

# 假定的 因果關係\*

임건면\*\*

I 序 論	하는 경우
II. 假定的 因果關係의 意義	3 피해자 스스로의 행위에
III 假定的 因果關係의 類型	의하여 동일한 손해가 발생하
1. 가정적 손해발생사건이 우	는 경우
연한 사정에 기인하는 경우	IV 適法한 選擇行爲
2 가정적 손해발생사건이 제	V 結 論
3자의 책임 있는 행위에 기인	

## I. 序 論

채무자 또는 가해자가 배상하여야 할 손해배상과 관련하여, 손해를 경감 또는 감소시키는 일정한 요인들이 존재하는 경우에, 만약 이러한 요인들을 고려하지 않는다면 이는 오히려 채권자 또는 피해자가 부당이득을 취하게 되는 불합리한 결과를 가져오게 된다.

손해경감요소에 해당하는 것으로는 우선 손익상계를 들 수 있다<sup>1)</sup>. 또한 그 이외에도 손해발생의 원인이 되는 사건이 발생하지 않았더라도, 동일한 손해 또는 그와 유사한 손해를 초래했을 사건이 발생했을 경우를 생각해 볼 수 있는데, 이는 배상의무자가 책임을 져야 하는 손해가 이미 제1차 사건(가해자의 행위)에 의하여 발생한 후, 제2차 사건이 발생했거나 영향을 미쳐, 그와 동일하거나 또는 유사한 손해를 발생시켰을 경우이다. 이처럼 손해를 발생시킨 제1차 사건이 발생하지 않았더라도 제2차 사건이 손해발생의 원인이 되었을 경우, 사실 제2차 사건이 손해발생에 대하여 원인이 되는 것은 아니며, 제1차 사건이 이로 인하여 발생하는 모든 불이익의 실질적 원인이라는 것

\* 이 연구는 2004학년도 경남대학교 학술논문게재연구비 지원으로 이루어졌음.

\*\* 경남대학교 법정대학 교수

1) 손익상계에 관해서는 拙稿, “損益相計”, 「慶南法學」 제18집, 2002, 157면 이하 참조.

은 부정할 수 없다. 그럼에도 불구하고 이러한 불이익이 다른 원인(제2차사건)에 의하여 어차피 발생했을 것이라면, 제1차 사건의 가해자가 이 불이익에 대해서 책임을 져야 할 것인가의 문제 내지는 면책되는가의 문제, 즉 소위 '가정적 인과관계(hypothetische Kausalität) 또는 추월적 인과관계(überholende Kausalität)'의 문제가 발생한다.

손해배상과 관련하여 이러한 요소를 손해경감요소 또는 면책요소로 고려해야 하는 것은 차액설(Differenztheorie)의 결과이다. 즉 차액설에 의하면 피해자의 현재(가해행위 후)의 총재산상태(Vermögensgesamtlage)와, '만약 손해를 발생시킨 사건이 없었더라면'이라는 가정하에 존재해 있을 (假定的) 총재산상태를 서로 비교함으로써 배상해야 할 손해<sup>2)</sup>를 정하게 되기 때문이며<sup>3)</sup>, 따라서 假定的 총재산상태를 확정함에 있어서는 단지 가정적이긴 하지만, 또 다른 손해발생사건의 진행을 고려하여 배상 여부를 결정하게 된다

가정적 인과관계의 경우, 차액설에 의하면 가해자가 배상해야 할 손해는 존재하지 않게 된다 그 이유는 제1차 사건에 의하여 발생한 손해는 다른 원인(제2차 사건)에 의하여 어차피 발생하였을 것이고, 제1차 사건에 의하여 피해자의 총재산상태에는 아무런 변화가 없기 때문이다. 그러나 이러한 결과는 (제2차 사건이 발생하기 전에) 이미 제1차 사건에 의하여 일정한 범위의 배상청구권이 성립한 후에 제2차 사건이 발생하는 경우에는, 이미 (제1차 사건의 결과로) 성립한 배상청구권을 없었던 것으로 해야 하는 납득하기 어려운 결과를 낳게 된다<sup>4)</sup>.

이처럼 손해배상경감요소로서 가정적 인과관계를 일률적으로 참작하는 것은 항상 손해배상법의 의의 및 목적과는 부합하지 않으며, 차액설 역시 이러한 문제의 해결에 별로 큰 도움이 되지 않음이 밝혀졌다.

2) 손해의 개념에 관해 상세한 것은 拙稿, "民事法上の損害の概念", 「比較私法」 제8권 2호, 2001, 439면 이하 참조.

3) 일반적으로 손해란 본인의 意思에 의하지 않은, 법익에 대한 모든 不利益(jede unfreiwillige Einbuße an Gütern)으로서, 두 가지 재산상태를 비교함으로써 산정된다. 이때 비교의 대상이 되는 재산상태란 침해행위 후의 재산상태와 침해행위가 없었더라면 존재해 있을 재산상태를 말한다. 다시 말하면 손해란 손해발생원인에 의하여 야기된 재화상태(Güterlage)와 이러한 결과가 발생하지 않았다는 가정하에 존재해 있을 재산상태와의 差異(Differenz)를 의미한다(郭潤直, 債權總論, 137면 이하, 대법원(전원합의체) 1992 6 23선고, 91다33070판결, 대법원 1993 11 23 선고, 93다11180판결)

4) Larenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S 523 ff

본고에서는 손해경감요소인 가정적 인과관계를 중심으로 각 유형에 따른 배상책임의 주체와 이에 대한 근거 및 기준을 살펴보는 데 주안점을 두어 검토한다<sup>5)</sup>.

## II. 假定的 因果關係의 意義

가해자의 불법행위(또는 채무자의 채무불이행)로 인하여 피해자(또는 채권자)에게 손해가 발생한 경우 피해자의 손해배상청구권은 가해자의 행위가 피해자의 법익을 침해하고 그 결과로써 손해가 발생할 것을 요구하고 있다. 즉 손해배상청구권은 가해자의 행위와 피해자의 손해발생 사이에 인과관계가 있을 것을 요건으로 한다. 따라서 인과관계란 배상책임법의 기본적 구성요소의 하나에 해당하게 된다. 그러나 법익의 침해와 그의 결과인 손해가 단 하나의 인과관계에 기인하는 경우도 있지만, 다수의 원인에 의하여 법익침해 및 손해발생이라는 결과를 가져오는 경우도 있다.

이처럼 원인이 복수로 존재하고 이들이 경합하는 경우를 중첩적 인과관계(addierte Kausalitäten<sup>6)</sup>), 공통적 인과관계(gemeinsame Kausalitäten<sup>7)</sup>), 선택적 인과관계(alternative Kausalitäten<sup>8)</sup>) 그리고 가정적 인과관계(hypothetische Kausalität) 등으로 세분해 볼 수 있다.

이하에서 취급하게 될 가정적 인과관계의 특이성은 (결과를 발생시킨) 여러 원인 중 하나의 원인은 이미 현실화되어 존재하는 반면에, 다른 하나는 그 원인이 아직 현실화되지 않았다는 데에 있다. 이때 전자를 가해원인(Eingriffsursache), 후자를 가정적 원인(또는 예비원인, hypothetische Ursache, Reserveursache)이라 한다. 이러한 원인경합은 침해에 대해서뿐만 아니라, 손해에 대해서도 문제될 수 있다.

손해를 발생시킬 수 있는 원인이 複數로 존재하는 경우, 특히 가해자의 책임 있는 행위로 인하여 손해가 발생한 경우 이외에, 만약 그러한 사실이 없었더라도 또 다른

5) 현재 우리나라의 경우 이 문제를 다룬 논문은 梁三承, “假定的 因果關係論(損害賠償과 潛在的後發的 事情)”, 「재판자료」 3집, 1979, 284면 이하, 朴鍾權, “原因競合에서의 假定的 因果關係에 관한 고찰”, 「경기법학논총」, 창간호(2000), 201면 이하 등으로 그렇게 많지 않은 것으로 생각된다

6) 손해의 발생에 대하여 여러 원인이 존재하지만, 각각의 원인이 독자적으로 손해를 발생시키기에 충분한 경우를 말한다

7) 손해의 발생에 대하여 여러 원인이 존재하지만, 각각의 원인이 독자적으로는 손해 전체를 발생시키기에 불충분하고, 각각의 원인이 손해발생에 대하여 부분적으로만 기여한 경우를 말한다.

8) 손해의 발생에 대하여 여러 원인이 존재하지만, 어떤 원인에 의하여 결과가 발생했는지 불분명한 경우를 말한다. 선택적 인과관계와 관련하여 문제가 되는 것은 입증책임이지만, 입증의 어려움을 극복하기 위하여 연대책임을 묻고 있다(민법 제760조 제2항).

