

일제강점기 초기 불법행위책임법상의 민사과실론*

- 1910년대 조선고등법원 판례분석을 중심으로 -

김민규**

목 차

- I. 들어가면서
- II. 1910년대 판례 검토
 - 1. 판례 검토
 - 2. 판례 분석
- III. 현대 불법행위책임법상의 과실론
 - 1. 한국 민법학상의 과실론
 - 2. 일본 민법학상의 과실론
 - 3. 한국 판례상의 과실판단구조
- IV. 1910년대 조선고등법원 판례상의 과실론에 대한 조명
- V. 맺는 말

[국문요약]

이 논문은 일제강점기 초기(1910년대) 조선고등법원 판례에 나타난 불법행위책임법상의 과실론을 분석·고찰한 것이다. 주지하는 바와 같이 1970년대에 접어들면서 불법행위책임법 영역에서는 과실의 본질(심리상태인가, 행위의무위반인가)과 그 구조(예견가능성과 결과방지가능성의 관계) 그리고 과실의 판단기준(보통인·통상인 룰, 사회가 요구하는 행위의무·탄력

* 이 논문은 2002년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2002-BM-1535).

** 동아대학교 법과대학 교수(mkkim12@dau.ac.kr).

성)에 대한 논의가 활발하게 전개되었다.

특히 최근 지배적인 견해로 자리잡아가고 있는 과실의 본질에 대한 행위의무위반설은 판례의 분석결과를 바탕으로 이론을 구성하고 있다. 따라서 이 연구에서도 1910년대 당시의 조선고등법원 판결을 분석하여 과실론의 범리전개에 대하여 분석하였다.

그 결과 당시의 조선고등법원 판결에서도 과실의 본질을 구체적인 행위의무위반으로 파악한 판결들이 발견되었고, 과실의 판단구조에 대해서도 예견가능성이 있으면 결과방지의무도 인정된다는 판단구조를 취하고 있다. 따라서 1970년대 이후 전개되어 온 과실론을 둘러싼 논의는 이미 일제강점기 초기(1910년대)의 판례에서도 나타나는 현상이었다는 점을 확인할 수 있었다. 따라서 이 연구는 현대 민사책임법의 전개에 참고할 가치 있는 법사학적 의미를 지니고 있다 할 것이다.

[주제어] 일제강점기, 과실, 예견가능성, 예견의무, 결과방지가능성, 결과방지의무, 주의의무, 심리상태, 행위의무위반

I. 들어가면서

불법행위책임법에서 가해자로 하여금 피해자의 손해에 대한 배상책임을 인정하기 위한 책임요건 중 가장 중요한 것은 역시 가해자의 ‘과실’의 존부에 대한 판단일 것이다. 고대법이나 중세법에서는 어떤 행위로 말미암아 발생한 모든 결과(손해)에 대하여 배상책임을 인정하는 이른바 ‘결과책임주의’¹⁾(Prinzip der Erfolgshaftung)를 취하였음에 비하여, 근대법에서는 가해자 즉 행위자에게 자기의 過責(고의 또는 과실)이 있는 경우에만 그에 의하여 야기된 손해에 대하여 배상책임을 지도록 하는 이른바 ‘과실책임주의’(Prinzip der Culpahaftung, Verschuldensprinzip) 또는 ‘자기책임주의’를 취하고 있음은 주지의 사실이다.²⁾ 이

1) 고대법이나 중세법에서 취하였던 ‘결과책임주의’는 오늘날 ‘과실책임주의’에 대비한 ‘무과실책임주의’와 결과적으로 유사성을 지니고 있다 할 수 있지만, 그 존립의 역사적 단계를 달리 하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서 역사적으로는 원인주의(Verursachungsprinzip) 또는 결과책임주의로부터 과실책임주의로, 과실책임주의로부터 무과실책임주의로 발전해 오고 있다. 박윤직, 『채권각론』(박영사, 1998), 664면; 황적인, 『채권법각론』(한국방송대학교출판부, 1996), 324면 참조.

2) 지원림, 『제5판 민법강의』(홍문사, 2007), 19, 1394, 1398면; 김주수, 『채권각론』(삼영사, 1997), 617면 이하; 김중환, 『채권각론』(박영사, 1988), 456면; 황적인, 앞의 책, 337면 등 참조.

와 같은 ‘과실책임주의’는 자기의 과책에 대해서만 책임을 부담하게 함으로써 사회 일반인의 주의를 촉구하고, 불법행위를 예방·억제하며, 아울러 과실을 매개로 한 가해자에 대한 제재로서의 기능도 담당한다고 한다.³⁾ 물론 타당한 지적이다.

그런데 우리 민법학계에서는 고의에 기인한 불법행위의 경우와 과실에 기인한 불법행위의 경우 그 책임의 성립이나 종류에 차이가 없다고 하면서, 피해자에게 불법행위책임을 주장하기 위해서는 고의인가 과실인가를 명확히 밝힐 필요도 없으며 법원도 고의 또는 과실의 당사자 주장에 관계없이 양자를 모두 조사하여 독자의[독자적으로] 결정을 하여야 한다(예: 고의의 주장에 대한 과실을 인정함)고 주장하는 견해⁴⁾도 있다. 물론 판례상에서는 원고가 피고의 고의를 주장하더라도 법원은 피고의 과실을 인정하는 경우가 있다는 점은 부인하지 않는다.⁵⁾ 위와 같은 주장은 불법행위책임 사건에서 책임요건에 대한 관심보다는 책임효과 즉 손해배상을 인정할 것인가 아닌가 여부에 귀착점을 두고 있는 실무계의 입장을 중시하고 있기 때문인 것으로 추정되지만, 고의에 기인한 불법행위인가 과실에 기인한 불법행위인가의 구별의 실익은 단순히 양자의 효과상의 차이에서도 발견할 수 있으나,⁶⁾ 실제로 가장 중요한 구별의 실익은 가해자가 책임을 부담하여야 할 귀책근거를 어디에 두고 있는가 라는 점에 있다. 다시 말하면, 불법행위

3) 지원림, 위의 책, 1394면; 곽윤직, 앞의 책, 666면.

4) 이은영, 『채권각론』(박영사, 2005), 784면.

5) 대법원 2006. 2.24. 선고 2005다38355 판결(금융거래(상환)확인서를 발급하는 금융기관으로서 그 금융거래(상환)확인서의 발급 및 사용 목적과 문서의 양식이나 ‘작성상 유의사항’ 등에 맞게 ‘대출금 거래상황’, ‘담보내용’, ‘연체 명세’ 등 대출 내역을 사실대로 기재하여야 하고, 만약 고의 또는 과실로 그 내용을 허위로 기재(누락도 포함)하여 발급하는 경우에는, 그 구체적인 용도가 어떠하든 그 자체로 위법한 행위라고 할 것이고, 따라서 다른 불법행위 성립요건(특히 손해와의 상당인과관계나 예견가능성 등이 갖추어지면 그로 인해 손해를 입은 자에 대해 손해배상책임을 지게 된다고 할 것이다) 등 참조; 이 논문 Ⅱ, 1. 【2】 판결도 참조.

6) 이은영, 위의 책, 784면(특별손해에 대한 예견가능성의 여부-민법 제393조 제2항, 배상액의 경감-민법 제765조); 지원림, 위의 책, 1399면(고의에 의한 불법행위의 경우 상계의 제한-민법 제496조, ‘특별한 사정’으로 인한 손해’에 대한 예견가능성-민법 제763조의 준용에 의한 같은 법 제393조 제2항, 생계위협을 이유로 한 배상액 경감-민법 제765조).

책임의 요건으로서의 귀책사유(고의 또는 과실)에 따른 효과에의 귀결도 중요하지만, 그와 같은 귀책사유는 법적 비난의 근거를 어디에 두고 있는가가 더욱 중요하고, 그와 같은 귀책근거는 더 나아가 고의 또는 과실의 중핵 즉 본질과 구조를 어떻게 파악할 것인가에 대한 관건이 되기도 한다.

김형배 교수는 다음과 같이 적절히 지적한 바 있다. 즉 “불법행위법은 특별한 원인에 관한 법체계이다. …그것은 발생된 손해에 대하여 가해자에게 그 손해를 배상하게 할 수 있는(zurechnen) 원인, 즉 가해자에게 책임을 지게 할 수 있는(verantwortlich machen) 원인에 관한 체계로서 이해하지 않으면 안된다. 이것이 바로 불법행위법에 있어서의 귀책근거(Zurechnungsgrund)의 문제이다.”⁷⁾ 그러므로 불법행위책임법에서 각 귀책사유에 따른 귀책근거를 어떻게 논할 것인가라는 문제는 자기책임주의(과실책임주의)에 대한 충실화이기도 하고, 그것은 결국 귀책사유(고의 또는 과실)를 어떻게 파악할 것인가 라는 과제에 대한 해답을 주기도 한다.

따라서 이 연구에서는 불법행위책임법상의 책임체계에 대하여 연구한 微物의 선행연구결과물⁸⁾과의 연장선상에 서서 일제강점기 초기(1910년대)의 조선 고등법원 판례에서는 민사과실의 개념, 과실의 본질 및 구조 그리고 그 판단기준을 어떻게 파악하였는지 판례의 분석을 통하여 고찰하고자 한다. 더 나아가 현대 불법행위책임법에서 귀책사유로서의 (고의는 물론) 과실의 개념, 과실의 본질 및 구조 그리고 그 판단기준에 대하여 어떻게 이해하고 있는가에 대하여 개관함으로써 일제강점기 초기(1910년대) 4건의 판결(당시의 판결집인 『朝鮮高等法院民事判決錄』을 조사한 결과 더 이상의 불법행위책임소송 판결이 발견되지 아니하여 유감이지만, 이 연구에서는 4건의 판결만이라도 면밀히 분석하기로 한다)에 나타난 과실론의 의미를 현대 불법행위책임법상의 과실론에 조망함으로써 그 時代的 民事過失觀을 탐구하고자 한다. 이와 같은 연구는 당시

7) 김형배, 『민법학연구』(박영사, 1986), 261면.

8) 김민규, 「불법행위법상의 과실책임체계에 대한 재구성」, 『법학연구』제7집(부산외대·법학연구소, 1995), 65면 이하.

