

불법행위법상 過失責任에 관한 소고

- 과실개념을 중심으로 -

김 진*

I 서론	IV 不法行爲責任體系
II. 연혁적 고찰	1 객관적 과실개념에 의한 불법행위책임체계
1. 로마법상 過失責任	2 주관적 과실개념에 의한 불법행위책임체계
2. 게르만법상 過失責任	3 구성요건설의 과실개념에 의한 불법행위책임체계
3. 자연법상 過失責任	V. 결 론
III 過失責任法理	
1. 서 설	
2. 입법자의 의사	
3. 過失概念에 관한 학설	
4. 결 어	

I. 서론

不法行爲(trot)라 함은 법률질서를 깨뜨리는 행위로서 법률이 허용할 수 없는 것으로 평가하는 행위이다. 즉 타인에게 손해를 주는 위법한 행위이며, 행위자는 그의 故意 또는 過失로 생긴 손해를 피해자에게 배상하여야 할 채무를 부담한다.

인간사회에서 規範違反行爲로 타인에게 손해를 주는 일은 오늘날과 같은 위험시대에는 어떠한 注意를 하여도 필연적인 것으로서 행위자의 故意 過失에 의하든 그렇지 않은 발생한 손해는 공평타당하게 분배되어야 한다. 따라서 不法行爲는 損害를 누구에게 부담시키는 것이 正義와 衡平의 관념에 부합하는가를 정하는 것을 주된 임무로 한다.¹⁾

* 경북전문대학 겸임전임강사, 법학박사

1) 權龍雨, 不法行爲論, 新陽社, 1998, 6쪽, Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (Munchen : C.H.Beck, 1979). 그러나 불법행위의 기능은 손해전보외에도 제재적 기능과 억제적 기능이 있다(淡路剛久 伊藤高義 宇佐見大司, 不法行爲法의 現代的課題と展開, 日

모든 손해는 원칙적으로 손해를 입은 피해자 자신이 부담하며, 피해자에게 발생한 손해를 타인에게 부담시키기 위해서는 특별한 근거가 있어야 하는데 우리 민법은 제 750조에서 “故意 또는 過失로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정함으로써 不法行爲의 成立要件에 관한 일반적 규정을 두고 있다. 이 규정에 의하면 不法行爲가 성립하기 위해서는 違法性²⁾, 有責性(유책주의)³⁾, 責任能力을 들고 있다. 有責主義⁴⁾는 책임질 일에 대해서만 책임을 지는 원칙이므로, 손해가 발생하면 반드시 책임이라는 배상이 뒤따르는 것은 아니다.⁵⁾ 그러면 무엇에 대하여 책임을 질 것인지 그리고 책임을 성립시키는 근거는 무엇인지가 문제된다. 전술한 바와 같이 원칙적으로 우리 민법은 자신이 책임질 일에 대해서만 책임을

本評論社, 1995, 7면 그리고 四宮和夫교수는 그 외에 권리보호기능과 만족의 기능을 들고 있다 (상세한 내용은 四宮和夫, 事務管理 不當利得 不法行爲(下), 青林書院, 1985, 267-268면 참조)

- 2) 違法性에 관해서는 結果不法論과 行爲不法論이 있으며, 위법성판단의 기준에 관해서 통설은 실정법질서와 사회질서를 표준으로 하여 객관적 실질적으로 행하여져야 한다고 한다(金亨培, 民法學講義, 新潮社, 2003, 1248쪽)
- 3) 過失責任主義(fault principle Verschuldensprinzip)라 함은 歸責事由, 즉 故意 또는 過失에 의하여 타인에게 손해를 발생케 한 경우에 한해서만 행위자가 損害賠償責任을 지는 것으로 하는 입법주의로서, 근대민법은 예외 없이 이 過失責任主義를 不法行爲에 의한 損害賠償의 원칙으로 삼고 있다(郭潤南, 債權各論, 博英社, 2004, 378-380쪽 참조)
- 4) 예링이 처음으로 주관적 유책성(Verschulden)과 객관적 위법성(Rechtswidrigkeit)을 구분하였다. 그는 1867년 “로마私法에서 유책요소”(Das Schuldmoment im römischen Privatrecht)라는 논문에서 타인의 물건을 선의로 점유한 자와 훔친 자를 구별하여 설명하였다 전자의 경우에 점유라는 사실적 상태는 부당한(unrechtsmäßig) 것이지만 점유자를 비난할 수 없는 데 반해, 후자의 경우에는 훔친 자를 비난할 수 있으므로 그에게 주관적 유책성요소가 인정된다는 것이다 이처럼 불법(Unrecht)에는 전자와 같은 객관적 불법과 후자와 같은 주관적 불법이 있다는 것이다 더구나 양자는 그 요건에서만 차이가 나는 것이 아니라 효과도 다르다고 한다 예컨대, 전자의 경우에는 객관적으로도 불법한 사실상태를 제거하는 것으로 끝나는데 반해, 후자의 효과로는 그 유책성 때문에 손해배상의무가 생긴다고 한다 예링은 손해에 대한 귀책근거로 외면적인 인과관계만으로는 부족하고 여기에 행위자의 내면적인 관계, 즉 유책성 또는 주관적인 비난 가능성이 있어야 한다는 것이다 따라서 “손해배상책임을 지우는 근거는 손해 때문이 아니라 유책성 때문이다 이것은 화확자가 불 때 반짝이며 불타는 것은 공기 중의 산소이지 빛이 아니라는 사실처럼 분명한 것” 이라고 단언한다(상세한 내용은 崔興燮, 현대불법행위법에서 민법 제750조의 過失과 違法性, 不法行爲法의 特殊問題, 1997, 390-391쪽 참조)
- 5) 그러나 근대민법이 성립된 이래 損害賠償의 원칙으로서 過失責任主義는 오늘날 많은 비판을 받고 있다 즉 산업혁명 이후 산업사회의 고도화와 과학기술문명의 급속한 발달은 행위자의 故意 過失에 의하지 않고도 손해를 야기시킬 수 있는 위험성이 잠재되어 있으며, 이러한 행위자의 故意 過失 없이 발생한 손해는 過失責任主義下의 不法行爲法의 밖에 두게 되므로 사회적 정의와 형평에 반하는 결과를 가져왔다 여기에서 無過失責任(Haftung ohne Verschulden) 및 危險責任(Gefährdungshaftung)이론이 등장하게 되었다

지는 것이고, 자신의 잘못이 개입되지 않는 경우에는 책임이 발생하지 않는다. 그리고 책임을 성립시키는 근거로는 행위자를 비난할 수 있는 非難可能性이 있어야 한다. 不法行爲法上 책임을 근거 있게 하는 非難可能性은 어떤 사람이 비난받을 만한 방법(행위)으로 타인에게 가해행위를 하였다는 것이다. 이런 비난받을 만한 행위를 歸責事由라 하며 歸責事由로는 故意와 過失이 있다. 여기에서는 不法行爲法上 責任非難의 기준으로서의 歸責事由인 過失概念에 관하여 살펴보고자 한다.

