

## 法規違反行爲로 인한 손해배상청구권의 主體 및 營業損失 인정 여부

- 집시법 위반행위자에 대한 인근 상인들의 손해배상청구에 관하여 -

김 제 완\*

### 목 차

#### I. 序 論

#### II. 不法行爲法에서의 當事者 : 法規違反行爲와 被害者の 範圍

1. 문제의 제기
2. 法規違反行爲와 保護法益에 대한 비교법적 고찰
3. 우리 판례상 法規違反行爲와 保護法益
4. 소결 : 집시법 위반행위예의 적용

#### III. 相當因果關係와 영미법상 近接性(remoteness)의 法理

1. 문제의 제기
2. 직접적인 신체상의 가해행위가 없는 정신적 충격
3. 賠償의 대상이 되는 損害 : pure economic loss의 인정여부

#### IV. 憲法的 價値와 損害賠償

1. 문제의 소재
2. 학문의 자유·출판의 자유와 손해배상
3. 집회·결사의 자유와 손해배상
4. 소결

#### V. 慰藉料

1. 문제의 소재
2. 비교법적 고찰
3. 우리 판례의 입장

#### VI. 結 論

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수

## I. 序 論

최근 특정 집회가 집회 및 시위에 관한 법률의 특정 조항에 위반하였음을 근거로 하여, 그 인근의 상인들이 집회주최자들을 상대로 하여 영업상의 손해에 대한 배상을 청구하는 사례가 이목을 끌고 있다. 해당 집시법 조항이 위헌인지 여부의 문제를 고려하지 않는다면, 일단 집회주최자들이 실정법에 위반한 행위를 하였으니, 원고측에서는 일단 이를 위법한 행위라고 판단한 것으로 생각된다. 나아가 피고측에게 고의 또는 과실이 있는 것도 비교적 명백한 것으로 보이니, 귀책사유도 문제가 없다고 생각될 것이다. 인과관계가 다소 애매하기는 하나, 이는 매출액의 감소 등을 입증하고 이를 법규위반 집회의 일정, 집회장소와 업소와의 공간적 근접성, 당해 업소영업의 특수성 등을 꼼꼼히 입증하면, 상당인과관계를 입증하는 것도 그리 어려운 일은 아니라고 생각한 것으로 추측된다.

그러나 한편 생각해 보면, 법규위반 집회장소의 인근 상인들만 손해를 입은 것은 아닐 것이다. 인근의 주민들도 출입상의 불편함과 야간 소음과 조명 등으로 손해를 입었다고 주장할 수 있다. 서울 중심부의 교통이 상당부분 마비되었으니, 택시기사들도 손해를 주장하고 나올 수 있다. 택시영업에 손해를 가하였다고 인정하는 경우에도 문제는 남는다. 피해자는 택시기사들인가 또는 택시회사인가? 상인들의 경우도 마찬가지이다. 법규위반 집회로 인하여 매출이 줄어 그 업소에 식자재를 납품하는 회사의 영업이 줄었을 수도 있고, 영업시간을 단축하거나 단기 휴업을 하여 일용근로자가 일자리를 잃는 손해를 입었다고 주장할 수도 있다. 이와 같은 모든 “피해자”들의 손해배상청구를 인정한다면, 이는 “붓물이 터지듯” 소송이 폭주하는 사회경제적 문제(영미법에서 말하는 이른바 floodgate arguments)가 발생하게 된다.

언뜻 보기에 특정한 법규위반행위로 인한 피해자라고 생각할 수 있지만, 이를 불법행위로 인한 손해배상청구권의 주체로서의 피해자라고 보기 어려운 경우가 많다는 점은 불법행위법이 해결해야 하는 기본적인 난제 중의 하나로서, 우리나라에서는 다소 생소한 문제라고 느낄지 모르나 외국에서는 이미 많은 논의가 이루어져 왔다.

이 글에서는 법규위반행위가 모두 불법행위로 될 수 있는지, 불법행위로 되

는 경우에 그 요건과 피해자의 범위가 어떻게 되는지, 나아가 불법행위가 인정되는 경우 배상하여야 할 대상으로서의 손해는 무엇인지에 관하여 살펴봄으로서, 최근 문제가 되고 있는 집시법 위반행위자에 대한 인근 상인들의 손해배상 청구의 당부에 관하여 민사법적인 쟁점을 중심으로 생각해 보는 기회를 가지고자 한다. 일단 논의의 편의를 위하여 불법행위의 당사자로서 피해자의 범위에 관한 법적 논의로부터 이야기를 풀어 나가 보자.

## II. 不法行爲法에서의 當事者 : 法規違反行爲와 被害者の 範圍

### 1. 문제의 제기

특정한 불법행위에 있어서 현실적인 피해를 입었음이 분명하지만 그를 법적인 피해자로 판단할 수 있는지 불분명한 경우에 관하여, 쟁점을 좀 더 부각하기 위하여 몇가지 사례를 들어보도록 하자.

우선 간접적 피해자 문제를 들 수 있다. 공장 기계 부품으로 사용된 제조물의 결함으로 공장 전체의 가동이 중단된 경우, 회사는 영업상 재산상의 피해를 입었을 것이니 제조물책임법상의 피해자라고 할 수 있다. 그런데 가동 중단기간 중 일자리를 잃게 된 일용근로자들도 피해자라고 할 수 있을까? 나아가 그 기간중 매출이 없게 된 구내식당 운영자도 피해자인가? 외국에서 강학상 전형적인 사례로 종종 인용되는 오페라 가수사건도 대표적인 예이다. 오페라 가수가 공연장으로 가던 중 교통사고를 당하여 오페라 가수가 신체상의 상해를 입은 사안인데, 가수 본인이 손해배상을 청구하는 것은 문제가 없을 것이다. 그런데 그로 인해 공연이 취소된 것을 이유로 극단 공연주가 영업상의 손실을 청구할 수 있는가? 만일 티켓 약관에 “가수의 사정으로 인하여 공연이 취소되어도 환불해 주지 않는다”는 내용이 있다면, 극단 공연주 대신 티켓을 산 관객들에게 손해가 전가되니, 이들이 교통사고 가해자에게 손해배상을 청구할 수 있을까?

목적피해자(이른바 bystander 문제)도 종종 발생하는 사건이다. 교통사고로 A가 사망하였는데, 행인들 중 한 사람이었던 임산부 B가 이를 목격하고 충격

에 의하여 유산하였다고 하자. B는 유산에 관하여 교통사고의 피해자라고 할 수 있는가? 사안을 바꾸어 A와 B가 부부였던 경우는 어떠할까? 또는 A와 B가 부부인데 B가 사고를 목격하지는 못했고 집에서 있다가 소식을 듣고 충격을 받아 유산한 경우라면 어떨까? 이는 사고로 인하여 직접적으로 신체나 재산상의 손해를 입지 않은 채 정신적 충격을 받았을 경우 이에 대한 손해를 어떤 요건 하에 어디까지 인정할 것인가의 문제이다.<sup>1)</sup>

민사상 손해배상의 주요 원인으로 계약과 불법행위를 들 수 있다. 그런데 양자는 서로 다른 특징이 있다. 일단 계약의 경우는 당사자가 처음부터 분명하다. 계약 위반이 발생하면 피해자가 그 계약의 상대방임이 분명하고, 상호간 계약 관계에 있지 않은 다른 사람이 손해를 입었다 하더라도 계약위반자가 손해배상 책임을 부담하여야 할 이유가 없는 것이 원칙이다. 반면 불법행위는 애당초 그 법률관계의 당사자가 미리 정하여 있는 것이 아니다. 사고로 인하여 사후적으로 당사자가 정하여지는 것이다. 대부분의 경우는 가해자와 피해자가 분명하여 불법행위로 인한 손해배상관계에서의 당사자가 누구인지가 크게 문제되지 않는다. 그러나 사안에 따라서는 누가 가해자인지, 누구까지가 피해자인지를 사실 인정 단계에서 뿐만 아니라 규범적 판단단계에서도 심사숙고하여 검토하여야 할 경우가 종종 발생하게 된다. 이 점은 불법행위법의 중요한 특징 중의 하나이다.

다음으로 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 중시하여야 할 이념 중에는 피해자에 대한 완전한 배상도 중요하지만, 손해의 공평한 분담도 그에 못지않게 중요한 가치라는 점을 들 수 있다. 불법행위법 영역에 있어서는 가해자와 피해자가 따로 있는 것이 아니라, 누구든지 우연한 사정으로 가해자, 피해자가 될 수 있다는 특징이 있기 때문이다. 그렇기 때문에 사고로 인한 책임의 위험을

1) 몇 년 전 있었던 예를 들자면, 초등학교 소방훈련 중 시범을 보인 학부모가 고가사다리에서 추락 사한 사건을 생각해 볼 수 있다. 사고를 목격한 어린이들 약 40명이 이른바 외상성 스트레스 장애(PTSD ; Post Traumatic Stress Disorder)을 겪었다고 한다. 자녀가 자기 부모의 사망을 목격하고 정신적 충격을 받았다면 이는 사고의 피해자라고 할 수 있다고 생각된다. 그런데 다른 어린이나 사고를 직접 목격하지 않은 유자녀가 외상성 스트레스 증후군을 앓은 경우 이를 사고의 피해자라고 할 수 있을까? 외상성 스트레스장애에 관한 법적 논의는, 김제완, “영미법상 정신적 충격으로 인한 손해의 배상과 산정 -쇼크 손해 및 외상 후 스트레스 장애(PTSD)를 중심으로,” (법조, 2009. 4.) 참조.

무한히 확대하는 것은 바람직하지 않다는 점이 지적되는 것이다.<sup>2)</sup>

그렇다면, 법규위반행위로 인한 피해자의 범위는 어떻게 판단되어야 할까? 이에 관하여 피해자의 범위 확정에서 있어서 법규위반행위에 있어서 보호법익의 문제로부터 출발하여 비교법적으로 살펴본 후, 우리나라에서의 사례들을 검토하여보기로 한다.

## 2. 法規違反行爲와 保護法益에 대한 비교법적 고찰

### (1) 논의의 성격

교통사고의 예를 들자면, 그 피해자는 보통 그로 인하여 생명, 신체 또는 재산상의 손해를 입은 사람일 것이다. 이를 1차적 피해자(primary victims)라고 할 수 있다. 그러나 사안에 따라서는 이에 그치지 않고 사고목격자와 피해자의 친인척내지 유족, 사고에 대해 책임감을 느끼는 사람 등 2차 피해자(secondary victims)가 발생한다. 통상적으로 이들은 정신적인 손해를 입는 것으로 주장된다. 나아가 경찰, 응급구조대, 의료인, 기자 등의 정신적 피해 여부가 문제되는 경우에 이를 3차 희생자(tertiary victims) 문제라고 표현하기도 한다.<sup>3)</sup> 그러나 이는 醫學的인 판단일 뿐이다. 그렇다면 “교통사고의 피해자”를 規範的인 어떻게 판단하여야 할까?

이 문제는 계속되는 인과관계를 어디에서 끊어야 할 것인가의 문제라고 생각할 수도 있으나, 그와는 다른 측면도 있다. 1차, 2차, 3차 피해자가 순차적으로 발생하는 경우도 있으나, 동일한 사고에 의하여 여러 건의 신체·생명 피해와 정신적 충격 피해가 동시에 진행되는 경우도 있기 때문이다. 나아가 이 문제는 通常의 損害와 特別事情으로 인한 損害에 관한 문제가 아닌가 생각해 볼 수도 있으나, 損害의 範圍에 앞서 責任의 歸屬 여부가 문제되는 것이어서 이와는 다

2) 예컨대, 금방 구입한 새 승용차에 접촉사고가 일어난 경우, 손해배상으로 수리비만을 인정하는 것이 피해자에게는 부당하게 과소한 것으로 느껴질 수 있지만, 누구나 교통사고 가해자가 될 수 있다는 점도 고려할 때 완전배상이 항상 최선의 합리적인 방안은 아니라는 점을 들 수 있다.

3) 인제대학교 스트레스센터 홈페이지 <http://www.stresscenter.co.kr/menu-3/sub3-3.asp> 참조(최종 방문일 2010. 5. 2.)

르다.<sup>4)</sup> 이는 오히려 어떤 유형의 사고가 발생하였을 때 그로 인한 피해자는 어디까지로 보는 것이 합리적인지를 규범적으로 확정하는 문제이다.

이와 같이 피해자의 범위를 확정하는 문제는 다른 측면에서 보면 侵害된 保護法益의 문제로 된다. 독일에서는 이 문제에 관하여, 하나의 가해행위로 인하여 서로 다른 법익주체에게 각자 독자적인 불법행위가 성립되는 ‘二重的 不法行爲(Doppeldelikt)’의 문제라고 설명하거나, 하나의 동일한 不法行爲에 의하여 발생한 直接被害者와 間接被害者 문제에서 시작하지만 그 침해가 보호법익의 범위 내에 포함될 수 있는가의 문제라고 보기도 한다.<sup>5)</sup>

한편, 보호법익 나아가 규범목적과 관련하여, 우리 법에 강한 영향을 미치고 있는 독일 민법에서 불법행위를 두 가지 유형으로 분류하고 있는 점은 특정 피해자에 대한 불법행위의 성립 여부가 불분명한 경우의 논의에 있어서 우리가 종종 간과하고 있는 것으로서, 유의할 필요가 있다.

## (2) 독일 민법상 法規違反行爲와 保護法益

독일민법에서는 불법행위를 두 가지로 나누어 요건을 달리 정하고 있다. 일반적인 규정으로서, “고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 경우”가 있다(BGB §823①). 다른 하나는 “타인의 보호를 목적으로 하는 법률에 위반한 경우”이다(BGB §823②).

