



저작자표시-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

# 사용자책임에 있어서 구상권 제한의 법리

The Doctrine of Limitation on Right to Indemnity  
as for Employer's Vicarious Liability

제주대학교 대학원

법학과

강 봉 현

2014년 8월



The Doctrine of Limitation on Right to Indemnity  
as for Employer's Vicarious Liability

Gang, Bong Hyun

(Supervised by Professor Kim, Sang Chan)

A this submitted in fulfillment of the requirement for the  
degree of Doctor Law

2014. 8

Department of Law  
GRADUATE SCHOOL  
JEJU NATIONAL UNIVERSITY



# 목 차

제1장 서론 .....	1
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위 및 방법 .....	4
1. 연구의 범위 .....	4
2. 연구의 방법 .....	5
제2장 사용자책임의 일반이론 .....	6
제1절 사용자책임의 법적성질과 제도적 근거 .....	7
1. 사용자책임의 법적 성질 .....	7
(1) 학설 .....	8
(2) 판례 .....	12
(3) 검토 .....	13
2. 제도적 근거 .....	15
(1) 학설 .....	15
(2) 판례 .....	19
(3) 검토 .....	20
3. 사용자책임과 다른 책임과의 관계 .....	21
(1) 민법 제35조에 의한 법인의 책임과의 관계 .....	21
(2) 국가배상 책임과의 관계 .....	21
(3) 자동차손해배상 보장법과의 관계 .....	22
(4) 이행 보조자의 불법행위 책임과의 관계 .....	23
제2절 사용자책임의 성립요건 .....	23
1. 사용관계 .....	24
(1) 의의 .....	24

(2) 위임계약관계 .....	26
(3) 도급계약관계 .....	27
(4) 명의대여관계 .....	31
2. 사무집행 관련성 .....	37
(1) 의의 및 입법취지 .....	37
(2) 사무집행의 범위 .....	39
(3) 외형이론 .....	40
3. 피용자의 제3자에 대한 가해행위 .....	47
(1) 제3자의 의미 .....	48
(2) 입법례 .....	48
(3) 학설 .....	49
(4) 판례 .....	51
(5) 검토 .....	52
4. 사용자의 면책사유 부존재 .....	52
(1) 면책의 의의 .....	52
(2) 법적 성질 .....	53
(3) 선임·감독상의 주의의무 .....	54
(4) 대리감독자의 과실 책임 .....	55
5. 분석·검토 .....	56
제3절 사용자책임의 효과 .....	57
1. 배상책임 .....	57
(1) 사용자 및 대리감독자의 책임 .....	57
(2) 피용자의 책임 .....	59
(3) 사용자책임과 피용자책임의 관계 .....	60
2. 구상권 .....	63
(1) 민법 제756조 제3항의 법적 성격 .....	64
(2) 구상권의 법적 성질 .....	65
(3) 구상권의 범위와 판단기준 .....	66
3. 구상권의 제한 .....	67

(1) 제한의 필요성 .....	67
(2) 학설과 판례 .....	69
<b>제3장 사용자책임의 성립요건에 관한 비교법적 검토 .....</b>	<b>72</b>
제1절 사용관계 .....	72
1. 비교법적 고찰 .....	73
(1) 독일 .....	73
(2) 프랑스 .....	76
(3) 영국 .....	78
2. 사용관계의 개념과 사용자의 지위 .....	81
3. 피용자의 개념과 피용자의 지위 .....	83
4. 사용관계의 판단기준 .....	84
5. 사용관계의 구체적 적용 .....	85
(1) 명의대여관계 .....	85
(2) 위임·도급관계 .....	87
(3) 파견근로자 .....	89
(4) 기타의 경우 .....	90
6. 분석·검토 .....	91
제2절 사무집행 관련성 .....	96
1. 주요국가의 입법과 판례 .....	97
(1) 독일 .....	97
(2) 프랑스 .....	100
(3) 영국 .....	104
2. 우리 대법원의 입장 .....	107
3. 분석·검토 .....	112
제3절 피용자의 가해행위 및 사용자의 면책사유 부존재 .....	117
1. 비교법적 고찰 .....	117
(1) 독일 .....	118
(2) 프랑스 .....	119

(3) 영국 .....	120
2. 분석·검토 .....	121
제4절 소결 .....	121
<b>제4장 구상권 제한의 법리 검토 .....</b>	<b>126</b>
제1절 피용자의 책임제한의 필요성과 법적 구성 .....	127
1. 책임제한의 필요성과 그 대상 .....	127
2. 책임제한의 법적 구성 .....	130
(1) 책임제한의 구조와 근거 .....	130
(2) 책임제한의 기준과 범위 .....	131
제2절 구상권 제한의 법리 .....	131
1. 피용자의 책임과 구상권 .....	132
2. 구상권의 제한의 필요성 .....	133
3. 학설의 검토 .....	135
(1) 자기책임설 .....	135
(2) 과실상계설 .....	136
(3) 공동불법행위설 .....	137
(4) 채무불이행설 .....	137
(5) 신의칙설 .....	138
4. 대법원의 입장 .....	138
5. 분석·검토 .....	141
제3절 입법론적 검토 .....	142
1. 주요국가의 입법례 .....	143
(1) 독일 .....	143
(2) 프랑스 .....	145
(3) 일본 .....	146
(4) 영·미 .....	148
(5) 오스트리아 .....	150
(6) 스위스 .....	151

(7) 네덜란드 .....	152
2. 2013년 법무부 민법개정시안 검토 .....	153
(1) 개정시안의 내용 .....	153
(2) 개정시안의 검토 .....	154
3. 분석·검토 .....	159
제4절 피용자의 사용자에 대한 구상 가능성 여부 .....	161
1. 역구상권의 의의 .....	162
2. 역구상권의 근거 .....	163
3. 역구상의 가능성 여부 .....	165
4. 분석·검토 .....	167
제5장 결 론 .....	169
참고문헌 .....	173

## 국문요약

민법상 불법행위법의 일반원칙은 자신의 과실로 인한 위법·유책한 행위에 의하여 발생한 손해에 대해서만 책임을 지는 과실책임주의가 지배한다. 그러나 산업의 고도성장에 따라 기업형태는 대형화, 조직구조의 전문화, 기술의 고도화 및 분업화와 더불어 대규모적 기계설비와 생산시설로 인한 방대한 위험성을 수반하고 있다.

사용자가 근로자를 사용하여 위험시설을 운영하고 많은 수익을 올리고 있기 때문에 이 과정에서 근로자가 제3자에게 준 손해는 근로자 개인책임이 아닌 기업책임으로 보아 기업으로 하여금 보상하도록 하는 것이 공평할 뿐 아니라 피해자의 구제라는 측면에서도 유용하다. 그러나 우리나라에서는 기업의 책임 일반에 관하여 규율하는 특별한 규정이 없으므로 기업책임에 관한 실정법상의 근거로 민법 제756조가 그 기능을 하고 있다.

민법은 제756조에서, 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자 및 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있고, 다만 피용자의 선임 및 그 사무 감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 배상책임이 없다고 규정하고(동조 제1항, 제2항), 이어서 사용자 및 감독자가 배상한 경우 그들은 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다(제3항).

우리나라의 사용자책임에 관한 여러 쟁점 중에서 가장 중요한 것 중의 하나는 사용자의 피용자에 대한 구상권을 어떠한 요건 하에서 제한할 것인지 하는 것이다. 조문상으로는 “구상할 수 있다”라고 할 뿐 어떤 요건 하에서 어느 정도까지 구상할 수 있는지에 관하여는 규정하고 있지 않기 때문에 학설과 판례를 통하여 사용자의 구상권을 제한하여 왔다. 이 논문에서는 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한의 법리를 검토하고 이에 관한 입법론을 제시함으로써 이 문제에 관한 중국적인 해결책을 마련하고자 하였다.

이 논문에서는 사용자책임의 성립요건을 포함한 사용자책임의 법리 일반을 살

펴본 후에, 사용자책임의 성립요건과 관련하여 ‘사용관계’와 ‘사무집행 관련성’에 대하여 우리나라의 학설과 판례, 그리고 주요국가의 입법례와 판례를 통하여 검토하고 있다. 그리고 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한과 관련하여, 국내의 학설과 판례, 그리고 입법례를 비교·분석함으로써 해석론과 입법론을 제시하고 있다.

이 논문에서는 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한에 관하여 주요국가의 입법례를 비교·분석하고 또한 사용자책임에 관한 2013년 법무부의 민법개정 시안을 검토함으로써 사용자의 구상권 제한에 관한 입법론을 검토하고 있다.

사건으로는 사용자책임이 기업책임에 대한 규정으로서의 기능을 다하기에는 불충분하다는 지금까지의 비판을 감안하여, 사용자책임을 절대적 자기책임, 그리고 무과실책임에 가깝도록 개정하여야 할 것이다. 우선, 프랑스의 판례이론에서 살펴본 바와 같이, ① 피용자의 가해행위가 업무수행과정에서 그리고 피용자의 업무한계 내에서 발행한 경우, 사용자는 대위책임을 지고 피용자는 모든 책임으로부터 면제된다. ② 피용자의 가해행위가 업무수행과정에서 있었지만 업무한계를 일탈하여 발생한 경우, 사용자와 피용자 모두 책임을 지게 된다. ③ 가해행위가 업무수행 과정에서 범한 것도 아니고 업무한계를 벗어난 경우라면, 사용자는 책임을 지지 않고 피용자만이 책임을 지게 된다. 요컨대 피용자의 가해행위가 ‘업무수행 과정’에서 발생했고 또한 그의 ‘업무한계’ 내의 행위로 인한 손해의 경우 피용자는 면책되도록 해야 하며 이 경우에는 사용자의 피용자에 대한 구상권은 인정되지 않아야 한다는 것이다. 그러므로 개정시안 제3항은 “피용자의 가해행위가 업무수행과정에서 그리고 피용자의 업무한계 내에서 발행한 경우, 피용자는 모든 책임으로부터 면제 된다”로 개정하면 좋을 것이다.

만약 제3항을 현재의 개정시안과 같이 “피용자에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 피용자에 대하여 구상할 수 있다”라고 할 경우에는, 사용자의 피용자에 대한 구상권은 고의·중과실의 경우에만 인정하며 경과실의 경우 피용자는 사용자에게 대해서 뿐만 아니라 피해자에 대한 관계에서도 면책되도록 해야 할 것이다. 그러므로 개정시안 중에서 제4항을 규정하는 방법 세 가지 안 중 두 번째안을 채택하여야 할 것이다. 즉 개정시안 중 제4항을 “제1항에 따라 사용자가 손해를 배상할 책임이 있는 경우, 고의 또는 중대한 과실이 없는 피용자는 손해를

배상할 책임이 없다”라고 규정해야 한다.

한편, 사용자책임 제도의 취지를 생각할 때, 민법 제756조 제3항의 해석상 사용자와 피용자가 피해자에 대하여 부진정연대책임을 진다고 할 수 있다. 이는 피해자가 사용자와 피용자 중 어느 쪽을 선택해서라도 만족 받을 때까지 손해배상을 청구할 수 있다는 것을 의미하므로, 만약 피해자가 피용자를 선택하여 손해배상을 받는다면 피용자는 사용자에게 구상할 수 없다는 결과가 발생한다. 사용자책임을 사용자에게 그의 경제활동 확장의 비용을 부담시키는 제도로 이해한다면, 사용자가 부담해야 할 손해비용을 피용자에게 오로지 전가되는 것은 의문이다. 물론 피해자는 자력이 있는 사용자에 대하여 우선 청구하는 것이 보통일 것이므로 이러한 문제가 첨예하게 드러나는 것은 아니지만, 사용자책임을 고려할 때 이러한 경우 어떠한 방법으로 그 비용을 다시 사용자에게 부담시킬 수 있는지, 이른바 피용자의 사용자에 대한 역구상권의 문제에 관하여 해석론적·입법론적 과제가 남는데, 이는 향후의 연구과제로 미룬다.

# 제 1 장 서 론

## 제1절 연구의 목적

우리 민법상 불법행위법의 일반원칙은 자신의 과실로 인한 위법·유책한 행위에 의하여 발생한 손해에 대해서만 책임을 부담한다는 것이다. 이와 같은 과실책임주의는 근대자본주의사회에 있어서 기업활동의 자유를 보장함으로써 자본주의의 경제발전에 크게 기여하였다. 그러나 오늘날 자본주의의 발달과 함께 산업의 고도성장에 따라 출현된 대규모의 기업형태는 규모의 대형화, 조직구조의 전문화, 기술의 고도화 및 분업화와 더불어 대규모적 기계설비와 생산시설로 인한 방대한 위험성을 수반하고 있다. 말하자면 기업은 다수의 피용자를 유기적으로 조직하여 생산활동을 하고 있고 이로써 많은 수익을 올리는 반면 이러한 수익에 이용되는 기계나 설비 등으로 인하여 제3자에게 손해를 입힐 가능성을 항상 내포하고 있다고 할 수 있다.

기업이 피용자를 사용하여 위험시설을 운용하고 많은 수익을 올리고 있기 때문에, 이 과정에서 피용자가 제3자에게 준 손해는 이를 개인책임이 아닌 기업책임으로 보아 기업으로 하여금 보상하도록 하는 것이 공평할 뿐 아니라 피해자의 구제라는 측면에서도 타당하다. 그러나 우리나라에서는 기업의 책임 일반에 관하여 규율하는 특별한 규정이 없으므로 민법 제756조의 사용자책임은 기업책임에 관한 실정법상의 근거로서 기능하고 있는 실정이어서 그 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않는다.

사용자책임이란 자기(사용자)와 사용관계에 있는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가해행위를 한 경우에 사용자가 그로 인한 손해배상의무를 직접 피해자에 대하여 부담하는 것을 말한다. 우리 민법은 제756조에서, 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자 및 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자

는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있고, 다만 피용자의 선임 및 그 사무 감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 배상책임이 없다고 규정하고(동조 제1항, 제2항), 이어서 사용자 및 감독자가 배상한 경우 그들은 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다(제3항).

이렇게 제756조가 규정하고 있는 사용자책임은, 제1항 단서에서 사용자책임의 면책사유를 규정하고 제3항에서 피용자에 대한 사용자의 구상권을 인정하고 있으므로 기업책임으로서는 불충분하다고 할 수 있다. 다만 이 규정이 기업책임으로서 기능하고 있는 만큼 학설과 판례를 통하여 사용자책임의 성립 범위를 넓혀왔다. 이러한 판례의 법리로 등장한 것이 사무집행 관련성 요건에서의 외형이론이며, 이는 기업책임에 관한 실정법상 근거로 기능하고 있는 사용자책임을 넓게 인정해야한다는 요구와 거래의 안전을 보호 하려는 입법취지에 부응하기 위하여 도입한 것이라 할 수 있다. 그러나 외형이론이 가지고 있는 내용은 너무 개괄적이어서 명확한 표준이라고 할 수 없다. 이로 인하여 법원이 피용자의 행위가 사무집행에 관한 행위인지 여부를 판단할 때, 사무집행에는 속하지 않지만 행위의 외형상 사무집행으로 인정되고 있는 경우에는 무엇을 기준으로 외형행위여부를 판단할 것인가 불분명하여 법의 적용에 있어서 형평성이 문제된다.

한편, 사용자가 피용자를 활용함으로써 얻는 이익에 상응하는 손해 위험은 사용자가 부담하는 것이 타당하다는 점을 근거로 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한 문제가 오래전부터 학설과 판례에서 논의되어 왔다. 특히 우리 대법원은 개별사안에서 업무의 성질, 과실 정도 등에 비추어 사용자의 전액 구상을 인정하는 것이 신의칙에 비추어 허용될 수 없는 경우에는 구상권을 제한해야 한다는 점을 일관되게 견지하고 있다. 외국의 경우에도, 피용자가 사용자를 위한 사무집행 과정에서 손해를 발생시킨 경우에 이에 따른 손해비용에 대하여 피용자를 자신의 사업조직에 편입하여 사용한 사용자가 부담하는 것이 타당하며, 이를 모두 피용자에게 전가해서는 안 된다는 점에서 법률이나 판례의 법리를 통하여 사용자의 구상권을 제한하고 있는 것이 일반적이다. 그럼에도 불구하고 현실에 있어서 기업은 피용자에게 모든 책임을 지도록 하는 사례도 없지 않다. 예컨대 근로자가 차량이나 설비를 업무상 운행 중에 경미한 부주의로 사고를 유발한 경우에

손해를 피용자에게 변상을 시키고 심지어 이와는 별도로 취업규칙을 근거로 징계처분을 병행하기도 하는 사례도 있다.

이에 따라 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한에 관하여 입법을 통해 명확히 하고자 하는 논의가 오래전부터 있어 왔으며, 최근에는 법무부에서 민법개정시안을 발표하기도 하였다.

생각건대, 사용자책임을 인정해야 할 실제상의 필요성은 피해자로 하여금 직접적인 가해자인 피용자에 대해서만 배상책임을 묻게 한다면, 피용자의 자력부족 때문에 피해자가 충분한 구제를 받을 수 없다는 점에 있다고 할 수 있다. 이러한 필요성에 대해서는 다툼이 없다. 말하자면, 사용자책임을 규정하는 이유는 피해자가 피용자로부터 충분한 배상을 받지 못할 것을 우려하여 사용자가 피용자를 대위하여 배상책임을 지도록 하고, 사용자는 피용자에게 구상권을 행사할 수 있도록 하고 있는 것이다. 그러나 우리나라를 비롯한 세계 각국이 사용자의 피용자에 대한 구상권을 인정하면서도 입법이나 학설·판례를 통하여 사용자의 구상권을 제한하고 있는 것은, 사용자가 피용자를 활용함으로써 얻는 이익에 상응하는 손해 위험은 사용자가 부담하는 것이 타당하기 때문이다.

이와 같이, 사용자책임을 요건인 ‘사용관계’나 ‘사무집행관련성’을 폭넓게 인정하려는 것이나, 사용자의 피용자에 대한 구상권을 제한하려는 것은 사용자가 피용자를 활용함으로써 확장한 활동영역에 상응하는 손해위험은 사용자가 부담하는 것이 타당하기 때문이라 할 수 있다.

이 논문은 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한을 중심으로 사용자책임을 법리를 살피고자 한다. 위에서 지적한 바와 같이 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한의 문제는 어쩌면 지금까지 많은 논의가 있었던 사용자책임을 성립요건으로서 ‘사용관계’나 ‘사무집행 관련성’의 문제를 포함한 사용자책임을 전반적인 문제와 관련된다고 할 수 있다. 그러므로 이 논문에서는 사용자책임을 성립요건을 포함한 사용자책임을 법리 일반을 살펴본 후에, 사용자책임을 성립요건과 관련하여 ‘사용관계’와 ‘사무집행 관련성’에 대하여 우리나라의 학설과 판례, 그리고 주요국가의 입법례와 판례를 통하여 검토하고자 한다. 그리고 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한과 관하여, 국내외의 학설과 판례, 그리고 입법례를 비교·분석함으로써 해석론과 입법론을 제시하고자 한다.

## 제2절 연구의 범위 및 방법

### 1. 연구의 범위

이 논문은 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한을 중심으로 사용자책임의 법리를 재검토하는데 그 목적을 두고, 다음과 같은 논술의 체계로 구성된다.

제1장은 서론으로서 논의의 배경 내지는 문제의 제기로서 연구의 목적, 연구의 범위와 방법 등을 밝힌다.

제2장에서는 사용자책임의 일반법리로서, 사용자책임의 본질과 근거, 사용자책임의 성립요건, 사용자책임의 효과, 사용자책임과 다른 책임과의 관계 등에 대하여 개괄적으로 살펴본다.

제3장 사용자책임의 성립요건에 관한 비교법적 검토에서는, 사용자책임의 성립요건 중에서 사용자책임의 범위를 보다 넓히기 위하여 학설과 판례에서 많은 논의가 있었던 ‘사용관계’와 ‘사무집행 관련성’에 대하여 주요국가의 입법례와 판례를 분석 검토하고, 우리 학설과 판례이론과의 비교를 통하여 우리나라의 사용자책임의 성립요건에 관한 법리를 검토하고자 한다.

제4장은 이 논문의 핵심적인 부분으로서 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한의 법리를 검토한다. 여기에서는, 피용자 책임제한의 필요성과 법적 구성, 사용자의 구상권 제한의 필요성에 관한 학설 및 우리 대법원의 입장, 구상권 제한에 관한 입법론적 검토, 피용자의 사용자에 대한 구상가능성의 문제 등에 관하여 살펴본 다음에 사용자의 구상권 제한에 관한 입법론을 제시한다.

제5장은 결론으로서 이 논문에서 고찰되어진 중요한 사항들을 요약·정리함과 아울러, 입법론을 개진한 후 향후의 연구과제를 밝히려 한다.

### 2. 연구의 방법

이 논문의 연구방법은 기존의 문헌연구를 바탕으로 법해석학적 방법을 주로 취하면서 보충적으로 비교법적 연구를 병행하고자 한다. 우선, 우리나라의 선행 연구문헌을 조사·분석함으로써 우리 학설과 판례를 정리하고, 미국, 독일, 프랑스, 영국, 오스트리아 등 주요 국가의 입법례와 판례의 동향을 조사·분석함으로써 그 시사점을 얻고, 이를 바탕으로 우리 민법 제756조의 사용자책임에 있어서의 성립요건의 법리를 검토하여 이에 대한 올바른 해석론을 확립하고, 나아가 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한의 법리에 관하여 검토한 후 입법론을 제시한다.

## 제2장 사용자책임의 일반이론

산업사회가 발전하면서 타인을 사용하여 이익을 창출하는 행위는 더욱 활발하게 이루어지고 있다. 이와 더불어 그로 인한 이익뿐만 아니라 위험까지 수반하게 된다. 그래서 피용자가 제3자에게 손해를 입힌 경우 그 손해에 대한 책임을 누가 부담하는 것이 합리적이며 피해자를 두텁게 보호하는 것인가 하는 것이 문제로 된다. 그 해결책으로 등장하게 된 것이 이른바 사용자 책임이다. 우리 민법 제756조 제1항은 “타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다”라고 규정하여 사용자책임을 명확히 규정하고 있다.

사용자책임이란 자기와 사용관계에 있는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가해행위를 한 경우에, 사용자가 그로 인한 손해배상의무를 직접 피해자에 대하여 부담하는 것을 말하는데, 자기책임의 원칙의 예외를 이룬다.<sup>1)</sup> 사용자 책임은 가사노동적 사용관계뿐만 아니라 널리 기업에서의 사용관계에도 적용된다. 말하자면 오늘날 사용자책임은 기업활동과 관련하여 발생한 손해에 대하여 책임을 부담시키는데 더 큰 의미가 있다고 할 수 있다. 민법 제756조 제1항 단서에서 사용자에게 면책사유를 인정하는 것이나 제3항에서 사용자가 피용자에게 구상권을 인정하고 있어서 기업책임의 규정으로서는 불충분하다는 비판을 면할 수 없지만, 판례는 ‘사무집행에 관하여’라는 요건을 넓게 해석하고 또한 실무상 사용자의 면책을 거의 인정하지 않는 등 사용자책임을 보다 넓게 인정함으로써 기업책임을 현실화하려고 노력해 왔다.<sup>2)</sup>

사용자책임은 피용자가 직무수행과정에서 불법행위로 제3자에게 손해를 준 데 대하여 사용자가 책임을 지는 것으로, 사용자책임은 대위책임이라고 할 수 있다.

1) 지원립, 「민법강의(제12판)」, 홍문사, 2014, 1730면.

2) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003, 739면.

그러나 오늘날 사용자책임의 성질에 관하여 자기책임설, 무과실책임설 등이 주장되고 있고, 사용자책임을 연역적으로 살펴보면 영미법과 대륙법이 상당히 차이가 나는데, 영미법에서는 17세기 이래로 사용자의 무과실책임을 인정하고 있는 것<sup>3)</sup>을 생각하면, 특히 사용자의 구상권 제한이론과 관련하여 사용자책임의 법적 성질을 어떻게 파악하는가에 따라서 해석론이나 입법론이 달라질 수 있다고 할 수 있다.

이하에서는 우리 민법 제756조 사용자책임의 법적 성질과 제도적 근거에 대하여 살펴본 후, 사용자책임의 성립요건과 효과에 대하여 개괄적으로 살펴보려 한다.

## 제1절 사용자책임의 법적 성질과 제도적 근거

### 1. 사용자책임의 법적 성질

사용자책임의 법적 성질에 관하여는, 두 가지 형태로 논의가 이루어지고 있다. 그 하나는 피해자의 보호와 관련하여 피해자에 대한 사용자책임의 대외적 관계를 어떻게 볼 것인가 하는 논의로서, 이에 대하여는 과실책임설, 무과실책임설, 중간책임설 등의 견해의 대립이 있고, 다른 하나는 피용자의 보호 및 구상권 문제와 관련된 것으로서 사용자와 피용자의 대외적 관계를 어떻게 볼 것인가 하는 논의로서 자기책임설, 대위책임설 등의 대립이 있다.

바꾸어 말하면, 전자의 논의는 피용자의 행위로 인해 발생한 제3자의 손해에 대하여 사용자가 책임을 부담하는 원인을 사용자 본인의 과실에서 원인을 찾을 것인가, 그렇지 않으면 본인의 과실여부와 관계없이 책임을 부담하는 것인가에 대한 논의이고, 후자의 논의는 사용자가 부담하는 책임의 근거가 본래 자신의 부

3) 예컨대 미국에서는 피용자의 불법행위로 인해 손해를 입은 제3자는 사용자에게 책임이 없더라도 그에게 손해배상을 청구할 수 있다(Restatement(3rd) of Agency Current through April 2006. §2.04 Respondeat Superior : An employer is subject to liability for torts committed by employees while acting within the scope of their employment; 김동석, “미국사용자책임법리에 대한 고찰”-Restatement(Third) of Agency의 개정초안을 중심으로, 한국경영법률학회, 2005, 538면).

담하여야 할 고유한 책임인가, 그렇지 않으면 타인이 부담하여야 할 책임을 대신 하여 부담하는 대위책임인가에 관한 논의라고 할 수 있다. 특히 후자의 논의는 사용자의 책임범위와 정도에 있어서 영향을 주며, 특히 나중에 살펴보는 사용자의 피용자에 대한 구상권의 문제에 직접적인 영향을 미치게 된다.<sup>4)</sup>

## (1) 학설

### 1) 과실책임설

과실책임설은 사용자가 피용자의 행위로 인한 손해에 대하여 책임을 부담하는 것은 사용자가 피용자의 선임·감독상의 과실에 기인한 것이므로, 그 본질을 과실책임으로 이해해야 한다는 견해이다.<sup>5)</sup> 이때 과실책임설은 다시 순수과실주의와 과실추정주의로 나누어진다. ① 전통적인 사법상의 과실책임주의와 일관성을 그 법인식의 논거로 하는 순수과실설은 피용자의 선임·감독상의 과실을 사용자 자신의 배상책임의 성립요건 및 그 원인으로 보고 있다.<sup>6)</sup> 이 견해는 제756조 제1항 단서규정을 과실의 증명책임이 사용자에게 전환된 것으로 보아, 사용자책임을 과실책임으로 이해한다.<sup>7)</sup> ② 과실추정설은 사용자가 피용자의 선임·감독에 상당한 주의를 다하였다는 사실 또는 상당한 주의를 다하였다 하더라도 손해가 발생하였을 것이라는 사실을 증명하지 못하면 사용자에게 과실이 있는 것으로 추정되므로, 사용자책임은 이러한 ‘추정되는 과실에 대한 책임’이라고 한다.<sup>8)</sup>

과실책임설에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. ① 일반적으로 책임 발생요건으로서의 과실이란 법익침해 자체에 대한 과실이어야 하는데 민법 제756조 소정의 사용자책임에서 사용자의 과실은 단지 피용자의 선임·감독상의

4) 이와 같은 논의에 대하여, 사용자책임의 법리적 근거에 대한 논의로 파악하고 전자를 책임발생원인에 따른 구분, 후자를 책임부담의 근거에 따른 구분으로 나누어 설명하기도 한다(성준호, “민법 제756조 사용자책임의 본질론 소고”, 「가천법학」 제5권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2012. 11, 220-229면).

5) 이태재, 「채권각론」, 진명문화사, 1981, 487면.

6) 김현태, 「불법행위론」, 일조각, 1980, 15-16면; 이태재, 전거서, 487면.

7) 강봉석, “사용자책임과 그 면책사유의 법적 성질”, 「저스티스」 통권 제85호, 한국법학원, 2005, 107면.

8) 김형배, “사용자책임과 구상권의 제한”, 「고시계」 제32권 제5호, 1987, 41면; 한용길, “사용자책임에 관한 연구-독일의 경우를 중심으로”, 동아대학교, 「동아법학」 제10호, 1990, 45면. 독일민법 제831조는 불법행위의 영역에서 사용자가 일정한 방법으로 손해배상의 책임을 면할 수 있고, 그렇지 않은 경우에는 피용자가 위법하게 야기한 손해가 인과관계가 인정되는 범위에서 책임을 부담하게 되는데, 이러한 면책 증명을 조문을 통해 살펴보면 선임·지시, 설비상의 사용자의 과실이 없음을 증명함에 의해 면책될 수 있다

과실에 불과하며, 이 역시도 사용자책임이 발생하기 위한 적극적인 요건으로 규정되어 있는 것도 아니므로 이를 근거로 본조의 법리적 근거를 과실책임이라고 할 수 없다고 한다. 더욱이 민법 제756조 제1항 단서에 따라 선임·감독상의 과실이 없다는 증명책임을 사용자가 부담하게 되는데, 이러한 면책사유의 증명은 용이하게 인정되지 않기 때문에 보통의 불법행위에 비하여 그 책임이 가중되어 있다고 한다.<sup>9)</sup> 또한 ②동조 제3항에서 규정하고 있는 구상권에 비추어볼 때, 사용자책임이 사용자 자신의 과실에 대한 책임이라면 사용자가 당연히 책임을 부담하게 되어 구상을 할 수 없어야 한다는 점에서 사용자책임을 과실책임이라고 볼 수 없다고 한다.<sup>10)</sup> ③사용자 과실에 대하여 증명책임을 전환되어 사용자가 자기의 무과실을 검증해야 되므로 그 한도에서 동조의 의미를 찾아 볼 수 있으나, 왜 증명책임을 전환되는가에 대한 설명이 없다는 것이다.<sup>11)</sup> ④나아가 사용자책임의 근거를 사용자 자신의 과실에서 구한다면 민법 제756조와 같은 규정이 없더라도 사용자는 제750조나 제760조의 규정에 의하여 책임을 지게 되므로 민법 제756조는 존재의 의미가 없는 규정이 된다는 지적이 있다.<sup>12)</sup>

## 2) 무과실책임설

무과실책임설은 사용자책임을 사용자의 과실 유무에 관계없이 제3자의 손해 발생에 대한 피용자의 행위에 대하여 사용자가 배상하는 일종의 결과책임으로 보고 있다.<sup>13)</sup> 그 근거로는 ①민법 제756조 제1항 단서는 사용자의 책임발생요건이 아니며 단순한 면책조건이므로 사용자의 과실은 선임·감독상의 과실이지 가해행위 자체에 관한 과실이 아니라고 한다.<sup>14)</sup> 따라서 ②사용자의 과실과 손해발생 간에 인과관계가 없다는 증명은 단지 상당인과관계가 없다는 증명만으로는 불충분하고 그 사이에 원인적 인과관계가 없다는 증명을 필요로 하는 것이다.<sup>15)</sup> 즉 민법 제756조의 과실 및 인과관계는 민법 제750조의 그것과 다른 것이므로,

9) 김대규, “사용자책임의 성립요건에 관한 연구”, 「법학연구」 제7집, 한국법학회, 2001, 586면; 김현태, 전게서, 16면.

10) 김현태, 전게서, 17면; 김대규, 상계논문, 586면.

11) 서정화, “사용자 배상책임 법리에 관한 연구”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 1990, 60면.

12) 김대규, 전계논문, 581면.

13) 김현태, 전게서, 31-32면.

14) 김대규, 전계논문, 587면.

15) 김상용, 전게서, 720면.

민법 제756조상의 사용자책임은 타인의 불법행위에 대한 결과책임으로 보고 나아가 일종의 면책조건부경과책임, 즉 무과실책임으로 보아야 한다고 한다.<sup>16)</sup>

그러나 민법은 과실책임주의에 입각하여 피용자의 선임·감독상의 과실이 없거나 상당한 주의를 하여도 발생하는 손해에 대하여는 사용자에게 배상책임이 없는 것으로 규정하고 있고, 본조의 해석론으로 사용자가 손해를 배상한 경우 피용자에 대한 구상권을 인정하고 있으므로, 무과실책임론도 현행법의 해석론으로는 타당하지 않다는 비판이 있다.<sup>17)</sup>

### 3) 중간적 책임설

이 설은 사용자책임은 순수한 과실책임도 아니고 순수한 무과실책임도 아닌 양자의 중간에 위치하는 중간적 책임이라고 하는 견해로 현재의 다수설이다.<sup>18)</sup>

① 사용자책임에 있어서 사용자의 과실은 피용자의 선임·감독에 관한 것이지 피용자의 피해자에 대한 가해행위에 관한 것이 아니라는 점에서 순수한 과실책임이 아니며,<sup>19)</sup> 그 증명책임은 사용자에게 있다는 점에서 일반불법행위와는 다르다고 한다.<sup>20)</sup> ② 사용자가 피용자의 선임·감독에 대한 무과실을 증명하면 면책된다는 점에서 사용자책임은 순수한 무과실책임으로 이해할 수도 없으므로, 사용자책임은 과실책임과 무과실책임(결과책임)과의 중간지점에 위치하는 이른바 중간적 책임이라는 것이다.<sup>21)</sup>

그러나 이에 대하여 민법의 근본이념에 비추어 볼 때 여기서 무과실책임을 도입할 수 없음은 물론 그 개념이 모호한 중간책임의 관념도 수용할 수 없다는 비판이 있다.<sup>22)</sup> 사용자의 기업상의 주의의무와 과실개념의 확대에서만 사용자책임

16) 김현태, 전게서, 31-32면; 오병철교수는 “사용자책임을 모험책임(Risikogaftung)으로 구성하면 사용자의 피용자에 대한 선임·감독으로부터, 나아가 선임·감독의 현실적 수행에 미치지 못하고 선임·감독이 이루어질 수 있는 사실 자체로부터 피용자의 사용으로부터 발생될 위험(Risiko)의 입수가 이루어진 것으로 보아야 할 것이며 따라서 사용자의 선임·감독에 관한 과실은 사용자책임의 귀속요소가 되지 못하므로 동조의 사용자책임은 이를 무과실책임으로 이해하여야 한다”고 설명하고 있다.(전계논문, 107면)

17) 성위석, “사용자책임의 본질과 구상권의 제한”, 「법학논고」 제11집, 경북대학교 법학연구소, 1995, 258면.

18) 곽윤직, 전게서, 416면; 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2011, 163면; 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004, 849면; 황적인, 「현대민법론IV」, 박영사, 1987, 398면.

19) 곽윤직, 전게서, 416면; 106면; 황적인, 전게서, 524면; 김현태, 전계논문, 132면.

20) 곽윤직, 전게서, 416면; 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004, 850면.

21) 황적인, 전게서, 398면.

22) 민법은 사적 생활관계에 있어서 각인의 평등을 전제하고 소유권준중의 원칙, 사적 자치의 원칙, 과실책임주의 등을 인정함으로써 사적 생활의 자유와 교환적 정의를 실현함을 근본이념으로 삼는다(이태재, 「민법총칙」, 법문사, 1978, 7면).

의 인정근거를 해명할 수 있다고 보는바 그 개념의 확대는 사범이념의 응용과 발전을 의미하는 것으로 이해되어야 한다고 한다.<sup>23)</sup>

#### 4) 자기책임설

이 학설은 사용자의 배상책임을 피용자를 선임·감독함에 주의의무를 다하지 못한 사용자 자신이 부담하여야 할 고유의 책임이라고 본다.<sup>24)</sup> 이 학설에 의하면 피용자의 귀책사유 유무는 사용자책임의 요건이 아니며, 피용자의 과실의 존재 및 책임능력의 유무는 사용자책임의 성립에 영향을 미치지 않게 된다. 사용자책임을 자기책임으로 구성할 때 사용자의 면책증명을 엄격히 할 수 있으며 구상권 행사를 제한하는 이론구성이 가능해질 뿐 아니라 법조문과의 적합성도 유지될 수 있다고 한다.<sup>25)</sup> 또한 체계적 관점에서 보더라도 사용자책임은 불법행위의 일종이므로 자기책임으로 구성해야 불법행위의 전체적 체계의 통일성을 유지하게 되어 바람직하다고 한다. 즉, 민법 제756조 제1항 단서는 사용자의 피용자에 대한 선임·감독상의 과실을 사용자책임의 성립요건으로서 소극적으로 규정하고 있는 것이므로 사용자책임은 자기의 과실에 기한 책임으로 파악해야 한다는 것이다.<sup>26)</sup>

이 학설에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 첫째, 민법 제756조는 사용자의 선임·감독상의 과실을 사용자책임의 적극적 요건으로 제시하고 있지 않다. 둘째, 민법 제756조 제1항 단서는 사용자가 피용자의 선임·감독에 관하여 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있다는 것을 증명하면 면책이 되지만, 면책증명이 쉽지 않으므로 사실상 무과실책임을 지게 된다. 셋째, 법인식의 측면에서 볼 때 이 학설은 입법자의 의사를 지나치게 과장하여 개인주의적인 로마법적 과실책임이론을 고수하려는 오인에서 나온 것이다.<sup>27)</sup>

23) 이태재, 전제, 「채권각론」, 487면.

24) 김형배, “사용자책임과 구상권의 제한”, 민사법학 제7호, 한국민사법학회, 1988, 213면; 이주홍, “독일법상 사용자책임에 있어서의 면책가능성”, 대한변호사협회지 제120호, 1986. 8, 59면; 김증한·김학동, 「채권각론」, 박영사, 2006, 819면.

25) 김기동, “타인을 사용하는 자의 책임”, 영남대논문집 제14집, 영남대학교, 1981, 216면; 한삼인·정두진, “사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미”, 법학연구 제22권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2011, 192면.

26) 우리 민법 제756조의 모범이 된 독일민법 제831조 1항의 해석에 관하여 독일의 통설과 판례는 과실책임주의에 입각한 자기책임으로 보고 있으며, 따라서 같은 규정인 민법 제756조를 자기책임으로 구성하여도 부당하지 않다는 견해도 있다(김대규, 전제논문, 591면).

27) 김현태, 「불법행위론」, 일조각, 1980, 10면.

## 5) 대위책임설

이 학설은 사용자책임을 사용자 자신이 부당한 행위를 하지 않았지만 피용자의 불법행위책임을 대신해서 부담하는 배상책임이라고 본다.<sup>28)</sup> 피해자의 손해배상청구권을 보장하기 위하여 사용자가 배상자력이 부족한 피용자의 불법행위책임을 대신하여 책임을 부담한다는 견해이다.<sup>29)</sup> 이 견해는 민법 제 756조 제3항의 구상권 규정이 사용자책임을 대위책임으로 보는 근거가 된다고 한다.<sup>30)</sup> 이 견해에 의하면, 제756조 사용자책임을 피용자의 불법행위가 성립될 것을 전제로 하므로<sup>31)</sup> 피용자가 피해자에 대하여 손해를 배상한 경우에는 사용자에 대한 구상권이 인정되지 않는다고 한다.<sup>32)</sup>

이 학설에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 첫째, 피용자의 고의·과실에 기한 불법행위를 전제로 하는 이 학설은 피용자에게 책임능력이 없거나 고의·과실이 부정되어 피용자의 불법행위책임을 인정되지 않는 경우에는 사용자도 책임을 지지 않게 되어 결과적으로 사용자책임을 인정되는 범위가 오히려 좁게 되므로 피해자의 구제에 불리하다.<sup>33)</sup> 둘째, 제756조 제3항의 구상권 규정이 있기 때문에 사용자책임을 대위책임으로 보아야 한다는 것은 논리가 전도된 것이라고 비판된다. 제756조 제1항 역시 피용자의 불법행위의 성립을 요건으로 하지 않으며 제3항의 규정은 구상권을 가진다는 의미일 뿐이고, 구상권 규정의 존부에 따라 사용자책임을 성질이 결정되는 것은 아니라는 것이다.<sup>34)</sup>

## (2) 판례

우리 판례는 일찍부터 사용자책임을 성립에 있어서 대위책임설이 근거로 제시

28) Prosser & Keeton, *The law of torts*, Minnesota, 1984, p.499 참조.

29) 김상용, 전계서, 172면; 지원립, “민법 제756조의 개정방향”, 민사법학, 제43권 제2호, 한국민사법학회, 2008, 317-318면.

30) 김상용, 상계서, 733면; 박윤직, 전계서, 419면.

31) 김상용, 상계서, 733면.

32) 지원립, 전계 “민법 제756조의 개정방향”, 317면.

33) 김천수, “사용자책임을 입법론적 쟁점”, 「법학논집」 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010, 56면 참조.

34) 강봉석, 전계논문, 134면; 김형배, 전계논문, 220-221면.

하는 피용자의 고의·과실을 그 요건으로 적시하고 있다.<sup>35)</sup> 그러면서 “의사는 고도의 전문지식을 요하는 직업이므로 의사의 진료에 관하여 담당의사의 판단이 상당한 중요성을 가지는 결과 개개의 진료내용이 상당한 독립성을 가지는 것도 부인할 수 없으나 진료치료의 실지면에 있어서 사용자가 피용자인 의사에 대하여 일반적 감독을 못할 바도 아니라 할 것이다”<sup>36)</sup>라고 하여 사용자의 면책사유를 엄격하게 해석함으로써 사용자의 책임범위를 넓게 인정해왔다. 또한 “손해의 공평한 분산이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 그 구상권을 행사할 수 있다”고 하여 신의칙에 의하여 사용자의 구상권을 제한 내지 배제하는 태도를 취하고 있다. 나아가 사용자와 피해자의 관계에서는 사용자는 손해 전부의 배상의무를 부담하지만, 사용자와 피용자와의 관계에서는 “사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이어서 사용자도 제3자와 부진정연대관계에 있다고 보아야 할 것이므로”<sup>37)</sup>라고 하거나, “그 변제금 중 사용자의 과실비율에 상응하는 부분만 채무소멸의 효과가 있다”<sup>38)</sup>고 하고 있다. 이처럼 손해배상책임에 대한 사용자와 피용자간의 관계를 부진정연대관계로 보거나 자기의 관여도에 따른 비율만큼의 고유책임을 인정하고 있는 것 같은 표현을 하기도 한다.<sup>39)</sup> 그러나 대법원은 “민법 제756조에 의한 사용자의 손해배상 책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이라 할 것이다”라고 판시하여<sup>40)</sup> 대위책임설을 견지하고 있다. 또한 감독해태에 대한 무과실 주장을 거의 받아들이지 않아 사실상 무과실책임으로 판단하고 있다.

### (3) 검토

다수설은 사용자책임이 순수한 과실책임도 순수한 무과실책임도 아닌 양자의

35) “대리감독자에게 고의 또는 과실이 인정됨으로써 별도로 불법행위의 일반 요건을 충족한 때에만 위 대리감독자의 사용자 또는 사용자에 갈음한 감독자는 민법 제756조의 사용자책임을 지게 된다”(대판 1981. 8. 11. 81다298).

36) 대판 1994. 12. 13, 94다 17246; 대판 1996. 4. 9, 95다52611; 대판 2001. 1. 19, 2000다33607.

37) 대판(전합) 1992. 6. 23, 91다33070; 대판 2006. 2. 9, 2005다28426.

38) 대판 1995. 7. 14, 94다19600; 대판 2000. 3. 26, 2003다34045; 대판 2012. 6. 28, 2010다73765.

39) 김형배, “사용자책임과 판례 : 비교법적 시각에서”, 고려법학 제48호, 2007, 3면; 이은영, 전거서, 851면에서 판례의 태도를 고유책임설로 설명하고 있다.

40) 대판 2006. 10. 26, 2004다63019.

중간에 위치한다고 해서 중간책임이라고 명명하고 있으나, 사용자의 면책주장이 거의 받아들여지지 않고 있기 때문에 사실상 그 운영의 측면에서는 무과실책임에 가깝다고 한다. 실제로 민법영역 이외에 광업법·원자력손해배상법·환경정책기본법 등에서 광해(鑛害)·원자력손해·오염물질에 의한 피해 등에 대한 손해에 관하여 무과실책임을 인정하고,<sup>41)</sup> 자동차손해배상보장법이 무과실책임에 가까운 책임을 인정하고 있다.<sup>42)</sup> 하지만 이와 같이 무과실책임으로 인정하거나 무과실책임에 가깝게 운영되고 있는 경우는 대부분 기업과 같은 복잡하고 증명이 곤란한 영역이다. 따라서 사용자책임의 법리적 근거를 무과실 책임에 가깝게 해석하는 견해 역시 사용관계를 기업중심으로 본 것이라 할 수 있다.

민법은 피해자를 두텁게 보호하기 위해서 사용자에게 피용자의 가해행위에 대한 책임을 지우고 있다. 그런데 사용자는 피용자의 가해행위로 인한 손해를 언제나 배상해야 하는 것이 아니라, 피용자의 선임 및 사무감독에 관하여 상당한 주의를 하였거나 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있었을 것이라는 사실을 증명하면 배상책임을 면할 수 있다. 따라서 사용자책임은 순수한 의미의 과실책임도 아니고, 그렇다고 해서 순수한 의미의 무과실책임도 아닌 중간 책임이라고 할 수 있다. 이를 규범적으로 보다 정확하게 표현하면 면책요건부 무과실책임이라고 할 수 있다.<sup>43)</sup>

한편, 사용자가 부담하는 책임의 근거에 대해 다수설과 종래의 판례가 대위책임설로 설명하고 있는 것은 우리 민법 제756조가 일본민법 제715조와 유사하고 일본의 학설이 일본민법 제715조의 사용자책임을 대위책임으로 설명하는 것과 관련이 있다. 제3항에 구상권을 규정하고 있는 일본민법과 우리민법은 실제로 사용자의 책임유무에 관계없이 피용자의 관리감독자로서 자신이 관리범위 내에 있는 피용자로 인해 발생한 피해의 선결적 구제와 사후적으로 손해발생의 원인을 제공한 피용자에 대하여 구상하는 구조를 갖추고 있으므로, 피용자가 피해자에 대하여 부담하여야 할 책임을 사용자가 대신하여 부담하는 것으로 보기에 충분한 근거를 가지고 있다. 이와 같은 법조문의 구조는 사용자책임의 법적성질을 대

41) 예컨대, 환경정책기본법 제44조 제1항.

42) 성위석, 전제논문, 260면.

43) 권오승, “사용자책임”, 「민사법학」 제5호, 한국민사법학회, 1997. 4, 193면.

위책임으로 이해할 수 있는 상당한 근거를 제공한다고 할 수 있다.

기업책임이 강조되고 있는 현대사회에 있어서, 사용관계의 구조적인 변화나 사용자책임에 관한 이론적인 동향에 비추어 보면 자기책임설로 이론을 구성하는 것이 바람직할 수 있지만, 우리 민법상의 책임법의 구조나 민법 제756조 제3항의 취지로 보아 자기책임설은 현재의 우리 민법규정 하에서는 무리한 측면이 있기 때문에, 현행법의 해석론으로서는 대위책임설을 취하는 것이 타당하다고 생각된다. 다만 피해자를 보다 두텁게 보호하기 위해서는 입법론으로서는 자기책임설을 취하는 것이 바람직하다고 생각한다.

## 2. 제도적 근거

사용자책임의 제도적 근거에 대한 학설에는 보상책임설, 위험책임설, 기업책임설, 정책적고려설 등이 있다. 여기에서는 각 학설의 근거와 그에 대한 비판을 중심으로 살펴보고자 한다.

### (1) 학설

#### 1) 보상책임설

보상책임설은 피용자를 통하여 자신의 활동범위를 확장하고 이를 통하여 자신의 이익을 확대하는 사용자가 피용자의 사무집행으로 인하여 타인에게 입힌 손해를 부담하는 것이 공평의 관념에 부합한다고 하는 보상책임의 원리를 근거로 들고 있다.<sup>44)</sup> 그리고 현실적으로 이익을 얻고 있지 않는 경우이더라도 타인을 사용함으로써 자기의 활동범위를 확대하게 되므로 그에 따라 책임의 범위가 확대되는 것이 정당하다고 한다. 이러한 보상책임설은 소위 이익이론을 핵심으로 하고 있다. 다만 이익은 현실적 이익뿐만 아니라 활동범위의 확대도 이익으로 보고 있다고 할 수 있다. 이와 같이 활동범위의 확장이란 ‘지배 내지 영향 또는 세력 범위’의 확장 또는 사용자의 ‘연장된 손’을 의미한다.<sup>45)</sup> 어떤 행위로부터 이익을

44) 강봉석, 전제논문, 125면; 곽윤직, 전제서, 416면; 김상용, “사용자책임에 관한 학설 및 판례연구”, 「민사판례평석」, 법원사, 1995, 725면; 김형배, 「민법학연구」, 박영사, 2009, 1599면.

얻는 사람은 동일한 행위로부터 생기는 손실도 부담하여야 한다는 사고는 아마도 정의와 형평의 관념에 합치하는 것으로 볼 수 있다. 이는 민법 제756조의 기본사상이기도 하다. 그렇지만 제756조의 규정내용이 보상책임의 사고에 철저하지 못하다는 비판을 받을 수 있으나 보상의 사고 자체를 사용자가 책임을 지는 귀책사유로 하기에는 몇 가지 의문이 제기된다.<sup>46)</sup>

첫째, 원칙적으로 신뢰관계를 전제로 하지 않는 불법행위에서는 급부교환계약(Austauschvertrag)과 같은 이익, 즉 위험책임의 개념이 명확하게 대립된다고 볼 수 없다. 예컨대 급부교환계약이 성립하면 채무자는 급부를 이행할 의무를 진다. 이 때 보조자를 개입시켜 계약에 기한 급부를 이행케 하였다면 채무자는 반대급부(Gegenleistung)를 얻는 것 외에도 자기의 급부 의무를 이행하지 않아도 된다는 이익을 얻는다. 제3자를 통하여 이러한 이익을 얻기 때문에 역으로 제3자가 급부를 제대로 이행하지 못했을 때는 그에 대한 위험도 부담하는 것이다. 그러나 사용자책임이 문제되는 것은 급부이행이 이루어지는 채무관계를 전제로 하고 있지 않다. 따라서 제3자의 개념으로 인하여 어떤 사실상의 이익을 얻더라도 그 이익은 반대급부를 얻고 급부 의무를 면하는 것과 같은 이익은 아니다. 만약 급부관계에서 나타나는 이익을 불법행위에서 나타나는 이익과 대비시켜 본다면, 제3자의 개입에 의한 이익은 개입된 제3자가 다른 사람에게 손해를 발생시키지 않음으로써 개입시킨 사람의 현상이익이 유지되고 있다는 것을 제외하고는 어떤 이익도 가져다주지 않는다. 따라서 본래 이익과 부담을 동일시하는 사고는 기존의 채무관계를 전제로 한 급부라고 하는 측면에서 생각할 수 있는 것이다.

둘째, 보상책임의 이론에 의하면, 기차의 승객은 기관사의 과실로 제3자에게 발생시킨 손해에 대해서도 책임을 질 수 있다는 결과가 나올 수도 있다. 그러나 타인의 활동에서 이익을 얻는 자가 누구나 그 과정에서 생긴 손해에 대하여 책임을 져야 된다는 것은 아니다. 현대사회가 분업에 기한 사회이고 사람들은 타인의 노동에서 이익을 얻고 있는데 단지 그것만을 이유로 타인의 불법행위에 대하여 책임을 부과시킬 수도 없다.

이와 같은 이유에서 보면 보상책임설이 우리나라의 다수설이나,<sup>47)</sup> 사용자책임

45) Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 11 Aufl., Luchterhand, 2006, S.390.

46) 김학환, “사용자책임에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1992, 36면.

은 현실적으로 이익을 얻지 못하는 사용자에게 대해서도 적용되기 때문에 보상책임설만으로는 모든 사용자에게 배상책임을 설명할 수 없는 단점이 있다.<sup>48)</sup>

## 2) 위험책임설

사용자는 피용자를 사용함으로써 타인에 대한 가해의 위험을 창출한 것이므로 그 위험이 현실화한 때에는 그 결과에 대한 책임을 져야 하므로 사용자책임은 바로 이러한 위험책임이 그 근거라고 한다.<sup>49)</sup> 가령 자동차사고에 있어서 피용자의 사적이용을 위한 운전 중 사고에 대해서도 사용자책임을 인정하는 것은 사용자책임의 근거를 위험책임이라고 보지 않으면 설명될 수 없다. 위험책임(Gefährdungshaftung)은 독자적인 손해귀책원리로서 확립되어 가고 있기 때문에 보상책임의 원리보다는 명확한 책임근거라고 말할 수 있다.<sup>50)</sup> 그러나 위험책임설에 대하여는 기업이라면 몰라도 가사상 피용자의 행위에 대하여 사용자가 배상책임을 지는 경우에는, 사용자가 지는 책임을 위험이라고 하는 관념을 써서 설명하는 것은 곤란하다고 비판하는 견해가 있다.<sup>51)</sup> 그러나 피용자를 사용한 것 자체를 위험의 창출 또 위험원이라고 볼 수 있겠느냐 하는 점이다. 예컨대 기업소유자 자신이 업무를 수행하지 않고 피용자가 그를 대신하여 사무집행을 한다고 하더라도 그로 인하여 사무가 더 위험하게 되거나 가해의 위험이 더 증가하는 것은 아니기 때문이다. 물론 사용자가 피용자를 많이 사용할수록 피용자들이 타인에게 손해를 가할 수 있는 기회가 많은 것은 사실이지만, 피용자에게 사무집행을 맡기는 것 자체 또는 그러한 피용자 전체를 특별한 위험원이라고 보기는 어렵다.<sup>52)</sup>

그리고 일부 사용관계로 한정하여 사용자책임의 근거를 위험책임이라고 보더라도 위험책임에는 책임최고한도액(Haftungshöchstbeiräge)이 정해져 있고 위자료에 대한 청구가 결여되어 있으므로 이때에는 사용자의 과실책임을 묻게 된다. 그리고 피용자의 사적 목적을 위한 운전 중의 사고에 대하여 사용자책임을 인정

47) 김형배, 전계서, 1599면; 박윤직, 전계서, 416면.

48) 김상용, 전계서, 725면.

49) 지원립, 「민법강의(제12판)」, 홍문사, 2014, 139면.

50) 서광민, “불법행위의 책임귀속구조에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1987, 110-12면.

51) 森島召夫, 「不法行為法講義」, 有斐閣, 1987, 279면; 김상용, 전계서, 725면.

52) 김학환, 전계논문, 1992, 39면.

하는 것은 위험책임에 의하지 않으면 그 근거를 설명할 수 없다고 보는 것은 의문이다. 피용자의 사적 목적을 위한 운전 중의 사고라고 하더라도 사무집행 관련성이 인정된다면 과실책임이 사용자책임의 근거로 될 수도 있으며, 위험책임만이 유일한 근거로 보지 않으면 설명할 수 없는 것은 아니다. 이 경우에 오히려 제 756조를 차용하여 사실상 자동차의 운행이라고 하는 위험원의 운영에 관하여 일반적인 위험책임을 인정하고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>53)</sup>

### 3) 기업책임설

현대기업조직에 있어서는 물적인 기계·기구와 인적인 피용자는 분리, 독립되어 있는 것이 아니고 양자는 서로 밀접하게 결합하여 일체를 이루고 있는 것으로 볼 수 있다. 따라서 기업에서 피용자의 행위에 기인하는 손해는 피용자 각 개인의 책임이라기보다는 오히려 다수인을 지나치게 기계적으로 사용하는 기업시설의 이른바 인적 하자이니 만큼 물적 하자인 경우와 마찬가지로 사업경영자가 배상책임을 지는 것은 당연하다.<sup>54)</sup> 이런 관점에서 사용자책임의 근거도 피용자라는 인적 조직체로서 기업을 경영하는 것 자체에서 구하여야 할 것이라고 한다. 그러나 기업책임을 사용자책임의 근거로 하는 것은 기업 자체는 무과실책임의 근거가 될 수 없으므로 사용자책임의 근거도 될 수 없다고 비판한다. 또한 기업이 가중된 책임을 지는 근거는 결국 기업이 가지는 위험성 내지 취득하는 이익, 바꾸어 말하면, 위험책임 내지 보상책임으로 되돌아갈 수밖에 없을 것이라고 한다. 아마도 기업책임설은 기업이 사용자책임의 주체가 되어야 한다는 문제와 사용자책임의 근거가 무엇이나 하는 문제를 구별하고 있지 않는 것 같다. 또 기업 자체를 책임의 근거로 한다고 하더라도 이는 어디까지를 기업으로 볼 것이냐는 불명확한 한계는 제외하고라도 피용자의 인간성을 도외시하고 있어 사용자책임의 근거로 삼을 수 없을 것이다.<sup>55)</sup>

### 4) 정책적고려설

---

53) 김학환, 전제논문, 39면.

54) 김상용, 전제서, 725면.

55) 김상용, 상제서, 725면.

이 설은 미국의 William L. Prosser 교수가 제창한 이래 최근에 유력한 학설로, 사용자책임의 근거를 ‘사회에 생긴 손실의 분배’라는 정책적 고려에 두고 있는 견해이다.<sup>56)</sup> 사용자는 자신의 사업을 타인에게 위임하여 완성케 함으로써 그 사업 자체의 수행에 따른 여러 가지 위험이 발생하는 가능성을 내포하고 있다. 따라서 사용자는 그러한 위험을 그 사업의 일부로 계산하여야 한다. 한편 사용자는 보험제도의 이용이나 노임조정, 상품가격의 조정 등을 통하여 피용자가 저지른 불법행위에 대한 손해배상책임을 지더라도 그 자신은 큰 부담 없이 손해를 사회에 분산시킬 수 있는 입장에 있다. 따라서 사용자에게 갖는 이러한 손실분배(distribution of loss)의 가능성이야말로 바로 사용자에게 책임을 과하는 근거가 된다고 한다.<sup>57)</sup> 대부분의 경우에 피용자의 불법행위에 대하여 손해배상을 하여야 하는 사용자는 사실 이것을 그들 자신이 지불해야 하는 것은 아니다. 책임의 비용은 사회의 각 부문으로 분배되고 또 여러 세대로 분배되는 것이 보통이다. 보험의 실시로 이 같은 경향은 한층 두드러지지만 보험에 들지 않는 경우라도 어느 정도의 손실분배는 이루어질 수 있다. 그러나 손실분배가 사용자책임의 근거라면 피용자가 가한 손해에 대한 배상을 반드시 사무집행에 있어서 가한 것으로 한정할 이유는 없을 것이다. 또한 손실분배도 대부분 기업을 대상으로 생각되고 있는 것이므로 기업책임을 근거로 하는 것과 마찬가지로 비판이 가해질 수 있다.

그러나 피해자에게 손실을 쉽게 배상할 수 있다는 현실적인 고려와 함께 손실의 사회적 분배라는 정책적 고려도 함께 중시하여야 한다.<sup>58)</sup>

## (2) 판례

대법원은 “민법이 불법행위로 인한 손해배상으로서 특히 사용자의 책임을 규정한 것은 많은 사람을 고용하여 스스로의 활동 영역을 확장하고 그에 상응하는 많은 이익을 추구하는 사람은 많은 사람을 하나의 조직으로 형성하고 피용자로 하여금 그 조직 내에서 자기의 담당하는 직무를 그 조직의 내부적 규율에 따라

56) William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, New York: St. Paul. West Publishing co, 1971. p. 460; 김상용, 전게서, 726면.

57) 김상용, 상게서, 726면.

58) 김상용, 상게서, 726면.

집행하게 하는 것이나, 그 많은 피용자의 행위가 타인에게 손해를 가하게 하는 경우도 상대적으로 많아질 것이므로 이러한 손해를 이익귀속자인 사용자로 하여금 부담케 하는 것이 공평의 이상에 합치된다는 보상책임의 원리에 입각한 것이므로 사용자의 책임과 그 면책 및 그 책임의 한도 등을 가리려면 이와 같은 원리에 따라 구체적 사안마다 그 구성요건을 따져 가려야 할 것이다”.<sup>59)</sup>라고 하여 사용자 책임의 제도적 근거를 보상책임의 원리에서 찾고 있다.

### (3) 검토

사용자책임은 외형적으로 타인의 발생시킨 손해에 대해 사용자가 배상 책임을 부담하고 있다. 따라서 이러한 구조는 민법의 기본원칙인 과실책임의 원칙에 부합하지 않는 것처럼 보인다. 그렇기 때문에 이를 정당화하기 위한 보다 설득력 있는 근거가 필요하다 할 것이다.

이에 대한 설명들이 앞에서 소개한 보상책임설, 위험책임설, 기업책임설, 사회정책적고려설 등이다. 사용자책임의 제도적 근거로서 제시되는 이러한 견해들은 각기 타당성을 바탕으로 하고 있으나, 이론적 사각지대 또한 내포하고 있다. 하지만 사용자 책임제도는 피용자로 인하여 기왕에 발생한 손해에 대하여, 타인을 사용하여 업무영역을 확대하고 이익을 창출하는 사용자로 하여금 그 손해를 부담하도록 하는 것이 공평타당하다고 하는 사회구성원의 공감대속에 형성 유지되고 있는 제도이며, 본 제도를 세부적인 측면에서까지 모두 포섭하여 일회적으로 뒷받침할 수 있는 설명은 실제로 불가능에 가깝다. 앞의 이론들은 사용자책임제도가 가지고 있는 제도적 취지를 바탕으로 한 주요한 특징을 토대로 설명한 것이라 할 수 있으므로, 하나의 이론이 제도의 모두를 포섭하지 못하는 것은 어찌 보면 당연한 결과라 할 수 있을 것이다. 따라서 사용자책임제도는 앞서 소개한 이론을 총체적으로 파악하여 이해하여야 할 것이다. 그럼에도 사용자책임 제도를 가장 근본적인 시각에서 이해하고 있는 설명은 보상책임설이라고 생각된다. 다시 말해 사용자의 책임부담은 발생한 손해에 대한 적절한 배분이라고 하는 딜레마에 대한 해결책이었으며, 이익과 책임의 동일인에 대한 귀속으로, 사용자와 피용

59) 대판 1985. 8. 13, 84다카979.