일본의 법관들이 (적어도 관습법적 요소가 적은 불법행위책임소송 사건에서) 일본불법행위책임법상의 민사책임요건론적 사고에 기초하여 우리나라 불법행위책임 사건을 판단하였기 때문에, 역사적으로는 현행 우리민법상의 불법행위책임법 전개의 출발점이 되기도 한다는 점에서 법사학적 의미가 적지 않을 것으로 기대한다.

다만 이 연구에서는 1910년대의 판례만을 분석의 대상으로 삼고 있다는 점에서 시대적 단면성을 고찰한데 지나지 않는다는 한계를 지니고 있으나, 이와 같은 연구가 그 후 조선고등법원 판례에 나타나는 民事過失觀을 연구하는데 초석이 될 것이라는 점에서 후속연구의 출발점이 되기도 한다. 이 점 독자의 양해를 구한다.

II. 1910년대 판례 검토

1. 판례 검토

1) 조선고등법원 1911년 2월 10일 판결, 1910년 민상 2039) 【사례 1】

산림소유권확인청구소송 사건에서 상고인의 “저당권은 이를 무시할 수 없는 것은 당연하다”는 법무원의 확정판결 이유에 대하여 이를 믿고 확정적 효력이 있는 것으로 해석하여 자기에게 저당권이 있다고 믿은데 대한 과실여부를 판단한 사건에서 조선고등법원은 다음과 같이 판단하였다.

즉 “불법행위의 원인인 과실은 보통인의 주의가 미치는 범위에 한정되어야 한다는 것은 논한 바와 같지만, 보통인의 주의라는 것은 항상 동일한 것은 아니다. 중대한 사항에 대해서는 주도면밀한 주의가 필요하고 사사로운 사항에

9) 高等法院書記課編纂, 『朝鮮高等法院民事刑事判決錄』 第1卷, 199面 以下 參照; 법원도서관, 국역, 『高等法院判決錄』 第1卷(民事篇), 2004, 146면 이하 참조.

대해서는 경미한 주의를 기울이는 것으로 족하는 등 각 경우의 사정에 따라 주의 정도 및 모습을 달리하여야 하는 것은 더 이상 말할 필요도 없다(밑줄은 필자가 붙인 것임. 이하 같음). 따라서 판결을 해석함에 있어서는 판결의 해석에 필요한 주의, 가령 의미가 불명한 때에는 이를 법률지식이 있는 사람에게 지문을 구하는 등 보통인이 하여야 할 모든 행위를 다하여야 한다. 만약 기울여야 할 주의를 태만히 한 결과 판결의 문언이나 효력을 오해하여 타인의 권리를 침해하였는가 아닌가의 여부에 대하여 당사자가 善意라 하더라도 과실의 책임을 피할 수는 없다 할 것이다. 이 사건에서 상고인은 갑제1호증 통감부 법무원의 확정판결 이유부분에 ‘상고인의 저당권은 이를 무시할 수 없는 것은 당연하다’는 것에 기초하여 자기에게 저당권이 있다고 믿었기 때문에 아무런 과실이 없다고 항변할 수는 없다. 더 나아가 판결의 이유 중 확정력을 가지는 것은 주문을 유지하기에 필요한 부분에 한정되는 것이므로 갑제1호증의 안건은 소유권확인청구사건에서 피상고인의 소유권 유무를 결정하는 것을 목적으로 하고 상고인에게 저당권이 존재하는가 아닌가의 사실은 위 주문을 도출하는 쟁점이 아니기 때문에 우연히 이유부분에서 상고인에게 저당권이 있는 것으로 인정하는 문언이 있다 하더라도 그것이 법률상 아무런 기속력을 발생하지 않음은 물론이기 때문에, 상고인은 판결문을 해석함에 있어서 그와 같은 경우 해야 할 보통인의 주의를 기울이지 않고 가볍게 위와 같이 인정(생각)함으로써 확정적인 효력이 있는 것으로 해석하여 자기에게 저당권이 있다고 믿은 것은 적어도 과실 있는 행위라 하지 않을 수 없다.”

2) 조선고등법원 1916년 7월 4일 판결, 1916년 민상 129¹⁰⁾ 【사례 2】

“원고(피상고인) 대리인은 청구원인에서 피고(상고인)가 원고에게 금 229圓 16錢의 채권이 있다고 사칭”하였다 하고, 피상고인(원고)의 공소장에서 공소

10) 高等法院書記課編纂, 『朝鮮高等法院民事判決錄』第3卷, 639面 以下 參照.

이유로서 “피공소인(피고)이 공소인(원고)에 대하여 채권이 있다고 사칭하고 있는 등”, 그렇다면 피상고인(원고)은 상고인(피고)에 대하여 사칭 즉 고의에 의한 불법행위를 저질렀다 하여 손해배상을 청구한 것이 명백하고, 원심 판결 이유 부분에서 “필경 피공소인은 통상인이 기울여야 할 주의를 결하였기 때문에 그와 같은 誤信을 초래한 것으로서 즉 피공소인에게 과실이 있다고 하여야 할 것이 …”라고 논하고 있고, 피상고인의 청구원인은 고의에 의한 불법행위라고 주장하였음에도 불구하고 이에 대하여 원심법원은 어떠한 설명도 하지 않은 채 판단도 내리지 아니하였다. 더 나아가 상고인에게 誤信한 과실이 있다 하여 상고인에게 손해배상을 명한 것은 한편 이유 불비의 불법이 있고 또 한편 당사자가 주장하지 아니한 원인사실에 의해 판단한 불법이 있다. 여하간 원심판결은 파기를 면하지 못할 것이다.

원심판결 및 원심판결이 인용하는 제1심판결의 사실적시에 의하면 피상고인의 청구원인인 사실관계의 요지는, 상고인이 피상고인에 대하여 채권 없음에도 불구하고 229圓16錢의 채권이 있다고 사칭하여 …1913년 11월 21일 그 채권보전을 위하여 광주지방법원전주지청으로부터 유체동산가압류결정에 따라 피상고인 소유에 속하는 벼 30석을 가압류함으로써 본안 채권청구의 소송은 상고인 패소판결로 확정되고 피상고인은 위의 가압류로 인하여 벼를 매각할 수 없게 되었다. 결국 벼는 묵게 되고 그 가격이 하락하였을 뿐만 아니라 그 일부는 새나 짐승으로부터 피해를 입어 멸실하게 되자 그 손해로서 합계 금 208圓 80錢은 상고인의 불법행위로 인하여 입은 손해라 하여 배상을 청구한 것이고, 그 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구한 것은 의심의 여지가 없다. “불법행위로 인한 손해배상청구권은 고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리를 침해함으로써 손해를 입었을 때 발생하는 것이기 때문에, 그 청구원인인 사실관계를 바탕으로 불법행위를 구성하는 이상, 원고 주장과 같이 고의에 의해 발생된 것이라고 인정할 수 없다 하더라도 과실에 의한 불법행위가 성립한다 하여 손해배상책임의 성립을 피할 수 없으므로”, 원심 판결이 그 이유로 들고 있는 증거에 따라 상고인은 피상고인에 대하여 채권을 가지고 있지 않음에도 불구하고 채권을 가지고 있는 것

으로 誤信하여 과실에 의하여 본래 가지고 있지 아니한 채권을 보전하려고 하여 피상고인 소유 벼 30석을 압류하여 피상고인으로 하여금 그 권리를 행사하지 못하도록 하고, 피상고인의 권리를 침해한 것이라고 인정하여 불법행위에 의한 손해배상책임이 있다고 상고인에게 패소의 판결을 선고한 것은 상당하다 하여, 원심판결이 상고인에게 배상의 책임을 부담하게 한데 대하여 이유를 결한 바 없은 물론이고 당사자가 주장하지 아니한 사실에 의해 판단한 불법이 있다고 할 수 없으므로 본 논지는 상고이유 없다 할 것이다.

3) 조선고등법원 1916년 5월 18일 판결, 1917년 민상 44, 45¹¹⁾ 【사례 3】

(1) 상고이유 제1점에 대하여

상고인은 원심이 “A가 1911년 9월 이후부터 상인이 아니라는 점을 인정하여 야 한다 하여 공소인이 이 사건 선박에 대하여 상법 제284조의 유치권을 취득한다고 할 수 없다”고 설시한 점에 대하여, A가 朝鮮郵船會社에 자기 소유의 선박 新快漕丸을 2회에 걸쳐 임대한 바, 제1회는 1911. 9. 2일부터 1912. 4. 5일까지이고 제2회는 1912. 8. 25일부터 1913. 2. 3일까지이며, A는 위 선박을 朝鮮郵船會社에 임대하기 이전 같은 선박을 사용하여 운송업을 경영하였다 하더라도 그 이후에는 시골에 가서 농사업에 종사하고 있었다는 증인의 진술이 있고, ... 따라서 ...이유불비의 불법이 있다는 논지는 이유 없다.

(2) 상고이유 제2점에 대하여

원심판결 이유에서는 “피공소인은 공소인이 이 사건 선박을 점유하면서 상당한 관리행위를 행하지 아니한 과실로 인하여 1916. 1. 12일부터 같은 해 11. 21일까지 사이에 당해 선박의 기계 보일러 및 선체가 해수로 인하여 부식한 결과 합계 금 200圓에 상당하는 손해를 입었다는 사실을 인정하여야 한다고 하므

11) 高等法院書記課編纂, 『朝鮮高等法院民事判決錄』第4卷, 400面 以下.

