

【판례분석】

조합원의 단체교섭·단체협약 체결과정에 참여할 수 있는 권리를 침해한 노동조합 대표자의 책임*

— 대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다205908 판결 —

이용인

고려대학교 법학연구원, 민법

leoheart@korea.ac.kr

<국문초록>

노동조합의 대표자는 노동조합을 대표하여 사용자와 단체교섭하고 단체협약을 체결할 권한이 있다. 대다수의 노동조합은 규약에서 대표자가 단체협약을 체결하기에 앞서 조합원 총회를 통하여 조합원에 의해 형성된 의사에 기초하여 단체교섭하고 단체협약을 체결하도록 규정하고 있다. 이는 노동자의 헌법상 권리인 단결권과 노동조합법에서 규정하고 있는 조합원의 노동조합에 참여할 수 있는 권리를 바탕으로 한다. 노동조합의 대표자가 노동조합 규약에 위반하여 조합원의 권리를 무시하고 독단적으로 단체협약을 체결하였다면, 이는 조합원의 조합의사형성과정에 참여할 수 있는 권리를 침해한 것이다. 특별한 사정이 없는 한, 노동조합 대표자의 행위는 조합원에 대하여 불법행위를 구성하며, 노동조합과 노동조합 대표자는 연대하여 참여의 권리에서 배제된 조합원의 비재산적 손해에 대하여 배상할 책임이 있다.

이 평석의 대상이 되는 사건에서 법원은 노동조합 대표자가 규약에 위반하여 조합원 총회를 거치지 아니하고 노사합의를 체결함으로써 조합원들의 조합의사형성과정에 참여할 권리를 침해한 것에 대한 정신적 손해배상을 인정하였다. 그렇지만 노사합의의 결과 조합원들에게 발생한 재산적 손해의 배상에 대하여는 상당인과관계가 없다는 이유로 이를 기각하였다. 외국에서는 이러한 유형의 손해를 “순수경제손해”라 하여 책임을 부인하는 것이 일반적이었다. 순수경제손해의 개념이 낡은 우리 법원도 “간접적이고 경제적 손해”라고 하여 배상을 부정하여 왔다. 그렇지만 순수경제손해라고 하여 모두 손해배상이 부정되는 것은 아니다.

* 심사위원: 최홍엽, 윤애림, 조임영

투고일: 2019.2.10. 심사개시: 2019.2.13. 게재확정: 2019.2.21.

영국법원은 피해자에게 직접적인 의무를 부담하지 않는 변호사의 제3자에 대한 업무상 의무위반으로 피해자에게 발생한 손해에 대하여 손해배상책임을 인정하였다. 우리 법원도 상당인과관계라는 공허한 이론과 손해분담이라는 공평성 이념 뒤에 숨지 말고, 좀 더 신중하게 주의의무의 위반 여부와 보호범위를 따져서 손해배상 여부를 판단하여야 할 것이다. 더군다나 노동조합 대표자의 독단적인 노사합의의 결과가 조합원의 절차적 권리침해를 넘어 재산상의 손해를 발생시키고, 나아가 전 사회적으로 손실을 초래하게 된 이 사건 같은 경우에는 단체협약의 효력에 대하여도 재검토해야 할 것으로 여겨진다.

주제어: 노동조합 대표자, 단체협약, 불법행위, 손해배상, 순수경제손해, 위자료, 상당인과관계

< 차 례 >

- I. 들어가며
- II. 대상판결의 검토
- III. 불법행위법의 보호법익과 과실
- IV. 상당인과관계 비판
- V. 단체협약의 효력에 대하여
- VI. 맺음말

I. 들어가며

현대 사회에서 민주주의는 국가뿐만 아니라 모든 단체의 조직구성 및 운영의 기본이념이 되었다고 할 수 있다. 특히 노동조합의 민주적 구성과 운영은 노동조합의 존립기반이며, 사용자에 대등하게 맞설 수 있는 힘의 원천이기도 하다. 노동조합이 사용자와 교섭하여 단체협약을 체결하고, 경우에 따라서 단체행동을 통하여 사용자를 압박할 수 있는 힘은 노동조합과 조합원의 단결에서 나온다. 노동조합이 외부적으로 사용자와 대등한 지위에서 노동조건 향상을 도모할 수 있는 것은 내부적으로 조합원의 의사를 기초로 노동조합의 의사가 형성되고 결정된다는 노동조합의 조직

· 운영의 민주성이 바탕이 되기 때문이다. 다시 말하여 노동조합의 단결은 자주성과 민주성의 두 기둥에 의해 떠받쳐지고 있다고 할 수 있다.

노동조합이 갖추어야 할 자주성과 민주성에 대하여 ‘노동조합 및 노동관계조정법(이하 노동조합법이라 한다)’은 여러 규정을 두어 규율하고 있다. 제2조 제4호의 노동조합의 정의 및 요건에 관한 규정이나, 제11조의 규약에 관한 규정 및 제14조에서 제27조의 조합운영에 관한 규정들이 그것이라 할 수 있다. 노동조합 민주주의는 조합원이 노동조합의 조직과 운영에 주체적으로 평등하게 참여함으로써 실현될 수 있다. 특히 노동조합의 의사형성과정에서의 비판과 토론의 자유, 그리고 의사를 결정할 수 있는 권리는 매우 중요하다. 그런데 이러한 조합원의 권리가 현실에서는 노동조합 집행부의 독단적 조합운영에 의하여 무시되기도 하고, 소수의견이라는 이유로 참여의 권리를 봉쇄당하여 배척되기도 한다. 이와 같이 노동조합의 의사형성과정에 참여할 수 있는 조합원의 권리를 배제한 채, 노동조합 집행부에 의해 독단적으로 이루어진 의사결정은 노동조합 민주주의에 반하는 것으로 원칙적으로 무효라 할 것이다.

의사형성 및 결정과정에 참여할 수 있는 권리를 침해당한 조합원들을 어떻게 구제할 것인지도 문제이다. 지난해 여름 대법원은 단체협약에 관한 사항에 대하여 총회의 의결을 거치도록 규정한 노동조합 규약에 위반하여 독단적으로 사용자와 노사합의를 한 노동조합 대표자에게 불법행위 책임을 인정하고 권리를 침해당한 조합원의 정신적 손해에 대하여 노동조합과 연대하여 배상하라고 판결하였다.¹⁾ 노동조건에 중대한 영향을 미치는 노사합의는 실질적인 단체협약에 해당하고, 노동조합법이나 노동조합 규약에 위반하여 노동조합 대표자가 독단적으로 단체협약을 체결하는 행위는 조합원의 권리를 침해하는 불법행위에 해당한다는 것이다. 이 판결은 조합원의 권리를 침해한 노동조합 대표자의 손해배상책임을 명시적으로 인정한 최초의 대법원 판례이다.²⁾ 그렇다면 사용자와 노동자뿐만 아니라 노동조합과 대표자, 그리고 조합원이라는 다양하면서도 역동적인

1) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다205908 판결.

2) 이 사건에 앞서 하급심에서 손해배상책임이 인정된 사례로 서울고등법원 2015. 3. 6. 선고 2014나23760 판결이 있다. 이 판결은 대법원 2014. 4. 24. 선고 2010다24534 판결의 파기환송심 판결이다.

노동관계의 문제를 불법행위와 손해배상이라는 민사책임의 측면에서 조망해볼 수도 있을 것이다. 판례가 많은 편은 아니지만, 단체의 대표자가 직무를 수행하며 단체의 내부규율에 위반하여 구성원들에게 손해가 발생한 경우, 지금까지 대법원은 구성원의 손해에 대한 대표자의 책임을 부인해왔다.³⁾ 그렇지만 이 사건에서 우리 법원은 비록 정신적 손해에 한정되었지만, 노동조합 규약에 위반한 대표자의 행위를 불법행위로 보고 단체의 구성원인 조합원들에 대한 책임을 인정하였다. 그렇다면 재산상 손해의 배상에 대하여도 새롭게 검토할 수 있을 것으로 여겨진다. 이하에서는 대상판결을 검토한 후 재산상 손해배상의 문제라는 새로운 측면에서 이 사건을 살펴보기로 하겠다.

II. 대상판결의 검토

1. 기초사실

이 사건의 피고는 주식회사 케이티(KT; 이하 회사라 함)의 직원들을 구성원으로 하여 법인으로登記된 노동조합과 노동조합의 대표자(위원장) 및 집행부 임원들인 사무총장, 사업지원실장, 정책실장, 조직실장이며,⁴⁾ 원고들은 피고 노동조합의 조합원 226명으로 회사에서 명예퇴직한 69명과 배치전환자 157명으로 구성되어 있다.

피고 노동조합은 2014년 4월 8일 회사와 “사업합리화, 특별명예퇴직 및 복지제도 변경(학자금 지원의 폐지와 복지혜택의 축소)”에 대하여 노사합의를 하였다(1차 노사합의). 이 노사합의와 관련하여 피고 노동조합은 조합원 총회를 개최하거나, 또는 다른 방법에 의하여 조합원의 의견을 청취하지는 않았다. 1차 노사합의에 따라 회사는 “2014년 4월 8일 실근속기간 15년 이상인 직원들을 대상으로 같은 달 30일자 특별명예퇴직시

3) 이들 사례들은 회사나 재건축조합과 같은 민·상사법상의 일반 법인을 대상으로 하고 있다는 점에서 노동조합을 대상으로 하는 이 사건과는 차이가 있다.

4) 1심의 피고들이다. 1심피고 중 사무총장, 정책실장, 조직실장 등 3인은 1심에서 책임이 없다는 판결을 받아 항소심과 상고심에서 제외되었다.

행 계획을 공고하는 한편(에초 2014년 4월 10일부터 같은 달 24일까지를 접수기간으로 하였다가 이후 그 기간을 21일까지로 단축하였다), 그 무렵 사업합리화 조치 등에 따라 전국에 소재한 지사의 통·폐합 및 그에 따른 인력 재배치를 실시하였고, 배치되지 못한 인원들에 대해서는 인사고과 등을 반영하여 지역본부에 배치하거나 당시 신설된 업무지원 씨에프티(CFT; Cross Function Team) 부서로 전보하였다.”⁵⁾

이 사건 원고들이 소송을 제기하여 소송계속 중인 2015년 2월 24일 회사와 피고 노동조합은 정년제와 임금피크제 등에 대하여 노사합의를 하였는데(2차 노사합의), 역시 피고 노동조합은 조합원들의 의견을 청취한 바 없다. 한편 피고 노동조합의 규약⁶⁾에 의하면, 조합원은 규약에 따라 동등한 권리를 갖는데(제10조), 조합원의 권리는 “조합의 활동에 동등하게 참여할 권리”(제1항 제1호), “조합운영에 동등한 발언권 및 의결권”(제3호), “기타 조합원으로 권익을 보호받을 권리”(제6호) 등이다. 또한 규약은 “임금협약 및 단체협약 체결에 관한 사항”을 조합원 총회의 의결사항으로 정하고 있으며(제21조 제4호), 제61조 제1항에서는 “본 조합은 단체교섭의 당사자이며, 본 조합이 교섭대표 노조가 되는 경우 위원장은 단체교섭 및 체결권은 있으나 조합원 총회의 의결을 거친 후 체결하여야 한다”라고 규정하고 있다.

이 사건 회사⁷⁾는 2018년 기준 종업원 24,088명(그룹전체 59,757명)에 36개의 계열사를 거느리고, 자산총액이 23조 3349억 2300만원(그룹전체 33조 7176억 4300만원), 전년도 매출액이 17조 3413억 1600만원(그룹전체 27조 1721억 4100만원), 영업이익 9521억 6100만원(그룹전체 1조

5) 서울중앙지방법원 2015. 5. 15. 선고 2014가합35452 판결.

6) 피고 노동조합의 규약은 노동조합의 홈페이지(<http://www.kttu.or.kr>)에 게시되어 있으나, 홈페이지를 비공개로 하여, 조합원이 아닌 외부인은 접근할 수 없도록 운영하고 있다. 이 평석에서 인용되는 노동조합 규약의 규정들은 1심 및 항소심 판결에서 공개된 내용이다.

7) 이 사건 회사에 대한 정보는 금융감독원과 공정거래위원회의 자료를 활용하였다. 금융감독원 전자공시시스템, 2018. 5. 31., “대규모기업집단 현황 공시”, <<http://dart.fss.or.kr/dsaf001/main.do?rcpNo=20180531000296>>, 검색일: 2019. 2. 25.; 공정거래위원회, 2018. 5. 1. 보도자료, “2018년도 대기업집단 지정 현황 발표” <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=7781>, 검색일: 2019. 2. 25.

4361억 7500만원), 당기순이익 4632억 6800만원(8276억 6700만원)에 이르는 재계서열 12위의 대기업이다. 이 사건 회사는 1981년 3월 14일 제정된 ‘한국전기통신공사법’⁸⁾에 의하여 1981년 12월 10일 공기업인 한국전기통신공사로 설립되어 1998년 12월 23일 상장되었고, 2002년 정부보유 주식의 전량매각에 따라 민영화되었다.

피고 노동조합⁹⁾은 1982년 창설되어 한국노동조합총연맹(한국노총)에 속하였다가 1994년 탈퇴하고 이듬해 11월 전국민주노동조합총연맹(민주노총)의 창립멤버로 참여하였으나, 2009년 민주노총을 탈퇴하고 한국노총에 재가입하여 아이티(IT)사무서비스노련에 소속되었다. 그리고 이 사건의 또 다른 피고 노동조합 대표자인 위원장은 2011년 12월과 2014년 11월 선거에서 2차례나 당선되어¹⁰⁾ 2012년 1월부터 2017년 12월까지 제 11~12대 노동조합 위원장을 역임하였으며, 현재는 상급단체인 한국노총 전국아이티(IT)사무서비스노동조합연맹 위원장으로 있다.¹¹⁾ 다른 한편, 2011년 7월 28일 이 회사의 두 번째 노동조합이 설립신고서를 제출함으로써 “새노조”라 불리는 제2노동조합이 설립되었다.¹²⁾

2. 사건의 경과

1차 노사합의에 따른 회사의 조치로 명예퇴직한 직원 중 69명과 업무지원부서로 전보된 직원 중 157명 등 226명의 원고가 피고 노동조합과

8) 한국전기통신공사법은 1997년 10월 1일 폐지되었고, 같은 날 폐지법률의 부칙 제2조에 의하여 한국전기통신공사는 상법상의 주식회사로 전환되었다.

9) 피고 노동조합의 홈페이지(<http://www.kttu.or.kr>)가 비공개로 운영 중이어서 피고 노동조합에 대한 정보는 케이티 전국민주동지회(<http://ilovekt.org>)와 제2노조인 케이티 새노조(<https://humankt.org>)의 자료 등을 통해 재구성하였다.

10) 매일노동뉴스, 2014. 11. 21., “○○○KT노조 위원장 재선—투표 조합원 71.5% 지지 얻어”, <<http://www.labortoday.co.kr>>, 검색일: 2019. 2. 25. 기사원문에는 이름이 기재되어 있으나, 판결문에서 익명으로 처리한 법원의 취지를 존중하여 익명으로 하였다.

11) 전국아이티(IT)사무서비스노동조합연맹, “연맹소개/임원·사무처·회계감사 소개”, <<http://www.fkiou.org/present/executive.php>>, 검색일: 2019. 2. 25.

12) 연합뉴스, 2011. 7. 28., “KT 새노조 설립 신고”, <<https://www.yna.co.kr>> 검색일: 2019. 2. 25.

위원장, 집행부 임원 등을 상대로 노사합의의 무효를 확인하는 한편, 조합원의 권리침해에 대한 정신적 손해배상으로 각 2백만원의 위자료를 청구하는 소송을 제기하였다. 1심법원은 무효확인 청구를 각하하고, 정신적 손해배상청구에 대하여는 배치전환자 157명에게는 30만원, 퇴직자 69명에게는 20만원의 위자료를 인정하는 일부인용 판결을 하였다. 이에 패소한 피고 노동조합과 위원장, 사업지원실장이 항소하였고, 원고들 중 일부 38명은 부대항소로써 재산상의 손해에 대하여 배상청구를 추가하였으나 모두 기각되었다. 피고들이 대법원에 상고하였으나 상고가 기각되었다.

3. 당사자의 주장

원고들은 이 사건의 노사합의가 특별명예퇴직·임금피크제 실시와 복지제도의 축소와 같이 노동조건에 중대한 영향을 미치는 사항을 대상으로 하고 있으므로, 노동조합의 규약에 따라 총회를 열어 조합원의 의사를 수렴하여야 했음에도, 이러한 절차를 거치지 않은 채, 노동조합 대표자와 집행부 임원들이 무단으로 회사와 노사합의를 한 것이라 주장하였다. 그러므로 이 사건의 노사합의는 ① 단체협약 체결과정에서 조합원들의 민주적 참여를 보장한 노동조합법 제16조, 제22조¹³⁾ 및 이 사건 노동조합 규약 제10조¹⁴⁾ 등에 위배되어 무효이고, ② 그 자체만으로도 사회질서 내지 정의관념에 현저히 반하여 민법 제103조에 따라 그 효력이 없으며, ③ 임금피크제에 관한 2차 노사합의는 “피고들이 노동조합 홈페이지를 통해 조합원 총회를 거쳐 임금피크제도 시행방안을 최종적으로 결정하기

13) 노동조합법 제16조는 총회의 의결사항에 관한 규정으로 제1항 제3호에서 “단체협약에 관한 사항”을 총회 의결사항으로 정하고 있으며, 제22조는 조합원의 권리와 의무에 관한 규정으로 “노동조합의 조합원은 균등하게 그 노동조합의 모든 문제에 참여할 권리와 의무를 가진다. 다만, 노동조합은 그 규약으로 조합비를 납부하지 아니하는 조합원의 권리를 제한할 수 있다”고 정하고 있다.

14) 이 사건 노동조합 규약 제10조는 조합원의 권리에 대한 규정으로 “조합원은 본 규약에 따른 동등한 권리를 가진다. 단 규약에 의하지 아니하고는 권리를 제한받지 않으며, 징계를 받은 조합원에 대해서는 규정으로 정하는 바에 따라 권리를 제한할 수 있다”고 하고, 이어 제1항으로 “조합원은 다음과 같은 권리를 갖는다”라고 하여 각호에서 조합원의 권리를 나열하고 있다.

로 공지하였음에도 약속과 달리 또다시 밀실 노사합의를 강행하여 조합원들의 신뢰를 배반하였다는 점에서, 문제가 더욱 심각하다”고 하였다. 이에 원고들은 ① 피고 노동조합이 작성한 2014년 4월 8일자 사업합리화 노사합의서, 특별명예퇴직 시행 노사합의서 및 복지제도변경 노사합의서, 2015년 2월 24일자 정년연장 및 임금피크제 관련 노사합의서가 원고와 피고 사이에 무효임을 확인함과 함께, ② 피고들의 “밀실합의”로 인하여 원고들을 포함한 조합원들의 노동조건이 심각하게 훼손되었기에 피고들은 연대하여 원고들이 입은 정신적 손해에 대한 배상으로 원고 1인당 2백만원의 지급을 청구하였고, 아울러 “학자금 축소와 임금피크제도 실시”에 따른 임금수준 하락 등 이 사건 각 노사합의로 당연히 발생할 것이 예상되는 재산상 손해 또한 위자료의 증액사유로 참작되어야” 함을 덧붙였다. ③ 1심에서 원고들의 청구가 일부인용되자 피고들이 항소하였고, 항소심에서 원고들 중 일부는 부대항소로써 “그동안 지급받아 오던 대학생 자녀들의 학자금을 지급받지 못하게 되는 손해를 입었으므로,” 이에 대한 재산상 손해의 배상을 청구하였다.

