

〈논문〉

## 사용자책임의 입법주의 연구\* - 역사적·비교법적 접근 -

金 炯 錫\*\*

### 요 약

민법 제756조 제1항은 피용자의 가해에 대해 사용자의 책임을 정하면서 사용자가 선임·감독의 주의의무를 다하였음을 입증하는 때에는 면책을 허용하고 있다. 이 문언에 의해서만 살펴본다면 민법 사용자책임은 사용자의 과실이 추정된 형태의 중간적 과실책임이라는 인상을 받기 쉽다. 그러나 판례와 통설은 사용자책임이 인정되기 위해서는 피용자의 행위가 위법할 뿐만 아니라 유책해야 한다고 하여 피용자의 불법행위를 요구하고 있으면서, 더 나아가 선임·감독의 주의의무를 다하였다는 사용자의 면책의 항변을 인정할 예가 없어 사용자책임을 사실상 무과실책임으로 운영하고 있다. 즉 실무는 전형적인 대위책임적인 사용자책임으로 운영하고 있다. 여기서 우리 민법의 사용자책임의 입법주의 및 그에 대한 실무의 운용을 어떻게 평가해야 할 것인지의 문제가 제기된다.

이러한 질문에 대해서는 답하기 위해서 본고는 사용자책임의 입법주의를 법제사적이고 비교법적인 배경 하에서 살펴본다. 우선 로마법에서 불법행위법상 보조자책임이 어떻게 규율되어 있었는지를 살피고, 그 다음 이러한 로마법의 기초에서 보통법상 전개된 사용자책임의 내용을 고찰한다. 그리고 그러한 기초에서 제정된 각국의 민법전의 규율을 검토한다. 마지막으로 이러한 연구를 기초로 하여 우리 민법의 사용자책임에 대한 규율 및 우리의 판례를 비판적으로 평가하고, 있을 수 있는 개정에 대한 입법론을 제시한다.

주제어: 사용자책임, 무과실책임, 대위책임, 추정된 과실책임, 보조자책임

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2012학년도 학술연구비 보조를 받았음.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

## I. 문제의 제기

### 1. 사용자책임의 입법주의

(1) 우리 민법<sup>1)</sup> 제756조는 “타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다”(동조 제1항 본문)고 하여 사용자는 피용자의 손해에 대해 배상의무가 있음을 정하면서도, “그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다”(동항 단서)고 하여 사용자가 선임·감독의 주의의무를 다하였음을 입증하는 때에는 면책을 허용하고 있다. 그러므로 제756조 제1항의 규정의 문언만을 살펴본다면 우리나라에서 적용되고 있는 사용자책임은 사용자의 과실이 추정된 형태의 과실책임이라는 인상을 받기 쉽다.

그런데 이러한 인상은 우리 재판실무를 살펴보면 현재의 ‘있는 법’과는 잘 부합하지 않는 것으로 나타난다. 우리 판례는 사용자책임이 인정되기 위해서는 피용자의 행위가 위법할 뿐만 아니라 유책해야 한다고 하여 피용자의 불법행위를 요구하고 있으면서,<sup>2)</sup> 더 나아가 선임·감독의 주의의무를 다하였다는 사용자의 면책의 항변을 인정한 예가 거의 없어 사용자책임을 사실상 무과실책임으로 운용하고 있기 때문이다. 그리고 이러한 실무의 태도는 대체로 통설의 지지를 받고 있기도 하다.<sup>3)</sup>

(2) 이러한 민법의 규정과 실무의 태도를 비교법학적인 인식에 비추어 살펴보면 다음과 같이 설명할 수 있다. 각국이 규율하고 있는 사용자책임의 책임구조는 대체로 대위책임주의를 취하는 입법과 자기책임주의를 취하는 입법으로 구별할 수 있다고 지적된다.<sup>4)</sup>

(a) 대위책임주의는 피용자의 불법행위(유책성 요건까지 구비되는 가해행위)가

1) 아래에서 별도의 범명 없이 인용하는 규정은 민법의 규정이다. 다만 문맥상 외국의 민법전이 명시적으로 지칭되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

2) 大判 1981.8.11., 81다298, 집 29-2, 263; 1991.11.8., 91다20263, 공보 1992, 74.

3) 자세한 것은 곽윤직 편집대표, **민법주해**[XVIII], 2005, 580면 이하(이주홍) 참조.

4) 우선 Gerhard Wagner, “Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts”, Zimmermann (Hrsg.) *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 2003, S. 291ff.; 平井宜雄, **債權各論 II : 不法行爲**, 1992, 223면 이하 등 참조.

성립함을 전제로 하여, 사용자는 자신의 과실이 없더라도 피해자에 대하여 손해배상의 의무를 부담한다고 규정하는 입법주의이다. 이러한 대위책임(vicarious liability)에 기초한 사용자책임은 사용자에게 면책의 가능성을 인정하지 아니하므로 결국 무과실책임이다. 피용자의 불법행위는 그 자체로 사용자에게 귀속된다. 이러한 대위책임적 사용자책임은 프랑스(제1384조 제5항), 영국,<sup>5)</sup> 스코틀란드,<sup>6)</sup> 이탈리아(제2049조), 네덜란드(제6:170조), 남아프리카 공화국,<sup>7)</sup> 미국<sup>8)</sup> 등 다수의 나라들에서 발견된다.

(b) 반면 자기책임주의에 의하면 사용자책임은 사용자가 피용자의 선임·감독에 대하여 필요한 주의의무를 다하지 못하여(culpa in eligendo/vigilando) 피해자에게 야기된 손해에 대한 자기책임으로 이해된다. 그러므로 사용자는 선임·감독에 과실이 있는 경우에만 책임을 부담하는 반면, 이는 자기책임이므로 피용자의 불법행위를 요건으로 하는 것은 아니다. 다만 이들 입법은 선임·감독의무 위반에 대한 입증책임을 전환하여 피해자의 보호를 도모하고자 한다. 이러한 자기책임적 사용자책임은 독일(제831조), 스위스(채무법 제55조)에서 채택되어 있다.

(3) 이러한 비교법적 인식을 배경으로 살펴보면, 우리 민법의 규정은 문언만으로는 독일이나 스위스의 자기책임적 사용자책임에 가까운 방식으로 규정되어 있으나, 실무에 의한 운용은 전형적인 대위책임적인 사용자책임의 형태를 가지고 있음을 알 수 있다.<sup>9)</sup> 여기서 우리 민법의 사용자책임의 입법주의 및 그에 대한 실무의 운용을 어떻게 평가해야 할 것인지의 문제가 제기된다. 민법의 규율을 불충분한 것으로 평가하여 판례의 태도를 수궁해야 할 것인가? 아니면 법률의 문언에 부합하지 않는다는 이유로 이러한 실무를 비판해야 할 것인가? 이러한 상황에서 민법전이 개정된다면 어떠한 내용의 규율이 입법론으로 타당할 것인가?

5) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, 6th ed. by Deakin, Johnston and Markesinis, 2008, p. 666; Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd ed., 2006, p.107 등.

6) Busby, Clark, Paisley and Spink, *Scots Law: A Student Guide*, 3rd ed., 2006, n. 5-08.

7) Barney Jordan, "Employment Relations", Zimmermann and Visser ed., *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, 1996, p.388 sqq.; Reid and Loubser, "Strict Liability", Zimmermann, Visser and Reid ed., *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective*, 2004, p.627.

8) Dobbs, *The Law of Torts*, 2000, p.905; 平野晋, *アメリカ不法行為法*, 2006, 112-113면.

9) 그 밖에 스페인이나 일본의 경우에도 우리와 유사하게 자기책임적 사용자책임 규정이 실무상 대위책임적으로 활용되고 있는 모습이 관찰된다고 한다. 아래 IV. 2., 3. 참조.

## 2. 역사적·비교법적 연구의 필요성

이러한 질문에 대해서는 단순히 우리 민법의 규정과 우리 실무의 태도를 살펴보는 것만으로는 충분히 만족스러운 해답을 제공하기 어려울 것이다. 사회적 분업에 의해 경제가 조직되어 있는 현대 사회에서 사용자책임의 문제는 여러 나라에서 비슷한 위상을 가지고 제기되고 있고, 그 과정에서 서로 비교가능한 해법과 논거들이 주장되고 있기 때문이다. 그러므로 우리나라에서 사용자책임의 현상을 평가하기 위해서는 다른 나라의 경험을 충분히 참고하는 비교법적인 연구가 불가결하다고 할 수 있다. 그러나 동시에 현재 각국이 채택하고 있는 사용자책임의 입법주의들은 오랜 역사적 경험의 산물로서 그것의 법제사적 배경을 살펴보는 것은 이러한 입법주의의 내용을 적절하게 이해하고 평가하는데 결코 경시할 수 없는 이론적 기초를 제공한다고 보인다. 이러한 의미에서 사용자책임의 입법주의를 법제사적으로 그리고 비교법적으로 탐구하는 것은 우리 민법의 사용자책임의 입법주의를 이해하고 평가하기 위해 중요한 선결적 연구로서 의미를 가진다고 생각된다.

그러므로 본고는 사용자책임의 입법주의를 법제사적이고 비교법적인 배경 하에서 살펴보는 것을 목적으로 한다. 우선 로마법에서 불법행위법상 보조자책임이 어떻게 규율되어 있었는지를 살피고(아래 II.), 그 다음 이러한 로마법의 기초에서 보통법상 전개된 사용자책임의 내용을 고찰한다(아래 III. 1.). 그리고 그러한 기초에서 제정된 근대 민법전과 이를 계수한 이후 민법전의 규율을 검토한다(아래 III. 2. 내지 5., IV). 마지막으로 이러한 연구를 기초로 하여 우리 민법의 사용자책임에 대한 규율 및 우리의 판례를 비판적으로 평가하고, 있을 수 있는 개정에 대한 입법론을 제시하기로 한다(아래 V.).

## II. 로마법에서 보조자책임

### 1. 도입

(1) 현대 민법전이 알고 있는 내용과 형태의 사용자책임은 로마법에서 발견되지 아니한다.<sup>10)</sup> 그러나 로마법에서도 타인을 사용하는 사람이 그 타인의 불법행위를 이유로 책임을 부담하는 다수의 책임형태들이 존재하고 있었다. 그리고 이러한 로

<sup>10)</sup> Seiler, "Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht", *Juristenzeitung* 1967, 526.

마법에서의 보조자책임은 이후 사용자책임의 발전에 현저한 영향을 주게 된다. 그러므로 아래에서는 이후 사용자책임의 발전에 유의미하였다고 평가되는 내용을 중심으로 로마법의 보조자책임을 살펴보기로 한다.

(2) 로마법은 공공의 질서에 반하여 공적인 소추를 수반하는 위법행위인 범죄행위(*crimen publica*)와 개인의 이익을 침해하여 피해자의 주도하에 민사소송에 의해 처벌이 이루어지는 위법행위인 불법행위(*delicta privata*)를 구별하였다.<sup>11)</sup> 후자의 경우에 고대법에서는 가해자가 피해자의 신원을 파악하여 인신에 대한 공취가 가능하였으며, 이는 복수를 의미하였다. 이러한 복수는 처음에는 가해자의 생명을 박탈하는 것이었으나 이후 동해보복법(*lex talionis*)에 따라 피해자가 입은 동종의 침해로 제한되었다. 그러나 동시에 일찍부터 피해자의 복수 권한 자체도 점차로 제약을 받기에 이르렀다. 즉 피해자나 그의 근친이 일정한 속죄금부를 제공하여 피해자의 신원을 가해자의 공취로부터 회복하려고 하는 시도로부터 점차로 법적인 책임제도가 형성되기 시작하였던 것이다. 처음에는 그러한 급부제공에 의한 속죄는 사실상의 개별협상에 의한 것이었지만, 법질서는 이를 권장하기 시작하였고, 나중에는 불법행위의 유형에 따라 일정한 속죄금(*poena*)이 지급되면 피해자는 더 이상 가해자의 인신에 대한 공취를 할 수 없는 내용의 제도로 발전하였다. 이러한 속죄금으로부터 불법행위의 효과로서 손해배상이 출발하였다고 설명된다. 즉 고전기에는 이러한 속죄금이 사적인 불법행위에 대하여 민사소송에 의해 부과되는 유일한 제재수단으로 남게 되었고, 이 속죄금에 대하여 가해자와 피해자 사이에 채권관계가 성립하는 것으로 파악되었던 것이다.

(3) 그러나 이러한 발전과정을 거치는 과정에서도 속죄금이 현대의 손해배상과 같이 일차적으로 피해자의 손해를 전보하는 수단이 되었던 것은 아니다. 그것은 여전히 사적인 불법행위에 대해 민사소송의 방법으로 부과되는 사적인 제재수단이였다. 그 결과 다수의 대표적인 불법행위 소권들은 고전기에도 여전히 제재적 성질을 가지는 속죄금청구소권(*actio poenalis*)이였다.

가이우스에 의하면 소권은 전보적 성질의 소권(“*rem tantum consequamur*”), 제재적

11) 아래의 내용에 대하여 Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., 2008, § 32 Rn. 3, § 35 Rn. 11, § 50 Rn. 1ff.; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1996, p.914 등 참조.

성질의 소권(“*poenam tantum*”), 그리고 양자의 성질을 모두 가지고 있는 소권(“*rem et poenam*”)으로 구별된다.<sup>12)</sup> 계약책임에 기한 소권이나 소유물반환소권이 대표적인 전보적 성질의 소권에 해당한다고 설명된다. 이에 대하여 대표적인 불법행위 소권인 절도소권(*actio furti*), 인격침해소권(*actio iniuriarum*), 강도소권(*actio vi bonorum raptorum*) 등은 순수하게 제재적인 성질의 소권으로, 피해자는 이들 소권을 행사하는 외에 전보적 성질의 소권을 행사하여 재산적 불이익을 전보할 수 있었다. 예를 들어 절도의 피해자는 절도소권으로 제재를 부과하는 동시에 소유물반환소권으로 물건의 반환을 청구할 수 있었다. 마지막으로 전보와 제재의 성질을 모두 가지고 있는 소권에는 보증인의 변제금구상소권(*actio depensi*), 판결채무이행소권(*actio iudicati*) 등이 해당하는데, 또한 아퀼리우스법(*lex Aquilia*)에 따른 대표적인 불법행위 소권인 위법재물손괴소권(*actio damni iniuria dati*) 역시 이에 속하였다.<sup>13)</sup> 여기서 소권의 내용은 제재와 전보의 양자를 고려하여 법률에 의해 정해지고, 이 경우 추가적으로 전보적 소권을 행사할 수는 없게 된다.

이상의 내용에서 나타나는 바와 같이 로마법에서 중요한 기능을 수행하였던 불법행위 소권들의 다수는 일차적으로 전보적 목적을 추구하는 제도는 아니었다. 오히려 이들은 고대법의 연원을 반영하여 사적인 불법행위에 대한 사적인 제재수단으로서의 성격을 보존하고 있었음을 알 수 있다. 그리고 이러한 제재적 성질을 가지는 불법행위 소권의 맥락에서 바로 로마법상 중요한 보조자책임으로 기능하였던 從屬人加害責任 (*Noxalhaftung*)<sup>14)</sup>이 문제되었다.<sup>15)</sup>

12) 이하의 내용은 Gai. 4, 6-9.

13) Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl., 1971, S. 621. 물론 이에 대해서는 논쟁이 없지 않다. 일부의 견해는 가이우스의 당해 개소가 고전기의 입장을 보이는 것은 아니라고 평가하고, 그에 따라 고전기에는 아퀼리우스법에 따른 위법재물손괴소권 역시 순수 제재적 성질의 소권이었다고 주장한다. von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, 1971, S. 36ff. 참조.

14) 여기서 로마법의 용어인 “*nox*”의 번역은 어렵다. 이는 일반적으로는 가해행위 내지 그 결과로서 손해를 의미하지만, 본문에서와 같은 맥락에서는 그에 대하여 행위자가 아닌 타인이 책임을 지는 가해행위, 보다 구체적으로는 노예, 家子, 동물의 가해행위에 대해 家長이나 동물 소유자가 책임을 지는 경우의 가해행위를 의미한다(Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl., 1958, S. 374). 노예, 가자, 동물을 포괄하는 하나의 표현을 찾기 어렵기 때문에 번역이 쉽지 않다. 이하에서는 주로 노예나 가자의 불법행위를 전제로 논의를 진행하므로 동물책임을 제외하여 잠정적으로 ‘중속인가해책임’이라고 번역하기로 한다.

15) Kaser I (주 13), S. 613; von Lübtow, S. 41.

## 2. 종속인가해책임

로마법상 보조자의 과책에 대하여 보조자를 사용한 사람이 책임을 부담한다는 일반적인 법리는 존재하지 않았다. 오히려 누구도 타인의 행위에 의해서는 책임을 부담하지 않는다는 것(factum alterius non nocet)이 원칙이었다.<sup>16)</sup> 그 결과 타인을 사용하는 사람이 책임을 부담하기 위해서는 그러한 타인을 사용하는 과정에서 스스로에게 독자적인 책임요건이 충족될 것이 요구되었다. 그러나 이러한 원칙에도 불구하고 개별적인 영역에서는 타인을 사용한 사람에게 그 타인의 과책을 이유로 무과실책임을 부담하게 하는 제도들이 여럿 존재하였다. 그 중에 대표적인 것이 종속인가해책임이다.

(1) 주지하는 바와 같이 로마는 노예제가 경제의 주축이었던 사회였다. 그 결과 로마법에서 보조자책임은 주로 家長權(patria potestas)에 복속하는 노예 또는 家子가 행한 불법행위에 대해 소유자(dominus) 내지 家長(paterfamilias)이 책임을 부담하는지 여부의 문제로 제기되었다. 노예나 가자는 원칙적으로 소송상 당사자가 될 수 없었고, 예외적으로 소송상 당사자가 될 수 있는 경우에도 원칙적으로 재산을 보유할 수 없었기 때문이다.<sup>17)</sup> 이에 대한 해답으로 형성된 제도가 바로 가장의 종속인가해책임이다. 가장권에 종속하는 노예나 가자가 제재적 소권을 발생시키는 불법행위로 타인에게 손해를 야기한 경우에, 피해자는 가장에 대하여 종속인가해 소권(actio noxalis)을 행사할 수 있었다. 이러한 소권에 직면하여 가장은 두 가지 가능성 중에서 선택을 할 수 있었다. 즉 그는 가해행위를 한 종속인을 피해자에게 委付하여(noxae deditio) 책임에서 벗어날 수 있었으나 그렇지 않으면 종속인을 여전히 보유한 채 자신이 불법행위를 한 것과 마찬가지로 속죄금을 지급하여야 했다.<sup>18)</sup> 이는 현대적인 용어로 말한다면 일종의 선택채무관계로서(제380조, 제382조 참조), 가장은 가해를 한 종속인에 대한 권리를 피해자에게 이전할 것을 선택하여 이를 이행할 수도 있지만, 반대로 종속인이 가한 손해에 대해 속죄금 지급을 선택하여 이를 이행할 수도 있다는 의미이다. 그러므로 예를 들어 임차인의 노예가 임

<sup>16)</sup> Kaser/Knütel (주 11), § 36 Rn. 25; Schermaier in *Historischer-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 2/1, 2007, §§ 276-278 Rn. 23.

<sup>17)</sup> Kaser/Knütel (주 11), § 15, Rn. 5ff., § 60 Rn. 11ff. 참조.

<sup>18)</sup> Gai. D. 9, 4, 1; Kaser/Knütel (주 11), § 50 Rn. 12; Zimmermann (주 11), p. 916; von Lübtow (주 13), S. 43f.

차건물을 방화한 경우, 임차인은 임대인에 대해 계약책임 외에도 아퀼리우스법에 따른 책임도 부담하여, 이는 임차인이 동법에 따른 속죄금을 지급하거나 가해 노예를 委付해야 함을 의미한다.<sup>19)</sup> 이는 가장의 개인적인 과책과는 무관하게 인정되는 무과실책임이었다.<sup>20)</sup>

(2) 고전기에 이러한 종속인가해책임은 책임제한에 의한 가장의 보호라는 관점에서 설명되었다. 즉 가장은 가장권에 기하여 노예나 가자의 불법행위에 당연히 책임을 부담해야 하지만, 그가 노예나 가자의 가치 이상의 책임을 부담하게 하는 것은 부당하므로 가해종속인 위부의 권한을 인정한다는 것이다.<sup>21)</sup> 그러나 실제로 종속인가해책임의 내용은 불법행위의 제재적 성질의 귀결로서 발전하였다고 보는 것이 현대의 일반적인 견해이다.<sup>22)</sup> 즉 노예나 가자가 불법행위를 한 경우 피해자는 복수를 위해 그의 인신을 공취할 권한을 가진다. 그런데 노예나 가자의 경우 가장권에 복속하는 지위에 있으므로 그에 대한 공취는 바로 가장의 가장권과 충돌하는 결과를 가져온다. 그러므로 이러한 충돌을 해소하기 위해 피해자에게는 가장을 상대방으로 하는 종속인가해소권이 인정되었고, 이에 의해 가장의 인적 책임이 발생한다. 이러한 소권이 제기된 경우 가장은 피해자에게 가해종속인을 위부하거나 속죄금을 지급함으로써 피해자의 공취로부터 벗어날 수 있다. 요컨대 종속인가해책임 역시 불법행위가 가지는 사적 제재수단으로서의 성질로부터 발달한 것으로 이해되는 것이다.<sup>23)</sup>

이러한 종속인가해책임은 이미 십이표법의 규정(XII, 2)에 의하여 인정되고 있었고, 이후 이를 기초로 계속해서 발전되었다.<sup>24)</sup> 이후에 위법제물손괴에 관하여 제정된 아퀼리우스법 역시 이에 관한 규정을 두고 있었던 것으로 보인다.<sup>25)</sup>

19) Ulp. D. 9, 2, 27, 11.

20) Benöhr, "Zur Haftung für Sklavendelikte", ZSS 97, 1980, 276f.

21) Gai 4, 75. Inst. 4, 8, 2도 참조.

22) Benöhr (주 20), 274; Kaser I (주 13), S. 163; Kaser/Knütel (주 11), § 50 Rn. 13; Zimmermann (주 11), p.916.

23) 이러한 종속인가해책임은 동물이 가해를 한 경우 동물의 소유자에 대해서도 동일한 내용으로 인정되었다. 이 경우 동물의 靈을 가해자로 보아, 피해자의 四足動物加害訴權 (actio de pauperie)이 행사되면 그 상대방인 동물의 소유자는 가해동물을 위부하거나 속죄금을 지급하는 것을 선택하도록 규율되었던 것이다. 우선 Kaser/Knütel (주 11), § 50 Rn. 14 참조.

24) Kaser I (주 13), S. 163, 630.

25) von Lübtow (주 13), S. 43; Hausmaninger, *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*, 5.



