

## 부진정연대채무론의 판례 법리에 대한 비판적 검토\*

이 상 욱\*\*

### < 목 차 >

- I. 서
- II. 부진정연대채무의 연혁
- III. 판례에 의한 부진정연대채무의 유형
- IV. 주관적 공동관련성에 대한 검토
- V. 상대적 효력론에 대한 검토
- VI. 구상권에 대한 검토
- VII. 결

### I. 서

우리 민법에는 부진정연대채무에 관한 명문 규정을 두고 있지 않지만, 종래 판례와 통설은 민법이 비교적 자세하게 규정하고 있는 연대채무와 다른 부진정연대채무라는 별개의 개념을 인정하고 있다.

다만 부진정연대채무의 의미에 대한 판례와 통설의 표현에는 다소 차이가 있는 듯하다. 통설에 의하면, 「부진정연대채무란 수인의 채무자가 동일한 내용의 급부에 대해서 각각 독립하여 전부를 급부할 의무를 부담(맡출 필자, 이하 동일)하고, 채무자 중 1인이 변제를 하면 모든 채무자의 채무가 소멸하는 다수당

\* 이 논문은 2015년 5월 21일 개최된 영남대학교 법학연구소 월례발표회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것으로서, 발표시 사회를 맡아주신 영남대학교 법학전문대학원의 심재한 교수님을 비롯하여 토론과 더불어 귀중한 조언을 해주신 금태환 교수님, 이순동 교수님, 김창희 교수님, 김현준 교수님, 양친수 교수님 등 여러 교수님께 감사의 말씀을 드립니다. 그러나 여전히 부족하고 미진한 부분은 필자의 책임에 속합니다.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

사자의 채무로서, 민법의 연대채무에 속하지 아니하는 것」이라고 한다.<sup>1)</sup> 이에 반하여 판례는, 「부진정연대채무 관계는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무라 하더라도 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으면 성립할 수 있고, 반드시 양 채무의 발생원인, 채무의 액수 등이 서로 동일할 것을 요한다고 할 수는 없다」<sup>2)</sup>고 한다. 즉, 다수당자자가 부담하게 되는 채무의 발생 원인이나 채무의 액수 등이 동일하지 않고 서로 다른 경우에도<sup>3)</sup> 이를 동일한 내용의 급부라고 할 수 있을지 의문이 제기될 수 있다. 뒤에 자세히 언급할 기회가 있겠지만, 판례가 인정하고 있는 부진정연대채무의 유형을 고려한다면, 「동일한 내용의 급부」라고 하기 보다는 오히려 「동일한 경제적 목적을 가진 채무」나 「동일한 사실관계에 있는 손해배상채무」에 대하여 각각 독립하여 전부를 급부할 의무를 부담하는 채무라고 표현함이 판례와의 간극을 극복할 수 있는 적절한 정의라고 사료된다.

그리고, 「중첩적 채무인수에서 인수인이 채무자의 부탁 없이 채권자와의 계약으로 채무를 인수하는 것은 매우 드문 일이므로 채무자와 인수인은 원칙적으로 주관적 공동관계가 있는 연대채무관계에 있고, 인수인이 채무자의 부탁을 받지 아니하여 주관적 공동관계가 없는 경우에는 부진정연대관계에 있는 것으로 보아야 한다」고 판시하여<sup>4)</sup> 주관적 공동관계의 유무를 부진정연대채무와 연

1) 권윤직 대표 저자(차환성 집필 부분), 「민법주해(X) 채권(3)」, 박영사, 2013, 81면; 박준서 대표 저자(강봉수 집필 부분), 「주석민법 채권총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2000, 181면; 권윤직, 「채권총론」, 박영사, 2003, 176면; 김중환·김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998, 241면; 김주수, 「채권총론」, 삼영사, 1999, 304면; 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2009, 297면; 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1999, 514면; 정기웅, 「채권총론」, 법문사, 2014, 314면; 송덕수, 「채권법총론」, 박영사, 2015, 302면.

2) 대법원 2009.3.26. 선고 2006다47677 판결.

3) 예컨대, 부진정연대채무자 중의 일부 채무자만 과실상계를 주장할 수 있는 경우에는 부진정연대채무자 각자가 부담하는 채무의 액수가 달라질 수 있다. 이 경우, 다액 채무자의 일부 변제의 효과에 대하여 판례는 외측설(각 채무가 이질적 채무)을 취한 경우도 있고, 과실비율설(동질적 채무)을 취한 경우도 있다. 자세한 내용은 손철우, “다액의 채무를 부담하는 부진정연채무자가 일부 변제한 경우 그 변제의 효력”, 「민사판례연구 XXV」, 민사판례연구회, 2003, 86~110면; 서종희, “부진정연대채무에서 다액(多額)채무자의 일부변제의 효과 - 외측설에 의한 일원화된 해결방법의 모색 -”, 「저스티스」 제136호, 한국법학원, 2013.6, 64~94면; 김성식, “부진정연대채무의 일부변제 등에 관한 법리의 검토 - 대법원 2012.2.9. 선고 2009다72094 판결 등 판례에 나타난 소액채무 또는 부채채무의 일부변제로 인한 효과를 중심으로 -”, 「저스티스」 제138호, 한국법학원, 2013.10, 37~80면 참조; 이 문제는 부진정연대채무 때문에 발생하는 문제라고는 할 수 없으므로 본 연구의 쟁점 대상에서는 제외하기로 한다.

4) 대법원 2009.8.20. 선고 2009다32409 판결.

대채무를 구별하는 기준으로 제시하고 있다.

또한 판례는 공동불법행위자들에 대하여 「연대하여 배상할 책임이 있다(민법 제760조)」고 민법상 엄연히 명문으로 규정하고 있음에도 불구하고,<sup>5)</sup> 이 경우 「연대」의 의미를 「연대채무」가 아닌 「부진정연대채무」로 해석하고 있다.

연대하여 채무를 부담한다는 것은 당연히 민법상 연대채무의 성립을 의미하는 것으로 될 수 있을 터인데도, 일찍부터 판례는 「공동불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 그 상호간에 부진정연대채무관계가 성립한다고 함이 상당할 것」<sup>6)</sup>이라고 판시한 이래, 시종일관 위 해석론을 중심으로 관련 법리를 전개하고 있는 것이다.

그런데 이처럼 판례는 부진정연대채무라는 개념을 도입하여 사용하고 있지만, 굳이 이를 인정하여야 할 이유나 실익에 대하여 명확하게 밝힌 바는 없는 듯하다.<sup>7)</sup> 공동불법행위자들의 손해배상책임에 대하여도 그냥 그 상호간에 부진정연대채무가 성립한다고 판시하고 있을 뿐이다.

이에 본 연구에서는 민법상의 연대채무와 별개의 개념으로서 종래 판례가 정립하고 있는 부진정연대채무론의 법리가 과연 타당한지의 여부에 대하여 살펴보고자 한다. 그동안 대법원 판례가 정립한 법리를 중심으로 실질적인 측면에서, 과연 주관적인 공동관계가 존재하지 않는가, 변제나 상계 등의 사유 이외에는 절대적 효력을 인정할 수 없는가, 구상권은 인정되지 않는가 등의 문제점을 중심으로 그 타당성 여부를 검토해보고자 하는 것이다.<sup>8)</sup>

특히, 판례가 민법상의 명문규정을 외면한 채 연대채무와 별개의 개념으로서 부진정연대채무를 인정하는 2분론을 도입한 실익으로서는 어떠한 내용이 존재하는지, 그 인정여부에서부터 근본적인 의문을 제기하고, 부진정연대채무론의 무용론을 고려하는 비판적 견지에서 분석·검토해보고자 한다.

5) 공동불법행위자의 책임을 규정하고 있는 일본 민법 제719조(우리 민법 제760조에 해당)는 우리 민법상의 내용과 달리 「각자가 연대하여」 배상책임을 부담하는 것으로 규정하고 있다.

6) 대법원 1969.8.26. 선고 69다962 판결.

