

**수영장 익수사고에서 수영장 관리자의 공작물 설치·보존상의 하자로
인한 손해배상책임**

- 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다14895 -

부산지방법원 동부지원 판사 박성준

I. 소송의 경과 및 대상판결

1. 사고의 경위

가. 피고(서울특별시 성동구 도시관리공단)는 체육시설의 관리 및 운영 등을 목적으로 설립된 법인으로서 이 사건 수영장의 관리·운영자인데, 일반인들에게 유료(성인 4,000원, 어린이 2,000원)로 이 사건 수영장을 이용할 수 있도록 하였다.

나. 이 사건 수영장의 수영조는 바닥면적이 $882\text{m}^2 (= 42\text{m} \times 21\text{m})$ 인데, 절반은 깊이가 1.2m 깊이의 성인용 구역이고, 나머지 절반은 깊이 0.8m 깊이의 어린이용 구역이다. 성인용 구역과 어린이용 구역은 수면 위에 떠있는 코스로프(course rope)로 구분되고, 코스로프의 양쪽 끝 부분에는 감시탑이 하나씩 세워져 있다. 이 사건 수영조는 수심을 나타내기 위해 어린이용 구역의 테두리 부분에 "0.8m", 성인용 구역의 테두리 부분에 "1.2m"라고 표시되어 있고, 그 앞에는 130cm 높이의 '키 재기판'이 하나씩 세워져 있다. 이 사건 수영장 입구 등 3곳에는 안전수칙 표지판이 설치되어 있는데, 그 중 한 곳에는 '초등학교 미만의 어린이의 경우 반드시 보호자가 동행하여 수영장에 들어가야 한다'는 내용이 표시되어 있다.

다. 피고는 인명구조자격증 소지자인 수상안전요원을 위 각 감시탑에 1명씩, 본부석(수영조로부터 3~4m 가량 떨어져 수영장 전체를 바라볼 수 있는 위치에 설치되어 있음) 쪽에 1명, 성인용 구역의 옆 부분에 1명, 미끄럼틀 부분에 2명을 각 배치하였다. 피고는 매시 45~50분경 휴식시간을 알리는 안내방송 후 이용객들을 수영조 밖으로 나오게 하고, 매시 정각에 1~2분의 안내방송 후 안전요원의 신호에 따라 이용객들이 수영조에 들어가도록 하였다. 안내방송에는 "초등학교 이하 영·유아를 동반하신 부모님께서 아이 혼자 수영하지 않도록 하여 주시기 바랍니다."라는 내용이 들어 있다.

라. 원고 A는 2013. 7. 6. 15:30경 어머니인 원고 B, 누나인 원고 C, 이모 D와 함께 이 사건 수영장에 입장하였다. 원고 A는 당시 만 6세 7개월 남짓 되었고, 키는 113cm 정도였다.

마. 원고 A는 원고 B, C와 함께 어린이용 구역에서 물놀이를 하다가 16:45경 수영조 밖으로 나와 쉼 다음, 17:00경 다시 물놀이를 하기 위해 혼자서 수영조 쪽으로 뛰어갔다. 17:05경 성명불상의 이용객은 튜브 없이 성인용 구역에 빠져 의식을 잃은 원고 A를 안고 수영조 밖으로 나왔고, 다른 이용객은 곧바로 원고 A에게 심폐

소생술을 실시하였다. 원고 A는 17:22경 대학병원 응급실로 이송되었으나, 무산소성 뇌손상으로 사지마비, 양안실명 등의 상태에 이르렀다(이하 '이 사건 사고'라 한다).

2. 제1심판결: 서울동부지방법원 2015. 7. 23. 선고 2013가합1859 판결 - 원고들 청구 모두 기각

가. 원고들 주장 요지

이 사건 수영장은 자칫 어린이가 성인용 구역에 잘못 입수할 경우 익수사고가 발생할 위험성이 큼에도, 피고는 코스로프 주변에 단 2명의 안전요원만을 배치하였을 뿐만 아니라 사고 당시 감시탑 위에는 아무도 없었다. 이 사건 수영장의 안전요원들은 업무상 주의의무를 소홀히 하여 원고 A가 성인용 구역에 들어가는 것을 미처 발견하지 못함으로써 사고발생을 방지하지 못하였고, 즉시 적절한 응급조치를 취하지 못하여 원고 A로 하여금 뇌손상 등의 상해를 입게 하였다. 따라서 피고에게는 안전관리의무위반으로 인한 불법행위책임과 안전요원들의 주의의무위반에 대한 사용자책임이 있다.

나. 판단 요지

1) 안전관리의무위반 주장에 관하여, 제1심은 다음과 같은 이유로 원고들의 주장을 배척하였다.

① 이 사건 사고 당시 인명구조자격증 소지자로 구성된 9명의 안전요원들과 3명의 보조요원들, 1명의 간호조무사가 근무하고 있었고, 보조요원 1명을 제외한 나머지 사람들은 이 사건 수영장의 곳곳에 배치되어 근무하고 있었다.

② 성인용 구역과 어린이용 구역의 경계가 되는 코스로프의 양 끝 부분에 있는 각 감시탑에 안전요원이 1인씩 배치되어 근무하고 있었고, 다른 안전요원 1인은 성인용 구역의 둘레를 순회하고 있었다.

③ 이 사건 수영장의 규모에 비추어 배치된 안전요원의 수가 서울의 다른 야외 수영장과 비교해보더라도 적지 않은 수준이다.

④ 피고가 사고예방을 위한 안내방송, 표지판 설치 등을 하고 적절한 수의 안전요원을 배치하는 것을 넘어 모든 이용객들이 안전수칙을 준수하고 있는지 일일이 확인하고 보호할 의무가 있다고 보기 어렵다.

⑤ 원고 A가 어떤 경위로 성인용 구역에서 익수상태로 발견된 것인지 밝혀

지지 않았다(원고 A가 어린이용 구역에서 물놀이를 하다가 의식을 잃고 물속에 가라앉은 상태에서 성인용 구역으로 흘러들어갔을 가능성 등을 배제할 수 없다).

⑥ 일반적으로 수영장 이용객의 수에 비해 안전요원의 수는 적을 수밖에 없고, 익수사고가 발생하였을 때 인접한 다른 이용객이 안전요원보다 먼저 이를 발견할 수도 있으므로, 다른 이용객들이 안전요원보다 먼저 원고 A를 발견하여 심폐소생술을 실시하였다 하더라도 피고가 안전조치를 다하지 않았다고 볼 수 없다.

2) 사용자책임 주장에 관하여, 제1심은 다음과 같은 이유로 원고들의 주장을 역시 배척하였다.

① 안전요원 1인은 어린이용 구역에 이용객들이 많이 몰리자 감시탑에서 내려와 안전지도를 하다가 이 사건 사고 사실을 알게 된 즉시 원고 A에게 달려갔고, 다른 쪽 감시탑에서 있던 안전요원 1인은 또 다른 안전요원에게 위 사실을 알려 응급조치 현장으로 가도록 하였다.

② 안전요원들에게 모든 이용객들의 용태를 하나하나 주시해야 할 의무가 있다고 볼 수 없고, 원고 A가 의식을 잃기 전에 물에서 허우적거렸다거나 구조요청을 하였는지 여부가 불분명한 이상, 안전요원들이 사고를 즉시 발견하지 못하였더라도 안전요원들이 주의의무를 해태하였다고 단정하기 어렵다.

③ 원고 A가 물 밖으로 옮겨지고 사고 사실이 알려지자, 안전요원들이 즉시 원고 A가 있는 곳으로 모였고, 심폐소생술 교육을 받은 구조요원은 심폐소생술을 실시하고, 다른 안전요원들은 그 주변에서 이용객들의 접근을 통제하는 한편, 심폐소생술 실시를 돕거나 119 신고 및 구조차량의 진입통로를 확보하였다.

④ 이 사건 사고 당시 근무하던 수영장 안전요원들이 모두 업무상과실치상 혐의로 피소되었으나, 총괄업무담당자 1인과 인력관리담당자 1인만 기소되었고(서울동부지방법원 2014고단2571), 이들도 모두 무죄판결을 선고받았다.¹⁾

3. 원심판결: 서울고등법원 2017. 2. 8. 선고 2015나24241 판결 - 원고들 항소 및 원심에서 추가된 선택적 청구 모두 기각

가. 원고들 추가 주장 요지

1) 이 사건 수영장에 어린이용 구역과 성인용 구역을 표시하는 표지판이 설치되어 있지 않았고, 성인용 구역에 '어린이 진입금지 표지판'도 설치되어 있지 아니

1) 검사가 항소 및 상고하였으나 모두 기각되었다.

하여 이 사건 사고가 발생하였으므로, 제1심에서 주장한 나머지 사정들과 함께 피고의 안전관리의무 위반에 따른 민법상 불법행위를 구성한다.

2) ① 성인용 구역에 '어린이 진입금지 표지판'을 설치하지 않은 점, ② 어린이용 구역과 성인용 구역을 구분하여 설치하지 않은 점, ③ 어린이용 구역에서 성인용 구역으로 어린이들이 쉽게 넘나들거나 흘러가는 것을 방지하거나 성인용 구역으로 난 경사로에 미끄럼 방지를 위한 적절한 안전시설을 설치하지 않은 점, ④ 체육시설 설치·이용에 관한 법률(이하 '체육시설법'이라 한다) 시행규칙 별표에서 정한 수심기준을 위반하였고, 수영조의 벽면에 수심 표시를 하지 않은 점 등 이 사건 수영장에는 설치·보존상의 하자가 있고, 이로 인하여 이 사건 사고가 발생하였다(원심에서 추가한 선택적 청구).

나. 추가 주장에 관한 판단 요지

1) 안전관리의무위반 주장에 관하여, 원심은 다음과 같은 이유로 원고들의 주장을 배척하였다.

① 이 사건 수영장의 어린이용 구역과 성인용 구역을 코스로프로 구분하고 있고, 어린이용 구역과 성인용 구역의 각 테두리 부분에 수심이 표시되어 있다.

② 각 구역 앞에는 '키 재기 판'이 하나씩 세워져 있어 키가 130cm 미만인 어린이는 보호자와 함께 입수하지 않는 한 성인용 구역에 들어갈 수 없도록 하였다(원고 A는 원심에서 당시 키 재기 판을 사용해 키를 잰다고 진술하였다).

③ 피고는 이 사건 수영장 입구 등 3곳에 안전수칙 표지판을 설치하여 수영장의 수심을 표시하였다.

