

判例研究

(一) 被用者の事務執行

檀紀四二九二年民上第六八八號慰藉料請求事件

(檀紀四二九二年十一月二三日大法院
民事部判決、法律新聞第三七八號參照)

〔事實〕 訴外人 金福五는 第五軍管區司令部輸送隊의 運轉兵으로 勤務中 檀紀四二九一年七月二十日자로 除隊하고 난 後 同部隊의 運轉兵不足으로 因하여 同部隊 輸送課長 金明圭의 要請으로 同年 八月二十四日부터 同部隊所屬 一三九號 G MC軍用貨物車를 運轉하고 있던 者인 바 同人은 이미 金명운이란 사람이 그 軍用貨物車의 運轉兵으로 辭令을 받고 있던 事實을 모르고 있었다. 이처럼 金福五가 同事實을 모르고서 運轉해 오던 中 同年 九月二日에 大邱驛에서 南大邱警察署에 所在하는 部隊까지 醫藥品을 運送하고, 歸隊하기 爲하여서 洗車를 終了할 무렵에 同車를 運轉하여 後進하다가 原告 成龍慶의 三歲되는 實子를 致死케 하였는 바 原告는 被告 『國』 또는 第五軍管區輸送隊長 丁長述에게 慰藉料를 請求하기에 이르렀다.

原案은 金福五가 同輸送隊의 運轉手로 採用된 事實이 없음에도 不拘하고 除隊된 後 一定한 職場이 없이 既히 正規軍人이 配置運轉中인 前叙 貨物自動車에 同意追隨하고 있던 者로서 原告主張 日時、場所에서 洗車한 同車를 恣意로 運轉하다가 同事故를 惹起케 한 것임이 窺知되는 바이나, 그 致死行爲는 그 輸送隊의 事業執行과 無關係일 뿐만 아니라 被告 丁長述의 被用者도 아님이 明白하니 原告의 同主張은 理由없다 하여 原告敗訴의 判決을 言渡하였다.

이에 對하여 原告는 金福五가 第五軍管區司令部輸送隊의 運轉手로 採用된 者이며 輸送隊의 輸送業務에 從事中 事故를 惹起케 된 것이므로, 原案에 있어 論理 經驗 및 採證等 法則을 違背한 判斷을 前提로 한 事實認定은 違法이며 判示理由에 齟齬가 있으므로 原案을 破棄할 것을 上告하였다.

〔判旨〕 破棄選送. 元來 嚴格한 軍紀下에 服務하는 正規軍人이 本件 貨物自動車를 軍輸送事業을 爲하여 運轉함에 있어

어서 上部監督機關의 指示없이 如何한 理由로 金福五가 任意로 同車에 追隨하도록 放任하고 또 正規軍人이 本件 車를 洗車한後 何故로 金福五가 恣意로 此를 運轉하여 本件 事故를 惹起하도록 放任하여 두었는가에 對하여서 穿鑿한 必要가 있을 것이고 萬一 이것이 被告『國』 또는 被告丁長述의 指示 또는 委囑에 依하여 이루어진 것이라 하면 어떠한 事業을 爲하여 他人을 使用하는 者는 被用者가 그 事業의 執行에 關하여 第三者에게 加한 損害에 對하여서 被用者의 選任及 그 事前의 監督에 關하여 相當한 注意를 하거나 또는 이를 하았다 하여도 損害가 生하였을 때가 아니면 그 賠償의 責任을 免할 수 없고 또 被用者에 가름하여 事業을 監督하는 者도 亦是 同一한 責任을 負擔하는 規定에 비추어 被告等이 被用者로서의 監督을 相當한 注意로써 한 것인가의 與否도 審査判斷하여야 할 것이어늘 原審은 이에 致念한바 없이 漠然히 判決함은 審理未盡의 違法이 아닐 수 없으므로 原審을 破棄選送한다는 것이다.

〔評釋〕 本判決은 不當하다.

一 「他人을 使用하여 어는 事務에 從事하게 한 者는 被用者가 그 事務執行에 關하여 第三者에게 加한 損害를 賠償할 責任이 있다. 그러나 被用者가 被用者의 選任 및 그 事務監督에 相當한 注意를 한 때 또는 相當한 注意를 하여도 損害가 있을 境遇에는 그러하지 아니하다. 被用者에 가름하여 그 事務를 監督하는 者도 前項의 責任이 있다」고 規定한 新法 第七五六條 第一項 第二項은 被用者의 行爲에 依한 不法行爲는 그의 被用者가 責任을 진다는 趣旨이다. 被用者는 大多數가 資力이 貧弱한데다가 賃金도 많이 받지 못하므로 被用者가 被用者에게 損害賠償을 請求하더라도 그 目的을 達成하기 어려우므로 被害者를 保護하기 爲하여서는 不得已 被用者에게 責任을 지우게 할 必要가 있다.

