

현안분석 2007-

비교법제 연구 07-05

## EU 사법통일의 동향과 분석(2) - 불법행위법 -

안경희 · 이세정

## EU 사법통일의 동향과 분석(2) - 불법행위법 -

A Movement and an Analysis of the  
Unification in EU Private Law(2)  
- Tort Law -

연구자 : 안경희(국민대학)  
Ahn, Kyung H  
이세정(부연구위원)  
Yi, Se-Jeong

## 국문 요약

유럽연합에서는 10여 년 전부터 학자들을 중심으로 유럽 불법행위법 통일을 위한 기초 작업이 진행되어 왔다. 대표적인 연구단체로는 유럽 불법행위법위원회(European Group on Tort Law: EGTL)와 유럽민법전연구회(Study Group on a European Civil Code: SGECC)를 들 수 있다. 유럽불법행위법위원회는 2002년에 “유럽불법행위법의 원칙(Principles of European Tort Law: 이하 PETL이라 인용)”을 공표하였고, 유럽민법전연구회도 2006년 11월에 “유럽손해배상법의 원칙(Principles of European Law: Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another: 이하 PEL Liab.Dam. 이라 인용)”의 최종안을 연구회 홈페이지에 게재하였다. 본 연구에서는 이 두 단체에서 각각 제안한 “유럽불법행위법의 원칙”과 “유럽손해배상법의 원칙”을 중심으로 유럽연합에서의 불법행위법 통일화작업에 대하여 살펴보고 있다.

불법행위법 유럽위원회와 유럽민사법연구회는 모두 방법론상으로 Walter Wilburg의 동적인 체계를 따라 우선 일반적인 원칙을 확정하고, 이어서 개별사례를 해결함에 있어서 고려되어야 하는 이익들과 가치요소들을 확정하는 방법을 택하였다. 그리고 기본구조에 있어서는 Lando 위원회의 PECL을 모델로 비교법적 연구를 기초로, 일반적인 원칙들을 조문화한다는 기본입장을 취했다.

PETL과 PEL Liab.Dam.의 규정을 비교해 보면 그 내용면에 있어서 일치하는 부분이 상이한 부분 보다 압도적으로 많다. 그리고 그 상이한 점들도 그리 큰 의미를 가지지는 아니하고, 대부분은 형식의 문제이다. 가령 PETL에서는 일반규정의 형식을 취하는 예가 많고, PEL Liab.Dam.에서는 구체적인 예들을 열거하는 예가 많다는 정도이다. 이처럼 이 두 원칙은 모든 부분에서 일치하는 것은 아니지만, 핵

심부분은 일치하고 있으므로, 장차 유럽연합의 보통법으로서 불법행위책임법을 만들기 위한 토대로서의 역할은 충분히 할 수 있을 것이다. 즉 PETL과 PEL Liab.Dam.은 국내법들 사이의 상이함과 모순점들을 회피할 수 있는 공동개념을 마련하는 데 도움을 주고, 학자들과 법관에게 법 해석의 기준을 제공해 줄 것이며, 국내법 입법자에게도 일종의 가이드라인으로 작용하여 유럽연합 회원국들의 법개정에도 영향을 미치게 될 것이다.

**키워드: 유럽불법행위법의 원칙, 유럽손해배  
엄격책임, 고의 또는 과실 없는 책임**

## Abstract

The principal purpose of this book is to analyse and explain the provisions on Torts, which have resulted from the work by the "European Group on Tort Law"(hereafter, the European Group) and by the "Study Group on a European Civil Code"(hereafter the Study Group). Two working Groups are using an approach analogous to that of the Lando Commission on European Contract Law: The European Group has published its Principles of European Tort Law(PETL) at May 2005, the Study Group has come to a revised final version of its Principles of European Law Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another(PEL Liab.Dam.) at November 2006.

From the outset a recourse to Walter Wilburg's model of "flexible systems" of the law(Bewegliches System) becomes apparent as the central methodological feature of the PETL. This model is based on the idea that legal arguments are not always applicable in an all-or-nothing manner. Instead they may collide or mutually enforce each other and thus they must be balanced before being applied, since legal decisions are dependent on the weights of the relevant arguments. A similar normative and conceptual openness can be seen within the Study Group's proposed PEL Liab.Dam. It is true that the Study Group has drafted detailed rules especially on the scope of protection granted by tort law(Art. 2:201-211).

Under both proposals, the victim's harm or loss is the starting point for every argument about extracontractual liability. This means that tort law proceeds from the victim's perspective. Tort law must not only be concerned with the wrong done by the defendant, because it concerns a

structurally bipolar question: the question of correcting the victim's loss for which the defendant is said to be responsible.

The Study Group dismisses the concept of unlawfulness as misleading, although it tried to avoid traditional concepts with misleading connotations, such as "fault", and although von Bar has emphasized the equivalence of liability for misconduct and strict liability, the traditional two-track approach structurally lurks beyond the proposed principles and the new terminology. Cases of liability because of misconduct are strictly separated from cases of liability without misconduct, because liability normally results from misconduct, and if there is liability without misconduct, it must have a different reason. Contrary to the traditional approach of the Study Group, the PETL have implemented elements of such an understanding. They aim at establishing a sliding scale between strict liability and liability for fault, and they are likewise based on the assumption that responsibility for a "harm to a legally protected interest" can count as a basic reason for the imposition of liability.

Both the Study Group and the European Group are presenting proposals for Principles of European Tort Law that are conceptually, methodologically and structurally innovative. Their departure from the inherited concepts and structural assumptions must in principle be regarded as a step into the right direction.

## 목 차

<p>국문 요약 ..... 3</p> <p>Abstract ..... 5</p> <p>제 1 장 머리말 ..... 11</p> <p>제 2 장 유럽연합에서 불법행위법 통일의 필요성 ..... 15</p> <p style="padding-left: 20px;">1. 불법행위법과 계약법의 조화 ..... 16</p> <p style="padding-left: 20px;">2. 사람, 재화, 서비스의 기동성 향상 ..... 17</p> <p style="padding-left: 20px;">3. 불법행위책임에 대한 예견가능성 확보 ..... 18</p> <p>제 3 장 유럽불법행위법 통일을 준비하는 연구단체 ..... 21</p> <p style="padding-left: 20px;">. 불법행위법 유럽위원회 ..... 21</p> <p style="padding-left: 40px;">1. 성 립 ..... 21</p> <p style="padding-left: 40px;">2. 목 표 ..... 22</p> <p style="padding-left: 40px;">3. 작업방법 ..... 23</p> <p style="padding-left: 40px;">4. 조 직 ..... 28</p> <p style="padding-left: 20px;">I</p> <p style="padding-left: 20px;">. 유럽민법전연구회 ..... 31</p> <p style="padding-left: 40px;">1. 성 립 ..... 31</p> <p style="padding-left: 40px;">2. 목 표 ..... 34</p> <p style="padding-left: 40px;">3. 작업방법 ..... 34</p> <p style="padding-left: 40px;">4. 조 직 ..... 37</p> <p style="padding-left: 20px;">II</p> <p style="padding-left: 20px;">. 수 결 ..... 40</p>	<p>제 4 장 유럽불법행위법의 원칙 ..... 43</p> <p style="padding-left: 20px;">제 1 장 : 기본규범 ..... 43</p> <p style="padding-left: 20px;">제 2 장: 책임의 일반요건 ..... 46</p> <p style="padding-left: 40px;">제 2 절 : 손해 ..... 47</p> <p style="padding-left: 40px;">제 3 절 : 인과관계 ..... 57</p> <p style="padding-left: 20px;">제 3 장: 책임의 근거 ..... 66</p> <p style="padding-left: 40px;">제 4 절 : 과실책임 ..... 67</p> <p style="padding-left: 40px;">제 5 절 : 엄격책임 ..... 76</p> <p style="padding-left: 40px;">제 6 절 : 타인에 대한 책임 ..... 79</p> <p style="padding-left: 20px;">제 4 장 : 항 변 ..... 82</p> <p style="padding-left: 40px;">제 7 절 : 항변일반 ..... 82</p> <p style="padding-left: 40px;">제 8 절 : 피해자의 기여행위 ..... 85</p> <p style="padding-left: 20px;">제 5 장 : 다수의 불법행위자 ..... 87</p> <p style="padding-left: 40px;">제 9 절 : 다수의 불법행위자 ..... 88</p> <p style="padding-left: 20px;">제 6 장 : 구제수단 ..... 91</p> <p style="padding-left: 40px;">제 10 절 : 손해배상 ..... 91</p> <p style="padding-left: 20px;">제 5 장 유럽손해배상법의 원칙 ..... 103</p> <p style="padding-left: 20px;">제 1 장 : 기본규정 ..... 103</p> <p style="padding-left: 20px;">제 2 장 : 법적으로 중요한 손해 ..... 108</p> <p style="padding-left: 40px;">제 1 절 : 총칙 ..... 108</p> <p style="padding-left: 40px;">제 2 절 : 법적으로 중요한 손해의 개별적인 예 ..... 115</p> <p style="padding-left: 20px;">제 3 장: 책임귀속 ..... 123</p>
---	--

제 1 절 : 고의와 과실 .....	125
제 2 절: 고의 또는 과실 없는 책임귀속 .....	130
제 4 장 ▶ 인과관계 .....	139
제 5 장 : 항 변 .....	142
【 제 1 절 : 피해자의 동의 혹은 행위 .....	143
【 제 2 절 : 책임귀속자 혹은 제3자의 이익 .....	146
제 3 절 : 통제불가능 .....	149
제 4 절 : 계약상 책임의 배제와 책임의 제한 .....	150
제 5 절 : 제2:202조의 범위에서의 상실 .....	151
▶	
제 6 장 : 구제수단 .....	151
▶ 제 1 절 : 손해배상 일반 .....	152
▶ 제 2 절 : 손해배상 .....	156
▶ 제 3 절 : 예방 .....	159
【	
제 7 장: ▶ 부 칙 .....	160
▶	
제 6 장 양 원칙의 비교 .....	163
▶ 규정의 목차 .....	163
▶ 불법행위법의 목적 .....	164
▶ 손해배상책임에 관한 기본규범 .....	165
▶ (일반) 불법행위책임의 요건 .....	166
1. 손 해 .....	166
2. 인과관계 .....	167
▶ 책임의 근거 .....	168
1. 과실책임 .....	168

IV

2. 무과실책임 내지 엄격책임 .....	169
3. 중간책임 .....	170
▶ 타인의 행위에 대한 책임 .....	170
1. 보조자에 대한 사용자의 책임 .....	171
2. 미성년자에 대한 부모의 책임 .....	171
3. 기업책임, 제조물책임 .....	171
▶ 책임배제사유 .....	172
▶ 공동과실 .....	173
▶ 효 과 .....	173
1. 손해배상 .....	VII 173
2. 책임경감사유 .....	VIII 176
3. 원상회복 .....	IX 177
제 7 장 맺음말 .....	179
참 고 문 헌 .....	183
부 록1 PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW .....	195
부 록2 Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another .....	209

## 제 1 장 머리말

유럽연합(European Union: EU)은 1993년 11월 1일에 발효된 Maastricht 조약에 따라 유럽의 정치 경제 통합을 실현하기 위하여 출범한 연합 기구로서 현재 27개의 회원국으로 구성되어 있다.<sup>1)</sup> 그 설립목적에 상응하게 현재 경제적 단일시장체제가 수립되어 있고, 유럽이사회, 유럽 각료회의, 유럽의회 등의 기구를 통하여 정치적 통합도 상당히 이루어진 상태이다. 이와 맞물려 유럽의 법통일을 위한 준비작업도 진행되고 있는데, 그 대표적인 예가 주요 영역에 대한 입법지침이다. 물론 입법지침 자체는 법률은 아니지만, 회원국들이 이 지침을 국내법으로 전환하는 의무를 부담하는바, 지침을 통하여 회원국들 사이에 자연스럽게 법의 통일이 이루어지고 있다. 가령 2000년에 독일이 채권법헌대화법에 따라 채권법을 전면적으로 개정하게 된 배경에는 세 가지의 입법지침(소비재매매지침, 전자상거래지침, 지급지체지침)의 국내법 전환이라는 당면과제가 있었음은 주지의 사실이다.<sup>2)</sup>

민사법분야에서의 유럽법의 통일은 주로 계약법 분야에서 이루어지고 있다. 예컨대 특수한 계약관계에 관한 유럽연합의 각종 입법지침과 법규명령, 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law: CECL: 일명 Lando 위원회)가 제안한 “유럽계약법의 원칙(Principles of

1) 원래 EEC(European Economic Community: 유럽경제공동체) 회원국은 6개국(벨기에 프랑스 서독 이탈리아 룩셈부르크 네덜란드)이었으나, 1973년에 덴마크 아일랜드 영국, 1981년에 그리스, 1986년에 포르투갈 스페인, 1995년에 오스트리아 핀란드 스웨덴 등이 순차적으로 가입하였다. 2004년에는 폴란드 헝가리 체코 슬로바키아 슬로베니아 리투아니아 라트비아 에스토니아 키프로스 몰타 등 10개국이 가입하였고 2007년 1월 1일에는 루마니아와 불가리아가 새로이 유럽연합에 가입하여 회원국 수가 총 27개국으로 늘어났다. 이러한 정식회원국 외에도 현재 마케도니아 공화국, 크로아티아, 터키 등이 가입신청을 한 상태이다.  
2) 유럽연합지침을 국내법으로 전환하는 방식에 대하여는 지침을 특별법형식으로 수용하는 “소해결원칙”과 이를 민법전에 흡수하여 민법을 전면적으로 개정하는 “대해결원칙”이 대립하였으나, 독일연방법무부는 후자의 방식을 선택하였다.

European Contract Law: 이하 PECL이라 인용)” 등이 마련되어 있다. 아울러 현재 유럽연합 집행위원회의 요청에 따라 유럽계약법전 제정에 관한 논의가 진행 중에 있다.<sup>3)</sup>

이에 비하여 불법행위법에 대해서는 이러한 가시적인 성과가 상대적으로 미흡한 실정이다. 현재 유럽연합 차원에서 공식적으로 불법행위법 통일에 관한 논의가 이루어지지 아니하고 있고, 다만 특정 사안을 다루는 지침, 법규명령이 제정되어 있을 따름이다. 가령 1985년의 제조물책임에 관한 지침<sup>4)</sup>과 1997년의 사고에 있어서 항공기사업자의 책임에 관한 법규명령<sup>5)</sup>, 1995년 데이터(정보)보호지침<sup>6)</sup> 등이 그것이다. 그밖에 유럽연합재판소(EuGH)의 판례 가운데 불법행위법에 대하여 다룬 것도 얼마 되지 아니하는데, 인과관계<sup>7)</sup>, 배상받을 수 있는 손해<sup>8)</sup> 그리고 국가책임<sup>9)</sup>에 관하여 다룬 판결이 있는 정도이다.

이처럼 그동안 유럽연합은 계약법과 비교할 때 불법행위법을 마치 -Magnus의 표현의 빌자면- 계모처럼<sup>10)</sup> 다루어 온 것이 사실인데, 지금의 추세대로 채권법 중 계약법의 통일만을 주안점으로 하는 것은 채

3) 유럽계약법을 위한 위원회의 계획 참조: KOM(2003) 68 endg., ABLEU 2003 C 63/1.  
4) Richtlinie Nr. 85/374/EWG des Rates vom 25.07.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliederstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABLEG 1985 L 210/29 ff.  
5) Verordnung Nr. 2027/97/EG vom 9.10.1997, ABLEG 1997 L 285/1 ff. 다만 이 법규명령은 피해승객과 운송계약이 체결되었던 경우에만 적용된다.  
6) Art. 23 der Richtlinie Nr. 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABLEG 1995 L 281/31 ff.  
7) EuGH 4.10.1979, Rs. 64 und 113/76, 167 und 239/78, 27, 28 und 45/79 (Dumortier Frères), Slg. 1979, 3091.  
8) EuGH 3.2.1994, Rs. C-308/87 (Grifoni II), Slg. 1994, I-341; EuGH 12.3.2002, Rs. C-168/00 (Simone Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co KG), Slg. 2002, I-2631 (Ersatz immateriellen Schadens).  
9) EuGH 19.11.1991, Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich/Italienische Republik), Slg. 1991, I-5357 (이른바 Francovich 판결).  
10) Magnus, Ulrich, Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht, ZEuP 2004, 562, 562.

권법이론의 체계적 발전이라는 측면에서 볼 때 바람직하지 못하다. 나아가 생산, 운송, 보험 등의 경제활동은 불법행위법과 밀접한 관련이 있는데, 유럽연합 회원국들이 경제권역의 통일은 이루었으나 지금과 같이 각기 상이한 손해배상법체계를 고수하는 경우에는 제조업, 운송업, 보험업 등에 대하여 동일한 시장조건이 형성될 수 없을 뿐만 아니라 시장접근을 제한한다거나 경쟁을 왜곡하는 등 부작용을 수반할 수도 있게 된다.<sup>11)</sup>

바로 이러한 점 때문에 10여 년 전부터 학자들을 중심으로 유럽 불법행위법 통일을 위한 기초 작업이 진행되어 왔다. 대표적인 연구단체로는 유럽불법행위법위원회(European Group on Tort Law: EGTL)와 유럽민법전연구회(Study Group on a European Civil Code: SGECC)를 들 수 있다. 유럽불법행위법위원회는 위원회 홈페이지<sup>12)</sup>와 European Tort Law 2002<sup>13)</sup>에 그들이 제안한 “유럽불법행위법의 원칙(Principles of European Tort Law: 이하 PETL이라 인용)”을 공표한 바 있고, 2005년 5월 20일에는 Wien에서 PETL의 최종안을 발표하였다. 유럽민법전연구회도 2006년 11월에 “유럽손해배상법의 원칙(Principles of European Law. Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another: 이하 PEL Liab.Dam. 이라 인용)”의 최종안을 연구회 홈페이지<sup>14)</sup>에 게재하였다. 본 연구에서는 이 두 연구단체에서 각각 제안한 “유럽불법행위법의 원칙”과 “유럽손해배상법의 원칙”을 중심으로 유럽연합에서의 불법행위법 통일화작업에 대하여 살펴보고자 한다. 이하에서는 우

11) Hondius, Ewoud, Towards a European Tort Law, in: Bussani, Mauro(Hrsg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives (인용: Hondius, in: European Tort Law), Bern, 2007, S. 47, 48; Wagner, Gerhardt, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht, in: Zimmermann, Reinhardt (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht (인용: Wagner, in: Grundstrukturen), Baden-Baden, 2005, S. 189, 192 ff.

12) <http://egt1.org> Principles (Stand: 03.Nov.2007)

13) Koziol, Helmut/Steininger, Barbara C. (Hrsg.), European Tort Law 2002, Wien, 2003, S. 562 ff.

14) <http://www.sgecc.net/media/download/tort.pdf> (Stand: 03.Nov.2007)

선 불법행위법 통일의 필요성에 대하여 검토하고(제 2 장), 유럽불법행위법 통일을 위하여 정진하고 있는 두 연구단체의 구성, 연구목적, 연구방법 등에 대하여 알아보고(제 3 장), 이어서 유럽불법행위법의 원칙(제 4 장), 유럽손해배상법의 원칙(제 5 장) 그리고 양 원칙의 비교(제 6 장)를 하고 마지막으로 이들 원칙이 우리 법에 시사하는 바(제 7 장)를 언급하게 될 것이다.

## 제 2 장 유럽연합에서 불법행위법 통일의 필요성

어떠한 범질서든지 계약외적인 법률관계를 규율하는 책임법을 필요로 한다. 이는 유럽연합의 경우에도 예외는 아니어서 유럽연합 회원국들은 각기 상이한 불법행위법을 가지고 있다. 가령 2007년 현재 유럽연합 회원국은 27개국인데, 그 중 25개국이 불법행위를 통일적으로 규율하는 성문법을 가지고 있고, 영국은 개별법규를 통하여 불법행위 문제를 규율하고 있으며, 스페인에서는 지방법이 적용되고 있다. 앞으로 유럽연합 회원국의 숫자가 늘어나면 늘어날수록 불법행위법의 상이함도 보다 더 선명하게 드러나게 될 것이므로, 회원국들 사이에 불법행위법을 조율할 필요가 있다.

불법행위법 통일 논의의 출발점은 유럽연합 회원국의 시민들, 가령 사업자와 소비자는 물론 사용자, 피용자 및 평범한 일반시민들을 위하여 불법행위법을 통일할 필요성이 있는가에서 찾아야 할 것이다. 그런데 아직까지는 일반시민들이 불법행위법의 통일에 찬성한다거나 혹은 반대하는 등 특별한 움직임을 보이고 있지는 아니하다.<sup>15)</sup> 어쩌면 유럽연합 회원국의 시민들은, 가령 교통사고의 경우에 어느 국가에서 사고가 발생했는지에 따라 상이한 책임법의 적용을 받게 된다는 사실에 대하여 별다른 문제의식을 느끼지 못하고 있는 듯하다. 그러나 학자들 사이에서는 불법행위법을 통일할 필요성이 있다는 견해가 지배적이다.<sup>16)</sup> 그 논거들을 살펴보면 다음과 같다.

15) 이는 비단 불법행위법에 한정된 것은 아니고, 계약법위원회의 보고서에 따르면 계약법통일의 문제가 대두되었을 때에도, 경제에 관여하고 있는 사람들, 특히 경제인연합회들이 계약법 통일에 회의적인 태도를 보였었다고 한다: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 12.2.2003 - Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht - Ein Aktionsplan (KOM (2003) 68 endg., ABl. C 63 vom 15.3.2003, S. 1 ff).

16) Blackie, John, The Torts Provisions of the Study Group on a European Civil Code, in: Bussani, Mauro (Hrsg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives (인용:

### 1. 불법행위법과 계약법의 조화

유럽연합 회원국 시민들의 대표자인 유럽의회는 18년 전부터 유럽민법전을 제정할 것을 요구한 바 있다. 물론 이 유럽민법전에는 불법행위법도 포함된다.<sup>17)</sup> 2001년 7월에 있었던 유럽연합 집행위원회와 유럽 각료회의에 대한 계약법위원회의 보고서에 따르면<sup>18)</sup> 유럽의회는 “계약 체결, 이행과 해제와 관련된 문제점들은, 계약외적인 책임의 문제들도 함께 다루지 않는 한 해결될 수 없다”는 점을 들어 불법행위법을 제외한 계약법만의 통일에 대하여 비판을 하였다고 한다.<sup>19)</sup> 유럽의회에서 적절하게 지적된 바와 같이 채권법은 약정채권관계를 규율하는 계약법

Blackie, in: European Tort Law), Bern, 2007, S. 55, 57; Hondius, in: European Tort Law), S. 47, 52; Jansen, Nils, Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht, ZEuP 2001, 30, 31, 64 f.; Magnus, Ulrich, Towards European Civil Liability, in: Faure, Michael G./Smits, Jan/Schneider, Hildegard (Hrsg.), Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research (인용: Magnus, in: Towards a European Ius Commune), Antwerpen 2002, S. 205 ff.; ders., Europäisierung des Haftungsrechts, in: Lando, Ole/Magnus, Ulrich/Novak-Stief, Monika (Hrsg.), Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU. Harmonisierung of Substantive and International Private Law (인용: Magnus, in: Angleichung), Frankfurt am Main, 2003, S. 143, 143 ff.; ders., Ein einheitliches Deliktsrecht für Europa?, in: Kieninger/Remien (Hrsg.), Privat- und Wirtschaftsrecht im Zeichen der Europäischen Integration (인용: Magnus, in: Privatrecht), Baden-Baden 2004, S. 141, 143; Parisi, Francesco, The Economics of Legal Harmonization in European Tort Law, in: Bussani, Mauro(Hrsg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives (인용: Parisi, in: European Tort Law), Bern, 2007, S. 103, 104 f.; Wagner, in: Grundstrukturen, S. 189, 192 ff.; Zimmermann, Wege zu einem europäischen Haftungsrecht, in: Zimmermann (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht (인용: Zimmermann, in: Grundstrukturen), 2003, S. 19, 20 f.

17) Entschließung A2-157/89 (ABl. Nr. C 158 vom 26.6.1989, S. 400); Entschließung A3-0329/94 (ABl. Nr. C 205 vom 25.7.1994, S. 518); Entschließung B5-0228, 0229-0230/2000 (ABl. Nr. C 377 vom 29.12.2000, S. 323); Entschließung A5-384/2001 (ABl. Nr. C 205 vom 6.11.2001).

18) Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht vom 11.7.2001 (KOM (2001) 398 endg., ABl. Nr. C 255 vom 13.9.2001, S. 1).

19) Rn. 10 der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6.11.2001, A5-0384/ 2001.

과 법정채권관계를 규율하는 사무관리법, 부당이득법, 불법행위법으로 구성되어 있고, 특히 계약법과 불법행위법은 상호 밀접한 관련이 있으므로,<sup>20)</sup> 계약법의 통일과 발맞추어 불법행위법의 통일도 모색하는 것이 바람직할 것이다. 특히 제조물책임과 계약당사자가 아닌 제3자에게 손해를 야기한 계약상 급부의 경우에 이 양 영역이 서로 필요불가결하게 관련을 맺고 있다는 것은 주지의 사실이다. 만일 계약법위원회가 약정채권관계의 통일에 머물고자 한다면, 불법행위법과 계약법이 서로 조화를 이루지 못하고 각각 별개로 규율될 위험성이 있게 된다.<sup>21)</sup>

## 2. 사람, 재화, 서비스의 기동성 향상

현재 유럽에서는 유럽연합 회원국들 사이에 국경이 없어지면서 국경을 넘는 재화거래가 활발히 이루어지고 있을 뿐만 아니라 매년 수많은 여행객들, 교환학생들, 구직자들이 자유로이 국경을 넘나들고 있다. 이에 따라 도로교통량도 증가하고 운송수단을 통한 기동성도 증가하고 있는바, 불법행위법을 통일하게 되면 이러한 사람, 재화와 서비스의 기동성이 보다 향상될 것이라고 한다.<sup>22)</sup> 법률의 개정 없이는 변화된 법률여건 하에서 사람들이 어떻게 행동하는가를 조사할 수 없기 때문에, 이에 관한 데이터는 아직 없고 따라서 이 가정은 검증되지 아니한 상태이다.<sup>23)</sup> 이러한 경우에는 다른 국가의 경험에서 비추어 간접적으로

20) Basedow, Jürgen, Das künftige europäische Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), S. 445, 474 f.; Magnus, in: Privatrecht, S. 141, 144; Widmer, Pierre, Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene, in: Zimmermann, Reinhardt (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts (인용: Widmer, in: Grundstrukturen), Baden-Baden, 2003, S. 147, 154.

21) Hondius, in: European Tort Law, S. 47, 48; Jansen, ZEuP 2001, 30, 64; Magnus, in: Privatrecht, S. 141, 145 Fn. 10; ders., in: Angleichung, S. 143, 144; Zimmermann, in: Grundstrukturen, S. 19, 20 f.

22) Hondius, in: European Tort Law, S. 47, 48; Jansen, ZEuP 2001, 30, 64; Magnus, in: Privatrecht, S. 141, 145; ders., in: Angleichung, S. 143, 144 f.

23) Hartlief, Ton, Harmonisation of European Tort Law, in: Faure, Michael G./Smits,

그 상관관계를 추론해 볼 수밖에 없는데, 가령 스위스의 예에 따르면 불법행위법의 통일로 이러한 기동성이 향상되었다고 한다.<sup>24)</sup> 스위스는 -유럽연합에 비하여 훨씬 규모가 작기는 하지만- 25개의 독립적인 칸톤(Canton)으로 구성되어 있어서, 칸톤의 경계를 넘는 거래는 유럽연합 회원국들의 국경을 넘는 거래에 비견될 수 있는바, 이러한 스위스의 경험이 유럽 불법행위법 통일의 필요성에 힘을 실어줄 수 있을 것이다. 더욱이 불법행위법의 통일로 기동성을 향상시킨다는 것은, 경제적 통합 및 단일시장의 형성을 슬로건으로 출발한 유럽연합의 설립취지에 부합하는 것이기도 하다.

## 3. 불법행위책임에 대한 예견가능성 확보

유럽연합의 등장으로 유럽연합 회원국들 사이에 국경이 허물어짐에 따라 회원국들의 영토는 특정 국가의 배타적인 영역에서 벗어나 회원국 모두의 생활공간으로 되었다. 따라서 사업, 학업, 여행 등을 이유로 회원국의 호텔 등에 투숙하는 사례들이 늘고 있고, 이에 따라 그 회원국에 체류하는 동안 불법행위법의 적용을 받는 사례들도 증가하고 있다. 그런데 현재 유럽연합 회원국들은 서로 상이한 불법행위법을 가지고 있는바, 불법행위로 말미암은 손해배상청구권의 인정여부, 인정범위 등도 서로 상이한 실정이다. 가령 2000년에 파리에서 있었던 콩코드 항공기 추락사고로 97명의 독일인 승객이 사망하였고, 16명의 부상자가 발생하였었는데, 피해승객의 유족들에게는 -비행기 추락장소인 프랑스의 법률에 따라서- 독자적인 위자료청구권이 부여되

Jan/Schneider, Hildegard (Hrsg.), Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, 2002, S. 225, 228에서는 바로 종래 이러한 점에 대한 어떠한 신뢰할 만한 데이터(통계자료)가 없다는 점을 들어 불법행위법의 통일화에 회의적인 태도를 보이고 있다.

24) Widmer, Pierre, Swiss Tort Law also is European Tort Law, in: Faure, Michael G. / Smits, Jan/Schneider, Hildegard (Hrsg.), Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, 2002, S. 231 ff.

었다. 그런데 만일 그 비행기의 추락장소가 독일이었다면, 이러한 유족의 독자적인 위자료 청구권은 인정되지 아니하였을 것이다. 이처럼 유럽연합 회원국의 영토에서 불법행위 사건이 발생하였는데, 그 발생장소가 어디인가에 따라서 피해자 등의 손해배상청구권의 인정여부가 달라진다는 것은 형평성에 문제가 있다.<sup>25)</sup> 그리고 가해자의 입장에서라도 책임부담의 정도를 쉽게 예견할 수 없다는 문제점이 제기된다. 이런 사건에 직면하여 사람들이 -가해자 혹은 피해자를 불문하고- 유럽연합 회원국 어디에서든지, 여행 중에 발생한 손해에 대하여 동일한 배상책임이 인정되어야 한다고 느낀다면, 이는 곧 불법행위법 통일의 필요성을 수증하는 것이라고 보아야 할 것이다.

25) Hondius, in: European Tort Law, S. 47, 48 f.; Magnus, in: Privatrecht, S. 141, 146; ders., in: Angleichung, S. 143, 145.

## 제 3 장 유럽불법행위법 통일을 준비하는 연구단체

### 1. 성립

### I 불법행위법 유럽위원회

불법행위법 유럽위원회는 1992년에 당시 네델란드 Tilburg대학의 교수였던 Jaap Spier가 소규모의 연구팀을 구성하여 비교법적인 기초에서 손해배상법의 기본문제에 관하여 논의를 한 것에서 기원한다.<sup>26)</sup> 이 위원회는 1993년에 11명의 회원으로 모임을 시작하였고,<sup>27)</sup> 2007년 11월 현재 오스트리아 Wien대학의 Helmut Koziol교수를 수장으로 유럽각국 및 미국, 남아프리카 등 여러 나라를 대표하는 21명의 교수들로 구성되어 있다.<sup>28)</sup> 이러한 연혁적 배경 때문에 Tilburg/Wien-Group이

26) European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary, Wien, 2005(인용: EGTL/Bearbeiter), EGTL/Spier, General Introduction, Rn. 1; Koch, Bernhard, The "Principles of European Tort Law", ERA Forum, Vol. 8 Nr. 1 (March 2007), S. 107, 107 f.; Magnus, in: Privatrecht, S. 141, 152; Riedl, Kristina., Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa(인용: Vereinheitlichung), Baden-Baden, 2004, S. 198; Spier, Jaap/Haazen, Olav, A., The European Group on Tort Law("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law, ZEuP 1999, 469, 482; Wurmnest, Wolfgang, Ansätze zur Privatrechtsvereinheitlichung, ZEuP 2003, 714, 725.

27) 창립멤버 11인은 다음과 같다: von Bar, Christian (독일), Dobbs, Dan B. (미국), Dufwa, Bill W. (스웨덴), Kerameus, Konstantinos D. (그리스), Koziol, Helmut (오스트리아), Rogers, W.V.Horton (영국), Monteiro, J. Sinde (포르투갈), Spier, Jaap (네델란드), Viney, Geneviève (프랑스), Widmer, Pierre (스위스), Will, M. (스위스, 독일).

28) Francesco, Busnelli (S. Sup. S. Anna, Pisa, Italy), Comandé, Giovanni (S. Sup. S. Anna, Pisa, Italy). Cousy, Herman (University of Leuven, Belgium). Dobbs, Dan B. (University of Arizona, USA). Dufwa, Bill W. (University of Stockholm, Sweden), Faure, Michael G. (University of Maastricht, The Netherlands). Gilcad, Israel (The Hebrew University of Jerusalem, Israel), Green, Michael D. (Wake Forest University, United States). Kerameus, Konstantinos D. (University of Athens, Greece), Koch, Bernhard A. (University of Innsbruck, Austria). Koziol, Helmut (European Centre of Tort and Insurance Law), Magnus, Ulrich (University of Hamburg, Germany).

라고 불리기도 한다.

## 2. 목 표

불법행위법 유럽위원회는 대륙식 법률법과 영미식 사례법이라는 체계사이에서 뿐만 아니라 동일한 법역에 속하는 독일과 프랑스에서도 불법행위법 규정들이 서로 상이한바, 이 상이한 법질서들을 통합하는 법원칙을 마련하는 시도를 할 때가 되었다는 판단 하에, -유럽계약법 위원회의 PECL에 상응하는- 유럽불법행위법원칙(PETL)을 마련하는 것을 최종목표로 삼았다.<sup>29)</sup>

이 위원회는 그 동안 유럽연합과 유럽연합 집행위원회가 행해왔던 지침, 법규명령 등을 통한 불법행위법의 부분적인 통일작업을 비판하고 상이한 법률영역들 간의 조화에 기여할 일반적인 원칙을 마련할 것을 제안하였다.<sup>30)</sup> 이처럼 법률규정이란가 유럽 민법전의 형식을 취하지 아니하고, 일반원칙의 형식을 취한 것은, 장차 유럽민법전이 제정될 경우를 대비하여 그 전단계로서 우선 유럽연합회원국들에 공통적으로 적용되는 유럽불법행위법원칙을 마련하는 것이 선행되어야 한다는 판단에서였다. 이 위원회는 PETL이 법률서와 판례 그리고 국

Martín-Casals, Miquel (University of Girona, Spain). Moréteau, Olivier (University Jean Moulin, Lyon, France), Neethling, Johann (University of South Africa, Pretoria, SA). Rogers, W. V. Horton (University of Leeds, United Kingdom), Sinde Monteiro, Jorge Ferreira (University of Coimbra, Portugal), Schwartz, Gary T. (UCLA, USA). Spier, Jaap (Attorney-General at the Supreme Court of the Netherlands), Tichý, Lubos (Právnická fakulta University Karlovy, Praha), Widmer, Pierre (Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne). 이밖에 Nesterowicz, Mirosław 교수가 (Nicolaus Copernicus University, Poland) 게스트로 참여하고 있다.

29) EGTL/Spier, General Introduction, Rn. 30; <http://egtl.org> Principles I. Introduction: goals and objectives (Stand: 03.Nov.2007); Koch, ERA Forum, S. 107, 108, 110; Riedl, Vereinheitlichung, S. 198; Spier/Haazen, ZEuP 1999, 469, 482; Wurmest., ZEuP 2003, 714, 725.

30) Koch, ERA Forum, S. 107, 109; Riedl, Vereinheitlichung, S. 199.

내법 및 국제법의 입법자에게 점차 영향을 미치게 되어 “조용한(stillen)” 방법으로 불법행위법 통일에 기여할 것으로 기대하고 있다.<sup>31)</sup>

## 3. 작업방법

전술한 바와 같이 불법행위법 유럽위원회는 유럽계약법위원회의 유럽계약법원칙을 모델로 하였는바, 그 연장선상에서 방법론에 있어서도 이 위원회의 방식을 수용하여 비교법적 연구를 통하여 원칙을 도출해 내는 방법을 취하였다. 다만 Lando위원회는 미국법률협회(American Law Institute: ALI)가 만든 미국의 리스테이트먼트를 모델로 유럽연합 회원국들의 법률을 이어붙이는 형식을 취한 반면에, 불법행위법 유럽위원회는 유럽불법행위법들의 상이함으로 말미암아 리스테이트먼트식의 방법을 포기하고, 그 대신에 유럽불법행위법의 선진화를 목표로 “선도적인” 원칙을 만들어 내고자 하였다. 물론 이 위원회가 당초에 설정했던 작업의 기본방향은 -PECL과 마찬가지로- 현재 유럽연합 회원국에서 적용되고 있는 불법행위법을 중심으로 혁신적인 내용을 원칙에 담지 아니하고, 유럽연합 회원국 간의 불법행위법을 조화시키는 것이었고,<sup>32)</sup> 이를 위하여 유럽 법질서의 문제점을 지적함과 동시에 해결책도 제시하고 있는 학문적인 업적과 실무적인 판례를 모두 비중 있게 다루기로 하였다. 다만 예외적으로 학설 및 판례를 통하여 현재 인정되고 있는 원리들을 PETL에 그대로 수용하는 것이 불가능한 경우에는 현존하는 원리들을 더 발전시키기도 하고, 종래의 해결책이 설득력이 없는 경우에는 새로운 방법을 제안하기도 하였다.<sup>33)</sup> 가령

31) EGTL/Spier, General Introduction, Rn. 44; Koch, ERA Forum, S. 107, 115; <http://egtl.org> Principles II. Need for principles (Stand: 03.Nov.2007).

32) EGTL/Spier, General Introduction, Rn. 32; Koch, ERA Forum, S. 107, 109; Spier/Haazen, ZEuP 1999, 469 ff.; Spier, Jaap, The European Group on Tort Law, in: Koziol, Helmut/Steininger, Barbara C. (Hrsg.), European Tort Law 2000, 2003, 541 ff.

33) <http://egtl.org> Principles II. Need for principles (Stand: 03.Nov.2007); Riedl,

가해자인 기업에게 입증책임을 전환한 기업책임(제2:202조)이라던가, 인과관계에 대한 다양한 규정들(제3:101조 이하)이 여기에 해당한다. 그런가 하면 법정지적으로 해결하기 어려운 문제에 대하여는 소극적인 태도를 보이고 있는데, 엄격책임의 인정범위를 국내법에 일임하고 있는 것이 그 대표적인 예이다(제5:102조).

나아가 유럽 각국에서 역사적으로 상이하게 발전된 불법행위법의 주요 개념과 이론적 체계를 통합하기 위하여 Walter Wilburg가 주창한 바 있는 유동적 체계(bewegliches System)<sup>34)</sup>를 적극 수용하였다.<sup>35)</sup> 이는 PETL에서 구체화가 요구되는 일반적인 개념들(가령 제2:101조 제1항 제c호의 손해, 제3:102조 제b호의 과실 등)이 많이 사용되고 있는 것과 밀접한 관계가 있다. 이러한 일반개념들을 올바르게 해석하기 위해서는, 서로 상이한 법질서에서 기준이 되는 모든 요소들을 조사한 후에 이를 하나의 유동적 체계 내에서 분석 검토하는 것이 필요한데, PETL이 바로 이러한 방법론을 통하여 PETL 전체를 수미일관하게 동적으로 구성함으로써,

그 구성이 한 단계 향상될 수 있었다는 평가를 받고 있다.<sup>36)</sup>

구체적으로 불법행위법 유럽위원회는 다음과 같은 3단계로 작업을 진행하였다.

#### (1) 제1단계 : 가상설문에 대한 국가별 비교법적 보고서 작성

제1단계에서는 원칙에 들어갈 전체 주제들을 상이한 상위개념으로 분류하여, 회원들 가운데 1인을 상위개념의 담당자로 정하고, 그가 “가상적 설문(hypothetical cases)”을 만들어 내면, 회원들이 이 질문에 대한 답변으로 국가별 보고서, 비교법적 보고서 그리고 경제법적 보고서를 작성하였다.<sup>37)</sup> 보고서 작성 대상국에는 유럽연합 회원국은 물론 미국, 이스라엘, 스위스와 남아프리카도 포함되어 있는데, 특히 남아프리카의 법률은 대륙법과 영미법의 혼합된 형태를 갖추고 있어서 두 법체계의 통일을 위한 중요한 예를 제공하였다고 한다.<sup>38)</sup>

제1편 국가별 보고서의 내용을 살펴보면 추상적인 가상질문을 국내법에 적용했을 때 어떠한 해결책이 도출되는지에 대하여 구체적으로 기술되어 있는바, 이러한 방법론을 통하여 현재 손해배상법 체계에 대한 개요를 얻을 수 있는 것은 물론, 동일한 사안에 대하여 각각의 국내법에 따라 상이한 해결방식을 취할 경우, 그 결과가 상이하게 되는지 혹은 결과에 있어서는 대동소이한지의 여부를 밝힐 수 있게 된다.<sup>39)</sup> 따라서 제1단계에서는 전통적인 비교법적 분석에서 한 발 더 나아가서 사례를 중심으로 한 분석이 이루어졌다고 보는 것이 타당할 것이다.

Vereinheitlichung, S. 199.

34) Walter Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz, 1950; ders., Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163(1963), S. 356 ff. 이에 대한 논평을 하고 있는 논문들은 다음과 같다: Bähr, Peter, Die Verwechslungsgefahr im Markenrecht als bewegliches System - Anmerkungen zur Prüfungsmethode der Rechtsprechung, in: Baumann, Wolfgang/von Dickhuth-Harrach, Hans-Jürgen/Marotzke, Wolfgang, Gesetz Recht Rechtsgeschichte: Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag (인용: Bähr, in: FS für Otte), München, 2005, S. 3 ff.; Bydliński, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien, 1982, S. 529 ff.; Otte, Gerhard, Komparative Sätze im Recht. Zur Rogik eines beweglichen Systems, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie II, 1972, S. 301 ff.

35) EGTL/Spier, General Introduction, Rn. 22; Jansen, Nils, Bibliothek: European Group on Tort Law: Principles of European Tort Law. Text and Commentary, Wien: Springer 2005, ZEuP 2007, 398, 399; ders., The State of the Art of European Tort Law. Present Problems and Proposed Principles, in: Bussani, Mauro (Hrsg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives (인용: Jansen, in: European Tort Law), Bern, 2007, S. 15, 33 f.; Koch, ERA Forum, S. 107, 111; Koziol, ZEuP 2004, 234, 236; Magnus, Ulrich, Die Produkthaftung im Kontext eines Europäischen Zivilgesetzbuches, ZEuS, 2002, 127, 136; ders., ZEuP 2004, 562, 565; Riedl, Vereinheitlichung, S. 199; Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 725.

36) Jansen, ZEuP 2007, 398, 399.

37) EGTL/Spier, General Introduction, Rn. 14; <http://egtl.org> Principles III. Working method (Stand: 03.Nov.2007); Koch, Bernhard/Koziol, Helmut (Hrsg.) Unification of Tort Law: Strict Liability, Den Haag, 2002, S. 3; Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001, S. 3; Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 726.

38) <http://egtl.org> Principles III. Working method (Stand: 03.Nov.2007)

39) Riedl, Vereinheitlichung, S. 200.

그 밖에 제2편 비교법적 보고서에는 불법행위를 규율하는 국내법들의 공통점과 차이점이 정리되어 있고, 제3편 경제법적 보고서에는 각각의 국내법의 해결방안을 경제법적으로 분석한 내용을 담고 있다.

이러한 제1차 작업단계의 결과물들을 모아 “유럽불법행위법원칙(Principle of European Tort Law)”이라는 시리즈가 출간되었다. 제1권은 불법행위책임의 확대를 제한하는 각국의 일반적인 체계를 다루었고,<sup>40)</sup> 제2권은 이른바 “가상문제(Hypoteticals)”에 관한 책으로, 순수한 재산책임, 제조물책임 및 중대한 건강침해책임 등을 위한 8가지의 케이스들을 비교법적으로 분석하였다.<sup>41)</sup> 이어서 위법성<sup>42)</sup>, 인과관계<sup>43)</sup>, 손해와 배상<sup>44)</sup>, 엄격책임<sup>45)</sup>, 타인에 의하여 야기된 손해에 대한 책임<sup>46)</sup>, 공동과실<sup>47)</sup>, 공동불법행위자<sup>48)</sup>, 과실<sup>49)</sup>이라는 상위개념을 다룬 총 10권의 비교법적인 책들이 출간되었다.

40) Spier, Jaap (Hrsg.), *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut, Principle of European Tort Law*, vol. 1, Den Haag, 1996.

41) Spier Jaap (Hrsg.), *The Limits of Expanding Liability, Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective, Principle of European Tort Law*, vol. 2, Den Haag, 1998.

42) Koziol, Helmut (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness, Principle of European Tort Law*, vol. 3, Den Haag, 1998.

43) Spier, Jaap (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Causation, Principle of European Tort Law*, vol. 4, Den Haag, 2000.

44) Magnus, Ulrich (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages, Principle of European Tort Law*, vol. 5, Den Haag, 2001.

45) Koch, Bernhard/Koziol, Helmut (Hrsg.) *Unification of Tort Law: Strict Liability, Principle of European Tort Law*, vol. 6, Den Haag, 2002.

46) Spier, Jaap (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, Principle of European Tort Law*, vol. 7, Den Haag, 2003.

47) Matin-Casals, Miquel/Magnus (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Contributory Negligence, Principle of European Tort Law*, vol. 8, Den Haag, 2004.

48) Rogers, W.V.Horton (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors, Principle of European Tort Law*, vol. 9, Den Haag, 2004.

49) Pierre Widmer (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Fault, Principle of European Tort Law*, vol. 10, Den Haag, 2005.

## (2) 제2단계 : PETL의 작성

제2단계에서는 사전작업들(가상질문, 국가별 보고서, 비교법적 보고서, 경제법적 보고서)을 기초로 전체회의에서 소그룹별로 연구결과를 발표하고 회원들이 이에 대하여 자유롭게 토론하는 과정을 거쳐서 PETL의 초안이 마련되었다.

전체회의에서의 논의는 다음과 같이 이루어졌다. 우선 국가별 보고서 내지 비교법적 보고서에서 확인된 개별논점들에 대한 논의가 행해졌다. 이 때 상이한 논점에 대한 국가별 해결책 내지 기타 현존하는 해결 가능성들에 대하여 집중적으로 논의되었고, 이러한 해결가능성들 가운데 어느 것을 취할 것인지의 여부가 결정되었다.<sup>50)</sup> 이 제1차 전체회의의 결과 36개의 조문으로 구성된 제1 초안이 확정되었다. 이어서 이 초안을 모든 회원들에게 송부하여 각각의 규정에 대한 입장표명을 하도록 의뢰하였고, 5주 후에 제2차 전체회의가 소집되었다. 이 회의에서는 문제해결가능성에 대하여 더 이상 논의되지는 아니하였고, 다만 PETL 제1초안의 기초에 대한 공개적인 토론만 이루어졌다.<sup>51)</sup>

## (3) 제3단계 : PETL에 대한 주석서 작성

제3단계에서는 가상설문을 제시했던 회원들을 중심으로 PETL에 대한 주석이 작성되었는데, 그 내용에 대하여 전체회의에서 별도로 심의 내지 검토하지는 아니하였다. 2005년에 출간된 PETL에 대한 주석서는<sup>52)</sup> 크게 본문과 부록으로 구성되어 있는데, 본문은 규정 - 주석(Comments) - 용례(Illustrations)의 순서로 기술되어 있고, 부록에는 불법행위법 유럽위원회의 공식어인 영어로 작성된 PETL을 비영어권국

50) <http://egtl.org> Principles III. Working method (Stand: 03.Nov.2007)

51) <http://egtl.org> Principles III. Working method (Stand: 03.Nov.2007)

52) European Group on Tort Law, PETL. Wien, 2005.

가들을 위하여 -한국어를 포함하여- 13개국 언어로 번역한 내용이 수록되어 있다.

규정별 주석에는 규정에 대한 해석을 하면서 예외 없이 국가별 보고서 및 비교법적인 보고서를 참조하도록 각주를 달고 있다. 이러한 지시에 의하여 PETL과 제1차 작업단계에 대한 분명한 연결고리가 형성될 뿐만 아니라, PETL의 규정이 어떠한 법질서를 모델로 하였으며 국내법에 어떠한 영향을 미치게 되는가를 가늠할 수도 있는바, 이 주석서는 주석서로서의 본래의 역할은 물론 입법이유서의 역할까지도 수행하고 있다고 하겠다.

#### 4. 조 직

##### (1) 회 장

현재 회장은 Wien에 있는 오스트리아 학술원 손해배상연구소 소장인 Helmut Koziol교수가 맡고 있다.

##### (2) 리포터와 국가별 보고서 작성팀

상위개념에 대한 가상적 설문을 만드는 리포터와 그 질문에 대하여 국가별 보고서를 작성하는 소규모 그룹이 구성되어 있다.

##### (3) 초안작성위원회(Drafting Committee)

초안에 대한 자구수정을 하는 역할을 담당하는 위원회이다. 현재 이 위원회는 9명의 교수들로 구성되어 있다 : Busnelli 교수, Koch 교수, Koziol 교수, Magnus 교수, Matin Casals 교수, Moréteau 교수, Rogers 교수, Spier 교수와 Widmer 교수.

##### (4) 전체회의

불법행위법 유럽위원회의 전 구성원이 참여하는 최고의사결정기관이다. 이 전체회의에서의 의사결정은 표결이 아니라 회원들간의 토론에 의하여 이루어진다.<sup>53)</sup>

##### (5) 후원조직

불법행위법 유럽위원회의 활동을 제도적으로 뒷받침해 주는 단체로 오스트리아 학술원 산하 “유럽손해배상법연구소(Research Unit for European Tort Law: ETL)”<sup>54)</sup>와<sup>54)</sup> Koziol 교수가 1999년 2월에 Wien에서 설립한 “불법행위법 및 보험법 유럽센터(European Center of Tort and Insurance Law: ECTIL)”<sup>55)</sup>가 있다.<sup>55)</sup> 후자는 불법행위법 유럽위원회와는 별도로 일련의 독자적인 활동을 진행하고 있기도 하다. 가령 유럽불법행위법 연례회의 (Annual Conference on European Tort Law)가 조직되어 있어서 매년 Wien에서 총회가 개최되고 있고, 각국의 불법행위법과 유럽연합의 책임법의 최근동향에 대한 정보를 제공하는 유럽법과 보험법 연감을 발행하고 있으며, “불법행위법과 보험법(Tort and Insurance Law)”이라는 시리즈를 발간하고 있기도 하다 : 의료과오사례집,<sup>56)</sup> 비재산적 손해,<sup>57)</sup> 불법행위법에 있어서 사회보험의 효과,<sup>58)</sup> 인적손해,<sup>59)</sup> 환경

53) EGTL/Spier, General Introduction, Rn. 35.

54) Koziol, Helmut/Steininger, Barbara (Hrsg.), European Tort Law 2001, Wien 2002, S. 560 ff.; Riedl, Vereinheitlichung, S. 198; Wurmnest., ZEuP 2003, 714, 725; Zimmermann, Reinhardt, Wege zu einem europäischen Haftungsrecht, in: Zimmermann, Reinhardt (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts (인용: Zimmermann, in: Grundstrukturen), Baden-Baden, 2003, S. 19, 22.

55) EGTL/Spier, General Introduction, Rn. 16. 이 센터에 대한 후원자들은 오스트리아 학술원 및 오스트리아와 독일의 보험사들이고, 이 센터의 홈페이지 주소는 다음과 같다 : <http://ectil.org>.

56) Faure, Michael G./Koziol, Helmut (Hrsg.), Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law, vol. 1, Wien, 2001.

