

< 論 文 >

損害賠償과 後發的 事情

— 이른바 假定的 因果論(sog. Hypothetische Kausalität)을 中心으로 —

崔 鍾 吉*

一 序 言

債務不履行 또는 不法行爲가 成立한 때에는, 不履行을 한 債務者 또는 加害者는, 債權者 또는 被害者에게 대하여 損害를 賠償할 責任이 있다. 그리고 民法은 그 때의 損害賠償의 範圍를 債務不履行 또는 不法行爲와 相當因果關係에 있는 通常의 損害를 그 限度로 하고, 特別한 事情으로 인한 損害는, 債務不履行 또는 不法行爲時에, 債務者 또는 加害者가 그 事情을 알았거나 또는 알 수 있었을 때에 限하여 賠償할 것을 原則으로 하고 있다. (民法 제 394 조 참조).

그러나 具體的으로 어떤 事情을 參酌하여 위의 損害賠償額을 算定할 것이냐의 문제는, 위에 들은 抽象的인 原則으로서는 모두 解答될 수 없고, 우리나라 뿐만 아니라 모든 다른 나라의 法制下에서도 實際上 또는 理論上의 解決困難한 問題중의 하나에 屬하고 있다. 결국 法官은 個個의 具體的인 損害賠償事件에 當하여, 諸般의 모든 事情을 考慮하여, 損害賠償法의 指導原理인 衡平의 原理에 立脚하여 公平妥當한 解決을 期하여야 할 것이다. 왜냐하면 損害賠償制度는 社會의 全體的向上 및 發展을 期하기 위하여 社會에 不斷히 그리고 必然的으로 發生하는 損害를 누군가에게 公平하게 負擔시켜 可及的으로 損害없는 狀態에 復舊시킴으로써 當事者間의 公平을 期하려는 制度이기 때문이다.

이런 事情下에서, 損害賠償의 範圍에 관한 이른바 假定的因果關係(Hypothetische Kausalität) 혹은 潛在的原因(Reserveursache) 또는 假定的 原因(Hypothetische Ursache)의 考慮與否가 다루어지는 特殊問題는, 특히 최근 獨逸의 民法學界에서 活潑히 論議되고 있는 問題로서, 우리의 關心을 끈다. 假定的 또는 追越的 因果關係(Hypothetische od. Ueberholende Kausalität) 혹은 潛在的 原因의 問題는 要件에, 損害發生後, 損害原因인 債務不履行 또는 不法行爲가

* 서울大學校 法科大學 副教授

없었다 하더라도 이들 損害와 同様の 損害를 惹起시켰으리라고 생각되는 다른 事情이, 履行期 또는 不法行爲時에 被害者에게 存在하였던 경우(潛在의事情), 또는 그와 같은 事情이 履行期 또는 不法行爲時 以後에 發生한 경우(後發의事情)에 있어서 이들 事情도 損害賠償額算定時에 參酌할 것인지의 與否에 관한 문제이다. 이 두個의 類型을 例示하면 다음과 같다.

첫째, 例컨대 甲이 乙을 殺害하였지만, 乙은 臨終에 가까운 病者였던 경우, 혹은 甲의 加害行爲가 없었다 하더라도 乙을 不遠間 死亡케 했을 疾病의 素質이 乙에게 存在했던 경우 甲이 乙의 愛用犬에게 毒物을 投與하였지만 毒殺되기 以前에 丙이 이를 射殺한 경우, 甲이 乙의 家屋을 破壞하였지만 그 家屋은 老朽荒廢하여 어차피 不遠間 倒塌되었으리라는 것이 확실한 경우등(潛在의事情)과 같이 現實的인 損害原因(reale Ursache)⁽¹⁾의 關與以前에 이미 假定的 또는 潛在的原因이 存在하고 있었던 경우이다. 둘째, 例컨대 甲이 乙의 家屋에 放火하고 난 直後에 突然히 近處에 地震이 일어나서, 萬一 甲의 放火行爲가 없었다 하더라도 乙의 家屋은 그 地震으로 인하여 倒塌되어 甲이 放火한 경우와 같은 損害를 입었으리라고 생각되는 경우, 甲이 乙의 自動車를 破壞한 後 곧 近處에 爆發事故가 發生하여 그 近處에 있던 모든 車輛이 全部 破損된 경우, 혹은 乙의 車庫가 그 後 火災로 인하여 消失되어 甲의 破損行爲가 없었다 하더라도 同様の 損害가 發生하였으리라고 생각되는 경우, 혹은 破損된 自動車가 車庫의 火災로 全燒하였거나 反對로 破損된 自動車를 修理工場에 運搬하였기 때문에, 車庫의 火災로 인한 全燒를 避할 수 있었던 경우와 같이, 現實的으로 損害를 惹起시킨 第一의 事情이 發生한 후 同一한 損害를 發生시켰거나 또 發生시켰을 것이 確實視되는 第二의 事情(後發의事情)이 發生하였거나, 또는 第一의 事情때문에 바로 第二의 事情이 發生하지 않았던 경우(例컨대 破損된 車를 修理工場으로 運搬하였기 때문에 (第一原因), 車庫의 火災(第二原因)로 인한 車輛의 全燒를 免할 수 있었던때)와 같이 現實的인 第一의 損害原因이 發生한 후 假定的인 第二의 原因이 發生한 경우이다⁽²⁾.

이들 경우에 있어서 加害者로 하여금 그 損害賠償額을 定함에 있어서 潛在的 後發事情을 參酌하여 賠償額을 減免할 것인가 또는 이런 假定的事情을 考慮함이 없이 全損害를 賠償케 할 것인가 하는 문제가 發生한다.

위의 潛在的 後發的 事情을 全的으로 考慮하지 않는 것은 被害者로 하여금 너무나 不當한 利得을 취득케 하는 것 같이 보이며, 反面 위의 事情을 全的으로 考慮한다면 加害者의 責任을 不當하게 免하게 하는 結果를 가져올 것 같이 보인다.

獨逸에서는 數十年來 이 문제의 妥當한 解決이 損害賠償制度의 基本原理와의 關聯 아래 學界와 實務界의 重要한 論議對象이 되고 있다. 本稿는 이 문제에 관한 獨逸의 學說 및 判例

(1) Esser 는 이를 reale Ursache 라고 하지만 Heck 는 이를 Eingriffsursache 라고 한다. Vgl. Esser, Schuldrecht, § 62, 3, a.

(2) 假定的 因果關係의 類型과 例示에 관하여는 Esser, a.a. O zu § 62 Vormerkung u. 3. 4 참조.

의 發展을 概觀하고 이를 우리 民法의 立場과 對比檢討하려는 것이다.

二. 判例의 傾向

1. 概 說

위에서 들은 바와 같이, 損害賠償責任에 있어서의 潜在的, 後發의 事情을 考慮할 것이냐 또는 考慮치 않을 것이냐에 관하여 現行 獨逸民法은 아무런 直接的인 解答을 주는 바가 없다. 따라서 學說 및 判例는 考慮 또는 不考慮說을 中心으로 여러 見解로 나뉘고 있다. 먼저 이들 學說 및 判例를 具體的으로 考察함에 앞서서 假定的 因果關係에 관한 論議를 把握하기 위한 몇가지 基本的인 問題點을 확실히 해 둔 必要가 있다.

첫째, 순수한 因果關係論의 立場에서 考察하는 限, 假定的因果關係는 考慮될 수 없다는 結論에 이른다. 왜냐하면 偶然的 原因은 事實的으로 効力이 없으므로 全然 의미가 없기 때문이다. 그러나 損害賠償額의 算定問題로서 이 문제를 다룬다면, 뒤에 考察하는 바와 같은 最近의 獨逸判例에 의한다면 損害賠償의 方法에 관하여 規定한 獨民法 제 249 조는, 責任을 惹起시킨 事件이 없었더라면 存在하였을 原狀의 回復을 規定하고 있기 때문에, 事實的인 損害의 發展經過뿐만 아니라, 損害를 發生케 한 事件이 없었다 하더라도 發生했었을 法益에 대한 損害의 增加 또는 減少事情을 損益의 差額을 確定할 時期(第一審 辯論終結時)에 이르기까지 考慮하여야 한다는 結論에 達한다.

둘째, 一般的으로 Reserveursache는 interne (內在的) 또는 externe Reserveursache (外在的 留保原因)로 區別된다. 內在的留保原因이라 함은 損害를 發生시키는 事件이 있기 以前에 被害財産속에 이미 存在하고 있었던 原因으로서, 그 原因때문에 目的物의 價値가 減少되는 以外에는 事物의 自然的經過(dem natürlichen Verlauf der Dinge)에 의하면 不遠한 將來에 同一한 結果를 發生케 했었을 原因을 말한다. 이들 損害를 또한 Anlageschäden(素質에 基한 損害)이라고도 한다. 이에 反하여 外在的 原因이라 함은, 確實히 同一한 損害를 끼쳤으리라는 蓋然性이 크지만 바로 第一의 侵害原因때문에 그 目的物을 侵害할 수가 없게된 原因을 말한다. 例컨대, 航空技士가 航空中 機關管理를 拒絶하므로 操縱士가 不得已 途中에서 不時着을 하였든바 機體內에서 航空을 계속하였더라면 機體를 爆破케 했었을 時限爆彈을 發見하였든 경우가 이에 해당한다(Esser의 例)

또한 abgeschlossene od. direkte schäden(終局的 또는 直接的損害)과 nicht abgeschlossene od. indirekte schäden(非終局的 또는 間接的 損害)와는 區別된다. 前者는 加害行爲와 同時에 終結되고 確定된 損害를 말하며 後者는 加害行爲와 同時에 終結 및 確定되지 않은 間接的 또는 繼續的損害를 말하며, 이들 後者의 損害의 算定에 있어서는 적어도 그 損害가 계속되는 限 假定的인 原因의 展開과 被害法益의 減少가 考慮되지 않을 수 없다.(例컨대, 獨民法 제842

조, 제 843 조, 제 844 조 2 항. 제 845 조 등 참조).

