

# 2025년 손해사정사 2차 시험대비 기본완성 민법 입문특강

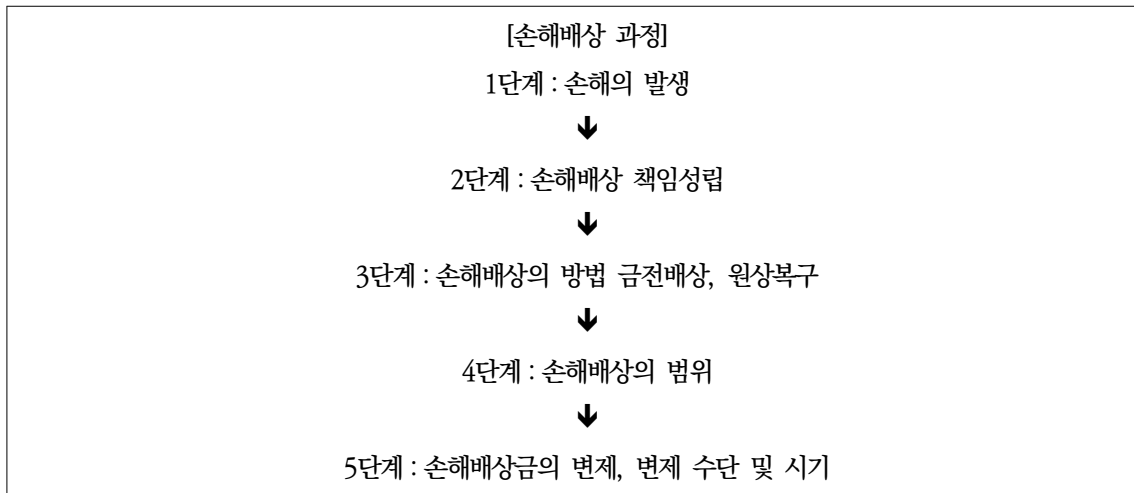
윤성열 손해사정사

## Chapter 1 . 손해배상책임의 법리

### I. 손해배상의 개념 및 법적 근거

#### 1. 손해배상의 개념

손해배상이란 피해자가 입은 손해를 메꾸어주는 것을 말하는데 손해배상 제도로 인해 피해자는 자신의 권리 및 법익을 보장받고 가해자는 가해 결과에 대한 적절한 책임을 부담하므로 가해행위의 억제 및 예방이 실현될 수 있다.



#### 2. 법적 근거

손해배상청구권은 법률행위에 의하여 발생하는 경우와 법률 규정에 의하여 발생하는 경우로 나눌 수 있는데 법률 행위에 의해 발생하는 경우는 보험계약과 같이 계약당사자 사이 일정한 사유가 발생하는 경우 당사자 간 약정한 대 로 배상하는 것을 의미한다. 법률 규정에 의하여 발생하는 경우는 위법행위로 발생하는 손해배상책임을 의미하는 것 으로 대표적으로 민법 제390조(채무불이행과 손해배상)와 민법 제750조(불법행위의 내용)의 규정을 들 수 있으며 이 외에도 민법의 특수불법행위책임 및 각종 특별법에 따른 손해배상책임에 그 근거를 두고 있다.

### II. 손해배상책임의 법적근거

#### 1. 계약에 근거한 배상책임

##### (1) 채무불이행책임

민법 제390조(채무불이행과 손해배상)

채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다.

그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

‘채무불이행’이란 이행기가 되었음에도 채무자가 채무의 내용에 좇은 급부를 하지 않은 것을 말한다. 즉, 채무불이

행책임은 불특정 다수가 아닌 주로 계약으로 맺어져서 서로 채권·채무의 관계에 있는 자들 사이에 발생하는 문제이다. 계약관계에서 채무자는 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 계약상의 채무를 이행하여야 한다.

### [채무불이행책임 발생 사례]

**사례1)** 계약 기간이 만료되었음에도 세입자 乙의 과실로 망가진 목욕탕 타일 등이 계약 당시의 상태로 원상복구가 안 되었다면 세입자 乙은 임대인에게 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다.

**사례2)** 의사의 의료과실로 성형수술을 받던 환자가 사망한 사건에 대하여 병원 측은 환자의 유족에게 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다.

**사례3)** 고층에서 작업을 하던 근로자가 추락하여 골절상을 입은 사고에 관하여 근로자의 작업환경을 안전하게 관리하지 못한 사용자는 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다.

#### (2) 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 요건

- ① 채무자에게 이행하지 않은 채무가 존재할 것
- ② 채무자의 귀책사유(고의 또는 과실)로 채무가 이행되지 않을 것
- ③ 채무불이행의 행위가 위법할 것
- ④ 채권자에게 손해가 있을 것(인과관계 존재)

#### (3) 채무불이행의 유형

- ① 이행지체 : 이행기가 도래하였음에도 이행하지 않는 유형
- ② 이행불능 : 고의 또는 과실로 이행할 수 없는 유형
- ③ 불완전이행 : 이행행위를 하였으나 그 행위가 불완전하게 이행된 유형

#### (4) 입증책임 및 소멸시효

채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때 성립하는 것이고 현실적인 손해의 발생 여부는 사회 통념상 객관적이고 합리적인 판단으로 이루어져야 한다(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28568 판결). 손해배상 청구에서 손해발생 사실은 채권자가 이를 증명해야 하지만(대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다215070 판결) 채무자의 귀책사유 여부에 관한 입증책임은 채무 당사자에게 있다(대법원 1987. 11. 24. 선고 87다카1575 판결). 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하며 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

## 2. 불법행위로 인한 배상책임

### (1) 불법행위책임

민법 제750조(불법행위의 내용)

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

불법행위로 인한 손해배상책임은 계약관계를 전제로 하는 것이 아닌 일반적인 사회생활에서 발생할 수 있는 즉, 불특정인 사이에 존재하는 법률상 책임이다.

[불법행위책임 발생 사례]

**사례1)** 고층 아파트 베란다 난간에 있던 화분이 강풍에 의해 떨어져 행인이 다쳤다면 화분 주인은 행인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하여야 한다.

**사례2)** 주변에 사람이 있는 것을 확인하지 않고 골프채를 휘두르다 캐디의 눈을 가격하여 캐디의 눈이 실명되었다면 골퍼는 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하여야 한다.

**사례3)** 자전거 조작 미숙으로 행인을 덮쳐 발목 골절이라는 상해를 입혔다면 운전자는 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하여야 한다.

(2) 불법행위로 인한 손해배상책임을 요건

1) 고의 또는 과실이라는 위법행위가 존재할 것

① 의의

㉠ 고의

‘고의’란 손해가 발생하리라는 것을 알면서도 이를 행하는 심리상태를 말하며, ‘미필적 고의’란 결과에 대한 확실한 예견은 없으나 그 가능성은 인식하면서도 행하는 심리상태를 말한다. 모든 보험에서는 반사회적 위법행위를 조장할 수 있는 고의사고를 면책으로 규정하고 있다.

㉡ 과실

‘과실’이란 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알고 있어야 함에도 부주의 또는 주의의무를 게을리하여 그것을 알지 못하고 그에 관한 행위를 하는 심리상태를 말한다. 주의 정도의 차이에 따라 주의가 다소 모자라는 것을 경과실, 현저하게 모자라는 것을 중과실이라고 한다. 판례에서 중과실은 현저한 과실로 고의에 가깝게 보고 있지만, 배상책임보험의 경우 중과실은 고의는 아니기 때문에 일부 보험상품을 제외하고 중과실로 인한 사고도 보상이 된다.

② 입증책임

고의 또는 과실은 불법행위의 성립요건에 해당하므로 그 입증책임은 권리를 주장하는 피해자에게 있다.

2) 책임능력이 존재할 것

① 의의

‘책임능력’이란 자신의 행위에 대한 책임을 인식할 수 있는 능력을 의미한다.

책임능력은 불법행위에서 고의 또는 과실을 인정하기 위한 전제로써 책임능력이 없는 경우 불법행위는 성립하지 않는다. 피해자는 가해자의 행위로 인해 손해의 발생 사실을 입증하는 것으로 족하고 가해자의 책임능력 유·무까지 입증할 필요는 없다. 이는 책임을 면하려는 가해자 측에서 행위 당시 책임능력이 없음을 입증해야 한다.

② 미성년자의 책임능력

민법 제753조(미성년자의 책임능력)

미성년자가 타인에게 손해를 가한 경우 그 행위의 책임을 변식할 능력이 없는 때에는 배상의 책임이 없다.

책임능력이 없는 미성년자는 불법행위책임을 지지 않는다. 판례는 대개 만12 ~ 14세 이상이면 책임능력이 있다고 보고 있으나 이는 고정적인 것이 아니며 책임능력 유·무는 행위의 내용이나 책임의 경중 등을 고려하여 판단한다.

### ③ 심신상실자의 책임능력

민법 제754조(심신상실자의 책임능력)

심신상실자 중 타인에게 손해를 가한 자는 배상의 책임이 없다. 그러나 고의 또는 과실로 인하여 심신상실을 초래한 때에는 그러하지 아니한다.