침해에 있어서 방해제거(Deterrence), 보험과 배상,<sup>60)</sup> frustrierter 한 비용에 대한 배상,<sup>61)</sup> 인간을 대상으로 하는 생물의학(Biomedical) 연구에 대한 보험과 책임,<sup>62)</sup> 건강관리분야에서 무과실 배상,<sup>63)</sup> 순수 경제적 손실,<sup>64)</sup> Liber Amicorum Pierre Widmar,<sup>65)</sup> 테러리즘, 불법행위법 그리고 보험,<sup>66)</sup> Abschlussprüfer, 책임과 보험,<sup>67)</sup> 매스미디어에 대한 인격권 보호,<sup>68)</sup> 천재지변으로 인한 피해에 대한 재정적 배상,<sup>69)</sup> 오스트리아 손해배상법개정 초안,<sup>70)</sup> 불법행위와 보험 책임<sup>71)</sup>

- 57) Rogers, W. V. Horton (Hrsg.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law, vol. 2, Wien, 2001.  
 58) Magnus, Ulrich (Hrsg.), The Impact of Social Security Law on Tort Law, Tort and Insurance Law, vol. 3, Wien, 2003.  
 59) Koch, Bernhard/Koziol, Helmut (Hrsg.), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law, vol. 4, Wien, 2003.  
 60) Faure, Michael G. (Hrsg.), Deterrence, Insurability and Compensation in Environmental Liability - Future Developments in the European Union, Tort and Insurance Law, vol. 5, Wien, 2003.  
 61) Schobel, T., Der Ersatz frustrierter Aufwendungen. Vermögens- und Nichtvermögensschaden im österreichischen und deutschen Recht, Tort and Insurance Law, vol. 6, Wien 2002.  
 62) Dute, Jos/Faure Michael G./Koziol, Helmut (Hrsg.), Liability for and Insurability of Biomedical Research with Human Subjects in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law, vol. 7, Wien 2004.  
 63) Dute, Jos/Faure Michael G./Koziol, Helmut (Hrsg.), No-Fault Compensation in the Health Care Sector, Tort and Insurance Law, vol. 8, Wien, 2004.  
 64) van Boom, Willem/Koziol, Helmut / Witting, Christian A., (Hrsg.), Pure Economic Loss, Tort and Insurance Law, vol. 9, Wien, 2004.  
 65) Koziol, Helmut/Spier, Jaap (Hrsg.), Liber Amicorum Pierre Widmar, Tort and Insurance Law, vol. 10, Wien, 2003.  
 66) Koch, Bernhard (Hrsg.), Terrorism, Tort Law and Insurance, Tort and Insurance Law, vol. 11, Wien, 2004.  
 67) Koziol, Helmut/Doralt, Walter (Hrsg.), Abschlussprüfer, Haftung und Versicherung, Tort and Insurance Law, vol. 12, Wien, 2004.  
 68) Koziol, Helmut/Warzilek, Alexander (Hrsg.), Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien, Tort and Insurance Law, vol. 13, Wien, 2005.  
 69) Faure, Michael G./Martlief, Ton, Financial Compensation for Victims of Catastrophes: A Comparative Legal Approach, Tort and Insurance Law, vol. 14, Wien, 2006.  
 70) Griss, I./Kathrein, G./Koziol, Helmut, Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, Tort and Insurance Law, vol. 15, Wien, 2006.  
 71) Wagner, Gerhard, Tort Law and Liability Insurance, Tort and Insurance Law, vol. 16, Wien, 2005.

불법행위법에 있어서 아동 (I) 가해자로서 아동,<sup>72)</sup> (II) 피해자로서 아동,<sup>73)</sup> 상해와 질병에 대한 배상에 있어서 변화,<sup>74)</sup> 환경침해에 대한 배상에 있어서 변화,<sup>75)</sup> 사인과 공공기관 간의 배상에 있어서 변화.<sup>76)</sup>

## 1. 성립

## II 유럽민법전연구회

### (1) von Bar 교수의 “유럽불법행위법 프로젝트(Von-Bar-Projekt)”

유럽민법전연구회의 유럽손해배상법 프로젝트의 기원은 유럽민법전연구회가 발족되기 전인 1990년대 중반으로 거슬러 올라간다. 독일 Osnabrück 대학교 유럽법연구소 소장인 von Bar교수는 1994년에 독일 쾰른에 있는 Thyssen재단의 지원 하에 “유럽 보통 불법행위법을 위한 상설 세미나”를 주관하였다.<sup>77)</sup> 이 이른바 von Bar교수의 “유럽불법행위법 프로젝트(Von-Bar-Projekt)”에서는 유럽연합 회원국들의 불법행위법의 기본적인 체계는 물론 이와 관련된 유럽연합의 법률들 나아가 불법행위법과 다른 법영역들(가령 보험법 혹은 계약법과의 관계)과의

- 72) Martín-Casals, Miquel, Children in Tort Law, Part I: Children as Tortfeasors, Tort and Insurance Law, vol. 17, Wien, 2006.  
 73) Martín-Casals, Miquel, Children in Tort Law, Part II: Children as Victims, Tort and Insurance Law, vol. 18, Wien, 2006.  
 74) Klose, Saskia/Hartlief, Ton, Shifts in Compensation Work - Related Injuries and Diseases, Tort and Insurance Law, vol. 20, Wien, 2007.  
 75) Faure, Michael G./Verheij, Albert (Hrsg.), Shifts in Compensation for Environmental Damages, Tort and Insurance Law, vol. 21, Wien, 2007.  
 76) van Boom/Willem, H./Faure, Michael G., Shifts in Compensation between Private and Public Systems, Tort and Insurance Law, vol. 22, Wien, 2007.  
 77) von Bar, Christian, Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der EU, ZfRVgl, 1994, 221 ff.; ders., Jus Commune Europaeum. Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1: Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen, (인용 : Gemeineuropäisches Deliktsrecht I), München 1996, Vorwort; Riedl, Vereinheitlichung, S. 205.

경계설정문제들에 대하여도 다루었다. 이 상설세미나에는 십여 명의 젊은 법학도들이 참여하였고,<sup>78)</sup> 1994년부터 1995년까지 130여 차례 개최된 세미나 결과를 모아 1996년에 “유럽 보통 불법행위법 (Gemeineuropäisches Deliktsrecht)” 제1권이 출간되었다.<sup>79)</sup> 이 상설세미나는 그 후에도 Thyssen재단의 지원으로 계속 진행되었고, 1998년에는 Bonn에 있는 독일학술진흥회(die Deutsche Forschungsgemeinschaft : DFG)로부터 재정적 지원을 받았다. 1996년부터 1997년까지는 포르투갈의 Xavier 교수도 이 세미나에 참여하여 포르투갈법을 담당하였고, 그밖에 1차년도와 마찬가지로 십여 명의 법학도들<sup>80)</sup>이 1996년부터 1998년까지 120여 차례의 세미나를 가졌다. 1999년에는 이 2차년도의 연구결과 모아 “유럽 보통 불법행위법(Gemeineuropäisches Deliktsrecht)” 제2권이 출간되었다.<sup>81)</sup>

78) 세미나 참가자들의 명단은 다음과 같다: Jeroen Antonides (네델란드법 담당), Hilde Billiet (벨기에법. 프랑스법, 룩셈부르크법 담당), Evlialia Eleftheriadou (그리스법 담당), Elena Garrido Martin (스페인법 담당), Benedict Knightley Leonard (영국법과 웨일즈법 담당, 1995년), Sean Middleton (영국법과 웨일즈법 담당, 1993-1995), Franz Nieper (오스트리아법 담당), Karl Pfeifer (이탈리아법 담당, 1993년과 1995년), Elena Rodríguez Mariscal (포르투갈법 담당), Ingo Rogge (스코틀랜드법 담당), Malene Stein Poulsen (덴마크법 담당), Arjen Wsterdijk (이탈리아법, 담당 1994년; 벨기에법 담당, 1995년).

79) von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I*, München 1996.

80) 세미나 참가자들의 명단은 다음과 같다: Jeroen Antonides (네델란드법 담당, 1996년과 1997년), Hilde Billiet (벨기에법. 프랑스법, 룩셈부르크법 담당), Evlialia Eleftheriadou (그리스법 담당), Francesco Giglio (이탈리아법 담당, 1998년), Wessel Heukamp (네델란드법 담당, 1998년), Benedict Knightley Leonard (영국법과 웨일즈법 담당, 1995년), Franz Nieper (오스트리아법 담당), Karl Pfeifer (이탈리아법 담당, 1993년과 1995년), Lucas Plancker (이탈리아법 담당, 1996년과 1997년), Guido Plaßmeier (스코틀랜드법 담당, 1996년과 1997년), Elena Rodríguez Mariscal (스페인법 담당), Maria Margarida do Rosário Apetato Correia de Seabra (포르투갈법 담당, 1998년), Malene Stein Poulsen (덴마크법 담당), Arjen Wsterdijk (벨기에법 담당, 1996년, 1997년).

81) von Bar, Christian, *Jus Commune Europaeum. Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II: Schaden und Schadensersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe (인용: Gemeineuropäisches Deliktsrecht II), München 1999.

## (2) 유럽계약법연구회의 후속연구회로서 유럽민법전연구회

유럽민법전연구회는 -현재 이 연구회의 회장을 맡고 있는 von Bar교수가 스스로 밝히고 있는 바와 같이<sup>82)</sup>- 유럽계약법연구회의 후속연구회라고 알려져 있다. 유럽계약법위원회는 지지하는 바와 같이 1982년 코펜하겐 상업대학교의 상법교수로 재직 중이던 Ole Lando 교수의 주도로 -유럽연합 회원국의 공식적인 대표가 아닌- 교수와 연구원 등 순수한 민간인들로 구성된 연구모임이었다.<sup>83)</sup> 이 위원회는 유럽계약법 원칙을 제정하는 것을 목표로 하였고, 1995년에 PECL 제1편<sup>84)</sup>, 1999년에 PECL 제1 2편<sup>85)</sup> 그리고 2003년에 PECL 제3편<sup>86)</sup>을 간행하는 것으로 사실상 해체되었다.

1997년 2월 28일 네델란드 법무성이 “유럽민법전을 향하여(Toward a European Civil Code)”란 주제로 국제회의를 개최하였는데,<sup>87)</sup> 이를 계기로 1998년에 -이 회의를 주관하였던- 네델란드 헤이그대학교의 Arthur Hartkamp교수, 독일 오스나브뤽대학교의 Christian von Bar교수, 네델란드 코펜하겐상업대학교의 Ole Lando교수 등이 주축이 되어 “유럽민법전연구회(Study Group on a European Civil Code : SGECC)”를 발족하였다.<sup>88)</sup> 당시 PECL을 준비하고 있던 유럽계약법위원회의 위원들이 거의 대부분 이 연구회에 가입하였다. 그런데 유럽계약법연구회는 PECL

82) von Bar, Christian, *Konturen des Deliktskonzeptes der Study Group on a European Civil Code -Ein Werkstattbericht-*, ZEuP, 2001, 515, 515.

83) Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 732;

84) Lando, Ole/Beale, Hugh (Hrsg.), *The Principles of European Contract Law, Part I*, Dordrecht/Boston/London, 1995.

85) Lando, Ole/Beale, Hugh (Hrsg.), *The Principles of European Contract Law, Part II*, The Hague/London/Boston, 2000.

86) Lando, Ole/Clive, Eric/Prün, André/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *The Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague/London/Boston, 2003.

87) 이 회의에서 발표되었던 논문들을 모아서 책으로 발간되기도 하였다: Hartkamp, Arthur S./von Bar, Christian (Hrsg.), *Toward a European Civil Code*, Nijmegen, 1998.

88) 이 연구회의 공식홈페이지 주소는 다음과 같다: <http://www.sgecc.net>

제3편을 출간한 후에 -설립목적은 달성하였으므로 - 사실상 해산되었는 바, 유럽민법전연구회가 자연스럽게 유럽계약법위원회의 활동을 계승하게 되었다. 그러한 과정에서 전술한 von Bar교수의 “유럽불법행위법 프로젝트”도 이 연구회에 흡수되었다. 이 연구회는 그 설립과정에서 알 수 있듯이 장차 유럽연합에서 진행될 - 유럽공동체의 보통법으로서 - 유럽민법전에 관한 교수들의 초안을 작성하는 것을 목표로 하고 있고, 현재 20여 개국 출신의 80명이 넘는 학자들이 회원으로 가입되어 있다.<sup>89)</sup>

## 2. 목 표

유럽민법전연구회는 유럽계약법연구회의 후속단체이기는 하나, 단순히 PECL과 같은 유럽사법의 원칙(Principles)을 제정하는 것을 넘어서 유럽민법전에 대한 교수들의 입법안을 만드는 것으로 목표로 하고 있다. 특히 이 연구회의 비교법적인 연구성과들이 장차 유럽공동체 사법을 제정함에 있어서 보조수단으로 활용될 수 있을 것이고, 유럽재판소가 일반적인 법원칙들을 형성함에 있어서도 도움을 줄 수 있을 것으로 기대하고 있다.<sup>90)</sup>

## 3. 작업방법

유럽민사법연구회는 기본적으로 Lando위원회의 방법론을 이어받아 비교법적인 분석을 통하여 기본원칙들을 도출해내는 방법을 취하였다. 다만 -전술한 불법행위법 유럽위원회와 마찬가지로- 서로 상이한 문화와 언어를 가진 유럽연합 회원국들의 불법행위법을 통합하는 데에는 리스트이트먼트식 작업방식이 부적합하다는 판단 하에 이러한

89) Riedl, Vereinheitlichung, S. 206.

90) von Bar, Christian, Die Study Group on a European Civil Code, in: Gottwald, Peter/Jayme, Eric/Schwab, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Dieter Heinrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000, S. 1, 3; Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 732 f.

방식을 취하지는 아니하였다. 방법론상으로는 Walter Wilburg의 유동적 체계에 따라 서로 상이한 법질서들을 조사하고 이들을 하나의 유동적 체계에서 분석하는 방법을 택하였다.<sup>91)</sup> 우선 국가별로 불법행위법 통합을 위한 연구팀을 조직하여 각 연구팀별로 유럽연합 회원국의 고유성을 담고 있는 국내법을 중심으로 통합방향을 연구하고, 이어서 각 연구팀의 연구 성과를 상호 교환하여 이를 점증적으로 통합하는 방법을 취하였다.<sup>92)</sup>

### (1) 제1단계 : 연구팀의 의견서(Position Papers) 작성

제1단계에서는 개별적인 연구팀들이 유럽연합 회원국들의 국내법을 중심으로 불법행위법을 연구하고 의견서의 형식으로 초안을 작성하였다.<sup>93)</sup> 불법행위 연구팀은 계약외채무 연구팀의 한 꼭지에 해당하는 조직으로서, 불법행위 외에 사무관리, 부당이득에 관한 연구도 병행하고 있다. 이 연구팀에는 -“유럽불법행위법 프로젝트(Von-Bar-Projekt)”와 마찬가지로- 다양한 국적을 가진 10여명의 연구생들이 소속되어있다.<sup>94)</sup>

### (2) 제2단계 : 자문위원회의 평의와 초안작성 TF의 자구수정작업

각 연구팀에는 대학교수들로 구성된 별도의 자문위원회가 설치되어 있어서, 연구팀에서 작성한 초안은 반드시 이 위원회의 평의를 거치

91) Jansen, in: European Tort Law, S. 15, 33 f.; Magnus, ZEuP 2004, 562, 565.

92) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 517.

93) <http://www.sgess.net> organisation (Stand: 07.Nov.2007)

94) 이 팀원들의 명단은 다음과 같다: Begoña Alfonso de la Riva(스페인법 담당), Erwin Beysen(벨기에와 프랑스법 담당), Evlalia Eleftheriadou(그리스법 담당), Silvia Fedrizzi(이탈리아법 담당: 2000년까지), Andreas Fötschl(오스트리아법 담당), Lodewijk Gualthérie van Weezel(네델란드법 담당: 2001년 2월부터), Caherina Gozzi(이탈리아법 담당: 2001년 2월부터), Matthias Hünert(독일법 담당), Stefan Kettler(아일랜드법 담당), Ina El Kobbia(스코틀랜드법 담당), Franz Nieper(네델란드법 담당: 2000년 11월까지), Carlos de Medeiros Nóbrega(포르투갈법 담당), Sandra Rohlfing(조직 담당), Johan Sandstedt(스칸디나비아법 담당, 2001년 4월부터), Márten Schulz(스칸디나비아법 담당: 2001년 3월까지), Stephen Swann(영국과 웨일즈법 담당). →

도록 되어 있다.<sup>95)</sup> 불법행위법 연구팀에 대한 자문위원들의 명단은 다음과 같다: Blackie교수(Strathclyde대학), Castronovo교수(Mailand대학), Kleineman교수(Stockholm대학), Palao Moreno교수(Valencia대학), du Perron (Amsterdam대학), Spier(den Haag대학), Viney(Paris대학), Dacornia 박사(Athen대학). 유럽민사법연구회의 공식어는 영어인데, 유럽손해배상법 초안을 영어로 작성함에 있어서는 Blackie 교수와 Swann 박사의 도움을 많이 받았다고 한다.<sup>96)</sup>

연구팀이 자문위원회의 평의를 거쳐 만든 초안은 다시금 조정위원회 산하의 초안작성 TF에서 자구수정 등을 하게 된다.<sup>97)</sup>

### (3) 제3단계 : 조정위원회의 의견서 작성

연구팀에서 작성하여 자문위원회의 평의를 거친 초안은 다음 단계로 조정위원회의 승인을 거치게 되어있다.<sup>98)</sup> 이 위원회는 6개월에 한 번, 매년 6월과 12월에 4일간의 일정으로 회합을 가지는데, 가령 올해에는 2007년 6월 6일부터 9일 까지 4일 동안 Budapest에서 조정위원회가 개최되었다. 이 위원회는 독자적인 결정권을 가지는 중요한 기관이고, 그의 주된 임무는 각 연구팀에서 마련한 초안을 검토, 조언하는 이른바 의견서(Position Paper)를 내는 것인데, 검토과정에서 제출된 초안을 수정할 수도 있고 반려할 수도 있도록 되어 있다.<sup>99)</sup> 위원들 사이에 의견의 대립이 있는 경우에는 과반수로 결정을 한다고 한다.<sup>100)</sup>

95) <http://www.sgess.net> organisation (Stand: 07.Nov.2007); Von Bar, ZEuP, 2001, 515, 517; Blackie, in: European Tort Law, S. 56; Riedl, Vereinheitlichung, S. 207; Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 733.

96) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 516 Fn. 8.

97) <http://www.sgess.net> organisation (Stand: 07.Nov.2007).

98) <http://www.sgess.net> organisation (Stand: 07.Nov.2007); von Bar, ZEuP, 2001, 515, 517; Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 56; Riedl, Vereinheitlichung, S. 207; Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 733.

99) <http://www.sgess.net> organisation (Stand: 07.Nov.2007); Von Bar, ZEuP, 2001, 515, 517; Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 56.

전술한 바와 같이 유럽민사법연구회의 공식어는 영어인데, 규정을 조문화하는 과정에서 처음부터 유럽연합의 상이한 언어로 번역하는 것을 염두에 두었으며, 이 조문들은 가까운 시일 내에 최소한 독일어, 불어, 이탈리아어와 스페인어로 공표될 예정이라고 한다.<sup>101)</sup> 나아가 2008년에는 PEL Liab.Dam.에 대한 주석서도 출간될 예정인데, 이 주석서는 -Lando위원회의 방식을 수용하여- 원칙(black letter rule), 원칙의 내용, 적용범위, 효력 등을 설명한 주석(comments)과 각국의 법령들을 비교, 설명한 비교법적인 해설(notes)을 부가하는 형식을 취하게 될 것이라고 한다.<sup>102)</sup> 이러한 비교법적인 해설로 유럽연합 회원국의 국내법이 “원칙”에 상응하는지의 여부 그리고 어느 범위에서 상응하지 아니하는지를 일견할 수 있을 것이다.

## 4. 조 직

### (1) 회 장

회장은 현재 Christian von Bar교수가 맡고 있고, 연구회 사무국은 독일 Osnabrück대학교 유럽법연구소 내에 마련되어 있다.

### (2) 기획위원회(Steering Committee)

기획위원회는 연구주제와 회의 및 연구인력배치 등을 결정하는 역할을 담당한다. 7명의 위원으로 구성되어 있고, von Bar 교수가 수장이다.<sup>103)</sup>

100) von Bar, Die Study Group on a European Civil Code, in: ders., u.a., Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, Generaldirektion Wissenschaft des Europäischen Parlaments, Reihe Rechtsfragen, JURI 103 DE, 1999, S. 135, 139; ders., ZEuP, 2001, 515, 517; Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 56.

101) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 517 f.

102) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 517f.; Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 733.

103) Riedl, Vereinheitlichung, S. 207; Wurmnest, ZEuP 2003, 714, 733.

## (3) 연구팀(Working Teams)

전술한 바와 같이 유럽민법전연구회는 유럽민법전에 관한 교수들의 초안을 작성하는 것을 목표로 하고 있는바, 이 연구회의 전신인 유럽 계약법연구회가 계약법과 부분적으로 채권총론에 대한 작업을 한 반면에, 이 연구회는 유럽계약법연구회의 연구업적을 기반으로 이 연구회에서 다루지 아니한 기타 재산법 분야들을 다루고 있다.<sup>104)</sup> 따라서 계약법과 불법행위법 및 물권법 일부가 연구대상이고, 가족법과 부동산법은 대상에서 제외된다. 현재 활동 중인 연구팀은 8개이다: 매매, 서비스제공 및 장기계약 연구팀(The Working Team on Sales, Services and Long-term Contracts)<sup>105)</sup> 금융서비스 연구팀<sup>106)</sup> 신용담보 연구팀(The Working Team on Credit Securities)<sup>107)</sup> 계약외채무(부당이득, 사무관리, 불법행위) 연구팀<sup>108)</sup> 동산임대차 연구팀(The Working Team on Rental of Movable Property)<sup>109)</sup> 동산소유권이전 연구팀(The Working Team on Transfer of Moveable Property)<sup>110)</sup> 신탁 연구

①

②

④

104) von Bar, in: FS für Dieter Heinrich, S. 1, 3; ders., ZEuP, 2001, 515, 517; Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 55 f.; Riedl, Vereinheitlichung, S. 507; Wurmnest., ZEuP 2003, 714, 733.

105) 매매 분과는 Ewoud Hondius 교수의 지휘 하에 연구가 진행되고 있으며 Utrecht에 사무국을 두고 있다. 서비스제공 분과는 Maurits Barendrecht 교수(사무국: Tilburg), 장기계약 분과는 Martijn Hesselink 교수(사무국: Amsterdam)가 각각 책임을 맡고 있다. 이 연구팀의 홈페이지 주소는 다음과 같다: <http://ecc.uvt.nl>

⑦

106) Laurent Aynès 교수와 André Prüm 교수가 공동팀장을 맡고 있으며 사무국은 Paris에 있다.

107) U. Drobnig가 연구팀장이고, 사무국은 Hamburg에 있다. 이 연구팀의 홈페이지 주소는 다음과 같다: <http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Forschung/Kreditsicherheiten.html>

108) von Bar 교수가 책임을 맡고 있고, Osnabrück에 사무국을 두고 있다. 이 연구팀의 홈페이지는 다음과 같다: <http://www.elsi.uos.de/privatelaw>

109) Kåre Lilleholt 교수가 팀장이고, 노르웨이 Bergen에 사무국이 있다.

110) Brigitta Lurger 교수, Johannes Rainer 교수, Willibald Posch 교수가 공동팀장을 맡고 있고, 사무국은 오스트리아 Graz와 Salzburg에 있다. 이 연구팀의 홈페이지 주소는 다음과 같다: <http://www.uni-graz.at/brelwww/tom/>

팀(The Working Team on Trusts)<sup>111)</sup> 증여계약 연구팀 (The Working Team on Gratuitous Contracts).<sup>112)</sup> 이밖에 유럽보험법 리스테이트먼트 프로젝트 팀(The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law)<sup>113)</sup> 구성되어 있다. ⑧

## (4) 자문위원회(Advisory Council)

각 연구팀에는 교수들로 이루어진 자문위원회가 구성되어 있어서, 연구팀의 활동을 지원하고 있다.

## (5) 조정위원회(Co-ordinating Group)

조정위원회는 국가별로 약 30여명의 학자들로 구성되어 있다. 이 위원회에는 조정위원들뿐만 아니라 각 분과별 연구팀의 팀장과 자문위원들 그리고 조정위원회의 활동을 지원하는 개별적인 “프로젝트팀(Task Forces)”의 구성원들도 참여한다.<sup>114)</sup> 이 조정위원회에서 투표권이 있는 위원들은 각각의 연구팀의 팀장들과 고문들 그리고 조정위원회의 상설위원들이다.<sup>115)</sup>

111) Stephen Swann 박사가 팀장이고 사무국은 Osnabrück에 있다. 이 연구팀의 홈페이지 주소는 다음과 같다: <http://www.elsi.uos.de/privatelaw>

112) Martin Schmidt-Kessel 교수가 팀장이고, 사무국은 Osnabrück에 있다. 이 연구팀의 홈페이지 주소는 다음과 같다: <http://www.schenkung.uos.de>

113) F. Reichert-Facilides 교수가 팀장을 맡고 있고, 사무국은 Innsbruck에 위치하고 있다. 이 프로젝트팀은 연구팀(책임자: J. Basedow, 사무국: Hamburg)과 밀접한 공조 하에 작업하고 있다. 이 연구팀의 홈페이지 주소는 다음과 같다: <http://www.restatement.info>

114) 2004년 당시 유럽연합 가입 후보국이었던 폴란드의 대표(Rajski)와 헝가리의 대표(Vékás)도 참관인 자격으로 참여하였다.

115) 그 명단은 다음과 같다: Alpa 교수(Genua대학), Beale 교수(London대학), Bonell 교수(Rom대학), O'Dell(Dublin대학), Sir Roy Goode(Oxford대학), Fontaine(Louvain대학), Ghestin(Paris대학), Hartkamp(den Haag대학), Kerameus(Athen대학), Lando(Kopenhagen대학), MacQueen(Edinburgh대학), Posch(Graz대학), Christina Ramberg (Göteborg대학), Roca I Trias(Barcelona대학), Sinde Monteiro(Combra 대학), Sisula-Tulokas(Helsingki대학), Stijns(Leuven대학).

## (6) 상설위원회와 프로젝트팀

조정위원회 산하에 이 위원회의 활동을 보좌하는 3개의 “상설위원회”와 3개의 “프로젝트팀(Task Forces)”이 구성되어 있다: 초안작성위원회(Drafting Committee),<sup>116)</sup> 용어통일위원회(Terminology Committee),<sup>117)</sup> (Structure Committee),<sup>118)</sup> 전자상거래 TF(Task Force on E-Commerce),<sup>119)</sup> 소비자 및 전문가 TF(Task Force on Consumers and Professionals)<sup>120)</sup>, 불공정한 조항 TF(Task Force on Unconscionable Clauses).<sup>121)</sup>

불법행위법 유럽위원회와 유럽민사법연구회는 모두 유럽불법행위법의 통일을 위하여 중요한 역할을 담당하고 있는 단체이다. 이 두 단체들은 그 성립과정과 조직에 있어서는 다소 상이한 모습을 보이고 있다. 가령 전자는 유럽연합 내 공식기구로서 대학교수들을 주축으로 이루어진 단체이고, 후자는 순수한 학문연구단체로서 주로 소장학자 내지 연구원들이 초안을 작성하고 이 초안을 교수들이 검토하는 과정을 거치고 있어서 교수들과 학문후속세대들이 결합된 연구단체라고 할 수 있다.

이러한 조직상의 상이함에도 불구하고 이 두 단체들은 모두 Lando

116) 연구팀이 작성한 초안에 대한 자구수정을 하는 역할을 담당하는 위원회이다. Hugh Beale 교수와 Christina Ramberg 교수가 공동대표를 맡고 있고, 그밖에 Jacques Ghestin 교수, Peter Schlechtriem 교수, Sophie Stijns 교수가 참여하고 있다.

117) 원칙 내에서 법률 혹은 기타의 용어들이 일관성 있게 사용되고 용어의 불명확함을 피하기 위하여 용어를 정비하는 작업을 하는 위원회이다. Eric Clive 교수와 Lena Sisula-Tulokas 교수가 이 작업을 담당하고 있다.

118) 원칙의 전체적인 체계를 잡는 역할을 담당하는 위원회이다. Johnny Herre 교수(대표), Christian von Bar 교수, Carlo Castronovo 교수, Eric Clive 교수, Marie Goré 교수, Matthias Storme 교수가 이 일을 담당하고 있다.

119) 위원: Christina Ramberg 교수(대표), Hector MacQueen 교수, Mathias Storme 교수, Marco Loos 박사

120) 위원: Johnny Herre 교수(대표), Guido Alpa 교수, Ewoud Hondius 교수

121) 위원: Hesselink 교수

위원회의 PECL을 모델로 삼았다는 점에서 공통점을 찾을 수 있다. 물론 PETL은 일반원칙을 작성하는 것을 목표로 하였고, PEL Liab.Dam.는 유럽민법전에 대한 교수들의 입법안을 만드는 것을 목표로 하였지만, 일반적인 원칙들을 조문화한다는 기본입장에 있어서는 동일하다. 그리고 -유럽의 트랜드라고 할 수 있는- 비교법적 연구의 기초를 마련하고자 상이한 법질서를 가지고 있는 다양한 국가 출신의 학자들이 대거 프로젝트에 참여하였고, 이들이 비교법적 그리고 논증적으로 기본원칙을 만들어간다는 방법에 있어서도 상응한 태도를 보였다.<sup>122)</sup>

나아가 이 두 단체는 모두 Walter Wilburg이 1940-50년대에 발전시킨 동적인 체계의 사고를 따랐다. 이 방법론에 따르면 우선 일반적인 원칙을 확정하고, 이어서 개별사례를 해결함에 있어서 고려되어야 하는 이익들과 가치요소들이 확정하게 되는데, 이 과정에서 사례별로 각기 문제가 되는 상이한 이익과 가치요소들을 적절하고 유연하게 다룰 수 있게 된다.<sup>123)</sup> 따라서 이 방법론을 취할 경우, 불법행위법에서 일반적으로 통용되는 이해관계들을, 가령 보다 높은 위험 혹은 특히 보호받을 가치가 있는 피해자의 법익에 대하여 가해자에게 보다 높은 주의의무를 요구하는 것이 보다 쉽게 조율할 수 있게 된다.<sup>124)</sup> 반면에 이러한 방법으로 작업을 하는 경우에는, 법 해석의 탄력성은 확보되지만 법적 안정성과 예견가능성은 담보될 수 없다는 문제점이 생길 수 있다. 따라서 이익 내지 가치교량을 함에 있어서 고려해야 하는 중요한 요소들을 적시하는 것이 바람직할 것이다.<sup>125)</sup>

122) Magnus, ZEuP 2004, 562, 564.

123) Bähr, in: FS für Otte, S. 3 ff.; Otte, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie II, 1972, S. 301 ff.

124) Magnus, ZEuP 2004, 562, 564.

125) 이러한 의미에서 PETL 제2:102조 제6항과 PEL Liab.Dam. 제2:101조 제3항에서는 제반 고려사항들을 예시하고 있다.



산증식이라는 행운을 안겨주는 것은 손해배상법의 목적이 될 수 없다고 한다.<sup>131)</sup> 그런가 하면 후술하는 제10:101조에서는 손해를 예방하는 것도 불법행위법의 목적에 포함시키고 있다.

### 3. 가해행위와 손해 사이의 인과관계

제2항에서는 유책한 행위 혹은 비통상적으로 위험한 행위에 의하여 스스로 손해를 “야기”한 자 혹은 자신의 보조자가 그의 업무범위 내에서 손해를 “야기”한 경우에는 그의 사용자가 손해배상책임을 부담한다는 점을 명시하고 있다. 이는 불법행위에 기한 손해배상의 요건으로 전술한 타인에 대한 손해, 가해자에의 책임의 귀속가능성외에 행위와 손해 사이의 인과관계를 추가적으로 요구하고 있는 것이다.<sup>132)</sup> 인과관계에 대하여는 제3장에 상세한 규정을 두고 있다.

### 4. 과실책임, 엄격책임, 사용자책임

제2항에서는 -입안과정에서 회원들 간에 다툼이 있기는 하였으나<sup>133)</sup> - 3가지 유형의 책임귀속사유들, 즉 과실책임, 위험책임, 사용자책임을 동등하거나 선택적으로(“or”) 규정하고 있다.<sup>134)</sup> 이는 불법행위법 유럽 위원회가 과실책임을 불법행위책임을 기본유형으로 보고 있지 아니하고, 과실책임과 엄격책임 사이에 우열을 두고 있지 아니함을 드러내는 것이다. 나아가 이들 책임과 사용자책임을 병렬적으로 규정한 것은 과실책임과 엄격책임 사이에 중간영역(“grey zones”)<sup>135)</sup>이 존재할

131) Koziol, ZEuP 2004, 234, 237 f.

132) EGTL/Koziol, Art. 1:101 Rn. 3; Koziol, ZEuP 2004, 234, 237.

133) 3개의 유형의 책임을 동일선상에서 규정하는 것에 대하여는 회원들 간에 다툼이 있었다고 한다: EGTL/Koziol, Art. 1:101 Rn. 13 참조.

134) 이러한 구상에 관하여는 Widmer, in: Grundstrukturen, S. 147, 167 ff. 참조.

135) 이러한 영역에 대하여는 엄격책임에 관한 질문(“엄격책임 vs. 과실책임 - 양자 사이에 대안적 혹은 중간적 영역”) 가운데 Part I. A. 1에 대한 답변과 Rogers, W.V.H., England, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, Den Haag, 2002, S. 101 참조.

수 있음을 인정하는 것이기도 하다.<sup>136)</sup> 이러한 관점에서 PETL은 우선 주의의무의 확정애 있어서 위험성의 의미를 강조하고(제4:102조). 엄격책임을 인정하기에는 충분하지 아니한 보다 경미한 수준의 위험성이 있는 경우(제4:201조)와 기업의 경우에는(제4:202조) 과실에 대한 입증책임을 전환시키고 있다.<sup>137)</sup>

## 제 2 장 : 책임의 일반요건

제2장에서는 책임의 일반요건이라는 표제 하에 손해와 인과관계에 관한 규정들을 두고 있다. 본래 제2장의 표제는 “책임의 요건”이었고, 이는 손해, 인과관계, 엄격책임, 과실책임 및 타인에 대한 책임과 병렬적으로 규정되고 있었다. 그런데 2003년 5월 2일과 3일 양일간에 걸쳐서 스위스 로잔에서 개최되었던 회의에서 스위스 회원의 제안으로 책임의 일반적인 요건(제2장)과 책임의 근거(제3장)로 분리하여 규정하게 되었다.<sup>138)</sup>

제2장 제2절 손해에서는 배상 가능한 손해(제2:101조), 보호되는 이익(제2:102조), 손해의 정당성(제2:103조), 예방비용(제2:104조), 손해의 증명(제2:105조)에 대하여 규율하고 있다.

제3절 인과관계는 2개의 관으로 이루어져 있는데, 제1관 조건적 인과관계 및 특별한 경우에는 조건적 인과관계(제3:101조), 경합적 원인(제3:102조), 선택적 원인(제3:103조), 잠재적 원인(제3:104조), 불확실한 세부적 인과관계(제3:105조), 피해자의 영역 내의 불확정 원인(제3:106조)에 대하여, 제2관 책임의 범위에서는 책임의 범위(제3:201조)에 대하여 각각 규율하고 있다.

136) EGTL/Koziol, Art. 1:101 Rn. 6; Koziol, ZEuP 2004, 234, 238.

137) Koziol, ZEuP 2004, 234, 238에서는, 이러한 규정들을 둔 것은 입증된 과실에 대한 책임에서 단순히 추정된 과실에 대한 책임으로 과감히 진일보한 것을 의미하여, 이로써 과실책임과 위험책임의 중간영역이 성립하게 된다고 평가하고 있다.

138) EGTL/Koziol, Title II. General Conditions of Liability, Rn. 3.

## 제 2 절 : 손해

[제2:101조 배상 가능한 손해]

손해는 법적으로 보호되는 이익의 물질적 또는 비물질적 손상을 요건으로 한다.

## 1. 배상가능한 손해의 의의

제2절 표제에서는 “손해”라는 일반적인 용어를 사용하고 있지만, 제 2:101조는 “배상 가능한 손해”에 대해서만 정의하고 있다. 따라서 손해배상법상 문제가 되는 것은 타인에 의하여 야기된 모든 불이익이 아니라, 그 가운데 법질서에 의하여 보호되는 이익에 대한 침해라는 사실을 알 수 있다. 구체적으로 어떠한 법익이 법적으로 보호되는가에 대하여는 법질서 전반에 근거하여 판단하게 되겠지만, 후술하는 제2:102조가 보호범위를 확정하는 데 중요한 요소가 된다.<sup>139)</sup>

손해의 대상이 되는 이익의 범위에 대하여는 상이한 입법례들이 존재한다. 예컨대 프랑스민법 제1382조에서는 모든 손해를 손해배상의 대상으로 하고 있는가 하면, 독일민법 제823조 제1항에서는 이를 한정적으로 법정하고 있다. PETL은 이러한 입법례들의 절충적 입장에서 “배상 가능한 손해(recoverable Damage)”는 법적으로 보호되는 이익에 대한 물질적 비 물질적 손상(harm)을 요건으로 한다고 규정하고 있다. 여기에서 손해(damage)란 “법적인” 개념이고,<sup>140)</sup> 손상(harm)은 “자연적인” 개념이다.<sup>141)</sup> “물질적 손상(material harm)”이라는 개념은 제 10:201조에서 규율되고 있는데, 배상 가능한 재산적 손해는 가해사건

139) EGTL/Kozioł, Chapter 2. Damage, Rn. 1; Kozioł, ZEuP 2004, 234, 238 f.

140) EGTL/Kozioł, Art. 2:101 Rn. 1; Kozioł, ZEuP 2004, 234, 241; Magnus, Comparative Report on the Law of Damages, in: ders.(Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, 2001 S. 185, 217.

141) EGTL/Kozioł, Art. 2:101, Rn. 2.

으로 야기된 피해자의 재산 감소를 의미한다(“pecuniary damage”).<sup>142)</sup> 이에 비하여 제10:301조에서는 “비물질적 손상(immaterial harm)”에 대하여 직접적으로 정의를 내리고 있지는 아니한데, 정신적, 무형적 손해와 같이 재산 감소에 이르지 아니하는 모든 손해는 비물질적 손해이다(“non-pecuniary damage”).<sup>143)</sup>

## 2. 위법성 개념의 상이함

“법적으로 보호되는 이익”을 강조하는 사고는 PETL의 기본구상을 이해함에 있어 중요하다. 법익침해로부터 출발하는 것은 불법행위법 유럽위원회의 “위법성(wrongfulness)”에 관한 구상의 일부를 이루고 있다.

대부분의 법질서에서 배상책임의 근거를 논함에 있어 “위법성”이 중요한 역할을 담당하고는 있지만,<sup>144)</sup> 불법행위법체계에서 위법성이 독자적인 역할을 하는지의 여부에 대하여는 아직까지 견해가 나뉘어져 있다.<sup>145)</sup> 가령 프랑스와 벨기에에서는 위법성은 “과실(faute)”이라는 포괄적인 개념 내에서 과실의 객관적인 요소로서 해석되고 있다.<sup>146)</sup> 그에 반하여 독일, 오스트리아, 스위스에서는 위법성은 독자적이고 일반적인 책임요건에 속한다.<sup>147)</sup> 나아가 과실책임의 경우에만 위법성이 요구되는지 아니면 무과실책임의 경우에도 위법성을 요하는지의 여부에 대하여도 국내법들은 상이한 태도를 보이고 있다. 대부분의 국가에서는 위법성은 단지 과실책임의 범주에서만 문제되지만, 스위스의

142) EGTL/Kozioł, Art. 2:101, Rn. 3.

143) EGTL/Kozioł, Art. 2:101, Rn. 4.

144) Kozioł, Conclusions, in: Kozioł (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag, 1998, S. 129 ff.; ders., The Concept of Wrongfulness under the Principles of European Tort Law, in: Kozioł/Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2002, Wien 2003 S. 552 ff.

145) 자세한 내용은, Wagner, in: Grundstrukturen, S. 189, 213 ff. 참조.

146) Vgl. 프랑스법: Viney, Genevieve, Le “Wrongfulness“ en Droit Français, in: Kozioł (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag, 1998, S. 57. 벨기에법: Cousy, Herman, Wrongfulness in Belgian Tort Law, in: Kozioł (Hrsg.), a.a.O., S. 31.

147) Vgl. 독일: BGH, NJW 1996, 3205. 오스트리아: Kozioł, Helmut, Haftpflichtrecht I, 3. Aufl., Wien, 1997, S. 140.

경우에는 위법성은 배상책임의 일반요건에 해당하는바, 무과실책임의 경우에도 과실여부가 중요한 역할을 한다.<sup>148)</sup>

위법성을 과실책임의 요건으로만 파악하는 경우에도, 이것이 결과불법을 의미하는 것인지 아니면 행위불법을 의미하는 것인지의 여부에 대해서 상이한 입장들이 제기되고 있다. 예컨대 오스트리아에서는 위법성이란 금지명령 혹은 행위명령에 위반함으로써 성립하므로, 위법성의 판단은 인간의 행위를 대상으로 한다는 “행위불법론”이 압도적인 지지를 받고 있지만, 독일에서는 절대적으로 보호되는 법익 내지 권리를 침해한 행위는 -특별한 정당화사유가 없는 한- 위법한 것으로 파악하는 “결과불법론”이 지배적이다.<sup>149)</sup>

나아가 위법성과 과책(Verschulden)을 구별하는 기준이 무엇인지에 대하여도 유럽연합 회원국의 국내법은 상이한 태도를 취하고 있다. 가령 프랑스에서는 양자를 전혀 구분하지 아니하나, 대부분의 국내법에서는 이 둘을 분명하게 구분하고 있다. 그렇지만 독일에서는 과책을 객관적으로 파악하는바, 불법행위능력이 있는 사람의 행위가 문제되는 한, 간접적 침해의 경우에 객관적 행위불법과 주관적 과실 사이에 어떠한 차이점도 존재하지 아니하게 된다. 이에 비하여 오스트리아와 네델란드법에서는 과책은 원칙적으로 주관적 기준에 따라 평가된다.<sup>150)</sup>

바로 이러한 위법성 개념의 상이함 때문에 unlawfulness 내지 wrongfulness 라는 용어를 사용하는 경우 오해의 소지를 제공할 수 있다는 판단에서, PETL에서는 의식적으로 위법성이라는 용어를 사용하지 아니하였다고 한다.<sup>151)</sup>

148) Koziol, ZEuP 2004, 234, 240.

149) EGTL/Koziol, Chapter 2. Damage, Rn. 2; Koziol, ZEuP 2004, 234, 240.

150) EGTL/Koziol, Chapter 2. Damage, Rn. 2; Koziol, ZEuP 2004, 234, 240.

151) EGTL/Koziol, Chapter 2. Damage, Rn. 3; Koziol, ZEuP 2004, 234, 239.

### 3. 법적으로 보호되는 이익의 인정여부에 관한 3단계 검토

전술한 바와 같이 PETL에는 직접적으로 위법성이라는 용어를 사용하지 아니하고 있지만, 법질서가 보호하는 권리 내지 법익에 대한 침해가 추상적 의미에서 법질서에 반하는 위법한 행위임은 분명하다.<sup>152)</sup> 다만 어떠한 이익이 법적으로 보호되는 이익인가에 대하여는 전체 법질서에 입각하여 구체적으로 판단할 문제이다.<sup>153)</sup>

이 문제와 관련하여 불법행위법 유럽위원회는 다음의 세 가지의 단계를 고려하고자 하였다. 그 첫 번째 단계에서는 법질서에 의하여 광범위하게 또는 협소하게 보호되는 권리 내지 이익을 행위자가 위태롭게 하였는지의 여부를 확정하여야 한다. 이러한 단계는 제2:101조에 잘 규정되어 있다. 즉 행위자가 보호영역을 위태롭게 한 경우, 그는 구성요건에 해당하는 행위를 한 것이며 따라서 매우 추상적인 의미에서 위법한 행위를 한 것이 된다. 만일 이러한 요건이 충족되지 아니한 경우에는 과실책임은 물론이고 위협책임도 문제되지 아니한다.<sup>154)</sup>

제2단계에서는 가해자가 주어진 상황에서 어떤 객관적 기준에 비추어 주의위반으로 평가되는 행위를 하였는지의 여부가 보다 구체적으로 검토된다. 이 단계는 영국법에서 인정되고 있는 “주의기준위반론(the “breach of duty” issue)” 내지 유럽연합의 일부 국가에서 채택되고 있는 “행위불법론(Verhaltens- unrechtslehre)”에 대체로 상응하는 것이다.

152) 이처럼 PETL에서는 기본규범은 물론 그 이하의 규정들에서도 위법성을 책임요건으로 명시적으로 언급하고 있지 아니하다. 그러나 제4절의 표제가 “과실에 기한 배상책임”으로 되어 있으며, 제4:101조에 따르면 “객관적 행위기준을 위반한” 경우에만 과실이 인정되는바, 배상책임은 결함 있는 행위를 전제로 한다는 점을 분명히 밝히고 있다. 그런데 많은 국가의 법질서가 이러한 결함행위를 “부당한” 또는 “위법한” 것으로 표현하고 있으므로, PETL은 결과적으로 부당성 내지 위법성을 배상책임의 근거가 되는 결정적 요소로 인정하고 있다고 보아야 할 것이다.

153) EGTL/Koziol, Chapter 2. Damage, Rn. 3.

154) EGTL/Koziol, Chapter 2. Damage, Rn. 4; Koziol, ZEuP 2004, 234, 240.

이 단계에서는 행위자가 -상이한 여러 요소들을 고려하여 판단되는- 특정한 행위의무를 위반하였는지의 여부를 구체적으로 확정하여야 한다. 물론 이러한 검토는 과실책임에 대하여는 중요한 의미를 갖지만,<sup>155)</sup> 엄격책임에 있어서는 통상 큰 의미를 가지지 아니하다.<sup>156)</sup>

제3단계에서는 구체적 행위자에게 그의 주관적 능력 및 제반사정에 비추어 객관적 주의위반 행위를 비난할 수 있는지의 여부, 즉 주관적 과책이 문제된다. 이 단계는 과실에 관한 객관적 이해로 말미암아 제2단계에 부수적인 것으로 구성되어 있기는 하지만, 가해자에게 중요한 면책사유가 있는 경우에는, 발생된 손해에 대한 그의 책임이 면책된다.<sup>157)</sup> 가령 제4:102조 제2항에 의하면 미성년자 및 정신적 육체적 무능력자는 객관적 행위기준을 준수하지 못한 경우에도 배상책임을 부담하지 아니하는데, 그 이유는 이들에게 인격적 비난을 할 수 없기 때문이다.

[제2:102조 보호되는 이익]

- (1) 이익의 보호범위는 해당 이익의 성질에 따라 결정된다. 이익의 가치가 높을수록, 이익의 개념이 명확할수록, 그리고 이익이 명백할수록 그 보호범위는 더 확장된다.
- (2) 생명, 신체적 또는 정신적 불가침성 및 인간의 존엄과 자유는 가장 광범위한 보호를 받는다.
- (3) 무형의 재산에 관한 권리를 포함하여 재산권에 대하여는 광범위한 보호가 보장된다.
- (4) 순수한 경제적 이익 또는 계약관계의 보호범위는 보다 제한될 수 있다. 이러한 경우 행위자와 피해자 사이의 근접성 혹은 자신의 이익이 피해자의 이익보다 낮게 평가될 수밖에 없음에도 불구하고

155) EGTL/Kozioł, Chapter 2. Damage, Rn. 4; Kozioł, ZEuP 2004, 234, 241.

156) 전술한 바와 같이 스위스처럼 엄격책임의 경우에도 위법성을 요구하고 있는 예가 있기는 하다.

157) EGTL/Kozioł, Chapter 2. Damage, Rn. 4; Kozioł, ZEuP 2004, 234, 241.

하고 손해를 야기한다는 사실을 행위자가 인식하였다는 사실을 특별히 감안하여야 한다.

- (5) 이익의 보호범위는 책임의 성질에 의해서도 영향을 받을 수 있다. 따라서 의도된 침해의 경우 해당 이익은 다른 경우에 비하여 더 광범위한 보호를 받을 수 있다.
- (6) 이익의 보호범위는 행위자의 이익, 특히 행동의 자유와 자기 권리의 행사 및 공익을 모두 고려하여 결정한다.

### 1. 보호되는 이익의 규율방식

보호되는 이익은 크게 두 가지의 방법으로 법정될 수 있다. 그 하나는 법률에 특정한 행위를 금지하거나 요구하는 규정을 둘 수 있는데, 이러한 경우에는 당해 법질서가 그러한 규정을 두지 아니하면 침해를 받게 되는 특정 이익을 보호하고자 한다는 사실을 추론해낼 수 있다. 다른 하나는 법률에 보호되는 권리 내지 이익을 특정하고, 합리적인 범위에서 그러한 권리와 이익을 존중할 것을 요구할 수 있다. 이러한 두 가지의 방식은 통상 결합된다.<sup>158)</sup>

### 2. 이익의 보호범위

어느 정도로 개인의 법익이 보호되는가의 문제는, 일정한 행위에 의하여 권리 혹은 이익을 침해하는 것을 금지하는 행위규범(보호법규)이 존재하는 경우에는, 비교적 쉽게 해결될 수 있다. 그러나 법질서가 단지 공서양속위반행위(act contra bonos mores)만을 금지한다거나 단순히 기대 가능한 범위에서 존중되어야 할 권리와 이익만을 규정하는 경우에는, 이 질문에 대한 해답을 구하기가 상당히 어려워진다.<sup>159)</sup> 그런데 제 2:102조에는 명시적으로 보호법규가 언급되고 있지도 아니하고, 공서양속도 언급되어 있지 아니하다. 물론 동규정에서 이러한 사항들을 언급

158) EGTL/Kozioł, Art. 2:102, Rn. 1; Kozioł, ZEuP 2004, 234, 242.

159) EGTL/Kozioł, Art. 2:102, Rn. 2; Kozioł, ZEuP 2004, 234, 242.

하지 않더라도, 타인의 이익을 침해하는 행위를 금지하는 규범들이 있다면, 법질서가 최소한 그러한 침해행위로부터 이러한 이익들을 보호하고자 한다고 볼 수 있다.<sup>160)</sup> 그리고 동 규정에서 공서양속을 언급하지 아니한 것은, 이를 언급하는 것 자체만으로는 어떠한 요소들이 중요한가에 대한 기준을 제공하지는 못한다는 판단에 따른 것이라고 한다.<sup>161)</sup>

### 3. 보호범위의 한계 설정 기준

권리와 이익의 보호범위의 한계를 설정함에 있어서는 서로 상반되는 이해관계를 조율해야 한다. 법질서가 어떤 개인의 권리와 이익을 보호하는 것은 곧 다른 모든 사람에게 대하여 이러한 영역을 존중할 것을 요구하는 것을 의미한다. 따라서 어느 한 사람의 보호영역을 인정하는 것은 결국 그 사람을 제외한 다른 모든 사람들의 활동의 자유를 제한하는 것이 되므로, 법익의 보호 범위를 확정함에 있어서는 서로 상반된 이익들을 비교 교량해야 하는 것이다. 이러한 의미에서 PETL은 - 국가별 보고서에 근거하여 - 제2:102조에서 법익의 보호범위 확정 기준이 되는 요소들을 비교적 상세하게 규정하고 있다. 이에 따르면 보호되는 이익의 가치, 이익의 개념의 명확성 및 이익의 명백성(제1항), 행위자에게 적용될 책임의 성질(제5항), 행위자의 이익과 공익(제6항)이 고려요소가 된다.

이들 기준에 따르면 모든 이익이 동일하게 보호되는 것은 아니고, “이익의 가치”에 따라 보호범위가 상이하게 된다. 보호 1순위는 인격권(제2항)이고, 2순위는 재산권(제3항)이다. 제2항에서는 명시적으로 “생명, 신체적 혹은 정신적 불가침성 및 인간의 존엄과 자유는 가장 광범위한 보호를 받는다”라고 규정하고 있는데, 여기에서 “가장 광범위한 보호”는 이러한 법익 침해의 경우에 그 보호범위가 가장 넓고, 개별적인 사안에서 의심스러운 경우에는 가장 관대하게 해석되어야

160) EGTL/Koziol, Art. 2:102, Rn. 3; Koziol, ZEuP 2004, 234, 242.

