

영미법상의 공동불법행위에 관한 연구*

박 영 규**

목 차

I. 머리말	IV. 연대책임의 효과
II. 개념	1. 피해자의 권리행사
1. 수인의 불법행위자	2. 지급(변제)
2. 연대책임과 분할책임	3. 면제, 부제소 약정 또는 화해
3. 가분손해와 불가분손해	4. 구상
III. 수인의 불법행위 책임	5. 상환(전액 구상)
1. 전통적으로 연대책임을 지는 경우	V. 맺음말
2. 연대책임의 수정	

I. 머리말

여러 사람이 하나의 손해발생에 기여하여 불법행위로 인한 손해배상 책임을 지게 되는 일이 있다. 가령 갑과 을이 짜고 타인의 가게에서 물건을 절취한 경우, 갑이 일으킨 교통사고로 입원한 환자의 손해가 치료를 담당한 의사 을의 과실로 확대된 경우, 또는 갑의 피용자 을이 고용과 관련된 사무를 하다가 타인에게 손해를 가한 경우에 그러하다. 한편 우리 민법은 제760조¹⁾에서 ‘공동불법행위’라는 제목 하에, 3가지 유형의 공동불법행위를 규정하고 있다. 그렇지만, 여러 사람이 동일한 피해자의 동일한 손해에 대해 책임을 지는 일은 이러한 ‘공동불법행위’ 이외의 경우에도 있을 수 있다. 예컨대, 피용자의 불법행위에 대해 사용

* 이 논문은 2010년도 서울시립대학교 연구년교수연구비에 의하여 연구되었음.

** 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

1) 이하 법 이름 없이 인용된 조문은 민법의 그것임.

자가(제756조 제1항), 법인 대표의 불법행위에 대해 법인이 함께 책임을 지는 경우(제35조 제1항) 등에 있어서 그러하다.²⁾ 어느 경우이든 여러 사람들이 지는 책임이 서로 중첩되어, 한 채무자의 이행으로 다른 채무자도-채권자(피해자)에 대한 관계에서는-채무를 면하게 된다면 ‘연대채무’(또는 판례에 의하면 ‘부진정 연대채무’)가 성립하는 것이다(제413조).

그런데, 공동불법행위의 유형 및 성립요건에 관하여 뿐만 아니라, 그 효과에 관하여도 견해가 갈라져 있다. 가령 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 수인의 ‘주관적’ 공동성, 즉 공모나 의사의 연관이 필요한가에 관하여 견해가 갈라져 있고,³⁾ 나아가 공동불법행위가 성립할 경우 그 효과-예컨대, 어느 불법행위자에 대한 면제는 다른 불법행위자에게 어떤 영향을 미치는가-에 관하여도 그러하다.⁴⁾

본 논문에서는 수인이 불법행위 책임을 지는 경우에 관한 영미법상의 법리를 살펴보고, 우리법의 해석론 또는 입법론을 위한 시사점을 찾아보려고 한다. 그간 영미법상의 공동불법행위에 관하여 단편적으로 소개된 바 있으나,⁵⁾ 부정확한 점도 있고, 특히 연대책임(joint and several liability)

2) 양형우, 민법의 세계(진원사, 2011), 1622쪽 참조.

3) 판례(예: 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2008다22418 판결; 대법원 2010. 10. 14. 선고, 2007다3162 판결)와 통설(예: 송덕수, 신민법강의(박영사, 2010), 1548쪽)은 이른바 ‘객관적 관련공동설’을 취하나, 김중환/김학동, 채권각론(박영사, 2006), 861쪽 이하; 박윤직/정태운, 민법주해 XIX(박영사, 2005), 159쪽, 등은 주관적 공동설을 취한다.

4) 예컨대, 판례(예: 대법원 1997. 12. 12. 선고, 96다50896 판결)와 통설(양형우, 앞의 책, 1627쪽 및 그곳에 인용된 문헌 참조)은 이른바 ‘부진정 연대채무설’에 입각하고 있으나, 통상의 연대채무라는 견해(예: 송덕수, 앞의 책, 1546; 박영규, “부진정 연대채무” 이론 비판, 민사법학 제48호(한국민사법학회, 2010), 283쪽 이하)도 있다. 참고로 판례는 공동불법행위자 1인에 의한 상계의 절대적 효력을 부인하여 오다가, 대법원 2010. 9. 16. 선고, 2008다97218 전원합의체 판결로 판례를 변경하여 그 절대적 효력을 인정하게 되었다.

5) 서헌재, “공동불법행위자”, 사법행정(한국사법행정학회, 1987. 7) 86쪽 이하, “공동불법행위자(하)”, 사법행정(한국사법행정학회, 1987. 8), 94쪽 이하; 박준서/오병철, 주석민법(한국사법행정학회, 2000), 494쪽 이하; 박윤직/정태운, 민법주해(박영사, 2005), 66쪽 이하, 75쪽 이하.

의 폐지 내지 수정에 관한 소개 등이 빠져 있다. 주지하듯이 미국의 관련법은 주마다 상이하여 개별주들의 법을 조사 연구하기는 어려우므로 그 대신 관련 리스테이트먼트(Restatement)와 주요 교과서들을 통해 연구하였다.

II. 개념

1. 수인의 불법행위자

미국의 불법행위법상 여러 사람이 동일한 손해에 관해 책임을 지는 경우, 그 여러 사람들을 가리키는 용어로 ‘joint tortfeasors’, ‘contributing tortfeasors’, ‘several tortfeasors’, ‘multiple tortfeasors’ 등이 사용되고 있다. 후 2자는 다수의 불법 행위자를 가리키는 것으로서, 이들이 반드시 연대 책임을 지는 경우를 의미하는 것은 아니다. 후술하는 바와 같이 수인이 독립적인 행위로 불법행위 책임을 지는 경우, 미국법은 그 손해가 가분적 이면 자신이 야기한 부분에 관해서만 책임을 지는 것을 원칙으로 한다.⁶⁾

그리고 ‘joint tortfeasors’는 보통 ‘공동불법행위자’라고 번역하지만,⁷⁾ 우리 민법상의 ‘공동불법행위자’와 개념의 범위가 일치하지 않는다.⁸⁾

먼저 우리법상 ‘가해자 불명의 공동불법행위(제760조 제2항)’ 내지

6) Restatement 2nd, Torts vol.4(The American Law Institute, 1979)(이하 ‘Rest. 2nd Torts v.4’라고 인용함) §881 (별개의 또는 가분적 손해) 독립하여 행위한 2인 이상이 불법행위로 별개의 손해 또는 각자의 기여분에 따라 분할을 할 수 있는 합리적 근거가 있는 하나의 손해를 야기한 경우, 각자는 전체 손해 중 자신이 야기한 부분에 대해서만 책임을 진다.

7) 예: 서헌재, 앞의 논문, 86쪽.

8) 넓은 의미의 공동불법행위 및 좁은 의미의 공동불법행위(제760조 제1항) 모두와 일치하지 않는다.

‘선택적 인과관계’의 문제는, 미국법상 다수인의 불법행위 문제로 다루어지기보다는, 인과관계의 문제로서 다루어진다. 즉 통상 사실적 인과관계의 존재에 관하여는 원고측이 증명책임(burden of proof)을 진다.⁹⁾ 그러나 일정한 2인 이상이 가해행위를 하였고 그들 중 한 사람만이 원고의 손해를 야기하였다는 사실은 증명되었으나, 그 중 누가 야기하였는지 불명한 경우¹⁰⁾에는, 예외로서 각 행위자가 자신이 야기하지 않았음을 증명해야 한다.¹¹⁾ Prosser와 Keeton은 이러한 경우를 “복수의 유책행위가 확실히 증명되어, 선택적 책임(clearly established double fault and alternative liability)”을 질 상황이라고 불렀다고 한다.¹²⁾ 이러한 예외를 인정하는 취지는 수인 중 누군가가 무고한 원고에게 손해를 가했음이 증명되었는데도, 그들의 행위 및 결과의 성질상 가해자를 특정하는 것이 불가능하다는 이유로 불법행위자들이 책임을 피할 수 있도록 한다면 정의에 반할 것이기 때문이라고 한다.¹³⁾

다음으로, ‘joint tortfeasor’라는 개념은 우리나라에서 ‘주관적 (관련)공동설’에 입각한 ‘협의의 공동불법행위자’(제760조 제1항) 개념과도 일치하지 않는다. 2인 이상이 공모하여, 즉 고의로 손해를 야기한 경우뿐만 아니라, 공동의 과실로 손해를 야기한 경우에도 ‘joint tortfeasors’로 불리기 때문이다.¹⁴⁾ 가령 A와 B가 공로에서 자동차로 속도시합(drag racing)

9) Restatement 2nd, Torts vol. 2(The American Law Institute, 1965)(이하 ‘Rest. 2nd Torts v.2’라고 인용함) §433B (1), 441쪽 이하.

10) Rest. 2nd Torts v.2, §433B, 447쪽에서는 수인이 독립하여 메추라기 사냥을 하다가 동시에 과실로 사람을 쏘았는데, 한 발이 맞은 경우(Illustration 9), A 자동차가 B 차량에 의해 들이받힌 다음, 곧 이어 B 차량이 뒤따르던 C 차량에 의해 받혀 그 충격이 A 차량에 전해졌는데, A가 이 중 어느 충격으로 목과 어깨에 상해를 입은 경우(Illustration 11)를 들고 있다.

11) Rest. 2nd Torts v.2, §433B (3), 441쪽 이하. S. L. Emanuel, *Torts*(Aspen Law & Business, 2002), 156쪽에 의하면 대부분의 법원이 이에 따른다고 한다.

12) S. L. Emanuel, 위의 책, 156쪽.

13) Rest. 2nd Torts v.2, §433B (3), Comment f, 446쪽.

14) S. L. Emanuel, 앞의 책, 416쪽.

을 하다가, A가 B를 추월하려 하자, B가 추월당하지 않으려고 가속하였고, 두 차가 나란히 달리다가 A의 차가 C의 차와 충돌하여 C가 다친 사안에서, A는 물론 B도 공동행위(acting in concert)를 한 자로서 C에 대해 연대책임(joint and several liability)을 질 수 있다고 한다.¹⁵⁾ 즉 공동행위자로서 연대책임을 지기 위해서는 결과의 발생에 관한 고의(미필적 고의 포함)가 필요한 것이 아니라, 손해 발생의 원인이 된 행위-위 사안에서는 자동차 속도시합-의 공동으로 계획(common design or plan)하고 그에 따라 행위를 하면 된다고 한다.¹⁶⁾

한편 리스테이트먼트 제2판(Rest. 2nd Torts v.4, §875 이하)에서는 ‘contributing tortfeasors’라는 개념을 사용하고 있다. 그러면서, 거기에는 피용자나 대리인의 행위에 대해 사용자나 본인이 책임을 지는 이른바 ‘대위책임(vicarious liability)’의 경우는 포함되지 않는다고 하고 있다.¹⁷⁾ 그런데, 여기에는 후술하는 바와 같이 공모한 경우나 교사, 방조한 경우, 타인에 대한 감독의무 위반의 경우뿐만 아니라, 동시에 또는 선후하여 행해진 수개의 독립행위가 ‘불가분적’ 손해(indivisible harm)를 야기할 경우 등이 모두 포함된다. 즉 개인의 행위(작위나 부작위)가 손해발생에 작용한 다양한 경우를 포괄하고 있어서 우리 판례가 말하는 ‘공동불법행위자’ 개념과 범위가 비슷하다고 생각된다. 즉 우리 판례는 수인의 독립한-즉, 공모나 공동의 인식이 없는-가해행위가 결합하여 손해를

15) Rest. 2nd Torts v.4, §876 Illustration 2, 316쪽. 같은 곳, Comment a, 317쪽에서는 그 연원이 수인이 상호 대리(mutual agency) 관계에 있었으므로 각자가 타인의 행위에 대해서도 책임을 져야한다는 초기 커먼 로에 있다고 한다. L. L. Edwards/J. S. Edwards, *Tort Law for Legal Assistants*(Thomson, 2004), 417쪽에서는 한 사람의 불법행위가 다른 사람의 불법행위를 조장(격려)하여, 양자가 결합하여 손해를 야기하게 된 것이라는 이유를 든다.

16) Rest. 2nd Torts v.4, §876 Comment b, 316쪽에 의하면 단순한 공동의 계획, 설계 또는 심지어 명시적 합의만으로는 책임을 지지 않으며, 그를 실행하는 불법적 행위가 있어야 한다고 한다.

17) Rest. 2nd Torts v.4, §875, Comment a, 314쪽.

야기한 경우에도 (협회의) ‘공동불법행위’가 성립할 수 있다고 하고,¹⁸⁾ 나아가 과실에 의한 방조에 의해서도 ‘공동불법행위’가 성립할 수 있다고 한다.¹⁹⁾ 그러나 필자는 이러한 경우에는 ‘공동불법행위’가 성립하는 것이 아니라, 별도의 불법행위 책임이 중복되는 것으로 보아야 한다고 생각한다.²⁰⁾ 이러한 견해 내지 용어법(terminology)에 의하면 ‘joint tortfeasors’나 ‘contributing tortfeasors’를 ‘공동불법행위자’로 번역하는 것은 곤란할 것으로 보인다. 이들이 불가분 손해를 야기한 경우 연대책임을 지는 것에 착안하여 ‘연대(책임을 지는) 불법행위자들’이라고 부를 수도 있지만, 후술하는 바와 같이 오늘날은 독립적 불법행위가 경합한 경우 연대책임이 폐지 내지 수정되고 있는 경향이므로, 그것도 적절치 않다. 그렇다면, ‘multiple or several tortfeasor’와 마찬가지로 단순히 ‘수인의 불법행위자’로 이해하는 것이 나을 것으로 생각된다.²¹⁾

18) 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2006다78329 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2009다 1313 판결 등.

19) 대법원 2010. 2. 11. 선고, 2009다80026 판결 등.

20) 박윤직/정태윤, 앞의 책, 158쪽 이하에서는 주관적 공동이 없는 수인이 불법행위 책임을 지는 경우를 ‘경합불법행위’라 하고, 넓은 의미의—즉, 제760조를 넘어서는—공동불법행위의 한 유형으로 분류하고, 이 책임은 제750조에 의해 규율된다고 한다. 필자는 독립행위가 경합한 경우는 우리 민법상 ‘공동불법행위’에 속하지 않으며, 수인이 각자—제750조에 터잡은 것이든, 제758조 또는 특별법에 터잡은 것이든—전 손해에 대해 책임을 지지만, 중복배상은 허용되지 않을 경우로서, 각 책임 근거 규정과 제413조에 의해 연대채무가 성립하는 것으로 본다. 과실로 타인의 불법행위를 용이하게 한 자도 제760조 제3항에 따라서가 아니라, 제750조 등에 따라 책임을 진다고 하면 충분하다. 수인이 결과적으로 연대채무를 진다고 하여 이들을 공동불법행위자라고 할 필요가 없음은, 피용자와 사용자의 책임의 관계에서 알 수 있다.

