

責任能力있는 未成年者の 不法行爲와 監督者責任

鄭 相 鉉*

I. 序言

우리 민법은 不法行爲法에 있어서 過失責任主義를 근간으로 하고 있기 때문에, 원칙적으로 가해자가 상대방에게 위법한 손해를 가한다는 사실을 알았거나 알고 있어야 함에도 불구하고 이를 알지 못한 경우에 책임을 부담하게 된다. 그러므로 가해자에게 불법행위 책임을 부담시키기 위해서는 이러한 것을 認識할 수 있는 能力을 전제로 하지 않으면 안된다. 이에 따라 우리 민법은 未成年者로서 자신의 행위에 대한 책임을 변식할 지능이 없는 자의 불법행위에 대하여는 그 監督義務者에게 損害賠償責任을 부담시키고 있다. 즉 “未成年者가 他人에게 損害를 加한 境遇에 그 行爲의 責任을 辨識할 智能이 없는 때에는 賠償의 責任이 없다”(제753조) 그리고 나아가 “無能力者에게 責任없는 境遇에는 이를 監督할 法定義務있는 者가 그 無能力者의 제3자에게 加한 損害를 賠償할 責任이 있다. 그러나 監督義務를 懈怠하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다”(제755조는 제1항) 라고 규정한 것이다. 이와 같이 우리 민법은 미성년자에 대한 일반적인 보호는 그 책임능력의 유무와 관계없이 인정하고 있으면서(제5조 이하), 불법행위에 관하여는 責任能力이 없는 경우만을 규정하고, 責任能力이 있는 未成年者의 경우에는 제755조 1항의 반대해석상 監督義務者가 責任을 부담하지 않기 때문에, 가해 미성년자 스스로 책임을 지도록 규정하고 있다. 그런데 현실적으로 책임능력이 있는 미성년자이건 책임능력이 없는 미성년자이건, 이들은 자신의 불법행위로 인한 손해에 대하여 독자적

* 영남대학교 법과대학 전임강사·법학박사

으로 배상할 자격이 없는 경우가 대부분이기 때문에, 미성년자의 불법행위에 대한 감독 의무자의 손해배상책임을 오로지 책임능력없는 미성년자에 한정하는 것이 과연 타당한지는 의문이다. 실제 소송에 있어서도 가해행위를 한 미성년자에게 책임능력이 존재하는 경우에, 피해자는 충분한 배상을 받기 위하여 監督義務者를 被告로 하는데, 이 때 감독의무자의 과실 및 인과관계에 대한 立證責任은 原告인 被害者가 부담하게 되어 그에게 불리한 점이 적지 않다. 이러한 결과는 損害의 公平한 分擔과 被害者의 適切な 救濟라고 하는 損害賠償法의 기본취지에도 부합하지 않는다.

그러므로 본 논문에서는 민법 제755조에 대한 연혁 및 입법례, 이 규정의 제정과정을 통한 입법자의사의 탐구 그리고 책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독자책임의 인정근거 및 입증문제를 살펴 보기로 한다.

II. 沿革 및 立法例

민법 제755조는 일본민법 제714조를 그대로 답습한 것이지만, 불란서민법 제1384조와 독일민법 제832조 역시 이와 동일한 취지를 규정하고 있다.

1. 沿革

(1) 고전기 로마법에 있어서 家長權(*patria potestas*)의 지배 아래에 있는 家子는 실질적인 재산의 소유능력이 없기 때문에, 원칙적으로 타인에게 불법행위로 인하여 손해를 입힌 경우에도 그 책임을 지지 않았고, 家長이 그에 대한 책임을 부담하였다.¹⁾ 이와 같은 家長의 責任은 본질상 그 지배하에 있는 家子の 불법행위에 대한 포괄적이고 일반적인 無過失責任이며, 책임의 근거는 “누구든지 자기의 지배하에 있는 자가 타인에게

1) Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 6^eéd., 1929, p.720 ; May, Éléments de droit romain, 3^eéd., 1894, n°184 2°, p.354 ; Villers, Rome et le droit privé, 1977, p.421 ; Kaser, Das römische Privatrecht, 1.Abs, 1955, §147 I, S.527 ; Schulz, Classical Roman Law, 1954, p.156 et seq. ; Nicholas, An Introduction to Roman Law, 1962, p.223 ; Buckland, A Manual of Roman Private Law, 1953, §132, p.332 ; 船田享二, 로마法, 第三卷 私法 第二分冊 債權, 昭和43, 700頁.

손해를 가했을 때에는 결과인 손해에 대하여 책임이 있다”고 하는 家父의 支配權에서 유래한다.²⁾ 그러나 이후 로마법에 過失(culpa)의 개념이 도입됨에 따라, 家父는 자기 지배하에 있는 자의 불법행위에 대한 의도를 알고 있으면서도, 이를 저지하지 않은 과실이 있는 경우에만 책임을 부담하는 것으로 변천되었고³⁾, 소송실무에서 점차 사라지기 시작하여 유스티니아누스법에서는 가장권의 소멸과 더불어 이를 제외하기에 이르렀다.⁴⁾

(2) 게르만법에서는 “그의 의사에 기하지 않고 행위한 자는 그 의사에 기하여 배상하지 않으면 안된다”라고 하는 원리가 지배하여, 비록 責任能力없는 未成年者の 不法行爲라 하더라도 스스로 責任을 부담해야 하는 것이 원칙이었다.⁵⁾ 그러나 한편 자연적이고 혈연적인 생활공동체와 지역적 또는 경제적인 생활공동체로 결합되어 있었던 게르만사회의 특성에 비추어 가족관계에 있어서는 家族構成員이 제3자에게 가한 損害에 대하여 家長이 責任을 져야 했다.⁶⁾ 물론 게르만법에 있어서도 이후 過失責任의 原則이 인정되기 시작하였고, 使用者責任 등의 영역에서 상당한 변화를 가져온 것은 사실이었지만, 그럼에도 불구하고 게르만사회의 기본단위체인 가족관계에 있어서 家長權에 복종하는 자의 불법행위에 대한 家長의 責任은 신분법상의 구속관계에서 발생하는 당연한 법적 효과로 파악되었기 때문에, 위와 같은 過失責任의 原則이 거의 영향을 미치지 못하였다.⁷⁾

(3) 18세기에 접어들면서 自然法論이 득세하게 되자, 책임이론에 있어서도 過失에 기초하기보다는 衡平의 原理에 입각하고, 가해자와 피해자의 경제적인 지위를 고려하여 책임을 평가하는 경향이 농후해 졌다. 이러한 사상적 조류에 따라 1794년의 프로이센—般州法(ALR)은 7세 미만의 未成年者가 타인에게 가한 불법행위에 대하여 監督義務者는 被害者가 監督義務者の 過失을 입증한 경우에만 책임을 지고, 그 이외의 경우에는 監督

2) 曹圭昌, “未成年者の 不法行爲에 대한 親權者の 責任”, 判例研究 제2집(고려대), 1983.2, 153면.

3) Le Gall, Liability for Persons under Supervision, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.XI, Chap.III, p.4 ; Jörs - Kunkel - Wenger, Römisches Recht, 3.Aufl., 1949, §170 1 ; Kaser, Römisches Privatrecht, 9.Aufl., 1976, S.201.

4) May, op. cit., n°184 2°, p.354 ; Villers, op. cit., p.421 ; Kaser, Römisches Privatrecht, S.201.

5) Mitteis - Liebrich, Deutsches Privatrecht, 1968, S.134f. ; Konrad, Deutsches Rechtsgeschichte, Bd.I, 1962, S.425 ; Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2.Aufl., 1928, S.182f. ; Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1969, S.608 ; Planitz - Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 3.Aufl., 1971, S.224.

6) Gierke, Deutsches Privatrecht, Schuldrecht, 1917, S.923.

7) Gierke, a. a. O., S.924 ; Hübner, a. a. O., S.611.

또는 教育義務를 해대한 重大한 過失이 있는 경우에 補充的 責任을 부담하는 것으로 규정하였다.⁸⁾

2. 立法例

(1) 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임에 대하여 현재 각국의 민법이 규율하고 있는 태도는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 그 중의 하나는 책임의 근거를 一般不法行爲責任으로 구성하고, 입증책임의 분배원리에 따라 被害者가 監督義務者의 過失을 立證하도록 하는 방식이고, 다른 하나는 미성년자의 불법행위가 있으면 일응 監督義務者의 過失을 推定하고, 감독의무자가 그 배상책임을 면하기 위하여 자신에게 과실이 없었다는 것을 입증하도록 하는 방식이다. 그런데 후자는 다시 과실추정에 의한 감독의무자의 책임을 1차적이고 독립적인 것으로 하여, 미성년자의 책임부담 여부에 관계없이 감독의무자의 獨立的인 責任을 인정하는 경우와 2차적이고 補充的인 책임으로 하여, 未成年者에게 責任能力이 없는 경우에만 監督義務者의 責任을 인정하는 立法例로 나누어 진다. 다만 監督義務者의 補充的 責任을 인정하는 입법례 역시 미성년자에게 책임능력이 있는 경우에도 被害者가 監督義務者의 過失을 立證함으로써 一般不法行爲責任을 추급할 수는 있는 것으로 해석하고 있다.⁹⁾ 우리 민법 역시 이와 동일한 입장에 있다.

(2) 佛蘭西古法에 있어서는 아무리 자식이 야기한 손해라 하더라도, 부모는 피해자에 의하여 그의 과실이 입증된 경우가 아닌 한, 책임을 부담하지 않았다. 다만 브레타뉴(Bretagne) 지방에서 “자녀가 타인에게 손해를 가한다면 그가 부모의 권한내에 있는 한, 부모는 자녀를 징계할 의무를 부담하는 대신, 민사상의 배상을 지급하여야 한다”는 慣習法이 있을 따름이었다(동 관습법 제656조). 물론 이러한 관습법이 합리적이고 공평한 태도로 평가되었지만, 전국에 확대·적용되지는 못하였다.¹⁰⁾ 이러한 관습법의 영향으로 佛蘭西民法 제1384조 4항에서는 “親權을 행사하는 父母는 그들과 住居를 같이하는 未成年의 子女에 의하여 야기된 損害에 대하여 監督權을 가지는 동안 連帶하여 賠償할 責任을 부담한다”고 규정하고, 제7항에서 “父母가 그 책임을 발생시킨 행위를 방지할 수 없었다는 것을 입증하지 못하는 한, 損害賠償責任이 있다”고 규정한다. 이와

8) ALR I 6 §57 ; II 2 §143.

9) Le Gall, op. cit., p.7.

