

## 履行補助者

이 상 욱\*

### I. 서

민법 제 391조는 「이행보조자의 고의, 과실」이라는 표제하에 「채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다」고 규정하고 있다. 즉 채무자가 채무를 이행하는데 타인을 사용한 경우, 그 타인의 고의 또는 과실로 인한 행위로 채무불이행이 발생하였을 때, 채무자는 그 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다는 것이 본 조항의 기본 내용이다.

특히 현대사회는 대규모의 대량거래가 빈번하게 이루어지고 있으며, 채무자 한사람만이 채무를 이행하게 되는 경우보다도 채무자가 대리인이나 피용자 기타 보조자를 이용하여 채무를 이행하는 경우가 다반사라는 점을 감안한다면 본 규정은 그 의미가 크다고 할 수 있다.

그러나 민법 제391조의 규정은 「이행보조자의 고의, 과실」이라는 표제하에 법정대리인 또는 피용자의 고의·과실을 채무자의 고의나 과실로 본다는 단순한 내용뿐이므로 본 조항의 적용범위를 비롯하여, 구체적으로 누구를 이행보조자라고 할 것인지, 즉 이행보조자의 개념과 요건 및 그 유형 등과 관련된 해석상의 여러 가지 문제점이 중요한 쟁점으로서 학설상 논란이 되고 있는 실정이다.

아래에서는 먼저 통설적인 입장에서의 이행보조자의 의미를 정리해 보고 최근 제기되고 있는 비판론 및 바람직한 해석론을 모색하고자 한다.

---

\* 영남대학교 법과대학 교수

## II. 이행보조자의 의의

종래 통설적 입장은 이행보조자의 의미를 광의의 이행보조자와 협의의 이행보조자로 구별하여 그 개념을 정리하고 있다.

비록 명시적으로 광의의 이행보조자라는 표현을 하고 있지는 않지만, 채무자가 채무 이행을 위하여 사용하는 자를 널리 이행보조자라고 하고, 이 이행보조자는 다시 협의의 이행보조자와 이행대행자로 나눌 수 있다는 설명은,<sup>1)</sup> 곧 이행보조자를 광의와 협의의 이행보조자라는 두 유형으로 크게 구분하고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>2)</sup>

이러한 종래의 통설적 입장에 대하여는 근래 강력한 반론이 제기되고 있다.

그 첫번째 견해로서는, 협의의 이행보조자와 이행대행자를 구분하는 기준이 반드시 명확한 것도 아니며 구분의 실익도 의문이라는 비판이다.<sup>3)</sup>

또 다른 견해는, 광의의 이행보조자는 법정대리인과 이행보조자를 모두 포함하는 개념이고, 협의의 이행보조자는 법정대리인을 제외하고 계약에 의하여 사용하는 이행보조자만을 의미한다는 주장이다.<sup>4)</sup>

한편 판례 역시 이행보조자의 개념에 대한 명확한 정의없이 판시 내용 중에 곧바로 이행보조자라는 표현을 사용하고 있을 뿐이었는데, 최근 이행보조자의 의미를 밝힌 판례가 있어서 주목된다.

즉, 「민법 제391조에서의 이행보조자로서의 피용자라 함은 일반적으로 채무자의 의사관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 족하고, 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로 채무자에 대하여 종속적인가 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않는다」라고 이행보조자를 설명하고 있다.<sup>5)</sup>

이 판례의 내용은 학설상 논의되고 있는 내용과 크게 다를 바 없으나, 종속적인 지위

1) 박윤직, 채권총론, 143 : 김상용, 채권총론, 110 : 김용한, 채권법총론, 132 : 김주수, 채권총론, 113 : 김형배, 채권총론, 161 : 임정평, 채권총론, 145 : 장경학, 채권총론, 139 : 현승종, 채권총론, 113.

2) 협의의 이행보조자라고 하지 않고 「진실한 의미의 이행보조자」라는 표현을 사용하기도 한다. 이태재, 채권총론, 108.

3) 고상용, 이행보조자의 과실, 법률연구 3집(1983), 67 : 민법주해 IX, 419(양창수 집필).

4) 이은영, 채권총론, 252.

5) 대판 1999.4.13, 98다51077, 51804.

든 독립적인 지위든 문제되지 않는다는 점은 이행대행자와 관련하여 음미할 여지가 있는 것으로 보인다.

## 1. 통설적 입장에 의한 이행보조자의 유형

### 1) 협의의 이행보조자

#### 가. 수족과 같이 사용하는 자

종래 이행보조자를 협의의 이행보조자와 이행대행자로 구분하는 통설적 입장에서는 협의의 이행보조자란 채무자가 채무를 이행하는데 자신의 수족과 같이 사용하는 자를 의미하는 것으로 해석하고 있다.<sup>6)</sup> 그리고 하나같이 그 구체적인 예로 드는 것은, 도급 공사의 경우에 수급인이 건축공사에 사용하는 목공이나 인부, 또는 의사가 환자를 치료할 때에 도움을 받는 조수나 간호원 등을 들고 있다.

판례는, 은행의 당좌계 대리인 근무하는 자를 그 은행 지점장의 이행보조자로 인정하여 그 직원인 대리가 의무를 태만히 하여 고객에게 발생한 손해에 대하여는 은행이 채무불이행책임을 부담한다고 판시한 하급심판결이 있다.<sup>7)</sup>

그러나 근래에 이러한 표현에 강력한 의의를 제기하는 비판론이 제기되고 있다. 이러한 비유적 표현은 법기술적인 유용성을 담보하는 개념적 정확성을 결여한다는 것이다.<sup>8)</sup> 즉, 「채무자의 수족」 운운 하는 것은 비유적 표현에 불과하고, 법률상으로는 그 자도 「다른 사람」임을 강조한다.<sup>9)</sup> 타당한 비판이라고 생각되며, 자세한 논의는 후술하기로 한다.

#### 나. 채무자의 의사

「채무자의 수족」이라는 비유적 표현으로서 협의의 이행보조자의 의미를 규정하는 태도를 기피하는 근래의 견해는, 「채무자의 의사」에 비증을 두고 그 의미를 설명하고

6) 박윤직, 전계서, 143 : 김용한, 전계서, 132 : 김주수, 전계서, 114 : 김중환, 전계서, 54 : 김현태, 신채권법총론, 101 : 이태재, 전계서, 108 : 임정평, 전계서, 145 : 장경학, 전계서, 139 : 정기웅, 채권총론, 93 : 현승중, 전계서, 113-114 : 김형배외, 주석민법 III(채권총론), 법원사(1993), 181(이은영 집필).

7) 서울고법 1995.4.11, 93나24539.

8) 민법주해(IX), 411(양창수 집필).

9) 星野英一, 民法概論 III, 債權總論(1988), 63.

있다. 즉, 이행보조자란 채무자의 의사에 따라 채무자가 이행하여야 할 채무를 이행하는 자를 의미한다는 것이다.

채무자의 의사를 중요한 요건으로 하는 이 내용은 이행보조자를 어떻게 구분하는 간에 관계없이, 위에서 제시한 구체적인 예를 그대로 제시하기도 하면서,<sup>10)</sup> 채무자의 의사에 의하여 채무이행에 보조자로 사용하는 자를 이른바 협의의 이행보조자 또는 이행보조자라고 한다.<sup>11)</sup>

그리고 이러한 채무자의 사용의사는 가능한한 넓게 해석하여 일반 거래관행상 일정한 보조자를 사용하는 것이 통상적인 경우에는 그 채무자의 의사가 어떻든 간에 채무자의 의사가 있는 것으로 인정하고자 한다.<sup>12)</sup> 즉 채무자에게 그러한 의사가 있는지의 여부에 관한 판단은 객관적 행위에 따라 결정되어야 하는 것으로서, 채무자의 객관적 행위로 미루어 제3자를 이행보조자로 사용할 의사가 있는 것으로 판단되고, 또한 채무자가 부담하는 채무의 성질로 보아 채무자가 채무를 이행하는데 이행보조자가 사용되어야 할 것이라고 생각되며, 채무자의 사정으로 보아 채무자가 제3자를 이행보조자로 사용하는 것이 신의성실의 원칙에 부합될 때에는 채무자에게 사용의사가 있었다고 인정할 수 있다는 것이다.<sup>13)</sup> 그리고 이러한 채무자의 사용의사는 사후적으로 표시되어도 무방하다.<sup>14)</sup>

그러나 채무자의 의사가 개입되지 않거나 채무자의 의사가 관여되지 않고 제3자가 사실상 채무이행을 보조하는 경우에는 본 조의 이행보조자에 해당되지 않는다.

