

不法行爲法에 있어서 1次損害 및 後續損害의 責任歸屬

崔 相 鎬*

I. 問題의 提起

債務不履行과 不法行爲에 있어서의 損害의 개념에 관하여 우리 나라의 通說은 法益에 관하여 입은 모든 不利益으로서 債務의 履行이 있었더라면 (加害行爲가 없었더라면) 債權者가 받았을 利益(被害者가 받았을 利益)과 不履行으로 債權者가 받고 있는 利益(加害行爲로 加害者가 받고 있는 不利益)의 差額이라고 한다.¹⁾ 通說은 損害를 1次損害와 後續損害를 구분하지 않고 이 둘을 함께 파악하고 있다. 그러나 損害는 1次損害와 後續損害로 나뉘어서 고찰하여야 하는 바, 1次損害란 債務不履行에 있어서는 債務를 제대로 履行하지 않은 것 자체, 不法行爲에 있어서는 加害行爲를 한 것 자체를 내용으로 하는 損害이며, 債務不履行 내지 不法行爲라는 요건이 현실적으로 갖추어짐으로써 발생한 損害로서 構成要件의 損害(tatbestandsmäßiger Schaden)이다. 그리고 後續損害란 그러한 不履行行爲 또는 加害行爲를 기점으로 하여 연속적으로 발생된 損害로서, 債務不履行·不法行爲가 없었더라면 발생하지 않았을 것이라는 의미에서 假定的 事案(hypothetischer Sachverhalt)을 기초로 한 損害이다.²⁾

* 啓明大學校 法科大學 私法學科 教授, 法學博士

1) 郭潤直, 債權總論, 1994, 177면 이하; 金錫宇, 債權總論, 1978, 152면; 金曾漢, 債權總論, 1988, 76면.
2) 金亨培, 債權總論, 1994, 264면.

그런데 不法行爲가 성립하기 위하여는 主觀的 要件으로서 加害者의 故意 또는 過失 및 加害者의 責任能力이 있어야 하며, 客觀的 要件으로서 加害行爲의 違法性 및 加害行爲에 의한 損害發生이 있어야 한다.³⁾ 이러한 成立要件이 갖추어지면 被害者에게는 損害賠償請求權이 발생한다. 被害者는 자신에게 발생한 모든 損害를 배상받으려고 할 것이고, 加害者는 자신에게 責任이 있는 損害에 대해서만 賠償責任을 지려고 할 것이다. 損害의 公平한 分配를 목적으로 하는 不法行爲法은 民法 제763조에서 債務不履行法上の 損害賠償範圍에 관한 규정인 제393조를 準用함으로써 債務不履行에 있어서와 통일적으로 損害賠償의 範圍에 관한 規準을 인정하고 있다. 民法 제393조에 관하여, 우리 나라의 通說判例는 相當因果關係로 통일적으로 이해하고 있다. 그러나 이 속에는 加害行爲와 法益侵害 사이에 因果關係가 존재하는가 하는 문제(責任設定的 因果關係=haftungsbegründende Kausalität)와 法益侵害와 그 法益侵害로 인하여 다시 야기된 侵害(後續損害) 사이에 因果關係가 존재하는가 하는 문제(責任充足的 因果關係=haftungsausfüllende Kausalität)가 포함되어 있다. 전자의 因果關係는 加害者의 行爲와 그로 인하여 발생된 侵害結果인 1次的 損害 사이에 責任法上の 要件을 갖춘 관련이 존재하는가 하는 문제이고, 후자의 因果關係는 賠償되어야 할 損害의 範圍 즉 義務射程에 관한 문제이다.⁴⁾ 따라서 전자에 있어서는 타인의 法益을 侵害해서는 아니된다고 하는 規範의 위반이 문제이지만, 후자의 因果關係에 있어서는 規範違反의 문제가 아니라 별개의 判斷基準이 필요하게 된다. 즉 1次損害를 기점으로 하여 연속적으로 발생된 損害인 後續損害의 責任歸屬의 문제는 加害行爲 및 1次損害와 事實의 因果關係에 있는 後續損害를 어느 範圍까지 1次損害의 加害者에게 責任지을 것인가 하는 문제로서, 이것은 후자의 責任充足的 因果關係의 문제이다.

이처럼 1次損害와 後續損害는 모두 加害行爲와 因果關係에 있는 損害이지만, 이들 損害의 歸責根據는 동일하지 않다. 왜냐하면 1次損害는 不法行

3) 郭潤直, 債權各論, 1994, 627면.

4) MünchKomm-Grunsky, vor § 249 RdNr.37; Lange, Schadensersatz, 1979, S.54.

爲의 成立要件의 문제로서 加害者에게 故意過失이 있으므로 인정되는 損害이기 때문에 그러한 故意나 過失이라는 非難可能性을 근거로 하여 責任을 물을 수 있겠지만, 後續損害는 1次損害와 因果關係가 있어 연속해서 무한히 발생할 수 있지만 반드시 加害者의 故意過失로써 발생하는 것은 아니기 때문에 이를 근거로 하여 責任을 물을 수 없다. 이와 같이 加害者의 故意過失을 요구하는 1次損害와 그것이 필요없는 後續損害는 그 存在意義를 달리하는 損害이기 때문에 당연히 그 責任歸屬根據도 달리 해야 할 것이다. 그러나 우리 나라의 通說判例는 不法行爲의 成立의 문제인 1次損害의 責任歸屬의 문제와 損害賠償의 範圍의 문제인 後續損害의 責任歸屬의 문제를 전혀 구별하지 않고서 이를 모두 損害賠償의 範圍의 문제로 보고 있으며, 相當因果關係를 규정하고 있는 民法 제393조에 의하여 加害者는 加害行爲와 相當因果關係에 있는 損害에 한하여 賠償責任을 진다고 한다.⁵⁾ 하지만 위에서 본 바와 같이 1次損害와 後續損害는 그 存在意義를 달리할 뿐만 아니라 그 責任歸屬의 根據도 달리하기 때문에 責任歸屬의 基準도 역시 서로 달리하여야 할 것이다. 本稿에서는 1次損害와 後續損害를 구별함이 없이 損害賠償의 範圍에 관한 문제를 이해하고 있는 通說判例의 입장에 대한 비판을 통하여, 1次損害와 後續損害를 구별하여 각각 그 責任歸屬의 根據와 基準을 고찰하고자 한다.

II. 通說 및 判例의 입장 및 그 批判

1. 通說의 입장

通說은 不法行爲의 成立要件인 因果關係의 존재의 문제와 不法行爲의 效果인 損害賠償의 範圍의 문제를 구별함이 없이, 加害者는 加害行爲와 相當因果關係에 있는 損害에 한하여 賠償責任을 진다고 하고 民法 제763조에

5) 郭潤直, 債權各論, 668면; 金基善, 韓國債權法各論, 1976, 296면; 金顯泰, 債權法各論, 1982, 369면.

의하여 不法行爲責任에 準用되는 民法 제393조가 바로 相當因果關係의 내용을 규정하고 있는 것으로 보고 있다. 相當因果關係說을 취하고 있는 通說은 原因結果의 관계에 서는 무한한 사실 가운데서 객관적으로 보아 어떤 前行事實로부터 보통 일반적으로 초래되는 後行事實이 있는 때 양자는 相當因果關係에 있다고 하며, 債務不履行(不法行爲) 당시에 普通人(平均人)이 알 수 있었던 사정과 債務者(加害者)가 특히 알고 있었던 사정을 함께 고려하여야 한다는 折衷說의 입장에 있다. 즉 債務不履行(不法行爲)이라는 原因事實이 일반적인 경우에 있어서 보통 그러한 損害를 결과로서 발생케 하는 것이면 債務者(加害者)가 그 損害를 배상하여야 한다고 한다. 그리하여 通說은 民法 제393조 제1항의 「債務不履行으로 인한 損害賠償은 通常의 損害를 限度로 한다」는 규정은 相當因果關係의 원칙을 선언한 것이며, 제2항의 「特別한 事情으로 인한 損害는 債務者가 그 事情을 알았거나 알 수 있었을 때 한하여 賠償의 責任이 있다」는 규정은 折衷說의 입장에서 고찰의 대상으로 삼는 事情의 範圍를 규정한 것이라고 한다.⁶⁾ 다시 말하면 제1항의 '通常損害'는 원인된 行爲와 相當因果關係에 있는 損害 즉 社會一般의 觀念에 따라 보통 발생하는 것으로 생각되는 범위의 損害를 말하고, 제2항의 '特別損害'는 그 損害가 特別한 事情으로 인한 것이라 하더라도 債務者가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때의 損害를 의미한다고 한다. 따라서 通說은 債務不履行(不法行爲)이라는 原因事實과 損害 사이의 因果關係 뿐만 아니라 원인사실인 債務不履行(不法行爲)과 相當的 因果關係에 있지 않은 '우연한 事情' 또는 '특수한 事情'이라 하더라도 그것이 債務者(加害者)에 의하여 豫見可能했던 것이면 그로 인한 損害도 賠償해야 할 損害의 範圍에 포함된다고 한다. 이렇게 본다면 결국 通說은 通常損害에 있어서는 相當因果關係가 規準이 되고 債務者 자신의 豫見可能性은 문제되지 않으며, 特別損害에 있어서는 債務者 자신의 豫見可能性이 規準이 되고 相當因果關係는 문제되지 않는 것으로 된다.⁷⁾

6) 郭潤直, 債權總論, 1994, 187면; 金曾漢, 債權總論, 1989, 90면; 金基善, 韓國債權法總論, 1975, 99면 이하; 金谷漢, 債權法總論, 1990, 202면; 金顯泰, 新債權法總論, 1982, 128면.