II. 연혁적 고찰

1. 로마법상 過失責任

민법에서의 過失責任은 통상 로마법에서 그 기원을 찾는다.⁶⁾ 공화정기의 법학자는 iniuria의 해석활동을 통하여 포괄적인 侵害行爲概念에서 違法性を 분리하고, 이 違法性에서 過失概念을 추출하여 가해자의 주관적인 책임요건인 有責性を 문제삼기 시작했으나 不法行爲法의 독자적인 성립요소로 파악하지는 못했다. 그 후 고전기법학은 不法行爲로 인한 損害發生을 加害者の 有責性の 관점에서 평가하여 과실판단이 배상 책임을 결정하는 기준이 되었다.⁷⁾

고전기의 로마법체계는 시민법(ius civile)상의 4종류와 명예법상의 수종류가 不法行爲로 인정되어 지며 이중 故意(dolus)행위 이외의 용태에도 불법행위의 요건을 충족한다고 인정하는 것은 不法損害(damnum iniuria datum)이다. 이 不法損害를 규정하고 있는 아퀼리우스법(Lex Aquilia)⁸⁾은 로마불법행위법상 중심적인 위치를 차지하는 것으로서 세 개의 실질규정으로 되어 있다.⁹⁾ 제1규정은 타인의 노예와 사족동물을 違法하게(iniuria) 살해한 경우를, 제2규정은 주채권자의 신임인으로서 채권의 추심을 위하여 세워진 종채권자가 신뢰를 남용하여 주채권자에게 損害를 준 경우를, 제3규정은 타인의 노예와 사족동물의 상해 및 기타 물건을 違法하게(iniuria)태우거나, 깨뜨리거나, 파괴한 경우를 규정한다.

제1규정과 제3규정에 의하면 iniuria(위법하게, 불법하게, 또는 부당하게)는 행위를

6) Max Kaser, Das römische Privatrecht, Bd.1, 2 Aufl., München, C.H.Beck's, 1971, S. 320ff

7) 玄勝鍾 曹圭昌, 로마法, 法文社, 1996 848쪽

8) Lex Aquilia는 BC286년에 성립한 평민회의결의이며, 타인의 재산에 대한 불법손해에 관해서 그 재산의 소유자에게 금전으로 배상할 것을 규정한 법률이다.

9) 상세한 내용은, 崔秉祚, "로마 不法行爲法研究 : Lex Aquilia", (法學 제29권 제1호), 서울대학교, 1983, 117쪽.

不法行爲로 결정지우는 평가적 요소가 되는데, 故意(dolus)와 過失(culpa)을 포함한 개념으로 사용함으로써¹⁰⁾ 광의의 過失(culpa)과 같은 의미로 사용되었다. 즉 이것은 비단 不法의 禁止에 대한 客觀的 違反 뿐만 아니라 行爲의 主觀的 非難可能性 즉 責任要件까지도 포괄하는 것으로 이해하게 됨으로써 고전기에 있어서는 違法性和 有責性을 포괄하는 iniuria가 광의의 Culpa를 의미하였다. 이와 같이 고전기의 법률가들은 Lex Aquilia 법문의 iniuria로부터 過失(culpa)개념을 발전시켰다. 따라서 過失責任은 Lex Aquilia에서 처음 발전한 후 다른 법분야에 적용되었으며, Culpa는 注意(diligentia)가 결여된 平注意(negligentia)는 물론 경험부족, 미숙련(imperita)과 세력부족도 포함한다.¹¹⁾ 그러나 Culpa가 故意와 대비된 過失을 의미하는지에 대해서는 논란이 있으나¹²⁾ Gaus가 「...가해에 있어서 정해진 Lex Aquilia에 있어서는 過失(culpa)도 별한다」라고 함으로써 Lex Aquilia에서 "Culpa"는 고전기의 故意와 대비된 의미로서의 過失을 의미하기 위해서 사용되었다는 것을 알 수 있다.¹³⁾

또한 不法行爲能力에 관하여는 7세 이상 14세 미만의 남자와 12세 미만의 여자인 미성숙자의 경우에 Labeo는 절도에 대한 責任能力을 인정하여 Aquilia법으로 제재된다고 하였으나 Iulianus는 故意에 대해서만 문책할 수 있다고 했다. 한편 Ulpianus는 각자의 변식능력유무에 따라 不法行爲能力이 個別的으로 결정되어야 한다고 했다.¹⁴⁾

고전기 이래 유스티니아우스제법기에 이르러 過失概念은 주의깊은 家父(diligens paterfamilias)의 注意(diligentia)로 정형화되었으며¹⁵⁾ 이로써 過失概念의 기초가 확립되었다. 즉 당시의 Culpa는 여태까지의 個別的 事實에서 파악되어 규정되던 것에서 벗어나 必然的 注意義務로 설정되었으며, 이것이 注意(diligentia)라는 법개념으로 발달하였다. 注意깊은 家父의 注意가 Culpa 개념의 표준이 된다는 것은 개별적 사정을 고려하지 않는 소위 主觀的 過失概念이 채용되지 않았다는 것을 의미한다.¹⁶⁾

10) 鄭洪雄, "不法行爲法上 過失概念에 대한 歷史的 考察", 法曹(34권 2호), 1985, 60쪽 이하 참조.

11) 崔秉作, 前掲論文, 128쪽; 玄勝鍾 曹圭昌, 前掲書, 849쪽

12) 前田達明, 不法行爲歸責論, 創文社, 1980, 32면

13) 鄭洪雄, 前掲論文, 128쪽 Gaus는 過失의 종류로서 故意와 過失을 지적하고, 故意란 가해자가 손해발생의 결과를 원했거나 또는 알고 행하였음을 말하며, 過失은 가해자에게 요구된 注意를 등한히 했음을 의미한다고 했다(玄勝鍾 曹圭昌, 前掲書, 848쪽). 그러나 로마 고전기에는 협의의 culpa에 통일적인 의미내용이 아직 명확하게 부여되지는 않았다

14) 玄勝鍾 曹圭昌, 上掲書, 849 - 850쪽

15) 前田達明, 前掲書, 39쪽 Kunkel은 이 주의 깊은 家父라는 개념은 그리이스 철학의 윤리적인 이념의 법적 표현에 지나지 않는다고 한다 즉, 아리스토텔레스나 stoa학파가 말하는 「성실한 사람 선한사람」은 모든 점에서 주의 깊은 家父에 부합한다

16) 前田達明, 上掲書, 39쪽, 현승중 조규창 교수에 의하면 고전기법학자는 불법행위의 성립을 부인하는 수단으로서 위법성과 유책성을 문제삼은 것이지, 민법 제750조와 같이 불법행위의 성립요

2. 게르만법상 過失責任

게르만고유법은 不法行爲責任에서 결과책임의 원리를 기초로 하고 있다. 게르만법에서는 平和侵害라고 하는 통일적인 개념속에 포괄적으로 不法行爲의 법률요건을 인정하였는데, 평화침해는 언제나 그 존재가 객관적인 결과에 대하여 판단되고, 평화침해가 있으면 언제나 惡意라고 하는 主觀的인 요소가 내포되어 있다고 인정한다. 따라서 不法行爲가 있는 곳에 惡意에 기한 행위의 표상이 있고, 不法行爲가 존재하지 않는 한 惡意의 행위는 없는 것이다.¹⁷⁾ 게르만법에 過失概念이 도입된 것은 로마법계수 이후의 일이다.¹⁸⁾