또한 보조자측의 보조의사, 즉 이행보조자에게 채무자를 위하여 이행행위를 한다는 의사가 존재할 것이 요구되는가라는 의문이 제기될 수 있는데, 가능하면 이행보조자의 범위를 넓게 해석하는 것이 현대사회의 현실에 부합한다는 점에서, 이행보조자의 보조의사는 필요하지 않는 것으로 본다.<sup>15)</sup>

10) 예컨대 김상용, 전게서, 111.

11) 김상용, 전게서, 111 : 김중환/김학동, 채권총론, 84 : 민법주해 IX, 404(양창수 집필) : 이은영, 전게서, 252 : 임정평, 전게서, 145.

12) 고상용, 앞의 논문, 71 : 임정평, 전게서, 145.

13) 이상광, 사용자책임론, 72-73 ; 민법주해 IX, 406(양창수 집필).

14) 민법주해 IX, 405(양창수 집필) : 이상광, 전게서, 72.

15) 고상용, 앞의 논문, 71 : 임정평, 전게서, 145 : K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1(Allgemeiner Teil), 11.Aufl., München(1976), S.244.

#### 다. 사용관계

또한 이행보조자는 채무자가 채무이행을 위하여 「사용」 하는 자라는 점에서 양자간에 사용관계가 존재할 것이 요구된다. 이 사용관계는 사실상의 관계로서 충분하며 채무자와의 사이에 고용관계와 같은 계약관계(법률관계)가 존재할 필요가 없다는 점에 대하여 학설은 일치하고 있다.<sup>16)</sup>

따라서 채무자의 가족이 사실상 채무자의 이행을 보조하는 경우, 또는 채무자의 친지나 우인 등 제3자가 단순히 호의로 채무자의 채무이행을 보조하는 경우에도 본 조항의 이행보조자에 해당된다.

또한 채무자와 이행보조자간의 사용관계는 일시적이든 계속적이든 상관없으며, 동시에 그 관계가 유상관계인가 무상관계인가도 묻지 않는다. 판례 역시, 신조차 탁송업자가 탁송차량의 운전자들을 상시 고용하는 것이 아니라 자동차회사로부터 출고 의뢰가 있을 때마다 필요한 인원을 수시로 직접 또는 다른 운전자를 통하여 고용하고 일당과 경비를 지급해온 경우에도 이행보조자의 성립을 인정하고 있다.<sup>17)</sup>

#### 라. 간섭가능성

종래의 통설은 이행보조자가 되기 위한 채무자와 이행보조자 간의 관계는 반드시 사회적·경제적으로 종속된 지위에 있어야 하는 것은 아니지만, 다만 필요에 따라 채무자가 보조자의 행위에 대하여 간섭할 수 있는 가능성, 즉 보조자에 관한 선임·지휘·감독 등을 할 수 있는 지위에 있어야 할 것을 요구하고 있다.<sup>18)</sup> 이러한 견해에 따르면 채무자가 우편·철도 등을 이용하는 경우, 우체국의 집배원이나 철도직원과 같은 종업원은 이행보조자에 해당되지 않게 된다. 이는 곧 채무자의 간섭가능성에 관한 문제이다.

그러나 이에 대하여 근래의 유력한 견해는 이러한 간섭가능성은 이행보조자의 요건이 될 수 없다고 주장한다.<sup>19)</sup> 따라서 우체국이나 철도 등의 종업원도 이행보조자가 된

16) 박윤직, 전게서, 143 ; 김상용, 전게서, 111 ; 김용한, 전게서, 132 ; 김주수, 전게서, 114 ; 김중환/김학동, 전게서, 84 ; 이은영, 전게서, 253 ; 임정평, 전게서, 145 ; 장경학, 전게서, 139 ; 정기웅, 전게서, 93 ; 현승중, 전게서, 114.

17) 대판 1993.9.14, 93다15946.

18) 박윤직, 전게서, 142 ; 김용한, 전게서, 132 ; 김주수, 전게서, 114 ; 김현태, 전게서, 101 ; 임정평, 전게서, 145 ; 현승중, 전게서, 114 ; 황적인, 채권총론, 67.

19) 고상용, 앞의 논문, 71 - 74 ; 김중환/김학동, 전게서, 85 ; 김상용, 전게서, 112 ; 김형배, 전게서, 161 ; 양창수, 이행보조자의 의미와 구분에 관한 약간의 문제, 민법연구 4, 176 - 178 ; 이은영, 전게서, 253.

다는 것이다. 이러한 반대론의 이유는 다양하게 제기되고 있다.

첫째, 간섭가능성의 의의에 의문을 제기한다. 즉 이행보조자의 선임은 자유롭지만, 지휘·감독을 할 수 없는 경우와, 반대로 이행보조자를 자유로 선임할 수 없으나 실질적으로 충분한 지휘·감독을 할 수 있을 경우를 살펴보면, 간섭가능성에 관한 요건은 심히 불명확하다는 것을 알 수 있다고 한다.

둘째, 이 요건은 현대 경제사회의 현실에 부적합하다는 점을 지적한다. 즉, 대규모기업의 출현과 대량생산에 따르는 경제활동에는 타인의 사용이 불가피하게 되었고 거래형태도 부합계약이라든가 보통거래약관에 의한 정형적인 거래가 증가하는 현대의 경제사회구조에 있어서는 필연적으로 채무자가 보조자를 넓고 자유롭게 선택할 가능성이 있으므로 보조자의 행위에 대한 충분한 지휘·감독의 가능성은 거의 인정되지 않으며, 인정되어도 극히 한정적인 것으로 될 수 밖에 없다는 것이다.<sup>20)</sup>

셋째, 특히 지참채무를 부담하는 경우, 채무자는 자신이 채권자의 주소에서 현실제공으로서 이행하여야 할 채무를 부담함에도 불구하고 간섭가능성이 없는 우편이나 철도에 의하여 이행을 보조하도록 한 경우에 채무자가 면책된다는 것은 부당하다고 한다. 즉 철도자나 우편종사자의 고의·과실로 인한 급부의 불이행은 채무자의 채무불이행으로 이론구성할 것을 주장한다.<sup>21)</sup>

넷째, 운송중에 목적물이 멸실된 경우, 채무자가 개인운송업자를 통하여 운송한 경우와 철도를 이용하여 운송한 경우에 따라 채무자의 책임이 달라진다는 것은 타당하지 않다는 점, 및 채무자가 이행을 위하여 「사용」한 자라는 점, 채무자는 운송방법을 선택할 수 있는 위치에 있으며, 그러한 설비의 잘못에 관해서 채무자가 채권자보다 더 가까운 위치에 있다는 점을 지적한다.<sup>22)</sup>

다섯째, 민법 제391조의 적용에 있어서는 지휘를 받는 이행보조자와 이행대행자 사이에 원칙적으로 차이가 없으며, 채무자가 이행보조자의 임무수행에 대해 간섭가능성을 가질 것이 요구되지 않고, 또한 채무자가 공익업무를 수행하는 우편·전화·전신·철도 등의 시설을 이용하는 경우에 언제나 면책시키는 것은 결과적으로 거래위험을 채권자에게 전가시키는 것이 되어 부당하다는 점을 들 수 있다.<sup>23)</sup>

여섯째, 우편이나 철도등의 설비를 이용하는 채무자는 채권자보다 그 제공되는 서비

20) 고상용, 앞의 논문, 72-73.

21) 김형배, 전게서, 161 ; 김상용, 전게서, 112.

22) 김중환/김학동, 전게서, 85.

23) 이은영, 전게서, 254.