7) 金亨培, 전거서, 275면.

2. 判例의 입장

判例도 역시 通說과 마찬가지로 不法行爲의 성립여부를 相當因果關係 개념에 의하여 판단할 뿐만 아니라 損害賠償의 範圍에 관하여도 相當因果關係에 의존하고 있다.⁸⁾ 예컨대 부정한 금품을 받고 부실공사에 대한 감독을 제대로 하지 아니하거나 이를 묵인한 행위와 아파트의 붕괴사실 사이에 相當因果關係가 있다⁹⁾고 하여 不法行爲의 成立與否를 相當因果關係로 판단하고 있으며, 또한 광산사고로 중상을 입은 후 생활고와 후유증으로 인한 고통을 이기지 못하여 비관자살한 사건에서 重傷과 苦痛悲觀과의 사이나 苦痛悲觀과 自殺과의 사이에는 相當因果關係가 있다¹⁰⁾고 함으로써 損害賠償의 範圍도 역시 相當因果關係로써 파악하고 있다. 즉 判例가 취하고 있는 相當因果關係說은 加害者의 責任을 根據지우거나 또는 이를 제한하는 歸責基準을 제시하려는 것이다.

또한 최근의 判例도 역시 相當因果關係에 의하여 損害賠償을 인정하고 있다. 判例는 「호적부나 제적부의 보관과 관리를 담당하는 공무원들은 자신의 직무의 목적과 기능이 단지 행정기관 내부에서의 호적부나 제적부의 보존, 관리에만 있는 것이 아니라 호적부나 제적부가 외부에만 있는 것이 아니라 호적부나 제적부가 외부로 반출되어 변조 또는 위조되는 것을 사전에 예방함으로써 제3자의 불법행위로 인한 사태의 발생을 예방하여 국민 개개인의 이익을 보호하기 위한다」는 것도 충분히 알고 있을 것이고, 따라서 자신들이 야간에 그 보관을 소홀히 하게 되면 제3자의 불법행위로 원고가 입은 바와 같은 손해가 발생할 수 있다는 것을 충분히 예견할 수 있다고 할 것이므로 제3자가 야간에 제적부를 반출하여 위조한 제적부에 기인하여 원고가 입은 손해는 위공무원들의 직무상의 과실과 상당인과관계가 있다」고 하여¹¹⁾ 相當因果關係를 근거로 하여 損害賠償을 인정하고 있

8) 大判 1974.12.10. 74 다 1774; 大判 1977.8.23. 77 다 686; 大判 1988.5.10. 87 다카 3101.

9) 大判 1971.1.21. 71 다 1089.

10) 大判 1972.4.20. 72 다 268.

11) 大判 1994.12.27. 94 다 36285.

다. 다만 判例는 相當因果關係의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 結果發生의 蓋然性은 물론 職務上的 義務를 부과하는 行動規範의 目的, 그 수행하는 職務의 目的 내지 機能으로부터 豫見可能한 行爲後의 事情 및 加害行爲의 態樣이나 被害의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이라고 한다.¹²⁾

3. 通說·判例에 대한 批判

相當因果關係說을 취하고 있는 通說과 判例에 대하여는 다음과 같은 비판을 가할 수 있다.

첫째, 相當因果關係說은 獨逸民法上的 完全賠償의 原則에 대한 責任制限의 이론으로 주장된 것이다. 債務不履行에 있어서 債權者債務者 사이의 개별적·구체적 사정을 기초로 하는 完全賠償의 原則은 契約의 客觀化定型化 및 紛爭處理의 迅速性豫測可能性의 요구 등의 社會的經濟的 사정에 적합하지 않기 때문에 더 이상 관철될 수 없으며, 오히려 客觀的抽象的 規準에 의하여 損害額을 정할 수 있는 損害賠償의 방법이 고려되어야 한다. 不法行爲의 경우에 있어서도 기업의 발전과 교통의 발달에 의하여 시민들은 언제나 위험한 사태에 직면하게 되었으며, 적은 부주의로 커다란 損害가 발생할 수 있는 생활실태 속에서 살게 되고, 이 속에서 발생한 損害는 그 豫測可能性 여하에 불구하고 모두 배상하도록 하는 完全賠償의 原則은 具體的 公平性을 유지하기 어려운 것이며 紛爭解決의 手段으로서도 적절한 것이 될 수 없다.¹³⁾ 이처럼 相當因果關係說이 기초한 完全賠償의 原則은 현대사회에 있어서의 損害賠償法에 적합하지 않으며, 또한 相當因果關係說은 단순히 事實的 蓋然性이나 豫見可能性과 같은 損害發生의 統計的 頻度(statistische Häufigkeit)에 의존할 뿐이어서 損害賠償의 範圍를 결정하는 문제가 責任歸屬에 관한 價値判斷의 문제인 것을 간과하고 있다.¹⁴⁾ 특히 不法行爲에 있어서의 責任體系가 故意에 의한 不法行爲, 過失에 의한

12) 大判 1993.2.12, 91 다 43466; 1994.6.10, 93 다 30877; 大判 1994.12.27, 94 다 36285.

13) 金亨培, 전제서, 278면.

14) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, Allgemeiner Teil, S.364.

不法行爲, 無過失에 의한 不法行爲 등으로 분화되어 있는 상황하에서 責任原因要素가 고려되지 않은 채 損害賠償의 範圍를 결정한다는 것은 그 타당성을 유지하기 어렵다고 하겠다.¹⁵⁾ 즉 損害賠償責任의 歸屬의 문제는 相當因果關係說이 말하는 것과 같이 加害者의 行爲라는 原因과 被害者의 損害라는 結果 사이의 어떤 因果性이 문제되는 것이 아니라, 加害者의 行爲態樣이 중심적 고찰대상으로 고려되지 않으면 안되는 것이다.

둘째, 通說과 判例는 相當因果關係에 의하여 不法行爲의 成立의 문제와 損害賠償의 範圍의 문제를 동시에 해결하려고 한다. 즉 相當因果關係說은 責任의 成立要件으로서의 相當因果關係¹⁶⁾와 責任의 範圍決定을 위한 相當因果關係¹⁷⁾를 구별하지 않음으로써 그 내용이 모호하다. 양자는 不法行爲의 要件과 效果의 문제로서 분명히 다른 차원에서 다루어져야 함에도 불구하고 이를 通說과 같이 함께 하나의 기준에 의하여 다루는 것은 잘못된 것이다. 損害賠償의 문제는 責任歸屬의 문제로서 그 根據를 고려하여 정하여야 함에도 불구하고, 相當因果關係說은 이를 모두 因果關係의 限定에 의해서만 해결하려고 하는 잘못이 있다.

셋째, 相當因果關係說은 有責性, 不法內容, 行爲의 危險性, 침해된 法規範의 趣旨 등을 損害賠償責任의 範圍를 정하는 基準으로 고려하지 않고 있다.¹⁸⁾ 그러나 加害者가 위반한 法規範의 趣旨나 保護目的을 고려하지 않은 상태에서 因果關係를 확인하는 것만 가지고서는 責任의 歸屬與否를 결정할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 判例는 妻가 있는 남성과 동거생활을 한 여

15) Esser, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., S.303; 金亨培, 전거서, 279면.

16) 예컨대 운전중인 갑이 승객을 태운 버스를 도로상에 정차시켜 놓고 버스의 스위치를 빼지 않고 브레이크 장치도 하지 아니한 채 차를 떠나 식사를 하는 동안에 운전면허 없는 제삼자가 버스에 올라 이를 운전하다가 사고를 내어 원고에게 손해를 발생케 한 이상 그 손해발생은 갑의 과실에 의한 손해라고 할 것이고 제삼자의 행위가 개재되었다 하더라도 갑의 과실과 손해발생간에 相當因果關係가 없다고 할 수 없다고 하는 判例(大判 1966.6.28, 66 다 890)는 民法 제750조의 要件을 갖춘 加害者의 行爲와 被害者의 損害 사이의 相當因果關係(責任設定的 因果關係)를 인정하는 것이다.

17) 예컨대 원고 갑은 이 사건사고로 인한 부상이 완치되는 경우에도 평생 의식을 회복할 수 없는 불구자로서 노동능력을 완전히 상실하였으나 그가 생활하는 데에는 부친인의 조력을 필요로 한다고 할 것이고 이와 같은 부친인을 두는 데에 필요한 비용은 이 사건 불법행위로 인한 손해에 해당하며 상당인과관계가 있는 손해로서 피고가 배상하여야 할 책임이 있다고 할 것이라고 한 判例(大判 1971. 3.9, 71 다 222)는 民法 제393조 1항에 의한 損害賠償責任의 範圍를 확장하는 因果關係(責任充足的 因果關係)를 뜻하는 것으로 이해된다.