‘심신상실’이란 판단능력이나 행위의 책임을 변식할 능력이 없는 것을 의미하는바 가해자의 상태가 가해행위 당시 심신상실이었으면 충분하고 심신상실의 상태가 상시여야만 하는 것은 아니다. 다만, 행위 당시 심신상실의 원인이 가해자의 고의 또는 과실에 의한 경우라면 불법행위책임을 면하지 못한다. 여기에서 언급된 고의 또는 과실은 가해자가 심신상실이 된 원인에 대한 고의 또는 과실을 말하는 것이며 가해행위에 대한 고의 또는 과실을 의미하는 것은 아니다.

### 3) 위법성이 있을 것

#### ① 의의

불법행위책임을 존재하려면 가해자의 행위는 법질서를 위반하는 행위여야만 한다. ‘법질서 위반행위’란 범죄행위는 물론 타인의 권리침해, 미풍양속에 반하는 등 사회 질서에 위반되는 것을 총칭한다.

#### ② 위법성의 조각사유

타인에게 손해가 발생하였을지라도 특별한 사유에 의해 손해배상책임이 인정되지 않는 경우가 있는데 이러한 사유를 ‘위법성의 조각사유’라고 한다. 조각사유에 의해 위법행위는 적법행위로 바뀌게 되며 그로 인해 행위자는 법률상 책임을 면하게 된다. 우리 민법에서는 위법성의 조각사유로 정당방위, 긴급피난을 규정하고 있다.

#### ㉠ 정당방위

타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제3자의 이익을 방위하기 위해 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다. 그러나 피해자는 불법행위에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다(민법 제761조 제1항).

#### ㉡ 긴급피난

자기 또는 제3자에 대한 급박한 위난을 피하려고 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다. 그러나 피해자는 불법행위에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다(민법 제761조 제2항).

### 4) 인과관계가 있는 손해가 발생할 것

#### ① 의의

피해자에게 위법행위와 인과관계가 있는 손해가 발생하여야 한다. 우리나라는 학설과 판례 모두 상당인과관계설을 취하고 있으며 ‘상당인과관계’란 원인과 결과 간에 구체적 경우가 아닌 보통의 경우에서라도 인과관계가 존재하여야 한다는 것이다.

#### ② 3분설에 의한 손해의 분류

#### ㉠ 적극적 손해

‘적극적 손해’란 이미 가지고 있던 재산에 직접적인 감소가 발생하는 것을 말하며 실제 지출되는 치료비, 개호비(간병비), 입원비, 장례비 등이 이에 해당한다.

#### ㉡ 소극적 손해

‘소극적 손해’란 미래에 얻을 수 있었던 기대수익이 상실된 경우의 손해를 말하며 입원 기간의 휴업손해, 상실수익(일실수익), 일실퇴직금 등이 이에 해당한다.

㉔ 정신적 손해

‘정신적 손해’란 정신적 고통에 대한 배상을 말하며 위자료가 이에 해당한다.

(3) 입증책임 및 소멸시효

피해당사자가 가해자에게 고의나 과실이 있음을 입증하여야 하며 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 불법행위를 한 날로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

### 3. 공통점과 차이점

(1) 공통점

1) 귀책사유의 존재

채무불이행책임(민법 제390조)과 불법행위책임(민법 제750조) 모두 채무자나 가해자에게 고의나 과실 등의 귀책사유가 존재해야 한다.

2) 손해배상의 범위

배상의 범위는 통상적인 손해만을 배상하는 것을 원칙으로 하며 특별손해의 경우 알았거나 알 수 있었을 때만 예외적으로 배상한다.

3) 과실상계

‘과실상계’란 손해배상의 책임 및 금액을 결정하면서 피해자에게 과실이 존재하는 경우 그 과실을 참작하는 것을 말하며 불법행위책임 및 채무불이행책임 모두 피해자의 과실을 적용한다.

4) 대위

채무자가 채권의 목적인 물건이나 권리의 전액을 배상한 경우 채무자가 그 물건이나 권리를 취득하는 것과 같이 불법행위책임도 그와 같다.

5) 배상방법

금전배상을 원칙으로 한다.

(2) 차이점

1) 발생원인

채무불이행책임의 경우 계약채무에 대한 이행지체 또는 이행불능 등에 의하여 발생하는 책임이지만 불법행위책임의 경우 법률사실에 기인하여 발생한다.

2) 입증책임

채무불이행책임의 경우 채무자가 채무를 이행하지 않거나 할 수 없는 경우 자신의 고의나 과실의 귀책사유가 없음을 적극적으로 입증하여야 하지만 불법행위책임에서는 피해자가 가해자의 고의나 과실을 입증해야 한다.

3) 소멸시효

‘소멸시효’란 권리를 가진 자가 그 권리를 행사할 수 있음에도 일정 기간 이를 행사하지 않으면 그자의 권리를 소

멸시키는 제도이다. 소멸시효는 소의 제기와 같은 청구, 압류 또는 가압류, 가처분 및 승인 등에 의하여 그 진행이 중단(민법 제168조)되고 시효가 중단된 때 중단까지 경과한 시효기간은 산입하지 않고 중단 사유가 종료한 때부터 새로이 기산한다.

채무불이행책임의 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하며(민법 제166조), 그 기간은 10년을 적용한다(민법 제162조).

불법행위의 소멸시효는 피해자가 가해자 및 손해를 알았거나 알 수 있었던 때로부터 3년, 불법행위를 한 날로부터 10년간 행사하지 않으면 소멸한다(민법 제766조).

#### 4) 태아의 권리능력

불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 태아는 이미 출생한 것으로 보지만 채무불이행책임에는 이러한 제도가 없다.

### 4. 채무불이행책임과 불법행위책임의 경합

하나의 사건이 어떠한 경우에는 채무불이행 요건과 불법행위 요건을 동시에 갖춘 경우가 있다. 이처럼 청구권이 경합한 경우 그 청구권에는 상호 간에 우열이 없으므로 채권자는 그중 자기에게 유리한 권리 또는 여러 개의 권리를 동시에 주장할 수 있다.

예를 들어 개인택시를 타고 가던 중 기사의 과실로 교통사고를 당한 고객은 해당 기사를 상대로 채무불이행책임으로 인한 손해배상청구권을 행사할 수도 있고 불법행위로 인한 손해배상청구권을 행사할 수도 있다. 다만 청구권의 경합을 통하여 달성하려는 목적은 자기에게 발생한 손해를 배상받기 위함이므로 그 금액을 초과하여 배상받을 수는 없다.

청구권의 경합을 인정하는 취지는 채무불이행책임과 불법행위책임에 있어 각각 소멸시효 및 과실의 입증책임 등 그 성립요건이나 효과 등에 차이가 있기 때문이다.

### 5. 과실책임과 무과실책임주의

#### (1) 과실책임주의

손해배상의무자인 가해자에게 고의 또는 과실이 존재하는 경우에만 배상책임을 지는 것을 과실책임주의라고 하며 자기의 고의 또는 과실에 대해서만 책임을 진다는 의미에서 '자기책임의 원칙'이라고도 한다. 민법상 손해배상책임(민법 제750조)은 과실책임주의를 기초로 하고 있으며 불법행위책임의 기본 법리이다. 대부분 배상책임보험은 과실책임 법리를 적용하고 있으며 과실책임주의를 적용하는 보험상품의 경우 피보험자인 가해자의 과실로 발생한 손해만을 담보하고 있다.

##### ▶ 중간책임주의

불법행위의 주관적 성립요건인 과실의 입증책임에 있어 과실의 추정에 의해 입증책임을 전환하여 가해자 측이 입증책임을 부담하게 하는 경우가 있는데 현실적으로 가해자가 과실이 없음을 입증하는 것이 매우 어려우므로 '사실상의 무과실책임주의' 또는 '중간책임주의'라고 한다. 특수불법행위책임이 이에 해당한다.

#### (2) 무과실책임주의

손해 발생에 있어서 고의 또는 과실이 없는 경우에도 그에 대한 배상책임을 진다는 주의로 과실이 있는 경우에만 배상책임을 지는 과실책임주의와는 대립하는 개념이다. 가해자보다는 행위자로서의 개념으로 확장하여 행위자의 행위로 손

해가 발생하면 그자의 고의 또는 과실과 관계없이 책임을 인정하는 것을 말한다. 그러나 무과실책임주의에서는 피해자의 과실까지 부담하는 것은 아니다. 배상책임보험에서 무과실책임주의를 적용하는 보험은 의무보험 상품 중 일부로 법률에서는 과실이 없는 경우에도 발생한 손해를 담보하는 의무보험에 가입하도록 규정(재난 배상책임보험 등)하고 있다.

▶ 보상책임주의

피해자가 입은 손해에 관하여 피해자 본인의 과실로 인한 부분까지도 가해자가 책임을 부담하는 것을 말한다. 보상책임주의의 예로 가스사고배상책임보험(액화석유가스소비자보장 특별약관), 근로자 재해보장책임보험(재해보상특별약관) 등이 있다.

