

好意同乘에 관한 小考 - 法律關係와 判例分析을 中心으로 -

申 鍾 澈* · 鄭 寅 玄**

A Study on Gratuitous Ride - centering around Legal Relation and Cases Analysis -

Jong-Cheol, Shin · Ihn-Hyun, Chung

I. 序 論

오늘날 自動車の 급격한 증가는 상대적으로 낮은 道路率로 인하여 심각한 交通難을 불러일으키고 있으며, 또한 이와 함께 自動車事故도 증가하고 있다. 따라서 自動車事故로 인한 法的紛爭도 늘고 있는 추세임은 周知의 事實이다.

특히 최근에는 自家用의 증가로 사정에 따라서는 他人의 自動車에 好意同乘하는 경우도 日常化·生活化¹⁾ 되고 있는데, 이러한 好意同乘에 의한 自動車事故도 근래에 빈발하고 있다.

自動車損害賠償保障法²⁾ 제3조는 自動車損害賠償責任이라는 表題 아래 그 본문에서 ‘自己를 위하여 自動車を 運行하는 者는 그 運行으로 말미암아 다른 사람을 死亡하게 하거나 負傷하게 한 때에는 그 損害를 賠償할 責任을 진다’고 規定하고 있다. 이 規定에서 말하는 ‘다른사람’이란 一般的으로 ‘自己를 위하여 自動車を 運行하는 者 또는 당해 自動車の 運轉者 그리고 運轉補助者(業務로서 運轉者의 運轉行爲에 참여하여 그 支配 아래에서 運轉行爲를 도와주는 者로서 현실적으로 運轉의 補助를 하고 있는 者)를 제외한 그 이외의 者’라고 해석되는데, 여기서 好意同乘者가 自動車損害賠償保障法 제3조가 規定하는 다른 사람의 範圍에 속하므로 自動車事故 發生時 自動車保有者가 運行者責任을 負하여야 하는가, 아니면 그 責任이 制限(免除 또는 최소한 減輕)되는가, 또한 制限된다면 그 理論的 根據는 무엇인가를 다루는 것이 이른바 好意同乘의 문제이다.

* 韓國海洋大學校 人文社會科學大學 法學科 教授(法學博士).

** 韓國海洋大學校 大學院 法學科 博士課程(民法專攻).

1) 好意同乘의 生活化로 카풀(Car-Pools)制를 들 수 있다. 교통난의 급증으로 정부 차원에서 카풀제가 장려되고 있다. 카풀제는 當事者間의 約定에 따라서 種類가 多樣하지만 好意同乘에 해당되는 경우가 일반적이다.

2) 自動車損害賠償保障法은 1963년에 制定되었다. 그 후 同法은 1984년 법률 제3774호로 代置되었고, 1986년에 법률 제3912호로 改正되었다가 다시 1991년 법률 제4488호로 改正되어 현재에 이르고 있다.

이러한 好意同乘 문제가 우리나라에서 본격적으로 다루어지기 시작한 때는 극히 最近이다. 물론 過去에도 전혀 언급이 없었던 것은 아니나 日本 學界의 關心事를 소개하는 정도였다. 그런데 多様な 類型의 自動車事故가 현실에서 發生함에 따라 好意同乘에 관해서도 직접 다루는 判例도 등장하게 되었고³⁾, 이러한 현실에 步調하여 學界의 研究도 集積되고 있다. 好意同乘에 관해서 理論的인 根據를 提示하는 研究도 있고, 判例에 대하여 批評的으로 接近하는 研究도 있다.

好意同乘은 특히 自動車損害賠償保障法에 好意同乘에 대한 責任制限에 관한 規定을 立法하지 않았기 때문에 더욱 복잡한 法律問題로 남는다⁴⁾. 그러나 최근에는 學界에서도 多様な 論據를 提示하여 責任減輕을 肯定하는 方向으로 나아가고 있고, 判例가 好意同乘者에 대한 自動車保有者의 損害賠償額의 減輕을 인정한 경우⁵⁾도 있다.

이에, 本論文은 好意同乘에 대한 運行者責任 認定 與否·認定時 理論的인 根據와 損害賠償額의 範圍에 관련되는 主要 學說을 整理·檢討함과 동시에 好意同乘의 判例를 分析함으로써 好意同乘의 法理를 具體化·再構成하고자 한다.

따라서 이하에서는 好意同乘에 관한 法律關係, 判例分析 등의 順으로 논의하고자 한다.

Ⅱ. 好意同乘에 관한 法律關係

1. 序言

好意同乘者가 自動車損害賠償保障法 제3조의 他人의 範圍에 포함되기 때문에 自動車事故 發生時 自動車保有者가 運行者責任을 져야 하는가 아니면 그 責任이 制限(免除 또는 減輕)될 可能性이 있는가, 制限의 可能性이 인정된다면 그 理論的 根據는 무엇인가를 다루는 것이 好意同乘의 問題임은 앞서 언급하였다.

好意同乘의 問題가 법률문제화되는 이유는 民法은 물론 特別法인 自動車事故損害賠償保障法에 好意同乘에 대한 規定이 없기 때문이다.

따라서 이에 대한 理論이나 判例의 立場은 매우 多様하며, 好意同乘의 理論構成이 責任論에서 또한 損害論(특히, 損害賠償範圍論)에서 이루어지나, 好意同乘의 모든 類型을 포괄하여 설명할 수 있는 統一的인 理論構成에는 실패하고 있다.

그러나 논의의 초점인 好意同乘 事實 그 自體가 賠償責任을 制限(免除 또는 최소한 輕減)하는 事由가 되느냐는 점에서는 어떤 理論이든 인정을 긍정하는 一致點에 이르며, 단지 理論構成을 어떻게 하는가에 각 理論의 特異點이 있을 따름이다.

따라서 이하에서는 우선적으로 好意同乘의 意味를 확정하고, 好意同乘에 관한 法律關係를 구체적

3) 大判 1987. 1. 20 宣告 86 다카 251. 이는 好意同乘에 대한 大法院의 態度를 決定한 첫 判決이다.

4) 그러나 各國의 立法例에는 明文으로 好意同乘者에 대한 責任을 制限하는 경우도 있다. 羽生雅則/青山揚一, 「好意同乘」, 現代損害賠償法講座 第7卷(東京: 有斐閣, 1981), 372面. 스위스·독일·영국 등이 그러하고, 미국에서도 일부 州에서는 自動車의 好意同乘者法을 制定하고 있다.

5) 大判 1987. 12. 12 宣告 86 다카 2994 判決이 代表的이다.

으로 고찰하고자 한다.

2. 好意同乘의 意義

가. 好意同乘의 概念

(1) 好意同乘 논의를 전개하기 위하여서는 먼저 好意同乘의 意味를 確定하는 것이 필요하다. 一般적으로 好意同乘이라고 불리우고 있는 生活關係에 공통적인 要素를 추출하여 好意同乘을 概念構成하는 일은 매우 어려운 일이라고 생각한다. 好意同乘이라 함은, 글자 그대로, 乘客으로서 場所的 移轉에 대한 對價 즉 運貨의 支拂없이(無償으로) 好意로 他人의 自動車에 同乘하는 것을 意味한다⁶⁾. 好意同乘을 이와 같이 定義하면 多분히 포괄적인 概念이 될 수 밖에 없다. 다음에서 상세하게 살펴볼 것지만, 好意同乘이라는 概念에는 多樣한 類型이 包攝되는 데, 好意同乘의 法理關係의 統一性이나 法的 解決策을 一義적으로 明確하게 確定하는 것이 곤란한 이유는 이와 같이 好意同乘의 概念이 多분히 포괄적이기 때문이다.

또한, 好意同乘의 定義를 確定하려면 無償同乘의 概念構成과의 關係가 밝혀져야 한다. 交通事故와 관련된 民事訴訟 初期에 있어서는 獨逸의 好意同乘(Gefälligkeitfahrt)論이나 英美의 無償同乘者法(Automobile Guest Statute)을 참조하여 無償同乘과 好意同乘의 概念이 아직 구분되지 않았고 同一한 意味로 解釋·使用되었다. 그러나 곧 內容에 相違點이 발견되어, 無償同乘이란 對價를 支拂함이 없이 他人의 自動車에 同乘하는 것을 말하며, 好意同乘이라 함은 好意로 他人의 自動車에 對價를 支拂함이 없이 同乘하는 것을 말하는 것으로 양자의 概念은 구별되었다. 그러므로 두 概念은 상당 부분이 중복되지만 外延은 無償同乘이 약간 크다⁷⁾. 無償同乘이 運行者나 運轉者의 好意에 의하여 이루어지는 것이 보통이므로 好意同乘이라는 概念과 혼용되기도 하지만, 好意에 의하지 아니하고 運轉者의 誘惑에 의하여 또는 同乘者의 強要에 의하여 이루어지는 일도 있으므로 無償同乘의 外延이 더 크다고 할 수 있다.

이에 好意同乘의 概念의 要素를 ① 契約性的의 缺如 ② 無償性 ③ 好意性이라고 요약할 수 있다⁸⁾.

(2) 그러므로, 이러한 好意同乘의 概括的인 概念構成을 자세히 분석할 필요가 있다.

첫째, 好意同乘은 '同乘'을 前提로 하며, 當該 車輛의 '運轉'과 대비된다. 自動車損害賠償保障法에 適用되는 範圍에 논의를 한정한다면, 이것은 自動車損害賠償保障法이 規定하는 바 '運轉者'가 아닌 資格에서 自動車를 타고 가는 것을 意味한다⁹⁾. 뿐만 아니라 또한 실제로 事故發生 當時에 運轉行

6) 朴仁鎬, 「自動車 事故에 있어서 無償同乘(好意同乘)에 관한 問題點」, 自動車 事故로한 損害賠償(上), 裁判資料 第20輯(法院行政處), 95쪽; 李輔煥, 「無償同乘論」, 司法論集 第20輯(1989/12), 法院行政處, 235쪽; 羽生雅則/青山楊一, 앞의 論文, 371面; 郭潤直, 債權 各論[民法講義Ⅳ], 博英社, 1995, 775쪽. 自動車運行者의 好意 내지 親切(Gefälligkeit)에 의하여(바꾸어 말해서, 好意에서 우러나온 承諾으로), 無償으로 그의 自動車에 同乘, 즉 같이 타는 것(또는 타게 하는 것)이 이른바 好意同乘이다; 金學煥, 「好意同乘과 損害賠償責任의 制限」 金亨培 教授華甲紀念論文集 - 債權法에 있어서 自由와 責任 -, 博英社, 1994, 614쪽. 運轉者가 無償으로 契約에 의하지 않고 순수한 친절에서 자동차를 가지고 승객을 동승시켜 운전하는 것이 好意同乘이다.

7) 倉田卓次, 「無償同乘論」, 判例タイムズ 268號, 24面.

8) 大村須賀男, 「好意的協定關係について」, 民商法雜誌 第62卷 3號, 361面.

9) 大判 1988. 9. 13 宣告 88 다카 80. 「被害者는 비록 일시 運轉을 한 일이 있어도 여전히 好意同乘者에 해당한

爲를 하지 않고 있음을 意味한다¹⁰⁾.

둘째, 好意同乘은 無償同乘을 前提로 한다. 케牆취이란 反對給付를 支拂하지 않는다는 意味이다. 따라서 케牆취缺이라는 性質에 비추어 볼 때 同乘者가 기름값을 分擔하는 경우에는 好意同乘이라고 할 수 없다. 그러나 運送에 대한 對價로서가 아닌 感謝의 表示로 運送費의 一部를 負擔한 경우에는 이는 好意同乘이다¹¹⁾. 對價가 있더라도 그것이 名目的인 것에 불과한 경우를 好意同乘으로 보아야 한다.

그러나 車輛購入代金の 一部를 負擔하고 每月 油類貸를 支給하여 그것이 運送對價라고 보아야 할 경우¹²⁾ 또한 共同旅行에서 運轉을 담당시킬 目的으로 끌어들이고 기름값까지 負擔시킨 경우¹³⁾ 등은 好意同乘이라고 말할 수 없다.

그러나, '무상성'의 側面에 비추어, 無償同乘이라 해도 好意同乘이라고 할 수 없는 경우가 있다. 즉, ① 同乘者의 強要에 의한 無償同乘의 경우 ② 運轉者 등의 認知가 없는 상태인 同乘者의 潛入에 의한 無償同乘의 경우 ③ 運送 自體에 대한 對價의 支拂은 없으나 다른 비용에 포함되어 있는 無償同乘의 경우(호텔 손님의 送迎의 경우) ④ 運送者 자신의 利益을 위한 無償同乘의 경우(醫師·顧問辯護士의 送迎의 경우)¹⁴⁾ ⑤ 상사의 목인하에서 통근을 위하여 會社車에 同乘하는 경우¹⁵⁾ 등을 들 수 있다.

따라서, 好意同乘은 항상 無償同乘이나, 無償同乘은 항상 好意同乘은 아니다. 이와 같이 無償同乘과 好意同乘의 概念은 상당 부분 중복되지만 外延은 無償同乘이 好意同乘의 경우보다 크다. 好意同乘은 無償同乘의 外延 속에 포함된 주요한 형태인 것이다.

셋째, 好意同乘은 好意에 의한 同乘, 즉 他人에게 好意를 베풀려고 하는 意思에 기한 同乘이다. 同乘이 利他的인 動機에서 연유한 것이 아니면, 여기서 말하는 好意同乘이 아닌 것이다. 물론 그러한 意思는 友情·親族 사이의 紐帶感·愛情·社會的 儀禮 나아가서 人類愛 등에 의한 것으로 설명될 수도 있을 것이다¹⁶⁾. 그러므로 비록 無償同乘이라도 利己의인 動機가 개입되어 있으면 好意同乘이라고 할 수 없다. 예를 들면, 中古自動車販賣業者가 그의 顧客에게 自動車의 試乘을 許諾하는 경우, 不動產仲介業者가 顧客을 태우고 目的物을 보러 가는 경우, 醫師의 往診의 경우, 顧問辯護士나 家庭教師 등의 送迎의 경우, 손님 誘致를 目的으로 호텔·백화점·수영장·골프장 등에서 無償으로 送迎을 하

다. 이는 설사 사고가 발생한 당해 進行 도중에 일시적으로 동승자가 운전을 한 일이 있더라도 그것만으로는 여기서 말하는 好意同乘者에 해당하지는 않는다고 말할 수는 없다는, 즉 好意同乘者에 해당한다는 취지의 판결이다.

10) 大判 1971. 6. 8 宣告 71 다 710·711. 「운전자의 과실로 말미암아 사고가 발생한 경우에 있어서는 그 운전자는 자동차손해배상보장법 제3조 본문의 '타인'에 해당하지 않는다. 이는 자동차保有者라도 사고 당시의 運轉者에 대하여는 自動車損害賠償保障法 제3조의 자동차보유자 배상책임을 부담하지 않음을 분명히 선언한 판결이다. 그러나 이 판결은 '과실있는 사고자동차의 운전자'라고 하고 있으므로, 無過失의 運轉者에 관하여 태도를 확정한 것은 아니다.

11) 李輔煥, 「自動車損害賠償保障法上 筭筭的 範圍」, 司法論集 第9輯(1978), 92쪽; 李輔煥, 앞의 論文, 司法論集 第20輯(1989/12), 236쪽.

12) 大分地中津支判, 昭和 47. 4. 20. 判示 682·69.

13) 札幌地判, 昭和 57. 2. 12. 交通民 15·1·230.