被用者에게 責任을 負擔시키려면 그 根據가 있지 않으면 안된다. 被用者가 第三者에게 그 行爲에 依하여 損害를 끼친데도 不拘하고 被用者로 하여금 그 責任을 負擔하게 하는 것은 利益이 있는 곳에 損害도 歸한다고 하는 報償責任의 原理에 依하여서 이다. 그러나 被用者가 利益을 견우지 않는 境遇에는 이를 說明하지

못함으로 使用者責任의 根據를 報償責任의 原理에만 求하지 않고, 그러한 때에는 被用者의 行爲는 客觀的으로 보면 그 事業活動의 一部를 이루고 있기 때문에 그 行爲가 事實上的 것이면 그 結果가 좋고 나쁘고에 相關함이 없이 그 事業에 屬하는 것으로 함이 妥當하다고 믿는다 (鳩山著增訂日本債權(法各論下卷九一〇面)。 그러므로 本件에 있어서 被告인 『國』 또는 輸送隊長 丁長述은 비록 利益은 追求하지 않을지라도 能히 運轉手 金福五에 對하여 使用者가 될 수 있다.

二、原審은 訴外人 金福五가 辭令을 받지 않았을 뿐만 아니라 同人이 軍用貨物車를 運轉하고 있을 그當時에 이미 辭令을 받은 다른 運轉兵이 있었다는 事實을 들어서 『國』 또는 丁長述과 金福五와의 間에 使用被用關係即 使用關係가 있지 않았다고 하나, 이 使用關係는 實質的으로 보아서 使用, 被用의 關係가 있으면 足함으로 辭令有無의 事實을 가지고 金福五의 被用與否를 決定하는 것은 잘못이 아닐 수가 없다. 使用關係는 어데까지나 實質的으로 使用, 被用의 關係에 있느냐 없느냐에 따라서 定하여야 하기 때문에 가령 兩者間에 있는 雇傭契約이 無效이라든가 取消되더라도 實質的으로 被用者로서 活動하고 있으면 마땅히 使用者의 責任은 發生하게 된다. 日本의 判例만 보더라도 醫師가 그 父의 雇傭女에 對하여 患者에게 藥瓶을 줄 것을 委託하였던 바 그 女가 잘못하여 患者에게 다른 藥瓶을 주었기 때문에 患者는 그 藥을 먹고 死亡한 境遇에도 醫師와 그 女와의 間에 使用關係가 있는 것으로 認定하였다 (日本大審院判決昭(和二年六月十五日)。 그러므로 金福五가 運轉手로서 辭令을 받았느냐 안 받았느냐, 또는 그 名稱이 運轉手냐 助手냐에依하여서 金福五의 被用與否를 決定할 수는 없다. 특히 軍紀가 嚴格한 軍의 輸送隊에 勤務하는 以上은 客觀的으로 보아 金福五가 使用者의 事業에 從事하고 있음은 容易하게 理解할 수 있는 바이다. 또 民間人은 軍用車에 便乘하는 것조차 嚴禁하는 것이 軍의 實情일진대야 金福五가 輸送隊長의 同意도 求하지 않고 長期間 軍用貨物車

를 運轉하였다는 것은 健全한 常識으로 믿기 어려우므로 金福五가 長期間 軍用貨物車를 運轉한 事實이 明白한 以上 金福五는 被用되어 있는 者임을 斷定할 수 있다.