### III. 특수불법행위책임

불법행위책임은 과실책임주의 및 자기책임의 원칙을 규정하고 있어 때로는 피해자의 구제에 한계가 있다. 이에 특수한 경우 피해자가 상대의 고의 또는 과실을 입증하지 않아도 행위자에게 손해배상책임을 부담하도록 인정하는 경우가 있는데 그 규정에 따라 인정되는 책임이 불법행위책임 중 특수불법행위책임이다.

특수불법행위책임은 추정 과실 이론을 적용하여 가해자가 자신에게 과실이 없음을 입증하지 못하면 책임을 부담하게 하는 입법주의로 민법 제755조 감독자의 책임, 제756조 사용자의 배상책임, 제757조 도급인의 책임, 제758조 공작물등의 점유자·소유자의 책임, 제759조 동물의 점유자의 책임, 제760조 공동불법행위자의 책임이 있다.

#### [추정과과실이론]

과실책임주의 하에서는 피해자가 과실의 입증책임을 져야 한다. 그러나 현실적으로 과실을 입증하는 것이 어렵고 때로는 불가능한 예도 있어 상대의 과실을 입증하지 못한 피해자는 그 손해를 배상받지 못하는 결과가 발생하기도 한다.

‘추정과과실’이란 이러한 문제를 해결하기 위해 법원이 취하고 있는 이론으로 피해자의 입증책임은 일정한 사실 혹은 결과를 증명하는 정도로 족하고 그 이후 입증책임이 상대에게 이전되어 상대가 자신에게 과실이 없음을 반증하도록 하여 피해자의 입증책임을 완화해 주는 이론이다. 상대가 반증으로 추정을 전복하지 못하는 한 상대 과실은 추정된다.

#### 1. 피해자가 입증할 사항

- ① 사고는 누군가의 과실이 없으면 통상적으로 발생하지 않는다.
- ② 사고는 전적으로 가해자의 관리 하에 있었다.
- ③ 피해 원인에 대한 직접적인 증거가 없다는 점이다.

#### 2. 추정과과실에 의한 가해자의 방어수단

- ① 사고는 누군가의 과실 없이도 발생할 수 있다.
- ② ①의 내용이 아니라면 원고 또는 피고가 아닌 제3자에게 과실이 있다.
- ③ 피고는 상당한 주의의무를 이행하였다.

### 1. 책임무능력자의 감독자책임

#### (1) 의의

##### 민법 제755조(감독자의 책임)

- ① 다른 자에게 손해를 끼친 사람이 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 경우에는 그를 감독 할 법정 의무가 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 감독의무를 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 감독의무자를 갈음하여 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 사람을 감독하는 자도 제1항의 책임이 있다.

책임무능력자가 위법한 행위로 타인에게 손해를 가하고 그가 책임능력이 없어 불법행위책임을 지지 않는 경우 책임무능력자를 감독할 법정 의무가 있는 자는 그가 감독의무를 게을리하지 않았음을 입증하지 못하는 한 책임무능력자의 행위로 손해를 입은 자에게 법률상 배상책임을 진다.

### [감독자책임 발생 사례]

어린이집에서 놀던 만3세 원생 갑(甲)이 다른 원생에게 장난감을 던져 피해자가 다친 경우 이를 감독하고 있던 어린이집이 피해자에게 부담하는 책임

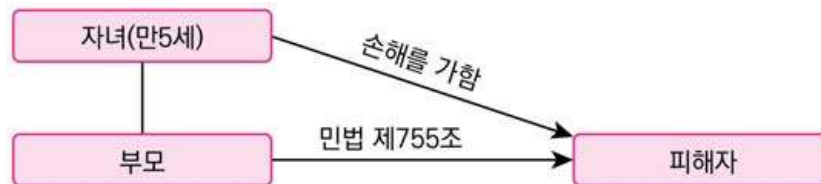
#### (2) 감독자책임의 요건

##### 1) 책임무능력자의 불법행위 존재

책임무능력자의 행위가 다른 불법행위의 요건은 모두 충족하였으나 책임능력이 없어 본인이 손해배상책임을 지지 않는 경우에만 해당하여야 한다.

##### 2) 감독의무의 해태

감독의무자 또는 대리감독자가 감독의무를 게을리한 과실이 존재하여야 하며 감독자는 그 책임을 면하기 위해서 감독의무를 게을리하지 않았음을 입증해야 한다. 법정감독자는 친권자 등이 해당하며 대리감독자는 교육활동과 밀접한 관계가 있는 교사나 기관의 교장이나 운영자 등이 해당한다.



## 2. 사용자의 책임

#### (1) 의의

민법 제756조(사용자의 배상책임)

- ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무 집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임이나 그 사무 감독에 상당한 주의를 하여도 손해가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다.
- ③ 전 2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

사용자의 배상책임은 사용자와 피용자 간의 사용 관계에서 피용자가 그 사무 집행에 관하여 제3자에게 손해를 가한 경우 사용자 또는 사용자에게 갈음하여 사무를 감독하는 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다.

사용자의 책임이 인정되는 근거는 '타인을 사용하여 이익을 얻고 있는 자는 자신의 피용자가 타인에게 가한 손해에 대하여도 책임을 져야 한다.'라는 보상책임의 원리에 의한 것이며 사용자와 사용자에게 갈음하여 피용자를 감독하는 대리감독자도 책임이 발생하며 가해 피용자 자신은 일반불법행위책임을 진다.

### [사용자책임 발생 사례]

13층 높이의 건물에서 작업하던 OO건설사의 근로자 갑(甲)이 작업 중 공구를 놓쳐 행인의 머리를 충격한 경우 회사가 피해자에게 부담하는 책임

## (2) 사용자책임의 요건

### 1) 사용 관계가 존재할 것

사용자와 피용자 간에 고용, 위임, 조합 등의 관계로 사용 관계가 있어야 하지만 사실상 사용자의 지휘 또는 감독 관계가 존재하면 사용 관계가 있다고 본다.

### 2) 피용자가 사무 집행으로 손해를 주었을 것

사무 집행에서 '사무'란 일을 의미하며 사용자를 위한 사무 집행 중이었는지 여부를 판단하는 것으로 통설과 판례는 '외형이론'을 채택하고 있다.

실질적으로 피용인이 자신을 위한 일을 하던 중 발생한 사고라 할지라도 객관적, 외형적으로 사용자의 업무로 볼 수 있는 상태라면 사무 집행 중으로 판단한다. 즉, 피용자의 행위가 주관적으로는 사무 집행과 관련 없이 행하여졌어도 외형상 객관적으로 사용자의 사무에 속하면 사무 집행 관련성을 충족한다고 보는 것이다.

### 3) 피해를 입은 제3자가 존재할 것

피해자인 제3자의 범위는 사용자와 가해행위를 한 피용자를 제외한 모든 사람을 말하며 같은 사용자에게 소속된 동료 피해자도 제3자로 본다.

### 4) 피용자의 행위가 불법행위 일반 성립요건을 갖출 것

피용자의 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 발생시켜야 한다.

### 5) 사용자가 면책사유를 입증하지 못할 것

사용자는 '피용자의 선임·감독 및 사무 감독에 상당한 주의를 한 경우' 또는 '상당한 주의를 하여도 손해가 있는 경우'에는 책임을 면한다고 규정하고 있지만, 판례는 사용자의 면책을 사실상 인정하고 있지 않아 사용자책임은 사실상 무과실책임이라 할 수 있다.

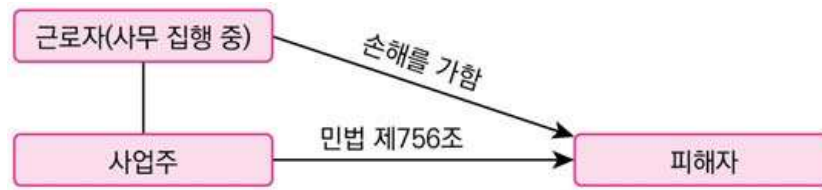
## (3) 피용자에 대한 구상권

사용자 또는 대리감독자가 손해배상을 한 때에는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(민법 제756조 제3항). 그러나 사용자의 피용자에 대한 구상권을 인정하는 결과는 피용자를 사용하는 과정에서 발생한 손해를 피용자에게 모두 전가하는 결과를 초래하므로 판례는 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 구상할 수 있다고 판단하고 있다.

피용자에 대한 구상권과 관련된 학설은 고유책임설과 대위책임설로 나뉜다.

고유책임설(자기책임설)은 피해자에 대해 사용자 자신이 부담하여야 할 배상책임을 스스로 부담하는 것이라고 보는 견해로 사용자가 피해자에게 손해배상을 한 것은 사용자 자신의 고유 책임 부분이 있기 때문에 피용자에 대한 구상권이 제한되거나 배제된다는 견해이고 대위책임설(보상책임설)은 피해자의 손해배상청구권을 보장해 주기 위해 불법행위책임을 부담하는 피용자를 대신하여 사용자가 배상해주는 것으로 보는 견해이며 다수설이다.

사용자책임이 사실상 무과실책임에 가깝게 운영되고 있고 신의칙상에 근거하여 구상권을 제한하는 것은 보상책임의 원리를 실현한다는 점과 피해자를 구제한다는 점에서 타당하다.



### 3. 도급인의 책임

#### (1) 의의

민법 제757조(도급인의 책임)

도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다.