3. 자연법상 過失責任

로마법 이래의 개별적 구성요소중심의 不法行爲가 통일된 일반규범으로 완성된 것은 이성에 근거한 때와 장소에 관계없는 보편타당한 법체계의 확립을 위해 노력한 自然法論者에 의해서다. 즉, 과거의 로마법에서와는 달리 포괄적, 일반적 구성요건을 규정하는 일반조항(die deliktische Generalklausel)을 둬으로써 不法行爲 그 자체로서 損害賠償義務를 발생시킨다는 기본원칙이 확립되어 모든 침해가능한 법익을 보호하고자 하였다.¹⁹⁾

Grotius는 不法行爲를 “인간이 일반적으로 또는 무엇인가의 자격의 이유에 근거해서 하여야 할 것을 하지 않는 모든 것이 過失”이며 “作爲 또는 不作爲를 묻지 않고 만약 손해가 생긴 경우에는 채무가 자연적으로 발생하며 그 결과 바로 그 손해가 배상되어져야 하는 것”이라고 하였고, Pufendorf는 “누구도 해할 수 없다. 따라서 어떠한 損害를 타인에게 준 때에는 이것을 회복해야 하며, 이 의무는 모든 인간제도의 형성 이후에 전인류를 구속해야 할 절대적무 중 첫째의 자리를 차지하는 것”이라고 하였다. 그리하여 Grotius, Heinrich Von Cocceji 등은 過失을 기본원리로 하는 Lex Aquilia에서 자연법이 나타남을 인식하였다.²⁰⁾

전으로서 침해행위와 위법성 및 유책성을 전제하고 그 후에 개별불법행위가 이러한 구성요건에 적합한가를 검토한 것은 아니라고 한다(玄勝鍾 曹圭昌, 上揭書, 850쪽)

17) 石本雅男, 不法行爲論, 一本評論新社, 1950, 81-82면

18) 玄勝鍾 曹圭昌, 게르만법, 博英社, 1989 24쪽

19) 李銀榮, “不法行爲法一般論”, (私法研究會編, 不法行爲法の 題問題), 三英社, 1985, 12쪽

20) 鄭洪雄, 前揭論文, 66-67 쪽

III. 過失責任法理

1. 서 설

가. 사상적 배경

손해가 발생하여도 가해자에게 故意나 過失이 없으면 賠償責任이 발생하지 않는다는 過失責任主義는 근대자연법론의 이론적 뒷받침과 이성존중이라는 근대철학의 사상적 배경에 그 근거를 가지고 있다. 즉 모든 인간은 자유로운 의사를 가지며 자유로운 의사만이 자기를 법적으로 구속한다는 근대 의사주의에 그 기초를 두고 있다. 따라서 過失責任主義는 논리적으로 私的自治로부터 파생된 것이다.²¹⁾

Savigny는 채권발생의 원인을 하나는 契約, 다른 하나는 不法行爲로 구분하고 그 이외의 채권발생원인을 부인하였다 그리고 의사의 힘에 의하여 각 사람은 자기의 영역(Freiheitsraum)을 결정하게 된다. 契約은 자유의 활동(Freiheitsgebrauch)에 관한 이론이고, 不法行爲는 자유의 남용(Freiheitsmissbrauch)을 그 대상으로 한다. 바로 의사의 힘의 남용이 불법행위이다 그러므로 이 의사의 힘의 남용은 자기의 過責에 기초함으로 過失責任主義를 체계화하였다.²²⁾

그리고 사회경제적으로는 가해자가 통상인으로서 필요로 하는 주의를 다하기만 하면 자기에게 책임없는 행위에 의해 무거운 책임을 지게 되는 것을 막아 적극적으로 개인의 자유로운 경제활동을 보장하는 기능을 하였다.

이와 같이 자유경제체제의 확립과 함께 자본주의가 발달함에 따라 객관적인 의미의 새로운 과실개념이 확립되기에 이르렀다.

나. 과실책임주의로의 입법

1804년에 제정된 프랑스민법은 제1382조는 “타인에게 손해를 주는 모든 인간의 행위는 그 過失(faute)로 인하여 손해를 생기게 한 자로 하여금 그 손해를 배상할 의무를 지운다”고 규정하여 faute를 不法行爲의 成立要件으로 삼고 있다.²³⁾ 이 faute개념은

21) 遠藤浩, 私的自治の原則と過失責任主義の關係, 田山實/山本進 編, 民法總則 物權法, 法學書院, 1974 14면

22) Regina Ogoreck, Untersuchung zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, Bohlau Verlag, 1975, S 9ff

23) 프랑스 불법행위법에 있어서 귀책근거가 되는 faute는 故意와 過失을 포함하는 개념이다(山口俊夫, フランス債權法, 1985 100면)

로마법의 Culpa개념을 이어받은 것으로서 민법상의 故意 過失을 歸責의 측면에서 표현한 것이다.²⁴⁾

1900년의 독일민법 제823조에서 “故意 또는 過失에 의하여 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는 이에 의하여 발생한 손해를 배상할 의무를 진다”고 규정하고 있으며, 1881년의 瑞西債務法 제41조도 “타인에게 위법하게 손해를 가한 자는 그것이 故意에 의하거나 過失에 의하거나를 묻지 않고 그 타인에게 배상할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 또한 일본민법도 제709조에서 “故意 또는 過失로 인하여 타인에게 권리를 침해한 자는 이로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 우리민법도 제750조에서 “故意 또는 過失로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하였다 이 규정은 違法行爲를 한 자가 스스로 損害賠償責任을 부담하여야 한다는 自己責任의 원칙과 그 자에게 故意 過失이 없으면 損害賠償責任을 지지 않는다는 過失責任主義를 선언한 것이다.²⁵⁾

2. 입법자의 의사

가. 독일

독일민법전의 이유서(Motive)²⁶⁾에는 過失責任의 근거에 관하여 다음과 같이 설명하고 있다. “損害賠償義務을 過失로부터 분리시키려는 사상은 현대의 견해를 나타내는 것으로서, 이 초안(Entwurf)의 반대입장보다도 한층 실생활의 필요에 밀착되어 있다 함은 정당하지 않다. 독일의 古法上으로는 損害에 원인을 제공한 행위자의 賠償義務을 인정하였다는 사실을 들어 그와 같은 근거로 삼을 수는 없을 것이다. 왜냐하면 損害의 야기와 가해에 대한 책임의 연관성은 독일법의 국민적 특색이 아니라, Schuld-begriff가 아직 형성되지 아니하여 허물로 돌려야 할 Schuld-begriff와 허물로 돌

24) 李太載, “不法行爲責任의 本質”, 民法論選(下), 東亞學研社, 1983, 543쪽 ; 1804년에 제정된 프랑스민에 있어서 초기에는 과실을 주관적으로 해석하였으나 자본주의가 고도로 발달하여 기계화와 산업화가 이루어짐에 따라 민법전의 해석이 달라지게 된다 즉 초기에는 과실을 주관적으로 해석하였으나 그 한계가 나타나자, Mazeaud와 같이 faute를 의무위반이라는 객관적 요소로 구성하려는 견해와 Savatier와 Esmein같이 faute를 의무위반이라는 객관적 요소와 가해자의 귀책성이라는 주관적 요소로 해석하는 견해가 있다(상세한 내용은 鄭淇雄, 不法行爲法上 「過失」概念에 대한 歴史的 考察, 法曹(34권 2호), 1985, 71쪽 참조)

25) 金基善, 韓國債權法各論, 法文社, 1988, 399쪽

26) Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 4 Bde., 1888.