161) EGTL/Koziol, Art. 2:102, Rn. 4; Koziol, ZEuP 2004, 234, 243.

한다는 것을 의미한다.<sup>162)</sup> 이러한 이익들에 비하여 순수한 경제적 이익의 순위는 낮게 책정되어 있다(제4항). 순수한 경제적 이익이라 함은 원고 자신 혹은 그의 재산에 대한 물질적 침해를 초래하지 아니하는 재정적 손실을 의미한다.<sup>163)</sup>

제1항에서 이익의 “명확성(Obviousness)”이라 함은 제3자가 그 이익의 존재와 순위에 대하여 익히 잘 알고 있는 경우를 의미한다.<sup>164)</sup> 가령 생명과 재산에 관한 이익은 명확한 이익이고, 순수한 경제적 이익 혹은 비재산적 이익은 명확하지 아니한 이익이다. 제1항에서 “개념의 명백성(Precision of Definition)”이라 함은 어떤 이익의 경계설정이 비교적 분명한 것을 의미한다. 가령 생명 혹은 재산에 대한 이익의 경우에는 비교적 용이하게 그 경계가 설정될 수 있으므로, 이러한 이익은 명확한 이익이 되고, 프라이버시라든가 경제적 이익 등은 넓은 중간 영역을 가지고 있으므로 명확하지 아니한 이익에 해당한다.<sup>165)</sup> 이 두 가지 기준에 따르면, 경제적 이익은 생명, 재산에 관한 이익과 비교해 볼 때, 그 개념이 명확하지도 아니하고 그 경계가 명백하지도 아니하므로, 이들 이익 보다 후순위에서 있고, 그 보호범위도 제한될 수 있는 것이다. 그리고 이익의 보호범위는 책임귀속사유의 성질에도 좌우될 수 있는바, 가령 과실로 인한 불법행위와 고의로 인한 불법행위를 비교해 볼 때, 후자의 경우에 피해자의 이익이 보다 더 보호될 수 있다. 마지막으로 행위자의 이익 혹은 공익도 고려될 수 있다(제6항).

나아가 하나의 요소만이 존재 하는가 혹은 수개의 요소들이 병존하는가의 여부와 이러한 각 요소들에 대하여 어느 정도의 비중이 인정되는가에 따라 이익보호의 범위가 결정된다. 이와 더불어 다른 요소들과의 중

162) Magnus, ZEuP 2004, 562, 568.

163) van Boom, Willem, Pure Economic Loss: A Comparative Perspective, in: van Boom, Willem / Koziol, Helmut / Witting, Christian A., (eds.), Pure Economic Loss, Tort and Insurance Law, vol. 9, Wien, 2004. p. 2 et seq.

164) EGTL/Koziol, Art. 2:102, Rn. 6.

165) EGTL/Koziol, Art. 2:102, Rn. 7.

합적 고려도 중요한 의미를 갖는다. 이처럼 보호범위는 제반요소들의 종합적 평가에 따라서 결정되므로, 높은 순위의 이익이라 하더라도 그에 대응하는 반대이익의 비중이 클 경우에는 보호를 받지 못하게 된다.<sup>166)</sup>

[제2:103조 손해의 정당성]

불법적인 것으로 간주되는 행위 또는 재원과 관련된 손실은 전보될 수 없다.

제2:103조는 허용되지 아니하는 행위와 관련된 이익손실은 배상될 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 손해배상을 받을 수 있으려면, 손해가 제2:102조에 따라서 법적으로 보호되는 이익에 대한 침해로 말미암아 발생하였고, 그러한 침해로 인한 손실이 법률상 허용되는 것이어야 한다. 가령 행위, 소득 혹은 이윤이 불법하거나 법에 의하여 허용되지 아니하는 경우에는, 그에 대한 손해는 배상 가능한 손해에 해당되지 아니한다.<sup>167)</sup>

이 규정은 법질서는 존중되어야 하므로, 불법하거나 최소한 적법하지 아니한 행위 혹은 출처와 관련된 손실에 대하여는 법에 의한 보호가 박탈되어야 한다는 사고를 바탕으로 하고 있다.<sup>168)</sup>

[제2:104조 예방비용]

위급한 손해의 예방을 위한 비용은 그 지출이 합리적인 범위 내에서 배상할 손해에 포함된다.

제2:104조에 따르면 위급한 손해의 예방을 위한 비용도, 그 지출이 합리적인 한에 있어서는, 제2:101조의 의미에서의 배상 가능한 손해에 포함된다. 여기에서 “비용”이라 함은 대금 혹은 손해예방을 목적으로 지출한 기타의 경비를 의미한다.<sup>169)</sup> 그리고 손해예방비용은 단지

166) EGTL/Koziol, Art. 2:102, Rn. 14; Koziol, ZEuP 2004, 234, 244.

167) EGTL/Magnus, Art. 2:103, Rn. 1.

168) EGTL/Magnus, Art. 2:103, Rn. 5.

그 비용이 “위급한 손해의 예방”을 목적으로 한 경우에만, 배상가능한 손해로 인정된다. 그리고 손해가 “위급한” 것으로 되려면, 만일 어떠한 예방조치도 취하지 아니하였더라면, 손해가 곧 발생할 수도 있었다는 실제적 위험이 있어야 한다.<sup>170)</sup>

[제2:105조 손해의 증명]

손해는 일반 소송상의 기준에 따라 증명되어야 한다. 그러나 정확한 손해액의 증명이 매우 어렵거나 과도한 비용을 요하는 경우에는 법원이 손해의 범위를 산정할 수 있다.

제2:105조 본문에 따르면 손해의 증명은 원칙적으로 일반 소송상의 기준에 따르도록 되어 있으므로, 피해자인 원고가 스스로 손해 및 그 액을 입증하여야 한다. 여기에서 “일반 소송상의 기준”이라 함은 국내 민사법원이 손해액을 산정할 때 적용하는 기준을 의미한다.<sup>171)</sup> 이처럼 실체법의 범주에 속한다고 보아야 하는 PETL에 절차법적인 내용을 두게 된 이유는, 이런 규정을 둬으로써 증명의 문제는 PETL의 규율범위 밖에 있다는 사실을 분명하게 하기 위함이라고 한다.<sup>172)</sup>

입증의 정도에 관한 기준들은 국가별로 대단히 상이해서 법관에게 완전한 확신을 주거나 고도의 개연성의 증명을 요하는 예가 있는가 하면 개연성만 입증하면 족한 것으로 보는 경우도 있다. 그런데 손해에 대한 엄격한 증명을 하는 것이 대단히 곤란하거나 이에 과도한 비용이 소요되는 경우도 있는바, 단서에서는 -대부분의 국가에서 인정되고 있는 원칙을 받아들여<sup>173)</sup>- 이러한 경우에는 예외적으로 법원이 손해의 범위를 산정할 수 있도록 하고 있다.

169) EGTL/Magnus, Art. 2:104, Rn. 2.

170) EGTL/Magnus, Art. 2:104, Rn. 3.

171) EGTL/Magnus, Art. 2:105, Rn. 3.

172) EGTL/Magnus, Art. 2:105, Rn. 5.

173) EGTL/Magnus, Art. 2:105, Rn. 5.

### 제 3 절 : 인과관계

제 1 관 : 조건적 인과관계 및 특별한 경우

[제3:101조 조건적 인과관계]

어떤 행위 또는 행태가 (이하 행위라 함) 없었더라면 해당 손해가 발생하지 않았을 경우, 그 행위는 피해자의 손해의 원인이 된다.

#### 1. 인과관계와 책임의 범위

인과관계는 불법행위의 중요한 성립요건이다. 그런데 인과관계에 대한 국가별보고서에 따르면, 유럽연합 회원국의 국내법에서는 이 문제를 다양한 이론을 통하여 해결하고 있다고 한다.<sup>174)</sup> 우선 사실적 인과관계의 개념과 법적 인과관계의 개념을 혼용해서 사용하는 예들이 많고, 법적 인과관계의 개념 하에서 책임귀속의 범위에 관한 문제도 함께 다루고 있는 경우가 있는가 하면 양자를 상호 무관한 주제로 다루는 경우도 있다고 한다. 구체적으로 벨기에에는 조건적 인과관계만으로 족한 것으로 보고 있고,<sup>175)</sup> 영국에서는 “(원인행위와 손해의) 疎遠性 (remoteness)”을 기준으로 삼고 있고,<sup>176)</sup> 독일과 그리스에서는 상당인과관계설을 따르고 있다.<sup>177)</sup> 오스트리아도 이 범주에 속한다고 볼 수 있는데, 다만 상당성 검토의 문제를 인과관계의 문제가 아니라, 독자적인 책임귀속요소로 다룬다는 점에서 다소 상이하다.<sup>178)</sup> 그런가 하면 네델란드에서는 인과관계를 우선 조건설에 따라 검토하고 있어서 다

174) Magnus, in: *Privatrecht*, S. 141, 157; Spier, Jaap/Haazen, *Comparative Conclusion on Causation*, in: Spier/Busnelli/Cousy/Vanderspikken (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag, 2000, S. 134.

175) Cousy, Herman/Vanderspikken, A., *Causation under Belgian Law*, in: Spier/Busnelli/Cousy/Vanderspikken (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag, 2000, S. 23.

176) Winfield and Jolowicz on Tort, S. 195 ff., 207 ff.

177) 독일: BGHZ 7, 198, 204; BGHZ 57, 141; BGH, NJW 1995, 127. 그리스: Kerameus, *Causation under Greek Law*, in: Spier/Busnelli/Cousy/Vanderspikken (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag, 2000, S. 75.

178) Koziol, Helmut, *Haftpflichtrecht I*, 3. Aufl., Wien, 1997, S. 91, 235 ff.

양한 기준들을 검토하여 최종적으로 인과관계를 인정하고 있다.<sup>179)</sup>

PETL은 이러한 입법례들 가운데 “절충적” 입장을 취하여,<sup>180)</sup> 제2장 책임의 일반요건 제3절 인과관계에 두 개의 관을 두어, 제1관에서는 조건적 인과관계 및 특별한 경우에 관하여 규율하고 있고, 제2관에서는 책임의 범위에 관하여 규율하고 있다.

#### 2. 조건적 인과관계

PETL은 인과관계에 관한 첫 규정에서 사실적 인과관계를 판단하는 일반규정으로 조건적 인과관계(Conditio sine qua non: csqn)에 대한 규정을 두고 있다. 따라서 csqn공식에 따라서 어떤 가해행위가 없었더라면 해당 손해가 발생하지 않았을 것이라는 사실이 인정되면, 가해행위와 손해발생 사이에 인과관계가 인정된다. 그런데 이러한 csqn공식을 적용하여 해결할 수 없는 특별한 경우들도 있는바, PETL에서는 경합적 인과관계, 선택적 인과관계, 잠재적 원인에 의한 가정적 인과관계 내지 추월적 인과관계, 인과관계의 세부적 불확정에 대하여 별도의 규정을 두고 있다.

주지하는 바와 같이 조건적 인과관계를 인과관계의 척도로 삼는 경우에는 책임의 범위가 무제한으로 확대될 위험이 있다는 비판을 받는다. 이러한 비판은 - 독일법적 사고에서 - 인과관계의 단계에서 책임의 성립(책임발생적 인과관계)과 범위(책임충족적 인과관계)를 함께 다루는 경우에, 후자에 대한 비판에 해당하고, 전자의 경우에는 csqn 공식에 따라 인과관계의 “준부”를 검토하는 것으로 충분하다. 그런데 PETL에서는 인과관계와 책임의 범위를 별도로 규정하고 있는바, 이는 인과관계의 유무와 책임의 범위를 별개로 다루는 오스트리아법적인 사고를 기초로 하는 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 PETL에서 인과관계가 차지하는 위치는 “책임의 전제(성립)조건”<sup>181)</sup>에 해당할 것이고, 이 단계

179) *Nieuw Burgerlijk Wetboek von 1992* 제6:98조 참조.

180) EGTL/Spier, Art. 3:101, Rn. 4; Koziol, ZEuP 2004, 234, 244.

181) EGTL/Spier, Art. 3:101, Rn. 4.

에서 인과관계가 가지는 의미는, 인과관계 유무에 따라 그 다음 단계의 검토, 즉 책임귀속 내지 범위의 문제를 검토할 것인지의 여부를 결정하는 일종의 “Filter역할”을 하는 데에 있다. 인과관계가 이러한 의미로 해석된다면, - 이 단계에서는 아직 책임범위의 확대 여부가 문제되지 아니하기 때문에 - csqn공식에 따라 (사실적) 인과관계의 유무를 판단하는 것으로 충분하다. 물론 조건적 인과성이 인정되는 경우에는 다음 단계로 넘어가서 책임의 충족여부를 검토하게 되고, 이 때야 비로소 -조건공식에 따라 넓게 인정된- 책임의 범위를 일정한도로 제한하는 검토를 하게 된다. 따라서 csqn을 인과관계의 기본원칙으로 삼는다고 하여 항상 책임범위가 확대될 위험이 생긴다고 볼 수는 없다. 후술하는 바와 같이 PETL 제3:210조에서는 책임의 범위를 한정하는 규정을 두고 있기 때문에 책임범위가 지나치게 확대되지는 아닐 것이다. 그리고 보면 -인과관계와 책임범위를 결합시키는 것은 법논리적으로 잘못된 것이라는 이유로 몇몇 회원들은 양자를 같은 장에서 규율하는 것에 반대를 했었다고 하지만<sup>182)</sup>- 양자를 동일한 장에서 규율함으로써 오히려 책임의 전제조건으로서 인과관계의 문제와 책임범위 확정 문제가 서로 상이한 단계에 있고, 그럼에도 불구하고 상호 밀접한 관계에 있다는 사실이 분명해지는 이점이 있다고 하겠다.

[제3:102조 경합적 원인]

복수의 행위 중 각 행위가 단독으로 해당 손해를 동시에 야기했을 경우, 각 행위는 피해자의 손해의 원인으로 간주한다.

제3:102조는 두 개의 사건들이 동시에 작용하여 각기 단독으로 손해를 야기했을 수도 있었던 경우, 즉 중첩적 인과관계를 규율하고 있다. 이 경우에 두 개의 사건들이 각각 “전” 손해를 야기하기에 충분한 것이어야 하고,<sup>183)</sup> 이 사건들이 동시에 “손해”를 야기하였어야 한다.

182) EGTL/Spier, Art. 3:101, Rn. 2 Fn. 3.

183) EGTL/Spier, Art. 3:102, Rn. 2.

각각의 사건이 동시에 발생하였는지의 여부는 중요하지 아니다.<sup>184)</sup>

중첩적 인과관계에 대하여 전술한 csqn공식을 적용시키기 되면, 두 사건 모두 손해에 대한 원인이기는 하나, 발생한 손해는 둘 중 한 사건이 없었더라도 다른 하나의 사건에 의하여 야기될 수 있었으므로, 두 사건 모두 해당 사건이 없었더라면 손해가 발생하지 않았을 것이라는 csqn공식을 충족시키지 못하고,<sup>185)</sup> 결국 두 사건 모두에 대하여 책임이 성립되지 아니한다. 이처럼 경합적 원인이 존재하는 경우에는 csqn공식을 적용하여 인과관계 유무를 판단하는 것이 곤란하므로, PETL에서는 -일반적인 견해에 따라<sup>186)</sup>- 두 개의 사건 모두를 손해의 원인으로 파악함으로써, 결과적으로 복수의 불법행위자들에게 연대책임을 부과하고 있다.

[제3:103조 선택적 원인]

- (1) 복수의 행위 중 각 행위가 단독으로 해당 손해를 충분히 야기했을 수 있었으나, 그 중 어떤 행위가 사실로 손해를 야기했는지가 불명인 경우, 각 행위는 그 행위가 피해자에게 손해를 야기했을 개연성에 상응하는 범위에서 손해의 원인으로 간주된다.
- (2) 다수의 피해자 중 어느 특정 피해자의 손해가 한 행위에 의하여 야기된 것인지 불명이며, 또한 그 행위가 모든 피해자의 손해를 야기한 것으로도 볼 수 없는 경우, 그 행위는 특정 피해자에게 손해를 야기하였을 개연성에 비례하여 모든 피해자가 입은 손해의 원인으로 간주된다.

184) EGTL/Spier, Art. 3:102, Rn. 3.

185) EGTL/Spier, Art. 3:102, Rn. 1; Neethling, Johann, Element of Causation in South African Law of Delict, in: Spier/Busnelli/Cousy/Vanderspikken (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation, The Hague, 2000, S. 102 ff.

186) Spier/Haazen, Comparative Conclusion on Causation, in: Spier/Busnelli/Cousy/Vanderspikken (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation, Den Haag, 2000, S. 127 ff.

제3:103조는 비례책임의 개념을 기초로 선택적 인과관계를 규율하고 있다. 경합적 인과관계와는 달리 선택적 인과관계는 복수의 행위자가 손해를 야기한 것은 분명하나, 그들 중 누가 가해자인지가 불분명한 경우이다. 즉 사실적 인과관계는 있으나, 어떤 행위가 csqn공식을 충족시키는지 알 수 없는 경우이다.<sup>187)</sup>

제1항은 다수의 행위가 있고, 각각의 행위가 손해를 발생시키기에 충분하지만, 그 중 어느 행위가 실제로 손해의 원인인지를 모르는 경우를 규율한다. 국가별 보고서에 따르면 일부 국가에서는 선택적 가해자의 책임을 부인하고(스위스), 일부 국가에서는 이들에게 연대책임을 부과하고 있지만(독일, 오스트리아),<sup>188)</sup> PETL은 절충적인 입장을 취하여 각 인과관계의 개연성에 상응하는 분할책임을 규정하고 있다. 이러한 결론은 단순한 타협의 산물이 아니라, 선택적 인과관계가 있는 한 가해자의 지급불능의 위험을 피해자가 부담하는 것이 합리적이라는 고려에 따른 것이라고 한다.<sup>189)</sup>

제2항은 복수의 피해자의 경우에 대하여 규율하고 있다. 이에 따르면 가해자가 다수의 피해자들 가운데 1인에게 손해를 야기했음은 분명한데, 그 1인이 누구인지를 알 수 없는 경우에, 가해자는 모든 피해자에게 개연성의 정도에 따라서 손해를 배상해야 한다. 이 경우에 가해자가 어떤 손해를 야기했다는 사실은 확정된 것이므로, 그 확실하게 야기된 손해에 대해서만 배상분배가 문제된다.<sup>190)</sup>

#### [제3:104조 잠재적 원인]

(1) 한 행위가 피해자에게 손해를 초래한 것이 변경할 수 없이 확정

187) EGTL/Spier, Art. 3:103 Rn. 2.

188) Spier / Haazen, Comparative Conclusion on Causation, in: Spier / Busnelli / Cousy / Vanderspikken (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation, Den Haag, 2000, S. 150 ff.

189) Koziol, ZEuP 2004, 234, 245.

190) Koziol, ZEuP 2004, 234, 245.

된 경우에는, 다른 후속행위가 단독으로 동일한 손해를 야기할 수 있었던 경우에도 이를 고려하지 아니한다.

- (2) 그러나 후속행위가 추가적 혹은 가중적 손해를 초래한 경우에는 그 행위를 고려한다.
- (3) 처음의 행위가 지속적 손해를 야기한 후에 후속행위가 동일한 손해를 야기할 수 있었던 경우에는 그 시점 이후부터 두 행위가 그 지속적 손해의 원인인 것으로 본다.

제3:104조 제1항에서는 이른바 잠재적 인과관계에 대하여 규율하고 있다. 동 규정에 따르면 선행행위에 의하여 손해가 실제로 발생하고 나서 그 행위가 없었다면 동일한 손해를 야기하였을 후속 행위가 실행된 경우에는, 잠재적 원인에 의한 가중적 인과관계는 원칙적으로 인정되지 아니하고 따라서 선행행위를 한 자가 단독으로 손해의 전부를 배상하여야 한다. 이 경우 선행행위는 - 선택적 인과관계의 경우와 마찬가지로 - csqn공식을 충족시키지는 아니한다. 그러나 이 선행행위는 실제로 발생한 손해에 대한 그 밖의 책임요건을 모두 갖추고 있으므로, 선행행위가 없었다라도 후속행위에 의하여 후에 그 손해가 발생하였을 것이라는 잠재적 인과관계를 이유로, 선행행위를 한 자가 면책되지는 아니한다. 그에 비하여 후속행위를 한 때에는 선행행위에 의하여 손해가 이미 최종적으로 발생하여 보호될 법익이 더 이상 존재하지 아니하였으므로, 후속행위를 한 자는 책임을 부담하지 아니한다. 제1항은 모든 잠재적 인과관계에 적용되는 것은 아니고, 이미 존재하는 “한정적이고 돌이킬 수 없는” 손해에 대해서만 적용된다.<sup>191)</sup>

그에 비하여 후속행위가 추가적 혹은 가중적 손해를 야기한 경우에는 - 이른바 추월적 인과관계가 인정되어 - 그 후속행위를 한 자가 발생한 손해에 대하여 책임을 지게 된다(제2항). 이 경우에 후속행위는

191) EGTL/Spier, Art. 3:104 Rn. 2 f.

추가적 손해에 대한 csqn 공식을 충족하므로,<sup>192)</sup> 후속행위자가 발생한 손해에 대하여 책임을 부담하는 것은 타당한 것으로 보인다.

나아가 선행행위가 지속적 손해를 야기한 후에 후속행위가 동일한 손해를 야기할 수 있었던 경우에도 추월적 인과관계가 인정된다(제2항). 불법행위법 유럽위원회에서는 제1항의 적용을 받는 확정적이고 돌이킬 수 없는 손해(재산침해)와 제3항의 적용대상이 되는 지속적 손해(사고로 인한 이윤 혹은 수입의 손실, 지속적인 소음으로 인한 손상 등)는 상이한 내용을 가지는 것으로 파악하였다.<sup>193)</sup> 이러한 관점에서 보면, 각각의 불법행위자는 그의 행위가 보호이익을 침해한 그 순간부터 손해에 대한 csqn 공식을 충족하는바,<sup>194)</sup> 후속행위를 한 시점부터 선행행위와 후속행위는 모두 지속적 손해의 원인이 된다.

#### [제3:105조 불확실한 세부적 인과관계]

다수의 행위 중 어느 행위도 손해의 전부 또는 특정할 수 있는 손해의 일부를 야기한 것이 아님이 확실한 경우, 손해의 발생에 [최소] 기여를 한 것으로 보이는 모든 행위가 그 손해를 균등한 비율로 야기한 것으로 추정한다.

다수의 불법행위자들이 손해를 야기한 경우에는 대단히 복잡한 문제들이 발생한다. 특히 가해행위와 손해사이의 개별적인 인과관계 그리고 각각의 행위자에 대한 책임귀속이 어려운 난제이다. 바로 이 어려운 문제를 규율하는 것이 제3:105조이다. 동 규정에 따르면 다수의 행위가 공동으로 어떤 손해를 야기하였고 이들 중 어느 행위도 그 손해를 단독으로 야기하지 아니한 것이 분명하지만, 각 행위가 어느 정도로 그 손해를 야기했는지에 대한 세부적 인과관계가 불분명한 경우

192) EGTL/Spier, Art. 3:104 Rn. 8.

193) 이에 대한 자세한 내용은 다음의 글을 참조: Spier/Haazen, Comparative Conclusion on Causation, in: Spier/Busnelli/Cousy/Vanderspikken (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation, Den Haag, 2000, S. 141 ff.

194) EGTL/Spier, Art. 3:104 Rn. 14.

에는, 각 행위가 균등한 비율로 해당 손해를 야기한 것으로 추정한다.

이 경우 복수의 행위 가운데 어느 하나도 손해의 전부를 야기할 수 없었어야 하고, 손해에 대한 각각의 행위의 기여도가 불분명해야 한다.<sup>195)</sup> 만일 둘 혹은 그 이상의 행위가 손해에 기여를 했고 그들의 기여도가 “최소한인” 경우에는, 그들의 기여가 동등한 것으로 간주되고, 따라서 모든 행위자들이 - 최소한의 인과관계가 인정되는 - 손해에 대하여 균등한 비율로 분할 책임을 부담한다.

#### [제3:106조 피해자의 영역 내의 불확정 원인]

피해자는 자신의 영역 내의 어떤 행위, 사건 기타 사정에 의하여 손해가 야기되었을 개연성에 비례하는 정도에 따라 스스로 손해를 부담하여야 한다.

제3:106조는 - 부분적으로 기회상실이론(*perte d'une chance*)에 기초하여<sup>196)</sup> 피해자의 영역 내에 있는 어떤 행위, 사건 기타 사정에 의하여 손해가 야기되었을 가능성이 있는 경우에는, 그 발생한 손해와 피해자의 행위와의 잠재적 인과관계를 인정하고 있다.

이처럼 손해의 발생에 피해자의 영역 내의 어떤 사정이 기여하는 경우에는, 피해자의 영역 내에 있는 그 원인은 손해에 대한 csqn이므로,<sup>197)</sup> 피해자도 손해배상책임을 부담하게 된다. 이 경우에 물론 피해자가 단독으로 책임을 부담하는 것은 아니고, 인과관계의 개연성의 정도에 비례하여 가해자와 피해자가 분할책임을 부담한다.

만일 가해자와 피해자의 공동행위에 의하여 손해가 발생한 경우에는, 이 행위는 후술하는 제8:101조에 따른 피해자의 기여행위에도 해당하는바, 두 규정의 경합이 있게 된다.<sup>198)</sup>

195) EGTL/Spier, Art. 3:105 Rn. 2.

196) EGTL/Spier, Art. 3:106 Rn. 7; Koziol, ZEuP 2004, 234, 246.

197) EGTL/Spier, Art. 3:106 Rn. 1.

198) EGTL/Spier, Art. 3:106 Rn. 2.

제 2 관: 책임의 범위

[제3:201조 책임의 범위]

어느 행위가 본 절 제1관의 규정에 따라 손해의 한 원인으로 판단되는 경우, 손해를 어떤 자에게 귀속시킬 것인지의 여부 및 그 정도는 다음 각 호의 요소들을 고려하여 결정한다.

- (a) 행위 당시의 합리적 인간을 기준으로 한 손해의 예견가능성, 이 경우 가해행위와 그 결과 사이의 시간적 혹은 공간적 근접성 또는 그러한 행위의 통상적 결과에 비추어 본 해당 손해의 규모를 특별히 감안하여야 한다.
- (b) 보호이익의 성격 및 가치(제2:102조)
- (c) 책임의 근거(제1:101조)
- (d) 생활상의 일반적 위험의 범위
- (e) 위 반

전술한 제3장 제1관 조건적 인과관계 및 특별한 경우에서 정하고 있는 기준에 따라서 가해자의 행위와 발생한 손해사이의 인과관계가 인정되면, 이어서 가해자에게 어느 범위에서 손해배상책임을 귀속시킬 수 있는가를 검토하게 된다. 전술한 바와 같이 PETL은 조건적 인과관계를 원칙으로 하고 있기 때문에 csqn공식에 따라 넓게 인정된 책임의 범위를 일정한도로 제한할 필요가 있는바, 그 역할을 하는 것이 바로 제3:201조이다.

동 규정에서는 책임범위의 확정기준으로 행위 당시 합리적 인간을 기준으로 한 손해의 예견가능성, 제2:102조에서 규율되고 있는 보호이익의 성격 및 가치, 제1:101조에서 규율되고 있는 책임의 근거, 생활상의 일반적 위험의 범위 그리고 위반법규의 보호목적이라는 5개의 기준을 제시하고 있다. 이들 기준 가운데 가장 중요하고 가장 많이 사용되는 기준은 “예견가능성”이다. 이 기준은 대다수의 국내법에서

인정되고 있는 “예견할 수 없는 손해는 귀속될 수 없다”는 사고를 반영한 것이다.<sup>199)</sup> 손해에 대한 예견가능성 유무는 행위자 자신이 아니라 “합리적인 인간”을 기준으로 판단하고, 이 때 가해행위와 손해 사이의 시간적 공간적 근접성 또는 그러한 행위의 통상적 결과에 비추어 본 해당 손해의 규모가 고려되어야 한다.

제 3 장 : 책임의 근거

제3장 책임의 근거는 제4절 과실책임, 제5절 엄격책임, 제6절 타인에 대한 책임으로 구성되어 있다. 제4절 과실책임은 다시 제1관 과실책임의 요건과 제2관 과실의 입증책임의 전환으로 이루어져 있다. 제1관에서는 과실(제4:101조), 행위에 요구되는 기준(제4:102조), 타인을 손해로부터 보호할 의무(제4:103조)에 대하여, 그리고 제2관에서는 과실의 입증책임 전환 일반(제4:201조)과 기업책임(제4:202조)에 대하여 각각 규율하고 있다. 전술한 바와 같이 불법행위법 유럽위원회는 과실책임과 엄격책임 사이에 우열을 두고 있지 아니하고, 이 두 책임을 민사책임을 구성하는 여러 책임요소를 가운데 하나로 파악하고 있다. 그리하여 각 요소의 결합과 비율에 따라서는 과실책임과 엄격책임 사이의 “중간영역” 내지 “회색영역(grey zones)”이 생기게 되는데, 이러한 경우에는 상대적으로 낮은 위험성으로 말미암아 엄격책임이 인정되지는 아니하지만, 입증책임의 전환을 통하여 일반적 과실책임 보다는 강화된 책임을 인정하고자 한다. 이 두 규정이 바로 이러한 영역에 속한다.<sup>200)</sup>

제5절 엄격책임에서는 과실과 무관한 배상책임에 대하여 다루고 있다. 이러한 책임영역을 가리켜 위험책임, 무과실책임 또는 엄격책임이라고 부르는데, PETL에서는 이 중 마지막 용어를 선택하였다. 이 절

199) EGTL/Spier, Art. 3:201 Rn. 13.

200) EGTL/Widmer, Art. 4:201 Rn. 7; Koziol, ZEuP 2004, 234, 236, 250.

에서는 비통상적으로 위험한 행위(제5:101조)와 그 밖의 엄격책임(제 5:102조)에 대하여 규율하고 있다.

제6절 타인에 대한 책임에서는 미성년자 및 정신적 장애자에 대한 책임(제6:101조)과 보조자에 대한 책임(제6:102조)을 법정하고 있다.

**제 4 절 : 과실책임**

제 1 관 : 과실책임의 요건

[제4:101조 과실]

고의 또는 부주의로 행위에 요구되는 기준을 위반한 자는 과실에 기한 책임이 있다.

PETL은 - 대다수 국가들의 입법례에 따라<sup>201)</sup> - 과실책임을 불법행위의 기본형태로 삼고 있다.<sup>202)</sup> 비록 과실책임에 관한 일반규정인 제 4:101조에서는 “고의 또는 부주의”가 함께 언급되고 있고, 양자에 관한 구분을 하고 있지 아니하지만,<sup>203)</sup> 규정의 표제에 과실책임이라는 표현이 사용되고 있고(제4절 과실책임; 제1관 과실책임의 요건: 제 4:101조 과실), 제4:102조 이하의 규정들도 과실을 중심으로 규율하고 있는바, 과실책임이 주를 이루고 있음은 의문의 여지가 없어 보인다. 이 과실책임은 주지하는 바와 같이 스스로 결함 있는 행위를 한 자는 그로 말미암아 야기된 불리한 결과에 대하여 책임을 져야 한다는 사고에 근거하고 있고, 가해자가 자신에게 귀속될 수 있는 결함행위의 결과에 대하여 책임을 부담해야 한다는 것은 법윤리적으로도 당

201) 독일민법 제823조 제1항, 프랑스민법 제1382조, 오스트리아민법 제1295조, 이탈리아민법 제2043조, 네델란드민법 제6:162조, 스위스채무법 제41조, 스페인민법 제1.902조  
202) EGTL/Widmer, Chapter 4. Liability Based on Fault, Introduction, Rn. 1; EGTL/Widmer, Art. 4:101 Rn. 1.  
203) 다만 전술한 바와 같이 제2:102조 제5항에서는 고의로 인한 불법행위의 경우에는 다른 경우에 비하여 손해배상의 범위가 확대될 수 있음을 명시하고 있다.

연한 것으로 받아들여지고 있다.<sup>204)</sup>

나아가 동 규정은 -유럽 국가들에서 일반적으로 수용되고 있는- “객관적인” 과실개념을 사용하여, 누구든지 행위에 요구되는 기준을 준수해야 한다는 기본입장에서 출발하고 있다.<sup>205)</sup> 여기에서 “행위에 요구되는 기준”이 무엇을 의미하는가에 대하여는 제4:102조에서 규율되고 있다. 이에 비하여 주관적으로 비난가능한 결함행위의 유무, 즉 가해자가 자신이 위험하고 위법한 행위를 하고 있으며 또 달리 행위할 수도 있다는 사실을 인식할 수 있었는지의 여부는 원칙적으로 고려되지 아니한다. 다만 이러한 주관적 요소는 아동 혹은 정신 장애가 있는 사람들의 불법행위능력의 범주에서 의미를 가진다.<sup>206)</sup>

[제4:102조 행위에 요구되는 기준]

- (1) 행위에 요구되는 기준이란 동일한 상황에서 합리적인 사람에게 요구되는 행위기준을 말하며, 특히 관련된 보호이익의 성격과 가치, 해당행위의 위험성, 그러한 행위를 실행하는 자에게 기대되는 전문지식, 해당 손해의 예견가능성, 관련 당사자들 사이의 긴밀한 상호관계 내지 특별한 신뢰관계, 예방수단 또는 대체수단의 가능성 및 그 비용을 고려하여 정한다.
- (2) 이상의 기준은 행위자의 연령, 정신적 혹은 신체적 장애를 이유로 또는 특별한 사정에 비추어 행위자에게 이를 준수할 것을 기대할 수 없는 경우 조정될 수 있다.
- (3) 행위에 요구되는 기준을 설정함에 있어서는 일정한 행위를 명령하거나 금지하는 법규들을 고려하여야 한다.

204) Brüggenmeier, Gert, Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin, 2006, S. 42 f.; EGTL/Widmer, Chapter 4. Liability Based on Fault, Introduction, Rn. 1; Koziol, ZEuP 2004, 234, 247.  
205) EGTL/Widmer, Chapter 4. Liability Based on Fault, Introduction, Rn. 3; EGTL/Widmer, Art. 4:101 Rn. 4; Wagner, in: Grundstrukturen, S. 189, 256 ff.  
206) Wagner, in: Grundstrukturen, S. 189, 259 ff.

## 1. “행위에 요구되는 기준”의 의미

제4:102조에서는 제4:101조의 의미에서의 “행위에 요구되는 기준”이 무엇인가에 대하여 상세하게 기술하고 있다. 동조 제1항에 따르면 “행위에 요구되는 기준”이란 동일한 상황에서 합리적인 사람에게 요구되는 기준을 의미한다. 이처럼 행위기준을 판단하는 기준점은 “합리적인 사람(reasonable man)”이므로, 행위자가 구체적으로 어떻게 행위했는가 또는 평균인 내지 통계적 다수인이라면 어떻게 행위했을 것인가는 중요하지 아니다. 합리적인 사람은 로마법상의 *bonus pater familias*(선량한 가정)의 현대적 유형으로서, 자신의 이익만을 추구하지 아니하고 타인의 이익도 함께 고려하는 사람을 의미한다.<sup>207)</sup> 나아가 이러한 합리적인 사람이 가해자와 동일한 상황 하에 있었다라면 어떻게 행위하였는가를 기준으로 한다. 즉 행위에 요구되는 기준을 판단함에 있어서 주어진 “구체적 제반사정”이 중요한 역할을 한다.<sup>208)</sup>

## 2. 행위기준 설정 요소

불법행위법 유럽위원회는 주어진 구체적 제반사정 하에서 행위기준이 될 수 있는 모든 중요한 요소들을 가능하면 정확하고 완벽하게 제시하고자 하였고, 이 과정에서 개인들의 상반되는 이해관계를 적절하게 조정하는 것을 기본 출발점으로 삼았다고 한다.<sup>209)</sup> 이렇게 해서 제 4:102조 제1항에서 제시되고 있는 바와 같은 7개의 기준이 확정되었는데, 관련된 보호이익의 성격과 가치, 해당행위의 위험성, 그러한 행위를 실행하는 자에게 기대되는 전문지식, 해당 손해의 예견가능성, 관련 당사자들 사이의 긴밀한 상호관계 내지 특별한 신뢰관계, 예방수단 또는 대체수단의 가능성 및 그 비용이 그것이다.

207) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 5.

208) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 5; Koziol, ZEuP 2004, 234, 247.

209) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 6.

첫 번째 요소는 “관련된 보호이익의 성격과 가치”이다. 이는 전술한 제2:102조에서 규율되고 있는 보호되는 이익 및 그 보호 순위와 밀접한 관련이 있다. 가령 타인의 이익을 위태롭게 하는 자에 대해서는 한편으로는 위협받는 법익의 가치와 순위가 높으면 높을수록 보다 고도의 주의가 요구된다. 따라서 생명, 건강 및 자유와 같은 인격적 이익에 대해서는 물건이나 기타 순수한 재산상의 이익과 비교하여 보다 높은 정도의 주의가 요구된다. 다른 한편 타인의 법익을 위협하는 행위에 의하여 추구되는 이익의 가치도 고려되어야 하는바, 이러한 가치가 높으면 높을수록 엄격한 주의의무의 요구를 통하여 행동의 자유를 제한하는 것의 구체적 타당성은 줄어들 것이다.<sup>210)</sup> 그리고 타인의 이익이 공연하고 그 범위가 분명할수록 이러한 이익에 대한 배려가 더욱 용이해지고, 따라서 그 기대가능성이 더욱 높아진다고 할 수 있다. 그러므로 타인의 생명, 건강 또는 소유를 존중할 의무는 타인의 채권, 장래 수익에 관한 이익, 기타 순전한 재산상의 이익 또는 정신적 이익을 고려해야 할 의무보다 먼저 고려되어야 한다.<sup>211)</sup>

두 번째 요소는 “해당 행위의 위험성”이다. 위험성은 넓은 의미에서 모든 사람에게 통상적인 능력 이상을 요구하는 행위, 예컨대 어떤 특정한 전문적 기술을 요구하는 행위의 모든 요소를 포함한다. 이 기준은 스위스 책무법에서 인정되고 있는 이른바 위험의 원칙(Gefahrensatz)과 관련되어 있다.<sup>212)</sup> 동 원칙에 따르면 타인에 대하여 위험한 사정을 조성했거나 혹은 유지한 자는 그러한 위험이 손해의 형식으로 실현되는 것을 방지하기 위하여 적절한 조치를 취해야 하는데, 이러한 의무를 부담하는 자에게는 보다 고도의 주의의무가 요구될 것이다.

세 번째 요소는 “그러한 행위를 실행하는 자에게 기대되는 전문지식”이다. 이는 몇몇 국가에서 인정되고 있는 전문가책임에서 아이디어

210) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 7; Koziol, ZEuP 2004, 234, 247 f.

211) Koziol, ZEuP 2004, 234, 248.

212) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 8.

를 얻은 것인데,<sup>213)</sup> 특별한 능력 내지 전문지식을 갖추고 있는 전문가의 주의의무에는 일반인의 그것 보다 엄격한 기준이 적용된다.

네 번째 요소는 “해당 손해의 예견가능성”이다. 이는 주의의무의 기준을 설정함에 있어서 고려되는 전통적인 요소로서, 자신의 행위의 결과에 대하여 예견할 수 없었던 자는, 그 결과에 대하여 책임을 질 수 없다는 사고를 반영한 것이다.<sup>214)</sup>

다섯 번째 요소는 “관련 당사자들 사이의 긴밀한 상호관계 내지 특별한 신뢰관계”이다. 통상 행위자들의 관계가 가까우면 가까울수록 서로의 이익을 존중하리라는 기대를 할 수 있는바, 이들에게는 보다 높은 주의의무가 부과된다. 이는 특히 일정분야에서 특별한 지식을 가지고 있는 자에게 사업상 자문을 구하고 그 자문내용에 따라 사업을 하였으나 손해를 입은 경우에 문제된다.<sup>215)</sup>

여섯 번째 요소는 “예방수단 또는 대체수단의 가능성”이다. 이는 신의성실의 원칙과 비례성의 원칙을 반영한 것으로서, 어떤 특정한 이익 혹은 결과를 얻기 위하여 다양한 수단과 방법을 취할 수 있는 경우에, 가능한 한 제3자에게 보다 덜 위험한 방법을 택해야 한다는 것을 의미한다.<sup>216)</sup>

일곱 번째 요소는 “예방수단 또는 대체수단의 비용”이다. 이는 경제적 분석의 영향을 받은 것으로서,<sup>217)</sup> 손해예방 내지 방지를 위하여 최상의 예방수단 혹은 대체수단을 마련할 수는 있으나 거기에 비정상적으로 비용이 많이 드는 경우에는 그러한 조치를 취하도록 강제할 수 없다는 것을 의미한다.

213) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 9.

214) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 11.

215) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 12.

216) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 13.

217) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 13.

이와 더불어 행위기준을 확정함에 있어서 어떤 특정한 행위를 명령하거나 금지하는 법규들도 고려되어야 한다(제3항).

### 3. 행위기준을 조정할 수 있는 경우

제1항 내지 제3항에서 규정하는 것처럼 행위의무의 기준을 객관적으로 파악할 경우, 행위에 대한 주관적 비난가능성은 과실 판단에 영향을 줄 수 없게 된다. 그러나 행위자의 특수한 사정으로 말미암아 일반적 행위기준을 준수하는 것을 기대할 수 없는 경우에도 일반인들과 동일한 기준을 적용한다면, 이는 과실에 기초한 책임을 엄격책임으로 전환시키는 것을 허용하는 셈이 된다.<sup>218)</sup> 따라서 제2항은 미성년자와 정신적 혹은 신체적 장애인의 경우 또는 특별한 사정이 있는 경우에는 객관적으로 설정된 일반적 행위기준을 조정할 수 있다고 규정함으로써 과실의 주관적 측면을 고려하고 있다.<sup>219)</sup>

#### [제4:103조 타인을 손해로부터 보호할 의무]

타인을 손해로부터 보호하기 위한 적극적 행위 의무는 법률이 이를 규정하는 경우, 행위자가 위험한 상황을 조성하거나 통제하는 경우, 당사자들 사이에 특별한 관계가 있는 경우 또는 한 당사자에 대한 손해의 심각성 및 다른 당사자에 의한 손해예방의 용이성에 비추어 이러한 의무가 인정되는 경우에 성립할 수 있다.

제4:103조에서는 -계약체결상의 과실책임, 계약상 보호의무 등과 같은 신뢰책임(Vertrauenshaftung)을 반영하여- 일정한 경우에는 신의성실의 원칙상 타인을 손해로부터 보호할 의무가 있다고 규정하고 있다.<sup>220)</sup> 그런데 이러한 의무는 한정적인 경우에만, 즉 예외적으로 성립되므로, 일반적인 의무로서 손해방지의무는 존재하지 아니한다고 해석된다.<sup>221)</sup>

218) EGTL/Widmer, Art. 4:102 Rn. 14.

219) Koziol, Koziol, ZEuP 2004, 234, 248.

220) EGTL/Widmer, Art. 4:103 Rn. 1.

221) EGTL/Widmer, Art. 4:103 Rn. 4; Koziol, ZEuP 2004, 234, 248.

동 규정에 대한 논의과정에서 손해방지의무를 일반적으로 인정할 것인지의 여부에 대하여 논란이 있었으나, 이를 허용하지 아니하는 쪽으로 의견이 모아졌다고 한다.<sup>222)</sup> 이와 같이 적극적인 손해방지의무를 부과하는 것에 대하여 소극적인 입장을 취하는 이유는, 어떤 자에게 손해의 방지를 위하여 특정한 행위를 하지 아니할 것을 명령하는 것이 특정한 행위를 할 것을 명령하는 것보다 기대가능성이 높다는 사실에 근거한다. 즉 특정한 행위의 금지규범을 준수하는 경우 규범의 수령자는 여전히 많은 다른 행위방식을 선택할 여지가 있으나, 특정한 행위를 의무화하는 경우에는 행위의 자유는 완전히 배제되는바, 오늘날 유럽의 어느 법질서에서도 타인의 손해를 적극적으로 방지해야 하는 일반적 의무를 인정하지 아니하고 있다.<sup>223)</sup>

이처럼 제4:103조에서는 일반적인 손해방지의무를 부과하고 있지는 아니하나, 특정한 경우에는 작위의무를 인정하고 있다. 즉 법률이 이 의무를 규정하는 경우, 행위자가 위험한 상황을 조성하거나 통제하는 경우, 당사자들 사이에 특별한 관계가 있는 경우 또는 한 당사자에 대한 손해의 심각성 및 다른 당사자에 의한 손해예방의 용이성에 비추어 이러한 의무가 인정되는 경우가 그러하다.

## 제 2 관 : 과실의 입증책임의 전환

### [제4:201조 과실의 입증책임의 전환 일반]

- (1) 과실의 입증책임은 해당 행위를 통하여 표출된 위험의 중대성에 비추어 전환될 수 있다.
- (2) 위험의 중대성은 해당 행위에 의하여 발생할 수 있는 손해의 심각성 및 그러한 손해가 실제로 발생할 개연성에 따라 판단한다.

222) EGT/Widmer, Art. 4:103 Rn. 2.

223) Vgl. Länderberichte zu Fall 10 in: Koziol, Helmut (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag, 1998.

불법행위의 성립요건에 대한 입증책임은 원칙적으로 원고인 피해자가 부담한다. 그런데 제4:201조 제1항에서는 행위의 위험성이 중대한 경우에는 과실에 대한 입증책임을 피고에게 전환시키고 있다. 이 때 “위험의 중대성”은 해당 행위에 의하여 발생할 수 있는 손해의 심각성 및 그러한 손해가 실제로 발생할 개연성에 따라서 판단한다. 동 규정의 적용을 받는 행위는 위험하기는 하나, 행위의 결함 여부를 불문하는 엄격한 책임을 정당화할 수 있을 만큼 고도로 위험한 행위에는 해당하지 아니하는 행위로 한정된다. 이처럼 PETL에서는 “위험성의 정도”를 기준으로 고도의 위험성이 문제가 되는 영역은 엄격책임으로, 그 보다 경미한 위험성이 문제가 되는 경우에는 강화된 과실책임으로 규율하고 있다.

피해자가 과실의 입증과 관련하여 구조적인 어려움에 봉착할 경우에 입법자는 과실과 무관한 배상책임을 선호하는 경향이 있다.<sup>224)</sup> 제조물책임, 환경책임 등과 같이 가해자의 행위의 기술적 혹은 조직적 복잡성으로 말미암아 피해자의 입장에서 가해자의 과실을 입증하기가 어려운 경우가 여기에 해당한다. 이러한 경우에 입증책임을 가해자에게 전환하게 되면 피해자는 물론 유리한 위치에 있게 되고, 가해자는 자신에게 요구되는 행위기준에 상응하게 행위를 하였다는 사실을 입증해야 하는 불리한 위치에 있게 된다. 만일 가해자가 이러한 입증에 실패하면 과실책임을 져야 하므로, 결국 그는 “추정된” 과실에 기하여 책임을 부담하게 된다. 따라서 과실에 대한 입증책임을 피고에게 전환하게 되면, 과실책임을 강화하여 엄격책임에 가깝게 운용하는 결과가 된다. 이런 의미에서 제4:201조는 과실책임과 엄격책임 사이의 가교역할<sup>225)</sup>을 한다고 할 수 있다.

224) Fedtke, J./Magnus, U., Germany, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, Den Haag, 2002, Nr. 25 참조.

225) EGT/Widmer, Art. 4:201 Rn. 7.

## [제4:202조 기업책임]

- (1) 경제적 혹은 전문적 목적을 위해 보조자 또는 기술설비를 사용하여 지속적인 기업을 경영하는 자는 그러한 기업 또는 그 생산물의 결함으로 말미암아 발생하는 모든 손해에 대하여 책임이 있다. 그러나 기업경영자가 요구되는 행위기준을 준수하였음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.
- (2) “결함”이라 함은 해당 기업 또는 그 생산물 내지 용역에 대하여 합리적으로 기대되는 기준에 미달되는 모든 상태를 말한다.

제4:202조에서는 스위스 채무법 전면개정안 제49의a조<sup>226)</sup>와 제조물 책임에 관한 유럽공동체의 입법지침을 참작하여 기업책임에 관하여 규율하고 있다.<sup>227)</sup> 동 규정에 따르면 경제적 혹은 전문적 목적을 위해 보조자 또는 기술설비를 사용하여 지속적인 기업을 경영하는 자는 그러한 기업 또는 그 생산물의 결함으로 말미암아 발생하는 모든 손해에 대하여 원칙적으로 책임이 있으나, 기업경영자가 행위기준을 준수하였다는 사실을 입증한 경우에는 면책된다. PETL은 기업보호 차원에서 기업책임을 엄격책임으로 구성하지는 아니하고,<sup>228)</sup> 그 대신에 기업의 인적 물적 조직결함과 생산물결함으로 말미암아 발생한 손해에 대한 입증책임을 기업에게 부과시키는 것을 통하여 기업의 배상책임을 강화하고 있다. 이로써 과실책임과 엄격책임의 중간영역이 일부가 규율되고 있다.

동 규정에서 “기업”이라 함은 사업 자체와 조직을 모두 포함한다. 정부와 비영리조직도 그들의 업무에 의하여 경제적 혹은 전문적 목적

226) “경제적 또는 직업상의 목적으로 어떤 기업을 경영함에 있어 일인 혹은 수인의 보조자를 사용하는 자는 기업의 활동범위 내에서 야기된 손해에 대하여 배상할 책임이 있다. 그러나 기업의 조직이 손해를 예방함에 적합하였음을 입증한 때에는 그러하지 아니하다.” 동규정에 대한 자세한 내용은 Werro, in: European Tort Law, S. 81, 97 f. 참조.

227) EGTL/Widmer, Art. 4:202 Rn. 3; Koziol, ZEuP 2004, 234, 250;

228) EGTL/Widmer, Art. 4:202 Rn. 1; Koziol, ZEuP 2004, 234, 251.

을 수행하는 한 기업에 포함된다.<sup>229)</sup> 기업이 반드시 영리추구를 목적으로 할 필요는 없으나, 그러한 행위로부터 이윤을 얻는다는 것은 기업으로 인정받을 수 있는 중요한 지표가 된다.<sup>230)</sup> “결함”이라 함은 해당 기업 또는 그 생산물 내지 용역에 대하여 합리적으로 기대되는 기준에 미달되는 모든 상태를 의미한다.

이처럼 기업에 대하여 과실의 추정을 통하여 강화된 과실책임을 인정하는 이유로는, 고도로 발달된 산업기술에 의하여 기업의 조직위험이 증가하였다는 점 그리고 기업활동의 이익이 귀속되는 곳에 기업활동과 관련된 위험도 귀속되어야 한다는 점 등을 들 수 있다.<sup>231)</sup>

## 제 5 절 : 엄격책임

## [제5:101조 비통상적으로 위험한 행위]

- (1) 비통상적으로 위험한 행위를 하는 자는 그 행위에 의하여 표출된 손해에 대하여 엄격한 책임을 부담한다.
- (2) 비통상적으로 위험한 행위라 함은 다음의 행위를 말한다.
- (a) 관리상 요구되는 모든 주의를 다 하여도 매우 현저한 손해의 위험을 예견할 수 있는 행위 그리고
- (b) 일반 관행에 속하지 아니하는 행위
- (3) 손해의 위험은 해당 손해의 심각성 혹은 개연성을 감안하여 현저하다고 할 수 있다.
- (4) 이 규정은 본 원칙의 다른 규정 또는 국내법 혹은 국제협약의 다른 규정에 의하여 엄격책임의 특별한 적용대상이 되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.

229) EGTL/Widmer, Art. 4:202 Rn. 14.

230) EGTL/Widmer, Art. 4:202 Rn. 15.