그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

도급계약<sup>1)</sup>에 있어 도급을 받은 수급인<sup>2)</sup>이 사무를 집행하던 중 제3자에게 손해를 가한 경우 그 책임은 수급인 스스로 지며 도급인<sup>3)</sup>은 수급인의 사용자가 아니므로 사용자책임이 발생하지 않는다. 즉, 일의 완성이라는 독자적인 결과채무인 도급계약은 법적 성질상 도급인과 수급인이 지휘·감독하는 관계가 아니기 때문에 원칙적으로 수급인이 제3자에게 입힌 불법행위책임에 대해 도급인은 책임이 없다.

그러나 도급인에게 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 있는 때에는 그 책임을 면할 수 없다. 이때에는 도급인은 수급인이 제3자에게 가한 손해에 대하여 공동 또는 단독으로 손해배상책임을 지는데 이를 ‘도급인의 책임’이라 한다.

#### [도급인책임 발생 사례]

○○건설사와 도급계약을 맺은 □□상사는 모든 업무에 도급인인 ○○건설사의 지시를 받으며 작업을 진행하였으나 건축 중이던 건물이 붕괴되어 행인이 사상된 경우 도급계약의 도급인인 ○○건설사가 피해자에게 부담하는 책임

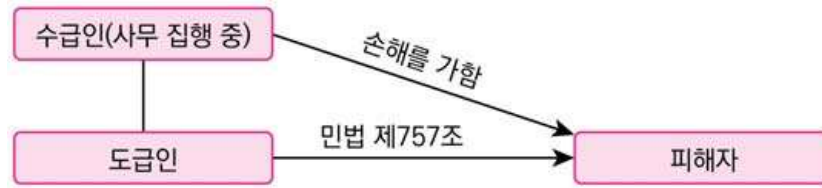
#### (2) 도급인과 사용자책임의 관계

실무에서는 건설공사 등의 하도급계약에서 도급인의 손해배상책임을 수급인이 인수하기로 약정하는 손해배상 인수 약정을 두는 것이 일반적이다. 그러나 판례는 건설공사의 도급에 관하여 도급인이 공사 현장에서 공사의 운영 및 시공을 직접 지시·감독 한 경우 사용자책임을 지며 건설공사계약에 수급인이 모든 책임을 지겠다고 약정하였더라도 도급인의 책임이 면제되지 않는다. 이 경우 도급인과 수급인은 공동으로 법률상 책임을 지며 둘의 관계는 부진정연대채무의 관계로 본다.

1) 당사자 일방은 일의 완성을 약속하고, 상대는 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약속함으로써 성립하는 계약

2) 도급업자, 도급계약에서 약정한 보수를 받을 목적으로 어떤 일을 완성하는 자

3) 도급계약에서 어떤 일을 완성하면 그 일의 결과에 대하여 약정한 보수를 지급하는 자



#### 4. 공작물 등의 점유자·소유자의 책임

##### (1) 의의

민법 제758조(공작물 등의 점유자, 소유자의 책임)

- ① 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물 점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 전 항의 규정은 수목의 재식 또는 보존에 하자 있는 경우에 준용한다.
- ③ 전 2항의 경우에 점유자 또는 소유자는 그 손해의 원인에 대한 책임 있는 자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

공작물의 하자로 인한 손해배상책임은 1차적으로 점유자가 진다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 것을 입증한 경우 점유자는 손해배상책임을 면하며 2차적으로 소유자가 책임을 진다. 그러나 소유자는 점유자와 달리 공작물책임에 있어 면책조항 없이 손해배상책임을 진다.

##### [공작물책임 발생 사례]

1306호의 화재 사고로 불이 연소(延燒)되어 아랫집 1206호의 갑(甲)이 사망한 경우 1306호의 점유자 또는 소유자가 피해자에게 부담하는 책임

##### (2) 공작물책임의 요건

###### 1) 공작물로 인한 손해가 발생할 것

‘공작물’이란 인공적으로 만들어진 모든 물건이나 시설을 말하며 지상, 지하뿐만 아니라 공중의 인공적으로 만들어진 공작물도 이에 해당한다. 이런 공작물로 인해 손해가 발생하여야 한다.

###### 2) 공작물의 설치·보존의 하자가 있을 것

###### ① 하자의 개념

‘하자’란 공작물이 그 용도에 따라 본래 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 의미하며 처음부터 생긴 하자는 설치의 하자, 후에 생긴 하자는 보존의 하자이다. 공작물이 관계 법령에서 정한 시설 기준 등에 부적합한 경우라면 특별한 사정이 없으면 이러한 사유는 공작물의 설치·보존상의 하자에 해당하며 공작물의 설치·보존자에게 부과되는 방호조치의 정도는 그 공작물의 위험성에 비례하여 사회 통념상 일반적으로 요구되는 정도의 것으로 의미한다(대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다28122 판결).

## ② 입증책임

공작물의 하자에 대한 입증책임은 원칙적으로 피해자에게 있으나 경우에 따라 사고 발생 그 자체로부터 하자가 추정된다. 이런 경우 점유자나 소유자가 하자가 없다는 것을 반증해야 한다.

## 3) 면책사유가 없을 것

공작물의 점유자는 민법 제758조 제1항에 의하여 자신이 손해 발생의 방지에 필요한 주의를 게을리하지 않았음을 입증하면 그 책임을 면할 수 있다. 그러나 소유자는 점유자와 달리 손해의 방지에 필요한 주의를 다하였음을 입증하더라도 면책되지 않는다. 이때 소유자의 책임은 무과실책임이다.

## 4) 다른 제도와와의 관계

### ① 도급인책임과의 관계

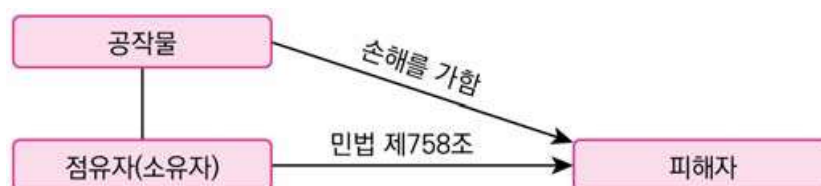
도급인이라 하더라도 사실상 공작물을 지배하고 있었다면 점유자에 해당하여 그 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 타인에게 손해를 가한 경우 손해배상책임을 진다.

### ② 국가배상법과의 관계

민법상 공작물 점유자·소유자 책임은 공작물이 개인소유인 경우에만 적용되고 공작물(영조물)의 설치·관리자가 국가 또는 지방자치단체인 경우 국가배상법이 적용된다. 영조물은 국가나 지방자치단체가 소유, 관리하는 것으로 일반적인 공작물과는 관리주체가 다를 뿐이다. 국가배상법 제5조는 국가 또는 지방자치단체의 면책사유를 규정하고 있지 않아 영조물의 설치·관리상의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 손해의 방지에 주의를 해태하지 않은 경우에도 면책되지 않는 무과실책임이다.

### ③ 실화책임에 관한 법률과의 관계

공작물에 화재가 발생하면 과거에는 직접적인 화재 부분은 민법 제758조가 적용되고 이웃에 연소한 부분은 특별법인「구 실화책임법」에 따랐다. 그러나 「실화책임법」이 개정(2009.5.8.)되면서 이제는 직접 화재가 발생한 부분뿐만 아니라 연소 부분에 대하여도 민법의 규정에 따라 판단한다. 다만 연소 부분에 대하여 실화자에게 중대한 과실이 없는 경우 실화자는 개정된 실화책임법에 따라 손해배상책임액을 경감받을 수 있다(민법 제765조, 실화책임법 제3조).



## 5. 동물의 점유자의 책임

### (1) 의의

민법 제759조(동물의 점유자의 책임)

① 동물의 점유자는 그 동물이 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 동물의 종류와 성질에 따라 그 보관에 상당한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

② 점유자에 갈음하여 동물을 보관한 자도 전항의 책임이 있다.

동물이 타인에게 가한 손해에 대하여 그 동물의 점유자 또는 점유자에 갈음하여 동물을 보관하는 자가 지는 책임을 ‘동물점유자책임’이라 말하며 점유자의 책임은 동물의 보관에 상당한 주의를 다하였음을 입증하여야 하는 중간책임주의를 규정하고 있다.

### [동물점유자책임 발생 사례]

1306호의 반려견이 옆집 1307호의 갑(甲)을 물어 갑(甲)이 사상된 경우 1306호의 반려견의 점유자인 전주가 피해자에게 부담하는 책임

#### (2) 동물점유자책임의 요건

##### 1) 동물이 타인에게 손해를 가할 것

동물의 종류에는 제한이 없고 타인의 손해는 인적, 물적 손해를 포함한다. 동물이 가한 손해는 동물의 직접 행동에 의하여 타인에게 가한 손해를 말하며 피해자가 동물을 자극하여 사고를 자초하였으면 동법이 적용되지 않는다. 또한 점유자가 동물을 성나게 하거나 자극하여 타인에게 손해를 가한 경우에도 동법이 적용되지 않으며 민법 제750조 일반불법행위책임이 적용된다.

