

부진정연대채무의 법률관계에 관한 소고*

-대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결의 검토-

A Short Examination on Juridical Relation of Untrue Joint and Severable Obligation

-A Study on Korean Supreme Court Decision 2005da19378

Delivered on January 27, 2006-

김 서 기**

Kim, Seo-Gi

목 차

I. 사실관계 및 소송의 경과

II. 연구

본 논문은 대상판결 사안과 관련하여, 다음의 여섯 가지 쟁점들에 관하여 구체적으로 살펴 보았다. 첫째 부진정연대채무의 개념은 무엇이며 어떠한 유형들이 여기에 해당되는지, 둘째 부진정연대채무 관계에 있는 경우에도 연대채무와 마찬가지로 부진정연대채무자들 상호간에 내부적으로 부담부분이 있을 수 있는지, 셋째 만약 내부적으로 부담부분이 있다면 부진정연대채무자들 중 1인이 자기의 부담부분 이상을 변제한 경우에 다른 부진정연대채무자들에게도 이 변제의 효과가 미치는지, 즉 변제의 경우 절대적 효력을 갖는지, 넷째 이렇게 변제가 절대적 효력을 갖는 경우에 자기의 부담부분 이상을 변제한 부진정연대채무자는 다른 부진정연대채무자에게 구상권을 갖는지, 다섯째 부진정연대채무자들 상호간의 내부적 부담부분은 어떻게 정해지는지, 마지막으로 부진정연대채무자들 중의 1인에 대한 채무면제가 다른 부진정연대채무자들에게도 절대적 효력을 가지는 지가 바로 그것이다. 부진정연대채무 법리를 애초에 도입한 목적, 관련 민법 명문 규정 등에 보다 충실한 이상의 구체적 고찰을 통하여 향후 부진정연대채무 법리가 법적 안정성을 훼손하지 않고 한층 더 구체적 타당성을 갖는 데 기여하고자 한다.

투고일 : 2015. 8. 27. / 심사외의일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 본 연구는 2014년도 상명대학교 교내연구비를 지원받아 수행하였음.

** 상명대학교 공공인재학과 조교수, 법학박사

Sangmyung University, Department of Public Service, Assistant Professor

【주제어】 부진정연대채무, 채무면제, 절대적 효력, 구상권, 상대적 효력

I. 사실관계 및 소송의 경과

1. 사실관계¹⁾

“가. 원고는 인력경비 용역업 등을 영위하는 법인으로서, 1998년 10월 12일 의류 제조·판매업을 영위하는 소외 1 주식회사(1999년 9월 30일 원고 보조참가인에게 합병되었다, 이하 ‘소외 1 회사’라고 한다)과 사이에 서울 (상세주소 생략)에 있는 소외 1 회사의 사업장에 대하여 방법과 방재업무의 제공을 내용으로 하는 경비용역계약(이하 ‘이 사건 경비용역계약’이라 한다)을 체결하였는데, 그 계약의 주요 내용은 다음과 같다.

- (1) 계약기간 : 1998년 10월 12일부터 1999년 10월 11일까지(다만, 계약종료 1개월 전까지 일방이 상대방에게 통고하지 않는 한 자동적으로 1년간 연장)
- (2) 제공업무 : 용역경비업무(도난 및 화재예방, 경비구역 내 질서유지, 물품의 반출입 통제, 취약지역 순찰, 각종 사고의 조기발견과 긴급대처)
- (3) 용역료 : 월 1,700,000원(배치인원 1인당 850,000원씩 2명, 부가가치세 별도)
- (4) 손해배상 : 외부침입에 의하지 아니하고 사무실 내에서의 소외 1 회사측의 사내행위로 인한 피해는 변상의무가 없다. 다만 경비원의 고의 또는 중대한 과실로 미연에 방지하지 못한 사고에 대하여는 원고에게 변상의 책임이 있다(계약서 제18조 제2항). 경비업무 소홀로 인한 민·형사책임은 원고가 부담한다(특약사항).

나. 이에 따라, 원고는 1998년 10월 12일경부터 원고 소속 경비원 2명을 파견하여 소외 1 회사의 경비실에 상주하게 하는 방법으로 1999년 10월 31일까지 소외 1 회사의 사업장에 대한 경비용역을 제공하였다.²⁾

1) 이하의 사실관계 내용은 원심판결인 서울고등법원 2005. 3. 11. 선고 2004나67808 판결 【이유】 1. 기초사실에 나와 있는 내용을 직접 인용하였음.

2) 정확히 말하자면, 1999. 9. 30. 소외 1 회사는 원고 보조참가인에게 합병되었으므로 원고는 1999. 9. 30. 이후부터 1999. 10. 31.까지는 원고 보조참가인의 사업장에 대해 경비용역을 제공한 것이 된다.

다. 원고가 경비업무를 담당하는 소외 1 회사 또는 원고 보조참가인의 사업장에는, 경비실이 있는 정문을 통하여 구내로 들어가면 ‘ㄷ’자 형으로 된 건물이 있는데 그 정문에 물류창고가 있고, 그 옆 3층 건물의 일부는 니트류 생산업체인 소외 2 주식회사(이하 ‘소외 2 회사’이라고만 한다)가 임차하여 사용하고 있었다.

라. 그런데, 위 소외 2 회사의 직원인 피고 1이 1999년 6월 초순 05:00경 위 물류창고 뒤편의 유리창문을 열고 들어가 그 창고 안에 있던 소외 1 회사 소유의 숙녀복 20박스(합계 30,000,000원 상당)를 가지고 나온 뒤, 위 소외 2 회사로부터 폐사를 공급받아 오던 피고 2가 사업장 정문을 통하여 운전하여 온 (차량번호 생략) 포터 화물차에 함께 싣고 가 이를 절취한 것을 비롯하여, 그 날부터 1999년 11월 19일 07:00경까지 13회에 걸쳐 시가 합계 393,598,400원 상당의 소외 1 회사 내지 원고 보조참가인 및 소외 3 주식회사 소유의 의류를 절취하는 도난사고(이하 ‘이 사건 도난사고’라 한다)가 발생하였다. 이로 인하여 피고들은 2000년 1월 17일경 서울지방법원 남부지원에 절도죄로 기소되어 2000년 2월 3일 각 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄판결을 받고 그 무렵 판결이 확정되었다.

마. 이 사건 도난사고가 발생한 시점은 소외 1 회사 또는 원고 보조참가인의 직원들이 출근하지 아니한 이른 아침으로서 위 물류창고에 차량이 통행하는 일이 드물었는데, 원고 소속 경비원들은 피고 2가 피고 1과 함께 이 사건 의류를 절취하기 위하여 운전하여 온 화물차에 대하여 별다른 확인조치를 취하지 아니한 채 정문을 열어주었고, 그 무렵 위 물류창고 주변을 순찰하거나 그 출입문이나 창문의 시정여부를 확인한 바도 없었다.

바. 피고 1은 위 형사재판 계속중인 2000년 1월 31일 원고 보조참가인에게 합의금 24,000,000원을 지급하면서 그때까지 회수되지 아니한 원고 보조참가인의 도난의류 피해액이 정상가격으로 합계 199,096,600원, 매장공급가격으로 합계 139,367,620원임을 확인해 주었고, 원고 보조참가인은 피고 1에 대한 형사상 처벌을 원하지 아니할 뿐만 아니라 민사상 청구도 포기하기로 합의하였다. 또한 피고 2도 같은 해 4월 11일 원고 보조참가인에게 합의금 26,000,000원을 지급하면서 원고 보조참가인의 피해액이 위와 같이 정상가격으로 199,096,600원, 매장공급가격으로 139,367,620원임을 확인해 주었고, 원고 보조참가인은 이 사건 도난사고와 관련하여 피고 2에 대한 민·형사상 청구를 포기하기로 합의하였다.

사. 원고가 원고 보조참가인을 상대로 서울지방법원 2000가합58557호로 경비용역계약에 따른 경비용역대금을 구하는 소를 제기하자, 원고 보조참가인은 2000년 5월 23일 같은 법원 2000가합58564호로 이 사건 도난사고와 관련하여 원고의 경비용역계약상의 채무불이행 또는 불법행위에 따른 손해배상을 구하는 반소를 제기하였는데, 위 법원은 2001년 9월 4일 원고의 본소청구를 일부 인용하고, 반소에 관하여는 원고의 경비용역계약상의 채무불이행에 기한 손해배상책임을 인정하면서 원고의 과실을 65%, 원고 보조참가인의 과실을 35%로 보아 원고는 원고 보조참가인에게 손해배상으로서 90,588,953원(=매장공급가 상당의 손해 139,367,620원 $\times$ 0.65) 및 이에 대하여 2000년 6월 15일부터 위 판결 선고일인 2001년 9월 4일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 25%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급하라는 내용으로 원고 보조참가인의 반소청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였고, 그 판결은 그 무렵 확정되었다.