231) EGTL/Widmer, Art. 4:201 Rn. 6; EGTL/Widmer, Art. 4:202 Rn. 21; Koziol, ZEuP 2004, 234, 250.

엄격책임에 관한 유럽 각국의 규율은 과실책임의 경우에 비하여 매우 커다란 차이를 보이고 있다.<sup>232)</sup> 따라서 이에 관한 유럽공동체의 기본원칙을 정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 예컨대 프랑스에서는 프랑 민법 제1384조 제1항의 해석을 통하여 물건의 보유자의 무과실책임을 매우 폭넓게 인정하고 있는 반면에, 독일에서는 여러 종류의 위험원에 대한 위험책임을 개별입법을 통하여 인정하고 있으며, 영국에서는 자동차 보유자에 대해서도 엄격책임을 인정하지 않을 정도로 과실책임 이외의 책임을 거의 인정하지 아니하고 있다.<sup>233)</sup> 따라서 엄격책임을 인정하는 국제조약이나 유럽연합의 입법지침이 있는 경우에만 유럽차원의 공통적 규율이 이루어지고 있는 실정이다. 그러므로 엄격책임 영역의 유럽법의 통일은 매우 절실함과 동시에 그 실현이 대단히 어려운 과제라 할 수 있다.<sup>234)</sup>

불법행위법 유럽위원회의 다수 위원들은 스위스 채무법 전면개정안 제50조(위험책임)를 모범삼아<sup>235)</sup> 엄격책임을 광범위하게 인정하는 일반규정을 두는 것에 찬성하였으나, 영국과 네델란드의 위원들은 엄격책임에 대한 일반조항을 두는 것은 유럽법의 통일에 도움이 되지 아니한다는 이유를 들어 반대하였는바, 결국 “비통상적으로 위험한 행위”를 요건으로 하는 “좁은” 범위의 일반조항만을 두는 것으로 하고(제5:101조), 기타 위험원에 대한 위험책임에 관하여는 유럽 각국의 국내법으로 규율하는 것으로 결정하였다고 한다(제5:102조 제1항).<sup>236)</sup>

232) Koch/Koziol (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Den Haag, 2002 에 게재된 국가별 보고서 및 편자들이 작성한 *Comparative Conclusions*, S. 395 참조.

233) Wagner, in: *Grundstrukturen*, S. 189, 274 ff. 및 *National Reports*와 *Editor's Comparative Conclusions in: Koch/Koziol (Eds.), Strict Liability*, passim 참조.

234) Koziol, *ZEuP* 2004, 234, 251.

235) “특별히 위험한 행위의 전형적 위험이 실현되어 손해가 야기된 경우에는, 법질서가 인용하는 행위를 한 경우에도 행위자는 이를 배상할 책임이 있다.” 동조 제2항은 특별한 위험성에 관하여 규정하고 있으며, 제3항은 특정한 전형적 위험에 대한 특별배상책임의 규율을 유보하고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 Werro, in: *European Tort Law*, S. 81, 96 f. 참조.

236) EGTL/Widmer, Chapter 5. *Strict Liability*, Introduction, Rn. 6; Koziol, *ZEuP* 2004,

제5:101조는 엄격책임에 관한 일반조항이다. 물론 모든 유형의 엄격책임을 포섭할 수 있는 일반조항은 아니고, 비통상적으로 위험한 행위를 요건으로 하는 엄격책임을 대상으로 한다. 여기에서 “행위(activity)”라는 표현은 전술한 스위스 채무법 전면개정안 제50조 제1항에서 아이디어를 얻은 것으로서, 단순히 가해자의 위험한 행동만을 의미하는 것은 아니고, 가해자의 “영역에서(in his sphere)” 타인에게 위험한 행위를 한 것을 의미한다.<sup>237)</sup> “비통상적으로 위험한 행위”라 함은 모든 주의를 다하여도 회피될 수 없고, 일반 관행에 속하지 아니하는 현저한 손해위험을 예견할 수 있는 행위를 의미한다.<sup>238)</sup> 두 번째 언급된 제한으로 영국과 네델란드에서 자동차에 대하여 어떠한 위험책임도 인정하지 아니하는 사정을 고려하고자 하였다.<sup>239)</sup> 그런가 하면 대부분의 유럽연합 회원국에서는 자동차는 비통상적으로 위험한 물건으로 취급되고 있으므로, 동조 제4항에서는 -실용적인 시각에서- 국내법에서 “비통상적으로 위험한 행위”에 대한 기타의 위험책임을 유지하는 것 혹은 도입하는 것을 허용하고 있다.<sup>240)</sup>

엄격한 배상책임을 인정하는 대부분의 경우가 “위험성”을 토대로 하고 있다. 이 위험성의 판단을 위해서는 손해발생의 개연성과 발생 가능한 손해의 정도가 고려되어야 한다.<sup>241)</sup> 이러한 의미에서 제5:101조 제3항에서는 “손해의 위험은 해당 손해의 심각성 혹은 개연성을 감안하여 현저하다고 할 수 있다”고 규정하고 있다.

234, 252.

237) EGTL/Widmer, Art. 5:101, Rn. 6.

238) EGTL/Widmer, Art. 5:101, Rn. 7 f.

239) 영국에 대하여는 W.V.Horton Rogers, England, in: Koch/Koziol (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Den Haag, 2002, S. 111. 네델란드에 대하여는 du Perron, Edgar/van Boom, William, Netherlands, in Koch/Koziol(Hrsg.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Den Haag, 2002, 240 f.

240) Magnus, *ZEuP* 2004, 562, 571.

241) EGTL/Widmer, Art. 5:101, Rn. 7; Koziol, *ZEuP* 2004, 234, 252.

[제5:102조 그 밖의 엄격책임]

- (1) 국내법은 해당 행위가 비통상적으로 위험한 행위가 아닌 경우에도 위험행위에 대한 다른 종류의 엄격책임을 규정할 수 있다.
- (2) 국내법이 다른 규정을 두지 아니한 경우에도 유사한 손해의 위험에 관한 그 밖의 법원을 유추하여 추가적 종류의 엄격책임을 인정할 수 있다.

전술한 바와 같이 엄격책임에 관하여 유럽연합 회원국의 국내법들은 매우 상이한 태도를 보이고 있으므로, 이 모든 상이함을 수용하는 일반원칙을 찾는 것이 거의 불가능하다. 따라서 제5:102조에서는 엄격책임의 유형을 확정하는 것을 국내법에 일임하고 있다.<sup>242)</sup> 그리고 엄격책임에 관한 국내법의 불완전성을 감안하여 -스위스 채무법 전면 개정안 제50조 제2항을 모델로- 관련 법규의 유추해석을 원칙적으로 허용하고 있다.<sup>243)</sup>

### 제 6 절 : 타인에 대한 책임

[제6:101조 미성년자 및 정신적 장애자에 대한 책임]

미성년자 또는 정신적 장애자인 타인을 감독하는 자는 그 타인이 야기한 손해에 대하여 책임이 있다. 그러나 감독자가 감독상 요구되는 행위준을 준수한 사실을 제시한 경우에는 그러하지 아니하다.

유럽연합 회원국의 국내법들은 감독을 요하는 자(아동, 시설수감자, 죄수)에 의하여 야기된 손해에 대한 감독자책임의 경우에도 상이한 태도를 보이고 있는데, 가령 감독의무자에게 “엄격한” 책임이 인정되기도 하고, 추정된 과실책임 혹은 순수한 과실책임이 인정되기도 한다.<sup>244)</sup> 제6:101조는 -이러한 입법례들의 중도를 택하여- 미성년자 및

242) EGTL/Widmer, Art. 5:102, Rn. 3; Koziol, ZEuP 2004, 234, 252.

243) EGTL/Widmer, Art. 5:102, Rn. 5; Koziol, ZEuP 2004, 234, 252.

244) Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, 1996, S. 144 ff., 179, 693 ff.; Galand-

정신적 장애자의 감독자에게 입증책임의 전환을 통하여 강화된 과실 책임을 부과시키고 있다. 이처럼 과실의 입증책임을 전환하는 이유는 미성년자와 장애인에 대하여 어느 정도의 위험성은 부인될 수 없고, 특히 피해자가 감독자의 과실을 입증함에는 전형적인 어려움이 있다는 점을 감안한 것이다.<sup>245)</sup> 그리고 이 경우 위험책임을 인정하지 않는 이유는 미성년자나 정신적 장애자에게 항상 고도의 위험성이 있다고 판단할 수는 없으며, 또한 미성년자 및 장애인의 보호에 관한 사회적 공감대에 비추어 이들의 감독자에게 위험책임을 인정하는 것은 가치 평가의 모순에 빠질 위험이 있기 때문이라고 한다.<sup>246)</sup>

“감독하는 자(person in charge)”에는 미성년자의 부모, 감독의무를 부담하는 어떤 사람 혹은 기관이 포함된다. 미성년자에 대하여는 비교적 단기의 기간 동안 부모가 감독의무를 부담하고, 성년인 정신적 장애자의 경우에는 개인 혹은 기관이 감독의무를 부담한다.<sup>247)</sup> “미성년자”라는 개념은 국내법에 의하여 확정된다. 대부분의 국가에서는 만 18세를 성년으로 보고 있다.<sup>248)</sup> “정신적 장애”의 유무는 개별적으로 판단된다.<sup>249)</sup>

미성년자 혹은 정신적 장애자가 야기한 손해에 대한 책임은, 미성년자 혹은 정신적 장애자에게 과실이 없는 경우에도, 그들이 당해 손해를 야기했는지의 여부에 따라 확정된다. 이러한 책임은 미성년자 혹은 정신적 장애자의 과실이 아니라, 그들을 감독하는 자의 감독의무를 기초로 한다.<sup>250)</sup>

Carval, S., Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others, in: Spier(Hrsg.), Damage Caused by Others, den Haag, 2003, S. 294 ff. 비교 참조.

245) EGTL/Moréteau, Art. 6:101, Rn. 3; Koziol, ZEuP 2004, 234, 253.

246) EGTL/Moréteau, Art. 6:101, Rn. 7; Koziol, ZEuP 2004, 234, 252 f.

247) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 4.

248) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 5.

249) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 6.

250) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 7.

PETL은 미성년자와 부모가 연대하여 배상책임을 부담하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 실제에 있어서 이들이 연대책임을 부담하는 경우는 아마 미성년자가 거의 성년에 달하게 될 무렵이나 생길 수 있을 것이고, 이 경우 부모가 이러한 사실에 대한 입증책임을 부담하게 될 것이다.<sup>251)</sup>

[제6:102조 보조자에 대한 책임]

- (1) 보조자가 요구되는 행위기준을 위반한 경우 사용자는 보조자가 그 직무범위 내에서 행한 행위로 야기한 손해에 대하여 책임이 있다.
- (2) 독립적 계약자는 본 규정의 목적을 위하여 보조자로 간주되지 아니한다.

대부분의 유럽 법질서에서는 보조자가 업무범위에서 제3자에게 손해를 입힌 결함행위에 대하여 사용자가 책임을 부담하고, 이러한 책임에 대하여는 면책가능성이 인정되지 아니한다.<sup>252)</sup> 이에 비하여 독일 법에서는 사용자에게 불법행위책임을 묻는 것은 -보조자에 대한 선임, 감독상의 무과실을 입증하면 면책되므로- 불충분한 것으로 입증되었고, 판례는 계약법으로 도피하고 있다.<sup>253)</sup>

제6:102조에서는 - 다수의 입법례에 따라- 보조자가 직무 수행 중에 행위기준을 위반함으로써 인하여 발생한 손해에 대하여 사용자에게 엄격한 책임을 부과하고 있다. 전술한 미성년자 등에 대한 감독자책임과는 달리 이 사용자책임은 보조자가 개인적으로 책임을 부담하는 경우, 즉 보조자의 행위가 요구되는 행위기준을 위반한 경우에 한하여 인정되고,<sup>254)</sup> 사용자의 면책가능성은 인정되지 아니한다.

251) EGTL/Moréteau, Art. 6:101, Rn. 10.  
 252) 프랑스민법 제1384조 제5항, 이탈리아 민법 제2049조, 네델란드 민법 제6:170조.  
 Galand-Carval, Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others, in: Spier(Hrsg.), Damage Caused by Others, S. 294 ff. 참조.  
 253) Brüggemeier, Haftungsrecht. S. 127 ff.; Wagner, in: Grundstrukturen, S. 189, 290 ff.  
 254) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 18.

여기에서 사용관계는 반드시 고용계약에 한정되지 아니하고,<sup>255)</sup> 대기업의 활동은 물론 그밖의 영역(소기업 혹은 가사행위)에서 보조자를 사용한 경우에도 동 규정의 적용을 받는다.<sup>256)</sup> 나아가 보조자에는 정규직과 비정규직이 모두 포함되고, 호의로 도와주거나 무상으로 일하는 경우도 포함된다.<sup>257)</sup> 그리고 “직무범위 내에서“ 행한 행위일 것을 요구하고 있으므로, 보조자의 직무 혹은 기능과 문제가 된 행위 사이에 연관성이 있어야 한다.<sup>258)</sup>

이러한 사용자의 책임은 보조자가 독립적 계약자인 경우에는 부인된다. “독립적인 계약자”라 함은 자신의 책임 하에서 사용자의 지시 혹은 감독을 받음이 없이 독립적으로 행위하는 자를 의미한다.<sup>259)</sup>

**제 4 장 : 항 변**

제4장 항변은 제7절 항변일반과 제8절 피해자의 기여행위로 구성되어 있다. 제7절 항변일반은 정당사유에 기한 항변(제7:101조)과 엄격책임에 대한 항변(제7:102조)으로, 제8절 피해자의 기여행위~~는~~ 동일한 명칭의 단 하나의 규정(제8:101조)으로 이루어져 있다.

**제 7 절 : 항변일반**

[제7:101조 정당사유에 기한 항변]

- (1) 행위자가 다음 각 호의 사유로 정당하게 행위한 경우에는 그 범위 내에서 책임이 배제될 수 있다.
  - (a) 불법적 공격에 대한 자신의 보호이익의 방어(정당방위)
  - (b) 긴급상황

255) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 1, 6.  
 256) EGTL/Moréteau, Chapter 6. Liability for Others, Introduction., Rn. 5.  
 257) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 1, 6.  
 258) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 7.  
 259) EGTL/Moréteau, Art. 6:102, Rn. 8.

- (c) 공권력의 보호를 적시에 기대할 수 없을 경우(자력구제)
  - (d) 피해자의 동의 또는 피해위험의 인수
  - (e) 허가와 같은 적법한 권한
- (2) 책임의 배제 여부는 상기한 정당사유의 비중 및 책임의 제반요건을 모두 감안하여 결정한다.
- (3) 특별한 경우에는 책임을 배제하는 대신 경감할 수 있다.

제7:101조 제1항에서는 책임배제사유로 정당방위, 긴급피난, 자력구제, 피해자의 동의 또는 피해위험의 인수, 허가와 같은 적법한 권한을 열거하고 있다. 이러한 항변사유들은 유럽 각국에서 지금까지 인정되어 온 정당화사유 내지 책임배제사유를 종합한 것으로서<sup>260)</sup> 새로운 내용을 담고 있지는 아니하다.

제2항에서는 책임배제 여부를 결정함에 있어서는 정당사유의 비중 및 책임의 제반요건을 모두 고려해야 한다고 규정하고 있다. 이 역시 정당방위, 긴급피난 또는 피해자의 승낙의 경우에 일반적으로 인정되어 온 것을 명문화한 것에 불과하다.

제3항에서는 특별한 경우에 있어서 책임경감에 대하여 규율하고 있는데, 이는 긴급피난의 경우 예외적으로 인정된 것(스위스채무법 제52조, 오스트리아 민법 제1306a조 참조)을 일반화한 것으로서, 특별한 경우 완전 배상과 완전 면책 사이의 중간영역이 존재할 수 있음을 감안한 것이다.<sup>261)</sup>

[제7:102조 엄격책임에 대한 항변]

- (1) 손해가 예견할 수 없고 저항할 수 없는 다음 각 호의 사유로 야기된 경우에는 엄격책임을 배제하거나 경감할 수 있다.

260) EGTL/Moréteau, Art. 7:101, Rn. 2; Koziol, ZEuP 2004, 234, 254.  
261) EGTL/Moréteau, Art. 7:101, Rn. 6; Koziol, ZEuP 2004, 234, 254.

- (a) 자연력(불가항력) 또는
  - (b) 제3자의 행위
- (2) 엄격책임의 배제 또는 경감의 여부 및 그 범위는 외부적 영향의 비중과 책임의 범위(제3:201조)를 모두 감안하여 결정한다.
- (3) 제1항 (b)의 규정에 따라 책임이 경감되는 경우, 엄격책임과 제3자의 각종 책임은 제9:101조 제1항 (b)의 규정에 따라 연대책임이 있다.

고도의 위험이 존재하는 일정한 경우에는 한정된 범위 내에서만 면책사유가 인정된다. 이는 또한 손해의 원인과 밀접한 관계에 있는 자에게 피해자가 자신에게 발생한 손해를 전가할 수 있도록 하여야 한다는 기본사조에 입각해 있다. 따라서 피고에게 귀속될 수 있는 위험이 크면 클수록 피고에게 보다 작은 정도의 면책가능성만을 인정함으로써 이러한 목표에 더욱 용이하게 도달할 수 있을 것이다. 요컨대 “위험성이 높으면 높을수록 항변가능성은 더욱 더 작아진다.”<sup>262)</sup>

제7:102조 제1항에서는 엄격책임에 대한 항변사유들을 규정하고 있는데, 이 역시 지금까지 유럽연합 회원국의 국내법에서 통상적으로 인정된 내용을 조문화한 것이다.<sup>263)</sup> 제1항에서는 엄격책임의 배제 혹은 경감사유로 자연력, 제3자의 행위를 제시하고 있다. 엄격책임에 대한 가장 빈번한 항변은 손해를 야기하였거나 적어도 그에 기여한 외부적 영향을 주장하는 것이다. 외부적 영향의 가장 강한 형태는 영미법권에서 사용하는 “신의 행위(Act of God)”라는 개념으로서 이는 보통 자연현상을 지칭한다. 그리고 “불가항력(force majeure)”은 그 밖의 실질적인 외부적 작용들을 포괄하는 보다 넓은 개념으로 파악된다. 첫 번째의 좁은 면책사유는 책임의 면제 자체가 허용되는 한, 모든 종류의 위험책임에서 인정되고 있다. 그러나 예컨대 원자력의 작용과

262) EGTL/Moréteau, Art. 7:102, Rn. 3.  
263) Koch/Hoziol, Comparative Conclusions, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, Den Haag, 2002, S. 395; EGTL/Moréteau, Art. 7:102, Rn. 1.

관련하여 일부 국가의 법질서는 면책 자체를 허용하지 아니하고 있다. 두 번째의 넓은 항변은 전쟁, 테러공격 기타 이와 유사한 불가피한 사건들을 포괄하는 것이다.<sup>264)</sup> 이러한 불가항력의 경우에는 자연법칙에 맞게 과책에 대한 비난이 배제되기 때문에, 엄격책임에 대하여서만 적용된다.<sup>265)</sup>

면책사유로 고려될 수 있는 완전히 다른 종류의 외부적 영향으로는 일련의 사건에 개입한 제3자의 작용을 들 수 있다. 제3자가 원인을 제공하였다는 사실이 입증될 수 있는 경우에, 어느 범위에서 이 제3자의 행위에 엄격책임을 부과시킬 것인지에 대하여는 논란이 되고 있으나, 최소한 제3자의 고의행위의 경우에는 엄격책임이 배제된다고 보는 것이 일반적이다.<sup>266)</sup> 이러한 사유에 기하여 책임이 경감되는 경우, 엄격책임을 부담하는 자와 제3자는 제9:101조 제1항 (b)의 규정에 따라 연대하여 책임을 진다(제3항).

나아가 엄격책임의 배제 또는 경감의 여부 및 그 범위를 결정함에 있어서는 외부적 영향의 비중과 책임의 범위(제3:201조)를 모두 감안해야 한다(제2항).

### 제 8 절 : 피해자의 기여행위

[제8:101조 피해자의 기여행위]

- (1) 피해자의 공동과실 및 가령 피해자가 불법행위자라면 그 책임을 확정하거나 경감함에 있어 중요한 기타 사항들을 고려하여 책임을 배제하거나 상당한 범위로 경감할 수 있다.
- (2) 사람의 사망과 관련하여 손해배상이 청구된 경우에 사망자의 기여행위가 인정될 때에는 제1항의 규정에 따라 책임을 배제하거나 경감한다.

264) EGTL/Moréteau, Art. 7:102, Rn. 5.

265) Magnus, ZEuP 2004, 562, 573.

266) EGTL/Moréteau, Art. 7:102, Rn. 7.

- (3) 피해자의 보조자의 기여행위가 인정된 경우에는 제1항의 규정에 따라 피해자에게 배상할 손해를 배제하거나 경감한다.

피해자들의 공동과실이 그의 손해배상청구권을 경감시키거나 완전히 배제시킬 수 있다는 것은 유럽법의 전통에 상응하는 것이다.<sup>267)</sup> 이러한 책임을 제한하는 요소는 모든 불법행위법질서의 표현되지 아니한 구성요소에 속하지만, 다소간의 차이를 보이고 있다. 유럽에서는 특히 자녀들의 공동과실능력이 상이하게 규정되고 있다. 가령 독일의 경우에는 만 7세 이하의 아동의 공동과실, 교통사고의 경우에는 만 10세 이하의 아동의 공동과실은 고려되지 아니한다.<sup>268)</sup> 오스트리아에서도 아동의 공동과실이 문제되지 아니하는 확실한 연령이 법정되어 있고,<sup>269)</sup> 프랑스의 경우에는 교통사고 손해에 대하여 만 16세 이하를 책임무능력자로 법정하고 있다.<sup>270)</sup> 부분적으로는, 가령 영국의 경우 어떠한 연령제한규정도 두고 있지 아니하므로, 대단히 어린 아이들의 공동과실도 고려되는바, 가령 그들이 통상 그 연령에 있는 아이들의 주의수준을 다하지 아니한 경우에는 책임을 부담하게 된다.<sup>271)</sup>

본래 제8절의 표제는 “공동과실”이었으나 과실이라는 용어가 잘못 이해될 소지가 있다는 이유로 “피해자의 기여행위”로 변경되었다.<sup>272)</sup> 제8:101조 제1항에 따르면 가해자뿐만 아니라 피해자 측에도 손해의 발생에 기여한 바가 있는 때에는 각 책임귀속요소의 비중과 강도를 고려하여 피해자에게 그의 “기여정도에 비례하여” 손해를 분담시키고,

267) 벨기에, 독일, 영국, 그리스, 네델란드, 이스라엘, 이탈리아, 오스트리아, 폴란드, 스위스, 스웨덴, 남아프리카, 미국에 대한 보고서 참조: Magnus/Matin-Casals, Comparative Conclusion, in: Magnus/Matin-Casals (Hrsg.), Unification of Tort Law: Contributory Negligence, Den Haag, 2004, no. 2-4.

268) 제823조는 제254조(공동과책)의 범위에서 고려된다.

269) Koziol, Helmut, Haftpflichtrecht I, 3. Aufl., Wien, 1997, S. 371 ff.

270) Loi Badinter: Gesetz Nr. 85-677 vom 5.7.1985: 만 16세 이하, 만 70세 이상 그리고 최소한 80% 장애자의 경우에도 동일한 원칙이 적용된다.

271) Winfield and Jolowicz on Tort, S. 240 f.

272) EGTL/Martin-Casals, Art. 8:101, Rn. 6 f.

예외적인 경우에는 가해자의 배상책임을 면책시킬 수도 있다.<sup>273)</sup> 나아가 제1항에서는 피해자의 공동과실뿐만 아니라 다른 책임사유도 함께 고려하도록 하고 있으므로, 피해자가 특별히 위험한 물건을 사용한 때에는 제3자에 대한 가해의 경우와 마찬가지로 이러한 사실이 피해자의 부담으로 고려되어야 한다.<sup>274)</sup>

동조 제2항은 어떤 사람의 살해로 말미암아 피해자외의 다른 사람에게 - 특히 부양청구권자에게 - 가해자에 대한 배상청구권이 발생하지만, 사망자에게도 공동과실이 인정되는 경우의 문제를 규율하고 있다.<sup>275)</sup> 동 규정에 따르면 이 경우 배상청구권자는 가해자의 공동과실의 항변을 수용해야 하고, 그 결과 - 제1항의 경우와 마찬가지로 - 가해자의 책임은 피해자의 기여정도에 비례하여 감경된다.<sup>276)</sup>

제3항에서는 피해자의 보조자의 기여행위가 인정된 경우에는 제1항의 규정에 따라 피해자에게 배상할 손해를 배제하거나 경감하도록 하고 있다. 이는 제6:102조(보조자에 대한 책임)의 규정에 따라 보조자의 행위를 사용자에게 귀속시키는 것과 같은 맥락에서 규율된 것이다.<sup>277)</sup>

### 제 5 장 : 다수의 불법행위자

제5장 다수의 불법행위자 제9절 다수의 불법행위자에서는 연대책임 및 개별책임(제9:101조)과 연대책임자 상호간의 관계(제9:102조)에 대하여 규율하고 있다

#### 【

273) EGTL/Martín-Casals, Art. 8:101, Rn. 11, 18; Koziol, ZEuP 2004, 234, 254.

274) EGTL/Martín-Casals, Art. 8:101, Rn. 14; Koziol, ZEuP 2004, 234, 254.

275) 이에 대한 비교법적 분석은 다음의 글을 참조: Koch, Bernhard/Koziol, Helmut, Vergleichende Analyse, in: Koch, Bernhard/Koziol, Helmut (Hrsg.), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law, vol. 4, Wien, 2003, S. 380 ff.

276) EGTL/Martín-Casals, Art. 8:101, Rn. 22, 29.

277) EGTL/Martín-Casals, Art. 8:101, Rn. 30; Koziol, ZEuP 2004, 234, 255.

### 제 9 절 : 다수의 불법행위자

[제9:101조 연대책임 및 개별책임: 피해자와 다수의 불법행위자와의 관계]

- (1) 피해자가 입은 손해의 전부 또는 특정 부분이 2명 이상의 자에게 귀속될 경우에는 그 책임은 연대적이다. 연대책임은 다음 각 호의 경우에 성립한다.
  - (a) 피해자에게 손해를 야기한 타인의 불법행위에 의도적으로 참여하거나 이를 교사 혹은 방조하는 경우
  - (b) 어떤 자의 독립적 행태 또는 행위가 피해자에게 손해를 야기하였지만, 다른 자에게도 동일한 손해가 귀속될 수 있는 경우
  - (c) 보조자에 의하여 야기된 손해에 대하여 사용자가 책임을 부담하는 동시에 보조자도 책임을 지는 경우
- (2) 수인이 연대책임을 부담하는 경우에 피해자는 그 중의 어느 일인 혹은 수인에 대하여 손해전부의 배상을 요구할 수 있다. 그러나 피해자는 자신이 입은 손해의 전액 이상의 배상을 받을 수 없다.
- (3) 수인이 상기 제1항 (b)의 규정에 의하여 피해자에 대한 책임을 부담하는 경우에 각 자에게 손해의 일부만을 귀속시킬 합리적인 이유가 없는 때에는 각자 모두 동일한 손해를 배상해야 한다. 배상할 손해가 동일하지 아니함을 주장하는 자는 그 근거사실을 제시하여야 한다. 자신에게 귀속될 수 있는 손해의 특정 부분에 대해서만 피해자에 대한 책임을 인정할 근거가 있는 경우에는 각자의 개별책임이 성립한다.

제9:101조는 다수의 불법행위자와 피해자 사이의 “외부관계”를 규율하고 있다. 동조 제1항은 - 유럽연합 회원국의 국내법에서 일반적으로 인정되고 있는 예에 따라<sup>278)</sup>- 공동행위자 및 교사자 방조자의 연

278) Rogers, W.V.H., Comparative Report, in: Rogers, W.V.H.(Hrsg.), Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors, Principle of Principle of European Tort Law, vol. 9,

대책임을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 사용자와 보조자의 연대책임도 규정하고 있다. 보조자의 연대책임에 관하여는 사용자책임의 경우 보조자의 면책을 선호하는 경향에 비추어 논란이 있었으나, 보조자가 일반적 책임요건을 모두 갖춘 경우에 그 사용자가 책임을 부담한다는 사유만으로 책임을 면제할 정당한 이유가 없으므로, 보조자의 연대책임을 규정하게 되었다.<sup>279)</sup>

제2항은 연대책임의 일반적인 효과에 대하여 기술하고 있다. 즉 다수의 불법행위자가 연대책임을 부담하는 경우에 피해자는 그 중의 1인 혹은 수인에게 손해전부의 배상을 청구할 수 있고, 물론 피해자는 자신이 입은 손해 이상의 배상을 받을 수는 없다.

제3항은 손해의 특정부분을 특정 행위자에게 귀속시킬 실제적 근거가 있는 경우 연대책임에 갈음하여 분할책임을 인정하고 있다. 이는 예컨대 수인의 가해자의 부정적 작용이 시간적 지속 또는 정도의 차이를 이유로 손해의 야기에 상이한 기여를 한 것으로 보아야 할 경우를 염두에 둔 것이다.<sup>280)</sup>

[제9:102조 연대책임자 상호간의 관계]

- (1) 연대책임이 있는 한 당사자는 동일한 손해와 관련하여 연대책임이 있는 다른 당사자에 대하여 일정한 책임분담을 요구할 수 있다. 이러한 권리는 손실의 분배를 결정하는 당사자들 사이의 다른 계약이나 다른 법률의 규정 및 법상 대위[법률에 의한 권리의 양도] 또는 부당이득에 기한 다른 구상권에 영향을 미치지 아니한다.
- (2) 본조 제3항의 경우를 제외하고, 각자가 분담할 액수는 관련 당사자들의 과실의 정도 및 기타 책임의 확정 또는 경감에 중요한 제

반사향을 감안하여 해당 손해에 대한 각 당사자의 책임을 비교하여 결정한다. 한 당사자의 분담부분은 손해배상의 전액에 달할 수 있다. 관련 당사자들의 책임을 비교하여 결정하는 것이 불가능한 경우에는 각 연대책임자는 동일한 책임을 부담하는 것으로 본다.

- (3) 제9:101조에 따라 보조자에 의한 손해에 대하여 책임을 지는 자는 보조자 이외의 불법행위자와 책임을 분담함에 있어 보조자에게 귀속될 책임의 전부를 부담하는 것으로 본다.
- (4) 연대책임의 분담의무에 대해서는 개별책임이 성립하므로, 각 연대책임자는 본 조의 규정에 따라 해당 손해에 대하여 자기가 분담하는 부분에 한하여 책임을 진다. 그러한 한 연대책임자에 대한 책임분담의 판결이 집행될 수 없는 경우에는 그 분담부분을 다른 연대책임자들에게 각자의 책임에 비례하여 재분배한다.

제9:102조는 -일반적으로 인정되고 있는 바와 같이- 다수의 불법행위자 상호간의 “내부관계”를 규율하고 있다. 이 규정에 따르면 다수의 불법행위자는 내부적으로 각자의 책임귀속사유의 경중에 비례하는 분할책임을 부담하므로, 자신의 분담부분을 초과하여 배상을 한 연대책임자는 다른 연대책임자에 대하여 구상권을 갖는다. 이 경우 각 연대책임자는 원칙적으로 자신의 분담부분의 한도 내에서 구상의무를 부담하지만, 구상의무를 부담하는 연대책임자들 중 1인이 무자력인 경우에는 다른 모든 연대책임자들이 무자력으로 된 자의 분담부분을 자신들의 책임에 비례하여 재분담하게 된다.

연대책무자들 각자의 부담부분은 -관련 당사자들의 과실의 정도 및 기타 책임의 확정 또는 경감에 중요한 제반사향을 감안하여- 해당 손해에 대한 각 당사자의 책임을 비교하여 결정한다. 관련 당사자들의 책임을 비교하여 결정하는 것이 불가능한 경우에는 각 연대책임자는 동일한 책임을 부담하는 것으로 본다.

Den Haag, 2004, S. 271.  
279) EGTL/Rogers, Art. 8:101, Rn. 2; Koziol, ZEuP 2004, 234, 255  
280) Koziol, ZEuP 2004, 234, 255

### 제 6 장 : 구제수단

제6장 구제수단은 단 한 개의 절, 즉 제10절 손해배상으로 이루어져 있고, 이 절은 다시 제1관 손해배상 일반, 제2관 재산적 손해의 배상, 제3관 비재산적 손해의 배상 그리고 제4관 손해배상의 경감으로 구성되어 있다

제1관 손해배상 일반에서는 손해배상의 성질과 목적(제10:101조), 일시금과 정기금(제10:102조), 가해사건으로 얻은 이득(제10:103조), 원상회복(제10:104조)에 대하여, 제2관 재산적 손해의 배상에서는 재산적 손해의 성질 및 그 확정(제10:201조), 인적 침해 및 사망(제10:202조), 물건의 멸실, 파괴 및 손상(제10:203조)에 대하여 각각 규율하고 있다. 그리고 제3관과 제4관은 각각 비재산적 손해(제10:301조), 손해배상의 경감(제10:401조)이라는 단 하나의 규정으로 이루어져 있다.

#### 제 10 절 : 손해배상

##### 제 1 관 : 손해배상 일반

[제10:101조 손해배상의 성질과 목적]

손해배상은 피해자에 대한 보상을 위한 금전의 지급으로서, 금전으로 가능한 한도 내에서 제소된 불법행위가 행해지지 않았더라면 그가 처해 있을 상태로 피해자의 지위를 회복시키는 목적을 갖는다. 손해배상은 손해의 예방을 위한 목적도 추구한다.

손해배상은 피해자의 손실을 전보하는 가장 중요한 수단이다. 제 10:101조에서는 손해배상은 -유럽연합 대다수의 국가들이 채택하고 있는<sup>281)</sup>- 금전배상을 원칙으로 한다고 명시하고 있다. 통상 “손해배상”이라는 용어를 사용할 때는 금전으로 지급하는 것만을 의미하고, 기타의 배상방법, 가령 원상회복 혹은 이와 유사한 수단은 여기에 포함되지

281) 영국, 프랑스, 그리스, 이탈리아, 네델란드, 남아프리카에 대한 국가별 보고서 참조: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001.

아니한다.<sup>282)</sup> 나아가 동 규정에서는 손해배상의 기능은 해당 가해행위가 없었더라면 피해자가 처해 있을 상태를 회복시키는 것에 있음을 강조함으로써, 손해배상의 목적이 피해자의 “원상회복”에 있음을 분명하게 하고 있다. 이는 유럽연합 회원국 대부분에서 일반적으로 인정되고 있는 것을 명문화한 것이다.<sup>283)</sup> 더 나아가 원상회복을 원칙으로 한다는 것은 피해자의 손실에 대한 “완전배상(restitutio ad integrum)”을 원칙으로 한다는 의미를 내포하고 있기도 하다.<sup>284)</sup> 따라서 일반적으로 전 손해가 배상되어야 한다. 손해에 대한 국가별 보고서에 따르면 대부분의 국가들은 완전배상책임을 원칙으로 하고 있다.<sup>285)</sup>

나아가 제2문에서는 손해배상의 일반예방적 기능도 인정하고 있다. 유럽연합 회원국들도 대부분 이러한 예방적 기능을 수용하고 있으나,<sup>286)</sup> 그리스,<sup>287)</sup> 이탈리아,<sup>288)</sup> 네델란드<sup>289)</sup>에서는 이러한 기능을 인정하기를 꺼려하고 있다.

[제10:102조 일시금 및 정기금]

손해배상은 피해자의 이익을 특히 고려하여 그에 적합하게 일시금 또는 정기금으로 지급한다.

282) EGTL/Magnus, Art. 10:101, Rn. 2.

283) Magnus, Ulrich, Comparative Report on the Law of Damages, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001, S. 185.

284) EGTL/Magnus, Art. 10:101, Rn. 7.

285) 손해에 대한 국가별 보고서 참조: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001.

286) Magnus, Ulrich, Comparative Report on the Law of Damages, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001, S. 185 f.

287) Kerameus, Konstantinos D., Greece, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001, S. 109.

288) Busnelli, F.D./Comandé, G., Italy, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001 S. 117.

289) Wissink, M.H./van Boom, W., The Netherlands, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001, S. 144.

제10:102조에서는 손해배상의 지급방법에 대하여 규율하고 있는데, 일시금 또는 정기금에 의한 지급을 허용하면서 특히 피해자의 이익을 고려하여 지급방법을 결정할 것을 규정하고 있다. 유럽연합 회원국들 사이에서는 일시금 지급이 원칙이고<sup>290)</sup> 정기금 지급은 예외에 속한다.<sup>291)</sup>

[제10:103조 가해사건으로 얻은 이득]

손해배상의 액수를 결정함에 있어서는 가해사건으로 말미암아 피해자가 얻은 이익을 상계하여야 한다. 그러나 그 이득의 목적에 부합하지 않는 경우에는 그러하지 아니하다.

제10:103조에서는 손해배상의 주된 목적이 손해의 전보에 있는 만큼 가해사건으로 말미암아 피해자가 이득을 본 경우에는 소위 차액설의 입장에 따라 이득을 공제할 것을 규정하고 있다. 이처럼 손익상계를 허용하는 것은 각각의 배상이 일방 당사자에게 부담이득이 되어서는 아니 된다는 것을 논거로 하고 있다.<sup>292)</sup>

“이득”이라 함은 피해자 측이 가해사건으로 말미암아 수령한 모든 종류의 재산, 손해배상 혹은 기타의 재산증가를 의미한다.<sup>293)</sup> 여기에서 “가해사건”이라 함은 손해배상소송을 일으킴과 동시에 피해자에게 수입도 가져오는 모든 손해를 의미한다.<sup>294)</sup>

[제10:104조 원상회복]

원상회복이 가능하고 상대방에게 지나친 부담이 되지 않을 경우에는 그 한도 내에서 피해자가 이를 청구할 수 있다.

290) 영국, 독일, 이탈리아, 네델란드, 남아프리카공화국, 미국에 대한 국가별 보고서 참조: Magnus, Ulrich (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*, Den Haag, 2001.

291) Magnus, Ulrich, *Comparative Report on the Law of Damages*, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*, Den Haag, 2001, S. 204 f.

292) Busnelli, F.D./Comandé, G., Italy, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*, Den Haag, 2001 S. 129; Neethling, Johann, South Africa, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*, Den Haag, 2001 S. 167.

293) EGTL/Magnus, Art. 10:103, Rn. 2.

294) EGTL/Magnus, Art. 10:103, Rn. 3.

전술한 바와 같이 제10:101조에서는 손해배상의 목적이 피해자의 원상회복에 있다고 선언하고 있다. 따라서 제10:104조에서는 -비록 금전배상주의를 원칙으로 하고 있기는 하지만- 원상복구가 가능하고 상대방에게 과도한 부담이 되지 아니하는 경우에는 피해자가 손해배상에 갈음하여 원상회복을 요구하는 것을 허용하고 있다. 따라서 피해자는 금전배상과 원상회복 가운데 자유롭게 선택할 수 있다.<sup>295)</sup>

제 2 관 : 재산적 손해의 배상

[제10:201조 재산적 손해의 성질 및 그 확정]

배상 가능한 재산적 손해는 가해사건으로 야기된 피해자 재산의 감소를 말한다. 이러한 손해는 가능한 한 구체적으로 확정됨이 일반적이나, 예컨대 시세에 관한 경우와 같이 적절한 경우 추상적으로 확정될 수 있다.

제10:201조에서는 배상 가능한 재산적 손해를 피해자의 재산 감소로 파악하고 있는데, 이는 금전에 의한 산정가능성을 기준으로 재산적 손해와 비재산적 손해를 구별하는 일반적 견해에 부합하는 것이다.<sup>296)</sup> 여기에서 “배상 가능한 재산적 손해(recoverable pecuniary damage)”라 함은 제2관에서 가장 중요한 용어이고, 후술하는 손실배상 산정의 전제조건이기도 하다. 피해자가 자신의 재산이 감소하는 손실을 입은 경우에는, 배상 가능한 재산적 손실이 존재한다고 볼 수 있다. 피해자가 신체적 침해를 당한 경우에도 치료비용 등은 재산적 손해에 해당한다. “배상 가능한(recoverable)”이라 함은 피해자가 제2:101조 이하에 따른 손해를 전보해야 하는 것을 의미한다.<sup>297)</sup> “감소(diminution)”라 함은 가해사건으로 말미암아 피해자의 재산이 감소되었다는 것을 표현하는 단어로

295) EGTL/Magnus, Art. 10:104, Rn. 4.

296) Koziol, ZEuP 2004, 234, 256.

297) EGTL/Magnus, Art. 10:201, Rn. 2.

다.298) “피해자의 재산(victim's patrimony)”에는 피해자가 소유하고 있는 유체 및 무체재산은 물론 수입능력 혹은 물건사용권도 포함된다.299)

재산적 손해는 원칙적으로 손해배상의 전보기능에 부합하게 가능한 “구체적으로” 산정된다. 그러나 동조 제2문 후단에서는 -예컨대 사고에 의한 자동차의 수리 후 시장가격의 감소가 있는 경우와 같이- 시세가 형성되어 있는 경우에는, 예외적으로 손해의 추상적 산정을 허용하고 있다.

[제10:202조 인적 침해 및 사망]

- (1) 인적 침해라 함은 육체적 건상의 손상 및 질환으로 인정되는 정신적 건상의 손상을 말하며, 이로 인한 재산적 손해는 수입의 상실, (어떤 수입의 상실로 나타나지 아니하는 경우를 포함한) 소득능력의 감소 및 의료비용과 같은 합리적 지출들을 포함한다.
- (2) 사망한 자가 부양한 또는 사망하지 아니하였을 경우 부양하였을 가족 구성원과 같은 자들은 사망으로 인하여 지원을 상실한 범위로 배상 가능한 손해를 받은 것으로 본다.

제10:202조는 인적 침해와 사망의 경우에 발생하는 재산적 손해에 관한 일반적인 내용을 규정하고 있다. “인적 침해(personal injury)”에는 -제2항에서 별도로 규율되고 있는- 사망은 포함되지 아니한다. 정신적 건상의 손상은, 그 손상이 의학적으로 승인된 질병으로 진단되는 경우에 한하여, 손해배상의 대상이 된다. 만일 피해자가 사망이라는 결과에 이르기 전에 얼마간 생존한 경우에는, 제2항에 따른 부양가족의 배상청구권의 유무와 무관하게- 제1항에 따른 손해배상청구권을 가지게 될 것이다.300)

298) EGTL/Magnus, Art. 10:201, Rn. 3.

299) EGTL/Magnus, Art. 10:201, Rn. 4.

300) EGTL/Magnus, Art. 10:202, Rn. 2.

제1항에 따르면 인적 침해로 인한 재산적 손해에는 수입의 상실, 소득능력의 감소 및 의료비용과 같은 합리적 지출이 포함된다. 여기에서 “수입의 상실(loss of income)”이라 함은 피해자가 가해사건이 발생하기 전에 벌었던 통상의 수입과 가해자가 손해가 발생하지 않았더라면 장차 벌 수 있었던 수입을 포함한다. 가령 피해자가 나이가 어려서 수입이 전혀 없었던 경우라 해도 이런 식으로 장래의 수입을 예상할 수 있다.301) “소득능력의 감소(impairment of earning capacity)”라 함은 -현재 혹은 미래에 소득능력이 있는지의 여부 혹은 실제로 이용하는지의 여부와 독립적으로- 침해결과 소득능력이 감소된 것을 의미한다. 이 경우에 -현재 여러 입법례에서 인정되고 있는 내용을 받아들여302)- “어떠한 수입손실이 수반되지 아니한다 하더라도” 소득능력의 감소 정도가 산정되어야 한다.303) 이러한 기준을 따르면, 예컨대 구체적 수입이 없는 가정주부의 인적 침해의 경우에도 소득능력의 감소가 인정될 수 있다.

제2항에서는 사망한 자가 부양한 가족 또는 사망하지 아니하였을 경우 부양하였을 가족 구성원들의 배상 가능한 손해에 대하여 규율하고 있다. 동 규정에 따라서 손해배상을 청구할 수 있는 자는 법률상 부양청구권이 있는 자로 한정되지 아니하고, 설령 그러한 청구권이 없는 자라 하더라도 망자로부터 사실상 부양을 받은 경우에는, 부양자의 사망으로 인한 부양지원 상실에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.304)

301) EGTL/Magnus, Art. 10:202, Rn. 3.

302) Koch, Bernhard /Koziol, Helmut, Vergleichende Analyse, in: Koch, Bernhard/Koziol, Helmut (Hrsg.), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law, vol. 4, Wien, 2003, S. 380; 손해에 대한 국가별 보고서: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001.

303) EGTL/Magnus, Art. 10:202, Rn. 4.

304) EGTL/Magnus, Art. 10:202, Rn. 5, 13; Koziol, ZEuP 2004, 234, 257.

[제10:203조 물건의 멸실, 파괴 및 손상]

- (1) 어떤 물건이 멸실, 파괴 또는 손상된 경우, 그 물건의 가치 내지 그 가치의 감소가 손해배상의 기본척도가 되며, 이 경우 피해자가 그 물건을 대치 또는 수리할 의도가 있는지의 여부는 고려하지 아니한다. 그러나 피해자가 그 물건을 대치 또는 수리한 (또는 그러할 의도가 있는) 경우에는, 피해자는 그러한 행위가 합리적인 범위 내에서 더 많은 비용의 배상을 요구할 수 있다.
- (2) 해당 물건의 사용의 상실에 대하여도 손해배상이 명하여 질 수 있으며, 이러한 경우 영업상의 손실과 같은 후속적 손해를 포함한다.

제10:203조는 유체물에 대한 손해배상에 대하여 규율하고 있다. 동 규정에서 “물건(thing)”이라 함은 유체의 동산 혹은 부동산을 의미하고, 권리와 무체물은 포함되지 아니한다.<sup>305)</sup> 그리고 “물건의 가치(value of thing)”는 통상 시장가격으로 판단한다.<sup>306)</sup>

제1항에 따르면 물적 손해의 경우 그 가치의 감소가 배상기준이 되고, 피해자가 물건을 대치할 의사 내지 수리할 의사가 있는지의 여부는 불문한다. 그러나 피해자가 해당 물건을 대치 또는 수리하였거나 그러할 의사가 있는 경우에는 합리적인 범위 내에서 가치 감소 이상의 배상을 요구할 수 있다. 따라서 예컨대 물건의 멸실, 파손의 경우 피해자가 그 물건을 대치할 의사가 없는 때에는 해당 물건의 처분가격을 기준으로 배상하고, 그러한 의사가 있는 경우에는 동종 물건의 구매가격을 기준으로 배상하면 된다.<sup>307)</sup>

제2항은 물건의 사용 상실에 대한 손해배상을 규정하면서, 그 배상의 범위에 영업상의 손실과 같은 후속손해를 포함시키고 있다. 이는 영국, 프랑스, 독일, 그리스, 벨기에에서 인정되고 있는 내용을 적극 수

305) EGTL/Magnus, Art. 10:203, Rn. 2.

306) EGTL/Magnus, Art. 10:203, Rn. 3.

307) EGTL/Magnus, Art. 10:203, Rn. 5; Koziol, ZEuP 2004, 234, 257.

용한 것이다.<sup>308)</sup> 이러한 규정을 두게 된 것은, 물건은 객관적으로 사용 가능한 가치를 지니고 있고, 이 가치는 당해 물건의 시장에서의 임대 가치에 그대로 반영되는데, 물건사용의 상실도 손해배상에 포함시켜야 한다는 판단에 따른 것이다. 그런가 하면 사용자가 구체적으로 당해 물건을 사용하는 가치는 그가 스스로 만든 것이고 다소 주관적인 요소를 가지고 있는바, 동 규정에서는 물건의 사용 상실에 대하여 손해배상을 인정하고는 있으나 동시에 재량의 여지를(“may”) 두고 있다.<sup>309)</sup>

### 제 3 관 : 비재산적 손해의 배상

[제10:301조 비재산적 손해]

- (1) 이익의 보호범위(제2:102조)에 비추어 어떤 이익의 침해는 비재산적 손해의 배상을 정당화할 수 있다. 이는 특히 피해자가 인적 침해를 당하였거나 인간의 존엄성, 자유 또는 기타 인격권을 침해당한 경우에 그러하다. 피해자와 밀접한 관계에 있는 자가 피해자에게 사망 혹은 심각한 인적 침해를 야기한 경우에도 비재산적 손해의 배상이 책임의 내용으로 될 수 있다.
- (2) 일반적으로 이러한 손해를 사정함에 있어서는 침해의 중대성, 지속성 및 그 결과를 포함하여 해당 사인의 제반사정을 고려하여야 한다. 불법행위자의 과실의 정도는 피해자의 침해에 대한 그 기여가 명백할 경우에만 고려한다.
- (3) 인적 침해의 경우 비재산적 손해는 피해자의 고통 및 그의 육체적 또는 정신적 건강에 대한 침해에 상응하여 결정하다. (사망한 또는 심각한 인적 침해를 당한 피해자와 긴밀한 관계에 있는 자의 손해를 포함하여) 손해를 사정함에 있어서는 객관적으로 비교 가능한 손해에 대하여 유사한 금액이 인정되어야 한다.

308) Magnus, Ulrich, Comparative Report on the Law of Damages, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001, S. 198. 그리고 영국, 프랑스, 독일, 그리스, 벨기에에 대한 국가별 보고서 참조.

309) EGTL/Magnus, Art. 10:203, Rn. 7.

제10:301조는 비재산적 손해의 배상에 대하여 규율하고 있다. 유럽 연합 회원국들은 모두 이러한 비재산적 손해에 대한 규정들을 가지고 있으나, 어떠한 경우에 그리고 어떠한 범위에서 정신적 손해를 배상할 것인가에 대하여는 상당한 차이를 보이고 있다.<sup>310)</sup> 가령 많은 국내법에서 가까운 친족의 사망, 부분적으로 중상의 경우에 친족에게 위자료를 인정하지만,<sup>311)</sup> 독일의 경우에는 이러한 친족위자료가 인정되지 아니한다.<sup>312)</sup>

동조 제1항은 이익의 보호범위(제2:102조)에 비추어 어떤 이익의 침해는 비재산적 손해의 배상을 정당화할 수 있다고 규정함으로써, 비재산적 손해를 배상함에 있어 원칙적으로 제2:102조에 따라 침해법익이 어떠한 법적 보호를 향유하고 있는지를 고려할 것을 요구하고 있다. 제2:102조와 제10:301조는 상호밀접한 관계가 있는데, 전자에서는 “이익”이 법에 의하여 보호받을 가치가 있는지의 여부가 문제되고, 후자에서는 “이익의 성질”이 그에 대한 침해가 비재산적인 손실에 대한 침해를 초래하는지의 여부를 결정한다. 전술한 바와 같이 제2:102조에서는 “이익의 가치”에 따라 보호범위를 상이하게 설정하였고, 동조 제2항에서는 “생명, 신체적 혹은 정신적 불가침성 및 인간의 존엄과 자유는 가장 광범위한 보호를 받는다”라고 규정하고 있다. 제10:301조가 제2:102조를 인용한 것은 바로 이러한 기준이 비재산적 손해의 배상여부에 영향을 미칠 수 있음을 시사하는 것이다. 이러한 맥락에서 제10:301조 제1항에서는 특히 피해자가 인적 침해를 당하였거나 인간의 존엄성, 자유 또는

310) Rogers, William V. H. (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 2001.

311) 이에 대하여는 다음의 논문들을 참조할 것: Kadner Graziano, *Schmerzugeld für Angehörige - Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?*, ZEuP 1996, 135 ff.; ders., *Angehörigenschmerzugeld im europäischen Privatrecht - die Schere schließt sich*, ZEuP 2002, 834 ff.

312) 친족들이 자신의 위자료청구권을 행사하려면, 청구권자 자신이 의학적 치료를 요하는 신체손해(가령 쇼크)를 입었어야 한다.