새책, 假設的原因關係로 인한 責任을 減免할 것이냐에 대하여는 責任의 原因如何에 따라 影響을 받는다. 行爲者의 責任에 귀하는 損害의 危險으로부터 發生하는 偶發的損害에 관하여 規定하는 獨民法 제 252 조, 제 848 조, 獨逸商法 제 565 조 등은 假定的因果關係를 다루는 規定들이다. 즉 위의 法規定은 履行遲滯 또는 不法行爲後에 發生한 不可抗力에 基한 損害, 他船舶에의 不法한 積載後의 荷物喪失등에 관하여 債務者가 責任을 진다는 뜻을 規定한다. 그러나 債務者는 履行遲滯 또는 不法行爲가 없었다 하더라도 同一한 損害가 發生했었을 것이라는 것을 立證하면 그 責任을 免하게 된다. 이들 法律規定에서 본다면 獨法은 假設的인 潛在原因이 있는 모든 경우를 例外없이 考慮하여야 한다는 原則을 認定하지 않는 立場에서 있다고 보아야 할 것이다⁽³⁾.

以下 이 문제에 대한 重要判例를 考察하고 그 基本的 立場을 살펴보기로 한다.

2. Reich 裁判所의 判例

Reich 裁判所는 繼續的인 判例를 통하여 加害行爲 以後에 發生한 假定的인 損害原因을 顧慮치 않는 立場을 堅持하고 있다. 즉 Reich 裁判所의 見解에 따르면, 第一의 加害行爲에 의하여 損害賠償請求權이 發生하고 存續하며, 同一한 損害를 發生시켰을 것이 確實한 第二의 事情에 의하여 아무런 影響을 받지 않는다는 것이다. 다만 몇가지 注目되는 類型에 있어서만은, 假定的因果關係를 顧慮하여 損害賠償額의 算定에 있어서 이를 參酌하고 있다.

(가) 事故로 인하여 生業能力(Erwerbs-fähigkeit)을 喪失한 被害者가 事故時에 어떤 疾病의 素質을 가졌으므로 事故가 없었다 하더라도 그 素質自體 때문에 被害者가 罹病하여, 事故에 의한 것과 마찬가지로 身體障害者가 되어 生業能力을 喪失했을 것이라고 생각되는 경우.

나) 逸失利益의 賠償을 年金의 形式으로 請求하는 事件,

다) 賣渡人의 不履行으로 인하여 買受人이 目的物의 時價와 契約價額의 差額의 賠償을 請求한 事件등이다.

Reich 裁判所의 이 문제에 관한 重要判例를 紹介하면 다음과 같다⁽⁴⁾.

① RGZ, 141. S. 805 ff. Urt. V. 13. 7. 1933 : 本件은 Reich 裁判所가 假定的因果關係의 문제에 관하여 詳細히 言及한 最初의 判例로서, 本問題에 관한 指導判例라고 볼 수 있다. 本件에 있어서 原告 X는 被告 Y에 대하여 X 所有家屋의 管理人으로서 그 家屋의 賃料를 賃借人으로부터 徵收하여 이를 H 銀行에 投資할 것을 委任하였다. Y는 이 約定에 反하여 徵收한 賃料를 消費하고 H 銀行에는 投資하지 않았다. 그런데 얼마안가서 H 銀行은 마침내 破産하여 同銀行의 모든 債權者는 債權額 15%의 配當辨濟를 받음에 不過하게 되었다.

(3) Vgl. dazu, Esser, a.a.O. § 62, 4.

(4) 이들 判例에 대하여는, 특히 Esser, a.a.O § 62, 6, RGZ, BGHZ 判例集. NJW 및 植木, 損害賠償額算定と 潜在的・後發的 事情斟酌의 可否, 民商法雜誌 第43卷 25面 以下 참조.

X의 Y에 대한 損害賠償請求의 訴에서 Y는 「비록 Y가 X와의 合意에 따라서 徵收한 賃料를 H銀行에 投資하였다 하더라도, X는 H銀行의 다른 모든 債權者와 마찬가지로 15%의 金額에 關하여 配當辨濟를 받았음에 不過할 것이므로 Y는 自己의 橫額金額의 15%의 賠償義務를 가질 뿐」이라고 抗辯하였다. 이에 대하여 宮廷裁判所(Kammergericht)는, Y의 賠償義務를 肯定하였지만, 加害者에게 原狀回復을 命하는 獨民法 제 249조에 基하여 賠償額을 算定하는 경우에는, 判決言渡時에 存在하는 諸般事情을 標準으로 하여야 하므로, 後發事情(H銀行破産)은 Y의 賠償額을 算定함에 있어서 이를 考慮하여야 한다는 結論 아래 Y에 대하여 橫額金額의 15%의 賠償을 命하였다. 이에 대하여 Reich裁判所는 後發事情의 考慮를 全面的으로 否定하고 다음과 같이 判示하고 있다. 즉 「Y의 行爲와 X의 損害와의 因果關係는 第一의 事情(橫額)이 없었다 하더라도 損失(85%의 債權額의 喪失)을 發生케 했으리라고 생각되는 第二의 事情(H銀行破産)이 後에 發生한 것에 의하여 中斷되지 않았다. 따라서 「第一의 事情이 없었더라도 加害의 結果를 發生케 했을 第二의 事情이 發生한 것에 의하여 第一事情에 基한 損害賠償義務가 排除되지 않는다면, 論理의 法則에 따르는 限 第一의 事情이 있었어도 一部の 結果를 惹起시켰으리라고 생각되는 第二의 事情이 不發된 것에 의하여도 第一事情에 基한 損害賠償義務의 一部(債權額의 85%)도 또한 排除되지 않는다」라고 하고 있다. 똑같이 RGZ, 144. 80事件에 있어서도 Reich裁判所는 不考慮說을 固守하고 있다.

② RGZ, 147. S. 129 ff. 및 RGZ, 156. S. 187 ff. (Schleusenfall) : 前者는, X가 A로부터 公正證書에 의하여 締結된 賣買契約에 基하여, A 所有 地上에 存在하는 打穀設備를(Dreschsatz) 讓受하고, 계속 이를 A로 하여금 占有케 하고 있었을 때, A의 土地상에 存在한 抵押權이 實行되어, 그때 X는 打穀設備를 喪失하게 되어 公證人 Y에게 損害賠償을 請求한 事件이다. X는 이 事件에서 「Y가 X에 대하여 賣買目的物인 打穀設備를 A의 土地로부터 除去할 뜻을 公正證書에 記載하지 않았고 또한 A의 土地위에 抵押權이 設定되어 있으므로 X의 所有物은 抵押權의 目的이 될 것이라는 뜻을 告하지 않은 것은 Y의 過失에 의한다」라고 主張하였으나 Reich裁判所는, Y가 X에게 위의 事情을 告했다 하더라도 X는 第三者가 行하였을 假處分 때문에, 打穀設備의 除去가 妨害되었을 것이며, 이로 인하여 同一한 損害를 입었을 것이라는 前提下에 Y의 過失과 X의 損害의 因果關係를 否認하였다.

後者の 事件에 있어서는 豪雨時의 提防이 破損되는 것을 防止하기 위하여 港灣官吏(Hafenamt)가 水門을 開放하였는데, 이로 인한 流水때문에 耕作地에 被害를 입은 X가 國家에 대하여 損害賠償을 請求한 事件인데, Reich裁判所는 「港灣官吏가 水門을 開放하지 않았더라도 提防의 破損으로 인하여 X가 同一한 損害를 입을 것이 全히 決定的으로 確實하였으므로 X의 損害原因은 豪雨이며 官吏의 行爲가 아니라」고 判示하여 國家를 免責하였다.

이곳에서 들은 兩事件은, 原則적으로 假定的因果關係를 考慮치 않는 Reich 裁判所가, 不顧慮說의 範圍와 抵觸되지 않는 範圍에서, 具體的인 問題의 特殊性을 考慮하여 結果적으로 이를 顧慮하는 것과 同一한 結論에 達하게 한 具體的인 例이다.

③ RGZ, 14I, S. 365 ff: 本件에 있어서는 身體傷害로 인하여 生業能力을 喪失한 者가, 傷害時에 있어서, 그 傷害行爲가 없었다 하더라도 不遠間 生業能力을 喪失시키리라고 생각되는 疾病에 걸려 있었던 경우에는, 그 被害者는, 그 疾病으로 인하여 生業能力을 喪失했을 것이라고 생각되는 時點 以後의 逸失利益의 賠償을 請求할 수 없으나, 身體傷害後에 비로서 被害者가 罹病하는 경우에는 不顧慮說이 妥當하다고 判示하고 있다. 本判決은 Reich 裁判所가 취하는 不顧慮說의 適用範圍를 制限한 點에 特色이 있다.

④ 事故로 인하여 生業能力을 喪失한 者가 後에 肺病으로 死亡한 경우(RGZ, DJZ 1904, S. 362), 生來的인 病弱者였던 경우(RGZZ, JW 1904, S. 204), 精神病(RGZ, JW 1911, S. 319) 失明(RGZ., LZ, 1917, S. 861) 등의 素質을 가지고 있었던 경우 또는 事故當時 微毒에 感染하고 있었던 경우(RGZ, 129 S. 317), 혹은 違法한 逮捕로 인하여 興奮하여 死亡한 者가 10年後에 그를 死亡케 했을 것이 豫想되는 心臟病을 알고 있었던 경우(RGZ. 91, S. 347) 등에 있어서 判例는 위의 諸事情을 參酌하여 事故의 時點으로부터 위의 諸事情으로 인하여 被害者로 하여금 生業能力을 喪失케 했었을 時點까지에 被害者에게 發生할 損害만을 加害者에게 賠償시키고 있다.