아. 이에 원고는 2001년 11월 6일 원고 보조참가인에게 위 판결에 따른 손해배상금 및 지연손해금으로 합계 96,135,975원을 지급하였다.”

2. 소송의 경과

이후 원고는, 피고 1, 2의 불법행위로 말미암아 원고가 그들을 대위하여 원고 보조참가인에게 96,135,975원을 지급하였다고 주장하면서, 피고들에게 구상금 96,135,975원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하였다. 그러나 피고 1, 2는 원고가 2001년 11월 6일 원고 보조참가인에게 손해배상금 및 지연손해금의 합계 96,135,975원을 지급하기 이전인 2000년 1월 31일과 2000년 4월 11일에 각각 원고 보조참가인에게 손해의 일부를 배상하였으며, 이에 원고 보조참가인은 더 이상 이 사건 도난사고와 관련하여 피고 1, 2에 대해 어떠한 민·형사상 청구도 제기하지 않기로 합의해 줌으로써 자신들은 채무를 면제받았다고 항변하였다. 이에 원고는 피고들을 상대로 구상금지급을 청구하는 소송을 제기하였다.³⁾

3) 서울남부지방법원 2004. 8. 11. 선고 2002가단24588 판결 【이 유】 2. 당사자들의 주장 참조.

2.1 제1심⁴⁾

원고는 자신이 원고 보조참가인에게 지급한 손해배상금 전부 즉 96,135,975원 전부에 대하여 피고들에게 구상권을 가진다고 주장하였다. 그 논거는 다음과 같다. 우선, i) 원고 보조참가인에 대한 원고의 경비계약상 채무불이행에 기한 손해배상의무와 피고들의 불법행위에 기한 손해배상의무는 부진정연대채무 관계에 있다는 것이다. ii) 그러면서 부진정 연대채무자들 중의 1인으로서 원고가 자신의 부담부분을 넘는 출재를 함으로써 다른 부진정 연대채무자들인 피고 1과 피고 2를 공동면책 시켰기 때문에 원고는 자신의 부담부분을 넘는 출재액에 대하여 피고 1과 피고 2에 대하여 구상권을 가진다고 전제한다. iii) 그런데 이 사건의 경우 부진정 연대채무자들 각각의 부담부분과 관련해서 보면, 원고 보조참가인의 손해는 전적으로 피고들의 고의에 의한 불법행위로 발생했기 때문에 내부적으로 원고의 부담부분은 0%이라고 할 것이라는 것이다. 따라서 원고는 자신이 원고 보조참가인에게 지급한 96,135,975원 전부에 대하여 피고들에게 구상권을 가진다는 것이다.⁵⁾

이러한 원고측의 주장에 대해 제1심 법원은 “원고가 원고 보조참가인에게 이 사건 경비계약에 기하여 부담하는 손해배상책임과 피고들이 원고 보조참가인에게 부담하는 공동불법행위로 인한 손해배상책임은, 각각 다른 법률관계에 의하여 발생한 것이나 우연히도 동일한 채권자인 원고 보조참가인에 대하여, 피고들의 절취행위로 인하여 원고 보조참가인이 입은 손해를 배상한다는 동일한 내용의 급부를 하여야 할 채무를 부담하는 경우로서, 이른바 부진정 연대채무의 관계에 있다고 할 것이나, 부진정 연대채무에 있어서는 주관적인 공동관계가 없어 원칙적으로 내부적인 부담부분이라는 것이 존재하지 아니하고, 따라서 채무자 상호간의 내부관계에 있어서 별도의 특별규정이 없는 한(예컨대, 민법 제756조 제3항, 민법 제760조 제1항 과 민법 제763조 등)⁶⁾ 원칙적으로 구상관계가 생기지 않는 것이라 할 것인바, 이 사건의 경우 동일한 손해에 대하여 우발적으로 복수의 채무가 병존하는 것 이외에, 원고의 채무와 피고들의 채무 사이에 아무런 공동목적에 의한 결합이 없고 내부적인 부담부분이 정해진 바도 없어 원고와 피고들 사이에

4) 서울남부지방법원 2004. 8. 11. 선고 2002가단24588 판결.

5) 서울남부지방법원 2004. 8. 11. 선고 2002가단24588 판결 【이 유】 참조.

6) 따라서 제1심 법원은 사용자 또는 감독자의 손해배상의무와 피용자 자신의 손해배상의무간의 관계가 부진정연대채무 관계임을 전제로 사용자 또는 감독자의 피용자에 대한 구상권을 인정하고 있으며, 협의의 공동불법행위자들 간에도 부진정연대채무 관계가 성립함을 전제로 서로에 대한 구상권을 인정하고 있다.

구상관계가 발생하지 않는다 할 것이므로, 원고가 부진정 연대채무관계에 기하여 피고들에 대하여 당연히 구상권을 가짐을 전제로 하는 원고 및 그 보조참가인의 주장도 나아가 살필 필요 없이 이유없다.”⁷⁾고 하면서 원고의 청구를 기각하였다.

2.2 제2심⁸⁾

원고는 이에 항소하였고 제2심 법원은 우선 i) 원고 보조참가인에 대한 원고의 경비 계약상 채무불이행에 기한 손해배상의무와 피고들의 불법행위에 기한 손해배상의무의 관계에 관하여 “이들 채무는 별개의 원인으로 발생하였고 상호간에 주관적 공동관계가 없는 독립된 채무이기는 하나, 객관적으로는 동일한 손해에 대한 전보책임이라는 동일한 경제적 목적을 가지고 있어”⁹⁾ 양 채무가 부진정연대채무의 관계에 있음을 인정하였다. 다음으로 ii) 부진정연대채무자들 상호간의 구상권 존부에 관해서는 “부진정연대채무자들은 채권자에 대한 관계에 있어서는 각자 이를 변제할 책임을 지지만, 그들 내부관계에 있어서는 손해의 공평한 분담이라는 관점에서 일정한 부담부분이 있는 것이라고 할 것이고, 이 부담부분은 각자의 과실의 정도 등에 따라 정하여지는 것으로서, 부진정연대채무자들 중 일부가 자기의 부담부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 민법 제425조 제1항을 유추적용하여 다른 부진정연대채무자에게 그 부담부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.”¹⁰⁾라고 하면서 형평의 원칙에 따라 부담부분이 인정됨을 전제로 자신의 부담부분 이상을 변제한 부진정연대채무자는 다른 면책된 부진정연대채무자에게 민법 제425조 제1항을 유추적용하여 구상권을 행사할 수 있다고 보았다. 마지막으로 iii) 부진정 연대채무자들 각각의 부담부분과 관련해서 보면, “부진정연대채무자 상호간의 부담부분은 각자의 고의·과실과 위법성의 정도, 손해발생에의 인과관계 내지 기여도, 변제자력 등을 고려하여 결정하여야 할 것인바, 이 사건 도난사고에 있어서 피고들은 공모에 의한 고의적인 범죄로 이를 야기하였다는 점, 한편 원고의 직원으로서도 소외 1 회사 또는 원고 보조참가인의 직원들이 출근하지 않은 이른 시간에 사업장을 출입하는 화물차에 대하여 운전자의 신원이나 정당한 용무 여부를 제대로 확인하지 아니하고, 물류창고 등 도난사고의 발생이 예상되는 구역을

7) 서울남지방법원 2004. 8. 11. 선고 2002가단24588 판결 【이 유】에서 직접 인용함.

8) 서울고등법원 2005. 3. 11. 선고 2004나67808 판결.

9) 서울고등법원 2005. 3. 11. 선고 2004나67808 판결 【이 유】에서 직접 인용함.

10) 서울고등법원 2005. 3. 11. 선고 2004나67808 판결 【이 유】에서 직접 인용함.