두 번째 유형을 통하여 알 수 있는 것은 독일의 경우 타인의 생명 신체 등을 직접적으로 위법하게 가해한 경우에 관하여는 우리민법과 같이 일반적인 손해배상청구권을 인정하고 있지만, 단순한 법규위반행위에 관하여는 일반적으로 불법행위의 성립을 인정하지 않는다는 점이다. 즉, 그가 위반한 규범의 규범 목적을 고려하여, 그 규범이 타인(피해자)의 보호를 목적으로 하는 법률인 경우에만 법규위반행위에 관하여 불법행위의 성립을 인정한다. 자세한 논의는 독일민

4) 예컨대, 통상의 손해를 입지 않은 사람에게 특별사정으로 인한 손해를 인정할 수 있는가? 대부분 부정적일 것이다. 손해의 범위 문제에 앞서 책임의 귀속이 판단되어야 하기 때문이다.

5) 박동진, “제3자 쇼크 損害에 대한 責任의 成立과 範圍” 한독법학 제13호(2002) pp584-585 ; 임견면, “제3자의 쇼크피해에 대한 損害賠償의 범위” 法理論과 實務 제2집(1998, 영남민사법학회·영남민사소송법학회) pp39-41 참조.

법 전문가의 연구에 맡길 것이지만, 여기서는 문안상 명백한 내용을 한도로 하여 간략히 그 취지만을 이해해 보고자 한다.

예컨대, A가 무허가로 식당을 운영하였다고 하자. 정상적인 영업허가를 받은 인근 식당 운영자인 B가 A의 무허가 불법영업으로 인하여 매출감소로 재산상의 손해를 입었을 때, B는 A에게 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있을까? 일단 A의 행위는 B의 영업권이나 재산을 직접적으로 침해한 것이 아니므로 BGB §823①의 불법행위에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다. 그렇다면 다음으로 BGB §823②의 불법행위가 성립할 수 있을까? A의 행위가 식품위생관련 법규에 위반한 ‘위법한 행위’임에는 틀림없다. 이는 공법적인 관계이고, 달리 표현하면 국가와의 관계에서 위법한 것이다. 그러나 그와 같은 법규위반행위 내지 위법한 행위가 B와의 관계에서 민사상 불법행위로 되는가는 별개의 문제로서, 불법행위의 성립을 단정할 수 없다. 예컨대 A가 위반한 법규가 인근 상인들의 영업권 보호를 목적으로 하는 규범이라면, B에 대한 불법행위가 성립할 수 있을 것이다. 그러나 위반한 규범목적이 일반적이고 추상적인 ‘국민의 건강권 보호’에 있거나 또는 조세정책상의 세원확보 등 공법상의 이유라면, 설사 A가 당해 법규를 위반한 행위를 하였다고 하여도 그 자체만으로 B에 대해 민사상 불법행위가 성립하는 것은 아니라고 보아야 한다.

법규위반행위가 불법행위로 되는지에 관하여 보호법익을 요건으로 하고 있는 다른 나라의 예는 뒤에서 다시 살핀다.

### (3) 유럽 不法行爲法 原則에서의 保護法益 판단기준

불법행위로 인하여 손해를 입은 자의 유형이 다양할 경우, 어느 범위까지 법적으로 보호할 것인가는 국제적인 통일 내지 조화(harmonization)가 필요한 문제이기도 하다. 유럽 불법행위법의 통일 내지 조화를 위한 작업의 하나로 제시된 유럽 不法行爲法 原則(Principles of European Tort Law)에서도 개인의 이익이 어디까지 보호될 수 있는 것인지를 결정하는, 보호법익의 범위결정상의 원칙과 고려사항에 관하여 제시하고 있다. 이는 우리에게 시사점을 준다.

유럽 불법행위법 원칙 제2:102조 제1항에서는, ‘이익의 보호범위는 해당 이익

의 성질에 따라 결정된다. 이익의 가치가 높을수록, 이익의 정의가 정밀할수록, 그리고 이익이 명백할수록 그 보호범위는 더 확장된다.’(The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection.)고 보호법익의 범위결정상의 원칙을 규정하고 있다.

나아가 제5항과 제6항에서는 ‘이익의 보호범위는 책임의 성질에 의해서도 영향을 받을 수 있다. 따라서 의도적인 손상의 경우 해당 이익은 다른 경우에 비하여 더 광범위한 보호를 받을 수 있다.’(The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases.) ‘이익의 보호범위는 행위자의 이익, 특히 행위의 자유와 자기 권리의 행사 및 공공의 이익을 모두 고려하여 결정한다.’(In determining the scope of protection, the interest of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to taken into consideration.)고 규정하여 보호범위 결정시 구체적인 고려사항을 규정하고 있다.<sup>6)</sup>

#### (4) 영미법상 被害者の 판단기준 : unforeseeable plaintiff의 법리

한편, 영미법상으로도 불법행위의 성립 여부와 관련하여 보호법익의 범위는 고려되어야 한다.<sup>7)</sup> 나아가 영미법상으로는 불법행위로 인한 피해자의 범위를 정함에 있어서 예측가능하지 않았던 피해자에게는 불법행위의 성립을 부정하는데, 이를 unforeseeable plaintiff의 법리라고 한다. 이는 1928년 뉴욕 항소법원에 있었던 *Palsgraf v. Long Island Railway Co.* 사건에서 유래한 것인데, 이 사건 판례는 미국 불법행위론에 있어서 가장 많은 논의가 이루어진 판례 중의 하나이다.<sup>8)</sup>

6) European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary* (Springer, 2005), p237 (한국어 번역 신유철)

7) W. Page Keeton, *Prosser and Keeton on Torts* (West Group, 1984), p275

8) *Palsgraf v. Long Island Railway Co.*, 1928, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 ; W. Page Keeton, op.cit. (주7) p284



이 사건에서, 피고 철도회사가 운행하는 기차에 승차하려고 뛰어가는 승객을 돕기 위해 피고회사의 직원이 승객을 돕기 위해 가방을 잡아 주다가 실수로 가방을 떨어뜨렸다. 그런데, 가방 속에는 화약이 들어 있어서 폭발이 일어났고, 그 폭발의 여파로 인근에 있던 저울이 넘어져 옆에 있던 사람이 다쳤다. 피해자는 철도회사직원의 과실을 이유로 하여 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사안이다. 이 사건에서 다수의견은 과실에 의한 이 피해자에 대한 불법행위(negligence)의 성립을 부정하였다. 그 이유는, 우선 불법행위란 ‘일종의 당사자간의 관계’(a matter of relation)로서, 이는 ‘실제로 피해를 입은 사람에 대한 손해발생의 예측가능성’(the foreseeability of harm to the person in fact injured)에 기초하고 있다는 것이다. 따라서 이 사안에서 직원의 행위가 누군가에게(예컨대 가방 주인에게) 과실에 의한 불법행위가 된다고 하여, 다른 사람(본건의 경우 저울 옆에 있다가 부상당한 사람)에게도 당연히 불법행위가 되는 것은 아니라는 것이다. 본건 피해자는 ‘자기 권리에 기하여, 자기에게 잘못된 사람을 상대로’ 청구하여야 하며, ‘다른 사람에 대한 의무위반의 대위 수혜자로서’ 손해배상을 청구해서는 안된다는 것이다.<sup>9)</sup>

이에 대해 소수의견에서는, 주의의무란 특정인을 향한 것이 아니라 사회 전체를 향한 것이라고 보았다. 따라서 이 사건에서 직원은 손해발생을 예측할 수 있었던 범위 내의 피해자에게만 불법행위를 한 것이 아니라, 위험 영역 밖에 있었던 것으로 평가될 수 있으나 실제로는 손해를 당한 사람에 대해서도 불법행위를 행한 것이라고 보았다. 이 판결 후 미국의 불법행위 Restatement는 다수 의견을 채택하여, 예측할 수 없었던 피해자에 대하여는 주의의무가 없고, 따라서 불법행위나 손해배상책임도 성립하지 않는다는 원칙을 세웠다. 그 후 이와 같은 법리의 세부 판단기준을 두고 많은 논의가 있었는데, 결국은 因果關係의 近接性 要件(proximate cause)에 귀결되는 것으로 이해되고 있다.<sup>10)</sup>

결국 영미법상으로는 가해자에게 책임을 묻는 데 있어서 사실적 인과관계만으로 부족하며 추가적으로 근접성을 요구한다고 할 수 있다. 이는 피해가 가해

9) ...sue in her own right for a wrong personal to her, and not as the vicarious beneficiary of a breach of duty to another... ; W. Page Keeton, op.cit.(주7) p285

10) W. Page Keeton, op.cit.(주7) p300

자의 행위의 결과로부터 너무 먼 것이 아니어야(not too remote)하고, 豫測可能性(foreseeability)이 있어야 한다는 것을 의미한다.<sup>11)</sup>

### 3. 우리 판례상 法規違反行爲와 保護法益

우리 민법은 독일민법과 같이 법규위반행위를 불법행위로 인정하는 요건에 관하여 별도의 규정이 없다. 그러나 우리나라에서도 공법상의 법규위반행위가 국가가 아닌 제3자에 대해 불법행위로 될 수 있는가에 관하여는 몇몇 사례가 보인다.

#### (1) 藥師法 · 소비자보호법 위반 사건

몇 해 전 페닐프로판올아민(Phenylpropanolamine, PPA)라는 약품이 포함된 감기약으로 인하여 뇌졸중이 발생하고, 그로 인하여 여러 건의 사망사고가 발생한 일이 있었다. 해당 감기약은 리콜되었고, 피해자들의 유족은 당해 감기약을 제조한 국내 제약회사와 로열티를 받은 다국적 제약업체, 그리고 국가를 상대로 손해배상청구를 한 사건이 있었다. 이 사건에서는 물론 의약품의 제조물 책임 요건이 주된 쟁점이었지만, 부수적인 쟁점중의 하나로 국가를 상대로 한 손해배상청구권의 성립 여부도 문제되었다.<sup>12)</sup> 국가 공무원이 약사법에 규정한 의무를 제대로 이행하지 않았기 때문이었다.

원고는 식약청이, ① 외국에서는 그 위험성으로 인하여 PPA 함유 의약품의 제조, 판매가 금지되었음에도, PPA감기약을 ‘오 · 남용 우려 의약품’으로 지정하지 않은 점(약사법 제56조 제11호 참조) ② 미국 식품의약품안전청(FDA)에서 정한 1일 최대 75mg 복용금지라는 기준을 위반하여 PPA 함유 복합제에 대

11) 예컨대 *Wagon Mound* 사건에서 과실에 의해 유류가 항만에 누출될 경우 어떤 손해가 발생할 것으로 예측할 수는 있지만, 누출된 유류에 불이 붙어 타인의 선박에 손해를 가할 것까지 예측할 수는 없다고 판시한 바 있다. *Overseas Tankship (U.K.) v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] 1 All E.R. 404 (P.C.).

12) 이 사건에 관하여는, 김제완, “제약산업과 제조물책임,” 사법 제2호(사법연구지원재단, 2007. 12.) 참조

한 제제기준을 1일 최대복용량 100mg 이상으로 정함으로써 구 소비자보호법상 소비자들을 위한 危害防止義務를 해태하였다는 점, ③ 소비자의 생명, 신체에 위해를 끼칠 염려가 있는 PPA감기약에 대한 수거, 파기 등의 조치의무를 이행하지 않은 잘못이 있다는 점 등을 지적하였다.<sup>13)</sup> 이 중에서 이 글의 주제와 관련이 있는 것은 첫 번째 쟁점이다. 약사법 제56조를 국가공무원이 위반함으로써 PPA감기약이 시중에 유통되었고, 그 결과 피해자가 사망한 것이라면, 국가의 약사법 법규위반행위가 피해자에 대하여 민사상 불법행위로 되는가 하는 점이다. 사건에서 문제가 된 당시의 관련 규정은 다음과 같다.

약사법 제56조(제조 등의 금지)에서는 제69조 제1항 제4호에 해당하는 의약품은 이를 판매하거나 판매의 목적으로 제조·수입·저장 또는 진열하는 것을 금하고 있는데, 제69조(허가취소와 업무의 정지 등) 제1항 제4호는 “국민보건에 위해를 끼쳤거나 또는 끼칠 염려가 있는 의약품 등 및 그 효능이 없다고 인정되는 의약품 등을 제조·수입 또는 판매한 때”에는 “식약청장이 …… 그 허가·승인·등록의 취소 또는 제조소를 폐쇄하거나 품목제조 금지 또는 품목수입 금지를 명하거나 기간을 정하여 그 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다”는 내용이다.

다음으로 당시의 소비자보호법 제17조의4(수거·파기명령 등) 제1항에서는 “중앙행정기관의 장은 사업자가 제공한 물품 및 용역의 결함으로 인하여 소비자의 생명·신체 및 재산상의 안전에 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 있다고 인정되는 경우에는 대통령령이 정하는 절차에 따라 당해 물품의 수거·파기 또는 수리·교환·환급을 명하거나 제조·수입·판매금지 또는 당해 용역의 제공금지를 명할 수 있고, 당해 물품 및 용역과 관련된 시설의 개수 기타 필요한 조치를 명할 수 있다”고 정하고 있다.

이와 같은 규정에 비추어보면, 식약청은 소비자의 안전에 위해를 끼칠 우려가 있는 본건 PPA의약품을 마땅히 수거하거나 기타 필요한 조치를 취하였어야 하는데, 이를 제대로 행하지 아니하여 약사법 내지 소비자보호법에 위반하였다는 것이 원고측의 주장이다.

이에 대한 서울고등법원은 판시 내용은 다음과 같다.

