책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무 인정 여부
(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결)

부산가정법원 판사 박원근

대상판결은 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무 인정 여부에 관하여 최초로 판시하였다.

실무는 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대하여 감독의무자에게 일반불법행위자로서 손해배상책임을 부담시키고 있는바, 그 전제로서 대상판결의 원심은 양육친에게 미성년자의 불법행위에 대한 일반적·일상적 감독의무 위반(즉, 과실)을 인정하였다. 다만, 양육친이 미성년자의 모든 불법행위에 대하여 일반적·일상적 감독의무를 가진다고 할 수 있을지는 의문이다. 미성년자가 폭력범죄나 성범죄를 저지른 경우에는 피해자 보호의 측면을 보다 중시하여 친권자가 일반적·일상적 감독의무를 위반한 것만으로도 과실을 인정할 수 있을 것이나, 그 밖의 불법행위에 대하여는 개별적·구체적으로 심사하여 친권자에게 구체적인 예견가능성과 회피가능성이 있었음에도 불구하고 이를 예견하여 회피할 수 있는 조치를 취하지 못한 경우에만 친권자에게 감독의무 위반을 인정하는 것이 손해의 공평한 분담 및 피해자 보호를 위한 것이라고 생각된다.

양육친의 경우 미성년자가 경제적으로 부모에게 의존하면서 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있음을 전제로 일반적·일상적 감독의무를 인정하는 것인데, 비양육친의 경우에는 위와 같은 전제사정이 인정되는 경우가 드물 것이므로, 비양육친의 미성년자에 대한 일반적·일상적 감독의무는 인정되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 다만, 비양육친이 이혼 후에도 실질적으로 자녀를 보호·감독하고 있어 미성년 자녀에 대한 영향력을 인정할 수 있는 사정이 있거나, 자녀의 불법행위에 대하여 구체적인 예견가능성이나 회피가능성이 있었던 경우에는 예외적으로 감독의무를 인정할 수 있을 것이다.

양육친과 비양육친이 미성년 자녀에게 미치는 영향력의 차이를 고려한다면, 비양육친에게 일반적·일상적 감독의무를 인정하지 않은 대상판결의 입장을 이해할 수 있다.

검색어: 책임능력, 미성년자, 감독의무, 양육친, 비양육친, 피해자 보호

목　　차

Ⅰ. 사안의 개요

1. 사실관계
2. 원심의 판단
3. 쟁점
4. 대상판결의 요지

Ⅱ. 연구

1. 문제의 제기
2. 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 양육친의 손해배상책임
3. 비양육친의 미성년 자녀에 대한 권리의무
4. 비양육친에게 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무가 인정되는지 여부

Ⅲ. 결론

Ⅰ. 사안의 개요

1. 사실관계

가. A(당시 만 17세)는 2018. 8. 3. 망인과 성관계를 하던 중 휴대폰 카메라로 망인이 속옷만 입거나 나체인 모습을 망인의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. A는 2018. 8. 19. 망인이 연락을 받지 않는다는 이유로, 망인에게 카카오톡 메시지로 위 사진을 전송하면서 이를 유포하겠다고 협박하였다. 망인은 2018. 8. 20. 01:00경 A가 보낸 메시지와 사진을 모자이크 처리하여 자신의 SNS에 게시하였고, 같은 날 10:30경 친구를 만나 죽고 싶다는 이야기를 한 다음, 같은 날 12:25경 투신하여 자살하였다.

다. A는 망인에 대한 사진 촬영 및 협박 행위에 관하여 소년보호처분을 받았다.

라. 피고는 A의 아버지로, A가 만 2세였을 때인 2004. 1. 17. A의 어머니와 협의이혼을 하였는데, 당시 A의 친권자 및 양육자로 A의 어머니를 지정하였고, 협의이혼한 후 A와는 서로 아무런 연락조차 하지 않고 지냈다.

마. 원고들은 망인의 부모와 동생이다.

2. 원심의 판단[1)]

가. A의 어머니에 대한 판단

A의 어머니는 이 사건 행위 당시 미성년자인 A와 같은 주거지에서 살고 있었고, 경제적인 면에서도 전적으로 A가 어머니에게 의존하면서 어머니의 전면적인 보호·감독 아래 있어서 그 영향력은 상당하였으므로, A의 어머니로서는 평소 A가 올바른 성관념을 가질 수 있도록 성교육 등을 실시하고 그 외에도 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 사회생활 또는 학교생활을 하도록 일반적ㆍ일상적인 지도ㆍ조언 등 감독교육의 의무를 부담하고 있다고 할 것임에도 이러한 감독의무를 게을리 하여 A가 망인에게 이 사건 행위를 하여 망인을 사망에 이르게 하였다고 할 것이다.

나. 피고(A의 아버지)에 대한 판단

1) 자의 보호.교양에 관한 권리의무가 친권자의 권리의무로 지정되어 있다고 하더라도(민법 제913조), 그와 같은 권리의무는 친권자의 권리의무 이전에 부모로서의 권리의무로서 이는 친권자로 지정되지 못한 부모에게도 당연히 부여된다고 봄이 마땅한 점, 부모가 이혼할 경우에도 자녀에 대한 양육자와 양육에 필요한 사항은 부모의 협

1) 원심은 제1심판결 이유를 인용하였다.

의에 따라 정하여 지는데다가(민법 제837조 제1항), 양육권을 가지지 않는 부모 일방은 면접교섭권을 행사하여 자의 보호.교양에 일정 정도 관여할 수 있는 점(민법 제837조의2 제1항) 등을 고려하여 보았을 때, 단지 협의이혼을 하면서 친권자로 지정되지 못하였다는 사정만으로 미성년 자녀에 대한 감독의무에서 완전히 벗어난다고 할 수는 없어 피고는 친권자인 A의 어머니와 함께 A를 감독할 의무를 가진다고 보아야 한다.

2) 피고는 협의이혼한 후 A와는 아무런 연락조차 하지 않고 지냈지만, 아버지로서 미성년 자녀인 아들이 청소년기에 올바른 성관념을 가질 수 있도록 적절한 교육을 행하고 그 외에도 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 사회생활 또는 학교생활을 하도록 일반적ㆍ일상적인 지도ㆍ조언 등 감독교육의 의무를 부담하고 있다고 할 것임에도 이러한 감독의무를 게을리 하여 A가 망인에게 이 사건 행위를 하여 망인을 사망에 이르게 하였다고 할 것이다. 결국 피고의 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 인정하였다.[2)]

3. 쟁점

미성년자의 친권자 및 양육자가 아닌 부모(이하 '비양육친'이라 한다)가 미성년 자녀의 불법행위에 대하여 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 부담하는지 여부

4. 대상판결의 요지(파기환송)[3)]

가. 미성년 자녀를 양육하며 친권을 행사하는 부모는 자녀를 경제적으로 부양하고 보호하며 교양할 법적인 의무가 있다(민법 제913조). 부모와 함께 살면서 경제적으로 부모에게 의존하는 미성년자는 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있으므로, 그 부모는 미성년자가 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 학교 및 사회생활을 하도록 일반적·일상적으로 지도와 조언을 할 보호·감독의무를 부담한다.[4)] 따라서 그러한 부모는 미성년자의 감독의무자로서 미성년자의 불법행위에 대하여 손해배상책임을 질 수 있다.

나. 이혼으로 인하여 부모 중 1명이 친권자 및 양육자로 지정된 경우 비양육친에게

---

2) 다만, A의 책임이 60%로 제한되는 점, 피고가 A와 함께 살고 있지는 않아 A의 일탈을 사전에 감지하기는 쉽지 않았을 것으로 보이는 점, A의 성적 호기심이나 이성에 대한 관심이 이 사건 행위를 야기하기는 하였으나 그 외에 학교생활에서는 큰 문제없이 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하여 피고의 책임을 10%로 제한하였다.

3) 자녀의 어머니는 손해배상책임을 인정한 원심 판결에 대하여 상고하지 아니하였고, 비양육친인 자녀의 아버지만 원심 판결에 대하여 상고하였다.

4) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다37690 판결, 대법원 1999. 7. 13. 선고 99다19957 판결.

는 자녀에 대한 친권과 양육권이 없어 자녀의 보호·교양에 관한 민법 제913조 등 친권에 관한 규정이 적용될 수 없다. 비양육친은 자녀와 상호 면접교섭 할 수 있는 권리가 있지만(민법 제837조의2 제1항), 이러한 면접교섭 제도는 이혼 후에도 자녀가 부모와 친밀한 관계를 유지하여 정서적으로 안정되고 원만한 인격발달을 이룰 수 있도록 함으로써 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하고(대법원 2021. 12. 16.자 2017스628 결정 참조), 제3자와의 관계에서 손해배상책임의 근거가 되는 감독의무를 부과하는 규정이라고 할 수 없다. 비양육친은 이혼 후에도 자녀의 양육비용을 분담할 의무가 있지만, 이것만으로 비양육친이 일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언하는 등 보호·감독할 의무를 진다고 할 수 없다. 이처럼 비양육친이 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다.

다만 비양육친도 부모로서 자녀와 면접교섭을 하거나 양육친과의 협의를 통하여 자녀 양육에 관여할 가능성이 있는 점을 고려하면, ① 자녀의 나이와 평소 행실, 불법행위의 성질과 태양, 비양육친과 자녀 사이의 면접교섭의 정도와 빈도, 양육 환경, 비양육친의 양육에 대한 개입 정도 등에 비추어 비양육친이 자녀에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호·감독하고 있었거나, ② 그러한 정도에는 이르지 않더라도 면접교섭 등을 통해 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었던 상황에서 자녀가 불법행위를 하지 않도록 부모로서 직접 지도, 조언을 하거나 양육친에게 알리는 등의 조치를 취하지 않은 경우 등과 같이 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 비양육친도 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다.

Ⅱ. 연구

1. 문제의 제기

2021년 한 해 동안 이혼한 건수가 약 10만 2천 건 정도이고, 그 중 미성년 자녀가 있는 이혼 부부 비중은 약 4만 1천 건으로 전체 이혼의 40.5%를 차지한다.[5] 미성년 자녀가 있는 부부가 이혼하는 경우, 일방은 양육친으로서, 상대방은 비양육친으로서 자녀를 보호·양육할 권리의무를 부담하게 된다. 그러나 비양육친이 자녀와 원만하게 면접교섭을 하면서 양육친에 준할 정도의 영향력을 갖는 경우도 있을 것이지만, 이혼 후 면접교섭이 제대로 이루어지지 아니하여 자녀에 대한 영향력을 거의 인정할 수 없

5) 통계청이 '2021년 혼인·이혼 통계'에 관하여 2022. 3. 16. 배포한 보도자료.

