

연구보고 97-4

專門家責任의 立法에 관한 研究

1997. 12.

研究者 : 崔 星 根(首席研究員)

한국법제연구원

發刊辭

高度産業社會·分業社會·知識社會·情報化社會로 특징지워지는 현대사회에 있어서는, 專門家가 제공하는 정보나 서비스에 대한 개인과 기업의 依存度가 날로 높아치고 있습니다. 전문가에 대한 의존도가 높아진다는 것은 그만큼 依賴人과 專門家 간에 紛爭이 발생할 蓋然性이 커진다는 것을 의미합니다. 최근들어 우리 나라에서도 專門家의 役割이 확대되고 國民의 權利意識이 신장됨에 따라 의뢰인과 전문가간의 분쟁건수가 늘어나고 있는 추세를 보이고 있습니다.

우리 나라의 專門家에 관한 法理와 關聯法制度의 전개를 보면, 이러한 추세에 적절하게 대응하지 못하고 있는 듯 합니다. 특히 專門家責任에 관하여 본다면, 먼저 소송상 또는 소송외의 분쟁해결에 있어서 解釋의 基準이 되거나 立法을 지원해줄 수 있는 法理의 형성이 미진하고, 다음으로 法制度 측면에서도 최근에 들어 서야 전문가의 역할 증대, 의뢰인의 권익보호의 필요성에 대한 인식 제고, 국내서비스시장의 개방 등에 기인하여 個別法에 損害賠償責任에 관한 特別이 산발적으로 도입되고 있는 실정입니다.

이 보고서에서는 專門家의 責任, 그 중에서도 民事責任에 초점을 맞추어 기존의 關聯文獻·現行法上の 關聯規定 및 外國의 立法例에 관하여 연구·분석하고, 民法上的 일반적인 損害賠償責任에 관한 法理를 수정하는 專門家의 損害賠償責任에 관한 法理의 형성을 시도하며, 現行法上の 專門家의 損害賠償責任에 관한 特別規定의 改善方案을 제시하고 있습니다.

이러한 연구가 전문가책임에 관한 법리를 정립하고 현행법상의 전문가책임에 관한 특칙규정을 정비하는데 일조하기를 바랍니다. 나아가 專門家責任에 관한 法理의 定立 및 立法上的 정비에 터잡아 依賴人의 權益이 적정하게 保護되고 專門家가 스스로 서비스의 질을 높이고자 努力하는 풍토가 조성되기를 기대합니다.

1997년 12월

韓國法制研究院長
法學博士 朴松圭

目次

第1章 序論	7
I. 問題의 所在	7
II. 研究의 目的 및 內容	8
第2章 專門家의 義務와 責任	9
I. 專門家의 概念 및 特徵	9
II. 專門家의 損害賠償責任에 관한 法理	11
1. 民法上의 損害賠償責任과의 比較	11
2. 專門家 損害賠償責任에 있어서의 考慮事項	16
3. 損害賠償責任 法理의 變容	21
4. 損害賠償責任의 履行確保	24
5. 紛爭調停制度 및 自律的 規制	29
第3章 現行法上의 專門家의 損害賠償責任	31
I. 公認會計士	31
1. 公認會計士法	31
2. 株式會社의 外部監査에 관한 法律	32
3. 公認會計士의 損害賠償責任에 관한 特別規定의 問題點	33
II. 法務士	34
III. 稅務士	34
IV. 鑑定評價士 - 鑑定評價業者	34
V. 公認勞務士	36
VI. 公認仲介士 - 不動產仲介業者	36
VII. 關稅士	38
第4章 主要國의 立法例	39

I. 美國	39
1. 專門家責任의 特徵	39
2. 過失責任	39
3. 立證上의 問題	41
4. 保證責任, 不實表示 및 嚴格責任	42
5. 信認義務의 違反	43
6. 免責·責任制限條項	44
7. 第3者에 대한 責任	44
II. 獨逸	45
1. 專門家責任의 特性	45
2. 專門家의 責任에 관한 判例·學說의 展開	46
3. 專門家責任의 法的 構成	47
4. 專門家의 情報提供者責任	48
III. 英國	53
1. 概要	53
2. 專門家의 意義	54
3. 依頼人에 대한 契約責任	55
4. 依頼人에 대한 不法行爲責任	59
5. 第3者에게 대한 不法行爲責任	60
6. 專門家團體에 의한 苦衷處理·懲戒制度	61
IV. 프랑스	64
1. 專門家의 意義	64
2. 專門家責任의 法的 性質 및 特色	65
3. 專門家의 故意·過失	67
V. 日本	67
VI. 綜合的 檢討	69
第5章 結論	71

I. 專門家 損害賠償責任에 관한 特則의 必要性	71
II. 特則에서 다루어야 할 內容	72
1. 成立要件의 明確化	72
2. 立證責任의 轉換	73
3. 說明義務의 強化	73
4. 責任의 範圍 또는 限界의 設定	74
5. 履行保障方法의 實效性 提高	74
6. 紛爭調停制度의 擴大 및 自律的 規制의 強化	75
III. 保險制度 및 共濟制度 導入上의 考慮事項	75
1. 保險制度 導入上의 考慮事項	75
2. 共濟制度 導入上의 考慮事項	76
IV. 紛爭調停制度의 導入 및 自律的 規制의 強化 誘導	78
參考文獻	79

第1章 序 論

I. 問題의 所在

사회가 복잡해지고 각 분야의 업무가 세분화·전문화되는 상황하에서는, 개인이나 기업이 자기의 모든 사무를 스스로 처리한다는 것은 거의 불가능하며 타인의 협력 특히 專門家의 知識이나 經驗을 필요로 하게 된다. 高度産業社會·分業社會·知識社會·情報化社會로 특징지워지는 현대사회에 있어서는, 전문가가 제공하는 정보나 서비스에 대한 依存度가 날로 높아지고 있다. 전문가에 대한 의존도가 높아진다는 것은 그만큼 依頼人과 專門家 간에 紛爭이 발생할 蓋然性이 커진다는 것을 의미한다. 최근들어 우리 나라에서도 專門家의 役割이 확대되고 國民의 權利意識이 신장됨에 따라 전문가와 의뢰인 간의 분쟁이 늘어나고 있는 추세이다.

그럼에도 불구하고 專門家에 관한 法理와 關聯法制度는 이러한 추세를 따라가지 못하고 있다. 특히 專門家責任에 관하여 본다면, 먼저 소송상 또는 소송외의 분쟁해결에 있어서 解釋의 基準이 되거나 立法을 지원하여줄 수 있는 法理의 형성이 미진하고, 다음으로 法制度 측면에서도 최근에 들어서야 전문가의 역할 증대, 의뢰인의 권익보호의 필요성에 대한 인식 제고, 국내서비스시장의 개방 등에 기인하여 個別法에 損害賠償責任에 관한 特則이 산발적으로 도입되고 있는 실정이다.

專門家의 責任은 크게 刑事責任, 民事責任 및 行政的 制裁로 나눌 수 있는데, 이 중에서도 현실적으로 가장 많이 문제되고 실질적인 依頼人의 權益保護를 실현하는데 기여하는 것은 民事責任이다. 전문가와 의뢰인 간에는 기본적으로 委任關係가 성립하는데, 委任이란 他人에게 事務處理를 委託함으로써 그의 裁量下에 지식·경험·기술·재능 등을 이용하기 위한 제도이다. 위임관계는 수임인의 인격·식견·지능·기량 등에 대한 信賴를 기초로 한다. 이러한 신뢰에 기초하여 受任人에게는 사무를 신중하게 처리할 것이 요구되며, 이는 구체적으로 수임인의 '善良한 管理者의 注意義務' 즉, 善管注意義務로 표현된다. 의뢰인은 이러한 선관주의 의무에 기초하여 專門家의 債務不履行 또는 不法行爲에 대하여 損害賠償을 청구할 수 있다.

이하에서는 依頼人의 權益을 保護하고 合理的인 專門家制度의 運用을 도모한다는 관점에서 전문가의 민사책임에 관한 법리와 관련법제도를 고찰한다.

Ⅱ. 研究의 目的 및 內容

이 보고서에서는 專門家責任에 관한 法理의 形成을 시도하고 立法上의 改善方案을 제시한다. 이러한 연구가 우리 나라에서 전문가책임에 관한 법리를 정립하고 현행법상의 전문가책임에 관한 특칙규정을 정비하는데 일조하기를 바란다. 나아가 전문가책임에 관한 법리의 정립 및 입법상의 정비에 터잡아 依賴人의 權益이 적정하게 保護되고 전문가가 스스로 서비스의 질을 높이고자 노력하는 풍토가 조성되기를 기대한다.

이 보고서에서는 전문가의 책임, 그 중에서도 民事責任에 초점을 맞추어 기존의 關聯文獻·現行法上의 關聯規定 및 外國의 立法例에 관하여 연구·분석하고, 民法上의 일반적인 損害賠償責任에 관한 法理를 수정하는 專門家의 損害賠償責任에 관한 法理의 形成을 시도하며, 現行法上의 전문가의 손해배상책임에 관한 特別規定의 改善方案을 제시한다.

專門家責任에 있어서의 주요쟁점사항으로는 누가 전문가이고 이들 전문가의 공통적인 특징은 무엇인가(專門家의 概念 및 特徵), 일반적인 손해배상책임과 비교하여 전문가에게 손해배상책임을 물음에 있어 고려되어야 할 사항은 무엇인가(專門家責任에 있어서의 特別한 考慮要因) 그리고 이들 고려사항이 전문가책임에 관한 법리와 입법에 어떻게 반영되어야 하는가(過失의 判斷, 立證責任의 轉換, 履行確保方案, 紛爭調停制度 기타 自律的 規制 등) 등을 들 수 있다.

第2章 專門家の 義務와 責任

I. 專門家の 概念 및 特徵

전문가의 책임을 논함에 있어서는 무엇보다도 먼저 專門家の 概念이 규명되어야 할 것이다. 전문가의 개념은 社會學에서부터 논의되기 시작하여 法社會學으로 이어지고 종국적으로 民法상의 損害賠償責任의 法理에서 논의되기에 이르렀다.

먼저 法社會學上的 개념정의를 보면, 일본의 石村善助 교수는 전문가란 '科學 또는 高度의 知識에 기초하여 일정한 기본이론을 가진 特殊한 機能을 고도의 교육 또는 훈련에 의하여 습득하고, 이를 바탕으로 不特定多數人 중 임의의 依頼人의 요구에 응하여 구체적인 업무활동을 행함으로써 社會 전체의 利益에 기여하는 職業人'이라고 정의하고 있다.¹⁾

다음으로 實定法상으로는, 미국의 펜실바니아(Pennsylvania) 州法에서 전문가란 '①知的이고 多様な 特性(intellectual and varied in chracter)을 지니고 있고, ②裁量과 判斷의 계속적인 實行(consistent exercise of discretion and judgment)을 요하고, ③고등교육기관에서 學問이나 學識(science or learning)을 습득하여야 하며, ④주어진 일정기간내에 非定型的인 結果(output or result)를 창출하는 職業人'을 의미한다고 규정하고 있다.²⁾

이러한 규정의 영향을 받아 일본의 手嶋豊 교수는 전문가의 특징으로 ①직무를 수행하기 위하여는 長期間 修鍊을 요하고, ②피해자와 가해자의 立場에 互換성이 없고, ③사고가 발생하면 피해자에게 重大한 結果를 초래하고, ④결과가 不確實하며, ⑤직무관계상 同業者와의 連帶를 필요로 하는 경우가 많다는 점 등을 열거하고 있다.³⁾

川井 健 교수는 ①資格制度 등을 통한 일정한 자격을 필요로 하고, ②의뢰인의 信賴를 바탕으로 특수한 영역에 대한 裁量的 判斷을 직무의 내용으로 하고, ③비교적 高額の 對價를 요구하며, ④상대적으로 社會的 地位가 높은 것이 보통이라는 점 등을 그 특징으로 들고 있다.⁴⁾

1) 川井 健 編, 專門家の責任, 日本評論社, 1993, 16面.

2) 1972 Public Employees Relations Act, Pa. Stat. Ann. tit. 43, §1101. 301(7).

3) 手嶋豊, "專門家責任に關する一考察", 私法 第51號, 1989, 136~137面.

이에 대하여 영국의 Jackson & Powell은 ①업무의 성질이 고도로 技術的·專門的이고(skilled and specialized) 틀에 박힌 업무가 아니라 精神的 作業에 의하며(mental rather than manual), ②고도의 職業倫理와 의뢰인과의 信賴關係가 중시되고, ③전문가집단에 의하여 일정한 職務水準이 유지됨과 아울러 높은 對價를 요구하는 경우가 많으며, ④높은 社會的 地位를 지닌다는 점 등을 특징으로 들고 있다.⁵⁾

또한 일본의 西島梅治 교수는 전문가의 자격이 인정되려면, ①그 업무에 대한 一般原理가 확립되어 있고 그 이론적 지식에 기초하여 技術을 습득하기에 長期間의 고도의 教育과 訓練이 필요할 것, ②資格制度가 채용되어 있을 것, ③職能團體가 결성되어 있고 그 단체에 自律性이 확보되어 있을 것, ④최고의 목적을 영리가 아닌 公共利益의 촉진에 두고 있을 것 및 ⑤전문가로서 主體性과 獨立性을 가질 것이라고 하는 다섯 가지 요건을 충족하여야 한다는 견해를 피력한 바 있다.⁶⁾

한편 우리 나라의 경우 전문가에 관한 논의가 활발하지 아니한 가운데, 金敏圭 교수는 전문가의 특징을 ①가해자와 피해자의 立場에 互換性이 없고, ②전문가가 되기 위해서는 長期의 教育과 修鍊을 필요로 하며, ③직무의 본질상 전문가의 裁量이 크게 작용하고, ④전문가는 당해 전문가집단에 의하여 內部的으로 行爲統制를 받으며, ⑤전문가와 의뢰인 간에는 고도의 信賴關係가 존재한다는 것 등으로 정리하고 있다.⁷⁾

위에서 언급한 專門家の 概念 내지는 特徵과 國家資格制度의 취지에 터잡아 전문가책임에 관한 법리와 입법의 기본논리를 제공하는 專門家の 本質적 要素를 다섯 가지로 정리해보면 다음과 같다.

- (1) 業務의 公共性
- (2) 業務의 專門性
- (3) 依頼人의 專門家에 대한 特別한 信賴關係
- (4) 專門家の 裁量的 判斷의 余地
- (5) 專門家の 集團性

이와 같은 특징에 해당하는 전문가로는 社會科學分野의 변호사, 공인회계사, 세

4) 川井 健, “專門家の民事責任 - 問題の提起”, NBL, No. 539, 1994.2.15, 22~23面.

5) Jackson, R. M. & Powell, J. L. Professional Negligence, 3rd ed., 1992, p.1.

6) 西島梅治, “プロフェッショナル・ライアビリテイ・インシュアランスの基本問題”, 現代損害賠償法講座(8) - 損害と保険 -, 日本評論社, 1973, 141面.

7) 金敏圭, “專門家責任法の展開”, 外大論叢 제13집, 부산외국어대학교, 1995.2, 498~499면.

무사, 관세사, 변리사, 법무사, 감정평가사 등과 自然科學分野의 의사, 약사, 건축사 등의 이른바 '知的 專門家'와 그 외의 기술자격고시 등에 의하여 자격을 취득한 각종 기사, 영양사, 간호사 등과 같은 '技能的 專門家'를 들 수 있다.⁸⁾

II. 專門家の 損害賠償責任에 관한 法理

전문가의 過失로 인하여 의뢰인이 損害를 입었을 경우 民事責任을 추궁하는 방법에는 두가지가 있다. 하나는 위임계약의 불이행을 이유로 債務不履行責任을 묻는 것이고(민법 제393조 및 제680조), 다른 하나는 위법행위를 이유로 不法行爲責任을 묻는 것이다(민법 제760조).

1. 民法上の 損害賠償責任과의 比較

1) 債務不履行으로 인한 損害賠償責任

(1) 概要

① 民法의 계약법영역에서는 계약의 당사자를 對等한 當事者로 취급하고 있으며, 그 일방이 전문가일 것을 예정하여 그 자에게 무거운 책임을 과하는 것은 고려되고 있지 아니하다. 따라서 專門家の 責任도 계약측면에서는 주로 委任契約상의 債務不履行責任으로, 위임에 관한 民法 제681조의 규정이 적용된다.

동조는 '受任人은 委任의 본지에 좇아 善良한 管理者의 注意 즉, 善管注意를 가지고 委任事務를 처리할 義務를 부담한다'라고 정하고 있다. 여기에서 말하는 선관주의의무란 '受任人의 職業, 地位 등에 기초하여 通常人을 基準으로 요구되는 義務'를 말한다. 즉, 선관주의의무는 어떠한 個人을 기준으로 요구되는 주의의무인 '自己의 財産에 있어서와 同一한 注意'와 달리 일반적으로 요구되는 의무를 말한다.

② 수임인은 위임계약의 상대방 이외의 第三者에 대해서도 契約상의 責任을 부담하는가. 수임인이 계약의 상대방 이외의 자에 대해서도 계약책임을 부담하는 경우가 있지만 여기에는 일정한 한계가 있다. 즉, 계약의 당사자와 극히 密接한 關係가 있는 제3자에 대하여는 契約責任이 인정되지만 그외의 제3자와의 관계에서

8) 상계논문, 499면.

는 계약책임이 아니라 不法行爲責任의 성부가 문제될 것이다.

③ 채무불이행은 크게 履行遲滯, 履行不能 및 不完全履行의 3가지 유형으로 분류되며, 이들 각 유형의 채무불이행에 대해서는 填補賠償 또는 遲延賠償을 내용으로 하는 損害賠償請求權 이외에도 履行強制權 및 契約의 解除·解止權이 발생한다. 전문가의 책임이 문제되는 경우에는, 의뢰인에 대한 債務 그 자체가 業務의 주된 내용이라는 점에 비추어 볼 때, 이행지체나 이행불능으로 채무불이행이 발생할 개연성은 매우 적을 것이며 채무불이행이 문제되는 거의 대부분이 不完全履行의 경우일 것이다.

(2) 債務不履行의 成立要件

① 채무불이행의 성립요건으로는 먼저 主觀的 要件으로 채무불이행에 관한 債務者의 責任있는 事由 즉, 故意 또는 過失이 있어야 한다. 다음으로 客觀的 要件으로 채무불이행이 違法한 것이어야 한다. 즉, 채무내용에 좇은 이행이 없음을 정당하게 하는 특별한 사유가 없어야 한다. 이 중 고의와 과실을 보면, 故意란 결과의 발생을 인식하면서도 그것을 인용하는 행위를 하는 심리상태를 말하고, 過失이란 일정한 결과의 발생을 인식하여야 할 것임에도 불구하고 부주의하여 그것을 인식하지 못하는 심리상태를 말한다.

② 전문가의 손해배상책임에 있어서 채무불이행의 성립요건 중 가장 논란의 소지가 가장 많은 요건은 債務者의 歸責事由 有無에 관한 판단문제일 것이다. '債務者의 歸責事由'란 채무자의 故意·過失 및 信義則上 이와 동일시되는 事由이다. 이 중 과실의 대표적인 것이 이른바 '善良한 管理者의 注意義務'에 반하는 경우(抽象的 輕過失)인데, 債務者의 職業·地位 등에 비추어 보아서 일반적으로 요구되는 정도의 주의를 하지 않았기 때문에 채무불이행을 인식하지 못하는 경우이다.

전문가의 귀책사유 유무에 관한 판단에 있어서는 '채무자의 직업·지위 등에 비추어 보아서 일반적으로 요구되는 정도의 주의'라고 하는 통상적인 '善管注意義務'를 그 기준으로 할 것인가 아니면 이에 대한 수정 또는 확대가 필요한가가 문제된다.

③ 信義則上 채무자의 고의·과실과 동일시되는 사유로 중요한 것 중의 하나가 法定代理人이나 履行補助者의 고의·과실이다(제391조 참조). 이행보조자란 채무이행을 위하여 사용하는 자를 말하는데, 이는 다시 狹義의 履行補助者와 履行代行者로 분류된다. 협의의 이행보조자란 채무자 자신이 채무를 이행함에 있어서 수족과 같이 사용하는 자를 말하고, 이행대행자란 단순히 채무자의 이행에 협력하는

데 그치지 않고, 독립하여 채무의 전부 또는 일부를 채무자에 갈음하여 이행하는 자를 말한다. 이 중 협의의 이행보조자의 대표적인 예가 專門家の 職務補助者이다. 전문가의 직무보조자의 고의·과실은 전문가의 고의·과실과 동일하게 취급된다.

④ 채무자의 귀책사유에 관한 立證責任은 채무자에게 있다. 즉, 채무자는 채무불이행이 자기의 잘못에 기인하지 아니하였다는 것을 입증하지 못하면 債務不履行責任을 진다. 이러한 입증책임은 被害者가 입증을 하여야 하는 不法行爲로 인한 損害賠償責任의 경우와는 반대이다. 하지만 전문가의 業務는 高度의 專門性을 특징으로 하기 때문에 채무불이행의 사실조차 인지하기 어려운 경우가 적지 아닐 것이다.

⑤ 한편 민법은 계약상 免責條項의 효력에 관하여 규정하고 있지는 않으나, 法律이 특히 금하고 있지 아니하다면 契約自由의 原則상 이를 유효하다고 해석하여야 할 것이다. 그러나 過失이 있더라도 책임을 지지 아니한다는 내용의 특약은 原則적으로 有效하지만, 故意를 면책하는 특약은 社會秩序에 反하는 것으로서 無效가 될 것이다(민법 제103조 참조). 다만, 전문가가 의뢰인과의 계약에 約款을 사용하는 경우에는 면책의 범위를 엄격하게 제한하고 있는 約款의 規制에 관한 法律의 적용을 받는다.⁹⁾

(3) 債務不履行으로 인한 損害賠償責任의 要件 및 範圍

① 채무자가 그 채무를 이행하지 아니하는 경우 채권자는 우선 급부의 이행을 강제할 수 있다. 그러나 強制執行을 하였다 하더라도 채무불이행으로 인하여 채권자가 받은 손해까지 없어지는 것은 아니므로, 강제집행과는 별개로 損害를 填補하는 수단이 필요하게 된다. 또한 이행불능과 그것에 준하는 불완전이행 등과 같이 급부를 강제적으로 이행시킬 수 없는 경우 또는 채무의 성질이 강제집행 그 자체를 허용하지 않는 경우에는 채권의 내용 자체의 실현에 갈음하는 구제가 인정되어야 한다. 專門家の 債務不履行은 대부분이 급부를 강제로 이행시킬 수 없거나 채무의 성질이 강제집행을 허용하지 아니하는 경우에 해당할 것이다. 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구하려면 채무불이행이 인정되기 위한 요건을 갖추고 있고, 실제로 손해가 발생하였으며, 채무불이행과 손해간에 相當因果關係가 존재하여야 한다.

② 損害賠償의 範圍에 대하여는 민법 제393조에서, 채무불이행으로부터 통상 발생하는 손해(通常損害)에 한하지만(제1항), 특별한 사정으로 인하여 발생한 손

9) 約款의 規制에 관한 法律 제7조(면책조항의 금지) 참조.

해(特別損害)의 경우 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었던 것인 때에는 배상범위에 포함시키고 있다(제2항). 채무자가 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 債務의 履行期를 기준으로 결정하며, 이에 대한 立證責任은 債權者가 부담한다. 한편 원인과 相當因果關係에 있는 손해를 어느 시점에서 포착하여 배상시킬 것인가는 구체적인 賠償額을 산정함에 있어서 매우 중요한 문제인데, 배상액의 산정시기는 責任의 原因이 발생한 때, 즉, 損害賠償債權 發生時點을 기준으로 하고, 그 이후의 손해는 相當因果關係의 範圍내에서 가산한다.

③ 채무불이행의 경우 채무자가 배상하여야 할 금액을 미리 당사자간에 계약으로 정하여 두는 '損害賠償額의 豫定'이 가능하다(민법 제398조제1항). 손해배상액의 예정은 손해의 발생과 그 금액을 채권자가 立證하여야 하는 번거로움을 피하고 나아가 그로부터 생기는 紛爭을 豫防하기 위한 수단으로 이용되는데, 특히 專門家責任과 관련하여 유용하게 활용될 수 있다. 배상액의 예정은 일정액의 金錢으로써 하는 것이 보통이지만, 금전 이외의 것으로 약정한 경우에도 배상액의 예정에 관한 규정이 준용된다(민법 제398조제5항). 한편 違約金은 채무불이행의 경우 채무자가 채권자에게 지급할 금전이라는 점에서는 손해배상의 예정과 동일하지만, 위약금은 반드시 손해배상액의 예정에 한하지 않으며 '違約罰'의 성격을 갖는 경우도 있다. 민법에서는 위약금을 손해배상책임의 예정으로 推定하고 있다(제398조제4항). 따라서 채권자는 반증을 통하여 당해 違約金이 '違約罰'임을 주장할 수 있다.