7) 일본에서는 일찍부터 부진정연대채무라는 관념을 인정하여야 할 필요성으로서, 만족 이외의 사유에는 절대적 효력이 인정되지 않는다는 점이 연대채무와 구별 되는 가장 중요한 의의라고 하거나(我妻榮), 공동연대형의 일본 민법전에는 절대적 효력이 인정되는 사유가 많으므로 채권의 담보력이 소멸된다는 점에 있다는 주장(於保不二雄) 등이 제기된 바 있다. 樁壽夫, 「樁壽夫著作集 1 多數當事者の債權關係」, 信山社, 2006, 323頁.

8) 최근 우리나라에서 전개되고 있는 부진정연대채무의 이론에 대하여 독일의 법리를 중심으로 비판적인 견해가 제기된 바 있다. 박영규, “부진정 연무채무’ 이론 비판”, 「민사법학」 제48호, 한국민사법학회, 2010.3, 283~309면 참조.

## II. 부진정연대채무의 연혁

부진정연대채무의 개념은 독일법 및 프랑스법에서 유래하는 역사적인 개념이라고 한다.<sup>9)</sup>

19세기 독일의 보통법은 연대채무를 「공동연대(Korrealität)와 「단순연대(Solidarität)」의 2유형으로 구분하였다. 전자는 계약 등에 의하여 발생하는 것으로서, 단체성이 강하므로 절대적 효력이 있는 사유가 광범위하게 인정되었다. 후자는 공동불법행위 등에 의하여 발생하는 것으로서, 단체적 관계가 약하기 때문에 채무자 1인에게 발생한 사유가 상대적 효력으로 될 수밖에 없었다. 당시 학설은 이 구별을 채무의 개수로 설명하였다. 즉, 공동연대에서 절대적 효력이 발생하는 것은 단일 채무이기 때문이고(단일채무설), 단순연대에서 상대적 효력만 인정되는 것은 채무가 복수로 존재하기 때문이라는 설명이 정설로 되었다(연대2분론). 그러나 19세기 중엽 이후 공동연대에도 복수채무가 존재할 수 있는데, 다만 채무자 사이에 긴밀한 관계가 존재함에 불과하다는 설(복수채무설)이 등장하게 되어, 연대2분론은 쇠퇴하게 되었다.<sup>10)</sup>

현행 독일 민법은 원칙적으로 이러한 법리를 수용함으로써, 연대채무를 상대적 효력이 많은 「단순연대」형으로 통일하여 규정하였다. 그러나 학설은, 공동불법행위에 의하여 수인이 동일한 급부의무를 부담하게 되는 채무와 같이 공동관계가 존재하지 않는 경우에는 민법상의 연대채무에 해당하지 않는다고 하여 이를 「부진정연대채무(unechte Gesamtschuld od. Solidarität)」로 구성하게 되었다. 이로써 새로운 連帶債務二分論이 등장하게 된 것이다.<sup>11)</sup>

이처럼 부진정연대채무는 독일민법이 「連帶債務二分論」에 좇아 연대채무를 단순연대와 공동연대로 구별하여 규정하지 않고 단순연대적인 연대채무만 규정하는 방식을 취함에 따라, 연대채무에 흡수되지 않는 전액급부책임을 통일적으로 파악하기 위하여 제창된 개념으로서,<sup>12)</sup> 결국 「連帶債務單一論」을 타파하는 역사적 기능을 담당한 것이라고 할 수 있다.<sup>13)</sup>

9) 淡路剛久, 「連帶債務の研究」, 弘文堂, 1987, 167頁.

10) 上掲書, 227~228頁.

11) 곽윤직 대표 저자(차한성 집필 부분), 앞의 「민법주해(X)」, 68면; 近江幸治, 「民法講義IV(債權法總論)」, 弘文堂, 1994, 199頁.

12) 椿壽夫, 前掲書, 305~311頁.

13) 尾崎三芳, 「連帶債務·不真正連帶債務」, 星野英一, 「民法講座 4 債權總論」, 有斐閣, 1985, 222頁.

프랑스법상의 연대채무는 단일제도로써, 절대적 효력이 인정되는 사유가 광범위한 공동연대의 형태로 계수되었다. 따라서 불법행위도 연대채무의 발생원인의 하나에 불과한 것으로 파악하였다.

프랑스 민법전이 제정된 후, 연대로 규정된 경우(법률의 규정에 의하여 발생하는 연대)를 두 가지로 구분하여 그 하나를 완전연대(solidarité parfaite)라고 하고, 다른 하나를 불완전연대(solidarité imparfaite)라고 하여 후자에 대해서는 상대적 효력을 원칙으로 하다는 주장(불완전연대설)이 제기되었다. 그러나 대부분의 학설은 이러한 주장에 비판적이었으며, 판례도 초기의 일부를 제외하고는 이러한 견해를 채택하지 않았다.<sup>14)</sup>

그런데 프랑스 민법전이 명문으로 연대라고 규정하고 있지는 않지만, 복수의 채무자가 각각 전부의 급부의무를 부담하고 그 중 1인의 변제에 의하여 다른 채무자도 채무를 면하게 되는 경우의 법률관계가 판례상 문제로 제기되었다. 판례는 처음에는 이를 연대채무라고 해석하였지만, 그 후 이것은 연대채무가 아니고 전부의무(obligation in solidum)라고 해석하게 되었으며, 이러한 견해가 현재 프랑스의 통설·판례의 태도라고 할 수 있다.<sup>15)</sup>

우리나라도 민법전에는 부진정연대채무에 관한 명문 규정을 두고 있지 않지만, 앞에서 언급하였듯이, 통설과 판례는 부진정연대채무의 개념을 인정하고 있다.

특히 우리 민법은 공동연대적인 연대채무를 규정한 프랑스 민법을 본받아 제정된 구민법상의 연대채무제도를 계승하였기 때문에, 절대적 효력이 인정되는 범위가 지나치게 넓어서 연대채무의 담보적 기능에 문제가 있다고 지적하면서, 독일민법과는 달리 우리 민법하에서는 부진정연대채무의 관념을 인정할 필요성과 실익이 매우 크다고 한다.<sup>16)</sup>

일본의 경우, 구민법에서는 프랑스법에 의거하여 「전부의무」라고 하는 개념을 채권담보권에 규정하여 복수의 채무자가 각각 전부급부의무를 부담하고 그 중 1인이 변제하게 되면 다른 채무자의 채무도 면제되는 것으로 해석하였지만,<sup>17)</sup> 현행 민법에서는 전부의무는 계약상 발생하는 것으로 하고 법률상 발생

14) 淡路剛久, 前掲書, 167~168頁.

15) 上掲書, 167~168頁; 프랑스 민법상의 연대채무에 관한 자세한 내용은 김성수, “프랑스법상의 연대채무에 관한 연구 : 그 효력을 중심으로”, 『논문집(경철대학)』 제17집, 1997.10, 659면 이하 참조.

16) 김대정, 「채권총론」, 피데스, 2006, 737면.

17) 이러한 측면을 지시한 일부 견해는 부진정연대채무라는 용어보다는 오히려 구민법이래의

하는 경우에 관한 규정은 필요 없다고 하여 전부의무에 관한 규정은 채택되지 않았다.<sup>18)</sup>

그 후 독일민법 이론과 학설이 계수되면서 독일류의 절대적 효력이 거의 인정되지 않는 부진정연대채무개념이 도입되었다고 한다.<sup>19)</sup> 특히 부진정연대채무(가분급부의 전부의무자가 상호간에 연대하지 않는 관계)를 논하게 되는 본질적인 이유는, 전부의무 관계의 유형이 일본 민법전에 완전하게 규정되어 있지 않으므로 비전형의 전부의무 관계를 해석에 의하여 보충할 필요가 있기 때문이라고 한다.<sup>20)</sup>

그렇지만 현재 일본에는 부진정연대채무론에 대하여 적극적으로 그 내용을 지지하지 않고, 연대채무에 대한 민법규정이 적용되지 않는 것이 타당하다고 할 수 있는 각종 다양한 경우를 총칭하는 것으로 해석하여 부진정연대채무라는 개념을 부정하는 견해도 유력한 듯하다.<sup>21)</sup>

### Ⅲ. 판례에 의한 부진정연대채무의 유형

판례가 부진정연대채무관계의 성립을 인정하고 있는 유형을 살펴보면, 민법상 연대하여 책임을 진다고 명문으로 규정하고 있음에도 불구하고 이를 부진정연대채무가 성립하는 것이라고 단정하는 경우(공동불법행위자들의 손해배상책임)와 발생원인은 서로 다르지만 동일한 경제적 목적을 가진 채무 및 동일한 사실관계에 기한(손해배상)채무에 대하여 부진정연대채무가 성립하는 것으로 인정하고 있음을 발견하게 된다.