⑤ 事故로 인하여 生業能力을 喪失한 者로부터의 年金請求事件에 있어서 被害者가 後에 懲役刑에 處하게 되었으므로, 事故가 없었더라도 그 服役中에는 所得을 取得하지 못했을 것이라고 생각되는 경우(RGZ, I, S. 66), 被害者가 女子인 경우에 將次 婚姻으로 인하여 退職했을 것이라고 생각하는 경우(R.G. JW 1912, S. 594) 등에 있어서 判例는 이들 事情을 參酌한다.

⑥ RGZ 142, S. 8: X는 M로부터 時價 9萬달크의 土地를 5萬달크로 讓受하는 契約을 公正證書로 締結하였으나, 公證人 Y가 證書作成時에 그 趣旨를 證書에 記載하는 것을 잊어버렸으므로 賣渡人 M은 證書의 形式的無效를 理由로 契約을 履行치 않으므로 X가 Y에게 契約時의 時價와 契約價格과의 差額을 賠償請求했다. 目的物의 時價는 漸次 下落하였으므로 裁判所는 그 事實審의 口頭辯論終結時의 時價를 參酌하여 4,000 달크의 賠償을 Y에게 命하였다.

위의 事件들에 있어서 Reich 裁判所는 潜在的 後發의 事情을 考慮하여 不顧慮說의 適用範圍를 制限하고 있지만 原則적으로는 不顧慮說을 堅持하고 있는 것은 前述과 같다. Reich 裁判所의 不顧慮說의 理論의 根據는, 첫째 加害行爲와 結果와의 因果關係의 存在만이 賠償할 損害範圍를 規定한다는 前提에 서서, 後發의 事情이 加害行爲와 損害와의 因果關係 및 加害者가 賠償하여야 할 損害範圍에 대하여 何等의 影響을 끼치는 것이 아니라는 데 있다. 왜냐

하면 이들 理論에 의하면 損害賠償의 문제는, 損害額算定의 문제를 包含하여 모두 因果關係의 確定에 의하여 解決되는 것이므로 後發事故가 加害行爲와 結果와의 因果關係를 中斷하지 않으며, 따라서 兩者間에 因果關係가 存在하면, 加害者는 그 事故와 因果關係를 가지는 損害全部를 賠償할 責任을 지지 않으면 안되기 때문이다. 다만 이 點에 관하여는 後述과 같이 最近 크게 批判되고 있다.

둘째, Reich 裁判所의 不顧慮說의 또하나의 根據는, 그렇게 함으로써만 보다 公平의 原則에 適當하다는 것이다. 즉 顧慮說은 많은 경우에 甚히 不公平 또는 不當한 結論에 達한다는 것이다. 즉 後發의 事情때문에 加害者를 免責하는 것이 公平의 原則에서 고아 妥當치 않다는 根本의 思想이다. 그러나 反對로 不顧慮說을 貫徹함으로써 오히려 妥當치 못한 結論에 達하게 되는 경우에는, 具體적으로 各各의 事案의 特殊性을 考慮하여 不顧慮의 原則과 抵觸되지 않는 範圍에서 例外的으로 後發의 潛在의 事情을 考慮하려는 立場을 취한다.

셋째, Reich 裁判所의 不顧慮說은 Pandekten 以後의 獨逸 普通法의 原則⁽⁵⁾을 確認한 것이다⁽⁶⁾.

3. 1945 年 以後의 判例

1945 年 以後의 獨逸의 判例는, 原則적으로 不顧慮說을 支持하고 있었던 前述한 Reich 裁判所의 判例와는 對照적으로 顧慮說을 支持하는 傾向을 보이고 있다. 그 重要 判例를 紹介하면 다음과 같다.

① 過渡的인 1948 年의 OLG Celle 의 判例(NJW 1949 S. 585 f.) : 戰時中 占領軍의 使用을 避하기 위하여 釀造場의 設備을 破壞할 것을 委任받은 官吏 Y는 一定量의 X의 포도酒를 그의 助手에게 빼돌렸고 또 나머지 一定量은 스스로 着服하였다. X의 Y에 대한 損害賠償請求事件에 있어서 前述한 Reich 裁判所의 疾病의 素質이 있었던 경우의 判例와 같이 法院은 「X가 입은 損害는 Y가 포도酒를 竊取하였건 안하였건지에 관계없이 發生했었을 것이므로, X는 Y의 不法行爲에 基한 損害의 賠償을 請求할 수 없다」고 判示하였다.

② 1949 年 地方防空長官(örtlicher Luftschutzleiter)의 勸告에 의하여 Y는 X 所有地上에 防空用貯水池 建設을 위하여 廢墟의 撤去와 發掘을 始作했던바, X는 Y의 이런 行爲는 防空廳의 徵發이 있기 以前으므로, 法이 禁하는 私力에 의한 것이라는 理由로 土地의 原狀回復을 請求하였다. 本件에 대하여 OGH. Br Z Köln(OGHZ 1. S. 308)은 「當時 防空廳이 곧 徵發을 하려고 하고 있었으므로 Y는 그 徵發이 後에 確實히 行하여지리라고 믿고 行爲한 點 및 萬一 防空廳이 徵發을 하였다면 X의 土地가 現狀과 조금도 다르지 않았을 것이라는 點을 參酌하여 Y를 免責하고 그 理論의 根據를 獨逸 憲法 제 249 조에 求하고 있는데 그 理由를 要

(5) Vgl. Dernburg, Pandekten, 7 Aufl., § 45 Anm. 10; Windscheid-Kipp, Pandekten, 8 Aufl., § 258 Anm. 15.

(6) Reich 裁判所의 判例의 綜合 및 評價에 관하여는, Esser, a.a.O. § 62, 6u. 7. 참조.

約하면 대체로 다음과 같다. 즉 獨民法 제 249 조에 의하면, 賠償義務者는 被害者에 대하여 加害者의 責任에 귀할 事情이 없었더라면 存在했으리라고 생각되는 財産狀態를 復舊할 義務를 가진다. 그리고 이 原狀으로 回復하여야 할 狀態는 加害行爲 直前の 被害者의 財産狀態가 아니라 損害算定時인 現在에 있어서 加害行爲가 없었더라면 存在하였으리라고 생각되는 狀態이므로 加害者가 賠償할 損害는 그 加害行爲에 의하여 發生한 被害者의 財産狀態와, 加害行爲가 없었더라면 存在했으리라고 생각되는 觀念的 非現實的(假定的)狀態와의 差額이다. 그리고 그 差額은 現狀과 加害行爲時에 存在하는 觀念的인 狀態와의 差額과 항상 同一한 것이 아니고 차후에 있어서의 現實的 및 假定的事情의 變化에 따라서 增減하고 또 內容의으로 變化하는 것이다. 本判例는 戰後 獨逸의 裁判所가 假定的因果關係를 새롭게 本格的으로 다른 判例로서 크게 注目되고 있거니와 특히 第二의 假定的原因이 免責의 效力을 發生시킨다는 理論의 根據를 獨民法 제 287 조 및 제 848 조의 特別規定 以外에도 제 249 조에 求한 點에 그 意義가 크다 하겠다. 즉 獨民法 제 249 조의 原狀回復義務에 있어서는 辯論終結時까지의 假定的 財産狀態의 變動을 顧慮하여야 한다는 點이다.

③ OLG Stuttgart NJW 1949, 585(Traktorfall); 本件에 있어서 被告 Y는 終戰時에 原告 X 所有의 牽引車(Traktor)를 타고 이웃사람과 함께 避難했었던 것인데 原告는 被告에 대하여 獨民法 제 904 조에 의하여 緊急避難으로 인한 損害賠償을 請求하였던 바, 法院은, 當時 被告등이 Traktor를 가지고 緊急避難을 하지 않았었다 하더라도 占領軍에 의하여 徵發되었을 것이 確實하다는 理由로 原告의 請求를 棄却하였다.

④ 1951년 BGH는, BGHZ 2, S. 336의 事件에 있어서 「假定的損害原因이 確實히 (mit Sicherheit)發生하였으리라는 것 및 그것이 被告의 過失과 無關係로 同一한 損害를 惹起시켰을 것이라는 것이 主張되고 立證된 경우에는 이를 顧慮하여야 한다」고 判示하고 어차피 爆擊被害로 인하여 倒塌되려고 하는 家屋을 流水에 의하여 倒塌시킨 者를 免責시키는데 (다만 事件을 알았으므로 인한 損害를 賠償) RGZ의 「疾病의 素質」에 관한 前記 Reich 裁判所의 判例에서 본 바와 같은 論理에 根據를 두었다. (BGH. MDR 1952, 214). 聯邦裁判所가 內在的 損害現狀(interne Schadensanlage)에 있어서 第一의 假定的 損害原因(Hypothetische Erstursache)을 顧慮한 첫 判例이며, 그 後의 判例는 대체로 이를 踏襲하였다.

⑤ 1953년의 BGHZ, 8. 288 事件에 있어서는 直接的으로 假定的因果關係에 대하여 判斷하지는 않고 있지만, 소위 「假定的인 損害發生은, 그것이 事實로 發生할 것이 確實한 경우에 限하여 顧慮될 수 있다」라고 하고 있다.