(3) 이러한 연원에 비추어보면 가장이 종속인가해책임을 부담하는 것은 피해자의 소권이 행사되는 시점에 가해종속인에 대하여 가장권을 행사하고 있다는 사실에서 기인함을 알 수 있다. 그러므로 종속인가해책임은 가장권의 존재에 종속하여 인정된다(*nox a caput sequitur*).<sup>26)</sup> 예를 들어 가장이 노예나 가자에 대한 권한을 타인에게 이전하면 그 이전받은 사람이 종속인가해소권의 상대방이 된다. 마찬가지로 노예나 가자가 가장권에서 벗어나면 가장은 종속인가해책임에서 벗어난다. 그러한 경우 해방된 노예나 가자가 직접 피해자에 대해 책임을 부담한다. 즉 행위시점이 아닌 소권이 행사되는 시점에 가해종속인에 대해 가장권을 가지고 있는 사람이 소권의 상대방이 되는 것이다. 따라서 원칙적으로 피고는 가장 내지 시민법상 노예 소유자이다. 그러나 이후 법무관법의 발전에 따라 피고적격은 노예에 대해 명예법상 소유권(*in bonis habere*)을 가진 사람에게도 확장되었고, 한 걸음 더 나아가 노예에 대한 선의 점유자(*bonae fidei possessor*)도 논쟁에도 불구하고<sup>27)</sup> 점차로 소권의 상대방이 될 수 있다고 인정되었던 것으로 보인다.<sup>28)</sup> 반대로 노예에 대한 악의의 점유자는 - 가이우스의 한 개소<sup>29)</sup>에도 불구하고 - 피고적격이 없었다는 것이 일반적인 견해이다.<sup>30)</sup> 단순히 특시명령(*interdicta*)에 따른 구제수단을 누릴 수 있는 점유자도 마찬가지이다.<sup>31)</sup>

그런데 아퀼리우스법이 적용되는 영역에서는 가장이 노예의 불법행위 의사를 알고 있으면서도 이를 저지하지 않아 노예가 실제로 불법행위를 저지른 경우, 가장은 독자적으로 아퀼리우스법을 충족하여 피해자에 대해 배상의무를 부담한다.<sup>32)</sup> 그러한 경우 가장의 책임은 종속인가해책임이 아닌 자신의 독자적 책임이므로, 피해자는

Aufl., 1996, S. 41. Gai. 4, 76; Ulp. D. 9, 4, 2, 1 참조. 그러나 반대의 견해로 de Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, 1947, p. 325 sqq.

26) Kaser I (주 13), S. 631; Zimmermann (주 11), p.917.

27) Imp. Iustian. C. 6, 2, 21 참조.

28) 전거와 함께 Kaser I (주 13), S. 631 Fn. 11; Benöhr (주 20), 281f.

29) Gai. D. 9, 4, 13.

30) Benöhr (주 20), 283; de Visscher (주 25), p. 269 sqq., 288 sqq.

31) 가령 Paul. D. 9, 4, 22, 1. 그러한 점유자를 위한 법무관의 보호에 대해서는 Benöhr (주 20), 284, 285 참조.

32) Ulp. D. 9, 4, 2, pr.; Hausmaninger (주 25), S. 41; Benöhr (주 20), 275ff.; Kaser I (주 13), S. 162 Fn. 65, S. 631 Fn. 4. 이 점에 대해 아퀼리우스법에 명문의 규정이 있었는지 여부에 대해서는 논의가 있다(예컨대 von Lübtow (주 13), S. 44ff.는 규정이 있음을 전제한다). 아퀼리우스법이 적용되지 않는 사안(예를 들어 절도소권이 문제되는 경우)에서 가장이 종속인의 불법행위 의사를 알고 있었다는 사정이 어떻게 고려되었는지 여부는 사료상으로 판단하기 쉽지 않다. Benöhr (주 20), 279 참조.

가장에 대해 직접 권리를 행사하는 것이다(*actio directa*). 그러므로 가장은 노예를 위부함으로써 책임에서 벗어날 가능성을 보유하지 아니하고, 가해노예에 대한 권한을 이전하거나 포기한 경우에도 책임에서 벗어날 수 없었다. 그러나 그러한 경우에도 가해노예의 책임은 존속하는지 여부의 문제는 여전히 남는다. 이는 예를 들어 가장이 독자의 책임을 지는 것에 더하여 가해노예에 대한 권한을 이전받은 사람이 종속인가해책임을 부담할 것인지에 관하여 실익이 있다. 이에 대해서는 고 전기에도 견해의 대립이 있었으나, 다수의 견해는 가장이 노예의 불법행위 의사를 알고 있었다는 사정만으로 노예의 책임을 면책시킬 수는 없다고 하여, 이후 가해노예에 대해 권한을 취득한 사람은 종속인가해책임을 부담한다고 해석하였던 것으로 보인다.<sup>33)</sup> 그러나 가장이 노예에게 불법행위를 지시한 경우에는, 노예는 가장의 도구로 활동한 것에 불과하므로 가장만이 독자적으로 아퀼리우스 법에 따른 책임을 부담하며 노예는 면책되어 종속인가해책임이 문제될 여지가 없게 된다.<sup>34)</sup>

(4) 가장이 피해자에게 가해종속인을 위부하는 경우, 초기에는 이는 단순히 복수를 위한 무방식 인도에 지나지 않았다. 그러나 점차로 피해자가 위부받은 노예나 가자를 경제적으로 활용할 가능성에 주목하게 됨으로써 가해종속인 위부는 노예 또는 가자에 대한 권리의 이전을 요구하기에 이르렀다.<sup>35)</sup> 그러므로 이는 가자의 경우 약취행위(*mancipatio*)에 의해, 노예의 경우에는 약취행위 내지 법정양도(*in iure cessio*)에 의해 당해 가해종속인에 대한 권리를 피해자에게 이전하는 것을 의미하였다.<sup>36)</sup> 명예법상 소유자나 선의의 점유자가 피고인 경우에는 그러한 양도방법을 사용할 수 없으므로 인도(*traditio*)에 의할 수밖에 없을 것이지만, 그 경우 권리를 이전받은 피해자는 가해종속인 위부를 권원으로 하여 시민법상 소유자에 대한 관계에서 사용취득(*usucapio*)을 할 수 있고 그 동안 푸블리키우스 소권(*actio Publiciana*)과 악의의 항변(*exceptio doli*)으로 보호를 받을 수 있었을 것이다.<sup>37)</sup>

위부된 가해종속인이 자유인 즉 가자였던 경우(*homo liber noxae deditus*)에는 피

<sup>33)</sup> Ulp. D. 9, 4, 2, 1.

<sup>34)</sup> von Lübtow (주 13), S. 46f. 참조. 그러나 아퀼리우스법의 적용범위를 넘어 노예가 가장의 지시에 따라 살인 등 중한 범죄를 저지른 경우에는 노예의 면책은 인정되지 않았던 것으로 보인다. Benöhr (주 20), 276.

<sup>35)</sup> Kaser I (주 13), S. 165.

<sup>36)</sup> Kaser I (주 13), S. 631.

<sup>37)</sup> Benöhr (주 20), 285.

해자에게 그에 대한 권리를 이전하는 것은 신탁적 성질을 가지고 있었던 것으로 보인다.<sup>38)</sup> 즉 가자에게는 피해자에 대한 위부에서 벗어날 수 있는 특권이 인정되었던 것이다. 그에 따라 위부된 가자는 피해자의 권한에 복종하여 경제활동을 하여 손해를 충당한 경우에는 법무관의 도움을 받아 가장에 반환될 수 있었다.<sup>39)</sup>

### 3. 보조자 사용과 관련된 그 밖의 책임유형

지금까지 로마법에서 가장 전형적으로 문제되었던 보조자책임인 종속인가해책임에 대하여 살펴보았다. 그런데 로마법에서는 그 외에도 보조자의 가해행위와 관련하여 보조자를 사용한 사람에게 책임을 부과하는 다른 제도들이 존재하였다.<sup>40)</sup> 그리고 이러한 제도들 역시 이후 사용자책임의 발전에 적지 않은 영향을 주었음을 확인할 수 있다. 그러므로 아래에서는 종속인가해책임 외에도 로마법에서 발견되는 보조자책임의 유형들을 살펴보기로 한다.

(1) 먼저 계약책임에서 보조자책임을 살펴보기로 한다. 누구도 타인의 행위를 이유로 책임을 부담하지는 않는다는 원칙에 따르면 계약책임의 영역에서도 채무자는 원칙적으로 이행보조자의 과책을 이유로 책임을 부담하지는 않는다. 그러한 경우 채무자는 이행보조자의 선임·감독의 과정에 과책이 있는 경우나 계약의 취지에 반하여 보조자를 사용한 경우에 자신의 과책을 이유로 채무불이행 책임을 지는 것이다.<sup>41)</sup> 그러나 로마법에서도 계약유형에 따라 채무자가 이행보조자의 과책에 대해 책임을 부담하는 경우들이 적지 않게 존재하고 있었다.

첫째로, 보관책임(custodia)이 인정되는 계약에서 채무자는 채무불이행의 결과에 대해 무과실책임을 부담하므로, 그러한 경우 보조자의 과책에 대해서도 책임을 지는 결과가 발생한다. 채무자가 자신의 이익을 위하여 채권자의 물건을 점유하고 이를 나중에 반환해야 하는 계약관계에서는, 채무자는 그러한 물건이 유실되거나 손상을 입지 않도록 감시할 의무를 부담하며, 반환해야 할 물건이 유실되거나 손상된 경우 불가항력에 의한 것이 아닌 한 그 결과에 대해 무과실책임을 부담하는 법리가 인정

<sup>38)</sup> Kaser I (주 13), S. 631 Fn. 9.

<sup>39)</sup> Pap. Collatio 2, 3, 1 = FIRA II, 549.

<sup>40)</sup> Seiler (주 10), 526; Zimmermann (주 11), p. 1120 sqq.

<sup>41)</sup> Kaser/Knütel (주 11), § 36 Rn. 25.; HKK/Schermaier (주 16), §§ 276-278, Rn. 25; Zimmermann (주 11), p. 1120 sqq. 그러나 개별적으로 선임·감독의 주의의무를 매우 높게 설정하여 현실적으로 무과실책임에 접근하는 경우도 없지 않았다고 지적된다.

되고 있었다.<sup>42)</sup> 이를 보관책임이라고 한다. 이러한 보관책임은 사용자, 일정한 도급계약에서 수급인, 매매목적물 인도 전의 매도인, 물건의 보관을 사실상 인수한 船主·旅館主·畜舍主,<sup>43)</sup> 다른 조합원의 물건을 가공을 위해 보관하고 있는 조합원 등 넓은 범위에서 인정되고 있었다.<sup>44)</sup>

둘째로, 사무처리의 과정에서 노예·家子와 같이 가장권에 종속하는 사람이나 그 밖의 보조자에 의해 계약이 성립하고 그에 따른 책임이 문제되는 경우에, 이들을 사용한 가장 내지 사용자의 책임을 부가적으로 인정하는 제도가 존재하였다.<sup>45)</sup> 노예나 가자는 원칙적으로 의무를 부담할 수 없을 뿐만 아니라, 예외적으로 가능한 경우에도 원칙적으로 그의 재산에 집행을 할 수 없거나 제한된 재산에 대한 집행만이 가능하였기 때문에, 가장을 상대로 하는 책임을 인정할 필요가 있었던 것이다.<sup>46)</sup> 재산이 없는 피용자가 사용된 경우에도 사정은 마찬가지이다. 그래서 로마법에서는 사무를 처리한 종속인 내지 피용자의 사용자에게 책임을 물을 수 있는 여러 가지 개별적인 소권들이 인정되었는데, 이후 보통법에서는 이들을 통칭하여 부가적 성질의 소권(actiones adiecticiae qualitatis)이라고 명명하였다. 특유재산소권(actio de peculio), 전용물소권(actio de in rem verso), 지시소권(actio quod iussu) 등이 대표적인 예이지만, 우리의 주제와 관련해서 주목할 만한 다른 소권들로는 특히 다음의 것들을 언급할 수 있다(아래 III. 2. (2) 참조).<sup>47)</sup> 對船主訴權(actio exercitoria)은 선주가 사용하는 선장이 선장의 자격으로 부담한 채무에 대하여 선주를 상대로 행사할 수 있는 소권으로, 선장이 종속인인지 아니면 자유인인지 여부와 무관하게 인정되었다. 또한 이와 유사한 것으로 支配人訴權(actio institoria)이 존재하였는데, 이는 피용자가 상점 또는 기타의 영업의 지배인으로서 부담한 채무에 대하여 영업주를 상대로 책임을 물을 수 있도록 한 소권이었다. 이 경우에도 그 피용자가 종속인인지 여부는 문제 되지 않았다.

42) Kaser/Knütel (주 11), § 36 Rn. 15f.

43) 이들의 책임은 이른바 절대적 책임을 지우는 인수책임(receptum)으로부터 출발한 것이지만 이후 불가항력의 경우 면책을 인정하는 해석이 관철됨으로써 보관책임에 접근하였고, 그 결과 고전기의 법학자들은 이를 보관책임으로 취급하였다고 한다. Kaser/Knütel (주 11), § 46 Rn. 6; HKK/Schermaier (주 16), §§ 276-278, Rn. 24 참조.

44) Kaser/Knütel (주 11), § 36 Rn. 17.

45) Kaser/Knütel (주 11), § 49 Rn. 2ff.

46) Kaser/Knütel (주 11), § 49 Rn. 1.

47) Kaser/Knütel(주 11), § 49 Rn. 3, 12ff.

(2) 앞에서 계약책임과 관련하여 물건의 보관을 사실상 인수한 船主·旅館主·畜舎主가 보관책임의 범리에 기하여 물건의 반환과 관련하여 무과실책임을 부담한다는 것을 보았다. 그런데 그들은 더 나아가 자신의 보조자가 물건의 멸실과 관련해 행한 불법행위를 이유로 하여 불법행위책임도 부담할 수 있었다. 즉 선주·여관주·축사주가 사실상 인수한 물건이 그 자신이 아니라 그의 피용자에 의해 손상되거나 절취된 경우에도, 법무관 고시는 피해자에게 불법행위에 따른 손해배상 소권(actio de furto vel damno in navi aut caupone aut stabulo)을 부여하였다.<sup>48)</sup> 이는 당시 이들 직업에 종사하는 사람들의 나쁜 평판에 따른 불신 및 거래상의 필요를 이유로 정당화되었다.<sup>49)</sup>

(3) 엄밀한 의미에서 보조자책임이라고 할 수는 없지만 실질적으로 그러한 효과를 가지고 있었을 뿐만 아니라 이후에 사용자책임의 발전에 적지 않은 영향을 준 구제 수단으로 投下物·流出物訴權(actio de deiectis vel effusis)이 있다(아래 III. 2. (2) 참조). 로마에서는 열악한 주거사정으로 말미암아 고층 다세대주택(insula) 거주자들이 오물이나 생활폐수 등을 건물 밖으로 투척함으로써 보행자들이 피해를 입는 사안이 빈번하였다고 하며, 그러한 경우 피해자의 구제를 위해 법무관이 고시에 의해 도입한 권리가 바로 투하물·유출물소권이다.<sup>50)</sup> 그에 의하면 주거로부터 무엇인가 거리로 투하되거나 유출되어 손해가 발생하는 경우, 그 주거의 보유자는 그에 대해 무과실의 책임을 부담한다.<sup>51)</sup> 여기서 그러한 투하·유출이 그의 행위인지 아니면 다른 거주자의 행위인지, 그에 과실이 있는지 여부는 묻지 아니하고 주거 보유자의 책임이 인정된다는 것이 이 소권의 특징이다. 즉 손해를 야기한 투하·유출이 있는 경우 그것이 기인한 주거의 보유자(habitator)가 책임을 부담하며, 보유자성 판단에서 중요한 것은 그가 주거에 대한 사실상의 처분권한을 가지고 있다는 사실이다.<sup>52)</sup> 그러한 의미에서 투하물·유출물책임은 위험을 이유로 하는 무과실책임의 성격을 가진다.

48) 전거와 함께 Kaser I (주 13), S. 586.

49) Seiler (주 10), 526.

50) Zimmermann, "Effusum vel deiectum", *Festschrift für Hermann Lange*, 1992, S. 301ff.

51) Kaser I (주 13), S. 628.

52) Kaser I (주 13), S. 628f.; Zimmermann, "Effusum vel deiectum" (주 50), S. 305f. 그러한 의미에서 일시적인 방문객은 주거의 보유자로 평가되지 않으며, 마찬가지로 소유자라고 해서 반드시 주거의 보유자인 것은 아니라고 한다. 어떠한 권원에 의한 것이든 주거에 대해 사실상 처분권한을 행사하고 있는 사람이 책임의무자가 된다고 한다.

법률효과와 관련해 살펴보면, 투하물·유출물소권은 제재적 성질을 가지는 소권으로서 가해의 잠재성이 있는 거주자의 행위를 제재하려는 목적을 가지고 있었고,<sup>53)</sup> 그에 따라 법률효과도 법정되어 있었다. 즉 주거의 보유자는 손해액의 2배를 배상해야 하며, 그 밖에 자유인이 사망한 경우에는 정해진 속죄금을 지급해야 하고, 자유인이 상해를 입은 때에는 개별적으로 산정되는 상당한 속죄금을 지급해야 했다.<sup>54)</sup>

이러한 투하물·유출물 소권은 그 자체로는 주거의 위험성에 기한 무과실책임으로 타인의 과책에 대한 책임을 도입하고 있는 제도는 아니다. 그러나 주거의 보유자는 그 주거에서 어떤 사람이 물건을 투하하거나 유출한 행위의 결과 발생한 손해에 대해서도 배상의무를 부담함으로써 현실적으로는 타인의 행위에 대해 무과실책임을 부담하는 효과를 가지고 있음을 부정할 수 없다.<sup>55)</sup> 이러한 구제수단의 배후에 있는 사고방식은 이후 보조자책임의 발전과 관련해 일반화될 수 있는 충분한 소재를 제공한다고 평가할 수 있다.<sup>56)</sup>

(4) 그 밖에 투하물·유출물소권과 유사한 기능의 소권으로 立置物·懸垂物訴權(actio de posito vel suspenso)을 들 수 있다. 이는 건물의 베란다나 돌출부에 떨어지기 쉬운 물건을 세워두거나 걸어둠으로써 아래 거리의 안전에 중대한 위험을 창출한 주거 보유자를 상대로 일정한 속죄금을 부과하는 소권이었다. 이는 제재적 성질의 소권으로 위험의 창출이 있으면 인정되었고 반드시 손해가 발생할 필요가 없었던 점에서 특징이 있다.<sup>57)</sup> 이 소권에서도 구체적으로 어떤 사람이 위험을 야기하였는지 여부와 무관하게 그 주거를 사실상 지배하는 주거의 보유자가 책임을 부담하므로, 마찬가지로 보조자책임으로서 기능할 실질을 가지고 있었다고 말할 수 있다.

(5) 마지막으로 徵稅受給人(publicanus)의 책임이 언급될 필요가 있다. 국가가 설정한 일정액을 납부하고 남은 차액을 자신의 이익으로 보유하는 징세수급인으로서 징세과정에서 억압적인 방법을 사용할 위험이 있었다(누가복음 3:12-13; 19:8

53) Zimmermann, “Effusum vel deiectum” (주 50), S. 305.

54) Kaser I (주 13), S. 628; Zimmermann, “Effusum vel deiectum” (주 50), S. 307f.

55) Paul. D. 9, 3, 6, 2 참조. 이 개소에 대해서는 Zimmermann, “Effusum vel deiectum” (주 50), S. 306f.

56) HKK/Schermaier (주 16), §§ 276-278 Rn. 24. 그래서 투하물·유출물책임은 판택텐 법학에서도 타인의 과책을 이유로 하는 책임의 한 유형으로 논의되었다. 예를 들어 von Wyss, *Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht*, 1867, S. 66ff. 참조.

57) Kaser I (주 13), S. 628f; Zimmermann, “Effusum vel deiectum” (주 50), S. 312.

참조). 그래서 법무관은 고시로 피해자에게 제재적 성질의 소권을 부여하여 그러한 위협에 대처하고자 했다.<sup>58)</sup> 그에 따라 징세수급인은, 자신의 불법행위에 대해서뿐만 아니라, 그의 보조자들이 권한을 남용하여 점유를 탈취하거나 물건을 손괴·절취하는 경우에도 책임을 부담해야 했다.<sup>59)</sup> 이 책임은 처음에는 종속인가해책임에 준하여 징세수급인 자신의 노예가 보조자인 경우에 인정되었던 것으로 보이지만, 이후 자유인이 보조자로 활동한 경우에까지 확대되었다.<sup>60)</sup> 그러나 다른 한편 징세수급인은 보조자들이 징세수급인의 이름으로 활동을 하는 과정에서 손괴·절취 등을 한 경우에만 책임을 부담하므로,<sup>61)</sup> 보조자들이 직무를 일탈하여 행한 불법행위에 대해서는 책임이 없다는 의미에서는 책임이 제한되고 있었다. 이러한 사무집행관련성에 따른 징세수급인의 책임제한은 이후 사용자책임의 발전과정에서 중요한 영향을 미치게 된다(아래 III. 1. (3) 참조).

#### 4. 평가 및 유스티니아누스 입법

(1) 이상의 내용을 종합해 본다면, 로마법은 보조자책임과 관련해 어떠한 교조적인 법리에 집착하지 않고 개별적인 정책적 필요에 따라 유연한 내용의 책임요건들을 정하고 있었고 그 결과 상당히 넓은 범위에서 무과실의 보조자 책임을 가능하게 하였다는 사실을 확인할 수 있다. 즉 “로마법에서는 보조자책임에 대해 여러 책임요건들이 존재하였는데, 이들은 서로 상이한 내용과 동기를 가지고 있었다. 이제 이러한 개별규율들의 전체적인 효과를 평가하고자 시도한다면, 로마의 법현실에서 보조자에 대한 포괄적인 책임을 확인할 수 있을 것이다. 특히 이는 로마 자유인들은 압도적으로 자신의 가자들과 노예들을 보조인으로 사용하였다는 사정에 의해 그러하다.”<sup>62)</sup>

(2) 앞서 살펴본 여러 구체수단들은 유스티니아누스의 입법에도 수용되지만 그 과정에 일정한 수정을 받게 된다.

58) Wicke, *Respondeat superior*, 2000, S. 101f.

59) von Wyss (주 56), S. 63f.

60) Wicke (주 58), S. 103f.

61) von Wyss (주 56), S. 64; Wicke (주 58), S. 105.

62) Seiler (주 10), 526. 이에 대해 이상광, **사용자책임론**, 1992, 25면은 로마법이 “극히 예외적인” 일부 무과실 책임을 제외하면 압도적으로 과실책임주의적으로 보조자 책임을 규율하고 있었다고 평가하고 있으나, 이는 본문에서 이미 살펴본 바와 같이 지지하기 어렵다고 생각된다.