자 그리고 피해자의 관계를 모두 포섭할 수 있는 보상책임설이 사용자책임제도에 대한 폭넓은 근거로서의 역할을 할 수 있을 것이다. 우리민법의 입법자도 민법안의 심의과정에서 “본조는 타인을 사용하여 자기의 활동범위를 확장하는 자는 그 확장된 범위에 있어서 보상책임(이익이 귀하는 곳에 손실이 귀한다는 이념)을 입법한 것으로……”<sup>60)</sup>라고 하여 사용자책임의 입법근거를 보상책임설에 두고 있는 것도 이러한 사고에 바탕을 둔 것으로 생각된다.

### 3. 사용자책임과 다른 책임과의 관계

#### (1) 민법 제35조에 의한 법인의 책임과의 관계

법인의 본질에 관한 통설인 실재설에 의하면, 법인의 대표기관이 그 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 때에 법인은 민법 제35조에 의하여 그 자신의 불법행위책임 즉 법인책임을 지며, 법인의 피용자가 그 사무집행에 관하여 불법행위를 한 경우에 법인은 사용자로서 민법 제756조의 사용자책임을 지게 된다.<sup>61)</sup> 제35조의 법인책임을 면책사유가 인정되지 않지만 제756조의 사용자책임을 면책사유가 인정된다. 법인의 이사는 법인의 대리감독자가 아니다.<sup>62)</sup> 그러나 이사가 피용자를 선임·감독하는 경우에는 그 한도에서 대리감독자로서 책임을 진다.<sup>63)</sup>

#### (2) 국가배상책임과의 관계

공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 직무수행에 관하여 불법행위를 한 경우

60) 민법안심의를록(상권), 민의원 법제사법위원회 민법안심소의위원회, 1957, 445면에 소개된 심의과정을 살펴 보면 “본조는 타인을 사용하여 자기의 활동범위를 확장한자는 그 확장된 범위에 있어서 보상책임(이익이 귀하는 곳에 손실이 귀 한다는 이념)을 입법한 것으로서 본조의 ‘사무집행으로 인하여’라는 문구는 본래의 사무집행 자체에 국한하는 것으로 해석하기 쉬워서 너무 협소하여 상기 보상책임이 정신에 배반됨으로 ‘사무집행에 관하여’로 수정함이 타당하다”고 하는 설명에 비추어 본조의 입법이 보상책임설에 근거하고 있음을 엿볼 수 있다.

61) 이 때 법인의 대표기관에는 대표이사, 이사, 청산인, 특별대리인이 모두 포함되지만, 민법 제62조에 의하여 선임된 대리인이나 지배인, 사원총회, 감사 등의 기관은 이에 포함되지 않는다(이주홍, 「민법주해(18)」, 박영사, 2005, 498면.

62) 대판 2005. 2. 25, 2003다36133; 대판 1998. 5. 15, 97다58538.

63) 김상용, 전제서, 738면.

에는 국가가 피해자에 대하여 손해배상책임을 진다. 그러므로 공무원 등이 직무상 불법행위로 인하여 국가가 배상책임을 지는 경우에는 국가배상법 제2조가 적용되고 민법 제756조는 배제된다고 할 것이다. 그러나 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가의 손해배상책임에 관하여 언제나 국가배상법 제2조가 적용되는 것은 아니고 공무원의 직무행위가 공권력의 행사일 때에는 국가배상법 제2조가 적용되고, 공무원의 직무행위가 사경제적 행위일 때에는 국가배상법 제2조가 적용되지 아니하고 민법 제756조가 적용된다. 대법원은, “국가 또는 공공단체라 할지라도 공권력의 행사가 아니고 순전히 대등한 지위에 있어서의 사경제의 주체로 활동하였을 경우에는 그 손해 배상의 책임에 국가배상법의 규정이 적용될 수 없다”고 한다.<sup>64)</sup>

그러나 국가의 사경제적 작용으로 인한 국가책임은 국가배상법에 의해서가 아니라 민법 제756조에 의한다고 한 판례에 대하여 비판하는 견해가 있다. 이는 공무원이 행하는 직무는 공법적 행위를 우선 생각할 수 있으나 사법적 행위도 포함된다고 보아야 한다. 그러므로 국가의 비권력적 작용 중에서도 사인과 대등한 처지에서 행하는 경제행위도 공무원의 직무행위에 포함시켜야 한다고 한다. 왜냐하면 실정법에는 사법적 행위를 공무원의 직무행위에서 제외해야 할 아무런 근거도 없으며, 만약 판례와 같이 해석하여 공무원의 사법적 행위에 대하여 민법의 적용을 받게 된다면 국가는 주의의무를 해태하지 않았다는 것을 증명하여 면책될 수 있는 길을 열어준다는 비난을 면치 못하기 때문이라는 것이다.<sup>65)</sup>

### (3) 자동차손해배상보장법과의 관계

교통사고로 인하여 발생한 손해배상에 대하여는, 자동차손해배상보장법의 적용을 받는다 하더라도 피해자가 민법상 사용자에 대한 손해배상청구권을 주장할 수도 있다.<sup>66)</sup> 원칙적으로는, 자동차의 운행으로 인한 사람의 생명·신체에 대한 가해로 인하여 발생한 손해배상에 관하여는 자동차손해배상보장법 제3조가 민법

64) 대판 1997. 7. 22, 95다6991; 대판 1970. 11. 24, 70다1148; 대판 1969. 4. 22, 68다2225.

65) 박윤훈, 「최신행정법강의(상)」, 국민서관, 1986, 438면.

66) 대판 1970. 8. 31, 70다714.

제756조의 특칙이므로 자동차손해배상보장법 제3조가 적용될 경우에는 민법 제756조는 동 법조에 흡수되어 적용할 필요가 없게 된다. 그러나 자동차손해배상보장법 제4조의 규정에 의하면, 손해배상책임에 관하여는 동법 제3조 외에 민법 제756조의 규정을 적용하도록 규정하고 있기 때문에,<sup>67)</sup> 사용자책임을 물을 수 있는 것이다.

말하자면, 자동차손해배상보장법 제3조는 인적 손해에 관한 한 민법 제756조에 대한 특칙이다. 그러므로 피해자는 자동차손해배상보장법 제3조에 의해서 인적 손해배상을 먼저 청구하는 것이 보통일 것이지만, 피해자는 이와 관계없이 다시 민법 제756조에 따라서 인적·물적 손해 전부에 관해서 사용자배상책임을 주장할 수도 있다.<sup>68)</sup>

#### (4) 이행보조자의 불법행위책임과의 관계

이행보조자의 고의·과실에 의하여 채무를 불이행한 것이 동조의 불법행위를 구성하는 경우에, 사용자는 자신의 고의·과실뿐만 아니라 이행보조자의 고의·과실에 대하여도 책임을 진다(제391조). 이러한 민법 제391조의 책임과 사용자책임을 경합에 관하여, 청구권경합설에 의하면 채무자의 계약책임(제391조)과 사용자책임(제756조)이 경합한다. 그러나 법조경합설에 의하면 채무자의 계약책임만이 인정된다.<sup>69)</sup>

### 제2절 사용자책임을 성립요건

민법 제756조는 사용자책임을 성립요건에 관하여, ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 하였을 것(사용관계), ② 피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 주었을 것(사무집행 관련성), ③ 피용자의 가해행위가 불법행위의 요건을 갖출 것, ④ 피용자의 사무집행행위로 제3자에게 손해가 발생하였을 것, ⑤ 사용

67) 대판 1976. 9. 13, 74다2029.

68) 광운직, 전제, 「채권각론」, 709면; 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2014, 1674면.

69) 김상용, 전제서, 738면.

자가 면책사유 있음을 증명하지 못하였을 것 등을 성립요건으로 규정하고 있다. 이하에서는 이러한 성립요건에 관하여 사용관계, 사무집행의 관련성, 피용자의 제3자에 대한 가해행위, 사용자의 면책사유 순으로 차례로 검토하고자 한다.

## 1. 사용관계

### (1) 의의

사용자책임이 성립하기 위해서는 우선 타인을 사용하여 어느 사무<sup>70)</sup>에 종사하게 하는 관계, 즉 사용관계가 존재하여야 한다. 그러므로 ‘사용관계’라는 요건은 사용자책임의 제1차적 귀책요건이며 사용자책임의 근거를 결정지우는 가장 중요한 요인인 것이다. 따라서 피해자구제를 위하여 민법 제756조의 기능의 중요성을 감안할 때 해석상 ‘사용관계’의 확대적용 여부가 중요한 작용을 하게 된다. 사용관계는 연역적으로 신분적 종속관계에서 출발하여 오늘날 경제적 지배종속관계로 변질되어 그 개념이 추상적이라 할 수 있다.<sup>71)</sup> 이러한 여러 모양의 사용자는 그가 경영하는 사업의 구조나 성질 및 규모나 자력의 정도에 따라 유형화할 수 있다는 점에서 ‘사용관계’라는 개념을 일률적으로 하나의 해석기준에 의해 정립할 수 없는 것이고 구체적 사정에 따라서 정할 수밖에 없다고 할 수 있다.<sup>72)</sup>

학설은, 일반적으로 타인을 ‘사용한다’는 것은 어떤 사무를 사실상 행하게 하는 것으로 그 사무를 위해 타인을 사용하는 자가 사용자이고, 그의 지휘·감독을 받아서 어떤 사무에 종사하는 자를 피용자라 한다. 따라서 사용관계는 사용자와 피용자 사이에 실질적 선임·지휘·감독의 관계가 있어야 한다.<sup>73)</sup> 민법 제756조는 사용자가 피용자를 선임·감독상의 과실이 없는 것을 면책사유로 하고 있을 뿐만 아니라 본조의 책임은 사용자가 피용자를 자기의 지배 범위 내에 두고 그 사회적 활동의 범위를 확장하는 것을 근거로 하는 것이므로 그 사용관계는 타인의

70) 여기에서 사무는 통속적으로 ‘일’이라는 것과 같은 의미이며, 법률적·계속적인 것에 한하지 않고 사실적·일시적 사무라도 무방하다(대판 1989. 10. 10. 89다카2278; 지원립, 전게서, 1732면).

71) 仲田孝夫, 「使用者責任」, 一粒社, 1998, 124면.

72) 서정화, “사용자배상책임의 범위에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 1990, 132면.

73) 대판 2003. 12. 26, 2003다49542; 김상용, 전게서, 728면.

노동을 사용하는 관계이어야 한다고 할 것이다. 이러한 사용관계는 고용계약 등 어떠한 선임관계를 필수요건으로 하는 것이 아니며 위임관계나 조합관계 등을 불문하고 직접적 형식적 관계가 없더라도 구체적인 경우 실질적인 관계나 사용자와 피용자의 관계와 다를 바 없는 것인 때에는 그 사이의 관계를 사용관계라고 보고,<sup>74)</sup> 보수의 유무, 기간의 장단을 묻지 않는다.<sup>75)</sup> 또한 사실적인 사용관계가 있으면 되므로 그 관계가 반드시 법률적으로 유효해야 하는 것은 아니며 명시적이든 묵시적이든 지휘·감독을 하여야 할 관계에 있으면 충분하다.<sup>76)</sup>

판례는, ① 타인에게 위탁하여 계속적으로 사무를 처리케 한 경우와 민법 제 756조의 이른바 ‘피용자’의 의미에 대하여, 타인에게 위탁하여 계속적으로 사무를 처리하여온 경우 객관적으로 보아 그 타인의 행위가 위탁자의 지휘·감독내에 속한다고 보이는 경우에는 그 타인은 민법 제 756조의 규정한 피용자에 해당한다고 해석함이 타당하다고 한다.<sup>77)</sup> ② 민법 756조의 사용자의 뜻과 사용자인 여부의 판단기준에 대하여는, 민법 756조에 있어서의 사용자 관계라는 것은 실질적인 지휘감독관계를 의미하고,<sup>78)</sup> 식당의 경영주로서 종업원들의 사용자인가의 여부를 따지려면 형식적인 식당의 영업허가 등 명의만에 의할 것이 아니라 어디까지나 실질적으로 이를 파악하여야 한다고 한다.<sup>79)</sup> ③ 남편이 처의 대리인으로서 부동산의 매수와 소유권이전등기 사무를 집행함에 있어서 남편이나 그의 사자가 불법행위를 하여 매도인에게 손해를 입힌 경우에 처가 사용자책임을 지는가 여부에 대하여, 남편이 처의 대리인으로서 부동산을 매수하고 소유권이전등기사무를 집행함에 있어서 남편이나 남편의 사자가 불법행위를 하여 매도인에게 손해를 입혔다면 처와 남편 및 그의 사자 간에는 적어도 외관상 지휘 감독관계에 있는 것으로 보아 처에게 사용자로서의 책임을 지워야 한다고 한다.<sup>80)</sup>

또한, ④ 사표수리 후 사실상 종전과 같이 근무한 자에 대한 관계에 있어서 민

74) 대판 1998. 4. 28, 선고 96다2550 .

75) 김봉수, “사용자 책임의 비교법적 경향”, 「고려법학」 제54호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 206면.

76) 김상용, 전제서, 728면.

77) 대판 2003. 2. 14, 2002다62678; 대판 2003. 4. 25, 2001다59842; 대판 1996. 10. 11, 96다30182; 대판 1997. 8. 26, 96다33143; 대판 1997. 9. 9, 97다12907; 대판 1998. 2. 10, 97다49534; 대판 1998. 4. 28, 96다25500; 대판 1963. 2. 21, 62다780; 제1심 부산지법, 제2심 대구고등 1962. 10. 18, 선고 62나188.

78) 대판 2010. 10. 28, 2010다48387; 대판 1994. 9. 30, 94다14148.

79) 대판 1981. 7. 28, 81다281; 대판 1976. 4. 27, 75다137.

80) 대판 1974. 7. 26, 73다1980.

법 제756조 소정의 사용자관계의 존부에 대하여, 피고조합의 이사회가 전무인 소외 '갑'의 사직서를 수리하기로 결의를 함에 있어서 소외 '갑'이 저지른 부도어음 문제가 해결될 때까지 종전과 같이 근무하도록 결의하여 그가 전과 똑같이 피고 조합 이사장의 직인을 소지한 채 계속 조합의 업무를 처리하였고 피고 조합의 직원들도 소외 '갑'이 피고 조합의 전무인 것으로 알고 그의 지시에 따라 업무처리를 한 사실이 인정되는 바, 민법 제756조의 사용자와 피용자의 관계는 반드시 유효한 고용관계가 있는 경우에 한하는 것이 아니고 위와 같이 사실상 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 지휘 감독 아래 그 의사에 따라 사업을 집행하는 관계에 있을 때도 그 두 사람 사이에 사용자, 피용자의 관계가 있는 것이라고<sup>81)</sup> 판시하고 있다. ⑤ 동업관계라 하더라도 사무집행에 관하여 지휘·감독하는 관계에 있다면 사용자관계를 인정한다. 즉, 공동으로 처리해야 할 업무의 집행을 위하여 위임받은 동업자 중 1인이 그 업무집행 과정에서 불법행위를 하여 타인에게 손해를 가한 경우 다른 동업자의 사용자책임을 인정하고 있다.<sup>82)</sup> 이 사용자관계는 반드시 법적으로 유효한 것이어야 할 필요는 없으며, 사실상 지휘·감독을 하는 것으로 충분하다.<sup>83)</sup> 또한 사용자관계는 명시적인 것만이 아니라 묵시적인 경우에도 무방하고,<sup>84)</sup> 보수의 지급유무나 기간의 장단 등도 묻지 않는다.<sup>85)</sup>

이상과 같이 판례는 사용자관계를 실질적인 지휘·감독관계를 그 판단기준으로 삼았으며, 형식상의 동업관계, 단순노무도급, 형식적인 영업명의자 등을 그 판단기준으로 하지 않고 있고, 피용자의 개념 역시 이를 기준으로 판단하여 통설과 같은 취지의 판단을 하고 있다고 할 수 있다.

## (2) 위임계약관계

위임계약은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 승낙함으로써 성립하는 낙성·불요식 계약으로 수임인은 위임인에 대하여 독립

81) 대판 2001. 9. 4, 2000다26128.

82) 대판 2006. 3. 10, 2005다65562.

83) 대판 2003. 12. 26, 2003다49542; 대판 1996. 10. 11, 96다30182.

84) 대판 1995. 6. 29, 95다13289; 대판 1997. 04. 11, 97다386.

85) 대판 1960. 12. 8, 4292민상977.

된 지위를 가지고 자기의 재량에 의해 사무를 처리하고 활동하는 것이 원칙이다. 따라서 원칙적으로 위임인은 수임인이 제3자에게 가한 손해에 대하여 사용자로서 책임을 부담하지 않는다.<sup>86)</sup> 그러나 위임인과 수임인 사이에 지휘·감독의 관계가 있는 경우에는 위임인과 수임인과의 사이에 실질적인 사용관계를 인정할 수 있을 것이므로 위임인은 수임인이 제3자에게 가한 손해액 대하여 민법 제756조의 사용자책임을 부담해야 한다는 것이 통설적 견해이다.<sup>87)</sup>

이에 대하여 판례도, 타인에게 위탁하여 계속적으로 사무를 처리하여 온 경우 객관적으로 보아 그 타인의 행위가 위탁자의 지휘·감독 내에 속한다고 보이는 경우는 그 타인은 본조에 규정한 피용자에 해당한다고 하여 사용자책임을 인정하고 있다.<sup>88)</sup> 가령, 주택의 보수공사를 위임받은 동업자들 중 1인이 업무집행과정에서 타인에게 불법행위를 가한 경우 다른 동업자는 사용자의 지위에 있다.<sup>89)</sup> 그러나 변호사·의사·법무사 등은 사무처리를 위탁하는 자의 직접적인 지휘·감독을 받지 않고 자기의 자유재량에 의하여 독립적으로 일을 행하는 것이 원칙이므로 이들에 대한 사무처리 위탁자는 사용자책임을 지지 않는 것이 원칙이다. 그런데 이 경우에 아무리 독립성이 있는 업무를 위탁한다 하더라도 위탁자가 부적격자를 선임한 때에는 선임자로서 책임을 져야 한다는 견해가 있으나,<sup>90)</sup> 원래 이들은 일정한 자격을 가진 자이기 때문에 그들에게 위임한 경우에는 선임에 관해서도 과실이 인정될 수 없고, 명백히 부당한 선임을 한 경우에는 선임자가 책임을 져야 할 것이지만 선임자가 지는 것은 과실이 있는 선임행위와 손해의 발생과의 사이에 인과관계가 있을 때에는 민법 제750조의 일반원칙에 의하여 책임을 질 것이므로 민법 제756조의 사용자책임을 면하는 것은 아니라고 하여야 할 것이다.

### (3) 도급계약관계

86) 김덕중, “사용자책임의 성립요건에 관한 고찰: 판례를 중심으로”, 「원광법학」 제26권 제3호, 원광대학교법학연구소, 2010, 141면.

87) 박윤직, 전계서, 682면; 김중환·김학동, 전계서, 250면.

88) 대판 1963. 2. 21, 62다780.

89) 대판 2006. 3. 10, 2005다65562.

90) 我妻榮, 「債權法」, 日本評論社, 1931, 202면.

민법 제757조는 도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없으나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 책임이 있다고 한다. 원래 수급인인 도급인으로부터 독립해서 그의 사무를 처리하는 것이므로 도급인의 피용자라고 할 수 없다.<sup>91)</sup> 따라서 본조 본문의 규정은 당연한 것으로 도급인에게 민법 제756조의 적용이 없음을 주의적으로 규정한 것에 불과하며<sup>92)</sup> 실질적으로는 오히려 그 단서에 의의가 있다고 할 수 있다.<sup>93)</sup> 그러므로 도급인과 수급인 사이에 예외적으로 지휘·감독관계가 있는 경우에 한하여 사용관계를 인정하여 도급인은 사용자책임을 진다.<sup>94)</sup> 독립된 수급인의 작업에 관하여도 그로 인한 제3자의 피해가 도급인의 잘못된 수급인 선임 또는 잘못된 작업계획에서 비롯한 때에는 도급인은 사용자책임을 지며 도급인이 재료를 공급하였는데 그 재료의 하자 및 부적절로 인한 손해도 책임을 진다. 이에 관하여 판례는, 건설공사의 도급에 관하여는 도급인이 공사현장에서 공사의 운영 및 시공을 직접 지휘·감독하는 경우에만 사용자책임을 발생하며, 단지 공사의 진행이 설계도나 시방서대로 시행되고 있는가를 확인하여 공정을 감독하는 감리의 경우에는 사용관계를 부정하며,<sup>95)</sup> 형식상 도급계약이 체결된 경우에도 수급인이 그 업무수행에 관하여 도급인의 지시·감독을 받는 경우에는 그 범위 내에서 실질적으로 사용자관계에 있다고 볼 것이므로 도급인은 수급인의 행위에 대하여 사용자로서 배상책임을 면할 수 없다고 판시하여,<sup>96)</sup> 비록 형식상으로는 도급계약이라고 하더라도 그 실질적인 관계에 있어서 수급인이 도급인의 업무상 특정한 행위를 구체적으로 지휘·감독을 받는 경우에는 사용자와 피용자의 관계에 있는 한 사용자책임을 인정하고 있다.<sup>97)</sup>

그리고 노무도급에 있어서도 판례는, 일반적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘감독의 관계가 없으므로 도급인은 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임을 없는 것이라 하겠으나, 도급인이 수급인에 대하

91) 김덕중, 전계논문, 142면.

92) 김덕중, 상계논문, 142면.

93) 加藤一郎, 前掲「不法行爲」, 170面.

94) 광윤직, 전계서, 683면.

95) 대판 1983. 11. 22, 83다카1153 .

96) 대판 1982. 4. 27, 81다카957; 대판 1983. 11. 22, 83다카1153; 대판 1982. 1. 26, 81다544.

97) 대판 1991. 3. 8, 90다18432.

여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같은 이른바 노무도급의 경우에 있어서는 도급인이라 하더라도 사용자로서의 배상책임이 있다고 판시하여,<sup>98)</sup> 사용자에게 지휘·감독관계가 있음을 들어 그 책임을 인정하고 있다.<sup>99)</sup> 그러나 광업권자가 채탄과정에서도 덕대업자의 피용자에 대하여 지휘·감독, 통제하는 관계에 있는 경우에는 그 범위내에서 실질적으로 사용자 관계에 있다 볼 것이고, 광부운송업무는 채탄작업과 밀접하게 관련된 업무이니 광부운송차량 사고는 광의의 광산사고에 포함된다고 봄이 상당하므로, 광업권자는 덕대업자의 피용자에 의한 광부운송차량 전복사고에 대하여 손해배상책임이 있다고<sup>100)</sup> 함으로써 법률상 보안의무 있는 자에게 사용자책임을 인정하고 있다.

형식적으로는 도급계약의 관계라 해도 실질적으로는 지휘·감독의 관계에 있다면 사용관계를 인정하여 사용자책임을 인정하도록 하는 것이 타당하겠으나, 추상적인 의무라 할 수 있는 법률상의 보안을무를 이유로 사용관계를 인정한 판례는 검토할 여지가 있다고 생각한다.<sup>101)</sup> 왜냐하면 도급인의 사용자책임을 도급의 성질인 그 독립성으로 인하여 도급인에게는 원칙적으로 사용자책임을 부담시킬 수 없으나 도급인과 수급인 사이에 실질적인 지휘·감독관계가 존재하는 경우에는 피해자구제를 위하여 예외적으로 도급인에게 사용자책임을 부담시키자는 사회정책적인 고려의 성격이 있는 것이므로 책임의 가중은 교환적 정의를 실현할 수 있는 한도에서 예외적이고 제한적인 경우에만 인정되어야 할 것이기 때문이다. 그러나 하도급의 경우에는 하수급인은 원수급인의 사실상의 지휘·감독을 받게 되므로 원수급인은 제756조에 의해 사용자책임을 진다는 것이다. 이에 대해 판례는, 도급계약의 형식을 가지고 있다고 하여도 수급인이 도급인의 지휘·감독에 따라 공사를 시행할 것을 예약의 내용으로 한 경우, 공사시행의 계산관계 여하에 불구하고 도급인은 사용자로서 배상책임이 있다고 하고,<sup>102)</sup> 도급계약에 있어서 도급인은 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 없는 한 그 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임은 없는 것이고 다만 도급인이

98) 대판 2005. 11. 10, 2004다37676; 대판 1996. 10. 25, 96다30113; 대판 1997. 4. 25, 96다53086; 대판 1993. 12. 10, 93다20405; 대판 1987. 4. 28, 86다카1448.  
 99) 김형배, 전제, “사용자책임과 판례”, 7면.  
 100) 대판 1982. 4. 27, 선고 81다카957.  
 101) 서정화, 전제논문, 137면.  
 102) 대판 1972. 10. 31, 72다1179; 대판 1975. 7. 30, 74다2256.

수급인의 일의 진행 및 방법에 관하여 구체적인 지휘감독권을 유보하고 공사의 시행에 관하여 구체적으로 지휘감독을 한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자와 피용자의 관계와 다를 바가 없으므로, 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위로 인하여 제3자에게 가한 손해에 대하여 도급인은 민법 제 756조 소정의 사용자 책임을 면할 수 없다고 하면서,<sup>103)</sup> 여기서 지휘감독이란 실질적인 사용자관계가 인정될 정도로 구체적으로 공사의 운영 및 시행을 직접 지시·지도하고 감시·독려하는 등 공사시행방법과 공사 진행에 관한 것이어야 할 것이다.<sup>104)</sup> 또 “피고회사가 그 하역작업에 관하여 타인과 도급계약을 체결하면서 작업 중 발생하는 사고에 대하여 위 수급인이 일체의 책임을 지기로 약속하였으나 실체는 피고와 위 수급인 간에 사용자와 피용자 간의 지휘·감독의 관계가 있다고 볼 수 있는 경우라면 피고는 위 수급인 및 동인이 사용하는 인부가 위 하역작업 중에 원고에게 입힌 손해에 대하여 손해배상책임이 있다”<sup>105)</sup>고 판시하여 형식상 도급계약이 체결된 경우에도 수급인이 그 업무수행에 관하여 도급인의 지시감독을 받는 경우에는, 그 범위 내에서 실질적으로 사용자 관계에 있다고 볼 것이므로 도급인은 수급인의 행위에 대하여 사용자로서의 배상책임을 면할 수 없다는 것이다. 또한, “피고 회사의 기중기를 사용하는 부두하역작업에서 피고 회사 직원의 지휘감독아래 회사 소유 기중기조종에 대한 신호를 하게 하였다면 동인이 계속적인 근무가 아니고 보수를 지급한 것도 아니며 법률상 사용관계가 있었는가의 여부에 불구하고 위와 같은 사실상의 사용관계만으로 동인을 피고 회사의 피용자라고 보아야 한다”<sup>106)</sup>고 판시하여, 사실상의 사용관계만으로도 피용자라고 볼 수 있다고 하였다.<sup>107)</sup> 그리고 “하도급을 받은 을이 그 공사를 함에 있어서 원도급을 받은 갑의 지시·감독을 받게 되어 있다면 갑은 을의 피용자의 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임 있다”<sup>108)</sup>고 하여 이러한 경우에까지 사용자책임을 인정하였다. 그렇지만 “수급인으로부터 하도급을 받은 자가 그 하도급공사를 시행하기 위하여 고용한 노무자는 수급인의 피용자라고 할 수 없

103) 대판 1993. 5. 27, 92다48109; 대판 1992. 6. 23, 92다2615.

104) 대판 1991. 3. 8, 90다18432.

105) 대판 1982. 4. 27, 81다카957; 대판 1983. 11. 22, 83다카1153; 대판 1982. 1. 26, 81다544.

106) 대판 1982. 4. 27, 81다카957; 대판 1983. 2. 8, 81다428.

107) 대판 1979. 2. 13, 78다2245.

108) 대판 1971. 6. 8, 71다677.

다”<sup>109)</sup>고 하여 수급인의 사용관계까지도 한정하여 판단하였음을 알 수 있다.

다만, 민법 제757조 단서에 의한 도급인의 책임은 민법 제756조에 의한 사용자 책임에 대한 특별책임이 아니라 독립한 책임으로 이해해야 한다.

#### (4) 명의대여관계

타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 거래행위, 사실행위, 영업 등을 할 것을 허락하는 것을 명의대여라 한다. 상거래의 경우 명의대여자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 명의사용자와 연대하여 변제할 의무를 지며(상법 제24조), 상거래가 아닌 경우에도 표현대리규정에 따라 변제 의무를 부담한다(민법 제125조, 제126조, 제129조).<sup>110)</sup> 그런데 판례에 나타난 명의대여자의 책임을 유형화해 보면 사업명의의 대여, 사업대행의 허락, 명칭사용의 허락, 상호의 대여, 면허영업명의의 대여 등이 있으나 그 중에서 사용자책임이 문제되는 것은 자동차사고의 분야, 특히 지입차량 문제에서 많이 발생한다. 사용자책임분야에 있어서 명의대여자의 책임문제는 첫째, 명의대여자가 사용자 책임을 져야 하는가? 둘째, 명의대여자가 배상 책임을 져야 한다면 그 근거는 무엇인가? 셋째, 명의대여자가 사용자로서 책임을 지게 된다면 그 책임의 판단기준으로서 사용관계는 어떻게 볼 것이며 그 근거는 무엇인가? 넷째, 명의대여자의 사용자 책임은 거래행위로 인한 것도 포함되는가? 다섯째, 자동차사고 시 ‘지입(持込)’에 관한 법률문제는 어떠한가? 등을 검토할 필요가 있다.<sup>111)</sup> 따라서 이하에서는 영업상의 명의를 대여하고 있는 경우에 명의대여자에게 사용자 책임을 인정하는 것이 판례의 태도이다. 판례에서 나타난 구체적인 판례는 다음과 같다.

건설회사가 사업자등록이 없는 타인에게 건설회사의 명의로 도색 공사를 하게 한 경우,<sup>112)</sup> 채석사업의 사업자등록과 채석허가를 보유하고 있는 자가 타인에게 그 사업의 명의를 사용하여 채석하게 한 경우,<sup>113)</sup> 민간보육시설설치신고자의 명

109) 대판 1971. 4. 6, 71다301.

110) 이은영, 전제서, 855면.

111) 서정화, 전제논문, 141면.

112) 대판 2005. 2. 25, 2003다36133; 대판 2003. 7. 25, 2003다9049; 대판 2001. 8. 21, 2001다3658; 대판 1997. 4. 11, 97다386.

113) 대판 2007. 6. 28, 2007다26929; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133; 대판 2001. 8. 21, 2001다3658; 대판 1998.

의를 가지고 있는 자가 타인에게 그 명의를 대여하여 어린이집을 운영하게 한 경우,<sup>114)</sup> 리조트회사가 타인으로 하여금 리조트회사의 상호나 명칭을 사용하여 골프회원권을 매도하게 한 경우,<sup>115)</sup> 일정한 수준의 기술인력과 장비시설 등을 필요로 하는 건설관계사업의 명의를 타인에게 대여한 경우<sup>116)</sup> 등의 판례에서 보는 바와 같이 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허가받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허가한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있으며, 그 명의대여로 인한 사용관계의 여부는 실제로 지휘·감독하였느냐 여부에 관계없이 객관적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독할 지위에 있었느냐 여부를 기준으로 결정하여야 한다.<sup>117)</sup>

그 밖에도 대법원은, 타인에 대하여 어느 사업에 관하여 자기 사업을 자기이름으로 대행할 것을 허락한 사람은 그 사업에 관하여 자기가 책임을 부담할 지위에 있음을 표시한 것이라 할 것이고 그 사업을 대행한 사람 또는 그 피용자가 그 사업에 관하여서 한 법률행위에 관하여 제3자에 대하여 그 책임이 있다.<sup>118)</sup> 또한 어느 사업에 관하여 자기명의를 사용할 것을 허용한 자는 그 명의 사용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임이 있다고 하여 공사명의대여의 유형으로서 시민회관무대계약 명의인에게 공사하자에 대한 사용자책임을 인정한다.<sup>119)</sup>

자동차를 운행하기 위하여 관계당국으로부터 면허를 받은 자는 실제에 있어 그 소유자가 아니라든가 또는 내부에 있어 타인으로 하여금 영업하게 하는 일이

5. 15, 97다58538.

114) 대판 2007. 6. 28, 2007다26929; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133.

115) 대판 2011. 11. 24, 2011다41529; 대판 2010. 7. 22, 2010다20211; 대판 2007. 4. 12, 2006다29839; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133.

116) 대판 2003. 7. 25, 2003다9049.

117) 대판 2010. 7. 22, 2010다20211; 대판 2007. 6. 28, 2007다26929; 대판 2007. 11. 16, 2005다55312; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133.

118) 대판 2002. 5. 14, 2001다73572; 대판 1995. 2. 28, 94다32252,32269(반소); 대판 1968. 5. 28, 68다508.

119) 대판 1998. 5. 15, 97다58538; 대판 1994. 10. 25, 94다24176; 대판 1982. 4. 27, 81다카957.

있다 하더라도 외부관계에 있어서는 자기의 영업명의를 표시한 것으로 그 종업원의 사무집행에 있어 고의 또는 과실로 인하여 제3자에게 가한 손해에 대하여 이를 배상할 책임이 있다.<sup>120)</sup> 자동차를 운행하기 위하여 관계당국에 등록하고 그 면허를 받은 명의인은 그 자동차운행에 관하여 종업원을 지휘·감독할 의무가 있음을 대외적으로 표시한 자이므로 종업원의 불법행위에 대하여 사용자로서 배상책임이 있다.<sup>121)</sup>

사업의 성질상 타인에게 위험을 줄 염려가 있어 그 사업을 업무로 함에 있어 국가나 공공단체로부터 면허 또는 허가를 필요로 하는 사업에 관하여 자기의 허가 또는 면허명의를 대여하여 타인으로 하여금 영업을 하게 한 자는 민법 제756조에 의하여 그 타인이 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 피고 갑회사가 피고 을 회사로부터 중기(페이로다)를 조종자인 조수 A와 함께 임차하여 갑회사의 현장감독의 감독 하에 작업을 하게 하다가 A의 과실로 사고가 발생한 경우에는 비록 A가 갑회사의 직접적 피용자가 아니라고 하더라도 갑회사의 현장감독은 현장에서 중기의 운영을 직접 감독할 책임상 그 대여자에 같음하여 A를 감독하는 자의 위치에 있다고 할 것이므로 현장감독의 감독불충분으로 사고가 발생하였다면 갑회사는 현장감독의 사용자로서의 책임이 있다.<sup>122)</sup>

명의대여자에게 사용자책임을 인정한 책임의 근거에 대해, 자기가 경영하고 있다는 뜻을 제3자에게 표시한 것이므로 민법 제125조의 표현대리의 법리에 의하여야 한다는 견해, 명의를 대여한다는 것은 명의대여자가 사실상의 책임을 인수한다는 견해, 지휘·감독의 어떤 관계가 있으므로 사용자·피용자의 관계가 있다는 견해가 있다. 그러나 표현대리에 의한 상대방의 신뢰에 책임의 근거를 구하는 것은 거래관계가 존재하고 그 불이행의 책임을 묻는 경우에는 타당하겠으나 자동차사고와 같이 특수한 불법행위의 경우에는 설명할 수 없으며, 명의대여자의 책임을 인수한 것으로 보는 견해 역시 일종의 의제에 불과하다고 할 수 있다.<sup>123)</sup> 따라서 명의대여자의 사용자책임에 관한 사용자관계의 기준은 선임·감독의 유무

120) 대판 1959. 10. 1, 4291민상533; 대판 1959. 10. 15, 4292민상23; 대판 1959. 5. 21, 4291민상58.

121) 대판 1957. 2. 23, 4289민상574; 대판 1957. 2. 9, 4289민상676.

122) 대판 1998. 1. 23, 97다44676; 대판 1994. 10. 25, 94누9498; 대판 1995. 4. 7, 94다3872; 대판 1980. 8. 19, 80다708.

123) 서정화, 전제논문, 143면.

에 의해 결정함이 타당하다고 생각한다.<sup>124)</sup>

명의대여자 책임의 성립여부는 사용관계의 유무에 의해 결정되며, 그 구체적인 기준으로서 명의대여자의 경우에는 사실상의 지휘·감독이 아니라 객관적인 지휘·감독관계를 기준으로 판단하여야 한다는 것이다.<sup>125)</sup> 사용관계의 해석기준은 일반적으로 사실상 또는 실질적 지휘, 감독관계로 명의대여자관계에서는 객관적 지휘, 감독관계로 확대해야 할 근거가 무엇인가 하는 점이 문제이다. 이러한 점에 대하여 다음과 같은 견해가 있다.<sup>126)</sup>

첫째 위법성설로, 명의대여행위 자체의 위법성에 그 책임의 근거를 구하는 견해로서 자동차영업과 같이 일정한 기준에 달하지 않으면 허가가 얻어지지 않는 명의대여행위를 하는 경우에는 그 명의대여 자체가 위법성을 지니고 있으므로 명의대여자는 사고발생을 방지하기 위하여 지휘, 감독해야 할 의무를 져야 할 것이므로 사용자책임을 인정해야 한다는 견해이다. 둘째 영업관여설로, 자동차에 의한 운송법이 명의대여자의 영업인가 아니면 명의대여자가 영업에 참가하고 있는가의 여부를 기준으로 하여 볼 때 명의대여자를 어느 정도 영업자로 볼 수 있으므로 사용자책임을 인정하는 견해이다. 셋째 기업구성설로, 명의대여자의 기업으로서 성립하는 조직 내에서 손해가 생겼느냐의 여부를 기준으로 그 책임의 유무를 결정하려는 설이다. 이상의 견해 중에서 우리나라에서는 ‘지입’을 하여 자동차를 운행하는 경우가 많으므로 영업 관여설이 타당하다는 견해가 있으나<sup>127)</sup> 영업관여설은 ‘지입’과 같은 특수한 경우에는 타당할지 모르나 일반적으로 명의대여자는 영업자라고 볼 수 없으므로 위법성설이 보다 타당한 견해라 생각된다.

판례는 자동차사고에 의한 손해에 대해 명의대여자는 사용자로서의 책임을 인정하고,<sup>128)</sup> 또한 면허를 받은 자와 실질적인 소유자에게 다 같이 사용자책임을 인정하고 있다.<sup>129)</sup> 이처럼 판례는 사용자책임을 인정한 것은 대체로 명의대여자

124) 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003, 1163면; 加藤一郎, 前掲「不法行爲」, 176面.

125) 대판 2010. 7. 22, 2010다20211; 대판 2007. 4. 12, 2006다29839; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133; 대판 1957. 2. 9, 4287민상67; 대판 1968. 6. 18, 68다56.

126) 加藤一郎, 前掲「不法行爲」, 177面.

127) 이은영, 전제서, 856면.

128) 대판 1964. 4. 7, 63다638 .

129) 대판 2001. 8. 21, 2001다3658; 대판 1996. 5. 10, 95다50462; 대판 1966. 6. 7, 66다673; 대판 1962. 2. 22, 4294민상996.

에게 지휘, 감독의 관계가 있다는 것을 이유로 하고 있다. 그런데 명의대여관계에 있어서 자동차사고에 의한 손해배상책임을 지우기 위해서는 민법 제756조 또는 자동차손해배상보장법 제3조에 의하여야 할 것이다. 여기서 자동차손해배상보장법 제3조는 민법 제756조에 대한 특별법이므로 자동차사고로 인한 인신손해에 대하여는 민법 제756조보다 우선하여 적용되므로 명의대여의 경우에 명의대여자는 사용자로서가 아니라 운전자로서 책임을 지게 된다.<sup>130)</sup> 한편 자동차손해배상보장법 제3조는 ‘자기를 위한 운행’만을 그 적용요건으로 하고 있으므로 명의대여의 경우에도 이와 마찬가지로 사용관계는 필요 없다. 반면에 자동차손해배상보장법 제3조는 인신손해만 적용되므로 물적 손해에 대하여는 민법 제756조가 적용된다.<sup>131)</sup>

일반적으로 명의대여는 일정한 상호를 가지고 영업을 하는 자가 타인에게 그 상호로써 영업을 하도록 허락한 경우 또는 허가영업에 관하여 허가조건을 갖춘 타인의 명의를 빌려 허가를 받아서 그 타인의 명의로 영업을 하는 경우에 외관 내지 표시를 오신하여 거래관계를 가진 제3자가 불측의 손해를 본 경우에 그 제3자는 명의대여자에게 사용자로서의 책임을 지도록 할 수 있는가 하는 것이 문제이다. 이에 대하여 판례는 구체적 사례에서 보는 바와 같이 명의대여의 경우에 명의대여자에게 사용자책임을 인정하고, 그에 대한 근거는 사업의 성질상 타인에게 위험을 미칠 염려가 있어서 그 사업을 업무로 하려면 국가나 공공단체의 면허 또는 허가를 필요로 하는 사업에 관하여 자기의 허가 또는 어느 사업에 관하여 자기명의를 사용할 것을 허용한 자는 그 명의 사용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임을 있다.<sup>132)</sup>

한편, 명의대여에 관하여는 민법 제125조가 적용되는 경우와 상법 제24조가 적용되는 경우도 있겠지만 명의대여자와 명의차용자가 각각 독립의 영업자이면서 실질적으로는 그들 사이에 지휘·감독의 관계가 존재하고 있는 경우도 있을 것이다. 이 때 후자의 경우에 민법 제756조의 적용여부가 문제되어 피해자인 제3자는 동조에 의해 명의대여자의 책임을 추급할 수 있다는 것이다. 그런데 이들의

130) 서정화, 전제논문, 145면.

131) 박사현, “금융기관의 사용자책임에 관한 연구”, 경성대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 104-105면.

132) 대판 1998. 5. 15, 97다58538; 대판 1994. 10. 25, 94다24176; 대판 1982. 4. 27, 81다카957.

규정은 표시 내지 외관을 작출한 자로 하여금 이와 다른 주장을 하는 것을 봉쇄하고 표시 내지 외관을 신뢰하는 행위를 한 자에게 신뢰에 따라 소기의 목적을 달성케 하려고 하는 것이므로 상법 제24조는 타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있다고 규정하고 있는데, 이것을 바로 독일법상 ‘외관이론(Rechtsscheintheorie)’ 및 영미법상의 ‘표시에 의한 금반언(estoppel by representation)’의 법리를 나타낸 것으로 외관을 믿고 거래한 일반 대중의 이익을 보호하기 위하여 이른바 ‘看板貸’의 경우에 있어서 명의대여자의 책임을 규정한 것이다<sup>133)</sup>. 여기서 상법 제24조의 책임을 부담한 자는 ‘자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자’이며, 명의대여인이 책임을 지는 상대방은 ‘자기의 영업주로 오인하여 거래한 제3자’이다. 이 점에 있어서 민법 제756조의 책임과 상이하다고 할 수 있다. 다만 거래한 자가 과실로 인하여 오인한 경우는 명의대여자는 책임을 면할 수 없으나 중대한 과실 또는 악의가 있을 때에는 책임을 지지 않는다. 또한 상법 제24조의 명의대여인은 명의차용인과 상대방과의 거래에서 생긴 채무에 대하여서만 책임을 진다. 여기서 어떠한 판단기준에 의하여 명의차용인의 거래행위가 명의대여인이 허락한 영업을 범위내의 거래행위가 되는가 하는 것이 문제가 된다. 외간의 신뢰를 보호하기 위해서는 허락한 영업을 범위 내라는 것을 엄격하게 해석할 것이 아니고 영업을 업종·업태·취급품목 등을 종합적으로 관찰하여 객관적·일반적으로 해석하여야 한다.<sup>134)</sup>

따라서 어떤 행위에 의한 외관 내지 표시를 오신하여 거래관계를 한 제3자는 민법 제125조나 또는 상법 제24조에 의해서 명의대여자에게 손해배상을 청구할 수 있을 것이고, 명의대여자와 명의사용자가 각각 독립의 영업자이면서 실질적으로는 그들 사이에 지휘·감독관계가 존재한 경우에는 민법 제756조의 적용여부가 문제되어 제3자는 동조에 의하여 명의대여자의 책임을 물을 수 있을 것이다.

민법상 명의대여자의 책임에 관하여 거래에 의한 책임과 불법행위에 의한 책임을 구별할 것이며 거래에 의한 것에는 명의대여자와 사실상의 영업자와의 사

133) 서정화, 전제논문, 146면.

134) 김덕중, 전제논문, 144면; 서정화, 상계논문, 147면.

이에 민법 제756조에서 말하는 사용관계인 지휘·감독관계의 유무에 의하여 문제를 해결하여야 할 것이다.<sup>135)</sup>

사용관계의 구체적인 경우로서, ① 직접적인 계약관계가 없는 경우에, 사용관계가 존재한다고 하기 위해서는 사용자와 피용자 간에 일체성을 형성하여 주는 고용계약 등의 직접적인 계약관계가 존재해야 하나 현재의 통설의 입장은 법률적으로 유효한 계약이 없더라도 실질적으로 의사지배의 관계만 있으면 된다고 한다. 판례도 사용관계는 계약관계의 유무나 유효성 여부와는 관계없이 사용자의 의사에 복종해야 할 사실상의 관계만 있으면 충분하다고 한다.<sup>136)</sup> ② 일시적 사용인 경우, 사용관계는 계속적이 아니고 일시적인 사용의 경우에도 사용자와 피용자 사이에 실질적인 지휘·감독의 관계만 있으면 된다. 그리고 판례 역시 계속적인 근무가 아니라 하더라도 사실상의 지휘·감독 관계만 있으면 사용관계가 이루어진다고 판시하고 있다.<sup>137)</sup> ③ 명의사용을 허용 받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다. 판례도, “지입차량의 차주 또는 그가 고용한 운전자의 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에, 지입회사는 명의대여자로서 제3자에 대하여 지입차량이 자기의 사업에 속하는 것을 표시하였을 뿐 아니라 객관적으로 지입차주를 지휘·감독하는 사용자의 지위에 있다 할 것이므로 사용자책임을 부담 한다”고 하고 있다.<sup>138)</sup>

## 2. 사무집행 관련성

### (1) 의의 및 입법취지

사용자책임에서 ‘사무집행에 관하여’라는 요건은 피용자의 행위에 대하여 사용자로 하여금 책임을 지게 하는 기준으로 가장 중요하다. 왜냐하면 앞에서 살펴본 바와 같이, 학설과 판례가 ‘사용관계’를 매우 넓게 인정하고, 나중에 살펴보는 바

135) 서정화, 전제논문, 147면.

136) 대판 1996. 10. 11, 96다30182; ; 대판 1982. 11. 23, 82다카1133.

137) 대판 1998. 4. 28, 96다25500

138) 대판 2001. 8. 21, 2001다3658; 대판 2000. 10. 13, 2000다20069.

와 같이 판례가 사용자의 면책주장을 거의 인정하지 않아서 사용자책임을 다투는 자는 피용자의 행위가 사무집행에 관하여 행하여진 것인지에 전력을 기울이게 되기 때문이다. 요컨대 ‘사무집행에 관하여’는 피해자의 보호와 사용자의 이익의 타협점이라고 할 수 있다.<sup>139)</sup>

현행 민법 제756조에서는 구민법 제715조의 ‘사업’이라는 용어를 ‘사무’라는 용어로 변경하였다.<sup>140)</sup> 그 이유에 대해 기초자는 현대법의 사업을 사무로 한 것은 타당하다고만 설명하고 있을 뿐이다.<sup>141)</sup> 민법 제756조가 ‘타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자’라고 규정한 것은 어떤 ‘사업’을 경영하고 있는 자가 타인을 사용하여 그가 경영하고 있는 사업 중의 ‘어느 사무’에 종사하게 함을 의미한 것이므로 ‘사업’은 그 사업 중 피용자가 종사할 직무를 의미한다. 따라서 ‘사업’이라는 용어보다는 ‘사무’라는 표현이 보다 적절한 문언이라고 본다.<sup>142)</sup> 그러나 사용자책임의 유무 및 범위는 사용자가 경영하고 있는 사업의 구조·성격·자력 등에 의해 결정되므로 ‘사무’의 해석여하가 본조의 본질 및 근거를 규명함에 중요한 요인이 된다. 일반적으로 사무라 함은 영리를 목적으로 한 계속적인 활동을 말하며 영리성과 계속성을 그 요건으로 하고 있다. 그러나 본조의 적용범위가 가사사용관계로부터 대기업의 사용관계에 이르기까지 모든 사용관계를 포함하므로 본조에 있어서 ‘사무집행에 관하여’와 관련된 사무란 통속적 용어인 ‘일’이란 뜻으로 넓게 해석하여 영리적 혹은 비영리적, 사실적 혹은 법률적, 계속적 혹은 일시적인 것이든 묻지 않고 광범위하게 포함된 것으로 본다.<sup>143)</sup>

우리 민법의 입법과정에서 제출된 정부안은 ‘그 사무집행으로 인하여’라고 되어 있었으나 ‘인하여’라는 표현을 구민법의 규정대로 ‘관하여’로 그대로 두었다(초안 제749조 제2항). 그 취지는 타인을 사용하여 자기의 활동범위를 확장한 자는 그 확장된 범위에 있어서 보상책임원리를 입법한 것으로 ‘사무집행으로 인하여’라는 문구는 사무집행자체에 국한하는 것으로 해석되기 쉬워서 그 책임범위가 너무 좁혀지므로 ‘사무집행에 관하여’라고 한다고 하였다.<sup>144)</sup> 이와 같은 취지의

139) 지원립, 전거서, 1735면.

140) 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 「민법안심의록」 상권, 1957, 444면 이하.

141) 국회사무처, 「민법안에 관한 건」, 제26회 국회속기록, 국회사무처, 1957, 452면.

142) 양장수, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 110면.

143) 김형석, “사용자책임의 입법주의 연구: 역사적·비교법적 접근”, 「법학」, 제53권 제3호(통권 제164호) 서울대학교 법학연구소, 2012, 463면.

입법례로서는 독일 민법 제831조가 ‘사무집행에 관하여(in Ausführung der Verrichtung)’라고 규정한 것을 비롯하여, 스위스 채무법 제55조는 ‘근무상 또는 사실상의 업무집행에 관하여(in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen)’라고 하고 있으며, 또한 영미법에서는 판례법상 ‘고용의 범위내(within the scope of employment)’ 등으로 표현하고 있다.<sup>145)</sup> 독일 민법 제831조의 입법과정에서는 ‘사무에 즈음하여 또는 그 기회에(bei Verrichtung oder bei Gelegenheit derselben)’라는 것은 사용자책임의 범위가 넓으므로 ‘업무에 관하여(in Ausführung der Verrichtung)’라고 표현하여 ‘bei’가 아니고 ‘in’이라 함으로써 피용자의 행위가 위임된 업무의 목적·태양과 내부적 관련성을 가져야 한다는 것을 의미하여 판단기준으로 하고 있다.<sup>146)</sup>

민법의 해석상 ‘사무집행에 관하여’라 함은 사무를 집행하는 기회에 그 사무와 아무런 관계가 없는 경우는 포함하지 않으므로 ‘사무집행에 즈음하여’보다는 그 의미가 좁고 사용자의 이익을 위하여 한 것임을 표하지 않는다는 점에서 ‘사무의 집행을 위하여’는 그 의미가 넓다고 보아 피용자의 행위가 그 사무를 집행하는 행위로 인정될 수 있는 외형을 갖춘 때를 의미한다고 할 것이다.<sup>147)</sup>

## (2) 사무집행의 범위

‘사무집행에 관하여’라는 문구는 너무 추상적이고 개괄적인 개념이며 입법자의 입법취지에 대한 설명도 불충분하여 법관이 법률을 적용할 때에 구체적인 기준을 설정할 필요가 있다. 특히 피용자가 직무를 이탈하여 사무를 집행하거나 또는 피용자가 사적이익을 도모하기 위해 권한을 남용하는 행위를 하는 경우에 그것이 ‘사무집행에 관하여’에 해당되는가 하는 것이 문제가 된다. 이 문제는 주로 일본 판례에서 형성 발전되어 학설상 논란이 많으며, 우리나라 학설과 판례도 일본의 영향을 많이 받고 있다.<sup>148)</sup>

144) 김형석, 전계논문, 465면; 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 445면.

145) 四宮和夫, 「不法行爲」, 青林書院, 1987, 687-688面.

146) Siehe. Geigel, *Der Haftpflichtprozeß*, München: C.H.Beck, 1982, S.426.

147) 박사현, 전계논문, 117면.

148) 박사현, 상계논문, 118면.

‘사무집행성’에 관한 일본 초기의 판례는 사용자의 의사적 요소를 중시하여 가능한 제한적으로 해석하려는 것으로 ‘사무집행에 관하여’란 사용자의 명령 또는 위임에 의한 행위 및 그것과 일체를 이루어 불가분의 관계에 있을 것을 요한다고 한다.<sup>149)</sup> 또 사무집행에 관하여 가한 손해라 함은 사업의 범위에 속하는 행위 또는 이와 관련하여 일체를 이루고 불가분의 관계에 있는 피용자의 행위로부터 생긴 손해이어야 한다고 하여, 사무집행의 범위를 사무집행의 자체 및 이와 일체 불가분의 관계에 있는 행위로 인하여 손해를 입힌 경우에 한한다고 하였으며, 피용자의 행위가 비록 사용자의 업무에 속하는 것일지라도 사용자가 명령 또는 위임한 사실이 없다면 피용자가 제3자에게 가한 손해에 관하여 사용자는 손해배상 책임을 지지 않는다고<sup>150)</sup> 함으로써 사무집행을 사용자의 명령 또는 위임에 기한 경우로 한정하였다. 이와 같은 견해를 일체불가분설이라고 한다. 이 설에 의하면 사용자의 명령 또는 위임을 전제로 하고, 그 사업의 집행자체 또는 그 업무집행과 일체불가분의 관계에 있는 경우에 한하며, 피용자의 행위가 사용자의 명령이나 금지에 위반한 부당한 사무집행일 때에는 사무집행성이 부정된다. 따라서 피용자가 이익을 목적으로 하거나 지위를 남용한 행위는 사무집행성이 부정된다고 할 것이다. 그러나 이 이론은 사용자책임의 이론을 과실책임으로 보고 사용자책임을 제한함으로써 거래의 상대방 보호를 소홀하게 한다. 그리하여 일체불가분설을 버리고 행위의 객관적 외형에 따라서 판단하는 외형이론이 등장하게 되었다.<sup>151)</sup>

### (3) 외형이론

#### 1) 의의 및 기능

일반적으로 외형이론이라 함은 사무집행의 범위를 피용자의 의사를 기본으로 하지 아니하고 피용자의 가해행위를 그 외형에서 객관적으로 판단하여 사용자의 지위·감독·위임 등에 의한 경우는 물론 그러한 지휘·감독에 위반한 것일지라

149) 日本 大審院 1916. 7. 29.

150) 日本 大審院 1919. 1. 21.

151) 宮内竹和, “使用者責任における 外形理論”, 「民法の争點」, 有斐閣, 1978, 296面.

도 외형상 사용자의 사업 활동 내지 당해 피용자의 직무범위내의 것이라고 인정된다면 피용자가 자기 또는 타인의 이익을 꾀할 목적으로 권한을 남용한 경우에도 널리 사무집행에 관하여 행하여진 행위로 보는 견해가 외형표준설이라고도 하며,<sup>152)</sup> 이설이 다수설적 견해이다.<sup>153)</sup> 이러한 외형이론은 연역적으로는 당시 일본의 판례인 일체불가분설이 극복개념으로서 또한 기능적으로는 보상책임이나 위험책임을 근거로 한 무과실책임이론의 실정법상 하나의 증거수단으로서 그리고 형식적으로는 판례의 형식상 이유로 인정한 중요한 역할을 하게 되었는데, 이는 1926년 10월 13일의 일본대심원 연합부의 판결에서 대전환을 이루었다. 이 판결은 피용자에 의해서 위조된 주권을 담보로 한 상대방이 입은 손해를 사용자인 회사에 대해서 손해배상을 청구한 사안에서 종래의 대심원이 취해온 일체불가분성은 통용범위가 협소하므로 보다 광범위하게 해석해야 한다고 하여 원인이 일체불가분설에 따라 거래의 상대방의 청구를 기각한 것을 파기 환송했다.<sup>154)</sup> 이 판결은 연합부의 판결로서 이후 판례는 피용자의 권한남용에 의한 부정행위에 대해서도 사용자책임을 인정하는 쪽으로 나아가게 되었다.

이와 같은 외형이론은 거래행위에 있어서 행위의 외형에 대한 제3자의 신뢰를 보호하려는데 있으며, 사용자책임을 성질을 과실 책임으로부터 무과실책임을 국면으로 전환하여 파악하고 그 책임의 근거를 무과실책임을 근거로 삼고 있는 보상책임 내지 위험책임을 원리를 도입하여 이를 그 이론적 배경으로 삼고 있다. 따라서 이 이론은 피용자의 주관적 사정, 즉 직무권한을 일탈하였는가, 혹은 누구의 이익을 위하여 하였는가 하는 점을 '사무집행에 관하여'의 판단기준에서 제외하고 외형을 작출한 사용자측의 사정 및 이를 신뢰함에 이른 피해자측의 사정만을 고려한다는 데 있다고 할 수 있다.

1940년의 일본 대심원은, 신용조합의 피용자가 자기의 조합에 대해서 하는 정기예금증서에 질권을 설정한 후에 조합의 승낙서를 위조하여 그것을 담보로 상대방에게 손해를 준 사업에 대하여 피용자의 당해 행위가 외관상 업무집행과 동일한 외형을 갖추었을 때에는 피용자가 자기를 위한 것이든 아니든 이로 인하여

152) 박사현, 전계논문, 115-116면; 四宮和夫, 前掲「不法行爲」, 692面.

153) 광윤직, 전계서, 748면.

154) 日本 大審院 1926. 10. 13.

생긴 손해는 사업의 집행에 관해 제3자에 가한 손해라 함을 방해하지 않는다고 판시하였다.<sup>155)</sup> 그 후 일본의 판례는 외형이론을 적극적으로 활용하여 피용자에 의한 불법행위가 거래행위의 외형을 갖추거나 혹은 그의 일환으로서 이루어진 거래적불법행위 뿐만 아니라 피용자가 운전하는 자동차가 사람을 치었다고 하는 순수한 사실적 행위인 사실적불법행위의 경우에도 이 이론에 따라 사용자책임을 확대하여 인정하였다.

## 2) 학설

외형이론에 대한 일본의 학설을 살펴보면, ‘사업의 범위’를 점차 확대하려는 방향으로 전개되었음을 알 수 있다. 종래에는 피용자의 의사를 중시하고 사업집행의 범위는 사용자가 명한 것에 의하여 결정되는 것 외에 피용자가 사용자의 명에 의해 사업의 이익을 위하여 하였는가의 여부에 의하여 결정된다고 하여 피용자가 사익을 도모하는 행위는 사업집행이 되지 않는다고 엄격하게 해석하였다.<sup>156)</sup> 그 후에 ‘행위의 외형’ 내지 ‘객관적으로 보아 사업집행이라 할 수 있는 행위’라 하는 표현자체가 너무나 개괄적·추상적이며 적극적인 개념이어서 결과적으로 사용자책임의 범위가 무한정하게 확대될 수 있다는 점에서 실질적인 판단 기준을 얻을 수 없으므로 적극적이며 구체적인 기준을 제시하고자 노력하였다. 그러므로 외형이론의 구체적이고 명확한 기준을 설정하기 위한 학설로서, 적어도 거래적불법행위에서만은 거래안전을 위하고 상대방의 신뢰보호를 기준으로 삼는 견해가 있고<sup>157)</sup> 객관적으로 사업집행이라고 보이는 행위의 기준설정으로서, 가해행위가 갖고 있는 불법인자를 제거하여 바로 사업집행행위 자체라고 생각할 수 있는 행위,<sup>158)</sup> 사용자의 사회적 활동이 확장되었다고 객관적으로 인정되는 범위에 있어서 피용자의 행위,<sup>159)</sup> 어떤 기업에 고용되어 있기 때문에 그 직무의 성질상 통상 위험 있는 행위,<sup>160)</sup> 객관적으로 보아 사용자의 지배영역내의 사무라 인정되는 행위,<sup>161)</sup> 사업집행을 하기 때문에 발생할 수 있는 행위,<sup>162)</sup> 업무상 예측할

155) 日本 大審院 1940. 5. 10.

156) 서정화, 전계논문, 155-156면; 末弘嚴太部, 「債權各論」, 有斐閣, 1920, 1085면.

157) 森島召夫, 前掲 「不法行爲法講義」, 288면.

158) 末川博, 「民法論集」, 日本評論社, 1962, 45면.

159) 我妻榮, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 日本評論社, 1940, 168면.

160) 森島召夫, 前掲 「不法行爲法講義」, 291면.

수 있는 모든 위험 있는 행위<sup>163)</sup> 등이 있다.

위와 같은 학설은 업무집행행위의 판단기준을 보상책임설이나 위험책임설 등의 기초이론과 관련하여 사용자책임을 고려하고 있다는 점에 특징이 있으며, ‘무엇이 외형이냐’의 문제에 귀착하여 ‘외형’의 판단주체를 ‘단지 객관주의 영역’을 의미한다고 보고, 피해자의 신뢰보호의 요소를 포함해야 한다고 봄으로써 일반인이 업무집행이라고 믿어야 하느냐 또는 거래의 상대방이 업무집행성이 있다고 믿어야 하느냐 또는 거래의 상대방이 업무집행성이 있다고 믿어야 하느냐는 것이 문제가 된다. 또한 이들의 학설은 왜 사용자가 피용자의 권한남용행위에 관하여 책임을 지지 않으면 안 되는가의 설명이 결여되고 있다는 비판이 있다.<sup>164)</sup>

따라서 사무집행에 관한 판단기준은 행위의 외형이 직무행위에 해당하느냐의 여부에 있는 것이 아니라 사고로 인해 발생한 손해를 가해자측과 피해자측의 어느 쪽이 책임져야 공평한가 하는 관점에서 판단해야 한다고 함으로써 다음과 같은 세 가지의 견해를 들 수 있다. 첫째는, 거래적불법행위는 그대로 외형이론을 적용하고 사실적 거래행위에 관해서만 별도로 판단기준을 정하여야 한다는 견해로서 사실행위에 관하여는 외형이론에 의할 것이 아니고 업무상 예측할 수 있는 모든 위험에 관하여는 사무집행행위로 인정하자는 견해이다.<sup>165)</sup> 둘째는, 외형이론의 원형이 비록 추상적이고 소극적이라 할지라도 그것이 담당하는 기능의 중요성을 고려한다면 그것을 배제할 것이 아니라 오히려 그 행위의 ‘외형’의 형성에 관여한 사용자측의 사정과 그것을 신뢰한 피해자측의 사정을 종합적 및 상관적으로 고려하여야 한다는 견해이다.<sup>166)</sup> 셋째는, 판례를 분석하고 검토한 후 외형이론의 허구성을 비난하고 하나의 통일적 기준의 설정은 무의미 하며 피용자의 가해유형이란 점에서 각각 독자적으로 해석기준과 그 효과를 설정해야 한다는 견해가 있다.<sup>167)</sup>

이러한 종래의 외형이론에 대하여 일본에서는 새로운 수정론이 제기되고 있는

161) 加藤一郎, 前掲「不法行爲」, 182面.