10) Ghestin et Viney, Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions, 1982, n°870, p.962 ; Mazeauds, Leçons de droit civil, 3^eéd., t.2, Les obligations, 1966, n°488.

같은 父母의 責任이 인정되기 위해서는 행위 당시 子女가 父母의 監督權(le pouvoir de surveillance) 범위내에서 同居(cohabitation)하고 있어야 하며, 親權이 解除(émancipation)된 未成年者가 아니어야 한다.¹¹⁾ 또한 미성년자의 과실에 의한 손해가 발생하여야 하지만, 그에게 합리적인 판단능력이 없는 경우에는 스스로 과실을 범할 수 없기 때문에, 그의 행위가 객관적으로 불법이라면 責任能力의 有無와 관계없이 인정된다.¹²⁾ 이러한 부모의 책임이 자녀에 대한 監督 및 教育을 게을리한 스스로의 過失에 근거한 것이지만¹³⁾, 이러한 過失은 자녀의 위법행위 자체에 대한 과실이 아니라, 일반적인 監督義務違反을 의미하는 것이며, 손해발생의 직접적이고(direct) 명확한(précis) 원인은 아니라고 해석한다.¹⁴⁾ 특히 불란서민법이 父母의 過失을 法律的으로 推定함으로써 그 免責을 엄격히 制限하고 있는데 대하여, 判例 역시 이와 같은 엄격한 過失推定을 인정하고 있으며¹⁵⁾, 나아가 부모가 손해발생의 다른 원인을 입증하더라도 그 책임을 면하지 못하게 하는 客觀的 責任을 인정하는 경향에 있다.¹⁶⁾ 그러나 반면 일부 판례는 자녀의 연령 · 경험 · 성향 · 사고발생의 상황 등을 구체적으로 검토하여 자녀가 성년에 근접한 경우에는 이를 보다 유연하게 해석하는 경향도 있다.¹⁷⁾ 나아가 최근에는 부모의 배상책임을 보장함으로써 자녀에 의한 不法行爲의 豫防的 役割을 기대하기는 어려울 뿐만 아니라, 부모들이 자녀의 불법행위에 대하여 책임을 부담할 정도의 권위(l'autorité des parents)를 갖고 있지 못한 오늘날의 사회구조에 비추어 이를 비판하는 견해도 적지 않

-
- 11) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.6, Obligations(par Esmain), 2^eéd., 1952, n°629, 630 1°, p.888 ; Marty et Raynaud, *Droit civil*, t.2, 1^{er}vol., Les obligations, 1962, n°423, 2° a), p.431 ; Weill et Terré, *Droit civil*, Les obligations, 4^eéd., 1986, n°652 ; Civ. 2^e 9 déc. 1954, *Gaz. Pal.* 1955. I. 187 ; *Crim* 9 mars 1972, *D.* 1972. 342 ; Civ. 2^e 24 avr. 1989, *D.* 1990. 519.
- 12) Carbonnier, *Droit civil*, 4 - Les obligations, 1985, n°98, p.415 ; Mazeauds, *op. cit.*, n°494, p.436 et suiv. ; Weill et Terré, *op. cit.*, n°654, p.662 ; Civ. 2^e 24 mars 1992, *Bull. civ.* 1992. II. n°73, *J. C. P.* 92. II. 21941.
- 13) Terré - Simpler - Lequette, *Droit civil*, Les obligations, 5^eéd., 1993, n°786, p.594 ; Civ. 2^e 12 oct. 1955, *D.* 1956. 301 ; Civ. 2^e 13 juin 1968, *Bull. civ.* 1968. II. n°176 ; *Crim.* 5 oct. 1977, *D.* 1978. 246.
- 14) Planiol et Ripert, *op. cit.*, n°631, p.890 ; Rennes 16 janv. 1862, *P.* 62. 16 ; Req. 9 janv. 1935, *S.* 1935. I. 71 ; Civ. 19 fév. 1935, *S.* 1935. I. 265 ; Civ. 2 nov. 1942, *Gaz. Pal.* 1943. I. 43 ; Paris 10 fév. 1949, *Gaz. Pal.* 1949. I. 234.
- 15) Civ. 2^e 3 mars 1988, *D.* 1988. 185.
- 16) Civ. 2^e 13 avr. 1992, *Bull. civ.* 1992. II. n°122.
- 17) Civ. 2^e 12 oct. 1955, *D.* 1956. 301 ; Civ. 2^e 2 nov. 1960, *Sem. jur* 1962. II. 12499, *Gaz. Pal.* 1961. I. 195 ; Civ. 1^{re} 26 nov. 1991, *Bull. civ.* 1991. I. n°337.

은 것으로 평가되고 있다.¹⁸⁾

(3) 獨逸民法 제832조는 제1항에서 “未成年 또는 精神的·身體的 狀態로 인하여 監督을 필요로 하는 자의 法定監督義務者는 被監督者가 제3자에게 가한 違法한 損害에 대하여 賠償할 의무가 있다. 監督義務者가 그 의무를 다하였거나 적절한 監督을 하였더라도 그러한 損害가 발생하였으리라고 인정되는 경우에는 賠償義務가 없다”라고 규정하고, 이어서 제2항은 “契約에 의하여 監督事務를 引受한 자도 역시 동일한 責任을 진다”고 명시하여, 法定監督義務者와 代理監督義務者의 責任 및 免責事由를 규정하고 있다. 독일민법이 未成年者의 不法行爲에 대한 監督義務者의 責任과 그 免責事由를 규정하고 있는 취지는 被監督者가 제3자에게 損害를 가하지 못하도록 防止하는 데에 있으며¹⁹⁾, 감독의무자에게는 피감독자를 保護·監督하고 教育할 去來安全義務(Verkehrspflicht)가 존재하고 있기 때문에, 이러한 감독의무를 해태한 監督義務者 자신의 過失에 근거한 것이다.²⁰⁾ 이와 같은 감독의무자의 과실추정적 책임규정으로 인하여 감독의무자의 免責可能性은 엄격히 制限되었다.²¹⁾ 그러나 판례 중에는 면책사유의 입증에 관한 기준으로서 감독의무의 범위를 정할 때, 미성년자의 연령·성숙도 및 친권자에게 요구되는 합리적 주의의 정도·감독의무자의 직업상 지위·재산상태 등을 고려하여 免責可能性을 擴大한 경우가 있다.²²⁾ 특히 최근에는 아이들에게 교육적인 모험을 시킬 수 있는 자유를 부모에게 허용하거나²³⁾ 성년에 근접한 아이에 대하여는 부모의 영향을 제한하려는 경향이 있으며²⁴⁾, 아이들의 발육상태가 점점 좋아지고 있기 때문에, 被害者의 保護利益

18) Malaurie et Aynès, Cours de droit civil, t.6, Les obligations, 6eéd., 1995, no150, p.78. 불란 서법에 대하여 자세한 것은 南孝淳, “프랑스民法上の 他人行爲責任”, 法學(서울대) 제38권 2호, 1997 참조.

19) Staudingers Kommentar, 13.Bearb., 1997, 2 zu §832.

20) Larenz - Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, Besonderer Teil, 2.Halbbd., 1994, § 79 IV 1 a), S.485 ; Münchener Kommentar, 3.Aufl., 1997, 18 zu §832 ; Staudingers Kommentar, 5 zu §832 ; Esser - Weyers, Schuldrecht, Bd.II, Besonderer Teil, 6.Aufl., 1984, §55 II, S.501 ; Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 3.Aufl., 1993, §831, S.355 ; Brox, Besonderes Schuldrecht, 16.Aufl., 1990, §477, S.368 ; Enneccerus - Lehmann, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts, Bd.II, Recht der Schuldverhältnisse, 1958, §242 I 2, S.985 ; Esser, Schuldrecht, Bd.II, Besonderer Teil, 4.Aufl., 1971, §110 I 2, S.432 ; Fikentscher, Schuldrecht, 6.Aufl., 1976, §107 III 2, S.679 ; Kötz, Deliktrecht, 4.Aufl., 1988, S.121f. ; RG 75, 253.

21) RGZ 52, 75 ; RG Warn 1916, 136 ; 1929, 10.

22) RGZ 15, 3 ; 98, 246 ; BGH NJW 1969, 2138 ; BGH VersR 1973, 545 ; OLG Stuttgart NJW 1984, 182.

23) BGH NJW 1976, 1684 ; OLG Düsseldorf VersR 1988, 56.

(Schutzinteresse)을 고려하여 부모에게 指導的 監督義務의 同行을 요구하는 것은 더 이상 기대할 수 없다고 한다.²⁵⁾

(4) 英美法에 있어서 未成年者は 법적으로 獨立된 하나의 人格體(a separate legal individuality)로 인정되기 때문에, 자신의 불법행위에 대하여 스스로 책임을 지고 부모는 아무런 책임도 부담하지 않는 것이 원칙이다.²⁶⁾ 그리고 不法行爲責任을 부담할 수 있는 최소한의 연령도 정해져 있지 않으며, 不法行爲의 一般的인 原則에 따라 판단될 뿐이다.²⁷⁾ 따라서 監督義務者の 過失 역시 被害者가 적극적으로 立證하여야 한다. 다만 이러한 원칙을 엄격하게 적용하면 被害者는 賠償能力이 없는 未成年者로부터 救濟를 받을 수 없는 경우가 속출될 수 있기 때문에, 예외적으로 부모가 자녀의 不法行爲에 대하여 獨自의인 責任發生의 原因을 제공한 때에는 責任을 부담하는 경우가 있다.²⁸⁾ 즉 부모와 자녀 사이에 使用者와 被傭者の 관계가 있거나 부모가 자녀의 행위에 대하여 지시, 격려 또는 시인함으로써 자녀의 불법행위에 참여한 것으로 인정되는 경우가 전형적인 예이다.²⁹⁾ 구체적으로 부모가 총과 같이 위험한 물건을 자녀에게 맡기거나 성냥 및 자동차와 같이, 본래의 성질상 위험한 물건은 아니지만 자녀의 정신적 장애나 악성으로 인하여 위험한 행위의 도구로 사용될 수 있는 물건을 맡기는 경우 또는 부모가 자녀의 위험한 경향이나 성벽을 알고 있으면서도 불법행위를 하지 못하도록 억제하여야 할 상당한 주의를 태만히 하여 타인에게 손해를 발생시킨 때에는 책임을 부담하도록 하고 있는 것이다.³⁰⁾ 특히 美國은 각 주에 따라 未成年者の 不法行爲에 대하여 父母

24) BGH NJW 1980, 1044.

25) BGH NJW 1993, 1003. vgl. Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 7. Aufl., 1995, Rn.861, S.398.