2) 不法行爲로 인한 損害賠償責任

(1) 概要

① 民法은 故意 또는 過失로 인한 違法行爲로 타인에게 損害를 가한 경우 이를 배상하도록 하고 있다. 이러한 의미에서 不法行爲는 債權·債務의 발생원인중 하나이다. 불법행위는 동시에 犯罪를 구성하는 경우도 적지 않다. 그러나 刑事責任은 행위자의 社會에 대한 責任을 물어 刑罰을 과하는 것인 데 대하여, 民事責任은 加害者 개인에 대한 책임을 묻는 것으로 被害者에게 발생한 損害의 填補를 목적으로 한다.

② 전문가에 대한 손해배상청구는 하나의 사실에 의하여 손해배상이라고 하는 경제적 목적을 같이 하는 둘이상의 청구권이 동시에 존재하는 請求權競合이 인정된다. 그리고 契約責任인가 不法行爲責任인가의 선택은 양자의 要件, 立證責任 및 效果가 다르기 때문에 실익이 있다.

(2) 不法行爲로 인한 損害賠償責任의 要件

① 不法行爲에 대한 損害賠償責任에 관하여는 民法 제750조에서 “故意 또는 過失로 인한 違法行爲로 타인에게 損害를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”라고 규정하고 있다. 이 규정에 기초하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 물으려면 ①故意 또는 過失, ②違法行爲, ③損害, ④因果關係(相當因果關係) 및 ⑤責任能力的 요건을 충족하여야 한다. 고의와 과실의 내용은 債務不履行과 동일하다. 이 중 과실은 그 정도에 따라 輕過失과 重過失로 나누어진다. 불법행위의 성립요건으로는 원칙적으로 善良한 管理者의 注意를 결여하는 경우와 같은 輕過失(抽象的 輕過失)로 충분하며, 失火責任 등과 같이 특별한 경우에만 故意 또는 重過失을 요건으로 한다(失火責任에 관한法律 참조).

② 고의·과실의 立證責任은 被害者에게 있으나, 特殊한 不法行爲의 경우에는 立證責任이 轉換되는 경우가 있다. 예컨대 동일한 과실이라도 一般規定(민법 제750조)에서는 과실의 입증책임이 피해자에게 있지만, 特別規定(민법 제759조, 자동차배상법 제3조 등)에서는 가해자에게 無過失의 立證責任을 지우고 있다. 이러한 특별입법 이외에 근래들어 입증이 곤란한 경우 해석에 의하여 입증책임을 전환시키려는 시도가 활발하게 논의되고 있다. 독일의 민사판례의 입장이 그러한데, 立證妨害라든가 製造物責任 또는 醫療過誤訴訟 등에서 그러하다.¹⁰⁾ 그리고 過失의 推定을 인정하여야 할 경우가 있다. 예컨대, 權原없이 타인의 財産을 消費한 자, 公衆에 대하여 危險한 사업에 종사하는 자, 특히 他人의 生命·財産에 대하여 책임있는 지위에 있는 자 등이 가해자인 경우에는 피해자가 가해자의 고의·과실을 입증한다는 것이 매우 곤란한 경우가 많다. 따라서 이러한 경우에는 가해자가 고의·과실이 없음을 反證하는 때에만 책임을 면하도록 하는 것이 公平하다고 할 것이다. 특히 향후 전문가의 불법행위책임과 관련하여 立證責任의 轉換 또는 過失의 推定에 대한 논의가 가속화될 것으로 예상된다.

③ 한편 전문가책임에 있어서는 他人을 使用하는 者의 責任이 중요한 의미를 가진다. 사업을 위하여 타인을 사용하는 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임을 진다(민법 제756조). 사용자에게 갈음하여 사무를 監督하는 자도 마찬가지이다. 이는 이른바 補償責任의 일종으로 공작물을 점유 또는 소유하는 자의 책임(민법 제758조)과 함께 손해배상책임을 확장에 중요한 역할을 하고 있다. 職務補助者의 不法行爲로 인한 전문가의 사용자책임은 그

10) 李時潤, 民事訴訟法, 博英社, 1996, 575면.

대표적인 예의 하나이다.

(3) 不法行爲의 效果

① 불법행위의 효과는 당해 불법행위로 인하여 발생한 損害賠償을 請求할 權利의 발생이다. 따라서 현재 계속되고 있거나 장래 발생할 加害行爲를 排除 또는 豫防한다는 것은 불법행위의 결과로서 직접 발생하는 효과는 아니다.

② 불법행위로 인하여 배상하여야 할 損害의 範圍에 있어서는 채무불이행에 관한 민법 제393조가 불법행위에도 적용되어(민법 제763조), 가해자는 불법행위와 相當因果關係에 있는 모든 손해를 배상하여야 한다.

③ 共同不法行爲

共同不法行爲란 수인이 공동으로 타인에게 손해를 가하고 각인의 행위가 각각 독립하여 一般不法行爲의 요건을 갖춘 경우를 말한다(민법 제760조). 이 경우 각인의 불법행위가 객관적으로 서로 관련되어 손해의 원인을 이루어야 하지만, 행위자들의 共謀 내지 意思의 共通에 대한 認識은 필요없다. 수인의 전문가가 合同事務所를 운영하는 경우 이러한 공동불법행위가 문제된다. 이에 대하여 辯護士法은 제48조의5제2항에서 '합동법률사무소의 채무에 대하여는 모든 구성원이 균분하여 책임을 진다'라고 규정하고 있다. 공동불법행위자들간의 책임관계는 不真正連帶債務이고, 공동불법행위자중 1인이 전부의 배상을 한 경우에는, 다른 자에 대하여 본래 부담하였을 책임의 비율에 따라서 求償權을 가지며, 그 부담부분은 원칙적으로 평등하다고 해석된다.

2. 專門家 損害賠償責任에 있어서의 考慮事項

전문가의 본질적 요소와 함께 의뢰인과 전문가 간의 관계의 특성에 기초하여 전문가의 손해배상책임을 논함에 있어 고려되어야 할 사항을 살펴보면 다음과 같다.

1) 業務의 公共性

전문가들에 대해서는 대개의 경우 이른바 '○○士法'이라고 통칭되는 資格制度에 관한 法에서 일정한 자격요건을 정함과 아울러 '○○士'라는 名稱의 사용과 排他的인 業務의 수행이 인정되고 있다. 資格制度란 국민의 헌법상 기본권인 職業選擇의 自由(헌법 제15조)에 대한 제한으로 法律留保條項(헌법 제37조제2항)에 의거하여 公共福利의 필요에 따라 일정한 자격기준에 합당한 자에게만 특정한 업무의

수행을 허용하는 것이다.

자격제도의 목적은 특정한 업무에 필요한 專門的 知識과 能力을 객관적으로 확인한 후 資格을 부여하여 업무를 排他的으로 처리하게 함으로써 公共의 生命과 財産의 安全을 보호하고 國民生活의 便益을 도모하는 것이다. 즉, 국가는 공공복리의 필요에 의하여 자격제도를 두고 있는 것이며, 이러한 자격제도를 통하여 특정한 자의 지식과 능력을 검증함과 아울러 이들에게 배타적인 업무의 수행을 인정하는 것이다. 그리고 거의 모든 資格制度에 관한 法은 제1조(目的)에서 이를 천명하고 있다.

2) 業務의 專門性

전문가가 되기 위해서는 長期의 教育과 修鍊을 필요로 한다. 이러한 교육과 수련의 완성도를 검증하기 위하여 전문가에게는 일정한 資格을 요하거나 또는 공적인 試驗을 통과하도록 요구하는 경우가 대부분이다. 그리고 이러한 전문성에 대한 보상으로 業務의 排他的인 수행과 함께 社會的으로 상대적으로 높은 對價性이 허용된다.

한편 이와 같은 전문성으로 인하여 전문가의 업무는 이론상·실무상으로 일반인으로서서는 접근하기 어려운 特殊性이 있다. 업무의 전문성으로 인하여, 전문가에게 업무를 위임한 依頼人은 대개의 경우 전문가의 사무처리의 과정은 물론 결과를 정확히 평가할 능력을 갖고 있지 아니하다. 그러므로 전문가의 사무처리가 과연 자신에게 최선으로 행해지고 있는지 또는 행해졌는지의 판단은 전적으로 專門家の 일방적인 說明을 통해서만 이루어질 수 있다.

3) 特別한 信賴關係

專門家와 依頼人 간의 法的 關係는 단순한 계약관계가 아니고, 전문가의 特別한 信賴關係이다. 전문가책임에 있어서는 어느 위임관계와는 달리 '信賴'가 매우 중요한 요소로 작용한다. 전문가는 고객으로부터 二重의 의미에서 信賴를 얻고 있다.

첫째, 전문가는 자기 전문영역의 업무를 행함에 있어 最低基準을 충족할 수 있는 知識과 能力을 가진 것으로 일반적으로 신뢰받고 있다. 이러한 의뢰인의 신뢰는 전문가 업무의 高度의 專門性和 국가가 公認하는 資格을 소지하고 있다고 하는 外觀的 權威에 바탕을 둔 것이다. 통상적인 民法상의 委任의 경우라면, 委任人은 受任人과 대등한 능력을 구비하고 위임사무의 결과에 대한 판단을 스스로 하

며 수임인을 선정하는 단계에서부터 수임인의 適正性을 판단할 수 있어 자신의 權益을 保護할 수 있다. 그러나 전문가와 의뢰인의 관계에 있어서는 대개의 경우 비전문가인 의뢰인은 의뢰의 상대방인 전문가의 기량·능력을 직접 판단하는 것이 가능하지 아니하다. 예컨대 상대방이 醫師나 辯護士인 경우 통상의 환자 또는 의뢰인은 그 상대방이 의사 또는 변호사로서의 지식과 능력을 가지고 있다고 신뢰하는 수밖에 없다.

둘째, 전문가는 그 裁量的·判斷의 誠實性에 대해서도 신뢰를 부여받고 있다. 예컨대 환자나 의뢰인은 의사의 치료행위나 변호사의 대리행위에 몇가지 선택이 있는 경우 아무리 설명을 들어도 결정할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 대부분의 환자나 의뢰인은 자연스럽게 의사나 변호사의 전문가로서의 판단을 신뢰하여 치료행위나 대리행위의 선택까지 맡기게 된다. 이는 환자나 의뢰인측에서 볼 때, 의사 또는 변호사가 고객의 最善의 利益을 위해 행동하여 줄 것이라는 信賴가 있기 때문이다.

과연 모든 전문가가 의뢰인이 기대하는 전문적인 지식과 능력을 구비하고 자격제도의 취지에 부합하는 성실성을 구비하고 있다고 할 수 있는가는 의문이다. 전문가가 資格制度라는 사실에서 추단되는 專門性과 誠實性은 보편적·추상적인 것이며 실제 개개의 전문가의 구체적인 전문성이나 성실성에는 천차만별의 차이가 존재한다. 여기에서 환자나 의뢰인으로부터 사무의 처리를 수임한 전문가의 知識·能力, 誠實度 나아가서 事務處理의 質은 의뢰인의 기대치와 괴리를 보이는 경우가 발생하게 된다. 물론 그 괴리는 正의 乖離(즉, 전문가가 의뢰인의 기대이상의 능력과 성실성을 구비하는 경우)일 수도 있고 負의 乖離(즉, 전문가가 의뢰인의 기대이하로 무능력하고 불성실한 경우)일 수도 있다. 전자의 경우는 이상적인 현상이므로 거론할 필요가 없지만 후자의 경우에는 의뢰인의 신뢰가 보호되어야 할 것이다.

4) 裁量的 判斷

전문가는 원칙적으로 獨自的인 判斷에 기초하여 업무를 수행하며, 의뢰인의 요구가 있었다고 해서 반드시 그것에 구속되거나 결과를 보증하여야 하는 것은 아니다. 전문한 바와 같이 의사 또는 변호사가 환자 또는 의뢰인에게 選擇枝를 부여하고 이에 대하여 환자 또는 의뢰인이 선택까지를 의사 또는 전문가에게 의뢰하는 구체적인 경우에 있어서의 재량적 판단과는 다른 차원에서, 전문가는 일반적인

로 위임받은 사무를 처리하는 과정에서 폭넓은 裁量判斷의 여지를 가진다.

대개의 경우 의뢰인은 위임한 사무의 처리과정에 관한 情報를 공유하지 못하고 전문가가 이를 독점하기 때문에 위임사무를 처리하는 과정과 방법의 적정성 여부를 파악하지 못한다. 그러므로 의뢰인은 일반적인 위임의 경우와는 달리, 전문가의 사무처리과정의 중간에 개입하여 위임자로서의 지시 내지는 적절한 감시·감독을 할 수 없다. 따라서 업무처리의 방향과 내용은 전적으로 전문가의 包括的인 裁量에 의존할 수 밖에 없다.

한편 재량적 판단의 여지가 있다고 하여 그것이 직접적으로 免責으로 이어지는 것은 아니다. 재량적 판단에 대하여는 전술한 業務의 公共性·專門性 및 의뢰인의 전문가에 대한 信賴라고 하는 고려사항에 기초하여 개별전문가에 대한 일정한 재량의 한계가 마련되어야 할 것이다.

5) 民事責任 追窮의 困難性

의뢰인이 전문가의 과실로 손해를 입었을 경우 책임을 추궁할 수 있는 방법에는 위임계약의 불이행을 이유로 債務不履行責任을 묻는 방법과 요건이 충족된다면 不法行爲責任을 묻는 방법의 두가지가 있다. 그러나 의뢰인의 입장에서는 어느 것도 용이하지 아니할 것이다.

어떤 유형의 손해이든 이를 유발한 가해행위의 진행과정에 관하여 전문가가 그 情報를 獨占한다는 특색이 있다. 이는 의뢰인이 加害事實을 認知하는 것 자체를 어렵게 한다. 특히 전술한 업무의 高度의 專門性和 함께 사무처리과정상의 行政事務의 硬直性 때문에 이러한 독점현상은 더욱 현저해진다. 여기에 경우에 따라서는 후술하는 契約締結의 不明確性·責任範圍의 모호성이 더하여 의뢰인의 加害事實 認知를 한층 더 어렵게 만들기도 한다.

더욱이 불법행위책임을 물으려면 의뢰인이 전문가의 故意 또는 過失에 의한 위법행위로 자신에게 損害가 발생하였음을 立證하여야 하는데, 의뢰인이 전문가의 고의 또는 과실을 입증한다는 것은 전문가 업무의 고도의 전문성, 사무처리의 경직성, 계약체결의 불명확성, 책임범위의 모호성 등으로 인하여 현실적으로 매우 어려운 일이다.

6) 그밖의 考慮事項

전문가의 책임을 추궁함에 있어 일방적으로 依賴人의 利益保護에만 치중하여

相當因果關係理論에 의하여 손해의 범위를 확장시킨다면, 전문가의 업무를 위촉시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 오히려 善意의 依頼人の 실질적인 권익보호에 지장을 줄 수도 있다. 그러므로 전문가의 책임범위를 논함에 있어서는 다음과 같은 사항들이 고려되어야 한다.

(1) 契約締結의 不明確性

전문가와 의뢰인간에 계약이 체결되는 현황을 보면, 일회적인 업무를 위임할 경우에는 위임에 관한 契約書를 작성하는 예가 거의 없고 통상적으로 口頭에 의하여 위임사항과 보수를 결정하는 경우가 대부분이다. 계속적인 업무를 위임할 경우에도 최초에는 계약에 관한 書面을 작성하지만 그 이후에는 구두로 갱신하거나 再契約을 하는 실정이다. 이와 같이 업무의 위임이 서면화되지 않는 탓도 있겠지만 의뢰인의 비전문적 입장으로 인해 위임사항이 매우 모호한 상태에서 업무를 위임하는 예도 적지 않다. 예컨대 의뢰인이 막연하게 사무의 처리를 부탁하고 이때 전문가 역시 잘 알아서 처리하겠다는 약속을 하는 것과 같은 사례도 허다하다. 이런 식의 위임에서는 의뢰인은 자신이 전문가에게 무엇을 위임하였는지조차 알지 못하거나 전문가도 무엇을 수임하였는지 정확하게 판단할 수 없는 경우가 발생할 수 있고, 결국 責任問題의 歪曲으로 이어지게 된다.

(2) 責任範圍의 模糊性

資格에 관한 法은 거의 예외없이 전문가에 대하여 依頼人の 權益保護를 명문화하고 있지만, 전문가가 어느 범위까지 의뢰인의 권익을 고려하여야 하는가에 대해서는 언급하고 있지 아니하다. 예컨대 의뢰인이 전문가에게 사무처리를 의뢰하면서 충분한 정보를 제공하지 않아 적정한 사무처리의 기회를 놓치는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 경우에 전문가 자신이 적정한 사무처리의 가능성을 의식하여 관련사항을 의뢰인에게 질문하고 스스로 자료를 수집하여야 하는가에 대해서는 의문이 생긴다. 또 다른 예로 의뢰인이 사무처리를 의뢰하면서 부탁 또는 지시한 방법대로 사무를 처리하기는 하였지만 실은 의뢰인이 부탁한 방법 이외의 다른 방법을 채용하였어야 의뢰인에게 보다 유리한 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 경우 전문가는 다른 방법이 의뢰인에게 보다 더 유리할 수 있다는 가능성을 의식하고 스스로 조사하여 의뢰인에게 그 다른 방법을 채용하도록 권유하여야 할 義務가 있는가에 대한 의문이 생긴다.

이는 물론 의뢰인이 전문가에게 사무처리를 위임할 때의 合意된 사항을 가지고

판단하여야 할 문제이다. 가령 위의 경우 最善의 方法을 강구해 줄 것을 의뢰하였다면 전문가가 의뢰인에게 보다 유리한 방법을 채용하지 아니한 것은 任務懈怠라고 보아야 할 것이다. 그러나 特定한 方法에 의한 사무처리를 의뢰하였을 때에는 전문가가 스스로 조사하고 의뢰인에게 보다 유리한 방법을 채용할 것을 권고하거나 그와 같은 방법을 채용하여야 한다고 단정하기는 어려울 것이다.

(3) 依賴人 過失의 加擔

앞에서 언급한 것들과는 반대로 專門家の 立場을 옹호하기 위하여 배려해야 할 사항도 있다. 예컨대 전문가의 업무수행으로 인한 의뢰인의 손해가 專門家の 任務懈怠 만이 아니라 依賴人의 過失에서도 비롯되는 경우도 상당수 있을 수 있다. 가장 흔한 예로는 의뢰인이 전문가에게 사무처리를 의뢰할 때 충분한 情報를 제공하지 않거나 중요한 事實關係의 일부를 은폐하는 것이다. 또 흔한 사례는 아니지만, 의뢰인이 전문가에게 脫法的인 方法에 의한 사무처리를 의뢰하는 예도 있다. 이 경우 不法으로 처리되면 의뢰인은 전문가에게 責任을 轉嫁하고자 할 것이다. 이 같은 사안들의 경우까지 전문가에게 전폭적인 책임을 묻는 것은 공평하지 못하다고 할 것이다.

(4) 依賴人의 不服節次 또는 後續措置의 懈怠

專門家の 過失로 의뢰인이 과도한 부담을 지거나 손해를 입었다고 하더라도, 많은 경우 不服節次 또는 後續措置 등에 의하여 부담 또는 손해를 경감받을 수 있는 기회를 갖는 경우가 상당수 있다. 그런데 의뢰인이 불복절차가 번거롭다거나 비용이 든다고 하여 이를 거부하거나 불복의 기회를 놓치고 전문가에게 손해배상을 청구하는 경우, 그 청구를 모두 인정하여야 하는가가 문제된다. 물론 이 문제도 일의적으로 단정할 성질의 사안은 아니지만, 專門家の 責任範圍를 정함에 있어 고려되어야 할 점이다.

3. 損害賠償責任 法理의 變容

1) 過失의 判斷

(1) 過失의 判斷要所

전문가책임은 일부 예외적인 경우를 제외하고는 주로 계약책임 또는 불법행위 책임 중 過失責任의 범주내에서 논의되어야 할 문제이다. 그리고 전문가의 과실책

임을 논함에 있어서는 전술한 바와 같은 專門家の 業務의 公共性·專門性, 依頼人의 特別한 信賴, 專門家の 包括的인 裁量判斷의 余地 등을 고려하여, 民法상의 일반적인 過失責任과는 다른 판단요소를 채용하여야 할 것이다.¹¹⁾

첫째, 배상책임과 관련하여 過失判斷의 基準이 대단히 高度化되어 나타난다. 전문가의 경우 통상적인 주의를 기울이는 것만으로는 족하지 아니하고, 사회 또는 의뢰인측에 필요하고 기대가능한 주의를 다하여야 하는 것으로 해석된다. 즉, 선관주의의무라고 하는 추상적이고 객관적인 과실판단기준에 대한 수정이 '하향적 수정' 뿐만 아니라 '上向的 修正'으로 나타난다.

둘째, 민법상의 과실에 대한 배상책임에서는 '一般的으로 요구되는 注意義務'의 위반여부만을 과실판단의 대상으로 삼는데 대하여, 전문가의 책임이 문제되는 경우에는 여기에 더하여 사고 당시의 '專門職種の 水準'에 기초하여 사회적 또는 객관적으로 기대되는 結果回避措置를 취하였는가에 따라 과실의 존부를 판단하여야 한다. 즉, 전문가의 과실은 단순히 행위자가 속하는 비교그룹에 비추어 유형화된 기준에 의하여 판단되는 것이 아니라(單線型過失判斷構造), 해당직종 전체의 수준에 비추어 비교그룹에 요구되고 기대된 결과회피조치를 취하였는가 라고 하는 외부적이고 객관적인 기준 즉, 전체의 수준과 유형화된 과실판단기준에 의하여 복합적으로 판단되어야 한다(複線型過失判斷構造).

셋째, 당사자의 立場에 互換性이 없기 때문에, 행위 의무의 설정에 있어서 '行爲者의 行爲의 自由'와 '他人의 法益侵害禁止'라고 하는 양대법익간의 균형이 반드시 유지되지는 아니하고 依頼人의 法益保護 즉, 結果回避에 중점을 둔 행위 의무가 논의되어야 한다. 즉, 행위 의무 설정시에는 '行爲義務設定에 의하여 制限받는 利益'이라는 요소가 '危險의 大小'나 '被害法益의 重大性'에 비하여 후순위에 놓여져야 할 것이다.

(2) 信賴違反의 경우

專門家の 專門性 및 誠實性에 대한 信賴를 고려하면 전문가의 손해배상책임을 추궁함에 있어 종래의 계약책임 또는 불법행위책임을 법리에만 의존할 수 없는 특수한 사정이 존재함을 알 수 있다.

이들 신뢰중 전술한 첫번째 의미의 신뢰에 대하여는 개별전문가별로 注意義務의 程度를 어떻게 설정하는가의 문제와 契約當事者 간의 非對稱性을 고려하여 어떻게 의뢰인을 보호할 것인가의 문제로 귀결될 것이다.

11) 金敏圭, 전계논문, 485~489면 참조.

다음으로 두번째 의미의 신뢰는 첫번째 의미의 신뢰와 완전히 다른 의미를 가진다. 이는 전문가에게 맡겨져 있는 재량적 판단이 의뢰자의 권익을 위해 적절하게 이루어졌는가 그렇지 아니한가의 문제이며, 주의의무와는 다른 信認的인 義務違反의 문제이다. 우리 나라에는 이와 같은 문제를 다루는 적절한 법적 개념이 없지만, 영미법에서는 '信認義務(duty of fiduciary)'에 의하여 이러한 신뢰의 위반에 대한 책임을 묻고 있다.¹²⁾ 우리 나라의 경우 전문가의 신뢰위반의 책임을 묻기 위하여는 注意義務의 擴張 또는 영미법상의 信認義務法理의 수용이 고려되어야 할 것이다.

한편 전문가에 대한 의뢰인의 신뢰는 통상의 경우 國家가 公認하는 資格을 구비하고 있다는 사실로부터 추단되는 측면이 상당한 비중을 차지하는데, 이는 바로 國家制度에 대한 信賴와 같다. 국가제도가 창출한 신뢰라면 제도에 의해 그 신뢰를 보호하지 않으면 안된다. 그 保障方法이란 전문가의 資格認定에 있어 보다 엄격한 기준에 의해 우수한 질을 확보하는 것도 포함되지만, 보다 중요한 것은 전문가의 업무처리가 의뢰인의 信賴에 어긋나게 행해졌을 때 의뢰인의 權益保護를 만족스럽게 하는 것이라 할 것이다.

2) 立證責任의 轉換

專門家の 業務의 專門性, 關聯情報의 獨占性 및 사무처리과정상의 行政事務의 硬直性을 비롯하여 후술하는 契約締結의 不明確性·責任範圍의 모호성 등이 더하여, 의뢰인이 情報에 接近한다거나 加害事實을 認知한다는 자체가 결코 용이하지 아니하다. 더욱이 의뢰인으로서는 정보에 접근하였다거나 가해사실을 인지하였다고 하더라도, 업무의 고도의 전문성으로 인하여 위임사무를 처리하는 過程과 方法 및 結果의 適正性 여부를 파악하기가 어렵다.