162) 加藤一郎·野村好弘, 「事故責任」, ダイヤモンド社, 1968, 44面.

163) 森島召夫, 「注釋民法(19)」, 日本評論社, 1986, 233面.

164) 官内竹和, 前掲“使用者責任における外形理論”, 297面.

165) 我妻榮, 「債權法」, 167面; 加藤一郎, 「不法行爲」, 183面; 森島召夫, 「不法行爲法講義」, 288面.

166) 官内竹和, 前掲“使用者責任における外形理論”, 297面.

167) 田上富信, “使用者責任における事業執行に付きの意義”, 「現代損害賠償法講座(6)」, 日本評論社, 1974, 58面.

데, 그 내용을 검토하면 다음과 같다.

첫째 행위유형론으로, 사무집행의 해석기준을 설정하는 기본적 관점을 사용자측과 피해자측의 사정을 비교·형량하여 발생한 손해를 어느 쪽에 부담시키는 것이 타당한가를 결정해야 하며, 종래의 이론이 문자 그대로 행위의 외형을 신뢰한 피해자보호만을 강조하고 사용자측의 사정을 무시함으로써 무조건적 피해자보호라는 결과가 되어 형평의 원리에 반하며 또한 외형이라는 개념의 모호성과 추상성, 그리고 사실적 불법행위에까지 확대 적용하는 부당함과 거래적 불법행위에 관해서도 직접적인 상대방이 아닌 제3자에게 적용한 불합리성을 지적하고 피용자의 가해행위를 그 행위의 성질에 따라 거래적 불법행위, 사실적 불법행위, 폭력행위 등으로 나누어 각각 사용자, 피해자측의 사정을 고려하여 개별적 및 구체적 판단기준을 설정함으로써 사실적 이유를 제시할 수 있다고 한다.<sup>168)</sup> 거래적 불법행위에 있어서 사용자측의 책임요인으로서, 사용자가 피용자로 하여금 어음 위조 등의 지위를 남용하여 제3자에게 손해를 입히기 쉬운 상황에 놓이게 한 위험의 창출 및 손해발생을 방지하는데 상당한 조치를 강구하지 않았다는 방지조치의 결여 등을 들고 있다. 그리고 사용자책임을 부정하는 요인으로서, 피용자의 행위가 직무권한외의 것을 피해자가 알고 있는 경우에는 사용자가 책임을 지지 않는데, 그 근거는 외형이론에서 찾을 것이 아니라 신의칙에 의한 일반적 악의의 항변으로 구성해야 하고 피해자 측에 과실이 있는 경우에는 중과실 여하를 불문하고 과실상계로 처리해야 한다는 것이다.

사실적 불법행위에 있어서는 주로 자동차사고 중에서 무단 운전하는 경우가 대부분이다. 이 경우에 사용자측의 사정으로는 차를 이용하기 쉬운 지위 내지 상황에 놓여 있었다는 점과 방지조치를 하지 않았다는 점을 들 수 있다.<sup>169)</sup> 그런데 가해자동차가 피용자의 소유일 경우에는 피용자가 업무로서 사용하다가 사고를 일으킨 때에는 사용자가 관여한 정도 내지 태도에 따라 구체적으로 결정해야 한다는 것이다. 또한 피해자측의 주관적 사정으로 피해자가 무단사용운전임을 알면서 동승한 때에는 신의칙에 의한 악의항변을 근거로 하여 사용자에게는 책임이 없으며 과실의 경우에는 과실상계에 의하여 처리해야 한다는 것이다. 한편 폭력

168) 田上富信, 前掲論文, 58面; 김덕중, 전계논문, 148면.

169) 김덕중, 상계논문, 150면.

행위에 관하여는 그 행위가 사업과 시간적 및 장소적으로 관련되어 있는지의 문제와 또 그 행위가 사용자의 사업의 전부나 일부를 수행하는 과정 중에 일어난 것인가의 문제로서 가해행위와 사용자의 사업 사이에 외부적 및 내부적 관련성을 구체적으로 판단기준으로 하여야 한다는 것이다. 따라서 행위유형론은 사업집행의 범위를 지나치게 확대해석하여 무조건적 피해자보호에 입각한 통설의 모순점을 비판하면서 책임의 귀속요건인 사무집행의 범위를 가해자측 사정의 면밀한 분석과 검토 및 피용자의 가해행위의 유형적 구별을 통하여 개별적이고 구체적인 판단기준을 설정하였다는 점에서 한층 진보적인 해석방법이라고 판단된다.<sup>170)</sup>

둘째 주관적 신뢰보호설로, 외형적 표준설의 단점을 보충하기 위하여 외형이론에 대하여 새로운 신뢰보호적 요소를 가미하여 해석하자는 견해이다. 외형적 표준설은 엄격히 본다면 종래의 일체불가분설을 극복하기 위한 것이며 그 원형으로서 해당 피해자의 가해행위가 업무와 동일한 외형을 구비하는 행위로서 인정된다면 족하며, 피용자의 주관적 사정을 고려하지 않는다는 개괄적, 추상적, 소극적 개념에 불과하다. 그러므로 행위의 외형이 문제되는 이상 외형의 구성에 관여한 사용자측 사정과 그것을 신뢰한 피해자측 사정을 종합적으로 고려하여야 한다는 새로운 입장이다.<sup>171)</sup> 다만 민법 제756조의 규정은 거래안전을 보호하려는 것과는 다르므로 주관적 신뢰보호설의 난점을 제기할 수 있으나 이것은 외형이론의 판단기준에 해당되는 것이므로 무방하다. 최근 일본의 판례는 신용금고의 직원이 아닌 사람과 밀통하여 직원정기충회에 가입시킨 행위는 업무집행의 범위에 속한다고 보았다.<sup>172)</sup> 따라서 사용자측에 있어서도 가해행위시 발생을 방지할 수 있는 상당한 조치를 취할 가능성이 있고 또한 피해자가 피용자의 일정직무상 지위에 대한 외관을 믿었던 신뢰성도 참작하여 볼 때에 거래상 불법행위의 문제가 제기된다. 피용자의 사실행위적 불법행위는 피해자측의 주관적 사정을 고려할 여지가 없으므로 피해자측의 신뢰매개로 인한 손해의 발생문제는 생길 가능성이 없다. 그리고 거래행위적 불법행위에 있어서는 피해자의 악의 또는 중대한 과실이 있으면 피용자의 업무집행행위는 사용자의 업무범위로 볼 수 없으므로 피용

170) 서정화, 전제논문, 159면.

171) 김덕중, 전제논문, 150면.

172) 日本 最高裁判所 1975. 1. 30.

자의 업무범위가 축소되어 사실행위적 불법행위보다는 사용자책임의 성립범위가 한정되는 것이다.

셋째 제한외형이론으로, 외형이론은 업무집행을 넓게 해석함으로써 피해자의 보호를 꾀한다는 점에서는 크게 기여하고 있으나 사용자의 입장에서 볼 때에는 단순히 피용자의 가해행위가 사무집행의 외형을 갖고 있다는 사실에 기초해서 손해발생책임을 부담하는 것은 부당하다. 따라서 사용자책임의 발생은 ‘사무집행의 외형’ 자체를 매개로 할 것이 아니라 ‘사무집행의 외형을 만들었다는 점’을 매개로 하여야 한다는 것이다.<sup>173)</sup> 즉 사용자가 상대방의 신뢰를 야기할 만한 원인을 제공하였다든가 또는 피용자의 가해행위를 방지할 조치를 게을리 하였다든지 등의 귀책원인이 있을 때에 비로소 사무집행의 외형에 따른 책임을 부과할 수 있다고 하는 견해이다. 이 설은 학설과 판례가 사용관계를 폭넓게 인정하고 또한 사용자의 면책도 거의 허용하지 않기 때문에 실제사건에서 사용자가 책임을 면할 수 있는 길은 오직 피용자의 행위가 사무집행 관련성을 갖지 않음을 증명하는 것뿐이라고 지적하면서 외형이론에서 말하는 ‘사무집행의 외형을 갖는 경우’를 다음과 같이 구체화할 수 있다고 한다. 당해 행위가 사용자의 사무의 범위에 속하고, 당해 행위가 피용자의 사무집행행위에 속해야 하며, 사용자와 피용자 사이의 내부관계에서 사무집행행위가 아닌 경우라 할지라도 피용자가 이익을 얻기 위해 그의 권한을 남용한다거나 피용자가 사용자의 명령이나 금지에 위반한 행위 또는 근무시간 외 및 사무실 밖에서 행해진 행위 등도 사무집행행위로서 외형을 갖추고 있는 경우에는 사무집행행위로 볼 수 있다는 것이다.

### 3) 판례

외형표준이론에 관한 우리나라의 판례로서, “민법 제756조에 정한 ‘사무 집행에 관하여’라는 규정의 뜻은 원칙적으로는 그 행위가 피용자의 직무 범위에 속하는 행위여야 하나 피용자의 직무집행행위 그 자체는 아니더라도 그 행위의 외형으로 관찰하여 마치 직무의 범위 내에 속하는 것과 같이 보이는 행위도 포함하는 것으로 새겨야 한다”<sup>174)</sup>고 하고, 또한 민법 제756조에 규정된 사용자책임의

173) 이은영, 전제서, 634면; 박사현, 전제논문, 118면.

174) 대판 1997. 9. 26, 97다21499.

요건인 ‘사무집행에 관하여’라는 뜻에 관하여, “피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업 활동 내지 사무집행 행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이고, 여기에서 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지는, 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련 정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험 창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 할 것이다”<sup>175)</sup>라고 판시하고 있다. 나아가 “남편과 사별하고 달리 직업을 가지지 못한 채 남편의 유산을 처분하여 은행에 넣어 두고 이자를 받아서 생활하여 오던 피해자가 은행의 지점장을 통하여 은행과 거래하여 왔고, 피해자가 교부한 금원에 대한 이자가 정기적으로 피해자의 통장으로 입금되어 왔으며, 은행 지점장이 은행의 공적 금리보다 높은 이자를 보장해 주는 조건으로 예금하도록 유인하는 편법 금융거래가 금융기관 사이에서 종종 행하여져 왔다는 점 등에 비추어, 그 은행 지점장의 행위가 당해 은행의 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자가 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 것으로는 볼 수 없다”<sup>176)</sup>고 하고 있다.

피용자의 행위가 사용자의 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 중과실로 알지 못한 경우 사용자에 대하여 사용자 책임을 묻지 못한다.<sup>177)</sup> 이러한 사용자책임의 면책사유인 ‘피해자의 중대한 과실’의 의미 및 그 유무의 판단기준과 판단시기에 대하여 대법원은, “……중대한 과실이란 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도로 주의가 결여되고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말하고 한편 이와 같은 중대한 과실 유무를 판단함에 있어서는 피용자의 행위에 의한 거래가 있었던 당시의 사정을 기준으로 하여야 한다”고 한다.<sup>178)</sup>

175) 대판 2008. 2. 1, 2005다49270; 대판 1988. 11. 22, 86다카1923; 대판 2001. 3. 9, 2000다66119.

176) 대판 2009. 5. 14, 2007다75921.

177) 대판 1983. 6. 28, 83다카217; 대판 2010. 2. 25, 2009다87621 등.

178) 대판 2007. 4. 12, 2006다21354; 대판 2002. 12. 10, 2001다58443.

### 3. 피용자의 제3자에 대한 가해행위

#### (1) 제3자의 의미

사용자책임은 피용자가 제3자에게 손해를 준 때에 발생하므로 제3자를 어느 범위까지 한정할 것인가가 문제가 된다. 민법 제756조의 제3자의 범위에 관하여 판례<sup>179)</sup>와 학설<sup>180)</sup>은 ‘사용자와 가해행위자인 피용자를 제외한 모든 사람’을 가르치는 것으로 해석하고 있다. 따라서 동일한 사용자 밑에 고용되어 있는 피용자들 사이에도 한 쪽이 업무상의 행위로 다른 피용자에게 손해를 입힌 경우에도 사용자의 배상책임을 인정하고 있다. 가령 근로자가 그 업무집행중 사용주가 고용한 다른 근로자의 과실에 의하여 재해를 입은 경우에는 사용주에 대한 본법상의 재해보상청구권과 민법상의 불법행위로 인한 손해배상청구권이 서로 경합하여 병존한다.<sup>181)</sup> 또한 대표이사 개인 명의의 약속어음의 작성행위를 아울러 취급하던 회사경리 사원이 위조한 대표이사 개인명의로의 어음에 대하여 대표이사 개인에게 사용자책임을 인정함으로써 어음 발행의 직접 상대방인 수취인뿐만 아니라 이를 전득한 소지자도 제3자에 해당한다.<sup>182)</sup> 한편 선박조리작업 중인 자가 동 작업을 도와주던 선원의 과실로 부상을 입은 경우에도 사용자책임을 인정하고 있다.<sup>183)</sup>

#### (2) 입법례

사용자에게 책임을 부담하게 하는 전제로서 피용자의 가해행위가 불법행위의 일반요건으로서 피용자가 고의·과실이나 책임능력을 갖추고 있어야 하느냐의 여부가 문제된다. 피용자의 가해행위에 고의·과실을 요한다는 입법례를 보면, 프랑스 민법에 있어서 피용자에 대한 배상청구권의 범위는 사용자가 책임을 지

179) 대판 1989. 2. 28, 88다카8682; 대판 1986. 10. 28, 86다카702; 대판(전합) 1994. 11. 8, 93다21514.

180) 예컨대 곽윤직, 전게서, 749면.

181) 대판 1964. 11. 30, 64다1232.

182) 대판 1982. 10. 26, 81다509.

183) 대판 1980. 4. 8, 80다246.

는 것이므로 피용자의 고의·과실 등을 사용자책임의 요건으로 고려된다.<sup>184)</sup> 그리고 영미법은 대위책임의 입장에서 이론구성을 하고 있다.<sup>185)</sup> 이와는 달리 피용자의 가해행위에 고의·과실이 필요 없다는 입법례를 보면, 독일민법 제831조는 가해행위에 위법성을 요하는데 독일의 통설은 위법한 가해행위만으로 족하다고 해석하며,<sup>186)</sup> 구독일 채무법 제55조는 사용자는 가해피용자에게 손해배상의무가 존재하는 한도 내에서 피용자에게 구상할 수 있는데 그것과 반대로 피용자에게 책임이 없는 경우에도 사용자책임을 진다는 것을 전제로 하고 있다.<sup>187)</sup>

우리 민법 제756조에는 ‘타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해’라고만 규정하고 있으므로 본 규정자체만으로는 명백하지 않아 학설이 대립하고 있다.

### (3) 학설

#### 1) 고의·과실 필요설

피용자의 가해행위에 불법행위의 일반적 요건인 고의·과실을 요한다는 입장으로서 현재 우리나라 통설이며,<sup>188)</sup> 판례의 태도이다.<sup>189)</sup> 이 설의 근거로는 첫째, 사용자가 피용자의 과실 없는 행위에 대해서까지 책임을 지는 것은 가혹하다는 점, 둘째, 민법 제756조 제3항의 피용자에 대한 구상권 행사규정은 간접적으로 피용자의 불법행위성립을 요구하는 것으로 해석된다는 점, 셋째, 중간책임설의 입장에서는 민법 제756조의 사용자의 과실은 손해발생 및 손해발생과 상당관계에 있는 과실이 아니며 동조가 모든 사용관계를 대상으로 하고 있다는 이유로 일반적으로 피용자의 고의·과실을 불요로 하는 것은 사용자에게 너무나 가혹하다는 점 등을 들고 있다. 그러나 통설의 근본적인 문제점으로서 첫째, 실제상의 문제로 오늘날 과학기술의 발달 및 기업의 대규모화로 가해요인이 복잡화·다양화함에 따라 고의·과실의 증거가 곤란한 경우가 많아 그 증명책임을 피해

184) Colin et Capitant 10 ed II, p.257.

185) 田上富信, 前掲 “使用者責任における事業執行に付きの意義”, 139面.

186) Harry/Westermann, *Kommentar zum BGB(Münster)*, p.2207.

187) Otfinger/Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd II Besonderes Teil, 2 Aufl., 1960, §18, pp.86-89.

188) 곽윤직, 전제서, 685면; 김중환·김학동, 전제서, 486면.

189) 대판 1959. 10. 1, 4291민상533.

자에게 요구함은 실제로 사용자책임제도가 피해자구제에 거의 실효성이 없는 것이 아니냐 하는 점, 둘째, 이론적인 문제로서 통설과 같은 태도는 전통적인 과실책임의 법제하에서 피용자의 유책성이 긍정될 때에야 비로소 가능할 수밖에 없으므로 오늘날의 보상책임 및 위험책임의 입장에서 타당하다고 할 수 있는가 또한 기업책임의 실정법상 수단으로서 중요한 역할을 한다는 본조의 태도에 배치되는 것이 아닌가 하는 난점 및 한계가 있다는 점, 셋째, 공해책임 및 제조물책임의 타당한 법적 구성문제와 관련하여 볼 때 이 설의 난점은 더욱 명확해지고 할 수 있다.<sup>190)</sup>

## 2) 고의·과실 불요설

사용자책임의 성립에 피용자의 고의·과실 및 책임능력이 불필요하다는 견해이다.<sup>191)</sup> 고의·과실불요설은 사용자책임을 피용자의 불법행위책임에 대한 대위책임으로 구성하는데서 기인한 것이므로, 그것을 기업활동과 관련해서 발생하는 보상책임 내지 위험책임으로서의 측면은 충분히 반영될 수 없다고 비판하고 사용자책임은 사용자가 피용자를 사용하여 그 자신의 활동을 확대하는 것이므로 그로 인하여 발생된 피용자의 침해행위도 사용자의 행위범주 내에서 판단되어야 한다고 한다. 또한 이 설의 근거는 첫째, 사용자책임은 과실책임의 영역에서 벗어나 무과실의 기업책임으로서 확장되는 추세에 있는데 고의·과실불요설은 오히려 사용자책임의 발생을 억제하므로 그러한 추세에 역행하여 과다 보호하는 결과로 되는 점 둘째, 사용자의 불충분한 작업지시 또는 부적격한 기자재제공으로 말미암아 피용자의 가해행위가 야기된 경우에 피용자 자신의 과실 및 불법행위책임은 부정되어야 하는데 고의·과실불요설에 의하면 이 때 사용자책임도 부정되어 부당한 결과로 된다는 점 셋째, 민법에는 사용자책임의 요건으로서 피용자과실을 요구하지 않는다는 점, 고의·과실불요성은 민법 제756조 제3항이 법적 근거가 된다고 주장하나 동 규정은 사용자책임의 대내관계에 관한 구상권조항으로 대외관계에 있어서의 사용자책임의 발생요건과는 무관하다. 구상권행사는 사용자책임의 부담의 필연적 결과가 아니라 별도의 구상권 발생요건을 갖춘 경우

190) 서정화, 전계논문, 166면; 박사현, 전계논문, 123면.

191) 김형배, 전계 “사용자책임과 구상권의 제한”, 214면.

에만 인정된다는 입장에서 더욱 그러하다는 점 넷째, 사용자책임의 소송에서 피해자로 하여금 피용자에 관한 불법행위성립의 모든 요건과 그에 추가하여 사용자책임의 성립요건을 증명하도록 하는 것은 가혹하다는 점 등을 들 수 있다.<sup>192)</sup>

#### (4) 판례

우리 판례는 통설과 같은 입장을 취하고 있다. 예컨대 “책임무능력자인 초등학교 1학년의 대리감독자인 담임교사에게 민법 제755조 제2항에 의한 배상책임이 있다고 하여 위 대리감독자의 사용자 또는 사용자에게 갈음한 감독자(위 학교를 설립 경영하는 지방자치단체)에게 당연히 사용자책임이 있다고 볼 수는 없으며, 책임무능력자의 가해행위에 관하여 그 대리감독자에게 고의 또는 과실이 인정됨으로써 별도로 불법행위의 일반 요건을 충족한 때에만 위 대리감독자의 사용자 또는 사용자에게 갈음한 감독자는 사용자책임을 지게 된다”고 하고,<sup>193)</sup> “실화책임에 관한 법률은 실화의 경우에 일반불법행위의 원칙인 민법규정은 적용되지 아니하고 중대한 과실이 있는 경우에만 손해배상의 의무가 있음을 규정하고 있는 바, 이는 사업을 위하여 타인을 사용하는 자는 피용자가 그 사업의 집행에 관하여 고의·과실로 인하여 실화를 일으켜 타인에게 손해를 입혔을 때에 그 손해를 배상할 의무가 있다고 해석함이 실화책임에 관한 법률 및 민법 제756조의 법익에 적당하다고”<sup>194)</sup> 하여 통설과 같은 입장을 취하고 있다.

또한, 대법원은 “어음이 위조된 경우에 피위조자는 민법상 표현대리에 관한 규정이 유추적용 될 수 있다는 등의 특별한 경우를 제외하고는 원칙적으로 어음상의 책임을 지지 아니하나, 피용자가 어음위조로 인한 불법행위에 관여한 경우에 그것이 사용자의 업무집행과 관련한 위법한 행위로 인하여 이루어졌으면 그 사용자는 민법 제756조에 의한 손해배상책임을 지는 경우가 있고, 이 경우에 사용자가 지는 책임은 어음상의 책임이 아니라 민법상의 불법행위책임이므로 그 책임의 요건과 범위가 어음상의 그것과 일치하는 것이 아니다. 따라서 민법 제756

192) 서정화, 전제논문, 168면.

193) 대판 1997. 12. 12, 96다50896.

194) 대판 1955. 5. 5, 4287민상271 .

조 소정의 사용자 책임을 논함에 있어서는 어음소지인이 어음법상 소구권을 가지고 있느냐는 등 어음법상의 권리 유무를 따질 필요가 없으므로, 어음소지인이 현실적으로 지급제시를 하여 지급거절을 당하였는지의 여부가 어음배서의 위조로 인한 손해배상책임을 묻기 위하여 필요한 요건이라고 할 수 없고, 어음소지인이 적법한 지급제시기간 내에 지급제시를 하지 아니하여 소구권 보전의 절차를 밟지 않았다고 하더라도 이는 어음소지인이 이미 발생한 위조자의 사용자에게 대한 불법행위책임을 묻는 것에 장애가 되는 사유라고 할 수 없다”<sup>195)</sup>고 판시하고 있다.

#### (5) 검토

생각건대, 피용자의 과실 없는 행위에 대해서까지 사용자에게 책임을 지도록 하는 것은 사용자에게 노무 가혹하다는 점에서 판례의 입장이 타당하다고 생각된다. 다만 독일에서는 독일 민법 제831조의 사용자책임을 구성함에 있어서 피용자의 가해행위가 불법행위의 일반요건인 주관적·객관적 요건을 모두 갖추어야 하는가의 여부에 대해 규정하고 있지 않음에도 불구하고 학설은 피용자의 가해행위가 객관적으로 위법행위이면 충분하고 주관적으로 피용자의 고의·과실이 있을 것을 요하지 않고 있으며, 면책증명 때문에 사용자가 면책되는 경우가 많아 1967년 발표된 ‘손해배상법 개정 및 보충을 위한 참사관 초안’<sup>196)</sup>에서는 사용자의 면책사유를 인정하지 않는 반면에 사용자는 피용자의 고의·과실에 의하여 불법행위를 하고 그로 인하여 제3자에게 손해를 가하는 경우에 피용자와 함께 책임을 지는 것으로 구성하고 있는 바,<sup>197)</sup> 입법적으로는 참고할 만하다.

### 4. 사용자의 면책사유 부존재

#### (1) 면책의 의의

195) 대판(전합) 1994. 11. 8, 93다21514.

196) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung Schadenersatzlicher Vorschriften

197) 김상용, “사용자배상책임에 관한 쟁점과 문제점”, 『법조협회』, 제32권 제2호, 법조협회, 1983, 61면.

사용자는 피용자의 선임 및 그 사무 감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그 책임을 면할 수 있다(민법 제756조 제1항 단서). 이 두 가지 면책사유 중 어느 하나를 증명하면 사용자는 책임을 면하는 것이다.<sup>198)</sup> 이 중에서 상당한 주의를 하여도 손해가 발생하였으리라는 것은 사용자의 부주의와 손해의 발생과의 사이에 인과관계가 없으면 책임은 생기지 않는다는 것이고, 사용자책임에 관하여 과실책임주의를 취하고 있는 이상 당연한 것으로 주의적 규정에 지나지 않으나 선임·감독에 상당한 주의를 하였느냐의 여부는 사용자책임에 있어서 중요한 문제이며, 이들 두 면책사유의 증명책임은 민법 제756조 제1항 및 제2항의 책임에 있어서 사용자나 그에 갈음하여 사무를 감독하는 자는 그 피용자의 선임과 사무감독에 상당한 주의를 하였거나 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상의 책임이 없으나, 이러한 사정은 사용자 등이 주장 및 증명을 하여야 한다.<sup>199)</sup> 사용자가 피용자의 선임 및 감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우라는 것을 증명한 경우에 한하여 사용자는 배상책임을 면할 수 있다.<sup>200)</sup> 그렇지만 대법원은 사용자의 면책주장을 거의 인정하지 않음으로써 사용자책임을 무과실책임에 가깝게 인정하고 있다고 할 수 있다.<sup>201)</sup>

## (2) 법적 성질

민법 제756조 제1항 단서의 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우란 의미를 해석함에 있어 과실책임설 및 중간책임설의 입장에서는 일반적으로 상당한 주의를 한다면 손해가 발생하지 않는다는 의미이므로, 이 규정은 사용자의 과실행위와 손해발생과 인과관계가 있다는 것을 법률적으로 추정하는 규정이므로 사용자의 과실은 결과발생의 원인이 가해행위 자체에 관한 것이라고 주장하는<sup>202)</sup> 반면

198) 대판 2003. 10. 9, 2001다24655.

199) 박사현, 전계논문, 124면.

200) 대판 2005. 2. 25, 2003다36133; 대판 2003. 7. 25, 2003다9049; 대판 2001. 8. 21, 2001다3658; 대판 1998. 5. 15, 97다58538; 대판 1967. 9. 26, 67다1432.

201) 이태길, “금융기관의 사용자책임에 관한 연구: 대판 2007. 9. 20, 2004다43866 을 중심으로”, 「동아법학」 제42호, 동아대학교 법학연구소, 2008, 581면; 곽윤직, 전게서, 420면..

무과실책임설의 입장에서는 본 규정은 상당한 주의를 하여도 손해가 발생하는 경우가 많다는 것을 법률상 추정한 것이므로 사용자의 선임·감독상의 과실과 손해발생과는 일반적으로 인과관계가 없다는 것을 명백히 한 것으로써 사용자의 과실과 피용자의 가해행위와의 사이에는 원인적 인과관계의 부존재까지 증명하여야 사용자는 면책된다고 한다.<sup>203)</sup>

이 두 학설은 조문의 해석을 대립된 입장에서 법률적 추정이란 명목으로 해석하고 있다고 볼 수 있다. 사용자책임이 과실 때문에 생긴다면 당연히 양자 간에 상당인과관계가 있는 것이며, 과실이외의 요인 때문에 책임이 있다면 양자 간에 상당한 인과관계가 없다고 보는 것이 타당하므로 이를 유형적으로 분류하여 고찰할 필요가 있다고 생각한다. 또한 실제적 측면에서 볼 때 과실책임설은 면책증명이 사용자에게 전환되었다는 점에 그 중요성을 부여하나 실제적으로는 기업의 규모가 클수록 사무가 전문화되고 기업의 구조가 복잡화·계층화됨으로써 면책증명의 가능성이 더욱 용이하게 됨으로 사회적 정의에 배치되고, 본조의 단서규정이 사용자의 선임·감독의 주의의무가 사용관계 및 사무집행범위의 내용문제와 어떠한 관계에 있는가 하는 점이 명확하지 못하다. 따라서 민법 제756조 1항 단서의 규정은 결국 사용자책임의 실질적 근거가 어디에 있는가를 규명함으로써 그 법적 성격을 규정함에 타당하다고 생각되는 바, 사용자가 가사사용인 또는 개인적 소기업의 사용자일 때에는 그 배상책임의 근거를 과실에서 구할 수 있으므로 본조 단서의 규정을 사용자책임의 근거조항으로 볼 수 있고 반면에 대기업이나 위험한 사업을 경영하는 사용자의 배상책임근거는 과실이외의 이익이나 위험성 등에서 구할 수 있으므로 본조 단서의 규정을 책임의 근거로 볼 것이 아니라 단지 면책조건으로 보는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>204)</sup>

### (3) 선임·감독상의 주의의무

사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 하였다는 것을 이유

202) 박윤직, 전제서, 686면.

203) 이태길, 전제논문, 582면.

204) 이태길, 상제논문, 582면.

로 하여 그 손해배상책임을 면하려면 그 선임감독에 상당한 주의를 하였다는 사실을 주장 증명하여야 한다.<sup>205)</sup> 피용자의 선임과 감독 중 어느 일방에 과실이 있으면 사용자는 면책되지 않는다고 하며 또한 사용자의 주의정도에 대해 어느 정도의 주의를 상당한 주의라고 할 수 있느냐는 점에 대해, 고도의 주의를 요구되는 화물자동차영업에 있어서 사용자인 회사가 피용자가 사고를 일으킨 일이 없는 사실을 확인하고 채용하였고 그 대리감독자가 위험한 야간작업의 요청을 거절하고 피용자에게도 나가지 말 것을 사람을 통하여 전하면서 차를 창고에 넣도록 지시까지 하였다고 하더라도 그 사실만으로 피용자의 선임감독에 상당한 주의를 다하였다고 할 수는 없다.<sup>206)</sup> 운전사업과 같은 위험이 수반할 가능성이 많은 사실의 경영주는 피용자 특히 운전수의 선임·감독에 있어 매일 아침의 훈시가 있었다 하여도 이와 같은 추상적이고 개괄적인 훈시의 정도만으로는 본조 규정의 상당한 주의를 한 것이라고 인정하기에는 부족하다.<sup>207)</sup> 이와 같은 판례의 입장은 사용자측의 면책주장을 거의 인정하지 않고 있어 사실상 사용자책임이 무과실책임을 인정한 것과 같은 결과로 되었다.<sup>208)</sup> 여기서 사용자의 주의의무의 정도는 사업의 종류나 규모 및 성질에 따라 상당한 차이가 있다. 교통기관과 같은 위험한 사업이나 대기업의 경우에는 고도의 주의를 요구되며 가사사용인이나 개인기업의 경우에는 주의의 정도를 낮추어 면책의 길을 열어 주는 것도 타당하다고 생각한다.<sup>209)</sup>

한편, 사용자가 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적의무로서 피용자의 안전에 대한 보호 의무를 지는지 여부에 대하여 대법원은, “사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호 의무를 부담하고, 이러한 보호 의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상 할 책임이 있다”고 하고 있다.<sup>210)</sup>

205) 김상용, 전제“사용자배상책임에 관한 학설 및 판례연구”, 495면; 대판 1971. 10. 11, 71다1641.

206) 대판 1966. 7. 26, 66다953.

207) 대판 1964. 12. 29, 64다1095.

208) 박윤직, 전제서, 687면.

209) 이태길, 전제논문, 583면; 서정화, 전제논문, 173면.

210) 환삼인, 「이론·판례·사례 민법총칙」, 화산미디어, 2013, 52면; 대판 2001. 7. 27, 99다56734; 대판 2000. 5. 15, 99다47129; 대판 1999. 2. 23, 97다12082

#### (4) 대리감독자의 과실책임

기업의 규모가 크면 클수록 사용자가 피용자를 직접 선임·감독하지 않고 공장장, 지점장, 출장소장, 현장감독, 인사과장 등의 각종 직제를 두어 이들이 사용자에게 갈음하여 피용자의 선임·감독의 임무를 담당하는 것이 보통이다. 이 경우에 피용자의 선임·감독상의 감독기관의 과실에 대해 사용자가 직접 책임을 지게 되느냐 아니면 그 감독기관을 선임·감독하는데 있어서 과실이 있는 때에만 사용자가 책임을 지느냐가 문제된다. 이에 관하여 과실 책임을 엄격하게 인정한다면 사용자는 감독기관의 선임·감독에 있어서의 그의 과실에 대하여서만 책임을 지게 된다고 할 것이다. 이는 피해자가 충분한 배상을 얻지 못하여 가혹하고 사용자에게 부당한 이익을 주는 결과가 되므로, 감독자의 과실은 사용자의 과실로 보는 것이 타당하다는데 학설은 일치하고 있으나,<sup>211)</sup> 사용자는 사무감독자와 함께 공동불법행위책임을 진다고 해석하는 견해도 있다.<sup>212)</sup>

피고회사가 그 소속의 자동차와 운전수를 타인에게 빌려 주어 그 차를 이용하여 소풍가던 도중에 사고를 일으켰다 하더라도 피고회사로서는 사용자로서의 책임을 지는 것이고, 타인은 대리감독자의 책임이 있다.<sup>213)</sup> 오늘날 기업은 객관적인 존재로서 그 피용자를 수족처럼 여기며 사업 활동을 하고 있는 것이 현실이다. 따라서 피용자의 행위와 사용자의 선임·감독을 별개의 행위로 분리해서 생각하는 개인주의적 입장은 타당하지 않다고 생각된다.<sup>214)</sup> 그러므로 보다 근본적인 방안으로서는 사용자의 면책조항을 삭제하여 보상책임 내지 기업책임의 원칙에 합당하게 사용자책임을 인정하는 것이 타당할 것이다.

#### 5. 분석·검토

앞에서 사용자책임을 성립하기 위한 요건으로서 사용관계, 사무집행 관련성,

211) 박윤직, 전제서, 688면.

212) 이은영, 전제서, 638면.

213) 대판 1963. 9. 26, 63다455.

214) 서정화, 전제논문, 174면.

피용자의 제3자에 대한 가해행위, 사용자의 면책사유 부존재 등을 살펴보았는데, 우선, ‘사용관계’는 사용자책임의 제1차적 귀책요건이며, 사용자 책임의 근거를 결정짓는 가장 중요한 요인이라 할 수 있다. 우리 판례는 사용관계를 실질적인 지휘·감독관계로 파악하고 있는 바, 위임계약관계, 도급계약관계, 명의대여관계 등에 대하여도 이를 바탕으로 사용자책임을 인정하고 있다. 사용관계는 사실상 지휘·감독관계가 있으면 충분하고 영리 혹은 비영리와 관계없이 사실적이든 법률적이든, 계속적이든 일시적이든, 계약이 법률상 유효이든 무효이든, 사용관계가 성립되는 것이지만, ‘사용관계’를 얼마나 확대 적용할 것인가에 따라 피해자의 구제정도도 어느 정도 확대될 것인지를 결정짓는다고 할 수 있다.

다음으로 ‘사무집행 관련성’에 대하여 우리 학설과 판례는 외형이론에 입각하여 피용자의 주관적 사정에 의한 업무집행 범위의 확장해석을 도모하고 있다. 실제로 각각의 사안에서 고려되고 있는 요소들은 보다 다양하고 또한 사안유형에 따라 특수성이 있기 때문에 모든 사안에 외형이론을 적용하여 해결하는 것은 문제가 있다고 생각된다.

또한 ‘피용자의 제3자에 대한 가해행위’의 경우, 피용자의 고의·과실여부에 대하여 규정하지 않고 있어 학설과 판례에 맡기고 있는 바, 이에 대하여 학설과 판례의 입장을 고려하여 법조문상에 명확히 규정하는 것이 바람직하다.

마지막으로 ‘사용자의 면책사유 부존재’에 대하여, 우리 대법원은 사용자의 면책주장, 즉 피용자의 선임 및 그 사무 감독에 상당한 주의를 하였음을 주장·증명하는 것을 거의 허용하지 않음으로써 소송실무상 사용자책임을 무과실책임으로 운용하고 있는데, 피해자의 구제를 위하여 바람직하다고 할 것이다.

요컨대, 위 네 가지 성립요건 중 ‘사용관계’를 얼마나 확대 적용할 것인가 하는 문제와 ‘사무집행 관련성’을 외형이론을 포함하여 다양한 사안유형에 따라 구체적으로 적용할 기준이 무엇인가 하는 문제가 있는 바, 이에 대하여는 제3장에서 상세히 살펴보기로 한다.

### 제3절 사용자책임의 효과

#### 1. 배상책임

## (1) 사용자 및 대리감독자의 책임

민법 제756조의 사용자책임의 주체는 사용자와 사용자에 같음하여 그 사무를 감독하는 자, 즉 대리감독자이다.<sup>215)</sup> 사용자란 일반적으로 고용관계에 있어서 노무를 제공할 것을 약정한 상대방에 대하여 보수를 지급할 것을 약정한 자를 말한다. 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법에서는 “사업주 또는 사업경영담당자 그밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다”고 정의하고 있다.<sup>216)</sup> 그러나 구체적인 의미에 있어서 사용자란 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자를 가리키는 것으로서 영업을 감찰하는 것과 같은 형식적 사용자만을 의미하는 것이 아니라 실질적으로 지휘·감독관계에 있는 자를 포함하며, 자연인이든 법인이든 불문한다. 특히 현대와 같은 산업사회에 있어서는 대부분의 기업들이 법인의 형태를 갖추고 있기 때문에 사용자는 법인인 경우가 대부분이라고 할 수 있다.

민법 제756조 제2항에서 대리감독자란 사용자에 같음하여 사무를 감독하는 자라고 규정하고 있으나 학설은 사실상 사용자에 같음하여 피용자의 선임·감독의 어느 한 쪽의 임무만을 가지는 자와 두 가지 임무를 가지는 자 모두를 포함한다.<sup>217)</sup> 그 예로 공장장, 현장감독자, 지점장, 출장소장, 인사과장 등을 들 수 있다.<sup>218)</sup> 판례는 “객관적으로 볼 때 사용자에 같음하여 현실적으로 구체적인 사업을 감독하는 지위에 있는 자”를 대리감독자라고 하고 있다.<sup>219)</sup> 따라서 민법 제756조 제2항에 정한 ‘사용자에 같음하여 사무를 감독하는 자’란 객관적으로 볼 때 사용자에 같음하여 현실적으로 구체적인 사업을 감독하는 지위에 있는 자를 뜻한다.<sup>220)</sup> 다만 사용자가 법인인 경우에 이사가 대리감독자에 해당하는가 하는 문제가 있으나 법인은 그 기관에 의하여 대표되는 것이며 법인과 이사는 별개의

215) 민법 제756조 제2항에서 말하는 ‘사용자에 같음하여 그 사무를 감독하는 자’를 ‘사무감독자’라고 표현하기도 하고(예컨대 지원립, 전제서 1738면), ‘대리감독자’라고 하기도 하는데(예컨대 송덕수, 전제서, 1655면), 여기에서는 ‘대리감독자’라고 부르기로 한다.

216) 근로기준법 제2조 2호, 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 2호 참조.

217) 김상용, 전제서, 724면; 이은영, 전제서, 856면.

218) 박사현, 전제논문, 124면.

219) 대판 1963. 9. 26, 63다455.

220) 대판 2001. 8. 21, 2001다3658; 대판 2003. 7. 25, 2003다9049; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133.

독립된 개념으로 파악할 것이 아니라 단일개념으로 이해해야 할 것이므로 법인의 이사를 법인의 피용자 내지 대리감독자로 이해할 수는 없다고 생각된다. 그러나 민법 제62조에 의하여 법인의 기관인 이사에 의해서 선임된 이사의 대리인의 불법행위에 대한 법인의 책임은 민법 제756조 소정의 책임문제로 됨은 의문이 여지가 없다.<sup>221)</sup>

한편 대리감독자의 책임은 사용자의 책임과는 별개독립으로 생기는 것이지만 사용자는 대리감독자를 두는 경우에도 배상책임을 면하는 것은 아니므로 대리감독자가 있는 경우에도 사용자가 여전히 일반적으로 피용자를 선임·감독하는 지위에 있는 한, 선임·감독에 관하여 자신의 과실이 없다는 것을 증명하지 못하는 경우에는 배상책임을 지게 된다. 그리고 이 경우에 사용자와 대리감독자의 책임을 부진정연대채무라고 보는 것이 통설<sup>222)</sup>과 판례<sup>223)</sup>의 입장이다.

## (2) 피용자의 책임

사용자의 책임과는 별도로 피용자도 자기의 행위에 대하여 책임을 질 것인가에 관하여 학설<sup>224)</sup>과 판례<sup>225)</sup>는 이를 긍정한다. 판례는, “피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가한 경우에 본조에 의한 사용자의 배상채무와 본법 제750조에 의한 피용자 자신의 배상채무는 별개의 채무이다”라고 한다.<sup>226)</sup> 그 이유는 사용자가 책임을 지는 것은 피용자의 행위가 불법행위의 일반성립요건을 구비하였기 때문이라는 것이다. 민법 제756조는 피용자의 책임을 면제한다고 규정하고 있지 않으며, 또한 민법 제756조는 오로지 기업의 책임에 관해서만 적용되는 것은 아니기 때문에 피용자 역시 자신이 행한 불법행위에는 제3자에 대하여 책임이 있다.<sup>227)</sup> 다만 입법론으로서는 국가배상법 제2조와 같이 피용자가 대외적인 책임을 지지 않도록 하든지, 아니면 책임을 제한하도록 하는 것이 바람직하

221) 서정화, 전계논문, 177면.

222) 지원립, 전계서, 1739면; 곽윤직, 전계서, 686면; 김상용, 전계서, 734면; 김형배, 전계서, 1599면.

223) 대판 2010. 2. 25, 2009다87621; 대판 2000. 3. 14, 99다67376; 대판 1999. 3. 26, 98다63988; 대판(전합) 1992. 6. 23, 91다33070.

224) 김형배, 「채권각론(계약법)」, 박영사, 2001, 1600면; 곽윤직, 전계서, 687면; 김상용, 전계서, 735면.

225) 대판 1969. 6. 24, 69다441.

226) 대판 1969. 6. 24, 69다441; 김상용, 전계서, 735면.

227) 서정화, 전계논문, 178면.

다. 한편, 피용자 자신의 책임을 완전히 면제시킬 수는 없는 것은 ‘과실 있는 자에게 책임이 있다’는 민사책임의 원칙과 피해자 보호라는 측면이 있기 때문이다.<sup>228)</sup>

### (3) 사용자책임과 피용자책임의 관계

사용자책임과 피용자책임의 관계에 관해서, 종래의 학설은 대위책임으로 이론구성을 하였으나 오늘날에는 자기책임으로 이론구성을 학설이 유력해지면서 피해자에 대한 피용자 및 사용자의 대외적 관계로부터 피용자와 사용자 사이의 대내적 관계로 문제 파악의 시각이 변화하고 있다고 할 수 있다.<sup>229)</sup> 여기서 사용자 책임을 대외적 관계에 치중해서 파악한다면 피해자가 가해자인 피용자 이외에 사용자에게 대해서도 손해배상책임을 청구할 수 있다는 측면이 강조되어, 피용자와 사용자 사이의 내부관계는 소홀하게 다루어지게 되어 기업조직 자체를 매개로 하여 발생한 피용자의 가해행위는 사용자의 기업책임이라는 관점에서 충분히 논의될 수 없게 된다. 사용자책임과 피용자책임과의 관계는 피용자의 가해행위에 대한 사용자의 책임을 대외적 관계와 대내적 관계로 나누어 볼 수 있다.

#### 1) 대외적 관계

대외적 관계란 피해자에 대한 사용자와 피용자의 책임관계로서 피용자의 가해행위가 민법 제750조의 불법행위요건을 갖춘 때에는 피해자가 직접 피용자에게 손해배상을 청구할 수 있음을 물론이고, 동법 제756조에 의해서 사용자에게도 손해배상을 청구할 수 있다. 종래의 학설은 이와 같이 피해자의 보호를 도모하기 위해서 대외적 관계에 치중해서 직접 불법행위를 행한 피용자의 책임은 100%이고 사용자의 책임은 0(零)으로 보아 사용자책임의 성질을 대위책임으로 파악하였고, 피용자의 가해행위가 제750조의 불법행위에 해당되지 않을 때에는 사용자의 책임도 성립하지 않는다고 한다. 이와 같은 이론적 전제하에서 피해자보호를 강화하기 위한 ‘외형이론’과 ‘부진정연대채무론’이 발전되었다. 앞에서 살펴보았듯

228) 윤석찬, “사용자책임”, 『Jurist plus』, 통권 412호, 청림출판, 2007, 44면.

229) 김형배, 전제 “사용자책임과 구상권의 제한”, 212면.

이, 외형이론은 “구체적 사무가 피용자의 직무집행행위 자체에는 속하지 아니한 다 할지라도 그 사무집행행위를 외형적으로 관찰할 때 피용자의 사무집행자와 유사하여 그 범위 내에 속하는 것으로 보여 지는 경우도 포함한다고 하는 것이 상당하다”<sup>230)</sup>고 하여, 사용자가 대외적으로 피해자에 대하여 부담하는 책임의 범위를 확대하는 관례이론이다.

외형이론은 피해자의 신뢰를 보호하려는 것이지 피용자의 책임을 덜어주려는 것은 아니다. 왜냐하면 외형이론을 적용함으로써 피용자의 사무집행행위가 외형상 사용자의 사무집행에 관한 것이라고 믿는 피해자로 하여금 자력이 있는 사용자에게 배상청구를 할 수 있도록 하기 때문이다. 그러나 사용자가 배상한 경우에 그 배상전액을 피용자에게 구상할 수 있기 때문에 이 이론은 피해자를 보호하기 위한 이론이라고 할 수 있다.<sup>231)</sup> 또한 부진정연대채무론은 사용자책임과 피용자책임에 대한 피해자와의 대외적 관계를 독립적 의무의 견련적 병존관계로 봄으로써 피해자는 사용자나 피해자에게 동시에 또는 순차적으로 전액배상을 받을 때까지 배상청구를 할 수 있고 피해자가 어느 한쪽으로부터 손해배상의 일부 또는 전부의 현실적 만족을 취했을 때에는 그 범위 내에서 타방의 손해배상책임이 소멸하게 된다. 그러나 이러한 연대채무의 효력은 피해자에 대한 대외적인 관계에서만 인정되고 있을 뿐이며 내부적 관계인 사용자와 피용자의 부담부분관계에서까지 연대채무가 인정된 것은 아니다.<sup>232)</sup>

대법원은, 사용자의 배상책임은 피용자의 배상채무와는 전혀 별개인 사용자 자신의 독자적 책임이라 한다. 다만 피해자가 어느 편으로부터 배상에 의하여 일부 또는 전부의 만족을 얻었을 때에는 그 범위 내에서 타방의 배상책임이 소멸하는데 불과하다고<sup>233)</sup>하여 사용자책임과 민법 제750조의 불법행위책임은 별개·독립성을 인정하면서 대외적 연대채무성을 인정하고 있다.<sup>234)</sup> 그러나 대법원은, 대내적으로는 피용자의 책임을 100%이고 사용자의 책임은 영(0)이라는 것을 전제하

230) 대판 1977. 3. 22, 75다999; 대판 1969. 7. 22, 69다702.

231) 김형배, 전제 “사용자책임과 구상권의 제한”, 212면.

232) 공동불법행위자 간의 부담부분의 결정에 관하여는, 김상찬·정영진, “공동불법행위자의 책임과 불법행위자간의 구상관계”, 「국제법무」 창간호, 제주대학교 법과정책연구소, 2009. 5, 57면 참조.

233) 대판 1969. 6. 24, 69다441.

234) 권용우, “사용자배상책임”, 「민법학의 회고와 전망」(민법전시행 30주년기념논문집), 한국사법행정학회, 1993, 637면.

므로써 부진정연대채무론은 사용자책임과 피용자책임을 대외적 관계에서만 연대채무로 보고 내부적 관계에서는 사용자의 고유채무는 인정하지 않고 있다. 즉 피용자의 사무집행 중의 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 사용자의 피용자에 대한 구상관계는 반드시 민법의 연대채무에 관한 규정에 따라야 하는지 여부에 대하여, 법원은 피용자의 사무집행 중의 불법행위로 인한 사용자의 민법 756조의 규정에 의한 배상책임과 피용자 자신의 민법 750조의 규정에 의한 불법행위책임은 전혀 별개의 것이고, 다만 피해자가 어느 편으로 부터 배상에 의하여 일부 또는 전부의 만족을 얻었을 때에는 그 범위 내에서 타방의 배상책임이 소멸한다. 이러한 피용자의 업무집행 중의 불법행위책임과 사용자배상책임이 강학상 부진정연대채무에 속한다 하더라도 성질상 사용자의 피용자에 대한 구상관계는 반드시 민법의 연대채무에 관한 규정에 따라야 하는 것은 아니고 사용자와 피용자간의 법률관계에 따라서 해결하여야 하고, 이에 관한 다툼은 특약이 없는 한 법률행위 해석에 관한 문제에 속한다.<sup>235)</sup>

일반적으로 부진정연대채무에서 당연히 구상관계가 생기지 않는다는 것을 부진정연대채무자 사이의 부담부분의 비율을 정하는 기준이 당연히 존재하는 것은 아니라는 의미이고, 사용자의 대내적 책임이 영(0)이라는 의미는 아니며 민법 제 756조 1항이 사용자책임을 피용자와의 연대적 관계에서만 대외적으로 인정한 것이고 내부적으로는 사용자의 부담부분을 전혀 고려하지 않는 규정이라고 해석하는 것은 사용자책임을 피용자책임에 대한 일종의 담보책임으로 보는 것에 지나지 않는다.

앞에서 검토한 바와 같이 제756조 제3항의 규정이 있다고 하여 사용자책임을 대위책임으로 해석하는 것은 사용자책임의 성질상 정당하지 않다고 생각한다. 그러므로 부진정연대채무에 있어서도 각 연대채무자에게는 채무와 책임이 있고 그 부담부분과 구상 관계는 각 연대채무자의 과실의 정도, 결과발생에 대한 가공 또는 그 원인 등을 고려하여 결정할 수 있을 것이다.<sup>236)</sup>

235) 대판 2002. 12. 26, 2000다56952; 대판 1995. 7. 14, 94다19600; 대판 1995. 3. 10, 94다5731; 대판 1994. 2. 22, 93다53696.

236) 서정화, 전제논문, 180면.

## 2) 대내적 관계

사용자가 피용자의 가해행위에 대하여 책임을 부담하는 것은, 피용자가 사용자의 지배영역 내에서 일정한 지시를 받아 사무집행을 하는 종속관계가 있기 때문이다. 따라서 피용자가 사용자의 지시·감독 등의 영향을 받지 않을 때에는 민법 제756조의 규정에 의한 사용자책임은 성립되지 않는다. 일반적으로 사용자와 피용자 사이에는 계약관계가 존재하는 것이 보통이므로 피용자는 계약상의 의무를 충실히 이행하여야 하고 사용자에게 손해를 발생케 하면 계약위반행위가 된다. 따라서 피용자는 사무집행과 관련하여 제3자에게 가해행위로 인해서 사용자가 배상책임을 부담하는 일이 없도록 해야 할 계약상의 의무를 진다고 할 수 있다.

그러나 사용자와 피용자 사이의 결합관계가 성질상 피용자 자신에게 뿐만 아니라 제3자에게 손해를 발생시킬 위험성을 지니고 있을 때에는 그와 같은 손해에 대한 배상책임을 피용자에게만 귀속시킨다는 것은 부당하다. 따라서 사용자책임의 본질문제도 근본적으로는 피해자에 대한 사용자책임의 대외적 관계에서 보다는 사용자와 피용자의 결합관계에서부터 규명되어야 하며, 사용자와 피용자관계에서 피용자가 제3자에게 강한 침해행위를 대내외적인 유기적 관계에서 고려하지 않으면 안 된다.<sup>237)</sup>

## 2. 구상권

피용자의 배상책임과 사용자의 배상책임은 부진정연대채무관계에 있는 바, 사용자가 피해자에게 배상한 경우에 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.<sup>238)</sup> 우리 민법 제756조 제3항은 사용자 또는 대리감독자가 피해자에게 손해를 배상한 때에는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 연역적으로 볼 때 구상권의 문제는 개인주의적 법사상에 이론적 바탕을 둔 사용자책임의 성질에 관한 대위책임론에 영향을 받아 각국의 입법에 반영되었던 것이다.<sup>239)</sup> 독일 민법 제840조 1항은 제831조에 따라 ‘타인이 가한 손해배상을 할 의무자와 함

237) 伸田孝夫, 前掲書, 427面.

238) 지원립, 전제서, 1739면.

239) 서정화, 전제논문, 183면.

깨 그 타인도 손해에 대하여 책임을 지는 때에는 상호간의 관계에 있어서는 타인만이 의무를 진다'고 하고 피용자가 손해에 대하여 책임을 지는 때에는 피용자만이 전액 부담하도록 함으로써 사용자의 전액구상을 가능하게 하였고, 구상권의 행사는 대외적으로는 사용자가 배상의무를 부담하고 대내적으로는 과실 있는 배상의무자만이 부담함이 원칙이라 한다.<sup>240)</sup> 또한 영미법에서는 사용자책임을 대위책임으로 보아 배상의무를 이행한 사용자는 피용자와의 계약관계에 의하여 전액을 구상함은 당연하다고 한다.<sup>241)</sup> 그러나 경제적·사회적 발전이 사용자에게는 많은 이익을 가져다줌과 동시에 기업의 대규모화·위험화 등이 초래되어 피용자에게 위험한 직무에 종사하면서 빈곤의 악순환을 가져오게 하여 피용자보호라는 사회적 요청이 제기됨으로써 필연적으로 구상권 제한이론이 나오게 되었다.<sup>242)</sup>

위험한 기업에서 많은 이익을 얻고 있는 사용자가 구상권을 행사하는 것은 일반적으로 권리남용이 된다고 할 수 있고, 피용자의 선임·감독상의 과실이 중대할 때에는 과실상계의 이론을 적용하여야 한다. 특히 노무의 과도, 기업의 시설의 불충분, 규율의 문란 따위가 가해행위의 원인이 되고 있는 것을 근거로 하여 구상권의 제한이론이 주장되고 있다.<sup>243)</sup> 사용자의 구상권 제한과 관련하여 피용자는 기업의 생산 활동을 한 것이므로 기업에 본래적인 책임을 지우는 것이 타당하고, 피용자에 대한 구상권을 인정하더라도 피용자는 대체로 자력이 없는 것이 대부분이어서 그 실익이 없다 할 것이므로 입법론으로서 구상권을 부인하든지 제한하여야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있다.<sup>244)</sup>

요컨대 오늘날 피용자의 보호라는 사회적 요청에 따라서 사용자의 구상에 의한 피용자책임을 어떤 형태로든지 제한해야 한다는 데에는 학설 및 판례가 일치하고 있으나 그 제한의 근거와 범위, 그리고 법적 구성에 있어서는 견해가 대립되고 있다고 할 수 있다.

### (1) 민법 제756조 제3항의 법적 성격

240) 김학환, 전계논문, 117면.

241) 서정화, 전계논문, 183면.

242) 김학환, 전계논문, 116면.

243) 이은영, 전계서, 639면; 加藤一郎, 前掲書, 299면.

244) 서정화, 전계논문, 184면; 김학환, 전계논문, 122-123면.

민법 제756조 제3항의 법적 성격에 관하여는 다음과 같은 학설의 대립이 있다. 첫째는, 권리근거규정설로서 사용자의 구상권은 민법 제756조의 규정에 의하여 비로소 그 권리가 발생한다는 견해이다. 둘째는, 주의적 규정설로서 사용자의 구상권은 사용자와 피용자와의 내부관계에 의하여 발생하므로 제756조는 주의규정에 불과하다는 견해로 2가지 견해로 나뉜다. 그 하나는 사용자의 피용자에 대한 구상권은 사용자책임의 대위책임설에서 당연히 존재하고 있으므로 제756조 제3항은 주의적 규정에 불과하다는 당연규정설의 견해이고, 다른 하나는 사용자와 피용자의 내부적 법률관계에서 사용자가 피용자에 대해 구상권을 갖는 경우에는 그 행사를 방해하지 않는다는 것을 주의적으로 규정하였다고 보는 한정적 규정설이다. 전자의 입장은 사용자의 피용자에 대한 구상권을 원칙적으로는 긍정하므로 권리근거규정설과 다르지 않으며, 사용자의 구상권을 가능한 한 넓게 제한하려는 학설의 경향을 감안하면 한정적 규정설이 타당할 것이다.<sup>245)</sup>

## (2) 구상권의 법적 성질

### 1) 손해배상청구권설

이 설은 사용자의 피용자에 대한 구상권을 피용자의 위임 내지 고용상의 의무 위반, 즉 피용자의 채무불이행에 대한 사용자의 손해배상청구권으로 보는 견해이다.<sup>246)</sup> 따라서 피용자가 제3자에게 가한 불법행위로 인하여 사용자가 피해자에게 배상책임을 이행함으로써 사용자와 피용자간의 내부관계에 있어서 채무불이행이 성립하는 것이라는 관점에서 구상권의 근거를 파악한다. 그러나 이 견해는 피용자에 대한 구상권은 사용자뿐만 아니라 대리감독자에게도 인정되고 있으므로 대리감독자와 피용자간에는 일반적으로 고용계약관계가 존재하지 않으므로 대리감독자의 구상권의 근거를 합리적으로 설명할 수 없는 문제점이 있다. 일반적으로 사용자와 피용자 사이에 사실상의 지휘감독관계가 있으면 제3자에게 배상책임을 져야 하는데 그 경우 사용자의 구상권이 계약에 기인한 손해배상이라고 하는 것

245) 서정화, 전제논문, 185면.

246) 田上富信, 前掲 “使用者責任における事業執行に付きの意義”, 185面.

은 계약관계가 없는 사용자와 대리감독자의 구상권은 민법 제750조의 불법행위에 기인한 것으로 설명하여야 한다.<sup>247)</sup>

## 2) 부진정연대채무부담부분설

이 학설은 오늘날 유력한 학설로서, 민법 제756조 제3항을 부진정연대채무자간의 구상관계를 규정한 것으로 보는 견해이다. 이 학설은 부진정연대채무에서는 특별한 법률관계에 의하는 외에는 구상관계가 생기지 않는다고 하는 통설에 반하여 부진정연대채무에도 과실의 비율이나 결과발생에 대한 가공도 내지 원인력에 따른 부담부분이 고려될 수 있으므로 채무자 상호간의 구상을 인정할 수 있다는 것이다.<sup>248)</sup>

민법 제756조 제3항의 구상권을 피용자의 채무불이행 내지 불법행위를 이유로 사용자의 손해배상청구권을 주의적으로 규정한 것으로 보는 손해배상청구권설은 구상권 규정의 방법과도 합치하고 사용자의 직접적 손해도 포함하여 피용자의 책임제한에 통일적 구성을 할 수 있다는 장점이 있으나, 민법 제756조 3항의 규정이 부진정연대채무자간의 구상규정이라고 해석한다면 사용자의 구상만을 정하고 있는 편면적 규정이므로 그 설명이 불충분하다는 점, 부진정연대채무의 구상에서는 구상권제한의 대상으로 되는 사용자의 손해는 사용자가 피해자에게 지불한 배상액에 한정되어 있으므로 그것은 너무나 협소하다는 점 등이 문제점으로 지적되고 있다.<sup>249)</sup>

## (3) 구상권의 범위와 판단기준

사용자책임을 대위책임으로 구성하는 통설적 견해에 의하면 사용자의 구상권을 사용자책임의 성질로부터 원천적으로 규명하지 아니하고 각 사업에 따라 사용자와 피용자에 대한 구체적 사정을 열거하고 신뢰원칙과 공평의 관념 또는 권리남용이론에 입각하여 구상권을 제한하여 왔다.<sup>250)</sup> 따라서 사업의 성격과 규모,

247) 서정화, 전제논문, 185면.

248) 椿壽夫, “民法第715條第3項にする求償權の行事に過失相計の類推適用が認められた事例”, 「判例評論」 第116號, 1968. 9, 24面.

249) 서정화, 전제논문, 186면; 淡路剛久, 「連帶債務の研究」, 弘文堂, 1977, 229面 이하.

피용자의 업무의 내용과 근로조건, 가해행위의 태양, 가해행위의 예방이나 손실 분담에 대한 사용자의 배려정도, 기타 제반 사정 등이 신뢰원칙에 의한 구상권 제한의 기준이 되고 있다.<sup>251)</sup>

사용자의 고유한 책임을 인정하는 자기책임설은 구상권 제한을 당연한 것으로 생각하며 그 근거를 피용자와 사용자의 내부관계에서 구하게 된다.<sup>252)</sup> 또한 사용자의 부담부분을 인정하는 전제로서 사용자책임의 성립요건으로 사용자의 고유한 과실을 인정한다. 따라서 피용자의 불법행위와 함께 사용자책임이 성립하는 경우에는 양자의 과실을 비교형량 함으로써 구상권의 범위가 결정된다. 사용자의 과실은 피용자의 선임·감독상의 주의를 다 하였음을 증명하지 못한 경우에 추정되며,<sup>253)</sup> 사용자가 부담하는 선임·감독상의 과실은 재능이 없는 피용자를 채용이나 잘못된 작업지시를 한 경우, 그리고 적절하지 못한 도구나 재료를 사용케 했거나 작업감독을 소홀히 한 때에 인정된다.<sup>254)</sup> 이 모든 경우에 사용자는 제3자에게 손해가 발생할 수 있는 가능성을 미리 회피해야 할 주의의무를 부담하고 있으며 이러한 주의의무의 정도는 업무의 위험성에 따라 구체적으로 판단되어야 한다. 그러므로 해당 작업에서 피용자를 사용하는 경우에 일반적으로 요구될 수 있는 주의의 정도가 기준이 되며, 사용자가 이러한 주의의무를 다 했느냐의 여부는 사용자 자신이 증명해야 하고, 주의의무이행에 대한 증거가 이루어지면 사용자는 면책되지만 증명을 못하면 사실상 필요한 주의의무를 다했다고 하더라도 사용자는 책임을 면할 수 없게 된다. 여기서 피용자의 선임·감독상의 주의라 함은 사용자의 주관적 판단능력을 기준으로 하여 인식되는 합리적 의사 작용을 말하는 것이 아니고 객관적으로 요구되는 안전조치의 총체라고 할 수 있으므로 사용자의 과실유무는 객관화된 기준에 의하여 판단되어야 할 것이다.<sup>255)</sup>

### 3. 구상권의 제한

250) 김상용, 전제서, 736면.