로, 공소인은 피공소인에게 위 불법행위로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임 있다 하여야 할 것 ...”이라고 설시하고 있다. 그러나 이른바 상당한 관리행위라 함은 어떠한 관리행위를 의미하는지 설시하지 않고 있으므로 과연 공소인이 법률상의 책임을 부담하여야 하는가 아닌가에 대하여 판단의 이유를 알 수 없다. 이것은 이유불비의 불법이 있다고 믿는다고 한다. “불법행위 규정에 있어서 과실의 유무를 인정하기 위한 주의의 정도는 보통 주의를 기울이는 사람이 사물의 상황에 따라 통상 하여야 할 주의를 그 표준으로 삼아야 할 것이다.” 그리고 논지에서 밝히고 있는 바와 같이 원심판결의 설시는 그 취지를 보건대 상고인이 보통 주의를 기울이는 사람이라면 이 사건 선박의 관리에 대하여 사물의 상황에 따라 통상 하여야 할 주의를 기울여 위 선박의 기계 보일러 및 선체의 해수에 의한 부식을 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 주의를 기울이지 않았기 때문에 1916. 1. 12일부터 같은 해 11. 21일까지 사이에 해수로 인한 부식이 발생하게 되어, 그 결과 피상고인으로 하여금 금 200圓에 상당하는 손해를 입혔다는 사실을 인정한 것이 명백하다면 상고인이 법률상의 책임을 부담하여야 할 판단의 (근거에 대한) 이유를 결여한 바 없다. 따라서 이유불비의 불법이 없으므로 논지는 이유 없다.

4) 조선고등법원 1917. 7. 31. 판결, 1917년 민상 109¹²⁾ 【사례 4】

산부인과 전문의가 환자의 子宮癌腫을 수술함에 있어서 자궁적출수술 후 腹腔 내에 가제 2매를 잔류하여 傷管腹壁瘻孔을 야기한 사건에서, 증인 A와 B는 “개복하여 복강 내에 수술을 실시함에 있어서 복강 내에 하나 또는 둘의 가제를 잔류하는 것은 수술자가 상당한 주의를 하였다 하더라도 피할 수 없는 경우가 있기 때문에 가제를 잔류하였다는 사실만으로 반드시 피공소인(피상고인)의 과실을 인정할 만한 자료가 되는 것은 아니”라고 설시하였다. 그러나 감정

12) 高等法院書記課編纂, 『朝鮮高等法院民事判決錄』第4卷, 731面 以下.

인 A는 감정서 중에서 “... (전략) 학리상 상당하다고 인정할 수 있는 수단방법을 시행하면 개복수술을 실시함에 있어서 가제 등 이물질을 복강 내에 잔류하지 않도록 상당한 주의를 기울여야 한다”고 기술하고 전문의가 개복수술을 실시함에 있어서 피수술자의 복강 내에 가령 하나 또는 둘의 가제를 잔류하는 경우가 있다 하더라도 학리상 상당하다고 인정할 수 있는 예방수단방법을 강구하였다면 당해 시술자는 상당한 주의를 기울였다고 인정하여야 한다는 것, 다시 말하면 학리상 상당하다고 인정할 수 있는 예방수단방법을 강구하지 않고 시술자가 시술함에 있어서 피수술자의 복강 내에 가제를 잔류하였다면 당해 시술자는 상당한 주의를 기울이지 아니한 것 즉 과실이 있는 것으로 인정하여야 한다는 뜻을 실시하고 있고, 감정인 B는 “피고가 원고를 수술함에 있어서 사용한 기계 및 면모를 계산하여 그 수의 과부족 없음을 물어 복벽의 봉합을 마쳤다면 오늘날의 학술 정도에 비추어 그 이상의 주의를 기울이는 것은 불가능하다”고 실시하고 있다.

그런데 원심판결에서 피상고인이 개복수술을 함에 있어서 이와 같은 행위를 한 것이 학리상 상당한 예방수단방법을 강구한 것이고 오늘날 의술의 정도에 비추어 보아 상당한 주의를 기울인 것으로 인정하여야 하며, 따라서 과실이 있다고 할 수 없다는 뜻을 실시하지 아니하였다면 이유에 결함이 있는 것이다. ... (중략) ...그러므로 “부인과 전문 의사가 자궁암종의 환자에 대하여 자궁적출의 수술을 실시함에 있어서 환자의 복강 내에 가제를 잔류하였기 때문에 복강복벽누공이 발생하기에 이르게 된 때에는, 가제잔류 사실은 일단 의사의 과실에 기인한 것으로 인정하여야 하고 의사로 하여금 과실의 책임을 면하게 하기 위해서는 당해 수술을 실시함에 있어서 오늘날의 의술에 비추어 기울여야 할 상당한 수단방법에 따라 이를 행하였음을 입증하여야 한다.”

2. 판례 분석

위에서 살펴본 4건의 판결을 기준으로 과실에 대한 개념, 과실의 본질 및 구

조 그리고 그 판단기준에 대하여 고찰하면 다음과 같다.

1) 과실의 개념

위의 각 판결에서 ‘과실’이 무엇인가에 대하여 정확히 정의한 판문을 찾기는 어렵다. 그러나 ‘과실’의 개념은 일반적으로 주의의무의 정도와 관련하여 나타나는 것이 일반적이므로 다음과 같은 문언에서 추정할 수는 있을 것이다. 즉 【사례 1】에서는 “... 기울여야 할 주의를 태만히 한 결과 ...타인의 권리를 침해하였는가 아닌가의 여부에 대하여 당사자가 善意라 하더라도 과실의 책임을 피할 수는 없다”라는 문언에서 유추하여 보면, ‘과실’이라 함은 “기울여야 할 주의를 태만히 한 결과”에 대한 법적 책임의 근거가 되는 원인 또는 사유를 귀책사유로 이해하고 있다. 또한 【사례 2】의 경우도 “... 통상인이 기울여야 할 주의를 결하므로 인하여 원고에게 손해를 야기하였다는 청구원인 즉 책임을 성립하게 하는 원인을 ‘과실’로 파악하고 있다고 해석할 수 있을 것이다. 더 나아가 【사례 3】의 경우 “... 선박을 점유하면서 상당한 관리행위를 행하지 아니”하여 손해를 야기한 행위를 ‘과실’로 파악하였다. 그리고 【사례 4】에서는 “... 상당한 주의를 기울이지 아니한 것”을 ‘과실’이라고 파악하고 있음을 알 수 있다.

따라서 ‘과실’에 대하여 명확한 개념정의를 내린 판결은 찾기 어렵다 하더라도 각 사례에서는 “주의의무의 태만” 그 자체 또는 주의의무를 태만히 한 결과 (상당한 관리) ‘행위’를 행하지 아니한 것을 ‘과실’로 파악하고 있음을 알 수 있다. 그런데 위와 같은 판례상의 문언에 대하여 예컨대 “주의의무의 태만”으로 이해하는 경우는 과실을 행위자의 ‘심리상태’에서 그 귀책근거를 찾고 있다 할 수 있고, (상당한 관리) ‘행위’와 같이 외부적 행위(행동, 행태)를 강구하지 아니한 것을 과실로 파악하는 경우는 특정인(행위자)에게 요구된 ‘행위의무에 대한 위반’ 그 자체를 ‘과실’로 이해하고 있는 것으로 판단된다. 더 나아가 【사례 3】에서는 선박의 부식을 방지할 수 있는 “상당한 관리행위”가 무엇인가에 대하여 구체적으로 실시하지 아니한 원심법원의 판단에 대하여 “이것은 이유불비

의 불법이 있다”고 판시하였다. 그뿐만 아니라 【사례 4】(가계잔류사건)에서도 자궁암증을 수술함에 있어서 기계 및 면모를 계산하여 과부족이 없음을 물어 복벽의 봉합을 마치는 등의 학리상 상당한 예방수단방법을 강구하였다면 과실이 있다 할 수 없다고 원심법원이 그 뜻을 실시하지 아니하였다면 원심판결은 “이유에 결함이 있는 것”이라고 판시하였다. 따라서 당시 조선고등법원이 불법 행위책임 사건을 판단함에 있어서 행위자가 취하여야 할 ‘구체적인 행위’를 판결에서 실시할 것을 요구하였다는 점에 착안할 때, 이 당시 이미 과실의 판단 대상은 ‘구체적인 행위의무’에 대한 위반여부라는 점까지 분명히 밝혔다는 점에 주목할 가치가 있다.

2) 과실의 본질 및 구조

위에서 고찰한 바와 같이, 일제강점기 초기(1910년대)의 판례에서는 “주의의무의 태만” 그 자체를 ‘과실’이라고 이해한 판결이 있는가 하면, “주의의무의 태만”으로 인하여 어떤 “행위”를 하지 아니한 것을 ‘과실’이라고 이해한 판결도 있음을 알 수 있다. 따라서 “주의의무의 태만” 그 자체를 ‘과실’이라고 파악한 입장은 과실을 행위자의 주관적 요소 이른바 ‘의사의 긴장결여’를 ‘과실’로 파악한 입장이라고 한다면, “주의의무의 태만”으로 인하여 어떤 ‘행위’를 하지 않은 것을 ‘과실’이라고 이해한 판결의 입장은 행위자의 ‘의사긴장의 결여’ 보다는 어떤 요구된 ‘행위’를 하지 아니한 것 즉 객관적 요소(작위의무의 위반)를 과실로 이해한 입장이라 할 것이다. 이와 같은 판례 입장의 차이는 ‘과실’을 “주의의무의 태만”이라는 주관적 요소 즉 ‘심리상태’로 이해할 것인가, 아니면 “주의의무의 태만”으로 인하여 어떤 요구된 ‘행위’를 하지 아니한 객관적 요소 즉 ‘행위의무위반’으로 이해할 것인가 라는 행위관련성과의 차이라 할 것이다.

그런데 위에서 살펴본 바와 같이, 당시의 판례에서도 “주의의무의 태만” 【사례 1】, “주의를 결하였기 때문에” 【사례 2】, “통상 하여야 할 주의” 【사례 3】, 또는 “상당한 주의를 기울이지 아니한 것” 【사례 4】등의 표현들이 등장하고 있

어서 ‘과실’의 본질을 ‘심리상태’로 이해하고 있는 것으로 일단 이해할 수 있다. 그러나 위의 판례에서도 “보통인이 하여야 할 모든 행위를 다하여야 한다”【사례 1】, “과실에 의하여 본래 가지고 있지 아니한 채권을 보전하려고 하여 ... ‘압류’하여 피상고인으로 하여금 그 권리를 행사하지 못하도록 하여 ...”【사례 2】, “... 선박을 점유하면서 상당한 관리‘행위’를 행하지 아니한 과실로 인하여 ...”【사례 3】 그리고 “피상고인이 개복수술을 함에 있어서 이와 같은 ‘행위’를 한 것이 학리상 상당한 예방수단방법을 강구한 것이고 ...”【사례 4】 등의 표현을 과감하게 사용하고 있음을 알 수 있다.