릴수 없는 Schuld begriff의 구별이 아직 이해되고 있지 못한 낮은 문화단계의 모든 법에서 발견되는 현상이기 때문이다. 구체적인 사물의 관점은 손해를 생기게 하였다는 눈에 보이는 사실에 의존한다. 損害賠償義務가 過失을 요건으로 한다는 원칙의 정립은 실질적 타당근거를 결한 것이 아니며, 보다 고차원의 문화발달의 하나의 결과일 것이다. 그것은 개인에 있어서 그 개성의 발전이 허용되는 권리영역의 한계설정에서 결정적 의의를 갖는다. 그는 行爲 不行爲에서 상당한 주의를 기울이면 위험이 야기되지 않는다고 인정되는 범위내에서만 타인의 法律上 保護되는 이익을 존중하면 된다. 타인에 있어서 危險性을 주의깊게 살펴도 인지할 수 없는 행위를 하는 것은 허용된다. 따라서 그 행위는 타인의 권리영역에 有害한 영향을 미칠지도 모르지만, 그럼에도 피해자는 이 영향을 재난(Zufall)처럼 감수하지 않으면 안된다. 원칙상 초안의 입장을 버리고 더 나아가면 결코 거래의 발전에 도움이 되지 않고, 아마 個人의 活動의 自由가 과도하게 制限을 받게 될 것이다. 어쨌든 학문상 원인주의는 법률의 기초로 삼을 수 있을 만큼 완성되어 있지 않다. 사정에 따라 正義와 衡平을 고려하여 개개의 경우에 過失主義로 일관하기를 멈추지 않으면 안될 사례가 있음은 별개의 문제이다.²⁷⁾

독일민법기유서는 가해자의 故意 過失이 있으면 왜 책임을 지느냐 하는 점에 대한 적극적인 근거를 제시하지는 않고, 오히려 타인에게 損害를 주었다고 하면 故意 過失의 유무를 묻지 않고 책임을 져야하는 원인주의(Verursachungs. Veranlassungsprinzip)를 채택해서는, 각인이 자유스럽게 행위를 할 수 없게 되어서 거래의 안전을 해치고 '생활하기에 불편하다'고 하는 소극적인 이유를 들고 있다.²⁸⁾

나. 일본

일본민법기초자는 "원래 不法行爲의 규정에 의해서 보호받는 것은 사람의 固有한 權利-고유하다고 하면 온당하지 않지만 生命 財産 身體 自由 名譽 등을 가지고 있는 기타의 권리라고 하는 것이 이 채권의 규정에 의해서 스스로 보호받는 것이다. 요컨대 극히 넓게 사법상 가지고 있는 각종의 권리가 이 채권을 인정하기 때문에 먼저 보

27) 이 초안에는 예외를 두지 않았으나 당위원회는 몇몇 경우에 과실과 무관하게 손해배상의무를 정립하였다(상세한 내용은 平井宜雄, 損害賠償法の理論, 東京大學出版會, 1971, 346-347면 참조).

28) 독일민법 제1초안에서 사용된 "die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" 개념은 로마법상의 "diligentia eines bonus pater familias"의 번역어로 로마법상의 이 용어는 추상적으로 이해되었던 점과, 또 독일민법 제1초안의 위 용어가 독일민법 제276조 제1항의 "거래상 필요한 주의"(die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)로 표현만 바뀌는 과정에서 이루어진 입법자들의 논의를 분석해 볼때 독일민법상 과실의 척도는 객관적인 것 이었다(상세한 내용은 崔興燮, 현대불법행위법에서 민법 제750조의 過失과 違法性, 不法行爲法の 特殊問題, 1997, 401쪽)

호반는 것으로 생각한다 그러면 그와 관계하는 부분의 심히 넓고, 만약 사람이 充分히 注意하고, 또 正當한 방법을 써서 行爲를 하더라도 누구든지 어떤 경우에 있어서는 이 不法의 制裁라고 하고 하나의 賠償義務가 생긴다. 그렇게 되면 각인의 일, 자유의 범위가 심히 不分明하게 된다. 각인의 생활의 범위라고 하는 것을 서로 制限하고, 이것을 調和하며 각인의 權利의 行施라고 하는 것을 서로 制限 調和한다고 하는 것이 法の 目的이라면, 아무래도 充分한 注意로써 충분하고, 정밀한 방법에 의해서 하는 것까지 法律이 어떤 不利益인 結果를 지게 한다고 할 수 있는 것이다. 다만 사람의 行爲라고 하는 것이 원인이 되어서 그 원인 때문에 1개의 損害가 생긴다 그 損害를 拜上시킨다고 하지만, 만약 1개의 法規定이 되었을 때에 있어서는 去來의 발달마저 해칠지도 모르고 각 사람이 共同生活을 하고 있는 것에서는 安心하고 서로 생활할 수 없을 정도가 될 것이다”²⁹⁾고 설명하고 있다.

이와 같이 不法行爲責任原則으로서 原因主義를 부정한 결과 過失責任主義를 채용하는 한 故意와 過失을 구별할 필요는 없다.³⁰⁾

다. 우리나라

우리나라는 민법초안이유서가 없어서 민법기초자의 의사를 알 수 없지만 그 당시 학자들의 견해를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 김기선교수는 “가해자가 자기의 故意 또는 過失로 타인에게 손해를 발생시켰으면 賠償하여 주는 것이 公平하다. 이는 자업자득이므로 사회질서와 정의에 위배됨이 없다. 만약 過失이 없는데도 가해자에게 賠償責任을 부담시키면 일면에서는 가해자에게 가혹할 뿐만 아니라, 注意를 한 자와 하지 않은 자를 구별하지 않아 不公平하다. 그 결과 損害를 발생시키지 않으려는 노력을 태만히 하는 수가 있을 것이다. 타면에서는 개인활동을 위축시켜 사회에서의 自由競爭이 현저히 阻害되어 개인의 自由로운 活動에 의한 經濟 社會發展을 도저히 기대할 수 없다. 그리하여 ‘過失없으면 責任없

29) 法典調査會, 民法議事速記録 40卷, 145丁-146丁 참조

30) 穂積八束委員이 유럽에서는 위험한 사업을 경영하는 자에 대해서 고의 과실의 유무를 묻지 않고 손해배상의무를 지게하는 사회적입법이 있는데도, 과실책임주의를 택하는가는 질문에 대해, 穂積陳重起草委員은 개인주의에 의하면 어떤 손해가 있어도 그 손해를 원래 있던 대로 고친다는 생각이 좋을지도 모르겠지만, 그래서 “생활하기에 불편이 생기니까”민법의 규정으로서는 그런 생각을 택하지 못한다. 그러나 특별법으로써 무과실책임을 인정하는 데에는 전혀 반대하지 않는다고 했다(상세한 내용은 法典調査會, 民法議事速記録 40卷 152丁 참조)