26) Keeton, Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5th ed., 1984, §123, p.913; Carty, Clerk & Lindsell on Torts, 17th ed., 1995, §4-37, p.133; Rogers, Winfield & Jolowicz on Tort, 14th ed., 1994, p.714; North v. Wood, [1914] 1 K. B. 629; White v. Seitz, 342 Ill. 266, 174 N. E. 371 (1931); Parsons v. Smithey, 504 P. 2d 1272, 54 A. L. R. 3d 964 (1973).

27) Baker, Tort, 3th ed., 1981, p.333; Gorely v. Codd, [1967] 1 W. L. R. 19.

28) Restatement of the Law of Tort 2d, §316; Sullivan v. Creed, [1904] 2 Ir. R. 317; Glasgow Corporation v. Taylor, [1922] 1 A. C. 44; Newman v. Francis, [1953] 1 W. L. R. 402; Cuervo v. Snell, 723 N. E. 2d 139 (1998); Canida v. Canida, 751 So. 2d 647 (1999); Davies v. Incorporated Village of East Rockaway, 708 N. Y. S. 2d 147 (2000).

29) Sharpe v. Williams, 20 P. 497 (1889); Smith v. Jordan, 97 S. E. 761 (1912); Howell v. Norton 99 So. 440 (1924); Ryley v. Lafferty, 45 F. 2d 641 (1930); Condel v. Savo, 39 A. 2d 51 (1944); Bunn v. Landers, 498 S. E. 2d 109 (1998); Stonger v. Riggs, 21 S. W. 3d 18 (2000).

30) Wigmore, Parent's Liability for Child's Torts, Ill. L. Rev. vol.19, 1924, p.202; Jordan, Liability of Parent for Child's Tort, Va. L. Reg., N. S., vol.11, 1926, p.734; Keeton, op. cit., 914; Bebee v.

가 責任을 부담하도록 하는 特別法을 제정하기도 하는데, 이러한 입법의 경향은 피해자의 손해전보를 위하여 주목할 만한 사실이다.³¹⁾

(5) 日本民法은 제714조에서 責任無能力者の 不法行爲에 대한 監督義務者の 損害賠償責任을 규정하고 있으며, 그 내용은 우리민법 제755조와 동일하다. 일본민법에 있어서 감독자책임에 대한 근대적 의미의 법규정이 처음 등장한 것은 明治19년(1886) 3월 日本民法의 草案으로 작성된 舊소나드民法典草案(Projet de Code civil pour l'empire du Japon)에서인데, 동법 제392조 제1항에서 “친권을 행사하는 부모는 동거하는 자녀에 의한 손해에 대하여 책임이 있다”고 규정하고, 제5항에서 “책임의 부담자가 손해를 발생 시킨 행위를 방지할 수 없었다는 것을 증명하면 그 책임을 면한다”고 규정하였다. 이것은 同居하는 子女에 대하여 父母가 독립적으로 教育 및 監督義務를 행할 수 있음에도 불구하고 이에 위반한데 대한 책임을 인정한 것이며, 상식과 형평에 근거하여 父母의 過失을 推定한 것이라고 할 수 있다.³²⁾ 그리고 이를 토대로 한 明治21년(1888)의 日本舊民法典 역시 財産編 제372조 제1항 및 제5항에서 이와 동일한 규정을 두었다.³³⁾ 그러나 불란서민법에 근거한 이 규정은 舊民法의 시행에 대한 法典論爭의 결과, 그 시행이 연기되었고, 일본정부는 明治26년(1893) 3월 25일 法典調査會를 조직하여, 舊民法에 대한 전면적인 수정작업에 착수하였다.³⁴⁾ 그리하여 法典調査會에서는 감독자책임에 대한 原案 제722조(현행 일본민법 제714조와 동일)를 만들었는데, 이를 기초하였던 穂積陳重 위원에 따르면, “이 책임은 타인의 과실에 대한 책임이 아니라, 스스로 감독의무를 태만히 한 경우에 부담하게 되는 것”이라고 하여, 監督義務의 違反으로 인한 監督義務者 스스로의 責任임을 명확히 설명하고 있다.³⁵⁾ 그리고 土方寧위원은 原案이 責任能力없는 者の 不法行爲로 인한 경우에만 監督義務者の 責任을 인정한데 대하여, “무능력자에게 재산이 없는 경우, 감독의무자에게 재산이 있다면, 그에 대신하여 책임을 부담하는 것

Sales (1916), 32 T. L. R. 413 ; Burfitt v. Kille, [1939] 2 K. B. 743 ; Newton v. Edgerly, [1959] 1 W. L. R. 1031 ; Johnson v. Glidden, 76 N. W. 933 (1898) ; Jarboe v. Edwards 223 A. 2d 402 (1966) ; Thompson v. Havard 235 So. 2d 853 (1970) ; Westlake Presbyterian Church Inc. v. Cornforth, 940 P. 2d 1208 (1996).

31) Morris - Morris, Morrison Torts, 1980, p.54.

32) Boissonade, Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.II, 2^eéd., 1883, p.284 et suiv, 287.

33) 仁井田益太郎, 舊民法, 法學叢書6, 昭和18, 67면.

34) 廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年I・全般的考察, 1998, 13頁 ; 仁井田益太郎, 前掲書, 19-25頁.

35) 法典調査會, 民法議事速記録, 學術振興會版, 第41卷, 3-4丁.

이 타당하다”라는 修正意見을 제시하였다.³⁶⁾ 물론 이것은 未成年者의 責任能力에 관계 없이 監督義務者의 賠償責任을 인정해야 한다는 것이었지만, 다수의 찬성을 얻지 못하고 原案이 確定되었다.³⁷⁾ 결국 原案 제722조는 法典調査會의 民法中修正案 제713조로서 衆議院에 제출되었고, 이어 제714조로 변경되어 貴族院에 제출되었으나, 특별한 이견없이 통과되었다.³⁸⁾ 특히 法典調査會에서 衆議院에 제출하였던 民法中修正案의 理由書에서는 “法定監督義務者는 無能力者가 제3자에게 가한 損害에 대하여 賠償해야 할 責任이 있음을 인정하지만, 이것은 法定監督義務者가 監督義務를 태만히 함으로 인하여 발생한 것으로, 자신의 故意 또는 過失에 기한 책임이기 때문에, 그러한 義務를 懈怠하지 않았음을 證明한 때에는 賠償責任을 면하는 것이며, 나아가 無能力者가 스스로 不法行爲의 責任을 지는 때에는 監督義務者가 고유한 賠償責任을 부담할 이유가 없다”고 밝히고 있다.³⁹⁾ 그리고 당시의 해석으로도 未成年者에게 責任能力이 있는 경우에는 자신의 사무를 처리할 능력도 많을 것이기 때문에, 監督義務는 다소 輕減될 수 있고, 따라서 이러한 경우에만 監督義務者에게 責任을 묻는 것은 가혹하다고 하였다.⁴⁰⁾ 다만 이에 대하여 責任能力의 존재여부에 따라 監督義務者의 責任有無를 결정하는 것은 의문이라는 반대의 견해가 있었을 뿐이다.⁴¹⁾ 이상과 같이 볼 때, 이 규정이 獨逸民法이나 佛蘭西民法에 근거하였다고 하더라도, 이들과 달리 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대하여 監督義務者의 責任을 규정하지 않은 것은 미성년자에게 책임능력이 있는 한, 近代法의 基本原理인 自己責任 내지 過失責任의 原則이 관철되어야 하므로, 監督義務者에게 賠償責任을 인정할 이유가 없다는 점에 입각한 것으로 보인다. 물론 입법당시에도 일본민법 제714조에 대한 의문이 있었던 것은 사실이다. 그러나 현재의 學說과 判例는 監督義務의 懈怠로 인하여 無能力者의 加害行爲가 발생한 경우에, 無能力者에게 責任能力이 없는 경우에는 민법 제714조에 의하여 監督義務者의 過失이 推定되고, 無能力者에게 責任能力이 있는 경우에도 제709조(우리민법 제750조)에 의한 一般不法行爲責任의 適用이 제한되는 것은 아니기 때문에, 監督義務者의 責任을 인정하지만, 이 경우에는 一般不法行爲責任의 原則에 따라 監督義務者의 過失 및 그 無能力者의 行爲 사이에 因

36) 法典調査會, 前掲 速記録, 12-18丁.

37) 法典調査會, 前掲 速記録, 19丁.

38) 廣中俊雄, 第九回帝國議會の民法審議, 1986, 151頁, 378頁.

39) 廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 昭和62, 676頁.

40) 橫田秀雄, 債權各論, 明治45, 448頁; 岡村玄治, 債權法各論, 昭和4, 708頁; 鳩山秀夫, 日本債權法各論(下), 昭和9, 706頁.

41) 岡松參太郎, 註釋 民法理由(下卷) 債權編, 明治32, 次480-481頁.

果關係를 被害者가 立證해야 하는 것으로 해석한다.⁴²⁾

III. 민법 제755조의 成立과 立法者의 意思

우리 민법에 영향을 미친 서구의 여러 입법례가 未成年者에게 責任能力이 존재하는가의 여부와 관계없이, 監督義務者에게 엄격한 過失推定的 責任을 인정하고 있음에도 불구하고, 우리 민법이 어떠한 이유로 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대하여 방치하고 있는지, 그 立法者의 意思를 알 수 있는 직접적인 자료가 없다.

1. 民法典 制定前의 狀況

우리 나라의 固有法制에서 감독자책임의 존재여부를 확인하기는 그리 쉽지 않다. 다만 우리나라의 전통에는 “유아나 정신병자 등이 타인에게 손해를 가한 경우에는 그 보호자가 책임을 부담한다”는 관습이 존재하였다고 한다.⁴³⁾ 물론 이러한 慣習調査는 일제의 항구적 식민통치를 위한 기반조성과 통치이데올로기의 수단으로 실시되었기 때문에, 그러한 관습의 존재를 확신할 명확한 자료라고 보기는 어려울 것이다.⁴⁴⁾ 그리고 일제하에서는 朝鮮民事令에 의하여 財産權에 관한 민사분쟁에 대하여는 日本民法이 적용되었기 때문에, 未成年者의 不法行爲에 대한 監督者責任 역시 일본민법 제714조가 그대로 적용되었다.⁴⁵⁾

42) 加藤一郎, 不法行爲, 昭和50, 162頁; 幾代通, 不法行爲, 昭和52, 181頁; 四宮和夫, 不法行爲, 昭和62, 671頁; 森島昭夫, 不法行爲法講義, 昭和62, 151頁; 川井健, 現代不法行爲法研究, 1978, 161頁; 山口純夫, “未成年者의 不法行爲と親의 責任”, 法律時報 第45卷 第6號, 184頁; 岩垂肇, “責任能力ある未成年者의 不法行爲と親의 不法行爲責任”, 民商法雜誌 第78卷 臨時增刊號(1), 340頁; 松坂佐一, “責任無能力者를 監督する者의 責任”, 損害賠償責任の研究(上)(我妻先生還曆記念), 昭和36, 165頁; 高木多喜男外8, 民法講義6(不法行爲), 1977, 186頁; 前田達明, “未成年者と監督義務者의 責任”, 別冊ジュリストNo.78, 1982.7, 169頁; 芦川豊彦, “責任能力のある未成年者의 不法行爲と監督義務者의 不法行爲”, 判例タイムズ310호, 1974.10, 80頁; 日宇都宮地判 昭和45.3.19, 下民集21-3-374; 日最高裁 昭和49.3.22, 民集28-2-347.

