

제 5 절 손해배상

제 1 관 손해배상법 서론

I. 총 설

[3247]

1. 손해배상법 서설

(1) 어떤 이가 그의 법익에 비자발적 손실(損失)을 입었고 그러한 손실이 타인에 의하여 가해졌다면, 법률이 청구권의 기초(채무불이행 또는 불법행위)를 제공해 주는 범위 내에서 그는 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁾²⁾

(2) 손해배상법은 손해배상의무에 대하여 형벌적 성격을 부여하지 않는다. 과책을 요건으로 하고 그 정도에 따라 형벌이 결정되는 형법과 달리, 사법은 손해배상의무자의 과책을 요구하지만(제390조, 제750조), 위험책임처럼 과책 없는 책임도 예외적으로 인정하고, 손해배상의 범위도 반드시 과책의 정도에 비례하지 않는다. 나아가 형법에서 과실범은 예외적으로만 처벌하지만, 손해배상의무자는 과책의 형태(즉 고의나 과실이냐)와 관계없이 그에 의하여 유책적으로 야기된 모든 손해를 배상해야 한다. 즉 사법에서는 고의와 과실이 동가치적인 것으로 평가된다([4408]도 참조).

[참 고] 과실책임주의에 기하여 손해배상책임의 요건으로 가해자의 과책을 요구하는 우리 법과 달리, 계약 위반에 따른 손해배상의 기초를 채무자가 인수한 손해담보(보증)의 위반에서 구하는 영미법은 의무위반자의 과책을 묻지 않는 엄격책임(strict liability) 또는 손해담보책임(Garantiehaftung)의 원칙을 취하면서, 의무 위반이 의무자의 통제를 벗어난 장애로 인한 것인 경우에 배상책임을 제한한다.

(3) 손해배상은 이미 발생한 손해를 제거하는 것이 아니다. 즉 손해의 배상(賠償)이란 위법한 원인으로 인하여 발생한 손해를 피해자 외의 다른 이가 전보하는 것을 말한다.³⁾ 따라서 손해배상법을 1차적으로 지배하는 것은 보상(補償)의 사상이다. 요컨대 손해배상법의 목적은 가해적 사태(채무불이행 또는 불법행위)에 의하여 야기된 결과에 대한 보상(전보), 즉 손해 발생 전의 상태로의 회복에 있다.⁴⁾

(4) 손해배상에 관한 아래의 설명은 채무불이행을 대상으로 하는데, 제763조에 의하여 손해배상의 방법(제394조)과 범위(제393조), 과실상계(제396조) 및 손해배상자의 대위(제399조)에 관한 규정이 불법행위에 준용되므로, 그 대부분이 불법행위에서도 타당하다. 불법행위에 특유하게 문제되는 것은 불법행위에서 따로 설명하기로 하고, 아래에서 손해배상 일반에 관하여 살펴보는데, 채무불이행에 한정되는 경우는 낫표를 사용하여 밝히기로 한다.

[3248] 2. 손해배상청구권

가. 이행청구권과의 관계

(1) 채무내용의 강제적 실현과 함께 또는 그에 갈음하여 채권자가 입은 손실을 회복하는 방법으로서 손해배상은 계약해제와 함께 채무불이행의 중요한 효과이다. 그런데 「채무불이행」에 대하여 손해배상만 허용하고 이행청구는 일반적으로 인정하지 않는 입법례(예컨대 예외적으로만 이행청구권이 인정되는 영미법)도 있으나, 제389조 제4항은 (강제)이행청구권과 손해배상청구권이 서로 무관함을 밝힌다.

(2) 제2차적 급부의무로서 손해배상 의무의 발생에는 보통 —제1차적 급부의무에서 요구되지 않는— 채무자의 과책이 요구된다.

(3) 제2차적 급부의무는 제1차적 급부의무와 동일성을 갖는데, 제2차적 급부의무로서 손해배상 의무는 전보배상에서 급부의무의 대용(代用)/변형물이고,⁵⁾ 지연배상에서는 급부의무의 연장의 성질을 가진다.⁶⁾

[3249] 나. 손해배상청구권의 법적 성질

(1) 「채무불이행」으로 인한 손해배상청구권은 본래의 채권의 확장(지연배상의 경우) 또는 내용의 변경(전보배상의 경우)이므로 본래의 채권과 동일성을 가진다. 따라서 본래의 채권에 대한 담보는 손해배상청구권도 담보한다.

3) 피해자의 입장에서 본다면 손해를 다른 이에게 전가(轉嫁, 넘겨썩운다는 뜻이다)하는 것이다.

4) 다만 손해로부터의 회복이 불가능한 경우(심리적 손해와 같이 원상회로의 회복이 불가능한 비물질적 손해의 경우)에는 예외적으로 대상(代償)의 사상이 적용된다.

5) 동시이행관계에 있는 쌍방의 채무 중 어느 한 채무가 이행불능으로 됨에 따른 손해배상채무도 여전히 다른 채무와 동시이행의 관계에 있다고 한 대판 2000.2.25. 97다30066 참조.

6) 대판 1976.9.28. 76다582는, 공사잔금 지급지체에 따른 수급인의 지연손해금청구권(손해배상액의 예정에 기한 것이다)은 원채권인 공사대금채권의 연장이므로, 그 손해배상채권과 건물신축도급계약에 의한 건물 사이에 견련관계가 있다고 하여 유치권 항변을 인용하였다.

다만 절차법상 지연손해금채권은 원본채권과 별개의 소송물이다.⁷⁾

(2) “본래의 채권이 시효로 소멸한 때에는 손해배상채권도 함께 소멸”하는데,⁸⁾ 손해배상청구권의 소멸시효기간은 본래의 채권의 성질에 의하여 결정된다.⁹⁾

한편 「채무불이행」시부터 손해배상청구권의 소멸시효가 진행한다고 보아야 하고([1340] 참조), 판례의 입장도 같다.¹⁰⁾ 이중매매의 경우에 제2매수인이 소유권을 취득하면 제1매수인에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능으로 되고 그때에 손해배상의무로 전환되는데, 이 손해배상청구권의 소멸시효는 이행불능의 시점부터 진행된다.¹¹⁾

3. 손해배상자의 대위

[3250]

(1) “채권자가 그 채권의 목적인 물건 또는 권리의 가액 전부를 손해배상으로 받은 때에는 채무자는 그 물건 또는 권리에 관하여 당연히 채권자를 대위한다”(제399조). 이 경우 그 물건 또는 권리가 법률상 당연히(즉 법률의 규정에 의하여) 손해배상자에게 이전한다.¹²⁾

(2) 제399조는 손익상계와 같은 사상에 입각하지만, 손익을 조정하는 방법이 다르다. 즉 손해배상자의 대위에서 배상의무자(B)는 먼저 채권의 목적인 물건 또는 권리의 가액 전부를 배상해 주어야 하고, 손해배상이 있으면 그 물건 또는 권리가 법률상 당연히 B에게 이전하는데, 물건이나 권리의 이전에 필요한 양도행위 기타의 요건을 요하지 않는다.¹³⁾ 그런데 일부배상이 있었다고 하여 일부이전이 인정되지는 않는다.¹⁴⁾

(3) 채권자(A)가 제3자(C)에 대하여 손해배상청구권을 가지는 경우에 그 권리도 대위한다. 이때의 손해배상청구권은 채권의 목적인 물건 또는 권리에 갈음하는 것이기 때문이다. 한편 A의 보험자는 A의 손해배상청구권을 대위하는데(상법 제682조), A가 C로부터 손해배상을 받으면 그 한

7) 대판 2009.6.11. 2009다12399: “금전채무 불이행의 경우에 발생하는 원본채권과 지연손해금채권은 별개의 소송물이므로, 불이익변경에 해당하는지 여부는 원금과 지연손해금부분을 각각 따로 비교하여 판단하여야 하고, 별개의 소송물을 합산한 전체 금액을 기준으로 판단하여서는 아니 된다.”

참고로 대판 2017.11.23. 2017다251694: “채권자가 동일한 채무자에 대하여 수개의 손해배상채권을 가지고 있다고 하더라도 그 손해배상채권들이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개채권인 이상 이는 별개소송물에 해당하고, 그 손해배상채권들은 각각 소멸시효 기산일이나 채무자가 주장할 수 있는 항변이 다를 수도 있으므로, 이를 소송으로 청구하는 채권자로서는 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하고, 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하며, 이러한 법리는 채권자가 수개의 손해배상채권들 중 일부분만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지”이다. 대판 2007.9.20. 2007다25865도 동지.