251) 예컨대, 대판 1994. 12. 13, 94다17246.

252) 장석천, “사용자책임에 있어서 구상권의 제한” 「법학연구」, 제16권 2호, 충북대학교 법학연구소, 2005, 203면.

253) von Tuhr/Peter, *Allg. Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Aufl., 1979, S.447.

254) von Tuhr/Peter, *aa.O.*, S.448.

255) 김형배, 전제 “사용자책임과 구상권의 제한”, 213면.

## (1) 제한의 필요성

사용자와 피용자 사이에는 일반적으로 고용·위임·도급·조합 등의 계약관계가 존재하나 학설<sup>256)</sup>과 판례<sup>257)</sup>는 계약관계가 없는 경우에도 사용관계를 인정하고 사무집행을 외형이론에 의해 내부적 관련성이 없는 경우에까지 확대해서 인정하고 있다. 사용자가 대외관계에서 부진정연대채무자로서 피해자에게 배상한 경우에 내부관계에서 궁극적인 배상의무자가 누구이냐에 대해 사용자는 피용자가 전부 부담하여야 할 배상금을 피해자와의 대외적 관계에서 부진정연대채무자로서 이행한데 불과하므로 그 전액을 피용자에게 구상 청구할 수 있다고 새김으로써 피용자 자신이 1차적으로 행위자로서 책임을 져야 하고, 사용자는 제2차적인 책임을 질 뿐 이라고 한다. 그러나 앞에서 검토한 바와 같이 사용자의 피용자에 대한 구상권을 제한되어야 한다는 것이 학설<sup>258)</sup>과 판례<sup>259)</sup>의 입장이다. 구상권을 제한하여야 할 필요성의 실질적 그 근거는 다음과 같다.<sup>260)</sup>

첫째, 사용자는 위험성이 크거나 손해를 일으키기 쉬운 노동을 피용자에게 시킴으로써 이익을 얻으면서 이에 따른 손해는 전부 피용자에게 부담시키는 것은 이익을 사용자가 차지하고 사업위험은 노무자에게 전가하는 것은 부당하다. 둘째, 피용자는 의사나 변호사와 같은 독립적 직업의 종사자와는 달리 자기의 노동조건을 자유롭게 조절할 수 있는 지위에 있는 것이 아니므로 노동조건·작업시설·안전장치 등 사고방지를 위한 요건을 스스로 만들 수 없고 피용자의 인간적 불완전성의 반영이라 할 수 있으므로 피용자를 보호할 필요가 있다.<sup>261)</sup> 셋째, 사용자는 경영에서 생기는 정형적 위험에 관하여 보험 혹은 가격기구를 통하여 손실의 분산이 가능하지만, 피용자의 경우에 사용자로부터 구상권 행사에 대비하여 신용보험이나 임의보험에 가입하는 것이 불가능 한 것은 아니나, 사용자가 경영

256) 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2009, 1279면; 김상용, 전게서, 188면; 이은영, 전게서, 866면.

257) 대판 1991. 5. 10, 91다7255.

258) 김형배, 전게, 「민법학강의」 1279면; 이은영, 전게서, 866면; 김상용, 전게서, 188면.

259) 대판 2012. 6. 14, 2010다26035; 대판 1999. 7. 9, 97다7943; 대판 1994. 4. 26, 93다35797; 대판(전합) 1992. 6. 23, 91다33070.

260) 장석진, 전계논문, 204면; 이은영, 전게서, 864면.

261) 서정화, 전계논문, 189면.

위험으로서 부담하지 않으면 안 되는 손실에 대하여 피용자에게 보험료를 부담케 하고 보험금에 의하여 전보를 받는다는 것은 부당하게 책임을 전가하는 것이다.<sup>262)</sup>

사용자의 구상권을 제한하자는 이러한 논거의 배경은 기업의 거대화·위험화와 함께 피용자의 경제적 빈곤성과 피용자보호에서 찾아 볼 수 있다. 그래서 우리나라에서는 사용자의 구상권도 국가배상법 제2조 제2항과 같이 개정하여야 한다는 입법론이 제기되어 왔으며,<sup>263)</sup> 독일에서도 종래 피용자에 대한 구상권 규정 (§840 II BGB)을 정당하다고 인식하였으나 점차 그 규정의 수정을 요청하게 되었고 현재에는 판례에 의해 구상권의 제한이 확고하게 인정되고 있다. 즉 독일연방노동법원은 위험작업에 종사하는 근로자는 과실의 경미한 때에는 근로자의 책임이 면제되고 보통의 과실인 때에는 근로자와 사용자가 배상책임을 분담하고 고의·중과실인 때에는 근로자가 배상책임을 전부 부담한다는 원칙이다.<sup>264)</sup> 이와 같은 판례의 내용은 최근 더욱 강화되어 보통 경과실의 경우에도 사용자만이 배상책임을 모두 부담하여야 한다고 한다. 그 이유는 근로자의 경과실에 의하여 발생된 손해는 당연히 사용자측의 경영위험에 귀속되는 것이 타당하기 때문이라 한다.<sup>265)</sup>

## (2) 학설과 판례

### 1) 학설

우리나라의 구상권제한의 법적 근거에 관한 학설은, 고유책임설, 공동불법행위설, 과실상계설 등이 있다. 우선 고유책임설은, 사용자책임은 단순히 피해자의 보호를 위해서 피용자책임을 보장하는 대위책임이 아니며, 사용자의 고유한 책임부담부분이 존재하는 자기책임이므로 구상권제한은 당연하다는 견해이다. 이때 사용자의 책임부담부분은 사용자와 피용자의 내부관계의 분석에 의하여 결정되며, 부담부분의 판단 기준으로는 노동자도, 초과근무, 야간근무, 저임금여부, 근로기

262) 장석천, 전제논문, 205면.

263) 광윤직, 전제서, 688면; 김석우, 전제서, 532면; 김중환·김학동, 전제서, 498면.

264) BAG APS 14.23.26.33.61 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

265) BAG von 23. 3. 1983. 7 AzR 391/79.

준법 준수 여부가 고려되어야 한다고 한다. 사용자가 선임·감독상의 주의의무를 다하지 못하여 야기된 손해나 제3자에게 손해가 발생할 가능성을 미리 회피해야 할 주의의무를 다하지 못하여 생긴 손해는 사용자 스스로 부담하여야 한다고 한다.<sup>266)</sup> 이 견해에 대하여 사용자의 주의의무 위반으로 인한 사용자의 손해부담 부분을 판단함에 있어 책임금 여부가 고려되어야 한다고 하나, 책임금등의 요소가 주의의무 위반과 어떤 점에서 관련되는지 쉽게 납득하기 어렵다는 비판이 있다.<sup>267)</sup>

둘째로, 공동불법행위설은, 사용자와 피용자는 공동불법행위 관계에 있다고 보고 상호간의 구상관계를 인정하는 견해이다. 그러나 피용자가 피해자에게 직접손해를 배상한 경우, 피용자가 사용자에게 구상권을 행사하는 것이 인정될 정도로 사용자의 불법행위가 경합하고 있지 않다면 불법행위가 경합하는 경우와의 사이에 균형을 잃게 될 것이라는 문제점이 있다. 이것은 이론적으로는 양자의 행위가 공동으로 불법행위가 되느냐의 문제에 귀착된다. 따라서 과실상계의 문제보다는 공동불법행위가 된 경우 부담부분과 상호 구상권을 어느 정도로 인정할 것인가의 문제로서 다를 것이라고 한다.<sup>268)</sup>

셋째로, 사용자책임을 자기책임으로 파악하면서 구상권의 제한을 적극적으로 인정하는 견해이다. 이 설은 사용자가 선임·감독상의 주의의무를 다하지 못하여 야기된 손해나 그 밖에 제3자에게 손해가 발생할 가능성을 미리 회피해야 할 주의의무를 다하지 못하여 생긴 손해는 사용자가 스스로 부담해야 할 부담부분이라고 한다.<sup>269)</sup> 이 설은 법원의 재량을 개입시켜 구상권의 제한이 광범위하고 용이하며 사회적 요청에 의한 법적 해결이 가능하므로 탄력적이라 할 수 있는 강점이 있다.<sup>270)</sup>

## 2) 판례의 태도

우리나라의 판례에서 사용자의 구상권 제한을 처음으로 인정한 것은 1987년으

266) 김형배, 전계, “사용자책임과 구상권의 제한”, 227면; 이은영, 전게서, 866면.

267) 김형배, 전계, “사용자 책임과 판례”, 30면.

268) 김형배, 「불법행위론」, 일조각, 1979, 186면.

269) 김형배, 전계, “사용자책임과 구상권의 제한”, 227면; 이은영, 전게서, 867면.

270) 서정화, 전계논문, 191면.

로, 대법원은 “사용자가 피해자의 업무집행으로 행해진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 또는 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에는 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 사업시설의 현황, 피용자의 업무 내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려정도 등의 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해의 배상이나 구상권을 행사할 수 있다”라고 판시하였으며,<sup>271)</sup> 그 후 대법원에서 같은 취지의 판결이 나오고 있다.<sup>272)</sup>

우리나라 판례에서는 사용자의 구상권 제한의 근거를 사용자 책임의 성질로부터 도출하고 있지 않으며, 손해의 공평한 분담이라는 이상을 내세워 신의칙이라는 민법의 일반원칙, 즉 신의칙의 범형성적·범창조적 기능에서 근거를 구하고 있다.

이러한 대법원의 태도는 사용자가 피용자의 근무로 인하여 많은 수익을 얻고 있음에 반하여 피용자는 작업과정에서의 사소한 실수로도 엄청난 손해를 초래할 수 있으나, 근대산업사회에서 더 이상 피용자의 보수만으로 기업위험을 감당할 수 없게 된 사회경제적 여건을 살펴볼 때 정의와 형평의 원리에 기하여 피용자의 책임을 경감하는 것이 구체적 사정에 부응하는 공평 타당한 해결이라고 하는 고려에서 출발한 것이라고 볼 수 있다.<sup>273)</sup>

사용자의 구상권 제한에 관한 학설의 동향과 판례의 태도에 대하여는 제4장에서 좀 더 자세히 살펴보려 한다.

---

271) 대판 1987. 9. 8, 86다카1045.

272) 대판 1991. 5. 10, 91다7255; 대판 1994. 12. 12, 94다17246; 대판 1996. 4. 9, 95다52611.

273) 이주홍, 전제서, 606면.

## 제3장 사용자책임의 성립요건에 관한 비교법적 검토

앞에서 살펴본 바와 같이, 우리 민법 제756조에서 규정하는 사용자책임의 성립요건을 정리해 보면, ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 하였을 것, ② 피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 주었을 것, ③ 피용자의 가해행위가 불법행위의 요건을 갖출 것, ④ 피용자의 행위로 제3자에게 손해가 발생하였을 것, ⑤ 사용자가 면책사유 있음을 증명하지 못하였을 것 등이다.

재2장에서 살펴본 바와 같이, 위의 사용자책임의 성립요건 중에서 ③, ④, ⑤에 대하여는 판례이론이 확립되어 있고 학설도 큰 다툼이 없으며, ①의 ‘사용관계’, ②의 ‘사무집행의 관련성’의 기준이 우리의 판례와 학설상 큰 쟁점이 되어 왔다고 할 수 있다. 그러므로 여기에서는 독일, 프랑스, 영국 등 주요국가의 입법례와 판례이론을 비교법적으로 검토하면서, ①의 ‘사용관계’, 그리고 ②의 ‘사무집행 관련성’의 기준을 보다 명확히 하려고 한다. 그리고 ③, ④, ⑤에 대해서도 필요한 범위 내에서 비교·검토하려고 한다.

### 제1절 사용관계

성문법주의를 취하는 대륙법계 국가에서는 영미법계 국가와는 달리 판례를 법원으로서 존재하여야 할 법리는 성립하지 않음이 원칙이다. 따라서 대륙법계 국가에는 판례의 법원성을 부정된다고 할 수 있는 바, 어떤 사안에 대한 판례의 분석과 검토는 영미법계 국가에 비해 그 중요성이 떨어질지 모르나 대륙법계 국가에서도 최고법원의 판례가 사실상의 구속력을 가진다는 점은 부인할 수 없는 사실이며, 또한 아무리 성문법을 완비하더라도 유동적인 사회활동은 성문법만으로써

규율해 나갈 수 없으며 성문법 자체에 있어서도 그의 해석이라는 문제가 있게 된다. 여기서 최고법원의 판례는 일관성을 유지하고 법적 안정을 기하기 위해 자신의 판결에 구속됨은 물론 종래의 판례를 변경하는데 신중한 태도를 취하고 있는 것이다.<sup>274)</sup> 특히 제정당시에 예기치 못했던 사회정세의 변천에 대처하기 위해 법을 개정하지 않는 한 대륙법계의 국가에서도 판례가 이른 바 ‘살아 있는 법’으로서 중요한 지위를 차지하고 있음은 부인할 수 없다. 민법 제756조의 사용자책임에 있어서 ‘사용관계’에 관해서도 판례가 상당히 많이 축적되어 있으므로 판례이론의 분석과 검토를 통하여 이를 분석해보고자 한다.

사용자책임이 성립하기 위해서는 사용자와 대리감독자(보조자) 사이에 사용관계가 존재하여야 한다. 그리고 사용관계에 있어서는 사용자의 지휘감독을 받는 종속관계에 있어야 한다.<sup>275)</sup> 판례는 사용관계의 존부를 판단함에 있어서 사용자가 실제로 지휘감독을 하였느냐에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 불법 행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 한다고 한다.<sup>276)</sup> 따라서 사용관계가 인정되기 위해서는 사용자와 보조자 사이에 실제로 지시·감독권을 행사하고 있어야 하는 것은 아니다. 사용관계는 고용관계에서 뿐만 아니라 사실적 취업관계 및 기타 사용관계에서도 인정된다. 판례는 비교적 넓은 범위에서 사용관계를 인정함으로써 피해자를 두텁게 보호하고 있다.<sup>277)</sup>

## 1. 비교법적 고찰

### (1) 독일

274)곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2007, 37면.

275) 대판 2000. 10. 6, 2000다30240. 가령 지입차주가 자기 명의로 사업자등록을 하고 사업소득세를 납부하면서 기사를 고용하여 지입차량을 운행하고 지입회사의 배차담당 직원으로부터 물건을 적재할 회사와 하차할 회사만을 지정하는 최초 배차배정을 받기는 하나 그 이후 제품운송에 대하여 구체적인 지시를 받지 아니할 뿐만 아니라 실제 운송횟수에 따라 운임을 지입회사로부터 지급받아 온 경우, 지입차주가 지입회사의 지시·감독을 받는다고나 임금을 목적으로 지입회사에 종속적인 관계에서 노무를 제공하는 근로자라고 할 수 없다는 이유로 지입회사와 지입차주 사이에 대내적으로 사용자와 피용자의 관계가 있다고 볼 수 없다.

276) 대판 2005. 2. 25, 2003다36133; 대판 2001. 8. 21, 2001다3658.

277) 김형배, 전제 “사용자책임과 판례: 비교법적 시각에서”, 4-5면.

독일도 사용자책임의 요건으로서 사용자가 타인을 어느 사무에 사용할 것을 요구하고 있다(민법 제831조 제1항). 통설<sup>278)</sup>에 의하면, 피용자는 사용자로부터 사무를 위탁받아 그의 영향 하에서 활동을 하며 그에 대해 일정한 종속적 관계에 있는 사람을 의미한다고 한다. 여기서 말하는 종속적 관계는 피용자가 사무집행에 관하여 사용자의 의사에 종속되어야 한다는 것 즉 사용자의 지시에 따라야 한다는 지시종속성을 의미한다. 이러한 지시종속성을 충족하기 위해서는, 피용자는 조직상 종속되어 있는 지위에서 위탁된 사무를 집행하는 사람이어야 하고, 사용자는 피용자의 사무집행을 사실상 언제든지 제한하거나 금지하거나 그 시기 및 범위를 결정할 수 있는 지위에 있어야 한다.<sup>279)</sup> 그러므로 사용관계는 지시종속성 및 피용자의 종속적 지위에 따라 판단된다. 여기서 말하는 지시권능 및 지시종속성은 사실상 그것이 존재하는지 여부에 따라 판단되며, 사용자와 피용자 사이의 법률관계에 따라 좌우되지 아니한다.<sup>280)</sup> 사용관계가 일시적이어도 무방하다.<sup>281)</sup> 또한 피용자의 종속적 지위는 피용자가 사용자보다 사무집행에 관한 점문성이 부족하다거나 사용자에게 사회적으로 예속되어 있음을 의미하는 것이 아니라,<sup>282)</sup> 피용자가 사용자의 조직영역 즉 사용자의 영업이나 가사 등에 편입되어 있는 지위에서 지시를 받아 사무를 집행한다는 사실을 의미한다.<sup>283)</sup> 그에 따라 독일에서도 통상 고용관계의 피용자와 사용자 사이에 사용자책임이 적용되는 사용관계가 존재한다고 인정된다.

반면 상대방에 대해 일정한 사무집행의 의무를 부담하고 있더라도 상대방의 지시를 받지 아니하며 사무집행의 시기와 범위를 독자적으로 결정할 수 있는 사람은 피용자가 아니라 독립계약자이다.<sup>284)</sup> 특히 다툼이 있는 문제는 소송을 위탁

278) Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl., 1994, § 79 III 2 a S. 478; Sprau in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Aufl., 2012, § 831 Rn. 5; Wagner in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 5. Aufl., 2009, § 831 Rn. 14; Belling in Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2008, § 831 Rn. 59; Schiemann in Erman, *Bürgerlichen Gesetzbuch Band II*, 13. Aufl., 2011, § 831 Rn. 5f.

279) Münchkomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 14; Palandt/Sprau, *aa.O.*, § 831 Rn. 5; Erman/Schiemann, *aa.O.*, § 831 Rn. 6.

280) Münchkomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 14.

281) Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 11. Aufl., 2010, Rn. 278.

282) Erman/Schiemann, *aa.O.*, § 831 Rn. 6.

283) Larenz/Canaris, *aa.O.*, § 79 III 2 a (S. 478); Münchkomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 15.

284) Münchkomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 16; Palandt/Sprau, *aa.O.*, § 831 Rn. 5. 독립적이 기업이나 수공업자가 통상 이에 해당한다. 그러나 일반적으로 독립계약자라고 인정되는 지위에 있는 사람이더라도 예외적으로 사실상 타인의 조직범위에 편입되어 지시종속적으로 사무를 집행한다면 그는 그 한도에서 피용자

받은 변호사가 위임인의 피용자인지 여부인데, 판례는 위임인의 지시권능을 강조하여 이를 긍정하지만,<sup>285)</sup> 학설은 변호사 지위의 독립성을 이유로 이에 비판적이다.<sup>286)</sup>

독일의 통설과 판례는 이러한 기준에 따라 사무를 위탁받은 사람이 상당한 정도의 독립성과 전문성을 가지고 사무를 집행하는 경우에도 지시종속관계를 넓게 이해하여 피용자 성을 인정한다.<sup>287)</sup> 사용자가 사무집행을 제한·금지하거나 그 시기 및 범위를 결정할 수 있다면 지시종속성을 인정할 수 있으므로, 종속적 지위에서 타인의 조직에 편이성보다 사무집행이 이루어지는 한에서는 피용자로 평가된다.<sup>288)</sup>

마찬가지로 회사기타 법인의 구성원으로 상당히 높은 지위에 있으면서도 독자적인 의사결정을 내리는 사람도 대표권 있는 기관이 아닌 한에서는 피용자이다.<sup>289)</sup> 다만, 독일 판례가 사용자 책임을 적용할 때 발생할 수 있는 사용자면책의 결과를 회피하기 위해 해석상 법인책임을 확장해 온 결과<sup>290)</sup> 그러한 사람들의 법인의 기관에 준해서 취급되는 경우가 적지 않다.<sup>291)</sup> 그 결과 독자적인 의사결정을 내릴 수 있는 높은 지위의 법인 구성원은 불법행위법상 사용자책임 규정의 피용자가 아니라 법인책임 규정의 정관에 따라 선임된 대리인으로 취급되는

---

로 취급된다(Larenz/Canaris, *aa.O.*, § 79 III 2 a S.478)

285) 예컨대 BGH BB 1957, 306 = WM1957, 484 = VersR 1957, 301.

286) MünchKomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 16; Erman/Schiemann, *aa.O.*, § 831 Rn. 6. 상세한 논의로 von Caemmerer, "Haftung des Mandanten für seinen Anwalt", *Gesammelte Schriften*, Band III, 1983, S. 314ff. 또한 사무위탁이 사용자의 의사에 의한 것이 아니라 법률에 기초하고 있거나 직무인 경우에도 사용자책임이 전제하는 피용자는 아니다. 그래서 법인의 기관, 자연인의 법정대리인, 유언집행자 등은 피용자라고 할 수 없다(Staudinger/Belling, *aa.O.*, § 831 Rn. 61).

287) Erman/Schiemann, *aa.O.*, § 831 Rn. 5; Palandt/Sprau, *aa.O.*, § 831 Rn. 5.

288) 그래서 병원에 고용되어 활동하는 의사나 간호사도 사용자책임이 문제되는 범위에서 피용자이다. Larenz/Canaris, *aa.O.*, § 79 III 2 a (S. 478); Staudinger/Belling, *aa.O.*, § 831 Rn. 66. Erman/Schiemann, *aa.O.*, § 831 Rn. 7; Palandt/Sprau, *aa.O.*, § 831 Rn. 6. 이에 대해 병원장/병원과장은 의학적 영역에서는 지시 종속적 지위에 있지 아니하므로 피용자는 아니지만, 판례는 그를 정관에 따라 선임된 대리인으로 취급하여 병원의 손해배상책임을 인정한다고 한다(독일 민법 제31조의 법인책임).

289) MünchKomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 18; Palandt/Sprau, *aa.O.*, § 831 Rn. 5.

290) 김형석, 전제논문, 451-452면 참조.

291) 법인 책임이 성립하기 위해서는 이사회, 이사회 구성원, 그밖에 정관에 따라 선임된 대리인이 사무집행과 관련해 불법행위를 할 것이 요구 되는데(독일 민법 제31조), 판례는 엄밀한 의미에서 대표권이 없더라도 법인 조직내에서 독자적이고 자기책임적으로 특정 직무영역을 관장하는 사람을 정관에 따라 선임된 대리인으로 보아 사용자책임이 아닌 법인 책임을 인정하고 있다(MünchKomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 19; Palandt/Sprau, *aa.O.*, § 831 Rn. 7).

경우가 많다.

가해 피용자의 사용자로 고려되는 사람이 복수인 경우에는, 그 피용자에 대해 누가 사실상의 지시권능을 가지고 있었는지 그리고 피용자가 누구의 책임영역에서 활동하고 있었는지 여부에 따라 사용자를 결정해야 한다고 한다.<sup>292)</sup> 그들 사이에서 사용자성을 정하는 약정 자체만은 의미를 가지지 않는다.<sup>293)</sup> 이러한 기준에 따라 사용자는 원칙적으로 한 사람이다.<sup>294)</sup> 그래서 예를 들어 운송사업자가 제3자의 화물을 운송하는 경우 운송차량의 기사는 통상 운송업자의 피용자이겠지만, 차량과 기사가 함께 제3자에게 위탁되어 제3자가 자기책임적으로 화물을 운송한다면 그 제3자가 사용자가 된다.<sup>295)</sup> 마찬가지로 중기가 운전기사와 함께 임대되어 임차인의 지시에 의해 작업이 수행되었다면, 임대기간동안 기사는 임차인의 피용자로 보아야 한다고 한다.<sup>296)</sup>

## (2) 프랑스

프랑스 민법은 “주인 또는 사용자는 그들의 가사 피용인 또는 피용자가 사무범위에서 야기한 손해에 대해 책임을 진다”고 정하여(프랑스 민법 제1384조 제5항), 사용관계를 사용자책임의 요건으로 정하고 있다. 통설과 판례는 이러한 사용관계는 한편으로 사용자의 영향력과 다른 한편으로 그에 상응하는 피용자의 종속을 말한다고 이해한다.<sup>297)</sup> 그러나 이러한 종속이 경제적 의존, 사회적 조건의 불평등, 엄격하고 효율적인 통제 등을 의미하는 것은 아니라고 말한다.<sup>298)</sup> 통설과 판례는 이를 아주 넓게 이해한다. 그에 의하면 이는 사용자가 사무집행에 관

292) MünchKomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 21; Palandt/Sprau, *aa.O.*, § 831 Rn. 65.

293) MünchKomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 21.

294) MünchKomm/Wagner, *aa.O.*, § 831 Rn. 65.

295) BGHZ 80, 1 =NJW 1981, 1516.

296) OLG Hamburg BauR 1994, 529; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1430.

297) Flour, *Aubert et Savaux, Les obligations*, 2. Le fait juridique, 10<sup>e</sup> éd, 2003, n° 209; Burn *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2005, n° 535; Terré, *Simler et Lequette, Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd, 2009, n° 829; Voirin et Goubeaux, *Droit civil*, tome 1, 33<sup>e</sup> éd, 2011, n° 1094; Starck, *Roland et Boyer, Obligations*, 1. Responsabilité délictuelle, 5e éd, 1996, n° 900.

298) Viney et Jourdain, *Traite de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., 2006, n° 792; Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2004, n° 7504; Starck, Roland et Boyer, *op cite*, n° 901.

하여 피용자에 대해 지시를 할 수 있는 권능 즉 사무집행과 관련해 목적과 수단을 정할 수 있는 권한을 지시한다.<sup>299)</sup> 사용관계가 존재하기 위해서 당사자들 사이에 지시종속성을 발생시키는 계약이 반드시 존재할 필요는 없다. 일방이 타방에게 사실상 지시를 하고 타방이 이를 따르고 있다는 사실로부터 사용관계를 인정할 수도 있다.<sup>300)</sup> 반면 노무에 의한 사무집행이 이루어지더라도 지시종속성이 결여되는 경우 즉 사무를 집행하는 일방이 그 상대방에 대해 독립성을 유지하는 경우에는 사용자책임의 요건으로서 사용관계는 존재하지 아니한다.<sup>301)</sup>

프랑스의 판례와 통설에 의하면 타인의 위탁을 받아 상당한 독립성과 전문성을 가지고 사무를 집행하는 사람도 앞서의 기준에 따라 사용자책임이 문제되는 경우 피용자라고 이해한다. 그러한 피용자에게 사무집행상 독립성과 전문성이 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 피용자의 사용자에 대한 종속이 배제되는 것은 아니라는 것이다.<sup>302)</sup> 실제로 판례는 이전에는 예컨대 의사의 경우 사무집행의 독립성과 전문성을 이유로 지시종속성을 부정하여 사용자책임에서 말하는 피용자가 아니라는 입장을 견지한 적이 있었으나, 이제는 태도를 변경하여 고용된 의사의 경우 피용자 성을 인정한다.<sup>303)</sup> 이 법리는 그 밖의 전문직에도 마찬가지로 적용된다고 이해되고 있으며, 고용된 변호사나 공증인과 관련해서는 입법적으로 확인되어 있다.<sup>304)</sup>

복수의 사용자가 고려되는 경우에도 프랑스의 통설과 판례는 어느 편 사용자에게 현실적 영향력 내지 주된 영향력이 있었고 사고 시점에 지시권능이 있었는지 여부를 기준으로 하여 사용자책임을 부담할 사용자를 특정하고자 한다.<sup>305)</sup> 복

299) Flour, Aubert et Savaux, op cite, n° 210; Brun, op cite, n° 535; Terré, Simler et Lequette, op cite, n° 829; Voirin et Goubeaux, op cite, n° 1094.

300) Flour, Aubert et Savaux, op cite, n° 211; Brun, op cite, n° 539; Le Tourneau, op cite, n° 7504, 7507, 7508; Starck, Roland et Boyer, op cite, n° 904

301) Flour, Aubert et Savaux, op cite, n° 210; Brun, op cite, n° 537; Terré, Simler et Lequette, op cite, n° 830; Viney et Gourdain, op cite n° 830.

302) Flour, Aubert et Savaux, op cite, n° 210; Brun, ,op cite n° 536; Terré, Simler et Lequette, op cite, n° 830; Viney et Gourdain, op cite, n° 793; Le Tourneau, op cite., n° 7517

303) 대표적으로 Cass crim, 5 mars 1992 Bull. crim., n° 101. 자세한 것은 Viney et Jourdain, ,op cite n° 793 참조.

304) Flour, Aubert et Savaux, op cite, n° 210; Brun, op cite, n° 536 note 143.

305) Flour, Aubert et Savaux, op cite, n° 212; Terré, Simler et Lequette, op cite, n° 831, 이에 대하여 사용관계를 피용자가 누구의 계산과 이익으로 행위하는지 여부에 따라 파악하고자 하는 소수설은 여기서도 피용자가 어느 편의 기업 내지 영업에 편입되어 활동하는지 여부에 따라 판단하고자 한다. Viney et Jourdain, op cite, n° 792 참조.

수의 사용자 모두에게 동시에 사용자책임을 부담시키는 것은 원칙적으로 인정되지 않는다.<sup>306)</sup>

복수의 사용자 관련 판례 중에는 사용자책임을 부담할 사용자를 결정하는 과정에서 사용자들의 자력을 고려하는 경향이 있다고 한다. 그래서 만일 모든 사용자들이 충분한 자력을 가지고 있다면 대체로 지시종속성에 따라 사용자를 결정하는 기준에 쫓아 판단하지만, 반면 사용사업주나 중기 임차인 등의 자력이 충분하지 못하다는 사정이 있다면 법원은 과건사업주나 중기 임대인 등 보험의 혜택을 받을 수 있는 편이 사용자책임을 진다고 연연하는데 주저하지 않는다는 것이다.<sup>307)</sup>

### (3) 영국

영국의 보통법(commom law)에 의하면 사용자는 피용자의 불법행위에 대하여 사용자책임을 진다.<sup>308)</sup> 그러므로 사용자책임을 성립하기 위해서는 불법행위자와 청구를 당하는 사람 사이에 사용관계가 있어야 한다. 영국법에서는 전통적으로 이러한 사용관계가 고용관계를 의미한다고 이해하고 있다.<sup>309)</sup> 그러므로 영국 법상 사용자책임을의 요건으로서 사용관계는 원칙적으로 사용자와 피용자 사이에 고용계약이 존재할 것이 요구된다.<sup>310)</sup> 고용계약이 사용자책임을의 요건이므로 노무가 도급계약에 기해서 제공되는 경우에는 수급인은 독립계약자이고 피용자가 아니다.<sup>311)</sup> 그러므로 중요한 과제는 당사자들 사이에 도급이 아니라 고용이 있음을 확인하고 그에 따라 사용관계를 인정할 수 있는 기준을 탐색하는 일이다. 전통적으로 판례는 사용자의 피용자에 대한 감독, 지휘, 영향력을 중점적으로 고려하는

306) 물론 예외적으로 하나의 사무집행을 위해 복수의 사용자가 가해 피용자에 대해 지시권능을 가지고 있었던 경우에는 그들 모두가 사용자로 판단될 수도 있다(Le Tourneau, op cite, n° 7511).

307) Starck, Roland et Boyer, op cite n° 910.

308) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, 6th ed., 2008, p.650.

309) Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, 1967, p.32.

310) 그래서 주의할 사항은, 영국법에서 사용자책임을의 요건으로서 사용관계를 검토할 때 원용되는 선례들은 사용자책임과 관련된 선례뿐만 아니라 기타 다른 법률분쟁에서 고용계약의 존부가 확인되어야 할 경우에 내려진 선례들도 포함한다는 사실이다. 물론 학설에서는 사용자책임을의 규범목적에 고려해 다른 법률문제에서와는 달리 판단해야 할 필요가 있지 않은지 여부에 대해 논의가 있다. 이에 대해 Markesinis and Deakin, op cite, p.667; Giliker, *Vicarious Liability in Tort. A Comparative Perspective*, 2010, p.56-57.

311) Atiyah, op cite, p.35-36; Markesinis and Deakin, op cite, p.666.

기준을 채택해 오고 있었으며, 이를 통제기준이라고 한다.<sup>312)</sup>

이러한 판례의 통제기준이 모든 고용관계를 적절하게 판단할 수 있는 기준인지 여부에 대하여 20세기에 들어오면서 의문이 제기되기 시작하였다고 한다. 통제기준은 사용자가 구체적인 사무집행과 관련해 피용자에게 지시를 내리고 감독할 수 있는 우월한 능력을 전제하고 있는데, 이는 이전 세대의 산업관계에서 비롯된 것으로 현대 고용관계의 모든 현상 형태를 합리적으로 설명할 수는 없다는 것이다.<sup>313)</sup>

판례에서는 특히 고용된 의사의 지위를 피용자로 인정할 수 있을 것인지 여부에 관하여 많은 논의가 있었다. 실제로 20세기 초반에 판례는 일시적으로 의사의 독립성과 전문성을 이유로 하여 의사의 피용자 성을 부정하기에 이르렀다.<sup>314)</sup> 그러나 1940년대에 들어서면서 판례는 의사를 고용한 병원의 사용자책임을 인정하였다.<sup>315)</sup> 그 결과 영국의 학설과 판례에서 고용관계의 존부 판단에서 통제 기준을 보충하거나 갈음할 다른 기준의 모색이 불가피하게 되었다.

통제기준을 대체하기 위해 제안되었던 기준으로 피용자가 사용자의 조직에 통합되어 사무를 집행하는지 여부에 따라 피용자 성을 판단하려는 데닝(Denning) 법관의 견해를 들 수 있다. 그에 의하면 “고용계약에서는 어떤 사람이 사업의 일부로 고용되고, 그의 노무가 그 사업의 일체화된 부분으로서 수행되는 반면, 도급계약에서는 노무가 그 사업을 위해 수행되기는 하지만 그에 일체화되지 않고 단지 그에 부수되는 것에 지나지 않는다”고 한다.<sup>316)</sup> 이는 사용자책임을 사용자의 기업 활동에서 발생하는 손해비용을 내부화한다고 하는 취지에 비추어 경제적 관점에서 사용자관계를 판단하려는 시도로 평가할 수 있다.<sup>317)</sup> 그러나 이 기준

312) Atiyah, op cite, p.40; Giliker, op cite, p.57-58. 이는 19세기 이래 확고한 판례로서, 자주 인용되는 20세기 중반의 귀족원의 선례에 의하면 고용관계를 지시하는 요소들로 다음과 같은 것들이 언급되고 있다. ① 사용자의 피용자 선임권한, ② 임금 기타 보수의 지급, ③ 노무제공 방법을 통제할 수 있는 사용자의 권한, ④ 노무제공을 중지시키거나 내지 해고할 수 있는 사용자의 권한 등이 그것이다(Short v. J. & W. Henderson Ltd [1946] 62 TLR 427 at 429 per Lord Thankerton).

313) Markesinis and Deakin, op cite p.668; Giliker, op cite, p.60; Winfield and Jolowicz, op cite, n° 20.4. 이는 예컨대 의사, 변호사, 회계사와 같은 전문직, 사용자에 비해 월등한 지식과 기술을 보유한 엔지니어, 회사 등에서 조직을 통제하는 상당히 높은 지위의 관리자 등의 경우에 그러하다고 한다(Atiyah, op cite, 45 sqq).

314) Hilyer v. *Governors of St Bartholomew's Hospital* [1909] 2 KB 820. Markesinis and Deakin, op cite, 669면; Giliker, op cite, 61. 등 참조.

315) Gold v. *Essex County Council* [1942] 2 KB 293. 고용된 변호사에 대해 Atiyah, op cite, 139.

316) Stevenson Jordan and Harrison v. *Macdonald and Evans* [1952] 1 TLR 101 at 111 per Denning LJ.

317) 김형석, “민법 제756조 제757조의 개정에 관한 연구”, 법무부연구 용역보고서, 2012, 468면 이하 참조.

은 어떤 기준에 따라 피용자가 사용자의 조직에 통합되었는지를 판단할 것인지의 문제로 되어 결국 구체적인 해결을 제기하지는 못한다는 비판에 직면하였고,<sup>318)</sup> 그 결과 판례에 결정적인 영향을 주지는 못하였다. 오히려 현재 영국의 판례는 통제 기준에서 출발하면서도 이를 보충하는 다른 여러 가지 사정들을 상관적으로 고려하여 피용자 성을 판단하는 유연한 접근방법을 채택하고 있다고 보인다.<sup>319)</sup>

지도적인 선례에 의하면 사용자의 피용자에 대한 통제는 의심할 여지없이 항상 고려되어야 할 요소이지만 더 나아가 노무를 제공하는 사람이 자신의 설비를 사용하는지 여부, 그가 자신의 조력 인들을 스스로 고용하는지 여부, 그가 부담하는 경제적 위험의 범위, 그가 투자·관리와 관련해 지는 책임의 범위, 그가 사무집행을 양호하게 관리함으로써 이익을 받을 가능성이 있는지 여부 및 그 정도 등을 함께 고려해야 한다고 한다.<sup>320)</sup>

복수의 사용자가 관여하는 경우에 누가 사용자책임을 부담하는지 문제는 영국에서도 주로 중기 등이 임대되면서 기사가 함께 제공된 사안이나 파견근로의 사안을 중심으로 제기되고 있다.<sup>321)</sup> 이에 대한 지도적 선례인 항구의 크레인이 임대되며 기사가 함께 제공된 사안에서, 귀족원은 종래의 통제 기준을 적용하면서 임대인을 사용자로 보아야 한다고 판시하였다.<sup>322)</sup> 이러한 선례에 의해 노무자가 파견된 사안유형에서는 파견을 한 당사자가 여전히 사용자로 남으며, 예외적으로 파견을 받은 당사자에게 통제 등이 완전히 이전되었음이 증명된 때에 비로소 후자가 사용자로 취급된다는 법리가 일반적으로 통용되었다.<sup>323)</sup> 그리고 이 맥락에서 통제 기준은 여전히 중요한 요소로 고려되고 있다고 평가된다.<sup>324)</sup> 실제로 다

318) Atiyah, op cite, p.38.

319) Markesinis and Deakin, op cite, 669면; Winfield and Jolowicz, op cite n° 20.4, 20.5

320) Market Investigations v. Minister of Social Security [1969] 2 QB 173 at 185 per Cooke J. 같은 취지로 Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung [1990] 2 AC 374.

321) 그 밖의 사안유형들이 있으나 종래의 판례 기준에 따라 판단이 어렵지 않다. 이에 대해서 Atiyah, *aaO.*, 149 sqq. 참조.

322) Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins & Griffith (Liverpool) Ltd [1947] AC 1. 물론 여기서 사용자성의 판단은 사용자책임을 부담을 지우기 위한 맥락에서 문제되므로 피용자의 동의에 의한 고용관계 이전이라는 설명은 기술적 법률구성에 불과하다는 점이 지적되었다. Denham v. Midland Employers Mutual Assurance Ltd [1955] 2 QB 437; Atiyah, op cite, p.156 참조.

323) Winfield and Jolowicz, op cite, n° 20.8. 이와 관련해 파견 관련 당사자들 사이에서 사용자 책임과 관련하여 파견을 받는 사람이 사용자책임을 부담하기로 약정되어 있는 경우 그 화과에 대해서는 Markesinis and Deakin, op cite, pp.674-675 참조.

324) Winfield and Jolowicz, op cite, n. 20.8. 그래서 Giliker, op cite, p.85 은 일반적으로 판례상 통제 기준

수의 사안에서는 여전히 파견한 당사자가 사용자로 인정되고, 파견 받은 당사자가 사용자책임을 부담하는 경우는 많지 않다고 보인다.<sup>325)</sup>

영국 판례는 2005년에 비로소 사용자책임과 관련해 동시에 복수의 사용자를 인정할 가능성을 받아들이기 시작하였다.<sup>326)</sup> 이 판결은 동시에 복수의 사용자가 사용자책임을 부담할 수 있다는 법리를 선언하였고, 그러한 경우 사용자들은 1978년의 민사책임분담법이 정하는 바에 따라 법원이 공평하다고 판단하는 비율로 서로 구상을 할 수 있다고 하였다. 이러한 새로운 판례 법리는 복수의 사용자가 관여된 사안에서 피해자의 지위를 개선할 수 있다는 점에서 주목할 만하지만, 이러한 경향이 구체적 적용에서 얼마나 넓게 인정될 것인지, 바꾸어 말하면 중기와 함께 피용자가 제공된 사안이나 파견근로의 사안에서 법원이 이후 공동사용자책임을 원칙적인 모습으로 받아들일지 아니면 파견하는 사용자가 책임을 부담한다는 원칙에 대한 예외로서 취급할 것인지 여부에 대해서는 이후 판례의 전개를 지켜볼 필요가 있다고 하겠다.<sup>327)</sup> 그러나 그럼에도 영국법에서 이 판결을 계기로 하여 사용자책임의 요건으로서 사용관계 판단이 일반적인 고용관계 판단과는 구별하여 검토될 필요가 있다는 관점은 이제 점차 수용되고 있는 것으로 보인다.<sup>328)</sup>

## 2. 사용관계의 개념과 사용자의 지위

---

의 의미가 완화된 현재에도 노무자 파견의 사안에서 통제 기준이 강하게 고려되는 경향에 의문을 표시하면서도, 관련 사안들의 다수에서는 미숙련노동이 문제되므로 통제에 보다 큰 비중이 부여될 수 있을 가능성을 시사한다.

325) 후자의 경우로 예를 들어 *Hawley v. Luminar Leisure Ltd and other* [2006] EWCA Civ. 18. 이 사건에서는 나이트클럽을 운영하는 피고가 경비업체인 공동피고로부터 유상으로 문지기를 제공받은 사안이 문제되었다. 여기서 경비업체는 임금을 지급하고 파견될 사람을 선정하였으나, 나이트클럽 운영측은 언제든지 파견된 사람의 교체를 요구할 수 있었고, 문지기는 나이트클럽 제복을 입고 그 관리자의 지휘·감독을 받았다. 공동피고들 사이에서는 경비업체가 문지기의 불법행위로 인한 손해부담에 관해 나이트클럽 운영측을 면책할 의무를 부담하고 있었다. 문지기의 폭행 피해자가 사용자책임에 기초해 손해배상을 청구하자, 항소법원은 나이트클럽 운영측이 문지기의 사무집행에 충분한 통제를 하고 있다는 이유로 나이트클럽을 운영하는 피고가 문지기의 사용자라고 판시하고 책임을 긍정하였다.

326) *Viasystems (Tyneside) Ltd v. Thermal Transfer (Northern) Ltd* [2006] QB 510. 여기서 메이 법관은 두 사용자가 공동으로 피용자를 통제하고 있다는 관점을, 릭스 재판관은 피용자가 두 사용자의 조직 모두에 편입되어 있다고 하는 테닝 재판관의 견해를 채택하여 결론을 정당화하고 있다.

327) 예컨대 앞서 주 130에서 인용한 *Hawley v. Luminar Leisure Ltd* 은 *Viasystems* 이후에 선고되었음에도 나이트클럽 운영자에게 통제가 완전히 이전하였다고 하여 종래 법리에 따라 단독책임을 인정하였음을 상기할 필요가 있다. Weir, op cite, p.109.

328) Giliker, op cite, p.90 또한 Weir, op cite, pp.107-108.

민법 제756조에서 말한 사용관계의 의미와 그 지위에 대하여 판례는, 사용관계는 법적으로 유효한 계약관계가 존재할 필요는 없고 사실상의 지휘감독의 존재 여부 뿐만 아니라 객관적으로 지휘감독을 받아야 할 관계여부에 의하여 결정하여야 한다.<sup>329)</sup> 또한 사용관계는 실질적인 지휘감독관계를 의미하므로 영업허가 명의자 아닌 자가 그 사업의 실질적인 경영주라면 그 종업원의 사무집행상 불법행위로 인한 손해에 관하여는 그 실질적 경영주가 사용자로서 배상책임이 있다.<sup>330)</sup> 그리고 광업권자가 채탄과정에서도 덕대업자의 피용자에 대하여 지휘·감독·통제하는 관계에 있는 경우에는 그 범위 내에서 실질적으로 사용관계에 있다 볼 것이고, 광부 운송 업무는 채탄작업과 밀접하게 관련된 업무이니 광부운송차량 사고는 광의의 광산사고에 포함된다고 봄이 상당하므로, 광업권자는 덕대업자의 피용자에 의한 광부운송차량 전복사고에 대하여 손해배상책임이 있다.<sup>331)</sup>

그러나 사업을 위하여 타인을 사용한다함은 그 사용관계에 유효한 계약관계가 존재하는 경우뿐만 아니라 사실상 지휘감독관계에 있는 경우도 포함하나 자동차를 매수한 자가 소정의 사용주명의변경등록을 하지 아니한 채 사용하는 경우까지 매도인이 민법 제756조상의 사용자라고 할 수 없다.<sup>332)</sup> 그러면 사용자의 지위에 있는 경우로서는, 선주가 선원들과 사이에 일정한 비율에 따라 이익분배를 약정하고 선박을 제공한 ‘보합제(步合制)’계약<sup>333)</sup>에 있어서 선주는 선장, 기관장 기타 선원에 대한 관계에 있어서 민법상 사용자의 지위에 선다.<sup>334)</sup> 또한 지입된 중기를 조종자와 함께 임대한 임대인의 사용자책임에 관하여, 중기가 본래 B가 을

329) 대판 1998. 4. 28, 96다25500 : 불법행위에 있어 사용자책임이 성립하려면 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘·감독하는 관계가 있어야 하는 것으로, 위임의 경우에도 위임인과 수임인 사이에 지휘·감독관계가 있고 수임인의 불법행위가 외형상 객관적으로 위임인의 사무집행에 관련된 경우 위임인은 수임인의 불법행위에 대하여 사용자책임을 진다. 판례는, 대판 1996. 10. 11, 96다30182; 대판 1961. 11. 23, 4293민상745; 대판 1982. 11. 23, 82다카1133.

330) 대판 1981. 7. 28, 81다281: 민법 제756조에서 말하는 사용자관계라는 것은 실질적인 지휘감독관계를 의미하므로 영업허가 명의자 아닌 자가 그 사업의 실질적인 경영주라면 그 종업원의 사무집행상 불법행위로 인한 손해에 관하여는 그 실질적인 경영주가 사용자로서 배상책임이 있다.

331) 대판 1982. 4. 27, 81다카957.

332) 대판 1974. 5. 28, 73다935.

333) 보합제(步合制)란 임금지급의 한 형태로서 생산고에서 직접경비를 제공한 나머지를 일정한 비율로 분배하는 제도이며, 흔히 어업에 종사하는 사람들 사이에 행하여진다. 따라서 보합제 계약은 기업경영의 리스크를 근로자에게 전가시켜 임금수입을 극도로 불안정하게 함으로써 임금의 유지 및 증대를 구하는 근로노력에 경영의 기초를 두려고 하는 바람직하지 못한 임금정책이다.

334) 대판 1977. 6. 7, 76다1869.

회사에 지입한 것으로서 비록 B가 그 조종자 및 조수 등을 직접 고용하여 운행하여 왔다고 하더라도 을 회사는 명의대여자로서 뿐만 아니라 객관적으로 A를 지휘·감독할 관계에 있다고 할 것이고 일시적으로 갑 회사에 A와 함께 임대하였다고 하더라도 을 회사는 A에 대한 관계에서는 여전히 사용자의 위치에 있다.<sup>335)</sup>

요컨대 판례에 따르면 사용관계란 법적으로 유효한 계약관계가 존재할 필요는 없고 사실상 실질적이고 객관적인 지휘감독관계 여부에 의하여 결정하여야 함을 알 수 있고 통설의 입장도 같은 견해이다. 판례는 사용관계를 형식적 기준 즉, 법적으로 유효한 계약관계의 존부에 관계하지 않고 실질적 기준 즉, 사실상 객관적인 지휘감독관계가 있는 여부에 의하여 결정하고 있음을 볼 수 있다.

### 3. 피용자의 개념과 피용자의 지위

민법 제756조에서 피용자라 함은 고용계약에 의한 피용자만을 지칭하는 것은 아니고 보수의 유무, 기간의 장단을 불문하고 사용자의 선임에 의하여 그 지휘·감독하에 사용자가 경영하는 사업에 종사하는 자를 말한다.<sup>336)</sup> 또한 타인에게 위탁하여 계속적으로 사무를 처리하여 온 경우 객관적으로 보아 그 타인의 행위가 위탁자의 지휘감독 내에 속한다고 보이는 경우는 그 타인은 본조에 규정한 피용자에 해당한다고 해석함이 타당할 것이다.<sup>337)</sup> 수임인이 독립성을 가지고 독자적으로 작업을 수행하는 것이 아니고 작업 전반의 진행 및 방법에 관한 도급인의 구체적인 지휘감독 하에 수행하는 관계에 있었다면 비록 형식상으로는 도급계약이었다 할지라도 위 관계는 사용자, 피용자의 관계에 있었다고 할 것이다.<sup>338)</sup> 가해행위의 유책성 피고조합의 이사회가 전무인 소외 '갑'의 사직서를 수리하기로 결의를 함에 있어서 소외 '갑'이 저지른 부도어음 문제가 해결될 때까지 종전과

335) 대판 1980. 8. 19, 80다708.

336) 대판 1982. 4. 27, 81다카957; 대판 1983. 2. 8, 81다428; 대판 1979. 2. 13, 78다2245; 피고 회사의 기중기를 사용하는 부두하역작업에서 피고 회사 직원의 지휘감독아래 회사 소유 기중기조종에 대한 신호를 하게 하였다면 동인이 계속적인 근무가 아니고 보수를 지급한 것도 아니며 법률상 사용관계가 있었는가의 여부에 불구하고 위와 같은 사실상의 사용관계만으로 동인을 피고 회사의 피용자라고 보아야 한다.

337) 대판 1963. 2. 21, 62다780.

338) 대판 1972. 10. 31, 72다1179.

같이 근무하도록 결의하여 그가 전과 똑같이 피고 조합 이사장의 직인을 소지한 채 계속 조합의 업무를 처리하였고, 피고 조합의 직원들도 소외 ‘갑’이 피고 조합의 전무인 것으로 알고 그의 지시에 따라 업무처리를 한 사실이 인정되는 바, 민법 제756조의 사용자와 피용자의 관계는 반드시 유효한 고용관계가 있는 경우에 한하는 것이 아니고 위와 같이 사실상 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 지휘·감독 아래 그 의사에 따라 사업을 집행하는 관계에 있을 때도 그 두 사람 사이에 사용자, 피용자의 관계가 있는 것이라 할 것이다.<sup>339)</sup>

그러나 판례는 “사용자 및 피용자 관계인정의 기초가 되는 도급인의 수급인에 대한 지휘·감독은 건설공사의 경우에는 현장에서 구체적인 공사의 운영 및 시행을 직접 지시·지도하고 감시 독려함으로써 시공자체를 관리함을 말하고 단순히 공사의 공정을 조정하고 공사의 운영 및 시공의 정도가 설계도 또는 시방서대로 시행되고 있는가를 점검하는 정도의 것이라면 이는 공정을 감독하는 감리에 불과하고 여기에 해당한다고 볼 수 없으므로 도급인이 수급인의 공사에 대하여 감리적인 감독을 함에 지나지 않을 때에는 양자의 관계를 사용자 및 피용자의 관계에 있다고 볼 수 없으니 사용자 책임이 없다”<sup>340)</sup>고 한다.

이와 같은 판례의 태도는 피용자인가의 여부의 판단은 일차적으로 고용계약의 존부, 그리고 사실상의 지휘감독관계의 유무에 의하여 결정하고 있음을 알 수 있다.

#### 4. 사용관계의 판단기준

민법 제756조에 있어서의 사용관계라는 것은 실질적인 지휘감독관계를 의미한다. 따라서 민법 756조에 있어서의 사용자 관계라는 것은 실질적인 지휘감독관계를 의미하고 식당의 경영주로서 종업원들의 사용자인가의 여부를 따지려면 형식적인 식당영업허가 명의 만에 의할 것이 아니라 어디까지나 실질적으로 이를 파악하여야 한다.<sup>341)</sup> 또한 동조의 사용자와 피용자관계는 비단 고용관계가 있는 경

339) 대판 1996. 10. 11, 96다30182; 대판 1998. 4. 28, 96다25500; 대판 1982. 11. 23, 82다카1133.

340) 대판 1993. 5. 27, 92다48109; 대판 1987. 10. 28, 87다카1185; 대판1988. 6. 14, 88다카102; 대판 1989. 8. 8, 88다카27249; 대판 1990. 10. 30, 90다카23592; 대판 1992. 6. 23, 92다2615.

341) 대판 1981. 7. 28, 81다281; 대판 1976. 4. 27, 75다137.

우에 하는 것이 아니고 동업관계라 하더라도 업무집행에 관하여는 지휘·감독 하에 집무하는 관계가 있는 경우를 포함한다.<sup>342)</sup> 그러므로 수급인이 독립성을 가지고 독자적으로 작업을 수행하는 것이 아니고 작업 전반의 진행 및 방법에 관한 도급인의 구체적인 지휘·감독 하에 수행하는 관계에 있었다면 비록 형식상으로는 도급계약이라 할지라도 사용자·피용자의 관계에 있었다고 할 것이다.<sup>343)</sup> 또 사업주가 업자를 지휘·감독하여 동인에게 단순한 노무도급을 준 경우에는 사업주와 업자 간에는 동조의 사용자와 피용자의 관계가 있다고 한다.<sup>344)</sup> 그러나 도급인이 수급인의 공사에 대하여 감리적인 감독을 하는 경우에는 양자의 관계를 사용자 및 피용자의 관계에 있다고 볼 수 없다고 한다.<sup>345)</sup> 판례에 의한 사용관계의 판단기준은 실질적인 관계를 검토하여 사실상의 지휘와 감독관계가 있는가에 의해 결정되고 있음을 알 수 있다.

이러한 기준에 따라 사용관계가 인정되는 가장 전형적이고 일반적인 예는 피용자와 사용자 간의 고용계약이 있는 경우이다(민법 제655조, 제658조)<sup>346)</sup> 그러나 사용관계에는 이에 한정하는 것이 아니며, 판례는 여러 가지 법률관계에서 지휘·감독관계가 인정되면 피용자 성을 인정할 수 있다고 한다. 이하에서는 명의대여관계, 위임·도급관계, 파견근로자, 기타의 경우로 나누어 살펴보고자 한다.

## 5. 사용관계의 구체적 적용

### (1) 명의대여관계

판례는 “타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허용 받

342) 대판 1961. 10. 26, 4293민상288.

343) 대판 1972. 10. 31, 72다1179.

344) 대판 1976. 5. 11, 74다2146.

345) 대판 1993. 5. 27, 92다48109; 대판 1987. 10. 8, 87다카1185; 대판 1988. 6. 14, 88다카102.

346) 대판 1994. 3. 22, 93다45886.

은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이고, 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 할 것이다”라고 판시 한 후,<sup>347)</sup> 일관된 태도를 보이고 있다.

예컨대 ① 건설공사회사가 사업자등록이 없는 타인에게 건설회사의 명의로 도색 공사를 하게 한 경우에 대법원은, “타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고, 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로 명의사용을 허가받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허락한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다”라고 하고,<sup>348)</sup> ② 채석사업의 사업자등록과 채석허가를 보유하고 있는 자가 타인에게 그 사업의 명의를 사용하여 채석하게 한 경우에 대하여 대법원은, “타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허가받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허가한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있으며, 그 명의대여로 인한 사용관계의 여부는 실제로 지휘·감독하였느냐 여부에 관계없이 객관적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독할 지위에 있었느냐 여부를 기준으로 결정하여야 한다”라고 하고 있다.<sup>349)</sup> 그리고 ③ 민간보육시설설치신고자의 명의를 가지고 있는 자가 타인에

347) 대판 1969. 1. 28, 67다2522.

348) 대판 2005. 2. 25, 2003다36133; 대판 2003. 7. 25, 2003다9049; 대판 1998. 5. 15, 97다58538; 대판 1998. 6. 26, 97다58170 .

349) 대판 2007. 6. 28, 2007다26929; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133.

게 그 명의를 대여하여 어린이집을 운영하게 한 경우에 대법원은, “명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 한다고 한다”라고 하고,<sup>350)</sup> ④ 리조트회사가 타인으로 하여금 리조트회사의 상호나 명칭을 사용하여 골프회원권을 매도하게 한 경우에 대법원은, “타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허용 받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이고, 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 할 것이다”라고 한다.<sup>351)</sup> 나아가 ⑤ 일정한 수준의 기술 인력과 장비시설 등을 필요로 하는 건설관계사업의 명의를 타인에게 대여한 경우에 대법원은, “일정한 수준의 기술 인력과 장비 시설 등을 필요로 하는 건설관계사업의 명의를 타인에게 대여하였을 때에는 그에 따른 위험을 방지하기 위하여 명의를 대여한 자는 객관적·규범적으로 보아 명의차용자 또는 그의 피용자가 불법행위로 인해 타인에게 손해를 입게 하지 않도록 지휘·감독해야 할 의무와 책임을 부담하고 있다고 보아야 할 것이다”라고 판시하고 있다.<sup>352)</sup>

## (2) 위임·도급관계

350) 대판 2007. 6. 28, 2007다26929; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133 .

351) 대판 2011. 11. 24, 2011다41529; 대판 2010. 7. 22, 2010다20211.

352) 대판 2003. 7. 25, 2003다9049.

위임이나 도급관계에서는 수임인 또는 수급인과 위임인 또는 도급인 사이에 사무집행에 관하여 지시·복종관계가 성립하지 않는다. 수임인 또는 수급인은 독립된 계약당사자이기 때문이다, 따라서 이들 사이에는 원칙적으로 사용자책임이 성립하지 않는다.<sup>353)</sup> 판례에 의하면 위임관계가 있는 경우에도 위임인이 수임인의 불법행위에 대하여 사용자책임을 부담해야 하는 경우를 인정하고 있다. 즉 부동산을 상속받은 자(위임인)가 상속받은 부동산을 매각하고 상속재산을 분할하는 등의 사무를 변호사로 하여금 처리하도록 한 경우에 수임인인 변호사의 편취행위가 외형상 객관적으로 위임인의 사무집행에 관련된 것이라면 위임인은 수임인의 불법행위에 대하여 사용자책임을 진다는 판례가 있다.<sup>354)</sup>

또한 판례는, “합동법무사사무소의 구성원인 법무사들이 위촉된 등기사무를 처리함에 있어서 실제로 그 구성원 법무사 중 누가 사무를 처리하든 관계없이 한 달을 열흘 단위로 나누어 구성원 1인의 이름으로 처리하기로 내부방침을 정하고 있었고, 위 방침에 따라 구성원인 법무사 중 1인이 등기신청 대행 업무를 처리하면서 다른 법무사를 서류상 작성명의인으로 기재한 경우, 서류상 작성명의인인 법무사는 합동사무소에 위촉되어 동업관계에 있는 법무사와 공동으로 처리하여야 할 업무를 위임하여 처리하도록 한 셈이므로 그 업무처리에 있어 실제 업무를 처리한 법무사를 지휘·감독하여야 할 사용자관계에 있다고 보아야 한다”<sup>355)</sup>고 하고, “주택의 보수공사를 위임받은 동업관계에 있는 자들이 공동으로 처리하여야 할 업무를 동업자 중 1인에게 맡겨 그로 하여금 처리하도록 한 경우 다른 동업자는 그 업무집행자의 동업자인 동시에 사용자의 지위에 있다 할 것이므로, 업무집행과정에서 발생한 사고에 대하여 사용자로서 손해배상책임이 있다”고 판시하고 있다.<sup>356)</sup> 그리고 “도급계약에서 도급인은 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 없는 한 그 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임은 없는 것이고 다만 도급인이 수급인의 일의 진행 및 방법에 관하여 구체

353) Galand-Carval, *Comparative Report, PETL Liability for Others*, No. 64, p.306; Prosser & Keeton, *op cite*, p.509.

354) 대판 1998. 4. 28, 96다25500; 대판 1999. 10. 12, 98다62671.

355) 대판 2006. 5. 25, 2006다13025; 대판 2006. 9. 8, 2006다24407; 대판 2006. 3. 10, 2005다65562; 대판 2007. 6. 14, 2007다4295.

356) 대판 2006. 3. 10, 2005다65562; 대전지방법원 2008. 4. 23, 2007고정1558; 서울고등법원 2010. 10. 20, 2010나44837.

