

가해자불명의 공동불법행위에 대한 비교법적 검토

김 진*

I. 서론	2. 면책가능성
II. 독일의 가해자불명의 공동불법행위	3. 공동행위자의 범위
1. 서	V. 미국의 가해자불명의 공동불법행위
2. 판례	1. 서
3. 학설	2. 택일적 책임
III. 프랑스의 가해자불명의 공동불법행위	3. 책임의 배분
1. 서	VI. 한국에서의 가해자불명의 공동불법행위
2. 판례	1. 서
3. 학설	2. 성립요건
IV. 일본의 가해자불명의 공동불법행위	3. 가해자의 입증과 면책
1. 서	VII. 결론

I. 서론

우리민법은 불법행위에 관하여 제750조에서 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 따라서 불법행위가 성립하기 위하여는 고의 과실, 위법성, 가해행위, 가해행위와 결과사이의 인

* 안동대학교 법학과 시간강사, 법학박사.

과관계를 필요로 한다. 그런데 불법행위법에서 가해행위와 결과사이의 인과관계를 확정하는 일은 쉬운 일이 아니다. 즉 어떤 행위로 인하여 결과가 발생한 것인지, 발생한 손해를 어느 범위까지 배상하여야 하는 지, 그리고 실무상으로는 인과관계의 존부를 입증하기가 어려운 경우도 많다. 더욱이 과학과 기술이 점점 더 발전하고 사회가 복잡해지고 있는 현대사회에서 필연적으로 발생하는 복수주체에 의한 불법행위의 경우에는 더욱 그러하다. 가령 동일 성분을 가지는 유해물질을 생산한 자가 다수인 경우에 피해자가 그 중 어떤 자의 생산물을 복용한 것인지 알 수 없는 경우에 전통적인 불법행위법 원칙에 따른다면 피해자에게 손해가 발생하였음에도 불구하고 원고의 입증에 불가능한 경우에 해당되므로 피해자는 손해배상을 받을 수 없다는 아주 모순되는 결과를 낳게 된다. 이런 경우를 대비하기 위하여 각국은 가해자불명의 공동불법행위에 관한 명문규정을 두고 있다

가해자불명의 공동불법행위에 관하여 우리민법은 제760조 제2항에서 공동아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있으며 독일민법은 제830조 제1항 제2문에서 수인의 관여자 중 누구의 행위에 의해서 손해가 일어났는지 알 수 없는 경우에는 각자가 그 손해에 대하여 책임이 있다고 규정하고 있다. 또한 일본민법은 제719조 제1항 후단에서 공동행위자 중 누가 그 손해를 야기하였는지를 알 수 없는 때에는 각자 연대하여 책임을 진다고 규정하고 있다. 한편 미국불법행위법 리스테이트먼트는 제433조의 B의 (3)에서 둘 혹은 그 이상의 행위자들의 행위가 위법하고 또 침해결과가 그들 중의 한 사람의 행위만에 의하여 야기된 것이 밝혀졌지만 누가 그것을 야기하였는지에 대해서는 불확실한 경우에 자기가 그 침해결과를 야기하지 않았다는 것에 대한 입증책임은 그 행위자에게 있다고 규정하고 있다. 그러나 어느 나라의 입법에 의해서도 완전한 해결책을 내놓지 못하고 있는 실정이다. 따라서 각국의 학설과 판례는 가해자불명의 공동불법행위에 관한 규정이 어떤 경우에 적용되며, 왜 적용되어야 하는지에 관하여 많은 논의를 하여 왔으며 아직까지도 논의를 하고 있다. 이하에서는 먼저 비교법적 고찰로서 독일, 프랑스, 일본, 미국의 입법례와 논의 내용을 살펴 본 후 우리나라의 가해자불명의 공동불법행위에 관하여 살펴보려고 한다.

II. 독일의 가해자불명의 공동불법행위

1. 서

독일민법은 제830조¹⁾ 제1항에서 수인이 공동으로 행한 불법행위에 의하여 타인에게 손해를 일으킨 경우에는 각자가 그 손해에 대하여 책임이 있다. 수인의 관여자 중 누구의 행위에 의하여 손해가 일어났는지 알 수 없는 경우에도 전단과 같다. 그리고 제2항에서 교사자와 방조자는 공동행위자로 본다고 하여 공동불법행위의 성립요건을 규정하고 있으며, 제840조 제1항²⁾에서는 하나의 불법행위에 의하여 발생하는 손해에 대하여 수인이 각자 책임을 지는 경우에는 그 수인은 연대책무자로서 책임을 진다고 하여 공동불법행위의 효과에 관하여 규정하고 있다.

이와 같이 독일민법 제830조는 공동불법행위의 유형을 우리민법 제760조의 공동불법행위와 같이 협의의 공동불법행위(Mittäter), 가해자불명의 공동불법행위(Beteiligte), 교사자 및 방조자에 의한 공동불법행위(Anstifter und Gehilfen)의 경우로 나누어 규율하고 있다. 그러나 위의 세가지 유형만으로는 복수주체에 의해 발생하는 다양한 형태의 불법행위를 규율할 수 없게 되자 학설과 판례는 경합불법행위(Nebentäterschaft)라고 하는 새로운 유형의 불법행위를 인정하고 있다.³⁾

독일은 협의의 공동불법행위와 교사자 및 방조자에 의한 공동불법행위에 관하여는 주관적 관련공동설을 취하고 있는데 여기에 대하여서는 별다른 이설이 없지만⁴⁾ 가해자불명의 공동불법행위(Beteiligte)의 경우에도 상호간에 결과에 대한 인식 즉, 주관적 관련을 요구할 것인가⁵⁾와 학설과 판례가 인정하고 있는 경합불법행위(Nebentäterschaft)

1) BGB § 830. [Mittäter und Beteiligte] (1) Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

(2) Anstifter und Gehilfen stehen Mit Tätern gleich.

2) BGB § 840. [Haftung mehrerer] (1) Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entsiehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner.

3) 독일에서는 공동불법행위에 관한 민법규정 제정시에 경합공동불법행위에 관한 사항을 규정하지 않았는데 코익은 이것을 제2위원회 편집위원회의 입법상의 과오라고 한다(B. Keuk, Die Solidarhaftung des Nebentäter, AcP 168(1968), S.186).

4) Soergel-Zeuner, Kommentar zum BGB, 10. Aufl., 1969, §830 Rz 4 ; Palandt-Thomas, Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl., §830 Anm. 2(a) ; Erman-Dress, Handkommentar zum BGB, 6. Aufl., 1975, §830 Rz 2 ; Esser, Schuldrecht, Bd. II, 4. Aufl., 1971, S. 446 ; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. II, 10. Aufl., 1972, S. 458.

5) 가해자불명의 공동불법행위가 협의의 공동불법행위와 다른 점은 각자의 행위사이에 주관적 관련

의 경우에 그들 수인의 책임을 어떻게 이론 구성하여 어떠한 책임을 지을 것인가에 관하여 열띤 논의를 하였다. 그러나 여기에서는 가해자불명의 공동불법행위에서 논의되었던 점들에 한하여만 살펴 보기로 한다.

2. 판례

가해자불명의 공동불법행위가 최초로 문제된 딱총사건⁶⁾에서 독일제국대법원(Reichsgericht)은 제830조 제1항 제2문의 요건으로 수인이 손해를 야기할 수 있는 불법행위를 행할 것, 수인 중 1인의 행위에 의해 현실로 손해가 발생할 것, 각자의 행위가 손해를 야기할 수 있을 것, 그러나, 실제의 야기자가 확실하지 않을 것 등을 들면서 수인의 행위자의 공동행위(gemeinschaftliches Tun)가 있는 경우에는 제830조 제1항 제2문의 역할이 가해자를 증명할 수 없는 경우에 피해자를 구제하는데 있다는 점을 지적하였지만, 인과관계의 추정 내지 거증책임의 전환이라는 점은 아직 충분히 파악되어져 있다고 말하기는 어렵다.

그러나 독일제국대법원의 1928년 7월 12일 판결은⁷⁾ 선거를 위해서 술집에 모여 있었던 독일 국민당의 지지자를 공산당 지지자가 공격한 것 때문에 총격전이 되어 술집의 배란다에 있던 X가 맞아서 부상을 당했다. 그래서 X는 총을 소유하고 있었던 것이 확실한 Y에 대해서 위자료 800마르크, 주 25마르크의 분할지급청구 및 기타 손해에 대한 배상청구권의 확인을 구하는 소를 제기한 사건에서 Y는 X가 있었던 배란다 방향에는 발포하지 않았다는 것, 정당방위로 창문방향으로 쏜 것에 지나지 않는 것 등을 주장하였다. 원심은 richterlicher Eid⁸⁾에 의해 Y가 주장하는 사실의 존재를 인정해 Y를 면책하였다. 그래서 X(X는 공소심 도중에 사망하여 아내와 자식이 소송을 승계하였음)는 Y가 제830조 제1항 제2문에 말하는 관여자인 것과 당사자

성이 없다는 데에 있다(Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrecht 2hb, BT.(C.H.Beck's, 1994), 571),

6) 이 판결의 사안은 다음과 같다. 요리점에서 개최된 사교상의 모임에서 누군가에 의해서 던져진 딱총이 원고 X의 눈에 맞아 X는 중대한 시력장애를 입었다. 이에 X는 그곳에 참석한 6명에 대하여 손해배상을 청구하였으나, 이 중 딱총을 던지면 X를 맞출수 있는 위치에서 식사를 하고 있었고 또 X가 딱총에 맞았을 때에 실제로 딱총을 던지고 있었던 것이 인정된 Y₁ Y₂ 두명에 대하여만 책임을 인정하였다(RGZ 58, 357).