21) J. W. Glannon, *The Law of Torts*(Aspen Publishers Wolters Kluwer Law & Business, 2005), 439쪽 이하에서는 수인이 공동행위를 한 ‘진정한(true)’ joint tortfeasor가 아닌 경우에도 joint tortfeasor라는 용어가 사용되므로, 이 용어는 ‘엄밀하지 않은 표현(loose language)’이며, 단지 불가분적 손해발생에 기여하여 연대책임을 지게 된 피고들을 의미한다고 한다.

2. 연대책임과 분할책임

영미 불법행위법상 수인이 책임을 지는 경우, 그 책임의 유형은 크게 두 가지로 나누어진다. 하나는 각자가 손해 전부에 관해 책임을 지되, 피해자는 누구로부터든 한 차례만 배상을 받을 수 있는 경우이며, 이를 ‘joint and several liability’라고 한다.²²⁾ 후술하는 바와 같이 세부적으로는 우리의 연대채무와 다른 점이 있지만, 위 점에 있어서는 같으므로(제413조), 일단 ‘연대채무(또는 연대책임)’라고 부를 수 있을 것이다. 다른 하나는, 각자가 손해 중 자신의 몫(기여분)에 상응하는 책임을 지는 경우이며, 이를 ‘several liability’라고 한다.²³⁾ 이는 우리의 분할채무에 해당하므로 ‘분할채무(또는 분할책임)’이라고 부를 수 있을 것이다.

3. 가분손해와 불가분손해

그런데, 영미 불법행위법상 연대책임의 근거는 전통적으로 수인의 불법행위자 상호간에 공모 등 주관적 관련성이 있다는 데서가 아니라, 발생한 손해가 불가분이라는 데서 찾는다.²⁴⁾ 즉 리스테이트먼트 제2판

22) Restatement 3rd Torts(Apportionment of Liability)(The American Law Institute, 2000)(이하 ‘Rest. 3rd Torts(Apport.)’라고 인용함), §10, 99쪽 이하; D. B. Dobbs, *The Law of Torts*(West Group, 2000), 1078쪽; S. L. Emanuel, 앞의 책, 189쪽.

23) Rest. 3rd Torts(Apport.), §11, 108쪽 이하에서는 ‘several liability’을 지는 피고는 자신에게 할당된 비율에 대해서만 책임을 지며, 어느 피고의 무자력 위험(burden of insolvency)은 원고가 지게 되고, 피고들의 책임이 중첩(overlapping liability)되지 않으므로, 구상청구권(contribution claim)은 발생하지 않는다고 한다.

24) 다만, 수인이 공동으로 한(acting in concert) 불법행위의 경우에는 손해가 가분이다 라도 각자 손해 전부에 관해 배상책임을 진다고 한다. S. L. Emanuel, 앞의 책, 190쪽. Rest. 3rd Torts(Apport.), §15, 도 공동의 행위(concerted activity)로 인해 수인이 책임을 질 경우에는 모든 행위자가-손해의 불가분성 여부를 언급하지 않고-연대채무를 진다고 한다. D. B. Dobbs, 앞의 책, 1077쪽에서도 가분 손해의 경우 책임을 분할하지 않는 예외로서 공동행위(concerted action)와 대위책임(vicarious

(Rest. 2nd Torts v.4)는 수인이 지는 불법행위책임에 관한 제44장 (Contributing Tortfeasors)의 첫 규정 §875 (Contributing Tortfeasors-General Rule)에서 ‘수인 중 각자의 불법행위가 피해자가 입은 하나의 불가분적 손해(a single and indivisible harm)와 법적 인과관계가 있는 경우에는, 각자가 피해자에게 손해 전부에 대한 책임을 진다’고 한다.

손해가 하나인가 여럿인가, 가분인가 불가분인가에 관한 전통적인 기준은 리스테이트먼트 제2판(Rest. 2nd Torts v.2) §433A에서 찾아볼 수 있다. 이 규정은 둘 이상의 원인으로 발생한 손해가 ① 별개의 손해(distinct harms)이거나, ② 각 원인의 기여도를 산정할 합리적인 근거가 있으면 손해를 각 원인에 할당(apportionment)하며,²⁵⁾ ③ 그 밖의 경우에는 할당할 수 없다고 한다. ①에 해당하는 예로는 2명의 피고가 독립하여 원고에게 충을 쏘서 한 사람은 팔을, 다른 사람은 다리를 맞힌 경우나 2명의 피고가 시간적으로 선후하여 같은 공장을 운영하면서 강물을 오염시킨 경우 이른바 ‘선후의 손해(successive injuries)’를 든다.²⁶⁾ ②에 속하는 예로는 여러 사람의 소떼가 원고의 토지를 침범하여 농작물을 훼손한 경우나 수인의 독립된 피고들이 강물을 오염시켜 원고의 물이용을 방해한 경우 이른바 ‘사적 생활방해(private nuisance)’ 등을 든다.²⁷⁾ 한편 이러한 할당은 수개의 원인 중 하나가 천재지변과 같은 무책적 원인(innocent

liability)의 경우를 들고 있다.

25) Rest. 2nd Torts v.4, §881, 326쪽도, 이를 이어받아 독립적으로 행위한(acting independently) 수인이 이러한 별개의 또는 가분적 손해(distinct or divisible harms)를 야기한 경우, 각자가 야기한 비율의 손해에 대해서만 책임을 진다고 한다.

26) Rest. 2nd Torts v.2, §433A, Comment b, 435쪽. 같은 책, Illustration 2, 436쪽에서는 A가 운전 부주의로 차로 B를 치어 구개골 골절을 입혀 도로에 의식을 잃고 쓰러지게 하였는데, 그 직후 C가 운전 부주의로 다시 B를 치어 다리를 골절시킨 경우에 관하여, A는 양 골절에 따르는 손해에 대해 책임을 지지만, C는 다리 골절에 따르는 손해에 대해서만 책임을 진다고 한다.

27) Rest. 2nd Torts v.2, §433A, Comment d, 436쪽. Farley v. Crystal Coal & Coke Co., 102 S.E. 263(W. Va. 1920)(S. L. Emanuel, 앞의 책, 193쪽에서 재인용)

causes)이거나, 피해자인 원고가 제공한 원인인 경우— 이른바 ‘contributory negligence’—에도 이루어진다고 한다.²⁸⁾ ③에 해당하는 전형적인 경우에는 2명의 운전자가 부주의로 충돌하여 한 행인을 사망케 한 경우를 들고, 두 운전자가 공동으로(in concert) 행위 하지 않았고, 각자가 지는 의무는 별개의 것으로서 성질이나 범위가 다를 수 있지만, 각자가 전 손해에 대해 책임을 지는 이유는 각자가 하나의 결과(single result)를 초래하였고, 분할할 합리적인 기준(토대)이 없기 때문이라고 한다.²⁹⁾

그런데, 이러한 전통적인 기준은 리스테이트먼트 제3판(Rest. 3rd Torts(Apport.)), §26에 의해 수정되었다.³⁰⁾ 그리하여 불가분적 손해라도 그것을 인과관계에 의해 분할할 수 있으면,³¹⁾ 사실심리자(factfinder)(사실문제를 심리, 판단하는 법관 또는 배심원)가 불가분적 구성요소(indivisible component parts)로 나누어 손해를 각 요소에 할당하도록 한다.³²⁾ 그리고 손해를 인과관계에 의해 나눌 수 있는 경우로는, 사실심리자가 합리적 근거를 가지고 ① 유책행위를 한 사람 또는 일부의 책임이 있는 사람이 원고가 배상받고자 하는 손해 중 전부에 미치지 못하는 법적 원인을 제공한 사실 또는 ② 그 행위로 인해 따로따로 발생한 손해의 액을 결정할 수 있는 경우를 들고 있다.

28) Rest. 2nd Torts v.2, §433A, Comment e, f, 437쪽 이하. 참고로 Rest. 3rd Torts(Apport.), §7 (65쪽)은 원고의 손해가 불가분인 경우에도 원고에게 과실이 있으면 그 정도의 비율만큼 배상액이 감액된다고 한다.

29) Rest. 2nd Torts v.2, §433A, Comment i, 439쪽 이하. 그 밖에 (수개의 원인에 의한) 하나의 다리 골절, 하나의 상처, 집의 소훼, 바지선의 침몰 등의 예를 든다.

30) 이하 설명과 사례는 Rest. 3rd Torts(Apport.), §26, 320쪽 이하에서 인용하였음.

31) 손해의 가분성 여부는 사실문제(a question of fact)로서, 가분적이라고 주장하는 사람이 증명책임(burden of proof)을 진다고 한다. Rest. 3rd Torts(Apport.), §26, Comment h, 324쪽.

32) 그 이유(rationale)는 그것이 인과관계와 비교책임에 관한 기본 정책에 이바지하기 때문이라고 한다. 즉 각자 자신이 야기하지 않은 손해에 대해 책임을 지지 않도록 하고, 개인의 상대적 책임 몫(comparative share of responsibility)에 따라 책임을 할당하게 된다는 것이다. Rest. 3rd Torts(Apport.), §26, Comment d, 323쪽.

그리고 그러한 예로서 다음과 같은 사실관계를 든다. A가 과실로 자기 자동차를 위험한 장소에 주차하였는데, B가 부주의하게 운전하다 자기 자동차로 A의 자동차를 들이받아 손해를 가하였다. B가 사고로 인한 손해를 살펴보기 위해 도로에 서 있다가, C에 의해 치어 상해를 입었다. B는 A와 C를 상대로 상해와 재산상의 손해³³⁾를 이유로 제소하였다. B의 과실 있는 운전과 A의 과실 있는 주차가 B의 자동차에 손해를 발생시켰다. 그리고 A의 과실 있는 주차, B의 과실 있는 운전, B가 과실로 도로에 서 있던 사실, C의 과실 있는 운전이 B의 상해를 야기하였다. 사실심리자는 B의 자동차와 B의 신체에 대한 손해액을 별도로 산정한다. 사실심리자는 B의 자동차 손해에 관하여는 A의 주차와 B의 운전을 고려하여 A와 B에게 각각 백분율에 따른 책임(separate percentages of responsibility)을 할당한다. A와 B의 백분율은 합하여 100이 된다. 사실심리자는 B의 상해에 관하여는 A의 주차, B가 도로에 서 있던 사실 및 C의 운전을 고려하여 A, B와 C에게 각각 백분율에 따른 책임을 할당한다. A, B 및 C의 백분율의 합은 100이 된다. 법원은 각 당사자가 각 손해 부분(요소)(each component injury)에 대해 지는 책임을 합하여 A, B 및 C의 책임을 정하게 된다. 사실심리자가 B의 자동차 손해가 1천 달러였고, B의 상해로 인한 손해가 1만 달러였다고 인정하였다고 하자. 그리고 B의 자동차 손해에 관해 사실심리자가 A에게 70%의 책임을, B에게 30%의 책임을 할당했다고 하자. 한편 B의 상해에 관하여는 사실심리자가 A에게 20%의 책임을, B에게 40%의 책임을, 그리고 C에게 40%의 책임을 할당했다고 하자. A는 B에게 2,700 달러의 책임을 지는데, 이는 B의 자동차에 대한 배상액 700달러(1천 달러 x 0.7)에 B의 상해에 대한 배상액 2천 달러(1만 달러 x 0.2)를 더한 것이다. C는 B의 상해에

33) 설례에는 B가 A의 자동차를 들이 받아, A의 자동차를 손상시킨 것으로 되어 있는데, 아마 B의 자동차도 이때 손상을 입었고, B가 자신의 자동차에 발생한 손해에 관해 A를 제소한 것으로 보인다.

대해 4천 달러(1만 달러 x 0.4)의 책임을 진다.

B의 A 및 C에 대한 손해배상청구에 있어서 B의 과실을 고려하는 것은, 비교과실(comparative negligence)의 법리에 따라 인정되어 오던 것이다. 그런데 B의 상해에 대한 A와 C의 책임을 분할하는 것은, 상해를 일반적으로 불가분적 손해로 보고,³⁴⁾ 불가분적 손해가 발생하면 동시 또는 순차의 독립적 불법행위로 인한 경우라도 연대책임을 지도록 하였던 전통적 입장³⁵⁾과 크게 달라진 것이다. 이에 관하여는 후술한다.

Ⅲ. 수인의 불법행위 책임

상술한 바와 같이 수인이 동일한 손해에 대해 책임을 지는 경우에, 전통적으로는 그 손해가 불가분적이면, 수인이 연대책임을 졌다. 그런데 후술하는 바와 같이 최근에 연대책임 제도가 수정되면서, 불가분적 손해에 대해서도 독립적 불법행위자들(independent tortfeasors)이 분할책임을 질 수도 있게 되었다. 본고에서는 일단 법발전의 순서에 따라 리스테이트먼트 제2판³⁶⁾에 나타난 것을 중심으로, ‘전통적’인 책임원리를 살펴보고, 리스테이트먼트 제3판 불법행위(책임의 할당)³⁷⁾에 나타난 연대책임 제도의 수정된 모습을 살펴본다.

34) Rest. 2nd Torts v.2, §433A, Comment i, 439쪽. S. L. Emanuel, 앞의 책, 195쪽.

35) Rest. 2nd Torts v.4, §879, 324쪽: (동시 또는 순차의 독립 행위(Concurring or Consecutive Independent Acts)) ‘수인 중 각자의 행위와 분할할 수 없는 손해 간에 법적 인과관계가 있으면, 그들의 행위가 동시 또는 순차적으로 행해졌는지와 관계없이, 각자 전 손해에 대해 책임을 진다(If the tortious conduct of each of two or more persons is a legal cause of harm that cannot be apportioned, each is subject to liability for the entire harm, irrespective of wheher their conduct is concurring or consecutive).’

36) Rest. 2nd Torts v.4, §875 이하, 314쪽 이하.

37) Rest. 3rd Torts(Apport.), §10 이하, 98쪽 이하.