수시로 순찰하면서 출입문과 창문의 시정여부나 수상한 화물의 운반·반출입 행위를 확인 통제하는 업무도 제대로 이행하지 아니함으로써 도난사고의 발생과 그 피해범위의 확대에 한 원인을 제공하였다고 보이는 점, 기타 이 사건 도난사고의 발생경위, 결과 및 쌍방의 과실의 정도 등 여러 사정을 종합하여 보면, 원고와 피고들이 부진정연대관계로 공동책임을 지는 부분에 있어서 원고의 부담부분은 20%, 피고들의 부담부분은 80%로 정함이 상당하다.”¹¹⁾고 판시하여 부진정연대채무자들 각각의 부담부분의 비율은 각자의 고의·과실의 정도 등에 따라 결정되어 진다고 하면서 이 사건의 경우 원고의 부담부분은 20%, 피고들의 부담부분은 80%로 인정하여 원고의 부담부분은 0%, 피고들의 부담부분은 100%라는 원고측의 주장을 받아들이지 않았다.

결국 2심법원은 자신이 지급한 금액 전부에 대하여 피고들에게 구상권을 가진다고 주장하면서 원고가 그 논거로 제시한 것들 중에서 i) 원고 보조참가인에 대한 원고의 경비계약상 채무불이행에 기한 손해배상의무와 피고들의 불법행위에 기한 손해배상의무의 관계가 부진정연대채무 관계에 있다는 점, ii) 부진정연대채무자들 상호간의 내부 관계에 있어서는 일정한 부담부분이 있으며, 부진정연대채무자들 중 일부가 자기의 부담부분 이상을 변제하여 공동으로 면책케 하였을 때에는 다른 부진정연대채무자에게 구상권을 행사할 수 있다는 점은 인정하면서도, iii) 이 사건의 경우 원고의 부담부분은 0%이라는 주장은 받아들이지 않았다.

한편 채권자인 원고 보조참가인은 일체의 민·형사상 청구도 제기하지 않기로 합의해 줌으로써 피고들에게 채무를 면제해 주었으므로 원고의 구상금 청구에 응할 수 없다는 피고들의 항변에 대하여 제2심 법원은 다음과 같이 판시하면서 피고들의 항변을 배척하였다. “부진정연대채무에 있어서 채무자 중 일부의 변제(합의금 지급)로 인하여 공동면책된 부분은 다른 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생할 것이다. 그러나 나아가 채무자 중 일부에 대한 채무의 면제 내지 채권의 포기도 다른 채무자에 대하여 효력이 있는지에 대하여 보건대, 채권자가 부진정연대채무자 중 일부(피고들)와 합의를 하면서 다른 채무자(원고)에 대하여도 더 이상의 배상청구를 하지 아니할 의사를 표시하였다는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한, 부진정연대채무관계에 있어서 그 중의 한 채무자에 대한 채무면제는 민법 제419조가 적용되지 아니하여 다른 채무자에게는 그 효력이 미치지 아니하는 이른바 상대적 효력을 갖는 데에 불과하므로, 부진정연대채무자 중 1인의 구상권 행사에 대하여 다른 부진정연대채무자는 자기의 채무가 면제되었다는 이유로

11) 서울고등법원 2005. 3. 11. 선고 2004나67808 판결【이 유】에서 직접 인용함.

그 구상을 거절할 수 없다고 할 것이다.”¹²⁾

2.3 제3심¹³⁾

우선, 부진정연대채무자들 상호간에도 구상권 행사가 가능하다는 원고측의 주장에 관하여 제3심 법원은 다음과 같이 그 주장을 받아들이면서 제2심 법원과 마찬가지로 판단하였다. “원고의 경비용역계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 피고들의 절도라는 불법행위로 인한 손해배상채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 ... 부진정연대의 관계에 있고, 위와 같은 부진정연대채무의 관계에 있는 복수의 책임주체 내부관계에 있어서는 형평의 원칙상 일정한 부담 부분이 있을 수 있으며, 그 부담 부분은 각자의 고의 및 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 부진정연대채무자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 부진정연대채무자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다. ... 원고와 피고들이 부진정연대관계로 공동책임을 지는 부분에 있어서 원고의 부담 부분을 20%, 피고의 부담 부분을 80%로 정함이 상당하고 판단한 것은 정당하고, 거기에 부진정연대채무자 상호간의 부담 부분에 관한 법리오해, 사실오인 등의 위법이 없다.”¹⁴⁾

다음으로 부진정연대채무자들 중의 1인에 대한 채무면제가 절대적 효력을 가진다는 피고들의 항변에 대해서는 제3심 법원은 다음과 같이 피고들의 항변을 배척하면서 제2심 법원과 마찬가지로 판단하였다. “부진정연대채무자 상호간에 있어서 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생하지만 그 밖의 사유는 상대적 효력을 발생하는 데에 그치는 것이므로 피해자가 채무자 중의 1인에 대하여 손해배상에 관한 권리를 포기하거나 채무를 면제하는 의사표시를 하였다 하더라도 다른 채무자에 대하여 그 효력이 미친다고 볼 수는 없다 할 것이고, 이러한 법리는 채무자들 사이의 내부관계에 있어 1인이 피해자로부터 합의에 의하여 손해배상채무의 일부를 면제받고도 사후에 면제받은 채무액을 자신의 출재로 변제한 다른 채무자에 대하여 다시 그 부담 부분에 따라 구상의무를 부담하게 된다 하여 달리 볼 것은 아니다.

12) 서울고등법원 2005. 3. 11. 선고 2004나67808 판결【이 유】에서 직접 인용함.

13) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결.

14) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결【이 유】에서 직접 인용함.

... 위와 같은 취지에서 피해자인 원고 보조참가인이 피고들에 대하여 어떠한 민·형사상 청구를 하지 않기로 합의하여 채무를 면제하였으므로 원고의 구상금 청구에 응할 수 없다는 피고들의 주장을 배척한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 부진정연대채무자 중 일부에 대한 채무면제의 효력에 관한 법리오해, 민법 제419조에 관한 법령 적용 등을 잘못된 위법이 없다.”¹⁵⁾

II. 연구

1. 서언

대법원 2006년 1월 27일 선고 2005다19378 판결은 요컨대 원고들의 주장과 피고들의 항변을 판단한 것이다.

다시 말하면, 원고가 자신이 원고 보조참가인에게 지급한 손해배상금 전부 즉 96,135,975원 전부에 대하여 피고들에게 구상권을 가진다고 하는 주장에 대해서 대법원은 세부적으로 ① 원고 보조참가인에 대한 원고의 경비계약상 채무불이행에 기한 손해배상 의무와 피고들의 불법행위에 기한 손해배상 의무가 부진정연대채무 관계에 있는지, ② 부진정연대채무 관계에 있다면 부진정연대채무 관계에 있는 경우에도 연대채무와 마찬가지로 부진정연대채무자들 상호간에 내부적으로 부담부분이 있을 수 있는지, ③ 만약 내부적으로 부담부분이 있다면 부진정연대채무자들 중 1인이 자기의 부담부분 이상을 변제한 경우에 다른 부진정연대채무자들에게도 이 변제의 효과가 미치는지, 즉 변제의 경우 절대적 효력을 갖는지, ④ 이렇게 변제가 절대적 효력을 갖는 경우에 자기의 부담부분 이상을 변제한 부진정연대채무자는 다른 부진정연대채무자에게 구상권을 갖는지, ⑤ 마지막으로 부진정연대채무자들 상호간의 내부적 부담부분은 어떻게 정해지는지를 판단한 것이다.

한편, 채권자인 원고 보조참가인은 일체의 민·형사상 청구도 제기하지 않기로 합의해 줌으로써 피고들에게 채무를 면제해 주었으므로 원고의 구상금 청구에 응할 수 없다는 피고들의 항변과 관련해서는 ⑥ 부진정연대채무자들 중의 1인에 대한 채무면제가 다른 부진정연대채무자들에게도 절대적 효력을 가지는 지에 관하여 판단한 것이다.

15) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결 【이 유】에서 직접 인용함.

본고에서는 이상의 여섯 가지 쟁점들에 관하여 구체적으로 살펴볼 것이다.

2. 부진정연대채무의 개념과 유형

대상판결의 사안이 부진정연대채무관계인지 여부를 판단하기 위해서는 일반론으로서 그 개념은 무엇이며 어떠한 유형들이 여기에 해당하는지를 밝히는 작업이 선행되어야 할 것이다.