기타 인격권을 침해당한 경우 비재산적 손해의 배상이 필요함을 강조하고 있다. 그리고 피해자가 사망하거나 중대한 상해를 당한 경우에는 -대다수의 입법례에 따라<sup>313)</sup>- 피해자와 사실상 가까운 관계에 있는 자에게 비재산적 손해의 배상청구권을 인정하고 있다.

제2항에서는 비재산적 손해를 산정함에 있어서 피해의 심각성, 지속성 및 그 결과를 고려할 것을 규정하고 또한 불법행위자의 과실의 정도는 -예컨대 악의의 경우와 같이- 피해자의 고통을 가중시키는 경우에만 참작하도록 하고 있다.

제3항은 인적침해의 경우에 피해자의 고통 및 정신적 및 육체적 건강의 침해에 비추어 비재산적 손해가 산정되어야 함을 명확히 규정하고 있다. 따라서 침해만 있는 경우에도 비재산적 손해를 인정하는 것이 정당화될 수 있으므로, 예컨대 피해자가 혼수상태에 있는 경우에도 이 규정에 따라서 비재산적 손해에 대하여 배상을 청구할 수 있게 된다. 그밖에 비재산적 손해를 산정함에 있어서 동일한 성질의 손해에 대하여는 유사한 배상이 행해질 것을 강조하고 있다.<sup>314)</sup>

#### 제 4 관 : 손해배상의 경감

##### [제10:401조 손해배상의 경감]

당사자들의 재정적 상황에 비추어 전액 배상이 피고에게 과중한 부담이 될 때에는 손해배상은 예외적으로 경감될 수 있다. 손해배상의 경감 여부는 특히 책임의 근거(제1:101조), 해당 이익의 보호범위(제2:102조) 및 손해의 정도를 감안하여 결정한다.

전술한 바와 같이 PETL은 완전배상주의를 채택하고 있다. 그렇지만 제10:401조에서는 스위스 채무법 제43조 제1항과 네덜란드 민법 제

313) Rogers, W.V.H., *Comparative Report*, in: Rogers, W.V.H. (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 2001. S. 262 ff.

314) Koziol, ZEuP 2004, 234, 257.

6:109조의 예를 좇아<sup>315)</sup> 일정한 경우에는 손해배상을 예외적으로 경감할 수 있도록 하고 있다. 그리고 손해배상의 경감 여부를 전적으로 법관의 재량에 맡기지 아니하고, 경감여부를 판단함에 있어 중요한 기준이 되는 요소들을 규정하고 있다.<sup>316)</sup>

이 규정에 대한 논의과정에서 불법행위자는 강제집행법상의 압류제한규정에 의하여 생계에 필요한 최소한의 재산을 보유할 수 있으므로 손해배상의 예외적 경감을 인정하는 특별규정을 둘 이유가 없다는 지적이 있었다.<sup>317)</sup> 그러나 절차법에 의한 압류의 제한과 실체법에 의한 손해배상의 경감은 그 법적 성질이 전혀 다를 뿐만 아니라 -예컨대 피해자의 파산의 경우- 그 법적 효력도 상이하고, 더욱이 손해배상 경감을 인정할 경우 이익교량에 따라서는 불법행위자에게 최소한의 생계유지를 위하여 필요한 것 이상의 재산이 허용될 수도 있으므로, 위와 같은 규정을 두기로 하였다.<sup>318)</sup>

315) Koziol, ZEuP 2004, 234, 258.

316) EGTL/Moréteau, Art. 10:401, Rn. 1, 9; Koziol, ZEuP 2004, 234, 258.

317) EGTL/Moréteau, Art. 10:401, Rn. 6.

318) EGTL/Moréteau, Art. 10:401, Rn. 6 f.; Koziol, ZEuP 2004, 234, 258.

## 제 5 장 유럽손해배상법의 원칙

유럽민사법연구회가 마련한 유럽손해배상법의 원칙(Principles of European Law: Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another: PEL Liab.Dam.)은 7개의 장(기본규정, 손해, 책임귀속, 인과관계, 항변사유, 구제수단, 보조법칙), 56개의 조문으로 구성되어 있다. 이하에서는 -PETL에 대한 분석에서와 마찬가지로- 먼저 각 장별로 그 장을 이루는 절과 관의 전체구성을 살펴보고 이어서 그 장, 절 또는 관을 구성하는 개별규정들의 내용을 차례대로 검토해 보기로 한다.

### 제 1 장 : 기본규정

제1장 기본규정에서는 기본규범(제1:101조), 예방(제1:102조), 적용범위(제1:103조)에 대하여 규율하고 있다.

[제1:101조: 기본규범]

- (1) 법적으로 중요한 손해를 입은 자는 고의 혹은 과실로 손해를 야기한 자 혹은 기타 그 손해의 야기에 대하여 책임 있는 자에 대하여 배상을 청구할 권리를 가진다.
- (2) 법적으로 중요한 손해를 고의 혹은 과실로 야기하지 아니한 자는, 제3장이 규정하는 경우에 한하여 법적으로 중요한 손해의 야기에 대한 책임이 있다.

#### 1. 불법행위에 기한 손해배상청구권의 근거

제1:101조에서는 불법행위에 기한 손해배상청구권의 근거가 되는 기본규범을 두고 있는데, 이에 따르면 불법행위책임의 3가지 요소인 손해, 인과관계 그리고 귀속가능성을 모두 갖추었을 때 손해배상이 인정된다. 이 3가지 요소는 자신의 결함행위(Fehlverhalten)에 대한 책

임뿐만 아니라(제1항), 행위자가 스스로 손해를 야기하지 않았음에도 불구하고 손해에 대하여 책임을 져야하는 경우(제2항)에도 동일하게 적용된다. PEL Liab.Dam.에서는 추상적과실(culpa in abstracto)과 같은 개념을 사용하지 않으면서 동시에 과실책임의 범위에서 객관적으로 거래상 요구되는 주의를 다 하지 아니한 경우에 손해감소를 위한 의무를 부담지우는 것이 바람직하다는 생각에서, “귀책사유(Verschulden)”라는 표현을 의식적으로 회피하였다고 한다.<sup>319)</sup> 그 결과 과실로 인한 불법행위와 무과실로 인한 불법행위를 동일하게 다루게 되어, 제1항에서 과실책임을, 제2항에서 무과실책임을 구울하게 되었다고 한다.<sup>320)</sup> 제2항은 본래 제3장 무과실책임에서 “일반규정”으로 규정되었던 것인데<sup>321)</sup> 과실책임과 무과실책임을 동등하게 다룬다는 정책적 판단에 따라 그 조문순서도 앞으로 배치된 것이다.

## 2. 손해

PEL Liab.Dam.에서 가장 중요한 의미를 가지는 것은 손해(damage)인데, 이에 대한 정의규정을 두고 있지는 아니하고, 다만 제2:101조 제1항에서 “...손실(loss) 혹은 침해(injury)는 ... 법적으로 중요한 손해(legally relevant damage)이다.”라고만 규정하고 있다. 일단 이 규정의 형식에 비추어 볼 때 손해가 손실과 침해를 포함하는 상위개념임을 알 수 있다. “침해(injury)”라 함은 타인의 재산 등 보호객체에 대하여 발생한 불이익을 의미하고, “손실”은 그러한 침해의 결과 발생한 불이익을 언급하는 데 사용된다.<sup>322)</sup>

319) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 520.

320) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 527.

321) 초안의 내용은 다음과 같다: “사람은, 손해가 타인, 동물, 물건 혹은 그가 법적으로 책임을 져야하는 과정에 의하여 야기된 경우에는, 동장의 규정에 따라 그 손해에 대하여 책임을 진다.”

322) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 64.

이처럼 손해의 개념에 대하여 직접적으로 정의를 내리지 아니하고 간접적으로 규정하고 있는 것은, 손해에 대한 정의규정을 원칙에 두는 경우에는 유럽연합 회원국의 언어로 이를 번역해야 되는데, 손해는 책임귀속의 근거 및 인과관계와 대단히 밀접하게 연결되어 있는 개념이어서, 그 의미를 “잘못 이해함이 없이” 제대로 번역하는 것이 거의 불가능하다는 조정위원회의 판단에 따른 것이라고 한다.<sup>323)</sup> 사실 “손해”는 평가를 요하는 개념으로서 기타의 책임근거들과 불가분적으로 결합되어 있다. 가령 손해가 중대하면 중대할수록 통상 책임귀속의 요건은 보다 경미하게 되고, 반대로 손실이 경미하면 책임귀속의 요건은 엄격하게 된다. 그리고 불법행위법적으로 중요하지 아니한 손해를 의미하는 불이익이 있는가 하면, 고의의 경우에만 불법행위법의 의미에서 손해를 형성하는 불이익도 있으며, 최소한 의무위반을 전제로 하는 것도 있다. 그밖에 금전손해배상청구권을 부여하는 손해가 있는가 하면 원상회복 혹은 예방적인 권리보호만이 인정되는 것도 있다. 단지 경제적 손실의 경우에만 손해배상을 청구할 수 있는 손해도 있고, 불이익 자체가 당연히 손해를 의미하는 경우도 있다. 더욱이 유럽연합 회원국의 국내법들은 상이한 불법행위법 체계를 가지고 있으므로, 그 체계 내에 있는 손해의 의미까지도 고려해 놓아야 하는바, 손해에 대하여 정의를 내리는 것은 위험부담이 컸을 것으로 생각된다.

## 3. 배상을 청구할 권리

불법행위책임은 통상 가해자의 시각에서 “타인에게 손해를 가한 자는 손해를 배상할 책임이 있다”라고 규정하는 것이 일반적이다. 그런데 제1:101조에서는 피해자의 시각에서 “법적으로 중요한 손해를 입은 자는 ..... 배상을 청구할 권리가 있다”라고 규정하고 있다.

323) Bar, ZEuP, 2001, 515, 522 f.

여기에서 사용되고 있는 “right to reparation”이라는 표현은 스코틀랜드법에서 비롯된 것으로서 금전적 배상 보다는 넓은 의미를 가지는 것이라고 한다.<sup>324)</sup> 따라서 “배상”은 모든 손해배상 유형들에 대한 상위개념이고, 금전배상만을 의미하는 것은 아니라고 해석하여야 한다.<sup>325)</sup>

#### 4. 보호되는 이익

PEL Liab.Dam.는 불법행위법이 독자적인 가치를 가진다는 전제 하에 어떠한 불이익이 어떠한 사정에서 어떠한 방식으로 법적으로 중요하고 따라서 배상받을 수 있는 손해가 되는가 하는 것은 불법행위법 자체 내에서 결정해야 할 사항이라고 보고 있다. 그런데 독일민법의 예에서처럼 생명, 신체, 자유, 건강, 소유권 등 보호법익을 한정적으로 열거하는 것은, 불법행위법에 앞서 위치한 일반적인 가치평가, 즉 “절대적으로” 보호되는 법익을 전제로 하는 것이므로, 이를 받아들이는 것은 결국 불법행위법에 부수적 가치만을 부여하는 것이라고 한다.<sup>326)</sup> 그리고 보호법익이라는 것은 불법행위법이 침해할 인정하고 그로 말미암아 어떠한 형식으로 배상을 보장하는 결과 보호되는 것이므로, 이는 모든 불법행위책임의 기본요소들을 규범적으로 판단한 경우에만 비로소 도출될 수 있는 것이지, 미리 보호법익의 목록을 작성할 수는 없다고 한다.<sup>327)</sup>

#### [제1:102조: 예방]

법적으로 중요한 손해가 발생할 염려가 있는 경우에, 동 원칙은 손해를 입을 수 있는 자에게 그 손해를 예방할 권리를 부여한다. 이 권리는 만일 그 손해가 발생할 경우에 그 손해의 원인에 대하여 책임 있는 자에 대하여 행사한다.

324) 1960년대까지는 영국에서 스코틀랜드의 불법행위법만이 배상을 청구할 권리를 부여했었다고 한다: Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 64 Fn. 46.

325) Bar, ZEuP, 2001, 515, 520 f.

326) 이와 같은 맥락에서 위법성을 책임요건으로 받아들이지 아니한다.

327) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 521.

제1:102조는 예방적인 권리보호에 대하여 규정하고 있다. 동규정에 따르면 법적으로 중요한 손해가 발생할 염려가 있는 경우에, 손해발생이 예상되는 자는 손해가 발생하였을 경우에 그 손해에 대하여 책임을 지게 될 자를 상대로 손해예방을 청구할 권리를 가진다. 이러한 손해예방청구권에는 부작위청구뿐만 아니라 손해배상청구도 포함된다. 후자의 경우에 사무관리와의 경계에 있는 사례들, 특히 침해를 당할 우려가 있는 자가 손해방지를 위하여 비용을 지출한 경우에 그 비용상환이 문제된다.<sup>328)</sup>

#### [제1:103조: 적용범위]

제1:101조와 제1:102조는

- (a) 단지 후술하는 동 원칙의 규정들에 따라서만 적용된다.
- (b) 법인과 자연인 양자에 적용된다. 다만 달리 정한 바가 있으면 그에 따른다.
- (c) 이 규정들의 적용이 다른 사법 원칙의 목적에 반하는 한에 있어서는, 적용되지 아니한다.
- (d) 다른 법상의 구제방법에 영향을 주거나 받지 않는다.

제1:103조 (a)에서는 제1:101조와 제1:102조가 일면에 있어서는 청구권의 근거규정이 되지만, 이는 후술하는 규정들과 독립적으로 작용하지는 아니한다는 점을 분명히 밝히고 있다. 따라서 제1:101조는 후술하는 규정들에 의하여 비로소 구체적인 내용들이 충족되는바, 동규정은 그러한 규정들 없이는 적용될 수 없고, 후술하는 규정들은 -청구권의 근거가 되지는 아니하므로- 제1:101조 없이는 적용될 수 없다.<sup>329)</sup> 요컨대 불법행위책임은 항상 기본규범의 모든 구성요건들이 충족되고 그것이 정당화사유를 결여한 경우에만 존재한다.

328) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 522.

329) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 521; Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 63.

### 제 2 장 : 법적으로 중요한 손해

제2장 법적으로 중요한 손해는 제1절 총칙과 제2절 법적으로 중요한 손해의 개별적인 예로 구성되어 있다. 제1절 총칙은 단 하나의 규정(제2:101조 법적으로 중요한 손해)으로 이루어져 있고, 제2절 법적으로 중요한 손해의 개별적인 예에서는 PEL Liab.Dam.의 체계를 분명하게 드러내는 11개의 법적으로 중요한 손해의 예들이 제한적으로 열거되어 있다<sup>330)</sup>: 인적인 침해와 그로 인한 손실(제2:201조), 타인의 인적 상해 혹은 사망으로 인한 제3자의 손실(제2:202조), 존엄, 자유 그리고 사생활침해(제2:203조), 타인에 대한 부정확한 정보의 제공으로 말미암은 손실(제2:204조), 비밀침해로 인한 손실(제2:205조), 재산침해 혹은 불법한 점유로 인한 손실(제2:206조), 부정확한 자문 혹은 정보에 대한 신뢰로 인한 손실(제2:207조), 영업에 대한 불법한 침해로 인한 손실(제2:208조), 환경침해로 말미암아 국가에게 초래된 부담들(제2:209조), 사해적인 사칭으로 인한 손실(제2:210조), 의무위반의 유인으로 인한 손실(제2:211조).

#### 제 1 절 : 총 칙

[제2:101조: 법적으로 중요한 손해의 의미]

- (1) 경제적 혹은 비경제적인 것인지를 불문하고 손실 혹은 침해는 다음 각 호의 경우에는 법적으로 중요한 손해이다.
  - (a) 후술하는 동절의 규정 가운데 하나가 그렇게 규정하는 경우
  - (b) 손실 혹은 침해가 다른 방법으로 법률에 의하여 부여된 권리에 대한 침해를 결과하는 경우
  - (c) 손실 혹은 침해가 법적으로 보호되는 이익의 침해를 결과하는 경우

330) Magnus, ZEuP 2004, 562, 577.

- (2) 제1항 (b) 혹은 (c)에 의하여서만 전보되는 어떤 경우에 있어서, 손실 혹은 침해는 제1:101조 혹은 제1:102조에 따라서 배상청구권 혹은 예방청구권을 위하여 단지 그것이 공정하고 합리적인 경우에만, 법적으로 중요한 손해를 구성한다.
- (3) 그것이 배상청구권 혹은 예방청구권을 위하여 공정하고 이성적인 것인지의 여부를 고려함에 있어서는, 책임의 기초, 손해 혹은 발생가능한 손해의 성질과 근접성, 손해를 입은 혹은 입게 될 자의 합리적인 기대가능성 그리고 공익이 고려되어야 한다.
- (4) 동 원칙에서
  - (a) 경제적 손실은 수입 혹은 이윤의 상실, 부과된 부담 그리고 재산가치의 감소를 포함한다.
  - (b) 비경제적 손실은 정신적 고통과 삶의 질의 손상을 포함한다.

#### 1. 보충규정에서 총칙으로

손해에 대한 장은 2개의 절(총칙과 법적으로 중요한 손해의 예)로 구성되어 있다. 본래 연구팀에서 마련했던 초안에는 -절의 구분 없이- 법적으로 중요한 손해의 예들이 차례로 열거되고 마지막 조문에서 위와 같은 특별규정을 두지 아니하는 손해의 범주에 속하는 경우를 규율하는 보충규정을 두었다. 그런데 자문위원회에서는, 법적으로 중요한 손해를 열거하고 마지막에 보충규정을 두는 것 보다는, 법적으로 중요한 손해에 대한 가이드라인을 제공해 주는 동 규정을 앞에 배치하고 이어서 그 예들을 규정하는 것이 체계적이라는 제안을 하였고, 조정위원회에서도 이러한 방식에 동의를 한 결과 현재와 같은 규정이 완성되었다고 한다.<sup>331)</sup> 이는 소장학자들과 자문위원들 사이에서의 관점의 차이를 보여주는 예라고 하겠다. 아마 비교법적 검토를 통하여 케이스스터디에 익숙한 소장학자들은 중요한 사례들을 열거를

331) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 526.

하고 이러한 범주에 속하지 아니하는 경우들을 위하여 보충규정을 말미에 두는 것이 논리적이라고 보았을 터이고, 자문교수들은 원칙을 제시하고 이어서 그 예들을 열거하는 것이 체계적이라고 판단했을 것이다. 어느 분야에서든 연역적 사고와 귀납적 사고의 대립은 있게 마련이고, 이들 중 어느 것이 보다 우수한 것인가를 판단하기란 거의 불가능하다. 다만 전술한 바와 같이 유럽민사법연구회가 방법론상 Walter Wilburg의 동적인 체계를 따랐다는 점에 비추어 볼 때, 일반적인 원칙을 확정하고 이어서 개별적인 사안에 따른 해결책을 제시하는 것이 PEL Liab. Dam.의 기본구도에 상응하는 것이라고 하겠다.

## 2. 규정의 취지

제2장에서는 총칙이라는 별도의 절에서 법적으로 중요한 손해의 의미에 대하여 규율하고 있다. 이 절은 단 하나의 규정으로 이루어져 있는데, 이처럼 하나의 규정만으로 이루어진 절을 별도로 둔 이유는 전술한 바와 같은 체계적인 검토에 따른 것이라고 생각된다. 아울러 제2:101조를 뚫으로써 동 규정이 제2절에 열거되어 있는 개별적인 예들과 어떻게 연결되는지가 분명하게 된다. 가령 제2:101조 제1항 (a)에서는 이하에서 규정되는 특별한 예들은 모두 법적으로 중요한 손해라고 명시하고 있는데, 그럼으로써 제2절에서 규율되고 있는 11개의 법적으로 중요한 손해의 목록은 예시적인 것이 아니라 한정적인 것인 것이고,<sup>332)</sup> 이 규정들은 총칙에 대한 보충적인 규정이 아니라는 점이 분명해진다.

법기술적으로는 통상 일반규정을 취할 것인지 아니면 개별규정을 통하여 규율할 것인지의 여부는 선택사항이고 양자를 혼용하는 경우는 그리 흔하지 아니하다. 그런데 PEL Liab.Dam. 제2장에서는 이 두

332) Blackie, in: European Tort Law, S. 755, 1; ders., "Tort/Delict in the Work of the European Civil Code Project of the Study Group on a European Civil Code", in: Zimmermann, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts (인용: Blackie, in: Grundstrukturen), Baden-Baden, 2003, S. 133, 142; Magnus, ZEuP 2004, 562, 577.

방식을 모두 사용하고 있다. 전술한 바와 같이 제2장의 성립배경을 보면 개별적 사례를 통한 규율을 지향하여 독립적 의미를 가지는 법적으로 중요한 손해에 대한 규정들을 두고 있다고 볼 수 있는데, 이와 별도로 일반조항의 성격을 가지는 규정을 둔 것은 본래의 취지에 다소 부합하지 아니한 것이라는 의구심이 든다. 이처럼 총칙이라는 별도의 절을 두고 있는 이유로는, 법적으로 중요한 손해의 모든 유형을 생각해 내고 이를 규정화하는 것은 불가능하고, 이와 더불어 불법행위법은 미래의 경제, 문화 그리고 사회발전에 유연하게 대처할 수 있어야 하므로 법원을 위한 일반원칙을 마련할 필요성이 있다는 점을 들고 있다.<sup>333)</sup> 요컨대 통상 판택텐 체계에서는 총칙에는 일반적인 내용을 담고 각칙에는 총칙의 내용을 보완하는 차원에서 총칙에 규정되지 아니하는 사항을 규율하는 것이 일반적인데, PETL Liab. Dam. 제2장은 이와는 반대로 제2절에서 규정하고 있는 사항에 해당하지 아니하는 예들에 한하여 제1절 총칙이 적용된다고 해석해야 할 것이다.

## 3. 법적으로 중요한 손해의 의미

제2장의 규정들은 제1장 기본규범의 구조를 반영하여 손해배상법의 핵심요소인 “법적으로 중요한 손해”를 규율한다. 이 개념은 이탈리아 법상의 “danno inguisto”라는 단어에서 영감을 얻은 것이라고 한다.<sup>334)</sup> “danno”는 -유럽민법전연구회의 공식어인- 영어로는 “damage”라고 번역되고, “inguisto”는 다양한 의미로 번역될 수 있는데, 가령 이를 “불공정한”이라고 번역한다면 그 의미를 명백하게 잘못 전달하는 것이 될 것이어서 회원들이 이 용어에 대하여 많은 논의를 하였다고 한다. 그래서 처음에는 “배상받을 만한”이라고 번역을 했다가, 후에 “법적으로 중요한”이라는 용어가 채택되었다고 한다.<sup>335)</sup>

333) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 70 f.; ders., in: Grundstrukturen, S. 133, 141.

334) Blackie, in: European Tort Law, S. 655, 3; ders., in: Grundstrukturen, S. 133, 137.

335) “법적으로 중요한”이라는 표현이 부가된 것은 초안작성위원회의 의장인 Edinburgh

이 개념은 크게 두 가지의 의미를 가진다. 우선 법적으로 의미가 있는, 즉 손해배상을 받을 수 있는 손해와 그렇지 아니한 손해를 구분하는 역할을 한다.<sup>336)</sup> 그리고 이 개념은 고의 과실에 의한 책임은 물론 “고의 과실 없는” 책임의 경우에도 중요한 의미를 가지는데, 이는 불법 행위책임을 부과함에 있어서는 손해의 유형, 가해자의 행위의 질 혹은 행위의 결함 등을 복합적으로 고려할 필요가 있다는 데에 기인한다.<sup>337)</sup>

PEL Liab.Dam.에서는 -손해에 대한 개념정의를 하고 있지 아니한 것과 마찬가지로의 이유에서- 이 개념에 대하여도 직접적으로 정의를 내리고 있지 아니하다. 다만 제2:101조 제1항에서는 “(a) 후술하는 동절의 규정 가운데 하나가 그렇게 규정하는 경우 (b) 손실 혹은 침해가 다른 방법으로 법률에 의하여 부여된 권리에 대한 침해를 결과하는 경우 (c) 손실 혹은 침해가 법적으로 보호되는 이익의 침해를 결과하는 경우에는” 법적으로 중요한 손해이다 라고 규정하고 있을 따름이다. 그러고 보면 PEL Liab.Dam.의 의미에서 “법적으로 중요한 손해”라 함은 (a)(b)(c)에 해당하는 것으로서 이에 대한 침해가 있는 경우 제1:101조에 따라서 배상청구권을 행사할 수 있는 것을 의미한다. 결국 법적으로 중요한 손해라 함은 소송의 대상이 되는 손해를 의미하게 된다.

#### 4. 배상청구권 부여 시 고려사항

제2:201조 제2항에 의하면 손실 혹은 침해는 그에 대한 배상청구권이 공정하고 합리적인(fair and reasonable) 경우에만 법적으로 중요한 손해가 되고, 동조 제3항에 따르면 배상청구권을 인정하는 것이 공정하고 합리적인가에 관한 문제를 판단함에 있어서는 책임의 기초, 손해의 성질과 근접성, 피해자의 합리적 기대가능성 그리고 공익을 고려해야 한다고 규정하고 있다.

대학의 Eric Clive 교수의 제안에 따른 것이라고 한다: Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 63 Fn. 44.

336) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 62.

337) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 62; ders., in: Grundstrukturen, S. 133, 138.

유럽민법전연구회가 PEL Liab.Dam. 작성함에 있어서 채택하였던 방법론인 Walter Wilburg의 동적인 체계는, 원칙을 정해두고 개별적 사안에 따라 상이한 이해관계와 가치판단요소들을 결합하여 합리적인 해결책을 도모한다는 것을 주된 골자로 하고 있는바, 탄력성은 있으나 예견가능성이 부족하다는 비판이 따른다. 따라서 법적 안정성 내지 예견가능성을 담보하기 위하여 이익교량과정을 보다 구체화할 필요가 있게 된다.<sup>338)</sup> 바로 이러한 의미에서 제2:101조 제2항에서는 일반적으로 손실 혹은 침해는 그에 대한 배상청구권이 공정하고 합리적인(fair and reasonable) 경우에만 법적으로 중요한 손해가 된다고 규정하고 있고, 제3항에서는 배상청구권을 인정하는 것이 공정하고 합리적인가에 관한 문제를 판단함에 있어서 고려해야 할 사항들로 책임의 기초, 손해의 성질과 근접성, 피해자의 합리적 기대가능성 그리고 공익을 열거하고 있다.

“책임의 기초”는 영국과 호주에 있어서 과실법의 출발점인 “주의의무(duty of care)”라는 관점을 반영한 것으로서,<sup>339)</sup> 과실을 기본으로 하고 있다. 이와 더불어 손해에 대한 고의도 책임기초로 고려된다. 이 규정을 마련할 때 과실로 길을 막음으로써 경쟁영업자의 영업을 방해한 경우를 예로 들었는데, 물론 통상의 경우 이러한 행위는 “법적으로 중요한 손해”의 요건을 충족시키지 아니하지만, 가령 경쟁자의 사업상 약속을 방해할 의도로 그러한 행위를 한 경우에는, “법적으로 중요한 손해”의 사정이 있다고 판단할 수도 있으므로, 피해자에게 손해를 가할 의도가 있었는지의 여부도 고려사항에 넣어야 한다는 쪽으로 의견이 모아졌다고 한다.<sup>340)</sup> 그밖에도 피해자에게 발생한 손해가 어떠한 “성질”의 것이냐의 여부, 손해와 행위 사이에 “근접성”이 있는지의 여부, 배분적 정의를 고려하여 피해자가 합리적으로 손해를 예상할

338) Magnus, ZEuP 2004, 562, 566.

339) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 72.

340) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 72; ders., in: Grundstrukturen, S. 133, 142.

수 있었는지의 여부 그리고 법적으로 중요한 손해를 인정할 것인지의 여부에 대한 장 단점을 교량하는 “공익”<sup>341)</sup>이 고려사항이다.

제2항과 제3항에서는 배상청구권 내지 예방청구권을 부여하기 위해서는 제1항 (b)와 (c)에 의해서 전보되는 경우, 즉 “다른 방법으로 법률에 의하여 부여된 권리에 대한 침해” 혹은 “법적으로 보호되는 이익의 침해”가 있을 것을 요구하고 있다. 이는 아마 “법적으로 중요한 손해”가 있는 경우를 포섭하기 위한 것으로 보인다. 그러나 이 규정에서 표현된 것과 같은 요구조건으로는 보호법익의 목록도, 침해받을 수 있는 이익 혹은 권리들 사이에서의 우열도 분명하게 되지 아니하므로, 단순하게 몇몇 침해받는 권리 혹은 이익이 있다는 식으로 규정을 한 것이다. 아울러 이들을 언급한 것은 부분적으로 권리로서 인정되는 것에 대한 법적 시스템 사이의 차이를 고려한 것이기도 하다.<sup>342)</sup> 나아가 이는 권리는 아니지만 불법행위법상 “법적으로 보호받을 가치가 있는 이익”을 보호하기 위한 조치이기도 한다. 가령 초안작성위원회에서 이 문제를 논의할 때, 치명적으로 병을 앓고 있는 환자의 아내 혹은 동반자가 임신을 하기 위하여 환자로부터 정자를 채취하였는데, 그 후에 기술자의 고의 혹은 과실로 그 정자가 멸실된 경우를 예로 들었었다고 한다. 이 사례에서의 정자멸실은 재산침해도 아니고, 인적 침해도 아니고 인격권 혹은 사생활침해에도 해당하지 아니하지만, 환자의 아내 혹은 동반자는 제2항과 제3항을 적용하여, 불법행위법을 통하여 보호받을 가치가 있는 이익을 가지고 있다고 볼 수 있다고 한다.<sup>343)</sup>

## 5. 경제적, 비경제적 손실

제2:101조 제4항에 따르면 경제적 손실과 비경제적 손실도 법적으로 중요한 손해에 포함된다. 경제적 손실은 포괄적인 개념이고, “수입

341) “공익(public policy)”이 언급된 것은 캐나다법을 참조한 것이라고 한다: Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 72.

342) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 73; ders., in: Grundstrukturen, S. 133, 142.

343) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 73; ders., in: Grundstrukturen, S. 133, 142 f.

혹은 이윤의 상실, 부과된 부담 그리고 재산가치의 하락”을 포함한다. 비경제적 손실 역시 포괄적인 개념으로, 정신적 고통과 삶의 질의 손상을 포함한다.

PEL Liab.Dam.에서는 순수한 재산손해에 대하여는 규율하지 아니하고 있다. 이는 이러한 유형의 손해는 유럽연합 회원국들에게는 생소한 것이고, 그 개념이 확정적인 것도 아니므로, 이를 규율할 필요가 없다는 판단에 따른 것이라고 한다.<sup>344)</sup>

## 제 2 절 : 법적으로 중요한 손해의 개별적인 예

[제2:201조: 인적인 침해와 그로 인한 손실]

- (1) 그 혹은 그녀의 신체 혹은 건강에 대한 침해의 결과로서 자연인에게 야기된 손실과 침해 그 자체는 법적으로 중요한 손해이다.
- (2) 동 원칙에서
  - (a) 여기에서 손실은, 피해자의 치료를 위하여 그 혹은 그녀와 가까운 사람이 합리적으로 부담한 비용을 포함하여 건강치료 비용을 포함한다. 그리고
  - (b) 정신적 건강에 대한 침해가 치료받아야 할 질병에 이르는 한에 있어서는, 인적인 침해는 이러한 침해를 포함한다.

개별적인 예들을 규율함에 있어서는 두 가지의 관점을 기초로 하였다고 한다. 그 첫째는 법률가(그리고 교육을 받은 일반인)들은 현재 법원과 입법부에 의하여 지배적으로 고려되고 있는 전통적인 예를 다루는 것을 바람직한 것으로 여긴다는 점이다. 이러한 이유에서 개별적인 예에 대한 첫 번째 규정에서 -실무상 불법행위에 기초를 둔 소송의 대부분을 차지하고 있는- “인적인 손해”를 다루고 있다. 이렇게 인적인 손해를 처음에 다룸으로써 법적으로 중요한 손해에 대한 11개의 예들 가운데 인적인 손해가 소송상 가장 많이 문제되고, 따라서 실무상 동

344) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 523.

규정을 적용하는 예가 많다는 사실을 드러내고자 하였다고 한다. 두 번째로는 법률가, 법관 그리고 입법자는 일련의 예들을 위한 규정을 만들고 이렇게 만들어진 규정을 유용하게 적용하는 일을 담당한다는 점을 고려하였다고 한다. 그 일련의 예들을 규정함에 있어서는 비교법적 연구를 통하여 상이한 법질서에 존재하는 체계를 분석하고 다양한 체계의 강점과 약점을 조명하게 되는데, 이러한 분석을 통하여 국내법에서 어떠한 예들이 중요한 손해로 받아들여지고 있는지를 파악하고 이들을 통합하여 조문화하면, -어떤 특정한 법제도의 개념적인 체계를 차용하는 함정에 빠짐이 없이- 유형 중심의 새로운 불법행위 체계를 만드는 것이 가능하다고 본 것이다.<sup>345)</sup> 이러한 관점에서 보면 제2절에서 규율되고 있는 11개의 규정은 유럽연합 회원국들의 국내법을 비교 분석한 결과 중요하다고 판단된 예들을 묶어 놓은 것이고, 그 조문의 순서는 실무상 중요성에 따른 것이라고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때 총 11개의 조문 가운데 사람과 “기능적으로” 관계되어 있는 규정은 모두 다섯 개이고, 더욱이 이들 규정이 모두 제2절의 앞부분에 배치되어 있으므로(제2:201조 내지 제2:205조), 물적 손해 보다는 인적 손해가 중요하게 다루어지고 있음을 알 수 있다.

제2:201조는 인적인 침해와 그로 인한 손실에 대하여 규율하고 있다. 전술한 바와 같이 PETL Liab.Dam. 제2장 제2절에서 열거하고 있는 11개의 예들은 비교법적 분석을 토대로 사례의 중요성에 따라서 배열된 것인바, 총 11개의 조문 가운데 인적 침해에 대한 규정을 처음에 두고 있는 것은, 이러한 침해를 기타의 침해보다 최우선적으로 보호하겠다는 취지로 이해된다.

동 규정에서는 침해와 손실이라는 용어를 명백하게 구분하고 있다. 전술한 바와 같이 침해는 타인의 재산 등 보호객체에 대하여 발생한

345) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 67; ders., in: Grundstrukturen, S. 133, 139.

불이익 자체를 의미하는바, 자연인에게 야기된 불이익 그 자체, 즉 신체상해 등이 침해에 해당된다. 이런 의미에서 동조 제2항 (b)에서는 정신적 건강에 대한 침해가 치료받아야 할 질병에 이르는 한에 있어서는, 인적인 침해는 이러한 침해를 포함한다고 규정하고 있다. 그에 비하여 손실은 그러한 침해의 결과 발생한 불이익을 의미하므로, 신체침해의 결과 자연인에게 야기된 불이익이 손실이 된다. 이와 관련하여 동조 제2항 (a)에서는 손실은 -피해자의 치료를 위하여 그와 가까운 사람이 합리적으로 부담한 비용을 포함하여- 건강치료비용을 포함한다고 규정하고 있다. 이러한 인적인 침해와 그로 인한 손실은 모두 법적으로 중요한 손해이다.

[제2:202조 타인의 인적 상해 혹은 사망으로 인한 제3자의 손실]

- (1) 타인의 인적인 상해 혹은 사망의 결과 자연인에게 야기된 비경제적인 손실은, 만일 상해시점에 그 자가 상해당한 사람과 특별한 인적인 관계에 있는 경우에는, 법적으로 중요한 손해이다.
- (2) 사람이 치명적으로 상해를 당한 경우에:
  - (a) 상해로 말미암아 사망에 이르게 된 경우 망자에게 야기된 법적으로 중요한 손해는 망자의 상속인에게 법적으로 중요한 손해가 된다.
  - (b) 합리적인 장례비용은 그것을 부담하는 사람에게 있어서 법적으로 중요한 손해이다.
  - (c) 부양상실은, 망자가 부양했거나 혹은 사망이 발생하지 않았다더라면 법정규범 하에 부양하였을 자연인 혹은 망자가 재정적 지원을 했었던 자연인에게 법적으로 중요한 손실이 된다.

제2:202조에서는 타인의 인적 상해 혹은 사망으로 인한 제3자의 손실에 대하여 규정하고 있다. 우선 타인의 인적인 상해 혹은 사망의

결과 자연인에게 야기된 정신적 손실은 통상 법적으로 중요한 손해는 아니다. 그러나 상해시점에 그 자가 상해당한 사람과 특별한 인적인 관계에 있는 경우에는 예외적으로 중요한 손해로 인정된다. 가령 가까운 친족들이 이러한 특별한 관계에 있는 사람에 해당된다.

제2항에서는 상해치사의 경우를 다루고 있다. 사람이 치명적으로 상해를 당하고 그로 말미암아 사망에 이르게 된 경우에는, 망자에게 야기된 법적으로 중요한 손해는 망자의 상속인에게 법적으로 중요한 손해가 되고, 장례비용도 합리적인 한에 있어서는 법적으로 중요한 손해에 해당된다. 그리고 망자가 생존 시에 부양했거나 혹은 사망이 발생하지 않았더라면 부양하였을 자 혹은 망자가 재정적 지원을 했었던 자에게는 부양의무자의 사망으로 인한 부양상실도 법적으로 중요한 손실이 된다.

[제2:203조: 존엄, 자유 그리고 사생활의 침해]

- (1) 자유와 사생활에 대한 권리와 마찬가지로 그 혹은 그녀의 존엄성에 대한 권리를 침해한 결과 자연인에게 야기된 손실 그리고 그 침해 자체는 법적으로 중요한 손해이다.
- (2) 그 사람의 평판에 대한 침해의 결과 그에게 야기된 손실과 그 침해 자체는, 국내법에 규정된 바가 있는 경우에는, 법적으로 중요한 손해이다.

제2:203조에서는 인간의 존엄, 자유 및 사생활의 침해에 대하여 다루고 있다. 동 규정에 따르면 인간의 존엄성, 자유, Privacy 자체의 침해 그리고 그 침해 결과 자연인에게 야기된 손실은 모두 법적으로 중요한 손해이다. 그에 비하여 사람의 평판에 대한 침해 그리고 그 침해의 결과 그에게 야기된 손실이 중요한 손해가 되는지의 여부는 국내법의 판단에 맡기고 있다.

[제2:204조: 타인에 대한 부정확한 정보의 제공으로 말미암은 손실]  
정보제공자가 알거나 혹은 알았어야 했던 그 사람에 대한 정보의 제공이 정확하지 아니한 결과 그에게 발생한 손실은 법적으로 중요한 손해이다.

제2:204조에서는 타인에 대한 부정확한 정보의 제공으로 인한 손실에 대하여 규정하고 있다. 이러한 손실에 있어서는 당사자들의 특별한 “신뢰관계”가 중요한 기준이 된다. 통상 정보를 교환하는 사람들 사이에는 신뢰관계가 형성되어 있어서, 정보수령자는 정보제공자가 건네준 정보를 믿고 거래 등을 하게 된다. 그런데 만약 그 제공된 정보가 부정확하여 정보수령자에게 손실이 발생한 경우에는, -정보수령자의 신뢰를 보호하기 위하여- 당해 손실은 정보수령자에게 법적으로 중요한 손해가 된다.

[제2:205조: 비밀침해로 인한 손실]

정보의 성질 혹은 정보가 획득된 사정으로부터 정보제공자가 알거나 알았어야 했던 정보의 제공이 손실자에게 비밀에 속하는 것인 결과 그에게 야기된 손실은 법적으로 중요한 손해이다.

제2:205조는 비밀침해로 인한 손실에 대하여 규율하고 있다. 정보제공자가 비밀을 침해한 결과 발생한 손실은 -전술한 타인에 대한 부정확한 정보의 제공으로 인한 손실과 마찬가지로- 당사자들 사이의 신뢰관계를 기초로, 법적으로 중요한 손해가 된다.

[제2:206조: 재산침해 혹은 불법한 점유로 인한 손실]

- (1) 사람의 재산권 혹은 동산, 부동산에 대한 적법한 점유를 침해한 결과 그에게 야기된 손실은 법적으로 중요한 손해이다.
- (2) 동 규정에서
  - (a) 손실은 재산사용을 박탈하는 것을 포함한다.

- (b) 재산권의 침해는 권리의 객체에 대한 파괴 혹은 물질적 손해(재산 손해), 권리의 양도, 사용방해 그리고 기타의 권리행사의 방해를 포함한다.

제2:206조에서는 재산침해 또는 불법한 점유로 인한 손실에 대하여 규정하고 있다. 사람의 재산권을 침해하는 것 또는 동산 또는 부동산에 대한 적법한 점유를 침해하는 것은 물론 그 침해의 결과 그 사람에게 야기된 손실은 모두 법적으로 중요한 손해에 해당한다. 여기에서의 손실에는 재산사용을 박탈하는 것도 포함되고, 재산권 침해에는 권리의 객체에 대한 파괴 혹은 물질적 손해(재산 손해), 권리의 양도, 사용방해, 기타의 권리행사의 방해가 포함된다.

[제2:207조: 부정확한 자문 혹은 정보에 대한 신뢰로 인한 손실]

부정확한 자문 혹은 정보에 대한 합리적인 신뢰로 결정을 내린 결과 사람에게 야기된 손실은 다음과 같은 경우에는 법적으로 중요한 손해이다:

- (a) 자문 혹은 정보가 업무수행과정 혹은 거래과정에서 사람에게 의하여 제공된 경우;
- (b) 수령자가 그러한 결정을 함에 있어서 자문 혹은 정보를 신뢰한다는 것을 제공자가 알았거나 알 수 있었던 경우

제2:207조는 부정확한 자문 혹은 정보에 대한 신뢰로 인한 손실에 대하여 규정하고 있다. 이 규정도 -전술한 타인에 대한 부정확한 정보의 제공으로 인한 손실과 마찬가지로- 정보제공자와 정보수령자 사이의 신뢰관계와 관련이 있는 손해이다. 동 규정에 따르면 부정확한 자문 혹은 정보를 신뢰하여 결정을 한 결과 그 정보신뢰자에게 야기된 손실은, 자문 혹은 정보가 업무수행과정 혹은 거래과정에서 제공되었고, 정보제공자가 수령자가 자신의 자문 혹은 정보를 신뢰하고 결정

을 내린다는 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우에는, 법적으로 중요한 손해가 된다.

[제2:208조: 영업에 대한 불법한 침해로 인한 손실]

- (1) 사람의 영업행사 혹은 거래행위에 대한 불법한 침해의 결과 그에게 야기된 손실은 법적으로 중요한 손해이다.
- (2) 불공정한 경쟁으로 말미암아 소비자에게 야기된 손해는, 지방자치단체 혹은 국내법이 그렇게 규정하는 한에 있어서는, 법적으로 중요한 손해이다.

제2:208조에서는 영업에 대한 불법한 침해로 인한 손실에 대하여 규정하고 있다. 이러한 손실의 경우에는 공서양속 침해가 중요한 기준이 된다. 연구팀의 초안에는 *boni mores*(공서양속위반)라는 라틴어를 사용했었으나, 규정에 라틴어를 삽입하지 않는다는 결정에 따라서 “불법한(*unlawful*)” 이라는 용어로 대체되었다고 한다.<sup>346)</sup> 물론 이것은 용어상의 변화일 따름이고, 초안의 의미는 그대로 유지되고 있다고 할 것이다. 그리고 불공정한 경쟁으로 말미암아 소비자에게 야기된 손해가 법적으로 중요한 손해가 되는지의 여부에 대하여는 국내법에 일임하고 있다.

[제2:209조: 환경침해로 말미암아 국가에게 초래된 부담들]

공기, 물, 토양, 식물과 동물과 같이 환경을 구성하는 자연구성요소가 상당히 손상된 것을 회복함에 있어서 국가 혹은 관할청에게 초래된 부담은 국가 혹은 관할당국에게 법적으로 중요한 손해들이다.

제2:209조에서는 환경침해로 인하여 국가에게 부과된 부담에 대하여 규율하고 있다. 통상 자연환경이 손상 내지 파괴되면 국가 기타 지방자치단체가 이를 회복하기 위하여 막대한 비용을 지출하게 되는데, 이러한 일련의 부담들은 국가 등에 법적으로 중요한 손해가 된다. 따라서

346) Blackie, in: *European Tort Law*, S. 55, 67; ders., in: *Grundstrukturen*, S. 133, 139.

국가는 자연환경을 침해한 자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.

[제2:210조: 사해적인 사칭으로 인한 손실]

- (1) 동절의 다른 규정들을 위반함이 없이 언어 혹은 행동으로 타인을 사해적으로 사칭한 결과 사람에게 야기된 손실은 법적으로 중요한 손해이다.
- (2) 진술이 거짓이라는 인식 혹은 확신이 있고 또한 수령자로 하여금 잘못을 저지르도록 유도할 의도가 있었던 경우 그 사칭은 사해적인 것으로 본다.

제2:210조에서는 사해적인 사칭으로 인한 손실에 대하여 규율하고 있다. 이러한 손실의 경우에는 “고의”가 중요한 기준이 된다. 여기에서 사해적으로 사칭하였다는 것은, 사칭을 한 자가 자신의 진술이 거짓임을 알았거나 의사수령자로 하여금 잘못을 저지르도록 유도할 의사가 있었던 경우를 의미한다. 언어 혹은 행동으로 타인을 사해적으로 사칭한 결과 사람에게 야기된 손실은 법적으로 중요한 손해가 된다.

[제2:211조: 의무위반의 유인으로 인한 손실]

동절의 다른 규정들을 위반함이 없이 제3자로 하여금 채무위반을 하도록 타인을 유인한 결과 사람에게 야기된 손실은 다음과 같은 경우에만 법적으로 중요한 손해이다.

- (a) 채무가 손실을 입은 사람에게 대한 것이었던 경우 그리고
- (b) 위반을 유도한 자가
  - ( ) 제3자로 하여금 채무위반을 할 의도를 가졌던 경우 그리고
  - ( ) 그들 자신의 이익을 합법적으로 보호하기 위하여 행위하지 아니했던 경우

제2:211조에서는 의무위반의 유인으로 인한 손실에 대하여 규율하고 있다. 이 경우에는 가해자의 고의 과실의 유무를 불문하고 “의무

위반의 형식”이 중요한 판단기준이 된다. 동 규정에 따르면 제3자로 하여금 채무위반을 하도록 타인을 유인한 결과 사람에게 야기된 손실은, 채무가 손실을 입은 사람에게 대한 것이었던 경우 그리고 위반을 유도한 자가 제3자로 하여금 채무위반을 할 의도를 가졌거나 그들 자신의 이익을 합법적으로 보호하기 위하여 행위하지 아니하였던 경우에는, 법적으로 중요한 손해가 된다.

### 제 3 장 : 책임귀속

제3장 책임귀속은 제1절 고의와 과실과 제2절 고의 또는 과실 없는 책임귀속으로 구성되어 있다. 제1절 고의와 과실에서는 고의(제3:101조), 과실(제3:102조), 책임무능력자(제3:103조), 감독자책임(제3:104조)에 대하여 규율하고 있다.

제2절 고의 또는 과실 없는 책임귀속에서는 사용자책임(제3:201조), 부동산관리자의 책임(제3:202조), 동물보유자의 책임(제3:203조), 제조물책임(제3:204조), 자동차운행자의 책임(제3:205조), 위험물질 배출자의 책임(제3:206조), 기타 법적으로 중요한 손해의 야기에 대한 책임귀속(제3:207조), 위부(제3:208조)에 대하여 규율하고 있다. 이 6개의 규정들을 분석해 보면 크게 네 가지의 유형으로 구분된다. 그 첫 번째 유형은 무과실책임을 부담하는 자와 가해자와의 일정한 관계를 요건으로 하는데, 제4:201조의 사용자책임을 여기에 해당한다. 두 번째 유형은 “위험”이라는 개념에 기초하여, 무과실책임자와 위험원과의 관계를 요건으로 한다. 위험물질 혹은 시설로부터의 에미시온과 관련한 책임이 여기에 해당한다. 세 번째 유형은 무과실책임자와 특별한 유형의 물건과의 관계를 기초로 한 것이다. 동물보유자책임과 자동차보유자의 책임이 여기에 해당하는데, 이는 프랑스법의 관리자 책임에서 아이디어를 얻은 것이라고 한다.<sup>347)</sup> 마지막 유형은 무과실책

347) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 76.

임자와 안전성검사의 기대에 부응하지 못하는 물건과의 관계를 기초로 한 것이다. 가령 제조물책임의 경우에 기대가능성은 소비자의 기대를 기준으로 하였고, “부동산의 불안정한 상태에 의하여 야기된 손해”의 경우에는 “부동산에서 혹은 그 주변에 있는 사람들의 기대가능성”을 기준으로 하였다.<sup>348)</sup>

전술한 바와 같이 연구팀 초안에서는 무과실책임에 관한 절에서 일반조항(현행 제1:101조 제2항)과 개별적인 무과실책임에 관한 규정들을 두고 있었는데, 과실책임과 무과실책임을 병렬적으로 규율한다는 취지에 따라 일반규정에 해당하는 규정이 현행 제1:101조 제2항으로 되었다. 동규정에 따르면 불법행위로 인하여 손해를 입은 자는 불법행위의 3가지 요소인 손해, 인과관계 그리고 귀속가능성이 갖추어지면 가해자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다. 따라서 무과실책임의 기본구조는 과실책임의 그것과 동일하다. 이처럼 PEL Liab.Dam.에서는 과실책임과 무과실책임을 원칙-예외관계가 아니라 동등한 관계에 있는 것으로 다루고 있기는 하지만, 아무런 제한 없이 무과실책임을 인정하는 것은 아니고, 사람, 물건 혹은 일의 성질상 위험책임을 인정할 수 있는 특정한 분야에 한하여 이를 인정하고자 하였다. 그리고 어떠한 범위에서 어떠한 요건 하에 무과실책임을 인정할 것인가는 “정책적인” 판단의 문제라고 보았다.<sup>349)</sup> 결국 이는 불법행위책임의 핵심요소인 법적으로 중요한 손해가 발생한 경우에는, 설령 가해자에게 귀책사유가 없다 하더라도 -정책적 판단을 거쳐 명문화된- 특별규정에 기하여 손해배상책임을 부담시키겠다는 논리인데, 이 논리 자체는 무과실책임은 자기책임의 원칙에 대한 예외이고 따라서 이러한 예외를 인정하려면 특별한 법적 근거가 있어야 한다는 전통적인 논리와 크게 다르지 아니하다. 이 중 어느 입장에 의하건 무과실책임을 인정하려

348) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 76.

349) Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 75; ders., in: Grundstrukturen, S. 133, 144.

면 어떠한 범위에서 이러한 책임을 인정할 것인가에 대한 정책적 판단이 선행되어야 함은 물론이다. 유럽민법전연구회에서 이러한 정책적 판단을 할 때 특히 논란이 되었던 것은, 제조물책임과 같이 이미 유럽연합지침을 통하여 규율되고 있는 사항과 환경책임처럼 단시일 내에 지침이 마련될 사항들에 대한 규정을 둘 것인가 그리고 어느 정도의 선에서 교통사고책임을 규율할 것인가라는 점이었다고 한다.<sup>350)</sup>

### 제 1 절 : 고의와 과실

[제3:101조: 고의]

어떤 사람이 다음과 같이 손해를 야기한 경우에는 그는 법적으로 중요한 손해를 고의로 야기한 것으로 본다.

- (a) 특정한 유형의 손해를 발생시킬 의도로 손해를 야기한 경우 또는
- (b) 그 자가 그러한 손해 혹은 그 유형의 손해가 야기되거나 혹은 거의 확실하게 야기된다는 사실을 알고서 그렇게 하는 것을 의도하는 행위에 의하여 손해를 야기한 경우

통상 민사책임은 추상적 경과실을 원칙으로 하므로, 고의에 의한 불법행위가 가지는 의미는 그다지 크지 아니하다. 물론 PETL Liab.Dam.에서도 불법행위책임의 기본구조는 과실책임을 중심으로 하고 있지만, 고의책임과 과실책임이 동일하지 아니하다는 전제하에 이 둘을 다르게 취급하고 있다. 우선 과실과는 별도로 제3:101조에서 고의에 관하여 규율하고 있다. 동 규정에 따르면 고의로 인한 불법행위라 함은 법적으로 중요한 손해를 발생시킬 의도로 혹은 그러한 손해가 발생되거나 혹은 발생될 가능성이 높다는 사실을 알면서 손해발생행위를 한 경우를 말한다. 따라서 가해의사가 있거나 최소한 손해발생에 대한 예견가능성이 있는 경우에, 고의책임을 묻게 된다. 나아가 손해

350) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 527.

