

南北韓 不法行爲法の 接近을 위한 摸索

서원대 법학과 전임강사

임 성 권

I. 序 言

1992년 2월 19일, 평양에서 열린 제6차 남북고위급회담에서 ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류 협력에 관한 합의서’ (이하 기본합의서로 略함)를 공식으로 발효시켰다. 이 기본합의서는 1991년 12월 서울의 제5차 회담에서 쌍방의 총리가 합의 서명한 것이다. 이 기본합의서는 남과 북의 관계를 “나라와 나라사이의 관계가 아닌 統一을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라고 보고 있다. 따라서 남북 간의 법적 지위의 변화에 따른 시각의 변화가 이루어져야 할 것이다.¹⁾ 남북한의 통일을 지향함에 있어서 독일의 통일은 상당히 고무적인 일이라고 생각한다. 獨逸人들은 1990년 10월 3일 이후 하나의 國民이 되었는데 이러한 統一의 과정은 독일인들의 오랜 동안의 준비에도 불구하고 사실상 독일인들에게 급작스럽게 진행

1) 우리의 憲法 第3條는 아예 北韓領域에까지도 법의 효력이 미치는 것을 전제로 규정하고 있다. 南北關係의 변화에 맞추어 이 條項을 改正내지는 廢止하여야 할 것이라고 보는 견해가 많다. 한편으로는 이 條項의 일정한 의미는 失效되었다고 볼 수도 있을 것이다. 또한 대법원은 주로 國家保安法사건의 형사판결에서 북한은 反國家團體라고 보고 있다. 대법원 1990. 6. 8. 선고 90도 646판결, 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도 1451 판결, 대법원 1991. 2. 8. 선고 90도 2607 판결, 대법원 1991. 11. 22. 선고 91도 2341 판결 등. 또 대법원 1991. 4. 23. 선고 91도 212 판결은 ‘우리 정부가 북한당국자의 명칭을 쓰면서 남북국회회담과 총리회담을 병행하고 정상회담을 도모하며 유엔 동시가입을 추진하는 등 한다 하여 북한이…반국가단체가 아니라 할 수 없다’고 한다.

2 國際關係研究

되어 統一後 부딪히게 된 많은 문제들에 대한 충분한 법적인 준비가 없었다. 따라서 아직은 民事法的인 문제들, 예를 들어 土地所有權의 歸屬問題 등이 해결책을 기다리고 있다. 獨逸의 統一은 東獨領域內的 5個州가 獨逸聯邦에 가입하는 방식으로 전개되었다. 따라서 統一後の 새로운 法制定이라든가 法の改正 등의 문제가 본격적으로 제기되지 않은 채로 東獨領域內에도 獨逸民法이 適用되는 것으로 되었고, 東獨領域內的 입장으로 본다면 法の改正에 유사한 모습이 되어 일종의 時際私法的인 문제가 등장하는 셈이 된다. 따라서 이의 해결을 위해 經過規定에 유사한 특별규정을 둠으로써 문제의 해결이 가능한 것으로 보인다.²⁾ 그렇지만 이러한 民法분야 중에서도 경제적 관계의 형성과 청산에 관하여는 西獨의 法이 동독의 領域에서도 시행되어져야만 할 것이라고 봄에 반하여, 民法이 시민의 그 밖의 人的關係와 財産法的關係를 규율하는 한 獨逸民法을 適用하는 것은 의심스럽다고 보는 견해도 있다.³⁾ 따라서 독일의 경우는 우리에게 많은 시사를 준다고 할 수 있다. 즉 통일은 아무리 많은 준비를 하더라도 지나침이 없다는 것과 통일을 대비한 법제도적인 연구가 선행되어야 한다는 점이다. 따라서 이 글은 이러한 점을 염두에 두고 작은 발걸음이나마 내디뎌 보려고 한다.

우리 정부의 統一方案을 살펴보면 統一以前에 國家聯合의 段階를 거쳐 聯邦階段로 들어가고 다음에 統一된 單一國家를 지향함을 알 수 있는 바, 이에 따르면 兩不法行爲法の 統一以前에 반드시 國際私法 내지는 準國際私法的인 문제가 먼저 등장할 것이 예상되지만 이에 대하여는 여기서 다루지 않기로 한다.

2) 兩獨은 1990년 8월 31일에 체결한 獨逸統一作業에 관한 條約에서 西獨民法典의 모든 규정이 1990년 10월 3일부터 聯邦의 새로운 5個州에서도 施行되게 하였고 家族法과 相續法 분야에 대하여는 일정한 例外를 규정하였다.

3) H. Kötz, "Haftungsrecht in Deutschland", 北韓法律行政論叢 제8집 293면이하.

지난 1990년 9월에 北韓에서는 民法을 제정하였다.⁴⁾ 北韓의 民法은 그 규율하는 대상이 우리의 民法과 다르고 그 體系 또한 여러 점에서 다르긴 하지만 그러한 것은 여기서는 다루지 않기로 한다.⁵⁾ 여기서는 北韓의 不法行爲規定을 중심으로 검토하여 우리의 不法行爲法과 比較 研究하기로 한다. 더군다나 우리도 그 사이에 民法을 여러번 改正하였으나 不法行爲法에는 손댄 바가 없기 때문에 우리의 不法行爲法을 다른 각도에서 한번 살펴볼 필요도 있다. 특히 西歐의 現代 不法行爲法理論에서는 危險責任의 原理가 상당히 폭 넓게 주장되고 있는데 반하여 우리 民法은 이에 대하여 그다지 많은 고려를 하고 있지는 않다. 이에 반하여 최근에 성립한 北韓의 민법은 위험책임의 원리가 상당히 반영되어 있다고 보여지는데 이러한 북한의 불법행위법규정을 분석하여 우리 不法行爲法の 규정과 비교 검토함으로써 兩者의 接近 方向을 摸索해 보고자 한다. 불법행위라는 것은 어느 사회에서나 존재하는 것이고 불법행위를 규율하는 목적은 결국 사회에 발생한 손해라는 결과를 공평하게 분배하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 그 사회 체제에 상관없이 접근이 용이하기에 남북한의 법통일을 위한 모색에서도 우선 가능한 주제로서 다룰 수 있지 않을까 한다.

4) 1990년 9월 5일 최고인민회의 상설회의 결정 제4호로 채택하였다. 1950년에 민법전 제1초안, 1958년에 제2초안을 작성한 바 있으나 민법전으로 성립하지는 못하였고 여러 단행 법률로써 민사관계를 규율하여 왔던 것으로 보인다. 특히 1982년의 잠정민사규정과 1983년의 민사규정시행세칙에 의하여 상당한 정도가 이미 성문화된 규범으로 민법의 대강을 이루어 온 것이 아닌가 한다. 이 북한 민법은 사실 상당히 현대화된 규정들로 이루어져 있음을 이전의 북한 민법 교과서와 비교하면 알 수 있다. 그런데 이 법전은 대내적으로 실효성이 있는 것이 아니라 대외 선전용으로 만들어진 것이 아닌가 하는 의문들이 있고 또 그것은 상당한 근거를 갖고 있으나 이 논문에서는 일단 實效性이 있는 것을 전제로 논의한다.

5) 南北韓 民法의 대체적인 比較와 分析에 관하여는 崔達坤, “南北韓 民法의 比較 研究”, 北韓法律行政論叢 제7집 77面이하, 그리고 北韓民法의 成立에 이르기까지의 간단한 成立史는 申榮鎬, “北韓民法 40年과 그 動向”, 北韓法律行政論叢 제8집 129面이하 참조. 다만 이러한 論文들은 北韓의 民法이 나오기 전에 북한의 민법 교과서를 중심으로 연구한 것이므로 다시 검토할 필요가 있다.