(a) 종속인가해책임은 이미 후기 고전기에 이르러 제한을 받기 시작하였다. 우선 家子에 대해서는 점차로 피고적격이 인정되었을 뿐만 아니라, 그와 동시에 가자와 관련한 종속인가해책임은 점점 관행에서 사라지게 되었다.<sup>63)</sup> 그에 따라 유스티니아누스는 부모가 피해자에게 자녀를 인도하는 것의 비윤리성을 들어 이를 法源에서 삭제하면서 폐지하였다.<sup>64)</sup> 그러나 유스티니아누스는 여전히 노예의 경우에는 종속인가해책임을 인정하였다. 그러나 그는 노예가 피해자에게 이전되어 경제활동을 함으로써 채무액을 충당시킨 경우에는 법무관의 도움을 받아 원래의 권리자에게 반환될 것을 정하였다.<sup>65)</sup> 이는 종래 가자에게 인정되는 특권을 유스티니아누스가 노예에 대해서도 확대한 규율이다(앞의 II. 2. (4) 참조). 또한 이 시기에는 가해자가 이전받은 노예를 법원에 인도하여 형벌을 받게 한 다음 소유자에게 반환할 수도 있었다고 한다.<sup>66)</sup>

(b) 주지하는 바와 같이 후기 고전기에는 도덕철학과 기독교의 영향을 받아 비난 가능한 심정으로서의 책임(Schuld)을 배상책임의 중심적인 요소로 파악하고, 특히 과실(culpa)를 주관적으로 이해하여, 고전기의 손해배상법에 이러한 해석을 투영하는 시도가 대두하였다고 한다.<sup>67)</sup> 종래의 개념들이 혼란을 겪은 서로마 비속법과는 달리<sup>68)</sup> 동로마에서는 고전기의 개념들이 유지되었지만, 그래도 후기 고전기에서 시작한 책임의 주관화 경향은 여기서도 계속되었다. 그래서 유스티니아누스와 그의 편찬자들도 동로마 학파의 해석을 따라 책임의 기초를 가해자의 과책(Verschulden)으로 설명하고 그에 따라 고전기 개소들을 재해석하는 시도가 두드러졌다.<sup>69)</sup>

이에 따라 앞서 살펴본 여러 무과실책임의 요건들도 유스티니아누스 입법에서는 그러한 이해에 따라 해석되는 경향을 피할 수 없었다. 예를 들어 유스티니아누스는 보관책임이 당해 계약유형에 특유한 채무자의 의무를 위반한 과실에 기초한 책임으로 이해함으로써 이를 과실책임으로 이해하였다.<sup>70)</sup> 또한 투하물·유출물책임

63) Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, 2. Aufl., 1976, S. 430; Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, 1956, S. 346f.

64) Inst. 4, 8, 7.

65) Inst. 4, 8, 3. 그러나 이러한 특권은 서로마 지역의 사료에서 확인되지는 않는다고 한다. Kaser II (주 63), S. 431 Fn. 48.

66) Kaser II (주 63), S. 431; Levy (주 63), S. 343f.

67) Kaser II (주 63), S. 346.

68) Levy (주 63), S. 99ff.

69) Kaser II (주 63), S. 348ff.



역시 거주 보유자의 추정적 과실에 기초한 것으로 파악하는 내용을 수정을 가하였다고 보인다.<sup>71)</sup> 船主·旅館主·畜舎主의 보조자에 대한 책임도 그들의 선임상의 과실에 기초한 것으로 이해됨으로써 그러한 경향에 따르고 있다.<sup>72)</sup>

(c) 유스티니아누스는 그의 입법에서 - 恣意裁判責任(iudex qui litem suam fecit)과 함께 - 앞서 살펴본 투하물·유출물책임, 입치물·현수물책임, 선주·여관주·축사주책임을 준불법행위로 포괄하여 규정하면서, 과실(culpa)을 기초로 하는 아퀼리우스법상의 불법행위책임과 구별하였다.<sup>73)</sup> 이들 네 유형의 준불법행위책임 모두를 포괄하게 하는 공통의 기준이 무엇이었는지는 분명하지 않다.<sup>74)</sup> 일견 이들 준불법행위책임에 속하는 소권들은 모두 타인의 생명·신체·재산에 대한 위험을 이유로 무과실책임을 부여하는 것으로 이해될 수도 있겠지만, 유스티니아누스가 여러 곳에서 과실을 책임기초로 언급함으로써 그러한 이해의 정당성에 의문이 제기될 소지를 강하게 남겨 두었기 때문이다.<sup>75)</sup>

### III. 보통법상 전개와 법전편찬

#### 1. 보통법에서 보조자책임의 전개

(1) 앞서 살펴본 로마법에서의 보조자책임은 이후 보통법상 보조자책임 발전의 기초가 되었다. 그러나 이는 보통법에서 로마법의 법리가 그대로 인정되었음을 의미하지는 않는다. 이는 무엇보다도 보통법 특히 현대적 관용기의 보통법에서 노예 제도는 소멸하여 더 이상 적용될 수 없는 것으로 이해되고 있었기 때문이다.<sup>76)</sup> 그

<sup>70)</sup> Kaser II (주 63), S. 351ff.

<sup>71)</sup> Ulp. 9, 3, 1, 4의 “과실은 그[주거 보유자]에게 있기 때문이다”(culpa enim penes eum est)에 대해 Zimmermann, “Effusum vel deiectum” (주 50), S. 311 참조.

<sup>72)</sup> Inst 4, 5, 3: “말하자면 그가 악인의 노무를 사용하여 과실(culpa)의 책임이 있기 때문에”. Kaser II (주 63), S. 428f.

<sup>73)</sup> Inst. 4, 5.

<sup>74)</sup> Kaser II (주 63), S. 428 Fn. 24.

<sup>75)</sup> Zimmermann, “Effusum vel deiectum” (주 50), S. 313ff. 참조.

<sup>76)</sup> Zimmermann (주 11), p. 1119. 예컨대 단적으로 Vinnius, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Lugduni, 1708, Lib. IV, Tit. 8, L. 7 (p.1008): “종속인가해소권은 오늘날 전혀 慣用되고 있지 않는데, 이는 우리에게 노예가

결과 로마법에서 보조자의 불법행위를 이유로 하는 종속인가해책임은 그 원형대로 계수될 수 없었다. 그러므로 보통법학은 노예가 아닌 보조자의 불법행위에 대하여 그 사용자가 어떠한 요건 하에 어떠한 내용의 책임을 부담하는지에 대하여 그 입장을 새로이 표명하지 않을 수 없었다.<sup>77)</sup>

여기서 우선 가장 자연스럽게 생각될 수 있는 해결책은 보조자가 노예가 아닌 자유인인 이상 그는 자신의 불법행위에 대해 스스로 책임을 부담하고, 사용자는 그러한 보조자를 사용하는 것에 그 자신의 고의·과실이 있을 때 손해배상책임을 부담한다는 해석이다. 이는 무엇보다 유스티니아누스가 家子에 대한 종속인가해책임을 폐지하면서 있게 될 것으로 전제한 법상태로 보이므로,<sup>78)</sup> 만일 보조자가 노예가 아닌 자유인이라면 같은 내용의 책임이 인정되는 것이 자연스러울 것이었기 때문이다. 그리고 이것이 실제로 일반적인 견해였던 것으로 보인다. 종속인가해소권에 관한 학설취환의 내용은 “오늘날 실무적이 아닌 역사적 성질을 가진다. 이는 우리의 從僕(famulus)에 대해서도 적용되지 아니하는데, 그는, 자신의 의무에 관해 가해를 하였고 [임무를] 허용한 보조자의 선임에 관해 사용자에게 과실이 귀속되지 아니하는 한, 자신의 법률행위를 이유로 스스로 책임을 부담한다.”<sup>79)</sup>

---

없기 때문이다.” 노예제는 중세 시기에도 여전히 상당한 범위에서 존재하고 있었고, 그에 대한 법적 논의도 진행되고 있었다. 주석학과와 후기주석학과는 현존하고 있던 노예제도에 로마법이 여전히 적용되는 것으로 보았으나, 농노 등 기타 부자유인의 경우 로마법상의 노예와는 구별되는 자유인으로 취급하였다고 한다. 그러나 이후 현대적 관용기에 이르면 노예제는 소멸한 것으로 평가된다. 이상에 대해 Rüfner, “Die Rezeption des römischen Sklavenrechts im Gelehrten Recht des Mittelalters”, Finkenauer (Hrsg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 201ff.; Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band I, 1985, S. 205f.

77) 개관으로 Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 2001, p.123 sqq. 특히 네덜란드 보통법의 학설 상황에 대해 자세하게 Wicke (주 58), S. 136ff.

78) Inst. 4, 8, 7 마지막 부분 및 그에 대한 glossa ad “conveniri”, *Institutionum sive primorum totius iurisprudentiae elementorum libri quatuor*, Lugduni, 1627, p.543-544; Puchta, *Cursus der Institutionen*, 2. Band, 9. Aufl. besorgt von Krüger, 1881, S. 373 참조.

79) Boehmer, *Introductio in ius digestorum*, sexta editio, Halae Magdeburgicae, 1741, Lib. IX, Tit. IV, § 3 (p. 273). 같은 취지로 예컨대 Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum*, editio IV. revisita et emendata, Halae Magdeburgicae, 1717, Lib. IX, Tit. IV., § IV (pp.171-172); Leyser, *Meditationes ad pandectas*, volumen II, editio tertia, Lipsiae, Brunsvigae et Guelpherbyti, 1774, Lib. IX, Tit. IV, § I (p.492); Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum pandectarum*, Pars prima, edition nova prioribus correctior, Tubingae, 1744, Lib. IX, Tit. IV, § IX (p. 570); Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 10. Teil, 2. Abteilung, 1808, 9. Buch, 4. Tit., § 713 (S. 417f.).

이러한 견해는 동시에 자연법학에서도 일반적이었던 것으로 보인다.<sup>80)</sup> 자연법학의 영향 하에 제정된 1794년의 프로이센 일반 란트법도 이러한 견해에 입각한 규정을 두고 있었다(I 6 §§ 60-64 ALR).

(2) 그러나 이러한 다수의 견해에 대해서는 다른 결론을 주장하는 소수의 견해도 개진되고 있었다.

하나의 견해는 기본적으로 다수설과 마찬가지로 사용자는 자신의 고의·과실 없이는 피용자의 불법행위에 대해 책임이 없다는 원칙에서 출발하면서도, 사용자가 아직 피용자에게 지급하지 아니한 임금채권이 존속하고 있는 금액의 한도에서는 피해자가 사용자에게 직접 손해배상을 청구할 수 있다고 하였다. “주인과 여주인 (meesters ende vrouwen)은 종복(dienaers)의 불법행위에 의해 일반적으로 책임을 부담하지 아니하지만, 지급되지 아니한 임금액의 한도에서는 그러하지 아니하다.”<sup>81)</sup> 이러한 입장은 게르만법 특히 작센법의 태도가 학설에 반영된 것으로 보이며,<sup>82)</sup> 특히 네덜란드 보통법 학설에 유력하게 주장되었다고 한다.<sup>83)</sup> 그러나 다수설은 피해자가 피용자의 사용자에 대한 임금채권에 집행을 해서 만족을 받는 것이 아니라면 그러한 책임을 인정할 수 없다는 입장을 고수하였다.<sup>84)</sup> 임금채무를 부담하는 사용자가 피용자의 다른 채무자와 비교할 때 피용자의 불법행위를 이유로 보다 중한 의무를 부담할 이유는 무엇인가?<sup>85)</sup>

<sup>80)</sup> Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, Francofurti ad Moenum, 1719, Lib. I, Cap. VI, § X (p. 119); Svarez, *Vorträge über Recht und Staat (1746-1798)*, Hrsg. von Conrad/Kleinheyer, 1960, S. 302ff. 흥미롭게도 푸펜도르프는 가해자가 노예인 경우에는, 가해자가 스스로 배상책임을 부담하는 것이 자연법이었지만 그에게 재산이 없으므로 주인에게 로마법에서와 같은 종속인가해책임을 부담시키는 것이 정당하다고 말한다(同所 § XI : “그렇지 않고 재산이 없는 심지어 자신도 소유하지 못하는 노예 자신이나 소유자로부터 손해를 배상받지 못한다면, 노예에게 마음대로 가해를 할 일체의 허가를 주게 될 것이기 때문이다”).

<sup>81)</sup> Grotius, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd* (1631), III, xxxviii, 8 = Lee ed., *Jurisprudence of Holland*, 1926, p.484. 같은 취지로 Struve, *Jurisprudentia romano-germanica forensis*, editio decima septima, Bambergae, 1759, Lib. III, Tit. XXVII, § I (p.446).

<sup>82)</sup> Stryk (주 79), Lib. IX, Tit. IV., § IV (p. 172)은 작센슈피겔 II 32 § 1을 인용하면서 (Leyser (주 79), 同所도 참조) 그 내용의 명확성에 의문을 제기한다. 이에 대해 Lauterbach (주 79), 同所는 작센슈피겔의 이 법리를 보조자가 사용자가 지시한 사항을 수행하는 과정에서 불법행위를 한 경우로 한정하여 해석하는 것으로 보인다.

<sup>83)</sup> Zimmermann (주 11), pp.1119-1120; Wicke (주 58), S. 137ff.

<sup>84)</sup> Boehmer (주 79), Lib. IX, Tit. IV, § 4; Stryk (주 79), Lib. IX, Tit. IV., § IV (p.172); Glück (주 79), 9. Buch, 4. Tit., § 713 (S. 418).

(3) 이에 대해 다른 소수설은 피용자의 불법행위가 그의 직무와 관련된 것인 한에서는 사용자가 피용자의 불법행위에 무과실의 책임을 부담해야 한다고 주장하였다. “주인과 아버지는, 종복이나 아들이 아버지나 주인이 위탁한 의무나 직무와 관련해 (in officio aut ministerio, cui a patre dominove fuerint praepositi) 잘못을 저지른 때에는, 비록 그 보조자에게 임금채무가 없거나 매우 소액의 채무만 있는 경우이더라도 그들의 불법행위를 이유로 연대하여 책임을 부담한다. 부주의하거나 악의적인 사람들의 노무를 일정 직무나 의무에 투입하였다는 사정은 그들에게 귀속되어야 하기 때문이다.”<sup>86)</sup> 반면 보조자가 자신의 직무를 일탈하여 불법행위를 하였고 사용자가 이를 알지 못하였거나 알았더라도 이를 저지할 수 없었던 때에는 사용자는 임금채권이 존속하는 한도에서만 책임을 부담한다고 한다.<sup>87)</sup> 이 견해는 이후의 법전편찬에서 전면에 등장하게 될 대위책임적 사용자책임을 선언하고 있다는 점에서 주목할 가치가 있다. 우선 이 견해는 일견 사용자의 책임 근거를 그의 과실(“부주의하거나 악의적인 사람들의 노무를 일정 직무나 의무에 투입”)에서 찾고 있지만, 그렇다고 사용자책임을 그의 과실에 좌우되도록 하지는 않는다. 서술에서 명백한 바와 같이, 피용자가 직무와 관련해 불법행위를 한 경우 사용자는 무과실의 책임을 부담한다. 그러므로 이 견해는 복멸할 수 없는 사용자의 과실추정을 이론적 근거로 하여 무과실책임을 인정하려는 것으로 보인다.<sup>88)</sup> 더 나아가 이 견해가 로마법원에서 출발하면서도 개별 무과실책임이나 보통법 해석론을 일반화하는 과정에서 로마법원에 존재하지 않았던 결론에 도달하였다는 사실이 주목된다. 예를 들어 이 견해는 사용자의 무과실책임을 주장하면서, 그 전거로서 앞서 살펴보았던 로마법상의 여러 특수 무과실책임들(보관책임, 선주·여관주·축사주 책임, 징세수급인 책임 등<sup>89)</sup>)을 원용하고 있다. 또한 마찬가지로 방식으로 사용자책임을 중요한 요건인 사무집행관련성이 최초로 명확하게 표현되고 있다.<sup>90)</sup> 요하네스 푸트는 여기서 아버지인 파울 푸트를 인용하고 있는데, 후자는 다시 모르나키우스(Mornacius)를 인용하고 있으며,<sup>91)</sup> 모르나키우스의 서술은 다시 징세수급인의 책임에 관한 바

85) Stryk (주 79), Lib. IX, Tit. IV., § IV (p.172).

86) Johannes Voet, *Commentarius ad pandectas*, tomus primus, editio ultima accuratior, Coloniae Allobrogum, 1757, Lib. IX, Tit. IV, § 10 (p.445). 이 견해를 주장하는 다른 전거에 대해서는 Wicke (주 58), S. 147f. 참조.

87) Voet (주 86), 同所.

88) Wicke (주 58), S. 143f.

89) D. 48, 3, 14, pr.; 9, 2, 27, 9; 39, 4, 1, pr./5; 39, 4, 1, 12, 1/2; 47, 5, 1, pr./1/6; 4, 9, 7.

90) Wicke (주 58), S. 145.

르톨루스(Bartolus)의 설명을 일반화하고 있다고 한다.<sup>92)</sup> 또한 푸트가 전거로 인용하고 있는 카르프조프(Carpzov) 역시 특정 사안에서 표명된 법리를 기초로 그러한 사무집행관련성 요건을 일반화하였다고 지적된다.<sup>93)</sup> 그리고 여기서 이들이 사무의 위탁을 지시하기 위해 사용하는 용어(praeponere)는 로마법의 대선주소권과 지배인 소권 법리에서 영향을 받았음을 추측하게 한다.<sup>94)</sup>

## 2. 프랑스 민법전

사무집행과 관련된 범위에서 피용자의 불법행위에 대해 사용자에게 무과실책임을 부담하게 하는 이러한 태도는 프랑스 민법전(1804)에 의해 입법적으로 채택되었다.

(1) 프랑스 민법전의 불법행위법 규정은 기본적으로 장 도마(Jean Domat)의 체계에서 기원한 것으로 인정되고 있다.<sup>95)</sup> 동시에 프랑스 민법전이 불법행위법에 관해 많은 모호한 사항들을 포함하는 6개의 규정만을 두고 있다는 사정 역시 도마의 저술로 소급된다.<sup>96)</sup> 그 배경에는 프랑스 민법전 제정 이전 로마법과 관습법이 적용되던 프랑스에서도 로마법상의 불법행위법은 계수되지 않았다는 사실이 존재한다고 한다. 즉 구체제의 프랑스에서 로마법상의 불법행위 소권체계는 계수되지 않아 적용될 수 없었고, 오히려 대체로 개인의 이익 보호를 위한 형법 규정이 침해된 경우에 그 피해자가 형사절차에서 손해의 전보를 구하는 방법으로 손해배상이 이루어졌다는 것이다.<sup>97)</sup> 이는 로마법상 제재적 성질을 가지는 소권이 문제될 수 있었을 경우에도 로마법에서와는 달리 개인이 이를 행사하는 것이 아니라(앞의 II. 1.

91) Paul Voet, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius*, Pars posterior, Gorichemi, 1668, Lib. IV, Tit VIII, § 6 (p.478): “그[모르나키우스]는 주인이 위탁한 의무나 사무에 관련해 잘못을 저지른 종복의 이름으로 사용자가 의무를 부담한다는 견해이다.”

92) Bartolus ad D. 39, 4, 1, 5 (*In primam noui partem*, Venetiis, 1570, p.50): “종복들(familiam)에게 특정 의무를 위탁했는데 이들이 그 맡겨진 의무에 관하여 불법행위를 하였다면, 그는 책임을 부담한다. [...] 반면 이들이 위탁을 받은 의무 밖에서 불법행위를 하였다면, 그는 책임을 부담하지 않는다.”

93) Wicke (주 58), S. 145.

94) Wicke (주 58), S. 146.

95) Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 619.

96) Alan Watson, *Failures of the legal imagination*, 1988, p.11 sqq.

97) Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2002, n° 637 (p. 913-914); Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, 2007, p.724 등 참조.

(3) 참조) 공권력이 형사소추의 문제로 주도하게 되었다는 발전과정과도 관련한다고 한다.<sup>98)</sup> 이로써 구체적 프랑스에서 일반 불법행위책임의 문제는 압도적으로 형사절차의 한 측면으로 이해되게 되었다. 이는 민사저술에 있어서 일반 불법행위법 서술이 소략하게 이루어지거나 아예 생략되는 결과를 발생시켰다. 예를 들어 도마는 다음과 같이 말한다.

“손해를 발생시키는 과책행위(faute)로 다음의 세 가지를 구별할 수 있다. [첫째] 범죄(crime) 또는 비행(délit)에 해당하는 행위. [둘째] 합의에 기한 의무를 위반하는 행위. 예컨대 매도한 물건을 인도하지 아니하는 매도인, 자신의 의무인 수리를 하지 아니하는 임차인의 경우가 그러하다. [셋째] 합의와 아무런 관련이 없으나 범죄나 비행에 해당하지 아니하는 행위. 예컨대 경솔하게 창문 밖으로 의복을 더러히는 물건을 던지는 경우, 부실하게 관리된 동물이 일정한 손해를 가하는 경우, 과실로 화재를 야기는 경우, 붕괴될 위험의 건물이 수리되지 아니하여 타인에게 무너져 내려 손해를 발생시킨 경우가 그러하다.

이 세 가지 종류의 과책행위 중에서 마지막 종류의 행위만이 본장[제2권 제8장]의 서술대상이다. 왜냐하면 범죄와 비행은 민사상의 소재와 섞여서는 아니 되며, 합의와 관련되는 모든 것은 앞의 권[제1권]에서 이미 설명되었기 때문이다.”<sup>99)</sup>

여기서 도마는 명시적으로 형사절차에서 취급되는 불법행위의 영역을 서술대상에서 제외하면서, 로마법상의 특수불법행위 내지 준불법행위의 경우로 자신의 논의를 한정하고 있다. 즉 그의 예에서 명백한 바와 같이 그는 로마법상의 투하물·유출물소권, 방목손해소권(actio de pastu), 미발생의 임박한 손해(damnum infectum)에 대한 구체수단에 대해 서술하고 있는 것이다.<sup>100)</sup> 그리고 그는 이어서 범죄나 비행에

<sup>98)</sup> Coing (주 76), S. 506f. 참조. 이러한 역사적 경험은 현대 프랑스 불법행위법에도 자취를 남기고 있다. 범죄를 구성하는 불법행위의 피해자가 형사절차를 개시할 수 있고 거기서 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 민사당사자 제도, 형사과책과 민사과책의 단일성 도그마 등이 이에 해당한다. 우선 Bell, Boyron and Whittaker, *Principles of French Law*, 2nd, 2008, p.368 sqq. 참조

<sup>99)</sup> Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Liv. II, Tit. VIII, pr., *Oeuvres complètes de J. Domat*, tome premier, nouvelle édition par J. Remy, Paris, 1835, p.470. [ ] 안의 내용은 필자가 부가한 것이다. 여기서 “délit”이라는 말의 의미는 불분명하며, 특히 범죄와 동의어로 사용된 것인지 아니면 다른 무엇을 의미하는지 등이 명백하지 않다. 그러나 이 용어가 형사절차와의 관련성 하에서 이해되고 있는 것은 명백하다(Watson (주 96), p.13 참조). 그래서 여기서는 잠정적으로 ‘비행’으로 번역하기로 한다.

<sup>100)</sup> Domat (주 99), Liv II, Tit. VIII, Sec. I, II, III (*Oeuvres complètes*, p.470 sqq.).

