

대법원 2018. 2. 13 선고 2015다242429 판결 [임차권확인등] [공2018상, 556]

판 시 사 항

- [1] 주관적·예비적 공동소송에서 일부 공동소송인에 대해서만 판결을 하거나 남겨진 당사자를 위하여 추가판결을 하는 것이 허용되는지 여부(소극) 및 주위적공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기한 경우, 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 상소심의 심판대상이 되는지 여부(적극)
- [2] 주관적·예비적 공동소송에서 공동소송인 중 일부가 소를 취하하거나 일부 공동소송인에 대한 소를 취하할 수 있는지 여부(적극) 및 이 경우 소를 취하지 않은 나머지 공동소송인에 관한 청구 부분이 여전히 법원의 심판대상이 되는지 여부(적극)
- [3] 과실에 의한 불법행위자인 중개보조원이 고의에 의한 불법행위자와 공동불법행위책임을 부담하는 경우, 중개보조원의 손해배상액을 정할 때 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있는지 여부(적극) 및 중개보조원을 고용한 개업공인중개사의 손해배상금액을 정할 때 불법행위에 관여하지는 않았다는 등의 개별적인사정까지 고려하여 중개보조원보다 가볍게 책임을 제한할 수 있는지 여부(적극)[4] 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항인지 여부(원칙적 적극)

판 결 요 지

[1] 주관적 · 예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고([민사소송법 제70조 제2항](#)), 그중일부 공동소송인에 대해서만 판결을 하거나 남겨진 당사자를 위하여 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 주관적 · 예비적 공동소송에서 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구부분도 확정기 차단되고 상소심에 이심되어 심판대상이 된다.

[2] 민사소송법은 주관적 · 예비적 공동소송에 대하여 필수적 공동소송에 관한 규정인 [제67조](#)내지 [제69조](#)를 준용하도록 하면서도 소의 취하의 경우에는 예외를 인정하고 있다([제70조 제1항 단서](#)). 따라서 공동소송인 중 일부가 소를 취하하거나 일부 공동소송인에 대한 소를 취하할 수 있고, 이 경우 소를 취하지 않은 나머지 공동소송인에 관한 청구 부분은 여전히 심판의 대상이 된다.

[3] 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 사람이 바로 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 줄여 달라고 주장하는 것은 허용될 수 없다. 그러나 이는 그러한 사유가 있는 자에게 과실상계의 주장을 허용하는 것이 신의칙에 반하기때문이므로, 불법행위자 중의 일부에게 그러한 사유가 있다고 하여 그러한 사유가 없는 다른 불법행위자까지도 과실상계의 주장을 할 수 없다고 해석할 것은 아니다. 또한 중개보조원이 업무상 행위로 거래당사자인 피해자에게 고의로 불법행위를 저지른 경우라고 하더라도, 중개보조원을 고용하였을 뿐 이러한 불법행위에 가담하지 않은 개업공인중개사에게 책임을 묻고 있는 피해자에게 과실이 있다면, 법원은 과실상계의 법리에 따라 손해배상의 책임과 그 금액을 정하는 데 이를 참작하여야 한다. 따라서 과실에 의한 불법행위자인 중개보조원이 고의에 의한 불법행위자와 공동불법행위책임을 부담하는 경우 중개보조원의 손해배상액을 정할 때에는 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있고, 중개보조원을 고용한 개업공인중개사의 손해배상금액을 정할 때에는 개업공인중개사가 중개보조원의 사용자일 뿐 불법행위에 관여하지는 않았다는등의 개별적인 사정까지 고려하여 중개보조원보다 가볍게 책임을 제한할 수도 있다.

[4] 불법행위에서 과실상계는 공평 또는 신의칙의 견지에서 손해배상액을 정하는 데 피해자의 과실을

참작하는 것으로, 가해자와 피해자의 고의·과실의 정도, 위법행위의 발생과 손해의 확대에 관하여 피해자의 과실이 어느 정도의 원인이 되어 있는지 등의 여러 사정을 고려하여 배상액의 범위를 정하는 것이다. 그러나 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다.

참 조 조 문

[1] 민사소송법 제67조 제1항, 제2항, 제70조 [2] 민사소송법 제70조 제1항, 제266조 [3] 민법 제396조, 제760조, 제763조, 공인중개사법 제30조 제1항 [4] 민법 제396조, 제763조, 민사소송법 제202조, 제432조

참 조 판 례

[1] 대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960, 104977 판결(공2014상, 911) [3] 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다32999 판결(공2007하, 1045), 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다22276 판결 [4] 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다54397 판결(공2000하, 1603)

따 름 판 례

대법원 2021. 3. 11 선고 2018다285106 판결

전 문

【원고, 피상고인】 원고

(소송대리인 변호사 이▽화)

【피고, 상고인】 한국공인중개사협회 외 2인

(소송대리인 변호사 심△섭 외 1인)

【원심판결】 [부산지법 2015. 9. 23. 선고 2014나41589 판결](#)

주 문

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고들이 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원심이 예비적 피고들에 대하여 판단한 것이 처분권주의, 당사자주의 등을 위반한 것인지 여부 주관적 · 예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고([민사소송법 제70조 제2항](#)), 그중 일부 공동소송인에 대해서만 판결을 하거나 남겨진 당사자를 위하여 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다.

그리고 주관적 · 예비적 공동소송에서 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정기 차단되고 상소심에 이심되어 심판대상이 된다([대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960, 104977 판결](#)참조).