43) 朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 大正2年, 266頁; 대판 1957.7.25, 4290민상302.

44) 尹大成, “日帝의 韓國慣習法調査事業에 관한 研究”, 財産法研究 제9권 1호, 1992.12, 66-68면; 鄭鐘休, “民法典의 編纂”, 韓國法學50年-過去・現在・未來(第1回韓國法學者大會), 1998, 543면.

45) 法院行政處, 主要 舊法令集(上), 裁判資料 제41집, 1987, 59면 이하.

해방이후 美軍政期에 당시 軍政廳 法典起草局의 顧問官主席이었던 로빈기어(Lobingier)가 자신의 개인자격으로 완성한 「韓國民法典草案」(Proposed Civil Code for Korea, 1949) 제953조에서 監督義務者(Supervisor)의 責任에 대하여 규정하고 있으나, 그 시행에 이르는 못하였다.⁴⁶⁾ 또한 군정청 南朝鮮過渡政府의 法典起草委員會(朝鮮法典編纂委員會)가 「朝鮮臨時民法典編纂要綱」을 완성하였으나, 최근에 발견된 要綱에서도 이에 관한 부분은 확인할 수 없다.⁴⁷⁾

2. 現行 民法典의 制定과 民法 제755조의 成立

정부수립 이후 법제면에서 시급히 요청된 것은 기본법전의 제정이었고, 法典編纂委員會職制에 따라 法典編纂委員會를 구성하여 민법전의 제정작업에 착수하였다. 法典編纂委員會는 기초에 앞서 「民法典編纂要綱」을 작성하였는데, 채권법각론 제5장 불법행위의 제39항에서 “民 第七一二條, 七一二條, 七一二條, 七一二條의 境遇에 있어서 未成年者, 法定代理人, 心神喪失者 또는 使用者의 責任이 否定되는 境遇일찌라도 衡平의 見地에서 必要한 境遇에는 行爲者 또는 使用者로 하여금 그 損害의 全部 또는 一部를 賠償케 할 것”을 규정하였다. 이를 기초로 民法草案을 완성하여 정부에 제출하였으나, 그 내용은 구체적으로 알려져 있지 않으며, 다만 국회에 제출한 민법안과 별로 다를 바가 없다고 한다.⁴⁸⁾ 결국 이 요강을 토대로 작성된 民法草案 제748조에서 현행민법 제755조와 동일한 내용의 監督者責任이 규정되었고, 이와 더불어 草案 제750조에서 “監督義務者가 賠償責任을 지지않는 경우에도 法院은 當事者의 經濟狀態 및 其他의 事情을 參酌하여 監督義務者에게 損害의 全部 또는 一部의 賠償을 命할 수 있다”고 규정하였다.⁴⁹⁾ 그러나 民議院法制司法委員會의 심의과정에서 草案 제748조에 대하여는 아무런 비판없이 합의하였고, 草案 제750조는 판사의 재량에 따라 無過失責任을 인정하는 것은 개인의 자유 활동을 부당하게 위축시킨다고 하여 채택되지 못하였다.⁵⁰⁾ 그리하여 제안이유에 대하여 아무런 언급없이 監督義務者의 責任에 관하여는 제748조로서, 그리고 草案 제750조는

46) 尹大成, “로빈기어 韓國民法典草案의 體系的 分析”, 慶南法學(경남대) 제11호, 1995, 215면.

47) 梁彰洙, “民法案의 成立過程에 관한 小考”, 法學(서울대) 제30권3·4호, 1989, 190-192면, 192면 주23).

48) 梁彰洙, 전제논문, 218면, 197면 주49).

49) 民議院法制司法委員會民法案審議小委員會, 民法案審議錄(上), 1958, 443면 ; 國會事務處, 第26回國會定期會議速記錄, 제42호(附錄), 56면.

50) 民議院法制司法委員會民法案審議小委員會, 전제 審議錄, 443-446면.

법제사법위원회의 수정안 제156항에서 削除案으로 國會 本會議에 제출되었다.⁵¹⁾ 다만 이러한 法制司法委員會의 修正案이 작성되었을 무렵, 법률학자들에 의하여 제안된 民法案意見書에서는 초안 제750조에 대한 삭제안에 반대하고 이를 존치시키자는 의견이 제시되었다.⁵²⁾ 그러나 이러한 반대견해에도 불구하고 제748조에 대하여는 國會本會議에서도 다른 의견개진이 없었으며, 초안 제750조에 대하여는 삭제안에 반대하는 견해가 있었지만, 그 외에는 이의없이 통과되었다.⁵³⁾ 결국 국회에서 확정된 민법안은 1958년 2월 7일 정부에 이송되어 같은 달 22일 「法律 第471號 民法」으로서 공포되었는데, 초안 제750조는 삭제되고, 제748조는 제755조로서 확정되었다.

3. 立法者의 意思

앞서 본 바와 같이 우리 현행민법의 제정과정에서, 민법 제755조가 서구의 입법태도와 달리 규정된 이유를 명확히 알 수는 없다. 그러므로 현재 이 규정에 대한 立法論的 批判과 아울러, 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 監督義務者의 責任에 있어서, 여러 가지 해석론상의 논의를 불러 일으키게 한 것이다. 다만 우리 민법과 동일한 규정을 두고 있는 일본민법의 제정과정에 비추어, 이 책임은 監督義務者가 監督義務를 태만히 함으로 인하여 발생한 것으로서, 자신의 故意 또는 過失에 기한 책임이기 때문에, 無能力者가 스스로 不法行爲의 責任을 지는 때에는 監督義務者가 고유의 賠償責任을 부담할 이유가 없다는 것이 起草者의 意思였다. 반면 당시 입법의견 중에는 未成年者의 責任能力에 관계없이 監督義務者의 賠償責任을 인정해야 한다는 修正案도 제출된

51) 國會事務處, 전계 速記錄, 92면.

52) 民事法研究會, 民法案意見書, 1957, 200-201면. 이 부분의 의견을 작성한 金基善교수에 따르면 “자본주의법률이 경제적 강자에게는 유리하고 경제적 약자에게는 그다지 혜택을 입히지 못한다는 비난도 없지 않음에 비추어 보아 이 규정은 현행법에 대하여 초안의 진보적 특성이라 아니할 수 없다. 그럼에도 불구하고 이 규정을 삭제한다는 것은 구태의연의 보수적인 민법으로 돌아가는 이외에 아무 것도 아니다. 이러한 이유에서 수정안을 반대하고 초안 제750조를 부활하는데 찬성한다”고 하였다.

53) 國會事務處, 전계 速記錄, 제48호, 16-17면, 제62호, 11면. 당시 法制司法委員長 代理 張喈根議員은 “未成年者나 心神喪失者라든지 이런 사람들은 결국 責任을 지우지 않는 것을 原則으로 하는 것인데 또 이것을 責任을 지운다 할 것 같으면 이것은 너무나 ... 이제 損害賠償을 받는 사람에게는 좋지만 이 精神狀態가 없는 그 過失이 없는 者 또는 心神喪失者 이런 사람에게 損害賠償을 물린다는 것은 이것은 좀 苛酷하지 않은가 이런 意味로서 이것을 지우지 말자는 것”이라고 설명하였다.

것을 알 수 있으며, 물론 이러한 修正案이 過失責任主義의 장벽에 막히긴 하였지만, 이와 같은 사고가 이미 존재하였다는 것은 입법과정에서 밝혀진 매우 의미있는 내용이라고 생각된다.

한편 우리 민법의 제정과정에서도 草案의 作成要綱에 이미 미성년자의 책임이 부정되는 경우일 지라도 형평의 견지에서 손해의 전부 또는 일부를 배상토록 한 것은 被害者의 救濟를 위하여 일종의 無過失責任을 염두에 둔 것이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 責任能力없는 未成年者의 경우에만 監督義務者의 責任을 인정한 草案 제748조는 現行民法 제755조로 남아 있지만, 이와 더불어 監督義務者가 賠償責任을 지지않는 경우에도 法院이 당사자의 경제상태 및 기타의 사정을 참작하여 監督義務者에게 損害의 全部 또는 一部の 賠償을 명할 수 있도록 한 草案 제750조 역시 被害者의 救濟를 위하여 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대하여도 특별히 監督義務者의 責任을 인정한 규정이라 할 것이다. 그리고 民事法研究會의 意見書가 밝혀주듯 초안의 내용이 보다 진보적이며, 이를 삭제한 것은 구태의연한 보수적 민법으로 되돌아가는 것과 다름없다. 물론 이러한 내용의 초안은 판사의 재량에 의하여 無過失賠償責任을 인정하는 것은 개인의 자유활동을 부당히 위축시키고, 개인주의에 기초를 둔 自由民主主義經濟體制에서는 이를 인정하기 어렵다는 비판과 함께 역사속으로 사라져버리고 말았다.

그러나 오늘날에는 개인의 자유활동을 전면적으로 보장하는 근대적 의미의 個人主義的 自由民主主義經濟體制가 퇴조하고, 公共福利에 적합한 단체적 경제활동이 더욱 전면에서 나서고 있으며, 근대적 의미의 過失責任主義도 상당부분 후퇴하여 無過失責任을 인정하는 영역이 확대되고 있는 추세에 있기 때문에, 그 당시 입법근거의 일부는 타당성이 감소하였다고 할 것이다. 결국 민법 제755조의 立法者들은 엄격한 個人主義와 過失責任主義에 근거하였더라도, 未成年者에게 責任能力이 존재하는가의 여부와 관계없이, 監督義務者의 過失推定的 責任을 인정할 수 있는 해석방법의 단초는 이미 당시의 수정적 의견들에 의하여 마련되었다고 할 것이다.