다'란 過失責任主義가 확립되었으며, 이것이 근대시민법의 不法行爲制度의 基調를 이루었다³¹⁾고 한다

(2) 방순원교수는 “각인은 자기의 過失에 의하여 발생할 사항에 대하여서만 損害賠償責任을 지며, 自己過失에 의하여 발생치 아니한 사항에 대하여서는 아무런 책임을 지지 아니한다는 원칙이 過失責任主義”라고 하면서, “이는 個人本位の 사상에 입각하여 소위 나폴레옹민법전의 개인본위사상과 이에 기인하는 個人財産尊重의 원칙, 契約自由의 원칙, 過失責任主義 등의 지도원리는 봉건제도를 타파하고 특권계급의 절대적 지배를 배제하고 Maine의 유명한 ‘身分에서 契約으로’라는 표어에 보여주는 바와 같이 개인에 대하여 평등한 법적지위를 인정하여 自由活動을 보장한 공적은 다대하였다³²⁾고 한다

(3) 장정학교수는 “근대에 이르러 過失責任의 원칙이 인정되게 된 연유는, 근대법상 契約自由의 원칙이 인정되어 개인의 意思自由 自由競爭을 통하여 사회생활을 영위하려면 개인의 責任의 限界를 명확히 規定해 주어야 보다 활발한 활동이 가능하며 사회의 발전을 이룩할 수 있다는 데서 찾을 수 있다³³⁾고 설명하고 있다.

이와 같이 우리민법제정당시의 학자들은 故意와 過失을 구별하지 않았다. 그리고 不法行爲의 요건인 故意 또는 過失이 어찌해서 過失責任의 근거가 되는가에 대하여는 적극적으로 언급하지 않았다³⁴⁾ 이와 같이 不法行爲의 요건으로서 故意와 過失을 특별히 구별하지 않는 경우에는, 故意이든지 過失이든지 간에 行爲者의 意思에 責할만한 점이 있으면 그것으로 인해서 생긴 損害를 賠償시키는 것이 되어서, 원칙으로 故意만을 벌하는 형법의 경우와 다르고,³⁵⁾ 어디서부터가 故意가 된다는 것은 논할 실익

31) 金基善, 新債權各論, 法文社, 1959, 210쪽

32) 方順元, 新民法總則, 韓·文化社, 1959, 14-15쪽.

33) 張庚範, 新稿債權各論, 서울考試學會, 1962, 167쪽

34) 이에 관하여 아치영교수는 “개인의 자유를 지도원리로 삼는 근세의 개인본위 권리본위의 법률에서는 불법행위제도가 개인의 자유활동의 한계를 정하는 최소한도의 제한이라고 생각할 수 있다 각 개인은 그 사회생활에서 하는 자유활동 때문에 타인에게 손해를 가할 경우가 있다고 해도 그것은 자유경쟁의 필연적인 결과이고, 법은 함부로 이것을 억압해서는 안된다 다만 그 활동 경쟁이 다른 개인의 자유를 침해하고 공동생활 자체의 존재를 위협할 경우에만 용서할 수 없는 불법한 행위로서 그 책임을 문제 삼는다 이러한 사상아래에서는 불법행위는 행위자의 주권을 책하는 것, 즉 고의 또는 과실이 있는 것과 다른 개인의 권리를 침해하든가 적어도 명료하게 법규에 위반하는 것이라는 것이 필요하다고 하였다(我妻榮, 事務管理 不當利得 不法行爲, 日本評論社, 1989, 94~95면)

35) 형법의 책임성이론은 고의와 과실로 인한 범죄를 엄격히 구분하여 형벌의 감경을 제후하기 위한 목적으로 개발된 이론이지만 사법에서는 불법행위법상 고의와 과실에 대하여 비난의 정도를

이 없게 된다는 것이다.³⁶⁾

3. 과실개념에 관한 학설

가. 객관적 과실설

過失은 일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 不注意, 즉 注意를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고서 행위를 하는 심리상태라고 하며, 不法行爲에 있어서의 過失은 抽象的 輕過失이 원칙이고 抽象的 輕過失이라 함은 기울여야 할 注意(주의의무)를 게을리 하는 것으로서 그 주의의 정도는 그 때 그 때의 구체적 사례에 있어서의 표준인 普通人을 기준으로 한다는 것이다.³⁷⁾ 우리나라의 대법원판례는 不法行爲의 成立要件으로서의 過失은 이른바 抽象的 過失만이 문제되는 것이고 이러한 過失은 社會平均人으로서의 注意義務를 違反한 경우를 가리키는 것이지만, 그러나 여기서의 사회평균인이라고 하는 것은 추상적인 일반인을 말하는 것이 아니라 그때그때의 구체적인 사례에 있어서의 보통인을 말하는 것이라고 한다.³⁸⁾

나. 주관적 과실설

우리나라에 있어서는 主觀的 過失을 주장하는 견해는 거의 찾아볼 수 없으나³⁹⁾ Wolf는 過失이란 개별적인 지식과 능력을 가진 개인이 개별적인 상황에서 發生可能한 결과와 그의 容態의 不法을 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못하는 것⁴⁰⁾이라고 하였으며, 石田穰은 過失은 不法行爲規範이 방지하려고 한 損害의 發生을 行爲者가 認識할 수 있었음에도 불구하고 이를 認識하지 못하거나, 또는 認識하였음에도 불구하고 이를 認容하지 아니하고 이 規範에 반하는 행위를 하는 것이라고 한다.⁴¹⁾ 또한 Sieber는 主觀的 有責任은 객관적 척도에 의하여 측정되는 것이 아니므로 過失은 客觀的으로 사회생활상 필요한 注意를 행위자의 個人的 能力에 의하여 지킬 수 있었는

다르게 하기 위하여 구분하지는 아니한다(尹亨烈, 不法行爲責任의 基本構造, 民事法學 第18號, 2000, 701쪽)

36) 加藤一郎, 不法行爲, 有斐閣, 1974, 64면.

37) 우리의 통설은 過失을 故意와 함께 有責任 要素 즉 主觀的 要素로 보고 있으며 동시에 소위 客觀的 過失說에 입각해 있다

38) 大判 2001.1.19, 2000다12532

39) 주관적 과실에 관하여는 金亨培, “過失概念과 不法行爲責任體系”, 民法學研究, 博英社, 1989 참조

40) Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3 Aufl., (Köln, Bonn Berlin München · Carl Heymanns Verlag), 1982, S 230

41) 石田穰, 損害賠償法再構成, 東京大學出版部前, 1977, 31면

대도 불구하고 이를 태만히 하여 지키지 못한 경우에 한해서 인정되는 것이라고 한다.⁴²⁾ 그 외에도 von Tuhr, Nipperdey, von Caemmerer 등이 있다. 이들이 주장하는 主觀的 過失은 그 구체적 내용이 서로 일치하는 것은 아니나 공통적인 점은 過失을 有責性(Schuld)의 일종으로 파악하고 있다는 점이다.

다. 구성요건설⁴³⁾

Wiethölter는 독일민법 제276조 제1항 제2문은 過失의 개념을 규정한 것이라고 하고 이 過失概念은 違法性要素도 아니고 有責性要素도 아니라고 하며 거래상 요구되는 주의를 태만히 함으로써 개인에게 損害를 야기시킨 不法(Unrecht)에 대하여 賠償義務를 부과시키는 構成要件要素라고 한다.