8) 대판 2018.2.28. 2016다45779. 나아가 “어떠한 계약상의 채무를 채무자가 이행하지 않았다고 하더라도 채권자는 여전히 해당 계약에서 정한 채권을 보유하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 채무자가 채무를 이행하지 않고 있다고 하여 채무자가 법률상 원인 없이 이득을 얻었다고 할 수는 없고, 설령 채권이 시효로 소멸하게 되었다 하더라도 달리 볼 수 없다”고 하였다.

9) 대판 2008.3.14. 2006다2940은, 은행이 영업행위로서 한 대출금에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 그 원본채권과 마찬가지로 상행위로 인한 채권으로서 5년의 소멸시효를 규정한 상법 제64조가 적용된다고 하였다. 나아가 대판 2005.1.14. 2002다57119는, 「계약체결의무의 불이행」으로 인한 손해배상청구권은 계약이 체결되었다면 취득할 계약상의 이행청구권과 실질적으로 경제적으로 밀접한 관계가 형성되어 있기 때문에, 그 손해배상청구권의 소멸시효기간은 계약이 체결되었을 때에 취득할 이행청구권에 적용되는 소멸시효기간에 따른다고 하였다. 상사시효의 적용한계에 관하여 [1348]도 참조.

10) 대판 1990.11.9. 90다카22513. 소유권이전등기 말소등기의무의 이행불능으로 인한 전보배상청구권의 소멸시효는 말소등기의무가 이행불능으로 된 때부터 진행된다는 대판 2005.9.15. 2005다29474도 참조.

11) 대판 2002.12.27. 2000다47361. 한편 제2매수인이 소유권을 취득하기 전에는 목적물을 점유하는 제1매수인의 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행되지 않는다.

12) B가 A로부터 빌린 패물을 과실로 C에게 도둑맞았다면, A는 B에 대하여 채무불이행에 기한 손해배상청구권을, C에 대해서는 소유물 반환청구권을 가지는데, B와 C 중 누구에게 청구하는지는 그의 자유이다. 그런데 A가 B로부터 손해 전부를 배상받고도 C로부터 패물의 반환을 받을 수 있다면, A의 이중의 이득을 허용하는 결과로 된다. 제399조는 이러한 경우에 패물의 소유권이 법률상 당연히 A로부터 B에게 이전하게 한다.

한편 대위 후에는 물건을 되찾았더라도 채권자가 그 가액을 반환하고 그 물건의 반환을 구할 수 없다고 해야 한다.

13) 대판 1977.7.12. 76다408.

14) 대판 2007.10.12. 2006다42566은, 채권의 목적인 물건 또는 권리가 가분이라는 등의 특별한 사정이 있는 경우는 별론으로 하고 그 밖의 경우에는 성질상 채무자가 채권의 목적인 물건 또는 권리의 가액의 일부를 손해배상한 것만으로는 채권자를 대위할 수 없다고 하였다.

도에서 보험자는 면책되고, 따라서 보험자대위는 일어나지 않는다.¹⁵⁾

[3251] II. 손해배상책임의 일반적 성립요건

1. 개 관

불법행위에 기한 손해배상청구에서 ① 손해가 발생하고 그것이 가해자의 행위로 인한 것일 것(손해의 발생과 인과관계), ② 가해자의 행위가 사회적으로 허용되지 않을 것(가해행위의 위법성), ③ 가해자에게 고의나 과실이 있을 것(귀책사유)이라는 요건이 갖추어져야 하고, ④ 가해자에게 책임능력이 있어야 한다. 「채무불이행」을 이유로 하는 손해배상에서도 당연히 “채무내용에 좇은” 이행이 없을 것이라는 요건이 추가되고 증명책임의 소재가 다를 수 있음을 제외하고— 큰 틀은 같지만, 아래의 두 가지 점이 불법행위에서와 다르다.

[3252] 2. 위 법 성?

(1) 제750조는 위법성을 불법행위의 요건으로 규정한다. 명문규정은 없지만 계약위반의 경우에도 위법성이 있어야 손해배상의무를 발생시킨다고 하여, 「채무불이행」의 요건의 하나로 위법성이 거론된다.

그런데 「채무불이행」은 누구나 지켜야 할 일반적인 법명령의 위반이 아니라—(특별결합관계인) 채권관계로부터 발생하는 특별한 의무를 위반한 것이므로, 그러한 의무 위반이 인정되는 이상 위법성 유무를 따질 필요가 없다. 즉 채무의 내용을 좇은 이행을 하지 않은 것 자체로 위법하다는 평가를 받는다.¹⁶⁾

(2) 따라서 위법성은 불이행을 정당화하는 사유의 부존재라는 차원에서 문제된다. 즉 위법성의 존재에 대한 조사는 통상 위법성을 소멸시키는 특별한 사정, 즉 위법성조각사유(예: 동시이행의 항변권)의 존재가 주장되는 경우에만 행하여지는데, 위법성조각사유의 존재가 증명되면 위법성은 부정되지만, 증명되지 않으면 위법성이 긍정된다. 그리고 위법성조각사유를 주장하는 이가 그에 대한 증명책임을 부담한다.

판례의 입장도 같다.¹⁷⁾

15) 대판 2000.11.10. 2000다29769.

16) 참고로 주해(9)양창수, 112-3면 및 228-9면은 위법성을 채무불이행의 객관적 요건으로 볼 것은 아니라고 한다. 그 밖에 이른바 주관적 과실개념을 근거로 하여 위법성을 과실개념에 포함시킨으로써 위법성요건을 배제하는 견해(김형배, 174면)도 결론을 같이하지만, 이 견해는 그 전제인 주관적 과실개념이 민법규정에 어긋난다는 점에서 따르기 어렵다([4410] 참조).

17) 대판 2002.12.27. 2000다47361: “채무불이행에 있어서 확정된 채무의 내용에 좇은 이행이 행하여지지 아니하였다면 그 자체가 바로 위반한 것으로 평가되는 것이고, 다만 그 이행하지 아니한 것이 위법성을 조각할 만한 행위에 해당하게 되는 특별한 사정이 있는 때에는 채무불이행이 성립하지 않는 경우도 있을 수 있다”(강박에 의하여 X에게 부동산(부) 중여의 의사표시를 한 Y가 취소권을 행사하지 않은 채 甲을 D에게 매도하고 취소권의 제척기간이 도과한 후 D에게 甲에 관한 소유권이전등기를 경료함으로써 X에 대한 증여계약상의 소유권이전등기의무를 이행불능에 한 경우에, Y의 X에 대한 증여계약 자체에 대한 채무불이행이 성립하고, Y의 이중매매행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위 등에 해당하여 위법성이 조각된다고 볼 수 없다고 한 사례).

그 밖에 대판 2014.11.27. 2011두2477·2484: “지급기일이 법령에 정하여진 퇴직급여 중 일부의 지급을 정지하도록 규정한 법률 조항에 대하여 위헌결정이 있었던 경우, 그 소급효가 인정되는 사건에서는 지급정지의 근거규정이 처음부터 없었던 것과 같은 상태로 되어, 퇴직급여의 지급자로서는 원래 지급정지가 없었다면 지급기일에 전액을 지급받았어야 하는데 이를 지급받지 못하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 당초의 지급기일 다음날부터 위헌결정일까지의 기간에 대하여 이행지체가 성립하는 것이 원칙이다. 그러나 지급시기에 채무를 이행하지 아니한 것에 대하여 위법성을 조각할 만한 행위에 해당하게 되는 특별한 사정이 있는 때에는 채무불이행이 성립하지 아니한다고 보아야 한다. 여기에서 위법성을 조각하는 사유에는 동시이행의 항변권, 유치권 이외에도 사회상규에 반하지 아니하는 정당행위와 같이 법질서 전체의 정성이나 배후에 놓여 있는 사회통념 내지 사회통념에 비추어 그 미지급상태가 용인될 수 있는 경우도 해당한다고 보아야 하고, 그 해당 여부는 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 한다.”

3. 책임능력?

[3253]

(1) 책임능력은 불법행위책임에서도 소극적 요건이다(제753조, 제754조 참조). 그런데 「채무불이행」에 관하여 일반적으로 책임능력을 요구한다면, 유효하게 성립한 채무의 이행단계에서 발생한 채무자의 정신적 판단능력의 상실이나 결여의 위험을 채권자에게 떠넘기는 결과로 될 수 있다. 즉 이행기에 채무자가 일시적으로 심신상실상태에 빠져 채무를 이행하지 않았다 하여 이행지체에 따른 손해배상책임이 면제된다고 해서는 안 된다.¹⁸⁾ 따라서 「채무불이행」에서 책임능력은 문제되지 않으며, 다만 책임능력이 결여된 상태에서 부가적 손해를 야기하는 등 불법행위적인 측면이 부각되는 예외적인 경우에 한하여 문제된다고 할 것이다.¹⁹⁾

(2) 책임능력이 요구되는 예외적인 경우에, 책임무능력은 예외에 속하므로, 가해자가 책임을 면하기 위하여 가해행위 당시 책임능력이 없었음을 주장하고 증명해야 한다.