13) 서울고등법원 2007. 7. 11. 선고 2006나29855

“일반적으로 공무원이 그 권한을 행사함에 있어서는 국민에 대하여 손해를 방지하여야 할 의무 내지 국민의 안전을 배려하여야 할 직무상의 의무를 부담하고, 공무원이 직무를 수행함에 있어 그 근거 되는 법령의 규정에 의하여 구체적으로 공무원에게 부과된 의무 가운데 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나 또는 그 직무상 의무가 국민의 이익을 위한 것이라도 개개의 국민을 염두에 둔 것이 아니라 오로지 공공 일반의 전체적인 이익을 조장하기 위한 경우에 불과할 때에는 공무원이 그 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하였다고 하더라도 이에 관하여 그 공무원이 소속된 국가나 지방자치단체의 손해배상책임이 인정되지 않는 반면에, 그 직무상 의무의 내용이 전적으로 또는 부수적으로라도 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가나 지방자치단체가 배상책임을 진다.”

요컨대, 국민에 대하여 손해를 방지하여야 할 의무 내지 국민의 안전을 배려하여야 할 직무상의 의무를 부담한다는 점은 인정하나, 규범목적에 따라 불법행위의 성립 여부가 달라진다는 것이다.

그런데 이 사건에서 약사법과 소비자법에서 각각 법규의 목적을 다음과 같이 규정하고 있다.

약사법 제1조(목적) 이 법은 약사에 관한 일들이 원활하게 이루어질 수 있도록 필요한 사항을 규정하여 국민보건 향상에 기여하는 것을 목적으로 한다.

소비자보호법 제1조(목적) 이 법은 소비자의 기본권익을 보호하기 위하여 국가·지방자치단체 및 사업자의 의무와 소비자 및 소비자단체의 역할을 규정함과 아울러 소비자보호정책의 종합적 추진을 위한 기본적 사항을 규정함으로써 소비생활의 향상과 합리화를 기함을 목적으로 한다.

서울고등법원은 위와 같은 법규의 목적에 관하여, “위와 같은 약사법이나 구

소비자보호법의 취지, 목적 및 그에 따라 피고 산하 식약청 공무원이나 소비자 문제 소관 중앙행정기관의 공무원이 부담하는 의무를 고려하여 볼 때, 약사법이나 구 소비자보호법의 규정은 국민 일반의 건강에 위험이 될 의약품의 제조·판매·수입 등을 규제하고 소비자의 생명·신체 및 재산상의 안전에 위협을 끼칠 물품이나 용역을 규제함으로써 국민 전체의 이익을 도모하기 위한 것일 뿐, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 것이라고는 볼 수 없다.”고 하면서, “따라서 식약청 공무원이나 소비자문제 소관 중앙행정기관의 공무원이 위험성이 있는 의약품이나 소비 제품 등임에도 이를 규제하지 않았고, 만일 이를 규제하였더라면 국민이 위험성 있는 의약품이나 소비 제품 등을 사용하지 않았을 수도 있었다는 사정만으로는 국가가 국민에게 손해배상책임을 부담하지는 않는다”고 판시하였다.

이 판결은 피해자에 대해 직접적으로 가해하지 않은 법규위반행위에 관하여, 법규위반행위 자체만을 가지고 불법행위의 성립을 인정하지 않고, 그 규범에 나타난 목적과 당사자의 의무의 성격 등을 고려하여 배상책임이 좌우된다는 것으로, 위에서 살핀 독일민법의 경우와 맥을 같이하는 것이라고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 이는 새로운 판결은 아니고, 종래에도 국가배상법 사안을 중심으로 하여 종종 판시되어 오던 판례이론이다. 이에 따르면 부과된 의무가 ① 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나 또는 그 직무상 의무가 국민의 이익을 위한 것이라도 개개의 국민을 염두에 둔 것이 아니라 오로지 공공 일반의 전체적인 이익을 조장하기 위한 경우에 불과한 경우와 ② 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 경우로 나누고, 전자에 대해서는 손해배상책임을 부정하는 반면, 후자에 대해서는 인정한다는 대법원 판례를 따른 것이다. 종래의 대법원 판례에 따라 배상책임을 부정한 것이다.<sup>15)</sup> 이하에서는 이와 같은 판례이론을 형성하여 온 주요 사례들을 좀 더 살펴보기로 한다.

14) 다만, 독일의 경우 우리나라와 달리 국가배상에 관하여 민법에 규정하고 있다. BGB §839 참조.

15) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다36613 ; 1998. 2. 10. 선고 97다49534 ; 1995. 4. 11. 선고 94다15646 판결 등 참조.

## (2) 소방법 위반사건

이 사건은 상가의 입주자들이 소방공무원들의 계속되는 안전점검과 시설보완명령을 무시한 채 고장난 소방설비를 보수하지 아니하였으나, 한편으로는 소방공무원들도 법규상 인정되는 소방점검의무를 게을리한 상태에서 화재가 발생하여 건물이 붕괴하였고, 그로 인하여 피해자들이 발생한 사안이다.<sup>16)</sup> 피해자들은 공무원들의 소방법 위반행위를 문제삼아 국가를 상대로 손해배상청구를 하였으나, 법원은 이를 인정하지 않았다.

그 이유로는 인과관계를 부정하였다. 즉, “소방공무원들이 위 우암상가에 대한 소방점검의무를 일부분 소홀히 한 점이 있다고 하더라도, 이것만 가지고 일반적으로 판시와 같은 이 사건 화재 발생 및 건물의 붕괴가 쉽사리 예견된다고 할 수는 없으므로, 사회통념상 위와 같은 소방공무원들의 직무상 의무위반행위와 이 사건 사고 사이에 상당인과관계가 있다고 단정할 수 없다”는 것이다.

위반행위의 규범의 목적에 관하여는 인과관계가 인정되는 경우에 한하여 배상 가능하다는 입장을 취하였다. 즉, “소방법의 기본적인 목적이 화재를 예방 경계 진압하여 국민의 생명 신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕질서의 유지와 복리증진에 이바지하려는 데에 있고, 또 다수인이 출입 또는 근무하는 장소에 대하여는 소방법에서 특별한 규제를 하고 있으며, 아울러 구체적으로 화재의 예방조치, 소방 대상물의 검사 및 개수명령 등에 관하여 규정한 소방법의 내용과 그 직무의 성질 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 판시와 같은 소방법의 제 규정은 단순히 전체로서의 공공 일반의 안전을 도모하기 위한 것에서 더 나아가, 국민 개개인의 인명과 재화의 안전보장을 목적으로 하여 설정된 것이라고 할 것이므로, 소방공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 국민들에게 어떤 피해가 발생한 경우에는 그 손해에 대하여 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 그 소방공무원이 소속된 지방자치단체가 배상책임을 지게 된다”는 것이다. 다만, 본건의 경우 직무위반행위와 손해와의 인과관계를 인정할 수 없다는 것이다.<sup>17)</sup>

16) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다36613 판결

17) 그밖에 소방법 위반으로 인한 국가배상책임에 관한 평석으로는, 김남철, “인천 호프집화재사건과 국

### (3) 군형법·총포·도검·화약류등단속법 위반사건

이 사건은 군부대에서 관리하던 폭음탄이군부대 관리책임자의 관리소홀로 성명미상자에 의하여 군 외부로 유출되었는데, 신원을 알 수 없는 자가 자유허방초소의 출입문 사이로 폭음탄을 도화선에 점화하여 밀어넣어 피해자가 이를 발견하고 급히 이를 집어들어 초소 밖으로 던지려 하였으나 그 순간 폭음탄이 폭발하는 바람에 결국 왼쪽 손목을 절단하는 상해를 입은 사안이다.<sup>18)</sup>

이 판결에서는 “공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회 구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상 책임을 지는 것이고, 이 때 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다”고 전제한 후, “총기, 탄약, 폭발물 등은 인명살상의 무기로 사용될 수 있는 위험한 물건이어서 일반인은 원칙적으로 소지가 금지되고 있고(총포·도검·화약류등단속법), 군 내부에서도 엄격한 관리규정을 두어 도난이나 분실에 대비하는 한편, 총기 등의 분실을 중하게 처벌하고 있으므로(군형법 제74조), 총기·탄약·폭발물 등의 관리책임자는 자기의 보관 및 관리 소홀로 총기 등이 군 외부로 유출되면 그것이 범죄행위에 사용되어 국민 개개인의 생명과 신체를 침해하는 결과가 발생할 수 있다는 것을 충분히 예견할 수 있다”고 하여, 법규위반행위와 사고 간에 상당인과관계를 인정하였다.

### (4) 환경정책기본법 위반사건

이 사안은 부산 시민인 원고들 100인이 부산시 상수원인 낙동강의 수질이 법

가배상책임 : 국가의 직무감독소홀로 인한 국가배상책임” 법학논총 6호(경원대학교, 1999.12.) 참조.  
18) 대법원 1998. 2. 10. 선고 97다49534 판결

정 최저기준인 상수원수 3급수에도 미치지 않음을 이유로, ① 국가에 대하여는 낙동강수질유지책임자로서의 불법행위책임, ② 부산시에 대하여는 수돗물 공급자로서 상수원수로 사용할 수 없는 강물을 취수하여 공급하였음에 대한 불법행위책임 또는 채무불이행책임을 물어 각 100만 원씩의 위자료를 청구한 사안이다.<sup>19)</sup>

이 사건에서 법원은 국가가 환경정책기본법과 동 시행령 규정을 위반하였다는 점을 인정하였다. 그러나 “상수원수의 수질을 환경기준에 따라 유지하도록 규정하고 있는 관련 법령의 취지·목적·내용과 그 법령에 따라 국가 등이 부담하는 의무의 성질 등을 고려할 때, 피고들에게 일정한 기준에 따라 상수원수의 수질을 유지하여야 할 의무를 부과하고 있는 법령의 규정은 국민들에게 양질의 수돗물이 공급되게 함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니다. 따라서 원고들에게 공급된 수돗물의 상수원의 수질이 수질기준에 미달한 경우가 있고, 이로 말미암아 원고들이 법령에 정하여진 수질기준에 미달한 상수원수로 생산된 수돗물을 마심으로써 건강상의 위해 발생에 대한 염려 등에 따른 정신적 고통을 받았다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 피고들이 원고들에게 손해배상책임을 부담하지 아니한다.”는 이유로 손해배상청구를 기각한 바 있다.

#### (5) 주민등록법·호적법 위반사건

이 사안은 공무원이 주민등록법, 호적법 규정을 위반하여 통지의무 등을 제대로 수행하지 않았고, 그로 인하여 문서변조범에 의한 부동산사기피해가 발생한 사안이다.

이 사건에서 대법원은 “주민등록사무를 담당하는 공무원으로서는 만일 개명과 같은 사유로 주민등록상의 성명을 정정한 경우에는 위에서 본 바와 같은 법

19) 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결. 이에 대한 평석은, 이경춘, “상수원수가 법령이 정하는 수질 기준에 미달한 경우 국가배상책임 유무 : 낙동강 수질오염을 원인으로 한 부산시민의 국가 및 부산광역시에 대한 위자료 청구 사안” 대법원판례해설 제38호 참조.



령의 규정에 따라 반드시 본적지의 관할관청에 대하여 그 변경사항을 통보하여 본적지의 호적관서로 하여금 그 정정사항의 진위를 재확인할 수 있도록 할 직무상의 의무가 있다고 할 것이고, 이러한 직무상 의무는 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것”이라고 실시하며, 피고 소속 공무원의 직무상 법규위반행위와 원고의 손해 사이의 상당인과관계를 부정하였던 원심을 파기환송한 바 있다.<sup>20)</sup>

#### (6) 산업안전보건법 위반사건

덤프트럭의 조종사가 사고로 사망하였는데, 제3자의 명의로 건설기계대여업을 하는 피고가 산업안전법 제23조 규정을 위반한 사안이다. 배상책임을 인정하였다.<sup>21)</sup>

### 4. 소결 : 집시법 위반행위에의 적용

최근의 집시법 위반행위로 인한 손해배상청구사건은 그 법규위반의 주체가 국가가 아니고 민간인이라는 점만 다를 뿐, 앞서 살핀 판례이론이 적용되어야 하는데 어떠한 제한도 없다고 생각된다.

따라서 본건에서 집회 주최자들이 현행법으로서의 집시법 규정을 위반하였다는 점만으로는 상인들과의 관계에서 불법행위의 성립을 단정할 수 없다. 집시법 위반행위로 인하여 직접적으로 생명, 신체, 재산상의 손해를 가한 경우가 아니기 때문에,<sup>22)</sup> 피고들이 위반한 법규의 규범목적을 살펴 인과관계 여부를

20) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2001다59842 판결. 이에 대한 평석은, 최윤성, “공무원의 직무상 의무 위반으로 국가가 배상책임을 부담하게 되는 경우의 직무상 의무의 내용과 상당인과관계의 판단 기준” 판례연구 제16집 (부산판례연구회, 2005.2.) 참조.

21) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다7301 판결. 이에 대한 평석은, 윤 경, “건설기계관리법상 사업 신고자는 연명신고자가 고용한 조종사에 대하여 안전배려의무가 있는지 여부” 대법원판례해설 42호 참조.

22) 한편, 집시법에 위반하여 집회 참가자 중의 일부가 행사함으로 인하여 직접적으로 경찰관의 신체나 경찰차 등에 대해 가해를 한 경우 그 직접가해자에게는 불법행위로 인한 손해배상책임이

판단하여야 한다.

이 문제는 사건을 담당한 변호사들이 구체적으로 쟁점을 주장 입증하고 판사들이 판단할 문제로서, 필자가 자세히 언급하는 것은 적절하지 않을 것으로 보인다. 단지 원론적으로 본건에서 피고들이 위반한 것으로 원고가 주장하는 법규는 집시법 제5조 제10조 등으로 보이는데, 피고들이 위반한 규범들이 집회에 관한 사회질서의 유지 내지 사회 일반을 보호하기 위한 것인지 또는 원고가 주장하는 손해로서의 영업권과 같은 개개인의 권리를 보호하기 위한 것인지 등을 고려하여 상당인과관계를 판단하여야 할 것이다.