#### 1. 공동불법행위자들의 손해배상책임

「공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 연대책임(부진정연대채무)을

---

전통을 지니고 있는 전부의무라는 개념을 사용하는 것이 적절하다고 한다. 淡路剛久, 「債權總論」, 有斐閣, 2002, 333頁; 平井宜雄, 「債權總論」, 弘文堂, 2001, 276頁.

18) 尾崎三芳, 前掲 論文, 222頁.

19) 潮見佳男, 「債權總論」, 信山社, 2007, 570頁.

20) 能見善久·加藤新太郎, 「判例民法 4 債權總論」, 第一法規, 2009, 176頁.

21) 平野裕之, 「債權總論」, 信山社, 2005, 407頁; 中田裕康, 「債權總論」, 岩波書店, 2011, 451~453頁.

지되」<sup>22)</sup>라고 한 예도 있지만, 「공동불법행위자 간에는 반드시 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요한 것이 아니고 객관적으로 권리침해가 공동으로 행하여진 것이라고 보여지는 경우에는 공동불법 행위가 성립한다고 할 수 있을 것이며, 따라서 피해자에게 가하여진 동일한 손해의 발생 원인에 그 원인이 될 수 있는 수개의 행위가 관여하고 있는 경우에는 공동불법행위가 성립한다고 보아야 할 것이고 이와 같은 공동불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 그 상호간에 부진정연대채무관계가 성립한다」고 판시하고 있다.<sup>23)</sup>

나아가, 「공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 그들의 구상권자에 대한 채무는 각자의 부담 부분에 따른 분할채무로 봄이 상당하지만, 구상권자인 공동불법행위자 측에 과실이 없는 경우, 즉 내부적인 부담 부분이 전혀 없는 경우에는 이와 달리 그에 대한 수인의 구상의무 사이의 관계를 부진정연대관계로 봄이 상당하다」고 판시하여 과실 없는 공동불법행위자에 대한 수인의 구상의무도 부진정연대채무관계로 파악하고 있다.<sup>24)</sup>

## 2. 동일한 경제적 목적을 가진 채무

### 1) 직접점유자와 간접점유자의 점유·사용으로 인한 부당이득반환의무

「어떤 물건에 대하여 직접점유자와 간접점유자가 있는 경우, 그에 대한 점유·사용으로 인한 부당이득의 반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대채무의 관계에 있다」고 판시하고 있다.<sup>25)</sup>

### 2) 금융기관에 대한 회사의 대출금채무와 회사 임직원의 손해배상채무

「금융기관이 회사 임직원의 대규모 분식회계로 인하여 회사의 채무구조를 잘

22) 대법원 1997.12.12. 선고 96다50896 판결.

23) 대법원 1969.8.26. 선고 69다962 판결.

24) 대법원 2005.10.13. 선고 2003다24147 판결.

25) 대법원 2012.9.27. 선고 2011다76747 판결.

못 파악하고 회사에 대출을 해 준 경우, 회사의 금융기관에 대한 대출금채무와 회사 임직원의 분식회계 행위로 인한 금융기관에 대한 손해배상채무는 서로 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다」고 판시하고 있다.<sup>26)</sup>

### 3) 회사의 사용자책임으로 인한 손해배상채무와 대출받은 회사의 대출금채무

자금 입출금 등의 업무를 담당하는 A회사의 재무과장이 회사 명의의 근보증서와 이사회입결의서 및 약속어음 배서를 위조하여 B회사를 통하여 금융기관에 제출하고 이를 믿은 금융기관이 B회사에 대하여 대출함으로써 금융기관이 손해를 입은 경우, A회사의 사용자책임으로 인한 손해배상채무와 B회사의 대출금채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다고 한다.<sup>27)</sup>

### 4) 계약책임으로서의 손해배상채무와 법률에 의하여 특별히 인정되는 손해배상채무

「수급인이 도급인에게 건물신축공사 전체에 대하여 시공상 잘못으로 말미암아 발생한 하자의 보수에 갈음하는 손해배상채무를 부담하는 경우, 이는 공사도급계약에 따른 계약책임이며, 하수급인은 구 건설업법 제25조 제1항 및 건설산업기본법 제32조 제1항에 따라 하도급받은 공사에 대하여 도급인에게 수급인과 동일한 채무를 부담하는데, 이는 법률에 의하여 특별히 인정되는 책임이므로, 수급인과 하수급인의 채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이기는 하지만, 어느 것이나 도급인에 대하여 시공상 잘못으로 말미암아 발생한 하자의 보수에 갈음하는 손해를 배상하려는 것으로서 서로 동일한 경제적 목적을 가지고 있어, 수급인이 도급인에게 위 하자보수에 갈음하는 손해배상채무를 이행함으로써 그와 중첩되는 부분인, 하수급인의 도급인에 대한 하자보수에 갈

26) 대법원 2008.1.18. 선고 2005다65579 판결.

27) 대법원 2000.3.14. 선고 99다67376 판결.

음하는 손해배상채무도 함께 소멸되는 관계에 있으므로, 양 채무는 서로 중첩되는 부분에 관하여 부진정연대채무 관계에 있다」고 판시하고 있다.<sup>28)</sup>

### 5) 계약상의 채무불이행책임과 제3자의 불법행위로 인한 손해배상채무

「원고의 경비용역계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 피고들의 절도라는 불법행위로 인한 손해배상채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다」고 한다.<sup>29)</sup>

### 6) 상법상의 명의대여자와 명의차용자의 책임

「상법 제24조에 의한 명의대여자와 명의차용자의 책임은 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다」고 한다.<sup>30)</sup>

## 3. 동일한 사실관계에 있는 손해배상채무

### 1) 채무자의 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 제3자의 불법행위로 인한 손해배상채무

「부품거래계약에 의하여 특정기업에게 물품을 공급하기로 약정한 기업이, 제3자가 그 특정기업과의 독점판매계약을 통하여 그 물품의 독점적 판매권을 취득한 사정을 알면서도 제3자를 위 물품의 유통망에서 배제하기 위하여 위 특정기업에 대한 물품의 공급을 중단한 경우, 이는 거래의 공정성과 건전성을 해하는 위법한 행위로서 제3자에 대하여 불법행위를 구성하며, 채무자가 부담하는 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 제3자가 부담하는 불법행위로 인한 손해

28) 대법원 2010.5.27. 선고 2009다85861 판결.

29) 대법원 2006.1.27. 선고 2005다19378 판결.

30) 대법원 2011.4.14. 선고 2010다91886 판결.

배상채무의 원인이 동일한 사실관계에 기한 경우에는 하나의 동일한 급부에 관하여 수인의 채무자가 각자 독립해서 그 진부를 급부하여야 할 의무를 부담하는 경우로서 부진정연대채무관계에 있다」고 판시하고 있다.<sup>31)</sup>

## 2) 채무자의 채무불이행책임과 이행보조자의 불법행위책임

임대인의 지시를 받은 이행보조자가 임차인으로 하여금 임차목적물을 사용·수익하지 못하게 함으로써 발생하는 임대인의 채무불이행책임과 이행보조자의 불법행위책임은 동일한 사실관계에 기한 것으로 부진정연대채무관계에 있다고 한다.<sup>32)</sup>

## 3) 피용자의 불법행위책임과 사용자의 배상책임

피용자의 업무집행 중의 불법행위책임과 사용자배상책임은 강학상 부진정연대채무의 부류에 속한다고 하는데,<sup>33)</sup> 이는 업무집행이라는 동일한 사실관계에서 발생한 채무라고 볼 수 있을 것이다.