⑥ BGHZ, 10, 6=NJW 1953, S. 977=MDR 1953, S. 414; 原告 X는 나치스의 指導者이며 그위에 製糖所의 理事인데, 戰爭中 爆擊被害者收容의 拒否, 食糧管理의 失敗때문에 黨에서 除名되고 또한 Y의 告發때문에 理事職이 解任되었다. X는 Y에 대하여 告發은 「XY

問의 人格的不和에 基한 故意 및 反道德的方法으로 加害]할 意圖下에 行하여 진 것이라는 理由로 理事解任으로 인한 逸失利益의 賠償請求를 하였지만 BGH는 Nazis 黨員이기 때문에 그 後 解任되었을 時期 以後에 취득할 수 없었던 利益逸失로 인한 賠償請求를 認定하지 않았다. 本判例에 있어서, 假定的 損害原因은 損害發生時에 있어서 加害者自身の 人格(person) 속에 存在하고 있는 경우에만 損害發見時(算定)에 이를 顧慮해야 한다는 見解를 취하였다. 결국 이들 BGH의 判例는 前述한 OGH의 判例(OGHZ, 1. S. 308)와는 反對로 潛在의事情만을 顧慮하여야 한다는 Reich 裁判所의 判例를 再確認한 것이라고 볼 수 있다.

⑦ OLG Stuttgart(MDR 1956.164); 本件에 있어서 原告인 旅行社代行業者(Reisevertreterin)의 損害賠償請求에 있어서, 原告의 妊娠으로 인한 假定的인 所得喪失을 顧慮하여 被告의 賠償責任을 그 限度에서 免責하였다.

⑧ BGHZ 20. S. 279=NJW 1956, S. 1027(Brandgassenfall); 戰時로 인한 消防道路의 建設을 위하여 原告 X의 家屋은 撤去對象으로서 內部的인 行政計劃에 包含되어 있었으나 事務錯誤로 인하여 警察處分에는 本件 建物撤去가 包含되어 있지 않았다. 原告 X는 警察處分 없이 不法하게 家屋을 撤去했다는 것을 理由로 Y에 대하여 不法行爲에 基한 損害賠償을 請求한 事件인데, 原審은 不顧慮說에 立脚하여 X의 請求를 棄却하여 X의 家屋은 이 違法한 撤去行爲가 없었다 하더라도 차후 警察處分에 의하여 適法하게 撤去되어 X는 同一한 損失을 입었을 것이라는 被告 Y의 主張을 排斥하였다. 이에 대하여 BGH는 疾病의 素質에 관한 Reich 裁判所判例의 理由를 따라 假定的損害原因을 顧慮하여 原告의 請求를 棄却했다. 그 判旨는 「物件이 事實上의 滅失 以前부터 存在한 事情에 基하여 어차피 가까운 將來(binnen Kurzem)에 滅失했을 것이라고 생각되는 경우, 그리고, 物件이 事實上 滅失된 時點에 있어서 차후에 그 物件이 滅失되리라는 不可避한 事情이 確實한 경우에는, 物件의 事實上의 滅失은 何等의 損害도 惹起하지 않는다」라고 判示하고 있다.

⑨ BGH, Urt. v. 1958=NJW, 1958 S. 705; Y는 X의 豚舍建設의 請約을 받고, X가 A商會에 대하여 注文한 Vergussmasse를 使用한 것을 合意했으나 A가 物件의 引渡를 하지 않으므로 Y는 B로부터 이 物件을 調達하여 豚舍를 完成하였다. X는 Y가 使用한 Vergussmasse에 附着한 石炭酸 때문에 飼豚이 中毒死하였다고 하여 Y에게 損害賠償을 請求할 事件이다. 被告인 Y는 X가 A에게 注文한 物件에도 石炭酸이 附着하고 있었을 것이므로 萬一 A로부터 物件을 調達하여 使用하였다 하더라도 X는 同一한 損害를 입었을 것이다」라고 抗辯하였으나 BGH는 「假定的 損害原因은, 그것이 第三者(A)의 加害行爲이고, 萬一 그런 加害行爲로부터 結果가 發生하였다면, 被害者가 第三者에 대하여 損害賠償을 請求했었을 것인 경우에는 顧慮될 수 없다」라고 判示하였다.

三. 學說의 發展

1. 不顧慮說

上述한 바와 같이 Reich 裁判所의 繼續的인 判例가 취하는 立場은 不顧慮說로서 이 說은, 因果關係가 加害者가 賠償하여야 할 損害範圍를 決定한다는 理論⁽⁷⁾에 따라서, 加害者의 責任에 歸할 事故와 그로 인한 結果間의 因果關係는 그런 事故가 없었더라도 同様の 結果를 惹起시켰을 다른 事情이 事故時에 潜在的으로, 또는 그 以後에 發生하였다는 事實에 의하여 아무런 影響을 받지 않는다고 한다. 즉 加害行爲에 의하여 被害者에게 損害賠償請求權이 發生하며 그 請求權은 同様の 損害를 惹起시켰을 第二의 事件에 의하여도 固定的이며 變動됨이 없다는 것이다. Niederländer⁽⁸⁾에 의하면 한번 發生한 損害는 現實的인 現象이므로 단지 假定的인 經過 때문에 이 世上으로부터 除去될 수는 없다. 다시 Neumann-Duesberg⁽⁹⁾에 의하면, 假定的原因은 加害者의 加害行爲로 인하여 發生한 구멍(Loch)을 다시 메꾸지 못한다. T의 放火行爲가 아니라도 X의 家屋을 破損시켰었을 눈사태(Lawine)는, 燒失된 家屋을 再建立하지 못한다. 假設的 因果關係를 原則的으로 考慮하지 않는 立場을 취하는 代表的인 學者는 上述한 Niederländer 以外에도 Rühl이다. Rühl은 獨民法 제 904 조(緊急避難)에 관한 事件 및 加害者가 官廳의 許可를 받아서 하여야 하며 또 실제로 許可를 얻어서 할 수 있었음에도 不拘하고 許可를 받지 않고 行爲한 경우에는 顧慮說을 취하고 그 以外에는 不顧慮說을 취한다⁽¹⁰⁾. 原則的 不顧慮說은 現在의 絶對的 多數說이지만, 그 例外의 程度와 限界에 대하여는 다시 見解가 갈라진다.

一般的으로 侵害時에 있어서의 事情을 標準으로 하여, 侵害時에 있어서 어떤 外部的인 加害行爲가 없어도 相當한 時間內에 同一한 損害를 惹起시켰을 것이라고 생각되는 既存하는 損害狀態(Schadenslage)는 原則的으로 責任免除 또는 輕減事由라고 보고 있다. 다만 部分的으로는 이들 標準을 “蓋然性的 程度”(Grad der Wahrscheinlichkeit)(Coing) “또는 自然的發展”(Natürliche Entwicklung)(Niederländer, Neumann-Duesberg)⁽¹¹⁾에 依存시킨다. 이런 損害狀態가 存在하지 않는 限 假定的原因은 顧慮되지 않는다는 것이다. 다만 外部的인 假定的原因이라 하더라도 그것이 發生할 것이 不可避하다는 事實이 侵害時에 이미 確實視되는 경우에도 이를 顧慮할 수 있느냐에 관하여는 見解의 一致를 보지 못한다. 判例는, 損害發生이 確

(7) Vgl. Mommsen, Lehre v. Interesse, S. 117 s.c. S. 137.

(8) Niederländer, Acp. 153, 52 ff., 67f.=Albrecht Zeuner, Zum problem der überholenden Kausalität, Acp S. 446 anm. 13.

(9) Neumann-Duesberg, JZ 1955, 265. f.

(10) Rühl, Zum ursächlichen Zusammenhang beim Schadensersatz, NJW 1949 S. 568 ff; Esser, a.a. O. § 68, 8 참조.

(11) Vgl dazu, Esser, a.a.O § 68, 8, C.

實視되는 이들 危險을, 目的物이 內包하고 있는 損害性向(Schadensbereitschaft)이라고 하여 마치 潜在的인 損害狀態에 있어서와 同樣으로 취급하려는 경향을 보여주고 있다⁽¹²⁾. 事實上 어떤 動物이 殺害될 때에 이미 殺害可能한 中毒性을 띠고 있었던 경우(潜在的損害原因)와 그 動物이 例컨대, 얼어붙은 江에 빠져서 도저히 헤어날 수 없는 危險에 빠진 경우(外在的原因)의 兩者를 區別할 수가 없을 것이다. 그러나 그렇다고 하여 例컨대 抑留, 눈보라, 또는 戰爭으로 인한 破損등의 모든 危險狀態를 顧慮에 넣을 수는 없으며, 一定한 限界가 定해질 것이 必要하다. 이런 의미에서 특히 Niederländer 는, 侵害行爲 以後의 모든 外在的危險의 負擔은 被害者로부터 加害者에게 移轉되는 것이라고 한다. 【왜냐하면 이때에 被害者는 侵害行爲가 있는 後에는 損害賠償債權의 危險을 負擔하기 때문이다⁽¹³⁾】. 이 문제에 대하여는 뒤에 다시 詳論하기로 한다.

2. 顧慮說

Planck 및 Siber⁽¹⁴⁾ 등은 이미 假定的原因의 完全顧慮說을 提唱하였고 Veith, Isele 및 Moors 또한 損益相計의 理論을 가지고 完全顧慮說을 뒷받침 하려고 한다⁽¹⁵⁾. V. Cammerer 역시 原則的인 顧慮說을 취하는 學者로서 注目되고 있다⁽¹⁶⁾. Zeuner 역시 이런 立場에 屬한다고 볼 수 있을 것이다⁽¹⁷⁾.

이들 學說의 根據는, 損害賠償에 있어서의 衡平의 原則을 貫徹하기 위한 것 以外에도 現行 獨逸民法上의 損害의 意義내지 概念이 이미 바로 이를 認定하는 취지라고 한다. 즉 通說에 의하면 賠償할 損害라 함은, 被害者에게 있어서 實際로 現存하는 狀態와 被害者가 假設的으로 그 속에 存在했었을 狀態— 즉 損害를 惹起시킨 事情이 發生하지 않았더라면 存在했었을 狀態—와의 差額을 말한다⁽¹⁸⁾. 이와 같은 現實的狀態와 假設的狀態와의 差額으로서의 損害의 概念은 獨民 法 제 249 조(損害賠償의 方法)의 文書에도 맞을 뿐만아니라 立法者의 實際의 見解와도 一致한다⁽¹⁹⁾. 이와 같이 通說的 見解에 따른 損害의 概念 그 自體가 곧 假定的原因을 顧慮하여야 한다는 根據를 뒷받침 한다. 특히 獨民法 法 제 823 조(不法行爲로 인한 損害賠償)가 主로 特定한 權利와 法益 및 그의 侵害로 인하여 發生하는 損害 “daraus entstehenden Schaden”를 區別하고 있는 點 또한 이런 事情을 말해주는 좋은 例의 하나라고 한다⁽²⁰⁾.