4 國際關係研究

南北韓 不法行爲法の 接近을 위한 方法論으로서 두세가지 정도의 길이 있다고 볼 수 있다. 하나는 法社會學的인 接近으로서 남북한의 실제 법생활을 연구하여 접근 가능한 길을 찾는 것이고, 또 하나는 法解釋學的인 接近으로서 단순한 法條文의 解釋 研究를 통한 길이다. 북한의 법생활이 어떤지를 알기 위하여는 실제 북한의 법원에서 내린 판결례를 연구 검토하는 것과 시민들의 법생활을 연구하는 것이 상당히 중요하나 지금으로서는 그것을 알기 어렵고 따라서 후자의 접근 방법을 취할 수 밖에 없지 않을까 한다. 물론 두 접근법은 상호 연관을 갖고 있고 상호 보완적인 기능을 하는 것이 분명하지만 지금으로서는 한계를 갖고 시작할 수 밖에 없다. 다만 이러한 접근 분석에 있어 어떠한 법체계를 기초로 할 것인가가 문제되는데 민사법분야에 있어 특히 불법행위법에 있어서는 개인책임의 원리가 가장 중요시된다고 할 것이고 또한 불법행위의 결과를 여하히 사회에 공평하게 분배할 것인가를 생각하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 관점에서 불법행위의 성립요건을 중심으로 양 불법행위법의 접근을 모색하고자 한다.

II. 北韓 民法上の 不法行爲의 一般的 成立要件

1. 序

北韓 民法 제4편 제1장에서는 民事責任이라는 표제하에 不法行爲責任과 債務不履行責任을 함께 규정하고 있다. 동 민법 제240조⁶⁾와 제 241조⁷⁾ 규정에 따라 不法行爲의 一般的 成立要件을 추출하면 민사상 권리의 침해,

6) 북한 민법 제240조는 “기관, 기업소, 단체, 공민은 남의 권리를 침해하였거나 자기의 민사상 의무를 위반하였을 경우에 민사책임을 진다”라고 규정하고 있다. 따라서 이 규정은 불법행위책임과 채무불이행책임을 함께 규정하고 있는 것으로 구 소련 민법과 중국(대륙) 민법과 같은 경향을 보이고 있다.

7) 제241조는 “민사책임은 법이 달리 정하지 않은 이상 허물이 있는 경우에 진다. 계약 또는 법을 어긴 자가 자기에게 허물이 없다는 것을 증명하지 못하면 허물은 그에게 있는 것으로 본다.”라고 규정하고 있다.

허물, 損害의 발생, 民事行爲能力 등이 나온다. 물론 損害의 발생이라는 요건은 제240조와 제241조에서는 찾을 수 없으나 제242조에서 民事責任의 형태로서 재산의 반환, 원상복구와 손해보상을 들고 있고 제 244조, 제247조, 제250조, 제257조에서는 '손해를 일으킨 경우'일 것을 요구하고 있으며, 또한 제245와 제248조, 제249조, 제251조, 제255조, 제256조 등에서는 '해를 준 경우'란 표현을 사용하고 있는 것으로 보아 그 요건을 추출할 수 있다. 여기서 '손해를 일으킨 경우'와 '해를 준 경우'를 北韓 民法에서는 구별하여 사용하고 있으나 그것은 재산만의 損害 발생의 경우에는 '손해'라는 표현을 쓰고 재산이나 인체에 損害를 발생시킨 경우에는 '해'란 표현을 사용한 것으로서 우리 民法상 '損害의 發生'과 같은 것으로 보인다. 따라서 법률용어상의 차이는 별 큰 차이를 가져오지 못할 것이다.

2. 違法性和 民事上 권리의 침해

우리 民法에서는 違法行爲란 말 속에 違法性的 개념을 포함하고 있는데 違法性的 판단에 관하여 형식적 違法論과 실질적 違法論의 대립이 있으나⁸⁾ 실질적 違法論이 통설의 지위를 갖고 있다고 할 수 있다.⁹⁾ 따라서 違法性的 평가기준이 되는 것은 형식적 法律에 제한되지 않고 社會生活上의 실질적인 規範이다.

이에 반하여 北韓 民法에서는 '民事上 권리의 침해'라는 요건을 요구함에 의하여 일종의 형식적 기준에 의하는 것으로 보인다.¹⁰⁾ 구체적으로 무엇이 民事上 권리의 침해에 해당하는가를 논하기는 쉽지 않다. 北韓의 법생활의 실재를 알기 어렵고 법원의 판결례를 구할 수 없기 때문이다. 그러나 대체적으로 생명, 신체, 건강, 소유권 등을 침해하는 行爲가 여기에 해당하는 것으로 보인다. 따라서 北韓 民法은 국민의 법률감정이 賠償義務를 요구하는 경우를 망라하지는 못할 것으로 보인다.

8) 郭潤直, 債權各論(再全訂版), 박영사, 1991년, 650面이하 참조.

9) 李銀榮, 債權各論, 박영사, 1991년, 600面이하 참조.

10) 북한 민법 제240조

6 國際關係研究

다음에 違法性阻却事由에 대하여 간단히 살펴보면 우리 民法의 경우에는 제761조에서 正当防衛와 緊急避難을 규정하고 있는데 北韓 民法의 경우에는 제256조에서 규정하고 있다. 즉 ‘공민이 정당방위를 위하여 또는 자연재해나 비법침해로부터 국가와 사회의 리익을 보호하기 위하여 필요한 정도를 넘지 않는 범위에서 불가피하게 남의 재산이나 인체에 해를 준 경우에는 민사책임을’ 면제하고 있다. 이러한 ‘국가와 사회의 리익을 위하여 불가피하게 남의 재산에 손해를 준 경우에 그것으로 인하여 구원된 재산의’ 소유자는 ‘해를 입은 자의 손해를 보상하여야’ 한다.¹¹⁾ 따라서 위법성조각사유에 있어서는 별 차이를 보이지 않고 있다.

3. 故意 過失과 허물

우리 民法을 포함하여 近代法에서는 加害者 자신의 故意 過失 있는 行爲에 대하여서만 責任을 지고 他人의 行爲에 대하여서는 責任을 지지 않는다는 自己責任의 原則을 택하고 있는데 이를 過失責任主義라고도 한다.¹²⁾ 故意 또는 過失을 요건으로 하고 있으나 사실 故意不法行爲와 過失不法行爲와의 사이에 어떤 엄격한 한계설정에는 필요하지 않다. 다만 그 양자는 損害賠償의 범위결정에 있어 약간의 차이를 보일 뿐이다.¹³⁾

北韓 民法의 경우도 역시 마찬가지로 이러한 故意 過失에 해당하는 요건을 요구하고 있는 것으로 보인다. 제241조 제1문에서 “민사책임은 법이 달리 정하지 않은 이상 허물이 있는 경우에 진다”라고 규정하고 있는 바, 여기의 허물이라는 용어를 故意 過失로 보아 다름이 없을 것이다.¹⁴⁾ 이렇게 본다면 北韓 民法도 근대법의 過失責任主義를 취하고 있는 것이라고 할 수

11) 북한 민법 제257조

12) 郭潤直, 前掲書, 627; 李銀榮, 前掲書, 545面 참조.

13) 李銀榮, 前掲書, 577面이하 참조.