IV. 責任能力있는 未成年者의 不法行爲와 監督義務者의 責任

민법 제755조의 규정에 따르면 責任能力없는 未成年者의 不法行爲에 대하여는 監督

義務者が 일정한 요건 아래에서 책임을 부담하게 된다. 그리고 그 반대해석으로 責任能力 있는 未成年者の 不法行爲에 대하여는 監督義務者에게 過失이 있다고 하더라도 아무런 책임을 부담하지 않는 것으로 보인다. 그러나 이러한 법규정의 엄격한 해석은 責任能力의 有無에 관계없이 일반적으로 賠償能力이 없는 미성년자의 不法行爲로 손해를 입은 상대방에 대한 구제책이 없게 되는 문제점을 야기하게 된다. 그리하여 學說이나 判例는 責任能力 있는 未成年者の 不法行爲로 인한 損害에 대하여, 監督義務者の 賠償責任을 인정할 법적 근거의 발견에 노력하여 왔다.

1. 監督者責任의 認定根據

1) 學說

① 종래의 학설

종래의 학설 중에는 근대법의 자기책임주의 내지 과실책임의 원칙을 엄격하게 고수하여, 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대하여는 그 스스로 책임을 부담할 뿐 감독의무자가 대신할 필요성은 없다는 견해가 있었다(責任否認說).⁵⁴⁾ ②그 후 가족의 공동생활적 단체로서 家團論에 근거하거나(家團說)⁵⁵⁾, ③가단구성원의 행위에 대한 가단대표자로서의 家長責任을 주장하는 견해가 있었다(家長責任說).⁵⁶⁾

② 身元保證人責任說

이 견해는 자녀의 잘못에 대한 책임은 오로지 그 부모에게 있다고 하는 한국사회의 전통적인 責任歸屬의 法感情과 法的 確信에 기초를 두고 다음과 같이 주장한다. 즉 민법 제755조의 감독의무는 곧 민법 제913조에서 규정한 親權者の 保護教養義務를 의미하고, 이것은 親權者와 未成年인 子女 사이의 親子關係라고 하는 인간 본연의 法律關係에서 도출되는 것이며, 자녀의 責任能力 有無와 관계없이 자녀가 成年에 이르기까지 존속하는 것이다. 그럼에도 불구하고 민법 제755조 제1항은 親族法에 있어서 이러한 親權

54) 朱宰璜, 債權各論講義, 1957, 133면; 鳩山秀夫, 前掲書, 706頁; 横田秀雄, 前掲書, 448頁; 岡村玄治, 前掲書, 708頁.

55) 末弘嚴太郎, “私法關係のとしての家團”, 法學協會雜誌 第47卷 5號(上), 72頁 以下; 12號(下), 89頁 以下.

56) 成能通孝, 債權各論, 昭和18, 495頁 以下.

者의 保護監督義務와 不法行爲法에 있어서 未成年인 子女의 不法行爲에 대한 監督義務者의 責任을 단절시키고, 자녀에게 責任能力이 있는 한 부모는 책임을 부담하지 않는 것으로 규정하였다. 그리하여 이 규정의 문리해석에 비추어 보면, 監督義務者가 책임을 부담하게 되는 경우는 未成年者에게 「책임없는」 경우에 한정되고, 「책임있는」 경우에게까지 확장할 수는 없게 되었다고 한다. 그러나 해석상 이 규정은 加害 未成年者에게 책임능력이 있는 경우, 그 監督義務者로서의 親權者에게 독립적인 배상책임이 없음을 규정한 것일 뿐, 連帶債務者로서도 전혀 책임이 없음을 규정한 것은 아니라고 한다. 그러므로 피해자는 가해자에 대한 감독의무자로서의 친권자가 아니라, 「連帶債務者로서의 親權者」(elterliche Gewaltinhaber als Gesamtschuldner)를 상대로 손해배상을 청구하는 것은 가능하다는 것이다. 즉 친권자는 미성년인 자녀에 대하여 일종의 身元保證人的 地位에 있기 때문에, 민법 제913조에 근거하여 자녀가 성년에 이르기까지 재산상 및 재산외의 包括的 權利義務, 즉 정신적·육체적·도덕적으로 모두 건전하게 육성시킬 保護·監督·教育의 의무가 있고, 따라서 親權者는 未成年인 子女의 不法行爲에 대하여 그 身元保證人으로서, 加害者와 連帶하여 賠償해야 함이 당연한 이치이며, 이것은 친자관계에서 도출되는 자연적이고 본질적인 효과라고 한다.⁵⁷⁾

③ 一般不法行爲責任說

이것은 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 監督義務者의 責任을 민법 제750조의 一般不法行爲責任에 근거하여 추급할 수 있다는 견해이다. 종래 민법 제755조는 監督義務者의 過失이 제3자에 대한 加害의 原因이 되더라도, 未成年者에게 責任能力이 있는 경우에는 監督義務者의 責任을 추급할 수 없다는 점과 감독의무자의 과실에 대한 立證責任이 監督義務者에게 전환되어 있다는 점에서 민법 제750조에 대한 하나의 특칙으로 해석되었다. 그러나 監督義務者는 엄연히 未成年者가 외부에 대하여 加害行爲를 하지 못하도록 監督할 義務를 부담하고 있으며(민법 제913조), 이것은 미성년자가 성년에 이르기까지 존속하는 것이기 때문에, 監督義務者가 이러한 義務를 懈怠한 결과, 未成年者가 加害行爲를 하게 된 것이라고 인정되는 경우에는, 未成年者에게 責任能力이 있다고 하더라도, 監督義務者에게 민법 제750조의 一般不法行爲에 의한 책임을 부담시키는 것은 가능하다고 한다. 즉 민법 제755조 제1항이 無能力者에게 責任없는 경우를 명시하고 있으나, 그 但書規定과 관련하여 해석할 때, 이것은 監督義務者의 過失이 推

57) 曹圭昌, 전계논문, 171-172면.

定된다고 하는 의미에 불과하고, 민법 제750조에 관한 不法行爲의 一般原則을 배척하는 취지는 아니라고 할 것이다. 다만 이 경우에는 監督義務者의 過失 및 因果關係를 不法行爲의 一般原則에 따라 被害者가 立證하지 않으면 안된다고 한다. 이 이론이 현재의 多數說을 이루고 있다.⁵⁸⁾

④ 제755조 類推適用說

이 견해는 민법 제755조의 立法的 缺陷과 多數說 및 判例의 理論的 難點을 극복하기 위하여, 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대하여도 제755조를 類推適用한다는 것이다. 즉 민법 제755조가 그 문언상으로는 어떠한 보충을 요하지 않고도 모순없이 적용될 수 있으나, 一般的인 法感情에 비추어 본다면, 이 규정에서 제외된 責任能力있는 未成年者의 監督者責任 역시 포함되어야 한다고 전제한다. 그리고 제755조 1항을 통하여 법률적으로 규율된 사례유형으로서 責任能力없는 未成年者의 監督者責任과 법률상 아무런 규정이 없는 사례유형으로서 責任能力있는 未成年者의 監督者責任은 損害賠償責任이라는 관점에서 볼 때, 法感情은 민법이 前者의 경우에 법규정을 두고 있는 바와 같이 後者에 대하여도 유사한 규정이 있었으면 하고 기대하게 된다는 것이다. 그러므로 이들 사례유형에 있어서 서로 다른 特殊한 標識인 未成年者의 責任能力 有無는 중요하지 않으며, 중요한 것은 共通的인 標識, 즉 未成年者가 제3자에게 가한 損害에 있어서 監督義務者의 義務違反에 기인한 責任만을 損害賠償責任의 必須的 要件으로 삼아야 하는데,

58) 郭潤直, 債權各論, 2000, 509면; 金曾漢, 債權各論, 1988, 483면; 李太載, 債權各論, 1990, 485면; 金壽洙, 債權各論, 1993, 668면; 郭東憲, 註釋債權各則(IV), 1987, 235면; 金相容, 債權各論(下), 1998, 236면; 李銀榮, 債權各論, 2000, 842면; 張在賢, 債權法各論, 1999, 510면; 張庚鶴, “未成年者의 不法行爲責任과 親權者의 自己固有의 不法行爲責任”, 法曹, 1975.7, 133면; 金吾洙, “責任能力있는 未成年者의 不法行爲와 監督義務者의 責任(下)”, 司法行政, 1985.9, 22면; 白泰昇, “未成年者의 法律行爲 및 不法行爲에 대한 效果”, 考試研究, 1994.8, 130면; 金忠源, “責任能力있는 未成年者의 不法行爲와 監督義務者의 責任”, 판례연구 제5집(서울지방변호사회), 1992, 248면; 安相敦, “未成年者의 加害行爲와 監督義務者의 責任”, 司法論集 제11집, 1980, 398면; 朴禹東, “責任無能力者를 監督하는 者의 損害賠償責任”, 現代民法學의 諸問題(晴軒金曾漢博士華甲紀念), 1983, 566면; 金俊鎬, “責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 親權者의 責任”, 損害賠償法의 諸問題(晴軒黃迪仁博士華甲紀念), 1990, 190면; 權五乘, “責任能力있는 未成年者의 不法行爲와 監督義務者의 責任”, 民事判例研究 XIV, 1992, 220면; 徐光民, “責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 監督者의 賠償責任”, 考試研究, 1996.11, 20면; 宋德洙, “責任能力있는 未成年者의 監督義務者 責任”, 考試研究, 1993.3, 110면; 李銓午, “未成年者의 不法行爲에 대한 監督義務者의 責任”, 判例研究(서울지방변호사회) 제8집, 1995, 219면.

바로 이것이 類推論의 基本構造라고 한다. 이러한 점에서 민법 제755조가 피해자의 구제 측면에서 責任能力없는 未成年者의 不法行爲에 대하여 監督者責任을 인정하려는 취지라면, 責任能力은 있지만 배상능력이 없는 未成年者의 不法行爲에 대하여도 이 규정을 類推하여 監督者責任을 인정해야 한다는 것이다. 이러한 이론구성에 의할 경우, 제755조의 類推適用으로 인하여 監督義務者의 過失에 관한 立證責任 역시 監督義務者에게 轉換될 수 있기 때문에, 監督義務者는 責任能力있는 未成年者의 監督에 대한 過失없음을 입증하지 못하는 한, 책임을 면하지 못한다고 해석한다.⁵⁹⁾

2) 判例

우리 나라의 경우 판례의 수가 그리 많지 않기 때문에 그 경향을 단정하기는 어렵지만, 일반적으로 다음과 같은 변화를 거쳐 왔다고 할 수 있다.

