

[논 문]

책임법에 있어서 인과관계의 구체적 척도에 관한 연구*

- 대법원 판례에서 사용되는 척도를 중심으로 -

박 희 호**

《차 례》

- | | |
|--------------------|---------------------|
| I. 서 론 | III. 인과관계판단의 구체적 척도 |
| II. 인과관계의 본질 내지 목적 | IV. 결 론 |

I. 서 론

민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정한다. 이에 따라 불법행위책임이 성립하기 위하여 고의 또는 과실이라는 귀책사유와 행위의 위법성 및 손해 이외에 인과관계가 있어야 한다. 고의 또는 과실과 위법성 및 손해와 달리 인과관계에 대한 명시적인 언급은 없지만 이 조항은 ‘로’라는 조사를 통하여 위

* 이 논문은 2012년 6월 21일에 “국제화시대와 한국법학의 과제”라는 주제로 개최된 동아대학교 하계학술대회에서 발표한 것을 수정하고 보완한 것임.

이 논문은 2010년도 정부(한국과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2010-327-B00645).

** 한국의국어대학교 법학전문대학원 조교수

법행위와 타인의 손해 사이에 원인과 결과의 관계가 충족될 것을 요구하고 있기 때문이다. 법문에서 고의 또는 과실로 ‘인한’ 위법행위라는 표현으로 인과관계가 귀책사유와 위법행위 사이에 인과관계를 요구한다는 오해를 일으킬 수 있으나 ‘인한’이라는 표현은 위법성의 판단이 되는 ‘행위’의 주관적 통제가능성을 표현한 것이므로 ‘인한’의 표현은 인과관계의 요건을 규정한 것으로 볼 수는 없다.

학설과 판례도 일치하여 민법 제750조의 규정으로부터 인과관계를 불법행위의 성립요건으로 인정하고 있다.¹⁾ 최근의 학계에서는 불법행위책임의 성립요건을 전제로 이 인과관계를 “책임성립요건으로서의 인과관계”와 “배상범위의 인과관계”로 구별하여 단계적으로 판단할 것인가²⁾ 혹은 통일적, 일원적으로 판단할 것인가³⁾의 문제가 논의의 주된 대상이 되고 있다. 이에 대하여 필자의 경우 일원론의 입장에서 판례의 태도가 기본적으로 우리 민법의 태도와 부합하며, 합리적이라는 입장을 취하고 있다.⁴⁾ 그리고 이러한 논의는 인과관계를 보다 체계적이고 합리적으로 판단하는 방법이 무엇인가와 관련하여 우리에게 시사하는 바가 크다.

그럼에도 인과관계론의 가장 핵심이 되어야 하는 과제는 역시 구체적인 사안과 관련하여 인과관계를 어떻게 판단할 것이냐의 문제이다. 그리고 이 문제는 인과관계가 책임법에서 어떠한 본질을 가지며 어떠한 기능을 수행하느냐의 문제와 밀접한 관련을 갖는다. 인과관계론이 갖는 목적 혹은 기능의 이해를 통하여 그에 합당한 판단의 척도 내지는 접근방식을 찾아낼 수 있을 것이기 때문이다. 여기서는 이러한 문제의식에서 출발하여 인과관계의 본질과 그

1) 이은영, 채권각론(2007), 774면; 김준호, 채권각칙(2007), 397면; 박운길, “불법행위에 있어서 인과관계의 역할”, 법학연구(한국법학회), 제19집(2005.10), 155면 이하; 홍천용, “불법행위성립요건으로서의 인과관계”, 고시계, 96/8, 51면 이하 등.

2) 최근에 이렇게 두 단계로 인과관계를 판단하려는 입장이 많은 학자들에 의하여 지지되고 있다(대표적으로 이은영, 채권각론(2007), 774면; 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의(2009), 923면; 서광민, “불법행위와 책임귀속”, 고시계, 92/2, 26면 이하; 하운수, “불법행위에서의 인과관계의 역할과 책임구조”, 동아법학 제20호(1996.2) 등).

3) 종래의 통설(곽윤직, 채권총론(1994), 210면; 김중환/김학동, 채권총론(1998), 134면; 김용환, 채권법총론(1983), 202면 등)과 판례가 이러한 입장이다(대판 1966.6.28. 66다890; 대판 1968.6.18. 67다1297 등).

4) 박희호, “책임의 성립과 배상범위의 확정을 위한 인과관계의 구별에 관한 재론”, 법학연구(경상대학교 법학연구소) 제18권 제1호(2010.4.), 307면 이하.

구체적인 척도를 규명하려고 한다.

II. 인과관계의 본질 내지 목적

인과관계가 무엇을 의미하는지에 관하여 학설들은 대체로 그 개념을 정의하는 것을 포기한다. 흔히 인과관계의 관련 내용에서 인과관계의 의미를 서술하여야 할 부분에 다양한 인과관계 판단의 입장에 대하여 설명하고, 끝으로 자신의 입장을 밝히는 태도를 취한다. 그리고 이러한 척도로 가장 대표적인 견해가 조건설, 상당인과관계설, 규범목적설이다. 그런데 학설들이 인용하고 있는 인과관계의 판단에 관한 견해는 그 접근 방식에 따라 크게 두 가지로 대별된다. 즉 사실적, 자연과학적 판단방법과 법률적, 규범적 판단방법이다. 전자는 인과관계의 문제를 순수하게 사실적이며 자연과학적인 측면에서 판단하는 것이고, 후자는 인과관계를 법적 가치판단의 문제로 이해하고 법적 평가를 근거로 그 여부를 판단하는 입장이다. 우리는 인과관계의 본질과 관련하여 우선 이 인과관계가 어느 영역에 해당하는지를 검토하여야 한다.

1. 사실적, 자연과학적인 측면에서 접근하는 입장

인과관계를 사실적, 자연과학적 판단의 문제로 접근하는 가장 대표적인 견해는 바로 조건설이다. 조건설은 인과관계에 대한 가장 오래된 견해로 가해행위가 없었다면 손해가 발생하지 않았을 것(*conditio sine qua non*, 그것이 없지 않았을 상태)이라는 조건의 관점에서 인과관계를 판단하려는 견해이다. 조건설에 의할 경우 예를 들어 아파트 3층의 베란다에서 선반을 만들던 자가 실수로 망치를 놓쳐 망치가 아파트 화단에 떨어졌는데 같은 시각에 화단 옆을 지나가던 행인이 망치에 관한 것은 알지 못한 상황에서 빙판에 미끄러져 다리가 골절되었다고 하더라도 망치를 놓친 사실과 행인의 골절 사이에는 인과관계가 인정되지 않는다. 망치를 놓치지 않았다고 하더라도 행인은 빙판에

미끄러져 골절을 입었을 것이기 때문이다. 조건설은 조건의 관계에 있는 모든 행위를 동일한 원인으로 파악한다는 점에서 등가설(Äquivalenztheorie)이라고도 한다. 이러한 조건설은 시대에 뒤떨어진 낡은 이론으로 다른 인과관계론을 설명하며 부수적으로 나열되는 측면이 있었다. 하지만 최근에 인과관계론을 “책임성립의 인과관계”와 “배상범위의 인과관계”로 구별하여 2단계로 설명하려는 새로운 견해에 의하여 조건설은 새롭게 논의의 장에 나오게 되었다. 또한 조건설은 벨기에⁵⁾의 법원이 여전히 유일한 인과관계 판단의 척도로 채택하는 견해이며 우리나라 대법원⁶⁾도 종종 이 척도를 근거로 인과관계를 판단하고 있다. “사고로 상해를 입은 피해자가 다른 사고로 인하여 사망한 경우 그 두 사고 사이에 1차 사고가 없었더라면 2차 사고도 발생하지 않았을 것이라고 인정되는 것과 같은 조건적 관계가 존재하는 경우 1차 사고의 가해자는 2차 사고로 인한 피해자의 사망을 고려함이 없이 피해자가 가동연한에 이를 때까지의 일일수입을 배상하여야 한다”고 전제한 후 소아마비 후유증으로 우측 고관절에 장애를 가진 자가 사건 사고로 다시 좌측 경비골 골절상을 입어 두 다리 모두 못쓰게 된 사실과 이를 비판하여 매일 술을 마시는 등으로 체력이 떨어지고, 거동이 불편한 상태에서 목욕탕에서 넘어져 사망한 사실이 인정되는바, 그렇다면 이 사건 교통사고와 사망사고 간에는 조건적 인과관계가 인정된다고 하여 1차사고 가해자의 사망에 대한 배상책임을 인정하였다.⁷⁾ 이에 반하여 광업소의 갱도바닥에 깔아 놓은 사다리를 밟고 지나가다가 미끄러져 넘어짐으로써 입은 상해와 마을 야산에서 목을 매달아 사망한 사이에는 조건적 인과관계가 존재하지 않는다는 점을 들어 사망으로 인한 손해의 배상책임을 부인하였다.⁸⁾

그런데 인과관계의 판단에 대한 사실적, 자연과학적 접근방법은 법률적 책임성립의 측면에서 우리에게 심각한 의구심을 갖게 한다. 손해나 고의, 과실 내지 위법성과 같은 책임성립의 다른 구성요건의 경우에는 사실적 판단이 아

5) Spier(ed.), *Unification of Tort Law: causation*, 2000, p. 23.

6) 대판 1990.10.30. 90다카12790; 대판 1998. 9. 18. 97다47507.

7) 대판 1998. 9. 18. 97다47507.

8) 대판 1990.10.30. 90다카12790.

년 규범적 판단이 이루어짐에도 불구하고 유독 인과관계의 요건에서 사실적, 자연과학적 접근을 하여야 하는가라는 의구심이 그것이다. 더욱이 자연과학적 접근방식으로 인과관계가 입증되지 않은 상황에서도 책임을 인정하여야 하는 경우가 존재한다.

이러한 측면에서 대법원도 사실적, 자연과학적 접근방법의 한계를 지적한다. 즉, 공장에서 배출되는 아황산가스로 인하여 농장의 관상수가 고사한 것 인가를 판단함에 있어서 “공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 과정을 모두 자연과학적으로 증명하는 것은 극난 내지 불가능한 경우가 대부분”⁹⁾인 점을 강조하면서 인과관계의 문제를 입증책임의 전환과 같은 방법에 의하여 해결하려고 한다. 인과관계가 증명되지 않는 경우에는 인과관계가 부정되어야 하지만 정책적 측면(policy-consideration)에서 이를 무조건 부정할 수 없어서 입증책임의 전환이라는 편법을 통하여 인과관계를 인정하여야 한다는 것이다. 이러한 편법의 사용이 타당한지의 여부를 떠나서 결과에 있어서 공장의 손해배상을 인정하려는 대법원의 태도는 현대의 위험사회에서 타당한 것으로 받아들여지고 있다.