14) 북한 민법에서 과실이라는 용어를 쓰고 있는 용례는 제 256조 但書에서의 “피해자에게 중대한 과실이 있는 경우”라는 것 뿐이다. 그런데 그 본문에서 허물이라는 용어를 쓰고 있다. 따라서 이러한 용례를 볼 때 북한 민법에서 허물이라는 용어를 우리 민법상의 고의 과실의 뜻으로 쓰고 있다는 것을 알 수 있다.

있다. 다만 近代民法의 경우 被害者(請求者) 쪽에서 加害者에게 그러한 故意 過失 있음을 立證하는 것이 보통임에 반하여¹⁵⁾ 北韓 民法의 경우 동조 제2문에서 “... 또는 법을 어긴 자가 자기에서 허물이 없다는 것을 입증하지 못하면 허물은 그에게 있는 것으로 본다”라고 규정하여 오히려 立證責任을 전면적으로 加害者에게 넘기고 있다. 우리 民法의 경우에는 특수한 不法行爲의 경우에 예외적으로 加害者에게 立證責任을 부담시키고 있다.¹⁶⁾ 이러한 立法에 의한 立證責任의 轉換은 사실상 加害者의 責任을 무겁게 하는 것이 되고 실제에 있어서는 過失責任을 無過失責任에 접근시키는 것이 된다.¹⁷⁾ 따라서 北韓 民法의 이러한 규정형식은 근대법원리와는 상당히 다른 것이다. 물론 故意 또는 過失이 주관적 요건이기 때문에 立證責任을 지는 자는 그 立證에 상당한 부담을 갖는 것이 보통이다. 사실상 우리 法の 경우에서도 이러한 故意 過失이란 주관적 요건을 立證하기란 그리 쉬운 일이 아니기 때문에 立法上의 立證責任의 轉換외에도 過失의 推定을 하여 立證責任을 사실상 轉換시키는 것을 많이 보게 된다. 즉 被害者쪽에서 加害行爲로 損害가 발생하였음을 立證한 때에는, 加害者에게 過失이 있는 것으로 推定하게 되어, 加害者쪽에서 過失없었음을 立證하지 못하면 責任을 지게 되는 것이다.¹⁸⁾ 그러나 이것은 立證責任의 轉換은 아니고 公平의 理想에 基한 過失의 推定을 함으로써 加害者가 그만큼 불리한 입장에 서게 되고 反證을 적절히 들지 못하면 訴訟에서 패하게 된다는 것을 의미할 뿐이다. 결국 우리 法과 北韓의 法과는 규정상 차이 뿐만 아니라 실제에 있어서

15) 물론 우리 民法의 경우 그러한 立證責任에 관한 명백한 규정은 없지만 故意, 過失은 不法行爲의 적극적인 성립요건이므로 그 立證責任은 不法行爲의 성립을 주장하는 자가 負擔하게 된다는 데 異說이 없다.

16) 민법 제755조 내지 759조 참조.

17) 이러한 의미에서 立證責任의 轉換을 中間責任이라고 부르기도 한다.

18) 判例에서 이러한 過失의 推定을 인정한 사례를 찾기란 그리 어렵지 않다. 자동차의 전복사고와 운전수의 과실추정에 관한 대법원 1959. 10. 29. 선고 4292 민상 67판결을 위시하여 대법원 1962. 1. 18. 선고 4294 민상 507 판결; 대법원 1965. 9. 11. 선고 65다1385 판결; 대법원 1980. 2. 26. 선고 79다 2138 2139판결; 대법원 1980. 5. 13. 선고 79다 1390 판결 등.

도 차이를 나타내고 있다고 볼 수 있다. 그리고 그 결과는 北韓法에 따를 때에 불법행위가 성립하는 범위가 더 넓어질 수 있다고 하겠다.

過失責任主義의 補完的 法原理라고 불리는 危險責任의 原理는 特殊不法行爲責任에서 論하기로 한다.¹⁹⁾

4. 損害의 發生

우리 民法의 경우 不法行爲責任을 묻기 위하여는 加害者의 加害行爲로 인하여 被害者에게 損害가 發生하였어야 한다.²⁰⁾ 이 때의 損害란 財産的 損害 뿐만아니라 精神的 損害도 포함하는 것이라고 볼 것이므로 民法 제751조의 규정은 注意的인 것으로 해석하는 것이 일반적이다.²¹⁾

위 II.1.에서 본 바와 같이 北韓 民法의 경우 損害發生이라는 要件을 각 조항에서 끌어낼 수 있는데 여기의 損害의 개념속에 精神的 損害가 당연히 들어가는 것이라고 볼 수 있는 근거가 없다. 더군다나 北韓法上的 不法行爲 개념의 정의에 있어 “비법적으로 상대방의 재산을 침해하거나 인신을 침해함으로써 재산상의 손실을 보게 하였을 경우에 그 손해를 보상하게 하는 제도”²²⁾ 라고 하고 있어²³⁾ 精神的 損害의 개념에 대하여는 말이 없다. 그러나 ‘인체에 해를 준 경우’²⁴⁾와 ‘사람의 건강과 신체에 해를 준 경우’²⁵⁾를 반드시 財産上的 損失로만 볼 필요는 없지 않을까 한다. 즉 우리 民法의

19) 危險責任의 原理는 지상에 고정된 工作物뿐만 아니라 움직이는 공작물인 철도, 자동차, 항공기 등 고속의 운반체, 그리고 공작물이라고 볼 수 없는 가스·물·전기 등의 에너지의 집합 및 공급, 환경보호, 의약품 등에서 널리 문제된다.

20) 민법 제750조는 이를 명문으로 규정하고 있다.

21) 郭潤直, 前掲書, 667; 李銀榮, 前掲書, 569面 등.

22) 민법학2, 김일성종합대학, 1985, 평양, 54면. ‘비법적으로’가 무엇을 뜻하는지 해석이 문제되나 이는 맑스법이론과도 연관이 되고 따라서 불법행위의 개념 자체가 전혀 달리 파악될 수 있는 것도 사실이나 이에 대하여는 여기서 다루지 않기로 한다. ‘북한의 법규범과 법현실’에 대하여는 최종고 교수의 동 제목의 논문이 있다.(서울대 법학, 제33권 1호, 181면 이하)

23) 개념정의중의 강조는 필자가 한 것임.

24) 북한 민법 제245조, 제249조, 제251조, 제255조, 제256조.

25) 북한 민법 제248조.

경우와 마찬가지로 精神的 損害를 포함하는 것으로 해석할 수도 있으나 다만 北韓에서의 실제 법해석이 어떠한지는 자세히 알 길이 없다.

加害者が 賠償하여야 할 損害는 '가해행위'로 피해자에게 '준 손해'이므로 加害行爲와 損害發生사이에는 因果關係가 필요하다.²⁶⁾ 北韓 民法 제245조와 제249조, 제251조, 제255조, 제256조는 '...남의 재산이나 인체에 해를 준...'이라고 하고 있고 제248조 역시 유사한 표현을 쓰고 있으며, 제247조와 제250조, 제257조는 '남의 재산에 손해를 준...'이라는 표현을 쓰고 있는데 역시 이러한 加害行爲와 損害發生과의 사이에 因果關係가 있어야 한다고 할 것이다.

따라서 손해의 개념에 차이가 생길 수 있는 점만을 제외하면 남북한 불법행위법간의 '손해발생'이라는 요건에 대하여는 별 차이가 없다.