‘다수당사자의 채무관계’란 하나의 급부에 대하여 채무자가 여럿 있는 경우를 가리킨다. 우리 민법은 이러한 다수당사자의 채무관계를 제3편 채권 제1장 총칙의 제3절에서 ‘수인의 채권자 및 채무자’라는 제목 아래 규율하고 있는데, 여기에서 규율하고 있는 것은 분할채무, 불가분채무, 연대채무, 보증채무의 네 가지이다.¹⁶⁾ 한편 우리 민법상의 연대채무와 관련하여 이것을 단순연대적인 것으로 봤다면 절대적 효력의 범위가 좁기 때문에 채권의 담보력이 크게 약화되지 않을 것이나 우리 민법은 연대채무에 관하여 절대적 효력의 범위를 넓게 규정함으로써 공동연대적인 성격이 강한 것으로 본 결과 채권의 담보력이 크게 약화되어¹⁷⁾ 채권자 보호 차원에서 다른 성격의 연대채무 법리 즉 부진정연대채무를 인정할 필요가 있었다.¹⁸⁾ 그 결과 우리의 학설, 판례는 비록 민법이 규정하고 있지는 않지만 또 하나의 다수당사자 채무관계 유형으로서 부진정연대채무를 대체적으로 인정하고 있다.¹⁹⁾

종래의 통설적 견해가 인정하고 있는 부진정연대채무의 개념은 다음과 같다. “수인의 채무자가 동일한 내용의 급부에 대해서 각자 독립하여 전부를 급부할 의무를 부담하고, 채무자 가운데 1인이 변제를 하면 전부의 채무자가 채무를 면하는 다수당사자의 채무관계인 점에서는 연대채무와 마찬가지로, 법정 연대채무에 속하지 아니하는 것”으로 정의할 수 있다.²⁰⁾ 그렇다면 이러한 종래의 통설에 따를 때, 연대채무와의 구체적 차이점

16) 송덕수, 채권법총론 제2판, 박영사, 2015, 275쪽.

17) 우리 민법이 인정하고 있는 절대적 효력이 있는 사유들 중 ‘이행의 청구’는 채권자에게 유리하다. 왜냐하면 채권자는 연대채무자들 중 1인에게만 이행청구하면 그 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있기 때문이다. 그러나 나머지 사유들은 모두 연대채무자들에게 유리하다. 따라서 채권의 담보력은 크게 약화될 수밖에 없다.

18) 김용균, “부진정연대채무자의 1인에 대한 면제의 효력 - 1993. 5. 27. 선고 93다6560 판결 -”, 사법행정 제395호, 한국사법행정학회, 1993, 35쪽; 김상용, 채권총론 제2판, 화산미디어, 2014, 299쪽.

19) 이러한 평가는 나태영, “부진정연대채무와 상계 등의 효력”, 한양법학 제23권 제1집, 한양법학회, 2012, 196-197쪽 참조.

들에는 어떤 것들이 있을까? 간략히 말하자면, 부진정연대채무의 경우 연대채무와는 달리 공동채무자들간에 주관적 공동관계가 없다는 점, 그 결과 부담부분이나 부담부분을 전제로 한 구상권이 원칙적으로 인정되지 않는다는 점, 또한 주관적 공동관계가 없기 때문에 채권의 만족을 주는 사유(변제, 대물변제, 공탁, 상계²¹⁾) 이외의 사유에 대해서는 상대적 효력만 인정된다는 점 등을 들 수 있다.²²⁾

한편 통설에 따르면, 부진정연대채무의 예로서 “① 실화자의 손해배상의무와 보험회사의 계약에 기한 손해전보의무, ② 수탁물을 부주의로 도난당한 수탁자의 채무불이행에 기한 배상의무와 절취자의 불법행위에 기한 배상의무, ③ 법인의 불법행위 책임과 이사 기타 대표기관 개인의 배상의무, ④ 가해행위를 한 피용자 자신의 배상의무와 사용자들의 배상의무, ⑤ 책임무능력자의 가해행위에 기한 법정감독의무자의 배상의무와 대리감독자의 배상의무, ⑥ 피용자의 가해행위에 기한 사용자의 배상의무와 감독의무자의 배상의무, ⑦ 동물의 가해행위에 기한 점유자의 배상의무와 보관자의 배상의무, ⑧ 공동불법행위자의 배상의무 등”²³⁾을 들고 있다. 여기서 ①번과 ②번은 계약상책임과 불법행위책임이 경합하는 경우 부진정연대채무가 성립함을 보여주는 예라고 할 것이다.

이러한 통설과 마찬가지로 대상판결도 계약상책임과 불법행위책임이 경합하는 경우 양 책임간에 부진정연대채무관계가 성립함을 인정하고 있다. 그러나 앞서 개념 정의에서 살펴본 것처럼 통설에 따르면 채무의 전액의무성(공동채무자들 전원이 각자 채무 전부에 관하여 이행할 의무를 부담함), 채권의 일배액성(비록 공동채무자들 전원이 각자 채무 전부를 이행할 의무를 부담한다 할지라도 채권자는 자신의 채권총액을 넘는 변제를 받을 수 없음)²⁴⁾이라는 기본적 성질을 가지고 있다는 점에서 연대채무의 일종이라고 볼 수 있지만 공동채무자들간에 주관적 공동관계가 없다는 점에서 진정한 연대채무는

20) 차한성, 민법주해(X)(곽윤직 편) 초판, 박영사, 2011, 81쪽.

21) 상계의 경우 통설과 달리 과거의 판례(대법원 1989. 3. 28. 선고 88다카4994 판결)는 변제, 대물변제, 공탁과 같은 범주에 속하지 않는 것으로 보아 상대적 효력만을 인정하였다. 물론 상계의 경우는 변제, 대물변제, 공탁과는 달리 현실적인 출연에 의해 채권을 만족시키는 사유는 아니다. 그러나 상계 역시 채권을 만족시키는 사유라는 점에서는 변제 등과 동일하다는 점에서 이러한 판례의 태도는 많은 비판을 받아 왔고, 그 결과 대법원은 전원합의체 판결로 이러한 과거의 태도를 변경하였는데 상계 역시 변제, 대물변제, 공탁이 행하여진 경우와 동일하게 채권이 현실적으로 만족을 얻는 사유임을 분명히 하면서 절대적 효력을 인정하였다(대법원 2010. 9. 16. 선고 2008다97218 판결).

22) 강봉수, 주석민법 채권총칙(2)(박준서 편) 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 184-186쪽.

23) 차한성, 앞의 책, 83쪽.

24) 채무의 전액의무성 및 채권의 일배액성에 관한 이상의 정의는 서희석, “일본에서 부진정연대채무론의 전개”, 동북아법연구 제8권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2014, 102쪽 참조.

아닌 것이고 따라서 부진정 연대채무라고 지칭하는 것으로 판단된다.

그러나 통설이 제시하고 있는 진정 연대채무와 부진정 연대채무를 구별하는 핵심적 기준인 주관적 공동관계가 과연 구별기준이 될 수 있는지 우선 의심스럽다. 왜냐하면 위에서 본 것처럼 통설은 ⑧번 즉 민법 제760조 공동불법행위자의 배상 의무의 경우 부진정 연대채무로 보고 있는데 제760조 공동불법행위의 유형들 중 가해불명의 공동불법행위의 경우를 제외한 나머지 두 가지 경우, 즉 협의의 공동불법행위의 경우와 타인을 교사하거나 방조하여 불법행위를 한 경우에는 공동불법행위자들 간에 주관적 공동관계가 있다고 볼 수 있기 때문에 부진정 연대채무로 볼 수 없음에도²⁵⁾ 통설은 세 가지 경우 모두 부진정 연대채무로 보고 있기 때문이다. 이러한 주장에 대해 협의의 공동불법행위 등의 경우 “공동불법행위자 상호간에는 「불법행위를 함께 한다」는 점에 관해서 주관적 공동관계가 있을 수 있을 뿐이고, 연대채무의 요소인 「하나의 채무를 함께 이행한다」고 하는 주관적 공동관계는 없”다고 하면서 따라서 여전히 부진정연대채무라고 해석해야 된다는 비판²⁶⁾은 타당하지 않다. 왜냐하면 「불법행위를 함께 한다」는 인식 속에는 일반적으로 만약 문제가 발생하는 경우에는 그 책임도 함께 부담한다는 즉 「하나의 채무를 함께 이행한다」는 인식이 당연히 포함되어 있다고 사실상 추정할 수 있기 때문이다. 따라서 「하나의 채무를 함께 이행한다」는 인식은 포함되어 있지 않다는 사실은 피해자 즉 채권자가 입증함으로써 채권의 만족을 주는 사유(변제, 대물변제, 공탁, 상계) 이외의 사유에 대해서는 상대적 효력 밖에 없음을 들어 자신의 채권의 담보력을 스스로 강화시키는 것으로 해석해야 할 것이다.

