

〈논문〉

영미 불법행위법상의 예견가능성 법리* **

李 瑀 洪***

요 약

우리 민법상 손해배상의 범위에 대한 판단은 손해배상범위의 제한의 근거이자 기준이 되는 예견가능성이 행위자에게 그 손해를 배상시키는 것이 타당한지의 판단을 전제로 하여 민법 제393조 및 제763조를 구체적 사안에서 해석·적용하는 것이다. 이 글에서는, 우리 민법상 관련 규정의 방식과 민법 제393조의 연원을 고려한 비교법적 고찰의 취지에서, 영미법상 손해배상 법리 특히 불법행위 손해배상 법리에서의 ‘예견가능성(foreseeability)’ 관련 법리를, 채무불이행 특별손해 관련 법리와 비교를 염두에 두고 분석하였다. 영미법상 민사상 손해배상에서의 예견가능성 법리의 중추적 위치에 있는 Hadley v. Baxendale판결(1854)의 ‘합리적 예견가능성(reasonable foreseeability)’ 기준은 민사상 특별손해에 대한 손해배상의 범위가 통제불가능하게 확대되는 것을 지양하기 위해 손해배상범위의 일반적 제한 원칙으로서 고안되고 정립된 것이다. 오늘날의 통설은 Hadley 법리를 계약법상의 법리로서 채무불이행 특별손해의 손해배상범위의 제한원리로 이해하고 있으며, 적어도 Hadley 법리를 계약위반과 불법행위 특별손해의 경우 공통적으로 적용되는 동일한 손해배상범위 제한원리라고 명시적으로 판시한 판례는 보이지 않는다. 반면 오늘날 영미의 법원은 Hadley 법리를 채무불이행 특별손해를 넘어 불법행위 특별손해의 경우에도 실질적으로 적용하는 경향을 보이고 있는데, 이러한 동향에 대해 설득력 있는 반론이 대두되어 있지 않다. 따라서 민사상 특별손해 손해배상에 관한 영미법상의 Hadley의 예견가능성(foreseeability) 내지 소원성(remoteness) 법리는, 피고의 손해배상책임의 근거가 불법행위인지 채무불이행인지를 불문하고, 피고가 의도하지 않은 손해(non-deliberate damage)에 대한 손해배상책임에 적용되는 공통된 일반 원칙으로 볼 수 있다고 보다 넓은 맥락에서 이해할 여지가 있으며, 이 점이 오늘날의 영미법상의 이론과 실무를 통해 얻게 되는 종합적인 결론이자 우리 실무에의 함의이다. 이는 우리 민법상 특별손해에 대한 손해배상 법리를 더욱 체계적으로 이해하고 실제의 구체적 사안에 적용할 수 있도록 구성해가며 특히 각각의 성질상의 차이와 이로 인한 요건의 차이를 검토하고 연구해 가는 데 있어 근본적인 이해의 차원에서 시사하는 바가 크다.

주제어: 예견가능성, 소원성, 예견가능성 테스트, 불법행위 손해배상책임, 손해배상의 제한

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 이 글의 기초가 된 연구에 도움을 주신 김시철 판사님, 그리고 서울대학교 법과대학의 김형석 교수님께 감사드린다.

*** 서울대학교 법과대학 부교수.

I. 序: 연구의 목적과 의의

이 글에서는 영미법상 손해배상법리, 특히 불법행위 손해배상 법리에서의 ‘예견가능성(foreseeability; remoteness)’의 개념과 관련 법리를 분석한다. 이 연구는 우리법상 불법행위 특별손해 관련 법리를 비교법적 맥락에서 검토하고 연구하는 데 조금이나마 기여할 수 있기를 궁극적인 목표로 하는 것으로서, 특히 불법행위 특별손해 관련 법리를 채무불이행 특별손해 관련 법리와의 비교를 염두에 두고 검토·분석하였다.¹⁾

1) 이 글은 2008년 7월 16일 대법원 비교법실무연구회에서 발표자로서 검토·연구하였던 내용을 바탕으로 한 것이다. 이 연구의 계기가 된 것은 당시 대법원에 계속 중이던 두 개의 우편물 사건(2006다81325사건과 2006다87798사건)으로서, 이 두 사건에서는 우편물 배달업무로 인한 국가의 배상책임의 성립에 관련하여 ‘예견가능성’(즉, ‘특별한 사정으로 인한 손해’) 및 ‘상당인과관계’가 존재하는지의 여부가 쟁점이 되었다. 이 연구의 주제와 관련된 측면을 보면, 대법원 2006다81325 사건의 경우, 우편물 송달이 되었다면 보험계약이 실효되었을 것이라는 조건적 인과관계가 성립하는지 여부, 이에 관한 ‘예견가능성’을 인정할 수 있는지 여부가 문제가 되었다(항소심은 인과관계를 인정함). 대법원 2006다88798 사건의 경우, 만일 채무자에게 계속 자력이 있다면 원고의 손해는 채무자의 재산에 대하여 다시 집행절차를 밟는 데에 소요되는 절차비용에 한정될 것이기 때문에, 원고가 주장하는 손해는 채무자의 무자력에 의한 것이라고 볼 수 있고, 국가소속 집배원이 ‘채무자의 무자력’이라는 특별사정을 예견할 수 없었던 이상 이에 대해서는 배상책임을 부담하지 않는다고 볼 여지가 있었다(원심은 특별사정에 대한 예견가능성이 없다는 이유로 원고청구를 배척함).

관련된 현재 우리나라의 실무를 보면, 교통사고 등과 같은 인신에 대한 불법행위에서 피해자 개인의 직업과 능력 등에 따라서 ‘일실수입(逸失收入)’을 산정한 다음 이를 토대로 소극적 손해를 산정하고 있다. 이는 대법원 1989.12.26.선고 88다카6761 전원합의체판결이, 장차 증가될 임금수익 상실로 인한 손해는 특별한 사정으로 인한 손해이므로 행위자가 장차 피해자의 임금수익이 증가될 것이라는 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 그 배상책임이 있다는 취지의 중전 판례를 폐기하고, “물건의 용도는 제조목적에 따라 일용 통상의 사용수익과 특수한 사용수익을 구별할 수 있지만, 사람의 능력은 수많은 분야에 걸쳐 얼마든지 개발 가능한 것이므로, 특수한 능력으로 고액의 수입을 얻는다 하여 이를 특별사정으로 보고 그로 인한 일실이익을 특별손해로 보는 것은 긍정할 수 없다. 인신사고에서의 손해는 사상(死傷) 그 자체이고 일실이익의 산정은 상실된 가동능력의 평가에 불과하다”는 입장을 취한 결과이다. 이러한 논의는 이제까지 인신사고의 ‘일실수입’ 관련 쟁점에 한정하여 전개되어 온 측면이 있으며, 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해간의 차이점에 관한 근본적·전반적인 논의가 이루어져 온 것은 아니다. 따라서 위 두 사건의 적절한 해결뿐 아니라 앞으로 관련 영역과 쟁점에 있어 보다 체계적이고 일관된 법리를 구축하고 제시해 가기 위해서는 우리 민법 제393조와 제763조의 근본적 이해에 관한 전반적인 검토가 선행되어야 하겠다.

우선, 우리 민법상 관련 규정을 보면, 우리 민법 제393조는 채무불이행으로 인한 손해배상에 있어 예견가능성에 의해 손해배상 범위를 제한한다. 우리 민법 제393조는 그 제정에 있어 채무불이행으로 인한 손해배상의 범위에 관한 영국의 Hadley v. Baxendale 판결의 원칙,²⁾ 즉 ‘예견가능성에 의한 손해배상범위의 제한’의 개념과 원리를 일본 민법(제416조)을 통해 도입한 것으로 여겨진다.³⁾ 나아가 불법행위로 인한 손해배상의 범위에 관한 규정을 보면, 우리 민법은 제763조에서 민법 제393조를 준용하여, 역시 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 하고, 특별한 사정으로 인한 손해는 불법행위 행위자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다고 규정하고 있다.

이러한 우리 민법상의 규정에 기초하여 우리 민법상 특별손해에 대한 손해배상의 법리를 이해함에 있어서는, 다음과 같은 점들을 생각해보게 된다. 첫째, 채무불이행은 계약을 통해 서로 알게 된 당사자간의 문제이므로 이러한 배상범위 제한에 저항감이 없지만, 불법행위는 통상은 잘 알지 못하는 사람들 사이에서 우연히 발생한다는 점에서 이러한 제한의 방식에 문제가 있다는 입장이 있을 수 있다. 우리 민법은 제763조에서 제393조를 준용하므로, 위와 같은 문제의식 속에서 우리 민법상 불법행위로 인한 특별손해의 인정여부와 배상범위에 대한 판단을 위해서는, 근본적으로 ‘불법행위에 있어서 특별사정으로 인한 손해’가 무엇을 의미하는가가 구명되어야 하겠다.

둘째, 보다 근본적으로는, 어떤 손해가 통상 생길 손해인지 특별사정에 의해 생기는 손해인지의 경계는 명백한 것이 아니어서, 이를 구별하는 것은 실무상 곤란한 경우가 많으며, 이는 예견가능성의 존부판단에 대해서도 마찬가지로 현실적인 문제점이 있다. 무엇이 통상인가 하는 개별적·구체적 판단은 궁극적으로는 공평의 관념에 비추어 이를 기준으로 하게 될 것이며, 피고로 하여금 배상하도록 하는 것이 공평하다고 인정하지만 통상의 손해라고 보기에 곤란한 점이 있으면 예견가능성이 있었다고 의제하게 될 것이다. 이러한 개별적·구체적 판단이 법리로서 전체적인 타당성과 설득력을 일관성 있게 가질 수 있기 위해

2) “Hadley rule”의 내용은 이 글의 각주 22)번 참조.

3) 우리 민법 제393조의 이러한 유래에 대한 설명으로는, 박윤직 著, **채권총론**(제6판)(박영사, 2006) 112면 (“초기의 확설은 일본민법 제416조(표현은 좀 다르나, 우리 민법 제393조와 대체로 같은 내용이다)를 다음과 같이 이해하였다. ... ”); 그리고 박윤직 編, **민법주해 (IX)**(박영사, 1995) 458면(池元林 집필부분) (“민 393조는 일민 416조에서 유래하고, 일본법은 영미의 계약책임법의 대표적 판례인 하들리사건의 선결례에서 유래하며 ... ”) 등 참조.

서는 일응의 기준으로서 특별사정으로 인한 손해의 개념과 범위에 관한 근본적인 논의와 법리 구성이 필요할 것이다.

셋째, 이를 종합하여 볼 때, 손해배상의 범위에 대한 판단은 곧 손해배상범위의 제한의 근거이자 기준이 되는 예견가능성이 행위자에게 그 손해를 배상시키는 것이 타당한지의 판단을 전제로 하여 민법 제393조 및 제763조를 구체적 사안에서 해석·적용하는 것이라고 할 때, 특히 우리 민법의 규정방식상 불법행위 특별손해에 관한 판단은 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해에 대한 비교 고찰을 통해 체계적으로 이루어질 때 타당성과 일관성이 제고될 수 있다.

따라서, 이 연구의 궁극적 목적이기도 한 바, 불법행위 특별손해의 개념을 보다 근본적인 관점에서 고찰하는 작업이 관련 법리와 판례의 체계적이고 일관성 있는 발전을 위해 필요할 것이다. 이러한 작업의 일환으로서, 특히 우리 민법 제393조의 연원상, 영미법상의 관련 법리와의 비교법적 고찰 역시 유용할 것이다. 이하 이 글의 본문에서는 영미법상의 불법행위 손해배상과 채무불이행 손해배상의 관련 법리를 우리 민법상의 불법행위 특별손해 개념의 이해에 초점을 맞추어 ‘예견가능성(foresight; remoteness)’을 중심으로 검토·분석한다.

II. 영미법상 불법행위 특별손해 법리의 분석: ‘예견가능성’을 중심으로

1. 영미법상 불법행위로 인한 특별손해와 예견가능성 법리의 개관

이하에서는 ‘예견가능성(foresight; 혹은 소원성(疎遠性; remoteness))’ 개념을 중심으로 영미의 불법행위 특별손해 법리를 검토·분석한다.⁴⁾ 이 과정에서 특히 영미의 불법행위 특별손해 법리를 채무불이행 특별손해 법리와 비교하여 분석하도록 하며, 가능한 한 우리 실무에의 시사점을 찾아보도록 한다. 우리 민법 제763조와 비교할 때, 영미법상 관련 법리는, 아래 II-2에서 보다 상세하게 기술하는 바와 같이, 불법행위에 기한 손해발생의 요건과 계약위반에 기한 손해발생의 요건 사이에 상이점이 있음을 전제로 한다.⁵⁾ 특히 불법행위 특별손해와

4) 미국 불법행위 손해배상 법리상 예견가능성 법리를 일반적·개괄적으로 설명한 것으로는 100 *AMERICAN LAW REPORTS* (2d. edition) 942 (2008년 개정판, D. E. Buckner 집필부분), 특히 § 5[a] 참조.