이에 피고들은 ① 원·피고 사이에 이 사건 각 노사합의가 무효임을 확인하더라도, 이로써 원고들의 권리관계가 확정된다거나 판결의 효력이 이 사건 회사에 미친다고 할 수 없으므로, 무효확인을 구하는 이 부분은 확인의 이익이 없어 부적법하므로 각하되어야 하며, ② 노동조합이 단체협약을 체결하는 과정에서 조합원 총회의 의결을 거처도록 하는 노동조합 규약의 규정은 노동조합 대표자의 협약체결권을 전면적·포괄적으로 제한하는 것으로서 노동조합법 제29조 제1항¹⁵⁾에 반하여 무효이므로, 피고 노동조합 대표자가 총회의 결의 없이 노사합의를 체결하였더라도, 노사합의가 무효이거나 또는 이에 따른 행위가 위법하다고 평가할 수는 없으므로, 피고들에게 손해배상 책임을 물을 수 없다고 주장하였다. 나아가 피고들은 ③ 이 사건 노사합의와 같이 개별적 사항에 관하여 회사와 상시적으로 체결하는 노사합의는 정기적으로 체결되는 단체협약과는 법적

15) 노동조합법 제29조는 단체교섭 및 협약체결권한에 관한 규정으로, 제1항에서 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”고 하여 원칙적으로 대표자에게 교섭 및 협약체결권한이 있음을 규정하고 있다.

성질을 달리하는 것이며, 이 경우에도 조합원 총회를 거칠 것을 요구하는 것은 노동조합 대표자의 협약체결권을 전면적·포괄적으로 제한하는 것이므로 피고들에게 규약위반의 불법행위 책임이 성립하지 않는다고 주장하였다. 또한 상시적인 노사합의는 관행적으로 조합원 총회의 의결 없이 체결하여 왔으므로, 조합원 총회를 거쳐야 한다고 하더라도 피고들에게 위법행위에 대한 고의·과실이 인정되지 않는 데다 상시적인 노사합의는 조합원 총회의 묵시적인 수권이 존재한다고 보아야 하며, 이 사건 각 노사합의의 체결은 조합원 총회를 거치지 않는 아니하였지만, 노동조합 내부의 의견수렴절차를 충분히 거쳤으므로 조합의사 형성과정에 참여할 원고들의 절차적 권리를 침해하였다고 볼 수 없다고 하였다. ④ 그리고 항소심에서 추가된 재산상 손해배상 청구에 대하여는 피고들의 절차위반행위와 원고들이 학자금을 지급받지 못한 손해 사이에는 상당인과관계가 없으므로 원고들의 재산상 손해배상 청구는 부당하다고 주장하였다.

4. 법원의 판단

이 사건에서 법률적 쟁점은 ① 노동조합과 회사 사이의 노사합의가 단체협약에 해당하는지, ② 노사합의가 단체협약이라면 단체협약 체결을 위하여 조합원 총회를 거치도록 정한 노동조합 규약에 위반하여 단체협약을 체결한 노동조합 대표자의 행위가 조합원 권리 또는 법익을 침해하는 불법행위를 구성하는지, ③ 불법행위가 성립한다면 손해배상의 범위는 어떻게 획정할 것인지에 있다.

1심과 항소심, 그리고 상고심 모두 이 사건 노사합의가 노동조합법과 노동조합 규약에서 조합원 총회의 의결을 거치도록 규정한 단체협약에 해당한다고 판단하였다. 그리고 노동조합의 대표자가 조합원의 의사를 결집하고 이를 반영하기 위하여 마련된 노동조합법과 노동조합 규약에서 정한 절차를 무시하고, 조합원의 노동조건에 영향을 미치는 사안에 대하여 사용자와 단체협약을 체결하여 그 효력이 조합원에게 미치게 된다면, 이는 조합원의 단결권과 노동조합의 의사형성 과정에 참여할 수 있는 권리를 침해하는 불법행위가 된다고 보았다. 조합원의 절차적 권리 침해에 대하여 정신적 손해배상으로 원고가 청구한 위자료 금액 중 일부를 인용

하고, 부대항소로 청구된 재산상 손해에 대하여는 상당인과관계가 없음을 들어 기각하였다. 1심 판결에 대해 피고가 항소하였고, 항소가 기각되자 상고하였으나, 역시 기각되었다.

III. 불법행위법의 보호법익과 과실

1. 손해개념과 규범적 판단

불법행위가 성립하여 가해자에게 배상을 청구하기 위해서는 무엇보다도 먼저 손해가 발생하였다는 사실이 인정되어야 한다.¹⁶⁾ 이 사건에서 법원은 노동조합 대표자의 규약위반행위에 대하여 불법행위의 성립을 인정하면서 원고들에게 정신적 손해에 대하여 배상할 것을 판결하였으나, 재산상 손해에 대하여는 배상을 부인하였다. 법원은 노동조합 규약을 위반한 대표자의 행위가 조합원의 권리를 침해하는 과실행위에 해당한다며, 불법행위 책임의 성립에 대한 문제로 이를 검토하였고, 위자료의 산정이나 재산상 손해의 배상에 대하여는 손해배상의 범위에 관한 문제로 검토하고 있다.

손해의 문제는 불법행위법이 무엇을 보호하려 하는지에 관한 물음이라 할 수 있다. 독일민법은 제823조 제1항¹⁷⁾에서 “생명, 신체, 건강, 자유,

16) 불법행위의 성립을 위하여 ① 고의·과실 ② 위법성 ③ 인과관계 ④ 책임능력의 네 가지 요건이 필요하다(곽윤직, 채권각론 재진정판(박영사, 1992), 627쪽). 불법행위의 성립요건을 이렇게 이해하면 손해는 불법행위 성립의 전제라 할 수 있다. 그런데 손해나 손해의 발생을 불법행위의 성립요건에 추가하여 이해하기도 한다(이은영, 채권각론 제3판(박영사, 1999), 762-773쪽; 김상용, 불법행위법(법문사, 1997), 92-94쪽; 이상훈, 곽윤직 편집대표, 민법주해[XVIII] 채권(11)(박영사, 2005), 227-229쪽). 이들 견해는 손해와 불법행위의 관계에 대하여 서로 다른 태도를 보이기는 하지만, 현실에서 차이가 두드러지는 것은 아니다.

17) BGB(Bürgerliches Gesetzbuch) § 823 Schadensersatzpflicht (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (독일 민법 제823조 [손해배상의무] ① 고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는 이로 인하여 타인에게

소유권 또는 기타의 권리”라 하여 불법행위법의 보호범익을 제한적으로 열거하고 있다. 또한 독일민법 초안의 영향을 받은 일본민법 제709조¹⁸⁾는 불법행위의 성립을 “권리침해”로 규정하였다. 그러나 곧바로 불법행위법의 보호범위가 너무 협소하다는 현실적 문제와 비판에 직면하게 되자 판례¹⁹⁾에 의하여 권리침해 요건을 법률상 보호되는 이익의 침해로 확장하였다.²⁰⁾ 이와 달리 1804년에 제정된 프랑스민법 제1382조²¹⁾²²⁾와 제1383조²³⁾는 권리침해나 법익침해와 같이 제한적으로 표현하지 않고, 우

발생한 손해를 배상할 의무를 부담한다.)

18) 현행 일본민법 제709조는 “불법행위로 인한 손해배상(不法行為による損害賠償)”이라는 표제하에 “고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다(故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う)”라고 규정하고 있다. 여기에서 “또는 법률상 보호되는 이익(又は法律上保護される利益)”은 2004년 민법개정에서 추가되었다.

19) 大審院 大正11. 11. 28. 民集 4卷 670頁. 이른바 “다이가쿠유(大学湯)” 사건.

20) 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구(고려대학교 박사학위논문, 2006), 32-35쪽.

21) Article 1382 “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. (타인에게 손해를 야기하는 인간의 모든 행위는 자신의 과책으로 그 손해가 발생한 자로 하여금 이를 배상하도록 의무를 지운다.)”

22) 프랑스 법령, 판결, 조약 등의 온라인제공서비스를 목적으로 프랑스 정부에서 운영하는 “레지프랑스” 웹사이트(www.legifrance.gouv.fr)의 검색결과에 의하면 불법행위에 관한 제1382조는 2016년 2월 10일 오르도낭스 제2016-131호로 개정되었는데(Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2), 내용의 변화는 없이 조번호만 제1240조로 옮겨졌고, 제1383조는 제1241조로 옮겨졌다. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=67FF5835018072D0210248D210BE6B92.tplgfr36s_2?idSectionTA=LEGISCTA000032021488&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190301> 검색일: 2019. 2. 25. 프랑스민법 제정 200주년을 지나면서 민법개정에 대한 논의가 활발하였고, 불법행위법의 개정에 대하여도 여러 개정안이 제출되었으나, 불법행위법은 민법(채권법)의 구성체계의 변화에 맞춰 조문의 번호가 바뀌었을 뿐 내용의 변화는 없었던 것으로 여겨진다. 프랑스 불법행위법의 개정논의에 대하여는 김성수, “프랑스민법전의 불법행위법의 최근 개정동향과 우리민법의 시사점: 불법행위법 개정안의 주요내용과 그 비교법적 연구를 중심으로”, 법학연구 제26권 제1호(충남대학교 법학연구소, 2015.4.), 179-208쪽.

23) Article 1383 “Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non

리 민법과 같이 “손해(dommage)”라고만 규정하고 있다. 프랑스민법에서 손해는 이익의 침해를 의미하는데, 우리 민법과 같이 법적으로 보호를 받는다는 규범적 판단은 요구되지 않고, 사실적 침해만으로 충분하다.²⁴⁾

우리 민법의 전통적 견해에 의하면 손해는 “법에 의하여 보호되는 생활이익 즉 법익에 관하여 받은 불이익”을 가리키는데²⁵⁾ “만일에 가해원인이 없었다고 한다면 있었어야 할 이익상태와, 가해가 이미 발생하고 있는 현재의 이익상태와의 차이”라고 설명된다.²⁶⁾ 이와 같이 법적으로 보호받는 이익, 또는 법적으로 보호받을 가치가 있는 이익이 침해된 경우를 손해로 규정함에 따라 불법행위의 성립문제는 처음부터 침해된 이익이 법적으로 보호받아야 하는지에 대한 규범적 판단에서 시작되고 있다. 그런데 불법행위의 성립여부를 다투는 첫 단계에서부터 규범적 판단을 한다는 것은 매우 어려운 문제이다. 침해된 이익이 법적으로 보호를 받는지 여부는 결국 불법행위가 성립하는지 여부에 달려있는 것인데, 이러한 불법행위의 성립여부를 이익의 법적 보호여부에서부터 묻고 있는 것이다. 다시 말하여 불법행위의 성립여부를 따지기 위해서는 행위자에게 의무를

seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. (모든 사람은 그의 행위로 인하여 야기된 손해뿐만 아니라 자신의 태만 또는 부주의로 인하여 야기된 손해에 대해서도 책임을 져야 한다.)”

24) 박수근, “프랑스 민법상 손해의 개념: 손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로”, *재산법연구* 제29권 제1호(한국재산법학회, 2012.5.), 3-4쪽.

25) 곽윤직, *채권총론* 제6판(박영사, 2003) 106쪽; 김상용, *채권총론 개정판*(법문사, 2002), 154쪽; 김형배, *채권총론* 제2판(박영사, 1999), 238쪽; 이은영, *채권총론 개정판*(박영사, 2002), 262쪽.

26) 곽윤직, 위의 책, 106쪽. 이와 같은 비교를 통하여 손해를 인식하는 방법을 차액(Differenztheorie) 또는 차이설이라 한다. 판례 역시 “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 그것은 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해의 형태와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해의 형태로 구분된다”고 하여 차액설의 태도를 취하고 있다(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다53372 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 등). 차액설에 대하여 손해를 인식하거나 평가하는 방법으로 현실적 손해설 또는 구체적 손해설이 주장되고 있는데, 이 주장에 의하면 손해는 구체적 당해 채권관계의 내용에 비추어 개별적으로 인식되어야 하며, 추상적 또는 총괄적으로 인식되어서는 안될 것이라 한다(김형배, 위의 책, 241-242쪽).

부과하는 규범의 존재를 발견하여야 하고, 행위자가 그러한 의무에 위반하여 행위를 했음이 밝혀져야 하며, 그로 인하여 이익의 침해가 발생했다는 사실이 드러나야 한다. 과실과 위법성, 인과관계가 분명하게 밝혀진 이후에 불법행위의 성립여부를 판단할 수 있고, 또한 그런 과정을 거친 후에야 침해된 이익의 법적 보호를 논할 수 있게 된다는 것이다. 그럼에도 불법을 판단하는 첫 단계에서부터 침해된 이익의 법적 보호여부를 묻는다는 것은 전형적인 순환논증이다. 형식논리로는 밝혀낼 수 없다는 의미이다. 사실상 이 문제는 침해된 이익이 법적으로 보호를 받을 수 있는 가라는 적극적 규범판단의 문제가 아니라, 침해된 어떠한 특정한 이익을 법의 보호범주에서 배제시키려는 소극적 판단의 문제이다. 다시 말하여, 불법행위가 문제가 되는 개별적 사안에서 피해자의 침해된 이익이 법적으로 보호되어야 하는지를 구체적으로 검토하는 것이 아니라, 책임의 성립을 부정하거나, 침해된 이익을 손해배상의 테두리 밖으로 내치기 위해서 동원된 도구라는 것이다. 따라서 법이 보호하지 않는 이익으로 판단이 내려지면 불법행위 성립의 중요한 문제인 고의·과실, 위법성, 인과관계에 대하여는 더 이상 판단하거나 해명할 필요 없이 곧바로 손해배상을 부정할 수 있게 된다.²⁷⁾

2. 간접적·경제적 손해, 그리고 기대이익

노동조합 대표자가 규약에 위반하여 조합원에게 손해를 입힌 이 사건과 같이 단체의 대표자가 내부적 규율에 위반하여 구성원에게 재산상의 손해를 입힌 경우, 지금까지 우리 법원은 이와 같은 손해를 불법행위로 인한 손해배상의 대상이 되지 않는다고 판단하여 왔다. 외국에서는 이러한 유형의 손해를 “순수경제손해(pure economic loss)”의 문제로 다루는데, 순수경제손해라는 개념이 낯선 우리 법원은 “간접적이고 경제적인 손해”라고 지칭해왔다. 판례가 많지 않아 이 용어가 독립적인 법개념으로 사용되는 것인지, 아니면 손해의 성격에 대한 서술에 불과한 것인지 아직

27) 불법행위법의 법익보호라는 문제의 중심에는 순수경제손해가 자리 잡고 있는데, 순수경제손해란 결국 손해배상책임을 부정하여 불법행위법의 법익보호의 한계를 설정하는 기능을 담당한다고 할 수 있다.

까지 판단하기에 이르지만, 손해배상이 허용된 사례는 극히 드물다. 대법원 판례로 확인되는 사례가 5건²⁸⁾인데 이 중 배상이 허용된 것은 1건²⁹⁾에 불과하고, 나머지는 모두 발생한 손해가 “간접적이고 경제적”이라는 이유로 손해배상이 부인되었다.

대법원은 회사 대표기관의 불법행위로 주주의 경제적 이익이 침해된 경우 이와 같은 “간접적 손해”는 배상받을 수 없다고 판결하였다.³⁰⁾ 회사의 대표이사가 회사의 금원을 횡령하여 회사의 재산을 감소시킨 경우, 대표이사의 횡령행위는 회사에 대하여 불법행위를 구성한다. 따라서 대표이사는 회사에 대하여 손해배상책임을 지게 된다. 그렇지만 회사에 발생한 손해가 경제적으로 자신에게 귀속된다는 사유만으로 주주가 직접 회사와 대표이사에 대하여 자신의 주식인수액 상당을 손해로 하여 배상을 구할 수 없으며, 대표이사의 금원횡령이 곧바로 주주와의 관계에서 일반 불법행위가 된다고거나 회사의 불법행위로 되는 것도 아니라고 판단하였다. 이와 유사한 사례로 회사의 이사가 회사의 대출금을 횡령한 사건에서도 역시 “주주임을 전제로 하는 원고의 경제적 이익이 결과적으로 침해되는 손해를 입혔다 하더라도 이는 간접적인 손해에 불과하므로 원고로서는 손해배상을 구할 수 없다”고 판단하였다.³¹⁾

재개발조합의 조합장이 시공사에 공사비를 과도하게 인상하여 줌으로써 조합원들이 부담하게 될 비용이 증가되었다는 취지로 재개발조합을 피고로 하여 그 증가액에 대하여 손해배상을 청구한 사건에서 법원은 위 판례들과 마찬가지로 이유에서 손해배상을 청구할 수 없다고 판결하였다.³²⁾

다른 사례로 토지구획정리조합의 조합장과 이사들이 조합의 채권자에게 청산금을 적게 줄 숨은 의도로 낮은 감정가격을 기준으로 환지청산금을 정하는 결의를 하고 그에 따라 환지처분 업무를 수행하여 조합의 채권자들에게 조합과의 위수탁도급대금을 제대로 받지 못하게 하는 손해를

28) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다19384 판결; 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000다5817 판결; 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다29661 판결; 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011다3268 판결 등.

29) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011다3268 판결.

30) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결.

31) 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다29661 판결.

32) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다19384 판결.

입힌 경우에, 판례³³⁾는 “환지청산금의 결정이 포함된 환지처분 그 자체가 위법한 것이 아닌 이상, 그 환지처분으로 인하여 원고가 위 조합과의 위수탁도급대금을 완제받지 못하는 결과에 이르렀다고 하더라도, 그러한 원고의 손해는 간접적이고도 경제적인 것에 불과하여 위 환지청산금의 결정에 관여한 위 피고들의 행위가 원고에 대한 관계에서 불법행위로 될 수는 없다”고 한다.

법원이 모든 사례에서 손해배상을 부인한 것은 아니다. 주택재개발조합이 조합원의 종전 자산가액을 잘못 산정하여 조합원들이 넓은 면적의 아파트를 배정받을 수 있었음에도, 이보다 좁은 면적의 아파트를 배정받게 된 사건에서는 손해배상이 인정되었다. 판례³⁴⁾는 “주택재개발조합인 피고가 조합원인 원고들의 종전 자산 가액을 잘못 산정한 나머지, 원고들을 23평형 아파트를 배정받을 조합원으로 취급함으로써 원고들이 33평형 아파트를 배정받을 권리가 침해되고, 그 권리침해 당시를 기준으로 일반 분양가격과 주위 유사 아파트의 시세 등을 종합적으로 고려한 33평형 아파트의 평균적인 객관적 가치가 33평형 아파트의 평균적인 조합원분양가격을 초과하고 있었다면, 원고들은 33평형 아파트 배정에서 배제됨으로써 그 차액 상당의 경제적 손실을 입게 된 것”이라며, “피고의 분양기준가액 산정 잘못으로 말미암아 33평형 아파트 동·호수 추첨에 참여하여 아파트를 배정받을 기회를 잃었으므로, 동·호수 추첨 당시 33평형 아파트를 배정받을 수 있는 조합원 권리의 거래가격과 원고들이 실제로 배정받은 23평형 아파트를 배정받을 수 있는 조합원 권리의 거래가격 사이의 차액 상당”이 원고들이 입은 손해이며, “33평형 아파트 대신 배정받은 23평형 아파트의 객관적 가치가 23평형 아파트의 조합원분양가격을 초과함으로써 얻은 이익이 있으면 이를 공제한 금액이 원고들이 입은 종국적인 경제적 손실에 해당하며, 이러한 경제적 손실은 33평형 아파트를 배정받을 권리의 침해로 인한 통상의 손해에 해당한다”고 판단하였다. 이 사건에서 원고들은 좀 더 넓은 아파트를 배정받을 수 있었던 기회를 상실하였는데, 법원은 이와 같이 원고들이 상실한 기회 또는 기대의 이익을 법이 보호

33) 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000다5817 판결.

34) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011다3268 판결.

하는 이익으로 판단하였다. 앞의 사례들과 달리 이 사건에서 원고들은 23평형이든, 33평형이든 아파트를 배정받을 “권리”가 있었는데, 이러한 권리를 일종의 물권적 기대권³⁵⁾으로 파악하여, 배정받지 못한 33평형과 실제로 배정받은 23평형의 차이만큼 기대이익을 상실한 것으로 판단한 것으로 여겨다.