18) Esser-Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 6. Aufl., S.472.

성에게 그 남성의 처와 자녀들이 慰藉料를 請求한 사건에서 妻에 대해서는 不法行爲의 성립을 인정하고 있지만, 그 자녀들에 대해서는 相當因果關係가 없다고 하여¹⁹⁾ 不法行爲의 성립을 부정하고 있다. 그러나 이 사건에 있어서 처나 자녀들에게 不法行爲가 성립하느냐의 여부는 妻 있는 남성과의 동거를 금하는 法規範의 趣旨나 保護目的을 고려하여 판단해야 함에도 불구하고 判例와 같이 단순히 抽象的인 蓋然性 判斷에 의존하는 相當因果關係에 의하여 판단하는 것으로는 責任의 歸屬與否를 결정할 수 없다. 因果關係만을 가지고 판단한다면 처에게나 자녀에게나 다를 바가 없을 것이기 때문이다. 또 하나의 예를 들어 보면, 시야를 방해하는 不法駐車로 인하여 어린이가 부상당한 때에 그것이 消火栓 앞에서의 駐車禁止規定에 위반하였을 경우와 국민학교 앞에서의 駐車禁止規定에 위반하였을 경우에 相當因果關係說에 의하면 똑같이 평가되지만 그 規範의 目的에 의하면 다르게 판단된다.²⁰⁾ 생각컨대 어떠한 法規範을 위반함으로 인하여 다수인에게 損害가 발생한 경우에 이 損害를 본 모든 사람에게 不法行爲가 성립한다고 할 수는 없으므로 損害를 본 모든 사람이 다 被害者로서 損害賠償請求權을 갖는 것은 아니다. 이 경우에 누가 損害賠償請求權을 갖는 被害者인가는 위반한 法規範이 보호하려는 자가 누구인가에 의하여 정해지는 것이다.²¹⁾

네제, 判例는 대체로 損害發生에 대한 過失의 有無를 相當因果關係의 문제로 취급하고 있는데²²⁾ 이는 잘못된 것이다. 過失의 문제는 不法行爲의 主觀的 成立要件의 하나로서 加害行爲와 관련하여 부과되어 있는 注意義務를 加害者가 違反했는가 아닌가에 관한 문제이지, 因果關係의 문제가 아님에도 불구하고 判例는 이를 혼동하고 있다. 또한 相當因果關係說은 被害者가 스스로 야기한 歸責事由 있는 危險領域에 대한 배려도 하지 않은 잘못

19) 判例는 부친이 그 자녀에 대하여 예정을 품고 監護敎育을 행하는 것은 타의 여성과 동거하느냐의 여부에 불구하고 부친 스스로의 의사에 의하여 행하여지는 것이므로 타의 여성과 동거의 결과 자녀가 사실상 부친의 愛情監護敎育을 받을 수 없어 그로 인하여 不利益을 입었다고 하여도 그것과 여성의 행위와의 간에는 相當因果關係가 없다고 하여야 한다고 한다(大判 1981.7.28, 80 다 1295).

20) 金亨培, 전개서, 280면.

21) Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., S.265f.

22) 大判 1970.3.21, 70 다 18.

도 있다.²³⁾

다섯째, 相當因果關係說은 全經驗的 知識(das gesamte Erfahrungswissen)을 기초로, 가장 洞察力있는 人間(einsichtiger Mensch) 혹은 經驗있는 觀察者(erfahrener Beobachter) 내지 最上の 觀察者(optimaler Beobachter)의 입장에서 보아서 加害行爲 당시에 인식가능했던 事情을 전제로 損害發生의 蓋然性を 판단해야 한다고 하는데, 이러한 觀察者에게는 아무리 통상적이 아닌 因果過程도 거의 인식가능하게 되기 때문에 相當因果關係說은 損害賠償責任의 範圍를 制限하는 客觀的 基準으로서의 역할을 담당하지 못하고 있으며 그 基準劃定이 恣意的이다.²⁴⁾

여섯째, 相當因果關係說이 最上の 觀察者에게 인식가능했던 사정을 기초로 하지 않는다 하더라도 이 이론은 蓋然性判斷의 明確한 기준을 정하지 못하여 蓋然性判斷에 裁量의 餘地(Ermessensspielraum)가 포함되어 있다.²⁵⁾ 相當因果關係說에 입각한 獨逸의 判例가 통일된 입장을 보여주지 못하는 것도 이를 말해주는 것이라 할 수 있다.²⁶⁾

Ⅲ. 1次損害의 責任歸屬

1. 事實的 因果關係의 存在

不法行爲가 성립하기 위해서는 加害者의 違法行爲와 損害(1次損害) 사이에 因果關係가 있어야 하는데, 이때의 因果關係는 前行事實(加害行爲)과 後行事實(損害發生)과의 사이에 전자가 없었으면 후자도 없었으리라는 관계인 條件關係(conditio sine qua non)로서 충분하다. 이를 事實的 因果

23) Lange, Schadensersatz, 1979, S.66ff.

24) Larenz, a.a.O., S.362f. u. S.406; Kötz, Deliktsrecht, S.72; 金亨培, 過失概念과 不法行爲責任體系, 民法學研究, 307면.

25) Lange, a.a.O., S.60; Larenz, a.a.O., S.364.

26) 徐光民, 不法行爲의 歸責構造 研究, 1988, 161면 주 369 참조.

關係라고 하는데 沒價值的인 自然法則的인 原因結果의 관계이다. 이것은 損害賠償責任을 인정하기 위한 최소한의 必要要件이다. 즉 事實的 因果關係의 존재는 損害賠償責任을 인정하기 위한 필요한 基準(unerläßliches Kriterium)이긴 하지만 모든 경우에 있어서 충분한 基準(ausreichendes Kriterium)은 아니다.²⁷⁾ 통상적으로는 條件關係는 *conditio sine qua non*(그것 없으면 이것 없다)에 의하여 결정되지만, 이것에 의하여 결정될 수 없는 경우도 있다. 예컨대 甲과 乙이 각각 A에 대하여 총을 쏘았는데 둘 다 A의 심장을 맞추어 A가 사망한 경우에 甲의 행위가 없어도 乙의 행위만으로, 또한 乙의 행위가 없어도 甲의 행위만으로 A가 사망하게 되므로 *conditio sine qua non*에 의하면 甲도 乙도 事實的 因果關係가 없게 되어 어느 쪽도 責任을 지지 않게 되는 불합리한 결과가 된다. 따라서 이러한 예외적인 경우에는 어떤 사람도 다른 사람의 違法行爲를 이유로 하여 免責을 구할 수 없다는 점을 고려하여 甲이나 乙 모두에게 事實的 因果關係를 인정해야 할 것이다.²⁸⁾ 즉 이러한 경우에는 甲과 乙은 각자가 結果發生에 대하여 충분한 原因을 제공하였고, 각자는 그의 行態規範違反行爲로 인한 損害發生을 부인할 수 없기 때문에 각자가 全損害에 대해 責任(不真正連帶責任)을 져야 한다.²⁹⁾ 이 때 어느 한쪽이 自然力인 경우에도 마찬가지이다. 즉 甲의 총격과 丙이라는 번개가 함께 A를 사망케 한 경우에도 역시 甲의 행위만으로도 사망이라는 결과를 가져와 그에게 責任을 지을 수 있는 충분한 조건을 갖춘다고 볼 수 있다.

2. 1次損害의 責任歸屬

1) 1次損害의 責任歸屬의 根據

1次損害는 債務不履行上 및 不法行爲上の 要件을 갖춘 原因行爲에 의하

27) Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., S.360.

28) 平井宜雄, 損害賠償法の理論, 1971, 433면; 澤井啓, 不法行爲における因果關係, 民法講座6, 1985, 309면.

29) 金亨培, 因果關係, 民法學研究, 1986, 340면; Kötz, Deliktsrecht, 3. Aufl., S.70.

여 발생한 不利益을 말하며, 履行遲滯에 있어서는 履行期보다 재산을 늦게 취득하게 된 것 자체,³⁰⁾ 履行不能에 있어서는 債權者가 재산을 취득할 수 없게 된 것 자체,³¹⁾ 不完全履行에 있어서는 債權者가 불완전한 성질을 가진 재산을 취득한 것 자체³²⁾라고 할 수 있으며, 不法行爲의 경우는 加害行爲로 침해된 法益 자체에 발생한 損害를 말한다. 이러한 1次損害는 債務不履行 및 不法行爲의 成立要件을 갖춘 原因行爲와 因果關係에 서게 된다. 즉 民法 제390조나 제750조는 債務者가 故意나 過失로 債務의 內容을 좇은 履行을 하지 아니하거나 加害者가 故意나 過失로 被害者에게 加害行爲를 하게 되면 損害賠償을 청구할 수 있다고 하므로, 이는 債務不履行行爲와 1次損害 및 加害行爲와 1次損害 사이의 責任設定的 因果關係를 규정한 것이다. 따라서 1次損害의 賠償責任을 債務者 및 加害者에게 귀속시키는 것은 債務者 및 加害者가 그의 歸責事由로 인하여 契約 및 法規範을 위반했기 때문이며, 그 責任歸屬의 法的 根據는 民法 제390조 및 제750조라고 할 수 있다. 즉 1次損害에 대한 賠償責任은 行爲者가 위반한 契約規範 및 法規範의 目的에 따라 귀속되는 것이다.³³⁾ 이것은 결국 어떠한 損害가 1次損害로서 損害賠償의 대상이 되느냐 하는 것이 債務不履行이나 不法行爲가 成立要件의 문제이며, 이것을 규정한 것이 제390조 및 제750조이기 때문에, 1次損害에 대한 賠償責任의 確정의 문제는 損害賠償의 문제가 아니라는 것을 의미한다. 다시 말하면 어떤 1次損害가 損害賠償의 대상이 되는가 하는 문제는 故意過失에 관련되는 損害가 어떤 것인가 하는 문제로서, 이것은 有責性關聯下에서 판단된다. 그러므로 通說判例가 相當因果關係에 있는 損害는 당해 債務不履行이나 不法行爲에 의하여 현실적으로 발생한 모든 損害로서 1次損害와 後續損害를 포함하여 損害賠償의 範圍의 문

30) 이러한 損害를 金錢으로 평가한 것이 損害額이 되며, 보통은 늦어진 기간에 따라 해당 財産의 使用料를 참고하여 산정하게 된다.