7) RGZ 121, 400.

8) richterlicher Eid란 요증사실에 대하여 법관이 그 존부에 대하여 법관이 그 존부의 심증을 얻지 못한 때에 법원이 당사자에게 선서하게 하여 사실을 인정할 수 있는 것으로서 독일민사소송법 제 475조에 규정되었으나 1933년에 삭제되었다.

선서에 의한 사실을 인정하여 인과관계부존재의 반증을 인정하는 것은 위법이라는 이유로 상고한 사건에서 제830조 제1항 제2문의 관여자도 인과관계의 부존재를 증명하면 면책된다고 판시하였다.

또 X는 Y등 세 사람의 수렵 중 발포에 의해 부상을 당했는데 인과관계가 없는 것이 확실한 자를 제외한 두 사람에 대해 손해배상을 청구한 사건에서 원심이 Y의 책임을 긍정한 1심 판결을 인용하여 Y의 항소를 기각하자, Y는 원심이 Y의 반증을 제830조를 이유로 인정하지 않는 것은 위법이라는 것을 이유로 상고한 사건에서 1962년 12월 2일 연방법원⁹⁾은 “제830조에 의하면 손해야기가 문제될 수 없는 자의 책임만이 배제된다. 그러나 이 반증에 있어서 특별히 경감되어진 증명으로 충분하다고 하는 생각은 채용될 수 없다. 오히려 법원이 피고가 손해를 야기했기 때문이 아니라고 하는 심증을 가진 경우에만, 이 증명이 이루어졌다고 말할 수 있다.”고 판시하였다. 이 판결에 의하여 인과관계의 부존재의 증명은 완전히 증명되지 않으면 안 되게 되었다. 즉 판례는 기본적으로는 물적, 장소적, 시간적으로 일체적인 사건(sachlich, räumlich und zeitlich einheitlich Vorgang)이라는 기준을 채택하였으나¹⁰⁾ 밤에 차를 세우려다 차에 치어 도로에 쓰러져 있는 행인을 다른 차가 또다시 치었으나 상해에 결정적인 영향을 준 부상이 누구의 차에 기인하는지 알 수 없는 경우¹¹⁾, 교통사고의 피해자를 병원으로 수송하던 중 약 2.5km 떨어진 곳에서 그 수송차가 또다시 화물차와 충돌하여 피해자가 재차 부상을 입어 어느 사고에서 어느 부상을 입었는지 알 수 없게 된 경우¹²⁾에도 제830조 제1항 제2문을 인정함으로써 그 기준은 점차 완화되었다.

3. 학설

어떠한 범위의 관여자에게 제830조 제1항 제2문을 적용할 것인지에 관하여 (1) 라렌츠는 우선 제830조 제1항 제2문은 통상의 의미에 있어서 인과관계를 추정하는 것이 아니고 인과관계의 의제에 가까운 것으로 이해한다. 다만 여기서 말하는 의제라는 것은 반증을 인정하지 않는다는 의미에서의 의제는 아니고, 반증자체를 인정하는 것이기 때문에 통상의 추정은 아니라고 하는 것이다. 관여자불명의 공동불법행위의 경

9) VersR 62, 430.

10) BGHZ 25, 274.

11) BGHZ 33, 286.

12) BGHZ 55, 86.

우에는 관여자 중 누군가 1인이 손해를 야기한 것이기 때문에 관여자 전원에 대하여 인과관계를 추정할 수는 없다고 생각한다. 그럼에도 불구하고 전원에게 책임을 부담시키는 것은 인과관계의 의제이고, 이러한 책임을 부담시키기 위해서는 관여자간에 행위의 공동 내지는 상호인식이 필요하다고 한다.¹³⁾

(2) 관여자간에 사실상의 시간적·장소적 관련의 존재를 요구하는 견해로서 제830조 제1항 제2문을 인과관계의 추정규정으로 이해하는 점에서는 같지만 추정의 실질적 근거에 관하여는 피해자보호를 위한 기술적 규정이라고 생각하고 실체법상 특별한 설명을 하지 않는 견해¹⁴⁾와 손해야기의 가능성 있는 위험상태를 유책하게 야기한 것을 인과관계 추정의 근거라고 하는 견해¹⁵⁾가 있다.

(3) 비드린스키는 관여자불명의 공동불법행위의 경우에는 책임이 부담될 수 있는 각 관여자의 행위와 손해 사이에는 인과관계가 없지만 각 행위자는 위법한 행위에 의해 위험을 야기했고 게다가 각 관여자에 대해 손해야기의 가능성(mögliche Kausalität)이 존재한다고 한다. 특징으로는 유책한 위험상태의 야기와 손해야기의 가능성을 각기 독립의 실체법상의 책임요소로 생각하는 점이다. 여기서 관여자의 책임은 관여자 각인이 이러한 책임요소를 갖춘 것으로 되기 때문에 다시 관여자의 관련성이라는 것이 필요치 않다¹⁶⁾고 한다.

(4) 카나리스는 비드린스키의 가능성 인과관계 개념을 좀 더 체계화하여 손해야기에 대한 높은 개연성(hoher Wahrscheinlichkeit) 또는 구체적 적합성(konkreter Eignung)이 있어야 한다는 견해가 있다.¹⁷⁾

그러나 어떤 견해를 취하더라도 가해자 상호간 또는 가해자와 피해자간의 이해관계를 원만하고 모순 없이 해결하기는 어렵다.

13) K. Larenz, a.a.O., S. 458 f. 그러나 베케를레는 주관적 요소를 요구하는 견해에 의하면 협의의 공동불법행위와 마찬가지로 수인이 행위의 측면에서 일괄 파악되므로 실제의 손해원인은 각자에게 귀책되므로 각자의 손해배상의무는 자신의 행위의 잠재적 원인성에 기인하는 것이 아니라 사실상의 인과적 기여에 대한 공동책임에 기인하는 것으로 된다고 비판한다(Weckerle, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, 1974, S. 115).

14) Rumpf, Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem BGB, 1904. S. 69 f.

15) Erman-Dress, Handkommentar zum BGB, 6.Aufl., 1975, § 830. Rz 8 ; Planck- Flad, Kommentar zum BGB, 2. Bd., 4. Aufl., 1928, § 830 Amn. 2(b).

16) Bydlinzky, Haftung bei alternativer Kausalität. Juristische Blätter, 1959, S. 10-12 참조.

17) Larenz/Canaris, aaO., S. 574.

III. 프랑스의 가해자불명의 공동불법행위

1. 서

프랑스는 1804년 민법전 제정 당시에 일반불법행위에 관해서만 규정하고 공동불법행위에 관하여는 규정하지 않았을 뿐만 아니라 프랑스민법 제1202조¹⁸⁾의 연대불추정의 원칙에 따라 “연대는 계약이 있는 경우를 제외하고는 법률규정이 있는 경우 외에는 생기지 않는다”¹⁹⁾고 하여 명시적 약정이나 법률의 규정이 없는 이상 연대채무가 성립할 여지가 없었다. 따라서 민법제정당시에 학설과 판례는 공동불법행위에 관하여 분할책임을 인정하는 태도를 보였으나,²⁰⁾ 19세기 중엽부터 학설과 판례²¹⁾는 공동불법행위자에게 전액배상채무²²⁾를 인정하였다. 그리고 전액배상책임에 대한 법적구성에 대해서는 프랑스민법 제1382조²³⁾ 및 제1383조²⁴⁾를 근거로 하여 전부책임으로 이

18) Art. 1202. La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

19) Drakidès, Du principe en vertu du quel la solidarité ne se présume pas, thèse, Paris, 1939, p. 66.

20) Cass., 3 déc. 1827, D.28.1.41.

21) Civ. 11 juil. 1892, D.P. 1894. 1. 513 ; Douai, 25 janv. 1897, D.1897. 2. 319 ; Paris, 21 juin 1928, Gaz-trib. 1928. 2. 430 ; Civ. 25 fev. 1942, D.C. 1942.J. 96 ; 10 mai 1948, S. 1950. 1. 77 ; Civ. 4 déc. 1939, D.C. 1941. J. 124.