이처럼 진정 연대채무와 부진정 연대채무를 구별하는 기준조차 불분명한 상황에서 민법상 명문 규정도 없는 부진정 연대채무가 인정되는 영역을 무한히 늘리게 되면 민법상 연대채무에 관한 규정은 채권자 보호라는 명분하에 사실상 형해화 될 것이다.

부진정 연대채무 역시 기본적으로는 연대채무의 특성을 가지고 있으므로 연대채무 유사의 법률관계들 중에서 주관적 공동관계가 없는 경우만을 대상으로 할 것이지 대상판결 사안의 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 불법행위로 인한 손해배상책임이 경합하는 경우와 같이 민사법상 책임체계를 전혀 달리 하는 경우에 까지 부진정연대채무 관계를 확대해서는 안 될 것이다.²⁷⁾ 대상판결 사안은 채무불이행으로 인한 손해배상청

25) 이태재, 채권각론신강, 진명문화사, 1967, 505쪽; 정태운, 민법주해(XIX)(곽윤직 편) 초판, 박영사, 2012, 193쪽에서 재인용.

26) 김중환/김학동, 채권총론 제6판, 박영사, 1998, 242쪽.

27) 유사한 일본 학설의 상세한 내용에 관해서는 차한성, 앞의 책, 83쪽 참조.

구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권의 단순한 청구권 경합 관계에 불과한 것으로서 채권자는 양 청구권들 중 하나를 택하여 행사하면 되는 것이지 채권자 보호를 위하여 별도로 부진정연대채무관계를 인정할 필요는 없다고 할 것이다.²⁸⁾

3. 부진정연대채무자 상호간의 내부적 부담부분

대상판결 사안에서 부진정연대채무자 상호간의 내부적 부담부분과 관련하여 문제된 것은 내부적 부담부분을 인정할 것인지 여부와 인정한다면 어떠한 기준으로 부담부분의 비율을 정할 것인지 이었다.

이미 언급한 것처럼 통설에 따르면 부진정연대채무의 경우 공동채무자들간에 주관적 공동관계가 없기 때문에 그 결과 각자의 부담부분이 원칙적으로 인정되지 않는다고 한다. 그러나 이러한 통설의 태도는 의문이다. 앞서 주장한 바와 같이 진정 연대채무와 부진정 연대채무를 구별하는 기준조차 불분명한 상황임을 고려할 때 부진정 연대채무 역시 기본적으로는 연대채무의 특성을 가지고 있으므로 연대채무 유사의 법률관계들 중에서 주관적 공동관계가 없는 경우에만 부진정연대채무관계를 인정해야만 할 것이다. 그러나 이처럼 비록 부진정연대채무관계가 제한적으로만 인정된다 해도 인정된 이상 ‘다수당사자 채무관계’의 일종이 되기 때문에 우리 민법상 ‘다수당사자 채무관계’의 원칙적인 모습인 ‘분할채무’의 원칙 즉 민법 제408조에 따라 특별한 의사표시가 없으면 부진정연대채무자들은 균등한 비율로 의무를 부담한다고 해야 할 것이다.²⁹⁾ 즉 원칙적으로 내부적 부담부분이 존재하며 그 부담비율은 균등하다는 것이다. 따라서 주관적 공동관계가 없다는 이유로 내부적 부담부분이 존재하지 않는다고 설시하는 것은 법리상의 오해가 있는 것으로 판단된다.

한편 대상판결 사안과 관련하여 대법원은 “부진정연대채무의 관계에 있는 복수의

28) 일본의 학설들 중 스에카와(末川)설은 부진정연대채무관계는 단지 채무자들간의 청구권경합의 문제라고 이해하면서 부진정연대채무라는 개념을 별도로 인정할 필요가 없다고 한다(동 학설에 대한 상세한 설명은 서희석, 앞의 논문, 109-110쪽 참조).

29) 이때 연대채무에 관한 민법 제424조 “연대채무자의 부담부분은 균등한 것으로 추정한다.”를 유추 적용하는 것은 잘못이다. 왜냐하면 연대채무에 관한 규정들 중 부진정연대채무에 유추 적용할 수 있는 것은 주관적 공동관계를 전제로 하지 않는 규정들에 제한되기 때문이다. 민법 제424조와 같은 주관적 공동관계의 존재를 전제로 하는 규정들은 주관적 공동관계가 없는 부진정연대채무에는 당연히 유추 적용될 수 없는 것이다. 반면 민법 제408조는 부진정연대채무관계 역시 다수당사자의 채무관계가 되기 때문에 직접 적용되는 것이다.

책임주체 내부관계에 있어서는 형평의 원칙상 일정한 부담 부분이 있을 수 있으며, 그 부담 부분은 각자의 고의 및 과실의 정도에 따라 정하여지는 것”이라고 하면서 내부적 부담부분이 존재함은 인정하면서도 그 근거로 형평성이라는 조리를 들고 있다. 그러나 우리 민법 제1조가 명백히 밝히고 있듯이 민사에 관하여 법률 및 관습법에 규정이 없는 경우에 한하여 보충적으로 조리가 법원이 될 수 있다는 점에서 형평성, 신의성실의 원칙과 같은 조리에 바로 의존하기보다는 우선 법률 및 관습법의 구체화된 법리를 통해 해결을 모색해야 하는 것이다.

하나의 급부에 대하여 채무자가 여럿 있는 경우를 ‘다수당사자의 채무관계’라고 한다면 부진정연대채무관계 역시 여기에 포함되며 다만 민법상 규정되어 있지 않고 학설 및 판례에 의해 인정된 것일 뿐이라는 것이다. 하지만 ‘다수당사자의 채무관계’로 인정된 이상 민법상 ‘다수당사자의 채무관계’에 관한 일반원칙에 따라 해결해야 한다는 것이다.

또한 대상판결 사안에서 대법원은 부진정연대채무자 각각의 부담부분이 고의 및 과실의 정도에 따라 정해진다고 설시하고 있는 데 물론 고의 및 과실 비율이 가장 중요한 결정기준들 중의 하나임은 분명하지만 보다 정교하게 각자의 부담을 결정해야 할 필요성이 있는바 보다 포괄적인 부담부분의 결정기준이 제시되어야 할 것이다. 일례로 일본 최고재판소는 과실비율 대신에 ‘책임비율’을 그 기준으로 제시하고 있는 데,³⁰⁾ ‘책임비율’은 과실비율을 포함하는 보다 포괄적인 부진정연대채무자 각각의 부담부분을 결정하는 기준이라고 한다.³¹⁾ 이러한 차원에서 본다면 “부진정연대채무자 상호간의 부담부분은 각자의 고의·과실과 위법성의 정도, 손해발생에의 인과관계 내지 기여도, 변제자력 등을 고려하여 결정하여야” 한다고 하면서 제반사정을 참작하도록 하고 있는 2심법원의 설시가 보다 타당한 것으로 생각된다.

4. 부진정연대채무자의 변제 효력 및 구상권

통설에 따르면 연대채무와 마찬가지로 채권의 만족을 주는 사유(변제, 대물변제, 공탁, 상계)에 대해서는 절대적 효력을 인정한다.³²⁾ 부진정연대채무자들 각자는 모두 ‘동일한

30) 〈最判平成10年[1998年]9月10日民集52卷6号1494項〉, “갑과 을이 공동의 불법행위에 의해 타인에게 손해를 가한 경우에 갑이 을과의 책임비율에 따라 정해지는 자기의 부담부분을 넘어 피해자에게 손해를 배상한 때에는 갑은 을의 부담부분에 대하여 구상할 수 있다.”

31) 서희석, 앞의 논문, 121쪽.

32) 강봉수, 앞의 책, 184-185쪽.

손해'에 대해서 전부 급부할 의무를 부담하므로 누구든지 변제 등을 할 수 있는데, 만약 이들 중 누구든지 간에 변제, 대물변제, 공탁, 상계로 채권자를 만족시키게 되더라도 채권은 목적을 달성하게 되고 따라서 채권의 담보력을 강화하여 채권자를 보호하기 위해 상대적 효력을 지니는 것으로 이론 구성할 필요가 없다. 채권자는 이미 만족을 얻었기 때문이다. 따라서 변제, 대물변제, 공탁, 상계로 채권자를 만족시키게 되는 경우에는 주관적 공동관계 존부에 상관없이 채권은 절대적으로 소멸한다고 해야 할 것이다. 통설의 태도는 타당하다.