④ 피고는 매시 45~50분경 휴식시간을 알리는 안내방송 후 이용객들 모두를 수영조 밖으로 나오게 하였고, 매시 정각에 1~2분의 안내방송 후 안전요원의 신호에 따라 이용객들이 입수하도록 하였는데 그 안내방송에 "초등학교 이하 영·유아를 동반하신 부모님께서서는 아이가 혼자 수영하지 않도록 하여 주시기 바랍니다."라는 내용이 포함되어 있다.

⑤ 원고 A는 성인용 구역의 경우 자신의 키를 넘는 깊이일 수도 있다는 점을 알았던 것으로 보인다.

2) 공작물 설치·보존상의 하자 주장에 관하여, 원심은 다음과 같은 이유로 원고들의 주장을 역시 배척하였다.

① 이 사건 수영장의 성인용 구역 앞에 '어린이 진입금지 표지판'이 설치되지

않았다 하더라도 그와 유사한 효과를 가질 수 있는 조치, 즉 수영장 테두리 부분에 수심 표시를 하였고, 안전수칙 표지판 및 키 재기 판을 설치한 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 사실만으로 이 사건 수영장이 사회통념상 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못하였다고 보기 어렵다.

② 어린이용 구역(0.8m)과 성인용 구역(1.2m)의 높이 차이는 40cm 정도로 아주 큰 차이는 아니고, 성인용 구역과 어린이용 구역을 반드시 물리적으로 구분하여 설치하여야 한다는 관련 규정도 없는 점 등에 비추어, 구분 설치를 하지 않은 것이 이 사건 수영장의 설치·보존상의 하자라고 볼 수 없다.

③ 이 사건 수영장에 어린이용 구역과 성인용 구역을 같은 수영조에 설치하면서도 수면 위에 코스로프로 성인용 구역과 어린이용 구역을 구분하고 그 경계 부근 바닥에 성인용 구역 쪽으로 길이 약 5m의 경사로만 두었을 뿐 어린이들이 어린이용 구역에서 성인용 구역으로 쉽게 넘나들거나 경사로에 미끄러지는 것을 방지하기 위한 적절한 안전시설을 설치하지 않았다 하더라도, 원고 A가 어린이용 구역에 들어갔다가 성인용 구역으로 넘어가게 되어 이 사건 사고가 발생하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 이를 전제로 한 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

④ 이 사건 수영장은 순수 성인용으로 설치된 것이 아니라 성인용 구역과 어린이용 구역이 같은 수영조에 설치되었고, 체육시설법 시행규칙 [별표 4]에 의한 수심기준은 어린이용 수영조에는 해당되지 않는 점, 성인용 구역과 어린이용 구역을 같은 수영조에 설치하는 것을 금지하는 규정도 없는 점 등에 비추어, 같은 수영조에 성인용 구역과 수심 0.8m의 어린이용 구역을 두었다는 사정만으로 이 사건 수영장에 위 별표의 기준을 위반한 설치·보존상의 하자가 있다고 볼 수 없다.

⑤ 이 사건 수영조의 벽면에 위 규칙 별표에서 요구하는 수심 표시가 되어 있지 않았다 하더라도, 원고 A가 입수한 곳이 어린이용 구역인지 성인용 구역인지 여부, 입수 시 상태 및 사고경위 등을 구체적으로 알 수 없는 이 사건에서 수영조의 벽면에 수심 표시가 되어 있지 않다는 것과 이 사건 사고 발생 사이에 상당인과 관계가 있다고 보기도 어렵다.

4. 대상판결: 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다14895 판결 - 파기환송

대법원은 원고들의 공작물 설치·보존상의 하자 주장에 관하여 아래와 같이 판단하였다.

가. 민법 제758조 제1항은 "공작물의 설치 또는 보존상의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다."라고 규정하고 있다. 위 규정의 입법취지는 공작물의 관리자는 위험의 방지에 필요한 주의를 다하여야 하고, 만일에 위험이 현실화하여 손해가 발생한 경우에는 그들에게 배상책임을 부담시키는 것이 공평하다는 데 있다. 따라서 '공작물의 설치·보존상의 하자'란 공작물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단할 때에는 그 공작물을 설치·보존하는 자가 그 공작물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도로 위험방지조치를 다하였는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다68348 판결 등 참조). 하자의 존재에 관한 증명책임은 피해자에게 있으나, 일단 하자가 있음이 인정되고 그 하자가 사고의 공동원인이 되는 이상, 그 사고가 위와 같은 하자가 없었더라도 불가피한 것이었다는 점이 공작물의 소유자나 점유자에 의하여 증명되지 않는다면 그 손해는 공작물의 설치 또는 보존의 하자에 의하여 발생한 것으로 해석함이 타당하다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다42284 판결, 2005. 4. 29. 선고 2004다66476 판결 등 참조).

이 경우 하자 여부를 판단할 때에는 위험의 현실화 가능성의 정도, 위험이 현실화하여 사고가 발생하였을 때 침해되는 법익의 중대성과 피해의 정도, 사고 방지를 위한 사전조치에 드는 비용이나 위험방지조치를 함으로써 희생되는 이익 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 1995. 8. 25. 선고 94다47803 판결 참조).

이러한 법리는 '불합리한 손해의 위험'을 최소화하기 위한 조치로서 위험으로 인한 손해를 위험을 회피하기 위한 부담과 비교할 것을 요구한다는 측면에서 법경제학에서의 비용·편익 분석임과 동시에 균형접근법에 해당한다. 법관이 법을 만들어어나가는 속성을 지닌 불법행위법에서 법관이 수행해야 할 균형 설정의 역할이 중요함에도 불구하고, 이러한 균형 설정은 구체적 사안과의 관련성 속에서 비로소 실질적인 내용을 가지는 것이므로, 미리 세세한 기준을 작성하여 제시하기는 어려운 것이 현실이다. 이때는 이른바 'Hand Rule'을 참고하여, 사고 방지를 위한 사전조치를 하는 데 드는 비용(B)과 사고가 발생할 확률(P) 및 사고가 발생할 경우 피해의 정도(L)를 살펴, 'B < P · L'인 경우에는 공작물의 위험성에 비하여 사회통념상 요구되는 위험방지조치를 다하지 않은 것으로 보아 공작물의 점유자에게 불법행위책임

을 인정하는 접근 방식도 고려할 수 있다.

나. 이러한 법리에 비추어 원심의 판단을 살펴본다.

1) 먼저, 체육시설 관련 법령에서 성인용 구역과 어린이용 구역을 같은 수영조에 설치하는 것을 금지하는 규정이 없다는 이유로 설치·보존상의 하자를 당연히 부정할 수는 없다. 이 사건 수영장의 시설이 체육시설법상 시설 기준 등 안전 관련 법령을 위반하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 불법행위법상으로도 공작물 설치·보존상의 하자나 업무상 주의의무 위반을 인정하는 근거가 될 수 있음을 물론이지만(대법원 2010. 2. 11. 선고 2008다61615 판결 등 참조), 그러한 법령 위반이 없다고 하여 공작물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추어 불법행위법상 공작물 설치·보존상의 하자 등이 없다고 단정할 수 있는 것은 아니다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2007다10139 판결 참조).

체육시설법 시행규칙 제8조 [별표 4] 제2호 자목에서도, 운동시설인 수영장 물의 깊이는 0.9m 이상 2.7m 이하로 하고, 수영조의 벽면에 일정한 거리 및 수심 표시를 하여야 하며, 다만 어린이용 수영조에 대해서는 이 기준에 따르지 않을 수 있다고 정하고 있고, 임의시설 중 편의시설로서 물미끄럼대, 유아 및 어린이용 수영조를 설치할 수 있다고 정하고 있을 뿐, 체육시설 법령 어디에도 운동시설인 수영장과 편의시설인 어린이용 수영조를 함께 설치할 수 있다고 규정하고 있지 않다. 오히려 관련 규정의 내용 및 체계를 살펴보면, 운동시설인 수영장과 편의시설인 물미끄럼대, 유아 및 어린이용 수영조는 구분하여 설치하는 것을 전제로 하고 있음을 알 수 있다.

하나의 수영조에 깊이를 달리하는 성인용 구역과 어린이용 구역이 함께 있는 경우 성인용 수영조와 어린이용 수영조가 분리되어 있는 수영장에 비해서 어린이가 보다 쉽게 성인용 구역에 접근할 수 있게 되고, 이로 인하여 성인용 구역에 어린이가 혼자 들어가 물에 빠지는 사고가 발생할 가능성은 더욱 높아지게 된다. 어린이는 성인에 비해 사리분별능력이나 주의능력이 미약하여 수심을 잘 살피지 않고 들뜬 마음에 사고 발생의 위험성을 깊이 인식하지 못한 채 성인용 구역에 혼자 들어가는 등 충동적으로 행동하기 쉽기 때문이다. 이러한 점을 감안하면 성인용 수영조와 어린이용 수영조를 물리적으로 분리함으로써 성인용 수영조에 어린이 혼자 들어감으로 인하여 발생할 사고 위험을 차단할 필요가 있다.

2) 최근 질병관리본부에서 발표한 자료에 따르면, 2010년~2016년까지 물에 빠

지는 사고로 응급실에 내원한 환자들의 사고 발생장소 중 수영장 시설에서의 사고 발생 확률은 12세 이하 어린이의 경우 32.5%, 성인의 경우 12.9%로 어린이 사고의 비중이 성인 사고의 2.5배 이상이다(2018. 7. 19 발표). 2012년~2017년까지 물에 빠지는 사고로 응급실에 내원한 전체 환자 958명 중 9세 이하의 어린이는 287명으로 전체 환자 수의 30%에 해당하여 다른 연령대에 비하여 높은 비중을 차지한다(2019. 6. 20. 발표). 이러한 자료에 의하면, 수영장을 관리·운영하는 자는 수영장에서의 물놀이 사고, 특히 어린이가 물에 빠지는 사고가 발생하지 않도록 적절한 안전기준을 갖추고 위험방지조치를 취하는 데에 최대한의 노력을 기울여야 함은 물론이다.

위와 같은 사정을 기초로 살펴볼 때, 수영장 시설에서 성인용 구역과 어린이용 구역을 분리하지 아니함으로 인하여 어린이가 물에 빠지는 사고가 발생할 가능성과 그와 같은 사고로 인하여 예상되는 피해의 정도를 성인용 구역과 어린이용 구역을 분리하여 설치하는 데 추가로 소요되는 비용 내지 이미 설치된 기존시설을 위와 같이 분리하는 데 소요되는 비용과 비교하면, 전자가 훨씬 더 클 것임을 충분히 예상할 수 있다. 이러한 관점에서도 이 사건 수영장에는 설치·보존상의 하자가 있다고 볼 수 있어, 수영장 관리자로서 위와 같은 조치를 취하지 아니한 피고에게 공작물 관리자로서의 책임이 없다고 할 수는 없다.