5) 다만, 이 시점에서, 보다 근본적으로, 다음과 같은 점을 생각해볼 수 있다. 즉, 영미법

관련해서는,⁶⁾ (ㄱ) 불법행위의 성립요건인 근접된 원인(proximate cause) 요건이 개별사건에 적용되는 과정에서, 행위자가 예견하지 못한 손해에 대해 개별사건에 따라 행위자가 배상을 해야 하는 경우도 있고 배상할 필요가 없는 경우도 있으며, (ㄴ) 불법행위 손해배상에서는 예견가능성(foreseeability) 요건이 일정한 유형의 손해에 대한 배상책임의 존부 자체의 결정에 관한 쟁점이 된다는 점에서, 계약위반으로 인한 손해배상책임의 성립여부 판단 단계가 아닌 배상범위의 결정(제한)의 단계에서 예견가능성 문제를 검토하는 계약법리와는 차이가 있다.

영미 불법행위법상 손해배상의 범위는 ‘소원성(疎遠性; remoteness)’을 핵심적 개념으로 하고 있다.⁷⁾ 즉, 손해의 원인인 불법행위와 결과인 손해 사이의 관계가 지나치게 소원(疎遠)한 경우(“too remote”)에는 원인제공자의 배상책임을 부정하고, 결과에 근접(近接)되어 있는 원인(proximate cause)을 제공한 자에게만 배상책임을 묻는 것이 불법행위 손해배상의 원칙이다. 이와 같이 영미법상 관련 법리에서도 불법행위 손해배상책임을 일정한 원칙에 따라 제한하고 있는데, 이는

계와 대륙법계 공히 사회와 법제도가 불법행위와 계약위반에 대한 일차적인 구제로서 손해배상(damages)을 통한 보상을 선호하는 것은 분명하다. 이 때 손해배상의 목적은 원고가 불법행위이든 계약위반이든 위법행위가 없었더라면 처했을 경제적 상태에 있게끔 하는 것이다. 다만 불법행위와 계약위반의 상황에서 각각 서로 다른 결론에 이르기도 하는 것은 각각의 법리가 서로 다른 권리를 보호하기 위해 발전된 것이기 때문이거나 손해배상으로써 제거하고자 하는 의무위반의 성질이 다르기 때문이라고 설명할 수 있을 것이다. 즉, 불법행위 또는 계약위반이 발생한 특정 사건에서 이에 대한 보상이 구체적으로 어떻게 이루어질 것인가의 문제가 생기고, 그 구체적인 구제의 방식과 정도에 관해 여러 정책적 및 현실적 요소가 함께 작용하여 각각의 고유한 법제와 법리가 형성되고 진화하는 것이다. 근래 영미 학계에서는 민사상의 손해배상책임에 관해 불법행위 손해배상책임과 계약위반에 기한 손해배상책임을 공통적으로 “합의”를 중심으로 하여(“agreement-centered”) 이해하는 설득력 있는 견해가 대두되어 있어 불법행위 손해배상과 계약위반에 기한 손해배상 각각의 본질을 이해하는 데 근본적인 관점에서 시사점을 주고 있다. 예를 들어, Adam Kramer著, “An Agreement-Centered Approach to Remoteness and Contract Damages,” Nili Cohen, Ewan McKendrick 共編, *COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT*(Hart Publishing, 2005) (249면-286면) 참조.

- 6) 영미의 불법행위에 기한 손해배상의 법리에서도 일반손해(general damage)와 특별손해(special damage)의 개념이 사용된다. 그러나 영미법상의 특별손해(special damage)의 개념은 우리 민법상의 특별사정으로 인한 손해와는 다른 개념으로 사용된다. 영미법상 일반손해(general damage)는 가동능력의 상실이나 위자료와 같이 정확한 계산이 불가능하고 추측이 불가피한 손해를 의미하며, 특별히 주장하지 않아도 무방하다. 이에 대비하여 사용되는 개념인 특별손해(special damage)는 정확한 계산이 가능한 적극적 손해와 변론종결시까지의 일실이익을 포함하며, 주장과 입증의 요구된다.
- 7) 법리의 일반적·개괄적 설명은 대표적으로 위의 각주 4)번의 문헌 참조.

첫째, 과실(negligence) 및 주의의무(duty of care) 개념을 내포하는 불법행위의 경우 주의의무의 존부 따라서 과실의 존부의 결정 그 자체가 예견가능성 개념을 내포하고 있으며 이에 따라 배상책임이 결정된다는 것, 그리고 둘째, 피고가 예견하였거나 예견했어야 했던 것은 과실의 존부의 판단에서는 중요하지만, 배상 범위의 확정에는 결정적이지 않다는 이해에⁸⁾ 기초하고 있다. 즉, 피고의 행위가 예견가능한 침해의 위험(risk)을 내포하고 있어서 과실이 있다고 인정되면, 피고의 손해배상의 범위는 예견가능했던 침해에 의해 결정되는 것이 아니라 원고의 손해가 피고의 유책행위의 직접적 결과(direct consequence)인지 아닌지에 따라⁹⁾ 결정된다.

그러나 위와 같은 원칙적 이해에도 불구하고, 행위의 직접적 결과가 가해자의 예견가능성을 넘어 과도하게 확대되는 경우가 많으며 이러한 모든 결과에 대해 가해자인 피고에게 배상책임을 지게 하는 것은 피고의 행위가 갖는 사회적 유용성 내지 가치를 도외시하고 결과책임을 지나치게 강조하여 사회적 공정과 정의의 개념에 반한다는 인식이 설득력을 얻어, 영미법상 불법행위 손해배상책임에 또 다른 제한이 가해지게 되었는데, 이것이 ‘예견가능성(foresight; 혹은 소원성(疎遠性; remoteness))’에 의한 제한이다. 영국에서의 초기 판례는 야기된 특정의 침해를 예견했을 것을 요구하였으나(The Wagon Mound I¹⁰⁾), 이렇게까지 손해배상의 범위를 제한하는 것은 지나친 바가 있었으므로, 이후 야기된 침해와 같은 종류(kind), 태양(type), 부류(class)의 침해를 예견하거나 예견할 수 있었으면 족하다는 입장으로 선회하였다.¹¹⁾ 특정의 침해가 아닌, 일반적으로 같은 성격의 위해(harm of a like general character)를 예견할 수 있었으면 충분하다는 것이 오늘날의 판례와 해석론의 입장이다. 미국의 판례에서는 ‘자연적이고 개연성 있는 결과(natural and probable consequence)’라는 표현이 빈번하게 사용되는 바, 이는 통상의 경험에 비추어 정상적이며 극히 예외적인 것은 아닌 결과를 의미하는 것으로 이해된다.¹²⁾

⁸⁾ *In re Polemis and Furness, Withy & Co.*, [1921] 3 K.B. 560.

⁹⁾ 이러한 직접적 결과는 불법행위 당시 존재하였던 조건과 당시 이미 활동 중이던 힘의 영향하에서 이루어진 피고의 행위결과의 연속으로서 사후에 적극적으로 활동하게 된 외부적 힘의 개입 없이 발생한 결과를 의미한다.

¹⁰⁾ *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd.*, [1961] A.C. 388, 1 All E.R. 404. 관련하여, 아래 각주 46)번과 47)번 및 이에 상응하는 본문 참조.

¹¹⁾ 오늘날 미국의 *RESTATEMENT (2d.)*에서도 이러한 취지로 서술하고 있다.

¹²⁾ 위 각주 4)번의 문헌 참조.

즉, 개괄하면, 영미법상의 불법행위 손해배상의 범위는 직접적 결과인지의 여부(direct consequence test)와 예견가능성(foreseeability)에 의해 결정된다. 전자는 인신 또는 물건에 대한 침해 사건에서 그리고 이외의 사건에서는 후자가 손해배상 범위의 결정에 핵심적으로 적용되는 법리가 된다. 이 때 예견의 대상은 야기된 특정의 결과나 침해된 특정의 이익이 아니라, 일반적·추상적으로 보아 그와 같은 종류·태양·부류의 침해 또는 위하이므로, 전혀 다른 종류(different in kind)의 침해가 발생한 경우에는 예견가능성이 부정되어, 특별히 예견가능한(specially foreseeable) 경우가 아니라면 손해배상책임이 발생되지 않는다. 즉, 예견된 결과와는 종류, 태양, 부류에 있어서 다른 침해가 발생한 경우에는 예견가능성이 부정되어 손해배상책임이 발생하지 않는다. 이와 같이 영미법상으로도 불법행위로 인한 손해배상의 범위는 예견가능성에 따라 제한이 가해진다. 비교법적으로 이해할 때, 영미법상 예견가능성이 인정된 판례 및 학설상의 예들은 우리 민법상 통상의 손해로 인정된 것들이고, 영미법상 통상의 예견가능성이 부정된다고 보는 판례 및 학설상의 예들은 우리 민법상 예견가능성의 존재를 주장·입증해야 배상가능한 특별사정으로 인한 손해, 즉 우리 민법상의 특별손해라고 보는 데 무리가 없다.

기술한 바와 같이 예견가능성이 부정되는 경우는 예견된 결과와는 종류·태양·부류에 있어 다른 침해가 발생한 경우이다. 이와 같이 종류가 다른 손해가 발생한 경우에 이를 배상의무자가 예견하였거나 할 수 있었다는 결론은 아무래도 가해자와 피해자가 특별한 관계에 있었던 경우일 것이며, 따라서 특별손해를 배상받을 수 있는 경우는 대부분, 의료과오사건 또는 운송계약불이행이 불법행위로도 구성될 수 있는 경우 등과 같이, 불법행위책임과 채무불이행책임이 결합되는 경우이다. 다른 한편 계약관계가 없다고 하더라도 폭발물 표시 등 누가 보아도 알 수 있는 방식으로 알린 경우에 해당한다면, 특별사정을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 있다. 우리 민법상도 특별사정으로 인한 손해는 특히 그 침해가 일어난 사정에 관해 예견가능성의 존재가 주장·입증되어야만 배상이 허용되는 것이므로, 그 침해는 통상적으로 예견가능한 침해와는 종류, 태양 또는 부류가 다른 이종의 침해를 의미한다고 할 것이다.¹³⁾

영미의 판례와 학설상 민사상 특별손해에 대한 손해배상 법리는 위와 같이 ‘예견가능성(내지 소원성(疎遠性))’ 개념에 핵심적으로 관련되어 있다. 이 점에

13) 이 문단은 이보환 著, “불법행위로 인한 특별손해,” **사법논집** 제19집(1988. 12)의 관련 내용을 요약한 것이다.

관해 영미의 학계와 실무에서 불법행위 특별손해와 채무불이행(계약위반) 특별손해의 성질·요건상의 차이에 대해 지속적인 논의가 있어온 바, 우리나라에의 시사점을 찾고자 하는 취지에서, 이하 II-2에서는 영미법상 민사상 손해배상에서의 ‘예견가능성’ 법리의 증추적 위치에 있는 Hadley v. Baxendale판결(1854)이 계약법에 국한된 법리인지 아니면 불법행위를 포함하여 민사상 손해배상에 공통으로 적용되는 법리인지에 관한 영미에서의 논의를 상세히 분석하는 데 초점을 맞추도록 한다.

2. Hadley v. Baxendale판결(1854)¹⁴⁾과 영미 손해배상법상의 ‘예견가능성’ 법리: “Hadley Rule”이 계약법에 국한된 법리인지 민사상 손해배상에 일반적으로 적용되는 규칙인지에 관한 영미 학계와 실무에서의 논의

(1) Hadley판결의 역사

민사상 특별손해에 대한 손해배상책임을 아무런 제한 없이 부과할 것이 아닌 이상, 어떠한 기준에 의해서든 그 범위를 제한하여 확정하는 방식이 마련되어야 하는 것은 자명하다. 특별손해에 대한 손해배상의 범위를 제한하는 방식에는 다양한 방법이 있을 수 있다. 1854년 이전까지는 영국과 미국 공히 법원이 이에 대해 다양한 시도를 한 바 있다.¹⁵⁾ 그러나 이러한 시도를 통해 근본적인 차원에서 어떤 명쾌한 결론이 도출된 것은 아니며, 오늘날에 이르기까지도 개념적·이론적 검토와 분석이 특히 불법행위와 계약위반의 법리간의 비교분석을 통해 법원 내외에서 이루어지고 있다.

불법행위 특별손해¹⁶⁾에 대한 손해배상의 인정여부와 그 범위에 관해, 영국과 미국의 법원은 때로는 (ㄱ) 넓은 맥락에서의 인과관계(causation)의 관점에서(즉, 피고의 행위가 원고의 손해를 초래하였는가의 문제로서) 이 문제에 접근하였고,¹⁷⁾ 다른 한편으로는 (ㄴ) 피고가 부담하는 의무(duty)의 내용과 정도의 관점에

¹⁴⁾ 156 Eng. Rep. 145 (Ex. 1854).