제 2 관 손해의 발생과 인과관계

I. 손해의 발생

[3254]

1. 손해의 개념 및 발생

가. 손해의 개념

(1) 손해란 법익에 대한 비자발적 손실을 말한다.¹⁾ 이에 대하여 자의적(자발적)인 희생을 비용(費用)이라고 한다.

(2) 학설은 일반적으로 차액설(差額說, 차이설이라고도 한다)에 의하여 손해를 파악한다.²⁾ 즉 손해는 가해적 사태가 없었더라면 존재하였을(가정적) 상태와 가해행위가 행하여진 현재의 상태를 비교함으로써 밝혀진다고 한다: 「손해=가해적 사태가 없었더라면 존재하였을 상태—현재의 상태」.

판례도 차액설을 따른다. 특히 대판(전) 1992.6.13. 91다33070은, 불법행위로 인한 재산상의 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상의 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하고, 그것은 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해의 형태와 장차 얻을 이익을 얻지 못한 소극적 손해의 형태로 구분된다고 하였다.³⁾

생각건대 극히 추상적인 차액설이 적지 않은 단점도 가지지만, 실제로 발생하는 손해의 매우 다양한 모습과 관련하여 일정한 침해원인사실에 의하여 생기는 손해를 통일적으로 파악할 수 있다는 장점을 가진다는 점에서 차액설의 핵심적인 사고방법까지 부정할 것은 아니다.

18) 참고로 의사표시를 한 후에 행위능력을 상실하더라도 그 의사표시의 효력에 영향이 없으며(제111조 제2항), 심신상실상태에서 계약을 체결하였다면 이는 의사능력의 문제이다.

19) 한편 구체적 과실을 요하는 경우(예: 제695조)에 책임능력이 요구되지만 추상적 과실이 적용되는 일반적인 경우에는 책임능력이 요구되지 않는다는 견해로 김형배, 172면. 그런데 평균인의 능력을 기준으로 과실을 판단하더라도, 최소한의 정신능력조차 갖추지 못한 이가 손해배상책임을 지지 않는다고 하는 것은 논리적으로 가능하다(주해(9) 양창수, 369면).

1) 이 중 적법한 원인에 기한 것을 손실이라 하는데, 배상이 아니라 보상의 대상이다(제216조 제2항 등).

2) 이와 달리 피해자의 재산을 구성하는 개개의 권리 또는 법익이 입은 불이익 또는 손실을 손해라고 하는 견해로 김기선, 98면.

3) 이 판결은 불법행위에 관한 것이지만, 「채무불이행」의 경우에도 다르지 않다.

(3) 손해는 규범적으로 파악될 수도 있다. 즉 가해적 사태가 있기 전의 상태와 있고 난 후의 상태 사이에 재산상 아무런 차이가 없지만, 사태의 진전을 평가적으로 고찰한다면 재산적 손해가 있는 것으로 다루어져야 하는 경우에, 규범적 손해를 인정할 수 있다.⁴⁾ 그 밖에 피해자의 손해가 다른 사유, 특히 손해보험에 의하여 전보되는 경우에도 손해가 인정되어야 하는데,⁵⁾ 이 역시 규범적 손해에 포섭될 수 있다.⁶⁾

요컨대 피해자에게 발생한 손해가 가해자에 의해서가 아니라 다른 사유에 기하여 전보되고 그에 의하여 가해자가 면책되어서는 안 되는 경우에, 규범적 손해가 인정될 수 있다.⁷⁾

[3255] 나. 손해의 발생 및 그 증명

(1) 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는데, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단해야 한다.⁸⁾⁹⁾

- 4) 불법행위에 관한 것이지만 대판 1990.11.23. 90다카21022: “타인의 불법행위로 인하여 상해를 입고 노동능력의 일부를 상실한 경우에 피해자가 입은 일실회의 산정방법에 대하여서는 알려진 것으로 일실회의 본질을 불법행위가 없었더라면 피해자가 얻을 수 있는 소득의 상실로 보아 불법행위 당시의 소득과 불법행위 후의 향후소득과의 차액을 산출하는 방법(소득상실설 또는 차액설)과 일실회의 본질을 소득창출의 근거가 되는 노동능력의 상실 자체로 보고 상실된 노동능력의 가치를 사고 당시의 소득이나 추정소득에 의하여 평가하는 방법(가동능력상실설 또는 평가설)의 대립이 있는데 판례는 당해 사건에 현출된 구체적 사정을 기초로 하여 합리적이고 객관성 있는 기대수익액을 산정할 수 있으면 족한 것이고 반드시 어느 하나의 산정방법만을 정당한 것이라고 고집해서는 안된다고 한다. 그런데 이 사건에 있어서는 사고 전후에 있어서의 현실적인 소득의 차액이 변론과정에서 밝혀지지 않고 있는 경우이므로 앞에서 본 차액설의 방법에 의하여 일실회의 산정하는 것은 불가능하고 평가설에 의하여 이를 산정하는 것이 합리적이고 정의와 형평에도 합당하다”(사고로 인한 부상 및 후유증으로 인하여 노동능력의 32%를 상실한 공무원이 후유장애에도 불구하고 종전과 같은 직장에서 종전과 다른없는 보수를 지급받고 있다는 이유만으로 신체훼손으로 인한 재산상의 손해가 없다고 단정하는 것은 잘못이라고 한 사례). 대판 1993.7.27. 92다15031도 동지.
- 5) 손해보험은 피해자의 손실을 전보함에 그 목적이 있는 것이지, 가해자를 면책시키는 제도가 아니다.
- 6) 이러한 경우에 피해자의 손해를 부정한다면 피해자의 손해배상청구권이 발생하지 않고, 그 결과 보험자대위(상법 제682조 및 [4376] 참조)가 허용되지 않아서 부당하다.
- 7) 역으로 특히 일실회의 산정에서 위법소득에 대한 배상을 부정함에도 규범적 평가가 따를 수밖에 없다. 대판 2004.4.28. 2001다36733 등 참조.
- 8) 대판 1998.4.24. 97다28568; 대판 2020.6.11. 2020다201156.
- 9) [손해의 발생 여부에 관한 재판례] ㉔ 손해의 발생이 긍정된 예로 ㉑ 대판 2001.7.13. 2001다22833은, ‘채무불이행’으로 인하여 채권자가 제3자에 대하여 채무를 부담하게 된 경우에, 채권자가 채무자에게 제3자에 대한 채무액과 동일한 금액을 손해배상금으로 청구하기 위해서는 채무의 부담이 현실적·확정적이어서 실제로 변제해야 할 성질의 것이어야 하는데, 그와 같은 채무의 부담이 현실적·확정적이어서 손해가 현실적으로 발생하였다고 볼 것인지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단해야 한다(대판 2001.7.13. 2001다22833) ㉒ 부당산고판결의 일방당사자(A)가 상대방(B)의 대출금채무 및 임차보증금반환채무를 인수하여 이행하기로 약정하고서도 이를 위반함에 따라 B가 은행과 임차인으로부터 대출금 및 임차보증금반환청구소송을 제기당하여 패소결과를 선고받고 나아가 그들로부터 다른 부동산을 가압류당하기까지 하였다면, B의 은행 및 임차인에 대한 채무의 부담은 현실적·확정적이어서 실제로 변제해야 할 성질의 것이므로, 그 채무액 상당의 손해를 현실적으로 입게 되었다고 한 사례). 대판 2021.11.25. 2020다294516도 동지. ㉓ 대판 2010.7.29. 2009다69092: “채권자가 기존채무의 이행을 위하여 채무자로부터 교부받은 약속어음을 적법하게 지급제시하였으나 그 후 어음상 권리보전에 필요한 소멸시효 중단의 조치를 취하지 아니함으로써 어음상 권리에 관한 소멸시효가 완성된 경우 어음을 반환받은 채무자는 약속어음의 주채무자인 발행인, 소구의무자인 배서인 등에 대한 어음상 권리(원인채무자(발행인 또는 배서인)와 동일인일 수도 있고 어음상 의무자 아닌 제3자일 수도 있다)에 대한 자신의 원인채권을 행사하여 자기채권의 만족을 얻을 수 있다면 아직 손해가 발생하였다고 하기 어렵다. 다만 채무자는 발행인이나 배서인 등 어음상 의무자가 각 소멸시효 완성 후 무자력이 되고 어음상 의무자 아닌 원인채무자도 현재 무자력이어서 채권자로부터 어음을 반환받더라도 어음상 권리와 자신의 원인채권 중 어느 것으로부터도 만족을 얻을 수 없게 된 때에야 비로소 자신의 채권에 관하여 만족을 얻지 못하는 손해를 입게 되었다고 할 것이다. 한편 이러한 손해는 어음상 의무자와 원인채무자의 자력 악화는 특별한 사정으로 인한 손해로서 어음상 권리의 보전 의무를 불이행한 어음소지인이 장차 어음상 의무자와 원인채무자가 무자력하게 될 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에만 채무자는 그에 대하여 위 손해의 배상을 청구할 권리를 가지게 되어서, 이 손해배상채권으로써 사체할 수 있다.” ㉔ 대판 2004.6.24. 2002다6951·6968은, 해외구단으로 이적하면서 이적료를 분배받은 프로축구선수(D)가 당초의 약정에 위배하여 귀국시 다른 구단에 입단 하였음을 이유로 프로축구단 운영주(P)가 D를 상대로 이적료의 반환을 구한 사건에서, D가 P와 입단계약을 체결하면서 해외진출시 구단에 해외구단으로부터 지급받을 이적료의 절반을 나누어 갖기로 약정하고 이후 약정한 이적료를 지급받은 경우에 위 금액이 현 구단에 대한 입단대가로서의 의미뿐만 아니라 해외진출 후 귀국시 현 구단에의 복귀에 대한 대가로서의 의미도 가진다고 한 후, D의 P 운영 구단으로의 복귀대가에 해당하는 부분을 재산적 손해로 인정하고 그 구체적 손해액의 입증은 곤란하므로 제반 경위를 참작하여 손해액을 산정할 수 있다고 하였다. ㉕ 대판 2021.5.27. 2017다230963은, 분양받은 아파트에 관한 소유권이전등기절차의 이행이 장기간 지연되어 수분양자 등이 활용 기회 상실 등의 손해를 입었을 개연성이 인정되는 경우에, 등기절차 지연으로 인한 통상손해가 발생했다고 할 것이고, 이러한 법리는 분양된 아파트에 관하여 전유부분에 대한 소유권이전등기절차만 이행하고 대지권 이전등기의 이행을 장기간 지연한 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다고 하였다.