해당하지 아니하는, 요컨대 형사절차에서 다루어지지 아니하는 과책행위(faute)에 대하여 간략한 설명을 하면서 불법행위에 대한 부분을 마무리한다.<sup>101)</sup> 이렇게 불법행위법의 일부만을 취급한 도마의 간략한 체계가 이후 프랑스 민법전의 규정으로 대체로 승계되었다는 사정으로부터 프랑스 불법행위 규정들이 불충분하고 불명확하다는 사실이 해명된다.<sup>102)</sup>

(2) 그렇다면 도마의 체계에서 무과실의 사용자책임은 어떠한 내용을 가지는가에 대해 도마는 “학교의 교사, 수공업자 그 밖에 자신의 주거에 기예, 제작 내지 상업의 목적으로 학생, 도제 그 밖의 다른 사람들을 받아들이는 사람은 이들의 행위에 대해 책임이 있다”고 한다.<sup>103)</sup> 그런데 흥미로운 사실은 도마는 여기서 독자적인 사용자책임을 표명하고 있는 것은 아니라는 점이다. 오히려 그는 여기서 교사, 장인 기타 사용자의 책임을 투하물·유출물책임의 한 예시로 들고 있을 뿐이며, 이는 전체 맥락에서 명백하다.<sup>104)</sup> 그런데 이러한 도마의 발상은 이후 포티에에 의해 일반화된다.

“피용자가 그 사용자에게 의무를 지우는 일이 계약당사자의 경우에만 있는 것은 아니다. 어떤 사무를 어떤 사람에게 위탁한 사람은 그의 피용자가 그 사용되는 사무집행에 관해 행한 불법행위와 준불법행위에 대해 책임이 있다. [...] 그러나 보조자가 그의 사무 밖에서 폭행이나 절도를 하였다면, 그는 책임을 지지 않을 것이다.”<sup>105)</sup>

<sup>101)</sup> Domat (주 99), Liv. II, Tit. VIII, Sect IV (*Oeuvres complètes*, p.480 sqq.).

<sup>102)</sup> 상세하게 Watson (주 96), p.11 sqq. 예를 들어 도마와 마찬가지로 이후 프랑스 민법전의 기초자에게 큰 영향력을 행사한 포티에의 불법행위 관련 서술은 더욱 극단적으로 압축적이어서 대략 세 면 정도에 지나지 않는다(Pothier, *Traité des obligations*, tome premier, Paris, 1825, n<sup>os</sup> 116-122, p.158-160). 심지어 당시 널리 유통되던 교과서인 Argou, *Institution au droit françois*, Paris, 1762는 범죄에 대한 서술 외에는 아예 민사상 불법행위에 대한 서술이 완전히 부재하는 것으로 보인다. 그 결과, 앨런 워튼이 묘사하는 바와 같이, 프랑스 민법의 입법관여자들은 의지할 만한 학문적 권위의 결여에 직면하여 그 내용이 반드시 명확하지 아니한 6개의 규정을 정리해 안출하는 것에 그쳤던 것이다.

<sup>103)</sup> Domat (주 99), Liv. II, Tit. VIII, Sec I, n<sup>o</sup> 7 (*Oeuvres complètes*, p.472).

<sup>104)</sup> 예를 들어 Domat (주 99), Liv. II, Tit. VIII, Sec I, n<sup>o</sup> 8 (*Oeuvres complètes*, p.472): “앞의 모든 문단[의 서술]은 의도 없이 실수로 투하·유출된 것에 대한 것으로 이해된다. 의도가 있었다면, 그러한 가해는 비행 내지 범죄(le délit ou le crime)로서 행위의 성질 및 제반사정에 따라 매우 중대한 형벌에 의해 제재를 받는다.”

“예방할 수 있었으나 이를 하지 않은 경우, 주인은 자신의 가사사용인의 불법 행위에 대해 책임을 진다. 그리고 가사사용인이 자신이 사용되는 사무에 관하여 불법행위를 한 때에는 주인이 이를 예방할 수 없었더라도 마찬가지이다.”<sup>106)</sup>

이러한 주장이 선행 학설의 영향 하에서 개진되고 있는 것인지 아니면 포티에 스스로 독자적으로 도달한 결론인지 여부는 이 맥락에서는 명백하지 않다. 18세기 프랑스에서 도마의 영향력을 고려할 때 포티에가 도마의 서술을 모르는 상태에서 일반적 사용자책임으로 나아갔다고 추측하기는 쉽지 않지만, 포티에가 도마의 영향을 별로 받지 않았다는 사정<sup>107)</sup>과 도마의 서술은 투하물·유출물 소권과 관련되어 있음에 반해 포티에는 지배인소권을 근거로 원용하고 있다는 점을 고려하면 확정적인 답을 내리기는 어렵다. 또한 포티에는 사용자를 위해 사무집행관련성 요건을 추가함으로써 무과실의 사용자책임을 완화한다는 점에서 보통법상 주장되고 있던 특정 견해와 유사한 모습을 보이지만, 이 견해를 직접 수용하고 있는지 여부도 분명하지는 않다. 그러나 어쨌든 그의 견해가 푸트에 의해 대표되는 해법 즉 사용자책임을 무과실책임으로 하되 이를 사무집행관련성에 의해 제한하는 태도와 내용적으로 일치하고 있으며 그 전거를 로마법상 지배인소권에서 찾고 있다는 사실은 주목할 만하다.<sup>108)</sup>

### (3) 국참사원(Conseil d'Etat)이 제출한 프랑스 민법전의 초안은 “주인 또는 사용

<sup>105)</sup> Pothier (주 102), n° 453, p.443. 여기서 포티에는 지배인소권에 관한 개소인 D. 14, 3, 5, 8ff.를 인용하고 있다. 또한 Pothier (주 102), n° 121, p.160도 참조: “주인 (maître)도 자신이 일정 업무를 위해 사용한 종복이나 노무자의 불법행위나 준불법행위로 발생한 손해에 대해 책임을 부담해야 한다. 그가 불법행위나 준불법행위를 예방할 수 없었던 경우에도, 앞서 언급한 종복이나 노무자가 주인이 그들을 사용하는 직무의 범위에서 불법행위나 준불법행위를 한 것이라면 마찬가지이며, 이는 사용자의 부재시에 그러한 행위를 하였던 경우에도 그러하다. 이러한 내용은 사용자가 좋은 고용인만을 쓰는 것에 주의하도록 확립된 것이다. [그러나] 이들이 자신의 사무 밖에서 행한 불법행위나 준불법행위에 대해서는 사용자는 결코 책임이 없다.”

<sup>106)</sup> Pothier (주 102), n° 456, pp.444-445.

<sup>107)</sup> 포티에는 많은 선행 학자들의 견해를 꼼꼼하게 참조하고 활용한 것으로 유명하지만, 오히려 도마에 대해서는 인용도 많지 않고 호의적이지도 않았다고 한다. Thireau, “Pothier”, Arabeyre, Halpérin et Krynen éd., *Dictionnaire historique des juristes français*, 2007, p.637.

<sup>108)</sup> 이는 특히 포티에가 피용자를 지시하는 용어로 사용하는 “préposé”가 지배인소권에서 사무의 위탁을 지시하기 위해 사용되었던 “praeponere”에서 파생된 것이라는 사실(주 94 참조)에서 잘 나타난다.



자는 자신들의 가사피용인 또는 피용자를 사용한 사무범위에서 이들이 야기한 손해에 대해 책임을 진다”는 규정을 두어 포티에의 영향이 분명한 문언의 사용자책임을 인정하고자 하였다.<sup>109)</sup> 입법이유서는 다른 대위책임과 함께 사용자책임을 피해자의 전보를 보장하는 제도로 이해한다.<sup>110)</sup> 동시에 이러한 무과실책임의 제한이 필요함을 인정하고 사용자책임의 경우 그것이 사무집행관련성 요건에 의해 충족된다고 말한다.<sup>111)</sup> 동시에 심의원(Tribunat)에서 행한 보고에서는 사용자책임은 다음과 같은 이유로 정당화되었다. “결과적으로 주인에게 배상하도록 명하는 손해는 그가 이익을 취하는 그 업무가 발생시킨 것이 아니겠는가? 그는 악의적이거나 미숙하거나 부주의한 사람에게 신뢰를 부여한 것에 대해 자기 자신을 비난해야 하지 않겠는가? 제3자가 자신이 입은 손해의 진정한 원천이자 제일원인인 이러한 무사려한 신뢰의 피해자로 남게 되는 결과가 정당한 것일까? 그러므로 법률은 이 규정에서 형평이 요구하는 것을 확인할 뿐이다.”<sup>112)</sup> 이 규정은 1804년 2월 8일 심의원에 의해 수용되었고, 1804년 2월 19일 입법원(Corps législatif)에서 의결되어 이후 공포되는 프랑스 민법 제1384조 제3항으로 확정되었다.<sup>113)</sup> 그리고 이 규정은 이후 내용의 개정 없이 현재 프랑스 민법 제1384조 제5항으로 유지되고 있다.

프랑스 민법에서 사용자책임의 입정과정을 살펴보면 보통법학의 발전과정에서 주장되고 포티에가 확립한 모델 즉 사무집행관련성에 의해 제한되는 무과실의 사용자책임을 최초로 입법적으로 채택하면서도, 보통법학의 논의수준을 넘어서 그에 실질적인 정책적 근거를 제시하고 있다는 점이 주목된다. 이후 논의에서 반복적으로 고려될 정책적 관점들이 여기서 이미 간결한 형태로 발견된다고 말해도 과장이라고 할 수 없을 것이다(아래 V. 3. 참조). 물론 이후 19세기 자유주의의 전성시대에는 사용자책임도 (복멸할 수는 없는) 추정된 과실에 기한 책임으로 이해하는 해석이 지배적이었지만,<sup>114)</sup> 이러한 경향은 오래 지속되지 못하였고 학설과 판례에 의해

<sup>109)</sup> Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 13<sup>e</sup>, 1827, p.452. 통령제 하에서 국참사원, 심의원, 입법원의 기능과 이들 기구가 프랑스 민법전의 제정과정에서 수행한 역할에 대해서는 남효순, “나뵈레옹법전(프랑스민법전)의 제정에 관한 연구”, *서울대학교 법학*, 제35권 제1호, 1994, 286면 이하 참조.

<sup>110)</sup> Treihard, “Exposé de motifs”, Fenet (주 109), p. 468: “종종 손해배상의 유일한 보장”(souvent la seule garantie de la réparation des dommages).

<sup>111)</sup> Treihard (주 110), p.468.

<sup>112)</sup> Bertrand-de-Greuille, “Rapport”, Fenet (주 109), p.476.

<sup>113)</sup> Fenet (주 109), pp. 478, 491.

<sup>114)</sup> Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome 2, 8<sup>e</sup> éd., 1903, n° 1352bis.

포기되었다.<sup>115)</sup> 현재 프랑스 민법의 사용자책임이 무과실책임이라는 점에 대해서는 이론이 없다.

(4) 마지막으로 프랑스 사용자책임의 입법론에 대해 간략하게 언급하기로 한다. 2000년대 중반 프랑스 법무부(Ministre de la Justice)는 민법전의 채권법과 시효법의 개정작업을 준비하였다. 그 과정에서 예비초안을 작성할 위원회가 위촉되었고, 이 위원회는 2005년 법무부에 예비초안 및 그 이유서를 제출하였다.<sup>116)</sup> 이 예비초안은 기본적으로 사무집행관련성과 피용자면책에 관해 파기원이 형성한 판례법을 규정에 반영하는 것을 목적으로 하고 있으며,<sup>117)</sup> 그 결과 사무집행관련성에 의해 제한되는 무과실의 사용자책임이라는 프랑스 민법전의 입법태도는 여전히 유지하고 있다(예비초안 제1359조, 제1359-1조, 제1360조). 그러므로 프랑스 입법자들이 생각한 입법 취지는 여전히 현재성을 가지고 있으며 유의미하다.

### 3. 오스트리아 민법전

오스트리아 민법전(1811)은 기본적으로 보통법학의 지배적 견해를 수용하고 있다는 점에서 프랑스 민법과 구별된다.

(1) 오스트리아 민법은 “스스로 관여하지 않은 타인의 위법한 행위에 대해서는 원칙적으로 책임이 없다. 법률이 반대의 내용을 정하는 경우에도, 유책한 자에 대한 구상은 유지된다”(제1313조)고 하여, 보통법학의 통설에 따라 타인의 과책에 대해서는 책임이 성립하지 아니한다는 원칙을 선언한다. 그리고 동법은 이어서 “자신의 사무처리를 위하여 능력이 부족한 사람 또는 알면서 위험한 사람을 사용한 자는 그 사람이 그러한 성질로 인해 제3자에게 가한 손해에 대해 책임이 있다”(제1315조)고 하여 예외적으로 사용자책임이 성립할 수 있음을 인정한다. 이 규정은 보통법 학설에 따라 사용자가 선임에 자신의 과실이 있음을 이유로 자기책임을 부담한다는 입장을 반영하고 있는 것으로 보인다. 물론 엄밀한 의미의 선임상 과실은 알면서 위험한 사람을 사용한 사안에 대한 두 번째 경우에만 운위할 수 있겠지만,

<sup>115)</sup> Starck, Roland et Boyer, *Obligations*, 1. Responsabilité délictuelle, 5<sup>e</sup> éd., 1996, n° 887.

<sup>116)</sup> Pierre Catala/Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006.

<sup>117)</sup> Pierre Catala/Ministère de la justice (주 116), p.165 sqq.

규정의 맥락으로 판단할 때에 능력이 부족한 사람을 사용한 사안에 대한 첫 번째 경우 역시 사용자에게 과실이 있다고 평가하는 것으로 추측된다.<sup>118)</sup> 실제로 입법 관여자 역시 제1315조는 제1313조의 “외견상의 예외”일 뿐이라고 하면서, 그러한 경우 “항상 법률위반이나 과책이 존재하는 것이고, 결국 책임이 있는 사람만이 손해를 부담해야 한다”고 지적하여 이러한 추측을 뒷받침한다.<sup>119)</sup>

(2) 그러나 현재 학설에서는 동법 제1315조를 적용범위가 제약되어 있는 무과실의 사용자책임으로 이해하는 견해가 우세하다. 이에 의하면 사용자는 피용자의 불법행위에 대해 과실 없이 책임을 부담하지만, 이는 ① 피용자가 능력이 부족한 경우, ② 피용자가 위험한 성질(손해발생의 위험이 아님)이 있고 사용자가 이를 알고 있었던 경우에 한정된다고 한다. 즉 이들 사유가 있으면 사용자가 선임·감독 등에 있어 모든 주의를 다하였다고 하더라도 책임을 부담한다는 점에서 무과실책임이라는 것이다.<sup>120)</sup> 이러한 무과실책임은 능력이 부족한 사람이나 위험한 사람은 손해발생의 위험원이므로 일종의 위험책임으로 이해되고 설명되고 있다.<sup>121)</sup> 물론 피용자의 책임은 그의 행위에 대해 독자적으로 불법행위 요건이 충족되는지 여부에 따라 성립하며, 성립하는 경우 피용자는 사용자와 연대하여 책임을 진다.<sup>122)</sup>

이렇게 이해한다면 오스트리아 민법의 사용자책임은 무과실책임으로 이해되지만 그 적용범위가 상대적으로 제약된다는 결과가 발생한다. 이로부터 발생하는 난점은 특별규정에 의한 책임들에 의해 완화된다(예컨대 동법 제1319a조 등). 특히 오스트리아에서 비교적 넓게 인정되는 위험책임과 법인책임 등이 이에 해당한다.<sup>123)</sup>

118) Gschnitzer, *Österreiches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadensersatz*, 2. Aufl., 1988, S. 528: “도식화되고 경직화된 종류의 선임상 과실”.

119) Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 3. Band, 2. Abteilung, 1813, S. 741f.

120) Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht*, Band II, 13. Aufl., 2007, S. 358; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, *ABGB. Kommentar*, 3. Aufl., 2010, § 1315 Rn. 3, 4. 참조.

121) Koziol and Vogel, “Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003, n. 4; 이상광 (주 62), 28면.

122) KBB/Karner (주 120), § 1315 Rn. 5.

123) KBB/Karner (주 120), § 1315 Rn. 6f.

#### 4. 판덱텐 법학과 독일 민법전

독일 민법전(1900)은 19세기 자유주의적 태도를 계승한 자기책임적 사용자책임을 정하고 있다는 점에서 프랑스 민법전과 대조를 이룬다.

(1) 19세기 독일의 보통법학(판덱텐 법학)에서는 현대적 관용기의 통설에 따라 사용자책임은 과실책임으로서 사용자의 선임·감독상 과실이 있어야 가능하다는 견해가 자명한 결론으로 통용되고 있었다.<sup>124)</sup> 실제로 판덱텐 법학의 주요 저서에서 사용자책임을 독자적인 책임유형으로 다루는 경우는 거의 살펴볼 수 없고, 로마법에서 계수되어 예외적으로 인정되는 무과실책임만을 개별적으로 기술하고 있었을 뿐이다.<sup>125)</sup>

이러한 경향은 독일 민법전 제정 이전의 여러 입법에서도 관찰된다. 전형적인 예로서 바덴에서 주법으로 프랑스 민법전이 계수되는 과정을 들 수 있다. 주지하는 바와 같이 바덴주법은 프랑스 민법전을 번역하여 전체로서 계수하면서도 바덴의 구법을 고려하여 부분적으로 수정을 가하였다.<sup>126)</sup> 그런데 바덴주법은 사용자책임에 대해서는 무과실책임을 정하는 프랑스 민법 제1384조 제5항에 대해 사용자의 면책입증을 부가하여 이를 추정적 과실책임으로 전환하여 받아들였다.<sup>127)</sup> 또한 독일 일반상법전(ADHGB; 1861)의 제정과정에서도<sup>128)</sup> 무과실의 사용자책임에 대한 저항이 발견된다. 심의과정에서는 여러 맥락(지배인·상업사용인·임의대리인에 대한 상인의 책임, 운송업자의 책임, 철도업자의 책임, 운송주선인의 책임, 선박소유자의 책임 등)에서 사용자의 무과실책임을 정할 것인지 문제되었다. 그러나 기초위원회는 운송업자, 철도업자, 선박소유자의 경우를 제외하고는(동법 제395조, 제423조, 제451조)

<sup>124)</sup> von Wyss (주 56), S. 1ff., 70f.; Seiler (주 10), 526f.; Niethammer, *Entwicklung der Haftung für Gehilfenhandeln*, Dissertation München, 1973, S. 7ff.; Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band II, 1989, S. 522; 이상광 (주 62), 28-29면.

<sup>125)</sup> Niethammer (주 124), S. 21f. 그래서 문헌들은 타인의 불법행위를 이유로 하는 책임이라는 표제 하에 로마법상의 선주·여관주·축사주 책임이나 투하물·유출물 책임 등을 언급하는 것에 그친다. 예컨대 Puchta, *Pandekten*, 3. Aufl., 1845, § 392 (전자만 언급); Dernburg, *Pandekten*, 2. Band, 7. Aufl., 1903, § 134 (후자만 언급); Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, 9. Aufl., 1906, § 457 (양자 모두 언급) 등 참조. 또한 다른 관점에서 von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 3. Band, 1917, S. 923f., 927f.도 참조.

<sup>126)</sup> Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 9. Aufl., 2001, S. 133.

<sup>127)</sup> Niethammer (주 124), S. 61f.

<sup>128)</sup> 독일 일반상법전의 제정과정에 대해서는 Schlosser (주 126), S. 174ff. 참조.

무과실의 사용자책임을 받아들일 것을 거부하고 일반적인 민사적 과실책임에 머무르게 하여 소극적인 태도를 보였던 것이다.<sup>129)</sup> 1865년의 작센 민법전<sup>130)</sup> 역시 타인의 행위에 대한 책임에 관해 과실책임을 원칙으로 하고 있었다(동법 제779조 참조).

그러나 19세기 후반 독일 경제의 급속한 발전에 따라 법학은 점차로 사용자책임의 문제 특히 무과실책임으로 구성된 사용자책임 문제에 직면하게 되었다.<sup>131)</sup> 그리고 이는 자연스럽게 당면한 독일의 법통일과 관련된 정책적 논의를 요구하였다. 이러한 사정은 1884년 제17차 독일 법률가대회(Deutscher Juristentag)가 사용자는 노무자의 과실에 대해 어느 범위에서 책임을 부담하여야 하는지의 문제를 다루었다는 사실에서 잘 나타난다. 여기서 채무불이행책임의 영역에서는 채무자가 이행보조자의 과실에 대해 책임을 부담해야 한다는 견해는 큰 저항 없이 받아들여졌다. 이러한 결론은 이미 이 시점에 이르면 현실적인 필요성 때문에 이미 거래계의 법적 확신의 수준에 도달한 상태였기 때문이다.<sup>132)</sup> 그러나 불법행위법상 사용자책임의 입법적 선택에 대해서는 여전히 의견이 대립하였고, 법률가대회는 결론을 내릴 수 없었다. 특히 판택텐 법학의 과실책임주의로부터 강한 비판이 제기되었기 때문이다.<sup>133)</sup> 그러나 이미 시대의 흐름은 돌이킬 수 없었다. 불과 2년 후인 1886년에 제18차 독일 법률가대회는 불법행위의 영역에서 사용자가 자신의 노무자의 과실에 대해 어느 범위에서 책임을 부담해야 하는지의 문제를 다시 논의하였고, 여기서 법률가대회는 감정의견을 작성한 페터젠(Petersen)이 제안한 결론 즉 사용자는 채권관계가 없는 경우에도 노무자에게 위탁한 사무집행에 관하여 가해가 이루어진 한에서 노무자가 타인에게 가한 손해에 대해서도 책임을 부담해야 한다는 명제를 채택하였던 것이다.<sup>134)</sup>

<sup>129)</sup> Niethammer (주 124), S. 70ff. 다만 운송주선업자 책임의 경우 과실의 입증책임은 전환되었다(동법 제380조).

<sup>130)</sup> 작센 민법전에 대해서는 Schlosser (주 126), S. 179ff. 참조.

<sup>131)</sup> Coing (주 124), S. 521f.; 이상광 (주 62), 29면.

<sup>132)</sup> Seiler (주 10), 527.

<sup>133)</sup> Niethammer (주 124), S. 115ff. 감정의견을 작성한 법률가들 사이에서 무과실책임을 주장한 드라이어(Dreyer), 오토 마이어(Otto Mayer)가 판택텐 법학의 입장에 선 에네체루스(Enneccerus), 레온하르트(Leonhard)와 대립하였다. 특히 스트라스부르 대학의 교수였던 오토 마이어는 프랑스 민법의 경험에 서서 판택텐 법학의 과실책임주의와는 다른 결론에 도달하였는데, 이후 그가 프랑스 행정법학 연구에서 출발하여 독일 행정법학의 창시자가 된 사정을 예감하게 한다.