¹⁵⁾ A.W.B. Simpson 著, “Innovation in Nineteenth Century Contract Law,” 91 *LAW QUARTERLY REVIEW* 247, 273-277 (1975) 참조.

¹⁶⁾ 이하 이 글에서 “특별손해”라고 하는 용어는 우리 민법상의 특별손해 개념을 의미한다. 관련하여, 위 각주 6)번 참조.

¹⁷⁾ Boorman v. Nash, 109 Eng. Rep. 54, 56-57 (K.B. 1829) (“[D]amage must have necessarily resulted.”); Short v. Kalloway, 113 Eng. Rep. 322 (Q.B. 1839) 참조.

서 이 문제에 접근하기도 하였으며,¹⁸⁾ 때로는 (c) 보다 불명확한 기준을 적용하여 일반적으로 일정 정도 이상의 소원성(疎遠性)을 가진 원인(遠因)에 의한 손해는 손해배상 청구의 청구원인으로서 주장할 수 없다는 입장을 취하기도 하였다.¹⁹⁾ 이러한 일련의 실험 과정을 거쳐, 일응의 예견가능성 테스트(a test of foreseeability)가 결국 채택되게 되었으며, 1854년의 Hadley v. Baxendale 판결을 통해²⁰⁾ 이 법리가 선례로서 정립되었다.²¹⁾²²⁾ 물론 Hadley v. Baxendale 판결은 계약

¹⁸⁾ Borrodaile v. Brunton, 129 Eng. Rep. 491, 492 (C.P. 1818) (“[T]he warrantee for breakage of an anchor cable extended to the possibility of loss of the anchor itself.”) 참조.

¹⁹⁾ Walton v. Fothergill, 173 Eng. Rep. 174, 176 (C.P. 1835) (Tindal, C.J.) (“[Damage] must be the necessary and immediate consequence, and not so remote as those sought to be recovered.”). 이 점에 관해 James Kent는 “[Damage] for breaches of contract [is] only [that] which [is] incidental to, and directly caused by the breach, and may reasonably be supposed to have entered into the contemplation of the parties, and not speculative profits, or accidental and consequential losses.”라고 설명했다. 2 *KENT'S COMMENTARIES ON AMERICAN LAW* 480 (Jon Roland 編, 15th edition, 2002; James Kent 원저 1826년).

²⁰⁾ 156 Eng. Rep. 145 (Ex. 1854).

²¹⁾ 예를 들어, McAlpin v. Lee, 12 Conn. 129, 133 (1837) (“no liability for collateral loss or damage not naturally resulting from the breach of contract”) 등 참조. 또한 William W. Story 著, *A Treatise on the Law of Contracts Not Under Seal* § 1022 (2d ed.) (1847) (Kevin M. Teeven 著, *A HISTORY OF THE ANGLO-AMERICAN COMMON LAW OF CONTRACT* (Greenwood Press, 1990)의 151면에서 인용한 A.W.B. Simpson, “The Horwitz Thesis and the History of Contracts,” 46 *UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW* 533, 600 (1979)에서 재인용함) (“[T]he consequential injury fairly and naturally resulting to the plaintiff from the breach will be the ground for additional compensation. But merely speculative injuries founded on uncertain future contingencies afford no ground for damages.”) 참조.

²²⁾ 소위 “Hadley rule”이라고 지칭되는 특별손해-예견가능성 법리의 내용은 다음과 같다. “양 당사자간에 계약이 유효하게 성립된 후 일방 당사자가 받을 손해배상은 (i) 계약 위반 자체로부터 자연히 즉 사물의 통상의 경과에 따라(naturally, i.e., according to the usual course of things) 발생한 것이라고 공정하게 그리고 합리적으로 생각될 수 있는 손해이거나, 또는 (ii) 계약체결 시점에 계약위반의 개연적인 결과로 양 당사자가 예견하였다고 합리적으로 생각될 수 있는 손해이다. 그러나 만일 계약이 체결된 당시 실제의 특별사정(special circumstances)을 원고가 피고에게 통지하여 양 당사자가 그러한 특별사정을 알고 있었다면, 계약위반으로부터 발생한 바 양 당사자가 예견할 수 있었던 손해의 배상액은, 알려져 있고 통지되어 있는 특별사정하에서 계약위반으로부터 통례적으로 생긴 손해의 액수이다. 그러나 반면 이러한 특별사정이 계약을 위반한 일방 당사자에게 전혀 알려져 있지 않았다면, 그러한 당사자는 계약위반으로부터 통상 발생되는 손해 즉 특별사정에 의해 영향을 받지 않은 손해밖에 예견할 수 없고, 따라서 그러한 손해에 국한하여 책임을 진다. 이는 특별사정이 알려졌더라면 양 당사자가 이

위반으로 인한 손해배상에서 손해배상범위의 제한에 관한 선례이며, 오늘날에도 영국과 미국에서 공히 법원이 이를 불법행위 손해배상에 대해 명시적으로 적용하고 있지는 않다.²³⁾

그러나 Hadley v. Baxendale 법리는 특별손해에 대한 손해배상의 범위 획정의 문제를 일반론으로서 해결하기 위한 것으로서, 이러한 문제는 계약법에서 뿐 아니라 불법행위법에서도 마찬가지로 제기된다는 점에서, 이를 (ㄱ) 계약법상의 특별손해 손해배상 범위의 제한 원리로 국한할 것인지, 아니면 (ㄴ) 불법행위로 인한 손해배상과 계약위반으로 인한 손해배상의 경우에 공통으로 적용되는 원칙으로 이해할 것인지에 대한 논의가 영미의 학계와 실무에서 지속되고 있다.²⁴⁾

영미법상 이러한 논의에 있어 핵심이자 출발점이 되는 것은 역시 1854년 영국의 Hadley 판결이다. 1854년의 Hadley 판결 이전에는 영미 손해배상법 법리상 예견가능성(*foreseeability*) 내지 소원성(*疎遠性; remoteness*) 개념을 계약과 불법행위에 있어 달리 적용했다는 명확한 징표를 찾아볼 수 없으며, 오히려 소원성(*疎遠性; remoteness*)은 특별손해의 경우를 포함하여 불법행위와 채무불이행의 경우를 망라하여 민사상 손해배상에 적용되는 단일의 원칙으로 이해되고 있었다. 예를 들어, 18세기 중반의 판례를 보면, 불법행위 특별손해에 대한 손해배상은 Hadley 원칙과 실질적으로 동일한 예견가능성 테스트에 의해 제한된다는 명확한 입장을 찾아볼 수 있다.²⁵⁾

에 대비하여 계약위반에 대한 특별한 약정을 하였을 수 있었을 것이며 이러한 이익을 당사자로부터 박탈하는 것은 불공평하기 때문이다.”

²³⁾ In re Kinsman Transit Co., 338 F.2d 708, 724 (2d Cir. 1964); Koufos v. C. Czarnikow, Ltd., [1967] 3 All E.R. 686, 692 (H.L.). 이 두 판결에서는 예견가능성에 의한 손해배상의 제한에 관한 Hadley v. Baxendale의 법리는 불법행위 사안에는 적용되지 않는다고 명시적으로 판시하였다.

²⁴⁾ 이러한 논의는 위 각주 1)번에서 소개한 바 대법원에 계속 중인 두 사건을 근원적인 차원에서 이해하는 데 도움이 되는 논점인 ‘불법행위와 채무불이행에서의 특별손해의 성질상의 공통점과 차이점 및 그로 인한 요건상의 차이의 인정여부’를 탐구하여 그 실무적 함의를 찾아내는 데 있어 비교법적 의미가 있다.

²⁵⁾ 1850년 영국의 Rigby v. Hewitt, 155 Eng. Rep. 103 (Ex. 1850), 사건에서는, 과속으로 운행하던 버스가 원고를 직접 친 것은 아니었으나, 과속운행 중 바퀴 한 개가 차체에서 이탈되어 원고가 타 있던 버스에 부딪혔고, 그로 인해 원고가 승차해 있던 버스가 차도에서 벗어나 인도로 올라가는 과정에서 원고가 신체상해를 입었다. 이 사안에서 법원은 불법행위에 의한 손해배상의 범위는 ‘그 발생이 행위로부터 합리적으로 예측가능한 결과(“consequences that may reasonably be expected to result”)에 국한된다’는 입장을 취했다. Id. 104면. 이러한 입장은 이후 미국의 불법행위 사안에 큰 영향을 미쳤다. 그러한 예로서, Vedder v. Hildreth, 2 Wis. 427, 429 (1853) (여행 중이던 원고가

기술하였듯이, 우리 민법 제393조 관련 논의에서도 빠짐없이 거론되는 Hadley 판결 자체는, 계약법상 채무불이행에서의 특별손해에 대한 손해배상의 범위를 예견가능성에 의해 제한하는 원칙을 정립한 판결이다. 또한 Hadley 판결에서 법원(法院)이 명시적으로 인용한 법원(法源)의 하나인 프랑스 민법 제1150조(Article 1150 of the French Civil Code)²⁶⁾ 역시 불법행위 손해배상책임이 아닌 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 규정하고 있다. 그러나 여기에서 주목할 점은, Hadley 판결 이후에도 영국에서는 모든 민사상의 특별손해에 관해 그 손해배상책임에는 청구원인에 상관없이 단일한 예견가능성(remoteness) 원칙이 적용된다는 것이 지배적인 견해였다는 점이다. 예를 들면, 1872년 영국의 Sharp v. Powell 사건에서는²⁷⁾ 피고가 추운 겨울날 공용도로에서 마차를 세차하여 그 사용한 물이 노면이 얼어붙음으로써 지나가던 말이 얼음에 미끄러져 다리가 부러졌는데, 불법방해(nuisance)를 청구원인으로 한 원고의 손해배상 청구를 법원은 소원성(remoteness)을 근거로 배척하였다.²⁸⁾ 이 판결에서는 Hadley를 인용하지는 않았으나, 판결이유를 보면 법원이 Hadley 판결에서 판시한 원칙을 그대로 적용하였음이 명백하다.²⁹⁾

나아가 Hadley 판결 이후에도 영국에서 불법행위와 채무불이행에 대해 동일한 예견가능성 원칙을 적용하였음을 보다 직접적으로 보여주는 예로는 The Notting

원고의 말과 마구를 가져간 피고의 불법행위로 인해 도로상태상 더 이상 여행을 지속할 수 없게 됨으로써 입게 된 손해에 대해, 이러한 손해는 피고가 원고의 말과 마구를 가져간 불법행위로부터의 ‘당연한 결과(“a loss resulting naturally”)’가 아니므로 피고에게 그 배상책임이 없다고 판시함) 판결 등을 들 수 있다.

26) 프랑스 민법 제1150조(“Le débiteur n’est tenu que dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est point exécutée.”)는 미국 Louisiana州의 현행 민법(Civil Code) 제1996조와 상응하며, 미국 Louisiana州 민법 제1996조(La. Civ. Code art. 1996)의 규정은 다음과 같다: “An obligor in good faith is liable only for the damages that were foreseeable at the time the contract was made.”

27) (1872) 7 L.R.-C.P. 253.

28) Id., 258면.

29) Id., 253면-254면; Id., 258면(“No doubt, one who commits a wrongful act is responsible for the ordinary consequences which are likely to result therefrom; but, generally speaking, he is not liable for damage which is not the natural or ordinary consequence of such an act, unless it be shown that he knows, or has reasonable means of knowing, that consequences not usually resulting from the act are, by reason of some existing cause, likely to intervene so as to occasion damage to a third person.”).

Hill판결³⁰⁾이 있다. 이 사건은 선박간의 해상 충돌 사건으로서, 그 사실관계를 보면, 피해선박이 운송하던 물품이 해상에서의 충돌 사고로 인해 시장에서의 판매가 지연되었는데, 사고가 없었더라면 배달되었을 시점에 비해 사고로 인해 배달이 지연된 시점에서의 시장 상황이 상당한 정도로 악화되어 있었고, 그로 인해 피해선박의 소유주가 손해를 입게 되었다.³¹⁾ 법원은 이 사안에서 이러한 손해에 대한 원고 피해선박 소유주의 손해배상 청구를 소원성 근거로 배척하였는데, 판결문에서 법원은 “손해의 예견가능성에 관한 법리는 불법행위에 기한 손해배상이든 계약위반에 기한 손해배상이든 그 청구원인에 무관하게 동일한 것이며, 이러한 법리는 Hadley 및 다른 일련의 판결을 통해 정립된 바 있다(The rule with regard to remoteness of damage is precisely the same whether the damages are claimed in actions of contract or of tort, and it has been laid down many times both in Hadley v. Baxendale and other cases.)”고 판시하였다.³²⁾ 이와 같은 입장은 20세기 초까지 판례를 통해 유지되어 왔으며,³³⁾ 이는 영국에서 뿐 아니라 미국에서도 마찬가지였다.³⁴⁾

그렇다면 이제, 현재의 통설인, 불법행위 손해배상 법리상 요구되는 예견가능성은 채무불이행 손해배상 법리상 요구되는 예견가능성보다 낮은 정도라는 입장은 어떤 과정을 통해 정립되었는지를 알아보도록 한다. 영미법상 계약법리와 불법행위법리의 구별은 각각의 법리의 발생에서부터 당연한 것으로 인식되어 왔으며, 그러한 근거에서 불법행위 손해배상법리의 정립 초기 단계에서

30) (1884) 9 P.D. 105 (C.A.).