이 사건에서 조합원들은 아파트를 배정받아 소유함으로써 소유권(물권)을 취득하게 된다. 아파트 소유권을 취득하기 전에 아파트를 배정받을 수 있는 권리는 물권취득에 대한 일종의 기대권이며, 조합원(사원)이 주택재개발조합(사단법인)에 대하여 갖는 권리이다.³⁶⁾ 법인의 임원이 직무수행에 요구되는 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 구성원의 권리를 침해하여 재산상의 손해를 입힌 경우에 법인과 임원은 구성원의 손해를 배상하여야 한다(민법 제35조 제1항)³⁷⁾. 따라서 직무수행에 요구되는 주의의무를 위반하여 조합원의 권리를 침해한 노동조합 대표자는 노동조합과 함께 조합원의 손해를 배상하여야 한다. 침해된 조합원의 권리가 절차적 권리라는 이유로 정신적 손해배상만을 허용하고, 재산상의 손해배상을 부인할 수는 없다. 또한 조합원들이 입게 된 재산상의 손실이 자녀의 대학 학자금을 지원받을 수 있는 기회 상실이라는 점에서 이러한 이익이 불법행위법에 의한 법익보호의 대상이 될 수 있는지 좀 더 면밀하게 검토

35) 물권적 기대권(dingliches Anwartschaftsrecht)은 “물권취득을 위한 요건을 완전히 갖추지 못하고 일부의 요건만을 갖춘, 완전한 물권의 전 단계에 있는 법적 지위”를 말한다. 김상용, 물권법 전정판(법문사, 1999), 39쪽.

36) 불법행위의 피해자가 입은 손해가 순수경제손해에 해당하더라도 피해자의 권리가 침해된 경우에는 손해배상책임을 부인할 수 없다. 이와 같은 유형의 대표적인 사례는 특허권·저작권 등의 지식재산권이 침해된 경우이다. 그밖에도 경제적 침해를 목적으로 하는 고의적인 불법행위나 채무불이행(계약위반)의 경우에도 순수경제손해의 배상은 문제되지 않는다. 이와 같은 책임유형에서 침해되는 이익은 순수하게 경제적이고, 책임은 순수한 경제적 성격의 이익 침해를 전보하기 위한 목적으로 인정되었기 때문이다. John Hodgson/John Lewthwaite, *Tort Law*(Oxford University Press, 2004), 117쪽.

37) “법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.” 사단법인의 구성원이 불법행위의 피해자가 되는 때에는 민법 제35조에서 규정하고 있는 “타인”에 해당될 수 있음은 물론이다.

되어야 한다. 조합원들의 재산적 손실은 대학학자금 등의 지원중단이었고, 이는 궁극적으로 급여의 감소라는 형태로 나타난다. 이와 같은 대학학자금이 비록 복리후생적 급여로 임금에 해당하지 않는다³⁸⁾고 하지만, 이 역시 노동관계에 기초하여 지급되는 금품으로서 노동자에게는 임금에 준하는 채권이라 할 수 있다. 근로기준법 제38조는 임금이나 재해보상금, 그리고 노동관계에서 발생하는 채권은 담보물권에 의하여 담보된 채권을 제외한 다른 채권보다 우선하며, 최종 3개월분의 임금과 재해보상금은 담보물권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금, 다른 채권에 우선한다고 규정하고 있다. 이를 “임금우선택권”³⁹⁾이라고도 부르는데 물권에 우선하는 임금채권의 효력을 인정하는 것이다. 그렇다면 법이 임금채권에 물권보다 우선하는 효력을 부여하였고, 이 사건에서 문제가 되는 대학학자금이 임금에 준하는 급여라면, 이와 같은 이익에 대한 보호 역시 물권(절대권)에 대한 보호에 준하여 이루어져야 하는 것이 아닌가? 다시 말하여 대학학자금 지원이 중단되는 바람에 입게 된 조합원들의 재산상의 손해는 일종의 물권적 기대권의 침해와 동등한 위치에서 다루어질 수 있다는 것이다. 이는 임금채권이나 대학학자금 지원 급여의 성질이 물권적이라는 것이 아니라, 노동자들의 급여나 급여에 대한 기대의 법적 성질이 채권적이라는 이유로 불법행위법에 의한 법익보호의 순위⁴⁰⁾에 있어서 낮은 순위로 밀려서는 아니 된다는 의미이다. 사람의 생명이나 신체, 건강은 다른

38) 김형배, 노동법 제20판: 전면개정증보판(박영사, 2011), 345쪽; 박홍규, 노동법론 제2판(삼영사, 1998), 401쪽.

39) 박윤직, 물권법 제7판(박영사, 2008), 20쪽; 김상용, 물권법, 44쪽.

40) European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*(SpringerWienNewYork, 2005), Art. 2:102. 유럽불법행위법원칙(이하 “PETL”로 약칭)은 제2:102조에서 불법행위법의 보호이익에 대하여 6개항에 걸쳐 규정하고 있는데, 제1항은 “이익의 보호범위는 이익의 성질에 의한다; 이익의 가치가 높을수록, 이익의 정의가 정밀할수록, 그리고 이익이 명백할수록 이익의 보호범위는 더 확장된다(The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection)”고 규정하고 있으며, 제2항은 “생명, 신체적 또는 정신적 불가침성 및 인간의 존엄과 자유는 가장 광범위한 보호를 받는다(Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection)”라고 규정하고 있다.

무엇보다 우선하는 불법행위의 보호법익이다. 그런데 노동자에게 지급되는 급여가 비록 금전적·경제적 이익의 형태를 띠고 있지만, 이 급여는 노동자의 생명, 신체, 건강의 완전성을 유지하는 원천이 된다. 그렇다면 노동자의 급여에 대한 보호는 노동자의 인격적 이익(절대권)에 대한 보호에 버금가야 한다고 할 수 있다.

3. 순수경제손해

이 사건 원고들이 입은 재산상의 손해는 일종의 순수경제손해라고 할 수 있다. “순수경제손해(pure economic loss)”⁴¹⁾는 “물리적 손실의 직접적 결과로 발생하지 않은 재정적·금융적 손실(financial loss which is not the direct result of physical loss)”⁴²⁾로서 물리적 손실의 직접적 결과에 기인하여 발생하는 부수적 경제손해(consequential economic loss)와 구별된다.⁴³⁾ 일반적으로 불법행위법은 가해자에 의하여 야기된 실질적 또는 물리적 손해와 이에 수반하는 경제적 손해의 배상은 허용되었으나, 물리적 손실에 기인하지 않은 순수경제손해의 배상은 허용되지 않았다.⁴⁴⁾

41) 순수경제손해는 “순수재산손해(reine Vermögensschaden)”라고도 한다. 국내에서는 “순수” 또는 “순수한”, “경제”나 “재산”, “경제적”, “재산적”, “손해” 또는 “손실” 등 단어의 번역가능한 형태들을 서로 조합하여 순수한 경제손해, 순수경제적 손해 등과 같이 다양하게 불리고 있다. “순수경제손해”는 하나의 단일한 법개념으로 다루는 것이 마땅하다고 판단하여 붙여쓰기로 한다.

42) Hodgson/Lewthwaite, *Tort Law*, 117쪽; PETL Art. 2:102. Comments 9.; Cees van Dam, *European Tort Law*(Oxford University Press, 2006), 711-712쪽. 순수경제손해의 용어 및 개념정의 방법에 대하여는 Vernon Valentine Palmer/Mauro Bussani, *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law* (Routledge·Cavendish, 2008), 9-11쪽; Willem H. van Boom/Helmut Koziol/Christian A. Vitting(eds.), *Pure Economic Loss: Tort and Insurance Law Vol.9* (Edited by the European Center of Tort and Insurance Law), SpringerWien NewYork, 2004. 2-4쪽.

43) Alastair Mullis/Ken Oliphant, *Tort, Third Edition*(Palgrave MacMillan, 2003), 57쪽; Michael A. Jones, *Textbook on Torts, Fifth Edition*(Blackstone Press Limited, 1996), 104쪽.

44) 이와 관련된 교과서적인 사례는 극장공연이 예정된 가수가 운전자의 부주의한 운전으로 인하여 발생한 교통사고로 공연이 취소되었고, 극장주는 공연의 취소

순수경제손해는 계약책임이나 사기, 공갈, 채권침해와 같은 경제적 불법 행위의 협소한 범위 내에서만 배상받을 수 있을 뿐, 과실불법행위에 있어서 예외적인 경우를 제외하고는 일반적으로 배상받을 수 없었다.⁴⁵⁾

우리 민법은 “순수경제손해”라는 개념이나 법리에 모두 낮설다. 그 원인은 우리 민법의 발전과정에서 찾을 수 있다. 우리 민법 제750조는 내재적인 법발전에 의하여 형성된 결과가 아니라 우리의 의지와 무관하게 이루어진 서구법의 강제적 도입과 적용과정에서 형성되었다는 점에서 서구법이 역사적·필연적으로 거쳐야 했던 법발전의 단계를 생략한 채, 동시대의 법발전의 성과만을 옮겨온 것이라 할 수 있다. 불법행위법의 발전 과정에서 일반적 주의의무의 발견과 정착, 다시 말하여 과실불법행위의 정립과 일반화는 필연적으로 순수경제손해에 어떻게 대응해야 하는지 난관에 봉착하게 되었고, 유럽 여러 나라들은 나름대로의 방식으로 이 문제에 대응하였다.⁴⁶⁾ 불법행위에 관한 독일민법 제823조 제1항이 개별적 열거주의를 취하고 있는 것도 순수경제손해에 대한 배상을 제한하려는 취지로 이해할 수 있다.⁴⁷⁾

로 예상되었던 수익을 얻지 못하게 된 경우이다. 교통사고를 당한 가수는 가해자인 운전자로부터 자신의 손해를 배상받을 수 있으나, 공연수익을 얻지 못한 극장주의 손해는 가해운전자에게 배상청구할 수 없다.

45) Hodgson/Lewthwaite, *Tort Law*, 117쪽.

46) 순수경제손해에 대한 비교법적 고찰로 van Boom/Kozioł/Vitting(eds.), *Pure Economic Loss*는 프랑스(Christophe Radé/Laurent Bloch, 41-47쪽), 이탈리아(Riccardo Omodei-Salè, 48-55쪽), 일본(Kunihiko Okubo, 56-61쪽), 스페인(Miquel Martín-Casals/Jordi Ribot, 62-76쪽)과 커먼로법계(Christian Witting, 102-140쪽)와 대륙법계(Helmut Kozioł, 141-161쪽); Palmer/Bussani, *Pure Economic Loss*는 일본(Yoshihisa Nomi, 71-87쪽), 크로아티아(Marko Baretic/Saša Nikšić, 88-113쪽), 퀘벡(Daniel Jutras, 114-133쪽), 미국(David Gruning, 134-165쪽), 캐나다(Joost Blom, 166-185쪽), 이스라엘(Tamar Gidron/Boaz Shnoor, 186-217쪽), 남아프리카(Max M. Loubser, 218-257쪽), 폴란드(Tomasz Pajor, 258-281쪽), 덴마크(Kristina Maria Siig, 282-330쪽); Mauro Bussani (Editor), *European Tort Law—Eastern and Western Perspectives*(Stämpfli Publishers Ltd. Berne, 2007)은 미국과 미국이외의 커먼로 시스템으로서 오스트레일리아, 뉴질랜드, 캐나다, 영국(Jane Stapleton, 225-232쪽), 크로아티아(Igor Gliha/Marko Baretic/Saša Nikšić, 249-293쪽), 오스트리아(Wilibald Posch, 295-311쪽), 체코(Luboš Tichý, 313-321쪽), 헝가리(Attila Menyhárd, 323-337쪽)에 대하여 다루고 있다.

순수경제손해의 문제가 가장 역동적으로 전개된 것은 영국법이다.⁴⁸⁾ 오랫동안 축적된 영국판례법은 유럽대륙에 비하여, 그리고 같은 커먼로 시스템을 유지하고 있는 미국에 비하여도 불법행위법의 발전이 더딘 편이었다. 유럽대륙의 여러 나라들이 성문법전화를 통하여 일반화된 불법행위 규정을 마련하고, 행위나 사고의 유형이 아니라 가해자의 주관적 심리 상태인 고의·과실에서 책임의 귀속근거를 찾는 과실책임의 원칙을 빠르게 확립하였음에도, 영국은 1930년대 초에 이르러서야 일반적 주의의무를 확립하고 과실불법행위(negligence)를 불법행위의 독자적 유형으로 정착시킬 수 있게 되었다. 1932년 영국 귀족원(House of Lords)⁴⁹⁾은 스코틀랜드에서 상고된 이른바 “병속의 달팽이(snail in the bottle)” 사건 판결⁵⁰⁾을 통하여 주의의무(duty of care)에 대한 일반적 원칙을 확립하였다.⁵¹⁾ 귀족원에서 이 사건을 심리한 애트킨 경(Lord Atkin)은 그 이전까지 특별한 상황 또는 당사자의 특별한 관계에서 인정되던 주의의무가 특별한 상황이나 관계가 없는 원고와 피고 사이에도 인정될 수 있음을 시사하면서, 이웃원리(neighbour principle)를 제시하였다.⁵²⁾ 이웃원리는 주

47) Cees van Dam, *European Tort Law*, 713쪽.

48) 책임의 성립이나 범위의 확정에 합리적 예견가능성을 강조하고 있는 커먼로법계에서 순수경제손해의 배상문제는 배제규칙(the exclusionary rule)이나 브라이트 라인 규칙(bright line rule)에 의하여 규율된다. 이는 공정하고(Fair) 정의롭고(Just) 또한 합리적인가(Reasonable)라는 물음이다. 법리적인 측면에서는 예견가능성(foreseeability)이나 근접성 테스트(proximity test)의 문제라 할 수 있는데, 순수경제손해라고 하여 다른 유형의 불법행위와 동떨어진 별개의 새로운 문제로 취급하는 것은 아니라고 할 것이다. Hodgson/Lewthwaite, *Tort Law*, 145쪽.

49) 귀족원 상고위원회(the Appellate Committee of the House of Lords)는 2005년 헌법개혁법(Constitutional Reform Act 2005)에 의하여 2009년 10월 1일 설치된 대법원(Supreme Court)으로 교체되기 전까지 영국의 최고법원이었다. 현재 영국의 최종 상고심법원(final court of appeal)은 대법원으로서 영국(연합왕국) 전체에서 상고된 민사사건과 잉글랜드, 웨일즈, 북아일랜드에서 상고된 형사사건을 담당하고 있으며, 모든 주민에게 영향을 미치는 공법상 또는 헌법상의 중요한 사건(cases of the greatest public or constitutional importance)을 심리하고 있다. <<https://www.supremecourt.uk>>, 검색일: 2019. 2. 25.

50) *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562.

51) *Mullis/Oliphand, Torts*, 11쪽; *Jones, Textbook on Torts*, 26-27쪽.

52) “당신의 이웃을 사랑해야 한다는 규칙은 법이 되었고, 당신은 당신의 이웃을 침해해서는 안 된다. 그리고 누가 나의 이웃인가라는 법률가의 물음은 제한된

의의무 기준의 탄력적인 적용을 가능하게 했으며, 이는 과실불법행위가 결코 닫혀져 있지 않다는 것을 의미했다. 다시 말하여 과실불법행위가 매우 개방적인 일반조항의 형태로 확립된 것이다.⁵³⁾

불법행위법은 개별적 구성요건의 체계에서 일반조항의 형태로 발전해 왔으며, 이러한 발전과정에서 중추적 역할을 담당한 것이 과실불법행위이다. 그렇지만 개별적 구성요건 체계 하에서는 불법행위법이 요구하는 엄격한 구성요건에 적합할 때에만 손해배상책임이 허용되므로 책임의 한계가 명확한 반면, 개방적이고 탄력적인 일반조항 하에서, 그것도 의도적인 것뿐만 아니라 부주의했던 경우를 포괄함으로써 책임의 경계는 모호해졌고, 경우에 따라서는 무한한 확장가능성이라는 예기치 않은 결과를 초래할 수 있게 되었다. 가해자의 행위로 인하여 영향을 받는 피해자의 범위가 어디까지 미칠 것인지, 또한 그로 인하여 늘어나게 되는 손해배상 청구소송이 얼마에 이를 것인지는 예측할 수 없다. 따라서 잠재적 배상책임의 위협을 회피하기 위하여 시민의 행동의 자유는 크게 위축될 수밖에 없으며, 법원은 폭증하는 손해배상 청구소송으로 제 기능을 수행하지 못

답변을 받는다. 당신은 당신이 합리적으로 예견할 수 있고 당신의 이웃을 다치게 할지도 모르는 작위나 부작위를 회피하기 위하여 합리적인 주의를 기울여야 한다. 그렇다면, 법에서 나의 이웃은 누구인가? 대답은 — 문제되는 작위나 부작위에 나의 의지가 향할 때 영향을 받을 수 있는 존재로서 내가 합리적으로 고려해야만 하는 나의 행위에 의하여 밀접하고 직접적으로 영향을 받을 수 있는 사람들인 것 같다. (The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.” *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562.

- ⁵³⁾ 영국 커먼로(common law)상의 과실불법행위(negligence)는 과실과 위법성의 구별이 없는 점을 제외하면 우리 민법 제750조의 구조와 비슷하다. 게다가 우리 법원이 대다수의 과실불법행위 사건에서 주의의무의 존재와 피고의 주의의무 위반에 대한 판단만으로 과실을 확정하고 위법성에 대하여 별도의 판단을 하지 않는다는 점에서 보면 영국법의 과실불법행위와 큰 차이를 보이지 않는다.

하게 될 것이라는 우려를 낳았다. 그러므로 어디에선가 책임은 통제되어야 한다.⁵⁴⁾ 영국법원이 순수경제손해의 배상을 제한하려 “배상금지(no recovery)” 또는 “배제규칙(exclusionary rule)”을 채택한 것은 가늠할 수 없는 원고들의 확대와 손해배상액의 증가에 대한 공포로부터 피고의 부담을 덜어주기 위한 정책적 고려에서 비롯되었으며, 여기에 가장 큰 영향을 미친 것은 이른바 “수문(水門)논증(floodgates argument)”이라 할 수 있다.⁵⁵⁾ 수문은 닫혀있어야 한다는 것이다.

그렇지만 손해의 성질에 따라 손해배상 여부를 결정한다는 것은 타당하지 않다. 게다가 책임이 무한히 확장될 수 있다는 우려는 터무니없는 것이다.⁵⁶⁾ 불법행위법은 책임의 무한한 확대를 방지할 수 있는 여러 도

54) “의무의 한계를 표시하기 위해 선을 그을 때마다, 법원은 피고의 책임을 제한하기 위하여 그것이 정책적인 문제라고 한다. ... 만일 이러한 특정 위험에 대하여 경제손해의 청구를 허용한다면 그와 같은 청구는 끝이 없을 것이다. 어떤 청구는 진짜일 수도 있지만, 많은 청구들이 부풀려지거나 심지어 거짓일 수도 있다. (Whenever the Courts draw a line to mark out the bounds of duty, they do it as matter of policy so as to limit the responsibility of the defendant. ... If claims for economic loss were permitted for this particular hazard, there would be no end of claims. Some might be genuine, but many might be inflated, or even false.)” *Spartan Steel and Alloys Ltd. v. Martin & Co (Contractors) Ltd.* [1972] 3 All ER 557. 이 사건에서 피고의 과실로 전선이 손상되어 예기치 않은 정전이 발생하였다. 원고는 정전으로 인한 전기용광로의 손상을 피하기 위해 용광로 안의 용해물을 제거하였다. 이로 인하여 원고에게 용해물 자체에 대한 물리적 손해와 그로 인한 수익상실 및 작업진행이 중단됨으로 인한 손해가 발생하였다. 항소법원(Court of Appeal)은 물리적 손해와 이로부터 야기된 경제손해는 배상받을 수 있으나, 물리적 손해에서 야기되지 않은 순수경제손해는 배상받을 수 없다고 판결하였다. 이와 유사한 국내 사례로는 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다5472 판결(이른바 “전신주사건”).

55) Mullis/Oliphand, *Torts*, 57쪽.

56) 우리 민법의 통설인 상당인과관계론은 이론의 정당성 근거로 사실적 인과관계에 의하면 책임이 무한정 확대되어 배상의무자에게 가혹한 결과를 초래하게 된다는 점을 제시하고 있다. 다시 말하여 불법행위의 인과관계를 사실적 인과관계로 파악하게 되면 사실적 인과관계는 무한연쇄하는 속성이 있기 때문에, 무한연쇄로 인하여 확대된 모든 손해를 배상의무자에게 부담시키게 되므로 매우 가혹하다는 것이다. 그렇지만 이는 검증되지 않는 해괴한 논리에 불과하다. 상당인과관계론자들이 말하는 사실적 인과관계의 무한연쇄는 “바람이 불면 통장수가 돈을 번다”는 일본속담 수준이다. 이 속담의 뜻은 “바람이 불면 모래가

구들을 지니고 있다. 피해자의 손해가 불법행위법에 의하여 보호되는 이익의 침해인지, 가해자에게 요구되었던 주의의무가 피해자에게 발생한 손해를 방지하기 위한 목적에서 부과된 것이었는지, 그리고 가해자의 주의의무 위반이 피해자에게 발생한 손해의 원인이 되었는지 등이다. 이와 같이 과실, 위법성, 인과관계와 같은 책임판단의 요소들은 가해자에게 책임을 귀속시키는 동시에 그 책임의 한계를 설정하는 역할도 담당하고 있다.