1. 전통적으로 연대책임을 지는 경우

1.1 수인이 각각의 행위로 법적 인과관계 있는 단일 불가분의 손해를 발생시킨 때

리스테이트먼트 제2판(Rest. 2nd Torts v.4), §875, 314쪽에서는 이것을 수인이 하나의 손해에 대해 불법행위 책임을 지는 경우에 관한 일반원칙(general rule)으로 정하고 있다. 다만, 피용자나 대리인의 불법행위에 대해 사용자나 본인이 지는 책임(이른바 ‘대위책임(vicarious liability)’ 및 공동 영업(joint enterprise for profit)에 관여하는 자들이 조합(partnership)이나 대리(agency)의 법리에 따라 지는 책임은 여기에서 제외시키고 있다.³⁸⁾ 그에 반해 손해가 부분적으로는 불법행위로 인해, 부분적으로는 자연력(a natural force)에 의해 야기된 경우에도 불가분 손해의 경우 피해자는 불법행위자로부터 전 손해를 배상받을 수 있다고 한다.³⁹⁾

1.2 수인이 공동행위를 한 경우

다음으로 Rest. 2nd Torts v.4, §876은 타인이 제3자에 대해 한 불법행위에 대해, 그 타인 외의 자가 책임을 지는 경우로서, 공동행위자(Persons Acting in Concert)라는 제목 하에 다음 세 가지 경우를 들고 있다.

(a) 타인과 공동으로(in concert) 또는 그와 공동의 계획(설계)(common design)에 따라 행위한 경우,

(b) 타인의 행위가 의무에 위반한 것임을 알면서, 타인에게 실질적 원조(substantial assistance)를 하거나 격려(encouragement)를 하여 행위하도록 한 경우,

38) Rest. 2nd Torts v.4, §875 Comment a, 314쪽.

39) Rest. 2nd Torts v.4, §875 Comment c, 315쪽.

(c) 타인이 불법적 결과를 달성하는데 실질적 원조를 하고, 자신의 행위도 따로 관찰했을 때 제3자(피해자)에 대한 의무위반에 해당하는 경우.

이에 해당하는 경우에는 그 타인 외에 공동행위자도 발생한 전 손해에 대해 연대책임을 지게 된다. (a) 유형에 해당하기 위해 묵시적 합의도 충분하다. 그렇지만 수인이 공모하여 강도를 한 경우뿐만 아니라, 상술한 바와 같이 자동차 속도경주를 같이 하다가 1인이 일으킨 사고에 대해 다른 경주자도 공동행위자로서 책임을 지게 된다.⁴⁰⁾ (b) 유형의 책임은 교사나 방조-조언(advice) 또는 격려-에 따르는 책임인데, 타인의 고의 행위를 원조한 경우뿐만 아니라 과실행위를 원조한 경우에도 해당한다고 한다.⁴¹⁾ 다만, 원조가 경미하거나, 원조를 받은 행위자의 행위 중 원조자가 예견할 수 없었던(not foreseeable) 것에 대해서는 책임이 없다고 한다.⁴²⁾ (c) 유형은 행위자의 행위가 타인의 행위에 실질적 도움을 주어, 이들의 행위가 결합하여 제3자에게 손해를 야기한 경우, 행위자가 이로써 제3자에 대한 의무를 위반하였다면, 자신이나 타인의 행위가 불법행위임을 알았는지 여부와 관계없이, 양자의 결합된 행위가 초래한 결과에 대해 책임을 지도록 하기 위한 것이라고 한다.⁴³⁾

40) 따라서 결과에 대한 공동의 고의(모의)가 필요하지 않으며, 손해를 일으킨 행위를 공동으로 하기로 한 것으로 충분하게 된다.

41) Rest. 2nd Torts v.4, §876, Illustration 6, 318쪽에서는 그러한 예로 다음 사안들 들고 있다. A와 B는 사냥모임의 구성원들인데, 함께 있는 곳에서 각자 포로 건너편 동물을 향해 총을 쏘다. A는 동물을 맞췄는데, B의 총알은 도로상의 행인 C에 맞았다. 이 경우 A도 C에게 책임을 진다고 한다. 필자의 판단으로는 이 사례에서는 원조에 따르는 책임이 아니라, 공동행위에 따르는 책임이 문제되는 것으로 보인다.

42) Rest. 2nd Torts v.4, §876, Comment d, 317쪽. 같은 곳, Illustration 11에서는 후자의 예로 다음 사안을 들고 있다. A는 B가 C의 토지에 들어가 자기 소떼를 잡아 오는 데 사용할 철사줄단기를 제공했는데, A는 B에게 C의 토지에 들어갈 권리가 없음을 알고 있었다. B는 C의 토지에 침입(trespass)하는 과정에서 C의 집에 불을 질렀다. 이 경우 A는 그 집의 파손에 대해서는 책임을 지지 않는다고 한다.

43) Rest. 2nd Torts v.4, §876, Comment e, 318쪽 이하에서는 그러한 예로, 수인의 경계침범자들이 공동으로 짧은 도랑을 한 경우를 들고, 이 경우 각자가 경계침범

1.3 타인의 행위를 지시 또는 허용한 경우

다음으로 Rest. 2nd Torts v.4, §877은 타인이 불법행위로 제3자에게 가한 손해에 대해 책임을 져야하는 경우로서 5가지 경우를 들고 있다.

(a) 그 타인의 행위를 자신이 했다면, 그 행위가 불법행위가 되도록 하는 사정을 알았거나 알 수 있었는데, 그 행위를 지시하거나(order) 유도한(induce) 경우,

(b) 타인의 도움을 받아 행위를 하였는데, 그 타인을 고용함에 있어서 과실이 있는 경우,

(c) 타인이 불법행위를 하고 있거나 장차 하리라는 것을 알았거나 알 수 있었던 자가, 그 타인에게 자신의 구내(premises)에서 행위 하거나 자신의 도구(instrumentalities)를 이용하여 행위 하는 것을 허용한 경우,

(d) 통제받지 않으면 손해를 가할 우려가 있는 타인을 통제하거나, 통제할 주의의무가 있는 자가, 통제함에 있어서 주의를 게을리 한 경우,

(e) 제3자를 보호하거나 보호를 위해 주의가 기울여지도록 할 의무가 있는 자가, 이 의무의 이행을 타인에게 위탁하였는데, 그 타인이 의무를 이행하지 않아서 손해를 야기하거나 회피하지 못한 경우.

(a)는 타인을 이용하여 불법행위를 한 것으로 보아 책임을 지우는 것이며, 지시 등을 한 자가 타인의 행위의 결과를 의욕 하였고 지시나 유도가 결과발생에 기여한 요소(contributing factor)였다면, 사용된 불법적 수단이 원래 생각했던 것과 다르더라도 책임을 지게 된다고 한다.⁴⁴⁾

(b)에 해당하는 사례로는 사용자가 영업을 하면서 과실로 자격(능력)이 없거나 위험한 피용자를 고용한 경우 또는 피용자에게 지시를 하지 아니한 과실이 있는 경우를 든다.⁴⁵⁾ (c)는 피용자가 고용의 범위를 넘어서서

사실을 몰랐다 하더라도, 각자는 그 도량으로 인해 발생한 모든 손해에 대해 책임을 진다고 한다.

44) Rest. 2nd Torts v.4, §877, Comment a, 321쪽.

45) Rest. 2nd Torts v.4, §877, Comment c, 321쪽. 이 경우는 피용자의 행위에 대해

사용자의 토지상에서 또는 사용자의 동산을 이용하여 불법행위를 한 경우, 또는 피용자 아닌 자가 소유자의 허락을 받아 소유자의 토지나 동산을 이용하여 불법행위를 한 경우, 그 불법행위에 관해 알았거나 알 수 있었다면 책임을 지도록 하기 위한 것이다.⁴⁶⁾ (d)에 해당하는 사람들로는, 심신상실자(an insane) 그 밖의 위험한 사람을 자발적으로 보호하는 사람, 탈출하면 손해를 가하리라는 것을 알 수 있었던 죄수나 그밖의 사람을 감호(custody)하고 있거나 통제할 의무를 진 교도관 또는 공무원, 위험한 성벽을 나타내는 미성년의 자녀를 가진 부모 등을 든다.⁴⁷⁾ (e)에 해당하는 사례로는 Rest. 2nd Torts v.2, §§416-429에 규정된 수급인의 과실에 대한 도급인의 책임을 드는데,⁴⁸⁾ 그 중 §416 (특별한 예방조치가 없으면 위험한 일)에 속하는 사례로는 다음과 같은 것이 있다.⁴⁹⁾ A가 수급인 B에게 공로에 인접한 땅에 건축을 하도록 했다. 계약상 모든 건축 일은 B에게 맡겨졌고, 축조에 필요한 굴착지 둘레에 충분한 담장을 설치하도록 하는 조항이 있었다. 또한 이 일에서 발생한 손해에 대한 모든 책임은 수급인이 지도록 하는 조항도 있었다. B는 굴착을 하고도 담장을 설치하지 않았다. 그 결과 밤에 공로를 따라 걷던 C가 바닥으로 떨어져 다쳤다. 이 경우 A는 C에 대해 책임을 진다고 한다.

1.4 공동의 의무를 지는 경우

이어서 Rest. 2nd Torts v.4, §878에서는 2인 이상이 공동의 의무(common duty)를 지고, 그 불이행이 불법행위가 되는 경우에는, 각자가 그 의무 불이행으로부터 발생하는 전 손해에 대해 책임을 진다고 규정하

사용자가 과실 없이 순전히 대위책임(vicarious liability)을 지는 경우와는 다르다.

46) Rest. 2nd Torts v.4, §877, Comment d, 322쪽.

47) Rest. 2nd Torts v.4, §877, Comment e, 322쪽.

48) Rest. 2nd Torts v.4, §877, Comment f, 322쪽.

49) Rest. 2nd Torts v.2, §416, Illustration 1, 396쪽.

고 있다. 공동의 의무를 지는 자들로는 조합원들(partners), 유체물의 공유자들 또는 건물의 공동임차인들을 들 수 있다.⁵⁰⁾ 가령 A와 B가 건물의 공유자로서, A의 지분이 1/6, B의 지분은 5/6인데, B가 건물을 관리하기로 약정하였다. B가 과실로 건물을 보수하지 못하여 도로를 지나가고 있던 C에게 건물이 쓰러졌다. A와 B 각자는 C에 대해 전 손해에 관해 책임을 진다고 한다.

1.5 동시 또는 순차로 행해진 수개의 독립행위로 불가분적 손해가 발생한 경우

한편 Rest. 2nd Torts v.4, §879는, 2인 이상의 사람 각자가 독립적으로 행한 불법행위가 분할(할당)할 수 없는 손해와 법적 인과관계가 있는 경우에, 각자는 전 손해에 관해 책임을 지며,⁵¹⁾ 이때 이들의 행위가 동시에 행해진 것인가, 순차로 행해진 것인가는 관계가 없다고 규정한다. 가령 A와 B가 과실로 충돌하여 사고 현장 부근에 있던 C에게 손해를 가한 경우, C는 A 또는 B, 또는 양자 모두를 상대로 손해 전액에 관한 판결을 받을 수 있다.⁵²⁾ 또한 A가 과실로 B를 도로에 쓰러지게 하였는데, 이로 인하여 중대한 손해를 입지는 않았으나, B가 일어나기 전에 D의 피용자인 C가 과실로 B를 치어 중상해를 입혔다면, B는 A, C 및 D를 상대로 손해 전액에 관해 판결을 받을 수 있다.⁵³⁾

그 근거로는 어떤 사람의 행위가 손해 결과에 대해 법적 원인이면, 다른 사람의 불법행위가 같은 결과 발생에 기여하였다는 이유로 면책되

50) Rest. 2nd Torts v.4, §878, Comment a, 323쪽.

51) 이에 반해 별개의 손해 또는 각자의 기여분에 따라 분할할 수 있는 합리적 근거가 있는 경우에는, 전체 손해 중 각자가 야기한 부분에 대해서만 책임을 진다. Rest. 2nd Torts v.4, §881, 326쪽.

52) Rest. 2nd Torts v.4, §879, Illustration 1, 325쪽.

53) Rest. 2nd Torts v.4, §879, Illustration 2, 325쪽.

거나 책임이 감경되지 않는다는 것을 든다.⁵⁴⁾ 이때 한 사람에게 주된 잘못이 있거나, 다른 사람이 배상을 한 후 그에게 상환(전액 구상)(indemnity)⁵⁵⁾을 청구할 권리가 있더라도 마찬가지이며, 한 사람의 행위에는 중대한 위법성이 있고, 다른 사람의 행위에는 단지 과실이 있거나 비난가능성이 없는(blameless) 경우에도 마찬가지라고 한다. 또한 한 사람은 커먼 로상의 책임을, 다른 사람은 법령상의 책임을 지는 경우에도 위 법리가 적용된다고 한다.

다만 A가 과실로 B에게 입힌 손해가 이어서 C의 과실에 의해 악화된 경우, A는 전 손해에 대해 책임을 지지만, C는 A가 야기한 손해에 대해서는 책임을 지지 않고, 악화된 부분에 대해서만 책임을 지므로, 악화된 부분에 관하여만 A와 C의 연대책임이 성립할 수 있다고 한다.⁵⁶⁾

2. 연대책임의 수정

위와 같이 폭넓게 연대책임이 인정된 것은 피해자를 배려한 결과이다. 즉 수인에게 연대책임을 인정함으로써 피해자는 추심이 용이한 어느 가해자로부터 전액의 배상을 받을 수 있을 뿐만 아니라, 무엇보다도 어느 가해자의 무자력(insolvency)의 위험을 피해자가 아니라 나머지 가해자들이 지게 된다.⁵⁷⁾

54) Rest, 2nd Torts v.4, §879, Comment a, 324쪽.

55) 이에 관하여는 후술한다.

56) Rest, 2nd Torts v.4, §879, Comment b와 Illustration 3, 324쪽 이하. S. L. Emanuel, 앞의 책, 194쪽. 우리 판례가 교통사고 피해자가 병원에서 수술을 받다 의료과실로 사망한 사건에서, 교통사고 가해자와 병원측이 공동불법행위자로서 책임을 진다고 한 것(대법원 1997. 8. 29. 선고, 96다46903 판결)과 유사하다. 필자의 판단으로는 의료과실이 없었다면 교통사고로 인한 상해를 치유할 수 있었다고 인정되면, 병원측도 교통사고로 인한 손해에 대해 책임을 져야 할 수 있다.

57) S. L. Emanuel, 앞의 책, 190쪽에서는 이 점을 전통적 연대책임 원칙의 ‘가장 큰 효과(the biggest effect)’라고 한다.