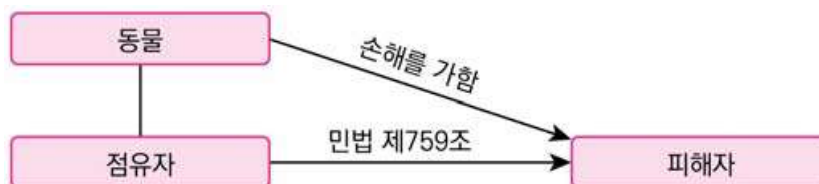
##### 2) 면책사유가 없을 것

동물의 종류나 성질에 따라 그 보관에 상당한 주의를 한 경우를 입증하면 동물점유자는 손해배상책임을 면한다. 상당한 주의 정도는 동물의 종류나 성질에 따른 사회통념을 기준으로 판단한다.

##### 3) 배상책임자

배상책임자는 동물의 점유자와 그에 갈음하여 동물을 보관하는 직접점유자이다.

단순 소유자와 같은 간접점유자에 대해서는 명문 규정을 따로 두고 있지 않아 사실상 동 조항을 적용하지 않는다. 다만, 간접점유자가 그 동물의 관리와 관련한 과실이 존재하는 경우 민법 제750조 일반불법행위책임을 지게 된다.



## 6. 공동불법행위자의 책임

#### (1) 의의

민법 제760조(공동불법행위자의 책임)

- ① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 공동이 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다.
- ③ 교사나 방조자는 공동행위자로 본다.

복수의 자가 공동으로 불법행위를 하여 타인에게 손해를 가한 책임을 ‘공동불법행위자의 책임’이라 한다. 이러한 공동불법행위자는 연대하여 손해배상책임을 지며 공동불법행위자의 책임은 각자가 피해자에 대하여 모든 손해배상책임을 지는 부진정연대채무의 관계로 본다.

### [공동불법책임 발생 사례]

건널목을 건너던 보행자 갑(甲)을 충격한 A차량의 운전자와 후속으로 주행하던 중 이를 피하지 못하고 다시 갑(甲)을 충격한 B차량의 운전자가 피해자에게 부담하는 책임

#### (2) 공동불법책임의 유형

##### 1) 협의의 공동불법행위

수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우로 각 가해자가 불법행위의 요건(고의 또는 과실 존재, 손해와 사고 사이의 인과관계 등)을 모두 갖춘 경우를 말한다.

여기서 공동의 의미는 모의나 공동의 인식이 있어야 하는 것이 아니고 객관적인 연관만 있으면 된다.

##### 2) 가해자 불명의 공동불법행위

공동불법행위에 있어 누가 손해를 가했는지를 알 수 없는 경우를 말하며 피해자를 입증의 곤란으로부터 구제하기 위한 조항이다. 복수의 공동행위자 중 어느 1인이 자기의 행위와 손해 발생 사이의 상당인과관계가 존재하지 않음을 적극적으로 입증하면 그 책임을 면한다.

##### 3) 교사·방조에 의한 공동불법행위

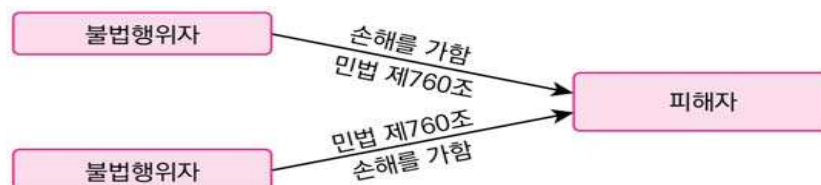
‘교사’는 타인으로 하여금 불법행위에 대하여 의사결정을 하도록 만드는 것이고 ‘방조’는 불법행위를 보조하거나 조력하는 행위를 말한다. 타인의 불법행위를 교사하거나 방조한 자 역시 직접 불법행위를 한 자와 같이 불법 행위자로 본다.

##### 4) 책임의 범위

공동불법행위자 중 1인이 다른 공동불법 행위자에 비해 불법행위가 경미하더라도 그 가해자의 책임 범위를 손해배상액 일부로 제한하지 않는다. 또한 공동불법행위자 사이에 일방이 배상책임을 지기로 한 당사자 간의 약정이 있을지라도 다른 공동불법행위자가 피해자에게 면책되는 것은 아니다.

#### (3) 공동불법행위자 사이의 구상관계

공동불법행위로 손해가 발생하면 과실상계를 함에 있어 피해자에 대한 공동불법행위자 전원의 과실과 피해자의 공동불법행위자 전원에게 대한 과실을 전체적으로 평가해야 하지만, 공동불법행위자들 사이의 관계에서도 일정한 각 과실의 정도에 따라 부담부분이 있다. 공동불법행위자 중 1인이 구상권을 행사하기 위해서는 현실적으로 피해자에게 손해를 배상하여 불법행위자 모두 면책을 받아야 하고 본인의 부담부분 금액 이상을 배상한 때에만 구상권을 행사할 수 있다.



#### (4) 부진정연대책무

부진정연대책무란 수인의 채무자가 동일한 내용의 급부에 대하여 각자 독립하여 전부를 급부할 의무를 부담하는 다수

당사자의 법률관계를 말한다. 부진정연대채무자에게 생긴 사유 중 채권의 목적을 달성시키는 변제 등과 같은 사유 이외에는 다른 채무자에게 그 효력을 미치지 않는다. 이로 인하여 채권자는 채무 전액의 지급을 확실히 확보할 수 있게 되고, 이러한 점에서 부진정연대채무는 연대채무와 비교하여 채권자의 지위를 강화하는 의미를 가진다. 부진정연대채무의 대외적 관계로서 채권자는 채무자들 가운데 누구에게라도 그 책임범위 내에서 우선적으로 변제를 청구할 수 있다.

일부 변제 후 일부 채무자의 무자력으로 인한 위험부담의 문제는 채무자들 사이의 내부 구상관계에서 문제 될 뿐 채권자에게 영향을 미친다고 볼 수 없다. 다액채무자의 무자력에 대한 위험의 일부를 채권자인 피해자에게 전가한다면 이는 채권자의 지위를 약화시키는 것으로 부진정연대채무의 성질에 반하기 때문이다(대법원 2018. 3. 22. 선고 2012다74236 전원합의체 판결 참조).

## Chapter 2 . 과실상계 등

### I. 과실상계 및 손익상계

#### 1. 과실상계

불법행위에 있어 피해자의 과실이 있는 경우 손해배상책임 및 그에 따른 손해배상금을 정하는데 있어 이를 참작하는 것을 과실상계라고 한다. 피해자의 과실은 불법행위는 물론 불법행위 이후 손해의 발생이나 확대에 대한 과실까지도 포함하며 피해자의 과실과 불법행위의 성립으로 인한 손해의 확대 사이에는 상당인과관계가 존재하여야 한다.

민법 제396조(과실상계)

채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 있어 이를 참작하여야 한다.

민법 제763조(준용규정)

제393조, 제394조, 제396조, 제399조의 규정은 불법행위로 인한 손해배상에 준용한다.

우리나라의 배상책임 제도는 상대과실주의를 적용하면서 교차배상책임주의에 의하는데 '상대과실(Comparative negligence)주의'란 비교과실주의라고도 하며 피해자와 가해자 사이 과실을 비교하여 손해배상액을 비례분담 한다.

'교차배상책임(Cross Liability)주의'란 쌍방의 과실로 인해 손해가 발생한 경우 각각 그 과실 비율에 의해 상대방에게 손해배상 의무를 부담하는 것을 말한다. 즉, 손해배상액을 상계하고 차액에 대해서만 부담하는 것(단일배상책임)과는 다르다.

#### ※ 예시 ※

A와 B의 쌍방과실 사고 발생

과실 : A-70%, B-30%

손해액 : A - 1,000만원, B - 800만원

#### ☞ 풀이

ex) 교차배상책임

- A는 B에게 560만원( $800\text{만원} \times (1-30\%)$ ) 배상
- B는 A에게 300만원( $1,000\text{만원} \times (1-70\%)$ ) 배상

ex) 단일배상책임

- A의 배상책임 560만원에서 B의 배상책임 300만원을 상계 후 A가 B에게 260만원 배상

#### 2. 손익상계

동일한 원인으로 인해 피해자가 불이익을 입은 것과 동시에 이익을 얻으면 불이익에서 이익분을 공제한 잔액이 가해자가 배상할 금액이 된다. 이처럼 배상할 금액에서 이득을 공제하는 것을 '손익상계'라 하는데 공제되는 이익의 범위는 손해배상책임이 발생하는 원인과 상당인과관계가 있는 이익이어야 하며 다른 원인에 의한 이익 등은 공제되

는 이익에 포함되지 않는다.

손익상계의 대표적인 예로는 사망사고에서 피해자의 일일수익 산정에 있어 사망으로 지출을 면하게 되는 것을 생계비 명분으로 일정부분 공제하는 ‘생계비 공제’가 그것이며 교통사고의 경우 피해자가 가해자가 가입한 자동차 보험회사로부터 치료비를 전액 지급받아 치료받은 후 합의 시 피해자의 과실 비율에 상당하는 부분을 공제하고 합의금을 지급받는 것도 하나의 사례가 되겠다.