는 경우도 있을 것이다.

한편, 부모의 이혼 여부에 따라 미성년자의 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하는 자의 범위가 달라진다면, 피해자로서는 불측의 손해를 입게 될 수도 있다.

이하에서는 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 양육친의 감독의무에 관한 종래의 논의에 대해 먼저 살핀 다음, 비양육친에게 감독의무 위반을 인정할 수 있을지 여부에 대하여 살피기로 한다.

2. 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 양육친의 손해배상책임

가. 책임의 근거

미성년자가 불법행위를 한 경우 그에게 책임능력이 없는 때에는 손해배상의 책임이 없다(민법 제753조). 이러한 경우 그 미성년자를 감독할 법정의무가 있는 자가 손해배상책임을 부담하게 된다(민법 제755조 제1항). 한편, 책임능력 있는 미성년자가 불법행위를 한 경우에는 가해자인 미성년자에게 손해배상책임이 인정된다. 다만, 미성년자의 변제자력이 충분하지 않기 때문에 피해자는 미성년자로부터 그 손해를 제대로 배상받기 어려운 경우가 많다. 따라서 이러한 경우, 미성년자의 부모에게 그 손해배상책임을 물을 수 있는지, 손해배상책임이 인정된다면 그 근거는 무엇인지에 관하여 오랫동안 논의되어 왔다.

우리 민법에는 책임능력 있는 미성년자가 불법행위를 한 때 감독의무자에게 손해배상책임이 인정되는지에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 실무는 미성년자의 감독의무자에게 손해배상책임을 인정하여 왔다. 다만, 감독의무자에게 손해배상책임이 인정되는 근거와 관련하여 학설은 보충책임설[6], 특수불법행위설[7], 일반불법행위설[8]로 나뉘어 있었고, 종전의 판례도 거듭 변천해 왔으나, 대법원 1994. 2. 8. 선고

---

6) 민법 제755조의 입법취지와 근대법의 기본원리인 과실책임주의 원칙에 충실하게 해석하는 입장으로서, 책임능력 있는 미성년자의 경우에는 친권자의 감독의무 해태가 있어도 감독의무자는 책임을 부담하지 않는다는 것이다. 대법원도 처음에는 이런 입장을 취한 것으로 보인다(대법원 1971.4.6. 선고 71다187 판결, 대법원 1989.1.24. 선고 87다카2118 판결등). 한영표, 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 부모의 책임, 판례연구 15집, 부산판례연구회(2003), 500쪽 이하.

7) 책임능력 있는 미성년자의 감독자책임도 책임능력 없는 미성년자와 마찬가지로 민법 제755조를 적용해야 한다는 주장이다. 대법원 1984.7.10. 선고 84다카474 판결에서 채택된 이론이다. 그러나 이 이론에 대하여는 "전 2조의 규정에 의하여 무능력자에게 책임이 없는 경우에는" 이를 감독할 법정의무 있는 자가 손해를 배상할 책임이 있다고 규정한 민법 제755조의 문언에 정면으로 반하여 법해석론의 한계를 벗어난 무리한 해석이라는 비판이 제기되고 있다. 한영표, 같은 논문, 501쪽 이하.

8) 친권자는 미성년자를 보호하고 교양할 의무가 있으므로(민법 제913조), 이러한 보호·교양

93다13605 전원합의체 판결에 의하여 입장이 분명해졌다. 대법원은 위 판결에서 '민법 제750조에 대한 특별규정인 민법 제755조 제1항에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 법정의 의무 있는 자가 부담하는 손해배상책임은 그 미성년자에게 책임이 없음을 전제로 하여 이를 보충하는 책임이고, 그 경우에 감독의무자 자신이 감독의무를 해태하지 아니하였음을 입증하지 아니하는 한 책임을 면할 수 없는 것이나, 반면에 미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다. 이 경우에 그러한 감독의무위반사실 및 손해발생과의 상당인과관계의 존재는 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다(일반불법행위설)'고 판시하면서 특수불법행위설의 입장에 있던 대법원 1984. 7. 10. 선고 84다카474 판결[9]의 견해를 변경하였다.

나. 민법 제750조에 의한 감독의무자의 책임에 있어서의 과실

1) 문제의 제기

책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자의 책임을 민법 제750조에 의한 일반불법행위책임으로 보는 판례에 따를 때, 어떠한 경우에 과실(감독의무 위반)을 인정할 수 있는지가 문제된다. 부모의 감독의무를 너무 넓게 해석한다면, 민법 제755조의 감독의무자책임과 다를 바가 없게 되어 부모로서는 과도한 책임을 부담하게 될 것이다. 반면에, 부모의 감독의무를 너무 좁게 해석한다면 사실상 입증이 곤란

의무의 일환으로서 미성년자가 타인에게 손해를 가하지 않도록 감독해야 할 의무를 부담하고, 친권자가 이러한 의무를 위반하여 미성년자로 하여금 제3자에게 손해를 가하게 한 경우에는, 그 감독의무 위반을 이유로 민법 제750조의 일반불법행위책임을 부담하게 된다는 견해이다. 한영표, 같은 논문, 502쪽 이하.

9) 대법원 1984. 7. 10. 선고 84다카474 판결
민법 제755조는 무능력자가 책임능력이 없다는 이유로 그의 불법행위에 관하여 배상책임을 지지 않는 경우에는 부모 등 법정의 감독의무가 있는 사람은 그 감독의무를 게을리하지 않았다는 것을 입증하지 않는 한 스스로 손해배상책임을 진다고 규정하고 있는바, 이 배상책임은 가족적 생활협동체의 단체주의적 책임을 근대적 개인책임형태로 수정한 것으로 행위자 자신에 책임능력이 있었는지의 여부가 명백하지 않고 행위자에게 책임능력이 있는 경우라고 하더라도 자신의 재산을 가지고 있지 않은 때가 많아 소송상의 어려움과 그 실효를 기대하기 어렵다는 점에서 피해자 보호를 위하여 불법행위자에게 그 행위당시에 책임능력이 있었느냐의 여부에 불구하고 감독책임자는 그 배상책임을 지는 것이며 감독의무자의 책임은 피감독자의 책임을 보충하는 것이 아니라 감독의무자의 책임과 피감독자의 책임은 병존하는 것이라고 풀이함이 상당하다 할 것이다.
따라서 이 감독의무자의 책임은 그 불법행위 자체에 관한 과실이 아니라 피감독자에 대한 일반적 감독 및 교육을 게을리한 과실로서 실질적으로는 위험책임과 같은 성질을 가지고 있어 이 과실은 추정되므로 감독의무자가 그 감독을 게을리하지 않았다는 것을 증명하지 않는 한 배상책임을 면할 수 없는 것이다.

한 경우가 다수 발생하여 피해자 보호에 문제가 생긴다.

2) 견해의 대립

가) 일반적·일상적 감독의무 위반이 있으면 과실이 인정된다는 견해[10)]

미성년자의 불법행위에 친권자가 어떻게 관여하고 있는지를 구체적, 개별적으로 심사하지 않고, 친권자의 일반적, 일상적인 감독의무 위반이 있으면, 그 친권자에게 바로 민법 제750조의 불법행위책임을 인정할 수 있다고 한다. 민법 제750조의 일반원칙을 엄격하게 고집한다면, 실제로 감독의무자의 책임이 인정되는 경우는 극히 한정되고 말 것이기 때문에 과실 및 인과관계를 민법 제755조 책임의 그것에 어느 정도 접근시켜 이해하는 것은 부득이하다고 한다. 피해자의 보호에 충실한 견해이다.

나) 개별적·구체적으로 과실을 심사하여야 한다는 견해[11)]

친권자가 미성년자의 당해 불법행위에 어느 정도로 관여하고 있는지를 구체적, 개별적으로 검토하여, 친권자에게 구체적인 예견가능성과 회피가능성이 있었음에도 불구하고, 이를 예견하여 회피할 수 있는 조치를 취하지 못한 경우에만, 친권자에게 과실을 인정하자는 견해이다. 친권자가 일반적, 일상적인 감독의무를 위반한 경우에, 그 친권자에게 바로 민법 제750조의 불법행위책임을 인정하게 되면, 친권자는 미성년자의 불법행위에 대하여 실질적으로 무과실책임에 가까운 과중한 책임을 부담하게 되는데, 이것은 과실책임을 기본으로 하고 있는 불법행위법의 기본원칙에 반할 뿐만 아니라, 미성년자의 건전한 인격형성을 저해할 우려가 있다고 한다.

3) 판례의 경향[12)]

감독의무를 게을리 한 과실의 인정 여부와 관련하여, 친권자에게 일반적·일상적인 감독의무위반이 있으면 과실이 인정된다고 판시한 것[13)]과 개별적·구체적 감독의무

---

10) 김오수, 책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임(Ⅲ), 사법행정 297호, 한국사법행정학회(1985), 24쪽 이하.

11) 권오승, 책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임, 민사판례연구 제14집, 민사판례연구회(1992), 224쪽 이하.

12) 한영표, 위의 논문, 518쪽 이하

13) 대법원 1999. 7. 13. 선고 99다19957 판결(사고 당시 만 16세 남짓한 고등학교 1학년이 친구로부터 오토바이를 빌려 무면허 운전을 하다 교통사고를 낸 사안에서 경제적인 면에서 전적으로 그의 부모에게 의존하며 그들의 보호·감독을 받고 있어, 부모는 자녀에 대하여 면허 없이 오토바이를 운전하지 못하도록 하는 등 보호·감독을 철저히 하여야 할 주의의무가 있는데도 이를 게을리한 잘못이 있다고 하여 손해배상책임을 인정하였다), 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다37690 판결(만 14세 8개월의 중학교 3학년이 교실에서 동급생인 원고의 배를 발로 걷어차는 등으로 상해를 입힌 사안에서, 부모로서는 자녀에 대하여 타인에게 불법행위를 함이 없이 정상적으로 사회에 적응할 수 있도록 일반적·일상적인 지도·조언 등 감독교육의 의무를 부담하고 있다고 할 것인데도, 이를 게을리하여 이 사건 사고를 일으켰다고 하여 손해배상책임을 인정하였다) 등.

위반이 있었는지에 대하여 심사하여야 한다고 판시한 것[14]이 혼재되어 있다.[15] 다만, 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5061 판결[16] 및 그 이후에 선고된 아래와 같은 판결들에서는 개별적·구체적 감독의무 위반을 심사하여 과실 인정 여부를 판단하고 있는 것으로 보인다.