적인 지휘감독권을 유보하고 공사의 시행에 관하여 구체적으로 지휘감독을 한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자와 피용자의 관계와 다를 바가 없으므로, 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위로 인하여 제3자에게 가한 손해에 대하여 도급인은 민법 제756조 소정의 사용자 책임을 면할 수 없다고 한다.<sup>357)</sup> 그러나 판례는 “도급인의 지시·감독하에 선박의 수리작업을 수행하던 노무수급인이 인근에 있는 다른 선박에 대한 수리를 독자적으로 의뢰받아 그 수리작업 중 사고를 낸 경우, 그 당시 노무수급인이 도급인을 대리하여 수리계약을 체결할 권한이 있는 것과 같은 외관을 보였다거나 도급인과의 사이에 명의대여의 관계에 있었던 것이 아닌 이상, 그 수리작업이 외형으로 관찰할 때 도급인의 직무 범위 내에 속하는 것으로 볼 수 없다”고 하여 도급인의 사용자책임을 부인하고 있다.<sup>358)</sup>

### (3) 파견근로자

파견근로자보호법 제2조 제5항의 파견근로자는 사용사업주의 사업장에서 그의 지시·감독을 받아 근로를 제공하기는 하지만 사용사업주와의 사이에는 고용관계가 존재하지 않은 반면, 파견사업주는 파견근로자의 근로계약상의 사용자로서 파견근로자에게 임금지급의무를 부담할 뿐만 아니라, 파견근로자가 사용사업주에게 근로를 제공함에 있어서 사용사업주가 행사하는 구체적인 업무상의 지휘·명령권을 제외하고는 파견근로자에 대한 파견근로자를 징계권 등 근로계약에 기한 모든 권한을 행사할 수 있으므로, 파견근로자를 일반적으로 지휘·감독해야 할 지위에 있다. 파견사업주와 파견근로자들 사이에는 그 지시·종속관계의 내용에 따라 제756조 적용의 기초가 되는 사용관계가 인정된다. 따라서 사용사업주와 파견근로자 사이에는 구체적 업무수행에 대한 지시·감독관계가 미치는 한도에서 사용관계가 성립하고 파견사업주와 파견근로자 사이에는 근로자의 선발 및 일반적 지휘·감독의 범위 내에서 사용관계가 인정된다. 그러므로 파견사업주가 면책

357) 대판 1993. 5. 27, 92다48109; 대판 1992. 6. 23, 92다2615; 대판 1991. 3. 8, 90다18432.

358) 대판 2002. 12. 10, 2001다58443; 대판 2003. 1. 10, 2000다34426; 대판 2005. 11. 10, 2004다37676; 대판 2006. 9. 14, 2004다53203.

되기 위해서는 근로자의 선발 및 일반적 지휘·감독상의 주의를 다했다는 것이 인정되어야 한다.<sup>359)</sup>

#### (4) 기타의 경우

화물자동차운송 사업면허를 가진 운송사업자와 실질적으로 자동차를 소유하고 있는 차주간의 계약으로 외부적으로는 자동차를 운송사업자명의로 등록하여 운송사업자에게 귀속시키고 내부적으로는 각 차주들이 독립된 관리 및 계산으로 영업을 하며 운송사업자에 대하여는 지입료를 지불하는 외에 기타의 경제적 이익은 지입차주에게 귀속시키는 운송 사업형태(이른바 지입제)에 있어, 그 지입차주가 지입 된 차량을 직접 운행·관리하면서 그 명의로 화물운송계약을 체결하였다 하더라도, 지입차주는 대외적으로 그 차량의 소유자인 회사의 위임을 받아 운행·관리를 대행하는 지위에서 지입회사를 대리하여 계약을 체결한 것이 된다.<sup>360)</sup> 따라서 지입차량의 차주 또는 그가 고용한 운전자의 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에는 지입회사는 명의대여자로서 제3자에 대하여 지입차량이 자기의 사업에 속하는 것을 표시하였을 뿐만 아니라, 객관적으로 지입차주를 지휘·감독하는 사용자의 지위에 있다 할 것이므로 이러한 불법행위에 대하여는 그 사용자책임을 부담한다고 할 것이다.<sup>361)</sup>

회사 명의로 등록된 차량을 그 지입차주로부터 운전수와 함께 일시 임차하여 화물운송에 사용한 경우에 특별한 사정이 없는 한 회사의 그 소속 운전수에 대한 사용자의 지위는 위와 같은 일시대여 상태에서도 유지된다. 따라서 차량의 임대인과 그 임차인의 각 배상책임은 서로 부진정연대관계에 있다고 할 것이므로, 어느 한 쪽이 피해자에 대한 손해를 배상하여 공동면책이 되었다면 그 구상권의 범위는 각자의 부담부분 즉 손해발생에 기여한 과실의 정도에 의하여 결정하여야 할 것이다.<sup>362)</sup> 이 경우에 지입차주가 임차인에게 지입차량을 임대하였다 하더

359) 대판 2003. 10. 9, 2001다24655.

360) 대판 2006. 5. 25, 2005다19163; 대판 2009. 6. 25, 2007두15469; 대판 2000. 10. 13, 2000다20069.

361) 대판 2009. 6. 25, 2007두15469.

362) 대판 1997. 4. 8, 96다52724; 대판 1994. 12. 27, 94다4974; 대판 1995. 4. 7, 94다3872; 대판 1992. 3. 31, 91다39849.

라도 그 차량이 회사의 명의로 등록되어 있다는 근거에서 회사는 사용자책임을 면할 수 없다고 한다.

그리고 판례는 “남편이 처의 대리인으로서 부동산을 매수하고 소유권이전등기 사무를 집행함에 있어서 남편이나 남편의 사자가 불법행위를 하여 매도인에게 손해를 입혔다면 처와 남편 및 그의 사자(使者)간에는 적어도 외관상 지휘 감독 관계에 있는 것으로 보아 처에게 사용자로서의 책임을 지워야 한다”<sup>363)</sup>고 한다. 이에 반하여 “임차인이 건물소유자인 임대인과의 합의에 따라 임대인으로부터 수리비용을 지급받아 임차목적물인 건물을 직접 수리하였다고 하여 그 수리 업무에 있어 임대인의 피용자가 되거나 임대인으로부터 지휘·감독을 받을 지위에 있다고는 할 수 없다”<sup>364)</sup>는 것이 판례의 태도이다.

앞에서 명의대여관계, 위임·도급관계, 파견근로자, 지입차주관계 등의 예에서 검토한 바와 같이, 판례는 피해자의 보호라는 관점에서 사용관계를 넓게 보고 있다. 사용자책임을 인정하는데 있어서 책임을 부담하는 자와 불법행위자 사이에 반드시 고용과 같은 계약관계가 있어야 할 필요는 없으나, 적어도 지시·복종을 기초로 한 종속관계는 있어야 할 것이다.<sup>365)</sup> 종속관계의 존재가 추상화 내지 관념화되면 될수록 실질적 지시 관계에 있지 않은 자가 사용자책임을 부담하게 될 위험이 커지게 되므로 바람직하지 않다. 그래서 피해자의 보호라는 관점에서 이 규정을 원래의 취지를 벗어나 확대 적용하는 것은 적절하지 않다는 지적도 있다.<sup>366)</sup>

## 6. 분석·검토

사용자책임이 성립하기 위해서는 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계가 존재하여야 한다. 즉 사용관계에서 불법행위자는 사용자의 지휘·감독을 받는 종속 관계에 있어야 한다.<sup>367)</sup> 이러한 의미에서 대법원은, 지입차주가 자기 명의로 사

363) 대판 1974. 7. 26, 73다1980.

364) 대판 1997. 4. 11, 97다386; 대판 1998. 5. 15, 97다58538; 대판 1994. 10. 25, 94다24176; 대판 1994. 7. 29, 93다32453 .

365) Galand-Carval, *op cite*, p.300.

366) 김형배, 전제 “사용자책임과 판례: 비교법적 시각에서”, 10면.

367) 김형배, 상계논문, 5면.

업자등록을 하고 사업소득세를 납부하면서 기사를 고용하여 지입차량을 운행하고 지입회사의 배차담당 직원으로부터 물건을 적재할 회사와 하차할 회사만을 지정하는 최초 배차배정을 받기는 하나 그 이후 제품운송에 대하여 구체적인 지시를 받지 않는지 아니할 뿐만 아니라 실제 운송횟수에 따라 운임을 지입회사로부터 지급받아 온 경우, 지입차주가 지입회사의 지시·감독을 받는다고나 임금을 목적으로 지입회사에 종속적인 관계에서 노무를 제공하는 근로자라고 할 수 없다고 하면서 지입회사와 지입차주 상에 대내적으로 사용자와 피용자의 관계가 없다고 판시하고 있다.<sup>368)</sup>

위와 같이 사용관계 즉 지휘·감독을 받는 관계에 있는지 여부를 판단하는 것은 현실적으로 지휘·감독을 하였는가라는 기준이 아니라 규범적이고 객관적으로 보아 사용자가 불법행위자를 지휘·감독할 수 있는 지위에 있는가라는 기준을 적용하여야 한다는 것이 판례의 입장이다. 즉 대법원은 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부적으로는 그 타인과 명의자가 이를 공동운영하는 관계로서 그 타인이 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부적으로 그 타인의 명의자의 고용인임을 표명한 것과 다르지 않으므로 명의사용을 허가 받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허가한 사람은 민법 제756조 제1항에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하여<sup>369)</sup> 명의대여자에게 사용자 책임을 인정하면서,<sup>370)</sup> 명의대여자의 책임이 인정되기 위해서는 ①명의의 영업상의 사용(외관), ②명의사용의 허락(귀책사유), ③제3자의 오인(보호사유) 등의 3가지 요건이 갖추어져야 한다고 한다.<sup>371)</sup> 이러한 법원의 태도는 사용자와 피용자 사이의 사용관계를 현실적으로 사용자가 피용자를 지휘·감독하고 있었는가에 따라 결정하는 것이 아니라 객관적으로 보아 지휘·감독할 관계에 있는가를 기준으로 결정하는 것으로 보인다.<sup>372)</sup>

또한 대법원은 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용

368) 대판 2000. 10. 6, 2000다30240.

369) 대판 1998. 5. 15, 97다58538.

370) 대판 2001. 8. 21, 2001다3658; 대판 2005. 2. 25, 2003다36133.

371) 황경남, “명의대여자의 사용자책임”, 「대법관례해설」 제28호, 법원행정처, 1997. 3, 170면.

372) 임성근, “명의대여자의 사용자책임과 그 면책사유”, 「민사재판의 제문제」 16권, 한국사법행정학회, 2007, 711면.

한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로 명의사용을 허용 받는 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이고, 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제적으로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 할 것이라고 판시하여<sup>373)</sup> 명의대여자에 대한 사용자책임의 성립의 판단기준을 다시 한번 확인하고 있다.

이와 같이 사용자와 피용자 사이의 사용관계는 객관적인 사정, 상황에 따라 결정되어야 하는 것으로서, 그러한 사용관계에는 기업활동에 따른 사용, 즉 고용관계뿐만 아니라 위임,<sup>374)</sup> 조합(동업관계)<sup>375)</sup> 등의 관계가 있을 수 있고, 보수의 지급유무나 고용기간의 장단 등을 묻지 않으며 사실상 지휘·감독관계가 있는 경우에도 그대로 인정된다. 한편 대법원은 피고 회사의 기중기를 사용하는 부두하역작업에서 피고 회사 직원의 지휘·감독 아래 회사 소유 기중기 조종에 대한 신호를 하게 하였다면 그 신호자가 계속적인 근무가 아니고 보수를 지급한 것도 아니며 법률상 사용관계가 있었는가의 여부에 불구하고 위와 같은 사실상의 사용관계만으로도 피고 회사의 피용자라고 보아야 한다고 판시함으로써<sup>376)</sup> 이러한 점을 명백히 하고 있다.

나아가 대법원은 일반적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘·감독의 관계가 없으므로 도급인은 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위에 대하여 사용자로서 배상책임이 없는 것이나 도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같이 이른바 노무도급의 경우에는 비록 도급인이라고 하더라도 사용자로서의 배상책임이 있다고 판시하고<sup>377)</sup> 있는 것도

373) 대판 2005. 2. 25, 2003다36133.

374) 대판 1963. 2. 21, 62다780.

375) 대판 1998. 4. 28, 97다55164.

376) 대판 1979. 2. 13, 78다2245.

같은 취지의 판결이다. 한편 대법원은 도급인은 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 없는 한 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없으나 도급인이 수급인의 일의 진행 및 방법에 관하여 구체적인 지휘·감독권을 유보한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자 및 피용자의 관계와 다를 바 없으므로 수급인이 고용한 제3자의 불법행위로 인한 손해에 대하여 도급인은 민법 제756조에 의한 사용자책임을 면할 수 없고, 이러한 이치는 하도급의 경우에도 마찬가지라고 판시하여 지휘·감독권을 지니는 것만으로도 사용자책임을 발생한다고 보고 있다.

한편 위와 같은 사용자와 피용자 사이의 사용관계가 적법하여야 하는가라는 문제가 있다. 예컨대 조직폭력배들 사이에서는 위계질서에 따라 우두머리(두목)와 중간급 간부, 조직원 등으로 구성되는데, 조직원의 폭력행사 등 불법행위에 대해 그 조직의 장(두목)에게 사용자책임을 물을 수 있는가 하는 것이다.<sup>378)</sup> 물론 이에 대하여는 조직원과 우두머리를 공동불법행위자로 보아 책임을 묻는 것도 가능하겠지만 행위분담이나 의사연락 등에 대한 증거가 곤란한 경우가 많다. 위와 같은 경우에 조직폭력단의 우두머리에게 사용자책임을 부담하게 하려면, 먼저 우두머리와 조직원 사이에 사용관계를 인정할 수 있는가라는 문제가 있고 나아가 조직원의 범죄행위를 사무집행으로 볼 수 있는가라는 것도 문제된다.<sup>379)</sup> 이에 대하여는 긍정설과 부정설이 나뉘나 조직폭력에 따른 피해자 보호가 다른 어떤 경우보다 더 절실할 수 있다는 점, 사용관계는 사실상의 지휘·감독관계가 존재하는 것으로 충분한 점, 사무집행의 관념을 반드시 적법한 경우에만 한정할 것은 아니라는 점 등에서 보면, 적극적으로 해석하는 것이 타당하다. 이와 같이 사용자와 피용자 사이의 사용관계는 반드시 적법하여야만 성립하는 것이 아니라 사실상의 지휘·감독관계가 있는 경우에는 위법한 범죄단체의 경우에도 그 사용관계를 긍정하는 것이 피해자 보호를 중시하는 관점에서 옳다고 생각된다.

한편, 앞에서 살펴본 주요국가와 우리나라의 학설과 판례를 비교하여 분석해보면 다음과 같이 요약할 수 있다.

377) 대판 2005. 11. 10, 2004다37676; 대판 1983. 2. 8, 81다428.

378) 대판 1994. 9. 23, 94도1853.

379) 이로문, “폭력조직의 장에 대한 사용자책임-사용자책임을 중심으로-”, 「한양법학」 제11집, 한양법학회, 2000, 264면.

첫째, 위의 주요국가의 통설과 판례는 사용관계의 판단에서 사용자의 피용자에 대한 지휘·감독 내지 통제를 가장 중요한 기준으로 고려하고 있다. 그러나 동시에 지휘·감독, 통제, 지시종속성이라는 기준만으로 모든 사용관계를 설명할 수는 없다는 것도 알 수 있다. 실제로 각국의 학설에서 지휘·감독, 통제에 따라 판단한다면 피용자성이 부정되기 쉬운 사안유형에서도 피용자성을 인정하고 있는 경우가 적지 않으며, 이때의 기준 자체가 그러한 결과를 설명할 수 없다고 자인하거나 기준자체가 의제화·공동화되어 적용된다는 비판이 있는데, 이는 우리나라의 판례에서도 마찬가지로 나타나고 있다.<sup>380)</sup>

둘째, 사실상의 지휘·감독 기준이 비교법적으로 중요한 기준으로 통용되는 이유는 사용자책임의 입법취지를 고려한다면 쉽게 이해할 수 있다. 사용자가 피용자의 불법행위에 대해 부과실책임 내지 추정적 과실 책임을 부담하는 이유는 일차적으로 사용자가 피용자를 통해 확장한 경제적 활동에 상응하여 증가한 손해비용을 사용자에게 돌려 이를 내부화하기 위한 것이다.<sup>381)</sup> 여기서 피용자가 사용자의 지휘·감독에 따라 사무를 집행한다는 사실이 확인될 때 일단 사용자가 피용자를 통해 경제적 활동을 확장하고 동시에 손해가능성을 증가시키는 현상이 반드시 지휘·감독과 불가분적으로 결부되어 있다고는 말할 수 없다. 지휘·감독이 없는 경우에도 사용자에게 손해비용증가를 귀속시켜야 할 경우도 있고, 지휘·감독이 있더라도 그 맥락에서 사용자가 피용자 아닌 독립계약자를 상대로 하고 있다고 판단해야 할 경우도 있을 수 있다. 그러므로 사용관계를 합리적으로 판단하기 위해서는 사용자의 피용자에 대한 사실상의 지휘·감독이라는 기준에서 출발하면서도, 이를 보충하는 여러 가지 요소들을 발견하여 이들을 상관적으로 평가할 필요가 있다.

셋째, 그러하면 지휘·감독 기준을 보충하여 피용자가 사용자의 사업조직의 일체화된 부분이라고 판단할 때 고려될 수 있는 요소로 어떠한 것들을 들 수 있는가? 말하자면 사실상 지휘·감독 외에 어떠한 요소들이 존재하는가? 이는 대체로 다음과 같다. 즉 ① 타인의 계산으로, 그리고 타인의 이익을 위해 활동한다는 사정. 즉 사무집행 과정이 타인의 경제적 자원으로 조직되고, 그 이윤 내지 위험

380) 일본 판례의 경우에도 마찬가지라고 한다(田上富信, “使用關係”, 新現代損害賠償法講座4, 1997, 96面).

381) 김형석, 전제 “민법 제756조 제757조의 개정에 관한 연구”, 468면 참조.

이 그 타인에게 귀속한다는 사정, ② 타인이 제공한 도구·설비 등을 이용한다는 사정, ③ 타인이 제공하는 임금을 받는다는 사정, ④ 타인이 노무제공 장소와 시간을 정한다는 사정, ⑤ 타인이 선임과 해고의 권한을 가지고 있다는 사정, ⑥ 타인이 진행 중인 사무집행을 중지시킬 권한을 가지고 있다는 사정 등이다.

넷째, 이러한 기준은 복수의 사용자가 매개된 경우에도 그대로 적용되어 누가 사용자책임을 부담할 사용자인지 판단하는데 사용된다. 외국의 판례와 비교할 때 우리 판례는 불법행위를 한 피용자에 대해 동시에 복수의 사용자를 인정 하는 결과에 보다 적극적인 것이 특징이라 할 수 있다.

다섯째, 통상의 명의대여의 경우에 명의대여자의 사용자성 판단역시 같은 기준에 따른다. 반면 허가나 면허에 의해 부여되는 명의가 대여된 경우, 위의 기준을 적용한다면 명의 부여의 근거가 되는 법령의 취지상 명의대여자가 사용자이다. 여기서 명의대여자에게 지휘·감독의 가능성의 있었는지의 여부는 고려할 필요가 없다.

여섯째, 노무자가 파견된 경우에는 피해자에 대한 관계에서 파견한 당사자와 파견 받은 당사자 모두 사용자로서 연대하여 사용자 책임을 진다. 이들은 내부관계에서 앞서 기준에 따라 사용자성을 판단하여 손해비용을 분담한다.

## 제2절 사무집행 관련성

사용자는 피용자의 선임 및 감독에 주의를 다하였음을 증명하지 못하는 한, 피용자가 ‘그 사무집행에 관하여’ 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 말하자면 사용자책임을 성립하기 위해서는 피용자의 사해행위와 사무집행 사이에 일정한 관련성이 있을 것을 요구하고 있으며, 이를 ‘사무집행 관련성’이라고 한다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 우리 대법원은 사용자책임을 경우 사실상 사용자의 면책증명을 거의 허용하지 않고 있다. 또한 판례<sup>382)</sup>와 통설<sup>383)</sup>은 피용자의 가해행위가 일반불법행위의 요건을 충족할 것을 요구하고 있다. 그러므로 사용자책임을 가해자의 불법행위를 전제로 사용자가 무과실책임을 부담하는 대위책임이라고

382) 예컨대, 대판 1981. 8. 11, 81다298; 대판 1991. 11. 8, 91다20263.

383) 예컨대, 박윤직, 전게서, 419면; 김중환·김학동, 전게서, 2006, 839면 등.

할 수 있다. 그러므로 사용자의 입장에서는 사용자책임에서 벗어나기 위한 유일한 방법은 피용자의 가해행위가 사무집행과 관련이 없다는 것을 증명하는 방법 밖에 없다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 피용자 행위의 사무집행 관련성은 제 756조 적용에 있어서 피용자의 불법행위를 사용자에게 귀책 시키는 중요한 요건으로 기능하고 있다.

피용자 행위의 사무집행 관련성에서 가장 어려운 문제는 피용자가 직무집행에 있어서 직권을 남용하거나 직무의 범위를 일탈하여 불법행위를 한 경우도 사무집행 관련성을 인정할 수 있는가 하는 문제이다. 예컨대, 회사의 경리과장이 자신의 권한을 이용하여 사적인 목적을 위하여 회사 명의의 어음을 발행한 경우 위조를 이유로 지급을 거절당한 어음의 소지자가 회사에 대하여 손해배상을 구할 수 있는지, 그리고 택시기사가 승객을 폭행한 경우에 승객이 택시회사에 손해배상을 구할 수 있는지 하는 문제이다. 실제로 학설과 판례의 논의도 이러한 사안들에 집중되고 있다. 이러한 직무일탈 내지 직무남용의 경우에 사무집행 관련성을 부정한다면 사용자책임의 적용범위가 축소될 것이다. 그러나 직권일탈 내지 직무남용의 사례에 일률적으로 사무집행 관련성을 배제하는 것은 타당하지 않다.<sup>384)</sup> 그렇다고 해서 이러한 사례에 일률적으로 사무집행 관련성을 인정하는 것도 바람직하지 않다.<sup>385)</sup> 그러므로 사무집행 관련성 판단을 위해서는 직무일탈 내지 직무남용의 경우에 그 손해배상을 사용자에게 부담시킬지 여부에 대하여 유형별로 구별할 수 있는 기준을 모색하는 것이 필요하다.

이하에서는 주요국가의 입법례와 판례를 살펴보고 우리 대법원의 입장과 비교하여 분석·검토함으로써 구체적인 유형별 구별 기준에 대하여 살펴보려 한다.

## 1. 주요 국가의 입법과 판례

384) 양창수, “경리직원의 어음위조와 사용자책임”, 민법산고, 1998, 272면; 민법 초안 제749조의 ‘사무집행으로 인하여’라는 문언이 바로 그러한 직무일탈·직무남용의 사안유형을 규율할 수 있도록 ‘사무집행에 관하여’라는 표현으로 수정되었기 때문에 우리 민법의 입법자는 이를 부정할 의도는 아니었다고 생각되고 있다 (김형석, “사용자책임에서 사무집행 관련성의 판단: 비교법적 연구로부터의 시사”, 「법학」, 제53권 제2호, 서울대학교법학연구소, 2012, 353면); 김상명, “사용자책임의 성립과 책임제한에 관한 연구”, 「법과정책」 제 19집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013, 48면.

385) 김형배, 전제 “사용자책임과 판례 - 비교법적 시각에서”, 13면.

## (1) 독일

독일 민법은 제381조 제1항은 피용자가 ‘사무집행에 관하여’ 제3자에게 위법하게 손해를 가한 손해에 대해 사용자책임을 부담시킴으로써 책임요건으로서 사무집행 관련성을 요건으로 규정하고 있다. 독일의 학설과 판례는 이러한 사무집행 관련성을 엄격하게 해석한다. 즉 피용자의 사무집행과 위법행위 사이에는 직접적인 내적 관련성이 존재해야 하며, 피용자가 단지 사무집행의 기회에 사무집행으로 가능하게 된 수단을 이용하여 위법행위를 한 경우에는 사무집행 관련성을 인정할 수 없다고 한다.<sup>386)</sup> 그러나 피용자가 정당한 사무집행의 과정에서 과실로 불법행위를 야기한 경우에 사무집행 관련성이 인정된다는 것에는 의문이 없다고 한다.<sup>387)</sup> 통설과 판례는 이러한 기준을 구체화하여 피용자의 위법행위가 피용자에게 위탁된 사무범위를 일탈하지 않은 경우에는 직접적 관련성이 있지만 그렇지 않은 경우에는 사무집행 관련성을 부정한다. 반면 위탁된 권한 범위에 머물러 있다면 피용자가 사용자의 지시를 위반하였더라도 사무집행 관련성이 있고, 고의의 위법행위가 있더라도 사무집행 관련성이 인정될 수도 있다고 한다.<sup>388)</sup>

이러한 일반론에 따라 판례는 피용자가 권한 없음에도 불구하고 무권대리인으로서 상대방에게 손해를 가한 때에는 위탁된 사무를 일탈하였음을 이유로 사용자책임을 부정한다. 예를 들어 계약교섭에 대한 사무위탁을 받은 피용자가 대리인 행세를 하여 무권대리인으로 계약을 체결하고 그로부터 발생한 수익을 횡령한 경우 사무집행 관련성이 부정되고 있다.<sup>389)</sup> 또한 자동차 판매회사의 계약을 중개할 의무의 피용자가 대리인으로서 계약을 체결하면서 회사의 인장을 남용하고 서명을 위조하여 회사에 제출해야 할 수표를 자신이 지급받아 금액을 횡령한 경우에도 마찬가지이다.<sup>390)</sup> 이러한 경향은 피용자가 거래행위가 아닌 사실행위를 매개로 손해를 야기한 경우에도 같다. 한편 사용자가 비행기의 이동만을 지시하

386) BGHZ 11, 151; BGH VersR 1967; Sprau in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 68. Aufl., 2009, § 831 Rn. 9; Esser · Weyers, *Schuldrecht Band. II*, Teiband. 2, 8. Aufl., 2000, S.201.

387) Larenz · Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts Band. II*, Halband 2, 13. Aufl., 1994, S.480; Wagner in *MünchKomm zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5. Aufl., 2009, §831 Rn.24.

388) MünchKomm/Wagner, *a.a.O.*, Rn.25.

389) BGH WM 1977, 1169.

390) BGH WM 1971, 1906.

였음에도 공항에서 권한 없이 승객을 탑승시켜 운행하다가 손해를 야기한 비행사의 경우에도 사용자책임은 부정되고 있다.<sup>391)</sup> 나아가 피용자가 사무집행의 기회에 폭행·절도 등 고의의 불법행위를 하는 경우도 일반적으로 사무범위를 일탈한 것으로 보아 사용자책임이 부인되었다.<sup>392)</sup> 또한 자동차 운행과 관련된 경우에도 마찬가지이다. 사용자의 차량을 운전하는 피용자가 사용자가 지시한 노선을 벗어나 운전한 경우에는 사무집행 관련성을 인정하였으나,<sup>393)</sup> 사용자의 금지에 반하여 피용자가 다른 사람을 승차시키고 사고를 야기한 경우에는 사무집행 관련성이 없다고 하였다.<sup>394)</sup>

피용자가 고의의 위법행위를 한 경우에도 사무집행 관련성이 인정되는 사례들이 있는데, 사무집행의 기회에 고의의 위법행위가 있다고 하더라도 피용자가 주된 급부의무로서 위탁된 바로 자신의 사무 자체를 침해한 경우에만 사무집행 관련성이 인정되고 그렇지 않은 경우에는 사무집행 관련성이 없다고 하고 있다. 피해자의 생명·신체·소유권 등의 보호가 사용자의 부수의무인 때에는 피용자가 사무집행의 기회에 이를 침해해도 사무집행 관련성이 있다고 할 수 없으나 그러한 보호가 사용자의 주된 급부의무로서 피용자에게 위탁된 때에는 그 침해에 의해 사무집행 관련성이 인정될 수 있다는 것이다.<sup>395)</sup>

이러한 판례와 통설에 대해서는 피용자의 위법행위가 사무범위를 일탈했는지 여부를 가지고 판단하는 것은 타당하지 않다는 비판도 있다. 피용자를 선발·감독·지시하는 것은 제3자에 대한 법익을 침해할 수 있는 수단과 가능성을 증진시키는 일이고, 피해자가 아닌 사용자가 바로 선임·감독·지시에 의해 그러한 손해발생을 예방할 수 있는 지위에 있으므로 사용자는 피용자가 태만하거나 악의적이라는 사정으로부터 발생하는 위험인 인신위험을 부담해야 한다는 것이다.<sup>396)</sup> 또 사무집행 관련성은 사용자가 피용자를 사용하였다는 사정이 아무런 특별한 위험증가와 결부되지 아니한 경우에 사용자에게 사용자책임을 배제하기 위

391) BGH NJW-RR 1989, 723.

392) 예컨대, 건축회사의 피용자가 공사의 기회에 도급인의 집에서 절도를 한 경우에는 사무집행 관련성이 없다고 한다(BGH 11, 151).

393) Sprau in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 831 Rn. 9.

394) BGH NJW 1965, 391.

395) Sprau in Palandt, a.a.O., § 831 Rn. 10.

396) Sprau in Palandt, a.a.O., § 831 Rn. 12.

해 요구되는 것이므로 피용자가 사무범위를 일탈하였거나 범죄행위를 저질렀다는 사정만으로 사무집행 관련성을 부정해서는 안 된다고 한다.<sup>397)</sup>

독일 판례에서 사무집행 관련성은 불법행위법상의 사용자책임만이 아니라 채무불이행책임과 관련하여 이행보조자책임이 문제된 사안들을 검토할 필요가 있다. 가령 피해자가 사용자 내지 피용자와 계약적 접촉을 가지는 과정에서 위법하게 손해를 입은 사안들은 이른바 계약체결상의 과실 책임으로 취급되고 있다. 독일 민법이 인정하는 사용자의 면책증명가능성이 실무상 여러 가지 타당하지 않은 결과들을 낳기 때문에 판례와 통설은 일찍부터 계약적 접촉이 인정되는 경우에 사용자의 채무불이행책임을 인정함으로써 사용자책임의 적용을 회피하고 면책의 가능성이 없는 이행보조자책임을 적용하였다.<sup>398)</sup>

이러한 계약책임의 확장은 사용자책임의 사례의 상당수가 계약책임의 이행보조자 책임의 문제로 치환되어 해결되고 있음을 의미한다. 그러므로 이 경우 위탁된 사무와 피용자의 위법행위의 관련성은 당연히 이행보조자에 대한 채무자의 책임을 정하는 독일 민법 제278조 제1항의 해석으로 논의되고 있다. 물론 판례는 이 두 규정에서 인정되는 사용자 및 채무자의 책임범위를 서로 평행하게 해석하므로 독일 민법 제278조 제1항의 해석은 우리에게 의미를 갖는다고 할 수 있다.

## (2) 프랑스

프랑스 민법 제138조 제5항은, 피용자의 불법행위가 사용자가 '피용자를 사용한 사무범위에서' 행해졌을 것을 요구하고 있다. 그런데 프랑스 판례는 일찍부터 이 문언에 한정하지 않고 피용자가 직무범위를 벗어난 경우에도 사무집행 관련성을 인정해오고 있다.<sup>399)</sup> 그러나 1950년대에 접어들면서 종래 사무집행 관련성을 넓게 인정한 판례에 대해서 의문이 제기되기 시작하였으며, 이러한 변화는 프랑스 파기원 내에서 민사2부와 형사부의 판례의 충돌에서 나타났다.<sup>400)</sup> 형사부와

397) Larenz · Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, S.480.

398) Belling in Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2008, § 831 Rn. 25ff.

399) Biller, *Die Eigenhaftung des Verrichtungsgehilfen*, 2006, S.74; Flour, *Aubert et Savaux, Les obligations*, 2. Le fait juridique, 11 éd., 2005, N 26 216, p.224; Viney et Jourdain, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, 3 éd., 2006, n° 804.

400) 형사부는 피용자가 사용자에 의해 위탁된 직무범위를 일탈하여 사무집행의 기회에 불법행위를 한 경우

민사2부의 이러한 대립은 이후 5차례에 걸쳐 파기원 연합부 내지 대법정판결을 야기하였다. 형사부와 민사2부의 판례의 조정이 시도된 최초의 사건은 1960년 3월 9일의 파기원연합부 판결이다. 여기서 운전자로는 고용되지 않은 농업노동자인 피용자가 사적인 목적으로 사용자가 없는 틈을 이용해 사용자 소유의 화물차를 운전하다가 사고를 야기한 사안이 문제되었는데, 원심인 항소법원은 사무집행 관련성이 없다고 하여 사용자책임을 부정하였고, 파기원연합부 역시 이러한 원심의 판단을 인용하였다.<sup>401)</sup> 여기서 연합부는 명시적으로 형사부의 판례를 배척하고 민사2부의 해석을 채택한 것이라고 평가할 수 있지만, 이러한 연합부 판결은 형사부와 민사2부의 다툼을 해결할 수 없었다. 이 판결 자체가 일반적인 판시를 포함하고 있지 않아 형사부는 이 판례를 개별사건에 대한 판단으로 축소하여 종래의 판례를 계속 유지할 수 있었고, 그 결과 판례의 충돌은 계속되었던 것이다.<sup>402)</sup> 그 후 파기원은 1977년6월 10일의 대법정 판결,<sup>403)</sup> 그리고 1983년 6월 17일의 파기원 대법정 판결<sup>404)</sup>에서 다시 조정을 시도하였다. 이 판결에서 비로소 파기원 대법정은 직무일탈의 경우 사무집행 관련성이 배제되는 직무남용(abus de fonction)의 요건을 일반론으로 하였다.<sup>405)</sup> 이에 의하면 사용자의 동의 없이 자신의 직무와는 다른 목적을 위하여 자신이 사용되는 직무에서 벗어나는 행위는 사무집행 관련성이 부정된다는 것이다. 이는 보다 제한적으로 사무집행 관련성을 인정하려는 민사2부의 판례를 따르려 한 것으로 보인다.<sup>406)</sup> 그러나 이러한 파기원의 공식은 그 의미의 모호성 때문에 바로 학설에서 논쟁을 야기하였다. 그로 말미암아 다시 파기원의 판례가 분열되었고, <sup>407)</sup> 형사부와 민사2부 사이에 대립은 여전히 유지되고 있는 것으로 나타났다.<sup>408)</sup>

---

에도 사무집행 관련성을 인정할 가능성을 열어두는 종래 파기원의 판례를 유지하고자 하였으나, 이에 대해 민사2부는 피용자가 사용자를 위하여 행위 하였을 것을 요구하여 일정한 직무일탈 사안에서 사무집행 관련성을 부정하기 시작한 것이다(Flour, *Aubert et Savaux, Les obligations*, n° 216, p.225; Viney et Jourdain, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, n° 804).

401) Cass. ch. réunies, 9 mars 1960, D. 1960, p.529.

402) Biller, *Die Eigenhaftung des Verrichtungsgehilfen*, p.78f.

403) Ass. plén. Cass 10 juin 1977, p.465.

404) Ass. plén. Cass 17 juin 1983, Bull. ass. plén., n° 8.

405) Viney et Jourdain, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, n° 804, SS.1002-1003.

406) Flour, *Aubert et Savaux, Les obligations*, n° 217, p.226

407) 계약관계에서 피용자가 자신에게 위탁된 금전을 횡령하여 소비한 사안에서 형사부는 후자의 해석을 채택하여 사용자책임을 부정하였으나(Cass. crim., 27 oct. 1983, Bull. crim., n 272), 민사2부는 전자의 해석을 채택하여 은행의 사용자책임을 인정하였다(Cass civ. 2, 7 déc. 1983, Bull. civ. II, n° 195).

408) Viney et Jourdain, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, n 804, p.1004.

1985년 11월 15일 파기원 대법정 판결은, 자신이 감시할 의무가 있었던 공장에 방화한 사건에서 사용자책임을 부정한 항소심 판결을 인정하였다. 즉 불법행위법만을 적용하는 원심은 피용자의 동기는 무엇이든 간에 자신의 임무에 반하고 자신의 직무와 무관하게 고의로 행위 하였다는 사실로부터 피용자가 사용자가 사용한 직무를 벗어나는 행위를 하였다고 판단하였는데, 이는 정당하다는 것이다.<sup>409)</sup> 이로써 파기원은 사무집행 관련성을 엄격하게 판단하는 새로운 판례를 확고히 하였는데, 이는 사용자의 동의가 없고 피용자가 사적인 목적을 추구하였다는 두 가지 요건이 충족하면 직무에서 벗어난 것으로 취급되어 사무집행 관련성이 부정된다는 견해를 채택한 것이었다. 그러나 이 판결은 학계에서 격렬한 비판을 받았다.<sup>410)</sup> 이러한 대법정 판결에 의하여 이후 파기원의 민사부와 형사부를 이제 통일적인 판례를 적용하기 시작하였지만, 하급심은 이러한 파기원의 판례를 거부하였다.<sup>411)</sup> 이러한 하급심의 저항에 직면하여 판례의 안정은 달성되지 못하였고, 상이한 해석들이 주장되었다. 이러한 사정은 파기원이 다시 한 번 자신의 판례를 명확하게 할 것을 요구하였다.<sup>412)</sup>

파기원은 1988년 5월 19일 대법정 판결로 사무집행 관련성에 관한 판례를 일단락 짓는다. 이 사건에서는 가부별로 방문하여 만기원금상환 보험계약의 체결을 심사할 임무를 부여받고 있었던 보험회사의 직원인 피용자가 피해자로 하여금 다양한 보험에 가입하도록 하면서 피해자가 반대급부로 지급한 금전의 일부를 자신을 위하여 횡령한 사안이 문제되었다. 원심은 피고인 보험회사의 사용자책임을 인정하였으나, 피고는 특히 피용자가 자신의 이익과 계산으로 행위 한 것이 아니라 임무와 무관한 목적을 위하여 권한을 사용하였으므로 사용자책임을 인정되어서는 안 된다고 상고하였다. 이러한 상고이유는 명백하게 이전의 파기원 판례에 의지하고 있는 것이지만, 이 사건에서 파기원은 다음과 같은 이유로 상고를 기각하였다. “사용자는 그의 피용자가 사용되는 직무에서 벗어나 행위 하였고, 그 행위에 사용자 동의가 없으며, 그것이 임무와 무관한 목적을 위한 것인 경우

409) Ass. plén. Cass 15 nov. 1985, Bull. ass. plén., n° 9.

410) Viney et Jourdain, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, n° 804, p.1004.

411) 예컨대 1985년의 대법정 판결과 유사한 한 사안에서 파리 항소법원은 책임은 그 실질에서 계약책임적 성질이 있고 경비회사는 그 피용자의 행위에 대해 책임을 부담해야 한다는 이유로 사용자책임을 긍정하였던 것이다. CA Paris 24 fév. 1986, D 1986, p.397.

412) Viney et Jourdain, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, n° 804, pp.1004-1005.

에 한하여 면책된다. 원심 판결은 피용자가 피해자로 하여금 만기원금상환보험계약에 가입하도록 함으로써 직무의 행사 범위 내에 있었고, 자신의 임무와 합치하는 동의를 받아 행위 한 사실, 피해자는 피용자가 사용자의계산으로 행위 한다고 확신하였다는 사실, 더 나아가 사용자는 정기적으로 계약체결을 등록하였고 이익을 받았다는 사실을 밝히고 있다. 이러한 실시로부터 피용자가 직무를 수행하면서 받은 금전을 횡령함으로써 직무에서 벗어나 행위한 것은 아니라는 것이 도출되므로, 사용자인 회사가 자신의 민사책임으로부터 면책될 수 없다는 항소법원의 결론은 정당하다.”<sup>413)</sup>

여기서 파기원은 기존의 판결에서 사용된 일반론을 채택하면서도 그것을 보다 명확하게 표현하여 사무집행 관련성 인정에 관한 법리를 확정하였다. 즉 사무집행 관련성을 배제하는 직무남용은 피용자가 자신의 직무에서 벗어난 것이었고, 직무에서 벗어난 행위에 사용자의 동의를 없으며, 그러한 행위가 임무와 무관한 목적을 위한 것인 경우에 한하여 존재한다. 이제 파기원의 판례에 의하면 직무에서 벗어나 행위 한다는 요건은 사용자의 동의를 없고 사적인 목적을 추구하였다는 사정이 있으면 당연히 인정되는 결과가 아니라 독자적으로 심사해야 하는 하나의 독립한 요건이라는 것이 명백하게 되었다.<sup>414)</sup>

오늘날 프랑스 판례는 기본적으로 1988년의 파기원 대법정 판결의 법리를 유지하고 있다고 할 수 있다. 이는 피용자가 사무집행의 기회에 사용자가 부여한 수단을 이용하여 불법행위를 하더라도 그것이 설령 사적인 목적이라 하여도 통상 사무집행 관련성이 인정된다는 것을 의미한다.<sup>415)</sup> 그러한 경우에도 객관적으로 피용자가 직무에서 벗어났다고 말할 수는 없다고 이해하기 때문이다. 그러므로 현재 판례는 사무집행 관련성을 객관적 기준에 의하여 판단하는 전통적인 입장으로 회귀하였다. 그러나 피해자가 직무남용의 사실을 알았던 경우에는 사무집행 관련성이 부정된다는 점에서는 여전히 주관적인 기준이 남아 있다고 말할 수 있다.<sup>416)</sup>

이러한 법리는 특히 다음과 같은 민사2부의 판례에서 보다 적극적으로 전개되

413) Ass. plén. Cass 19 mai. 1988, Bull. ass. plén., n° 5.

414) Flour, *Aubert et Savaux, Les obligations*, n° 218, p.227.

415) Flour, *Aubert et Savaux, Les obligations*, n° 218, p.227.

416) Viney et Jourdain, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, n° 805, p.1008.

고 있다. 즉 피해자에게 피용자의 정상적인 업무수행에 대한 정당한 신뢰를 발생시키는 외관의 존재 또는 부재가 직무일탈 여부를 판단하는 중요한 기준이 되는 것이다. 그래서 피해자가 정당한 사무집행을 신뢰할 수 있었던 경우에는 사용자책임이 인정되지만, 반대로 피용자의 직무남용의 사실을 인식한 경우에는 사무집행 관련성이 부정된다.<sup>417)</sup> 요컨대, 1988년 대법정 판결의 법리는 피해자의 정당한 신뢰를 기준으로 하는 준칙으로 구체화되어 적용되고 있다고 말할 수 있다.<sup>418)</sup>

### (3) 영국

영국의 보통법(common law)에서는 사용자책임의 요건으로서 피용자의 불법행위가 사무집행의 과정에서 또는 사무집행의 범위 내에서 발생하였을 것을 요구한다.<sup>419)</sup> 그런데 사무집행 관련성에 관한 판례들은 명확한 기준을 제시하지 못하고 있으며, 이를 체계화하여 설명하기는 쉽지 않다. 이러한 배경에는 법원이 피해자 보호나 법정책적 가치들을 고려하는 과정에서 사안의 개별성에 주목하게 되고, 그 결과 일반적 기준을 찾아내기 어려웠던 사정이 있었다고 한다.<sup>420)</sup>

전통적으로 판례법에서 사무집행 관련성을 판단하기 위해 사용된 기준은 이른바 ‘새먼드(Salmond) 공식’이다. 이에 의하면 사용자가 피용자의 불법행위에 대해 동의하였거나, 사용자가 동의한 행위를 피용자가 위법하고 동의 받지 않은 방법으로 수행한 경우에 사무집행 관련성이 인정될 수 있다고 한다.<sup>421)</sup> 전자의 경우에 사무집행 관련성이 인정되는 것은 당연하지만 후자의 경우에도 피용자는 사용자가 하도록 지시한 사무를 수행하고 있었던 것이고, 다만 그 과정에서 부적절한 방법으로 이를 수행하여 손해가 발생한 것이므로 사용자의 사무범위 내에 있다고 판단될 수 있다는 것이다.

이러한 공식에 의하면, 기본적으로 피용자가 직무범위에 머물러 있었던 경우에

417) Cass civ. 2, 29 mai 1996, Bull. civ. II, n° 118.

418) Flour, *Aubert et Savaux, Les obligations*, n° 218, p.228.

419) Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd ed., 2006, p.109.

420) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, 6th ed by Deakin, Markesinis, 2008, p.679; Giliker, *Vicarious Liability in tort: A Comparative Perspective*, 2010, p.150 et seq.

421) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, pp.682-683.

는 사무집행 관련성을 쉽게 인정할 수 있을 것이다.<sup>422)</sup> 피용자의 폭행 등의 경우에도 피용자가 사용자를 위하여 사무를 수행하는 과정에서 폭력이 행사된 경우에는 ‘새먼드 공식’에 의해 사무집행 관련성을 인정되었다.<sup>423)</sup> 사용자의 부동산이나 선박을 감시하는 피용자에게도 합리적인 범위에서 실력을 행사할 것이 기대될 수 있어 사무집행 관련성이 인정된다.<sup>424)</sup> 이러한 기준이 적용되는 이상 사용자가 특정한 행위를 명시적으로 금지했다는 사정만으로는 사무집행 관련성이 부정될 수 없다. 그렇지 않다면 사용자는 불법행위를 금지하는 지시를 통하여 사실상 사무집행 관련성을 배제하고 책임에서 벗어날 수 있으므로 이는 부당하다는 것이다.<sup>425)</sup>

반면 피용자가 사무집행의 기회에 직무를 일탈하여 불법행위를 행한 사안을 ‘새먼드 공식’에 따라 사용자가 허용한 행위의 부적절한 수행으로 보아 사무집행 관련성을 인정할 수 있는지 여부는 그 자체만으로 반드시 명확한 것은 아니다. 그러나 판례는 오랫동안 ‘새먼드 공식’을 엄격하게 이행하여 피용자가 직무범위에 머물러 있으면서 사용자의 이익을 위해 행위 한 사무집행 관련성을 인정하였고, 그 결과 피용자가 사적인 목적을 위해 고의의 불법행위를 한 경우에는 일반적으로 사용자책임을 부정하였다.<sup>426)</sup> 또한 피용자가 사무집행의 과정에서 이를 이용하여 사적인 목적을 위해 폭행을 한 경우에도 판례는 오랫동안 사무집행 관련성을 부정하였다. 사무집행이 피용자에게 불법행위의 기회를 제공하였다는 사정만으로는 사무집행 관련성을 인정하고 없다는 것이다.<sup>427)</sup>

422) 예컨대, 정유차의 운전자가 유류가 정유차에서 탱크로 옮기면서 부주의하게 성냥을 던져 화재가 발생한 경우에도 사용자가 권한을 부여한 행위를 수행하는 과정에서 발생한 부주의이므로 사무집행 관련성이 있다고 판단되었다(Century Insurance Co. Ltd. v Northern Ireland Road Transport Board Co. [1872-73] LR 8 CP 148).

423) 예를 들어 회사의 피용자가 피해자가 사용자의 화물차에서 사용자 소유의 설탕을 절취하려 한다고 믿고 가격하여 상해를 가한 경우, 회사의 재산을 보호하고 감시하는 것은 사용자가 지시하고 승인한 사항이므로 피용자는 단지 이를 부적절하게 행사한 것으로서 사무집행 관련성이 있다고 한다(Poland v Parr & Sons [1927] 1 KB 236).

424) Vasey v Surrey Free Inns [1996] PIQR p.373.

425) Murphy, *Street on Torts*, 12th ed., 2007, p.608.

426) 즉 판례는, 피해자로부터 마차를 임차한 사용자의 마부가 사적인 목적으로 마차를 몰고 나갔다가 과실로 이를 손괴한 경우(Sanderson v Collins [1904] 1 KB 628), 주주명부에 등록하려는 피해자가 선의로 피용자에게 금전을 지급하였으나 피용자가 위조된 증명서를 발급하고 금전을 횡령한 경우(Ruben v Collins Fingall Consolidated [1906] AC 439), 청소업체의 피용자가 피해자의 집을 청소하면서 피해자의 전화를 사용하여 국제통화를 한 경우(Heasman v Clarity Clesning [1987] IRLR 286)등에서 사무집행 관련성을 부정하였다.

427) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, p.681.

그러나 이러한 전통적인 판례의 원칙은 20세기에 들어와 판례가 피용자가 사적인 목적으로 불법행위를 한 경우에도 사용자책임을 인정하기 시작하면서 흔들리기 시작하였다. 대표적인 선례로서 법률사무소의 직원이 고객에게 권원 날인증서를 교부하도록 하여 그 재산을 처분하고 그 이익을 편취한 사안에서 편취행위의 사무집행 관련성이 인정되어 사용자책임을 긍정되었다.<sup>428)</sup> 나아가 경비업체에게 공장의 경비를 위탁하였으나 경비업체의 피용자가 공장에 방화를 한 경우,<sup>429)</sup> 피해자의 모피 솔의 세탁을 위탁받은 모피업자가 피해자의 동의를 받아 다른 세탁업자에게 이를 위탁하였는데 세탁업자의 피용자가 모피를 절취한 경우<sup>430)</sup>에도 마찬가지이다.

이러한 판례의 경향은 자동차 사고와 관련해서도 대체로 유사하게 유지되었다. 즉 우유배달부가 사용자의 지시에 반해 미성년자인 피해자를 동승시켜 우유배달 사무를 돕도록 하였다가 부주의한 운전으로 상해를 가한 경우에는 사무집행 관련성을 인정하였고,<sup>431)</sup> 특히 피용자가 업무상 운전 중에 사용자의 명시적 또는 묵시적 지시에 반해 통상적인 경로를 이탈하여 운행하다가 손해를 야기한 경우에도 피용자가 일탈한 시간, 장소의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 사무집행 관련성을 인정하고 있다.<sup>432)</sup>

이렇게 사무집행의 기회에 피용자가 사적인 동기로 고의의 불법행위를 한 사안들에서 영국의 판례는 점차 난점에 직면하게 되었다. 그러한 사건들에서 사용자책임을 취지에 비추어 사용자의 손해배상책임을 인정해야 할 필요성이 점점 인식되었음에도 불구하고, 종래 판례의 기준이던 ‘새먼드 공식’에 따르면 그러한 경우 사무집행 관련성을 판단할 구체적인 기준을 제공받을 수 없었기 때문이다. 그 결과 영국 귀족원은 2002년 판례의 전환을 시도하였다. 어린이집의 관리인이 자신의 감호 하에 있는 아이들에 대해 성적 침해를 하였으나 고용주는 이를 알지 못하고 있었던 사안에서 귀족원은, 항소심이 따른 ‘새먼드 공식’을 적용하지 아니하고 사무의 성질과 당해 불법행위 상에 ‘근접한 관련성’이 있다는 이유로

428) Lloyd v Grace, *Smith & Co* [1912] AC 716.

429) Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] AC 827.

430) Morris v CW Martin & Sons Ltd [1966] 1 QB 716 at 725 per Lord Denning MR.

431) Rose v Plenty [1976] 1 WLR 141.

432) Smith v Stages [1989] AC 928, at 955 Lord Lowry.

사무집행 관련성을 인정하였다.<sup>433)</sup> 즉 성적 침해는 관리인이 그의 임무를 이행하는 것과 분리할 수 없이 관련되어 있어 그러한 경우 사용자책임이 인정되는 것이 정당하다는 것이다. 이 판결에서 채택된 기준을 ‘충분한 관련성 기준 (sufficient connection test)’이라고 한다. 이 판결은 전통적인 ‘새먼드 공식’을 포기하고 새로운 기준을 채택하는 판례 변경으로서 의도되었고 또 그렇게 수용되고 있다.<sup>434)</sup>

이에 의하면 피용자의 의무의 내용과 범위를 고려하여 고의의 불법행위이더라도 피용자의 사무집행이라는 행동패턴의 한 측면이라고 볼 수 있다면 사무집행 관련성이 인정될 수 있으며, 특히 여기서는 불법행위의 시간과 장소가 결정적이지는 않더라도 의미를 가진다고 한다. 반면 이러한 기준을 채택한다고 해서 사무집행에 의해 주어진 기회에 행해지는 모든 불법행위에 대해 사무집행 관련성이 인정되는 것은 아니며, 상당한 관련성(some greater connection)이 인정되어야 비로소 그러하다. 중요한 것은 당해 불법행위가 피용자의 사무집행과 분리할 수 없는 특별한 위험의 결과인지 여부이다. 이 기준은 이후 여러 사건에서 적용되어 이제 귀족원의 확고한 판례기준으로 되었다.<sup>435)</sup>

이러한 새로운 판례는 피용자가 사용자의 대리인이거나 대리인임을 주장하여 행위하는 경우에는 상대방이 피용자의 대리권 및 사무집행에 대해 정당한 신뢰를 가지고 있는지 여부에 따라 사무집행 관련성을 판단하는 경향과도 조화를 이루는 것으로 보인다. 피해자가 피용자의 대리권의 존재를 믿을 만한 상당한 이유 없이 거래를 하여 손해를 입은 경우에는 사용자책임을 물을 수 없다.<sup>436)</sup> 그러므로 이러한 사안에서는 피해자는 자신이 피용자의 현실의 대리권 또는 외관상 대리권을 신뢰하였다는 점을 보여야 할 것이며,<sup>437)</sup> 반대로 피해자가 불법행위를 행한 피용자가 사용자를 위해 행위 하지 않는다는 사실을 인식한 경우에는 손해배상을 청구할 수 없다.<sup>438)</sup>

433) *Lister v Hesley Hall Ltd* [2002] 1 AC 215 at 227, per Lord Steyn.

434) Clerk and Lindsell, *Torts*, 19th ed., 2006, n° 6-26.

435) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, p.692.

436) Murphy, *Street on Torts*, p.612.

437) *Armagas Ltd v Mundogas(The Ocean Frost)* [1986] 1 AC 717.

438) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, p.689; *Dubai Aluminium Co. Ltd. v Salaam* [2003] 2 AC 366 per Lord Nicholls of Birkenhead.

## 2. 우리 대법원의 입장

제2장에서 살펴본 바와 같이, 우리 대법원은 사무집행 관련성에 관하여 ‘외형이론’에 입각하여 판단하고 있다. 사용자책임이 성립하려면, 피용자가 사무집행과 관련하여 손해를 가하여야 하는데, 택시회사 운전수가 승객을 태우고 운행하다가 차 속에서 부녀를 강간한 사안<sup>439)</sup>에서 대법원은, 민법 제756조 소정의 ‘그 사무집행에 관하여’라는 의미에 대해 사용자의 사업집행 자체 또는 이에 필요한 행위뿐만 아니라 이와 관련된 것이라고 일반적으로 보이는 행위는 설령 그것이 피용자의 이익을 도모하기 위한 경우도 포함된다고 하면서, 택시회사에 대해 사용자로서 손해배상책임을 인정하고 있다. 나아가 피용자의 행위가 객관적으로 사용자의 사업 활동 내지 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여 질 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 의미라고 판시하거나,<sup>440)</sup> 민법 제756조에 규정된 사용자책임의 요건인 ‘사무집행에 관하여’라는 뜻은 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업 활동 내지 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여 질 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이고, 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지의 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련 정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 한다고 판시하고 있다.<sup>441)</sup> 이러한 판결들의 판시에서 보듯이 다소 표현상 차이가 있기는 하지만 그 사무집행 관련성에 대해 ‘외형이론’을 채택하고 있다. 즉 외형상으로 보아 사용자의 사무에 속하거나 그것과 적절한 관련을 맺고 있는 경우에는 사무집행에 관한 행위로 본다는 것이다. 이러한 견해를 취하는 것은 궁극적으로 피해자를 두텁게 보호하기 위한 것으로서 앞서 본 바와 같은 기업의 보상책임, 위험책임 등 사용자책임을 지우는 근거와는 관련이 있다고 볼 수 있으며, 이와 같이 그 관

439) 대판 1991. 1. 11, 90다8954.

440) 대판 1992. 3. 31, 90다8763.

441) 대판 2002. 12. 10, 2001다58443.

련성이 광범위하게 인정됨에 따라 그 책임의 범위도 넓어지게 되는 것이다.<sup>442)</sup>

말하자면, 대법원은 “피용자의 행위가 본래의 직무집행행위가 아니더라도 그 행위의 외형으로 관찰하여 마치 직무의 범위에 속하는 것으로 나타나는 행위도 사무집행 관련성이 있다”고 판단하여 사용자책임을 인정한다는 것이다.<sup>443)</sup> 그리고 이러한 외형의 판단 기준으로는 “피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 한다”고 한다.<sup>444)</sup> 즉 가해행위와 직무의 관련성의 정도 및 사용자가 창출한 위험상태를 관련시켜서 고려해야 한다는 것이다.

사무집행은 피용자의 직무집행의 범위에 속하여야 하는데, 이 범위를 판단함에 있어서 거래적 불법행위와 사실적 불법행위로 나누어서 살펴보아야 한다.<sup>445)</sup> 판례에 의하면, 거래적불법행위에서 사무집행 관련성은 제3자의 신뢰를 보호하는 기능을 담당하므로, 사무집행의 외형 자체만이 아니라 사용자가 그러한 외형을 만들었고 상대방이 그 외관을 신뢰하였다는 점에 의하여 판단되어야 한다고 한다.<sup>446)</sup> 그런데 상대방의 신뢰가 보호가치 있는 것이어야 하므로, 피용자의 행위가 사무집행행위에 해당하지 않음에 대하여 상대방이 악의의거나 선의이지만 중대한 과실이 있었다면, 외형이론에 의한 보호를 받지 못한다.<sup>447)</sup> 금전차용 사건에서도 대법원은, 상호신용금고 지점장 서리가 지점장 명의로 금전차입절차 없이 금전을 차용한 경우 실제로 권한이 존재한다는 것을 이유로 사무집행 관련성을 인정하고 있는데,<sup>448)</sup> 농협지점의 경우 차입은 오로지 농협중앙회에서만 받을 수 있으므로 그러한 권한이 없다는 이유로 사무집행 관련성을 부정하고 있다.<sup>449)</sup> 또한, 금융기관의 피용자가 금융기관의 업무와 관련해 지급보증을 한 경우에는 피

442) 김형배, 전제 “사용자책임과 구상권의 제한”, 45면.

443) 대판 1985. 8. 13, 84다카979.

444) 대판 1998. 11. 22, 86나카1923.

445) 지원림, 전게서, 1735면; 김재형, “사용자책임에서 사무집행 관련성(I)”. 「법조협회」, 제44권 제6호, 1995, 28면; 지원림, “사용자책임에 있어서 ‘사무집행에 관하여’ 판단기준”, 「수원지방변호사회지」, 제4호, 1993, 191면 등.

446) 대판 1983. 6. 28, 83다카1217.

447) 대판 2002. 1. 10, 2000다34426; 대판 2005. 12. 23, 2003다30159.

448) 대판 1990. 3. 23, 89다카555.

449) 대판 1968. 5. 14, 68다249. 이와 관련해 대법원이 금융기관이 내부적 제한은 사용자책임을 인정하는데 장애가 되지 않아 사무집행 관련성이 있다고 하는 것에 대하여, 법령상 제한이 있는 경우에는 반대로 사무집행 관련성을 부정하여 사용자책임을 제한 한 것이라는 지적이 있다(이주홍·곽윤직 대표, 전게서, 563면; 김재형, 전계논문, 1995, 19면).

용자가 대출업무를 담당하고 있는지 여부에 따라 사무집행 관련성을 인정한다.<sup>450)</sup> 증권회사의 직원이 유가증권을 위탁받아 편취한 경우,<sup>451)</sup> 은행의 예금사무를 담당하는 직원이 교부받은 통장을 이용해 예금을 인출한 경우<sup>452)</sup>에도 사무집행 관련성을 인정하고 있다. 이러한 거래적 불법행위의 영역에서 사용자책임이 문제가 되는 경우, 대법원은 불법행위에 있어서 피해자가 피용자의 행위가 직무에 속하지 않음을 알았거나<sup>453)</sup> 중대한과실로 알지 못한 경우<sup>454)</sup>에는 사무집행 관련성을 부정한다.

한편, 사실적 불법행위에서는 외형이론이 아니라 손해의 공평한 분담이라는 관점에서 사무집행 관련성이 판단되어야 한다. 그런데 판례는 택시 운전수가 승객을 태우고 운행하던 중 차 속에서 승객을 성폭행한 경우에 외형이론이 의하여 택시회사는 사용자로서 손해배상책임을 진다고 했다가,<sup>455)</sup> 사적인 전화를 받던 레스토랑 종업원이 지배인으로부터 욕설과 구타를 당한 후 레스토랑을 나가 약8시간 동안 배회하다가 과도를 사 가지고 레스토랑에 들어왔는데 다시 지배인으로부터 욕설과 구타를 당하자 이에 대항하여 지배인을 과도로 찢러 사망에 이르게 한 사안에서는 사무집행 관련성을 부정하고 있다.<sup>456)</sup> 그러나 판례는 다시 외형이론에 따라 호텔종업원의 손님에 대한 상해행위가 제756조 소정의 사무집행에 관한 것으로 보고 있다.<sup>457)</sup>

대법원은 ‘사무집행에 관하여’라는 뜻에 대하여 “피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업 활동내지 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보일 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이고, 여기에서 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 한다”<sup>458)</sup>라고 하고 있으며, 이러한 취지에서 “증권회사의 전 지점

450) 대판 1986. 3. 11, 85다카6000; 대판 1971. 5. 24, 71다656.

451) 대판 1980. 1. 15, 79다1867.

452) 대판 1975. 5. 27, 74다2083; 대판 1995. 10. 13, 94다8168.

453) 대판 1980. 12. 13, 80다134.

454) 대판 1983. 6. 28, 83다카217.

455) 대판 1991. 1. 11, 90다8954.

456) 대판 1994. 11. 18, 94다34272.

457) 대판 2000. 2. 11, 99다47297.

장이 회사를 퇴직한 후 같은 지점에서 투자상담사로 근무하다가 그 직을 그만두었음에도 불구하고 이를 숨기고 고객들을 상대로 투자상담사로서의 업무를 계속하였고, 증권회사에서도 그의 업무수행을 묵인하고 회사의 투자상담사로서 업무를 수행하는 것처럼 외관을 갖게 하였다면, 그가 고객들의 증권카드와 인감을 사용하여 금원을 인출한 행위에 대하여 증권회사는 사용자책임을 면할 수 없다”<sup>459)</sup>고 판시하고 있다.

한편 대법원은, ‘고의’의 가해행위와 관련하여 “피용자가 고의에 기하여 다른 사람에게 가해행위를 한 경우, 그 행위가 피용자의 사무집행 그 자체는 아니라 하더라도 사용자의 사업과 시간적, 장소적으로 근접하고, 피용자의 사무의 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어지거나 가해행위의 동기가 업무처리와 관련된 것일 경우에는 외형적, 객관적으로 사용자의 사무집행행위와 관련된 것이라고 보아 사용자책임을 성립한다. 이 경우 사용자가 위험발생 및 방지조치를 결여하였는지 여부도 손해의 공평한 부담을 위하여 부가적으로 고려할 수 있다”고 하면서, “피용자가 다른 피용자를 성추행 또는 간음 하는 등 고의적인 가해행위를 한 경우, 그 행위가 피용자의 사무집행 자체는 아니라 하더라도, 피해자로 하여금 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 방법으로 업무를 수행하도록 하는 과정에서 피해자를 성추행하는 등 그 가해행위가 외형상 객관적으로 업무의 수행에 수반되거나 업무수행과 밀접한 관련 아래 이루어지는 경우뿐만 아니라, 피용자가 사용자로부터 채용, 계속고용, 승진, 근무평저오가 같은 다른 근로자에 대한 고용조건을 결정할 수 있는 권한을 부여받고 있음을 이용하여 그 업무수행과 시간적, 장소적인 근접성이 인정되는 상황에서 피해자를 성추행하는 등과 같이 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행행위와 관련된 것이라고 볼 수 있는 사안에서도 사용자책임을 성립할 수 있다”고 하고 있다.<sup>460)</sup>

외형이론은 원래 피용자와 거래한 상대방의 신뢰를 보호하려는 배려에서 출발하였고, 따라서 피용자의 행위가 사무집행 관련성 없는 것임을 상대방이 알았거

458) 대판 2003. 1. 10, 2000다34426.