스에 관한 위험을 부담하는데 있어 더욱 밀접한 관계(näher dran)에 있다는 점과 채무자는 보다 안전한 운송이나 郵送의 수단을 선택할 수 있었고 많은 경우에 손해배상을 청구할 권리를 가지며, 또한 보험에 들 수도 있다는 점을 든다.<sup>24)</sup>

사실 이 문제는 이미 독일에서 학설과 판례상 논란이 되었던 내용이다. 독일민법 제정 이후, 이행보조자의 행위에 대한 간섭가능성(Einwirkungsmöglichkeit)이라는 문제를 최초로 명확하게 제기한 자는 독일의 Enneccerus이다. 그에 의하면, 채무자가 채권자의 동의를 받아 채무자 자신이 어떠한 간섭가능성도 가지지 않는 보조자, 특히 철도나 우편 등을 이용하여 채무를 이행하는 경우에는 독일 민법 제278조(우리 민법 제 391조에 해당)의 예외가 인정되어야 할 것을 주장한 것이다. 즉, 철도나 우편을 이용하여 이행지로 특정물을 송부하는 채무자는 철도나 우편 종사자의 과실로 인하여 목적물이 멸실되었을 경우, 독일민법 제278조에 의한 손해배상책임을 부담하는 것이 아니라, 채무자의 과실에 의하지 않은 이행불능에 관한 규정(독일 민법 제275조, 제281조 1항, 제323조)이 적용되어야 한다는 것이다.<sup>25)</sup> 그러나 그 후 독일의 통설은 간섭가능성을 이행보조자의 요건으로 채택하지 않았으며, 현재 다수설은 우편이나 철도 종사자도 이행보조자라고 해석하고 있다.<sup>26)</sup>

사건으로서도 이행보조자의 요건으로서 간섭가능성은 불필요한 것이라고 본다. 최근 이행보조자의 정의를 규명한 판례에서도<sup>27)</sup> 간섭가능성에 관한 언급은 없다.

그 논거로서는 채무자가 간섭가능성이 없는 보조자를 이용하여 자신의 활동영역을 확장하므로서 이익을 얻게 된다면 그에 따른 위험도 부담하는 것이 형평성에 부합한다고 해석할 수 있기 때문이다. 또한 채무자와 이행보조자의 관계는 채권자가 충분히 인식할 수 없는 내부사정이라는 점도 고려되어야 할 것이다.

그러나, 간섭가능성을 배제한다고 하여 채무자의 채무이행과정에서 등장하는 모든 제3자의 행위에 대하여 채무자가 책임을 부담하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 오히려 채무자의 채무이행 과정에서 제3자의 행위가 채무자가 부담하는 급부행위의 구체적인 내용으로 되고 있는지의 여부에 관하여 살펴볼 필요는 있다고 하겠다.

이 때, 간섭가능성의 문제로 논하게 되는 것은, 이행과정에서 등장하는 제3자가 독립

24) 양창수, 앞의 논문, 178.

25) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1-2, S.127.

26) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1. 14.Aufl(1987), S.299 ; Medicus, Bürgerliches Recht, 16.Aufl(1993), S.493.등 참조.

27) 대판 1999.4.13, 98다51077, 51804.

사업자인가 종속적 노동자인가 하는 점이나, 공공서비스를 제공하는 자인가의 여부, 또는 독점적인 사업체로서 채무자가 그 자 이외의 선택 가능성이 없는가 하는 점 등에 있다. 즉 이러한 문제를 논하게 되는 간접가능성은 당사자의 지위나 직업, 대가관계, 계약목적 등의 여러 요소와 더불어, 구체적인 행위의무 내용을 확정하는데 참작하게 될 하나의 요소에 속한다는 점이다.

그러나 이는 간접가능성을 이행보조자의 과실을 인정하기 위한 「요건」으로서의 의미를 부여하는 것이 아니다. 간접가능성은 채무자의 채무내용을 확정할 때 하나의 참작요소로서의 위치를 갖는데 불과하다는 사실을 의미하는 것으로 해석하여야 할 것이다.<sup>28)</sup>

## 2) 이행보조자의 이행보조자

이행보조자가 채무이행을 위하여 다시 타인을 사용하는 경우에 그 제3자를 이행보조자의 이행보조자 또는 복임보조자(Untergehilfe), 간접이행보조자(mittelbarer Erfüllungsgehilfe)라고 한다. 예컨대 환자를 치료하는 의사가 수련의에게 치료를 지시하였는데 그 수련의가 다시 간호사에게 지시하여 그 간호사가 환자를 치료하게 된 경우에, 간호사는 곧 수련의인 이행보조자의 이행보조자로 되는 것이다. 이 경우 그 간호사의 과실로 인한 책임을 의사인 채무자가 부담하는가 문제된다. 이에 대하여, 「이행보조자의 이행보조자」, 즉 복임보조자의 고의·과실에도 역시 본 조항이 적용되어 채무자(위의 예에서 의사)가 그 책임을 부담한다는 주장이 있으나,<sup>29)</sup> 채무자가 그러한 복임보조자의 「사용」에 적어도 동의하였을 때에 한하여 본 조에 의한 채무자의 책임을 인정할 수 있다고 할 것이다.<sup>30)</sup>

이 경우 채무자의 동의는 묵시적으로 이루어 질 수도 있으며, 거래관념상 동의가 추정될 수도 있다.

한편 「간호사는 병상자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다」는 의료법 제2조 5호와 「농어촌등보건의료를위한특별조치법」에 의하면, 간호사도 근무지역으로 지정받은 의료 계약지역 안에서는 대통령령이 정하는 경미한 의료행위를 할 수 있다(동법 제19조)고 하므로 이

28) 潮見佳男, 債權總論(1994), 215-216.

29) 김상용, 전계서, 114 ; 이은영, 전계서, 254 ; 황적인, 전계서, 67.

30) 김중환/김학동, 전계서, 84 ; 이상광, 전계서, 71 ; 민법주해 IX, 407(양창수 집필).

경우에는 간호사도 단순한 이행보조자의 지위를 넘어서 독자적인 책임을 부담할 수 있다고 해석된다.

또한, 통설이 의미하는 이행대행자의 이행보조자가 잘못하여 채무불이행이 발생한 경우에 특별한 제한없이 채무자의 책임을 인정한 하급심판결이 있다. 내용을 살펴보면, 결혼식을 거행하기 위한 예식장이용계약을 체결하면서, 결혼식 촬영 및 현상을 의뢰받은 예식장 경영주(채무자)는 사진촬영 등을 별도의 회사인 칼라현상소(이른바 이행대행자)에 의뢰하였는데, 그 회사의 이행보조자인 직원(즉, 이행대행자의 이행보조자로 됨)의 과실로 결혼사진 필름을 분실한 사안에서, 본 판례는 현상소의 직원을 예식장 경영주의 「사진촬영 및 현상등의 이행보조자」라고 인정하여 곧바로 채무자인 예식장 경영주의 손해배상책임을 인정하였던 것이다.<sup>31)</sup> 그러나 엄격히 분류하면 그 직원은 복임보조자(이행대행자인 칼라현상소의 이행보조자)에 해당된다고 할 것이다.

### 3) 이행대행자

#### 가. 이행대행자의 의의와 채무자의 책임

통설적 입장에 의하면, 단순히 채무자의 채무이행 행위에 협력하는데 그치지 않고, 오히려 독립하여 채무의 전부나 일부를 채무자에 갈음하여 이행하는 자를 이행대행자(또는 이행대용자<sup>32)</sup>)라고 하여 협의의 이행보조자와 구분하여 설명한다.<sup>33)</sup> 그 전형적인 예로서 대부분 공통적으로 소개하고 있는 내용은, 수치인에 갈음하여 임치물을 보관하는 제3수치인, 또는 조산사가 산부인과 전문의에게 출산을 돕게 하는 경우나, 고장난 보일러의 수리계약을 체결한 보일러공이 전문기술자에게 그 보일러를 수리하도록 한 경우<sup>34)</sup>, 하도급업자·운송업자,<sup>35)</sup> 또는 임차인으로부터 전대를 받은 전차인도 이행대행자라고 한다.<sup>36)</sup>

31) 대구지법 1987.11.12, 87가합439.

32) 판례는 「…(전략) 원판결은 … (중략) … 법률상으로는 … (중략) 본 건 채무의 이행대용자 또는 이행보조자에 지나지 않다고 인정하고 …(이하 생략)」(대판 1954.12.9, 53다149)라고 판시하므로서 이행대용자라는 표현을 하고 있으나, 그 의미는 분명하지 않다.

33) 박윤직, 전게서, 140-141; 김상용, 전게서, 114; 김용한, 전게서, 133; 김주수, 전게서, 114; 김형배, 전게서, 162; 임정평, 전게서, 146; 장경학, 전게서, 140; 현승종, 전게서, 116; 황적인, 전게서, 67.

34) 김상용, 전게서, 114.

35) 이은영, 전게서, 253. 그런데 판례는 하수급인은 이행보조자에 불과하다고 판시하고 있다(대판 1997.12.12, 97다5060).

