

共同不法行爲責任論

문진규*

I. 序論

민법 제760조는 “共同不法行爲者는 被害者에게 連帶하여 그 損害를 賠償할 責任이 있다”고 규정하고 있다. 이때의 連帶責任의 의미에 대해서 민법 제413조의 규정을 적용할 것인가에 대해 현재의 다수설¹⁾과 판례²⁾는 不真正連帶債務라고 하여 제413조의 적용에 소극적이고, 소수설³⁾은 제760조 제1항과 제3항을 連帶債務라고 하여 민법 제413조의 적용을 긍정하고, 제760조 제2항을 不真正連帶債務라고 하여 제413조의 적용을 부정하고 있다.

우리민법은 구민법에는 없었던 제413조를 신설하여 “連帶債務의 內容”이라는 제목하에 “數人의 債務者가 債務全部를 各自履行할 義務가 있고 債務者 1인의 履行으로 다른 債務者도 그 義務를 면하게 되는 때에는 그 債務는 連帶債務로 한다”고 규정함으로써 連帶債務를 입법적으로 정의하고

* 국방과학연구소 연구원, 법학박사.

1) 郭潤直, 債權各論, 1996, 763面; 金顯泰, 債權法各論, 1986, 396面; 林正平, 共同不法行爲의 一考察, 民法學의 回顧와 展望, 1993, 668面; 李銀榮, 債權各論, 1986, 617面; 金嘯壽, 債權各論, 1992, 715面.

2) 大判 1968.2.27. 67다1975.; 동지 大判 1968.2.27. 67다1975.

3) 李太載, 債權各論, 1990, 506面; 鄭泰綸, 共同不法行爲에 관한 研究, 博士學位論文, 서울대, 1994.8. 306面.

있다. 그러나 連帶債務關係의 成立에 대해서는 아무런 언급이 없다. 즉 각자에게 ① 각자 全額 履行責任이 있고 ② 連帶債務者중의 1인의 履行으로 다른 債務者도 그 義務를 면하게 되며 ③ 債權者는 連帶債務者중에서 債務를 履行할 자를 선택할 수 있다는 것을 내용으로 하고 있다. 그러나 이 기준만으로는 連帶債務와 우리나라 학설·판례가 일반적으로 인정하고 있는 不眞正連帶債務와의 구별이 불가능하다. 이리하여 우리나라에서는 민법 제413조와 제414조에서 도출된 세가지 요소 이외에 해석상으로 連帶債務의 구별표준을 찾으려는 노력이 시도되었다. 해석상으로 連帶債務의 구별표준을 찾기 위해서는 민법 제413조의 신설이유의 규명이 필요하나, 우리민법에는 立法理由書가 없기 때문에 동조의 新設理由를 정확하게 알 수는 없다. 그리고 학설도 동조의 신설과 관련하여 크게 논의되지 않았다. 이점에 대해서는 동조와 유사한 내용을 가진 독일민법 제421조의 내용을 살펴봄으로서 동조의 新設理由를 규명해 볼 필요가 있다고 생각된다.

우리나라 학설은 連帶債務의 구별표준으로 連帶債務者間의 主觀的共同關係를 일반적으로 들고 있다.⁴⁾ 통설은 主觀的共同關係를 광범위하게 적용하여 共同不法行爲責任의 性質에 대해 민법 제760조가 “連帶하여”라고 명시하고 있음에도 불구하고 主觀的共同關係가 없다는 이유로 不眞正連帶債務라고 해석하고 있다. 과연 명문으로 連帶라고 규정한 것을 해석상 不眞正連帶라고 해석할 수 있는가도 의문이 생긴다.

이하에서 共同不法行爲의 性質과 分割責任의 인정여부에 대해서 보기로 한다.

II. 共同不法行爲責任의 性質

민법 제760조의 連帶의 性質과 관련하여 다수설과 판례는 앞에서 본바

4) 郭潤直, 前掲書, 763面.

와 같이 민법 제413조 이하의 連帶債務로 보지 않고 不真正連帶債務로 보아 민법 제416조 이하의 絶對的效力을 인정하지 않고 있다.

共同不法行爲責任의 性質을 다수설·판례와 같이 不真正連帶債務로 보는 때에는 의문점이 있다. 다수설과 판례에 따르게 될 경우에는 민법 제431조 이하의 규정과 민법 제760조의 共同不法行爲責任 사이에는 아무런 관계가 없게 된다. 왜냐하면 不真正連帶債務는 求償을 그 본질 내지 개념속성으로 하지 않기 때문이다. 그러나 共同不法行爲責任의 性質을 不真正連帶債務로 파악하는 견해의 모두가 求償關係를 인정하고 있는 실정이다.

다수설이 주장하는 不真正連帶債務說은 被害者 保護를 위하여 “連帶하여”라는 明文規定을 무시하거나 다른 특수한 不法行爲責任과의 균형상의 이유를 내세워서 共同不法行爲의 性質을 不真正連帶債務라고 한다. 그러나 생각컨대 立法者가 法律規定을 할 때에는 당시의 모든 智慧를 동원하여 豫測할 수 있는 모든 사건을 포섭하려고 하며, 法律規定이 體系的이고 有機的인 關係가 되도록 規定하는 것이 일반적인데도 불구하고, 解釋論에 의하여 立法者가 法律에서 規定한 “連帶債務”라는 용어를 순수한 解釋學의 產物으로서 명문규정에도 없는 不真正連帶債務라고 해석하는 것은 타당하지 않다고 하겠다.⁵⁾ 또한 債權總論은 各論에 대하여 通則性을 갖는 것이므로 各論規定의 解釋에 있어서는 總論의 通則性을 함부로 변경하여 解釋할 수 있는나 하는 의문을 제기하지 않을 수 없다. 특히 명문규정이 없음에도 불구하고 이러한 解釋을 하는 것은 法的安定性의 견지에서 보아도 타당하지 않을 뿐만 아니라⁶⁾ 債權總論에서 連帶債務에 관한 일반규정을 둔 의미를 상실하게 한다는 점도 강조하지 않을 수 없다.⁷⁾ 더구나 다수설의 不真正連帶債務는 그 개념조차 아직 설득력 있게 설명되지 않고 있을 뿐만 아니라

5) 李泳揆, 連帶債務의 法理에 관한 研究, 博士學位論文, 漢陽大, 1991.6, 59面; 동지 姜東湖, 共同不法行爲에 관한 研究, 慶尙大學論文集, 社會科學編, 第2卷, 1979, 26면; 權龍雨, 民法(下), 1989, 348面; 李銀榮, 前掲書, 617面.