4. 주의의무의 범위

불법행위로 인한 손해배상 사건에서 원고에게 오직 순수경제손해만 발생한 경우 손해배상이 인정되지 않았던 것이 사실이지만, 그렇다고 하여 원고의 손해가 순수경제손해라는 이유로 손해배상이 허용되지 않는다는 것은 타당하지 않다. 원고가 1차적으로 입은 손해가 비록 순수경제손해일 지라도 이러한 사유가 손해배상의 장애가 되는 것은 아니다. 게다가 순수경제손해와 결과적 경제손해의 구별은 비논리적이라는 비판을 받게 되었고,⁵⁷⁾ 손해배상 사건의 쟁점은 손해의 성질이 아니라 사건이 발생한 상황에서 피고에게 요구되었던 주의의무의 보호범위가 원고의 손해를 포함할 수 있는지에 달려있다.⁵⁸⁾ 이를 다르게 표현하면 “책임귀속에 있어서 가장 중요시되어야 할 점은 배상책임의 기초를 이루는 규범의 보호목적

날린다. → 모래가 날리면 사람들 눈에 모래가 들어가 눈병을 앓게 된다. → 눈병을 앓다가 눈이 멀어 장님이 된다. → 장님들은 샤미센(三味線)이라는 고양이 가죽으로 만든 악기를 연주해 살아가야 한다. → 샤미센을 만들 고양이 가죽을 구하기 위해 고양이를 잡는다. → 살아있는 고양이가 줄어든다. → 고양이가 줄어들면 쥐가 늘어난다. → 늘어난 쥐들이 나무로 만든 통을 갇아 구멍을 낸다. → 사람들은 새 통을 사야 한다. → 통장수는 통을 많이 팔게 된다. → 통장수가 돈을 번다”는 것이다. 이들이 주장하는 무한연쇄는 인과적으로 연결된 사건의 추이(推移) 또는 경과일 뿐이지, 그 자체가 인과관계가 되는 것은 아니다. 그럼에도 이를 인과관계인 것처럼 호도(糊塗)하면서 사실적 인과관계를 왜곡하고 있다. 상당인과관계의 타당성을 확보하기 위하여 사실적 인과관계의 개념을 조작하고 있는 것이다. 상당인과관계론이 보여주는 무한연쇄의 오류에 대하여는 이용인, 불법행위법에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 72-74쪽.

57) *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

58) *Sutherland Shire Council v. Heyman* [1985] 60 A.L.R. 1.

과 보호범위(Schutzzweck und Schutzzumfang der die Schadenshaftung begründenden Norm)이며, 책임의 한계확정에 있어서는 구체적 규범의 의미와 그 사정거리(Tragweite)에 의하여 해결되어야” 한다는 것이다.⁵⁹⁾

법은 타인의 이익을 보호하기 위하여 적절한 행동을 취할 것을 요구하는데, 이러한 이익보호의 의무는 행위의 위험성 및 당사자 사이의 인적관계와 관련이 있다. 법익침해의 위험성이 높을수록, 인적관계가 긴밀할수록 주의의무는 가중된다.⁶⁰⁾ 주의의무는 합리적인 범위로 제한된 생활관계를 기초로 하여 구체적인 상황에서 행위자에게 요구된다. 예를 들면 “유치원이나 학교 교사 등의 보호·감독의무가 미치는 범위는 유치원생이나 학생의 생활관계 전반이 아니라 유치원과 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접·불가분의 관계에 있는 생활관계로 한정되고, 또 보호·감독의무를 소홀히 하여 학생이 사고를 당한 경우에도 그 사고가 통상 발생할 수 있다고 예상할 수 있는 것에 한하여 교사 등의 책임을 인정할 수 있”는데, “대체로 나이가 어려 책임능력과 의사능력이 없거나 부족한 유치원생 또는 초등학교 저학년생에 대하여는 보호·감독의무가 미치는 생활관계의 범위와 사고발생에 대한 예견가능성이 더욱 넓게 인정되어야 할 것”이라고 한다.⁶¹⁾ 이와 같이 예견가능성의 기준은 당사자 사이의 특별한 관계에 의하여 영향을 받을 수 있다. 당사자 사이의 특별한 신뢰관계나 친분관계는 서로 부담하여야 할 주의의무의 정도를 결정하기 위하여 고려되어야 한다.⁶²⁾ 이러한 관계의 근접성이 더할수록 이들 사이의 이익에 대하여 더욱더 주의를 기울일 것이 요구된다.

생명·신체·재산에 대한 직접적 침해보다 보호가치가 낮다고 평가되

59) 김형배, 채권총론, 256쪽.

60) 보호법익의 측면에서는 순수경제손해는 주의의무의 정도가 낮다고 판단되는 경우이다. 유럽불법행위법원칙(PETL) 제2:102조 제4항은 순수경제이익이나 계약관계의 보호범위는 불법행위의 일반적 보호법익보다 더 제한될 수 있다고 규정한다(Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope). 그리고 이런 사례에서는 행위자와 피해를 입은 사람 사이의 근접성(the proximity between the actor and the endangered person)이 특별히 고려되어야 한다는 것도 규정하고 있다.

61) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다40437 판결.

62) PETL Art. 4:102 Comments 12.

는 경제적 이익이 간접적으로 침해되는 순수경제손해의 사안에서 주의의무의 정도가 낮아질 수도 있겠지만, 당사자 사이의 긴밀하거나 특별한 관계에 의하여 주의의 정도가 가중될 수도 있다. 손해의 성질이 순수경제적이라 하더라도 배상이 허용된 사례들을 보면 주로 전문가책임의 영역에 속하거나, 당사자 사이에 계약이나 또는 이와 유사한 관계가 있는 경우들이다. 이들의 특징은 당사자 사이의 단순한 관계가 아니라, 그 관계로 인하여 “신뢰”가 형성되었다는 점이다. 법이 신뢰가 형성되는 특별한 관계에 주의의무를 가중하는 것은 불법행위법에 의한 법익보호의 확대현상에 맞물려있다. 순수경제손해라는 이유로 배상에서 배제되었던 영역의 손해들이 다시 손해배상의 테두리 안으로 진입하기 시작한 것이다. 과실있는 정보를 제공한 전문가의 책임⁶³⁾이나, 계약교섭·체결과정에서 형성된 신뢰의 보호⁶⁴⁾와 관련된 사례들에서 두드러지게 나타나고 있다.

계약에 의하여 제3자가 경제적 이익을 얻을 수 있었던 경우의 주의의무에 대한 영국 귀족원의 판결⁶⁵⁾은 조합원의 권리를 침해한 노동조합 대표자의 손해배상책임에 접근할 수 있는 새로운 길을 보여준다. 이 사건에서 피상속인인 유언자는 두 딸과 다툼 후에 이들을 상속에서 제외한다는 유서를 작성하였다. 이후 두 딸과 화해를 한 후 딸들에게 각각 9천파운드를 지급하겠다는 새로운 유서를 작성하도록 변호사에게 의뢰하였으나, 변호사가 의뢰받은 업무를 제때에 처리하지 않고 지체하던 중, 피상속인이 사망하였다. 유언이 변경되지 않아⁶⁶⁾ 각각 9천파운드의 유산을 상속

⁶³⁾ *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465; *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605. 유사한 국내사례로 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결; 대법원 2007. 10. 25. 선고 2005다10364 판결; 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008다92336 판결 등. 당사자 사이의 긴밀성이나 신뢰의 문제는 특히 전문가책임의 영역에서 두드러지게 나타난다고 할 수 있다. 일반적으로 기대되는 전문가에 대한 신뢰뿐만 아니라 피해자와 전문가 사이의 특별한 관계에 의하여 형성된 신뢰는 전문가가 부담하여야 할 의무의 정도를 가중시킬 수 있다. 물론 일반인보다 전문가집단에 요구되는 주의의 정도가 높은 것은 그들이 속한 직업상의 주의의무에서 기인한 것이기도 하다.

⁶⁴⁾ 대법원 2001. 6. 15. 선고 99다40418 판결; 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53059 판결; 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002다32301 판결 등.

⁶⁵⁾ *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207.

받지 못한 두 딸(원고)은 변호사(피고)를 상대로 손해배상을 청구하였으나, 1심법원은 피고가 계약당사자(유언자)에 대하여만 주의의무를 부담하고 원고들에 대하여는 주의의무를 부담하지 않으며, 원고들이 주장하는 이 사건의 손해는 너무 불확실하여 배상받을 수 없다고 판결하였다. 그렇지만 항소법원은 피고가 원고들에 대하여 부담하는 주의의무를 위반하여 원고들이 유언에서 정한 이익을 받지 못하였으므로, 피고는 원고들에게 각각 9천파운드를 지급할 의무가 있다고 판결하였다. 상고심인 귀족원은 피고의 상고를 기각하였다.

일반적으로 계약위반에 의한 청구가 아니라면 기대(expectation)의 상실은 과실불법행위에서 순수경제손해에 해당하는데다가 변호사는 자신의 고객인 피상속인에게 업무상의 주의의무를 부담할 뿐, 계약관계에 있지 않은 원고들에 대하여 아무런 주의의무도 부담하지 않았다. 게다가 유산은 이전에 작성해 둔 유서에 의하여 다른 수익자에게 귀속되었는데, 손해배상 청구를 인용한다는 것은 피고의 책임부담으로 피상속인의 상속재산을 증가시키는 결과를 초래하게 된다. 또한 피고의 행위는 단순한 부작위에 불과하여 불법행위의 책임을 물을 수 있을지도 의문이다. 무엇보다 피고에 대하여 청구권이 있는 유언자에게는 손해가 없고, 기대가 좌절되어 손해를 입은 상속인에게에는 청구권이 없다. 피고의 책임을 인정하기에는 이와 같은 난관들이 있다. 그런데 피고가 손해를 입은 원고에 대하여 주의의무를 부담하지 않는다고 하면 피고와 같은 변호사들에게 의무위반으로 인한 책임을 회피할 수 있게 하는 것이어서 실질적 정의에 반하는 결과를 초래하게 된다. 잠재적인 불의(potential injustice)를 바로잡는 가장 쉬운 방법은 불법행위법에 의한 배상을 허용하는 것이다.⁶⁷⁾ 게다가 과실이 있는 행위에는 작위뿐만 아니라 부작위도 포함되며, 기회나 기대의 상실로 인한 손해가 배상에서 배제되는 것도 아니다. 귀족원은 변호사의 과

66) 상속법의 원칙에 따라 유산은 현존하는 유언(existent will)에 따라 분할된다. 변호사가 유서를 변경하지 않음으로 피상속인의 후속적인 의사는 유언으로서의 효력이 인정되지 않는다. Mullis/Oliphant, *Torts*, 76쪽.

67) 이런 맥락에서 “불법행위법은 커먼로의 맥가이버칼(스위스군용칼)(tort law is the common law’s Swiss Army Knife)”이라 표현되기도 한다. Allan Beaver, *Rediscovering the Law of Negligence*(Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2007), 286쪽.

실로 인하여 상속인들이 직접적으로 손해를 입게 되고, 피상속인은 아무런 손해를 입지 않는다는 점을 피고가 합리적으로 예견할 수 있는 경우, 변호사의 피상속인에 대한 “책임의 인수(assumption of responsibility)”는 상속인에게도 확대된다고 하여 피고는 원고들에 대하여 주의의무를 부담한다고 판결하였다.⁶⁸⁾ 업무를 수행함에 과실이 있는 피고는 그로 인하여 손해를 입을 수 있는 제3자에 대하여 주의의무를 부담한다는 것이다.

5. 노동조합 대표자의 주의의무

대법원은 노동조합 대표자의 “선량한 관리자의 주의” 의무가 조합원에 게 미치지 않는다고 판결하였다.⁶⁹⁾ 노동조합 대표자가 규약에서 정한 절차를 거치지 아니하고 중전보다 불리하게 변경된 단체협약을 체결함으로써 조합원들에게 정신적 손해를 초래하였음을 이유로 제기된 소송에서 원심은 노동조합 대표자가 개별 조합원에 대하여 수임자로서 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다고 하며, 피고에게 선량한 관리자의 주의의무 위반에 따르는 손해배상책임을 인정하였으나, 대법원은 단체협약의 실질적인 귀속주체가 노동자이고, 노동조합 대표자에게 단체협약의 체결시에 조합원의 의사를 반영할 의무가 있더라도 “노동조합 대표자는 노동조합의 위임에 따라 그 사무를 집행하고 노동조합을 대표하는 기관으로서 노동조합에 대하여 수임자로서 선량한 관리자의 주의의무를 부담할 뿐이고, 개별 조합원에 대하여서까지 위임관계에 따른 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다고 볼 수는 없다”고 하며 원심을 파기환송하였다. 이 사건의 환송심에서 원고 조합원들은 불법행위에 의한 손해배상청구를 추가하였고, 법원은 노동조합 대표자의 불법행위가 성립함을 이유로 원고들의 정신적 손해에 대한 배상책임을 인정하였다.⁷⁰⁾ 이 판결에 대하여 피고가 상고하지 않아 판결이 확정되었다.

68) 이 사건 이전의 전통적인 법이론에 의하면, 변호사는 고객에 대하여만 주의의무를 부담할 뿐, 변호사와 고객 사이의 계약에 이해관계가 있는 제3자에 대하여는 주의의무를 부담하지 않았다.

69) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2010다24534 판결.

70) 서울고등법원 2015. 3. 6. 선고 22014나23760 판결.

이와 같은 사례들에서 주목해야 할 것은 손해의 성격과 피고가 부담하여야 할 주의의무의 내용이다. 대법원은 노동조합과 노동조합의 대표자 그리고 조합원의 관계를 민법상의 일반적인 사단과 대표이사, 그리고 사원의 관계 속에서 이해하고 있는 듯하다. 그렇다면 우리 법과 법원이 노동조합에게 특별히 조합민주주의를 요구하는 것은 무엇 때문인가? 그리고 헌법이 노동자의 단결권과 단체교섭·단체행동권을 규정한 취지는 무엇인가? 노동조합의 대표자는 조합원의 선거에 의해 선출되었으며, 대표자와 집행부는 노동조합을 운영하며 모든 조합원에 대하여 정치적 책임을 부담한다.⁷¹⁾ 그런데 노동조합의 대표자가 노동조합에 대하여 수임인으로서의 선관주의의무를 부담하지만, 조합원에 대하여는 부담하지 않는다고 하는 것은 조합원이 그를 대표자로 선출하는 조합민주주의의 실현과정에 대한 고려가 없음을 뜻한다. 다른 한편으로 노동조합과 대표자의 관계를 단순한 위임계약으로 이해하고, 위임계약상 부담하여야 할 의무를 중심으로 노동조합관계를 바라보고 있는 것은 아닌지 의문이다. 노동조합과 대표자 사이에 위임계약상의 선관주의의무가 있다 하더라도, 조합원에게 손해를 야기하는 위법행위에 대하여 대표자에게 배상책임을 귀속시킬 수 있는 불법행위법상의 주의의무는 계약상의 주의의무와 성격이나 내용이 반드시 일치한다고 할 수는 없다. 노동조합의 대표자와 조합원이라는 밀접한 인적관계와 그로 인하여 형성된 신뢰는 노동조합 대표자가 부담하여야 할 주의의무를 가중시킬 수 있다. 이 평석의 대상이 된 사건의 하급심 판결들이 한결같이 지적하고 있듯이 노동조합 대표자가 노사합의를 체결할 때, 이 노사합의가 향후 조합원들의 노동관계에 미치게 될 중대성을 충분히 예측할 수 있었고, 규약을 준수하고 조합원들의 결집된 의사로써 노사합의를 체결하여야 한다는 것을 인식할 수 있었다면, 노동조합 대표자는 복지제도의 축소가 조합원들에게 재산상 손해를 발생시킬 것임을 누구보다 더 잘 알 수 있었다고 보아야 한다.

이 사건의 손해는 그 성격에서 볼 때 확실히 “순수경제손해”이며, “간접적이고 경제적인 손해”에 해당한다. 그렇지만 원고와 피고들 사이의 인

71) 노동조합 대표자와 집행부가 노동조합의 운영과 관련하여 조합원들에게 법적 책임을 부담하지 않는다는 의미가 아니라, 노동조합 운영에 요구되는 민주주의라는 측면에서 보면 책임의 주된 성격이 정치적이라는 의미이다.

적관계는 원고들에게 피고들이 규약을 준수하고, 신의에 따라 조합업무를 처리하며, 조합원들의 결집된 의사에 기초하여 사용자와 단체교섭하고 단체협약을 체결해야 한다는 조합운영에 관한 “신뢰”가 형성된 관계라 할 수 있다. 따라서 노동조합 대표자는 이러한 조합원의 “신뢰”를 보호하고 이에 따라 행위하여야 할 주의의무를 부담한다. 만일 노동조합 대표자가 조합원들의 “신뢰”에 반하여 행위하였고, 그로 인하여 조합원들에게 손해가 발생하였다면, 노동조합 대표자는 자신의 신뢰의무위반으로 발생한 조합원들의 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.

이 사건에서 조합원들의 재산상의 손해는 단순히 자녀의 대학학자금을 지원받을 수 있다는 기회(기대)의 상실만이 아니다. 기회의 상실로 인하여 조합원들의 감소된 급여가 노동관계에서 발생한 채권이며, 그와 같은 채권에 대하여 노동법은 물권에 버금갈 정도로 두텁게 보호하고 있다는 점과 무엇보다 이 채권이 노동자의 인격을 유지하고 실현하는 바탕이 되고 있음을 고려한다면, 이와 같은 손해를 발생시킬 수 있는 노동조합 대표자에게 조합원의 법익을 보호하여할 주의의무를 부담시키는 것이 오히려 조합민주주의의 실질적 구현이라고 해야 할 것이다.

IV. 상당인과관계 비판

1. 노동조합 대표자의 과실

노동조합 대표자가 조합원의 권리를 침해하여 독단적으로 노사합의를 체결하고, 조합원들에게 손해를 입힌 이 사건에서 대법원은 “노동조합의 대표자가 위와 같이 조합원들의 의사를 결집·반영하기 위하여 마련한 내부 절차를 전혀 거치지 아니한 채 조합원의 중요한 근로조건에 영향을 미치는 사항 등에 관하여 만연히 사용자와 단체협약을 체결하였고, 그 단체협약의 효력이 조합원들에게 미치게 되면, 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 헌법과 법률에 의하여 보호되는 조합원의 단결권 또는 노동조합의 의사 형성 과정에 참여할 수 있는 권리를 침해하는 불법행위에

해당한다고 보아야 한다”고 판결하였다.⁷²⁾

우리 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자”라고 하여 불법행위의 구성요건을 정하고 있다. 불법행위 성립의 성패를 좌우하는 것은 사실상 과실⁷³⁾의 인정여부라 할 수 있다. 이 사건에서 피고들은 “이 사건 각 노사합의와 같이 비정기적으로 체결되는 단체협약의 경우에는 정기적인 단체협약과 달리 조합원 총회의 결의 없이 이를 체결하는 관행이 오래전부터 있어왔고, 한편으로 이 사건 각 노사합의는 이 사건 회사의 경영난을 타개하기 위한 정책적 결단의 산물로서 그 체결 동기에 합리성이 있다”며, “위와 같은 관행은 노동조합 대표자 등이 비정기적으로 체결되는 단체협약을 직권으로 조인하는 것을 조합원들이 포괄적으로 양해한다는 의미로서 규약 위반에 대한 노동조합 대표자 등의 고의·과실을 인정할 수 없다”고 주장하였다. 즉, 상시적으로 체결되는 노사합의는 총회의 의결을 거치지 않는 관행과 조합원들의 묵시적 수권이 있었다는 것이다. 그렇지만 법원은 “이 사건 각 노사합의를 체결함에 있어 총회의 의결을 거치지 않은 것에 대하여 피고들의 고의 또는 과실이 인정되지 않는다고 볼 수 없고, 이 사건 각 노사합의에 대하여 조합원들의 묵시적 수권이 존재한다고 할 수도 없다”고 하며 다음과 같은 이유를 들어 과실을 인정하였다.⁷⁴⁾

첫째, 노동조합법 등 관련 법령과 규약의 적법·타당한 해석과 적용을 통하여 노동조합 운영의 민주성을 도모하여야 할 노동조합 대표자 등으로서는, 규약 등의 해석·적용을 그르친 결과 위법·부당한 관행이 상당기간 유지되어 왔다는 사정만을 들어 대표자로서의 책임을 쉽사리 부인하기 어렵다.

72) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다205908 판결.

73) 고의와 과실은 책임요건에서 그다지 차이가 없고, 실무에서도 특별히 구별하지도 않는 것으로 보인다. 가해자에게 주관적 고의가 인정될 수 있는 사안임에도 보통 “과실”이라고 지칭하거나, 고의·과실을 문제삼지 않고, 위법성을 거론하는 경우들이 많다. 책임성립의 문제에서 고의와 과실은 아무런 차이가 없다고 해도 지나친 말은 아닌 듯하다.

74) 1심과 항소심 판결이 제시하는 과실인정의 근거를 종합하였는데, 항소심에서 빠지거나 새로운 주장이 제기되기도 하여 서술과 표현에서는 약간의 차이를 보이고 있지만, 대체로 동일한 내용이다.

둘째, 노사합의가 비록 정기적인 단체협약의 형태로 체결되지는 않았더라도 지사 통폐합 및 이에 따른 배치전환, 특별명예퇴직과 임금피크제의 시행, 각종 복지제도의 축소·폐지 등 조합원들의 노동조건에 중대한 영향을 미치는 사항을 다수 포함하고 있어 정기적인 단체협약에 비하여 그 중요성이 결코 덜하지 않다. 그러므로 노동조합 대표자로서는 이 사건의 노사합의를 체결함에 있어서 정기적인 단체협약에 있어서와 같이 신중하게 절차적 민주성의 강화방안을 모색하여야 할 필요가 있었다.

셋째, 만일 상시적으로 이루어지는 노사합의의 경우 일률적으로 조합원 총회의 의결을 거치지 않더라도 불법행위가 성립하지 않는다고 한다면, 노동조합 지도부로서는 정기적인 단체협약으로 정하여야 하는 중요한 사항들을 보다 절차가 간편한 상시적인 노사합의로 처리하려는 경향이 생겨날 수 있다. 이는 노동조합 규약에 조합원들의 의사를 반영하고 노동조합 대표자의 단체협약 체결 업무 등에 대한 적절한 통제를 위하여 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한 행사를 절차적으로 제한하는 규정을 둔 취지에 어긋난다.

넷째, 노동조합 지도부가 이 사건 각 노사합의를 체결하면서 총회 등을 통하여 조합원들의 의견을 수렴하는 절차를 거치지 않은 것에 대하여, 이러한 절차를 거치는 것이 불가능하였다고 볼 만한 사정도 없다. 피고들은 회사와 회의내용을 비공개하기로 약정하였으므로 조합원 총회를 개최하여 내용을 공유하는 것이 불가능하였다는 취지로 주장하였으나, 회의내용의 비공개에 동의한 주체가 피고 노동조합 지도부이고, 회의내용을 비공개로하기로 약정하였다고 하여 특정 현안들에 대한 조합원들의 의견을 수렴하는 것 자체가 불가능하다고 볼 수도 없다.

다섯째, 특히, 2차 노사합의는 이 사건 소송을 통하여 1차 노사합의의 절차적 문제점이 제기된 이후에 체결되었는데, 피고 노동조합 지도부로서는 규약 위반 등 절차적 하자 유무나 그로 인한 책임 등에 관하여 더욱 적극적인 검토가 요구되는 상황에서 만연히 2차 노사합의를 강행하였으며, 1차 노사합의 이후인 2014년 10월 22일 조합원 중 한 명이 노동조합 홈페이지에 “내년부터 임금피크제를 시행하는지”에 관하여 질문하자, 피고 노동조합의 홈페이지 관리자는 같은 날 “회사 측과 충분한 논의를 통해 실행방안이 확정되면 조합원 총회를 거쳐 최종적으로 결정할 계획”이

라는 취지의 글을 게시하였다가 이후 피고 노동조합에 의하여 해당 글이 삭제되기도 하였다.

여섯째, 노동조합법 제16조 및 이 사건 규약 제21조 등은 조합원 총회에서 최종적으로 의결될 사항의 내용이나 결과를 떠나 조합원들이 노동조합 내부의 의사형성과정에 직접 참여할 수 있는 기회를 보장하기 위한 취지의 규정들로 해석된다. 따라서 설령 특정 현안에 대하여 상시적으로 체결되었던 단체협약의 경우 조합원 총회의 의결을 거치지 않고 회사와 단체협약을 체결하여 온 사실이 있었다고 하더라도, 이 사건 각 노사합의의 내용처럼 조합원들의 노동조건에 중대한 영향을 미치는 사안인면서 노동조합 내부에서도 이러한 사안의 경우에는 조합원 총회의 의결을 거쳐야 한다는 목소리가 나오고 있는 상황이었다면, 노동조합 지도부로서는 노동조합법 및 노동조합 규약에 따른 조합원들의 의견수렴절차를 거쳤어야 한다.

일곱째, 설령 피고들이 주장하는 바와 같이 당시 이 사건 회사의 경영 상황에 비추어 임금피크제도 등의 도입 필요성이 인정되며, 나아가 규약에 따른 총회의 결의를 거쳤더라도 동일한 취지의 결의가 있었을 것이 예상된다고 하더라도, 이로써 조합원들의 의견수렴 과정 등 절차적 정의의 가치는 무시될 수 없다.

여덟째, 피고들은, 이 사건 각 노사합의를 체결하면서 “조합원 총회는 아니더라도 노사상생협의회, 전국조직국장회의, 중앙위원회 및 산하조직 대표자회의, 확대간부회의 등의 내부 의견수렴절차”를 거쳤으므로 원고들의 조합의사 형성과정에 참여할 권리를 침해하지 않았다고 주장하였다. 그러나 피고들이 주장하는 위와 같은 의견수렴절차는 극소수의 간부들을 대상으로 한 것에 불과하여, 이것만으로는 조합원들의 의사를 수렴하는 절차를 거친 것으로 평가할 수 없다.

이에 법원은 노동조합 대표자가 “조합운영의 민주성 강화라는 요청에 역행하는 취지로 노동조합 규약 제21조, 제61조 등을 잘못 해석·적용한 과실”이 있다고 판단하면서 “다만, 피고들의 위 주장 내용은 위자료 액수 산정에서 참작할 사유에 해당할 수 있을 뿐”이라 하였다. 과실을 객관적 주의의무 위반으로 이해하는 판례의 태도에 의하면 노동조합 대표자에게 노동조합 규약을 준수하여야 할 업무상의 주의의무, 즉 선량한 관리자의

주의의무가 있었고, 이러한 선관주의의무에 위반하였다고 판단한 것으로 볼 수도 있다.

2. 손해배상책임의 주체와 내용

원고들은 노동조합과 노동조합의 대표자인 위원장, 그리고 노동조합의 임원들인 사무총장, 사업지원실장, 정책실장, 조직실장을 상대로 하여 손해배상을 청구하였다. 법원은 노동조합 대표자가 이 사건 노사합의를 체결할 권한이 있는 자로서 원고들을 노동조합의 단체협약 체결을 위한 의사결정의 참여절차로부터 배제함으로써 원고들에게 정신적 손해를 가하였으므로 노동조합 규약의 위반에 따르는 손해배상책임을 부담한다고 하였다. 그리고 법인인 노동조합 역시 법인의 불법행위능력에 관한 민법 제35조 제1항에 따라 노동조합 대표자가 직무에 관하여 타인인 조합원들에게 가한 손해를 대표자와 공동으로 배상할 책임이 있다고 판단하였다. 그렇지만 이 사건 노사합의가 체결될 당시 노동조합의 사무총장, 사업지원실장, 정책실장과 조직실장에 대하여는 노동조합 규약 제52조에서 노동조합 임원의 임무로서, “사무총장의 경우 ‘위원장 보좌 및 각 실장의 지휘·감독 업무’를, 사업지원실장의 경우 ‘노사교섭 및 대외협력 등의 업무’를, 정책실장의 경우 ‘회사의 경영 및 기술계획의 분석, 조합운영 전반에 관한 연구와 정책 등의 업무’를, 조직실장의 경우 ‘쟁의지도, 의전활동 등의 업무’를 각각 정하고 있음”을 알 수 있지만 이는 “일반적·추상적인 수준에서 규정한 것만으로는, 이들 임원이 단체교섭과 단체협약 체결과정에서 노동조합 위원장과 더불어 구체적으로 어떠한 지위와 역할을 담당하였는지를 확인하기 곤란하다”면서 원고들이 “피고들이 밀실에서 이 사건 각 노사합의를 체결하였다”고만 주장하고, 이들이 노동조합 대표자인 피고 위원장의 규약위반행위에 어떠한 방식으로 관여하였는지에 대하여 주장하지도 않고 이를 인정할 증거도 없다고 하였다. 다만, 사업지원실장의 경우 노사교섭 및 대외협력 업무가 주요 임무 중의 하나이며, 이 사건 노사합의의 체결과정에서 노동조합 위원장을 대리하여 노사합의서에 서명하는 등 적극적으로 관여한 사실을 인정할 수 있다고 하여 사업지원실장의 손해배상책임을 인정하고, 나머지 다른 임원들은 부인하였다.

이에 따라 노동조합과 노동조합의 대표자인 위원장, 그리고 사업지원 실장에게 원고들이 노사합의 체결과정에서 배제됨으로써 노동조합의 업무에 참여할 수 있는 권리를 침해당한 것에 대한 정신적 손해배상으로써 원고들 중 배치전환자에 대하여는 각 30만원씩, 퇴직자에 대하여는 각 20만원씩의 위자료를 배상할 책임이 인정되었다. 법원은 ① 이 사건 노사합의의 체결경위, ② 노사합의에 따라 변경된 구체적인 노동조건의 내용, ③ 비정기적으로 체결되는 노사합의의 경우 대체로 노동조합 총회의 의결 없이 노사합의서를 작성하여 왔던 관행, ④ 그리고 이에 대한 조합원들과 회사측의 태도, ⑤ 1차 노사합의 이후 실시된 노동조합 위원장 선거에서 피고 노동조합 위원장이 투표에 참여한 조합원의 71.47%의 찬성으로 재선된 사실, ⑥ 노동조합 규약에서 정한 절차를 거쳤을 경우 예상되는 결과, ⑦ 그 밖에 절차위반의 중대성 내지 그로 인하여 조합원들의 절차적 권리가 침해된 정도 등의 여러 사정을 고려하여 배상금액을 결정하였다고 한다. 정신적 손해배상금인 위자료는 산정에 특별한 기준이 있는 것은 아니고, 법관의 자유재량에 맡겨져 있으며, 증거를 요하는 것도 아니고, 사실심이 여러 사정을 참작하여 직권으로 산정한다.⁷⁵⁾ 이 사건 상고심 판결도 “불법행위로 입은 비재산적 손해에 대한 위자료 액수는 사실심법원이 여러 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다”⁷⁶⁾고 하여 피고들의 상고를 기각하고 있다.

법원이 노동조합과 노동조합 대표자, 사업지원실장에게 책임을 인정하면서, 다른 집행부원의 책임을 부인한 것은 민법상의 일반적인 사단법인과 노동조합의 차이점을 간과하고 민법의 법인에 관한 규정과 법리만을 고집하고 있기 때문은 아닌지 의심스럽다. 법인의 대표기관과 그 대표기관의 업무수행을 보좌하는 자는 지위가 다르기에 법적 취급이 달라질 수밖에 없다. 업무수행과 관련된 대표기관의 불법행위는 민법 제35조 제1항에 따라 법인에 귀속하지만, 업무수행을 보좌하는 자의 행위에 대하여는 민법 제756조의 사용자책임이나 제391조의 이행보조자의 고의·과실에 대한 책임이 문제될 것이다. 그렇지만 노동조합의 경우, 집행부원을 대표자와

75) 김상용, 불법행위법, 492쪽.

76) 같은 취지로 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카57 판결; 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다41377 판결; 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017다228083 판결.

분리하여 생각할 수 없다. 노동조합 대표자는 조합원의 선거에 의하여 선출되는데(노동조합법 제23조), 노동조합의 대다수 집행부원들은 대표자와 노동조합의 운영정책이나 이념을 공유하며, 대표자의 선거출마와 선거운동 과정에서 대표자와 함께 한 사람들로 노동조합의 업무수행에 있어서도 대표자와 함께 정책과 업무의 추진방향 등을 결정하고 집행한 사람들이다. 민법상 법인에 관한 법리를 적용하여 법인의 대표기관이 아니라는 이유로 이들의 책임을 면제하는 것은 노동조합의 특수성을 감안하지 않은 결정이다. 게다가 민법 제35조 제1항과 제760조의 공동불법행위에 관한 규정에 따라 노동조합이 노동조합 대표자 및 집행부원과 연대하여 손해를 배상하도록 한 것도 다시 생각해보아야 할 문제이다. 원고는 노동조합의 조합원들인데 노동조합이 조합원인 원고에게 배상하라는 것은 원고들이 포함된 조합원의 부담으로 원고들에게 배상하라는 뜻이다. 부진정연대채무의 특징상 배상의무자는 각자가 배상금 전액에 대하여 이행할 의무를 부담하고 있고, 1인의 채무자가 전부를 이행하면 모든 배상의무자의 채무가 소멸하게 된다.⁷⁷⁾ 비록 이들이 부담하고 있는 채무가 금전채무로 성질상 서로 나눌 수야 있겠지만, 원칙적으로 1인은 배상의무자 전원의 배상금을 지급하여야 할 채무를 부담하고 있다. 그렇다면 다수의 지지를 받고 있는 노동조합 집행부의 경우, 자신들의 배상금액 전부를 노동조합에게 이행하도록 하는 조합원의 결의를 유도할 수도 있다. 이것이 이 사건 판결의 뒷이야기이다.⁷⁸⁾ 이 사건의 피고인 노동조합 대표자의 후임으로 그와 노선을 같이 하는 위원장이 선출되었고, 신임위원장과 집행부는 임시총회를 열어 전임 위원장과 사업지원실장의 배상금을 노동조합에서 부담하기로 결정하였다.⁷⁹⁾ 결국 원고들과 원고들의 승소에 힘입어 새롭게 손해배상을 청구하려는 잠재적인 원고들은 자신들이 조합비를 납입하여 조성한 노동조합의 재정으로 손해배상을 받게 되었다. 내 돈으로 내 손해를 배상받는 것이니,

77) 박윤직, 채권총론, 175-177쪽; 김상용, 채권총론, 319쪽; 김형배, 채권총론, 484쪽; 이은영, 채권총론, 514-515쪽.

78) 케이티전국민주동지회, 소식지 2018년 8호(9.13.자), <<http://ilovekt.org/p/37539>>, 검색일: 2019. 2. 25.

79) 케이티전국민주동지회, 2018. 9. 21.자 성명서, <<http://ilovekt.org/p/37850>>, 검색일: 2019. 2. 25.

원주머니에서 빼서 오른주머니를 채운 꼴이다. 이와 같은 경우라면 단체로서의 노동조합의 책임과 개인인 노동조합 대표자 및 집행부원들의 책임을 분리하여 노동조합의 책임을 부인하거나, 그것이 어렵다면 적어도 책임주체간의 개별적 부담분을 구획하여야 한다. 그렇지 않다면 이 사건의 뒷이야기처럼 위법행위자는 책임으로부터 유유히 빠져나가고, 피해자는 자신의 부담으로 배상금을 지급받게 된다는 것이다.

한편으로 피고들의 행위는 조합원의 권리를 침해하여 일부 조합원들에게는 대학학자금을 지원받지 못하게 되는 재산상의 손해를 입혔다. 법원은 이들 원고 중의 일부가 항소심에서 부대항소로써 제기한 재산상의 손해배상을 상당인과관계가 없다는 이유로 기각하면서 다음과 같은 근거를 제시하였다.

첫째, 피고들이 1차 노사합의를 체결함에 있어서 노동조합 규약 등에서 정한 절차를 거치지 않은 잘못은 인정되지만, 이러한 내부절차를 거치지 않은 잘못만으로 노동조합과 사용자 사이에 체결된 단체협약의 효력 자체를 부정하는 것에는 신중할 필요가 있다.

둘째, 피고 노동조합은 정기적인 단체협약과 달리 특정 현안에 대한 상시적인 노사합의의 경우에 조합원 총회의 의결 없이 회사와 협약을 체결해 왔고 그동안 이에 대하여 조합 내부나 회사에서 특별히 문제삼지 않았다.

셋째, 이 사건 노사합의의 내용은 회사의 매출이나 영업이익 등 당시의 경영지표는 물론 향후 주력 사업의 전망을 고려한 정책적 결정으로서 그것이 크게 불합리하다거나 부당하다고 보이지 않는다.

넷째, 1차 노사합의 체결 이후인 2014년 11월경 실시된 노동조합 위원장 선거에서 협약체결 당시의 노동조합 위원장인 피고가 투표자 대비 71.47%의 득표율로 재차 당선되었다.

다섯째, 피고들의 절차위반행위가 노사합의의 효력을 부정할 만큼 현저히 합리성을 결하였다거나, 이 사건 각 노사합의가 민법 제103조에 위반하여 무효라고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 각 노사합의는 피고들의 절차위반행위에도 불구하고 여전히 규범적 효력을 갖는다.

여섯째, 1차 노사합의를 할 무렵 피고 노동조합의 지도부가 조합원들 다수의 지지를 받고 있었던 사정을 보면, 설령 피고 노동조합의 지도부가

조합원 총회의 의결을 거쳐 회사와 교섭을 진행하였더라도 이 사건 각 노사합의가 좌절되거나 다른 내용으로 변경되었을 것이라고 단정하기 어렵다.

항소심에서 재산상의 손해배상을 부인하며 제시한 근거들은 1심에서 무효확인 청구를 각하하며 제시한 근거와 표현의 차이는 있지만 내용면에서 일치한다. 그리고 손해배상의 범위라는 항목 아래에서 이와 같은 근거를 제시하며 원고들의 재산상 손해가 피고들의 절차위반행위와 상당인과관계에 있지 않다고 배상청구를 기각하였다. 아무리 보아도 법원이 제시한 근거들은 인과관계의 문제로 보이지는 않는데, 도대체 이것들이 상당인과관계와 무슨 관련이 있다는 것일까?

3. 손해와 인과관계

손해를 구분하는 방법 중의 하나는 1차손해와 후속손해로 나누는 방법이다.⁸⁰⁾ 1차손해는 가해행위로 인하여 발생하는 직접적인 법익의 침해를 말하며,⁸¹⁾ 후속손해는 1차손해로 인하여 파급되고 확산되는 확대손해인데, 이러한 구별은 손해발생의 인과적 경로를 기준으로 한 것이다. 통상적으로 1차손해는 책임성립의 문제로, 후속손해는 책임범위를 확정하는 문제로 이해되는데, 법원의 이 사건 판결도 이와 같은 맥락에서 판단된 것으로 여겨진다. 가해행위와 1차 손해 사이의 인과관계를 책임근거적 또는 책임설정적 인과관계(haftungsbegründende Kausalität)라 하고, 1차손해와 후속손해 사이의 인과관계를 책임충족적 인과관계(haftungsausfüllende Kausalität)라 한다.⁸²⁾ 우리 민법의 전통적인 견해는 책임설정적 인과관계와 책임충족적 인과관계를 구분하지 아니하고 모두 상당인과관계로 이해하여 왔다. 그렇지만 근래의 견해는 책임설정적 인과관계는 사실적 인과관계로, 책임충족적 인과관계는 상당인과관계로 파악한다.⁸³⁾ 이는 인과관

80) 김상용, 채권총론, 158-159쪽; 김형배, 채권총론, 241쪽.

81) 1차손해를 직접 손해로 부르기도 한다(서광민, 불법행위의 귀책구조 연구(강원대학교 출판부, 1988), 119쪽, 128-149쪽). 우리 법원도 1차 손해보다는 직접 손해라고 부르는 것을 선호하는 것으로 보인다.