그런데 주로 1980년대에 이러한 연대책임 제도는 비판에 직면하게 된다. 이론적으로는 ‘기여과실(contributory negligence)’로부터 ‘비교과실(comparative negligence)’에 따른 영향이 있었다. 전자는 피해자에게 귀책 사유가 있으면 손해배상을 청구하지 못하게 하는 것이었음에 반해, 후자는—우리의 과실상계(제396조, 제763조)에 있어서와 같이—피해자와 가해자의 귀책 정도를 비교하여 그 정도에 따라 책임을 지게 하는 것이다.⁵⁸⁾ 특히 비교과실에 있어서는 손해가 불가분이더라도, 피해자의 과실 정도의 비율만큼 배상액을 감액하는 것이 원칙이다.⁵⁹⁾ 이에 따라 가해자들 상호간의 관계에서도—나아가, 손해가 불가분이더라도—귀책 정도에 따라 책임을 분담하는 것이 위 취지와 부합한다고 생각하게 된 것이다.⁶⁰⁾ 이러한 관점에서는 연대책임을 통해 기여정도가 미미한 가해자에게도 전 손해에 대한 배상책임을 지도록 한 것은 불합리하다고 여겨질 수 있다.⁶¹⁾ 또한 종래의 연대책임에서는 수인의 가해행위자들 중 1인에게 면책사유가 있더라도, 다른 가해자의 책임은 영향을 받지 않도록 하였다.⁶²⁾ 이에 대하여도 법이 어떤 의미에서 인정하는 행위로 인한 불이익 부분까지 다른 가해자에게 부담지우는 것은 부당하다(unfair)는 비판도 있었다.⁶³⁾

이에 따라 많은 주들이 전통적인 연대책임을 폐지 또는 변경하게 되었다. 일부 주는 순수한 연대책임 원칙을 유지하였지만,⁶⁴⁾ 특히 독립행

58) S. L. Emanuel, 위의 책, 190쪽, 각주 1. Rest. 3rd Torts(Apport.), §7 Comment a, 66쪽.

59) Rest. 3rd Torts(Apport.), §7, 65쪽.

60) S. L. Emanuel, 앞의 책, 190쪽. 그러나 D. B. Dobbs, 앞의 책, 1086쪽에서는 많은 가해자들이 있을 경우 어느 가해자의 상대적 귀책(comparative fault)은 적을 수 있지만, 그의 귀책 정도(degree of fault)는 클 수 있으므로, 비교과실 이론에 따른다고 하여 반드시 연대책임을 폐지해야 하는 것은 아니라고 한다.

61) L. L. Edwards/J. S. Edwards, 앞의 책, 417쪽 이하에서는 자력 있는 기업을 희생양으로 삼아 제소하는 불합리한 측면을 사례를 통해 지적하고 있다.

62) Rest. 2nd Torts v.4, §880, 325쪽.

63) D. B. Dobbs, 앞의 책, 1086쪽, 각주 1 참조.

위가 병존하는 경우에 관하여는 연대책임을 수정 내지 폐지하는 것이 분명한 경향(clear trend)이며, 그 모습은 후술하는 바와 같이 4가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.⁶⁵⁾

2.1 연대책임이 존속되는 경우

먼저, Rest. 3rd Torts(Apport.)에 나타나 있는바 연대책임이 적용되는 경우들은 다음 경우로 한정되어 있다.

2.1.1 고의의 불법행위로 불가분적 손해를 야기한 경우

먼저 Rest. 3rd Torts(Apport.), §12(110쪽)는 ‘고의의 불법행위자들(Intentional Tortfeasors)’이라는 제목 하에 ‘고의를 요건으로 하는 불법행위를 한 자는 그 불법행위와 법적 인과관계 있는 불가분의 손해에 대해 연대책임을 진다’고 한다. 이 점에 있어서는 후술하는 바와 같이 연대책임을 폐지하거나 수정한 주의 법은 전복되는(override) 결과가 된다(Comment a, 110면). 여기에서의 고의에는 중과실(gross negligence), 무모함(recklessness) 등은 포함되지 않으며, 기술적으로 고의에 해당하더라도 그 귀책성(culpability)이 매우 작은 경우 법원이 이 규정의 적용을 배제할 수 있다고 한다(Comment b, 110쪽).

이에 해당하는 구체적인 사례로는 다음 사안을 들고 있다. A가 B가 투숙한 호텔방문을 부수고 B를 강간한다. 호텔 경영자 C도 안전조치를 취하지 않은 과실이 있어서 강간에 대해 책임이 인정되었다. 사실 심리자는 C에게 20%의 책임을, A에게 80%의 책임을 할당하였다. A는

64) Rest. 3rd Torts(Apport.), §17, Reporter's Note, 149쪽에 의하면, 그 책 출판 당시 순수한 연대책임을 채택한 주는 15개주였다고 한다. S. L. Emanuel, 앞의 책, 190쪽.

65) Rest. 3rd Torts(Apport.), §17, 151쪽 이하에는 당시 각 주들의 현황을 표로 정리해서 보여주고 있다.

위 조항에 따라 모든 손해에 대해 연대책임을 지게 된다(Illustration 1, 111쪽).⁶⁶⁾

2.1.2 타인의 불법행위에 대해 대위책임을 지는 경우

Rest. 3rd Torts(Apport.), §13(113쪽)은 ““대위책임(Vicarious Liability)’이라는 제목 하에 타인의 불법행위에 터 잡아 대위책임을 지는 자는 그 타인에게 할당된 책임의 몫(비율)(share of comparative responsibility) 전부에 대해 책임을 지며, 이는 불가분적 손해를 독립적 불법행위자들이 야기한 경우 원칙적으로 연대책임을 지든 분할책임을 지든 관계가 없다”고 한다. 이는 스스로의 가해행위 없이 피용자나 운전자가 불법행위로 야기한 손해에 대해 사용자 또는 소유자로서 책임을 지게 되는 경우에 관한 것이다(Comment a, 113쪽 이하).

이에 해당하는 구체적으로는 다음 사례를 들고 있다. 하나의 불가분적 손해를 야기한 독립적 불법행위자들에게 분할책임을 인정하는 주에서, A가 B, C 및 D를 상대로 제소를 하였다. C는 B의 사용자로서, C의 책임의 근거는 오로지 B의 과실행위에 대한 대위책임이다. 사실심리자는 일체로 다루어지는 B와 C에게 40%의 책임을, D,에게 60%의 책임을 할당하였다. 이 경우 B와 C는 A의 손해 중 40%까지 책임을 지며(다만 A는 양자로부터 손해 중 총 40%만을 배상받을 수 있음), C가 분할책임을 지는 손해의 60%에 대해서는 책임을 지지 않는다고 한다.⁶⁷⁾

66) 위에서 본 바와 같이 Rest. 2nd Torts v.4, §875가 수인이 불가분적 손해를 야기한 경우, 고의를 묻지 않고 연대책임을 진다고 했던 것과 비교해 보면, 변화가 큼을 알 수 있다.

67) 이 사례에서는 사용자인 C가 피용자인 B의 책임에 관하여 전적으로 책임을 지며, 비록 분할책임 원칙을 택한 주에서 있어도 양자간에 책임을 분할하지 않는다는 점이 중요하다.

2.1.3 고의의 불법행위를 당할 특별한 위험으로부터 피해자를 보호할 의무를 이행하지 못한 경우

다음으로 Rest. 3rd Torts(Apport.), §14(117쪽)는 ‘고의의 불법행위의 특별한 위험으로부터 원고를 보호하지 못한 데 대해 책임이 있는 불법행위자들(Tortfeasors Liable for Failure to Protect the Plaintiff from the Specific Risk of an Intentional Tort)’이라는 제목 하에 ‘고의의 불법행위의 특별한 위험으로부터 타인을 보호하지 못한 것을 근거로 책임을 지는 사람은, 고의의 불법행위자에게 할당된 책임의 몫과 자신에게 할당된 책임의 몫을 합한 전체에 관해 연대책임을 진다’고 한다. 직접 가해행위를 한 자의 행위가 고의 행위인지를 묻지 않고, 수인의 과실행위가 작용한 여러 경우에 연대책임을 지도록 하였던, Rest. 2nd Torts v.4, §877과 비교해 보면 그 범위가 매우 제한되었음을 알 수 있다. 타인이 과실로 불법행위를 한 경우에까지 이 규정을 확대할 것인가는 논란이 있을 수 있지만, 그렇게 하면 그 적용범위가 매우 넓어져서, 연대책임을 수정한 주에 있어서 그 취지가 손상될(undermine) 것이라고 한다.⁶⁸⁾ 이 규정의 취지는, 만일 분할책임을 지도록 한다면, 직접 가해행위를 하였던 자의 귀책성(culpability)이 상대적으로 클 것이므로, 그에게 많은 책임이 할당될 것인데, 그는 무자력인(insolvent) 경우가 많아서 피해자가 배상을 거의 받지 못하는 불합리한 결과가 될 것이기 때문에, 이를 피하기 위한 것이라고 한다(Comment b, 120쪽).

이에 해당하는 구체적인 사례로는 다음 사안을 든다(Illustration 1, 117쪽). A는 B가 운영하는 호텔의 고객이다. B는 과실로 A의 객실 잠금장치

68) Rest. 3rd Torts(Apport.), §14, Comment b, 121쪽 이하. 그런 이유로 A가 쇼핑물 복도를 걸어가다가 바나나 껍질에 미끄러져 넘어졌는데, 그 바나나 껍질은 10대 소년(B)이 고객이 넘어지게 하려고 둔 것이었고, 쇼핑물 피용자가 과실로 치우지 못했던 사안에서, 쇼핑물이 지는 고객 보호의무는 위와 같은 고의의 가해 위험으로부터 보호하기 위한 것이 아니라는 이유로, 쇼핑물은 B의 책임 몫에 관하여는 책임을 지지 않는다고 한다(Illustration 5, 119쪽).

가 제대로 작동하지 않아, 그 결과 침입자 C가 A의 방에 들어가 A를 폭행하고 A의 물건을 훔쳤다. B의 행위에 과실이 인정되는 이유는, 바로 누군가 A를 폭행하고 A의 물건을 훔쳐가게 될 특정한 위험 때문이므로, B는 자신과 C에게 할당된 책임의 몫에 대해 책임을 진다. 따라서 B는 A가 입은 모든 손해에 대해-C와-연대책임을 진다고 한다.

2.1.4 공동행위를 한 경우

그리고 Rest. 3rd Torts(Apport.), §15(128쪽)는 ‘공동행위자들(Persons Acting in Concert)’라는 제목 하에 ‘공동행위로 인하여 책임을 지는 수인은, 공동행위에 참여한 각자에게 할당된 책임 몫에 관해 연대책임을 진다’고 한다.⁶⁹⁾ 여기에서는 어떤 경우가 공동행위에 해당하는지에 관하여 새로운 정의를 하고 있지는 않다.⁷⁰⁾ 이 규정의 의의는 연대책임을 수정한 주에 있어서도, 공동행위를 한 경우에는 예외로서 연대책임이 부과될 수 있다는 점을 밝힌 데 있다(Comment a, 129쪽).

이에 해당하는 구체적인 사례로는 다음 사안을 든다(Illustration 1, 129쪽). 보행자 A가, 교통량이 많은 도시 도로에서 속도경주(drag race)를 한 B, C 및 D, 그리고 그 경주에 관여하지 않은 E를 상대로 제소했다. B와 C는 동시에 A를 치어, A의 다리를 골절시켰다. D와 E도 A를 치어 A의 두개골을 골절시켰다. 사실심리자는 다리골절로 인한 손해액을 25,000 달러로, 두개골 골절로 인한 손해액을 50,000 달러로 산정하고, 다리골절에 관한 책임을 B와 C에게 각각 50%, 두개골 골절에 관한 D와 E의 책임을 각각 50%로 인정하였다. 또한 사실심리자는 B, C와 D가 공동행위에 관여한 것으로 인정하였다. 위 규정에 따르면 B, C와 D는 A에게 5만 달러에 관해 연대책임을 진다.⁷¹⁾

69) 이 의미는 공동행위자들 각자에게 할당된 책임의 몫을 합한 전체에 대해 연대책임을 진다는 의미이다(Comment a, 129쪽).

70) 이에 관하여는 상술한 Rest. 2nd Torts v.4, §876, 315쪽 이하를 보라.

71) B, C와 D가 E의 책임 몫인 25,000달러에 관하여도 연대책임을 질 것인가는 리스테이

2.2 연대책임의 수정 유형

상술한 바와 같이 대부분의 주들은 법률 또는 판례를 통해 연대책임 제도를 폐지 또는 수정하였는데, 그 형태는 다양하며, 다음과 같이 나뉘 볼 수 있다.

2.2.1 원칙적으로 분할책임을 지도록 한 제도

이는 연대책임을 원칙적으로 폐지하고, 극히 제한된 예외의 경우에만 허용하는 경우이다. 이를 ‘순수한 분할책임(pure several liability)’ 원칙을 채택한 경우라고 부르기도 한다.⁷²⁾ 이 경우에 관하여 Rest. 3rd Torts (Apport.), §B18(168쪽)은 ‘2인 이상의 독립적 불법행위와 불가분적 손해 간에 법적 인과관계가 있는 경우 각 피고는, §12의 예외를 제외하고는, 원고의 손해 중 사실심리자가 피고에게 할당한 비율의 몫(comparative share)에 관해 분할책임을 진다’고 한다. 이로써 피고측의 무자력의 위험과 모든 피고를 상대로 추심해야 하는 부담을 원고가 지게 된다 (Comment a, 168쪽).

이에 관하여는 다음 사례를 든다(Illustration 1, 169쪽). A가 B와 C를 상대로 제소한 사건에서 사실심리자가 B의 책임을 50%로 인정하고, B가 고의의 불법행위자였다고 판단한다. A와 C에게는 각각 과실이 있었는데, 각각 25%의 책임이 인정되고, A의 손해액은 10만 달러라고 인정되었다. C는 25,000 달러에 관해 분할책임을 진다. 당해 주에서 고의의 불법행위자에 대한 관계에서도 원고의 과실을 고려하여 배상액을 감액하는 것을 허용하는 경우에는 B는 75,000 달러에 대해 연대책임을 지고, 그것을 허용하지 않는 경우에는 10만 달러에 관하여 연대책임을 진다고 한다.⁷³⁾

트먼트에서 입장을 밝히지 않는다. E가 A의 두개골 골절에 대해 지는 책임의 범위는 독립적 불법행위자들이 불가분적 손해를 야기한 경우에 관한 각 주의 법원칙에 따라 정해진다고 한다(Illustration 1, 129쪽 이하).

72) S. L. Emanuel, 앞의 책, 192쪽.