3) 다음으로, 원심은 이 사건 수영조의 벽면에 수심표시가 되어 있지 않았더라도 원고 A가 수영조에 들어간 곳이 어느 지점인지를 비롯하여 사고경위 등을 구체적으로 알 수 없는 이상 그러한 잘못과 이 사건 사고 발생과 사이에 상당인과관계가 있다고 보기도 어렵다고 보았다. 그러나 이 부분 역시 수증하기 어렵다. 원심 판결이유에 의하더라도, 이 사건 수영장에는 체육시설업의 시설 기준을 위반한 하자가 있다는 것인데, 수심표시를 수영조의 벽면에 제대로 하지 않은 잘못 등을 인정하면서도 수영장에서 키 113cm 정도의 어린이가 1.2m 깊이의 성인용 구역에서 물에 빠진 사고를 심리하면서 위와 같은 하자가 없었더라도 그러한 사고가 발생하는 것은 불가피한 것이었다는 점이 밝혀지지 않았는데도, 하자와 이 사건 사고 사이에 상당인과관계가 없다고 판단한 것은 옳지 않다.

결국 이 사건 수영장은 성인용 구역과 어린이용 구역을 동일한 수영조에 두었다는 점과 수심표시를 제대로 하지 않은 점 등의 하자가 있고, 이러한 하자로 인하여 이 사건 사고가 발생하였다고 볼 수 있는 이상 피고에게 책임이 없다고 볼 수 없다.

4) 한편, 이 사건에서 원고 A에 대하여 보호감독의무를 부담하는 원고 B 등의

주의의무 위반이 이 사건 사고의 발생에 공동 원인이 되었다더라도 이것이 피고에게 이 사건 수영장의 설치·보존상의 하자로 인한 책임을 인정하는 데 장애가 되지는 않는다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다101343 판결 등 참조).

다. 그런데도 원심은 피고의 공작물책임에 관한 원고의 주장을 배척하였으니, 이러한 원심 판단에는 이 사건 수영장의 설치·보존상 하자에 관하여 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공작물책임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.²⁾

II. 연구

1. 문제의 제기

불법행위의 영역에서 과실 유무에 대한 판단은 사실인정과 가치판단의 문제가 혼재되어 있어 결론을 내리기가 쉽지 않다. 개별사건마다 사고 발생 당시의 상황, 사고관련자들의 행위내용, 예견가능 여부, 주의의무의 내용, 사고의 결과 등 사실관계를 달리하기 때문에 개별사건에 공통적으로 적용될 수 있는 과실 판단 기준을 설정하기는 매우 어렵다.

종래의 판례는 공작물책임에서의 하자 여부를 판단함에 있어 위험의 현실화 가능성의 정도, 위험이 현실화하여 사고가 발생하였을 때 침해되는 법익의 중대성과 피해의 정도, 사고 방지를 위한 사전조치에 드는 비용이나 위험방지조치를 함으로써 희생되는 이익 등을 종합적으로 고려하여야 한다는 입장이었는데, 대상판결은 비용-편익 분석의 하나인 이른바 "핸드 공식"을 명시적으로 언급하였다.

이 발표문에서는 과실 인정의 전제가 되는 예견가능성에 관한 이론들과 핸드 공식의 내용, 각종 분야에서의 비용-편익 분석에 관한 논의들을 살펴보고, 이러한 논의들을 이 사건에서 어떻게 적용할 것인지에 관하여 살펴보고자 한다.

2. 공작물의 점유자 또는 소유자의 책임

민법 제758조 제1항은 "공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임

2) 파기환송된 사건은 서울고등법원 2019나68379호로 재판계속 중이다.

이 있다."고 규정하고 있다. 공작물책임은 책임주체의 가해행위를 요건으로 하지 않고, 손해발생의 위험이 있는 공작물을 방치하였다는 데에 그 근거가 있다는 점에서 일반불법행위와 구별된다.

한편, 판례는 공작물의 설치·보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우 공작물 시공자의 고의·과실로 인한 손해에 대하여 민법 제750조에 의한 일반불법 행위책임이 배제되는 것은 아니라고 판시하였다³⁾.

가. 국가배상법과의 관계

국가배상법 제5조 제1항은 "도로, 하천 그 밖의 공공의 영조물의 설치나 관리에 하자가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가 또는 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다."고 규정하고 있다. 영조물은 공유나 사유임을 불문하고 행정주체에 의하여 특정 공공의 목적에 공여된 유체물 또는 물적 설비로서, '영조물 설치 관리상의 하자'란 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태를 말한다. 영조물의 설치·관리가 항상 완전무결한 상태를 유지할 수는 없다. 따라서 영조물의 설치자 또는 관리자에게 부과되는 방호조치의무의 정도는 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도를 의미한다⁴⁾. 국가배상법의 영조물책임은 국가 또는 지방자치단체의 면책사유를 인정하지 않고 있으므로, 공작물이 국가 또는 지방자치단체가 설치하여 관리하는 것인지 사인이 설치하여 관리하는 것인지에 따라 적용조문이 달라진다.

나. 공작물의 하자

점유자 또는 소유자에게 공작물의 설치·보존의 하자로 인한 손해배상책임이 인정되기 위해서는 ① 공작물로부터 손해가 생길 것, ② 설치 또는 보존의 하자가 있을 것, ③ 공작물의 하자과 손해 사이의 인과관계, ④ 면책사유가 없을 것 등의 요건을 갖추어야 한다.

요건 ②와 관련하여 '공작물의 하자'란 공작물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말한다. 이와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 공작물의 설치·보존자가 그 공작물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다⁵⁾. 하자가 공작물의 축조 당시부터 존재하는 경우에는 설치의

3) 대법원 20019. 11. 22. 96다39219 판결 참조

4) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다54998 판결 등 참조

5) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다1921 판결 등 참조

하자이고, 그 후 관리되어지는 사이에 생긴 경우가 보존의 하자인데, 양자를 구별할 실익은 없다.

하자의 존재에 관한 증명책임은 피해자에게 있다. 여기서 하자의 존재에 대한 입증의 정도가 문제되는데, 학설은 공작물로 인한 손해가 발생한 경우에는 일응 하자의 존재를 추정하되, 점유자나 소유자 측에서 하자의 부존재를 입증하여야 하는 경우가 많을 것이라고 하고, 판례도 같은 입장을 취하고 있다⁶⁾.

다. 책임자

공작물책임의 책임자는 1차적으로는 공작물의 점유자이고, 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 다하였음을 입증한 때에는 2차적으로 소유자가 배상책임을 진다. 이때 점유자가 지는 책임은 과실책임인 반면, 소유자가 지는 책임은 점유자와 같은 면책사유가 인정되지 않기 때문에 무과실책임이라고 한다.

제3자의 행위가 가해져 손해가 발생한 경우에는 점유자나 소유자의 책임범위가 제한되고, 피해자의 행위가 가해진 때에도 과실상계가 인정될 뿐이다. 그러나 손해가 하자의 유무와 관계없이 발생했다고 생각되는 경우, 특히 불가항력에 의하여 발생한 것이라면 면책이 인정된다.

3. 공작물책임에 있어서의 과실

공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인한 점유자의 책임은 입증책임이 전환된 과실책임이다. 과실은 사회생활상 요구되는 주의를 다하지 아니하였다는 것, 즉 주의의무위반을 의미하고, 과실 인정의 전제가 되는 주의의무는 예견가능성과 결과회피의무로 구성된다. 따라서 공작물책임에서의 과실이란 공작물의 하자로 인한 결과발생에 대한 예견가능성과 그에 따른 결과발생을 회피할 의무위반이라고 할 수 있다.

결과회피의무는 예견가능성이 있는 것을 전제로 하므로, 예견가능성이 없는 경우에는 결과회피의무도 부정되는 것이 논리적이지만, 사안에 따라서는 예견가능성이 없는 경우에도 결과회피의무위반을 인정한 사례도 있다⁷⁾.

개별사건에서 예견가능성(내지 예견의무)과 결과회피의무의 존부는 사회평균인의

6) 대법원 1995. 10. 13. 94다11613 판결, 대법원 1998. 2. 10. 97다3253 판결 등 참조

7) 대법원 2001. 12. 11. 2001도5005 판결. 이 사안에서 대법원은, 피고인이 사전에 사람이 도로에 누워있을 것까지를 예상하여 운전하여야 할 주의의무는 없다 하더라도, 사고 당시의 도로상황에 맞추어 속도를 줄이고, 선행차량과의 적절한 안전거리를 유지하는 등 자동차 운전자에게 요구되는 통상의 주의의무를 다하였더라면, 진행 전방 도로에 누워있던 피해자를 상당한 거리에서 미리 발견하여 사고를 방지할 수 있었음에도 불구하고 이와 같은 주의를 게을리 하여 피해자를 역과한 것이므로, 피고인에게 업무상 과실이 있다고 판단하였다.

관점에서 결과발생의 가능성(위험성), 피침해이익의 중대성과 주의의무를 부과함으로써 인하여 희생되는 이익을 비교형량하여 판단한다. 여기서 예견가능성은 주의의무의 존부를 좌우하는 핵심적인 판단요소인데, 구체적인 사안에 따라 그 내용과 판단이 달라지기 때문에 사전에 기준을 마련하는 데에 어려움이 있다. 이러한 탓에 주의의무의 전제가 되는 예견가능성의 인정에 관한 체계적이고, 유형화된 논의는 찾아보기 어려운 실정이다. 다만, 영업용 시설의 구내에서 일어나는 사고로 인한 고객의 피해와 관련하여 미국 보통법상의 Premises Liability 이론에서 예견가능성의 인정에 관한 여러 논의들이 있는데, 그 중 참고할 수 있는 부분을 대략적으로 소개하고자 한다.

가. Premises Liability 이론에서 예견가능성 인정에 관한 이론들⁸⁾

1) 유사선례의 원칙(Prior similar incidents rule)

선행하는 유사사건이 발생하였고, 시설소유자 등이 이를 알고 있었다면, 시설소유자 등은 고객들에게 잠재적인 해악에 관하여 경고하거나 그로부터 고객들을 보호할 의무를 진다는 원칙이다.