6) 姜東湖, 上掲論文, 26面.

7) 李泳揆, 前掲論文, 71面.

논리적으로도 일관되지 못한 실정이다. 즉 不真正連帶債務의 개념을 連帶債務와 비교하여 소극적으로 규정하고 있고, 不真正連帶債務에서는 求償權이 없다고 하면서, 不真正連帶債務라고 해석하는 민법 제760조의 共同不法行爲에서는 異論없이 債務者間에 求償權을 인정하고 있다.⁸⁾ 그리고 共同不法行爲責任을 連帶債務로 해석할 때 債務者의 1인에 대하여 발생한 사유가 다른 자에게 영향을 미치는 絶對的效力의 경우에 있어서 履行請求의 絶對的效力(제416조)이 共同不法行爲에 있어서도 債權者의 이익을 위하여 그 債權을 강화한다고 하는 의미에서는 이의가 없으나, 更改相計免除消滅時效 등에 있어서는 일부의 자가 債務의 消滅을 하였는데 나머지 債務者에게 全債務를 지게 하는 점은 타당하지 않다⁹⁾고 생각한다.

소수설인 連帶債務不真正連帶債務의 二分說에 있어서는 민법 제760조에서 책임의 성질을 특별히 구별하지 않고 동일한 책임으로 규정하고 있는 데도 불구하고, 主觀的關聯의 유무에 따라 그 취급을 달리한다고 하는 점에서는 명문규정에 어긋난다. 또한 제1항과 제3항의 경우는 主觀的關聯이 있으므로 連帶債務로 하고, 제2항의 경우는 主觀的關聯이 없기 때문에 不真正連帶債務로 한다면, 제1항과 제3항의 경우에는 그 反倫理性에서 보아 被害者를 보다 두텁게 보호해야 할 것인데도 불구하고 主觀的關聯이 없으면서도 加害者가 不明하다고 하는 이유로 加害者에게 더 무거운 負擔을 지우는 것은 不合理한 結果가 된다.¹⁰⁾

不真正連帶債務說을 처음 주장한 Eisele는 連帶債務의 本質을 債務原因의 同一性에 있다고 하면서, 不真正連帶債務는 債權者가 複數의 債務者 각각에게 全給付를 1회 청구할 수 있지만, 그 債務는 상이한 債務原因에 기한 것이라고 한다. 즉 數人이 意識하거나 意慾된 共同에 의해 하나의 不法行爲를 행한 때는 그 數人은 그 不法行爲를 금지하는 규범으로 보는 한 法律이 별로서 위협하고 있는 완전한 범위에서 처벌해야 한다고 하는 것에

8) 李泳揆, 上揭論文, 59面.

9) 姜東湖, 前揭論文, 27面.

10) 郭潤直, 前揭書, 764面; 林正平, 前揭論文, 667面.

서 各自가 不法行爲者이다. 이것에 대해 어떤 재산에 침해를 초래한 不法行爲의 結果로 보는 때는 이 결과 즉 손해는 하나로서 존재한다. 그 손해에 관하여 각자는 共同原因者에 지나지 않고, 하나의 損害로 나타난다. 그런데 법질서가 被害者를 위하여 分割할 수 있는 損害賠償債務를 數人의 不法行爲者에게 부과하는 때에는 連帶債務가 발생하기 위한 다른 조건 즉 債務發生原因의 同一性이 意識되거나 意慾된 共同契約과 같이 意識되거나 意慾된 共同의 不法行爲에 의하여서도 가능하다¹¹⁾고 하고, 意識되거나 意慾된 共同에 의하여 이루어진 共同不法行爲者의 責任은 不真正連帶債務가 아니고 로마법시대의 共同連帶에 상당하는 眞正한 連帶債務이라고 생각하고 있다. 즉 共同不法行爲者의 損害賠償責任에는 連帶債務의 본질인 債務發生原因이 法的으로 同一한 것임을 인정한 것이기 때문에 不真正連帶債務가 아닌 眞正한 連帶債務이라고 생각하고 있다.

連帶債務의 본질을 債務原因의 同一性에 있다고 하는 견해에도 개개의 債務發生原因의 要件에 대해서 形式的으로 同一하여야 한다는 견해¹²⁾와 개개의 債務發生原因이 同一한 事實上の 事件이면 된다고 하여 實質的 同一性を 요구하는 견해¹³⁾로 나누어져 있다.

債務發生原因이 同一한 事實上 事件이면 된다는 견해는 共同不法行爲가 성립하기 위해서는 일체적 사건을 要件으로 한다. 이 경우에는 共同不法行爲도 본래부터 連帶債務의 要件을 충족하는 것이 되어 不真正連帶債務가 아니게 된다. 그러나 連帶債務의 本質을 債務發生原因의 同一性에서 구하는 견해는 독일에서는 부정되고 있다.¹⁴⁾ 이와같이 독일에서는 債務發生原因에 대한 同一性의 有無는 連帶債務의 基準으로 되지 않고, 同一損害에 대해서 어떤 자는 契約에 의해 責任을 지고, 다른 자는 危險責任에 의해

11) Fr. Eisele, Correalität, Acp 77(1981), S.473.

12) Fr. Eisele, a.a.O., S. 481.

13) P.Oertmann, Komm. zum Bürg. Gesetzbuch 2. (5.Aufl.1928) Anm.5 C vor § § 420ff.

14) U. Hillenkamp, Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld, S.12.