민사소송법은 주관적·예비적 공동소송에 대하여 필수적 공동소송에 관한 규정인 [제67조](#)내지 [제69조](#)를 준용하도록 하면서도 소의 취하의 경우에는 그 예외를 인정하고 있다([제70조 제1항 단서](#)). 따라서 공동소송인 중 일부가 소를 취하하거나 일부 공동소송인에 대한 소를 취하할 수 있고, 이 경우 소를 취하지 않은 나머지 공동소송인에 관한 청구 부분은 여전히 심판의 대상이 된다.

이 사건에서 제1심법원은 주위적 피고인 소외 1에 대한 원고의 청구를 인용하면서 예비적 피고인 피고들에 대해서는 판결을 하지 않았다. 그러나 주위적 피고인 소외 1이 항소하였으므로, 피고들에 대한 청구 부분도 항소심인 원심으로 이심되어 항소심의 심판대상이 된다. 이후 원고가 원심에서 주위적 피고인 소외 1에 대한 소를 취하함으로써 주관적·예비적 공동소송관계가 해소되었다고 하더라도 피고들에 대한 청구 부분은 여전히 원심의 심판대상이 된다고 보아야 한다.

원심이 원고의 피고들에 대한 청구에 대하여 판단한 것은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 상고이유 주장과 같은 법리오해 등의 잘못이 없다.

2. 피고들의 책임범위를 개별적으로 판단한 것이 위법한지 여부

가. 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 사람이 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 줄여 달라고 주장하는 것은 허용될 수 없다. 그러나 이는 그러한 사유가 있는 자에게 과실상계의 주장을 허용하는 것이 신의칙에 반하기 때문이므로, 불법행위자 중의 일부에게 그러한 사유가 있다고 하여 그러한 사유가 없는 다른 불법행위자까지도 과실상계의 주장을 할 수 없다고 해석할 것은 아니다([대법원 2007. 6. 14. 선고2005다32999 판결](#)참조). 또한 중개보조원이 업무상 행위로 거래당사자인 피해자에게 고의로 불법행위를 저지른 경우라고 하더라도, 중개보조원을 고용하였을 뿐 이러한 불법행위에 가담하지 않은 개업공인중개사에게 책임을 묻고 있는 피해자에게 과실이 있다면, 법원은 과실상계의 법리에 따라 손해배상의 책임과 그 금액을 정하는 데 이를 참작하여야 한다([대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다22276 판결](#)참조). 따라서 과실에 의한 불법행위자인 중개보조원이 고의에 의한 불법행위자와 공동불법행위책임을 부담하는 경우 중개보조원의 손해배상액을 정할 때에는 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있고,

중개보조원을 고용한 개업공인중개사의 손해배상금액을 정할 때에는 개업공인중개사가 중개보조원의 사용자일 뿐 불법행위에 관여하지는 않았다는 등의 개별적인 사정까지 고려하여 중개보조원보다가볍게 책임을 제한할 수도 있다.

나. 원심은, 중개보조원인 피고 3이 불법행위에 대한 고의가 있는 소외 2와 공동으로 불법행위를 하였으나 과실에 의한 불법행위에 해당하고 피해자인 원고에게도 과실이 있다는 이유로, 피고 3의 손해배상액을 정할 때 과실상계를 하고 이에 따라 피고 3의 책임을 70%로 제한하였다. 나아가 피고 2는 피고 3의 사용자인 개업공인중개사(2014. 1. 28. 공인중개사법 개정 전에는 ‘중개업자’라는 용어를 사용하였다)이고 피고 한국공인중개사협회는 피고2와 공제계약을 체결하였는데, 피고 2와 피고 한국공인중개사협회의 손해배상액을 정할 때에는 피고 2가 중개보조원을 고용하였을 뿐 불법행위에 가담하지 않았다는 등의 사정까지 추가로 고려하여 위 피고들의 책임을 60%로 제한하였다. 한편 소외 2의 사용자로 볼 수 있는 개업공인중개사 소외 3 및 소외 3과 공제계약을 체결한 피고 한국공인중개사협회의 손해배상액을 정할 때에는 소외 3의 지위 등을 고려하여 소외 3과 피고 한국공인중개사협회의 책임을 90%로 제한하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고 3, 피고 2, 소외 3의 책임범위를 개별적으로 정한 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같은 법리오해 등의 잘못이 없다.

3. 원심이 인정한 피고들의 책임의 정도가 지나치게 무거운지 여부

불법행위에서 과실상계는 공평 또는 신의칙의 견지에서 손해배상액을 정하는 데 피해자의 과실을 참작하는 것으로, 가해자와 피해자의 고의·과실의 정도, 위법행위의 발생과 손해의 확대에 관하여 피해자의 과실이 어느 정도의 원인이 되어 있는지 등의 여러 사정을 고려하여 배상액의 범위를 정하는 것이다. 그러나 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한사실심의 전권사항에 속한다([대법원 2000. 6. 9. 선고 98다54397 판결](#) 등 참조).

이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율 판단이

형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 보이지 않으므로, 이 부분 피고들의 상고이유도 받아들일 수 없다.

4. 피고 2, 피고 3의 나머지 상고이유

피고 2, 피고 3은 자신들의 손해배상책임 유무에 관한 증거의 취사선택과 가치평가가 잘못되었고, 소장 부분 송달 다음 날부터 지연손해금의 지급을 명한 원심의 판단에 지연손해금의 기산점을 잘못 정한 위법이 있다고 주장한다.

기록을 살펴보더라도 원심의 판단에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실인정을 하거나, 지연손해금의 기산점에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다. 따라서 이 부분 상고이유도 받아들일 수 없다.

5. 결론

피고들의 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하도록 하여, 대법관 의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장) 조희대 김재형(주심) 민유숙