따라서 일제강점기 초기 조선고등법원 판례에서도 ‘주의’라는 심리적 요소는 (당해 사건에서 손해발생을 방지하기 위하여) 요구되는 어떤 ‘행위’를 하지 아니한 ‘행위’의무위반을 도출하기 위한 전제적 서술로서의 기능 그 이외의 특별한 의미는 없는 것으로 이해하는 것이 바람직할 것이다. 따라서 ‘과실’의 본질은 (당해 사건에서 손해의 발생을 방지하기 위하여 요구된) 어떤 ‘행위’를 하지 아니한 것이고, 그 전제적 서술에 불과한 ‘주의’ 즉 ‘심리상태’를 ‘과실’의 본질로 이해하고 있는 것은 아니라는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

더 나아가 ‘과실’의 구조에 대해서도 특히 “판결의 문언이나 효력을 오해하여 타인의 권리를 침해 ...”【사례 1】 또는 “피고가 원고를 수술함에 있어서 사용한 기계 및 면모를 계산하여 그 수의 과부족 없음을 물어 ...”【사례 4】 등의 판시내용을 분석하여 보면, ‘행위의무의 위반’이라는 ‘과실’은 각 불법행위 사건에서 발생한 손해(결과)를 방지할 의무로 구성되고, 그와 같은 ‘결과방지의무 위반’이 곧 ‘행위의무위반’이며 그것이 바로 ‘과실’을 형성한다는 논리구조를 취하고 있음을 알 수 있다.

3) 과실의 판단기준

위에서 살펴본 바와 같이, ‘과실’은 “주의의무의 태만”이라는 ‘심리상태’ 그 자체가 아니라 ‘결과방지의무’를 그 내용으로 하는 ‘행위의무’에 대한 위반으로

이해한 것이 당시의 조선고등법원 판례의 태도였다면, 그와 같은 ‘행위의무위반’ 여부의 판단기준은 무엇인가 라는 점도 규명할 필요가 있다.

위의 판례검토에서 고찰한 당시의 조선고등법원 판결들을 살펴보면, 과실의 판단기준에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. “보통인의 주의” 또는 “보통인이 하여야 할 모든 행위를 다하여야 한다” 【사례 1】, “통상인이 기울여야 할 주의” 【사례 2】, “보통 주의를 기울이는 사람이 사물의 상황에 따라 통상 하여야 할 주의” 【사례 3】 그리고 “오늘날 의술의 정도에 비추어 보아 상당한 주의” 【사례 4】 등의 표현을 사용하고 있다. 결국 위의 판례들이 취하고 있는 과실의 판단에 있어서의 인적 기준은 ‘보통인’ 또는 ‘통상인’이라 할 수 있고, 기울여야 할 주의의 정도(기준)는 ‘통상 하여야 할 주의’ 또는 ‘상당한 주의’라는 표현을 사용하고 있다. 더 나아가 각 불법행위 사건에 있어서 고려요소로 들고 있는 기준은 “사물의 상황” 【사례 3】 또는 “오늘날 의술의 정도” 등을 제시하고 있으나, 더욱 주목하여야 할 것은 【사례 1】에서 “중대한 사항에 대해서는 주도면밀한 주의가 필요하고 사사로운 사항에 대해서는 경미한 주의를 기울이는 것으로 족하는 등 각 경우의 사정에 따라 주의의 정도 및 모습을 달리하여야” 한다는 기준을 제시하고 있어서 과실의 판단기준에 대하여 탄력성을 부여하고 있다는 점이다.

따라서 일제강점기 초기의 조선고등법원 판례에서도 과실판단기준으로서의 인적 기준은 ‘통상인 또는 보통인 틀’을, 기울여야 할 주의의 정도(기준)에 대해서는 ‘상당성 틀’을 그리고 과실판단에 고려하여야 할 요소로서는 ‘탄력적인 상황성 틀’을 취하고 있었음을 알 수 있다.

Ⅲ. 현대 불법행위책임법상의 과실론

1. 한국 민법학상의 과실론

1) 과실책임주의의 역사적 의의를 탐구하면서 귀책사유(고의 또는 과실)에 대

한 전통적인 의의를 서술한 견해에 의하면, “가해자의 책임은 그의 고의·과실이라는 일정한 주관적 심리상태를 요건으로 하여 생긴다고 하는 과실책임주의는, 법률문화가 상당히 높은 진화를 이룬 후에야 비로소 세워질 수 있는 원리”라고 논하고 있다.¹³⁾ 이와 같은 주장은 고의·과실이라는 귀책사유를 과실책임주의에 바탕을 둔 ‘주관적 심리상태’로 이해하고 있다는 점을 말하여 준다. 더 나아가 구체적으로 ‘고의’는 ‘일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서, 감히 이를 행하는 심리상태’¹⁴⁾라고 정의하고, ‘과실’은 ‘일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있었어야 함에도 불구하고, 부주의 즉 주의를 게을리 하였기 때문에, 그것을 알지 못하고서 어떤 행위를 하는 심리상태’를 말한다¹⁵⁾고 정의하고 있다.¹⁶⁾

이율리 “원래 과실책임의 원칙은, 손해의 발생을 막을 수 있는데도 그것을 막지 못한 자는 책임을 져야 한다는 것이므로, 책임의 요건으로서의 과실은 개 개인의 주의력을 기준으로 하는 구체적 과실이어야 할 것”이라고 하면서, “그러나 피해자의 처지에서 본다면, 그는 가해자가 사회의 보통인으로서의 표준적인 주의를 베푸는 것으로 예정해서 행동한다고 할 수 있다”고 한다. 이와 같은 모순을 해결하기 위하여 “과실을 사회의 평균인을 기준으로 해서 객관화·정형화한 것이 바로 추상적 과실인 것”이라 한다.¹⁷⁾ 그러나 과실책임의 원칙(유책성의 원칙)은 행위자가 기울일 수 있는 주의력을 다하지 아니한데 대한 법적 비난(행위자에 대한 주관적 비난)을 의미하므로, 행위자로 하여금 사회의 평균인으로서의 주의력을 객관화·정형화한 추상적 과실로써 판단한다면 논리적으로 의제에 지나지 않는다는 점을 극복하기는 어려울 것이다.

결국 위와 같은 견해는 귀책사유로서의 고의·과실을 모두 ‘주관적 심리상태’로 이해하고 있기 때문에, 과실판단기준으로서 추상적 과실(객관적 과실)을

13) 박윤직, 앞의 책, 664면.

14) 박윤직, 위의 책, 685면; 김중환, 앞의 책, 458면.

15) 박윤직, 위의 책, 686면; 박종두, 『채권법각론』(삼영사, 2005), 376면 이하.

16) 황적인, 앞의 책, 338면; 김주수, 앞의 책, 624면(… 과실책임의 원칙이라는 경우의 「과실」은 고의도 포함한 넓은 의미를 가지며, 행위자의 의사에 비난할 만한 점이 있는 것을 말한다).

17) 박윤직, 앞의 책, 688면 이하 참조.

취하는 것은 논리적 파탄을 면하기 어렵다는 점에 본질적인 한계가 내재되어 있다. 【학설 1】

더 나아가 최근에도 ‘고의’라 함은 ‘자기 행위로 인하여 타인에게 손해가 발생할 것임을 알고도 그것을 의욕하는 심리상태’를 말한다고 정의하고, ‘과실’이라 함은 ‘사회생활상 요구되는 주의를 기울였다면, 일정한 결과의 발생을 알 수 있었거나 그러한 결과를 회피할 수 있었을 것인데, 그 주의를 다하지 않음으로써 그러한 결과를 발생하게 하는 심리상태’를 말한다¹⁸⁾고 정의하는 견해도 있다. 이 견해는 ‘과실’을 개념정의하면서 행위자에게 요구되는 주위의 기준을 “사회생활상 요구되는 주의”라 하여 객관적 기준을 제시하면서도 과실의 개념 또는 본질을 ‘심리상태’로 이해하고 있다는 점에 특징이 있다. 【학설 2】

2) (고의는 물론) 과실을 책임요건상 주관적 요건이라고 분류하는 일반적 경향에도 불구하고, 주관적(구체적) 과실설, 객관적(추상적) 과실설 및 구성요건설이 존재한다고 주장하고,¹⁹⁾ 다음과 같이 문제점을 지적한다. 즉 “우리나라의 학설은 과실을 고의와 마찬가지로 과책주의(Verschuldensprinzip)의 원칙하에서 이해하려고 하며, 또 과실을 「심리상태」로 파악하려고 한다. 즉 과실은 의사의 긴장을 결한 것이라는 점에서 유책성요소에 해당하는 것으로 구성하려고 한다. 그러나 다른 한편 학설과 판례는 공동사회의 한 사람으로서 요구되는 정도의 주의를 게을리 하거나 또는 「마땅히 하여야 할 의무를 태만히 하였거나 또는 하지 아니하면 아니될 의무를 이행하지 아니한 경우」에 과실이 있는 것이라고 하므로, 이는 과실을 심리상태로서의 유책성요소라고 하는 주장과는 모순된다”는 것이다.²⁰⁾

위와 같은 문제제기에 이어, 불법행위책임을 규정하였던 초기의 입법은 시민의 행동의 자유를 그 이념적 기초로 삼았기 때문에, 과실의 개념도 의사의

18) 지원립, 앞의 책, 1399, 1400면.

19) 김형배, 앞의 책, 262면 참조.

20) 김형배, 위의 책, 270면.

