

## 불법행위법에 있어서 과실의 기준으로서 주의의무\*

### Sorgfaltspflicht als Maßstab der Fahrlässigkeit im Deliktsrecht

박 규 용\*\*  
Park, Kyu-Yong

#### 목 차

- I. 머리말
- II. 불법행위법에서의 과실책임주의
- III. 불법행위의 요건으로서 과실
- IV. 과실에 있어서 주의의무의 위반
- V. 맺음말

#### 국문초록

불법행위의 성립요건이 충족되면 가해자는 피해자에게 손해를 배상해야 하는 민사책임을 지고, 이를 통하여 피해자에게 발생한 손해는 전보되고 그 부담은 가해자에게 전가된다. 불법행위책임은 가해자와 피해자 사이의 계약관계가 전제되지 않기 때문에 계약상의 특정한 의무가 사전에 당사자에게 존재하는 것이 아니고, 오히려 타인에게 손해가 발생하지 않도록 해야 하는 일반적인 의무를 위반한 점이 책임의 근거가 된다.

우리 민법은 제750조에서 불법행위의 형태를 한정하지 않고 동시에 불법행위

---

논문접수일 : 2017. 09. 30.

심사완료일 : 2017. 10. 19.

게재확정일 : 2017. 10. 20.

\* “이 논문은 2017학년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음”

\*\* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수

의 일반원칙을 내용으로 하는 일반적·포괄적 규정을 두고 있는 것이 특징이다. 그런데 민법 제750조와 같은 일반적 불법행위규정을 갖는 법률체계의 특징은 그 규정이 일반적인 만큼 사회의 발전에 따른 다양한 사고유형의 변화에도 유연하게 대응할 수 있다는 장점을 갖는 반면, 적용범위가 애매하고 법관의 재량 범위가 너무 넓어져 버린다는 단점이 있다. 따라서 이러한 일반적 규정을 해석 하는데 있어서는 그 판단기준을 명확하게 하여 불법행위의 성립범위를 적절하게 확정하려는 노력이 요구된다.

무엇보다 피해자에게 발생한 손해를 가해자에게 전가시킨다는 불법행위제도의 의미를 생각해 볼 때, 가해자가 왜 피해자에게 발생한 손해를 배상해야 하는가의 귀책원리가 중요한 문제이다. 민법 제750조는 「고의 또는 과실」을 손해배상의 요건으로 하고 있는데, 거래에서 요구되는 일반적인 주의를 소홀히 했을 때에 과실을 유발하게 되고, 이것은 행위의 부당함을 형성하기 때문에 주의의무의 문제는 불법행위의 구성요건의 영역에서 검토되어야 할 것이다. 한편 불법행위 성립요건 중의 하나인 과실은 평균인·일반인의 능력으로 기울일 수 있다고 기대되는 정도의 주의를 태만히 한 것을 의미하는데, 이와 같은 추상적 과실에서 주의의무의 수준과 정도는 해당 사안별로 구체화하고 유형화하는 작업이 필요할 것이다.

**주제어** : 불법행위, 고의, 과실, 과실책임주의, 주의의무, 무과실책임

## 1. 머리말

어떤 사람이 타인에게 손해를 가한 경우, 일정한 요건 하에 가해자에게 피해자에 대한 손해배상 의무를 발생시키는 제도를 불법행위라고 하는데, 가해자가 이러한 민사책임을 지게 되면 피해자에게 발생한 손해는 전보되고 그 부담은 가해자에게 전가된다. 민사책임으로서의 손해배상 의무를 발생시키는 제도로는 불법행위 외에도 계약책임이 있다. 계약책임이 계약관계에 있는 당사자 간의 계약불이행을 이유로 발생하는 반면, 불법행위책임은 가해자와 피해자 사이의 계

약관계가 전제되지 않는다. 따라서 계약책임은 계약에서 발생한 의무위반이 책임발생의 요건임에 반하여, 불법행위는 그러한 계약상의 특정한 의무가 사전에 당사자에게 존재하는 것이 아니라, 오히려 타인에게 손해가 발생하지 않도록 해야 하는 일반적인 의무를 위반한 점이 책임의 근거가 된다.

그러나 일정한 경우에는 하나의 행위가 두 책임의 요건을 동시에 충족시키는 경우도 있다. 예를 들어 A소유의 가옥을 B가 임차하여 사용하던 중 자신의 과실에 의해 소실시킨 경우, B의 행위는 임대차계약의 위반에 의한 손해배상책임의 발생요건과 A의 소유권을 침해한 불법행위책임의 요건을 동시에 충족하게 된다. 게다가 고용계약이나 학교계약(재학계약)에 있어서 고용주나 학교 측에게는 노동자나 학생의 안전확보에 주의를 기울여야 하는 의무(안전배려의무)가 있다고 여겨지고, 혹은 계약성립 이전이나 계약이 유효하게 성립되지 않은 경우에도 귀책사유가 있는 계약교섭 당사자에게는 일정한 책임(계약체결상의 과실책임)이 있다고 한 것처럼 계약상 의무의 범위가 확대되면 계약책임과 불법행위책임의 관계는 매우 미묘하게 될 수도 있다.

우리나라의 불법행위법은 민법 제750조에서 불법행위의 형태를 한정하지 않고 동시에 불법행위의 일반원칙을 내용으로 하는 일반적·포괄적 규정을 두고 있는 것이 특징적이다. 그런데 불법행위법의 구조적인 측면을 볼 때, 우리 민법과 같이 제750조라는 유일한 일반적 불법행위규정을 갖는 규정체계의 특징은, 그 규정이 일반적인 만큼 사회의 발전에 따른 다양한 사고유형의 변화에도 유연하게 대응할 수 있다는 장점을 갖는다. 그러나 반대로 일반적 규정은 적용범위가 애매하고 법관의 재량범위가 너무 넓어져 버린다는 단점이 있으며, 이것은 공해 등 사회적 이해가 자주 충돌하게 되는 현대적인 불법행위유형에서는 심각한 문제를 발생시키기도 한다. 따라서 이러한 일반적 규정을 해석하는데 있어서는 그 판단기준을 명확하게 하여 불법행위의 성립범위를 적절하게 확정하려는 노력이 판례나 학설에 요구되고 있다.

무엇보다 여기에서 피해자에게 발생한 손해를 가해자에게 전가시킨다는 불법행위제도의 의미를 생각해 볼 때, 가해자가 왜 피해자에게 발생한 손해를 배상해야하는가의 귀책원리가 중요한 문제이다. 이 점에 대해서 근대 이전에는 행위와 손해 간에 원인결과의 관계가 있다면, 그 행위자(원인자)가 배상 의무를 진다

는 원인책임주의가 지배적이었다. 그러나 이런 사고는 근대법에서 극복되어 과실책임주의가 확립되었고, 우리 민법도 제750조에서 「고의 또는 과실」을 손해배상의 요건으로 하고 있다. 거래에서 요구되는 일반적인 주의를 소홀히 했을 경우에 과실을 유발하게 되고, 이것은 행위의 부당함을 형성하기 때문에 주의의무의 문제는 불법행위의 구성요건의 영역에서 검토되어야 할 것이다.<sup>1)</sup>

이와 같은 점을 고려하여, 본 논문에서는 우선 과실책임을 중심으로 한 불법행위법의 기본원리를 정리해 보고, 불법행위의 요건으로서의 과실, 그리고 과실에 있어서 문제될 수 있는 주의의무에 관하여 검토함으로써, 불법행위법에 있어서 과실의 기준으로서 주의의무가 불법행위의 성립 내지 손해배상의 발생에 어떠한 영향을 끼치는 것인지 살펴보고자 한다.

## II. 불법행위법에서 과실책임주의

### 1. 과실책임의 원칙

근대의 불법행위법이 귀책원리로서 과실책임주의를 채택한 기본적인 이유는 개인의 자유로운 활동을 보장한다는 점에 있었다. 즉 사람들의 관계가 긴밀해지고 활동이 활발하게 되면서 어떤 사람의 활동이 타인에게 손해를 발생시키는 일도 많이 발생하게 되었는데, 여기에서 인과책임에 의해 그 손해가 발생한 모든 경우에 원인을 제공한 행위자가 책임을 지게 된다면 자유로운 활동이 제약 받게 될 수밖에 없다. 그렇기 때문에 일정한 범위에서는 비록 자기의 행위의 결과로 손해가 발생하여도 책임을 지지 않도록 하여, 개인의 자유로운 활동을 보장해야 할 필요가 있게 됨으로써 과실책임주의가 등장한 것이다.

이러한 활동의 자유를 보장하기 위해 귀책의 근거가 고의·과실이라는 행위자의 주관적 요소에 있는 이유가 무엇인가에 대해서는 두 가지 측면으로 설명될 수 있다. 첫째는 과실책임주의가 법사상적 관점에서 볼 때 의사이론의 반영이라는

1) Vgl. Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 10. Aufl., München: Luchterhand, 2006, Rdnr. 128.