(12) Vgl. Esser a.a.O. § 68 7. 6.

(13) Vgl. Niederländer, a.a.O.— Esser, § 62 8, C.

(14) Planck-Siber, Komm. Erl. 4, 6 zu § 249 BGB; Siber, Grundriss des Schuldrechts, 1931, S. 41 f.

(15) 이에 관하여는 Esser a.a.O. § 62, 8 a. b 참조.

(16) Von Caemmerer, Das problem der überbolenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962, 36 S; Albrecht Zeuner, Buchbesprechung in Acp 162, 516 ff.

(17) Albrecht Zeuner, Zum problem der überholenden Kausalität, Acp 157. 441 ff.

(18) Vgl. z.B. Blomeyer, § 32 III a. iv la; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 15 III 5; Larenz, Schuldrecht I, § 14 III e; m. Zeuner, Acp, 157, 442 f; Acp. 162, 517 f. u. a. m.

(19) Vgl. Motiv, II. S. 17, 18.

(20) z.B. Vgl. Zeuner, Acp 157. 442 f.

다만 이들 學說도 具體的으로 어떤 立場과 範圍에서 假設的 原因이 考慮되어야 하느냐에 관하여는 意見을 꼭 같이 하지 아니한다⁽²¹⁾.

첫째, 위에 들은 Veith, Moors 같은 學者들은 假定的 因果關係를 考慮하여 加害者의 責任을 輕減하는 것이 妥當하다는 根據를 損益相計의 原則에서 찾으려 하고 있다. 즉 加害原因(Eingriffsursache)은 潛在原因(Reserveursache)에 의한 損害發生을 防止하고 있으므로, 그로 인하여 얻은 것은 前者의 利益에 돌아가야 한다는 것이다. 그러나 損益相計에 있어서는 相計될 利益은 現實的인 價値의 增加를 의미하는데 反하여, 假定的 因果關係에 있어서는 단지 假定的인 不利益이 回避되었을 따름이므로 兩者를 同一視하는 것은 妥當치 않을 것이다.

둘째, 假定的 原因의 顧慮 與否의 문제는 損害賠償의 算定의 問題라고 보는 見解가 일찍부터 主張되었었으며(例컨대, Heck, Siber, Godin, Isele) 最近에 있어서 더욱 많은 學者의 支持를 받고 있다. 前述한 OGH의 判例 또한 이런 立場에 基한다. 이들의 見解가 主張되는 것은 主로, 假定的原因의 顧慮의 限界가 決코 因果關係論에 의하여 解決될 수 없다는 것을 理解하였기 때문이다. 最近에 있어서 이런 立場을 취하는 代表的인 學者는 Knappe로서, 그는 獨民法 제 249조 및 제 252조의 解釋에 있어서 前述한 OGH의 判例를 따라서 모든 假定的 原因을 原則的으로 顧慮하는 立場을 취하고 있다. 다만 假定的原因을 顧慮해서는 안되는 경우는 加害者의 有責의 程度로 보아서 이를 正常化하지 못할 때에 限한다고 하고 있다. 이런 의미에서 Knappe는 結局 損害賠償法에 있어서의 制裁機能을 認定하고 있는 셈이다. 그러나 이것은, 民法이 본래 認定하고 있지 않은 刑罰的要素를 導入시키는데 그 難點이 있다 할 것이다.

3. 折衷說

이들 學說은 損害를 前述과 같이 直接的損害와 間接的損害로 나누고, 前者의 損害에 대하여는 라이히裁判所의 判例를 따라서 不顧慮說을 취하되, 後者의 間接的損害에 대하여는 顧慮說을 취하는 學說로서 Larenz, Neuner, Coing, Schmidt, Esser, Fikenscher, Zeuner 등의 見解⁽²²⁾가 대체로 이에 屬한다. 例컨대 交通事故로 甲의 自動車가 被損되고 난 그 이튿날, 甲이 보통 自己의 自動車를 세워두는 車庫가 火災로 燒失되어서, 萬一 交通事故가 없었더라도 甲의 自動車가 燒失되었을 것이 確實한 事情이 있다고 假定하자, 이들 折衷說에 의하면 本設例의 경우에 있어서 加害者는 被損된 自動車에 대하여는 이를 直接的 損害로서 賠償하여야 한다. 그러나 이에 反하여 甲이 事故로 인하여 自動車를 利用할 수 없었던 것의 損害는 間接的損害로서 賠償할 必要가 없다고 한다. 間接的損害를 賠償할 必要가 없다는 實際的 意味는 上述한 바와 같이(二. 2. ⑤참조) 一聯의 年金請求事件에 있어서 나타난다. Larenz는

(21) 假定的原因을 認定하는 程度와 限界에 관한 詳細는 Esser, a.a. O. § 68, 8 참조.

(22) Vgl. Fikenscher, Schuldrecht, § III 4; Esser, Schuldrecht, § 62, 10; Larenz, Schuldrecht, § 14 C.S. 161 f.; Reimer Schmidt, bei Soergel-Siebert 71, 72 zu § 249; Coing, SJZ 50, 865 u.a.m.

특히 BGH의 判例가, 逸失利益의 算定, 계속적인 生業能力의 喪失로 인한 損害의 算定 등에 있어서 假定的 損害原因을 顧慮하고 있는 것은 곧 折衷說과도 一致한다고 하면서 그 結果 例진대, A의 物件이, B가 故意·過失로 인하여 破損하지 않았다 하더라도 3日後에는 確實히 自然事故로 인하여 滅失되었으리라는 事情이 있는 경우에는, B는 A에게 대하여 物件自體의 滅失에 대하여는 B에 의한 破損時의 物件의 全價格으로서 이를 賠償하여야 하지만, A에게 있어서 그위에 얻을 수 있었던 利益은 3日間의 利用利益이므로 그 限度에서 賠償하면 充分하다고 한다. 그러나 이 學說의 難點은 과연 損害를 直接的損害와 間接的損害로 나누는 것 自體가, 獨民法 具體的으로는 損害賠償法의 要素로서 適當하나 하는 點이다. Niederländer는, 損害를 直接損害와 間接損害로 나누어서 同一法에 있어서의 *utilitas* 혹은 *damnum circa ipsam rem*의 막힌한 概念으로 考據하는 것은 獨法이 認定치 않는 바라고 하며⁽²³⁾, Rabel 또한 같은 見解이다⁽²⁴⁾.

이 以外에도 Heck는 “豫備的原因”이 不可抗力로 인한 事情이거나 또는 被害者 自身の 行爲 또는 容態의 경우에는 顧慮說, 그 原因에 관하여 第三者가 有責인 경우에는 共同不法行爲에 관한 獨民法 제 830조를 類推하여 現實의 加害者와 그 第三者에게 連滯責任을 지우게 하는 것이 옳다고 한다⁽²⁵⁾. Lehmann은 또한 個個의 具體的인 Case에 관하여 信義則을 適用하여 解決하는 것이 옳다고 한다⁽²⁶⁾.

四. 學說 判例의 綜合的檢討

以上에서 대체로 損害賠償에 있어서 假定的 原因을 顧慮할 것이냐의 與否에 관한 學說 및 判例의 基本的立場을 大別하여 考察하였다. 그런데 이들을 綜合的으로 考察해본 結果 그들이 뜻하는 바가 반드시 顧慮 또는 不顧慮의 二者擇一의인 解決을 求하는데, 그 要點이 있는 것이 아니라, 오히려 顧慮說·不顧慮說이라 함은 顧慮·不顧慮가운데 그 어느 쪽에 좀더 기울어 지느냐에 따른 相對的區別에 不過하며 결국 그 어느 立場에 스던지 例外를 認定치 않을 수 없다는 것을 알수 있다⁽²⁷⁾. 以下 學說 判例에 의하여 確立된 獨法の 基本的方向을 分析하고, 損害賠償制度의 意義와 目的에서 보아서 과연 어느 程度와 限界로 假定的 原因을 顧慮함이 妥當하나의 문제를 좀더 具體的으로 檢討吟味해 보기로 한다.

1. 損害發生後의 假定的 原因의 顧慮與否

(23) Niederländer, Hypothetische Schadensereignisse, JZ 59 II 4 619 f.

(24) Recht des Warenkaufs, I.S. 475 f.

(25) Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929 S. 48 f.

(26) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 15, III. 4.

(27) 이런 立場에서 Niederländer는, 假定的原因의 原則的 顧慮說과 原則的 不顧慮說의 區別은 결국 그 結果로 부터 判斷한다면 하나의 Formulierungsfrage(形式의 문제)에 不過하다고 指摘하고 있다. (JZ a.a. O. S. 620 참조).

1. 原則의 不顧慮 위에서 본 바와 같이 第一의 損害가 發生한 後에, 同一한 損害를 惹起시켰을 第二의 假定的原因이 發生하였을 경우에는 損害賠償에 있어서 이를 顧慮하지 않는 것이 判例 및 通說에 의하여 確立된 見解이며 損害賠償의 意義와 目的에서 보아 妥當한 結論이라고 할 것이다.