# IV. 주관적 공동관련성에 대한 검토

판례에 의하면, 부진정연대채무는 주관적 공동관계가 없다는 점에서 연대채무와 구별된다는 입장을 취하고 있다는 점을 감안하여,<sup>34)</sup> 아래에서는 판례가 인정하고 있는 부진정연대채무의 유형에 따라 주관적 공동관련성에 관하여 살펴보기로 한다.

## 1. 공동불법행위자들의 손해배상책임에 대한 검토

판례에 의하면, 객관적으로 각 행위가 관련 공동되어 있다면 불법행위로 인

31) 대법원 2006.9.8. 선고 2004다55230 판결.

32) 대법원 1994.11.11. 선고 94다22446 판결.

33) 대법원 1975.12.23. 선고 75다1193 판결.

34) 대법원 2009.8.20. 선고 2009다32409 판결.

한 손해배상책임이 인정되며,<sup>35)</sup> 그 공동불법행위자들은 피해자에 대하여 부진정연대채무를 부담하게 된다.

민법 제760조에 의하면, 공동불법행위자들은 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있음을 감안한다면, 민법상의 명문 규정에 충실한 해석을 하지 않고 이를 임의로 제한하거나 달리 해석하기 위해서는 명백한 근거를 제시하여 할 것이다.

그런데 판례는 위와 같이 해석함에 별다른 논거를 제시하지 않고 있다.

생각컨대 공동불법행위자들의 손해배상책임을 연대채무로 인정하지 못할 특별한 법리가 존재하는 것은 아니라고 본다.

사실 연대채무에 관한 우리 민법 제413조의 내용으로서는 연대채무의 요건으로 주관적 공동관계가 필요하다는 주장은 재고할 여지가 많다고 본다.<sup>36)</sup> 즉, 연대채무가 성립하기 위하여 특별히 채무자 사이에 ‘주관적 공동목적’이 요구된다고 볼 이유는 없어 보인다.<sup>37)</sup>

주관적 공동관계란 명확한 법률상의 개념도 아니라는 점에서 연대채무의 결합관계를 주관적 공동관계로 파악하고 있는 견해도 문제가 없는 것은 아니지만, 일단 연대채무자간의 결합관계를 주관적 공동관계로 파악하여, 공동불법행위자들 사이에는 그와 같은 주관적 결합관계가 없다는 점에서 연대채무가 아닌 부진정연대채무관계로 인정할 수 있다는 논지에 대하여 검토해보고자 한다.

공동불법행위의 경우에는 주관적 공동관계가 결여되어 있기 때문에 공동불법행위자들의 책임이 연대채무가 아닌 부진정연대채무가 된다는 논지는, 공동불법행위의 성립 요건과 그 효과로서의 손해배상책임을 분리하여 파악하지 못하고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 공동불법행위책임을 성립요건으로서는 객관적 관련공동성이 요구된다고 하더라도, 그 결과 발생한 손해배상책임은 공동불법행위자 각자 모두가 피해자에게 그 전부를 이행하여야 한다는 점에서 주관적인 공동관계의 존재를 인정할 수 있는 여지가 충분히 있다고 본다. 즉 공동불법행위자들은 피해자에게 발생한 손해 전액을 배상하여야 한다는 점에서 피해자에 대한 손해전보 내지 피해자의 만족이라는 공동목적을 가지게 된다는

35) 대법원 1988.4.12. 선고 87다카2951 판결.

36) 일본의 경우, 연대채무와 부진정연대채무의 통설적 구별기준으로서 「주관적공동관계설」을 주장한 시조는 我妻榮교수라고 한다(樞壽夫, 前掲書, 317頁).

37) 박영규, 앞의 논문, 292~293면.

점을 간과할 수 없다는 것이다. 따라서 공동불법행위자들이 피해자에 대하여 부담하는 손해배상책임에 대하여 별다른 근거도 제시하지 않으면서 굳이 부진정연대채무로 구성할 필요 없이, 민법상의 연대채무가 성립한다고 이해하는 것이 민법 규정에 「연대하여 책임이 있다」는 내용과 부합하는 해석론이 될 수 있는 것이 아닐까 하는 의문을 제기하는 바이다.

오직 피해자를 보호한다는 명분만으로 「연대책임」으로 명시하고 있는 민법 규정을 도외시 하고 부진정연대책임으로 해석하는 것은 엄연한 성문법 국가에서 무리한 해석이라고 하지 않을 수 없다.

더구나 주관적 공동관계의 유무에 따라 부진정연대채무를 인정하고 있는 판례의 태도를 관찰한다면, 공동불법행위자들 전원이 고의로 공모하여 타인에게 손해를 가한 경우처럼 주관적 공동관계가 엄연히 존재하고 있는 경우에는 공동불법행위자들의 연대채무가 성립됨을 인정하여야 될 터인데 판례는 그러한 구별은 하지 않고 있는 듯하다.

## 2. 동일한 경제적 목적이 있는 채무와 동일한 사실관계에 있는 손해배상채무에 대한 검토

판례에 의하면, 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여 부진정연대채무의 성립을 인정하고 있고, 또한 다수인이 부담하는 손해배상채무의 원인이 동일한 사실관계에 기한 경우에는 하나의 동일한 급부에 관하여 수인의 채무자가 각자 독립해서 그 전부를 급부하여야 할 의무를 부담하는 경우로서 부진정연대채무관계에 있다고 한다.

이 역시 위에서 제기한 문제점이 그대로 적용될 수 있을 것이다. 즉 문제의 핵심적인 내용은 손해배상채무의 발생 원인 또는 부당이득반환의무의 발생 원인을 중시하여 그 책임의 성질을 분석할 것이 아니라, 어떠한 사유에서든 이미 다수인에게 발생한 손해배상책임에 대하여 그 손해배상책임을 중심으로 이를 어떻게 이행할 것인지, 즉 손해배상책임이 있는 다수인이 연대채무로서 이행책임을 부담하게 되는지, 아니면 불가분채무로서 이행책임을 인정되는지 또는 분할채무로서 그 이행책임을 부담하게 되는지가 검토의 대상이 된다는 점이다.

부연한다면, 이미 발생한 손해배상책임에 의하여 손해 전액의 배상 내지 채무이행이라는 공동목적에 위한 관계로 연결되어 있다는 점을 간과할 수 없을

것이다.

더구나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하게 되는 손해배상책임 및 동일한 사실관계에 의하여 발생한 손해배상책임이라면, 채권자의 만족 내지 손해에 대한 전보라는 채무자 상호간의 공동목적이 존재한다고도 볼 수 있을 것이다.

이처럼 동일한 경제적 목적을 가진 채무 또는 동일한 사실관계에 의하여 발생한 손해배상책임의 경우에도 피해자에 대하여 손해배상책임이 있는 다수의 가해자들은 이미 발생한 손해 전액을 배상하여야 한다는 공동관계로 연결되어 있다는 점을 고려한다면, 이들의 책임은 민법 제760조의 규정을 유추 적용하여 연대채무가 성립한다고 볼 수 있을 것이다.

우리 민법상 연대채무의 경우에는 보증과 달리 연대의사를 엄격하게 제한하지 않고 연대의 추정을 인정할 수 있을 것이다. 다수설의 입장은 당사자가 총채무자의 자력을 종합적으로 고려하였다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 때에는 연대의 묵시적 특약이 있다고 추정하여야 한다고 본다.<sup>38)</sup> 반면에 판례는, 「타인의 채무에 대하여 연대책임을 지기 위해서는 법령상 특별한 규정이 있거나 혹은 그 채무가 성질상 불가분채무에 해당한다는 등의 특단의 사정이 있는 경우에 한하며, 당해 법규정이 타인의 채무에 대해 연대책임을 규정한 것인지 여부는 국민의 재산권 보장과 관련된 것이므로 엄격하게 해석하여야 함이 원칙」이라고 판시함으로써<sup>39)</sup> 연대의 추정에 대하여 소극적 입장을 표명하고 있다.