㉖ 손해의 발생이 부정된 예로 ㉑ 대판 1998.5.29. 96다41106은, 매매목적물이 자체의 결함으로 정상적으로 작동되지 않고 매도인이 매수인에게 매매목적물을 매도하기까지 이를 보관한 하였고 가동한 적이 없었던 경우에, 매매계약 해제 후 그에 따른 매매목적물의 반환이 매수인의 귀책사유로 지체되었다고 매도인으로서의 그 가동으로 인한 수익을 기대할 수 없었던 사정이 있었을 뿐 더러 매수인으로서의 그와 같은 사정을 알 수도 없었다는 이유로, 매수인의 목적물 반환지체로 인한 손해(사용수익의 상실)의 배상 책임을 부정하였다. ㉒ 대판 2009.10.29. 2008다94585는, 금융기관이 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로만 신규대출을 하여 기존의 채무를 변제하게 함으로써 사실상 대출기한을 연장하는 이른바 대환대출의 경우에, 기한연장 당시에는 채무자로부터 대출금을 모두 회수할 수 있었는데 기한을 연장해 주면 채무자의 자금사정이 대출금을 회수할 수 없을 정도로 악화되리라는 사정을 알고서

(2) 채무불이행으로 인한 손해배상을 구하는 채권자가 손해의 발생사실과 그 손해를 금전으로 평가한 배상액을 주장·증명해야 한다. 채권자가 손해배상책임의 발생원인사실에 관하여 주장·증명을 하였더라도 손해의 발생사실에 관한 주장·증명을 하지 않았다면, 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하지 않은 손해의 발생사실을 기초로 하여 손해액을 산정할 수는 없지만,¹⁰⁾ 적극적으로 석명권을 행사하고 증명을 촉구해야 한다(민사소송법 제202조의2도 참조).¹¹⁾

2. 손해의 종류

[3256]

가. 재산적 손해와 비재산적 손해

(1) 재산적 손해¹²⁾를 —침해된 법익에 따라— 재산적 법익에 대한 침해로 발생한 손해라고 할 수도 있지만, 침해행위의 결과로서 발생한 손해가 재산적인 경우로 이해하는 것이 일반적이다(그 반면으로 비재산적 손해, 즉 정신적 손해도 결정된다). 판례도 침해행위의 결과로서 발생한 손해를 기준으로 구별한다.¹³⁾ 그리고 정신적 손해의 배상을 위자료¹⁴⁾라 한다.

(2) 생명·신체·자유·명예 등 비재산적 법익에 대한 침해가 비재산적 손해와 더불어 재산적 손해를 발생시킬 수도 있다.¹⁵⁾

[참 고] 「채무불이행」과 정신적 손해

㉠ 제751조와 제752조가 불법행위로 인한 정신적 손해의 배상을 규정하는데, 「채무불이행」으로 인한 정신적 손해의 배상도 인정할 것인가가 문제된다.¹⁶⁾ 다수설은 「채무불이행」과 불법행위가 동일한 제도적 기능을 가지므로 정신적 손해에 대하여 양자를 달리 취급할 이유가 없고, 따라서 제751조, 제752조를 「채무불이행」에 대해서도 유추해야 한다고 한다(반대: 조규창, 논리와 직관, 285면 이하). 한편 판례는 제752조의 유추를 부정한다.¹⁷⁾

㉡ 위 규정들을 「채무불이행」에 유추하더라도, 계약상 의무의 위반으로 인한 주된 피침해이익이 재산적인 것이라면 대부분의 경우에 재산상의 손해의 전보에 의하여 정신적 고통 또는 불이익도 전보되는 것으로 볼 수 있으므로,¹⁸⁾ 위자료가 인정되는 것은 그와 별개로 생명·신체·자유·명예 등의 인격적 이익이 침해되는 경우라야 하고, 「채무불이행」으로 인한 정신적 손해는 특별손해에 해당하여 채무자가 이를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 배상을 청구할 수 있다(제393조 제2항).¹⁹⁾

기한을 연장해 준 경우에만 그 기한연장으로 새로운 손해가 발생한 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 그러한 사정이 밝혀지지 않은 상태에서는 그 대환대출금 중 미회수액 상환에 대하여 회사에 새로운 손해가 발생하였다고 단정할 수 없다고 하였다.

10) 대판 2000.2.11. 99다49644.

11) 대판 1997.12.26. 97다42892·42908.

12) 이와 구별되어야 하는 개념으로 순수재산손해에 관하여 [3260] 참조.

13) 가령 대판(전) 1992.6.23. 91다33070.

14) 위자(慰資)란 위로하고 도와준다는 의미이다.

15) A가 상인 B에 관한 허위사실을 기재한 문서를 유포한 경우에, B는 정신적 손해(즉 명예훼손)뿐만 아니라 재산적 손해(가령 허위사실을 믿은 주변 사람들의 거래의 단절 또는 감소로 인한 이익의 상실)가 발생할 수도 있는바, B는 A에게 일일이익의 배상도 청구할 수 있다.

16) 참고로 독일민법 제253조는 비재산적 손해의 경우에 법률에 규정이 있는 때에만 배상을 인정한다.

17) 대판 2000.11.24. 2000다38718·38725: “숙박업자가 숙박계약상의 고객보호의무를 다하지 못하여 무숙객이 사망한 경우, 숙박계약의 당사자가 아닌 그 투숙객의 근친자가 그 사고로 인하여 정신적 고통을 받았다 하더라도 숙박업자의 그 망인에 대한 숙박계약상의 채무불이행을 이유로 위자료를 청구할 수는 없다.”

18) 대판 2004.11.12. 2002다53865.

19) 대판 1994.12.13. 93다59779: “일반적으로 임대차계약에 있어서 임대인의 채무불이행으로 인하여 임차인이 임차의 목적을 달할 수 없게 되어 손해가 발생한 경우, 이로 인하여 임차인이 받은 정신적 고통은 그 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이므로, 임차인이 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 임대인이 이와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다.”

[3257] 나. 이행이익의 손해와 신뢰이익의 손해

법률행위의 영역에서 논의되는 손해의 분류이다.²⁰⁾

(1) 이행이익의 손해란, 채무자가 채무를 이행하지 않았기 때문에 채권자가 입은 손해를 말한다. 즉 채무자가 채무를 이행하였더라면 채권자가 얻었을 이익을 이행이익 또는 적극적 이익이라 하는데, 「채무불이행」으로 채권자가 이러한 이익을 얻지 못한 손해가 이행이익의 손해이다.²¹⁾ 이 경우 채무의 이행이 있었더라면 채권자가 서 있었을 (가정적) 상태가 차액산정의 기초이다: 「이행이익의 손해 = 이행이 있었더라면 존재하였을 채권자의 상태 - 현재의 상태」.