① 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다30095 판결

당시 만 17세 남짓의 고등학교 2학년생인 자녀가 새벽에 무등록 오토바이의 정원을 초과하여 주취상태에서 운전하다가 교통사고를 내어 동승자로 하여금 상해를 입게 한 사안에서, 부모와 생계를 함께 하는 미성년의 아들인 자녀가 위 횟집에서 새벽까지 부모의 일을 도와주며 무등록인 오토바이를 운전해 왔으므로,[17] 부모로서는 위 오토바이가 무등록이고 자녀가 횟집 영업이 끝난 후 귀가 등을 위하여 야심한 시각에 오토바이를 빈번하게 운전하게 되는 점을 감안하여 자녀로 하여금 안전운행을 하도록 보호.감독하여야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 과실이 있다고 판단

14) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결(교통사고 당시 만 17세 9개월 남짓된 고등학교 3학년생이 친구 소유의 오토바이를 운전하다 교통사고를 낸 사안에서, 사고를 일으키기 8개월여 전에 면허를 취득하였으므로 부모들에게 오토바이 운전에 관하여 일상적으로 세심하게 감독할 주의의무가 있음에도 이를 게을리하였다는 원고들의 주장에 대하여 원고들의 입증만으로는 부모가 자녀에 대한 감독을 게을리한 과실이 있고, 그로 말미암아 위 사고가 발생하였다고 인정하기에 부족하다고 하여 손해배상책임을 인정하지 않았다), 대법원 2002다64544 판결(사고 당시 17세 9개월 남짓된 고등학교 3학년생이 후배로부터 오토바이를 빌려 운전하다가 중앙선을 침범하여 불법 좌회전한 승용차와 충돌한 사안에서, 설사 자녀에게 이 사건 사고에 대한 과실이 있었다 하더라도, 자녀가 미성년자로서 경제적인 면에서 아버지에게 의존하고 있었고, 위 사고 당시 운전면허를 취득한 지 3개월 정도 밖에 되지 않은 상태에서 오토바이를 빌려 운행하다가 이 사건 사고를 일으켰다는 사정만으로 아버지에게 자녀에 대한 감독을 게을리한 과실이 있었다고 보기 어렵다고 판단하였다) 등.

15) 한영표, 위의 논문, 518쪽 이하. 위 논문은 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5061 판결 이전에 선고된 대법원 판결들에 대하여 상세하게 검토하고 있다.

16) 사고 당시 만 18세 8개월 남짓된 재수생이 술에 취하여 갑자기 폭력을 행사하는 원고에 대항하여 주먹으로 원고의 얼굴을 1회 때려 상해를 입힌 사안에서, 자녀가 학원에 다니면서 수학능력평가시험을 준비하고 있던 중 이 사건 사고를 일으켰다는 것일 뿐, 자녀가 타인을 폭행하거나 비행을 저지르는 등 평소 행실에 문제가 있었음을 인정할 아무런 자료가 없으므로, 자녀가 아버지인 피고와 동거를 하면서 경제적인 면에서 피고에게 전적으로 의존하고 있다거나 이 사건 사고를 일으켰다는 사정만으로 피고에게 자녀에 대한 감독을 게을리 한 과실이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

17) 자녀가 횟집을 운영하고 있던 부모에게 경제적으로 의존하면서 방과 후 새벽까지 횟집에서 부모의 일을 도와 왔고, 자녀가 이 사건 사고 발생 약 3개월 전에 부모로부터 돈을 받아 오토바이를 구입하여 사용해 왔고, 오토바이의 유지비나 수리비 역시 부모로부터 받아서 지급해 온 사실, 자녀는 원동기장치자전거운전면허를 취득하기는 하였으나, 위 오토바이는 무등록 오토바이였던 사실, 위 횟집은 보통 새벽 3시 또는 4시경까지 영업을 하여 왔는데, 자녀는 사고 발생일에도 새벽 4시 또는 5시경까지 일을 하다가 횟집에서 일을 같이 도와주던 친구들과 위 오토바이에 같이 타고 근처 휴게소에서 우동을 먹고 돌아오다가 주취상태에서 이 사건 사고를 일으켰다.

하였다.

② 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다237618 판결

자녀가 새벽에 신문지에 라이터로 불을 붙여 아파트 1층 통로부분에 주차되어 있던 이륜차 적재함에 놓음으로써 화재를 일으킨 사안에서, 자녀는 이 사건 화재를 일으킨 당일 00:00경 친구의 전화를 받고 수면 중인 부모 모르게 집을 빠져 나가 PC방에서 게임을 한 후 귀가하던 중 화재를 일으킨 것으로 보이는 점, 자녀가 이 사건 화재 이전에도 방화로 문제를 일으켰거나 자녀가 불을 보면 희열을 느끼는 성향을 가지고 있는 것을 사전에 이미 알고 있었거나 부주의하여 모르고 있었음에 관하여 아무런 주장 입증이 없는 점 등을 종합하여 친권자로서 자녀에 대한 감독의무를 위반하여 이 사건 화재가 발생하였다고 인정하기에 부족하다는 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다.

4) 최근 하급심의 경향

가) 자녀가 폭력범죄, 성범죄를 저지른 경우

미성년자의 부모라는 이유로 감독의무 위반을 인정한 사례,[18] 불법행위에 대한 예견가능성이 없었다는 이유로 감독의무 위반을 인정하지 않은 사례[19]가 있으나, 미성년 자녀의 불법행위 당시 미성년 자녀가 부모와 동거하고 있고, 경제적인 면에서도 전적으로 부모에게 의존하면서 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있었다면, 그 부모의 영향력이 책임무능력자에 가까우리만큼 크다는 이유로, 부모의 미성년 자녀에 대한 일반적·일상적 감독의무의 위반만으로도 부모의 과실 및 상당인과관계를 인정하는 사례가 많은 듯하다.[20]

---

18) 대전지방법원 2019. 3. 14. 선고 2017가단28433 판결(부모들은 미성년자들인 가해학생들을 잘 보호하고 감독할 의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 한 과실로 가해학생들이 원고에게 손해를 입게 하였으므로 민법 제750조에 따라 가해학생들과 공동하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다)

19) 춘전지방법원 원주지원 2021. 11. 5. 선고 2021가단54967 판결(미성년 자녀의 불법행위는 그 경위에 비추어 우발적인 범행에 해당하고, 위 불법행위를 저지르기 전에 동종, 유사 범행을 저지른 전력이 없으며, 부모인 피고들이 자녀의 평소 행실로부터 위 불법행위를 저지를 것을 예견할 수 있었다고 보기 부족한 점 등에 비추어 보면, 미성년 자녀가 부모와 동거를 하면서 경제적인 면에서 부모에게 전적으로 의존하고 있는 상태에서 위 불법행위를 저질렀다는 사정만으로 부모에게 자녀에 대한 보호, 감독의무를 게을리 한 과실이 있다고 보기 어렵다), 대전지방법원 2022. 4. 13. 선고 2020가단136914 판결, 의정부지방법원 고양지원 2020. 12. 9. 선고 2020가단76995 판결, 창원지방법원 통영지원 2015. 10. 29. 선고 2015가단686 판결 등.

20) 서울중앙지방법원 2021. 11. 19. 선고 2020가단5157689 판결, 대구지방법원 서부지원 2020. 8. 13. 선고 2019가단55047 판결, 수원지방법원 2020. 7. 14. 선고 2018가단507932 판결 등.

나) 교통사고의 경우

부모의 일반적·일상적 감독의무 위반을 인정한 사례[21]도 있으나, 개별적·구체적으로 예견가능성과 회피가능성을 심사하여 감독의무 위반 여부를 판단한 사례가 대다수였다.[22]

---

21) 수원지방법원 안산지원 2021. 1. 20. 선고 2019가단53139 판결(미성년자와 동거하는 부모로서 미성년자가 보행자가 다니는 도로에서 자전거를 운전하는 경우에 서행하고 불의의 사고를 방지하도록 지도할 감독·교육의무가 있음에도 이를 게을리 한 잘못이 인정된다), 서울중앙지방법원 2019. 3. 27. 선고 2017가단5236841 판결, 서울남부지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018가단10306 판결, 서울중앙지방법원 2019. 1. 18. 선고 2015가단197336 판결, 서울중앙지방법원 2011. 1. 7. 선고 2010가합101146 판결, 대구지방법원 영덕지원 2010. 5. 25. 선고 2009가단1967 판결, 서울중앙지방법원 2016. 4. 14. 선고 2014나37681 판결, 서울중앙지방법원 2020. 7. 15. 선고 2018가단5170313 판결, 서울중앙지방법원 2017. 11. 15. 선고 2016가단5232972 판결, 수원지방법원 안양지원 2013. 7. 16. 선고 2012가단106551 판결, 서울중앙지방법원 2011. 11. 14. 선고 2011가단10707 판결 등.

22) **<자동차 사고>**

● 감독의무 위반 인정-서울동부지법 2022. 7. 8. 선고 2021가단122152 판결(이 사건 사고와 마찬가지로 자동차운전면허가 없는 상태에서 타인의 신분증으로 차량을 운전하다가 2회에 걸쳐 타인을 다치게 하고 도주한 적이 있었던 점), 광주지방법원 2020. 5. 14. 선고 2019나62139 판결), 부산지방법원 2011. 8. 16. 선고 2010가단80820 판결, 창원지방법원 진주지원 2010. 7. 1. 선고 2009가단15745 판결.

● 감독의무 위반 부정-서울중앙지방법원 2019. 6. 20. 선고 2018나61774 판결(1심은 일상적·일반적 감독의무를 인정하였었다), 서울동부지방법원 2019. 2. 13. 선고 2018가소355697 판결, 대구지방법원 2018. 12. 13. 선고 2017가단120636 판결, 서울중앙지방법원 2017. 10. 17. 선고 2016나8694 판결, 서울중앙지방법원 2022. 1. 11. 선고 2020가단5303802 판결, 창원지방법원 2018. 6. 7. 선고 2017나5420 판결, 춘천지방법원 강릉지원 2018. 5. 9. 선고 2018가단30111 판결, 서울중앙지방법원 2011. 10. 18. 선고 2011나19019 판결, 서울중앙지방법원 2011. 10. 11. 선고 2011나28709 판결.