14) 東京地判 昭和 40. 2. 24 下民集 16卷 2號, 321面.

15) 福岡地直方支判 昭和 47. 4. 19 交通民事判例集 5卷 2號 565面.

16) 이러한 경우에는 共同運行者性 여부에 대한 비교·검토가 필요하다.

기 위하여 運行하는 순환버스를 利用하는 경우 등과 같이 無償同乘이 營業活動의 範圍 안에서 일어난 경우 등이다¹⁷⁾. 對價의 支拂이 없어서 無償처럼 보이지만 다른 비용 안에 포함되어 있다고 보는 것이 妥當하다. 이런 경우는 外관은 비록 無償同乘이더라도 실제로는 自動車保有者의 營利活動을 촉진시켜 이윤을 극대화하려는 마케팅 기법의 도입으로 볼 수 있는 경우이다.

또한 日本의 下級審 判決 가운데 同乘 事實을 財産上 損害에 관하여는 물론 慰籍料에조차 參酌하지 아니한 事例들을 보면 그것은 好意同乘이라고 볼 수 없는 경우가 많다. 그것들 중에는 이를 明명한 것도 있으나 그렇지 않은 것들도 상당수 있다.

예컨대 勤勞者 또는 被傭者가 雇傭主 所有者의 自動車에 同乘하였을 때, 그것이 勤勞에 대한 附隨的 報酬(fringe benefit)이라고 하는 것이 명백하지 아니한 경우라도, 雇傭·被傭의 關係가 있고 同乘이 業務遂行과 關係가 인정되면 無償同乘이라 판정하고 責任減輕을 고려하는 것이 곤란하다고 한다¹⁸⁾.

넷째, 이렇게 보면 好意同乘은 반드시 運轉者의 同乘許諾을 前提로 한다. 그러므로 運轉者의 許諾없이 몰래 또는 強制的으로 自動車에 便乘하는 경우는 이에 해당하지 않는다. 그런데 그러한 同乘許諾 또는 나아가서는 그 運轉者에 의한 當該 運轉 自體가 自動車保有者의 意思(推定的인 意思까지도 포함하여)에 반하는 경우에도 運轉者의 好意에 기하여 無償의 同乘을 許諾하면 이를 여기서 말하는 好意同乘의 概念에 포함시키는 것이 과연 合目的인가는 의문이다. 그러나, 後述하는 判例의 분석에서 상세하게 고찰하듯이, 우리나라의 判例는 ‘運轉者에 의한 當該 運轉 自體가 自動車保有者의 意思(推定的인 意思까지도 포함하여)에 반하는 경우’에 관련한 判例가 오히려 다수를 차지한다.

다섯째, 好意同乘者는 소위 ‘共同運行者’와의 限界를 명백하게 하여 둘 필요가 있다. 왜냐하면 自動車損害賠償保障法 제3조의 責任은 運行者(自動車保有者)를 위하여 發生하지 않기 때문이다. 예를 들면, 自動車保有者의 家族들이 소위 家族車輛(Family Car)을 利用하는 경우나 또 車貸與(Rent Car)業者로부터 차를 賃借하여 運行하는 경우에 그 家族이나 賃借人은 오히려 ‘共同運行者’로서 自動車損害賠償保障法의 保護로부터 排除되어야 한다는 논의가 있다¹⁹⁾. 이러한 경우와 好意同乘의 경우를 명확하게 구별할 構成的 徵表가 있는가에 대하여는 의문이 있으나, 일단 自動車에 대한 運行支配라는 觀點에서 양자를 구분할 수 있다²⁰⁾.

나. 好意同乘의 種類

(1) 이와 같은 好意同乘은 同乘者와 運行者 또는 運轉者와의 關係, 運行者와 運轉者와의 關係, 同乘하게 된 動機나 經緯 또는 事情, 支拂한 對價의 性格 등에 따라서 그 類型은 多樣하다. 여기에다 好意同乘의 類型은 論者에 따라서 여러 가지로 理論的인 基準을 活用하여 分類된다. 다음에서는 多樣한 見解를 概括한다.

17) 東京地方法院判決, 昭和 40. 2. 24. 下民集 16 ② 321.

18) 李輔煥, 앞의 論文, 236쪽.

19) 李輔煥, 自動車事故損害賠償訴訟, 育法社, 1993(改訂增補), 88쪽 이하.

20) 梁彰洙, 「好意同乘者에 대한 自動車保有者의 賠償責任」, 損害保險 241 (韓國自動車保險(株) 1988/11), 10쪽.

(2) 好意同乘의 分類

(가) 吉岡進의 分類²¹⁾

이 分類는 주로 同乘이 運轉者나 運行者의 承諾에 의한 것이나 또는 同乘에의 承諾의 意思가 있는 경우 그 承諾의 意思의 強弱을 基準으로 하였다.

① 運行者가 同乘者에게 場所의 移轉(無償運送)을 約束하였다고 볼 수 있는 類型.

② 契約이라고까지는 할 수 없어도 運行者로부터 同乘을 承諾 또는 容認받은 類型.

③ 被傭運轉者로부터 同乘을 許容받았으나 그것은 運行者의 豫想 밖이고 또 한 同乘者는 運行者가 許容하지 않을 것을 알았거나 알 수 있었을 類型.

④ ③의 경우 同乘者가 자신의 便宜를 위하여 特別히 運行經路를 바꾸거나, 速力을 내게 하거나, 貨物을 過重하게 積載한 類型.

⑤ 運轉者가 承諾하지 않았음에도 불구하고 乘車하여 下車를 요구한 경우.

⑥ 運轉者 모르게 乘車하는 경우.

물론 이 分類 가운데 ⑤·⑥은 好意同乘의 概念 構成要素 가운데 好意性이 결여되므로 好意同乘은 아니고 단지 無償同乘일 뿐이다.

(나) 舟本信光의 分類²²⁾

이 分類는 주로 運行에 대한 支配의 有無 그리고 程度를 基準으로 하였다.

① 強要型同乘.

暴行·強迫에 의한 制壓支配(奪取) 類型.

② 支配型同乘.

業務·身分 등의 關係에서 事實上 強制 내지 盲從을 초래하고, 運轉者의 好意同乘者에 대한 從屬이 인정되어, 好意同乘者로부터 積極的으로 極端的인 무모한 速度·走行時間의 短縮·大幅的인 運行經路의 變更 등이 指示되어 運行內容이 質的으로 變更된 類型.

無斷運轉임을 알면서 危險한 運轉·脫線的인 享樂을 위하여 同乘한 類型.

③ 潛入型同乘.

運轉者 등의 不知 가운데 貨物積載函 등에 搭乘하는 類型.

④ 常用型同乘.

상당히 계속적으로 好意同乘을 하고, 그 好意同乘者를 위하여 다소의 運行經路의 變更도 자주 이루어지지만 共同運行者 또는 支配型同乘에까지는 이르지 아니한 類型.

⑤ 便乘型同乘.

Hitch Hiker 등의 類型. 즉 走行中에 同乘시키는 類型.

⑥ 好意型同乘.

위에서 例示한 것 이외의 一般的인 同乘 類型.

21) 吉岡進, 「交通事故訴訟의 課題」, 實務民事訴訟講座 第3卷(交通事故訴訟)(東京: 日本評論社, 1975), 24面.

22) 舟本信光, 「自動車事故民事責任의 構造」, 日本評論社(東京), 1970, 7面·80面.

(다) 宮本高彦의 分類²³⁾

- ① 強制同乘.
- ② 勸誘同乘.
- ③ 好意同乘.
- ④ 誘引同乘.
- ⑤ 脅迫同乘.

(라) 原田和徳의 分類²⁴⁾

- ① 運行使用者와 運轉者가 同一한 人格에 속하는 경우.
- ② 運行使用者와 運轉者가 別個의 人格에 속하는 경우.
 - ㉞ 運轉者가 運行者를 위하여 運轉하는 경우.
 - ㉟ 無斷運轉인 경우.
 - ㊱ 潛入型同乘인 경우.

(마) 本井 巽의 分類²⁵⁾

- ① 運行目的에 의한 分類.
 - ㉞ 同乘者만을 위한 경우.
 - ㉟ 共同目的을 위한 경우.
 - ㊱ 便乘의 경우.
 - ㊲ 運轉者만을 위한 경우.
- ② 同乘經緯에 의한 分類.
 - ㉞ 被害者의 強要에 의한 경우.
 - ㉟ 無償同乘의 경우.
 - ㊱ 依賴同乘.
 - ㊲ 誘引하여 承諾을 얻어 同乘한 경우.
 - ㊳ 誘引하여 同乘한 경우.
- ③ 運行目的과 運行經緯의 各 組合에 의해 發生하는 여러 類型.

(바) 寺本嘉弘의 分類²⁶⁾

- ① 運行關與性(支配性)- 運行支配에 關與하는 면.
 - ㉞ 自動車所有關係.
 - ㉟ 雇傭關係(上下關係).
 - ㊱ 親族關係.
 - ㊲ 運轉交替關係.

23) 宮本高彦, 「自賠法をとリすく諸問題」, 日辯連時別研修叢書, 1944, 328面.

24) 原田和徳, 「自賠法第3條の他人の意義」, 民事法の諸問題 第4卷, 130面.

25) 本井 巽, 「民事交通訴訟における最近の課題」, 判例タイムズ 279號, 17面.

26) 寺本嘉弘, 「好意同乘における損害の分擔」, 法律時報 45卷 11號(1973/9), 138面.

- ㉔ 共同目的追求關係.
- ㉕ 運轉에 관한 指示命令系統.
- ② 奉仕性(利益性, 好意性) - 運行利益에 관한 면.
 - ㉖ 友情關係.
 - ㉗ 愛情關係.
 - ㉘ 社交關係.
 - ㉙ 去來關係.
 - ㉚ 同行的 他人.
 - ㉛ 娛樂關係.
 - ㉜ 業務關係.
 - ㉝ 다른 目的.
- ③ 過失關與性(過失度) - 好意同乘者의 事故原因이 되는 違法에의 關聯性.
 - ㉞ 好意運轉者의 過失에 연결된 違法性에 관한 同乘者의 知·不知關係.
 - ㉟ 指示監督關係.
 - ㊱ 同乘者의 固有의 事情.
 - ㊲ 倫理의 原因.

(3) 이렇게 여러 見解를 고찰한 바, 好意同乘을 分類하는 基準을 다음과 같이 추출할 수 있다. 運行에 關여한 程度·同乘의 계속성 與否·단순한 편승인지 與否·勸誘나 誘引의 有無·運行使用者와 運轉者가 同一人인가 與否·運行目的·運行經緯 등으로 요약할 수 있다. 이렇게 보면, 寺本嘉弘의 分類가 好意同乘의 類型을 종합적인 側面에서 가장 잘 정리한 分類라고 생각한다. 이렇게 好意同乘의 類型을 分類하는 이유는, 好意同乘者가 自動車事故를 당했을 때 自動車保有者의 賠償責任을 制限할 수 있는가? 制限한다면 어느 程度로 制限할 수 있는가? 類型에 따라 賠償額의 減輕의 差異를 인정할 수 있는가? 등을 確定하는 데 필요하기 때문이다.

다. 好意同乘의 特性

好意同乘者는 一般의 有償同乘者에 대비될 때 다음과 같은 特性을 가진다²⁷⁾.

첫째, 好意에 의하여 無償으로 自動車 運行에 의하여 場所的 移動의 利益을 享受할 수 있다는 점에서 運行者와 類似한 運行利益을 가진다.

둘째, 同乘에 의하여 運行經路의 變更 등 본래의 運行에 一定한 影響을 미칠 수가 있다는 점에서 마치 運行者와 類似한 運行支配를 가진다.

셋째, 個人的인 關係 등에 의하여 그 「運行卷內」에 들어감으로써 그 同乘에 대해 運行者의 承諾이 있는지의 與否 및 그 運行이 運行者의 業務에 關한 것인지의 與否 등 그 運行의 상황을 알 수 있을 만한 立場에 있다(運行에 關한 內部者性).

27) 羽生雅則/青山楊一, 앞의 論文, 372面.

3. 好意同乘에 관한 法律關係

가. 責任肯定說

이 學說은 好意同乘者도 恒시 保護해야만 한다는 學說로서, 自動車損害賠償保障法 제3조의 他人을 '自己를 위하여 自動車を 運行하는 者 또는 當該 自動車の 運轉者, 運轉補助者를 除外한 그 이외의 者' 라고 定義하는 純粹한 立場에서 好意同乘者에 대한 責任制限의 規定을 두고 있지 아니한 現行法上 어떠한 경우에도 好意同乘者를 위 法條의 他人에 해당한다고 보고 이에 대해 運行者責任을 肯定하는 見解이다²⁸⁾.

그러나 好意同乘 가운데에도 그 種類에 따라서는 運行者責任을 부정해도 좋은 경우도 있는 것이므로 일률적으로 運行者責任을 肯定하는 것은 의문이다.

나. 責任否定說

(1) 危險承認說(危險引受說)

無償同乘을 信賴한 者는 事故에 대한 危險을 承諾한 者이므로 損害賠償을 구할 수 없다는 學說이다. 그러나 自動車가 달리는 흥기임을 認識하였다 하여 곧 危險을 承認한 것으로 볼 수 없다. 만일 그러한 理論이 인정된다면 오늘날 우리들이 交通機關을 利用하는 것은 거의 危險의 承認이 되어 버릴 것이다²⁹⁾. 그래도 이 學說은 無償同乘의 독특한 형태인 潛入型同乘에 관하여 부분적으로 채택하는 學者가 있다. 즉 潛入型同乘을 無償同乘 가운데 例外의 하나로 보아서 好意同乘에 관한 責任相對說의 過失相對的 運用說의 適用을 拋棄하고, 潛入同乘의 경우에도 運行者의 運行者性 自體는 減殺되는 것이 아니지만³⁰⁾, 이 同乘者에게 保護를 거부하는 것은 '自己危險에 기한 行爲' 이기 때문이라고 주장한다³¹⁾.

또한 吉岡 教授는 자신이 分類한 無償同乘의 類型 가운데 運轉手가 承諾하지 아니하였음에도 불구하고 乘車하여 下車를 요구하는 類型이나 運轉手 모르게 乘車한 類型(潛入型同乘)에는 그의 理論인 他人性阻却說의 適用을 拋棄하고 '危險의 全面的 承認' 이 있다고 보아서 保有者의 責任을 부정한다.

따라서 이 學說은 運轉手의 承諾없이 同乘한 경우나 潛入型同乘을 해결하는 하나의 方法은 될 수 있으나, 無償同乘 一般을 해결하는 方法論으로는 肯定될 수 없다.

(2) 免責特約說(默示特約說)

運轉者와 同乘者 사이에 默示의 免責特約이 있다는 學說이다.

그러나 이 學說은 擬制가 너무 강력하고 또한 免責의 對象이 人間의 生命·身體에 관한 賠償責任

28) 加藤一郎, 不法行爲法の研究(東京,有斐閣,1961), 72面; 本宮高彥·羽成 守, 註釋自動車損害賠償保障法(東京,有斐閣,1978), 34-35面.

29) 潮海一雄, 「運行者或いは運行供用者の家族及び無償同乘者は運行供用者等に損害賠償を請求することができるか」, 民法學6「不法行爲の重要問題」, 137面.