것이다. 여기서 말하는 의사이론은 모든 사람은 자유의사를 갖고 있으며 의사만이 자기를 법적으로 구속한다는 이론으로, 즉 어떤 사람이 의무를 부담하는 것은 그 사람의 의사에 근거가 있다는 사고방식이다. 이 이론에 따르면 불법행위의 경우에 고의·과실이라 하는 의사에 있어서 비난받을 만한 요소가 배상의무를 지게 하는 귀책의 근거가 되는 것이다. 둘째는 경제적 측면이다. 자본주의 경제에서 기업은 일정한 비용을 투자하면 어느 정도의 이윤이 나올 것인가를 계산하여 활동을 하지만, 손실배상의무도 일종의 비용이며 그런 비용책임이 어떤 경우에 나오는가를 사전에 예측할 수 있어야 한다. 다시 말하여 예측했거나(고의) 예측할 수 있었던(과실) 손해에 대해서 책임을 지더라도 어쩔 수 없게 되고, 여기에 고의나 과실이 귀책의 근거로써 경제적 합리성을 갖게 된다는 것이다.<sup>2)</sup>

한편 과실책임주의는 양면성을 갖는다는 점을 이해해야 한다. 우선, 과실이 있으면 책임을 진다라는 사고방식으로, 사람들에게 손해배상의무를 지지 않기 위해서는 주의 깊게 행동할 것을 요구한다. 이런 측면에서 과실책임주의는 타인에게 손해를 끼치지 않도록 주의하여 행동해야 하는 것을 주시시키는 기능을 갖는 것이고, 과실이 있다는 것은 충분히 주의를 기울이지 못했다는 것을 의미하고 그것이 행위자의 비난으로 이어진다.<sup>3)</sup> 다른 측면에서 보면, 과실책임주의는 비록 타인에게 손해를 끼치는 행위가 있다고 하더라도 과실이 없으면 책임을 지지 않는다는 것을 의미하므로, 주의 깊게 행동하면 배상의무를 부담하지 않는다는 점에서 사람들에게 대한 활동의 자유를 보장하는 것이다.<sup>4)</sup>

여기서 과실책임주의가 합리성을 갖기 위해서는 두 가지의 전제가 필요하다. 첫째, 주의를 기울였다면 피해의 발생을 막을 수 있다는 전제이다. 일상생활에서 시민들 사이에 발생하는 사고의 대부분은 주의 깊게 행동했다면 막을 수 있는 것으로, 그런 의미에서 과실책임주의로 인해 사람들에게 주의 깊은 행동을

2) 吉村良一, 「不法行為法」, 有斐閣, 2010, 7-8面.

3) 四宮和夫, 「事務管理·不當利得·不法行為」, 青林書院, 1985, 254面.

4) 이와 같은 측면이 기업 활동에 적용되는 경우에 과실책임주의는 기업 보호적 성격을 갖게 되는데, 2차 세계대전 이전의 일본 오사카 대심원(大審院)판결은 화학공장에서 배출된 아황산가스 등에 의해 부근의 농작물이 피해를 입었기 때문에 부근농민이 손해배상을 청구한 사건에서, 손해발생을 예측할 수 있었다고 해도 “사업의 성질에 따라 상당한 설비를 설치한 이상...우연히 타인에게 손해를 입혀도” 불법행위책임을 지지 않는다고 했다(大判大5·12·22 民錄22·2474).

요구할 수 있게 된다. 두 번째 전제는 입장의 대등성과 상호 호환성의 존재인데, 가해자와 피해자는 상호 대등하며 시간과 장소를 바꾼다면 그 입장이 바뀔 수도 있다. 즉 어떤 경우에는 피해자가 될 수 있지만 다른 경우에는 가해자가 될 수도 있는 관계이다. 결국 과실책임주의는 배상의무를 한정하여 활동의 자유를 보장하고 명백하게 가해자에게 유리한 책임의 형태라고 볼 수 있지만, 그런 상호성을 전제로 한다면 그것이 항상 특정한 사람이나 그룹에게만 유리하게 작용한다고는 할 수 없을 것이다.<sup>5)</sup>

## 2. 과실책임주의의 수정

### 가. 과실책임주의의 문제점

현대사회에서 기업을 중심으로 한 경제활동은 사회를 발전시킨 원동력이라 할 수 있는 반면, 기업의 현대적인 활동은 다양한 위험을 만들어내어 심각한 손해를 발생시키기도 한다.<sup>6)</sup> 위와 같은 손해의 특징을 보면, 그 피해가 광범위하고 심각하며 불가피하게 발생한다는 점이다. 또한 이런 현대적인 손해에서는 피해자와 가해자 사이의 대등성과 상호호환성이 없는 경우가 많고, 가해행위가 고도의 과학기술을 응용한 것이거나 상품의 결함이 있는 경우에서 볼 수 있는 것처럼 업체와 소비자가 얻을 수 있는 정보의 격차가 현저하여 피해자에 의한 과실의 입증은 매우 어려울 수 있다.<sup>7)</sup>

이러한 손해발생의 특징으로 인하여 과실책임주의를 수정할 필요성이 제기되었으며, 과실이 없는 경우에도 일정한 경우에 피해에 대한 배상책임을 부과할 방법을 모색하게 되었다. 특히 과실책임주의에 의한 책임으로 한정시키는 것은 일방적으로 기업에게 유리한 상황을 만들어 줄 수 있고, 현대적 불법행위에 있

5) 吉村良一, 前掲書, 9面.

6) 예를 들어 기업의 활동은 대외적으로는 폐기물과 같은 그 파생물이 환경을 오염시킨다거나, 기업이 만든 제품의 결함에 의해 손해가 발생하고 자동차에 의한 사고발생의 경우도 적지 않다. 대내적으로는 노동현장에서의 사고 역시 심각한 사회문제가 되기도 한다.

7) 吉村良一, 前掲書, 10-11面.

어서 과실을 증명하기가 쉽지 않기 때문에 불법행위책임의 성립요건으로써 과실의 입증책임이 피해자에게 있다는 것은 경우에 따라서는 피해자에게 불가능한 일을 강요하게 할 수 있다는 점이 고려된 것이다.

### 나. 과실책임주의 수정의 방법

위와 같은 변화에 따라 현대사회에서 근대법의 책임원리인 과실책임주의는 수정을 요구받게 되는데, 과실책임주의를 수정할 경우 과실을 요건으로 하지 않는 책임인 무과실책임을 채택하는 경우와 과실의 입증책임을 피해자로부터 가해자에게 전환하는 경우<sup>8)</sup>가 있다. 여기서 과실책임주의를 수정하는 방법은 국가에 따라 달리 정하고 있는데, 첫째는 판례나 법해석에 의해 무과실책임 내지는 중간책임을 인정하는 입장이고<sup>9)</sup>, 둘째는 해석에 의한 무과실책임의 도입을 인정하지 않고, 대신 각각의 특별법을 제정하여 현대적인 사고에 대응하고 있는 경우이다.<sup>10)</sup>

우리 민법 역시 무과실책임을 부과할 경우에는 ‘법률’에서 명시적으로 규정하는 방식을 채택하고 있다. 예를 들어 공작물의 하자로 인한 소유자의 책임이 그렇고(제758조 제1항 단서), 민법 이외에 특별법에서 정하는 것으로는 제조물의 결함으로 타인에게 손해를 준 경우에 제조업자에게 과실이 없는 때에도 배상책임을 인정하는 제조물책임법 제3조 제1항, 환경오염 또는 환경훼손으로 피

8) 이 경우를 과실책임과 무과실책임의 사이에 있다는 의미에서 중간책임이라 칭하기도 한다.

9) 예를 들어 프랑스의 경우에 민법전은 과실책임주의를 규정하고 있지만, 나중에 나오는 판례나 학설은 제1384조 1항(“사람은 자신의 행위에 의해 야기된 손해뿐만 아니라 자기가 책임을 져야 하는 타인의 행위 또는 자기의 보관 하에 있는 물건에 의해 야기된 손해에 대해서도 책임을 진다”)에 의거하여 무과실책임으로서 ‘무생물책임의 법리’를 전개시켰다.

10) 예를 들어 독일은 현재의 민법전이 성립되기 전에 이미 철도사고에 무과실책임을 인정한 법률이 있고(1838년 프로이센 철도법이나 1871년 제국책임법), 그 후에도 자동차(1909년), 항공기(1936년), 원자력(1959년), 약품(1976년), 제조물책임(1990년), 환경오염(1991년) 등 위험한 활동으로부터 생기는 피해에 대하여 다수의 개별법이 만들어졌다. 일본의 경우에도 판례나 통설이 해석에 의한 수정, 특히 무과실책임의 도입에서는 소극적이며, 그런 의미에서 무과실책임에서는 특별한 법률이 필요하다고 하는 독일의 유형에 속한다고 볼 수 있다. 일본 민법전의 기초자도 민법전의 원칙으로 과실책임주의를 채택하고 있지만, 위험한 활동에 대해서는 무과실책임을 포함하는 특별법에 의한 대처가 필요하다고 생각하였다고 한다(吉村良一, 前掲書, 12面).