<sup>134)</sup> Seiler (주 10), 528; Niethammer (주 124), S. 128ff. 물론 이러한 반전은 2년 사이에 법적 확신이 변경되었다기 보다는 법률가대회에 참여한 법률가들의 인적 구성의 차이에서 기인한 것일 수도 있다. 그러나 18차 법률가대회에서 토론에 참여한 법률가들 중에서 실무가들은 압도적으로 무과실책임을 지지하였다는 사정, 그리고 17차 법

(2) 그러나 이러한 입법의견은 독일 민법전의 제정과정에서는 반영되지 못했다. 독일 민법전 제1초안은 “정상적인 家父의 주의가 요구하는 경우 그리고 그러한 범위에서” 사용자가 피용자에 대해 감독할 의무가 있다고 정하면서(제1초안 제711조 제1항), 그러한 의무를 위반한 사용자는 피용자가 사무집행에 관하여 행한 불법행위로 발생한 손해에 대해 의무위반과 손해배발생 사이에 인과관계가 있는 경우 배상의무가 있다고 정하여(제1초안 제711조 제2항, 제710조 제1항) 과실책임주의에 기반한 사용자책임을 규정하였다. 제1위원회는 사용자책임을 선임·감독의무 위반을 이유로 하는 과실책임으로 이해하였고, 명시적으로 무과실책임이나 입증책임전환을 거부하였다.<sup>135)</sup> 이로써 제1초안은 프로이센 일반란트법과 보통법에 충실한 입법으로 머물렀다. 그러나 이는 법률가대회에서 확인된 시대의 흐름 및 제1초안이 이행보조자의 과책에 대해서는 합목적적 고려에 기초해 채무자의 무과실책임을 수용하였다는 사정<sup>136)</sup>과 비교할 때 다소 의외의 결과라고 볼 수도 있을 것이다. 이에 대해서는 제1위원회가 채권법 사전초안 담당위원인 폰 퀴벨(von Kübel)의 사망 때문에 이미 20년 전 즉 1866년에 작성된 드레스덴 채권법 초안을 심의의 기초로 삼았다는 사정, 그리고 제1위원회 자체가 인적으로 판데텐 법학의 강한 영향 아래 있었다는 사정이 그 배경으로 지적되기도 한다.<sup>137)</sup>

따라서 이후 과실책임주의에 기초한 제1초안의 사용자책임을 대해 강한 비판이 제기되었다는 사실은 놀랄만한 일은 아니다.<sup>138)</sup> 특히 영향력 있었던 기르케는 초안이 지나치게 과실책임주의에 일관하여 가사공동체나 기업과 같이 제3자에 대한 관계에서 단일체로 나타나는 관계와 일회적인 사무집행관계를 구별하지 않고 있음을 비판하였다.<sup>139)</sup> 이러한 비판 및 제18차 독일법률가 대회의 결과 등은 제1초안의

---

률가대회에서 판데텐법학의 입장에서 과실책임을 옹호하였던 에네체루스조차 자신의 입장을 완화하여 위험한 영업의 경우 무과실책임을 받아들이고 일반적인 입증책임 전환을 지지하게 되었다는 사실 등은 19세기말 독일 민법학에서 사용자책임과 관련된 동향의 변화를 나타내 보인다고 말할 수 있을 것이다.

135) Motive II, 736f. = Mugdan II, 411f. 아래의 내용에 대해 서광민, “민법 제756조의 입법정책적 부당성 및 적용한계의 극복방법에 관한 소고”, **황적인 화갑기념 손해배상법의 제문제**, 1990, 198-199면 참조.

136) 비아키, “판데텐 법학과 산업혁명”, **서울대학교 법학**, 제47권 제1호, 2006, 365-366면 참조.

137) Seiler (주 10), 528. 그 밖에 이상광 (주 62), 32면도 참조.

138) Niethammer (주 124), S. 154ff.

139) von Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889, S. 260f. (“로마법 자체보다 더 로마적”).

수정을 담당한 제2위원회의 심의에 영향을 줄 수밖에 없었다. 그 결과 심의과정에서는 여러 상이한 내용의 제안이 제기되었다. 그러나 결과적으로는 과실책임주의적 사용자책임을 유지하면서 과실의 입증책임을 전환하는 내용의 제안이 받아들여졌다. 제2위원회의 다수의견은 타인을 사용하는 사용자는 그에 의해 타인에게 손해가 발생하지 않도록 배려해야 하고 그에 따라 보다 엄격한 책임을 부담하여야 한다는 것이 현대의 법의식에 부합한다고 하면서도, 보통법상의 원칙에 따라 사용자의 책임은 선임·감독상 주의에 기초한 과실책임으로 하면서 그 입증책임만을 전환함으로써 충분하며, 무과실책임을 인정할 경제적 필요는 존재하지 않는다는 것이다.<sup>140)</sup> 다수의견은 무과실의 사용자책임을 주장하는 소수의견에 대해 여전히 과실책임주의에 기초한 비판으로 응수하였다. 특히 기업조직에 의해 이익을 보는 사람이 그로부터 발생하는 손해비용을 부담해야 한다는 지적에 대해서는 그러한 현실상의 필요를 인정하면서도 그러한 규율은 민법이 아니라 특별법에 의해야 하며, 또한 그와 관련된 보험제도의 규율 없이 무과실의 사용자책임을 야기할 영향은 예견할 수 없다고 반박하였다.<sup>141)</sup> 그런데 이러한 제2위원회 다수의견의 배후에는 법리적 근거 외에 다음과 같은 현실적인 경제적 논거가 발견되며, 이는 매우 시사적이다. 즉 “보호가 필요한 적지 않은 산업부문 및 소농업이 그러한 무거운 부담을 견뎌낼 수 있을지 여부에 대해 특히 의문이 제기되어야 한다. 대기업은 일종의 자기보험으로 스스로를 보호할 수 있거나 자발적으로 형성된 보험조합에 가입할 수 있을 것이다. 그러나 경험에 따르면 작은 기업은 그에게 요청되는 보험가능성을 드물게만 사용한다. 이러한 사정으로부터 민법전이 책임을 인수해서는 아니되는 위험들이 발생할 수도 있다. 입증책임 전환의 결과로 피해자의 상태는 초안[제1초안]에 대해 현저하게 개선되었고 사용자의 책임은 적절하게 정해진 것이다.”<sup>142)</sup>

이렇게 안출된 제2초안 제754조에 사소한 수정을 가하여 현행 독일 민법전 제831조의 사용자책임 규정이 성립하였다. 이에 의하면<sup>143)</sup> “타인을 어느 사무에 사용하는 사람은, 그가 사무의 집행에 관하여 제3자에게 위법하게 손해를 가한 손해를 배상할 의무를 진다. 사용자가 피용자의 선임에 있어서, 또 사용자가 장비나 기구를 조달하거나 또는 사무의 집행을 지휘하여야 하는 한도에서는 그 조달이나 지휘에 있

140) Protokolle der 2. Kommission, 2778f., 2784f. = Mugdan II, 1092, 1094.

141) Protokolle der 2. Kommission, 2785 = Mugdan II, 1094.

142) Protokolle der 2. Kommission, 2785 = Mugdan II, 1094f.

143) 번역은 양창수 역, **독일민법전 총칙·채권·물권**, 2008에 의한다.

어서, 거래상 요구되는 주의를 다한 때 또는 그러한 주의를 하였어도 손해가 발생하였을 것인 때에는, 배상의무는 발생하지 아니한다.”(동조 제1항). 그리고 “계약에 의하여 사용자를 위하여 제1항 제2문에 정하여진 일의 처리를 인수한 사람도 동일한 책임을 진다.”(동조 제2항).

이상의 서술에서 명백한 바와 같이, 현실적 필요에 직면하여 그러나 판데텐 법학 및 경제적 자유주의의 영향 하에 탄생한<sup>144)</sup> 독일 민법의 사용자책임은 타인의 과실에 대한 책임이 아니라 선임·감독상 과실에 기초한 사용자의 자기책임이다.<sup>145)</sup> 그러므로 피용자는 일반적인 불법행위의 요건을 모두 충족할 필요는 없고 불법행위의 객관적인 요건 즉 위법하게 타인에게 손해를 가하였을 것만이 요구된다. 즉 원칙적으로 피용자의 고의·과실은 요구되지 아니한다.<sup>146)</sup> 그리고 이러한 피용자에 의한 위법한 가해에 사무집행관련성이 인정되면 사용자에게는 과실, 보다 엄밀하게 말한다면 피용자를 사용함에 있어서 요구되는 사회생활상 주의의무(Verkehrspflichten)의 위반이 추정된다.<sup>147)</sup> 따라서 사용자는 자신에게 선임·감독의 주의를 다했다는 사실 또는 자신의 과실과 손해의 발생 사이에 인과관계가 없음을 입증함으로써 면책될 수 있다. 또한 판례는 사용자가 기업 등 거대조직인 경우에는 이른바 분산적 면책입증(dezentralisierter Entlastungsbeweis)을 인정하여, 예컨대 상급자가 하급자에 대해 적절한 선임·감독의 주의를 다하고 기업주가 상급자에 대해서도 적절한 선임·감독의 주의를 다하는 때에도 면책을 인정하고 있다.<sup>148)</sup>

(3) 그런데 독일 민법의 사용자책임은 입법정책적으로 비판을 받고 있으며, 학설·판례에 의해 그 적용이 크게 억제되어 있다. 즉 다수의 견해는 독일 민법 제831조를 입법정책적으로 타당하지 않다고 평가하고 있으며, 피용자에 의해 활동을 확대한 사용자에게는 피용자의 불법행위를 그대로 귀책시키는 대위책임적인 입법이 타당하다고 주장한다.<sup>149)</sup> 실제로 1967년에는 정부에 의해 동조를 갈음하는 대위책임적 내용의 새로운 개정안이 제안되기도 하였다.<sup>150)</sup> 그 결과 독일 민법 제831조의 적

144) Niethammer (주 124), S. 171ff.

145) Teichmann in Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 14. Aufl., 2011, § 831 Rn. 1.

146) Sprau in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Aufl., 2012, § 831 Rn. 8.

147) Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl., 1994, S. 475.

148) Jauernig/Teichmann (주 145), § 831 Rn. 13; Palandt/Sprau (주 146), § 831 Rn. 11. 물론 이러한 감독의 분산구조 자체가 적정하게 편성되어 있을 것이 요구된다.

149) 자세한 것은 Wagner in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, 5. Aufl., 2009, § 831 Rn. 1ff.



용범위는 학설과 판례의 노력에 의해서 제한되는 방향으로 나아갔으며, 결론에 있어서 대위책임적인 입법에 근접한다는 지적도 행해진다.<sup>151)</sup> 동조의 적용을 회피하기 위해서 학설과 판례가 사용하는 방법들로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.<sup>152)</sup>

첫째, 채무불이행책임의 확장이다. 독일의 학설과 판례는 계약관계에서도 급부의무 외에 이른바 보호의무를 넓게 인정함으로써 계약관계의 진행과정에서 급부의 장애와 직접 관련이 없는 손해사건도 계약책임으로 처리할 수 있도록 하였다. 이로써 사용자의 면책이 가능한 독일 민법 제831조의 적용은 배제되고, 면책의 가능성이 없는 독일 민법 제278조(이행보조자의 과실에 대한 책임)가 적용되는 결과가 달성된다. 또한 동시에 계약이 아직 성립하기 이전이더라도 당사자들의 교섭 등 접촉에 의하여 보호의무관계가 성립함을 인정하여 계약체결 이전에 발생한 손해의 경우에도 이른바 계약체결상의 과실책임으로서 계약책임의 법리에 따라 배상받을 수 있도록 하고 있으며, 여기서도 마찬가지로 독일 민법 제278조가 적용되어 사용자의 면책가능성은 회피된다. 이러한 법리는 이제 2002년 채권법 대개정에 의하여 입법적으로 확인되었다(동법 제241조 제2항, 제311조 제2항, 제3항, 제282조 참조). 이는 사용자와 피해자 사이에 거래관계가 존재하거나 거래적 접촉이 있었던 경우에 사용자책임은 거의 대부분 이행보조자에 대한 채무자의 책임의 문제로 치환되어 해결되고 있음을 의미한다.

둘째, 법인책임의 확장이다. 독일 민법 제31조에 의하면 사단법인은 이사회, 이사회를 구성하는 이사 또는 그 밖의 정관에 따라 선임된 대리인이 사무처리에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상해야 한다. 통설과 판례는 ‘그 밖의 정관에 따라 선임된 대리인’(ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter)을 넓게 해석하여, 반드시 정관에 명시적 근거가 없더라도 법인의 일반적인 조직 규정에 따라 법인의 사무를 독자적으로 처리하고 법인을 대리하는 사람도 이에 포함되는 것으로 해석

150) 개정안은 “사무를 위해 타인을 사용하는 사람은 그 타인이 그 사무처리에 관하여 고의 또는 과실에 의한 불법행위로 제3자에게 손해를 가한 때에는 그 타인과 함께 그 손해를 배상할 의무가 있다”고 하고 있었으나, 중국적으로는 관철되지는 못하였다. 관련된 논의로 이주홍, “독일법상 사용자책임에 있어서의 면책가능성 2”, **대한변호사협회지**, 제120호, 1986, 63면 이하 참조.

151) MünchKomm/Wagner (주 149), § 831 Rn. 2; Galand-Carval, “Comparative Report (Part I)”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003, n. 46.

152) 서광민 (주 135), 201면 이하; 이주홍 (주 150), 67면 이하; MünchKomm/Wagner (주 149), § 831 Rn. 2 등.

한다. 이러한 확장해석의 이유가 사용자책임의 면책을 배제하기 위한 것이라는 점은 학설에 의해 명백히 의식되고 있다.<sup>153)</sup>

셋째, 이른바 조직상 과책(Organisationsverschulden)의 인정이다. 즉 사용자가 비록 선임·감독에 대한 주의를 다하여 사용자책임으로부터는 면책될 수 있다고 하더라도, 사용자가 손해사고가 발생할 가능성이 있음에도 불구하고 이를 예방할 수 있는 방식의 합리적 조직운동을 하지 않은 경우에는, 사용자는 자신의 조직상 과책에 기하여 일반적인 불법행위(특히 제823조)에 따라 손해배상책임을 부담한다.

이러한 학설과 판례의 노력에 의하여 독일 민법 제831조의 적용은 억제되어 대위 책임적 사용자책임과의 차이는 오히려 사소한 부분에 한정되는 결과에 도달한다. 따라서 현재 독일 민법 제831조는 적용이 많지 않은 존재감이 미약한 규정이 되었다고 지적된다. 그러나 그 대가로 독일의 계약책임법이나 법인책임법은 다른 나라들과 비교할 때 과도하게 팽창되어 있는 모습을 보인다.<sup>154)</sup>

(4) 1970년대 후반 이후 독일 정부에 의해 추진되어온 채권법 개정과 관련해서 작성된 감정의견(1981)은 대위책임주의에 따라 사용자책임에서 사용자의 면책가능성을 배제하는 규정을 제안하고 있었다.<sup>155)</sup> 즉 이에 의하면 “타인을 어느 사무를 위하여 사용하는 사람은 그 타인이 제3자에게 사무집행에 관하여 위법하게 가한 손해에 대해 책임이 있다. [그러나] 피용자에게 과책이 없는 때에는 제1문에 따른 사용자의 배상의무는 배제된다.”

이러한 개정안은 종래 면책입증의 인정에 따라 부당한 결과를 야기하였던 독일 민법 제831조를 사용자의 무과실책임을 인정하는 방향으로 개정하는 것을 목적으로 하였다.<sup>156)</sup> 그리고 다른 대위책임주의적 입법과 마찬가지로 피용자에게 고의·과실이 요구되는 것을 명시하였다. 여기서는 피용자의 고의·과실이 추정되는 것으로 하여 피해자가 이에 관한 입증의 어려움을 겪는 것을 예방하는 것이 의도되었다고 한다.<sup>157)</sup>

그러나 이러한 개정안은 이후 법률로 반영되지 못하였다. 이 감정의견에 기초해

<sup>153)</sup> Jauernig in Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 14. Aufl., 2011, § 31 Rn. 3.

<sup>154)</sup> MünchKomm/Wagner (주 149), § 831 Rn. 2.

<sup>155)</sup> von Bar, “Deliktsrecht”, Bundesminister der Justiz, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band II, 1981, S. 1762.

<sup>156)</sup> von Bar (주 155), S. 1776.

<sup>157)</sup> von Bar (주 155), S. 1776.

최종 개정안을 작성할 위원회는 정부로부터 계약채권관계와 시효법에 관한 개정안을 제출할 것을 위임받았고,<sup>158)</sup> 그에 따라 최종 보고서에 불법행위법 개정안은 포함되지 않았기 때문이다. 그 결과 사용자책임에 관한 개정제안은 2002년의 채권법 대개정에서도 반영되지 아니하였고, 입법화될 수 있는 기회를 상실하였다.

## 5. 스위스 채무법

(1) 스위스 채무법은 독일 민법과 마찬가지로 사용자책임을 입증책임이 전환된 과실책임으로 규정하고 있다. 1881년의 스위스 구채무법은 이미 동법 제62조 제1항에서 사용자의 추정된 과실에 기초한 사용자책임을 정하고 있었다. 구채무법 초안은 프랑스 민법의 예를 따라 사용자의 무과실책임을 예정하고 있었으나, 입법자는 이를 완화하여 입증책임이 전환된 과실책임으로 전환하면서, 사용자에게 단순한 통상의 감독의무뿐만 아니라 손해발생을 예방할 의무를 부과하는 내용을 규정하였다고 한다.<sup>159)</sup> 이후 1911년 개정된 현행 스위스 채무법 제55조 제1항도 문언을 일부 수정한 외에는 구채무법의 규율을 승계하였다. 이에 의하면 “사용자는 그의 노무자 또는 그 밖의 보조자가 근로 내지 영업상 사무처리에 관하여 야기한 손해에 대하여, 그러한 종류의 손해를 예방하기 위하여 제반사정에 좇아 요구되는 주의를 다 하였거나 그러한 주의를 다하였어도 손해가 발생하였을 것이라는 사정을 입증하지 않는 한, 책임이 있다.”(동법 제55조 제1항). 그리고 “사용자는 손해를 발생시킨 자에 대하여 그가 손해배상의무를 부담하는 한에서 구상을 할 수 있다.”(동조 제2항)

(2) 그런데 스위스의 통설과 판례는 이러한 사용자책임을 사용자가 피용자의 가해행위에 대하여 자신의 과실 없이 책임을 부담하는 것으로 이해한다. 즉 사용자 책임은 피용자의 과책(Verschulden)도 요구되지 않지만, 사용자의 과책도 요건이 아니라고 한다.<sup>160)</sup> 물론 동조 제1항은 사용자가 손해예방의 주의를 다함으로써 면책될 수 있는 가능성을 열어두고 있지만, 이는 통상의 과실보다 더 객관화된 주의를 요구하는 것이고 책임능력도 전제하지 아니하므로 엄밀한 의미에서 과실책임이

<sup>158)</sup> Bundesminister der Justiz, *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, S. 15.

<sup>159)</sup> Schneider/Fick (Hrsg.), *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 1882, Art. 62, Nr. 1 (S. 77).

<sup>160)</sup> Schnyder in *Basler Kommentar. Obligationenrecht I*, 3. Aufl., 2003, Art. 55 Rn. 1.

라고 볼 수 없고 일종의 무과실책임(Kausalhaftung)으로 보아야 한다는 것이다.<sup>161)</sup> 이러한 다수설에 의하면 손해예방의 주의를 다하였다는 사정은 객관적으로 책임을 소멸시키는 면책사유로 이해된다. 그러나 이에 대해서 피용자에게 과책을 요구하지 않음과 동시에 사용자에게 손해예방의 주의를 다하였음을 입증하여 면책될 수 있도록 하고 있으므로 독일 민법과 같은 의미에서 추정된 과실에 기초한 자기책임이라고 보는 견해도 있다.<sup>162)</sup>

이러한 논쟁은 법률구성과 용어법에 관한 것이고, 규율의 실질적인 내용에 관해 견해의 차이가 있는 것은 아니라고 생각된다. 통상 인정되는 객관적 과실의 내용보다 강화된 내용의 주의의무가 요구되는 사용자의 책임을 일반적인 의미의 ‘과실 책임’이라고 볼 수 있는지 여부에 대해 다툼이 있는 것으로 보이기 때문이다.<sup>163)</sup> 그러나 현재의 우리 민법학의 관점에서 손해예방 의무에 따른 과실이 기준으로 부과되더라도 과실책임주의 입법이라고 말할 수 있다면, 스위스 채무법의 사용자책임은 사용자의 추정된 과실에 기초한 자기책임으로 평가되어야 할 것이다.

어쨌든 이상의 이해에 따라 학설과 판례는 사용자가 손해예방과 관련해서 기울여야 할 주의에 대하여 일반적인 주의보다 높은 수준의 주의를 요구한다. 사용자 책임이 결과책임이라는 사실을 고려할 때 사용자는 객관적인 기준 및 구체적 제반 사정에 좇아 손해를 예방하기 위해 필요한 모든 조치를 취해야 하며, 이는 통상적인 의미에서 과책(Verschulden)보다는 강화된 내용이라고 한다.<sup>164)</sup> 이러한 해석에 의하면 사용자의 주의의무는 결과방지를 내용으로 하는 객관적 의무로서, 사용자가 손해 발생을 예방하기 위해 적절한 조치를 편성하고 운영할 의무(독일 민법상의 조직상 과책)도 여기에 포함된다.<sup>165)</sup> 실제로 최근 판례의 경향은 사용자의 주의의무를 매우 높게 설정하여 사실상 면책가능성을 거의 박탈하는 방향으로 나아가고 있다는 평가도 없지 않다.<sup>166)</sup> 이러한 사용자 주의의무의 강한 객관화는 사용자의 면책가능성을 상당한 정도 저하시킬 수 있음은 물론이지만, 그러나 그럼에도

161) Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., 2003, Rn. 901; Widmer/Wessener, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht*, o. J., S. 123; Koller in Guhl, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., 2000, § 25 Rn. 2, 10.

162) Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., 2000, § 13 Rn. 4.

163) Widmer, “Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003, n. 6 참조.

164) Rey (주 161), Rn. 924; BK/Schnyder (주 160), Art. 55 Rn. 16.

165) BK/Schnyder (주 160), Art. 55 Rn. 16.

166) Widmer/Wessener (주 161), S. 124.

판례상으로는 면책이 인정되는 예가 존재한다는 사실도 부정할 수는 없다.<sup>167)</sup>

(3) 스위스는 1988년부터 불법행위법 개혁 및 배상책임 관련 특별법의 통일을 내용으로 하는 손해배상법의 대대적인 개정을 준비하기 시작했다. 이를 위해 스위스 법무부는 1992년 비트머(Widmer)와 베쎄너(Wessener) 두 교수에게 초안의 작성을 위임하였고, 두 사람은 1999년에 초안 및 이유서를 제출하였다. 연방참사원(Bundesrat)은 이 전문가 초안을 예비초안(Vorentwurf)으로 하여 입법절차를 시작하였으나, 본격적인 절차를 진행하지 않고 있다가 2009년에 최종적으로 개정을 포기하기에 이르렀다.<sup>168)</sup> 이 초안은 결국 법률로 성립하지 아니하였지만, 비교적 최근의 입법적 시도로서 사용자책임의 입법주의 연구와 관련해 참조의 가치가 있다고 생각된다.