5. 責任能力과 민사행위능력

責任能力이란 加害行爲에 대한 損害賠償責任의 歸屬에 있어서 加害者の 事情에 기초하여 免責與否를 결정하는 기준으로서 責任能力이 故意 過失의 전제가 된다고 하며, 責任能力을 '자기의 行爲의 責任을 인식할 수 있는 能力'으로 파악하고 法律行爲의 意思能力과 대비하여 '不法行爲能力'이라고 한다.²⁷⁾ 우리 民法上 責任能力이 문제되는 경우는 未成年者의 경우와 心神喪失者의 경우 등이다. 다수설은 責任能力을 '그 行爲가 법적으로 허용되지 않으며, 만일에 그것을 감히 행한다면 법률상의 責任을 지게 된다는 것을 인식하는 지능'으로 이해한다.²⁸⁾ 그러므로 未成年者의 責任能力은 그의 연령을 기초로 판단되는데 학설은 대체로 12세 정도이면 責任能力을 갖춘다고 본다.²⁹⁾ 판례는 동일연령의 경우에도 責任能力을 인정하기도 하고 부정하기도 하는 등 어떤 일관성 있는 기준을 제시하지는 않고 구체적인

26) 民法 제750조의 해석. 郭潤直, 前掲書, 668面; 李銀榮, 前掲書, 568面 이하 참조.

27) 多數說의 견해이다. 郭潤直, 前掲書, 642面 참조.

28) 郭潤直, 前掲書, 645面 참조.

29) 上掲書, 645面 참조.

경우에 따라 달리 판단하는 것 같다.³⁰⁾

北韓 民法에서는 제 243조에서 '민사행위능력이 없는 자'의 不法行爲에 대하여서는 그의 부모 또는 후견인에게 責任을 지우고 있다. 따라서 不法行爲가 성립하기 위하여는 이러한 民事行爲能力이 요구된다고 하겠다. 民事行爲能力에 대하여는 연령을 기준으로, 17세 이상자는 민사법률행위를 독자적으로 할 수 있는 民事行爲能力을 갖고,³¹⁾ 16세의 자는 자기가 받은 노동보수의 범위안에서 민사법률행위를 할 수 있는 부분적 行爲能力者로서 그 범위를 벗어나는 行爲는 부모나 후견인의 동의를 받아야 할 수 있다.³²⁾ 또한 16세 미만자는 부모나 후견인을 통하여 민사법률행위를 할 수 있고 단독의 民事行爲能力이 인정되지 않으며 다만 6세이상의 경우에는 학용품이나 세소일용품 같은 것을 사는 行爲를 할 수 있도록 하고 있다.³³⁾ 따라서 北韓의 不法行爲法은 民事行爲能力規定에 맞추어 17세이상의 자가 不法行爲를 하였을 때에는 그에게 단독의 責任을 지우고³⁴⁾ 16세의 부분적 行爲能力者가 不法行爲를 하였을 경우에는 그 未成年者가 지볼 수 있는 범위를 벗어나는 부분은 그의 부모나 후견인이 責任을 지도록 하고³⁵⁾ 그 이하의 민사행위무능력자가 加害行爲를 한 경우에는 그의 부모 또는 후견인이 그 책임을 지도록 하고 있다.³⁶⁾ 다만 민사행위무능력자가 그의 부모나 후견인의 통제에서 벗어나 있는 동안에 침해행위를 하였을 때에는 그를 통제할 義務를 진 자가 民事責任을 지도록 하고 있다.³⁷⁾ 이러한 民事行爲無能力者

30) 判例는 13세 3개월된 자에게 責任能力을 인정한 것이 있는가 하면(대법원 1969. 7. 8. 선고, 68 다 2406 판결) 13세 5개월된 자에게 責任能力을 부정한 것이 있기도 하다(대법원 1978. 7. 11. 선고, 78 다 729 판결). 다만 이러한 법원의 태도는 민법 제755조와 관련하여 被害者의 實際的인 救濟를 위하여는 달리 볼 필요가 있는 것이다. 즉 일관성 없다고 비난할 것만은 아닌 것 같다.

31) 북한 민법 제20조 제1문.

32) 북한 민법 제20조 제2문.

33) 북한 민법 제21조.

34) 북한 민법 제243조의 반대해석.

35) 북한 민법 제244조.

36) 북한 민법 제43조 제1문.

37) 북한 민법 제43조 제2문.

에 대한 감독자의 責任規定은 우리 民法 제 755조와 유사하나 한 가지 큰 차이가 있다. 우리 民法은 미성년자나 정신박약자의 責任能力이 없을 때에 監督義務者에게 責任을 지우고 있는데 반하여, 北韓 民法은 불법행위의 성립요건으로 民事行爲能力을 요구함으로써 형식적인 기준에 의하여 확일적으로 그러한 民事行爲能力이 없는 경우에 監督義務者 등이 責任을 지도록 하여 합리적인 결과를 내고 있다고 볼 수 있다. 즉 우리 민법의 문리해석으로는 加害者인 미성년자를 상대로 하여 損害賠償訴訟을 내더라도 그에게 재산이 없다면 헛수고가 되기 때문에 피해자쪽은 加害者인 미성년자에게 責任能力이 없음을 주장하게 되고 加害者의 監督義務者는 자기의 責任을 면하기 위하여 加害者인 미성년자에게 責任能力이 있었다고 주장하게 된다. 따라서 獨逸 民法 제832조와 같이 加害者의 責任能力의 유무를 묻지 않고 언제나 감독자는 責任을 지는 것으로 규제하는 것이 타당할 것이다.³⁸⁾ 다만 우리 판례는 “감독의무자의 책임과 피감독자의 책임은 병존하는 것”이라고³⁹⁾ 해석함으로써 부당한 결과를 피하고자 한다. 우리 民法은 監督義務를 해태하지 아니한 때에는 그러한 責任을 지지 않도록 하고 있는데 北韓 民法의 경우에는 그러한 규정이 없으나 제241조에 따라 監督義務者 등이 자기에게 ‘허물’이 없음을 증명하면 그러한 責任을 피할 수 있는 게 아닌가 한다.

6. 小 結

위에서 살펴 본 바와 같이 不法行爲의 一般的 成立要件으로서 우리 民法에서 違法性, 故意 또는 過失, 損害의 發生, 責任能力 등을 요구하는 것과 마찬가지로 북한 민법에서도 민사상 권리의 침해, 허물, 손해의 발생, 민사 행위능력 등을 요구하고 있는 바, 이의 대체적인 내용은 큰 차이가 없다고

38) 郭潤直, 前掲書, 674面 참조.

39) 대법원 1984. 7. 10. 선고, 84다카 474판결. 이에 대한 평석으로는 김오수, “책임 능력있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임”, 사법행정, 1985년 7~10 월호.

할 수 있다. 다만 우리 민법의 경우 實質的 違法性의 개념을 따르는데 반하여 북한 민법의 경우 形式的 違法性의 개념을 따르는 것으로 보이는 한도에서 불법행위로 포섭되는 범위에 차이가 생길 수 있다. 또 우리 민법의 경우 故意 過失의 立證責任이 피해자에게 있음에 반하여 북한 민법의 경우 가해자에게 있기때문에 우리 민법상으로 본다면 立證責任의 입법적 전환이 이루어져 있는 셈이라서 북한 민법의 경우가 불법행위가 성립할 수 있는 범위가 더 넓어질 수 있다는 차이가 있다. 그리고 손해 개념의 차이에 따라 손해배상의 범위가 달라질 것이다.