그리고 이러한 이행대행자는 채권자와 직접적인 계약관계가 있는 것도 아니고, 또한 채무자의 채무를 면하게 하는 것도 아니므로 채무인수와는 구별되는 개념으로 이해한다. 그러한 의미에서 이행대행자는 채무자에 대해서만 채무를 부담하는 자이며, 채권자와의 관계에서는 보통의 이행보조자와 다를 것이 없다고 한다.

따라서 이행대행자는 채무자에게 채무를 부담하는 것은 명백하지만, 그러나 이행대행자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임귀속에 관하여는 법률상 또는 채무의 성질상 이행대행자의 사용이 허용되는가의 여부에 따라서 반드시 동일한 것은 아니라고 하여 다음과 같이 세가지의 유형으로 구분하여 설명하고 있다.<sup>37)</sup>

① 명문 규정상(민법 제120조, 민법 제657조 2항, 민법 제682조 1항, 민법 제701조, 민법 제1103조 2항) 또는 채무의 성질상 또는 특약에 의하여 이행대행자를 사용할 수 없음에도 불구하고 이행대행자를 사용한 경우에는, 이행대행자를 사용했다는 사실 자체가 곧 채무불이행이 되기 때문에 채무자는 그 이행대행자의 고의·과실의 유무를 묻지 않고 바로 채무자가 책임을 부담한다.

② 명문 규정상 적극적으로 이행대행자의 사용이 허용되는 경우(민법 제122조), 또는 채권자의 승낙을 얻어 이행대행자를 사용하는 경우이다. 이 경우 채무자의 책임에 대하여는 견해가 나누어지고 있다.

먼저 종래의 통설적 입장에 의하면, 이 때에는 채무자의 책임이 감경되는 것으로 해석한다. 즉 채무자는 이행대행자의 선임·감독에 관하여 과실이 있는 경우에 한하여 책임을 진다는 것이다.<sup>38)</sup> 이 경우, 민법상의 관련 규정(민법 제121조·민법 제682조 2항·민법 제701조·민법 제1103조 2항 등)이 적용되고 민법 제391조의 적용이 배제된다는 점을 일반화하여, 대행자의 선임·감독에 채무자의 과실이 있는 경우에 한하여 민법 제391조의 적용을 인정하므로, 결국 채무자의 책임이 감경되는 것으로 해석한다.

이와 반대로, 이 경우에는 우리 민법은 이행대행자의 선임·감독에 과실이 있을 때에

36) 김현태, 전게서, 101 ; 김형배, 전게서, 162. 그러나 이행대행자의 개념을 인정하는 입장에서도 전차인을 이용보조자라고 보는 견해도 있다(곽윤직, 전게서, 146). 그 자세한 논의는 뒤에서 살펴보기로 한다.

37) 곽윤직, 전게서, 145 ; 김상용, 전게서, 114-115 ; 김용한, 전게서, 133 ; 김주수, 전게서, 114 ; 김형배, 전게서, 163 ; 이태재, 전게서, 108 ; 임정평, 전게서, 146 ; 장경학, 전게서, 140-141 ; 정기웅, 전게서, 93 ; 현승종, 전게서, 116. 그런데, 이행대행자의 개념을 위와 같이 해석하는 견해에서도 채무자의 책임에 관한 내용이 전적으로 일치하지는 않고 있다.

38) 곽윤직, 전게서, 145 ; 김상용, 전게서, 115 ; 김용한, 전게서, 132 ; 김주수, 전게서, 114 ; 임정평, 전게서, 146 ; 장경학, 전게서, 141 ; 현승종, 전게서, 116.

한해서 채무자가 책임을 부담하도록 하는 규정을 두고 있으므로(위에 예시된 민법 규정), 이 때에는 본조의 적용이 배제되지만, 이와 같은 책임경감 규정이 없는 한 민법 제391조만이 그대로 적용된다는 주장도 있다.<sup>39)</sup>

③ 명문 규정상 또는 채권자와의 특약에 의하여 이행대행자의 사용이 허용되어 있지도 않고, 그렇다고 금지되어 있는 것도 아니지만, 급부의 성질상 이행대행자를 사용하여도 무방하다고 해석되는 경우에는, 본 조의 적용에 의하여 그 대행자의 고의·과실은 채무자의 고의·과실로 간주되어 채무자가 채무불이행책임을 부담하는 것이 된다. 즉 민법 제391조가 규정하는 것은 바로 이 경우에 관한 것임을 강조하고 있다.

#### 나. 이행대행자에 대한 비판론

협의의 이행보조자와 이행대행자를 구분하고 이행대행자를 위와 같은 3가지 유형으로 나누어 채무자의 책임을 논하는 통설적 입장의 위와 같은 해석론은 일찍이 일본의 我妻榮이 제안한 내용을<sup>40)</sup> 그대로 답습한 것으로 풀이된다.<sup>41)</sup> 그러나 현재 일본에서도 이러한 통설의 내용에 강한 의문을 제기하며 새로운 학설이 제기되고 있는 실정이다.<sup>42)</sup>

우리나라에서도 위의 해석론은 최근 강력한 비판을 받고 있다. 비판론의 주된 논지는 기본적으로 협의의 이행보조자와 이행대행자로 구분하는 분류론 그 자체에 대한 비판에서 비롯되는 것이며, 또한 이행대행자사용이 허용되는 경우(위에 설명한 ②의 경우)에 채무자에게 선임·감독에 과실이 있는 때에만 채무자가 책임을 부담하는 것으로 해석하여 채무자를 면책시키는 해석론에 대한 비판이다.

첫 번째의 논점에 대하여는 항을 바꾸어 자세히 살펴보기로 하고, 일단 여기서는 두 번째의 쟁점부터 살펴보기로 한다.

우선, 위의 예 ②와 같이 명문 규정상 적극적으로 이행대행자의 사용이 허용되는 경우(민법 제122조), 또는 채권자의 승낙을 얻어 이행대행자를 사용하는 경우에 민법 제

39) 김형배, 전거서, 162.

40) 我妻榮, 履行補助者の過失による債務者の責任, 民法研究V(1968), 129-130.

41) 平野裕之, 債權總論(1996), 230.

42) 특히 이행대행자를 위와 같이 3분하는 구성의 근원은 독일 민법 제664조의 내용과 해석론에서 비롯된 것으로 파악하고, 독일에서는 이행보조자에 관한 별도의 규정이 있고 또한 그 해석론이 존재하고 있는데도 불구하고, 일본에서는 그 해석론 부분은 도외시하고 독일 민법 제664조와 관련된 학설을 계수하여 「위임의 대행」에 대한 독일의 해석론을 「이행보조자의 과실」에 대한 일본의 해석론으로 전개하므로써 오히려 이행보조자책임론을 불투명하게 하고 있다는 점을 비판한다(潮見佳男, 전거서, 212-213).

391조의 적용을 부정하는 것은 부당하다는 지적이다.

동일한 논지에서 채권자의 승낙을 얻어 이행대행자를 사용한 경우에 일반적으로 예외를 인정하는 바, 이에 의하면 예컨대 매도인 乙이 매수인 甲에게 매매 목적물을 운송하고자 甲의 승낙을 얻어 그 운송을 丙에게 맡겼는데 丙의 과실로 목적물이 멸실된 경우에도 예외를 인정하여, 乙은 丙의 선임·감독상의 주의를 다하였다면 그 멸실에 대하여 책임을 지지 않는 것으로 되는데, 이는 부당하다는 주장이다. 민법 제391조에 대한 예외는 오직 위임관계 또는 임치관계에서 수임인 등이 위임인의 승낙이나 부득이한 사유로 자기에 갈음하여 제3자에게 위임사무 등을 처리케 한 경우에 한하여 인정되며(민법 제682조, 민법 제701조 참조), 그 이외의 법률관계에서 단지 매수인의 승낙을 얻어 제3자에게 매매계약상의 의무를 이행하도록 한 경우에는 예외가 인정되지 않는다는 것이다.<sup>43)</sup>

이러한 견해는 근본적으로 종래 통설적 입장에서의 이행대행자 개념을 비판하는 부정적인 측면에서 제기된 주장이지만, 통설적 입장과 동일하게 이행대행자의 의의와 분류에 따르면서도 이 경우(위에 설명한 ②의 경우)의 채무자 책임경감을 비판하는 견해도 있음은 앞에서 언급하였다.