客觀的 過失說이 일관성을 유지하기 위해서는 주의의무의 객관적 기준을 전제해야 함에도 불구하고 행위자의 직업 능력 등을 중심으로 하여 평균인을 기준으로 삼고 있으므로 이와 같은 유형화(Klassen und Typenbildung)는 결국 객관적 기준을 제시한 것이 아니라 실제로는 객관화의 외형을 가진 개별화된 기준을 설정하고 있는 것에 지나지 않는다고 하였다. 그리고 違法性이라는 것은 구체적 행위와 규범내용과의 모순관계 즉 관계개념(Relationsbegriff)에 지나지 않으며 실체개념(Substanzbegriff)은 아니라고 한다.

또한 主觀的 過失論이 주장하는 過失의 유책성요소와 관련하여 민사법에 있어서는 행위자에 대한 處罰이 문제가 아니라 피해자의 損害가 문제되기 때문에 형법과는 달리 유책성은 민법의 모든 損害賠償義務에 대하여 반드시 필요한 것이 아니라고 한다. 그렇다고 민사법의 過失概念을 별도로 설정할 필요는 없는 것이며 民事法에 있어서나 刑事法에 있어서 유책성개념은 統一的으로 사용되는 것이 바람직하다고 한다. 그러므로 이러한 유책성기준이 민사법에서 유지될 수 없거나 또는 유지될 가치가 없는 경우에는 유책성요소는 관련이 없는 것이며 그 경우에는 다른 요소가 제시되어야 한다는 것이다(예컨대 위험책임, 결과책임). 그러면 거래상 필요로 하는 注意義務의 위치는

42) Sieber는 과실개념을 다음과 같이 구성한다. 즉 주의자체는 행위자의 개별적 관계에 의하여 정하여지는 것이 아니고 사회생활에 있어서의 객관적 척도에 의하여 정하여지는 것이지만, 이와 같이 객관적으로 필요한 주의를 태만히 함으로써 책임을 질 것인가 지지 않을 것인가 하는 것은 당해 행위자의 개인적 상황에 의하여 정해진다고 한다(상세한 내용은 Sieber, Plank's Kommentar zum BGB, Bd. II, Hälfte 1, 4 Aufl., Berlin, 1914, S 221f 참조)

43) 구성요건설에 관해서는 Wiethölter, Der Rechtsfertigungsgrund des verkehrsnichtigen Verhaltens, Karlsruhe, 1960, S. 21ff u S 50, 金亨培, 前掲論文 266-269쪽, 참조

어느 곳에 정해져야 할 것인가? 거래상 필요로 하는 注意를 태만히 한다는 것은 有責任이라고는 할 수 없을 것이다. 왜냐하면 거래상 필요로 하는 注意라 함은 행위자를 기준으로 하여 설정되는 것은 아니므로 違法한 容態에 대한 個別的 人的 非難可能性을 의미할 수 없기 때문이다.

부작위범에 있어서와 마찬가지로 過失에 있어서도 結果回避에 대한 構成要件은 유형화되어 있는 것이 아니라 그 때 그 때 정립되는 것이며, 그 構成要件의 중요한 요소는 行爲(행위의 위법성)와 法的當爲라고 할 수 있다. 그리고 이와 같은 당위기준이 바로 거래상 필요한 주의인 것이다. 그러므로 構成要件이 마련되어 있고 이에 대한 법법행위가 있을 경우에 과실범에 있어서는 그 결과를 注意義務違反(Sorgfaltsverletzung)이라고 한다. 더욱이 민사법에 있어서는 형사법에 있어서와는 달리 구성요건개념이 예리하게 구성될 필요가 없으므로, 過失을 개개의 불법행위군에 대하여 적용될 일정한 내용을 가진 構成要件이라고 정의하더라도 민사법에 관한 한 이단적이라거나 실증성이 없다고 말할 수 없다. 그리하여 過失不法行爲의 構成要件은 行爲(법적으로 중요하지 않은 행위)를 함에 있어 거래상 必要한 注意(명령)을 태만히 한(부작위) 자는 법률이 정한 制裁(예컨대 과실야기의 경우에는 손해배상)가 과해진다는 형태를 취하게 될 것이다. 예컨대 소유권침해의 경우에는 거래상 필요한 주의를 태만히 함으로써 타인의 소유권을 위법하게 침해한 자는 그 타인에게 그로 인하여 발생된 손해를 배상하여야 한다는 것이 된다. 그리하여 독일민법 제823조 제1항의 “過失로 한 자는”이라는 문언도 결과적으로 過失을 構成要件概念으로 해석할 수 있는 표현이라고 한다. 따라서 이와 같은 규정에서 有責任을 추론한다든가 또는 거래상 필요한 주의의 태만을 違法性要素라고 하는 견해는 모두 부당하다는 것이다.

결론적으로 민사상의 過失不法은 독자적인 구조를 가진 것이며 過失責任이 有責任과 관련이 없는 責任이라고 이해하는 것이 정당하다고 한다면, 이는 故意責任이나 危險責任과는 구별되는 제3의 責任이라고 하는 것이 그의 주장이다.⁴⁴⁾

4. 결 어

主觀的 過失說에 의하면, 過失의 전제로서 責任能力을 요구하면서 그 注意義務의 판단기준은 平均人에 두는 것은 모순이며, 過失을 개인적인 能力에 두지 않고 평균인에게 두는 것은 不法行爲의 객관적 성립요건인 違法性和 구별하기 힘들고, 객관적 기

44) Wietholter, aaO, S.42 u. S.47.

준에 의해 행위자에게 책임을 묻는다는 것은 歸責根據가 有責性에 있지 않고 행위의 危險性이나 有責性 이외의 것에 있다고 한다.

그러나 民事責任은 刑事責任과 달리 손해의 분담과 조절이 목적이므로 당사자의 개인적인 사정을 일일이 고려하면 被害者의 保護가 미흡하게 되고, 社會共同生活에서는 信賴의 원칙은 지켜져야 하고 이러한 신뢰의 원칙 없이는 사회생활은 유지되기가 어렵고, 순 이론적으로는 有責性의 사상에 충실한 過失概念이 타당하나 實質的인 過失의 判斷基準은 客觀的 基準에 의할 수 밖에 없으며, 責任能力이 없는 자의 행위는 처음부터 제외되기 때문에 責任能力이 있는 자에 대하여 客觀的 基準을 적용시켜도 부당하지는 않겠다⁴⁵⁾

IV. 불법행위책임체계

1. 객관적 과실개념에 의한 불법행위책임체계

客觀的 過失說은 過失을 平均人에게 요구되는 注意義務의 違反이라고 파악하므로 그 기준이 행위자개인에게 있는 것이 아니라, 平均人에게 요구되는 注意義務의 違反이라고 하는 행위의 객관적 태양에 있다고 하겠다 그러므로 행위자는 個人的 能力에 따라 행위를 하더라도 平均人에게 요구되는 행위를 하지 않는 한 免責되지 않는다.