이와 함께 업무상 재해를 입은 근로자가 재해보상금을 받고 동일한 사고로 민법의 손해배상금을 받을 때 이중보상으로 받을 수 있는 이득을 방지하기 위해 같은 성질의 금원은 공제하고 지급하는 것도 대표적인 손익상계의 예시에 해당한다.

### 3. 과실상계와 손익상계의 적용순서

손해배상청구에 있어 피해자에게 과실이 존재하고 이번 사고로 이익도 발생한 경우 우리 판례는 과실상계를 먼저 적용하는 것으로 판시하고 있다(대법원 1990. 5. 8. 선고 89다카29129판결).

#### ※ 예시 ※

〈법률상손해배상금〉

① 손해액 : 5,000만원 ② 피해자과실 : 30% ③ 이익 : 1,000만원

#### ☞ 풀이

과실상계 우선 적용 :  $5,000\text{만원} \times (1 - 30\%) = 3,500\text{만원}$

손익상계 적용 :  $3,500\text{만원} - 1,000\text{만원} = 2,500\text{만원}$

지급금액 : 2,500만원

#### ■ 예외

1) 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우

국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는, 기왕치료비와 관련한 피해자의 손해배상채권액은 전체 기왕치료비 손해액에서 먼저 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다(대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 판결).

#### § 치료비 산정 참고할 사항

- 전체 치료비 : 1,000만원
- 피해자과실 : 50%
- 공단부담금 : 700만원

#### ☞ 풀이

- 피해자에게 배상할 치료비

$1,000\text{만원} - 700\text{만원(공단부담금)} = 300\text{만원}$

$300\text{만원} \times (1 - 50\%) = 150\text{만원}$

## 2) 산업재해보상보험법에 따라 보험급여를 받은 재해근로자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우

공단으로부터 보험급여를 받은 재해근로자가 가해자를 상대로 손해배상을 청구하는 경우, 재해근로자의 손해배상채권액은, 전체 손해액 중 지급받은 보험급여액과 같은 성질의 손해액에서 먼저 보험 급여액을 공제한 다음, 나머지 손해액에 대하여 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다(대법원 2021. 3. 24. 선고 2021다241618 판결).

### § 민법의 손해배상금 참고할 사항

- 장례비 : 500만원
- 상실수익 : 1.5억
- 위자료 : 1억
- 피해자 과실 : 50%
- 공단부담금 : 장례비 (1,200만원), 유족급여 (1.3억)

### ☞ 풀이

→ 피해자에게 배상할 민법상의 손해배상금

- 1) 장례비 : 500만원 - 500만원(공단부담금) = 0
- 2) 상실수익 : 1.5억 - 1.3억(공단부담금) = 2,000만원 × (1 - 50%) = 1,000만원
- 3) 위자료 : 1억 × (1 - 6 / 10 × 50%) = 7,000만원
- 4) 합계 : 8,000만원

## 4. 의료사고에 있어 책임 제한

의료사고의 경우 환자에게 책임을 부담시킬 사유는 많지 않기 때문에 불가항력적인 사고가 발생하였음에도 불구하고 의료사고가 발생하면 그 책임은 의료인에게 돌아간다. 그러나 의료인에게 그 모든 책임을 부담시킨다면 의사의 방어 진료로 환자는 제대로 된 치료를 받을 기회를 상실할 수 있다. 이에 법원은 적절한 비율로 의료인의 과실에 책임 제한을 두어 배상액을 제한하고 있다.

## II. 기왕증 기여도

### 1. 의의

기왕증은 환자가 과거에서 현재에 이르기까지 경험한 병력을 말하는 것이며 손해액은 사고 이전 노동능력 상실에 까지 이른 기왕증과 노동능력 상실에 이르지 아니하였지만, 현재 사고로 후유장애 발생에 기여한 기왕증 정도를 구분하여 적용할 수 있다.

피해자의 손해액 산정 시 사고 이전 기왕증이 존재하였다면 총 장애율에서 사고 전 기왕증을 적용한 이번 사고의 순수 장애율을 산정하여 손해배상액을 평가하는 것이 손해의 공평 부담으로 타당하다. 손해액산정 시 기왕증과 과실상계가 경합하는 경우 사고와 인과 관계없는 기왕증을 먼저 적용한 후 과실상계를 적용한다.

## 2. 기왕증 기여도 금액

### 예시 1)

피해자는 이번 사고로 경추 20%, 슬관절 20%(기왕증기여도 50%)의 노동능력이 상실됨. 이번 사고로 발생한 순수 노동능력상실율은?

<노동능력상실율 계산>

- ① 슬관절  $20\% \times (100\% - 50\%(\text{기왕증기여도})) = 10\%$
- ② 경추  $20\% \times (100\% - 10\%) = 18\%$
- ③ 이번 사고로 입은 순수 노동능력상실율 : 28%

### 예시 2)

피해자는 이번 사고로 경추 10%, 슬관절 20%의 노동능력이 상실됨. 기존에 전관절에 10%의 노동능력상실이 있었음. 이번 사고로 발생한 순수 노동능력상실율은?

<노동능력상실율 계산>

- ① 전관절 10%(기왕증)
- ② 슬관절  $20\% \times (100\% - 10\%(\text{기왕증})) = 18\%$
- ③ 경추  $10\% \times (100\% - 18\%(\text{슬관절}) - 10\%(\text{기왕증})) = 7.2\%$
- ④ 합산 노동능력상실율 :  $10\% + 18\% + 7.2\% = 35.2\%$
- ⑤ 이번 사고로 입은 순수 노동능력상실율 :  $35.2\% - 10\%(\text{기왕증}) = 25.2\%$

### 예시 3)

피해자는 이번 사고로 말초신경 10%(2년 한시), 족관절 20%(3년 한시), 슬관절 30%(영구)의 노동능력이 상실됨. 이번 사고로 인정되는 노동능력상실율은?

<노동능력상실율 계산>

- ① 말초신경  $10\% \times (100\% - 44\%(\text{슬관절} + \text{족관절})) = 5.6\%$ (2년 한시)
- ② 족관절  $20\% \times (100\% - 30\%(\text{슬관절})) = 14\%$ (3년 한시)
- ③ 슬관절 30%
- ④ 노동능력상실 판정 후 2년간 :  $30\% + 14\% + 5.6\% = 49.6\%$
- ⑤ 2년 이후 ~ 3년간 :  $30\% + 14\% = 44\%$
- ⑥ 3년 이후 ~ 영구 : 30%

## Chapter 3 . 손해배상책임의 소멸

앞서 살펴본 바와 같이 자동차사고로 인하여 민법상 불법행위의 책임, 또는 자동차손해배상보장법상의 운전자책임으로 손해배상책임이 발생한 경우 여러 가지 사유로 다시 소멸된다. 합의, 소멸시효의 완성, 혼동 등이 있다.

### I. 합의

#### 1. 의의

화해는 당사자가 상호 양보하여 당사자 간의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다(민법 제731조). 합의란 재판에 의하지 않고 상호 양보하여 분쟁을 해결하는 당사자 간의 약정을 말하고 일종의 화해계약을 말한다.

#### 2. 내용

합의의 내용은 손해배상청구권의 권리를 포기하는 조항과 소송을 제기하지 않는다는 내용이 삽입된다.

#### 3. 효력

합의 후 다음과 같은 효력이 발생한다.

##### (1) 합의의 내용이 확정적

손해배상청구권자와 배상의무자는 다툼이 있던 법률관계를 합의로써 그 내용을 확정시킨다. 이를 확정적 효력이라 하며 당사 간의 법률적 안정성을 갖게 된다.

##### (2) 새로운 법률관계의 성립

당사자 간의 합의로 그 내용이 확정되고 화해에 의하여 새로운 법률관계가 생겨 새로운 권리와 의무를 발생시킨다. 이를 창설적 효력이라 한다.

#### 4. 합의의 효력 제한

원칙적으로 손해배상청구권자가 배상의무자와 합의한 후 더 이상 손해배상청구권을 행사하지 못한다. 그러나 합의 후 증대된 손해 또는 합의 당시 전혀 인식하지 못한 손해가 있었던 경우 합의의 효력을 이유로 권리포기조항을 적용할 경우 피해자 보호가 불가능하고 이를 우려하여 피해자는 합의를 시도 하지 않을 수 있다. 따라서 합의 후 증대된 손해에 대하여 법적 안정성을 침해하지 않는 범위 내에서 피해자를 구제할 필요성이 요구된다.

##### (1) 제한적 포기설

일단 당사자 간의 합의의 효력은 유효하고, 다만 예기치 못한 후발손해의 경우 별도의 합의나 소제기를 할 수 있다는 견해로 법적 안정성을 유지하면서 피해자 구제에도 효과적이다. 효력범위제한설이라고도 하며, 한정적 포기이론이라고도 표현한다.

##### (2) 합의 후 증대된 손해와 관련된 판례

판례도 대체로 제한적 포기설을 취하고 있다.