해가 생긴 경우에 그 원인자에게 무과실책임을 부과하는 환경정책기본법 제44조, 원자로의 운전 등으로 손해가 생긴 때에 원자력사업자에게 무과실책임을 정하는 원자력손해배상법 제3조 등이 있고, 자동차손해배상보장법 제3조는 증명책임의 전환에 의하여 사실상 무과실책임에 접근하고 있다.

#### 다. 무과실책임의 근거와 타당범위

과실책임에 있어서 과실이 있는 자가 왜 손해배상책임을 지는가에 대한 근거를 찾는다면, 그의 의사 내지 행동에 비난받아 마땅한 점이 있기 때문이다. 그렇다면 무과실책임에서는 과실이 없는 가해자가 책임을 지는 근거가 무엇인가 의문이 생길 수 있다. 무과실책임은 과실을 요건으로 삼지 않고 배상책임을 지게 되는 것이며, 그것만으로는 적극적인 귀책의 근거를 나타내고 있다고 볼 수 없기 때문에, 독자적인 귀책근거가 요구된다.

이런 점에서 오늘날에는 다음과 같은 두 가지의 사고방식이 유력하게 제기될 수 있다. 하나는 스스로 위험을 발생시키고 조절하는 자는 그 위험의 결과인 손해에 대해서도 책임을 져야한다는 소위 위험책임의 사고방식이고, 다른 하나는 “이익이 있는 곳에 손해도 있다”는 사고방식, 즉 이익을 취하는 과정에서 타인에게 손해를 끼친 자는 그 이익으로 배상하는 것이 공평하다는 보상책임의 사고방식이다.<sup>11)</sup> 이 둘은 서로 양립하기도 하는데, 예를 들어 공해에 있어서 기업은 생산활동을 통하여 이익을 얻으면서 손해를 발생시키고 있고, 동시에 위험한 활동을 자기의 지배영역 안에서 행하고 있으므로 무과실책임을 져야 한다고 하는 것처럼 둘이 함께 무과실책임의 근거로서 기능하고 있다고 보아야 할 것이다.

한편 경제학적 측면의 분석으로도 무과실책임을 뒷받침할 수도 있다고 한다. 즉 위험한 활동을 하는 기업은 피해자와 비교하면 그 경제력과 기술에서 손해 발생을 회피하는데 유리한 입장에 있는 점, 기업에게 손해를 부담시키는 것은 손해를 발생시키지 않게 하기 위해서 기업이 노력하는 경제적 유인이 되는 점, 기업은 손해를 부담하게 되어도 그것을 기업 활동의 비용으로 제품의 가격에

11) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2017, 1730면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2017, [5-265].



전가하고 혹은 보험을 들어놓는 등 손해의 분산을 피할 수 있는 점 등에서 위험물의 관리자에게 그 위험 때문에 발생한 손실을 무과실로 부담케 하는 것이 합리적인 이유가 된다는 것이다. 결국 사고의 억제나 손실분산, 나아가 사회의 효율적인 자원배분의 방향성에 관련하여 생각해 본다면 무과실책임이 지지받을 만한 것으로 평가될 수도 있다.<sup>12)</sup>

이처럼 무과실책임이 광범위하게 등장함에 따라 과실책임의 원칙은 많이 수정되고 있다. 그렇다고 해서 과실책임주의가 오늘날의 사회에서 타당성을 잃었다고 할 수는 없다. 일반시민의 일상생활에서 발생하는 손해에 대해서 개인의 자유로운 활동을 보장함과 동시에 사람들의 주의 깊은 행동을 요구하는 과실책임주의는 적극적인 존재의의를 갖고 있기 때문에, 그런 면에서 과실책임주의는 의미를 가진다고 할 수 있다. 그러나 한편으로 공해나 결함상품에 의한 사고처럼 입장의 호환성이 없는 경우나 정보가 편재됨에 따라 증거가 곤란한 경우, 혹은 자동차사고처럼 그 활동이 특히 높은 위험성을 갖는 경우에는 과실책임주의가 이미 타당성을 유지하기 쉽지 않고 무과실책임이나 중간책임에 의한 문제의 해결이 이루어져야 할 것이다.<sup>13)</sup>

### 3. 불법행위의 목적·기능

#### 가. 불법행위의 목적·기능으로서 원상회복

불법행위의 목적은 무엇보다 발생한 손해를 전보하고 원상을 회복함으로써 피해자를 구제하는 것이다. 여기서 피해자의 구제와 관련하여 보면, 실제로 발

12) 森島昭夫, 「不法行爲法講義」, 有斐閣, 1987, 264面 以下.

13) 무과실책임의 본질과 관련하여, 공해 등에 있어서 미지의 물질을 대량으로 외부에 방출하는 행위로 타인의 생명·건강 등을 침해하는 경우, 타인에게 손해를 끼치지 않게 주의하여 행동해야 한다는 과실책임의 기초를 생각해 볼 때, 이미 침해행위 그 자체에 과실이 있다고 보기도 한다. 따라서 공해에서도 과실책임이 문제되는 것이고, 다만 과실의 입증을 필요로 하는 피해자에게 또다시 무거운 부담이 부과될 수 있기 때문에, 이런 유형에서는 과실의 입증을 요구하지 않고(피고의 반증조자 허용하지 않는다는 의미에서 단순한 입증책임의 전환은 아니다) 손해배상을 청구할 수 있도록 해야 한다는 주장도 있다(吉村良一, 前掲書, 14-15面).

생한 손해를 전보하는 것에 의한 구제와 실제로 발생한 손해와 구별해야 하는 상태 내지는 사회적으로 바람직한 상태를 고려하여 원상을 회복시키는 방법이라는 두 가지를 생각할 수 있다. 구체적으로는 어떤 사고에 의해 신체침해가 발생한 경우 전자의 입장에서는, 부상에 의해 피해자에게 발생한 현실의 손해, 예를 들어 치료비나 휴업에 따른 손해, 후유증에 기인한 수입의 감소 등을 금전으로 산정하여 배상하게 된다. 이에 반해 후자는 부상을 입은 피해자의 인간다운 생활을 회복 내지는 보장한다는 시점에서 피해자의 구제를 생각하는 것도 가능하다는 입장이고, 여기에서는 피해자의 수입의 유무나 다과는 배상액산정의 결정적인 요소라고는 할 수 없다.

실손해를 전보한다는 의미에서의 손해전보·원상회복이 불법행위의 중심이 되는 것은 부정할 수 없지만, 특히 인신손해와 같은 경우 침해된 이익이 사람의 생명이나 건강으로서 본래 금전적인 가치를 갖지 않는 것이기 때문에, 실손해의 확정이나 금전으로 전환이 곤란하며 전자의 입장에서 피해자구제를 실현하는 것은 불가능하고, 후자의 시점에 따른 전자의 수정이 필요하게 되는 경우도 적지 않을 것이다. 예를 들어 전업주부나 유아와 같이 현재 수입이 존재하지 않는 경우에 수입감소에 따른 실손해와 그 부분의 손해배상을 인정하는 것은 무리가 있다.

#### 나. 불법행위의 목적·기능으로서 억제와 제재

불법행위의 목적·기능으로서 두 번째로 논의되는 것은 불법행위에 대한 억제 기능이다. 즉 타인에게 손해를 끼치면 손해배상의무를 부담하게 된다는 것이 행위자의 불법행위 의도를 중단시키거나, 혹은 손해발생을 방지하기 위해 주의 깊은 행동을 유도하는 것이다. 과실책임의 경우에 타인에게 손해를 끼치지 않도록 주의하여 행동해야 하는 의무를 위반한 때에는 배상의무가 발생하기 때문에, 행위자는 배상의무를 부담하지 않기 위해서는 주의 깊은 행위를 하도록 동기를 부여해 결과적으로 불법행위에 대한 억제기능을 갖게 된다. 무과실책임의 경우에는 과실책임에서와 같이 불법행위의 억제라는 직접적인 형태는 아니지만, 손해를 발생시키지 않는 한 배상의무를 부담하지 않기 때문에 역시 손해방지에

대한 유인 내지는 동기로서 기능을 한다.

또한 불법행위가 가해자에 대한 제재의 일종으로서 기능하는 것도 부정할 수 없다. 민사책임과 형사책임의 구별을 중시하는 입장에서 보면, 불법행위의 제재적 기능을 강조하는 것은 민사책임의 본질에 반하는 것으로 비판받을 수 있지만, 가해자에게 손해배상의무가 부과되는 것이 사실상 피해자나 사회의 제재 내지는 보복감정을 만족시킨다고 하는 점도 인정할 수밖에 없다. 특히 손해배상 중 위자료에는 정신적 손해라는 피해자의 감정적인 요소도 포함되어 있기 때문에 그것이 제재적 기능을 갖는 것을 강조하면서, 근래에는 사실상의 기능뿐만이 아니라 적어도 제2차적 내지는 예외적인 기능으로서 불법행위의 억제 내지는 제재적 기능을 인정해야 한다는 주장도 유력하게 제기되었다.<sup>14)</sup> 판례도 위자료의 산정에 있어서 침해행위의 태양이나 가해자의 재산상태 사회적 지위 등을 고려하여 사실상, 그 제재적 기능을 인정하고 있다고 볼 수 있다.