31) Id., 105면-106면.

32) Id., 113면. 이 사안 이후 법원은 The Parana판결의 선례에서 정립된 법리를 직접적으로 적용해 갔다. The Parana사안은 The Notting Hill사건에서와 거의 동일한 사실관계(운송업자인 피고가 계약에 위반하여 운송을 지연)에 대해 Hadley v. Baxendale법리를 적용한 사안이다. 이후 The Parana판결은 Hadley v. Baxendale법리의 적용에 관해서는 번복(overruled)되어, 이 점에 관해서는 선례로서의 효력이 부인되게끔 되었다.

33) H.M.S. London, [1914] P 72, 77 (1913) (“It is settled law that the rule as to the remoteness of damage is the same whether the damages are claimed in actions of contract or of tort.”). 1930년대까지 이 견해는 항소법원(Court of Appeals)에서 통용되었다. 그러한 예로서는 Haynes v. Harwood, [1934] All E.R. 103, 107 (C.A.); Flint v. Lovell, [1935] 1 K.B. 354, 359-360 (1934) 등 참조.

34) 미국에서 불법행위 사실관계에 대해 Hadley판결의 법리를 적용한 대표적인 예로서는 Balt. & Ohio R.R. Co. v. Carr, 17 A. 1052, 1054 (Md. 1889) (차장에 의한 폭행 사건); 그리고 W. Union Tel. Co. v. Short, 14 S.W. 649, 651 (Ark. 1890) (내용을 잘못 기입한 전보 메시지의 수신인이 청구한 과실에 의한 불법행위 손해배상 사건) 등을 들 수 있다.

간혹 Hadley를 불법행위 사건에는 적용할 수 없다는 입장이 등장하기도 하였다.³⁵⁾ 그러나 계약위반으로 인한 손해배상책임과 불법행위로 인한 손해배상책임을 법리상 체계적으로 구별하게 된 것은 특히 아래에서 상술하는 두 가지 점에 기인하였다고 보고 있으며, 두 가지 점 모두 당시에 그 개념과 법리가 정립된 ‘과실에 의한 불법행위(tort of negligence)’와 핵심적으로 관련되어 있다. (ㄱ) 첫 번째는, 피고는 자신의 행위로 인해 원고가 손해를 입을 것을 일단 예견할 수 있었다면 그 예견가능성이 아무리 희박하더라도 원고의 손해에 대해 배상책임을 진다는 법리, 즉 오늘날의 불법행위 과실책임 법리상 ‘주의의무(duty of care)’ 개념의 정립이다. (ㄴ) 두 번째는, 소위 ‘thin skull’ 원칙으로서, 피고는 원고의 입은 손해의 전부에 대해 배상책임이 있으며, 이는 원고의 특별사정(unusual vulnerability)으로 인해 손해의 정도가 심하거나 큰 경우에도 마찬가지로 법리의 정립이다. 이러한 법리가 정립된 1870년대 이후 법원은 Hadley를 불법행위 사건에 적용함에 있어 논리구성상 어려움에 직면하게 되었다.

첫째, 우선 ‘주의의무(duty of care)’ 측면을 보면, 불법행위 법리상 주의의무의 존재 여부를 결정하는 데 기준이 되는 예견가능성의 정도는 Hadley에서 요구하는 예견가능성의 정도에 비해 상당히 낮다. 그러나 그럼에도 불구하고, 일단 예견가능성 개념에 기초하여 피고의 원고에 대한 주의의무가 존재한다고 보게 되면, 그 후에 원고의 손해는 예견가능성이 지나치게 희박하였으므로 피고가 원고에 대해 전혀 배상책임이 없다고 하는 논리의 구성은 대단히 어렵게 된다. 불법행위 사건에서 Hadley법리의 적용을 거부한 미국 연방법원의 1871년 판례를 보면, 이 점이 잘 나타나 있다.³⁶⁾ Bowas v. Pioneer Tow Line사건은 전형적인 수로에서의 충돌 사건으로서, 외륜증기선이 무동력선(barge)과 충돌하였는데, 충돌시점에 마침 증기선의 선미외륜 속에서 일하고 있던 기술자가 충돌로 인해 중상해를 입게 되었다. 이 판결에서 법원은 원고가 충돌시점에 선미외륜 내부에 있을 것이라는 점은 Hadley 기준상 예견가능하지 않았다고 할지라도 피고는 원고에 대해 불법행위 손해배상책임이 있다고 판시하였다. 이 점에 관해 법원은 판결문에서 단순히 불법행위에는 채무불이행에서와는 다른 법리가 적용되어야 한

³⁵⁾ 예를 들면, Gibson v. Fischer, 25 N.W. 914 (Iowa 1885) (Hadley가 불법방해(nuisance)에 적용되지 않는다고 판시); 그리고 Heister v. Loomis, 10 N.W. 60, 61 (Mich. 1881) (Hadley가 폭행(battery)에 적용되지 않는다고 판시) 등의 판결이 있다.

³⁶⁾ 3 F. Cas. 1024, 1028 (D. Cal. 1871) (No. 1713). 또한 A.F. Johnson & Son v. Atl. Coast Line R.R. Co., 53 S.E. 362, 364 (N.C. 1906) (Hadley test하에서 예견가능성이 인정되지 않는 경우에도 철도회사에 화재로 인한 손해배상을 인정함) 참조.

다고만 판시하였다.³⁷⁾

둘째, ‘thin skull’(혹은 ‘eggshell skull’) 원칙에 관해서 보면, 영미의 불법행위 손해배상 법리상 불법행위자는 ‘그가 발견한 상태대로 피해자에 대해 책임을 져야(A defendant took the vulnerable plaintiff as the defendant found the plaintiff.)’ 하며, 이는 피해자의 손해의 정도가 피해자의 특수한 사정 내지 상황으로 인한 것으로서 가해자 입장에서 예견가능하지 않은 경우에도 마찬가지이다. 이 점에 있어서는 피고 불법행위자의 손해배상책임이 Hadley 기준을 넘어서서 자신이 예견하지 못했던 손해에까지 확대됨은 명백하다. 이 점에 근거하여 Hadley를 불법행위에 적용하지 않는 견해를 취한 최초의 사안은 1879년의 영국 판결인 Phillips v. London & South Western Railway Co.이다.³⁸⁾ 이 사건은 철도운행 관련 불법행위 과실책임 사건이었는데, 다른 측면에서는 특기할 만한 점이 없었으나, 다만 이 사건의 원고는 대단히 즉 법원의 판단에 의하면 예견불가능한 정도로 고소득인 외과의사였다.³⁹⁾ 이 사건에서 항소법원(Court of Appeals)은 원고의 소득이 예견불가능한 정도로 높았다는 사정이 있다고 하여 ‘thin skull’ 원칙의 예외가 인정되는 것은 아니며, 따라서 피고가 배상해야 할 손해배상액의 산정은 역시 원칙대로 원고의 소득을 기준으로 한다고 판시하였다.⁴⁰⁾

민사상 손해배상의 법리와 관련하여 불법행위와 계약위반의 성격의 구별은 위와 같은 사안들로부터 비롯되어, 나아가 불법행위 손해배상 법리에서의 예견가능성(remoteness)은 계약위반에 기한 손해배상 법리에서의 예견가능성(foreseeability)과 개념적으로 구별된다는 분석 및 입장이 대두되게 되었다. 특히 관할의 구조상 미국에 비해서는 법리의 통일적이고 단일한 변화가 용이한 영국에서는 위와 같은 입장이 보다 빨리 정립되어, 1888년의 The Argentino판결에서는⁴¹⁾ 이러한 입장의 정립을 명확히 볼 수 있다. The Argentino사건은 해상에서의 선박 충돌 사건이었는데, Hadley에서 요구하는 기준에 의하면 예견가능성이 없던 손해에 대해 피고의 손해배상책임을 인정하면서, 법원은 Hadley의 예견가능성 법리는 불법행위 사안에는 적용되지 않는다고 판시하였다.⁴²⁾ 영국에서는 The Argentino판결에 이어 이후 일련의 판결에서 Hadley상의 예견가능성에 의한 손

37) Bowas, 3 F. Cas. 1025면-1029면.

38) [1874-1880] All E.R. Rep. 1176 (C.A. 1879).

39) Id., 1177면 (사건 당시 원고의 수입은 연 약 5,000파운드로서, 동일 시점의 약 25,000달러에 해당함).

40) Id., 1180-1181면.

41) (1888) 13 P.D. 191 (C.A.).

42) The Argentino, (1889) 14 A.C. 519 (H.L.).

해배상범위의 제한은 불법행위 손해배상에는 적용되지 않는다고 판시하였는데,⁴³⁾ 이러한 입장의 변화는 동시대 미국의 판례에도 영향을 미쳐 이후 점차 미국의 판례에서도 The Argentino판결의 법리를 따르게 되었다.⁴⁴⁾

이후 1960년대에 이르기까지는, 불법행위 특별손해에 대한 배상책임에는 Hadley 예견가능성 법리가 적용되지 않을 뿐 아니라 나아가 어떠한 예견가능성 조건도 적용되지 않는다는 것이 영미 불법행위 특별손해 배상책임 법리상 지배적인 입장이었다.⁴⁵⁾ 그러다가 1961년에 이르러 불법행위 특별손해에 대한 배상책임도 일응의 예견가능성 법리에 의해 제한된다는 판결이 등장하였는데,⁴⁶⁾ 이로써 불법행위 특별손해 배상책임에도 채무불이행 특별손해 배상책임에서와 동일하게 Hadley를 적용한다는 입장으로서의 복귀가 이루어질 가능성도 있었으나, 1967년의 판결에서,⁴⁷⁾ 그리고 1969년의 상고심(House of Lords) 판결에서,⁴⁸⁾ 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해에서 요구되는 예견가능성의 정도는 상이하며 전자의 경우 그 인정에 요구되는 예견가능성의 정도가 훨씬 낮다고 판시하였다. 미국의 경우에도, Hadley를 불법행위 특별손해에도 채무불이행 특별손해의 경우에서와 같이 동일하게 적용하는 판례는, 적어도 판결문에서 명시적으로 이와 같이 판시하는 예는 오늘날 찾아보기 어렵다.⁴⁹⁾

43) 예를 들어, Marsh v. Joseph, [1897] 1 Ch. 213, 231 (C.A. 1896) 등 참조.

44) 예를 들어, W. Union Tel. Co. v. Biggerstaff, 97 N.E. 531, 533 (Ind. 1912) (손해배상 제한에 대한 Hadley법리를, 배달 중 전보(telegraph)를 분실한 불법행위의 경우에 적용하지 않음); Garland v. Carolina, Clinchfield & Ohio Ry., 90 S.E. 779, 779 (N.C. 1916) (손해배상 제한에 대한 Hadley법리를, 하차해야 했던 정거장을 지나치게 된 승객의 철도회사에 대한 불법행위 손해배상 청구에 적용하지 않음) 등 참조.

45) In re Polemis, [1921] 3 K.B. 560, 577 (C.A.) (이후에 “Polemis rule”로 알려진 법리를 판시한 사건); Spade v. Lynn & Boston R.R., 52 N.E. 747, 748 (Mass. 1899); Christianson v. Chi., t. Paul, Minneapolis & Omaha Ry. Co., 69 N.W. 640, 641 (Minn. 1896) 등 참조.

46) Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Mortas Dock & Eng'g Co. (“The Wagon Mound I”), (1961) 1 A.C. 388 (H.L.) 참조. 관련하여, 위 각주 10)번과 이에 상응하는 본문 참조.

47) Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller S.S. Co. (“The Wagon Mound II”), [1967] 1 A.C. 617 (P.C. 1966).

48) Koufos v. C. Czarnikow, Ltd., (1967) 3 All. E.R. 686 (H.L.). 이 사건의 판결문은 Hadley에서 요구하는 예견가능성의 정도(degree of foreseeability)를 다양한 관점에서 상세하게 설명·분석하였다.