사실적, 자연과학적 인과관계의 판단방법은 또한 자연과학적 인과관계가 아닌 소위 ‘심리적 인과관계’(psychische Kausalität)에서도 아무런 역할을 하지 못한다. 심리적 인과관계란 특정인의 위법한 행위에 의하여 피해자 혹은 제3자가 가해행위를 하도록 유도하여 피해자 스스로가 혹은 제3자가 피해자에게 가해의 결과를 야기하도록 하는 경우¹⁰⁾를 말한다. 전술한 소아마비후유증을 겪은 자의 사망사건이 바로 이러한 경우에 해당한다. 이 사안은 소아마비후유증을 겪어 한쪽 다리를 잘 쓰지 못하는 자가 교통사고를 당하여 다른 다리마저 사용하지 못하게 되자 이를 비관하여 매일 술을 마시고, 결국 체력이 약해지고, 거동이 불편한 상황에서 목욕탕에서 넘어져 사망한 경우로 대법원이 교통사고를 야기한 자에 대하여 사망의 책임을 지운 경우이다. 이 사안에서 대법원은 가해자가 소아마비로 사용하지 못하게 된 다리 이외의 다른

9) 대판 1991.7.23, 89다카1275.

10) 이와 관련하여서는 V. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, 1999, Rn. 417 ff.

다리마저 교통사고로 잃게 되어 “비관”이라는 심리적 상황을 야기하였고, 이러한 심리적 상황은 피해자에게 술을 마시도록 하였으며 결국 잦은 음주로 체력저하를 낳아 목욕탕에서 쓰러져 사망에 이르게 된 것으로 보고 있다. 이러한 일련의 원인과 결과의 연속은 단순히 자연과학적인 측면에서 설명되지 못한다. 왜냐하면 비관이라는 심리적 상황이 개입되었기 때문이다. 즉 교통사고로 다리를 잃은 것이 피해자의 뇌나 심리적인 측면을 자극하여 사망에 이르게 된 것인데, 심리적 반응은 문자 그대로 자연과학적으로 증명될 수 없기 때문이다. 동일한 맥락에서 교통사고를 당하여 심한 흉터를 갖게 된 사춘기의 고1 여학생이 우울증에 시달리다 자살한 사안에서 대법원이 교통사고의 발생과 사망이라는 사건 사이에 자연과학적 인과관계가 아니라 규범적 접근 방식인 상당인과관계를 인정¹¹⁾한 것은 매우 적절한 것이다. 교통사고로 인하여 흉터가 발생한 것은 자연적인 인과관계가 인정될 수 있지만 이 경우 감수성이 예민한 고1 여학생의 ‘심리적’ 반응으로의 자살은 자연과학적인 측면이 아닌 심리적인 측면에서만 이해될 수 있기 때문이다.

나아가 우리 민법은 공동불법행위의 경우에 인과관계가 인정되지 않는 경우에도 불법행위자 각자가 피해자에 대하여 책임을 지도록 규정하고 있다(제760조). 이 규정에 따라서 3중추돌사고로 사망한 피해자에 대하여 교통사고에 개입된 각자는 자신이 피해자의 사망에 인과관계가 없음을 입증하지 못하는 한, 즉 인과관계가 불명확한 경우에도 사망에 대한 배상책임을 져야 한다.¹²⁾ 이러한 민법의 태도는 사실적, 자연과학적 인과관계를 전제로 인과관계를 판단하려는 경우에는 설명되어 질 수 없다. 그리고 이러한 자연과학적 인과관계의 문제점은 인과관계를 조건설의 자연과학적 인과관계와 손해배상범위의 인과관계라는 2단계로 나누어 설명하려는 견해도 타당하지 않음을 보여 준다. 인과관계의 문제를 2단계로 나누어 결정하려는 태도는 제1단계에서 조건설로 책임성립의 인과관계의 범위를 우선 결정하고, 제1단계의 범위 내에 있는 위법행위에 대하여 제2단계의 인과관계를 확정하는 태도를 취하는데, 전술한 공해사안이나 심리적 인과관계 혹은 공동불법행위 등의 경우에는 이러한 자

11) 대판 1999. 7. 13. 99다19957.

12) 대판 2008.4.10. 2007다76306.

연적 인과관계를 인정할 수 없게 되어 제1단계에서 가해행위를 책임성립의 경우로부터 제외하게 된다. 즉 제2단계를 거치기도 전에 제1단계에서 책임을 져야 하는 가해행위가 되지 않게 되어 결과적으로 손해배상책임을 면하게 되기 때문이다. 하지만 이러한 사안의 경우에도 가해행위와 손해 사이에 인과관계를 인정하는 것이 타당하고, 우리 대법원 뿐만 아니라 미국과 유럽 대부분의 국가가 인과관계의 긍정을 통한 배상책임을 인정하고 있다.¹³⁾

결론적으로 인과관계의 문제는 단순한 자연과학적인 측면에서 파악되어 질 원인과 결과의 문제가 아니다. “가해행위가 없었더라면 손해가 발생하지 않았을 상황”(conditio sine qua non)이라는 조건설을 따르는 외형을 보이는 대법원의 몇몇 경우도 조건관계의 적용을 외형상으로 긍정하는 것 일뿐 결과는 오히려 조건설의 자연과학적 입장과 구별된다. 왜냐하면 조건설을 따를 경우 대법원이 가해자의 책임을 긍정하던 사안에서 책임을 부정하여야 하는 결과에 이르게 되기 때문이다. 오히려 조건설을 따르는 듯한 대법원의 판결들은 인과관계의 문제에 대하여 실질적으로 규범적 판단의 입장을 취하고 있다고 볼 것이다.

2. 규범적인 측면에서 인과관계에 접근하는 입장

사실적, 자연과학적인 측면에서 인과관계의 문제에 접근하는 태도는 가해자에게 불법행위책임을 지울 것인가의 문제에 대하여 많은 경우 불합리한 결론에 이르게 되는 결과를 낳을 수 있다. 이러한 측면을 인식하여 최근에 조건설이라는 자연과학적 접근방법을 채택하고 있는 나라는 지구상에 거의 존재하지 않는다. 지금까지 알려진 바로는 벨기에가 인과관계의 문제에 대하여 유일하게 조건설을 따르는 것으로 알려져 있으나, 다른 척도를 사용하는 국가와 그 결론에 있어서는 별반 차이가 없으며,¹⁴⁾ 조건설의 이름 하에 후술하는 바와 같이 규범적 판단의 척도인 “규범목적(Schutzzweck der Norm)”¹⁵⁾을 고려

13) V. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, 1999, Rn. 413 ff.

14) Cf. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, 2005(이하 PETL 이라 함), p. 43.

15) 후술하는 Mons 16.2.1988, R.G.A.R. 1990 Nr. 11743.

한 많은 판결을 내리고 있다. 외형상 조건설의 공식을 적용하는 것이지만 실제에 있어서 법적이며 규범적인 접근방식을 따르는 것이다.

그렇다면 법적, 규범적인 접근방식(legal, normative test for causation)은 무엇을 의미하는가? 법적 규범적인 접근방식은 가치판단을 통하여 가장 적법하며 정당하다고 여겨지는 손해의 귀속자, 즉 책임귀속(Zurechnung)의 결과를 도출해 내는 방법이다.¹⁶⁾ 이 방식은 수학기공과 같은 수단을 통하여 기계적으로 답을 찾아내는 자연과학적인 방법이 아니라, 법적으로 유용한 요소들을 종합적으로 검토하고 이를 판단하여 가장 정당하다고 인정되는 결과를 도출해 내는 방식이다. 현재지구상의 대부분의 국가에서 사용하고 있는 인과관계의 판단은 바로 이러한 접근방식이다.¹⁷⁾ 예를 들어 우리가 흔히 알고 있는 독일의 상당인과관계설, 규범목적설도 바로 이러한 책임귀속(Zurechnung)의 한 방법이다.

(1) 상당인과관계설

상당인과관계설은 인과관계의 문제를 원인과 결과라는 자연과학적인 의미에서 벗어나 결과에 상당한 인과관계만을 선별하여 손해를 가해행위에 연결시킴으로써 책임귀속을 결정하여야 하려는 입장으로 인과관계를 규범판단의 문제로 이해한 가장 성공적인 이론이다. 이 이론은 본래 Kries에 의하여 형법상 범죄로 인정되는 결과에 대한 원인행위를 규명하는 과정에서 만들어진 견해로 알려져 있다.¹⁸⁾ 예를 들어 신체의 상해로 사망의 결과가 발생한 경우 가중처벌 되어야 하는 경우이더라도, 피해자가 상해로 인하여 병원에서 치료를 받고 집으로 귀가하는 과정에서 교통사고로 사망한 경우에는 이러한 가중처벌의 대상이 되지 않게 된다는 것이다. 왜냐하면 가중처벌의 근거는 상해가 사망의 위협을 설정하고(begründen), 일반적으로 용이하게 하는 원인

16) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference(DCFR), Full Edition (Ed. by Christian von Bar/ Eric Cive), Volume IV. 2010. p. 3570.

17) 각국이 인과관계와 관련하여 규범적 판단을 함에 있어서 기초로 삼는 척도에 대하여는 V. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, 1999, S. 438, Fn. 20.

18) 이에 대하여는 Ernst von Caemmerer, Gesammelte Schriften, Band I, 1968, S. 401f.

(begünstigende Ursache)이 되기 때문이라는 것이다.¹⁹⁾ 이에 따를 경우 사망의 결과가 이러한 위험영역밖에서 진행되어 발생하였다면 가중처벌은 부당하게 된다는 것이다. 이 이론은 민법학에도 받아들여지게 되었고, 독일제국법원도 이 이론에 따라 어떤 사실이 특정한 결과를 야기하기에 일반적으로 적합한 경우, 즉 어떤 사실이 “아주 특별하고 매우 개연성이 적으며 사건의 정상적인 진행을 고려한다면 배제되어야 할 상황이 아닌 일반적인 상황에서 결과의 발생에 적합한 경우”²⁰⁾에 사실과 결과 사이에 인과관계를 인정하였다. 독일연방대법원도 현재 이 척도를 견지하고 있다. 특히 독일연방대법원은 이러한 상당성의 판단이 “판단 당시에 갖는 모든 지식을 근거로 이루어지며, 상당성의 결정은 본래의 인과관계의 문제가 아니라 행위자가 그 결과에 대하여 어느 정도까지의 책임을 지는 것이 타당한지의 문제”²¹⁾라고 하여 더 이상 사실적 인과관계의 문제가 아니라 인과관계가 규범적 판단의 문제라는 점을 명확히 하고 있다.