의뢰인은 전문가의 업무에 관한 정보에의 차단과 업무내용에 대한 이해의 어려움으로 인하여, 일반적인 위임의 경우와는 달리, 전문가의 사무처리과정에 개입하여 위임자로서 전문가의 업무를 적절하게 監視·監督하거나 사후결과에 대하여 異議를 提起한다는 것이 사실상 불가능한 경우가 대부분이다. 따라서 업무처리의 방향과 내용은 전적으로 전문가의 包括的인 裁量에 의존할 수 밖에 없다.

그러므로 의뢰인과 전문가간의 분쟁에 있어서는 의뢰인과 전문가의 분쟁당사자

12) Dugdale, A. M. & Stanton, K. M. Professional Negligence, 2nd ed., 1989, para. 1.15 ~14.01 참조.

로서의 實質的인 對等性 維持의 차원에서, 특히 不法行爲에 관한 전문가의 過失立證의 경우, 立證責任의 轉換이 필요하다.

3) 說明義務의 強化

전문가에게 업무를 위임한 의뢰인은 대개의 경우 전문가의 사무처리의 과정 또는 결과를 정확히 평가할 능력을 갖지 못하다. 그러므로 전문가의 사무처리과정이 어떠하고 그 결과가 과연 자신에게 최선으로 행해졌는지의 판단은 전적으로 전문가의 一方的인 說明을 통해서만 이루어질 수 있다.

그러므로 의뢰인의 권익을 보호하고 분쟁을 사전에 예방하며 전문가의 채무불이행 또는 불법행위로부터 의뢰인이 구제받을 수 있는 여지를 확보해주기 위하여는 専門家の 說明義務를 보다 강화하여야 할 것이다.

4) 責任追窮이 가능한 損害範圍의 定型化

그밖에 분쟁해결의 장애가 되는 사항으로는 契約의 締結事實 및 계약에서 合意된 내용이 不明確하다는 것, 전문가의 責任範圍가 모호하다는 것 그리고 의뢰인이 전문가의 過失에 加擔하거나 不服節次 또는 後續措置를 해태한 경우의 催급에 대한 해석이나 立법이 정립되어 있지 아니하다는 것 등을 들 수 있다.

依頼人の 權益을 두텁게 保護하고 専門家制度의 合理的인 運用을 도모하기 위하여는 建별로 書面에 의한 계약을 체결하도록 하고 그 계약내용을 명시하도록 함과 아울러 전문가의 責任範圍 및 限界를 명확히 하여야 할 것이다. 구체적으로는 개별전문가별로 이들 내용을 담은 標準約款을 사용토록 하는 방안도 고려해볼 직 하다.

4. 損害賠償責任의 履行確保

1) 履行確保方案의 必要性

전문가의 손해배상은 민사상의 채무불이행책임 또는 불법행위책임을 묻는 손해배상 청구절차에 따라 진행되므로, 일반적으로는 公法이 이에 관여하지 않는 것이 원칙이다. 그러나 전문가에 대한 배타적인 자격의 부여는 궁극적으로 국민의 生命 또는 財産의 安全을 위하여 두는 것이라는 점, 전문가와 의뢰인 간에는 立場의 互

換性없이 전문가는 항상 가해자군으로 존재하고 의뢰인은 항상 피해자의 입장에 놓일 수 밖에 없다는 점 등을 고려할 때, 제도론적으로 전문가에게는 그 직무와 관련하여 고의 또는 과실에 의하여 발생시킨 損害의 賠償責任에 대하여 履行確保方案을 강제할 필요가 있다.

이러한 이행확보방안으로는 保險制度, 共濟制度 및 供託 등을 들 수 있다. 이중 보험제도는 당해 전문가가 공동으로 또는 개별적으로 손해배상을 보장하는 일정액의 보험에 가입하는 방법이다. 다음으로 공제제도는 개별전문가단체내에 共濟基金을 설정하고, 그 구성원이 이에 가입하여 기금을 조성하며, 당해 기금으로 손해배상을 담보하는 방법이다. 끝으로 공탁은 개별전문가의 직무수행에서 발생하는 손해배상청구 예상액의 일인당 평균액 이상을 금전이나 유가증권으로 供託所에 임치하게 하는 방법으로, 일시적인 부담이 과중하여 주로 단기적인 사건에 이용된다.

이와 같은 이행확보방안을 논함에 있어 가장 중요한 요소는 保障의 範圍와 限界 및 保障金額의 最小限의 基準을 정하는 것이다. 전문가의 특성상 손해배상사건의 발생은 업무의 내용과 개인차에 따라 현저하게 상이하기 때문에 적정선을 구하는 일이 결코 쉽지는 아니하다.¹³⁾ 한편 이들 제도의 도입에는 당해 전문직의 構成員 數, 職務量, 社會與件 등을 감안한 검토가 선행되어야 할 것이다. 이하에서는 보험제도와 공제제도에 관하여 살펴본다.

2) 保險制度

보험제도는 당해 전문가가 공동으로 또는 개별적으로 손해배상을 보장하는 일정액의 보험에 가입하는 방법으로, 전문가가 그 업무를 수행함에 있어서 타인에게 손해를 가함으로써 배상책임을 진 경우 보험회사가 그로 인한 손해를 보상할 것을 목적으로 하는 賠償責任保險과 전문가의 계약상 채무불이행 또는 법률상 의무불이행으로 인한 손해를 보상할 것을 목적으로 하는 신중보험의 일종인 保證保險이 있다.

(1) 賠償責任保險

일반적으로 배상책임보험이란 보험회사가 가해자인 피보험자에게 타인의 신체 의 장애 또는 재물에 대한 법률상의 손해배상책임을 부담하게 되어 입은 손해를 보상하는 보험을 말한다. 이러한 배상책임보험은 보험사고의 종류에 따라 個人을

13) 金聖煥, “職務賠償保障制度”, 季刊 稅務士, 1992 봄호, 23~26면 참조.

대상으로 하는 배상책임보험, 企業을 대상으로 하는 배상책임보험 및 專門家を 대상으로 하는 배상책임보험으로 분류할 수 있다. 이 중 專門家賠償責任保險은 '전문가가 그 업무를 수행함에 있어서 타인에게 손해를 가함으로써 배상책임을 진 경우 보험회사가 그로 인한 손해를 보상할 것을 목적으로 하는 보험'이다.

아직까지 우리 나라에서는 전문가를 상대로 한 손해배상청구가 많지 않아 전문가배상책임보험에 대한 수요가 거의 없는 형편이다. 그러나 미국과 유럽 등 선진국에서는 전문가의 과실에 대한 책임을 추궁하는 소송이 1970년대 이래로 폭발적으로 증가함과 아울러 그 배상액도 고액화되어, '專門家 過失의 危機(professional malpractice crisis)'라든가 '訴訟症候群社會(sue syndrome society)'라는 말이 나올 정도이고 전문직 종사자들의 업무위축사태까지 생겨나고 있는 상황이다. 미국과 유럽 등에서는 전문가들의 '安定的 業務의 確保'라고 하는 필요에 의해서 일찍부터 전문가배상책임보험이 발달하기 시작하여 현재 일반화되어 있다.¹⁴⁾

우리 나라의 경우도 賠償責任保險約款에 부가하여 전문가책임을 담보할 수 있도록 醫師와 公認會計士에 대한 職業危險擔保特別約款이 마련되어 있기는 하지만, 이용도가 극히 낮은 실정이다. 이 중 醫師賠償責任保險은 초기에는 몇 건의 이용 사례가 있었으나, 최근에는 거의 이용된 바가 없다. 이는 의사측의 의료사고 공개에 대한 기피심리와 보험자측의 고액의 보험료 책정 등 보험인수의 사실상 거부에 기인한 것이라고 본다. 또한 公認會計士賠償責任保險의 경우도 보험료가 지나치게 높아서 사실상 휴면상태에 있다고 한다.

(2) 保證保險

보증보험이란 계약상의 채무불이행 또는 법령상의 의무불이행으로 인한 손해를 보상할 것을 목적으로 하는 新種保險의 일종으로, 商法상의 전형계약이 아니라 保險業法에 근거한 보험이다. 보험업법 제5조제2항에서는 보험사업으로 '매매·고용·도급 기타의 계약에 기한 채무 또는 법령에 의한 채무의 이행에 관하여 발생한 채권자 기타 권리자의 손해를 보상할 것을 채무자 기타 의무자가 약정하고 채무자 기타 의무자로부터 그 보수를 수수하는 것을 포함한다'라고 규정하고 있는데, 보증보험의 근거는 여기에 있다고 할 것이다.

보증보험은 피보험이익인 채권, 채무 또는 권리, 의무의 발생원인을 기준으로 여러가지로 분류할 수 있는데, 보험업법상의 契約에 의한 채무와 法令에 의한 채무를 기준으로 분류하면 전자에는 각종의 이행보증보험·할부판매보증보험·지급

14) 崔基元, 保險法, 博英社, 1993, 434~436면 참조.

계약보증보험·사채보증보험·리스보증보험·어음보증보험·소액대출보증보험 기타 주택관련보증보험 등이 있고, 후자에는 납세보증보험·인허가보증보험·공탁보증보험·보석보증보험 등이 있다.¹⁵⁾

보증보험은 배상책임보험과 유사하지만 몇가지 점에서 중요한 차이가 있다. 첫째, 보증보험은 보험계약자가 보험기간중의 사고로 인하여 피보험자에게 부담하는 책임을 담보하기 위한 것이고 보험계약자와 피보험자가 다르다는 점에서 '他人을 위한 契約'이지만, 책임보험은 피보험자가 보험기간중의 사고로 인하여 타인에게 부담하는 책임을 담보하기 위한 것이고 원칙적으로 보험계약자가 피보험자인 '自己를 위한 契約'이란 점에서 차이가 있다. 둘째, 보증보험의 경우 문제되는 책임은 주로 契約에 의한 債務의 不履行에 대한 책임에 한정되는데 반하여, 책임보험의 경우에는 不法行爲로 인한 손해배상책임까지를 포함한다는 점에서 차이가 있다. 셋째, 보증보험의 경우는 책임보험의 경우와는 달리 '保證性'에 기인하여 보험회사의 求償權 행사가 인정된다.

3) 共濟制度 - 保險과 共濟의 比較

공제제도는 당해 전문가단체내에 共濟基金을 설정하고, 그 구성원이 이에 가입하여 기금을 조성하며, 당해 기금으로 손해배상을 담보하는 방법이다. 우리나라의 현행법을 보면 각종 손해배상의 보장방법으로 공제를 도입하고 있는 경우는 많으나, 공제의 개념을 명확하게 정의해 두고 있는 법률은 아직 없다. 우리나라에서 시행되고 있는 공제제도들로부터 공제의 개념을 추론해 보면, 공제란 '일정 지역 또는 직역에 속하는 자가 단체를 구성하여 장래 발생할 가능성이 있는 우연한 재해의 발생에 대비하여 공동의 기금을 형성하고 소정의 재해가 발생하면 일정한 급부를 행하는 계약'이라고 할 수 있다.¹⁶⁾ 공제는 일반적으로 類似保險이라고 불리우는 만큼 이하에서는 보험과의 비교를 통하여 본질을 규명해 본다.

商法上 保險契約은 보험사업자가 영리를 목적으로 보험을 인수하는 전형적인 商行爲의 일종인 營利保險을 말한다(상법 제46조제17호). 이러한 영리보험보다는 공제에 보다 가까운 보험의 형태로 相互保險을 들 수 있다. 현재 우리나라에서 상호보험이 행해지고 있지는 아니하나 일본과 미국에서는 대형생명보험회사 중 이러한 형태를 취하는 회사가 드물지 아니하다. 상호보험의 제도적 이해를 위하여

15) 상계서, 443~450면 참조.

16) 同旨, 竹內昭夫, "保險と共濟", 八十年代商事法の諸相, 有斐閣, 1985, 485면 참조.

우선 상호보험의 구조를 살펴보면, 상호보험은 이론적으로 보험에 가입하려는 자가 직접적으로 보험단체를 형성하여 상호간에 보험을 계약하는 형식을 취한다. 상호보험의 경우에는 영리보험과는 달리 보험계약자가 바로 상호보험의 社員이 되는 이중적 지위를 가진다. 그러나 보험계약관계를 중심으로 상호보험의 운영실태를 살펴보면 영리보험과 거의 차이가 없다. 즉, 보험계약의 目的을 보면, 상호보험의 경우에도 보험가입자의 관심은 상호보험회사의 사원이 된다는 것보다는 소정의 保險料를 납입하고 사고발생시 정해진 保險金을 지급받는 것을 기대하는 데 있다. 義務의 면에서도 사원은 보험료를 한도로 하는 유한책임만 부담할 뿐이다. 相互保險會社의 경우 정관에 보험금을 삭감할 수 있는 규정을 둘 수 있으나, 실제로 이러한 규정을 두는 경우를 상정하기는 어렵다. 商法에서도 상호보험에 대하여 성질상 허용하지 않는 것을 제외하고 영리보험을 준용하도록 하고 있다(상법 제664조).

이상의 설명을 전제로 공제와 보험의 계약상의 차이점과 공통점을 비교하여 보면 다음과 같다. 공제와 보험은 가입대상을 일정 지역 또는 직역에 속하는 단체의 구성원인 자로 국한하고 있는지의 여부에서 명백한 차이를 보인다고 할 수 있다. 그 외에 공제의 경우 공제사업자가 우연한 일정사고에서 발생하는 손해를 전보한다는 점과 공제가입자에게 일정의 금액을 지급하는 것을 약속하고 가입자가 이에 대한 대가의 지급을 약속하는 계약이라는 점에서는 보험과 다르지 않다. 또한 적용법규에서도 商法에서 保險에 관한 規定을 '그 성질이 이를 허용하지 않는 경우를 제외하고' 相互保險에 준용하는 것으로 정하고 있는 이상(상법 제664조 참조), 이러한 준용규정이 없더라도 그 성질상 허용하지 않는 경우는 제외하고는 共濟契約에도 상법의 보험에 관한 규정을 준용하는 것이 타당하다고 본다. 즉, 상호보험계약이든 공제계약이든 보험에 의한 보호를 요구하는 자가 단체를 구성하여 직접적으로 위험을 담보하는 법률형식을 취하는 경우라면, 상호보험계약에 영리보험에 관한 상법의 규정을 준용하고 있는 취지를 감안하여 공제계약에 대하여도 이를 준용하는 것이 당연하다고 할 것이다. 물론 공제중에서도 損害填補를 위한 것이 아니라 단순히 慰勞金 정도를 지급하는 것에는 상법의 규정을 준용하는 것이 타당하지 않다.

이렇게 보면 공제의 특징은 보험과는 달리 일정한 위험 또는 사고가 발생한 경우에 이를 담보하는 보험의 기능 이외에도, 피해자와의 紛爭調停 그리고 전문업무의 수행에 따르는 專門知識의 助言 및 支援 등의 업무를 추가할 수 있다는 데 오히려 두어야 할 것이다. 다만, 보험회사들이 가입자를 대상으로 각종 법률, 세무

및 회계 등의 자문서바스를 제공하는 사례를 보면 이 구분의 기준도 절대적인 것은 아니다. 그렇다고 하더라도 專門家團體들은 이러한 기능을 추가함으로써 분쟁에 대처하는 능력을 자체에 축적하고 이에 대한 대처기능도 확대시키며, 이를 통하여 회원의 협회에 대한 신뢰를 심화할 수 있는 계기로 활용할 수 있을 것이다. 한편 보험과 공제의 운영상 차이로는 보험은 再保險이 가능하나 공제의 경우에는 再共濟가 불가능하고, 공제는 保障限度가 비교적 적어 대형손해에 대한 위험의 사회적 분산이 어렵다는 점을 들 수 있다. 그러나 공제의 경우는 기존의 會員共濟組織 등을 활용한다면 사업비를 줄일 수 있다는 잇점이 있다.

5. 紛爭調停制度 및 自律的 規制

1) 紛爭調停制度

사인간 분쟁의 해결은 궁극적으로는 法院에 의존하는 訴訟에 의할 수 밖에 없다. 그러나 전문가와 의뢰인의 분쟁의 경우 먼저 依頼人の 權益保護 차원에서 의뢰인과 전문가 간의 能力的 差異와 소송상 각종 節次的 嚴格性으로 인하여 발생하는 訴訟의 非經濟性을 고려하면, 경우에 따라서는 오히려 전문적인 지식을 가진 團體로 하여금 신속히 분쟁을 조정하도록 하는 것이 분쟁해결에 있어서 효과적일 수 있다. 또한 이러한 분쟁조정기구의 도입은 전문가를 위해서도 필요한데, 법원에 의한 사법적 판단을 받기 전에 분쟁에 대하여 미리 一次的 審査(pretrial)를 거치면 사실에 대한 쟁점이 분명해지고, 전문가의 업무로 인한 분쟁을 去來圈內에서 解決하여 분쟁이 대외로 노출되는 것을 막아 일반국민으로부터의 전문가에 대한 신뢰를 손상시키지 아니하는 장점이 있다. 또한 時間과 費用에 있어서도 사법제도를 이용하는 것과는 비교가 되지 아니하며 彈力的인 紛爭의 解決이 가능하다.

2) 專門家の 集團性 - 自律的 規制

法社會學에서는 전문가가 사회로부터 集團으로서 인정받을 것을 요한다고 한다. 그러한 전문가집단은 내부적으로 전문가의 行爲規範을 정립하기도 하고, 더 나아가 그 構成員을 직접 統制 내지는 規制하기도 한다. 전문가의 책임이 문제된 경우에는 訴訟의 경우건 仲裁의 경우건 일반적으로 전문가집단 소속원으로부터 專門鑑定을 요구하게 되고 그것에 기초하여 책임여부를 판단하게 된다. 물론 소송이나 중재에 있어서 판결이나 결정이 專門家の 鑑定에 구속되는 것은 아니지만, 대부분

의 경우 결정적인 영향을 미친다. 그러므로 전문가집단내에서의 구성원에 대한 自律的 規制는 紛爭의 豫防 또는 再發防止 차원에서 뿐만 아니라 紛爭의 解決에 있어서도 중요한 의미를 가진다.

第3章 現行法上の 専門家の 損害賠償責任

현행법상 법률에서 専門家に 대한 損害賠償責任에 관한 特則을 두고 그 하위법령에서 具體的인 保障方法까지 명시하고 있는 경우가 있다. 公認會計士, 稅務士, 關稅士, 鑑定評價士, 公認勞務士 및 不動産仲介業者의 경우가 그러하다. 현행법상의 손해배상책임에 관한 특칙에서는 대부분의 경우 배상책임의 일부 成立要件을 명확화하고 最少保障金額을 정하여 保險이나 共濟制度에의 가입 또는 供託 등을 강제하고 있다. 또한 일부의 전문직종에 관하여는 紛爭調停制度에 관한 규정도 두고 있다.

I. 公認會計士

공인회계사의 직무수행과 관련하여 손해배상책임을 규정한 법률로는 公認會計士法과 株式會社の外部監査에 관한法律이 있다.

1. 公認會計士法

公認會計士法은 제19조에서 公認會計士(회계법인에 소속된 공인회계사 제외)의 委囑人 및 善意의 第三者에 대한 손해배상책임의 특칙을 두고 있다. 동조는 성립요건 또는 책임의 범위를 명확하거나 입증책임을 전환하는 등의 내용에 대한 언급없이, 責任保障의 방법으로 共濟事業 또는 保險에 가입하여야 한다는 내용만을 정하고 있다. 또한 제28조에서는 會計法人의 委囑人 및 善意의 第三者에 대한 손해배상책임의 특칙을 두고 있다. 동조는 회계법인으로 하여금 손해배상책임의 보장을 위하여 매사업년도마다 損害賠償準備金을 적립하도록 하고 있다. 한편 제45조에서는 公認會計士會가 공인회계사와 의뢰인 간에 紛爭이 있는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 이를 調停할 수 있고, 이를 위하여 공인회계사회에 紛爭調停委員會를 두도록 정하고 있다.

公認會計士法施行令은 제13조에서 동법 제19조의 규정에 근거하여 공인회계사(회계법인에 소속된 공인회계사를 제외)의 具體的인 손해배상책임의 保障方法에 관하여 정하고 있다. 동조에서는 공인회계사 1인당 3,000만원 상당 이상으로 保

도록 강제하고 있다. 또한 동시행령은 제20조에서 동법 제28조의 규정에 근거하여 회계법인이 당해 사업년도 총매출액의 100분의 2에 해당하는 금액을 매 사업년도마다 損害賠償準備金으로 적립하도록 정하고 있고, 제23조에서는 이러한 예치금의 관리·운용에 관한 내용을 정하고 있다. 한편 동시행령은 제27조 내지 제29조에서 紛爭調停委員會의 구성, 조정의 신청 및 紛爭調停節次에 관한 내용을 정하고 있다.

2. 株式會社의外部監査에관한法律

株式會社의外部監査에관한法律은 제17조 내지 제17조의4에서 공인회계사인 外部監査人の 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다.

제17조에서는 손해배상책임을 그 대상별로 피감사회사와 제3자로 나누어 成立要件 중 歸責事由 부분을 어느 정도 명확화하고 있다. 먼저 제17조제1항에서는 被監査會社에 대한 손해배상책임으로, '감사인이 그 임무를 게을리하여 회사에 대하여 손해를 발생하게 한 때에는 그 감사인은 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다'라고 규정하고 있다. 따라서 감사인은 감사계약서상의 약정사항을 위반하거나 감사에 관련된 법령이나 기준 등을 위반한 경우 당해 배상책임문제가 제기될 수 있다. 제17조제2항에서는 第三者에 대한 손해배상책임으로, '감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 감사인은 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다'라고 규정하고 있다. 여기에서 손해배상청구권자인 '第三者'란 회사의 주식이나 채권을 매수한 投資者, 회사에 대출이나 지급보증을 제공한 債權者 또는 기타 회사의 직·간접적으로 去來關係에 있는 者를 말한다. 그리고 '重要한 事項'이라 함은 두가지 측면에서 생각해 볼 수 있는데, 그 하나는 善意的 投資者 및 第三者의 입장에서 投資 또는 去來를 함에 있어서 意思決定에 영향을 줄 수 있는 사항이고, 다른 하나는 監査人の 입장에서 감사대상회사의 상황에 비추어 보아 양적 또는 질적인 면에서 監査意見의 形成에 영향을 줄 수 있는 사항이다. 또한 주식회사의외부감사에관한법률은 감사인이 회사 또는 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있는 경우 회사의 理事 또는 監事도 그 책임이 있는 경우에는 監査인과 이사 및 감사는 連帶하여 損害를 賠償하여야 하며(제17조제4항), 감사인이 監査班인 경우에는 당해 회사에 대한 감사에 참여한 공인회계사가 連帶하여 損害賠償하도록 규정하고 있다(제17조제1항 단서 및 제3항). 감사인의

連帶하여 損害賠償하도록 규정하고 있다(제17조제1항 단서 및 제3항). 감사인의 손해배상책임은 그 청구권자가 당해 사실을 안 날로부터 1년이내 또는 감사보고서를 제출한 날로부터 3년이내에 請求權을 행사하지 아니할 때에는 소멸한다(제17조제7항).

주식회사의외부감사에관한법률은 회계법인의 손해배상책임의 보장을 위하여 제17조의2에서 公認會計士會에 損害賠償共同基金을 적립하도록 정하고, 제17조의3에서 공동기금의 지급 및 지급의 한도, 제17조의4에서 공동기금의 관리 등에 관하여 정하고 있다. 아울러 주식회사의외부감사에관한법률시행령은 제17조의3 내지 제17조의9에서 손해배상공동기금의 적립금액(100인미만 5천만원·100인이상 2억5천만원), 적립시기, 예외적 양도, 지급 및 지급의 한도, 구상권의 행사, 추가적립 등에 관한 구체적인 사항을 정하고 있다.

3. 公認會計士의 損害賠償責任에 관한 特則規定의 問題點

1) 會計法人 社員인 公認會計士의 有限責任(제40조제2항)

공인회계사법 제40조제2항에 근거하여 회계법인의 사원인 공인회계사는 유한책임을 부담한다. 의뢰인에 대한 손해배상책임에 관한 한 전문가는 無限責任을 부담하는 것이 원칙이며, 合同事務所나 法人의 형태를 취하는 경우에도 마찬가지이다. 업무의 원활성 또는 경쟁력 제고 등을 위하여 전문가의 손해배상책임을 완화해주는 조치를 취한다고 하더라도 이러한 원칙에서 크게 벗어날 수는 없다. 회계법인 사원의 손해배상책임을 有限責任으로 한다면, 손해배상책임에 대한 보장의 내용 및 방법이 무한책임에 준하는 수준으로 구체적으로 확립되어 있어야 할 것이다.

2) 損害賠償準備金の 積立(제28조)

손해배상책임의 보장을 두텁게 하기 위하여 손해배상준비금의 적립을 강제하고, 재무부장관의 승인을 받아 이를 자본으로 전입할 수 있도록 한다는 데는 별다른 문제가 없다고 본다. 다만, 1차 損害賠償準備金으로, 2차 資本金(제27조 참조)으로 무한책임에 준하는 수준의 손해배상책임의 보장이 달성될 수 있는가에 대해서는 의문이 남는다.