三、原告가 被告인 『國』 또는 丁長述에 對하여서 慰藉料를 請求하려면 金福五가 被用者라야 함은 勿論이 거니와, 以外에 被用者로서 事務執行에 있어 原告의 實子를 死亡케 하여야 한다. 『事務執行에 關하여』는 客觀의 으로 보아 事業의 範圍內로 보여지는 것을 指稱하므로 이것이 使用者의 利益을 妨害하는 『職務를 行하기 爲하여』보다 그 範圍가 廣大하고, 그 機會에 行하여지는 것은 모두 包含한다는 『職務를 行함에 즈음하여』보다 그 範圍가 狹少하다. 『事務執行에 關하여』를 客觀의 으로 보아 事業의 範圍內로 보여지는 것이라고는 하지만 이를 좀 더 詳細히 說明하여야 하는데, 이에 對하여서는 議論이 있다. 使用者가 被用者에 對하여서 委任 또는 命令을 한 事務執行行爲自體와 그 執行에 必要한 行爲를 狹少하게 解釋하자는 見解와 被用者가 한 行爲가 事務執行과 同一한 外形을 갖고 있는 以上 現在 그 事務의 執行으로서 한 事項이 있고 없고 또 그 行爲가 使用者를 爲하여서 하고 않고에 相關할 必要가 없는 것으로 擴張하여 解釋하자는 見解가 있다. 前者의 見解를 取하면 被用者가 使用者의 事務의 執行으로서 아무 것도 할 것이 現存하지 않는 境遇에 오직 自己의 目的을 爲하여서 그 地位를 濫用하여 行爲를 함으로써 第三者에게 損害를 加하는 것과 같은, 假令 그 行爲가 外形上 使用者의 事務執行으로 보여지더라도 事務執行에 關하여 損害를 加한 것으로 被用者는 使用者에게 損害賠償을 請求하지 못하는 弊害가 있게 된다. 이러한 弊害를 除去하려면 不得已 事務執行에 關하여 한 行爲의 範圍를 擴張한 後者의 見解를 取할 必要가 있다.

日本の 判例에 依하면 始初에는 前者의 見解를 支持하였으나 後者에 이르러 被用者를 保護하기 爲하여서 大正十五年 十月十三日 大審院 民刑聯合部 判決을 期하여 後者의 見解로 變更하여 버렸다. 이 事件은

會社の庶務課長이 株券用紙를 使用하여서 株券을 偽造하여 自己의 金融을 爲하여서 使用한 事件이다. 『事務執行에 關하여』를 不當한 事務執行에 까지 擴張하는 前掲 日本大審院聯合部判決은 去來行爲에서부터 自動車事故와 같은 事實行爲에 이르기까지 適用하겠음 되었다. 即 貨物車의 助手로서 運轉技術을 修得中에 있는 者가 事故를 惹起한 境遇에 被用者의 行爲가 事業의 一範圍에 屬하는 以上 使用者의 指揮命令에 違背되는 바가 있더라도 事業의 執行이라 하고 (日本大審院判決昭和七年九月十二日)、自動車助手가 練習中에 惹起한 事故도 運送事業의 執行에 該當한다 하고 (日本大審院判決昭和十三年二月十二日)、運轉手가 乘客의 請에 依하여서 乘客에게 運轉시킨 境遇 事故가 惹起되면 이는 運送事業의 執行이 된다 하고 (日本大審院判決昭和十六年四月十日)、通産省의 自動車運轉手가 辭表를 提出한 大臣秘書官의 私用을 爲하여서 運轉하다가 發生한 事故에 對하여서도 職務行爲의 範圍에 屬하여 通産省의 事業의 執行에 該當한다고 (日本大審院判決昭和三十年二月二日) 判決하였다. 이와 같은 自動車運轉에 關한 判例를 보면 運轉手가 私用을 爲하여서 運轉하거나 또는 運轉할 수 없는 助手가 運轉하더라도 客觀적으로 보아 使用者의 支配領域內에 있는 것으로 認定되는 境遇에는 使用者에게 責任을 負擔시켰다.

그러면 우리나라도 이와 같은 外國判例와 다르게 할 아무런 理由가 없는 것인즉, 訴外人 金福五가 輸送隊의 軍用貨物車의 運轉에 從事하고 있었음이 틀림없는 事實일진대야 그 軍用貨物車의 洗車는 軍用貨物車를 保全하는데 必要하므로 洗車도 亦是 事務執行에 關한 것으로 보지 않을 수 없고 따라서 洗車할 무렵에 運轉하여 後進하다가 原告의 實子를 致死케 한 것은 『事務執行에 關하여』第三者에게 損害를 加한 것이라 하겠다.