물론, 損害賠償時에 있어서 被害者는 逸失利益의 賠償을 求하는 경우에, 侵害行爲가 없었더라면(假定的) 그에게 有利한 事情이 發生하여, 財産上의 利得을 얻었을 것이라는 主張을 하는 것이 許容된다. 따라서 이런 立場에서 본다면 위와는 꼭 反對로 加害者에게 有利하게 展開된 假定的事情을 顧慮하지 않는 것은 結果的으로 加害者인 賠償義務者의 利益을 너무나 不當하게 排除하는 것같이 생각된다. 그러나 이런 생각은 皮相的인 觀察에 不週하고 좀더 正確히 觀察한다면 兩者의 경우에 있어서의 事情이 서로 相異하다는 것을 알수 있다. 즉 加害者가 損害賠償을 한 以後 또는 損害賠償에 대한 確定判決이 있는 後에도 擴大된 損害가 發生하였다면 被害者는 이에 對하여 損害賠償을 請求할 수 있는 것이 原則이다. 그러나 萬一에 이와 同一한 原則을 假定的 原因의 顧慮에 있어서도 適用한다면 위와 大相徑庭으로 이미 損害賠償義務를 履行했거나 또는 賠償義務에 대한 確定判決을 받은 後에도 加害者는 被害者에게 同一한 損害를 惹起시켰을 假定的原因의 發生을 根據로하여 그 範圍에 있어서 賠償義務가 免해되거나 혹은 이미 履行한 것의 全部 또는 一部의 返還을 請求할 수 있게될 것이다. 이 結果를 認定하는 것은 그러나 實際的으로는 損害 및 損害賠償이 限없이 不定한 狀態에 있게 되어 끝없는 動盪이 不可避하게 되는 것을 認定하게 되어 甚히 不當하다고 하지 않을 수 없다. Niederländer 는 특히 危險負擔(Risikotragung)의 觀點에서 그 不當性を 指摘하고 있다⁽²⁸⁾.

그에 의하면 損害賠償請求權이 假定的原因에 의하여 영향을 받게 된다는 것은 결국 被害者가 目的物의 滅失 및 毀損에 대한 危險 뿐만 아니라 損害賠償請求와 그 履行에 관한 危險까지도 負擔하게 된다는 것을 의미한다. 즉, 普通 被害者는 現實的인 損害가 發生할 때까지 自己에게 屬하는 目的物의 滅失 및 毀損의 危險을 負擔한다. 그러나 目的物이 滅失하여 損害가 發生하면 被害者는 目的物에 代置하여 損害賠償請求權을 취득하며 被害者는 이제 損害賠償領域의 危險(加害者의 給付與否, 給付能力, 즉 給付의 喪失危險)을 目的物의 滅失危險과 代置하여 負擔하게 된다. 그런데 이제 假定的 損害發生을 被害者의 負擔으로 顧慮한다면 被害者는 二個의 領域의 危險 즉 그의 損害賠償請求權의 實現與否의 危險과 假定的 原因에 의한 目的物滅失의 危險의 二 領域의 危險을 모두 負擔하게 되는 것으로서 損害發生 以前에 있어서 보더라도 더 不利한 立場에 놓이게 된다. 왜냐하면 損害賠償 以前에는 目的物滅失에 대한 한 個 領域의 危險만을 負擔하면 充分하였기 때문이다. 이런 結果를 認定하는 것은 被害者

(28) Niederländer, JZ, 59 a.a.O S. 619 f.

로 하여금 加害行爲가 없었던 것과 같은 狀態로 復舊시키려는 損害賠償制度的 根本目的에 反하는 것이 明白하다. 이와 같이 損害賠償制度的 根本目的에 反하는 結果를 回避하기 위하여는 加害者로 하여금 그의 領域에서 發生하는 損害賠償의 危險을 負擔케 하는 것이 옳으며 결국 損害發生後의 後發의 事情을 加害者의 利益을 위하여 考慮할 것이 아니다. 즉 被害者는 目的物의 滅失에 代置하는 損害賠償請求權의 危險만을 負擔할 따름이라고 보아야 한다.

2. 標準時點

어느 時點을 標準으로 加害者가 一切의 賠償責任을 지느냐 즉 어느 時點을 標準으로하여 그 以後에 發生한 假定的 原因을 考慮지 않아야 하느냐를 決定하는 것은 重要한 問題가운데 하나이다. 일응 생각할 수 있는 것은 損害賠償義務의 履行時 혹은 第一口頭審辯論의 終結時를 標準으로 하는 것이다⁽²⁹⁾. 그러나 그런 時點은 多分히 恣意와 偶然에 依存하는 것으로서 例컨대 債務者는 自己의 賠償義務을 故意的으로 遲延시킴으로써 경우에 따라서는 그동안에 發生할 後發의 事情으로 인하여 損害賠償義務을 故意로 滅絶케할 수 있는 可能性이 있다. 뿐만 아니라 이 문제의 취급에 있어서도 危險負擔의 思考가 支配되어야 할 것이다. 즉 債權者는 損害事件에 의하여 二個의 領域의 危險을 負擔해서는 안된다. 그런데 萬一 損害賠償義務의 履行時 또는 第一審 口頭審辯論의 終結時까지의 後發의 事情을 損害賠償에 있어서 考慮하게 된다면 債權者로 하여금 損害의 發生에서 부터 履行時까지는 二個의 領域의 危險을 負擔해야 되는 不當한 結果가 된다. 結局 Zeuner의 見解⁽³⁰⁾와 같이 損害의 發生 즉 損害賠償請求權의 發生時를 標準으로하여 그 以後의 後發의 事情을 考慮에 넣지 않는 것이 妥當할 것이다.

3. 後發의 事情의 例外的 顧慮

損害發生 以後의 後發의 事情이 損害賠償에 있어서 例外的으로 顧慮되는 경우가 있다.

가) 假定的原因이 現實的으로 損害가 發生한 時點에 이미 그 損害의 基礎가 되는 狀態속에 萌芽로서 潛在하여 外部로부터의 作用이 있어도 不遠한 時日內에 不可避하게 一定한 損害를 惹起시킬 것이 확실한 경우에는 損害賠償에 있어서 이를 顧慮해야 한다는 것에 대하여 대체로 見解가 一致 한다⁽³¹⁾. 例컨대 倒塌直前に 있는 家屋의 破壞行爲, 또는 加害行爲에 의하여 生業能力을 喪失시켰으나 被害者는 이미 不治의 疾病에 걸려 있어서 一定한 時日內에는 어차피 生業能力을 喪失할 것이 확실한 경우등이 이에 屬한다. 이와 같이 損害發生時의 目的物의 狀態가 어차피 不遠한 將來에 毀滅되리라는 것이 豫想되고 있을 때—例컨대, 이미 倒塌直前の 建物 혹은 이미 부패하여 사람이 먹을 수 없게 된 食料品—에는 처음부터

(29) V. Caemmer는 그 時點을 損害賠償義務의 履行 또는 경우에 따라서는 그 以前이라도 判決 또는 和解가 있으면 그 때로 함 (Acp. 162, aaO, S. 519 f. Lasens 1 a.a.O § 14, S. 162; Esser. (a.a. O. § 62, 4, a.)는 第一審 口頭審辯論 終結時를 標準으로 한다.

(30) Vgl. Albrecht Zeuner, Acp. 157, a.a.O. V I.

(31) gl. B. Blomeyer, a.a.O. § 32 III. a. IV a. Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 15 III, 5, Larenz, Schuldrecht I. § 14. III. e. Esser, § 62 10 II. b.aa; Zeuner, Acp. 157, a.a.O. IV 3. S. 449 ff.

發生한 損害가 아주 적거나 또는 없다고 말할 수 있다. 따라서 이곳에서의 문제는 損害發生後에 發生한 假定的原因의 顧慮 與否의 문제라기 보다는 오히려 加害行爲時 目的物이 가지는 現實的價値 즉 潛在的 損害原因으로 인하여 생긴 目的物의 價値減少를 顧慮하는 것에 지나지 않는다.

나) 目的物 속에 內在하는 損害原因이 아니라 外在的인 事情이지만 加害行爲時에 그것이 目的物의 實際的價値를 減少시키는 點에서 위의 潛在的 損害原因과 같은 경우에는 이를 顧慮하여야 할 것이다. 要컨대, 損害發生時에 이미 客觀的으로 目的物에 대한 損害를 加할 事情이 不可避했던 경우에는, 그 目的物은 그만큼 價値가 減少된 것이라고 볼수 있다. 例컨대 沒收의 對象이 되어 있었던 家屋을 破壞하는 경우등과 같을 것이다.

II. 逸失利益의 賠償과 假定的 原因의 顧慮

얻을 수 있었던 利益을 喪失한 경우에 있어서의 損害賠償의 경우에 假定的 原因을 顧慮할 것이냐가 문제된다. 例컨대 損害賠償義務을 惹起시킨 責任있는 行爲에 의하여 被害者의 乘用車가 破損되었다고 하자. 被害者는, 곧 契約締結 直前에 있었던 혹은 이미 締結되었으나 아직 實現되지 않은 賃貸借契約 또는 賣買契約에 의하여 얻을 수 있었던 利益의 賠償을 請求한다. 이 경우에 加害者는 自己의 加害行爲가 없었다 하더라도 문제의 利得을 얻기 以前에 다른 事件에 의하여 自動車가 破損되어 被害者가 그로부터 收入을 얻을 수 없었을 것이라는 主張을 할때 이를 顧慮할 것이냐가 문제된다. 前述한 바와 같이 學說・判例에 의하여 大體로 確立된 原則은 이를 考慮하고 있다. 그러나 Niederländer⁽³²⁾는, 損害賠償請求의 相對方인 加害者가 自己에게 有利하게 展開되는 假定的 原因을 援用하는 것을 考慮할 것이 아니라고 하여 이를 反對한다. 그 根據로서 드는 바는 다음과 같다. 즉 被害者는 이미 損害賠償請求의 危險을 負擔하는 것이기 때문에 이미 既述한 原則에 따라서 무엇을 賠償할 것이냐의 領域으로부터 發生하는 危險은 負擔할 것이 아니기 때문이라고 한다. 그러나 이것은 잘못이다. 모든 다른 損害賠償에 있어서와 마찬가지로 逸失利益의 賠償에 있어서도 그 請求權은 現實的으로 損害가 發生한 때 즉 이곳에서는 財產增加가 發生한 時點에 發生한다. 따라서 미로소 이 時點 以後에 있어서만 損害賠償債權者는 存在하는 請求權으로 부터 생기는 危險을 負擔하고 그 時點에 이르기까지는 무엇을 賠償할 것이냐 하는 領域으로부터 發生하는 危險 또한 負擔한다고 하는 것이 옳다. 이런 의미에서 逸失利益의 賠償에 있어서의 假定的 原因은 考慮하여야 한다는 것이 決코 上述한 危險負擔의 思考에 背馳되는 것이 아님을 알수 있다. 뿐만 아니라 逸失利益의 賠償에 있어서 假定的 原因을 考慮하여야 할 또하나의 論據는 다음과 같다. 즉 逸失利益의 賠償에 있어서의 本質的 特徵은 被害者는 自己가 損害를 받았다는 事實을 主張하기 위하여, 請求의 相對方인 加害者의 介入이 없었더라면 그에게 一定한

(32) Niederländer, Acp, 153, a.a.O. 52 ff. 67 ff. Albrecht Zeuner, Acp. 157, Anm. 13.