자유라는 유책성관련하에서 파악하였다고 지적함과 아울러, 최근에는 초기 입법당시에는 예상하지 못하였던 손해야기행위가 대두하게 되었기 때문에, 불법행위의 책임귀속의 근거를 의사의 자유라는 유책성관련하에서만 파악할 수는 없게 되었다고 주장한다.²¹⁾ 따라서 불법행위책임을 ‘유책성관련하에서 파악해야 할 불법행위’와 ‘유책성 이외의 다른 요소에서 그 귀책근거를 찾아야 할 불법행위’를 구별해야 한다고 하면서, “과실의 본래적인 개념은 유책성관련하에서 구성하되, 그 적용의 범위를 유형별로 한정하고 행위자를 기준으로 하지 않는 이른바 「객관적」과실은 유책성과는 관련이 없는 것이므로 그와 같은 과실이 적용될 수 있는 경우도 유형화해야 할 것”이라고 한다.²²⁾

결국 위와 같은 견해는, 의사의 자유를 바탕에 깔고 있는 과실책임주의 즉 유책성을 귀책근거로 이해하면서 과실의 판단기준을 ‘객관적’과실론에 의하는 것은 논리적으로 모순이므로, 과실책임의 영역을 ‘유책성관련 불법행위’(의사의 긴장결여에 대한 비난)와 ‘유책성과는 무관한 사회생활규범 위반에 따른 불법행위’(객관적 행위의무 위반에 대한 비난)로 유형화하는 것이 타당하다는 견해이다.²³⁾ 【학설 3】

3) 위와 같은 과실개념과 과실판단기준에 대한 논리적 모순점을 해결하기 위한 방안제시에서 한걸음 더 나아가 판례상의 법리전개에 초점을 두고 적극적인 입장을 피력하는 견해가 있다. 즉 불법행위가 가해자의 ‘고의에 기인한 경우’와 ‘과실에 기인한 경우’로 나누고, 다음과 같이 그 본질을 설명하는 견해가 있다. 즉 ‘고의에 기인한 경우’는 ‘가해자가 특정인에게 손해가 발생하리라는 것을 알

21) 김형배, 위의 책, 291면 참조.

22) 김형배, 위의 책, 291면 참조.

23) 귀책사유로서의 ‘과실’에 대한 판단기준으로서 ‘객관적 과실설’과 ‘주관적 과실설’이 전통적으로 대립되어 왔다. 그 이유는 이른바 ‘유책성의 원칙’을 근간으로 하는 불법행위책임법에서는 ‘주관적 과실설’을 취하는 것이 논리적으로 정연할 것이기 때문이다. ‘객관적 과실설’과 ‘주관적 과실설’의 주장자 및 그 논거에 대해서는 김형배, 위의 책, 262면 이하; 김민규, 앞의 글, 144면 이하 참조.

면서도 그 가해행위를 감행한 경우'라고 정의하고, '과실에 기인한 경우'는 '사회생활상 부과되는 주의의무의 위반'이라고 정의한다.²⁴⁾ 이와 같이 이해하면, '고의에 기인한 경우'는 "위법행위를 결심했다는 비난가능성"을 책임성립요소(귀책근거)로 이해하기 때문에, '고의'를 '심리상태'로 파악하는 일반적인 견해와 차이가 없을 것이지만, '과실에 기인한 경우'는 '사회생활상 부과되는 주의의무의 위반'이라고 이해하기 때문에 종래의 입장과는 달리 '심리상태'라는 과실의 본질론에서 벗어나 객관적이고 사회적인 귀책사유 이른바 '행위의무위반'으로 파악하는 견해에 접근하게 된다는 점에서 커다란 차이를 보이게 된다.

더 나아가 위의 견해는, 행위자에게 사회생활상 부과되는 주의의무를 부과하는 법적 근거로서 헌법·법률·명령 등의 법규범, 계약에 기초한 계약규범, 판례에 나타난 판례규범, 기타 사회규범에 의해서 각각의 구체적인 상황에 적합한 주의의무가 부과된다고 한다. 특히 이 견해에서는 판례에 의한 규범창조 기능을 중시하여 다음과 같이 논한다. 즉 "판례는 법률의 규정이 없는 경우에도 폭넓게 주의의무를 부과하고 있는데 이러한 판례의 집적은 고유의 판례규범을 형성하게 된다. 이 판례규범에 의하여 결국 일반인에게 추상적 위협을 방지하라는 행위명령이 내려질 수 있고, 그 행위명령 속에는 일반인이 어떤 사건에 임하여 어떻게 행동해야 하는가 라는 구체적인 주의의무가 포함되어야 한다"라고 논한다.²⁵⁾ 결국 위의 견해는 '고의에 기인한 불법행위'의 경우는 "위법행위를 결심하였다는 비난가능성" 즉 유책성관련하에서 그 귀책근거를 찾아야 할 것이지만, '과실에 기인한 불법행위'의 경우는 "사회생활상 부과되는 주의의무 위반"이라는 객관적 주의의무 위반에서 그 귀책근거를 찾는다는 점에서 불법행위책임법의 구조가 단순·명료하다 할 것이다. 아울러 "사회생활상 부과되는 주의의무"의 법적 근거로서 법규범·계약규범·판례규범·기타 사회규범으로 나열하고, 특히 판례규범의 경우는 구체적인 상황에서 행동해야 할 '구체적인 주의의무'를 포함한 '추상적 위협방지의무'를 명령하는 기능을 수행한다는

24) 이은영, 앞의 책, 784면 이하.

25) 이은영, 위의 책, 786면.

의미에서 중시하고 있는 점에 주목할 필요가 있다.

아울러 위의 견해는 행위의무위반을 과실로 이해함과 동시에 ‘법규범의 명령에 따르지 않았다는 행위에 대한 비난’을 위법성요소로 파악하여 행위불법론(die Lehre vom Handlungsunrecht)과의 조화를 주장하면서, 그 이론적 근거로서 판례의 변화를 중시한다. 즉 첫째, 판례는 주의의무위반을 과실책임으로 파악하고 있다는 점, 둘째 판례는 ‘사고의 발생을 미연에 방지할 조치를 취하여야 할 의무’를 주의의무의 내용으로 파악하고 있기 때문에, 예견가능성 보다는 위험회피의무설을 취하고 있다는 점, 셋째 판례에서는 주의의무 위반이 있는 경우 별도로 위법성을 문제삼지 않는다는 점, 넷째 판례는 주의의무를 명목상 위험방지의무로 구성하고 있으나, 그 현실적 가능성에 대해서는 고려하지 않고 정책적 판단을 함으로써 현대사회의 위험책임에 대한 욕구를 충족시키고 있다는 점, 다섯째 판례는 주의의무위반의 결과가 발생하면 손해배상을 인정하여 가해자의 과실, 위법성에 대한 입증책임을 덜어준다는 점을 지적하고 있다.²⁶⁾ 【학설 4】

4) 앞에서 고찰한 우리나라 불법행위책임법상의 과실론의 변천과정을 살펴보면, 다음과 같은 경향을 알 수 있다. 1)의 【학설 1】은 의사주의 도그마(심리상태)에 바탕을 둔 과실론으로서 ‘고의’에 대한 해석론과 연장선상에 존재하고, 과실판단기준으로서 객관적 과실론(추상적 과실론)을 취하는 통설적 견해와 융해되기 어려운 이론구성이라 할 수밖에 없다. 더 나아가 【학설 2】도 행위자에게 요구되는 주의의무의 기준을 “사회생활상 요구되는 주의”라고 전제하는 이상 이것도 과실판단기준으로서의 객관적인 기준이므로 주관적인 요소인 ‘심리상태’로 파악하는 과실의 본질론과 충돌하지 않을 수 없다. 왜냐하면 “사회생활상 요구되는 주의”라 함은 행위자의 심리상태와는 무관하기 때문이다.

그리고 과실의 본질론(심리상태)과 과실판단기준(객관적 과실) 사이의 논리적 모순을 가장 심도있게 분석하여 문제점을 지적한 것이 2)의 【학설 3】이다. 이 견해에서는 과실책임의 영역을 ‘유책성관련 불법행위’(의사의 긴장결여에

26) 이은영, 위의 책, 787면 참조.

대한 비난)와 ‘유책성과는 무관한 사회생활규범 위반에 따른 불법행위’(객관적 행위의무 위반에 대한 비난)로 유형화하는 방안을 제시하고 있다. 불법행위책임법상의 귀책근거를 과실책임의 원칙(유책성의 원칙) 및 자기책임의 원칙에서 구하면서 “유책성과는 무관한 사회생활규범 위반에 따른 불법행위” 유형을 인정하는 근거를 어디에서 찾아야 할 것인지 의문이다. 더 나아가 위와 같이 불법행위 사건의 유형을 두 가지로 대별한다 하더라도 그 구별기준을 설정하는 것이 그렇게 쉽지는 않을 것이다.

더 나아가 2)의 【학설 3】에서 지적한 문제점을 과감하게 해결하기 위한 방안을 적극적으로 제시한 것이 3)의 【학설 4】이다. 이 견해에서는 ‘고의에 의한 불법행위’와 ‘과실에 의한 불법행위’로 크게 대별하고 ‘고의에 의한 불법행위’의 근거는 유책성의 원칙(심리상태)에서 그리고 ‘과실에 의한 불법행위’에서는 ‘과실’을 “사회생활상 부과되는 주의의무의 위반”으로 파악하여 외부적이고 객관적인 책임으로 파악하여 귀책사유 및 귀책근거를 二分化시켰다. 그와 같은 二分化의 근거는 판례에서 과실을 ‘주의의무위반’(행위의무위반)으로 파악하고 있다는 점에 착안한 것이다. 더 나아가 이 견해에서는 ‘과실’의 중핵적 요소를 ‘예견가능성’보다는 ‘위험회피의무’에서 구하고 있다는 점이 특징이다.

따라서 우리나라의 과실론은 고의와 함께 ‘심리상태’로 파악하던 전통적인 입장에서 객관적이고 외부적인 ‘행위의무위반’으로 파악하는 경향으로 전환하고 있음을 알 수 있다.