초안은 사람은 가해행위가 법률에 따라 귀속되는 한에서 손해배상의 의무가 있다는 원칙을 정하면서(초안 제41조 제1항), 귀속의 근거로 자신의 유책한 행태(a), 보조자의 사용(b), 특별히 위험한 활동(c)을 들고 있다(동조 제2항). 보조자를 사용한다는 사실을 귀책근거로 들고 있다는 점에서 종래 사용자책임을 과실책임이 아니라고 이해하고 있었던 통설과 판례의 입장이 반영된 것으로 볼 수 있다. 이에 따른 구체적인 사용자책임은 다음과 같다. 우선 “보조자를 사용하는 사람은 보조자가 그 사무처리에 관하여 야기된 손해에 대해 책임이 있다, 그러나 그 보조자를 선임, 지시, 감독함에 있어 손해방지에 필요한 모든 조치를 다하였음을 입증한 때에는 그러하지 아니하다.”(초안 제49조) 그리고 “경제적 또는 직업적으로 수행되는 활동을 하는 기업의 운영을 위하여 일인 또는 다수의 보조자를 사용하는 사람은 그러한 활동의 영역에서 야기된 손해에 대하여 책임이 있다, 그러나 기업의 조직이 손해를 방지하기에 적절하였던 때에는 그러하지 아니하다.”(초안 제49a조)

기초자들은 이러한 초안의 규정으로 종래 스위스의 학설·판례에 의해 인정되고 있던 바의 사용자책임을 그대로 유지하면서 그 문언을 수정하는 것을 목적으로 하였다고 한다. 특히 변경이 있는 점으로는 한편으로는 근로관계를 중심으로 하는 종래 규정의 용어를 수정하여 일반적인 지시종속관계를 포괄하는 문언을 채택하는

<sup>167)</sup> Honsell (주 162), § 13 Rn. 32 참조.

<sup>168)</sup> 경과는 스위스 법무부의 인터넷 홈 페이지의 다음 사이트에서 참조하였다(2012년 5월 2일 최종 방문).

[http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene\\_projekte/haftpflicht.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html)

것, 그리고 다른 한편으로는 경제적·직업적 활동을 수반하는 기업의 경우에는 적절한 조직편성을 이유로 하는 면책 외에는 면책을 인정하지 않음으로써 책임을 강화하는 것이 언급되고 있다.<sup>169)</sup> 기업의 사용자책임의 경우 면책을 배제해야 한다는 의견에 대해서는, 그러한 엄격한 책임은 중소기업에게는 가혹할 수 있다고 지적하면서, 법률에서 면책을 기업의 규모에 따라 구별하여 입법하는 것은 합목적적이지도 않고 가능하지도 않다는 이유로 면책배제를 거부하였다. 즉 모든 기업에 대해 적용되는 일반규정을 창출해야 하며, 그러한 이유로 초안과 같은 규정이 채택되었다는 것이다.<sup>170)</sup> 이러한 내용들을 살펴보면, 초안의 태도는 대체로 기존의 학설·판례를 반영한 작업이라고 평가할 수 있을 것이다.

#### IV. 근대 민법전의 계수와 최근의 동향

아래에서는 법전편찬으로 성립한 근대 민법전의 사용자책임 규정이 계수되는 모습을 몇몇 민법전을 통해서 확인하고, 아울러 최근에 새로 제정된 민법전과 유럽 법 통일과 관련된 작업을 살펴보기로 한다.

##### 1. 이탈리아 신민법전

이탈리아 구민법(1865)은 프랑스 민법의 사용자책임 규정을 거의 문언 그대로 받아들인 사용자책임을 정하고 있었다(동법 제1153조 제4항). 이탈리아 신민법(1942) 역시 구민법의 태도를 변경하지 아니하고 프랑스 민법의 모범을 따라 타인의 행위에 대한 대위책임(동법 제2048조 이하)의 한 유형으로서 사용자책임을 규정한다. 즉 “고용주 및 사용자(제2082조 이하)는 자신들의 가사피용인 및 피용자가 그들이 고용한 사무집행에서 불법행위로 야기한 손해(제2056조 이하)에 대해 책임이 있다.”(동법 제2049조) 이 규정에 의하면 사용자책임의 요건은 ① 사용관계, ② 사무집행관련성, ③ 피용자의 불법행위 이 세 가지이다.<sup>171)</sup> 사용자의 면책은 인정

<sup>169)</sup> Widmer/Wessener (주 161), S. 125.

<sup>170)</sup> Widmer/Wessener (주 161), S. 126f.

<sup>171)</sup> Busnelli, Bargelli and Comandé, “Liability for Damage Caused by Others under Italian Law”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003, nn. 32 sqq.

되지 않는다. 즉 학설은 사용자책임을 위험상황을 창출하였다는 객관적인 사정으로부터 인정되는 무과실책임으로 이해한다.<sup>172)</sup>

## 2. 스페인 민법전

스페인 민법(1888/1889)은 규정의 체계나 문언을 살펴볼 때 프랑스 민법을 따라 타인의 행위에 대한 책임을 규율하고 있다. 즉 동법 제1903조 제1항은 타인의 행위에 대하여 책임이 인정될 수 있다는 원칙을 밝히고 이하에서 여러 책임유형들을 정하고 있는데, 동조 제4항은 “마찬가지로 기업이나 회사의 주인 또는 책임자는 그들의 피용자가 고용된 영역의 사무집행에서 또는 그 사무의 기회에 야기한 손해에 대해서 책임이 있다”고 하여 사용자책임을 명정하고 있다. 그러나 프랑스 민법과는 달리 스페인 민법은 부모, 후견인, 교사 등의 책임에서뿐만 아니라 사용자책임과 관련해서도 면책의 가능성을 인정하고 있다. 즉 동조 제6항에 의하면 “본조에 언급된 사람이 손해를 예방하기 위해 선량한 家父의 완전한 주의를 다하였다는 사실을 입증하는 때에는 본조의 책임은 발생하지 않는다.”

그러므로 스페인 학설은 사용자책임을 포함하여 타인의 행위에 대한 책임을 대위책임이 아닌 추정된 과실에 기초한 자기책임으로 이해한다. 사용자책임의 경우 사용자는 자신의 과실에 기하여 자기책임을 부담하는 것이고, 다만 민법은 과실을 추정하여 피해자 보호를 도모하는 것이라고 설명된다.<sup>173)</sup> 즉 기본적으로 과실책임이다. 사용자는 자기책임을 부담하는 것이므로, 피용자가 반드시 불법행위의 요건을 충족할 필요는 없다. 예컨대 피용자가 책임능력이 없어도 동법 제1903조 제4항에 따른 사용자책임은 인정될 수 있다.<sup>174)</sup>

그러나 실제로 스페인 실무는 사용자책임을 운용함에 있어서 사용자의 면책입증을 매우 엄격하게 인정하고 있어 법률의 문언과 현실의 법 사이에는 괴리가 존재한다고 한다. (부모의 책임과 함께) 사용자책임의 영역에서 스페인 법원은 과실의 입증책임이 전환되어 있는 규정을 이용하여 사용자가 주의의무를 다했다는 입증을 거의 허용하지 않음으로써 결과적으로는 무과실책임에 접근하고 있다고 평가되는

<sup>172)</sup> Busnelli, Bargelli and Comandé (주 171), n. 6; Zaccaria in Grundmann/Zaccaria (Hrsg.), *Einführung in das italienische Recht*, 2007, S. 260 Fn. 15 등 참조.

<sup>173)</sup> Casals and Feliu, “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003, n. 1.

<sup>174)</sup> Casals and Feliu (주 173), n. 5.

것이다.<sup>175)</sup> 그 결과 소수설은 판례 운용상 사용자책임은 실제로 무과실의 대위책임으로 이해해야 한다고 한다.<sup>176)</sup>

### 3. 일본 민법

(1) 일본 민법(1896)은 동법 제715조에서 사용자책임을 규율하고 있다. 이에 의하면 “어떤 사업을 위해 타인을 사용하는 자는 피용자가 그 사업의 집행에 관하여 제3자에 가한 손해를 배상할 책임을 진다. 다만 사용자가 피용자의 선임 및 그 사업의 감독에 관하여 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 발생하였을 때에는 그러하지 아니하다.”(제1항) 그리고 “사용자에 갈음하여 사업을 감독하는 자도 전항의 책임을 진다.”(제2항) 그러한 경우 “전2항의 규정은 사용자 또는 감독자로부터 피용자에 대한 구상권의 행사를 방해하지 아니한다.”

이 규정의 문언이나 입법경위를 살펴보면, 일본의 사용자책임은 명백하게 추정된 과실에 기초한 사용자의 자기책임으로 규율되었음을 알 수 있다. 일본 구민법은 재산편 제373조에서 “주인, 업주(patron, 親方), 공사·운송 등의 영업인 또는 모든 위탁자(commettant)는 그 雇人, 직공 또는 수임자가 수임의 직무를 행하기 위해 또는 이를 행하는 기회에 가한 손해에 대해 책임을 진다”고 규정하고 있었다. 이는 사용자의 무과실책임을 규정하고 있는 것이었고 기초자의 의사도 그러했다. 즉 사용자가 능력이 부족하거나 부정직한 피용자를 선택하였다는 사실 때문에 손해가 발생한 것이므로 자신이 피용자의 가해를 예방할 수 없었다는 사정은 고려되어서는 안 되고, 그 결과 사용자는 무과실책임을 부담해야 한다는 것이다.<sup>177)</sup> 이러한 입법태도는 기본적으로 프랑스 민법의 태도를 계수하려 한 것으로 이해된다.

그런데 현행 일본 민법의 기초자들은 이러한 구민법의 태도를 기각하고 자기책임적인 규정으로 전환하였다. 즉 기초자들은 사용자와 피용자를 열거하는 태도를 지양하고 이를 포괄하는 개념을 채택한 것에 더하여, 사용자가 선임·감독에 필요한 주의의무를 다하는 때에는 책임에서 벗어날 수 있는 가능성을 명시적으로 인정하였다. 이는 “사용자가 [피용자의] 선임 및 감독에 대하여 상당한 주의를 다한 때 또는 이를 다하였어도 손해를 발생하였을 경우에도 항상 그로 하여금 배상의 책임을

<sup>175)</sup> Casals and Feliu (주 173), n. 11.

<sup>176)</sup> Casals and Feliu (주 173), n. 12.

<sup>177)</sup> *Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, tome 2, 1891, p.504 sq.



지게 하는 것은 입법상 정당한 이유가 없다”<sup>178)</sup>는 고려에서 기인한 것이었다. 결국 면책입증의 인정에 의해 “사용자의 책임을 한정함과 함께 사업의 발달상 다수의 사람을 사용하지 않을 수 없는 사업이 증가하는 오늘날의 상황에 적합하게 하는 것”<sup>179)</sup>이 의도되었던 것이다. 비슷한 시기의 독일 민법 제정과정에서와 같이 산업 발달을 위해 기업가 면책을 고려하고 있는 이유제시는 주목할 점이 있다. 결과적으로 일본 민법의 사용자책임 규정은 독일 민법과 마찬가지로 사용자의 과실을 추정된 형태의 자기책임을 도입하려고 한 것으로 평가된다. 실제로 민법전 제정 직후의 학설도 그렇게 이해하고 있었다.<sup>180)</sup>

(2) 일본의 판례는 비교적 초기에는 이러한 기초자들의 의사에 따라 실제로 사용자의 면책을 인정한 예가 일부 있었다고 한다.<sup>181)</sup> 그러나 이러한 드문 예를 제외한다면 법원은 사용자가 선임·감독의 주의를 다하였다는 입증은 거의 인정하지 않음으로써 실질적으로 면책을 배제하고 있어, 일본 민법 제715조 제1항 단서는 空文化되었다고 지적되고 있다.<sup>182)</sup> 또한 사용자책임이 발생하기 위해서 피용자는 단순히 손해를 가하였다는 것만으로는 충분하지 않고 일반 불법행위의 요건을 모두 충족할 것 특히 책임능력이나 고의·과실 등의 요건 등도 충족되어 있어야 한다고 해석하는 것이 통설과 판례이다.<sup>183)</sup> 그러므로 일본에서 실무상 사용자책임은, 추정된 과실의 자기책임이 아니라, 피용자의 불법행위를 전제로 사용자가 무과실책임을 지는 대위책임에 가까운 모습이라고 말할 수 있다.<sup>184)</sup>

이러한 규정 문언과 실제 운용의 괴리에 직면하여 일본의 통설은 실질적 무과실책임을 정당화하기 위해 사용자는 피용자의 활동에 의하여 그 사업범위를 확장하

178) 未定稿本 民法修正案理由書 (서울대 도서관 소장본), 617면.

179) 未定稿本 民法修正案理由書, 617면. 법전조사회에서의 논의에 대해서는 大塚直, “民法七一五條・七一七條(使用者責任・工作物責任)”, 民法典の百年 III, 1998, 682면 참조.

180) 梅謙次郎, 民法要義, 卷之三, 1909, 895면; 岡松參太郎, 註釋 民法理由, 下卷, 第九版, 1899, 次483면. 그러나 뒤의 저자는 주지하는 바와 같이 이후 무과실책임을 연구하는 과정에서 사용자책임을 ‘보상책임’(“특수한 방법에 의해 또는 특수한 물건 사람 내지 법률제도에 의해 특별한 이익을 수행하는 사람이 그 對償으로서 지는 책임”, 岡松參太郎, 無過失損害賠償責任論 (1916), 1953, 552면)으로 이해하는 입장으로 선회한다 (같은 책, 557면).

181) 大正期の 판례에 대해 大塚 (주 179), 699면 참조.

182) 加藤一郎, 不法行爲法, 增補版, 1974, 184면; 平井 (주 4), 237면.

183) 加藤 (주 182), 167면; 平井 (주 4), 237면.

184) 平井 (주 4), 224면.

여 이익을 올리는 것이므로 이익이 존재하는 곳에 손실이 돌아가야 한다는 보상책임의 원리가 책임의 근거가 된다고 설명하고 있었고,<sup>185)</sup> 또 다른 일부 견해는 이를 위험책임의 원리에 기초한 것으로 이해하기도 하였다.<sup>186)</sup> 그러나 판례와 통설의 현실을 직시하여 이를 바로 영국이나 프랑스에서 논의되는 바와 같이 타인행위에 대한 책임이라는 관점에서 대위책임으로 파악해야 한다는 지적도 있다.<sup>187)</sup> 더 나아가 기업책임이라는 관점에서 사용자책임의 요건을 새로이 해석하려는 움직임도 적지 않다(예컨대 피용자의 고의·과실을 요구하지 않는 해석 등).<sup>188)</sup>

#### 4. 네덜란드 신민법전

네덜란드 신민법(1992)은 제6:170조, 제6:172조에서 사용자책임에 대하여 규정하고 있다(제6:171조는 독립적 계약자에 대한 책임을 정한다). 이에 의하면 “제3자가 下位者(ondergeschikte)의 非行(fout)에 의하여 입은 손해에 대해서는, 그 비행의 위험이 그러한 사무처리 위탁에 의해 증대되었고 그를 위하여 하위자가 사무를 처리하는 사람이 관계 법률관계에 기초해서 비행이 있었던 행태에 관련하여 지시권능을 가지고 있었던 경우에, 그를 위하여 하위자가 사무를 처리하는 사람이 책임을 진다.”(제6:170조 제1항) 반면 “하위자가 어떤 자연인의 사무를 처리하였고 후자의 직업이나 영업을 위하여 근로하지 아니하는 경우에는, 후자는 하위자가 비행에 관하여 그에게 위탁한 사무의 이행으로 행위하고 있었던 경우에만 책임을 진다.”(동조 제2항) 이들 경우에 “하위자와 그를 위하여 하위자가 사무를 처리하는 사람이 함께 손해에 대해 책임을 지는 경우에, 손해가 고의 또는 인식 있는 과실의 결과가 아닌 한 하위자는 내부관계에서 손해배상에 대해 구상의무가 없다. [그러나] 사안의 제반사정으로부터 그들의 법률관계의 성질을 고려하여 다른 결과가 인정될 수 있다.”(동조 제3항) 또한 “대리인의 행태가 그 자신에게 귀속하는 권한 행사에 관하여 제3자에 대한 비행을 내용으로 하는 경우에는 본인도 제3자에 대해 책임을 진다.”(제6:172조)

이상의 규정에서 알 수 있는 바와 같이, 네덜란드 신민법은 다른 나라의 민법에 비하면 보다 상세한 규정을 두어 법률관계를 규율하고 있다는 점이 특징이다. 책

<sup>185)</sup> 加藤 (주 182), 165면.

<sup>186)</sup> 四宮和夫, 不法行爲, 1985, 681면 등 참조.

<sup>187)</sup> 平井 (주 4), 224-225면.

<sup>188)</sup> 자세한 것은 吉村良一, 不法行爲法, 第4版, 2010, 202면 이하 등 참조.

임구조에 대해 본다면 신민법은 명백하게 무과실의 대위책임주의에 입각해 있다. 즉 피용자의 비행 즉 유책하고 위법한 행위에 의해 제3자가 손해를 입었을 것을 전제로 하여<sup>189)</sup> 사용자가 당연히 책임을 지는 것을 규정하고, 그 경우 사용자에게 대해 면책가능성을 인정하지 않는다.

## 5. PETL과 DCFR

유럽 민법 통합과정에서 나온 여러 연구작업들 중에서 사용자책임에 대한 연구안을 제시하는 것이 있다. 여기서는 유럽 불법행위법 그룹(European Group on Tort Law)의 「유럽불법행위법 원칙」(Principles of European Tort Law)과 유럽 민법전 연구회(Study Group on a European Civil Code)와 EC 사법 연구회(Research Group on EC Private Law)가 편집한 「유럽 사법의 원리, 정의 그리고 모델규칙」 즉 이른바 공통준거틀 초안(Draft Common Frame of Reference; DCFR)을 살펴보기로 한다.<sup>190)</sup>

(1) PETL은 제6:102조 제1항에서 사용자책임을 규정한다. 이에 의하면 “누구든지 그의 보조자가 요구되는 행태기준을 위반하여 그들의 직무 내의 행위로 타인에게 가한 손해에 대해서 책임이 있다.” 동조의 책임은 명백하게 대위책임적인 구조를 보인다. 즉 우선 사용자책임이 성립하기 위해서는 피용자가 불법행위의 요건을 충족하고 있어야 한다. 즉 단순한 위법한 가해 외에도 고의·과실 및 책임능력이 있어야 한다.<sup>191)</sup> 반면 피용자의 불법행위가 성립하는 이상 사용자는 면책의 가능성 없이 무과실의 사용자책임을 부담한다. 그러므로 이는 무과실의 대위책임이다.<sup>192)</sup> 이러한 선택은 무과실책임적인 대위책임이 비교법적으로 우위를 점하고 있을 뿐만 아니라, 자기책임적인 입법을 채택한 나라에서도 여러 가지 방법으로 면책을 제한하는 경

<sup>189)</sup> Mincke, *Einführung in das niederländische Recht*, 2002, Rn. 298.

<sup>190)</sup> DCFR 작성의 지원을 받은 연구회는 다수 있으나(우선 Zimmermann and MacQueen, “Preface”, *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, 2006, ix의 목록을 보라) 필자가 조사한 한에서 불법행위법에 대한 연구안은 본문에 언급된 것 외에는 없는 것으로 보인다. 예를 들어 프랑스의 앙리 카피탕 협회(Association Henric Capitant)와 비교입법협회(Société de Législation Comparée)가 작성한 DCFR은 현재 계약법 부분에 한정되어 있다(*Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, 2008; *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, 2008).

<sup>191)</sup> Moréteau in European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, 2005, p.118.

<sup>192)</sup> Moréteau (주 191), p.116.

향이 현저하다는 관찰에 근거를 두고 있다.<sup>193)</sup>

(2) 「유럽 사법의 원리, 정의 그리고 모델규칙」에 의하면 법적으로 유의미한 손해를 입은 사람은 그 손해를 고의 또는 과실로 야기한 사람 또는 그 밖의 사유로 그 손해야기가 귀책되는 사람에 대해서 배상의 권리가 있다(VI-1:101 제1항). 즉 고의·과실이 원칙적인 귀책근거이지만, 별도의 규정에 따른 귀책에 의해 무과실 책임이 인정될 수 있는 것이다. 그런데 이 연구안은 사용자책임은 명백히 사용자의 고의·과실을 전제로 하지 않은 무과실책임을 전제로 하여(“Section 2: Accountability without intention or negligence”) 관련 규정을 두고 있다. 동 연구안 VI-3:201 제1항은 다음과 같다.

Ⅰ VI-3:201 노무자 및 대표자가 야기한 손해에 대한 책임

- ① 타인을 고용하거나 그와 유사하게 사용하는 사람은 노무자 또는 피용자가 다음의 요건을 충족하는 경우에 제3자가 입은 법적으로 유의미한 손해에 대해 책임 있다.
  - (a) 노무자 또는 피용자가 고용 또는 사용에 관하여 손해를 야기하였을 것.
  - (b) 노무자 또는 피용자가 고의 또는 과실로 야기하였거나 그 밖의 방법으로 손해야기에 책임이 있을 것.

이 규정은 문언에서 이미 사무집행에 관한 피용자의 불법행위가 성립하면 사용자가 무과실책임을 부담한다는 사실을 명백하게 하고 있다. 사용자의 고의·과실은 요구되지 않는 무과실책임이다.<sup>194)</sup> 여기서도 PETL에서와 마찬가지로 유럽의 다수의 나라들이 무과실의 대위책임에 기초한 사용자책임을 가지고 있으며 그렇지 않은 나라들도 법원의 운영에 의하여 그러한 결과에 근접하고 있다는 사실이 규율의 근거로 언급되고 있다.<sup>195)</sup>

<sup>193)</sup> Galand-Carval (주 151), n. 46.

<sup>194)</sup> Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)*, ed. by C. von Bar and E. Clive, volume IV, 2010, p.3453 sq.

<sup>195)</sup> Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (주 194), p.3453.