責任을 지는 때에도 連帶債務의 成立을 인정하고 있다.¹⁵⁾

連帶債務과 不真正連帶債務의 구별표준의 하나인 單一債務原因論이 사라지면서 나타난 것이 目的의 共同體 또는 內部的 共同이라는 기준이다.¹⁶⁾ 이 견해는 債務者들은 그들의 負擔部分과 給付를 가지고 主觀적으로 同一한 目的을 추구하는 것이라고 이해하고, 共同目的體는 法律行爲에 의해 부담할 때에 債務者중 최소한 1인과 債權者에 의해서 의욕된 債務結合이 連帶債務를 형성한다고 한다. 共同目的關係에서 連帶債務의 본질을 구하는 견해는 複數債務 사이에 目的關係가 없는 경우를 不真正連帶債務라고 한다. 連帶債務의 本質을 共同目的關係에서 구하는 견해에도 主觀的共同을 요구하는 견해와 客觀的共同으로 족하다고 하는 견해로 나누어져 있다. 이 共同目的關係에 대한 견해가 우리나라와 일본의 학설에 영향을 주어 主觀的共同關係說을 탄생시켰다.¹⁷⁾ 그러나 이 견해는 不真正連帶債務의 개념이 적극적이지 못하고, 連帶債務가 아닌 경우가 不真正連帶債務이라고 하는 것에 지나지 않는다. 客觀的目的關係로 족하다고 하는 L.Enneccerus 및 H.Lehmann은 共同目的關係가 法律行爲나 法律에서 생긴다고 한다. 法律에서 생긴 경우에는 해당규정이 公同의 保護利益을 가져야 하고, 連帶債務의 경우에 共同目的은 債權者의 擔保와 滿足이다. 개개의 債務 사이에 共同目的關係가 없는 경우에는 不真正連帶債務가 존재한다. 不真正連帶債務를 인정하는 견해는 독일민법의 連帶債務에 대한 규정 특히 辨濟의 絶對의 效力規定 및 連帶債務의 1인에 대한 債務者 遲滯는 다른 債務에 대해서도 그 效力을 발생한다는 뜻을 규정한 독일민법 제424조는 不真正連帶債務에는 직접 적용되지 않고, 連帶債務者間의 求償에 관한 규정도 원칙적으로 적용되지 아니한다고 주장한다.¹⁸⁾

15) U. Hillenkamp, a.a.O., S.12f.

16) 李泳揆, 前掲論文, 30面:M. WolfNiederführ, Gesamtschuld und andere Schuldmehrheiten, JA, 1985, S.370.

17) 金亨培, 債權總論, 1992(이하 債權總論이라 한다), 500面.

18) L. Enneccerus-H. Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse.(15.Aufl.1958) §

F. Klingmüller는 “2인이 서로 認識없이 즉 主觀的 共同없이 有責한 行爲를 客觀的으로 共同하여 同一損害를 야기한 경우 예컨대 수개의 工場에서 有害한 汚水를 강에 방류하여 고기의 양식을 불가능하게 하거나, 그 물을 灌漑한 土地所有者의 농작물 재배를 망친 경우, X와 Y가 아무런 合意없이 同時に 同一한 家屋을 서로 다른 쪽에서 放火한 경우, 2인의 밀업자가 서로 인식없이 사람에게 발포했지만 2인의 총탄이 각각 單獨으로도 이미 死亡을 일으킬 정도로 사람에게 명중한 경우¹⁹⁾”가 不真正連帶債務라고 하고 있다. 즉 意識되거나 意慾된 共同없이 數人의 違法 또는 有責한 行爲가 우연히 競合하여 同一損害를 야기하므로 성립하는 競合共同不法行爲의 경우만을 不真正連帶債務이고, 主觀的共同이 있는 共同不法行爲의 경우에는 連帶債務가 생긴다고 해석하고 있다.

그러나 法的共同目的關係의 存在가 連帶債務의 本質이고, 法的共同目的關係가 없는 경우가 不真正連帶債務이라고 주장하는 독일의 학설은 모든 共同不法行爲에 관한 責任을 連帶債務로 해석하여 不真正連帶債務을 인정하지 않았다.²⁰⁾

그러나 連帶債務는 連帶債務者間에 法的共同關係를 발생시킨다는 생각은 독일 고유법의 특유한 것이고, 로마법과 보통법은 共同不法行爲에서 생긴 連帶債務는 共同不法行爲者間에 특별한 法的共同關係를 창출하지 않았다. 독일민법 제1초안은 “共同連帶”와 “單純連帶”를 구별하지 않고 法律上 규정된 連帶債務의 경우 특히 不法行爲에 기한 共同責任의 모든 경우와 法律行爲에 의해 발생하는 連帶債務를 통일적으로 규정하였다.²¹⁾ 그리고 독일민법 제1초안은 “連帶債權의 경우에는 全給付를 目的으로 하는 개개의 債權關係를, 그리고 連帶債務의 경우에는 全給付에 대한 개개의 債務를 結

90 II 2 S.362.

19) F. Klingmüller, Unechte Gesamtschuldverhältnisse, JhJb, 64(1914) S.41f.

20) L. Ennecerus-H. Lehmann, a.a.O., (14. Aufl. 1954) §247, S.964.

21) O.von Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht, 1889, S.211.; 金亨培, 債權總論, 499面.

슴하지 않는 주체가 대립하고 있는 債務者 혹은 債權者에 대해 가지고 있는 완전히 분리된 상호 독립한 法的關係로서 취급하고 있다.” 즉 複數 債權者의 각자가 전부에 대하여 권리를 가지는 債權關係 혹은 複數 債務者의 각자가 전부에 대해 채무를 지는 債務關係를 기술상 “連帶債務關係”로 하여 엄격히 個人主義的 방법으로 구성한 것이다.²²⁾

독일판례는 連帶債務과 不真正連帶債務를 구별하여 독일민법 제426조가 連帶債務에는 적용되지만 不真正連帶債務에는 적용되지 않는다고 하고, 최근까지 連帶債務의 기준으로 복수 채무간의 內的關聯이 法的共同目的關係²³⁾의 의미에서 존재해야 한다고 하였다. 法的共同目的關係의 理論도 複數의 債務者가 法律規定에 의해 同一目的의 달성을 위해 상호 결합되어 있는 때에도 法的共同目的關係를 인정하는 점에 있어서 連帶債務의 성립에 主觀的인 共同目的을 요건으로서 요구하지 않고 있다. 따라서 法的共同目的關係理論에 의하면 共同不法行爲에 있어서도 法的共同目的關係가 共同不法行爲者間에 존재하게 된다.