### Ⅲ. 불법행위의 요건으로서 과실

불법행위는 종류를 한정하지 않고 모든 유형의 불법행위에 적용할 수 있으며 동시에 불법행위의 일반원칙을 규정한 일반불법행위와 적용영역을 한정하여 일반원칙과는 상이한 내용을 가진 특수불법행위로 나눌 수 있는데, 민법 제750가 일반불법행위 규정이고 제755조 이하 및 특별법상의 불법행위가 특수불법행위에 해당한다. 우리 민법상 불법행위의 큰 특징은 고의 또는 과실에 의한 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자에게 배상의무를 부과하는 일반불법행위로서 제750조라는 유일한 규정이 있어 특수불법행위의 규정이 적용되지 않는 모든 경우가 이 조항에 의해 처리된다는 점이다.

이처럼 일종의 일반조항으로 기능하는 제750조를 해석하는데 있어서 주의해야 할 것은 사회가 복잡해짐에 따라 다양하고 새로운 유형의 사고나 피해가 발생하는 경우 먼저 제750조에 의해 다루어지게 된다는 점이고, 이 조문이 적용되는

14) 加藤雅信, 「新民法大界V: 事務管理·不當利得·不法行爲」, 有斐閣, 2005, 381面; 近江幸治, 「民法講義VI: 事務管理·不當利得·不法行爲」, 成文堂, 2007, 91面.

불법행위의 종류가 여러 형태로 나타나게 되자 그 요건의 해석을 둘러싼 다양한 이론도 등장하게 된다. 왜냐하면 다양한 유형의 불법행위를 하나의 조문으로 처리하려면 그 요건의 이해도 다양해질 수밖에 없고, 또 특정 유형의 불법행위를 엄두에 두고 전개된 본 조의 해석론은 다른 유형의 불법행위에 그대로 적용되기는 힘들고 또 다른 종류의 이론이 전개될 가능성이 있기 때문이다. 이하에서는 이런 사정을 고려하면서 제750조의 요건 중에서 과실을 중심으로 살펴보겠다.

## 1. 민법 제750조의 구조

전형적인 불법행위로 다음과 같은 두 가지 사례를 생각해 볼 수 있다; ① A가 야구를 하다가 잘못 친 공이 B의 건물 유리창을 깨뜨렸다. ② 甲이 자전거를 너무 빨리 몰다가 乙과 충돌해 그에게 부상을 입혔다. 이와 같은 사례에서 A나 甲에게 제750조에 따른 손해배상책임을 부과하기 위해서는 무엇보다 제750조의 요건과 그 구조를 명백하게 해 둘 필요가 있다. 제750조는 ‘고의 또는 과실’, ‘권리 내지 법률상 보호되는 이익의 침해(위법성)’, ‘손해의 발생’을 불법행위의 요건 내지 기초로서 규정하고 있다.

### 가. 손해의 발생(손해와 인과관계)

민사책임으로서 불법행위법상의 배상의무가 발생하기 위해서는 손해의 발생이 불가결한 요소이며, 동시에 그 손해를 배상의무자에게 귀속시키기 위해서는 의무자의 행위가 손해발생의 원인이 되어야 한다(인과관계요건).

전술한 사례에 따르면, ① A가 친 공에 의해(인과관계) B의 유리창이 깨진 것(손해), ② 甲의 자전거와 충돌하여(인과관계) 乙이 부상을 입은 것(손해)이 그러한 요건에 해당한다.

### 나. 권리 또는 법률상 보호되는 이익의 침해 내지는 위법성

불법행위법상의 손해배상의무는 의무자에 대해 불이익을 가하는 것이기 때문

에, 불법행위책임이 발생하기 위해서는 손해를 발생시킨 가해자의 행위가 일반적·객관적으로 볼 때 법적으로 비난받을 만한 것이어야 한다. 근대 이후의 사회는 기본적으로 개인 활동의 자유를 전제로 하는 것이므로, 이런 법적 비난은 법이 금지하고 있는 행위를 한 경우나 법이 명하고 있는 것을 하지 않은 경우에 발생하게 된다. 이를 위한 요건으로 권리의 침해를 들 수 있는데, 권리는 법적으로 보호되는 이익으로서 그 이익을 타인이 침해하지 못하도록 법으로 금지하고 있으며, 권리침해는 그런 법의 명령에 반하는 것 즉 법적비난을 초래하는 것이기 때문이다.

#### 다. 고의·과실과 책임능력

불법행위에 따른 배상의무를 가해자 개인에게 귀속시키기 위해서는 가해자의 행위가 법적 시각으로 봤을 때 일반적·객관적으로 비난받는 것만이 아니라, 당해 불법행위를 일으킨 가해자 본인의 개인적·인격적으로 비난 받을 행위(귀책사유)가 필요한데, 그 요건은 제750조의 고의·과실에 의해 나타난다. 즉 가해자가 손해의 발생을 인식했으면서도 억지로 행위를 한 경우나 부주의로 손해의 발생을 방지할 수 없었던 경우에 당해행위의 결과를 가해자에게 귀속시킬 수 있게 된다. 앞선 사례에서는 ① A가 공을 잘못 친 것, ② 甲이 너무 빠른 속력을 낸 것이 문제되는 점이다.

고의와 과실은 타인의 법익이나 권리의 침해에 관계되는 것이지만 손해에 관계되는 것은 아니다.

한편 제750조에는 규정되어 있지 않지만 제753조와 제754조가 배상의무라는 법적 결과를 발생시키는 행위에 대한 책임을 변식하는 능력이 없는 자의 자기행위의 결과에 대한 책임을 부정하고 있기 때문에, 배상의무를 가해자 개인에게 귀속시키기 위해서는 책임을 이해하는 능력(책임능력)도 요건이 된다.

## 2. 과실의 의의 및 구조

### 가. 과실의 의미

불법행위가 성립하기 위해서는 가해자에게 ‘고의’나 ‘과실’이 있어야 하는데, 고의는 자신의 행위로 인하여 타인에게 위법한 침해가 발생하리라는 것을 인식하면서 이를 행하는 심리상태를 말하여<sup>15)</sup>, 과실은 부주의로 말미암아 타인에게 위법한 침해가 발생한다는 것을 알지 못하고서 어떤 행위를 하는 심리상태를 의미한다. 여기서 과실의 본질을 어떻게 이해해야 하는가에 대해서는 두 가지 방법을 생각해 볼 수 있다고 하는데, 첫째는 과실을 부주의 내지는 의사의 긴장에 대한 결여라는 행위자가 내심의 심리상태에 있어 추궁당하는 상태라고 보는 방법이며, 다른 하나는 주의를 결여한 행위를 한 것에 대한 그 행위의 태양 내지는 주의하여 행동하여야 하는 의무에 반하는 것, 즉 주의의무 위반을 과실로 보는 것이다.<sup>16)</sup>

그러나 반드시 이 두 설을 대립적으로 볼 필요는 없을 것이다. 즉 의사의 긴장에 대한 결여라는 심리상태도 그것이 귀책의 근거가 되는 것은 그런 심리상태 그대로 부주의하게 행위를 했기 때문이며, 거기에서도 타인에게 손해를 끼치지 않도록 주의 깊게 행동해야 하는 일종의 주의의무위반이 문제가 된다. 그러나 이런 추상적이고 일반적인 주의의무만으로는 오늘날처럼 다양한 유형의 불법행위가 발생할 수 있는 사회에서는 불충분하고, 행위자의 활동에 대한 위험의 종류나 정도에 대해서 이런 상황에서는 이런 행위를 하라는 유형적이며 구체적

15) 위법한 침해로 인한 손해까지 인식하여야 하는지, 더 나아가 위법한 침해를 의욕할 것을 필요로 하는지에 관해서는 견해가 나뉘고 있으며, 판례는 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식만 있으면 되고, 그것이 위법한 것으로 평가된다는 것까지 인식할 것을 필요로 하는 것은 아니라고 한다(대법원 2002. 7. 12 선고 2001다46440 판결).

16) 吉村良一, 前掲書, 70面. 일본 민법전의 기초자는 「해야 할 것을 하지 않거나 혹은 하면 안 될 것을 한 것 또는 해야 할 것을 함에 있어서 그 방법이 옳지 않은 것」을 과실에 해당한다고 기술했지만, 거기서의 과실은 주의의무 위반으로 볼 수 있겠고, 동시에 기초자는 고의·과실을 ‘의사의 형태’ 내지 ‘심리의 형태’라 하고 있어 과실을 심리상태로 보는 것에 가까운 입장을 취하고 있다. 그 후 학설은 권리침해(위법성)는 객관적 요건으로 고의·과실을 주관적 요건으로 하여 이원적 구성을 취하는 독일법의 영향을 받아 과실을 심리상태로 생각하는 설이 다수가 되었다고 한다(我妻 榮, 「事務管理·不當利得·不法行爲」, 日本評論社, 1940, 103面; 加藤一郎, 「不法行爲」, 有斐閣, 1974, 64面).