① 처음에는 가해미성년자에게 책임능력이 인정되는 이상, 감독의무자의 배상책임을 인정하지 않는 입장이었다.⁶⁰⁾

② 그러나 1975년 판례가 15세의 미성년자가 총기사고로 타인에게 손해를 입힌데 대하여 “사고를 미연에 방지할 주의의무를 다하지 못한 감독의무자는 자기고유의 입장에서 불법행위로 인한 손해배상책임을 면할 수 없다”고 판시하여, 감독의무자에 대하여 민법 제750조에 근거한 一般不法行爲責任을 인정하였다.⁶¹⁾

③ 그런데 1984년에 이르러 판례는 16세 11개월부터 18세 4개월까지의 미성년자 5인의 불법행위에 대하여, 原審⁶²⁾은 이들 未成年者에게 責任能力이 있음을 확인한 다음, 監督者의 義務懈怠가 현저히 입증되는 2인의 피고에게 민법 제750조에 의한 一般不法行爲責任을 인정하였으나, 大法院은 이러한 원심을 파기하고 “민법 제755조의 배상책임은 가족적 생활협동체의 단체주의적 책임을 근대적 개인책임형태로 수정한 것으로서, 행위자 자신에게 책임능력이 있었는지의 여부가 명백하지 않고, 행위자에게 책임능력이 있는 경우라고 하더라도, 자신의 재산을 가지고 있지 않은 때가 많아, 소송상의 어려움과 그 실효를 기대하기 어렵다는 점에서, 피해자 보호를 위하여 불법행위자에게 그 행

59) 鄭光洙, “責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 監督者의 責任”, 江原法學(강원대) 제10호, 1998.10, 259-261면.

60) 대판 1959.2.19, 4290민상674 ; 동 1962.2.28, 4294민상1063 ; 동 1969.2.25, 68다1822 ; 동 1969.7.8, 68다2406 ; 동 1971.4.6, 71다187.

61) 대판 1975.1.14, 74다1795.

62) 광주고판 1984.1.27, 82나256.

위 당시에 책임능력이 있었느냐의 여부에 불구하고, 감독책임자는 그 배상책임을 지는 것이며, 감독의무자의 책임은 피감독자의 책임을 보충하는 것이 아니라, 감독의무자의 책임과 피감독의무자의 책임은 병존한다. 따라서 이 감독의무자의 책임은 그 불법행위 자체에 관한 과실이 아니라, 피감독자에 대한 일반적 감독 및 교육을 게을리한 과실로서, 실질적으로는 위험책임과 같은 성질을 가지고 있어 이 과실은 추정된다”고 판시하였다.⁶³⁾ 이 판결은 原審이 의지한 종전의 1975년 판례와 달리, 감독의무자의 책임을 민법 제750조에 기한 일반불법행위책임이 아니라, 오히려 危險責任과 동일시함으로써 監督義務者の 過失을 推定하고, 그 立證責任을 被告에게로 전환시키는 등 實質的인 無過失責任을 인정한 것이며, 민법 제755조를 책임능력이 있는 미성년자의 불법행위에까지 擴大適用하려는 태도로 보인다.

④ 이러한 판례에도 불구하고 그 이후의 판례들은 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대하여 監督義務者の 一般不法行爲責任(민법 제750조)을 인정한 1975년의 판례에 따르는 경향에 있었다.⁶⁴⁾ 그리고 급기야 1994년 大法院은 全員合議體判決을 통하여, 민법 제750조에 근거한 監督義務者の 一般不法行爲責任을 확인하면서, 종전의 1984년 판례가 감독의무자의 과실을 추정하였던 부분을 변경하고, 監督義務違反事實 및 損害發生과의 因果關係는 이를 주장하는 被害者가 立證責任을 지는 것으로 판시하였다.⁶⁵⁾ 그리고 이러한 태도는 지금까지 유지되고 있다.⁶⁶⁾

3) 檢討 및 私見

가. 學說의 檢討

① 종래의 이른바 責任否認說은 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대하여 監督義務者에게 過失이 있다고 하더라도, 監督義務者는 免責된다고 할 수 밖에 없는데, 이것은 오히려 過失責任主義에 반하는 해석이라는 비판을 받았고⁶⁷⁾, 家團說과 家長責任說은 監督者責任과 별도로 家團 내지 家長의 責任을 인정하고 있는 것은 개인주의적 색채가 강한 현행법의 해석론으로서는 곤란하다는 비판을 받아 현재로서는 주장하는 자가 거

63) 대판 1984.7.10, 84다카474.

64) 대판 1989.5.9, 88다카2745 ; 동 1990.4.24, 87다카2184 ; 동 1991.4.9, 90다18500 ; 동 1991.11.8, 91다32473 ; 동 1992.5.22, 91다37690 ; 동 1993.8.27, 93다22357.

65) 대판 1994.2.8, 93다13605(전합).

66) 대판 1994.8.23, 93다60588 ; 동 1997.3.28, 96다15374 ; 동 1998.6.9, 97다49404.

67) 金吾洙, 전계논문(중), 司法行政, 1985.8, 45면 ; 朴禹東, 전계논문, 563면.

의 없다.⁶⁸⁾

② 身元保證人責任說은 재산법원리와 가족법원리의 단절현상을 직시하고, 그 접속을 시도한 점에서 경청할 만한 가치는 있다고 평가되지만, 親權者の 地位를 未成年者에 대한 身元保證人(連帶債務者)으로서의 지위와 監督義務者로서의 지위로 구분하는 것은 그 법적 근거가 없는 기교적 해석이라는 비판을 받는다.⁶⁹⁾ 즉 監督者責任의 전제가 되는 監督義務의 懈怠는 결국 제913조의 일반적인 保護教養義務를 위반한 것이므로, 親權者로서의 책임과 身元保證人으로서의 책임을 사실상 구별하기 어려운데도 불구하고, 전자의 책임은 없다고 하면서 후자의 책임이 있다고 하는 것은 하나의 모순이라는 것이다.⁷⁰⁾ 또한 감독의무자의 책임이 그 내용에 있어서 신원보증인의 책임과 유사한 것은 사실이지만, 身元保證人은 일반적으로 被傭者와 使用者 사이의 身元保證契約을 근거로 하는 개념이므로, 친권자를 신원보증인으로 대치하고, 감독의무자의 책임을 신원보증인적 책임으로 해석하는 것은 타당하지 않다는 비판도 있다.⁷¹⁾

④ 一般不法行爲責任說은 제755조의 규정에서 監督義務者の 過失 및 損害發生과의 因果關係에 대한 立證責任이 전환되지 않는 것 뿐이고, 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대하여 감독의무자의 책임을 인정함으로써, 損害의 公平한 分擔이나 被害者の 保護라고 하는 법정책상의 요청에 응하고자 한 것이 된다. 그러나 감독의무자의 책임을 일반불법행위책임으로 구성할 경우, 過失 및 損害發生 사이의 因果關係는 被害者가 立證하여야 하는데, 사실상 이것은 곤란하므로, 결국 감독의무자의 책임을 추급하는 것이 그만큼 어렵게 된다.⁷²⁾

⑤ 제755조 類推適用說은 법규정의 흠결과 일반불법행위책임설이 입증책임에 관하여 안고 있는 이론적 난점을 극복하고, 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대하여 민

68) 林正平, “未成年者の 不法行爲責任”, 考試研究, 1989.11, 86면; 金吾洙, 전계논문(중), 46면; 谷口知平·植林弘, 損害賠償法概說, 1964, 144頁; 加藤一郎, 前掲書, 160頁; 松坂佐一, 前掲論文, 163-164頁.

69) 金吾洙, 전계논문(하), 19면; 權五乘, 전계논문, 219면; 林正平, 전계논문, 87면.

70) 金相容, 전계서, 236면.

71) 金俊鎬, 전계논문, 189면; 宋德洙, 전계논문, 111면; 金忠源, 전계논문, 247면; 李銓午, 전계논문, 219면.

72) 鄭光洙, 전계논문, 257면(이 견해를 따르면서도 그 난점을 지적하는 견해 張庚鶴, 전계논문, 129면; 徐光民, 전계논문, 27면; 宋德洙, 전계논문, 113면; 李銓午, 전계논문, 219면); 山本進一, “不法行爲をした未成年者に責任能力が認められるときと親權者の責任の有無”, 判例評論 第150號, 1971, 27頁; 石黒一憲, “責任能力ある未成年者の不法行爲につき親に民法第709條に基づく不法行爲責任が認められた事例”, 法學協會雜誌 第92卷 第10號, 1975, 1418頁.

법 제755조를 유추적용함으로써, 실질적인 被害者의 救濟를 도모할 수 있다는 점은 높이 평가할 수 있다. 그리고 이것은 1984년의 대법원판례에서 등장한 제755조 확대적용과는 그 해석방법에 있어서 다소 차이점이 있다고 할 것이다. 그러나 유추해석의 기본구조가 어떠한 사항을 규율하는 법규의 흠결이 있을 경우, 그와 유사한 사항을 규율하는 법규를 적용하여 동일한 결과를 도출하기 위한 것이라고 하더라도, 이것은 법규의 명백한 규정에 반하여 이루어 질 수는 없는 것이다. 즉 법규의 유추적용은 양립할 수 있는 유사한 사항에 대하여는 가능하겠지만, 법규중의 「책임없는」 경우를 「책임있는」 경우에 적용하는 것과 같이, 서로 양립할 수 없는 사항의 경우에는 곤란하다고 할 것이다.

나. 判例의 檢討

우리 나라의 판례를 살펴 보면, ① 종래 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자의 손해배상책임을 부정한 판례는 피해자의 보호라는 측면에서 이와 동일한 입장의 학설과 함께 역사속으로 사라졌다고 할 것이다.

② 1975년도의 판례는 그 감독의무자에게 당해 미성년자의 불법행위에 대한 예견가능성 및 회피가능성이 있음에도 불구하고, 이를 해태함으로써 민법 제750조에 의한 一般不法行爲責任이 인정된 것이라고 해석하는 견해가 다수를 이루고 있지만⁷³⁾, 加害者가 責任能力있는 未成年者인지의 여부에 대한 판단이 없다는 점에서, 이를 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 監督義務者의 責任을 인정한 사례로 다룰 수는 없다고 하는 견해도 있기 때문에⁷⁴⁾, 그 본질을 정확하게 파악하기는 어렵다. 그러나 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대하여 감독자책임을 처음으로 민법 제750조에 근거하여 인정한 판결이라는 측면에서 그 의의가 있다고 할 것이다.