따라서 不法行爲의 一般的 成立要件에 대하여 兩 法이 어느 정도 서로 접근할 수 있다고 본다. 서로 차이가 생기는 점에 대하여는 절충이 가능하다. 위법성의 개념은 사회문화의 반영이므로⁴⁰⁾ 남북한의 접촉과 교류에 따라 그 포섭하는 범위가 같아질 수 있다. 따라서 불법행위의 성립요건으로 권리의 침해를 요구하는 것보다는 사회에 발생한 손해라는 결과를 보다 더 공평하게 분배할 수 있는 '위법성'을 요구하는 것이 '보다 열린 개념'이라 할 것이다. 또한 북한법상에 있어서도 손해의 개념에 정신적 손해를 포함하는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다. 다만 그 인정범위는 남북한 공히 어느 정도는 유형화시킬 수 있을 것이다. 그리고 입증책임에 대하여 본다면 우리 민법상의 특수한 불법행위에 인정되는 입증책임의 전환을 보다 더 확대하는 것이 좋겠고, 북한 법의 이러한 입증책임의 전환은 일반적으로 인정하기 보다는 예외적인 것으로 규율하는 것이 좋을 것이다.⁴¹⁾

III. 北韓 民法上の 特殊不法行爲의 成立要件

1. 序

北韓 民法上の 特殊不法行爲規定은 우리 민법과 유사한 점이 많이 있으

40) 실질적 위법성설의 입장이다.

41) 다만 증거에 가까이 있는 자가 입증책임을 지는 것이 보다 합리적이라는 견해를 따른다면 북한 민법의 태도를 다시 고려해 볼 만하다.

나 특이한 점은 危險責任의 原理가 전면에 부각되어 있는 점이다. 특히 工作物責任의 경우 명문으로 ‘허물이 없어도’ 책임을 진다라고 하여 이 점을 분명히 하고 있다. 사회가 복잡해지고 動的으로 됨에 따라 종래의 靜的인 사회에서 인정되던 過失責任의 原理가 상당히 수정되고 있는데 이의 대표적인 것이 危險責任의 原理라고 할 것이다.⁴²⁾ 이하에서는 特殊不法行爲의 類型에 따라 간단히 서술하기로 한다.

2. 使用者責任

우리 民法上 使用者責任이란, 자기와 使用關係 있는 被傭者가 그 事務執行에 관하여 他人에게 加害行爲를 한 경우 使用者가 그로 인한 損害賠償義務를 직접 被害者에 대하여 부담하는 것을 말한다.⁴³⁾ 그런데 우리 民法은 使用者責任의 積極的 成立要件으로서 使用者의 過失을 요하는 것은 아니지만 ‘使用者가 被傭者의 選任 및 그 事務執行에 상당한 注意를 하여도 損害가 있을 경우’에는 使用者가 責任을 지지 않는다는 일종의 免責事由를 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 이러한 民法의 규정은 使用者責任을 논리적으로는 選任 監督上의 注意義務違反이라는 過失責任主義的 法理構成에서 일탈하지 않는

42) 위험책임의 원리는 무과실책임론이라고도 하는데 이에 대하여는 많은 문헌이 있다. Erwin Deutsch 著, 梁三承 譯, “獨逸不法行爲法の 基本原理”, 韓獨법학 제 3호, 韓獨법學會, 1982; 鄭泰煥, “獨逸에 있어서의 危險責任法理의 新傾向에 관한 一稿”, 法曹 제27권 12호, 1978; 尹庸碩, “現代私法の 無過失責任의 傾向(영미법을 중심으로)”, 부산대법학연구 제26권 1호, 1983; 延基榮, “過失責任과 危險責任의 構造的 關係”, 재산법연구 제3권 1호, 1986 등.

43) 李銀榮, 前掲書, 626面.

44) 이러한 使用者의 免責可能性은 英美法이나 프랑스法에서는 찾아 볼 수 없다. 獨逸法에서는, 契約法上으로는 債務者는 자신의 故意 過失 뿐만 아니라 자신의 債務를 履行함에 있어 사용한 제3자의 과실에 대하여도 免責立證의 可能性없이 항상 責任을 지는데 반하여 不法行爲法上으로는 被傭者의 選任에 있어서의 자기과실에 대하여 책임을 지기 때문에 免責立證을 통한 免責의 可能性이 열려 있다. 이러한 태도를 우리 민법이 그대로 받아들인 것이다.(李宙興, “獨逸法上 使用者責任에 있어서의 免責可能性”, 대한변호사협회지 1986년 8월호 <통권 120호> 60면 이하 참조)

방식으로 일단 구성을 하되 실질적으로는 立證責任의 轉換 및 免責事由의 規範的 審査라는 방법에 의하여 無過失責任主義的 效果를 피하는 것이라고 해석되고 있다.⁴⁵⁾ 결국 使用者責任은 無過失責任의 效果를 위해 過失責任의 構成을 빌린 '中間責任'이라고 할 수 있다. 判例도 '事務執行에 關하여'란 요건을 해석함에 있어서 폭넓게 인정하고 있고⁴⁶⁾ 또 한편으로는 使用者의 免責은 좀처럼 인정하지 않고 있다.

오늘날의 企業들은 다수의 被傭者들을 조직하여 대규모의 영리활동을 하고 있으며 다른 한편으로는 이러한 기업활동을 위하여 피하기 곤란한 위험이 뒤따르는 기계시설 등을 보유하고 있다. 이러한 면을 중시하여 본다면 企業의 被傭者가 外部의 제3자에게 준 損害는 기업이 責任을 지는 것이 공평하고 타당할 뿐 아니라 被害者에게도 적절한 救濟를 주는 것이 될 것이다.⁴⁷⁾

北韓 民法에서도 이와 같은 규정이 있다.⁴⁸⁾ 다만 使用者責任의 주체가 우리 民法에서는 제한이 없는데 이와는 달리 北韓 民法에서는 '기관, 기업소, 단체'로 제한된다.⁴⁹⁾ 우리 民法이 '가사노동적인 사용관계'도 포함하여 규정하고 있는데 반하여 北韓 民法은 '기업에 있어서의 사용관계'를 중심으로 규율하고 있는 것으로 보여진다. 따라서 이러한 特殊不法行爲의 현대적 특성인 企業責任을 보다 잘 표현하고 있다 할 수 있다. 또한 그 면책사유가 인정되지 않는다는 점이 큰 차이를 낳을 수 있으나 우리 民法의 경우에도 그 면책사유의 인정범위를 축소함으로써 비슷한 결과를 낳을 수 있다. 그리고 규정형식에 있어 北韓 民法에 있어서는 一般不法行爲와 같이 그 立證

45) 李銀榮, 前掲書, 627面 참조.

46) 事務執行行爲에 대하여 外形理論을 취함으로써 使用者의 責任을 광범위하게 인정하고 있다.

47) 郭潤直, 前掲書, 677面 참조.

48) 제245조: 기관, 기업소, 단체의 성원이 직무수행과정에 남의 재산이나 인체에 해를 준 경우에는 그 기관, 기업소, 단체가 해당한 민사책임을 진다.

49) 여기의 기관이란 국가기관을 의미한다. 북한 민법 제48조와 제51조 등을 보면 이를 알 수 있다. 다만 국가와 기관과는 또 다르다.

責任을 加害者쪽에서 부담하는 결과, 보다 被害者 保護를 기할 수 있다. 우리 民法의 ‘事務執行에 關하여’와 같은 지위를 차지하는 것은 ‘ 직무수행과정’인데 이의 해석은 우리의 경우와 크게 다를 바 없지 않을까 한다. 우리 民法 제756조 제3항에서와 같은 求償權 規定이 北韓 民法에는 없는데 이 경우에 반드시 求償權을 완전히 배제한 것이라고 보기는 힘들지 않을까 한다. 이 경우 被僱者 (기관, 기업소, 단체의 성원)는 제247조의 ‘남의 재산에 손해를 준…공민’에 해당하여 재산을 원상복구할 義務가 있는게 아닌가 한다.