49) In re Kinsman Transit Co., 338 F.2d 708, 724 (2d Cir. 1964) (“[T]he rule of Hadley v. Baxendale has no place in negligence law.”); Vanderbeek v. Vernon Corp., 50 P.3d 866, 871 (Colo. 2002); Kuehl v. Freeman Bros. Agency, 521 N.W.2d 714, 718 (Iowa 1994) 등 참조.

그러나 위와 같은 통설과 판례의 입장에도 불구하고, Hadley가 계약위반으로 인한 손해배상의 경우에만 국한되어 적용된다는 데 대해서는 지속적으로 비판 혹은 의문이 제기되어 왔다. 이러한 반대의 입장에서는 Hadley는 불법행위와 채무불이행의 청구원인에 무관하게 민사상 특별손해에 대한 손해배상에 동일하게 적용될 수 있는 혹은 적용되는 공통의 기준 내지 법리라고 한다. 이 점에 관한 입장의 차이는 궁극적으로 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해의 성질의 근본적 차이 내지 동질성에 대한 이해에 근거하고 있으며, 이러한 논의는 이 글의 동기가 된 두 개의 사안에서⁵⁰⁾ 제시된 논점을 논의하는 데 시사하는 바가 크다고 하겠다.

Hadley가 채무불이행 특별손해에만 적용되며 불법행위 특별손해에는 적용되지 않는 법리라는 입장(통설)에 대한 비판은 크게 아래와 같이 대별된다. 첫째는, 통설과 같은 견해는 논리적으로 뒷받침되었다기보다는 직관에 의존하고 있으며, 논리적으로 분석해보면 Hadley는 민사상 특별손해 손해배상에 청구원인에 상관없이 공통적으로 적용될 수 있는 일반원칙이라는 것이다. 둘째는, 법원의 판례를 분석해 보면, 비록 판결문에서는 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해를 구별하여 통설과 같은 문구를 사용하고 있음에도 불구하고, 실제로는 불법행위 특별손해의 경우에도 채무불이행 특별손해의 경우와 거의 마찬가지로 Hadley類의 기준을 적용하고 있음을 볼 수 있다고 한다. 이하에서는 각각의 입장에 대하여 보다 자세히 알아보도록 한다.

(2) Hadley 예견가능성 법리를 채무불이행 특별손해에 국한하여 적용해야 한다는 견해 vs. 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해에 공통의 법리로 적용해야 한다는 견해

가. Hadley v. Baxendale법리를 채무불이행 특별손해에만 국한하여 적용해야 한다는 입장

영미법상 Hadley 예견가능성 법리를 채무불이행 특별손해의 경우에 국한하여 적용해야 한다는 입장의 근거는 다음과 같은 네 가지로 요약해 볼 수 있다.

(가) 첫째, 과실에 의한 불법행위 책임의 성립요건인 손해의 예견가능성의 정도는 Hadley가 요구하는 예견가능성의 정도에 비해 대단히 낮으므로 Hadley법리는 과실에 의한 불법행위에 기한 손해배상에 적용될 수 없다는 견해이다. 이 견

⁵⁰⁾ 위 각주 1)번과 24)번 참조.

해는 Hadley를 불법행위에 적용되지 않는 순수한 계약법상의 법리로 이해하는 입장의 근거에 공통된 견해로서, 이러한 입장에서는 불법행위 배상책임의 발생에 요구되는 손해의 예견가능성(remoteness)의 정도는 계약법상의 예견가능성보다 낮다는 점을 강조한다.

그러나 이러한 견해는 아래와 같이 비판할 수 있다. 우선, 위와 같은 견해는 모든 불법행위 유형에 적용될 수 없으며, 특정의 불법행위 유형, 즉 과실에 의한 불법행위(negligence) 및 이외에 주의의무(duty of care)를 구성요건으로 하는 불법행위(예를 들어, nuisance, strict liability for extra-hazardous acts 등), 즉 원고의 예견가능성 혹은 예견가능한 원고의 존재(foreseeable plaintiff)가 불법행위 책임의 존재의 전제조건이 되는 유형의 불법행위에만 적용된다.⁵¹⁾ 나아가, 더욱 중요한 점은, 논의를 과실에 의한 불법행위(negligence) 및 이와 유사한 불법행위 유형에 국한한다고 하더라도, 이러한 유형의 불법행위에서 성립요건으로서 요구되는 바의 낮은 정도의 예견가능성이라고 하는 것은 ‘손해배상 책임의 존부(creation of liability)’ 문제와 관련하여, 즉 피고가 원고에 대해 주의의무(duty of care)를 부담하는가의 판단을 위해 요구되고 논의되는 것이라는 점이다.⁵²⁾

그러나, 이 글의 초두에서부터 지적한 것처럼, 불법행위와 채무불이행의 비교의 맥락에서 분석하는 ‘예견가능성(remoteness)’ 문제는 거의 전적으로 직접적 손해(direct loss or damage)가 아닌 ‘특별손해(consequential damage)’에 대한 손해배상책임의 맥락에서 그 의의와 중요성을 갖는다.⁵³⁾ 따라서, 위에서 지적한 불법행위와 채무불이행간의 성질상의 차이로 인해 Hadley가 과실에 의한 불법행위(negligence)에서 직접적 손해(immediate damage)에 대한 손해배상을 청구함에 있어서는 적용되지 않는다고 하더라도, 그렇기 때문에 Hadley가 불법행위로 인한 특별손해(consequential loss)의 손해배상 범위의 산정(quantification of the recovery)에도 적용될 수 없다는 논리는 성립하지 않는다.

51) 이 점은, 다른 유형의 불법행위, 즉 trespass나 conversion처럼 책임의 발생이 명백하며 그 ‘정도(extent)’가 유일한 쟁점인 유형의 불법행위에서는, 손해의 예견가능성은 애초에 무관한(irrelevant) 사항이라는 점을 생각하면 보다 명확해진다.

52) Palsgraf v. Long Island R.R. Co., 162 N.E. 99 (N.Y. 1928)類의 사안들에서는 피고의 원고에 대한 손해배상 책임의 존부 자체가 쟁점이었으며 특별손해의 손해배상 범위는 쟁점이 아니었다.

53) 그러나 이 점에 대해 Douglas Laycock 등의 아래와 같은 입장도 있다. Douglas Laycock 著, *MODERN AMERICAN REMEDIES* (3d ed.) (Aspen Publishers, 2002), 60면-61면 (“[B]asic contractual damages, such as the price-value differential, are in effect conclusively deemed foreseeable.”).

(나) 둘째, 영미의 불법행위 법리상 불법행위자는, 피해자의 특별한 사정·상황 혹은 조건에 대한 예견가능성에 무관하게, 자신의 불법행위로 인해 발생한 피해자의 손해에 대해 배상책임을 진다는 점을 강조하는 입장이다. 그러나, 이러한 소위 “thin skull” 원칙 혹은 법리는 손해배상책임의 발생에 ‘손해에 대한 예견가능성’을 요구하는 일반원칙과 배치된다고 할 수는 없다. 즉, 원고가 특정 유형의 손해에 대한 배상을 받을 권리를 갖는지의 여부는 그러한 유형의 손해가 예견가능하였는지의 여부에 달려 있다고 하더라도, 원고가 일단 이러한 제1단계의 관문을 통과한 후에는 관문을 통과한 유형의 손해에 대해서는 그 전체에 대한 배상을 받는다는 것은 논리적 일관성을 가진다. 이러한 논리구성은 실제 영미 계약법상 *Hadley v. Baxendale*을 ‘일반원칙’으로서 적용함에 있어서 실제 사용되었고 판례에서도 적용되어 왔다.⁵⁴⁾

(다) 셋째, 계약법리에서의 ‘예견가능성(foreseeability)’과 불법행위법리에서의 ‘소원성(疎遠性; remoteness)’은 각각의 법리가 전체로서 담당하는 ‘법체계 내에서의 사회적 기능’상 동일할 수 없다는 견해가 있다. 이러한 견해에서는 불법행위에서의 소원성 법리와 채무불이행에서의 예견가능성 법리, 더 나아가 보다 거시적인 차원에서 불법행위법리와 계약법리 전체의 각각의 사회적 기능을 강조한다.

즉, 불법행위법리에서의 소원성 법리는 본질적으로 사회적 공정성과 형평을 추구하고 유지하는 기능을 하여, 불법행위 손해배상 소송에서 특별손해에 관한 피고의 손해배상 책임을 제한하는 것은 사회 전체의 관점에서 공정성과 형평을 실천하기 위함이며, 적어도 피고의 불법적 행위와 원고의 손해 사이에 일종의 비례성을 유지하기 위함이라고 한다.⁵⁵⁾ 이에 반해 계약에서 핵심이 되는 것은 사적 자치에 의해 행위하는 당사자의 선택(choice)으로서, 계약법이 당사자로 하

⁵⁴⁾ *H Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co.*, [1978] 1 All E.R. 525, 534 (C.A. 1977) (가벼운 질병만이 예견가능했음에도 불구하고, 사료제조업자인 피고에게 양돈업자인 원고가 사육하던 가축이 폐사한 데 대한 손해배상책임을 인정함). 미국 판례의 입장은 이러한 영국 판례의 입장과 대단히 유사하다. E. Allan Farnsworth 著, *CONTRACTS* (6th ed.) (Foundation Press, 2001) § 12.14 등 참조. 관련하여, 이러한 미국 판례의 입장에 대한 비판으로서는 Richard W. Wright 著, “The Grounds and Extent of Legal Responsibility,” 41 *SAN DIEGO LAW REVIEW* 1425, 1480-1494 (2003) 등 참조.

⁵⁵⁾ 이러한 견해를 제시하는 것으로서 Thomas A. Diamond, Howard Foss 共著, “Consequential Damages for Commercial Loss: An Alternative to *Hadley v. Baxendale*,” 63 *FORDHAM LAW REVIEW* 665, 674-677 (1994) 참조.

여금 애초에 어떠한 의무를 부담할지를 선택·결정할 수 있게 허용하는 것처럼, Hadley v. Baxendale 법리는 근본적으로 계약당사자로 하여금 자신이 계약을 위반하는 경우 어떠한 손해에 대해 배상할지를, 즉 불이행의 경우 이에 결부되는 잠재적 위험성에 대해 어느 정도까지 배상할 책임을 지게 되는지에 대해 대비할 것인지를 결정할 수 있게끔 해 주는 기능을 한다고 한다. 따라서 계약법리에서는 당사자가 마음을 바꿀 수 있는 마지막 기회인 계약의 성립 시점에 위험을 예견하였는지의 사실 등이 당사자의 채무불이행 책임에 영향을 준다고 한다.⁵⁶⁾

이러한 입장은 계약과 불법행위를 각각의 법리의 거시적·사회적 기능에 따라 근본적인 차원에서 구별하고, 계약에 있어서는 계약의 당사자들이 자신들에게 사용가능한 정보 등에 기초하여 자신들의 합의로써 사후적인 잠재적 위험의 발생을 조정할 수 있게끔 한다는 점에서, 특히 법경제학 관점에서 주창되고 있다.⁵⁷⁾ 그러나 이러한 입장 역시 아래에서 보듯이 그 논리구성이 완전무결한 것은 아니다.

ㄱ. 첫째, 계약당사자들의 계약상의 책임은 당사자들이 동의한 바에 국한된다는 초기의 견해가 있기는 하였으나,⁵⁸⁾ 계약상의 책임이 당사자들간의 합의에 의해 조정될 수 있는 유동적인 것이라는 사실이 곧 계약관계에서 당사자의 책임이 자신이 명시적 혹은 묵시적으로 동의한 것에만 국한된다는 의미는 아니다. 오히려 반대로, Hadley v. Baxendale 원칙의 실질적 내용은, 결국 피고는 자신의 지식과 통제하에 있는 위험에 대해서 그리고 그러한 위험에 대해서만 책임을 진다는 것이 원칙이되, 계약관계에서 발생한 위험에 대해 당사자간에 그러한 특정의 위험의 부담에 대한 합의가 없는 경우, Hadley v. Baxendale 법리는 당사자 각각의 기대에 배치되는 가능성을 최소화함과 동시에 원고와 피고가 부담하는 위험간에 최적의 균형을 이루게 하는 기본 원칙을 제공한다고 하겠다.⁵⁹⁾ 이렇게

⁵⁶⁾ Globe Ref. Co. v. Landa Cotton Oil Co., 190 U.S. 540, 544 (1903).

⁵⁷⁾ 보다 정확하게는, Hadley v. Baxendale의 예견가능성-손해배상 제한의 법리가 당사자들로 하여금 정보를 공개할 동기를 줌으로써 각자가 배상책임을 지게 될 손해에 관련하여 효율적인 협상을 하게끔 하는 기능을 한다는 것이 지배적인 견해이다. Richard A. Posner 著, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (7th ed.) (Wolters Kluwer Law & Business, 2007) § 4.10 참조.