II. 法務士

法務士法은 제26조에서 법무사의 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다. 동조는 성립요건 또는 책임범위를 명확화하거나 의뢰인의 입증책임을 완화 내지는 전환하는 내용에 대한 언급이 없이 履行保證保險에의 가입 또는 共濟에의 가입에 의한 손해배상책임의 이행보장에 관한 내용만을 정하고 있다.

法務士法施行規則은 제38조에서 법무사는 개업법무사의 경우 3000만원 이상, 법무사합동사무소 및 법무사합동법인의 경우 법무사 1인당 2000만원 이상으로 법무사 업무를 개시한 날로부터 1월이내에 이행보증보험 또는 공제에 가입하고, 이행보증보험에 가입한 경우에는 그 가입을 증명하는 서류를 첨부하여 소속지방법무사회에 가입사실을 신고하도록 규정하고 있다. 또한 개업법무사, 법무사합동사무소 및 법무사합동법인은 가입한 이행보증보험 또는 공제가 보험기간만료 등의 사유로 종료될 때에는 종료일 10일전까지 다시 보험 또는 공제에 가입하고 그 가입사실을 신고하여야 한다.

III. 稅務士

稅務士法은 제16조의2에서 세무사의 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다. 동조는 성립요건 또는 책임범위를 명확화하거나 입증책임을 전환하는 내용에 대한 언급이 없이 保險 등에 의한 損害賠償責任의 保障만을 정하고 있다.

稅務士法施行令은 제33조의4에서 동법 제16조의2의 규정에 근거하여 세무사의 구체적인 손해배상책임의 보장방법에 관하여 정하고 있다. 동조에서는 개인 또는 법인의 구별없이 세무사 1인당 2,000만원 상당 이상으로 보험에의 가입, 세무사회가 운영하는 공제사업에의 가입 또는 사무소 소재지의 관할하는 공탁기관에의 현금·국공채의 공탁 중 하나를 선택하도록 규정하고 있다.

IV. 鑑定評價士 - 鑑定評價業者

地價公示 및 土地 등의 評價에 관한法律은 제26조에서 鑑定評價業者의 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다. 동조에서는 손해배상책임의 成立要件을 어느 정도 명

확화하고 있다. 동조제1항은 감정평가업자가 타인의 의뢰에 의하여 감정평가를 함에 있어서 고의 또는 과실로 '鑑定評價 당시의 適定價格과 현저한 差異가 있게 감정평가'하거나 '감정평가서류에 虛偽의 記載'를 함으로써 감정평가 '依頼人이나 善意의 第3者'에게 손해를 발생하게 한 때에는 감정평가업자가 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정함으로써, 손해배상책임을 물을 수 있는 경우를 '감정평가 당시의 적정가격과 현저한 차이가 있게 감정평가'하거나 '감정평가서류에 허위로 기재'한 경우로 한정하고 손해배상청구권자의 범위도 '의뢰인' 또는 '선의의 제3자'로 명확히 하고 있다. 아울러 동조제2항에서는 保險 또는 鑑定評價業協會가 운영하는 共濟事業에의 가입 등 배상책임을 이행보장에 관한 내용을 담고 있다.

地價公示및土地등의評價에관한法律施行令은 제38조제2항 및 제4항에서 동법 제26조에 의거하여, 보증보험에 가입하는 경우에는 당해 보험가입금액이 구성원 또는 사원인 감정평가사 1인당 2천만원 이상으로 하고 보증보험금으로 손해배상을 한 때에는 10일 이내에 보험계약을 다시 체결하도록 하고 있다. 또한 공제사업과 관련해서는, 제44조제1항에서 감정평가업자가 협회의 공제사업에 가입하는 경우에는 그가 받은 수수료의 100분의 1이상을 협회의 정관이 정하는 바에 따라 출연하도록 하고 있고, 제38조제5항에서 감정평가업자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 손해를 공제사업에 의하여 조성된 기금으로 배상한 때에는 당해 감정평가업협회의 정관이 정하는 바에 의하여 이를 상환하도록 하여 동협회의 구상권을 인정하고 있다(동령 제41조 참조). 아울러 동협회가 공제사업의 운영에 관한 공제규정을 제정하거나 변경하고자 할 때에는 미리 건설교통부장관의 승인을 얻도록 하고 있다(제44조제2항). 한편 제38조제3항에서는 감정평가법인의 경우 보증보험 또는 공제사업에의 가입외에 따로 감정평가수수료의 100분의 2이상을 손해배상충당금으로 적립하도록 하고, 적립된 손해배상충당금은 건설교통부장관의 승인없이 다른 용도에 사용할 수 없도록 정하고 있다.

地價公示및土地등의評價에관한法律施行規則은 제18조에서 감정평가업자가 개설 등록 또는 설립등기를 한 날부터 10일 이내에 보증보험에의 가입 또는 감정평가업협회가 운영하는 공제사업에의 가입을 증명하는 서류를 건설교통부장관에게 제출하고, 보증기간의 만료 또는 보증보험금에 의한 손해배상 등으로 보증보험계약을 다시 체결한 경우에는 지체없이 이를 건설교통부장관에게 신고하도록 하여, 책임보장을 현실적으로 강화하고 있다.

V. 公認勞務士

公認勞務士法은 제12조의4에서 공인노무사의 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다. 이 조문은 세무사의 경우와 마찬가지로 성립요건을 명확화하거나 입증책임을 완화 내지는 전환하는 내용에 대한 언급이 없이 손해배상책임을 보장하기 위하여 保證保險에 가입할 것만을 정하고 있다.

公認勞務士法施行令은 제20조의2 및 제20조의3에서 동법 제12조의4에 근거하여 공인노무사 손해배상책임의 구체적인 이행보장방법인 보증보험의 가입과 보증보험금의 지급 등에 관하여 정하고 있다. 동령 제20조의2에 의하면, 노무법인은 설립인가를 받은 후 15일 이내에 보험금액 1억원 이상의 보증보험에, 개업노무사는 사무소 또는 합동사무소의 설치신고를 마친 후 15일 이내에 개업노무사 1인당 보험금액 2천만원 이상의 보증보험에 각각 가입하고 그 증빙서류를 갖추어 관할 지방노동관서의 장에게 신고하여야 하며, 노무법인 및 개업노무사가 보증보험에 가입한 후 그 보증기간이 만료될 때에는 당해 보증기간 만료일까지 다시 보증보험에 가입하고 그 증빙서류를 갖추어 관할지방노동관서의 장에게 신고하여야 한다. 또한 동령 제20조의3에 의하면, 의뢰인이 손해배상금으로 보증보험금을 지급 받고자 하는 때에는 노동부령이 정하는 신청서에 당해 의뢰인과 노무법인 또는 개업노무사 간의 손해배상합의서, 화해조서, 법원의 확정판결문 사본 기타 이에 준하는 효력이 있는 서류를 첨부하여 당해 노무법인 또는 개업노무사의 사무소소재지를 관할하는 지방노동관서의 장에게 제출하여야 한다. 이 경우 관할지방노동관서의 장은 노동부령이 정하는 보증보험금지급발생확인서를 지체없이 교부하여야 한다. 그리고 노무법인 및 개업노무사는 보증보험금으로 손해배상을 한 때에는 15일 이내에 보증보험에 다시 가입하여야 한다.

VI. 公認仲介士 - 不動産仲介業者

不動産仲介業法은 제19조 등에서 부동산중개업자의 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다. 동법 제19조에서는 손해배상책임을 보장하기 위하여 保證保險 또는 共濟에 가입하거나 供託을 하도록 추상적인 책임보장을 규정하고(제3항), 중개업자는 중개가 완성된 때에는 거래당사자에게 보증금액, 보증보험회사·공제사

업을 행하는 자·공탁기관 및 그 소재지, 보증기간을 설명하고 관계증서의 사본을 교부하도록 정하고 있다(제5항).

이중 供託金は 중개업자가 폐업 또는 사망한 날부터 3년이내에는 이를 회수할 수 없도록 하고 있다(제4항). 共濟事業과 관련해서는 제35조의2에서 부동산중개업협회가 공제규정을 제정하여 건설부장관의 승인을 얻어 공제사업을 할 수 있도록 하고 있다. 이러한 공제규정에는 공제사업의 범위, 공제계약의 내용, 공제금, 공제료, 공제금에 충당하기 위한 책임준비금 등 공제사업의 운영에 관하여 필요한 사항을 정하여야 하며, 변경시에는 제정의 경우와 마찬가지로 건설교통부장관의 승인을 받아야 있다. 또한 동법은 제37조의3에서 중개업무에 관한 분쟁을 조정·처리하기 위하여 허가관청소속하에 仲介業紛爭調停委員會(이하 '위원회'라 한다)를 두도록 하고 그 설치 및 기능에 관하여 정하고 있으며, 제37조의4 내지 제37조의5에서는 위원회에 의한 조정의 절차, 처리 등에 관하여 정하고 있다.

不動産仲介業法施行令에서는 제23조에서 동법 제19조제3항에 근거하여 구체적인 손해배상책임의 보장방법을 정하고 있는데, 중개업자는 손해배상책임의 보장을 위하여 중개업허가의 통지를 받은 후 10일 이내에 손해배상책임을 보장하기 위한 보증(이하 '保證'이라 한다)을 설정하고 그 증빙서를 갖추어 허가관청에 신고하여야 한다. 여기에서 '保證'이란 중개업자가 법인인가 아니면 공인중개업자인가에 따라 다른데, 동령에서는 먼저 법인인 경우에는 보험금액 5천만원 이상의 보증보험 가입, 공제금액 5천만원 이상의 공제가입 또는 사무소 소재지를 관할하는 공탁기관에 현금 또는 국공채 5천만원 이상의 공탁 중 하나를, 공인중개사인 중개업자는 보험금액 2천만원 이상의 보증보험 가입, 공제금액 2천만원 이상의 공제가입 또는 사무소 소재지를 관할하는 공탁기관에 현금 또는 국공채 2천만원 이상의 공탁 중 하나를 선택하도록 하고 있다. 한편 단위농업협동조합이 부동산중개업을 하는 때에는 보험금액 500만원 이상의 보증보험 가입, 공제금액 500만원 이상의 공제가입 또는 사무소 소재지를 관할하는 공탁기관에 현금 또는 국공채 500만원 이상의 공탁중 하나를 선택하도록 하고 있다.

동령 제25조에서는 보증을 설정한 중개업자가 그 보증을 다른 보증으로 변경하고자 하는 경우에는 이미 설정한 보증의 효력이 있는 기간중에 다른 보증을 설정하고 그 증빙서를 갖추어 허가관청에 신고하도록 함과 아울러 보증보험 또는 공제에 가입한 중개업자로서 보증기간의 만료로 인하여 다시 보증을 설정하고자 하는 자는 당해 보증기간 만료일까지 다시 보증을 설정하고 그 증빙서를 갖추어 허

가관청에 신고하도록 하고 있다. 동령 제27조에서는 보증보험금·공제금 또는 공탁금의 지급절차를 정하고 있고, 제28조에서는 업무보증서의 교부에 관하여 정하고 있다.

또한 동령 제42조 내지 제44조에서는 동법 제37조의3에 근거하여 분쟁조정 신청·처리 및 의견청취의 절차 등의 세부사항에 관하여 정하고 있다.

不動産仲介業法施行規則은 제17조, 제19조, 제22조, 제23조 및 제33조에서 각각 보증의 설정신고, 보증의 변경, 보증금의 지급, 업무보증서 및 분쟁조정 신청 등에 관하여 정하고 있다.

VII. 關稅士

關稅士法은 제16조에서 관세사의 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다. 이 조문은 세무사의 경우와 마찬가지로 성립요건을 명확화하거나 입증책임을 완화 내지는 전환하는 내용에 대한 언급이 없이 保險加入 등 추상적인 책임보장에 관한 내용만을 담고 있다.

關稅士法施行令은 제22조에서 관세법 제16조의 규정에 근거하여 관세사 및 관세사법인 등의 구체적인 손해배상책임의 보장방법에 관하여 정하고 있다. 동조에서는 개인 또는 법인의 구별없이 관세사 1인당 1,000만원상당 이상으로 보증보험에의 가입, 관세사회가 운영하는 공제사업에의 가입, 사무소 소재지의 관할하는 공탁기관에의 현금 또는 국공채의 공탁 또는 기타 관세청장이 정하는 방법에 의한 보증의 설정 중 하나를 선택하도록 규정하고 있다. 또한 동시행령은 제23조에서 손해배상청구를 포함한 통관업과 관련한 분쟁을 조정하고 고충을 해소하기 위하여 關稅士會에 通關業紛爭·苦衷調停委員會를 두도록 하고 있다. 이 조정위원회는 당사자의 일방 또는 쌍방의 신청에 의하여 관세사·관세사법인 등과 의뢰인, 관세사 등과 제3자간의 분쟁과 고충을 심사·조정하여 처리한다. 아울러 동시행령은 제26조에서 관세사회의 회칙에 관세사회가 운영하는 공제사업 등 손해배상책임의 보장에 관한 사항 및 분쟁·고충조정위원회에 관한 사항을 정하도록 하고 있다.

第4章 主要國의 立法例

I. 美國

1. 專門家責任의 特徵

미국에서 전통적으로 '專門家'로 고려되는 직종으로는 의사, 치과 의사, 약사, 변호사, 공인회계사, 건축가, 엔지니어 등을 들 수 있다. 전문가의 업무수행은 교육의 결과나 특별한 훈련·경험에 의하여 개발된 특수한 능력을 전제로 하는 것으로, 비전문가인 의뢰인 등이 이를 평가하기 어렵다는 특징을 가지고 있다. 그러므로 전문가책임은 논함에 있어서는 注意義務의 水準, 전문가의 過失 또는 과실과 손해 간의 因果關係 등의 立證의 곤란성, 책임을 추궁할 수 있는 第三者의 범위 등이 문제된다. 또한 전문가와 고객 간에는 信賴關係가 전제로 되는데, 이와 관련하여서는 信認義務(fiduciary duty) 違反이 문제된다.¹⁷⁾

2. 過失責任

미국법에 있어서는 원칙적으로 不法行爲責任(torts)과 契約責任(breach of contract)에 근거한 請求權의 競合이 인정된다.¹⁸⁾ 그렇지만 실제적으로는 전문가책임의 추구는 불법행위책임에 의한 것이 많다고 한다. 그 이유 계약책임의 경우는 주로 契約內容의 解釋에 의존한다는 점과 訴訟上 불법행위책임을 묻는 것이 有利한 경우가 많다는 점을 들 수 있다. 먼저 後者의 이유를 보면, 불법행위의 경우 손해배상의 범위가 계약위반에 대한 손해배상의 범위보다 광범위하고 제소기간의 기산점이 계약위반의 경우보다 늦다. 즉, 계약위반에 근거한 손해배상의 범위는 계약체결시 전문가의 예견가능성 및 계약내용에 의하여 결정되지만, 불법행위는 直接原因(proximate cause)에 의하여 결정된다. 또한 불법행위소송에 있어서는 계약소송의 경우와는 달리 정신적 손해의 회복이나 징벌적 손해배상이 인정되고, 사망의 경우 부양청구권의 침해에 대한 회복이 인정된다.¹⁹⁾ 불법행위소

17) 弥永眞生, "アメリカにおける專門家責任", NBL, No. 539, 1994. 2. 15, 25面.

18) Catala & Weir, Delict and Torts : A Study in Parallel, Tulane L. Rev. vol. 37, 1963, p. 580.

19) Prosser, W. L., Law of Torts, 4th Ed., Minn.: West Publishing co., 1971, pp.424~

송의 제소기간은 계약소송의 출소기간보다 짧지만, 계약소송의 제소기간의 기산점이 계약위반시인데 반해 불법행위소송의 출소기간의 기산점은 손해발생시이다. 다음으로 前者의 이유를 보면, 계약위반의 여부는 그 계약의 목적 및 취지에 비추어 판단하게 되는데, 대부분의 경우 전문가는 그의 숙련도와 판단력을 최대한 활용한다는 것만을 인수하는 것이지 특정의 성과를 약속하는 것은 아니므로, 과실로 인하여 이를 실패한 경우에는 불법행위책임을 물을 수는 있어도 계약위반으로 평가할 수는 없다. 물론 예외적으로 의사가 명시적인 계약에 의하여 병을 치료하는 것을 약속하거나 특정의 결과달성을 보증한 경우 그것이 실현되지 않는 경우에는 계약위반을 추궁할 수 있으나, 이러한 사례는 극히 예외적인 경우에 해당될 것이다.

전문가는 일정한 고도의 능력을 가지는 것을 표시하고 그것을 이용하여 서비스의 제공을 인수하는 것이므로 비전문가보다 높은 수준의 기술을 갖고 서비스를 제공할 의무를 부담한다(不法行爲法 修正條項 제299A조 註釋 c). 그러나 전문가의 과실책임이 문제로 되는 때의 주의의무의 수준은 통상의 과실책임과 마찬가지로 기본적으로 '合理的으로 愼重한 人(reasonably prudent person)'이 동일 또는 유사한 상황하에서 기울여야 할 주의의 정도이다. 즉, 전문가는 언제나 고도의 주의를 기울여야 하는 것은 아니고, 그 전문적 지식에 의하여 일반인이라면 기울이지 못할 주의가 필요한 경우에만 '通常(ordinary)' 이상의 주의가 요청된다. 이러한 상황하에서 무엇이 합리적인 주의인가를 결정하는 하나의 요소는 전문가가 가지고 있는 특별한 지식이나 기술이다. 전문가는 합리적이고 통상의 주의를 지닌 전문가라면 가지는 지식, 기술 및 능력을 행사하여야 한다.²⁰⁾ 이 경우 전문가에 적용되는 주의의무의 수준은 객관적인 것이고 그 직종에 속하는 모든 전문가에게 적용되는 最低限의 水準을 의미하는 것이며, 당해 전문가의 개별적인 경험이나 훈련은 고려되지 아니한다고 한다.²¹⁾ 또한 不法行爲法 修正條項 제299A조도 전문가는 그가 속해 있는 전문가집단내에서 '認定을 받고 있는(in good standing)' 자가 통상 지니고 있는 기능과 지식을 활용할 것이 요구된다. 不法行爲法 修正條項 제299A조 註釋 e에 의하면, 해당자격을 자격을 가지고 그 직종에 종사할 능력이 있다고 인정되는 자의 기능이 기준이 되는 것이고, 그 직종의 전문가로서 최고수준의 기능이나 평균적인 기능이 기준으로 되는 것은 아니라고 한다.²²⁾ 물론

425.

20) Prosser & Keeton, on the Law of Torts, 5th ed., Minn.: West Publishing co., 1984, p.185.

21) Heath v. Swift Wings Inc., 40 N. C. App. 158, 252 S. E. 2d 526, 1979.

지식이나 기능의 측면에서는 불충분한 업무를 수행하는 것이 그 전문가의 집단에서 '慣習(custom)'이라고 하더라도 전문가의 과오가 정당화되지는 아니한다. 그러나 판단에 있어서는 그 전문가집단내에서 관습이 되어 있는 정도의 판단수준이면 족하다. 관습이라는 사실의 입증은 당해 전문가의 행위가 합리적이라고 볼 수 있는 개연성을 높게 한다.²³⁾ 이러한 주의의무의 수준은 依頼인이 立證責任을 부담한다.

한편 전문가의 주의의무는 地域性(locality limitation)과 연관지어 논의되기도 한다. 즉, 전문가는 '一般的 地域範圍(general area)' 또는 '類似한 共同體내'에서의 다른 전문가와 같은 주의의무수준이 요구된다고 한다.²⁴⁾ 다만, 이러한 주의의무수준이 실제로 기울여야 하는 주의의무수준의 기준으로 요구되는 것은 아니고, 이를 고려하는 것이 바람직하다는 정도로 평가되고 있다. 不法行爲法 修正條項 299A조 註釋 g는 주의의무수준을 판단함에 있어 행위자가 활동을 하고 있는 공동체의 유형이 고려되어야 한다고 기술하고 있는데, 이는 공동체의 지리적 위치 관계·규모·공동체의 특징 전반을 고려하여 동종의 지역에서 동종의 활동을 하고 있는 자를 기준으로 할 것을 의미한다. 이러한 규칙은 특히 의료업무와 관련하여 정보의 전달이 신속해지고 치료방법이 전형화되어 가는 추세를 배경으로 하여 國家標準(national standard)으로 대체되고 있으며, 행위자가 동일 또는 유사한 상황하에서 평균적인 동종의 전문가에게 기대되는 주의의무를 다했는지를 판단하는 요소의 하나에 지나지 않는 것으로 취급되고 있다.²⁵⁾

3. 立證上的 問題

전문가의 과실에 관하여는 통상 목격자가 존재하지 않으므로, 과실은 통상 사무처리과정상의 절차나 순서가 당해 전문가에게 허용되지 아니한다는 것을 보여줌으로써 입증된다.

미국 法院의 경우 일반인으로 구성된 배심원들이 전문가책임에서의 과실의 존재여부에 대하여 충분한 판단능력을 갖고 있지 아니한 경우가 대부분이므로 證人·鑑定人 등이 필요하게 되는데, 주의의무의 수준에 대한 판단은 사실상 이들 전문가에 의하여 이루어지게 된다. 즉, 전문가로 하여금 자신들의 주의의무의 수

22) Prosser & Keeton, op. cit., p.187.

23) *Comment*, "Professional Negligence", Univ. of Penn. L. Rev. vol. 121, 1973, pp. 627~640 참조.

24) *Levine v. Wiss & Co.*, 97 N. J. 242, 478 A. 2d 397, 1984.

25) Prosser & Keeton, op. cit., p. 240.

준을 설정하는 것을 허용하는 결과가 된다. 그러나 대개의 경우 전문가는 동업자를 해하게 하는 것에 주저하게 되는데, 이로 인하여 증인을 찾는 것이 곤란한 경우가 적지 않다는 문제가 지적되고 있다. 그리고 증언도 그 증인 개인의 의견이고, 전문가를 대표하는 것이 아닐 수 있다. 더욱이 증인이 어떠한 행위가 '전문가로서 허용되는 행위인가' 또는 '일반적으로 행하여지고 있는가'라는 질문에 대답한다는 것은 결코 용이하지 아니하다. 허용되는 모든 행위를 증인이 알고 있다고 생각하는 것은 비현실적이다. 그러므로 법원의 當然確知(judicial notice)理論을 확대하여 전문가의 주의의무의 수준에 관한 문제는 법원의 기능에 맡겨야 한다는 견해도 있다.²⁶⁾

4. 保證責任, 不實表示 및 嚴格責任

과실책임에 관한 소송에 있어서 예외적으로 事實推定の 原則(res ipsa loquitur)이 인정되어 입증책임이 전환되는 경우가 있지만, 그외의 경우에는 원고가 입증책임을 부담하기 때문에 손해를 입은 자의 구제가 불충분하게 될 가능성이 있다. 특히 미국의 배심원들은 전문가에게 과실이 있다는 판단을 내리는데 주저하는 경향이 있다고 한다. 과실을 입증하지 않았더라도 전문가의 책임을 물을 수 있는 경우로는 保證責任(warranty),²⁷⁾不實表示(misrepresentation)²⁸⁾ 및 불법행위에 있어서의 嚴格責任(strict liability) 등을 들 수 있다.

미국의 判例法은 無過失責任의 인정여부와 관련하여 매매와 서비스의 제공에 대하여 차이를 두어 왔다. 즉, 전문가적인 서비스의 제공에 관련하여 하자있는 상품을 제공한 경우의 책임은 통상의 製造物責任과는 다른 것으로 嚴格責任이 부정되어 왔다. 이에 대한 근거로는 專門的 去來(professionanl transaction)는 본질적으로 서비스의 제공을 내용으로 하는 것이고 서비스의 제공에는 전통적으로 무과실책임이 인정되지 아니한다는 것, 공동체는 전문가의 서비스를 필요로 하고 그 필요는 무과실책임을 지게 하는 정책적 요청을 크게 상회한다는 것, 무과실책임을 인정하는 것은 과실책임을 무용의 것으로 만들 우려가 있다는 것 등이 거론되어

26) Curran, W. J., "Professional Negligence - Some General Comments", Vanderbilt L. Rev., 1959, p.540.

27) 이는 契約責任이므로 순수한 經濟的 利益의 損害만 발생한 경우에도 손해배상의 대상이 되고, 또 행위자의 過失의 有無는 묻지 아니한다.

28) 過失에 의한 不實表示도 純粹한 經濟的 損失에 대한 배상책임의 원인이 되기는 하지만, 부실표시에는 契約關係理論의 적용이 타당하다는 견해가 지배적이다.

왔다. 그러나 근래들어 전문가에게 嚴格責任을 부담하게 하는 것이 學說 뿐만 아니라 判例에서도 검토되고 있다고 한다.²⁹⁾ 이들 판례의 보충의견들은 엄격책임구성의 중요한 논거로서 전문가에게 과실이 있었다고 하는 오명을 씌우지 아니하고 사건을 종결지을 수 있다는 점을 들고 있다.