22) 전액채무와 연대채무는 구별된다. 즉 연대채무는 채무자가 복수인 경우에 채권자에게 보증을 부여하기 위해 인정된 제도로서 채무의 분할성의 원칙에 대한 예외를 이루며, 이에 의하여 채권자는 소송을 나누어 해야 하는 불편과 채무자중의 1인의 무자력위험을 피하게 된다. 따라서 연대채무는 이러한 예외적 성격을 가지므로 법률의 규정이나 당사자의 합의에서만 나올 수 있다. 그러나 전액채무란 채무의 한 모습이 아니라 어떠한 상황, 즉 모든 채무자 각자가 채권자에게 전액을 부담하여야 하는 것이다(C. Caille, Les causes d'exonération de la responsabilité civile délictuelle, 1988, th. n° 372). ; Demolombe에 의하면 전액채무는 그 채무의 본래의 속성에 의하여 수인이 전액을 부담하는 그러한 채무가 어떤 상황에서부터 발생할 때 그 상황의 필연성에 의하여 또는 사물 그 자체의 힘에 의하여 발생하기 때문에 계약이나 법규정과는 상관없이 당연히 발생한다고 한다(C. Caille, op. cit., n° 372).

23) 프랑스민법은 제1382에서 다음과 같이 규정하고 있다.

타인에게 손해를 주는 모든 자의 행위는 그 과실로 인하여 손해를 생기게 한 자로 하여금 그 손해를 배상할 의무를 지운다(Art. 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer).

24) 프랑스민법 제1383조는 다음과 같이 규정하고 있다.

누구든지 그 행위뿐만 아니라 그 해태 또는 부주의에 의하여 발생한 손해에 대하여 책임이 있다

해하고 그 성질을 완전연대가 아니라 불완전연대(solidarité imparfaite)²⁵⁾라고 하고 있다.²⁶⁾ 그리고 전액책임의 근거로 공동의 과실이나 결과의 불가분성을 들고 있다.²⁷⁾ 여기에서 공동의 과실이란 공동의 야기자들은 단일한 공동의 과실을 저질렀기 때문에 각자는 결과 전체에 대하여 책임을 져야 한다는 것이고, 결과의 불가분성 중에서 인과관계의 불가분성과 손해의 불가분성에서 구하는 견해로 양분된다. 여기에서는 가해자불명의 공동불법행위에 관하여 논의 되었던 점들을 간단히 살펴 보기로 한다.

2. 판례

판례는 가해자불명의 경우에 모든 혐의자에게 전손해에 대한 배상책임을 부과하는 것을 정당화하기 위하여 과실책임의 경우에는 단체과실(faute collective), 공동과실(faute connexes) 또는 관련과실(faute commune)이라는 개념을 사용하였다.²⁸⁾ 즉 한 어린이가 사냥하는 사람들에게 맡겨졌는데 누구인지는 모르지만 그들 중의 한 명이 쏜 총알에 맞아 부상을 입은 사건에서 항소심은 피해자의 손해배상을 기각하였으나 파기원은 전 사냥꾼들이 공동의 감독을 함에 있어서 과실(faute)이 있었는지의 여부를 조사하지 않았다는 이유로 그 판결을 파기환송하였다. 그러자 원심은 공동과실(faute connexes)을 인정하였다.²⁹⁾ 이에 대하여 Tourneau는 마치 수많은 꽃잎이 모인 것만으로는 장미가 될 수 없듯이 공동의 행위에 참여한 자들의 개별적인 개인과실(fautes individuelles)의 단순한 집합이 “단체과실” 내지 “공동과실”이 될 수는 없으며, 그것은 전체로서의 단체 그 자신의 과실이어야 하므로 이 개념은 신중하게 사용해야 한다고

(Art. 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence).

25) 19세기에 이르러 프랑스에서는 프랑스민법 제1200조 이하에서 그 법적 성질과 효과를 규정하고 있는 연대채무와 연대채무의 2차적 효과가 배제된 불완전 연대채무(solidarité imparfaite)를 구별하여 사용할 것을 주장하였다. 이들에 의하면 완전한 연대채무는 계약에 의해서만 발생하고 법정연대채무는 채무자들 사이에 연대관계를 만들고자 하는 의사를 발견할 수 없으므로 대부분 불완전 연대라는 것이다(Mourlon, Répétitions écrites sur le Code Napoléon, 13e ed., t.II, n° 1258).

26) 이를 처음에는 불완전연대(solidarité imparfaite)라고 하였으나 전액채무(obligation in solidum)라고 하는 것이 현재의 판례와 통설이다(淡路剛久, 連帶債務の研究, 弘文堂, 1977, 168면).

27) Meurisse, Le déclin de l'obligation in solidum, D. 1962, chr., S. 243.

28) Chabas에 의하면 이러한 설명은 과실(faute)의 개별성의 원칙에 어긋난다고 한다. 그리고 全額債務는 無過失責任에도 적용되는 것인데 共同의 과실에 의해서는 설명이 곤란하다고 한다(Chabas, L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation, 1973, th. n°s 11-13).

29) Bourges, 5fév. 1957.J.330;S.1957.J.234.

비판하였다.³⁰⁾

또한 판례는 그 집단의 구성원들에게 과실을 인정하기가 어려울 경우에는 프랑스 민법 제1384조 제1항에 의거하여 배상책임을 인정하고, 그 근거로서 탄환의 단일한 속(gerbe unique) 내지는 공동관리(garde collective 혹은 garde en commun)라는 개념을 사용하기도 하고,³¹⁾ 경우에 따라서는 동시에 사격한 사냥꾼들에게 전부의무를 지우기 위하여 사냥꾼들은 그들이 발사한 총알이 형성하는 단일의束을 공동관리한다고 하기도 하였으며,³²⁾ 어린이들이 물방간에서 성냥을 가지고 놀다가 화재가 생긴 경우에 성냥에 대한 공동관리라는 개념을 사용하기도 했다.³³⁾ 그러나 피고가 문제의 총알이 자기의 총에서 발사된 것이 아님을 입증하면 면책된다.³⁴⁾

3. 학설

Postacioglu³⁵⁾에 의하면 직접 사고를 발생시키지 않은 총들도 원인력을 가질 수 있는 것으로 보아야 한다는 것이다. 왜냐하면 “동시에 방아쇠를 당기지 않았더라면 피해자가 가질 수 있었을 증거방법을 갖지 못하게 하는 데에 그 총들이 기여하였기 때문이다.” 그리하여 그들의 전부의무를 정당화하는 것은 바로 이러한 증거방법의 소멸에의 참여라고 한다.³⁶⁾ 또 하나는 단지 손해야기자의 정확한 확정이 어려운 경우에 인과관계³⁷⁾에 대한 입증책임을 좀더 공평하게 분배해야 한다는 것이다.³⁸⁾ 즉 원칙적

30) P.Tourneau, La responsabilité civile, (3^e édition, 1982), n° 640.

31) B.Starck, Obligations:Responsabilité délictuelle, (1991, 4e éd.).

32) Civ.2^e, 13 mars 1975, D. 1975, I.R., p.124; observ, G. Durry, Rev.trim.dr.civ., 1975, p.543, n° 7.
그러나 Mazeaud는 손해를 야기시키는 “束”을 “관리”한다고 하는 말은 이해할 수 없다고 한다(MM. Mazeaud, Droit Civil: Obligation, (8^eéd. 1991), n° 519).

33) Cass.Civ.II, 1er avril 1981, Bull.civ.II, n° 84.

34) Civ., 5 fev. 1960, D. 1960, 365, note, Aberkane.

35) I.E.Postacioglu, Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective, Rev. trim.dr.civ., 1954, p.438.

36) 리옹 항소법원(la Cour de Riom)은 1964년 2월 5일의 판결에서 2명의 사냥꾼에 대하여 한명의 과실은 손해를 야기하였고 다른 한명의 과실은 “손해의 정확한 원인을 아는데에 방해를 하였다”고 하는 두 가지의 과실을 인정하여 각자에게 전손해에 대하여 배상책임을 인정하였다(Riom, 21 avril 1966, Gaz. Pal., 1966.2.28).

37) 프랑스에서는 독일에서처럼 인과관계이론에 대해서는 그렇게 큰 관심을 가지고 있지 않다. 인과관계문제에 관한 파기원의 실용주의적 태도를 고려해 볼 때 이에 관한 이론적 분석은 별로 쓸모가 없고 따라서 학자들의 흥미를 끌지 못한다고 한다(B.Starck, op. cit., n° 1215). 또한 마조

으로는 입증책임은 피해자가 부담하지만 소송이 제기된 집단중의 가상의 한 구성원 (un membre idéal)에 대하여 책임발생에 필요한 모든 요건이 갖추어졌다는 것을 원고가 입증하였을 때에는 그것으로 충분하다고 보고, 손해를 직접적으로 야기시킨 자를 확정하는 것은 그 집단의 구성에게로 돌아간다는 것이 타당하다고 한다. 한편 가해자 불명의 경우에 피고에게 전부의무를 선고하기 위해서는 손해를 야기하였을 가능성이 있는 사람들 모두에게 소송을 제기하여야 한다는 주장도 있다.³⁹⁾ 즉 가해자불명의 경우에 피해자에게 유리하게 입증책임의 전환을 인정한 것은 손해를 실제로 야기한 자가 피고들 중에 있는 것이 명백할 때에 단지 피고들 중에서 그를 분리해 내는 것을 면하게 해 주는 데에 그 취지가 있는 것이며, 그 이상이 될 수는 없다는 것이다. 따라서 손해를 발생시켰을 가능성이 있는 자들에게 전부의무를 선고하기 위해서는 그 범위의 사람들 모두가 알려지고 또 제소되어야 하며, 이 요건은 판례의 해결방식에 대하여 합리적인 제한을 두기 위하여 꼭 필요한 것이라고 한다. 그러나 이에 대하여 파기원은 피해자는 손해발생의 의심이 있는 자 전원을 상대로 배상청구를 할 필요는 없다고 하였다.⁴⁰⁾

IV. 일본의 가해자불명의 공동불법행위

1. 서

일본민법은 제719조⁴¹⁾ 제1항에서 수인이 공동의 불법행위로 인하여 타인에게 손해 (Mazeaud)는 이는 학문의 문제라기보다는 상식의 문제라고 한다(H., L., et J.Mazeaud, Traité thorique de pratique de la Responsabilité Civile, (1970, 6ème éd.), n° 1673).