원인에 의하여 동일한 결과(손해)가 발생했을 경우에는 현실적 원인과 가정적 원인과 의 경합문제가 발생하게 된다. 예를 들면,

사례 1)<sup>9)</sup>

甲은 운행 중 교통신호위반으로 乙의 자동차와 충돌하여 乙의 자동차가 전파되었는데, 乙이 평소와 마찬가지로 그의 자동차를 차고에 두었다더라도 그 날 밤 번개로 인한 화재가 발생하여 자동차가 전소하였을 것이라는 사실이 밝혀졌을 경우

위의 사례에서 甲의 신호위반행위와 실제로 발생한 손해(자동차의 전파) 사이에는 상당인과관계가 인정된다. 운전신호를 위반하게 되면 자동차사고가 발생할 개연성이 상당히 높으며, 실제로 甲은 자동차사고를 발생시켰다. 그러나 이와는 달리 ‘번개’와 ‘자동차의 전소’ 사이에는 상당인과관계가 존재하는 것이 아니라, 단지 사건의 발생이 현실화되지 않고 가정될 뿐이며, 이때 특히 책임설정적 인과관계는 문제되지 않는다.

이처럼 가정적 인과관계는 손해산정(Schadensberechnung)<sup>10)</sup> 또는 손해귀속(Schadenszurechnung)<sup>11)12)</sup> 관한 문제이며, 이러한 점에서 가정적 인과관계는 (상당)인과관계와는 구별된다.

위의 사례에서 甲이 교통신호를 위반하였기 때문에 甲의 과실로 인한 위법행위는 인정되며, 책임문제가 발생하게 된다. 그러나 번개에 대한 책임문제가 발생하는 것은 아니다. 따라서 이와 관련하여 비록 甲이 자기의 과실로 사고를 내지 않았더라도 乙에게는 가정적 원인인 ‘번개로 인한 화재발생’으로 동일한 손해가 발생했을 것이라는 이유로 면책, 즉 이미 甲에게 발생했던 손해배상의무가 소멸되는가의 문제가 발생한다.

이러한 문제의 해결방안으로 여러 견해가 다양하게 제시되고 있는데, 유형에 따라 가정적 인과관계의 고려 여부를 결정해야 한다는 데에는 거의 의견의 일치를 보이고 있으나, 다만 무엇을 구별의 기준으로 할 것인가에 대해서는 의견이 나누어져 있다. 따라서 이하에서는 우선 가정적 인과관계의 유형을 살펴보기로 한다.

9) Frank/Löffler, Grundfragen der überholenden Kausalität, JuS 1985, 689, Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., 1985, S. 344에서 인용

10) BGH NJW 1953, 977, 978, BGHZ 29, 207, 215

11) Bamberger/Roth-Grüneberg, BGB, 2003, Rdn. 65 vor § 249, Palandt-Heinrichs, BGB, 63. Aufl., 2004, Rdn. 96 vor § 249, MunchKomm-Oetker, BGB, 4. Aufl., 2001, Rdn. 201 zu § 249, BGHZ 104, 355, 360, Staudinger-Schubert, 13. Bearb., 1998, Rdn. 93 zu § 249, Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, S. 179

12) 가정적 인과관계의 문제는 가해자가 어느 정도까지 배상을 해야 하는가에 관한 문제에 한정되는 것이 아니라, 가해자에게 책임이 귀속하는가의 문제까지 포함하게 된다

### III. 假定的 因果關係의 類型

가정적 인과관계는 그 유형에 따라 가정적 손해발생사건이 우연한 사정에 기인한 경우, 가정적 손해발생사건이 제3자의 책임 있는 행위에 기인하는 경우, 가정적 손해발생사건이 피해자 자신의 책임 있는 행위에 기인하는 경우 그리고 적법한 행위를 했더라도 동일한 결과가 발생한 경우 등으로 구별될 수 있다<sup>13)</sup>

#### 1. 가정적 손해발생사건이 우연한 사정에 기인하는 경우

우리 민법은 이행지체 중의 채무자의 손해배상과 관련한 제392조에 “채무자가 이행기에 이행하여도 손해를 면할 수 없는 경우”, 즉 채무자가 이행기에 제대로 이행했다라도 손해가 발생하였을 것을 입증한 경우에는 채무자는 배상책임을 지지 않는 것으로 규정하고 있을 뿐, 가정적 인과관계에 관한 일반적인 규정을 두고 있지 않다. 다만 차액설에 의한 ‘손해의 개념’에서 가정적 인과관계에 관한 단서를 찾아낼 수 있을 수도 있지만, - 이미 위에서 언급한 바와 같이 - 근본적인 문제해결에는 도움이 되지 않는다.

#### (1) 가정적 인과관계의 고려 여부에 관한 학설과 판례의 태도

##### 1) 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼지 않는 견해

초창기 독일의 판례는 다음의 사례 2)에서 일단 발생한 손해는 추후의 원인에 의하여 영향을 받을 수 있는 가능성을 원칙적으로 부정하였다. 즉 일단 한번 발생한 손해는 그 뒤에 일어나는 사건에 의하여 원칙적으로 아무런 영향을 받지 않으며, 가해자의 행위는 후속행위에 의하여 배제되지 않는 것으로 보았다<sup>14)</sup>.

사례 2) - RGZ 141, 365 ff.

13) 가정적 인과관계와 추월적 인과관계는 엄격한 의미에서는 다른 개념으로 사용되기도 한다. 특히 가정적 인과관계의 유형 중 본고 III에서 언급하게 될 선택적 적법행위를 제외한 부분을 추월적 인과관계라 칭하기도 하며, 선택적 적법행위를 독자적인 유형으로 취급하기도 하지만 (Lange, Zum Problem der überholenden Kausalität, AcP 152(1952/53), 153 ff.), 가정적 인과관계의 범주 내에서 취급하여도 별 다른 차이점이 있는 것은 아니다.

14) RGZ 141, 365 ff.; RGZ 144, 80 ff.; RGZ 169, 177 ff.

원고(X)와 피고(Y)는 부동산의 공동소유자로 피고는 1/7의 지분을 가지고 있었다. Y는 X의 위임을 받아 수년간 부동산을 관리하였고, X와 Y는 부동산을 임대하고 얻은 임대수익금은 은행에 예금하도록 하였다. 그러나 Y는 이를 다른 곳에 투자하였으나, 결국 X는 손실을 입었다. 이에 X는 손해배상을 청구하였고, Y는 비록 수익금을 은행에 입금하였더라도, 은행이 파산하였기 때문에 X는 동일한 손해를 입었을 것이라고 항변하였다.

위 사안에서 독일제국최고법원은 피고(Y)의 투자행위는 은행의 파산에 의하여 배제되지 않기 때문에, 피고의 손해배상의무는 계속해서 존속하는 것으로 보았다. 그러나 이 독일제국최고법원의 판례는 인과관계의 문제에 중점을 두었기 때문에, 가정적 인과관계의 문제를 심도있게 다른 판례로 보기는 어렵다.

그 후 독일연방최고법원<sup>15)</sup>은 1959년의 판례에서, 물건훼손에 대한 손해배상청구권의 경우, 손해가 발생한 후 그와 동일한 결과(손해)를 발생시켰을 후속사건은 중요하지 않은데, 그 이유는 침해행위와 동시에 손해배상청구권이 성립하였고, 법은 후속사건에 대해서는 아무런 “채무면제적 효력(schuldtilgende Kraft)”을 부여하고 있지 않다고 판시함으로써 제1차 사건으로 인하여 손해가 발생한 때에는, 그 손해는 더 이상 전개 또는 진척(entwicklungsfähig)되지 않으며, 따라서 가정적 인과관계에 대해서는 아무런 의미를 부여하지 않고 있다.

이와는 달리, 일실이익의 상실, 지속적으로 소득이 감소하는 경우 그리고 유사한 이익이 장기적으로 감소하는 경우에는 가정적 인과관계는 중요한 의미가 있는 것으로 보고 있는데<sup>16)</sup>, 왜냐하면 결과손해는 지속적으로 확대될 수 있으며, 어느 정도 새롭게 발생하기 때문이라는 근거를 들고 있다. 이때 재산상의 불이익, 즉 손해는 실질적인 제1차 사건의 진행과 가정적 사건의 진행을 비교함으로써, 손해를 발생시키는 침해행위가 없었더라면 존재해 있을 재산상태로 확정되는 것이며, 이에 대한 필요성은 이미 독일민법에 명백한 규정<sup>17)</sup>을 두고 있다는 것이다.