459) 대판 2001. 3. 9, 2000다66119.

460) 대판 2009. 2. 26, 2008다89712. 판례는 또한, “특히 금융기관의 거래에서는 금융기관의 피용자와 거래상 대방 사이에 이루어진 금융거래의 내용, 거래방식, 사용된 서류의 양식 등이 건전한 금융거래의 상식에 비추어 정식 금융거래와는 동떨어진 때에는 거래상대방에게 사무집행행위에 해당하지 않는다는 점에 대한 고의 또는 중대한 과실이 인정될 여지가 많다”고 하고 있다(대판 2011. 11. 24, 2011다41529).

나 중대한 과실로 알지 못하였다면 당연히 사용자의 배상책임이 부정된다.<sup>461)</sup> 이러한 법리는 사실행위로 인한 손해에까지 그 범위가 확대되었는데, 사용자책임에서 사용자의 면책은 실제로 사무집행 관련성을 부인함에 의할 뿐이므로,<sup>462)</sup> 이러한 적용범위의 확대가 과연 바람직한지에 대하여 의문이 제기되기도 한다.<sup>463)</sup>

### 3. 분석 · 검토

사무집행 관련성에 관한 각국의 판례를 살펴보면 나름의 특수성을 보이는 반면, 각국의 판례들에서 나타나는 사안유형들과 고려되고 있는 이익들이 유사하다는 것도 알 수 있다. 각국의 판례에 나타나는 사안을 몇 가지 전형적인 사안유형으로 나누어 검토해보면 다음과 같다.

첫째 유형은, 피용자가 대리인으로서 불법행위 한 경우이다.<sup>464)</sup>

피용자가 사용자 명의의 대리행위를 매개로 불법행위를 한 경우, ① 피용자가 남용에도 불구하고 그러한 행위에 대리권이 있었거나, 피용자의 무권대리가 민법이 정하는 표현대리의 객관적 요건을 충족하고 있거나, 피용자가 무권대리에도 불구하고 사용자가 적법한 대리행위가 있는 것과 같은 외관형성에 상당한 기여를 하였다는 사정이 있고, ② 상대방이 대리권남용이나 무권대리에 대해 선의였다면, 피용자의 행위에 사무집행 관련성을 인정할 수 있다고 정리할 수 있다. 이러한 맥락에서 사용자책임은 대리권남용이나 무권대리의 영역에서 상대방의 신뢰를 일정한 한도에서 추가적으로 보호하는 기능을 수행하게 된다.

이러한 모습은 비교법적으로 외국의 판례에서도 확인할 수 있다. 프랑스 민법에서 무권대리는 무효이고, 상대방은 자신의 위험으로 대리인의 대리권 존부와 범위를 조사할 위험을 부담한다. 그러나 그러한 조사가 반드시 용이한 것은 아니

461) 예컨대, 대판 1996. 4. 26, 94다29850; 대판 2000. 11. 24, 2000다1327; 양창수, 「민법입문」, 박영사, 2013, 104면 이하는 제756조 제1항 단서에 의한 면책가능성이 사실상 봉쇄되는 것에 대한 균형을 유지하고자 한 것으로 본다.

462) 제756조 제1항 단서 소정의 면책사유는 실제로 거의 인정되지 않는다(지원립, 전게서, 1736면).

463) 지원립, 전게서, 1736면.

464) 우리나라에서는 이른바 ‘거래적 불법행위’와 ‘사실적 불법행위’로 구분하고 있는 바, 전자인 ‘거래적 불법행위’는 광범위하고 추상적인 개념이므로 피용자가 대리인으로 행위를 하였다는 법적인 요소를 중심에 두고 사무집행 관련성을 판단하는 것이 바람직하다. 또 이러한 작업이 비로소 단순히 판례의 요약·정리를 넘어 그것의 이론적 정당화를 제공할 수 있기 때문이다(김형석, 전게, “사용자책임에서 사무집행 관련성의 판단 : 비교법적 연구로부터의 시사”, 390면).

므로 상대방의 신뢰를 보호할 법적인 필요가 발생하며, 이는 일차적으로 본인의 외관책임에 의해 도모된다. 즉 프랑스 판례는 1962년 이래로 무권대리의 경우에 본인의 의식적 외관창출이 존재하고 그에 따라 상대방이 대리권의 존재를 인정하여 본인에 대한 이행청구를 가능하게 하고 있다.<sup>465)</sup> 그러나 그와 동시에 또는 그러한 외관대리의 요건이 불비 되는 경우에도 상대방은 사용자책임의 요건이 충족되는 경우에는 그에 따라 손해배상을 청구할 수 있으며, 이로써 손해배상에 의해 신뢰보호를 달성할 가능성을 보유한다. 그리고 그러한 경우 사무집행 관련성이 상대방의 정당한 신뢰에 따라 판단되고 있다. 이러한 법리는 대리권남용에도 그대로 적용된다.<sup>466)</sup>

영국의 판례에서도 상대방의 신뢰보호는 일차적으로 외관법리에 의해 도모된다. 대리인이 무권대리를 한 경우에도 본인의 의식적 외관창출이 존재하고 외관상 대리권이 인정되어 상대방은 본래의 대리행위에 따른 이행을 청구할 수 있다. 그러나 상대방은 대리인이 현실적 대리권의 범위 내에서 남용을 하였거나 외관상 대리권이 성립될 수 있는 무권대리를 한 경우에 불법행위의 관점에서 사용자 책임을 물을 수도 있다.<sup>467)</sup> 여기서 정당한 대리권이 있었거나 외관상 대리권이 인정된다는 사정은 이미 피용자의 불법행위가 사용자의 사무에 관한 것임을 시사한다. 그에 따라 피용자가 현실적인 대리권의 범위 내에서 대리권남용으로 행한 불법행위에 대해 사용자책임이 인정되고 있으며, 이는 상대방의 관점에서 정당한 외관상 대리권이 인정되는 경우에도 같다.

독일 판례에서도 사무집행 관련성을 엄격하게 해석하므로 사용자책임이 인정되는 범위는 좁다고 할 수 있다. 독일 민법에서 무권대리 상대방의 보호는 동법이 정하는 외관책임 및 학설과 판례에서 인정된 인용대리권과 외관대리권에 의하여 이루어진다.<sup>468)</sup> 여기서 이들 외관책임의 요건이 구비되지 아니하는 경우에 현실적으로 사용자책임이 문제될 수 있다. 다만 그 경우 사무집행 관련성 인정에 있어 인정하는 판례와 부정판례로 나뉘고 있다. 반면에 독일민법에서는 대리권남용이 있더라도 상대방이 그 사실에 대해 악의 내지 중과실인 경우에만 대리

465) Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 1996, S.355ff.

466) Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, S.346.

467) Fridman, *The Law of Agency*, 5th ed., 1983, S.266-267.

468) Larenz·Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, § 48 Rn. 2ff.

행위를 무효로 취급하므로 상대방은 악의·중과실이 아닌 한 과실이 있더라도 대리에 따른 본인과의 법률행위의 효력을 주장할 수 있다.<sup>469)</sup> 그러므로 여기서는 사용자책임이 관여될 여지가 거의 없을 것이다.

둘째 유형은, 피용자가 신체의 완전성을 침해한 경우이다.

이는 각국의 판례에서 현저히 나타나는 사안유형으로, 피용자가 사무집행의 기회를 이용하여 사적인 동기에 따라 특히 고의로 피해자의 신체의 완전성, 성적 자기결정, 소유권 등을 침해하는 경우이다. 예를 들어 우리 판례에 나타난 예로 호텔 직원이 숙박객을 폭행하였거나, 택시기사가 승객을 강간한 경우가 이에 해당한다.

우리나라 판례는 이러한 사안유형에서도 일반론으로 외관이론을 적용하여 사무집행 관련성을 긍정하는 경우가 많지만 학설은 이에 비판적이라는 것을 이미 살펴보았다.<sup>470)</sup> 그러나 피용자가 사무집행에 의해 가능하게 되었거나 용이하게 된 기회를 이용하여 사적인 동기로 고의의 폭행 등을 한 사안유형에서도 원칙적으로 사무집행 관련성을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 사용자책임의 취지에 따라 사용자가 자신이 스스로 사무를 집행한 경우와 비교할 때 피용자를 사용하여 불법행위의 위험이 증가한 한도에서 사무집행 관련성을 긍정해야 한다면, 이러한 사안유형에서도 원칙적으로 사무집행 관련성이 있다고 해야 한다. 이러한 결론은 비교법적으로도 정당화된다. 프랑스 판례는 오랜 논쟁 끝에 이러한 사안유형에서 사무집행 관련성을 인정하는 전통적인 입장으로 회귀하였고 영국 판례도 최근 판례전환을 통하여 그러한 경우 사무집행 관련성을 인정하는 방향으로 나아가고 있다. 독일 판례의 경우에도 일반적으로 이러한 경우 사무집행 관련성을 인정하기에 소극적이기는 하지만, 피용자가 사용자에 의해 위탁된 바로 그 주된 의무를 침해하는 내용의 위법행위의 경우에는 사무집행관성을 인정하고 있다.

이러한 유형에서 사무집행 관련성이 인정되는 이유는 기본적으로 사용자와 피해자 사이의 법률 행위적 거래 및 그에 대한 피해자의 신뢰에 의하여 손해위험이 창출되었다는 사정이다. 그러므로 피용자의 폭행이 매개하였다는 이유로 그러

469) Larenz·Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 46 Rn. 141ff.

470) 이에 관해서 자세히는, 김재형, “사용자책임에서의 사무집행 관련성(2)”, 『법조협회』, 제44권 제7호, 1995, 31면; 지원립, 전제, “사용자책임에 있어서 ‘사무집행에 관하여’의 판단기준”, 209면.

한 사안들을 모두 ‘사실적 불법행위’라고 지칭하고 그것을 ‘거래적 불법행위’에 대비하려는 시도는 설득력을 가지기 어렵다고 할 것이다. 오히려 이 사안유형은 사용자와 피해자의 거래관계를 전제로 한다는 점에서 거래적이고, 피해자가 사용자측의 정상적 계약이행 내지 계약체결을 신뢰함으로써 보호가치 있게 된다는 점에서 상대방의 신뢰는 충분한 의미를 가진다.<sup>471)</sup> 또한 그러한 의미에서 이러한 유형에서 정당한 사무집행의 ‘외형’을 언급하는 판례를 이해할 수 있다. 사용자책임의 피해자로서는 피용자가 정당한 사무집행, 즉 정상적인 계약이행을 할 것이라고 신뢰하여 자신에 대한 침해가능성을 허용한 것이기 때문이다. 정상적인 사무집행의 외형이 없어 피용자가 사무집행에 있지 아니 하였음을 알면서 그에게 자신의 법익에 대한 영향가능성을 허용하였다면, 피해자로서는 사용자에 대한 관계에서 정상적인 사무집행을 신뢰하지 아니한 것이어서 사용자책임으로 보호할 이유가 없다. 그러한 경우에 사무집행 관련성은 부정되어야 한다. 예컨대 비번이 명백한 택시에 그 사실을 알면서 승차한 승객이 기사의 폭행 등을 이유로 사용자책임을 물을 수는 없다는 것은 당연하다. 이러한 의미에서 판례가 이들 사안에서 외형을 언급하는 것을 부당하다고 말할 수는 없다. 그리고 동일한 논리에 따라 피해자의 주관적 사정은 이 경우에도 사무집행 관련성 판단에서 고려되어야 한다. 이상의 내용을 고려해 볼 때 종래 학설에서 주장되는 이른바 ‘거래적 불법행위’와 ‘사실적 불법행위’의 유형론은 이론적으로 유지하기 어렵다고 생각된다.<sup>472)</sup>

이와 관련하여 학설에서 ‘사실적 불법행위’의 경우에 판단기준으로 지적되는 가해행위와 사무의 시간적·공간적 관련성은 계약진행에 대한 신뢰에 기초한 법익침해 가능성 발생이라는 기준에 따른다면 저절로 해소된다. 정상적 계약이행이나 계약체결을 신뢰하여 침해가능성을 허용하였고, 그에 따라 불법행위가 일어난 경우 시간적·공간적 관련성은 거의 예외 없이 존재할 수밖에 없기 때문이다. 가해행위가 사무의 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어져야 한다는 기준도 마찬가지이다. 그러나 ‘가해행위의 동기가 업무처리와 관련된 것을 고려해야 한다’는 지적은 수용할 수 없다. 사용자의 피해자와의 거래가 바로 불법행위의

471) Flour, *Aubert et Savaux*, n° 218, p.228.

472) 김형석, 전제 “사용자책임에서 사무집행 관련성의 판단”, 406면.

가능성을 창출하였고 그에 따라 피용자가 그 기회를 이용할 수 있게 된 이상, 그로부터 발생하는 손해비용은 사용자가 부담해야 하며 거기서 피용자의 동기를 고려할 여지는 없다고 해야 할 것이다. 사용자는 피해자와의 거래에 의해 이익가능성을 창출하는 동시에 바로 피용자가 사적인 동기로 위법한 가해를 할 수 있는 손해가능성을 창출한 것이므로, 사용자책임의 일반적인 취지에 따라 피용자 동기의 고려 없이 그 위험은 사용자가 부담해야 한다. 또한 피해자의 관점에서 피용자의 동기는 인식할 수도 없어 그에 따라 자신의 형태를 조절할 가능성도 없다.<sup>473)</sup> 그러므로 원칙적으로 피용자가 순수하게 사적인 동기를 추구한 경우에도 사무집행 관련성은 배제되지 않는다고 할 것이다. 우리 판례도 순수 사적인 동기로 인한 피용자의 불법행위에도 사무집행 관련성을 인정하고 있으며 이는 영국과 프랑스 판례의 전개에서도 확인할 수 있다. 영국 판례법에서는 피용자가 사용자의 이익을 위한다는 동기는 사용자의 명시적이거나 묵시적인 동의가 있는 사안에서만 고려될 수 있는 요소이고, 그 밖의 경우에는 문제될 여지가 없다는 것이다.

셋째 유형은, 피용자가 자동차 사고로서 불법행위를 한 경우이다.

우리나라에서는 이에 대한 판례가 그리 많지 않다. 그러한 이유는 통상 피해자는 자동차손해배상보장법에 따라 운행자인 사용자에게 대해 손해배상을 청구할 수 있으므로 별도로 사용자책임을 주장하고 판단되는 경우는 많지 않기 때문으로 보고 있다.<sup>474)</sup> 우리나라의 경우에도 사용자가 동의한 행위를 피용자가 위법하고 동의 받지 않은 방법으로 수행하여 발생한 자동차 사고에는 통상 사무집행 관련성이 인정된다.<sup>475)</sup> 외국에서 피용자의 자동차사고와 관련한 불법행위는 주로 피용자가 사적인 동기로 사용자의 명시적 내지 묵시적 지시에 반하여 자동차를 운행하여 사고가 발생한 경우를 논의의 초점으로 하고 있다. 또한 이 경우는 ‘피해자의 신뢰’라는 관점에서, 다시 ① 피용자가 사용자의 명시적 내지 묵시적 지시에 반하여 제3자를 승차시켰다가 사고에 의해 위법한 손해를 가한 경우, 그리고 ② 피용자가 사용자의 명시적 내지 묵시적 지시에 반하여 운행시간이 아닌 때에

473) Terré-Simler et Lequette, *Droit civil*, Les obligations, 9 éd., 2005, n° 835, S.808.

474) 김형석, 전제 “사용자책임에서 사무집행 관련성의 판단”, 408면.

475) 예컨대, 대판 1978. 12. 26. 78다1889.

운행하였거나 정해진 운행경로를 이탈하는 과정에서 불법행위를 한 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

우선, 피용자가 제3자를 승차시킨 사안에 관하여는 각국의 판례가 서로 다른 모습을 보이고 있다. 독일에서는 전통적으로 그러한 경우 사무집행 관련성을 부정하였지만 이에 반대하는 유력한 소수설이 있고, 프랑스에서는 통상 사무집행 관련성을 인정하지만 피해자가 사무집행이 아님을 알았던 경우에는 이를 부정하며, 영국에서는 전통적으로 사무집행 관련성을 부정하였지만 새로운 판례의 전개에 따라 변화의 가능성이 있다고 할 수 있다. 우리나라 민법의 해석으로는 프랑스 판례 및 통설과 같이 피해자의 신뢰를 기준으로 하는 견해가 옳다고 생각한다. 즉 피해자가 사용자에 의해 허용되었거나 적어도 용인되고 있는 승차라고 믿을 만한 사정이 있었다면 그러한 경우에는 사무집행 관련성이 인정되어야 할 것이다.

다음으로, 피용자가 근무시간 외에 사용자의 자동차를 사적으로 운행하였거나 사무상 정해진 경로를 이탈하는 과정에서 사고를 야기한 경우에는 피해자의 신뢰는 고려될 여지가 없으므로 다른 이익형량이 요구된다. 우선 사무집행의 결과로 자동차에 대한 접근이 가능하거나 용이하게 되고 그에 따라 근무시간외 운행이 가능하게 된 경우에는 원칙적으로 사무집행 관련성이 긍정되어야 할 것으로 생각된다. 반면 사용자가 할 수 있는 충분한 예방조치를 하였음에도 불구하고 피용자가 독자적으로 자동차에 접근할 수 있는 가능성을 창출한 경우에는 사무집행 관련성은 부정된다. 그러한 경우에는 피용자가 사무집행의 기회를 이용하여 자동차를 이용한 것이라고 말할 수도 없고, 오히려 피용자가 사용자의 자동차를 절취한 것이라고 평가해야 하기 때문이다.

이러한 고려는 사무집행과정에서 정해진 경로를 이탈해서 운행하는 경우에도 일반적으로 그대로 타당하다. 그러므로 이러한 경우에도 원칙적으로 사무집행 관련성은 인정되어야 할 것이다. 다만 사안에 따라 피용자의 이탈이 현저한 때에는 사무집행 관련성을 부정할 수 있는 경우도 있을 수 있을 것이다. 이러한 결론 역시 판례가 자동차손해배상보장법상 운행자 개념을 해석하면서 외형이론을 적용하여 내린 결론과 대체로 일치한다.

### 제3절 피용자의 가해행위 및 사용자의 면책사유 부존재

#### 1. 비교법적 고찰

##### (1) 독일

독일민법(BGB)은 제831조에서 ‘피용자에 관한 책임’이라는 표제 하에 제1항에서 어느 사무에 관하여 타인을 사용하는 자에게 피용자가 사무를 집행함에 있어서 제3자에게 가한 손해에 대한 배상의무를 규정하고 있다. 이때 사용자가 부담하는 책임은 타인행위에 대한 책임이 아니라 ‘과실책임의 법리’에 따라 피용자의 선임, 장비조달, 지휘·감독 등의 주의를 다하지 않은 자신의 과책에 대한 자기책임이라고 한다.<sup>476)</sup> 그런데 이에 대한 불법행위 일반원칙에 따라 피해자가 사용자의 과실을 증명하는 것은 대단히 어렵기 때문에, 사용자에 대한 과실추정을 통해 피해자의 증명곤란의 문제를 경감하고 있다.<sup>477)</sup> 그럼에도 불구하고 사용자의 면책가능성을 열어두는 것은 보상책임의 원리에 부합하지 않는다는 비판이 있었다. 실제로 이러한 부분에 대하여 1967년 학자초안을 통해 제831조를 제278조와 같이 면책을 허용하지 않고, 영국이나 프랑스의 그것과 유사하게 피용자의 행위에 대하여 무조건 사용자가 책임을 부담하도록 하는 무과실 책임으로 개정하려는 시도가 있기도 하였다.<sup>478)</sup>

학설과 판례는 사용자책임의 성립에 반드시 피용자의 행위가 제823조 불법행위에 해당됨을 그 요건으로 하지 않으며,<sup>479)</sup> 따라서 피용자의 고의·과실이 없다고 하더라도 사용자책임이 성립될 수 있다고 해석하고 있다.<sup>480)</sup> 다만 제831조의

476) Medicus, Schuldrecht II, 1983, S.348; Vgl. v. Caemmerer, *Reformprobleme für Haftungspersonen, Band III*, S. 285f; Vgl. Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts Band II · Halbband 2 Besonderer Teil*, 13. Auflage, 1994, C. H. Beck, S. 475; Erman/Gottfried Schiemann, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Auflage, zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht. Besonderer Teil III, 4. Auflage, 2004, §823, Rn. 7.

477) Larenz/Canaris, *Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts Band II · Halbbänderer Teil*, 13. Auflage, C. H. Beck, 1994. S.476; Erwin Deusch/Hans-jürgen Ahrens, *Deliktsrecht*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009, §21 Rn. 449.

478) Deutsch/Ahrens, a.a.O., §21 Rn. 462; vgl. Wagner, *MünchenKomm*, §831 Rn. 3ff.

479) Looschelders, a.a.O., Rn. 1324.

480) BGHZ 24, 21 (29); BGH, NJW 1996, 3205 (3207); Medicus/Lorenz, a.a.O., Rn. 1346; Palandt/Sprau, a.a.o., Rn. 8.

‘객관적구성요건징표의 요건’을 실현하여야 한다. 이때 피용자의 행위가 고의·과실이 없어 제823조의 불법행위 성립요건을 충족하지 못하는 경우, 피해자는 사용자에 대한 손해배상 청구권만을 가진다.<sup>481)</sup>

하지만 피용자의 과책이 있는 가해행위로 인하여 제3자가 손해를 입은 경우에는 피해자에게 제831조에 의한 사용자에 대한 손해배상청구권과 제823조에 의한 피용자에 대한 손해배상청구권이 동시에 성립되고, 이 경우에 피해자는 사용자뿐만 아니라 피용자에 대하여도 손해배상책임을 물을 수 있다.<sup>482)</sup>

따라서 불법행위를 구성하지 않는 피용자의 행위로 사용자책임이 발생하는 경우에 사용자는 피용자에게 구상할 여지가 없지만, 피용자의 불법행위가 성립하고 이에 기하여 사용자책임을 발생한 경우 피해자에게 손해를 배상한 사용자는 사용자와 피용자간의 내부관계에 있어서 피용자만이 배상의무를 지도록 규정하고 있는 독일민법 제840조 제2항<sup>483)</sup>에 따라 배상액 전부를 피용자에게 구상할 수 있다.<sup>484)</sup> 이에 대하여 사용자가 구상권을 행사할 경우에는 피용자는 사용자에 대하여 사용자의 고유한 과실을 주장·증명할 수 있으며, 이 경우 과실상계에 관한 독일민법 제254조가 적용되어야 한다. 이와 반대로 피용자가 피해자에게 손해를 배상한 경우 피용자는 사용자의 과실을 증명하고 구상할 수 있다고 한다.<sup>485)</sup>

## (2) 프랑스

프랑스 민법은 제1382조에서 각각 과실책임과 자기행위책임을 통해 불법행위 책임의 원칙을 규정하고 있다. 그리고 제1384조 제1항은 “누구든지 자기의 행위에 의하여 발생한 손해뿐만 아니라, 그 책임 하에 있는 자의 행위 또는 보관물에 의하여 발생한 손해에 대하여도 책임이 있다”고 하여 ‘타인행위로 인한 책임’을 규정하고 있다. 특히 동조 제5항은 “사용자와 위임인은 그 하수인과 수임인의 업

481) Larenz/Canaris, a.a.O., S.479; Looschelders, a.a.O., Rn. 1324.

482) Larenz/Canaris, a.a.O., S.479.

483) § 840 [Haftung mehrerer] (2) Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatz des von einem anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der andere allein, im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet.

484) Palandt/Sprau, a.a.O., § 840, Rn. 11.

485) Looschelders, a.a.O., Rn. 1320; Palandt/Sprau, a.a.o., § 840, Rn. 11.

무수행 중 발생한 손해에 대하여 손해배상책임이 있다”고 하여 주인과 사용자의 책임에 대하여 규정하고 있다.<sup>486)</sup> 프랑스 민법상 사용자책임의 성립되기 위해서는 ①사용자와 피용자(하인 또는 수입인) 사이에 종속관계가 있어야 하며, ②피용자의 행위가 위법해야 하고, ③피용자의 행위는 업무수행중의 것이어야 한다. 프랑스민법은 피용자의 행위에 기초한 사용자의 책임부담의 법적 성질을 타인행위에 대한 대위책임으로 구성하고 있다. 또한 학설·판례상 피용자의 가해행위에 있어서 피용자의 과책을 그 요건으로 하고 있지 않다.<sup>487)</sup>

이때 사용자책임은 병존적 책임으로, 피해자는 사용자 또는 피용자 중 어느 1인에 대하여 또는 모두에 대하여 책임을 물을 수 있다. 그러나 사용자의 면책을 인정하지 않았던 로마법의 영향을 받은 프랑스민법은 사용자면책에 관한 규정이 없다. 따라서 사용자는 자신에게 과실이 없음을 증명하더라도 면책이 인정되지 않는 무과실책임을 진다.

### (3) 영국

영국의 사용자책임의 성립요건과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 피용자의 개념과 ‘사업의 집행에 관하여’라는 두 가지 점이고, 피용자의 제3자에 대한 가해행위나 사용자의 면책여부 등에 대하여는 별다른 논의가 없다. 영국법상 사용자책임과 관련하여 공통이용관계의 법칙(Rule of common employment)이라는 보통법상의 원칙이 있다. 이 법칙은 1837년 Priestley V. Fdwler 사건에서 성립되었다.<sup>488)</sup> 이 법칙은 산업혁명 후 근로자들이 거센 반발로 제정법에 의한 많은 예외가 인정되었고, 1948년에 The Law Refom(personal injuries) Act가 제정되어 인적 손해에 관해서는 이 법칙을 폐지하여 그 적용범위를 축소 시켰고, 사용자는 자기 자신에게 과실이 있거나,<sup>489)</sup> 제정법상 엄격의무를 부담하는 경우에는 이 법

486) Flour et J.-L. Aubert op. cit., n° 202, p.200, Jurisclasseur Droit civil, Art. 1382 à 1386, Fasc. 143. op. cit, n° 1, p.4; 남효순, “프랑스민법 상의 타인행위 책임”, 서울대학교, 「법학」 제38권 제2호, 1997, 74면.

487) Well-Terré, Ciciel, Les Obligations 3 ed, 1980, n°667 et note 2; 남효순, 전계논문, 75면.

488) 여기서 공통이용관계라 함은 피용자가 제3자에게 손해를 가한 경우에 피용자와 피해자가 동일한 사용자에게 사용되고 있다는 것을 의미하고, 이때 사용자는 손해배상책임을 부담하지 않는다는 원칙을 공통이용관계의 법칙이라 한다(김현태, 「불법행위법」, 일조각, 1982, 46면).

489) 사용자 자신에게 과실이 있는 경우로는 ①피해자의 선입 및 해임에 관한 주의의 흠결, ②피용자에 대한

칙에 의한 항변을 할 수 없다. 그리고 1987년에 제정된 근로자재해보상법(The workmen's Compensation Act)에 의해 사용자에게 절대적인 보상책임을 인정하게 됨으로써 이 법칙은 그 적용이 배제되었다. 그리고 이 사용자에게 의한 보상은 그 후 사회보험으로 전환 되었다.

## 2. 분석 · 검토

사용자책임의 성립요건 중, 피용자의 제3자에 대한 가해행위, 그리고 사용자의 면책사유 부존재 등 요건에 대하여 독일, 프랑스 영국의 경우를 살펴보면, 우선 독일의 경우, 학설과 판례는 사용자책임의 성립에 반드시 피용자의 행위가 제823조 불법행위에 해당됨을 그 요건으로 하지 않으며, 피용자의 고의·과실이 없다고 하더라도 사용자책임이 성립될 수 있다고 해석하고 있다. 이때 피용자의 행위가 고의·과실이 없어 제823조의 불법행위 성립요건을 충족하지 못하는 경우, 피해자는 사용자에게 대한 손해배상 청구권만을 가진다고 한다.

프랑스의 학설과 판례는 피용자의 가해행위에 있어서 피용자의 과책을 그 요건으로 하고 있지 않다. 이때 사용자책임은 병존적 책임으로, 피해자는 사용자 또는 피용자 중 어느 1인에 대하여 또는 모두에 대하여 책임을 물을 수 있다. 그러나 사용자의 면책을 인정하지 않았던 로마법의 영향을 받은 프랑스민법은 사용자면책에 관한 규정이 없다. 따라서 사용자는 자신에게 과실이 없음을 증명하더라도 면책이 인정되지 않는 무과실책임을 진다.

### 제4절 소결

지금까지 사용자책임의 성립요건으로서 ‘사용관계’와 ‘사무집행 관련성’, 그리고 ‘피용자의 제3자에 대한 가해행위’와 ‘사용자의 면책사유 부존재’ 등에 대하여 독일, 프랑스, 영국의 경우를 살펴보았다. 앞에서 보듯이 사용관계를 판단할 때에는 사실상의 지휘·감독이 중요하게 고려되는 것이 사실이지만 그것만으로는 충분

---

적절한 작업장의 설치·보존에 관한 주의의 흠결, ③안전한 작업 체계를 마련하는데 관한 주의의 흠결 등을 들 수 있다(김현태, 상계서, 49면).

하지 않으며, 불법행위를 한 피용자가 타인의 사업에 경제적으로 일체화된 부분으로서 활동한 것인지를 함께 고려하여 판단하여야 한다. 그리고 일반적인 명의대여의 경우, 명의대여자의 사용자성 판단 역시 같은 기준에 따른다. 그러나 허가나 면허에 의해 부여되는 명의대여인 경우에는 명의부여의 근거가 되는 법령의 취지상 명의대여자가 사용자라고 해야 한다. 그러므로 여기서 명의대여자에게 지휘·감독의 가능성이 있었는지의 여부는 고려할 필요가 없다고 해야 한다. 복수의 사용자가 매개되는 사안에서도 앞서의 기준에 따라 누가 사용자 책임을 부담할 사용자인지 확정 한다. 노무자가 파견된 경우에는 피해자에 대한 관계에서 파견한 당사자와 파견 받은 당사자 모두 사용자로서 연대하여 사용자 책임을 진다. 이들은 내부관계에서 앞서 기준에 따라 사용자성을 판단하여 손해비용을 분담한다고 보아야 한다.

다음으로, ‘사무집행 관련성’에 관하여 우리 학설은 대법원의 입장을 대체로 지지하고 있지만,<sup>490)</sup> 비판적인 견해도 있다. 우선 판례가 외형기준을 적용하면서 위험창출과 방지조치 해태를 판단요소로 들고 있는 것에 대해 비판적인 견해가 있는가 하면,<sup>491)</sup> 판례의 외형이론이 판단의 실질적인 기준을 주고 있지 못하고 있다는 비판도 있다. 예를 들어 외형이론의 문제는 그 기준이 모호하고 추상적이어서 실제로 포섭 가능한 가치기준을 적용자에게 제공할 수 없는 것이라고 비판된다.<sup>492)</sup> 특히 판례가 사실적 불법행위에서 피용자의 폭행 등에도 사무집행 관련성을 넓게 인정하는 것에 비판적인 의견이 많다.<sup>493)</sup> 즉 외형표준설은 어음이나 주식과 같이 거래적 불법행위의 영역에서 발달하고 거래의 상대방을 보호하는 기능을 하였으나, 이후 이 외형이론이 제3자가 신뢰가 문제되지 않는 사실적 불법행위에까지 적용되게 되었는데 이는 사실적 불법행위의 피해자 보호를 위해서는 충분한 설득력이 없다고 한다.<sup>494)</sup> 이러한 경우는 외형이론에 의해서가 아니라

490) 특히 판례의 외형이론은 사무집행 관련성 여부를 제3자 내지 상대방의 시각에서 판단함으로써 상대방의 신뢰를 보호하기 위한 것으로 타당하다고 한다(예컨대, 박윤직, 전게서, 418면; 김증한·김학동, 전게서, 832면).

491) 이주홍, 전게서, 575면. 그러한 요소들은 사용자의 선임·감독의 주의와 관련해서 판단되어야 한다는 견해도 있다(김증한·김학동, 전게서, 834면; 지원립, “사용자책임에 있어서 외형이론의 한계”, 「민사판례연구(14)」, 1992, 24면).

492) 김형배, 전게 “사용자책임과 판례-비교법적 시각에서”, 17면; 지원립, 전게, “사용자책임에 있어서 ‘사무집행에관하여’의 판단기준”, 241면. 이 기준은 판례가 사무집행 관련성을 보다 넓게 인정하기 위해 사용하고 있는 가장이유에 지나지 않는다는 것이다(양창수, 전게논문, 272면).

493) 김형배, 전게, “사용자책임과 판례-비교법적 시각에서”, 17면.

사무의 특성을 고려해서 사무집행 관련성을 판단해야 한다는 지적이 있다.<sup>495)</sup>

이와 같이 사무집행 관련성의 판단기준과 관련하여 판례와 학설은 아직 명확한 기준을 정립하지 못하고 있다. 우선 판례는 형식적으로는 모든 사안에 외형이론을 적용하여 해결하고 있으나, 실제로 각 사안에서 고려되고 있는 요소들은 보다 다양하고, 또한 사안유형에 따라 특수성이 있음을 부인할 수 없다. 실제로 일부 학설에서 판례의 기준이 단지 사무집행 관련성을 확장하기 위한 이유에 지나지 않는다는 비판을 제기하는 것도 그러한 맥락에서 이해할 수 있다. 학설은 특히 사실적 불법행위에 대하여 사무집행 관련성을 널리 인정하는 것에 비판적이다. 그러나 사실적 불법행위의 대표적인 사례인 피용자의 폭행·강간 등의 사안에서 판례가 사무집행 관련성을 비교적 넓게 인정하는 태도가 대체로 결과에 있어서는 타당하다고 생각된다.

이러한 상황에서 사무집행 관련성이 문제되었던 판례들을 분석하여 사안유형을 획득하고 그에 따라 구체적인 판단기준을 도출하려는 시도는 일단 그 출발점에서 충분한 설득력을 가진다. 다만, 사무집행 관련성 판단에서 보다 확실한 기초에 서기 위해서는 그와 관련해 판례가 도달한 결과를 기초로 유형화를 시도하고 그로부터 실질적인 판단기준을 도출해야 할 것이다. 그러나 그러한 유형화는 사무집행 관련성을 인정할 수 있게 하는 평가요소들을 보이면서도 구체적 적용에서 포섭 가능한 구체성을 가지고 있어야 하며, 또한 동시에 판례의 표현에 집착하기 보다는 관계 사안유형의 이익 상황에 집중해야 한다. 그리고 판례에 존재할 수 있는 오류가 있다면 이를 발견하여 정정할 수 있어야 한다.

사용자책임의 성립요건 중, 피용자의 제3자에 대한 가해행위, 그리고 사용자의 면책사유 부존재 등 요건에 대하여는, 독일의 학설과 판례는 사용자책임의 성립에 반드시 피용자의 행위가 제823조 불법행위에 해당됨을 그 요건으로 하지 않으며, 피용자의 고의·과실이 없다고 하더라도 사용자책임이 성립될 수 있다고 해석하고 있고, 만약 피용자의 행위가 고의·과실이 없어 제823조의 불법행위 성립요건을 충족하지 못하는 경우, 피해자는 사용자에게 대한 손해배상 청구권만을 가진다고 하고 있고, 프랑스의 경우 피용자의 가해행위에 있어서 피용자의 과책

494) 황적인, 전계서, 402면.

495) 김중환·김학동, 전계서, 834면.

을 그 요건으로 하고 있지 않다. 또한 프랑스민법은 사용자면책에 관한 규정이 없으며, 사용자는 자신에게 과실이 없음을 증명하더라도 면책이 인정되지 않는 무과실책임을 진다고 한다.

앞에서 살펴본 독일, 프랑스, 영국의 학설과 판례이론은 우리에게 다음과 같은 점들을 시사해주고 있다.

첫째, 사용자책임 및 사무집행 관련성 요건의 취지를 고려할 때, 사용자가 자신이 스스로 사무를 집행한 경우와 비교하여 피용자를 사용함으로써 불법행위의 위험이 증가하였다면 그 한도에서 사무집행 관련성을 긍정해야 한다. 이에 의하면 피용자가 사무집행에 의해 가능하게 되었거나 용이하게 된 기회를 이용하여 사적인 동기로 불법행위를 저지르는 사안에서도 원칙적으로 사무집행 관련성은 인정하는 것이 타당하며, 이는 우리 대법원의 판례와 외국의 판례에 비추어 볼 때에도 정당화된다.

둘째, 각국의 판례의 분석을 통하여 사무집행 관련성이 문제되는 전형적인 사안유형 들을 우리 민법의 다른 제도와 관련성을 고려하면서 사무집행 관련성의 기준으로 인정할 수 있는 경우를 유형화할 수 있는데, ① 피용자가 사용자 명의의 대리행위를 매개로 불법행위를 한 경우에 사무집행 관련성이 인정되는 유형으로서는, 피용자가 남용에도 불구하고 당해 대리행위에 대리권이 있었던 경우, 피용자에게 대리권이 없지만 민법 제125조, 제126조, 제129조 표현대리의 객관적 요건을 충족하고 있는 경우, 그리고 피용자의 무권대리에도 불구하고 사용자가 적법한 대리행위의 외관창출에 상당한 기여를 하고 상대방이 그러한 외관을 신뢰한 경우 등을 들 수 있다. 반대로 사무집행 관련성이 부정되는 유형으로서, 피해자가 대리권남용에 대해 악의인 경우, 피해자가 무권대리 사실에 대해 악의인 경우, 피해자가 무권대리 사실에 대해 악의인 경우 등을 들 수 있다. ② 피용자가 신체의 완전성, 성적 자기결정, 소유권 등을 고의로 침해한 경우에 사무집행 관련성이 인정되는 유형으로서는, 사용자가 승인한 사무집행을 피용자가 부적절한 방법으로 수행하여 폭행 등이 매개된 경우, 사용자와 피해자 사이에 계약관계나 계약교섭 등 거래관계가 존재하고 피해자가 계약이행 내지 계약체결을 신뢰하여 자신의 법익에 대한 영향가능성을 허용하였고 그에 따라 피용자가 불법행위의 기회를 가지게 된 경우 등을 들 수 있다. 반대로 사무집행 관련성이 부

정되는 유형으로서, 피용자가 사무를 집행하고 있지 아니함을 알면서도 피해자가 자신의 법익에 대한 영향가능성을 허여한 경우를 들 수 있다. ③ 피용자가 자동차 사고를 야기한 경우에 사무집행 관련성이 인정되는 유형으로서, 사용자가 승인한 사무집행을 피용자가 부적절한 방법으로 수행하여 자동차 사고가 발생한 경우, 피용자가 사용자의 명시적 내지 묵시적 지시에 반하여 피해자를 차량에 승차시켰으나 피해자로서는 사용자에 의해 허용되었거나 적어도 용인되고 있는 승차라고 신뢰할 수 있었던 경우, 사무집행의 결과로 자동차에 대한 접근이 가능하거나 용이하게 되었고 그에 따라 근무 외 운행이 가능하게 된 경우, 그리고 사무집행으로 운행하는 과정에서 정해진 경로를 이탈해서 운행하다가 사고를 발생시킨 경우 등을 들 수 있다. 반대로 사무집행 관련성이 부정되는 유형으로, 피용자가 사용자의 사무를 집행하고 있지 않다는 사정 또는 동승이 금지되어 있다는 사정을 피해자가 인식하였던 경우, 사용자가 충분한 예방조치를 하였음에도 불구하고 피용자가 독자적으로 자동차에 접근가능성을 창출한 경우, 그리고 현저한 이탈의 경우 등을 들 수 있다.

셋째, 피용자의 폭행·강간·절도 또는 자동차 사고 등에 의해 불법행위가 행해진 경우, 종래 이른바 ‘사실적 불법행위’라고 지칭되었던 사안에서는 사무집행 관련성을 인정하기 위해 당사자들 사이에 거래적 접촉 및 정상적인 사무집행에 대한 피해자의 정당한 신뢰를 고려할 필요가 있다. 그러므로 외형 및 그에 대한 신뢰가 문제되지 않는다는 의미에서 ‘거래적 불법행위’에 ‘사실적 불법행위’를 대비하는 유형론은 포기되어야 한다.

넷째, 자동차 사고의 경우 사무집행 관련성은 민법의 독자적인 관점에서 해석되어야 하고, 자동차손해배상보장법상의 운행자성 판단의 기준과 일치시키는 것은 타당하지 않다.

다섯째, 피용자의 제3자에 대한 가해행위, 그리고 사용자의 면책사유 부존재 등 요건에 대하여는, 독일이나 프랑스 모두 피용자의 고의·과실이 없다고 하더라도 사용자책임이 성립될 수 있다고 해석하고 있다는 점, 그리고 프랑스에서는 사용자가 자신에게 과실이 없음을 증명하더라도 면책이 인정되지 않는 무과실책임을 진다고 하는 점은 입법론적으로 시사하는 바가 크다고 생각된다.

## 제4장 구상권 제한의 법리 검토

우리 민법은 제756조 3항에서, 사용자는 피용자가 사무집행과 관련하여 타인에게 가한 손해를 배상한 경우에는 피용자에 대하여 구상할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 사용자가 피용자를 사용하는 과정에서 발생한 손해위험은 사용자가 부담하는 것이 타당하다는 점을 근거로 사용자의 피용자에 대한 구상권을 제한해야 한다는 논의가 있어 왔으며, 판례에서도 이를 인정하고 있다. 우리 판례는 개별사안에서 업무의 성질, 과실정도 등에 비추어 사용자의 전액구상을 인정하는 것이 신의칙에 비추어 허용될 수 없는 경우에 구상권을 제한하고 있다.<sup>496)</sup> 학설에서도 구체적으로 어떤 요건 하에서 어느 정도로 제한하여야 할 것인지에 관해서는 많은 논의가 있다.<sup>497)</sup> 외국에서도 사용자의 구상권의 제한에 관한 이론구성은 중요한 문제로 대두되고 있다.<sup>498)</sup>

생각건대, 사용자의 피용자에 대한 구상권을 제한하는 것은 사용자가 피용자를 활용함으로써 확장한 활동영역에 상응하는 손해위험은 사용자가 부담하는 것이

496) 예컨대, 대판 1987. 9. 8, 86다카1045은, “사용자가 피용자의 업무집행으로 행해진 불법행위로 인하여 직접손해를 입었거나 또는 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에는 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 사업시설의 상황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도 등의 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 위와 같은 손해의 배상이나 구상권을 행사할 수 있는 것이라고 해석함이 옳다 할 것이다”라고 한다.

497) 예컨대, 김형배, 전제 “사용자책임과 구상권의 제한”, 227면 이하; 김학환, 전제논문, 1992 등.

498) Helm, Johann Georg, *Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch bei schadensgeneigter Arbeit und seine Auswirkungen auf die beschränkte Unternehmerhaftung, insbesondere im Verrichtungsghilfen*, Acp 166. 389, p.14.

타당하기 때문이라 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 우리 민법 제756조 제3항의 법조문은, 사용자는 피용자가 사무집행과 관련하여 타인에게 가한 손해를 배상한 경우에 피용자에 대하여 구상할 수 있도록 규정하고 있어, 문언 상으로 보면 사용자가 피해자에게 배상한 경우 이는 피용자의 개인책임을 사용자가 배상한 것이므로 사용자는 피용자에게 당연히 구상할 수 있도록 하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 이 규정과 관련하여, 오늘날 사용자책임의 성질을 대위책임으로 보는 경우, 사용자가 손해배상한 경우 그 전액을 피용자에게 구상할 수 있다는 견해도 있을 수 있고,<sup>499)</sup> 피용자의 사무과정에서 발생한 손해를 피용자에게 전부 부담시키는 것은 사업위험을 근로자에게 전가시키는 결과가 되어 부당하며, 이는 보상책임원리에도 충실하지 못하므로 구상권을 제한하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 그래서 이하에서는 피용자의 책임제한의 필요성 및 법적 구성의 문제, 사용자의 사용권 제한에 관한 학설과 판례의 입장을 검토하고자 한다.

한편, 우리나라에서도 사용자의 구상권 제한에 관하여 민법의 개정을 통하여 명확히 하고자 하는 논의가 오래전부터 있어 왔으며, 2013년에는 법무부에서 민법개정 시안 중에서 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한에 관한 부분도 포함되어 있다. 이에 따르면 피용자의 책임제한에 관하여 비교적 상세한 규정을 두는 것으로 하고 있다. 이와 관련하여 이러한 입법내용을 비교법적 측면에서 검토할 필요도 있다. 그래서 주요국가의 입법례와 2013년 법무부 민법개정시안의 비교분석을 통하여 입법론적 검토를 하고자 한다.

## 제1절 피용자의 책임제한의 필요성과 법적 구성

### 1. 책임제한의 필요성과 그 대상

피용자가 사무집행에 있어 제3자에게 손해를 가한 경우에는 제3자와 사용자에 대한 손해배상책임이 문제될 수 있다. 이 때 손해배상책임이 발생하는 원인은 제3자에 대하여는 불법행위를 이유로 한 민법 제750조에 기하여 손해배상책임이 발생한다. 말하자면 사용자와 피용자사이에 계약관계(고용계약 또는 근로계약)가

499) 지원림, 전게서, 1739면; 박윤직, 전게서, 420면; 송덕수, 전게서, 1655면.

있는 경우에는 형식적으로 계약을 이행한 것이지만 실질적으로는 계약목적이 부합되지 않는 채무이행이기 때문에 적극적 채권침해를 이유로 민법 제390조의 손해배상책임이 있는 것이고, 사용자와 피용자 사이에 계약관계가 없는 경우에는 제750조의 불법행위를 이유로 한 손해배상책임이 발생한다. 계약관계가 있는 경우에는 피용자는 주된 급부의무 외에도 신의칙에 기한 계약상 주의의무를 진다. 사무집행에 있어 사용자의 재산 및 피용자에게 맡겨진 기계나 작업도구를 주의 깊게 다루고 업무를 정상적으로 수행하여야 할 주의의무 뿐만 아니라 사무집행에 있어 타인에게 가해를 하지 않은 주의의무를 함께 진다. 또한 이러한 주의의무를 넘어서 피용자는 사용자가 경영상의 손해와 장애를 모르는 한 그것에 대하여 주의를 환기시킬 주의의무도 진다.<sup>500)</sup>

이러한 경우 피용자가 부담하는 손해배상책임의 범위는 피용자의 유책한 행위와 발생한 손해 간에 인과관계가 존재하는 손해를 그 범위로 한다. 다만 이때에도 상당인과관계, 규범의 보호목적, 위험성관련에 따라 배상할 범위가 제한된다.<sup>501)</sup> 그러나 이것은 일반적으로 논의되는 피용자책임의 제한에 관한 문제와는 다른 것이다. 피용자의 책임제한은 이러한 손해배상의 범위를 한정하는 기준에 의해 확정된 것을 대상으로 그 책임을 전부 면하게 할 것이냐 아니면 일부를 제한할 것인가 하는 문제이다. 왜냐하면 사용자 자신이 부담하여야 할 고유한 부담부분을 제외시키는 것은 당연하므로 이것은 책임제한이라고 할 수 없으며, 고유한 부담부분을 제외하고 피용자가 부담하여야 할 부분을 다시 제한하는 것을 책임제한이라고 이해하여야 할 것이다.<sup>502)</sup> 피용자가 책임을 부담하여야 할 부분이 있다면 그것은 과실상계 등을 통하여 제외되는 것은 당연하므로 그 부분만큼 피용자가 배상책임을 면한다고 하더라도 이것을 책임제한이라 볼 수는 없기 때문이다.

피용자의 책임이 성립하고 있음에도 불구하고 이를 제한하는 것은 민법의 책임구조의 원칙을 벗어난 것이라고 할 수 있다.<sup>503)</sup> 왜냐하면 피용자라 하더라도

500) 서정화, 전계논문, 188면.

501) 상당인과관계설은 전연 개연성이 없는 결과만을 배상범위에서 제외시키기 때문에 보다 타당한 범위확정을 위해 규범목적이나 위험성관련설과 같은 귀책관련이론이 발전되었다. 손해배상의 범위에 관해서는; 서광민, 전계논문, 53면 이하 참조.

502) 김학환, 전계논문, 130면.

503) 김학환, 상계논문, 131면.

과실행위의 기준이나 유책성의 판단이 달라질 수 없고 또한 그 효과로서 손해전부를 배상하는 것이 원칙이기 때문이다.<sup>504)</sup> 그러나 피용자의 책임을 제한하는 것은 오늘날의 새로운 손해위험의 분담이라는 요청에 따르는 것으로 볼 수 있다. 그리고 대내적 관계에서 피용자의 책임을 제한하는 것은 일반적으로 범형성이 허용될 수 있는 것으로 본다. 다만 피용자의 책임제한에 관한 원칙에는 최상의 민주적 정당성이 존재하여야 한다. 민법은 피용자의 책임제한에 대하여 규율하지 않고 있어서 판례를 통하여 보충할 필요가 있고, 판례를 통하여 피용자의 책임을 고의 또는 중과실의 경우로 제한하는 것이 법질서의 전체적인 체계와 합치하고 인접하는 법 규정과도 일치한다.<sup>505)</sup> 그러므로 책임제한의 필요성에 대한 일반적 확신이 존재하고, 민법의 과실책임원칙에 기한 전부 또는 전무원칙의 엄격성은 공평에 반하는 결과를 가져와 손해위험의 적절한 분담을 기할 수 없으며, 국가배상법 제2조 2항에서 공무원의 책임을 고의 또는 중과실로 제한하고 있으며, 민법 제756조에서는 배상액의 경감조항을 두고 있고, 또한 피용자의 과실도 일단 유책한 것으로 평가한 상태에서 손해의 적절한 분담을 피하는 것이므로 민법체계의 파괴에까지 이른다고 볼 수 없으므로, 피용자의 책임제한에 관한 범형성은 허용될 수 있다.<sup>506)</sup>

독일처럼 피용자 책임을 제한하는 특별한 규정을 두지 않고 판례의 법리에 의하여 해결하는 국가도 있지만, 피용자의 책임제한에 관한 문제는 법적 안정성과 명확성의 확보라는 차원에서 오스트리아와 스웨덴처럼 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다. 그리고 이를 입법적 해결을 하기 위해서는 전제조건으로 피용자의 책임제한의 요건과 범위를 규정하는 것은 물론, 보험과의 관계, 절차상의 문제 등을 포괄적으로 다루는 것이 필요하다 할 것이다.

피용자의 책임제한의 대상이라고 하는 관점에서 보면 피용자의 책임제한은 본래 사용자와의 관계에서 내부적으로 문제되는 것이지만 제3자에 대한 관계에서 문제되는 것은 아니다. 제3자에 대하여도 피용자의 책임을 제한시킨다면 피용자가 유책성이 있는 경우에도 제3자는 피용자에게 직접 청구할 수 없게 된다. 피용자

504) Däubler Wolfgang, *Die Haftung des Arbeitnehmers-Grundlagen und Grenzen*, NJW, 1986, p.865.

505) Hanau, Peter, *Die Entscheidungsfreiheit des Richters im Recht der Arbeitnehmerhaftung*, In Festschrift für Hübner, Berlin New York, 1984, p.4881ff.

506) 김학환, 전제논문, 130면.

의 보호라고 하는 관점에서만 생각한다면 피해자에 대한 대외적 관계에서도 책임을 제한하는 것을 생각할 수 있다. 그러나 이는 사용자와 제3자의 이익을 헤칠 염려도 있다. 민법상 피용자의 책임제한은 주로 피용자가 제3자에게 손해를 가했기 때문에 사용자가 민법 제756조에 의한 사용자책임을 피해자에게 부담하고 그에 기하여 피용자에게 청구하는 구상권의 제한만을 대상으로 하였다. 그러나 이와는 달리 노동법상의 책임제한이 문제되는 것은 사용자에게 직접 손해를 가한 경우, 예컨대 사무집행에 있어 사용자 소유의 자동차를 손상시킨 경우에 있어서의 피용자의 책임제한에 관한 문제였다. 그러나 이 양자를 달리 취급할 필요는 없다. 왜냐하면 이 양자는 사용자에 대한 관계에서 손해가 직접 발생한 것이냐 아니면 간접적으로 발생한 것이냐에 차이가 있는데 지나지 않을 뿐이고, 피용자의 책임을 제한하여야 할 이유라든가 법적 문제점은 동일하기 때문이다. 민법상 피용자인 경우에는 전부 책임제한의 대상주체로 할 수 있을 것인지 아니면 노동법상의 피용자에 한정할 것인지, 간부사원이라든가 대리감독자도 포함시킬 것인지가 문제된다.<sup>507)</sup>

## 2. 책임제한의 법적 구성

### (1) 책임제한의 구조와 근거

피용자의 책임을 제한할 수 있는 범형성이 허용될 수 있다면 그것은 어떠한 내용으로 구성하는 것이 타당할 것인가가 문제된다. 피용자의 책임을 제한한다는 것은 사용자와 피용자 각자의 부담부분에 의해 확정된 피용자의 배상책임이 일정한 요건 하에 사용자에게 손해위험을 귀속시킬 제반사정에 비추어 이를 제한하는 것으로 이해하는 것이 타당하다. 사용자책임을 사용자 자신의 고유한 책임이라면 사용자의 부담부분이 있고 따라서 피용자에 대하여 자기의 부담부분을 포함한 전부에 대하여 청구할 수 없는 것은 당연하기 때문이다. 여기에는 민법의 과실상계에 관한 법원칙이 적용될 수 있기 때문에 특별한 법적 구성이 불필요하다. 다만 부담부분의 구체적 결정만이 문제가 된다. 피용자의 책임제한을 이러한

507) 김학환, 전제논문, 134면.

의미로 이해하면 사용자에게 민법 제756조에 의한 사용자책임을 지게 함으로써 간접적으로 손해를 준 경우뿐만 아니라 사용자에게 직접 가한 손해에 대하여 배상책임을 지는 경우도 포함한다. 후자의 경우에는 사용자에 대한 관계에서의 대내적 책임제한만이 문제될 수 있다. 그러나 전자의 경우에는 대내적 책임제한 뿐만 아니라 대외적 책임제한도 생각할 수 있다.

그렇지만 대외적 책임제한은 사용자 또는 그 밖의 책임주체의 피해자에 대한 손해배상의 보장이 이루어지지 않는 한 인정할 수 없고, 실익도 없다. 왜냐하면 사용자가 무자력인 경우라면 대외적 책임의 법적 구성을 어떻게 하든 피해자보다는 피용자가 손해를 감수하여야 하기 때문이다. 다만 대내적 책임과 대외적 책임사이에서 생길 수 있는 불균형은 역구상에 의하여 해결하는 것도 생각해 볼 필요가 있다.<sup>508)</sup>

피용자의 책임을 제한하는 근거는 피용자의 종속노동을 전제로 하는 사용자와 피용자의 지위의 차이에서 찾아 볼 수 있다. 종속노동에 종사하는 피용자는 자기의 근로조건을 자유롭게 결정할 수 없다. 반면 사용자는 근로조건을 자유롭게 결정할 수 있는 지위에 있다. 따라서 일정한 경우 종속노동관계에서 행하는 피용자의 행위는 이것을 사용자 자신의 행위라고 평가하여야 할 측면이 있다. 또한 종속노동에 종사하는 피용자의 행위를 사용자 자신의 행위라고 평가할 수 없다고 하더라도 최소한도 그러한 상태의 피용자가 종종 저지르기 쉬운 과오는 사용자가 부담하여야 할 경영상의 위험에 속하는 것으로 평가할 수 있다.

## (2) 책임제한의 기준과 범위

사용자의 책임제한은 종속노동에 종사하는 피용자가 업무와 관련하여 과실로 손해를 야기한 경우로 한정할 수 있다. 독일에서는 업무의 위험성 등을 책임제한의 요건으로 보고 있으나,<sup>509)</sup> 이는 책임제한을 위한 요건이 아니라 사용자와의 관계에서 피용자의 유책성을 판단함에 있어 고려할 사유 내지 사용자에 대한 손

508) 이에 대하여 제4장 제4절에서 검토한다.

509) Vgl. Küchenhoff. Günther, Modernisierung des Schuldbegriffs aus arbeitsrechtlichen Einsichten, AuR 1969, S.195. Anm. 28; VersR 1998, 895, 896.

해귀책사유의 하나로 고려하는 것이 바람직하다. 피용자의 유책성의 정도를 책임 제한의 기준과 범위로 제시하는 견해도 있으나,<sup>510)</sup> 이는 책임제한을 할 수 있는 요건이라고 하는 관점에서 보아야 할 것이다. 피용자의 유책성은 책임제한의 요건으로서의 유책성을 의미하는 것이므로 사용자와의 관계에서 상대적으로 파악되어야 할 것이다. 따라서 피용자가 고의·중과실, 남용·일탈로 손해를 가한 때에는 책임은 제한되지 않는다. 그러나 줄음운전으로 인하여 교통사고를 발생시킨 경우에는 중과실에 해당된다. 이른바 압박상태(Drucksituation) 등이 존재하는 경우에는 사용자에게 대한 관계에서는 피용자를 비난할 수 없기 때문에 중과실로 평가할 수 없고 이때에는 책임제한이 가능하다. 반면 통상의 과실이더라도 사용자의 지시에 피용자가 현저히 반한 경우에는 책임이 인정될 수 있다. 책임제한의 범위는 사용자에게 위험귀속을 시킬 수 있는 제반사정을 고려하여 결정한다.

## 제2절 구상권 제한의 법리

### 1. 피용자의 책임과 구상권

사용자와 피용자 사이에는 보통 고용·위임·도급·조합 등의 계약관계가 존재한다. 그러나 학설 및 판례는 계약관계가 없는 경우에도 사용관계를 인정하고, 사무집행을 이른바 외형이론에 의하여 내부적 관련성이 없는 경우에까지 확대시켜 인정하고 있다. 이 경우 계약관계 없이 사용자책임이 부과된다. 그런데 사용자책임이 발생하더라도 피용자에 대하여는 독립적으로 불법행위가 성립하고 있으므로 피용자 자신도 불법행위책임을 부담하게 되는 것은 당연하다. 사용자책임과 피용자의 책임의 관계에 대하여는 이를 부진정연대채무라고 하는데 있어서는 견해가 일치되어 있다.<sup>511)</sup> 따라서 피해자는 피용자나 사용자에게 동시에 또는 순차적으로 그 전부의 배상을 받을 때까지는, 피용자나 사용자에게 동시에 또는 순차적으로 그 전부의 배상을 받을 때까지 배상을 청구할 수 있고, 피해자가 어느 일방의 배상으로 일부 또는 전부의 만족을 얻은 때에는 그 범위 내에서 상대방

510) 田上富信, 前掲 “使用者責任における事業執行に付きの意義”, 69면.

511) 곽윤적, 전계서 751면; 지원림, 전계서, 1400면.

의 배상책임이 소멸하게 된다.

문제가 되는 것은 사용자가 대외관계에서 부진정연대채무로서 피해자에게 손해를 배상한 경우 내부관계에서 배상의무자는 궁극적으로 누구인가가 하는 것이다. 민법 제756조 제3항은 사용자 또는 대리감독자가 배상을 한 때에는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 규정하고 있는데, 이를 문언 그대로 해석하면 사용자는 피용자가 부담해야 할 배상금에 대하여, 피해자와의 대내적 관계에서 부진정연대채무자로서 부담해야 할 배상금을 피해자와의 대외적 관계에서 부진정연대채무자로서 이행한데 불과하므로 그 전액에 대하여 피용자에게 구상권을 행사할 수 있다고 해석할 수도 있게 된다.<sup>512)</sup>

## 2. 구상권의 제한의 필요성

현행 민법 제756조 제1항 단서에 의하면, ‘사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 다하지 못한 과실이 있는 경우, 또는 주의를 다하여도 손해가 있는 경우’에 사용자책임을 지도록 하고 있으며, 제3항에서는 ‘사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다’고 하여 구상권을 인정하고 있다. 사용자책임의 본질을 대위책임으로 이해하는 입장에서는 이러한 구상권을 인정하는 것이 당연하지만, 사용자책임을 기업책임의 규정으로 본다면 피용자에 대한 사용자의 구상권을 인정하는 것은 반드시 당연하다고만은 할 수 없다. 그래서 사용자가 피용자에게 구상권을 행사하는 것은 일반적으로 권리의 남용이 된 다든가, 선임·감독상의 과실이 클 때에는 과실상계의 이론을 적용하여야 한다는 논의가 있어왔다. 그러나 민법 제756조 제3항의 구상권 행사를 권리남용 등의 이론을 내세워 해석론으로 배제하려는 것은 무리가 있다는 인식하에, 구상권 제한의 실질적 논거에 관한 여러 견해가 나오고 있다. 판례가 ‘피용자에 대한 구상권을 행사함에 있어서는 사용자와 피용자의 관계·가해행위의 모습·가해행위의 정도 그 밖의 여러 가지의 구체적인 사정을 참작하여 구상권 행사를 하여야 한다’<sup>513)</sup>고 하는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

512) 장석전, 전제논문, 203면.