(2) 규범목적설

상당인과관계설은 불법행위법상의 인과관계의 문제가 단순히 자연적인 인과관계에 의하여 판단될 수 있는 사실상의 문제가 아니라 법의 목적에 비추어 가해자에게 책임을 전가할 것을 판단하는 규범적인 문제라는 것을 잘 보여주었다고 할 것이다. 그러나 상당성의 판단이 인과관계의 문제에 대하여 규범성을 제대로 부여할 수 있는지는 의문이다. 상당성이라는 개념 자체가 경험적이며 사회적인 것이 될 수 있을지언정 법률적이거나 규범적인 특성을 갖지 못하기 때문이다. 즉 관계적인 측면에서 인과관계를 적당하게 제한할 수는 있을지는 몰라도 규범적인 측면에서 인과관계의 문제를 해결할 수 있는 완전한 척도로서의 역할을 수행하지 못한다. 이러한 문제점의 인식하에 상당성이라는 애매한 척도를 제시한 것과 달리 규범목적설은 위법성 판단의 규범자체로

19) aaO.

20) “im allgemeinen und nicht nur unter ganz besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet gewesen ist”(RGZ 158, 34, 38).

21) BGHZ 3. 261.

부터 인과관계의 판단척도를 직접 도출하려고 시도한다. 배상의무를 부과하는 책임법상의 규범은 그 제정에 있어서 보호목적を 가지고 있으므로 규범의 해석을 통하여 이러한 규범의 목적과 보호의 범위를 결정할 수 있다. 따라서 이러한 규범의 침해로 이 보호범위에 드는 법익의 침해, 즉 손해가 발생한 경우에는 위법한 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 인정될 수 있다. 달리 표현하면 가해자가 특정의 행위규범을 침해하여 손해가 발생한 경우에도 침해된 규범이 그 의미와 목적에 비추어 보아 실제로 발생한 해당 손해를 예방하기 위하여 만들어 진 경우에만 인과관계가 인정된다는 것이다.²²⁾ 예를 들어 운전자가 우선통행권(Vorfahrt)을 위반하여 사고가 발생하였는데, 피해 운전자가 심한 말다툼 중에 운전자가 심장마비를 일으킨 경우, 우선통행권의 준수는 심리적인 고통에 의하여 야기되는 손해를 예방할 목적을 갖지 않는 관계로 우선통행권을 위반하여 발생한 말다툼 중의 심장마비에 대하여 가해운전자는 책임을 지지 않게 된다.²³⁾ 또한 농약을 청소년에게 판매하는 것을 금지하는 법규범은 농약의 독성으로 인하여 발생한 손해를 예방할 목적을 갖는 반면 청소년이 농약을 ‘로켓제조’의 연료로 사용하다가 폭발하여 입은 손해를 예방할 목적을 갖지 않는다.²⁴⁾ 규범목적설은 인과관계의 판단도 가해행위를 규율하는 규범으로부터 직접 도출되어야 한다는 시도로 인과관계에 대하여 규범적 판단이 이루어져야 한다는 취지에 가장 부합하는 이론이라고 할 것이다.

그러나 규범목적설도 규범의 목적이나 취지를 판단함에 있어서 엄격한 기준을 적용할 경우 피해자의 보호를 소홀히 할 위험이 있다. 특히 직접적인 손해에 이어지는 간접손해의 경우에 규범목적이나 취지를 엄격하게 적용할 경우 피해자는 온전한 손해의 배상을 받지 못할 경우가 발생할 수 있다. 예를 들어 교통사고로 인한 신체손상을 비관하여 자살하는 경우²⁵⁾나 교통사고로 인한 사고 승객을 구출하는 과정에서 고압전류에 감전되어 사망하는 경우²⁶⁾

22) Ernst von Caemmerer, Gesammelte Schriften, Band I, 1968, S. 402f.; BGHZ 27, 137.

23) BGHZ 107.359, 364f.

24) BGH NJW 1973. 615.

25) 대판 1999.7.13, 99다19957.

26) 대판1994.10.25, 94다20665.

에 도로교통법과 같은 규범의 목적만을 고려한다면 피해자의 손해에 대한 배상을 인정할 수 없게 되는 불합리한 결론에 도달한다. 도로교통법은 교통에 관여하는 사람의 법익을 보호하는 것을 규범목적으로 하므로 두 번째 사안의 경우에는 도로교통법의 보호범위에 해당하지 않는 것으로 보아야 하기 때문이다.

3. 대법원의 태도

우리나라의 대법원은 기본적으로 상당인과관계설을 따르고 있다. 야간근무 명령을 받은 관계로 근무가 끝난 후에 분초장 참여 아래에서 후번 근무자에게만 근무를 인계하여야 함에도 근무시간이 끝나기 전에 임의로 술에 취한 다른 병사에게 실탄과 소총을 인계한 사실과 그 병사가 초소를 이탈하고 양민에게 이유없이 총을 난사하여 사살한 행위 사이에 상당인과관계를 인정하였다.²⁷⁾ 공무원의 직무상 과실로 허위의 주민등록표와 인감대장이 비치된 결과 허위의 인감증명서가 발급됨으로써 불실의 근저당권설정등기를 마친 저당권자가 그 저당권의 불성립으로 손해를 입었다면 공무원의 직무상 과실과 손해 사이에는 상당인과관계가 있다.²⁸⁾ 트럭과 버스가 충돌하고 이로 인하여 그 버스가 고압선 전신주를 들이받아 넘어뜨리는 사고가 발생한 직후, 그 사고 장소를 지나가던 자가 부서져 찌그러진 버스 안에서 구호요청을 하는 승객들을 구조하려고 버스에 접근하다 넘어진 전신주의 고압선 전류에 감전되어 사망한 사안에서 “사고운전자로서는 위와 같은 시내에서의 교통사고로 많은 사상자가 발생하고 차량과 고압선 전신주 등이 크게 부서진 경우에 있어서 사상자들을 구조하려고 하는 주위 사람들이 있을 것인데다가, 이들이 그 교통사고로 발생한 고압전선 등 주위의 위험요소에 의하여 사고를 당할 수도 있음을 충분히 예견할 수 있었다 할 것이어서, 그 교통사고와 구조자의 감전 사고와의 사이에는 상당인과관계가 인정된다”²⁹⁾고 판시하였다.

27) 대판 1962.4.18. 4294민상1283.

28) 대판 1991.7.9. 91다5570.

29) 대판 1994.10.25. 94다20655,20662.

그러나 다른 판결들을 검토하여 보면 외형상 상당인과관계설을 취하되, 다른 입장이나 법률요소들을 추가적으로 참고하여 인과관계를 판단하고 있음을 알 수 있고, 전술한 바와 같이 심지어 조건설을 명시적으로 언급하는 경우도 있다.

대판 1994.12.27. 94다36285은 호적법상에서 공무원에게 부과하는 제적부와 호적부 관리의무는 “호적부나 제적부가 사람의 신분사항을 기재한 유일한 공부로서 그 기재내용이 진실에 부합되는 것으로 추정을 받기 때문에 만약 그 호적부나 제적부가 멸실·훼손되거나 불법적으로 변조 또는 위조되는 사태가 발생하게 되면, 국민 개개인이 신분상, 재산상의 권리에 관하여 회복할 수 없는 손해를 입게 될 우려가 있기 때문에 그와 같은 사태의 발생을 예방하기 위하여 있다”³⁰⁾고 하여 그 규정의 목적 및 취지를 설명한 후 공무원의 보관·관리 소홀과 타인이 이를 절취하였고 위조된 제적부와 교체함으로써 허위의 제적등본을 발급받아 부실의 상속등기를 경료하고, 이에 터잡아 부실의 근저당권설정등기를 경료하여 근저당권자가 입은 손해 사이에 인과관계가 있음을 인정하였다. 호적부나 제적부가 갖는 공신력의 취지를 근거로 손해배상책임을 인정한 것이다. 즉 규범의 목적을 고려하여 인과관계를 인정한 것이다. 대판 1995.1.12. 94다21320도 “동일인에 대한 일정액을 넘는 대출 등을 원칙적으로 금하고 있는 상호신용금고법 제12조의 규정취지는 원래 영리법인인 상호신용금고의 대출업무 등은 그 회사의 자율에 맡기는 것이 원칙이겠지만 그가 갖는 자금중개기능에 따른 공공성 때문에 특정인에 대한 과대한 편중여신을 규제함으로써 보다 많은 사람에게 여신의 기회를 주고자 함에 있는 것이지, 상호신용금고로부터 급부, 대출, 어음할인을 받은 자와 거래를 하려는 제3자로 하여금 상호신용금고가 대출 등을 받은 자에 대하여 가지게 될 채권의 범위를 예측할 수 있게 하거나 상호신용금고가 위 법령에 규정된 여신한도 범위 내에서 대출 등을 할 것으로 신뢰한 자를 보호하고자 함에 있는 것이 아니”라고 전제한 후 상호신용금고가 위 법령에 위배하여 갑에게 여신한도를 초과한 대출 등을 하지 않을 것이라고 신뢰한 제3자가 상호신용금고의 추가

30) 대판 1994.12.27. 94다36285.

어음할인대출로 손해를 입게 되었다고 하더라도, 상호신용금고를 대표한 대표이사의 위와 같은 행위와 제3자의 손해 사이에 인과관계가 없다는 입장을 취한다. 상호신용금고법 제12조의 규정취지를 근거로 특정인에게 발생한 손해배상책임을 부정한 것이다.

대법원은 나아가 원인행위와 결과 사이의 원인에 의하여 판단한 경우도 있다. 카고트럭으로 시내버스를 부딪쳐 그 충격으로 시내버스가 특고압 전선이 설치된 전주를 충격하였고 그로 인하여 전주에 설치된 특고압 전선이 떨어져 지락전류로 인하여 원고의 공장에 화재가 발생한 사안에서 공장에서 화재로 인하여 발생한 손실은 가해행위와 너무 ‘먼’ 손해라고 보아 인과관계를 부인하였다.³¹⁾ 가해행위와 손실의 원인에 의하여 인과관계를 판단하는 것은 영미법에 기원하는 것이다. 이 판결에 의하여 대법원이 영미법상의 인과관계를 도입하였다고 결론지을 수는 없을 것이지만 개연성의 척도만으로 인과관계를 판단할 수는 없다는 점을 보여준다고 할 것이다.