③ 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대하여 민법 제755조를 擴大適用하고, 감독의무자의 손해배상책임을 危險責任으로 해석한 1984년의 판례는 감독의무자의 책임을 보다 쉽게 또 널리 인정될 수 있게 함으로써, 피해자의 보호를 도모하고 불법행위에 있어서 손해의 공평한 분담이라는 이념을 실현한 것이며, 다른 한편으로는 자녀의 잘못에 대한 책임은 부모에게 있다는 전통적인 인식 내지 국민감정을 고려한 해석이라고 할

73) 林東鎮, “責任無能力者의 監督義務者의 責任”, 民事判例研究(VII), 1985, 73면; 安相敦, 전게 논문, 398면; 金吾洙, 전게논문(완), 司法行政, 1985.10, 21-22면; 金俊鎬, 전게논문, 187면; 金忠源, 전게논문, 247면; 張庚鶴, 전게논문, 133면.

74) 朴禹東, 전게논문, 567-568면.

수 있다. 그리고 감독자책임의 법적 근거를 명확하게 제시하지 못한 이전의 판례를 보완한 긍정적인 측면도 존재한다. 그러나 현행민법 규정의 엄연한 존재에도 불구하고, 이와 정반대로 취급되는 위험책임적인 확대해석이 가능하다고 본 것은 具體的 事案에서의 妥當性에도 불구하고, 法的 安定性을 위하여 크게 우려될 뿐만 아니라, 解釋論의 限界를 逸脫하고, 立法論과 解釋論을 혼동한 것이라는 비판을 면하기 어려울 것이다.⁷⁵⁾

④ 1984년의 판결이후, 특히 1994년의 全員合議體判決은 監督義務者의 責任을 민법 제750조에 근거한 一般不法行爲責任으로 구성하여, 감독의무자의 책임을 인정하는 구체적인 근거를 제시한 긍정적인 측면이 있지만, 앞서 다수설에 대한 비판과 마찬가지로 監督義務者의 過失 및 損害發生과의 因果關係에 대한 立證責任을 일반원칙에 따라 被害者에게 부담시킴으로써, 사실상 그 보호에 소홀하다는 문제점이 지적될 수 있을 것이다.

다. 私見

생각건대 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 監督義務者의 責任은 민법 제755조가 규정하지 못한 立法的 缺陷과 損害의 公平한 分擔이라는 不法行爲法의 一般原則에 비추어, 부득이하지만 監督者의 保護監督義務違反에 근거한 민법 제750조의 一般不法行爲責任으로 이론구성할 수 밖에 없을 것이다. 즉 親權者에게는 子女에 대하여 保護하고 敎養할 義務(민법 제913조)가 있고, 이것이 親子關係의 例示的인 義務라면 監督義務者에게도 그의 감독하에 있는 자에 대하여, 이와 동일한 의무가 있다고 생각할 수 있을 것이다. 그리고 감독의무자가 이와 같은 의무를 해태함으로써, 책임능력있는 미성년자의 가해행위가 있었고, 이로 인하여 타인에게 손해를 입혔다면, 감독의무자는 자신의 감독의무해태에 기한 獨立的 責任으로서 손해를 배상해야 할 것이다. 다만 이러한 감독의무자의 책임을 一般不法行爲責任으로 이론구성하는 것 역시 監督義務의 內容이나 監督義務者의 過失 및 損害와의 因果關係, 그리고 그에 대한 立證責任의 면에서 여전히 논의의 여지를 안고 있다. 따라서 후술하는 바와 같이 이 점에 대하여 본 논문은 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대하여도 제755조 제1항 단서규정을 類推適用할 수 있다는 입장이라 할 것이므로, 굳이 표현하자면 「제755조 1항 但書 類推適用說」이라 할 수 있을 것이다.

75) 李相京, “責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 法定監督義務者의 責任”, 대법원판례해설 제3호, 1984, 98면; 林東鎮, 전게논문, 76면; 金吾洙, 전게논문(완), 21-22면; 權五乘, 전게논문, 218면; 徐光民, 전게논문, 18면; 金俊鎬, 전게논문, 190면; 宋德洙, 전게논문, 111면; 金忠源, 전게논문, 246면.

2. 監督義務者の 過失 및 因果關係와 立證責任의 轉換根據

1) 過失 및 因果關係

① 問題點

민법 제755조에 의한 監督者責任은 無能力者の 加害에 대한 것일 뿐, 감독의무자 자신의 가해행위에 대한 책임은 아니다. 그리고 여기서 監督義務者の 過失은 무능력자에 대한 一般的인 監督義務違反을 의미하고, 無能力者の 加害行爲 자체에 대한 과실은 아니다. 그러나 責任能力있는 未成年者の 不法行爲에 대한 監督義務者の 損害賠償責任에 대하여는 제755조와 같은 명문의 규정이 없기 때문에, 監督者の 義務違反 및 損害發生과의 因果關係에 대하여, 위와 같은 특수성을 인정하기가 곤란하다. 따라서 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자 책임을 多數說 및 判例의 입장과 같이 민법 제750조의 一般不法行爲責任으로 구성하게 되면, 監督義務者の 過失 및 因果關係를 인정하기 위하여 새로운 이론접근이 필요하게 된다.

② 學說

(1) 학설 중에는 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대한 監督義務者の 過失 및 因果關係의 의미를 책임능력없는 경우와 구별하고 보다 엄격하게 해석하는 견해가 있다(峻別說). 즉 민법 제755조에서 규정한 監督義務者の 過失은 損害의 間接的 原因에 불과하므로, 미성년자의 당해 불법행위 자체에 관한 것이 아니라 一般的인 監督義務의 懈怠를 의미하는 것이지만, 제750조의 과실은 결과발생과 相當한 因果關係가 있는 것만을 의미하기 때문에, 제755조의 경우와 같은 정도의 과실로는 부족하다고 한다.⁷⁶⁾ 그리고 因果關係에 관해서도 감독의무자가 민법 제750조에 근거하여 배상책임을 부담하는 경우에, 그러한 인과관계를 인정하기 위해서는 相當한 監督을 하였다면 加害行爲를 防止할 수 있었고, 감독을 하지 않고 방임하면 가해행위가 발생될 蓋然性이 일반적으로 강한 경우이어야 하므로, 제755조에 의한 경우보다 엄격하게 해석한다.⁷⁷⁾

76) 廣島高裁松江支部 昭和47.7.19의 上告理由.

77) 權五乘, 전제논문, 225면; 宋德洙, 전제논문, 113면; 幾代通, 前掲書, 181頁; 寺田正春, “監督義務者の責任について”, 法律時報, 第48卷 12號, 68頁; 奥野久雄, “責任能力のある未成年者と監督義務者の不法行爲責任”, 現代民法學の基本問題(中), 1983, 434頁; 川口富南, “責任能力のある未成年者の不法行爲と監督義務者の不法行爲責任”, JURIST No.567, 58頁; 山本進

(2) 이에 반하여 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 過失 및 因果關係를 책임능력없는 미성년자의 경우와 유사하게 파악하는 입장이 있다(非峻別說). 구체적으로 감독의무자의 과실을 제913조의 保護教養義務違反과 동일시하고, 그 결과 原告로서는 이러한 一般的인 監督義務의 懈怠가 있었다는 것을 立證하는 것으로 족하다고 한다. 인과관계에 대하여도 이것은 과실의 유무판단 중에 포섭시켜 義務懈怠가 없으면 損害도 없다고 하는 관계만 있으면 충분하다고 하여 보다 유연하게 해석한다.⁷⁸⁾

③ 判例

종래의 判例 중에는 “그 범죄행위를 안 이상 이것은 친권자 내지 세대주로서 당연히 총기사용을 제지하여야 할 의무가 있다 할 것이요, 이렇게 함으로써 이러한 총기로 인하여 예견되는 사고를 미연에 방지할 수 있다 할 것이다. 이러한 사실을 보고서도 제지·감독하지 아니하였다면, 이 피고로서는 사고를 미연에 방지할 주의의무를 다하지 아니하였다고 보는 것이 상당하다”고 판시하여⁷⁹⁾, 감독의무자의 과실 및 인과관계를 구체적이고 개별적인 근거에 입각하여 보다 엄격하게 판단한 경우가 있었다. 그러나 최근의 판례는 “책임능력이 있는 미성년자의 불법행위로 인하여 손해가 발생한 경우에, 발생한 손해가 감독의무자의 의무위반과 相當因果關係가 있다면, 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상의무가 있는 것”이라고 하여⁸⁰⁾, 일상적이고 일반적인 감독의무위반이 있으면, 감독의무자의 과실 및 인과관계를 인정하는 쪽으로 유연하게 해석한다.

④ 檢討 및 私見

峻別說과 종래 判例의 입장은 논리적으로 監督義務者의 一般的인 監督義務懈怠만으로는 責任能力있는 未成年者의 不法行爲와 損害發生의 原因이 된다고 볼 수 없기 때문에, 이 경우에 감독의무자에게 책임을 부담시키는 것이 다소 어렵게 된다. 반면 非峻別說과 최근 判例의 입장에 따르면, 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 있어서는 민법

一, 前掲論文, 27頁.

78) 郭東憲, 전게서, 238면; 安相敦, 전게논문, 400-401면; 金吾洙, 전게논문(하), 24-25면; 李銓午, 전게논문, 219면; 前田達明, 前掲論文, 169頁; 松坂佐一, 前掲論文, 165頁; 芦川豊彦, 前掲論文, 81頁 以下; 石黒一憲, 前掲論文, 1417頁; 岩垂肇, 前掲論文, 344頁.

79) 대판 1975.1.14, 74다1795.

80) 대판 1989.5.9, 88다카2745; 동 1990.4.24, 87다카2184; 동 1991.4.9, 90다18500; 동 1991.11.8, 91다32473; 동 1992.5.22, 91다37690; 동 1993.8.27, 93다22357; 동 1994.2.8, 93다13605(전합); 동 1994.8.23, 93다60588; 동 1997.3.28, 96다15374; 동 1998.6.9, 97다49404.

제750조에 근거한 監督義務者의 責任을 유도하기 위한 전제로서, 동조의 過失 및 因果關係를 제755조의 그것에 접근시켜 파악하기 때문에, 그 의미를 유연하게 해석하게 되고, 따라서 감독의무자의 책임을 인정하는 것이 다소 용이하게 된다.