나아가 집회주최자들의 행위가 국가에 대해 불법행위가 된다 하더라도, 인근 상인들이 예측할 수 있는 피해자의 범위에 속할 수 있는지도 살펴서 합리적이고 충분한 근접성 요건을 갖추었는지를 살펴 상당인과관계를 판단하여야 할 것이다. 이하에서는 상당인과관계와 근접성 요건에 관하여 좀 더 살펴보도록 한다.

### III. 相當因果關係와 영미법상 近接性(remoteness)의 法理

#### 1. 문제의 제기

앞서 살핀 바와 같이 법규위반행위에 관하여 규범목적에 고려하여야 하는 경우, 결국 우리 민법으로는 상당인과관계 문제로 귀결된다. 그런데 법규위반과 규범목적에 관한 쟁점 이외에도 불법행위에 있어서는 피해자의 범위에 관하여 상당인과관계가 문제되는 경우가 많다.

대표적인 것이 정신적 충격으로 인한 손해 문제이다. 자신의 신체가 직접적으로 가해당하지 않은 상태에서 다른 사람의 생명 신체상의 가해로 인하여 정신적 충격을 받은 경우, 이에 관하여 상당인과관계를 인정하여 그를 피해자라고 할 수 있는지는 현대의 신체상해로 인한 배상법리에 있어서 매우 중요한 주제중의 하나이다.

---

성립한다. 다만, 이 경우 공동불법행위자의 범위를 어디까지 인정할 것인가, 예컨대 직접적 가해행위에 가담하지 않은 다른 집회참여자 또는 집회주최자에 대하여도 공동불법행위책임을 인정할 것인가 여부의 문제는 남는다.

마찬가지로 영업상의 손해도 문제가 된다. 재산상의 가해를 당하여 영업을 하지 못한 손해를 입은 경우는 그 영업상의 손해에 대하여 상당인과관계를 판단하면 된다. 그런데 문제는 재산상의 가해가 전혀 없이도 영업상의 손해가 발생할 수 있는가 하는 문제이다. 이른바 영미법상 pure economic loss의 인정 문제로서, 이 또한 현대의 재산상 손해로 인한 배상법리에 있어서 중요한 주제 중의 하나이다. 이 두 가지는 우리 법체계상으로는 주로 상당인과관계로 설명될 수밖에 없어 보이는데, 영미법상으로는 모두 remoteness에 관한 법리라는 공통점이 있다.

이 두 가지 유형은 공통점을 가지고 있다. 이는 일차적이고 직접적인 피해가 없는 상황에서 이차적인 피해가 가능한가 하는 점이다. 전자의 경우 신체적인 상해 없이 정신적인 충격에 대해 손해배상청구가 가능한가의 문제이고, 후자의 경우 재산상의 손피 없이 영업상의 손해에 대해 배상청구가 가능한가의 문제로서, 양자는 본질적으로는 間接被害者라는 유사성을 가진다.

이하에서는 직접적인 신체상의 가해행위 없이 입은 정신적 충격에 대한 손해배상 여부에 관하여 비교법적으로 검토를 중심으로 살펴 보고, 이어서 재산상의 가해 없이 이루어진 영업상의 손해에 대한 배상 여부를 검토한다.

## 2. 직접적인 신체상의 가해행위가 없는 정신적 충격

### (1) 人的關係의 範圍와 直接性 要件

직접적인 신체상의 가해행위가 없는 사고 목격자가 받은 충격을 손해로 인정할지에 관하여 영미 판례에서는 ① 목격자와 1차 피해자와의 인적 관계가 영향을 미치는지, ② 사고 현장에서 직접 목격한 경우만 인정되는지 또는 사고 직후에 참혹한 결과를 목격한 경우에도 인정되는지, ③ 자신의 오감에 의하여 직접 목격한 경우만 인정되는지 또는 간접적으로 목격하거나 傳聞한 것, 나아가 想像에 의한 것도 인정되는지 등이 주요 쟁점이다.<sup>23)</sup>

예컨대 *Hambrook* 사건은 주차된 화물차 브레이크가 풀려 굴러가 어린이에

23) 이 문제에 관한 상세한 내용은, 김제완, 전제논문(주1) 참조.

게 충상을 입혔는데, 당시 임신중이었던 어머니가 그 사고를 목격한 후 쇼크로 인해 심각한 출혈이 있었고 약 2개월 후 사망한 사안인데, 손해배상이 인정되었다. 한편 *Re Polemis* 사건은 行人인 제3자가 사고 참상을 목격하고 정신적 충격을 받은 사안인데, 직접적으로 참상을 목격한 사람이 정신적 피해를 입은 것이라면, 그가 사고피해자와 무관한 행인이었다는 이유만으로 이 법리의 적용을 배제할 이유가 없다고 보았다. 이 판례는 인과관계의 판단기준을 사고목격의 直接性(directness test)으로 보았다는 점에서 의미를 둘 수 있다.<sup>24)</sup> 한편, *McLoughlin* 사건은 남편과 자녀의 교통사고를 목격하지는 않았으나, 이웃으로부터 2시간 후에 소식을 듣고 약 2마일 떨어진 병원에 도착한 후 자녀 1인이 사망한 것을 알게 되어 정신적 충격을 받은 사안인데, 항소심과 대법원이 서로 다른 견해를 취하였다. 항소심(the Court of Appeal)에서는 인과관계 내지 근접성(proximity)은 인정하였으나, 정책적 고려에서 청구를 배척하였다. 가해자가 부담하는 保護義務(duty of care)의 範圍는 사고의 현장에서 목격한 사람에 한정되어야 한다고 본 것이다. 그러나 영국 대법원(the House of Lords)에서는 원고의 청구를 인용하였다.<sup>25)</sup>

목격피해자의 범위에 관하여 좀 더 상세한 논의가 이루어진 중요한 의미를 가지는 판례로 *Alcock* 판결이 있다. 이 사건은 1989년 셰필드의 축구경기장에서 있었던 FA컵 준결승 경기장에서 일어난 壓死事故인데, 경기를 생중계하려던 TV는 사고현장을 본의 아니게 생중계하게 되었고, 여기서 녹화된 장면은 그 후 뉴스에서도 재방영되었다. 이 사건에서 다양한 유형의 정신적인 충격 피해자가 발생하였다. 주로 논란이 있었던 문제가 된 유형은 ① 현장에 있었지만 자신은 신체적 피해를 입지 않았고 다만 현장에 있던 함께 갔던 자신의 친지가 사고를 당함으로 인해 정신적 쇼크를 받은 경우와 ② 현장에 있지 아니하였으나 자신의 친지가 사고를 당했고, 생중계 또는 뉴스를 통해 현장을 본 경우 등이었는데, 이 판결에서 다수의견은 TV를 통해 본 사람들에게 대해서는 사건과의 충분한 근접성을 부정하여 정신적 쇼크에 대한 손해를 인정하지 아니하였다.<sup>26)</sup>

24) *Re Polemis and Furness Withy & Co* [1921] 3 KB 560 ; Des Butler, *Damages for Psychiatric Injuries* (The Federation Press, 2004) p40 주)43 참조.

25) Des Butler, op.cit.(주24) pp55-56 참조.

26) Des Butler, op.cit.(주24) pp89-90 참조.

한편 처남과 형제를 잃은 것으로 인한 정신적 충격을 주장한 피해자들은 피해자에 대한 깊은 애정관계(relationship of close love and affection)를 입증하지 못한 것으로 되어 패소했다.<sup>27)</sup> 이른바 2차적 피해자의 요건에 관한 두 가지 근접성으로서 사고에 대한 시간적 장소적 근접성(proximity to the event)과 피해자와의 관계에 있어서의 근접성(proximity in terms of relationship)을 모두 충족하지 못한 피해자들은 이 판결에서 패소하였다.<sup>28)</sup>

이에 따라 영국에서 사고로 인한 2차적 쇼크 피해자인 경우에 책임 인정 기준에 관하여, 대체로 ① 사고 당시 또는 그 직후에 현장에 있어야 하고(사건과의 근접성, event proximity), ② 그 사고가 2차적 피해자의 五感에 쇼크를 주는 것이어야 하고, 그 정도는 정상적인 정신력을 가진 사람(a person of normal fortitude)에게 정신적 장애를 일으킬만한 것이어야 하고, ③ 2차적 피해자가 1차적 피해자와 깊은 애정관계에 있어야 하는 것으로(인적관계상의 근접성, relationship proximity) 정리된다.<sup>29)</sup>

## (2) 合理性과 豫測可能性 要件

다음으로, 정신적 충격으로 인한 손해 사건에 관하여 영미판례는 합리성과 예측가능성을 요구한다.

*Bourhill* 사건은 임신중이던 피해자가 전차에서 내려 짐을 챙기던 중 약 50 피트 앞에서 오토바이와 자동차가 충돌하여 오토바이 운전자의 피가 도로에 흐르는 것을 목격하였고, 여기서 충격을 받은 피해자가 그로부터 1개월 후 死産한 사례이다. 이 사건에서 법원은 손해배상을 부정하였다. 운전자로서 쇼크에 의한 장애를 방지하여야 할 의무가 있는 점은 인정되지만, 이 사건 원고는 운전자가 합리적으로 예측할 수 있는 잠재적 危險의 領域 내에 있지 않다고 본

27) 영국과 웨일즈에서는 부모와 배우자 이외에는 친지들의 사고로 인한 정신적 충격으로 인한 손해는 거의 인정되지 않는 경향이 있으며, 다만 구조대원 등 특수상황에 있는 경우에만 이와 같은 관계없이도 예외적으로 정신적 충격으로 인한 손해가 인정된다. Kay Wheat, *Recovering Damages for Psychiatric Injury* (Oxford University Press, 2002) pp102-106 참조.

28) *Alcock v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1992] 1 AC 310 ; Kay Wheat, op.cit.(주 27) pp35-38 참조.

29) Kay Wheat, op.cit.(주 27) p41, p97 등 참조.

것이다.<sup>30)</sup> 이 판례는 정신적 충격에 대한 주의의무 인정의 판단기준으로 이른바 合理的인 豫測可能性(reasonable foreseeability test)을 지정한 것으로 평가되고 있다.<sup>31)</sup>

한편 *Owens* 사건은 장례식에서 관을 실은 차량과 전차가 충돌한 사건인데, 장례식에 참가하였던 사람들이 이를 목격하고 정신적인 충격을 받은 사안인데, 직접적으로 생명 신체상의 피해를 입었거나 또는 피해를 입을 우려가 있었던 사람이 없는 사고였고, 관이나 시신이 훼손되는 점을 두고 원고들이 정신적 충격을 받았을 수 있으나, 이 판결에서는 원고의 청구를 기각하였다.<sup>32)</sup>

### (3) 소결 : 우리 법상 近接性 要件의 위상

이와 같이 영미법상의 사례들을 살펴보면 近接性 要件이 다양한 모습으로 중요한 역할을 하고 있다는 것을 알 수 있다. 그런데 이를 우리나라 용어로 번역하기가 쉽지 않고, 상당인과관계나 손해배상의 범위(통상의 손해·특별사정으로 인한 손해) 제도와 유사한 기능을 수행하는 것이기는 하지만, 이와 일치하는 것은 아니다.

우리나라에서도 외상후 스트레스장애에 관한 피해자의 범위에 관한 판례가 있다.<sup>33)</sup> 이 사건에서 교통사고의 1차 피해자(사고당시 만 8세)는 우요골골절 등 상해를 입은 외에 외상 후 스트레스장애(노동능력의 39%의 5년 한시장애)를 입었다. 문제는 2차 피해자로서 그 언니인데, 동생의 사고를 목격하고 함구증, 수면장애, 대인관계 철수 등 심각한 외상 후 스트레스장애 증상을 보여 정상적인 생활이 거의 불가능한 상태이다. 원심은 목격자에 불과한 2차 피해자에 관한 손해배상청구권을 부정하였다.<sup>34)</sup> 원심판결에서는 목격자인 피해자의 언니의 경우, 위 사고로 인해 어느 정도의 정신적 충격을 받았을 것임은 인정되지만, 이 사고가 생명에 위협을 줄 정도의 대형사고가 아닌데다, 직접 사고를 당

30) *Bourhill v Young* [1943] AC 92, HL ; Kay Wheat, op.cit.(주27) p34 참조.

31) Des Butler, op.cit.(주24) p43 참조.

32) *Owens v Liverpool Corporation* [1939] 1 KB 394 ; Des Butler, op.cit.(주24) p41 주)47 참조.

33) 대법원 2008년 9월 11일 선고 대법원 2007다78777판결

34) 대구고법 2007. 10. 10. 선고 2006나10096 판결

한 것이 아니라 단지 이를 목격하였음에 불과하므로, 그로 인한 정신적 충격만으로 위 주장과 같은 정신장애를 입게 되리라고는 예상하기 어렵다고 보았다. 따라서 언니의 정신장애는 전적으로 본인의 성격적 소인 또는 그 부모의 잘못된 영향 등에 기인한 것으로 보아야 한다면서 사고와의 인과관계를 부인하여 손해배상청구권을 부정하였다.