<오토바이 사고>

● 감독의무 위반 인정-서울북부지방법원 2022. 6. 24. 선고 2020가단147808 판결, 서울중앙지방법원 2018. 8. 22. 선고 2017가단32037 판결, 서울중앙지방법원 2010. 10. 6. 선고 2010가단68006 판결

● 감독의무 위반 부정-수원지방법원 안산지원 2022. 3. 24. 선고 2019가단71687 판결, 서울남부지방법원 2021. 12. 22. 선고 2020가단252646 판결, 대구지방법원 2021. 9. 28. 선고 2020가단140388 판결, 대전지방법원 2020. 12. 23. 선고 2019가단116822 판결, 전주지방법원 2013. 2. 15. 선고 2012가단3786 판결, 울산지방법원 2012. 10. 11. 선고 2012나2309 판결, 서울중앙지방법원 2012. 4. 27. 선고 2011나49836 판결, 대전지방법원 2010. 9. 2. 선고 2010가단3015 판결, 청주지방법원 2010. 4. 30. 선고 2009가단19086 판결, 대구지방법원 서부지원 2009. 2. 19. 선고 2007가단29892 판결, 서울고등법원 2007. 12. 26. 선고 2007나5757 판결, 서울북부지방법원 2016. 12. 23. 선고 2015가단130776 판결, 춘천지방법원 강릉지원 2021. 10. 6. 선고 2020가단36259, 청주지방법원 2019. 6. 13. 선고 2016가단101839 판결, 인천지방법원 부천지원 2018. 8. 22. 선고 2017가합104483 판결, 부산지방법원 2016. 8. 10. 선고 2015가합50425 판결, 대전지방법원 2015. 7. 24. 선고 2013나16556 판결, 서울중앙지방법원 2015. 6. 11. 선고 2014나24869 판결, 광주지방법원 2015. 3. 3. 선고 2014가단3196 판결, 부산지방법원 2015. 2. 13. 선고 2014나41145 판결, 청주지방법원 2015. 1. 14. 선고 2013가합26651 판결, 수원지방법원 2014. 10. 8. 선고 2013가단98549 판결, 부산지방법원 2014. 9. 19. 선고 2014

마) 보이스피싱 범죄, 부정행위

종전의 행적이나 습관 등이 있어 미성년 자녀의 상간행위 등을 예견하거나 예견할 수 있었다고 볼 만한 아무런 증거가 없다거나,[23] 미성년 자녀가 보이스피싱 범죄에 가담하였다는 사정만으로 부모에게 자녀에 대한 보호·감독을 게을리 한 과실이 있다고 보기 어렵다[24]는 이유로 부모의 감독의무 위반을 인정하지 않은 사례가 있다.

5) 대상판결의 경우

대상판결은 미성년자가 ⅰ) 부모와 함께 살고 ⅱ) 경제적으로 부모에게 의존하면서 ⅲ) 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있음을 전제로 하여 친권자인 부모에게 일반적·일상적 감독의무 위반을 인정하였다. 위와 같은 전제가 되는 사정이 인정되는 경우, 미성년자에 대한 부모의 영향력이 책임무능력자에 가까우리만큼 크다는 것을 고려한 것으로 보인다. 다만, 대상판결에서는 개별적·구체적 감독의무 위반 여부를 살펴야 한다는 취지의 판결들을 폐기하지는 않았다.

6) 검토

양친자의 감독의무 위반 여부에 대하여 획일적으로 판단할 수 있는 객관적인 기준을 마련한다는 것은 불가능해 보인다. 그 구체적인 내용은 미성년자의 나이, 성격, 품행 등과 같은 미성년자 측의 사정과 친권자와 미성년자의 동거 여부, 미성년자의 경제적 독립성 등과 같은 친권자와 미성년자의 관계 및 친권자의 손해발생에 대한 예측가능성과 회피가능성 등 친권자 측의 사정을 종합적으로 고려하여야 개별적으로 판단할 수밖에 없다.[25]

사견으로는, 손해의 공평한 분담과 피해자 보호를 위해서는 미성년자가 저지른

나3624 판결, 서울중앙지방법원 2013. 8. 30. 선고 2010가단484370 판결, 부산지방법원 2012. 9. 26. 선고 2011가단111301 판결.

<자전거 사고>

● 감독의무 위반 인정-의정부지방법원 2018. 9. 14. 선고 2018나200649 판결

● 감독의무 위반 부정-창원지방법원 2019가단104627 판결, 서울중앙지방법원 2019. 10. 16. 선고 2019가단5021180 판결

<보행중 사고>

의정부지방법원 고양지원 2015. 8. 20. 선고 2014가단50282 판결(감독의무 위반 부정).

23) 울산가정법원 2020. 10. 13. 선고 2020드단21527 판결, 울산지방법원 2020. 1. 9. 선고 19나10170 판결

24) 서울서부지방법원 2021. 7. 2. 선고 2020가단273499 판결, 서울북부지방법원 2022. 7. 8. 선고 2021가단141708 판결, 서울북부지방법원 2021. 11. 12. 선고 2021가소365645 판결, 대구지방법원 서부지원 2021. 6. 9. 선고 2020가소329137 판결, 서울남부지방법원 2020. 7. 9. 선고 2019가단243141 판결 등.

25) 권오승, 책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임, 민사판례연구 제14집, 민사판례연구회(1992), 223쪽,

불법행위의 유형에 따라 감독의무의 내용을 달리 인정해야 할 필요가 있다고 생각된다.

미성년자가 폭력범죄나 성범죄를 저지른 경우에는 피해자 보호의 측면을 보다 중시하여 친권자가 일반적·일상적 감독의무를 위반한 것만으로도 과실을 인정할 수 있다고 본다. 일반적으로 부모는 자녀에게 가장 영향을 미치는 사람이므로 자녀를 인격적인 사람으로 성장할 수 있게 생활전반에 걸쳐 교육하고 훈계할 의무가 있고,[26] 특히, 부모는 미성년 자녀가 폭력을 행사하지 않도록 하거나 성적 호기심을 잘못된 방법으로 표출하지 않도록 일상적인 지도와 조언을 하여야 할 보호·감독의무가 있다고 볼 수 있기 때문이다.

그 밖의 불법행위에 대하여는 개별적·구체적으로 심사하여 부모에게 구체적인 예견가능성과 회피가능성이 있었음에도 불구하고 이를 예견하여 회피할 수 있는 조치를 취하지 못한 경우에만 부모에게 감독의무 위반을 인정하는 것이 손해의 공평한 분담 및 피해자 보호를 위한 것이라고 생각된다.

입법론으로는 피해자 보호를 위하여 책임능력 있는 미성년자의 불법행위의 경우에도 법정 감독의무자가 민법 제755조의 책임과 같은 정도의 책임을 부담하게 하고, 법정 감독의무자가 감독의무를 다하였음을 입증한 때에는 책임을 면할 수 있도록 민법을 개정하는 것이 바람직하다.

실제로 2013년 법무부 민법 개정시안에서는 민법 제755조 제1항을 '① 미성년자나 심신상실자를 감독할 법정의무있는 자는 미성년자나 심신상실자가 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무자가 감독의무를 다한 때 또는 감독의무를 다하였더라도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하여 미성년자이면 책임능력 유무를 불문하고 감독의무자의 손해배상책임을 인정하는 내용의 시안을 마련하였었다.

3. 비양육친의 미성년 자녀에 대한 권리의무

가. 민법의 관련규정

제836조의2(이혼의 절차)
④ 양육하여야 할 자가 있는 경우 당사자는 제837조에 따른 자(子)의 양육과 제909조제4항에 따른 자(子)의 친권자결정에 관한 협의서 또는 제837조 및 제

26) 이은영, 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 친권자 책임-공평한 책임분담을 위한 불법행위의 유형화를 중심으로-, 외법논집 제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소(2017), 246쪽.

909조제4항에 따른 가정법원의 심판정본을 제출하여야 한다.

제837조(이혼과 자의 양육책임)

① 당사자는 그 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정한다.

② 제1항의 협의는 다음의 사항을 포함하여야 한다.

1. 양육자의 결정
2. 양육비용의 부담
3. 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법

⑥ 제3항부터 제5항까지의 규정은 양육에 관한 사항 외에는 부모의 권리의무에 변경을 가져오지 아니한다.

제837조의2(면접교섭권)

① 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다.

제909조(친권자)

① 부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다. 양자의 경우에는 양부모(養父母)가 친권자가 된다.

③ 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사한다.

④ 혼인외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼하는 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 친권자를 지정하여야 한다. 다만, 부모의 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정한다.

⑤ 가정법원은 혼인의 취소, 재판상 이혼 또는 인지청구의 소의 경우에는 직권으로 친권자를 정한다.

제911조(미성년자인 자의 법정대리인)

친권을 행사하는 부 또는 모는 미성년자인 자의 법정대리인이 된다.

제913조(보호, 교양의 권리의무)

친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다.

나. 친권

친권이라 함은 부모가 미성년자인 자를 보호하고 교양할 권리·의무를 총칭하는 개념이다.[27] 친권의 내용에 '자녀의 양육에 관한 권리의무'와 '자녀의 재산관리 및 법률행위의 대리·동의에 관한 권한'이 포함된다.[28]

친권은 미성년인 자의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것이다.[29]

---

27) 윤혜란, 친권에 관한 비교법적 고찰-친권의 행사와 제한을 중심으로-, 가족법연구 제26권 2호, 66쪽.

28) 주해친족법 제2권, 박영사(2015), 997쪽(권재문 집필부분).