⁵⁸⁾ Globe Ref. Co. v. Landa Cotton Oil Co., 190 U.S. 540, 544 (1903) (Holmes, J.) (“Recovery depends on what liability the defendant fairly may be supposed to have assumed consciously, or to have warranted the plaintiff reasonably to suppose that it assumed, when the contract was made.”)

⁵⁹⁾ 현재 영국과 미국의 지배적 견해는 이 점에 대해 일치하고 있다. E. Allan Farnsworth

볼 때, 적어도 기본적으로 원칙적인 차원에서는 계약법상 예견가능성 법리와 불법행위법상 예견가능성(疎遠性) 법리는 동일한 기능을 담당하고 있다고 하겠다.⁶⁰⁾

ㄴ. 둘째, 불법행위 책임은 사회적으로 주어진 책임(imposed liability)이고 계약상의 책임은 당사자가 스스로 선택한 책임(accepted liability)이라는 구별은 명확한 구별이 되지 못한다. 예를 들어, 전문직 종사자인 피고가 잠재적으로 업무상 과실(malpractice)로 인한 불법행위 책임을 지고 있는 경우, 혹은 하자 있는 목적물을 공급한 매도인에 대해 매수인이 자신의 사업 실패에 대한 손해배상을 청구한 경우 등을 보면, 실제의 사안에서 당면하는 불법행위와 계약위반은 일도양단적으로 구별되어 있지 않다. 계약에서 그러하듯이 불법행위에서도 피고에게 특정 행위를 하기 전에 행위의 결과를 고려할 수 있을 기회를 부여하고자 하는 취지상 불법행위에서도 피고의 악의를 구성요건으로 하는 경우는 많이 있다.⁶¹⁾

ㄷ. 셋째, 많은 경우 불법행위는 피고가 특정 위험을 인수하기로 선택함으로써 발생하게 된다는 점을 상기해야 한다. 변호사와 회계사 등 전문직 종사자의 불법행위 등이 이러한 대표적 예이다.⁶²⁾ 이러한 경우, 불법행위 책임발생의 근거는 계약상 책임의 발생 근거와 근본적인 차원에서 다르지 않다고 하겠다.

(라) 넷째, 불법행위의 발생 유형과 태양은 계약위반의 태양에 비해 다양하다는 점에서 Hadley v. Baxendale 법리를 계약위반의 경우에 국한하고 불법행위의 경우에는 적용하지 않아야 한다는 견해가 있다. 즉, 계약위반에서는 피고가 어떠한 행위를 하기로 약속하였으나 그럼에도 불구하고 하지 않았다는 점에서 예

著, *CONTRACTS* (6th ed.) (Foundation Press, 2001) § 12.14; U.C.C. § 2-715, cmt. 2 (2004); Koufos v. C. Czarnikow, Ltd., [1967] 3 All E.R. 686 (H.L.).

⁶⁰⁾ Thomas C. Galligan Jr. 著, “Contortions Along the Boundary Between Contract and Torts,” 69 *TULANE LAW REVIEW* 457, 468 (1994) (“In contract law, the doctrine of consequential damages has served as a limit on the potential liability of the defendant; the same basic purpose that proximate cause has served in tort cases.”).

⁶¹⁾ 즉, 불법행위 법리는 잠재적 불법행위자가 잠재적 불법행위자의 지위에 놓이기 전에, 예를 들어 외과의사 등의 경우 자신이 예측하거나 알 수 없는 위험에 대한 (배상)책임에 노출되지 않도록 그러한 위험으로부터 스스로를 차단할 기회를 주기도 한다. 이 점에 대해서는, 예를 들어, Evra Corp. v. Swiss Bank Corp., 673 F.2d 951, 958 (7th Cir. 1982) (“The amount of care that a person ought to take is a function of the probability and magnitude of the harm that may occur if he does not take care. If he does not know what that probability and magnitude are, he cannot determine how much care to take.”) 참조.

⁶²⁾ 이외에도 negligent misstatement 등의 예를 생각해볼 수 있다.

견가능성 법리의 관점에서 모든 계약위반을 하나의 유형으로 동일시할 수 있는데 비해, 불법행위에서는 이러한 동일시가 불가능하다.⁶³⁾ 특히 과실(negligence), 불법방해(nuisance) 또는 제조물의 하자에 대한 엄격책임(strict product liability)과 같이 고의성 없는 불법행위의 경우에는 특별손해에 대한 손해배상을 예견가능성에 따라 제한해야 함에 대체로 반대의견이 없을 것이나, 사기(deceit)와 같이 고의성과 부정직성을 내포한 불법행위의 경우에는 이러한 제한이 설득력을 갖지 못하므로, 불법행위는 그 성질과 내용에 따라 예견가능성 내지 소원성 법리 적용의 관점에서 동일한 유형으로 묶기가 어렵다. 오늘날 영미법상의 지배적인 견해에 따르면, 불법행위로 인한 직접손해는 그러한 손해의 발생이 예견가능했던 아니든 피고에게 그 손해의 전체에 대한 배상책임이 있다.⁶⁴⁾ 즉, 만일 Hadley v. Baxendale 제한법리가 원칙적으로 불법행위 손해배상에 적용된다고 하더라도, 모든 유형과 성격의 불법행위에 예외 없이 적용될 수는 없다.

가.의 (가)-(라)를 종합하여 볼 때, 가.의 입장이 일응 설득력이 있더라도, Hadley법리가 반드시 채무불이행 특별손해에 대한 손해배상에만 (즉, 불법행위 특별손해에는 적용되지 않아) 국한되어 적용되어야 한다는 전적인 근거를 찾기는 어렵다는 것을 알 수 있다. 위 (가)-(라)로부터 이끌어낼 수 있는 결론은, Hadley가 일반원칙으로서 불법행위와 채무불이행에 공통으로 적용된다면, 적어도 일정한 유형과 성격의 불법행위는 예외로서 그 적용이 배제되어야 한다는 것에 그친다. 즉, 불법행위와 채무불이행에서 공히, 손해를 유발한 자라고 하더라도 자신에게 사용가능했던 정보에 비추어 예견할 수 없었던 손해에 대해서는 배상 책임을 지지 않으나, 고의적이거나 기망적으로 행위한 경우에는 예외적으로 그러한 손해에 대해서도 배상 책임을 진다는 결론이 도출된다고 하겠다.

⁶³⁾ 예를 들어, 비교법적 관점에서 보았을 때, 영미법에서는 소원성(疎遠性; remoteness)법리에 있어 일반적으로 고의적인 계약위반과 고의적이지 않은 계약위반을 차별하지 않으나, 다른 법제에서는 이를 구별하기도 하며, 그 예로서 유럽계약법 제9.503조(Ole Lando, Eric Clive, Andre Prum, Reinhard Zimmermann의 *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW* (Kluwer Law International, 2003) 등 참조)와 미국 Louisiana州 민법 제 1996조(La. Civ. Code art. 1996)를 들 수 있다(“An obligor in good faith is liable only for the damages that were foreseeable at the time contract was made.”).

⁶⁴⁾ Smith New Court Sec. Ltd. v. Citibank N.A. [1997] 1 A.C. 254, 264-267, 281 (H.L. 1986). 그러나 미국의 경우는 그렇지 않다. *RESTATEMENT* (2d) on Torts, § 548A (“In order for losses to be recoverable, they must be reasonably expected to result for reliance.”; William Lloyd Prosser, W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton 共編, *PROSSER AND KEETON ON TORTS* (5th ed.) (West Group, 1984), 767면 (“Consequential damages must be established with reasonable certainty.”).

나. Hadley v. Baxendale법리는 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해에 공통으로 적용되는 ‘예견가능성에 의한 손해배상 제한원리’라는 입장

오늘날 영미법상의 통설은 Hadley v. Baxendale법리는 (불법행위 특별손해가 아닌) 채무불이행 특별손해에 적용되는 법리라는 것이나, 위 가.에서 보았듯이 그러한 입장에서 주장하는 논리에는 취약점이 있다. 그런가 하면, 이에 대한 비판의 입장에서, 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해의 본질에 비추어 볼 때 오히려 Hadley v. Baxendale법리는 양자에 공통으로 적용되는 원리라는 입장이 영미의 법학계에 지속적으로 존재해 왔다. 이러한 입장의 논거는 아래와 같이 세 가지로 요약해볼 수 있다.

(가) 첫째는, 계약법상의 책임과 불법행위법상의 책임이 경합하는 경우(concurrent liability)에 초점을 맞춘 논리이다. 동일한 사실에 기초하여 피고의 계약상의 책임과 불법행위 책임이 경합하는 경우는 실제 빈번히 발생한다. 운송업자(carriers), 창고업자 등이 점유하고 있는 동산이 과실에 의해 손상된 경우, 그리고 전문직 종사자가 업무상 과실을 저지른 경우 등을 대표적인 예로 들 수 있으며, 이러한 예를 다룬 판례는 근래 영국과⁶⁵⁾ 미국⁶⁶⁾ 모두에서 쉽게 찾아볼 수 있다.⁶⁷⁾

이러한 각 경우에 있어, 통설과 같이 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해는 예견가능성의 관점에서 다르게 취급되어야 하며 따라서 Hadley법리는 채무불이행 특별손해의 경우에만 국한되어 적용되어야 한다고 하면, 위의 경우들과 같이 불법행위 책임과 채무불이행 책임이 경합하는 경우(concurrent liability), 손해를 각각 다른 두 가지 기준과 방법으로 (즉, 불법행위법리와 계약법리에 따라 각각 다르게) 판단해야 한다. 그러나 영미의 실무는 그렇지 않다. 예를 들어, 전

⁶⁵⁾ Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp, [1979] Ch. 384 (1977) (변호사의 업무상과실에 의한 손해배상 법리를 판시함). 그러나 Henderson v. Merrett Syndicates Ltd., [1995] 2 A.C. 145 (H.L. 1994) 판결 이후에는 거의 모든 전문직 종사자에 대해 원고가 입은 손해가 유형의 것이든(physical) 경제적인 것이든(economic) 불법행위 책임을 묻고 있다.

⁶⁶⁾ 전문직 종사자의 업무상 과실에 대해 불법행위와 계약위반 모두를 청구원인으로 하여 손해배상을 청구한 예로서 Congregation of the Passion, Holy Cross Province v. Touche Ross & Co., 636 N.E.2d 503, 514-515 (Ill. 1994); Collins v. Reynard, 607 N.E. 2d 1185, 1188 (Ill. App. Cr. 1993) 등이 있다.

⁶⁷⁾ 이러한 예로서, Hale v. Groce, 744 P.2d 1289, 1290 (Or. 1987) (“In respect of negligent preparation of a will, an attorney is liable to would-be legatee alternatively in tort because the would-be legatee was a third party beneficiary of the attorney’s contract with the testator.”) 등 참조.

문직 종사자의 업무상 과실(professional malpractice) 사건의 경우, 이러한 사건은 특별손해에 대한 손해배상을 받을 수 있는지 여부가 가장 중요한 쟁점이 되곤 하므로 이 점에 있어 대단히 의미 있는 예가 되는데, 이 경우 영미 공히 판례는 특별손해에 대한 손해배상 인정여부를 판단함에 있어 피고의 배상책임이 불법행위로 인해 발생했는지 계약위반으로 인해 발생했는지를 나누어 분석하지 않으며, 손해배상액의 산정에 있어서도 불법행위와 계약위반을 구별하지 않고 하나의 기준을 적용하고 있다.

(나) 둘째는, 불법행위 책임과 계약위반으로 인한 책임의 경합(concurrency of liability)이 없는 경우에도, 특정의 사실관계와 원·피고의 지위에 따라서는 실질적으로 동일한 손해가 불법행위법리를 적용하는지 채무불이행법리를 적용하는지에 따라 배상을 받거나 받지 못하는 경우가 생길 수 있다는 점에 초점을 맞춘 논리이다. 그 예로서, 하자 있는 제품을 구입한 매수인이 그러한 제품에 의해 신체상해를 입은 경우, 매도인에게는 매매계약 위반을 청구원인으로 하여 손해배상을 청구하고 제조자에게는 불법행위를 청구원인으로 하여 손해배상을 청구하는 경우를 생각할 수 있다. 또한 전문직 종사자의 업무상 과실에 있어, 손해배상을 청구하는 원고가 피고 전문직 종사자의 의뢰인(client)이었던지의 여부에 따라 계약상의 손해배상 책임이 인정되기도 하고 인정되지 않기도 한다. 또한 운송인의 잘못으로 인해 운송의 목적물이 손상된 경우, 손해배상청구소송의 원고가 운송인과 직접적 계약관계에 있는지의 여부에 따라 그렇다면 계약법상의 손해배상을 받게 되고 그렇지 않은 원고의 경우 불법행위로 인한 손해배상을 받게 된다. 유사한 예로서, 운송 중인 물품이 당해 물품을 싣고 운행 중이던 트럭의 운전자와 또 다른 운전자 각각의 과실로 인한 교통사고로 인해 손상된 경우, 원고는 운송 중이던 트럭의 운전자로부터는 계약위반으로 인한 손해배상을, 또 다른 운전자에 대해서는 불법행위로 인한 손해배상을 받게 된다.