財産增加 즉 收益을 얻었을 것이라는 自己를 위하여 有利한 假定的原因의 發展經過를 根據로 援用하여야 한다. 이와같이 逸失利益의 賠償에 있어서는 收益取得時까지의 모든 事情을 감안한 經過에 依存하는 것이므로, 賠償請求의 相對方은 被害者의 收益을 확실히 輕減케 했었을 事情을 援用하는 것이 許容된다고 할 것이다. 즉 假定的 經過를 決定하는 事情은 모두 그것이 被害者에게 有利한 것이던 不利한 것이던 考慮하여야 한다. 萬一에 처음부터 請求의 相對方인 加害者에게 그들 事情의 援用을 不許한다면 그것은 처음부터 相對方의 利益을 不當하게 排斥하는 것이 되어 경우에 따라서는 被害者로 하여금 그의 損害賠償請求權을 순수히 假想的인 基礎를 土臺로 行使케 하는 不當한 結果를 초래케 할 것이다⁽³³⁾.

以上과 같이 逸失利益의 計算, 一時的 또는 長期的인 生業能力의 喪失로 인한 收入減少의 計算등에 있어서는 그 損害의 範圍는 被害者가 加害行爲가 없었다 하더라도 收益했었을 동안의 期間에 依存하게 된다. 例컨대 甲의 物件이 乙의 加害行爲가 없었다 하더라도 三日後에는 확실히 自然的事故로 因하여 滅失되었으리라는 事情이 있는 때에는 乙의 加害行爲에 의하여 甲의 物件의 使用利益은 3日間에 限하여 逸失한 것이다. 즉 乙은 物件의 滅失時에 있어서는 價額全部를 賠償하여야 하지만 그러나 그 以外の 逸失한 使用利益은 三日間의 限에 限한다.

이들 損害는 學者에 따라서는 이를 間接損害(Larens) 또는 結果損害(Esser)라고 부르며, 이들 損害의 賠償에 있어서 假定的原因을 考慮한다. 또한 그것은 獨民法 제 252조 및 제 842조 등의 根本趣旨이기도 하다.

Ⅲ. 損害發生前의 假定的原因의 例外的不考慮

바로 위에서 言及한 것과는 反對로 損害發生 以前에 發生했었을 假定的原因이라도 例外的으로 考慮될 수 없는 경우가 있다.

1. 例컨대 雇傭契約에 있어서 勤勞者가 解止를 하지 않고 勞務에 從事하지 않으므로 使用者가 이에 대하여 收益의 喪失을 理由로 損害賠償請求를 했다고 하자 이에 대하여 勤勞者는 抗辯하기를 自己는 언제든지 解止할 權利가 있었으므로, 萬一 解止를 않고 勞務에 從事하지 않았었다 하더라도 이미 解止를 하고 合法的인 方法으로 勞務行爲를 中止하였었을 것 이라고 항변한다. 이들 경우에 加害者인 勞務者의 主張을 考慮할 것인가가 문제된다. 그러나 加害者가 二者擇一으로서의 合法的 行爲를 援用하는 것은 이를 認定치 않는다는 것이 通說이다⁽³⁴⁾. 특히 어떤 目的의 達成을 위하여 合法的 手段과 非合法的 手段의 두個의 手段이 있을 때, 後者의 手段을 擇한 者는 全體의 損害를 賠償하여야 하며 前者의 合法的 手段을 썼더라도 같은 結果가 되었으리라는 主張을 考慮할 것이 아니다⁽³⁵⁾. 設問에 있어서 勞務者는

(33) So auch, Karl Larenz. Schuldrecht, I. § 14 III C; Blomeyer, Schuldrecht, § 32 1 IV. I a; Zeuner, Acp 157 S. 447.

(34) Vgl. B. Fikenscher, § 55. IV. 4. C; Zeuner, a.a.O IV 2. a.

(35) Siehe dazu, BAGE 6. 321 (Metalarbeiterstreik).

解止에 의하여 勞務契約을 終了시키거나 혹은 解止를 하지 않음으로써 契約을 存續시키거나 選擇할 權利가 있다. 그런데 勞務者가 解止權을 行使하지 않고 따라서 스스로 勞務契約이 存續할 것을 決定해 놓고 存續하는 勞務契約에서부터 發生하는 損害賠償義務을 自己는 다르게 決定할 수 있었다 즉 解止할 수 있었다는 것을 理由로 否認하는 結果를 認定하는 것은 妥當치 않을 것이다.

2. 다른 사람이 責任을 負擔하여야 할 假定的原因은 損害를 輕減하는 事由로서 考慮되지 않는다. 즉 加害者는 他人의 不法行爲를 援用할 수 없다. 例컨대 날치기 竊盜 甲이 손님의 호주머니에서 金時計를 竊取한 數分後에 甲의 同僚인 乙도 또한 바로 그 손님의 호주머니에 손을 넣어 헛되이 뒤져보았으나 아무것도 없었다고 하자. 이때에 甲은 自己가 金時計를 竊取하지 않았다. 하더라도 後에 어차피 乙이 竊取했었을 것이라는 主張을 할 수 없다⁽³⁶⁾. 또한 다시 例컨대 共同不法行爲者인 甲은 그에 대한 損害賠償請求에 當하여, 그는 단지 이미 特定時에 擧事키로한 不法行爲를 豫定보다 늦추어 하도록 忠言했을 따름이며 어차피 自己가 加擔하지 않았더라도 꼭 같은 損害가 이미 오래前에 發生했었을 것이라고 主張한다면 이를 考慮해서는 안되는 것은 물론이며 그것은 明白히 法律의 趣旨에 違反 될 것이다. 왜냐하면 法律은 共同不法行爲者는 全體의 責任을 지우게 하고 있기때문이다⁽³⁷⁾.

五. 우리 民法과 假定的原因의 顧慮

民法 제 393 조는 損害賠償의 範圍에 관하여 規定하고 債務不履行으로 인한 損害賠償은 通常의 損害를 그 限度로 하고(同條 第 1項) 다만 特別한 事情으로 인한 損害는 債務者가 그 事情을 알았거나 또는 알 수 있었을때에 限하여 賠償할 責任이 있는 것으로 하였다. (同條 第 2項) 同條는 勿論 不法行爲者의 賠償責任에 대하여도 適用되는 原則이며, 同規定은 相當因果關係의 原則을 定한 것이라고 理解되고 있다. 그것은 同條의 趣旨가 債務不履行者 또는 不法行爲者는, 債務不履行 또는 不法行爲와 相當因果關係를 가지는 모든 損害의 賠償義務을 진다는 취지이며 具體的으로 그 額은 原則的으로 賠償請求權發生時를 基準으로하여 算定된다. 이와같은 法律의 立場에서 본다면, 소위 潛在的 後發의 事情 즉 假定原因을 顧慮할 餘地가 없는 것 같이 생각된다. 그러나 他面 民法 제 392 조는 履行遲滯中의 責任에 관하여 規定하고, 債務者는 自己에게 過失이 없는 경우에도 그 履行遲滯中에 생긴 損害를 賠償하여야 하고 (同條 第 1項), 다만 債務者가 履行期에 履行하여도 損害를 免할 수 없는 경우에만 責任을 免하는 것으로 하고 있다(同條 第 2項). 또한 民法 제 336 조는 轉質을 하지 아니하였으면 免할 수 있는 不可抗力으로 인한 損害를 原質權者(轉質權設定者)는 質權設定者에게 賠

(36) Vgl. Fikenscher, § 55 III.4 b.; zeuner, Acp. 157. 453 ff.

(37) Vgl. dazu, Zeuner, Acp. a.a.O. S. 453=V. 2. b.

償해야 할 것으로 規定하고 있는데, 前述한 遲滯後의 不可抗力으로 인한 不能의 경우와 마찬가지로 轉質이 없었다 하더라도 發生했으리라고 생각되는 不可抗力으로 인한 損害에 대한 原質權者의 責任의 有無가 문제 될 餘地가 있다.

以上과 같이 法條文만을 가지고서는 損害賠償의 算定에 있어서 소위 上述한 假定的 原因의 顧慮興否의 解答이 나오지 않는다.