4. 소결

결국 불법행위법에 있어서 인과관계는 자연과학적인 방법에 의하여 해결될 수 있는 문제가 아니라 피해를 가해자나 피해자의 어느 쪽에 부담시키는 것이 보다 공정한 것인가를 결정하려는 규범적 판단의 문제이며, 대법원도 정당하게 이러한 입장을 견지하고 있다.³²⁾ 그런데 문제는 대법원이 보여주는 바와 같이 어느 한 견해나 요소만으로는 인과관계에 관한 정당한 판단을 할 수 없다는 점이다. 사안의 특수성이나 기타 사정을 참작하지 않고 어느 특정의 척도를 적용하여 인과관계를 일률적, 통일적으로 판단하는 것은 매우 위험한 사고라고 여겨진다. 오히려 상황에 대한 다양한 관점을 인정하여 여러 가지 척도들을 상호 보완적으로 원용하여 인과관계의 문제를 해결하는 것이 가장 타당한 방법이다. 대법원도 공식적으로는 상당인과관계설을 취하고 있지만 근래의 학설도 규범목적설을 상당인과관계설의 보완적 수단으로 원용할

31) 대판 1994.10.25, 94다20665.

32) 대판 1977.8.23, 77다686; 대판 2000. 3. 28. 99다67147; 대판 2002. 10. 11. 2002다564.

것을 제안하고 있고,³³⁾ 그 외의 다른 척도도 보완적으로 채용하여 인과관계의 문제를 판단하고 있다.

Ⅲ. 인과관계판단의 구체적 척도

1. 인과관계요건과 기타 불법행위의 구성요건과의 관계

인과관계의 판단은 규범적 판단에 의하여야 하며 그 기능은 특정인에게 발생한 손해를 누구에게 귀속시킬 것이냐를 결정하는 역할을 수행한다. 이러한 역할을 수행할 구체적인 척도로 어떠한 것이 있을 것인가에 대하여 대법원은 특히 공무원의 불법행위로 인한 국가배상을 인정하는 사안에서 여러 가지 중요한 척도를 제시한다.

대법원은 시 소속 공무원들이 직무상 의무를 위반하여 시설이 불량한 선박에 대하여 선박중간검사에 합격하였다 하여 선박검사증서를 발급하고, 해당 법규에 규정된 조치를 취함이 없이 계속 운항하게 함으로써 화재사고가 발생한 사안에서 “상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이”이라고 전제한 후 “선박안전법이나 유선및도선업법의 각 규정은 공공의 안전 외에 일반인의 인명과 재화의 안전보장도 그 목적으로 하는 것이라고 할 것이므로 국가 소속 선박검사관이나 것이라면, 화재사고와 공무원들의 직무상 의무위반행위와의 사이에는 상당인과관계가 있다”³⁴⁾고 판시하였다. 즉 상당인과관계를 판단함에 있어서 일반적인 결과발생의 개연성과 함께 “직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려”할 것을 요구한다. 규범의 목적, 가해행위의 태양,

33) 이종복, “일반조항 불법행위법에 의한 손해배상책임의 제한”, 사법행정 88/10, 22(26).

34) 대판 1993.2.12, 91다43466.

피해의 정도도 고려할 것을 주문한 것이다. 경매법원 공무원이 이해관계인에 대한 기일통지를 잘못된 것이 원인이 되어 경락허가결정이 취소되었음에도 경락이 적법한 것으로 믿고 경락대금 및 등기비용 등을 지출하여 손해를 입게 된 사안에서 공무원의 절차상 과오와 원고의 손해발생 사이에 상당인과관계가 인정된다고 하면서 그 판단의 척도로 “일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적, 그 수행하는 직무의 목적 내지 기능으로부터 예견가능한 행위 후의 사정, 가해행위의 태양 및 피해의 정도”³⁵⁾ 등을 고려 대상으로 언급한다.

대법원이 상당인과관계를 판단하는, 즉 인과관계를 규범적으로 판단하는 척도를 나열해 보면 다음과 같다. (1) 일반적인 결과 발생의 개연성 (2) 법령이나 규범의 목적 (3) 직무의 목적과 기능으로부터 예견가능한 행위후의 사정 (4) 가해행위의 태양 (5) 피해의 정도이다. 여기서 한 가지 우리의 눈길을 끄는 것은 인과관계를 판단하는 데에 있어서 다른 불법행위책임의 성립요건들이 함께 고려의 대상이 된다는 점이다. 우리가 흔히 과실판단의 척도로 인정되는 예견가능성, 위법성판단의 척도가 되는 규범의 목적 내지 가해행위의 태양, 손해배상의 범위판단의 하나인 손해의 태양이나 범위가 그러하다. 즉 대법원은 불법행위책임의 독립적인 요소라고 인정하는 인과관계를 판단하는데 다른 독립적인 요건들을 종합적으로 판단하는 태도를 취한다는 점이다. 이러한 태도는 불법행위책임의 요건상 독립성을 훼손하는 부당한 태도인가? 필자의 입장에서 대법원의 이러한 태도는 정당하며 오히려 바람직한 것으로 여겨진다.

우선 이러한 대법원의 태도는 인과관계의 기능 내지 역할의 수행에 가장 합당한 방법이다. 전술한 바와 같이 인과관계는 단순히 결과에 원인이 되는 수많은 사건들을 기계적으로 찾아내는 과정이 아니고 발생한 손해를 누구에게 귀속시키는 것(Zurechnung)이 가장 정당하고 합리적인 것이냐를 찾는 것이다. 이러한 규범적 판단에 있어서는 개개의 사실적 상황은 물론이고 위법행위를 결정하는 규범이 만들어지게 된 취지, 가해자가 지니고 있었던 심리적인

35) 대판 2008.7.10. 2006다23664.

상태, 가해행위의 위법성 정도와 손해의 크기, 손해의 태양 등이 종합적으로 검토되는 것이 마땅하다. 이러한 점은 우선 위법성 내지 과실 판단의 척도로 사용되는 예견가능성의 척도가 인과관계에서 상황에 맞게 활용된다는 점에서 불법행위 성립요건의 중첩적 부분이 존재할 수 있다는 점에서 나타난다. 즉, 위법성과 귀책사유 판단의 중요한 척도로 자리 잡고 있는 가해자의 예견가능성은 인과관계판단의 수단으로도 사용되는데, 어떠한 불법행위 요건의 판단에서 이 척도를 적용할 것이냐의 문제는 어떻게 하는 것이 합리적인 결과를 도출할 것이냐의 문제와 관련이 깊다. 예를 들어 트럭과 버스가 충돌하고 이로 인하여 그 버스가 고압선 전신주를 들이받아 넘어뜨리는 사고가 발생한 직후, 그 사고 장소를 지나가던 자가 부서져 찌그러진 버스 안에서 구호요청을 하는 승객들을 구조하려고 버스에 접근하다 넘어진 전신주의 고압선 전류에 감전되어 사망한 사안에서는 “사고운전자로서는 위와 같은 시내에서의 교통사고로 많은 사상자가 발생하고 차량과 고압선 전신주 등이 크게 부서진 경우에 있어서 사상자들을 구조하려고 하는 주위 사람들이 있을 것인데다가, 이들이 그 교통사고로 발생한 고압전선 등 주위의 위험요소에 의하여 사고를 당할 수도 있음을 충분히 예견할 수 있었다 할 것이어서, 그 교통사고와 구조자의 감전사고와의 사이에는 상당인과관계가 인정된다”³⁶⁾고 판시하여 인과관계를 통한 사고운전자의 책임을 긍정하였다. 즉 인과관계에 대한 판단을 통하여 책임을 긍정한 것이다. 그런데 이를 위법성의 판단을 통하여 책임을 긍정하기는 쉽지 않다. 교통법규의 위반이라는 위법성의 판단을 교통법규의 제정 취지에서 비추어 판단하게 될 경우 교통법규는 교통에 관여하는 자들의 생명과 재산을 보호하기 위하여 제정된 것인데, 교통사고를 목격하고 이를 구하려는 행인은 교통에 참여한 사람으로 볼 수가 없어서 위법성판단으로는 손해배상청구권을 취득하지 못할 가능성이 있다. 이러한 가능성으로 대법원은 예견가능성의 척도를 위법성의 판단이 아닌 인과관계의 긍정을 통하여 손해배상책임을 긍정하게 된 것이다. 여기서 예견가능성이라는 중첩적 요건의 다른 활용가능성을 엿볼 수 있다.

36) 대판 1994.10.25. 94다20655,20662.

또한 인과관계는 우리나라의 불법행위법이 갖는 일반조항적 특성에 의하여 구조적으로 다른 불법행위요건을 검토할 필요성을 야기하기도 한다. 즉, 민법 제750조는 생명, 신체나 소유권 등의 절대적 법익에 대한 침해 뿐만 아니라 재산적인 손해까지도 배상을 인정할 수 있는 일반적 성립요건조항을 두고 있어³⁷⁾ 가해행위와 조건적 관계에 있는 재산적인 손해를 어느 범위까지 인정할 것이냐의 문제는 인과관계에서 해결해야 할 매우 중요한 과제이다. 즉, 절대적 법익이 침해되어 발생한 손해의 경우보다 재산상 손해에 대하여 인과관계를 보다 엄격하게 적용해야 할 것인데, 인과관계의 일률적인 척도에 의하여는 재산상 손해를 제한할 근거가 빈약하게 된다(자세하게는 후술). 이 경우에는 필연적으로 손해의 요건, 즉 손해의 태양을 검토의 대상으로 삼아야 하는데, 여기서 인과관계의 경우에도 손해의 영역에 대한 간섭이 필요하게 되는 것이다.³⁸⁾

결론적으로 대법원이 인과관계의 판단에 불법행위의 다른 요건을 검토하고 고려하는 태도는 그 규범적 판단의 성격에 비추어 타당하다. 이하에서는 대법원이 인과관계의 판단에 활용하는 여러 가지 구체적 척도를 기본으로 하여 인과관계의 문제를 다루되, 그 설명을 위하여 이와 유사한 방향에서 2004년에 만들어진 유럽불법행위법원칙 Art.3:201³⁹⁾과 법정책임법분야의 권위자인 Christian von Bar⁴⁰⁾ 교수의 견해를 참조하기로 한다. 필자는 대법원의 견해와 유럽불법행위법원칙, Christian von. Bar 교수의 견해를 참고하여 (1) 개연성, (2) 예견가능성, (3) 가해행위의 태양, (4) 손해의 유형과 정도 (5) 규범의 목적을 인과관계 판단시에 중요하게 고려하여야 할 요소로 보아 이하에서 설명한다.

37) 예를 들어 독일 민법 제823조는 “생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리”를 침해한 경우에만 불법행위책임이 발생하는 것으로 하여 조건적 관계의 무한적 확장가능성이 있는 재산상의 손해에 대하여는 원칙적으로 배상책임을 인정하지 않고 있다.