31) 이러한 損害를 金錢으로 평가한 것이 損害額이 되며, 보통은 해당 財産의 時價를 참고하여 산정하게 된다.

32) 이러한 損害를 金錢으로 평가한 것이 損害額이 되며, 보통은 해당 財産이 完全한 性質을 가진 경우의 時價와 不完全한 性質을 가진 경우의 時價의 差額을 참고하여 산정한다.

33) Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, S.47; 金亨培, 전거서, 281면.

제로 생각하고 있으나 이는 잘못된 것이며, 위에서 본 바와 같이 1次損害의 문제는 損害賠償의 範圍의 문제가 아니라 債務不履行이나 不法行爲의 成立要件의 문제라고 하여야 할 것이다. 이것을 역으로 말하면 債務不履行이나 不法行爲가 성립하면 1次損害에 대한 責任은 곧바로 債務者나 加害者에게 귀속된다.

위에서는 1次損害의 歸責에 관한 法的 根據를 고찰하였는데, 여기서는 그 實質的 根據를 살펴보기로 한다. 有責의 不法行爲에 있어서 加害者가 他人의 身體를 부상에 한 경우에 加害者에게 1次損害인 身體傷害(權利侵害=1次損害)에 대한 賠償責任을 귀속시키기 위해서는 그의 行爲가 違法하고 有責하여야 하지만, 去來上 필요한 注意를 해야 할 業務上의 行爲와 관련된 不法行爲에 의하여 權利侵害를 한 경우에는 加害者가 그 상황에서 발생할 수 있는 危險을 피하기 위하여 그에게 부과된 義務를 그가 違反한 때에 加害者에게 損害賠償義務가 발생한다. 그와 같은 業務上의 義務를 위반한 자의 責任은 行爲者에 의한 權利侵害가 그 業務上 義務를 규정한 規範이 방지하고자 했던 危險이 현실화되었기 때문에 그 行爲者에게 귀속되는 것이다. 여기에서는 行爲者의 有責性 또는 豫見可能性은 필요하지 않으며, 다만 行爲者가 그 경우에 해당되는 業務上의 注意를 客觀적으로 違反했느냐 하는 여부만이 損害賠償責任의 歸屬根據가 된다. 그러므로 1次損害의 賠償責任을 加害者에게 歸屬시키는 것은 加害者가 그의 歸責事由로 인하여 損害를 야기시켰기 때문이다.³⁴⁾

2) 1次損害의 責任歸屬의 基準

故意過失에 의한 違法한 加害行爲와 事實의 因果關係에 있는 1次損害가 있으면 違法性阻却事由가 없는 한 不法行爲는 성립한다고 일단 볼 수 있다. 그러나 구체적인 경우에 따라서는 그 1次損害가 法秩序의 命令이나 禁止規範이 방지하려고 했던 危險의 現實化가 아닌 경우도 있다. 예컨대 파출부가 식탁 위에 쥐약병을 두었는데 그 집 어린이가 그것을 잡으려다 넘

34) 金亨培, 過失概念과 不法行爲責任體系, 民法學研究, 310면.

어저 다친 경우, 이 어린이의 부상, 즉 損害는 이러한 상황에서 法이 파출부에게 요구하는 注意義務가 방지하려고 했던 損害는 아니다. 왜냐하면 이 경우 파출부에게 法이 요구하는 注意義務는 어린이가 쥐약을 음식물 등으로 알고 잘못 먹는 事故와 損害를 방지하기 위한 것이고, 그 약병을 붙잡으려다 넘어져 부상당하는 것을 방지하려는 것은 아니기 때문이다. 따라서 이러한 경우에 있어서의 損害는 파출부의 不注意로 인하여 발생한 損害라고 하더라도 그 責任을 파출부에게 물을 수는 없는 것이다.³⁵⁾

생각전대 相當因果關係說에 의하면 이 경우 똑같이 평가되겠지만, 어린이에게 발생한 損害를 파출부에게 그 責任을 귀속시킬 것인가 하는 문제는 단순히 相當因果關係의 存否에 의하여 결정될 문제는 아니며, 法秩序의 命令이나 禁止規範의 目的과 趣旨를 고려하여서만 판단될 수 있는 문제이다.³⁶⁾ 왜냐하면 이러한 法律上的 責任根據規範들은 각기 특정한 利益의 보호에 기여하므로 이 보호된 利益에 가하여진 損害만이 加害者에게 歸責될 수 있기 때문이며,³⁷⁾ 이때 어떠한 利益이 보호되는 利益인가는 責任根據規範 또는 侵害된 義務의 目的 내지 意義로부터 밝혀지게 된다. 그리고 加害行爲와 1次損害 사이의 因果關係는 條件關係로 족하기 때문에, 1次損害의 적절한 限界는 行爲者의 意思의 態樣과 損害 사이의 評價의 關係, 즉 有責性 關聯에 의하여 음미되어야 한다. 예컨대 意思의 態樣이 故意 또는 重過失이며 損害가 중대한 경우에는 條件關係의 蓋然性이 적다고 하더라도 이를 긍정하는 방향으로 판단되어야 하고, 意思의 態樣이 輕過失로서 損害가 경미한 경우에는 條件關係의 存在의 蓋然性이 어느 정도 크지 않을 경우에는 이를 부인하는 방향으로 판단되어야 할 것이다.³⁸⁾

35) Kötz, Deliktsrecht, 3. Aufl., S. 78; 徐光民, 不法行爲 歸責構造 研究, 1988, 139면.

36) von Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhanges im Privatrecht, in Gesammelte Schriften Bd. I, 1968, S. 403f.; Stoll, a. a. O., S. 47.

37) Larenz, a. a. O., S. 365; Lange, a. a. O., S. 76; 李鍾龍, 規範目的에 의한 損害賠償範圍, 私法關係와 自律(李鍾龍教授論文集), 1993, 27면.

38) 石田權, 損害賠償法の再構成, 1978, 41면.

IV. 後續損害의 責任歸屬

1. 문제점

後續損害의 歸責의 문제는 加害行爲로 인한 法益侵害로부터 발생하는 損害를 어느 範圍까지 加害者에게 그 責任을 귀속시킬 것인가 하는 문제이다. 通說判例은 1次損害와 後續損害를 구별함이 없이 相當因果關係說에 의하여 이 문제를 해결하려고 하며, 民法 제393조를 이 相當因果關係說에 의하여 규정된 것이라고 한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 1次損害와 後續損害는 서로 구별되어야 하는 동시에 그 歸屬根據도 달리해야 하며, 後續損害의 責任歸屬의 문제는 損害賠償의 範圍의 문제로서, 加害行爲와 事實의 因果關係에 있으며 무한히 연속하여 발생하는 後續損害 중에서 어떠한 損害까지 損害賠償責任을 져야 할 것인가의 문제이다. 1次損害에 요구되는 事實的 因果關係의 존재는 損害賠償責任의 인정을 위해서 必要한 基準(unerläßliches Kriterium)이기는 하지만, 損害賠償의 範圍까지도 포함한 모든 경우에 있어서 充分한 基準(ausreichendes Kriterium)은 되지 못한다.³⁹⁾ 後續損害의 責任歸屬의 문제는 加害行爲와 事實의 因果關係에 있느냐의 문제가 아니라, 加害行爲와 事實的 因果關係에 있는 後續損害를 어느 範圍까지 加害者에게 귀속시킬 것인가 하는 因果關係의 限定的 문제인 것이다. 다시 말하면 損害賠償의 範圍의 劃定에 관한 판단은 相當因果關係說이 말하는 因果關係의 通常의 經過라는 事實的 基準에 의하여 도출되는 것이 아니라, 被害者에게 발생한 損害에 대한 法的 評價에 의하여 얻어지는 것이다.⁴⁰⁾ 이렇게 본다면 損害賠償의 範圍를 정한 제393조가 1次損害와 後續損害를 포함한 규정이 아니라, 後續損害만의 範圍를 정한 규정이라고 할 수 있다. 그리하여 여기서는 어떠한 기준에 의하여 後續損害에 관한 賠償範圍를 정한 것이냐 하는 문제에 관하여 고찰하기로 한다.

39) Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. I., Allgemeiner Teil, 12. Aufl., S.360.

40) Kötz, a.a.O., S.73; H. Stoll, a.a.O., S.43f.

2. 後續損害의 歸責根據

먼저 1次損害의 加害者가 後續損害에 대하여도 賠償責任을 져야하는 根據는 어디에 있는가 하는 문제가 해결되어야 한다. 後續損害란 不法行爲가 없었더라면 발생하지 않았을 것이라는 의미에서 假定的 事案을 기초로 한 損害로서, 責任根據의 構成要件이 갖추어짐으로써 발생한 1次損害로부터 야기된다. 1次損害가 각 責任根據에 의하여 責任이 인정된다고 하더라도 그것을 기점으로 하여 발생한 後續損害에 대해서는 다른 根據에 의하여 加害者에게 責任을 지워야 할 것이다. 왜냐하면 後續損害는 1次損害에 대한 加害行爲와는 직접적 관련이 존재하지 않을 뿐만 아니라, 因果關係의 由로 보면 加害者의 行爲에 의하여 직접적으로 기획된 것이 아니라 加害者의 直接的 行爲에 의하여 발생한 權利侵害(1次損害)에 의하여 後續의 條件지워진 것이기 때문이다.⁴¹⁾ 따라서 加害行爲에 有責任이 요구되는 경우에도 後續損害에 대한 加害者의 豫見可能性(有責任)은 문제되지 않는다.⁴²⁾ 즉 因果關係에 의하여 무한히 연속되는 모든 損害가 곧바로 故意·過失로 인한 違法行爲에 의하여 발생되는 것이 아니기 때문에 1次損害는 故意·過失로 인한 違法行爲에 의한 損害라 할 수 있지만, 後續損害는 故意·過失로 인한 違法行爲의 要件을 필요로 하지 않는 損害라 할 것이다.⁴³⁾ 그러므로 後續損害의 歸責根據를 1次損害에서처럼 民法 제750조의 加害者의 故意·過失로 인한 違法行爲에서 찾을 수는 없다. 損害의 公平한 填補를 목적으로 하는 不法行爲法에 있어서 加害者에 의한 加害行爲에 의하여 결과적으로 발생한 損害를 스스로 부담해야 할 아무런 잘못도 없는 被害者에게 그 損害를 부담시킬 수는 없다. 그렇다고 하여 後續損害의 전부를 加害者에게 부담시키는 것도 加害者에게 너무 지나친 부담을 주게 되어 불합리하다. 왜냐하면 後續損害 중에는 1次損害와 事實의 因果關係에 있긴 하지만 순전히 우연한 것(reiner Zufall)으로 볼 수 있는 것도 있기 때문이다.⁴⁴⁾

41) E. Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, S.185f.

42) Kötzt, Deliktsrecht, S.81: 金亨培, 過失責任과 不法行爲責任體系, 民法學研究, 310면.

43) Fikentscher, Schuldrecht, 7.Aufl., S.297f.

이와 같이 加害行爲와 後續損害 사이의 有責性關聯은 損害賠償責任의 발생에 본질적인 문제가 아니기 때문에 加害者의 有責性與否를 기준으로 하여 後續損害에 대한 賠償責任을 결정할 것이 아니다. 그렇다고 有責性關聯이 없는 모든 後續損害의 賠償責任이 排除되어서도 안되기 때문에 後續損害에 대한 賠償義務을 결정할 수 있는 歸責基準을 어디에서 구해야 할 것인가 하는 것이 문제된다.

3. 後續損害의 歸責基準

損害賠償의 範圍를 정한 民法 제393조는 不法行爲에 있어서 賠償해야 할 損害의 범위는 「通常의 損害」를 限度로 하되(제1항), 加害者가 그 事情을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 「特別한 事情으로 인한 損害」도 賠償하도록 규정하고 있다(제2항). 이 규정은 위에서 고찰한 바와 같이 바로 後續損害의 歸責基準을 정한 것이지만, 「通常의 損害」라는 歸責基準이 너무 추상적이기 때문에 어떠한 損害가 「通常의 損害」에 해당하는가 아닌가에 관하여는 이 규정만으로써는 알 수 없다.

通說은 損害賠償의 範圍를 不法行爲와 相當因果關係에 있는 모든 損害라고, 加害行爲와 1次損害와의 相當因果關係 및 1次損害와 後續損害 사이의 相當因果關係를 구별하고 있지 않다. 그러나 제393조는 1次損害를 기점으로 하여 무한히 연속되는 後續損害의 賠償範圍를 획정하려는 규정으로 보아야 한다. 원래 독일의 Träger에 의하여 주장되고 발전된 相當因果關係說은 종래의 因果關係說의 범주에 속하는 것이 아니라 損害賠償의 範圍를 결정하는 일종의 歸責理論으로서, 損害賠償義務을 근거지우는 侵害行爲(1次損害)를 원인으로 하여 야기된 後續損害를 어떤 기준하에서 賠償義務者의 責任領域에 歸屬케 할 것인가 하는 문제에 대한 해답을 주려는 이론이다. 다시 말하여 원래의 相當因果關係說은 不法行爲로 인하여 발생한 權利

44) 예컨대 자동차 사고로 부상을 당해 병원에 입원하던 중에 落雷로 사망한 경우에, 사망은 부상과 事實의因果關係에 있기는 하지만 우연한 사건이다(Lange, Schadensersatz, S.56).

侵害(1次損害)와 原因結果關係에 있는 後續損害에 대한 賠償範圍를 한정하는 客觀的 基準(objektiver Maßstab)을 제시하기 위한 것이며, 따라서 加害行爲로 인하여 발생된 權利侵害로서의 1次損害와 이러한 1次損害를 기점으로 하여 야기된 後續損害를 구별함이 없이 단순히 加害者의 行爲로 인하여 발생된 결과에 대하여 그 賠償의 範圍를 정하기 위한 이론이 相當因果關係說이라고 이해하는 것은 잘못된 해석이다.⁴⁵⁾

그렇다고 하면 後續損害에 대한 賠償義務를 加害者에게 歸屬시킬 수 있는 基準을 어디에서 찾아야 할 것인가. 後續損害에 대한 歸責基準에 관하여는 1次損害에 대한 歸責基準에서와 같이 그것에 적용되는 法規의 目的에 따라 정할 수는 없다. 왜냐하면 後續損害는 1次損害에 부가된 危險이 현실화된 것으로서, 이 後續損害에 대한 賠償義務는 그 附加의 危險性關聯의 存否 여하에 따라 판단되어야 할 것이기 때문이다. 또한 後續損害에 대한 加害者의 豫見可能性도 責任歸屬의 기준이 될 수 없다. 왜냐하면 加害者 자신의 豫見可能性만을 기준으로 한다면 대부분의 後續損害는 賠償範圍에서 제외될 것이기 때문이다. 1次損害는 성질상 後續損害를 야기시킬 수 있는 危險, 즉 加害者의 歸責事由로 인한 不法行爲에 의하여 被害者에게 1次損害가 발생하면 이를 기점으로 하여 다시 後續損害를 파생시킬 危險性을 가지고 있기 때문에, 어떤 後續損害가 損害賠償의 대상이 되는가 하는 문제는 1次損害가 가지는 危險性과 後續損害 사이의 評價的 關係인 危險性關聯이라는 規準에 의하여 판단되어야 할 것이다.⁴⁶⁾ 이와 같은 危險性關聯은 다음과 같은 특별한 경우를 제외하고는 일반적으로 긍정된다. 첫째 1次損害와 後續損害 사이의 관계에 있어 自然的 또는 社會的 事情이나 第3者의 行爲가 개재되는 등의 우연적인 경우라든가,⁴⁷⁾ 둘째 1次損害와 後續損害 사이에 後續損害를 발생시킬 가능성이 있는 被害者의 위험한 行爲가 介

45) Larenz, a.a.O., S.405; 金亨培, 過失概念과 不法行爲責任體系, 民法學研究, 307면.

46) Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, S.26f.; 石田權, 損害賠償法の再構成, 142면 이하; 金亨培, 債權總論, 281면.

47) 예컨대 교통사고로 인하여 병원에 입원하였는데 병원이 지진으로 인하여 붕괴되어 사망한 경우와 같이 自然的 혹은 社會的 事實이 개재된다든지, 그 입원한 병원에 대한 제3자의 방화로 인하여 사망한 경우와 같이 第3者의 行爲가 개재된 경우 등을 들 수 있다.