그렇다면 일부만 변제 등이 이루어진 경우에는 어떠할까? 대상판결 사안은 부진정연대로 책임질 전체 배상액 중에서 원고와 피고들에 의해 각각 일부만 변제가 이루어진 경우로서 원심법원과 대법원은 이 경우에도 부진정연대채무자들인 원고와 피고들은 모두 공동면책된다고 하여 일부 변제 등의 경우에도 절대적 효력을 인정한다.³³⁾ 반면 일부견해³⁴⁾는 일부변제 등의 경우에는 아직 채권자는 만족을 얻지 못하였으므로 채권자 보호를 위해 채권의 담보력을 유지시키기 위해 채권이 전부만족을 얻을 때까지는 일부변제 등이 있더라도 여전히 각 채무는 독립성을 가지는 것으로 해석하여 상대적 효력만을 인정해야 된다고 주장하는 것으로 생각된다. 그러나 일부변제 등의 경우에도 적어도 변제 등이 이루어진 부분에서 만큼은 채권자는 궁극적으로 만족을 얻었으므로 따라서 채권의 담보력을 강화하여 채권자를 보호하기 위해 상대적 효력을 지니는 것으로 이론 구성할 필요가 없다.³⁵⁾ 따라서 일부변제 등의 절대적 효력을 인정한 대상판결의 태도는 타당하다.

이상에서 본 바와 같이 일부변제를 포함해 변제는 절대적 효력을 갖는 것으로 인정된다. 또 원고가 자기의 부담부분 이상을 변제했다는 점에 대해서도 다툼이 없다. 따라서 다음으로 부진정연대채무자로서 원고가 다른 부진정연대채무자들인 피고들에게 구상권을 갖는지에 관하여 살펴보자.

대상사안과 관련하여 대법원은 [판결요지]에서 “부진정연대채무자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 부진정연대채무자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다”라고 판시하면서 [이유]에서

33) 이에 관해서는 원심판결인 서울고등법원 2005. 3. 11. 선고 2004나67808 판결【이유】에 상세히 설시되어 있음.

34) 김형배, 채권총론 제2판, 박영사, 1999, 484쪽; 박윤직, 채권총론 제6판, 박영사, 2013, 183쪽.

35) 유사한 설명으로 송덕수, 앞의 책, 306쪽은 일부변제 등의 경우에도 그 범위에서는 채권의 공동목적의 달성되므로 절대적 효력을 가져야 한다고 설명한다.

부진정연대채무에 있어서 구상관계에 관한 원심판결은 정당하고 법리상 오해가 없다고 밝힘으로써 원심법원의 판단을 그대로 따르고 있다. 한편 원심법원은 “부진정연대채무자들 중 일부가 자기의 부담부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 민법 제425조 제1항을 유추적용하여 다른 부진정연대채무자에게 그 부담부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.”고 하면서 부진정연대채무자들에게 인정되는 구상권의 근거가 연대채무에 관한 구상권 조항인 민법 제425조 제1항임을 분명히 하고 있다. 즉 부진정연대채무관계에서도 구상권이 인정되는데 그 근거로 연대채무에 관한 민법 제425조 제1항을 유추적용 한다는 것이다. 민법 제425조 제1항에 따르면 구상권이라 함은 변제 기타 자기의 출제로 공동면책을 시킨 연대채무자가 다른 연대채무자에 대해 부담부분에 따른 상환을 청구할 수 있는 권리를 말한다고 할 것이다.³⁶⁾ 따라서 변제 기타 자기의 출제로 공동면책을 시킨 부진정연대채무자도 다른 부진정연대채무자에 대해 구상권을 행사할 수 있다.

이미 언급한 바와 같이 부진정연대채무관계 역시 다수당사자 채무관계에 포함되기 때문에 다수당사자 채무관계의 원칙적 규정인 민법 제408조가 적용되어야 할 것이므로 부진정연대채무관계에서는 원칙적으로 부담부분이 존재하며 따라서 구상권은 일반적으로 인정된다고 할 것이다. 만약 구상권을 인정하지 않게 되면 복수의 채무자들 중 채권자가 먼저 권리를 행사하여 만족을 얻은 자만이 궁극적 부담자가 되고 다른 채무자들은 아무런 재산적 손실없이 채무를 면하게 되는데 이것이 합리적이지 않음은 물론이다.³⁷⁾ 그리고 채권자에게 이러한 권한 즉 궁극적 부담자를 결정할 수 있는 선택권까지 주는 것은 채권자에 대한 과도한 보호로 생각된다. 물론 이 경우 채권자의 이행청구에 대하여 변제 등을 하지 않으면 나중에 강제집행을 당하는 것은 별론으로 하더라도 비록 지연배상을 할지언정 본래의 급부의무를 혼자 부담하는 일은 없게 될 것이다. 왜냐하면 부진정연대채무관계에서 채권자는 각 채무자 1인에 대하여 동시 또는 순차로 전원에 대하여 전부 또는 일부의 이행을 청구할 수 있기 때문이다.³⁸⁾ 다시 말하면 채권자는 다른 채무자들에게도 이행을 청구할 것이라는 것이다. 그러나 이때 어느 채무자도 먼저 변제 등을 하지 않을 것이다. 그렇게 되면 결과적으로 채권자는 자신의 채권 실현이 어렵게 되어 채권의 담보력을 강화해서 채권 실현을 용이하게 하여 채권자를 보호하기

36) 김형배, 앞의 책, 484쪽.

37) 정남숙, “부진정연대채무자 상호 간의 구상관계”, 변호사 제44집, 서울지방변호사회, 2013, 305쪽; 박영규, “‘부진정 연대채무’ 이론 비판”, 민사법학 제48호, 한국민사법학회, 2010, 303쪽.

38) 강봉수, 앞의 책, 184쪽.

위해 부진정연대채무 법리를 도입하였는데 이러한 도입 목적은 제대로 달성할 수 없게 된다. 따라서 부진정연대채무 법리를 애초에 학설과 판례가 도입한 목적을 달성하기 위해서라도 구상권은 인정되어야 할 것이다.

다음으로 구상권의 법적 근거에 관하여 살펴보자. 물론 구상권이 아예 법률에 규정된 경우에는 해당 법조항이 그 법적 근거가 될 것이지만, 그렇지 않은 경우라면 별도의 법적 근거가 필요하다고 할 것인데, 대상판결은 이에 관하여 연대채무에 관한 민법 제425조 제1항을 유추적용하여 부진정연대채무관계에서 구상권이 인정되는 법적 근거로 삼고 있다. 앞서 언급한 바와 같이 연대채무에 관한 규정들 중 부진정연대채무에 유추적용할 수 있는 것은 주관적 공동관계를 전제로 하지 않는 규정들에 제한된다고 할 것이다. 따라서 민법 제424조와 같은 주관적 공동관계의 존재를 전제로 하는 규정들은 주관적 공동관계가 없는 부진정연대채무에는 유추 적용 될 수 없는 것이다. 그런데 민법 제425조는 주관적 공동관계의 존재를 전제로 한 규정이 아니라 부담부분의 존재를 전제로 한 규정이다. 복수의 채무자들간에 주관적 공동관계가 있다면 비록 채무자 1인의 부담부분을 0%로 할지언정 내부적으로 각자의 부담부분은 존재하는 것이다. 하지만 주관적 공동관계가 없더라도 법률의 규정에 의해 각자의 부담부분이 정해질 수 있다. 부진정연대채무자들 간에 원칙적으로 각자의 부담부분이 존재하는 이유는 민법 제408조에 의해서이다. 그리고 이렇게 부담부분이 존재해야만 비로소 구상권이 인정되는 것이다. 왜냐하면 구상관계라고 하는 것은 채무자들 상호간의 내부관계에서의 최종적인 청산절차라고 보아야 하는데 각자의 부담부분이 없다면 이러한 청산절차는 불필요하기 때문이다.³⁹⁾ 요컨대 민법 제425조는 주관적 공동관계의 존재를 전제로 한 규정이 아니고 부담부분의 존재를 전제로 한 규정이므로 부진정연대채무관계에서는 주관적 공동관계는 없지만 부담부분은 원칙적으로 존재하므로 민법 제425조를 유추적용한 대상판결의 태도는 타당하다고 할 것이다.