38) 우리나라와 마찬가지로의 입장에 있는 프랑스민법의 하에서 “부인의 사망으로 외국에서의 직장을 포기하고 아이와 함께 살게 된 경우, 부인의 사망을 야기한 가해자에 대하여 프랑스 대법원도 절대적 법익의 침해와 달리 인과관계성을 부정하였다(Cass. civ.3.10.1990, Bull.civ. 1990 II Nr. 184)

39) PETL(주 14 참조), 59면 이하. PETL에 대하여는 신유철, “유럽불법행위법의 통일과 전망” 법학연구(충남대학교 법학연구소) 15권 1호(2004.12.), 137 이하

40) V. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, 1999, Rn. 411 ff.

2. 개연성(Wahrscheinlichkeit)

개연성이란 경험에 의하여 축적된 지식에 근거하여 일정한 사건(A)이 발생한 경우 그 결과로 다른 일정한 사건(B)이 발생할 가능성이 있는 경우에 인정되는 척도이다. 대법원이 인과관계의 판단을 위하여 채택하고 있는 상당인과관계설에서 가장 기본적으로 사용하는 척도로,⁴¹⁾ 가해행위와 결과발생의 ‘반복가능성’을 핵심적인 내용으로 한다. 즉 A라는 사건이 발생하면 인간의 경험에 비추어 B라는 사건이 발생하게 될 것이라고 예상된다면 그 개연성을 긍정하게 되는 것이다. 대표적으로 덴마크의 밀당사안⁴²⁾을 들 수 있다. 원고가 자신의 동물들에 밀당(Melasse)을 먹였는데, 그 밀당을 먹은 동물이 죽게 되었다. 그런데 밀당이나 죽은 동물의 몸에서는 아무런 독성물질도 발견되지 않았다. 법원은 문제의 밀당과 동일한 밀당을 다른 동물에게 먹였고, 그와 다른 밀당을 또 다른 동물에게 먹였다. 그 결과 문제의 밀당을 먹은 동물은 다시 죽게 되었고, 다른 밀당을 먹은 동물은 멀쩡했다. 여기서 법원은 원고의 동물을 죽게 한 것은 문제의 밀당임을 인정한다. 즉 반복가능성을 근거로 인과관계를 인정한 것이다.

대법원은 특히 환경침해소송에서 이러한 개연성을 상당인과관계의 명시적인 척도로 채택하고 있다. “불법행위로 인한 손해배상에 있어서 불법행위의 성립요건으로서의 인과관계는 현실로 발생한 손해를 누구에게 배상책임を負울 것인가를 가리기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계가 아니라 법관의 자유심증에 더 잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 인과관계를 말한다 할 것인데 이런 확신은 통상인이 일상생활에 있어서 그 정도의 판단을 얻을 때는 의심을 품지 않고 안심하고 행동할 것이라는 정도를 일컬어 말함이니 이런 관점에서 볼 때 개연성이론을 수증 못할 바”⁴³⁾ 아니라 판시하고 있다. 이러한 전제에서 대법원은 발전소에서 배출되는 아황산가스로 인하여 인근의 과수원의 수세에 영향을 주어 수확량이 감소하였다는 것

41) 대판 1998. 9. 22. 98다2631; 대판 2008.7.10. 2006다23664 등.

42) Dän. HD 8.11.1938, UfR 1939 A S. 16.

43) 대판 1974.12.10, 72다1774.

을 긍정한다.⁴⁴⁾

개연성은 손해배상의 범위에 관한 우리 민법 제393조의 “통상”의 다른 표현으로 이해된다. 예를 들어 대법원은 손해배상의 범위와 관련하여 “부당한 가처분에 대한 취소를 신청키 위하여 변호사에게 위탁한 자는 변호사에게 지급된 보수를 손해로서 배상청구할 수 있는 것이나 그 배상청구 범위는 실지로 지급된 총금액을 표준으로 할 것이 아니라 그에 대한 상당정도의 금액을 표준으로 하여 이를 결정”⁴⁵⁾할 것을 주문한다. 여기서 상당정도의 금액은 일반 경험지식에 비추어 통상적으로 지출될 것으로 인정되는 개연성을 의미함은 의심의 여지가 없다.

개연성의 판단은 자연과학적인 인과관계의 판단을 하는 조건설의 약점을 보완하는 척도로 조건과 결과의 관계를 경험적 지식에 근거하여 가정적으로 판단한다는 점에 그 특징이 있다. 즉 조건설은 자연과학적인 측면에서 조건과 결과의 관계를 검증하고 이를 토대로 인과관계를 판단하는 반면 상당인과관계설은 개연성이라는 경험적 지식을 근거로 조건과 결과의 관계를 검증하게 되는 것이다. 이를 통하여 상당인과관계설은 조건설에서 나타나는 심각한 오류들을 제거하게 된다. 예를 들어 특정한 지역에서 규정 속도를 위반하여 과속으로 운전하다가 다른 지역에 이르러 규정속도를 지켜 운전을 하는 과정에서 사고가 발생한 경우, 규정속도를 지켰음에도 사고가 발생한 구간에서 운전자에게 다른 잘못이 없었다면 운전자는 사고에 대한 책임을 지지 않게 된다. 비록 일정 지역에서 과속을 하여 위법행위를 저질렀지만 그 위법행위는 그 지역에서의 사고의 위험을 증가시켰을 뿐 그로 인한 다른 지역의 사고발생가능성을 증가시킨 것은 아니기 때문에 개연성은 부정되어야 하는 것이다.

3. 예견가능성(Vorhersehbarkeit)

예견가능성이란 행위당시의 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였거나 인식할 수 있었는가를 검토하는 척도로, 개연성에서 이루어지는 가설적 판단

44) 이와 유사한 사안으로 대판 1984.6.12, 81다558 참조.

45) 대판 1960.6.23. 4292민상690.

이 아니라 현실적인 인과관계의 판단의 척도이다. 즉 개연성은 만약 일정한 행위가 없었더라면 경험지식에 비추어 손해의 결과가 없었을 것이라는 가설적 판단을 통하여 인과관계를 긍정하는 것이지만 예견가능성은 행위자의 행위와 손해의 결과 사이에 개연성이 인정되지 않는 상황에서 행위자의 예견가능성을 근거로 실제 발생한 손해의 귀속을 인정하자는 것이다. 이러한 측면에서 예견가능성은 개연성을 통하여 인정되지 않는 인과관계의 범위를 확장하는 역할을 담당한다.⁴⁶⁾ 우리 민법 제393조 제2항도 예견가능성의 이러한 역할을 명시적으로 표현하고 있다.

예견가능성으로 인한 인과관계의 확장은 우리 판례에 의하여서도 자주 이루어진다. 전술한 대판 1994.10.25. 94다20655,20662에서 교통사고 피해자를 구하려다 전선에 감전되어 사망한 행인에 대한 교통사고귀책자의 책임을 긍정한 것은 대표적인 예이다. 이 사안은 그 특수성으로 인하여 개연성이 부정되어야 마땅하지만 예견가능성이라는 척도를 통하여 인과관계가 인정되었고 이를 근거로 행인의 손해배상청구권을 마련하여 준 것이다. 마찬가지로 과실에 의하여 특정인을 친 운전자에게 사고 후 발생한 2차 교통사고로 사망이 발생한 손해를 배상하도록 인정하는 것⁴⁷⁾도 예견가능성에 의한 인과관계의 확장이다. 대법원이 “교통사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 사망에 이르는 등 손해가 확대된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 손해와 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있다”⁴⁸⁾고 보았는데, 이러한 판단은 개연성에 의하여가 아니라 예견가능성에 의하여 합리화될 수 있을 것이다. 대법원이 외형상 조건설을 언급하면서 2차사고로 발생한 사망의 책임을 1차사고의 책임자에게 전가한 것⁴⁹⁾도 예견가능성의 측면에서 보면 타당한 결론이라고 여겨진다. 사건발생의 개연성이 부정되나 예견가능성에 의하여 책임이 긍정되는 가장 명확한 사안은 가해자가 계획적으로 사건의 인과관계

46) 이러한 기능에 대하여는 V. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, 1999, Rn. 444.

47) BGHZ 72, 355.

48) 대판 1994.11.25. 94다35671.

49) 전술한 대판 1998.9.18. 97다47507.

를 통제하여 피해자의 손해를 야기한 경우가 될 것이다. 이러한 경우는 개연성이 매우 희박하더라도 인과관계에 의한 책임이 인정된다. 이 주관적 요소는 가해행위의 태양과 관련하여 후술하는 바와 같이 인과관계의 판단에 중요한 작용을 한다.

유럽불법행위법원칙 Art.3:201 a)는 예견가능성을 보다 넓게 이해하여 시간적, 공간적 근접성, 가해행위의 통상적인 결과 등을 고려한 손해의 규모 등을 모두 고려하는 요소로 이해하고 있다. 그러한 이러한 태도는 예견가능성의 의미 뿐만 아니라 개연성, 손해의 태양 등 서로 별개로 다루어져야 할 요건들의 의미를 다소 모호하게 만들 위험이 있다.

4. 가해행위의 태양(Art des Fehlverhaltens)

가해행위의 태양이란 행위가 이루어진 방식이나 형식 내지는 가해행위를 통하여 이루어진 객관적 상황을 의미하는 것으로, 가해행위가 사전에 어떠한 방식에 의하여 결정되고 실행되었으며, 가해행위의 결과 어떠한 상황에서 손해가 발생하였는지를 검토하게 된다. 가해행위의 태양 또한 인과관계의 판단에 중요한 역할을 한다. 예를 들어 상대방에 대한 모욕에 의하여 심장이 약한 자가 심장마비를 일으켜 사망한 경우와 칼과 같은 위험한 도구에 의한 위협에 의하여 심장마비를 일으켜 사망한 경우에 전자에 대하여 보다 후자가 위협과 사망 사이의 인과관계를 인정하기는 수월하게 될 것이다.

가해행위의 태양은 공동불법행위에서 특히 인과관계를 확장하도록 하는 역할을 한다. 예를 들어 불법행위를 공모하여 가해행위를 하는 경우 공모에 의한 가해행위의 태양은 가해행위자들의 행위를 통일적으로 이해하여 비록 한 행위자의 행위가 불법행위에 직접적인 관여를 하지 않았다고 하더라도 자신의 행위(예를 들어 망을 보거나 운전만을 한 행위)와 손해 사이에는 인과관계가 인정된다. 우리 민법 제760조는 이러한 점을 명시적으로 인정한다.