3. 工作物責任

우리 民法 제758조에 따르면, 工作物責任이란 工作物의 占有者 및 所有者가 工作物의 設置 保存上의 瑕疵로 인하여 他人에게 입힌 損害를 배상할 義務를 지는 것을 말한다. 이 때 占有者는 損害의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때 면책되는데 반하여 所有者는 免責이 인정되지 않는다. 따라서 占有者의 責任은 過失의 立證責任을 轉換한 이른바 中間的 責任이나 所有者의 責任은 無過失責任이라고 할 수 있다.⁵⁰⁾ 이처럼 工作物 등의 占有者와 所有者의 責任을 가증하는 근거는 危險責任의 原理에 있다고 한다.⁵¹⁾ 여기의 工作物이란 지상 및 지하에 인공적으로 설비된 각종의 물건과 같은 토지의 工作物 뿐만 아니라 건물내부의 여러 설비도 포함하고 일반적으로 위험성 있는 기업설비도 포함한다고 할 것이다.⁵²⁾ ‘設置 保存의 瑕疵’라 함은 工作物이 본래 갖추고 있어야 할 성질이나 설비를 제대로 갖추지 않고 있는 것을 말한다.

北韓 民法에서는 제255조 본문에서 “기관, 기업소, 단체는 주위환경에 큰 위험을 줄 수 있는 대상을 다루거나 작업을 하는 과정에 남의 재산이나 인체에 해를 준 경우에 허물이 없어도 민사책임을 진다”라고 규정하고 있는

50) 通說의 견해이다. 郭潤直, 前掲書, 689面 참조.

51) 李銀榮, 前掲書, 641面 이하 참조.

52) 郭潤直, 前掲書, 691面 참조.

데 여기의 '주위환경에 큰 위험을 줄 수 있는 대상'이 실제로는 工作物에 해당하는 것으로 볼 수 있지 않을까 한다.⁵³⁾ 이 규정에서도 제 245조에서와 마찬가지로 그 責任의 주체를 '기관, 기업소, 단체'로 한정하고 있고, 使用者責任과는 달리 無過失責任을 인정함으로써 보다 엄격한 責任을 부여하고 있음을 알 수 있다. 이것은 우리 법의 경우, 소유자가 제2차적으로 無過失責任을 지고 있는 것과 잘 대비된다. 한편으로는 工作物責任의 범위를 한정적으로 인정하고 있어, '주위환경에 큰 위험을 줄 수 있는' 것이 아닌 경우 이 규정이 適用될 여지가 없으나 현대법에 있어 企業責任中 工作物責任이 문제되는 대부분의 경우 이 규정이 適用될 것이다. 다만 개인의 경우 이 규정이 適用될 여지가 없는 것으로 보이나 그것은 北韓 民法의 社會主義的인 소유권제도와도 관계가 있는 것으로 보인다. 北韓 民法 제255조 단서에서 '피해자에게 중대한 과실이 있는 때에는 책임을 지지 않는' 것으로 하고 있는데 이는 공평의 原則에 기한 일종의 過失相計와 유사한 것을 인정한 것이 아닌가 한다. 다만 이 규정은 완전한 면책을 인정하고 있는 점에 비추어 우리의 규정과는 달리 해석될 것으로 보인다.

4. 動物占有者의 責任

우리 民法 제759조는 占有者의 保管義務의 해태를 責任要件으로 하여 過失責任의 이론구성을 취하고 있으나 실제로는 保管義務는 면책사유로서 기능하여 立證責任의 轉換이 이루어짐으로써 危險責任과 유사한 中間責任이라고 할 것이다.⁵⁴⁾ 여기의 占有者에 間接占有者가 포함되지 않는 것으로 해석하는 견해가 다수설이다.⁵⁵⁾ 이에 대하여 반대설은 여기의 占有者를 물권법상의 占有者와 달리 해석할 근거가 없고 제957조가 動物所有者責任을 규

53) 이 조항의 '... 작업을 하는 과정에 ...'란 표현은 그 앞에 '주위환경에 큰 위험을 줄 수 있는'이란 구문을 넣어 보면 일종의 특수한 기업활동책임을 인정한 것으로 보인다.

54) 郭潤直, 前掲書, 694面 참조.

55) 郭潤直, 前掲書, 695面; 金曾漢, 前掲書, 507面; 李太載, 債權各論(改訂版), 進明文化社, 1985년, 504面.

정하지 않은 약점을 보완하기 위하여도 間接占有者의 責任을 인정하여야 한다고 한다.⁵⁶⁾ 판례 역시 間接占有者의 責任을 묻고 있다.⁵⁷⁾

北韓의 民法은 제249조에서 “관리하고 있는 짐승이 남의 재산이나 인체에 해를 준 경우에 짐승의 임자나 관리자는 그 손해를 보상하여야 한다”고 규정하고 있는데 北韓 民法上의 一般不法行爲의 成立要件이 여기서도 타당하게 되어 ‘허물’이 없음을 짐승의 임자나 관리자가 입증해야 責任을 면하기 때문에 우리 民法의 경우와 마찬가지로의 결과를 낼 수 있다. 다만 우리 民法上으로는 占有者의 해석에 관한 다툼이 있는 것과는 달리 北韓 民法에서는 소유자나 관리자가 責任을 지도록 하고 있는데, 여기의 관리자에 해당하는 범위가 문제될 수 있겠으나 占有者뿐만 아니라 우리 民法 제759조 제2항의 ‘占有者에 갈음하여 동물을 보관한 자’도 이에 해당한다고 볼 수 있지 않을까 한다. 우리 民法上의 動物占有者에 間接占有者도 포함하는 것으로 보고 北韓 民法上의 관리자를 이러한 개념으로 파악할 수 있다면 두 규정은 서로 일치하는 내용을 갖고 있다고 할 수 있다. 여기서 北韓 民法 제249조 단서의 규정은 過失相計를 규율한 것으로 보인다.⁵⁸⁾

5. 共同不法行爲

우리 民法上 共同不法行爲는, 數人이 共同的 不法行爲로 損害를 가한 경우, 共同 아닌 數人의 行爲중 어느 자의 行爲가 그 損害를 가한 것인지를 알 수 없는 경우, 그리고 教唆 방조의 경우 등 세 가지를 규정하고⁵⁹⁾ 이중 첫 번째 경우를 狹義의 共同不法行爲라고 부른다.⁶⁰⁾ 共同不法行爲의 效果로

56) 李銀榮, 前掲書, 645面; 金基善, 韓國債權法各論(제2전정판), 法文社, 1982년, 423面.

57) 대법원 1981. 2. 10. 선고, 80 다 2966 판결.

58) 단서 규정은 ‘그러나 피해자에게 허물이 있을 경우에 보상책임은 떨어지거나 면제된다.’라고 규정하고 있다. 따라서 免責되는 경우는 過失相計라고 하기는 곤란하므로 우리의 過失相計와 같은 것으로 평가하는 것은 지나칠 것이지만 減輕되는 경우만은 우리의 過失相計와 유사할 것으로 본다.

59) 민법 제 760조.

60) 李銀榮, 前掲書, 611面 참조.