따라서 민법상 규정이 없는 위 사안들(동일한 경제적 목적을 가지고 있거나 동일한 사실관계에서 발생하여 채무자가 각자 독립해서 그 전부를 급부하여야 할 의무를 부담하는 경우)에 대하여는 각자가 발생한 손해전부를 배상하거나 또는 부당이득 전액을 반환하여야 한다는, 채권자의 만족이라는 공동목적이 존재한다는 점 및 동일한 경제적 목적 내지 동일한 사실관계에 바탕을 두고 있다는 점에 착안하여 민법 제760조의 규정을 준용하게 된다면, 그 다수인의 손해배상책임 내지 부당이득반환의무에 의한 책임을 연대채무로 구성하는 것이 민법 규정에도 없는 부진정연대채무론을 원용하여 무리한 해석을 하는 것보다 타당하다고 할 수 있지 않을까 의문을 제기하는 바이다.

38) 관운직 대표 저자(차한성 집필 부분), 앞의 「민법주해(X)」, 76면.

39) 대법원 2008.5.29. 선고 2006두8419 판결.

## V. 상대적 효력론에 대한 검토

판례는 일찍이 「공동불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 그 상호간에 부진정연대채무관계가 성립한다고 함이 상당할 것이며, 그 중의 한 채무자에 대한 채무 면제의 효력에 관하여는 민법 제419조가 적용되지 아니하고 다른 채무자에게는 그 효력이 미치지 아니한다」고 판시한 이래,<sup>40)</sup> 이 법리는 그대로 유지되고 있다. 즉 부진정연대채무자 상호간에는 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생하지만 그 밖의 사유는 상대적 효력을 발생하는 데에 그치는 것이므로<sup>41)</sup> 피해자가 채무자 중의 1인에 대하여 손해배상에 관한 권리를 포기하거나 채무를 면제하는 의사표시를 하였다 하더라도 다른 채무자에 대하여 그 효력이 미친다고 볼 수는 없으며,<sup>42)</sup> 부진정연대채무에서는 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기는 다른 채무자에게 효력을 미치지 아니하며,<sup>43)</sup> 그 중의 한 채무자에 대한 손해배상청구권 포기의 효력에 관하여도 민법 제419조가 적용되지 아니하고 다른 채무자에게는 그 효력이 미칠 수 없는 것이라고 한다.<sup>44)</sup>

나아가 공동불법행위자 중 1인이 구상권을 행사할 경우에 다른 공동불법행위자는 자기의 채무가 면제되었음을 이유로 그 구상을 거절할 수 없다고 하며,<sup>45)</sup> 이러한 법리는 채무자들 사이의 내부관계에 있어 1인이 피해자로부터 합의에 의하여 손해배상채무의 일부를 면제받고도 사후에 면제받은 채무액을 자신의 출재로 변제한 다른 채무자에 대하여 다시 그 부담부분에 따라 구상의무를 부담하게 된다 하여 달리 볼 것은 아니라고 한다.<sup>46)</sup>

이러한 판례의 법리에 대하여는 채무자들의 채권자에 대한 대내적 효력 문제와 채무자들의 채권자에 대한 대내적 구상 문제는 전혀 별개의 차원에서 규율

40) 대법원 1969.8.26. 선고 69다962 판결.

41) 채권자에게 만족을 주는 사유 이외의 사유에 대하여는 상대적 효력을 관철하려는 법기술로서 부진정연대채무의 개념이 등장하게 된 측면도 있다. 奥田昌道, 「債權總論(上)」, 筑摩書房, 1987, 373頁.

42) 대법원 1993.5.27. 선고 93다6560 판결.

43) 대법원 2011.4.14. 선고 2010다91886 판결.

44) 대법원 1969.8.26. 선고 69다962 판결. 통설도 동일한 입장을 취한다.

45) 대법원 1980.7.22. 선고 79다1107 판결.

46) 대법원 1993.5.27. 선고 93다6560 판결.

되어야 하므로 부진정연대채무자 1인에 대한 채무면제의 상대적 효력을 부정할 근거로 삼기 어렵다고 하여 긍정적으로 평가하는 견해도 있지만,<sup>47)</sup> 그 문제점은 이미 여러 차례 지적되고 논의된 해묵은 과제라고 할 수 있다.<sup>48)</sup>

생각건대, 이 문제는 형식론적으로 검토할 것이 아니라 실질적인 측면에서 접근한다면, 1인의 채무자가 채권자로부터 손해배상채무의 일부를 면제받았음에도 불구하고 일단은 전액을 배상하여야 한다는 다른 채무자의 입장도 억울하다고 할 수 있을 뿐만 아니라, 이미 피해를 입은 채권자 자신으로부터 직접 채무면제를 받은 채무자의 입장에서조차 전액을 변제한 다른 채무자의 구상에 응하여야 한다는 법리는 납득하기 어려운 점이 있음을 외면할 수 없을 것이다.

채권자로부터 채무 면제를 받은 채무자나 소멸시효가 완성된 채무자라도 전액 또는 자신의 부담부분을 초과한 금액을 변제한 다른 채무자의 구상에 응하여 변제를 하여야 한다는 것은, 채무면제나 소멸시효의 효력을 부정하게 될 뿐만 아니라 아무런 의미가 없는 공치사 내지 공허한 절차 및 결과를 초래하게 함으로서, 일반인으로서도 적어도 상식선상으로도 참으로 납득하기 어려운 법리라고 하지 않을 수 없다. 더구나 피해자로부터 면제를 받은 피면제자의 신뢰보호 측면을 고려한다면, 오히려 피면제자의 부담부분에 한하여는 면제의 의사표시를 한 자의 궁극적인 부담으로 돌아가게 하는 것이 온당하다고 할 수 있으며, 피해자는 공동으로 손해를 가한 공동불법행위자들이 내부적으로 그 손해를 분담하여 배상할 것임을 알고 있다고 보아도 무리하다고 할 수 없는데도 그 중의 1인에 대하여 임의로 면제하면서도 다른 가해자들로부터 손해의 잔액 정부를 받는 것은 지나친恣意를 허용하는 것이라는 지적은<sup>49)</sup> 오히려 옳은 지적이라고 본다.

그런데 판례는 상대적 효력을 절대적으로 인정하고 있는 것이 아니라, 특별한 사유가 있는 경우에는 절대적 효력이 인정될 수도 있다는 내용의 논지가 발

47) 김용균, “부진정연대채무자의 1인에 대한 면제의 효력”, 『대법원판례해설』 제19-1호, 법원행정처:법원도서관, 1993, 105면.

48) 일본에서는 이 문제에 대한 타당한 해결책으로서, 구체적인 사정에 따라 면제에 관한 절대적 효력을 인정하거나 인정하지 않을 경우가 있다(절충설)는 전제하에, 부담부분의 대소를 기준으로 부담부분이 큰 자에 대한 면제에는 절대적 효력을 그 외의 경우에는 상대적 효력을 인정하거나 피해자의 의사를 기준으로 하여 피해자가 손해배상액이 감액되는 것을 알면서도 분쟁의 일체적 해결을 도모하기 위하여 공동불법행위자 1인과 화해한 경우에만 채무면제로서 절대적 효력이 있고 그 외의 경우에는 단순한 부제소의 합의로서 상대적 효력만 인정된다는 견해 등이 제기되고 있다(淡路剛久, 前掲書, 265~268頁).

49) 황형모, “공동불법행위자 사이의 구상요건과 그 1인에 대한 채무면제의 효력”, 『판례연구』 제11집, 부산판례연구회, 2000, 37면.

견된다. 즉, 현실적 만족 이외의 채무면제나 합의의 효력 등은 그 피해자가 나아가 다른 손해배상의무자(사용자)에 대하여는 더 이상의 손해배상청구를 하지 아니할 명시적 또는 묵시적 의사표시를 하는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 사용자에 대하여는 그 효력이 미칠 수 없다는 것이니,<sup>50)</sup> 결국 더 이상의 손해배상청구를 하지 않을 특별한 사정이 있다면 절대적 효력이 인정될 수 있다는 의미로 이해된다.