그러나 현재 독일의 판례는 法的共同目的關係 이외에 連帶債務의 요건으로 요구된 債務로서 부담하는 給付의 同一性²⁴⁾도 요건에서 제외되었다. 따라서 建物の 請負業者와 建築士는 建物の 瑕疵에 대한 責任에 관하여 채무로서 부담하는 給付內容이 상이함에도 불구하고, 建物の 注文者에 대하여 連帶債務者로서 責任을 진다고 해석하고 있다.²⁵⁾

최근의 독일의 통설은 連帶債務의 존재에 대한 기준인 內的關聯을 내용이 없다고 하여 부정하고, 複數 債務者의 債務가 同一段階 혹은 同順位

22) O. von Gierke, a.a.O., S. 211.

23) 法的共同目的關係理論이란 複數의 債務者가 자신의 意思나 法律의 規定에 의해 同一目的의 달성을 위하여 상호 맺어 있고 따라서 複數의 債務者의 개개의 債務는 共同目的의 達成을 위한 단순한 手段에 지나지 않는 것이다(L. Enneccerus-H. Lehmann, Schuldrecht, (14. Aufl. 1954) § 90 II, 2.).

24) BGHZ 6, 3, 24.

25) BGHZ 43, 277, 230, 232; BGHZ 51, 275, 277; Vgl. ferner BGH WM 1971, 682, 684.

의 것인가 하는 것이 連帶債務의 존부에 대한 기준으로 된다고 해석하고²⁶⁾ 이 기준이 존재하는 경우에만 독일민법의 連帶債務規定이 적용된다고 한다. 그리고 同一段階에 있거나 同順位에 있는 이외의 경우가 不真正連帶債務²⁷⁾라고 한다. 同一段階에 있다고 하기 위해서는 독일민법이 連帶債務로 규정하는 경우와 債務者 1인이 不法行爲에 기하여 損害賠償責任을 지는 것에 대해, 다른 當事者는 契約에 기하여 同一損害에 대해 책임을 지는 경우²⁸⁾가 있어야 한다고 하고 있다.²⁹⁾ 이와같이 독일민법에서는 連帶債務와 不真正連帶債務의 실제상의 차이는 독일민법 제426조의 적용여부에 있다고 볼 수 있다. 그리고 개개의 경우에 그것이 連帶債務인가 어떤가에 대해서는 위의 규정이 각각의 요건에 충족되는가 여부를 검토하여야 한다는 것이다. 복수의 債務가 同順位에 없음을 명문으로 규정하고 있지 않는 경우에는 개개의 경우의 이익상태가 위의 규정의 유형적인 이익상태에 적합한가 어떤가에 따라 그들의 規定適用여부를 판정하여야 하고, 그들의 규정을 적용하는 것이 적당하다고 인정되는 때는 독일민법 제421조에 따라 連帶債務의 存在를 인정해야 한다고 주장하여 독일의 통설은 不真正連帶債務의 觀念을 완전히 부정하므로써³⁰⁾ 共同不法行爲의 責任에 대해서는

26) K.Larenz, a.a.O., § 37 I; D.Medicus, Schuldrecht, I (5. Aufl. 1990) S.363.

27) 오늘날 不真正이라는 용어를 사용하지만 不真正連帶債務라는 용어는 사용되지 않고 있다.

28) 독일통설은 이 경우는 독일민법 제840조에 따라 連帶債務가 규정되지 않은 주요한 경우 이라고 한다(D.Medicus, Bürgerliches Recht, (15. Aufl. 1991) S. 551).

29) K.Larenz라렌츠는 法律에 의해 규정되지 않는 連帶債務에 대해서 法律行爲에 의해 발생한 債務의 경우에는 인식할 수 있는 취지와 목적에 따라 連帶債務의 與否를 결정해야 하고, 法律上 債務의 경우에는 法律에 의해 連帶債務로 되는 경우와의 類推에 의해 連帶債務의 與否를 결정해야 한다고 하고, 連帶債務가 아닌 경우에는 독일민법 제426조의 적용을 완전히 부정하고 있다(K.Larenz, a.a.O., § 37 I).

30) F.Wernecke는 數人이 하나의 給付를 分割債務로서 負擔하지 않을 때나 連帶債務로서의 性格을 가지지 않는 경우 즉 독일민법 제431조의 적용이 없는 不可分 給付債務를 부담한 때 이외는 예외없이 連帶債務法이 적용되어야 한다고 주장하여 不真正連帶債務의 존재를 부정하였다. 지금까지의 不真正連帶債務의 대부분을 連帶債務로서 다음 3가지의 유형으로 나누고 있다. 첫째는 제정법이 共同不法行爲者의 連帶債務와 같이, 分割債務를

連帶債務라고 해석하는 점에 일치하고 있다.

우리나라의 不真正連帶債務理論이 共同不法行爲責任을 不真正連帶債務로 보는 것은 共同不法行爲에는 連帶債務의 요건인 債務者間の 共同目的에 의한 主觀的 共同이 없다고 하는 것에 있다.³¹⁾ 그러나 통설의 連帶債務와 不真正連帶債務의 구별기준으로 사용하는 主觀的共同目的關係의 理論³²⁾은 앞에서 보았듯이 독일의 F.Klingmüller에 의해 주장되었지만³³⁾ 현재에는 독일에서도 지지자를 보기 어려울 뿐만 아니라 主觀的共同目的關係는 不法行爲에서 발생한 連帶債務나 法律의 특별한 규정에 기한 連帶債務에는 타당하지 않다.³⁴⁾ 그리고 통설은 主觀的共同關係의 존재여부와 관계없이 共同不法行爲의 責任을 不真正連帶債務로 인정하여 이론적인 일관성이 없다.

한편 소수설도 통설과 마찬가지로 連帶債務와 不真正連帶債務의 구별 기준을 主觀的共同目的關係에서 구하여 민법 제760조 제1항 및 제3항의 共同不法行爲의 경우에는 主觀的共同目的關係가 있기 때문에 連帶責任을 인정하고, 민법 제760조 제2항의 競合共同不法行爲³⁵⁾에 대해서는 그것이 없기 때문에 不真正連帶債務를 인정하고 있다. 그러나 이 견해는 連帶債務의 本質을 主觀的共同關係라고 함으로서 발생하는 法定連帶責任을 설명할 수 없는 잘못된 連帶債務의 관념에 기인한 것이라고 할 수 있다.