醫師에게는 엄격책임이 적용되지 않는다고 하는 것이 미국 판례법의 입장이다. 그러나 의사에게 保證責任을 물을 수가 있는 경우가 드물기는 하겠지만, 미국에서는 판례법상 의사나 치과의사의 보증책임이 인정되고 있다. 예를 들면, 정형외과 등에서 일정한 결과를 보증한 경우나 효과를 보증하고 약 등을 공급한 경우에는 적용가능성이 있다.

한편 詐欺(fraud), 欺罔(deceit), 不實表示(misrepresentation) 등에 근거하여 책임을 부담하는 경우도 있다. 建築家에 대해서도 엄격책임을 부담하여야 한다는 학설이 있으며, 건축가이며 동시에 공사를 수행하여 주택을 공급한 자에게 엄격책임을 적용한 판례도 있다.

다른 한편 통상의 경우 默示의 擔保責任은 적용되지 아니한다는 것이 판례·학설상 일반적인 견해이지만, 몇몇의 주에서는 建築家에게도 묵시적 담보책임이 적용된다고 판시한 경우가 있다. 辯護士에 대하여 묵시의 담보책임이 적용될 가능성이 있다는 것을 보여준 판례(Broyles Brown Engineering Co., 275 Ala. 35, 151 So. 2d 767, 1963)가 있기는 하지만, 대부분의 영역에서는 묵시의 담보책임이 인정되지 않는다고 한다. 또한 會計士에 대하여는 사기 또는 부실표시에 근거하는 책임을 추궁할 수가 있으며, 監查證明을 한 회계사에 대하여는 묵시의 담보책임이 적용될 가능성이 있다고 한다.³⁰⁾

5. 信認義務의 違反

전문가는 의뢰인이 지니고 있지 아니한 고도의 전문적 지식·경험을 가지고 있고, 대개의 경우 廣範圍한 裁量權을 부여받고 있다. 즉, 의뢰인은 전문가의 행동을 제어하거나 감시·감독할 수 없는 경우가 대부분이다. 그러므로 전문가는 依賴

29) 실무에서 널리 행하여지고 있다는 항변을 받아들이지 아니하고 의사의 과실책임을 인정한 'Helling v. Carey, 83 Wash. 2d 514, 519 P 2d 981, 1974'의 보충의견 등 참조, Greenfield, M. M., "Consumer Protection in Service Transaction - Implied Warranties and Strict Liability in Tort", 1974 Utah L. Rev., 1974, pp. 661~688.

30) Vandall, F. J., "Applying Strict Liability to Professionals: Economic and Legal Analysis", 59 Indiana L. J., 1989, p.50.

人的 最善의 利益을 도모하도록 담보되어야 하며, 이를 위하여 전문가와 의뢰인 간에는 信認關係(fiduciary relationship)가 인정된다.³¹⁾ 이러한 신인의무 위반에 대하여 의뢰인은 전문가가 얻은 이익의 반환을 구하는 것이 가능하며, 불법행위소송에 있어서는 詐欺(fraud), 惡意(malice), 強迫(oppression) 등에 근거하여 懲罰의 損害賠償(punitive damages)을 청구할 수 있는 경우가 있다.

6. 免責·責任制限條項

嚴格責任을 면하게 하는 문언이나 책임을 제한하는 문언을 계약 중에 삽입한 경우 그 문언이 有效한가가 문제되는데, 미국의 법원은 醫療過誤에 관하여 그 유효성을 부정하고 있다. 또한 美國辯護士協會(American Bar Association; ABA)의 전문가의 책임에 관한 규약(ABA Professional Responsibility (1969))은 변호사가 자신의 책임을 제한하는 것을 금지하고 있다(DR 6-102). 會計士의 경우에도 통상적으로 '公共秩序에 反한다'는 이유에 근거하여 면책조항의 유효성이 부정되고 있다. 즉, 회계사와 의뢰인 간에는 면책조항의 효력이 인정되어도 제3자와의 관계에서는 유효성이 인정되지 아니하는 것이 원칙이다. 다만, 감사증명에서의 의견의 한정문언이나 의견차를 기술한 문언에는 책임의 제한이 인정된다.

7. 第3者에 대한 責任

詐欺(fraud)가 인정되는 경우를 제외하고는, 전문가의 과실로 인하여 의뢰인 이외에 제3자가 손해를 입은 경우, 契約關係(privy relationship)가 인정되지

31) 信認關係(fiduciary relation)란 로마법에서 유래한 용어로서 信託契約 또는 이와 유사한 계약에 있어서 상대방에 대하여 신뢰에 기초하여 誠實性(good faith)과 公正性(fairness)이 요구되는 관계를 말한다. 이러한 信認關係는 英美法系를 중심으로 判例法을 통하여 사업, 계약, 재산의 일부 등과 관련하여 繼續的·包括的으로 他人을 위하여 事務를 처리하는 者에게 고도의 誠實性과 公正性을 요구하는 관계로 발전하여 왔다. 英美法系에서는 信認關係에 기초하여 법률상으로, 상대방에 대하여 영향력이나 압력을 가하여서는 아니되고, 이기적인 이익을 취하거나 자기 자신에게 이익이 되는 방향으로 주요한 사항을 처리하여서는 아니되고, 상대방에게 최상의 신뢰·충분한 지식·상대방의 만족·사업상의 통찰력 및 노력을 기울인 타협이 없이 예측을 하여서는 아니되며, 간교하게 상대방의 망각이나 부주의를 이용하는 행위를 禁止하고 있는 경우가 다수 있다. 信認關係에 기초하여 사무를 처리하는 자가 부담하는 의무를 信認義務라 하며, 이러한 信認義務는 영미법상의 일반적인 분류에 따르면 크게 注意義務와 忠實義務로 나뉜다. 拙著, “善管注意義務의 限界와 忠實義務法理”, 한국법제연구원 「법제연구」 제9호, 1995. 12, 176~177면.

아니하는 이상 그 제3자에게 대하여 과실책임을 부담하지 아니한다는 것이 미국에서의 확립된 이론이었다. 이는 대상을 한정함으로써 전문가가 과도하게 책임을 부담하는 것을 막기 위함이었다. 그러나 현재 계약관계이론은 폐기되고 있다고 하는 것이 일반적인 평가이며, 利益衡量에 따라 責任의 有無를 판단하는 이론 (balancing test, third-party beneficiary test 또는 foreseeable test)이 판례법상 채용되는 경우가 있고, 1933년 증권법·1934년 증권거래법 등은 계약관계이론이나 이익형량에 기초를 둔 이론이 아니라 責任基準(reliance test)을 채용하고 있다. 대부분의 州에서 건축가나 기술자에 대하여도 계약관계이론이 폐기되고 있다. 또한 詐欺(fraud)가 인정되는 경우 제3자에 대하여 책임을 지는 것이외에도, 중과실에 의하여 부실표시를 행한 경우 사기가 추정된다고 하는 '擬制的 詐欺(constructive fraud)의 法理'가 적용되는 경우에도 제3자에 대하여 책임을 진다.³²⁾

II. 獨逸

1. 專門家責任의 特性

우리나라에서 전문가라고 불리는 자와 대응하는 독일어는 '自由業(der freie Beruf)에 종사는 者'라고 할 수 있다. 자유업은 시대에 따라 변천하고 있는 개념이고, 그 자체를 명확하게 정의하기 어렵다. 그렇지만 자유업 종사자를 종속적인 피용자(공무원·회사종업원 등), 자영업자 및 원료생산자와 대비함으로써 그 유형적인 성격을 추출한다면, 자유업은 다음과 같은 특성을 가지고 있다.³³⁾ 자유업은 ①직무로서 개인적인 정신적 창조에 근거하는 성과를 자기의 책임에 근거하여 경제적인 자립성을 유지하면서 상대방에게 제공하고, ②직무수행의 전제로서 자격·창조적 능력 및 이를 위한 수련이 요구되고, ③상대방과의 특별한 신뢰관계에 근거하여 직무를 수행하고, ④직무활동에 이타성이 있으며, ⑤직무종사자가 결성하는 단체의 자율성이 국가에 의하여 승인됨과 아울러 단체가 직무의 행위기준을 정하고 그 위반의 제재에 있어서도 단체의 자율성이 인정된다.

이와 같은 자유업의 종사자로는 일반적으로 ①의료업 종사자(의사·약사 등),

32) State Street Trust co. v. Ernst, 274 N. Y. 104, 15 N. E. 2d 416, 1938; Fischer v. Kletz, S. D. N. Y., 266 F. Supp 180, 1967 참조.

33) Jochen Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 38f.

②법률·경제에의 종사자(변호사·공증인·변리사·공인회계사·세무사 등), ③건축·과학기술에의 종사자(건축사·기사·감정사 등), ④교육·정신과학에의 종사자(자립한 교육자·사목자 등), ⑤예술·저술에의 종사자(작가·저널리스트 등)를 들 수 있다. 이러한 점들에 비추어 보면, 자유업은 영미에서 말하는 '전문가(professional)'와 합치되지만, 經濟的인 自立性과 個人的인 職務修行의 요소가 강조되는 점에서는 영미의 전문가개념과 미묘하게 차이가 있는 부분도 있다고 할 수 있다.³⁴⁾

2. 専門家の 責任에 관한 判例·學說의 展開

독일에서 전문가책임이 독립적인 주제로서 적극적으로 연구의 대상이 되고, 또 의식적으로 판례법 형성의 대상이 되기 시작한 것은 비교적 근래의 일이다. 초기에는 醫療過誤와 관련하여 의사의 책임이 다루어졌지만, 1980년대에 접어들면서 부터는 '情報提供者의 責任'이라는 측면에서 변호사·공인회계사·세무사 등의 책임에 대한 논의가 많아졌으며, 최근에는 専門家責任이 손해배상의 중심적 주제의 하나로 되고 있다. 다만, 아직까지 연구가 개별적인 전문가나 특정의 측면에 관한 것으로 한정되고 있으며, 전문가의 책임을 종합적·적극적으로 연구한 것은 아직 없는 듯하다.³⁵⁾

근래 전문가책임에 관한 판례와 학설의 발전의 배경에는 전문가를 둘러싼 社會環境의 급속한 變化가 주요원인으로 지적되고 있다. 이는 선진국들에 공통되는 점인데, 첫째, 복잡화한 사회에서 시민이나 기업이 전문적 지식을 필요로 하고 있고 그에 수반하여 전문가와 접촉하는 기회가 증대하고 있으며, 또 생활을 영위하는데 있어서 전문가의 제공하는 서비스나 정보에 의존하는 경우도 많아지고 있다. 이처럼 전문가가 제공하는 서비스나 정보에 대한 의존도가 커지는 것은 당연한 일이지만, 그 책임이 문제로 되는 분쟁도 증가하게 되는 것이다. 둘째, 사회의 민주화와 고학력화의 진행으로 전문가와 일반시민 간의 신분적·지위적인 격차가 거의 없다는 점도 지적할 수 있다. 즉, 전문가는 전문지식의 분야에서는 존경을 받지 몰라도 이미 불가침적인 존재라고 인정되고 있지는 아니하다. 그리고 전문가의 오류에 대하여도 그 사회적 지위에 의하여 책임을 추궁할 수 없다는 인식이 없어지고, 전문가에 의한 오류는 허용되지 아니하는 것이며 책임문제가 발생한다는 인

34) 浦川道太郎, "ドイツにおける専門家の責任", NBL, No. 548, 1994. 7. 1, 34面.

35) 上掲論文, 35面.

식이 확산되고 있다.

3. 專門家責任의 法的 構成

의사·변호사·건축가 등 전문가가 급부한 역무가 부적절하여 손해가 발생한 경우, 독일법하에서 손해배상책임을 묻기 위한 일반적인 법적 구성은 민법상의 契約責任 또는 不法行爲責任이고 특별법은 존재하지 아니한다. 전문가의 책임으로 문제로 되는 민법상의 계약책임 또는 불법행위책임은 '歸責의 構造'에 근거하고 있다. 즉, 계약책임에서는 채무자인 전문가가 계약상의 의무를 위반하였다는 점으로부터 채무불이행책임을 추궁할 수 있고, 또 불법행위책임에서는 주로 가해자인 전문가가 직무상의 의무에 위반하는 것을 기점으로 하여 과실책임이 추궁되는 것이다. 따라서 양책임에 있어서 의무위반의 문책은 공통이고 이러한 의무는 平均的인 專門家の 水準에 비추어 설정되는데, 평균적인 전문가가 하는 것을 하지 않는 경우나 역으로 하지 않는 것을 한 경우에 책임이 추궁되게 된다. 따라서 전문가이기 때문에 보통의 시민에 비교하여 직무상 高度의 注意義務가 요구되기는 하지만, 그 자가 속하는 전문가집단의 평균적인 수준의 주의를 다하고 있으면 책임을 추궁할 수 없다는 점에서는 전통적인 계약책임이나 불법행위책임과 상이한 점은 없다고 할 수 있다. 다만, 전문가의 경우에는 법적인 손해배상책임을 면하였다고 하여도 職業倫理의 측면에서 비난되거나 소속되는 職能團體에 의하여 제재를 받을 수 있다.

이와 같이 전문가의 책임이 일반의 계약책임과 불법행위책임에 근거한다고 하면, 전문가는 계약관계에 있는 의뢰자에게 계약책임을 지고, 또 계약관계가 없는 제3자에 대하여는 불법행위책임을 지는 것은 당연하다고 할 것이다. 그러나 독일법에서는 請求權競合의 전제하에 양책임의 요건과 효과에 내재하는 제약때문에, 당연하다고 하여야 할 책임구성이 관철되지 아니하고 왜곡된 전개를 보여 주고 있다. 즉, 계약책임에서는 慰藉料請求權이 인용되고 있지 않기 때문에 인신피해가 중심이 되는 의사와의 계약관계에 있는 환자에 대한 책임문제에 있어서는 그 대부분이 불법행위책임을 근거로 처리되고 있다.³⁶⁾ 또한 불법행위책임에서는 사람이나 物에 유형적인 피해를 주지 않는 純粹財産侵害의 배상이 원칙적으로 부정되고 있기 때문에, 전문적 지식을 정보로 제공한 변호사 등이 계약관계가 없는 제3자

36) BGB 제253조 참조.

에게 손해를 입힌 경우 불법행위책임을 추궁할 수 없고 계약책임 내지 준계약책 임의 구성이 선택되고 있다.

그런데 의료과오의 영역을 제외하면, 독일에서 전문가의 책임으로 논의되고 있 는 중요한 부분은 전문가인 辯護士 등이 제공한 情報가 계약관계가 아닌 제3자에 게 피해를 준 경우의 손해배상책임의 문제이다. 이 문제는 사회에서의 전문가의 역할과 책임의 태양의 변천을 가장 현저하게 반영한 것이라 할 수 있다. 이하에서 는 독일에서의 전문가책임의 특징을 찾기 위하여 전문가의 情報提供者責任의 문 제에 초점을 맞추어 전문가의 민사책임을 검토한다.

4. 專門家の 情報提供者責任

1) 專門家の 職務와 情報提供의 意義

현대사회에서의 전문가의 역할은 전문적 지식에 기초하여 의뢰인을 위하여 또 는 의뢰인을 대신하여 일정한 사무를 처리한다는 종래의 임무외에, 의뢰인의 판단 에 기여하도록 專門的 知識을 情報로 提供하는 임무의 영역이 급속히 확대되고 있다.

예를 들어, 의사가 의뢰인을 위하여 의료행위를 실시하고, 또 변호사가 의뢰인 을 대신하여 소송행위를 수행하는 경우와 같이 전문가가 의뢰인을 위하여 약속한 일을 역무로서 제공하는 경우에는 그다지 어려운 문제가 발생하지 아니한다. 이들 영역에서 전문가가 임무수행에 실패하여 부담하는 책임의 대부분은 의뢰인에 대 한 관계에 머물고 있으며, 주의의무의 수준 설정이나 증명책임 등에 관한 논의의 여지가 남아 있다고 하더라도 이에 대하여는 독일 민법전(BGB)에서 정하고 있 는 위임·고용·도급 등에 관한 규정이나 불법행위의 규정을 대폭적으로 수정하 지 않고 적용하는 것이 가능하기 때문이다. 그런데 근래들어 전문가의 역할로서 확대되고 있는 정보제공의 영역에서는 전문가의 책임이 곤란한 문제에 직면하게 된다. 왜냐하면 전문가가 제공하는 정보는 의뢰인에 있어서 이용될 뿐만 아니라 제3자에게도 권위가 있는 것으로서 전달되어 이용되는 경우가 많으므로, 그에 수 반하여 전문가의 책임범위가 확장되고 종래의 계약책임과 불법행위책임으로는 대 처할 수 없는 문제도 발생하게 되기 때문이다.

2) 獨逸法에서의 情報提供者責任의 問題點

독일의 학설상 전문가의 책임으로서 최근 빈번하게 논의되고 있는 주제는 情報提供者責任에 관한 것이다. 그 배경에는 전술한 바와 같이 전문가의 직무 중에서 정보제공자로서의 역할의 차지하는 비율이 커짐에 따라 잘못된 정보가 의뢰자 이외의 제3자에게 피해를 가져오는 경우가 증가하고 그 책임문제를 검토할 필요성이 높아지고 있다는 점도 있지만, 보다 실질적인 이유는 정보제공자책임에 관하여 법이론적으로 해결하여야 할 과제가 산적되어 있다는 사실을 들 수 있다.

정보제공자책임에 관하여 법이론적으로 해결이 곤란한 과제는 다음과 같은 이유로 발생하고 있다. 첫째, 이 문제의 해결의 기점이 되는 BGB는 정보제공자책임에 관하여 극히 소극적이고, 특히 BGB 제676조는 정보제공자의 책임이 발생하는 것을 명문으로 부정하고 있으며, 통상의 불법행위책임 내지 계약책임으로 그 해결을 맡기고 있다.³⁷⁾ 둘째, 이로 인하여 책임근거가 되는 불법행위책임은 人的 신체나 유체물의 보호가 중심이 되고 있고, 무형적인 피해인 단순한 재산상의 손실을 보호하지 아니하며, 그에 따라 전문가의 잘못된 정보제공에 따라 제3자가 재산상의 손실을 입은 경우에는 순수재산손실로 원칙적으로 배상청구불능인 것으로 되고 있다.³⁸⁾ 셋째, 계약책임에서는 순수재산손해의 배상청구도 인정되고 있지만, 책임의 전제에 당사자(가해자·피해자)간의 계약관계의 존재가 요구되고 있고, 원칙적으로 계약외의 제3자의 피해까지는 책임이 미치지 아니한다는 한계가 있다.

이와 같은 현행법상의 제약에 직면하여 독일 判例法은 이들의 제약을 보완하여 전문가의 정보제공자책임을 긍정하고, 전문가가 제공한 부실한 정보에 따라 재산손해를 입은 제3자에게 손해배상청구권을 인용하는 방법을 개발하여 왔다. 그리고 이러한 판례법의 영향을 받아 학설상으로 전문가에 특유한 새로운 책임요건을 창조할 필요성을 주장하는 견해도 나타나고 있다.

37) BGB 제676조에서는 “他人에게 助言 또는 推薦하는 자는 계약관계 내지는 불법행위로부터 발생한 책임을 구별하여 그 조언 또는 추천에 따름으로 인하여 그 타인에게 발생한 損害를 賠償할 의무를 부담한다”라고 규정하고 있다.

38) 전문가가 제공하는 不實한 情報에 의하여 제3자에게 발생하는 손해는 인신손해나 물적 손해의 형태를 취하지 아니하는 純粹財産損害로 나타나는 것이 통례이다. 예컨대, 전문가인 미술감정인이 작성한 不實鑑定書를 제3자가 신뢰하여 偽作繪畫를 구입하는 경우 등이 그러하다. 浦川道太郎, 前掲論文, 37面.

3) 判例法에서의 情報提供者責任

전술한 바와 같이 독일의 전문가책임에 있어서 특징적인 동향을 보여주면서 논의가 집중하고 있는 영역은 전문가가 제공한 잘못된 정보로 인하여 제3자가 손해를 입은 경우의 손해배상책임에 관한 문제이다. 이 분야에서 판례는 BGB가 보여 주고 있던 소극적인 입장에도 불구하고, 전문가가 제공한 부실정보에 의하여 제3자에게 발생한 손해에 대한 전문가의 책임을 긍정하는 방향으로 적극적으로 노력하여 왔다. 그 간에 독일의 판례법이 채용한 주류적인 법적 구성은 純粹財産損害의 賠償을 용인하는 契約責任의 保護效를 가급적으로 제3자에게 擴張하는 것이었다. 그리고 구체적으로는 이하에서 서술하는 것과 같이 ①默示的 情報提供契約, ②第3者에게 대하여 保護效를 갖는 契約, ③契約締結上의 過失 등의 法的構成이 이용되었다. 또한 계약책임과 병행하여 反社會秩序行爲에 의한 불법행위책임(BGB 제826조)도 보충적으로 이용되고 있다.

(1) 默示的 情報提供契約

직접 의뢰를 받지 아니하고 전문가가 제3자에게 부실한 정보를 제공한 경우라도, 양자의 접촉으로부터 전문가와 제3자 간에 默示的인 情報提供契約이 체결되었다고 볼 수 있다면, 契約責任에 근거하여 제3자의 순수재산손해에 대한 배상책임을 부담시킬 수 있는 방법이 있다. Reich법원은 BGB 시행으로부터 2년이 채 경과하지 아니한 1902년에 A의 소유부동산의 담보에 의한 부담상황에 대하여 정보를 제공하도록 A로부터 의뢰받은 공증인 Y가 잘못된 정보를 은행 X에 제공하고, 이 때문 X가 대금회수의 기회를 상실한 사례에서 이러한 묵시적 정보제공계약의 사고방식을 채용한 바 있다. 즉, Reich법원은 “해당 종류의 업무에 있어서 타인에게 조언적인 역할을 하는 것을 직무로 하고 있는 자가 타인이 그 권으로 신뢰할 가치가 있는 정보를 구하고 있는 것을 알면서 문서로 중요한 점에 관한 정보를 제공하는 경우에는, 그것으로부터 정보를 구하는 자와도 정보의 제공에 관한 계약을 체결한 것이다”라고 판시하였다.

이러한 묵시적 정보제공계약의 사고방식은 현재 연방최고법원(Bundesgerichtshof: BGH)에 의하여 한층 강화된 형태로 채용되고 있고, 전문가에 의한 부실한 감정서 작성의 경우나 은행에 의한 부실한 신용정보 또는 투자조언의 경우에 원용되고 있다. 그리고 연방최고법원은 묵시적 정보제공계약의 성립요건으로 ①정보가

그 수령자에게 있어서 큰 의미가 있고 수령자가 정보를 결정의 실질적인 기초로 할 것을 의도하고 있을 것, ②정보가 가지는 의의와 해당 정보를 수령자가 결정의 기초로 할 수 있다고 하는 사실을 정보제공자가 인식하고 있을 것 및 ③정보제공자가 해당 정보에 대하여 전문적 지식을 가지고 있고 동시에 정보제공에 있어서 특별한 신뢰를 받고 있거나 정보제공에 대한 이해를 가지고 있을 것 등 3가지를 제시하고 있다.³⁹⁾

(2) 第3者에게 대한 保護效를 갖는 契約

제3자에 대하여 보호효를 갖는 계약이란 계약당사자 이외의 제3자가 계약채무자에 대한 급부청구권을 갖지 아니하지만, 信義則의 요청에 따라 계약채무자가 부담하는 보호의무의 영역에 들어가는 것을 말한다. 제3자에 대하여 보호효를 갖는 계약이 긍정된다면, 전문가 Y(계약채무자)가 계약상대방인 A(계약채권자)에게 제공한 부실한 정보를 A를 개입시켜 제3자 X가 입수하고, 이를 이용하여 손해를 입은 경우 X의 Y에 대한 保護義務 違反에 의한 損害賠償請求權을 긍정할 수 있을 것이다. 그러나 연방최고법원은 과거에는 계약채권자 A가 제3자 X에 대하여 배려의무를 부담하는 관계가 없는 경우 및 양자간에 이해의 공통성이 없는 경우에는, Y는 제3자 X에 대하여 계약상의 보호의무를 부담하지 아니한다고 해석하고, 정보제공자책임의 영역에서 제3자에 대하여 보호효를 갖는 계약의 성립을 인정하는 것에 소극적인 태도를 취하고 있었다.⁴⁰⁾

이에 대하여 최근 연방최고법원은 계약채권자 A와 제3자 X 간의 '利害의一體性' 요건을 현저하게 완화하고, 제3자에 대하여 보호효를 갖는 계약의 법적 구성이 전문가의 정보제공자책임의 영역에서 적극적으로 활용되도록 하고 있다. 즉, 전문가가 제공하는 정보에 관하여 A와 X 간에 상반되는 기대와 희망이 있을지라도 정보의 정확성에 대하여 양자가 共通의 信賴가 있는 경우에는, 전문가 Y는 계약에 근거하는 정보제공의 직접의 상대방인 A 뿐만 아니라 제3자 X에 대하여도 '제3자에게 대하여 보호효를 가지는 계약' 이론을 근거로 하여 부실한 정보에 의하여 발생한 손해에 대한 배상책임을 부담한다고 해석하고 있다.⁴¹⁾

39) Lang, Arno, "zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer", WPG, 1989, S. 61.