다른 한편 동법원은 특히 손해발생 당시 이미 존재했었고, 필연적으로 짧은 시간 안에 동일한 손해를 유발했을 상황들을 고려하고 있는데, 이런 상황들은 침해의 순간 이미 물건의 가치를 감소시켰기 때문이라는 이유를 들고 있다(이는 가정적 인과관계의 특수성에 관한 내용, 즉 소인사례(Anlagefall)에 관한 것으로, 이에 관해서는 후술). 그러나 이는 가정적 인과관계의 특별한 경우에 해당할 뿐이지, 그렇다고 해서 이것이 가

15) BGHZ 29, 207, 215

16) BGHZ 29, 207, 215 f

17) 독일민법 제252조, 제842조 참조

정적 인과관계를 고려해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다.

결론적으로 독일의 판례는 법익 자체에 직접 발생한 손해의 경우에는 가정적 인과관계를 고려하지 않으며, 다만, 직접손해와 연계된 결과손해의 경우에 한하여 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼고 있다는 것을 알 수 있다.

독일의 다수설<sup>18)</sup>은 우연히 발생하는 가정적 인과관계는 원칙적으로 고려의 대상이 되지 않는다는 판례의 태도에 동조하고 있다. 더욱이 다수설은 침해된 법익에 직접 발생한 직접손해와 간접적인 손해를 구별하면서, 전자의 경우에는 가정적 인과관계를 고려하지 않는 반면에, 후자의 경우에는 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼고 있다. 특히 Larenz<sup>19)</sup>는 침해된 법익에 직접 발생한 손해, 즉 객체손해(Objektschaden)와 이로 인해 야기된 또 다른 재산상의 결과손해(Vermögensfolgeschaden)를 구별하여 문제를 해결하고 있다<sup>20)</sup>. 객체손해에 관해서는 손해발생과 더불어 훼손된 객체의 객관적 가치가 피해자의 재산상의 배상청구권으로 대체되는 것<sup>21)</sup>이기 때문에, 침해사건이 발생하지 않았더라면 그 객체가 어떻게 되었는가라는 문제와는 전혀 상관없이 가해자는 침해된 객체의 보편적 가치(gemeinen Wert)를 배상해야 한다는 것이다. 객체에 대하여 직접 손해가 발생한 한, 이 객체손해는 그 자체로 종결되는 것이라고 한다. 그러나 소득감소 또는 일실이익의 상실과 같은 객체손해(직접손해)에 뒤따르는 재산상의 결과손해의 경우에는 사정이 다르다고 하면서, 이때 특히 일정 기간 동안 계속되거나 반복되는 불이익이 발생하는 경우에는 가정적 손해원인들을 포함한 그 후의 사건경과를 참작해야 한다는 것이다<sup>22)</sup>. 이러한 재산상의 결과손해에 대한 책임은 가해자에게 더 이상 귀속시킬 수 없는데, 왜냐하면 이 경우에 문제되는 것은 피해자의 총재산의 비교이며, 가해자의 침해행위가 없었더라도 총재산상태는 아무런 차이점이 나타나지 않기 때문이라고 한다. .

## 2) 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼는 견해

18) Larenz, Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung, NJW 1950, 490 ff.; ders., Schuldrecht I, § 30 I (S. 525 f.); Palandt-Heinrichs, Rdn. 96 vor § 249 Staudinger-Schiemann, Rdn 97 f zu § 249, Zeuner, Zum Problem der überholenden Kausalität, AcP 157(1958/59), 445, 446, Fikentscher, Schuldrecht, S. 345, Bamberger/Roth-Grüneberg, Rdn 67 zu § 249; Palandt-Heinrichs, Rdn 102 vor § 249

19) Larenz, Schuldrecht I, § 30 (S 525)

20) Palandt-Heinrichs, Rdn 102 vor § 249 역시 동일한 취지이다.

21) 이는 일종의 “권리연장사상(Rechtsfortsetzungsgedanken)”에 해당하는 것이라고 한다(Larenz, Schuldrecht I, § 27 I).

22) Larenz, ebenda.

특히 v. Caemmerer<sup>23)</sup>, Grunsky<sup>24)</sup>, Lemhofer<sup>25)</sup>, Eike Schmidt<sup>26)</sup> 등은 우연히 발생한 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼고 있는데, 이들은 그 근거로 독일민법 제249조 제1항(개정 전 제249조 제1문)을 들고 있다 이 규정은 손해배상으로 침해행위가 없었더라면 존재해 있을 법익상태와 재산상태의 회복을 요구하고 있으며, 따라서 손해의 확정은 손해를 야기한 침해행위로 단절되는 것이 아니라, 오히려 손해배상시점(손해청산시점, Zeitpunkt der Anrechnung)까지 발생한 모든 중요한 요소들을 고려해야 한다는 것이다.

### 3) 절충설

a) 우선 Hueck<sup>27)</sup>은 가정적 인과관계는 침해행위와 (가정적 원인으로) 발생한 손해 사이에 상당인과관계가 인정되는 경우에 한하여 고려의 대상이 되는 것으로 보고 있다. 이 견해에 의하면 인간의 경험상 첫 번째 침해행위시점에, 그 사건(첫 번째 사건)을 생각하지 않았을 경우 가정적 원인을 근거로 발생하게 될 손해가 배제되지 않을 때, 가정적 인과관계는 매우 중요한 역할을 하게 되며, 따라서 사례 1)의 번개와 같은 불가항력에 기인하는 가정적 원인은 상당성이 결여되어 있기 때문에 가해자를 면책시키지 않게 된다는 것이다.

이 절충설에 의하면 다음의 사안에서 甲은 배상책임을 면하게 된다.

사례 3)<sup>28)</sup>

甲은 부패 직전의 乙소유의 과일을 폐기하였는데, 甲이 폐기할 시점에 사실 과일로서의 상품가치는 많이 떨어져 일반 소매는 할 수 없었지만, 과일잼은 만들 수 있었던 경우

23) v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962 = Gesammelte Schriften I, S 411 ff

24) MünchKomm-Grunsky, BGB, 3 Aufl., 1994, Rdn 83 vor § 249.

25) Lemhöfer, Die überholende Kausalität und das Gesetz, JuS 1966, 337 ff.

26) Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 8 Aufl., 2000, § 33 IV(S 245)

27) Hueck, Zum Problem der überholenden Kausalität, JR 1953, 404, 406 f. 그 이외에도 R Schmidt, Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität, AcP 152(1952/53). 112, 126 ff., Moors, Hypothetische Verursachung und Schadensberechnung, NJW 1954, 332 ff 등은 Hueck의 견해에 동조하고 있다

28) Hueck, JR 1953, 404, 406

위의 사안에서 만약 甲이 이 과일로 잼을 만들지도 않았지만, 이 과일을 폐기하지 않았더라도, 그 후 완전히 부패되었다는 것이 확실한 경우에는 상당성이 인정되기 때문에, 甲은 손해배상책임을 지지 않아도 된다는 결론에 이르게 된다. 그러나 甲의 책임을 부정하는 결과에 있어서는 Hueck의 의견에 동조할 수 있지만, 甲의 배상책임을 부정하는 근거는 설득력이 없어 보인다. Hueck이 예로 들고 있는 이 사례는 후술하게 될 소인사례의 특별문제에 해당하기 때문이다. 그밖에도 절충설은 상당성이 결여된 결과는 사례 깊은 권리주체에 의해서도 지배될 수 없다는 것을 그 근거로 들기도 한다. 그러나 어떠한 이유에서 “침해원인 뿐만 아니라, 가정적 원인이 인간의 지배영역에 놓여 있을 때에도 가해자가 배상의무를 면하게 됨으로써 유리한 지위를 점하게 되는지?” 이해하기 어렵다는 비판을 면치 못하고 있다<sup>29)</sup>.

b) Esser는 원상회복의 경우와 금전배상의 경우를 구별하여 가정적 인과관계 문제를 해결하려고 시도하였는데, 그의 견해에 의하면 독민법 제249조의 원상회복청구권은 침해행위가 피해자의 재산상태에 영향을 미쳤는가의 여부와는 상관없이 인정된다는 전제하에, 원상회복의 경우에는 엄밀한 의미에서는 손해산정이 이루어지는 것이 아니라는 것이다<sup>30)</sup>. 따라서 금전배상의 경우와는 달리 원상회복에서 문제되는 것은 실질적인 불이익이며, 재산상의 손실이 문제되는 것은 아니라는 것이다. 그 결과 금전배상의 경우에만 가정적 인과관계가 고려의 대상이 되는 반면에, 원상회복의 경우에는 가정적 인과관계는 고려의 대상이 되지 않는다고 한다<sup>31)</sup>.