근래에는 과실을 주의의무 위반이라고 여기는 견해가 유력하게 되었고(前田達明, 「不法行爲法」, 青林書院, 1980, 35面; 平井宜雄, 「債權各論II: 不法行爲」, 弘文堂, 1992, 27面; 四宮和夫, 前掲書, 303面), 이처럼 과실을 행위자의 주관적인 심리상태가 아니라 객관적으로 조정되는 행위의무로서 주의의무 위반이라고 여겨지게 되는 것을 ‘과실의 객관화’라고 부르기도 한다(吉村良一, 前掲書, 71面).

인 주의의무라는 형태를 통해 나타나게 된다. 그렇기 때문에 과실의 유무도 그런 구체적인 주의의무의 위반이 있었는가에 따라 결정되게 된다는 점을 지적하기도 한다.<sup>17)</sup> 그러나 이런 경우에도 주의하고 있었다면 그런 의무를 지킬 수 있었다는 의미에서 심리상태에 있어 신중함의 결여라는 측면은 완전히 없어지지 않는다.

이렇게 생각한다면 심리상태와 주의의무위반은 그야말로 과실의 두 가지 측면이라고 할 수 있을 것이고, 현대사회는 주의의무위반의 측면에 비중을 두고 있는 것은 분명하며 그 때문에 과실을 주의를 결여한 행동이라고 여기는 것 또는 주의해야할 의무를 다하지 않은 채 행위하는 것이라는 주장은 타당하다고 할 수 있겠다. 게다가 현실의 소송에서 행위자 내심의 심리상태를 분명하게 하는 것은 불가능하며, 심리상태에서 긴장의 결여를 과실로 여긴다고 해도 이것은 행위자가 한 객관적인 행위의 태양으로 추측할 수밖에 없다는 사정도 무시할 수 없을 것이다.

#### 나. 고의와 과실을 구별하는 의미

불법행위에 있어서 ‘고의 또는 과실’이 요건이 되기 때문에 양자를 구별하는 의미는 형법의 경우만큼 크지 않지만, 경우에 따라서는 양자의 구별에 의미를 부여할 수도 있다. 우선 어떤 종류의 이익침해에 대해서는 피침해이익의 종류나 정도와 관련하여 침해행위의 태양이 고려되는데, 그 때 행위의 태양에 대한 악성(惡性)을 나타내는 것으로 가해자의 고의가 고려되는 경우가 있다. 예를 들어 급부행위의 방해에 의해 이루어지는 채권침해에 있어서 가해자에게 고의가 필요하다고 보는 것이다.<sup>18)</sup>

또 하나는 인용된 손해배상의 액수에 차이가 있는 경우가 있을 수 있다. 발생한 손해를 금전으로 평가하는 배상액의 산정에 있어서 기본적으로는 가해행위가 고의에 의한 것인지 과실에 의한 것인지는 본래 관계가 없는 것이다. 그러나 위자료에 관해서는 가해행위가 고의에 의한 것인지 아닌지가 그 액수의

17) 四宮和夫, 上掲書, 304面.

18) 大判大7·10·12 民錄24·1954.

산정에서 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 위자료는 피해자에게 발생한 정신적인 손해에 대한 배상이고, 가해행위가 고의에 의한 것인지 과실에 의한 것인지에 따라 정신적 손해의 크기에 영향을 미치기 때문이다. 예를 들어 명예를 훼손하는 허위사실의 유포행위가 있는 경우에도 가해자가 그 사실이 진실임을 알지 못하고 부주의로 행한 경우와 거짓임을 알면서 유포한 경우와는 정신적 손해의 크기에 차이가 발생할 수 있다.<sup>19)</sup> 다른 한편 위자료나 손해배상의 기능으로서 가해자에 대한 제재적 요소를 중시해야 한다는 입장에서 보면, 고의에 의한 불법행위의 경우 제재의 필요성이 높아지기 때문에 배상액이 높아지는 것은 당연하다.

한편 고의를 '위법한 결과를 인식하면서 행위를 하는 것'으로 파악하고 과실의 경우와 마찬가지로 결과를 회피해야 하는 의무에 반한 행위라고 보는 입장<sup>20)</sup>에 따르면, 고의와 과실의 차이는 결과의 인식이 있는가 없는가의 차이이며 양자는 비난성의 정도에서 차이가 있기는 하지만 둘 다 연속성을 갖는 귀책근거가 된다고 한다. 여기서 고의가 행위자에게 손해배상 의무를 지게 하는 귀책근거라고 한다면, 그것은 역시 '타인에게 해를 입히지 않도록 행동하라'는 생활의 규칙에 반하는 것이어야 하며 내심의 심리상태나 의사만으로 귀책의 근거가 되는 것은 아니고 '인식하면서 행위하는 것'에 의해 이 규칙을 중대하게 침해한 것을 귀책의 근거로 요구해야 할 것이다.

#### 다. 과실의 구조

과실을 행위자가 준수해야 할 의무의 위반이라고 생각할 경우 그 중심에 놓여진 것은 손해의 발생을 방지·회피해야 할 의무이다. 즉 행위자가 당해상황에서 손해를 회피해야 할 의무에 반하여 손해를 발생시켰을 때 그 손해결과를 행위자에게 귀속시킬 수 있다. 그러나 동시에 과실이 존재하기 위해서는 행위자가 행위를 하는데 있어 주의했다면 손해결과를 예견할 수 있었던 예견가능성도 필요하게 된다. 왜냐하면 결과발생에 대하여 예견이 가능하지 않다면 행위자는 당해상황에서

19) 吉村良一, 前掲書, 69面.

20) 澤井 裕, 「テキストブック 事務管理·不當利得·不法行為(第3版)」, 有斐閣, 2001, 171面.



강구해야 할 회피의무의 내용을 알 수 없기 때문이다. 과실을 주의의무에 중점을 두는 사고방식에서 본다면 행위의 결과를 예견 내지는 조사해야 할 의무가 있었음에도 불구하고 그에 반했기 때문에 예견할 수 없었다는 것이 된다.<sup>21)</sup>

이처럼 과실에는 예견가능성과 손해회피의무라는 두 가지의 요소가 포함된 것으로 볼 수 있다. 즉 결과발생에 대하여 예견할 수 있었던 경우에 그것을 회피할 의무가 행위자에게 부과되고, 그것을 위반하여 손해를 발생시킨 경우 과실이 있다고 하여 배상의무가 발생하는 것이다.<sup>22)</sup> 이에 반해 공해사건과 같은 경우에는 행위자가 수인의 한도를 넘는 손해를 끼치지 않도록 조치해야 할 의무(결과회피의무)를 지고 있으며, 그것에 반한 경우에는 예견가능성의 유무를 묻지 않고 배상해야 한다는 주장도 가능하지만, 이에 대해서는 예견조치 할 수 없는 결과까지도 회피할 의무를 갖게 하는 것은 비정상적이라는 비판이 따를 수 있다.<sup>23)</sup>

한편 손해발생의 위험성이 높은 행위에 대해서 법규나 관습, 사회통념 등에 따라 손해발생을 막기 위해 일정한 행위유형이 정형화된 경우가 있는데, 그런 경우에는 그 행위유형에 반하는 행위에 의해 손해를 발생시킨 행위자에게는 예견가능성을 문제로 삼지 않고 과실이 인정될 수가 있다. 예를 들어 자동차를 운전함에 있어서 요구되는 각종의무나 의료행위에서 확립된 정형적인 치료방법 등이다. 따라서 신호가 없는 교차로에서 일시정지를 태만히 하여 손해를 발생시킨 경우에 일시정지를 태만히 한 것만으로 즉시 과실이 인정된다. 정형화된 행위유형에서의 일탈이 손해를 발생시킬 위험성을 높이기 때문에 결과발생에 대해서 구체적인 예견가능성은 없어도(단 행위유형에서의 일탈에 대한 예견가능성은 필요) 과실이 인정되는 예외라고 할 수 있다.<sup>24)</sup>

21) 吉村良一, 前掲書, 70面.

22) 森島昭夫, 前掲書, 196面; 前田達明, 前掲書, 34面; 四宮和夫, 前掲書, 304面; 平井宜雄, 前掲書, 27面. 일본의 하급심이긴 하지만 「과실」이란 그 중국에서 결과회피의무를 말하는 것이며 또한 구체적 상황 하에서 적절한 회피조치를 기대할 수 있는 전제로서 예견의무를 뒷받침할 수 있는 예견가능성의 존재를 필요로 한다고 한 판결이 있다(東京地判昭53·8·3 判時899·48).

23) 森島昭夫, 上掲書, 186面.