이와 관련된 판례로서는 채무자의 지휘·감독의 여부에 관계없이 채무불이행책임을 인정한 하급심 판결이 있다. 즉 「스포츠클럽 회원이 그 스포츠클럽이 실시하는 패러글라이딩 강습에 참여했다가 클럽측과 별도의 계약을 맺은 강사의 과실로 인해 발생한 사고로 손해를 입었다면 위 스포츠클럽은 강사에 대해 지휘·감독을 하지 않았더라도 채무불이행책임을 부담한다」고 판시한 하급심의 예를 들 수 있다.<sup>44)</sup>

또한 승낙을 얻어 선임된 이행보조자에 관한 대법원 판례로서, 「정리회사의 관리인이 “갑”을 정리회사의 부사장으로 선임하여 정리업무에 참여케 하였다면 “갑”은 위 직명여하에 관계없이 관리인의 책임으로 그 직무집행에 필요하여 법원의 허가를 얻어 선임한 관리인의 대리인 또는 이행보조자나 이행대용자라고 보아야 할 것이며 정리회사의 피용자라고 할 수 없으므로 자기 책임으로 “갑”을 선임한 관리인은 회사정리법 98조 1항의 취지로 보아 그 선임, 감독상의 과실유무에 관계없이 “갑”의 행위에 의하여 정리회사가 손해를 입은 경우에는 그 책임을 져야 할 것이」<sup>45)</sup>라고 판시하고 있다.

43) 김중환/김학동, 전거서, 87.

44) 서울고법 1996.11.15. 96나 24677(법률신문 1996.12.23).

45) 대판 1974.6.25. 73다692,

그런데 기본적으로 통설적 입장에서의 이행대행자 개념 자체에는 의문을 제기하지만, 독일 민법의 입법과정에서 논의된 내용을 중심으로 우리 민법이 대리, 위임, 임치, 유언 집행 등의 경우에 대리인 등의 책임을 감경하는 이유를 검토한 후(독일 민법 제664조 1항의 위임에 관한 규정은 우리 민법 제682조 1항의 내용과 매우 유사하다는 점을 강조한다), 통설과 같은 채무자책임의 경감에 대한 일반화가 허용된다는 주장이 있다. 즉, 당사자 사이의 긴밀한 인적 신뢰관계를 기초로 하는 계약유형에서는 원칙적으로 대행이 허용되지 않는데, 그럼에도 불구하고 채권자가 대행을 허용하는 경우에는 그 대행 허용의 일반적·객관적 의미에 비추어 채무자는 대행자의 선임이나 경우에 따라서는 감독에 대하여만 책임을 지고 일단 적절하게 선임된 대행자의 채무이행행위 그 자체에 대하여는 책임을 지지 않는 것이 원칙이라고 한다. 따라서 결국 종래 통설의 내용은, 일정한 계약유형에 있어서 대행자의 사용이 예외적으로 허용되면 채무자의 책임감경이 인정된다고 하는 점에서는 타당하다는 것이다.<sup>46)</sup>

생각건대 우리 민법 제391조의 입법취지로 미루어 볼 때 채무자가 이행대행자를 채무이행을 위한 수단으로서 사용하였다면, 면책규정이나 면책약정이 없는 한 채무자가 그 선임·지휘·감독을 할 수 있는가에 관계없이 이행대행자의 과실에 대해 채무불이행책임을 부담하는 것으로 해석함이 타당하다고 본다

#### 4) 이용보조자

##### 가. 이용보조자의 의의

우리나라의 통설은 이행보조자의 독특한 형태로서 이용보조자라는 개념을 인정하고 있다. 즉 사용차주 또는 임차인과 같이 사용권 또는 수익권을 가지는 자가 목적물을 이용하는데 보조자를 사용하는 경우, 사용·수익권자는 그 권리의 반면으로서 보관 또는 보조의무를 부담하므로, 그 의무의 이행에 관한 보조자의 과실에 대하여 책임을 부담하게 되는 것이다. 이 경우 채무자는 동시에 채권자이며, 그 이행보조자는 채권자가 자기에게 속하는 권능을 행사하기 위하여 사용하는 자이므로 「이용보조자」라고 하며, 그 법적지위는 이행보조자와 동일하다고 하여 본조가 당연히 적용되는 것으로 해석한다.<sup>47)</sup>

46) 양창수, 앞의 논문, 182-190. 다만 동일한 법리를 이용보조자의 경우에까지 인정하는 점에는 찬성할 수 없다고 한다.

47) 박윤직, 전계서, 145 ; 김용한, 전계서, 134 ; 김주수, 전계서, 114-115 ; 임정평, 전계서, 147 ; 장경학, 전계서, 141 ; 현승중, 전계서, 116.

건물임대차의 경우, 임차인의 가족이나 동거인들은 임차인의 이용권에 합치·종속하는 이용권을 가지는 동시에, 보관의무에 협력해야 할 의무를 부담하는 이행보조자라고 보아야 하며 이들의 고의·과실에 의하여 임차인의 보관의무 이행이 불완전하거나 불가능이 되었을 때에는 채무자인 임차인이 그 책임을 부담하여야 한다는 점에서는 이론이 없는 듯하다.<sup>48)</sup>

판례는 임차인이 임차건물을 보관하는데 피용자의 과실로 목적물이 멸실된 때에는 임차인이 그 손해배상 책임을 부담한다고 하였다.<sup>49)</sup>

그런데 문제가 되는 것은 전차인을 이용보조자로 인정할 수 있느냐 하는 점이다. 이 문제는 행을 바꾸어 살펴보기로 한다.

#### 나. 전차인의 지위

전차인의 과실로 임대차 목적물이 훼손되거나 멸실되었을 경우에도 민법 제391조가 적용되어 채무자인 임차인이 그 책임을 부담할 것인가가 문제된다. 이 문제는 임차인이 임대인의 동의를 얻어 전대한 경우(민법 제630조 1항)와 임대인의 동의를 얻지 못한 경우(민법 제629조 1항 참조)를 나누어 살펴보아야 할 것이다.

① 임차인이 임대인의 동의를 얻어서 전대한 경우의 전차인의 지위에 대하여는 견해가 나누어지고 있다.

먼저, 이 경우 종래의 임대차 계약은 그대로 존속하고, 임차인은 여전히 보관의무를 부담하는 것이므로 전차인이 임차물을 보관하는 것은 동시에 임차인을 위하여 그 보관의무를 이행하는 것이라고 할 수 있다는 점에서 이 경우의 전차인은 이용보조자라 한다.<sup>50)</sup>

반면에, 전차인과 임차인 사이에는 계약상의 임대차관계가 생기는 것은 아니지만, 법률 규정(민법 제630조 1항)에 의하여 전차인은 임대인에게 직접 의무를 부담하게 되므로, 전차인은 임차인과 전혀 다른 입장에서 임대인에게 독립된 의무로서 보관의무를 부담한다는 점을 강조하며, 임차인이 임대인의 동의를 구할 때 임대차 목적물에 대한 보관의무의 전면적 면제를 전제로 한 것도 아니라는 점, 또한 전차인의 고의 또는 과실있

48) 김상용, 전게서, 143 ; 김형배, 전게서, 113 ; 주석 채권총칙(상), 278.

49) 대판 1966.9.20, 66다758·759.

50) 박윤직, 전게서, 146. 그런데 박윤직, 채권각론(1997), 370에 의하면, 임대인의 동의있는 임대차의 경우에 전차인의 선임·감독에 과실이 없으면 임차인은 책임을 지지 않는다고 하여 서로 상반된 견해를 피력하고 있다.

는 전차물 보관행위로 인한 임차인의 임대인에 대한 책임은 신의칙에 의하여 감경될 수 있다는 이론구성으로서, 채권자의 승낙을 얻은 이행대행자 [위 3) 이행대행자 가. 이행대행자의 의의와 채무자의 책임에서의 ②의 예] 와 같이 보아 전차인의 선임·감독에 관하여 과실이 있는 경우에만 임차인이 책임을 부담하는 것으로 해석한다.<sup>51)</sup> 즉, 임차인은 전차인에 대한 선임·감독상의 주의의무를 부담하는 것으로 족하다는 것이다.