2.2.2 연대책임을 유지하되, 어느 연대채무자가 무자력인 경우 재할당하는 제도

이는 원칙적으로 연대책임을 채택하지만, 어느 불법행위자가 무자력 등이 된 경우, 원칙적으로 그로 인한 부담을 변제한 불법행위자가 단독으로 부담하게 하지 않고, 다른 불법행위자(원고에게도 과실이 있다면 원고도 포함)들이 책임비율에 따라 재할당(reallocation)하게 하는 제도이다. 이렇게 함으로써 변제를 한 불법행위자가 어느 불법행위자의 무자력 위험을 홀로 부담하게 하는 불합리함을 완화하려는 것이다.⁷⁴⁾ 이에 관해 Rest. 3rd Torts(Apport.), §18(186쪽)은 ‘2인 이상의 독립적 불법행위와 불가분적 손해 간에 법적 인과관계가 있는 경우 각자는 그 불법행위로 야기된 배상가능한 손해에 대해 연대책임을 지며, 다만 §21 규정에 따라 재할당을 한다’고 하면서, 이 제도를 ‘재할당을 수반하는 연대책임(Joint and Several Liability with Reallocation)’이라고 부른다.

재할당에 관하여 Rest. 3rd Torts(Apport.), §C21(204쪽)은 ‘판결(금)의 집행불능에 터잡은 손해배상액의 재할당(Reallocation of Damages Based on Unenforceability of Judgment)’이라는 제목 하에 다음과 같이 규정하고 있다:

‘(a) (b)항에 규정된 경우를 제외하고, 어느 피고가 구상 판결금(judgment for contribution)을 다른 피고로부터 전액 추심할 수 없음을 증명한 때에는, 법원이 손해 중 추심 불가능한 부분을 원고를 포함하여 모든 다른 당사자들에게, 그들에게 할당된 책임비율(percentages of comparative responsibility)에 비례하여 다시 할당한다.

73) 그렇지만 A는 전자의 경우 75,000 달러를, 후자의 경우에는 10만 달러를 넘는 배상을 받을 수는 없다(Illustrations 1, 169쪽).

74) Rest. 3rd Torts(Apport.), §C21 Comment a, 204쪽 이하에서는 어느 불법행위자의 무자력 위험을 이렇게 할당하는 것을 ‘가장 공평한 방법(the fairest means)’이라고 한다. 우리 민법이 다른 연대채무자들이 각 부담부분의 비율로 분담하게 하는 것(제427조 제1항)과 비교하라.

(b) §12(고의의 불법행위자) 또는 §15(공동행위자)에 따라 연대책임을 지는 피고는 (a)항에 따른 재할당을 받을 수 없다. §13(대위책임), §14(고의 불법행위의 특별한 위험으로부터 원고를 보호하지 못한 불법행위자)에 따라 타인에게 할당된 귀책비율에 대해 법적으로 책임을 지는 피고는, 이들 규정에 의해 부과된 책임을 재할당 받을 수 없다.’

S. L. Emanuel이 든 사례를 보면 다음과 같다.⁷⁵⁾ P가 불가분적 손해에 관하여 D1, D2 및 D3을 상대로 제소한다. P의 손해는 10만 달러이다. 배심은 각 당사자의 책임비율을 P: 10%, D1: 40%, D2: 25%, D3: 25%로 결론지었다. D1에 대해 판결을 집행할 수 없음이 드러났다. 법원은 D1의 무자력에 터잡아 재할당을 하여, D2와 D3가 10만 달러의 50/60 (즉 83,333 달러)에 대해 연대책임을 지도록 한다. 이로써 D1의 무자력의 위험은 나머지 당사자들이 귀책비율에 따라 부담하는 결과가 된다.

한편 고의의 불법행위자는 전 손해에 대해 연대책임을 지는 것이 원칙인데(상술한 ‘리스트에이트먼트(3), 책임의 할당’, §12), 그가 다른 불법행위자의 무자력으로 추심을 하지 못하게 되었더라도, 위 (b)항 제1문에 규정된 예외로 인하여, 그 부분을 다른 당사자들에게 분담할 것을 요구할 수 없게 된다. 그리고 사용자가 피용자의 불법행위로 인하여 자신의 과실 없이 오로지 대위책임을 지게 된 경우, 피용자가 무자력이 되었다 하더라도, 위 (b)항 제2문에 규정된 예외로 인하여, 사용자는 이 부분을 다른 당사자들에게 재할당할 것을 요구할 수 없게 된다.

2.2.3 최소 책임비율을 넘어야 연대책임을 지게 하는 제도

이는 종래의 연대책임이 수인의 불법행위자들의 귀책의 경중을 가리지 않았기 때문에, 아주 작은 기여만을 한 경우에도 불가분적 손해를 야기했다는 이유로 손해 전부에 대해 책임을 지도록 하였기 때문에,⁷⁶⁾

75) S. L. Emanuel, 앞의 책, 191쪽.

76) Rest. 2nd Torts v.4, §879 Comment a, 324쪽: (전 손해에 관해 책임을 지는

그가 다른 가해자들로부터 구상을 받지 못하게 되면 매우 가혹한 결과가 되었는데, 이를 시정하기 위해, 책임비율이 일정한 정도를 넘는 경우에만 연대책임을 지게 하려는 것이다.⁷⁷⁾ 이에 관해 Rest. 3rd Torts(Apport.), §D18(220쪽)은 ‘2인 이상의 독립적 불법행위와 불가분적 손해 간에 법적 인과관계가 있는 경우에, 법적 한도(legal threshold)와 동일한 또는 그것을 초과하는 비율을 할당받은 각 피고는 연대채무를 지고, 법적 한도 미만의 책임 비율이 할당된 각 피고는, §12(고의의 불법행위자)의 예외를 제외하고는, 분할책임을 진다’고 하고, 이 방식을 ‘최소 책임비율에 입각한 혼합 책임(Hybrid Liability Based on Threshold Percentage of Comparative Responsibility)’이라고 부르고 있다. 그 법적 한도는 대부분 법률로 정해지는데, 어느 정도가 타당한지를 일률적으로 말하기는 어렵기 때문에 다소간 자의적일 수밖에 없을 것이다(Comment g, 222쪽 이하).

이에 해당하는 사례로는 다음 사안이 제시되고 있다(Illustration 1, 222쪽). A가 [불가분적 손해에 관하여-필자가 첨가] B와 C를 상대로 제소하였는데, 사실심리자가 B의 책임비율을 25%로 할당하고, B가 고의의 불법행위자였다고 인정하였다. A에게는 50%의 책임이, 과실로 행위하였던 B에게는 25%의 책임이 할당되었다. A의 손해는 10만 달러로 인정되었다. B는 A에 대해 5만 달러에 관해 연대책임을 진다. C가 5만 달러에 관하여 연대책임을 질 것인가, 25,000 달러의 분할채무를 질 것인가는 연대책임을 지기 위한 법적 한도에 달려 있다. 그것이 25% 또는 그 미만이라면, C는 연대책임을 질 것이고, 25%를 넘는다면, C는 분할책임을 지게 될 것이다.

데는) ‘한 사람의 행위는 위법성이 크고, 다른 사람의 행위는 단순히 과실이 있거나, 심지어 비난가능성이 없다는 사실은 중요하지 않다.’

77) Rest. 3rd Torts(Apport.), §D18 Comment c, 221쪽. 같은 책, 227쪽에서는 당시 채택되고 있던 법적 한도는 10%에서 60%에 걸쳐 있는데, 가장 빈도가 많은 것은 50%라고 한다.

2.2.4 손해의 유형에 따라 연대책임과 분할책임을 적용하는 제도

이는 연대책임 대신 책임비율에 따른 책임제도가 등장하면서, 피해자가 어느 가해자의 무자력의 위험을 부담하게 되어 재산상의 손해(치료비, 일실수입 등)를 완전히 배상받지 못하게 될 것을 우려하여, 손해의 종류를 구별하여 연대채무와 분할채무를 부담하게 하려는 것이다.⁷⁸⁾ 이에 관하여 Rest. 3rd Torts(Apport.), §E18(241쪽)은 ‘2인 이상의 독립적 불법행위와 불가분적 손해 간에 법적 인과관계가 있는 경우에, 각 피고는 배상받을 수 있는 손해 중 경제적 손해(economic damages)⁷⁹⁾에 관하여는 연대책임을 지고, 비경제적 손해(noneconomic damages)⁸⁰⁾ 중 그 피고의 책임비율에 관하여는, §12(고의의 불법행위자)와 §15(공동행위자)에 규정된 예외를 제외하고는, 분할책임을 진다.’라고 하고, 이 방법을 ‘손해의 유형에 따른 혼합 책임(Hybrid Liability Based on Type of Damages)’이라고 명명한다. 이는 경제적 손해가 비경제적 손해보다 중요하다는 것을 전제로 하는 것이다. 미국 무과실 보상체계의 다수가 경제적 손해배상을 명시함에 반해 비경제적 손실에 관하여는 언급을 하지 않고 있음에 비추어, 위 전제가 일응 타당하다고 할 수 있지만, 피해자의 손해가 주로 비경제적인 것인 경우에 부당한 결과를 낳을 수 있다고 지적되고 있다(Comment d, 243쪽).

이에 관한 사례로는 다음 사안이 제시되고 있다(Illustration 1, 244쪽).

78) Rest. 3rd Torts(Apport.), §E18 Comment d, 242쪽 이하.

79) Rest. 3rd Torts(Apport.), §E18 Comment c, 242쪽에서는 경제적 손해의 예로 과거 및 장래의 임금상실, 의료 및 간호비용, 장례비용, 재산 손상, 재산 이용 상실, 수리비용, 가사노동 상실, 영업 또는 고용 기회 상실 등을 든다.

80) Rest. 3rd Torts(Apport.), §E18 Comment c, 242쪽에서는 경제적 손해의 예로 통증과 고통(pain and suffering), 불편(inconvenience), 외모손상(disfigurement), 정서적 고통(mental distress), 모임과 친분관계 상실(loss of society and companion ship), 삶의 기쁨 상실(loss of enjoyment of life)(‘향락(hedonic)’ 손해), 가사 노동 상실 아닌 동거관계 상실(loss of consortium), 명성 침해(injury to reputation), 굴욕(humiliation) 등을 든다.

A가 놀이공원에서 탈 것을 타다가 다쳤는데, 그 탈것의 제조업자인 B, 그 놀이공원 소유자인 C, 그 놀이공원에서 과실로 A를 들이받은 다른 고객인 D를 상대로 제소하였다. 사실심리자는 A가 임금과 장래 소득능력 상실로 2만 달러, 의료비용으로 3만 달러, 고통과 통증으로 10만 달러의 손해를 입었다고 인정하였다. A에게는 20%의 책임이, B에게는 10%의 책임이, C에게는 20%의 책임이, D에게는 50%의 책임이 할당되었다. 이 경우 판결은 B, C 및 D에게는 4만 달러에 관하여 연대책임⁸¹⁾을 지도록 하고, 이에 더하여 B에 대하여는 1만 달러, C에 대하여는 2만 달러, D에 대하여는 5만 달러의 분할책임⁸²⁾을 지도록 선고된다.

IV. 연대책임의 효과

이제는－비록 적용범위가 줄어들고 있지만 여전히－연대책임이 성립하는 경우, 그 효과에 관하여 살펴본다.

1. 피해자의 권리행사

Rest. 3rd Torts(Appt.), §10(99쪽)은 ‘연대책임의 효과(Effect of Joint and Several Liability)’라는 제목 하에, ‘적용될 법에 따라 수인이 피해자에게 연대책임을 지는 경우, 피해자는 연대책임을 지는 임의의 사람으로부터 배상받을 수 있는 손해 전액에 관하여 제소하고, 배상받을 수 있다고 한다.’⁸³⁾ 피해자는 임의로 연대책임을 지는 자의 일부나 전부를 상대

81) 경제적 손실인 5만 달러(2만 달러 + 3만 달러) 중 A의 책임비율에 상응하는 금액(5만 달러 × 20/100 = 1만 달러)을 공제한 4만 달러에 관하여는 연대책임이 성립하기 때문이다.

82) 비경제적 손실인 10만 달러에 관하여는 분할책임이 성립하기 때문이다.

83) 실질적으로는 우리 민법상 연대책무의 경우(제414조)와 같은 것으로 보인다.

로 제소할 수 있고, 승소판결을 받으면 임의의 가해자로부터 추심을 할 수 있으며, 어떤 가해자로부터 일부를 그리고 다른 가해자로부터 다른 일부를 추심할 수도 있다.⁸⁴⁾

2. 지급(변제)

연대책임을 인정하는 주된 이유는 피해자에게 수인의 가해자의 재산을 책임재산으로 제공함으로써, 어느 가해자의 무자력의 위험을 피해자가 아니라 가해자에게 지우기 위한 것이지,⁸⁵⁾ 수인으로부터 중복하여 만족을 얻도록 하기 위한 것은 아니다.⁸⁶⁾ 따라서 연대책임을 지는 수인 중 1인이 변제(지급)(payment)를 하면, 다른 가해자의 피해자에 대한 책임이 그만큼 줄어들게 된다. 이에 관하여 Rest. 2nd Torts v.4, §885 (3) (333쪽)은 ‘누구라도 타인들이 불법행위자로서 배상책임을 지는 손해에 관해, 그 배상을 위해 지급(변제)(payment)을 하면, 적어도 그 지급(변제)의 범위에서는 불법행위자들에 대한 청구권을 감소시키며, 이는 지급(변제)을 한 자가 피해자에 대해 책임을 지는지의 여부,⁸⁷⁾ 지급(변제) 당시 그러한 취지의 약정을 하였는지의 여부 또는 지급(변제)이 판결의 전에 있었는가 후에 있었는가와는 관계없다’고 하고 있다.⁸⁸⁾

84) Rest. 3rd Torts(Apport.), §10 Comment a, 100쪽.

85) D. B. Dobbs, 앞의 책, 1078쪽.

86) S. L. Emanuel, 앞의 책, 189쪽.

87) 스스로 불법행위 책임을 지지 않으면서 어느 불법행위자를 위해 지급(변제)한 경우는 ‘대위변제’에 해당할 것이다. 그에 반해 보험(insurance), 질병수당(sick benefits), 무료봉사료 제공된 의료 및 간호서비스, 사용자가 자발적으로 계속 지급한 임금 등은, 손해배상의 일환으로 이루어진 것이 아니므로, 청구권을 감소시키지 않는다고 한다. 리스테이트먼트(2), 불법행위, §885, Comment f, 335쪽 이하.

88) 리스테이트먼트(3) 책임의 할당, §25 (a)와 (b)에서도 수인에게 전액 배상을 명하는 판결이 선고된 경우, 그 전액이 지급되면, 원고(피해자)의 청구권의 소멸하고, 그 일부가 지급되면 그의 청구권이 감소(reduction)된다고 한다.