2. 일본 민법학상의 과실론

1) 일본 구민법재산편 제370조 제1항에서는 “과실 또는 해태에 의하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 배상책임을 진다”라고 규정하였고, 그 후 일본민법 제709조(초안 제719조)에서는 “고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다”라고 규정하였다.²⁷⁾ 그런데 일본민법 제709조에서 규정한 “고의 또는 과실”이라는 문언의 범위는 구민

법재산편 제370조 제1항에서 규정하는 “과실 또는 해태”와 다름없는 것으로 해석하고 있다.²⁸⁾ 더 나아가 ‘과실’의 성질에 대해서는 “일반인들에게 있어서 어쩔건 이 고의 [또는] 과실이라는 것이 [어디에라도 규정이 없으면] 그 때문에 마음상태(심리상태)가 없을 경우에는 채권을 필요로 한다는 것이 되어 부적합하다”²⁹⁾ 라는 문언에서 볼 때, 입법자는 과실을 여기에서 말하는 “마음상태(심리상태)” 즉 행위자의 주관적 용태로 생각하고 있었던 것으로 보인다.³⁰⁾ 그리고 과실의 판단기준에 대해서는 호즈미 노부시게(穗積陳重) 위원이 “과실이라는 것의 내용은 사람의 기풍·성질 등에 의한 것을 말하는 것은 아니다. 통상 10명의 사람이 그 상황의 사정 어디를 보더라도 그 때 그 장소에서 통상 기울이는 주의를 결한다는 것을 말한다”³¹⁾ 라고 설명하고 있는 것으로 볼 때 객관적 과실을 상정하였던 것으로 보아도 좋을 것이다.³²⁾

따라서 일본민법상의 불법행위책임에 있어서 ‘과실’에 대한 입법자의 의사는 그 본질을 ‘심리상태’로 이해하고 있었던 것으로 생각되고, 그 판단기준으로서는 ‘객관적 과실(추상적 과실)’설을 취하였던 것으로 판단된다.

2) 그 후 일본의 학설에서도 ‘과실’에 대한 개념을 ‘심리상태’로 파악하면서도 과실의 판단기준에 대해서는 “선량한 관리자의 주의”라는 객관적이고 규범적인 기준을 취하는 경향이 하토야마 히데오(鳩山秀夫) 교수,³³⁾ 와가츠마 사카에(我妻榮) 교수³⁴⁾ 그리고 카토 일치로(加藤一郎) 교수³⁵⁾로 이어지는 통설적

27) 일본민법의 제정과정에 대해서는 前田達明編, 『史料民法典』(東京:成文堂, 2004), 1116面 以下 參照. 또한 2004年 法147号에 의하여 개정된 민법 제709조에서는 “고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리 또는 법률상 보호받을 이익을 침해한 자는 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다”라고 규정하고 있다.

28) 法典調査會, 『民法議事速記録』 第40卷, 145丁表.

29) 法典調査會, 『民法議事速記録』 第40卷, 147丁裏.

30) 錦織成史, 「違法性と過失」, 『民法講義』(東京:有斐閣, 1985), 135面.

31) 法典調査會, 『民法議事速記録』 第40卷, 191丁表.

32) 錦織成史, 앞의 글, 138面(註 10) 參照.

33) 鳩山秀夫, 『增訂日本債權法各論(下卷)』(東京:岩波書店, 1920), 901面 參照.

34) 我妻榮, 『事務管理·不當利得·不法行爲』(東京:日本評論社, 1937-復刻版, 1988), 105面 參照.

경향을 형성하여 왔다.³⁶⁾ 이와 같은 통설적 경향은 ‘과실’은 ‘주관적 요소’로 그리고 ‘위법성’은 ‘객관적 요소’로 이해하는 이론구조를 취하였다. 그러나 판례에서는 ‘과실’을 판단함에 있어서 주의의무위반=작위의무위반으로 판단하고 있고, 이것은 결국 ‘부작위에 의한 불법행위’에 지나지 않으며, ‘부작위에 의한 불법행위’는 종래 ‘위법성’의 문제로 취급하여 왔다. 그럼에도 불구하고 판례에서는 ‘부작위에 의한 불법행위’를 ‘과실’의 문제로 취급하고 있기 때문에, 결국 ‘과실’개념과 ‘위법성’개념 사이에 교착현상이 발생하여 불법행위책임체계의 재구성이 필요하게 되었다는 지적이 등장하게 되었다.³⁷⁾

3) 위와 같은 현상을 극복하기 위하여 시도된 것이 ‘과실’개념을 ‘객관적인 행위의무위반’으로 규정하는 이른바 ‘행위의무위반설’이다. 이와 같이 ‘과실’개념이 ‘객관적인 행위의무위반’으로 파악된다면, ‘과실’개념을 어떻게 정의할 것인가가 문제된다. 따라서 히라이 요시오(平井宜雄) 교수는 판례의 언어적 구성을 소재로 ‘과실’을 정식화한다면, ‘과실’이란 “결과회피 내지 방지의무에 위반한 행위이고, 더 나아가 그의 전제로서 행위자에게 결과발생에 대한 예견가능성의 존재 내지 예견의무가 요구되는 행위”라고 정의하였다.³⁸⁾

그럼에도 불구하고 히라이 요시오 교수는 과실의 요건으로서 결과회피의무 내지 방지의무까지 요구하지 않고, 예견가능성의 존재 내지 예견의무의 위반만으로 족하다는 판례 및 학설도 유력하고 결과회피의무와 예견의무의 어느 쪽을 과실의 요소로 할 것인가에 다툼이 없는 것도 아니기 때문에, 과실개념의 정식화가 반드시 중요한 의미를 가지는 것은 아니라고 주장하였다.³⁹⁾

35) 加藤一郎, 『不法行爲-増補版』(東京:有斐閣, 1974), 64面 参照.

36) 鳩山秀夫 교수는 당시 이미 과실책임의 귀책근거가 반드시 가해자의 ‘심리상태’에 있는 것은 아니라고 지적한 바 있다(鳩山秀夫, 앞의 책, 848面).

37) 平井宜雄, 『損害賠償法の理論』(東京:東京大學出版會, 1971), 317面 以下.

38) 平井宜雄, 위의 책, 400面 以下 参照: 同, 『債權各論 II -不法行爲』(東京:弘文堂, 2002), 27面 以下.

39) 平井宜雄, 위의 책, 400面 以下 参照.

4) 위와 같은 주장에 비하여, 마에다 다츠아키(前田達明) 교수는 ‘과실’개념의 정의는 구체적인 사건에서 과실결정인자의 지도형상이 될 뿐만 아니라 과실 있는 행위의 귀책근거로서도 중요하다면서, ‘과실’이란 “표준인을 기준으로 한 결과회피를 위한 작위의무위반”이라고 정의하였다.⁴⁰⁾ 이와 같은 ‘과실’에 대한 개념정의는 그 뒤 일반적인 경향을 이루었다.⁴¹⁾ 시노미야 카즈오(四宮和夫) 교수도 이른바 “과실의 객관화”라는 현상은, 첫째 경제의 진전·기술의 발달에 의해 권리침해의 위험성 있는 활동이 증대함에 따라 권리침해의 방지에 필요한 것은 의사의 긴장 보다 결과회피에 도움이 되는 일정한 행동을 하는 것이고, 둘째 손해배상소송에 있어서 의사의 긴장결여를 증명하게 하는 것은 피해자에게 불가능을 강요하는 것과 같다는 점이 인식되기에 이르러, ‘과실’이라 함은 권리침해의 방지에 도움이 되는 일정한 행동패턴으로부터의 이탈이라고 이해하게 되었다. (따라서) 적절한 행동패턴을 지시하는 것은 법질서이기 때문에, 과실이라 함은 결국 권리침해의 회피를 위하여 법질서가 명하는 일정한 주의의무에 위반한 것이라 할 수 있다.⁴²⁾

더욱이 키타가와 젠다로(北川善太郎) 교수는 한 걸음 더 나아가 다음과 같이 ‘구체적 행위의무위반설’을 주장하였다. 즉 과실의 본질을 “‘심리상태’로 규정하는 태도로부터 ‘행위’로 규정하는 태도로 변화를 보이고 있다”고 지적하면

40) 前田達明, 『不法行爲歸責論』(東京: 創文社, 1978), 211面 参照.

41) 1987년에서 1988년에 거쳐 행하여진 日本의 不法行爲法 리스테이트먼트에서도 淡路剛久 교수는 과실의 본질을 행위의무위반으로 구성하는 것이 타당하다고 논하였다[淡路剛久, 『過失一般』, 『日本不法行爲法リステイトメント②』, 『ジュリスト』 第879號(1987), 49面]. 日本不法行爲法 리스테이트먼트는 반드시 일본민법개정까지 목표로 한 것은 아니었지만[加藤一郎, 『序文-連載にあたって-』, 『ジュリスト』 第879號(1987), 43面], 불법행위법 해석론 전개에 하나의 방향을 제시한 것이라고 볼 때, 종래의 ‘심리상태설’을 버리고 ‘행위의무위반설’을 취했다는 점은 매우 중요한 의미를 가진다. 또 미국에서도 과거부터 ‘네글리전스’개념을 법적 의무에 대한 부주의(inadvertence to some legal duty)라는 심리상태(a state of mind)로 새기면서도 이것은 작위 또는 부작위(act or omission)로 파악되어 혼란이 야기되었으나[P. H. Winfield, The History of Negligence in the Law of Torts, 42 L. Q. Rev. 184(1926), p.184f]. 오늘날에는 거의 행위(conduct)로 파악되고 있음(Restatement of Torts, §282; Prosser/Keeton, Torts, p. 169f)에 유의할 필요가 있다.

42) 四宮和夫, 『不法行爲』(東京: 青林書院, 1987), 304面 参照.

서, “그러나 많은 학설에서 종래와 같이 심리적인 상태를 가리키는 표현이 지금도 사용되고 있어서 그의 추이가 명확한 모습을 취하고 있지는 않지만, 과실을 주의의무위반으로 이해하는 견해에서 결과발생을 예견했어야 했다가 결과발생을 회피하여야 할 적절한 조치를 취해야 했다는 「규범적 판단」이 과실의 판단기준으로 전면에 대두되면, 과실이 단순한 사실로부터 가치평가적인 요소를 갖는 것으로 질적으로 전환하게 된다”⁴³⁾고 하여 결과회피의무위반으로 나타나는 과실의 태양을 일단 긍정하고 있다. 이러한 경향을 기초로 키타가와 겐다로 교수는 “유책성을 행위자의 주관적이고 심리적인 상태로 파악하는 고전적인 이론으로부터 보다 구체적으로 행위자의 행위태양에 눈을 돌리고 있다”고 지적하면서, 이른바 ‘구체적 행위의무(위반)설’을 주장하였다.⁴⁴⁾

5) 그런데 과실의 본질을 ‘심리상태’로 새기는 입장에서는 과실의 구조에 대하여도 내심적, 의사적인 요소 즉 예견가능성에 중점을 두는 것이 논리적 귀결일 것이고, 과실의 본질을 객관적인 ‘행위의무위반’으로 이해하는 입장에서는 외부적이고 객관적인 요소 즉 ‘회피가능성’에 중점을 두는 것이 논리적 귀결일 것이다.