2005년 민법개정에 의하여 제912조(현행 제912조 제1항)가 신설되면서 친권이 더 이상 자녀에 대한 지배권이 아니고 자녀의 복리 실현을 위하여 부모에게 인정된 부모의 의무인 동시에 권리임이 명확하게 되었다고 할 수 있다.[30]

다. 양육권과의 관계

양육권은 자녀에 대한 양육과 교육, 이를 위한 신상에 관한 권리를 포함하는 것으로[31] 친권의 내용 중 일부를 대상으로 하는 것이다.[32]

민법은 친권에 관하여는 제909조에서 규정하고 있고, 양육권에 관하여는 제837조에서 별도로 규정하고 있다. 이는 제정 민법 제909조가 친권을 부에게 귀속시키고 있었는데, 실제로는 이혼 후 모가 공동의 자녀를 단독 양육하는 경우가 적지 아니하였으므로, 이러한 사실상의 양육자에게 법적 지위를 부여할 필요가 있었기 때문이다.[33]

부모가 혼인 중인 때에는 자녀에 대한 친권이 부모에게 공동으로 귀속된다. 부모가 이혼하는 경우에는 자녀의 친권자와 양육자를 협의나 재판으로 정하여야 한다(민법 제909조, 제837조). 부모의 일방이 단독친권자 또는 단독양육자로 지정되는 것뿐만 아니라 부모 모두를 공동친권자 또는 공동양육자[34]로 지정하는 것도 가능하다. 또한, 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에

---

29) 대법원 1993. 3. 4.자 93스3 결정.
30) 주해친족법 제2권, 986쪽.
31) 이호철, 이혼과 자녀 양육에 관한 문제, 판례연구 제30집, 부산판례연구회(2018), 119쪽.
32) 주해 친족법 제2권, 997쪽.
33) 주해 친족법 제1권, 박영사(2015), 340쪽 이하(이동진 집필부분).
34) 다만, 재판상 이혼에서 이혼하는 부모 모두를 공동양육자로 정할 때에는 그 부모가 부정행위, 유기, 부당한 대우 등 첨예한 갈등이나 혼인을 계속하기 어려운 사유로 이혼하게 된 것이라는 점을 고려하여 그 허용 여부는 신중하게 판단할 필요가 있다(일방에 대한 양육자 지정과 상대방에 대한 면접교섭을 통해서도 공동양육자 지정을 통해 달성하고자 한 목적을 달성할 수 있을 것인지 검토해 보아야 할 것이다). 게다가 공동양육의 경우 자녀가 부모의 주거지를 주기적으로 옮겨 다녀야 하는 불편함이 있고, 자녀는 두 가정을 오가면서 두 명의 양육자 아래에서 생활하게 되어 자칫 가치관의 혼란을 겪거나 안정적인 생활을 하지 못하게 될 우려가 있으며(특히 자녀가 교육기관 등에 다니게 되면 거주지를 주기적으로 옮기는 것은 자녀에게 상당한 부담이 될 것이다), 부모 사이에 양육방법을 둘러싸고 갈등이 계속되는 경우에는 공동양육을 통해 달성하고자 하는 긍정적인 효과보다는 그 갈등이 자녀에게 미칠 부정적 영향이 크다는 점에서 보더라도 그러하다. 따라서 재판상 이혼의 경우 부모 모두를 자녀의 공동양육자로 지정하는 것은 부모가 공동양육을 받아들일 준비가 되어 있고 양육에 대한 가치관에서 현저한 차이가 없는지, 부모가 서로 가까운 곳에 살고 있고 양육환경이 비슷하여 자녀에게 경제적·시간적 손실이 적고 환경 적응에 문제가 없는지, 자녀가 공동양육의 상황을 받아들일 이성적·정서적 대응능력을 갖추었는지 등을 종합적으로 고려하여 공동양육을 위한 여건이 갖추어졌다고 볼 수 있는 경우에만 가능하다고 보아야 한다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018므15534 판결).

대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 귀속되는 것으로 정하는 것도 허용된다.[35] 따라서 친권자 아닌 양육자나 양육자 아닌 친권자가 있을 수 있다. 이와 같이 친권과 양육권이 분리귀속되는 경우 미성년자녀를 위한 양육에 배치되는 친권의 행사는 제한되므로, 이때 양육권은 친권에 우선하고 친권자는 양육권에서 제외된 친권의 나머지 부분만을 행사하는 것으로 보아야 할 것이다.[36]

실무상으로는 친권자와 양육자를 동일인에게 귀속시키는 것을 원칙으로 하고 있고, 친권자와 양육자가 달리 지정되더라도 적어도 양육자는 공동친권자로 지정하는 등 친권자와 양육자를 완전히 분리하여 각각 지정하는 것은 지양하고 있다.[37]

라. 면접교섭권

면접교섭권은 일반적으로 양육자가 아니어서 현실적으로 자녀를 양육하고 있지 아니한 부모 일방과 그 자녀가 직접 면접, 접촉할 권리를 말한다.[38]

부모와 자녀의 친밀한 관계는 부모가 혼인 중일 때뿐만 아니라 부모의 이혼 등으로 자녀가 부모 중 일방의 양육 아래 놓인 경우에도 지속될 수 있도록 보호할 필요가 있는바, 면접교섭권은 이를 뒷받침하여 자녀의 정서안정과 원만한 인격발달을 이룰 수 있도록 하고 이를 통해 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하는 제도이다. 이는 자녀의 권리임과 동시에 부모의 권리이기도 하다.[39] 면접교섭은 양육의 한 형태라고 보기는 어렵지만, 그 기초는 공동양육과 마찬가지로 이혼 후에도 미성년 자녀와 비양육친과의 계속적인 관계를 확보하고 비양육친이 자녀에 대한 권리와 의무를 계속할 수 있게 한다는 데 있어서 실제 양육과 마찬가지의 기능을 한다고 할 것이다.[40]

부모와 자녀 사이의 접촉을 통한 유대감 형성은 자녀의 복리에 매우 중요한 부분이다.[41] 자녀의 정서적 안정 등을 위해서 반드시 필요하다. 일방의 부모와의 정신적인 유대감 형성이 단절되거나 경제적 지원이 막히게 되면, 아이의 건전한 성장이나 발달, 안정된 생활은 보장될 수 없기 때문이다.[42]

마. 양육비 지급의무

---

35) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4719 판결.
36) 이호철, 위의 논문, 121쪽.
37) 법원실무제요 가사(Ⅱ), 사법연수원(2021), 1470쪽.
38) 주해 친족법 제1권, 356쪽.
39) 대법원 2021. 12. 16.자 2017스628 결정
40) 김연, 이혼후의 자의 양육, 가족법연구 8호, 한국가족법학회(1994), 375쪽 이하.
41) 서종희, '면접교섭 지원을 위한 제도 모색-독일법을 참조하여-', 법학논총 27집 3호 (2020), 176쪽.
42) 서종희, 위의 논문, 182쪽.

미성년 자녀가 있는 부모가 이혼하는 경우, 양육비용의 부담에 관한 사항을 협의하여 정하거나 가정법원이 결정하여야 한다(민법 제837조).

비양육친은 양육친에게 미성년 자녀의 양육비를 지급할 의무가 있다. 그럼에도 비양육친이 양육비지급의무를 이행하지 않을 경우, 양육친은 비양육친을 상대로 이행명령을 신청할 수 있고, 그 이행명령에 불응할 때에는 감치명령을 신청할 수 있으며, 비양육친의 재산에 대하여 강제집행을 할 수 있다.[43)]

4. 비양육친에게 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무가 인정되는지 여부

가. 문제의 제기

민법 제913조는 자녀를 보호하고 교양할 권리의무를 친권자에게 귀속시키고 있다. 이를 반대해석하면, 친권자가 아닌 부모에게는 자녀에 대한 감독의무가 인정되지 않는 것으로 해석될 수 있다.

따라서 양육친에게 미성년자에 대한 일반적·일상적 감독의무가 인정되는 경우에 비양육친도 양육친과 함께 일반적·일상적 감독의무를 부담하는지 여부가 문제될 수 있다.

나. 가능한 견해

1) 일반적·일상적 감독의무를 긍정하는 견해[44)]

자녀를 보호하고 교양할 권리의무가 친권자에게 있는 것으로 규정되어 있다고 하더라도(민법 제913조), 그와 같은 권리의무는 친권자의 권리의무 이전에 부모로서의 권리의무로서 이는 친권자로 지정되지 못한 부모에게도 당연히 부여된다고 할 것이므로, 비양육친 역시 친권자와 함께 미성년자에 대한 일반적·일상적 감독의무를 부담한다는 견해이다. 피해자 보호와 형평의 관점을 우선시하는 견해이다.

가) 자녀의 양육과 보호·교양에 관한 권리와 의무는 법률에 의하여 비로소 창설되는 것이 아니라 부모와 자녀 사이의 자연적 혈연관계를 기초로 인정되는 것이다.[45)]

나) 부모는 그 소생의 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고, 그 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 부모가 공동으로 부담하여야 하는 것이며, 이는 부모 중 누가 친권을 행사하는 자인지 또 누가 양육권자이고 현실로 양육하고 있는 자인지를 물을

43) 법원실무제요 가사(Ⅱ), 사법연수원(2021), 1490쪽,
44) 광주고등법원 2021. 6. 30. 선고 2021나20025, 20032(병합) 판결, 대상판결의 원심의 견해이기도 하다.
45) 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다[헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16, 98헌마429(병합) 결정].

것 없이 친자관계의 본질로부터 발생하는 의무이다.[46]

다) 민법 제925조의3은 '친권의 상실, 일시 정지, 일부 제한 또는 대리권과 재산관리권의 상실이 선고된 경우에도 부모의 자녀에 대한 그 밖의 권리와 의무는 변경되지 아니한다'고 규정하고 있어 친권자인지와 별개로 부모로서 부담하는 권리와 의무 영역이 있음을 나타내고 있고, 친권이 상실되거나 그 행사가 제한된 부모라고 하더라도 그 의무의 이행은 거부할 수 없다는 점을 분명히 확인하고 있다.

라) 부모가 이혼할 경우에도 자녀에 대한 양육자와 양육에 필요한 사항은 부모의 협의에 따라 정하여 지는데다가(민법 제837조 제1항), 양육권을 가지지 않는 부모 일방은 면접교섭권을 행사하여 자의 보호.교양에 일정 정도 관여할 수 있다(민법 제837조의2 제1항).

마) 자녀의 보호.교양에 관한 권리와 의무는 법원의 허가를 받아 사퇴할 수 있는 법률행위 대리권이나 재산관리권과는 달리 사퇴도 허용되지 않는 것으로 해석된다(민법 제927조의 반대해석).

바) 친권자의 지정이나 변경은 '자의 복리'를 최우선적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되는 적합한 방향으로 이루어져야 하는데,[47] 친권자의 지정이나 변경이 도리어 부모가 자신의 의무나 책임을 회피하는 수단으로 악용되는 것은 '자의 복리'를 이념으로 하는 오늘날 친권 제도의 대원칙에 반하는 것이다.

2) 일반적·일상적 감독의무를 부정하는 견해[48]

비양육친이 미성년 자녀의 부모라는 사정만으로는 미성년 자녀에 대하여 일반적·일상적 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다는 견해이다.

가) 이혼으로 인하여 부모 중 1명이 친권자 및 양육자로 지정된 경우 비양육친에게는 자녀에 대한 친권과 양육권이 없어 자녀의 보호·교양에 관한 민법 제913조 등 친권에 관한 규정이 적용될 수 없다.