그러나 우리나라에 있어서나 獨逸에 있어서나 損害賠償의 根本的 目的은 當事者의 一方이 입은 損害를 他方에게 填補시켜 可及的으로 損害없는 狀態로 復歸시켜서 當事者間의 公平을 期하고져 하는데 있으므로 損害賠償의 諸問題는 加害者 被害者의 正當한 利益을 公平하게 比較較量함에 의하여 解決되어야 한다. 이런 立場에서 본다면 假定的原因의 顧慮는, 加害行爲를 한 者로 하여금 應分의 賠償을 하게 하여 그에 대한 制裁를 科하는 것이 妥當한 一面을 認定하면서도 上述한 여러 例에서 본 바와 같이 假定的原因을 顧慮치 않으면 加害者에게는 苛酷한 結果가 되고 他面 被害者에게 있어서는 不當한 利得이 存在하게 되는 경우에 限定하여야 할 것이다. 다만 具體的으로 어떤 程度와 限界에 있어서 이를 顧慮할 것이냐 에 관하여는, 위에서 考察한 獨逸法의 基本原理가 우리의 損害賠償의 理論과 實際에 示唆하는 바가 많을 것이다.

民法 제 392 조 2 항은 明文으로서 履行遲滯後의 不能에 관하여 假定的原因을 顧慮할 것을 規定하고 있지만 이를 다른 경우에도 適用되는 一般原則으로 認定하기는 어려울 것이다. 假定的 原因의 顧慮興否에 관하여 우리 判例가 어떤 立場을 취하고 있느냐 하는 것은 斷定的으로 말할 수 없으나 적어도 部分的으로는 損害賠償의 算定에 있어서 潜在的·後發의 事情을 顧慮하고 있다는 것은 確實하다. 즉 判例는 一般的으로 不法行爲에 의한 逸失收入의 賠償請求時에 그 不法行爲가 없었다 하더라도 被害者에게 所得을 喪失케 했으리라고 생각되는 다른 後發의 事情을 參酌하고 있다. 例컨대 被害者의 生存平均年數·勞動可能年數, 기타 將來에 있어서 收入을 喪失 또는 減少케 했을 特殊事情의 存否등을 顧慮하는 등이다.

특히 判例는 軍服務中에 있는 被害者의 逸失收入의 算定에 있어서 被害者가 軍에서 除隊하여 實際로 就業할 수 있는 時期를 損害發生時로 하여 이로부터 起算하고 또한 勞務者의 平均收入額도 그 時點을 基準으로 하여야 하며 事故發生時를 基準으로 할 것이 아니라고 계속적으로 判示하고 있다⁽³⁸⁾.

또한 朝鮮高等法院은 注目되는 判決⁽³⁹⁾에서 「……損害를 相對方의 不法行爲로 因한 것이 라 하여 그 賠償을 請求함에는 萬苦 그 契約이 有效하였다면 그 損害가 없었던 關係에 있어야 하며 契約이 有效하게 成立하였다고 하여도 避할 수 없었던 損害는 이로써 相對方의 不

(38) 1966. 1. 25, 제 1 부판결 65 다 1789 손해배상; 1966. 2. 28, 65 다 2523 손해배상, 1966. 7. 26 다 1077 손해배상; 1967. 5. 16, 67 다 401 손해배상 등 참조.

(39) 朝鮮高等法院 1942. 1. 20 判決. 判例集(靑林閣), 債權編 895 면 참조.

法行爲로 因하여 發生한 것이라고 看做할 수 없다」라고 하고 있다. 萬一 本判例가 뜻하는 바가 不法行爲로 인한 損害賠償에 있어서, 그 損害가 有效한 法律行爲가 있었다 하더라도 즉 그런 不法行爲가 없었다 하더라도 發生했었을 損害인 경우에는 이를 賠償할 必要가 없다는 것이라면 假定的原因을 顧慮하는 立場을 취하고 있다고 할 것이다.

要컨대 어떤 程度와 限界로서 損害賠償에 있어서 假定的原因을 考慮할 것이냐의 문제는 우리 民法上의 損害賠償의 理論과 實際에 있어서도 看過할 수 없는 重大問題라 할 것이다.

Schadensersatz und die hypothetische Ursache

von Dr. Chong kil Tsche

Résumé

Seit vielen Jahren ist in Deutschland das Problem, das unter dem Stichwort "Überholende od. hypothetische Kausalität" bekannt geworden ist, in der wissenschaftlichen Behandlung des Schadensersatzrechtes lebhaft diskutiert worden. Ob es dem Schädiger zugute kommt, wenn die von ihm vorbeigeführte Lage ohne zum Ersatz verpflichtenden Umstand infolge eines anderen Ereignisses (der sog. Reserveursache) eingetreten wäre, ist eine Frage, die in der Praxis immer wieder auftauchen kann und die zu grundsätzlichem Nachdenken über Sinn und Funktion von Schadensersatzpflichten heraus fordert. Dieser Problemkreis verdient ohne Zweifel volle Aufmerksamkeit der heutigen Zivilrechtswissenschaft.

Die Erörterung der hypothetischen Schadensereignisse in Deutschland hat zu einer deutlich überwiegenden oder gar einhelligen Meinung noch nicht geführt. Dennoch wäre es zweifellos sehr lehrreich, das Gesamtbild der Lehre und Praxis in Deutschland zu überblicken.

In dieser Arbeit ist es in diesem Sinne beabsichtigt, einen breiten Gesamtüberblick über die sog. hypothetische Kausalität zu machen, um diesem Problemkreis die Aufmerksamkeit der Lehre und Praxis in Korea heranzuziehen, damit die Gelegenheit gegeben wird, dieses in Deutschland lebhaft diskutierte lehrreiche Problem im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck des Koreanischen Schadensersatzrechtes nachzuprüfen.

Die Arbeit ist in fünf grossen Teilen eingeteilt. Im ersten Teil der Arbeit (I) wurde mit vielen lebendigen Beispielen aus der Praxis das Problem der sog. überholenden od. hypothetischen Kausalität vorgeführt und erklärt, worum es sich bei dieser Frage handelt.

Manche behandeln die Frage der überholenden Kausalität als ein Problem des Kausalzusammenhanges oder der Vorteilsausgleichung, aber nicht mit Recht. Heute besteht darüber mit Recht im wesentlichen Einigkeit, dass es sich bei dieser Frage nicht eigentlich um ein Problem des Kausalzusammenhanges, sondern um ein solches der Schadensberechnung handelt. Geht man von der noch immer herrschenden Meinung aus, so erscheint der zu ersetzende Schaden als die Differenz zwischen der für den Betroffenen wirklich bestehenden Lage und derjenigen Lage, in der er sich hypothetisch befände, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Und diese Auffassung vom Schaden als einer Differenz kann

sich auf gute Gründe stützen (Vgl. dazu, § 249 BGB). Macht man mit einer solchen Differenzauffassung wirklich Ernst, so erscheint es bei der Schadensberechnung unerlässlich, mehr oder weniger die hypothetische Schadensursache zu berücksichtigen.

Im zweiten Teil der Arbeit (II) sind die wichtigen Rechtsprechungen der deutschen Gerichte hinsichtlich der überholenden Kausalität vorgeführt und ausgewertet worden. Die Rechtsprechungen lassen sich in zwei grossen Teilen vorführen; im ersten Teil, die Gerichtsentscheidungen der Vorkrieszeit, insbesondere RGZ, im zweiten Teil, die Gerichtsentscheidungen der Nachkrieszeit, insbesondere BGHZ.

Im dritten Teil der Arbeit (III) sind die Lehrmeinungen behandelt worden. Die Lehrmeinungen lassen sich zwar im grossen und ganzen in zwei Richtungen beobachten, nämlich die eine für die prinzipielle Berücksichtigung der hypothetischen Ursache, die andere aber gegen die prinzipielle Berücksichtigung ist aber in Wirklichkeit besteht kaum der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Richtungen, denn jede Lehre lässt jeweils die Ausnahmen zu.

Im vierten Teil der Arbeit (IV) ist das Gesamtbild der Lehre und Praxis systematisch eingeordnet und das einzelne Problem ausgewertet worden. Besonders hervorgehoben sind hier vor allem die Gründe der Berücksichtigung oder der Nichtberücksichtigung und deren Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck des Schadensersatzrechtes; die von Niederländer in die Diskussion eingeführten Gesichtspunkte der Risikotragung; die Frage des Zeitpunktes, die die Berücksichtigung der hypothetischen Ursache entscheidet; Anlagefälle, u.a.m.

Der Verfasser der Arbeit hält auch in Deutschland herrschende Lehre für angebracht und richtig, die die Reserveursachen grundsätzlich berücksichtigen will, die sich von dem Schadenseintritt und damit vor der Entstehung des Ersatzanspruches ausgewirkt hätten.

Ausnahmesweise können aber die hypothetischen Schadensabläufe, die sich vor dem Schadenseintritt ausgewirkt hätten, auf Grund anderer Gesichtspunkte doch unbeachtet bleiben, wie die Fälle der sog. alternativen Kausalität oder wenn die Beachtung der hypothetischen Ursache sich mit dem Sinn der Regelungen der unerlaubten Handlungen nicht vereinbart, wie zum Beispiele, der Teilnehmer an einer unerlaubten Handlung einwendet, ohne seine Mitwirkung wäre der gleiche Schaden entstanden.

Im fünften Teil der Arbeit (V) ist die Anwendbarkeit des Prinzips über die hypothetische Kausalität, das aus der Lehre und Praxis in Deutschland gewonnen wurde, in die koreanische Zivilrechtswissenschaft untersucht. Da der Sinn des Schadensersatzrechtes in Korea auch nicht anderes sein kann als es in Deutschland der Fall ist, so scheint das Problem der hypothetischen Kausalität auch im koreanischen Recht einen grossen Sinn zu haben. Dabei wird die deutsche

Lehre und Praxis als ein lehrreiches Vorbild dienen.

Sowohl nach den bisherigen Rechtsprechungen als auch nach dem Sinn und Regelung des koreanischen Schadenersatzrechtes sind die Grundauffassungen der überholenden Kausalität nicht ganz fremd.