한편 민법 제760조 제1항의 요건으로 主觀的 共同關係를 요구하면서

과함에 따라 발생하는 不利益 즉 채무자중에 無資力者가 있기 때문에 발생하는 不利益, 債權者가 모든 債務者를 提訴하지 않고 全額의 賠償을 얻지않는 不利益에서 債權者를 擔保하기 위해 인정되는 것이다. 둘째는 債權을 分割하기 위한 統一의인 基準이 없어 分割債務가 부정되고, 連帶債務者의 1인이 「대체지불하여」 給付할 義務를 부담하는 것이다. 세제의 유형은 제정법의 법정책적 이유에서 連帶債務를 인정하는 경우이다 (F.Wernecke, Die Gesamtschuld (1990) S.24).

31) 我妻榮, 事務管理-不當利得-不法行爲, 1937, 92頁; 鄭泰綸, 前掲論文, 300面.

32) 主觀的目的共同關係理論은 連帶債務가 존재하기 위해서는 複數債務의 給付目的이 同一하고, 債務를 부담한 目的인 主觀的原因이 同一해야 한다고 하는 이론이다.

33) F.Klingmüller, a.a.O., S.31ff.

34) L. Enneccerus-H. Lehmann, a.a.O., S.350.

35) 競合共同不法行爲란 數人이 意識되거나 意慾된 共同없이 違法 또는 有責한 行爲가 우연히 競合하여 同一損害가 발생하는 경우를 말한다.

그 責任性質에 대해서는 不真正連帶債務說을 취하는 견해가 있다.³⁶⁾ 이 견해는 連帶債務者 사이의 結合關係를 主觀的共同關係라고 이해하면서 主觀的共同關係에 있는 共同不法行爲者들 사이의 法律關係를 連帶債務가 아니라고 해석하는 점에서 모순된다. 또 不真正連帶債務는 민법조문상 개념이 아니므로 그 내용이 구체적으로 설명되어야 하며 단지 債權滿足事由만이 絶對的效力을 갖는다고 하는 설명만으로는 負擔部分求償關係등의 債務者 상호간의 法律關係가 모호하다고 다수설을 비판하면서, 連帶債務의 발생을 主觀的 共同關係라는 債務者 상호간의 관계에서 근거를 찾을 것이 아니라 債務複數說을 취하는 各債務關係에서의 債務者·債權者 사이의 意思合致 즉 契約에서 찾는 것이 원칙이라고 하면서 不真正連帶債務는 契約 이외의 사유로 인하여 數人의 債務者가 連帶하여 책임을 지는 경우에 발생한다고 해석하는 것이 타당하다고 주장하고 있다. 그러나 이 견해는 不真正連帶債務는 민법조문상의 개념이 아니므로 그 내용이 구체적으로 설명되어야 하며, 단지 債權滿足事由만이 絶對的效力을 갖는다는 설명만으로는 그 法律關係가 모호하다고 하였는데 이러한 不真正連帶債務의 모호성이 連帶債務는 契約에서 발생하고 不真正連帶債務는 계약외의 사유로 발생한다고 해석하여 분명해지는 것은 아닌 점에서 이론적으로 모순된다.³⁷⁾

連帶債務의 本質이 독일민법 제421조의 규정에 의해 결정되어야 한다고 하는 독일의 학설이 좋은 참고가 된다. 독일민법 제421조에 의하면 첫째 給付가 同一하고, 둘째 債權者가 1회만 給付를 수령할 수 있다고 하는 2가지의 요건을 충족하면 連帶債務가 존재한다고 한다.³⁸⁾ 그리고 給付가 同一하다고 하는 요건은 債務의 客體가 同一한 것이 아니라, 債權者가 손에 넣은 給付結果가 同一하면 給付가 同一하고, 이 目的到達을 위한 수단의 차이는 給付의 同一性 要件을 해하지 않는다고 본다. 따라서 連帶債務者의 1인이 금전에 의한 賠償義務를 부담하고, 다른 連帶債務者가 原狀回

36) 李銀榮, 債權各論, 617面.

37) 鄭泰綸, 前掲論文, 303面.

38) U. Hillenkamp, Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld, S. 39ff.

復義務를 부담하는 때에도 給付의 同一性 要件은 충족된다고 한다.³⁹⁾ 그러나 連帶債務의 要件에 관한 독일의 통설·판례의 입장은 連帶債務의 本質로서 共同關係를 부정한 점은 정당하다고 볼 수 있지만 이론적으로 連帶債務의 本質을 명확히 하였다고 볼 수 없다. 이점에 대해서는 連帶債務의 本質을 債務가 同順位에 있거나 同一段階에 있다고 하는 현재의 독일통설에 대한 비판을 가하면서 독일민법에 있어서 모든 共同不法行爲의 連帶責任은 相互保證義務의 性格을 가진다고 하는 F.Wernecke의 견해를 참고할 만하다고 본다.⁴⁰⁾

不法行爲에 있어서 被害者인 債權者의 이익은 損害의 填補에 있다. 그런데 被害者가 損害의 填補을 받기 위해서는 不法行爲者가 민법 제750조의 要件을 구비하고 있음을 입증해야 한다. 그런데 이와같은 요건을 피해자가 입증하는 것은 용이하지 않고, 또 설사 이러한 요건을 立證했다고 하여도 加害者들에게 資力이 있어야 損害의 填補을 받을 수 있다. 여기서 違法有責한 行爲를 한 加害者보다 被害者인 債權者를 保護해야 할 필요성에 따라 不法行爲의 成立要件을 완화했고, 실질적인 만족을 확보해 주기 위해 債權의 擔保力 강화를 의도하였고, 이를 위하여 共同不法行爲者의 責任을 連帶債務로 하였다고 생각된다.⁴¹⁾ 그리고 連帶債務의 本質을 相互保證으로 볼 경우에는 현재의 共同不法行爲의 책임문제에서 발생하는 모든 문제점을 해결할 수 있다고 본다.