Hendrickson v. Georgia Power Cl. 사건에서 법원은 이 이론을 적용하여 선행사건의 발생장소, 성질, 양적 정도와 후행사건에서 문제된 내용, 선행사건과의 유사성, 장소적 근접성, 기타의 관련성을 검토하여야 한다고 하면서, 선행하는 유사사건은 후행사건과 반드시 동일할 필요는 없으나 후행사건을 초래한 위험한 상황에 대하여 주의를 환기시키기에 충분한 정도일 것을 요한다고 판시하였다.

또한 Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corp. 사건에서 법원은, 공용부분에서 반복하여 범죄가 일어난 빌딩의 소유자에 대하여 임차인을 보호하는데에 필요한 상당한 조치들을 소홀히 한 것에 대한 책임을 부담한다고 판시하였고, 이 판결 이후 많은 법원들이 소유자 등의 예견가능성을 인정하기에 충분한 유사선례를 요구하게 되었다.

유사선례의 원칙은 첫째로, 소유자 등이 장래의 해악을 예방하기 위한 적절한 조치를 취하는 데에 방심하게 만들고, 첫 피해자는 항상 손해를 보는 결과를 가져온다는 점, 둘째로, 예견가능성을 인정하는 유사선례의 판단기준이 불분명하다는 점, 셋째로, 선행사건의 부존재가 반드시 후행사건의 예견불가능으로 이어지지 않는

8) 이하의 내용은 배종근 교수의 공중접객업자의 구내 범죄사고에 대한 손해배상책임의 요건(미국 보통법상의 Premises Liability를 중심으로), 인권과 정의 제353호, 대한변호사협회(2006년)를 참조하였다.

다는 점에서 비판을 받는다.

2) 총체적 상황 고려의 원칙(Totality of the circumstances rule)

유사선례의 원칙은 예견가능성 인정에 있어 하나의 요소로 고려할 뿐이고, 이를 포함하는 총체적 상황을 고려하여 책임을 인정하여야 한다는 원칙이다.

Mary Clothessy v. Food Circus Supermarkets, Inc., etc., et al 사건에서 1심법원과 항소법원은 유사선례가 부존재하여 후행사건발생의 예견이 불가능하다고 판단하였다. 그러나 뉴저지주 대법원은 총체적 상황 고려의 원칙을 적용하여 원심판결을 파기환송 하였다. 위 대법원은 '다른 사람에게 해악의 위험이 있을 경우에 이를 회피하도록 할 합리적인 주의를 행사할 의무의 존재에 관한 판단은 하나의 형평성의 문제이자 많은 요소들을 포함하는 정책적 결정의 문제'라고 전제하면서, 최근 지역 사회의 범죄율 증가 추세와 미국 전역의 주차장 안에서 발생한 강력범죄의 통계자료 등을 기초로 보안이 이루어지지 않은 슈퍼마켓 부속 주차장에서 피해자가 강력범죄의 피해를 입을 수 있다는 것을 피고가 합리적으로 예견할 수 있었다고 판시하였다.

그 외에도 사우스다코타주 대법원은 Small v. McKennan Hospital 사건에서, 예견가능성은 선행하는 유사 범죄행위에 기초하는 것이 아니라 오히려 그 범행을 둘러싼 주변적 사실과 상황들에 기초하는 것이라는 취지로 판시하였고, 텍사스주 대법원의 Timberwalk Apartment Inc. v. Cain 사건, 메사추세츠주 대법원의 Mullins v. Pine Manor College 사건에서도 총체적 상황 고려의 원칙이 채용되었다.

총체적 상황 고려의 원칙에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 즉, 의무의 존재와 범위를 결정하기 위한 예견가능성은 법원에 의하여 결정되는 법률문제임에도 이를 사실인정의 문제로 보는 것은 잘못이라는 것이다. 또한 공중에게 개방된 어떠한 장소에서도 범죄(혹은 사고)가 일어날 수 있고, 경비원의 고용, 기타 필요한 보안조치를 강구하는 데에 소요되는 경비가 만만치 않은 것 역시 현실인데, 주어진 특정한 상황에서 무엇이 적절한 예방수단인가 하는 것을 알기가 어렵다는 것이다.

3) 내재하는 위험의 원칙(Per se rule of foreseeability)

예견가능성의 인정에 있어서 본질적으로 위험한 것으로 간주되는 시설의 소유자 등은 영업 그 자체에 의하여 일어나는 혹은 내재하는 위험으로부터 초래되는 범죄에 대하여 언제나 책임을 부담할 수 있다는 원칙이다.

내재하는 위험의 원칙은 주점영업과 같이 그 영업의 특성상 폭행 등 범죄적 행위

의 발생이 예견되는 영업에 한해 적용되는 원칙으로서 주차장이나 일반적인 영업시설의 구내에서 일어나는 범죄에 대하여 이 원칙만을 적용하여 예견가능성을 인정한 사례는 발견되지 않는다고 한다.

이 원칙에 대하여 캘리포니아주 대법원은 Sharon P., v. Arman, Ltd., et al., 사건에서 비판적 견해를 표명하였는데, 특정장소가 개별적인 물리적 성격이나 위치 등과 관계없이 모두 범죄에 취약하거나 성질상 본질적으로 위험하다는 결론을 이끌어 낼 수 있는 증거나 선례를 발견할 수 없고, 어떠한 장소도 범죄에 취약하기는 마찬가지이며, 어느 정도씩은 본질적으로 위험한 요소들을 가지고 있기는 마찬가지라는 것이다.

4) 비용과 이익 교량의 원칙(Balancing approach/Cost-benefit analysis)

테네시주 대법원은 최근 유사선례의 원칙을 버리고 균형접근법(Balancing approach)이라고 부르는 총체적 상황 고려의 원칙의 변형을 채용하였다. 균형접근법은 비용-편익 분석(Cost-benefit analysis)라고 부르기도 하는데, 시설소유자 등의 의무가 탄력적 개념이라는 것을 인정하고, 해악에 대한 예견가능성의 정도와 부과되는 의무 부담과의 균형을 찾는 것이다.

이 원칙은 독자적으로 예견가능성을 인정하는 것은 아니고 유사선례의 원칙이나 총체적 상황 고려의 원칙 등에 의하여 책임을 인정함에 있어서 함께 고려하는 원칙으로서 작용한다. 즉 시설소유자 등이 범죄행위에 대하여 보호를 제공할 의무의 범위는 부분적으로는 해악에 대한 예견가능성과 부과될 부담의 균형에 의하여 결정된다는 것이다. 또한 의무의 범위는 범죄적 행위에 대한 예견가능성과 요구되는 보안대책들에 대한 경제적 부담의 정도, 효율성 등과의 비교형량에 의하여 결정된다고 한다.

나아가 이 원칙 하에서는 보안조치들을 취하지 않음으로써 고객에게 초래되는 손해로서의 비용(금전적이든 비금전적이든 관계없이)이 소유자 등에게 있어 예방조치들을 취하는 데에 소요되는 부담 혹은 시설비용을 초과하는 경우에는 시설소유자에 대한 책임이 인정된다고 설명한다.

5) 그 밖에 고려할 책임요건들

Rowland v. Christian 사건에서 캘리포니아주 대법원은 구내 사고 책임에 대한 의무의 존재와 범위를 확정함에 있어 법원이 고려할 요소들로서 앞서 살펴본 원칙들 이외에 다음과 같은 요소들을 열거하였다. 즉 해악에 대한 예견가능성 이외에

원고가 피해를 입었다는 데에 대한 입증, 피고의 행위와 원고가 입은 피해의 관련성의 정도, 피고의 행위에 대한 도덕적 비난가능성, 장래의 해악을 예방할 정책적 필요성, 피고에게 부과되는 부담의 정도, 주의의무를 부과함에 따라 공동체에 미치는 파급효과, 시설에 내재하는 위험을 인수하는 보험제도의 효용성, 보험료의 수액, 그리고 보험의 보급정도 등이 그것이다.

나. 핸드 공식(Hand Formula)

불법행위법의 기능은 크게 두 가지로서, 첫 번째는 종래 불법행위제도의 주된 목적으로 이해되어 온 보상기능(compensation role)이고, 두 번째는 불법행위를 방지하는 소위 방지기능(deterrence role), 즉 불법행위의 수준을 사고 관련 총비용(사고비용과 사고방지비용의 합)을 최소화하는 사회적 적정수준으로 낮추는 것으로 이해되고 있다.

최근에는 보상기능보다 방지기능이 더 강조되고 있는 추세인데, 법경제학에서는 사회적으로 비효율적인 사고의 발생을 방지하고 사고 관련 총비용을 최소화하기 위하여 가해자와 피해자에게 사고 방지 노력의 인센티브를 어떻게 제공할 것인가의 문제가 핵심적인 분석의 대상이 되고 있다⁹⁾. 그에 따라 무엇을 기준으로 과실을 인정할 것인가가 중요한 법정책적 과제가 되었고, 학설과 판례에 의하여 과실 판단 기준으로 인정되는 평균인 내지 표준인으로서의 주의정도에 대한 객관화, 공식화의 필요성이 대두되었다.

이러한 문제에 대한 하나의 답으로 제시된 것이 미국의 러니드 핸드(Learned Hand, 1872~1961) 판사가 1947년 United States v. Carroll Towing Co. 사건에서 제시한 비용-편익 분석인 이른바 "핸드 공식"이다. 이 공식은 핸드 판사에 의하여 공식화되기 이전부터 이미 미국의 판례나 이론 등에서 사실상 묵시적으로 널리 사용되어 왔던 기준이다.

1) 핸드 공식의 내용

위 사건에서 뉴욕항 선창에 묶어둔 밧줄이 느슨해지는 바람에 계류되어 있던 바지선이 옆에 있던 유조선과 충돌하여 손괴되는 사고가 발생하였는데, 바지선의 소유자가 사고 당시 승무원을 바지선에 승선시켜 두지 않은 것이 과실에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. 핸드 판사는 가해선박 소유자의 주의의무 정도를 판단하

9) 김정현, 불법행위법의 경제 분석: 표준 모형을 중심으로, 한국법경제학회 법경제학연구 제10권 제1호(2013년), 142쪽.

는 기준으로 다음과 같은 기준을 제시하였다.