40) 岡 孝, "情報提供者の責任", 現代契約法大系(7), 有斐閣, 1984, 318面 참조.

41) 정보제공자의 책임과 관련하여 '第3者에 대한 保護效를 가진 契約 活用'의 확대는 전문가책임분야에 있어서의 획기적인 전개라는 평가를 받고 있다, Damm, Reinhard, "Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung", JZ, 1991, S. 377.

(3) 契約締結上の 過失

연방최고법원은 전문가의 정보제공자 책임의 특수한 경우로 '契約締結上の 過失'의 법적 구성도 채용하고 있다. 예를 들면, A 유한합자회사에 대한 투자를 권유하는 팜플렛에 변호사 Y가 잘못된 정보를 기재하였기 때문에 이를 신뢰하여 투자를 한 X가 손해를 입었다고 한 사례에서, 연방최고법원은 전문가의 전문지식에 대하여 신뢰의 출발점의 지위를 부여함과 동시에 그 신뢰에 기초하여 투자자의 의사결정에 영향을 준 Y는 X에 대하여 계약체결상의 과실책임을 부담한다고 해석하고 있다.

(4) 反社會秩序行爲에 의한 不法行爲

불법행위책임의 기초적인 광범위한 성립요건인 BGB 제823조제1항은 순수재산손해의 배상을 인정하고 있지 않지만, 반사회질서행위에 의한 불법행위에 배상 책임을 인정하는 BGB 제826조는 그 성립에 고의를 요구하기는 하나 효과라는 측면에서는 순수재산손해의 배상도 허용하고 있다. 그러므로 은행, 홍신소, 변호사, 공인회계사 등이 제공한 부실한 정보를 믿었기 때문에 제3자가 투자 등에서 손해를 입은 때에는, 반사회질서행위에 의하여 고의로 손해가 가해졌던 것으로 평가할 수 있는 경우 정보를 제공한 전문가는 BGB 제826조에 의하여 피해자에게 생긴 순수재산손해를 배상하여야 한다. 判例法은 전문가의 정보제공자책임을 확대할 의도를 가지고 책임의 성립요건을 현저하게 완화하는 경향을 보이고 있다. 즉, 은행 등이 重過失에 의하여 업무상의 주의의무를 위반하여 부실한 정보를 제3자에게 제공한 경우에는 반사회질서행위가 있다고 해석하고, 또 부실한 정보에 의하여 제3자가 손해를 입을 가능성을 인식하고 그것을 허용하였다면 故意가 있다고 해석하고 있다.⁴²⁾

4) 學說에서의 情報提供者責任

연방최고법원 의하여 전개된 判例法은 주로 契約責任에 기반을 두고 있고 보충적으로 不法行爲責任(BGB 제826조의 책임)을 이용하는 입장으로, 전문가의 정보제공자책임을 적극적으로 인정하는 방향에서 발전하여 왔다. 이에 대하여 學說의 대부분은 專門家責任의 擴張에는 긍정적인 평가를 하고 있지만, 책임요건을 기교적으로 조작하는 법적 구성에 대하여는 비판적인 입장을 보이고 있다. 그리고

42) 松本恒雄, "ドイツ法における虚偽情報提供者の責任論(3)", 民商法雜誌, 第79卷 第4號, 1978, 550面 이하.

판례법의 성과를 정리하여 새로운 법적 구성에 의한 포괄적인 책임요건을 시도하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 그 하나가 '信賴責任(Vertrauenshaftung)'의 주장이다. 예를 들면, 신뢰책임의 사고방식을 일반적으로 전개한 Kanaris는 전문가의 정보제공자책임도 계약체결상의 과실이론의 발전상에 위치하는 제3의 책임유형인 신뢰책임에 기초를 둘 수 있다고 서술한 바 있는데, 이러한 이론을 더욱 발전시키자는 입장이다.⁴³⁾

다른 하나는 전문가의 정보제공책임을 불법행위법의 발전선상에 위치시켜, '他人의 財産을 保護하기 위한 社會生活上의 義務(Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens)'을 긍정하는 것으로부터 이러한 문제를 해결할 수 있다는 주장도 제기되고 있다.⁴⁴⁾

이외에도 전문가의 정보제공자책임에 관하여는 계약책임, 불법행위책임 및 그 중간형태 또는 제3의 책임유형으로 다양한 근거가 학설에 의해 모색·검토되고 있다.

Ⅲ. 英國

1. 概要

사회의 변동은 법의 변동을 가져온다. 専門家の 責任(professional liability)의 영역도 그 예외가 아니다. 영국에 있어서도 사회의 기술화·복잡화에 수반하여 고도의 기술과 지식의 독점자인 전문가집단에 대한 사회의 요망에 변동이 나타나고 있다. 영국의 法院은 계속적으로 부정하여 왔던 事務辯護士(solicitor)의 계약관계에 있는 의뢰자에 대한 不法行爲責任을 인정하고, 나아가 200년에 걸쳐 유지하여 왔던 法廷辯護士(barrister)의 소송에서의 과실에 대한 免責에 대하여 그 적용범위를 법원에서의 사건의 처리와 밀접하게 관련있는 과실에 한정하고 非訴訟事項에 관한 不注意한 助言에 대하여는 책임을 부담한다는 것을 분명하게 하였다. 그러나 1980년대 이후 전문가에 대한 책임강화의 경향은 과실책임법 일반의 후퇴화현상과 함께 예단을 허용하지 않는 상황으로 전개되고 있다.

정부에서는 통산장관이 그 관할하에 있는 보험업과의 관련있는 3종류의 전문직(회계감사인, 건설전문가 및 측량사)에 대하여 특별연구팀으로 하여금 전문가책임

43) 松本恒雄, "ドイツ法における虚偽情報提供者の責任論(2)", 民商法雜誌, 第79卷 第3號, 1978, 414面 이하; 岡孝, 前掲論文, 319面 이하 참조.

44) 浦川道太郎, 前掲論文, 39面.

보험 및 민사책임에 관한 연구·조사를 하도록 하고, 1989년에 그 보고서를 발표한 바 있다. 각각의 연구팀은 공동불법행위책임에 대한 기여비율에 따른 책임제도의 도입(회계감사인, 건설전문가 및 측량사), 계약에 있어서의 기여과실의 적용(회계감사인), 제소기간을 건축물의 완성 또는 점유개시로부터 10년으로 하는 법 개정(건설전문가) 등을 권고하였다.

의회는 법률서비스 개혁의 일환으로 1990년에 '法院및法律서비스法(Courts and Legal Services Act of 1990)'에 법정변호사, 사무변호사 등 각각의 단체에 고충처리의 방법을 감시하는 '法律서비스옴부즈맨(Legal Services Ombussman)'을 두도록 하고, 법률전문가단체에 의한 자율규제 및 변호사직의 책임성을 확립하는 방안을 강구한 바 있다.

醫療專門職의 責任에 관하여는, 1987년에 영국 의사회의 특별그룹이 과실책임 제도에 대신하는 無過失責任制度를 제안한 점이 주목된다. 한편 옥스포드대학 법사회학연구센터의 연구자그룹은 장기적으로 무과실보상제도의 도입이 필요하다고 하더라도, 당장의 필요한 과제는 의료과오소송의 개선과 의사에 대한 징계절차의 강화라고 하는 연구성과를 공표한 바 있다.⁴⁵⁾

2. 專門家の 意義

영국에서는 전문직을 직업을 가진 자라고 하는 의미에서 프로페셔널(professional)이라는 용어가 사용되고 있는데, 이러한 프로페셔널이 전문가의 개념에 해당하는 것이라고 할 수 있다. 그리고 전문직이라고 볼 수 있는 직업은 다음의 네가지 특징을 가진다고 한다.⁴⁶⁾

(1) 業務의 性質

그 업무가 기술적인 동시에 전문적이다. 업무의 실질적인 부분은 육체적인 것이 아니고 정신적인 것이다. 적정하게 수행할 수 있기 전에, 학리상 및 실무상의 상당한 훈련기간이 요구된다.

(2) 倫理的 側面

전문가는 통상 일반적 성실의무를 넘는 일정한 윤리상의 원칙에 구속되거나 구

45) 飯塚 和之, "イギリス法における「専門家の責任」", 川井 健外, 専門家の責任, 日本評論社, 1993, 75~77面.

46) R. M. Jackson & J. L. Powell, op. cit., p. 1.

속될 것이 기대된다. 전문가는 높은 수준의 서비스를 제공하고, 특히 신뢰에 기초하는 默秘義務의 관계를 가질 것이 기대된다. 나아가 전문가는 경우에 따라 특정한 의뢰인이나 환자에 대하여는 통상적인 의무의 수준보다 폭넓고 수준높은 의무를 부담하는 경우가 있다.

(3) 集團組織

전문가는 통상 專門家團體에 소속되고, 그 단체가 단체로의 귀속을 강제하며, 동시에 그 전문직의 수준유지를 추구한다. 그 단체는 능력을 테스트하기 위한 시험제도를 시행하고, 규칙 및 행동·윤리강령을 발하기도 한다.

(4) 社會的地位

대부분의 전문직은 사회적으로 높은 지위를 부여받고 있다. 그러한 특권은 의회에 의하여 부여되는 것도 있고, 또 사회의 승인에 의하여 주어지는 것도 있다.

3. 依賴人에 대한 契約責任

1) 委託契約의 意義

委託契約(retainer)이라는 개념은 원래 辯護士에 대한 업무의 위탁을 하는 경우에 이용되어 왔지만, 오늘날에는 다른 전문가에 대하여도 사용되고 있다. 한편 전문가를 고용한다는 의미에서 雇用契約(contract of engagement)이라고 하는 개념도 일반적으로 사용되고 있다. 위탁계약의 정의로 事務辯護士에 관한 것을 보면, '위탁계약이란 의뢰자가 사무처리를 위하여 사무변호사를 고용할 것을 신청하고, 사무변호사가 그 신청을 승낙한 때에 성립하는 계약방식'이라고 한다. 따라서 위탁계약의 당사자의 권리와 의무는 ①당사자가 합의한 명시의 조항(또는 합의에 의한 변경후의 조항), ②법에 의하여 묵시된 조항 및 ③그 위탁계약에 관하여 제정법에 의하여 부과된 일절의 묵시의 조항의 내용에 따라 정해진다.⁴⁷⁾

위탁계약은 통상 不可分契約(entire contract)이다. 불가분계약이란 일방당사자의 완전한 이행이 타방 당사자의 의무의 이행을 요구할 권리의 선행조건이 되는 계약이다. 사무변호사의 경우를 보면, 이는 의뢰인이 위탁한 일을 완성하고 동시에 의뢰인은 그 일이 완성한 경우 사무변호사에게 보수를 지급하는 계약이다. 다만, 일정기간을 한하여 각 단계마다의 위탁계약의 可分契約도 인정된다. 건축사

47) 飯塚 和之, 前掲論文, 80面.

의 통상의 업무계약도 동일하다.

위탁계약은 구두로 하는 것도 유효하지만 통상 書面에 의하는 경우가 많다. 또한 그 形式은 전문가마다 다르다. 예를 들어, 건축사나 토목기사의 위탁계약은 전문가의 위탁계약중 가장 엄격한 형식을 갖추고 있는 경우일 것이다. 건축사의 경우에는 해당 위탁계약이 영국왕립건축사협회(Royal Institute of British Architects: R I B A)의 계약약관에 근거한 전문가·의뢰인 간의 합의계약서(Memorandum of Agreement)의 방식을 취하고, 토목기사의 경우에는 컨설팅기사협회(Association of Consulting Engineers: A C E)의 계약약관에 근거한 합의계약서의 방식을 취한다. 이에 대하여 의사·환자간의 계약은 전문가위탁계약중에서 가장 비형식적인 것이라고 할 수 있다. 보통의 경우 서면의 형태로 기록되는 경우가 거의 없고 대부분의 경우 구두에 의한다. 외과수술이 필요한 경우에는 병원이나 보건기관이 환자에게 承諾書(consent form)에 서명을 구하는 것이 전부이다. 그리고 이러한 승낙서는 수술의 성질에 대하여 상세하게 설명하고 있기는 하지만, 그 목적은 외과의의 위탁계약을 정하는 것이라기 보다는 不法行爲責任(trespass)으로부터 병원이나 보건기관의 免責을 위한 것이다. 또한 국민보건서비스 체제내에서 진료를 하는 일반개업의사나 병원의와 환자 간에는 계약관계가 존재하지 않는 것으로 일반적으로 인식되고 있다. 다만, 이러한 의사는 자기의 과실에 따라 환자가 손해를 입은 경우 불법행위책임을 부담한다.⁴⁸⁾

2) 契約上 義務의 性質

(1) 義務의 基準

영국법상의 계약상의 의무에는 계약의 이행에 있어 合理的인 注意를 기울이는 것이 요구되는 注意義務와 이행의 해태에 따라 엄격한 책임을 추궁할 수 있는 嚴格義務가 있다. 전문가 위탁계약은 원칙적으로 전자의 주의의무가 요구된다. 이에 관한 Denning M. R.의 표현을 빌리면 다음과 같다.

“법은 통상 그 전문가가 요구된 결과를 달성할 수 있다는 保證을 포함하고 있지 않다. 단지 그가 합리적인 주의와 기량을 행사할 수 있다는 조항을 포함하고 있는데 지나지 않는다. 외과의는 환자가 완치되는 것을 보증한 것은 아니며 동일하게 사무변호사는 승소하는 것을 보증한 것은 아니다”.

48) 塚本泰司, “法と醫の倫理”, 勁草書房, 1989, 171面.

(2) 義務의 個人的 性質

전문가와 의뢰인 간의 관계는 고도의 個人的인 서비스의 提供에 기초를 두고 있다. 이를 보다 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

첫째, 전문가는 의무의 이행을 제3자에게 위임하는 것이 가능하지만, 그렇다고 하더라도 여전히 그 이행에 대하여 個人的으로 責任을 진다. 예를 들면, 건축현장의 검사를 수탁한 건축사가 제3자에게 그 의무의 이행을 위임하고, 그 수임인이 부주의하게 행동한 경우에는 건축사는 책임을 추궁당하게 된다.

둘째, 전문가는 자신의 依賴人의 利益만을 염두에 두고 행동하여야 한다는 의미에서 그 의무는 개인적인 것이다. 이는 특히 전문가가 의뢰인 및 그 상대방과 각각 위탁계약을 맺는 경우에 문제된다. 사무변호사의 경우를 보면, 판례에서는 양도인과 양수인 쌍방과 개별로 위탁계약을 체결한 사무변호사가 양도인측의 정보를 심사하지 않아 양수인에 대한 의무위반의 책임을 물은 사례가 있다. 현재는 사무변호사협회가 제정한 '事務辯護士 職務綱領'에서 기본원칙의 하나로 '사무변호사는 두 사람 이상의 의뢰인 간에 이익의 충돌이 생긴 경우에는 이를 위하여 행위를 하는 것을 계속하여서는 아니된다'라고 규정하고 있다.⁴⁹⁾

셋째, 전문가는 자신의 의뢰인에 대하여 默秘義務(duty of confidence)을 부담한다. 전문가는 자신의 의뢰인에 관한 다양한 정보를 취득하게 되는데, 그 정보가 부당하게 밝혀지면 의뢰인이 손해를 입게 될 수 있다. 의뢰인과의 신뢰관계를 유지하기 위해서는 묵비의무의 준수가 요구된다. 전문가단체가 그 윤리강령에 반드시 묵비의무규정을 두는 것도 그 때문이다. 예를 들면, 영국 의사회의 '醫師倫理綱領'은 '의사는 자기가 알게 된 모든 것을 비밀로 하지 않으면 안된다'라고 정하고 있고,⁵⁰⁾ 전술한 '事務辯護士 職務綱領'도 상세한 묵비의무규정을 두고 있다.⁵¹⁾ 법률상의 묵비의무는 衡平法에 기원을 두고 있으며, 구체방법으로는 損害賠償과 停止命令이 인정되고 있다. 그러나 그 내용에는 불명확한 것이 많고, 국가 법률위원회에 의한 재검토와 입법제안이 이루어진 것도 있지만, 이에 관한 제정법은 아직 성립되어 있지 아니하다. 그러나 전문가책임과의 관계에서는 1924년의 判例에 의하여 다음의 세 가지 원칙이 확인된 바 있다.

49) The Professional Conduct of Solicitors, Principle, 1986, para. 9. 03.

50) British Medical Association, Handbook of Medical Ethics, 1984, para. 1. 6.

51) 의뢰인의 사건을 默秘할 義務, 情報源을 묻지 아니할 의무, 의뢰인의 승락이 있기까지 묵비를 繼續할 의무 등 7가지를 열거하고 있다, Principle, para. 10. 01 ~ 10. 07.

① 묵비의무는 의뢰자로부터 입수한 정보에 한정되지 않는다.

② 묵비의무는 위탁계약의 종료후에도 계속된다. 따라서 위탁기간중에 취득한 정보는 그 후에 공개할 수 없다.

③ 묵비의무는 예외적으로 법률, 공공의 이익 또는 전문가의 이익에 비추어 요구되는 경우 또는 의뢰자가 승낙하는 경우에는 제한적으로 정보를 개시할 수 있다.

(3) 義務의 繼續的 性質

위탁계약은 계속적 성질을 가진다는 점에서 그 존속기간 및 계속적 의무의 내용이 문제된다. 위탁계약은 통상 당해 서비스가 완전하게 이행될 때까지 존속한다. 다만, 이행의 완성전이라도 당사자는 통지를 함으로써 위탁계약을 종료할 수 있다. 통지에 의한 종료 이외에는 다음의 두가지 경우에 완성전의 종료가 인정된다.

① 당사자의 일방이 계약을 위반하여 타방당사자에게 無通知終了權이 인정되는 경우이다. 예컨대 전문가의 과실이 위탁계약의 기초를 파괴하도록 한 경우에는 의뢰자는 통지없이 계약을 종료할 수 있다.

② 위탁계약은 '挫折의 法理(doctrine of frustration)'에 의하여 종료되는 경우가 있다. 계약은 '어느 쪽 당사자의 과실이 있는 것은 아니지만, 이행으로써 계약에 의하여 인수된 상황과 근본적으로 다른 결과를 가져오는 경우 즉, 계약상의 의무가 이행불능이 된 경우'에는 좌절에 의하여 종료될 수 있는 것이다. 위탁계약이 종료시까지 존속한다는 점에서 전문가의 조언의무나 행위 의무는 계속적 성질을 가진다. 전문가가 일정한 사항에 대하여 조언 또는 행위를 할 것을 합의한 경우에는 그 의무는 최초의 조언·행위만으로는 종료하지 않고 계약종료시까지 또는 의무의 이행이 불가능하게 될 때까지 계속된다. 이는 첫째, 전문가에게 그 위탁계약기간중 상황의 변화에 따라 그 조언·행위를 재검토할 것을 요구한다. 예를 들면, 설계를 의뢰받은 건축가는 자기의 설계에 근거하여 건물이 완성될 때까지 그 설계를 검사하고 필요가 있다고 판단되는 경우 그것을 정정하여야 한다. 둘째, 전문가의 의무가 계속된다는 것은 제소기간이 최초의 과실행위시에 개시하는 것이 아니라 위탁계약의 종료시에 개시한다는 것을 의미한다.⁵²⁾

52) 飯塚 和之, 前掲論文, 83~84面.

4. 依賴人에 대한 不法行爲責任

1) 契約責任과의 比較

전문가는 계약관계에 있는 의뢰인에게 계약상의 책임에 더하여 불법행위에 의한 책임을 지는가에 대하여는 과거 부정적인 입장이 지배적이었는데, 현재는 責任의 競合을 인정하는 것이 영국 判例法의 입장이다. 책임의 경합을 인정하는 의의는 주로 效果論에서 실익을 찾을 수 있다. 계약과 불법행위 간에는 다음과 같은 효과론상의 차이 또는 문제점이 존재한다.

(1) 提訴期間

제소기간(통상 계약·불법행위에 관계없이 6년)은 소송원인 발생시에 개시하는데, 그것이 계약인 경우에는 계약위반일이고 불법행위의 경우에는 손해발생일이다. 그러므로 불법행위에 근거하는 소송으로 인정된다면, 이 점에서는 원고에게 유리하게 된다.

(2) 過失加擔

계약의 경우에는 원고의 과실가담을 항변으로서 제출하는 것이 인정되지 않지만, 불법행위에서는 이것이 인정된다. 불법행위책임이 인정된다면, 이 점에 있어서는 전문가에게 유리하게 된다.

(3) 損害

손해배상의 범위와 관련하여 불법행위와 계약중 어느 쪽이 넓은지는 한 마디로 말할 수 없다. 원칙적으로 계약의 경우에 인정되는 期待利益의 賠償이 불법행위에도 인정되며, 역으로 오늘날에는 불법행위에 대하여만 인정된 精神的 苦痛(mental distress)과 같은 非金錢的 損失(non-pecuniary loss)에 대한 위자료가 계약소송에서도 인정되고 있다. 이에 대하여는, 계약과 불법행위 각각에서 인정되는 손해배상의 내용의 차이가 줄어들고 양자가 점진적으로 일반적인 채무개념으로 향하고 있다고 평가할 수 있다.⁵³⁾

2) 判例의 變遷과 現狀

영국의 경우 초기의 普通法(common law)하에서는 公共的 職業(common calling)

53) Williams, G. & Hepple, B. A. Foundations of the Law of Tort, 2nd ed., 1984, p. 17.

에 종사하는 자에 대하여는 그 지위 따라 이행과 관련하여 任務懈怠를 이유로 책임을 물었다. 공공적 직업의 종사자로는 초기에는 운송인(common carrier)이나 숙박의 경영자(inkeeper)가 대표적인 경우였지만, 근대에 이르러서는 의사나 변호사와 같은 전문가도 그 중에 포함되게 되었다. 이들의 경우 당사자간에 계약관계가 존재하였지만, 책임의 기초는 어디까지나 불법행위였다. 근대적인 계약법의 발전에 따라 계약에 책임의 근거를 구하는 시도가 행하여졌는데, 계약책임은 원래의 불법행위책임에 부가적인 것으로는 인정되었지만 계약에 책임의 근거를 구하려는 시도는 번번히 실패로 끝나곤 했다.

20세기에 이르러 이러한 입장은 180도 달라졌다. 1903년에는 건축사의 계약에 근거하여 책임을 묻는 소송이 용인된 바 있고, 또 1936년에는 주식중매인의 의무는 배타적으로 계약에 의존한다고 판시되었다. 그리고 1938년에는 유명한 Groom v. Crocker 사건에서 사무변호사의 의뢰인에 대한 의무는 계약에만 의존한다는 판결이 내려진 바 있다.⁵⁴⁾ 이 점에서도 계약상의 환자에 의한 의사나 치과의사 등에 대한 불법행위소송은 인정되고 있으며 현재까지 변경이 없다.

5. 第3者에게 대한 不法行爲責任

이미 전문가의 특징에서 기술한 바와 같이, 전문가는 특정한 依頼人에 대해서만이 아닌 社會에 대하여도 일정의 의무를 지는 경우가 있다. 그 의무에는 倫理的인 것만이 아닌 法的인 것도 포함된다. 그리고 그 의무위반은 不法行爲責任을 초래한다. 또한 여기에서 제3자가 입은 손해는 주로 純粹經濟損害(pure economic loss)이고, 불법행위에 근거하여 순수경제손해의 배상의 가부라는 문제를 수반하게 된다. 제3자에 대한 불법행위책임의 범위는 개별전문가에 따라 다르다. 예를 들면, 사무변호사의 경우에는 제3자에게 대한 책임의 범위가 넓지 않지만, 건축가의 경우처럼 주문자(의뢰인) 이외에 건축청부인 기타 건축관계자나 건축물의 계승적 소유자·이용자 등 관계되는 제3자가 다수인 경우에는 책임의 범위도 넓어지게 된다.⁵⁵⁾

54) 早稻田大學英美判例研究會, “イギリスにおける辯護士の職業上の過失對する法的責任”, 比較法學, 第18卷第1號, 1984, 108面.

55) 飯塚 和之, 前掲論文, 87~89面 참조.

6. 專門家團體에 의한 苦衷處理·懲戒制度

전문가는 사회에 서비스를 제공하는 私的인 團體의 일원이다. 서비스의 질이나 직무의 기준을 고도의 수준으로 유지하기 위하여, 거의 모든 專門家團體는 스스로의 구성원의 행동기준을 정함과 동시에 의뢰인으로부터의 고충신청을 처리하고, 나아가 자기의 구성원의 행동에 대한 규제 내지는 징계의 절차를 가지고 있다. 영국에 있어서 전문가의 책임을 논하는 경우에는, 그 법적 책임만이 아니고 특히 전문가단체에 의한 苦衷處理·懲戒制度하에서의 '專門家の 問責性(Professional Accountability)'에 대하여도 검토의 비중을 둘 필요가 있다.