생각건대 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 있어서 監督義務者의 責任을 민법 제750조의 一般不法行爲責任으로 파악하는 경우, 그 監督義務者의 過失 및 因果關係에 대한 의미 역시 논리적으로는 제755조와 별개로 구체적이고 엄격하게 해석해야 함이 원칙일 것이다. 그러나 이 경우 법규정의 흠결에도 불구하고 해석상 監督義務者에게 一般不法行爲責任을 인정하는 이유는 소홀하기 쉬운 被害者의 實質的 保護와 損害의 公平한 分擔을 위한 것이고, 그렇다면 이러한 監督義務者의 過失이나 因果關係의 의미 역시 제755조의 그것과 동일한 차원에서 一般的이고 日常的인 保護監督義務違反 및 因果關係로 해석함이 타당할 것이다.

다만 이 문제는 監督義務의 具體的인 內容에 따라 달리 고려해야 할 점이 있다. 즉 책임능력있는 미성년자는 연령으로 보아도 중학교에 입학할 정도부터 성년에 근접하는 정도에까지 이르고, 생활관계면에서도 감독의무자와 공동생활을 하거나 경제적으로 상당히 의존하는 미성년자가 있는 반면에 그렇지 않은 경우도 있다. 감독의무자와 공동생활을 하면서 경제적으로 의존하는 미성년자의 경우에, 감독의무자의 책임을 묻는 것은 반드시 부당하다고 볼 수 없겠지만, 생활관계나 경제적으로 독립하여 거의 監督義務者의 保護範圍를 벗어난 未成年者의 不法行爲에 대하여까지 監督義務者의 과실을 인정할 수 있을 지는 의문이다. 이러한 점에 비추어 감독의무의 범위를 판단하는데 있어서는 감독의무자와의 공동생활사실이나 경제적 의존도가 하나의 기준이 될 수 있을 것으로 생각된다. 그 외에도 미성년자의 연령·성숙도·교육정도·정신적 특성·과거전력·범죄성향·침해행동의 예견성 및 위험성·친권자의 손해발생방지가능성과 같은 개개의 모든 사정을 고려하여, 감독의무의 내용을 결정하고 과실 및 인과관계의 여부를 판단해야 할 것이다. 따라서 未成年者가 監督義務者의 支配範圍 내에 있고, 평소의 비행성으로 보아 指導·監督이 필요함에도 불구하고 이를 방임하였다는 사정이 존재한다면, 감독의무자의 과실을 인정할 수 있다고 생각한다. 판례 역시 교사와 같은 代理監督者의 監督義務에 대하여, 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자와의 관계 기타 여러 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다고 한다.⁸¹⁾

81) 대판 1993.2.12, 92다13646 ; 동 1994.8.23, 93다60588 ; 동 1995.12.26, 95다313 ; 동 1997.6.27, 97다15258.

2) 立證責任의 轉換根據

責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 監督義務者의 責任을 민법 제750조에 근거하여 인정하는 多數說과 判例의 입장에 따르면, 그의 過失 및 因果關係는 입증책임의 일반원칙에 따라 被害者가 주장·입증해야 한다. 물론 앞서 본 바와 같이 이 경우의 過失 및 因果關係를 민법 제755조와 유사하게 파악하여, 피해자의 보호에 일조하려는 입장도 있지만, 이것으로 완전한 효과를 기대하기는 어렵다.

생각건대 監督義務의 懈怠라고 하는 것은 감독의무자측의 내부적 사정이기 때문에, 被害者가 이를 立證한다는 것은 큰 부담일 수 밖에 없다. 그러므로 오히려 監督義務者에게 그와 관련된 立證을 요구하는 것이 정확한 사실관계의 파악을 위하여 보다 적합할 것이다. 그리고 민법상의 다른 不法行爲責任과 비교하여, 제756조의 使用者責任이나 제758조의 工作物 등 占有者의 責任 그리고 제759조의 動物占有者의 責任은 그들의 지배하에 있는 사람이나 물건·동물 등으로 인하여 제3자에게 발생시킨 손해에 대하여 배상책임을 규정하고, 다만 자기의 無過失을 立證한 때에만 면책의 기회를 주고 있을 뿐이다. 물론 이와 같은 過失推定的 責任規定에도 불구하고 이들의 立證은 사실상 불가능하여 거의 無過失責任에 가깝도록 가중되어 있는 것이다. 그런데도 제755조의 해석상 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대하여는 그 監督義務者의 過失推定的 規定을 두지 않고 있다. 이것은 自然的인 特別拘束關係라 할 수 있는 가족법상의 친자관계를 契約法上的 特別拘束關係에 지나지 않는 이들 책임보다도 가볍게 다루는 것이라고 할 수 밖에 없다.

이러한 취지에서 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대한 監督義務者의 過失 및 因果關係의 立證責任은 그 轉換이 불가피하다고 생각된다. 다만 그 이론구성은 민법 제755조의 흠결로 인한 부득이한 방법으로서 동조 1항 但書만을 類推適用하는 방법이 가장 타당할 것이다. 즉 민법 제755조가 책임능력없는 미성년자의 불법행위에 대하여 감독의무자의 책임을 인정한 것이고, 그 취지가 被害者의 保護를 위한 것이라면, 責任能力있는 未成年者의 경우에도 역시 동일한 취지에서 동조 1항 단서를 類推適用하는 이론구성이 가능하다고 본다. 따라서 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대하여 감독의무자는 제750조에 의한 一般不法行爲責任을 부담하되, 그 책임을 면하기 위하여는 자신의 無過失이나 因果關係의 부존재를 立證하여야 할 것이다(제755조 1항 但書 類推適用說). 다만 이러한 해석에 따를 경우, 책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임에 대하여, 결과적으로 책임능력없는 미성년자의 불법행위에 대한 제755조가 적용

되는 것과 동일하다는 반론이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 앞서 본 제755조 類推適用說이나 1984년 판례의 제755조 擴大適用은 제755조 1항 본문의 규정 역시 類推適用 또는 擴大適用함으로써, 명문의 규정에 반하여 「責任없는」 경우를 「責任있는」 경우에도 동일하게 적용하는 결과를 낳게 되고, 類推解釋 또는 擴大解釋의 範圍를 초과하는 무리를 범하게 된다. 그런데 私見은 이들과 달리 법률적용의 타당성을 위하여, 제755조 1항 但書만을 類推適用하는 것이므로, 이러한 해석의 무리는 따르지 않는다고 생각한다. 그리고 이러한 해석은 醫療過誤나 環境侵害로 인한 不法行爲責任 또는 製造物責任 등에 있어서, 事實上的 推定理論이나 蓋然性理論 등이 인정되고 있음에 비추어, 이와 유사한 立證責任의 法理에 따른 것이라고 이해하여도 무방할 것이다.

IV. 結語

이상과 같이 민법 제755조가 책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자의 책임규정을 두지 않음으로 인하여, 이론상의 많은 문제들이 야기되었다. 그 결과 현행법상으로는 부득이 감독자책임의 근거를 민법 제750조에 두고, 다만 감독의무위반의 과실과 인과관계의 입증곤란을 위하여 민법 제755조 제1항 단서규정을 유추적용하는 해석방법을 생각해 보았다. 그리고 나아가 이 규정에 대하여는 立法論으로도 많은 批判이 쏟아지고 있는데, 우선 불법행위책임의 기초에 비추어 非難可能性은 責任能力과 함수관계에 있기 때문에, 加害者에 대한 非難可能性이 크면 클수록 책임이 가중되고, 被害者의 損害에 대한 回復可能性도 많아야 할 것인데, 민법은 오히려 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대하여 監督義務者의 責任을 否定함으로써, 被害者의 救濟에 악영향을 초래하고 있는 것이다. 그리고 監督義務者에게 監督義務의 懈怠라고 하는 過失이 있는 한, 未成年者의 責任能力 有無와는 별개로 監督義務者의 賠償責任을 인정하는 것이 오히려 過失責任主義나 自己責任의 原則에 적합할 것이다. 또한 被害者의 입장에서 보면 責任能力있는 未成年者의 不法行爲에 대하여 그에게 책임을 귀속시킬 수는 있지만, 대체로 이들은 賠償能力이 없기 때문에 실질적인 구제를 기대하기 어렵다는 점에서 責任能力없는 未成年者의 경우와 다를 바 없다. 그리고 監督義務者의 입장에서든 未成年者를 사회에 적응할 수 있도록 指導·監督할 義務는 未成年者의 責任能力 有無와 무관

하게 부담하는 것이다. 그럼에도 불구하고 민법 제755조에서 책임능력없는 미성년자의 불법행위에 대하여만 감독의무자가 손해배상책임을 부담한다고 규정한 것은 이해하기 어렵다.

이러한 문제점에 비추어 민법 제755조는 그 立法的 妥當性을 상실하였다고 볼 수 있다. 따라서 여러 외국의 입법례와 같이 未成年者의 責任能力 有無에 관계없이 監督義務者의 過失推定的 賠償責任을 인정하고, 그의 過失에 대한 立證責任을 監督義務者에게로 전환시키야 하며, 감독의무자의 책임 외에 책임무능력자에게 배상의 자력이 있는 경우에는 가해행위를 한 무능력자에게도 배상책임, 이른바 형평책임을 지울 필요가 있을 것이다.⁸²⁾ 다만 그러한 면책가능성과 관련하여, 民法 기타 特別法에서 未成年者에 대한 監督義務를 責任能力의 程度에 따라 구별하고 있지는 않기 때문에 단정할 수는 없으나, 성년에 가까울수록 미성년자에 대한 감독의무의 범위가 축소되리라는 예상을 할 수 있을 것이므로, 그 면책가능성이 확대될 수 있을 것이다. 그리고 아이들의 발육상태가 현저하게 좋아지고 있는 시점에서, 피해자의 보호만을 고려하여 부모에게 배상책임을 일률적으로 부과하는 것은 타당하지 못할 뿐 아니라, 근자에 이르러 감독의무자의 배상책임을 보장한다고 하더라도, 미성년자에 의한 사고를 미연에 예방할 수 있을 지는 의문이다. 특히 오늘날의 사회구조에 비추어 부모들이 자녀의 불법행위에 대하여 책임을 부담할 정도의 권위를 인정받고 있는 지도 알 수 없다. 이와 관련하여 학교폭력 사고 등과 같이, 미성년자가 고의로 타인에게 손해를 입힌 경우에 대하여도, 감독의무의 내용을 엄격하게 해석할 수는 없을 것으로 보이므로, 그 면책가능성이 확대될 수 있을 것이라고 생각한다.

82) 이에 대하여 자세한 것은 徐光民, “未成年者의 不法行爲에 대한 責任(不法行爲法 改正案 意見書)”, 民事法學 제15호, 1997, 182면 이하 ; 李相理, “불법행위법 개정에 관한 管見”, 民事法學 제18호, 2000, 233면 이하.