나아가 결과발생의 개연성이나 예견가능성이 통상의 경우라면 부정되어 인과관계가 인정되지 않을 경우라고 하더라도 가해자가 인과관계를 계획적, 의도적으로 구성하여 불법행위를 실행하였고 실제로 가해자가 의도한 결과가

실현된 경우라고 한다면 가해자의 행위와 결과 사이에는 인과관계가 긍정된다. 예를 들어 교통사고를 당하여 공증인이 유언서작성의 약속을 지키지 못하게 된 경우, 교통사고에 책임이 있는 자는 개연성이나 예견가능성의 부재로 유언서가 유효하게 작성되었더라면 받았을 유증재산에 대한 손해배상책임을 지지 않게 될 것이지만, 교통사고를 유발한 것이 유언자의 유언서작성을 막아 피해자의 수증을 고의적으로 배제하기 위한 계획의 일환이었다면 교통사고 유발자의 손해배상책임을 면하지 못한다. 다만 이렇게 가해자의 계획에 대한 인과관계를 긍정하는 경우는 계획의 모든 단계에 대한 가해자의 통제가능성을 전제로 하여야 할 것이다. 즉 계획의 일부에라도 우연성이 개입되어야 하는 경우, 예를 들어 번개가 자주 발생하는 들판에 내어 보내 그가 실제로 번개를 맞고 사망하는 경우 등에는 비록 가해행위가 가해자의 계획에 기인하는 것이지만 번개에 대한 가해자의 통제가 불가능하기 때문에 인과관계는 부정된다.

가해행위의 태양은 가해행위를 통하여 발생하게 된 객관적인 상황에 대한 판단도 고려의 대상이 된다. 예를 들어 오스트리아 최고재판소(OGH)의 판결에 나타난 사안은 이를 잘 설명한다. 사안에서 디스코텍을 나온 원고와 그 남편은 어느 술집을 지나게 되었는데 외국국적의 갑, 을 및 병이 술집 앞에서 그들을 향해 저속하고 외설적인 말을 하게 되었다. 이에 원고의 남편은 “주둥이를 닦치라”(Halt die Goschn)는 말을 하게 되었고, 이 말을 들은 갑과 을은 원고의 남편을 폭행하게 된다. 여기서 원고는 디스코텍으로 가서 도움을 요청하려 하였으나 병이 이를 붙잡아 폭행하여 상해를 입히게 된다. 이 사안에 원고는 아마도 세 명중에 유일하게 재력이 있는 것으로 추측되는 갑을 상대로 자신의 상해에 대한 손해배상청구소송을 제기한다. 갑은 자신의 폭행이 없었다고 하더라도 을이 원고의 남편을 폭행했을 것이고 원고는 그 경우에도 도움을 구하려고 할 것이었으므로 자신의 행위와 원고의 도움을 구하려는 행위 사이에 인과관계가 없고, 또 피해자의 상해에 대하여 예견가능성도 없었으므로 상당성이 없다고 주장한다. 그러나 오스트리아 최고재판소는 “원고에 대한 공격은 두 가지 관점에서 원고의 남편에 대하여 갑과 을이 행한 고의적 공격의 결과이다: 첫째는 원고가 자신의 남편을 위하여 도움을 요청해야 하는 원

인을 제공받았고, 둘째는 병이 도움요청을 방해함으로써 갑과 을의 편에 서야만 하는 상황이었다. 그리고 갑과 을은 모두 개연성(Wahrscheinlichkeit)의 범위를 넘지 않았다. 즉 피고인 갑의 입장에서 보았을 때 남편이 폭행을 당할 때에 원고가 아무 일도 하지 않고 그저 지켜보기만 하지는 않을 것이라는 것을 예견할 수 있었고, 마찬가지로 병이 갑 및 을과 함께 디스코텍을 떠나는 원고와 그의 남편을 저속한 말로 모욕한 것이라면 원고가 도움을 구하려 하는 상황에서 폭행에 가담하지 않은 병도 그저 가만히 있지는 않았을 것이라는 것은 충분히 예견된다. 병의 행위는 피고의 주장과 달리 우리의 경험칙 밖에 존재하여 인과관계가 중단되는 그러한 정황이 아닌 것이다”⁵⁰⁾ 이 판결에서 보듯이 오스트리아 최고재판소는 개연성과 예견가능성을 근거로 인과관계를 긍정하나, 이 외에도 필자는 갑과 을 및 병의 집단적인 욕설에서 시작된 병의 공동불법행위 유사 가해행위태양도 고려의 대상으로 봄이 상당하다고 여겨진다. 즉 병의 원고에 대한 폭행에 갑과 을의 도발 혹은 참여가 인정되는 것이다. 집단적 행위라는 가해행위의 태양이 가지는 특수한 위험성에도 근거하는 것이다.

5. 손해의 유형과 정도(Art und Umfang des Schadens)

대법원은 인과관계의 판단과 관련하여 ‘손해의 정도’만 언급하고 있으나 다른 사안에서는 손해의 유형도 구체적으로 함께 검토하고 있다. 따라서 손해의 유형뿐만 아니라 손해의 정도도 인과관계의 판단에 중요한 고려의 대상이 된다.

먼저 손해의 유형에 대하여 살펴보면 인과관계의 판단시에 발생한 손해가 생명, 신체, 소유권 등의 절대권에 대한 침해인가 혹은 순수한 재산상의 손해인가를 고려하게 된다. 특히 우리나라는 독일의 경우와 달리 절대권의 침해와 순수한 재산상의 손해를 구별함이 없이 배상될 손해의 범위에 넣고 있다. 이러한 태도를 관찰할 경우 순수한 재산상의 손해를 어느 범위에서 인정하여야 할 것인가의 문제에 봉착하게 된다. 예를 들어 한 가수가 공연을 가는 도중에

50) OGH 28.1.1997, SZ 70/11(S.68).

교통사고를 당하여 공연이 취소되었고, 그 공연의 취소로 공연사가 입은 손해, 그 공연을 위하여 장사를 준비한 사람들의 손해, 공연장의 손해, 공연에서 함께 공연하는 스태프들의 손해 등 무한정의 인과성 있는 손해의 문제가 발생한다. 여기서 배상책임을 통하여 배상받을 수 있는 순수한 재산상의 손해를 일정한 범위에서 제한할 필요성이 제기되는데 이러한 기능을 하는 것이 일반 조항주의 아래에서의 인과관계이다. 그런데 이렇게 생명이나 신체, 소유권과 같은 절대적 법익을 순수한 재산상의 이익과 구분하고 기본적으로 절대적 법익의 침해에 대한 모든 배상을 인정하는 태도는 절대적 법익이 순수한 재산상의 이익보다 중시되는 손해배상책임에 관한 전세계적인 경향을 반영한 것이다.⁵¹⁾ 예를 들어 신체와 관련된 손해에 대하여 그 책임을 엄격하게 하려는 경향은 계란두개골(egg shell skull)원칙에서 잘 드러난다. 영미법상의 계란두개골원칙은 “불법행위자는 가해당시의 피해자의 상태를 감수하여야 한다”(tortfeasor muss take his victim as he finds him)는 일반원칙⁵²⁾을 표현한 것으로 피해자의 특수한 체질이나 질병에 대한 소인으로 피해가 발생한 경우 혹은 확대된 경우에도 원인을 제공한 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 인정하는 원칙이다. 만약 개연성이나 예견가능성만을 가지고 판단할 경우 피해자의 특수한 체질이나 질병은 인과관계의 관점에서 책임발생에 대한 부정적인 역할을 수행하게 될 것이다. 개인의 ‘특수한 체질’이라는 것은 기본적으로 ‘일반적인’ 개연성이나 예견가능성을 부정하게 되기 때문이다. 하지만 이럴 경우 피해자는 구제를 받지 못하게 되는데, 신체의 중요성에 비추어 이러한 결과는 불합리한 것으로 인식된다. 독일 연방대법원도 발생한 손해의 유형이나 심각성이 가해자의 행태로 보아 ‘전혀 개연성이 없는 것이 아니어서’가 아니라, ‘건강상 이미 쇠약해진 피해자를 가해한 자가 자신을 피해자가 건강했었을 경우와 같이 다루어지도록 요구할 수 없기 때문’이라고 설시한다.⁵³⁾

이에 반하여 신체보다 낮은 평가를 받는 ‘순수한 재산상의 손해’가 피해자의 ‘특수한 상황’에 의하여 발생한 경우에는 가해행위와 결과 사이의 인과관

51) V. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, 1999, Rn. 444ff.

52) *Vosburg v. Putney*, 80 Wis. 523, 50 N.W. 403 (Wisc. 1891).

53) BGHZ 20, 137, 139; 107, 359, 363.

계가 부정된다. 굴착기가 가해자에 의하여 훼손되었는데, 피해자가 새로운 굴착기를 조달하여 수급받은 공사를 진행할 자금력이 없어서 공사비용이 증가된 경우, 영국의 상원(House of Lords)은 가해자의 손해배상책임을 부정하였다.⁵⁴⁾ 이 판결을 정당화하는 유일한 근거를 학자들은 신체적 법익에 비하여 낮게 평가되는 순수한 재산상 법익의 지위를 들고 있다.⁵⁵⁾ 인과관계에 관하여 규범목적설을 수용하고 있는 스웨덴 최고법원은 규범목적 자체가 순수한 재산상의 손해와 절대권침해로 인한 손해를 구별하는 것으로 인식하고 있다.⁵⁶⁾ 예를 들어 캠핑카와 자동차를 연결하는 연결부위에 대한 검사를 시행하는 자가 과실로 연결부위의 균열을 발견하지 못하여 사고가 발생한 사안에서 스웨덴 최고법원은 “신체의 상해나 물건의 훼손으로 인한 손해는 순수한 재산상 손해와 달리 판단되어야 한다. 전자에 대하여는 의심스러운 경우 특별한 법률상 행위규범의 보호범위에 해당하는 것으로 해석되어야 한다”⁵⁷⁾는 입장을 견지한다.

대법원도 인과관계와 관련하여 절대적 법익과 순수한 재산상의 손해를 엄격하게 분리하여 후자에 대하여는 원칙적으로 그 책임을 인정하지 않는 입장이다. 즉 공장지대의 전신주를 충격하여 전선이 절단되고 이로 인하여 공장에 전력공급이 중단된 사안에서 “그 전선을 통하여 전기를 공급받아 공장을 가동하던 피해자가 전력공급의 중단으로 공장의 가동이 상당한 기간 중지되어 영업상의 손실을 입게 될지는 불확실하며 또 이러한 손실은 가해행위와 너무 먼 손해라고 할 것이므로, 전주 충격사고 당시 가해자가 이와 같은 소극적인 영업상 손실이 발생할 것이라는 것을 알거나 알 수 있었다고 보기 어렵지만, 이 경우 그 전신주를 통하여 전력을 공급받고 있는 인근 피해자의 공장에서도 예고 없는 불시의 전력공급의 중단으로 인하여 갑자기 공장의 가동이 중단되는 바람에 당시 공장 내 가동 중이던 기계에 고장이 발생한다든지, 작업 중인 자료가 못쓰게 되는 것과 같은 등의 적극적인 손해가 발생할 수 있을 것이라

54) Owners of Dfедger Liesbosch v. Owners of Steamship Edison[1933] A. C. 449, 461.