在되어 있는 경우⁴⁸⁾가 그것이다.⁴⁹⁾ 이러한 경우는 1次損害를 야기하는 加害行為의 後續損害에 대한 危險性的 정도를 약하게 하며, 따라서 後續損害의 歸責의 違法性要素를 희박하게 하여 결국 行為者에게 그것을 歸責시켜서는 안된다고 하는 판단을 할 수 있는 경우라 할 것이다.⁵⁰⁾ 그 이외에 後續損害가 被害者의 一般生活上의 危險(allgemeines Lebensrisiko)의 實現에 지나지 않는 경우에는 그것이 被害者의 危險範圍에 속하기 때문에 危險性關聯이 없다고 할 것이다.⁵¹⁾ 따라서 이와 같은 특수한 경우가 없을 때에는 1次損害와 後續損害 사이에는 危險性關聯이 있는 것으로 평가되며, 加害者는 그 後續損害를 被害者에게 賠償할 責任을 진다. 다만 自然的 事情 등이 개재됨으로써 危險性關聯이 부정되는 경우에도 이러한 사정에 대하여 加害者의 認識可能性이 있으면 危險性關聯이 인정된다.⁵²⁾ 어떻든 後續損害에 대한 責任歸屬은 不法行為規範의 目的이나 性質과는 아무 관계가 없다.⁵³⁾

4. 民法 제393조의 解釋

이상의 논의를 통하여 損害賠償의 範圍를 규정하고 있는 民法 제393조는 1次損害를 기점으로 하여 무한히 연속되는 後續損害의 賠償範圍를 확장하려는 규정이며, 또한 加害者는 1次損害와 事實的 因果關係에 있는 後續損害 중에서 歸責基準으로서의 危險性關聯이 있는 損害에 대해서만 賠償責任을 진다는 것이 밝혀졌다. 이처럼 명백하게 된 제393조의 意義와 歸責

48) 예컨대 가해행위에 의하여 한쪽 다리를 못쓰게 된 것에 화가 나서 자신의 신체나 재산에 손해를 입힌 경우를 들 수 있다.

49) 後續損害가 第3者나 被害者의 개입에 의하여 생긴 경우에는 介入者의 決定의 自由에 의하여 責任의 中斷이 인정되는 경우에는, 1次損害와 第3者被害者의 自由決定에 기한 介入에 의하여 발생한 後續損害 사이의 因果關係는 「心的으로 媒介된 因果關係」로서 불확실한 因果關係가 되기 때문에 1次損害와 後續損害 사이에는 危險性關聯이 없다고 할 것이다(Deutsch, Haftungsrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren, §12 II).

50) 四宮和夫, 不法行為法における後續損害의 歸責基準, 法學協會百周年記念論文集 第三卷, 1983, 56면.

51) 一般生活上의 危險이란 責任設定事實과 관계없이, 緊急事態에 있어서 뿐만 아니라 부단히 慣習적으로 被害者의 生活과 결부되어 있는 危險을 말한다(Mährich, Das allgemeine Lebensrisiko, S.130).

52) 石田穰, 전제서, 51면.

53) Stoll, a.a.O., S.26; Kötz, a.a.O., S.64f.; 金亨培, 전제서, 282면.

基準을 기초로 하여 제393조를 해석하여야 할 것이다.

1) 通常損害와 特別損害의 區別

民法 제393조는 通常의 損害와 特別한 損害를 구별하여, 通常損害는 모두 賠償責任을 인정하되(제1항), 特別損害는 債務者(加害者)가 特別한 事情을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 賠償의 責任이 있다고 한다(제2항). 이러한 通常損害와 特別損害를 위의 歸責基準과 관련하여 본다면, 제1항의 通常損害는 어떤 事情에 관한 加害者의 認識可能性을 문제로 함이 없이 危險性關聯이 인정되는 경우의 損害이며, 제2항의 特別損害는 어떤 事情에 관하여 加害者의 認識可能性을 전제로 하여 비로소 危險性關聯이 인정되는 경우의 損害라고 볼 수 있다.⁵⁴⁾ 예컨대 자동차에 치여 다리를 부상당한 자가 특이한 체질 때문에 사망한 경우에 있어서, 그 사망은 특별한 사정으로 인한 損害, 즉 特別損害이기 때문에 加害者가 被害者의 특이 체질을 알고 있거나 알 수 있었을 경우에만 다리의 부상이라는 1次損害와 사망이라는 後續損害 사이에 危險性關聯이 있는 것이 되어 加害者는 賠償責任을 지게 된다.⁵⁵⁾ 다시 말하면 通常損害는 1次損害와 後續損害 사이에 危險性關聯이 일반적으로 인정되는 損害를 말하며, 危險性關聯이 일반적으로 인정되는가의 여부는 위에서 본 바와 같은 危險性關聯이 부정되는 사유의 유무에 의하여 판단되므로 이러한 사유가 없으면 危險性關聯이 일반적으로 인정된다. 그러나 이러한 사유가 있으면 危險性關聯이 일반적으로 인정되지 않기 때문에 通常損害가 될 수는 없고 特別損害로 밖에 되지 않는다. 그런데 이 特別損害로 되는 경우에도 危險性關聯이 부정되는 사유에 대하여 加害者의 認識可能性이 있으면 危險性關聯이 인정되어 그에게 賠償責任이 인정된다.⁵⁶⁾

54) 金亨培, 過失概念과 不法行爲責任體系, 民法學研究, 314면.

55) 石田瀧, 전계서, 51면.

56) 徐光民, 전계서, 164면.

2) 加害者の 豫見可能性

그런데 被害者에게 발생한 損害가 通常損害와 特別損害 중 어느 것에 해당되느냐 하는 것은 加害者와 被害者 모두에게 커다란 이해관계에 놓이게 된다. 왜냐하면 발생한 損害가 通常損害에 해당된다고 하면 被害者는 損害의 발생을 證明하기만 하면 賠償받을 수 있지만, 特別損害에 해당한다고 하면 被害者는 損害의 발생 뿐만 아니라 加害者가 特別한 事情을 알았거나 알 수 있었다는 것까지도 증명해야 하기 때문이다. 이것은 결국 加害行爲를 통하여 발생한 後續損害를 어느 範圍까지 賠償하여야 할 것인가의 문제는 加害者의 特別事情에 대한 豫見可能性에 의하여 좌우된다는 것을 말한다.

이처럼 不法行爲에 있어서 損害賠償의 範圍는 궁극적으로 加害者의 特別한 事情에 대한 豫見可能性에 의하여 결정된다. 이 加害者의 豫見可能性은 제393조에 규정된 대로 加害行爲의 결과인 「特別한 損害」에 대해서가 아니라 加害行爲의 원인인 「特別한 事情」에 대한 것이라고 하는 데 대하여는 이의가 없다.⁵⁷⁾ 그리고 特別事情을 원인으로 하는 損害에 대하여 賠償하여야 할 範圍는 特別事情에 의하여 생긴 全損害가 아니라 그 特別事情과 損害 사이에 危險性關聯이 있는 損害에 국한된다고 해야 할 것이다.⁵⁸⁾ 또한 일반인의 豫見可能性이 있는 모든 사실이 모두 特別事情이 되는 것은 아니며 法的 意味 있는 生活事實만이 特別事情에 포섭될 수 있을 것이다.⁵⁹⁾

그러면 무엇을 基準으로 豫見可能性의 有無에 관하여 판단할 것인가. 債務不履行의 경우에 있어서의 債務者의 豫見可能性에 관하여는 當事者의 職業, 目的物의 種類, 契約의 目的, 契約當事자들이 속하는 去來社會에 있어서의 慣行 등으로 고려하여 판단하여야 하겠지만,⁶⁰⁾ 不法行爲의 경우에는 當事者의 職業이라든가 當事자들이 속하는 社會에 있어서의 慣行 등을 고려하여 결정하여야 할 것이다. 그러나 特別損害는 當事者 사이에 있어서 個別的·具體的인 事情에 의한 損害이기 때문에 이러한 基準은 절대적인 것

57) 이에 관한 立法論的 考察에 관하여는 鄭鍾休, 損害賠償의 範圍規定의 構造, 84면 이하 참조.

58) 金亨培, 過失概念과 不法行爲責任體系, 民法學研究, 316면.

59) 曹圭昌, 民法 제393조 2항의 「特別한 事情」의 解釋, 司法行政 1987.9, 51면.

60) 鄭漢雄, 債務不履行에 있어서 損害賠償의 範圍, 債權法에 있어서의 自由와 責任(金亨培教授華甲記念論文集), 1994, 307면; 金亨培, 債權總論, 288면.

이라고는 할 수 없으며, 최종적으로는 法院이 그 具體的인 事情을 종합 검토하여 결정하여야 한다. 만약 法院이 被害者에게 발생된 損害가 特別損害라고 판단하게 되면 被害者가 特別損害의 판단을 위하여 필요한 特別事情에 대한 加害者의 豫見可能性을 主張立證해야 한다. 그런데 加害者의 豫見可能性은 不法行爲로 인한 損害賠償의 範圍를 결정하는 가장 중요한 요소이기 때문에 이에 관한 판단은 구체적 사안마다 具體的 妥當性 있는 결론을 내는 것도 중요하지만 모든 사안에 있어서 衡平性을 고려한 法的 安定性 있는 결론을 내는 것 또한 중요하다. 그렇기 때문에 豫見可能性에 관하여 判例의 定型化作業이 필요하다고 생각된다. 法院의 政策決定으로 加害者의 豫見可能性을 넓게 인정하여 被害者의 賠償請求의 範圍를 넓게 인정하게 되면 損害賠償은 完全賠償에 가깝게 되고, 豫見可能性을 좁게 인정하게 되면 損害賠償은 制限賠償으로 기울게 될 것이다.