배상청구권의 인정여부를 판단함에 있어 가해자의 고의가 중요한 변수가 될 수 있음을 상정하고 있다. 전술한 바와 같이 제2:101조 제2항에서는 동 원칙에서 정하고 있지 아니한 방법으로 침해된 법적으로 보호되는 권리 혹은 이익에 대한 배상 내지 예방청구권은, 이를 인정하는 것이 공정하고 합리적인 경우에만 허용되고, 그 공정성과 합리성을 판단하는 기준 가운데 하나인 책임의 기초에는 고의와 과실이 모두 포함되는 것으로 보고 있다. 더욱이 이 규정을 마련할 때 예로 들었던 “길을 막아서 경쟁업자의 영업을 방해한 경우”에 있어서, 그러한 방해행위가 과실로 인한 것이었다면 법적으로 중요한 손해가 되지 아니하지만, 고의로 인한 경우라면 이를 적극적으로 해석하는 것이 바람직하다고 보고 있는바, 이는 고의와 과실을 달리 평가하고자 하는 유럽민사법연구회의 의도를 잘 보여주는 예라 하겠다.

[제3:102조: 과실]

어떤 사람이 다음과 같은 행위에 의하여 손해를 야기한 경우에는, 그는 법적으로 중요한 손해를 과실로 야기한 것이다.

- (a) 그 행위가 피해자를 손해로부터 보호하는 것을 목적으로 하는 법정 규범에 의하여 제공된 특별한 주의의무 수준에 상응하지 아니한 경우 또는
- (b) 그 행위가 기타 그 사안의 사정에서 동일한 연령대의 합리적으로 주의 깊은 자들에게서 기대될 수 있는 정도의 주의에 미치지 못한 경우

PEL Liab.Dam.에서는 과실에 대하여 두 가지의 기준을 제시하고 있다. 우선 제3:102조 (a)에 따르면 법령에서 정하는 특별한 주의의무 수준에 상응하지 아니한 경우에 과실책임을 물을 수 있다. “특별한”이라는 단어는 “평범한” 혹은 “보통의”라는 단어의 반대어인 바, 동규정은 일반적인 주의의무의 수준이 있다는 전제 하에 법령에서 그보다

높은 혹은 낮은 정도의 주의의무를 부과하고 있는 경우에는, 그러한 특별기준에 따라서 과실책임을 인정한다는 취지로 이해된다. 그리고 보면 PEL Liab.Dam.는 -전술한 바와 같이 추상적 과실, 귀책사유라는 표현을 의식적으로 회피했다고는 하지만- 객관적으로 거래상 요구되는 주의를 다 하지 아니한 경우, 즉 추상적 과실을 원칙으로 하고 있고, 다만 중과실 또는 구체적 과실에 대하여 책임을 부과하는 특별규정이 있는 경우에는 그러한 규정에 근거하여 가중 혹은 경감된 주의의무를 부과하고자 한다고 해석해야 할 것이다. 체계적인 측면에서 볼 때, 원칙을 먼저 규정하고 이어서 예외규정을 두는 것이 바람직했을 것으로 보인다.

제3:102조 (b)에서는 기타 제반 사정 하에서 동일한 연령대의 합리적 주의의무에 미달한 경우에 과실이 있는 것으로 보고 있다. 이는 추상적 과실의 원칙을 표명한 것으로 해석된다. 다만 주의의무 수준에 대한 평가기준으로 “동일 연령대의 합리적 주의의무”라는 단 하나의 기준이 제시되고 있는 것은 문제가 있다고 하겠다. 가령 제2:201조 제3항에서는 배상청구권의 공정성과 합리성을 판단하는 기준으로 책임의 기초, 손해의 성질과 근접성, 피해자의 합리적 기대가능성 그리고 공익이 열거되어 있는데, 주의의무의 판단기준도 이처럼 다양하게 제시되었어야 했을 것이다.

[제3:103조 18세 미만의 사람들]

- (1) 18세 미만의 자는 당해 사건의 사정에 있어서 동일한 연령대에 기대할 수 있는 합리적인 주의의무를 다 하지 아니한 한에 있어서, 제3:102조(b)에 따라서 법적으로 중요한 손해의 야기에 대하여서만 책임을 진다.
- (2) 7세 미만의 자는 고의로 혹은 과실로 야기한 손해에 대하여 책임을 지지 아니한다.

(3) 그러나 제1항과 제2항은 다음과 같은 경우에는 적용되지 아니한다.

- (a) 피해자가 동 원칙 하에서 타인으로부터 배상을 받을 수 없는 경우
- (b) 당사자들의 자력과 당해 사건에 있어서 기타의 모든 다른 사정들을 고려할 때 배상책임이 공정한 경우

제3:103조에서는 미성년자의 불법행위책임에 관하여 두 가지의 시각에서 접근하고 있다. 한편에서는 통상의 불법행위법의 경우와 마찬가지로 “미성년자 보호”의 차원에서 연령별로 상구분하여 책임을 부과하고 있다. 즉 18세 미만자는 동일한 연령대에 기대할 수 있는 합리적인 주의의무를 다 하지 아니한 경우, 즉 추상적과실로 인한 불법행위에 한하여 배상책임을 부담하고, 7세 미만의 자는 이러한 책임마저도 부담하지 아니한다. 미성년자 보호를 목적으로 동 규정을 마련한 것이었다면, 주의의무의 수준을 구체적 과실로 낮춰서 미성년자의 주관적 책임능력을 기준으로 삼았어도 무방했을 것으로 보인다.

다른 한편에서는 “피해자보호”의 측면에서 일정한 경우에는 예외적으로 18세 미만자에게도 책임을 물을 수 있도록 하고 있다. 피해자가 타인으로부터 배상을 받을 수 없거나 당사자들의 자력과 당해 사건에 있어서 기타의 모든 다른 사정들을 고려할 때 배상책임을 인정하는 것이 공정한 경우가 여기에 해당한다. 미성년자의 행위는 제1항과 제2항에 따라서 원칙적으로 불법행위책임을 구성하지 아니하나, 미성년자라 하더라도 배상자력이 있는 경우도 없지 아니한바, 이러한 경우에는 가해자와 피해자의 경제적 사정, 미성년자의 경제적 부담능력 등을 고려하여 미성년자 자신에게 배상책임을 묻는 것이 공정하다고 할 것이다.

[제3:104조: 아동 혹은 감독을 받는 사람에 의하여 야기된 손해에 대한 책임귀속]

(1) 법률에 의하여 14세 미만의 자에 대하여 부모로서의 보호의무가

부과된 부모 혹은 기타의 사람들은, 14세 미만자가 만일 그것이 성인의 행위였다라면 고의 또는 과실을 구성하는 행위에 의하여 손해를 야기한 경우에, 법적으로 중요한 손해의 야기에 대하여 책임을 부담한다.

(2) 사람을 감독하는 의무를 부담하는 기관 혹은 기타 단체는, 다음과 같은 경우에는, 제3자에 의하여 입은 법적으로 중요한 손해의 야기에 대하여 책임을 부담한다.

- (a) 그 손해가 인적 손해, 제2:202조의 범위에서의 손실 혹은 재산손해인 경우
- (b) 기관 혹은 기타의 단체의 감독 하에 있는 자가 고의 혹은 과실로 손해를 야기한 경우 혹은 18세 미만의 자의 경우에는 만일 그 행위가 성인의 행위라면 고의 혹은 과실을 구성했을 행위에 의하여 손해를 야기한 경우
- (c) 감독 하에 있는 자가 그러한 유형의 손해를 야기할 것 같은 사람인 경우

(3) 그러나, 감독자가 손해를 발생시킨 자에 대한 감독에 흠결이 없었음을 입증한 경우에는, 그 자는 동 규정 하에서 손해야기에 대하여 책임을 지지 아니한다.

제3:104조에서는 아동 혹은 감독을 받는 자에 의하여 야기된 손해에 대하여 누가 배상책임을 부담하는가에 대하여 규율하고 있다. 먼저 14세 미만의 아동이 고의 혹은 과실로 타인에게 법적으로 중요한 손해를 가한 경우에는, 그 아동에 대하여 보호의무를 부담하는 부모 혹은 기타의 사람들이 배상의무를 부담한다. 그리고 사람을 감독하는 의무를 부담하는 기관 혹은 기타 단체도 일정한 요건 하에서 요보호자가 제3자에 대하여 야기한 법적으로 중요한 손해에 대하여 배상책임을 부담한다. 즉 요보호자가 인적 손해, 제2:202조의 범위에서의 손실 혹은 재산손해를 야기한 경우, 요보호자가 고의 혹은 과실로 손해

를 야기한 경우 그리고 요보호자가 그러한 손해를 야기할 것 같은 사람인 경우에는 보호기관 등이 책임을 부담한다.

이러한 책임은 무과실책임은 아니고 면책가능성이 있는 “중간책임”으로 구성되어 있다. 즉 감독자는 요보호자에 대한 감독에 흠결이 없었음을 입증하여, 동 규정 하에서의 책임으로부터 벗어날 수 있다.

### 제 2 절: 고의 또는 과실 없는 책임귀속

[제3:201조: 피용자 및 대표에 의하여 야기된 손해에 대한 책임귀속]

- (1) 타인을 고용하거나 유사하게 사용한 자는, 그 고용되거나 사용된 사람이 다음과 같이 손해를 야기한 경우에는, 제3자에 의하여 야기된 법적으로 중요한 손해의 발생에 대하여 책임을 부담한다.
  - (a) 고용 혹은 사용 중에 손해를 야기한 경우 그리고
  - (b) 고의 혹은 과실로 손해를 야기했거나 혹은 다른 방법으로 손해야기에 대하여 책임을 부담하는 경우
- (2) 제1항은 그들의 사용 중에 손해를 야기한 대표와 관련하여 법인에게 준용한다. 대표라 함은 정관에 의하여 법인을 대표하여 법률행위를 행할 권한을 위임받은 자이다.

제3:201조에서는 사용자책임에 관한 규정을 두고 있다. 동조 제1항에서는 사용자책임의 주체를 “타인을 고용하거나 유사하게 사용한 자”라고 규정하고 있으므로, 사용자와 피용자 사이에 정식으로 고용계약이 체결되어 있지 아니하다 하더라도 사실상 사용관계가 인정되면 두 사람 사이에 사용관계가 있다고 보아야 할 것이다. 다만 피용자가 행한 모든 행위에 대하여 사용자가 책임을 부담하는 것은 아니고, 피용자의 사용 중에 손해가 발생하였어야 한다. 따라서 피용자가 사무집행 중에, 즉 사무의 범위에 속하는 일을 하다가 타인에게 손해를 야기했어야 한다. 나아가 피용자가 고의 혹은 과실로 손해를 야기했

어야 한다. 즉 피용자가 사용 중에 불법행위를 범한 경우에 한하여 사용자에게 무과실책임이 인정된다. 따라서 피용자에게 불법행위가 성립되지 아니하면, 사용자도 사용자책임을 부담하지 아니한다. 동규정에서는 피용자 자신의 책임에 관한 언급은 없으나, 피용자 자신도 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담해야 할 것이고, 사용자의 무과실책임과 피용자 자신의 과실책임은 경합관계에 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 사용자의 면책가능성에 관한 언급이 없으므로, 사용자는 -피용자의 선입감독에 대한 주의의무를 다했는지의 여부를 불문하고- 피용자의 불법행위에 대한 책임을 부담한다. 동규정은 법인대표자의 불법행위에 대한 법인의 책임에 준용된다.

[제3:202조: 안전하지 아니한 부동산 상태에 의하여 야기된 손해에 대한 책임귀속]

- (1) 부동산을 독립적으로 관리하는 자는, (a) 부동산의 성질, (b) 부동산에의 접근, 그리고 (c) 그 상태에서 부동산을 회피하는 비용을 포함하여 사정들을 고려할 때, 당해 부동산에 혹은 그 근처에 있는 사람이 기대할 수 있는 정도의 안전이 보장되지 아니하는 부동산의 상태에 의한 인적 손해, 간접적 손실, 제2:202조의 범위 내에서의 손실 그리고 재산손해(부동산 자체에 대한 손해는 제외)로부터 생기는 손실에 대하여 책임을 부담한다.
- (2) 어떤 사람이 관리를 하기 때문에 그에게 동규정의 범위에서 법적으로 중요한 손해를 예방하는 의무를 부과하는 것이 합리적인 경우에는, 그는 부동산을 독립적으로 관리한 것이다.
- (3) 부동산의 소유자는 독립적으로 관리하는 것으로 추정한다. 다만 소유자가 타인이 독립적으로 관리를 한다는 것을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

제3:202조에서는 부동산 관리자의 책임에 관하여 규정하고 있다.

여기에서 관리자는 동규정의 의미에서 법적으로 중요한 손해를 예방할 의무를 부과하는 것이 합리적인 사람을 의미한다(제2항). 소유자와 관리자가 다른 경우에는, 소유자는 타인이 자신의 부동산을 독립적으로 관리한다는 사실을 입증하여 면책 받을 수 있다(제3항). 가령 임차인이 문체의 부동산에 거주하고 있는 경우에는, 소유자가 아니라 임차인이 관리자가 될 것이다. 따라서 부동산 관리자는 무과실책임을 부담하나, 소유자가 무과실책임을 지는 것은 아니다.

“안전하지 아니한 부동산 상태”라 함은 부동산의 성질, 부동산에의 접근 그리고 그 상태에서 부동산을 회피하는 비용을 포함하여 제반사정들을 고려할 때 안정성이 기대되지 아니하는 부동산의 상태를 의미하고, 안정성에 대한 기대가능성은 당해 부동산 혹은 그 근처에 있는 사람을 기준으로 판단한다. 그리고 손해의 범위는 안전하지 아니한 부동산의 상태에 의한 인적 손해, 간접적 손실, 제2:202조의 범위 내에서의 손실 그리고 재산손해(부동산 자체에 대한 손해는 제외)로부터 생기는 손실로 한정된다(제1항).

[제3:203조: 동물에 의하여 야기된 손해에 대한 책임귀속]

동물보유자는 그 동물에 의한 인적인 손해, 간접 손실, 제2:202조의 범위 내에서의 손실 그리고 재산 손해의 결과로 생긴 손실의 야기에 대하여 책임을 부담한다.

제2:203조는 동물보유자에 대한 책임을 규정하고 있다. 동 규정에 따르면 동물보유자는 자신이 보유하는 동물이 타인에게 가한 인적인 손해, 간접 손실, 제2:202조의 범위 내에서의 손실 그리고 재산 손해의 결과로 발생한 손실에 대하여 책임을 부담한다. 이 동물보유자의 책임도 면책가능성이 없는 무과실책임이다.

[제3:204조: 결함 있는 제조물에 의하여 야기된 손해에 대한 책임귀속]

- (1) 제조물의 제조업자는 그 제조물의 결함에 의한 인적 손해, 간접 손해, 제2:202조의 범위에서의 손실 그리고 소비자와의 관계에서 재산 손해(제조물 자체에 대한 손해는 제외)로부터 발생한 손실의 야기에 대하여 책임을 부담한다.
- (2) 유럽의 경제권역 내에서 판매, 임대, 리스 혹은 유통과 같은 영업 행위를 위하여 제조물을 수입한 자는 상응하게 책임을 부담한다.
- (3) 제조물의 공급자는 다음과 같은 경우에는 상응하게 책임을 부담한다.
  - (a) 제조업자를 알 수 없는 경우
  - (b) 수입된 제조물의 경우에, 수입업자가 피해자에게 상당한 기간 내에 제조업자 혹은 제조물과 함께 그 공급자를 공급했던 사람의 신원을 알리지 아니하는 한, 그 제조물이 (제조업자의 성명이 표시되었는지의 여부를 불문하고) 수입업자의 신원을 표시하지 않은 경우
- (4) 어떤 자가 다음과 같은 사항을 입증한 경우에는, 그는 동 규정에 따른 손해의 야기에 대한 책임을 부담하지 아니한다.
  - (a) 자신이 제조물을 공급하지 아니하였다는 것
  - (b) 자신이 그 제조물을 공급했던 때에는 손해를 야기했던 결함이 존재하지 않았으리라는 것
  - (c) 자신이 판매 혹은 유통과 같은 경제적 목적을 위하여 제조물을 제조하지도 않았고, 영업과정에서 그것을 제조하였거나 유통시키지도 아니하였다는 것
  - (d) 그 결함이 공권력에 의하여 발령된 강행법규를 준수하여 제조물을 만든 결과 발생하였다는 것
  - (e) 제조물을 공급할 당시의 과학적, 기술적 지식의 수준으로는 그러한 결함의 존재를 발견하는 것이 가능하지 않았다는 것
  - (f) 부품 제조업자의 경우에, 결함은 다음과 같은 것에 기인한다는 것

( ) 부품이 그 안에 조립되어야 하는 제조물의 설계 혹은

( ) 그 제조물의 제조업자에 의하여 주어진 지시

(5) “제조업자”는 이하의 경우의 자를 말한다:

- (a) 최종 생산물(제조물) 혹은 부품의 경우에는 제조자
- (b) 원재료의 경우에는 그것을 추출하거나 취득한 자 그리고
- (c) 제조물에 그들의 이름, 상표 혹은 기타 인식가능한 기호를 사용하여 자신을 그것의 제조업자로 표시한 자

(6) “제조물”은, 비록 타인의 동산 혹은 부동산의 일부를 구성하는 경우라 하더라도, 동산 혹은 전기를 의미한다.

(7) 다음과 같은 사정들을 고려하였을 때 제조물이 사람들이 예상할 수 있는 안전을 제공하지 아니하는 경우에는, 그 제조물은 결함이 있다:

- (a) 제조물의 표시
- (b) 제조된 제조물에 대하여 합리적으로 기대할 수 있는 사용
- (c) 제조물이 공급되었던 시기

그러나 제조물은 단지 보다 우량의 제조물이 그 후에 공급되었다는 이유만으로 결함이 있는 것으로 보지 아니한다.

제3:204조에서는 -전술한 바와 같이 유럽연합 입법지침을 통하여 상당 부분 통일을 이루고 있는 분야인- 제조물책임에 관하여 규정하고 있다. 동조 제1항에 따르면 제조업자는 당해 제조물의 결함으로 인한 인적 손해, 간접 손해, 제2:202조의 범위에서의 손실 그리고 소비자와의 관계에서 재산 손해(제조물 자체에 대한 손해는 제외)로부터 발생된 손실에 대하여 책임을 부담한다. 동 규정에서 “제조물”이라 함은, -타인의 동산 혹은 부동산의 일부를 구성하는 경우라 하더라도- 동산 혹은 전기를 의미한다(제6항). 그리고 제조물의 “결함”이라 함은 제조물의 표시, 제조된 제조물에 대하여 합리적으로 기대할 수 있는 사용, 제조물이 공급되었던 시기를 고려하였을 때, 제조물이 소비자들

이 예상할 수 있는 안전을 제공하지 아니하는 경우를 의미한다. 다만 후에 당해 제조물 보다 우량의 제조물이 공급되었다는 이유만으로 결함이 있는 것으로 보지는 아니한다(제7항).

“제조업자”라 함은, 최종 생산물(제조물) 혹은 부품의 경우에는 제조자, 원재료의 경우에는 그 재료를 추출하거나 취득한 자, 제조물에 자신의 이름, 상표 혹은 기타 인식가능한 기호를 사용하여 자신을 그것의 제조업자로 표시한 자를 의미한다(제5항). 그리고 유럽의 경제권역 내에서 판매, 임대, 리스 혹은 유통과 같은 영업행위를 위하여 제조물을 수입한 자도 제조업자와 상응하게 책임을 부담한다(제2항). 아울러 제조업자를 알 수 없는 경우 그리고 수입된 제조물에서 제조업자의 성명이 표시되었는지의 여부를 불문하고- 수입업자의 신원을 표시하지 않은 경우에는, 제조물의 공급자도 제조업자와 상응하는 책임을 부담한다(제3항).

제조업자의 책임은 무과실책임이기는, 하나 면책조항을 둬으로써 무과실책임의 범위를 제한하고 있다. 즉 제조업자 등은 동조 제4항에서 법정하고 있는 6개의 면책사유 중 하나를 입증하면 면책 받을 수 있다. 즉 면책을 받고자 하는 제조업자 등은 자신이 제조물을 공급하지 아니하였다는 것, 자신이 그 제조물을 공급했던 때에는 손해를 야기했던 결함이 존재하지 않았으리라는 것, 자신이 판매 혹은 유통과 같은 경제적 목적을 위하여 제조물을 제조하지도 않았고 영업과정에서 그것을 제조하였거나 유통시키지도 아니하였다는 것, 그 결함이 공권력에 의하여 발령된 강행법규를 준수하여 제조물을 만든 결과 발생하였다는 것, 제조물을 공급할 당시의 과학적, 기술적 지식의 수준으로는 그러한 결함의 존재를 발견하는 것이 가능하지 않았다는 것, 부품 제조업자의 경우에는 부품이 그 안에 조립되어야 하는 제조물의 설계 혹은 그 제조물의 제조업자에 의하여 주어진 지

시에 기인한다는 것 가운데 하나의 사유를 입증하면 면책된다.

[제3:205조: 자동차에 의하여 발생된 손해에 대한 책임귀속]

- (1) 자동차 사용 결과 발생한 교통사고의 경우, 자동차 보유자는 인적 손해, 간접적 손실, 제2:202조의 범위에서의 손실 그리고 (자동차와 그것의 화물은 제외) 재산 손해로 인한 손실에 대하여 책임을 부담한다.
- (2) “자동차”는 지상을 이동할 목적으로 그리고 기계적인 힘에 의하여 추진되는 차를 의미한다. 그러나 레일(궤조) 위를 달리는 것은 자동차가 아니다. 그리고 연결되었는지의 여부를 불문하고 트레일러(부수차)는 자동차로 본다.

제3:205조에서는 -전술한 바와 같이 자동차에 의한 교통사고에 대하여 어느 범위에서 위험책임을 인정할 것인지에 대하여 논란은 있었으나 - 자동차 운행자의 책임을 법정하고 있다. 동조 제2항에 따르면 “자동차”라 함은 지상을 이동할 목적으로 기계적인 힘에 의하여 추진되는 차를 의미한다. 이러한 자동차의 사용 중에 교통사고가 발생한 경우, 자동차 보유자는 인적손해, 간접적 손실, 제2:202조의 범위에서의 손실 그리고 재산손해(자동차와 그것의 화물은 제외)로 인한 손실에 대하여 책임을 부담한다.

[제3:206조: 위험물질 혹은 에미시온에 의하여 야기된 손해에 대한 책임귀속]

- (1) 물질의 보유자 혹은 시설의 영업자는, 다음과 같은 경우에는, 그 물질 혹은 그 시설로부터 발생한 에미시온(유해물질)에 의한 인적 손해, 간접적 손실, 제2:202조의 범위에서의 손실, 재산 손해의 결과 야기된 손실 그리고 제2:209조의 범위에서의 부담의 야기에 대하여 책임을 진다.

- (a) 그것들의 양과 속성, 에미시온의 배출시 혹은 에미시온이 없는 경우, 물질에의 접촉시점을 고려할 때, 물질 혹은 에미시온이 상당히 규제되지 않는 한, 그와 같은 손해를 야기하리라는 것이 확실시되는 경우 그리고
- (b) 손해가 그 위험의 현실화에 기인하는 경우
- (2) “물질”은 (고체, 액체 혹은 기체의) 화학물질을 포함한다. 미생물들은 물질과 같이 취급된다.
- (3) “에미시온”은 다음과 같은 것들을 포함한다.
  - (a) 물질의 배출 혹은 누출
  - (b) 전기의 전도
  - (c) 열, 빛 그리고 기타의 방사
  - (d) 소음과 기타의 진동 그리고
  - (e) 기타 환경에 대한 무체적인 영향
- (4) “시설”은 가동시설과 공사 중이거나 아직 사용되지 아니하는 시설을 포함한다.
- (5) 그러나, 다음과 같은 경우에는, 사람은 동규정에 따른 손해의 야기에 대한 책임을 부담하지 아니 한다:
  - (a) 그 자가 물질을 보유하지 않거나 그의 거래, 사업 혹은 업무와 관련된 목적으로 시설을 영업하지 않는 경우; 또는
  - (b) 그 자가 물질 또는 시설경영을 규제하는 법정기준을 준수하는데 어떠한 과오도 없었다는 사실을 입증한 경우

제3:206조에는 이른바 현대적 불법행위에 속하는 환경침해로 인한 불법행위를 법정하고 있다. 동조 제1항에 따르면 물질의 보유자 혹은 시설의 영업자는, 유해물질의 양과 속성, 에미시온 배출시 혹은 에미시온이 없는 경우에 있어서 물질에의 접촉시점을 고려할 때, 물질 혹은 에미시온이 상당히 규제되지 않는 한, 그와 같은 손해를 야기

하리라는 것이 확실시되는 경우 손해가 그 위협의 현실화에 기인하는 경우에는 에미시온에 의한 인적 손해, <sup>①</sup> 직접 손실, 제2:202조의 범위에서의 손실, 재산 손해의 결과 야기된 손실 그리고 제2:209조의 범위에서의 부담의 야기에 대하여 책임을 부담한다. 여기에서 “물질”에는 (고체, 액체 혹은 기체의) 화학물질이 포함되고, 미생물도 물질과 같이 취급된다. “에미시온”에는 물질의 배출 혹은 누출, 전기의 전도, 열, 빛 그리고 기타의 방사, 소음과 기타의 진동 그리고 기타 환경에 대한 무체적인 영향이 포함된다. 그리고 “시설”은 가동시설과 공사 중이거나 아직 사용되지 아니하는 시설을 포함한다.

이러한 위험물질의 배출로 손해를 발생시킨 경우에도, -전술한 제조물책임의 경우와 마찬가지로- 면책조항을 통하여 무과실책임을 제한하고 있다. 즉 동조 제5항에 따르면 유해물질의 보유자 혹은 시설영업자가 물질을 보유하지 아니하거나 그의 거래, 사업 혹은 업무와 관련된 목적으로 시설을 영업하지 않는 경우 또는 그 자가 물질 또는 시설경영을 규제하는 법정기준을 준수하는 데 과실이 없었다는 사실을 입증한 경우에는 면책된다.

[제3:207조: 기타 법적으로 중요한 손해의 야기에 대한 책임귀속]

국내법이 다음과 같이 규정하는 한에 있어서는, 사람은 법적으로 중요한 손해에 대한 책임을 진다.

- (a) 손해가 제3:104조 내지 제3:205조에 속하지 아니한 위험원과 관련된 경우
- (b) 손해가 물질 혹은 에미시온과 관련된 경우 혹은
- (c) 손해가 제3:204조 제4항 (e)의 적용을 배제하는 경우

전술한 바와 같이 무과실책임을 정책적 판단에 좌우되는 분야이냐만큼 유럽연합 회원국의 국내법들은 각기 상이한 무과실책임을 법정

하고 있다. 따라서 입법례에 따라서 상이하게 인정되고 있는 위험책임을 모두 PEL Liab.Dam.에 수용할 수는 없었는바, 제2:207조에서는 국내법에서 기타의 무과실책임을 법정하고 있는 경우에는, 그러한 손해에 대하여도 무과실책임을 부담하게 된다고 규정하여, 국내법들의 사정들도 고려하고 있다. 가령 아동 혹은 감독을 받는 사람에 의하여 야기된 손해, 사용자책임, 부동산보유자의 책임, 동물보유자의 책임, 제조물책임, 자동차 보유자의 책임에 속하지 아니한 위험<sup>①</sup>과 관련된 경우 손해가 물질 혹은 에미시온과 관련된 경우 제조물책임에 대한 면책사유 중 제조물을 공급할 당시의 과학적, 기술적 지식의 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 점을 면책사유로 들고 있지 아니하는 경우가 그러하다. ②

[제3:208조: 委付]

동절의 목적을 위하여 사람은, 그가 위부한 부동산, 자동차, 물질 혹은 시설에 대하여, 타인이 그것에 대하여 독립적인 통제를 행사할 때까지 혹은 그것의 보유자 혹은 영업자가 될 때까지, 계속해서 책임을 부담한다. 제1문은, 합리적인 한에 있어서는, 동물 보유자에게 준용된다.

제3:208조에서는 관리계속의무에 관한 규정을 두고 있다. 즉 무과실책임을 이행하기 위하여 부동산, 자동차, 물질 혹은 시설에 대한 권리를 타인에게 위부한 자는, 타인이 당해 물건에 대하여 독립적인 통제를 행사할 때까지 혹은 당해 물건의 보유자 혹은 영업자가 될 때까지, 계속해서 책임을 부담한다.

제 4 장 : 인과관계

제4장 인과관계에서는 일반원칙(제4:101조), 공동(제4:102조), 선택적 원인(제4:103조)에 대하여 규율하고 있다.

## [제4:101조: 일반원칙]

- (1) 손해가 사람의 행위 혹은 그의 책임 하에 있는 위험원으로부터 발생된 것으로 보는 경우, 그 사람은 타인에 대하여 법적으로 중요한 손해를 야기한 것이 된다.
- (2) 인적 손해 혹은 사망의 경우에, 발생한 피해의 유형 혹은 정도와 관련하여 피해자의 素因(질병소질)은 고려되지 아니한다.

PEL Liab.Dam.에서는 우선 인과관계를 -책임범위와는 별도로- 독립적인 장에서 규율하고, csqn 공식을 수용하지 아니하며, 대신에 유럽 법원의 실무에서 사실적으로 인과관계를 판단하는 관점들을 고려하고자 하였다. 이 경우에 인과관계의 판단은 발생한 손해, 책임귀속근거, 예견가능성 그리고 공익에 좌우된다고 한다.<sup>351)</sup> 나아가 PEL Liab.Dam.에서는 책임법과의 관련에서 인과관계성은 법질서에 의하여 이미 소극적으로 평가된 결과인 의무위반과 손해 사이에 법질서에 의하여 요구되는 관계를 형성하는 것인데, 이러한 과정은 자연과학적 연관성이 문제되는 것이 아니라 가치평가가 문제되는 규범적인 과정이고, 이는 결국 법원에서 규범적으로 판단해야 할 문제이므로, 인과관계의 장에서는 최소한의 규정만을 두는 것으로 충분하다고 보고 있다.<sup>352)</sup> 그 결과 PEL Liab.Dam.에서는 제4장에서 인과관계에 관한 단 하나의 일반 규정과 2개의 특별규정만을 두고 있을 따름이다.

제4:101조 제1항에 따르면 손해가 사람의 행위 혹은 그의 책임 하에 있는 위험원으로부터 발생된 것으로 보는 경우에, 가해행위와 손해 사이의 인과관계가 인정된다. 이러한 일반원칙 외에 어떠한 척도에 따라서 인과관계가 확정되는가에 대하여는 법관에게 일임하고, 이에 대하여 상세하게 규정하고 있지 아니하다. 다만 제2항에서는 인적 손해 혹은 사망의 경우에, 발생한 피해의 유형 혹은 정도와 관련하여

351) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 528.

352) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 528; Blackie, in: European Tort Law, S. 55, 79.

피해자의 특이체질과 같은 소인은 고려되지 아니한다는 규정을 두고 있다. 동 규정 역시 일반적인 내용을 조문화한 것에 불과하다.

## [제4:102조: 공동]

법적으로 중요한 손해의 야기에 공동으로 참여하거나 타인을 교사하거나 혹은 물질적으로 도와준 자는 그 손해를 야기한 것으로 간주된다.

제4:102조에서는 공동불법행위에 있어서 인과관계에 대하여 규율하고 있다. 동조에 따르면 법적으로 중요한 손해의 야기에 공동으로 참여하거나 타인을 교사하거나 혹은 물질적으로 도와준 자는 그 손해를 야기한 것으로 간주된다. 여기에서 “공동으로 참여한 자”라 함은 협의의 공동불법행위자를 의미하고, “타인을 교사한 자”는 타인으로 하여금 불법행위의 실행을 결의하도록 한 자, 즉 교사자를 의미하며, “타인을 물질적으로 도와준 자”는 타인이 용이하게 불법행위를 할 수 있도록 직·간접적으로 도와준 자, 즉 방조자를 의미한다. 이러한 공동불법행위자, 교사자, 방조자는 모두 공동으로 손해를 야기한 것으로 간주되므로, 이들은 손해 전부에 대하여 연대하여 배상책임을 부담한다고 해석하여야 할 것이다.

## [제4:103조: 선택적 원인]

법적으로 중요한 손해가 상이한 사람들이 책임을 져야 하는 하나 혹은 여러 개의 사건에 의하여 야기되었고, 그 손해가 어느 한 사건이 아니라 여러 사건들 중 하나에 의해 야기된 경우에는, 그 사건들 가운데 일부에 대하여 책임을 져야 하는 각각의 자는 그 손해를 야기한 것으로 추정된다. 다만, 이는 반증할 수 있다.

제4:103조에서는 선택적 인과관계에 관한 규정을 두고 있다. 즉 법적으로 중요한 손해가 상이한 사람들이 책임을 져야 하는 하나 혹은

여러 개의 사건에 의하여 야기되었고, 그 손해가 어느 한 사건이 아니라 여러 사건들 중 하나에 의해 야기된 경우에는, 그 사건들 가운데 일부에 대하여 책임을 져야하는 각각의 자는 모두 당해 손해를 야기한 것으로 추정된다. 따라서 선택적 인과관계가 인정되는 각각의 자는 “연대하여” 배상책임을 부담한다.

### 제 5 장 : 항 변

제5장 항변은 제1절 피해자의 동의 혹은 행위, 제2절 책임귀속자 혹은 제3자의 이익, 제3절 통제불가능, 제4절 계약상 책임의 배제와 책임의 제한, 제5절 제2:202조의 범위에서의 상실로 구성되어 있다. 제1절 피해자의 동의 혹은 행위에서는 승낙과 자신의 위험 하에서의 행위(제5:101조), 공동과실과 책임귀속(제5:102조), 범죄행위에 의하여 공동행위자에게 야기된 손해(제5:103조)에 대하여, 제2절 책임귀속자 혹은 제3자의 이익에서는 법률에 의하여 부여된 권한(제5:201조), 정당방위, 호의적인 간섭, 긴급피난(제5:202조), 공익의 보호(제5:203조)에 대하여, 제3절 통제불가능에서는 심신상실(제5:301조), 불가항력(제5:302조)에 대하여 각각 규율하고 있다. 그리고 제4절 계약상 책임의 배제와 책임의 제한은 동일한 명칭의 단 하나의 규정(제5:401조)으로, 그리고 제5절 제2:202조의 범위에서의 상실도 역시 피해자에 대한 항변의 제3자에의 확대(제5:501조)라는 단 하나의 규정으로 이루어져 있다.

제5장에서 규율되고 있는 내용들은 통상 위법성조각사유 내지 정당화사유에 해당하는 내용들이다. 위법성을 불법행위책임의 독자적인 구성요소로 인정하는 경우에, 위법성이란 어떤 행위가 법질서 전체의 입장에서 허용되지 아니하여 부정적인 평가를 받는 것을 의미한다. 이러한 위법성의 평가는 통상 별도로 이루어지지 아니하고, 타인의 법익을 침해하는 구성요건해당행위가 있으면 원칙적으로 위법성이 있는 것으로 추정된다. 다만 가해자가 위법성을 소멸시키는 조각사유가

있다는 항변을 하는 경우에는, 예외적으로 위법성심사를 하게 된다. 따라서 이 위법성조각사유 내지는 정당화사유에 관한 규정은 가장 마지막 결론 부분에서야 비로소 조문화될 수 있는 것인데, 어떠한 사유들을 위법성조각사유로 인정할 것인가 그리고 어떠한 가해행위에 대하여 책임배제효과를 허용할 것인가라는 점이 주된 논점이다. 그런데 PEL Liab.Dam.에서는 전술한 바와 같이 위법성을 책임요소로 인정하지 아니하고 있으므로, 제5장에서 규율되고 있는 사항들을 위법성조각사유라 보고 이러한 사유가 있으면 불법행위가 성립하지 아니한다는 논리를 펼칠 수는 없다. 제1:101조에 따라서 -과실책임과 무과실책임을 불문하고- 손해, 귀속가능성, 인과관계를 모두 갖추었을 때 불법행위가 성립하고, 다만 피해자가 제5장에서 정하고 있는 항변사유를 주장하면 이미 유효하게 성립한 그의 불법행위책임이 배제 내지 조각된다고 보아야 할 것이다. 즉 제5장 항변은 위법성조각사유가 아니라 “책임조각사유”로 이해해야 한다. 그러나 이를 위법성조각사유로 보든지 아니면 책임배제사유로 보든지 간에 이러한 법적 효과를 인정하는 배경에는 일정한 항변사유가 있는 경우에는 당해 행위가 전체 법질서의 입장에서 허용된다는, 즉 위법하지 아니하다는 판단을 전제로 하므로, 이러한 의미에서 PEL Liab.Dam.에서는 간접적으로 위법성개념을 인정하고 있다고 보아야 할 것이다.

#### 제 1 절 피해자의 동의 혹은 행위

[제5:101조: 동의와 자신의 위험 하에서의 행위]

- (1) 피해자가 법적으로 중요한 손해에 대하여 유효하게 동의하고 그 동의의 결과를 알았거나 알 수 있었던 경우에는, 이를 항변할 수 있다.
- (2) 전항의 규정은 피해자가 야기된 유형의 손해의 위험을 알고서 자발적으로 자신을 그 위험에 노출시키고 그것을 감수한 경우에 준용한다.

제5:101조 제1항에서는 “피해자의 동의”가 가해자의 항변사유가 될 수 있음을 명시하고 있다. 동 규정에 따르면 피해자가 법적으로 중요한 손해를 야기하는 행위에 대하여 유효하게 동의하고, 그 동의를 결과 알았거나 알 수 있었던 경우에는, 가해자는 피해자의 동의에 기하여 행위를 하였다는 항변을 할 수 있다. 이러한 동意的 전형적인 예가 의사의 수술행위에 대한 환자의 동의이다. 동 규정에서는 피해자의 “유효한” 동의를 요건으로 하고 있는바, 피해자가 가해자를 상대로 특정된 행위에 대하여 동意的 의사표시를 해야 하고, 그 동意的 기하여 행해지는 자신에 대한 가해행위의 결과에 대하여 알았거나 알 수 있었어야 한다. 나아가 제2항에서는 “自招危難”을 책임조각사유로 법정하고 있다. 동 규정에 따르면 피해자가 손해의 위험을 알고 있음에도 불구하고 스스로를 위험에 노출시키고 그 위험을 감수한 경우에도, 가해자에게 항변권이 인정된다.

[제5:102조: 공동과실과 책임귀속]

- (1) 피해자가 자신의 과실에 의하여 사건 혹은 법적으로 중요한 손해의 범위에 기여한 경우에는, 배상은 그들의 과실의 정도에 따라서 감경된다.
- (2) 그러나 다음과 같은 것들은 고려되지 아니 한다:
  - (a) 피해자의 중요하지 아니한 과실
  - (b) 손해야기에 대한 그들의 기여가 중요하지 아니한 과실 혹은 책임
  - (c) 교통사고에 있어서 자동차에 의하여 야기된 인적 손해에 기여한 피해자의 부주의. 다만 부주의가 그러한 사정에서 분명하게 요구되는 정도의 주의를 중대하게 해태한 경우에는 그러하지 아니하다.
- (3) 제1항과 제2항은, 제3:201조의 범위에서 피해자가 책임을 부담하는 자가 그들의 과실로 사건 혹은 손해의 범위에 기여한 경우

에, 준용한다.

- (4) 제3장에 따라서 피해자가 책임을 부담하는 어떤 다른 위험원이 사건 혹은 손해의 범위에 기여하거나 혹은 기여한 한에 있어서는, 배상은 그와 같이 감경된다.

제5:102조에서는 過失相計에 관한 규정을 두고 있다. 피해자의 동意的 경우와는 달리 과실상계는 법원의 직권참작사유(“reparation is to be reduced”)로 되어 있고, 따라서 가해자가 과실상계를 주장하지 않는 다 하더라도, 법원은 직권으로 피해자의 과실여부를 판단하여야 한다.

동조 제1항에 따르면 피해자가 자신의 과실로 법적으로 중요한 손해에 기여한 경우에는, 가해자의 배상책임은 피해자의 과실의 정도에 따라서 감경된다. 나아가 PEL Liab.Dam.에서는 과실책임과 무과실책임을 동일하게 규율하고 있으므로, 동 규정은 피해자에게 과실은 없으나 피해자의 물건의 위험 등으로 말미암아 무과실책임을 부담하고, 피해자에게 손해발생에 대한 과실이 인정되는 경우에도 마찬가지로 해석해야 할 것이다. 그러나 피해자의 과실이 경미하거나 피해자가 손해야기에 대하여 경미하게 기여한 경우에는 과실상계가 고려되지 아니한다(제2항 (a)(b)). 교통사고로 인한 인적 손해의 경우에도 -프랑스법353)과 스웨덴법354)을 참고하여- 피해자의 공동과실은 고려되지 아니하는 것으로 법정하고 있다. 다만 피해자가 그러한 사정에서 분명하게 요구되는 정도의 주의를 중대하게 해태한 경우에는 과실상계를 하게 된다(제2항 (c)).

353) Loi Badinter: Gesetz Nr. 85-677 vom 5.7.1985.

354) Kap. 6 § 1 (1) Skadeståndslag von 1972: 이 규정에 따르면 원칙적으로 단지 피해자에게 고의 혹은 중과실이 있는 경우에만, 피해자의 인적 손해에 대한 배상청구권이 경감된다. 이 규정은 일반적으로 책임법에 적용되고, 교통사고의 경우로 한정되는 것은 아니다: Dufwa, Contributory Negligence in Sweden Law, in: Magnus/Matín-Casals (Hrsg.), Unification of Tort Law: Contributory Negligence, Den Haag, 2004, S. 197 ff. 참조.

이러한 과실상계의 법리는 피해자의 보조자 내지 피용자에게 공동과실이 있는 경우에도 인정된다. 가령 제3항에 따르면 피해자가 사용자 책임의 범위에서 책임을 지는 자, 즉 피해자의 피용자가 자신의 과실로 손해의 발생과 범위에 기여한 경우에도, 사용자책임의 범위를 정함에 있어 가해자의 책임은 피해자의 피용자의 과실 만큼 감경된다.

나아가 제3장에서 규정하는 예에 따라 가해자가 위험책임을 부담하고, 피해자측의 위험원이 손해의 발생 내지 범위에 기여한 경우에도 공동과실이 인정되어 피해자측의 과실 만큼 손해배상이 감경된다(제4항).

[제5:103조: 범죄행위에 의하여 공동행위자(가담자)에게 야기된 손해]

타인에게 범죄를 범하는 과정에서 범죄에 참여하거나 혹은 다른 방법으로 공동으로 행위하던 중에 공동행위자에 대하여 고의 없이 발생된 법적으로 중요한 손해의 경우에, 그 배상이 공익에 반할 때에는, 이를 배상하지 아니한다.

제5:103조에서는 “공익”을 기준으로 범죄행위 가담자가 범죄행위 중에 입은 손해를 배상대상에서 제외시키고 있다. 동 규정에 따르면 타인에 대한 범행 과정에 참여하거나 혹은 다른 방법으로 공동으로 행위 하던 중에 공동행위자에게 고의 없이 법적으로 중요한 손해가 발생한 경우에, 그 손해는 공익에 반하지 아니하는 경우에만 배상받을 수 있다. 이는 스스로 불법행위를 한 자에 대하여는 법이 보호를 할 필요가 없다는 사고를 반영하는 것이라 하겠다.

## 제 2 절 : 책임귀속자 혹은 제3자의 이익

[제5:201조: 법률에 의하여 부여된 권한]

법적으로 중요한 손해가 법에 의하여 부여된 권한으로 인하여 야기된 경우에는, 이를 항변할 수 있다.

제5:201조에서는 적법한 권한을 책임배제사유로 명시하고 있다. 동 규정에 따르면 법적으로 중요한 손해가 법률에 의하여 부여된 권한으로 인하여 야기된 경우에는, 가해자는 이를 항변할 수 있다. 여기에서 “법률에 의하여 부여된 권한”에는 허가, 인가 등에 기한 건축권, 영업권 등이 포함될 것이다.

[제5:202조: 정당방위, 호의적인 간섭, 긴급피난]

- (1) 법적으로 중요한 손해를 당한 자가 권리 혹은 보호법익을 위태롭게 한 것에 대하여 책임을 부담하는 경우에, 그 자가 자신 혹은 제3자의 권리 또는 법적으로 보호받을 가치가 있는 이익에 대한 이성적인 방어를 하는 과정에서 법적으로 중요한 손해를 야기한 경우에는, 항변권을 가진다. 동규정의 목적을 위하여 제3:103조는 고려되지 아니한다.
- (2) 전항의 규정은 호의적인 간섭자에 의하여 그의 의무 위반 없이 본인에게 야기된 법적으로 중요한 손해에 준용한다.
- (3) 어떤 자가 생명, 신체, 건강 혹은 자유에 대한 긴급한 위난 상황에서 자신 혹은 제3자를 구하기 위하여 타인의 재산에 법적으로 중대한 손해를 야기한 경우 그리고 그 위험이 손해의 야기 없이는 제거될 수 없었던 경우에, 손해를 야기한 자는 합리적인 보상을 제공하는 것 이상의 배상의무는 없다.

통상 타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제3자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 행위는 책임조각사유가 된다. 제5:202조 제1항에서도 이 정당방위에 대한 규정을 두고 있다. 동 규정에 따르면 법적으로 중요한 손해를 당한 자가 자신 또는 제3자의 권리 혹은 법적으로 보호를 받을 가치가 있는 이익에 대한 이성적인 방어를 하는 과정에서 법적으로 중요한 손해를 야기한 경우에는, 이를 항변할 수 있다. 이 때 18세 미만의 자의 과실책임에 관하여 규율하고 있는 제3:103조는 고려되지 아니한다.



사무관리도 책임조각사유가 된다. 동조 제2항에서는 호의적인 간섭자에 의하여 그의 의무 위반 없이 본인에게 야기된 법적으로 중요한 손해에 대하여도 정당방위에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다.

자기나 제3자에게 당면한 급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 긴급피난의 경우에도 통상 책임이 배제된다. 제3항에 따르면 어떤 자가 생명, 신체, 건강 혹은 자유에 대한 긴급한 위난 상황에서 자신 혹은 제3자를 구하기 위하여 타인의 재산에 법적으로 중대한 손해를 야기한 경우 그리고 그 위험이 손해의 야기 없이는 제거될 수 없었던 경우에, 손해를 야기한 자는 합리적인 보상을 제공하는 것 이상의 배상의무를 부담하지 아니한다. 이 긴급피난 자체는 책임조각사유로서 긴급피난자가 불법행위책임을 부담하지는 아니하나, 이 경우에는 타인의 재산에 대한 손해가 수반되는바, 긴급피난자는 그러한 손해를 입은 자에게 배상을 할 의무를 부담한다. 다만 그 배상의 범위는 완전한 배상이 아니라 합리적인 보상으로 한정된다.

#### [제5:203조: 공익의 보호]

법적으로 중요한 손해가 민주사회의 기본적인 가치에 대한 필요불가결한 보호에서 야기된 경우, 특히 손해가 미디어로 정보를 제공하는 것에 의하여 야기된 경우에는, 이를 항변할 수 있다.

제5:203조에서는 공공성을 책임조각사유로 규정하고 있다. 동 규정에 따르면 법적으로 중요한 손해가 민주사회의 기본적인 가치에 대한 필요불가결한 보호에서 야기된 경우, 특히 손해가 미디어로 정보를 제공하는 것에 의하여 야기된 경우에는, 가해자는 이를 항변할 수 있다. 이 규정은 특히 언론출판의 자유와 명예보호 사이의 이익형량함에 있어 중요한 역할을 할 것으로 보인다.

### 제 3 절 : 통제불가능

#### [제5:301조: 심신상실(정신적▶무능력)]

- (1) 법적으로 중요한 손해를 야기한 행위 당시에 심신상실인 자는, 그의 (금전적) 자력과 그 사안에 있어서 기타의 모든 사정들을 고려할 때, 단지 이것이 공평한 경우에만 책임을 부담한다. 책임은 합리적인 배상으로 한정된다.
- (2) 자신의 행위의 성질에 대하여 충분한 변별력을 결여하고 있는 사람은 심신상실로 본다. 다만 충분한 변별력의 결여가 자신의 부정행위에 대한 일시적인 결과인 경우에는 그러하지 아니하다. 고의 또는 과실을 불법행위의 요건으로 하는 경우에는 그 전제로 가해자에게 일정한 정신적 판단능력이 있어야 한다. 이 책임능력 내지 불법행위능력은 가해자측의 면책여부를 결정하는 기준이 되는데, 제5장 항변에서 이에 대한 규정을 두고 있는 것이다.

제5:301조 제2항에 따르면 “심신상실”이라 함은 자신의 행위의 성질에 대하여 충분한 변별력을 결여하고 있는 사람을 의미하고, 다만 충분한 변별력의 결여가 자신의 부정행위에 대한 일시적인 결과인 경우에는 책임무능력자로 인정하지 아니한다. 이러한 심신상실자는 책임무능력자이므로, 원칙적으로 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 다만 심신상실자의 (금전적) 자력과 기타의 모든 사정들을 고려할 때, 그에게 배상책임을 묻는 것이 공평한 경우에는, 심신상실자라 하더라도 예외적으로 책임을 부담하고, 이 때 책임은 합리적인 배상으로 한정된다.

#### [제5:302조: 불가항력]

합리적인 수단에 의하여 회피될 수 없고 그 사람의 위험으로 간주될 수 없는 비통상적인 사건에 의하여 법적으로 중요한 손해가 야기된 경우에는, 이를 항변할 수 있다.

제5:302조에서는 불가항력도 항변사유로 인정하고 있다. 동 규정에 따르면 합리적인 수단에 의하여 회피될 수 없고, 그 사람의 위험으로 간주될 수 없는 비통상적인 사건에 의하여 법적으로 중요한 손해가 야기된 경우에는, 가해자는 이를 항변하여 면책 받을 수 있다.

#### 제 4 절: 계약상 책임의 배제와 책임의 제한

[제5:401조: 계약적 배제와 책임의 제한]

- (1) 법적으로 중요한 손해를 고의적으로 야기한 것에 대한 책임은 이를 배제하거나 제한할 수 없다.
- (2) 그 사정에서 분명하게 요구되는 정도의 주의를 중대하게 해태함으로써 법적으로 중요한 손해를 야기한 것에 대한 책임은, 다음의 경우에는 배제되거나 제한될 수 없다.
  - (a) 인적 손해(치명적 손해를 포함)에 관한 경우, 혹은
  - (b) 그렇지 않은 경우에는 배제 혹은 제한이 불법이거나 선의와 공정한 거래에 반하는 경우
- (3) 제3:204조에 따라서 책임을 부담하는 (제조물하자로 인한 손해) 야기에 대한 손해배상책임은 제한되거나 배제될 수 없다.
- (4) 동 원칙에 따른 기타의 책임은, 법률이 달리 규정하지 아니하는 한, 배제되거나 제한될 수 있다.

제5:401조에서는 당사자들의 약정으로 불법행위 책임을 배제 혹은 경감할 수 있는 것으로 규정하고 있다(제4항). 다만 고의책임(제1항) 또는 제조물책임(제3항) 배제되거나 제한 될 수 없다. 그리고 중과실로 인적 손해(치명적 손해를 포함)를 야기한 경우 혹은 중과실에 의한 책임을 배제 혹은 제한하는 것이 불법하거나 선의와 공정한 거래에 반하는 경우에는, 중과실 책임도 배제 또는 제한될 수 없다(제2항).

#### 제 5 절: 제2:202조의 범위에서의 상실

[제5:501조 피해자에 대한 항변의 제3자에의 확대]

사람의 인적 침해와 관련하여 사람의 배상청구권에 대하여 주장할 수 있는 항변은, 만일 사망사건이 발생하지 아니하는 한, 이를 주장할 수 있고, 또한 제2:202조의 범위에서 손실을 입은 사람에 대하여 주장할 수 있다.