- 불법행위로 인한 손해배상에 관하여 가해자와 피해자 사이에 피해자가 일정한 금액을 지급받고 그 나머지의 청

구를 포기하기로 약정한 때에는 그 후에 그 이상의 손해가 사후에 발생하였다는 이유로 합의금액을 넘는 손해배상 청구를 하는 것을 인용해 줄 수 없으나, 모든 손해가 확실하게 파악되지 않는 상황 아래서 조금하계 적은 금액을 받고 합의를 한 경우에는 합의 당시 피해자가 포기한 손해배상청구권은 그 당시에 예측이 가능했던 손해에 대한 것뿐이라고 해석해야 할 것이지 당시에 예상할 수 없었던 손해가 그 후에 생긴 경우 그 손해에 대하여서까지 배상청구권을 포기했다고 해석할 것은 아니다.(대법원 1997. 8. 29. 선고 96다46903 판례)

- 사고 당시 3세 8월 남짓 된 피해자의 모와 보험자 사이에 교통사고로 인한 손해액에 관하여 금 319,600원에 합의가 성립되었으나, 그 후 38.8%의 노동능력 상실이 인정되고 그에 따른 손해액이 금 44,491,668원 정도로 산정된 사안에서, 나중에 밝혀진 후유장애로 인한 손해에 대하여 당초 합의의 효력을 부정한 사례(대법원 1997. 4. 11. 선고 97다423 판례)

- 교통사고의 피해자가 그 손해가 요추4,5염좌로만 알고 가해자를 대위한 보험회사와 사이에 금 294,540원을 받고 그 사고로 인한 일체의 손해배상청구권을 포기하며 이후 민형사상의 소송이나 이의를 제기하지 않기로 하는 부제소의 합의를 하였지만 피해자가 합의 이후로도 요통으로 계속 시달리다가 다른 병원에 가서 진찰을 받은 결과 그 원인이 요추수핵탈출증인 것으로 판명되어 그 후 수백만원의 비용을 들여 이에 관한 수술과 치료를 받았고 그 후로도 상당한 노동능력의 상실이 예상된다면 이러한 사정과 위 합의 당시 보험회사로부터 받은 돈이 금 294,540원에 불과한 점 등에 비추어 위 피해자는 위 교통사고로 요추수핵탈출증이 발병하여 그 치료에 많은 금액이 소요되고 그로 인한 노동능력상실의 후유장애가 남을 수 있음을 예상하지 못하고 위 부제소의 합의를 한 것으로 보여지므로 위 부제소 합의의 효력은 합의 당시 피해자가 예측이 가능했던 요추4,5염좌와 관련된 손해에 대하여만 미칠 수 있을 뿐, 그 당시에 예상할 수 없었던 요추수핵탈출증으로 인한 손해에 대하여는 미칠 수 없는 것으로 보아야 할 것이다.(대법원 1991. 12. 13. 선고 91다30057 판례)

### (3) 추가 청구 시 배상액의 산정기준

당사자 의사의 합리적 해석을 통하여 위 합의의 효력을 일부 제한함으로써 피해자가 그 합의 이후 발생한 후발적 손해에 대하여 추가 배상을 청구할 수 있다고 하더라도, 위 합의 당시 인식하거나 예견할 수 있었던 범위 내의 손해에 관하여는 여전히 위 합의의 효력이 미친다 할 것이므로, 피해자가 추가로 지급을 구할 수 있는 손해의 범위는 합의 후 현재 나타난 최종적 내지 고정적 후유증상 등을 기초로 피해자가 입은 소극적 손해, 적극적 손해 및 위자료 등을 포함한 전체 손해 중에서 합의의 효력이 여전히 미치는 손해, 즉 합의 당시 인식하고 있었거나 예견할 수 있었던 손해 부분(이는 감정 등 적절한 증거 방법을 통해 심리·확정하여야 한다)을 그 성질에 따라 해당 손해항목별로 공제하는 방식에 의하여 정하여야 한다(대법원 1999. 6. 22. 선고 99다7046 판례).

## 5. 합의권자

정당한 권리를 가진 자(합의권자)와 합의 하여야 유효한 법률관계가 성립된다. 합의가 필요한 손해배상청구권자의 사상의 정도에 따라 부상, 후유장해의 경우 기본적으로 피해자 본인이 되고, 사망의 경우 상속인이 합의권자가 된다.

### (1) 부상 또는 후유장해

#### 1) 피해자가 법률적 행위를 할 수 있는 상태

손해배상청구권자인 피해자가 사고로 인하여 법률행위의 판단과 신체능력에 이상이 없는 경우 피해자 본인이 원칙적인 합의권자다.

#### 2) 피해자가 법률적 행위를 할 수 없는 상태

미성년자 또는 법률적 행위를 할 수 없는 자로 신체적, 정신적으로 정상적인 행동 및 판단이 불가능한 경우 그들의 친권자나 후견인이 합의권자가 된다.

##### ① 손해배상청구권자가 미성년자인 경우

손해배상청구권자가 미성년자인 경우에는 미성년자의 부모가 친권자로서 합의권자가 된다.

##### ② 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권을 행사할 수 없는 경우

미성년후견인을 두어야 하며 후견인은 파후견인의 법정대리인이 된다. 후견인에는 지정후견인과 선임후견인이 있다.

민법 제931조(유언에 의한 미성년후견인의 지정 등)

- ① 미성년자에게 친권을 행사하는 부모는 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있다. 다만, 법률행위의 대리권과 재산관리권이 없는 친권자는 그러하지 아니하다.
- ② 가정법원은 제1항에 따라 미성년후견인이 지정된 경우라도 미성년자의 복리를 위하여 필요하면 생존하는 부 또는 모, 미성년자의 청구에 의하여 후견을 종료하고 생존하는 부 또는 모를 친권자로 지정할 수 있다.

민법 제932조(미성년후견인의 선임)

- ① 가정법원은 제931조에 따라 지정된 미성년후견인이 없는 경우에는 직권으로 또는 미성년자, 친족, 이해관계인, 검사, 지방 자치단체의 장의 청구에 의하여 미성년후견인을 선임한다. 미성년후견인이 없게 된 경우에도 또한 같다.
- ② 가정법원은 제924조, 제924조의2 및 제925조에 따른 친권의 상실, 일시정지, 일부 제한의 선고 또는 법률행위의 대리권이나 재산관리권 상실의 선고에 따라 미성년후견인을 선임할 필요가 있는 경우에는 직권으로 미성년후견인을 선임한다.
- ③ 친권자가 대리권 및 재산관리권을 사퇴한 경우에는 지체 없이 가정법원에 미성년후견인의 선임을 청구하여야 한다.

##### ③ 성년후견

성년후견제도는 장애, 노령자, 질병 그 밖의 사유로 사무를 처리할 능력이 결여된 사람에 법률행위의 도움을 받도록 하는 제도이다.

민법 제936조(성년후견인의 선임)

- ① 제929조에 따른 성년후견인은 가정법원이 직권으로 선임한다.
- ② 가정법원은 성년후견인이 사망, 결격, 그 밖의 사유로 없게 된 경우에도 직권으로 또는 피성년후견인, 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견인을 선임한다.
- ③ 가정법원은 성년후견인이 선임된 경우에도 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 제2항의 청구권자나 성년후견인의 청구에 의하여 추가로 성년후견인을 선임할 수 있다.
- ④ 가정법원이 성년후견인을 선임할 때에는 피성년후견인의 의사를 존중하여야 하며, 그 밖에 피성년후견인의 건강, 생활관계, 재산상황, 성년후견인이 될 사람의 직업과 경험, 피성년후견인과의 이해관계의 유무(법인이 성년후견인이 될 때에는 사업의 종류와 내용, 법인이나 그 대표자와 피성년후견인 사이의 이해관계의 유무를 말한다) 등의 사정도 고려하여야 한다.

민법 제937조(후견인의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 후견인이 되지 못한다.

1. 미성년자
2. 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인, 피임의후견인
3. 회생절차개시결정 또는 파산선고를 받은 자
4. 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기(刑期) 중에 있는 사람
5. 법원에서 해임된 법정대리인
6. 법원에서 해임된 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인, 임의후견인과 그 감독인
7. 행방이 불분명한 사람
8. 피후견인을 상대로 소송을 하였거나 하고 있는 사람
9. 제8호에서 정한 사람의 배우자와 직계혈족. 다만, 피후견인의 직계비속은 제외한다.

민법 제938조(후견인의 대리권 등) ① 후견인은 피후견인의 법정대리인이 된다.

- ② 가정법원은 성년후견인이 제1항에 따라 가지는 법정대리권의 범위를 정할 수 있다.
- ③ 가정법원은 성년후견인이 피성년후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있다.
- ④ 제2항 및 제3항에 따른 법정대리인의 권한의 범위가 적절하지 아니하게 된 경우에 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 범위를 변경할 수 있다.

민법 제939조(후견인의 사임) 후견인은 정당한 사유가 있는 경우에는 가정법원의 허가를 받아 사임할 수 있다. 이 경우 그 후견인은 사임청구와 동시에 가정법원에 새로운 후견인의 선임을 청구하여야 한다.

민법 제940조(후견인의 변경) 가정법원은 피후견인의 복리를 위하여 후견인을 변경할 필요가 있다고 인정하면 직권으로 또는 피후견인, 친족, 후견감독인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 후견인을 변경할 수 있다.