1) 事務辯護士의 경우

(1) 事務辯護士 苦衷審査會(Solicitors' Complaints Bureau)

1986년 9월 사무변호사의 직업상의 불법 또는 부당한 행위에 대한 고충신청의 처리기관으로 사무변호사협회에서 독립한 사무변호사 고충심사회가 창설되었다. 그때까지는 사무변호사협회 내부의 직업윤리위원회가 고충신청의 처리기관으로 존재하고 있었는데, 事務辯護士 苦衷審査會는 간접적으로 1979년의 '법률서비스에 관한 왕립위원회'의 권고가 발단이 되었지만, 직접적으로는 협회의 평의원을 맡은 바 있는 장로사무변호사(G. Davies)의 불법 또는 부당한 행위에 대한 협회의 처리에 강한 불만을 표시한 여론을 무마하기 위하여 조사권한·재정권한의 분리 및 사무변호사가 아닌 감독관의 참여를 내용으로 하는 새로운 제도를 도입할 필요성이 계기가 된 것이다. 事務辯護士 苦衷審査會는 독립기관으로서 그 재원은 사무변호사협회에서 기증을 받았다(1988년 약 500만파운드).

동심사회는 調査委員會(Investigation Committee)와 裁定委員會(Adjudication Committee)의 두 위원회로 되어 있다.

조사위원회는 7인의 감독관(위원장을 포함)과 4인의 사무변호사(이 중 2인은 사무변호사협회 평의원)로 구성되고, 그 역할 및 권한은 다음과 같다.

- ① 재정위원회에 신청된 사건을 심사하고, 필요하다고 판단하는 경우에는 재조사를 권고하는 것
- ② 조사담당직원이 조사를 종결할 것을 희망하지만 고충신청자가 이에 반대하는 경우 해당 사건을 심사하는 것

③사건이 감독관에게 이송되기 전에 사건을 심사하고, 감독관의 보고서를 심사하는 것

④절차의 개선에 대하여 권고를 하는 것

재정위원회는 9인의 사무변호사협회 평의원(위원장을 포함), 3인의 기타의 사무변호사 및 6명의 감독관으로 구성된다. 재정위원회의 역할 및 권한의 내용은 다음과 같다.

①사무변호사 징계심판소에서의 징계절차를 개시하는 것

②사무변호사의 견책

③부적절 업무에 대하여 사무변호사를 징계하는 것. 예를 들면, 오류의 정정을 명령하거나 보수의 면제를 명령하는 것

④회계의 검사를 명하는 것

⑤의뢰인의 이익을 보호하기 위해서 채무에 개입하는 것

⑥업무면허장에 조건을 부과하는 것

⑦의뢰인의 금전에 대한 이자의 지급을 명하는 것

⑧신청인이 사무변호사의 부정행위의 결과로 손해를 입은 경우 보상기금으로부터 지급을 명하는 것

事務辯護士 苦衷審査會는 1987년부터 활동을 개시하고, 연차보고서를 공표하고 있다. 1988년의 통계에 의하면 고충신청의 접수건수는 19,991건(사무변호사의 신청 포함)으로, ①사건처리의 지연(24.4%), ②행위준칙의 위반(19.3%), ③임무해태(14.8%), ④비용(10.4%) 등의 순서로 되어 있다.⁵⁶⁾

(2) 事務辯護士 懲戒審判所(Solicitors' Disciplinary Tribunal)

事務辯護士 懲戒審判所는 1974년 사무변호사법에 근거하는 법정기관이다.⁵⁷⁾ 심판관은 국가로부터 임명된다. 고충신청은 3인의 심판관(2인의 사무변호사와 1인의 감독관)에 의해 심리된다. 고충신청은 통상 사무변호사 고충심사회로부터의 위임에 의하지만 일반인으로부터의 신청도 접수한다. 事務辯護士 懲戒審判所는 사무변호사의 자격박탈, 자격회복, 자격정지, 3,000파운드미만의 벌금 또는 견책 등을 결정한다. 동심판소의 결정에 불복이 있는 사무변호사는 고등법원에 대하여 上訴할 수 있다.

56) Solicitors Complaints Bureau, Annual Report, 1988, pp. 4~6.

57) 44 Halsbury's Laws of England 4th ed., para. 313~317.

(3) 事務辯護士가 아닌 監督官(Lay Observer)

‘事務辯護士가 아닌 監督官’은 대법관에 의하여 임명되는 독립적인 공무원이다. 1974년 사무변호사법은 감독관에게 사무변호사협회(현재는 사무변호사 고충심사회)의 고충신청의 처리에 대하여 불복이 있는 자의 신청을 검토할 권한을 부여하였다. 감독관은 고충신청을 직접 심사할 수 없고, 처리의 방법에 대하여 보고하고 권고를 할 수 있는 데 지나지 아니한다.⁵⁸⁾

2) 法廷辯護士의 경우⁵⁹⁾

(1) 職業倫理委員會(Professional Conduct Committee)

법정변호사에 대하여는 사무변호사의 경우와는 달리 독립적인 고충신청기관이 없다. 법정변호사 협회내에 설립된 직업윤리위원회가 협회의 및 협회평의회부터의 고충신청을 조사한다. 職業倫理委員會는 14인 이상의 협회평의회 구성원 및 18인의 법정변호사와 6명 이상의 법정변호사가 아닌 감독관으로 구성된다. 직업윤리위원회는 고충신청이 중대하지 아니하거나 사실에 관한 다툼이 없는 경우에는 약식절차를 채택하고, 위원장이 면전에서 법정변호사에 대한 훈계 또는 장래의 행동에 대한 충고를 행할 수 있다. 중대한 직업상의 불법 또는 부당한 행위의 경우에는 법정변호사 징계심판소에 기소를 신청한다.

(2) 法廷辯護士 懲戒審判所(Disciplinary Tribunal)

법정변호사 징계심판소는 법조학원연합평의회에 의해 임명되는 것으로, 동평의회 여러 위원회 중 하나이다. 각 심판소는 1인의 법관, 1인의 감독관 및 3인의 법정변호사로 구성된다. 직업상의 불법 또는 부당한 행위에 대한 혐의가 입증된 경우 심판소는 견책, 자격의 정지 또는 박탈, 보수의 반환 등을 명할 수 있다. 동심판소의 결정에 불복이 있는 법정변호사는 대법관 및 고등법원의 법관에게 상소를 할 수 있다. 이러한 자격에 기초하여 재판을 수행하는 법관은 특히 監察官(Visitor)이라고 불린다. 감찰관에 대한 상소는 대법관의 자문을 거친 후 고등법원 수석재판관에 의하여 임명된 3인의 법관에 의하여 심리된다.

58) National Consumer Council, Ordinary Justice, HMSO, 1989, p. 212.

59) 3(1) Halsbury's Laws of England, 4th ed., 1989, para. 493~514.

IV. 프랑스

1. 專門家의 意義

프랑스어로 'profession'은 광범위한 職業人 내지 事業者 一般을 의미하고 있다. 직업인은 조리인일 수 있고, 전기공일 수 있고, 세탁업자일 수 있으며, 자신의 직업에 관하여 초보자이지만 다른 전문적 지식 및 기능을 가지고 있으면 그 범위에 있어서 이를 'profession'이라고 칭하는 것이다. 그러나 여기에서 논하고자 하는 것은 직업 일반이 아니라 의사·변호사 등과 같이 고도의 식견과 기능을 가지고 있고 그 직무내용에 일정한 공익성이 인정되는 전문적 직능인데, 프랑스에서 그와 같은 전문적 직능은 '自由專門職(profession libérale)' 또는 '獨立自由專門職(profession libérale et indépendante)'이라 불리운다. 그러나 프랑스의 민법학 또는 적어도 채권법학에 있어서, 자유전문직(profession libérale)이 전문가로서 특별히 논의의 대상이 되는 경우는 거의 없었다.⁶⁰⁾

마찬가지로 현재 소비자보호 전반을 규율하는 프랑스 '消費法典(Code de la consommation)'에서도, 'profession'은 소비자에 상대되는 事業者 一般을 의미하는 용어로 쓰이고 있다.

이와 같이 프랑스법에 있어서 '專門家'라는 단어는 '職業人' 내지 '事業者'와 동일한 의미로 사용되고 있고, '專門家責任'에 해당하는 'responsabilité professionnelle'이라는 개념 또는 이를 보다 구체화한 'faute professionnelle'이라는 개념도 제품사고와 관련한 제조업자나 판매업자의 책임 등을 포함하는 것으로 확대하여 사용되고 있다. 즉, 프랑스에는 자유전문직의 책임만을 지칭하는 특별한 개념도 이를 독특한 법리의 대상이라고 하는 사고방식도 존재하지 않는다고 말할 수 있다.⁶¹⁾

요컨대 자유전문직의 책임과 일반적인 직업인의 책임을 특히 구별하지 않는 것이 프랑스법의 특색이다.

60) 餅田 薫, "프랑스における專門家の責任(上)", NBL, No. 551, 1994. 8. 15, 54; 中村勝信, "프랑스における職業責任", 中央大學校學院研究年報, 第17號, 1988, 32面 이하.

61) 須永 酷, "프랑스法における專門家の責任", 川井 健外, 專門家の責任, 日本評論社, 1993, 162面 이하.

2. 專門家責任의 法的 性質 및 特色

1) 法的 性質

프랑스법은 매우 엄격한 法條競合說을 취하고 있으므로, 전문가가 직무수행상의 과오에 의하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는, 依賴人에 대한 관계에서 契約上の 責任을, 第三者와의 관계에서는 不法行爲上の 責任을 부담한다고 이해하는 것이 타당할 것이다. 그러나 프랑스에서는 오래전부터 전문가책임의 법적 성질이 다투어져 왔다. 判例의 경우를 보면, 한편으로 제품사고·운송사고·의료과오 등의 분야에서 安全義務(obligation de sécurité) 개념 등을 통하여 過失(faute)에 관한 피해자의 입증부담을 덜어주거나 불법행위소송의 제소기간 제한을 면하도록 하기 위하여 계약당사자의 근친자 등에 대한 계약책임의 추궁을 인정하는 등 契約責任을 확장하여 왔지만, 다른 한편에서 不法行爲責任의 추궁을 인정한 예도 적지 아니하다.

전문가의 의뢰인에 대한 책임이 不法行爲責任이라고 보았던 이유는 다양한 데, 주된 것으로는 다음과 같은 사항들을 들 수 있다.

- ①전문가책임의 근거는 당사자의 합의가 아니고 專門家로서의 地位에 근거하여 부과되는 法律·判例上の 義務違反에 있다고 해석된다는 점
- ②불법행위책임에는 損害賠償의 範圍를 제한하는 규정(민법 제1150조)의 적용이 없다는 점, 責任의 減免에 관한 特約의 효력이 부정된다는 점, 遲滯賠償金을 청구하기 위하여 따로이 절차가 필요하지 않다는 점 등에서 계약책임보다도 被害者에게 有利하다는 점
- ③전문가의 의무내용은 대부분의 경우 手段債務이므로, 계약책임을 인정하여도 의뢰인의 立證負擔을 불법행위보다 경감시키는 것이 되지 않는다는 점

學說의 경우를 보면, 專門家責任은 전문가와 비전문가의 社會的 關係에서 비롯되는 의무의 위반에 근거한다는 점, 계약내용을 검토함으로써 그 義務內容이 확정될 수 있다는 점, 명시적인 계약이 체결되었는지의 여부에 따라 전문가의 注意義務에 차이는 발생하지 아니한다는 점, 동일사고의 被害者 중 계약당사자와 제3자에 따라 시효기간이나 손해배상의 범위에 차이를 둔다는 것은 타당하지 아니하다는 점 등을 이유로 계약책임이나 불법행위책임의 구별에 구애되기보다는 독자적인 법영역을 구축하도록 노력하여야 한다고 하는 견해가 유력시되고 있다. 다만,

프랑스에서는 광의의 전문가 개념을 취하면서 일반적으로 전문가와 비전문가의 社會的 立場의 不均衡 是正을 도모하는 것이 법률 및 법률학의 과제라고 인식되고 있다. 그러므로 프랑스에서의 전문가책임의 법리는 좁은 의미에서의 전문가(自由專門職)의 책임에 관한 법제도가 아니라 製造物責任·서비스提供者責任·約款規制 등을 포함하는 일반적인 消費者保護法制에 가까운 것이라는 점에 유의할 필요가 있다.⁶²⁾

2) 特色

프랑스에서의 專門家(自由專門職)의 민사책임의 특색은 說明·助言義務의 強化에 있다고 할 수 있다. 이 의무는 1872년의 판결(D. 1872.1, 363)에 의하여 公證人에 대하여 인정된 이래로 그 적용영역과 내용이 확장되어 왔다.

동판결에 의하면 說明·助言義務의 성립근거는 '의뢰인이 전문가를 信賴하기 때문에 전문가에게 사무처리를 의뢰한다'라는 사실 그 자체에 있다고 한다. 그리고 완전 문외한인 依賴人의 立場에서 본다면 어떠한 사항에 대하여 어떠한 조언을 받는 것이 바람직한가를 판단할 수 없기 때문에, 정보의 제공에 대하여 명시적인 합의가 있는 경우에만 의무가 발생한다고 하는 사고방식은 이를 취하기 어려우며, 전문가의 주도하에서 이러한 의무의 감면에 관한 특약을 두는 것도 부적절하다고 한다. 따라서 설명·조언의무는 본래적으로 명시적인 合意없이 발생하고, 원칙적으로 免責約款의 효력은 부정되어야 한다고 판시하였다.

이와 같은 특색에 착안하는 한, 정보량에 있어서 압도적인 격차가 있고 일방이 타방을 신뢰하여 계약관계를 체결할 수밖에 없는 경우에는 공통적으로 說明·助言義務의 존재가 인정되어야 하고, 이는 자유전문직에 특유한 문제는 아니라고 할 것이다. 따라서 프랑스에서는 說明·助言義務에 대하여 계약체결전의 情報提供義務(obligation d'information, obligation de renseignement)와의 경계를 분명하게 하면서 그 적용범위를 확장하여 왔고, 변호사·의사·건축가·은행·부동산중개업자 등 각종 義務제공자 뿐만 아니라 물건의 임대인이나 매도인 등에까지 이를 적용하고 있다.

또한 설명·조언의무의 법적 성질은 安全義務 내지 安全保護義務(obligation de sécurité)와 유사한 것으로, 분업화의 진전에 따라 현대사회에 특유한 새로운 법률문제를 상징하는 것으로서 금후 그 중요성이 더욱 증가할 것으로 보고 있다.⁶³⁾

62) 鉾田 薫, 前掲論文, 44~45面.

3. 専門家の 故意・過失

프랑스법에 있어서는 契約責任이건 不法行爲責任이건 간에 故意・過失(faute)이 없으면 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 고의・과실의 내용 내지 정도에 관하여는 일반적으로 不法行爲責任의 경우에는 가장 가벼운 故意・過失(levissima culpa)로 충분하지만, 契約責任의 경우에는 급부의 성질에 따라 경미한 故意・過失(faute légère)로 충분하는 경우도 있고 중대한 故意・過失(faute lourde)을 요건으로 하는 경우도 있다.

전문가의 職務遂行상의 過誤에 관해서는 종래부터 重大한 故意・過失이 있는 경우 외에는 책임을 부담하지 아니한다는 견해가 學說과 判例의 多數說로 주장되어 왔다. 이러한 견해는 '직업활동의 자유보장'이나 '위촉된 의료의 회피'라는 관점에서 주장되어 왔다. 다른 한편으로는 전문가책임에 있어서 정작 중요한 것은 고의・과실의 단계에서가 아니라, 法律・判例・慣習 등에 의하여 해당 전문직에 요구되는 수준의 주의의무를 다하고 있었는지의 여부라고 하는 견해도 유력하게 주장되어 왔다.

오늘날에는 해당 직무에 정통한 전문가가 노력하여야 할 주의의무를 다하였는지의 여부가 고의・과실 유무의 판단기준이고, 이 점에서는 故意・過失의 인정에 관한 一般原則과 다르지 아니하다는 해석이 通說的인 見解인 듯하다. 이처럼 프랑스에서의 専門家の 責任의 기본적인 사고방식은 각각의 직무에 정통한 전문직이 해당 직무를 수행함에 있어 진력을 다하여야 할 주의의무를 다하지 않는 때에는 이로 인하여 입은 손해를 배상하여야 한다는 것이다.⁶⁴⁾

V. 日本

일본에서도 여느 나라들과 마찬가지로 전문가책임에 관하여 契約責任 不法行爲責任이냐가 다투어져 왔다. 일본에 있어서의 전문가책임의 추구는 종래 불법행위 소송이 주류를 이루고 있었지만, 계약책임을 묻는 소송이 점차적 증가하는 경향을 보이고 있다고 한다. 不法行爲責任이냐 契約責任이냐의 선택은 양자의 要件 및 效

63) 鉾田 薫, "比較法(3) - フランス", 専門家責任研究會編, 専門家の民事責任, 別冊 NBL, No. 28, 1994. 9, 51면.

64) 上掲論文, 45面 참조.

果가 다르기 때문에 區別의 實益이 있다. 즉, 고의·과실의 입증책임, 직무보조자 내지 피고용자의 행위에 대한 본인 또는 사용자의 책임(일본민법 제715조 참조), 손해배상의 범위(제416조 참조), 과실상계(제418조 및 제722조제2항), 연대책임(제719조 참조), 손해배상채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지(제509조 참조), 소멸시효기간(제167조제1항 및 제724조), 「실화의책임에관한법률」 또는 운송인의 책임에 관한 상법의 규정(일본상법 제577조 내지 제581조) 등 특별규정 및 추완청구권(이행청구권, 하자수보청구권)의 유무 등은 어떤 책임을 선택하는가에 따라 적용에 차이가 있다.⁶⁵⁾

전문가의 손해배상책임을 契約責任으로 다루는 경우, 먼저 계약상 債務內容의 確定이 문제된다. 일본에서는 전문가와 의뢰인 간의 계약에 성질에 관하여 이를 위임 또는 준위임계약, 도급계약 또는 양자의 혼합계약 등 견해가 나뉘어져 있는데, 이들 중 委任契約으로 보는 것이 일반적인 경향이다. 都給은 당사자의 일방이 사무를 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 사무의 결과에 대해 보수를 지급할 것을 약정하는 계약으로(일본민법 제632조), 채무인 급부의무의 내용이 일정한 결과를 실현해야 하는 것이라는 점에서 이른바 結果債務이다. 이에 대해 委任은 당사자의 일방(委任人)이 일정한 사무의 처리를 상대방(受任人)에게 위탁하는 계약으로, 무상이 원칙이지만 유상인 것도 상관없다(일본민법 제643조, 제648조 및 제656조). 위임에 있어서 수임인은 위임인에 대하여 위임사무를 처리할 의무를 부담하지만, 위임은 도급과는 달리 특정한 결과의 달성 자체에 의무를 부여하고 있는 것은 아니라 그 본래의 목적달성을 위하여 最善의 處理를 다할 것을 내용으로 하는 것으로 手段債務이다. 專門家의 채무내용은 확실한 결과의 실현을 약속한 것이 아니라 특정한 결과의 달성을 위해 最善을 다하는 것을 내용으로 한다. 그러나 일본에서는 이러한 수단채무로서의 구성이 결코 채권자인 의뢰인에게 유리한 것은 아니라는 비판이 가해지고 있는 가운데 특별한 대책을 강구하고 있지는 못한 듯하다.⁶⁶⁾

일본에서의 辯護士의 注意義務는 심판을 받을 기회·기대를 보호해야 할 의무, 의뢰인의 손해를 방지할 의무, 적절한 조언·주장·입증을 하여야 할 의무, 보고 의무, 의뢰인의 상소의 기회를 보호해야 할 의무, 서류를 작성할 의무, 부동산의

65) 下森 定, “日本法における「専門家の契約責任」”, 川井 健外, 専門家の責任, 日本評論社, 1993, 9~10면.

66) 能見善久, “専門家の責任 - 理論的構組と提案”, 専門家責任研究会編, 別冊 NBL. No. 28, 1994.9, 4~11면 참조.

권리관계를 검토할 것이 의뢰된 경우 그 조사를 해태하지 아니할 의무, 서증 등의 법적 수단의 준비를 할 의무, 법률 지식에 관하여 그 조사할 의무, 대리권의 범위를 넘어서는 안될 의무, 금전의 회수를 확실하게 행할 의무, 위탁금의 운용에 관하여 그 계산의 내역을 의뢰인에게 제시할 의무, 의뢰인으로부터 해약의 신청이 있을 때까지 사무를 계속할 의무 등으로 유형화되어 있다. 이러한 다양한 注意義務에 관한 일본의 判例는 적으나마 영미법상의 '事實推定の 原則(res ipsa loquitur)'을 원용하여 변호사의 책임에 관한 의뢰인의 因果關係의 입증책임을 경감하려는 태도를 취하고 있는 것 같다. 또한 醫師의 책임에 관하여 일본에서는 의사가 진료상 기울여야 할 주의의무의 정도에 대하여 전통적으로 '最善·最高의 注意義務'가 판례상 확립되어 있어 특수한 직업상의 의무를 부과하고 있으며, 이것은 기존의 善管注意義務와는 구별되는 特殊信賴義務라고 볼 수 있을 영역이다.⁶⁷⁾

VI. 綜合的 檢討

각국에서 논의되는 전문가의 책임법리는 대부분 專門家の 過失과 依頼人이 받은 損害 사이에 존재해야 하는 因果關係의 입증을 어떻게 할 것인가에 그 중심을 두고 있다. 즉, 전문가의 활동영역은 동종의 업무에 종사하는 전문가도 정확하게 파악할 수 없는 특수성을 가지고 있는 만큼, 거의 문외한이라 할 수 있는 의뢰인은 손해의 사실을 인지하기가 매우 어렵고 전문가의 과실로 손해를 입었을 경우 손해배상책임을 지우기 위하여 의뢰인이 이를 입증한다는 것이 불가능에 가깝기 때문이다.

각국의 경우를 보면 전문가책임에 관하여 과거에는 不法行爲責任에 의해 책임을 추궁하는 것이 많았으나, 근래에는 원고인 의뢰인이 아니라 피고인 채무자가 입증책임을 부담하도록 하는 債務不履行責任을 묻는 경우가 증가하고 있다. 그러나 채무불이행책임으로 추궁하더라도 전문가책임이 결과채무가 아니라 手段債務라는 성질상, 전문가는 자신이 최선을 다해 업무를 수행을 했음을 입증하면 되고 결국 의뢰인이 전문가의 업무실행중 과오가 있었음을 입증해야 하는 것으로 되어 立證問題에 관한 해답을 얻지 못하고 있는 듯 하다.

그러나 美國에서는 이러한 난점을 극복하기 위해 전문가와 의뢰인사이에 신뢰

67) 郭忠京, 專門家責任의 法吏에 관한 研究 - 醫師·辯護士를 중심으로 -, 동아대 석사논문, 1996. 12, 45~46면 참조.

관계가 강하게 존재함을 근거로 '事實推定の 原則(res ipsa loquitur)'을 적용하여 전문가의 과실을 사실상 추정하려고 하고 있으며, 獨逸에서도 영미법상의 '事實의 推定'과 유사한 '充分的 證據'라는 소송법상의 원칙을 원용하여 전문가책임의 특수성으로부터 초래되는 입증상의 문제를 해결하려고 하고 있다. 또한 프랑스에서도 판례상 전문가의 채무가 手段債務라는 특수성을 이유로 과실의 입증을 경감하여 입증문제를 해결하려고 하고 있고, 日本도 역시 근래들어 영미법상의 '事實推定の 原則'에 입각한 판례들이 나오고 있다.

第5章 結 論

I. 專門家 損害賠償責任에 관한 特則의 必要性

전문가의 업무는 公共의 性格과 高度의 專門性을 가진다. 이에 기초하여 전문가는 法的·社會的으로 業務의 排他性이 인정되고 업무를 수행함에 있어 裁量의 폭이 넓으며 상대적으로 높은 수준의 報酬가 허용된다. 이는 바꾸어 말하면, 전문가의 거래상대방인 의뢰인이 그 만큼 권익을 침해당할 여지가 크다는 것을 의미한다. 그러므로 전문가와 의뢰인간의 거래에 있어서는 특히 依頼人의 權益을 두텁게 保護하는데 注重할 필요가 있다.

내용적으로 의뢰인의 권익을 두텁게 보호하는 방법으로는 專門家 損害賠償責任의 成立要件의 明確化, 說明義務의 강화, 立證責任의 전환, 履行의 保障手段 강구 등을 들 수 있다. 형식적 측면에서는 學說 또는 判例의 趣意를 통하여 이들 내용에 관한 법리 즉, 解釋의 基準을 확립하는 방법과 이들 내용을 立法化하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 우리 나라의 경우 學說 또는 判例에 의한 법리의 형성이 이루어져 있지 아니한 현재의 상황하에서는 의뢰인의 권익보호를 위하여 입법으로 損害賠償責任에 관한 特則을 두는 것이 불가피하다고 할 것이다.