서 모든 共同不法行爲者는 連帶하여 損害賠償義務를 지도록 하고 있다. 共同不法行爲의 成立要件으로서 加害者들 사이에 ‘主觀的 共同’을 요하는 것으로 해석하는 것이 主觀的 共同說이고⁶¹⁾ 加害者들사이에 共謀나 共同的 인식은 필요없으며 단지 加害行爲가 객관적으로 關聯 共同하고 있으면 충분하다고 보는 견해가 客觀的 共同說인데⁶²⁾ 판례는 후자의 학설을 취하고 있는 것으로 보인다.⁶³⁾ 또 共同不法行爲의 效果로서는 문언상 표현 그대로의 連帶債務를 인정하는 것이 아니라 不真正連帶債務로 보고 있다.⁶⁴⁾

北韓 民法은 제251조에서 “여럿이 공동으로 남의 재산이나 인체에 해를 준 자들은 連帶적으로 民事責任을 진다”라고만 규정하고 있다. 따라서 이 규정을 어떻게 볼 것인가에 대하여 논란이 있을 수 있으나 우리 民法 제760조 제1항의 狹義의 共同不法行爲만을 규정하는 것이라고 보는 것은 너무 좁은 태도가 아닐까 한다. 다만 우리 民法 제760조 제2항의 ‘共同 아닌 數人의 行爲 중 어느 자의 行爲가 그 損害를 가한 것인지를 알 수 없는 때’에는 因果關係만이 증명되지 않은 경우인데 이것은 특별히 명문 규정이 없는 이상 인정하기는 힘들 것이고 동조 제3항의 教唆 방조의 경우는 廣義의 共同不法行爲로서 北韓 民法 제251조의 ‘여럿이 공동으로’ 한 不法行爲로 볼 수 있을 것이다. 北韓 民法의 경우에도 共同不法行爲의 效果로서 連帶責任을 규정하고 있는데 우리 법의 경우와 마찬가지로 해석할 수 있을 것이다. 그러나 우리 債權法의 경우 제408조에서 分割 債權 債務의 原則을 정하고 있는데 반하여 北韓 民法의 경우 그러한 原則을 정하고 있지 않다. 즉 제70조에서 “채권채무관계에서 채권자나 채무자가 여럿인 경우에 각자는 채권이나 채무의 몫을 분할하여 가질 수도 있고 連帶적으로 가질 수도 있

61) 金曾漢, 前掲書, 511面; 李太載, 前掲書, 506面.

62) 郭潤直, 前掲書, 701面; 金基善, 前掲書, 462面; 金顯泰, 新稿 債權法各論, 一潮閣, 1969년, 398面.

63) 대법원 1982. 6. 8. 선고, 81 다 1130 판결; 대법원 1988. 4. 12. 선고, 87 다카 2951 판결 등.

64) 郭潤直, 前掲書, 698面; 金基善, 前掲書, 425面; 金顯泰, 前掲書, 396面; 李銀榮, 前掲書, , 617面 등.

다”라고 규정하여 우리 民法과는 차이를 보이고 있다. 따라서 우리 법에서 共同不法行爲의 效果로서 連帶責任을 규정하는 것은 分割債權關係의 原則을 排除하고 被害者를 두텁게 보호하려는 규정인 것이고 北韓 民法의 경우에는 그러한 原則이 없으므로 그 관계를 규정할 필요가 있고 그러한 경우 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 같은 취지의 규정을 두게 된 것이라고 본다.⁶⁵⁾

따라서 공동불법행위의 경우 양 법간에 별다른 차이가 없다고 할 수 있다.

6. 環境汚染責任

오늘날 社會는 고도로 산업화되고 인구집중현상을 보이고 있는데 이러한 현상은 새로운 유형의 피해를 낳고 있다. 그것은 자연훼손, 環境汚染 또는 公害라고도 한다.⁶⁶⁾ 環境汚染이란 인간의 인위적인 활동에 의하여 발생하는 有害要素가 일정한 지역의 대기, 수질, 토양 등에 작용하여 그를 이용하는 인간·동물·식물 등에 損害를 끼칠 정도의 나쁜 상태로 만들어 놓는 것을 의미한다.⁶⁷⁾ 이러한 環境汚染의 경우 대개는 加害者의 정상적인 활동의 결과 부수적으로 소량의 有害要因을 대량으로 방출함으로써 環境이 汚染되고 그 결과 인체나 동물·식물 등에 損害를 입힌다. 이러한 環境汚染은 憲法에서 보장하고 있는 環境權을⁶⁸⁾ 침해하는 것으로서 環境保全法과 海洋汚染防止法 등에서 規制되고 있다. 環境汚染被害에 대한 구제책으로서 대표적인 것은 環境保全法상의 損害賠償制度를 들 수 있는데 이 損害賠償請求權

65) 이 경우 北韓 法の 共同不法行爲의 效果로서 不眞正連帶債務가 되는지 眞正한 連帶債務가 될 것인지는 여기서 論하지 않기로 한다.

66) 獨逸 民法에서는 이에 해당하는 것을 임밋시온이라고 하고 있고 英美에서는 生活妨害(Nuisans), 일본에서는 公害라고 일컫고 있다. 우리는 環境保全法에서 ‘環境汚染’ 또는 ‘汚染物質’이란 말을 쓰고 있는데 여기서는 ‘環境汚染’이라는 용어를 쓰기로 한다.

67) 李銀榮, 前掲書, 709面.

68) 헌법 제35조.

은 加害者의 過失을 요건으로 하지 않는 無過失責任이라는 특이점이 있으나 그것은 人體損害로 한정되어 있고 汚染物質도 일정한 종류의 것에만 한정되고 있다는 점에서 그 실제 適用範圍는 상당히 좁고 따라서 여전히 民法에 맡겨져 있는 부분이 상당하다. 環境汚染被害에 대한 民法上的 救濟策으로서是一般不法行爲에 의존하는 것이 그 대부분이 될 것이고 그 외에 物權법에 규정되어 있는 物權적 방해제거, 방해예방청구권과 제 217조의 생활방해금지 등이 있다. 不法行爲에 기한 損害賠償請求에 있어 因果關係의 立證과 過失의 證明이 무척이나 어려운 까닭에 실무상 피해자의 立證責任을 완화하는 여러가지 理論이 있다.⁶⁹⁾

北韓 民法은 최근에 立法한 것이기에 이러한 環境汚染責任을 별도로 규정하고 있다. 제250조에서 “국토와 자원을 보호하고 자연환경을 보존, 조성하며 환경오염을 방지할 데 대한 국가의 법을 어기여 남의 재산에 손해를 준 기관, 기업소, 단체, 공민은 해당한 손해를 보상하여야 한다”라고 함으로써 이러한 環境汚染責任에 대하여 규정하고 있다. 또한 이 경우에도 역시 ‘허물’이 없음을 加害者가 立證하여야 하기 때문에 우리 民法의 경우보다는 被害者에게 두터운 보호가 될 수 있다. 그런데 여기서 ‘사람의 건강과 생명’이 피해를 입은 경우에 대한 구절이 빠져 있는 것을 볼 수 있다. 北韓 民法에서 環境汚染責任에 대한 이러한 규정이 없더라도 一般不法行爲規定에 의하여 責任을 물을 수 있는 데도 이 규정을 둠으로써 오히려 그 被害者의 損害救濟範圍가 좁혀진다는 것은 참을 수 없는 일이라고 보여진다. 더군다나 이 규정이 없더라도 一般不法行爲조차도 ‘허물’이 없음을 加害者가 立證해야 하는데 이 규정에서 어떤 다른 특별한 규율, 예를 들어 제255

69) 因果關係의 存在의 蓋然性을 證明하면 충분하고 加害者측에서 反證으로서 因果關係가 存在하지 않음을 證明하는 경우에만 責任을 免한다는 蓋然性說과 因果關係의 存在라는 사실을 몇 개의 主要事實로 分離하여 間接事實에 의한 證明을 허용하는 新蓋然性說등이 그것이다.(吳錫洛, 公害訴訟의 諸問題, 日新社, 1979년, 63面~80面 참조; 具然昌, “公害에 의한 不法行爲責任”, 월간고시 1985년 12월 호, 54面이하.); 그외에 대법원 1974. 12. 10. 선고 72다 1774 판결, 대법원 1984. 6. 12. 선고 81 다 588 판결 등이 있다.