『소유자의 의무는 ① 배를 묶어 둔 밧줄이 느슨해져 다른 배에 피해를 줄 확률(P), ② 사고가 발생할 때 다른 배에 줄 피해의 정도(L), ③ 사고를 방지하기 위하여 사전조치를 하는 데에 드는 부담(B)이라는 세 가지 변수의 함수이다. 소유자의 책임(과실)은 " $B < P \times L$ "일 때 성립한다.』

여기서 B와 $P \times L$ 의 관계를 나타낸 식을 "핸드 공식"이라고 부른다. 이 공식의 의미는, 사고의 방지비용이 사고의 기대손실보다 작은데도 사고 방지노력을 기울이지 않은 경우에는 주의의무위반, 즉 과실이 인정되고, 사고 방지비용이 사고 기대손실보다 큰 경우에는 사고 방지노력을 기울이지 않았다고 하더라도 주의의무위반이 아니라는 것이다¹⁰⁾. 위 공식에서 피해발생 가능성이 높아질수록, 피해발생으로 인한 손해가 클수록, 행위자가 피해발생을 예방하기 위하여 지출하는 비용이 적을수록 요구되는 주의수준이 높아지게 된다. 즉 사고를 예방하기 위해 가해자가 지출해야 하는 부담(B)에 비하여 사고로 인하여 피해자에게 발생하는 손해(L)가 훨씬 크다고 보는 경우 가해자는 무과실책임에 가까운 부담을 지게 된다. 반대로 L의 크기는 상대적으로 작은 반면, B의 크기가 훨씬 큰 경우에는 주의수준이 현저하게 낮아져 중과실책임의 원칙과 유사한 결과를 가져온다.

핸드 공식은 총비용과 총이익의 개념을 사용하여 과실유무를 평가하고 있으나, 법경제학자들은 핸드 공식을 비롯한 비용-편익 분석에서는 한계비용(marginal cost)이나 한계이익(marginal benefit)과 같은 한계개념을 사용하는 것이 옳다고 한다. 한계개념을 사용한 핸드 공식은 현재의 주의수준에서 한 단위의 주의를 더 기울이는 데에 드는 한계비용과 그로 인하여 줄어드는 사고의 기대손실, 즉 한계이익을 비교하여 과실유무를 판단하게 된다.

2) 핸드 공식의 의의와 비판

핸드 공식은 공리주의의 입장에서 행위자의 합리적 판단을 전제로 사회전체의 효용극대화를 추구한다. 즉 가해자가 정당한 주의의무를 기울이지 않음으로써 얻는 이익(혹은 가해자의 예상 배상책임에 따른 비용)과 불법행위로 인한 피해자의 손해가 정확히 상쇄되는 수준에서 주의의무를 부과함으로써 사회적 최적을 달성할 수 있다는 것이다.

핸드 공식은 뒤에서 보는 여러 비판들에도 불구하고 이제까지 추상적인 개념으로

10) 박세일 외 6인 공저, 법경제학 재개정판(2019년), 315~318쪽.

만 인식되던 과실의 의미를 객관화·구체화하고, 주의의무의 기준을 정하는 데에 유용한 시각을 제공하였다는 데에 견해가 일치한다. 또한 우리의 법리 내지 법원칙들이 '사회정의의 구현'이라는 역할을 담당할 뿐만 아니라 '효율성의 달성이나 분배정의의 실현'이라는 인간행동의 변화를 유인하는 역할을 담당한다는 측면도 고려되어야 한다는 점에서 불법행위법의 법경제학적인 분석은 큰 의미를 가진다.

이러한 핸드 공식에 대하여는 여러 비판이 존재하는데, 이러한 비판들은 법제도를 경제학적으로 접근하고 분석하는 방법론에 대한 비판과 대체로 일치하는 것으로 보인다.

핸드 공식에 대한 비판들로는, 비용편익분석에 초점을 두어 불법행위사건을 해결함에 있어서 개인의 권리나 그 밖의 계량화하기 어려운 인간적인 요소들을 소홀히 하고 효율성의 측면만을 강조한다는 점¹¹⁾, 손해회피비용을 산정하는 것이 극히 어려울 뿐만 아니라 손해발생의 확률을 정하는 것도 쉽지 않다는 점, 불법행위법에서 경제학적 분석의 전제조건은 의사결정자의 합리성인데, 현실적으로 의사결정자는 합리적이지 않다는 점 등을 들 수 있다¹²⁾. 그 밖에 방지비용이 사고비용을 초과하더라도 사고를 방지하는 것이 도덕적인 경우도 있다는 점¹³⁾, 변론주의가 적용되는 민사사건에서 당사자가 핸드 공식의 각 요소들에 관한 충분한 주장, 입증을 하는데 현실적 어려움이 뒤따른다는 점도 핸드 공식의 한계로 지적될 수 있다.

다. 각종 분야에서의 비용-편익 분석

최근 불법행위법의 목적 내지 기능으로 강조되고 있는 방지기능과 관련하여 환경오염, 실화책임, 징벌적 손해배상, 사용자책임, 건설사고, 책임보험 등 다양한 분야에서 법경제학적 측면에서의 논의가 이루어지고 있는데, 아래에서 몇 가지 분야

11) 이에 대하여 예일대학의 캘러브레시(G. Calabresi) 교수는 사고법제를 분석할 때, 우선 사고비용의 최소화라는 목적을 중심으로 분석하고, 그 결과가 우리의 정의감 내지 공평의식에 합당한지를 나중에 평가해 보는 순서가 바람직하다고 한다(박세일 외 6인 공저, 앞의 책, 308쪽).

12) 이러한 비판들과 관련하여 허성욱 교수는 그의 논문 '법의 경제적 분석에 관한 몇 가지 오해에 관한 고찰[서울대학교 법학 제48권 제4호(2007년), 180~184쪽]'에서, 대부분의 법적 분쟁의 배후에는 경제적 이해관계에 관한 문제가 얹혀 있으므로, 법적 분쟁의 해결에 있어 경제적 분석은 유용할 뿐만 아니라 반드시 필요하고, 상당히 많은 법률문제에 관한 정답을 제시해 줄 수 있다고 하면서 이익형량, 상당성, 과잉금지 원칙 등과 같이 법도그마틱을 통한 분석이후에도 남아 있는 가치판단의 영역에서 이루어지는 법적인 판단(legal reasoning)의 문제는 결국 경제적 판단(economic reasoning)의 문제와 별반 차이가 없다고 지적하였다.

13) 권영준 교수는 그의 논문 '불법행위의 과실 판단과 사회평균인[비교사법 제22권 1호(통권 제68호)(2015년), 124~126쪽]'에서 불법행위법에서 법관이 수행해야 할 '균형 설정' 역할의 중요성을 강조하면서, 정당한 균형 설정에 참고할 수 있는 구도로서 첫째로 자유와 안전 사이의 균형 설정, 둘째로 과정과 결과 사이의 균형 설정, 셋째로 현실과 당위 사이의 균형설정, 넷째로 비용과 편익 사이의 균형 설정을 들고 있다.

에서의 논의내용을 대략적으로 살펴본다.

1) 환경오염¹⁴⁾

환경정책기본법 제44조 제1항은 "환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 그 피해를 배상하여야 한다."고 규정하여 환경오염의 피해에 대한 무과실책임을 인정함으로써 오염피해자가 민사소송을 통하여 피해를 구제받을 수 있는 여건이 개선되었다.

그러나 법경제학의 관점에서 과연 무과실책임 원칙이 사회적으로 효율적인지는 별개의 문제이다. 무과실책임 원칙의 적용이 과실책임 원칙을 적용했을 때보다 오염자들로 하여금 오염방지노력을 더 많이 기울이도록 함으로써 '오염피해를 더 많이 감소시키는가', '무과실책임 원칙이 오염으로 인한 사회적 총비용을 최소화하는가'라는 질문에 긍정적인 답이 나와야만 무과실책임 원칙이 사회적으로 효율적인 원칙이라고 할 수 있기 때문이다.

핸드 공식을 적용할 경우 두 원칙 모두 '사고방지비용 > 사고확률×사고비용'인 경우 방지노력을 하지 않게 되고, '사고방지비용 < 사고확률×사고비용'인 경우라야 방지노력을 하게 되므로, 어떠한 원칙을 적용하더라도 오염자의 오염방지 노력은 동일하므로 사고예방효과 면에서는 차이가 없다.

그러나 과실유무 판단 시 가해자가 사건발생을 방지하기 위하여 얼마나 주의하였는가 하는 주의수준만을 고려하고 행위자체의 수준이나 빈도를 고려하지 않는 경우에는 사고예방효과 면에서 두 원칙 간에 차이가 날 수 있다¹⁵⁾.

만일 오염자의 행위만이 오염사고 발생에 있어 결정적 요인이 되는 경우, 주의의 무만을 과실유무판단의 기준으로 삼는다면 과실책임 원칙 하에서 오염자는 주의의 무만 고려하게 되고 행위수준은 고려하지 않게 된다¹⁶⁾. 반면, 무과실책임 원칙은 오염자가 오염사고의 총비용을 최소화하도록 유도한다. 오염을 절감하는 것이 더 저렴하다고 판단되면, 오염자는 그 비용을 최대한으로 줄이기 위하여 주의의무뿐만 아니라 행위 수준도 동시에 감안하여 가장 비용을 절약하면서 효과적인 오염절감방

14) 이기환, 효율적 환경규제 정책수단 비교 연구, 환경법연구 제26권 1호(2004년), 117~150쪽을 참조하였다.

15) 오염자가 오염방지시설을 설치하고 적절한 환경관리인을 고용하여 오염방지시설을 적절하게 운영하거나 종업원들로 하여금 오염발생을 최소한으로 줄이도록 교육을 시키는 등의 노력을 기울이는 것은 '주의수준을 높이는 방법'에 해당한다. 오염자가 생산활동 자체를 줄이거나 생산공정을 저오염발생 공정으로 전환하는 것은 '행위 자체의 수준이나 빈도를 줄이는 방법'에 해당한다.

16) 행위 자체의 수준이나 빈도를 줄이는 방법을 사용하는 것이 비용도 적게 들고 더 효율적이라 하더라도 오염자는 주의의무의 이행에만 관심이 있기 때문에 행위수준을 낮추는 노력을 할 유인이 없다. 따라서 과다한 오염을 발생시키는 결과가 발생한다.

법을 강구하게 되기 때문이다. 따라서 오염사고의 총비용은 최소화되므로 무과실책임의 원칙이 과실책임의 원칙보다 더 효율적이다.