이를 다음의 사례를 통하여 살펴보면,

#### 사례 4)

甲이 교통사고를 내어, 乙의 자동차가 전파되었으나, 그 후 乙의 자동차가 번개 등과 같은 우연한 사건에 의하여 전소되었을 경우(1)와 甲이 사고를 내어 乙의 자동차의 앞 범퍼가 훼손되었지만, 그 후 번개에 의하여 전소되었을 경우(2)

Esser의 견해에 의하면 甲이 사고를 내어 乙의 자동차가 전파된 경우(1)에는 원상회복은 불가능하여, 금전배상만을 청구할 수 있기 때문에 甲은 가정적 인과관계를 주장

29) Lange, Schadensersatz, S 181, Frank/Loffer, JuS 1985, 689, 691

30) Esser, Schuldrecht I, 4 Aufl., 1970, § 46 III(S 319 f)

31) Esser, Schuldrecht I, § 46 III(S. 320f.).

할 수 있게 된다. 이와는 달리 자동차의 범피만 훼손된 경우(2)에는 甲은 가정적 인과관계를 주장하여 면책될 수 없다는 결론에 이르게 된다. 따라서 甲은 자동차를 전파시킨 경우에 좀 더 유리한 입장에 서게 된다. 그러나 문제는 원상회복이 불가능하게 된 경우(1)와 원상회복이 가능한 경우(2)를 비교하여 볼 때, 어떠한 이유에서 이처럼 원상회복이 불가능한 경우(1)에 가해자인 甲이 유리한 위치를 점하게 되는지를 설명하기 어렵다는 점이다<sup>32)</sup>.

따라서 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼아야 하느냐의 문제는 침해된 물건에 대한 원상회복이 가능한가의 여부와는 무관하게 결정되어야 할 것으로 생각된다

## (2) 가정적 인과관계의 고려 여부에 관한 재검토

가정적 인과관계의 고려 여부는 발생한 손해의 종류와 어느 시점을 기준으로 하여(손해발생사건이 일어나지 않았더라면 존재해 있을) 가정적 재산상태와 이에 따른 손해를 확정할 것인가의 문제와 결부되어 있다<sup>33)</sup>.

일반적으로 손해의 내용과 범위는 경직되어 있는 것이 아니라, 가변적, 즉 침해사건 후 변경되고 구체화된다. 예를 들면 물건이 훼손된 경우 補修費用 또는 대체물의 가격은 상승하거나 하락할 수 있으며, 逸失利益(lucrum cessans)이 발생했느냐의 여부와 얼마만큼의 일실이익이 상실되었는가의 문제는 일반적으로 침해행위 후에 나타나게 되고 손해조정시점에 최종적으로 계산(meßbar)이 가능하다는 관점에서 보면 손해배상(손해조정)의 시점이 문제되며, 이는 침해행위로 인하여 피해자에게 발생한 일실소득과 수입감소의 경우에도 마찬가지이다.

따라서 손해조정(손해청산)의 시점을 기준으로 손해를 산정하는 경우에는 바로 손해조정시까지 진행된 가정적 인과관계의 모든 과정을 고려해야 한다고 생각할 수도 있다<sup>34)</sup>. 그렇다고 해서 손해조정시점까지 우연히 발생한 모든 가정적 인과관계를 아무런 제한없이 고려한다는 것 역시 전혀 문제가 없는 것이 아니다. 예를 들면,

사례 5)<sup>35)</sup>

32) 이에 대해서는 Lange, Schadensersatz, S 183, Frank/Löffler, JuS 1985, 689, 691.

33) Zeuner, AcP 157(1958/59), 441, 454.

34) 그러나 이 시점 이후의 가정적 인과관계는 고려의 대상이 되지 않는데, 그 이유는 손해조정으로 인하여 채권관계는 소멸하기 때문이다(Frank/Löffler, 1985, 689, 690)

35) Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S 48 에서 인용

甲은 식당에서 거울을 훼손시켰는데, 식당주인 乙은 손해를 평가한 후 이에 대한 배상을 청구하겠다고 하였으나, 그 날 밤 화재가 발생하여 거울을 포함한 식당이 전소한 경우

위 사례와 같이 만약 화재가 1-2일 후에 발생하였다더라도 가정적 인과관계(화재발생)는 고려의 대상으로 삼을 수도 있다. 그러나 甲이 거울에 대한 배상책임을 1개월 또는 1년 이상 지체하고 있던 중에 화재가 발생하였다면, 가정적 인과관계를 고려한 결과 甲은 거울훼손에 대한 책임에서 벗어나게 되며<sup>36)</sup>, 따라서 손해조정시점을 기준으로 하는 경우에는 필연적으로 배상의무자의 사정에 따라 손해를 배상하게 되는 불합리한 결과를 가져오게 된다. 더욱이 가해자가 배상을 거절하는 때에는 피해자는 이를 訴求하고, 경우에 따라서는 강제집행의 방법으로 만족을 얻는 방법을 시도하게 되는데, 만약 손해조정시점을 기준으로 하게 되면 피해자의 이러한 노력은 수포로 돌아가게 될 가능성이 상존하게 된다. v. Caemmerer는 이러한 경우에는 강제집행을 통한 손해조정의 시점을 기준으로 삼는 것이 아니라, 사실심구두변론종결시점을 기준으로 하여 판단하여야 한다고 주장하지만<sup>37)</sup>, 구두변론종결은 소송법상 의미가 있는 것이지, 실체법상의 의미를 부여하기에는 많은 어려움이 있다<sup>38)</sup>. 구두변론이 종결된 후에도 또 다른 손해가 발생한 경우에는 피해자는 새로운 訴를 제기하여 이에 대한 배상을 구할 수 있을 뿐만 아니라, 반대로 가해자(채무자) 역시 손해배상청구권이 상실되거나 손해가 감소된 경우에는 이를 방어할 기회가 주어질 수 있기 때문이다. 물론 이 경우에도 강제적 손해조정시점까지 발생할 가정적 인과관계를 고려하는 것이 가능해야만 하지만<sup>39)</sup>, 이러한 결론은 타당치 못한 것으로 생각된다. 예를 들어 수년간 강제집행을 실행하여 온 청구권자가 이제와서 손해배상청구권을 포기해야 한다는 것은 너무나 불합리한 결과를 가져오기 때문이다<sup>40)</sup>.

따라서 물건의 멸실이나 훼손과 같이 객체에 직접 발생한 손해에 관해서는 손해조정시점이 아닌, 손해발생시점을 설정하는 것이 타당하다고 생각된다. 즉 직접손해(객체손해)는 가해자의 침해행위시점에 확정적으로 성립하게 되며<sup>41)</sup>, 이 시점에 피해자

36) Zeuner, AcP 157(1958/59), 441, 445, Werner, Zur Abgrenzung des Einwandes der überholenden Kausalität, NJW 1957, 1857, 1859; 그러나 v. Caemmerer(a a O., Gesammelte Schriften I, S 438)는 배상지체로 인하여 대부분의 경우에는 손해가 증가할 가능성이 높다고 보고, 다른 견해를 보인다.

37) v Caemmerer, Gesammelte Schriften I, S 436 f

38) Lemhöfer, JuS 1966, 343 f; Frank/Löffler, JuS 1985, 689, 690

39) Lemhöfer, JuS 1966, 343 f.

40) Frank/Löffler, JuS 1985, 689, 690

(채권자)의 이익 역시 확정된 것<sup>42)</sup>으로 보아야 할 것이다.

그러나 침해된 법익 그 자체에 발생한 직접적인 손해와 관련되어 발생하는 재산상의 결과손해의 경우에는 사건이 진행함에 따라 나타나게 되는 불이익에 관한 것이기 때문에 법익 자체에 발생한 손해와 동일하게 취급할 수는 없을 것이다<sup>43)</sup>. 왜냐하면 이 경우에 문제되는 것은 - Larenz가 정확히 지적한 대로<sup>44)</sup> - 피해자의 총재산의 비교이며, 가해자의 침해행위가 없었더라도 피해자의 총재산상태에는 아무런 차이점이 나타나지 않기 때문이다.