대법원에서는 이를 인정하는 취지로 파기환송한 것이다. 상고심 판결에서는 ①언니가 동생이 갑작스럽게 달려든 사고차량에 치어 전신에 걸쳐 3군데의 골절상 및 치아 파절상 등을 입는 광경을 바로 옆에서 목격하였다는 점, ②당시의 사고 상황이 결코 가볍다고 볼 수 없으며, 만 9세 정도에 불과하였던 언니가 이로 인해 상당한 정도의 정신적 충격을 받았을 것임은 경험칙상으로도 충분히 이를 인정할 수 있다는 점, ③직접 외상을 입지는 않았으나 하더라도 가족의 생명을 위협하는 사건을 목격함으로써 받게 된 고통과 정신적 충격이 ‘외상적 사고’로서 작용하여 외상 후 스트레스장애의 발병원인이 될 수 있음은 의학적으로도 인정되는 바이며, 실제로 사고 약 3개월 후 원형탈모 증세로 치료를 받아야 했을 정도로 위 사고로 인한 정신적 스트레스가 상당하였던 것으로 보이는 점, ④제1심과 원심의 촉탁에 의한 신체감정 결과가 모두 위 사고와 장애와의 관련성을 인정하고 있다는 점 등을 종합하여, 직접 외상을 입지는 않았다는 이유만으로 외상 후 스트레스장애를 예상할 수 있는 사고가 아니라고 단정할 수는 없다고 판시하였다.

흥미로운 것은 우리나라 판례에서도 특정 손해를 손해배상의 범위에서 제외하면서 “가해행위와 너무 먼 손해”라는 표현을 사용한 바가 있는데,<sup>35)</sup> 영미법상의 too remote에 해당한다는 것을 염두에 둔 것으로 볼 수 있다.

독일의 판례도 어느 경우에 사고를 일으킨 자에게 손해배상을 인정하고 어느 경우에 일반적인 生活危險(Lebensrisiko)으로 본인이 감수해야 하는가에 관하여 相當因果關係와 豫測可能性(Voraussehbarkeit)에 초점을 맞추고 있는데, 相當因果關係에 의할 경우에는 가해자의 책임한계와 위험부담문제를 명확히 해결할 수 없는 단점이 있다고 지적된다.<sup>36)</sup>

35) 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다5472 판결, 아래에서 살피는 이른바 전신주 사건에서 그와 같은 표현이 사용되었다.

### 3. 賠償의 대상이 되는 損害 : pure economic loss의 인정여부

#### (1) 영미법상 pure economic loss의 인정 여부

다음으로, 직접적인 재산상의 가해행위가 없는 상태에서 영업상의 손해가 배상의 대상이 되는지에 관하여 살펴보기로 한다. 이는 영미 불법행위에 있어서 잘 알려져 있는 주제로서, 통상적으로 경제적 손실을 두 가지로 나누어, 1차적으로 생명 신체 또는 재산상의 가해행위가 있는 후 그로 인하여 영업상의 손실이 발생한 경우를 결과적 영업상 손실(consequential economic loss)이라 하고, 직접적으로 생명 신체 또는 재산상의 가해행위가 없이 영업상의 손실만이 발생한 경우를 순수 영업상 손실(pure economic loss)이라 하는데, 전자는 손해의 범위 문제로 불법행위 일반론으로 설명될 수 있고, 후자를 배상 대상으로 삼을 것인지가 주로 문제된다.

일반적으로 순수 영업상 손실은 계약관계나 직접적인 범죄행위 등 매우 제한된 범위 내에서만 인정된다. 미국은 순수 영업상 손실은 전통적으로 배상하지 않는 것으로 설명되고 있고,<sup>37)</sup> 영국에서는 사기나 고의적인 계약침해와 같은 예외적인 경우를 제외하고는 영업상 손실이 불법행위법에서는 인정되기 어려운 반면, 계약법 영역에서 주로 인정될 수 있는 것으로 보아, 만일 피해자가 계약법적으로 청구할 수 있는 관계에 있다면 가능한 것으로 이해되고 있다.<sup>38)</sup>

캐나다의 경우에도 대법원에서 대체로 다섯 가지 유형에만 제한적으로 인정하고 있는데, ① negligent misrepresentation(예 : 잘못된 회계장부를 기초로 투자한 사람이 투자회사 파산으로 손해를 입은 후 과실이 있는 회계사를 상대로 손해를 청구하는 경우) ② negligent performance of a service(예 : 변호가가 유언장 작성업무 수행상의 과실로 수익자가 손해를 입은 후 과실 있는 변호사에게 손해배상을 청구하는 경우) ③ defective products or buildings(예 : 건축물의 하자가 발생한 경우, 현 소유자가 자신과 직접계약관계에 있지 않은 건

36) 따라서 쇼크피해의 實現可能性(Wahrscheinlichkeit)과 過責의 程度(Verschuldensgrad)을 판단기준으로 한 유형별 검토가 바람직하다고 제시되기도 한다. 임건면, 전제논문(주5) pp46-52 참조.

37) Steven L. Emanuel, *Torts* (Aspen Publishers, 2002) pp229-233

38) W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* (Sweet & Maxwell, 2002) p153



설업자를 상대로 손해배상을 청구하는 경우) ④ relational economic loss(예 : 선박이 사고로 국가 소유의 교량을 손괴하였는데, 그 결과 그 교량을 통과하는 철도운행이 중단된 경우, 철도회사가 선박회사를 상대로 손해배상을 청구하는 경우) ⑤ independent liability of statutory public authorities(예 : 법적으로 요구되는 감리인이 건축감리를 잘못하여 하자발견을 못한 경우에, 차후 하자를 발견한 후 감리인을 상대로 손해배상을 청구하는 경우)<sup>39)</sup> 등이 그것이다.

순수 경제적 손실에 대하여 매우 제한적인 입장을 취하고 있는 이유는 어떠한 과실행위로 인하여 초래될 수 있는 잠재적인 경제적 손실은 불확정적이고 방대하여, 가해자측의 과실행위와 교량할 경우 비례성의 원칙에서 벗어나기 때문이라고 한다. 따라서 이를 배상할 경우 사회경제활동을 위축시킬 수 있다는 정책적인 이유도 있고, 무엇보다도 이와 같은 순수 경제적 손실은 불법행위법 제도를 통하여 구제받을 것이 아니라 보험제도를 통하여 스스로 자신을 보호하도록 하는 것이 보다 효율적이라고 보기 때문이라는 것이다.<sup>40)</sup>

## (2) 추가적인 비교법적 고찰

불법행위영역은 앞서 지적한 바와 같이 계약법과 비교할 때 당사자가 사후적으로 결정되어 불분명하기 때문에 법리를 잘못 적용하면 손해배상이 무한히 확대될 우려가 있다. 따라서 그 책임을 어떻게 제한할 것인가는 각국의 민사 불법행위전공 학자들의 관심사가 되어 왔으며, 이에 대해 J. Spier에 의하여 중요한 비교법적 연구가 이루어진 바도 있다.<sup>41)</sup> 여기에서 pure economic loss를 배상할 것인지는 당연히 관심을 끌고 있는 주요 쟁점 중의 하나이다. 무한히 확대되는 손해를 각국에서는 어디까지 인정하고, 어떤 논리로 제한 또는 인정하고 있는지에 대하여 여러나라의 법리를 정리하기 위하여, 8개의 가상 Case를 제시한 후 각국의 법학자들이 이에 답하는 형식의 비교법 연구서인데, 여기에

39) Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* (Butterworth, 2001), p405-406 ; Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* (Dartmouth, 1993) pp211-212

40) Jamie Cassel, *Remedies : The Law of Damages* (Irwin Law, 2000) pp51-52

41) J. Spier(ed.), *The Limits of Expanding Liability - eight fundamental cases in a comparative perspective* (Kluwer Law, 1998)

서 대부분의 주제가 pure economic loss의 쟁점을 포함하고 있다. 문제의식을 좀 더 넓히기 위해 제시된 Case들을 약술하여 본다.

Case 1 : 공인회계사가 과실에 의하여 잘못된 회계결산보고서와 감사보고서를 작성하였고, 이에 기초하여 ① 그 회사를 인수하려는 희망자가 과도한 인수가격을 제시하였으며, ② 일반투자자들도 잘못된 투자로 손해를 입은 경우, 공인회계사가 손해배상책임을 지는가? 그 범위는?

Case 2 : 어느 건물소유회사의 과실로 전선을 끊어 정전이 일어났고, 그 결과 인근 건물에 있는 공장이 가동중단되었다. 전선은 전력회사 소유이다. 정전사고에 관하여 과실이 있는 건물소유자를 상대로 ① 인근 공장, ② 그 인근공장에 물건납품을 위탁한 거래업체는 손해배상을 청구할 수 있는가? 그 범위는?

Case 3 : 트레일러 운전자의 과실로 교통사고가 일어나 고속도로가 30분간 마비되었다. 트레일러 운전자 또는 그 차주에게 ① 그 시간동안 고속도로에 묶여 있던 다른 차의 승객들은 30분의 시간 손실 내지 지체로 인하여 발생한 손해에 대해 배상을 청구할 수 있는가? ② 피해자 중에 만일 응급환자가 있었는데 병원에 적시에 도착하지 못한 경우는 어떠한가?

Case 4 : 호숫가에 있는 공장에서 기름탱크가 터져 호수에 20톤의 기름이 흘러들었다. 기름은 호텔 앞의 해변을 오염시켰고, 해변에서 기름을 제거하는데 14일, 호수에서 기름을 제거하는 데 1개월 소요되었다. 오염제거 기간동안뿐 아니라 그 후 휴가철 내내 관광객이 급감하였다. 과실로 기름을 유출시킨 공장에 대해 ① 오염된 해변가의 호텔, ② 오염된 해변에 인접하지 않은 그 지역의 다른 호텔, ③ 그 지역 호텔에 물품을 납품하는 상인들, ④ 적시에 그 지역 여행을 하지 못하게 된 여행자 등이 손해배상을 청구할 수 있는가?

Case 5 : 포장용 완충제 제조업체가 포장용 완충제를 어느 장난감가게에 팔았다. 그 완충제는 그 자체로는 아무 해가 없지만, 먹게 될 경우 해가 있을 수 있다. 그런데 어린이가 그 완충제를 먹고 사망하였다. 그 뉴스가 있는 후 어린이용 장난감 종합유통업체인 Defro라는 회사의 매출이 급감하였다. Defro는 같은 브랜드명으로 냉장고 등 전자제품도 판매하여 왔는데, 이 부분의 매출도 함께 급감하였다. 포장용 완충제 제조업자의 책임범위는?

Case 6 : 교통사고로 다리 하나를 잃게 된 장애우가 있었는데, 어느 날 화재가 발생하였고 그 장애우는 화재현장에서 빨리 빠져나올 수 없었기 때문에 사망하였다. 교통사고의 가해자는 이 사망사고에 대하여 손해배상책임이 있는가?

Case 7 : 어느 공장에서 제조과정에 어느 액체를 사용하다가 중단하였는데, 사용중단 후 10년이 지난 시점에 그 액체가 희귀한 암을 일으키는 발암물질이라는 사실이 발견되었다. 그런데 그 액체가 발암물질임을 시사하는 정보가 폐지 몇 년 전에 이미 있었고, 그 정보는 용이하게 알 수 있었다. 그 희귀한 암의 잠복기간은 20-40년이고, 이 액체에 노출되었던 근로자들은 모두 5,000명이다. 공장측에 과실이 있을 경우, 손해배상의 범위와 시효계산은?

Case 8 : 12세 아이들이 백화점에서 놀다가 촛불을 켜서 화재를 일으켜 백화점이 전소하였다. 그 아이들은 손해배상책임이 있는가? 그 범위는? 아이들이 면책일 경우 그 부모들은 책임을 지는가?

위 사례들 대부분, 특히 Case 1 내지 5는 모두 직접적 간접적으로 pure economic loss를 주요 쟁점으로 하고 있다. 이에 대하여 모두 자세히 논하는 것은 이 글의 목적에서 벗어나는 것으로 보이므로, 이 중 이 글의 계기가 된 집시법 사건과 비교적 유사한 사례인 Case 3에 대해서만 좀 더 살펴보도록 한다.

우선 과실 있는 트레일러 운전자 또는 그 차주에게 고속도로에 묶여 있던 다른 차의 승객들이 30분의 시간 손실 내지 지체로 인하여 발생한 모든 손해배상을 청구할 수 있는가에 관하여, 일반적으로 부정적이라고 정리하고 있다. 이는 로마법상의 전통적인 법언 중의 하나인 “손해는 각자 스스로 담당하여야 한다(casum sentit dominus)”는 법리가 적용되는 영역이라는 것이다.<sup>42)</sup> 몇몇 국가의 설명을 좀 더 살펴보자.

오스트리아의 경우에는 교통사고의 위험은 사람의 신체과 재산에 관한 것이고, 따라서 손해배상도 이에 한정되어야 하기 때문이라고 한다. 특히 교통사고 관련 규범의 목적은 교통사고로 인한 직접적인 피해자 본인을 보호하는 것이지, 시간 손실 등 제3자가 입은 손해는 규범의 보호목적(Schutzzweck)에서 벗어나기 때문이라고 지적된다. 나아가 이 상황을 절대적 권리로서의 ‘신체의 자유’를 침해한 것으로 볼 수 있는지가 문제될 수 있지만, 교통사고가 직접 피해자가 아닌 제3자에 대하여도 불법행위가 된다고 볼 수 있는지는 매우 회의적이라고 설명한다. 이와 같은 입장은 독일의 경우도 유사하여, 사안은 교통상의 주의의무(Verkehrspflicht)의 보호범위를 벗어났다고 본다. 이탈리아의 경우도 ‘보호되는 이익의 침해에 관한 입증은 없다’고 보고 있고, 네덜란드의 경우는 ‘주의의무는 손해를 주장하는 다른 차 승객들을 향한 것이 아니기 때문’이라는 취지로 설명한다.