제5:501조에서는 피해자에 대한 항변권을 피해자 이외의 제3자에게 까지 확대시키고 있다. 즉 동 규정에 따르면 사람의 인적 침해와 관련된 배상청구권에 대하여 주장할 수 있는 항변은, 생명이 존속하는 한 계속해서 이를 주장할 수 있을 뿐만 아니라 제2:202조의 범위에서 손실을 입은 자, 즉 피해자 및 그와 특별한 인적인 관계에 있는 자에 대하여도 주장할 수 있다.

#### 제 6 장: 구제수단

불법행위의 효과 내지 구제수단에 관한 장은 -불법행위법의 필요성에 따라- 3개의 절로 구성되어있다. 우선 제1절에서는 손해배상일반에 대하여 규율하고 있고, 제2절에서는 이미 발생한 손해에 대한 금전배상의 문제를 규율하고, 제3절에서는 손해발생에 대한 예방에 대하여 규정하고 있다. 연구탐에서는 3개의 절을 각각 독립적인 단위로 간주하고 작업을 했다고 한다.<sup>355)</sup>

제1절 손해배상 일반에서는 손해배상의 목적과 방법(제6:101조), 최소원칙(제6:102조), 이득의 공제(제6:103조), 다수의 피해자(제6:104조), 연대책임(제6:105조), 손해배상청구권의 양도(제6:106조)에 대하여, 제2절 손해배상에서는 피해자의 선택권(제6:201조), 책임경감(제6:202조), 자본화와 정량화(제6:203조), 침해 자체에 대한 배상(제6:204조)에 대

355) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 529 f.

하여 그리고 제3절 예방에서는 예방권(제6:301조), 손해배상채 있어서 손실에 대한 책임(제6:302조)에 대하여 각각 규율하고 있다.

### 제 1 절 : 손해배상 일반

[제6:101조: 손해배상의 목적과 방법]

- (1) 손해배상이란 법적으로 중요한 손해를 입은 자를 그 자가 현재 처해 있는 상태에서 법적으로 중요한 손해가 발생하지 않았던 상태로 회복시키는 것이다.
- (2) 손해배상은 금전(배상) 또는 기타 발생된 손해의 종류와 범위 그리고 그 사례에 있어서 모든 다른 사정들을 고려하여 가장 적합한 방법으로 한다,
- (3) 유체물이 훼손된 경우에, 만일 수리비용이 교환가치 감소액을 불합리할 정도로 초과하는 경우에는, 유체물의 수리비용 대신에 그것의 교환가치 감소액과 동일한 손해배상이 지급된다. 이 원칙은 동물보호라는 목적에 비추어 적절한 경우에 한하여 동물에게도 적용된다.
- (4) 제1항에 따라서 원상회복에 대한 대안으로, 그러나 단지 이것이 합리적인 한에 있어서는, 손해배상은 법적으로 중요한 손해의 발생에 대하여 책임을 지는 자로부터 손해의 발생과 관련하여 그에 의하여 취득된 이득을 회수하는 형식을 취한다.

제6:101조에서는 손해배상의 목적과 형식에 관하여 규율하고 있다. 동조 제1항에 따르면 “손해배상”이란 법적으로 중요한 손해를 입은 자를 그 자가 현재 처해 있는 상태에서 법적으로 중요한 손해가 발생하지 않았던 상태로 회복시키는 것을 의미하는바, PEL Liab.Dam.는 피해자의 가해행위 이전의 상태로의 회복을 손해배상의 목적으로 삼고 있다. 통상 “가해행위 이전의 상태회복”이라 함은 원상회복에 의한 손해의 전보를 의미하지만, 이에 대한 대안으로 법적으로 중요한 손

해에 대한 책임을 부담하는 자로부터 손해발생과 관련하여 취득된 이득을 회수하는 형식을 취할 수도 있다. 다만 이러한 예외는 이득회수 방법이 합리적인 경우에 한하여 인정된다(제4항).

손해배상의 방법은 -네델란드 민법 (Burgerlijk Wetboek: BW)의 예를 따라<sup>356)</sup>- 금전(배상) 또는 기타 발생된 손해의 종류와 범위 그리고 그 사례에 있어서 모든 다른 사정들을 고려하여 가장 적합한 방법으로 한다(제2항).

유체물이 훼손된 경우에 있어서는, 수리가 가능한 경우에는 불법행위 당시의 수리비를 배상하는 것이 일반적이지만, 수리비용이 교환가치를 지나치게 초과하는 경우에는 교환가치감소액을 손해배상으로 지급하면 된다(제3항)

[제6:102조: 최소원칙]

경미한 손해는 고려되지 아니한다.

동 규정은 “경미한 침해는 고려되지 아니한다(minima non curat praetor)”는 원칙을 조문화한 것이다. 따라서 불법행위의 성립요건을 모두 갖추었다 하더라도 그 손해의 정도가 경미하다면, 이에 대한 배상을 청구할 수 없다.

[제6:103조: 이득의 공제]

- (1) 손해발생사건의 결과 법적으로 중요한 손해를 입은 자에게 생긴 이득은 고려되지 아니한다. 다만 그것을 참작하는 것이 공정하고 합리적인 경우에는 그러하지 아니하다.
- (2) 이득을 고려하는 것이 공정하고 합리적인 것인지의 여부를 판단함에 있어서는, 발생된 손해의 종류, 손해를 야기한 사람의 책임

356) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 530.

의 성질 그리고 이득이 제3자에 의하여 부여된 경우에는, 이러한 이득의 목적이 고려되어야 한다.

제6:103조에서는 손익공제에 관한 규정을 두고 있다. 손익상계는 주지하는 바와 같이 불법행위의 결과 피해자에게 손해가 발생하기는 하였으나 동시에 이익도 발생한 경우에 손해를 산정함에 있어서 이 이익을 참작하는 것을 말한다. 동조 제1항에 따르면 손익상계는 원칙적으로 고려되지 아니하고, 다만 피해자의 이득을 공제하는 것이 공정하고 합리적인 경우에 한하여 허용된다. 이 공정성 합리성을 심사함에 있어서는 발생한 손해의 종류, 가해자의 책임의 성질 그리고 이득이 제3자에 의하여 부여된 경우에는 이득의 목적이 고려되어야 한다(제2항).

[제6:104조: 다수의 피해자]

다수의 자들이 법적으로 중요한 손해를 입고 그에 관한 1인에 대한 배상이 타인에 대한 배상도 하도록 만드는 경우에는 PECL(유류계약법의 원칙) 제10장 제2절이 그들의 배상청구에 대한 적절한 조정에 적용된다.

제6:104조에서는 다수의 피해자가 법적으로 중요한 피해를 당하고, 그 가운데 1인에 대한 배상이 그 밖의 사람에게 대한 배상도 되는 경우에는 PECL 제10장 제2절에 따라서 적절한 조정을 하도록 하고 있다.

PECL 제10장 제2절은 다수의 채권자에 관하여 규율하고 있는데, 이는 계약상의 채무뿐만 아니라 비계약적 채무에서도 발생할 수 있으므로, PECL Liab.Dam.에서 PECL을 참조하도록 하고 있는 것은 타당하다고 볼 수 있다. PECL 제10:201조에서는 다수당사자의 채권을 연대채권, 분할채권 그리고 공동채권으로 구분하고 있다. 먼저 연대채권의 경우에는, 연대채권자 중 1인은 채무자에게 급부전부의 이행을 청구할 수 있고, 채무자는 연대채권자 모두에 대하여 급부 전부를 이행할 의무를 부담한다(제1항). 분할채권의 경우에는 채무자는 각 채권자에

게 오직 그 채권자의 부담부분만 급부하여야 하며, 각 채권자는 채무자에게 자신의 부담부분에 해당하는 급부만을 청구할 수 있다(제2항). 공동채권의 경우에는 채무자는 모든 채권자에게 급부하여야 하며, 각 채권자는 모두를 위해서만 급부를 요구할 수 있다(제3항).

이 세 가지의 다수채권자의 법률관계 중 다수의 피해자, 즉 다수의 손해배상청구권자들 중 1인에 대한 배상이 그 밖의 사람에게 대한 배상도 되는 것은 “연대채권관계”이다. PECL 제10:205조 제2항에 따르면 연대채무에 있어서의 이행에 관하여 규정하고 있는 제10:107조의 규정은 적절한 변경을 가하여 연대채권에 준용되는바, 채무자가 채권자 중 1인에게 채무를 이행하면, 변제를 받은 당해 연대채권자뿐만 아니라 다른 모든 연대채권자의 채권도 소멸하게 된다. 연대채권자 상호 간에는, 계약이나 법률이 달리 정하고 있지 아니하는 한, 균등한 비율로 권리를 가지고(PECL 제10:204조 제1항), 분할부분을 초과하여 변제 받은 채권자는 다른 채권자에게 그들 각자의 분할부분을 한도로 그 초과부분을 양도하여야 한다(동조 제2항). 연대채권자 1인에 대한 이행, 상계, 혼동, 판결, 시효 및 항변사유에 대하여는 연대채무에 관한 규정을 준용한다(PECL 제10:205조 제2항에 의한 제10:107조, 제10:109조, 제10:110조, 제10:111조 제1s항의 준용). 다만 연대채권자 1인에 대한 채무자의 면제는 다른 채권자에게 영향을 미치지 아니한다(PECL 제10:205조 제1항)

[제6:105조: 연대책임]

- (1) 다수의 자들이 법적으로 중요한 동일한 손해에 대하여 책임을 부담하는 경우에, 그들은 연대하여 책임을 진다.
- (2) 연대채무자 본인들 사이에서의 채무부담부분은 균등하다. 다만 당해 사건의 모든 사정들을 고려하였을 때, 특히 과실 혹은 제3장에서 언급된 위험원이 손해의 발생 혹은 범위에 기여한 정도를 고려할 때, 상이한 부담부분이 보다 더 적절한 경우에는 그러하지 아니하다.

제6:105조에서는 다수의 가해자들이 있는 경우에 그들 사이에 연대책임을 부과하여 피해자의 손해배상청구권을 담보하고 있다. 동조 제1항에 따르면 동일한 하나의 손해에 대하여 다수의 사람들이 책임을 부담하는 경우에, 그들은 모두 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(제1항). 연대채무자 상호간의 부담부분은 원칙적으로 균등하다. 다만 모든 사정들을 고려하였을 때, 특히 과실 혹은 제3장(무과실책임)에서 언급된 위험원이 손해의 발생 혹은 범위에 기여한 정도를 고려할 때, 부담부분을 상이하게 인정하는 것이 보다 더 적절한 경우에는 부담부분은 균등하지 아니하다(제2항).

[제6:106조: 손해배상청구권의 양도]

피해자는 비경제적 손실에 대한 손해배상청구권을 포함하여 손해배상청구권을 양도할 수 있다.

재산적 손해에 대한 배상청구권은 통상 양도 및 상속의 대상이 된다. 그에 비하여 비재산적 손해에 대한 배상청구권은 생명, 신체 등 제3자에게 양도할 수 없는 법익의 침해에 의하여 생긴 것이므로, 그의 양도성 인정 여부에 대하여 이론이 있을 수 있다. PEL Liab.Dam.에서는 이러한 문제점을 명문규정을 통하여 해결하고 있다. 즉 제6:106조에서는 피해자는 비경제적 손실에 대한 손해배상청구권을 포함하여 손해배상청구권을 양도할 수 있다고 규정하고 있는바, 경제적 손실에 대한 배상청구권은 물론이고 비경제적 손실에 대한 배상청구권도 양도성을 가진다.

## 제 2 절: 손해배상

[제6:201조: 피해자의 선택권]

피해자는 손해를 받은 이익(피침해이익)의 원상회복으로 손해배상을 청구할 것인지의 여부에 대하여 선택할 수 있다.

전술한 바와 같이 PEL Liab.Dam.에서는 손해배상의 목적을 가해행위 이전상태로의 원상회복에 두고 있다(제6:101조 제1항). 여기에서 가해행위 이전의 상태로의 회복이라는 목적은 원상회복뿐만 아니라 동등한 가치를 가지는 금전에 의한 배상으로도 달성될 수 있다. 바로 이러한 취지에서 제6:201조에서는 피해자에게 원상회복으로 손해배상을 청구할 것인지의 여부에 대한 선택권을 부여하고 있다. 그런데 손해배상청구가 통상 금전배상의 형식으로 이루어지고 있는 점에 비추어 볼 때, 피해자에게 원상회복과 금전배상 가운데 어느 하나를 선택하도록 한다면 후자를 선택할 가능성이 농후하므로, PEL Liab.Dam.에서는 원상회복청구권을 원칙으로 하고 있기는 하나, 그 운용에 있어서는 금전배상청구권이 더 많이 활용될 것으로 보인다.

[제6:202조: 책임경감]

손해가 고의적으로 야기되지 아니한 경우에 완전한 배상이 손해를 야기한 자의 책임귀속, 손해의 범위 혹은 손해방지 방법에 적절하지 아니한 경우에는, 손해배상책임은 공정하고 합리적인 범위에서 전체 또는 일부 경감될 수 있다.

PEL Liab.Dam.는 가해행위가 있기 전의 상태로의 원상회복을 목적으로 하고 있는바, 발생한 손해에 대한 완전한 배상을 원칙으로 하고 있다. 그러나 가해자의 과실, 손해방지가능성 등을 고려할 때 가해자에게 완전한 책임을 묻는 것이 비통상적인 것이어서는 아니 되므로,<sup>357)</sup> 제6:202조에서 -스칸디나비아 법학자들의 주장을 받아들여<sup>358)</sup>- 책임경감에 대한 규정을 두고 있다. 동 규정에 따르면 손해가 고의적으로 야기되지 아니한 경우에, 완전한 배상이 가해자의 책임귀속, 손해의 범위 혹은 손해방지 방법에 적절하지 아니한 경우에는, 손해배상책임은 공정하고 합리적인 범위에서 전체 또는 일부 경감될 수 있다.

357) Magnus, ZEuP 2004, 562, 579.

358) von Bar, ZEuP, 2001, 515, 530.

우선 이러한 책임경감은 고의로 인한 불법행위의 경우에는 인정되지 아니한다. 이에 대한 반대해석으로 가해자가 과실 또는 무과실책임을 부담하는 경우에는 책임이 경감될 수 있다. 둘째, 책임경감은 가해자의 과실유무, 손해의 범위, 손해방지가능성을 고려했을 때 가해자에게 완전한 배상책임을 지우는 것이 적절하지 아니한 경우에 인정된다. 따라서 완전배상책임과 가해자의 과실, 손해의 범위, 손해방지가능성의 상관관계를 비교 교량하였을 때 완전책임을 인정하는 것이 부적절해야 한다. 셋째, 가해자의 책임은 공정하고 합리적인 범위에서 전부 혹은 일부 경감될 수 있다. 여기에서 공정하고 합리적인 범위가 무엇을 의미하는지는 불분명하지만, 상당성 판단을 요구하는 것으로 이해된다. 그리고 법원의 판단에 따라 가해자의 책임 전체가 부정될 수도 있다.

[제6:203조: 자본화와 정량화]

- (1) 손해배상은 일시금으로 지급된다. 다만 합리적인 이유로 정기금에 의한 지급을 필요로 하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- (2) 인적 손해와 비경제적 손실에 대한 배상액은 국내법에 규정한 바에 따른다.

금전에 의한 손해배상은 원칙적으로 일시금으로 지급된다. 다만 합리적인 이유로 정기금에 의한 지급을 필요로 하는 경우에는 예외이다(제6:203조). 그런데 PEL Liab.Dam.에서는 금전에 의한 손해배상의 범위 및 그 산정에 관한 일반규정을 두고 있지 아니하다. 다만 법적으로 중요한 손해를 규율하면서 손해유형별로 개별적으로 손해의 내용을 규율하고 있고, 손해산정을 위한 구체적인 기준은 국내법에 일임하고 있다(제6:203조 제2항)

[제6:204조: 침해 자체에 대한 배상]

침해 자체는 경제적 혹은 비경제적 손실에 대한 배상과는 별개로 배상된다.

제6:204조에서는 침해 자체는 경제적 혹은 비경제적 손실에 대한 배상과는 별개로 배상된다고 규정하고 있다. 전술한 바와 같이 “침해(injury)”라 함은 타인의 재산 등 보호객체 자체에 대하여 발생한 불이익을 의미하고, “손실(loss)”은 그러한 침해의 결과 발생한 불이익을 의미한다. 이처럼 침해와 손실은 모두 손해의 내용을 이루는 것이고 따라서 이러한 사실이 발생하면 그에 대한 배상을 받을 수 있다. 그런데 이 둘은 상이한 내용을 가지므로, 이들에 대한 배상도 당연히 별개로 이루어진다. 가령 재산침해와 그로 인한 손실의 경우(제2:206조)를 살펴보면, 권리의 객체(예컨대 주택)를 파괴한 것, 재산 손해, 권리의 양도 등이 재산침해에 해당하고, 그러한 재산침해의 결과 당해 물건의 사용을 박탈당한 것이 손실에 해당한다. 이 둘은 모두 법적으로 중요한 손해를 구성하고 따라서 각각 손해배상의 대상이 된다.

**제 3 절 : 예 방**

[제6:301조: 예방권]

- (1) 예방권은 다음과 같은 경우에만 존재한다.
  - (a) 손해배상이 적절한 대안적 구제수단이 되지 아니하는 경우 그리고
  - (b) 손해야기에 대한 책임이 있는 자에게 손해발생을 예방하도록 하는 것이 합리적인 경우.
- (2) 위험원이 물건 혹은 동물에 관한 것이고, 위험에 처한 사람이 위험을 회피하는 것이 합리적으로 가능하지 아니한 경우에는, 예방권은 위험원을 제거하는 권리를 포함한다.

전술한 금전적 손해배상청구권은 이미 발생한 손해에 대한 사후적 구제수단인 반면에, 여기에서 말하는 예방청구권은 아직 발생하지 아니한 손해에 대한 사전적 구제수단이다. 경우에 따라서는 사후적 보상기능 보다 사전적 예방기능이 법익보호에 더 유효할 수가 있는데, 그 대표적인 예가 환경침해의 경우이다.

예방청구권의 근거가 되는 제1:102조에 따르면 법적으로 중요한 손해가 발생할 염려가 있는 경우에, 손해발생이 예상되는 자는 손해가 발생하였을 경우에 손해에 대하여 책임을 지게 될 자를 상대로 손해예방을 청구할 수 있다. 그런데 이러한 유지청구 내지 예방청구는 모든 경우에 인정되는 것은 아니고, 손해배상이 적절한 대안적 구제수단이 되지 아니하는 경우 그리고 손해에 대한 책임이 있는 자에게 손해발생을 예방하도록 하는 것이 합리적인 경우에 한하여 인정된다(제6:301조 제1항). 그리고 손해발생 위험원이 물건 혹은 동물이고, 위험에 처한 사람이 위험을 회피하는 것이 합리적으로 가능하지 아니한 경우에는, 예방권은 당해 위험원을 제거하는 권리를 포함한다(제6:301조 제2항).

[제6:302조: 손해예방에 있어서 손실에 대한 책임]

임박한 손해가 그들에게 발생하는 것을 예방하기 위하여 혹은 그들에게 발생한 손해의 범위 또는 중대함을 줄이기 위하여, 합리적으로 비용을 지출하거나 기타의 손실을 당한 자는, 그 손해의 야기에 대하여 책임을 부담하는 자에게 손해배상을 청구할 권리를 가진다.

제6:302조에서는 손해방지비용에 대한 배상청구권을 규정하고 있다. 동 규정에 따르면 법적으로 중요한 손해발생이 예상되는 자가 임박한 손해의 발생을 예방하기 위하여 또는 그 손해의 범위를 줄이기 위하여 합리적으로 비용을 지출하였거나 기타의 손실을 입은 경우에는, 그 손해원인에 대하여 책임을 지는 자에게 비용 등에 대한 상환을 청구할 수 있다.

**제 7 장: 부 칙**

제7장 부칙에서는 국가의 헌법(제7:101조), 법률규정(제7:102조), 공법의 기능과 소송절차(제7:103조), 피용자, 사용자, 노동조합과 사용자

단체의 책임(제7:104조), 배상받은 사람에 대한 책임의 경감 혹은 배제(제7:105조)에 대하여 규율하고 있다.

[제7:101조: 국가의 헌법]

법원은 동 원칙의 규정들을 헌법의 범위에서 해석하고 적용한다.

유럽연합 회원국의 국내법원에서 동 원칙상의 규정이 문제가 되었을 경우, 법원은 동 원칙의 규정을 당해 국가의 헌법의 범위에서 해석 적용하여야 한다. 물론 PEL Liab.Dam.는 국내법은 아니지만, 이 원칙이 국내법원에서 문제가 되었을 때에는 당해 국가의 최고법인 헌법에 적합하게 해석되어야 한다.

[제7:102조: 법률규정(statutory provision)]

국내법은 법원칙이 법률규정인지를 결정한다.

PEL Liab.Dam.는 법전도 아니고 국가 간 조약도 아니고 법규범적 효력이 인정되지 아니하는 일반원칙일 따름이다. 그렇지만 국내법에 따라서는 이 원칙에 법률규정으로서의 의미를 부여할 수도 있는바, PEL Liab.Dam.에 그러한 의미를 부여할 것인지의 여부는 전적으로 국내법이 결정한다.

[제7:103조: 공법의 기능과 소송절차]

동 원칙은 공법상 직무를 행사하거나 부작위하는 것 또는 소송절차 중에 의무를 수행하는 중에 발생한 사람 혹은 기관의 책임에 관하여 적용되지 아니한다.

PEL Liab.Dam.는 사인들 간의 불법행위책임을 규율한다. 이 원칙을 법률에 비한다면 사법이고 실체법에 속한다고 할 수 있다. 따라서 동 원칙은 공법상 직무를 행사하거나 부작위하는 것 또는 소송절차 진행 중에 발생한 사람 혹은 기관의 책임에 관하여는 적용되지 아니한다.

[제7:104조: 피용자, 사용자, 노동조합과 사용자단체의 책임]

동 원칙은 다음과 같은 책임에 관하여는 적용되지 아니한다.

- (a) 고용 중에 발생한 (공동피용자, 사용자 혹은 제3자에 대한 것 인지를 불문하고) 피용자의 책임
- (b) 고용 중에 발생한 피용자에 대한 사용자의 책임
- (c) 노사분규 중에 야기된 노동조합과 사용자단체의 책임

PEL Liab.Dam.는 고용 중에 발생한 피용자의 책임, 고용 중에 발생한 피용자에 대한 사용자의 책임 그리고 노사분규 중에 야기된 노동조합과 사용자단체의 책임에 대하여는 적용되지 아니한다.

[제7:105조: 배상받은 사람에 대한 책임의 경감 혹은 배제]

어떤 자가 다른 출처로부터, 특히 보험사, 기금 혹은 기타의 단체로부터 그의 전체 혹은 일부 손해에 대하여 보상받을 권리를 취득한 경우에 동 원칙에 따른 권리취득의 효력이 제한되는지 혹은 배제되는지의 여부는 국내법에서 정한 바에 따른다.

피해자가 보험사, 기금 혹은 기타의 단체로부터 손해 전체 혹은 일부에 대하여 보상받을 권리를 취득한 경우에, 동 원칙에 따른 배상책임이 제한되는지 혹은 배제되는지의 여부는 국내법에서 정한 바에 따른다.

## 제 6 장 양 원칙의 비교

PETL과 PEL Liab.Dam.의 규정순서를 비교해 보자. **규정의 목차**

PETL	PEL. Liab. Dam.
제 1 장 기본규범	제 1 장 기본규정
제 1 절 기본규범	제 2 장 법적으로 중요한 손해
제 2 장 책임의 일반요건	제 1 절 총칙
제 2 절 손해	제 2 절 법적으로 중요한 손해의 개별적인 예
제 3 절 인과관계	제 3 장 책임귀속
제 3 장 책임의 근거	제 1 절 고의와 과실
제 4 절 과실책임	제 2 절 고의 또는 과실 없는 책임귀속
제 5 절 엄격책임	제 4 장 인과관계
제 6 절 타인에 대한 책임	제 5 장 항변
제 4 장 항변	제 1 절 피해자의 동의 혹은 행위
제 7 절 항변 일반	제 2 절 책임귀속자 혹은 제3자의 이익
제 8 절 피해자의 기여행위	제 3 절 불가항력
제 5 장 다수의 불법행위자	제 4 절 계약적 배제와 책임의 제한
제 9 절 다수의 불법행위자	제 5 절 제2:202조의 범위에서의 상실
제 6 장 구제수단	제 6 장 구제수단
제10절 손해배상	제 1 절 손해배상 일반
	제 2 절 손해배상
	제 3 절 예방
	제 7 장 부칙

PETL과 PEL Liab.Dam.의 조문배열순서는 물론 일치하지 아니한다. 그렇지만 양 원칙은 모두 손해, 인과관계, 책임의 근거와 같은 불법행위책임의 기본요소들은 물론 항변사유와 권리구제에 대하여 다루고 있다. 이렇게 목차만 비교해 보아도 PETL과 PEL Liab.Dam.는 모두 불법행위책임의 “전통적인” 구조를 따르고 있음을 알 수 있다. 이러한 태도는 “보험에 의한 민사책임의 대체”라는 트렌드를 반영하지 아니하였다는 비난을 받을 소지가 있다. 특히 -덴마크<sup>359)</sup>와 스웨덴 모델<sup>360)</sup>에서 잘 보여주고 있는 바와 같이- 최소한 인적 손해에 대한 배상은 일차적으로 민법상 불법행위 책임이 아니라 보험으로 처리하는 국가의 입장에서 볼 때에는, PETL과 PEL Liab. Dam.의 불법행위책임 체계는 다소 시대에 떨어진 진부한 모델이라는 평가를 내릴 수도 있을 것이다.<sup>361)</sup>

다른 범영역과 마찬가지로 불법행위법에 대한 검토도 불법행위법의 규율목적과 기능에서부터 출발해야 한다. 이 기본적인 질문에 대하여 유럽연합회원국들의 국내법들은 다소 상이한 태도를 보이고 있지만, 손해전보기능과 피해자보호를 책임법의 최우선과제로 삼고

**II 불법행위법의 목적**

359) 덴마크에서는 인적손해는 사회보험에 의하여 배상되고, 불법행위책임은 -정신적 손해의 경우에- 피해자에게 추가적으로 배상될 따름이다. 자세한 내용은 Hondus, in: European Tort Law, S. 47, 47 f. 참조.

360) 인적손해의 배상에 대한 스웨덴모델은 상당한 사고의 범주에서 -산재, 교통사고 손해, 환자손해, 의약품손해, 스포츠손해, 범죄피해자손해- 강제 혹은 임의 보험체계가 마련되어 있고, 발생한 물적, 인적 손해들은 광범위하게 배상된다. 보험금부이행의 근거를 위하여 손해야기자가 민사법적으로 책임을 부담한다는 것은 요구되지 아니한다. 나아가 공동과실로 말미암은 배상금부의 경감도 일반적으로 배제된다. 총체적으로 위험야기자를, 부분적으로는 잠재적인 피해자가 배상금부를 위한 수단을 조달한다. 그럼으로써 위험야기자들은 실제로 일반적인 불법행위법이 규정하는 것 보다 광의의 책임을 부담한다: Dufwa, Bill W., Compensation for Personal Injury in Sweden, in: Koch/Koziol(Hrsg.), Compensation for Personan Injury in a Comparative Perspective, 2003, S. 293 ff.

361) Hondus, in: European Tort Law, S. 47, 48; Magnus, ZEuP 2004, 562, 567.

있다는 점에서는 일치한다.<sup>362)</sup> 그밖에도 입법례에 따라서 상이하게 손해예방기능, 행위조정기능, 특히 손해방지를 위한 유인<sup>363)</sup>, 응보(형벌)적 기능 등을 인정하고 있다. PETL과 PEL Liab.Dam.는 불법행위법의 기본기능을 손해의 전보에 두고 있고, 예방기능도 고려하고 있다 (PETL 제1:101조, 제2:104조; PEL Liab.Dam. 제1:101조, 제1:102조).

PETL 제1:101조와 PEL Liab.Dam. 제1:101조는 -물론 상이하게 구성된- 기본규범을 두고 있다 이 두 규정에는 책임귀속의 전제조건이 포함되어 있어서, 피해자는 이들 규정에 기하여 가해자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다. 이 기본규범들은 책임의 근거로 일면에 있어서는 가해자의 귀책사유를, 타면에 있어서는 기타의 귀속근거들, 예컨대 위험과 타인에 대한 보증의무(책임)를 요구하고 있다. PEL Liab.Dam.의 경우에는 동일한 내용을 일부는 명시적으로, 일부는 위험책임과 제3자의 행위에 대한 책임의 절을 참조하도록 하고 있고, 두 개의 범주를 모두 상위개념인 “책임귀속(Accountability)” 하에서 함께 파악하고 있다.

**III 손해배상책임에 관한**

요컨대 PETL과 PEL Liab.Dam.는 모두 불법행위책임은 “동일한 가치를 가진” 여러 가지의 책임근거에 기인한다는 점을 분명히 하고 있다. 가령 스스로 사회상당성 있는 범주에서 행위하지 아니한 자, -허용되지만 과도하게 위험한- 위험을 만든 자, 자신이 사용 감독하고 있는 제3자가 손해를 야기한 경우의 사용자 등은 각각 상이한 근거에서 책임을 부담한다. 즉 양 원칙에 있어서 과실책임과 위험책임은 원칙-예외-관계에 있는 것이 아니라, 동일한 가치를 가진 책임근거로 인정되고 있다.

362) Magnus, in: Privatrecht, S. 141, 153.

363) 영국의 경우가 그러하다: Winfield and Jolowicz on Tort, S. 2.

. ( )

일반적인 책임요건으로서 PETL과 PEL Liab.Dam.은 모두 손해와 가해행위와 손해 사이의 인과관계를 요구하고 있다.

1. 손해

불법행위책임이 인정되려면 우선 일정한 이익에 대한 손해가 있어야 한다. “내용면에서는” PETL과 PEL Liab.Dam.은 별다른 차이를 보이고 있지 아니하다. 우선 두 원칙은 일치하여 모든 보호이익이 동일하게 보호를 받는 것은 아니고, 이익의 가치에 따라 보호순위에 우열이 있음을 밝히고 있다. 가령 PETL과 PEL Liab.Dam.은 모두 인격적 이익에 최상위의 보호를 부여하고 있다. 예컨대 PETL 제2:101조 제2항은 명시적으로 인격적 이익이 가장 광범위하게 보호된다고 규정하고 있다. 그리고 PEL Liab.Dam.에서도 법적으로 중요한 손해에 대한 개별적인 예를 규정하면서, 인격권침해로 인한 손해를 가장 먼저 제2:203조에서 규율하고 있는데, 이는 간접적으로 인격권이 다른 법익에 비하여 우선하여 보호된다는 것을 시사하는 것이라고 볼 수 있다. 그 다음 단계의 보호를 받는 것은 물건소유권과 무체재산권 등을 포함하여 소유권(재산권)이다. 이에 반하여 순수한 재산손해는, “근접성(proximity)”이라는 용어로 표현되는 기타의 사정이 있는 경우에만, 배상을 받을 수 있다(PETL 제2:102조 제4항; PEL Liab.Dam. 제2:101조 제3항).

“법기술적으로는” PETL과 PEL Liab.Dam.은 상이하게 보호이익을 규정하고 있다. PETL은 보호이익과 그들의 단계적 순위를 명시적으로 규정하고 있고(제2:102조), PEL Liab.Dam.에서는 이러한 일반적인 원칙을 두는 것이 아니라, 어떠한 손해가 언제 배상받을 수 있는가에 대하여 개별적으로 규정하고 있다(제2:201조 이하). 이 두 방법은 모두 공격의 여지를 담고 있다. 예컨대 PETL은 일반규정의 형식을 취하

고 있어서 판단의 여지가 넓다는 비난을 받을 수 있고, PEL Liab.Dam.은 반박의 여지가 많은 개별적인 사항들을 규율하고 있다는 비난을 받을 수 있을 것이다. 이러한 점에서 장차 유럽 불법행위법을 제정하는 경우에는, 법익 및 이익의 범위를 확정함에 있어서, 장래의 발전도 아울러 수용할 수 있는 보다 개방적인 규정(eine offenerere Regelung)을 두는 것이 바람직하다는 견해도 있다.<sup>364)</sup>

2. 인과관계

인과관계도 불법행위책임의 중요한 성립요건이다. PETL과 PEL Liab.Dam.은 인과관계를 규율하는 형식에 있어서 상이한 태도를 보이고 있다. PEL Liab.Dam. 제4:101조 제1항에서는 손해가 책임을 지도록 만든 행위의 결과였던 경우에는, 인과관계가 있다는 원칙을 두고 있다. 그런데 어떠한 척도에 따라서 이러한 인과관계가 확정되는가에 대하여는 상세하게 규정되고 있지 아니하고, 단지 제4:101조 제2항에서 인적인 손해의 경우에는 피해자의 질병적 소질이 고려되지 아니하다는 것이 보충적인 원칙으로 제시되고 있을 따름이다. 나아가 다수의 가해자들 내지 다수의 원인들에 의한 손해야기를 규율하는 두 개의 특별규정을 두고 있다(제4:102조와 제4:103조).

그에 비하여 PETL 제3:101조에서는 원칙적으로 csqn공식을 충족할 것을 요구하고 있고, 이 공식의 적용이 곤란한 선택적, 결합적, 추월적 그리고 최소한의 인과관계에 대하여는 별도로 규정하고 있다(제3:102조 내지 제3:106조). 그 다음 단계로 제3:201조에서는 일정한 가치평가를 요하는 고려사항(가령 규범의 보호목적, 일반적인 삶의 위험이라는 사고 그리고 손해의 예견가능성)에 기하여 책임귀속의 범위를 제한하는 것을 허용하고 있다.

364) Magnus, ZEuP 2004, 562, 569: 프랑스민법에서 불법행위법의 생존력은 바로 불법행위법의 비통상적인 일반성 때문이라고 한다.

## V. 책임의 근거

특별한 책임근거 없이는 불법행위책임이 인정되지 아니한다. 즉 전술한 바와 같은 일반 불법행위의 성립요건을 모두 충족했다하더라도 그것만으로 곧바로 가해자에게 책임을 물을 수 있는 것은 아니고, 손해발생에 대한 가해자의 귀책사유(과실) 혹은 가해자의 위험한 행위 내지 위험원에 대한 책임이 있어야 한다.

### 1. 과실책임

PETL 제4:101조에서는 불법행위의 성립요건으로 고의 또는 부주의를 함께 규정하고 있고, 양자에 관한 구분을 하고 있지 아니하다. 다만 손해배상의 범위에 있어서는 고의로 인한 불법행위의 경우가 다른 경우에 비하여 확대될 수 있음을 명시하고 있다(제2:102조 제5항). 그에 비하여 PEL Liab.Dam.에서는 고의(제3:101조)와 과실(제3:102조)에 관하여 각각 별도의 규정을 두고 있는바, 고의로 인한 불법행위와 과실로 인한 불법행위가 동일하지 아니함을 전제로 하고 있다. 물론 내용면에 있어서는 과실을 불법행위법의 기본개념으로 삼고 있다. 나아가 PETL 제4:102조와 PEL Liab.Dam. 제3:102조에서는 -유럽연합 국내법에서 일반적으로 인정되고 있는 객관적 과실개념을 수용하여- 비교 가능한 사정에서 이성적인 사람에게서 기대될 수 있고 따라서 일반적으로 요구될 수 있는 행위를 기준으로 삼고 있다. 다만 범기술적인 측면에서는 다소 상이한데, PETL은 과실판단기준들을 개별적으로 적시하고 있고, PEL Liab.Dam.에서는 “그 사안의 사정(in the circumstances of the case)”이라는 일반적인 기준을 제시하고 있다.

### 2. 무과실책임 내지 엄격책임

PETL과 PEL Liab.Dam.는 모두 이미 언급한 바와 같이 과실책임과 무과실책임을 동일한 가치를 가진 독자적인 책임의 기둥으로 인정하고 있는바, 무과실책임을 -과실책임의 예외로 미미하게 다루는 것이 아니라- 중요하게 다루고 있다. 두 원칙은 모두 이러한 범주에 속하는 일정한 행위, 특히 위험한 활동을 확정해야 한다는 기본원칙 하에 상이한 방법으로 이 문제를 규율하고 있다. 먼저 PETL 제5:101조 제1항에서는 엄격책임에 관한 일반규정을 두어 “비통상적으로 위험한 행위”로 인한 손해에 대한 책임을 법정하고 있고, 기타 위험원에 대한 위험책임에 관하여는 유럽 각국의 국내법에서 규율하도록 하고 있다(제5:102조 제1항). 이러한 구성으로 특히 어떠한 엄격책임도 법정하고 있지 아니한 국가들의 요구를 고려하고 있고, 국내법의 입법자에게 기타의 통상적인 위험의 경우에도 엄격책임을 인정할 것인지의 여부에 대한 선택권을 부여하고 있다(PETL 제5:102조).

이에 비하여 PEL Liab.Dam.에서는 제3:201조 내지 제3:206조에서 개별적으로 엄격한 과실에 좌우되지 아니하는 책임이 생기는 예들을 명시하고 있다. 사용자책임, 부동산관리자의 책임, 동물보유자의 책임, 제조물책임, 자동차보유자의 책임, 위험물질 보유자의 책임 등이 그것이다. 그밖에도 유럽연합 소속국가들의 상이한 입법례들을 고려하여 제3:207조에서는 국내법이 기타의 무과실책임을 법정하고 있는 경우에는, 그러한 손해에 대하여도 책임을 부담하게 된다고 밝히고 있다.

무과실책임을 기술함에 있어서 일반규정의 형식을 취하는 것과 무과실책임을 인정하는 경우를 한정적으로 열거하는 방식 가운데 어느 것이 보다 나은 방법인가에 대하여 판단을 하기란 쉽지 아니하다. 다만 무과

실책임의 대상이 되는 위험원을 확정하는 것은 정책적 내지 정치적 판단이 개입되어야 하는 문제이고, 유럽연합 회원국들이 대단히 상이한 입법례를 보이고 있다는 점에 비추어 볼 때 무과실책임을 한정하는 것은 회원국들로부터 동의를 얻어내는 데 문제가 있을 것으로 보인다.

### 3. 중간책임

과실로 인한 책임과 위험으로 인한 책임 사이에는 부분적으로는 과실척도의 지나친 요구로, 부분적으로는 과실책임의 추정으로, 부분적으로는 위험책임의 유추로 서로 연결되어 있는 중간영역 내지 “회색지대”<sup>365)</sup>가 있다. 이러한 영역을 위하여 PETL에서는 엄격책임을 인정하기에는 충분하지 아니한 보다 경미한 수준의 위험성이 있는 경우(제4:201조)와 기업의 경우에는(제4:202조) 과실에 대한 입증책임을 전환시키고 있다. 따라서 피고인 가해자가 모든 기대가능한 주의를 다했었다는 사실을 입증해야 한다.

PEL Liab.Dam.에서도 일정한 경우에 무과실책임을 부담하는 자에게 면책가능성을 인정함으로써 이러한 중간책임 영역을 규율하고 있다. 가령 부동산 소유자(제3:202조 제3항), 제조업자(제3:204조 제4항), 위험물질 배출자(제3:206조 제5항)가 이러한 중간책임을 부담한다.

타인의 행위에 대한 책임에서는 보조자의 불법행위 혹은 감독을 요하는 자의 행위에 대한 책임이 문제된다.

### 1. 보조자에 대한 사용자의 책임

PETL 제6:102조와 PEL Liab.Dam. 제3:201조에서는 -유럽연합 회원국에서의 일반적인 견해에 따라- 보조자의 불법행위에 대한 사업자의 엄격한 책임을 규정하고 있고, 면책가능성을 부여하고 있지는 아니하다.

### 2. 미성년자에 대한 부모의 책임

PEL Liab.Dam. 제3:104조에서는 자녀(그리고 기타 감독을 요하는 자에 대한 감독자의 책임)에 대한 부모의 책임을 엄격하게 규정하고 있는바, 자녀가 유책하게 손해를 야기한 경우에 그 부모가 자녀가 일으킨 손해에 대한 책임을 부담한다. 그에 비하여 PETL 제6:101조에서는 자녀의 불법행위에 대하여 그 부모가 무과실책임을 부담하지는 아니하고, 과실책임이 추정될 따름이다(제1문). 따라서 감독자가 그가 “감독상 요구되는 행위기준(the required standard of conduct in supervision)”을 준수하였다는 사실을 입증하면 면책된다(제2문).

### 3. 기업책임, 제조물책임

유럽연합 회원국에서는 제조물책임에 관한 유럽연합지침을 국내법으로 전환하는 과정에서, 대부분 제조물책임을 특별법의 형식으로 수용하였는데, PETL과 PEL Liab. Dam.는 모두 이에 관한 일반규정을 두고 있다. PETL 제4:202조에서 기업책임이라는 제목 하에서 기업책임을 위한 유럽연합의 제조물책임지침의 핵심내용을 적극 수용하였다. 이 기업책임은 전술한 바와 같이 입증책임의 전환을 통하여 강화된 과실책임을 부과하고 있으므로, 엄격한 위험책임을 인정하는 제조물책임입법지침에 비하여 경미한 책임을 규정하고 있다. 이에 비하여 PEL Liab.Dam. 제3:204조에서는 위험책임의 예로 결함 있는 제조물

VI 타인의 행위에 대한 책임  
365) Magnus, in: Privatrecht, S. 141, 154.

에 의하여 야기된 손해에 대한 책임귀속이라는 제목 하에 7개의 항으로 구성된 제조물책임에 대한 상세한 규정을 두고 있다. 나아가 제 5:401조 제3항에서는 제조물의 결함으로 인한 손해에 대한 책임은 당사자들의 약정으로 배제되거나 제한될 수 없다고 규정하고 있다. 그리고 보면 PEL Liab.Dam.가 PETL에 비하여 보다 엄격한 제조물책임을 법정하고 있다고 하겠다.

우리 법에서는 위법성을 독자적인 책임요건으로 보고 있고, 정당방위 등의 사유를 위법조각으로 인정하는 사유로 이해하고 있다. 그런데 전술한 바와 같이 PETL에서는 의식적으로 원칙에 위법성이라는 용어를 사용하지 않았고, PEL Liab.Dam.에서도 불법(unlawfulness), 부당(wrongfulness) 또는 위법(Rechtswidrigkeit)이라는 개념을 의미가 없는 것으로 보고 있는바, 불법행위법 체계에서 위법성은 독자적인 의미를 가지지 아니한다. 그렇지만 이처럼 두 원칙은 모두 일정한 정당화사유를 책임에 대한 “항변사유”로 규정하고 있는바, 이러한 한에 있어서는 위법성 요소를 고려하고 있다고 할 수 있다. 그리고 앞으로도 -위법성을 별도의 책임요소로 인정하는지의 여부를 불문하고- 유럽 불법행위법에서 위법성은 소극적으로나마 의미를 가지게 될 것이다.<sup>366)</sup>

나아가 PETL 제7:102조 제1항 a) 그리고 PEL Liab.Dam. 제5:302조에서는 “불가항력”을 책임배제사유로 언급하고 있다. PETL에 따르면 불가항력의 경우에 자연법칙에 맞게 과책에 대한 비난이 배제되기 때문에,<sup>367)</sup> 단지 위험책임에 대하여서만 적용된다. 나아가 PETL 제7:102조 제1항 b)에서는 위험책임의 경우에 제3자의 행위도 면책사유로 명시되어 있다.

366) 동지: Magnus, in: Privatrecht, S. 141, 156 f.  
367) Magnus, ZEuP 2004, 562, 573.

그런가 하면 “정신적으로 무능력한 자”의 행위에 대하여는 상이하게 다루어지고 있다. PEL Liab.Dam. 제5:301조 제1항에 따르면 심신상실은 원칙적으로 면책사유이다. 다만 심신상실자의 자력과 기타의 사정들을 고려하였을 때 그에게 책임을 묻는 것이 공평한 경우에는, 심신상실자라 하더라도 예외적으로 책임을 부담하고, 그 범위는 합리적인 배상으로 한정된다. 이에 비하여 PETL 제4:102조 제2항에서는 “행위자의 연령, 정신적 혹은 신체적 장애를 이유로 혹은 특별한 사정에 비추어 행위자에게 이를 준수하는 것이 기대될 수 없는 경우”에는 과실의 기준을 조정하는 것을 허용하고 있다. 따라서 장애인, 그가 유사한 사정에서 동일한 장애를 가진 이성적인 사람과 같이 행동한 경우에는, 야기된 손해에 대한 책임을 면제받을 수 있다.

PETL 제8:101조와 PEL Liab.Dam. 제5:102조에서는 피해자의 공동과실에 대한 규정을 두고 있다. 양 원칙은 일치하여 피해자의 과실이 손해에 기여한 경우에는, 책임범위의 경감을 허용한다. 이는 피해자의 보조자의 기여행위가 피해자에게 귀속되는 경우에도 마찬가지이다. 다만 차이가 있는 것은 PEL Liab.Dam. 제5:102조 제2항 (c)에서는 교통사고로 인한 인적 손해의 경우에 피해자의 공동과실은 고려되지 아니하는 것으로 법정하고 있다는 점이다. PETL에서는 이에 상응하는 규정을 두고 있지 아니하다.

## 1. 손해배상

불법행위법의 중심요소는 손해인바, PETL과 PEL Liab.Dam.는 모두 손해에 대하여 상세하게 규율하고 있다. 일면에 있어서 PETL과 PEL

Liab.Dam는 어떤 경우에 침해가 배상받을 수 있는 손해가 되는지에 대하여 규정하고 있다. 가령 PETL 제2:101조는 “법적으로 보호되는 이익의 물질적 혹은 비물질적 손상”을 배상가능한 손해로 규정하고 있고, 제2:102조에서는 “보호되는 이익”을 규정하고 있다. PEL Liab.Dam.에서도 제2:101조에서 일반적으로 “법적으로 중요한 손해”를 규정하고 있고, 이어서 그러한 손해의 예를 한정적으로 열거하고 있다(제2:201조 내지 제2:211조).<sup>368)</sup> 타면에 있어서 양 원칙은 손해배상의 산정에 관하여 상이한 규정을 두고 있다(PETL 제10:101조 이하, PEL Liab.Dam. 제6:101조 이하).

#### (1) 재산적 손해에 대한 배상

PETL과 PEL Liab.Dam.는 모두 손해가 전 범위에서 배상되어야 하고, 손해배상을 통하여 손해가 발생하지 않았더라면 있었을 상태로 회복되어야 한다는 것을 원칙으로 하고 있다(PETL 제10:101조, PEL Liab.Dam. 제6:101조). 개별적인 내용으로 들어가면 양 원칙은 물론 상이한 점을 보인다.

우선 PETL은 손해배상의 범위를 상세하게 규율하고 있다. 가령 신체손해의 경우에 있어서 재산적 손해는 수입상실 나아가 소득능력의 감소, 의료비용을 포함하여 합리적인 비용에 대한 배상을 포함한다고 규정하고 있다(제10:202조 제1항). 이에 반하여 PEL Liab.Dam.는 그러한 확정적 예시를 유보하고 일반적으로 “발생한 손해의 종류, 범위 그리고 모든 다른 사정들을 고려하여 가장 적합한 방법으로” 배상할 것을 규정하고 있다(제6:101조 제2항). 그렇지만 PEL Liab.Dam.에서는 보호법익의 침해가 법적으로 중요한 손해에 이르면 일정한 손해를 배상을 받을 수 있음을 명시하고 있다. 가령 인적 손해의 경우에 피해자와 가까운 관계에 있는 사람들이 피해자의 치료를 위하여 지출한

368) Magnus, ZEuP 2004, 562, 577.

비용을 포함하여 치료비용을 손해로 보고 있고(제2:201조 제2항 (a)), 물건손해의 경우에는 이용박탈에 대한 배상을 손해로 보고 있다(제2:206조 제2항 (a)). 그러나 이러한 규정들을 제외하고는, 인적손해(그리고 비 물질적 손해의 경우에도)에 대한 배상범위의 산정을 국내법에 일임하고 있다(제6:203조 제2항).

물건손해의 경우에는 손상된 물건의 수선 혹은 배상을 위한 비용들이 배상범위에 포함된다. 다만, 그 비용이 명백하게 고액이기 때문에 이런 혹은 다른 배상방법이 “불합리한” 경우에는 그러하지 아니하다(PETL 제10:203조 제1항, PEL Liab.Dam. 제6:101조 제3항). 그리고 당해 물건을 사용을 하지 못한 것(loss of use; Nutzungsausfall)에 대해서도 배상받을 수 있다(PETL 제10:203조 제2항, PEL Liab.Dam. 제2:206조 제2항 (a))

#### (2) 비재산적(정신적) 손해에 대한 배상

인적 손해와 관련하여 비재산적 내지 비경제적인 손해들도 배상받을 수 있다(PETL 제10:301조, PEL Liab.Dam. 제2:101조 제4항 (b)). PETL 제10:301조 제1항에서는 다른 법익의 보호목적에 상응하는 경우에는, 다른 법익의 침해로부터 비 물질적인 손해가 발생할 수 있다는 것을 인정한다. 이에 반하여 PEL Liab.Dam.에서는 법적으로 중요한 손해가 항상 혹은 단지 특정한 경우에만 비경제적인 손해를 포함하는지에 대하여 다소 열린 태도를 보이고 있다. PEL Liab.Dam.에서는 가령 일면에 있어서 제2:101조 제1항에서 경제적, 비경제적인지를 불문하고 손실(loss)은 법적으로 중요한 손해라고 규정하고 있고, 나아가 동조 제4항에서 경제적 손실과 비경제적 손실에 대한 개념정의를 내리고 있다. 그 다음에 개별적으로 보호되는 법적 지위를 확정함에 있어서는 거의 통상적으로 “손실”이라는 표현을 사용하고 있고, 단지 제2:202조 제1항에서만 비경제

적 손실로 한정해서 사용하고 있다. 결국 PEL Liab.Dam.에서는 모든 유형의 손실에서 -따라서 물건손해 혹은 배상받을 수 있는 순수한 재산손해의 경우에도- 비경제적인 손해에 대한 배상이 인정될 것이다.<sup>369)</sup>

나아가 PETL과 PEL Liab.Dam.는 손해배상범위의 규율에 있어서도 상이한 태도를 보이고 있다. PETL은 비경제적인 손해의 산정에 대하여 구체적이고도 상세한 규정을 두고 있다. 가령 제10:301조 제2항에서는 비재산적 손해의 배상범위를 정함에 있어 “침해의 중대성, 지속성 및 결과”가 척도가 된다고 밝히고 있고, 동조 제3항에서는 인적손해의 경우에 “객관적으로 비교 가능한 손해에 대하여 유사한 금액”이 기준이 된다고 규정하고 있다. 그에 비하여 PEL Liab.Dam 제2:101조 제4항 (b)에서는 단지 일정한 비경제적 손해만이 배상받을 수 있다고 법정하고 있을 따름이고, 그 산정을 위한 척도는 다시금 국내법에 일임하고 있다(제6:203조 제2항).

PETL과 PEL Liab.Dam.는 모두 피해자가 인적인 침해를 입은 경우에, “피해자와 긴밀한 관계에 있는 사람”이 독자적으로 위자료를 청구할 수 있도록 규정하고 있다(PETL 제10:301조 제3항, PEL Liab.Dam 제2:202조 제1항). 다만 PETL은 친족위자료청구의 요건으로 “중대한 인신 침해”를 요구하고 있으므로, 피해자의 단순한 침해의 경우에는 이러한 위자료청구권이 인정되지 아니한다. 그러나 PEL Liab.Dam에서는 이러한 제한이 없다.

## 2. 책임경감사유

PETL과 PEL Liab.Dam.는 모두 주어진 손해배상청구권을 경감시키거나 혹은 완전히 배제하는 예외적인 경우들을 인정한다. PETL 제10:401조는 일반적인 책임경감사유를 법정하고 있는데, 이에 따르면 책임의

369) Magnus, ZEuP 2004, 562, 578 각주 109.