그렇다고 해서 이것이 직접손해에 대해서까지 침해행위시점이 아닌, 손해조정시점을 기준으로 해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 총손해는 추상적 계산단위(abstrakte Rechengroße)가 아니라, 개별적이며 독립적인 손해항목의 합계를 의미하기 때문이다. 일실소득상실의 경우 (손해발생 사건이 없었더라면 존재해 있을) 가정적 재산증가를 가해자의 부담으로 고려하는 반면에, 가정적 인과관계의 경우에 나타나는 가정적 재산감소를 고려하지 않는 것은 부당하다는 논의<sup>45)</sup>에 대하여 Keuk<sup>46)</sup>은 다음과 같이 반박하고 있다. 즉 일실소득상실의 경우에는, 과연 피해자에게 손해가 발생했는가를 확정하기 위해서는 침해행위 후 사건의 진행과정을 증시하는 반면에, 이미 (발생한) 확정된 손해에 대해서는 침해행위 후의 진행과정(가정적 인과관계)을 문제삼을 필요가 없다는 것이다.

이러한 관점에 따라서 위의 사례 5)는 다음과 같이 해결하는 것이 타당할 것이다. 甲은 거울의 훼손으로 인한 손해를 배상하여야 한다. 거울이 화재로 인하여 역시 훼손되었을 것이라는 점은 가해자를 면책시키지 않는다. 손해조정시점을 기준으로 한다고 하더라도 이러한 결과를 피할 수는 없다.

물론 손해배상청구권이 가지고 있는 원상회복기능을 고려하여 볼 때, 손해배상청구권은 처음부터 일정한 금액으로 고정되어 있는 것이 아니라, 손해의 원상회복이 최종적으로 이루어질 때까지 가치와 가격에 있어 변화한다는 점을 고려해야 하며, 따라서 “손해배상액을 산정함에 있어서는 피해자의 영역에서 손해로 나타나는 차액에서 출발

41) Larenz, NJW 1950, 491.

42) Fikentcher, Schuldrecht, § 55 IV 4a

43) Bamberger/Roth-Grüneberg, Rdn 67 zu § 249

44) 앞의 각주 19) 참조

45) 바로 이러한 관점에서 영국법령지관할 최고법원(OGH BZ)은 차액설에 따라 손해를 산정함에 있어서는 일실소득상실의 경우와 마찬가지로 피해자의 재산상태에 영향을 줄 수 있는 모든 후속 상황들을 고려의 대상으로 삼아야 한다고 판시하기도 하였다(OGH NJW 1949, 302, 303)

46) Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S 24(Frank/Löffler, JuS 1985, 689, 690에서 재인용).

해야 하는 것이 아니냐?” 하는 문제가 제기될 수 있다. 그러나 이러한 의문에 대해서 “이 차액을 해당 가치척도(Wertskala)와 비교할 때, 어떤 금액이 확정된 금액에 상응하는가?”의 물음과는 구별해야 한다고 하면서 Zeuner는 “배상청구권이 그 범위에 있어 가치관계의 변경에 의존적일 때에는, 가치산정의 근거가 되는 손해액의 차이에 또 다시 추후적으로 악영향을 줄 수 있는 가정적 원인에 대한 배상청구권의 존속의 독립성을 배제하는 것은 아니다”라고 주장하고 있다<sup>47)</sup>.

그밖에도 이미 이행에 의하여 손해배상청구권이 소멸한 경우에는 가정적 인과관계는 더 이상 고려의 대상이 되지 않으며<sup>48)</sup>, 판결이나 화해<sup>49)</sup>에 의하여 확정된 경우에도 마찬가지이다

### (3) 손해소인의 특수성

素因(Anlage)이란 침해행위 당시에 피침해객체에 이미 존재해 있던 損害原因要素를 말하는데, 이러한 내재된 손해발생요소로 인하여 가해행위가 없었더라도 동일한 결과(손해)가 발생할 것이 확실히 기대되어 지는 경우를 말한다<sup>50)</sup>. 이와같은 “素因事案(Anlagefall)”의 경우에는, 객체손해의 산정시에 손해발생사건에 의하여 침해된 객체(das durch das Schadensereignis betroffene Objekt)가 침해 당시 어떤 상태였는가를 참작해야 한다<sup>51)</sup>.

다음의 사례를 그 예로 들 수 있다

#### 사례 6)

甲의 포크레인 작업 중 부주의로 이웃의 乙 소유의 집이 붕괴되었다 乙의 손해배상 청구에 대하여 甲은 乙의 집은 너무 낡아 붕괴 직전에 있었으며, 얼마 후에는 저절로 붕괴되었을 것이라고 항변한 경우

#### 사례 7)

47) Zeuner, AcP 162(1963), 521.

48) Palandt-Heinrichs, Rdn 104 vor § 249, MünchKomm-Oetker, Rdn. 210 zu § 249

49) Palandt-Heinrichs, Rdn. 100 vor § 249, Staudinger-Schiemann, Rdn 96 zu § 249, 반대의 견해로는 MünchKomm-Oetker, Rdn 208 zu § 249.

50) Lange, Schadensersatz, S. 188, Palandt-Heinrichs, Rdn 99 vor § 249.

Bamberger/Roth-Grüneberg, Rdn 69 vor § 249, BGHZ 20, 275, 280; BGH NJW 1985, 676

51) Larenz, Schuldrecht I, § 30 (S 526), Palandt-Heinrichs, Rdn 99 vor § 249.

甲의 과실로 인한 교통사고로 乙이 부상을 입었고, 이로 인하여 乙은 더 이상 직장생활을 할 수 없게 되었지만, 乙은 지병으로 인하여 3년밖에 직장생활을 할 수 없었을 것이라는 사실이 밝혀졌을 경우

이러한 손해소인은 물건에 잠재해 있을 수 있으며(사례 6), 사람에게 존재해 있을 수 있다(사례 7). 소인사례의 경우 그 특징은 가정적 손해배상의 원인(가옥의 낡음, 지병)은 손해가 현실화되기 전에 이미 진행 중이었지만<sup>52)</sup>, 침해행위 당시 아직 나타나지 않았다는 점이다.

가옥의 붕괴위험과 같은 소인사례의 경우에는 해당 객체의 가치는 그에 상응하여 감소되었고, 손해(부주의로 인한 가옥붕괴)는 그에 상응하여 그만큼 경감되는 것이다. 이러한 경우에는 가정적 손해원인이 문제되는 것이 아니고 단지 해당 객체의 실제 상태와 그리고 그에 따른 해당 객체의 재산상의 가치가 문제되는 것이다.

가정적 인과관계를 원칙적으로 고려해야 한다는 견해<sup>53)</sup>에 따를 경우, 위의 사례 6)에서 甲은 피해자에게 손해발생소인이 예상보다 早期에 현실화되어 발생한 손해(Verfrühungsschaden)에 대해서 배상책임을 져야 한다. 이러한 결론은 원칙적으로 가정적 인과관계를 고려하지 않는 견해<sup>54)</sup>를 좇는 경우에도 마찬가지인데, 침해행위는 이미 실질적으로 가치가 감소된 법익에 대하여 침해행위가 이루어졌기 때문이다. 따라서 피해자에게 모든 배상청구권을 인정하는 것은 부당하다<sup>55)</sup>. 이러한 결과는 사례 7)의 경우에도 동일하게 나타난다. 사례 7)에서는 발병이 확실히 예상되었고, 다만 발병이 생각보다 시간상으로 먼저 발생했을 뿐이다. 이 경우에 가정적 경과, 즉 침해행위가 없었더라면 발병이 지연되었을 것이라는 사실을 고려해야 한다는 것은 일반적으로 인정되고 있다<sup>56)</sup>. 이 경우 손해는 예를 들어 소득불능(Erwerbsunfähigkeit)이라는 침해의 결과가 일찍 나타났다는 데에 있는 것이다. 따라서 가해자는 오직 이 시점까지 발생했을 침해의 결과에 대해서만 책임을 지게 된다<sup>57)</sup>.

그러나 이러한 소인사안은 기존하는 소인이 침해의 결과를 가속시키기는 했으나 침해사건이 없었더라면 아마 그 정도로 상태를 악화시키지는 않았을 경우와는 구별해야

52) 그러나 이미 위에서 언급한 사례 1)과 사례 2)의 경우의 가정적 인과관계는 사실적 손해의 실현(자동차사고, 거울깨손) 후에 번개나 화재가 발생한 경우이다

53) 앞의 각주 23) ~ 26) 참조

54) 앞의 각주 18) 참조

55) 결정설, 특히 상당성 여부에 따라 가정적 인과관계의 여부를 결정해야 한다는 견해는 소인사례의 경우에는 문제해결에 개입할 여지가 전혀 없다

56) Palandt-Henrichs, Rdn. 99 vor § 249

57) Larenz, Schuldrecht I, § 30 I (S. 526)

한다. 후자의 경우, 침해사건으로 인하여 (비통상적으로) 예를 들면 병이 악화되었다는 결과는 모두 가해자에게 귀속되게 된다. 치료기간이 통상적인 치료기간보다 늘어났거나, 치료비용이 늘어난 것이 피해자의 건강상태가 사고발생 전에 이미 좋지 않았다는 사실에 기인하거나 또는 침해행위가 피해자의 기존의 병적 소인을 촉진시켰기 때문에, 만약 침해행위가 없었다라면 병이 발생하지 않았을 경우에는 피해자는 치료비의 공제를 인정할 필요가 없는 것이며, 따라서 가해자는 배상액의 감액을 요구할 수 없게 된다<sup>58)</sup>.