따라서 共同不法行爲責任은 連帶債務이고 連帶債務에 관한 규정을 共同不法行爲에 적용하여도 부당한 결과가 초래된다고 할 수 없다. 그리고 共同不法行爲의 責任을 不真正連帶債務로 처리하는 통설과 판례는 오히려 求償問題를 포함하여 連帶債務에 관한 규정의 적용에 소극적이므로 和解의 促進을 저해하여 早期和解에 의한 被害者 救濟가 곤란하게 된다고 생각된다.

39) a.a.O., S.41ff.

40) F.Wernecke, a.a.O., 1990, S. 26, 181; 김형배교수는 連帶債務者 사이의 結合關係를 相互保證의 辨濟共同體關係로 보고 있다(金亨培, 債權總論, 503面).

41) 金亨培, 債權總論, 502面.

III. 連帶責任과 分割責任

독일이나 일본의 통설은 競合共同不法行爲者의 連帶責任에 대하여 各 競合共同不法行爲의 因果關係上的 寄與度가 불명한 때에만 連帶責任을 과하고 寄與度가 명확한 때는 因果關係上的 寄與度에 따라 分割責任이 발생한다고 해석하므로, 共同不法行爲者인 가해자가 자기의 寄與度を 입증한 때에는 그 가해자는 因果關係上的 寄與度에 따라 分割責任 밖에 부담하지 않는다⁴²⁾⁴³⁾고 해석한다. 그러나 이 이론은 민법이 共同不法行爲者에게 連帶責任을 과하여 被害者가 一部 加害者의 賠償不能에서 생기는 不利益 및 各共同不法行爲者에 대해 分割責任을 인정하여, 모든 共同不法行爲者를 提訴하지 않으면 완전한 損害賠償을 얻을 수 없다고 하는 모순에 빠지게 된다.

따라서 擇一的競合共同不法行爲⁴⁴⁾의 경우에는 關與者가 자신의 行爲에서 損害가 생기지 않았음을 立證하므로서 責任을 면할 수 있지만, 主觀的共同이 있는 共同不法行爲(민법 제760조 제1항 및 제3항)와 主觀的共同이 없는 競合共同不法行爲(민법 제760조 제2항)의 경우에는 가해자가 因果關係上 寄與度を 立證하여도 被害者와의 관계에서는 責任이 減責되는 것은 아니라고 이해하지 않으면 안된다.⁴⁵⁾ 따라서 2인이 共謀하여 창고에서 3포대의 설탕을 A가 2포대, B가 1포대를 훔친 경우에는 A와 B는 각각 3

42) Staudinger-Schäfer, Kommentar zum BGB, 10./11. Aufl., 1970, §830 Rx.25; Buxbaum, Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verurschung im deutschen, französischen und anglo-americanischen Recht, 1965, S.36.

43) 川井健, 現代共同不法行爲研究, 1983, 228頁.

44) 擇一的共同不法行爲란 하나의 損害發生에 數人의 독립한 行爲가 關與하였으나 누구의 行爲에 의하여 損害가 발생했는지를 알 수 없는 原因不明의 共同不法行爲로 競合공동불법행위의 特別 유형이라고 할 수 있다. 그 이유를 擇一的競合共同不法行爲는 數人의 違法한 行爲가 競合하여 同一損害가 야기된 것이 아니라, 數人의 關與者 中的 어느 한 사람의 行爲에 의하여 損害가 발생하였지만, 그 행위가 누구의 행위인가가 不明하기 때문이다.

45) 李銀榮, 債權各論, 619面.

포대의 설탕에 대해 被害者에게 連帶責任을 진다. 이 경우 A와 B는 全損害중의 일부밖에 야기하지 않은 것이 명백하지만, 타방이 야기한 손해에 대해서는 連帶責任에 의하여 擔保되는 것으로 생각해야 한다. 즉 A가 실제로 야기한 손해는 2포대이고, B가 실제로 야기한 손해는 1포대이지만, A는 B의 1포대에 대해서 B는 A의 2포대에 대한 擔保責任이 민법 제760조 제1항에 의해 생기므로, A와 B는 각각 3포대에 대해서 連帶하여 被害者에게 損害賠償責任을 부담한다고 보아야 한다.

이와같이 主觀的共同不法行爲의 경우에는 各共同不法行爲者가 因果關係上的 寄與部分이 분명하든 분명하지 않은 連帶責任이 인정되어야 한다는 것은 보통법이론 이래 확립된 원칙이다.⁴⁶⁾ 따라서 민법 제760조 제1항의 경우에는 各共同不法行爲者가 全損害를 야기했다고 看做하는 규정이라고 보는 견해는 共同不法行爲者의 因果關係上的 寄與度가 명확한 경우까지도 그렇게 해석할 필요성이 어디에 있는가 하는 의문이 있다.

主觀的共同不法行爲의 경우에 因果關係上的 寄與度가 명확한 경우까지 각자가 全損害를 야기했다고 무리하게 看做할 필요는 없고, 因果關係上的 寄與度가 不明한 때에는 민법 제424조를 적용하여 等分の 寄與가 있다고 하면 충분하기 때문이다. 민법 제760조 제1항 및 동조 제3항의 경우에도 각각의 部分的因果關係가 全體的因果關係에 관계하는 범위내에서 複數原因이 因果關係上 關聯한 하나의 경우이다. 이것에서도 競合共同不法行爲의 경우에 대해서만 各競合共同不法行爲者의 因果關係上的 寄與度가 명확하지 않은 때에는 連帶責任이 생기지만, 因果關係가 명확한 때에는 分割責任이 생긴다고 하는 독일·일본의 통설은 부당하다고 생각된다. 앞에서 본 것처럼 독일의 판례는 共同不法行爲의 때에 이미 부담부분은 客觀的으로 확정되고, 법관은 그 부담부분을 판결의 시점에서 소급적으로 확인하는 것에 지나지 않는다고 생각하므로 이점에서도 모순된다고 생각된다. 독일에서는 共同不法行爲者의 負擔部分의 결정에 관하여 독일민법 제254조는 독일민

46) B. Windscheid, Pandekten, 5. Aufl., S.714.