(2) 신뢰이익의 손해란, 법률행위의 당사자가 무효인(또는 취소에 의하여 소급적으로 효력을 잃은) 법률행위를 유효하다고 믿었기 때문에 입은 손해를 말하며,²²⁾ 소극적 이익의 손해라고도 한다. 신뢰이익의 배상에서는 피해자가 법률행위에 관하여 아무것도 듣지 못했다면 있었을 (가정적) 상태가 비교대상이다: 「신뢰이익의 손해 = 피해자가 법률행위에 관하여 아무것도 들은 바가 없었더라면 있었을 상태 - 현재의 상태」.

소극적 이익의 예로 계약비용,²³⁾ 계약의 준비를 위한 비용²⁴⁾과 기대이익²⁵⁾ 등이 있다. 신뢰이익의 배상청구권자가 이미 자신의 급부를 이행하였다면 손해배상청구권은 급부한 것의 반환을 포함한다.²⁶⁾

(3) 대부분의 경우에 신뢰이익의 손해는 이행이익의 손해보다 작지만, 반드시 그런 것은 아니다.²⁷⁾ 그런데 신뢰이익의 손해가 이행이익의 손해보다 큰 경우에, 배상범위가 이행이익의 한도로 제한된다(제535조 제1항 단서). 계약이 무효인 경우에, 채권자로 하여금 계약이 유효하여 정상적으로 이행되었더라면 그가 차지할 수 있었던 이행이익보다 더 큰 신뢰이익의 배상을 받을 수 있게 하는 것은 불합리하기 때문이다. 따라서 명문규정이 없는 경우에도 마찬가지로 새겨야 한다.²⁸⁾

[3258] 다. 적극적 손해와 소극적 손해

(1) 기존의 재산의 감소가 적극적 손해이고, 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못한 손해가 소극적 손해 또는 일실이익(逸失利益, 기대수익 또는 상실수익이라고도 한다)의 손해인데, 앞에서 본 적극적 이익/소극적 이익과는 다른 개념이다.²⁹⁾

20) 이에 대하여 비판적인 견해로 박윤직, 179면. 한편 또 다른 의미의 신뢰이익에 관하여 {3290} 참조.

관련하여 “신뢰이익 상당의 손해배상청구는 성질상 목적이 불능한 계약을 체결한 경우[...]에 인정되는 것이어서, 계약이 유효함으로 인하여 생기는 이익(민법 제535조 제1항 단서)인 이행이익 상당의 손해배상청구와는 성립요건이나 산정방법을 달리”한다고 한 대판 2023.7.27. 2023다223171·223188도 참조.

21) 예컨대 A가 B로부터 매수한 부동산을 2,000만 원의 전매이익을 얻고 팔 수 있었다면, 그 2,000만 원이 이행이익이다. 이행이익의 손해가 배상되어야 하는지는 제393조에 따라 결정된다.

22) 판례는 계약해제의 경우에도 신뢰이익의 배상을 인정한다. 대판 1999.7.27. 99다13621 참조.

23) 유상계약에서 급부와 반대급부가 등가성을 가지지만, 당사자 각자가 계약에 기하여 상대방으로부터 반대급부를 얻으려면 자신의 「급부+계약비용」을 출연해야 하므로(변제비용은 채무자가 부담한다. 제473조), 계약비용도 신뢰이익에 속한다고 해야 한다.

24) 감정이나 전적, 매매대금의 차용, 운송수단의 준비 등에 따른.

25) 일방이 상대방에게 급부할 의무를 부담한다고 믿었기 때문에 얻지 못한 이익, 즉 그 일방이 계약존속시 자기의 급부로서 얻을 수 있었을 가격과 계약이 실효된 상태에서 그의 급부로 얻을 수 있는 가격의 차이. 이러한 기대이익은 계약이 존속하였다면 기대이익을 얻을 수 있었을 것이라는 점 또는 반대급부의 시장가격이 자기급부의 시장가격보다 높다는 점을 증명하는 경우에만 배상받을 수 있다.

26) 이 한도에서 —그 밖의 경우에 적용되는— 부당이득반환청구권의 한계(제748조 제1항 참조)가 손해배상청구권에 적용되지 않는다.

27) 예: 모조품인 그림을 감정하기 위한 비용이 그 그림의 실제 가격을 넘는 경우.

28) 이러한 제한은 계약법리를 전제로 한 것으로, 불법행위의 법리가 적용되는 경우(가령 기망으로 잘못된 신뢰를 야기한 경우)에는 제763조, 제393조의 신사를 통하여 배상범위에 포함될 수 있다.

29) 예컨대 B에게 5억 원에 건물(甲)을 판 A가 실화로 甲을 소실시켰는데, B는 이미 C와 대금 6억 원에 甲을 전매하는 계약을 체결하였던 경우에, 5억 원짜리 건물을 취득하지 못한 B의 손해가 적극적 손해이고 1억 원의 전매이익의 상실은 소극적 손해이다.

(2) 소극적 손해, 특히 전매이익에 대한 배상청구가 가능한지는 제393조에 좌우된다.

라. 직접적 손해와 간접적 손해

[3259]

(1) 직접적 손해는 침해된 법익 자체에 대한 손해를 말하며, 간접적 손해는 법익침해로 인하여 피해자의 다른 법익에 발생한 결과적 손해를 말한다.³⁰⁾

(2) 간접적 손해도 예견가능성이 있다면(제393조) 손해배상의 범위에 포함될 수 있다.³¹⁾

3. 피 해 자

[3260]

가. 간접적 피해자

(1) 하나의 가해적 사태로 인하여 인적 또는 물적 법익에 대하여 직접적인 피해를 입은 이외에 다른 이에게 그와 별개의 피해가 발생할 수 있다(이른바 간접적 피해자).³²⁾ 그런데 가해자와 피해자 사이에 계약관계가 존재하지 않는 경우에 —계약의 상대효에 대한 예외([1074] 참조)에 해당하지 않는 한³³⁾— 제390조의 채무불이행책임이 성립하지 않는다.

(2) 한편 불법행위의 경우에, 생명침해에 대한 근친자의 위자료청구권을 인정하는 제752조를 특히 보호할 가치 있는 간접적 피해자에게 인정되는 예외로 보아 간접적 피해자의 손해배상청구권을 부정할 여지도 있다. 그러나 불법행위의 성립 여부는 제750조의 요건을 충족하는지에 달려 있는데, 동조가 일반조항으로서 넓은 포섭범위를 가짐에 비추어 간접적 피해자의 손해배상청구권이라 하여 「일반적으로」 배제되지는 않는다고 보아야 한다(종래와 입장을 달리한다).³⁴⁾ 다만 간접적 피해자의 손해배상청구권을 인정함에 따라, 적정한 배상범위의 획정(손해분담의 공평)을 통하여 행동의 자유의 한계를 정하는([4372] 참조) 불법행위법의 기능이 저해될 수 있다. 따라서 해석론적 조작, 특히 예견가능성(제763조, 제393조)³⁵⁾이나 위법성 판단 등을 통하여 손해배상의 범위가 부당하게 확대되지 않도록 해야 한다.³⁶⁾

[참 고] 대판 1999.7.27. 99다19384는 “도시재개발법에 의하여 설립된 재개발조합의 조합원이 조합의 이사 기타 조합장 등 대표기관의 직무상의 불법행위로 인하여 직접 손해를 입은 경우에는 도시재개발법 제21조, 민법 제35조에 의하여 재개발조합에 대하여 그 손해배상을 청구할 수 있으나, 재개발조합의 대표기관의 불법행위로 조합에게 과다한 채무를 부담하게 함으로써 재개발조합이 손해를 입고 결과적으로 조합원의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 민법 제35조

30) 가령 신체의 상해는 직접적 손해이지만, 이로 인하여 돈을 벌지 못한 일실회의는 간접적 손해이다. 제3자가 채무자의 돈을 가로챈 경우에 채권자가 「간접적 손해」를 입었다고 한 대판 1975.5.13. 73다1244도 참조.

한편 대판 2003.7.25. 2002다39616은 불법압류 집행시의 목적물의 시가를 넘는 일실회의액은 불법행위의 직접적인 대상에 대한 손해가 아닌 “간접적·소극적 손해”라고 하였는데, 간접적 손해와 소극적 손해가 같은 의미를 가지는 것으로 오해해서는 안 된다.

31) 불법행위에 관한 대판 1997.10.10. 96다52311 참조.

32) 예를 들어 택시운전자 A가 운전 부주의로 가수 B를 치어 부상을 입혔고, 그 때문에 B가 극장출연을 하지 못했다면, B는 출연료에 상당하는 손해를, 극장주인 C도 B의 공연이 있었더라면 얻었을 이익의 손해를 입는다.