38) P.Tourneau, op.cit., n° 647; N.Dejean de la Batie, note au J.C.P., 1978, II, 18873; G.Viney, Droit civil:La responsabilité:conditions, 1982, n° 380; G.Durry, Rev.trim.dr.civ., 1984, 316.

39) G.Viney, op.cit., n° 381.

40) 어린이들이 두 그룹으로 나뉘어 화살을 쏘며 노는 중에 한 어린이가 눈에 화살을 맞아 부상을 입은 사건에서 피해자의 부모가 상대방 그룹 중의 1인에 대해서만 소송을 제기하자 원심은 단체 책임(responsabilité collective)의 경우에는 그 그룹 모두를 상대로 소송을 제기하여야 한다는 이유로 각하하였다. 이에 파기원은 손해발생의 도구로 된 물건의 관리가 수인에 의하여 공동으로 행하여졌을 때에는 공동관리자의 각자는 피해자에 대하여 손해전부를 배상하여야 한다는 이유로 원심을 파기하였다Civ. 2^e, 7 nov. 1988: Bull. civ. II, n° 214, p.116; D. 1988, 279).

41) 第719條 第1項 : 數人カ共同ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帶ニテ其賠償ノ責ニ任ス. 共同行爲者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキ亦同シ.

第2項 : 教唆者及ヒ幫助者ハ之ヲ共同行爲者ト看做ス.

를 가한 때에는 각자 연대하여 책임을 진다. 공동행위자 중의 누가 그 손해를 가하였는지를 알 수 없는 때에도 또한 같다. 그리고 제2항에서 교사자 및 방조자는 이를 공동행위자로 간주한다고 하여 독일민법이나 우리민법과 마찬가지로 협의의 공동불법행위, 가해자불명의 공동불법행위, 교사자 및 방조자에 의한 공동불법행위의 경우로 나누어 규율하고 있다. 통설⁴²⁾과 판례⁴³⁾는 주로 제719조 제1항 전단의 협의의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 각 행위자들의 공모 내지는 의사의 공통이나 공동의 인식은 필요 없으며 그 행위가 객관적으로 관련 공동하고 있으면 족하다고 하고 제1항 후단의 가해자불명의 공동불법행위에 대해서는 수인이 위법행위를 야기할 가능성이 있는 위험있는 행위를 객관적으로 공동행사한 것으로 공동행위자 중 누군가가 위법행위를 한 것은 확실하지만 실제로 가해행위를 한 자가 누군인가가 불명한 경우에 적용된다고 한다.

종전까지는 제719조 제1항 전단의 협의의 공동불법행위에 관하여 많은 논의를 하였으나 최근 들어 독일법의 영향을 받아서 인지 제1항 후단의 가해자불명의 공동불법행위에 있어서 면책의 가능성을 인정할 것인지와 공동행위자의 범위를 어떻게 볼 것인지에 대하여 논의를 하였다. 여기에서는 가해자불명의 공동불법행위에서 논의되었던 점들을 간단히 살펴 보기로 한다.

2. 면책가능성

가해자불명의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 첫째, 각 행위자에게 고의·과실·위법성 및 책임능력이 있을 것, 둘째, 공동아닌 수인이 있을 것, 셋째, 공동행위자 중 어느 자가 위법행위를 한 것은 확실하지만 그것이 누구인지가 불명할 것을 들고 있다.⁴⁴⁾ 문제는 가해자불명의 공동불법행위에 있어서 공동행위자에게 연대책임을 가하는 것은 인과관계에 관한 피해자의 입증책임을 덜어주기 위한 것인데도 자기의 행위와 손해발생 간에 인과관계 없음을 입증하면 책임을 면책·감책 할 수 있는지에 관한 것이다.

여기에 관해서 소수설은 가해자불명의 공동불법행위는 피해자를 두텁게 보호하기 위한 것 뿐만 아니라 공동행위자에게 경고를 주려고 하는 것이기 때문에 반증을 들

42) 森島昭夫, 不法行爲法講義, 有斐閣, 1987, 93-94면.

43) 最判昭 32.3.26., 民集 11卷 3号, 543頁; 最判昭 43.4.23., 民集 22卷 4号, 964頁; 最判昭 57.3.4., 判時 1042号, 87頁.

44) 能見善久, 共同不法行爲責任の基礎的考察, 法學協會雜誌 94卷8號, 1209면.

어 책임을 면책·감책할 수 없다고 한다⁴⁵⁾. 그러나 다수설은 가해자불명의 공동불법행위는 피해자구제를 두텁게 하기 위하여 행위자간에 인과관계를 추정한 것이라고 보아 반증에 의한 책임의 면책·감책을 인정한다.⁴⁶⁾ 따라서 명치기 이래 학설은 크게 흔들려 왔는데 오늘날에는 드문 예외를 제외하고 거의가 면책긍정론을 취하고 있다.⁴⁷⁾ 이 점에 있어서는 전단의 취지 기능을 인과관계의 의제 또는 추정으로 보는 논자나 반대로 인과관계의 점에 관한 한 하등 특별한 의의가 없다고 보는 논자나 차이가 없다 또 전단에 대하여 객관적 공동설을 취하든 주관적 공동설을 취하는가에 따라 차이가 있는 것도 아니다. 그 이유는 대개 가등설 등이 말하는 “가해행위 자체에 대한 공동성이 없는 경우이므로” 라고 하는 점이 받아들여졌기 때문이다.⁴⁸⁾

3. 공동행위자의 범위

각인이 손해의 일부에 대해서 사실적 인과관계를 가지는 것은 명확하지만 그 양이 불명인 경우까지 적용되는 지와 사실적 인과관계가 불명인 경우만이 아니고 손해범위에 대한 상당성판단이 불가능한 경우에도 적용되는지가 문제로 된다.

종래에는 단지 가해자 자체가 불명한 경우만이 상정되었으나, 근래에는 각인이 무언가의 손해를 발생시킨 것은 명확하지만 그 정도 내용 내지 범위가 불명확한 경우에도 적용이 있다고 해석하게 되었다. 이 점은 실은 명치시대에 菱谷이 지적한 적이 있지만 그 후 오래동안 간과되었고 60년대 말에 공해문제를 계기로 사법학회에서의 四宮의 발언 혹은 前田 淡路등의 논문에서 다시 주장되었으며 오늘날에는 거의 異論을 찾아 볼 수 없다.⁴⁹⁾ 이에 의하면 후단에서는 면책의 항변 이외에 감책의 여지를 인정하는 것으로 된다.⁵⁰⁾

또 하나의 측면은 공동행위자를 매우 느슨하게 해석하는 점이다. 원래 전단의 공동 보다는 넓게 해석하는 것이 일반적이었지만 한층 진전하여 ‘약한 관련공동’이라

45) 我妻榮은 가해자불명의 공동불법행위에 관한 규정은 자기의 행위가 원인이 아니라는 것을 증명하는 것만으로는 면책되지 않고 원인자를 증명해야 비로소 면책된다는 징벌적 규정으로 보고 있다(我妻榮, 事務管理 不當利得 不法行爲, 新法學全集 10, 日本評論社, 1965, 196면).

46) 加等一郎, 不法行爲, 法律學全集 22, 有斐閣, 1972, 211면; 高木多喜男外, 民法講義(6), 有斐閣, 1982, 250면.

47) 星野英一, 民法講座 第6卷 事務管理 不當利得 不法行爲, 有斐閣, 1985, 622면.

48) 上掲書, 622-623면.

49) 上掲書, 623면.

50) 神田孝夫, 不法行爲責任の研究, 一粒社, 1988, 361면.