30) 車の 트렁크에 潛入하는 것은 船艙에 潛入하여 密航하는 것과 같이 本來의 運行을 左右하지는 않는다. 물론 密航이 發見되어 되돌아간다면 強要型同乘 이상으로 運行供用者의 運行供用者性은 현저히 減殺된다.

31) 倉田卓次, 앞의 論文, 35面.

이므로 默示만으로 特約이 있다는 것은 상식에 어긋난다³²⁾.

(3) 權利濫用說

Hitchhiker 등과 같이 同乘者가 억지로 단 事情이 있는 경우에는 運轉者에게 故意 또는 重過失의 경우에 한하여 運轉者는 損害賠償責任을 負擔하고, 그 이외의 경우에는 同乘者의 賠償請求는 權利濫用이 되기 때문에 인정하여서는 안된다는 學說이다.

(4) 好意的協定關係說

無償同乘에 있어서는 運轉者 내지 保有者가 契約에 기하지 않고 好意的으로, 無償으로 同乘者에게 利益을 附與하는 關係에 있는 바, 이를 好意的 協定關係로 포착하고 好意的 協定關係에 있어서는 無償契約에 있어서의 注意義務 예컨대 民法 제695조의 無償受取人의 注意義務를 類推하여 運轉者는 具體的 輕過失에 違反하지 않는 한 즉 故意 또는 重過失에 대하여만 責任을 진다는 學說이다³³⁾. 無償契約의 責任減免理論의 類推說이라고도 한다.

그러나 人身事故에 관하여 輕過失 責任을 免除하는 것은 妥當하지 아니하고³⁴⁾, 輕過失과 重過失과 는 量的 差異에 불과함에도 불구하고 過失의 輕重에 따라서 責任의 有無가 결정되는 것은 事案을 公平하게 해결하는 方法이 될 수 없고, 自動車損害賠償保障法上의 免責要件으로서 一般不法行爲와는 달리 重過失과 輕過失을 구별하고 있는 것도 아니므로³⁵⁾ 이 學說은 妥當하지 못하다.

다. 折衷說

折衷說은 경우에 따라서 好意同乘者의 請求가 制限된다고 하는 이른바 “責任減免理論”으로, 自動車損害賠償保障法의 解釋論을 통하여 責任을 制限하려는 한다.

(1) 他人性阻却說

(가) 意義

이 學說은 自動車損害賠償保障法 제3조가 「自己를 위하여 自動車를 運轉하는 者는 그 運行으로 僥倖의 生命 또는 身體를 死傷한 때 그 損害를 賠償할 責任을 진다」고 規定하므로 위 法條에 의한 運轉者責任을 추궁할 수 있는 原告는 ‘타인’에 해당하여야 하는데, 無償同乘者는 경우에 따라 僥倖으로 볼 수 없는 경우가 있고, 그러한 경우에는 保有者의 責任을 물을 수 없다는 學說로서 日本의 吉岡, 舟本信光 및 山口和易 등이 주장하는 學說이다³⁶⁾.

즉 吉岡 判事는 앞서 본 바와 같이 無償同乘을 여섯 가지로 分類한 후 세 번째의 同乘者(被備運轉手로부터 運轉許諾을 받았으나 그것이 保有者의 豫想 밖이고 同乘者도 위 事情을 알았거나 알 수 있던 경우)와 네 번째의 同乘者(同乘者가 自己의 便益을 위하여 특히 코스를 變更시키고 가속을 명하고 하중을 증가시킨 경우)는 본래의 運轉者의 運行利益을 부분적으로 排除하여 스스로 運轉者가 되고,

32) 潮海一雄, 앞의 論文, 137面.

33) 大村須賀男, 앞의 論文, 380面.

34) 李輔煥, 앞의 책, 110쪽.

35) 潮海一雄, 앞의 論文, 137面.

36) 吉岡進, 앞의 책, 24~25面; 舟本信光, 앞의 책, 8-10面.

그것도 運行에 보다 직접 關與한 者라 하여 筭外 喪失한다고 주장한다.

周本 判事는 앞에서 본 5가지 分類 가운데 強要型同乘 全部와 支配型同乘의 一部는 본래의 運行者와 함께 經濟적으로 運行者의 地位를 갖게 되고, 위 이외의 支配型同乘者와 潛入型同乘者의 대부분은 運轉者의 地位를 갖게 되어³⁷⁾ '他人'의 地位에서 일탈하고 그 이외의 無償同乘者들은 一般적으로 他人性이 阻却되지는 않지만 그들이 危險의 素因 또는 倫理的 素因을 갖는다 하여 過失相計를 適用 또는 準用하면서 潛入型同乘과 常用型同乘의 一部는 運轉補助者의 地位를 갖게 되어 同乘의 類型·事故의 內容에 따라 他人性을 喪失한다고 한다³⁸⁾.

(나) 判例

이 學說의 立場을 취한 것으로 보이는 判例로는 保有者의 費用인이 原告 등 친구들과의 遊興目的으로 被傭人運轉으로 심야드라이브 중 衝突事故를 일으킨 경우에 事故車輛은 주로 위 遊興 그룹의 支配 하에 그들의 利益을 위하여 運行된 것이므로 原告는 他人에 해당되지 않는다고 判示한 것, 남편 명의로 구입하여 딸에게 運行시켰던 차에 처가 負傷한 경우 그 車輛은 처의 營業을 위하여 처의 돈으로 매수하였고 유지비도 처의 營業收入에서 지출된 事實을 인정하면서 처 자신이 運行者라는 이유로 損害賠償請求를 부인한 것, 運送會社의 運轉手가 會社의 承諾없이 제3자를 위하여 運行코스를 變更하여 멀리 돌아 運行 중 일으킨 事故에 대하여 제3자는 他人에 해당하지 않는다고 判示한 것, 原·被告와 친구 등 3인이 費用均等負擔 하에 運轉免許있는 被告名義로 렌트카(Rent Car)를 빌려 被告運行 중 조수석에서 입은 負傷事故에 관하여 原告의 他人性을 부정한 것 등이 있다.

(다) 批判

요약하면 이 學說은 被害者의 賠償權利者로서의 資格으로부터 접근하는 方法이다. 즉 自動車損害賠償保障法 제3조의 他人은 賠償義務者 이외의 모든 者가 이에 해당하지만(原則), 단지 그 被害者가 「當該 事故 原因으로 된 事故自動車의 運行에 賠償義務者보다 일층 직접 關與하였다」고 하는 特別事情(例外)의 경우에는 그의 他人性은 阻却된다고 보는 것이다³⁹⁾. 그러나 이 學說은 無償同乘 가운데 위와 같은 例外的인 경우가 아닌 경우에는 그 능력을 발휘할 수 없으므로 吉岡 判事 자신도 被害者의 他人性이 인정되는 경우에는 過失相計나 慰藉料參酌論을 들고 나오며 周本 判事도 他人性阻却理論과 過失相計理論을 사용한다.

이 學說이 無償同乘者에 대한 除外 規定이 없는 現行法制 하에서 위와 같은 制限理論을 창출한 점은 높이 평가되어야 할 것이지만 他人性 否定의 前提로서 運行者性의 取得을 들고 있는 것은 의문이다. 運行者는 對外的으로 중요한 責任을 負擔하고 客觀적으로는 運行支配와 利益이 인정되어야 하므로 그 인정은 신증을 기하여야 한다⁴⁰⁾. 즉, 判例 가운데 친구 被傭者의 被傭人運轉임을 알면서 脫線享樂을 위하여 同乘한 者 및 被傭運轉手의 承諾 아래 同乘하여 코스를 우회시킨 同乘者를 곧 運行者로

37) 李輔煥, 앞의 책, 113쪽 脚註 62)에서, 이는 '疑問이 아닐 수 없다'고 한다.

38) 李輔煥, 앞의 책, 113쪽 脚註 64)에서 '왜 보조자가 되는 지 설명이 없다'고 하면서 이 學說의 이론적 허점을 지적하고 있다.

39) 吉岡進, 앞의 책, 24面.

40) 倉田卓次, 앞의 論文, 70面.

인정하고 他人으로서의 保護를 전면 부정한 것은 지나친 감이 없지 않다⁴¹⁾.

요약하면 이 學說은 無償同乘者가 본래의 運行者보다 일층 직접적으로 運行에 關與하면 運行者性을 갖게 되어 他人性을 喪失한다는 것인데, 支配型同乘이나 強要型同乘이라면 모르되 과연 어느 때 他人性을 阻却한다고 인정하여야 할 지 그 基準이 모호하다.

또한 이 學說의 논리대로라면 同乘者가 취득한 比率의 運行者性만큼 他人性을 喪失한 同乘者는 對外的으로 運行者責任을 負擔하여야 한다는 結論이 나오는데, 이는 의문이 아닐 수 없다. 이는 특히 同乘者를 被告로 상정하는 경우에 이런 矛盾이 드러난다.

(2) 運行者性阻却說(責任相對說)

(가) 意義

이 學說은 保有者와 無償同乘者 사이의 內部關係에 있어서는 保有者는 그 차에 대한 運行支配를 喪失하여 自動車損害賠償保障法 제3조의 責任主體로서의 地位로부터 이탈되고 그 負傷同乘者 자신이 運行支配를 취득한다고 보는 것이다. 그러나 外部關係, 즉 同行인이나 相對方車輛의 乘客 등에 대한 關係에서는 運轉者와 保有者와의 關係를 검토하여 保有者가 運行支配와 利益을 喪失하였다고 인정되지 않는 한 免責될 수 없다.

이 學說의 主唱者인 原田은 (A) 運轉者가 同乘者의 便益을 豫想하지 못하였고 알았다라면 거절하였을 것이고, (B) 同乘者는 위와 같은 事情을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 運行者의 被害同乘者에 대한 責任이 排除된다고 한다. 어떤 車輛이 衝突事故를 일으켜 同乘者와 相對方車輛의 乘客에게 被害를 입힌 경우에 事故를 낸 車輛의 無償同乘者에게 위 (A)(B)의 事情이 있는 경우에는 保護者는 위 乘客에 대하여는 責任을 負擔하지만 無償同乘者에 대하여는 免責된다는 주장이다. 이러한 意味에서 運行者의 責任은 상대적이고, 保有者가 이와 같은 同乘者에게 責任을 지지 않는 이유는 그가 乘車하는 시점에 保有者와의 內部關係에서는 그 차에 대한 運行支配가 保有者로부터 無償同乘者에게 移轉되었기 때문이라고 한다.

요약하면 이 學說은 '內部關係에 있어서 運行支配의 완전한 移轉'의 有無에 따라 保有者의 運行者性 與否를 無償同乘者에 대한 關係에서 판단하는 것이다⁴²⁾.

(나) 判例

이 學說을 취한 것으로 보이는 判例도 몇 개 있다. 우선 우리 나라 大法院은 1971. 3. 23 宣告 71 다 254 判決에서 피訴士 說示의 이 사건 事實關係에 의하면 이 사건 事故車輛의 運轉人도 아닌 소외 김호는 被告會社 內 규칙에 違反하여 그 열쇠를 몰래 꺼내어 被告會社의 職務와 아무 관련없이 추석휴일의 야간에 처녀들과 놀러 가기 위하여 이 사건 自動車를 運行하게 되었다는 것이고, 被害者 역시 이와 같은 事情을 알면서 이 사건 自動車에 搭乘하고 늦도록 여기 저기를 놀러다니게 되었다는 것이므로 이와 같은 事情 하에서는 外觀상으로도 이 사건 事故車輛의 運行이 그 保有者인 被告會社를 위한 運行이었다고는 할 수 없음이 상당할 것이니 이 사건 事故는 객관적으로 보아 被告會社를 위하여

41) 羽生雅則/青山揚一, 앞의 論文, 372面.

42) 原田和德, 앞의 論文, 125面.

自動車を運行하다가 일어난 事故라고는 볼 수 없다는 原審判決에 自動車事故로 인한 損害賠償責任의 法理를 誤解한 위법이 있다고 할 수 없다고 判示한 바 있는 데 이와 같은 判示의 기본은 責任相對說에 가깝다고 생각된다.

日本の 下級審判例 중에는 事故車輛 所屬會社의 僱用인이 음식점 여성을 同乘시켜 놀러가다가 일어난 事故에 관하여 위 運行은 被告會社를 위한 것이 아니고 위 運行이 會社의 支配와 利益을 일탈한 것임은 적어도 위 여성이 被告人과 술을 마시러 가기 위하여 同乘할 때 알았다 할 것이고, 적어도 알 수 있었던 事情이 있었다고 하여 會社의 責任을 부정한 事例, 無斷運轉임을 알면서 被告會社의 僱用인의 誘惑에 응하여 야간 드라이브에 同乘한 者는 會社에 대하여 運行者責任을 추구할 수 없다고 判示한 事例, 會社 被傭者의 無斷使用 運轉임을 알면서 走行에 協力 關與한 同乘者에 대하여 會社의 運行者責任을 부정한 事例 등은 모두 위 運行者責任相對說과 같은 理論으로 볼 수 있다.

(다) 批判

이 學說에 대하여 他人性 阻却說을 취하는 吉岡 判事は 他人性은 본래 相對的 概念이지만 運行者性은 客觀的인 運行支配로부터 인정되는 것이므로 이것을 相對的으로 파악하는 것은 적절하지 못하다고 하고⁴³⁾, 周本 判事は, 運行者責任은 본래 차에 대한 管理上의 危險責任으로서 차와 運行者와의 關係로부터 可能한 定型的·一義的으로 處理되어야 할 것이므로 被害者의 主觀的 要素 즉 運轉者의 無斷性·業務 외 運轉 등에 대한 認識 등 確定困難한 要件에 의하여 責任의 상대화를 피하는 것은 責任把握의 根據와의 사이에 矛盾을 느낀다고 批判하고⁴⁴⁾, 倉田 교수는 이 學說은 他人性阻却說이 충분히 설명하지 못한 被傭者의 私的 關係에 기한 無償同乘者의 청구를 各각함에 有效하기는 하지만 運行者가 同乘을 豫想하지 못하였는가 運轉者가 同乘을 알았더라면 이를 거절하였으리라는 것을 同乘者가 알았다든가 하는 主觀的인 要件의 중복은 問題가 아닐 수 없다고 말하고⁴⁵⁾, 竝木은 運行者責任이 危險責任임을 내세우면서 保有者가 無償同乘을 豫想하였는가의 與否는 별 意味가 없다고 批判한다⁴⁶⁾. 생각컨대 運行者 責任은 앞서 周本 判事와 竝木 判事補가 지적한 바와 같이 危險責任의 원리에 기초를 두고, 따라서 車輛에 대한 運行支配와 利益이 客觀적으로 인정되느냐의 與否에 의하여 결정되어야 하는 것인데, 여기에 왜 運行者의 同乘豫想 및 同乘者의 主觀的 認識이 영향을 미치느냐 하는 점에 큰 약점이 있다. 또한 이 學說은 竝木이 지적하듯이 近親者인 無償同乘者는 保有者가 알았더라도 거절하지는 않을 것이므로 自動車損害賠償保障法 제3조의 保護를 받게 되고, 전혀 他人인 無償同乘者는 保有者가 同乘을 豫想할 수 없고 알아도 거절할 것이므로 위 保護가 거부될 것인데 이는 法感情에 반하게 된다.

나아가 同乘者가 그 車輛 運轉者가 保有者인지 僱用인지 모르고 同乘한 경우에는 (B)의 要件이 省略되므로 100% 保護를 받게 되는데, 그가 다소 코스를 變更시켰다든가 가속을 指示하였다든가 함께 遊興目的이 있었던 경우에 과연 그 結論이 妥當할 것인지 의문이 아닐 수 없다.