한편 부진정 연대채무자 1인의 변제로 다른 부진정 연대채무자의 채무도 소멸하게 되면 변제한 채무자는 자신의 부담부분 이외의 부분에 대해서는 손실을 입은 것이고, 채무를 면한 다른 채무자는 채무자들간의 내부관계에서는 분명 아무런 법률상 원인 없이 자신의 부담부분만큼 이익을 얻은 것이 된다. 즉 다른 채무자는 법률상 원인 없이 자신의 채무 소멸이라는 부당이득을 얻은 것이다. 이러한 부당이득을 구상부당이득이라

39) 이영규, “연대채무법리에 관한 연구”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 1991, 133쪽; 구상권의 근거에 관해 이런 식으로 설명하는 학설을 당연존재설이라 한다(차한성, 앞의 책, 137쪽).

한다.⁴⁰⁾ 구상부당이득은 이처럼 타인이 부담해야 할 채무를 자신의 출자에 의해서 소멸시키는 경우에 발생한다. 이러한 구상부당이득반환청구권 즉 구상권은 법률에 의하여 특별히 규정되어 있을 수 있으며 연대채무의 구상권에 관한 민법 제425조는 그 일례이다.⁴¹⁾ 따라서 이런 식의 설명에 따르더라도 민법 제425조는 주관적 공동관계의 존재를 전제로 한 규정이 아니고 부담부분의 존재를 전제로 한 규정이므로⁴²⁾ 부진정연대채무관계에서는 주관적 공동관계는 없지만 부담부분은 원칙적으로 존재하므로 민법 제425조를 유추적용 한 대상판결의 태도는 타당하다고 할 것이다.

덧붙여 이렇게 구상권이 인정되는 경우에 이러한 구상권은 새롭게 발생한 채권으로서 기존채권의 인적담보, 물적담보 등이 존속하지 않아서 그 효력이 약하다. 따라서 변제등으로 당연히 소멸했어야 할 채권자의 채권 및 담보권(인적담보, 물적담보)을 소멸시키지 않고 구상권자의 구상권 확보를 위해 채무자와 변제자 사이에서는 그대로 존속시키는 변제자 대위제도를 우리 민법은 규정하고 있다.⁴³⁾ 민법 제481조에 따르면 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위하게 된다. 즉 채권자의 채권이 민법 제481조의 요건을 갖추면 당연히 변제자에게 이전된다는 것이다. 부진정연대채무자 각자는 자신의 부담부분만이 아닌 채무 전부에 관하여 변제할 의무를 부담하므로 만약 채무 전부를 변제하지 않으면 강제집행을 받게 될 것이므로 변제할 정당한 이익이 있는 자로 볼 수 있다. 따라서 자신의 변제로 다른 부진정연대채무자를 공동면책시킨 부진정연대채무자는 변제에 의해 당연히 채권자의 채권을 이전받게 된다.⁴⁴⁾ 그렇다면 이렇게 구상권이 인정되는 경우에 별도로 민법 제741조 부당이득반환청구권을 행사할 수는

40) 김형배, 사무관리·부당이득 초판, 박영사, 2003, 67쪽은 부당이득의 유형은 크게 급부부당이득과 비급부부당이득으로 분류할 수 있다고 하면서 비급부부당이득에는 침해부당이득, 비용지출부당이득, 구상부당이득이 속한다고 한다. 그리고 이러한 분류법은 독일·스위스·오스트리아에서 일반적으로 행하여지고 있다고 한다.

41) 김형배, 위의 책, 69, 197, 198, 200쪽; 구상권의 근거에 관해 이런 식으로 설명하는 학설을 실질적 부당이득설이라 한다(차한성, 앞의 책, 137쪽). 물론 이 학설에 따를 경우 부진정연대채무자간의 구상권의 일차적 법적 근거는 민법 제741조이나 부진정 연대채무 역시 기본적으로는 연대채무의 특성을 가지고 있으므로 연대채무 유사 법률관계들 중에서 주관적 공동관계가 없는 경우만을 대상으로 해야 한다는 차원에서 보자면 연대채무에 관한 구상권 규정을 우선적으로 유추적용하는 것이 타당하다고 생각된다. 요컨대 부진정연대채무자간의 구상권에 관하여 민법 제741조와 민법 제425조는 법조경합관계에 있으며 특별법인 민법 제425조가 우선 적용되어야 한다고 할 것이다.

42) 부당이득은 사람의 정신작용에 의하지 않은 법률사실 즉 사건에 불과하므로 주관적 공동관계는 불필요하다(지원림, 민법강의 제13판, 홍문사, 2015, 174쪽).

43) 김형배, 채권총론 제2판, 박영사, 1999, 701쪽.

44) 송덕수, 앞의 책, 428쪽 참조.

없다고 할 것이다. 왜냐하면 채권자의 채권이 민법 제481조에 의하여 법률상 당연히 변제한 부진정연대채무자에게 이전되므로 다른 부진정연대채무자 입장에서는 채무소멸이라는 이익을 얻은 바 없기 때문이다.⁴⁵⁾

5. 부진정연대채무자 1인에 대한 채무면제의 효력

앞서 살펴본 바와 같이 종래의 통설에 따르면 부진정연대채무의 경우 연대채무와는 달리 공동채무자들간에 주관적 공동관계가 없기 때문에 채권의 만족을 주는 사유(변제, 대물변제, 공탁, 상계) 이외의 사유에 대해서는 상대적 효력만 인정된다고 한다. 대상판결 역시 이러한 통설의 태도와 마찬가지로 “부진정연대채무자 상호간에 있어서 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생하지만 그 밖의 사유는 상대적 효력을 발생하는 데에 그치는 것이므로 피해자가 채무자 중의 1인에 대하여 손해배상에 관한 권리를 포기하거나 채무를 면제하는 의사표시를 하였다 하더라도 다른 채무자에 대하여 그 효력이 미친다고 볼 수는 없다”고 판시하고 있다. 채권의 담보력을 강화해서 채권자를 보호하기 위한 취지에서 부진정연대채무 법리가 학설, 판례에 의해 도입되었다는 점을 감안할 때 채무자들 상호간에 주관적 공동관계가 없으며, 채권의 만족을 주는 사유도 아닌 면제 등의 경우에 까지 절대적 효력을 인정하는 것은 타당치 않다. 통설 및 대상판결의 태도에 동의한다.

한편 일본 판례의 경우 최근에 채권자의 의사의 해석이라는 관점에서 면제의 상대효 원칙에 수정을 가하는 시도를 하고 있다⁴⁶⁾고 한다.⁴⁷⁾ 비록 면제가 채권자의 단독행위이긴 하지만 상대방 있는 단독행위이다. 상대방 있는 법률행위의 원칙적인 해석방법은 규범적 해석이다. 규범적 해석은 “내심적 효과의사와 표시행위가 일치하지 않는 경우에 상대방의 시각에서 표시행위에 따라 법률행위의 성립을 인정하는 해석”⁴⁸⁾을 말한다. 요컨대 규범적 해석은 “표시행위에 대한 상대방의 신뢰를 존중하여 상대방의 시각에서 표시행위의 의미를 밝히는 것”⁴⁹⁾이다. 그렇다면 대상판결 사안에서 채권자로부터 채무를 면제받은 부진정연대채무자들인 피고들의 입장에서 볼 때 자신들이 채권자로부터

45) 김형배, 사무관리·부당이득 초판, 박영사, 2003, 198쪽.

46) 일례로 〈最判平成10年[1998年]9月10日民集52卷6号1494項〉.

47) 서희석, 앞의 논문, 129쪽.

48) 이영준, 민법총칙 개정중보판, 박영사, 2007, 296쪽.

49) 김상용, 민법총칙 제3판, 화산미디어, 2014, 431쪽.

채무를 면제받았음에도 불구하고 다른 부진정연대채무자인 원고에게 여전히 구상할 의무를 부담함으로써 사실상 채무를 면제 받지 않았다고 해석하는 것은 피고들과 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 일반적으로 이해하는 방식으로 보이지는 않는다.⁵⁰⁾

그렇다면 채권자의 부진정연대채무자 1인에 대한 채무면제는 상대적 효력을 갖지만 채무면제가 상대방 있는 법률행위이므로 규범적 해석상 구상할 의무는 부담하지 않는다고 새겨야 할 것이다. 따라서 채권자는 해당 부진정연대채무자가 여전히 다른 부진정연대채무자로부터 구상할 의무를 부담한다는 점을 분명히 하고자 한다면 채무면제 행위에 명시적으로 이러한 의사표시를 행해야 할 것이다. 요컨대 채무면제의 경우에 결과적으로 절대적 효력을 갖는 것처럼 보이지만 이는 법률행위 해석방법으로서 규범적 해석의 결과일 뿐 본질적으로 채무면제가 절대적 효력을 갖는 것은 아니다.