513) 대판 1991. 5. 10, 91다7225 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행해진 불법행위로 인하여 입은 손

이와 같은 구상권 제한의 시도는 어디까지나 민법 제756조 제3항의 규정 때문에 피용자에 대한 구상권이 존재한다는 원칙을 전제로 하여 전개되고 있음은 말할 것도 없다. 그러나 오늘날의 학설은 사용자책임의 성질을 어떻게 이해하는가에 관계없이 피용자에 대한 사용자의 구상권 행사를 어떠한 형태로든지 제한하려고 하는 이론구성을 시도하고 있다. 어떠한 경우와 요건 하에 구상권 행사를 제한하고 어떻게 이론적으로 뒷받침할 것인가에 대하여는 견해가 일치하고 있지 않으며, 학설은 이에 대한 타당한 법적 처리와 이론구성을 모색하는 단계에 있다고 할 수 있다.<sup>514)</sup> 그렇지만 현재의 판례<sup>515)</sup>나 학설<sup>516)</sup>은 피용자에 대한 사용자의 구상권을 무제한적으로 인정한다면 사용자가 자신의 책임을 피용자에게 전가시킬 뿐만 아니라, 그 실질적인 근거에 대하여는 대체로 다음과 같은 공통된 인식이 전제되고 있다.<sup>517)</sup> 사용자는 위험성 있는 노동 또는 손해를 입히기 쉬운 노동을 피용자에게 위임하고 그에 의해서 이익을 보고 있기 때문에 그로 인하여 발생한 손해를 그대로 피용자에게 전가하는 것은 부당하다. 피용자는 의사, 변호사 등 독립적 직업에 종사하는 자와는 달리 자기의 노동조건을 자유롭게 조절하기 어려운 지위에 있다. 즉 피용자로서는 노동의 위험성, 피로, 업무의 단조로움 등 사고의 원인이 되는 상태를 제거하고 회피하는 것이 쉽지 않다는 것이다. 이것은 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한이론을 성립시킨 독일의 많은 판례<sup>518)</sup>가 공통된 인식으로서 가지는 인간관, 즉 사용자와 피용자가 노동계약을 체결할 때 완벽한 인간을 고용할 것을 기대하고 있지 않다는 것으로, 업무상의 잘못은 계속적으로 주의력을 집중시키는 것이 불가능한 인간적 불완전성의 반영이라는 견해와 맥을 같이 하고 있다. 물론 인간적인 불완전성은 피용자에 한하지

---

해배상이나 구상권을 그 피용자에게 행사할 수 있는 범위에 의하면 “일반적으로 사용자가 피용자의 업무 수행과 관련하여 행해진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입게 된 경우에 있어 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려정도, 기타 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분산이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 위 손해배상이나 그 구상권을 행사할 수 있다고 보아야 한다”고 판시하고 있다.

514) 김영희, “사용자의 피용자에 대한 구상권 제한”, 『사회과학논총』 제13권, 상지대학교사회과학연구소, 1997.

515) 대판 2007. 4. 12, 2004다45509; 대판 2007. 4. 12, 2004다38907; 대판 2007. 4. 12, 2004다6122; 대판 2006. 2. 9, 2005다28426; 대판 2004. 4. 28, 2003다66905; 대판(전합) 1992. 6. 23, 91다33070.

516) 예컨대 김형배, 전제 “사용자책임과 구상권의 제한”, 227면.

517) 이은영, 전제서, 864면; 田上富信, “被傭者の行爲によつて第三者に生じた損害した使用者はその全額を當該被傭者にできるか”, 『民法學6』, 有斐閣, 1975, 113면.

518) Däubler Wolfgang, *Die Haftung des Arbeitnehmers-Grundlagen und Grenzen*, NJW, 1986, S.867ff.

않고 일반시민에게도 마찬가지로 존재하지만 종속노동에 종사하는 피용자는 그것이 현실화하여 잘못을 범하기 쉬운 점에 업무상 잘못의 특수성이 있다고 이해한다.

그리고 사용자는 경영으로부터 발생하는 전형적 위험에 대하여 보험 또는 상품의 가격을 통하여 이를 분산시킬 수 있지만, 피용자의 경우 사용자로부터의 구상권 행사에 대비하여 신용보험이나 책임보험에 가입하는 것이 불가능한 것은 아니지만, 사용자가 경영위험으로서 부담하지 않으면 안 되는 손실에 대하여 피용자에게 보험료를 부담케 하고 보험금에 의하여 전보를 받는다는 것은 부당하게 책임을 전가하는 것이라 할 수 있다. 이와 같은 것은 독일 민법에서도 사용자의 구상권에 관한 규정을 두고 이 규정의 타당성에 관하여는 초기에는 의문을 제기하지 않았으나 점차 그 문제점이 인식됨에 따라서 이제는 판례를 통하여 구상권의 제한을 인정하고 있는 것을 앞에서 검토한 바 있다.

### 3. 학설의 검토

종래 학설에서는 사용자가 피용자에게 전액 구상하는 것은 사무집행중의 손해에 대한 책임을 궁극적으로 피용자에게 모두 귀속시키는 것으로서 타당성이 없다는 관점에서 사용자의 구상권은 제한되어야 한다는 주장이 제기되고 있었다. 제한의 근거에 관한 학설로는, 경영위험설, 과실상계설, 공동불법행위설 등이 있다고 하기도 하고,<sup>519)</sup> 권리남용법리설, 과실상계설, 상당인과관계설, 공동불법행위설로 나누기도 하고,<sup>520)</sup> 과실상계설, 공동불법행위설, 자기책임설, 경과실구상불가설, 부진정연대채무설, 계약의무위반설, 채무불이행설로 나누기도 한다.<sup>521)</sup> 여기에서는 자기책임설, 과실상계설, 공동불법행위설, 채무불이행설, 신의칙설로 나누어 살펴보고자 한다.

519) 예컨대, 김형석, “민법 제756조 제757조의 개정에 관한 연구”, 법무부 연구용역보고서, 2012, 72면 이하; 하경효, “사용자책임에서의 구상권제한에 관한 규율동향과 입법방향”, 「안암법학」 통권 40호, 안암법학회, 2013. 1, 561면 등.

520) 서정화, 전계논문, 190면 이하.

521) 박사현, 전계논문, 171면 이하.

## (1) 자기책임설

구상권 제한의 견해는 일반적으로 사용자책임의 법적 성질에 관한 자기책임설의 입장에서 주장된다. 이 견해에서는 보상책임 또는 위험책임의 성질을 가지는 것으로 파악되는 사용자책임은 피용자의 일반불법행위책임과 구별되는 독립된 책임으로서 피해자의 보호를 위하여 단순히 피용자의 책임을 담보하는 대위책임이 아니며, 고유한 채무를 가지는 책임이라고 한다. 따라서 사용자책임은 대외적 관계에 있어서도 부담부분을 가지는 부진정연대채무이며, 사용자의 부담부분은 사용자와 피용자의 내부관계에 의하여 결정된다. 그러므로 사용자가 피해자에 대하여 손해전액을 배상했을 경우 구상권 행사의 범위는 부담부분의 비율에 따라 상대적으로 결정된다고 한다.

자기책임설은 구상권의 제한을 당연한 것으로 생각하며, 그 근거를 기업조직의 존재형식인 피용자와 사용자의 내부관계에서 찾고 있다. 자기책임설은 사용자의 부담부분을 인정하는 전제로서 사용자책임의 성립요건으로 사용자의 고유한 과실, 즉 피용자의 선임·감독상의 과실을 인정한다. 따라서 피용자의 불법행위와 함께 사용자의 책임이 성립할 때에는 피용자의 과실과 사용자의 과실이 비교형량 됨으로서 구상권의 범위가 결정된다. 사용자의 과실은 추정되는데, 이 경우 주의의 정도는 업무의 위험성에 따라 구체적으로 판단되어야 한다. 즉 작업에서 피용자를 사용하는 경우에 일반적으로 요구될 수 있는 주의의 정도가 기준이 된다고 한다. 주의의무이행에 대한 증거가 이루어지면 사용자는 면책되지만, 그렇지 않으면 사실상 필요한 주의를 다했다 하더라도 사용자는 책임을 면할 수 없다. 즉 사용자의 주의의무위반은 추정된다.<sup>522)</sup> 이 설은 증명책임의 전환에 관하여 민법 제756조 1항의 규정을 대외관계만이 아니라 대내관계에도 적용하여 구상권의 제한의 근거로 하고 있으나, 이 규정은 대외관계에 관한 것이고 대내관계인 부담부분의 결정에 관한 것은 아니므로 면책사유의 증명에 문제가 있다는 비판이 있다.<sup>523)</sup>

522) 이은영, 전제서, 866면; 김형배, 전제 “사용자책임과 구상권의 제한”, 226-227면.

523) 한용길, “사용자책임에 있어서 구상권에 관한 연구”, 「동아법학」 제17호, 동아대학교 법학연구소, 1994, 89면.

## (2) 과실상계설

사용자가 선임·감독상의 주의의무를 다하지 못하여 야기된 손해나 그 밖에 제3자에게 손해가 발생할 가능성을 미리 회피해야 할 주의의무를 다하지 못하여 생긴 손해는 사용자가 스스로 부담부분이라고 하는 견해이다.<sup>524)</sup> 이 설은 법원의 재량을 개입시켜 구체적 타당성을 기할 수 있는 장점이 있는 반면에 다음과 같은 문제점이 있음이 지적된다. 과실상계의 비율이 법원의 재량에 의하여 결정되기 때문에 과실의 비율이 극도로 작게 인정되었다 하더라도 상소이유가 되지 못한다. 그리고 과실로 고려할 수 있는 조건 중 근로조건을 드는데 적어도 사용자의 과실이라고 하기 위하여서는 피용자의 과실처럼 엄격한 것은 아니라고 하더라도 무엇인가에 대한 주의의무위반과 어떤 점에서 관련되는지 쉽게 납득하기 어렵다. 또한 이 설은 사용자가 먼저 배상한 다음 전액에 대한 구상을 청구하는 경우 이를 제한하는 법적 구성은 될 수 있지만 피용자가 배상한 경우 구상권의 범위를 결정하는 기준을 제공하는 데는 미약하다.<sup>525)</sup>

## (3) 공동불법행위설

사용자와 피용자는 공동불법행위관계에 있다고 보는 견해로 상호 구상관계를 인정하는 것이다. 구상권 제한의 문제는 양자의 행위가 공동불법행위를 구성하는 경우에는 각자의 부담부분을 결정하여 그 이상의 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다는 것이다.<sup>526)</sup> 이설은 역구상의 경우까지 고려해서 구상권에 대한 전반적인 문제를 설명할 수 있다는 장점이 있으나, 사용자책임을 대위책임으로 보는 한 피용자를 대신하여 지는 책임이므로 피용자의 행위와 함께 공동불법행위가 되는 경우는 드물고, 자기책임으로 이해한다고 하여도 사용자의 행위를 피용자의 행위와 대외적으로 동등하게 평가할 수 있을지 의문이라는 비판이 있다.<sup>527)</sup>

524) 김형배, 전제 “사용자책임과 구상권의 제한”, 227면; 이은영, 전제서, 638면.

525) 장석진, 전제논문, 206면; 我妻榮, 「事務管理·不當利得·不法行爲」, 日本評論社, 1988, 178면.

526) 加藤一郎, 「不法行爲」, 有斐閣, 1983, 190면.

527) 한웅길, 전제 “사용자책임에 있어서 구상권에 관한 연구”, 90면.

#### (4) 채무불이행설

구상권의 제한문제가 사용자와 피용자 사이의 대내관계, 즉 위임이나 그밖의 계약관계 또는 부당이득 등의 관계에서 나온다고 설명하는 계약의무위반설로부터 발전된 견해로서,<sup>528)</sup> 사용자의 구상권을 피용자와 대내 관계에 따른 채무불이행 내지 불법행위에 의거한 손해배상 청구라고 한다면, 사용자는 채무불이행 또는 불법행위에 요구되는 일반적 책임요건이 피용자에게 구비되지 않을 경우에는 구상권을 행사할 수 없다는 것이 당연하다고 한다.

이 견해는 ‘사용자의 구상권이 채무불이행 내지는 불법행위에 의거한 손해배상 청구라고 이해하는 경우 사용자는 채무불이행 또는 불법행위 각각에 요구되는 일반적 책임 요건이 피용자에게 구비되어 있지 않다면 권리를 행사할 수 없는 것은 당연하다’라고 전제하면서, 구체적으로 ‘피용자의 사용자에게 대한 책임의 범위는 피용자의 유책성의 단계 내지는 정도를 일반적 기준으로 하고, 압력상태 및 사용자의 과실상계의 이유를 그 수정요소로 하여 배상금액을 결정해야 한다’고 하는 설이다.<sup>529)</sup>

#### (5) 신의칙설

이 설은 판례<sup>530)</sup>를 근거로 하여 일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행해진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나, 그 피해자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 있어서 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분산이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 그 구상권을 행사할 수 있다

528) 武久征治, “使用者に對する求償の制限”, 「現代損害賠償法講座(6)」, 日本評論社, 1977, 92面.

529) 田上富信, 「民法學6(不法行爲の重要問題)」, 有斐閣, 1975, 114面.

530) 대판 1994. 12. 13, 94다17246.

고 보아야 할 것이다.<sup>531)</sup>

#### 4. 대법원의 입장

대법원은 “사용자가 피용자의 업무집행으로 행해진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 또는 사용자로서의 손해배상 책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에는 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 사업시설의 상황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도 등의 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 위와 같은 손해의 배상이나 구상권을 행사할 수 있는 것이라고 해석함이 옳다 할 것”이라고 하여 사용자의 구상권이 신의칙에 의하여 제한될 수 있음을 확인하였다.<sup>532)</sup>

그런데 이 판결에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도에서 구상권과 손해배상책임을 인정하는 것과 관련하여, 과연 신의칙이 손해배상청구권이나 구상권을 제한하는 실질적 근거로 원용될 수 있는지에 대한 근본적인 의문이 제기되었다.<sup>533)</sup> 그럼에도 대법원은 이 판결에서의 판시내용에 따라 구상권 및 손해배상책임을 제한하는 판례태도를 유지하고 있다.<sup>534)</sup>

대법원은 위 판례를 토대로 사안에서의 구체적 사정에 비추어 피용자의 배상책임과 사용자의 구상권을 부인하기도 하였다. 우선, 렌트카회사의 야간경비원이 업무수행과 관련하여 회사 소유의 렌트카를 운전하다가 일으킨 교통사고로 타인을 사망하게 하고 스스로도 사망한 사안에서 “이 사건 사고의 발생 원인에 있어 피용자의 가해행위가 지니는 책임성에 비하여 사용자인 원고의 사해행위에 대한 기여도 내지 가공도가 지나치게 크다고 보여 지는 점 등을 참작하면, 원고가 사용자로서 구상권을 행사한다는 것은 신의칙상 도저히 받아들일 수 없다고 판시

531) 대판 2001. 1. 19, 2000다33607; 대판 1996. 4. 9, 95다52611.

532) 대판 1987. 9. 8, 86다카1045.

533) 양창수, “1987년 판례 개관”, 「민법연구 제2권」, 박영사, 1991, 371-372면.

534) 이후 동일취지의 판례로, 대판 1991. 5. 10, 91다 7255; 대판 1992. 9. 25, 92다25595; 대판 1994. 12. 13, 94다17246 등이 있다.

하고 원고의 청구를 기각하였는바, 원심의 위와 같은 조치는 위에서 본 법리에 따른 것으로 정당하가”고 판결한 바 있다.<sup>535)</sup> 더 나아가 아파트 관리회사인 원고의 피용자로 전기기술자인 피고가 이삿짐을 내리는 작업이 끝난 후 곤돌라 줄을 원래의 위치인 옥상 위로 감아올리던 중 곤돌라 줄 끝에 매달려 있던 쇠고리가 바람에 흔들리면서 15층 베란다 바깥쪽에 설치된 화분대를 충격해 떨어뜨림으로써 지상에 있던 피해자의 머리를 가격해 사망하게 한 사안에서 피고의 근무조건과 그것이 사고발행에 미친 영향의 정도, 피해자가 사고를 당하게 된 경위, 원고의 노무자에 대한 인력관리상황, 사고 후 피고는 실형을 복역한 후 현재 면직되어 있음에 반하여 원고는 국내 유수의 공동주택관리업체로서의 지위를 그대로 유지하고 있는 점들 제반 사정을 고려하여 피용자의 전부면책을 인정하였다.<sup>536)</sup>

그리고 피용자가 사용자의 지시에 위반하여 사용자에게 손해를 야기한 사안에서도 동일한 법리를 적용하여 피용자의 손해배상 책임을 일부 제한하였다.<sup>537)</sup> 다만, 사용자의 감독이 소홀한 틈을 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 피용자가 바로 그 사용자의 부주의를 이유로 자신의 책임의 감액을 주장하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다고 판시하였다.<sup>538)</sup> 또한 대법원은, “쌍방의 과실의 경중, 곤돌라 기사인 위 피고의 근무조건과 그러한 근무조건이 위 사고발생에 미친 영향의 정도, 위 피해자가 사고를 당하게 된 경위, 원고의 노무자에 대한 인력관리상황, 위 사고 후 위 피고가 실형을 복역한 후 현재 면직되어 있음에 반하여, 원고는 국내 유수의 공동주택관리업체로서의 지위를 그대로 유지하고 있는 점 등 제반 사정을 참작하여 보면, 피고에게 앞에서 본 바와 같은 과실이 있었다는 것만으로 원고가 위 피고에 대하여 피해자에게 배상한 데 대한 구상이나 손해배상을 구하는 것은 신의칙상 허용되지 아니한다고 하여 원고의 청구를 모두 기각하고 있는 바, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 구상권이나 신의칙에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다”고 하였다.<sup>539)</sup>

한편, 피용자가 업무수행과 관련한 손해에 대하여 손해 전부를 변제하기로 하

535) 대판 1991. 5. 10, 91다7255.

536) 대판 1994. 12. 13, 94다17246.

537) 대판 1996. 4. 9, 95다52611.

538) 대판 2009. 11. 26, 2009다59350.

539) 대판 2001. 1. 19, 2000다33607.

는 각서를 작성하여 사용자에게 제출한 사실이 있다고 하더라도, 그와 같은 각서 때문에 사용자가 공평의 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도를 넘는 부분에 대한 손해의 배상을 구할 수 있는 것은 아니라고 함으로서 신의칙에 기한 피용자책임제한에 관한 판례의 법리는 당사자의 약정으로 피용자에게 불리하게 할 수 없음을 분명히 하였다.<sup>540)</sup>

또한, 대법원은 “피용자와 제3자가 공동불법행위로 피해자에게 손해를 가하여 그 손해배상채무를 부담하는 경우에 피용자와 제3자는 공동불법행위자로서 서로 부진정연대관계에 있고, 한편 사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이어서 사용자도 제3자와 부진정연대관계에 있다고 보아야 할 것이므로, 사용자가 피용자와 제3자의 책임비율에 의하여 정해진 피용자의 부담부분을 초과하여 피해자에게 손해를 배상한 경우에는 사용자는 제3자에 대하여도 구상권을 행사할 수 있으며, 그 구상의 범위는 제3자의 부담부분에 국한 된다고 보는 것이 타당하다”고 하고 있다.<sup>541)</sup>

## 5. 분석 · 검토

오늘날 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한의 필요하다는데 대하여는 학설상 다툼이 없다. 다만 구상권 제한의 근거에 관하여는 자기책임설, 과실상계설, 공동불법행위설, 신의칙설 등 견해의 대립이 있는 바, 우리 대법원은 1987년 판례<sup>542)</sup>에서 사용자책임에 있어서 구상권의 제한에 대하여 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 구상권을 행사할 수 있다고 하여 신의칙설을 따른 후 일관된 입장을 견지하고 있다.<sup>543)</sup>

오늘날 기업은 다수의 피용자를 유기적으로 고용하고 또한 이러한 기업 활동에 필요한 위험을 수반하는 많은 기계와 설비를 갖추고 대규모의 기업 활동을 통하여 막대한 이익을 얻고 있다. 그러므로 이러한 기업의 활동에 참가하는 피용자가 외부의 제3자에게 손해를 가한 경우 이러한 기업 활동의 수익자인 사용자

540) 대판 1996. 4. 9, 95다52611.

541) 대판(전합) 1992. 6. 23, 91다33070; 대판 2006. 2. 9, 2005다28426.

542) 대판 1987. 9. 8, 86다카1045.

543) 예컨대 대판 1994. 12. 13, 94다17246.

가 손해를 배상하는 것이 공평원칙과 피해자의 구제라는 면에서 보면 자력이 없는 피용자를 상대하는 것보다는 사용자를 상대하는 것이 효과적이라는데 있다. 그러면 사용자가 손해를 배상한 경우에 사용자는 어느 범위까지 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있는가? 사용자가 구상권이라는 것을 통하여 자신의 위험부담을 피용자에게 전부 전가시킬 수는 없으며, 피용자의 불법행위가 성립하더라도 피용자에게 고의 또는 중과실이 있는 경우라면 구상권 행사가 가능하지만 경과실이 있는 경우에는 구상권 행사를 부정해야 하고, 통상의 과실이 있는 경우에는 내부적 관계에서 배상 비율을 정하여야 한다. 대법원 판례 역시 같은 취지의 판단을 하고 있다.<sup>544)</sup>

한편, 독일연방노동법원은 위험작업에 종사하는 근로자의 과실이 매우 경미한 때에는 근로자의 책임이 면제되고 보통의 경과실인 경우에는 근로자와 사용자가 배상책임을 분담한다는 원칙을 확립하고 근로자의 경과실의 경우에 책임을 분담하기 위하여 법원이 고려하는 사정들은 작업의 위험성과 경중, 사고의 예견가능성, 위험의 기업내재성, 노무제공의 단조성, 근로시간, 근무기간 중의 실무의 정도와 빈도, 연령, 기업체내에서의 지위, 보수, 인적관계, 손해발생에 대비한 보험 가입여부, 과책의 정도 등으로 예시하고 있다.<sup>545)</sup>

생각건대, 현행 민법상의 규정 하에서는 손해의 공평한 분산이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에게 구상권이 인정된다고 보는 대법원 판례의 입장인 신의칙설이 타당하다고 생각된다. 다만, 피용자의 책임제한이라는 관점에서 살펴보면 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한의 문제는 학설이나 판례에 맡겨둘 것이 아니라 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다고 하겠다. 그래서 이하에서는 입법론적 검토를 하려한다.

### 제3절 입법론적 검토

외국에서는 피용자 책임제한에 관한 논의가 오래전부터 행하여져 왔다. 그런데

544) 대판 1992. 9. 25, 92다25595; 대판 1991. 5. 10, 91다7255; 대판 1991. 5. 10, 91다6764; 대판 1987. 9. 8, 86다카1045.

545) 이은영, 전거서, 866면; BAG AP8. 14. 23. 33. 61 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

피용자의 책임제한을 하는 방법을 유형별로 나누어 보면, 입법적 해결유형과 비입법적 해결유형으로 나눌 수 있다. 후자는 다시 판례에 의해 피용자의 책임을 제한하는 유형과 신사협정에 의하여 책임보험자가 피용자에 대하여 대위권을 행사하지 못하도록 하는 유형으로 나눌 수 있다. 오스트리아, 스위스, 스웨덴은 입법적 해결유형에, 독일과 프랑스는 판례에 의하여 책임을 제한하는 유형에, 영국은 신사협정에 의하여 책임을 제한하는 유형에 속한다. 현재의 법 형태에서 판단한다면 우리나라와 일본도 독일과 동일한 해결유형에 속한다고 할 수 있다.<sup>546)</sup> 여기에서는 독일, 프랑스, 일본, 그리고 영미의 판례법리와 함께, 오스트리아, 스위스, 네덜란드의 입법례를 중심으로 비교법적 검토를 한 후,<sup>547)</sup> 2013년 법무부 민법개정시안 중 사용자의 구상권제한에 관한 내용을 살펴봄으로써, 입법론적 검토를 하고자 한다.

## 1. 주요국가의 입법례

### (1) 독일

독일민법상 사용자의 구상권을 제한하는 특별한 규정이 없다. 독일민법상 사용자는 자신이 사용하는 피용자가 제3자에게 가한 손해에 대하여 배상할 의무를 지는데, 이러한 사용자의 책임은 사용자와 피용자 간에 업무와 관련한 지시종속 관계가 있고 피용자가 사용자가 부여한 업무집행 중에 제3자에게 손해를 가한 경우 성립한다.<sup>548)</sup> 그러나 사용자가 피용자의 선임 또는 장비 등이 조달이나 사무집행의 지휘에 있어서 요구되는 주의를 다하였거나 그러한 주의를 다하였더라도 손해가 발생하였을 경우에는 면책될 수 있다. 하지만 이러한 법에 정한 사용자의 면책가능성은 판례를 통하여 엄격하게 제한되고 있다.<sup>549)</sup> 그리고 사용자는 대외적으로는 피용자와 함께 연대하여 손해배상책임을 부담하고, 대내적으로는

546) 김학환, 전계논문, 33면.

547) 비교법적 연구에 대하여 상세히는, 김봉수, 전계논문, 201면 이하; 김형석, 전계 “민법 제756조 제757조의 개정에 관한 연구”, 법무부 연구용역보고서, 72면 이하; 하경효, 전계논문, 567면 이하 참조.

548) Fuch, *Delikrecht*, 4. Aufl. 2002, S.136; Medicus, *Schuldrecht II*, 12. Aufl. 2004, Rn. 852.

549) von Cees Dam, *European Tort Law*, 2006, S.448; Fuch, *Delikrecht*, 4. Aufl. 2002, S.136.

피용자만이 책임을 진다. 따라서 법 규정으로만 보면 사용자가 제3자에게 손해배상을 한 경우, 그 배상액 전부를 피용자에게 구상할 수 있는 것으로 보인다. 즉, 원칙적으로 제3자와의 관계에서 사용자는 피용자와 함께 연대책무자로서 동일한 정도의 책임을 부담하게 되지만, 제840조 2항에 따라 사용자는 피용자에 대하여 손해배상 전액에 관하여 구상권을 가지게 되는 것이다.<sup>550)</sup> 이 규정은 과실이 증명된 자에게 ‘위험책임 또는 과실추정을 근거로 배상책임을 부담하는 자’와의 내부적 관계에서 손해 전부를 부담하게 한다는 원칙을 구체화한 것이다.<sup>551)</sup>

사용자의 피용자에 대한 전액 구상권은 사용자와 피용자 간에 근로계약관계가 있는 경우 제한되거나 또는 인정되지 않을 수 있다. 이러한 피용자책임제한은 손해조정이라는 노동법상의 원칙들에 근거하고 있으며,<sup>552)</sup> 그 범위는 과실의 정도에 따라 달라진다.<sup>553)</sup> 예컨대 피용자에게 ①경과실이 인정되면 사용자가 손해배상액 전부를 부담하고, ②통상과실이 있는 경우에는 사용자 및 피용자가 배상액을 분담하게 되며, ③고의의 경우에는 근로자가 책임을 부담하나, 중과실이 인정되는 때에는 손해발생의 원인 및 결과 등의 사정을 종합적으로 고려하여 근로자의 책임제한이 고려될 수 있다.<sup>554)</sup> 이때 최경과실이 아닌 과실의 경우에 책임제한의 범위를 정할 때 고려될 사정으로는 업무의 위험성, 손해액, 사용자에게 의해서 고려되거나 보험에 의해서 보완된 위험, 사업 내에서의 근로자의 지위, 근무기간, 연령 및 가족관계, 근무태도 등이 있다.<sup>555)</sup>

그리고 피용자가 사업 내의 업무로 인해 제3자에 대하여 손해를 야기하여 배상청구를 당한 경우에는 피용자의 사용자에게 대한 면책청구권과 구상권이 인정될 수 있다.<sup>556)</sup> 즉, 피용자의 사용자에게 대한 면책청구가 인정되므로 그 한도에서 사용자의 구상권은 제한되고, 피용자가 피해자에게 배상을 한 경우라면 고의적인 가해행위가 아닌 한 사용자에게 대한 구상권을 인정하고 있다.

550) MünchKomm/Wanger, BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 840 Rn. 16; Palandt/Sprau, BGB, Bd. 71, Aufl. 2011, § 840 Rn. 11.

551) Palandt/Sprau, BGB, Bd. 71, Aufl. 2011, § 840 Rn. 10.

552) BGHZ 157, 9, 16; 16, 111, 116; 200, 207.

553) MünchKomm/Wanger, BGB, Bd. 5, § 840 Rn 18.

554) BGHZ 157, 9, 16. 반면 중과실이라는 사실만으로 책임경감이 되는 것이 아니라, 개별사례에서 제반사정을 고려해야 한다는 관례로 BAGE 63, 127=VersR 1989, 1321=NZA 1990, 97.

555) VersR 1998, 895, 896.

556) MünchKomm/Wanger, § 840 Rn 18.

근로자의 책임제한의 법적 근거는 독일민법 제254조의 과실상계규정을 유추 적용하는데서 찾고 있다. 즉, 1970년대 이후 판례에서는 근로자의 근무조건이 손해위험상황을 조성시킨 경우에는 과실상계규정의 유추적용을 근거로 사용자와 근로자 사이의 손해조정을 인정하고 있다.<sup>557)</sup> 최근에 Preis 교수와 Henssler 교수에 의해 제안된 근로계약법안<sup>558)</sup>에는 판례 법리로 형성·발전된 이러한 내용을 규정화하여 수용하고 있다.<sup>559)</sup>

## (2) 프랑스

프랑스민법 제1384조 제5항<sup>560)</sup>에 따라 사용자는 피용자가 제3자에게 가한 손해에 대하여 책임을 진다.<sup>561)</sup> 프랑스민법상 사용자책임은 사용자는 물론이고 피용자에게 지시 내지 명령을 내릴 수 있는 지위에 있는 자가 지는 책임으로 이해되며, 사용자책임의 요건으로서 피용자가 사용자가 부여한 업무의 과정에서 발생한 손해는 물론이고 업무와 직접적인 연관성이 없더라도 객관적으로 어느 정도 업무활동의 결과로 볼 수 있는 손해라고 한다면, 가해행위의 동기가 피용자의 사적인 이익에 있는 경우까지 포함한다. 이 점에서 프랑스에서는 이른바 외관 책임을 비교적 넓게 인정하고 있다고 판단된다.<sup>562)</sup>

종래에는 사용자책임에 관한 프랑스민법 제1318조 제5항은 피해자를 위해 도입된 것이고, 피용자의 이익을 위한 것이 아닌 것으로 이해되었다. 따라서 피용자가 사용관계 하에서 불법행위를 범했다는 사실만으로 자신의 과실에 따른 불

557) BAG NZA 2002, 612. 만약 사업장 조직상의 하자로 인하여 손해가 방지 또는 감소되지 못한 경우에는 사용자의 조직상의 과책이 인정되어 과실상계규정이 직접 적용된다.

558) Preis, “독일의 근로계약법안”, ‘노동법학’, 제32호 2009. 12. 27면 이하; Preis/Henssler, *Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes*, 2007. 근로계약법안 제89조 ② 근로자에게 고의가 있다면 전체손해에 대한 책임이 있다. 근로자가 과실로 의무를 위반한 경우에는 노무의 종류, 인적사항, 손해의 정도, 임금(보수)수준, 쌍방의 손해야기의 기여도 및 책임영역을 고려하여 상당하다고 인정되는 한도에서 책임이 있다; 최경과실인 경우 근로자는 손해배상의무를 지지 않는다. ④ 근로자가 사업 또는 업무상의 활동 중에 제3자에게 손해를 입힌 경우, 사용자는 제 1항과 제2항의 기본원칙에 따라 그에 기한 제3자의 손해배상청구권 및 불가피한 소송비용으로부터 근로자를 면제시켜야 한다.

559) 독일민법 제831조의 개정논의의 경과에 대하여는, 김형석, 전게 “사용자책임의 입법주의 연구-비교법적 접근”, 450면.

560) 주인과 사용자는 그들이 고용한 범위 내에서 그의 가사 보조자나 피용자에 의해 발생한 손해에 대하여 책임이 있다(프랑스민법 제1384조 제5항).

561) 프랑스의 최근의 판례동향에 대하여 자세히는, 김형석, “사용자책임에서 사용자구상과 피용자책임에 관한 프랑스 판례의 동향”, 민사법학 제59호, 한국민사법학회, 2012, 3면이하 참조.

562) Ferid/Sonnenberger, op cite, Rn. 2, O., 221, ff.

법행위책임으로부터 면책될 수 없었다.<sup>563)</sup> 이에 따라 법원에서는 피해자는 피용자를 상대로 소송을 제기할 수 있고, 손해를 배상한 피용자는 사용자에 대하여 구상을 할 수 없다고 보았다. 그리고 피해자가 사용자를 상대로 소송을 제기하여 배상을 받은 경우에 사용자는 피해자의 권리를 대위하여 피용자에 대하여 구상을 청구할 수 있었다.<sup>564)</sup> 하지만 대체로 사용자를 상대로 손해배상을 청구하는 것이 유리하므로, 통상 피해자는 사용자로부터 배상을 받게 되므로, 이때 사용자는 피용자에 대한 구상권을 행사하게 된다. 하지만 사용자의 이러한 구상권은 법률상 제한될 수 있는데, 예컨대 피용자와 사용자 간에 고용계약이 존재하는 경우에는 고의의 의한 손해가 아닌 한 보험법에서는 보험자는 피보험자의 피용자에 대하여 구상청구를 할 수 없도록 규정하고 있다.<sup>565)</sup>

피용자의 배상책임을 긍정하던 종전의 법원의 입장은 피용자의 책임제한법리를 인정하는 방향으로 변경되기에 이르렀다. 피용자의 책임제한은 피용자의 가해행위가 ‘업무수행 과정’에서 발생한 것인지와 ‘업무한계’ 내에서 발생한 것인지에 따라서 정해진다. 우선 ① 피용자의 가해행위가 업무수행과정에서, 그리고 피용자의 업무한계 내에서 발행한 경우, 사용자는 대위책임을 지고 피용자는 모든 책임으로부터 면제된다. 다음으로 ② 가해행위가 업무수행과정에서, 그러나 그의 업무한계를 일탈하여 발생한 경우, 사용자와 피용자 모두 책임을 지게 된다. 마지막으로 ③ 가해행위가 업무수행 과정에서 범한 것도 아니고 업무한계를 벗어난 경우라면, 사용자는 책임을 지지 않고 피용자만이 책임을 지게 된다. 특히 ① 피용자의 ‘업무수행 과정’에서 벌어지고 또한 그의 ‘업무한계’ 내의 행위로 인한 손해의 경우, 피용자가 면책됨에 따라<sup>566)</sup> 사용자의 구상권은 인정되지 않는다. 이러한 피용자의 면책은 법원이 공무 내에서의 행해진 행위에 대하여 공무원에게 폭 넓은 면책을 인정하는 공법상 규정들을 민사책임에도 적용한 결과이다.<sup>567)</sup>

563) 김형석, 전제 “사용자책임의 입법주의 연구-역사적 비교법적 접근”, 444면.

564) J. Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, p.95.

565) Ferid/Sonnenberger, op cite p.95.

566) 김형석, 전제 “사용자책임에서 사용자 구상과 피용자책임에 관한 프랑스 판례의 동향”, 15면; Ass, Plén 25 February 2000, JCP 2000. II. 10295.

567) Suzanne Galand-Carval, *Liability for Damage Caused by Others under French Law*, in: J. Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, p.96.

### (3) 일본

일본의 사용자책임 규정은 우리 민법과 거의 동일하다. 즉, 일본민법 제715조 제1항은 사용자는 피용자가 사무집행으로 인하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임을 지며, 다만 사용자가 피용자의 선임·감독상 상당한 주의를 하였거나 상당한 주의를 하여도 손해가 발생하였을 경우에는 면책될 수 있다. 동 규정에 대하여 민법의 기초자는 사용자가 자신의 과실, 즉 선임·감독상의 부주의에 기초하여 책임을 진다는 사고에 입각하여, 사용자에게 과실이 없는 경우 면책을 인정하면서 다만 증명책임만을 전환한 것이라고 한다. 하지만 현재에는 사용자가 피용자의 불법행위책임을 대위하여 책임을 진다는 학설이 지배적인데,<sup>568)</sup> 타인을 사용하여 사업을 영위하는 자가 자신의 활동범위를 확장하여 이익을 봄에 따라 그의 피용자가 사무집행 중에 제3자에게 가한 손해를 배상하는 것이 공평의 관념에 적합하다는 ‘보상책임의 원리’와 위험을 지배하는 자가 책임을 부담해야 한다는 ‘위험책임의 원칙’이 그 근거가 된다고 한다.<sup>569)</sup> 이에 따라 일본에서 사용자책임은 사실상 사용자에게 무과실책임에 가까운 책임을 지우는 방향으로 운용되어 왔으며, 그 결과 사용자책임의 성립이 용이한 해석론이 전개되고, 아울러 피용자의 구상권을 제한하는 추세이다.<sup>570)</sup>

사용자의 구상권 제한에 대해서도 일본과 우리나라는 동일한 법 규정을 가지고 있으므로 그 논의도 거의 동일하며, 사용자의 피용자에 대한 구상권에 대한 논의도 마찬가지이다. 일본의 학설과 판례는 구상권의 제한을 긍정하지만 그 근거에 대해서는 견해가 대립한다.<sup>571)</sup> 대위책임설에 따르면, 사용자는 일본민법 제715조 제3항에 따라서 피용자에 대하여 전액구상이 가능하며, 국가배상법과 같은 피용자의 고의나 중과실이 아닌 경우에도 구상권의 제한은 고려되지 않는 것이 원칙이다. 결국 가해행위자인 피용자만이 불법행위책임을 부담하고, 사용자는 그것을 대위하는 것에 불과하다는 입장에 기초한 것이라고 볼 수 있다고 한다. 하지만 대위책임설의 입장을 취하면서도 사용자의 구상권이 제한된다고 보는 견해

568) 內田貴, 「民法Ⅱ 債權各論」, 東京大出版會, 2007, 456面.

569) 我妻榮·有泉亨·清水誠·田山裕明, 「コンメンタール 民法」, 日本評論社, 2007, 1315面.

570) 內田貴, 「民法Ⅱ 債權各論」, 東京大出版會, 2007, 455-456面.

571) 平野裕之, 「民法總合(6)·不法行爲法」, 信出社, 2007, 215面.

도 있는데, 그 근거로는 권리남용과 신의칙을 들거나<sup>572)</sup> 사용자의 선임감독상의 과실,<sup>573)</sup> 그리고 저임금, 과도한 업무, 기업시설의 미비 등과 같은 제반사정에 근거하여 과실상계이론을 적용하는 견해<sup>574)</sup> 들이 주장된다.<sup>575)</sup> 반면 사용자책임을 보상책임과 위험책임에 근거한 사용자 자신의 고유한 자기책임이라는 견해에 따르면, 피해자에 대한 사용자의 채무와 피용자의 채무는 연대채무가 아니라 고유의 채무가 단순히 경합하고 있는 것에 지나지 않기 때문에 양 채무는 부진정연대채무의 법리에 따라서 해결되고, 이 경우 피용자의 사용자에 대한 구상도 가능하게 된다, 마지막으로 일부견해는 기업책임의 사상을 중요시하여 피용자의 경과실로 인한 손해는 통상 사용자가 이를 예측하여 그로 인해 발생할 위험의 분산 조치를 강구하는 것이 가능하고 또한 그것이 요구된다는 점에서, 피용자에게 경과실이 있는 경우에 사용자의 피용자에 대한 구상권이 제한된다는 견해가 있다.<sup>576)</sup>

일본판례의 경우, 하급심에서는 다양한 입장을 취하고 있으나, 최고재판소는 “사용자가 그 사업의 집행 중에 피용자의 가해행위에 의해 직접손해를 입거나 사용자로서 손해배상책임을 부담함으로써 손해를 입은 경우, 사용자는 그 사업의 성격, 규모, 시설의 상황, 피용자의 업무내용, 근로조감, 근무태도, 가해행위의 태양, 가해행위의 예방 혹은 과실의 분산에 대한 사용자의 배려정도, 그 밖의 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도에서 피용자에 대한 손해배상이나 구상청구를 할 수 있다”<sup>577)</sup>고 하여 사용자의 과실에 대하여 언급하지 않고, 일반법원리인 신의칙에 기해 구상권을 제한하고 있다.<sup>578)</sup>

#### (4) 영·미

572) 石田文次郎, 「債權各論講義」, .228面.

573) 勝本正晃, 「債權法概論(各論)」, 325面; 平野裕之, 前掲書, 215面.

574) 松汪之浜田支判 1967.11.21., 判時 517號, 79面; 東京地判 1970.3.25., 判時588號, 30面; 福岡高判 1972.8.17., 高民集 25卷4號, 287面.

575) 平野裕之, 前掲書, 215面.

576) 平野裕之, 前掲書, 218面

577) 最判 1971. 7. 8, 民集 30卷7號, 689面.

578) 內田貴, 前掲書, 470-471面. 이에 대한 비판으로는 神田考夫, 不法行爲責任研究, 一粒社, 1988, 176面; 平野裕之, 前掲書, 216面. 이에 의하면 예외적인 조정원리인 권리남용을 일반적인 사용자의 피용자에 대한 구상에 적용하는 것은 무리한 해석이라고 한다.

영미법에서 사용자는 자신이 고용한 피용자가 제3자에게 가한 손해에 대해서 자신의 과실유무와 관계없이 피용자의 제3자에 대한 손해배상책임을 진다.<sup>579)</sup> 즉, 사용자는 고용계약 내지 용역계약에 기하여 자신이 사용하는 자가 그의 업무 범위 내에서 발생시킨 손해에 대하여 가해자를 대위하여 책임을 부담한다.<sup>580)</sup> 전통적으로 영미법상 사용자책임은 대위책임으로 파악되어 왔기 때문에, 이런 점에서 사용자가 제3자에게 손해를 배상한 경우 그는 피용자에 대하여 그 전액을 구상할 수 있는 것으로 생각된다. 하지만 영미법에서도 사용자의 피용자에 대한 구상권은 제한되고 있다.

미국에서 보통법상 사용자의 대위책임은 피용자의 개인책임과 공존하는 것으로 이해되므로, 피해자는 사용자와 피용자 둘 중 어느 한명을 선택하거나 혹은 전부에 대해서 손해배상소송을 제기할 수 있다. 그리고 만약 사용자가 피해자에 대하여 배상판결을 받았다면, 그는 주의의무를 위반한 피용자에 대하여 구상청구를 할 것이다. 하지만 피해자가 사용자를 상대로 소송을 제기하고, 배상을 한 사용자가 피용자에 대하여 구상청구를 하지 않는 것이 보통법상 관행이다. 사용자가 피용자에 대하여 구상청구를 하지 않는 이유는 모두가 사용자의 다음과 같은 합리적 판단의 결과라고 한다. 즉, 첫 번째로 사용자는 피해자와 소송을 수행해야 하는데, 이 과정에서 피용자의 협조를 원하기 때문이다. 따라서 사용자는 구상청구를 통하여 피용자의 협조를 저해하려고 하지 않을 것이다. 두 번째 이유는 사용자가 개별 피용자에 대한 구상청구가 전체 노동자들의 반발을 초래할 것을 인식하고 있기 때문이다. 마지막으로 사용자가 피용자가 스스로 적절한 행위를 하기 위해서 노력했다는 것을 알고 있는 이상, 구상청구를 통해서 선의의 피용자에게 부담을 가하려고 하지 않기 때문이라고 한다.<sup>581)</sup>

영국에서도 사용자책임사례가 발생한 경우 피해자와의 관계에서 사용자는 물

579) Schwartz, Liability for Damage Caused by Others under U.S. Law, in; J, Spier, *Unification of Tort Law; Liability for Damage Caused by Others*, pp.279-287; Roger, Liability for Damage Caused by Others under English Law, in; J, Spier, *Unification of Tort Law; Liability for Damage Caused by Others*, pp.63-64.

580) 미국의 경우 사용자책임은 사용자와 피용자 간의 고용계약을 전제하고 있는데, 이에 대해서는 Restatement (third) of Agency §2.04 Respondeat Superior.

581) Schwartz, op cite, p.283.

론이고 피용자도 책임을 지는 것이 원칙이다. 하지만 실제 사례에서 피용자는 보험에 가입하지 않은 경우가 많을 것이므로, 피해자가 사용자가 아닌 피용자를 상대로 소를 제기하는 것은 생각하기 어렵다. 통상적으로 피용자의 가해행위는 사용자와의 관계에서 계약위반에 해당하게 될 것이고, 이에 따라 피해자에게 손해를 배상한 사용자는 피용자에 대한 계약상 손해배상청구권을 가지게 될 것이다. 그리고 사용자의 책임보험에서 부담한 경우에는 대위의 원칙에 따라 사용자의 보험자가 이를 행사하게 된다. 그러나 지난 40년간 보험자들은 피용자의 사기나 공모가 아닌 한 그러한 권리를 행사하지 않는다는 신사협정을 준수해 오고 있다. 마찬가지로 사용자 스스로도 그러한 권리를 거의 행사하고 있지 않아, 실제로 계약상 손해배상청구권은 거의 사문화되었다고 할 수 있다. 이상의 피용자의 사용자에게 대한 계약상 손해 배상책임과는 별개로 피해자에 대하여도 책임이 있으므로, 사용자는 민사책임법에 따라서 피용자에 대하여 분담을 요구할 수 있다. 하지만 지금까지 알려진 바에 따르면 대부분의 경우 위 법률상의 분담청구도 계약상 손해전보청구와 마찬가지로 제대로 활용이 되지 않는다고 한다.<sup>582)</sup>

##### (5) 오스트리아

오스트리아 민법 제1315조는 부적격하거나 알면서 위험한 사람을 그의 사무에 종사하게 한 자는 그자가 그러한 특성으로 인하여 제3자에게 끼친 손해에 대하여 책임이 있다. 피해자는 사용자는 물론이고 보조자에 대해서도 손해배상소송을 제기할 수 있으며,<sup>583)</sup> 사용자가 피해자에 대하여 배상을 한 경우, 사용자는 보조자에 대하여 구상권을 가진다.<sup>584)</sup> 사용자의 구상권은 보조자가 사용자와의 계약관계로부터 발생하는 의무를 위반하였다는 점에 근거한다.<sup>585)</sup>

그러나 보조자가 사용자와 고용관계에 있는 경우, 즉 보조자가 사용자의 피용자인 때에는 피용자책임제한법<sup>586)</sup>에 따라 피용자가 면책되거나 사용자의 구상권

582) Roger, op cite, pp.71-72.

583) Kozio/Vogel, Liability for Damage Caused by Other under Austrain Law, in: J Spier, *Unification of Tort Law; Liability for Damage Caused by Others*, p.26.

584) Wrlser, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*: Besonderer Teil, 13. Aufl. 2007, p.358.

585) Kozio/Vogel, op cite, p.25.

586) Loeschnigg, *Arbeitsrecht*, 10. Aufl. 2003, p.439.

이 제한될 수 있다.<sup>587)</sup> 사용자의 구상권제한은 피용자의 업무의 특성상 부주의하게 손해를 발생시키는 것이 불가피할 수 있고, 손해액이 피용자의 급여에 비추어 과다할 수 있으며, 피용자의 업무에 내재된 위험이 그러한 작업으로부터 이익을 얻는 사용자의 사업상의 위험과 전형적으로 관련되어 있을 수 있으며, 통상적으로 사용자에게 손해의 예방과 보험 등의 조치를 취할 수 있는 가능성이 보다 크다는 점 등에 근거한다.<sup>588)</sup>

사용자의 피용자에 대한 구상액은 피용자책임제한법에 따라서 정해지는데, 구체적으로 피용자의 과실의 정도에 따라 결정된다. 이를 판단하는 기준요소로서는 ① 근로자의 업무에 관련된 책임정도, ② 업무와 보수의 상관관계, ③ 교육정도, ④ 근로조건, ⑤ 업무의 위험성을 규정하고 있다(동법 제2조 제2항).<sup>589)</sup> 먼저 피해자의 손해가 피용자의 용인가능한 불완전급부에 의해 유발된 경우에는 피용자는 면책되고(동법 제2조 제3항), 이때 사용자의 피용자에 대한 구상권도 인정되지 않는다(동법 제4조 제3항). 또한 피용자의 경미한 부주의로 인하여 제3자에게 손해가 발생한 경우에도 사용자의 구상권은 인정되지 않는다(동법 제2조 제1항, 제4조 제2항).<sup>590)</sup> 하지만 피용자에게 통상적인 과실이나 중과실이 있는 경우에는 형평에 근거하여, 그리고 여러 가지 사정<sup>591)</sup>을 고려하여 사용자의 그와 같은 구상권이 제한적으로 인정될 수 있다(동법 제2조).<sup>592)</sup> 반면 피용자가 고의로 가해 행위를 한 경우라면, 사용자는 그에 대하여 전액 구상할 수 있다.

## (6) 스위스

스위스에서는, 스위스채무법 제55조 제1항에 의하여 사용자는 자신의 지시·감독 하에 있는 근로자나 보조자가 업무수행 중에 가한 손해에 대해서 책임을 지도록 하고 있다. 하지만 사용자가 손해예방을 위한 주의를 다했거나 그러한 주의

587) Kozio/Bydlinski/Bollenberger/Karner, *Kurzkommentar zum ABGB*, 3. Aufl., 2010, § 1313, p.3.

588) Kozio/Vogel, op cite, p.25.

589) Loeschnigg, op cite, p.437.

590) 동법에 의하면, 피용자의 면책은 손해가 ‘용인될 수 있는 불완전급부’ 또는 ‘가벼운 부주의’에 의해서 발생한 경우에 인정되는데, 이 두 경우는 모두 피용자의 경과실을 의미하는 것으로 이해된다. 더 자세한 것은 Loeschnigg, op cite, p.436.

591) Loeschnigg, op cite, p.437.

592) Kozio/Bydlinski/Bollenberger/Karner, op cite, § 1313, p.3.

를 하였다더라도 손해가 발생하였을 것이라는 것을 증명한 경우에는 면책될 수 있다(동조 제1항 단서).

스위스채무법에서는 근로계약관계에 있는 근로자의 책임과 관련하여 별도의 규정을 두고 있는데, 근로자가 고의 또는 과실로 사용자에게 손해를 가한 경우에 피용자는 그에 대한 손해배상책임을 부담한다. 즉, 근로자에 대한 사용자의 구상권도 원칙적으로 배제되지 않는다. 하지만 근로자가 부담해야 할 책임의 범위는 구체적인 사정에 따라 제한되거나 면책될 수 있는데, 근로자가 이행하는 업무의 위험성, 근로자의 교육수준, 업무에서 요구되는 전문적 지식의 정도, 사용자가 알고 있었거나 알고 있어야 했던 근로자의 능력 및 특성에 따라 근로자에게 요구되는 주의의무의 정도에 따라서 근로자의 책임이 제한 내지 면책될 수 있다(동조 제2항).<sup>593)</sup>

#### (7) 네덜란드

네덜란드 민법에서도 사용자는 피용자가 제3자에 대하여 가한 손해에 대해서 책임을 진다(제6:170조).<sup>594)</sup> 이러한 사용자의 책임은 피용자의 가해행위와 사용자가 피용자에게 부여한 업무 간에 기능적 관련성이 있는 경우에 발생한다(동조 제1항). 즉, 사용자는 손해를 발생시키는 가해행위의 위험이 피용자의 업무수행으로 인해서 증가되었고, 사용자의 지시권이 피용자의 가해행위의 기초가 되는 행위에까지 영향을 미치는 경우에 책임을 지는 것이다.<sup>595)</sup> 그리고 자연인인 사용자는 피용자가 그의 직무나 사업을 위하여 일한 것이 아니라면, 피용자가 그로부터 부여받은 업무수행 중에 발생한 손해에 대해서만 책임을 진다(동조 제2항). 그리고 사용자책임 사례에서 피해자와의 대외적 관계에서는 사용자와 피용자가 공동으로 책임을 지지만,<sup>596)</sup> 대내적으로는 고의나 인식 있는 과실로 인한 가해행위가

593) Honsell/Vogt/Wiegand/Rehbinder, *Konmentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2. Aufl. 321e Rn. 5.

594) 네덜란드민법 제6:170조 제3항 : 사용자와 피용자 모두 손해에 대해서 책임이 있는 경우, 피용자는 대내적 관계에서 손해배상을 부담할 필요가 없지만, 손해가 피용자의 고의나 인식 있는 과실로 인한 경우에는 그러하지 아니하다. 사용자와 피용자의 법률관계의 성질을 비롯한 사안의 제반사정에 따라서 前文과 다를 수 있다.

595) von Bar(Hrsg.)/Ewoud Hondius & Cees van Dam, *Deliktsrecht in Europa*, 1994, p.11.

596) 피해자는 사용자만을 상대로 손해배상을 청구하거나 사용자와 피용자 모두를 상대로 청구를 할 수 있

아닌 한 피용자는 손해배상을 분담하지 않는다(동조 제3항). 이 규정들에 비추어 가해행위가 피용자의 경과실 내지 통상적 과실로 인한 것인 경우, 피용자는 면책 청구권과 구상권을 가지는 것으로 판단된다.

## 2. 2013년 법무부 민법개정시안 검토

### (1) 개정시안의 내용

앞에서 언급했듯이, 우리나라의 2013년 법무부 민법개정위원회의 개정시안에서는 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한에 관한 내용을 포함하고 있다.<sup>597)</sup>

2009년 2월 4일에 법무부에 설치된 민법개정위원회의 제6분과위원회는 2010년 3월부터 2012년 2월까지 민법전 제3편 제5장의 개정작업을 담당하였다. 그 중 사용자책임에 관한 제756조에 대한 개정논의에서, 사용자의 구상권 규정인 제3항에 대해서는 단서를 신설하여 법원이 사무의 성질, 손해발생의 경위, 당사자의 경제상태 등을 고려하여 구상권을 제한할 수 있도록 하는 개정시안을 마련하였다.<sup>598)</sup> 그러나 제3항에 관하여는 연구검토과정에서, “피용자에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다”라고 하고, 제4항의 신설여부에 대하여는 다음과 같이 3개의 안중에서 선택하는 것으로 변경되었다. 법무부의 2013년 민법 제756조의 개정시안의 내용은 다음과 같다.

---

다.(Haentjens/Edgar du Perron, Liability for Damage Caused by Others under U.S. Law, in: J. Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, p.178).

597) 이전에도 개정논의는 있었다. 1997년 한국민사법학회의 불법행위법 개정안연구 소위원회의 논의도 있었고(이에 대하여는 권오승, “불법행위법개정안 의견서”, 「민사법학 제15호」, 1997, 190면 이하 참조), 2004년 법무부 민법개정 특별분과위원회의 개정논의가 있었다(이에 대하여는 법무부, 2004년도 민법개정자료집, 2004, 567면 이하 참조).

598) 민법 제756조 제1항에의 단서에 대해서는 이 조항에 의하여 사용자의 면책이 인정된 사례가 거의 없으며, 외국의 입법례에서도 사용자 면책조항을 두고 있지 않고, 면책조항을 두고 있는 국가에서도 동 조항은 매우 엄격하게 적용되고 있으며, 그 국가들의 학계에서도 해당 조항의 삭제주장이 대두되고 있다는 점 등에 비추어 이를 삭제하는 것이 바람직하다는 논의가 이루어졌다. 이때, 사용관계를 기업적인 사용관계의 경우와 가사사용관계로 나누어 후자의 경우에는 사용자의 면책을 인정할 필요성이 있다는 의견이 제시된 바 있으나 채택되지 않았다. 다만, 제1항의 “사무집행에 관하여”라는 문구는 종래 판례가 사무집행과 가해행위 사이에 간접적 관련성이 있는 경우까지 포함하여 매우 폭 넓은 범위에서 사용자책임을 인정해 오고 있는 점에 비추어 보아 그 표현을 수정하기로 하였다(엄동섭, “불법행위법의 개정”, 민사법학 제60호, 2012, 113면 이하 참조). 그러나 시안을 확정하는 단계에서 연구보고를 바탕으로 다시 “사무집행에 관하여”로 환원되었다.

<p>현행 민법</p>	<p>① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다.</p> <p>③ 제2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.</p>
<p>개정 시안</p>	<p>①타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 <b>고의 또는 과실로 인한 위법행위로</b> 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다.<b>(단서삭제)</b></p> <p>②사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 제1항의 책임이 있다.</p> <p>③전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 <b>피용자에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.</b></p> <p>(제1안) 제④항을 두지 않고 해석에 위임한다.</p> <p>(제2안) ④ 제1항에 따라 사용자가 손해를 배상할 책임이 있는 경우, <b>고의 또는 중대한 과실이 없는 피용자는 손해를 배상할 책임이 없다.</b></p> <p>(제3안) ④제1항에 따라 사용자가 손해를 배상할 책임이 있는 경우, <b>고의 또는 중대한 과실이 없는 피용자는 사용자에게 대해 자신을 면책시킬 것을 청구할 수 있다.</b></p>

## (2) 개정시안의 검토

2013년 법무부의 민법개정 시안 중 사용자의 구상권의 제한과 피용자 면책에 관한 내용을 살펴보면, 제3항에서 “사용자나 감독자는 피용자에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다”고 규정하는 외에, 제4항 신설에 관하여, 제1안은, 제4항을 두지 않고 해석에 위임하는 것으로 하고 있다. 사용자의 피용자에 대한 구상권은 고의·중과실의 경우에만 인정하고 있는 바, 이는 국가배상법의 태도와 일치시키는 것이라고 할 수 있다. 따라서 경과실의 경우 피용자가 피해자에 대한 관계에서도 면책되는지 여부는 국가배상법과 같이 학설·판례에 맡기게 될 것이다. 제2안은, 사용자의 피용자에 대한 구상권은 고의·중과실의 경우에만 인정하며, 경과실의 경우 피용자가 피해자에 대한

관계에서도 면책되도록 하는 것이다. 제3안은 사용자의 피용자에 대한 구상권은 고의·중과실의 경우에만 인정하며, 경과실의 경우 피용자는 피해자에 대해 책임을 부담 하지만, 사용자에 대한 관계에서 면책청구권을 가지도록 하는 것이다.

이러한 개정시안에 관하여 “구상권 제한에 있어서 경과실·중과실을 구분하는 것에 대하여는 경중의 문제가 있다는 점과 내부적인 구상 문제가 아닌 피해자에 대해서까지 면책할 것인가에 대해서는 판례의 해석처럼 면책해서는 안 된다”는 비판이 있고,<sup>599)</sup> “기본적으로 ‘고의 또는 과실’이라고 구체적으로 제한하는 것은 경직성을 가져오는 것은 아닌가”하는 비판과 더불어 “개정시안에서 제3항과 제4항을 두는 것은 불법행위뿐만 아니라 계약책임관계에서도 문제가 될 수밖에 없을 것 같으며, 현행과 같이 신의칙에 맡기는 것이 좋을 듯하다”<sup>600)</sup>하는 견해도 있다. 또한 구상권과 관련해서 국가배상책임과의 균형을 맞추는 것이 이상적인 방향이라고 생각 하지만, 현실에 있어서 너무 앞서가는 개정이 되는 것은 아닌지 하는 검토가 필요하고, 현재 상황에서는 시기상조라고 생각한다는 견해도 있다.<sup>601)</sup>

전반적으로 살펴볼 때, 사용자의 구상권 제한에 관한 한, 2013년 법무부 민법 개정시안은 각국의 입법추세를 반영한 것으로 보인다. 사용자책임을 대위책임으로 구성하면서, 사용자의 피용자에 대한 구상권제한의 문제에 대하여 판례이론을 반영하여 규정하고 있어서, 결과적으로는 실무운용상으로는 지금까지 판례에서 인정해온 것과 크게 다르지 않을 것으로 보이지만, 개정시안은 대체로 타당한 것으로 판단된다. 이를 구체적으로 검토해 보면 다음과 같다.

### 1) 피용자의 과실 정도에 따른 구상권 제한의 문제

피용자에 대한 사용자의 구상권제한의 내용을 어떻게 할 것인지에 대하여는, 피용자의 ‘고의’의 경우를 제외하고는 피용자의 ‘중과실’의 경우까지도 구체적인 사정을 고려하여 그 책임을 제한할 수 있는 내용으로 규율하는 방식부터, 사용자의 전액구상을 원칙으로 하고 피용자의 ‘경과실’의 경우에만 예외적으로 제반사

599) 법무부, 전제서(김천수 위원 발언), 516면.

600) 법무부, 상제서(김상중 위원 발언), 517면.

601) 법무부, 상제서(이창현 위원 발언), 517면.

정을 고려하여 구상권 제한 여부와 그 범위가 정해질 수 있도록 하는 방식까지 그 제한내용의 범위는 매우 넓다고 할 수 있다.<sup>602)</sup>

현행 민법 제756조 제3항과 같이 “사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다”라고 규정하는 것은, 사용자책임에 기하여 손해배상을 한 사용자가 피용자에게 전액 구상할 수 있다고 해석할 수 있으므로, 이는 각국의 입법례나 판례이론의 일반적 경향과 다르다는 것은 분명하다.<sup>603)</sup> 그러므로 민법 개정에 있어서는 구상권 제한의 요건과 그 내용에 대하여 보다 구체적으로 규정할 필요가 있다.

우선 피용자의 ‘고의’의 불법행위의 경우에는 구상권 제한이 문제되지 않는다는 점에는 의문이 없다. 다만 ‘고의’가 주의의무위반에 관련된 고의인지 손해발생에 관련된 고의인지가 문제될 수 있다. 이에 대해 독일연방노동법원은 수습근로자가 지게차를 사용하지 말 것을 사용자가 명시적으로 지시했음에도 이를 위반하여 지게차를 운행하다가 부주의로 창고 문을 파손한 사례에서 근로자책임제한 법리에서의 고의과실의 판단지점은 계약의무위반이 아니라 손해발생에 두어야 한다고 함으로써 고의적으로 사용자의 정당한 업무상의 지시를 위반했음에도 손해발생에 대하여는 고의가 아닌 중과실을 인정하여 구상권제한 여부가 구체적으로 검토될 수 있다고 판결한 바 있는데,<sup>604)</sup> 해석상 참고할 만하다 할 것이다.

한편, 피용자의 과실정도에 따라 구상권제한의 내용을 어떻게 구성할 것인지 하는 문제에 대하여, 우선 ‘중과실’의 불법행위를 하였을 경우에는, 대다수의 국가에서처럼 고의와 마찬가지로 사용자가 피용자에 대해 전액구상을 하는 것을 인정할 것인지, 아니면 독일(근로자책임제한의 판례법리)이나 오스트리아(피용자 책임제한법 제2조)처럼 피용자의 중과실의 경우에도 구상의 범위는 배상액 전부는 아니고 제반사정에 따라 정해질 수 있도록 규율할 것인지가 검토되어야 한다.

602) 이에 대하여 상세는 김형석, “민법 제756조의 개정예관한연구”, 법무부연구용역보고서, 2012, 84면.