24) 澤井 裕, 前掲書, 176面 以下.

또한 공해에서처럼 위험한 기업 활동의 경우에 거기에서 발생할 수 있는 손해가 대량의 생명·신체·건강에 대한 피해라는 점에서 교통사고 등과는 다르게 손해발생을 방지하기 위해 배분된 주의의무를 피해자 자신이 부담하는 경우는 없기 때문에 본래 무과실책임으로 다뤄야 하는 것이 타당하고, 과실책임을 적용하는 경우에도 적어도 생명·건강의 피해에 대하여 문제가 되는 경우에는 예견 가능하다면 그것을 방지해야 할 절대적인 회피의무가 부과된다고 해석해야 할 것이다. 그러나 앞서 예로 들었던 의료행위나 또는 교통사고와 같은 경우, 즉 위험한 활동이긴 하지만 일정한 주의를 기울이기만 한다면 그 행위를 하는 것 자체는 사회적으로 허용된 경우에는 손해회피의무위반이 배상책임의 존부를 판단하기 위해 중요한 의미를 갖게 될 것이다.<sup>25)</sup>

결국 과실의 구조는 ①주의한다면 예견할 수 있는 것, ②예견했다면 당연히 지킬 수 있었던 손해회피의무를 위반한 것이라는 두 가지의 요소로 이루어진다. 그러나 통상의 시민생활에 있어서의 불법행위에서는 예견할 수 있다면 행위를 만류하는 것에 의해 손해발생을 회피할 수 있기 때문에 ①과 ②를 구별할 실익이 없어진다. 한편 결과의 발생이 예견 가능하다해도 손해회피를 위해 필요한 조치를 다하면 과실이 없어지는 경우가 있는데, 여기에는 과실유무의 판단에 있어 ①에 더하여 ②가 중요하게 된다. 반대로 위험도가 높은 종류의 행위에 있어서는 손해방지를 위해 행위의 유형이 정형화되어 그것에 반한 경우, 손해발생에 대한 구체적인 예견가능성을 묻지 않고 과실이 인정될 수도 있다.

## Ⅳ. 과실에 있어 주의의무의 내용

### 1. 주의의무의 기준

#### 가. 구체적 과실과 추상적 과실

과실에 있어 주의의무(예견 및 회피의무)의 내용을 생각할 경우 문제가 되는

25) 吉村良一, 前掲書, 75面.

것은 누구의 주의능력을 기준으로 하여 과실의 유무를 판단할 것인가이다. 그런데 민법에는 주로 계약책임에서 두 종류의 주의의무가 규정되어 있다. 먼저 첫 번째는 해당행위자의 능력이 기준이 되는 경우이다. 예를 들어 민법 제695조는 「보수 없이 임치를 받은 자는 임치물을 자기재산과 동일한 주의로 보관해야 한다」라고 규정하고 있고, 자기의 재산과 동일한 주의라는 것은 자신의 능력범위에서 가능한 주의를 기울이는 것이다. 이처럼 당해행위자의 능력을 기준으로서 인정할 수 있는 과실을 ‘구체적 과실’이라고 한다.

두 번째는 당해행위자가 아닌 평균적 내지는 일반적인 인간의 능력이 기준이 되는 경우이다. 예를 들어 민법 제374조는 「특정물의 인도가 채권의 목적인 때에는 채무자는 그 물건을 인도하기까지 선량한 관리자의 주의로 보존하여야 한다」라고 규정하고 있는데, 여기에서 선량한 관리자의 주의<sup>26)</sup>라는 것은 당해거래에 있어 일반적으로 요구되는 주의이며 그 기준은 당해행위자가 아니라 일반인 내지 평균인이고, 이와 같이 설정된 주의의무에 반하는 것을 ‘추상적 과실’이라 한다.

#### 나. 민법 제750조의 과실

과실을 거래에서 요구되는 주의를 게을리 한 것으로 이해하는 경우<sup>27)</sup>, 그것은 하나의 객관적이고 정형화된 표준의 문제가 아니다.<sup>28)</sup> 불법행위책임을 위해서는 개인적인 능력이 기준이 되는 것이 아니라, 행위자가 손해의 회피를 위해 요구되는 정도로 주의 깊게 행동하느냐의 문제라고 한다. 왜냐하면 법적 거래관행은 행위자의 개인적인 능력을 고려함이 없이 누구나 손해의 회피를 위해 필요한 능력을 지니고 있다는 것을 신뢰할 수 있어야 하기 때문이라고 한다.<sup>29)</sup>

26) 법원의 판결에서도 이러한 선관주의의무와 관련한 내용을 자주 볼 수 있는데, 예를 들어 금융기관이나 투자자문회사는 원칙적으로 고객에 대하여 선량한 관리자로서 주의의무를 부담한다(대법원 2010.11.11. 선고 2010다55699 판결; 대법원 2008.9.11. 선고 2006다53856 판결).

27) Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 30. Aufl., München: C.H.Beck, 2005, § 41 Rdnr. 8; Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl., München: C.H.Beck, 2005, § 29 Rdnr. 308.

28) 거래에서 요구되는 주의를 결여했다는 것은, 요구되는 주의를 기초로 하는 것이고 보통의 주의를 기초로 하지 않는다는 점에서 엄격한 기준으로 이해되며, 거래에 만연해 있는 구태가 중요한 문제로 작용하지 않는다고 한다(Protokolle zum BGB II, S. 604).

여기서 과실을 주의의무 위반으로 보는 경우에 주의의무는 무엇을 기준으로 하는지가 문제될 수 있는데, 주의의무는 행위자 개인이 아닌 구체적인 사안별로 보통사람에게 요구되는 일반적 주의, 즉 추상적 과실을 기준으로 삼아야 하고, 여기서의 ‘사회평균인’이라고 하는 것은 추상적인 일반인을 뜻하는 것이 아니라 그때그때의 구체적인 사례에 있어서의 보통인을 의미한다.<sup>30)</sup> 따라서 법률에서 달리 정하고 있지 않은 이상, 민법 제750조의 과실은 ‘추상적 경과실’을 의미하며<sup>31)</sup>, 어느 경우에 과실이 있는지는 개별적으로 검토하여야 한다. 추상적 과실설에 의하면 당해행위자의 능력이 평균인보다 낮다고 해도 평균인의 능력에서 봤을 때 가능한 주의를 태만히 했다면 과실이 있다고 한다. 따라서 능력이 떨어지는 행위자가 자신의 능력이상의 것을 요구받게 되어 불리한 상황에 놓이게 되는 경우가 발생할 수 있다.

그럼에도 불구하고 판례나 통설이 추상적 과실설을 취하는 것은 사회생활에서 사람은 타인이 평균인으로서의 주의를 기울여 행동해 줄 것이라고 기대하여 행동하고 있고, 그 기대에 반하여 평균인의 능력을 생각 했을 때 할 수 있는 주의를 기울여지지 못한 경우에 과실을 인정해야 한다고 생각하기 때문이다.<sup>32)</sup> 특히 전문화된 업무상의 실수에 대해 간혹 본인의 능력이 떨어지기 때문에 과실이 없다고 한다면 피해자에게는 매우 가혹한 일이 될 것이다.

추상적 과실에서 주의의 정도는 일반인의 능력이 기준이 되지만 일반인·평균인이라고 해도 이것만으로는 너무 추상적이므로 좀 더 구체화 할 필요가 있다.

29) Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 30. Aufl., München: C.H.Beck, 2005, § 20 Rdnr. 14.

30) 대법원 2001.1.19. 선고 2000다12532 판결. 공무원의 직무상 주의의무와 관련해서도 “동일한 업무를 담당하는 평균적 공무원이 갖추어야 할 통상의 주의만 기울였으면 그 부동산에 관하여 법령이 정한 국유화사유가 존재하지 않는다는 것을 알 수 있었음에도 이를 간과한 채 보존등기를 마친 경우에 과실을 인정할 수 있다”고 판시하여(대법원 2014.10.15. 선고 2012다100395 판결), 과실여부의 판단에 있어서 평균적 공무원을 기준으로 하였다. 또한 형사소송절차에서 “검사의 조치 당시 그 검사가 내린 판단 이상의 것을 성실하고 합리적인 평균적 검사에게 기대하기 어렵다고 인정된다면, 특별한 사정이 없는 한 당해 검사에게 국가배상법 제2조 제1항에서 규정하는 과실이 있다고 할 수 없다”고 하여 역시 평균적 검사를 기준으로 과실여부를 판단하였다(대법원 2010.6.24. 선고 2006다58738 판결).

31) 지원림, 전게서, [5-273]; 김준호, 전게서, 1729면.

32) 이 점을 강조하여 과실책임을 ‘신뢰책임’으로 이해하기도 한다(前田達明, 前掲書, 46面).