## V. 우리 민법의 사용자책임과 비교법적 평가

### 1. 민법 제756조의 성립사

(1) 건국 이후 우리 민법전의 제정에 착수한 법전편찬위원회의 「민법전편찬요강」은 사용자책임에 대하여 의용민법의 규율을 특별히 변경할 의도는 없었던 것으로 보인다. 이는 「요강」이 사용자책임의 입법방침에 대해서 “미성년자, 법정대리인, 심신상실자 또는 사용자의 책임이 부정되는 경우일지라도 형평의 견지에서 필요한 경우에는 행위자 또는 사용자로 하여금 그 손해의 전부 또는 일부를 배상케 할 것”<sup>196)</sup>이라고 하고 있었던 사실에서 추측할 수 있다. 즉 기초자들은 사용자의 면책가능성을 인정하면서 예외적으로 형평을 고려하여 무과실책임을 부담시키는 입법을 구상하고 있었던 것으로 보인다. 의용민법 하에서는 책임무능력자의 감독의무자가 면책되는 경우에 형평에 따라 책임무능력자에게 배상의무를 인정하는 독일 민법 제829조의 규정을 손해분담에 관한 ‘구체적 형평주의’의 전형적인 예로서 긍정적으로 평가하는 학설의 경향이 있었는데,<sup>197)</sup> 「요강」은 그러한 규율을 수용하면서 이를 사용자책임에 확장하여 사용자가 선임·감독의 주의를 다하여 면책되는 경우에도 피해자 보호를 위해 예외적으로 형평에 따른 배상을 인정하고자 하였던 것이다. 이는 아마도 중화민국 민법(동법 제187조 제3항, 제188조 제2항)의 영향을 받은 것으로 추측된다.

(2) 이러한 법전편찬위원회의 구상은 민법전 초안에 다음과 같이 반영되어 있었다.

#### Ⅱ 초안 제749조

- ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행으로 인하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해 있을 경우에는 그리하지 아니하다.
- ② 사용자를 가름하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다.

<sup>196)</sup> 법전편찬위원회, “민법전편찬요강”, 채권법각론 39 = 梁彰洙, 民法研究, 제1권, 1991, 110면. 한자 표기는 필요한 경우에 한정하며, 맞춤법은 일부 수정하였고, 필요한 경우 구두점을 추가하였다. 이하 민법제정에 관한 다른 자료에 대해서도 같다.

<sup>197)</sup> 我妻榮, “損害賠償理論における「具體的衡平主義」”(1922), 民法研究 VI, 1969, 229-231면 참조.

- ③ 전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에게 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

■ 초안 제750조

전4조의 규정에 의하여 미성년자, 심신상실자, 감독의무자 또는 사용인에게 손해 배상의 책임이 없는 경우에도 법원은 당사자의 경제상황 및 기타 사정을 참작하여 그에게 손해의 전부 또는 일부의 배상을 명할 수 있다.

이는 기본적으로 사용자책임에 관해서는 “현행법[의용민법] 제715조와 동일취지이나 현행법의 「사업」을 「사무」로 「사업의 집행에 관하여」를 「사무집행으로 인하여」로 수정<sup>198)</sup>한 것으로, 기본적으로 사용자의 면책가능성을 염두에 두면서 예외적으로 형평을 고려하여 사용자에게 무과실책임을 지우도록 하는 법전편찬위원회의 의도를 충실히 반영한 것으로 볼 수 있다.

그러나 이에 대해 민법안소위는 다음과 같은 내용의 심의를 바탕으로 문언을 일부 수정하였다. 우선 초안 제749조에 대하여 다음과 같이 말한다.

“① 본조는 타인을 사용하여 자기의 활동범위를 확장한 자는 그 확장된 범위에 있어서 보상책임(이익이 歸하는 곳에 손실이 歸한다는 이념)을 입법한 것으로서 본조의 「사무집행으로 인하여」라는 문구는 본래의 사무집행 자체에 국한하는 것으로 오해되기 쉬워서 너무 협소하여 상기 보상책임의 정신에 위반되므로 「사무집행에 관하여」로 수정함이 타당하다.

② 제1항 중 「사무집행으로 인하여」를 「사무집행에 관하여」로 수정한다. (제34조 참조)

③ 현행법의 「사업」을 초안이 「사무」로 한 것은 타당하다.”<sup>199)</sup>

이에 의하면 입법자는 당시 일본의 통설이 사용자책임의 근거로 들고 있었던 보상책임의 원리에 기초하여 사무집행관련성을 “본래의 사무집행 자체에 국한”하지 않도록 하기 위해 보다 넓은 문언을 채택하였음을 밝히고 있다. 그러나 입법자가 ‘보상책임’이라는 근거로 사용자 면책에 관해 어떠한 태도를 보이는지를 추측하기는 쉽지 않다. 특히 입법자가 사용자의 면책을 억제하는 당시 의용민법 하의 실무를

198) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 民法案審議錄, 上卷, 1957, 444면 참조.

199) 民法案審議錄 (주 198), 445면.

그대로 용인하려는 것이었는지 여부도 분명한 것은 아니다. 오히려 심의과정을 살펴 본다면 입법자는 추정된 과실에 기초한 자기책임적 사용자책임을 그 규정대로 이해하여 사용자의 면책에 적대적이지는 않았던 것으로 보인다. 이는 사용자가 면책되는 경우 예외적 무과실 책임을 규정하고 있던 초안 제750조가 삭제되는 과정에서 잘 나타난다. 이에 관한 심의내용은 다소 길더라도 인용의 가치가 있다고 생각된다.

“본조는 가해자 본인이 책임능력이 없으므로 말미암아 손해배상책임을 지지 아니 하는 경우에도 당사자의 경제상태 및 기타 사정이 있는 때에는 가해자 본인에게 무과실배상책임을 인정하자는 것이며, 또 감독의무자·사용인도 감독의무를 해태 하지 않거나 선임감독에 상당한 주의를 한 관계로 손해배상책임이 없는 경우에도 전기 사정이 있는 때에는 감독의무자·사용인에게 무과실배상책임을 인정하자는 것이다. 가해자인 피용자에게 고의·과실 등의 불법행위 요건이 구비하여 피용자가 손해배상책임을 지는 경우에 한하여 사용인이 초안 제749조(현행법 [의용민법] 제715조)의 규정에 의하여 손해배상책임을 지는 것이 통설이므로, 본조에 「사용인」을 가하는 것이 사용인 자신의 선임감독상 상당한 주의를 하였으므로 인한 손해배상 없는 경우를 규정한 취지인지 또는 가해자인 피용자에게 고의·과실 등이 없어 책임 없으므로 말미암아 따라서 사용인도 책임 없는 경우까지를 규정한 취지인지 조문의 문언으로서 불분명하다. 현시의 법학사조에 의하면 개인주의에 배태하는 「자기책임의 원칙」에서 단체주의에 배태하는 인류사회공동생활에 있어서의 「손실의 적절한 부담분배사상」의 경향으로 이행하는 추세를 보이고 있으나, 본초안이 책임무능력제도와 감독의무자·사용인에 있어서의 과실을 요하는 제도를 전 수조에서 인정하여 책임무능력자 또는 무과실자의 무책임을 규정하면서 본조에 와서 「당사자의 경제상태 기타 사정을 참작하여」라는 외에 거의 경우를 한정하는 조건 없이 「자기책임의 원칙」에 대한 전면적인 예외를 설하여 판사의 재량에 의하여 무과실 배상책임을 인정할 수 있게 한 것은 개인의 자유활동을 부당히 위축시키는 결과를 초래하며 (불법행위 제도에 있어서 가해행위를 방지하는 것이 한 가지 중요한 기능으로 되어 있는 것이다) 더욱이 개인주의에 기초를 두고 자유활동, 자유경쟁을 강조하는 자유민주주의 경제체제 하에서는 이러한 무과실책임주의의 전면적 채택은 재고의 여지가 있을뿐더러 공장, 광산 등에서 필요한 경우에는 특별법에 의한 입법조치 기타의 방법으로 어떤 정도의 무과실책임을 인정할 수 있고 또 채해보험 제도에 의하여 손실부담의 사회화를 기할 수 있는 것이다. 따라서 본조는 삭제함이可하다.”<sup>200)</sup>

200) 民法案審議錄 (주 198), 446면.

대개 문언이나 법리에 대해 소략한 심의에 국한하는 「민법안심의를록」에서, 그 당부는 별론으로, 비교적 상세한 법정책적인 이유제시를 발견할 수 있다는 사실은 주목할 만하다. 특히 무과실의 사용자책임이 경제활동을 위축시킬 우려가 있고 개별적으로 무과실책임이 필요한 때에는 특별법에 의해 대처할 수 있다는 설명은 독일 민법 제정과정에서 제2위원회가 언급했던 이유와 놀랄 정도로 유사하다. 입법자가 당시 지배적인 이론이었던 ‘손실의 적절한 부담분배사상’<sup>201)</sup>을 명시적으로 배척하면서 자유주의에 기초한 자기책임의 원칙을 강조하고 있다는 사실은 우리 민법 제정과정에서 입법자가 가지고 있었던 법정책적 지향을 이해하는데 귀중한 단서가 될 수 있다고 생각된다.<sup>202)</sup> 결론적으로 입법자는 추정된 과실에 따라 사용자의 면책가능성을 인정하는 자기책임적 사용자책임을 의욕하였던 것으로 보인다.

## 2. 사용자책임에 대한 학설과 판례

(1) 이러한 입법의도와는 달리, 판례는 자기책임적인 내용의 사용자책임 규정을 대위책임적인 내용으로 운용하고 있다고 평가할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이 (위 I. 1. 참조) 판례는 사용자책임이 인정되기 위해서는 피용자의 행위가 위법할 뿐만 아니라 유책해야 한다고 하여 피용자의 불법행위를 요구하고 있으면서,<sup>203)</sup> 더 나아가 선임·감독의 주의의무를 다하였다는 사용자의 면책의 항변을 인정할 예가 없어 사용자책임을 사실상 무과실책임으로 운용하고 있는 것이다. 그러므로 판례에 의하여 형성된 현재의 ‘있는 법’은 피용자의 불법행위를 전제로 사용자에게 무과실책임을 부여하는 내용의 대위책임적인 사용자책임이라고 말할 수 있다.

통설도 이러한 판례의 결과를 대체로 수긍하고 있는 것으로 보인다.<sup>204)</sup> 그에 따라

201) 그 배후에 있는 입장으로 생각되는 我妻 (주 197), 229면 이하 참조.

202) 이 점에서 사용자책임에 대한 입법태도 역시 1940년대까지의 일본민법학에 의해 규정되지 아니하는 우리 민법의 요소들 중 하나로 들 수 있을 것이다.

203) 大判 1981.8.11., 81다298, 집 29-2, 263. 그래서 예컨대 大判 1991.11.8., 91다20263, 공보 1992, 74는 입장권을 소지한 사람이 객차 안까지 들어가 전송을 한 다음 진행 중인 열차에서 뛰어 내리다가 사망한 사고에서 “열차승무원들에게 일일이 열차 내를 다니면서 입장권만 소지하고 승차한 사람이 있는지를 확인하고 그러한 사람이 있으면 모두 하차하게 한 다음 열차를 출발시키도록 기대하기 어려운 상황이므로 그들이 [...] 안내방송 외에 위와 같은 조치를 취하지 않았다 하여 탓할 수 없”다는 이유로 사용자책임을 부정한다.

204) 곽윤직, **채권각론**, 제6판, 2003, 419, 420면; **민법주해[XVIII]** (주 3), 580면 이하, 588면 이하 (이주홍); 권오승, “使用者責任에 대한 검토”, **商事法論叢: 靈南 姜渭斗博士 華甲紀念**, 하권, 1996, 631-632, 635면 등. 면책입증 부정과 관련하여, 김증한·김학동,



통설은 사용자책임을 보상책임 원리에 기초한 중간책임으로 보고 있다.<sup>205)</sup> 한편으로 사용자는 피용자의 가해행위에 대해서 고의·과실이 없어도 책임을 부담하므로 무과실책임적 성질이 있지만, 다른 한편으로 선임·감독의 무과실을 입증하여 면책될 수 있으므로 과실책임적 성질이 있어 중간적 책임으로 보아야 한다는 것이다.<sup>206)</sup> 그러나 피용자에게 책임능력, 고의·과실 등이 있어 불법행위가 성립해야 한다는 요건에 대해서는 이를 반대하여 피용자는 단순히 손해만을 가하는 것으로 충분하다고 해석하는 견해도 유력하다.<sup>207)</sup> 반면 사용자책임을 문언에 충실하게 추정된 주의의무 위반을 이유로 하는 사용자의 자기책임으로 이해하는 견해도 있다.<sup>208)</sup> 이 견해는 면책입증과 관련해서는 판례가 단지 높은 주의의무 수준을 요구하고 있는 것으로 이해한다.<sup>209)</sup>

(2) 이러한 판례·통설에 기반하여 사용자책임을 대위책임으로 입법하면서 면책가능성을 제한할 것을 주장하는 입법론이 주장되기도 하였다.<sup>210)</sup> 2004년 민법 개정안을 심의하는 과정에서는 제756조 제3항의 구상권 제한과 관련해서만 상세한 심의가 이루어졌고, 제1항의 책임구조와 관련되어서는 기존의 법상태를 그대로 전제로 하고 있었다. 그러나 결과적으로 2004년 개정안은 제756조를 개정대상에서 제외하였다.<sup>211)</sup>

---

**채권각론**, 제7판, 2006, 839면.

205) **민법주해[XVIII]** (주 3), 496면 (이주홍) 참조.

206) 곽윤직 (주 204), 416면; 김중환·김학동 (주 204), 818-819면; 김기선, **한국채권법각론**, 제3전정판, 1988, 426-427면 등. 그러나 사용자가 가해행위에 고의·과실이 없어도 책임을 진다는 측면에서 무과실책임의 성질이 있다는 설명은 불법행위 일반이론에 비추어 설득력이 없다고 생각된다. 사용자에게 감독의무가 있는 이상 이는 피용자의 가해행위를 예견하고 예방할 주의의무이고, 사용자가 그러한 주의를 다하지 못해 피용자의 가해행위가 발생하였다면 사용자는 자신의 과실을 이유로 책임을 성립시키는 것이기 때문이다(이에 대해 Larenz/Canaris (주 147), S. 475 참조). 실제로 선임·감독상 주의의무 위반의 경우에만 사용자가 책임을 부담한다는 견해가 지배적이었던 보통법학에서도 이를 자명하게 사용자의 과실책임으로 이해하고 있었다(앞의 III. 1. 참조).

207) 김중환·김학동 (주 204), 836-837면; 이상광 (주 62), 116면.

208) 이태재, 개정 **채권각론**, 1985, 487-488면; 김형배, “사용자책임과 판례: 비교법적 시각에서”, **고려법학**, 제48호, 2007, 3-4면; 강봉석, “사용자책임과 그 면책사유의 법적 성질”, **저스티스**, 제85호, 2005, 132-133면; 이은영, **채권각론**, 제5판, 2007, 850-851면; 이상광 (주 62), 93-95면.

209) 김형배 (주 208), 24면 이하.

210) 권오승 (주 204), 638면 이하.

211) 법무부, **민법(재산편) 개정 자료집**, 2004, 1111면 이하.

### 3. 사용자책임 입법주의의 검토

(1) 사용자책임의 입법주의에 대한 비교법적 서술로부터 무과실의 대위책임이 각국의 입법 및 실무에서 압도적인 우위를 점하고 있다는 사실을 확인할 수 있다. 이는 한편으로 다수의 국가들이 그러한 내용의 사용자책임을 입법적으로 확인하고 있다는 사실에서, 그리고 다른 한편으로 자기책임적 사용자책임을 정하는 국가들이 실무상 사용자면책의 결과를 회피하기 위해 노력하고 있으며 또한 그러한 방향으로 개정 시도를 하고 있다는 사실에서 잘 나타난다. 즉 이러한 관찰은 사용자는 ① 피용자가 책임능력 및 고의·과실을 포함하여 모든 불법행위 요건을 충족하는 경우 ② 면책가능성 없이 책임을 부담하는 규율이 정당하다는 것을 보인다.

(2) 비교법적인 관찰에서 벗어나 입법정책적인 평가에 기초해 살펴볼 때에도, 추정된 과실에 기초한 자기책임적인 사용자책임보다 사무집행관련성에 의해 제약되는 대위책임적인 무과실의 사용자책임을 타당하다는 사실을 부정하기 어렵다.

다른 사람을 보조자로 사용하여 자신의 경제적 활동의 범위를 확장하는 사람은 이로써 이익을 창출할 가능성을 넓힘과 동시에 손해를 발생시킬 가능성 역시 확대시킨다. 여기서 사용관계에 의한 경제활동의 확장에 의한 이익을 사용자에게 전부 귀속시키면서 그와 동시에 발생하는 손해가능성이 실현된 결과인 손해비용을 부담시키지 않는 결과는 타당하다고 하기 어렵다.<sup>212)</sup> 이는 경제학에서 말하는 비용의 외부화이다. 즉 사용자가 이익의 창출을 위해 증가시킨 사회적 비용, 그로부터 이익을 받는 사용자가 아니라, 피용자의 통상적인 무자력에 직면하여 사용자에게 배상을 청구할 이해관계 있는 피해자들이 우연적으로 부담하는 것은 합리적이라고 하기 어렵기 때문이다. 사용자가 직접 사무를 처리하였다면 자신이 부담하였을 손해배상의 비용을, 동일한 사무에 다른 사람을 사용하였다는 이유로 회피할 수 있도록 하는 결과는 허용되어서는 안 된다.<sup>213)</sup> 피해자에 대한 관계에서 사용자는 그러한 손해비용의 부담에 관하여 보다 근접해 있으며, 그러한 의미에서 보다 적은 비용으로 그러한 결과를 예방할 수 있는 당사자이다. 그러므로 사용관계로부터 발생

<sup>212)</sup> Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 11. Aufl., 2010, Rn. 298ff.; Brüggemeier, *Haftungsrecht*, 2006, S. 122; 서광민 (주 135), 196-197, 199면. 상세한 분석으로 Calabresi, "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", 70 *Yale L.J.* 499 at 500 sqq. 특히 505 sqq. (1961) 참조.

<sup>213)</sup> Wagner (주 4), S. 300.

하는 손해배상비용은 사용자의 경제활동에 수반하는 필연적인 비용으로 받아들여 사용자가 부담하는 것이 타당하다.<sup>214)</sup> 그리고 무과실책임을 사용자에게 부과하는 것은 사용자로 하여금 피용자의 활동을 적극적으로 통제·조정하여 사고발생 위험을 낮추게 할 유인을 제공한다.<sup>215)</sup>

이렇게 사용자가 무과실의 책임을 부담한다고 하여도 대부분의 경우 배상책임의 부담이 사용자 개인에게 집중되는 것은 아니다. 그러한 손해비용은 사용자의 영업의 비용으로 파악되는 것이 통상이고, 사용자는 영업상 여유재산으로 이를 부담하거나 아니면 이를 자신이 제공하는 재화와 용역의 가격에 반영시킨다. 그런데 후자의 경우에도 사용자는 비교적 장기에 걸쳐 재화와 용역을 공급할 것이므로 그렇게 반영된 손해비용은 극히 미미한 가격상승을 수반할 뿐이다. 이로써 사회의 존속에 불가결한 경제활동의 확장으로 발생하는 손해비용은 일차적으로 사용자에게 의해서 흡수되지만, 동시에 사용자를 매개로 사회 전체에 충격 없이 분담된다. 또한 사용자는 자신의 책임에 관하여 보험을 통해 그 비용을 전보할 수 있으며, 이로써 피용자 불법행위와 관련된 손해비용은 더욱 합리적으로 사회에 의해 흡수된다. 사용자는 보험료를 자신의 재화와 용역에 가격에 반영할 것이지만, 이는 앞서의 손해비용이 반영되는 것보다 더욱 미미한 영향을 줄 뿐이다. 결국 무과실의 사용자책임은 피해를 보호하는 동시에 사회의 불가피한 손해비용을 충격 없이 사회적으로 분담하는 기능을 수행하게 하는 것이다.<sup>216)</sup>

그리고 사용자책임이 무과실책임으로 규율될 때 법인책임(제35조)과 균형이 회복된다. 물론 순수개념적으로 본다면 법인의 이사가 불법행위를 하는 경우 이는 법인의 자신의 행위로 의제된다는 점에서 법인이 피용자를 사용하여 부담하는 책임으로서 사용자책임과 구별된다고 할지도 모른다. 그러나 현대 경제에서 법인기업들의 경제활동을 중심에 놓고 고려해 보면, 이러한 개념적인 구분은 실질적인 타당성을 상실한다. 즉 기업의 경우 그 임원인 이사의 불법행위와 이사가 아닌 다른 직원의 불법행위를 준별하여 취급하는 것은 자의적이다. 기업에 속한 사람들이 기

214) Paulus D. 50, 17, 10; Liber sextus 5, 13, 55 (Bonifaz VIII.): qui habet commoda, ferre debet onera.

215) Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, p.233.

216) 이상의 내용에 대해 Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, 1967, p.22 sqq. 아티야는 흥미롭게도 영국에서 사용자책임이 인정되지 않아 손해비용을 사회적으로 분배할 수 없었던 영역이었던 산업재해 부분에서 보험에 의한 사회적 손해분담이 최초로 발전하였다는 사정을 지적하고 있다.

업의 경제활동을 수행하는 과정에서 행하는 불법행위에 대해서는 기업이 이를 비용으로 간주하여 처리하는 것이 합리적이다. 그러한 의미에서 사용자책임이 무과실의 대위책임으로 규율되는 경우 법인책임과 함께 통일적인 기업책임 법리 형성의 출발점이 될 수 있다.

(3) 그런데 이렇게 무과실의 대위책임으로서 사용자책임이 정책적으로 정당하다고 판단하더라도, 예외적으로 사용자의 면책을 인정해야 하는 경우가 있지 않은지의 문제는 제기될 수 있다. 실제로 기업에 대한 면책 배제에는 찬성하면서도, 家事上 다른 사람을 사용하는 경우나 小企業의 경우에 사용자가 선임·감독의 주의를 하였다면 면책을 인정해야 한다는 주장이 제기될 수 있다. 즉 면책을 인정하지 않으면 가사나 소기업에 과도한 경제적 부담을 지울 수 있으며, 또한 이들의 경우에는 손해 비용을 보험화하여 처리하는 것이 반드시 간단하지는 않다는 것이다.<sup>217)</sup>

그러나 이러한 가사나 소기업에 대한 예외를 쉽게 인정할 수 없다고 할 것이다.<sup>218)</sup> 우선 가사상 피용자에 대해 사용자의 면책가능성을 인정하여 경제적 부담을 완화해야 한다고 하지만, 그것의 의의는 극히 경미하다. 이는 전형적으로 가사경제에 고용되는 하인이나 가정부 등의 존재(상당부분 현대적이지 아니한 관계들<sup>219)</sup>)를 전제할 수밖에 없는데, 이는 현대 경제에서 의의가 미미하고 특별한 명문의 규율을 두는 것이 입법으로서 합목적적인 것인지도 의문이 있다.

더 나아가 소기업의 경우 면책가능성을 인정해야 한다는 주장은 쉽게 해결하기 어려운 난점에 봉착한다. 첫째로, 특별히 면책입증의 가능성을 허용받아야 할 소기업을 확정하여 법률에 규정하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 이러한 문제를 시간에 따라 변동하는 매출이나 종업원 수를 기준으로 확정하는 것은 허용될 수 없는 일이다.<sup>220)</sup> 둘째로, 설령 그러한 규정이 가능하다고 하더라도 일반적인 불법행위법을 특정 경제적 목적에 따른 산업보조의 수단으로 사용하는 것은 이제는 더 이상 바람직하다고 하기 어렵다.<sup>221)</sup> 소기업의 경제활동을 보조하여 대기업에 대해 경쟁력을 확보시킨다는 관점이 민법의 불법행위책임을 입법화할 때 중심으로 고려될 만한 정책적인 관점이라고 말할 수 있는지 의문이다. 게다가 소기업의 경우에도

217) 예를 들어 Larenz/Canaris (주 147), S. 484.