43) 吉岡進, 앞의 책, 38面.

44) 舟本信光, 앞의 책, 8面.

45) 倉田卓次, 앞의 論文, 28面.

46) 竝木 茂, 「無償同乘に關する反對說の要點」, 民事法の諸問題 4卷, 判例タイムズ社(東京: 1974), 143面.

어쨌든 前示 1971. 3. 23 字 및 1978. 2. 28 字 大法院 判例는 재검토를 요한다고 생각한다. 保有者의 運行者責任은 運行支配를 이유로 하는 것이며, 運行支配는 保有者 자신이 아니며 被備者·家族 등 人的 關係 있는 사람을 통하여 이루어지기 때문에 이와 같은 사람에 의하여 運行되고 있는 한 保有者의 支配는 크든 작든 계속되고 있다고 보아야 하며 그 保有者의 管理 疏忽이 있으면 그만큼 運行支配는 의제되어야 하는 것이고, 그 때문에 運行支配는 規範의 概念으로 변하는 것이다.

그렇다면 위 事案의 運轉者가 본래의 運轉手가 아니더라도 保有者의 피용인임에 틀림없고 열쇠의 管理疏忽로 그 運行이 이루어진 이상 保有者의 運行支配는 계속되고 있다고 보아야 할 것이며, 그 支配가 피용인에게 배타적·독점적으로 移轉되었다고도 볼 수 없다. 위 運行이 無斷使用이라도 時間的·場所的으로 制限되어 있는 것이며 반환도 예정되어 있다고 보아야 하기 때문이다.

그리고 被害인은 同乘者가 無償으로 또는 好意로 搭乘을 하였고, 또 그가 위 無斷使用運轉을 알았거나 알 수 있었다고 하더라도 그와 같은 主觀的 事由는 保有者의 運行支配를 완전히 排除하여 保有者의 運行者性을 喪失시킬 수도 없거니와 위 無斷運轉者의 無斷運轉性, 환언하면 保有者의 運行者性 排除 程度에 被害者의 위 主觀的 事由를 합쳐보아도 保有者의 支配離脫은 단정할 수 없을 것이다. 위 同乘者가 가속을 시켰다던가, 經路를 變更시켰다던가 하중을 더하였다는 등의 運行支配에의 關與 事情도 보이지 않는 위 사건에서는 위 被害者에 의한 保有者의 運行支配 減少도 인정되지 않을 것이니 어떠한 根據에서 保有者의 運行者性을 부정하였는지 이해하기 어렵다고 아니할 수 없다.

(3) 比率的 責任說

(가) 意義

이 학설은 割賦的 責任說, 他人性 阻却說의 變形, 分割的 責任說로 표현되기도 한다. 앞서 본 他人性 阻却說이나 運行者性 阻却說은 運行者의 責任을 無比率的으로 다시 말하면 全部責任이나 責任全無나(All or Nothing)하는 식으로 파악한다. 즉 他人性이나 運行者性이 阻却되었다고 인정되면 原告는 全部敗訴하고 그렇지 않으면 全部勝訴가 된다. 그러나 최근 無償同乘者 중 특히 好意同乘者는 어느 程度로 예컨대 60%의 運行者性을 갖고 그 限度에서 스스로 運行者이므로 본래의 保有者에 대한 關係에서는 위 運行者性의 取得比率만큼 賠償請求權이 부정된다는 學說이 등장하였다⁴⁷⁾.

이 學說은 野村好弘·伊藤高義·金澤理 등에 의하여 주장되는 바 그 理論의 출발은 運行者라고 하는 것은 自動車損害賠償保障法 제3조의 責任은 누구에게 負擔시킬 것인가의 問題이고, 他人이라고 하는 것은 同條의 保護를 어느 範圍까지 인정할 것인가의 問題로서 이 兩者는 서로 배척되는 概念은 아니고 중복하여도 지장은 없다는 데 있다. 앞서의 他人性 阻却說이 '運行者이므로 他人으로서 保護될 수 없다'고 하는 思考를 批判하여 好意同乘者에 있어서는 他人性和 運行者性이 동시에 존재할 수 있고, 同乘者는 그가 취득한 運行者性만큼만 他人性을 喪失하고 그 限度에서 保護를 거부당한다고 생각한다. 이것을 比率責任說이라고 한다⁴⁸⁾.

47) 野村好弘, 「運行供用者と他人」, 交通問題の現狀と課題, 交通法研究 創刊號, 85面; 伊藤高義, 「好意同乘者の他人性と運行供用者性」, 彥根論叢 149號, 1面; 交通民事判例集 3卷 索引 解説號, 321面; 金澤理, 「近親者間事故と自賠法第16條の請求」, 判例タイムズ 第283號, 105面.

48) 伊藤高義, 앞의 論文, 29面.

이 學說은 뒤에 설명하는 修正責任相對說이 好意同乘者에 대한 保護가 制限되는 이유를 위 同乘者가 취득한 運行者性만큼 본래 保有者의 運行者性이 減少되었다는 점에서 구하고 있는 것과 대조를 이룬다. 즉, 比率責任說에 의하면 同乘者가 40%의 運行者性을 취득하여도 본래 保有者의 그것은 당연히 100%라고 설명하지만 修正責任相對說은 60%로 減少된다고 한다.

이 學說은 他人性阻却說의 변종으로서 그것의 無比率性을 수정하여 比率的으로 責任을 정하려는 것인데, 이것은 원래 無比率的인 責任認定이 각종 사건의 特性을 살리지 못하고 全部責任이나 責任全無나 하는 極端的 結論을 가져옴으로써 事案의 실태에 맞는 正義를 실현하지 못하는 결점을 보완하는 점에 훌륭한 방향을 제시하고 있다고 볼 수 있다⁴⁹⁾.

(나) 判例

日本の 下級審 判決 중 이 說에 입각한 것으로는 昭和 46. 8. 30日 字 大阪地判이 있다. 동 判決은 그 判決에서 運行者性과 他人性은 對立的인 것이 아니며 固定的으로 어느 한 쪽으로만 파악하여야 할 논리적 필연성도 없다면서 본래 他人의 地位에 있던 者가 완전한 運行者로 되기까지는 여러 가지 類型이 있을 수 있고, 그 사이에 있어서는 兩者의 地位를 併有한다고 보는 것이 妥當하며 兩者의 中間에 있든가 오히려 運行者에 가까운 경우에는 賠償義務가 賠償請求權을 초과하므로 혼동과 同一한 현상에 의하여 賠償請求權은 부정된다고 한다.

이러한 理論 하에 好意同乘者의 賠償請求權 중 3할을 부정하였다. 그 외에도 保有者의 처 조카가 친구 3명과 함께 事故車輛을 빌려 2일간 예정으로 旅行을 하다가 事故로 同乘者가 被害입은 事案에 관하여 同乘者의 他人性을 인정하면서도 運行者로 인정되는 限度에서 一定 比率의 손실을 負擔하여야 한다하여 6할의 請求權을 부정한 事例⁵⁰⁾도 있고, 차남이 아버지의 차를 동의없이 끌어내어 친구와 같이 놀러갔다가 일으킨 事故에 관하여 3할의 賠償請求權을 부정한 예⁵¹⁾도 있다.

(다) 批判

생각컨대 이 見解는 他人性 阻却說이 運行者의 責任을 無比率的으로 파악하는 데 불만을 품어 運行者의 好意同乘者에 대한 責任을 比率的으로 인정하여 보자는 발상에서 나와 好意同乘者가 갖게 되는 '運行利益에 類似한 利益'과 '運行支配에 類似한 支配' 등에 착안하여 그것을 同乘者의 運行者性으로 파악하면서 그 利益과 支配의 程度를 運行者性의 양으로 파악하고, 그 比率만큼 他人性의 阻却을 인정하고 阻却된 他人性의 比率만큼 損害賠償請求權을 부정하는 것이다.

그러나 이 學說의 최대의 난점은 他人性阻却의 이유를 同乘者가 획득한 運行者性에서 구하는 점이다. 이미 倉田 判事가 적절히 지적한 바와 같이⁵²⁾ 同乘者가 原告로 되는 경우는 問題가 없지만 同乘者가 被告가 되는 경우를 상정한다면 問題는 심각해진다.

이 學說은 同乘者에게 運行者性을 인정하기 때문에 비록 그것이 10%에 그친다고 해도 본래의 保有者의 責任과는 不眞正連帶責任關係에 서게 되기 때문에 全損害에 대하여 責任을 지게 되는 것이

49) 倉田卓次, 앞의 論文, 29面.

50) 高知地判 昭和 47. 3. 9 判例タイムズ 283號, 187面.

51) 大阪地判 昭和 47. 5. 30 判決.

52) 倉田卓次, 앞의 論文, 33~35面.

다. 好意를 받아들여 잠시 同乘한 者가 一般步行者나 相對方의 車輛의 乘客 등에게 事故에 의한 全損害의 賠償責任을 負擔하여야 한다는 것은 상식에 반한다.

실제의 事案들은 앞서의 判例에서 보았듯이 대체로 原告이지만 이 學說을 취한다면 被害者는 언제든지 同乘者를 被告로 삼을 터인 즉 이러한 경우에도 대비하여 論理完結의인 理論이 構成되어야 할 것이다.

(4) 修正責任相對說(責任相對說의 過失相計의 運用說)

이 學說은 好意同乘者의 他人性을 無比率의으로 阻却시키는 他人性阻却說을 수정하여 他人性을 比率의으로 喪失시키는 比率의 責任說과 마찬가지로, 好意同乘者에 대한 運行者의 運行者性이 喪失된다는 運行者性阻却說 또는 責任相對說을 수정하여 運行者性의 比率의 阻却을 인정하는 것이다⁵³⁾.

이 學說이 比率의 責任說과 다른 점은 比率의 責任說은 同乘者의 他人性 阻却事由原因을 그가 취득하는 運行者性에 두기 때문에 그가 被告로 되는 경우에 損害賠償責任을 지게 되는 부차적인 곤란을 유발시키는 데 반하여 이 學說은 위와 같은 矛盾을 피하기 위하여 同乘者의 他人性을 問題視하는 것이 아니라 運行者의 運行者性을 問題삼는 것이다. 다시 말하면 比率의 責任說에서는 保有者의 運行者性은 100%이지만 同乘者가 60%의 運行者性을 취득하였기 때문에 그는 나머지 40%의 他人性이 남게 되고 그 限度 내에서만 保護를 받는다고 설명하지만, 修正責任相對說은 同乘者의 運行者性은 問題로 삼지 아니하고 保有者의 運行者性이 제3자에 대하여는 100%일지라도 同乘者에 대한 關係에서는 40%의 運行者性이 減少되고 결국 60%만 남게 되므로 그 限度에서만 責任을 진다고 설명한다.

이 說明方法은 過失相計의 경우와 同一하다. 過失相計가 責任論上의 問題點을 損害論의 평면으로 투영하는 것처럼 이 學說도 被害者의 主觀的 事由를 責任減少事由로 보아 損害論의 평면으로 移動시켜 處理하는 점에서 過失相計와 類似하다. 그러나 好意同乘 또는 無償同乘 自體는 아무런 過失이 아니므로 위 操作을 過失相計 그 自體라고 強辯할 수 없다. 물론 過失相計의 機能이 오늘날에 있어서는 엄밀한 意味에서 損害의 發生과 擴大에 관한 被害者의 過失만을 問題로 하지 않는다는 것은 널리 알려진 事實이고, 소위 ‘諸船의 事情’에는 不法行爲訴訟의 理念인 損害의 公平한 分擔이라는 目的 實現을 위하여 참작되어야 할 一切의 間接事實이 포함되고 慰藉料와 나란히 일종의 調整的 機能을 담당하고 있는 것도 事實이다.

따라서 이 學說은 過失相計의 意義와 役割을 再評價하고 이것을 의식적으로 확장하여 適用함으로써 실무상 곤란함을 초래함이 없이 具體的 事案에 妥當한 結論을 내리는 것으로 평가되고, 따라서 ‘責任相對說의 過失相計의 運用說’ 불리운다.

이 學說은 理論的으로는 責任相對說로부터 출발하지만 要件으로서 위 學說의 그것에 구애될 것은 아니라고 한다. 왜냐하면 前說의 諸要件은 保有者의 運行者性이 어느 同乘者에 대하여 0까지 排除되어 버리지만 여기서는 比率의으로 排除되는 것이 許容되기 때문이다.

표지로서는 오히려 自動車損害賠償保障法 제3조의 ‘自己를 위하여 自動車를 運行하는 者’ 라는 문

53) 創田卓次, 앞의 論文, 35面.

언에 의거할 수 밖에 없다고 한다. 그것은 民法 제756조의 ‘業務執行性’에 해당한다. 運行者責任의 本質은 危險物管理責任이므로 그 責任은 그 運행이 ‘自己를 위하여’ 공용되는 程度에 비례하여야 할 것이므로, 예컨대 運轉者가 無償同乘者의 말에 따라 業務時間 外에 運行하였다든가 혹은 保有者가 당초 예정한 經路를 버리고 대쪽 우회하는 노선을 택하여 走行하였다든가 하여 事故를 일으키고 步行者와 同乘者가 負傷한 경우에 運轉員이 自己의 종업원이라든가 우회하여도 目的地에의 走行 自體가 拋棄된 것이 아니라면 保有者는 自己를 위한 運轉임을 전연 부인할 수는 없지만 業務 外의 運轉인 이상, 크든 작든 그의 運轉者性은 減少되어 있다고 보지 않을 수 없다. 業務 外에서는 40%, 經路變更에서는 30%라고 생각하여 볼 수도 있다.

그러나 損害賠償責任의 有無判斷에서는 즉, 過失相計 등 損害論에 가기 전에는 比率的 責任은 인정될 수 없으므로 保有者는 40% 또는 70%의 運行者性 外에 없음에도 불구하고 일단 100%의 賠償責任이 發生한다. 이 때에 70%의 責任을 100%로 끌어올리는 修正理論이 곧 外形理論이다.

즉, 事故車輛에 負傷 당한 步行者를 위하여는 外形理論에 의하여 運行者의 責任은 100%로 수정된다. 그러나 위와 같은 業務 外의 運轉이나 迂廻運轉을 시킨 同乘者에 대하여는 外形理論에 의한 修正責任은 일어나지 아니하고 필요도 없으므로 運行者는 60% 또는 70%의 責任만을 負擔한다는 것이다.

위와 같은 保有者의 責任阻却事由는 抽象的 一般的인 그의 責任이 인정된 후에 過失相計 抗辯과 類似하게 抗辯으로 이루어진다.

이 경우에 保有者의 責任阻却의 比率는 ‘自己를 위한 運行’이 어느 程度로 侵害되었는가를 基準으로 하여야 하겠지만, 이 점은 판단에 있어서 ‘保有者가 同乘을 알았다면 거절하였을 것임을 알았느냐 몰랐느냐’ 하는 同乘者의 主觀的 要件을 問題삼을 필요는 없다.

이 要件은 保有者와 運轉者가 다른 事故에서는 效果를 發生시키지만 兩者가 일치하는 경우에는 소위 潛入同乘을 除外하면 無償同乘이라는 問題는 發生하지 아니하므로 별 效果를 나타내지 못한다.