든가 ‘당해 권리침해를 야기할 위험성을 포함하고 있는 행해를 한 자’, ‘동일한 손해 야기에 관여한 모든 자’ 등 논자에 따라 표현상의 차이는 있지만 행위의 일체성이라는 요소를 경시하게 되었다. 더욱이 주의할 점은 행위의 일체성이라고 하는 점거의 도외시 되었다.⁵¹⁾

판례는 사실적 인과관계가 불명인 경우에 가해자불명의 공동불법행위규정을 적용하여 인과관계를 추정하는 기능과 사실적 인과관계관계는 존재하지만 상당성판단이 곤란한 경우에도 가해자불명의 공동불법행위에 관한 규정을 적용하였다.⁵²⁾

V. 미국의 가해자불명의 공동불법행위

1. 서

미국은 공동불법행위에 관하여 성문법으로 규정하고 있지는 않지만 제2차 불법행위법 리스테이트먼트는 제876조⁵³⁾(Persons Acting Concert)에서 (a) 타인과 협동하거나 또는 그 타인과의 공동목적(common design)에 따라 불법행위를 한 자, (b) 타인의 행위가 의무위반(breach of duty)을 구성함을 알면서 그 타인이 스스로 행위 할 수 있도록 실질적인 도움(substantial assistance) 또는 격려(encourage)를 준 자, (c) 타인에게 불법한 결과를 초래함에 관한 실질적인 도움을 주면서 자기의 행위 또는 제3자에 대한 의무위반을 구성하는 자에 해당하는 자는 제3자에 대하여 타인의 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임을 부담한다고 규정하고 있다. 그리고 가해자불명의 공동불법행위에 해당하는 택일적 책임(alternative liability)에 관하여 제2차 불법행위법 리스테이트먼트 제433조의 B의 (3)⁵⁴⁾은 “둘 혹은 그 이상의 행위자들의 행위가 위법하고,

51) 星野英一, 前掲書, 623면.

52) 能見善久, 前掲論文, 1209면 이하.

53) 제2차 불법행위법 리스테이트먼트 제876조는 다음과 같다.

§876. Persons Acting Concert

For harm resulting to a third person from the tortious conduct of another, one is subject to liability if he

(a) dose a tortious act in concert with other or pursua it a common design with him, or

(b) knows that the other's conduct constitutes a breach of duty and gives substantial assistance or encouragement to the other so to conduct himself, or

(c) gives substantial assistance to the other in accomplishing a tortious result and his own conduct, separately considered, constitutes a breach of duty to the third person.

또 침해결과가 그들 중의 한 사람의 행위만에 의하여 야기된 것은 밝혀졌지만 누가 그것을 야기하였는지에 대해서는 불확실한 경우에 자기가 그 침해결과를 야기하지 않았다는 것에 대한 입증책임은 그 행위자에게 있다.” 고 규정하고 있다. 이 외에도 경합불법행위를 인정하고 있다. 즉 아무런 의사의 연락이 없는 수인의 행위가 경합하여 하나의 손해를 야기한 경우에 경합불법행위자들은 피해자에 대하여 각자 전액의 배상의무를 부담하며 다만 1인이 변제하면 그 한도 내에서는 다른 가해자도 배상의무를 면하게 된다. 그리고 1인에 대한 면제는 원칙적으로 다른 가해자에게 영향을 미치지 아니한다.⁵⁵⁾

여기에서는 가해자불명의 공동불법행위에서 논의되었던 점들을 간단히 살펴 보기로 한다.

2. 택일적 책임

이 택일적 책임(alternative liability)은 Summers사건⁵⁶⁾에 잘 나타나 있다. 두 명의 새 사냥꾼이 과실로 원고가 있는 방향으로 총을 쏘아서 원고의 눈에 상처를 입혔으나 둘 중 누구의 총에 의해 상처를 입었는지 누구도 증명할 수 없는 사안에서 캘리포니아 대법원은 그런 경우에 피고들은 손해의 전부에 대해서 각자가 개별적으로 전체책임(jointly and severally liability)을 져야 한다고 판결했다. 그 이유는 피고들은 타인에게 위험을 야기하는 행위를 했을 뿐만 아니라 둘 다 과실있는 행위를 한 것이 명백한데도 원고에게 그 중에서 가해자를 특정하라고 요구하면 피고는 둘 다 책임을 면하게 되고 원고는 아무런 배상도 받지 못하는 불공정한 결과가 되기 때문이라고 한다.⁵⁷⁾

이 판결을 지지하는 학자들은 첫째 피고 각자의 과실이 인정되고 또 그들 가운데 한사람이 결과를 발생시킨 것이 확실하지만 그 중 누구인지 모를 경우에 아무 잘못

54) §433 B.(3) Where the conduct of two or more is tortious, and it is proved that harm has been caused to the plaintiff by only of them, but there is uncertainty as to which one has caused it, the burden is upon each such actor to prove that he has not caused the harm.

55) A와 B선박이 각자의 과실로 충돌하고 그 여파로 B의 선박이 다시 C의 선박과 충돌한 사건에서 A와 B에게 공동불법행위자(joint tortfeasors)로서의 책임이 아니라 경합불법행위자(concurrent tortfeasors)로서의 책임을 인정하였다(The Koursk, 1924, p. 140, CA).

56) Summers v. Tice, 1948, 33 Cal2d. 80, 199 P2d(이하에서는 Summers라고 표시한다).

57) Summers, p. 86.

없는 원고 보다는 과실있는 피고가 그 손해를 부담하는 것이 더욱 공평하며, 둘째 이 경우 원고가 그 인과관계를 입증할 수 없는 것이 피고의 과실에 기인하므로 입증책임 전화를 하는 것이 타당하다는 점을 들고 있다.⁵⁸⁾

입증책임이 상대방에게 전환되는 경우에는 통상 피고가 원고보다는 사실을 입증하는데 더 유리한 입장에 있다는 것을 전제로 하고 있지만 Summers사건에서는 반드시 피고가 입증에 유리하기 때문에 입증책임을 전환한 것은 아니라고 한다.⁵⁹⁾ 여기서 주의할 것은 인과관계의 입증책임이 피고에게 전환된다고 하더라도 과실에 관한 입증책임까지 전환된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 과실은 반드시 원고에 의하여 입증되거나 적어도 사실상 추정되어야 한다⁶⁰⁾. 영미법상 과실추정의 원칙(res ipsa loquitur)⁶¹⁾은 원칙적으로 다수인의 행위가 경합한 경우에는 적용되지 아니한다.⁶²⁾ 왜냐하면 과실추정의 법칙이 적용되기 위해서는 그 도구 또는 매개물에 대한 배타적 지배가 있어야 하는데 다수인의 행위가 경합한 경우에는 이러한 배타적 지배라는 요건이 결여되어 있기 때문이다.

택일적 책임과 관련하여 주목할 만한 것은 Sindell사건⁶³⁾이다. 이 사건에서 캘리포니아 주대법원은 소위 시장점유율이론(Market Share Liability)⁶⁴⁾에 입각하여 특이한 판결을 하였다. Sindell사건은 임신부들이 유산을 예방하기 위하여 DES라 불리는 약을 복용하였는데 그 약을 복용한 산모들이 낳은 딸들에게서 하복부 암이 발견되었지만 이때 피해자들은 그들의 어머니가 어느 회사의 제품을 복용하였는지 알 수 없었다. 그리하여 피해자들은 그 당시 이 제품을 생산한 기업들 중 11개 회사를 상대로 단체소송을 제기하였다.

58) Fleming, The Law of Torts, 7th ed., 1987, pp. 288-289.

59) 윤용석, 가해자불명의 불법행위, 財産法研究 제21권 제2호(2005), 284쪽.

60) Prossers & Keeton, On the law of Torts, 5th ed., 1984, p. 271.

61) res ipsa loquitur의 요건으로는 (1) 사건이 통상 누군가의 과실 없이는 발생하지 않는 그러한 종류일 것, (2) 피고의 배타적인 지배하에 있는 도구(instrumentality) 또는 매개물(agency)에 의하여 야기될 것, (3) 원고측의 자발적 행위 또는 기여에 기인하지 않을 것 등을 들고 있다. 몇몇 법원에서는 여기에다가 (4)사고의 진정한 설명에 대한 증거는 원고에게 보다는 피고에게서 보다 쉽사리 얻을 수 있을 것을 추가시키고 있다(Prosser & Keeton, op., p. 244).

62) Prosser & Keeton, op. cit., p. 253.

63) Sindell v. Abbott Laboratories, 1980, 26 Cal.3d 588, 163 Cal.Rptr.132, 607 P.2d, certiorari denied 449 U.S. 912, 101 S.Ct. 286, 66 L.Ed.2d 140.

64) 시장점유율책임론에 관해서는 윤용석, 미국불법행위법상의 Market Share Liability에 관하여, 법학연구(부산대, 1993), 제34권, 제1호, 참조.