또한, 이행대행자의 개념을 근본적으로 부정하는 입장에서, 민법 제630조 1항에 전차인이 임대인에게 직접 의무를 부담한다고 규정한 것은 어디까지나 임대인의 이익을 위한 것이므로, 이 규정을 이유로 임대인에게 불리한 결과가 인정되어서는 안된다는 점, 임차인으로서의 전대차에 대한 임대인의 동의에 의하여 전대차를 할 수 있게 되어서 자신의 이익영역을 확장하였는데 그 동의를 이유로 하여 자신이 부담하게 될 책임의 축소까지 달성한다는 것은 형평에 맞지 않는다는 점, 및 임차인이 선임·감독상의 과책에 대하여서만 책임을 부담한다고 할 근거도 없다는 점을 논거로 하여, 동의있는 전대차의 경우 전차인의 과책으로 목적물이 멸실된 때에는, 임차인은 민법 제391조에 의하여 책임을 부담하는 것이 타당하다는 주장이 있다.<sup>52)</sup>

이행대행자의 개념을 부정하는 사건으로서는 이 경우, 마지막의 견해와 같이 민법 제391조의 적용으로 임차인이 책임을 부담하는 것으로 해석한다.

② 임대인의 동의를 얻지 못한 무단전대의 경우(민법 제629조 2항)에는 전대행위 자체가 임대차관계에 반하는 것이므로 임차인은 의무위반으로 인한 채무불이행책임을 부담한다고 해석하는 견해가 일반적이다.<sup>53)</sup>

그러나, 이 문제는 이처럼 확일적으로 판단할 것이 아니라 경우를 나누어 살펴보아야 할 것이다. 왜냐하면 판례는 무단양도라고 하더라도 임대인과 임차인간의 신뢰관계를 파괴할 정도의 배신행위가 아닌 때에는 무단양도로서 임대인에게 대항할 수 있다고 판시하고 있다는<sup>54)</sup> 점을 감안한다면, 임대인에게 대항할 수 있는 무단전대의 경우에는 전차인은 임차인의 이행보조자라고 인정될 수 있겠지만, 임대인에게 대항할 수 없는 무단

51) 고상용, 앞의 논문, 69 ; 김상용, 전게서, 115 ; 김용한, 전게서, 134 ; 김주수, 전게서, 115 ; 김형배, 전게서, 163-164 ; 임정평, 전게서, 147 ; 장경학, 전게서, 143 ; 현승중, 전게서, 116.

52) 또한 독일민법 549조 3항은 「임차인이 제3자에게 [목적물의] 사용을 이전한 때에는, 임대인이 그 사용허락을 이전한 경우에도, 임차인은 그 사용에서 제3자의 과책에 대하여 책임을 진다」는 규정을 참고로 소개하고 있다. 양창수, 앞의 논문, 195.

53) 김용한, 전게서, 134 ; 김주수, 전게서, 115 ; 김형배, 전게서, 164 ; 임정평, 전게서, 147 ; 장경학, 전게서, 143-144.

54) 대판 1993.4.13, 92다24950.

전대의 경우에는 무단전대 그 자체가 바로 의무위반으로 되어 임차인은 채무불이행책임을 부담하게 될 것이다.<sup>55)</sup>

## 2. 종속적 이행보조자·독립적 이행보조자 및 그 비판론

### 1) 종속적 이행보조자와 독립적 이행보조자

앞에서 지적하였듯이 민법 제391조에서 규정하고 있는 이행보조자를 채무자의 수족과 같이 사용하는 자로서 「협의의 이행보조자」와 독립하여 채무자에 갈음하여 이행하는 자로서 「이행대행자」로 구분하고, 다시 이행대행자를 3유형으로 분류하여 채무자의 책임을 논하는 종래 우리나라의 통설적 견해는 일본의 我妻榮의 이론에 영향을 받은 것으로 풀이된다.<sup>56)</sup> 그런데 이미 일본에서도 이 이론구성에 대한 많은 비판론이 제기되어 새로운 법리구성을 다양하게 모색하고 있는 실정은 앞에서 소개하였다.

우리나라에서도 최근 이행보조자를 「종속적 이행보조자」와 「독립적 이행보조자」로 분류하는 주장이 있다. 종속적 이행보조자란 고용·위임 등의 계약에 기하여 채무자의 지휘나 명령에 따라 이행보조행위를 하는 경우를 말하고, 독립적 이행보조자란 채무자로부터 독립된 자기의 사업으로서 이행보조행위를 하는 자를 말하여 통상 이행대행자라고 부른다는 것이다. 이행대행업자로서는 하도급업자·운송업자등을 예로 든다.<sup>57)</sup>

이 견해는, 이행대행자의 사용 여부를 통설과 같이 3분(첫째 대행자 사용이 법률로 금지된 경우, 둘째 대행자 사용이 법률로 허용되거나 채권자의 승낙이 있는 경우, 셋째 대행자 사용을 허용하는 법률이나 채권자의 승낙은 없지만 급부의 성질상 대행자 사용이 무방한 경우) 하지 않고, 대행자 사용이 허용되는 경우와 금지되는 경우의 두 종류로 나누는 2원설을 취한다. 이행대행자 사용의 허용 여부에 관한 문제는 이행대행자의 이행행위가 채무내용에 쫓은 이행행위가 되는가의 문제 즉, 민법 제390조의 이행행위의 내용적 적합성에 관한 불이행의 문제로 파악되어야 하며, 본 조항의 문제는 아니라고 한다. 그리고 대행자 사용이 금지되에도 불구하고 대행자를 사용한 것은 곧 채무자 자

55) 동지 : 김상용, 전게서, 113.

56) 양창수, 앞의 논문, 196-198. Enneccerus, a. a. O., S. 127

57) 이은영, 전게서, 253. 「피용자적 이행보조자」와 「독립적 이행보조자」로 구분하는 견해도 있으나(양창수, 전게서, 주94, 204), 동일한 내용으로 이해된다. 일본의 새로운 유형론은 일본 민법 제715조(우리 민법 756조)의 요건에 의한 피용자가 되는 자로서 「피용자적 보조자」와, 수급인과 같이 지휘 명령을 따르지 않고 독립된 사업을 하는 「독립적 보조자」로 분류하여 설명하는 견해도 있다. 平井宜雄, 債權總論, 85.

신의 고의·과실에 의한 불이행이 되고, 법률규정이나 당사자의 합의(특히 채권자의 의사) 또는 채무의 객관적 성질에 비추어 보조인이나 대행자의 사용이 금지된 경우(예술 작품의 제작·강연 등)에, 이행대행자를 이용하여 이행행위를 한 것은 채무불이행의 문제로 되며, 대행자 사용이 허용된 경우 대행자의 고의·과실로 불이행이 발생한 때에는 민법 제391조가 적용된다고 한다. 따라서 이른바, 통설적 입장인 三分說이 대행자 사용이 허용되는 경우에 채무자의 책임이 없다고 하거나, 채무자에게 대행자의 선임·감독에 과실이 있는 때에만 책임을 진다고 해석하는 것은 민법 제391조의 취지에 정면으로 위배하여 채무자를 면책시키는 것이 된다는 점을 지적하고 있다. 대행자의 사용이 허용된다는 사실이 대행자 과실에 대한 책임을 면하게 해주는 요인이 되지 않는다는 것이다.<sup>58)</sup>

## 2) 채무이행과정중시론

그러나, 생각컨대 채무자가 사용한 이행보조자가 「종속적」인가, 아니면 「독립적」인가 하는 구분은 결국 채무자와와 보조자간의 거리에 관한 문제로서, 이는 민법 제391조에 의한 채무자의 책임을 평가함에 있어 부차적인 문제에 불과하다고 할 것이다.

최근 처음으로 이행보조자의 의미를 규명하고 있는 판례에서도<sup>59)</sup>, 이행보조자란 일반적으로 채무자의 의사관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 족하고, 채무자에 대하여 종속적인가 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않는다고 판시하고 있는 점도, 결국 이러한 입장과 궤를 같이 하는 것으로 해석된다.

특히 종래의 논의는(그 내용이 협의의 이행보조자와 이행대행자로 구분하는 또는 종속적 이행보조자와 독립적 이행보조자로 분류하든), 모두 채무자의 귀책사유, 즉 채무자의 고의·과실로 인정될 수 있는지의 여부를 중시하는 측면에서 접근한 해석론으로 말미암아, 결국 민법 제391조를 채무자의 귀책사유의 확장이라는 점에서만 의미를 부여하고, 채무이행과정에서 이행보조자의 행위를 어떻게 이해할 것인가에 대한 결정적인 관점은 간과하고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 즉, 채무자의 지휘나 명령을 따르느냐의 여부를 분석하는 일보다 더욱 중요한 점은, 채무발생원인으로서의 계약에서 채무자 이외의 제3자의 행위가 어디까지 채무의 이행행위로 평가될 수 있는가 라는 문제가 되는 것이다. 따라서 민법 제391조에 의한 채무자책임을 논하기 위해서는 채무자가

58) 이은영, 전제서, 255.