82) 김형배, “과실개념과 불법행위책임체계”, 민법학연구(박영사, 1989), 309쪽.

계 판단의 방법적, 또는 질적 차이라고 할 수 있다.⁸⁴⁾ 1차손해와 후속손해의 구별은 발생한 손해의 귀속이 달라짐을 의미한다. 1차손해의 경우 가해자의 귀책사유로 인하여 규범에 위반하였기 때문에 가해자에게 귀속되는 것인데, 책임귀속의 근거가 되는 것은 민법 제750조이다. 그러나 후속손해는 “가해자의 행위에 의하여 직접적으로 기도된 것이 아니라 가해자의 직접적 행위에 의하여 발생된 권리침해(1차손해)에 의하여 후속적으로 조건지워진(begingt) 것이기 때문”에 가해자의 예견가능성이나 유책성을 묻지 않는다.⁸⁵⁾ 이러한 견해에 의하면 민법 제393조 제1항은 후속손해의 책임귀속에 관한 규정으로 이해된다. 전통적인 통설이나 판례의 태도는 1차손해와 후속손해의 구별을 알지 못했고, 책임설정적 인과관계와 책임충족적 인과관계도 구분하지 않았지만, 최근의 판례들은 비록 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 1차손해와 후속손해를 구분하는 방법론을 채택한 것처럼 여겨진다. 이 사건에서도 법원은 절차적 권리의 침해로 인한 비재산적 손해의 배상문제와 확대된 손해로서 재산상의 손해를 구별하여 다르게 취급하고 있다. 물론 이것이 1차손해와 후속손해를 준별하는 태도에서 비롯된 것이라 확신할 수는 없고, 다른 요인들에 의한 것으로 볼 여지도 다분하다. 예를 들자면, 소송법상 재산적 손해(적극적 손해와 소극적 손해)와 비재산적 손해(정신적 손해)를 구별하는 손해3분설⁸⁶⁾의 태도에 기인하였다거나, 1심에서 정신적 손해에 대하여만 청구하였고, 항소심에서 재산상의 손해가 추가되었다는 소송절차상의 차이에서 비롯된 것이라고도 볼 수 있다는 것이다. 그렇지만 다른 판례들을 종합적으로 고찰하자면 “직접손해”와 “확대손해”를 구분하는 경향을 보이고 있음이 느껴진다는 것이다. 그럼에도 책임설정적 인과관계와 책임충족적 인과관계를 구분하면서 이를 사실적 인과관계와 상당인과관계로 이해하려는 새로운 상당인과관계론까지 접근하지는 않고, 인과관계의 문제에서는 여전히

83) 김상용, 채권각론(하)(법문사, 1998), 183쪽.

84) 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 188쪽

85) 김형배, “과실개념과 불법행위책임체계”, 310-311쪽.

86) 이은영, 채권총론, 317-318쪽; 소송물과의 관계에서 손해를 적극적 재산손해, 소극적 재산손해, 정신적 손해의 셋으로 나누는 견해(3분설:통설), 재산손해와 비재산손해로 나누는 견해(2분설), 그리고 나누지 않는 견해(1개설) 등이 있다. 김상용, 불법행위법, 460-461쪽.

전통적인 상당인과관계에 머물고 있는 것으로 판단된다. 이는 손해배상책임의 성립과 범위의 문제가 상당인과관계라는 단일한 기준에 의하여 사실상 구별되지 않는다는 의미이다.

이 사건에서 발생한 손해를 인과적으로 이해한다면 절차적 권리침해는 가해행위로부터 직접적으로 발생한 1차손해이며, 재산상의 손해는 조합원의 권리를 침해하면서 체결한 단체협약의 효력이 조합원들에게 미치면서 발생하게 된 후발적인 후속손해이다. 따라서 재산상의 손해는 1차손해에서 확대된 후속손해이므로 배상에 포함시킬 것인지는 민법 제393조에 따라 통상성이나 예견가능성을 따져야 할 것이다. 지금까지 통설과 판례는 민법 제393조를 상당인과관계에 관한 규정으로 이해하였다. 다시 말하여 손해배상의 범위는 손해배상의 성립을 좌우하는 유책성이나 위법성과는 상관없이 오로지 1차손해와의 인과관계에 의하여만 확정될 수 있으며, 이때의 인과관계 판단은 법적 인과관계인 상당인과관계를 의미한다고 주장하였다.⁸⁷⁾ 그렇다면 손해배상의 범위를 확정하는 것이 인과관계이므로, 이 사건의 재산상 손해가 배상되어야 하는지는 인과관계에 의하여 판단되어야만 한다. 그런데 법원은 상당인과관계가 없다고만 할 뿐이지, 정작 중요한 인과관계에 대하여는 아무런 판단도 내리지 않고 있다는 것이다. 전통적인 판례나 통설의 태도에 따르면, 이 사건의 재산상의 손해는 특별한 사정으로 인하여 확대된 손해라 할 수 있다.⁸⁸⁾ 그렇다면 가해자의 예견가능성을 물어 손해배상 여부를 결정해야 하는데, 예견가능성에 대한 아무런 판단없이 원고들의 재산상의 손해를 배상의 범위에서 제외시키고 있다. 피고들이 원고의 재산상의 손해를 예견할 수 있었다는 것은 사건의 경과에서 쉽게 추측할 수 있다. 예견가능성을 판단하지 않고 배상을 기각한 것은 사실적 인과관계마저 부인한 것으로 볼 수도 있다. 그렇다면 인과관계에 대한 판단은? 없다. 법원이 제시하고 있는 논거 중에는 만일 조합원 총회를 열었더라도 노사합의에 대한 안전이 통과되었을 가능성이 높아 원고들의 재산상 손해가 발생하였을 것이라는 점을 강조하고 있다. 그렇지만 이러한 논거는 인과관계 판단의 근거가 될 수 없다. 교통사고로

87) 박윤직, 채권총론, 182쪽.

88) 박윤직, 위의 책, 115-116쪽.

사망한 피해자에 대하여, 피해자가 교통사고를 당하지 않았더라도 언젠가는 사망했을 것이라고 주장하는 것과 무엇이 다른가?

4. 상당인과관계론 비판

불법행위의 성립과 손해배상 여부를 결정할 때에는 순차적으로 책임의 성립여부, 책임범위의 확정, 배상액의 산정이라는 세 단계를 거치게 된다.⁸⁹⁾ 우리 판례를 보면 이 세 단계의 구분이 혼란스런 경우가 있다. 이 사건의 판결 역시 손해배상의 범위에서 배상액 산정의 문제를 다룬다거나, 재산상의 손해에 대한 판단이 불법행위의 성립에 관한 문제인지, 손해배상의 범위에 관한 문제인지 구분이 되지 않고 있다는 점이다. 이 혼란의 원인에는 통설과 판례가 그리도 꼼꼼하게 감싸고 있는 이른바 “상당인과관계론”과 “손해의 공평한 분담이라는 손해배상법의 이념”이 자리 잡고 있다고 여겨진다.

통설과 판례에 의하면, 불법행위의 성립 여부는 고의·과실(유책성), 위법성, 인과관계, 책임능력 등에 의하여 판단되지만, 손해배상 범위의 확정에는 책임성립의 요소인 유책성과 위법성 등에 영향을 받지 않고 오로지 인과관계에 의하여 이루어진다고 한다.⁹⁰⁾ 손해배상의 범위 판단에 고의·과실을 고려하지 않는 것이 원칙이라는 것이다.⁹¹⁾ 그러면서 책임성립에 요구되는 인과관계(책임설정적 인과관계)와 책임범위에 요구되는 인과관계(책임충족적 인과관계)를 구분하지 않고 모두 상당인과관계로 파악한다. 따라서 민법 제393조는 상당인과관계를 입법한 것으로, 불법행위는 “사회에서 발생하는 손해의 공평·타당한 부담·분배를 피하는 제도”라고 이해하고,⁹²⁾ “손해배상의 문제는 공평한 손해분담을 이상으로 하기 때문

89) 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 46쪽.

90) 박윤직, 채권총론, 182쪽. “손해배상의 범위는 손해의 범위에 의하여 정해지는데 된다. 그리고 손해의 범위는 이른바 인과관계의 이론에 의하여 정하여진다.”

91) 김성태, 민법주해[XVIII], 17쪽. “고의나 과실 등의 요건은 그 존재여부가 가해자가 비난받아야 할 근거를 제기할 뿐, 그 비난의 내용과 정도(손해배상의 범위와 정도)에는 영향을 미치지 않는 것이 원칙으로 이해되고 있다.”

92) 박윤직, 채권각론, 603쪽; 박철, 민법주해[XVIII], 271쪽.

에, 이 상당인과관계론이 타당하다”고 한다.⁹³⁾ 이 손해배상의 범위에 관하여는 완전배상주의와 제한배상주의가 있고, 우리 민법 제393조는 제한배상주의를 채택하고 있으며, 아울러 손해배상의 방법으로는 원상회복과 금전배상이 있고, 우리 민법 제394조는 금전배상을 원칙으로 하고 있는데, 원상회복은 완전배상을, 금전배상은 제한배상을 실현하는 것으로 보고 있다.⁹⁴⁾ 그렇지만 완전배상주의를 채택한 국가에 있어서도 “가해행위와 손해 사이의 인과관계의 개념적 조작을 통하여 배상하여야 할 손해의 범위를 한정하고 있으므로 결과에 있어서는 완전배상주의와 제한배상주의 사이에 큰 차이점을 찾아볼 수 없다”면서, “근대 손해배상법의 사상적 바탕에는 책임제한사상이 있으며, 그 책임제한사상이 구체화된 것이 과실책임주의와 제한배상주의”라고 파악하며, “전통적으로 불법행위제도를 위법한 가해행위에 의한 피해자의 손해를 전보하는 제도로 이해하였으나 오늘날에는 불법행위제도를 당사자 사이의 공평한 분담을 위한 제도로 보는 사상이 대두”하였고, 이러한 “손해의 공평한 분담으로 보는 사상은 양날을 가진 칼과 같아서 손해배상책임의 성립의 면에서 종래의 과실책임주의를 비판하면서 책임을 확대하는 반면, 손해배상책임의 범위의 면에서는 종래의 제한배상주의를 강화하여 책임을 축소하는 사상적 배경이 될 수 있다”고 한다.⁹⁵⁾ 이러한 서술은 지금 평석에서 다루고 있는 이 사건 판결의 사상적 배경에 대한 설명으로 조금도 손색이 없다. 조합원들의 손해에 대한 책임의 성립은 확대되었지만, 재산상의 손해배상을 부정하고 위자료의 배상만 허용함으로써 손해배상의 범위는 축소되었다. 그 이면에는 손해는 공평하게 분담해야 한다는 손해배상법의 사상 또는 이념이 움츠리고 있다. 한마디로 공평이념 또는 공평성 이데올로기라 부를 수 있다. 이와 같은 공평이념을 실현하는 도구는 법원에서 조합원들의 재산상의 손해배상을 부정하는 근거로 제시한 상당인과관계이다.

인과관계에는 사실적 인과관계와 법적 인과관계가 있으며, 조건관계(*conditio sine qua non*)라고도 표현되는 사실적 인과관계는 “끝없이 연결되는 사슬과 같은 철학적 내지 자연적 인과관계”로서 무한대로 연속·확

93) 박윤직, 채권총론, 112쪽.

94) 김상용, 채권총론, 163-164쪽.

95) 박철, 민법주해[XVIII], 271쪽.

대되는 “무한연쇄”의 속성을 갖고 있기 때문에, 이러한 사실적 인과관계에 있는 모든 손해를 가해자에게 배상시키게 되면 가해자가 배상하여야 할 손해의 범위는 무한히 확대될 수 있고, 그 결과 가해자의 부담이 지나치게 커져서 당사자 간의 공평을 도모하는 손해배상 제도의 취지에 어긋나게 되므로, 가해행위와 인과관계가 있는 손해 중에서 가해자가 배상하여야 할 손해를 일정한 범위로 한정할 수 있는 확정규준이 요구되며, 이는 손해발생의 원인을 일반화·객관화함으로써 한정된 인과관계를 산출하는 방법을 통하여 손해배상의 범위를 제한함으로써 손해를 공평하게 분담시킬 수 있다는 것이다.⁹⁶⁾

상당인과관계론은 독일민법의 특유한 이론구조 속에서 발달한 것으로 이후 대륙법계의 여러 나라에 영향을 미치게 되었으며, 특히 일본과 우리나라에 있어서는 거의 절대적인 수준이라 할 수 있다.⁹⁷⁾ 상당인과관계론은 크리스(Kries)에 의해 제창되어, 트래거(Traeger)에 의하여 한층 체계화되었고, 라벨(Rabel)과 캐머러(von Caemmerer)에 의해 규범목적설이 주장되기 이전까지 독일의 학설과 판례를 지배하였다.⁹⁸⁾ 이 상당인과관계론이 일본민법에 도입된 것은 1900년대 후반으로 1908년 요코타 히데오(横田秀雄)는 “인과관계의 개념만으로 책임의 범위가 무한히 확대되어 갈 우려가 있으므로 이를 적당히 제한할 필요가 있다”면서 법적 인과관계(상당인과관계) 개념의 싹이 보이기 시작하였고, 이후 1911년에 이르러 이시자와 온시로오(石坂音四郎)에 의하여 본격적으로 상당인과관계가 도입되어, 콘도오 에이마치(近藤英吉)·유노키 가오리(柚木馨)의 견해를 거쳐 와가즈마 사카에(我妻栄)의 견해에 이르러 확고한 통설로 자리잡게 되었다.⁹⁹⁾ 우리의 상당인과관계론은 사실상 요코타에서 와가즈마에 이르면서 형성된 일본민법의 통설을 아무런 비판없이 계승하고 있는 것이다.

더욱 문제가 되는 것은 상당인과관계론을 지지하는 학자들이 주장하는 상당인과관계의 방법론들이 현실적으로 의미가 없고 실현불가능하다는 것이다. 상당인과관계론의 주장대로라면 사실적 인과관계와 상당인과관계

96) 지원립, 곽윤직 편집대표, 민법주해[IX] 채권(2)(박영사, 1995), 491, 494쪽.

97) 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 26쪽.

98) 지원립, 위의 책, 461쪽.

99) 이용인, 위의 논문, 27-28쪽.

를 개념적으로 구분하는 것은 불가능하고, 인과관계의 판단은 과실과 위법성 판단과 구별되지 않는다.¹⁰⁰⁾ 게다가 상당인과관계를 통해서 이들이 그토록 양양(昂揚)하는 제한배상을 실현할 수 없다는 것이다. 손해배상의 범위에서 인과관계 요건은 “독일민법의 기본구조인 완전배상의 원칙에 대한 법기술적 표현”이고 이러한 원칙은 “독일민법 제249조¹⁰¹⁾에 원상회복주의라는 형태로 실현”되었다.¹⁰²⁾ 상당인과관계는 원상회복을 통하여 완전배상을 실현하려는 독일민법 특유의 인과관계에 대한 인식방법이지, 손해배상책임을 “제한”하는 문제와는 무관하다.

가해행위로 1차적인 권리침해가 발생하고, 이를 기점으로 계속하여 손해가 확대되는 경우, 예컨대 “[가해행위] → [손해①] → [손해②] → [손해③] …… [손해⑩] …… [손해⑮] …… [손해⑳]”의 형태로 손해가 확대되었고 손해배상이 청구된 현시점에서 [손해⑮]의 위치에 있다고 가정하자. 원상회복의 방법에 의하여 손해가 없었을 상태로 회복하려면 현시점에서 역으로 거슬러 올라가며 손해상태를 제거해나가야 한다. [손해⑮]의 상태를 제거해야 [손해⑭]의 상태가 되고, [손해⑭]의 상태를 제거해야 [손해⑬]의 상태가 된다. 이런 방식으로 가해행위 이전의 상태로 되돌려야 원상회복이 이루어질 수 있다. 시간이 지날수록 인과연쇄에 의하여 손해는 어딘지 모를 [손해㉑]의 상태로 진행될 것이다. 따라서 사건의 추이가 끊임없이 확대되는 인과연쇄의 문제는 이와 같은 원상회복주의와 어우러져 배상의무자에게 가혹한 결과를 초래할 것이라는 우려를 낳게 되는 것이다. 이러한 우려는 순수경제손해의 문제와 마찬가지로 관념적으로 만들어진 관한 걱정거리일 뿐이고, 소심한 자들의 유난스런 호들갑에 불과하다. 시간을 되돌릴 수 없다면 현실의 손해상태를 제거한다는 것은 불가능하다.

100) 상당인과관계의 문제점에 대하여는 이용인, 위의 논문, 60-88쪽; 이에 대한 요약으로 이용인, “민법 제393조와 불법행위법에서의 예견가능성”, 재산법연구 제23권 제3호(한국재산법학회, 2007.2.), 263-272쪽.

101) 독일민법 제249조는 손해배상의 방법과 범위에 관한 규정으로 원상회복주의를 원칙으로 표방하고 있다(제1항). “손해배상의무를 부담하는 자는 손해배상의무를 발생시키는 사정이 없었다면 존재하였을 상태를 회복하여야 한다(Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre).”

102) 김형배, 채권총론, 252쪽.

본래적 의미의 원상회복은 물리적으로 실현가능성이 없다는 뜻이다. 따라서 원상회복의 현실적 의미는 불법행위로 인한 손해를 전보하는 법정(法定)채무이행의 한 방식을 가리킨다. 본래적 의미의 원상회복에 최대한 근접하여 이를 실현하는 방식은 배상의무자에게 인과관계가 인정되는 모든 손해를 배상시키는 완전배상의 방법이다. 그렇다면 문제는 인과관계를 어떻게 인식할 것인지에 있다. 그런데 인과관계는 원인과 결과라는 두 사실 사이에 “존재하는 관계”의 문제가 아니라 그러한 “관계의 인식”에 관한 문제이다.¹⁰³⁾ 상당인과관계란 이러한 인과관계 인식의 한 방법이다.

가해행위와 인과관계가 인정되는 손해의 범위가 [손해⑩]까지라면 배상의무자에게 [손해⑩]까지 배상시키는 것이 완전배상이다. 제한배상은 어떠한 기준에 의하여 [손해⑩]에 이르지 않는 범위, 예컨대 [손해⑧]이나 [손해⑨] 정도의 범위에서 손해배상이 결정되어야 한다. 그런데 상당인과관계는 완전배상의 범위인 [손해⑩]을 확정하는 기준이지, [손해⑧]이나 [손해⑨]에서 배상을 확정할 수 있는 제한배상의 기준이 될 수 없다. 이는 지금까지 우리 민법학에서 상당인과관계와 제한배상에 대하여 전개된 이론이 모두 손해배상의 현실과 무관하게 꾸며진 거짓말이었음을 의미한다. 상당인과관계는 인과관계를 판단하는 기준도, 손해배상의 범위를 확정하는 기준도 되지 못한다. 100년도 훌쩍 넘긴 이 이론이 아직도 굳건하게 자리를 지키고 있는 것은 이 이론의 실체가 없기 때문이다. 아무것도 할 수 없기에 오랜 시간을 버틸 수 있었고, 실체가 없는 공허한 이론에 불과하기에 제대로 된 비판을 할 수가 없고, 또 비판을 하더라도 흔들림조차 없는 것이다. 실체가 없지만 100년을 훌쩍 넘긴 독일민법과 일본민법의 통설이라는 지위와 그로부터 얻어진 권위, 무엇보다 통설이 설명하고 있는 손해배상의 공평성 이념, 이 모든 것들이 이 공허한 이론을 지켜주는 굳건한 울타리가 돼주었다.

법원이 손해배상 사건에서 상당인과관계를 판결의 근거로 내세우는 것은 자신들의 판단이 공평하고 정당하다는 이념적 표현이다.¹⁰⁴⁾ 법원은 소

103) 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 68쪽.