근거, 해당이익의 보호범위 및 손해의 정도를 감안하여 손해배상이 피고에게 과중한 부담을 주는 경우에는, 예외적으로 경감될 수 있다. PEL Liab.Dam. 제6:202조에서도 책임을 경감하는 것이 “공정하고 정당한 경우에” 책임경감을 인정하고 있다.

## 3. 원상회복

통상 손해배상은 금전배상으로 이루어진다. 이에 상응하여 PETL 제10:101조 제1문은 금전배상을 원칙으로 하고 있고(Damages are a money payment), 원상회복청구권은 단지 그것이 가능하고 가해자를 위하여 “지나치게 부담이 되지 아니하는 경우에” 한정하여 인정된다(제10:104조). 이에 반하여 PEL Liab.Dam. 제6:101조는 원상회복을 원칙으로 삼고 있다. 그러나 그 운용면에 있어서는 특별한 차이가 없다.

## 제 7 장 맺음말

불법행위법 유럽위원회와 유럽민사법연구회는 상이한 목표를 가지고 설립된 단체이다. 전자는 PETL이라는 일반원칙을 작성하는 것을 목표로 하였고, 후자는 유럽민법전에 대한 교수들의 입법안을 마련하는 것을 목표로, 이를 위한 준비작업으로 유럽민법전의 한 꼭지에 해당하는 PEL Liab.Dam.를 만들었다. 이러한 상이한 목표에도 불구하고 이 두 단체는 모두 방법론상으로 Walter Wilburg의 동적인 체계를 따라 우선 일반적인 원칙을 확정하고, 이어서 개별사례를 해결함에 있어서 고려되어야 하는 이익들과 가치요소들을 확정하는 방법을 택하였다. 그리고 기본구조에 있어서는 Lando 위원회의 PECL을 모델로 비교법적 연구를 기초로, 일반적인 원칙들을 조문화한다는 기본입장을 취했다. 주지하는 바와 같이 Principles은 법률은 아니고, 일반적인 기본원칙 또는 아직 법조문화되지 아니한 규정을 의미한다. PETL과 PEL Liab.Dam.도 이러한 원칙에 해당하는바, 이 두 원칙은 모두 법률 규정에 수용해도 별다른 문제가 없을 정도로 구체화된 내용들을 담고 있다. 전술한 바와 같이 PETL과 PEL Liab.Dam.의 규정들은 비교적 상세하게 구성되어 있는데, 이는 유럽의 불법행위법의 공통적인 요소들을 모아 법률과 유사한 방식으로 원칙을 만들고자 한 두 단체의 의도에 따른 것이라고 하겠다. 다만 Lando 위원회는 미국의 리스테이트먼트를 모델로 유럽연합 가입국들의 법률을 이어붙이는 형식을 취한 반면에, 이 두 단체들은 유럽연합 회원국들은 상이한 언어, 문화, 법률을 가지고 있기 때문에 리스테이트먼트식의 방법을 취하는 것은 문제가 있다고 보고, 유럽불법행위법의 발전을 목표로 현재 유럽에서 시행되고 있는 국내법들에 비하여 보다 발전된 원칙을 만들어 내하고자 하였다. 그 결과 이 두 단체에서 마련한 PETL과 PEL Liab.Dam.는 불법행위책임의 전통적인 구조를 따르고 있으나, 그 내용면에 있어서는

현행 유럽연합 회원국들의 국내법에서 일반적으로 인정되고 있는 사항들을 모아 놓은 것이 아니라, 현재 유럽입법의 트렌드를 반영하거나 다소 선도적인 내용도 담고 있다.

PETL과 PEL Liab.Dam.의 규정을 비교해 보면 그 내용면에 있어서 일치점을 이루는 부분이 상이한 부분 보다 압도적으로 많다. 그리고 그 상이한 점들도 그리 큰 의미를 가지지는 아니하고, 대부분은 형식의 문제일 따름이다. 가령 PETL에서는 일반규정의 형식을 취하는 예가 많고, PEL Liab.Dam.에서는 구체적인 예들을 열거하는 예가 많다는 정도이다. 이처럼 이 두 원칙은 모든 부분에서 일치하는 것은 아니지만, 핵심부분은 일치하고 있으므로, 장차 유럽연합의 “보통법”으로서 불법행위책임법을 만들기 위한 토대로서의 역할은 충분히 할 수 있을 것이다.<sup>370)</sup> 가령 PETL과 PEL Liab.Dam.는 국내법들 사이의 상이함과 모순점들을 회피할 수 있는 공동개념을 마련하는 데 도움을 주고, 학자들과 법판에게 법 해석의 기준을 제공해 줄 것이며,<sup>371)</sup> 국내법 입법자에게도 일종의 가이드라인으로 작용하여 유럽연합 회원국들의 법개정도 영향을 미치게 될 것이다.<sup>372)</sup>

현재 우리 민법의 개정작업이 진행 중인데, PETL과 PEL Liab.Dam.에서 규정하고 있는 내용들 가운데에는 우리 법의 개정시에 참조해야 될 사항들도 다수 포함되어 있다. 가령 PEL Liab.Dam. 제3:103조에서는 “미성년자 보호”의 차원에서 만18세 미만자는 동일한 연령대에 기대할 수 있는 합리적인 주의의무를 다 하지 아니한 경우에 한하여 배

370) Magnus, in: *Privatrecht*, S. 141, 153; Jansen, *ZEuP* 2003, 490 ff.; Riedl, *Vereinheitlichung*, S. 201 f.; Spier, in: *European Tort Law* 2002, S. 541, 546. 그런가 하면 소극적인 입장을 보이는 견해도 있다: Wagner, in: *Grundstrukturen*, S. 189 ff.

371) Spier/Haazen, *ZEuP* 1999, 469, 482; Wurmnest, *ZEuP* 2003, 714, 725.

372) 실제로 영국과 스코틀랜드에서 그 예를 찾아볼 수 있다: *The Report of the Law Commission for England and Wales, Liability of Psychiatric Illness* (1998), (LC 249); *The Report of the Scottish Law Commission, Damage for Psychiatric Injury* (2004) (Scot Law Com 196).

상책임을 부담하고, 7세 미만의 자는 이러한 책임도 부담하지 아니하지만, 피해자가 타인으로부터 배상을 받을 수 없거나 기타의 제반사정들을 고려해 볼 때 미성년자에게 배상책임을 인정하는 것이 공정한 경우에는, “피해자보호”를 위하여 이들에게도 배상책임을 부과하고 있다. 불법행위법은 피해자에게 발생한 손해의 전보를 주목적으로 하는바, 피해자에게 발생한 중요한 손해는 원칙적으로 배상되어야 한다. 이러한 사정은, 설령 가해자인 미성년자에게 배상책임이 면제되는 경우에도, 다르지 아니하다. 다만 대부분의 입법례에서는 미성년자는 절대적으로 보호되는바, 미성년자보호와 피해자보호가 상호 충돌하는 경우에는, 미성년자가 우선하여 보호를 받게 된다. 그러나 그렇다고 하여 피해자의 법익 침해가 법적으로 전혀 의미가 없는 것은 아니므로, 제반사정에 비추어 미성년자인 가해자에게 배상책임을 지우는 것이 공평한 경우, 특히 미성년자에게 배상자력이 있는 경우에는 미성년자 본인에 대하여도 책임을 물을 수 있도록 해야 할 것이다. 이와 같은 맥락에서 PEL Liab. Dam. 제5:301조 제1항에서는 심신상실자는 원칙적으로 손해배상책임을 부담하지 아니하나, 그의 자력 기타 제반사정들을 고려할 때, 그에게 배상책임을 묻는 것이 공평한 경우에는, 심신상실자에게도 책임을 부담시키고 있다. 이처럼 가해자인 책임무능력자를 원칙적으로 보호하면서, 예외적인 경우에는 피해자 보호를 위하여 책임무능력자에게도 배상책임을 부담지우는 것은, 합리적인 것으로 사료되는바, 우리 법에 이러한 규정을 도입하는 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다고 하겠다.

아울러 PETL과 PEL Liab.Dam.는 모두 완전배상주의를 원칙으로 하지만 일정한 경우에는 예외적으로 손해배상을 경감할 수 있도록 하고 있다. 가령 PETL 제10:401조에서는 책임의 근거, 해당이익의 보호범위 및 손해의 정도를 감안하여 손해배상이 피고에게 과중한 부담을 주는 경우에는 가해자의 배상책임을 경감될 수 있다고 규정하고 있

고, PEL Liab.Dam. 제6:202조에서는 책임을 경감하는 것이 “공정하고 정당한 경우에” 책임경감을 인정하고 있다. 생각건대 불법행위법의 최우선의 과제는 피해자보호에 있지만, 가해자측의 사정을 완전히 도외시한 채 가해자에게 피해자에게 발생한 전손해를 배상하도록 하는 것은 실효성이 없는바, 이러한 규정을 도입하여 피해자와 가해자 간의 이해관계를 조절하는 것이 바람직하다고 하겠다.

## 참 고 문 헌

- Bähr, Peter, Die Verwechslungsgefahr im Markenrecht als bewegliches System - Anmerkungen zur Prüfungsmethode der Rechtsprechung, in: Baumann, Wolfgang/von Dickhuth-Harrach, Hans-Jürgen/Marotzke, Wolfgang, Gesetz Recht Rechtsgeschichte: Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag, München, 2005, S. 3 ff.
- von. Bar, Christian, Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der EU, ZfRVgl, 1994, S. 221 ff.
- ders., Jusne Europaeum. Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I: Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen, München 1996,
- ders. / Hartkamp, Arthur S. (Hrsg.), Toward a European Civil Code, Nijmegen, 1998.
- ders., Jus Commune Europaeum. Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II: Schaden und Schadensersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe, München 1999.
- ders., Die Study Group on a European Civil Code, in: ders., u.a., Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, Generaldirektion Wissenschaft des Europäischen Parlaments, Reihe Rechtsfragen, JURI 103 DE, 1999, S. 135 ff.
- ders., Die Study Group on a European Civil Code, in: Gottwald, Peter / Jayme, Eric / Schwab, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Dieter

- Heinrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld, 2000, S. 1 ff.
- ders., Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code -Ein Werkstattbericht-, ZEuP 2001, S. 515 ff.
- Basedow, Jürgen, Das künftige europäische Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), S. 445 ff.
- Blackie, John W. G., Tort/Delict in the Work of the European Civil Code Project of the Study Group on a European Civil Code, in: Zimmermann, Reinhardt (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, Baden-Baden, 2003, S. 133 ff.
- ders., The Torts Provisions of the Study Group on an European Civil Code, in: Bussani, Mauro (Hrsg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives, Bern, 2007, S. 55 ff.
- van Boom, Willem, Pure Economic Loss: A Comparative Perspective, in: van Boom, Willem / Koziol, Helmut / Witting, Christian A. (Hrsg.), Pure Economic Loss (Tort and Insurance Law, vol. 9), Wien, 2004. S. 2 ff.
- Brüggeleier, Gert, Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin, 2006.
- Bussani, Mauro (Hrsg.), European Tort Law, Bern, 2007
- Busnelli, Francesco D., Principles of European Tort Law. European Group on Tort Law. Wien, 2005.
- ders. / Comandé, G., Italy, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001 S. 117 ff.
- Bydliński, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien, 1982.

- Cousy, Herman, Wrongfulness in Belgian Tort Law, in: Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag, 1998, S. 31 ff.
- ders. / Vanderspikken, A., Causation under Belgian Law, in: Spier, Jaap (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation, Den Haag, 2000, S. 23 ff.
- Dufwa, Bill W., Contributory Negligence in Sweden Law, in: Magnus / Matín-Casals (Hrsg.), Unification of Tort Law: Contributory Negligence, 2004, S. 197 ff.
- European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary, Wien, 2005.
- Galand-Carval, S., Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others, in: Spier, Jaap (Hrsg.), Damage Caused by Others, den Haag, 2003, S. 294 ff.
- Gruber, Urs Peter, Diskussionsbericht der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Sitzung der Fachgruppe Zivilrecht, in: Zimmermann, Reinhardt (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, Baden-Baden, 2003, S. 341 ff.
- Hartlief, Ton, Harmonisation of European Tort Law, in: Faure, Michael G./Smits, Jan/Schneider, Hildegard (Hrsg.), Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, Antwerpen, 2002, S. 225 ff.
- Hoffmann, Nadja, Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Kollisionsrecht, Sachenrecht und zum UN-Kaufrecht (Zug. Diss. Uni. Humbolt, 2004), Tübingen, 2006.

- Hondius, Ewoud, Towards a European Tort Law, in: Bussani, Mauro (Hrsg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives, Bern, 2007, S. 47 ff.
- Jansen, Nils, Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht, ZEuP 2001, S. 30 ff.
- ders., Information: Grundstrukturen eines Europäischen Deliktsrechts, ZEuP 2002, S. 641 ff.
- ders., Bürgerliche Pflichtenordnung oder flexibler Rechtsgüterschutz? Zur Struktur des europäischen Haftungsrechts in Geschichte und moderner Dogmatik, ZEuP 2003, S. 490 ff.
- ders., The State of the Art of European Tort Law. Present Problems and Proposed Principles, in: Bussani, Mauro(Hrsg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives, Bern, 2007, S. 15 ff.
- ders., Bibliothek: European Group on Tort Law: Principles of European Tort Law. Text and Commentary, Wien: Springer 2005, ZEuP 2007, S. 398 ff.
- Kadner Graziano, Thomas, Schmerzgeld für Angehörige - Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?, ZEuP 1996, 135 ff.
- ders., Angehörigenschmerzgeld im europäischen Privatrecht - die Schere schließt sich, ZEuP 2002, S. 834 ff.
- ders., Europäisches Internationales Deliktsrecht, Tübingen, 2003.
- ders., Distanzdelikte im europäischen Deliktsrecht, in: Schulze, Reiner/Ajani, Gianmaria (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen

- Privatrechts, Baden-Baden, 2003, S. 249 ff.
- Kerameus, Konstantinos D., Greece, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001, S. 109 ff.
- Koch, Bernhard/Koziol, Helmut(Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability(Principle of European Tort Law, vol. 6), Den Haag, 2002.
- ders., Vergleichende Analyse, in: Koch, Bernhard/Koziol, Helmut(Hrsg.), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (Tort and Insurance Law, vol. 4), Wien, 2003, S. 380 ff.
- ders., The "Principal of European Tort Law", ERA Forum, Vol. 8 Nr. 1(March 2007), S. 107 ff.
- Koziol, Helmut, Haftpflichtrecht I, 3. Aufl., Wien, 1997.
- ders., Conclusions, in: Koziol, Helmut(Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag, 1998. S. 129 ff.
- ders. (Hrsg.), European Tort Law 2001, Wien, 2002.
- ders. (Hrsg.), European Tort law 2002, Wien, 2003.
- ders., The Concept of Wrongfulness under the Principles of European Tort Law, in: Koziol/Steininger(Hrsg.), European Tort Law 2002, Wien, 2003, S. 552 ff.
- ders. (Hrsg.), European Tort law 2004, Wien, 2005.
- ders., Die "Principal of European Tort Law" der "European Group on Tort Law", ZEuP 2004, S. 234 ff.
- Lando, Ole/Beale, Hugh(Hrsg.), The Principles of European Contract Law, Part I, Dordrecht/Boston/London, 1995.
- Lando, Ole/Beale, Hugh (Hrsg.), The Principles of European Contract

- Law, Part I and II, Den Haag, 2000.
- Lando, Ole/Clive, Eric/Prün, André/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Principles of European Contract Law, Part III, Den Haag, 2003.
- Magnus, Ulrich (Hrsg.), European Tort Law, Frankfurt am Main, 2000.
- ders., Comparative Report on the Law of Damages, in: Magnus, Ulrich(Hrsg.), Unification of Tort Law : Damages, Den Haag, 2001. S. 185 ff.
- ders., Die Produkthaftung im Kontext eines Europäischen Zivilgesetzbuches, ZEuS, 2002, S. 127 ff.
- ders. / Wurmnest, Wolfgang, Casebook Europäisches Haftungs- und Schadensrecht, 1. Aufl., Baden-Baden, 2002.
- ders. / Fedtke, J., Germany, in: Koch/Koziol(Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, Den Haag, 2002, S.
- ders., Towards European Civil Liability, in: Faure, Michael G./Smits, Jan / Schneider, Hildegard (Hrsg.), Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, Antwerpen, 2002, S. 205 ff.
- ders., Europäisierung des Haftungsrechts, in: Lando, Ole/Magnus, Ulrich /Novak-Stief, Monika (Hrsg.), Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU. Harmonisation of Substantive and International Private Law, Frankfurt am Main, 2003, S. 143 ff.
- ders., Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht, ZEuP 2004, S. 562 ff.

- ders., Ein einheitliches Deliktsrecht für Europa?, in: Kieninger, Eva-Maria/Remien, Oliver (Hrsg.), Privat- und Wirtschaftsrecht im Zeichen der Europäischen Integration, Baden-Baden, 2004, S. 141 ff.
- ders. / Matin-Casals, Miquel, Unification of Tort Law: Contributory Negligence, Den Haag, 2004.
- Neethling, Johann, Element of Causation in South African Law of Delict, in: Spier, Jaap/Busnelli, Francesco Donato/H. Cousy, Hermanund/Vanderspikken, A. (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation, Den Haag, 2000, S. 102 ff.
- ders., South Africa, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001 S. 159 ff.
- Otte, Gerhard, Komparative Sätze im Recht. Zur Rogik eines beweglichen Systems, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie II, 1972, S. 301 ff,
- Parisi, Francesco, The Economics of Legal Harmonization in European Tort Law, in: Bussani, Mauro (Hrsg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives, Bern, 2007, S. 103 ff.
- Pierre Widmer (Hrsg.), Unification of Tort Law: Fault, Den Haag, 2005.
- Riedl, Kristina, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, Baden-Baden, 2004.
- Riehm, Thomas, Gesetzliche Schuldverhältnisse, in: Langenbucher, Katja (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, Baden - Baden, 2005, S. 206 ff.

- Rogers, W.V.Horton, Wrongfulness under English Tort Law, in: Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag, 1998, S. 39 ff.
- ders. (Hrsg.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, Wien, 2001.
- ders., England, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, Den Haag, 2002, S. 101 ff.
- ders., Comparative Report, in: Rogers, W.V.H.(Hrsg.), Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors, Den Haag, 2004, S. 271 ff.
- Spier, Jaap (Hrsg.), The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut, Den Haag, 1996.
- ders. (Hrsg.), The Limits of Expanding Liability, Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective, Den Haag, 1998.
- ders. / Haazen, Olav A., The European Group on Tort Law(“Tilburg Group“) and the European Principles of Tort Law, ZEuP 1999, S. 469 ff.
- ders. / Haazen, Olav, A., Comparative Conclusion on Causation, in: Spier, Jaap/Busnelli, Francesco Donato/H. Cousy, Hermanund/Vanderspikken, A. (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation, Den Haag, 2000, S. 127 ff.
- ders., The European Group on Tort Law, in: Koziol, Helmut/ Steininger, Barbara C. (Hrsg.), European Tort Law 2000, Wien, 2003, S. 541 ff.
- ders. (Hrsg.), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by

- Others, Den Haag, 2003.
- Viney, Geneviève, Les conditions de la responsabilité: conditions, 1982.
- ders., Le “Wrongfulness” en Droit Français, in: Koziol, Helmut (Hrsg.),  
Unification of Tort Law: Wrongfulness, Den Haag, 1998, S. 57 ff.
- ders. / Jourdain, P., Les conditions de la responsabilité, 2. Aufl., 1998.
- Wagner, Gerhardt, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in:  
Zimmermann, Reinhardt(Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen  
Deliktsrechts, Baden-Baden, 2003, S. 189 ff.
- ders., Drafting European Tort Law. Tagung vom 18./19. Dezember  
2002 in Trier, ZEuP 2003, S. 451 ff.
- Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941.
- ders., Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950.
- Weiß, Agnes, Information: Wiener “Annual Conference on European  
Tort Law”, ZEuP 2005, S. 679 ff.
- Werro, Franz, The Swiss Tort Reform: a Possible Model for Europe?,  
in: Bussani, Mauro (Hrsg.), European Tort Law. Eastern and  
Western Perspectives, Bern, 2007, S. 81 ff.
- Widmer, Pierre, Swiss Tort Law also is European Tort Law, in: Faure,  
Michael G./Smits, Jan/Schneider, Hildegard(Hrsg.), Towards a  
European Ius Commune in Legal Education and Research,  
Antwerpen, 2002, S. 231 ff.
- ders., Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer  
und europäischer Ebene, in: Zimmermann, Reinhardt (Hrsg.),  
Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, Baden-Baden,

- 2003, S. 147 ff.
- Wilburg, Walter, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen  
Recht, Graz, 1950.
- ders., Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163  
(1963), S. 356 ff.
- Winfield, Percy Henry/Jolowicz, John A./Rogers, William V. H, Winfield  
and Jolowicz on Tort, 17. Aufl., London, 2002.
- Winiger, Bénédicte/Koziol, Helmut/Koch, Bernhard A./Zimmermann, Reinhard  
(Hrsg.), Digest of European Tort Law, Volume 1: Essential  
Cases on Natural Causation, Wien, 2007.
- Wissink, M.H. / van Boom, W., The Netherlands, in: Magnus, Ulrich (Hrsg.),  
Unification of Tort Law: Damages, Den Haag, 2001, S. 143 ff.
- Wurmnest, Wolfgang, Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe,  
Acquis-Grundsätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur  
Privatrechtsvereinheitlichung in Europa, ZEuP 2003, S. 714 ff.
- ders., Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts (Studien zum  
ausländischen und internationalen Privatrecht 102), Tübingen, 2003.
- Zimmermann, Reinhardt, Wege zu einem europäischen Haftungsrecht,  
in: Zimmermann, Reinhardt (Hrsg.), Grundstrukturen des  
Europäischen Deliktsrechts, Baden-Baden, 2003, S. 19 ff.

[부록 1]

PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW

Text of the Principles

TITLE I. Basic Norm

Chapter 1. Basic Norm

Art. 1:101. Basic norm

(1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage.

(2) Damage may be attributed in particular to the person

- a) whose conduct constituting fault has caused it; or
- b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or
- c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.

TITLE II. General Conditions of Liability

Chapter 2. Damage

Art. 2:101. Recoverable damage

Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.

Art. 2:102. Protected interests

(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection.

(2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection.

(3) Extensive protection is granted to property rights, including those in

부록

intangible property.

(4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim.

(5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases.

(6) In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration.

Art. 2:103. Legitimacy of damage

Losses relating to activities or sources which are regarded as illegitimate cannot be recovered.

Art. 2:104. Preventive expenses

Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred.

Art. 2:105. Proof of damage

Damage must be proved according to normal procedural standards. The court may estimate the extent of damage where proof of the exact amount would be too difficult or too costly.

Chapter 3. Causation

Section 1. *Conditio sine qua non* and qualifications

Art. 3:101. *Conditio sine qua non*

An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred.

Art. 3:102. Concurrent causes

In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage.

Art. 3:103. Alternative causes

(1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.

(2) If, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim's damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim.

Art. 3:104. Potential causes

(1) If an activity has definitely and irreversibly led the victim to suffer damage, a subsequent activity which alone would have caused the same damage is to be disregarded.

(2) A subsequent activity is nevertheless taken into consideration if it

has led to additional or aggravated damage.

(3) If the first activity has caused continuing damage and the subsequent activity later on also would have caused it, both activities are regarded as a cause of that continuing damage from that time on.

Art. 3:105. Uncertain partial causation

In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have [minimally] contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof.

Art. 3:106. Uncertain causes within the victim's sphere

The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.

Section 2. Scope of Liability

Art. 3:201. Scope of Liability

Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as

- a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity;
- b) the nature and the value of the protected interest (Article 2:102);
- c) the basis of liability (Article 1:101);

d) the extent of the ordinary risks of life; and

e) the protective purpose of the rule that has been violated.

TITLE III. Bases of Liability

Chapter 4. Liability based on fault

Section 1. Conditions of liability based on fault

Art. 4:101. Fault

A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.

Art. 4:102. Required standard of conduct

(1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.

(2) The above standard may be adjusted when due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it.

(3) Rules which prescribe or forbid certain conduct have to be considered when establishing the required standard of conduct.

Art. 4:103. Duty to protect others from damage

A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the

seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty.

#### Section 2. Reversal of the burden of proving fault

##### Art. 4:201. Reversal of the burden of proving fault in general

(1) The burden of proving fault may be reversed in light of the gravity of the danger presented by the activity.

(2) The gravity of the danger is determined according to the seriousness of possible damage in such cases as well as the likelihood that such damage might actually occur.

##### Art. 4:202. Enterprise Liability

(1) A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has conformed to the required standard of conduct.

(2) “Defect“ is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services.

#### Chapter 5. Strict liability

##### Art. 5:101. Abnormally dangerous activities

(1) A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it.

(2) An activity is abnormally dangerous if

- a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and

b) it is not a matter of common usage.

(3) A risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage.

(4) This Article does not apply to an activity which is specifically subjected to strict liability by any other provision of these Principles or any other national law or international convention.

##### Art. 5:102. Other strict liabilities

(1) National laws can provide for further categories of strict liability for dangerous activities even if the activity is not abnormally dangerous.

(2) Unless national law provides otherwise, additional categories of strict liability can be found by analogy to other sources of comparable risk of damage.

#### Chapter 6. Liability for others

##### Art. 6:101. Liability for minors or mentally disabled persons

A person in charge of another who is a minor or subject to mental disability is liable for damage caused by the other unless the person in charge shows that he has conformed to the required standard of conduct in supervision.

##### Art. 6:102. Liability for auxiliaries

(1) A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct.

(2) An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article.

TITLE IV. Defences

Chapter 7. Defences in general

Art. 7:101. Defences based on justifications

(1) Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately

- a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence),
- b) under necessity,
- c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help),
- d) with the consent of the victim, or where the latter has assumed the risk of being harmed, or
- e) by virtue of lawful authority, such as a licence.

(2) Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other.

(3) In extraordinary cases, liability may instead be reduced.

Art. 7:102. Defences against strict liability

(1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible

- a) force of nature (force majeure), or
- b) conduct of a third party.

(2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other.

(3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Article 9:101 (1)(b).

Chapter 8. Contributory conduct or activity

Art. 8:101. Contributory conduct or activity of the victim

(1) Liability can be excluded or reduced to such extent as is considered just having regard to the victim's contributory fault and to any other matters which would be relevant to establish or reduce liability of the victim if he were the tortfeasor.

(2) Where damages are claimed with respect to the death of a person, his conduct or activity excludes or reduces liability according to para. 1.

(3) The contributory conduct or activity of an auxiliary of the victim excludes or reduces the damages recoverable by the latter according to para. 1.

TITLE V. Multiple Tortfeasors

Chapter 9. Multiple Tortfeasors

Art 9:101 Solidary and several liability: relation between victim and multiple tortfeasors

(1) Liability is solidary where the whole or a distinct part of the damage suffered by the victim is attributable to two or more persons.

Liability is solidary where:

- a) a person knowingly participates in or instigates or encourages wrongdoing by others which causes damage to the victim; or
- b) one person's independent behaviour or activity causes damage to the victim and the same damage is also attributable to another person.
- c) a person is responsible for damage caused by an auxiliary in circumstances where the auxiliary is also liable.

(2) Where persons are subject to solidary liability, the victim may claim full compensation from any one or more of them, provided that the victim may not recover more than the full amount of the damage suffered by him.

(3) Damage is the same damage for the purposes of paragraph (1)(b) above when there is no reasonable basis for attributing only part of it to each of a number of persons liable to the victim. For this purpose it is for the person asserting that the damage is not the same to show that it is not. Where there is such a basis, liability is several, that is to say, each person is liable to the victim only for the part of the damage attributable to him.

#### Art 9:102 Relation between persons subject to solidary liability

(1) A person subject to solidary liability may recover a contribution from any other person liable to the victim in respect of the same damage. This right is without prejudice to any contract between them determining the allocation of the loss or to any statutory provision or to any right to recover by reason of subrogation [cessio legis] or on the basis of unjust enrichment.

(2) Subject to paragraph (3) of this Article, the amount of the contribution shall be what is considered just in the light of the relative responsibility for the damage of the persons liable, having regard to their respective degrees of fault and to any other matters which are relevant to establish or reduce their liability. A contribution may amount to full indemnification. If it is not possible to determine the relative responsibility of the persons liable they are to be treated as equally responsible.

(3) Where a person is liable for damage done by an auxiliary under Article 9:101 he is to be treated as bearing the entire share of the responsibility attributable to the auxiliary for the purposes of contribution between him and any tortfeasor other than the auxiliary.

(4) The obligation to make contribution is several, that is to say, the person subject to it is liable only for his apportioned share of responsibility for the damage under this Article; but where it is not possible to enforce a judgment for contribution against one person liable his share is to be reallocated among the other persons liable in proportion to their responsibility.

#### TITLE VI. Remedies

##### Chapter 10. Damages

##### Section 1. Damages in general

#### Art. 10:101. Nature and purpose of damages

Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.

#### Art. 10:102. Lump sum or periodical payments

Damages are awarded in a lump sum or as periodical payments as appropriate with particular regard to the interests of the victim.

#### Art. 10:103. Benefits gained through the damaging event

When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.

Art. 10:104. Restoration in kind

Instead of damages, restoration in kind can be claimed by the injured party as far as it is possible and not too burdensome to the other party.

Section 2. Pecuniary damage

Art. 10:201. Nature and determination of pecuniary damage

Recoverable pecuniary damage is a diminution of the victim's patrimony caused by the damaging event. Such damage is generally determined as concretely as possible but it may be determined abstractly when appropriate, for example by reference to a market value.

Art. 10:202. Personal injury and death

(1) In the case of personal injury, which includes injury to bodily health and to mental health amounting to a recognised illness, pecuniary damage includes loss of income, impairment of earning capacity (even if unaccompanied by any loss of income) and reasonable expenses, such as the cost of medical care.

(2) In the case of death, persons such as family members whom the deceased maintained or would have maintained if death had not occurred are treated as having suffered recoverable damage to the extent of loss of that support.

Art. 10:203. Loss, destruction and damage of things

(1) Where a thing is lost, destroyed or damaged, the basic measure of damages is the value of the thing or the diminution in its value and for this purpose it is irrelevant whether the victim intends to replace or repair the thing. However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it

is reasonable to do so.

(2) Damages may also be awarded for loss of use of the thing, including consequential losses such as loss of business.

Section 3. Non-pecuniary damage

Art. 10:301. Non-pecuniary damage

(1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.

(2) In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.

(3) In cases of personal injury, non-pecuniary damage corresponds to the suffering of the victim and the impairment of his bodily or mental health. In assessing damages (including damages for persons having a close relationship to deceased or seriously injured victims) similar sums should be awarded for objectively similar losses.

Section 4. Reduction of damages

Art. 10:401. Reduction of damages

In an exceptional case, if in light of the financial situation of the parties full compensation would be an oppressive burden to the

defendant, damages may be reduced. In deciding whether to do so, the basis of liability (Article 1:101), the scope of protection of the interest (Article 2:102) and the magnitude of the damage have to be taken into account in particular.

PEL Liab.Dam.

Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another

(revised final version at Nov. 2006)

Chapter 1: Fundamental Provisions

Article 1:101: Basic Rule

(1) A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage.

(2) Where a person has not caused legally relevant damage intentionally or negligently that person is accountable for the causation of legally relevant damage only if Chapter 3 so provides.

Article 1:102: Prevention

Where legally relevant damage is impending, this Book confers on a person who would suffer the damage a right to prevent it. This right is against a person who would be accountable for the causation of the damage if it occurred.

Article 1:103: Scope of Application

Articles 1:101 and 1:102

(a) apply only in accordance with the following provisions of this Book;

(b) apply to both legal and natural persons, unless otherwise stated;

(c) do not apply in so far as their application would contradict the

purpose of other private law rules; and  
(d) do not affect remedies available on other legal grounds.

Chapter 2: Legally Relevant Damage  
Section 1: General

Article 2:101: Meaning of Legally Relevant Damage

(1) Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if:

- (a) one of the following rules of this Chapter so provides;
- (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or
- (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection.

(2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (1) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under articles 1:101 or 1:102.

(3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability, to the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy.

(4) In this Book

- (a) economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property
- (b) non-economic loss includes pain and suffering and impairment of

the quality of life.

Section 2: Particular Instances of Legally Relevant Damage

Article 2:201: Personal Injury and Consequential Loss

(1) Loss caused to an natural person as a result of injury to his or her body or health and the injury as such are legally relevant damage.

(2) In this Book:

- (a) such loss includes the costs of health care including expenses reasonably incurred for the injured person by thoes close to him or her;
- (b) personal injury includes injury to mental health only if it amounts to a medical condition.

Article 2:202: Loss Suffered by Third Persons as a Result of Another's Personal Injury or Death

(1) Non-economic loss caused to a natural person as a result of another's personal injury or death is legally relevant damage if at the time of injury that person is in a particularly close personal relationship to the injured person.

(2) Where a person has been fatally injured:

- (a) legally relevant damage caused to the deceased on account of the injury to the time of death becomes legally relevant damage to the deceased's successors;
- (b) reasonable funeral expenses are legally relevant damage to the person incurring them; and
- (c) loss of maintenance is legally relevant damage to a natural person whom the deceased maintained or, had death not occurred,

would have maintained under statutory provisions or to whom the deceased provided care and financial support.

Article 2:203: Infringement of Dignity, Liberty and Privacy

(1) Loss caused to a natural person as a result of infringement of his or her right to respect for his or her dignity, such as the rights to liberty and privacy, and the injury as such are legally relevant damage.

(2) Loss caused to a person as a result of injury to that person's reputation and the injury as such are also legally relevant damage if national law so provides.

Article 2:204: Loss upon Communication of Incorrect Information about Another

Loss caused to a person as a result of the communication of information about that person which the person communicating the information knows or ought to know is incorrect is legally relevant damage.

Article 2:205: Loss upon Breach of Confidence

Loss caused to a person as a result of the communication of information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the person communicating the information knows or ought to know is confidential to the person suffering the loss is legally relevant damage.

Article 2:206: Loss upon Infringement of Property or Lawful Possession

(1) Loss caused to a person as a result of an infringement of that person's property right or lawful possession of a movable or immovable thing is legally relevant damage.

(2) In this Article:

- (a) loss includes being deprived of the use of property;
- (b) infringement of a property right includes destruction of or physical damage to the subject-matter of the right (property damage), disposition of the right, interference with its use and other disturbance of the exercise of the right.

Article 2:207: Loss upon Reliance on Incorrect Advice or Information

Loss caused to a person as a result of making a decision in reasonable reliance on incorrect advice or information is legally relevant damage if:

- (a) the advice or information is provided by a person in pursuit of a profession or in the course of trade; and
- (b) the provider knew or ought to have known that the recipient would rely on the advice or information in making a decision of the kind made.

Article 2:208: Loss upon Unlawful Impairment of Business

(1) Loss caused to a person as a result of an unlawful impairment of that person's exercise of a profession or conduct of a trade is legally relevant damage.

(2) Loss caused to a consumer as a result of unfair competition is also legally relevant damage if Community or national law so provides.

Article 2: 209: Burdens incurred by the State upon Environmental Impairment

Burdens incurred by the State or designated competent authorities in restoring substantially impaired natural elements constituting the environment, such as air, water, soil, flora and fauna, are legally relevant

damage to the State or the authorities concerned.

Article 2:210: Loss upon Fraudulent Misrepresentation

(1) Without prejudice to the other provisions of this section loss caused to a person as a result of another's fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, is legally relevant damage.

(2) A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and it is intended to induce the recipient to make a mistake.

Article 2:211: Loss upon Inducement of Breach of Obligation

Without prejudice to the other provisions of this section, loss caused to a person as a result of another's inducement of a third person to breach an obligation is legally relevant damage only if:

- (a) the obligation was owed to the person sustaining the loss; and
- (b) the person inducing the breach:
  - (i) intended the third person to breach the obligation, and
  - (ii) did not act in legitimate protection of their own interest.

Chapter 3: Accountability

Section 1: Intention and Negligence

Article 3:101: Intention

A person causes legally relevant damage intentionally when that person causes such damage either:

- (a) meaning to cause damage of the type caused; or
- (b) by conduct which that person means to do, knowing that such damage, or damage of that type, will or will almost certainly be caused.

Article 3:102: Negligence

A person causes legally relevant damage negligently when that person causes the damage by conduct which either:

- (a) does not meet the particular standard of care provided by a statutory provision whose purpose is the protection of the injured person from the damage suffered, or
- (b) does not otherwise amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.

Article 3: 103: Persons under Eighteen

(1) A person under eighteen years of age is only accountable for causing legally relevant damage according to Article 3:102(b) in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonably careful person of the same age in the circumstances of the case.

(2) A person under seven years of age is not accountable for causing damage intentionally or negligently.

(3) However, paragraphs (1) and (2) do not apply to the extent that

- (a) the injured person cannot obtain reparation under this Book from another, and
- (b) liability to make reparation would be equitable having regard to the financial means of the parties and all other circumstances of the case.

Article 3:104: Accountability for Damage Caused by Children or Supervised Persons

(1) Parents or other persons obliged by law to provide parental care for a person under fourteen years of age are accountable for the

causation of legally relevant damage where that person under age caused the damage by conduct that would constitute intention or negligence if it were the conduct of an adult.

(2) An institution or other body obliged to supervise a person is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third party when:

- (a) the damage is personal injury, loss within Article 2:202 or property damage;
- (b) the person whom the institution or other body is obliged to supervise caused that damage intentionally or negligently or, in the case of a person under eighteen, by conduct that would constitute intention or negligence if it were the conduct of an adult; and
- (c) the person whom they are obliged to supervise is a person likely to cause damage of that type.

(3) However, a person is not accountable under this Article for the causation of damage if that person shows that there was no defective supervision of the person causing the damage.

Section 2: Accountability without Intention or Negligence

Article 3:201: Accountability for Damages Caused by Employees and Representatives

(1) A person who employs or similarly engages another, is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged

- (a) caused the damage in the course of employment or engagement, and
- (b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise

accountable for the causation of the damage.

(2) Paragraph (1) applies correspondingly to a legal person in relation to a representative causing damage in the course of their engagement. A representative is a person who is authorised to effect juridical acts on behalf of the legal person by its constitution.

Article 3:202: Accountability for Damage Caused by the Unsafe State of an Immovable

(1) A person who independently exercises control over an immovable is accountable for the causation of personal injury and consequential loss, loss within Article 2:202, and loss resulting from property damage (other than to the immovable itself) by a state of the immovable which does not ensure such safety as a person in or near the immovable is entitled to expect having regard to the circumstances including:

- (a) the nature of the immovable,
- (b) the access to the immovable, and
- (c) the cost of avoiding the immovable being in that state.

(2) A person exercises independent control over an immovable if that person exercises such control that it is reasonable to impose a duty on that person to prevent legally relevant damage within the scope of this Article.

(3) The owner of the immovable is to be regarded as independently exercising control, unless the owner shows that another independently exercises control.

Article 3:203: Accountability for Damage Caused by Animals

A keeper of an animal is accountable for the causation by the animal of personal injury and consequential loss, loss within Article 2:202, and

loss resulting from property damage.

Article 3:204: Accountability for Damage Caused by Defective Products

(1) The producer of a product is accountable for the causation of personal injury and consequential loss, loss within Article 2:202, and, in relation to consumers, loss resulting from property damage (other than to the product itself) by a defect in the product

(2) A person who imported the product into the European Economic Area for sale, hire, leasing or distribution in the course of that person's business is accountable correspondingly.

(3) A supplier of the product is accountable correspondingly if:

- (a) the producer cannot be identified; or
- (b) in the case of an imported product, the product does not indicate the identity of the importer (whether or not the producer's name is indicated), unless the supplier informs the injured person, within a reasonable time, of the identity of the producer or the person who supplied that supplier with the product.

(4) A person is not accountable under this article for the causation of damage if that person shows:

- (a) that person did not put the product into circulation;
- (b) it is probable that the defect which caused the damage did not exist at the time that person put the product into circulation;
- (c) that person neither manufactured the product for sale or distribution for economic purpose nor manufactured or distributed it in the course of business;
- (d) the defect is due to the product's compliance with mandatory regulations issued by public authorities;

- (e) the state of scientific and technical knowledge at the time that person put the product into circulation did not enable the existence of the defect to be discovered; or
  - (f) in the case of a manufacturer of a component, the defect is attributable to:
    - (i) the design of the product into which the component has been fitted, or
    - (ii) instructions given by the manufacturer of the product.
- (5) "Producer" means:
- (a) in the case of a finished product or a component, the manufacturer;
  - (b) in the case of raw material, the person who abstracts or wins it; and
  - (c) any person who, by putting their name, trade mark or other distinguishing feature on the product, presents themselves as its producer.
- (6) "Product" means a movable, even if incorporated into another movable or an immovable, or electricity.
- (7) A product is defective if it does not provide the safety which a person is entitled to expect, having regard to the circumstances including:
- (a) the presentation of the product;
  - (b) the use to which it could reasonably be expected that the product would be put; and
  - (c) the time when the product was put into circulation,
- but a product is not defective merely because a better product is subsequently put into circulation.

Article 3:205: Accountability for Damage Caused by Motor Vehicles

(1) A keeper of a motor vehicle is accountable for the causation of personal injury and consequential loss, loss within Article 2:202, and loss resulting from property damage (other than to the vehicle and its freight) in a traffic accident which results from the use of the vehicle.

(2) "Motor vehicle" means any vehicle intended for travel on land and propelled by mechanical power, but not running on rails, and any trailer, whether or not coupled.

Article 3:206: Accountability for Damage Caused by Dangerous Substances or Emissions

(1) A keeper of a substance or an operator of an installation is accountable for the causation by that substance or by emissions from that installation of personal injury and consequential loss, loss within Article 2:202, loss resulting from property damage, and burdens within Article 2:209, if:

- (a) having regard to their quantity and attributes, at the time of the emission, or, failing an emission, at the time of contact with the substance it is very likely that the substance or emission will cause such damage unless adequately controlled, and
- (b) the damage results from the realisation of that danger.

(2) "Substance" includes chemicals (whether solid, liquid or gaseous). Microorganisms are to be treated like substances.

(3) "Emission" includes

- (a) the release or escape of substances,
- (b) the conduction of electricity,
- (c) heat, light and other radiation,
- (d) noise and other vibrations, and

(e) other incorporeal impact on the environment.

(4) "Installation" includes a mobile installation and an installation under construction or not in use.

(5) However, a person is not accountable for the causation of damage under this Article if that person:

- (a) does not keep the substance or operate the installation for purposes related to that person's trade, business or profession; or
- (b) shows that there was no failure to comply with statutory standards of control of the substance or management of the installation.

Article 3:207: Other Accountability for the Causation of Legally Relevant Damage

A person is also accountable for the causation of legally relevant damage if national law so provides where it

- (a) relates to a source of danger which is not within Articles 3:104 - 3:205,
- (b) relates to substances or emissions, or
- (c) disapplies Article 3:204 (4)(e).

Article 3:208: Abandonment

For the purposes of this section, a person remains accountable for an immovable, vehicle, substance or installation which that person abandons until another exercises independent control over it or becomes its keeper or operator. This applies correspondingly, so far as reasonable, in respect of a keeper of an animal.

Chapter 4: Causation

Article 4:101: General Rule

(1) A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of that person’s conduct or the source of danger for which that person is responsible.

(2) In cases of personal injury or death the injured person’s predisposition with respect to the type or extent of the injury sustained is to be disregarded.

Article 4:102: Collaboration

A person who participates with, instigates or materially assists another in causing legally relevant damage is to be regarded as causing that damage.

Article 4:103: Alternative Causes

Where legally relevant damage may have been caused by any one or more of a number of occurrences for which different persons are accountable and it is established that the damage was caused by one of these occurrences but not which one, each person who is accountable for any of the occurrences is rebuttably presumed to have caused that damage.

Chapter 5: Defences

Section 1: Consent or Conduct of the Injured Person

Article 5:101: Consent and Acting at own Risk

(1) A person has a defence if the injured person validly consents to the legally relevant damage and is aware or ought to be aware of the consequences of that consent.

(2) The same applies if the injured person, knowing the risk of damage of the type caused, voluntarily exposes himself to that risk and

is to be regarded as accepting it.

Article 5:102: Contributory Fault and Accountability

(1) Where the injured person contributes by their own fault to the occurrence or extent of legally relevant damage, reparation is to be reduced according to their degree of fault.

(2) However, no regard is to be had to:

- (a) an insubstantial fault of the injured person;
- (b) fault or accountability whose contribution to the causation of the damage is insubstantial;
- (c) the injured person’s want of care contributing to that person’s personal injury caused by a motor vehicle in a traffic accident, unless that want of care constitutes profound failure to take such care as is manifestly required in the circumstances.

(3) Paragraphs (1) and (2) apply correspondingly where a person for whom the injured person is responsible within the scope of Article 3:201 contributes by their fault to the occurrence or extent of the damage.

(4) Compensation is to be reduced likewise if and in so far as any other source of danger for which the injured person is responsible under Chapter 3 contributes to the occurrence or extent of the damage.

Article 5:103: Damage Caused by a Criminal to a Collaborator

Legally relevant damage caused unintentionally in the course of committing a criminal offence to another person participating or otherwise collaborating in the offence does not give rise to a right to reparation if this would be contrary to public policy.

Section 2: Interests of Accountable Persons or Third Parties

Article 5:201: Authority Conferred by Law

A person has a defence if legally relevant damage is caused with authority conferred by law.

Article 5:202: Self-Defense, Benevolent Intervention and Necessity

(1) A person has a defence if that person causes legally relevant damage in reasonable protection of a right or of an interest worthy of legal protection of that person or a third person if the person suffering the legally relevant damage is accountable for endangering the right or interest protected. For the purposes of this paragraph Article 3:103 is to be disregarded.

(2) The same applies to legally relevant damage caused by a benevolent intervener to a principal without breach of the intervener's duties.

(3) Where a person causes legally relevant damage to the patrimony of another in a situation of imminent danger to life, body, health or liberty in order to save himself or a third person and that danger could not be eliminated without causing the damage, the person causing the damage is not liable to make reparation beyond providing reasonable recompense.

Article 5:203: Protection of Public Interest

A person has a defence if legally relevant damage is caused in necessary protection of values fundamental to a democratic society, in particular where damage is caused by dissemination of information in the media.

Section 3: Inability to Control

Article 5:301: Mental Incompetence

(1) A person who is mentally incompetent at the time of conduct

causing legally relevant damage is liable only if this is equitable, having regard to the mentally incompetent person's financial means and all the other circumstances of the case. Liability is limited to reasonable recompense.

(2) A person is to be regarded as mentally incompetent if that person lacks sufficient insight into the nature of his or her conduct, unless the lack of sufficient insight is the temporary result of his or her own misconduct.

Article 5:302: Event beyond control

A person has a defence if legally relevant damage is caused by an abnormal event which cannot be averted by any reasonable measure and which is not to be regarded as that person's risk.

Section 4: Contractual Exclusion and Limitation of Liability

Article 5:401: Contractual Exclusion and Limitation of Liability

(1) Liability for causing legally relevant damage intentionally cannot be excluded or restricted.

(2) Liability for causing legally relevant damage as a result of a profound failure to take such care as is manifestly required in the circumstances cannot be excluded or restricted

(a) in respect of personal injury (including fatal injury), or

(b) if the exclusion or restriction is otherwise illegal or contrary to good faith and fair dealing.

(3) Liability for damage for the causation of which a person is accountable under Article 3:204 cannot be restricted or excluded.

(4) Other liability under this Book can be excluded or restricted unless

statute provides otherwise.

Section 5: Loss within Article 2:202

Art. 5:501: Extension of Defences against the Injured Person to Third Persons

A defence which may be asserted against a person's right of reparation in respect of that person's personal injury or, if death had not occurred, could have been asserted, may also be asserted against a person suffering loss within Article 2:202.

Chapter 6: Remedies

Section 1: Reparation in General

Article 6:101: Aim and Forms of Reparation

(1) Reparation is to reinstate the person suffering the legally relevant damage in the position that person would have been in had the legally relevant damage not occurred.

(2) Reparation may be in money (compensation) or otherwise, as is most appropriate, having regard to the kind and extent of damage suffered and all the other circumstances of the case.

(3) Where a tangible object is damaged, compensation equal to its depreciation of value is to be awarded instead of the cost of its repair if the cost of repair unreasonably exceeds the depreciation of value. This rule applies to animals only if appropriate, having regard to the purpose for which the animal was kept.

(4) As an alternative to reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage

of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage.

Article 6:102: De Minimis Rule

Trivial damage is to be disregarded.

Article 6:103: Equalisation of Benefits

(1) Benefits arising to the person suffering legally relevant damage as a result of the damaging event are to be disregarded unless it would be fair and reasonable to take them into account.

(2) In deciding whether it would be fair and reasonable to take the benefits into account, regard shall be had to the kind of damage sustained, the nature of the accountability of the person causing the damage and, where the benefits are conferred by a third party, the purpose of conferring those benefits.

Article 6:104: Multiple Injured Persons

Where multiple persons suffer legally relevant damage and reparation to one person will also make reparation to another, PECL Chapter 10 Section 2 applies with appropriate modification to their claims for reparation.

Article 6: 105: Solidary Liability

(1) Where several persons are liable for the same legally relevant damage, they are liable solidarily.

(2) As between the solidary debtors themselves the share of liability is equal unless different shares are more appropriate having regard to all circumstances of the case and in particular to fault or to the extent to which a source of danger mentioned in Chapter 3 contributed to the

occurrence or extent of the damage.

Article 6:106: Assignment of Claims

The injured person may assign a claim for reparation, including a claim for reparation for non-economic loss.

Section 2: Compensation

Article 6:201: Injured Persons' Right of Election

The injured person may choose whether or not to spend compensation on the reinstatement of their damaged interest.

Article 6:202: Reduction of Liability

Where it is fair and reasonable to do so, a person may be relieved of liability to compensate, either wholly or in part, if, where the damage is not caused intentionally, liability in full would be disproportionate to the accountability of the person causing the damage or the extent of the damage or the means to prevent it.

Article 6:203: Capitalisation and Quantification

(1) Compensation is to be awarded as a lump sum unless a good reason requires periodical payment.

(2) National law determines how compensation for personal injury and non-economic loss is to be quantified.

Article 6:204: Compensation for Injury as such

Injury as such is to be compensated independent of compensation for economic or non-economic loss.

Section 3: Prevention

Article 6:301: Right to Prevention

(1) The right to prevention exists only in so far as

- a) reparation would not be an adequate alternative remedy; and
- b) it is reasonable for the person who would be accountable for the causation of the damage to prevent it from occurring.

(2) Where the source of danger is an object or an animal and it is not reasonably possible for the endangered person to avoid the danger the right to prevention includes a right to have the source of danger removed.

Article 6:302: Liability for Loss in Preventing Damage

A person who has reasonably incurred expenditure or suffered other loss in order to prevent an impending damage from occurring to them, or in order to limit the extent or severity of a damage which occurs to them, has a right to compensation from the person who would have been accountable for the causation of the damage.

Chapter 7: Ancillary Rules

Article 7:101: National Constitutional Laws

The provisions of this Book are to be interpreted and applied in a manner compatible with the constitutional law of the court.

Article 7:102: Statutory Provisions

National law determines what legal provisions are statutory provisions.

Article 7:103: Public Law Functions and Court Proceedings

This Book does not govern the liability of a person or body arising from the exercise or omission to exercise public law functions or from

[부 록 2]

performing duties during court proceedings.

Article 7:104: Liability of Employees, Employers, Trade Unions and Employers Associations

This Book does not govern liability of

- (a) employees (whether to co-employees, employers or third parties) arising in the course of employment,
- (b) employers to employees arising in the course of employment, and
- (c) trade unions and employers associations arising in the course of industrial dispute.

Article 7:105: Reduction or Exclusion of Liability to Indemnified Persons

If a person is entitled from another source to reparation, whether in full or in part, for that person's damage, in particular from an insurer, fund or other body, national law determines whether or not by virtue of that entitlement liability under this Book is limited or excluded.