영국도 부정적이다. 불법행위뿐 아니라 일종의 ‘공해(public nuisance)’법리로 책임을 물을 수 있는지 생각해 보아야 하는데, 이에 관하여도 부정적이라고 지적한다. public nuisance에 의한 손해를 인정하려면 그가 입은 손해가 ‘일반 대중이 입은 통상적인 불편을 초과하는 특별한 손해(special damage over and above that suffered by the public as a whole, which rules out mere inconvenience)’라는 점이 입증되어야 하기 때문이다. 마찬가지로 취지이지만 미국은 이에 대하여 ‘일반대중이 입은 손해와는 질적으로 다른 손해(damage different in kind from that suffered by the public generally)’여야 한다고 설명한다.<sup>43)</sup> Nebraska Innkeepers, Inc. v. Pittsburgh-Des Moines Corp. 판례는 피고측의

42) J. Spier(ed.), op.cit.(주41) p51

43) J. Spier(ed.), op.cit.(주41) pp52-53

과실로 교량이 차단되어 교통이 두절된 사안인데, 인근 호텔 등 업체가 청구한 손해배상을 기각하였다. 그 이유는 pure economic loss가 배상되지 않는다는 점과 public nuisance의 법리상으로도 발생한 손해가 사회 전반적인 것일 뿐 원고에게만 특별한 것이라고 판단하기에는 충분하지 않다는 점을 들었다.<sup>44)</sup> 과실로 미시시피강을 오염시킨 피고에 대해 인근의 해산물식당 등이 제기한 손해배상청구도 기각된 바 있다. 하지만, 도로나 수로가 폐쇄됨으로 인하여 공로로의 통행 자체가 완전히 또는 현저하게 두절되고, 그로 인하여 업소가 실질적으로 고립(virtually isolated)된 정도인 경우에는 영업상의 손해가 인정되기도 한다고 한다.<sup>45)</sup>

포르투갈의 경우는 일반불법행위 규정을 적용하려면 pure economic loss는 배상대상이 아니며, 교통사고법규위반과 관련하여서는 규범목적에 벗어나기 때문에, 어느 모로 보나 배상이 되지 않는다고 한다. 스웨덴의 경우도 범죄가 아닌 한 pure economic loss는 배상대상이 아니라는 이유로 부정하였다.<sup>46)</sup> 그리스의 경우는 인과관계를 인정하기 어렵고, 이와 같은 손해가 손해배상제도를 통하여 구제되어야 하는지 의심스럽다는 이유로 부정적인 결론을 제기하였다.<sup>47)</sup> 두 번 째 유형인 피해자 중에 응급환자가 있었는데 병원에 적시에 도착하지 못한 경우에 관하여는 생략한다.

한편, 앞서 언급한 유럽 불법행위법 원칙 제2:102조 제4항에서는 pure economic loss에 관하여 다음과 같이 매우 엄격한 요건하에 규정하여 매우 소극적인 입장을 취하고 있다.

‘순수한 경제적 이익 또는 계약관계의 보호범위는 보다 제한될 수 있다. 이러한 경우 행위자와 피해자 사이의 근접성 혹은 자신의 이익이 피해자의 이익보다 낮게 평가될 수밖에 없음에도 불구하고 자신이 손해를 야기한다는 사실을 행위자가 인식하였다는 사실을 특별히 감안하여야 한다.’(Protection of pure

44) *Nebraska Innkeepers, Inc. v. Pittsburgh-Des Moines Corp.*, 345 N.W. 2d 124 (Iowa 1984)

45) *Louisiana ex rel v. Guste v. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019, 88 A.L.R. Fed. 239 (5th Cir. 1985) ; J. Spier(ed.), op.cit.(주41) p219-220 참조.

46) 이상 J. Spier(ed.), op.cit.(주41) pp52-54 참조.

47) J. Spier(ed.), op.cit.(주41) p131

economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim.)<sup>48)</sup>

### (3) 우리 판례상 영업상 손해의 배상 여부

직접적인 재산상의 가해행위가 없는 상태에서 영업상의 손해가 배상의 대상이 되는지에 관하여 우리 판례에서는 이른바 ‘전신주사건’들에서 잘 지적되고 있다. 대표적으로 두 개의 판례가 있다. 하나는 공장지대에 위치한 전신주를 충격하여 인근 공장에 전력공급이 중단됨으로써 피해자가 영업상 소극적 손해 및 기계 고장 등 적극적 손해를 입은 경우, 가해자의 배상책임의 범위에 관한 판결이다.<sup>49)</sup> 이 판결에서는 기계의 고장으로 인한 손해에 대해서는 알 수 있었던 특별사정이라는 이유로 인용한 반면, 영업상 손해에 대해서는 “가해행위와 너무 먼 손해여서 불확실하고 알 수 없다”라는 이유로 기각하였다. 다른 하나는 가해 차량이 전신주를 충격하여 전선을 절단케 함으로써 그 전선으로부터 전력을 공급받아 비닐하우스 내 전기온풍기를 가동하던 피해자가 전력 공급의 중단으로 전기온풍기의 작동이 중지됨으로 화훼농가가 입은 손해에 관한 판결이다.<sup>50)</sup> 이 판결에서는 꽃이 죽은 것이 특별사정으로 인한 손해이나, 그 사정을 알 수 없었다는 이유로 기각하였다.<sup>51)</sup>

이 판례에서 ‘가해행위와 너무 먼 손해’라는 개념을 인정한 것은 영미법상의 근접성 요건을 상당인과관계에서 고려하고 있다는 것을 의미한다. 즉, 영업이익의 손실과 이에 대한 배상 문제가 인과관계나 손해의 범위 문제만으로는 논리적으로 설명되기 쉽지 않은 측면이 있다는 점이 이미 우리나라 법조실무가들이

48) *Principles of European Tort Law*, op.cit(주6), p237 (한국어 번역 신유철)

49) 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다5472 판결

50) 대법원 1995. 12. 12. 선고 95다11344 판결

51) 이들 판례와 영업상의 손해에 대한 배상문제에 관하여는, 안법영, “영업경영의 과실침해와 책임 귀속의 인과적 표시” 고려대 判例研究 8輯(1996. 9.) ; 박홍대, “영업권의 침해와 손해배상책임 : 간접피해자의 손해와 관련하여” 判例研究 9집(1998. 12.) 釜山判例研究會 등 참조.

이해하여 적용하고 있다고 추측하게 하는, 의미 있는 변화하고 평가할 수 있다. 이와 같이 이미 우리 판례에 원초적인 형태로나마 나타나기 시작한 ‘가해행위와 너무 먼 손해’ 개념을 우리 법 체계에 맞도록 적절히 받아들여 이론적으로 더욱 정치하게 발전시켜 나갈 필요가 있다.

그밖에 영업상의 이익의 배상이 문제된 주요 사례로서 이른바 노래방 기기 사건 등을 들 수 있다. 이 사건에서 원고는 노래방 기기의 결함으로 인하여 영업상의 손실, 즉 원고 회사가 피고 제조사 내지 공급업자 회사를 믿고 위 노래방기기의 판매·설치 사업을 하다가 피고 회사가 제조한 이 사건 노래방기기 내지 스토어에 근본적으로 중대한 결함이 있어서 위 노래방기기의 판매·설치 사업을 중단하게 되어 입은 모든 손실이 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 “이와 같은 손해가 하자로 인하여 발생하였다고 보기 어렵고, 비록 인과관계가 있는 부분이 일부 있다고 하더라도 그 손실이 이 사건 스토어 중의 일부 하자로 인한 통상의 손해라거나 피고 회사가 알았거나 알 수 있었던 특별손해라고 보기 어렵다”는 취지로 원고 회사의 피고 회사에 대한 영업상의 손실의 배상청구를 기각한 조처는 정당하다고 판시하였다.<sup>52)</sup>

참고로 기아자동차유리 사건은 영업상 이익의 배상을 인정한 사례이지만,<sup>53)</sup> 이 사건은 상대방에 대한 契約上 債務의 불이행이 제3자에 대해 不法行爲로 된 매우 희귀한 유형의 사안이라는 점에 유의하여야 한다. 이는 계약법상의 보호 상대방의 범위가 확대된 것으로 평가를 할 수 있는 契約法 영역이며, 이 글에서 논하고자 하는 ‘직접적인 재산상의 가해행위가 없는 상태에서 영업상의 손해가 배상의 대상이 되는지’에 관한 不法行爲 사례로 보기는 어렵다.

52) 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다26593 판결. 이 판결에 관하여는, 연기영, “노래방기기의 상품적합성과 제조물책임” JURIST plus 412호(2007년1호) 참조.

53) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2004다55230 판결

## IV. 憲法的 價値와 損害賠償

### 1. 문제의 소재

위법한 가해행위와 가해자의 귀책사유가 인정되고, 가해행위와 손해간의 상당인과관계가 인정되어 민사상 불법행위로 인한 손해배상의 요건이 갖추어졌다고 생각되는 경우에도 특수한 영역에 있어서는 헌법적 가치를 고려하여 손해배상책임을 부정하는 경우를 외국의 사례에서 찾아볼 수 있다. 대표적으로 내용이 잘못된 출판물로 인하여 생명 신체상의 손해가 발생한 경우 불법행위책임이나 제조물책임을 인정할 수 있느냐 하는 쟁점을 들 수 있고, 집회 및 결사의 자유와 관련된 사례도 있다. 이하 이에 관하여 좀 더 살펴보도록 한다.

### 2. 학문의 자유 · 출판의 자유와 손해배상

#### (1) Winter v. G.P.Putman's Sons 판례

출판물은 대표적인 지적 생산물로서 저자의 생각과 정보를 담고 있는 것인데, 그 생각과 정보는 저자 자신의 지적 오류에 의해 또는 출판과정상의 잘못으로 인해 사실과 다른 것일 수 있다. 이와 같은 경우 출판물의 내용을 신뢰하고 행동을 한 독자가 있을 수 있고, 그로 인해 독자가 생명 신체 재산상의 손해를 입을 수 있다. 이와 같은 경우에 저자나 서적의 출판사는 손해배상책임을 부담시키는 것은 이 문제는 소비자의 보호문제에서는 수긍할 수 있으나, 반면 학문의 자유, 출판의 자유 등 다른 헌법적 가치를 훼손하게 된다는 문제점이 있기 때문이다.

출판물에 대한 제조물책임법 적용 여부 문제에 관한 대표적인 미국 판례로는 Winter v. G.P.Putman's Sons 사건이 있다.<sup>54)</sup> 이 사건의 원고는 버섯애호가인

54) United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1991. 938 F.2d 1033 ; 이하에 관한 자세한 내용은, 김제완, 『전자거래의 유형에 따른 제조물결함사고에 대한 소비자보호』 (법제연구원, 2002) p14 이하 참조.



데, 피고가 출판한 ‘버섯백과사전’이라는 책을 사 읽고, 그 책에 수록된 정보를 믿고 버섯을 채취해 먹은 후 중대한 질병을 앓게 되었다. 원고는 피고가 수입 판매한 서적이 독버섯 구별에 관하여 잘못된 정보를 포함하고 있다고 주장하면서, 제조물책임, 보증책임, 과실책임, 과실 있는 虛偽表示에 의한 책임(negligent misrepresentation) 등을 주장하였다. 이에 대해 피고는 1) 서적에 포함되어 있는 정보는 제조물책임법상 엄격책임의 목적이 되는 제조물(product)이 아니라는 점과 2) 나머지 주장들에 관하여는 서적의 출판자로서는 내용의 정확성을 조사하여야 할 법률상의 의무가 있다고 볼 수 없다는 점을 들어 다투었다. 원심은 피고의 주장을 받아들였고, 항소심에서도 원고의 항소를 기각한 사안이다.

이 판례에서는 우선 책에 결함이 있다면, 이는 유체물로서의 도서의 결함이라기보다는 유체물에 담겨져 있는 내용인 생각과 표현상 결함이 있는 것인데, 이는 제조물책임법의 적용대상이 아니라는 것이다. 다음으로 이 판례에서는 서적에 포함되어 있는 생각과 사상에 결함이 있어 그로 인해 손해를 입은 경우에도 엄격 책임을 부담하지 않는 이유에 관하여 헌법상의 법익간의 비교형량의 문제들 들어 설명하고 있다.

제조물책임법의 엄격 책임의 적용분야의 확대문제를 판단함에 있어서는 일반적으로는 費用과 利益의 經濟的 分析(cost/benefit analysis)이 필요한데, 생각과 사상의 문제에 대해 이를 적용함에 있어서는 다른 차원의 문제가 있다는 것이다. 즉, 미국의 경우 사상의 교환에 있어서의 자유는 규제될 수 없다는 점을 중요한 가치로 여기고 있으며, 자신의 글이나 사상에 대해 과실 없이도 타인이 입게 된 손해를 배상하여야 한다면, 이는 사상과 이론을 다른 사람과 나누고자 하는 사람에 있어서는 심각한 장애가 된다는 것이다. 교과서에 실린 과학실험을 하다가 학생들이 부상당한 사안에서 교과서에 대한 제조물성을 부정한 *Walter v. Bauer* 판례<sup>55)</sup>를 인용하고 있다. 정신적 산물에 대해 제조물책임을 부담하게 될 경우 사회적으로 안게 되는 부담, 즉 최신의 사상과 이론을 접할 수 없게 된다는 비용은 전혀 차원이 다른 것으로서, 감내할 수 없는 비용이라는 것이며, 이 문제는 헌법상의 기본권으로서의 사상, 학문, 표현의 자유, 언론 출판의 자유 등과 比較 衡量하여 볼 때 이를 부정적으로 보아야 한다는 것

55) 109 Misc. 2d 189, 191. 439 N.Y.S. 2d 821, 823 (Sup.Ct. 1981)

이다.<sup>56)</sup>

다음으로 서적의 출판사 또는 저자가 과실이 있음을 전제로 한 손해배상책임을 인정할 수 있는지에 관하여도 이 판례에서는 부정적으로 보았다.

## (2) 기타 판례들

위 판례는 출판물의 제조물책임 적용 여부에 대한 leading case로 받아들여지고 있으며, 다음과 같은 유사한 판례들이 많이 축적되어 있다.