즉 당해사고를 일으킨 행위의 유형에 있어 일반적이고 평균적인 주의의 정도가 여기에서 말하는 추상적 과실의 구체적 내용이 된다.<sup>33)</sup> 예를 들어 의료사고의 경우에는 의료수준으로 봤을 때 평균적인 의사가 해야 할 정도의 주의, 즉 평균적인 의사의 능력이 기준이 된다. 따라서 의료적 규정에 따라 특정한 수술을 실행해야 하지만 개인적으로 그 수술에 숙련되어 있지 않은 외과의사에게 의료과오가 인정되는 경우, 그는 민사법적인 면에서 과실로 행동한 것이 되고<sup>34)</sup>, 수술하는 의사가 불충분한 교육을 받았다는 점도 과실을 인정하는데 영향을 주는 것이 아니다.<sup>35)</sup>

그러나 과실의 의미와 관련하여 요구되는 주의의 정도를 아무리 구체화한다고 해도 어디까지나 그런 유형에 있어서 평균적인 행위자의 능력이 기준이 되고, 당해행위자 자신의 능력이 기준이 되는 것은 아니다. 그렇다면 당해행위자가 특별히 통상인보다도 높은 능력을 갖추고 있는 경우는 어떻게 될 것인가의 의문이 생길 수 있다. 예를 들어 당해의사가 특히 우수하고 경험도 있으며 통상의 의사보다도 고도의 진단 내지는 치료능력을 갖추고 있는 경우를 생각해 볼 수 있는데, 이런 경우에는 행위자를 상대로 특히 과도한 주의를 요구하는 것은 아니기 때문에 당해행위자의 능력을 기준으로 하는 것이 타당하다고 본다.

## 2. 과실에 있어 주의의무의 구체적 내용

주의의무를 부담하는 사람은 얼핏 보아 손해의 발생을 완전히 저지해야 한다고 생각할 수도 있고, 생명과 신체의 포괄적이고 광범위한 보호에 대해서는 아무도 이익을 제기할 수 없을 것이다. 그러나 일반 상식으로 비추어 볼 때 절대적인 안전은 이 세상에서 가능하지 않다. 예를 들어 사고로부터 완전히 배제되는 승용차를 만든다는 것은 불가능하며, 인간이 할 수 있는 행동가능성은 사고의 발생을 점차 최소화하고 사고가 발생했더라도 그 피해를 줄이는 것으로 제한된다. 자동

33) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017, D-605; 지원림, 전계서, [5-273]; 吉村良一, 前掲書, 76面.

34) Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 20 Rdnr. 14.

35) BGH, NJW 2003, 2311(2313).

차제조업자가 안전을 위해 기술적으로 엄격하게 설비된 차량을 저렴한 가격으로 시장에 내놓는 경우, 불법행위법적으로 우려할 필요는 없을 것이다.<sup>36)</sup>

과실에 있어 주의의무의 수준·내용을 결정하는 기준으로서 다양한 것이 주장될 수 있다. 예를 들어 ①결과발생의 개연성(위험성), ②피침해이익의 중대함, ③위 두 가지의 요인과 주의의무를 부과하는 것에 의해 희생되는 이익의 비교형량<sup>37)</sup>, 또는 ④당사자의 호환가능성, ⑤가해행위의 위험성, ⑥발생한 결과의 중대성, ⑦행위의 사회적 유용성이나 방지조치의 난이도를 주의의무의 수준을 결정하는 사실적 요소로 드는 것<sup>38)</sup> 등이 있다. 결국 불법행위는 일상의 시민생활에서 발생하는 것부터 공해와 같이 과학기술을 활용하는 기업의 활동에 의한 것까지 다양한 것이 있으며, 이런 다양한 불법행위에서 과실의 유무를 판단하는 경우 일정한 유형화작업이 필요하게 된다.<sup>39)</sup>

#### 가. 일반시민의 일상생활에서 발생하는 사고의 경우

인파속에서 타인과 부딪쳐 쓰러지게 되어 부상당하거나 공을 던져서 이웃집의 창을 깨는 것과 같은 일상생활에서 발생하는 사고의 경우, 거기서 요구되는 주의의무는 시민생활을 영위하는데 있어서 최소한 필요하게 되는 정도의 의무이며 주의를 하지 않았다는 추상적인 주의의무로 충분하다. 또한 이런 유형에서 위험이 예상된다면 행위를 만류하는 것에 의해 결과발생의 방지가 가능하게 때문에 특별한 결과회피조치를 문제로 삼지 않고 과실을 인정해야 한다.

36) Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, Rdnr. 182. 독일의 판례도 모든 사람은 그에게 가능하고 기대될 수 있는 안전조치를 취해야 하는 의무를 부담한다는 입장을 가지는데, 다른 사람을 위협에 빠지지 않게 하는 일반적인 금지는 비현실적이라는 점에서 손해의 발생을 완전히 차단하는 의무는 존재하지 않는다고 하고(BGH, VersR 1975, 812), 오히려 안전을 고려해야 하는 의무자는 분별 있고 이성적인 사람이 필요하고 충분하다고 여기는 조치를 취하면 된다고 하여 불법행위 책임을 어느 정도 제한하고 있다(BGH, NJW 1990, 1236, 1237).

37) 平井宜雄, 前掲書, 30面.

38) 澤井 裕, 前掲書, 185面.

39) 민법에서 개인적인 책임은 적게 발생하는 문제이고, 오히려 거래의 용이성과 안전이 결정적인 요인이 된다는 점이 주의요구의 유형화를 요청하는 것이라고 한다(Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, § 29 Rdnr. 309). 이하에서는 일본의 판례 등에 나타난 주의의무의 구체적 내용을 참고·정리하여 제시한 유형별 특색을 소개하기로 한다(吉村良一, 前掲書, 77面 以下).

## 나. 업무활동에 따른 사고의 경우

의사나 변호사 등의 전문가, 자동차 운전과 같이 면허를 필요로 하는 활동에 종사하는 자에게는 통상의 일반시민 보다도 고도의 능력이 요구되며 따라서 주의의무의 정도도 그만큼 높아지게 된다. 이런 활동의 대부분이 일상의 시민생활의 활동과 비교하여 위험성이 높은 경우가 많다는 점을 그 근거로 삼을 수 있다. 그러나 한편으로는 이런 활동은 사회적인 유용성이 높을 뿐만 아니라, 만일 법익침해의 위험성이 예측되는 경우에도 사안에 따라서는 당해행위를 법적으로 금지할 수 없기도 하다(예를 들어 의료에서의 침습행위). 게다가 너무나 고도의 주의의무를 부과하는 것은 이런 활동을 위축시킬 우려가 있다는 지적도 있다. 따라서 이런 행위에서는 그 위험성과 다른 그 사회적 가치를 고려하여 주의의무의 내용이 구체화되게 된다. 단 후자의 측면을 너무 강조하는 것은 피해자 보호의 시점에서는 문제가 되며 그 행위의 위험성과의 상관적인 판단이 필요하게 된다. 활동의 종류에 따라 주의의무의 내용은 더욱 달라지겠지만 여기서는 자동차사고와 의료과오의 경우를 예를 들어보겠다.

### (1) 자동차 사고

자동차의 운전은 면허의 취득을 필요로 하는 특별한 위험행위이지만, 현대사회에서는 다수의 사람이 면허를 취득하고 자동차를 운전하고 있으며 그 원활한 운행은 사회의 다양한 활동을 유지함에 있어 불가결하게 되었다. 그렇기 때문에 자동차사고에서 과실을 판단함에 있어 자동차운행이 갖는 위험성과 함께 자동차의 원활한 운행이 갖는 사회적 가치도 고려해야 한다. 특히 문제가 되는 것은 다른 운전자가 교통규칙에 따라 행동할 것이라고 신뢰했지만, 그 신뢰에 반한 행동이 있었기 때문에 사고를 일으킨 운전자에게 과실이 있는가이다.

이와 관련하여 “운전자는 다른 차량이 교통법규를 지키며 자신의 차와 충돌을 회피하기 위해 적절한 행동을 할 것이라고 신뢰하여 운전한다면 충분하다”고 하여 책임을 부정하는 사고방식이 채택되었다고 한다.<sup>40)</sup> 이 방식에 따르면

40) 最判昭43·7·25 判時530·37; 最判昭45·10·9 交民集3·5·1343; 最判平3·11·9 判時1407·64.