加害者의 豫見可能性과 관련하여 문제가 되는 것은 加害者의 非難可能性도 損害賠償의 範圍를 결정하는 요소로서 고려하여야 할 것인가 하는 점이다. 立法例를 보면 오스트리아 民法 제1324조는「惡意(böser Absicht) 또는 중대한 不注意(auffallende Sorglosigkeit)에 의해서 損害가 야기된 경우에는 被害者는 全部賠償(volle Genugtuung)을 請求할 수 있다. 그러나 기타의 경우에는 본래의 損害賠償(eigentliche Schadloshaltung)만을 請求할 수 있다」고 규정하고, 제1331조는「타인의 故意 중대한 不注意에 의해서 財産을 침해당한 자는 얻을 수 있었던 利益의 賠償도 請求할 수 있다. 損害가 刑法에 의하여 금지된 行爲에 의하거나 또는 의도적으로나(aus Mutwillen) 加害의 즐거움(Schadenfreude)으로 인한 경우에는 特別한 愛着(besondere Vorliebe)의 價値도 請求할 수 있다」고 규정하며, 제1332조는「경미한 정도의 失手(Versehen)나 不注意(Nachlässigkeit)로 인한 損害는 물건이 침해된 때에 있어서의 通常價値(gemeiner Wert)에 따라서 賠償된다」고 규정함으로써 惡意·重過失·輕過失에 따라 賠償의 範圍를 달리하는 경우가 있는데,⁶¹⁾ 우리 民法은 형식적으로는 債務者 혹은 加

61) 스위스 債務法 제43조에서도 有責性의 정도에 따라 損害賠償을 달리 하도록 규정하고 있다.

害者의 主觀的이고 心理的인 과정인 非難可能性은 전혀 문제삼지 않고 있으며, 다만 그의 豫見可能性만을 損害賠償의 基準으로 삼고 있을 뿐이다.

생각건대 精神的 損害의 賠償인 慰籍料를 산정할 때는 當事者 사이의 여러 가지 具體的인 事情, 예컨대 當事者 雙方的 社會的 地位·職業·資産狀態·加害의 動機·모습 등의 사정을 고려하여 公平의 觀念에 따라 정할 뿐만 아니라,⁶²⁾ 우리 民法 제393조도 加害者의 主觀的 事情이라고 할 수 있는 豫見可能性을 損害賠償의 範圍를 정하는 결정적인 기준으로 정하고 있는 점을 고려해 보며, 債務者 혹은 加害者의 豫見可能性이라고 하는 것도 그 실질을 추구해 올라가 보면 債務者에의 '歸屬可能性', 이를 달리 표현하여 債務者의 '非難可能性'으로 돌아간다는 점⁶³⁾을 고려한다면, 不法行爲에 있어서 加害者의 또 하나의 主觀的 事情이라 할 수 있는 非難可能性을 特別損害의 賠償與否를 결정하는 기준으로 삼을 수 있을 것으로 생각된다. 그리고 被害者의 法感情은 加害者가 故意로 加害行爲를 하였느냐, 過失로 不法行爲를 하였느냐에 따라 상당히 달라질 것으로 생각되며, 따라서 그에 대한 非難可能性의 정도도 달라질 것이다. 이러한 被害者의 法感情 내지 加害者에 대한 非難可能性의 정도를 무시하고 일률적으로 加害者의 特別事情에 대한 豫見可能性만을 기초로 損害賠償의 範圍를 정한다고 하는 것은 立法論的으로 合理的이지 못한 것으로 생각된다. 따라서 해석론적으로 위의 여러 논거들을 고려하여 加害者가 故意나 重過失 혹은 輕過失로 不法行爲를 하였느냐에 따라, 즉 加害者의 非難可能性의 정도에 따라 特別損害에 대한 賠償의 範圍를 달리 하는 것이 좋을 것이다. 발생한 損害의 填補를 주된 목적으로 하는 不法行爲法에 있어서는 故意와 過失에 따른 큰 차이를 두지 않고 있지만, 그러나 구체적인 경우에 있어서 加害者가 故意로 加害行爲를 하였는가 혹은 重過失 또는 輕過失로 加害行爲를 하였는가에 대한 被害者의 반응은 다르게 나타날 것이며, 따라서 그에 따라 損害賠償의 範圍도 달리 하는 것이 具體的 妥當性 있는 결론을 도출해 낼 수 있을 것이다.

62) 郭潤直, 債權各論, 747면.

63) 梁三承, 民法 제393조를 準用하는 民法 제763조의 意味, 損害賠償法의 諸問題(黃迪仁博士華甲紀念論文集), 119면.

3) 判例上的 通常損害와 特別損害

위에서 살펴본 바와 같이 加害者의 豫見可能性은 不法行爲로 인한 損害賠償의 範圍를 결정하는 가장 중요한 요소이기 때문에 이에 관한 판단은 구체적 사안마다 具體的 妥當性 있는 결론을 내는 것도 중요하지만 모든 사안에 있어서 衡平性을 고려한 法的 安定性 있는 결론을 내는 것 역시 중요하기 때문에 豫見可能性에 관하여 判例의 定型化作業이 필요하다고 생각된다. 그리하여 지금까지 나타난 判例를 加害者의 豫見可能性이 필요없는 通常損害로 판단한 경우와 豫見可能性이 필요한 特別損害로 판단한 경우를 나누어 유형화해 보기로 한다. 그러나 이러한 작업을 하는 것은 判例가 어떠한 경우에 豫見可能性을 요구하는가를 살펴봄으로써 判例에 대한 豫測可能性을 제시하는 것에 지나지 않으며, 判例가 계속 지향해야 할 방향을 제시하는 것은 아니다.

가) 通常損害

① 不法行爲로 인하여 物件이 毀損된 경우

不法行爲로 인하여 物件이 毀損된 경우 그 損害는 修理가 가능하면 그 修理費, 修理가 불가능하면 그 交換價値의 減少가 通常의 損害이고, 버스가 충돌로 인하여 損傷을 입어 修理가 가능한 경우 그 修理費 외에도 언제나 相當한 交換價値의 減少가 따른다는 經驗則이 있다거나 이러한 損害는 通常 豫見할 수 있는 것이라고 볼 수 없다.⁶⁴⁾

② 建物이 漸進적으로 損壞되는 경우

建物이 修理可能한 정도로 損壞된 경우 그 建物の 通常用法에 따른 使用이 불가능하였다면 그 修理에 소요되는 기간중 위와 같은 使用을 하지 못함으로 인한 損害는 그 損壞로 인한 通常의 損害라 할 것이나, 이는 損壞에 대하여 社會通念上 곧바로 修繕에 착수할 수 있는 경우를 전제로 하는 것이고 이 사건에 있어서 修繕에 착수하기 어려운 事情이 있는 경우라면 修繕의 착수가 가능한 시점까지의 使用을 하지 못함으로 인한 損害 역시

64) 大判 1982.6.22. 81 다 8; 大判 1991.7.23. 90 다 9070.

通常의 損害라고 할 것이다.⁶⁵⁾

③ 그 이외 通常損害에 해당되는 경우

推尋依賴를 받은 어음의 분실의 경우에 있어서의 어음額面相當額,⁶⁶⁾ 擔保權實行費用,⁶⁷⁾ 履行不能으로 契約이 解除된 경우 契約當時의 時價와 不能當時의 時價와의 差額,⁶⁸⁾ 교통사고로 입원 중인 자의 食事代,⁶⁹⁾ 교통사고로 사망한 자의 묘비 설치비용 및 그 현장의 人夫弔客 등의 접대비⁷⁰⁾ 등은 通常損害에 해당한다.

나) 特別損害

① 不當訴訟에 기한 慰藉料

不當訴訟을 당한 相對方이 입은 精神上의 苦痛은 通常訴訟에서 勝訴하는 것에 의하여 回復되는 것이고 勝訴하여도 回復할 수 없는 精神的 苦痛에 관하여는 特別事情으로 인한 損害라고 볼 것이다.⁷¹⁾

② 不法行爲 이후의 收益增加

不法行爲 이후에 있어서 被害者의 收益이 增加하는 特別事情이 있을 때에는 行爲者가 그와 같은 事情을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 그 增加된 收益을 損害의 基準으로 할 수 있다.⁷²⁾

③ 豫想된 賃金引上이나 昇進

逸失利益의 산정에 있어 賃金引上이나 昇進이 豫想되어 그 數額이 장래 增加될 事情이 있는 경우에는 그 增加될 收益은 特別한 損害이므로 그 特別損害에 대한 證明이 있다고 할지라도 加害者가 이를 알았거나 알 수 있는 경우에 한하여 그 賠償責任이 있다.⁷³⁾

65) 大判 1984.12.11. 84 다카 1162.

66) 大判 1975.2.10. 74 다 597.

67) 大判 1976.12.14. 76 다 957.

68) 大判 1977.8.23. 77 다 714.

69) 大判 1979.4.10. 79 다 297.

70) 大判 1979.6.12. 77 다 2466.

71) 大判 1978.12.13. 78 다 1542(同旨: 大判 1971.2.9. 70 다 2826; 大判 1981.3. 24. 80 다 1547; 大判 1983.9.13. 81 브 78).

72) 大判 1981.10.24. 80 다 1994.