법 제426조 제1항의 별단의 정함에 해당하여 독일민법 제254조를 적용하여 因果關係上的 寄與度에 중심을 두어 過失의 정도 기타 諸事情의 고려하에서 되고, 寄與度가 명확하지 않는 때는 독일민법 제426조 제1항을 補助的으로 적용하여 寄與度를 等分으로 취급하는 것이기 때문에 競合共同不法行爲의 경우에 한하여 因果關係上的 寄與度가 불명한 경우에는 連帶責任, 그것이 명확한 때에는 分割責任이라고 구별하여 취급하는 합리적 근거를 찾을 수 없다.

共同不法行爲의 모든 경우에 因果關係上的 寄與度가 명확하면 分割責任으로 하고, 寄與度가 명확하지 않는 때는 連帶責任으로 한다고 하는 원칙을 관철하지만, 모든 不法行爲類型에 寄與度가 명확하든 않든 連帶責任을 과하는가 그렇지 아니한가 하는 점에 이론적으로도 일관되지 못하다. 共同不法行爲의 沿革의 比較法的에서 보아도 競合共同不法行爲에 대해서만 因果關係上的 寄與度가 명확하지 않은 경우에 連帶責任을 인정한다고 하는 생각은 關聯共同에 대한 有責性的 정도에 따라 故意의 共同不法行爲와 過失의 共同不法行爲를 구별하여 취급한 보통법이론의 잔재에 지나지 않는다고 생각된다.

보통법이론에서는 故意의 共同不法行爲의 경우에는 各共同不法行爲者の 負擔部分이 명확하든 않든 항상 連帶責任을 과하는 것은 故意의 共同不法行爲者를 특히 제제한다고 하는 의도에 기인하지만, 현행 독일민법은 故意의 共同不法行爲者에게도 求償權을 인정하는 입장을 취하므로써⁴⁷⁾ 故意의 共同不法行爲와 過失의 共同不法行爲를 구별하는 입장을 부정하고 있다. 따라서 독일민법 제830조 제1항 전단 및 동조 제2항의 共同不法行爲

47) 라이히 사법성 예비위원회 제50차 회의(1891년 9월 2일)에서는 故意의 共同不法行爲者에게 求償權을 부정하는 것은 현대의 법의식에 적합하지 않다고 하여 제1초안 제338조에서 삭제할 것이 처음 제안되었고, 동 예비위원회 제84차 회의(1892년 9월 13일)에서는 寄與度の 證明과 관계없이 모든 競合共同不法行爲者 사이에 連帶責任을 인정할 것이 처음 제안되었다(Herausgeben von H.H.Jakobs und W.Schubert, a.a.O., I, § 241 bis 432(1978) S.951).

의 경우에는 各共同不法行爲者의 寄與部分이 명확하여 連帶責任을 인정했지만, 競合共同不法行爲의 경우에는 共同不法行爲者의 寄與部分이 명확하지 않는 때에만 連帶責任을 인정하고 寄與部分이 명확한 때에는 分割責任을 인정한다는 것은 이론적으로도 일관하지 않는다.

主觀的 共同이 없는 數人의 違法 또는 有責한 行爲가 우연히 경합하여 同一損害를 야기하므로 성립하는 競合共同不法行爲는 全損害에 대한 各競合共同不法行爲者의 寄與度가 처음부터 명확하고, 소송중에 競合共同不法行爲者의 1인이 자신의 全損害에 대한 寄與度を 증명할 경우에는 連帶責任이 아니라 分割責任이 생긴다고 하는 견해가 因果關係는 分割不能이라고 하는 *conditio sine qua non*으로는 설명할 수 없다.

競合共同不法行爲者를 포함한 모든 共同不法行爲者에게 連帶責任을 인정하는 것은 分割責任으로는 複數 加害者중의 일부에게 無資力者가 있으면 被害者는 損害의 一部에 대해서 賠償을 얻을 수 없게 되고, 또 全損害의 賠償을 얻기 위해서는 加害者 전원에 대하여 提訴하지 않으면 안되는 불이익에서 被害者를 保護하기 위한 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 競合共同不法行爲의 경우에는 因果關係上的 寄與度가 명확하면 分割責任이 생긴다고 하는 견해에는 찬성할 수 없다. 이것은 보통법이론이나 그 영향하에서 성립한 입법이 共同不法行爲者의 共同에 대한 有責性의 정도에 따라 그 법적취급을 구별하고, 競合共同不法行爲의 경우에는 損害에 대한 各競合共同不法行爲者의 因果關係上的 寄與分이 명확하지 않는 때에만 連帶責任을 과하고, 因果關係上的 寄與分이 명확한 때는 分割責任을 부과한 잔재이지만, 민법 제760조 제2항의 擇一의 競合共同不法行爲의 경우에 各關與者는 자기의 行爲와 損害 사이에 因果關係가 없음을 증명하여 全部免責된 것으로, 競合共同不法行爲의 경우에도 各競合共同不法行爲者는 자기의 因果關係上的 寄與度を 증명하여, 적어도 一部免責(分割責任)이 인정되어야 한다고 하는 결론을 도출하는 것이 어떤가 하는 점이다. 만약 전자의 이유라면 그와같은 입장

48) Weckerle, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, 1974, S. 3f.

은 독일민법의 입법자가 포기한 입장이고, 민법도 그와같은 입장에 동조하지 않는 것으로 찬성할 수 없고, 만약 후자의 이유라면 法律에 의해 규정된 特別한 競合共同不法行爲에 대해서 인정되는 特別한 原則을 競合共同不法行爲에도 타당한 것이라고 볼 수 있으므로 해석론으로서 취할 수 없다.

민법하에서도 競合共同不法行爲에 관하여 各共同不法行爲爲者의 負擔部分이 불명확하여도 민법 제424조에 의해 負擔部分은 等分이라고 推定하고 있으므로 被害者로서 寄與度の 입증에 대하여 아무런 불합리한 점이 없고, 이 경우에만 특별히 連帶責任을 인정하지 않으면 안될 이유는 없다. 모든 共同不法行爲者에게 求償權을 인정하는 입장에 서면 共同不法行爲者의 寄與部分이 불명한 경우에 寄與部分을 어떻게 결정하는가 하는 문제가 생긴다고 하여도 寄與部分이 명확한 때에는 分割責任을 인정하고, 寄與部分이 불명확한 때에는 連帶責任을 인정할 근거를 도출할 수 없다. 민법이 競合共同不法行爲의 경우에 連帶責任을 인정하는 것은 損害의 어느 부분을 가해자가 야기했는가 하는 점이 不明한 때에 原告에게 그 立證責任을 免除시키는 것만을 목적으로 하는 것은 아니다.