파란불이 들어와 교차로에 진입하는 운전자는 빨간불을 무시하고 교차로에 진입하는 차가 있을 것이라고 예상하여 회피조치를 취할 필요는 없다고 하는 것이다. 이 방식을 그대로 적용할 것인가는 논의의 여지가 있는데, 또 가령 채용한다고 해도 다른 운전자도 가해자와 마찬가지로의 위험성을 갖고 동일한 수준의 주의의무를 부과하는 차량 대 차량의 사고에 한정해야 할 것이고, 대인사고의 경우에는 보행자에게 자동차 운전자와 같은 수준의 주의의무가 부과되는 않는다는 점이나 인간존중의 이념에서 봤을 때 이 방식을 취하는 것이 적절하지 않다는 비판이 따르기도 한다.<sup>41)</sup>

## (2) 의료과오

의료행위는 사람의 건강을 유지·회복시키기 위한 행위이며 그 사회적인 유용성은 높지만 반면에 인체에 대한 침습행위가 따르기 때문에 실수가 있는 경우 생명·건강 등에 중대한 피해를 발생시킬 수 있는 위험한 활동이기도 하다. 따라서 의사는 전문적인 직업에 종사하는 자로서 그 업무의 성질에 비추었을 때 위험방지를 위해 실험상 필요한 최선의 주의의무를 요구받게 된다.<sup>42)</sup> 구체적인 주의의무의 수준과 내용은 위와 같은 의료행위의 특질에 적합하게 정해지고 그때의 판단기준은 일반적으로 말하는 의료수준이다. 즉 의사는 의료수준에 비추었을 때 적절한 의료행위를 실시해야 하며, 그 행위가 의료수준에서 비추어 적절하다면 과실은 없는 것이 된다.<sup>43)</sup>

## 다. 고도의 위험성이 따르는 기업활동에서 발생하는 사고의 경우

공해나 식품·의약품피해와 같이 고도의 과학기술을 사용한 기업활동의 결과

41) 적어도 인사사고의 경우에는 이와 같은 ‘신뢰의 원칙’을 채택하는 것은 옳지 않다고 하고 (近江幸治, 前掲書, 115面), 예를 들어 빨간불에서 도로를 횡단하는 보행자가 사고를 당한 경우에도 배상의무를 인정하고, 다만 보행자의 행위를 과실상계의 문제로서 처리해야 할 것으로 본다.

42) 最判昭36·2·16 民集15·2·244.

43) 여기서 말하는 의료수준은 ‘임상의학의 실천에 있어서의 의료수준’(最判昭57·7·20 判夕478·65)이며 학문으로서의 의학수준과는 구별된다고 한다. 따라서 아직 임상단계에 있어서 보급·정착되지 않는 치료방법을 취하지 않은 것은 즉시 과실로 이어지지 않는다.



로 증대한 피해가 발생하는 경우가 적지 않다. 이런 사례는 특별법에 의해 무과실책임의 문제로 처리되는 경우도 있지만, 그런 특별법이 없는 경우에는 민법 제750조의 과실책임에 따른다. 이 유형에서 발생하는 사고의 특색은 그 위험성이 매우 높고 생명·건강이라는 중요한 법익에 대한 피해가 대량으로 발생한다는 것이며, 기업활동은 사회적 유용성도 인정되지만 한편으로 그것은 기업의 영리활동으로서 이뤄지는 것이다. 이러한 사정을 고려하여 위험성이 크고 증대한 활동에 대해 고도의 예견 내지는 회피의무를 부과하는 것이 인정된다.<sup>44)</sup>

## V. 맺음말

불법행위 성립요건 중의 하나인 과실에 있어서 예견 내지 회피의무로서 주의의무의 내용을 생각할 경우에 누구의 주의능력을 기준으로 하여 과실의 유무를 판단할 것인가의 문제가 있는데, 민법에서 당해행위자가 아닌 평균적이고 일반적인 사람의 능력을 기준으로 삼는 것이 일반적이다. 즉 평균인·일반인의 능력으로 기울일 수 있다고 기대되는 정도의 주의를 태만히 한 것이 민법 제750조의 과실로 본다.

이와 같이 추상적 과실에서 주의의 정도는 일반인의 능력이 기준이 되지만 일반인·평균인이라고 해도 이것만으로는 너무 추상적이기 때문에 좀 더 해당사안별로 구체화할 필요가 있다. 사고를 일으킨 행위의 유형에 있어 일반적이고 평균적인 주의의 정도가 추상적 과실의 구체적 내용이 될 것이다. 예를 들어 의료사고의 경우에는 의료수준으로 봤을 때 평균적인 의사가 해야 할 정도의 주의, 즉 평균적인 의사의 능력이 기준이 된다. 그러나 사고유형을 아무리 구체화한다고 해도 거기에서 평균적인 행위자의 능력이 기준이 되며 행위자 자신의

44) 예를 들어 “화학공장이 폐수를 공장 밖으로 방류함에 있어 항상 최고의 지식 또는 기술을 사용하여 폐수 속의 위험물질 혼입의 유무 및 동식물이나 인체에 대한 영향에 관하여 모든 조사연구를 다하여 그 안전성을 확인함과 동시에, 만일 유해하다고 판명되거나 혹은 그런 우려가 생기는 경우에는 즉시 조업을 중지하는 등 필요한 최대한의 방지조치를 강구하고, 특히 지역주민의 생명·건강에 대한 위해를 미연에 방지하는 고도의 주의의무를 갖는다”(熊本地判昭48·3·20 判時696·15).

능력이 기준이 되는 것은 아니다. 만일 행위자가 보통의 사람보다도 비교적 높은 능력을 갖추고 있다면, 예컨대 문제된 사안의 의사가 특히 우수하고 경험도 있으며 통상의 의사보다도 고도의 진단 내지는 치료능력을 갖추고 있는 경우, 행위자에게 있어 특히 과도한 주의를 요구하는 것은 아니기 때문에 이런 때에는 행위자의 능력을 기준으로 과실유무를 판단해야 한다고 본다.

과실에 있어 주의의무의 수준과 내용을 결정하는 기준으로서 앞에서 살펴 본 바와 같이 다양한 시도가 나타날 수 있다. 결국 불법행위는 일상의 시민생활에서 발생하는 것부터 공해와 같이 고도의 과학기술을 활용한 기업의 활동에 의한 것까지 다양한 형태가 있으며, 여러 유형의 불법행위에서 과실의 유무를 판단하는 경우에 판례 등에 나타난 주의의무의 구체적 내용을 염두에 두면서 일정한 유형화 작업이 필요할 것이다.

## 참고문헌

- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2017  
송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017  
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2017  
近江幸治, 民法講義VI: 事務管理·不當利得·不法行爲, 成文堂, 2007  
吉村良一, 不法行爲法, 有斐閣, 2010  
加藤一郎, 不法行爲, 有斐閣, 1974  
加藤雅信, 新民法大界V: 事務管理·不當利得·不法行爲, 有斐閣, 2005  
澤井 裕, 「テキストブック 事務管理·不當利得·不法行爲(第3版)」, 有斐閣, 2001  
四宮和夫, 事務管理·不當利得·不法行爲, 青林書院, 1985  
平井宜雄, 債權各論II: 不法行爲, 弘文堂, 1992  
前田達明, 不法行爲法, 青林書院, 1980  
森島昭夫, 不法行爲法講義, 有斐閣, 1987  
我妻 榮, 事務管理·不當利得·不法行爲, 日本評論社, 1940  
Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 30. Aufl., München: C.H.Beck, 2005

Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 30. Aufl., München: C.H.Beck, 2005  
Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 10. Aufl., München: Luchterhand, 2006  
Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl., München: C.H.Beck,  
2005

[Zusammenfassung]

## Sorgfaltspflicht als Maßstab der Fahrlässigkeit im Deliktsrecht

**Park, Kyu-Yong**

*Professor, Jeju National University Law School*

Für ein Schadensersatzanspruch aus § 750 ist eine Verletzungshandlung erforderlich, durch die ein Schaden des anderen verursacht worden ist. Jedes menschliche Verhalten kann tatbestandsmäßig sein, sofern es vom Willen beherrschbar ist. Zwischen dem Verletzungsverhalten und der Rechtsgutverletzung muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung setzt weiter voraus, dass die Verletzungshandlung widerrechtlich ist, was in § 750 ausdrücklich hervorgehoben wird.

Der Schädiger muss die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung auch zu vertreten haben. Das setzt Sorgfaltspflicht als Maßstab der Fahrlässigkeit im Deliktsrecht und Verschulden voraus. Bei der Verschuldensfähigkeit ist zwischen verschuldensunfähigen, beschränkt verschuldensfähigen und verschuldensfähigen Personen zu unterscheiden. Außer der Verschuldensfähigkeit ist Verschulden des Täters erforderlich. Es umfasst regelmäßig Vorsatz und Fahrlässigkeit. Vorsatz bedeutet Wissen und Wollen des Erfolges und Bewusstsein

der Rechtswidrigkeit. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Vor allem aber stellt die Definition der Fahrlässigkeit nicht auf das Maß an Sorgfalt ab, das der individuelle Täter aufzubringen vermag: Der Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts ist objektiv. So entschuldigen nicht die mangelhafte Ausbildung eines operierenden Arztes. Freilich wird auch Sorgfaltsmaßstab der objektiven Fahrlässigkeit in zwei Richtungen abgestuft: Erstens nach Verkehrskreisen, in denen sich derjenige bewegt, dessen Verhalten zu beurteilen ist. Die wichtigste graduelle Einteilung der Fahrlässigkeit ist die in grobe und leichte.

**Key words** : Sorgfalt, Sorgfaltspflicht, Fahrlässigkeit, Deliktsrecht, Vorsatz, Verschulden, Verschuldensfähigkeit