104) 법원의 판결이 아무리 개인 간의 사적인 사건을 대상으로 하더라도 이와 같은 의미에서 법원의 판결은 지극히 정치적이다. 정치는 국회와 정부에서만 이루어지는 것이 아니라, 또 다른 권력기관인 법원에 의해서도 일상적으로 이루어지

송당사자에게 판결을 설명하고 합당한 이유를 들어 당사자들을 설득하여야 한다. 그런데 기독교인에게 “모든 것은 하나님의 은혜”라 하고, 불자들에게는 “부처님의 자비와 가호”라 하면 더 이상의 설명이 필요없다. 마찬가지로 상당인과관계는 책임법 영역에서 법원이 입에 달고 사는 구호에 불과하다. 그런데 그것이 일반인들뿐만 아니라 법률가들에게도 쉽게 먹히는 것은 이 상당인과관계가 품고 있는 “손해배상법의 공평성”이라는 이념 덕분이다. 우리 통설이나 판례는 손해배상법의 목적이나 이상을 “손해의 공평·타당한 부담·분배”라고 해왔다.¹⁰⁵⁾ 따라서 상당인과관계를 부인하는 것은 손해배상의 공평타당성에 대한 문제제기가 된다. 사실 상당인과관계와 손해배상의 공평성은 아무런 관련이 없지만 상당인과관계를 비판하는 것은 이러한 손해배상의 공평성을 부정하는 것이 된다. 손해배상이 공평타당하지 않게 어느 한쪽으로 치우친다면 정의관념에 합당하지 않다. 상당인과관계란 어느 쪽으로도 치우치지 않고 공평타당하게 판단하였다는 엄포이다. 그러니 함부로 비판할 수 없고, 또 비판하지 말라는 의미이기도 하다.

이 사건의 재산상의 손해는 상당인과관계의 문제가 아니라, 불법행위법이 보호하는 이익에 해당하는지, 그리고 피고들에게 원고들의 이익을 보호하여야 할 주의의무가 있었는지 따져서 결정해야 할 문제이다. 앞에서 언급한 바와 같이 나는 조합원들의 재산적 손해가 불법행위법에 의하여 보호받는 이익이며, 노동조합 대표자와 집행부는 이러한 조합원들의 이익을 보호하여야 할 법적인 의무가 있다고 생각한다.

V. 단체협약의 효력에 대하여

1. 이 사건 노사합의의 단체협약으로서의 성격

이 사건에서 불법행위가 성립하려면 회사와 노동조합 사이의 노사합의

고 있다. 물론 법원의 정치가 지난 시기 “재판거래”와 같이 부패하고 부정적인 양상을 보이는 경우도 종종 있기는 하다.

¹⁰⁵⁾ 박철, 민법주해[XVIII], 271쪽.

가 단체협약으로서 효력이 있어야만 한다. 비록 노동조합 규약에 위반한 노동조합 대표자의 행위가 위법할 수는 있겠지만, 단체협약의 효력이 인정되지 않는다면 불법행위는 처음부터 문제되지 않는다. 단체협약이 무효라면 손해가 발생하지 않기 때문이다. 그런데 원고들은 손해배상을 청구하는 동시에 노사합의의 무효에 대한 확인을 구하고 있다. 이해하기 어려운 것은 단체협약의 당사자인 회사와 노동조합, 또는 단체협약의 실질적 귀속자인 회사와 원고들 사이의 효력을 다투지 아니하고, 원고와 피고 사이에서 효력을 부인하고 있다는 점이다. 무효주장이라면 당연무효·절대적 무효를 주장해야 함에도 상대적 무효를 주장하고 있는 것이다. 그렇다면 원고들은 회사와의 관계에서 효력을 인정하는 것일까? 대법원 판결에 의하면 원고나 피고들 모두 변호인을 선임하였음을 알 수 있는데, 혹시 1심 청구시에 변호인을 선임하지 아니하고 재판을 진행했던 것은 아닐까? 아마도 불법행위로 인한 손해배상을 청구하면서 그 전제로 단체협약의 효력을 부인해야 하는 것으로 이해했던 것일까?¹⁰⁶⁾ 이 사건 불법행위와 관련이 있지만, 불법행위와는 별도의 쟁점으로 봐야 할 이 사건 노사합의의 효력에 대하여 살펴보기로 하겠다.

단체협약은 노동조합과 사용자가 단체교섭을 통하여 체결하는 협정이다. 노동조합법은 제31조 제1항에서 “단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다”라고 정하고 있다. 단체협약의 서면작성과 쌍방 당사자의 서명·날인은 단체협약의 성립요건으로 이해된다. 그러므로 단체협약의 체결은 엄격한 방식이 요구되는 요식행위이다.¹⁰⁷⁾ 따라서 쌍방 당사자의 단체협약 체결의 의사, 다시 말하여 단체협

106) 1심 판결에서 “한편으로 이 사건 각 노사합의와 관련하여 원고들이 입게 되었다고 주장하는 정신적 손해는 논리필연적으로 위 각 노사합의의 무효를 전제한다고도 볼 수 없”다고 설명하고 있는 점과 원고들이 “손해배상청구만으로는 피고들의 이 사건 규약 등의 반복적 위반행위를 효과적으로 제어하기 곤란하다”고 주장한 사실에서 보면 법원의 판결과 같이 “이 사건 노사합의의 무효를 확인하더라도 노동조합 대표자의 향후의 위반행위까지 제어할 수 있는 효력이 발생하는 것은 아니”라는 점에서, 원고들의 무효청구는 원고들의 법률적 이해가 부족하였거나, 또는 노동조합 집행부나 다수의 조합원들에게 심리적으로 강제하려는 의도가 있었던 것으로 볼 여지도 있다.

107) 박홍규, 노동법, 724쪽.

약의 내용이 되는 노동조건이나 노사관계에 대한 합의만으로는 성립하지 않는다. 그렇지만 요식성이 갖춰졌다면 꼭 단체협약이라는 명칭이나 형식을 갖춰야 하는 것은 아니다. 대법원 판례¹⁰⁸⁾ 역시 “단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관한 협정(합의)을 문서로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인함으로써 성립하는 것이고, 그 협정(합의)이 반드시 정식의 단체교섭절차를 거쳐서 이루어져야만 하는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 노동조합과 사용자 사이에 근로조건 기타 노사관계에 관한 합의가 노사협의회 합의의를 거쳐서 성립되었다고, 당사자 쌍방이 이를 단체협약으로 할 의사로 문서로 작성하여 당사자 쌍방의 대표자가 각 노동조합과 사용자를 대표하여 서명날인하는 등으로 단체협약의 실질적·형식적 요건을 갖추었다면 이는 단체협약이라고 보아야 할 것이다”라며, “합의내용을 서면화할 것을 요구하는 것은 단체협약의 내용을 명확히 함으로써 장래의 분쟁을 방지하려는 것이고, 서명날인절차를 거치도록 한 것은 체결당사자를 명확히 함과 아울러 그의 최종적 의사를 확인함으로써 단체협약의 진정성을 확보하고자 하는 것”이라 한다.

이 사건에서 피고들은 “이 사건 각 노사합의는 개별적인 사항들에 관하여 상시적으로 체결되는 것으로서 정기적으로 체결하는 단체협약과 구분하여야 하고, 이렇게 상시적으로 체결되는 노사합의의 경우에는 단체협약 체결 전에 조합원 총회를 거쳐야 한다는 노동조합법이나 노동조합 규약의 관련 규정들이 적용되지 않는다”고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 “상시적으로 체결되는 노사합의와 정기적인 단체협약을 구분하기가 용이하지 않은 점, 피고 노동조합 스스로 제정한 이 사건 규약에 의하더라도 단체협약과 상시적으로 이루어지는 노사합의를 구분하고 있지 않은 점, 반드시 단체협약이라는 명칭을 사용하지 않더라도 단체협약으로서의 실질적·형식적 요건을 갖추었다면 이를 모두 노동조합법상 단체협약이라고 보는 것이 타당한 점 등을 고려”하여 이 사건의 노사합의가 단체협약에 해당한다고 판단하였다. 이 사건의 노사합의가 단체협약에 해당한다는 원고들의 주장과 법원의 판단에 전적으로 동의한다.

¹⁰⁸⁾ 대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다27429 판결.

2. 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한과 제한

노동조합법 제29조 제1항에 따르면 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”고 규정하고 있는데, 피고들은 노동조합의 “규약 중 노동조합이 단체협약을 체결하는 과정에서 조합원 총회의 의결을 거치도록 하는 부분은 노동조합 대표자의 협약 체결권을 전면적·포괄적으로 제한하는 것으로서 노동조합법 제29조 제1항에 반하여 무효”라고 주장하였다.

1997년 현행 노동법이 새로 제정되기 전 구법에서는 노동조합의 대표자에게 단체교섭에 대한 권한만을 규정하고 단체협약의 체결권한에 대하여는 규정하지 않고 있었다. 따라서 노동조합 대표자에게 단체협약 체결권한이 있는지에 대하여 논란이 되었는데, 이를 인정하는 견해와 부인하는 견해가 대립하였다.¹⁰⁹⁾ 노동조합 대표자의 단체교섭권한 속에 단체협약 체결권이 당연히 포함된 것은 아니라는 견해가 압도적인 견해였으나, 이와 반대로 단체교섭권한 속에는 단체협약 체결권이 포함되어 있다는 소수의 견해가 노동부와 판례의 지지를 받아 현행 노동조합법의 입법으로 반영되었다고 한다.¹¹⁰⁾ 단체협약 체결권한을 인정하는 견해에 의하면 노동조합 대표자는 단체의 기관으로서 조합원을 정당하게 대표하고 있으며, 노동조합법의 규정이 강행규정이라는 점에서 논거를 구하고 있고, 이에 반대하여 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한은 대표자의 전권이 아니라 조합원의 권리에서 연유한 것이라 해석하는 견해는 ① 노동조합의 자주성과 민주성은 조합원의 자율적 결정에 의하여야 하며, ② 노동조합 대표자의 권한은 조합원의 위임에 의한 것이고, ③ 노동조합법이 노동조합 대표자에게 단체교섭권과 단체협약체결권을 부여하였더라도 이는 제한이 금지된 배타적 권리가 아니며, ④ 노동법의 해석에 민법의 대표성

109) 유성재, “노동조합 대표자의 협약체결권 제한 가능성”, 노동법연구 제30호(서울대학교 노동법연구회, 2011.3.), 311-313쪽; 임종율, “단체협약 체결에 대한 인준투표”, 성균관법학 제7권 제1호(성균관대학교 법학연구소, 1996.12.), 348-349쪽.

110) 박승두, “노조대표자의 단체협약체결권에 관한 판결의 부당성: 문화방송사건, 대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다27429 판결”, 경희법학 제49권 제1호(경희법학연구소, 2014.3.), 305쪽.

이론을 도입하는 것은 부당하고, ⑤ 노동조합법의 규정은 강행규정이 아니라 임의규정이며, ⑥ 노동조합 대표자는 단체교섭의 당사자가 아니라 담당자이고, ⑦ 사용자가 악의인 경우 무권대리의 적용도 배제되므로 단체협약의 효력을 인정할 수 없으며, ⑧ 선진국에서도 인준투표가 두루 활용되고 있다는 점을 논거로 주장하고 있다.¹¹¹⁾

노동조합 대표자에게 단체협약 체결권한이 있는가의 문제는 이러한 단체협약 체결권한을 제한할 수 있는가라는 문제로 이어진다. 노동조합 대표자들이 사용자와 교섭하여 단체협약의 내용에 대하여 합의하면 곧바로 단체협약을 체결하는 오랜 관행이 있었으나, 1987년 이후에 노동조합 대표자가 사용자와 합의를 하더라도 이를 조합원 총회의 의결을 거쳐 단체협약을 체결하는 방식으로 변화되었고, 이러한 변화는 협약체결에 대하여 인준투표를 실시하여 노동조합 대표자가 단체협약의 체결에 있어 사용자와 야합하는 것을 방지하기 위함이었다 한다.¹¹²⁾

대법원은 “대표자 또는 수임자가 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후에 다시 그 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 결의를 거쳐야만 한다는 것은 대표자 또는 수임자의 단체협약 체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약 체결권한을 형해화하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서” 단체협약에 대한 인준투표가 노동조합 대표자의 단체교섭권에 대하여 규정한 노동조합법의 취지에 반하는 것으로 판단하였다.¹¹³⁾ 이와 같이 판례는 노동조합 대표자의 단체교섭권한에 협약체결권이 포함되어 있음을 전제로 하여 인준투표를 위법하다고 보았고, 노동부의 행정해석 역시 같은 태도를 취하였다.¹¹⁴⁾ 이후 대법원은 전원합의체 판결의 법리를 변경한 것은 아니지만 “조합민주주의의 실질적 실현이 구현될 수 있도록”¹¹⁵⁾ 노동조합 대표자

111) 박승두, “노조대표자의 단체협약체결권에 관한 판결의 부당성”, 307-308쪽.

112) 김인재, “단체협약 인준투표조항” 노동법연구 제3호(서울대학교 노동법연구회, 1993.12.), 224쪽; 김태현, “인준투표제의 재발견”, 노동법논총 제40집(한국비교노동법학회, 2017.8.), 265쪽; 임종률, “단체협약 체결에 대한 인준투표”, 345-346쪽.

113) 대법원 1993. 4. 27. 선고 91누12257 전원합의체 판결.

114) 김인재, 위의 논문, 226-227쪽; 임종률, 위의 논문, 347쪽.

115) 김태현, 위의 논문, 291쪽.

의 협약체결권한을 절차적으로 제한할 수 있는 길을 모색하였다. 2013년 대법원은 단체협약의 체결에 관한 사항을 총회의 의결사항으로 정하고, 협약의 체결은 총회를 거쳐 위원장이 체결하도록 규정한 노동조합 규약에 대하여 “① 이 사건 규약...이 원고의 대표자인 위원장이 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거친 후에만 단체협약을 체결할 수 있는 것으로 한정된 것인지 불분명한 점, ② 원고의 대표자인 위원장은 총회의 의결을 거쳐 조합원들의 의견을 수렴한 후, 수렴한 의견을 반영하여 단체교섭을 할 수 있고, 단체교섭을 하는 과정에서도 사용자와 실질적인 합의에 이르기 전까지는 총회의 의결을 거칠 수도 있다고 보이는 점, ③ 기록상 원고의 대표자인 위원장이 사용자와 단체교섭을 하고 단체협약의 내용에 합의한 후 단체협약을 체결하기에 앞서 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원의 의견을 수렴하는 절차로서 총회를 거친 경우가 있었다고 볼 만한 자료가 제출된 바도 없는 점 등에 비추어 보면,” 이 사건의 노동조합 규약이 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 규정으로서 노동조합법에 위배된다고 보기는 어렵다고 판결하였다.¹¹⁶⁾ 그리고 2014년에는 “노동조합이 조합원들의 의사를 반영하고 대표자의 단체교섭 및 단체협약 체결 업무 수행에 대한 적절한 통제를 위하여 규약 등에서 내부 절차를 거치도록 하는 등 대표자의 단체협약체결권한의 행사를 절차적으로 제한하는 것은, 그것이 단체협약체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 것이 아닌 이상 허용된다고 보아야 한다”고 판결하였고,¹¹⁷⁾ 이후 이 평석의 대상 사건에 이르렀다.

이 평석에서 다루고 있는 이 사건 판례¹¹⁸⁾에 의하면 단체협약은 노동조합의 개별 조합원들이 노동조건 기타 노동자의 대우에 관한 기준을 직접 결정하는 규범적 효과를 가지는 것이므로 단체협약의 실질적 귀속주체는 개별 노동자이며, 헌법 제33조 제1항이 정하고 있는 노동자의 단결권과 노동조합법 제22조가 정하는 “균등하게 그 노동조합의 모든 문제에 참여할 권리”는 노동조합 대표자의 권한이 조합원의 간섭으로 제한될 수

116) 대법원 2013. 9. 27. 선고 2011두15404 판결.

117) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2010다24534 판결.

118) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다205908 판결.

있음을 시사하고 있다는 것이다. 따라서 개별노동자인 “조합원들에 의하여 형성된 노동조합의 의사에 기초하여 단체협약이 체결되어야 함은 단체교섭의 기본적 요청”이라 할 수 있다. 게다가 “노동조합법 제16조 제1항 제3호는 단체협약에 관한 사항을 총회의 의결사항으로 정하여 노동조합 대표자가 단체교섭 개시 전에 총회를 통하여 교섭안을 마련하거나 단체교섭과정에서 조합원의 총의를 계속 수렴할 수 있도록 규정하고 있다.” 그러므로 노동조합 규약이 노동조합의 대표자인 피고의 단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하지 않는 이상, 규약의 규정들을 정당한 것으로 피고는 실질적으로 단체협약에 해당하는 노사합의를 체결함에 노동조합 규약의 규정을 준수하여 조합원 총회를 열거나 그 밖의 방법에 의하여 조합원들의 의견을 수렴하는 절차를 거쳐야 했다는 것이다.

노동조합법 제29조 제1항이 노동조합 대표자에게 “그 노동조합 또는 조합원을 위하여” 단체교섭 및 단체협약 체결권한을 행사하여야 함을 규정하는 것은 단체협약 체결권한이 배타적 권리가 아니라 조합원의 명시적 의사에 반하여 행사할 수 없다는 한계를 정하고 있는 것으로 해석하여야 한다.¹¹⁹⁾

3. 무효확인청구에 대하여

원고들은 1심에서 피고들과의 관계에서 이 사건 노사합의의 무효확인을 구하였으나, 1심 법원은 “비록 피고들 모두가 이 사건 각 노사합의의 유효성을 주장하고 있을 뿐만 아니라, 이 사건 각 노사합의의 체결을 전후하여 원고들이 입었다고 주장하는 정신적 손해 및 그에 대한 배상책임의 인정 유무가 위 각 노사합의의 효력에 대한 판단과 사실상 일부 쟁점을 같이하게 되는 측면이 있더라도, 피고들을 상대로 이 사건 각 노사합의의 무효확인을 구하는 부분은 확인의 이익이 없다고 봄이 상당하다”고 하여 다음의 이유를 들어 청구를 각하하고 있다.¹²⁰⁾

119) 박승두, “노조대표자의 단체협약체결권에 관한 판결의 부당성”, 312쪽.

120) 법리적 배경으로는 “확인”의 소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 않고, 당사자 일방과 제3자 또는 제3자 상호 간의 법률관계도 대상이 될 수 있는 것이나, 그러한 법률관계의 확인은 그 법률관계에 따라 원고의 권리 또는 법적

첫째, 피고 노동조합은 매년 또는 격년을 주기로 체결하는 정기적인 단체협약과는 달리 비정기적으로 이루어지는 교섭을 통하여 특정한 현안에 대하여 노사 간의 합의를 도출해야 할 때에는 조합원 총회의 결의 없이 회사와 관행적으로 협약을 체결하여 왔으며, 회사 역시 그와 같은 노동조합의 관행을 크게 문제삼거나 절차적 적절성에 대해 의문을 표명하지는 않았다.

둘째, 이 사건 회사가 피고 노동조합 측에 부서 통·폐합, 특별명예퇴직과 임금피크제도의 실시 및 일부 복지제도의 축소 등을 교섭사항으로 제안하였던 것은, 매출이나 영업이익 등 당시의 경영지표는 물론 향후 인터넷·통신부분 등 주력 사업의 전망을 고려한 정책적 결정으로서 그것이 회사 측에서 볼 때 불합리하거나 부당하다고 단정하기는 어렵다.

셋째, 이 사건 1차 노사합의 체결 후인 2014년 11월경 실시된 피고 노동조합의 위원장 선거에서 피고인 노동조합 위원장이 투표에 참여한 조합원들 중 71.47%의 찬성으로 재차 위원장으로 당선되었다. 따라서 피고 노동조합 대표자 등이 노동조합 규약이 정한 내부적인 절차 규정에 따르지 않고 노사합의를 체결한 것이 “노사합의의 효력을 부정할 만큼 현저히 합리성을 결여하였거나, 민법 제103조에 위반하여 무효라고 보기는 어렵다”는 것이다.

또한 1차 노사합의가 체결된 후 2014년 10월 22일 한 조합원이 노동조합 홈페이지를 통하여 “내년부터 임금피크제를 실시하는지”에 대해 문의하자, 홈페이지 관리자가 같은 날 “회사 측과 논의를 통해 실행방안이 확정되면 조합원 총회를 거쳐 최종적으로 결정할 계획”이라는 취지의 글을 게시하였다가, 피고측에 의하여 해당 글이 삭제된 사실이 있으나, 2차 노사합의의 효력에 관한 판단에는 영향이 없다고 하였다.