이에 관한 사례로 S. L. Emanuel은 다음 사건을 들고 있다.⁸⁹⁾ 두 자동차가 충돌하였고, 이 차들의 승객들이 P 등인데, 이들은 그 차량의 소유자들, 운전자들 및 그 도로를 보수하면서 정지 표지판을 가린 수급인을 상대로 제소(소1)하였다. 소1이 계속 중 P등은 같은 손해에 관하여 뉴욕주를 상대로 소2를 제기하였다(주가 도로가 보수되지 않은 상태로 방치한 과실이 있다고 주장하면서). P등은 소2에서 주를 상대로 ‘전액’을 인용한 판결 받고, 그 판결에 기해 추심을 하였다. 소1에서 피고들은 소2에서 배상을 받았으므로 자신들로부터는 아무런 배상도 받을 수 없다고 주장하였다. 판결에서 피고들의 주장이 받아들여졌다. P등은 그들의 손해에 관하여 한 번만 변제받을 권리가 있다. 따라서 뉴욕주와 다른 피고들이 연대책임을 진다고 하면, 뉴욕 주의 지급(변제)로 다른 사람들이 책임을 면하게 되는 것이다.

3. 면제, 부제소 약정 또는 화해

커먼 로상으로는 원고가 수인의 불법행위자 중 어느 불법행위자의 채무를 면제(release)하면, 이로써 다른 불법행위자들의 채무도 면제하는 것으로 간주되었다고 한다.⁹⁰⁾ 그에 반해 ‘부제소 약정(covenant not to sue)’에는 당사자가 아닌 다른 피고들의 책임을 면제하는 효과가 없다고 한다.⁹¹⁾

그런데 Rest. 2nd Torts v.4, §885(333쪽) 제(1)항은 면제의 효과에 관하여 ‘피해자가 어느 불법행위자의 손해배상책임을 유효하게 면제한 경우,

89) S. L. Emanuel, 앞의 책, 195쪽 이하 (Bundt v. Embro, 265 N.Y.S. 2d 872(1965)).

90) S. L. Emanuel, 위의 책, 196쪽에서는, 이는 원고가 수인의 불법행위자들(joint tortfeasors)에 대해 단 하나의 불가분적인 소인(청구 원인)(cause of action)을 가지고 있으며, 따라서 어느 사람에 대해서는 소멸하고, 다른 사람에 대해서는 존속할 수 없다는 커먼 로상의 의제(fiction)의 결과라고 설명한다.

91) D. B. Dobbs, 앞의 책, 1083쪽; S. L. Emanuel, 앞의 책, 196쪽.

이로써 같은 손해에 관해 책임을 지는 다른 사람들의 책임도 면제하기로 약정하지 않았다면, 다른 사람들의 책임은 면책되지 않는다.’라고 하고,⁹²⁾ 제(2)항은 부제소 약정의 효력에 관하여 ‘어느 불법행위자에 대해 제소하지 않거나 절차를 속행하지 않겠다고 약정을 한 경우, 이로써 같은 손해에 관해 책임을 지는 다른 불법행위자는 면책되지 않는다.’라고 한다. 면제의 경우 약정으로 달리 정할 수 있음을 인정하지만, 그 밖에는 면제나 부제소 약정에는 다른 불법행위자에 대한 효력이 없도록 하고 있다. 이로써 면제의 효과에 관하여는 전통적인 커먼 로와 반대의 입장을 채택하였다.⁹³⁾

그렇지만 이에 의하면 피해자가 연대책임을 지는 어느 불법행위에 대해 면제를 했더라도, 다른 불법행위자로부터 전액의 변제를 받을 수 있게 될 것인데, 이 경우 전액의 변제를 한 다른 불법행위자가 면제받은 불법행위자에 대해 구상권을 행사할 수 없게 하면, 불합리할 것이다. 그렇다고 하여 구상권을 행사할 수 있게 하면, 면제를 받은 실익이 없게 되어, 불법행위자들이 일부를 변제하고 나머지 책임을 면제받는 화해(settlement)를 할 동기가 없어질 것이다.⁹⁴⁾ 그래서 이런 불합리를 제거하기 위해 한편으로 Rest. 3rd Torts(Apport.), §23(284쪽)은 ‘구상(Contribution)’에 관하여 언급하면서 (a)에서는 피해자로부터 면제를 받거나 유효한 화해

92) ‘불법행위자 간의 구상에 관한 통일법(Uniform Contribution Among Tortfeasors Act)’(1955) §4도 같은 취지이다. 이 규정은 다음과 같은 내용이다. ‘동일한 손해 또는 동일한 위법한 사망에 대해 책임이 있는 2인 이상의 사람 중 1인에게 선의로(in good faith) 면제(release), 부제소 또는 판결 부집행 약정(covenant not to sue or not to enforce judgment)을 한 경우: (a) 다른 취지의 약정을 한 경우를 제외하고는, 위 약정으로 그 손해나 위법한 사망에 관한 다른 불법행위자의 책임을 면책시키지 않는다; 다만, 면제나 약정시 정한 금액 또는 그것을 위해 제공된 약인(consideration)의 금액 중 큰 것만큼 다른 불법행위자들에 대한 청구권을 감액시킨다. (b) 위 약정으로 약정 당사자인 불법행위자는 다른 불법행위자로부터의 구상의 무가 면제된다.’

93) Rest. 2nd Torts v.4, §885 Comment b, 334쪽.

94) Rest. 3rd Torts(Apport.), §16 Comment c, 133쪽.

를 한 가해자에 대하여는 구상권을 행사하지 못하도록 하고 있다. 다른 한편으로 Rest. 3rd Torts(Apport.), §16(132쪽)은 ‘일부 화해가 연대책임을 지는 불법행위자의 책임에 미치는 영향(Effect of Partial Settlement on Jointly and Severally Liable Tortfeasors’ Liability)’이라는 제목 하에 “원고 [피해자-역주]가 연대책임을 지는 불법행위자 중 1인과 화해(settlement) [배상액의 일부를 받고 나머지 책임을 면제해주는 약정을 의미-역주]를 한 경우, 그 불법행위자가 화해를 하지 않았더라면 역시 연대책임을 지면서 화해를 하지 않은 다른 불법행위자에 대해 구상의무를 부담하였을 손해의 몫(comparative share of damages)[부담부분-역주]만큼 다른 불법행위자의 손해배상액이 감액된다. 화해한 불법행위자의 손해의 몫 [부담부분-역주]은 그에게 할당된 책임비율(percentage of comparative responsibility)을 원고의 총 손해액에 곱한 것이다.”라고 한다.⁹⁵⁾

그 구체적인 사례로는 다음 사안이 제시되고 있다(Illustration 1, 133쪽). A는 B의 차에 탄 승객이었는데, B의 차와 C의 차가 충돌함으로 인해 다쳤고, 정지표시를 지키지 않은 과실이 있는 B와 역시 같은 교차로에서 정지표시를 지키지 않은 C를 상대로 제소하였다. A는 2만 달러를 받고 B와 화해하였다. 사실심리자는 B의 주의를 산만하게 한 A에게 20%의 책임을, B와 C에게는 각각 45%와 35%의 책임을 할당하고, A가 입은 손해를 10만 달러로 결정하였다. A와 C의 화해는 배심이 인정한 전 손해에 대해 적용되며, 이로 인하여 C는 45,000 달러의 공제(B의 책임비율 45% x 손해액 10만 달러)를 받게 되어, C의 책임은 35,000 달러로 감축된다.

참고로 미국에서는 수인의 불법행위자 중 일부가 피해자와 일정한 배상액을 지급하거나 지급하기로 약정하고, 피해자가 다른 피고(들)로부터 일정한 금액을 초과하여 배상을 받으면 약정액의 전부나 일부를

95) 이로써 우리 법에 있어서와 동일한 유사한 결과가 되었다. 우리 법은 ‘변제(또는 이행)’ (제413조)와 ‘면제’(제419조)의 효과를 별도로 규정하고 있는데, 미국법에서는 양자의 요소를 포함하고 있는 ‘화해’의 효력으로 설명하고 있을 뿐이다.

삭감하기로 하는 일이 행해진다고 한다. 이러한 약정을 ‘메어리 카터 약정(Mary Carter agreement)’이라고 부르는데,⁹⁶⁾ 그 효력이 문제된다고 한다. 대부분의 법원은 그것이 사실심 판사에게 공개될 것을 조건으로 효력을 인정한다고 한다. 그러나 소수의 법원은 이러한 약정이 보다 책임이 많은 불법행위자가 원고와 담합하여 다른 불법행위자에게 집단 공격(ganging up)을 하도록 조장하는 문제점 등을 이유로 그 효력을 인정하지 않는다고 한다.⁹⁷⁾

4. 구상

연대책임을 지는 불법행위자 중 1인이 피해자에게 전액의 배상을 하였을 경우, 같은 손해에 관해 역시 연대책임을 지는 다른 불법행위자들에 대해 분담을 청구할 수 있는지, 즉 구상권(right of contribution)이 인정되는지가 문제된다. 과거에 공동행위로 고의의 불법행위를 저지른 자들에게만 연대책임이 인정되었을 당시에는 구상권이 인정되지 않았는데,⁹⁸⁾ 그러한 원칙이 점점 과실 있는 불법행위자에까지 확대되었다고 한다.⁹⁹⁾

그러나 이에 대하여는 많은 비판이 행해졌다. 특히 Prosser의 다음과 같은 비판이 자주 인용 된다: ‘두 피고가 동등하게 고의 없이 책임을 지는 손실에 대해, 우연한 강제집행의 성공, 책임보험의 존재, 원고의 변덕이나 양심, 또는 원고와 다른 불법행위자간의 공모(collusion)에 의해, 그 모든 부담을 한 사람에게만 지게 하고, 다른 불법행위자는 책임

96) Booth v. Mary Carter Paint Co., 202 So. 2d 8(Fla. App. 1967) 사건에서 따온 이름이라고 한다. S. L. Emanuel, 앞의 책, 201쪽 이하.

97) 우리법상 이러한 약정은 실제적 진실을 왜곡할 우려가 크므로, 그 효력을 인정하기가 어려울 것으로 보인다(민사소송법 제1조 제2항 참조).

98) D. B. Dobbs, 앞의 책, 1078쪽.

99) Rest. 2nd Torts v.4, §886A, Comment a, 337쪽 이하; S. L. Emanuel, 앞의 책, 197쪽.

을 지지 않게 하는 규칙(rule)에는 명백히 합리성과 정의가 결여되어 있다.¹⁰⁰⁾ 그리하여 각 주들이 법률 또는 판례를 통해 일정한 경우에 구상권을 허용하게 되었다고 한다. 1955년의 ‘불법행위자 간의 구상에 관한 통일법(Uniform Contribution Among Tortfeasors Act)’ §1은 일정한 요건하에 원칙적으로 구상권을 인정하게 되었다.¹⁰¹⁾

그 후 Rest. 2nd Torts v.4, §886A(337쪽)도 ‘불법행위자들 간의 구상(Contribution Among Tortfeasors)’이라는 제목 하에 다음과 같이 정한다.

‘(1) 제(2)항, 제(3)항 및 제(4)항에 규정된 경우를 제외하고, 2인 이상이 동일한 손해에 관하여 동일한 사람에게 불법행위 책임을 지게 된 경우에는, 그들 간에 구상권이 있으며, 그들 전부 또는 일부에 대해 판결이 선고되지 않은 경우에도 같다.

(2) 공동책임 중 자신의 공평한 몫[부담부분-필자 주](equitable share)⁽¹⁰²⁾를 넘는 변제(이행)를 하여 손해에 대한 청구 전부를 면책시킨 불법행위자만이 구상권을 가지며,¹⁰³⁾ 그 구상권은 그의 몫을 초과하여 변제한

100) J. W. Glannon, 앞의 책, 458쪽에서 재인용.

101) J. W. Glannon, 위의 책, 466쪽에서 인용. ‘(a) 이 법에 달리 규정된 경우를 제외하고, 2인 이상이 사람 또는 재산에 대한 동일한 손해 또는 동일한 위법한 사망에 관해 불법행위로 연대책임을 지게 된 경우, 그들 간에는 비록 그들 전부 또는 일부에 대해 판결이 선고되지 않았더라도, 구상의 권리(right to contribution)가 있다. (b) 공동책임 중 균등비율에 의한 자신의 몫[부담부분-필자 주](pro rata share)을 넘는 변제(이행)을 한 불법행위자만이 구상권을 가지며, 그가 보상받을 총액은 자신의 위 몫을 넘어 변제(이행)한 금액에 한정된다. 어떤 불법행위자도 전 책임 중 균등비율에 의한 자신의 몫을 넘어서는 구상을 강요받지 않는다 ... (c) 손해나 위법한 사망을 고의로 ... 야기하였거나 기여한 불법행위자는 구상권이 없다. (d) 어느 불법행위자가 청구권자와 화해를 하였으나, 이로써 손해 또는 위법한 사망에 관한 다른 불법행위자의 책임이 소멸되지 않은 경우에는, 화해를 한 불법행위자는 다른 불법행위자에 대해 구상권이 없다...’

102) Rest. 2nd, Torts v.4, §886A, Comment h, 340쪽 이하에서는 공평한 몫을 정하는 방법으로 균등하게 분할하는 방법과 귀책비율(comparative fault)에 의해 결정하는 방법이 있는데, 후자가 더 공정하고 공평하다(fairer and more equitable)고 한다.

103) 우리법상 통상의 연대채무에 관한 다수설은 자신의 부담부분에 미달하는 공동면책

금액에 한정된다. 어느 불법행위자에게도 책임 중 그의 공평한 몫을 넘어 구상할 것을 요구하지 못한다.

(3) 고의로 손해를 야기한 불법행위자는 구상권이 없다.¹⁰⁴⁾

(4) 어느 불법행위자가 다른 사람에 대해 상환청구(전액구상)권(right of indemnity)¹⁰⁵⁾을 가진 때에는, 이들은 상호 구상권이 없다.’

그 후 Rest. 3rd Torts (Apport.), §23(284쪽)은 ‘구상(Contribution)’이라는 제목 하에 다음과 같은 내용으로 위 Rest. 2nd Torts, §886A를 대체하였다¹⁰⁶⁾:

(a) 동일한 손해에 관하여 2인 이상이 책임을 지거나 질 수 있는데, 그중 1인이 화해나 판결채무의 이행으로 다른 사람을 면책시킨 때에는, 면책시킨 자는 다른 사람에 대해 구상권이 있으나, 그 전에 그 다른 사람과 원고[피해자-필자 주] 간에 유효한 화해나 면제가 행해진 경우에는 그렇지 않다.