조와 같은 ‘허물이 없어도 민사책임을 진다’라는 無過失責任主義的인 規律을 하지 않고 있는 것은 아마도 이 규정의 의미를 반감시키는 것이 될 것이다. 결국은 우리 民法에서와 같은 규율의 정도에 머물고 있는 것으로 평가할 수 있지 않을까 한다.

따라서 남북한 양 민법은 환경오염책임에 대한 규제에 별다른 차이가 없다. 사실상 환경오염분야는 오늘날 상당히 관심이 높아지는 영역으로서 이 책임의 규율은 피해자의 구제를 보다 더 넓히는 방향으로 개선할 필요가 있고 위험책임의 법리가 그 기본적인 원리가 되어야 할 것이다.

7. 小 結

이상에서 살펴 본 바와 같이 特殊不法行爲의 成立要件에 대하여 南北韓 兩 民法에 큰 차이는 없다고 보여진다. 다만 북한의 불법행위법이 보다 적극적으로 危險責任의 原理를 도입한 것이 눈에 띈다. 그러나 環境汚染責任의 規율방향은 이러한 원리를 도입하는 방향으로 兩 法이 개선되어야 할 것이다.

IV. 北韓 民法上の 不法行爲의 效果

1. 金錢賠償原則과 原狀回復의 原則

우리 民法上으로는 不法行爲에 기초한 損害賠償請求權은 債務不履行에 기초한 損害賠償請求權과 그 責任原因은 다르지만 그 責任의 내용은 기본적으로 같다. 損害賠償의 방법으로는 原狀回復主義와 金錢賠償主義가 있으나 우리 民法은 金錢賠償主義를 취하고 있다.⁷⁰⁾ 예외적으로 原狀回復을 하게 하는 때는 名譽毀損의 경우 被害者의 請求에 기하여 법원이 ‘ 명예 회복에 적당한 처분’을 명하는 경우⁷¹⁾와 부정경쟁방지법상의 ‘영업상의 신용

70) 민법 제763조, 제394조.

71) 민법 제764조.

을 회복하는 데 필요한 조치'를 명하는 경우⁷²⁾등이 있다.⁷³⁾

北韓 民法의 경우 우리 法과는 반대로 原狀回復主義를 택하고 있다. 제 247조 제1문에서 “남의 재산에 손해를 준 기관, 기업소, 단체, 공민은 그 재산을 원상대로 복구하여야 한다”라고 규정하고 있다. 그러나 原狀回復이 불가능한 경우 ‘같은 종류의 다른 물건을 주거나 그 값을 물’어 주도록 하고⁷⁴⁾ ‘사람의 건강과 생명에 해를 준’ 경우에는 ‘손해를 보상’하도록 하여⁷⁵⁾ 金錢賠償의 原則이 광범위하게 補充的으로 適用되고 있음을 볼 수 있다. 따라서 그 결과에 있어서는 상당히 근접하고 있음을 알 수 있다.

V. 消滅時效

우리 민법의 경우 第766條에서 不法行爲로 인한 損害賠償請求權에 대하여 그 不法行爲가 있는 날로부터 10년, 損害賠償을 請求할 수 있는 날로부터 3년의 短期消滅時效를 규정하고 있다. 이에 대하여 北韓 民法에서는 일반적으로 民事時效로서 1년의 短期消滅時效를 규정하고 있다.⁷⁶⁾ 이 규정은 ‘기관, 기업소, 단체와 공민사이 또는 공민들 호상간’에만 적용된다. 그리고 ‘기관, 기업소, 단체 사이의 민사시효’로서는 不法行爲의 경우 6개월을 인정하고 있다.⁷⁷⁾ 이렇게 상당히 短期間의 時效期間을 인정하면 결과적으로

72) 부정경쟁방지법 제3조 제2항.

73) 그외에 특허법(157조), 실용신안법(29조), 의장법(56조의 2), 상표법(39조) 등에 이러한 성질의 규정이 있거나 준용되고 있다.

74) 북한 민법 제247조 제2문.

75) 북한 민법 제248조. 북한 법에서 賠償이라는 용어대신에 보상이라는 용어를 씀으로써 適法한 損失과 違法한 損害를 구별하지 않고 있는 것이 아닌가 의문일 수 있으나 發生한 損害의 回復이라는 관점에서 볼 때 우리의 賠償과 같은 뜻으로 쓴 것으로 보인다.

76) 북한 민법 제260조.

77) 북한 민법 제261조 제2호.

權利의 實效性이 사실상 많이 떨어질 수 있다.⁷⁸⁾ 다만 이러한 短期消滅時效에도 불구하고 不法行爲에 기한 損害賠償請求權이 인정되지 않는 것이라고 하기는 힘들 것이다. 그러나 너무 短期임을 부정하기는 곤란할 것이다. 그러므로 兩 法の 統一時에는 적절한 수준의 期間으로 정할 필요가 있을 것이다.

VI. 맺는 말

南韓과 北韓에 서로 다른 法이 존재한다는 것은 명백한 사실이다. 憲法體系와 經濟論理도 다르고 法은 처음부터 끝까지 모두 다르다고 할 수 있다. 또한 어떤 共通의 文化를 갖고 있는 것도 아니다. 共通의 文化라기보다는 오히려 異質性이 훨씬 강한 실정에 놓여 있다. 따라서 지금으로서는 法統一을 위하여 어떤 공통의 文化를 기반으로 삼는다는 것은 불가능하다. 서로 다른 法規範을 통일하는 문제에 있어서 法領域의 성격으로 보아 公法的인 領域에서보다는 개인이나 일상생활과 많은 관련을 갖는 私法領域에서의 法統一은 보다 더 많은 시간이 필요하고 완만한 과정을 거쳐야 할 것이다. 그러나 私法領域에서도 不法行爲法の 경우는 보다 더 접근이 쉽다고 할 수 있다. 그것은 어느 사회에서나 위법한 행위로 인한 손해가 발생하고 있으며 이의 규율은 '열려진 개념'으로 상당히 抽象化되어 있는 것이 보통이기 때문이다. 또한 불법행위법은 서로 다른 體制下에서의 기왕에 형성된 社會構造의 變化를 요구하는 것이 아니고 이미 發生한 損害의 分配에 관한 문제를 다루는 것이므로 그 접근이 보다 쉬울 것이다.⁷⁹⁾

78) 이 論文의 發表時에 忠北大 李起勇 교수의 質疑가 있었는데 李교수는 北韓 民法이 이러한 短期의 消滅時效를 인정한 것은 결국 不法行爲가 成立하더라도 실제 損害賠償請求가 어렵도록 함으로써 法の 實效性을 無力化시키는 것으로 본다고 하였다. 이 의견에 동의한다.

79) 같은 채권법이라 하더라도 계약법은 그 체제와 내용이 사회지배 이데올로기에 따라 상당히 다르다.

24 國際關係研究

본론에서 살펴 본 바와 같이 南韓과 北韓의 不法行爲法 사이에는 유사한 점을 많이 찾을 수 있었거니와 우리 法을 발전시키는 방향에서의 개선도 필요한 것을 보았다. 모든 것을 한꺼번에 얻을 수는 없는 것이고 따라서 우리는 작은 것부터 하나하나씩 시간을 갖고 연구해 나가야 할 것이다.