결국, 無償同乘者에 대하여는 어느 程度 運行者性의 減少가 있다고 본다. 路線變更도 가속도 시키지 않은 單純한 便乘(Hitchhike)에서는 그 減少度는 거의 없지만 强要型同乘에 있어서는 가장 크게 일어난다고 본다. 이 學說은 日本의 倉田 判事에 의하여 주장되었다⁵⁴⁾.

이 學說에 대하여 金澤 理는, 만일 運行者와 同乘者의 運行者性의 比率이 50%씩 분속될 때는 損害論의 평면에서는 賠償額이 반감되겠지만 그 以前에 責任論의 단계에서 同乘者는 運行者가 되어 버리고 권筭로이 될 수 없으므로 同乘者 또는 共同運行者의 運行者性이 50%씩 분속되거나 상회하는 경우에는 被害者의 保護가 전면 부정되어 불만이라고 批判한다⁵⁵⁾.

그러나 위 批判은 修正責任相對說이 責任論에서는 運行者의 運行者性을 問題로 삼지 않고(물론 同乘者의 運行利益과 支配에 대한 侵害가 너무 커서 保有者의 運行者性을 排除하고 독점적·배타적인 運行支配와 利益을 획득함으로써 保有者가 免責되는 경우도 있을 수는 있다), 通常 損害論의 평면

54) 倉田卓次, 앞의 論文, 35面.

55) 金澤理, 앞의 책, 103面.

에서 다루고 있음을 간과한 것이다. 따라서 同乘者(또는 共同運行者)는 被告가 保有者임을 立證하면 족하고, 保有者의 運行者性 減少는 피고의 損害에 있어서의 抗辯事由에 불과하므로 被害者가 保有者의 運行者性을 50% 또는 60%를 侵害하였다 하여 責任論 단계에서 他人性을 喪失한다는 結論은 나오지 않는다.

(5) 個別的 解決說(一般條項解決說, 民法의 一般原則에 따른 責任制限說)

(가) 意義

이 學說을 대표하는 竝木⁵⁶⁾은 自動車損害賠償保障法에는 無償同乘에 관한 保有者의 責任規定이 없고, 또한 自動車損害賠償保障法은 被害者의 保護를 철저히 하려는 規定이므로, 同法 제4조에 의하여 適用되는 民法上의 制限規定에 의할 수 밖에 없고, 그것으로서 족하다고 하면서 無償同乘者와 保有者 사이의 人的 關係·同乘經緯·그 類型·同乘 후의 거동 등을 종합하여 無償同乘者가 예정 코스를 대폭 變更 指示하는 등 保有者가 아니면 할 수 없는 行爲를 한 경우에는 조리상 그 자신에게 自動車 管理義務가 있어 筭路에 해당하지 아니하므로 본래의 保有者는 責任을 負擔하지 아니하고, 그 차에 의한 제3자의 被害者, 즉 步行者나 다른 차의 搭乘者에 대하여 본래의 保有者와 함께 그 運行管理의 分량에 따라 連帶責任을 지는 반면 筭의 수단에 의하지 아니하고 또한 同乘場所가 변칙적인 潛入同乘인 경우에는 過失相計의 대상으로 되지만 通常의 無償同乘의 경우는 慰藉料參酌事由됨에 그친다고 한다. 그는 結論의 으로 無償同乘을 어떻게 定義하든 運行者의 責任을 부정할 수는 없으며 多岐多樣한 형태의 無償同乘을 하나의 理論으로 설명하는 것은 不可能하고 필요도 없다고 주장한다.

(나) 判例

無償同乘에 관한 定說이 아직 正립되지 아니하였으므로 지금까지의 많은 判例는 종래의 民法上 理論에 따라 具體的 妥當性을 피하였다 고 볼 수 있고, 그 대표적 援用理論은 過失相計·信義則·衡平理論·慰藉料參酌論 등이다. 酒氣면 被備者의 無斷運轉車輛에 同乘한 者에 대하여 2할, 飲酒 運轉임을 알면서 同乘한 者에 대하여 5할, 飲酒高速運轉을 금지하지 아니하고 同乘한 者에 대하여 3할, 過速(80km) 暴走를 금지하지 아니하고 同乘한 者에 대하여 1할, 運轉經驗이 일천하고 도로불량을 알면서 그 者의 運轉을 容認한 同乘者에 대하여 2할을 各 過失相計한 事例가 있고, 信義則을 適用하여 被害者의 無斷運轉車輛에 同乘하여 코스를 變更시킨 者에 대하여 損害額의 50%를, 그리고 常用型 내지 便乘型 好意同乘者에 대하여 30%의 減額을 인정한 事例도 있고, 衡平의 原則을 適用하여 同乘者의 損害 中 8%를 減額한 예도 있고, 한편 심야의 드라이브에 유혹되어 運轉者가 면허취득 후 얼마 되지 아니함을 알면서 同乘한 者, 親戚·友人·知人 등의 關係에 있는 者가 함께 놀이 갔다가 오던 中 飲酒運轉으로 인한 轉落事故에서 被害를 당한 者 등에 대하여 위 各 內容을 慰藉料參酌事由로 보는 것들은 모두 이 學說을 따른 것으로 볼 수 있다.

(다) 批判

同乘者가 運行者라고 인정될 수 있는 程度의 運行支配와 利益을 취득하면 他人性을 喪失하게 될 것임은 쉽게 이해된다. 그러나 問題는 他人性을 喪失하지 아니한 同乘者에 대하여 無償同乘을 損害

56) 竝木 茂, 앞의 論文, 143面.

의 減額事由로 할 수 있느냐는 것이다. 同乘 自體는 相計되어야 할 過失은 아니다. 요즈음 過失相計가 損害의 公平 負擔이라는 지상과제 달성의 중요무기이기는 하지만 원래 損害額을 相計할 過失은 損害 發生과 損害 擴大에 原因을 附與하는 것이어야 하기 때문이다. 앞서의 判例 가운데 飲酒暴走運轉을 禁止하지 아니하고 同乘한 事實은 過失이라고 칭할 수 있을 지 모르지만 好意同乘 自體는 過失이라고 볼 수 없고, 따라서 信義則이라든가 衡平의 原則이라는 一般原則을 動員할 수 밖에 없다. 그러나 이와 같은 方法은 好意同乘의 特性을 파악하여 自動車損害賠償保障法上的 保有者責任에 制限을 가하려는 理論的·學究的 努力의 拋棄로 밖에는 볼 수 없다.

Ⅲ. 好意同乘에 관한 判例 分析

1. 序言

好意同乘者가 自動車事故 發生時 自動車保有者에게 運行者責任을 주장할 수 있는가 아니면 自動車運行者責任이 制限될 可能性이 있는가, 만약 制限의 可能性이 인정된다면 그 理論的 根據는 무엇인가를 다루는 것이 好意同乘의 문제인데, 好意同乘의 法理가 현실화되기 위해서는 判例의 분석이 필수적이다.

好意同乘이 判例上 명시적으로 다루어진 것은 多様な 類型의 自動車事故가 현실에서 發生하기 시작한 최근이다. 大法院 1987. 1. 20 宣告 86 다카 251 判決이 好意同乘에 대한 大法院의 態度를 결정한 첫 判決이다.

이하에서는 우리나라의 好意同乘 내지 無償同乘에 관한 大法院의 判例를 無斷運行에 同乘하는 경우와 이른바 通常의 好意同乘의 경우로 편의상 大別하여 고찰하고, 「判例에 나타난 好意同乘에 대한 賠償責任制限의 根據」를 究明하고자 한다.

2. 判例의 分析

가. 通常의 好意同乘의 경우

다음은 위와 같은 無斷運行에의 同乘이 아닌 通常의 好意同乘에 관한 判例의 분석이다. 분석의 초점은 好意同乘 事實 그 自體만으로 損害賠償責任을 排除 또는 輕減(制限)할 수 있는가이다.

(1) 賠償額 減額을 否認한 경우

通常의 好意同乘에 관하여는 判例는 原則적으로 運行者의 責任制限을 인정하지 않는다고 할 수 있다.

(가) 判例1

大法院 1987. 1. 20 宣告 86 다카 251 判決

피고의 過失相計 주장을 배척한 原審判決을 지지하면서, 다음과 같이 判決理由를 실시한다.

「自動車交通事故에 있어서 被害者가 事故車輛에 無償으로 同乘하여 그 運行으로 인한 利益을 누리는 地位를 갖게 된다고 하여 特別한 事情이 없는 한 被害者에게 過失이 있다고 할 수 없다 (당원

1971. 12. 14 宣告 71 다 2177 判決 ; 1976. 1. 13 宣告 75 다 1414 判決 참조)」

위 判決은 無償同乘 그 自體 만으로는 過失相計에서 말하는 過失이 있다고 할 수 없고, 또한 損害賠償責任의 減額事由가 되지 아니한다고 한다. 단지 어떠한 경우에 同乘者의 注意義務가 發生하여 그에 違反한 경우 過失相計를 할 수 있는가와 관련된 判例를 類型化할 필요는 있다⁵⁷⁾. 이 判決은 好意同乘의 概念을 適用할 여지가 있는 事案을 大法院이 정면으로 好意同乘이라는 概念으로 파악하고, 好意同乘 一般에 대한 大法院의 態度決定을 의식하면서 이유를 실시한 최초의 判決로서, 好意同乘 그 自體가 自動車保有者의 賠償責任에 어떠한 영향을 미치는가를 다룬다.

(나) 判例2

大法院 1987. 4. 14 宣告 84 다카 2250 判決

「原審判決 이유에 따르면, 원심은 그 거시 증거에 의하여 被告 教會는 신도들의 주일예배를 위한 教會 왕래와 신도들의 길흉사와 친목 行使 등에 사용하기 위하여 신도들의 헌금으로 경기 5 더 1675 봉고차를 구입한 다음 教會 車輛 管理部에서 위 自動車를 직접 管理하고 運轉士는 별도로 두지 아니한 채 教會 목사나 집사들이 이를 運轉하여 온 事實, 原告 문중훈 및 소외 망 김점선 등 11명은 모두 教會 신도들인데 그들이 각출한 유류대와 관광비용으로 運行費用에 相當하고 그 중 한 사람인 소외 망 임현오가 運轉을 담당하여 도고온천에 놀러가기로 한 다음 教會 車輛 管理部로부터 위와 같은 目的에 사용해도 좋다는 承諾을 얻어 온천관광을 하던 중 이 사건 交通事故가 發生한 事實 등을 인정하고, 原告 문중훈 및 소외 망 김점선은 그들의 利益을 위하여 被告로부터 無償으로 自動車를 빌려 사용한 사람들로써 好意에 의한 同乘者이므로 被告에게 損害의 사건을 배상케 함은 公平의 原則 내지 信義則에 반한다 하여 이 사건 事故로 인하여 위 原告 및 위 망인이 입은 損害 중 40%를 減額하여 被告에게 그 나머지 금액만의 賠償을 명하고 있다.

그러나 自動車事故에 있어서 被害者가 원심 인정과 같은 經緯도 事故車輛에 無償으로 同乘하여 그 運行으로 인한 利益을 누리는 地位를 가졌다하여 特別한 事情이 없는 한 이를 損害賠償額의 減輕事由로 삼지 아니함이 상당하고, 또한 이는 당원의 見解라 할 것이니 (당원 1987. 1. 20 宣告 86 다카 251 判決), 위와 같은 無償同乘 自體를 피고의 責任의 減輕事由로 삼은 원심판단은 損害賠償責任에 관한 法理를 誤解한 것으로 위법이라 할 것이므로 이 점을 지적하는 논지는 이유있다.」

(다) 判例3

大法院 1987. 7. 7 宣告 87 다카 69 判決

「그리고 自動車交通事故에 있어서 被害者가 事故車輛에 無償으로 同乘하여 그 運行으로 인한 利益을 누리는 地位에 있었다 하더라도 特別한 事情이 없는 한 그 점만으로 被害者에게도 過失이 있었다 하여 加害者의 責任을 減輕하는 事由로 삼을 수는 없다 할 것인 바(당원 1987. 1. 20 宣告 86 다카 251 判決), 원심이 같은 취지에서 原告가 이 사건 事故車輛에 無償으로 同乘하게 된 점은 피고의 責

57) 다른 注意義務를 내세워 過失相計를 하는 경우에 그것이 無償同乘에 관련된 논의가 아니라고도 볼 수 있어 대부분 무상동승에 관한 논문은 이를 취급하고 있으나 구체적으로 사건을 해결함에 있어서 修正責任相對說의 입장에 선다면 事案을 類型化하여 減額比率를 정하는 데에 있어서 반드시 논의할 필요가 있다고 본다.

任을 減輕할 事由가 될 수 없다고 판단한 것은 정당하고 거기에 被告 訴訟代理人이 주장하는 바와 같은 위법이 있다고 할 수 없다」

(라) 判例4

大法院 1987. 9. 8 宣告 87 다카 896 判決

「自動車 運轉席 옆자리에 便乘한 者가 그 運轉者와 內緣關係를 맺고 있는 者라 할 지라도 그 事實만으로 그 便乘한 者가 運轉者에게 安全運轉을 하도록 注意를 환기시켜 事故를 막아야 할 注意義務를 가진다고 할 수 없다. 原審判決은 그 이유에서 原告는 약 7년 전부터 被告와 內緣關係를 맺고 평소 밀접하게 지내는 사이로서 被告와 함께 놀러가기 위해 事故車輛의 運轉席 옆자리에 便乘하였으므로 被告에게 횡단보도 앞에서 일시 정지하거나 서행하여 橫斷者가 통과하거나 진로를 양보하는 것을 기다려 진행하도록 적절히 注意를 환기하여 事故發生을 막아야 하는 터인데도 이를 게을리 하다가 事故를 당한 事實을 인정할 수 있다고 한 다음 이 사건 事故에 있어 被告의 過失比率는 20%로 봄이 상당하다고 判示하고 있는 바, 이는 過失相計에 있어서의 過失에 관한 法理를 誤解한 것으로 위법하다 할 것이니 논지는 이유있다」라고 하였다.

이 判決은, 好意同乘 그 自體를 問題삼은 것은 아니나, 過失相計에 관하여는 過失相計할 事情이 있는 한 當事者의 주장을 기다리지 않고 職權으로 이를 參酌하여야 한다는 大法院의 일관된 態度에 비추어 보면, 위와 같은 同乘의 경우에는 過失相計의 事由는 되지 않을 것을 간접적으로 시사한 것이라고 하겠다.

(마) 判例5

大法院 1987. 9. 22 宣告 86 다카 2580 判決

「원심은 이 사건 交通事故는 事故 당일 비가 많이 와서 건축공사장의 목공인 原告가 쉬고 있던 중 被告의 트럭 運轉士인 소외 조희영이가 物件을 팔러 김제 등지에 가니 함께 가서 놀고 오자는 제의를 하여 無償으로 同乘하여 事故場所 노상을 運行하던 중에 위 運轉士가 담배를 빼려다가 車輛바닥에 떨어진 담배갑을 줍는 순간 핸들을 놓쳐 事故車가 차선을 이탈하여 그 진행방향 우측에 있던 가로수를 충격케 하여 함께 타고 있던 原告로 하여금 그 실시와 같은 傷害를 입게 한 것이라고 事實을 確定한 다음 原告와 같은 單純한 同乘者에게 運轉者의 運轉行爲에 관심을 기울여 安全運轉을 하도록 注意義務를 환기시켜야 할 義務가 있다고 볼 수 없어 被告의 過失相計 抗辯은 이유없다 할 것이나 原告는 事故 運轉者의 제의를 받고 그와 함께 놀다 올 目的으로 事故車輛에 無償으로 同乘하였던 것이므로 車輛의 運行으로 인한 利益은 原告에게도 歸屬된다고 할 것이고 이러한 경우 原告는 運行利益의 享有者로서 運行供用者의 地位를 被告와 나누어 가진다고 할 것이며, 따라서 그 運行으로 인하여 자신에게 發生할 수 있는 危險도 역시 분담하는 것이 妥當하다 할 것이므로 被告가 賠償할 損害額을 정함에 있어 이를 參酌·減額해야 한다 하여 原告가 賠償하여야 할 그 실시 財產上 損害 중 15%를 減額하고 있다.