## 2. 가정적 손해발생사건이 제3자의 책임 있는 행위에 기인하는 경우

가정적 인과관계의 두 번째 유형으로는 제3자의 행위가 개입하는 경우인데, 즉 가정적 손해원인(제3자의 행위)이 현실화 되어 만약 손해를 발생시켰더라면, 이에 대하여 제3자가 책임을 져야 하는 경우이다. 왜냐하면 이런 경우 첫 번째 사건이 없었다면 피해자는 제3자에 대해 배상청구권을 행사할 수 있었을 것이기 때문이다. 다음의 사례를 예로 들 수 있다.

### 사례 8)

甲은 乙 소유의 유리창을 닦다가 잘못하여 유리창을 깨뜨렸는데, 얼마 후 丙이 찬 축구공이 날아와 甲이 깬 유리창문을 통과한 경우

가정적 인과관계의 문제를 통일적으로 해결하기 위하여, 우연히 발생한 가정적 인과관계를 고려하지 않는다는 견해에 따를 경우, 제3자(丙)의 과실에 기인하는 가정적 인과관계 역시 고려의 대상이 되지 않는다<sup>59)</sup>.

이와는 달리 가정적 인과관계를 고려하는 견해에 의하면, 甲은 배상책임을 지지 않게 되며, 丙 또한 아무런 책임을 지지 않게 되는 결과가 발생한다 즉 丙의 행위 전에 이미 유리창이 깨어졌기 때문에, 丙의 행위는 乙에게 발생한 손해의 원인이 될 수 없다. 따라서 丙의 책임은 처음부터 배제된다. 따라서 甲과 丙 누구도 乙에게 책임을 지지 않게 되는 기이한 결과가 발생한다 乙의 甲에 대한 배상청구권을 인정하지 않아 배상청구권을 행사할 수 없다면, 사건발생 전·후의 乙의 재산상태를 비교하여 보면 차

58) Larenz, Schuldrecht I, § 30 I (S. 526).

59) Larenz, Schuldrecht I, § 30 I (S. 527); Fikentscher, Schuldrecht, § 55 IV 4b, Palandt-Henrichs, Rdn 100 vor § 249, BGHZ NJW 1958, 705, BGH NJW 1967, 551, 552.

이가 나타나게 된다.

물론 가정적 인과관계를 고려하는 근본목적이 피해자(乙)로 하여금 가해자(甲)의 침해행위가 없었더라면 갖게 될 법적 지위를 갖도록 하는 데에 있기 때문에, 가해자의 책임을 완전히 면하도록 하는 것은 주된 목적이 아니라고도 생각할 수 있다<sup>60)</sup> 이러한 견해를 따를 경우 甲은 유리창을 깨 행위에 대하여 책임을 지는 것이 아니라, 乙의 丙에 대한 손해배상청구권의 상실에 대한 책임을 지게 되는데, 그 이유는 만약 甲이 유리창을 깨뜨리지 않았다면 乙은 丙에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있었을 것이기 때문이다

그러나 이러한 해결방안은 설득력이 없어 보인다. 甲과 丙 사이에 아무런 법적 관계가 없음에도 불구하고, 丙에게 변제능력이 없는 경우에도 甲에게 유리한 결과를 가져다 줄 수 있으며, 더욱이 어떠한 이유에서 丙의 위법행위가 甲에게 이익이 되어야 하는지 이해하기 힘들다<sup>61)</sup>. 이는 민법 제760조의 제3자의 불법행위로 인하여 가해자가 어떤 이익을 얻어서는 안 된다는 공동불법행위의 기본사상과도 일치하지 않는 것이다.

따라서 제3자가 개입된 유형의 가정적 인과관계의 경우에는 첫 번째 가해자에 의하여 실제로 유발되었고, 상당인과관계에 있는 손해에 대하여 첫 번째 가해자가 책임을 지도록 하고, 가정적 인과관계는 고려의 대상으로 삼지 않는 것이 타당할 것이다<sup>62)</sup>. 즉 첫 번째 가해자(甲)는 자기가 발생시킨 손해에 대해서 책임을 지는 것이지, 피해자(乙)의 제3자(丙)에 대한 배상청구권의 상실에 대한 책임을 부담하는 것은 아니다.

### 3. 피해자 스스로의 행위에 의하여 동일한 손해가 발생하는 경우

가정적 손해발생원인이 피해자 스스로의 과실 있는 행위에 기인하는 경우에도 역시 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼을 것인가의 문제가 발생한다. 예를 들면,

사례 9)

甲은 과실로 창고의 문을 망가뜨렸는데, 창고 소유자인 乙이 보험금을 타내기 위하여 창고에 불을 놓아 전소시킨 경우

60) Lemhöfer, JuS 1966, 341, Esser/Schmidt, Schuldrecht I, § 33 IV 1b(S. 247), MünchKomm-Oetker, Rdn. 207 zu § 249, Lange, Schadensersatz, S. 193

61) Frank/Löffler, JuS 1985, 692

62) Larenz, Schuldrecht I, § 30 I(S. 527), Palandt-Heinrichs, Rdn. 100 vor § 249 Bamberger/Roth-Grüneberg, Rdn. 70 vor § 249

가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼아 가해자가 책임을 면하게 되고 피해자에게 부담을 주게 되는 견해에 의하면, 위의 사례에서처럼 가정적 손해발생원인이 피해자 스스로의 과실에 기인하는 경우에는 합당한 결과를 도출해 낼 수도 있다. 그러나 가정적 인과관계를 원칙적으로 고려의 대상으로 삼지 않고, 이는 가해자의 배상의무와는 무관하다는 견해를 따를 경우에는, 위의 사례해결에 어려움이 따를 수 있다. 즉 만약 甲이 참고문을 배상해야 한다면 이는 불합리한 것으로 보이기 때문이다.

물론 물건의 소유자(乙)는 자기 소유물을 임의로 처분할 수 있기 때문에(민법 제211조), 이를 폐기할 수 있으며, 헐값으로 처분할 수 있고 또한 포기할 수도 있다. 따라서 가해자(甲)의 배상의무와 소유자의 소유물의 이용 여부, 이용방법 그리고 이용기간 등은 원칙적으로 아무런 상관이 없다.

가정적 인과관계를 고려하지 않는 견해에 의하면, 이미 발생한 배상청구권은 원칙적으로 피해자 스스로의 과실로 인한 가정적 원인은 역시 문제되지 않아야 한다. 그러나 사례 9)의 경우는 다르다. 만약 (甲에 의해) 참고문이 훼손되기 전에 乙이 이미 참고에 불을 놓기로 결정하였다면, 참고문은 폐기의 운명에 처해 있었기 때문에, 이 경우 乙은 참고문에 대해서 아무런 이해관계를 갖고 있지 않으며, 참고문은 아무런 가치가 없는 것이다. 甲의 손해배상의무는 素因事例의 경우와 마찬가지로 부정되는 것이 타당할 것이다. 비록 乙이 甲의 행위 후에 참고에 불을 놓으려고 했더라도 이는 동일하게 취급하여야 할 것이다. 자기 소유물을 고의로 전소시킨 후에 여전히 참고문에 대한 배상을 요구할 수 있다면, 이는 'venire contra factum proprium'에 반하는 것이다<sup>63)</sup>. 물론 참고의 화재가 乙의 고의가 아니라, 과실에 기인한 것이라면 가정적 인과관계는 고려되지 않는다는 원칙을 고수하는 것이 타당할 것이다. 이때 신의칙 역시 이미 발생한 손해배상의 장애가 되지 못한다고 보아야 할 것이다.

#### IV. 適法한 選擇行爲

가정적 인과관계와 관련하여 특히 주의해야 하는 것은 소위 말하는 적법한 선택행위(Rechtmäßiges Alternativverhalten)의 경우이다. 적법한 선택행위란 가해자가 사실 위법행위로 손해를 발생시켰지만, 비록 그가 규범에 맞게 행동하였더라도 동일한 손해가 발생했을 것이라는 가해자의 항변을 말한다.