그러나 입법론으로서 共同不法行爲에 대해서 連帶責任이 아니라 分割責任의 原則을 인정할 수도 있다. 우리민법은 共同不法行爲에 대해 分割責任을 인정하지 않고, 寄與度が 명확하던 명확하지 않던 連帶責任을 인정하고 있다고 생각된다.

連帶責任은 被害者에 대해 辨濟를 確保하는 것 즉 連帶債務者의 1인에게 資力이 있으면 被害者에 대한 損害賠償은 확보되고 被害者는 全損害의 배상을 얻을 수 있기 때문에 반드시 全債務者에게 提訴할 필요는 없고, 連帶債務者의 1인에게 提訴할 수 있는 점에서 訴求分割을 회피할 수 있는 점에 그 본질이 있다.⁴⁹⁾ 이점은 連帶責任을 相互保證의 性格에서 생각하면 共同不法行爲者에게 連帶責任을 인정해야 하는가 어떤가 하는 문제는 各共同不法行爲者가 어떠한 범위에서 全損害의 惹起에 기여했는가에 대한 판명

49) P.Raynaud, L'obligation in solidum, Cours de dectrat, Paris II, 190-71. P63.

여부와는 무관하다.

連帶債務의 本質을 相互保證이라고 하면 어떤 경우에 共同不法行爲의 成立을 인정하여 各共同不法行爲者에 全損害에 대한 連帶責任을 科해야 하는가 하는 것은 連帶債務의 擔保의性格을 고려하여 결정해야 할 문제이라고 본다. 連帶債務의 本質을 相互保證으로 보면 競合共同不法行爲의 경우에 各共同不法行爲者가 全損害에 대한 寄與度가 명확한 때에 連帶責任을 부정하고, 分割責任을 인정할 이유는 없게 된다. 따라서 全損害에 대하여 各共同不法行爲者의 寄與度가 명확하고 主觀的關聯共同이나 客觀的關聯共同성이 존재하면 連帶責任을 인정해야 한다.

우리 민법도 共同에 대한 有責性의 정도에 따라 共同不法行爲者의 法的取扱을 구별하는 입장을 부정하므로 競合共同不法行爲의 경우에 대해서만 因果關係上的 寄與度가 명확하면 分割責任을 인정하고 명확하지 않으면 連帶責任을 인정할 이론적 근거는 없다고 생각된다.

민법 제760조 제1항 및 제3항은 被害者保護를 위해 共同不法行爲에 대해 일반적으로 相互保證으로서의 連帶責任을 인정하는 것이므로 競合共同不法行爲에 한하여 各競合共同不法行爲者의 損害에 대한 因果關係上的 寄與度가 명확하지 않는 때만 連帶責任을 인정할 필요성은 없다고 생각된다. 그리고 이것에 따라 가해자에게 초래된 가혹한 부담은 共同不法行爲者間的 求償權의 法理에 따라 충분히 해결할 수 있다고 본다. 連帶責任을 인정하면 被害者로서는 유리하지만 가해자로서는 가혹하다. 이와같은 이률배반적인 점을 우리나라의 최근 일부학설과 같이 分割責任에 의해 해결하려고 시도는 共同不法行爲者間的 求償理論이 극히 빈약한 것에 그 원인이 있는 것으로 被害者의 犧牲을 인정한다는 점에서 찬성할 수 없다.

IV. 結論

共同不法行爲는 損害賠償法과 連帶債務法이 결합된 해석론상 난해한 분야로 共同不法行爲者의 責任의 性質을 어떻게 파악하느냐 하는 것도 하나의 문제이다. 통설 판례는 共同不法行爲의 責任을 민법 제760조의 조문대로 “連帶”로 해석하면 免除나 時效에 絶對的 效力이 주어져 피해자에게 불리하게 되므로 不眞正連帶債務라고 하고 있다. 그러나 통설·판례는 被害者 保護를 강조한 나머지 賠償債務者間의 衡平의 觀點이 망각되었다고 생각된다. 따라서 共同不法行爲責任은 相互保證으로서의 連帶責任이 타당하다고 본다.

競合共同不法行爲의 경우에도 全損害는 數人의 加害자의 行爲競合에 의해서만 생기므로, 各加害者의 行爲가 全損害에 대해 各々 相當因果關係가 있다고 하는 것은 인정할 수 없다고 생각된다. 各々の 競合共同不法行爲者의 行爲는 寄與分에 相當하는 損害의 一部에 대해서만 各々 相當因果關係가 있다고 보아야 한다. 이것은 競合共同不法行爲者의 連帶責任은 被害者 保護를 위한 擔保로 政策的으로 인정한 것이라고 생각해야 한다. 따라서 競合共同不法行爲의 경우에는 加害자의 行爲와 損害 사이에 部分的因果關係가 있고 그것이 共同不法行爲의 요건으로 되어 있기 때문에, 加害者가 部分的因果關係밖에 없음을 입증하여도 다른 共同不法行爲者의 部分的因果關係에 대한 擔保責任이 法定의 連帶債務의 효과로서 존재하므로 피해자에 대한 加害자의 免責은 문제로 되지 않는다고 해석된다. 그러나 경합 공동불법행위의 특별유형인 擇一的競合共同不法行爲의 경우에는 損害와 加害자의 行爲사이에 因果關係가 없음을 加害者가 입증하면 因果關係가 전혀 없게 되기 때문에 全部免責이 인정되어야 한다.

部分的인 因果關係밖에 없는 共同不法行爲에 部分責任을 인정할 것인가 아니면 連帶責任을 인정할 것인가는 立法政策的인 문제이다. 최근에는 公害나 交通事故처럼 어떤 損害를 填補해야 할 자로서 數人이 문제로 되는

사실이 급격하게 증가되고 있는데 이러한 현상은 不法行爲의 영역에 있어서의 전통적인 이론의 당부에 대해 많은 점에서 반성케 하고 새로운 해결 방법의 필요성이 있다고 본다.