73) 大判 1983.6.28. 83 다 191(同旨: 大判 1974.4.23. 73 다 271).

④ 연장된 停年에 기한 逸失利益相當의 損害

7급 地方公務員인 被害者가 사고로 사망한 이후 地方公務員法の 개정으로 그 停年이 55세에서 58세로 연장된 停年에 기한 逸失利益相當의 損害는 特別損害에 해당한다.⁷⁴⁾

⑤ 補修 후 建物の 交換價値 減少額相當의 損害

不法行爲로 인하여 物件이 毀損된 경우 그 損害는 修理가 가능하면 그 修理費가, 修理가 불가능하면 그 交換價値의 감소가 通常의 損害에 해당⁷⁵⁾하므로 지하굴착공사로 建물이 파손, 균열됨에 따른 財産上 損害로 補修 등 공사비와 아울러 구하는 그 補修 후 建物の 交換價値 減少額相當의 損害는 特別事情으로 인한 損害라 할 것이다.⁷⁶⁾

⑥ 財産權이 侵害된 경우의 慰籍料

일반적으로 타인의 不法行爲로 인하여 財産權이 侵害된 경우에는 그 財産의 損害의 賠償에 의하여 精神的 苦痛도 회복된다고 보아야 할 것이나 財産的 損害의 賠償만으로는 회복할 수 없는 精神的 損害가 있다면 이는 特別한 事情으로 인한 損害로서 그로 인한 慰籍料를 인정할 수 있다.⁷⁷⁾

⑦ 買受人의 履行遲滯로 인한 賣渡人의 損害

賣渡人이 買受人으로부터 賣買代金을 약정된 기일에 지급받지 못한 결과 제3자로부터 不動産을 매수하고 그 殘代金을 지급하지 못하여 그 契約金을 몰수당함으로써 損害를 입었다고 하더라도 이는 特別한 事情으로 인한 損害이므로 買受人이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에만 그 損害를 賠償할 責任이 있다.⁷⁸⁾

⑧ 賣渡人의 債務不履行으로 인한 買受人의 損害

土地 賣渡人의 所有權移轉登記義務가 履行不能狀態에 이른 경우, 賣渡人이 買受人에게 배상하여야 할 通常의 損害賠償額은 그 土地의 債務不履行

74) 大判 1991.5.24. 90 다 18036.

75) 大判 1982.6.22. 81 다 8: 1989.6.27. 88 다카 25861.

76) 大判 1991.6.11. 90 다 20206.

77) 大判 1989.8.8. 88 다카 27249: 大判 1990.1.12. 88 다카 28518: 大判 1991.6.11. 90 다 20206.

78) 大判 1991.10.11. 91 다 25369.

당시의 交換價格이나, 만약 그 賣渡人이 賣買 당시 買受人이 이를 매수하여 그 위에 建物을 신축할 것이라는 事情을 이미 알고 있었고 賣渡人의 債務不履行으로 인하여 買受人이 신축한 建物이 撤去될 운명에 이르렀다면, 그 損害는 적어도 特別한 事情으로 인한 것이고, 나아가 賣渡人은 이러한 事情을 알고 있었으므로 위 損害를 賠償할 義務가 있다.⁷⁹⁾

⑨ 期日を 초과할 경우의 遲滯損害金을 지급하기로 한 事情

사고로 기계가 파손됨에 따라 被害者가 그 기계를 거래선에 설치시켜 주기로 하고 만일 그 期日を 초과할 경우에는 遲滯損害金을 지급하기로 하였다는 事情은 이른바 特別事情으로 인한 損害로서 사고 당시 加害者가 그와 같은 契約이 체결되어 있었다는 事情을 알았거나 알 수 있었다는 사정이 있어야 그 損害에 대한 賠償責任이 있다.⁸⁰⁾

V. 結語

우리 나라의 通說判例는 不法行爲의 成立의 문제인 1次損害의 責任歸屬의 문제와 損害賠償의 範圍의 문제인 後續損害의 責任歸屬의 문제를 전혀 구별하지 않고서 이를 모두 損害賠償의 範圍의 문제로 보고 있으며, 相當因果關係를 규정하고 있는 民法 제393조에 의하여 加害者는 加害行爲와 相當因果關係에 있는 損害에 한하여 賠償責任을 진다고 한다. 그러나 이 속에는 加害行爲와 法益侵害 사이에 因果關係가 존재하는가 하는 責任設定의 因果關係의 문제와 法益侵害과 그 法益侵害로 인하여 다시 야기된 侵害(後續損害) 사이에 因果關係가 존재하는가 하는 責任充足的 因果關係의 문제가 포함되어 있다. 전자의 因果關係는 加害者의 行爲와 그로 인하여 발생된 侵害結果인 1次損害 사이에 責任法上の 要件을 갖춘 관련이 존재하는가 하는 不法行爲의 成立에 관한 것이며, 후자의 因果關係는 賠償되어야

79) 大判 1964.11.17, 64 다 669; 1973.3.13, 72 다 2207; 1988.10.11, 85 다카 693; 大判 1992.8.14, 92 다 2028.

80) 大判 1991.7.23, 90 다 10803.

할 損害의 範圍 즉 義務射程에 관한 것이다. 이처럼 1次損害는 不法行爲의 成立要件의 問題로서 加害者에게 故意過失이 있으므로 인정되는 損害이기 때문에 그러한 故意나 過失이라는 非難可能性을 근거로 하여 責任을 물을 수 있겠지만, 後續損害는 1次損害와 因果關係가 있어 연속해서 무한히 발생할 수 있지만 반드시 加害者의 故意過失로써 발생하는 것은 아니기 때문에 이를 근거로 하여 責任을 물을 수 는 없다. 이와 같이 加害者의 故意過失을 요구하는 1次損害와 그것이 필요없는 後續損害는 그 存在意義를 달리 하는 損害이기 때문에 당연히 그 責任歸屬根據도 달리 해야 할 것이다. 먼저 1次損害의 賠償責任을 加害者에게 귀속시키는 것은 加害者가 그의 歸責事由로 인하여 法規範을 위반했기 때문이며, 그 責任歸屬의 法的 根據는 民法 제750조라고 할 수 있다. 즉 1次損害에 대한 賠償責任은 行爲者가 위반한 法規範의 目的에 따라 귀속되는 것이다. 그리고 1次損害에 대한 賠償責任을 귀속시키기 위해서는 그 行爲가 違法하고 有責하여야 하지만, 去來上 필요한 注意를 해야 할 業務上의 行爲와 관련된 不法行爲에 의하여 權利侵害를 한 경우에는 加害者가 그 상황에서 발생할 수 있는 危險을 피하기 위하여 그에게 부과된 義務를 그가 違反한 때에 加害者에게 損害賠償義務가 발생한다. 그러나 1次損害가 각 責任根據에 의하여 責任이 인정된다고 하더라도 그것을 기점으로 하여 야기된 後續損害에 대해서는 다른 根據에 의하여 加害者에게 責任을 지워야 하는 바, 이는 後續損害가 1次損害에 대한 加害行爲와는 직접적 관련이 존재하지 않을 뿐만 아니라, 因果關係의 關係로 보면 加害者의 行爲에 의하여 직접적으로 기획된 것이 아니라 加害者의 直接的 行爲에 의하여 발생된 權利侵害(1次損害)에 의하여 後續의 條件지워진 것이기 때문이다. 그러한 1次損害는 성질상 後續損害를 야기시킬 수 있는 危險, 즉 加害者의 歸責事由로 인한 不法行爲에 의하여 被害者에게 1次損害가 발생하면 이를 기점으로 하여 다시 後續損害를 파생시킬 危險性을 가지고 있기 때문에, 어떤 後續損害가 損害賠償의 대상이 되는가 하는 문제는 1次損害가 가지는 危險성과 後續損害 사이의 評價의 關係인 危險性關聯이라는 規準에 의하여 판단되어야 할 것이다. 이와 같은

危險性關聯은 첫째 1次損害와 後續損害 사이의 관계에 있어 自然的 또는 社會的 事情이나 第3者의 行爲가 개재되는 등의 우연적인 경우라든가, 둘째 1次損害와 後續損害 사이에 後續損害를 발생시킬 가능성이 있는 被害者의 위험한 行爲가 介在되어 있는 경우를 제외하고는 일반적으로 긍정된다. 이상의 논의를 통하여 損害賠償의 範圍를 규정하고 있는 民法 제393조는 1次損害를 기점으로 하여 무한히 연속되는 後續損害의 賠償範圍를 확장하려는 규정이며 또한 加害者는 1次損害와 事實의 因果關係에 있는 後續損害 중에서 歸責基準으로서의 危險性關聯이 있는 損害에 대해서만 賠償責任을 진다는 것이 밝혀졌으며, 이처럼 명백하게 된 제393조의 意義와 歸責基準을 기초로 하여 제393조를 해석하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 民法 제393조 제1항의 通常損害는 어떤 事情에 관한 加害者의 認識可能性을 문제로 함이 없이 危險性關聯이 인정되는 경우의 損害이며, 제2항의 特別損害는 어떤 事情에 관하여 加害者의 認識可能性을 전제로 하여 비로소 危險性關聯이 인정되는 경우의 損害라고 볼 수 있다.