33) 제3자를 위한 계약에서 계약당사자 아닌 수익자도 손해배상청구권을 가진다.

34) 그렇다면 제752조는 근친자의 증명책임을 면제하는 규정으로 이해해야 한다([4420] 참조).

35) 전신주를 추격한 사고와 관련하여, 간접적 손해는 특별한 사정으로 인한 것으로 “가해행위와 너무 먼 손해”라고 하여 예견가능성을 부정한 대판 1997.10.10. 96다52311과 전기를 공급받아 공장을 가동하던 피해자의 영업상 손실에 대하여 같은 입장을 취하면서도 공장 내 가동 중이던 기계의 고장 등의 적극적 손해에 대해서는 예견가능성을 긍정하여 배상책임을 지운 대판 1996.1.26. 94다5472 참조.

36) 참고로 피해자의 생명, 신체나 물건에 대한 침해와 독립하여 발생한, 소유권 이외의 재산적 이익에 관한 손해를 「순수재산손해」라 하는데, 간접적 손해가 이에 해당할 수 있다. 비교법적으로 영미법 및 독일법에서 이에 대한 배상이 원칙적으로 부정되는데, 보호법익의 성질을 기준으로 배상범위를 적정하게 조정하기 위한 시도로 볼 수 있다. 그러나 우리 법에서는 일반적으로 배상범위에서 제외되지는 않고(우선 대판 2003.3.14. 2000다32437 참조), 제393조 제2항의 예견가능성이 관건으로 된다(우선 앞의 96다52311 판결 참조).

에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 위 법조항에 의하여 손해배상을 청구할 수 없다”고 하였는데,³⁷⁾ 여기서 “간접적인 손해”는 간접적 피해를 전제하는 것으로, 앞에서 본 「간접적 손해」와 혼동해서는 안 된다. 다만 판례는 간접적 피해자의 손해를 간접적 손해라 하기도 한다.

(3) 간접적 피해자와 구별되어야 할 개념으로 하나의 가해행위에 의하여 손해가 여러 명에게 순차적으로 발생하는 경우에 관하여 [4421] 참조.

[3261] 나. 제3자 손해의 청산

(1) 계약상의 의무를 위반하였는데 그로 인한 손해는 계약상의 권리자(A)가 아니라 제3자(B)에게 발생하는 경우에, 일반원칙에 따른다면 계약상의 의무자(C)는 손해배상을 할 필요가 없다는 결론에 이를 수 있다. 왜냐하면 A는 손해를 입지 않아서 손해배상청구권을 가지지 않고, B에 대해서는 청구권의 기초(즉 계약 위반)가 존재하지 않으므로³⁸⁾ 그가 손해를 입었다더라도 손해배상청구권이 없기 때문이다.³⁹⁾ 그러나 이러한 결론은 건전한 상식에 반한다. 그래서 독일의 학설과 판례는 일정한 요건 하에 A가 C에 대하여 B의 손해를 주장하는 것을 허용한다. 즉 B가 자신의 손해를 청산하여 줄 것을 청구하면, A는 B에게 C에 대한 손해배상청구권을 양도하거나 B의 이익을 위하여 자신이 직접 손해배상을 받아주는 것을 인정한다. 이것을 「제3자 손해의 청산」이라 한다.⁴⁰⁾

[참 고] 간접대리의 경우를 통하여 이 이론을 소개한다.

간접대리에서 간접대리인은 타인(간접본인)의 계산 하에 자기 이름으로 법률행위를 한다. B가 위탁매매인 A에게 일정한 상품을 사달라고 위탁한 경우에, A는 B의 계산 하에 A의 이름으로 매도인 C와 매매계약을 체결한다(상법 제101조 이하). 그런데 C의 이행지체가 있으면, 계약당사자인 A만이 C에 대한 손해배상청구권을 가지지만 A는 아무런 손해를 입은 바 없다.⁴¹⁾ 한편 실제로 손해를 입은 이는 B인데, A에게 인도의 지체에 대한 과책이 없기 때문에, A는 B에 대하여 손해배상의무를 지지 않는다. B는 C에 대해서도 아무런 청구권을 가지지 않는다. B는 C의 계약상대방이 아니며 또한 C의 불법행위책임(제750조)을 인정하기도 어렵기 때문이다.⁴²⁾ 그런데 침해자(계약위반자) C가 손해배상을 하지 않아도 되게 됨으로써 이익을 얻도록 해서는 안 된다. 오히려 이러한 경우에 간접대리인이 간접본인을 위하여 매매계약의 상대방으로부터 배상받아 간접본인의 손해를 메꾸어 줄 수 있도록 해야 한다.

다만 위탁매매인은 위탁자를 위한 매매에 관하여 상대방이 이행하지 않는 경우에 다른 약정이나 관습이 없는 한 위탁자에 대하여 이를 이행할 책임이 있다(상법 제105조). 따라서 상대방의 채무불이행이 있는 경우에 위탁자는 위탁매매인에 대하여 무과실책임으로서 「이행담보책임」을 물을 수 있으므로([1226] 참조),⁴³⁾ 제3자 손해의 청산을 인정할 필요가 실제로는 크지 않다.

(2) 제3자 손해의 청산이 문제되는 사례에서는 보통의 경우라면 채권자에게 발생할 손해가

37) 손해의 귀속주체는 법인인 재계발조합이다. 업무집행자의 위법행위로 조합재산을 상실한 경우에 조합원은 개인의 지위에서 손해배상을 구할 수 없다고 한 대판 1997.11.28. 95다35302도 참조.

38) 불법행위의 성립을 고려할 수 있지만, 특히 B의 손해에 대한 예견가능성이 있어야 하므로, 언제나 불법행위가 성립하지는 않는다.

39) 이러한 상황은 불법행위의 경우에도 발생할 수 있다. 예: C의 행위로 인하여 법익침해는 A에게 발생하였는데 이로 인한 손해는 B에게 발생한 경우.

40) 독일에서 이 이론이 적용되는 예로 송부매매의 경우(독일민법 제447조 참조), 간접대리의 경우 및 타인의 물건에 대하여 보호의무를 부담하는 경우 등을 들 수 있다.

41) 손해는 위탁매매의 취지에 따라 A에게 귀속된다.

42) A가 B의 간접대리인이 아니라 대리인이었다면, B는 C의 계약상대방으로서 C에 대하여 직접 「채무불이행」을 이유로 하는 손해배상청구권을 가진다.

43) 위탁자에 대하여 손해를 배상한 위탁매매인이 상대방에 대하여 배상을 구할 수 있음은 물론이다.

법률의 규정 또는 법률행위에 의하여 —피침해자(계약상의 권리자 또는 불법행위의 상대방)가 아닌 — 제3자에게 발생한다. 이러한 손해의 전위(轉位)에 의하여 가해자가 덕을 보아서 안 된다. 즉 가해자(계약상의 의무자 또는 불법행위자)는 제3자의 손해를 배상해 주어야 한다. 법익의 침해 받은 이와 손해를 입은 이가 동일인이었다면 당연히 손해배상의무를 부담했어야 하기 때문이다.

II. 인과관계

[3262]

1. 의 의

(1) 채무불이행을 이유로 손해배상을 구하기 위해서는 채무불이행과 손해 사이에 인과관계가 존재해야 한다. 즉 배상의무자의 행위는 침해의 결과(손해)에 대한 원인이어야 한다.⁴⁴⁾ 손해배상의 요건으로서 인과관계에 대한 증명책임은 채권자(불법행위에서는 피해자)가 진다.

(2) 책임성립요건으로서 인과관계는 「그 행위가 없었다면 손해는 발생하지 않았을 것」이라는, 자연적·사실적인 「원인과 결과」의 관계, 즉 조건관계로 충분하다. 달리 말하면 「A가 없었다면 B가 없었을 것인가」라는 기준(「but for test」; *conditio sine qua non*)에 의하여 사실적으로 판단되는데, A가 B의 유일한 원인일 필요는 없다. 즉 A를 제외하면 B가 발생할 수 없다는 점이 핵심이고, B의 발생에 A 외의 다른 원인이 개재되었는지는 불문한다.

부작위도 이러한 의미에서 원인일 수 있지만, 작위와 달리 적극적으로 원인으로 되지 않는다. 따라서 부작위에서 인과관계의 존부는 「부작위가 없었더라면 결과가 확실성에 근접하는 개연성을 가지고 발생하지 않았을 것이라고 생각되는 경우에, 부작위는 원인으로 된다」는 공식에 따라 판단된다. 즉 부작위에서는 가상적 인과관계가 문제된다.