이에 캘리포니아 주대법원은 원고가 가해자를 특정할 수 없는 경우에도 원고가 복용한 것과 같은 공식에 의해 제조된 약품(DES)의 시장의 '상당한 지분(Substantial Share)'을 점유하는 제약회사를 피고로 했다면 피고제약회사는 스스로 면책사유를 입증하지 않는 한 약품(DES)의 시장에 있어서 각자의 점유율만큼 책임을 져야 한다고 판결했다. 전통적인 가해자불명의 공동불법행위이론에 따르면 Sindell사건은 원고는 누가 제조한 DES인지 모르지만 그 DES를 먹고 피해를 입었기 때문에 그 약품의 제조자는 모두 가능적(잠재적) 가해자군에 들어가고 단지 특정 그 중 누구의 제품에 의해서 피해를 입었는지 알 수 없는 경우이기 때문에 캘리포니아 주에 있는 200여개의 DES 제조회사에게 택일적 책임이 적용될 수도 있다. 그러나 택일적 책임원칙을 그래도 적용하여 200여개의 DES 제조사에게 책임을 묻는다면 이론적으로나 실제적으로도 모순이다. 그래서 Sindell사건은 모든 가능적 가해자에게 택일적 책임을 지울 수 없는 사정과 피해자를 보호하기 위하여 '시장에 상당한 지분을 점유하고 있는'이라는 기발하면서도 획기적인 용어⁶⁵⁾를 사용하여 제조회사에게 책임을 물었다.

3. 책임의 배분

불법행위로 인한 손해 발생과 인과관계에 있다고 인정되는 행위를 한 사람이 다수 존재하는 경우에 그 중의 1인에게 전체손해 가운데 어느 정도의 책임을 부담시킬 것인가 하는 문제가 발생한다. 이것이 이른바 책임의 배분(apportionment of damage)인데, 이에 관한 일반적 원칙은 손해가 불가분적(indivisible)인 때에는 각 행위자는 전체손해에 대하여 전체로서 그리고 개별적으로(jointly and severally) 책임을 지고, 손해가 가분적인 경우에는 각개의 행위자는 그 행위와 인과관계에 있다고 인정되는 손해부분에 한하여 책임을 진다. 전자의 경우에 피해자는 가해자들을 상대로 개별적으로 소송을 제기하거나⁶⁶⁾ 또는 가해자들을 공동피고로 하여 소송을 제기할 수 있으며 승소

65) 윤용석 교수는 진정한 가해자를 알 수 없어서 가능성이 있는 자 전원에게 책임을 지운다고 한다면 택일적 책임의 경우에는 진정한 가해자가 책임을 질 확률이 50%인데 비하여 Sindell사건의 경우에는 그 확률인 0.5%에 불과하고, 또 택일적 책임의 경우에는 가해자 전원을 상대로 한 필요적 공동소송을 제기하여야 하는데, 택일적 책임의 경우에는 피고가 2인이지만 Sindell사건에서는 피고가 200인이 넘게 되기 때문에 택일적 책임을 그래도 적용하는 것은 적절하지 못하고 수정이 필요하다고 판단하여 제창한 이론이 시장점유율책임론(Market Share Liability)이라고 하였다(윤용석, 가해자불명의 불법행위, 재산법연구 제21권 제2호(2005), 284쪽).

66) joint liability의 경우에는 채권자는 복수의 채무자를 공동피고로 해서만 공소를 제기할 수 있다는 점에서 joint and several liability와 구별된다. Black's Law Dictionary(6th ed)는 several liability를

판결을 가지고 어느 채무자이든 임의로 선택하여 그 판결을 집행할 수가 있다. 예를 들면 갑과 을이 상호 의사 연락 없이 갑은 원고의 팔에 충격을 가하고 을은 원고의 다리에 충격을 가하여 상해를 입힌 경우에 원고가 입은 정신적 고통이나 의료비 등의 손해를 상해 부분에 따라 나눈다는 것은 실제상 지극히 어려운 일이겠지만, 어느 상해는 어느 행위의 결과라고 할 수 있는 합리적 근거가 있으면 -전체손해를 가분적인 것으로 보아 - 행위자 별로 책임을 배분하고 그 손해액의 산정은 입증의 문제로 처리하는 것이 합리적이다. 그러나 손해가 가분적인 경우에도 가해자가 공동하여 (inconcert) 불법행위를 하였다면 각자가 전체손해에 대하여 책임을 지는 것은 물론이다. 판례는 고속도로를 주행하던 병과 정이 경쟁적으로 질주하다가 과속한 나머지 병이 같은 방향으로 진행하던 원고 차량을 충격한 경우에도 병과 정은 공동하여 불법행위를 한 것으로 볼 수 있으므로 직접 충돌을 일으키지 아니한 정도 원고에 대하여 책임을 진다고 판시하였다.⁶⁷⁾

손해가 불가분적인 대표적인 예는 피해자가 사망한 경우이다.⁶⁸⁾ 갑과 을이 상호 의사연락 없이 별개의 부위에 상해를 입힌 경우에도 이로 인하여 피해자가 사망하였다면 그 손해는 불가분적이기 때문에 갑과 을은 전체손해에 대하여 책임을 진다. 그리고 갑과 을이 입힌 상해가 단일한 상해(single personal injury)일 경우에는-피해자가 사망하지 않았다 하더라도-불가분적 손해이므로 갑과 을은 각자 전체손해에 대하여 책임을 져야한다. 즉, 다수의 원인이 결합하여 하나의 결과(single result)가 발생한 경우에는 그 손해를 합리적으로 구분하기가 어렵기 때문에 각자가 전체손해에 대하여 책임을 부담한다.⁶⁹⁾

그러나 판례는 여러 광산에서 흘러나오 폐수가 원고 농장에서 사용하는 강물을 오염시킨 경우를 비롯하여⁷⁰⁾ 여러 가지 원인이 경합하여 원고의 토지를 범람한 경우,⁷¹⁾ 소음공해로 인한 생활방해,⁷²⁾ 공기오염의 경우⁷³⁾에는 그 손해가 수량, 비율, 또

"Liability separate and distinct from liability of another to the extent that an independent action may be brought without joinder of others"라고 설명한다.

67) *Bierczynski v. Rogers*, 239 A. 2d 218(Del. 1968).

68) 그밖에 화재로 인한 가옥의 소실, 바지선의 침몰 등은 손해가 불가분적인 예이다.

69) 판례는 2대의 차량이 충돌하여 제3자에게 상해를 입힌 사건에서 각 운전자들의 주의의무가 상이한 것이었거나 또는 그 부주의한 정도에 대한 차이가 있다하더라도 각자가 단일한 결과 발생을 야기하였고 또한 그 손해를 합리적으로 구분할 수 없기 때문에 각자가 전체손해에 대하여 책임을 진다고 하였다(Prosser & Keeton, op., p. 347).

70) *Farley v. Crystal Coal & Coke*, 102 S.E. 265(W. Va. 1920).

는 정도의 면에서 가분적이라는 이유로 책임의 분담을 인정하고 있다.⁷⁴⁾

불법방해사건에서 피고가 부담하여야 할 손해의 분담 정도에 관한 입증책임은 원칙적으로 원고 측에 있지만, 그 입증이 곤란하거나 또는 그 입증부족을 이유로 책임을 면하는 것이 부당하다고 보이는 경우에는 입증책임을 전환시키기도 한다. 즉, 피고들 소유의 공장에서 나온 매연이 원고들이 거주하는 지역의 공기를 오염시킨 사안에서 그 손해는 이론상으로는 가분적이지만 원고들이 피고들의 손해부담 정도를 입증하기가 어렵다는 이유로 그 입증책임을 전환하여 만약 피고들이 부담정도를 입증하지 못하면 각자가 전체손해에 대하여 책임을 져야 한다는 판례도 있다.⁷⁵⁾

VI. 한국에서의 가해자불명의 공동불법행위

1. 서

우리민법은 제760조 제1항에서 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다. 그리고 제2항에서 공동 아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 손해를 가한 것인지 알 수 없는 때에도 전항과 같다. 또한 제3항에서 교사자나 방조자는 공동불법행위자로 본다고 규정하였다. 따라서 우리민법도 협의의 공동불법행위, 가해자불명의 공동불법행위, 교사자 및 방조자에 의한 공동불법행위의 경우로 나누어 규율하고 있다. 위 규정의 해석과 관련하여 다수설⁷⁶⁾과 판례⁷⁷⁾는 협의의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 각 행위자들의 공모 내지는 의사의 공통이나 공동의 인식은 필요 없으며 그 행위가 객관적으로 관련 공동하고 있으면 족하다고 하고 제2항의 가해자불명의 공동불법행위에 대해서는

71) Bank View Mill v. Nelson Corp., 1942 2 All E.R. 477 at 483.

72) Sherman Gas & Electric Co. v. Belden, 1909, 103 Tex. 59, 123S. W.119.

73) O'Neil v. Southern Carbon Co., 1949, 216 La. 96, 43 So.2d 230.

74) 판례가 가해자 사이에 책임을 나눌 어느 정도의 합리적이고 실제적인 근거만 있으면 책임배분을 인정하려고 한 것은 과거에 보통법상 공동불법행위자 상호간에 청구권이 인정되지 않았던 데에 기인하는 것이라는 견해가 있다.

75) Michie v. Great Lakes Steel Div., Nat'l Steel Corp., 495 F.2d 213 (6th Cir. 1974).

76) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1999, 766쪽; 金顯泰, 新稿債權法各論, 一潮閣, 1982, 398쪽.

77) 대판 2005.9.30, 2004다52576; 대판 2003.1.10, 2002다35850; 대판 1998.11.24, 98다32045; 대판 1998.2.13, 96다7854; 대판 1996.5.14, 95다45767.