이러한 유형의 사안들에 대해서는 위 나-(가)의 책임의 경합(concurrent liability)의 경우에서와 동일한 분석이 가능하다. 즉, 전통적인 Hadley법리하에서는 특별손해에 대한 손해배상에 대해 청구원인이 채무불이행인지 불법행위인지에 따라 달리 접근하여야 한다고 보고 있으나, 나-(가) 및 나-(나)와 같은 경우에는 법원이 특별손해에 대한 손해배상에서 청구원인이 채무불이행인지 불법행위인지에 따라 달리 접근해야 할 설득력 있는 논거를 찾기 어렵다. 배달의 지연으로 인해 시장의 상황이 악화된 후 제품을 판매하게 된 매수인이 시장 상황의 악화로 인한 특별손해에 대하여 매도인에 대해 배상을 청구하여 받을 수 있는가의 문제에서 손해배상액의 산정에 대해서는, 혹은 업무상 과실 사건에서 원고

가 피고에게 영업상의 특별손해에 대한 손해배상을 받을 수 있는지의 문제에 대해서는, 청구원인이 채무불이행이든 불법행위이든 간에 동일한 답이 주어지는 것이 오히려 설득력을 갖는다고 하겠다.

(다) 셋째는, 실제 영미의 법원이 실무에서 불법행위 특별손해와 채무불이행 특별손해의 양자를 예견가능성 법리상 엄격히 구별하여 다르게 취급하지 않고 있다는 경험적 논리이다. 이러한 점은 미국에 비해 영국에서 더욱 두드러진다. 이는 영국에는 민사배심이 실질적으로 부재하는 상황이므로 손해배상에 관한 예견가능성 법리를 법원이 판결에서 (특히 미국에서의 배심재판의 경우에 비해) 상세하고 명확하게 서술해야 하기 때문이다. 1978년의 영국의 제조물책임 사건을 예로 들면, 이 사건에서 피고는 원고 양돈장에 피고가 제조한 사료를 판매하였는데,⁶⁸⁾ 사료의 재료 일부가 부패해 있었고, 이러한 사료를 섭취한 가축이 식중독에 걸린 후 집단폐사하였다. 이 사건에서의 쟁점은 이러한 결과와 피고의 행위간의 소원성의 정도였으며, 판결에서는 원인-결과간의 소원성이 지나치지 않으며 따라서 피고의 원고에 대한 손해배상책임이 인정된다고 판시하였다. 주지할 점은, 이 사건에서 원고는 계약위반을 청구원인으로 하여 손해배상을 청구하였는데, 법원은 피고가 계약법상 손해배상책임을 지는지 불법행위법상 손해배상책임을 지는지가 소원성(remoteness) 문제를 판단함에 무관하다고 판시하였다는 점이다.⁶⁹⁾ 이러한 예에서는 일반적으로 과실책임에 대해 적용하는 예견가능성의 정도에 비해 높은 정도의 예견가능성을 적용하였음을 알 수 있으며, 이는 Hadley에서 요구하는 예견가능성에 견주어 구별되지 않을 정도로 동일하다.⁷⁰⁾ 나아가, 업무상 과실 사건을 보면, 오늘날 영국에서는 예외 없이 계약위반과 불법행위가

⁶⁸⁾ H Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co., [1978] 1 All. E.R. 525 (C.A. 1977). 관련하여, 위 각주 54)번도 참조.

⁶⁹⁾ Id., 534면("The difference in the degree of foreseeability under Hadley and that required to create liability in negligence was semantic and not real."). 이러한 설명은 Hadley를 경제적 손해에 적용하고 다른 손해에 대해서는 보다 완화된 과실 기준을 적용하는 이후의 판례의 입장과 배치된다. 매매계약에 적용되는 U.C.C. 규정도 후자의 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다(U.C.C. § 2-715(2) (2004)). 그러나 처음부터 이러한 구별 자체가 필요성 내지 실익이 없다고 볼 수도 있다.

⁷⁰⁾ 또 다른 예로서는, Lamb v. London Borough of Camden, [1981] 2 All E.R. 408, 417, 419, 421 (C.A.) (주택이 피고의 관리책임 소홀로 인해 비어 있던 사이 노숙자들이 유입된 바, 원인(遠因)임을 근거로("too remote") 피고에게 손해배상책임이 없다고 판시함); 그리고 Ward v. Cannock Chase Dist. Council, [1986] 1 Ch. 546, 551 (1985) (주택이 피고의 관리책임 소홀로 인해 비어 있던 사이 집주인의 소유물이 도난당한 사건에서, 원인(遠因)임을 근거로("too remote") 피고에게 손해배상책임이 없다고 판시함) 등 참조.

주위적·예비적으로 동시에 청구원인으로 주장되고 있는 바, 소원성(remoteness)을 기준으로 한 특별손해에 대한 피고의 손해배상책임의 존부 판단에 있어 법원은 청구원인에 무관하게 일관되게 Hadley v. Baxendale 기준을 적용하고 있다.⁷¹⁾

이 점에 관한 미국의 실무는 영국의 경우처럼 명확하게 설명하기는 어렵다.⁷²⁾ 무엇보다도 소원성을 기준으로 한 특별손해 손해배상책임의 인정여부는 배심이 판단하는 사항으로서, 배심이 이러한 점에 대해 평결함에 있어 구체적으로 계약법리와 불법행위법리상 어떠한 예견가능성(foreseeability) 내지 소원성(remoteness) 법리를 적용하였는지 혹은 과연 두 가지를 구별하여 적용·판단하였는지를 알아내기는 어렵기 때문이다.⁷³⁾ 그러나 오늘날 미국의 판례에서도 대체로 영국의 판례에서 보는 것과 같은 동향을 찾아볼 수 있다. 1982년의 미연방제7항소법원 판례인 Evra Corporation v. Swiss Bank Corporation의 예를 보면,⁷⁴⁾ 이 사건에서 원고는 피고 은행이 대금의 지급을 지체하였기 때문에 선박의 인수계약을 할 수 없었고 이로써 선박의 운항으로 인한 장래의 수익을 잃게 되었다고 주장하며 그러한 수익에 대해 불법행위로 인한 손해배상을 청구하였다. 이 사건에서 법원(Posner판사)은 판결문에서, Hadley법리를 상세히 언급한 후, 비록 이 사안에서 원고가 불법행위를 청구원인으로 하여 손해배상을 청구하였으나, 당해 특별손해에 대한 피고의 배상책임을 판단함에 있어 불법행위를 청구원인으로 하든 계약위반을 청구원인으로 하든 실질적 차이가 없다고 판시하고, 피고 은행이 원고의 특별한 사정 내지 상황을 알지 못했으므로 Hadley기준상 피고 은행에게 원고의 당해 특별손해를 배상하게 할 수 없다고 판시하였다.⁷⁵⁾

나.의 (가)-(다)를 종합해 보면, Hadley법리가 민사상 특별손해에 대한 손해배

71) Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Ins. Co., [1995] 2 All E.R. 769, 841 (C.A.) (계약위반에 적용되는 예견가능성 테스트와 불법행위에 적용되는 소원성(remoteness) 테스트에 차이가 없다고 판시함); Brown v. KMR Servs. Ltd., [1994] 4 All E.R. 385, 400 (Q.B.) (불법행위 손해배상 책임과 계약위반으로 인한 손해배상 책임을 모두 물은 사안) 참조.

72) 미국은 연방국가로서 연방법과 주법(州法)의 구별이 있고 또한 각 주(州)별로 독자적 법리를 갖고 있다. 그 한 측면을 보면, Louisiana州는 대륙법계에 속하는 법체계를 갖고 있으며, 이러한 Louisiana州法상으로는 이 점에 있어 계약법리와 불법행위법리가 동일화되어 있다. Pitre v. Opelousas Gen. Hosp., 530 So.2d 1151, 1161 (La. 1988).

73) Banks McDowell 著, "Foreseeability in Contract and Tort: The Problems of Responsibility and Remoteness," 36 *CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW* 286, 295 (1986).

74) 673 F.2d 951 (7th Cir. 1982).

75) *Id.*, 955면-960면.

상의 경우 그 손해배상의 범위를 제한하기 위한 일반적 원칙으로서 고안되었고, 영미의 실무에서도 대체로 그러한 취지로 적용되어 왔다고 이해할 수도 있다. 아래 結語에서 지적하듯이, 비교법적 관점에서는 위 가.와 나.의 입장을 종합적으로 이해할 때 우리 법리의 발전과 정교화를 위해 시사받는 점이 클 것이다.

III. 結語

이상에서, 그 유래와 배경을 볼 때 Hadley v. Baxendale의 ‘합리적 예견가능성(reasonable foreseeability)’ 기준은 민사상 특별손해에 대한 손해배상의 범위가 통제불가능하게 확대되는 것을 지양하기 위해 손해배상범위의 일반적 제한 원칙으로서 고안되고 정립된 것이며, 적어도 역사적으로 보면 불법행위와 계약위반의 경우를 이 점에서 구별하려는 시도는 오히려 사후적으로 도입된 것임을 알 수 있다.

오늘날의 통설은 Hadley법리를 계약법상의 법리로서 채무불이행 특별손해의 손해배상범위의 제한원리로 이해하고 있으며, 적어도 Hadley법리를 계약위반과 불법행위 특별손해의 경우 공통적으로 적용되는 동일한 손해배상범위 제한원리라고 명시적으로 판시한 판례는 보이지 않는다. 반면, 이 글의 본문에서 보았듯이 오늘날 영미의 법원은 Hadley법리를 채무불이행 특별손해를 넘어 불법행위 특별손해의 경우에도 실질적으로 적용하는 경향을 보이고 있는데, 이러한 동향에 대해 설득력 있는 반론이 대두되어 있는 것도 아니다. 따라서 민사상 특별손해 손해배상에 관한 영미법상의 Hadley의 예견가능성(foreseeability) 내지 소원성(疎遠性; remoteness) 법리는, 피고의 손해배상책임의 근거가 불법행위인지 채무불이행인지를 불문하고, 피고가 의도하지 않은 손해(non-deliberate damage)에 대한 손해배상책임에 적용되는 공통된 일반 원칙이라고 보다 넓은 맥락에서 이해하는 것이 오늘날의 영미법상의 이론과 실무를 통해 얻게 되는 종합적 결론이자 우리 실무에의 함의라고 하겠다.

비교법적 연구의 한계상 영미법상의 특별손해와 예견가능성 관련 법리가 우리 민법 실무에서 구체적 사건에 있어 당장 어떤 해결책을 제시해줄 것을 요구할 수는 없겠다. 특히 불법행위 손해배상책임과 채무불이행 손해배상책임간의 비교분석의 과제에서, 채무불이행 관련 위험인수의 법리에 우리법과 영미법간에 기본적인 차이가 있는 점⁷⁶⁾ 등을 생각하면 더욱 그러하다.⁷⁷⁾ 그러나 영미법 법리상 불법행위에 관해 특별사정에 관한 예견가능성의 요건은 단순히 손해배상액

의 감액요소가 아니라 해당 유형의 손해에 대한 배상책임의 존부 자체를 좌우

76) 위 각주 58)번 참조.

77) 이러한 맥락에서 영미법상 소원성(疎遠性; remoteness)과 책임인수간의 개념적 상관성을 보면, Adam Kraemer의 연구에 의하면 다음과 같이 설명할 수 있다. 현재의 영미법상의 소원성(疎遠性; remoteness) 법리에 의하면, 약속자가 알았거나 알 수 있었던 사실에 비추어 계약 당시 발생할 것이 합리적으로 예견되는 유형의 손실이라면, 지나친 원인(遠因)이라고 할 수 없다. 이 정의에 포함되는 손실은 ‘당사자가 합리적으로 예기(豫期)하였다(reasonable contemplation of the parties)’고 할 수 있는 손실이다. 이 법리에 관한 전통적 견해는 약속자가 단순히 알았다는 사정(mere knowledge)만으로, 즉 추가적 책임인수(further assumption of responsibility) 없이도, 책임을 인정하기에 충분하다고 볼 수 있는 것으로 보인다. 여기에서 제기되는 핵심적 질문은, 손해배상이 본질적으로 예견가능성에 관한 것인지 아니면 책임인수의 범위에 관한 것인지라는 것이다. Hadley v. Baxendale 사건에서는 법원이 손해를 예견가능하지 않았다고 보았으므로, 손해의 예견가능성만으로도 약속자의 책임을 인정하기에 충분한지에 관해 판단할 필요가 없었다.