그런데 피해자가 오염사고를 방지하거나 회피하는 것이 오염자가 오염방지를 하는 경우보다 적은 비용이 소요되거나(최저비용회피자) 오염피해자도 오염사고 발생에 기여할 경우, 무과실책임의 원칙 하에서는 피해자가 오염방지에 노력하거나 오염사고를 회피할 인센티브가 없다. 피해자가 최저비용회피자라면 오염자가 오염사고방지를 위한 비용을 들이는 것보다 피해자가 사고를 방지하는 것이 사회적인 측면에서 효율적이지만, 피해자는 오염방지나 회피노력을 전혀 하지 않게 됨으로써 비효율이 발생한다(도덕적 해이의 문제). 그러나 과실책임 원칙 하에서는 오염자가 적절한 피해방지노력을 기울인 경우 사고에 대한 책임을 벗어나게 되고, 오염사고의 비용은 전액 피해자의 부담으로 된다. 따라서 피해자는 그 부담을 피하기 위하여 사고방지를 위한 효과적인 방법에 노력을 기울이게 된다. 따라서 이 경우에는 과실책임의 원칙이 무과실책임의 원칙보다 더 효율적이다.

한편, 과실책임 원칙과 무과실책임 원칙 모두에서 '범죄자의 딜레마' 문제는 발생할 수 있다고 한다. 과실책임 원칙 하에서 피해자가 합리적인 사람이라면 사고방지노력을 하기 전에 오염자가 사고방지노력을 어느 정도 하고 있는가를 살펴볼 것이다. 만일 오염자가 사고방지노력을 게을리 하고 있다면 피해자는 사고방지노력 없이도 손해배상을 받을 수 있기 때문에 사고방지노력을 기울이지 않게 된다. 이러한 문제는 무과실책임의 경우가 더 크다. 피해자가 최저비용회피자라 하더라도 사고방지노력을 전혀 기울이려고 하지 않기 때문이다. 이러한 범죄자의 딜레마 문제를 해결하는 데에는 피해자에게 과실이 발견되면 가해자의 과실유무를 묻지 않고 가해자의 책임을 면제해 주는 기여과실제도¹⁷⁾나 가해자와 피해자 모두 상당한 주의를 기울이지 않았을 경우 사고손해를 가해자와 피해자가 분담하도록 하는 비교과실책임 원칙이 대안으로 고려될 수 있다고 한다.

2) 실화책임¹⁸⁾

17) 기여과실책임법리는 크게 ① 기여과실항변 과실책임법리, ② 기여과실항변 무과실책임법리, ③ 이중기여과실 무과실책임법리로 세분된다. ① 기여과실항변 과실책임법리란 가해자의 과실이 인정되고, 피해자의 과실은 인정되지 않는 경우에만 가해자가 배상책임을 지는 책임법리를 말하고, ② 기여과실항변 무과실책임법리란 가해자의 무과실책임을 원칙으로 하되 피해자가 주의의무를 다하지 못하였음을 가해자가 항변하여 이를 입증한 경우 가해자의 책임을 면제해주는 책임법리를 말하며, ③ 이중기여과실 무과실책임법리란 가해자가 자신의 주의의무를 다하였으나, 피해자가 주의의무를 이행하지 못한 경우에만 가해자의 책임을 면제해주는 법리를 말한다[양기진, 금융상품의 불완전판매에 관한 구체 법리 연구(하자담보책임법리의 적용을 중심으로), 선진상사법률연구 제64호(2013년), 22~23쪽 참조].

구 실화책임에 관한 법률(2009. 5. 8. 법률 제9648호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 실화책임법'이라 한다)은 "민법 제750조의 규정은 실화의 경우에는 중대한 과실이 있을 때에 한하여 이를 적용한다."고 규정하고 있었다. 구 실화책임법이 실화자에게 중대한 과실이 있을 경우에만 책임을 인정한 것은 실화자와 피해자 사이에 실화로 인한 손실의 분배를 어떻게 할 것인지에 대한 원칙을 세운 것으로 볼 수 있다.

실화책임과 관련하여 어떤 법원칙을 수립하는 것이 타당한지에 관한 검토는 두 단계로 나누어 볼 수 있다고 한다. 첫 번째 단계에서는 잠재적 실화자와 피해자 사이에 누가 더 적은 비용으로 실화발생가능성을 억제할 수 있는가 하는 것이다. 만일 잠재적 피해자가 최소(혹은 최저)비용회피자라면 화재발생으로 인한 손해는 피해자가 부담하는 것이 타당하므로, 과실이 부정된다. 만일 잠재적 실화자가 최소비용회피자라면 두 번째 단계로서 화재가능성, 화재발생시 손해액, 실화예방에 드는 비용 등을 비교형량하게 된다. 즉 화재발생확률을 P , 화재로 인한 손해를 L , 화재예방비용을 B 라고 할 때, $P \times L$ 이 B 보다 큰 경우에 과실을 인정하게 된다.

여기서 사회적 총비용이 최소화되는 잠재적 실화자의 주의수준은 과실책임 원칙이 적용되는 경우에 비해 중과실책임 원칙이 적용되는 경우 더 낮은 수준에서 이루어진다고 한다. 이는 잠재적 실화자의 입장에서 총비용을 최소화하는 주의수준과 사회적 총비용을 최소화하는 주의수준이 서로 다르기 때문에 발생하는 문제이다.

이와 같이 어떠한 책임원칙이 적용되는가에 따라 행위자의 주의수준이 달라질 수 있으므로, 행위자로 하여금 사회적으로 적절한 수준의 주의의무를 이행하도록 유도하기 위한 책임원칙을 수립하는 것이 중요하고, 특히 사회적인 차원에서 행위자의 과실이 인정되는 구체적인 기준을 어떻게 설정할 것인지가 중요한 문제가 된다고 한다.

법경제학적 관점에서 중과실책임을 인정한 구 실화책임법은 피해자의 재산권을 침해하면서까지 이를 정당화할 만한 순기능을 수행하지 못한다는 점이 근본적인 문제로 지적되었고, 중과실책임을 인정하기보다는 민법 제765조 배상액의 경감청구에 관한 규정을 허용하거나 책임보험제도의 활용을 통하여 실화자에게 가혹한 부담이 생기지 않으면서 피해에 대한 보상이 이루어지도록 하는 방법이 더 바람직하다고

18) 고학수, 실화책임에 관한 법률의 법경제학적 분석, 외법논집 27집(2007년), 653~680쪽을 참조하였다.

한다¹⁹⁾.

3) 징벌적 손해배상²⁰⁾

징벌적 손해배상은 불법행위자에 대한 징벌과 악의적 행위의 억지라는 두 가지 목적을 가지고 있는데, 목적을 가장 효율적으로 달성하기 위해 어느 상황에서 징벌적 손해배상이 인정되어야 하는지, 적절한 손해배상은 얼마로 산정되어야 하는지가 징벌적 손해배상에 관한 법경제학적 논의라고 할 수 있다.

예컨대, 어느 기업에서 만든 식품이 불량일 경우 1억 원의 소비자 피해가 발생하는데, 그 기업이 6,000만 원의 비용을 들여 품질관리를 하면 불량식품을 없앨 수 있다고 가정하자. 그런데 소비자 100명 중 20명만 손해배상을 청구하여 2,000만 원의 손해배상만 지불하여야 한다면 기업으로서는 6,000만 원의 품질관리비를 지출하는 것보다 20명에게 손해배상액을 지불하고 불량식품을 계속 생산하는 쪽을 택할 것이다. 이러한 경우 소비자 20명의 손해배상청구에 대하여 5배수(이를 '징벌승수'라고 부른다) 이상에 해당하는 금액을 손해배상액으로 인정한다면 기업은 1억 원을 배상하는 쪽보다 6,000만 원의 품질관리비를 지출하는 쪽을 선택하게 될 것이다.

징벌적 손해배상에 관한 지배적인 법경제학적 이론은 집행오류와 같은 사유로 인해 행위자가 자신의 행위에 대해 책임을 지지 않을 확률이 존재한다면 위의 사례에서 본 바와 같이 순수한 전보배상만으로는 자신의 행위에 대한 합리적인 주의(reasonable care)를 이끌어내기 어려우므로, 전보적 손해배상을 초과하는 추가적인 손해배상, 즉 징벌적 손해배상을 통해 사회가 추가 비용을 행위자에게 귀속시킴으로써 불법행위를 하지 않도록 유도할 수 있다고 한다²¹⁾.

라. 판례에서의 비용-편익 분석

대법원은 개별 사건에서 예견가능성과 결과회피의무의 존부에 관하여 사회평균인의 관점에서 결과발생의 가능성, 피침해이익의 중대성과 주의의무를 부과함으로써 희생되는 이익을 비교형량하여 판단하고 있다. 명시적으로 핸드 공식을 언급하

19) 구 실화책임법 규정에 대하여 헌법재판소는 2007. 8. 30. 선고 2004헌가25결정을 통하여 헌법불합치결정을 하였다. 이에 따라 2009. 5. 8. 법률 제9648호로 전부개정된 실화책임에 관한 법률은 실화자에게 중대한 과실이 없는 경우 법원이 여러 사정을 고려하여 손해배상액을 경감할 수 있도록 규정하는 내용으로 개정되었다.

20) 사법정책연구원, 징벌적 손해배상의 적절한 운영방안에 관한 연구(2019년), 20~22쪽, 박세일 외 6인 공저, 앞의 책, 348~349쪽을 참조하였다.

21) 이러한 이론을 최적 억지(optimal deterrence) 혹은 비용 내부화(loss internalization) 이론이라고 부른다. 여기서 내부화(internalization)란 외부효과(externality)가 발생할 때 조세나 보조금을 통해 어떤 행위가 발생시키는 비용과 편익을 행위자에게 돌아가게 하는 것을 말하고, 외부효과란 어떤 사람의 행동이 제3자에게 의도하지 않은 영향을 주지만 이에 대해 어떠한 대가를 요구하거나 비용을 지불하지 않는 경우를 말한다.

고 있지는 않지만, 핸드 공식에서 사용하는 변수들이 과실 유무의 판단기준으로 등장하는 예들이 있는데, 과실을 인정한 사례와 부정한 사례에 관한 대표적인 판례를 살펴본다.

1) 과실을 인정한 사례(대법원 1995. 8. 25. 선고 94다47803 판결)

헌혈 혈액 전부에 대한 후천성면역결핍증(에이즈) 검사가 의무화되기 이전에 대한적십자사로부터 수혈한 혈액에 의해 에이즈에 감염되어 자살한 망인의 유족이 대한적십자사 등을 상대로 손해배상을 청구한 사건에서, 혈액관리법에 따라 혈액을 관리하는 자가 부담하는 주의의무의 내용과 그 판단 기준이 쟁점이 되었다.