## (2) 사망

피해자가 사망한 경우 망자의 재산 상속권자가 합의권자가 된다. 상속권자가 미성년자, 금치산자, 한정치산자인 경우 법정대리인이 합의권자가 된다.

### 1) 상속순위

#### ① 직계비속(1순위)

직계비속이란 자녀, 손자녀(외손자녀 포함)를 말한다. 친자, 양자 구별이 없다.

직계비속이 다수인 경우 최근친의 직계비속을 우선순위로 같은 촌수의 직계비속은 공동상속인이 된다.

태아의 경우 이미 출생한 것으로 보아 1순위의 상속권자가 되지만, 사산한 경우 법률적 지위의 논란이 있다. 해제 조건설에 의하면 태아는 이미 출생한 것으로 보아 권리능력을 갖지만 사산한 경우 권리능력 취득의 효과가 과거의 문제의 사건까지 소급하여 소멸한다.

#### ② 직계존속(2순위)

직계존속이란 부모, 조부모를 말하고 친부모, 양부모 불문한다.

#### ③ 형제자매(3순위)

피상속인의 형제자매

#### ④ 4촌 이내 방계혈족(4순위)

피상속인의 3촌, 4촌 방계혈족

#### ⑤ 배우자

배우자는 직계비속, 직계존속과 공동상속인이 된다. 직계비속과 직계존속이 없는 경우 단독 상속인이 된다.

#### ⑥ 대습상속

상속개시 전에 사망 또는 결격된 경우에 그 직계비속이 있는 때에는 그 직계비속이 사망 또는 결격된 사람의 순위에 갈음하여 상속인이 되고, 배우자는 피상속인의 직계비속 또는 직계존속이 있는 경우에는 그 상속인과 동순위로 공동상속인이 되며, 그 상속인이 없는 때에는 단독 상속인이 된다.

### 2) 상속지분

동순위 상속자가 수인인 경우 상속분은 균등하게 분배된다. 배우자의 경우만 5할을 가산하여 분배한다.

예를 들어, A(사망), B(A의 배우자), C(A의 아들), D(A의 딸) A의 손해배상금액이 7,000만원일 경우

B의 상속 =  $70,000,000 \times 1.5(\text{배우자의 상속분}) / [1.5(\text{배우자의 상속분}) + 1(\text{아들의 상속분}) + 1(\text{딸의 상속분})]$

=  $70,000,000 \times 3 / 7 = 30,000,000\text{원}$

C, D의 상속 =  $70,000,000 \times 1(\text{아들, 딸의 상속분}) / [1.5(\text{배우자의 상속분}) + 1(\text{아들의 상속분}) + 1(\text{딸의 상속분})]$

=  $70,000,000 \times 2/7 = 20,000,000\text{원}$

## II. 소멸시효

### 1. 의의

권리자가 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 권리를 행사하지 않는 사실상태가 일정기간 계속된 경우에 그 권리의 소멸을 인정하는 제도를 말한다. 불법행위로 인하여 발생한 피해자의 손해배상청구권은 민법 제766조에 손해배상청구권의 소멸시효로 규정하고 있다.

### 2. 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효

불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다(민법 제766조의 1). 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다(민법 제766조의 2).

### 3. 소멸시효의 중단

소멸시효가 진행되는 중 일정한 사유가 발생하면 소멸시효가 중단되고, 중단된 사유가 종료된 때 새로운 시효가 시작된다. 소멸시효가 중단되는 사유로 재판상의 청구, 지급명령, 화해를 위한 소환, 임의출석, 최고, 압류, 가압류, 가처분, 승인 등이 있다.

## III. 혼동

### 1. 의의 및 법률규정

혼동이란, 채권과 채무가 동일인에게 귀속되는 것을 말한다. 민법 제507조에 “채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 때에는 채권은 소멸한다. 그러나 그 채권이 제삼자의 권리의 목적인 때에는 그러하지 아니하다.” 규정하고 있다.

### 2. 취지 및 효과

권리의무관계를 간소화하기 위하여 두고 있으며, 혼동의 효과는 채권이 소멸된다.

### 3. 자동차사고의 혼동

#### (1) 기본 적용

자동차사고로 손해배상의 채권과 채무가 동일인에게 귀속되는 경우 채권은 소멸한다. 예를 들어, 아버지가 자녀를 태우고 가던 중 아버지의 과실로 자녀를 사망케 한 경우 아버지는 손해배상의무자이면서 손해배상채권자가 된다. 따라서 아버지의 손해배상채권은 혼동으로 소멸한다.

#### (2) 예외 적용

##### 1) 피해자의 상속인이 직접적인 가해자가 아닌 경우

직접적인 가해자가 피해자의 상속인이 되는 경우 혼동으로 채권이 소멸한다. 피해자의 상속인이 직접적인 가해자가 아닌 경우에는 혼동이 적용되지 않는다.

예를 들어, 아버지 자동차를 A(아버지의 큰 아들)가 운전 중 B(작은 아들)와 A가 모두 사망한 경우 아버지는 A의

손해배상채무와 B의 손해배상채권을 동시에 취득한다. 이 경우 판례는 혼동이론이 적용되지 않는다고 본다.

• 자동차 운행 중 교통사고가 일어나 자동차의 운행자나 동승한 그의 친족이 사망하여 자동차손해배상보장법 제3조에 의한 손해배상채권과 채무가 상속으로 동일인에게 귀속하게 되는 때에, 교통사고를 일으킨 차량의 운행자가 자동차 손해배상 책임보험에 가입하였다면, 가해자가 피해자의 상속인이 되는 등의 특별한 경우를 제외하고는 생존한 교통사고 피해자나 사망자의 상속인에게 책임보험에 의한 보험의 혜택을 부여하여 이들을 보호할 사회적 필요성이 있는 점은 다른 교통사고와 다를 바 없고, 다른 한편 원래 자동차 손해배상 책임보험의 보험자는 상속에 의한 채권 채무의 혼동 그 자체와는 무관한 제3자일 뿐 아니라 이미 자신의 보상의무에 대한 대가인 보험료까지 받고 있는 처지여서 교통사고의 가해자와 피해자 사이에 상속에 의한 혼동이 생긴다는 우연한 사정에 의하여 자기의 보상책임을 면할 만한 합리적인 이유가 없으므로, 자동차 책임보험의 약관에 의하여 피해자가 보험회사에 대하여 직접 보험금의 지급청구를 할 수 있는 이른바 직접청구권이 수반되는 경우에는 그 직접청구권의 전제가 되는 자동차손해배상보장법 제3조에 의한 피해자의 운행자에 대한 손해배상청구권은 상속에 의한 혼동에 의하여 소멸되지 아니한다고 보아야 한다.(대법원 1995. 5. 12. 선고 93다48373 판례)

## 2) 가해자가 상속을 포기한 때

가해자가 상속을 포기한 경우에도 혼동이 발생하지 않는다. 가해자의 고유상속분은 다른 공동상속인에게 그 권리가 이전된다.

## 3) 동시사망으로 인한 대습상속

형제자매 사이인 교통사고의 가해자와 피해자가 교통사고로 동시에 사망한 것으로 추정되어 가해자의 직계비속 또는 배우자가 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 전제가 되는 자동차손해배상보장법 제3조의 의한 피해자의 운행자에 대한 손해배상청구권을 대습하여 상속한 경우에도 '가해자가 피해자의 상속인이 되는 등 특별한 경우'에 해당한다고 할 수 없으므로, 피해자의 손해배상청구권은 상속에 의한 혼동에 의하여 소멸되지 않는다고 보아야 할 것이다(대법원 2005.1.13 선고 2004다34080 판결).

## (3) 실무적인 적용

혼동은 살펴본 바와 같이 주로 친족 간의 사고에서 발생한다. 손해배상청구권의 소멸에 대한 법률적인 검토는 가능하나 실무상 혼동으로 인한 배상액의 차이가 생기는 경우는 극히 드물다. 약관상 대인 2에서 친족은 면책사유로 규정하고 있으며, 대인 1의 책임보험금은 유한보험으로 나이가 많은 노인을 제외하고 사망보험금의 한도는 혼동을 적용하는 경우와 적용하지 않는 경우 배상액의 차이는 거의 없다. 설령, 혼동으로 인하여 배상액의 차이가 생기는 경우 가해자는 상속을 포기한다. 따라서 그 공동상속인이 받게 되는 배상액은 차이가 없게 된다.

혼동이론을 적용할 때 실제손해액을 기준으로 산정하여야 한다. 만약 책임보험금 한도를 기준으로 적용할 경우 배상액의 차이가 생기는데 이는 피해자에게 매우 불리하다.

예를 들어, 갑이 운전하다가 차량이 전복되어 아들 병이 사망하고 엄마인 을은 부상을 입은 경우 갑에게 손해배상청구권과 손해배상의무가 공존하게 되고 이 경우 혼동이 적용된다. 아들 병의 실제손해액이 200,000,000원이고 책임보험금 한도가 사망 1급으로 150,000,000원인 경우 책임보험금 한도로 혼동을 적용할 경우 75,000,000원이 되고, 실제손해액인 200,000,000원 기준으로 혼동을 적용하면 100,000,000원이 된다.