따라서 過失있는 不法行爲의 責任體系에 관하여 우리나라의 학설은 過失을 故意와 마찬가지로 過責主義(Verschuldensprinzip)의 원칙하에서 이해하려고 하며 또 過失을 心理狀態로서 파악하려고 한다. 즉, 過失은 意思의 緊張을 缺한 것이라는 점에서 有責性要素에 해당하는 것으로 구성하려고 한다. 그러나 다른 한편 학설과 판례는 共同社會의 한 사람으로서 要求되는 정도의 注意를 게을리 하거나 또는 마땅히 하여야 할 義務를 怠慢히 하였거나 또는 하지 아니하면 아니될 義務를 履行하지 아니한 경우에 過失이 있는 것이다⁴⁶⁾

우리나라의 학설과 판례는 過失을 책임체계상 어떤 위치에 두고 있는지 그 자세한 내용을 알 수 없으나 대체로 過失은 不法行爲責任의 主觀的 要素라고 하는 데는 일치하고 있다

45) 지원립 교수에 의하면 이른바 행위불법론과 결부되는 주관적 과실개념은 과실과 위법성을 준별할 뿐만 아니라 책임능력을 요구하는 민법의 태도와 모순되는 이론이라고 한다(池元林, 民法講義(第2版), 弘文社, 2003, 1435쪽)

46) 金亨培, 前掲論文, 269-270쪽

2. 주관적 과실개념에 의한 불법행위책임체계

(1) von Caemmerer는 과실을 인정하기 위해서는 행위자가 구체적 상황에 있어서 법적으로 요구되는 객관적 주의의무를 그의 개인적 능력에 의하여 인식할 수 있고 성취할 수 있어야 한다고 한다.⁴⁷⁾ 그러나 그는 불법행위에 있어서 위법성은 작위와 부작위가 법질서의 명령이나 금지에 모순되는 것을 의미하기 때문에 과실과 관련하여 위법성판단을 행위의 결과와 결부시키는 것은 과책주의원칙에 의한 불법행위에 관한 일관성이 없다고 한다. 따라서 위법한 행위가 유책한 행위로 되려면 그 행위자에 대하여 비난을 할 수 있을 때 비로소 가능하다고 한다. 그러나 유책성문제는 위법성 판단과 밀접한 관련을 맺고 있으며, 위법성의 유형을 직접침해의 경우와 간접침해의 경우로 나누어서 책임체계를 구성한다.⁴⁸⁾

47) 上掲論文, 266쪽

48) ① 직접침해 우선 독일민법 제823조 제2항(보호법규위반) 및 제824조(신용침해행위)에 위반한 행위는 위법한 행위이다. 이 경우에는 행위자가 설정 필요한 모든 주의를 다 하였음에도 불구하고 인식하지 못한 데에 아무 과실이 없기 때문에 행위자를 비난할 수 없다 해도, 그 행위자의 행위는 위법이라고 한다. 그런데 독일민법 제823조 제1항의 생명 신체 건강 소유권 및 기타의 권리의 침해도-정당방위와 같은 정당화사유(Rechtfertigungsgrund)가 없는 한-이상의 경우와 마찬가지로 침해행위(Verletzung)로 판단해야 한다는 것이다 왜냐하면 동조항이 규정한 절대권의 내용인 사용 수익 처분은 소유권자 또는 절대권의 보유자에게만 주어져 있는(zugewiesen) 것이므로 이러한 권리자에게 유보된 권리를 침해하면-정당화사유가 없는 한-이는 곧 위법한 행위가 되는 것이기 때문이다 그러나 행위자가 거래상 필요한 주의를 다 했음에도 불구하고 그가 타인의 권리를 침해하는 것을 인식하지 못하였다면 과실은 배제된다 즉, 그 행위자는 위법하게 행위하였으나, 유책하게 행위하지는 않는 것이 된다 직접침해의 경우의 위법성과 유책성을 제 823조 제1항과 관련하여 요약하면 절대권을 침해하는 행위는 곧 위법한 행위이고, 행위자가 거래상 필요한 주의를 다 했음에도 불구하고 타인의 권리침해를 인식하지 못하였다면 과실이 없는 것이 되어 유책성을 결하게 된다

② 간접침해 간접침해는 직접침해의 경우와 같이 타인의 권리를 직접침해는 행위가 아니다 간접침해행위는 타인의 법익을 위태롭게 하는, 다시 말하면 법익침해의 가능성이나 개연성이 있는 행위이다. von Caemmerer에 의하면 이와같은 행위는법실무에 의하여 형성된 주의의무(die von Praxis herausgearbeiteten Sorgfaltspflichten), 이른바 거래상의 의무(Verkehrspflichten)에 위반하는 경우에만 위법하다고 한다 이러한 주의의무의 내용은 보호법규(Schutzgesetz)내에 정립되어 있는 것과 같은 용태규범(Verhaltensnormen)으로서의 성질을 가지는 것이므로 이 용태규범에 반하는 행위는 위법한 행위가 되며 이 위법행위가 다시 유책성을 갖추면 손해배상의무를 발생케 한다 그러므로 간접침해에 있어서의위법성과 유책성은 다음과 같이 판단되어야 할 것이다 즉, 위태로운 행태의 위법성판단에 있어서는 주의의무(eine Sorgfaltspflicht)위반만이 기준이 되고(allein maßgebend), 유책성판단은 행위자가 그 구체적 상황에서 달리 행동할 수도 있었다는 점에서 그 행위자를 비난할 수 있을 때에 유책성, 즉 과실이 갖추어지는 것이다

이상과 같이 von Caemmerer에 있어서는 위법한 행위는 권리침해를 그 내용으로 하는 직접침해의 경우와 위험한 행위에 있어서 거래상의 주의의무위반을 그 내용으로 하는 간접침해의 경우로 양분되지만, 어느 경우에도 과실은 유책성관련하에서 주관적 과실로서 구성하고 있다. 그에 의하면 유책성을 전제로 하지 않는 이른바 객관적 과실책임은 보증책임(Garantiehaftung)이라고 한다

(2) 김형배교수는 불법행위의 유형에 따라서 불법행위법을 재구성하고자 한다.⁴⁹⁾ 그는 불법행위의 유형별로 책임귀속근거를 달리해야 한다고 하면서, 다음과 같이 이유를 들고 있다. 손해배상책임의 발생원인으로서 불법행위를 규정했던 초기의 입법은 모든 시민의 활동의 자유를 그 이념적 기초로 하고 하였으며, 그 결과 과실의 개념도 의사의 자유라는 유책성관련하에서 파악하였는데, 그 후 산업의 발달과 더불어 입법 당시에는 예견할 수 없었던 유형의 손해악기행위가 나타났다. 그리하여 불법행위의 책임귀속근거를 의사의 자유라는 유책성관련하에서만 파악할 수는 없게 되었다고 하면서, 과실의 본래적 개념은 유책성관련하에서 파악되는 주관적 과실로 구성하되 그 적용범위를 초기 입법당시에 예상했던 일상생활상 발생하는 유형의 불법행위에 한정하고, 객관적 과실이 적용되는 분야 역시 유형화되어야 할 것이며 그 경우의 귀속근거는 유책성과 관련이 없고 행위의 위험성, 거래안전의무, 또는 거래상의 기대를 기초로 하는 위험부담원리등을 그 귀책근거로 해야한다. 그리고 위험성을 귀책근거로 하여 재판할 수 있는 법원은 특별법이나, 특별법이 없으면 유사한 불법행위 관하여 규정하고 있는 특별법들을 유추한다. 즉 특별법이나 조리가 그 법원이 된다고 한다.