63) Frank/Löffler, JuS 1985, 689, 693

적법한 선택행위는 이미 위에서 언급한 좁은 의미의 가정적 인과관계(추월적 인과관계)와 엄밀한 의미에서는 구별되지만<sup>64)</sup>, 매우 밀접한 관계가 있다. 적법한 선택행위의 경우에도 인과관계가 문제되는 것이 아니라, 책임귀속(Zurechnung)이 문제된다<sup>65)</sup>.

통상적인 가정적 손해발생(가정적 인과관계)과의 차이점은, 적법한 선택행위의 경우에는 다른 사건이 발생한 것이 아니라, 비록 배상의무자가 규범에 맞게 행동하였더라도, 비록 방법에 있어서는 차이가 있을지라도, 동일한 행위에 의하여 손해가 발생되었을 것이라는 점이다. 따라서 적법한 선택행위의 경우에 주로 문제되는 것은 위법한 행위를 했다는 것만으로 가해자에게 책임을 물을 근거가 될 수 있는가이다 물론 가해자의 행위가 손해의 실질적 원인이 되었지만, 이러한 규범위반적 요소는 손해발생에는 별다른 의미가 없을 수 있다. 이는 경우에 따라서는 위법행위로 인한 손해의 결과가 가해자에게 귀속되지 않을 수도 있음을 의미한다. 그렇다면 어떤 근거로 위법한 행위에 대한 책임귀속 여부를 결정할 것인가의 문제가 발생하는데, 이는 가해자의 위법한 행위가 과연 손해발생에 본질적으로 중요한가의 여부에 따라 판단해야 할 것이다. 특히 Larenz는 의무위반과 손해발생 사이의 인과관계가 인정된다고 하더라도, 손해발생에 대해서 위법행위가 책임법적으로 중요하지 않은 경우에까지 위법한 행위를 했다고 해서 언제나 책임을 묻는 것은 부당하다고 하면서, 규범에 일치하는 행위 역시 손해발생의 결과를 피하기에 적합하지 않아 위법행위의 책임법적 중요성(haftungsrechtliche Relevanz)이 결여되었을 때에는 행위자에게는 아무런 책임이 귀속되지 않는 것으로 보고 있다<sup>66)</sup>. 이러한 견해는 상당히 설득력이 있다.

적법한 선택행위의 항변을 인정할 것인가에 관해서는 견해가 대립하고 있다. 가정적 인과관계의 고려에 찬성하는 견해는 적법한 행위에 의해서도 동일한 손해가 발생했을 것이라는 가해자의 주장은 타당한 것으로 보고<sup>67)</sup> 있는 반면에, 가정적 인과관계를 제한적으로만 고려의 대상으로 삼는 견해에 의하면 과실 있는 위법한 행위로 일정한 손해를 야기한 가해자는 여러 선택의 가능성 중에서 바로 그 과실 있는 위법한 행위를 하였고, 이러한 행위의 결과에 대한 책임을 져야 한다고 한다<sup>68)</sup> 그러나 최근의

64) 앞의 각주 12) 참조

65) Larenz, Schuldrecht I, § 30 I (S. 528), BGHZ 96, 157, 172.

66) Larenz, Schuldrecht I, § 30 I (S. 528)

67) Lemhöfer, JuS 1966, 341, Esser-Schmidt, Schuldrecht I, § 33 III 2(S. 242 f)는 손해배상의 중요한 요소인 위법성이 그 기능을 하지 못하는 것으로 보고 있다 그 이외에도 Palandt-Heinrichs, Rdn 105 vor § 249 와 MünchKomm-Oetker, Rdn 214, zu § 249 역시 적법한 선택행위는 원칙적으로 고려의 대상으로 보고 있다.

68) Werner(특히 Staudinger Kommentar, 11. Bearb., 1967, Rdn 63 vor § 249)는 특히 그 근거를 독일민법 제242조에서 찾고 있었다.

학설<sup>69)</sup>과 판례<sup>70)</sup>는 적법한 선택행위에 관한 문제를 일률적으로 판단하지 않고, 구별하여 판단하고 있는데, 특히 적법한 선택행위의 고려 여부는 침해된 규범의 구체적 목적에 따라 다르게 결정해야 한다는 데에 거의 일치하고 있다.

적법한 선택행위에 관한 예로는 다음을 들 수 있다.

사례 9) - BAGE 6, 321 ff = NJW 1959, 908 ff.

피고인 금속노동조합은 원고인 사용자와 노동협약을 통하여 노사쌍방이 교섭에 실패할 경우 조합측은 스트라이크에 돌입하기 전에 5일간의 유예기간을 갖기로 합의하였다. 그러나 교섭실패 후 노동조합은 평화유지의무(Friedenspflicht)를 지키지 않고 즉시 스트라이크에 돌입하였다. 이에 원고는 평화유지의무를 위반한 결과로 발생한 손해배상을 청구하였고, 이에 반하여 피고는 평화유지의무를 준수한 경우에도 역시 원고측에 동일한 손해가 발생했을 것이라고 주장하였다

위 사안에 대해서 독일노동법원은 노동조합은 평화유지의무를 침해하였다는 이유는 노동조합은 早期發生損害(Verfrühungsschaden), 즉 조기의 투쟁으로 발생한 손해를 배상해야 할 뿐만 아니라, 임금계약의 침해를 원인으로 발생한 모든 손해를 배상해야 한다고 판시하였다. 이 평화유지의무는 자유로운 협상을 가능케 하며, 양 당사자가 노조 협상을 계속할 것인가를 결정하는 데 필요한 기간을 보장하는 기능을 담당한다. 비록 노동조합이 어떠한 경우에도 스트라이크를 하기로 결정했는지라도, 이는 고려의 대상이 되지 않는다. 왜냐하면 (평화유지의무기간 만료 전의 투쟁은) 평화유지의무의 의미와 목적과는 일치하지 않기 때문이다.

특히 독일연방노동법원은 근로자의 즉시해지와 관련한 다음과 같은 판결을 내리고 있다.

사례 11) - BAGE 35, 179 ff. = NJW 1981, 2430 f.

甲은 신문의 전단지를 통하여 건축기사에 관한 구인광고를 냈고, 이에 건축기사인

69) Palandt-Henrichs, Rdn 106 vor § 249, Bambergerer/Roth-Gruneberg, Rdn 75 vor § 249, Staudinger-Schemann, Rdn 102 zu § 249, Larenz, Schuldrecht I, § 30 I (S 527 f), Lange, Schadensersatz, S. 204, Fikentcher, Schuldrecht, § 55 V(S 347), v Caemmerer, Gesammelte Schriften I, S 448.

70) BGHZ 120, 281, 283, BGHZ 96, 157, 173, BGHZ 63, 319, 325; BGHZ 36, 144, 154, BGH NJW 1980, 1333, 1334, BAG NJW 1984, 2846, 2847; BAG NJW 1981, 2430 f, BAG NJW 1959, 908, 909.

乙은 甲과 고용계약을 체결하였다. 그러나 업무를 시작하기 전에 乙은 甲에게, 전에 다니던 회사에서 계속 근무하기로 하여 甲과의 계약을 이행할 수 없게 되었음을 통지하였다 이에 甲은 새로운 건축기사를 구하는 광고를 함으로써 발생한 손해배상을 청구하였고, 乙은 만약 2주간의 계약해지기간을 준수했다라도 甲은 구인광고를 냈을 것이라고 항변하였다.

독일연방노동법원은 “만약 피용자가 업무를 시작했다라면 사용자가 그의 마음을 돌리는 것이 가능했을 것”이라는 주장을 받아들이지 않았는데, 이는 타당한 결정으로 생각된다. 이러한 가능성은 근로계약상의 해지기간의 목적과 일치하지 않는다<sup>71)</sup>. 해지기간은 계약당사자에게 계속적 채권관계, 위의 사례에서는 고용계약관계를 해소할 것인가를 결정할 충분한 시간을 보장하는 것이다 해지기간은 당사자에게 타협점을 이끌어 낼 목적으로 주어진 것은 아니다. 따라서 乙은 甲에게 계약관계의 조기해소로 인하여 발생한 손해(Verführungsschaden)만을 배상하면 되는 것이지, 광고비용까지 배상할 필요는 없는 것이다. 특히 乙이 비록 2주일간의 해지기간을 준수했다고 하더라도 乙은 계약관계를 해지하였고<sup>72)</sup>, 甲은 광고비용을 지출했어야만 했을 것이다<sup>73)</sup>.

또한 의사의 설명의무와 관련하여서도 적절한 선택행위문제가 발생할 수 있는데, 예를 들면 다음과 같다.

사례 10) - BGH NJW 1980, 1333 ff.