나) 비양육친은 자녀와 상호 면접교섭 할 수 있는 권리가 있지만(민법 제837조의2 제1항), 이러한 면접교섭 제도는 이혼 후에도 자녀가 부모와 친밀한 관계를 유지하여 정서적으로 안정되고 원만한 인격발달을 이룰 수 있도록 함으로써 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하는 것이고(대법원 2021. 12. 16.자 2017스628 결정 참조), 제3자와의 관계에서 손해배상책임의 근거가 되는 감독의무를 부과하는 규정이라

46) 대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정
47) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4719 판결.
48) 대상판결의 견해이다.

고 할 수 없다.

다) 비양육친은 이혼 후에도 자녀의 양육비용을 분담할 의무가 있지만, 이것만으로 비양육친이 일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언하는 등 보호·감독할 의무를 진다고 할 수 없다.

다. 하급심의 경향

종래 하급심에서는 이혼 이후 미성년 자녀와 함께 거주하지 아니하고 생계를 달리하였음을 이유로 비양육친의 미성년 자녀에 대한 보호·감독의무 위반을 인정하지 아니하는 판결이 다수였다.[49]

그러던 중 인천지방법원 2018. 4. 27. 선고 2017가합52312 판결에서 '단지 협의이혼을 하면서 친권자로 지정되지 못하였다는 사정만으로 미성년 자녀에 대한 감독의무에서 완전히 벗어난다고 할 수는 없으므로 비양육친도 친권자와 함께 미성년 자녀를 감독할 의무를 가진다'고 판시하였고,[50] 그 이후 같은 취지로 비양육친에게 미성년 자녀에 대한 감독의무를 인정한 판결들이 여럿 나오기 시작하였다.[51] 다만, 위와 같이 판시하면서도 실질적으로 자녀를 감독할 여지가 있었다거나[52] 불법행위에 대한

---

49) 대전고등법원 2018. 8. 29. 선고 2018나10300 판결, 수원지방법원 안산지원 2018. 3. 29. 선고 2016가합7668 판결 등. 이혼 후 친권자로 지정되었음에도 실제로는 전 배우자가 미성년자녀와 계속 같이 거주하여 실제로 보호·감독의무를 행사하였다거나 친권자에게 예견가능성이 인정되지 않음을 이유로 친권자에게 감독의무위반 및 상당인과관계를 인정하지 않은 사례도 있다(서울동부지방법원 2021. 2. 5. 선고 2020가단106054 판결, 춘천지방법원 강릉지원 2019. 10. 22. 선고 2019가단32282 판결, 울산지방법원 2012. 12. 20. 선고 2012나3081 판결 등).

50) 다만, 미성년 자녀가 중학생임에도 불구하고 소주(2홉들이) 4 ~ 5병을 마시고 담배를 하루 한 갑 정도 피우며 가출과 무단결석을 반복하여 왔을 뿐만 아니라 평소 친구들에게 별다른 이유 없이 시비를 걸며 위세를 과시하여 왔고 수업방해 혹은 학교폭력 등의 문제로 교사들과 잦은 마찰을 일으켜 왔는데, 비양육친도 자녀를 등교시키겠다는 이유로 자녀의 팔과 가슴에 문신을 하도록 허락하고서 이를 만류하던 담임교사에게 '학교에서 문신한 것에 관여하지 말았으면 하고 특히 자녀를 건드리는 선생님이 없었으면 좋겠다'는 반응을 보이는 등 자녀의 성행을 바로잡으려는 노력을 하지 않은 채 오히려 자녀의 성행을 악화시켜 오기만 하였다고 판시한 점에 비추어 보면, 자녀의 불법행위에 대한 구체적인 예견가능성이나 회피가능성이 있었던 경우에 해당하는 것으로 보이고, 따라서 대상판결의 법리에 의하더라고 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 해당할 것으로 보인다.

51) 항소심인 서울고등법원 2018나2025173 판결에서도 같은 취지로 감독의무를 인정하였고, 서울중앙지방법원 2022. 1. 26. 선고 2020가단5286921 판결, 의정부지방법원 2021. 12. 23. 선고 2021가단105156 판결 등. 대전지방법원 홍성지원 2021. 7. 23. 선고 2019가단32958 판결에서는 비양육친의 감독의무 위반을 인정하였으나, 그 항소심(대전지방법원 2022. 9. 8. 선고 2021나120924 판결)에서는 대상판결의 취지에 따라 감독의무 위반을 부정하였다.

52) 서울중앙지방법원 2022. 1. 11. 선고 2020가단5303802 판결, 의정부지방법원 2020. 11. 19. 선고 2019가단112151 판결, 의정부지방법원 2020. 6. 18. 선고 2019가단11104 판결.

예견가능성이 있었음을 함께 설시한 사례도 있었다.[53]

라. 검토

양육친이라고 하더라도 부모라는 혈연관계만으로 책임능력 있는 미성년 자녀에 대한 일반적·일상적 감독의무를 인정할 수 있는 것은 아니다. 그 이외에 미성년자가 경제적으로 부모에게 의존하면서 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있다는 전제가 인정되어야 일반적·일상적 감독의무를 인정할 수 있다.[54] 이는 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자의 책임을 일반불법행위책임으로 보는 이상 어쩔 수 없어 보인다. 이와 달리 부모라는 이유만으로 감독의무를 인정한다면, 사실상 민법 제755조의 책임과 같은 위험책임을 인정하는 것과 동일한 결과가 될 것이다.

비양육친의 경우에도 마찬가지이다. 미성년자에 대한 감독의무를 인정하기 위하여는 위와 같은 전제사정이 인정되어야 할 것이다. 그러나 비양육친에게 위와 같은 전제사정이 인정되는 경우는 드물 것이다. 비록 비양육친이 양육비를 지급하고, 면접교섭을 원만하게 실시하고 있다고 하더라도, 그것만으로는 미성년자가 경제적으로 비양육친에게 의존하거나 비양육친의 전면적인 보호·감독 아래 있다고 볼 수는 없을 것이기 때문이다. 따라서 비양육친의 미성년자에 대한 일반적·일상적 감독의무가 원칙적으로는 인정되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

물론 비양육친도 부모로서 자녀의 올바른 성장에 관심을 갖고 교육할 의무가 있다고 할 것이나 이를 법적인 의무라고 할 수는 없다.

다만, 비양육친이 이혼 후에도 실질적으로 자녀를 보호·감독하고 있어 미성년 자녀에 대한 영향력을 인정할 수 있는 사정이 있거나, 자녀의 불법행위에 대하여 구체적인 예견가능성이나 회피가능성이 있었던 경우에는 예외적으로 자녀에 대한 감독의무를 인정할 수 있을 것이다. 대상판결도 그와 같은 특별한 사정이 있는 경우, 비양육친에게 감독의무를 인정할 수 있다고 판시하였다.

마. 양육책임을 다하지 않은 비양육친에게 미성년 자녀에 대한 감독의무를 예외적으로 인정할 수 있는지

---

53) 광주지방법원 2020. 11. 26. 선고 2019가합59627 판결

54) 친권자로 지정되기는 하였으나, 미성년 자녀가 전 배우자와 동거하고 있음을 이유로 감독의무위반을 인정하지 않은 사례(서울동부지방법원 2021. 2. 5. 선고 2020가단106054 판결), 미성년 자녀가 17세 11개월 남짓된 고등학교 중퇴자로서 이혼한 부모와 떨어져 강원도 홍천에서 아르바이트로 생계비를 조달하며 홀로 생활하고 있었음을 이유로 모의 감독의무위반을 인정하지 않은 사례(서울중앙지방법원 2021. 11. 25. 선고 2019가단5216322 판결) 등이 있다.

양육책임을 다하지 않은 비양육친에게 감독의무를 인정하지 않는다면, 면접교섭을 하지 않고 양육비를 지급하지 않은 비양육친에게는 유리하고, 면접교섭과 양육비 지급을 통해 부모 역할을 계속하고 있는 비양육친에게는 매우 불리하게 된다는 비판[55]이 있다. 이러한 비판을 고려하여 비양육친이 면접교섭이나 양육비 지급 등의 양육책임을 이행하지 않고 그 정도가 중하다면, 비양육친에게 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정에 해당한다고 할 수 있을 것인지 살펴볼 필요가 있다.

책임능력 있는 미성년 자녀의 불법행위에 대하여 양육친의 감독의무를 인정하는 것은 양육친이 미성년 자녀에 대하여 미치는 영향력이 크기 때문인데, 양육책임을 다하지 아니하여 미성년 자녀에 대한 영향력이 거의 없는 비양육친에게도 감독의무를 인정한다면, 결국 혈연관계에 기초한 결과책임을 인정하는 것과 다르지 않다. 이는 일반불법행위책임에서의 과실책임 원칙을 부정하는 것이라고 할 수 있다.

비양육친에게 자녀에 대한 면접교섭권이나 양육비 지급의무가 인정된다고 하더라도, 이는 비양육친과 미성년 자녀 사이의 관계에 관한 것일 뿐이고, 이를 제3자에게 어떠한 권리를 부여하기 위한 근거로 삼을 수는 없다.

만일 이러한 경우에도 비양육친에게 감독의무를 인정한다면, 비양육친에게 일반적·일상적 감독의무를 긍정하는 견해를 취하는 것과 다르지 않게 된다.

따라서 비양육친이 면접교섭을 하지 않고 양육비를 지급하지 않는 등 양육책임을 이행하지 않고 그 정도가 중하다고 하더라도 이를 비양육친에게 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정에 해당한다고 할 수는 없다.

Ⅲ. 결론

대상판결은 미성년자의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무 인정 여부에 관하여 최초로 판시하였다.

대상판결의 원심은 양육친에게 미성년자의 불법행위에 대한 일반적·일상적 감독의무를 인정하였다. 다만, 양육친이 미성년자의 모든 불법행위에 대하여 일반적·일상적 감독의무를 가진다고 할 수 있을지는 의문이다. 대법원과 하급심의 판결들을 살펴 보면, 구체적인 사실관계나 범죄유형에 따라 달리 판단할 수 있는 것이 아닌가 생각된다.