59) 대판 1999.4.13, 98다51077, 51084.

사용한 이행보조자의 종속성·독립성을 논하기에 앞서 먼저, 다음과 같은 순서로 채무자의 채무이행행위를 평가하는 작업이 선행되어야 할 것이다.<sup>60)</sup>

즉 ① 당사자간의 계약에서 결정된 채무의 내용은 무엇이며, ② 채무이행과정의 구체적인 상황하에서 채무자에게는 어떠한 의무가 부여되는 것인가, ③ 그러한 구체적인 의무를 실행하기 위하여 채무자가 보조자에게 부여한 임무는 어떠한 내용인가, ④ 그 보조자의 행위는 부여된 임무수행과 객관적인 관련성을 가지는가, ⑤ 그 보조자는 구체적인 의무를 준수하는 행동을 하였는가.

위와 같은 순서로 그 행위를 평가하는 것이야말로 이행보조자의 고의·과실에 의한 채무자책임을 인정하는데 중요한 의미를 가지는 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 이행보조자의 고의·과실

#### 1. 과실판단 기준

민법 제391조에 의하여 채무자가 채무불이행책임을 부담하게 되는 요건으로서 이행보조자의 고의·과실이 요구되는데, 이 경우 그 보조자의 과실여부를 결정하는 기준이 문제된다. 즉 이행보조자를 기준으로 하여 과실여부를 결정할 것인지, 아니면 거래 당사자인 채무자를 기준으로 보조자의 과실여부를 인정할 것인지 문제가 되는 것이다.

이 점에 대하여 현재 우리나라에서는 심도있는 논의가 있는 것은 아니지만, 대체적으로 보조자의 과실여부는 계약당사자인 채무자를 기준으로 하여 판단할 것으로 해석하고 있다.<sup>61)</sup> 따라서 채무자가 견습공을 사용하여 일정한 수리행위를 한 경우, 견습공의 과실 인정여부에 대한 판단기준은 그 견습공의 주의능력이 아니라 그와 같은 수리행위를 이행하는 평균적 채무자의 주의능력이 되는 것이다.

그 논거는, 거래상 요구되는 주의는 거래당사자인 채무자를 기준으로 부과되어야 하기 때문이며,<sup>62)</sup> 민법 제391조의 「... 보조자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로

60) 潮見佳男, 전계서, 216.

61) 김상용, 전계서, 109 ; 김형배, 전계서, 158 ; 이상광, 전계서, 86 ; 이은영, 전계서, 256 ; 장경학, 전계서, 144-144 ; 민법주해, 427(양창수 집필). 이행보조자의 과실에 관한 채무자표준설은 현재독일의 지배적 견해이다. Fikentscher, Schuldrecht, 9.Aufl(1997), Rn.516 ; K. Larenz, a. a. O., S.304.

본다」는 규정은 이행보조자의 과실있는 행위에 대하여 그 책임을 채무자에게 귀속시키는 것일 뿐만 아니라, 채무자를 기준으로 하여 이행보조자의 과실의 정도를 결정하려는 것이라고 해석할 것이라고 한다.<sup>63)</sup>

생각건대 이처럼 채무자표준설을 취하게 되면, 전문적 지식이나 기술을 구비한 보조자가 분업으로 조직화된 곳에 배치되는 경우와 같이, 채무자 자신의 구체적인 행위를 가정할 수 없는 경우에 대한 설명이 어려워진다는 점에서, 이행보조자 표준설이 고려될 수 있겠으나, 그렇게 된다면 채무자에 대한 급부기대로서 채권자가 구상한 것이 채무자의 표준적 급부능력이 되었던 경우, 및 보조자가 채무자와 채권자간의 계약이나 채무내용을 알지 못한 경우에 불합리한 점이 발생하게 된다는 점을 고려할 때, 채무자표준설이 타당하다고 하겠다. 다만 특정한 채무자 개인을 기준으로 채무자의 주의의무가 결정되는 것이 아니라, 거래의 성질·채무자의 직업·기대되는 능력 등에 비추어 객관적으로 그 주의의무가 정해진다고 할 것이다. 또한 채무자가 채무이행을 위하여 경험이나 기술이 부족한 이행보조자를 사용한 경우에는, 이행보조자의 개인능력으로서는 최선을 다했다고 하더라도 채무자의 기준에 비추어 미달되었다면 채무자의 과실이 존재하는 것으로 인정된다.

## 2. 책임능력

### 1) 채무자의 책임능력

채무자의 고의·과실을 인정하기 위해서는 그 전제로서 채무자에게 책임능력, 즉 행위의 결과를 인식할 만한 주체적인 의사능력이 있어야 한다는 해석론이 통설이다.<sup>64)</sup> 다만 책임능력이 없는 자에 대하여는 법정대리인의 고의·과실이 본인의 고의·과실로 간주될 것이다. 반면에 책임능력을 부정하는 일부 견해는 계약책임에 해당하는 채무불이행책임에서 채무자의 책임능력을 문제삼는 것은 옳지 않다든가,<sup>65)</sup> 의사책임적 채무불이행의 경우와 행위 책임적 채무불이행의 경우를 구분하여 책임능력의 인정 여부를 달

62) 이은영, 전계서, 256.

63) 김형배, 전계서, 158. 다만 유상계약관계에서는 채무자의 추상적 과실이 기준이 되고, 무상계약에서는 채무자의 구체적 과실이 기준이 된다고 하며, 그러나 법정대리인의 과실은 이행보조자의 경우와는 달리 해석할 것이라고 한다.

64) 박윤직, 전계서, 146 ; 김상용, 전계서, 115 ; 김용한, 전계서, 135 ; 김주수, 전계서, 116 ; 이태재, 전계서, 109 ; 임정평, 전계서, 148 ; 현송중, 전계서, 117.

65) 이은영, 전계서, 246.

리 해석하는 견해도 있으나<sup>66)</sup> 채무자의 책임능력이 요구된다고 본다.

## 2) 이행보조자의 책임능력

채무자가 채무이행을 위하여 사용하는 이행보조자에게도 책임능력이 요구되는가? 채무자는 자신의 채무이행을 위하여 사용한 보조자의 행위에 대하여 담보책임을 부담하게 되며, 더욱이 부적절한 자를 사용한 데 대한 위험은 채무자가 인수하여야 한다는 점에서 책임능력을 부인하는 견해가 있다.<sup>67)</sup>

그러나 본 조항은 이행보조자의 고의·과실에 의한 책임을 채무자에게 귀속시키려는데 그 의미가 있는 것이므로 이행보조자에게 고의·과실이 없는 경우까지 채무자가 책임을 부담하여야 한다는 의미로 해석할 수는 없다. 따라서, 책임능력없는 이행보조자의 행위에 대하여는 채무자가 책임을 부담하지 않는다고 할 것이다.<sup>68)</sup> 채무자가 부적절한 자를 사용하는 등, 이행보조자의 선임에 채무자의 과실이 있는 경우에는 채무자가 그 책임을 부담하게 됨은 당연하다.

## IV. 이행보조자의 책임

### 1. 채권자에 대한 책임

#### 1) 채권자에 대한 불법행위책임

민법 제391조에 의하여 채무를 이행하는 이행보조자의 고의·과실은 채무자의 고의·과실로 인정되어 그로 인한 채권자에 대한 손해배상책임은 채무자가 부담하게 된다. 즉 채권자에 대한 관계에서는 채무자만이 채무불이행책임을 부담하는 것이고, 이행

66) 즉, 책임능력이란 행위의 책임을 辨識하는데 충분한 지능을 의미하는 것으로 전제된 후, 의사책임적 채무불이행에 있어서는 고의 또는 구체적 과실속에 책임능력이 전제되어 있는 것이라고 할 수 있고, 추상적 과실을 기준으로 하는 행위책임적 채무불이행에 있어서는 책임능력이 논리적으로 전제될 필요가 없다고 한다. 김형배, 전거서, 172; 石田穰, 損害賠償法の再構成(1977), 131 이하.

67) 김증한/김학동, 전거서, 88; K. Larenz, a. a. O, S.303.

68) 동지: 민법주해 IX, 427(양창수 집필). 독일의 다수설도 이행보조자의 책임능력을 요구한다. MünchKomm/Haunu, Bd.2, 2.Aufl(1985), §278, Rn.35.