한편 인과관계의 경합과 중단에 관해서는 편의상 불법행위와 관련하여 [4387] 이하에서 설명하는데, 특히 경합에 관하여 독극물의 투여 대신 다른 채무불이행의 사례를 대입하여 보라. 그리고 인과관계의 증명에 관해서도 [4386] 참조.

(3) 조건설적 의미에서 가해자가 자신에 의하여 야기된 모든 손해를 배상해야 한다면, 그의 손해배상 의무는 한없이 뻗어 나가게 됨으로써 손해배상의 범위를 지나치게 확대시켜, 손해분담의 공평이라는 손해배상법의 목적에 어긋나게 된다.⁴⁵⁾ 그래서 학설은 종래 —독일의 논의에 따라— 배상범위의 문제도 인과관계의 차원에서 다루려 하였다.

그런데 손해배상의 방법으로 원상회복을 규정함으로써 완전배상주의를 취하는 독일민법과 달리 민법은 제393조에서 손해배상의 범위를 제한하므로, 배상범위의 결정(또는 한정)에서 중요한 것은 제393조라고 새겨야 한다. 따라서 손해배상의 요건으로서 손해와 그 효과로서 배상되어야 할 손해를 구별해야 하며, 전자는 조건설적 의미의 인과관계로 파악하고, 후자는 손해배상의 범위에 관한 법적 평가, 즉 귀책범위의 문제로 제393조와 관련하여 검토해야 한다.

44) 손해배상청구권은 A가 B로부터 빌린 책의 일부를 찢어버림으로써 사용대차에 기한 반환의무(제609조) 또는 B의 소유권(제750조)을 침해하는 경우처럼 가해자가 법적 의무를 위반하거나 법에 의하여 보호되는 법익을 침해하였을 것을 요건으로 한다.

45) 택시운전사 A의 의무 위반이 B로 하여금 기차를 놓치게 만들어 다음 기차를 이용하지 않으면 안 되게 하였고, 그 때문에 유리한 계약을 체결하지 못하였을 뿐만 아니라 이 기차의 사고로 부상을 입어 병원에 입원하게 되었는데, 그 병원에서 B는 돈을 도둑맞았으며, 그로 인하여 우울증에 걸려 정신병동에 이감되었고, 여기서 다른 정신병환자로부터 매를 맞아 생명이 위태로울 정도의 부상을 입었다면, B가 입은 모든 손해는 A의 의무 위반이 원인이 되어 야기된 것이므로, 조건설에 따르면, A는 유책적으로 택시를 적시에 역에 대기 못하여 B로 하여금 그가 타려던 기차를 놓치게 하였다는 이유만으로 모든 결과손해를 배상하지 않으면 안 되게 된다.

[3263] 2. 가정적 인과관계

가. 의 의

(1) 손해배상청구를 받은 이가 자기행위가 없었더라도 손해의 전부 또는 일부가 이미 존재하던 또는 사후에 발생한 사정에 의하여 발생하였을 것임을 들어 손해배상의 전부 또는 일부를 거절할 수 있는가?⁴⁶⁾ 이것이 가정적(假定的) 인과관계(추월적 인과관계 또는 예비적 원인이라고도 한다)의 문제이다.

(2) 민법은 제392조 단서에서 명문으로 가정적 인과관계를 고려한다. 그러나 가정적 인과관계가 손해배상법의 의미와 목적에 합치되는 경우에만 이를 고려해야 한다.

[3264] 나. 유형(사례군)

(1) 다음의 경우에 가정적 인과관계가 고려되어야 한다.

① 이행지체에 빠진 채무자는 무과실책임을 지지만, 손해(즉 불능이나 멸실)가 채무자의 이행지체가 없었더라도 발생하였을 것이라면 그렇지 않다(제392조).

② 가정적 결과의 고려는 이미 손해가 발생하게 되어 있는 사람 또는 물건을 침해한 경우(예: C가 D 소유의 죽을병에 걸린 개를 쏘아 죽인 경우)에도 행하여진다. 이 경우 가해자는 손해의 발생가능성을 지닌 물건의 가치만 배상하면 되고, 경우에 따라서는 손해배상 의무 전부가 배제될 수도 있다.⁴⁷⁾

(2) 그 밖의 경우에는 가정적 인과관계가 고려되지 않는다.

① 가해자의 손해배상 의무가 이미 존재하는 경우에, 동일한 손해를 야기하였을 예비적 원인을 고려하지 않는 것이 손해배상법의 의미와 목적에 합치한다.⁴⁸⁾ 왜냐하면 타인이 동일한 손해를 사후에 유책적으로 발생시켰을 것이라는 주장이 받아들여져 가해자가 책임을 면할 수 있다면, 그 타인도 피해자의 손해가 자기행위에 의하여 발생한 것이 아니므로 배상할 책임이 없다고 주장할 것이어서, 결국 피해자는 그의 손해를 전혀 배상받을 수 없게 될 터이기 때문이다.⁴⁹⁾

② 그 밖에 손해배상법의 의미와 목적이 가정적 인과관계의 참작을 금지하는 경우가 있을 수 있다. 즉 위법하게 행동한 가해자가 자신이 합법적으로 행동하였더라도 피해자에게 똑같은 손해를 발생시켰을 것이라고 주장하는 「적법한 대체행위의 항변」은 예외적으로만 허용되어야 한다. 판례도 같은 입장이다.⁵⁰⁾

46) A의 과실로 훼손된 B의 자동차가 손해배상 전에 B의 차고의 화재로 소실된 경우에, A는 자기의 행위가 없었더라도 B의 손해가 발생하였을 것임을 들어 손해배상책임을 면할 수 있는가?

47) 교통사고로 사망한 피해자가 사고 전에 치사량이 넘는 농약을 마신 사실을 인정하면서도 일반건강인과 같이 취급하여 일일수입을 산정한 원심판결을 파기한 대판 1995.2.14. 94다47179 참조.

48) 예를 들어 A가 골목길에서 B를 살해하였는데, A가 살해하지 않았더라도 B는 다음 골목에서 기다리던 C에 의하여 살해되었을 것임을 이유로 A가 면책되어서는 안 된다.

49) 다만 이 원칙에 일정한 제한을 가할 필요가 있다. 즉 앞으로의 소득의 감소 또는 이와 유사한 장기간 계속되는 이익의 상실과 같은 결과적 손해와 관련하여 예비적 원인이 참작되어야 한다.

50) 대판 2005.12.9. 2003다9742: “법규에 위반한 행위로 손해를 발생시킨 가해자가 당해 행위에 대응하는 적법한 행위를 선택할 가능성이 있었지만 적법행위에 의했더라도 피해자에게 동일한 손해의 전부 또는 일부를 발생시킬 수 있었던 사정을 이유로 가해자가 면책을 주장할 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 위반한 당해 법규가 손해의 방지를 주된 목적으로 한 것이 아니라 절차의 엄격한 준수 자체를 요구하는 것이거나, 피해자의 자기결정권 자체가 중요한 의미를 갖는 경우에는 가해자측의 적법행위 선택의 개연성만으로 인과관계가 부정된다거나 위법성이 조각된다고 평가할 수는 없는 것이고, 그 정도에 이르지 아니한다 하더라도 적법한 행위에 의한 동일한 손해의 발생 여부가 피해자의 별도의 의사결정 혹은 행정관청의 허가 등 제3자의 행위에 의존하는 경우에는 동일한 결과발생의 가능성이 높아 명백히 예상되는 경우가 아닌 한 가해자측의 주장을 받아들이기 어렵다.”

제3관 귀책사유

I. 기본법리

[3265]

1. 서 설

(1) 손해를 입은 이는, 그 손해가 다른 이의 행위(정신작용에 기한)로 인한 것인 경우에, 그 배상을 구함으로써 손해를 원인행위자에게 전가(轉嫁)할 수 있다. 가해자의 입장에서 본다면, 자기 때문에 타인에게 손해가 발생하였더라도 그 결과가 자기의 정신작용에 기한 것이 아니라면 그 손해에 대한 배상책임을 지지 않는다. 이를 과실책임(過失責任)의 원칙이라 한다.

(2) 책임귀속의 근거인 행위자의 일정한 정신작용을 귀책사유(歸責事由)¹⁾라 하는데, 자기행위가 타인의 법익침해라는 위법한 결과를 발생시킬 것을 의욕하였거나 그것을 알면서도 감히 이를 행하는 고의(故意)와 행위를 할 때 일반적으로 요구되는, 결과를 예견하여 이를 회피하기 위한 주의를 다하지 않았다는 과실(過失)의 두 가지가 있다. 요컨대 타인에게 손해를 가한 이는 고의 또는 과실에 기한 손해에 대해서만 책임을 진다(제390조, 제750조 참조).