55) V. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, 1999, Rn. 469.

56) V. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, 1999, Rn. 471.

57) HD 27.2.1991,NJA 1991:19 S. 138.

는 사정은 가해자가 이를 알거나 알 수 있었을 것이라고 봄이 상당하다”고 판시하였다. 순수한 재산상의 손해인 영업상의 손실에 대하여는 가해행위와 너무 먼 손해로서 인과관계가 인정되지 않지만, 기계의 고장이라던가 작업중인 자료가 직접 파손된 경우, 즉 물건의 소유권에 대한 직접적 침해인 것에 대하여는 인과관계를 인정한다. 이 판결은 외형상 예견가능성을 척도로 하여 판단을 하고 있지만 필자의 견해에서 보면 공장이 입은 소극손해, 즉 물건을 팔지 못하여 입은 손해와 적극손해, 즉 기계가 고장이 나고 자료를 폐기하여야 하는 손해는 예견가능성의 입장에서는 동일하다. 오히려 대법원은 순수한 재산상 손해(소극손해)와 소유권이라는 절대권의 침해(적극적 손해)를 구별하여 전자에 대하여는 제한적인 태도를 보인 것이다.

손해의 유형과 더불어 손해의 정도도 인과관계를 판단하는 데에 고려되어야 할 요소이다. 특히 사소한 실수로 발생한 손실이 지나치게 과다한 경우 이를 제한할 필요성이 존재한다. 예를 들어 영국의 추밀원(Privy Council)은 직원이 중유를 하적하면서 실수로 중유가 유출되어 200m 떨어진 내항의 먼지 쓰레기와 섞여 있다가 근처에서 용접을 하던 불꽃이 튀어 항구 전체에 엄청난 손실을 야기한 경우 예견가능성이 없었다는 것을 이유로 단지 항구를 오염시킨 손해만을 인정하였다. 이 판결에서 추밀원은 “사소한 손해를 발생할 것이라고 예측되는 작은 실수에도 불구하고 행위자가 예견가능하지 못한 중대한 손해에 대한 모든 책임을 지우는 것은, 비록 그것이 직접적인 손해라고 하더라도, 현재의 정의감이나 도덕에 부합하지 않는다”⁵⁸⁾고 말한다. 직접적으로는 인과관계의 판단에 있어서 손해에 대한 예견가능성을 언급한 것이지만 그보다는 오히려 사소한 과실로 발생한 중대한 손해배상의 책임을 제한하는 것을 내용으로 하고 있다. 우리 민법도 이러한 점을 고려하여 손해배상의 산정에서 경과실의 경우 배상액의 경감청구를 인정하고 있다(제765조). 실화책임에 관하여는 특히 실화책임에 관한 법률 제3조가 이를 정하고 있다.

58) Overseas Tankship(UK) Ltd. v. Morts Dock &Engineering Co. (The Wagon Mound No. 1) [1961] A. C. 388(PC), S. 422-423.

6. 책임규정의 보호목적(Schutzzweck der Haftungsnorm)

손해배상책임의 발생을 근거 지우는 손해배상청구권의 근거규범은 태생적으로 특정의 범익에 대한 보호목적 및 보호 범익의 범위를 가지고 있다. 따라서 이 청구권근거규범의 해석을 통하여 일정한 행위가 위법한지(Rechtswidrigkeit)의 여부나 규범을 통하여 배상되어야 할 손해(ersatzfähiger Schaden)인지를 결정할 수 있게 된다. 여기서 후자인 배상되어야 할 손해인지의 여부를 판단하는 것이 바로 인과관계와 관련된 책임근거규정의 보호 목적을 고려하는 방법이다. 즉 가해자가 특정의 행위규범을 침해하여 그로 인하여 손해가 발생한 경우에, 침해된 규범의 의미와 목적이 실제로 발생한 그 손해를 예방하기 위하여 만들어 진 경우라면 인과관계가 인정되지만 그렇지 않은 경우에는 인과관계가 부정된다.⁵⁹⁾ 독일과 우리나라⁶⁰⁾의 법원들은 명시적으로는 상당인과관계설을 취하면서도 보완적으로 규범목적의 상당성 판단의 고려대상으로 보고 있다. 예를 들어 독일 연방대법원은 명시적으로 “과실책임의 영역에서 비정상적이며 기대불가능한 인과관계를 제한하기 위하여는 구체적인 주의의무(보다 일반적으로는 책임을 결정짓는 행위규범)의 의미⁶¹⁾를 고려하여야 한다고 하고 있다. 프랑스의 최고법원도 청소년에게 폭죽을 판매하지 못하도록 하는 법률에 반하여 이를 판매한 자는 폭죽으로 인하여 발생한 화재에 대하여는 배상책임을 지지 않는다고 보았다.⁶²⁾ 이 규정은 청소년의 신체를 보호하기 위한 것이지 화재를 막기 위한 것이 아니라고 보았기 때문이다. 조건설을 유일한 인과관계판단의 척도로 사용하고 있는 벨기에에서도 규범의 보호 목적을 고려하여 판단한다. 예를 들어 항공청의 금지에도 불구하고 한 공중낙하동호회에서 낙하행사를 개최하다가 한 회원이 차가운 물의 운하에 떨어져 사망한 사안에서 “낙하금지의 목적이 운하로 발생하는 위험을 막기 위함에 있으므로” 인과관계가 인정된다는 입장을 취한다.⁶³⁾ 유럽불법행

59) BGHZ 27, 137.

60) 규범목적설을 인정한 것으로 여겨지는 전술한 대판 1994.12.27. 94다36285 등 참조.

61) BGHZ 79, 259(262).

62) Cass. civ. 8.4.1986., D. 1986 I. R. 312.

63) Mons 16.2. 1988, R.G.A.R. 1990 Nr. 11743.

위법원칙 Art. 3:201 e)도 규범의 목적을 손해배상의 범위를 결정하는 요소로 명시하고 있다.

손해배상과 관련하여 무과실책임을 원칙으로 하는 법률이나 규정의 경우에 그 법률이나 규범의 목적 내지 취지는 인과관계와 관련하여 책임을 강화하는 역할을 한다. 무과실책임을 인정하는 법률이나 규정은 흔히 어떤 위험원에 대한 관리자로서의 책임을 인정하는 것으로 위험원이 갖는 본래의 위험이 실현되는 경우 관리자의 과실이나 인과관계와 관계없이 배상책임을 인정하기 때문이다. 예를 들어 자동차손해배상보장법상의 승객에 대한 운행자의 책임이나 여러 가지 환경관련특별법들이 여기에 해당한다. 민법의 경우 공작물의 소유자가 지는 책임(제758조 제1항)이 이러한 성격을 갖는 것으로 공작물의 소유자는 공작물이 갖는 위험실현의 개연성이나 자신의 예견가능성 등이 없음에도 불구하고 공작물 존재로 발생할 수 있는 위험의 실현에 대하여 책임을 져야 한다. 유럽불법행위법원칙 Art. 3:201 c)는 책임의 근거(basis of liability)를 손해배상범위의 참작요소로 인정하는데 여기서 말하는 엄격책임을 고려하도록 하는 내용이다.⁶⁴⁾

IV. 결 론

책임법상 인과관계의 문제는 가해행위와 손해의 연결문제를 단순히 원인과 결과라는 자연과학적인 문제로 볼 수 없다. 가해행위로 인하여 실제로 손해가 발생하였느냐의 문제를 자연과학적으로 해결할 수도 없을 뿐만 아니라 인과관계의 문제는 자연과학적인 문제가 아니라 책임을 누구에게 귀속시키는 것이 가장 합당하고 정당한가를 결정하는 책임귀속의 문제이기 때문이다. 다만 이러한 규범적인 접근이 요구되는 인과관계를 구체적으로 어떻게 판단할 것인가의 문제에 대하여 최근의 입법 경향은 일률적이고 통일적인 하나의 척

64) PETL, 62면.

도를 가지고 판단하는 방식을 포기한다. 오히려 인과관계를 다른 책임성립요건과의 관계를 고려하여 종합적으로 판단하는 것이 타당하다는 입장을 취한다. 이러한 태도에 따라 필자도 (1) 개연성, (2) 예견가능성, (3) 가해행위의 태양, (4) 손해의 태양과 범위, (5) 규범의 목적을 인과관계의 판단에 고려해야 할 요소로 제안한다.

예견가능성이란 행위당시의 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였거나 인식할 수 있었는가를 검토하는 척도로, 개연성이 부정되는 경우에도 예견가능성에 의하여 인과관계를 인정하도록 하는 역할을 담당한다. 민법 제393조 제2항이 이를 명시하고 있다.

개연성이란 경험에 의하여 축적된 지식에 근거하여 일정한 사건(A)이 발생한 경우 그 결과로 다른 일정한 사건(B)이 발생할 가능성이 있는 경우에 인정되는 척도이다. 대법원이 인과관계의 판단을 위하여 채택하고 있는 상당인과관계설에서 가장 기본적으로 사용하는 척도로, 가해행위와 결과발생의 반복가능성을 핵심적인 내용으로 한다.

가해행위의 태양이란 행위가 이루어진 방식이나 형식 내지는 가해행위를 통하여 이루어진 객관적 상황을 의미하는 것으로, 가해행위가 사전에 어떠한 방식에 의하여 결정되고 실행되었으며, 가해행위의 결과 어떠한 상황하에서 손해가 발생하였는지를 검토하라는 것이다. 행위자의 과실의 정도나 공동불법행위 등으로 인하여 증가된 위험이 고려되어야 한다.

손해의 유형을 고려하도록 하는 것은 인과관계의 판단시에 발생한 손해가 생명, 신체, 소유권 등의 절대권에 대한 침해인가 혹은 순수한 재산상의 손해인가를 염두에 두어 순수한 재산상의 손해에 대하여는 배상책임을 제한할 필요가 있다는 것이다. 손해의 정도와 관련하여서는 사소한 실수로 발생한 손실이 지나치게 과다한 경우 이를 제한할 필요성이 존재한다는 것이다.