보조자는 당사자도 아니며 이행보조자가 채권자에게 직접적인 손해배상책임을 부담하는 것도 아니다.

그러나 이행보조자의 고의·과실로 인한 행위로 말미암아 채권자에 대한 불법행위가 성립된 때에는 민법 제750조에 따른 손해배상책임을 부담하게 된다.

판례도 이 경우 이행보조자의 불법행위책임을 인정하고 있다. 주차장을 임대한 임대인의 이행보조자가 방해행위를 하여 임차인이 주차장영업을 할 수 없게 된 경우에, 판례는 이행보조자는 불법행위자로서, 임대인은 임대인으로서의 채무불이행으로 각자 임차인에게 손해배상책임을 있다는 점을 전제로 손해배상액을 산정하고 있다.<sup>69)</sup> 또한 「운송인의 운송이행의무를 보조하는 자가 운송과 관련하여 고의 또는 과실로 송하인에게 손해를 가한 경우 동인은 운송계약의 당사자가 아니어서 운송계약상의 채무불이행으로 인한 책임은 부담하지 아니하나 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담」한다고 판시한 판례도 있다.<sup>70)</sup> 동일한 논지로서, 임대인의 이행보조자(임대인의 子)가 임차물인 점포의 출입을 봉쇄하고 내부시설공사를 중단시켜 임차인의 사용·수익을 하지 못하게 방해한 경우에, 임대인은 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 있으며, 임대인의 이행보조자의 위와 같은 행위는 임차인의 임차권을 침해하는 불법행위를 이룬다고 하여 이행보조자는 임차인에게 불법행위로 인한 손해배상의무가 있다고 하였다.<sup>71)</sup>

## 2) 부진정연대채무관계

이행보조자의 고의·과실로 인한 채무불이행으로 채무자가 채무불이행책임을 부담함과 동시에, 이행보조자의 불법행위로 인하여 이행보조자가 채권자에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하게 되는 경우, 채무자의 채무불이행책임과 이행보조자의 불법행위책임은 동일한 사실관계에 기한 것으로 부진정연대채무관계에 있다.<sup>72)</sup>

## 3) 이행보조자의 채권자에 대한 채무자의 항변권 원용여부

채권자에 대한 채무자의 항변권을 이행보조자가 원용할 수 있는가? 판례는 이 문제에 대하여 제한적으로 인정하고 있는 듯하다. 즉 「운송물에 대한 손해배상청구가 운송인의 이행보조자에 대하여 제기된 경우에 그 이행보조자는 운송인이 주장할 수 있는

69) 대판 1990.8.28, 90다카10303.

70) 대판 1991.8.23, 91다15409.

71) 대판 1994.11.11, 94다22446.

72) 대판 1994.11.11, 94다22446.

항변과 책임제한을 원용할 수 있다는 취지의 조항이 선하증권의 약관에 포함되어 있으면, 그 손해가 그 이행보조자의 고의 또는 운송물의 멸실, 훼손, 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에 해당하지 않는 한, 그 이행보조자는 위 약관조항에 따라 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다」고 판시하여 약정이 있는 경우에 한하여 항변권의 원용을 인정하고 있다.<sup>73)</sup> 그러나 생각건대 이행보조자의 고의·과실로 인한 책임은 채무자가 곧바로 부담한다는 민법 제391조의 기본취지를 고려한다면 특별한 약정이 없는 경우에도 이행보조자는 채권자에 대한 채무자의 항변권을 원용할 수 있다고 할 것이다.

## 2. 채무자에 대한 책임

### 1) 채무자에 대한 채무불이행책임

이행보조자의 고의·과실로 인한 채무불이행으로 말미암아 채무자에게 채무불이행책임이 발생하면, 이행보조자는 채무자에게 채무불이행책임을 부담하게 된다. 특히 채무자와 이행보조자 사이에 고용·위임·도급등의 노무제공이나 사무처리에 관한 계약관계가 존재하는 경우에는, 이행보조자는 당연히 그 계약위반을 이유로 채무불이행책임을 부담하게 되는 것이다.

### 2) 채무자의 구상권

채무자가 채권자에게 이행보조자의 고의·과실로 인한 손해배상액을 지급하여 채권자를 만족시킨 후, 그 책임을 야기한 이행보조자에게 구상권을 행사할 수 있는가가 문제된다.

먼저, 채무자와 이행보조자 사이에 고용·위임·도급등의 계약관계가 존재한다면 채무자는 그러한 계약위반 책임으로서 실질적으로는 구상에 해당되는 청구를 할 수 있을 것이다. 그런데, 그 이외의 경우에도 채무자의 이행보조자에 대한 구상권을 인정할 수 있는냐는 문제는 논란의 여지가 있으나, 채무자와 이행보조자 사이에 계약관계가 존재하는 경우에 한하여 채무자의 구상권을 한정적으로 인정할 것은 아니라고 본다.

이행보조자에 대한 채무자의 구상권의 근거를 내부적인 법률관계에서 구한다고 할 때, 채무불이행의 직접적인 원인이 채권자에 대한 이행보조자의 책임있는 불법행위에

73) 대판 1997.1.24. 95다25237.

있다면, 이 경우에도 채무자는 그 이행보조자에게 구상할 수 있다고 인정할 것이다. 즉, 채무자와 이행보조자 사이의 계약이나 불법행위등의 계약상 또는 법률상 손해배상의무를 부담하는 경우에는 채무자의 구상권은 인정되는 것이다.<sup>74)</sup>

다만 구체적인 구상범위 즉 구상액에 관하여는 당사자의 여러 가지 사정을 고려하여 신의칙에 의하여 인정되는 범위에서 합리적으로 결정된다고 할 것이다.<sup>75)</sup> 예컨대 채무자는 처음부터 이행의무를 부담한다는 점, 채무자가 채권자로부터 얻게 되는 반대급부 또는 채무자가 보험등의 제도를 통하여 위험분산이 가능한가의 여부 등을 고려하여 구상액을 결정하여야 할 것이다.

## V. 맺는말

이상에서 민법 제391조에 규정하고 있는 이행보조자에 관하여 살펴보았다. 현재 우리나라의 지배적인 견해에 따르면, 민법 제391조는 이행보조자의 고의·과실을 채무자의 고의·과실로 본다고 규정하고 있다는 점에서 채무불이행책임에서의 귀책사유를 확장한 것으로 해석하고 있다.<sup>76)</sup> 즉 개인주의적 책임이론에서 본다면, 채무자는 자기의 고의·과실에 대하여 책임을 부담하는 것은 당연하지만, 타인의 고의·과실에 대하여 책임을 부담하게 될 까닭이 없다는 점을 지적하고, 그러나 근대적 자본주의 경제사회에서는 채무의 이행에 관하여 타인을 사용한다는 것이 일반화되어 있는데, 만일에 이들 타인의 행위로 채무불이행이 발생한 경우에, 위와 같은 개인주의적 책임이론을 고수한다면, 도저히 채권자를 보호할 수 없게 되므로 이 때의 문제해결책으로서 「고의·과실」에 관한 개인주의적 한정을 깨뜨리고, 이를 확대하는 것이 필요하다는 것이다.<sup>77)</sup>

74) 이상광, 전거서, 89 ; 이은영, 전거서, 258 ; 민법주해 IX, 430(양창수 집필) ; 주석채권총칙(상), 285(고상용 집필) ; 민법안의견서, 141.

75) 판례는 민법 제391조와 대비되는 사용자책임에서의 피용자에 대한 구상권(민법 제756조 3항)의 경우에도 신의칙에 의하여 폭넓게 제한하는 법리를 판시하고 있다. 즉 사용자의 피용자에 대한 구상청구등에 관하여, 「그 사업의 성격과 규모, 사업시설의 상황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려정도 등의 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도내에서만」 사용자의 청구권을 인정하고 있는 판례가 있다. 대판 1987.9.8, 86다카1045.

76) 이은영, 전거서, 251.

그러나 민법 제391조는 이처럼 채무불이행의 주관적 요건으로서의 「귀책사유」로서만 파악할 것이 아니라, 이행보조자의 고의·과실에 의한 채무자의 책임을 「타인의 행위에 의한 계약책임(responsabilité contractuelle du fait d'autrui)」이라는 측면에서 파악하여, 채무불이행의 특수한 책임형태로서가 아니라, 채무불이행의 일반원칙론으로서 그 지평을 확대할 수 있는 여지도 있을 것으로 이해된다.