603) 판례는 “피용자에 대한 안전배려의무를 제대로 이행하지 않은 사용자에게 구상금의 전액을 행사할 수 있도록 하는 것은 신의칙에 어긋난다”는 일관된 태도를 견지한다(대판 1987. 9. 8, 86다카1045; 한삼인, 전제 「이론·판례·사례 민법총칙」, 52-58면).

604) BAGE 101, 107, 116ff. = NJW 2003, 377. 이에 대해서는 의무위반, 법익침해, 보호법규위반에 대하여 고의과실을 판단하는 일반민법원칙에 부합하지 않는다는 비판도 있으나, 대체로 이러한 유책성판단의 지점에 관한 원칙은 책임근거의 문제와 관련된 것이고, 근로자책임제한에 관한 판례 법리는 책임근거가 아닌 책임결과의 타당한 귀속에 대한 것이므로 위험영역에 따른 손해귀속과 관련하여서는 손해발생에 대한 고의 여부를 판단해야 한다는 판례입장을 긍정하고 있다(Waltermann JuS 2009, 193, 198).

만약 많은 입법례와 판례법상의 근로자책임제한의 법리 내용, 그리고 국가배상법상의 가해행위를 한 공무원에 대한 구상권 규정과의 균형이라는 관점에 따라 사용자의 구상권과 관련하여 고의와 중과실을 동일하게 취급하는 경우에 피용자가 중과실이 아닌 과실의 불법행위를 했을 때 구상권 제한에 관한 규율이 문제될 수 있다. 이와 관련해서는 세 가지 규율 방식이 있다. ① 중과실이 아닌 모든 과실의 경우에는 대내적으로 책임을 부담하지 않는 것으로 하는 방안, ② 과실정도에 따라 다시 통상과실과 경과실로 구분하여 후자의 경우에만 피용자에 대한 구상권이 인정되지 않음을 명확히 하는 방안<sup>605)</sup>, ③ 경과실의 경우에도 구상권의 인정여부와 내용을 제반사정을 고려하여 구체적으로 정하도록 하는 방안이 있다. 입법론으로는 ②의 방안이 주요국가의 입법 추세를 반영한 타당한 방안이라는 견해가 있는 바,<sup>606)</sup> 이 견해의 구체적 근거를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 사용자의 피용자에 대한 구상을 제한하는 취지는 사용자가 피용자를 활용함으로써 확장한 활동영역에 상응하는 손해위험을 사용자가 부담하는 것이 타당하다는 관념을 기초로 하고 있다. 즉, 통상의 경과실로 인하여 발생하는 손해비용은 사용자가 자신의 조직운영의 필수적 비용으로 부담해야 하는 것이므로 이를 피용자에게 전가해서는 안 되며, 사용자는 이를 보험에 의하여 해결할 수 있는 것이다. 둘째, 개별사안별로 제반사정을 고려하여 면책을 인정하는 입법은 국가배상법의 규정과 차이를 보이는데, 이러한 차이를 인정할만한 합리적인 이유를 쉽게 발견할 수 없다. 국가배상법은 고의 또는 중과실에 구상을 한정하고 있으나, 그 동안 그러한 규율로부터 어떠한 불합리한 결과가 도출한 것으로는 보이지 않는다. 셋째, 제반사정에 좇아 책임을 감경하는 입법은 법적인 확실성과 안전성을 담보하지 못한다. 당사자들이 사전적으로 어느 정도의 구상이 가능한지 예견할 수 없기 때문이다. 그 결과 그러한 불확실성은 법원의 사건의 부담으로 반영된다. 넷째, 비교법적으로 지배적인 경향은 경과실의 경우 피용자가 완전히 면책되는 입법을 선호한다.

605) 양자를 구별하는 것이 쉽지 않아 책임의 범위에 대한 예측가능성이 낮을 뿐만 아니라 이를 정당화할 수 있는 법적 근거가 불명확하다는 점을 이유로 비판적인 견해도 있다(유성재, “사용자책임에 있어서 구상권의 제한”, 『비교사법』, 제4권 제1호, 1997, 604면).

606) 김형석, “민법 제756조 제757조의 개정에 관한 연구”, 법무부 연구용역보고서, 2012, 85면.

## 2) 피용자의 피해자에 대한 책임 문제

피용자의 경과실의 경우, 피용자와 사용자와의 대내적인 관계에서는 완전히 면책되는 것으로 규율하는 입법을 취한다면 사용자의 구상권도 부인되는 것으로 이해되어야 할 것이다. 즉, 고용계약에서의 근로자책임 제한에 관한 규율에서 사용자와의 관계에서 경과실로 인한 손해배상책임을 면제하고 있는 바, 사용자책임에서도 근로자의 사용자에게 대한 상환의무도 면제된다고 보는 것은 당연하다. 다만, 입법론적으로 논의될 수 있는 문제는 피해자에 대한 관계에서도 피용자가 면책을 주장할 수 있는 지 여부이다.

입법례에 따라서는 피해자인 제3자에 대한 관계에서도 근로자의 책임이 제한될 수 있다고 규율할 경우도 있다. 그러나 사용자책임이 피해자보호의 목적을 지니고 있다는 점과 민사책임의 일반원칙에 비추어 이러한 입법은 바람직하지 않다. 국가배상법에서는 공무원의 경과실의 경우에 국가의 구상권이 인정되지 않는 것으로 규율하고 있을 뿐만 아니라 판례에서는 이 경우 피해자의 공무원에 대한 손해배상청구도 부인하고 있는 점<sup>607)</sup>을 근거로 이와 동일하게 규율하고 이해해야 한다는 견해도 있을 수 있다.

그러나 국가배상법과 동일하게 이해될 필요는 없을 것이다. 국가배상법과는 달리 피해자가 사용자로부터 배상받지 못하는 경우도 있을 수 있는데, 만약 가해행위를 한 불법행위자인 피용자에 대한 배상청구권도 인정되지 않는다면 피해자가 궁극적으로 손해를 감수해야 하는데 이는 타당하지 않다. 피용자가 경과실의 불법행위를 한 경우, 사용자와의 대내적 관계에서의 책임제한 여부에 관계없이 피해자는 사용자·피용자 모두에 대해 손해배상을 청구할 수 있어야 한다.<sup>608)</sup>

이 경우에 피해자로부터 배상청구를 받은 피용자가 사용자에게 자신을 면책시킬 것을 청구할 수 있는 이른바 면책청구권과 피해자에 대해 피용자가 배상하는 경우 피용자의 사용자에게 대한 구상권, 이른바 역구상권을 인정할 것인지가 검토되어야 한다. 이러한 면책청구권은 사용자와 피용자간의 대내적인 책임귀속

607) 예컨대, 대판(전합) 1996. 2. 15, 95다38677.

608) 위의 법무부 민법개정 시안에서는 제3항에서 “사용자 또는 감독자는 피용자에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 피용자에 대하여 구상할 수 있다”고 규정하여, 국가배상법의 태도와 일치시키고 있고, 이어서, 제4항에서는 제1안으로서, 제4항을 신설하지 않고 해석에 위임하는 것으로 하고 있고, 제2안과 경과실에 대하여 피용자는 손해를 배상할 책임이 없도록 하고 있으며, 제3안은 경과실의 피용자는 사용자에게 대하여 자신을 면책시킬 것을 청구할 수 있도록 하고 있다.

의 내용에 따른 결과로서 당사자 사이의 법률관계를 간편하게 하는 것으로서 인정하지 않을 이유가 없으며, 피용자의 사용자에 대한 구상권은 면책청구권에 기한 법률효과로 판단된다(이 부분에 대하여는 나중에 절을 달리하여 살펴본다).

한편, 사용자에 대한 대내적 책임제한 문제와 피해자에 대한 대외적 책임문제를 구분해야 한다 할지라도 사용자의 도산이나 무자력으로 인해 피용자가 피해자에 대해 궁극적으로 모든 책임을 부담하도록 하는 것이 타당한지에 대한 의문이 있을 수 있다. 예컨대, 근로자가 사용자의 고가의 리스차량이나 리스기자재를 가지고 업무를 수행하던 중에 아주 경미한 부주의로 파손시킨 사례에서 소유자인 리스사가 사용자에 대하여 손해배상을 청구하였으나, 사용자의 도산에 따른 무자력으로 배상받지 못하는 경우에 피용자(근로자)가 손해 전부에 대한 배상 책임을 부담하도록 하는 것이 문제가 된다. 이 문제와 관련하여 독일연방대법원은 사용자의 무자력으로 인하여 책임제한의 내용을 실현시킬 수 없는 위험은 책임 제한에 대하여 채무자인 근로자가 부담하는 것이 원칙이기 때문에 근로자에 대한 배상청구를 제한할 근거가 없다고 판단한 바 있다.<sup>609)</sup> 그러나, 학설상의 지배적 견해는 이러한 경우에는 법관의 법 형성을 통해 리스사의 근로자에 대한 청구를 제한해야 한다고 한다. 이에 따르면, 근로자는 사업수단인 차량이나 기자재의 소유관계를 제대로 파악할 수 없을 뿐만 아니라 리스차량이나 기자재의 경우 처럼 물건법상의 소유권 귀속관계에 따라 사용자 도산시의 책임위험을 근로자에게 부담시키는 것은 정당화될 수 없다고 한다.<sup>610)</sup> 이러한 문제도 입법내용의 구성과 관련하여 면밀히 고려되어야 할 문제 중의 하나로 생각된다.

### 3. 분석 · 검토

사용자의 구상권제한은 본질적으로 피용자가 사무집행 중에 제3자에게 입힌 손해에 대하여 사용자와 피용자 간의 책임을 궁극적으로 어떻게 귀속시킬 것인가 하는 문제이다. 또한 피용자와 피해자의 관계에서도 피용자의 책임제한의 내용을 고려할 수 있는지, 고려한다면 어느 정도 고려할 것인지 하는 것도 관계된

609) BAGZ 108, 305, 308 ; BGH NJW 1994, 852, 845ff.

610) Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 9. Aufl., 2010, p.175.

다. 사용자의 구상권 제한은 이 문제들에 대한 입장에 따라 달라질 수 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 적어도 피용자가 고의 또는 중과실로 인하여 제3자에게 피해를 입힌 것이 아닌 한 사용자가 피용자에게 전액을 구상하도록 인정하는 국가는 없다.

외국의 판례이론이나 입법례를 살펴보면, 일반적으로 피용자의 과실의 정도가 구상권 제한의 중요한 기준이 되고 있음을 알 수 있다. 즉 오스트리아, 스위스, 네덜란드 등의 국가에서는 사용자의 구상권 제한에 대하여 법률에서 명문의 규정을 두고 있고, 독일, 프랑스, 영미, 일본 등의 국가에서는 구상권 제한의 문제를 판례를 통하여 해결하고 있는데, 어느 경우에도 피용자의 경과실이나 통상과실의 경우에 사용자의 구상권을 전액 인정하는 경우는 보이지 않는다.

법적 안정성의 측면이나 명확성의 측면에서 본다면, 오스트리아, 스위스, 네덜란드와 같이 사용자의 구상권 제한에 관하여 실정법상 명확히 규율하는 것이 바람직하다. 입법방식에 관하여는, 스위스는 스위스채무법에서, 네덜란드는 네덜란드민법에서, 오스트리아는 오스트리아피용자책임법에서 규율하고 있는 바, 우리나라의 경우에도 민법상에 규율하는 것이 좋을 것이다.

그리고 피용자의 과실의 정도에 따라 구상권제한의 내용을 어떻게 구성할 것인지에 대하여는, 우선 중과실의 불법행위를 하였을 경우에는 대다수의 나라에서 처럼 고의와 마찬가지로 사용자가 피용자에 대해 전액 구상을 하는 것을 인정할 것인지 아니면 독일처럼 배상액 전부는 아니고 제반사정에 따라 정해질 수 있도록 규율할 것인지가 문제인데, 대다수의 입법례와 같이 고의와 중과실을 동일하게 취급하는 것이 타당하다고 생각된다. 또한 피용자가 중과실이 아닌 통상의 과실에 의하여 불법행위를 한 경우에 대한 규율에 관하여는, 앞에서 살펴본 세가지 방안, 즉 ① 중과실이 아닌 모든 과실의 경우에는 대내적으로 책임을 부담하지 않는 것으로 하는 방안, ② 과실정도에 따라 다시 통상과실과 경과실로 구분하여 후자의 경우에만 피용자에 대한 구상권이 인정되지 않음을 명확히 하는 방안, ③ 경과실의 경우에도 구상권의 인정여부와 내용을 제반사정을 고려하여 구체적으로 정하도록 하는 방안 중에서 ①의 방안이 타당하다고 생각된다.

요컨대, 우리나라의 경우 사용자의 피용자에 대한 구상권 제한의 문제는 개별사안에서 업무의 성질, 과실의 정도 등의 제반사정을 고려하여 책임제한여부와

범위를 판단하도록 하는 판례의 법리로 해결해왔지만, 사용자의 구상권 제한이나 그 범위 등에 관하여 민법에서 명확히 규율하는 것이 바람직하다. 앞에서 살펴본 바와 같이 2013년 법무부 민법개정시안에서 이 문제를 개정대상으로 하여 연구와 검토과정을 거쳐 개정안을 구체적으로 마련하여 채택한 점은 높이 평가할 수 있다.

개정시안에서는, 피용자에 대한 구상권을 ‘피용자에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에만 행사할 수 있도록’ 하고 있어서 외국의 입법례나 판례이론, 그리고 우리 대법원의 판례이론을 반영한 것이라 할 수 있다. 법무부의 구상권 제한에 관한 개정시안의 내용이 연구용역과 내부적인 토의와 의견수렴절차를 거쳐 마련되었으며, 판례이론을 반영하고 있다는 점에서 타당성이 있다. 다만 개정시안에서는 판례이론을 반영하는데 그칠 것이 아니라, 사용자책임이 기업책임에 대한 규정으로서의 기능을 다하기에는 불충분하다는 지금까지의 비판을 감안하여 사용자 책임을 절대적 자기책임, 그리고 무과실책임에 가깝도록 개정하여야 할 것이다. 말하자면, 사용자의 피용자에 대한 구상권은 고의·중과실의 경우에만 인정하며 경과실의 경우 피용자는 사용자에 대해서 뿐만 아니라 피해자에 대한 관계에서도 면책되도록 해야 할 것이다. 그러므로 앞에서 살펴본 개정시안 중에서 ④항을 규정하는 방법을 제1안, 제2안, 제3안 등 세 가지 안 중 두 번째 안을 채택하면 될 것이다. 즉 개정시안 중 제4항을 “제1항에 따라 사용자가 손해를 배상할 책임이 있는 경우, 고의 또는 중대한 과실이 없는 피용자는 손해를 배상할 책임이 없다”라고 규정해야 한다.

#### 제4절 피용자의 사용자에 대한 구상 가능성 여부

민법 제756조 3항은 사용자가 피해자에게 배상한 경우에 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 규정하고 있어서 종국적으로 피용자 개인의 책임으로 돌리고 있다고 할 수 있다. 사용자책임의 본질을 대위책임으로 이해한다면 사용자가 손해배상을 한 경우에 그 전액을 피용자에게 구상할 수 있다고 할 수 있으나, 학설은 피용자의 사용과정에서 발생한 손해를 피용자에게 전적으로 전가함은 부당

하고 이는 근본적으로 보상책임의 원리에 충실하지 못하므로 구상권을 제한해야 한다고 한다. 판례도 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서 피용자에 대하여 손해의 배상이나 구상권을 행사할 수 있다고 하고 있다.

한편, 만약 피해자가 사용자에게 책임을 묻지 않고 피용자에 대해서만 손해배상청구를 하여 피용자가 전액 피해배상을 한 한 경우에, 피용자가 배상한 금액에 대하여 사용자에게 구상하는 것이 가능한가 하는 문제를 생각해 볼 필요가 있다. 이에 대하여는 민법상 명문의 규정이 없으며 아직 대법원의 판례도 형성되어 있지 않으나 일본 및 국내에서 이를 긍정하는 견해들이 나오고 있다.

학설과 판례의 입장처럼, 피해자가 사용자를 상대로 먼저 손해배상청구를 제기하고 사용자가 배상한 경우에, 사용자가 피용자에게 전액 구상권을 행사하는 것이 신의칙상 허용되지 않는다면, 피해자가 피용자를 상대로 먼저 손해배상청구소송을 제기했다는 이유로 피용자의 사용자에 대한 반대의 구상권(이하 ‘역구상권’이라고 한다) 행사를 부정한다면 피해자가 사용자와 피용자 중 누구를 먼저 피고로 선택하여 배상을 청구하는가에 따라 피용자가 부담해야 하는 손해배상액이 달라지는 불공평한 결과가 발생되기 때문이다. 그러므로 사용자의 구상권을 제한할 사정이 있는 경우의 사안에서, 만약 피용자가 피해자에게 전액 배상을 하였다면 피용자가 사용자에 그 배상액 상당액을 청구할 수 있는 역구상을 명문으로 인정하는 것이 법치주의의 원칙에 합치한다고 생각된다. 여기에서는 이러한 피용자의 사용자에 대한 역구상의 가능성에 관하여 살펴보고자 한다.

## 1. 역구상권의 의의

예컨대, 피해자가 사용자책임을 물어 사용자가 100%의 책임을 부담하였고, 그 후 사용자가 피용자에게 구상권을 행사하였으나 50%로 구상권이 제한된 경우를 가정해 보면, 이 때 만약 피해자가 사용자에게 책임을 묻지 않고 피용자를 상대로 직접 불법해위책임을 물어 피용자가 100% 전체의 손해배상을 하였다면, 피용자가 사용자를 상대로 원래 자신의 책임은 50%밖에 없다고 주장하며 구상권을 행사할 수 있을지가 문제가 된다. 이에 대하여 사용자책임을 본질에 관하여 다수설인 대

위 책임설을 취하게 되면, 피해자에 대한 관계에서 직접 책임을 져야 하는 자는 피용자이고 사용자는 사용관계에 따라 피용자를 대위하여 그 책임을 지는 것으로 보게 되므로, 피용자는 자신이 배상하였더라도 그것은 자신의 책임을 이행한 것에 불과하게 되어 사용자에게 어떠한 구상권을 행사할 수 없는 것이 원칙이다. 그런데 이러한 경우에도 피용자가 피해자에게 손해배상을 한 다음, 사용자에게 구상권을 행사할 수 있는지 여부에 대해 국내외의 논의가 있고, 그것이 사용자 등이 행사하는 구상권과 역방향이라는 의미에서 보통 ‘역구상’으로 불린다.<sup>611)</sup> 이러한 견해에서 주장하는 주된 근거는 위의 예에서 피해자가 사용자를 상대로 책임을 추궁하는 경우 사용자가 먼저 배상을 하고 피용자에게 구상권을 행사한다면 피용자가 부담하는 책임은 50%에 불과한데, 피해자가 피용자를 상대로 직접 책임을 추궁한다면 피용자는 100%의 책임을 부담하게 되어 그 책임의 범위에 불균형이 발생하게 되고,<sup>612)</sup> 사용자가 피용자에게 행사하는 구상권에 대해 피용자의 여러 가지 특성 등을 고려하여 제한하여야 한다면, 피용자가 사용자에게 구상권을 행사하는 것도 공평의 원칙상 인정하여야 한다고 하는 것이다.

## 2. 역구상권의 근거

역구상권을 긍정하는 학설은 ① 역구상권에 대하여 명문규정이 없다고 하더라도 사용자와 피용자는 각자의 부담부분이 있고, 그러한 부담부분을 초과하여 배상하는 경우 역구상은 가능하며, 피해자가 피용자에게 직접 손해배상을 구하는 경우는 반드시 사용자가 자력이 없는 경우에 한정되지 않기 때문에 사용자에게 자력이 없다는 이유로 역구상을 부정하는 것은 설득력을 갖기 어렵다는 견해,<sup>613)</sup> ② 사용자로부터 피용자에 대한 구상을 부분적으로 제한하는 견해를 취한다면 피용자의 입장에서는 피해자로부터 손해배상청구를 당하는 경우 전액을 부담하게 되므로, 사용자가 배상한 경우에 비해 피용자에게 특히 불균형이 생긴다는 논거에 기초하여 역구상권을 긍정하는 견해,<sup>614)</sup> ③ 피용자의 책임과 사용자의 책임은 통

611) 예컨대, 한웅길, 전계 “사용자책임에 있어서 구상권에 관한 연구”, 95면; 山田卓生, 「新·現代損害賠償法講座4」, 日本評論社, 1997, 134面 등.

612) 山田卓生, 前掲論文, 135面.

613) 한웅길, 전계 “사용자책임에 있어서 구상권에 관한연구”, 96-96면.

상의 부진정연대채무의 경우와 같이 해석하여야 하므로 구상권의 행사에 있어서도 부진정연대채무와 같이 보아 이를 긍정하여야 하고 나아가 보상책임의 취지에서 보더라도 대신 변제한데 따른 청구 즉, 구상권도 인정하여야 한다는 견해,<sup>615)</sup> 등이 있다.

한편 견해에 따라서는 사용자책임을 대위책임으로 보면서도 피해자가 피용자에게 손해배상을 청구하는 경우에 사용자가 손해보험에 가입하고 있는 경우 신의칙에 기하여 피용자는 ‘보험의 항변’을 제출하여 그 한도에서 지급을 거절할 수 있다고 하면서 피용자에게 일종의 항변권을 인정하여 피해자의 손해배상을 제한할 수 있다는 논거를 펴고, 이에 따라 피용자가 사용자에게 구상권을 행사하는 것은 인정할 필요가 없다는 견해도 있다.<sup>616)</sup> 또한 절충설적 입장에서 사용자와 피용자간에 일종의 공동불법행위적 관계가 성립하는 경우에만 공동불법행위자간의 부담부분의 방식으로 피용자의 사용자에게 구상권을 인정하여야 한다고 보는 한정적 긍정설을 취하는 견해가 있다.<sup>617)</sup> 이 견해에 따르면 교통사고의 경우 책임보험 문제에서 피보험자로서 사용자뿐만 아니라 피용자인 운전자도 들어있어 문제가 없으나, 만일 보상액을 초과하는 손해가 발생하는 경우 피해자가 피용자에게 배상을 청구하는 것은 피용자 자신에게 어느 정도의 최종적 부담을 시키는 것은 부득이하다고 생각되는 경우, 즉 사용자의 자력에 문제가 있다거나 피용자의 과실이 중대한 경우라면 피용자에게 구상권을 인정할 필요성은 없다고 보고 피용자의 과실이 가벼운 경우에는 구상권을 인정하여야 한다는 것이다. 한정적 긍정설을 주장하면서도 피용자가 경과실에 해당함에도 임의로 변제하는 경우 결과적으로 사용자에게 구상하지 못하게 된다면 변제하지 아니한 경우에 비해 불공평이 생기나, 실제로는 피용자가 사용자에게 구상하는 것은 실제상 거의 생각할 수 없기 때문에 위와 같은 해석론 상 불합치 문제는 추상론의 수준에 그친다고 지적하는 견해도 있다.<sup>618)</sup>

이와는 달리 역구상권을 부정하는 학설로는, ① 사용자책임을 대위책임이므로

614) 이은영, 전제서, 654면; 加藤雅信, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 有斐閣, 2005, 346-347면.

615) 田山輝明, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 成文堂, 2006, 226면.

616) 田山輝明, 上掲書, 226면.

617) 淡路剛久, 「連帶債務の研究」, 弘文堂, 1975, 301면.

618) 淡路剛久, 上掲書, 302면.

피용자가 피해자에게 손해배상을 하더라도 자기 고유의 채무를 이행한 것에 불과하기 때문에 사용자에게 구상권을 행사할 수 없다는 견해,<sup>619)</sup> ② 역구상을 인정하는 명문규정이 없고, 피해자가 피용자에게 배상을 청구하는 것은 대체로 사용자에게 자력이 없는 경우이므로 역구상을 인정하더라도 실익이 없으며, 역구상을 인정하면 기업평화가 깨질 염려가 있다는 이유로 역구상을 부정하는 견해<sup>620)</sup> 등이 있다.

### 3. 역구상의 가능성 여부

피용자가 자신의 불법행위로 인해 피해자에게 손해를 가하고 손해배상을 한 경우 사용자에게 구상권을 행사할 수 있는지 여부를 검토하는 경우에는 피용자와 사용자가 불법행위에 관여한 형태를 나누어 고려할 필요가 있다. 즉, ① 불법행위로 인한 손해의 발생 자체에 사용자의 고의·과실이 직접 개입하는 등 사용자를 공동불법행위자로 평가할 수 있는 경우와 ② 사용자가 피용자에 대해 선임 또는 감독상 책임만을 지는 경우, 즉 일반적인 사용자책임만을 질 경우로 나누어 검토해야 한다.<sup>621)</sup>

우선 ①의 경우, 즉 피용자와 사용자는 공동불법행위자로서 피해자는 사용자에 대해 직접적인 불법행위책임을 물을 수 있는 것이 가능한데도 소송전략상 혹은 피용자에게 자력이 있다는 등의 이유로 피용자만을 상대로 책임을 묻거나, 사용자에게 직접적인 불법행위자로서의 책임이 아닌 사용자책임만을 묻는 경우이다. 예컨대 사용자가 지시하는 방법대로 공사를 하다가 사고가 발생하여 손해가 난 경우 사용자는 그 지시를 잘못된 자로서 불법행위책임을 져야 하는데도 피해자가 현실적인 소송에서 그 책임을 묻지 않은 경우이다. 만일 피용자와 사용자가 공동불법행위자로서 책임을 부담하게 된다면 피용자가 사용자에게 구상권을 행사할 수 있는 것은 판례<sup>622)</sup>도 인정하고 있을 뿐만 아니라 학설상으로도 이견이 없다.

619) 田山輝明, 前掲書, 225面.

620) 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1990, 686면; 권용우, 전계논문, 443면.

621) 이혜진, “사용자책임과 구상권 및 역구상권에 관한 고찰”, 「동아법학」 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 630-330면.

622) 대법원 2008. 11. 27, 선고 2008다65402.

이에 대해 피용자가 사용자를 상대로 구상권을 행사하는 것은 그 실질이 공동 불법행위자 사이에서 구상권을 행사하는 경우와 다르지 않기 때문에 피용자로서는 사용자의 불법행위를 주장·증명하여 그 부담부분에 상응한 구상권을 행사할 수 있다. 이러한 경우는 피용자가 사용자를 상대로 구상권을 행사한다는 의미에서는 역구상과 유사한 외관을 보이고 있긴 하지만, 일반적으로 논의되는 역구상의 개념과는 다소 거리가 있는 것으로 볼 수 있다. 학설에 따라서는 이러한 경우도 역구상의 범주에 넣어 이 경우에만 역구상을 인정하여야 한다는 견해(한정적 긍정설)가 있음은 앞서 지적한 바와 같다.<sup>623)</sup> 그런데 이러한 경우에도 피용자의 사용자에 대한 구상권의 행사가 효과가 없을 수도 있다. 예컨대 금융기관의 직원이 고객의 돈을 횡령하였고, 평소 그 금융기관이 내부적으로 사고방지를 위한 아무런 견제장치도 마련하지 않는 등의 과실이 그러한 불법행위로 인한 손해발생에 가공한 경우, 손해배상에 응한 피용자가 사용자인 금융기관을 상대로 구상권을 행사할 수 있을 것인가. 피해자는 돈을 횡령한 직원을 상대로 책임을 물을 수 있을 뿐만 아니라 금융기관의 잘못을 이유로 공동불법행위자로서 책임을 물을 수 있는 경우라고 한다면, 손해배상에 응한 피용자가 사용자에게 구상할 수 있는가라는 것은 고의로 불법행위를 하는 자가 자신의 불법행위를 제대로 감시하지 못한 자를 상대로 구상을 하는 것에 해당하여 일반적인 통념상 구상을 인정하기는 어려울 것이다. 곧 사용자와 피용자 사이의 잘못을 비교형량 하여 그 부담을 피용자가 모두 져야 하는 경우, 즉 사용자와 피용자 사이에는 사용자의 부담부분을 영(0)으로 보는 것이 타당한 경우에는, 법원의 부담부분의 비율에 관한 판단에 따라 사용자의 책임이 부인되는 경우도 있게 된다는 것이다.

다음으로 ②의 경우, 즉 사용자가 피용자에 대해 선임 또는 감독상 책임만을 지는 경우이다. 이 경우가 피용자의 역구상권을 인정할 것인지의 여부를 고찰해보는 것이 진정한 의미를 갖는 경우라고 할 수 있는데, 이 경우에 긍정설과 부정설이 대립하고 있다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다. 사용자는 피용자를 사용함으로써 그 활동영역을 확대하였고, 그에 따라 기업의 사회적 책임도 무거워진다. 이러한 점에서 사용자책임을 인정하는 근거는 보상책임·위험책임·기업책임 등을 종합적으로 고려해야 한다. 이와 같이 사용자의 책임영역을 확장하여 인정하는 것은

623) 淡路剛久, 前掲書, 301面.

사용관계 혹은 노동관계의 본질과 밀접한 관계가 있다. 사용자가 피해자에게 손해 배상한 뒤에 피용자에게 구상권을 행사하는 경우에도 일정한 요건 하에서 그 행사를 제한하여야 한다는 것도 위와 같은 사용자책임을 인정하는 근거나 사용관계에 따른 사용자의 배려의무 등과 맥락을 같이 하는 것이다.

피용자가 그 직무집행과정에서 불법행위를 하고 그로 인한 손해를 배상한 경우 그 손해의 분담을 사용자에게 요구하는 것도 이와 동일한 선상에서 파악하는 것이 옳을 것이다. 판례가 판시하는 바와 같이 “사용자가 그 사업의 성격과 규모, 사업시설의 상황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실을 분산에 관한 사용자의 배려정도 등의 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분담에 관한 피용자의 배려정도 등의 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 위와 같은 손해의 배상이나 구상권을 행사할 수 있다”고 한다면,<sup>624)</sup> 그러한 본질이나 제한의 기준이 피해자가 누구를 대상으로 먼저 손해배상을 구하였는가 하는 우연한 사정으로 인해 다르게 되어서는 안 된다.

가령 병원에 고용된 의사가 의료행위에 있어서 과실로 피해자에게 손해를 입혔는데 피해자가 보복감정에서 고용의사만을 상대로 책임을 묻는 경우에, 물론 고용의사 자신의 직무상 과실이 손해발생의 가장 큰 원인이었겠지만 경우에 따라 거기에는 그 병원의 시설, 인원의 제한 등이 그러한 과실에 가공하였을 수도 있다. 고용의사가 손해배상에 먼저 응한 경우, 나중에 의사가 병원을 상대로 그러한 시설 등을 제대로 갖추어 놓지 않은 것을 이유로 구상권을 행사하는 것은 현실적으로 쉽지 않아 보인다. 그런데 병원은 고용의사 등을 통해 상당한 이익을 얻고 있는 점이나 의료행위는 그 자체로 항상 사고의 위험이 따르는 점 등을 고려하면 그 손해에 대해 전적으로 고용의사에게만 책임을 지우는 것은 형평에 어긋난다. 이러한 의미에서 병원이 먼저 피해자에게 손해배상을 한 후 의사에게 구상권을 행사한다면 사안에 따라 다를 수 있겠지만 구상금에 어느 정도의 제한은 불가피할 것이다. 그런데 동일한 사안에서 반대로 의사가 먼저 손해배상을 한 후 병원을 상대로 손해의 분담을 구하는 것도 부정해서는 안 될 것이다.<sup>625)</sup>

624) 대판 1987. 9. 8, 86다카1045.

625) 이혜진, 전제논문 634면에서는 역구상권에 대하여 적극적으로 해석해야 할 뿐 아니라 그 행사에 관한 명

#### 4. 분석 · 검토

생각건대, 피용자의 가해행위로 손해를 입은 제3자가 손해배상청구를 하는 경우, 사용자를 제외시키고 피용자만을 상대로 청구하는 경우는 그리 많지 않을 것이다. 그러나 예컨대 의료사고의 경우 담당의사에 대한 섭섭함이나 복수심리에 의하여 병원을 상대로 하지 않고 의사 개인을 상대로 소송을 제기하는 경우와 같이 사용자가 변제할 자력이 있는지 여부와 관계없이 피용자만을 상대로 손해배상을 청구하는 경우가 있을 수 있다.

그러므로 피용자의 사용자에 대한 역구상권의 문제는 손해의 분담기능이라는 공평 또는 형평의 견지에서 긍정적으로 해석해야 하고 그 구상의 범위는 직무의 특성, 사용자의 손해예방 배려정도, 손해발생의 원인과 과정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 견해는 일견 타당해 보인다. 그리고 현재의 사용자책임의 법리상 사용자와 피용자는 부진정연대채무자라고 할 수 있는 바, 부진정연대채무자 사이에서 과실을 전제로 하여 내부적 분담비율을 확정할 수 있다면 역구상은 당연히 가능한 것이기도 하다.

다만, 민법개정시안에서 규정하는 바와 같이, 사용자는 “피용자에게 고의 또는 중과실이 있는 경우에”만 구상할 수 있도록 하고 있으므로, 과실상계를 전제로 하는 역구상의 문제는 발생할 여지가 거의 없다고 생각되므로, 피용자의 역구상의 문제는 추후 실무상의 동향을 살펴보면서 문제가 발생한다면 해석론적으로 해결해야 할 문제라고 생각된다.

---

시적인 규정을 마련하는 것도 검토되어야 한다고 주장한다.

## 제5장 결 론

산업사회의 발전과 더불어 다른 사람을 사용하여 자신의 활동범위를 넓히는 사람은 그에 의하여 이익을 창출할 가능성을 넓힘과 동시에 손해를 발생시킬 가능성도 확대시킨다. 여기서 사용자에게 사용관계에 의한 경제활동의 확장에 의하여 이익을 얻는 과정에서 발생한 손해에 대하여 사용자가 책임을 지도록 하는 것이 보다 합리적이고 또한 피해자를 두텁게 보호할 수 있다고 생각하여 세계 각국은 입법이나 판례이론을 통하여 사용자책임의 법리를 확립하고 있다.

우리 민법도 제756조 제1항에서 사용자에게 피용자의 직무상 행위로 인한 제3자의 손해를 배상할 책임을 부여하고 있다. 그러나 동항 단서에서는 “그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다”라고 하여 사용자의 면책을 허용하고 있다. 나아가 제3항에서 사용자가 손해배상을 한 경우 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 조문상의 문언만을 본다면, 일단 사용자가 주의의무를 다하기만 하면 사용자가 면책되므로 피용자가 모든 손해를 배상해야 할 것이며, 만약 사용자가 면책되지 않는다 하더라도 사용관계에서 발생하는 손해배상비용은 일단 사용자가 손해비용을 부담하지만 다시 피용자에게 구상을 통하여 피용자에게 전가할 수 있다는 결과를 가져오게 한다. 이는 사용자책임의 제도적 목적에 어긋나는 것이라 할 수 있다.

다행히도 우리 판례는 사용자가 선임·감독의 주의의무를 다하였다는 사용자

의 면책의 항변을 인정한 사례가 거의 없어 사용자책임을 사실상 무과실책임으로 운용하고 있으며, 학설도 이러한 실무의 태도를 대체로 지지하고 있다. 그리고 사용자의 피용자에 대한 구상의 문제에 있어서도 법률의 규정에도 불구하고 학설과 판례를 통하여 일정한 요건 하에서 피용자에 대한 구상을 제한하여 왔다. 이렇게 학설과 판례를 통하여 사용자의 면책을 허용하지 아니하고, 사용자의 피용자에 대한 구상권을 제한하여 왔지만, 현재 우리의 논의 수준은 아직 이 문제에 관한 중국적인 해결을 확보할 만큼 성숙하였다고 하기는 어렵다고 생각된다.

그래서 이 논문에서는 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한의 법리를 검토하고 이에 관한 입법론을 제시함으로써 이 문제에 관한 중국적인 해결책을 마련하고자 하였다. 그래서 우선, 우리나라의 사용자책임을 일반 법리에 대하여 학설과 판례가 어떻게 이론을 구성하여 왔는지를 살펴보았다. 그리고 지금까지 사용자책임을 넓히기 위한 방법으로서 사용자책임을 성립요건인 ‘사용관계’와 ‘업무집행관련성’에 관하여 많은 논의가 있어왔으므로, 이에 대하여 보다 심도 있는 검토를 위하여 주요국가의 입법례와 판례를 분석·검토하고, 우리 판례이론과의 비교를 통하여 ‘사용관계’와 ‘사무집행 관련성’의 법리구성을 보다 분명히 살펴보았다. 사용자의 면책이 허용되지 않는 상황 하에서 사용자로서 사용자책임에서 벗어나기 위한 유일한 방법은 피용자가 제3자에게 입힌 손해가 사무집행과 무관하게 발생하였다는 사실을 증명하는 것뿐이라고 할 수 있는 바, 피용자의 행위의 사무집행 관련성은 민법 제756조의 적용에 있어서 피용자의 불법행위를 사용자에게 귀책시키는 중요한 요건으로 기능하고 있기 때문이다.

우리나라의 사용자책임에 관한 여러 쟁점 중에서 가장 중요한 것 중의 하나는 사용자의 피용자에 대한 구상권을 어떠한 요건 하에서 제한할 것인지 하는 것이다. 조문상으로는 “구상할 수 있다”라고 할 뿐 어떤 요건 하에서 어느 정도까지 구상할 수 있는지에 관하여는 규정하고 있지 않기 때문에 학설과 판례를 통하여 사용자의 구상권을 제한하여 왔다. 말하자면 우리 학설은 제한의 근거로 경영위험설, 과실상계설, 공동불법행위설 등이 제시되고 있으며, 판례는 1987년 대법원이 신의칙을 근거로 구상권제한을 인정한 이후 일관하여 ‘손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 구상권을 인정할 수 있다고 해석하여 왔다(신의칙의 범형성적·법창조적 기능).

이 논문에서는 사용자의 피용자에 대한 구상권의 제한에 관하여 주요국가의 입법례를 비교·분석하고 또한 사용자책임에 관한 2013년 법무부의 민법개정 시안을 검토함으로써 사용자의 구상권 제한에 관한 입법론을 검토하고 있다.

사용자책임에서 사용자의 구상권 제한의 문제는 사무집행 중에 제3자에 가한 손해에 대하여 사용자와 피용자사이의 책임의 귀속을 궁극적으로 어떻게 할 것인가의 문제이다. 그리고 피용자와 피해자의 관계에서도 피용자의 책임제한의 내용을 고려할 수 있는지, 고려한다면 어느 정도 고려할 것인지도 중요한 문제이다. 비교법적으로 살펴보면 피용자의 과실의 정도가 구상권 제한의 중요한 기준이 되고 있다. 국가에 따라서는 법률에서 구상권 제한에 대한 명문의 규정을 두기도 하고, 판례의 법리를 통해서 구상권제한의 문제를 해결하는 국가들도 있으나, 피용자의 과실정도에 따른 구상권의 유무 및 그 정도에 대하여 기준을 확립하고 있다는 것이다. 이러한 비교법적인 시각에서 보면, 사용자의 피용자에 대한 구상권을 개별사안에서 업무의 성질이나 과실의 정도 등 제반사정을 고려하여 책임제한 여부와 범위를 판단하도록 하는 우리 판례의 태도는 결과적으로 타당하다고 할 수 있다. 그러나 현행 민법과 같이 ‘사용자가 피용자에 대하여 구상할 수 있다’는 규정만 있을 뿐, 구상권의 정도나 기준에 대하여 전적으로 판례에 맡겨두는 것은 바람직하지 않으며, 적어도 민법에서 피용자의 과실정도에 따라 구상권을 행사할 수 있도록 명확히 규정할 필요가 있다. 특히 우리 판례가 사용자의 구상권의 제한을 신의칙을 근거로 하는 것과 관련하여 더욱 그러하다. 왜냐하면, 법관의 자의적인 법의 운용에 따른 피해발생이 우려되기 때문이다.

그러므로 이 문제를 민법개정 대상에 포함시켜 연구와 검토과정을 거쳐 2013년 법무부 민법개정 시안에서 규정하고 있는 점은 매우 높이 평가할 만 한 일이다. 이번의 개정시안에서 제3항의 “사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다”라는 조문상의 문구를 “사용자 또는 감독자는 피용자에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 피용자에 대하여 구상할 수 있다”로 개정하기로 한 것에 대하여, 국가배상법과 균형을 맞추기 위한 것이라고 하지만 경직성을 가져올 수 있는 우려가 있으며, 경과실·중과실을 구분하는 것도 문제가 있을 수 있다는 비판도 있지만, 피용자의 고의·중과실의 경우에만 사용자가 구상권을 행사할 수 있도록 범위를 정확히 제한한 점은 높이 평가할 만 하다고 생각되며,

이는 그동안의 우리 대법원의 판례이론을 반영한 것이라 할 수 있다.

그러나 사건으로는 사용자책임이 기업책임에 대한 규정으로서의 기능을 다하기에는 불충분하다는 지금까지의 비판을 감안하여, 사용자책임을 절대적 자기책임, 그리고 무과실책임에 가깝도록 개정하여야 할 것이다. 우선, 프랑스의 판례이론에서 살펴본 바와 같이, ① 피용자의 가해행위가 업무수행과정에서 그리고 피용자의 업무한계 내에서 발행한 경우, 사용자는 대위책임을 지고 피용자는 모든 책임으로부터 면제된다. ② 피용자의 가해행위가 업무수행과정에서 있었지만 업무한계를 일탈하여 발생한 경우, 사용자와 피용자 모두 책임을 지게 된다. ③ 가해행위가 업무수행 과정에서 범한 것도 아니고 업무한계를 벗어난 경우라면, 사용자는 책임을 지지 않고 피용자만이 책임을 지게 된다. 요컨대 피용자의 가해행위가 ‘업무수행 과정’에서 발생했고 또한 그의 ‘업무한계’ 내의 행위로 인한 손해의 경우 피용자는 면책되도록 해야 하며 이 경우에는 사용자의 피용자에 대한 구상권은 인정되지 않아야 한다는 것이다. 그러므로 개정시안 제3항은 “피용자의 가해행위가 업무수행과정에서 그리고 피용자의 업무한계 내에서 발행한 경우, 피용자는 모든 책임으로부터 면제된다”로 개정하면 좋을 것이다.

만약 제3항을 현재의 개정시안과 같이 “피용자에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 그 피용자에 대하여 구상할 수 있다”라고 할 경우에는, 사용자의 피용자에 대한 구상권은 고의·중과실의 경우에만 인정하며 경과실의 경우 피용자는 사용자에게 대해서 뿐만 아니라 피해자에 대한 관계에서도 면책되도록 해야 할 것이다. 그러므로 개정시안 중에서 제4항을 규정하는 방법 세가지 안 중 두 번째 안을 채택하여야 할 것이다. 즉 개정시안 중 제4항을 “제1항에 따라 사용자가 손해를 배상할 책임이 있는 경우, 고의 또는 중대한 과실이 없는 피용자는 손해를 배상할 책임이 없다”라고 규정해야 한다.

한편, 사용자책임 제도의 취지를 생각할 때, 민법 제756조 제3항의 해석상 사용자와 피용자가 피해자에 대하여 부진정연대책임을 진다고 할 수 있다. 이는 피해자가 사용자와 피용자 중 어느 쪽을 선택해서라도 만족 받을 때까지 손해배상을 청구할 수 있다는 것을 의미하므로, 만약 피해자가 피용자를 선택하여 손해배상을 받는다면 피용자는 사용자에게 구상할 수 없다는 결과가 발생한다. 사용자책임을 사용자에게 그의 경제활동 확장의 비용을 부담시키는 제도로 이해한다면,

사용자가 부담해야 할 손해비용을 피용자에게 오로지 전가되는 것은 의문이다. 물론 피해자는 자력이 있는 사용자에 대하여 우선 청구하는 것이 보통일 것이므로 이러한 문제가 첨예하게 드러나는 것은 아니지만, 사용자책임의 취지를 고려할 때 이러한 경우 어떠한 방법으로 그 비용을 다시 사용자에게 부담시킬 수 있는지, 이른바 피용자의 사용자에 대한 역구상권의 문제에 관하여 해석론적·입법론적 과제가 남는데, 이는 향후의 연구과제로 미룬다.

## 참고문헌

### <국내>

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003.  
-----, 「민법총칙」, 박영사, 2007  
김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2011.  
김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1990.  
김증한·김학동, 「채권각론」, 박영사, 2006.  
김현대, 「불법행위론」, 일조각, 1980.  
김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2009.  
-----, 「민법학연구」, 박영사, 2009.  
박윤흔, 「최신행정법강의(상)」, 국민서관, 1986.  
송덕수, 「신민법강의(제7판)」, 박영사, 2014.  
양창수, 「민법입문」, 박영사, 2013.  
-----, 「민법연구 제1권」, 박영사, 1991.  
이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004.  
이주홍(곽윤직 대표), 「민법주해(XVIII)」, 박영사, 2005.  
지원림, 「민법강의(제12판)」, 홍문사, 2014.  
한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003.

- 「이론·판례·사례 민법총칙」, 화산미디어, 2013.
- 황적인, 「현대민법론Ⅳ」, 박영사, 1987.
- 법무부, 「2013년 법무부 민법개정시안·채권편(하)」, 2013.
- 민법안심의소위원회, 「민법안심의록(상)」, 대한민국국회 법제사법위원회, 1957.
- 강봉석, “사용자책임과 그 면책사유의 법적 성질”, 「저스티스」 통권 제85호, 한국법학원, 2005. 6.
- 권오승, “사용자책임 : 불법행위법개정안 의견서”, 「민사법학」 제15호, 한국민사법학회, 1997
- 권용우, “사용자책임과 구상권의 제한”, 「법학의 현대적 제문제」 덕암김병대교수 화갑기념논문집, 1998.
- , “사용자배상책임” 「민법학의 회고와 전망」 (민법진시행 30주년기념논문집), 한국사법행정학회, 1993.
- 김기동, “타인을 사용하는 자의 책임”, 「논문집:인문사회과학」 제14집, 영남대학교, 1981.
- 김대규, “사용자책임의 성립요건에 관한 연구”, 「법학연구」 제7집, 한국법학회, 2001.
- 김덕중, “사용자 책임의 성립요건에 관한 고찰 : 판례를 중심으로”, 「원광법학」 제26권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2010.
- 김동석, “미국사용자책임법리에 대한 고찰”-Restatement(Third) of Agency의 개정초안을 중심으로-, 「한국경영법률학회」, 2005.
- 김상명, “사용자책임의 성립과 책임제한에 관한 연구”, 「법과정책」 제 19집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013.
- 김상용, “사용자배상책임에 관한 쟁점과 문제점”, 「법조협회」 제32권 제2호, 법조협회, 1983.
- , “사용자배상책임에 관한 학설 및 판례연구”, 「민사판례평석」, 법원사, 1995.
- 김상찬·정영진, “공동불법행위자의 책임과 불법행위자간의 구상관계”, 「국제법무」 창간호, 제주대학교 법과정책연구소, 2009.5.
- 김재형, “사용자책임에서의 사무집행 관련성(1)”, 「법조협회」 제44권 제6호, 법조

- 협회, 1995.
- , “사용자책임에서의 사무집행 관련성(2)”, 「법조협회」 제44권 제7호, 법조협회, 1995.
- 김봉수, “사용자 책임의 비교법적 경향”, 「고려법학」 제54호, 고려대학교 법학연구원, 2009.
- 김천수, “사용자책임의 입법론적 쟁점”, 「법학논집」 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.
- 김학환, “사용자책임에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1992.
- 김형배, “사용자 책임과 판례 : 비교법적 시각에서”, 「고려법학」 제48호, 고려대학교 법학연구원, 2007.
- , “사용자책임과 구상권의 제한”, 「민사법학」 제7호, 한국사법행정학회, 1988.
- 김형석, “사용자책임에서 사무집행 관련성의 판단: 비교법적 연구로부터 시사”, 「법학」, 제53권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2012.
- , “사용자책임의 입법주의 연구: 역사적·비교법적 접근”, 「법학」, 제53권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2012.
- , “민법 제756조 제757조의 개정에 관한 연구”, 법무부 연구용역보고서, 2012.
- 남효순, “프랑스민법상의 타인행위 책임”, 「법학」 제38권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1997
- 박사현, “금융기관의 사용자책임에 관한 연구”, 경성대학교대학원 박사학위논문, 2010.
- 윤석찬, “사용자책임”, 「Jurist plus」, 통권 412호, 청림출판, 2007.
- 서광민, “불법행위의 책임귀속구조에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1987.
- 서정화, “사용자배상책임의 법리에 관한 연구”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 1990.
- 성준호, “민법 제756조 사용자책임의 본질론 소고”, 「가천법학」 제5권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2012.

- 양창수, “경리직원의 어음위조와 사용자책임”, 「민법산고」, 박영사, 1998.
- 엄동섭, “불법행위법의 개정”, 「민사법학」 제60호, 한국민사법학회, 2012.
- 유성재, “사용자책임에 있어서 구상권의 제한”, 「비교사법」, 제4권 제1호, 한국비교사법학회, 1997.
- 이로문, “폭력조직의 장에 대한 사용자책임-사용자책임의 성립요건을 중심으로-” 「한양법학」 제11집, 한양법학회, 2000.
- 이태길, “금융기관의 사용자책임에 관한 연구: 대법원 2007.9.20. 선고 2004다43866 판결을 중심으로”, 「동아법학」 제42호, 동아대학교 법학연구소, 2008.
- 이혜진, “사용자책임과 구상권 및 역구상권에 관한 고찰”, 「동아법학」 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010.
- 임성근, “명의대여자의 사용자책임과 그 면책사유”, 「민사재판의 제문제」 16권, 한국사법행정학회, 2007.
- 유성재, “사용자책임에 있어서 구상권의 제한”, 「비교사법」, 제4권 제1호, 한국비교사법학회, 1997.
- 윤석찬, “사용자책임”, 「Jurist plus」, 청림출판, 2007.
- 장석천, “사용자책임에 있어서 구상권의 제한” 「법학연구」 제16권 2호, 충북대학교 법학연구소, 2005.
- 정희근, “타인의불법행위에 의한 책임”, 「민사법학」 제6호, 1987.
- 지원립, “민법 제756조의 개정방향”, 「민사법학」, 제43권 제2호, 한국민사법학회, 2008.
- , “사용자책임에 있어서 「사무집행에 관하여」의 판단기준”, 「수원지방변호사회지」 제4호, 1993.
- , “사용자책임에 있어서 외형이론의 한계”, 「민사판례연구(XIV)」, 박영사, 1992.
- 하경호, “사용자책임에서의 구상권제한에 관한 규율동향과 입법방향”, 「안암법학」 통권 40호, 안암법학회, 2013.
- 한삼인·정두진, “판례로 본 사용자책임의 외형이론과 그 한계: 감독과 코치의 불법행위로 인한 프로구단 등의 사용자 책임 요건”, 「스포츠와 법」

- 제14권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2011.
- 한삼인·정두진, “사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미”, 「법학연구」 제22권 1호, 충남대학교 법학연구소, 2011.6.
- 한응길, “이행보조자 책임과 사용자책임에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 1990.
- , “사용자책임에 있어서 구상권에 관한 연구”, 「동아법학」 17호, 동아대학교 법학연구소, 1994.
- 황경남, “명의대여자의 사용자책임”, 「대법원판례해설」 제28호, 법원행정처, 1997. 3.

### <일본>

- 加藤一郎, 「不法行爲」, 有斐閣, 1983.
- 加藤一郎·野村好弘, 「事故責任」, ダイヤモンド社, 1968.
- 幾代通, 「不法行爲」, 有斐閣, 1993.
- 官内竹和, “使用者責任における外形理論”, 「民法の争点」, 有斐閣, 1978.
- 高井伸夫, 「判例にみる使用者の責任」, 新日本法規出版, 2004.
- 末川博, 「民法論集」, 日本評論社, 1962.
- 末弘嚴太郎, 「債權各論」, 有斐閣, 1920.
- 四宮和夫, 「不法行爲」, 青林書院, 1987.
- 山田卓生, 「新・現代損害賠償法講座4」, 日本評論社, 1997.
- 森島召夫, 「不法行爲法講義」, 有斐閣, 1987.
- 伸田孝夫, 「使用者責任」, 一粒社, 1998.
- 我妻榮, 「債權法」, 日本評論社, 1931.
- , 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 日本評論社, 1988.
- 田山輝明, 「事務管理・不當利得・不法行爲」, 成文堂, 2006.
- 田上富信, “使用者責任における事業執行に付きの意義”, 「現代損害賠償法講座(6)」, 日本評論社, 1974.
- , “被傭者の行爲によって第三者に生じた損害した使用者はその全額を當該

被傭者にできるか”, 「民法學6」, 有斐閣, 1975.

椿壽夫, “民法第715條第3項にする求償權の行事に過失相計の類推適用が認められた事”, 「判例評論」 第116號, 1968. 9.

#### <독일>

J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Sellier de Gruyter, 2008.

Josef Esser/Wyers, *Schuldrecht Band. II, Teilband. 2*, 8. Aufl., 2000.

Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Band 1, Tübingen(Mohr Siebeck) 1996.

Hein Kötz/Manfred Wager, *Deliktsrecht, 11. Aufl.*, Luchterhand, 2006.

Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004.

Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band. II, Halband 2*, 13 Aufl., 1994.

Oftinger/Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd II Besonderes Teil*, 2 Aufl., 1960.

Robert Geigel, *Der Haftpflichtprozeß*, München: C.H.Beck, 1982.

Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, C.H.Beck, 71. Aufl., 2012.

Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd I*, C.H.Beck, 1999.

von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3 Aufl., 1979.

Wolfgang Zöllner/Karl-Georg Loritz, *Arbeitsrecht*, 5 Aufl., 1998.

Sebastian Wolf/Stefan Ernst, *Das Arbeitsverhältniss, Bd. 1(Allgemeiner Teil)*, 1978.

Norbert Achterberg, “*Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit*”, AcP 164,14.

Benno Mugdan, “*Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*”, Bd. 2, Berlin: R. v. Decker, 1899.

Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, “*Die Einschränkung der*

- Arbeitnehmerhaftung gegenüber dem Arbeitgeber*", DB 1985, 1469.
- Christian von Bar, "Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts", Bd. 2, 1981.
- Däubler Wolfgang, "Die Haftung des Arbeitnehmers Grundlagen und Grenzen", NJW, 1986.
- Frey, "Die unzureichende Arbeitsleistung(Schlechterfüllung) als Gegenstand der Schadensersatzpflicht des AN, Band. II", Teilband. 2, 8. Aufl., 2001.
- Wolfgang Grunsky, "Vorschläge zu einer Reform des Schuldrechts", AcP 182.
- Jobst Gumpert, "Gefahrgeneigte Arbeit in der Rechtsprechung". NJW, 1996.
- Hanau/Peter, "Die Entscheidungsfreiheit des Richters im Recht der Arbeitnehmerhaftung, In Festschrift für Hübner", Berlin, New York, 1984.
- Hans Carl Nipperdey, "Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundbestände, NJW, 1967.
- Johann Georg Helm, "Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen", AcP 166.
- Lorenz Werner, "Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung", AcP 170,367.
- Wolfgang von Hippel, "Zur Haftung des Arbeitnehmers bei schadengeeigneter Arbeit", NJW 1969.

#### <프랑스>

- Bell, Boyron and Whittaker, *Principles of French Law*, 2nd, 2008.
- Bénabent, Droit civil. *Les obligations*, 10 éd., 2005.
- Biller, *Die Eigenhaftung des Verrichtungsgehilfen*, 2006.
- Billiau, "Note", JCP 2003.
- Brun, "Note", D 2000.
- Durry, "Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costedoat: une hérésie

- facile à abjurer”, Ruptures, mouvement et continuité. Autour de Michelle Gobert, 2004.
- Flour, Aubert et Savaux, *Les obligations*, 2. Le fait juridique, 11 éd., 2005.
- Galand-Carval, "Comparative Report(Part I)", J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003.
- Helm, Johann Georg, Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch bei schadensgneigter Arbeit und seine Auswirkungen auf die beschränkte Unternehmerhaftung, insbesondere im Verrichtungsghilfen, Acp 166, 389.
- Kessous, "Conclusions", JCP 2000,
- Mazeaud, "Observations", D 2002.
- Paulin, "Note", D 2006.
- Porchy-Simon, "Note", D 2007.
- Richardi, Reinhard, *Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisiko bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen*, JZ. 1986,796.
- Terré-Simler et Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9 éd., 2005.
- Viney et Jourdain, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, 3éd., 2006.
- Viney et Jourdain, "Responsabilité civile", RTD civ. 2002-2008.

<영 · 미>

- Clerk/Lindsell, *Torts*, 15th ed., 1982.
- Dale A. Whitman, *Reforming the Law: the payment rule as a Paradigm*, B.Y.U.I. Rev. 1169, 1998.
- Derek Obadina, *The Transactional Authority of a Managing Director: Part 1, International Company and Commercial Law Review*.
- Giliker, *Vicarious Liability in tort: A Comparative Perspective*, 2010.
- F.M.B. Reynolds, *Apparent Authority: Paradigm or Paradox*, J.B.L. 1995.

Fridman, *The Law of Agency*, 5th ed., 1983.

Joseph Savirimuthu, Pre-Incorporation Contracts and the Problem of Corporate Fundamentalism: are Promoters Proverbially Profuse, *Comp. Law*. 2003.

Larenz/Canaris, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts Band II · Halbbänderer Teil*, 13. Auflage, C. H. Beck, 1994.

Markesinis and Deakin, *Tort Law*, 6th ed by Deakin, Markesinis, 2008.

Matthew P. Ward, A Restatement or a Redefinition: Elimintion of Inherent Agency in the Tentative Draft of the Restatement(third) of Agency, *Washington and lee Law Review*, Fall, 2002.

Murphy, *Street on Torts*, 12th ed., 2007.

Prosser & Keeton, *The law of torts*, Minnesota, 1984

Sarah Howard Jenkins, A Payee who is a Holder in due Course may beSubject to Personal Defenses Arising from Unauthorized acts or Promises by an Agent, 9 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 191, 1990.

Tübingen/Mouton/TheHague/Paris/Oceana/New York, 1982.

Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd ed., 2006.

William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, New York; St. Paul. West Publishing co., 1971.

## Abstract

### The Doctrine of Restriction on the Right to Indemnity as for Employer's Vicarious Liability

Gang, Bong Hyun  
Department of Law  
Graduate School of  
Jeju National University

Under Civil Code, the general principle is dominated by Tort Law principle of liability with faults that only the loss caused by an illegal · liable act should be in charge. However, as the industry developed highly, the companies have been enlarged, the organizational structure specialized, the techniques developed and divided segmentally and also it accompanies vast riskiness due to the large-scale machine equipment and production facilities.

A employer utilizes employees and makes a lot of profits by managing dangerous facilities. In this procedure, the 3rd party loss that employees inflicted is considered as company's liability, not the employee's one and it is fair for the company to pay for that and useful in light of victim relief.

However, Korea does not have specific regulation for company's general liability so Civil Code Section 756 functions as the ground of the positive law for the company liability.

Under Civil Code Article 756, an employer or substitute of the employer who employed or supervised an employee to carry out a project have liability to compensate damage inflicted by an employee to a third-party and even if the senior of employee or the supervisor warn a lot but loss occurs, he/she is not responsible(Section 1, 2 of Article 756), and when an employer or supervisor paid for the loss, he/she can exercise the right to indemnity(Section 3).

One of the issues of employers' liability is whether the right to indemnity is restricted under certain requirements.

The provision prescribes "can charge" but it does not prescribe the right to indemnity is restricted to certain extent so it has restricted the employer's right to indemnity through the principles and precedents. This dissertation has intended to provide the ultimate solution to this problem by examine the doctrine of restriction of the right to indemnity.

This dissertation has examined the general doctrine of employers' liability including the requirements for its establishment and then it has reviewed the principles and precedents about 'the relation of employment' and 'the relation to performance of duties' through the examples of legislation and precedents of main countries. In addition, it has suggested the theory of analysis and legislation and considering the restriction of employer's the right to indemnity toward employees by comparing and analyzing principles and precedents in domestic and foreign regulations.

This dissertation has compared and analyzed the restriction of employer's the right to indemnity toward employees for principles and precedents in domestic and foreign regulations and examined the limitation of employer's the right to indemnity by considering the Draft of Civil Code Amendment in

Ministry of Justice(2013).

In the private opinion, employer's the right to indemnity has been criticized in that it is not enough to function as prescription of the company's liability, so this should be revised close to one's own liability and liability without fault. First, as considered in the precedent theory of France, ① In case that employee's harmful act occurs while performing tasks or within the limitation of employee's duty, an employer is exempted from all the liability. ② In case that employee's harmful act emerges while performing tasks but occurs beyond the limitation of duty, both employer and employee are liable for the fault. ③ In case that employee's harmful act occurs but not performing tasks or beyond the limitation of employee's duty, only the employee is liable for the fault not the employer. In short, in case that employee's harmful act occurs while performing tasks and the loss is caused by the act within the limitation of employee's duty, an employee should be exempted from all the liability and employer's the right to indemnity toward employees should be accepted. Therefore, the section 3 in the Draft of Civil Code Amendment should be revised to "in case that employee's harmful act occurs while performing tasks or within the limitation of employee's duty, an employer is exempted from all the liability."

If the section 3 of this draft "An employee is intentionally or significantly culpable, the right to indemnity is accepted ,but in case of slight negligence the employee should be exempted in the relation with a victim as well as an employer. Thus, among 3 methods prescribing the section 4 in this draft, the 2nd method should be selected. In other words, the section 4 should be regulated as "In case that an employee is liable for paying for the loss according to the section 1, an employee without intentional or significant fault is not liable for the fault."

On the other hand, considering the intent of employers' liability law under the analysis of the Section 3 of Civil Code Article 756, both an employer and

an employee have untruthful joint liability for the victim's loss. This implies that even though the victim chooses either the employer and the employee, he can claim damages until he is satisfied. Thus, if the victim chooses the employee and receives compensation for damages, the employee cannot charge the employer for that. If employers' liability is understood as the system that the expansion cost of economic activity is imposed, it may be asked whether the cost of loss as the employee's burden is passed on to only the employee. Naturally, it is common that the victim first charges the independent employer for damage. Although this problem does not sharply emerge, remains the interpretative and legislative tasks, namely the converse right to indemnity, that the cost can be passed on to the employer in some way or other in return considering the intent of employer's liability; this would be left as further study tasks.