갑상선 환자인 甲은 의사인 乙로부터 수술을 받았는데, 수술 후 부작용이 나타나 오른쪽 성대신경이 마비되었다. 그러나 수술 전 乙은 甲에게 부작용에 대하여 아무런 설명을 하지 않았다 甲의 손해배상청구에 대하여 乙은 이성적인 환자라면 설명을 들었다라도 수술에 동의하였을 것이라고 항변하였다.

독일연방최고법원은 위 사안에 대해서 합법적 선택행위를 고려의 대상으로 삼지 않았는데, 그 이유는 의사가 당해 수술환자 자신이 아닌, 이성적인 환자라면 수술에 동의했을 것이라는 것만을 입증했기 때문이다. 그러나 비록 의사가 정상적인 설명을 하

71) BGAE 35, 179 = NJW 1981, 2430.

72) 특히 乙이 통상해지 대신 즉시해지를 택한 것은 甲에게 발생한 손해(광고비용)에 대해서는 책임법상 중요성이 인정되지 않는다

73) 근로자가 자신의 해지권을 행사했었을 것이라는 증명조차도 요구하지 않고, 합법적 선택행위가 가능하였다는 것만으로 충분한 것으로 보는 판례도 있다(BAG NJW 1980, 2375, 1981 2430, 1984, 2846).

였더라도 환자가 수술에 동의했을 것이라는 것을 입증하였다고 하더라도 - 판례의 태도<sup>74)</sup>와는 달리 - 적법한 선택행위를 인정해야 하는지는 매우 의심스럽다. 중요한 것은 환자의 자기결정권이다. 법원은 책임과정에 있어, 비록 필요한 결정을 내릴 수 있다고 하더라도, 개인적인 결정을 대체할 수는 없는 것이다<sup>75)</sup>.

의사의 설명의무의 의미와 목적은 환자에게 수술 여부를 자신이 신중히 결정하고 경우에 따라서는 가족 또는 다른 의사와 상의하여 결정할 수 있도록 하는 데에 있다. 수술에 대한 환자의 동의는 환자의 개인적인 결정에 의하여 이루어져야 하기 때문에, 의사의 설명을 들은 평균적인 환자라면 이에 동의했을 것이라는 주장, 즉 평균적 환자의 동의여부를 기준으로 삼는 것은 환자의 자기결정권을 침해하는 것이다. 비이성적으로 환자가 동의를 거절하는 것은 환자 개인에게 주어진 권리이다.

우리 대법원<sup>76)</sup>은 비록 가정적 인과관계에 관한 명백한 근거를 제시하고 있지는 않지만, “환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 수술에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 ... 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다”고 판시함으로써, 특별한 경우에 한하여 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼고 있는 것으로 판단된다.

## V. 結 論

가정적 인과관계의 문제는 ‘원인-결과’의 인과관계의 문제가 아니라, 발생한 손해에 관한 귀속문제이다.

손해발생행위 후 피해자에게 발생한 손해의 확정에 필수적인 총재산상태를 비교하기 위해서는 비교시점이 결정적으로 중요한데, 왜냐하면 바로 이 시점까지의 사건진행과정과 그 후의 가정적 손해원인들이 고려될 수 있기 때문이다. 일반적으로 손해의 내용과 범위는 고정되어 있는 것이 아니라, 시간의 경과와 더불어 변경되며 구체화된다. 따라서 손해배상과 관련하여 중요한 것은 손해조정시점, 즉 배상시점이다. 그러나 실제 배상시점까지 우연히 발생한 모든 가정적 인과관계를 고려의 대상으로 삼는 것은 부당한 결과를 가져오게 된다. 특히 법익에 직접 발생한 손해의 경우, 손해발생시점을

74) BGH VersR 1979, 1012 f는 제반사정을 고려하여 볼 때, 환자가 동의했을 것이 확실한 경우에는 적법한 선택행위를 고려하고 있으며, BGHZ 29, 176, 187 = BGH NJW 1959, 814 f는 환자의 가정적 동의를 입증하지 못한 의사의 항변을 부정하였다

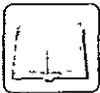
75) Lange, Schadensersatz, S. 206.

76) 대법원 1995 1 20 선고, 94다3421판결

기준으로 하여 배상여부를 결정하여야 하기 때문에, 가정적 인과관계는 전혀 고려의 대상으로 삼지 말아야 할 것이다. 다만, 직접손해에 부가되는 재산상의 결과손해에 대해서는 손해조정지점을 기준으로 배상여부를 결정하고, 그 결과 사건의 진행과정을 고려하여야 할 것이다. 이때에는 차액설에 의한 손해의 개념이 중요한 기능을 하게 되는 것이다.

일반적으로 가정적 인과관계가 존재하는 경우에는 그 유형에 따라서 처리되어야 할 것이다. 특히 가정적 원인이 피침해객체에 존재하며, 가해행위와 동시에 손해가 발생하며, 그 발생한 손해가 완결된 경우에는 가해자는 발생한 손해에 대하여 책임을 면하지 못한다. 이는 가정적 손해발생사건이 제3자의 행위에 기인하는 경우에도 마찬가지이며, 따라서 가정적 인과관계는 가해자의 책임여부를 정함에 있어 고려의 대상이 되지 못한다. 그러나 이와는 달리 침해행위 이전에 이미 소인이 존재한 경우에는 가정적 인과관계는 고려의 대상이 되며, 피해자 스스로의 행위에 의하여 동일한 손해가 발생한 경우에도 동일한 결과를 도출해 낼 수 있다.

특히 적법한 선택행위의 경우 이를 일률적으로 정하지 않고, 구체적 규범목적에 따라 다르게 그 책임여부를 결정하게 된다. 이는 차액설에 의한 손해개념의 단점을 보완함으로써 좀 더 구체적으로 손해산정 및 책임여부를 결정하는 중요한 역할을 하고 있음을 의미한다.



☞ 임견면

가정적 인과관계(hypothetische Kausalität)

가해시점(Zeitpunkt der Schädigung)

가해자의 항변(Einwand des Schädigers) 손해귀속(Schadenzurechnung)

직접손해(unmittelbarer Schaden)

재산상의 결과손해(Vermögensfolgeschaden)

적법한 선택행위(rechtmäßiges Alternativverhalten)

[Zusammenfassung]

## Eine Untersuchung über die hypothetische Kausalität

Im, Geon-Myeon

Die Frage nach der Beachtlichkeit hypothetischer Schädigung hat einer endgültigen Lösung noch immer nicht zugeführt werden können. Bei der hypothetischen (oder überholenden) Kausalität geht es um die Frage, ob sich der Schädiger darauf berufen kann, dass der von ihm verursachte Schaden aufgrund eines anderen Ereignisses ohnehin eingetreten wäre. Da für den Schaden real ursächlich allein das Erstereignis gewesen ist, stellt sich die hypothetische Kausalität als ein Problem der Schadensberechnung oder -zurechnung dar.

Eine einheitliche Lösung des Problems der hypothetischen Kausalität ist heute kaum möglich. Die h.M. differenziert zwischen dem unmittelbaren Schaden, der am verletzten Rechtsgut eingetreten ist, und dem mittelbaren Vermögensfolgeschaden. Danach erwirbt der Geschädigte in bezug auf die unmittelbare Rechtsgutverletzung mit dem Zeitpunkt der Schädigung einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger, der durch spätere Ereignisse nicht berührt wird.

Bei den sog. Schadensanlagefällen herrscht Übereinstimmung, dass sich die Ersatzpflicht auf die durch den früheren Schadenseintritt bedingten Nachteile beschränkt. Hierbei handelt es sich nicht um die Berücksichtigung einer hypothetischen Schadensursache, sondern nur um die Berücksichtigung des tatsächlichen Zustandes und des durch ihn bedingten Vermögenswertes des betroffenen Objekts.

Ferner ist es sachgerecht, dass eine hypothetische Kausalität den Schädiger nicht entlastet, wenn sie einen Ersatzanspruch gegen einen

Dritten begründet hätte.

Wenn das hypothetische Schadensereignis auf dem schuldhaften Verhalten des Geschädigten selbst beruht, ist eine Ersatzpflicht des Schädigers zu verneinen.

Besonderes Liegen die Fälle des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Darunter versteht man den Einwand des Schädigers, er habe sich zwar normwidrig verhalten und durch dieses Verhalten einen anderen geschädigt, der gleiche Schaden wäre aber auch dann eingetreten, wenn er sich der Norm entsprechend verhalten hätte. Für die Beurteilung eines Alternativverhaltens ist der Schutzzweck der jeweiligen Haftungsnorm maßgeblich.