대법원은 『혈액관리법의 관련 규정에 따라 혈액원을 개설하여 수혈 또는 혈액 제제의 제조에 필요한 혈액을 채혈·조작·보존 또는 공급하는 업무는 성질상 전문적인 지식을 요하는 것일 뿐만 아니라 수혈자나 혈액 제제의 이용자 등의 생명·신체에 직접적인 영향을 미치는 것이어서, 만일 그 업무가 적정하게 수행되지 못할 경우에는 국민 보건에 광범위하고도 중대한 위해를 가하게 될 것이 분명하므로, 이와 같은 혈액원의 업무를 수행하는 자는 수혈 또는 혈액 제제의 제조를 위한 혈액의 순결과 공혈자 및 수혈자를 보호하고 혈액 관리의 적정을 기하기 위하여 최선의 조치를 다하여야 할 고도의 주의의무가 있고, 나아가 이러한 주의의무의 구체적 내용과 그 위반 여부를 논함에 있어서는 문제로 된 행위 당시의 일반적인 의학의 수준과 그 행위로부터 생기는 결과발생의 가능성의 정도, 피침해법익의 중대성, 결과회피 의무를 부담함에 의해서 희생되는 이익 등이 함께 고려되어야 한다.』고 판시하였다.

구체적으로 대법원은, 대한적십자사가 이 사건 혈액을 채혈할 당시에 수혈로 인한 에이즈 감염의 구체적 위험성을 예견할 수 있었고, 망인이 수혈을 받을 당시 수혈로 인한 국내 에이즈 감염 확률은 극히 낮은 반면, 헌혈 혈액 전부에 대한 에이즈 검사에 적지 않은 비용이 소요된다는 점을 감안한다고 하더라도, 수혈로 인한 에이즈 감염이라는 결과와 그로 인한 피침해법익의 중대성에 비추어 볼 때, 대한적십자사로서는 헌혈 혈액 전부에 대하여 당시 실행 가능했던 최선의 조치로 판단되는 에이즈 검사를 실시함으로써 이 사건과 같은 에이즈 감염의 결과발생을 회피할 주의의무가 있었고, 혈액관리법에 의하여 대한적십자사에게 헌혈 혈액 전부에 대한 에이즈 검사가 의무화된 시점이 이 사건 혈액의 채혈일 이후부터라고 하여 결론이 달라지는 것은 아니라고 판단하였다.

이 사건에서 핸드 공식이 직접적으로 적용된 것은 아니지만, 핸드 공식의 변수인 결과발생의 가능성의 정도(P), 피침해법익의 중대성(L), 결과회피의무를 부담함에 의해서 희생되는 이익(B)이 과실판단의 기준으로 제시되었다. 대법원은, 결과발생의 가능성(수혈로 에이즈에 감염된 내국인의 수)이 극히 낮고, 결과회피의무를 부담함에 의하여 희생되는 이익(채혈한 혈액 전부에 대하여 검사를 하는 데에 소요되는 비용²²⁾)이 크다 하더라도 피침해이익의 중대성(이용자의 생명·신체への 영향과 국민 보건에 대한 위해)이 더 크다고 보아, 대한적십자사에 과실이 있다고 판단한 것이다.

2) 과실을 부정한 사례(대법원 2001. 11. 9. 2001다54045 판결)

'수영금지' 경고판을 무시하고 국립공원 내 계곡에 들어가 수영을 하다 익사한 망인의 유족이 국립공원관리공단을 상대로 손해배상을 청구한 사건에서, 국립공원 내 위험지역에 대한 이용자 보호를 위한 적절한 보존·관리 방법이 쟁점이 되었다.

대법원은 『국립공원은 자연풍경지 그대로를 보호하는 것이 가장 좋은 보존·관리 방법이므로, 비록 그 곳에 위험한 곳이 있다 하여도 특별한 사정이 없는 한 공원관리자로서는 자연공원법 제36조의2 등에 의하여 이용자의 출입을 제한하거나 일정한 행위를 금지시킴으로써 자연풍경지를 보호하고 이용자의 안전도 도모함이 상당하다.』 고 전제한 다음, 계곡을 관리하는 국립공원관리공단으로서 수영금지 경고판을 설치함으로써 이용자들의 안전을 보호하기 위하여 통상 갖추어야 할 시설을 갖춘 것이고, 경고판을 무시한 이용자들을 제지하기 위해 특이한 지형 구조와 수심을 알리고 각별한 주의를 촉구하는 내용의 경고판을 추가로 설치하여야 할 의무까지는 없다.』 고 판단하면서 손해배상책임을 인정한 원심판결을 파기하였다.

대법원은 국립공원에 경고판을 추가로 설치함에 의하여 희생되는 이익(국립공원의 자연풍광 보호)을 과실 판단의 중요한 요소로 고려하고 있는데, 이는 핸드 공식에서의 B값을 높게 평가한 것이라고 볼 수 있다. 만일 과실을 인정한 앞서의 사례에서와 마찬가지로 피침해이익이 생명이라는 중대한 법익이라는 점을 강조한다면, $B < P \times L$ 이라고 보아 국립공원관리공단에 과실이 있다고 판단할 수도 있을 것이다.

다만, 과실을 인정한 사례에서는 자살한 망인이 수혈로 인한 에이즈 감염 과정에서 어떠한 잘못을 하였다고 볼 수 없는 반면, 이 사건에서는 망인이 수영금지 경고

22) 당시 우리나라에서 채혈한 혈액 전부에 대한 검사에 소요되는 비용은 약 71억 원이었다.

를 무시하고 수영을 하다가 사고를 당하였다는 점에서 망인의 잘못이 사고 발생의 주된 원인이 된 것으로 보이고, 대법원도 이 점을 지적하고 있다.

4. 대상판결의 검토

가. 하자의 인정 여부

이 사건 수영장의 설치·보존상의 하자 유무는 수영장시설이 원고 A와 같은 어린이의 익수사고를 방지할 수 있는 안전성을 갖추었는지에 좌우되고, 이와 같은 안전성 구비 여부는 수영장의 관리자인 피고가 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 위험방지조치를 다하였는지 여부를 기준으로 판단한다.

이 사건 사고는 하나의 수영조 안에 성인용 구역과 어린이용 구역을 동시에 설치한 것에 근본적인 원인이 있다고 볼 수 있다. 어린이가 별도로 설치된 어린이용 수영조에서 물놀이를 하는 경우에 비해 성인용 수영조에서 물놀이를 할 경우 익수사고를 당할 확률이 훨씬 높을 것이다. 그렇다면 수영장 관리자가 이 사건 수영장과 같이 하나의 수영조에 성인용 구역과 어린이용 구역을 동시에 설치한 경우에는 어린이 혼자 성인용 구역으로 일부러 혹은 실수로 들어오는 것을 방지할 수 있는 물리적 안전시설을 설치할 필요가 있다.

원심이 실시한 이 사건 수영장의 안전조치시설을 보면, 성인용 구역 앞에 키 재기 판 설치, 수영장 테두리 부분에 수심 표시, 어린이용 구역과 성인용 구역을 나누는 수면 위 코스로프 설치, 수영장 입구 등에 안전수칙 표지판 설치가 전부이다.

그러나 안전수칙 표지판이나 수심 표시가 원고 A와 같이 어린이에게 충분한 주의환기 역할을 수행할 것으로 기대하기 어렵고, 수면 위에 떠 있는 코스로프 역시 성인용 구역으로 들어가는 어린이의 행동을 방지하기에 부족한 것으로 보인다. 특히 이 사건 수영조의 경우 성인용 구역과 어린이용 구역 경계 부근 바닥이 성인용 구역 쪽으로 길이 약 5m의 경사로 기울어져 있는데, 수중에서 놀던 어린이가 바닥 경사를 따라 성인용 구역으로 들어가게 되는 경우 이를 막을 수 있는 안전시설은 없었던 것으로 보인다. 제1심과 원심이 실시한 바와 같이 원고 A가 입수한 지점이나 사고 경위가 분명하지는 않지만, 이 사건 수영장에 어린이 익수사고 방지를 위한 근본적인 안전시설인 구역 간 차단막 설치나 어린이용 수영장의 분리 설치가 이루어지지 않은 이상 하자를 인정하는 것이 타당한 것으로 보인다.

나. 하자와 사고 사이의 상당인과관계

원심은, 원고 A가 사고를 당하게 된 경위가 분명하지 아니하므로, 설령 이 사건 수영장에 하자가 있더라도 하자와 사고 사이의 인과관계에 관한 증거가 부족하다고 판단하였다.

그러나 원고 A가 어린이용 구역에 입수하였음에도 성인용 구역에서 이 사건 사고를 당하였다면 이는 성인용 구역과 어린이용 구역을 분리하여 설치하지 않은 하자와 사고 사이의 상당인과관계를 인정할 수 있을 것이다. 원고 A가 성인용 구역에 입수하여 사고를 당하였다 하더라도 원고 A가 성인용 구역에 입수하는 것을 차단할 수 있는 물리적 안전시설을 충분히 갖추지 못한 이상 안전시설의 불충분으로 인한 위험성이 이 사건 사고의 발생의 한 원인이 되었다고 볼 수 있다.

이와 같이 이 사건 수영장에 하자가 있음이 인정되고, 그 하자가 원고 A의 보호자들의 과실과 더불어 이 사건 사고의 공동원인이 되므로, 일응 하자와 손해 사이의 상당인과관계는 인정된다고 보고, 인과관계 부존재의 증명책임은 피고가 부담하는 것이 타당하다고 생각한다.

다. 수영장 관리자의 과실 인정 여부

1) 먼저 예견가능성과 관련하여, 이 사건 수영장과 같은 물놀이시설에서의 어린이 익수사고는 충분히 예견가능한 사고이다. 대상판결이 실시한 질병관리본부의 통계자료를 통해서도 수영장에서 어린이 익수사고가 빈번하게 발생하였음을 알 수 있을 뿐만 아니라 피고가 이 사건 수영장에 심폐소생술 교육을 받은 구조요원을 배치한 점이라든가 안전수칙 표지판을 설치한 점 등을 보더라도 어린이 익수사고에 대한 예견가능성은 어렵지 않게 인정할 수 있다.

또한 앞서 본 예견가능성 인정에 관한 이론인 유사선택의 원칙, 총체적 상황 고려의 원칙, 내재하는 위험의 원칙 등에 따르더라도 예견가능성을 인정하는 데에 어려움이 없다.