3. 구성요건설의 과실개념에 의한 불법행위책임체계

Wietholter⁵⁰⁾는 過失責任은 有責性を 필요로 하지 않는다는 점에서 故意責任과 구별되며, 不法(Unrecht)에 관한 책임이라는 점에서 危險責任(Gefährdungshaftung)과 구별된다고 한다. 그리하여 그는 계약외적 손해배상책임을 i)故意責任=不法損害에 있어서의 책임능력있는 행위자의 有責한 責任(Vorsatzhaftung als schuldhaftes Haftung schulfähiger Täter für Unrechtsschäden), ii)過失責任=不法損害에 있어서의 책임능력있는 행위자의 無責한 責任(Fahrlässigkeitshaftung als schuldlose Haftung für Unrechtsschäden)으로 분류한다 그리고 構成要件說에 의하면 過失責任을 故意責任과

49) 金亨培, 前掲論文, 275쪽 이하 참조

50) Wietholter, aaO, S 52

함께 有責任으로 일괄하려는 종래의 일반적 견해와는 달리 Wiethölter는 이들을 책임체계상 서로 다른 책임으로 갈라 놓고 있다. 그에 의하면 故意責任과 過失責任은 不法에 대한 책임이라는 점에서는 같지만 그 불법내용에 있어서는 違法判斷의 대상을 달리한다. 즉 故意責任에 있어서는 違法判斷의 대상이 計劃된 侵害行爲(geplante Verletzungshandlung)-目的的 行爲-이지만, 過失責任에 있어서는 객관화 된 것, 곧 容態(Verhalten)라고 한다.⁵¹⁾

V. 결론

不法行爲라 함은 故意 또는 過失로 타인에게 손해를 가한 위법한 행위를 말하는 것으로 모든 損害는 원칙적으로 손해를 입은 被害者 자신이 부담하며, 피해자에게 발생된 손해를 타인에게 부담시키기 위해서는 특별한 근거가 있어야 한다. 우리민법은 제750조에서 “故意 또는 過失로 인한 違法行爲로 타인에게 손해를 가한 자는 그 損害를 賠償할 責任이 있다”고 규정함으로써 不法行爲의 成立要件에 관한 일반적 규정을 두고 있다. 이 규정에서 故意 또는 過失은 責任能力과 함께 不法行爲 成立의 主觀的 要件이라는 것이 통설인데, 이 때의 過失에 관한 개념은 우리민법에 규정이 없으므로 학설과 판례에 따를 수 밖에 없다.

민법이 이처럼 행위자의 故意 過失을 損害賠償責任의 주관적 귀책사유로서 요구하는 것은 우리 민법이 過失責任主義에 입각하고 있기 때문이다. 그러나 산업혁명이후 산업사회의 고도화와 과학기술문명의 급속한 발달로 말미암아 행위자의 故意 過失에 의하지 않고도 손해를 야기시킬수 있는 경우가 빈번히 발생하게 되자 過失責任主義만으로는 이를 해결할 수 없게 되었다.

이와 같이 過失責任主義만으로는 不法行爲에 관한 법률문제를 모두 해결할 수 없게 되자 不法行爲法上 ‘過失’개념을 재구성하고자 하였다. 즉, 過失은 일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 不注意, 즉 注意를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고서 행위를 하는 심리상태로서 그 주의의 정도는 그 때 그 때의 구체적 사례에 있어서의 표준인·보통인을 기준으로 한다는 客觀的 過失說에 대하여 責任能力이란 개인적 능력에 관련된 개념인데 平均人에게 요구되는 注意義務를 기준으로 과실유무를 판단하는 것은 모순이라는 主觀的 過失說과 過失이란 사회생활상 요구

51) 前田達明, 前掲書, 168면, 金亨培, 前掲論文 284쪽,

되는 주의이지만, 이는 違法性要素도 有責性要素도 아니며 違法한 容態에 대한 個人的 人的 非難可能性을 의미하지 않는 거래상 요구되는 주의를 태만히 함으로써 타인에게 손해를 야기시킨 不法에 대하여 賠償義務를 부과시키는 構成要件要素라고 構成要件說이 등장하였다.

그러나 法の 기준은 도덕이 아니고 일반적 적용의 기준이므로 不法行爲에서 문제되는 過失은 主觀的 過失이 아니고 그 분야의 平均人에게 一般的으로 要求되는 注意義務의 違反인 客觀的 過失로 보아야 한다. 그리고 責任能力이 없는 자의 行爲는 처음부터 제외되기 때문에 責任能力이 있는 자에 대하여는 客觀的 기준을 적용시켜도 부당하지는 않다. 만약 過失의 개념을 구체적이고 주관적인 의미로 파악한다면 共同社會의 질서는 무너지고 社會生活은 危險에 직면하게 될 것이다. 즉 누구나 法的 抵觸을 받는 相對方이 적어도 일반 平均人의 知識과 能力을 가지고 행동하리라는 것을 信賴할 수 있어야지 加害者의 個人的 事情을 고려하여 면책할 수 있다면 그 信賴는 깨지게 되어 法的 安定性을 해치게 된다. 따라서 민법 제750조에서의 '過失'이란 그 개인에게 관한 구체적 사정에 의하여 결정되는 것이 아니라 일반적인 普通人으로서 할 수 있는 注意義務를 違反한 경우라고 하겠다.



김 진

불법행위(tort) 과실개념(the idea of negligence)

객관적 과실(the objective negligence)

주관적 과실(the subjective negligence)

과실책임(the negligence liability) 과실 (negligence)

[ABSTRACT]

A study on the tort liability arising from negligence - studying mainly the negligence

Kim Jin^{*}

The tort liability arising from negligence doesn't accord with today's negligence idea. However, throughout from Culpa in Rome law to Justinian Code, the foundation of the negligence idea was established because the negligence idea was fixed carefully by Father. And then also the negligence idea became the tort principle as a general legislation by legist insisting the law of nature. After that, the modern Civil Code, like civil law of France and Germany, enacted this negligence idea as general articles on tort, the principle of negligence liability.

In article 750, Korea also makes the common rule on organization condition for tort by providing like this . the tort who purposely or negligently injuries somebody are liable for the damage.

(According to the article 750, Korean Civil Law, there is a common rule on tort existance condition by providing like following : Someone who injuries the others intentionally or negligently is liable for the damage on tort.) But in Korea we don't have any regulated idea on the negligence, so we can't help following the theory and case law. Consequently there are objective negligence(a theory of majority and a point of view from precedents), subjective negligence and a theory of constituent.

When we think of it, a community will destroy and the civil life will come to crisis soon. In other words everyone should be able to believe

* A full-time lecturer in Kyungbuk College, a part-time lecturer in Sungkyunkwan University and Andong University

that anyone controlled according to the law will act with the general person's knowlege and ability at least. If a harmful act can escape from the negligence liability with regard of his indivisual affairs, the confidence will break down and further weeken the legal stability. Therefore in article 750, civil law, negligence isn't decided by the person's specific/definite affairs but is defined as violating the caution liability which every general person should take care.