그러나 自動車損害賠償保障法 제3조에서 말하는 자신을 위하여 自動車を 運行者라 함은 객관적으로 自動車の 運行을 支配·管理할 수 있는 地位에 있는 사람을 意味한다 할 것인 바(당원 1987. 6.

23 宣告 84 다카 2237 判決 참조), 비록 原告가 이른바 無償同乘者라 하더라도 원심이 실시한 바와 같은 經緯로 이 사건 事故車輛에 타게 된 原告에게 그 自動車の 保有者인 被告에 대한 關係에 있어서 15% 程度의 自動車保有者性을 인정한 원심의 판단은 그대로 수긍이 되지 아니하여 自動車事故에 관한 損害賠償의 法理를 誤解한 위법이 있는 것이라고 하지 않을 수 없다.」

(바) 判例6

대법원 1988. 6. 28 宣告 88 다카 2516 判決

「車輛의 運行者가 아무런 對價를 받은 바 없이 오직 同乘者의 便宜와 利益을 위하여 同乘을 제공하고 同乘者로서도 그 자신의 便宜와 利益을 위해서 그 제공을 받은 경우라 하더라도 그 事實만 가지고는 同乘者에게 自動車損害賠償法 제3조에서 말하는 自動車の 保有者性을 인정할 수 없다 (당원 1987. 12. 22 宣告 다카 2994 判決; 1987. 9. 22 宣告 86 다카 2580 判決). 따라서 원심이 소의 망인이 이 사건 事故車輛의 運轉者의 거절에도 불구하고 그 車輛에 마음대로 乘車하였다는 피고의 주장을 적법하게 배척한 다음 위 망인이 事故車輛에 無償으로 同乘하였다는 事由만으로는 피고의 損害賠償額을 감축할 수 없다고 판단한 것은 정당하고 거기에 지적하는 바와 같이 法理 誤解의 위법이 없다.」

위의 (마)(바)의 두 判例를 분석하면, 好意同乘者가 그 自動車로 인한 運行利益을 누리고 있으므로 그 限度에서 自動車損害賠償保障法 제3조에서 말하는 自動車保有者가 되고, 따라서 그 比率만큼은 自動車保有者에 대하여 自動車損害賠償保障法에 기한 損害賠償請求를 할 수 없다라는 주장을 배척하고 있음을 알 수 있다.

(사) 判例7

대법원 1989. 1. 31 宣告 88 다카 3625 判決

「원심이 적법하게 인정한 바와 같이 原告 안용수가 충북 옥산에서 광주로 가려고 하던 중 그와 인척되는 被告를 만났고 被告는 청구까지 가는 중이므로 위 原告를 그의 승용차에 청구까지 태워주겠다고 하여 피고의 승용차에 同乘하였다가 이 사건 事故를 당한 경우에 다른 特別한 事由도 없이 單純히 好意로 同乘하였다는 事實만으로 損害額을 減額할 수는 없다고 할 것이고,…」

(아) 判例8

대법원 1989. 10. 24 宣告 88 다카 1114 判決

「원심 判決에 의하면, 원심은 그 증거에 의하여 소의 김동민이 그 所有者인 피고의 承諾을 받고 運轉하는 判示 自動車에 原告가 無賃乘車한 事實과 위 김동민이 마주오는 自動車の 불빛을 보고 당황하여 충돌을 피하려고 핸들을 꺾다가 도로가의 가로수를 들이 받고 바람에 떨어지는 바람에 原告가 상처를 입은 事實을 적법하게 確定하고 있는 바, 事實이 이와 같다면 原告가 이 自動車에 無償同乘하였다거나 위 김동민에게 安全運行을 촉구하지 아니하였다 하여 그것만으로 原告에게 어떤 過失이 있다고 할 수 없고 한편 원심이 原告가 그 때 술에 취하여 安全벨트를 착용하지 아니한 채 누워서 타고 간 事實을 인정하여 이 사건 損害賠償額을 정함에 있어서 原告의 過失比率를 10%로 본 것도 옳게 수긍이 가므로 거기에 지적하는 바와 같은 法理의 誤解나 探證法則違背, 審理未盡의 違法이 없다.」

이상의 (사)(아) 判例들은 好意同乘만으로는 過失相計로 인한 減額을 인정할 수 없다고 하는 大法

院 1987. 1. 20 宣告 86 다카 251 判決의 취지를 유지하고 있다 할 수 있다.

이상의 大法院 判決을 참조하여 判例의 立場을 분석· 요약하면, 通常의 好意同乘에 관한 지금까지 위에서 살펴본 判例들은, 好意同乘만으로는 過失相計의 方法이나 自動車保有者性を 인정하는 方法을 통한 減額을 인정하지 않는다. 즉, 好意同乘 事實 그 自體만으로는 過失相計에서 말하는 過失이 있다고 할 수 없고, 또한 損害賠償責任의 減輕事由가 되지 아니한다고 한다.

(2) 賠償額 減額의 可能性을 認定한 경우

(1)의 경우와는 달리, 信義則이나 衡平의 原則에 의하여 好意同乘 事實 그 自體만을 이유로 하는 賠償額의 減額이, 경우에 따라서는 인정될 수도 있음을 추상적으로나마 정면으로 인정하고 있는 判例도 있다.

(가) 判例1

大法院 1987. 12. 12 宣告 86 다카 2994 判決

「貨物運送業을 營爲하는 會社인 被告 소속의 運轉者가 車輛管理責任者의 許諾을 얻어 추석을 쇠려고 고향 마을에 왔다가 역시 運轉을 하는 그 형으로 하여금 運轉하게 하고 이웃마을의 운동회를 구경하러 갔었다. 돌아오는 길에 같은 마을에 사는 사람들을 一部는 運轉席 옆 자리에, 原告를 포함한 一部는 積載函에 타게 하였다. 그런데 運轉 잘못으로 가로수를 들이받아 原告가 負傷하였다. 원심法院은 피고의 自動車損害賠償保障法에 기한 賠償責任을 인정하고, 나아가 ‘事故의 危險性이 매우 높고 법령에 의하여 搭乘이 금지되어 있는 貨物自動車의 積載函에 여러 사람과 함께 타고 간 원고의 過失’을 참작하여 賠償額을 減輕하였다. 아울러 ‘無償同乘者가 그 自動車의 運行利益을 얻게 된다고 하더라도 그 無償同乘의 事實만으로 그 運行 중에 일어난 事故로 입게 되는 損害의 一部를 그 同乘者가 負擔하는 것은 信義則이나 衡平의 원리에 맞는다고 볼 수 없다’고 判示하였다.

이에 대해 大法院은 ‘車輛의 運行者로서 아무 對價를 받은 바 없이 오직 同乘者의 便宜와 利益을 위해서 그 제공을 받은 경우라 하더라도 그 事實만 가지고 同乘者에게 自動車損害賠償保障法 제3조에서 말하는 自動車의 保有者性を 인정하기는 어렵다’고 전제하고 나서 ‘다만 運行의 目的, 好意同乘者와 運行者와의 人的 關係, 被害者가 車輛에 同乘한 경우, 특히 同乘要求의 目的과 積極性 등의 諸般 事情에 비추어 매우 불합리한 것으로 인정되는 경우에는 그 賠償額을 減輕할 事由로 삼을 수도 있을 것이다’라고 덧붙이고 있다.

그러나 이 사건에서는 ‘原告가 事故 當時 집으로 돌아가는 事故車輛에 運轉者의 好意로 單純히 便乘한 경우’로서 賠償額을 減額하지 않는 것이 적당하다고 하고 있다.」

(나) 判例2

大法院 1989. 1. 31 宣告 87 다카 1090 判決

「안동지구 金融機關 責任者들로 構成된 金요일회는 모임에서 事故 전날 모임을 마치고 놀러가기로 결의하고 被告銀行 지부장이 같은 金요일회 회원인 原告를 피고의 業務用 차에 運轉하여 하룻밤 자고 돌아오다가 事故로 原告가 負傷을 입은 事案에서 原審判決인 大邱高等法院 1987. 3. 25 宣告 864180 判決이 ‘被告銀行이 運行者로서의 責任이 있다 하더라도 한편 위 認定事實에 의하면 위 運

行的 당초의 目的이 金요회의 정상적인 業務를 일단 마친 후 被害者인 위原告 ○○○을 포함한 金요회 회원 전원의 결의에 의하여 온천으로 휴식 겸 식사를 하러 가는 데 있었고, 또 위原告는 서로의 경비를 절약하기 위하여 위 망인(被告 銀行의 支店長)이 스스로 運轉하는 위 車輛에 好意로 同乘한 것이라 할 것이니 이러한 점들을 참작한다면 피고의 責任은 상당한 程度 減額 조정함이 信義則이나 公平의 原則에 합당하다' 고 하여 損害賠償額을 30% 減額한 데 대하여, 大法院은 앞의 大法院 1987. 12. 22 宣告 86 다카 2994 判決을 인용하면서 '원심의 이와 같은 인정판단은 수긍되고 소론과 같은 損害賠償責任에 관한 法理 誤解가 있다 할 수 없다' 고 하여 皮고의 상고를 기각하였다」

(가).(나)의 判例는 信義則이나 衡平의 原則上 매우 불합리하다고 인정되는 特別한 경우에 한하여 賠償額의 減額을 인정하고 있다고 할 수 있으나 特別한 경우의 判斷基準이 되는 諸般 事情이 具體的으로 어떠한 것을 뜻하는 지는 분명하지 않다⁵⁸⁾.

(다) 判例3

大法院 1989. 5. 9 宣告 88 다카 605 判決

1987. 12. 22. 宣告 86 다카 2994 判決을 인용하면서,

「이 사건에서 원심이 적법하게 確定한 事實에 의하면 原告는 이 사건 事故 당일 소의 유영득이 소의 유득춘의 행방을 찾는 데에 同乘해 달라고 간청하여 위 유영득이 運轉하는 택시에 同乘하게 된 것이고 오직 原告 자신의 便宜와 利益을 위하여 同乘한 것은 아님이 명백하므로 원심이 原告에 대한 賠償額을 정함에 있어서 위와 같은 同乘關係를 참작하지 아니한 조치는 정당하다」

이 判例는 앞의 判例 (가)(나)와 같은 취지이나 同乘者의 便宜와 利益을 위하여 同乘하지 않았음이 부각된 경우이다. 그런데 최근에 大法院은 1990. 6. 15 宣告 90 다카 3062 判決에서 앞의 (가)(나)의 취지를 그대로 따르고 있다.

나. 無斷運行에 同乘한 경우

(1) 運行者責任을 否定한 事例

同乘한 者가 無斷運行을 유발하였거나 그러한 事情을 알고 있었다면 自動車保有者에 대하여 責任을 물을 수 없다는 判例가 많다. 즉 判例는 運轉者가 保有者의 意思에 반하여 運轉한다는 것을 알고 同乘한 者에 대하여는 保有者의 運行者로서의 責任을 부정하고 있다⁵⁹⁾.

判例1

大法院 1989. 3. 28 宣告 88 다카 2143 判決

「被害者가 運轉者의 好意로 無償同乘한 경우에는 그가 無斷運行의 情을 알았는지의 與否가 運行者의 運行支配 내지 運行利益의 喪失與否를 판단하는 데 중요한 要素가 된다 할 것이다(大法院 1984. 11. 27 宣告 84 다카 858 判決; 1982. 6. 8 宣告 82 다카 335 判決; 1981. 3. 10 宣告 80 다 2973 判決; 1971. 3. 23 宣告 71 다 254 判決 참조)」

58) 尹眞秀, 「好意同乘의 經濟的 分析」, 黃迪仁博士華甲紀念論文集, 316쪽.

59) 大法院 1971. 3. 23 宣告, 71 다 254 判決; 大法院 1978. 2. 28 宣告, 77 다 1987 判決; 大法院 1981. 2. 10 宣告, 88 다 2720 判決; 大法院 1981. 3. 10 宣告, 80 다 2973 判決; 大法院 1982. 6. 8 宣告, 82 다카 335 判決; 大法院 1984. 11. 27 宣告, 84 다카 858 判決.

이러한 判決들은 대체로 責任相對說의 立場에 입각한 것으로 볼 수 있다⁶⁰⁾.

그러나 이와 같은 判例의 態度에 대하여는 同乘者가 無斷運行임을 알고 있었다는 것만으로는 運行支配의 喪失을 인정하기에 부족하고 同乘者가 積極的으로 無斷運行에 가담 내지 勸誘한 경우에 한하여 運行支配喪失事由로 봄이 상당하다는 學說⁶¹⁾과, 保有者는 客觀的인 運行支配가 있는 한 同乘者에 대하여 運行者責任을 지고 다만 特別한 事情이 있을 때에는 過失相計의 경우처럼 信義則에 기하여 損害의 範圍의 算定에 있어 참작하여야 한다는 學說⁶²⁾등의 批判이 提起되고 있다.

다만 無償同乘 이외의 事由로 인한 過失相計 등의 이유로 損害賠償額을 減額하는 경우 등은 많다. 비록 無斷運轉인 것을 알지 못하였다고 하더라도 同乘者가 定員을 초과하여 乘車하였거나⁶³⁾, 搭乘이 금지되어 있는 위치(예를 들어, 貨物車 등의 積載函)에 타고 갔거나⁶⁴⁾, 運轉者가 음주 등 運轉에 適合하지 아니한 상태에 있음을 알면서 同乘하는 등으로 그에게 과실이 있는 경우에는 過失相計의 方法에 의하여 自動車保有者의 賠償責任을 減輕하는 것이 좋다는 見解도 유력하다⁶⁵⁾. 過失을 인정한 다른 예로는, 運轉者에게 安全運轉에 관한 注意를 촉구할 것을 대만히 한 事實⁶⁶⁾과 運轉者의 수면 부족 事實을 알면서 同乘한 事實⁶⁷⁾ 등을 들 수 있는데, 이를 事由로 하여 運行者의 賠償責任을 一部 制限한 것이다.

(2) 運行者責任을 認定한 事例

判例2

大法院 1980. 2. 26 宣告 79 다 2123 判決

被告會社에 6년간이나 근무하면서 運轉者 집 가까운 곳에 차를 保管하고 명절 때에는 수시로 차를 타고 시골에 다녀온 運轉者가 추석에 고향에 위 차를 運行하였다가 돌아오는 길에 被害者들을 同乘시켜 運行 중 事故가 發生한 경우.

「被害者들이 無斷運轉에 가담하였다거나 또는 無斷運轉行爲임을 알았다고 볼 수 있는 자료가 없다면 被告會社는 損害賠償責任을 면할 수 없다」라고 하며, 이 외에도 運行者責任을 肯定한 다른 判例들이 있다⁶⁸⁾.