19세기 말에서 20세기 초에 전성기를 누린 위험인수(assumption of risk) 이론에 Oliver Wendell Holmes, Jr. 대법관은, “책임의 범위는 [피고가] 미리 생각했다라면 동의하였을 것으로 추정되는 것이 합리적인 계약조건에 기하여 정해야 한다”고 판시하면서, 또한 “계약위반의 어떤 결과가 인수된 것인가의 문제는 계약이 체결된 여러 사정을 고려한 해석의 문제이며 무엇이 이행에 의존하고 있는지를 알았는지의 여부도 그와 같은 여러 사정 중 하나이다”라고 하였다. 오늘날 영미의 판례와 교과서는 위험인수이론에 거의 주목하지 않고 소원성(疎遠性) 법리의 근거를 예측가능성과 인식(認識)에서 찾고 있으나, 목시적인 위험인수이론은 여전히 유효한 법리이며, 현재의 소원성(疎遠性) 법리의 기초가 되고 있다. 다만, 소원성(疎遠性) 법리의 근거가 목시적 위험인수에 있음을 명시적으로 인정하는 예가 드문 것은, 예견과 합리적인 인식만으로도 거의 언제나 명백한 위험인수를 인정하기에 충분하므로, 두 기준이 서로 다른 결과에 이르는 경우가 드물기 때문이다. 반면, 운송업자의 운송계약의 경우 등 약속자가 계약을 체결하는 것 외에 선택의 여지가 없는 경우, 혹은 계약위반의 결과가 약속자가 계약에서 대가로서 얻는 이익에 비해 중대한 경우의 예에서 보듯이, 단순한 예견가능성으로부터 책임의 인수를 추정하는 것이 언제나 정당화되는 것은 아니다.

즉, 대부분의 경우 손해의 예견가능성은 피약속자가 손해의 위험이 약속자에 의해 인수되었다고 추론하기에 충분하다고 하겠으나, 그렇다고 하더라도 (ㄱ) 소원성(疎遠性)이 위험인수에 의존하고 있으며 (ㄴ) 예견가능성은 그것이 명백한 위험인수를 나타내는 한에서 중요성을 갖는다는 것이 기본원칙이다. 나아가 이 점은 합리적인 예기(豫期; contemplation) 또는 예견가능성의 관점에서가 아니라 당사자의 의사의 관점에서 설명되어야 한다. 이에 관해서는 핵심적으로 (ㄱ) 손해의 발생가능성이 얼마나 높아야 하는가, 그리고 (ㄴ) 정확한 손해액이 아니라 ‘손해의 유형(type or kind)’만이 ‘가능성이 없지 않을 정도로(not unlikely)’ 예견할 수 있으면 충분한가의 문제가 제기된다.

이에 대해서는, 첫째, 예견가능성이 위험인수의 지표가 되기 때문에 중요하다면, 손해는 약속자가 그에 대한 책임을 인수하였다고 추정될 수 있을 정도로 충분히 예견가능해야 한다. ‘어느 정도로 예견가능한가(how foreseeable)’의 문제는 왜 예견가능성의 기준을 채용하는가의 문제와 불가결의 관계에 있으므로, 예견가능성을 위험인수의 지표로 이해하는 ‘합의중심적’ 이론을 받아들인다면, 약속자가 ‘교섭의 균형점(balance of the bargain)’을 찾을 때 자신의 의무를 이행하지 않는 경우의 결과로서 특정의 위험을

하는 쟁점이라는 결론은 우리 실무와 조화를 이룬다고 하겠다. 불법행위에서의 특별손해에 대한 손해배상과 채무불이행에서의 특별손해에 대한 손해배상에 관한 영미법상의 예견가능성 법리는, 우리 민법상 특별손해에 대한 손해배상 법리를 더욱 체계적으로 이해하고 실제의 구체적 사안에 적용할 수 있도록 구성해 가는 데 있어, 특히 각각의 성질상의 차이와 이로 인한 요건의 차이를 검토하고 연구해 가는 데 있어, 근본적인 이해의 차원에서 시사하는 바가 크다는 점에서 연구의 의의를 찾을 수 있다.

투고일 2008. 8. 24 심사완료일 2008. 9. 9 게재확정일 2008. 9. 11

현실적으로 고려해 보았을 것인가'를 검토하면 된다. 둘째, 소원성(疎遠性) 법리를 위험인수에 관한 것으로 이해할 때, '가능성이 없지 않을 정도로' 예견되어야 하는 것은 정확한 손해액이 아니라 손해의 유형(type or test)이다. 손해가 예견가능한 개연성의 정도를 확정하는 것은 손해가 예견될 수 있는 일반성의 결정에 의해 가능해진다. 즉, 특정 사안에 대한 소원성(疎遠性) 기준의 적용은 대체로 손해를 범주별로 분류하는 법원의 재량에 달려 있으며, 계약위반의 실제 결과는 정해진 기준에 의거하여 계약위반으로 인한 손해를 여러 유형으로 분류하는 자료가 된다고 하겠다. 이 때 합의된 기준이 없이는 유형(type)과 범위(extent)를 구분하는 것이 불가능하다. 이러한 유형과 범위의 구별을 의미있게 하기 위한 최선의 방법은, 이것이 위험인수라는 기본적인 원칙의 일부라고 이해하는 것이다. 어떤 것이 예견될 수 있는 가능성의 정도, 그리고 예견되어야 하는 바를 정의하는 특성(즉, 유형)은, 계약위반의 결과에 대해 위험이 인수되었다고 합리적으로 볼 수 있는지 그리고 어느 정도까지 그러한지 여부의 문제이다. 이렇게 볼 때, 유형과 범위의 문제는 발생한 손해가 계약체결 당시 상정한 손해의 종류와 중요한 점에서 다른가 하는 문제가 된다. 여기에서의 핵심은 '중요한 점에서'의 의미로서, 이는 위험을 인수한 약속자가 합리적으로 중요하게 생각한 것이어야 한다. Adam Kramer著, "An Agreement-Centered Approach to Remoteness and Contract Damages," Nili Cohen, Ewan McKendrick 共編, *COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT* (Hart Publishing, 2005), 249면-286면, 특히 266면-277면 참조.

참고문헌

- 곽윤직 著, 「채권총론」 (제6판) (박영사, 2006).
- _____ 編, 「민법주해 (IX)」 (박영사, 1995).
- 박영복 著, “손해배상범위의 획정기준으로서의 예견가능성,” 「비교사법」 제10권 제1호(통권20호) (2003.3.).
- 이보환 著, “불법행위로 인한 특별손해,” 「사법논집」 제19집 (1988.12.).
- 이은영 著, “영미 불법행위에 있어서 손해배상범위 (上),” 대한변호사협회지 113호 (1986.1.).
- _____, “영미 불법행위에 있어서 손해배상범위 (下),” 대한변호사협회지 116호 (1986.4.).
- 22 AMERICAN JURISPRUDENCE (2d edition) DAMAGES § 314, § 629 (2008년 개정판).
- 100 AMERICAN LAW REPORTS (2d edition) 942 (2008년 개정판, D. E. Buckner 집필부분).
- 155 AMERICAN LAW REPORTS 157 (1945, R. T. Kimbrough 집필부분) (100 A.L.R.2d 942에 의해 보완됨).
- 17 CORPUS JURIS SECUNDUM CONTRACTS §§ 2-3, 13, 26, 66 (2008년 개정판).
- 17A CORPUS JURIS SECUNDUM CONTRACTS § 170 (2008년 개정판).
- 86 CORPUS JURIS SECUNDUM TORTS §§ 2-5, 19, 23-25, 27 (2008년 개정판).
- RESTATEMENT (2d) OF CONTRACTS § 331 (American Law Institute, 2008년 개정판).
- Kenneth S. Abraham, 「A CONCISE RESTATEMENT OF TORTS」 (The American Law Institute, 2001).
- Thomas A. Diamond, Howard Foss. 共著, “Consequential Damages for Commercial Loss: An Alternative to Hadley v. Baxendale,” 63 FORDHAM LAW REVIEW 665 (1994).
- E. Allan Farnsworth 著, 「CONTRACTS」 (6th ed.) (Foundation Press, 2001).
- Thomas C. Galligan Jr. 著, “Contortions Along the Boundary Between Contract and Torts,” 69 TULANE LAW REVIEW 457 (1994).
- Adam Kramer 著, “An Agreement-Centered Approach to Remoteness and Contract

- Damages,” Nili Cohen, Ewan McKendrick共編 「COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT」(Hart Publishing, 2005) 249면-286면.
- Ole Lando, Eric Clive, Andre Prum, Reinhard Zimmermann共著, 「PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW」 (Kluwer Law International, 2003).
- Douglas Laycock 著, 「MODERN AMERICAN REMEDIES」 (3d ed.) (Aspen Publishers, 2002).
- Banks McDowell 著, “Foreseeability in Contract and Tort: The Problems of Responsibility and Remoteness,” 36 CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW 286 (1986).
- Richard A. Posner 著, 「ECONOMIC ANALYSIS OF LAW」 (7th ed.) (Wolters Kluwer Law & Business, 2007).
- William Powers, Jr., “The Availability of Tort Remedies for Breach of Contract,” 72 TEXAS LAW REVIEW 1209 (1994).
- William Lloyd Prosser, W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton 共編, 「PROSSER AND KEETON ON TORTS」 (5th ed.) (West Group, 1984).
- Robert E. Scott, Jody S. Kraus 共著, 「CONTRACT LAW & THEORY: SELECTED PROVISIONS RESTATEMENT OF CONTRACTS AND UNIFORM COMMERCIAL CODE」(4th ed.) ((LexisNexis, 2007).
- A.W.B. Simpson, “The Horwitz Thesis and the History of Contracts,” 46 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 533 (1979).
- _____ 著, “Innovation in Nineteenth Century Contract Law,” 91 LAW QUARTERLY REVIEW 247 (1975).
- Kevin M. Teeven 著, 「A HISTORY OF THE ANGLO-AMERICAN COMMON LAW OF CONTRACT」 (Greenwood Press, 1990).
- Richard W. Wright 著, “The Grounds and Extent of Legal Responsibility,” 41 SAN DIEGO LAW REVIEW 1425 (2003).

<Abstract>

Foreseeability in Anglo-American Tort Law

Woo-young Rhee*

Liability for consequential losses is not to be entirely open-ended, and some means to limit such liability is found in every system of law. There are a number of possible means, and the courts and the academia in the U.K. and the U.S. have experimented with several of them, in contract and tort, respectively. In the law of tort, the courts in the U.K. and the U.S. once focused on the concept of causation, and, on other occasions, regarded the matter as turning on the content of the duty itself. Eventually, a test of foreseeability was adopted and applied to solve the problem of over-extended liability for consequential losses. In the law of contract, a foreseeability test to limit liability for damages was notably established in Hadley v. Baxendale, in 1854. The Hadley rule is deemed to have affected the concept of foreseeability as a damages-limiting principle in the Japanese civil law, and also that of the Korean counterpart through the Japanese civil code. From a comparative law perspective, considering especially the respective provisions pertaining to the liability for consequential losses in contract and in tort in the Korean civil code, it is thus worth analyzing the doctrine of foreseeability in Anglo-American law established under Hadley v. Baxendale as applicable in contractual liability and possibly and arguably in tort liability.

The Hadley rule was established as and has widely been regarded as part of contract law, and under the current orthodox Anglo-American law, it is generally stated that a more generous rule of remoteness applies in tort than the foreseeability rule in contract. At the same time, however, a respectable line of authority both inside and outside the court in the U.K. and the U.S. has continued to reason that all consequential claims should be subject to a single remoteness rule, whatever their basis, or that the rule with regard to remoteness of damage is precisely the same whether the damages are claimed in actions of contract or of

* Associate Professor, College of Law, Seoul National University.

tort. Thus, there exist contending positions and arguments for limiting Hadley to contract on one hand, and, in favor of a common standard in contract and tort in limiting liability for consequential losses, on the other hand, with valuable insight and ramifications to Korea, as the courts and the academia in Korea are challenged to develop clearer and further detailed rules and standards on this issue in contract and tort, respectively.

The reasonable foreseeability criterion in Hadley v. Baxendale was, at least in its origin, established as a fairly general rule of limiting damages. Its primary function was to prevent liability for consequential losses from getting out of control, and it was only later that the idea of differentiating tort and contract in this regard was introduced and fortified. Despite the current orthodox view in Anglo-American law of damages, especially from the comparative law perspective for better and further understanding the concept of foreseeability and remoteness in the Korean civil law in an effort to design more specific and coherent rules of limiting liability for consequential losses in the law of contract and tort, it is perhaps more conducive to regard Hadley in a wider context as a general rule applying to all forms of compensation for non-deliberate damage, regardless of the formal or claimed source of the defendant's liability.

Key words: foreseeability, remoteness, foreseeability test, tort liability for damages, limitation of liability; limitation of damages