게다가 피고 노동조합을 제외한 나머지 피고들은 물론이고, 원고들과 피고 노동조합 사이에 노사합의의 무효를 확인하는 취지의 판결이 확정되더라도, 이 판결의 효력이 회사에는 미치지 않아 원고들이 직접 회사를

지위에 현존하는 위험·불안이 야기되어 이를 제거하기 위하여 위 법률관계를 확인의 대상으로 삼아 원·피고 간의 확인판결에 의하여 즉시로 확정할 필요가 있고, 또한 그것이 가장 유효적절한 수단이 되어야 확인의 이익이 있다”는 대법원 1996. 11. 22. 선고 96다34009 판결을 들고 있다.

상대로 복지제도의 축소 및 업무지원 씨에프티(CFT) 부서로서의 전보조치 등 노동조건 변경의 무효를 주장할 수 있게 되는 것도 아니고, 확인 판결로 인하여 원고들의 노동조건이나 업무환경이 노사합의 이전의 상태로 복귀된다고 볼 수도 없다는 것이다. 나아가 원심은 “다만 노사관계를 규율하기 위해 자율적으로 마련된 단체법적 규범이라는 단체협약의 특성을 감안할 때, 단체협약 체결의 당사자인 노동조합의 대표자와 사용자 측이 자율적 협상을 통해 그 내용을 형성한 단체협약의 효력 자체를 부정하는 것에는 신중할 필요가 있다”면서 “노동조합법이 제32조에서 유효기간 만료에 따라 단체협약의 효력이 상실되는 경우를 정한 외에는 단체협약 효력이 상실되거나 부정되는 사유를 별도로 규정하지 않고 있는 것 또한 같은 취지로 이해된다”고 하고 있다.

단체협약의 체결권한이 노동조합 대표자에게 있고, 노동조합의 내적 규율에 해당하는 규약위반의 효력이 사용자에게 미치지 않겠지만, 이와 같이 조합원의 총의에 의하지 않고 노동조합 대표자의 독단적 권한행사에 의한 사용자와의 합의가 아무런 비판과 검토 없이 모든 조합원에게 미친다는 것은 납득하기 어려운 처사이다.¹²¹⁾ 이에 대하여는 앞으로 체계적인 재검토가 필요하다고 생각된다. 게다가 노동분쟁의 해결을 독자적인 노동법원리의 발견에서 구하기보다 민법의 일반적 법리에 손쉽게 의지하는 법원이 왜 이러한 문제에서는 민법의 일반이론으로 나아가지는 않는지도 의문이다. 의사형성과정에 하자가 발생하면, 법률행위의 효력에 영향을 미치게 된다. 노동조합의 의사는 대표자의 의사가 아니라 조합원에 의해 형성된 의사이고, 그와 같은 의사의 실체가 없거나 의사형성과정에 흠이 있다면, 그로 인하여 상대방과 사이에 만들어진 합의는 효력이 없거나, 또는 효력을 부인할 수 있어야 한다. 게다가 상대방이 조합원에 의하여 형성된 의사가 아니라는 사실을 알고 있다면, 사용자와 노동조합 대표자의 합의는 효력이 없다고 하여야 한다. 그럼에도 “자율적 협상”이라는 이유로 합의의 효력을 인정하는 것은 문제라고 생각한다.

121) 1905년과 1910년 대한제국과 일본 사이에 “조약”이라는 이름으로 체결한 주권 강탈과 강제병합을 인정할 수 있겠는가? 대표자에게 적법한 권한이 있고, 권한 행사에 내적인 흠결이 존재하더라도 그것이 상대방에게 영향을 미칠 수 없다고 하여 합의의 효력을 인정한다면 우리는 왜 “을사늑약”이라 부르고 있는가?

1심 법원이 무효확인 청구를 각하한 논거는 항소심에서 재산상의 손해 배상 청구를 기각하는 논거로 쓰였다. 이들 논거에서 가장 특징적인 것은 피고 노동조합 위원장이 소송이 진행되는 도중에 실시된 선거에서 투표자의 71.47%의 지지를 받아 재선에 성공하였다는 점이다. 아무래도 이 점이 법원의 판단에 많은 영향을 미친 것으로 보인다. 그렇지만 이 사건 노동조합은 매 선거마다 부정선거 의혹이 제기되고 회사의 선거개입이 의심받고 있는 것도 사실이다. 피고 노동조합 위원장이 당선된 2011년과 2014년의 선거도 부정선거 논란에 휩싸였다.¹²²⁾ 게다가 위원장 선거에서 지지를 했으니 노사합의에 대한 인준투표에서도 반드시 지지할 것이라고 어떻게 예측할 수 있는가? 다른 한편으로 법원판결과 같이 판단하는 것은 대의민주주의가 품고 있는 함정일 수도 있다는 점에 유의하여야 한다. 짜장면과 짬뽕밖에 없는 음식점에서 많은 사람들이 짜장면을 선택했다고 하여 그 사람들이 모두 짜장면을 좋아한다고 말할 수는 없다.

선거에서 피고 노동조합 위원장을 선택한 조합원들이 모두 이 위원장의 정책과 노선을 지지하고 있으며, 위원장으로서 조합을 운영하고 업무를 처리하는 방침에 모두 찬성할 것이라 선불리 단정할 수는 없다. 그럼에도 위원장이 선거에서 다시 당선되었으므로 위원장이 추진하는 노사합의가 조합원들의 찬성으로 통과하였을 것이라는 법원의 예측은 논리적 오류이다. 무엇보다도 민주주의에 대한 단순하고 형식적인 사고의 위험성에 대하여 우려하여야 한다. 선거를 거치고 다수결에 의하여 결정되면 모두 민주적인가? 조합원에 의한 노동조합의 의사형성 및 결정과정을 안전에 대한 찬반투표로 파악하는 것은 민주주의에 대한 심각한 왜곡이다. 민주주의는 짜장면—짬뽕 고르기가 아니다. 어떠한 하나의 안전에 대하여 단지 찬성할 것인지 아닌지 선택이 강요된다는 것은 그러한 안전을 선정할 수 있는 자에게 권력이 집중되고, 집중된 권력에 대한 견제가 이루어지지 않아 독단과 전제로 나아가고 있음을 의미한다. 민주주의란 각기 다른 다양한 의견이 제시되고, 비판과 토론을 거쳐 의사의 합치와 실현에

122) 한겨레, 2011. 11. 25., “KT 노조위원장 선거, 또 ‘부정’ 얼룩지나”; 2011. 11. 30., “KT노조, 부정선거 시도 논란”; 2012. 9. 19., “‘KT, 노조선거 개입’ 증거 나왔다”; 2016. 3. 10., “KT 노조위원장, 선거때 후보 매수 의혹”, <<http://www.hani.co.kr>>, 검색일: 2019. 2. 25.

이르는 매우 역동적으로 전개되는 과정이라 할 수 있다. 따라서 선거에 의하여 집중된 권력은 이와 같은 과정을 거쳐 통제되고 끊임없이 재신임을 받게 되면서, 조직의 단결과 민주주의를 공고히 할 수 있는 것이다. 법이 노동조합의 조직과 운영에 있어 그토록 민주주의를 강조하면서, 현실에서는 비민주적 또는 반민주적 행태를 묵인하는 것을 방관해서는 아니 된다.

이 사건에서 법원은 회사가 조합원 총회를 거치지 않는 관행에 대하여 문제삼지 않았음을 지적하지만, 이와 같이 노동조합 대표자가 노동조합의 규약을 무시하고 독단적으로 노동조합의 업무를 처리하는 배경에는 회사가 있다는 사실을 간과하고 있다. 노동조합 규약에 위반하여 조합원 총회를 거치지도 않고 체결한 노사합의의 효력을 인정해주기 때문에 회사에서는 회사에 협조적인 노동조합 대표자가 선출될 수 있도록 지원하고, 그러한 대표자를 유인하여 조합원들의 의사를 묻지 않고 조합원들에게 일방적으로 불리한 내용의 합의를 시도하는 것이다. 그러므로 조합원 전체에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 대하여 조합원의 의사를 묻지 아니하고 노동조합 대표자가 독단적으로 회사와 체결한 단체협약이나 노사합의의 효력은 부인되어야 마땅할 것이다.

VI. 맺음말

작년 11월 24일 이 사건 회사인 주식회사 케이티의 아현지사 건물 지하의 통신구 연결통로에서 화재가 발생하여 지하 1층 통신구 약 79미터가 소실되는 사고가 발생하였다.¹²³⁾ 결과는 참혹했다. 서울의 한강이북

123) 이 화재사고의 여파와 원인분석 등에 대하여는 시사인, 2018. 12. 10., “KT 아현지사 화재는 무엇을 말하나”, <<https://www.sisain.co.kr>>, 검색일: 2019. 2. 25.; 쿠키뉴스, 2019. 2. 5., “KT 아현지사 화재사고 원인은 안전에 대한 투자 기피 때문” <<http://www.kukinews.com>>, 검색일: 2019. 2. 25.; 케이티전국민주동지회, “민영화-외주화가 부른 KT화재 참사! KT 통신공공성 강화를 촉구한다!”, 2018. 12. 6.자 기자회견문, <<http://ilovekt.org/p/38901>>; “아현국사 화재사고, 황창규 회장이 책임져야 한다!”, 소식지 2018년 12호(12. 7.자), <<http://ilovekt.org/p/38903>>, 검색일: 2019. 2. 25.

서쪽지역으로 서대문구, 마포구, 용산구 일대와 은평구, 중구, 그리고 경기도 고양시 덕양구 일부에서 이 회사가 제공하는 통신망이 한순간에 마비가 되었다. 케이티에 가입한 유선전화, 무선전화, 초고속인터넷, 아이피티비(IPTV) 서비스가 막혔고, 이 회사의 회선으로 카드결제를 하는 상점들은 큰 타격을 입었다. 게다가 용산, 마포, 서대문, 남대문 경찰서와 관할구역 파출소의 112 신고 시스템이 제대로 운영되지 않았고, 119 연결이 지연되어 응급환자가 사망하는 사태까지 발생하였다. 그렇지만, 복구는 더디게 진행되었다. 무엇보다 복구에 투입할 기술인력이 없었던 것이다. 2014년의 노사합의로 8304명의 직원이 명예퇴직해야 했다(그 몇 년 전에도 6천 여명의 직원들이 퇴출되었다). 명예퇴직이란 명목에 불과하고 사실상의 구조조정이고, 정리해고였다. 이들은 대부분 오랜 시간을 현장에서 보낸 고급기술인력들이었다. 이 회사에서 통신망의 신설과 유지·보수를 담당하는 직군이 케이블매니저(Cable Manager)인데 민영화 이후 가장 많이 줄어들었고, 통신망의 시설관리는 대부분 외주화하여 하도급업체에서 담당하고 있는 실정이었다. 통신회사에서 반드시 있어야 하는 통신기술자를 모두 내보낸 것이다.

통신관련 정부기관에서 공기업으로 변모하며 출발한 이 거대기업은 민영화 이후에 주로 부동산개발에 매달렸다. 유선전화가 보급되던 1960~70년대에는 통신장비가 비쌌다. 그래서 전국적으로 전화국을 많이 세웠다. 그러나 지금은 통신장비의 성능이 개선되고, 소형화되다 보니 이전보다 필요한 공간이 많이 줄어든 것이다. 회사는 통신장비를 한곳으로 집중하고 건물을 매각하거나 임대하는 방식으로 부동산 사업에 나섰다. 전화국 자리에 고급호텔이 지어지고, 오피스텔이 개발되기 시작한 것이다. 그러면서 비용절감을 이유로 통신관련 고급기술인력들이 구조조정되었고, 이들의 업무는 외부업체에 하도급되었다. 국민의 세금으로 세워진 통신기업이 통신업무를 내팽개치고, 통신서비스가 어찌되든, 시민의 안전이 어찌되든 개의치 않은 채, 다른 돈벌이에만 혈안이 된 것이다. 이 사건 노사합의와 노사합의에 따른 구조조정은 이 회사가 통신서비스라는 본래의 업무를 망각하고, 부동산사업과 같은 돈벌이에 매달리는 과정에서 발생한 것이다. 회사의 이러한 행동을 저지하고, 조합원을 지켜야 할 노동조합과 그 대표자는 오히려 회사와 한통속이 되었다. 통신기술자가 없는 통신기

업은 사공 없이 강물에 띄워진 나룻배와 무엇이 다른가?

이 사건에 대한 법원의 판결이 크게 잘못된 것은 없다고 생각한다. 오히려 법원의 판결을 비판하고 있는 내 견해가 소수의견으로 비판받을 수 있다. 그렇지만 학자가 왜 필요한지를 묻는다면 비록 소수의견일지라도 다수에 대한 거침없는 비판을 행할 수 있어야 하기 때문이다. 통설과 판례의 태도만을 줄곧 암송만 한다면 앵무새와 다른 점이 무엇일까? 이론과 학문, 사건과 재판·판결이라는 구조 속에 묻혀버릴 수도 있는 현실을 누군가는 직시하고 숨겨진 진실을 찾아 밝혀야 한다.

이 사건에서 손해배상의 문제는 노동조합과 노동조합 대표자, 그리고 조합원 및 회사의 관계를 고려하여야 하며, 노동조합이 갖는 특수한 성격에 주목하여야 한다. 민법상의 법인과는 차이점이 분명한데도, 즉각적으로 법인에 관한 일반법리를 적용하는 것은 구체적 타당성을 결여한 결론으로 이끌 것이다. 또한 우리 법원이 오랜 기간 전통적으로 의지해왔던 상당인과관계에 대하여는 그 기초부터 재검토해볼 필요가 있는데, 상당인과관계 대신에 주목해야 할 것은 피고에게 부담지워진 주의의무의 존재와 그 내용이라 할 수 있다. 다시 말하여 주의의무를 부과하는 규범의 보호목적과 보호범위, 그리고 사정거리라 할 수 있다. 이 주의의무라는 측면에서 나는 법원의 판단과 달리 이 사건의 노동조합 대표자에게 조합원의 신뢰와 기대를 저버리지 아니할 주의의무가 있다고 판단한다. 다른 한편으로 노사협조주의에 기운 노동조합이 조합원의 의사를 무시하고 사용자와 한 합의에 대하여는 그 효력을 다시 검토할 필요가 있을 것이다. 조합원의 의사형성과정을 거치지 아니한 노동조합의 의사는 진의가 아니거나, 또는 의사형성과정에 하자가 있는 경우이다. 게다가 상대방인 사용자도 이를 알고 있지 않은가? 나는 왜 이 경우에는 의사표시에 관한 민법의 일반법리가 적용되지 않는지 의문이다. 노동조합에 의하여 형성되지 아니하고 노동조합 대표자의 권한에 의하여 독단적으로 결정된 의사는 노동조합의 의사가 아니므로 무효로 하여야 한다. 그럴 때에만 사용자도 노동조합의 의사를 존중하게 될 것이다.

<참고문헌>

- 곽윤직 편집대표, 민법주해 [IX] 채권(2), 박영사, 1995.
_____, 민법주해 [XVIII] 채권(11), 박영사, 2005.
곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2008.
_____, 채권총론 제6판, 박영사, 2003.
_____, 채권각론 제2정판, 박영사, 1992.
김상용, 물권법 정정판, 법문사, 1999.
_____, 채권총론 개정판, 법문사, 2002.
_____, 채권각론(하), 법문사, 1998.
_____, 불법행위법, 법문사, 1997.
김형배, 민법학연구, 박영사, 1989.
_____, 채권총론 제2판, 박영사, 1999.
_____, 노동법 제20판:전면개정증보판, 박영사, 2011.
박흥규, 노동법론 제2판, 삼영사, 1998.
서광민, 불법행위의 귀책구조 연구, 강원대학교 출판부, 1988.
이은영, 채권총론 개정판, 박영사, 2002.
_____, 채권각론 제3판, 박영사, 1999.
이용인, 불법행위법에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2006.
- 김성수, “프랑스민법전의 불법행위법의 최근 개정동향과 우리민법의 시사점: 불법행위법 개정안의 주요내용과 그 비교법적 연구를 중심으로”, 충남대학교 법학연구소, 법학연구 제26권 제1호, 2015.4., 167-236쪽.
- 김인재, “단체협약 인준투표조항”, 서울대학교 노동법연구회, 노동법연구 제3호, 1993.12., 224-247쪽.
- 김태현, “인준투표제의 재발견”, 한국비교노동법학회, 노동법논총 제40집, 2017.8., 265-312쪽.
- 박수곤, “프랑스 민법상 손해의 개념: 손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로”, 재산법연구 제29권 제1호(한국재산법학회, 2012.5.), 1-23쪽.
- 박승두, “노조대표자의 단체협약체결권에 관한 판결의 부당성: 문화방송사건, 대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다27429 판결”, 경희법학연구소, 경희법학 제49권 제1호, 2014.3., 295-324쪽.
- 유성재, “노동조합 대표자의 협약체결권 제한 가능성”, 서울대학교 노동법연구회, 노동법연구 제30호, 2011.3., 309-346쪽.
- 이용인, “민법 제393조와 불법행위법에서의 예견가능성”, 한국재산법학회, 재산법연구 제23권 제3호, 2007.2., 261-304쪽.
- 임종율, “단체협약 체결에 대한 인준투표”, 성균관대학교 법학연구소, 성균관법학 제7권 제1호, 1996.12., 345-370쪽.

- European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and Commentary, SpringerWienNewYork, 2005.
- Beever, Allan, Rediscovering the Law of Negligence, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2007.
- Bussani, Mauro(Editor), European Tort Law: Eastern and Western Perspectives, Stämpfli Publishers Ltd. Berne, 2007.
- Hodgson, John/Lewthwaite, John, Tort Law, Oxford University Press, 2004.
- Jones, Michael A. Textbook on Torts Fifth Edition, Blackstone Press Limited, 1996.
- Mullis, Alastair/Oliphant, Ken, Torts Third Edition, Palgrave MacMillan, 2003.
- Palmer, Vernon Valentine/Bussani, Mauro, Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law, Routledge · Cavendish, 2008.
- van Boom, Willem H./Koziol, Helmut/Vitting, Christian A.(eds.), Pure Economic Loss: Tort and Insurance Law Vol.9(Edited by the European Center of Tort and Insurance Law), SpringerWienNewYork, 2004.
- van Dam, Cees, European Tort Law, Oxford University Press, 2006.

<Abstract>

Liability of the trade union representative for violating the right of the members to participate in collective bargaining and the conclusion of collective agreements

— Supreme Court Decision 2016다205908 Decided July 26, 2018 —

Lee, Yong-in

Ph.D., Korea University

The representative of the trade union is entitled to collective bargaining with the business owner on behalf of the trade union and to enter into collective agreements. The majority of trade unions require representatives to enter into collective bargaining and collective agreements on the basis of opinions formed by members through the general assembly of members prior to entering into collective agreements. This is based on the right to unite of the workers and to participate in the union of members as stipulated in the Constitutional Act and Trade Union Act. If the representative of the trade union disregarded the members' rights in violation of the union regulations and concluded a collective agreement arbitrarily, it infringed upon the members' right to participate in the trade union. Without special circumstances, the conduct of a trade union representative that infringes on members' right to participate, is a tort. Therefore, trade union and representatives are jointly responsible for compensating for non-property damages of members.

In this case, subject to my review, the court recognized mental damages for infringement of the rights of union members to participate in the general assembly by signing a labor-management agreement without the participation of the members in violation of

the union regulations. However, the court rejected compensation for property damage caused by members due to the labor-management agreement, citing no adequate causation. In European tort law, the members' loss of this case is called the "pure economic loss" which is not generally recoverable. Our Supreme Court, which is unfamiliar with the concept of pure economic loss, has also denied compensation, saying it is an "indirect and economic loss." However, pure economic loss does not always mean that it cannot be compensated. The former British highest court, House of Lords has recognized that the victim is liable for damages caused by a breach of duty to a third party of a lawyer who does not have a direct obligation to the victim. Our court should not replace the reason for the ruling with the empty theory of "adequate causation" and the "ideology of fairness" and should determine whether the defendant is liable in accordance with the existence of the duty of care, the scope of protection and the defendant's breach of duty. Furthermore, if the representatives of the trade unions arbitrarily enters into a labor-management agreement as in the case, thereby infringing upon the rights of the members, causing property damage to the members, and causing huge social losses, we must be able to invalidate this arrangement.

Key phrases: representative of trade union, collective agreement, tort, damages, pure economic loss, compensation for mental distress, adequate causation