(b) 구상권 있는 사람은, 자신의 책임의 뉘부담부분-필자 주(comparative share of responsibility)¹⁰⁷⁾을 초과하여 원고에게 변제한 금액의 한도에서

시에도 구상권을 행사할 수 있다고 한다. 양형우, 앞의 책, 1054쪽 이하의 학설소개 참조. 다만, 판례는 이른바 ‘부진정 연대채무’의 경우, 어느 연대채무자는 자신의 부담부분을 넘는 면책행위를 해야만 구상권을 행사할 수 있다고 한다. 대법원 2006. 1. 27. 선고, 2005다19378 판결 참조.

104) Rest. 2nd Torts v.4 §886A Comment j, 342쪽에서는 타인의 토지를 자신의 것이라고 과실 없이 믿고 타인의 토지를 침입한 경우처럼, 가해의도 없이 순전히 기술적인 불법행위 책임을 지는 경우에는 구상권이 인정되며, 고의로 법령(예: 속도제한, 소화전 부근 주차 금지)을 위반했다라도 손해를 야기할 고의가 없었다면 구상권이 배제되지 않는다고 한다. 한편 같은 책, Comment k, 342쪽에서는 고의는 없지만 무모하거나(reckless), 때때로 ‘멋대로(wilfull)’ 또는 ‘함부로(wanton)’라고 불리는 행위에 대해서도 이 규칙이 적용되어왔는데, 이 경우에도 형평의 원칙(principles of equity) 이러한 행위가 단지 통상의 과실의 정도가 높은 것을 의미하는 경우에는, 반드시 구상권이 배제되지 않는다고 한다.

105) 이에 관하여는 후술한다.

106) Rest. 3rd Torts(Apport.), §23 Comment a, 284쪽.

107) Rest. 3rd, Torts(Apport.), §23 Comment e, 286쪽에서는 구상금액이 사실심리가 할당한 각 사람의 책임비율에 의해 정해진다고 한다.

구상권이 있다.

(c) §22에 따라 다른 사람에 대해 상환청구(전액구상)권(right of indemnity)을 가지는 사람은 그 사람에 대해 구상권이 없으며, 그 사람에 대해 구상의무를 지지 않는다.’

눈에 띄는 변화는, 피해자와 화해를 하거나 그로부터 면제를 받은 불법 행위자는, 그 후 다른 불법행위자로부터 구상권 행사를 받지 않음을 밝힌 점과 고의의 불법행위자에 대한 구상권 행사 제한이 사라진 점이다.¹⁰⁸⁾

이에 관하여는 다음 사례가 제시되고 있다(Illustration 1-3, 285쪽). A가 자동차 사고로 입은 불가분적 손해에 관하여 B, C와 D를 상대로 제소한다. A는 B, C와 D를 상대로 A에게 10만 달러의 연대책임을 지도록 하는 판결을 받는다. 사실심리자는 B에게 50%, C에게 30%, D에게 20%의 책임을 할당한다. B가 A에게 판결금 전액을 지급한다. 위 §23의 요건이 갖추어졌을 경우, B는 판결금을 변제함으로써 A에 대한 C와 D의 책임을 소멸시켰으므로 C나 D로부터 총 5만 달러에 관해 구상권을 행사할 수 있다. 같은 사안에서 B가 A에게 10만 달러의 판결금 중 8만 달러를 지급하였다고 하면, C와 D는 A에게 여전히 2만 달러의 책임을 진다.¹⁰⁹⁾ B는 C나 D로부터 총 3만 달러에 관하여만 구상권을 행사할 수 있다. 다음으로 같은 사안에서 A가 B로부터 5만 달러를 받고, B에 대한 관계에서만 나머지 책임을 면책시켰다. B는 이로써 C나 D를 면책시키지 않았으므로, 이들에 대해 구상권을 행사할 수 없다.

한편 Rest. 3rd Torts(Apport.), §8 (86쪽)은 ‘책임의 몫을 할당하기 위한 (고려)요소들(Factors for Assigning Shares of Responsibility)’이라는 제목 하에 다음과 같은 요소들을 들고 있다¹¹⁰⁾:

108) Rest. 3rd, Torts(Apport.), §23 Comment 1, 290쪽에서는 고의의 가해자도 다른 구상요건을 갖추면 고의의 불법행위로 책임을 진다는 사실에 의해 구상권이 배제되지 않는다고 한다.

109) B가 8만 달러를 지급하고 나머지 2만 달러에 관해 부제소 약정 등을 하지 않았다면, B도 2만 달러에 관하여 여전히 A에 대해 책임을 진다.

‘법적 책임이 인정된 각 사람에게 책임의 비율을 할당하기 위한 (고려) 요소에는 다음이 포함된다.

(a) 행위에 의해 발생한 위험에 관해 인식(awareness) 또는 무관심(indifference)하였는지, 그리고 행위에 의해 발생한 손해에 관해 고의(intent)가 있었는지를 포함하여, 위험을 발생시킨 그 사람의 행위의 성질; 및

(b) 위험을 발생시킨 그 사람의 행위와 손해간의 인과관계의 강도(정도)(strength).’

이에 관한 사례로는 다음 사안을 들고 있다(Illustration 1, 87쪽). A는 야간에 적색 신호에 정지하고 있는 B의 자동차를 추돌하였다. B는 A를 상대로 제소하고, A가 도로 상황에 주의를 하지 않았다고 주장하였다. A는 B가 미등을 켜지 않았고 또 음주상태였으므로 과실이 있다고 주장하였다. B의 책임비율을 정함에 있어서 사실심리자가 미등을 켜지 않은 것과 충돌간에 법적 인과관계가 있다고 인정하면, 그 사정을 고려한다. 사실심리자가 B가 술을 마시지 않았더라도 같은 사고가 발생하였을 것이고, 따라서 B의 음주와 충돌 간에는 법적 인과관계가 없다고 결론을 내리면, B의 음주사실을 고려하지 않는다.¹¹¹⁾

5. 상황(전액 구상)

영미법상 상황(내지 전액구상)은 상술한 구상과 다른 것으로 다루어진다. 구상은 수인의 불법행위자들이 최종적인 책임을 분담하는 것을 의미함에 반해, 변상은 궁극적인 책임을 어느 한 사람이 지는 것을 의미

110) 이는 가해자와 피해자간에 책임을 할당하는 과실상계(comparative negligence) 뿐만 아니라, 수인의 가해자들간의 구상권의 범위를 정함에 있어서도 적용된다. Rest. 3rd Torts(Apport.), §23 Comment e, 286쪽 참조.

111) 여기에서는 고려 여부만이 언급되고 있으나, 고려할 사정을 책임비율 산정에 있어서 어떤 비중으로 고려할 것인가도 사실심리자의 책무이다.

한다.¹¹²⁾ 가령 피용자의 불법행위에 대해 사용자가 자신의 과실 없이 오로지 대위책임(vicarious liability)을 지는 경우, 변제를 한 사용자는 피용자에 대해 원칙적으로 전액의 상환을 청구할 수 있다.¹¹³⁾ 이때 사용자는 피용자에 대해 상환(전액 구상)(이하 ‘상환’이라고만 함)을 청구할 수 있다고 한다.¹¹⁴⁾

Rest. 2nd Torts, §886B(334쪽)는 이에 관하여 ‘불법행위자간의 상환(Indemnity Between Tortfeasors)’라는 제목으로 다음과 같이 정하고 있다:

‘(1) 2인 이상이 동일한 손해에 관해 제3자에 대해 불법행위 책임을 지는데, 그중 1인이 양자의 책임을 면책시킨 때에는, 타인이 위 1인의 비용으로 책임을 면함으로 인해 부당이득(unjust enrichment)을 한 것이 될 경우에는, 그 1인은 타인으로부터 상환을 받을 권리가 있다.

(2) 위 원칙에 따라 상환(청구)이 허용되는 경우에는 다음이 포함 된다.¹¹⁵⁾

(a) 상환 받는 자(indemnitee)가 상환하는 자(indemnitor)의 행위에 대해 오로지 대위하여 책임을 지는 경우;¹¹⁶⁾

(b) 상환 받는 자가 상환하는 자의 지시에 따라 행위를 하였고, 그 지시가 적법한 것으로 믿은 것이 합리적이었던 경우;¹¹⁷⁾

112) D. B. Dobbs, 앞의 책, 1079쪽.

113) 그에 반해 피용자가 손해배상을 한 경우에는 사용자에게 상환을 청구하지 못하는 것이 원칙이다.

114) 우리 제756조 제3항은 이 경우도 ‘구상’이라고 표현하고 있어서, 편의상 ‘전액구상’이라는 번역어를 병기하였다. 우리법의 관점에서는 이 상환의 본질이 구상과 다르다기보다는, 불법행위 책임을 질 수인 중 어느 한 사람의 내부적 ‘책임의 몫(share of responsibility)’ 즉 부담부분이 100%인 경우로 파악할 수 있을 것이다.

115) 아래 경우는 제한적(exclusive)인 것이 아니며, 다른 상황도 (1)항의 요건을 갖추면 포함될 수 있다고 한다. Rest. 2nd Torts, §886B, Comment k, 348쪽.

116) 이에 해당하는 사례로 사용자와 피용자, 본인과 대리인, 수급인(independent contractor), 조합원, 연결운송인(connecting carriers)의 불법행위에 대한 (주)운송인의 책임, 운전자에 행위에 대한 자동차 소유자의 책임 등을 든다(Comment e, 347쪽).

117) Rest. 2nd Torts, §886B, Comment f, 347쪽에서는 이에 해당하는 사례로 본인의 지시에 따른 대리인, 물건을 압수하도록 요청받은 보관관을 든다. 다만, 상환을 받는

(c) 상환 받는 자가 상환하는 자 측의 오표시(misrepresentation)에 의해 행위 하도록 유도되었고 그 오표시를 신뢰한 데 정당한 이유가 있는 경우;

(d) 상환하는 자가 하자(결함)있는(defective) 동산을 공급하거나, 토지나 건물에서 하자 있는 작업을 한 결과 두 사람[상환 받는 자와 상환하는 자-필자 주]이 제3자에 대해 책임을 질 경우, 상환 받는 자가 귀책사유 없이(innocently) 또는 과실로 그 하자를 발견하지 못한 때;¹¹⁸⁾

(e) 상환하는 자가 토지나 동산에 위험한 상황(조건)을 조성하여, 그 결과 두 사람[상환 받는 자와 상환하는 자-필자 주]이 제3자에 대해 책임을 질 경우, 상환 받는 자가 귀책사유 없이(innocently) 또는 과실로 그 하자를 발견하지 못한 때;¹¹⁹⁾

(f) 상환하는 자가 상환 받는 자에 대해 그가 제3자에 대해 책임을 지지 않도록 보호할 의무를 지는 경우.¹²⁰⁾

전체적으로 어떤 사람(A)이 주된 또는 궁극적인 책임원인을 제공하였고, 다른 사람(B)은 법률의 규정 등에 의해 대위책임을 지거나 부수적으로 책임을 지게 된 경우로 볼 수 있다.¹²¹⁾ 따라서 B가 피해자에 대해

자가 의식적 불법행위(conscious wrongdoing)를 했거나 무모하게(recklessly) 지시에 따랐다면, 상환을 받을 권리가 없다고 한다.

118) Rest. 2nd Torts, §886B, Comment h, 347쪽에서는 이에 해당하는 사례로 하자(결함)있는 제조물이 소매상에게 공급된 경우를 들고, 다만 소매상이 그 하자(결함)를 발견하고도 매도한 때에는 상환청구권이 없다고 한다.

119) Rest. 2nd Torts, §886B, Comment i, 347쪽에서는 이에 해당하는 사례로 상환하는 자가 상환 받는 자의 도로를 가로질러 도랑을 파거나, 상환 받는 자의 집 앞에 있는 인도에 위험한 장애물을 두었는데, 후자(상환 받는 자)가 과실로 그 상황을 시정하지 못한 경우를 든다.

120) Rest. 2nd Torts, §886B, Comment j, 347쪽 이하에서는 이에 해당하는 사례로 토지소유자가 인도를 보수하지 않고 방치하였고, 보행자가 다쳐 자치단체(시)가 책임을 지게 된 경우를 든다.

121) Rest. 3rd Torts(Apport.), §22 Reporters' Note, 279쪽에 의하면, 일부 주에서는 상환하는 자가 '적극적으로(actively)' 행위 한 데 반해 상환 받는 자는 '소극적으로(passively)' 행위 하였다고 보거나, 전자가 '1차적으로(primarily)' 책임이 있는데 반해 후자는 '2차적으로(secondary)' 책임이 있다고 보아, 상환청구를 인정하고

손해배상을 하였을 경우에는, 원칙적으로 그 전액에 관하여 A에 대해 상환을 청구할 수 있도록 한 것이다.

그런데 위 경우 중에는 상환 받는 자에게 과실이 있는 경우도 포함되어 있다(가령 (d)나 (e)의 경우). 이러한 경우에는 전액 상환 방법보다는, 그의 과실 정도를 고려하여 상술한 구상권의 행사 방법에 의하도록 하는 것이 비교책임(comparative responsibility)의 원리에 부합하다고 판단되게 되었다.¹²²⁾ 이에 따라 위 §886B는 Rest. 3rd. Torts(Apport.), §22(272쪽)에 의해 대체되었다. 이 §22는 ‘상환(Indemnity)’이라는 제목 하에 다음과 같이 정하고 있다:

‘(a) 2인 이상이 동일한 손해에 관하여 책임이 있거나 있을 수 있는데, 그 중 1인이 화해 또는 판결채무의 이행으로 타인의 책임을 전부 또는 일부 면책시킨 때에는, 면책시킨 자는 다음 각 호의 경우에, 원고피해자-필자 주)에게 지급한 금액과 상당한 법률비용(reasonable legal expenses)을 합한 금액의 상환을 받을 권리가 있다:

(1) 상환하는 자자 계약으로 상환 받는 자에게 상환하기로 약정한 경우, 또는

(2) 상환 받는 자가 다음 중 하나에 해당하는 경우,

(i) 그가 상환하는 자의 불법행위에 대하여 오로지 대위책임만을 지는 경우, 또는

(ii) 상환하는 자가 상환 받는 자에게 공급한 제조물의 매도인이라는 이유 외에는 책임이 없고, 상환 받는 자에게 독자적인 귀책사유가 없는 경우.¹²³⁾

있는데, 이러한 종래의 설명은 비교책임(comparative responsibility) 제도와는 부합하기 어렵다고 한다.

122) Rest. 3rd Torts(Apport.), §22 Comment e, 274쪽 이하.