대상판결이 비양육친에게 일반적·일상적 감독의무를 인정하지 않은 것은 비양육친

55) 가사소년재판커뮤니티 자료실, 장창국 부장판사의 글

의 양육책임을 양육친의 것보다 가볍게 여겨서라기보다는 양육친과 비양육친이 미성년 자녀에게 미치는 영향력의 차이를 고려한 것으로 볼 수 있다. 책임능력 있는 미성년 자녀에 대한 감독의무 위반을 민법 제750조의 일반불법행위책임으로 규율하는 이상, 감독의무를 인정함에 있어 부모라는 혈연관계 이외에 양육친의 경우와 같이 미성년 자녀에 대한 영향력을 인정할 수 있는 사정이 있어야 할 것이기 때문이다. 이러한 측면에서 보면, 미성년 자녀의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무를 원칙적으로 인정하지 않은 대상판결의 입장을 이해할 수 있다.

참고문헌

단행본

민법주해(ⅩⅧ), 채권(11), 박영사(2005)

편집대표 윤진수, 주해친족법 제1권, 박영사(2015)(이동진 집필부분)

주해친족법 제2권, 박영사(2015)(권재문 집필부분)

법원실무제요 가사(Ⅱ), 사법연수원(2021)

논문

권오승, 책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임, 민사판례연구 제14집, 민사판례연구회(1992)

김오수, 책임능력있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임(Ⅲ), 사법행정 297호, 한국사법행정학회(1985)

김 연, 이혼후의 자의 양육, 가족법연구 8호, 한국가족법학회(1994)

서종희, 면접교섭 지원을 위한 제도 모색-독일법을 참조하여-, 법학논총 27집 3호(2020. 12.)

이은영, 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 친권자 책임 - 공평한 책임분담을 위한 불법행위의 유형화를 중심으로 - 외법논집 제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소(2017).

윤혜란, 친권에 관한 비교법적 고찰-친권의 행사와 제한을 중심으로-, 가족법연구 제26권 2호

이호철, 이혼과 자녀 양육에 관한 문제, 판례연구 제30집, 부산판례연구회(2018)

제철웅, 민법 제755조의 미성년자의 법정감독의무자의 책임에 관한 비판적 검토, 판례실무연구 XI(하)(2014)

한영표, 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 부모의 책임, 판례연구 15집, 부산판례연구회(2003)

질의 및 답변

1. 김경수 회원(부산지방법원 판사)

근대 민법의 기본원칙 중 하나인 자기책임의 원칙에 반하여 본인의 행위가 아닌 미성년자의 불법행위에 대해 감독자에게 책임을 지도록 한 것은 그러한 불법행위로 인하여 피해를 입은 피해자를 보호하기 위함이라 할 것입니다. 그와 같은 피해자 보호의 관점에서 다음과 같은 의문이 들어 질문을 드립니다.

[질문 1] 책임능력 있는 미성년자가 불법행위를 한 경우 감독의무자인 부모의 손해배상책임의 근거와 관련하여 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결에서 '손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다'라고 판시함으로써 일반불법행위설로 입장이 정리되었고, 위와 같이 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자의 책임을 민법 제750조에 의한 일반불법행위책임으로 보는 판례에 따를 때, 어떠한 경우에 감독의무자의 과실(감독의무 위반)을 인정할 수 있는지가 문제됩니다. 이에 대하여 발표자께서는 일반적·일상적인 감독의무위반이 있으면 과실이 인정된다는 견해와 개별적·구체적 감독의무위반이 있어야 과실이 인정된다는 견해의 대립을 소개한 다음, 사견으로 손해의 공평한 분담과 피해자 보호를 위해서 미성년자가 저지른 불법행위의 유형에 따라 감독의무의 내용을 달리 인정해야 할 필요가 있다(즉, 미성년자가 폭력범죄나 성범죄를 저지른 경우에는 피해자 보호의 측면을 보다 중시하여 부모가 일반적·일상적 감독의무를 위반한 것만으로도 과실을 인정할 수 있고, 반면 그 밖의 불법행위의 경우에는 개별적·구체적으로 심사하여 부모에게 구체적인 예견가능성과 회피가능성이 있었음에도 불구하고 이를 예견하여 회피할 수 있는 조치를 취하지 못한 경우에만 부모에게 감독의무 위반을 인정하여야 한다)고 하셨습니다. 그런데 발표자의 사견과 관련하여 부모의 미성년자녀에 대한 감독의무와 교육의 내용은 특정한 불법행위의 유형을 전제하여 이를 방지하는 것으로 정해져 있지 않은 것이고, 미성년자가 저지른 불법행위의 유형에 따라 감독의무의 내용을 달리 판단하게 된다면 피해자의 입장에서는 손해를 입었다는 사실은 동일한데, 자신이 통제 내지 선택할 수 없는 불법행위의 종류에 따라 입증해야 하는 과실의 내용과 범위가 달라지게 되어 예측

가능성이 없게 되거나 피해자의 보호 범위가 달라지게 되는 문제가 발생하는 것이 아닌가 하는 의문이 듭니다. 이에 대한 발표자의 견해가 어떠한지 궁금합니다.

[답변] 현행 민법상으로는 책임능력 있는 미성년자가 불법행위를 한 경우 그 미성년자가 손해배상책임을 지는 것이 원칙이라고 할 것입니다. 다만, 미성년자에게 변제자력이 없는 경우가 대다수일 것이므로, 피해자 측이 미성년자로부터는 손해를 전보받는 것이 쉽지 않을 것입니다. 이러한 문제를 보완하기 위하여 나온 것이 감독의무자의 손해배상책임이라고 생각됩니다. 다시 말하면, 책임능력 있는 미성년자가 불법행위를 한 경우에 감독의무자의 책임을 얼마나 제한할 것인지가 아니라, 감독의무자의 책임을 어디까지 확장할 것인가가 문제라는 것입니다. 즉, 감독의무자의 일반적·일상적 감독의무 위반만으로도 감독의무자에게 손해배상책임을 인정할 수 있을지가 쟁점이 된다고 할 것입니다.

이는 논리적으로 도출되는 것이 아니라 어디까지 피해자를 보호할 것인가 하는 결단의 문제라고 보입니다. 다만, 모든 불법행위에 대하여 손해배상책임을 인정한다면, 실질적으로는 무과실책임에 가까운 책임을 지게 되는 것이어서 불법행위법의 기본원칙에 반하는 것 아닌가 생각됩니다. 사견으로는, 폭력범죄나 성범죄의 경우에 한하여 감독의무자의 감독의무를 확장하는 것이 손해의 공평한 분담과 피해자 보호 사이에서 균형을 잡을 수 있는 방법이 아닌가 생각합니다.

이상의 답변은 현행 민법과 그에 따른 판례에 기초한 것이고, 입법론으로는 민법을 개정하여 미성년자의 책임능력 유무와 상관없이 법정 감독의무자의 손해배상책임을 인정하되, 감독의무자가 면책사유를 입증하여야 그 책임을 면할 수 있도록 하여 그 입증책임을 감독의무자에게 부여하는 것이 좋지 않을까 생각합니다.

[질문 2] 책임능력 없는 미성년자가 불법행위를 저지른 경우에는 감독의무자에게 민법 제755조 제1항에 의한 손해배상책임이 인정되고, 다만 감독의무를 게을리하지 아니한 경우에는 감독의무자가 손해배상책임을 면할 수 있는데(같은 항 단서), 감독의무를 게을리하지 않았다는 점은 감독의무자가 입증하여야 하므로, 이 경우 법률로 과실에 대한 입증책임이 전환되도록 규정하여 피해자를 보다 두텁게 보호할 수 있습니다. 한편, 대상판결은 (책임능력 있는 미성년자가 불법행위를 저지른 대상사건에서) 비양육친이 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대하여 감독의무를 부담한다

고 볼 수 없고, 다만 ① 자녀의 나이와 평소 행실, 불법행위의 성질과 태양, 비양육친과 자녀 사이의 면접교섭의 정도와 빈도, 양육 환경, 비양육친의 양육에 대한 개입 정도 등에 비추어 비양육친이 자녀에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호·감독하고 있었거나, ② 그러한 정도에는 이르지 않더라도 면접교섭 등을 통해 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었던 상황에서 자녀가 불법행위를 하지 않도록 부모로서 직접 지도, 조언을 하거나 양육친에게 알리는 등의 조치를 취하지 않은 경우 등과 같이 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 비양육친도 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다고 판시하였고, 발표자께서는 위 대상판결의 견해에 찬성하는 입장인 것으로 보입니다. 그런데 위 대상판결의 견해에 따르면 위와 같은 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정은 피해자가 입증하여야 하는바, 대상판결이 제시하는 특별한 사정은 가정의 내부적인 사정이어서 피해자가 구체적으로 알 수 없고, 따라서 이를 입증하기가 사실상 어려울 것으로 보입니다. 결국 책임능력 없는 미성년자가 불법행위를 저지른 경우에 비해 대상사건처럼 책임능력 있는 미성년자가 불법행위를 저질러 비양육친에게 손해배상책임을 묻는 경우에는 피해자의 입증책임이 과도하게 무거워져 피해자의 보호에 미흡한 것이 아닌가 생각됩니다. 이에 대한 발표자의 고견을 듣고 싶습니다.

[답변] 대상판결은 원칙적으로는 비양육친의 감독의무를 인정하지 않고, 예외적으로 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 비양육친의 감독의무를 인정하고 있습니다.
입증책임의 일반 원칙에 의하면, 특별한 사정의 존재는 그것을 주장하는 피해자가 입증책임을 부담하는 것이 맞다고 생각됩니다.

입증할 내용을 살펴보더라도, 비양육친에게 입증책임을 부담시킨다는 것은 부존재의 증명을 요구하게 되는 것 아닌가 생각됩니다.

다만, 질의하신 대로 대상판결이 제시하는 특별한 사정은 가정 내부의 사정이어서 제3자인 피해자가 입증하기 곤란할 수도 있을 것입니다. 미성년자의 불법행위에 대한 조사나 수사 과정에서 미성년 자녀와 비양육친 사이의 관계가 드러나는 경우도 있을 것으로 보입니다. 실제로 하급심에서도 비양육친에게 일반적·일상적 감독의무를 인정하면서도 비양육친이 실질적으로 감독할 여지가 있었다거나 불법행위에 대한 예견가능성이 있었음을 함께 판단한 경우가 여러 건 있었습니다.

2. 이상언 회원(부산지방법원 판사)

[질문 1] 발표자는 감독의무자인 친권자의 미성년자의 불법행위에 대한 책임이 인정될 수 있는 과실의 내용에 관하여 ① 일반적·일상적 감독의무 위반이 있으면 과실이 인정된다는 견해와 ② 개별적·구체적 과실을 심사하여야 한다는 견해를 소개하고, 획일적으로 판단할 수 있는 객관적인 기준을 마련하기 어려우므로 불법행위의 유형에 따라 감독의무의 내용을 달리 인정하여야 할 필요성이 있다는 견해를 제시하여 주셨습니다.