四 金福五의 致死行爲에 對하여서 『國』 또는 輸送隊長 丁長述이 慰藉料支給을 免하려고 하면 軍用貨物車를 運轉하는데 있어서 金福五의 選任 및 事務監督에 相當한 注意를 한 때, 또는 相當한 注意를 하여도 損

害가 있을 것을證明하지 않으면 안된다. 이것이 使用者의 免責事由에 關한 問題이다. 被用者의 選任 및 事務監督中 어느 것에 過失이 있을 때에는 使用者의 責任이 發生하므로 使用者가 責任을 免하려고 하면 어느 것에도 過失이 없다는 것을 證明하여야 한다. 使用者가 被用者의 選任 및 事務監督에 相當한 注意를 하였느냐 않았느냐의 與否를 決定하는 것은 使用者責任에 關하여서 重要な 問題이다. 이것의 舉證責任은 使用者에게 있으나 判例는 無過失責任에 가까운 結果를 認定하고 있으므로 使用者가 立證함으로써 免責할 수 있는 度는 極히 稀薄하다고 하겠다. 外國의 例를 보면 獨逸과 瑞西는 使用者의 免責事由를 規定하고 있으나 (獨逸民法八三一條)、佛蘭西民法은 免責事由를 規定하지 않았다 (佛蘭西民法一三八條條二項)。英美法는 免責事由를 規定하지 않았을 뿐만 아니라 免責을 認定조차 하지 않는다。

今日에는 事業乃至 企業은 客觀的인 存在로 되어 被用者를 手足으로써 事業活動을 하고 있는 것이 社會의 實態라 하겠다. 立法論으로서 被用者의 事實上의 行爲에 對하여 企業乃至 使用者의 無過失責任을 認定하는 것이 妥當하다고 主張하는 學者가 있는가 하면 (加藤一郎著不法)、解釋論으로서 被用者의 行爲는 當然히 使用者의 行爲로 하여 使用者에게 責任을 負擔시켜야 한다는 學者도 없지 않다 (成能通孝著債權)。被害者를 保護하기 爲하여서 使用者에게 無過失責任을 認定하자는 것이 今日의 法律思潮라 할 수 있는 만큼 被用者가 免許狀을 保有하고 있다는 것만으로써는 被用者의 選任에 있어서 使用者의 過失이 없다는 것이 되지 않는다. 또 使用者가 被用者의 選任 및 事務監督을 他人에게 付託한 境遇 그 付託을 받은 者가 直接의 加害者인 被用者를 選任 및 事務監督하는데 過失이 있으면 使用者는 自己에게 過失이 있는 때와 같이 亦是 이를 負擔하여야 한다.

그러므로 大法院의 判決에 있어서 原審이 被告의 金福五에 對한 選任 및 事務監督에 關하여 言及하지 않

있다고 判斷하였음은 若干 오늘의 法律思潮의 沒理解에 基因한 것이 아닌가 生覺된다.

五 以上과 같은 理由에서 金福五가 被告인 『國』 또는 輸送隊長 丁長述의 被用者로서 그의 事務執行에 關하여 原告의 實子를 致死케 한 것이 明白한데도 不拘하고 大法院이 『原審이 審關未盡』이란 理由로 破棄 還送한 것은 不當하다.

金 基 善

〈筆者——本大學副教授〉

(二) 綜合證據와 證據判斷의 適否

民訴法一八五條

檀紀四二八六年四月三十日 大法院民事部判決(檀紀四二八六年民上第一四號土地所有權移轉登記節次履行

請求事件) 大法院判例集1民事判例九五面

〔上告理由의 要旨〕 被告代理人 上告理由第一點은 原審判決理由에 의하면「本件의 唯一한 爭點은 公簿上 被告名義로 되어있는 本件不動產이 被告所有인가 또는 原告의 男便이었던 亡A가 被告에게 信託한 것인가에 있음.」로 按컨대 成立에 相爭이 없는 乙第一號證과 原告證人 C, R의 各供述 및 辯論의 全題旨을 綜合하면 故郷을 떠나서 살은 A는 被告의 勸告로 鄉里에 移舍하기 爲하여 被告로 하여금 代理케 하여 檀紀四二八〇年四月一三日 訴外K로부터 本件不動產을 地上物과 함께 買收하여 爾來入住하여 온 것인바 被告가 該賣買契約를 맺임에 있어 自己를 買收人으로서 表示한 結果 原告主張과 같은 判決로 因하여 被告名義로 그 所有權移轉登記가 經由된 關係上 被告는 同不動產의 表面上所有者가 되어 그와 A間에 信託關係가 成立되었음을 認定할 수 있다」고 判示하였다. 判示는 左와 如한 違法이 있다.

① 代理權을 附與한 委任行爲와 信託行爲를 混同하여 代理로 土地를 買收하여 代理人의 名義로 登記를 受하면 何