수인의 행위 중 누군가가 위법행위를 한 것은 확실하지만 실제로 가해행위를 한 자가 누구인지 불명한 경우에 적용된다고 한다.⁷⁸⁾

다수설과 판례는 협의의 공동불법행위의 성립요건으로서 일반불법행위의 요건 뿐만 아니라 행위와 결과 간에도 인과관계가 있어야 하고 또 각 행위자 사이에는 객관적으로 관련공동하고 있으면 족하다고 한다.⁷⁹⁾ 또한 인과관계의 범위도 넓게 인정하고 있다.⁸⁰⁾ 이렇게 되면 거의 대부분이 제1항에 의하여 규율되기 때문에 제2항의 가해자불명의 공동불법행위는 적용될 여지가 없어 그 의미를 상실하게 된다. 그래서 다수설⁸¹⁾은 제760조 제2항의 존재이유를 단순히 인과관계가 불명한 경우에 일정한 요건을 갖추면 입증책임을 전환시켜 피해자의 입증곤란을 덜어주기 위한 정책적인 배려라고 하고 있는 지도 모른다. 그러나 문제는 불법행위법에서 피해자의 입증곤란의 경우는 빈번히 발생하지만 그때마다 입증책임이 전환되는 것은 아니라는 것이다. 여기에서는 가해자불명의 공동불법행위에 관한 지금까지의 논의를 중심으로 살펴보기로 한다.

2. 성립요건

가해자불명의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 첫째, 각자의 행위가 일반불법행위의 요건을 갖추어야 한다. 즉, 각자에게 고의·과실, 책임능력이 있어야 한다. 둘째, 공동 아닌 수인의 행위가 있어야 한다. 여기서 공동 아닌 수인의 행위라 함은 가해행위자체에 관하여 공동성이 없는 행위를 말한다. 셋째, 가해자가 불명하여야 한다.

가해자불명의 공동불법행위에 관하여는 다수설은 가해자가 불명인 경우에 피해자가 가해자를 증명하는 것은 곤란하고 피해자에게 인과관계의 증명을 요구하게 되면 피해자는 가해자에게 배상을 받을 수 없는 경우가 많기 때문에 피해자에게 인과관계의 입증곤란을 덜어주기 위한 규정이라고 한다.⁸²⁾ 그러나 가해자불명의 공동불법행위에서 제기되는 문제는 다수설과 판례가 협의의 공동불법행위의 적용범위를 비교적

78) 權龍雨, 不法行爲論, 新陽社, 1998, 182쪽.

79) 郭潤直, 前掲書, 764-767쪽; 金顯泰, 前掲書, 398쪽.

80) 權五乘, 民法特講, 弘文社, 1994, 614-615쪽; 대판 1998.9.25, 98다9205

81) 權龍雨, 前掲書, 182쪽; 李銀榮, 債權各論, 博英社, 1992, 616쪽; 池元林, 民法講義, 弘文社 2003년, 1474쪽.

82) 金曾漢, 債權各論, 博英社, 1988, 508쪽.

넓게 인정하고 있기 때문에 가해자불명의 공동불법행위를 적용할 범위가 거의 없다는 것이다.⁸³⁾ 사실 우리 판례는 제760조 제1항의 적용범위를 넓게 함으로써 객관적 공동관계가 있는 경우 제1항과 제2항의 구별 없이 동일하게 제1항으로 처리하여 본항을 적용한 구체적 판례를 찾아보기 힘들다.⁸⁴⁾ 따라서 공동불법행위를 적용함에 있어서 동조 제 몇 항이 적용되는 지 분명한 입장이 요망된다.⁸⁵⁾ 또 다수설과 판례의 입장처럼 가해자 불명의 공동불법행위의 존재이유를 단순히 소송법상의 입증책임의 전환에서 찾는다고 하는 것도 문제가 있다.⁸⁶⁾

3. 가해자의 입증과 면책

가해자불명의 공동불법행위에 있어서는 가해자가 누구이며 또 손해의 어느 부분에 대하여 원인이 되었는지 그 인과관계를 입증하면 일반불법행위로 다루어야 할 것이고, 수인의 행위가 자기의 행위와 손해발생과의 사이에 인과관계가 없다고 입증하면 그 자는 책임을 면할 것인지가 문제 된다.

이에 대하여 긍정설⁸⁷⁾은 수인의 행위가 협의의 공동불법행위로서는 성립하지 않지만 손해를 입은 것이 사실이고 수인의 행위자 중 누가 가해자인지를 알 수 없을 때에 또 피해의 부분에 대한 가해자를 알 수 없을 때에 피해자의 입증의 곤란을 덜어 주어 인과관계의 입증불능으로 피해배상을 받지 못하는 일이 없도록 하는데 그 의의가 있다고 한다. 즉 민법 제760조 제2항은 피해자보호를 두텁게 하기 위하여 공동행

83) 서민 교수는 종래 우리 대법원의 판례가 공동불법행위를 규율함에 있어서 구체적인 사안이 제 760조 제1항의 공동불법행위에 속하는지 그렇지 않으면 제 2항에 속하는지를 분명히 밝히고 있지 않다고 비판한다(徐敏, 共同不法行爲-共同原因附與者의 責任을 중심으로-, 忠南大學校 社會科學研究所 論文集 제4권 제1호, 1977, 78-79쪽).

84) 이런 측면에서 보면 판례는 제760조 제2항에 대해서 그다지 큰 의미를 부여하지 않고, 단지 이론상으로 불법행위의 일반원칙에 대한 예외로서 가해자가 누구인지 밝혀지지 않더라도 책임을 지우며 이때 행위자는 인과관계가 없음을 입증하면 면책된다는 점을 지적하고 있는 것 같다.

85) 그나마 다행인 것은 금년도에 들어서 대법원은 다수의 의사가 의료행위에 관여한 경우 그 중 누구의 과실에 의하여 의료사고가 발생한 것인지 분명하게 특정할 수 없는 때에는 일련의 의료행위에 관여한 의사들 모두에 대하여 민법 제760조 제2항에 따라 공동불법행위책임을 물을 수 있다고 판시하였다(대판 2005.9.30, 2004다52576).

86) 가해자불명의 공동불법행위의 존재이유는 실체법상의 근거로서 위법하고 유책적으로 행동하여 법익침해의 위험과 정형적으로 입증곤란을 야기한 각 행위자가 연대하여 전손해에 대하여 불명료의 책임을 지는데 있다.

87) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1993, 702쪽; 加藤一郎, 前掲書, 211면.

위자간에 인과관계를 추정한 것이라고 보아 반증에 의하여 책임의 감책·면책을 할 수 있다고 한다.⁸⁸⁾ 부정설은 가해자불명의 공동불법행위에 있어서 피해자는 특정의 가해자를 증명하여 이 者에 대해서만 배상청구를 하지 않아도 되며, 전원 가운데서 임의로 배상의무자를 선택할 수 있게 한 것으로써 피해자의 증명의무를 해제하여 구상을 용이하게 하려는 것과 공동불법행위의 위법성을 중시하여 단순한 공동행위 이상의 반논리성을 갖는 것이라고 하여 배상청구를 받은 者는 자기가 가해자 아닌 것을 입증하여도 책임을 면할 수 없다고 한다. 그리고 본 조는 피해자를 두텁게 보호하려는 정책적 규정이므로 가해자는 연대책임을 면할 수 없다고 한다.⁸⁹⁾ 그러나 피해자의 보호라고 할지라도 원인을 주지 않는 자에게 결과에 대한 책임을 지게 하는 것은 너무 가혹하며 가해자불명의 공동불법행위에 있어서 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 그리고 공동불법행위의 발생을 억제한다는 취지에서 면책을 부정한다는 것은 타당하지 않다고 생각한다.⁹⁰⁾

VII. 결론

다수인의 행위에 의하여 손해가 발생하였지만 그 중 누구의 행위에 의해서 손해가 발생하였는지를 알 수 없는 경우에 전통적인 불법행위법 원칙에 따른다면 피해자인

88) 긍정설 중에는 가해자의 입증이 곤란하여 피해자가 배상을 받을 수 없게 되는 것을 방지하기 위하여 정책적으로 책임자의 범위를 확장한 것이라고 할 수 있는 예외적인 규정이므로 그 적용에 있어서 신중을 기하여야 할 것이므로 공동행위자라 할지라도 가해행위 자체에 관한 공동성이 없는 경우에는 면책을 인정하는 것이 타당하다는 견해(郭潤直, 前掲書, 702면)와 공동불법행위자 중 자기의 행위와 손해의 발생 사이에 인과관계가 없다고 인정하면 그 책임을 면하고 손해의 어느 부분에 대해서만 인과관계가 있음을 입증한 때에는 그 부분에 대해서만 책임이 있다는 견해(金曾漢, 前掲書, 391면)가 있다.