2) 다음으로 주의의무위반 여부와 관련하여, 주의의무위반을 부정하는 견해는, 어린이의 진입을 금지하는 안내판 등 충분한 시각적 경고조치가 없었다는 판단은 결과책임을 묻는 사후적 평가에 불과하고, 설령 시각적 경고조치가 있었다 하더라도 이 사건 사고를 막을 수 있었는지 의문인 점, 성인용 구역과 어린이용 구역을 한 수영조에 만들어 놓은 것은 가족이 함께 물놀이시설을 이용하도록 하기 위한 복리 목적이지 영리 목적만 있다고 보기 어려운 점, 이 사건 수영장의 경우 보호자 없이 어린이 혼자 성인용 구역에 들어갈 수 없도록 방침이 정해져 있었고, 안내방

송 등으로 그 방침이 시행되었으며, 안전요원들이 어린이가 성인용 구역으로 들어가는 것을 막기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 수영장의 안전조치가 현저하게 조악하다고는 볼 수 없다는 입장이다.

반면, 주의의무위반을 긍정하는 견해는, 어린이의 분별능력, 주의능력, 신체적 특성 등을 감안하여 어린이가 혼자 성인용 구역으로 들어가는 일이 없도록 강화된 관리할 필요가 있었던 점, 구체적인 기준을 제시할 수는 없지만 어린이가 혼자 성인용 구역으로 들어가는 것을 막기 위한 조치가 미흡하였다고 볼 수 있는 점, 이 사건 수영장에 어린이용 구역과 성인용 구역을 함께 만든 취지가 가족단위 이용객을 유인하여 영리를 얻으려는 데에 있다고 볼 수 있으므로, 그에 상응하는 강화된 주의의무를 부담하는 것이 균형에 맞다는 점 등을 이유로 든다.

대상판결은 ① 체육시설법령의 내용과 체계를 보면, 운동시설인 수영장과 편의시설인 어린이용 수영조는 구분설치를 전제로 하고 있는 점, ② 하나의 수영조에 성인용 구역과 어린이용 구역이 함께 있는 경우 어린이 익수사고의 위험성이 크므로, 성인용 구역과 어린이용 구역을 물리적으로 분리하여 사고 위험을 차단할 필요가 있는 점, ③ 성인용 구역과 어린이용 구역을 분리하지 아니함으로 인하여 어린이 익수사고가 발생할 가능성과 그로 인하여 예상되는 피해의 정도를 분리설치에 추가로 소요되는 비용과 비교하면, 전자가 훨씬 더 클 것임을 충분히 예상할 수 있는 점 등을 그 근거로 주의의무위반을 긍정하는 입장을 택하였다.

대상판결이 실시한 ①, ②항의 근거에 대하여는 찬성하나, ③항, 특히 사고로 인하여 예상되는 피해의 정도, 즉 핸드 공식의 구성요소 중 L에 관한 부분은 좀 더 구체적인 논증이 필요한 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

사건으로는 우선 익수사고로 인한 예상피해는 발생 가능한 최대의 피해를 기준으로 판단하여야 한다고 생각한다. 익수사고로 가벼운 피해결과만 발생하는 경우도 있지만 사망과 같은 무거운 피해결과가 발생할 수도 있는데, 실제로 발생한 피해결과만을 기준으로 할 경우 우연한 결과에 따라 과실 인정 여부가 달라지는 것은 불합리하기 때문이다.

다음으로 사고를 회피하기 위한 비용은 일반적으로 금전으로 계산되는 데에 비해, 사고로 인한 피해가 사람의 생명이나 신체의 건강인 경우에는 항상 B보다 $P \cdot L$ 의 값이 더 크다고 평가될 가능성이 높다. 따라서 L의 크기를 평가함에 있어 적절한 수정요소가 필요하고, 그 중 하나로 피해자가 익수사고를 손쉽게 회피할 수 있

었는지 여부가 고려될 수 있다고 생각한다. 즉 피해자가 최소의 비용으로 사고를 방지할 수 있었다면 그렇지 않은 경우와 비교하여 L의 크기를 상대적으로 낮게 평가하는 것이다. 앞서 과실을 인정한 판례의 사례에서는 망인이 병원에서 수혈을 받는 과정에서 에이즈에 감염되는 결과를 스스로 회피할 수 있는 가능성이 매우 낮았던 것으로 보이므로 이러한 경우에는 L의 크기를 높게 평가할 수 있다. 반면, 과실을 부정한 판례의 사례에서는 망인이 경고판의 주의문구에 따라 스스로 위험한 입수행위를 하지 않음으로써 사망을 결과를 손쉽게 회피할 수 있었으므로 이 경우에는 L의 크기를 비교적 낮게 평가할 수 있을 것이다. 대상판결의 사안에서 원고 A는 이 사건 사고 당시 만 6세 7개월 정도의 어린이로서 스스로 위험을 회피할 수 있을 정도의 주의력이나 판단력이 미흡하므로 이러한 경우에는 L의 크기를 높게 평가할 수 있을 것으로 보인다. 이 사건에서 원고 A의 보호자가 제대로 보호의무를 다하지 않은 과실이 큰 것으로 보이기는 하나, 수영장 관리자의 과실 유무를 판단하기 위한 L의 크기를 평가함에 있어서는 원고 A를 기준으로 하고, 보호자의 과실은 피해자측 과실이론에 따라 과실상계를 통한 책임제한의 문제로 해결하는 것이 타당하다고 생각한다.

나아가 앞서 예견가능성에 관한 논의에서 지적한 바와 같이 장래의 해악을 예방할 정책적 필요성이나 보험제도의 보급정도 등도 L의 크기를 수정하는 요소로 고려될 수 있을 것이다.

5. 마치며

대상판결은 과실에 의한 불법행위 사건에 있어 명시적으로 비용-편익 분석의 한 방법인 핸드 공식을 과실 판단의 기준으로 언급하였다는 데에 그 의의가 있다. 핸드 공식은 이제까지 추상적 표현에 머물던 과실 판단 기준을 좀 더 직관적이고 구체적으로 표현함으로써 법경제학적인 관점에서 시설물 관리자가 기울여야 할 주의의무의 한계를 설정하는 데에 유용한 시각을 제공할 수 있다는 측면에서 그 효용성을 찾을 수 있다.

다만, 핸드 판사가 공식을 언급한 해당 사건에서도 특정한 수치를 공식에 적용하여 과실 여부를 판단한 것은 아니고, 대상판결에서도 핸드 공식에 따른 계량화된 분석이 이루어지지 않는다는 점에서 알 수 있듯이 실제 사건에서 핸드 공식을 비롯한 비용-편익 분석에 따라 결론을 내리는 데에는 분명 한계가 있다는 점을 부정

할 수 없다.

불법행위법의 영역에서는 법관의 기준설정이 중요한 의미를 가지는 만큼, 사회적 효용이나 비용을 최적화할 수 있는 주의의무 수준을 설정함으로써 가해자나 피해자로 하여금 가장 합리적인 방향으로 행동하게끔 인센티브를 제공할 수 있다는 법경제학자들의 주장은 충분히 경청할 만하고, 앞으로 다양한 유형의 불법행위 사건에서 비용-편익 분석과 같은 법경제학 이론의 활용과 논의가 활발하게 이루어지기를 기대한다.

[별표]

관련 법령

■ 체육시설의 설치·이용에 관한 법률

제11조(시설 기준 등)

① 체육시설업자는 체육시설업의 종류에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 시설 기준에 맞는 시설을 설치하고 유지·관리하여야 한다.

■ 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙

제8조(체육시설업의 시설 기준)

법 제11조 제1항에 따른 체육시설업의 종류별 시설 기준은 별표 4와 같다.

[별표 4] 체육시설업의 시설 기준(제8조 관련)

2. 체육시설업의 종류별 기준

자. 수영장업

구 분	시 설 기 준
1) 필수시설 ① 운동시설	○ 물의 깊이는 0.9미터 이상 2.7미터 이하로 하고, 수영조의 벽면에 일정한 거리 및 수심 표시를 하여야 한다. 다만, 어린이용·경기용 등의 수영조에 대하여는 이 기준에 따르지 아니할 수 있다. ○ 수영조와 수영조 주변 통로 등의 바닥면은 미끄러지지 아니하는 자재를 사용하여야 한다. ○ 도약대를 설치한 경우에는 도약대 돌출부의 하단 부분으로부터 3미터 이내의 수영조의 수심은 2.5미터 이상으로 하여야 한다. ○ 도약대는 사용 시 미끄러지지 아니하도록 하여야 한다. ○ 도약대로부터 천장까지의 간격이 스프링보드 도약대와 높이 7.5미터 이상의 플랫폼 도약대인 경우에는 5미터 이상, 높이 7.5미터 이하의 플랫폼 도약대인 경우에는

② 안전시설	3.4미터 이상이어야 한다. ○ 물의 정화설비는 순환여과방식으로 하여야 한다. ○ 물이 들어오는 관과 나가는 관의 배관설비는 물이 계속하여 순환되도록 하여야 한다. ○ 수영장 주변 통로의 폭은 1.2미터 이상(핸드레일을 설치하는 경우에는 1.2미터 미만으로 할 수 있다)으로 하고, 수영장로부터 외부로 경사지도록 하거나 그 밖의 방법을 마련하여 오수 등이 수영장으로 새어 들 수 없도록 하여야 한다. ○ 이용자의 안전을 위하여 수영장 전체를 조망할 수 있는 감시탑을 설치하여야 한다. 다만, 호텔 등 일정 범위의 이용자에게만 제공되는 수영장은 감시탑을 설치하지 아니할 수 있다.
2) 임의시설 편의시설	○ <u>물 미끄럼대, 유아 및 어린이용 수영조를 설치할 수 있다.</u>

참고문헌

- 배종근, 공중접객업자의 구내 범죄사고에 대한 손해배상책임의 요건(미국 보통법상의 Premises Liability를 중심으로), 인권과 정의 제353호, 대한변호사협회 (2006년)
- 김정현, 불법행위법의 경제 분석: 표준 모형을 중심으로, 한국법경제학회 법경제학 연구 제10권 제1호(2013년)
- 박세일 외 6인 공저, 법경제학 재개정판(2019년)
- 허성욱, 법의 경제적 분석에 관한 몇 가지 오해에 관한 고찰, 서울대학교 법학 제48권 제4호(2007년)
- 권영준, 불법행위의 과실 판단과 사회평균인, 비교사법 제22권 1호(통권 제68호)(2015년)
- 이기한, 효율적 환경규제 정책수단 비교 연구, 환경법연구 제26권 1호(2004년)
- 고학수, 실화책임에 관한 법률의 법경제학적 분석, 외법논집 27집(2007년)
- 사법정책연구원, 징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구(2019년)
- 양기진, 금융상품의 불완전판매에 관한 구제 법리 연구(하자담보책임법리의 적용을 중심으로), 선진상사법률연구 제64호(2013년)