그러므로 ‘심리상태설’에서는 결과의 발생을 예견하였어야 함에도 불구하고 부주의로 예견하지 못한 것을 과실로 해석하고 있기 때문에, 예견가능성 있는 결과에 대하여는 당연히 그 결과의 발생을 방지 내지 회피하여야 할 행위의무가 있는 것으로 이해하고,⁴⁵⁾ ‘예견가능성’을 과실의 요건으로 해석한다.⁴⁶⁾ 이에 비하여 ‘행위의무위반설’에서는 결과(손해)를 회피할 수 있었음에도 불구하고

43) 北川善太郎 執筆, 『注釋民法(10)債權(1)』(東京:有斐閣, 1987), 390面 以下.

44) 北川善太郎 執筆, 위의 책, 400面 以下. 北川 敎수의 논술은 물론 채무불이행법상의 이론이다. 이 연구에서는 불법행위법상의 논의에 그 범위를 제한하고 있으나, 北川 敎수는 이러한 이론이 불법행위법상의 과실론에도 타당하다고 밝히고 있기 때문에 함께 살펴 보았다(398面 參照).

45) 幾代通, 『不法行爲』(東京:筑摩書房, 1984), 33面.

46) 加藤一郎 執筆, 『注釋民法(19)債權(10)』(東京:有斐閣, 1986), 22面.

회피하지 못한 것이 과실이고, 또 그것이 귀책사유이기 때문에, 결과에 대한 ‘예견가능성’은 ‘결과회피의무’의 당연한 전제가 되는 것으로 해석하게 된다.⁴⁷⁾ 이와 같이 ‘심리상태설’이던 ‘행위의무위반설’이던 ‘예견가능성’ 및 ‘회피가능성’을 어느 한쪽에 한정하여 논하지는 않는 것이 일반적인 경향이다. 즉 ‘심리상태설’에서는 예견가능성과 회피가능성을 함께 고려하면서, 과실의 중핵이 되는 것은 ‘예견가능성’이라고 보고 있고, 또한 ‘행위의무위반설’에서도 회피가능성뿐만 아니라 예견가능성도 함께 고려하고 있지만 예견가능성만으로는 불충분하므로 ‘결과회피가능성’에 중핵을 두고 있다. 그러나 과실의 본질을 심리상태로 이해한다 하여 반드시 예견가능성을 중핵으로 취하는 것은 아니고, 행위의무위반으로 이해한다 하여 반드시 회피가능성을 중핵으로 취하는 것도 아니다. 학자에 따라 다양한 입장을 취하고 있다.⁴⁸⁾

3. 한국 판례상의 과실판단구조

1) 우리나라 현행민법 시행 후 민사판결 중 과실의 본질과 구조에 대하여 비교적 명확한 입장을 취한 예로서 ‘자연발화로 인한 화재사건’을 들 수 있다.⁴⁹⁾ 즉 “불법행위에 의한 손해배상의무의 전제가 되는 과실의 유무와 그 과실의 경중에 관한 표준은… 일반적인 보통인으로서 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여야 할 것이며, 위의 일반적 보통인이라 함은 추상적인 일반인을 말함이 아니고 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 보통인을 말하는 것이므로 그와 같은 직업과 직무에 종사하는 사람으로서 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 그 과실유무를 논하고 위와 같은 주의를 심히 결여한 때에는 중대한 과실이 있다고 하여야 할 것”이라고 전제한 후 다음과 같이 판단하였

47) 前田達明, 앞의 책(각주 40), 211面; 『民法Ⅵ。(不法行為法)』(東京: 青林書院新社, 1980), 34面以下; 『口述債權總論』(東京: 成文堂, 1987), 118面.

48) 최근에는 예견단계에서 과실책임이 판단되는 경우도 있음을 주장하는 견해도 있다. 潮見佳男, 『不法行為法』(東京: 信山社, 2002), 146面 以下 參照.

49) 대법원 1967. 7.18. 선고 66다1938 판결[집15(2)민,194].

다. 즉 “... 또다시 계속하여 자연 발화가 있으리라는 것을 용이하게 예견할 수 있었을 것이라 할 것이므로 이와 같은 발화가 있을 경우에 대한 적절한 조치를 취하여야 할 것임에도 불구하고, ...별다른 조치를 취한바 없이 방치함으로써 본건 화재를 발생케 하여 원고에게 손해를 가하였음은 중대한 과실이 있다고 아니할 수 없고 ...”라고 판시하였다.

결국 이 사건 판결에서는 과실판단의 기준을 명시하였고, 더 나아가 과실의 판단구조로서 ‘예견가능성’과 ‘결과회피조치의무’을 그 논리적 구조로서 제시하였다.

2) 더 나아가 의료과오사건에서 대법원은 “의료사고에 있어서 의료종사자의 과실을 인정하기 위해서는 의료종사원이 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하고, 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 한다”고 판시한 바 있다.⁵⁰⁾

위 판결에서는 과실판단구조로서 ‘결과발생에 대한 예견가능성’과 ‘예견의무’ 그리고 ‘결과회피가능성’을 전제로 한 ‘결과회피조치의무’가 중핵으로 등장하였음을 알 수 있다.

3) 또한 (이 사례의 경우도 의료사고사건이지만,) “특히 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 ... 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 하고 ...”⁵¹⁾라고 판시하여, 과실판단구조로서 “위험한 결과발생에 대

50) 대법원 1987. 1.20. 선고 86다카1469 판결[집35(1)민, 17; 공1987. 3.15.(796), 364]. 비록 대법원 형사판결이긴 하지만, 위 판결에 대한 선행판결로서[대법원 1984. 6.12. 선고 82도3199 판결]도 참조(의료과오사건에 있어서의 의사의 과실은 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 할 것이고 ...).

한 예견가능성”과 “결과회피의무”가 그 중핵을 이루고 있음을 알 수 있다.

위에서 고찰한 판결들에서 알 수 있는 바와 같이, 과실판단에 있어서 각 판결에서는 이미 ‘예견가능성’과 ‘결과회피의무’의 위반여부를 판단매개로 삼고 있음을 발견할 수 있다.

IV. 1910년대 조선고등법원 판례상의 과실론에 대한 조명

1. 위에서 살펴본 우리나라 및 일본의 학설에서는 그동안 과실의 본질을 ‘심리상태’로 이해할 것인가 아니면 ‘행위의무위반’으로 이해할 것인가에 대하여 상당한 논의가 있었음을 알 수 있다. 그런데 일제강점기 초기(1910년대)의 판례에서는 “기울여야 할 주의를 태만히 한 결과”에 대한 법적 책임의 근거가 되는 원인이 바로 ‘과실’이라고 판시한 판결【사례 1】이 있는가 하면, “통상인이 기울여야 할 주의를 결”하므로 인하여 원고에게 손해를 야기하였다는 청구원인을 ‘과실’로 파악한 판결【사례 2】도 있었음을 발견할 수 있었다. 그런데 당시의 판결 중에는 “선박을 점유하면서 상당한 관리행위를 행하지 아니”하여 손해를 야기한 행위를 ‘과실’이라고 판시한 판결【사례 3】도 있고, 자궁암종을 수술하면서 “상당한 예방수단”을 강구하지 아니한 것을 ‘과실’이라고 판시한 판결【사례 4】도 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

따라서 일제강점기 초기 조선고등법원 판결에서는 ‘과실’의 본질을 ‘심리상태’로 파악한 경향과 특정한 ‘행위’를 행하지 아니한 것을 ‘과실’이라고 파악하여 ‘행위의무위반’으로 이해한 경향이 병존하였음을 알 수 있다. 오히려 당시의 판례들에 한정하여 보더라도 ‘과실’의 본질을 ‘심리상태’로 이해하는 경향과 ‘행위의무위반’으로 이해하는 경향이 무의식적으로 혼재되어 나타난다고 이해하는 것이 더욱 바람직할지도 모른다.

51) 대법원 1998. 2.27. 선고 97다38442 판결[공1998. 4. 1.(55),872].

그런데 Ⅱ의 【사례 3】 및 【사례 4】판결에서는 그와 같은 구체적인 행위의무를 적시하여 주의의무의 위반으로 판단하지 아니한 것은 “이유불비의 불법이 있다”고 판단하여 원심판결을 파기한 이유로 삼았다는 점은 대단히 획기적인 판결이라 아니할 수 없다. 이와 같은 현상은 행위자의 과실을 판단함에 있어서 당해 상황에서 행위자가 ‘어떠한 행위를 하였어야 하는가’를 구체적으로 제시하여야 한다는 의미를 지니고 있기도 하다. 더 나아가 이와 같은 경향은, 결국 주의의무를 부과하는 법적 근거의 하나인 판례규범을 “구체적인 주의의무”를 포함한 “추상적인 위험방지”를 위한 행위명령으로 파악한 우리나라 이은영 교수의 견해⁵²⁾ 【학설 4】, 그리고 일본의 학설에서도 “과실이란 결과회피 내지 방지 의무에 위반한 행위”라고 정의한 히라이 요시오 교수의 견해,⁵³⁾ 과실 판단에 있어서 문제되는 것은 ‘결과회피를 위한 작위의무’ 위반여부라고 주장한 마에다 다츠아키 교수의 견해,⁵⁴⁾ “권리침해의 방지에 도움이 되는 일정한 행동패턴으로부터의 일탈”을 과실이라고 이해한 시노미야 카즈오 교수의 견해⁵⁵⁾ 그리고 “유책성을 행위자의 주관적이고 심리적인 상태로 파악하는 고전적인 이론으로부터 보다 구체적으로 행위자의 행위태양에 눈을 돌리고 있다”고 주장하면서 ‘구체적인 행위 의무’의 위반 여부를 과실로 파악한 일본의 기타가와 겐다로 교수의 견해⁵⁶⁾와도 그 궤를 같이하는 것이라 할 수 있다.