손해배상책임에 관한 특칙을 둔다는 것은 사인간의 거래이기는 하지만 당사자 일방이 社會的 弱者라는 관점에서 예외적으로 국가가 후견적으로 개입하는 것이다. 따라서 모든 전문가에 대하여 특칙을 둔다는 것은 專門家制度를 지나치게 위축시킬 우려가 있으므로, 獨立的인 營業이 가능하여 의뢰인의 권익을 침해할 蓋然性이 크고 그 침해로 인하여 의뢰인이 相當한 損害를 입을 우려가 있는 경우로 한정하는 것이 바람직하다고 본다. 이러한 관점에서 볼 때, 전통적 의미의 대표적인 전문가라 할 수 있는 辯護士, 建築士, 醫師, 藥師 등에 대하여 현행법상 손해배상책임에 관한 특칙을 두지 아니하는 것은 다른 개별전문가와 비교하여 衡平성에 문제가 있다고 할 것이다.

한편 손해배상책임에 관한 특칙이 전문가에게 반드시 불리한 것만은 아니다. 특칙에서는 專門家의 責任의 範圍 또는 限界를 설정하거나 손해배상책임의 履行保障方法의 강구를 강제하므로, 전문가는 이에 기초하여 오히려 불필요한 위축을 받지 않고 업무를 수행할 수 있다는 긍정적인 측면도 있다.

II. 特別에서 다루어야 할 內容

전문가 손해배상책임에 관한 특칙에서는 依賴人의 權益保護와 專門家制度의 合理的인 運用을 위하여 損害賠償責任 成立要件의 明確化, 說明義務의 강화, 立證責任의 전환, 責任의 範圍 또는 限界의 설정, 履行保障方法 강구, 紛爭調停委員會의 도입, 自律的 規制의 강화 등에 관한 內容이 다루어져야 할 것이다.

한편 특칙에서 이들 內容을 다룸에 있어서는 전문한 바와 같이 전문가 의 業務 의 公共性, 業務 의 專門性, 전문가 와 의뢰인 간의 特別한 信賴關係, 裁量的 判斷 의 여지, 민사책임 추궁의 곤란성 기타 契約締結의 不明確性, 責任範圍의 모호성, 依賴人 過失의 가담, 의뢰인 의 不服節次 또는 後續措置의 懈怠 등 전문가 및 전문가 와 의뢰인 간의 關係의 特性이 고려되어야 할 것이다.

1. 成立要件의 明確化

전문한 바와 같이 전문가 와 의뢰인 간의 關係에 있어서는 전문가 의 업무의 고 도의 專門性 및 업무처리과정중의 情報의 獨占性 등으로 인하여, 의뢰인 은 일반적 으로 전문가 의 채무불이행 또는 불법행위 사실조차 認知하기 어렵다. 그러므로 우 선은 의뢰인으로 하여금 어떠한 경우에 전문가 에 대하여 채무불이행 또는 불법행 위로 인한 손해배상책임 을 물을 수 있는지에 관한 배려가 있어야 한다.

우리 나라의 경우 전문가 의 과실에 대한 判斷基準과 信賴違反에 대하여 책임을 묻는 문제는 관련법리가 형성되어 가는 중에 있고 또 이를 표준화하기도 현실적 으로 어려운 만큼, 원칙적으로 學說 또는 判例에 의한 解釋을 통하여 그 내용들을 수용하는 것이 바람직하다고 본다. 다만, 개별전문가 에 따라 성립요건의 典型的인 事例는 특칙에서 규정하여 최소한의 의뢰인 보호는 도모되어야 할 것이다.

현행법상으로는 株式會社의 外部監査에 관한法律에서 外部監査人인 公認會計士와 地價公示및土地등의 評價에 관한法律에서 鑑定評價業者인 鑑定評價士의 경우에만 손해배상책임의 성립요건의 일부를 明確화하고 있는데 그치고 있다.

株式會社의 外部監査에 관한法律은 제17조제1항에서 피감사회사에 대한 손해배상 책임으로, '감사인이 그 임무를 게을리하여 회사에 대하여 손해를 발생하게 한 때 에는 그 감사인은 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다'라고 규정하고 있고, 제17조제2항에서는 제3자에 대한 손해배상책임으로, '감사인이 중요한 사항에 관

하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 감사인은 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다'라고 규정하고 있다. 또한 地價公示 및 土地 등의 評價에 관한 法律은 제28조제1항에서 감정평가업자가 타인의 의뢰에 의하여 감정평가를 함에 있어서 고의 또는 과실로 감정평가 당시의 적정가격과 현저한 차이가 있게 감정평가하거나 감정평가서류에 허위의 기재를 함으로써 감정평가의 의뢰인이나 선의의 제3자에게 손해를 발생하게 한 때에는 감정평가업자가 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.

2. 立證責任의 轉換

전문가의 업무의 전문성, 관련정보의 독점성 및 사무처리과정상의 행정사무의 경직성 등으로 인하여, 의뢰인이 가해사실을 인지한다거나 사무처리에 관한 정보에 접근한다는 것 자체가 결코 용이하지 아니다. 더욱이 의뢰인으로서의 加害事實을 認知하였다거나 情報에 接近하였다고 하더라도, 업무의 고도의 전문성으로 인하여 結果 및 위임사무를 처리하는 過程·方法의 適正性 여부를 파악하기가 어렵다.

현행법상 의뢰인의 입증책임을 완화 내지는 전환하고 있는 경우는 전무한데, 의뢰인과 전문가 간의 분쟁에 있어서 의뢰인이 전문가와 實質의인 對等한 當事者로서의 地位를 가도록 하려면, 특칙에서 정하는 개별전문가별의 성립요건의 典型的인 事例 및 전문가의 不法行爲의 경우에 대하여는 過失을 推定하여 立證責任을 轉換할 필요가 있다.

3. 說明義務의 強化

전문가는 위임받은 사무를 처리함에 있어 廣範圍한 裁量을 부여받고 있을 뿐만 아니라, 전문가에게 업무를 위임한 의뢰인은 대개의 경우 전문가의 사무처리의 과정 또는 결과를 정확히 評價할 能力을 갖지 못하다. 그러므로 전문가의 사무처리 과정이 어떠한고 그 결과가 과연 자신에게 최선으로 행해졌는지의 판단은 전적으로 전문가의 一方的인 說明을 통해서만 이루어질 수 있다.

그러므로 의뢰인의 권익을 보호하고 분쟁을 사전에 예방하며 전문가의 채무불이행 또는 불법행위로부터 의뢰인이 구제받을 수 있는 여지를 확보해 주기 위하여는 전문가의 손해배상책임에 관한 특칙에서 說明義務를 보다 強化하여야 한다.

4. 責任의 範圍 또는 限界의 設定

전문가와 의뢰인 간에 있어서는 口頭에 의한 契約締結 및 合意內容의 不明確性 등으로 인하여 전문가의 책임범위 내지는 한계가 모호해질 우려가 있다. 또한 경우에 따라서는 의뢰인이 전문가의 過失에 일정한 역할을 담당하거나 不服節次 또는 後續措置를 해태하여 손해를 줄일 수 있는 기회를 상실케 하는 경우도 예상해 볼 수 있다.

전자에 대하여는 건별로 書面에 의한 계약을 체결토록 하고 그 契約內容을 明示하도록 의무화함으로써, 분쟁의 여지를 줄임과 아울러 의뢰인의 권익을 두텁게 보호하고 전문가제도의 합리적인 운용을 도모하도록 하여야 할 것이다. 또한 이를 위하여는 개별전문가별로 이들 내용을 담은 標準約款을 의무적으로 사용토록 하는 방안도 고려해 볼 만하다.

후자에 대하여는 개별전문가별로 過失加擔의 정도 또는 機會喪失의 정도에 따라 損害賠償額을 減額하도록 함으로써, 과도한 손해배상책임에 대한 부담으로 전문가의 업무가 위축되는 것을 방지해줄 필요가 있다.

한편 손해배상책임에 관한 한, 전문가는 無限責任을 부담하는 것이 원칙이며, 합동사무소나 법인의 형태를 취하는 경우에도 마찬가지이다. 현행법상 전문가의 책임을 유한책임으로 정할 있도록 하고 있는 경우가 있는데(공인회계사법 제40조 제2항 참조), 이는 손해배상책임에 대한 보장이 무한책임에 준하는 수준으로 구체적으로 확립되어 있는 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 할 것이다.⁶⁸⁾

5. 履行保障方法의 實效性 提高

전문가에 대한 排他的인 資格의 부여, 상대적으로 높은 수준의 報酬, 전문가와 의뢰인 간의 立場의 非互換性 등을 고려할 때, 전문가에게는 그 직무와 관련하여 발생시킨 손해의 배상책임에 대하여 履行保障手段을 강구하도록 강제할 필요가 있다. 이러한 이행확보방안으로는 保險制度, 共濟制度 및 供託 등을 들 수 있다.

손해배상책임의 이행보장방법에 관하여는 현행법상 개별전문가별로 비교적 상

68) 公認會計士法 제28조에서 손해배상책임의 보장을 두텁게 하기 위하여 회계법인에 대하여 損害賠償準備金の 적립을 강제하고 있는데, 이러한 손해배상준비금으로 無限責任에 준하는 수준의 손해배상책임의 보장이 달성될 수 있는가는 의문이다.

제한 규정을 두고 있다. 그러나 개별전문가에 대한 最低保障金額의 차이 및 동일한 전문가인 경우 個人과 法人 간의 차이가 합리적인 것인가에 의문이 남는다.

6. 紛爭調停制度의 擴大 및 自律的 規制의 強化

비용과 시간이라는 측면에서의 訴訟의 非經濟性을 해소하고 전문가로 하여금 거래권내에서 분쟁을 해결하여 自己是正의 機會를 갖도록 하기 위하여 개별전문가별로 분쟁조정제도를 도입할 필요가 있다. 또한 紛爭의 豫防·再發防止 및 專門家制度의 合理的인 運用을 위하여 법제도차원에서 전문가집단으로 하여금 自律的 規制의 強化를 유도할 필요가 있다.

Ⅲ. 保險制度 및 共濟制度 導入上의 考慮事項

1. 保險制度 導入上의 考慮事項

賠償責任保險을 중심으로 전문가의 손해배상에 관한 보험제도를 검토하면, 전문가의 배상책임보험은 전문가가 업무를 위탁한 고객 등의 재산 또는 신체상 손해에 의하여 법률상의 손해배상책임을 부담하게 된 때에 입은 손해를 보장하는 보험이다. 즉, 법률에 의하여 부여된 자격을 가진 전문가가 전문적 업무를 수행함에 있어서 생겨나는 위험을 담보하는 것이다. 이 보험제도가 성립되면 의뢰인은 위화감없이 전문가에 대하여 민사책임을 청구할 수 있게 된다. 그러나 이로 인하여 장래에 전문가의 손해배상청구소송이 반드시 증대되는 것은 아니다. 이 점은 외국의 경우 전문가배상책임보험의 운영경험에 비추어 보아 그러하다. 이러한 형태의 보험은 최근 적극적으로 입법이 논의되는 製造物責任法의 제정이나 理事의 責任保險의 경우 등과 같이 消費者의 權利意識의 고양을 배경으로 한 여러가지 배상위험의 확대가 주장되고 있는 것과 이론적 발전동향을 같이 한다.

전문가배상책임보험은 이론적 기초를 전문영역에서의 高度의 知識과 專門技術을 가진 전문인에 대하여 社會的으로 그 資格을 인정해준 데 두고 있다. 그러나 전문가에게 책임을 물음에 있어서는 그 주의의무가 일반 고객의 기대에 미치지 아니한다고 하여 바로 이에 대하여 엄격책임이나 무과실책임을 지위서는 아니되고, 어디까지나 당해 업무에 관한 高度의 注意義務를 내용으로 하는 過失責任主義에 입각하여 해결하여야 한다는 점에 유의하여야 한다. 즉, 전문가의 업무중 보험

으로 填補될 수 없는 危險의 영역이 있다.

한편 전문가는 나름대로 危險을 管理할 필요성이 있다. 전문가의 업무활동은 의뢰인의 滿足과 전문가에 대한 信賴를 바탕으로 한다. 전문가의 배상책임이 추급되는 경우가 많아질수록 당해 전문가에 대한 의뢰인의 신뢰가 희박해지고 이는 경영의 위기로 이어진다. 이러한 경영의 위기는 二重의 負擔으로 이어지는 바, 손해 배상으로 인한 위험의 증가와 고객인 의뢰인의 불만과 불신으로 인한 경영상의 위기가 그것이다. 따라서 장래를 멀리 보면 의뢰인의 손해는 전문가 자신의 위험으로 되며, 이러한 위험의 부담은 자신이 직접 부담하든지 기타 전문가 배상책임의 보장제도로 부담이 돌아갈 것이다. 이와 같은 인식에 이르면 전문가는 의뢰인의 조력자라는 소극적인 경영관에서 벗어나, 시야를 넓혀 고객의 '損害'와 '危險'을 총체적으로 관리하는 의뢰인의 경영조언자 또는 재산관리인으로 자리바꿈하는 적극적인 경영관을 모색하게 될 것이다.

전문가 배상책임보험이 어느 정도 일반화되어 있는지는 도입시기의 성숙성과 관련하여 논의될 수 있다. 우리 나라의 경우 전문가 배상책임보험은 公認會計士 등 극히 일부에 국한되어 있고, 醫師賠償保險의 경우도 임의보험으로 실시하였으나 곧 폐지되고 지금은 의료사고처리특례법의 제정을 기다리고 있는 실정이다. 日本의 경우를 보면, 1963년 의사배상책임보험, 1971년 건축사배상책임보험, 1971년 공인회계사배상책임보험, 1975년 변리사배상책임보험, 1976년 변호사배상책임보험, 1977년 기술사배상책임보험 등이 있었으며, 1987년 세무사 배상책임보험에 이어 1989년 측량사배상책임보험과 1990년 행정서사배상책임보험 등이 실시되고 있다.

2. 共濟制度 導入上의 考慮事項

損害賠償共濟事業은 유사보험의 형태 또는 현행 회원공제를 좀 더 확대한 형태로 운영하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이러한 형태의 공제는 전문가 배상책임보험에 대하여 전문가 개개인들이 가지는 의구심, 보험도입의 시기상조 등 도입시기의 걱정하지 못한 점 등을 감안하면 손해배상 이행보장의 중요한 대안이 될 수 있다. 공제제도의 도입시에 고려하여야 할 제반 논점을 살펴보면, 먼저 共濟의 範圍에 있어서는 기존 회원에 대한 복지공제와 통합하는 방안도 있을 수 있으나 당분간은 책임보장의 성격을 띠는 손해보장공제를 별도로 운영하여야 할 것이다. 즉, 책임보장을 위한 공제기금의 적립을 별개로 하는 것이 바람직하다. 다음으로

共濟의 補償金額에 있어서 구체적으로 담보하는 보상금액을 무한보장으로 하기는 이제 막 출범하는 공제제도의 여건상 어려울 것으로 보이므로, 일부는 自家保險 (self insurance)으로 담보하고 나머지에 대하여 有限保障의 방법으로 하는 것이 바람직하다. 구체적으로 연간한도를 정하거나 건당한도 또는 보수의 일정배수 등을 정하는 방안이 있을 수 있다. 또한 일정한 금액에 미달하는 少額損害의 경우에는 不支給의 규정을 둘 수도 있다. 끝으로 加入의 強制與否에 있어서는, 공제의 경우에도 보험의 경우에서와 같이 손해배상의 보장수단으로서의 기능을 강조하면, 危險의 社會的 分散과 依賴人의 保護라는 측면이 우선적으로 강조될 것이므로 가입이 강제될 수 있다. 공제를 강제하는 경우는 契約自由를 制限하는 것이므로 法律에 규정을 두어야 할 것이다. 또한 이 경우에는 전문가의 開業申告와 연계하여 이들 보장방법의 불가입에 대한 제재로 활용하면 될 것이다.

공제사업에 대한 監督·規制에 관하여 논하면 다음과 같다. 위에서 설명한 대로 공제사업과 보험사업 특히 상호보험사업과의 법률적 구조는 기본적으로 같으며, 다른 점이 있다면 공제사업에 있어서는 단체를 구성하는 자가 일정한 지역 또는 직역을 대상으로 한정하고 있다는 점이다. 각종 개별전문가의 경우처럼 단체구성원의 지역·직역에 의한 결합이 매우 밀접하고, 구성원 각자가 공제단체의 운영에 필요한 정보를 충분히 제공하고, 이에 의하여 공제단체의 현황이 바르게 이해됨과 아울러 공제가입자들이 공제단체의 운영에 직접적으로 참가하고 있는 경우에는, 공제단체의 운영을 構成員의 自治에 위임하고 국가는 감독을 하지 아니하는 것이 보통이다. 따라서 공제계약관계와는 달리 共濟事業에 대하여는 일반적으로 보험업법이 적용되거나 준용되지 아니하며, 단체내부 구성원에 의한 自律規制의 實效性을 확보하는 방안의 강구가 요구된다.

그러나 일정한 危險을 引受하는 共濟의 경우에는 보험에 준하여 이를 준용한다는 규정을 두어야 할 것이다. 즉, 공제의 기본목적이 사고나 재해를 당한 가입자를 조력하고 나아가 피해자를 보호하고자 하는데 있는 경우에는 공제금의 지급에 대하여는 주무부장관의 인가 등 국가에 의한 감독을 통하여 그 확실성을 보장할 필요가 있다. 이는 專門家責任保障의 社會的 機能에 비추어 당연하다. 공제금액이 위로금 정도의 금액에 한정되는 것이 아니라 實損害의 填補를 약속하는 전문가 손해보장공제의 경우에는 공제조합의 지급능력을 충분히 확보하여 공제금의 지급을 받지 않는 자가 발생할 소지를 없애 共濟加入者 保護에 충실을 기하여야 한다.

IV. 紛爭調停制度의 導入 및 自律的 規制의 強化 誘導

우리나라의 경우는 다른 나라와는 달리 전문직역에 별도의 분쟁해결기구를 설치하고 있는 경우가 적지 않다. 예를 들어, 公認會計士, 關稅士, 不動産仲介士 등의 경우에는 분쟁조정위원회의 설치 및 기능에 대하여 규정하고 있다. 전문가와 의뢰인의 분쟁의 경우에는, 依賴人의 利益保護 및 專門家의 業務의 效率化를 위하여 분쟁조정제도가 효과적으로 활용될 수 있다. 전문가와 의뢰인 양자는 분쟁조정제도를 통하여 訴訟의 非經濟性을 제거하고 彈力的으로 紛爭을 解決하는 것이 가능하다.

소비자 일반의 피해구제와 관련하여서는 현행 消費者保護法 제3절의 '消費者紛爭調停委員會' 이외에 이에 준하는 별도의 분쟁조정기구가 설치되어 있는 경우가 있다. 예를 들어, 변호사의 업무분쟁에 대하여는 변호사법 제59조의 규정에 의한 '지방변호사회', 은행거래에 대하여는 은행법 제40조의4의 규정에 의한 '금융분쟁조정위원회', 보험계약의 경우에는 보험업법 제197조의2의 규정에 의한 '보험분쟁조정위원회', 증권거래의 경우에는 증권거래법 제202조의 규정에 의한 '증권분쟁조정위원회' 그리고 의료분쟁에 대하여는 의료법 제54조의2의 규정에 의한 '의료심사조정위원회' 등이 있다(소비자보호법 제28조제2항제2호 참조). 또한 동법은 제28조제2항제3호에서 기타 대통령령이 정하는 被害救濟制度에 대하여도 동법의 처리대상에서 제외하고 있으나, 최근에 신설된 각종 전문가책임의 분쟁조정기구는 이에 포함되어 있지 아니함을 유의할 필요가 있다. 그러나 한국소비자보호원이 1996년 6월 21일 재정경제원 기타 관련기관과의 협의를 거쳐 발표한 「소비자정책부문 21세기 경제장기구상」에 의하면, 소비자보호법에서 정하는 분쟁해결대상을 현재 동법에서 제외하고 있는 금융거래 이외에 변호사 등의 전문자유직업서비스와 관련된 분쟁에까지 이를 확대할 계획을 밝힌 바 있다. 다만, 이 문제는 제직역간의 이해관계가 심각하게 대립되므로 계획대로 실천에 옮겨질 지는 의문이다.

한편 사회에 전문서비스를 제공하는 전문가의 경우에는, 서비스의 질과 고도의 전문성을 유지한다는 차원에서 專門家團體를 중심으로 자율적으로 구성원의 행동의 기준을 정하고 동시에 의뢰인으로부터 제기된 고충을 처리하며 나아가 자기구성원의 업무상 과오를 시정하게 하는 것이 바람직하다. 즉, 국가가 개입하거나 제3자의 판단을 개입시키기 보다는 自律規制를 하는 편이 바람직하다고 할 것이다.

參考文獻

I. 國內文獻

- 강희원, “변호사의 책임 - 우리 나라의 현황과 민사책임의 법이론구성을 중심으로-”, 인권과 정의, 제233호, 1996. 1.
- , “변호사의 민사책임에 관한 법적 구성”, 소비자문제연구, 제15권, 1995. 6.
- 곽충경, “전문가책임의 법리에 관한 연구 - 의사·변호사를 중심으로-”, 동아대 석사논문, 1996. 12.
- 김민규, “전문가책임법의 전개”, 부산외대논총, 제13집, 1995. 2.
- 김민중, “의사책임의 민사법적 근본원칙에 관한 연구”, 전북대논문집(인문사회과학), 제36권, 1993. 12.
- 김용욱, “한국의 법률전문가에 대한 연구”, 부산대법학연구, 제43권, 1994. 12.
- 김종윤, “변호사의 과오책임과 책임보험”, 경희대 박사논문, 1992.
- , “변호사의 과오책임”, 인권과 정의, 제208권, 1993. 12.
- 범경철, “의사 책임을 중심으로 한 의사와 환자 사이의 법률관계”, 전북대 석사논문, 1992.
- 소재선, “전문가로서의 변호사의 민사책임 - 독일, 프랑스, 일본 등 대륙법국가를 중심으로-”, 법조, 제470호, 1995. 11.
- 손상기, “공인회계사의 책임과 사회적 역할”, 고려대 경영대학원 석사논문, 1992.
- 이덕환, “의사책임소송에 있어서의 입증책임”, 한양대법학논총, 제12집, 1995. 10.
- 이종남, “공인회계사의 법적책임과 한계”, 전강 이종원박사 고회기념 「법과 경제(상)」, 1996. 6.
- 이청조, “변호과오소송의 법리에 관한 연구”, 동아대 박사논문, 1988.
- , “전문직으로서의 변호사 책임”, 동아논총, 제24집, 1987. 12.
- 최성근, “善管注意義務의 限界와 忠實義務法理”, 한국법제연구원, 법제연구 제9호, 1995. 12
- , “전문가책임에 관한 서론적 고찰”, 석하 김기수교수 정년기념논문집, 1997. 10.

- 최성근·옥무석, "세무사의 손해배상책임에 관한 법리와 입법", 한국법제연구원, 한국세무사회 수탁연구논문, 1996. 10.
최홍섭, "전문가의 제3자에 대한 정보책임", 재산법연구, 1994. 12.

II. 日本文獻

- 岡 孝, "情報提供者の責任", 現代契約法大系(7), 有斐閣, 1984.
鈴木重勝, "辯護士の民事責任", 判例研究, 取引損害賠償, 1989.
松本恒雄, "ドイツ法における虚偽情報提供者の責任論", 民商法雜誌, 第76~79卷 1~4號, 1978.
手嶋豊, "専門家責任に関する一考察", 私法, 第51號, 1989.
専門家責任研究會編, 専門家の民事責任, 別冊 NBL, No. 28, 1994.10.
潮見佳男, "履行補助者責任の歸責構造", 民商法雜誌, 第96卷 2·3號, 1988.
川井 健外, 専門家の責任, 日本評論社, 1993. 12.

III. 歐美文獻

- Comment*, "Professional Negligence", 121 Univ. of Penn. L. REW., 1973.
Consumer, M. M., "Protection in Service Transactions - Implied Warranties and Strict Liability in Tort", Utah L. Rew., 1974.
Damm, Reinhard, "Entwicklungstendenzen der Expartenhaftung", JZ, 1991.
Dugdale & Stanton, Professional Negligence, 2nd ed., 1989.
Henssler, Martin, "Haftungsrisiken anwältlicher Tätigkeit", JZ, 1994.
Lang, Arno, "Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer", WPG, 1989.
Taupitz, Jochen, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991.
———, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, 1989.
Vandall, F. J., "Applying Strict Liability to Professionals: Economic and Legal Analysis", 59 Indiana L. J., 1983.

연구보고 97-4

專門家責任의 立法에 관한 研究

1997년 12월 25일 印刷

1997년 12월 30일 發行

發行人 朴 松 圭

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 (주) 東 洋 商 社

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전 화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

값 5,000 원

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-033-9 93360