보이스카우트 잡지 부록의 사격에 관한 내용을 읽은 후 총기사고로 사망한 사건,<sup>57)</sup> 해변이 안전하다는 내용의 여행가이드북을 읽고 해변에서 서핑을 하다가 바위에 충돌하여 부상을 당한 피해자가 그 출판한 출판사를 상대로 제소한 사건,<sup>58)</sup> 도색 잡지에서 窒息을 통한 性的 興奮에 관한 내용을 읽고 흉내 내다가 사망한 사건,<sup>59)</sup> 다이어트 책의 독자가 다이어트 합병증으로 사망한 사건,<sup>60)</sup> 재정에 관한 부정확한 출판내용을 믿고 투자한 투자자의 손해배상청구 사건,<sup>61)</sup> 금속세공에 관한 책 내용에 따라 금속부식제를 배합하던 중 폭발사고로 부상한 사건,<sup>62)</sup> 작업도구를 만드는 방법에 관한 책에 따라 연장을 만들던 중 부상당한 사건,<sup>63)</sup> 특정 會社債에 대한 부정확한 정보를 게재한 월스트리트저널紙를 상대로 한 손해배상청구사건<sup>64)</sup> 등에서 출판사의 책임을 부정한 바 있다.

56) 이에 대해 원고 측에서는 문제가 된 서적의 성격에 따라서는 이와 같은 헌법상의 가치들과 충돌하지 않는 경우가 있을 수 있고, 이 사안은 이에 해당하므로 이와 같은 헌법상의 기본권과의 비교형량을 이유로 하여 내용상 결함 있는 서적의 제조물성을 부정하여야 할 이유는 없다는 주장을 제기하였다. 항공기의 운항에 있어서 航空地圖(aeronautical charts)와 같이 道具的 性格이 강한 책이 잘못된 사안에 관하여 제조물책임의 적용을 인정한 몇몇 사건에 대한 판례들을 인용하였다. 이에 대해 법원은 항공지도의 경우 고도의 기술적인 도구(highly technical tools)임을 인정하지만, 이 사건 버섯에 관한 책의 경우 그 자체가 도구라기보다는 도구를 어떻게 이용하느냐에 관한 내용을 담고 있는 것으로서, 제조물이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

57) *Way v. Boy Scouts of Am.*, 856 S.W. 2d 230 (Tex. Ct.App. 1993)

58) *Birmingham v. Fodor's Travel Pub., Inc.*, 833 P. 2d 70 (Haw. 1992)

59) *Herceg v. Hustler Magazine, Inc.*, 565 F.Supp. 802, 803-4 (S.D.Tex. 1983)

60) *Smith v. Linn*, 563 A. 2d 123, 126 (Pa.Super.Ct. 1989)

61) *First Equity Corp. v. Standard & Poor's Corp.*, 869 F. 2d175, 179-80 (2d Cir. 1989)

62) *Levin v. McCreight*, 655 F.Supp. 282, 283-84 (E.D.Mich.1987)

63) *Alm v. Van Nostrand Reinhold Co.*, 134 Ill.App. 3d 716,721, 89 Ill. Dec. 520, 524, 480 N.E. 2d 1263, 1267 (1985)

### 3. 집회·결사의 자유와 손해배상

#### (1) NAACP v. Claiborne 판례

이 사건은 1966년 미시시피주 클레이본 카운티에서 흑인들이 제출한 인종차별철폐를 위한 청원이 받아들여지지 않자 흑인인권단체인 전미유색인종지위향상협회(the National Association for the Advancement of Colored People, 이하 NAACP)를 중심으로 지역에 있는 백인상인들을 상대로 하여 7년 간 보이콧을 개시하였고, 이 과정에서 백인상점의 유리에 벽돌 등을 던져 부순다든지, 차량을 손괴하는 다수의 폭력사태가 벌어져, 백인상인들은 흑인들을 상대로 민사상 손해배상과 보이콧의 중지를 청구하였다. 주법원은 흑인들에게 손해배상의 책임과 보이콧의 중지를 모두 인용하였고, 주대법원은 손해배상책임인 인용, 보이콧은 기각하였다. 이에 흑인들 및 NAACP가 연방대법원에 상고한 사안이다.<sup>65)</sup>

연방대법원은 “주정부는 폭력행위의 결과에 대하여는 합법적으로 손해배상 책임을 부과할 수 있겠으나, 비폭력적이고 보호받는 활동의 결과에 대한 배상을 인정할 수는 없고, 위법한 행위와 근접한 인과관계에 있는 손해만이 전보될 수 있다”라고 설시하면서, 보이콧 과정중에 상점에 대해 직접적으로 폭력행위를 행사한 것에 대해서는 책임을 물을 수 있으나 그렇지 않은 경우에는 비록 영업적 손실을 입었다고 하더라도 그 책임을 물을 수 없다고 판시하였다. 그 이유로는, 폭력과 폭력의 위협으로 인한 영업손실에 대하여 불법행위책임을 부과하는 것이 금지되지는 않지만, 그러한 행위가 헌법상 보호받는 활동의 맥락에서 발생한다면, ‘규제의 정교함(precision of regulation)’이 요구되며, 그 결과 수정헌법 제1조에 의하여 보호받는 활동에 대하여는 손해배상책임이 제한된다는 것이다.

나아가 미국 연방대법원은 이 사건에서 “개인은 구성원 중 일부가 폭력행위를 범한 단체에 소속되어 있다는 이유만으로 민사책임을 부담하지 않는다. 결사의 이유만으로 책임을 부담하기 위해서는 그 단체 자체가 위법한 목적을 가

64) *Gutter v. Dow Jones, Inc.*, 22 Ohio St. 3d 286, 291, 490 N.E.2d 898, 902 (1986)

65) 459 U.S. 898, 103 S.Ct. 199

지고 있고 그 개인에게 그러한 위법한 목적을 추구하고자 하는 구체적 의도 (specific intent)가 있었다는 점이 증명되어야 한다”는 점을 들어 피해자들의 주장을 배척하면서, 그러한 사실인정 없이 NAACP에게 책임을 지우는 것은 수정헌법 제1조가 보장하는 정치적 결사의 자유에 대한 용납할 수 없는 제한이라고 판시하였다.

## (2) Mine Workers v. Gibbs 판례

이 사건은 어느 석탄회사가 광산을 폐광하면서 광부조합(United Mine Workers, UMW) 소속 광부들을 대량해고한 후, 그 석탄회사의 자회사가 다른 노조(남부노동조합, Southern Labor Union, SLU)의 조합원들을 동원하여 인근 지역에 새로운 광산을 개광하려 하자, 물리적 충돌이 발생한 사안이다. 감독자 Gibbs가 개광을 시도하자 UMW 조합원들이 무장을 한 채 Gibbs를 협박하였으며, SLU의 조직책을 폭행하기도 하였다. 이러한 폭력행위가 2일간 발생한 후에는 더 이상의 폭력행위 없이 UMW 조합원들은 평화적인 피켓팅을 9개월 동안 지속하였다. 그러나 피켓팅이 지속되자 Gibbs는 감독직을 잃었고 운송계약 등이 이루어지지 않아 경제적 손해가 발생하였다. 이에 Gibbs는 연방법원에 UMW를 상대로 소를 제기하였다. 주법원은 UMW에게 손해배상책임을 인정하였고, UMW는 연방대법원에 상고를 하였다.<sup>66)</sup>

연방대법원은 주법원의 판결을 번복하였다. 그 이유는 ‘주(州)가 부여할 수 있는 규제책의 범위는 그러한 폭력적 행위의 직접적 결과로 엄격하게 한정되며, 평화적인 단체 피켓팅이나 다른 노동조합의 활동으로부터 발생하는 결과는 이에 포함되지 않는다’는 점을 들었다. 나아가 NAACP v. Claiborne 사건과 마찬가지로 ‘손해는 피고가 저지른 위법행위와 직접적이고 근접한(proximally) 인과관계가 있는 부분으로 제한된다’고 판시하였다. 즉, 주법상으로 폭력행위의 직접적인 결과에 대해서만 책임을 부과할 수 있다는 것이다.

66) *Mine Workers v. Gibbs*, 383 U.S. 715, 86 S.Ct. 1130, 16 L.Ed.2d 218

### (3) Lam v. Ngo 판례

이 사건은 Garden Grove City의 Council member인 Lam이 Vien Dong이라는 레스토랑을 소유하고 있었는데, Lam이 베트남인들의 권익에 관심을 보이지 않는다는 이유로 City Council member를 사임할 것을 요구하며 레스토랑에 대한 보이콧을 하였는데, 그 중 일부 시위자들이 레스토랑에 대해 폭력을 행사한 바 있는 사안이다. Lam은 시위자들과 시위 주최자를 상대로 소를 제기하였고 1심에서 보이콧에 대한 금지명령이 내려지자, 이에 대하여 시위자들과 시위주최자들이 연방대법원에 상고한 사건이다.

연방대법원은 정치적 이유로 인한 평화적인 피케팅은 보호되기 때문에, 장래의 경제적 이익을 침해한다고 하여도 민사책임을 지울 수 없다고 판시하였다. 다만, 폭력이나 범죄행위는 정치적인 시위의 와중에 발생하였다고 하여도 민사책임의 근거가 될 수 있는데, 시위주최자가 구체적인 불법행위를 승인 또는 지휘하거나, 위법행위를 선동하거나, 폭력을 행사하도록 구체적으로 지시하지 않은 이상 다른 시위자들의 행동에 대하여 단순히 주최자라는 이유로 책임을 지지 않는다고 판시하였다. 따라서 민사책임을 묻기 위해서는 폭력을 행사한 시위자들로 제한하여 피고를 구체적으로 특정하여야 한다는 것이다.

## 4. 소결

많은 사람들이 읽는 책에는 객관적 진실이 담겨 있어야 하고, 잘못된 내용이 있어서는 안된다. 그러나 잘못된 내용이 담겨 있는 책을 읽고 손해를 입은 사람이 있을 경우에, 그 피해자가 저자나 출판사를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는냐는 이와는 다른 차원의 문제이다. 만일 이와 같은 청구를 일반적인 불법행위와 같은 차원에서 인정한다면, 학문과 출판의 자유가 심각히 제한된다. 이는 학문과 출판의 자유를 ‘다른 사람에게 해를 일으킬 가능성이 없는, 안전하고 검증된 내용만을 연구하고 출판할 수 있는 자유’로 제한하는 결과를 낳기 때문이다. 그 결과는 부당하다고 생각한다. 이와 같은 민사 불법행위청구를 심판하는 법원으로서, 헌법적 가치까지도 고려하여 신중을 기하여야 한다. 그런데

이와 같은 신중한 태도가 ‘책에는 객관적 진리가 담겨져야 한다는 원칙을 부정’한다거나, ‘잘못된 내용의 책의 출판을 조장하고, 그로 인한 피해자를 외면하는 입장’으로 매도되어서는 안된다. 물론 책에 인류에게 해가 없는 객관적 진리가 담기고, 그로 인한 피해자가 생기지 않도록 하여야 한다. 그러나 그와 같은 정책목표를 추구하는 데 있어서 반드시 민법 중 불법행위 관련 규정들이 가장 유효적절한 규범은 아닐 수도 있다. 활용될 수 있는 규범으로는 헌법도 있고, 형법이나 행정법, 지적재산권법도 있으며, 보험법이나 사회보장법이 적절히 기능할 수도 있다. 물론 민법이 적절히 기능할 수도 있는 사안도 있을 것이다. 그러나 앞서 살핀 미국의 판례이론이 시사하는 것은, 민사 불법행위 법리가 이와 같은 정책목표를 추구해 나가는 데에 있어서 절대 불변의, 주된 규범인가 하는 데에 의문을 제기하고 있다는 점이다.

집회 및 시위에 관한 헌법상의 권리도 같은 문제의식으로 검토되어야 한다. ‘아무에게도 불편하지 않은 집회와 시위’가 있을 수 있을까? 이와 같은 것이 가능하다면, 집회 및 시위를 반대하는 사람이 없을 것이고, 굳이 헌법상 이를 인정하는 실익도 없을 것이다. 헌법상 집회 및 시위의 자유를 인정하면서, 한편으로는 민법 불법행위이론을 통하여 특정 집회 및 시위에서 불이익을 입은 사람들이 제기하는 손해배상청구를 법적으로 인정한다면, 이는 집회 및 시위의 자유를 크게 제한하는 것이다. 이는 결과적으로 헌법상 집회 및 시위의 자유를 ‘아무에게도 불편함을 주지 않는 집회 및 시위를 할 자유’로 제한하는 결과를 낳기 때문이다. 그러나 한편 필자의 이러한 문제제기가 ‘집회 및 시위의 이름으로라면, 다른 사람의 권리를 침해하여도 괜찮다는 주장’으로 매도되어서도 안된다.

외국의 사례를 음미해 보면, 집회 및 시위로 인하여 발생한 손해에 관한 법리는, 우선 직접적으로 타인의 재산 자체에 가해행위를 한 경우에 한하여 손해배상책임을 부담하게 하고, 다음으로 집회 및 시위 주최자 또는 참가자가 사실상 무제한의 연대책임을 부담하는 일이 없도록 민사상 연대책임의 주체를 ‘직접적 가해자’로 제한함으로써, 헌법가치를 통하여 관련 당사자간의 이익을 적절히 조율하고 있는 것이라고 평가할 수 있다. 이는 상당인과관계론이나 위법성판단을 통하여서든지, 또는 피해자의 손해의 범위론을 통하여서든지, 우리 법리하에서도 충분히 받아들일만한 가치가 있다고 생각한다.