123) 앞의 책, §22 Comment e, 274쪽에서는 소매인이나 대위책임자에게 독자적인 과실이 있을 경우에는 상술한 구상(contribution)에 의할 것이라고 한다. 또한 같은 책, 257쪽에서는 상술한 Rest. 3rd Torts(Apport.), §14에 의하면 피해자가 타인의

(b) 계약에 따라 달리 상환청구권이 있는 사람은, 상환청구의 상대방 원고[피해자-필자 주]에게 책임을 지지 않을 경우라도, 상환을 청구할 수 있다.’

당사자들이 상환에 관하여 유효한 약정을 한 경우, 그 효력에 의하여 당사자 간의 상환관계가 규율되는 것은 당연한 것이다. 눈에 띄는 것은 상환청구는 자신의 변제금액뿐만 아니라 상당한 법률비용까지 포함하여 할 수 있음을 밝힌 것이다.¹²⁴⁾ 그보다 중요한 것은 종래 과실 있는 자라도 다른 불법행위자에게 상환을 청구할 수 있는 경우가 있었는데, 이제는 구상권의 행사에 의하도록 하여 부담부분에 따라 책임을 분담하도록 한 것이다. 이로써 당사자들 간의 책임을 각자의 몫(share)에 상응하게 정하도록 하는 비교책임(comparative responsibility) 원칙에 충실하게 되었다고 볼 수 있다.

V. 맺음말

이상에서-비록 법률개념의 상이성, 법이 분열되어 있는 미국의 법 상황 등 때문에 어려움이 있지만-여러 사람이 동일한 손해에 관하여 불법행위 책임을 지는 경우에 관한 영미법상의 법리를 미국법의 변화를 중심으로 간략하게 개관해 보았다. 그 이유는 이를 통해 우리법의 해석

고의적 불법행위로부터 보호할 의무를 게을리 하여 책임을 지게 된 자는 연대책임을 지게 되는데, 그가 피해자에게 손해배상을 한 경우에도, 그에게도 과실이 있으므로 고의의 가해자에게 상환을 청구할 수는 없고, 부담부분에 따라 구상권을 행사할 수 있을 뿐이라고 한다.

124) 상술한 바와 같이 구상에 있어서는 법률비용에 관한 언급이 없고, 오히려 구상권자가 지급한 금액을 한도로 하고 있다. 우리법상으로는 어느 경우에도 제425조 제2항에 따라 ‘면책된 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타 손해배상이 포함될 것이다.

론 및 입법론에 도움을 받을 관점이 있는 지를 모색하고자 한 것이었다. 위에서 살펴본 바를 토대로 우리가 얻을 수 있는 시사점을 요약해 보면 다음과 같다.

① 피해자의 관점에서는 연대책임을 폭넓게 인정하는 것이 유리하겠지만, 순수한 연대책임이 인정되는 범위는 줄어들고 있다. 연대책임은 주로 고의의 불법행위자와 공동행위에 의한 불법행위 등에 국한되고, 독립행위가 경합하는 경우에는 비록 불가분적 손해가 발생하였더라도 분할책임 또는 다양한 형태로 수정된 연대책임으로 규율하는 것이 경향이다. 즉 연대책임의 출발점은 과거에는 수인이 야기한 손해가 불가분이라는 데 있었지만, 이제는 고의나 공동행위로 손해를 야기하였다는 데 있다. 이런 관점에서 우리 판례가 독립행위가 경합한 경우에 폭넓게 ‘협의의’ 공동불법행위(제760조 제1항)의 성립을 인정하여, (부진정)연대채무가 성립하도록 하는 것이 합리적인가는 재고해 볼 필요가 있다.

② 다음으로 종래 전부 아니면 전무 방식(all-or-nothing approach)에서 점점 벗어나, 비율에 의해 책임을 당사자들 간에 할당 또는 배분하려고 하는 경향을 볼 수 있다.¹²⁵⁾ 종래의 기여과실(contributory negligence)로부터 비교과실(comparative negligence)로 전환한 것이 대표적인 예인데, 연대책임 제도의 변화도 바로 그것에 의해 촉발된 것이다. 한편 연대책임을 지는 자들 간의 구상도 종래에는 균등비율(pro rata)에 의하던 데서, 이제는 각자의 책임비율(comparative responsibility)에 따라 하도록 바뀌었다.¹²⁶⁾ 연대책임에 관한 경직된 태도에서 벗어나 점점 합리적인 태도

125) 참고로 이러한 경향은 European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law(Springer, 2005), 3쪽의 선택적 인과관계(Alternative Causes) - 우리의 가해자 불명의 공동불법행위에 해당 - 에 관한 Art. 3: 103 (1)에서도 엿볼 수 있다. 이에 의하면 각 행위로도 손해를 발생시키기에 충분한 수개의 원인이 경합하여 어느 원인이 손해를 발생시켰는지 불명확한 경우에는 각 원인제공자가 피해자의 손해를 야기하였을 개연성(likelihood)에 상응하는 정도의 책임을 지도록 한다. 우리의 제760조 제2항이 각자 전부의 책임을 지도록 한 것과는 다르다. 이로써 잠재적 가해자는 공동관계 없는 타인의 자력부족 위험을 부담하지 않게 된다.

로 바뀌고 있다고 볼 수 있다. 우리도 독립행위가 경합하여 수인이 동일한 손해에 관해 불법행위책임을 지는 경우에, 공모하거나 공동행위를 한 적이 없는 사람들에게 전액에 관해 책임을 지게 함으로써 결과적으로 타인의 무자력의 위험까지 부담하게 하는 것이 합리적인지는 재고해 보아야 할 것이다.¹²⁷⁾

③ 또한 연대책임을 지는 어느 불법행위자에 대한 면제(release)는 커먼 로상 절대적 효력이 있었으나, 그 후 상대적 효력만 있는 것으로 변화하였고, 다시 Restatement 3rd.에 이르러서는 면제받은 자의 몫(부담 부분)에 관하여 절대적 효력이 미치도록 하고 있다. 이로써 우리법상의 면제의 효력(제419조)과 유사하게 되었다. 그런데, 판례는 ‘부진정 연대채무’를 내세워, 면제의 절대적 효력을 부인하고, 피해자로부터 면제받은 자가 다른 공동불법행위자로부터 구상의무를 지도록 하고 있다.¹²⁸⁾ 민법이 규정하고 있는 연대채무에 관한 규정의 적용을 받지 않는 ‘부진정 연대채무’를 인정함으로써, 다른 결과를 인정하는 것이 과연 합리적인 것인지에 관하여는 역시 재고할 필요가 있을 것이다.

④ 덧붙여 커먼 로상의 경직된 도덕적 잣대를 점점 버리고, 합리적인 해결책을 시도하고 있음을 엿볼 수 있다. 가령 고의의 가해자에게 구상권을 부인하였던 커먼 로와 Rest. 2nd Torts(1979)의 태도는 Rest. 3rd

126) D. B. Dobbs, 앞의 책, 1080쪽 이하.

127) 방법론적으로는 수인이 독립행위로 동일한 손해에 관해 중첩적인 책임을 질 경우를 제760조 제1항의 ‘협회의 공동불법행위’에 포함시키지 않고, 그들의 채무가 불가분 채무가 아니라면-불법행위 책임은 금전채무로서(제763조, 제394조) 원칙적으로 가분채무임-제408조에 따른 가분채무를 지도록 할 수 있을 것이다.

128) 대법원 2006. 1. 27. 선고, 2005다19378 판결. 또한 판례는 어느 연대채무자(갑)의 채무에 관하여 소멸시효가 완성된 후에 다른 연대채무자(을)가 변제를 한 경우에도 그에게 구상의무를 지도록 하고 있다. 대법원 2010. 12. 23. 선고, 2010다52225 판결. 그러나 이 경우 A의 채무는 이미 소멸하였으므로 B는 변제로 A를 공동면책 시킨 것이 아니며, 따라서 A에 대한 구상권을 인정하는 것은 불합리하며, 제421조에 의하는 것이 합리적이라고 판단된다.

Torts(Apptort.)(2000)에 이르러 단념되었다. 수인의 가해자 중 어느 1인 갑에게 고의가 있다고 하더라도, 다른 과실 있는 공동불법행위자 을이 피해자에 대한 관계에서 책임을 면할 수 없다면, 갑이 피해자에게 배상을 한 경우 을이 갑에 대해 구상의무를 전혀 지지 않는다는 것은 합리적이지 않은 것이다. 이러한 맥락에서 우리도 ‘피해자 보호’라는 기치 아래 행해지고 있는 많은 경직된 ‘법리’를 합리적으로 순화시키도록 할 필요가 있다.¹²⁹⁾

⑤ 끝으로 우리는 지금까지 공동불법행위자들 간의 구상관계에서 기준이 될 부담부분에 관하여 논의를 별로 하지 않은 것 같다. 기본적으로는 수인의 행위(작위나 부작위)가 결과 발생에 기여한 정도가 기준이 되겠지만,¹³⁰⁾ 그 기여도를 판단하기 어려운 경우에, 곧바로 균등추정(제

129) 공동불법행위에 관한 것은 아니지만 한 가지 예만 든다면, 의료사고가 난 경우 ‘피해자 측에서 일련의 의료행위과정에 있어 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 환자의 특이 체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다’는 판례(대법원 2001. 3. 23. 선고, 99다48221 판결)를 들 수 있다. 위와 같은 거친 방법으로 ‘전부 아니면 전부’의 해결을 꾀하는 것은 여러 가지 면에서 합리적이지 않다. 즉, 의사측에서도 손해 원인을 밝힐 수 없는 현상이 의학적으로 인정되고 있는데, 위 방법에 의하면 이 경우에도 면책추정에 실패한 의사측이 책임을 지게 될 것이다. 또한 위 방법에 의할 경우, 위급한 환자에 대한 의사측의 방어의료(defensive medicine) 현상을 유발할 수 있다. 필자의 판단으로는 이러한 경우 당해 손해발생의 원인으로 고려될 수 있는 구체적 사정들을 확인하여, 그 개연성 정도에 따라 책임위험을 분배(할당)하는 것이 합리적이다. 이에 관하여는 박영규, “선택적 인과관계와 기여개연성에 따른 손해배상”, 법률행정논집 제 14권(서울시립대학교 법률행정연구소, 2007), 참조.

130) 대법원 1999. 2. 26. 선고, 98다52469 판결에서는 ‘공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 연대책임(부진정연대채무)을 지되, 공동불법행위자들 내부관계

424조)에 의하는 것이 반드시 합리적이라고 할 수는 없다. 이때 상술한 책임비율 할당 시 고려할 요소들에 관한 Rest. 3rd Torts(Apport.) §8(86쪽 이하)¹³¹⁾의 논의를 참고할 수 있을 것이다.

(투고일 2011년 12월 26일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 12일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어 : 공동불법행위, 수인의 불법행위자, 공동행위, (부진정)연대책무, 구상(권)

에서는 일정한 부담 부분이 있고, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것'이라고 판시함으로써 단지 '과실의 정도'를 기준으로 들고 있다. 그러나 과실의 정도가 반드시 기여정도와 일치하는 것은 아니다.

131) 이는 ALI(The American Law Institute), A Concise Restatement of Torts 2nd(2010), 346쪽 이하에도 수록되어 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직 편, 정태운 저, 민법주해 제XIX권 채권 12 제758조-제766조, 박영사, 2005.
- 김증한 저, 김학동 증보, 채권각론 제7판, 박영사, 2006.
- 박준서 편, 오병철 저, 주석민법 채권각칙 8, 한국사법행정학회, 2000.
- 송덕수, 신민법강의 제3판, 박영사, 2010.
- 양형우, 민법의 세계-이론과 판례 제4판, 진원사, 2011.
- 지원림, 민법강의 제9판, 홍문사, 2011.
- Dobbs, Dan B., *The Law of Torts*, West Group(Minnesota), 2000.
- Edwards, Linda L./Edwards, J. Stanley, *Tort Law for Legal Assistants*, 3rd. ed., Thomson, 2004.
- Emanuel, Steven L., *Torts. Keyed to Prosser/Wade/Schwartz*, 10th ed., Aspen Law & Business(New York, Gaithersburg), 2002.
- European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer(Wien, New York), 2005.
- Glannon, Joseph W., *The Law of Torts; Examples & Explanations* 3rd. ed., Aspen Publishers(New York), 2005.
- The American Law Institute, *Restatement of the Law 2nd Torts*, vol. 2, 1965.
- _____, *Restatement of the Law 2nd Torts*, vol. 4, 1979.
- _____, *Restatement of the Law 3rd Torts (Apportionment of Liability)*, 2000.
- _____, *A Concise Restatement of Torts 2nd*, St. Paul, 2010.

2. 논문

박영규, “선택적 인과관계와 기여개연성에 따른 손해배상”, 법률행정
논집 제14권, 서울시립대학교 법률행정연구소, 2007.

_____, “‘부진정 연대채무’ 이론 비판”, 민사법학 제48호, 한국민사법
학회, 2010.

서헌재, “공동불법행위자(Joint Tortfeasors)”, 사법행정 제319호, 한국
사법행정학회, 1987.

_____, “공동불법행위자(Joint Tortfeasors) (하)”, 사법행정 제320호,
한국사법행정학회, 1987.

[Abstract]

A Study on the Liability of Joint Tortfeasors in Anglo-American Law

Young-Kyu Park*

This article deals with the liability of multiple tortfeasors for the same injury in the American Law. It aims at gaining some perspectives which could help interpret and develop our own tort law. The current American tort law has departed from common law rules in many points. The scope of joint and several liability has been limited to intentional torts, torts out of acting in concert, vicarious liability etc. For independent tortfeasors who are liable for the same harm, many states adopt hybrid liability system with various contents: reallocation of insolvency burden, threshold requirement for joint and several liability, or joint and several liability only for economic damages etc. Instead of rigid rules of common law they adopt flexible and reasonable ones: while, for example, the intentional tortfeasor was not entitled to contribution until Rest. 2nd Torts(1979), but this rule has been removed in Rest. 3rd Torts(Apport.)(2000).

From the trend of changing american tort law we can get many useful points of view. According to decisions of korean courts, independent tortfeasors have the same status as the tortfeasors acting in concert. It is but hard to understand why an independent tortfeasor should bear the burden of insolvency of another independent wrongdoer. And korean courts hold

* Professor at Law School of The University of Seoul

that a negligent tortfeasor(A) can be jointly and severally liable when A's act gave assistance to another wrongdoer(B) even though A didn't know about the B's harmful act or even B. They think it justifiable only because the result is more favorable to the injured. But it costs inevitably the burden of the defendant, who doesn't have to pay more than his due liability. We should now consider whether above-mentioned decisions of Korean courts are acceptable as reasonable methods of allocating responsibility among multiple tortfeasors.

Key Words : Joint Tortfeasors, Contribution, Indemnity, Action in concert, Joint and Several Liability, Several Liability, Hybrid Liability