이처럼 절대적 효력이 인정되는 경우로서 묵시적 의사표시마저 인정하고 있다면, 부진정연대채무가 성립한다는 진제하에 절대적 효력을 배제할 것이 아니라 이를 연대채무로 구성하더라도, 민법 제419조의 규정은 임의규정으로서 채권자가 의사표시 등으로 위 규정의 적용을 배제하여 어느 한 연대채무자에 대하여서만 채무면제를 할 수 있다는 점에서<sup>51)</sup> 그다지 무리한 해석론은 아니라고 본다. 즉 공동불법행위책임이나 동일한 경제적 목적이 있는 채무 또는 동일한 사실관계에 있는 손해배상채무관계를 연대채무로 구성하게 된다면, 그 채무자 중의 1인에 관하여 발생한 효력이 다른 채무자에게 영향을 미치는가의 문제는 연대채무에 관한 민법 규정을 준용하되, 당사자의 의사표시를 중시하여 구체적인 사안에 따라 그 내용이 합리적이지 못하거나 불공정한 결과를 초래할 우려가 있는 경우에는 상대적 효력을 인정할 수 있다는 것이다.

판례도 교통사고로 인한 손해배상금액 중 일정한 금액만 지급받고 나머지 부분에 대하여는 청구하지 않기로 피해자가 가해자와 합의하였다고 하더라도 그 합의에 의한 영향을 받으려면 그 합의내용을 통해서 이해할 수 있는 유족들의 진의가 그 합의에 의해서 구상권자에 대한 관계에 있어서도 그 합의 내용대로 해결을 꾀했다는 데까지 있었다고 하여야 할 합리적인 사유가 있어야 할 것이라고 한다.<sup>52)</sup>

## VI. 구상권에 대한 검토

부진정연대채무자 사이에는 주관적인 공동관계가 없으므로 부담부분이 없고, 따라서 구상관계가 발생하지 않는다고 하지만, 판례는 형평 내지 공평을 이유

50) 대법원 1989.5.9. 선고 88다카16959 판결.

51) 대법원 1992.9.25. 선고 91다37553 판결.

52) 대법원 1977.4.12. 선고 76다2920 판결.

로 구상권을 인정하고 있다. 다만 학자에 따라서는 부진정연대채무자 사이에는 부담부분이 존재하지 않기 때문에 구상관계가 없다고 하는 견해도 있다.<sup>53)</sup>

구체적으로 살펴보면, 피용자의 업무집행 중의 불법행위책임과 사용자 배상책임은 부진정연대채무의 부류에 속한다고 하면서도 구상권의 발생에 대해서는 소극적인 태도를 보인 예도 있고,<sup>54)</sup> 부진정연대채무자 사이에는 고유의 의미에 있어서의 부담부분이 존재하지 않으므로 부담부분의 존재를 전제로 하는 민법 제418조 제2항은 부진정연대채무에는 적용되지 않는다고 판시한 예도 있지만,<sup>55)</sup> 공동불법행위의 경우에는 일찍부터 과실의 정도에 따른 부담부분을 전제로 구상권을 인정하고 있다.<sup>56)</sup> 다만, 초기의 대법원 판례에 의하면, 甲 회사가 운영하는 화물자동차와 乙 회사가 운영하는 버스가 쌍방 운전사의 과실로 충돌하여 발생한 사고로 인한 손해배상책임에 있어서, 甲·乙 두 회사의 책임은 강학상 부진정연대책임이므로 채무자간에 부담부분이 없다고 판시한 원심을 파기하면서, 「이들은 공동불법행위자로서 연대책임이 있고, 각기 운전사의 과실의 정도에 따라 부담부분이 정하여 질 것이고, 어느 일방이 단독으로 손해를 배상하였다면 구상권에 의한 부담부분을 청구할 수 있다」고 판시하여 공동불법행위로 인한 손해배상책임을 연대책임이라고 명시한 예도 있다.<sup>57)</sup> 즉 「공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 연대책임(부진정연대채무)을 지되, 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다」는 것이다.<sup>58)</sup>

최근에는, 「부진정연대채무의 관계에 있는 복수의 책임주체 내부관계에 있어서는 형평의 원칙상 일정한 부담 부분이 있을 수 있으며, 그 부담 부분은 각자의 고의 및 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 부진정연대채무자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른

53) 정기웅, 앞의 책, 314면.

54) 대법원 1975.12.23. 선고 75다1193 판결.

55) 대법원 1994.5.27. 선고 93다21521 판결.

56) 대법원 1967.12.29. 선고 67다2034·2035 판결.

57) 대법원 1969.1.28. 선고 68다2245 판결.

58) 대법원 1997.12.12. 선고 96다50896 판결.

부진정연대채무자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다」고 판시함으로써 일반적으로 부진정연대채무에서도 구상권을 인정하려는 듯한 태도를 엿볼 수 있다.<sup>59)</sup>

또한, 공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 그들의 구상권자에 대한 채무는 각자의 부담 부분에 따른 분할채무로 봄이 상당하지만, 구상권자인 공동불법행위자측에 과실이 없는 경우, 즉 내부적인 부담 부분이 전혀 없는 경우에는 이와 달리 그에 대한 수인의 구상의무 사이의 관계를 부진정연대관계로 봄이 상당하다고 한다.<sup>60)</sup>

공동불법행위책임에서의 구상관계는 원칙적으로 분할채무라고 보는 논거는, 첫째 구상의 순환을 방지하고자 함에 있고, 그 외에 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 부진정연대채무로 구성하고 있지만, 피해자에 대한 배상이 이루어진 후에는 그 연대관계가 해소된다고 해석하는 것이 순리라고 할 수 있으며, 중국적 부담부분에 따른 구상을 위한 소송을 방지하여 소송경제에도 부합되는 점 등을 지적하고 있다.<sup>61)</sup>

공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동 면책을 얻게 하였을 때에, 나머지 공동불법행위자가 여럿인 경우 그 공동불법행위자들이 구상권자에 대하여 부담하는 채무(구상채무)의 법적 성질에 대하여, 채권자에 대한 관계에서는 부진정연대책임을 지되, 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있고, 공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 여럿인 경우에는 그들 상호간에 사용자와 피용자 등과 같은 대체적인 책임관계 또는 이에 유사한 관계가 있어서 다른 공동불법행위자에 대한 관계에서도 일체를 이루어 구상에 응해야 하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 그들의 구상권자에 대한 채무는 이를 부진정연

59) 대법원 2006.1.27. 선고 2005다19378 판결.

60) 대법원 2005.10.13. 선고 2003다24147 판결.

61) 최진갑, “복수공동불법행위자 상호간의 구상채무의 성질”, 『판례연구』 제12집, 부산판례연구회, 2001, 903~904면; 홍성주, “부진정연대채무에서의 구상관계의 성질”, 『판례연구』 제19집, 부산판례연구회, 2008, 24~25면.

대채무로 보아야 할 근거가 없으며, 오히려 다수 당사자 사이의 분할채무의 원칙이 적용되어 각자의 부담 부분에 따른 분할채무로 봄이 상당하다는 것이다.<sup>62)</sup>

뿐만 아니라, 「어느 부진정연대채무자를 위하여 보증인이 된 자가 채무를 이행한 경우에는 다른 부진정연대채무자에 대하여도 직접 구상권을 취득하게 되고, 그와 같은 구상권을 확보하기 위하여 채권자를 대위하여 채권자의 다른 부진정연대채무자에 대한 채권 및 그 담보에 관한 권리를 구상권의 범위 내에서 행사할 수 있다」고 판시하고 있다.<sup>63)</sup> 즉, 부진정연대채무자 중 1인의 보증인이 된 자가 그 채무를 변제한 경우, 다른 부진정연대채무자들에 대하여 직접 구상권을 취득하게 되며(민법 제447조의 유추적용), 그 범위에서 채권자를 대위하여 채권자의 다른 부진정연대채무자에 대한 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다는 것이다.<sup>64)</sup>

이처럼 「공동불법행위로 인한 손해배상책임의 성질인 부진정연대채무관계에 있어서도 채무자들의 내부관계에 있어서는 부담부분이 있는 점에서는 진정연대채무관계와 다를 바 없다」고 한다면,<sup>65)</sup> 굳이 공동불법행위자들의 책임을 부진정연대채무로 구성하여야 할 실익은 어디에서 찾을 수 있는 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

더구나 우리 민법은 다수당사자의 채권관계의 원칙적인 모습으로서 명문으로 분할채권관계를 규정하고 있다는 점을(민법 제408조)을 감안한다면 공동불법행위자들이 부담하는 구상채무도 분할채무라고 봄이 타당할 것이다.<sup>66)</sup>

오직 피해자를 두텁게 보호하기 위한 목적이라면 채무자 1인에게 발생한 사유에 대하여 절대적 효력이 인정되는 범위를 엄격하게 해석함으로써도 해결할 수 있을 터인데, 민법 규정에도 없는 법리를 원용하면서까지, 더구나 일반인에게 상식 밖의 일로 비쳐질 수 있는 모순투성이의 결론을 도출하게 되는 문제점을 안고 있는 무리한 해석론을 전개할 필요까지 있을지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

62) 대법원 2008.2.29. 선고 2007다89494 판결.