(3) 檢討

위와 같이 運轉者가 無斷運轉을 하고 그 運轉車輛에 無償同乘者가 있을 경우에는 運行者性 相對說의 立場에서 運行者가 同乘者의 便乘을 豫想하지 못하였고, 알았다면 거절하였을 것이고, 同乘者가 이러한 事情을 알았거나 알 수 있었을 때에는 運行者의 同乘者에 대한 責任을 부정하고 있다.

60) 金先錫, 「無償同乘과 賠償額의 減輕」 司法行政(1987/9, 通卷 第321號), 72쪽; 宋興燮, 「無償同乘者에 대한 損害賠償額의 減輕」 民事判例研究, 1989, 313쪽.

61) 吳幸男, 「자기를 위하여 自動車를 運行하는 者의 意義 및 範圍」 裁判資料 第20輯, 30쪽.

62) 宋興燮, 앞의 論文, 315쪽.

63) 大法院 1980. 2. 26 宣告 79 다 2123 判決.

64) 大法院 1987. 12. 12 宣告, 86 다카 2994 判決.

65) 梁彰洙, 앞의 論文, 11쪽.

66) 大法院 1986. 3. 11 宣告 85 다카 229 判決; 大法院 1987. 9. 8 宣告 87 다카 896 判決.

67) 大法院 1977. 1. 25 宣告 76 다 2506 判決.

68) 大法院 1977. 10. 11 宣告 77 다 1192 判決; 大法院 1980. 12. 9 宣告 80 다 1386 判決.

그러나 위의 大法院 1977. 1. 25 宣告 76 다 2506 判決은 위 運行者性 相對說의 立場에 따르면 同乘者가 運轉者의 無斷運轉임을 알고 있는 경우인데도 運行者責任을 긍정한 것은 위의 다른 運行者責任을 부정한 判例와 비교해 보면 일관성 없이 具體的인 妥當性을 重視한 判決이라고 볼 수 밖에 없다.

그러나 修正責任相對說의 立場에 선다면 위의 運行者責任을 부정한 事例에서는 賠償義務者의 運行者性이 전혀 없는 경우로 볼 수 있을 것이고, 運行者責任을 긍정한 事例에서는 賠償義務者의 運行者性이 긍정되는 경우로 보아 해결할 수 있다고 할 것이다.

다. 軍用車輛에 民間인이 好意同乘한 경우⁶⁹⁾

지금까지의 논의는 好意同乘한 車輛의 種類가 무엇이든 불문하고 一般的으로 提起될 수 있는 것이었는데, 만약 그 同乘車輛이 軍用車輛이었다 할 때는 그 車輛의 用途上의 特殊性 때문에 이에 民間인이 同乘·事故를 당한 경우에는 그 賠償責任 範圍와 관련하여 달리 볼 여지가 있다. 즉 民間인이 軍用車輛에 同乘하였다가 事故를 당하면 항상 國家賠償責任의 問題가 뒤따르는 데 이 때 被害를 입은 同乘民間인에 대한 國家賠償責任의 範圍가 그 好意同乘으로 인하여 어떻게 영향을 미칠 것인가 하는 問題가 있는 것이다. 軍用車輛은 軍事目的을 위해 管理·運營되는 것이고 그러기 때문에 特別한 事情이 없는 한 民間인이 여기에 搭乘할 수 없음은 당연하다. 그러나 軍用車輛이라 할 지라도 그 構造上 同乘者를 乘車시키는 것이 可能的 이상 여기에 好意同乘者가 있을 수 있음은 당연히 예견할 수 있고 실제로 그런 事例가 많음은 우리 주위에서 보는 바와 같다. 그렇다면 이와 같은 경우에도 앞서 본 好意同乘에 있어서의 賠償額 減輕論을 援用하여 國家賠償責任의 範圍를 制限할 것인가가 問題되는 것이다.

먼저 이 問題와 관련하여 判例上 나타난 것을 보면 모두 過失相計의 측면에서 접근하고 있음이 보인다.

大法院 1967. 4. 25 宣告 67 다 240 判決은 「民間인이 軍用車輛에 便乘하여 事故로 損害를 보았다면 이는 民間인이 軍用車輛에 便乘한 過失에 根據한 것이라고 할 것이다」라고 判定하였고, 이와 같은 판지는 그 후 여러 차례 되풀이 되어 確立되다시피 되었으며⁷⁰⁾, 大法院 1967. 8. 29 宣告 67 다 1180 判決에서는 「民間인은 당국의 허가 또는 기타 特別한 事情이 없는 한 軍用車輛에 乘車할 수 없다 할 것이므로 民間인이 본 건 事故 軍用車輛에의 乘車는 가사 그 運轉兵의 承諾 하에 乘車를 하였다 하여도 不法이라 아니할 수 없고, 그와 같은 不法乘車가 없었더라면 損害는 發生하지 않았을 것이므로 위 被害者 乘車를 정당화할 만한 特別한 事情이 없는 한, 본 건 損害賠償의 算定에 위 被害者의 過失을 參酌하여야 할 것이다」고 하고 있다.

즉 大法院은 軍用車輛에 民間인이 搭乘한 경우에는 特別한 事情이 없는 한 被害者에게 過失이 있다고 하고 있다.

69) 군용차량에 동승한 경우도 호의동승에 관한 판례를 언급하는 이상 당연히 취급되어야 한다. 판례는 이 경우 피해자의 과실을 긍정하는 일관된 입장을 취한다.

70) 大法院 1967. 5. 23 宣告 67 다 334 判決; 大法院 1967. 8. 29 宣告 67 다 1321 判決; 大法院 1968. 3. 26 宣告 67 다 661 判決; 大法院 1968. 10. 22 宣告 68 다 1442 判決 등.

그러나 大法院 1968. 9. 30 宣告 68 다 1645 判決은 「본건 事故 當時 그 事故車輛의 소속청인 육군 제5군단 사령부가 상부의 指示에 따라 그 군단소속 車輛의 運轉兵들에게 일과를 마친 후에는 軍用車輛에 軍人家族은 물론 一般 民間人을 同乘시켜도 무방하다는 취지를 指示한 事實이 있는 이상 설사 그 指示가 훈령에 위배되는 것이었다 할지라도 그것을 이유로 하여 위 指示 事實을 알고 본건 事故車輛에 便乘하였던 民間人은 原告(軍人家族)의 便乘은 過失이었다고 할 수 없다」고 하고, 1969. 7. 22 宣告 69 다 580 判決도 전복된 軍用車輛을 다시 일으켜 준 事例의 意味로 民間人이 軍用車輛에 搭乘하게 된 事案에서 역시 그 同乘에 過失이 없다는 취지의 判示를 하고 있다.

또한, 1976. 1. 27 宣告 75 다 599 判決도 군부대의 전기공사를 하기 위하여 전공으로 인솔군인의 承諾 下에 軍車輛에 搭乘한 때 역시 그 同乘에 過失이 없다는 취지의 判示를 하고 있다.

위의 세 가지 判決 등이 大法院이 特別한 事情이 있어 過失이 없다고 判示한 경우이다.

결국 이상의 우리 大法院 判例들을 종합하면, 軍用車輛에의 民間人 同乘은 그것이 正當한 便乘이었다고 인정되는 한 賠償額을 減額하지 않는다는 것이고 만약 不法 내지 不當便乘으로 인정된다면 그 同乘者에게도 過失이 있다고 보고 過失相計에 의하여 賠償額을 減額한다는 立場으로 판단된다. 그런데 이미 본 바와 같이 최근의 우리 判例가 無償同乘을 過失相計의 問題가 아닌 독립된 賠償額 減額事由로 긍정하고 있는 점에 비추어 軍用車輛에의 民間人 同乘에서도 同判例理論에 따라 衡平의 原則上 賠償額을 輕減하지 아니하는 경우 매우 불합리한 것으로 인정되는 때는 過失相計와 별도로 다시 賠償額을 減輕할 수 있지 않을까 하는 의문이 생길 수 있다⁷¹⁾. 생각컨데, 事故車輛의 運行者가 國家인 軍用車輛인 경우는 特段의 事情이 없는 한 賠償無資力이란 있을 수 없고 따라서 國家에 賠償責任을 그대로 지우는 것이 衡平上 매우 불합리한 것으로 인정되는 경우란 상정하기 어려울 뿐만 아니라 自動車事故로 인한 被害者를 두텁게 保護하려는 원래의 自動車損害賠償保障法 制定目的에 비추어 보아도 이와 같은 경우에는 위 判例理論은 그대로 適用함이 적절치 않다 하겠다. 다만 무단히 運行 중인 軍用車輛에 民間人이 이를 알고 好意同乘 등을 한 경우에 있어서는 事案에 따라 그 同乘者에 대한 關係에서 國家賠償責任이 부정되고 運轉者 개인의 不法行爲責任이 成立함에 그치는 수가 있을 것인 바, 이 때는 물론 위 運轉者의 同乘者에 대한 關係에서 同判例理論이 援用될 여지가 있을 것이라 본다⁷²⁾.

軍用車輛에 搭乘하였다고 하여 民間人인 同乘者에게 過失이 있다고 할 것인가 의문이라고 하면서 다음의 法理를 제시하는 見解가 있다⁷³⁾.

判例가 실시한 바와 같이 民間人의 軍用車輛에의 搭乘이 不法이라고 하더라도 그로써 損害發生의 原因이 된다고 할 수 없을 것이며 損害擴大에 寄與한 것이라고도 할 수 없는 까닭이다.

위 1967. 8. 29 宣告 67 다 1180 判決과 같이 '그러한 乘車가 없었다면 損害는 發生하지 않았을 것이므로' 라는 것은 條件說的인 立場에서 있다고 할 수밖에 없고, 그렇다면 모든 無償同乘의 경우에도 마찬가지로 보아야 옳을 것이다.

71) 軍用車輛에의 民間人 同乘을 過失相計의 側面에서 접근하고 있는 위 판례들은 모두 無償同乘論이 본격적으로 논의되기 훨씬 전의 옛 판례들이란 점을 고려한다면 더욱 그렇다 하겠다.

72) 裴起烈, 「無償同乘과 自動車損害賠償責任의 範圍 - 判例를 中心으로」, 軍事法研究(1990), 158쪽~159쪽.

73) 李雨, 「無償同乘者의 損害賠償請求」, 民事判例研究 第11輯(1989), 164쪽~165쪽.

결국 軍用車輛에 搭乘한 民間人에게 過失이 있다고 하는 것은 그에게 危險에 대한 承諾이 있다고 볼 수도 있으나. 위와 같은 경우에도 修正責任相對說의 立場에서 國家의 賠償責任을 制限하는 것이 正道가 아닌가 생각된다.

이상에서 判例의 분석을 종합하면, 好意同乘 事實 自體만으로는 減額事由로 인정하지 않으며 다만 好意同乘이 特別한 事情 하에서 이루어졌을 때에는 信義則이나 公평의 原則을 이유로 減額을 할 수 있다고 하고 있다. 여기서 말하는 特別한 事情이 具體적으로 어떤 경우를 뜻하는 지는 분명하지 않다.

라. 判例에 나타난 “好意同乘에 대한 賠償責任制限”의 根據

(1) 法感情

먼저 好意同乘者의 賠償을 制限하는 것은 우리의 法感情에 합치한다고 볼 수 있을까가 問題될 것이다. 이에 대해서는 법의식에 대한 조사연구가 행해진 후에 정확히 답할 수 있을 것이다. 그렇지만 好意同乘者에 대한 賠償責任制限은 우리의 法感情에 합치되지 않는다고 보는 見解도 있다. 그에 따르면 ‘대부분의 被害者는 損害賠償에서 그가 好意同乘者이므로 적게 賠償받아야 한다는 주장에 직면하면 그러한 免責制度가 어떻게 있을 수 있는가 경악’ 할 것이라고 한다⁷⁴⁾.

그러나 적어도 當事者 사이에 密接한 關係, 同乘의 事情 등에 비추어 볼 때 運轉者의 사소한 過失로 야기된 모든 損害를 全部 그의 負擔으로 한다는 것은 衡平에 어긋난다는 느낌을 갖는 것이 우리의 소박한 法感情이 아닌가 한다. 이른바 선한 사마리아인(Good Samaritan)은 保護되어야 할 것이라고 생각하는 것이 아직까지의 우리의 法感情에 합치되는 것이 아닐까? 따라서 적어도 好意運轉이 선한 사마리아인에 해당되는 경우에는 運轉者의 賠償責任制限은 우리의 法感情에 합치한다고 하는 要素를 갖는 것으로 볼 수 있다.

(2) 信義則 내지 衡平의 原則

好意同乘者에 대한 賠償責任을 制限하는 것은 信義則 내지 衡平의 原則에 합치한다고 볼 수 있는가? 自動車의 運行者는 運行者라는 地位에서 危險責任을 지며, 運行者와 運轉者가 다른 경우에도 運行者는 자신의 歸責事由와 무관하게 責任을 진다. 따라서 이와 같은 엄격한 責任에 대한 조정으로서 好意同乘의 責任을 制限하는 것은 信義則 내지 衡平의 原則에 합치하는 側面이 있다.

또한 好意同乘의 賠償責任制限이 信義則에 합치한다고 보면서 다음과 같이 주장하는 見解도 있다. 즉 우리나라와 같이 故意·過失을 구분하지 않고 完全賠償原則을 취하는 경우에는 그 賠償額의 調節에 관하여 아무런 一般的인 方法의 제시가 없으므로, 好意同乘과 같이 衡平의 原理를 실현해 나가는 具體的 妥當性이 있다면 制限된 範圍에서라도 그 適用을 실현할 필요가 있다⁷⁵⁾.

危險責任이 본래 危險源을 運營하여 그로부터 利益을 얻고 있는 데 대하여 인정되는 責任이라는 점을 고려한다면, 好意의 運行者에게 부과되는 危險責任은 그에게 가혹함을 意味한다. 따라서 이런 경우 信義則에 의한 賠償責任의 減輕은 긍정될 수 있다. 自家用運轉者인 경우에는 더욱 그러하다. 그

74) 李銀榮, 債權各論, 博英社, 1994, 668쪽.

75) 宋興燮, 앞의 論文, 313쪽~314쪽.

리고 전적으로 好意同乘者 자신의 利益과 目的을 위해서 好意同乘이 이루어진 경우에는 一定한 경우 同乘者의 賠償責任制限에 관한 信賴關係가 형성된 것이고 그에 반하여 全部 賠償責任을 묻는 것은 信義則에 반해서 許容될 수 없는 것이라고 평가해도 좋은 경우가 있다.

(3) 無償契約의 責任制限

好意同乘은 一般的으로 契約關係는 아니지만 無償을 전제로 하는 當事者 사이의 關係이므로 無償 契約의 責任制限에 관한 規定이 여기에도 類推適用될 可能性이 解釋 여하에 따라서는 인정될 여지도 있다⁷⁶⁾. 無償契約에서는 대부분 責任을 制限하고 있다. 예컨대 獨逸 民法은 贈與(제521조)와 使用貸借(제599조)에서는 重過失로 責任을 制限하고 있으며, 無償任置에서는 自己의 事務에 있어서 相應하는 注意로 制限하고 있다(제690조). 따라서 Hoffmann은 好意關係에 있어서의 責任에 대해서는 一般的으로 獨逸民法 제521조, 제599조, 제690조의 責任制限이 適用되어야 할 것이라고 주장한다. 그렇지 않으면 解決不可能한 限界設定의 어려움이 따르게 될 것이며, 또한 위의 規定들은 一般原則을 명시한 것으로 볼 수 있기 때문이라고 한다⁷⁷⁾. 그러나 法律 自體가 無償契約은 履行義務와 債權關係에 기한 責任이 따르는 진정한 債權關係로 규율하고 있지만, 好意同乘의 경우에는 單純한 好意關係에 지나지 않으며 이는 債權關係와 구별되는 것으로 보는 것이 一般的이다. 일상생활의 好意關係에 있어서는 法的 拘束意思(Rechtsbindungswille)는 대부분 결여되고 있으며 好意同乘의 경우에도 특히 法的 拘束意思가 없는 것으로 보고 있다⁷⁸⁾.