218) 같은 취지로 이미 서광민 (주 135), 207면.

219) Kötz/Wagner (주 212), Rn. 326.

220) von Bar (주 155), S. 1777.

221) Kötz/Wagner (주 212), Rn. 326.

피용자를 사용해서 발생하는 손해비용은 당연히 그 소기업이 부담해야 하는 것이고 이를 외부화해서는 안 되는 것인데, 그러한 ‘정책적’ 규정에 의하여 손해비용을 외부화하여 우연적인 피해자에게 전가하는 것은 쉽게 용납하기 어렵다. 그러한 소기업의 경우에도 보험에 의한 처리가 생각 가능한 이상 예외를 인정할 수는 없다고 생각된다.

영국이나 프랑스와 같이 가사나 소기업에 예외를 인정하지 아니하고 무과실의 사용자책임을 인정하는 나라에서, 그러한 예외적 면책이 없다고 해서 발생하는 부당한 결과는 보고되지 않고 있다. 이는 유럽의 불법행위법 통합 과정에서 제안된 모델규칙들이 그러한 예외를 인정하고 있지 않다는 사실에서도 잘 나타난다(위의 IV. 5. 참조). 결론적으로 정책적인 관점에서 가사나 소기업에 대해 면책입증의 예외를 인정할 필요는 없다고 생각된다.

(4) 사용자책임의 전제조건으로 피용자가 불법행위의 요건을 모두 충족할 것을 요구할 것인가? 앞서 살펴본 바와 같이 일반적으로 대위책임적인 입법을 채택하는 나라들은 그러한 결과를 인정한다. 즉 사용자가 책임을 지기 위해서는 피용자가 모든 불법행위의 요건 특히 책임능력과 고의·과실 요건 등을 충족하고 있어야 한다. 그리고 이는 우리 판례와 통설이 인정하고 있는 결과이기도 하다(위의 I. 1. 참조). 그러나 이에 대해 피해자 보호나 기업책임의 관점에서 피용자의 책임능력이나 고의·과실은 필요하지 않다고 주장할 여지도 충분히 존재한다(위의 V. 2. (1) 참조). 그러나 적어도 민법상 일반적인 사용자책임을 규율할 때에는 피용자의 불법행위를 요구하는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>222)</sup>

사용자가 무과실책임을 부담하는 이유는 경제활동의 확장 과정에서 자신의 불법행위에 대해 책임을 부담해야 하는 것과 마찬가지로 자기 대신 사용한 타인의 불법행위에 대해 책임을 지는 것이 타당하다는 것이다. 그렇다면 자신이 불법행위 요건을 충족하지 않는 경우에 책임을 지지 않는 것과 마찬가지로, 자신이 사용한 자가 불법행위책임을 부담하지 않는다면 사용자 역시 책임을 부담하지 않는 것이 타당하다. 만일 피용자가 책임능력이 없거나 고의·과실이 없어 책임을 지지 않는 경우, 이는 피해자의 관점에서 “사고”일 뿐이고 가해자에게 사용자가 있었다는 이유로 갑자기 배상책임이 성립할 합리적 이유는 찾기 어렵다. 특히 사용자책임을 무과실책임으로 규정하는 것에 더하여 피용자의 불법행위도 요구하지 않는다면,

222) 서광민 (주 135), 210-211면도 기본적으로 같은 취지이다.

사용자로서는 필요 이상의 과중한 부담을 질 수도 있게 되어 타당하지 않다. 물론 피용자에게 고의·과실이 없더라도 피용자의 가해가 기업활동의 내재적 위험이 실현된 결과라고 볼 수 있다면 기업책임의 관점에서 사용자의 책임이 고려되어야 하는 것은 당연하다. 그러나 사용자책임의 요건으로 피용자의 불법행위를 요구한다고 하더라도 그러한 결과가 부정되는 것은 아니다. 피용자에게 책임능력이 없거나 고의·과실이 없는 사안에서도, 피해자에게는 - 특별법상의 위험책임은 별도로 하더라도 - 일반 불법행위에 기초한 구제수단이 있기 때문이다. 즉 피해자는 사용자가 유책하게 책임능력이 없는 피용자를 사용하였다는 사정을 입증하거나 사용자가 기업조직에 과책이 있다는 사정을 입증하여 사용자에게 대하여 일반 불법행위 책임을 물을 수 있을 것이다(제750조). 이 같은 결과는 제755조와의 관계에서 판례가 인정하는 결론으로<sup>223)</sup> 사용자책임에 관해서도 달리 판단할 이유는 없다.

그러므로 결론적으로 피용자에 대해서는 책임능력과 고의·과실 등 불법행위의 요건이 모두 갖추어진 경우에 사용자책임이 성립한다고 하는 것이 입법론적으로 정당하다. 그러한 요건이 결여된 경우 피해자 보호는 일반적인 불법행위법이나 특별법상의 위험책임에 의거해 해결할 수 있다. 이러한 결과는 비교법적으로 일반적으로 확인되는 경향이기도 하다.<sup>224)</sup>

다만 피용자의 책임능력이나 고의·과실과 관련하여 그 입증책임이 피해자에게 있도록 할 것인지 아니면 사용자에게 있도록 할 것인지 여부가 문제될 수 있다. 앞서 1981년 독일 채권법 개정안 감정의견에서는 그 입증책임이 사용자에게 있도록 하여, 사용자가 피용자의 책임이 없음을 입증하여 면책되는 내용을 제안하고 있었음을 살펴본 바 있다(위의 III. 4. (4) 참조). 실제로 피용자의 책임능력 내지 고의·과실의 입증책임을 사용자에게 지울 합리적인 이유가 없는 것은 아니다.<sup>225)</sup> 첫째로, 가해자인 피용자가 사용자의 조직에 포섭되어 활동을 하였으므로 피해자로서는 그의 고의·과실 등을 입증하는 것이 쉽지 않은 경우가 많다. 예컨대 가해자인 피용자를 특정할 수 없거나 피고인 사용자의 내부조직을 잘 알 수 없어 고의·과실의 입증 자체에 어려움이 있는 경우는 충분히 상정할 수 있다. 둘째로, 피용자의 불법행위가 사용자책임의 전제가 되는 이상 피해자 보호를 위해 법원이 피용자에게 상당히 높은 수준의 주의의무를 부담시킬 우려가 있고, 그 결과 기업의 손해비용이 구상

223) 大判(全) 1994.2.8., 93다13605, 집 42-1, 127.

224) Galand-Carval (주 151), n. 50.

225) 平井 (주 4), 226면 등 참조.

(제756조 제3항)을 통해 피용자에게 과도하게 전가될 위험도 배제할 수 없다.

그러나 이러한 이유만으로 입증책임의 전환을 인정하는 것에는 주저된다.<sup>226)</sup> 우선 두 번째와 관련하여, 그러한 문제는 입법적으로 사용자의 구상을 제한함으로써 해결될 수 있고 또 해결되어야 하므로, 이 맥락에서 입증책임을 전환하여 피용자 보호를 굳이 도모할 필요는 없다고 할 것이다. 문제는 피해자의 입증곤란을 돕는다는 첫 번째 논거이다. 그런데 여기서 주의할 것은 사용자책임이 기업책임의 경우 현저한 의미를 가지는 것은 사실이지만, 그 외에도 일체의 사용관계에 적용되는 일반적인 민사책임이라는 점이다. 그렇다면 가사, 소규모 영업, 중소기업 등을 모두 포괄하는 사용자책임의 사례에서 피용자의 고의·과실에 대한 입증책임을 일반적으로 사용자에게 지우는 것이 반드시 타당하다고 할 수는 없을 것이다. 원칙적으로 손해배상을 청구하기 위해 가해자를 특정하고 그의 고의·과실을 입증해야 할 피해자가 우연히 가해자에게 사용자가 있다는 이유만으로 그러한 부담에서 면제되는 결과가 언제나 납득될 수 있는 것은 아니기 때문이다.<sup>227)</sup> 그러므로 일반적인 사용자책임의 규정에 있어서는 피용자의 불법행위책임에 대한 입증책임은 피해자에게 있다고 규정하는 것이 타당할 것이다. 개별적으로 피고인 사용자의 방대한 조직에 의하여 피해자에게 입증의 곤란이 있는 경우에는 민사소송법상 입증곤란을 해결하기 위해 전개되어 온 여러 법리들(表見證明, 개연성 이론 등)을 활용하여 해결하는 것이 바람직하다고 생각된다. 실제로 유럽 불법행위법 통합작업에서 나온 모델규칙들도 이에 대한 입증책임 전환은 예정하지 않고 있다(위의 IV. 5. 참조).

#### 4. 우리 판례에 대한 평가와 입법론

(1) 사용자책임의 입법주의에 대한 이상의 평가에 기초해서 본다면, 우리 판례의 태도는 그 결과에 있어서 수긍할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 즉 판례는 기본적으로 사용자의 추정된 과실에 기초한 책임으로 구성된 사용자책임을 운영하면서도, 한편으로 피용자의 불법행위를 요구하면서 다른 한편으로 면책을 거의 인정하지 않음으로써 사용자책임을 실질에 있어 무과실의 대위책임에 접근시켜왔다고 말할 수 있다. 물론 이에 대해서는 판례가 문언에 충실하게 법률을 적용하지 않는

<sup>226)</sup> 서광민 (주 135), 211면도 같은 취지이다.

<sup>227)</sup> 게다가 적어도 피해자가 피용자의 행위가 위법해야 한다는 것을 입증해야 한다면, 적지 않은 경우(예컨대 채권이나 경제적 이익 침해 등) 위법성 입증을 위해 고의·과실의 입증이 필요하게 될 것이기도 하다.

다고 비판을 제기할 수 있을지도 모른다. 그러나 그러한 비판이 반드시 필연적인 것은 아니다. 우선 사용자의 면책과 관련해서 살펴본다면, 판례가 기본적으로 법률 문언으로부터 벗어났다고 단정할 수는 없다. 법원으로서서는 어디까지나 사용자의 결과예견의무와 결과방지의무와 관련해 엄격한 주의의무 기준을 부과하고 있으며 그 결과 면책을 인정할 수 없었다고 답변할 수 있을 것이기 때문이다.<sup>228)</sup> 실제로 대법원은 과건근로의 사안에서 과건사업자를 사용자로 보아 사용자책임은 지우면 서도 그가 면책할 수 있는 경우를 명시한 바 있다.<sup>229)</sup> 또한 판례가 이렇게 사용자 면책에 매우 엄격한 주의의무 기준을 적용한다면 그에 대한 균형추로서 사용자책임의 성립을 제한하기 위해 피용자의 행위가 불법행위의 요건을 모두 충족할 것을 요구하는 것도 충분히 이해할 수 있는 태도라고도 말할 수 있다. 법률이 “손해를 가한” 등의 문언으로 요건을 정하는 경우에도 당해 규정의 목적을 고려한 해석에 따라서 단순한 가해를 넘어 불법행위의 추가적인 요건을 충족하는 행위로 이해할 여지는 존재하기 때문이다.

(2) 이렇게 판례의 결론을 대체로 수긍한다고 하더라도, 물론 입법론적으로는 민법의 개정예에 의하여 그러한 결과를 법정하는 것이 타당할 것이다.<sup>230)</sup> 사용자책임의 입법주의로서 사무집행관련성에 의해 제약되는 무과실의 대위책임이 타당하다는 비교법적 인식으로부터 평가할 때, 결과에 있어 타당한 실무의 태도를 반영하는 개정작업은 입법자의 과제로서 고려되어야 하는 정당한 활동이며, 법적 안정성의 관점에서도 바람직하다. 이후 민법 개정작업에서 이러한 인식이 관철되기를 희망한다.

## VI. 결 론

1. 사용자책임의 입법주의로는 피용자의 불법행위가 있는 경우 사용자에게 무과실 책임을 부담시키는 대위책임주의와 사용자의 추정된 과실에 기초해 과실책임을 인정하는 자기책임주의가 있다(위의 I. 1.).

228) 서광민 (주 135), 200면. 그러나 이 견해는 동시에 그럼에도 주의의무 가중에 의해서만 면책을 달성하는 방법은 면책입증을 제한하는데 한계가 있다고 지적한다.

229) 大判 2003.10.9., 2001다24655, 집 51-2, 295.

230) 같은 취지로 김봉수, “사용자책임의 비교법적 경향”, **고려법학**, 제54호, 2009, 232-233면.



2. 법제사적으로 로마법에서는 무과실의 보조자책임이 우세하였다(위의 II.). 이에 대해 보통법학에서는 자기책임주의가 지배적이었으나(위의 III. 1.), 근세 이후 대위책임주의가 점차로 힘을 얻어 현재에는 보다 널리 인정되는 사용자책임의 입법주의가 되었다(위의 III., IV.). 법정책적으로도 대위책임주의가 자기책임주의보다 타당한 것으로 평가된다(위의 V. 3.).

3. 우리 입법자는 추정된 과실에 기한 사용자책임을 정하고자 하였으나(위의 V. 1.), 실무는 실제로는 이를 대위책임적으로 운영하고 있다(위의 V. 2). 이는 결과적으로 정당하다고 볼 것이며, 이러한 결과는 이후 입법론적으로 반영되어야 할 것이다(위의 V. 4).

투고일 2012. 7. 10	심사완료일 2012. 8. 29	게재확정일 2012. 8. 31
-----------------	-------------------	-------------------

## 참고문헌

- 곽윤직, **채권각론**, 제6판, 2003.
- 곽윤직 편집대표, **민법주해[XVIII]**, 2005.
- 김기선, **한국채권법각론**, 제3전정판, 1988.
- 김증한·김학동, **채권각론**, 제7판, 2006.
- 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, **民法案審議錄**, 上卷, 1957.
- 법무부, **민법(재산편) 개정 자료집**, 2004.
- 梁彰洙, **民法研究**, 제1권, 1991.
- 이상광, **사용자책임론**, 1992.
- 이은영, **채권각론**, 제5판, 2007.
- 이태재, **개정 채권각론**, 1985.
- 강봉석, “사용자책임과 그 면책사유의 법적 성질”, **저스티스**, 제85호, 2005.
- 권오승, “使用者責任에 대한 검토”, **商事法論叢: 霽南 姜渭斗博士 華甲紀念**, 하권, 1996.
- 김봉수, “사용자책임의 비교법적 경향”, **고려법학**, 제54호, 2009.
- 김형배, “사용자책임과 판례: 비교법적 시각에서”, **고려법학**, 제48호.
- 비아커, “판덱텐 법학과 산업혁명”, **서울대학교 법학**, 제47권 제1호, 2006.
- 서광민, “민법 제756조의 입법정책적 부당성 및 적용한계의 극복방법에 관한 소고”, **황적인 화갑기념 손해배상법의 제문제**, 1990.
- 이주홍, “독일법상 사용자책임에 있어서의 면책가능성 2”, **대한변호사협회지**, 제120호, 1986.
- Arabeyre, Halpérin et Krynen éd., *Dictionnaire historique des juristes français*, 2007.
- Argou, *Institution au droit français*, Paris, 1762.
- Association Henric Capitant/Société de Législation Comparée, *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, 2008.
- Association Henric Capitant/Société de Législation Comparée, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, 2008.
- Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, 1967.
- Bartolus, *In primam noui partem*, Venetiis, 1570.
- Basler Kommentar. Obligationenrecht I*, 3. Aufl., 2003.

- Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome 2, 8<sup>e</sup> éd., 1903.
- Bell, Boyron and Whittaker, *Principles of French Law*, 2nd, 2008.
- Boehmer, *Introductio in ius digestorum*, sexta editio, Halae Magdeburgicae, 1741.
- Brüggemeier, *Haftungsrecht*, 2006.
- Bundesminister der Justiz, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band II, 1981.
- Bundesminister der Justiz, *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992.
- Busby, Clark, Paisley and Spink, *Scots Law: A Student Guide*, 3rd ed., 2006.
- Catala/Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006.
- Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, tome 2, 1891.
- Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band I, 1985.
- Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band II, 1989.
- Dernburg, *Pandekten*, 2. Band, 7. Aufl., 1903.
- Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, 2007.
- Dobbs, *The Law of Torts*, 2000.
- Domat, *Oeuvres complètes de J. Domat*, tome premier, nouvelle edition par J. Remy, Paris, 1835.
- European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, 2005.
- Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 13<sup>e</sup>, 1827.
- von Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889.
- von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 3. Band, 1917.
- Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 10. Teil, 2. Abteilung, 1808.
- Grotius, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd* (1631) in Lee ed., *Jurisprudence of Holland*, 1926.
- Gschnitzer, *Österreiches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadensersatz*, 2. Aufl., 1988.
- Guhl, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., 2000.

- Hausmaninger, *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*, 5. Aufl., 1996.
- Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl., 1958.
- Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., 2000.
- Institutionum sive primorum totius iurisprudentiae elementorum libri quatuor*, Lugduni, 1627.
- Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 14. Aufl., 2011.
- Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl., 1971.
- Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, 2. Aufl., 1976.
- Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., 2008.
- Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 11. Aufl., 2010.
- Koziol/Bydlinski/Bollenberger, *ABGB. Kommentar*, 3. Aufl., 2010.
- Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht*, Band II, 13. Aufl., 2007.
- Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl., 1994.
- Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum pandectarum*, Pars prima, edition nova prioribus correctior, Tubingae, 1744.
- Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, 1956.
- Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2002.
- Leysler, *Meditationes ad pandectas*, volumen II, editio tertia, Lipsiae, Brunsvigae et Guelpherbyti, 1774.
- von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, 1971.
- Markesinis and Deakin, *Tort Law*, 6th ed. by Deakin, Johnston and Markesinis, 2008.
- Mincke, *Einführung in das niederländische Recht*, 2002.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, 5. Aufl., 2009.
- Niethammer, *Entwicklung der Haftung für Gehilfenhandeln*, Dissertation München, 1973.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Aufl., 2012.
- Pothier, *Traité des obligations*, tome premier, Paris, 1825.
- Puchta, *Pandekten*, 3. Aufl., 1845.
- Puchta, *Cursus der Institutionen*, 2. Band, 9. Aufl. besorgt von Krüger, 1881.
- Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, Francofurti ad Moenum, 1719.

- Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., 2003.
- Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 9. Aufl., 2001.
- Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), *Historischer-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 2/1, 2007.
- Schneider/Fick (Hrsg.), *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 1882.
- Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004.
- Starck, Roland et Boyer, *Obligations*, 1. Responsabilité délictuelle, 5<sup>e</sup> éd., 1996.
- Struve, *Jurisprudentia romano-germanica forensis*, editio decima septima, Bambergae, 1759.
- Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum*, editio IV. revisita et emendata, Halae Magdeburgicae, 1717.
- Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)*, ed. by C. von Bar and E. Clive, volume IV, 2010.
- Svarex, *Vorträge über Recht und Staat (1746-1798)*, Hrsg. von Conrad/Kleinheyer, 1960.
- Vinnius, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Lugduni, 1708.
- de Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, 1947.
- Voet, Johannes, *Commentarius ad pandectas*, tomus primus, editio ultima accuratior, Coloniae Allobrogum, 1757.
- Voet, Paul, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius*, Pars posterior, Gorichemi, 1668.
- Watson, Alan, *Failures of the legal imagination*, 1988.
- Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd ed., 2006.
- Wicke, *Respondeat superior*, 2000.
- Widmer/Wessener, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht*, o. J.
- Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, 9. Aufl., 1906.
- von Wyss, *Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht*, 1867.

- Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 3. Band, 2. Abteilung, 1813.
- Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1996.
- Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 2001.
- Zimmermann and MacQueen ed., *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, 2006
- Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996.
- Jordan, Barney, “Employment Relations”, Zimmermann and Visser ed., *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, 1996.
- Benöhr, “Zur Haftung für Sklavendelikte”, ZSS 97, 1980, 276.
- Busnelli, Bargelli and Comandé, “Liability for Damage Caused by Others under Italian Law”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003.
- Calabresi, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, 70 Yale L.J. 499.
- Casals and Feliu, “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003.
- Galand-Carval, “Comparative Report (Part I)”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003.
- Grundmann/Zaccaria (Hrsg.), *Einführung in das italienische Recht*, 2007.
- Koziol and Vogel, “Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003.
- Reid and Loubser, “Strict Liability”, Zimmermann, Visser and Reid ed., *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective*, 2004.
- Rüfner, “Die Rezeption des römischen Sklavenrechts im Gelehrten Recht des Mittelalters”, Finkenauer (Hrsg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, 2006.
- Seiler, “Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht”, *Juristenzeitung* 1967, 526.

- Wagner, Gerhard, “Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts”, Zimmermann (Hrsg.) *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 2003.
- Widmer, “Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law”, J. Spier ed., *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003.
- Zimmermann, “Effusum vel deiectum”, *Festschrift für Hermann Lange*, 1992.
- 未定稿本 民法修正案理由書 (서울대 도서관 소장본).
- 梅謙次郎, 民法要義, 卷之三, 1909.
- 岡松參太郎, 註釋 民法理由, 下卷, 第九版, 1899.
- 岡松參太郎, 無過失損害賠償責任論 (1916), 1953.
- 大塚直, “民法七一五條・七一七條(使用者責任・工作物責任)”, 民法典の百年 III, 1998.
- 加藤一郎, 不法行爲法, 增補版, 1974.
- 四宮和夫, 不法行爲, 1985.
- 平井宜雄, 債權各論 II: 不法行爲, 1992.
- 平野晋, アメリカ不法行爲法, 2006.
- 吉村良一, 不法行爲法, 第4版, 2010.
- 我妻栄, “損害賠償理論における「具體的衡平主義」”(1922), 民法研究 VI, 1969.

<Abstract>

## Regulating the Employer's Vicarious Liability - A Historical-comparative Overview -

Kim, Hyoung Seok\*

The Korean Civil Code (art. 756 I) prescribes the employer's responsibility for her employees who caused damage to others, but with her chance of exculpation, if she proves her no fault in selecting and supervising them. From this one would get the impression that the employer's vicarious liability in Korean law is based on her presumed fault, which could be, however, in effect deceptive. For the case law with many scholars' approval presuppose the employee's tort, not merely causing damage, and allows no exculpation of the employers, insofar as published cases are concerned. So one can say the law in action on this matter is rather the employer's no fault vicarious liability. Here arises a question of assessing the current state of law.

To answer this question, the author attempts to approach the problem from historical-comparative standpoint. Starting with the Roman law, he traces the rules concerning master's responsibility for servants through *ius commune* till the great civil codes in the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> centuries. He afterwards gives an overview of the employer's liability in modern civil codes. In conclusion the rules of the Korean Civil Code and its interpretation by the case law are assessed with their suggested revision.

Keywords: employer's vicarious liability, no fault liability, vicarious liability, liability based on presumed fault, master's responsibility for servants

---

\* Associate Professor, College of Law/ School of Law, Seoul National University.