규범의 보호목적은 고려하는 것은 책임을 발생시키는 규정의 규정취지를 검토하는 것이다. 가해자가 특정의 행위규범을 침해하여 그로 인하여 손해가 발생한 경우에, 침해된 규범의 의미와 목적이 실제로 발생한 그 손해를 예방하기 위하여 만들어진 경우라면 인과관계가 인정되지만 그렇지 않은 경우에는 인과관계가 부정된다.

이상에서 나열하고 설명한 인과관계판단의 요소들은 인과관계에 대한 학자들과 실무의 경험이 만들어낸 산물로서, 이러한 척도들을 활용한다는 것은 인과관계를 어떠한 방식으로 접근하여야 하는 것을 가르쳐줄 뿐만 아니라 나아가 손해배상책임의 합리적 결론이 무엇인가를 보여주기도 한다. 인과관계를 통하여 책임이 발생할 것인가 혹은 누구에게 부과할 것인가를 이미 암시하고 있는 것이다. 한편 대법원은 이러한 인과관계판단의 방식과 경향을 이미 수용하고 있는 것으로 판단된다. 다만 이러한 판단이 일부의 국한된 사안, 특히 공무원의 과실로 인한 국가배상의 책임의 경우 등에만 치우쳐 이루어지고 있는데 보다 개방적인 측면에서 일반 민사관련 사안에서도 이러한 방법을 정면으로 받아 들일 필요가 있어 보인다.

투고일 : 2012. 6. 25.	심사일 : 2012. 7. 20.	게재확정일 : 2012. 8. 16.
--------------------	--------------------	----------------------

참고문헌

- 곽윤직, 채권총론, 1994.
김증한/김학동, 채권총론, 1998.
김준호, 채권각칙, 2007.
김용한, 채권법총론, 1983.
김형배/김규완/김명숙, 민법학강의, 2009.
이은영, 채권각론, 2007.
- 박운길, “불법행위에 있어서 인과관계의 역할”, 법학연구(한국법학회), 제19집, 155-174, 2005. 10.
- 박희호, “책임의 성립과 배상범위의 확정을 위한 인과관계의 구별에 관한 재론”, 법학연구(경상대학교 법학연구소), 제18권 제1호, 307- 327, 2010.4.
- 서광민, “불법행위와 책임귀속”, 고시계, 92/2, 26-40.
- 신유철, “유럽불법행위법의 통일과 전망”, 법학연구(충북대학교), 제15권 제1호, 137-157, 2004.12.
- 하운수, “불법행위에서의 인과관계의 역할과 책임구조”, 동아법학 제20호, 1996.2.
- 홍천용, “불법행위성립요건으로서의 인과관계”, 고시계, 96/8, 50-64.
- Christian v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, 1999.
- Ernst v. Caemmerer, Gesammelte Schriften Band I, 1968.
- European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law - Text and Commentary, 2005.

<국문요약>

책임법에 있어서 인과관계의 구체적 척도에 관한 연구 - 대법원 판례에서 사용되는 척도를 중심으로 -

박 희 호

책임법상 인과관계의 문제는 가해행위와 손해의 연결문제를 단순히 원인과 결과라는 자연과학적인 문제로 볼 수 없다. 가해행위로 인하여 실제로 손해가 발생하였느냐의 문제를 자연과학적으로 해결할 수도 없을 뿐만 아니라 인과관계의 문제는 자연과학적인 문제가 아니라 책임을 누구에게 귀속시키는 것이 가장 합당하고 정당한가를 결정하는 책임귀속의 문제이기 때문이다. 다만 이러한 규범적인 접근이 요구되는 인과관계를 구체적으로 어떻게 판단할 것인가의 문제에 대하여 최근의 입법 경향은 일률적이고 통일적인 하나의 척도를 가지고 판단하는 방식을 포기한다. 오히려 인과관계를 다른 책임성립요건과의 관계를 고려하여 종합적으로 판단하는 것이 타당하다는 입장을 취한다. 이러한 태도에 따라 필자도 (1) 개연성, (2) 예견가능성, (3) 가해행위의 태양, (4) 손해의 태양과 범위, (5) 규범의 목적을 인과관계의 판단에 고려해야 할 요소로 제안한다.

예견가능성이란 행위당시의 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였거나 인식할 수 있었는가를 검토하는 척도로, 개연성이 부정되는 경우에도 예견가능성에 의하여 인과관계를 인정하도록 하는 역할을 담당한다. 민법 제393조 제2항이 이를 명시하고 있다.

개연성이란 경험에 의하여 축적된 지식에 근거하여 일정한 사건(A)이 발생한 경우 그 결과로 다른 일정한 사건(B)이 발생할 가능성이 있는 경우에 인정되는 척도이다. 대법원이 인과관계의 판단을 위하여 채택하고 있는 상당인과관계설에서 가장 기본적으로 사용하는 척도로, 가해행위와 결과발생의 반복가능성을 핵심적인 내용으로 한다.

가해행위의 태양이란 행위가 이루어진 방식이나 형식 내지는 가해행위를 통하여 이루어진 객관적 상황을 의미하는 것으로, 가해행위가 사전에 어떠한 방식에 의하여 결정되고 실행되었으며, 가해행위의 결과 어떠한 상황에서 손해가 발생하였는지를 검토하라는 것이다. 행위자의 과실의 정도나 공동불법행위 등으로 인하여 증가된 위험이 고려되어야 한다.

손해의 유형을 고려하도록 하는 것은 인과관계의 판단시에 발생한 손해가 생명, 신체, 소유권 등의 절대권에 대한 침해인가 혹은 순수한 재산상의 손해인가를 염두에 두어 순수한 재산상의 손해에 대하여는 배상책임을 제한할 필요가 있다는 것이다. 손해의 정도와 관련하여서는 사소한 실수로 발생한 손실이 지나치게 과도한 경우 이를 제한할 필요성이 존재한다는 것이다.

규범의 보호목적은 고려하는 것은 책임을 발생시키는 규정의 규정취지를 검토하는 것이다. 가해자가 특정의 행위규범을 침해하여 그로 인하여 손해가 발생한 경우에, 침해된 규범의 의미와 목적이 실제로 발생한 그 손해를 예방하기 위하여 만들어진 경우라면 인과관계가 인정되지만 그렇지 않은 경우에는 인과관계가 부정된다.

이상에서 나열하고 설명한 인과관계판단의 요소들은 인과관계에 대한 학자들과 실무의 경험이 만들어낸 산물로서, 이러한 척도들을 활용한다는 것은 인과관계를 어떠한 방식으로 접근하여야 하는 것을 가르쳐줄 뿐만 아니라 나아가 손해배상책임의 합리적 결론이 무엇인가를 보여주기도 한다. 인과관계를 통하여 책임이 발생할 것인가 혹은 누구에게 부과할 것인가를 이미 암시하고 있는 것이다. 한편 대법원은 이러한 인과관계판단의 방식과 경향을 이미 수용하고 있는 것으로 판단된다. 다만 이러한 판단이 일부의 국한된 사안, 특히 공무원의 과실로 인한 국가배상의 책임의 경우 등에만 치우쳐 이루어지고 있는데 보다 개방적인 측면에서 일반 민사관련 사안에서도 이러한 방법을 정면으로 받아 들일 필요가 있어 보인다.

주제어: 책임법, 인과관계, 사실적 인과관계, 규범적 인과관계, 책임귀속, 개연성, 예견가능성, 가해행위의 태양, 손해의 태양, 손해의 정도, 규범의 목적

<Zusammenfassung>

Konkrete Kriterien der Kausalität

Park, Hee-Ho

Kausalität ist nichts weiter als die Verbindung zwischen einem Fehlverhalten und einem ersatzfähigen Schaden. Diese Verbindung zwischen Fehlverhalten und Schaden ist allerdings nicht faktisch oder naturwissenschaftlich zu entscheiden, Bei der Prüfung der Kausalität handelt es sich vielmehr um die Ermittlung der Grenze, bis zu der dem Setzer einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen biligerweise zugemutet werden kann. Hier geht es um einem geschlossener normativer Bewertungsvorgang.

Auf die Frage, von welcher Art diese Verbindung sein muss, gibt es dagegen keine ein für allemal passende Antwort. Eingebunden in einen wertenden Gesamtvorgang, einen Entscheidungsprozess, in dem alle drei Grundpfeiler der Haftung, nämlich Pflichtverletzung, Schaden und Kausalität, für die jeweils anderen beiden von Bedeutung bleiben, weil sie auf ihre Substanz abfärben, vollzieht sich die Kausalitätsprüfung auch ihrerseits im Rahmen eines Abwägungsprozesses, in dem je nach den Umständen des Falles verschiedene Zurechnungskriterien zusammenlaufen und aufeinander abgestimmt werden.

Wahrscheinlichkeit ist von erheblicher Bedeutung bei der Prüfung eines Kausalitätszusammenhanges. Dabei geht es um die Wiederholbarkeit: Wenn sich A ereignet, dann folgt nach dem dem Richter zur Verfügung

stehenden Erfahrungswissen das Ereignis B nach. Das oberste Gericht von Korea sieht sie als das wichtigste Kriterium.

Das zweite Zurechnungskriterium der Kausalität ist die Vorhersehbarkeit. Es geht um die Vorhersehbarkeit der auf die Pflichtverletzung folgenden wirklichen Ereignisse und des sich aus ihnen realiter entwickelnden Schadens, nicht um den Vergleich mit einem bloss in der Phantasie des Urteilenden existierenden Ereignisverlauf.

Bei Urteil der Art des Fehlverhaltens ist zu entscheiden, wie gefährlich das Fehlverhalten des Beklagten eigentlich für den Schaden ist. Dabei geht es darum, ob der Täter ein gefährliche Dinge benutzt hat, ob nicht allein sondern gemeinsam mit anderen den Schaden zugefügt hat, oder ob der Schaden auf grobes Verschulden beruht usw.

Soweit es um die Art des Schadens geht, gilt die Regel, dass Körper- und Gesundheitsschäden unter erleichterten Voraussetzungen zugerechnet werden als Sachbeschädigungen, und diese wiederum eher als reine Vermögensschäden.

Letztlich bei der Prüfung des Schutzzwecks sind ganz ungewöhnliche oder unerwartete Verläufe aus dem Haftungszusammenhang, der untrennbar mit dem Inhalt der konkreten Sorgfaltspflicht (allgemeiner, der der Haftungsfolge zugrunde liegende Verhaltensnorm= verbunden ist.

Key Words: Haftungsrecht, Kausalität, faktische Kausalität, normative Kausalität, Zurechnung, Wahrscheinlichkeit, Vorhersehbarkeit, Art des Fehlverhaltens, Art und Umfang des Schadens, Schutzzweck der Haftungsnorm