2. 또한 일제강점기 초기(1910년대)의 조선고등법원 판결에서는 ‘과실’의 판단기준으로서 “통상인이 기울이는 주의”라는 표현을 자주 사용하고 있으나, 이것은 그 인적 기준으로서 “통상인” 그리고 주의의 정도로서 “통상 하여야 할 주의” 또는 “상당한 주의”라는 기준을 제시하면서도, 그와 같은 기준은 단순히 “보통인”이 기울이는 주의가 아니라 상황에 따라 탄력적으로 기울여야 하는 주

52) 각주 24 참조

53) 각주 38 참조

54) 각주 40 참조

55) 각주 42 참조

56) 각주 43 참조

의라는 점(과실의 유연성 및 탄력성)을 분명히 밝히고 있다는 점에도 주목할 필요가 있다.

그 대표적인 예로서 Ⅱ의 【사례 1】 판결에서는 “불법행위의 원인인 과실은 보통인의 주의가 미치는 범위에 한정되어야 한다는 것은 논한 바와 같지만, 보통인의 주의라는 것은 항상 동일한 것은 아니다. 중대한 사항에 대해서는 주도면밀한 주의가 필요하고 사사로운 사항에 대해서는 경미한 주의를 기울이는 것으로 족하는 등 각 경우의 사정에 따라 주의의 정도 및 모습을 달리하여야 하는 것”이라 하여 주의의무의 탄력적 적용을 명확히 밝혔다.

3. 더 나아가 현대 불법행위책임법에서도 과실의 중핵을 ‘예견가능성’을 전제로 한 ‘예견의무위반’으로 볼 것인가 아니면 ‘결과회피가능성’을 전제로 한 ‘결과회피의무위반’ 또는 ‘결과방지의무위반’으로 보아야 할 것인가에 많은 논의가 있다는 점은 특히 일본의 학설 검토에서 이미 고찰한 바와 같다. 그리고 우리나라 판례에서는 ‘예견가능성’이 있으면 ‘결과방지조치’를 취하여야 한다고 판시하는 판결이 일반적인 경향을 이루고 있다는 점도 발견하였다.

그런데 Ⅱ의 【사례 3】 판결에서도 “상당한 관리행위”를 행하였다면(예견가능성) 선박의 부식을 방지할 수 있었다(결과방지의무위반)는 구조를 취하고 있다는 점에서 볼 때, 대단히 선구적인 판결이라 평가하여야 할 것이다. 또한 【사례 4】 판결에서도 “기계 및 면모를 계산하여 그 수의 과부족 없음을 물었”더라면(예견가능성) 가제잔류라는 “상당한 예방수단방법”(결과방지의무)을 강구할 수 있었다는 판단구조를 취하고 있어서 주목할 가치 있는 판결이라 할 것이다.

V. 맺는 말

법이론은 시대를 거둬하면서 발전하는 동태적 특성을 지니고 있다. 이 연구에서 고찰한 과실론 역시 산업구조의 변모와 사회현상의 변화에 따라 시대정

신을 반영하여 진화·발전하는 특성을 지니고 있다. 이와 같은 현상은 불법행위책임법에서도 가장 중심적인 책임요건이라 할 수 있는 과실론에서 현저한 발전양상을 보여 왔다.

이 연구에서는 일제강점기 초기(1910년대)의 조선고등법원 판결 중 판결록에 수록된 4건의 불법행위책임 사건에서 판시된 과실론(과실의 개념, 과실의 본질과 구조, 과실의 판단기준)에 대하여 분석·고찰하였다. 그 결과를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 학설상에서는 과실의 개념 즉 본질을 ‘심리상태’로 파악할 것인가 ‘행위의무위반’으로 파악할 것인가에 대한 논의가 1970년대에 접어들어 본격적으로 연구되기 시작하였다. 그럼에도 불구하고 1910년대 즉 일제강점기 초기의 조선고등법원 판결에서는 이미 과실의 본질을 ‘심리상태’로 파악한 판결이 있는가 하면, ‘구체적인 행위의무위반’으로 파악한 판결도 있어서 양자가 병존 내지는 혼재하는 현상을 보이고 있다. 이와 같은 현상은 과실의 본질을 ‘행위의무위반’으로 파악하는 견해가 그 근거로서 판례의 분석결과를 들고 있는 점과 그 맥을 함께 하는 것이라 할 것이다.

둘째, 학설상에서는 과실의 중핵을 ‘예견가능성’에서 찾을 것인가 아니면 ‘결과방지의무위반’에서 찾을 것인가에 대한 논의가 활발하게 전개되었다. 그런데 당시의 조선고등법원 판결에서 이미 ‘예견가능성’이 인정된다면 ‘결과방지조치’를 취하여야 한다는 판단구조를 취한 판결이 등장하기 시작하였다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉 이와 같은 과실판단구조는 과실을 ‘예견가능성’과 ‘결과회피가능성’을 그 중핵적 요소로 삼고 있다는 점을 말하여 준다 할 것이다.

셋째, 과실의 본질을 구체적인 행위의무위반으로 파악할 경우 그와 같은 행위의무위반이 바로 과실을 구성하는 것으로 판단할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 당시의 조선고등법원 판결에서는 한걸음 더 나아가 위험방지를 위하여 구체적인 행위의무를 제시하지 아니한 원심법원의 판결은 “이유불비의 불법이 있다”하여 과실을 판단함에 있어서 당해 사건의 상황에서 행위자가 ‘어떠한 행위를 하였어야 하는가’라는 구체적인 행위를 제시할 것을 요구하고 있다

는 점에서 볼 때, 대단히 적극적으로 행위의무위반설을 취한 판결이 발견되었다는 점에 주목할 가치가 있다.

따라서 일제강점기 초기(1910년대) 조선고등법원 판결을 분석한 결과, 당시의 판결에 나타난 ‘과실론’은 1970년대 이후 활발하게 전개되기 시작한 ‘과실론’과 그 궤를 같이하는 것이라고 일단 평가할 수 있다. 이와 같은 일제강점기 초기의 불법행위책임론상의 ‘과실’에 대한 판례상의 법리전개가 1920년대 이후의 조선고등법원 판결에서는 어떻게 나타나는가 라는 분석작업이 필수적으로 요구되지만, 이것은 지면관계상 후속적인 연구과제로 예정하고 있다.

〈참고문헌〉

- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 1998.
 김주수, 『채권각론』, 삼영사, 1997.
 김증한, 『채권각론』, 박영사, 1988.
 김형배, 『민법학연구』, 박영사, 1986.
 박종두, 『채권법각론』, 삼영사, 2005.
 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2005.
 지원림, 『제5판 민법강의』, 홍문사, 2007.
 황적인, 『채권법각론』, 한국방송대학교출판부, 1996.
 김민규, 「불법행위법상의 과실책임체계에 대한 재구성」, 『법학연구』 제7집, 부산외대·법학연구소, 1995.
 高等法院書記課編纂, 『朝鮮高等法院民事判決錄』 第1-4卷.
 幾代通, 『不法行爲』, 東京: 筑摩書房, 1984.
 加藤一郎, 『不法行爲-增補版』, 東京: 有斐閣, 1974.
 北川善太郎 執筆, 『注釋民法(10)債權(1)』, 東京: 有斐閣, 1987.
 潮見佳男, 『不法行爲法』, 東京: 信山社, 2002.

- 潮見佳男、『民事過失の歸責構造』，東京：信山社，1995.
- 四宮和夫、『不法行爲』，東京：青林書院，1987.
- 我妻榮、『事務管理・不當利得・不法行爲』，東京：日本評論社，1937－復刻版，1988.
- 前田達明 編，『史料民法典』，東京：成文堂，2004.
- _____，『不法行爲歸責論』，東京：創文社，1978.
- _____，『民法Ⅵ₂（不法行爲法）』，東京：青林書院新社，1980.
- 鳩山秀夫、『増訂日本債權法各論（下卷）』，東京：岩波書店，1920.
- 平井宜雄，『損害賠償法の理論』，東京：東京大學出版會，1971.
- _____，『債權各論Ⅱ－不法行爲』，東京：弘文堂，2002.
- 淡路剛久，「過失一般」，『日本不法行爲法リステイトメント②』，『ジュリスト』第879號，1987.
- 加藤一郎，「序文－連載にあたって－」，『ジュリスト』第879號，1987.
- 錦織成史，「違法性と過失」，『民法講義 6』，東京：有斐閣，1985.

Theory on Civil Negligence in the Precedents of Chosun High Court

— during the early period (1910s) of Japan's Colonial Rule of Korea —

Kim, Min-Kyu*

This study aims to analyze negligence of tort that is shown in the judgments of Chosun High Court during the early period of Japan's colonial rule of Korea. This study also aims to compare the difference of theory on negligence between during and after the period of Japan's colonial rule of Korea.

The findings of the study are as follows:

First, there are still two views on the essence of the negligence in theories and precedents. One of them considers the essence of the negligence as internal and psychological state of the misfeasor and thus views that the negligence is caused by the violation of attention of the misfeasor. While the other view considers that the negligence is caused by the violation of external and objective duty. However, the investigation of the precedents of 1910s reveals that the two view—the judgments based on the internal and psychological state of the misfeasor and the judgment based on the violation of the external and objective duty of the misfeasor—were co-existed.

Second, if the essence of the negligence is viewed as psychological state, then the cause of the negligence may be resulted from the lack of tension in the misfeasor's intention. On the other hand, if the essence of the negligence is viewed as the violation

* Professor, College of Law, Dong-A University

of duty of practice, then the cause of the negligence may be ascribed to the violation of duty required by the society. The investigation of the precedents of 1910s finds out that most judgments based on the psychological view used expression like “the lack of attention”, while many judgments based on the view of the violation of duty considered the negligence as not-doing a particular action.

Third, it is noticeable that the findings of this study shows that the judgments made on the view that the negligence was resulted from the violation of duty has already started during 1910s. It is general that views the intention is responsible for the error, since civil law theories of the early Modern Law generally respect the intention of human.

Therefore, the precedents of 1910s show that the lack of tension in the intention was not the only reason of the negligence. Rather, it tends to view negligence as resulting from neglecting their duty of objective and concrete action that is required by the society. It is necessary to understand the cause of the negligence as objective and social responsibility.

[Key Words] Japan’s colonial rule of Korea, negligence, legal duty, duty of practice, psychological state, violation of attention