 의식되거나 의욕된 공동이 없이 수인의 위법 또는 유책한 행위가 우연히 경합하여 동일손해를 야기하는 경합공동불법행위의 모든 유형을 인정하는 규정으로 해석하여 連帶責任을 인정해야 한다고 생각한다.