63) 대법원 2010.5.27. 선고 2009다85861 판결.

64) 위 판결은 이 점을 명확히 하였다는 데에 그 의의가 있다고 한다(김민지, “부진정연대채무에 있어서의 구상권 및 변제자대위”, 『대법원판례해설』 제83호, 법원행정처:법원도서관, 2010, 136면).

65) 대법원 1971.2.9. 선고 70다2508 판결.

66) 강봉석, “부진정연대채무자들이 부담하는 구상채무의 법적 성질”, 『민사판례연구 XXVI』, 민사판례연구회, 2004, 147면.

연대채무로 구성할 경우에 구상요건으로서 통지에 관한 민법 제426조의 적용 여부의 문제가 제기될 수 있다.

판례는, 「민법 제426조가 연대채무에 있어서의 변제에 관하여 채무자 상호간에 통지의무를 인정하고 있는 취지는, 연대채무에 있어서는 채무자들 상호간에 공동목적을 위한 주관적인 연관관계가 있고 이와 같은 주관적인 연관관계의 발생 근거가 된 대내적 관계에 터 잡아 채무자 상호간에 출연분담에 관한 관련관계가 있게 되므로, 구상관계에 있어서도 상호 밀접한 주관적인 관련관계를 인정하고 변제에 관하여 상호 통지의무를 인정함으로써 과실 없는 변제자를 보다 보호하려는 데 있다. 그러므로 이와 같이 출연분담에 관한 주관적인 밀접한 연관관계가 없고, 단지 채권만족이라는 목적만을 공통으로 하고 있는 부진정연대채무에 있어서는 그 변제에 관하여 채무자 상호간에 통지의무 관계를 인정할 수 없고, 변제로 인한 공동면책이 있는 경우에 있어서는 채무자 상호간에 어떤 대내적인 특별관계에서 또는 형평의 관점에서 손해를 분담하는 관계가 있게 되는데 불과하다고 할 것이므로, 부진정연대채무에 해당하는 공동불법행위로 인한 손해배상채무에 있어서도 채무자 상호간에 구상요건으로서의 통지에 관한 민법의 위 규정을 유추 적용할 수는 없다(밀줄 필자),」고 한다.<sup>67)</sup>

그런데 우리 민법 제760조의 내용은 공동불법행위로 발생한 책임에 대하여 연대하여 책임을 부담하게 된다는 것이고, 민법상 연대채무에 관한 규정을 살펴보다더라도 그 발생 원인으로서는 주관적인 밀접한 연관관계가 존재하여야 한다는 요건을 요구하고 있는 것은 아니다. 공동불법행위로 인하여 가해자들이 부담하게 될 손해배상책임에 중점을 둔다면, 민법규정에 충실하게 해석하여 그 책임을 연대채무로 구성할 수 있을 것이고, 설사 주관적인 연관관계가 요구된다고 하더라도 이미 앞에서 언급하였듯이 공동으로 부담하게 되는 손해배상책임 그 자체에서 공동목적은 찾을 수도 있을 것이다.

공동불법행위책임을 민법상의 연대채무로 구성하더라도 구상권의 행사 요건으로서 민법상의 통지에 관한 규정을 유추 적용하는 데에는 어떠한 장애 사유도 존재하지 않는 것으로 보인다.

67) 대법원 1998.6.26. 선고 98다5777 판결.

## VII. 결

판례의 법창조적 기능은 성문법의 흠결을 보충하거나 규정된 내용이 지극히 추상적인 경우에 시의에 적절한 제도를 도입하거나 그 내용을 구체화 할 수 있다는 점에서 의의가 크다고 할 수 있다. 그렇지만 법률로서 규정된 내용이 명확하게 있음에도 불구하고 해석론으로서 규정된 내용 이상의 요건을 요구하거나,<sup>68)</sup> 임의로 그 의미를 다른 제도로 해석한다는 것은 입법권의 침해라고까지는 볼 수 없다고 하더라도 판례의 법창조적 기능을 유월한 것은 아닌지 신중한 검토를 요한다고 할 것이다.

특히 민법은 자유주의적 형식법의 원형이라고 볼 수 있으며,<sup>69)</sup> 자유주의적 법모델의 전형을 이루는 것으로서, 민사법은 사적자치의 원칙에 따라 원칙적으로 각 당사자가 자율적으로 법적 문제를 해결할 것을 요청하며, 법적 분쟁이 발생하여 각 당사자가 더 이상 자율적으로 문제를 해결할 수 없을 때 국가가 사법부를 동원하여 이에 개입하게 되는 것이다.<sup>70)</sup>

그렇다면, 피해자가 채무자 중 1인에 대하여 손해배상에 관한 권리를 포기하거나 채무를 면제하는 의사표시를 한 경우, 그 효력을 단절하여 결국 다른 채무자의 구상권 행사에 응하게 함으로써 피해자의 의사표시를 유명무실하게 하는 결과를 초래할 것이 아니라, 다른 채무자에게도 그 효력이 미치게 될 수 있는 해석이 가능한 연대채무로의 법리 구성이 민사법의 기본 정신에 더욱 부합하는 것이라고 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 판례는 어떠한 근거도 제시하지 않은 채, 「연대하여」라는 민법 규정을 「부진정연대채무가 성립하는 관계」라고 해석하고 있다는 점은 재고할 여지가 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.<sup>71)</sup>

이미 앞에서 언급하였듯이, 공동불법행위책임은 민법상의 법문에 충실하게 해석하여 연대책임의 성립을 인정할 것이고, 동일한 경제적 목적이 있는 채무

68) 예컨대, 판례는 민법 제104조에 규정되어 있는 요건(급부의 불균형 및 상대방의 궁박 경솔 무경험) 이외에 「폭리행위자의 악의」를 요건으로 추가하여 요구하고 있다(대법원 1996.11.12. 선고 96다34061 판결).

69) 양천수, “책임과 정의의 상호연관성 - 법철학적 試論 -”, 『원광법학』 제28권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2008.6, 93면.

70) 양천수, 『민사법질서와 인권』, 집문당, 2013, 296면.

71) 일본민법의 경우에는 공동불법행위자들 「각자가 연대하여」라는 내용으로 규정하고 있다는 점도 간과할 수 없을 것이다.

및 동일한 사실관계에 있는 손해배상채무의 경우에는 민법 제760조의 규정을 유추적용하여 민법상 연대채무가 성립하는 것으로 이론구성을 하는 것이 실정법의 해석론에도 부합하는 타당한 결론을 도출할 수 있을 것으로 사료된다.

그동안 부진정연대채무로서 축적된 판례의 내용을 고려한다면, 이제 와서 연대채무로 변경하여 법리를 구성하게 될 경우에는 혼란을 야기할 수 있다는 우려도 제기될 수 있다. 그렇지만, 이미 앞에서 지적하였지만, 부진정연대채무에 관한 판례의 법리는 민법상 연대채무의 법리와 상당히 근접해가고 있음을 발견하게 된다.

마냥 한정 없이 언제까지나 민법 규정을 도외시 한 채 판례에 의한 부진정연대채무로의 불합리한 구성을 감내하여야 할 것은 아니라고 본다.

투고일 : 2015.5.22. / 심사완료일 : 2015.6.10. / 게재확정일 : 2015.6.20.