그런데 구체적 사안에서 친권자의 관한 개별적·구체적 감독의무 위반이 인정되는 경우라면 그것이 불법행위의 요건이 되는 과실에 해당한다는 것에는 의문이 없을 것 같습니다. 다만, 친권자가 미성년자에 대하여 부담하는 감독의무의 근거를 민법 제913조의 보호, 교양의 의무에서 찾고 있고, 위와 같은 의무가 친권자로서 부담하는 일반적인 의무의 성격을 갖는다는 점에서 친권자가 일반적·일상적 감독의무를 다하였다는 특별한 사정이 없는 한 감독의무 위반을 인정하되, 발표자께서 제시하신 불법행위의 유형별로 검토하여야 할 사정은 불법행위의 요건 중 상당인과관계 인정여부 단계에서에서 그 인과관계를 인정하기 위한 사정으로 취급하여 구체적 타당성을 추구하는 것도 한 방법이 아닌가 의문이 있습니다. 이에 관한 발표자의 견해를 구합니다.

[답변] 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정하기 위하여는 가해자의 고의·과실과 인과관계를 필요로 합니다.

인과관계에 관하여도, 일반적·일상적 감독의무 위반이 있으면 인과관계를 인정하는 견해와 개별적 인과관계가 필요하다는 견해가 있을 수 있는데, 이는 어느 경우에 감독의무 위반, 즉 과실을 인정할 수 있는가의 문제와 궤를 같이 하고 있다고 생각합니다. 왜냐하면, 일반적·일상적 감독의무 위반이 인정되는 경우라면, 그 감독의무 위반과 미성년자의 불법행위 사이에 개별적 인과관계가 인정되지 않는 경우가 대다수라 할 것이기 때문입니다.

또한, 이 부분에 관한 발표문과 질의문의 차이는 불법행위의 유형별로 검토하여야 할 사정을 과실 인정여부 단계에서 고려할 것인지, 아니면 인과관계 인정여부 단계에서 고려할 것인지의 문제일 뿐, 손해배상책임의 범위를 달리 할 수 있는 것은 아닌 것으로 보입니다.

[질문 2] 대상판결은 비양육친의 감독의무 위반으로 인한 불법행위책임이 예외적으로 인정될 수 있는 요건으로 '① 자녀의 나이와 평소 행실, 불법행위의 성질과 태양, 비양육친과 자녀 사이의 면접교섭의 정도와 빈도, 양육 환경, 비양육친의 양육에 대한 개입 정도 등에 비추어 비양육친이 자녀에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호·감독하고 있었거나, ② 그러한 정도에는 이르지 않더라도 면접교섭 등을 통해 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었던 상황에서 자녀가 불법행위를 하지 않도록 부모로서 직접 지도, 조언을 하거나 양육친에게 알리는 등의 조치를 취하지 않은 경우 등과 같이 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우'를 들고 있습니다.

그런데 대상판결이 예외적으로 비양육친의 감독의무를 인정하는 요건을 살펴보면 불법행위법에 있어 '행위책임의 원칙'에는 충실한 측면이 있으나, 그와 같은 견해를 고수할 경우 자녀의 양육이라는 측면에서는 오히려 양육친의 양육의무를 적극적으로 보조한 비양육친이 오히려 큰 민사상 책임을 부담하게 된다는 장창국 부장판사님이 지적한 문제점이 발생하는 것으로 보입니다. 나아가 소송 실무에 있어서도 미성년자로부터 불법행위의 피해를 입은 상대방이 대상판결이 제시한 특별한 사정을 증명하는 것은 미성년자와 비양육친 사이의 내밀한 관계에 관한 사정에 대한 증명을 요하는 것이므로, 미성년자로부터 불법행위의 피해를 입은 제3자가 종전부터 미성년자와 밀접한 관계를 유지하고 있는 일부 예외적인 경우가 아닌 한 사실상 그 증명이 어려울 것으로 여겨집니다. 따라서 증명책임을 전환시키는 수준으로 실무를 운영하지 않는 한 대상판결과 같이 비양육친이 감독의무를 부담하는 예외적인 요건을 인정하는 것의 실익이 있는지에 대한 의문이 있습니다. 발표자께서는 대상판결이 취한 태도 중 비양육친의 감독의무가 인정되는 예외적인 경우에 관한 판시 부분에 대하여도 동의 하시는 취지이신지, 그에 동의하신다면 소송실무에서 어떠한 실익을 가질 수 있는지에 관한 견해를 듣고 싶습니다.

[답변] 김경수 회원님의 [질의 2]와 중첩되는 내용입니다. 대상판결이 제시하는 특별한 사정은 가정 내부의 사정이어서 제3자인 피해자가 입증하기 곤란할 수는 있을 것이나 불가능한 것은 아니라는 것을 덧붙이고 싶습니다. 미성년자의 불법행위에 대한 조사나 수사 과정에서 미성년 자녀와 비양육친 사이의 관계가 드러나는 경우도 있을

것입니다. 실제로 하급심에서도 비양육친에게 일반적·일상적 감독의무를 인정하면서도 비양육친이 실질적으로 감독할 여지가 있었다거나 불법행위에 대한 예견가능성이 있었음을 함께 판단한 경우가 여러 건 있었습니다. 따라서 소송상의 실익이 없다고 할 수는 없을 것입니다.

[질문 3] 민법 제913조를 양육친이 미성년자에 대하여 부담하는 감독의무의 준거규정으로 삼는 이상 비양육친의 경우에는 혈연관계의 존재만으로는 미성년자에 대한 감독의무가 인정되기 어렵다는 점에서 대상판결의 주된 판시가 타당하다는 발표자의 검토결과는 전적으로 타당한 것으로 판단됩니다.

그런데 부부가 이혼한 후 비양육친이 미성년자에 대하여 민법에 따라 부담하는 의무로는 양육비(부양료) 지급의무(민법 제837조)와 면접교섭의무(민법 제837조의2)가 있습니다. 따라 이와 같은 의무를 위반한 경우 미성년자에 대한 감독의무 인정여부와는 별도로 그 자체로서 미성년자의 불법행위에 관한 비양육친의 과실이 인정된다고 볼 여지가 있는지도 검토할 필요가 있을 것 같습니다. 즉, 미성년자가 정서적으로 바르게 성장하고 비행을 저지르지 않기 위해서는 양육비(부양료)라는 물적 토대와 면접교섭이라는 정서적 지원이 반드시 필요한데, 비양육친이 그와 같은 의무를 다하지 아니하였고, 미성년자가 불법행위를 저질렀다면 양자 사이의 상당인과관계가 인정되는 범위에서는 비양육친의 불법행위 책임을 인정하는 것이 타당하다고 볼 수도 있을 것 같습니다.[56] 이 경우 인과관계에 관한 심사를 통하여 비양육친이 부담하는 책임이 비합리적으로 확대되는 것도 방지할 수 있다고 보입니다. 나아가 이와 같은 해석론을 견지하는 것은 이혼 후 비양육친이 미성년자에 관한 양육비 지급의무 및 면접교섭 의무를 충실히 이행할 것을 간접적으로 장려하는 효력도 기대해 볼 수도 있습니다. 비록 변론주의의 원칙상 이와 같은 주장이 소송상 이루어지지는 않아서 대상 판결을 비롯한 하급심 판결에서는 다루어지지 않았으나 이에 관한 발표자의 견해도 듣고 싶습니다.

[답변] 비양육친이 양육비를 지급하고 면접교섭을 실시하는 것은 미성년 자녀의 성장

56) 이와 같은 견해에 따를 때 양육비 지급의무를 해태하였고 미성년자가 자신의 생활고 내지 사회상규상 미성년자에게 필요한 적정한 수준의 용돈을 받지 못하여 이른바 '중고나라 사기범행', '보이스피싱 범행(현금수거책)' 등에 가담할 경우 구체적 사정에 따라 상당인과관계가 인정될 여지가 있을 것입니다.

에 중요하다는 점에 대하여는 전적으로 동의합니다. 다만, 양육비 지급의무와 면접교섭의무 불이행만으로 미성년 자녀의 불법행위에 대한 손해배상책임을 인정하는 것은 논리적으로 타당하지 않아 보입니다.

위와 같은 의무 불이행에 대하여 감독의무 위반을 매개로 하여 손해배상책임을 물을 수 있는지를 검토하는 것은 별론으로 하고, 그 불이행 자체만으로 곧바로 불법행위에 있어서의 과실로 볼 수는 없을 것입니다. 가사 과실로 본다고 하더라도, 미성년 자녀의 불법행위와 사이에 자연적 인과관계를 인정할 수는 있겠지만, 상당인과관계를 인정하는 것은 어려울 것으로 보입니다. 이혼 후 미성년 자녀를 보호, 감독, 지도할 1차적 책임은 양육친에게 있다고 할 것이기 때문입니다.

다만, 손해배상책임을 부담하게 된 미성년 자녀나 양육친이 비양육친을 상대로 과거양육비 청구를 할 수 있는 가능성은 있는데, 그 당부는 추가적인 검토가 필요할 것으로 보입니다.

3. 윤석찬 회원(부산대학교 법학전문대학원장)

[질문] 비양육친의 감독의무를 규정한 법률조항은 없는 것으로 알고 있는데, 이를 인정하는 근거는 무엇인지 궁금합니다.

[답변] 신의성실의 원칙, 사회상규, 조리를 비양육친의 감독의무 인정근거로 들 수 있습니다.

부작위에 의한 방조의 전제가 되는 작위의무 부과 요건으로 판례는 '신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상의 작위의무는 혈연적인 결합관계나 계약관계 등으로 인한 특별한 신뢰관계가 존재하여 상대방의 법익을 보호하고 그에 대한 침해를 방지할 책임이 있다고 인정되거나 혹은 상대방에게 피해를 입힐 수 있는 위험요인을 지배·관리하고 있거나 타인의 행위를 관리·감독할 지위에 있어 개별적·구체적 사정하에서 그 위험요인이나 타인의 행위로 인한 피해가 생기지 않도록 조치할 책임이 있다고 인정되는 경우 등과 같이 상대방의 법익을 보호하거나 그의 법익에 대한 침해를 방지하여야 할 특별한 지위에 있음이 인정되는 자에 대하여만 인정할 수 있는 것이다'(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010다8709 판결)고 판시하고 있는데, 비양육친의 감독의무를 인정하는데 참고가 될 수 있어 보입니다.