그러나 獨逸에서는 民法上の 好意關係의 體系에 관해서는 見解가 일치되고 있지 않다⁷⁹⁾. 전통적 見解에 의하면 合意의 法律行爲성이 결여된 경우에는 法的 拘束力은 排除되므로 債權法上の 規定은 適用될 수 없다고 하였다. 그렇지만 최근에는 好意關係도 客觀的 法에 의한 義務를 지게 되며 따라서 그것은 法定債權關係로 이해될 수 있다는 見解가 유력해지고 있다. 好意關係에 대한 새로운 見解에 따라 이에 債權關係의 要素를 인정할 수 있다면, 好意同乘에 無償契約의 責任制限規定을 類推適用하는 것도 解釋上 전혀 許容될 수 없는 것은 아니다. 또한 無償으로 이루어진 好意同乘 契約의 경우에는 責任이 制限되면서 契約에 의하지 않은 事實關係로서의 好意同乘의 경우에는 責任이 전혀 制限되지 않는다면 이는 균형을 잃는 結果가 될 것이다. 실제로 好意同乘의 경우에 契約關係로서의 好意同乘과 事實關係로서의 好意同乘을 명백하게 구별할 수 있을 지도 의문이다.

이에, Ⅲ에서 고찰한 바와 같이, 好意同乘에 대한 確立된 學說도 없고, 또한 이 장에서 살펴보았듯이, 우리나라 大法院 判例도 具體的 妥當性만을 重視하면서 그 실시 自體만으로는 각 判決마다 서로 矛盾되는 것처럼 보이는 結果를 낳고 있다. 따라서 好意同乘의 경우에 賠償責任을 制限하는 方法으로 慰籍料參酌論이나 過失相計方法援用論에 의할 수 밖에 없다고 임시방편을 사용할 것이 아니라,

76) 李英俊, 民法總則[民法講義 I], 博英社, 1994, 36쪽. 無償契約에 관한 法理를 類推適用하여 그 基準을 客觀化하는 것이 필요하다. 예컨대 贈與者의 瑕疵擔保責任(제559조), 使用貸與者의 瑕疵擔保責任(제612조·제559조), 無償任置人의 注意義務의 輕減(제695조) 등의 類推適用이 그것이다.

77) Hoffmann, Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, AcP 167, 394, 401 ff; 같은 견해: 大村須賀男, 앞의 論文, 380面.

78) 金亨培, 債權總論, 博英社, 1993, 45쪽~46쪽.

79) Willoweit, Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln, JuS 1986, S. 96.

好意同乘事實 그 自體에 特殊性이 있다고 보아 그것만으로도 責任을 制限할 수 있다는 修正責任相對說의 立場에서 好意同乘의 法理를 構築하는 것이 問題解決을 위하여 바람직하다고 생각한다.

이렇게 修正責任相對說의 理論에 입각하여 判例의 態度를 본다면, 앞서 살핀 1987. 1. 10 宣告 86 다카 251 判決이나, 1987. 4. 14 宣告 84 다카 2250 判決의 結論이 반드시 妥當하다고 할 수 만은 없다고 생각한다.

修正責任相對說의 立場에서 보면, 好意同乘에서 同乘者의 注意義務를 밝혀 過失相計의 方法 등을 사용하여 具體的 妥當性을 실현시키려 하기 보다는, 大法院 判例의 事案인, 無免許運轉者에 同乘한 事案에 賠償責任者의 運行者性은 어느 정도 減少되었다고 보고, 一般車輛 아닌 오토바이 뒷좌석에 同乘한 事案에 賠償義務者의 運行者性이 減少되었다고 볼 수 있고, 過速運轉을 制止않는 事案이나 睡眠不足한 運轉者의 車에 同乘한 事案도 賠償義務者의 運行者性이 減少된다는 것 같은 解釋을 함으로써 好意同乘 自體로서도 同乘者의 賠償請求를 制限할 수 있다는 結論을 얻을 수 있다.

다만 修正責任相對說의 立場을 지지하더라도, 運行者性의 減少比率를 어떻게 確定할 것이냐 하는 批判이 提起될 可能性이 있는데, 이는 個個의 事案에 따라 具體的 妥當性을 重視할 수 밖에 없을 것이고, 앞으로 損害論의 분야에서 事案을 類型化하여 減額比率의 基準이 제시되고 그것이 一般化되는 것이 필요하다.

IV. 結 論

現代에 있어서 다양한 유형의 自動車事故가 현실에서 발생하고 있고, 또한 최근에 자가용의 증가로 사정에 따라서는 他人의 自動車에 好意同乘하는 경우가 日常化·生活化되고 있는 점을 감안하면, 他人의 自動車에 好意同乘한 者가 그 自動車의 運行中 事故로 인하여 死傷한 경우에 運轉者에게 損害賠償請求를 할 수 있느냐 하는 문제는 매우 중요하다.

이상과 같은 이유에서 本 論文은 好意同乘者가 自動車事故 발생시 自動車保有者에게 運行者責任을 主張할 수 있는가, 아니면 運行者責任이 制限될 可能性은 있는가, 또한 制限의 可能性이 認定된다면 그 理論의인 根據는 무엇인가를 취급하는 好意同乘의 問題를 고찰함으로써 好意同乘의 法理를 具體化·再構成하는 연구를 하였다. 그런데 이렇게 好意同乘이 법률문제화되는 이유는 自動車損害賠償保障法에 好意同乘의 損害賠償責任 制限에 관한 규정이 없기 때문이다.

먼저 好意同乘의 法理에 관한 研究를 본격적으로 展開하기 위한 前提로서 好意同乘의 意味를 確定하였다.

好意同乘은 乘客으로서 場所의 移轉에 대한 對價 즉 運賃의 支拂없이(無償으로) 好意로 他人의 自動車에 同乘하는 것을 意味하며, 運行에 관여한 程度·同乘의 계속성 與否·단순한 편승인지 與否·運行目的·運行經緯 등을 기준으로 하여 여러 유형으로 분류된다. 또한 運行者와 類似한 運行利益을 가지고, 運行者와 類似한 運行支配를 가지며, 運行에 대한 內部者性을 가진다는 점에서 特性을 가진다.

다음으로 好意同乘의 法律關係를 살펴보았다. 好意同乘의 法律關係를 說明하는 學說들은 크게 好

意同乘者에 대한 自動車保有者의 運行者責任을 항상 保護해야만 한다는 責任肯定說과, 危險承認說·免責特約說·權利濫用說·好意的協定關係說 등 責任否定說과, 이른바 責任減免의 理論構成으로 불리는 折衷說로 나뉜다. 그러나 責任肯定說과 責任否定說은 多様な 種類의 好意同乘者를 說明하기에는 너무 硬直된 理論構成이다. 折衷說을 살펴보면, 他人性阻却說과 運行者性阻却說은 運行者責任을 無比率의으로 파악하여 全部責任이나 責任全無나는 식의 극단적인 結果를 가져온다. 比率의 責任說은 同乘者의 運行者性 取得比率만큼 他人性을 阻却한다는 것인 데 好意同乘者가 피고로 될 소지를 남기는 이론적 허점이 노정된다. 個別的解決說은 過失相計·信義則·衡平의 原則·慰藉料參酌論 등 民法의 一般理論을 援用하는 데 이는 好意同乘의 特性을 파악하여 自動車損害賠償保障法上의 保有者責任에 制限을 가하려는 理論的·學究的 勞力의 拋棄라는 批判을 받는다.

이렇게 볼 때 運行者性阻却說을 修正하여 好意同乘者에 대한 運行者의 運行者性이 比率의으로 阻却된다는 理論構成인 修正責任相對說이 가장 타당하다. 왜냐하면 過失相計의 意義와 役割을 再評價하고 이것을 의식적으로 확장하여 實務上 困難없이 具體的 事案에 妥當한 結論을 내릴 수 있기 때문이다.

이렇게 好意同乘에 관한 法律關係를 살펴본 후, 마지막으로 具體的인 好意同乘 問題에 관한 判例를 分析하였다.

好意同乘에 관한 判例를 分析해 보면, 通常의 好意同乘에 관한 判例는 好意同乘 事實 그 自體만으로 損害賠償責任을 排除 또는 減額할 수 있는가가 문제되었다. 分析 結果 判例는 通常의 好意同乘에 관하여는 原則的으로 運行者의 責任을 인정하지 않았으나, 1987. 12. 12 宣告 86 다카 2994 判決은 信義則이나 衡平의 原則上 매우 不合理하다고 認定되는 特別한 경우에 한하여 好意同乘 그 事實 自體만을 이유로 하여 賠償額의 減額을 경우에 따라서는 인정할 수 있음을 추상적으로나마 정면으로 인정한다.

또한 運轉者가 無斷運轉을 하고 그 運轉車輛에 無償同乘者가 있을 경우에는 運轉者가 同乘者의 便乘을 예상하지 못하였고 알았다면 거절하였을 것이고, 同乘者가 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에는 運行者의 同乘者의 責任을 부정한다는 것이 判例의 立場이다. 그러나 大法院 1977. 1. 25 宣告 76 다 2506 判決은 同乘者가 運轉者의 無斷運轉임을 알았음에도 運行者責任을 인정한다. 이는 具體的 妥當性을 重視한 判決이라 해석되지만, 이 때 修正責任相對說의 立場에서는 運行者責任을 부정한 사례는 賠償義務者의 運行者性이 전혀 없는 경우로, 運行者責任을 긍정한 사례는 賠償義務者의 運行者性이 인정되는 경우로 보아 理論構成되기 때문에 별 문제없이 해결된다.

그러나 好意同乘에서 同乘者의 注意義務를 밝혀 具體的 妥當性을 실현하려고 할 것이 아니라, 事案마다 賠償義務者의 運行者性이 減少된다고 함으로써 好意同乘 事實 그 自體만으로서도 同乘者의 賠償請求를 制限할 수 있다는 결론을 얻을 수 있다. 다만 減額比率를 어떻게 確定할 것이냐의 문제는 個個의 事案에 따라 具體的 妥當性을 중시하여야 할 것이고, 損害論의 分野에서 事案을 類型化하여 減額比率의 基準이 제시되고 그것이 一般化되는 것이 필요하다.

參考文獻

I. 國內文獻

1. 單行本

- 郭潤直, 債權各論(民法講義IV), 博英社, 1994(新訂版).
金亨培, 債權總論, 博英社, 1993.
李輔煥, 自動車事故損害賠償訴訟, 育法社, 1993(改訂增補).
李英俊, 民法總則(民法講義I), 博英社, 1992.
李銀榮, 債權各論, 博英社, 1994.

2. 論文

- 金先錫, 「無償同乘과 賠償額의 減輕」, 司法行政通卷320號(1987/8).
——, 「無償同乘과 賠償額의 減輕」, 司法行政通卷321號(1987/9).
金學煥, 「好意同乘과 損害賠償責任의 制限」, 金亨培教授華甲紀念論文集 - 債權法에 있어서 自由와 責任 -, 博英社, 1994.
朴仁鎭, 「自動車事故에 있어서 無償同乘(好意同乘)에 관한 問題點」, 法院行政處編 自動車事故로 인한 損害賠償(上)(裁判資料제20집)(1984).
裴起烈, 「無償同乘과 自動車損害賠償責任의 範圍 - 判例를 中心으로」, 軍事法研究, 1990.
宋興燮, 「無償同乘者에 대한 損害賠償額의 輕減」, 民事判例研究 第11輯, 1989.
吳辛男, 「自己를 위하여 自動車를 運行하는 者의 意義 및 範圍」, 裁判資料 第20輯(1984).
李輔煥, 「無償同乘論」, 司法論集 第20輯(1989/12), 法院行政處.
李輔煥, 「自動車損害賠償保障法上 畧論의 範圍」, 司法論集(第9輯), 1978.
李 雨, 「無償同乘者의 損害賠償請求」, 民事判例研究 第11輯(1989).
尹眞秀, 「好意同乘의 經濟的 分析」, 黃迪仁博士華甲紀念論文集, 1990.
梁彰洙, 「好意同乘者에 대한 自動車保有者의 賠償責任」, 損害保險 241(韓國自動車保險(株)1988/11).

II. 日本文獻

1. 單行本

- 加藤一郎, 不法行爲法の研究(東京, 有斐閣, 1961).
吉岡進, 「交通事故訴訟の課題」, 實務民事訴訟講座 第3卷(交通事故訴訟)(東京: 日本評論社, 1975).
本宮高彥・羽成守, 註釋自動車損害賠償保障法(東京, 有斐閣, 1978).
舟本信光, 「自動車事故民事責任の構造」, 日本評論社(東京), 1970.

2. 論文

- 宮本高彥, 「自賠法をとりすく諸問題」, 日辯連特別研修叢書, 1944.
金澤理, 「近親者事故と自賠法第16條の請求」, 判例タイムズ 第283號.
大村須賀男, 「好意的協定關係について」, 民商法雜誌 62卷 3號.
望月禮二郎, 「好意同乘者」, ツコリスト(別冊) 交通事故判例百選 第18號.
竝木茂, 「無償同乘に關する反對說の要點」, 民事法の諸問題 4卷, 判例タイムズ社(東京: 1974).
本井巽, 「民事交通訴訟における最近の課題」, 判例タイムズ 第279號.
本井巽, 「好意同乘」, 判例タイムズ 第268號.
野村好弘, 「運行供用者と他人」, 交通問題の現状と課題(交通法研究 創刊號).

- 羽生雅則/青山揚一, 「好意同乗」, 現代損害賠償法講座 第7卷(東京:有斐閣, 1981).
- 伊藤邦夫, 「好意同乗・他人性」, 判例タイムズ 第212號.
- , 「好意同乗者の他人性と運行供用者性」, 彦根論叢 149號.
- 原田和徳, 「自賠法第3條の他人の意義」民事法の諸問題 第4卷.
- 寺本嘉弘, 「好意同乗における損害の分擔」, 法律時報 45卷 11號(1973/9).
- 潮海一雄, 「運行者或いは運行供用者の家族及び無償同乗者は運行供用者等に損害賠償を請求することができるか」, 民法學6 「不法行爲の重要問題」.
- 倉田卓次, 「無償同乗論」, 判例タイムズ 第268號.

Ⅲ. 歐美文獻

- Alexander C. Castles, *Compulsory Automobile Liability Insurance in Australia*, 1957.
- Eike von Hippel, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz, Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 1968.
- Hans Stoll, *Das Handeln auf eigene Gefahr*, 1961.
- Hans-Joachim Hoffmann, *Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß*, AcP 167(1967).
- Hoffmann, *Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß*, AcP 167.
- Karl Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2 Bd., 1972.
- Keeton, *Insurance Law*, 1971.
- Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2., 6. éd., 1970.
- Marty/Raynaud, *Droit civil*, t. 1., 1. vol., 1962.
- Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 1, 2. ed., 1952.
- Werner Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, 1965.
- Willoweit, *Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln*, JuS 1986.