89) 金基善, 韓國債權法總論, 法文社, 1988, 312쪽; 아처영도 공동불법행위의 제도적 취지를 피해자를 두텁게 보호하기 위한 것으로 보고 있기 때문에 同조항 후단에 관하여 행위자각 자신의 행위가 손해의 원인으로 되지 않았음을 입증하더라도 연대책임을 면할 수 없다고 한다(我妻瑩, 前掲書, 195면).

90) 加藤一郎도 가해자불명의 공동불법행위에 관하여 “본 규정은 직접의 가해행위에 관해서가 아니라 그 전체인 집단행동에 관해서 객관적 공동관계가 있는 경우로서 직접의 가해자가 불명확한 경우에 피해자의 거증곤란을 방지하기 위하여 정책적으로 책임자의 범위를 확장한 것”이라고 하면서 가해자불명의 공동불법행위는 가해행위 자체에 관한 공동성이 없는 경우이므로 공동행위자가 위법한 행위를 하지 않았음을 입증하면 면책될 수 있다고 한다(加藤一郎, 註解民法(19), 有斐閣, 1980, 207-211면).

원고가 그 사실을 입증하여야 하는데 사실상 입증이 불가능 하므로 피해자는 손해배상을 받을 수 없다는 아주 모순되는 결과를 낳게 된다. 이런 경우를 대비하기 위하여 각국은 가해자불명의 공동불법행위에 관하여 명문규정을 두고 있으며 학설과 판례에 의하여 다양하게 해결하고 있다.

독일의 경우에 판례와 통설은 기본적으로는 물적, 장소적, 시간적으로 일체적인 사건(sachlich, räumlich und zeitlich einheitlichrt Vorgang)이라는 기준을 채택하였으나 그 기준을 점차 완화하였으며 동조향의 책임을 전손해에 대한 실체적 책임이 아니라 피해자의 보호를 위하여 필요한 입증의 위험의 전가로 보고 있다. 프랑스는 공동불법행위에 관하여 민법에 명문규정을 두고 있지는 않지만 학설과 판례는 각자의 행위와 결과 사이의 인과관계를 상당히 너그럽게 인정함으로써 가해자불명의 공동불법행위를 해결하고 있다.

그리고 일본은 자기의 행위와 손해발생 간에 인과관계 없음을 입증하면 책임을 면책·감책 할 수 있는지에 관하여 학설상 다툼은 있으나 다수설과 판례는 피해자구제를 두텁게 하기 위하여 행위자간에 인과관계를 추정한 것이라고 보아 반증에 의한 책임의 면책·감책을 인정한다. 더 나아가 각인이 손해의 일부에 대해서 사실적 인과관계를 가지는 것은 명확하지만 그 양이 불명인 경우와 사실적 인과관계가 불명인 경우만이 아니고 손해범위에 대한 상당성판단이 불가능한 경우에도 인정하고 있다. 미국의 경우에는 각자의 과실이 인정되고 또 그들 가운데 한사람이 결과를 발생시킨 것이 확실하지만 그 중 누구인지 모를 경우에 아무 잘못 없는 원고 보다는 과실있는 피고가 그 손해를 부담하는 것이 더욱 공평하며, 이 경우 원고가 그 인과관계를 입증할 수 없는 것이 피고의 과실에 기인하므로 입증책임을 전환하는 것이 타당하다고 한다. 또한 Sindell사건에서는 모든 가능적 가해자에게 택일적 책임을 지울 수 없는 사정과 피해자를 보호하기 위하여 시장점유율이론을 도입하였다. 더 나아가 미국은 손해가 불가분적(indivisible)인 때에는 각 행위자는 전체손해에 대하여 '전체로서 그리고 개별적으로'(jointly and severally)책임을 지고, 손해가 가분적인 경우에는 각개의 행위자는 그 행위와 인과관계에 있다고 인정되는 손해부분에 한하여 책임을 진다는 책임배분의 원칙을 확립하였다. 즉 다수의 원인이 결합하여 하나의 결과(single result)가 발생한 경우에는 그 손해를 합리적으로 구분하기가 어렵기 때문에 각자가 전체손해에 대하여 책임을 부담한다는 것이다. 우리나라의 다수설과 판례는 피해자에게 인과관계의 입증곤란을 덜어주기 위한 규정이라고 하고 있으며 협의의 공동불법행위의 적용범위를 비교적 넓게 인정하고 있기 때문에 가해자불명의 공동불법행위를 적용할

범위가 거의 없다. 특히 판례는 객관적 공동관계가 있는 경우 제1항과 제2항의 구별 없이 동일하게 제1항으로 처리하고 있다. 가해자의 입증과 면책에 관하여 다수설은 피해자보호를 두텁게 하기 위하여 공동행위자간에 인과관계를 추정한 것이라고 보아 반증에 의한 책임의 감책·면책을 인정한다.

생각건대 협의의 공동불법행위를 어떻게 이해하든 그리고 우리 판례가 객관적 관련공동만 있으면 별다른 구분 없이 협의의 공동불법행위로 해결하든지 간에 가해자 불명의 공동불법행위를 인정하지 않을 수는 없다. 왜냐하면 가해자불명의 공동불법행위는 협의의 공동불법행위와는 그 의미가 질적으로 전혀 다르기 때문이다. 즉 앞에서 살펴 본 바와 같이 협의의 공동불법행위는 각자의 행위와 결과 사이에 인과관계가 인정되는지의 여부와는 상관없이 수인의 행위를 일체로 파악하여 각자에게 공동행위의 결과 전체에 대하여 책임을 지우고 있음에 반하여, 가해자불명의 공동불법행위는 기본적으로 인과관계불명의 경우를 합리적으로 해결하기 위한 입증책임의 전환에 관한 규정이다. 따라서 자신의 행위와 결과 사이에 인과관계가 존재하지 않음을 입증하면 책임을 면하게 된다.

끝으로 가해자불명의 공동불법행위의 성립요건으로서 일체적 사건이나 행위의 공동성에 초점을 두기 보다는 각자가 결과의 발생위험이 있는 행위를 하였지만 인과관계는 밝혀지지 않았다고 하는 사실에 초점을 두고 있는 점이나 인과관계에 관한 입증책임의 원칙을 형평의 원칙에 의거하여 피해가 발생하면 모든 피고가 손해를 야기한 것으로 추정하고 추정을 반복하는 일을 피고에게로 돌린다는 점 및 다수의 원인이 결합하여 하나의 결과(single result)가 발생한 경우에 그 손해를 합리적으로 구분하기가 어렵기 때문에 손해가 불가분적(indivisible)인 때에는 각 행위자에게 전체손해에 대하여 책임을 지우고, 손해가 가분적인 경우에는 각 행위자가 그 행위와 인과관계에 있다고 인정되는 손해부분에 한하여 책임을 지우는 점 등은 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다.



▶ 김 진

불법행위(Tort), 민법 제760조(Article 760 Korean Civil Law), 가해자불명의 공동불법행위(Concurrent tort), 택일적 책임(Alternative liability)
인과관계(Causal relation), 전책임(The whole responsibility), 책임의 배분(apportionment of damage), 시장점유율책임(Market share liability)

[Abstract]

A Comparative Study of the Concurrent Tort

Kim, Jin

By the act of the majority the damage occurred, by who act in that the damage should have occurred, regarding the case which is not the possibility of knowing, the various nations have distinguished substantive enactment and has been solving variously according to a theory and a judicial precedent.

In case of Germany, the judicial precedent and common opinion basically adopted the standard which is all material, place and hour events, however, it is gradually relaxing the standard, in addition the entity responsibility against a former damage knows a homologous protest responsibility but for the protection of the victim it sees with imputation of danger of the proof which is necessary.

In France, regarding a joint illegal operation, distinguished family regulations are not letting in civil law, the theory and judicial precedent relations are solving the joint illegal operation of assailant unknown by admitting cause and effect between act and result of each one considerably generously in civil law

And multiple opinion and judicial precedent of Japan, as what it presumes a relation between cause and effect in both parties in order to do a victim relief closely, recognizes the exemption from responsibility and the feeling book of the responsibility due to a counter-evidence .

To case of the United States, in damage to indivisible time, each act against the whole damage takes responsibilities as the jointly and severally', in the damage to divisibility case, act of individual has the responsibilities only it refers between cause and effect which sleep, it limited in the damage portion which is recognized and it falls a responsibility it established the

principle of responsibility apportionment.

Our country multiple opinion and judicial precedent take the proof difficulty of relation between cause and effect in the victim, and regarding the proof and an exemption from responsibility of the assailant, as what presumes a relation between cause and effect in joint both parties multiple opinion recognizes the feeling book and an exemption from responsibility by a counter-evidence in order to conduct a victim protection closely.

As an important formation matter of joint illegal operation of case place assailant unknown under thinking, even if each one has the occurrence with danger of result, the relation between cause and effect was not revealed, in the fact which it does focus the point which is letting, or when the damage occurs, all defendants were presumed to cause damages, and the day when it reverses a presumption to all defendants, and when damages are in indivisible time, each act person against the whole damage has a responsibility, on the contrary, that the damage to divisibility case just falls on the responsibility recognized to between cause and effect of each act. The above will say that current events it does it is big in us.