6. 결론

다음과 같이 정리하며 결론에 갈음한다.

첫째, 진정 연대채무와 부진정 연대채무를 구별하는 기준조차 불분명한 상황에서 민법상 명문 규정도 없는 부진정 연대채무가 인정되는 영역을 무한히 늘리게 되면 민법상 연대채무에 관한 규정은 채권자 보호라는 명분하에 사실상 형해화 될 것이다. 부진정 연대채무 역시 기본적으로는 연대채무의 특성을 가지고 있으므로 연대채무 유사의 법률관계들 중에서 주관적 공동관계가 없는 경우만을 대상으로 할 것이지 대상판결 사안의 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 불법행위로 인한 손해배상책임이 경합하는 경우와 같이 민사법상 책임체계를 전혀 달리 하는 경우에 까지 부진정연대채무 관계를 확대 해석는 안 될 것이다.

둘째, 이처럼 비록 부진정연대채무관계가 제한적으로만 인정된다 해도 인정된 이상 ‘다수당사자 채무관계’의 일종이 되기 때문에 우리 민법상 ‘다수당사자 채무관계’의 원칙적인 모습인 ‘분할채무’의 원칙 즉 민법 제408조에 따라 특별한 의사표시가 없으면 부진정연대채무자들은 균등한 비율로 의무를 부담한다고 해야 할 것이다. 즉 원칙적으

50) 김서기, “계약해석의 방법에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 2008, 86쪽 참조. 박영규, 앞의 논문, 298쪽 역시 채권자에 대한 관계에서 채무를 면하게 된 부진정연대채무자가 구상관계에서 구상 의무를 여전히 진다고 하는 것은 타당하지 않다고 한다.

로 내부적 부담부분이 존재하며 그 부담비율은 균등하다는 것이다. 또한 부진정연대채무자 각자의 부담부분 결정기준과 관련하여 고의 및 과실 비율에만 의존할 것이 아니라 보다 정교하게 각자의 부담을 결정해야 할 필요성이 있는바 책임비율 같은 보다 포괄적인 부담부분의 결정기준이 제시되어야 할 것이다.

셋째, 일부변제 등의 경우에도 적어도 변제 등이 이루어진 부분에서 만큼은 채권자는 궁극적으로 만족을 얻었으므로 따라서 채권의 담보력을 강화하여 채권자를 보호하기 위해 상대적 효력을 지니는 것으로 이론 구성할 필요가 없다.

넷째, 부진정연대채무관계 역시 다수당사자 채무관계에 포함되기 때문에 다수당사자 채무관계의 원칙적 규정인 민법 제408조가 적용되어야 할 것이므로 부진정연대채무관계에서는 원칙적으로 부담부분이 존재하며 따라서 구상권은 일반적으로 인정된다고 할 것이다. 만약 구상권을 인정하지 않게 되면 채권의 담보력을 강화해서 채권 실현을 용이하게 하여 채권자를 보호하기 위해 부진정연대채무 법리를 도입하였는데 이러한 도입 목적이 제대로 달성될 수 없게 된다. 도입 목적을 제대로 달성하기 위해서라도 구상권은 인정되어야 할 것이다. 이러한 구상권의 법적 근거로는 민법 제425조 제1항을 유추적용 할 수 있을 것이다. 연대채무에 관한 규정들 중 부진정연대채무에 유추 적용할 수 있는 것은 주관적 공동관계를 전제로 하지 않는 규정들에 제한된다고 할 것이다. 민법 제425조는 주관적 공동관계의 존재를 전제로 한 규정이 아니라 부담부분의 존재를 전제로 한 규정이다. 왜냐하면 구상관계라고 하는 것은 채무자들 상호간의 내부관계에서의 최종적인 청산절차라고 보아야 하는데 각자의 부담부분이 없다면 이러한 청산절차는 불필요하기 때문이다. 또 구상부당이득은 타인이 부담해야 할 채무를 자신의 출자에 의해서 소멸시키는 경우에 발생하는데 이러한 구상부당이득반환청구권 즉 구상권 역시 주관적 공동관계의 존재를 전제로 한 것이 아니고 부담부분의 존재를 전제로 하기 때문에 민법 제741조는 부진정연대채무에 유추적용될 수 있지만 민법 제425조와 법조경합관계에 있으므로 특별법인 민법 제425조가 우선 적용되어야 할 것이다.

다섯째, 채권자의 부진정연대채무자 1인에 대한 채무면제는 상대적 효력을 갖지만 채무면제가 상대방 있는 법률행위이므로 법률행위 해석 방법들 중 규범적 해석이 적용되어 구상할 의무는 부담하지 않는다고 새겨야 할 것이다. 채무면제의 경우에 결과적으로 절대적 효력을 갖는 것처럼 보이지만 이는 법률행위 해석방법으로서 규범적 해석의 결과일 뿐 본질적으로 채무면제가 절대적 효력을 갖는 것은 아니다.

참고문헌

1. 단행본

- 강봉수, 주석민법 채권총칙(2)(박준서 편) 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- 곽윤직, 채권총론 제6판, 박영사, 2013.
- 김상용, 민법총칙 제3판, 화산미디어, 2014.
- 김상용, 채권총론 제2판, 화산미디어, 2014.
- 김증한/김학동, 채권총론 제6판, 박영사, 1998.
- 김형배, 사무관리·부당이득 초판, 박영사, 2003.
- 김형배, 채권총론 제2판, 박영사, 1999.
- 송덕수, 채권법총론 제2판, 박영사, 2015.
- 이영준, 민법총칙 개정증보판, 박영사, 2007.
- 정태운, 민법주해(XIX)(곽윤직 편) 초판, 박영사, 2012.
- 지원림, 민법강의 제13판, 홍문사, 2015.
- 차한성, 민법주해(X)(곽윤직 편) 초판, 박영사, 2011.

2. 학술지

- 김용균, “부진정연대채무자의 1인에 대한 면제의 효력 - 1993. 5. 27. 선고 93다6560 판결 -”, 사법행정 제395호, 한국사법행정학회, 1993, 33-39쪽.
- 나태영, “부진정연대채무와 상계 등의 효력”, 한양법학 제23권 제1집, 한양법학회, 2012, 195-214쪽.
- 박영규, “‘부진정 연대채무’ 이론 비판”, 민사법학 제48호, 한국민사법학회, 2010, 283-309쪽.
- 서희석, “일본에서 부진정연대채무론의 전개”, 동북아법연구 제8권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2014, 99-132쪽.
- 정남숙, “부진정연대채무자 상호 간의 구상관계”, 변호사 제44집, 서울지방변호사회, 2013, 296-315쪽.

3. 학위논문

김서기, “계약해석의 방법에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 2008.

이영규, “연대채무법리에 관한 연구”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 1991.

[Abstract]

A Short Examination on Juridical Relation of Untrue Joint and Severable Obligation

—A Study on Korean Supreme Court Decision 2005da19378

Delivered on January 27, 2006—

Kim, Seo-Gi*

In connection with Korean Supreme Court Decision 2005da19378, this Article treats concretely the following main points at issue. First, this Article starts with the concept and types of untrue joint and severable obligation. Second, it is demonstrated whether each of untrue joint and severable debtors has his or her own share of obligation. Third, it is examined whether in the case an untrue joint and severable debtor repays debt over his or her own share of obligation, if he or she has his or her own share of obligation, the effect of repayment influences the other untrue joint and severable debtors or not. Fourth, it is explained whether an untrue joint and severable debtor who repaid debt over his or her own share of obligation could execute the right of indemnification to the other untrue joint and severable debtors, if the effect of repayment influences the other untrue joint and severable debtors, that is, the effect of repayment is absolute, not relative. Fifth, it is examined how an untrue joint and severable debtor's share of obligation is determined. Finally, this Article ends with the contemplation of whether the release of an untrue joint and severable debtor from debt influences the other untrue joint and severable debtors or not, to put it another way, whether the effect of the release is absolute or relative.

The legal principles on untrue joint and severable obligation will obtain more concrete validity, not destroying legal stability, by this Article's study like this which is more faithful to provisions of Korean Civil Code, the purpose of introduction of the legal principles, etc.

* Sangmyung University, Department of Public Service, Assistant Professor

[Key Words] Untrue joint and severable obligation, Release from debt, Absolute effect,
Right of indemnification, Relative effect