## [참고문헌]

- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2003.
- , 「민법주해(X) 채권(3)」, 박영사, 2013.
- 김대정, 「채권총론」, 피데스, 2006.
- 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2009.
- 김주수, 「채권총론」, 삼영사, 1999.
- 김증한·김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998.
- 박준서, 「주석민법 채권총칙(2)」, 사법행정학회, 2000.
- 송덕수, 「채권법총론」, 박영사, 2015.
- 양천수, 「민사법질서와 인권」, 집문당, 2013.
- 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1999.
- 정기웅, 「채권총론」, 법문사, 2014.
- 강봉석, “부진정연대채무자들이 부담하는 구상채무의 법적 성질”, 「민사판례연구 X X VI」, 민사판례연구회, 2004.
- 김민지, “부진정연대채무에 있어서의 구상권 및 변제자대위”, 「대법원판례해설」 제83호, 법원행정처:법원도서관, 2010.
- 김성식, “부진정연대채무의 일부변제 등에 관한 법리의 검토 - 대법원 2012.2.9. 선고 2009다72094 판결 등 판례에 나타난 소액채무 또는 부채채무의 일부 변제로 인한 효과를 중심으로”, 「저스티스」 제138호, 한국법학원, 2013.10.
- 김용균, “부진정연대채무자의 一人에 대한 면제의 효력”, 「대법원판례해설」 제 19-1호, 법원행정처:법원도서관, 1993.
- 박영규, “‘부진정 연무채무’ 이론 비판”, 「민사법학」 제48호, 한국민사법학회, 2010.3.
- 서종희, “부진정연대채무에서 다액(多額)채무자의 일부변제의 효과 - 외측설에 의한 일원화된 해결방법의 모색”, 「저스티스」 제136호, 한국법학원, 2013.6.
- 손철우, “다액의 채무를 부담하는 부진정연채무자가 일부 변제한 경우 그 변제의 효력”, 「민사판례연구 X X V」, 민사판례연구회, 2003.
- 양천수, “책임과 정의의 상호연관성 - 법철학적 試論”, 「원광법학」 제28권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2008. 6.
- 최진갑, “복수공동불법행위자 상호간의 구상채무의 성질”, 「판례연구」 제12집, 부산판례연구회, 2001.

홍성주, “부진정연대채무에서의 구상관계의 성질”, 「관례연구」 제19집, 부산관례연구회, 2008.

황형모, “공동불법행위자 사이의 구상요건과 그 1인에 대한 채무면제의 효력”, 「관례연구」 제11집, 부산관례연구회, 2007.

椿壽夫, 「椿壽夫著作集 1 多數當事者の債權關係」, 信山社, 2006.

淡路剛久, 「連帶債務の研究」, 弘文堂, 1987.

—————, 「債權總論」, 有斐閣, 2002.

近江幸治, 「民法講義IV(債權法總論)」, 弘文堂, 1994.

潮見佳男, 「債權總論」, 信山社, 2007.

平井宜雄, 「債權總論」, 弘文堂, 2001.

平野裕之, 「債權總論」, 信山社, 2005.

能見善久·加藤新太郎, 「判例民法 4 債權總論」, 第一法規, 2009.

奥田昌道, 「債權總論(上)」, 筑摩書房, 1987.

中田裕康, 「債權總論」, 岩波書店, 2011.

尾崎三芳, “連帶債務·不眞正連帶債務”, 星野英一, 「民法講座 4 債權總論」, 有斐閣, 1985.

[국문초록]

## 부진정연대채무론의 판례 법리에 대한 비판적 검토\*

이 상 욱\*\*

우리 민법에는 부진정연대채무에 관한 명문 규정을 두고 있지 않지만, 종래 판례와 통설은 민법상의 연대채무와 다른 부진정연대채무라는 별개의 개념을 인정하고 있다.

특히, 판례는 주관적 공동관계의 유무를 부진정연대채무와 연대채무를 구별하는 기준으로 제시하고 있으며, 공동불법행위자들에 대하여 「연대하여 배상할 책임이 있다(민법 제760조)」고 민법상 엄연히 명문으로 규정하고 있음에도 불구하고, 이 경우 「연대」의 의미를 「연대채무」가 아닌 「부진정연대채무」로 해석하고 있다.

연대하여 채무를 부담한다는 것은 당연히 민법상 연대채무의 성립을 의미하는 것으로 될 수 있을 터인데도, 일찍부터 판례는 「공동불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 그 상호간에 부진정연대채무관계가 성립한다고 함이 상당할 것」이라고 판시한 이래, 시종일관 위 해석론을 중심으로 관련 법리를 전개하고 있는 것이다.

그런데 이처럼 판례는 부진정연대채무라는 개념을 도입하여 사용하고 있지만, 굳이 이를 인정하여야 할 이유나 실익에 대하여 명확하게 밝힌 바는 없는 듯하다. 공동불법행위자들의 손해배상책임에 대하여도 그냥 그 상호간에 부진정연대채무가 성립한다고 판시하고 있을 뿐이다.

판례에 의하면, 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여 부진정연대채무의 성립을 인정하고 있고, 또한 다수인이 부담하는 손해배상채무의 원인이 동일한 사실관계에 기한 경우에는 하나의 동일한 급부에 관하여 수인의 채무자가 각자 독립해서 그 전부를 급부하여야 할 의무를 부담하는 경우로서 부진정연대채무관계에 있다고 한다. 민법상 규정이 없는 위 사안들에 대하여는 각자가 발생한 손해전부를 배상하거나 또는 부당이득 전액을 받

---

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

환하여야 한다는, 채권자의 만족이라는 공동목적이 존재한다는 점 및 동일한 경제적 목적 내지 동일한 사실관계에 바탕을 두고 있다는 점에 착안하여 민법 제760조의 규정을 준용하게 된다면, 그 다수인의 손해배상책임 내지 부당이득 반환의무에 의한 책임을 연대채무로 구성하는 것이 민법 규정에도 없는 부진정 연대채무를 원용하여 무리한 해석을 하는 것보다 타당하다고 할 수 있지 않을까 의문을 제기하는 바이다. 공동불법행위로 인하여 가해자들이 부담하게 될 손해배상책임에 중점을 둔다면, 민법규정에 충실하게 해석하여 그 책임을 연대채무로 구성할 수 있을 것이고, 설사 주관적인 연관관계가 요구된다고 하더라도 이미 앞에서 언급하였듯이 공동으로 부담하게 되는 손해배상책임 그 자체에서 공동목적은 찾을 수도 있을 것이다. 피해자 보호라는 명분만으로 언제까지나 민법 규정을 도외시 한 채 판례에 의한 부진정연대채무로의 불합리한 구성을 감내하여야 할 것은 아니라고 본다.

주제어 : 부진정연대채무, 연대채무, 절대적 효력, 상대적 효력, 공동불법행위

[Abstract]

## Critical Review of Precedents in Untrue Joint and Several Obligation

Lee, Sang-Wook\*

Korean Civil Act has no provision for untrue joint and several obligation, but it is recognized as a separate concept by theory and judicial precedent. According to the precedent, untrue joint and several obligation is accepted in the following cases : liability of joint tort-feasors(Article 760 of Korean Civil Code), obligations which have the same economic aim, and obligations for paying damages which have the same fact relation. Although the precedent does not provide any evidence, it interprets 「joint and severally liable」 in Civil Act as the relation which makes 「untrue joint and several obligation」. This interpretation of the precedent must be reconsidered. Liability of joint tort-feasors must be recognized as joint and several obligation. Also, in cases of obligations which have the same economic aim, and obligations for paying damages which have the same fact relation, Article 760 of Korean Civil Code shall be applied analogically, and so recognized as joint and several obligation. As a result, in regard to a question that a matter relating to one of the obligors is effective on the other obligors, the provisions relating to joint and several obligation shall apply *mutatis mutandis*. Therefore, the unreasonable composition of the legal principle which recognizes untrue joint and several obligation must be sublated.

Key words : Untrue Joint and Several Obligation, Joint and Several Obligation,  
Absolute Effect, Relative effect, Liability of Joint Tort-feasors

---

\* Professor, Yeungnam University, Law School