## V. 慰藉料

### 1. 문제의 소재

타인의 법규위반행위로 인하여 정신적인 손해를 입은 경우 손해배상을 청구할 수 있을까? 사회생활 가운데 다른 사람의 행위로 인하여 정신적인 스트레스를 받는 경우는 무수히 많기 때문에 여기에서도 인정범위에 관하여 규범적 판단이 필요하다. 이에 관하여는 두 가지 측면에서 고찰하여야 하는데, 우선 신체나 재산상의 일차적 직접적인 손해 없이 정신적인 스트레스만 받은 경우 손해배상이 가능한지 하는 점이고, 다음으로는 일차적인 손해 없이 받은 스트레스 그 자체를 정신질환으로 보아 이를 배상대상으로 삼을 수 있는가 하는 점이다.

첫 번째 문제는 앞서 지적한 바와 같은 맥락의 연장선에서 해결의 실마리를 찾을 수 있다. 우선 일차적으로 생명, 신체상의 손해를 입은 경우에 한하여 위자료가 인정될 가능성이 있다. 나아가 우리 민법상 위자료 지급사유로 자유와 명예를 해한 경우도 포함하고 있으므로, 이에 관하여서도 살펴보아야 한다. 만일 일차적이고 직접적인 피해 없이 정신적 손해 그 자체를 일차적인 손해라고 주장한다면, 이는 받아들이기 쉽지 않아 보인다. 다음으로, 정신적인 스트레스나 충격을 받은 경우 그 자체를 상해나 질병으로 보아 배상의 대상으로 삼을 수 있는가에 관하여 좀 더 살펴보기로 한다.<sup>67)</sup>

### 2. 비교법적 고찰

영미법상 신체장애가 있을 경우 이에 부수되는 고통과 고생이 있을 경우에만 일종의 위자료(pain and suffering)로 배상되는 것으로 한다. 한편 의학적으로 질병에까지는 이르지 못한 정도의 스트레스(non-medical stress)는 이를 통상적인 스트레스(ordinary stress)라 지칭하고, 이에 대해서는 별도의 배상항목으로 인정하지 않는다.<sup>68)</sup>

67) 이에 관한 보다 자세한 내용은, 김제완, 전제논문(주1) 참조.

68) Kay Wheat, op.cit.(주27) p29

즉, 스트레스와 같은 일반적인 감정상의 반응은 “보통의 고통과 슬픔 (ordinary grief or sorrow)”이라 하여 이를 독립하여 배상의 대상으로 하지 않는 것을 원칙으로 하고 있는데, 이에 관하여는 ① 일시적이고 계속되는 피해 (harm)가 없다는 점, ② 계속되는 피해가 없기 때문에 이를 산정할 수도 없다는 점, ③ 일상 있을 수 있는 인간의 정상적인 감정(normal emotion)이라고 보아야 한다는 점, ④ 어디서나 늘상 있을 수 있는 일(ubiquity)이라는 점, ⑤ 감정적 반응에 있어서의 정신적 상태는 감각으로부터 인지된 것이라기보다는 상상(imagination)의 산물로서의 성격이 더 강하다는 점, ⑥ 이와 같은 일상의 문제에 대해 이를 법으로 규율하는 것이 적절한 것인지에 대해 의문이 있다는 점 등이 그 이유로 설명되고 있다.<sup>69)</sup>

물론 영미법상 감정상의 피해(emotional suffering)에 대해서도 배상을 청구할 수 있고 이는 의학적으로 정식으로 정신질환(mental illness)으로 진단되지 아니한 것이더라도 가능하기는 하지만,<sup>70)</sup> 법원으로서의 사소한 감정변화의 정도를 초과한 정도의 심각성의 입증(proof of severity beyond minor upset)을 요구하는 엄격한 태도를 취하고 있다.<sup>71)</sup>

일반적으로 법적 분쟁이 발생하면 정신적인 피해가 함께 발생하는 것이 보통이다. 과격한 노사 분쟁과정상의 경험이나 상대방에 의한 무고와 부당제소 내지 부당한 응소 등 법적인 분쟁으로 인하여 정신적 충격을 받기도 한다. 소송을 진행하면서 청구의 진실성과 손해를 탄핵하려는 상대방의 주장과 입증을 접하고 피해자들은 다시 한 번 정신적인 스트레스를 받게 된다. 이와 같이 손해배상을 받아내기 위한 법적 과정 중에 받게 되는 정신적인 스트레스를 보통 손해배상 노이로제(compensation neurosis)라고 하여, 그것이 배상대상이 되는 정신질환인지 아닌지를 둘러싸고 문제가 된다. 우리나라에서는 이를 부정적인 의미에서 ‘보상성 신경증’이라고 번역되기도 한다. 보상성 신경증에 관하여 두부 외상 이후 신경증을 보이는 환자가 금전보상이나 소송이 끝나면 증상이 없어지거나 호

69) Des Butler, op.cit.(주24) pp86-87 참조.

70) 여기에는 정신적 스트레스(mental distress), 정신적 피해(mental suffering), 정신적 고통(mental anguish) 등을 포함하는데, 슬픔, 걱정, 놀람, 신경예민, 쇼크, 굴욕감 등 각종의 불쾌한 정신상태가 포함된다.

71) Brian Hoffman et al., *The Emotional consequences of Personal Injury* (Butterworths, 2001)



전되었다는 1960년대의 한 조사결과가 나오면서 사용된 용어인데, 이후 반대되는 조사결과도 있어 질병명칭으로서는 용도가 폐기되었다는 의견도 있다.<sup>72)</sup>

### 3. 우리 판례의 입장

우리 판례는 생명 신체 명예가 침해된 경우 이외에는 정신적 손해를 통상의 손해로서는 인정하지 아니하고, 특별 사정으로 인한 손해의 가능성만을 인정한다. 예컨대 타인의 불법행위 등에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 본다. 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다는 특별한 사정이 있는 경우에는 침해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아닌 한 배상책임을 인정하지 않는다.<sup>73)</sup>

특히 문제로 되는 것은 재산상의 손해발생 여부가 불분명하거나 그 손해액의 확정이 불가능한 경우에 재산적 손해배상을 명하는 대신 위자료의 지급을 명할 수 있는가 하는 점이다. 손해배상에 있어서 위자료의 補完的 機能 문제이다. 이에 대한 우리 법원의 입장은, 이러한 위자료의 보완적 기능을 함부로 확장하여 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 다수의 당사자들에 대하여 획일적으로 일정 금액의 지급을 명함으로써 사실상 재산적 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용될 수 없다는 입장을 취하고 있다.<sup>74)</sup>

## VI. 結 論

이 글을 쓰는 계기가 된, 집시법 특정조항에 위반하였음을 근거로 하여, 그 인근의 상인들이 집회주최자들을 상대로 하여 영업상의 손해 또는 위자료에 대한 배상을 청구한 사례에 관하여, 사실관계의 확정 절차가 남아 있으므로 필자로서는 결론을 예측할 수는 없다. 하지만 규범적 판단에 관하여 몇 가지 지적

72) 김동진, “교통사고와 외상 후 스트레스장애 - 대법원 2001.4.10. 선고 99다39531 판결” 判例研究 제13집 (부산판례연구회, 2002년) pp657-658 참조.

73) 1996. 11. 26. 선고 96다31574 ; 1989. 8. 8. 선고 88다카27249 ; 1992. 5. 26. 선고 91다38334 등

74) 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결

하자면서 결론에 갈음하고자 한다.

우선 집시법 규정을 위반하였다고 하여 그 자체가 불법행위로 되는 것은 아니고 규범목적을 살펴 원고들이 주장하는 영업상의 피해가 이 규범의 보호목적에 포함될 수 있는지를 살펴야 할 것이다.

다음으로는 원고들이 주장하는 피해가 일반인들이 입은 불편과 비교하여 질적으로 다르고 그 정도가 현저한 것이어서 별도로 배상할 가치가 있는 법적 이익인지 구체적으로 살펴서 규범적으로 판단하여야 한다.

셋째로, 그 밖에 유럽 불법행위법 원칙상 제시한 바와 같이, 집회주최자들의 법규위반행위와 인근상인들 사이의 근접성 혹은 집회주최자들의 이익이 인근상인들의 이익보다 낮게 평가될 수밖에 없음에도 불구하고 자기들이 손해를 야기한다는 사실을 집회주최자들이 인식하였지 여부를 특별히 감안하여 규범적으로 판단하여야 한다. 여기에서는 우리 판례가 형성하기 시작한 ‘가해행위와 너무 먼 손해’ 개념을 우리 법 체계 내에서 적절히 위상부여하고, 이를 더욱 정치하게 발전시켜 나갈 필요가 있다.

넷째, 사안이 순수한 민사 불법행위라기보다는 헌법상의 기본권이 관련되어 있는 사안이므로, 헌법적 측면을 고려사항에서 배제하여서는 안된다고 생각한다.

마지막으로, 이 사안은 현대 사회에 있어서 있을 수 있는 다양한 불법행위 소송에 영향을 미칠 수 있는 근본적인 쟁점을 포함하고 있는 사안이므로, 법원은 진지하고 심도 있는 연구와 고민을 통하여 우리나라의 법리를 제시하여야 한다. 만일 구체적 사안의 해결에만 집착하여 위자료 제도를 남용하여 타협적이고 절충적인 결론을 내린다면, 이는 바람직하지 않다고 생각한다.

[논문투고일 : 2010. 5. 16, 논문심사일 : 2010. 6. 8, 게재확정일 : 2010. 6. 17]



#### 주제어

집시법, 쏫불시위, 불법행위, 인과관계, 근접성, 예측가능성, 손해배상, 영업상 손해, 위자료, 피해자의 범위, 보호법익

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 김남철, “인천 호프집화재사건과 국가배상책임 : 국가의 직무감독소홀로 인한 국가배상책임” 법학논총 6호 (경원대학교, 1999. 12.)
- 김동진, “교통사고와 외상 후 스트레스장애 - 대법원 2001.4.10. 선고 99다39531 판결” 判例研究 제13집 (부산판례연구회, 2002년)
- \_\_\_\_\_, “영미법상 정신적 충격으로 인한 손해의 배상과 산정 -쇼크 손해 및 외상 후 스트레스 장애(PTSD)를 중심으로” (법조, 2009. 4.)
- \_\_\_\_\_, 『전자거래의 유형에 따른 제조물결함사고에 대한 소비자보호』 (법제연구원, 2002)
- \_\_\_\_\_, “계약산업과 제조물책임” 사법 제2호 (사법연구지원재단, 2007. 12.)
- 박동진, “제3자 쇼크 損害에 대한 責任의 成立과 範圍” 한독법학 제13호(2002)
- 박홍대, “영업권의 침해와 손해배상책임:간접피해자의 손해와 관련하여” 判例研究 9집(1998. 12.) 釜山判例研究會
- 안법영, “영업경영의 과실침해와 책임귀속의 인과적 표지” 고려대 判例研究 8輯(1996. 9.)
- 연기영, “노래방기기의 상품적합성과 제조물책임” JURIST plus 412호(2007년 1호)
- 윤 경, “건설기계관리법상 사업신고자는 연명신고자가 고용한 조종사에 대하여 안전배려의무가 있는지 여부” 대법원판례해설 제42호
- 이경춘, “상수원수가 법령이 정하는 수질기준에 미달한 경우 국가배상책임 유무 : 낙동강 수질오염을 원인으로 한 부산시민의 국가 및 부산광역시에 대한 위자료 청구 사안” 대법원판례해설 제38호
- 임건면, “제3자의 쇼크피해에 대한 損害賠償의 범위” 法理論과 實務 제2집 (1998, 영남민사법학회 · 영남민사소송법학회)
- 최윤성, “공무원의 직무상 의무위반으로 국가가 배상책임을 부담하게 되는 경우의 직무상 의무의 내용과 상당인과관계의 판단기준” 판례연구 제16집 (부산판례연구회, 2005. 2.)

[국외문헌]

- Des Butler, *Damages for Psychiatric Injuries* (The Federation Press, 2004)
- Jamie Cassel, *Remedies : The Law of Damages* (Irwin Law, 2000)
- Steven L. Emanuel, *Torts* (Aspen Publishers, 2002)
- Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* (Dartmouth, 1993)
- European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary* (Springer, 2005)
- Brian Hoffman et al., *The Emotional consequences of Personal Injury* (Butterworths, 2001)
- W. Page Keeton, *Prosser and Keeton on Torts* (West Group, 1984)
- Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* (Butterworth, 2001)
- W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* (Sweet & Maxwell, 2002)
- J. Spier(ed.), *The Limits of Expanding Liability - eight fundamental cases in a comparative perspective* (Kluwer Law, 1998)
- Kay Wheat, *Recovering Damages for Psychiatric Injury* (Oxford University Press, 2002)



## Abstract

### Unforeseeable Plaintiff and Pure Economic Loss in Korean Tort Law - Owners of Shops and Restaurants as "assembly and demonstration victims"?

Jewan Kim

(Professor, Korea University Law School)

In 2008 a nationwide dispute was raised on the possible danger of BSE(bovine spongiform encephalopathy) when the Korean government decided to open market to the beef exporters of the United States. Millions of people assembled at the Seoul Plaza and demonstrated against government's policy. Even thousands of female middle school students joined the demonstration with candle lights, after which they named this event "candle light demonstration 2008."

Organizers of the demonstration were prosecuted on the ground that they infringed a couple of the Assembly and Demonstration Act regulations as they had lost control of some participants. Not only in the criminal courts but also in the civil courts were the organizers sued by the owners of shops and restaurants near the Plaza claiming that they suffered damages from the demonstration.

This article is discussing the tort law issue whether the economic loss of the owners of shops and restaurants might be recovered by the court. The author presents a review on the scope of protection in Korean tort cases and an analysis on the remoteness, unforeseeable plaintiff and pure Economic loss in a comparative law aspect. As a conclusion the author suggests that we need to find the balance between the various values of our law including the constitutional aspect of the case.



#### Key words

tort, damage, remoteness, unforeseeable plaintiff,  
pure economic loss, scope of victims, scope of protection,  
*candle light demonstration, Assembly and Demonstration Act*