그런데 그 결여가 면책으로 귀결된다는 점에서 위법성과 귀책사유가 다르지 않지만, 위법성이 사회적 관점에서의 판단인 반면, 귀책사유는 개인적 차원의 것이다.

(3) 귀책사유의 의미가 결과채무와 수단채무에서 다르다([3041] 참조). 즉 매매 등 결과채무에서 결과의 발생 여부가 곧바로 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”(제390조 본문)로 연결되고, 귀책사유는 불이행책임을 면할 수 있는 사유로 되는 반면, 위임 등 수단채무에서는 결과의 발생 여부가 아니라 행위의 모습이 문제되고, 따라서 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”에 해당하기 위해서는 그 과정에서 요구되는 주의를 게을리했어야 하므로 귀책사유가 채무 불이행책임 성립의 문제로 된다.

(4) 제308조, 제314조, 제336조 등에서 불가항력(不可抗力, force majeure; the act of God)이라는 표현을 사용하는데, 귀책사유와 구별되어야 한다. 즉 불가항력이 엄격책임을 취하는 입법에서 면책사유로 기능하지만, 과실책임주의를 취하는 우리 법에서 일반적으로 고려되지는 않고,²⁾ 다만 무과실책임에서 가혹한 결과를 조정하는 기능을 담당한다. 그리고 불가항력은 무과실보다 좁은 개념으로, 주관적 양태가 아니라 통제불가능한(특히 회피가 가능하지 않은) 외부적인 우발사정으로 이해해야 한다.

2. 과책의 종류

[3266]

귀책사유로 고의와 과실의 두 가지가 있는데, 동가치적이다.

가. 고 의

(1) 고의란 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태를 말한다.

행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였고 결과가 발생하면 그 결과를 감수할 생각이었던 경우에도 고의가 인정되는데, 이를 미필적 고의(未必的 故意, 또는 조건부 고의)라 한다.³⁾

1) 과책 또는 —제538조나 제546조의 법문이 “책임 있는 사유”라고 표현한 점을 들어— 유책사유라고도 한다.

2) 불가항력이 있으면 손해배상책임이 부정되는 점에서는 다르지 않지만.

[참 고] 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별이 문제되는데, 두 경우에서 공히 행위자는 결과발생의 가능성을 예견하였지만, 미필적 고의의 경우에 행위자는 발생가능한 것으로 인식된 결과가 발생하더라도 이를 무릅쓰고 행위하려고 함에 반하여(「결과가 발생하더라도 상관없다」), 인식 있는 과실의 경우에는 발생가능한 것으로 인식된 결과가 현실로 발생할 것임을 알았더라면 그는 행위를 하지 않았을 것이다(「다 잘 될 것이다」). 그런데 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별이 사법의 영역에서는 큰 의미를 가지지 않는다.

(2) 위법성의 인식이 고의의 요소인지에 대하여 논란이 있는데, 다수설은 고의가 인정되기 위하여 자기의 행위가 법질서에 위반된다는 법적 평가까지 인식해야 할 필요는 없다고 하고, 판례의 입장과 같다.⁴⁾ 생각건대 손해배상에서는 처벌이 아니라 손해의 전보가 문제된다는 점 및 과실과의 등가성 등에 비추어 위법성의 인식을 요하지 않지만, 제3자의 채권침해와 같이 고의와 위법성이 엄격하게 구분되지 않는 예외적 경우라면 달리 보아야 한다([4403] 참조).

[3267] 나. 과 실

(1) 과실(過失)이란, 사회생활상 요구되는 주의를 기울였다면 자기행위로 인하여 일정한 결과가 발생할 것임을 알 수 있고 그러한 결과를 회피할 수 있었음에도, 그 주의를 다하지 않음으로써 그러한 결과를 발생하게 하는 심리상태를 말한다.⁵⁾

(2) 민법상 과실은 거래상 일반적으로 요구되는 주의, 즉 선량한 관리자의 주의(또는 줄여서 선관주의)를 재율리함을 말한다(제374조 및 제681조 참조). 이러한 과실을 「추상적 과실」이라 하는데, 과실의 기본값이다.

선관주의의무의 위반이 있는지는 객관적·정형적 기준, 즉 그때그때 구체적인 사안에서의 평균적인 사람을 기준으로 판단된다.⁶⁾ 유책한 행위에 대한 응징이 문제되는 형법과 달리 민법에서 공평한 손해의 분담이 문제되기 때문에⁷⁾ 그리고 민법은 추상적 「인격」을 전제로 하기 때문에 이러한 객관적 기준이 정당화된다. 결국 채무자는 모든 주의의무에 대하여, 따라서 약간의 주의 위반에 대해서도 책임을 져야 한다(제390조, 제750조).⁸⁾

3) 이와 달리 행위자가 어떤 결과를 자기행위의 필연적 결과로 예견하였음에도 불구하고 행위를 한 경우에는 직접적(또는 확정적) 고의가 존재한다.

4) 불법행위에서 고의의 요건으로 위법성의 인식을 요하지 않는다는 대판 2002.7.12. 2001다46440 참조.

5) 이러한 「객관적 과실개념」과 달리, 과실의 본래적 개념은 책임능력을 전제로 유책성과 관련하여 이해되는 주관적 과실이라는 견해(이른바 주관적 과실개념)도 주장된다.

6) 예를 들어 일정한 수술을 의학의 법칙에 따라 행할 기술을 가지지 못한 외과의사가 수술기술상의 잘못을 저질렀다면, 성의를 다하여 수술했더라도, 그는 민법상 과실로 행동한 것으로 된다.

7) 법적 거래는 채무자의 개인적 급부능력을 고려하지 않고, 각자는 자기의무를 적절하게 이행할 수 있을 것이라는 신뢰에 터 잡아 이루어진다.

8) [과실에 관한 재판례] ㉠ 대판 2011.8.25. 2011다43778 “계약당사자 일방이 자신이 부담하는 계약상 채무를 이행하는 데 장애가 될 수 있는 사유를 계약을 체결할 당시에 알았거나 예견할 수 있었음에도 이를 상대방에게 고지하지 아니한 경우에는, 비록 그 사유로 말미암아 후에 채무불이행이 되는 것 자체에 대하여는 그에게 어떠한 잘못이 없다고 하더라도, 상대방이 그 장애사유를 인식하고 이에 관한 위험을 인수하여 계약을 체결하였다거나 채무불이행이 상대방의 책임 있는 사유로 인한 것으로 평가되어야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 채무가 불이행된 것에 대하여 귀책사유가 없다고 할 수 없다. 그것이 계약의 원만한 실현과 관련하여 각각의 당사자가 부담하여야 할 위험을 적절하게 분배한다는 계약법의 기본적 요구에 부합한다”(지방공사가 아파트 분양공고 및 분양계약 체결 당시 아파트 부지에 대한 문화재 발굴조사과정에 유적지가 발견되어 현지 보존결정이 내려지면 아파트 건설사업 자체가 불가능하게 되거나 그 추진·실행에 현저한 지장을 가져올 수 있음을 충분히 알았음에도, 입주자 모집공고문과 분양계약서에 이에 관한 구체적 언급을 하지 않았고 별도로 수분양자들에게 알리지도 않은 사안에서, 분양계약에 따른 아파트 공급의무 불이행에 대한 귀책사유가 지방공사에 있다고 한 사례). ㉡ 대판 2013.12.26. 2011다85352 “채무자가 자신에게 채무가 없다고 믿었고 그렇게 믿은 데 정당한 사유가 있는 경우에는 채무불이행에 고의나 과실이 없는 때에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 채무자가 채무의 발생원인 내지 존재에 관한 법률적인 판단을 통하여 자신의 채무가 없다고 믿고 채무의 이행을 거부한 채 소송을 통하여 이를 다투었다고 하더라도, 채무자의 그러한 법률적 판단이 잘못된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 채무불이행에 관하여 채무자에게 고의나 과실이 없다고는 할 수 없다”(A 주택재개발정비사업조합의 사업구역 내 부동산소유자인 조합원 B 등이 A를 상대로 조합설립인가처분 등의 효력을 다투면서 부동산인도무무를 이행하지 않은 사안에서, B 등이 잘못된 법률적 판단으로 부동산인도무무가 없다고 믿고 의무의 이행을 거부하였더라도 인도무무가 없다고 믿은 데 정당한 사유가 없으므로 인도무무 불이행에 관하여 B 등에게 고의나 과실이 인

(3) 과실의 예외적인 모습들을 본다.

[3268]

① 법률은 주의의무 위반의 정도를 낮추어 중대한 과실에 대해서만 책임을 지우기도 한다. 중대한 과실(줄여서 중과실)은 거래상 요구되는 주의의무(선관주의의무)를 현저하게 위반한 경우, 달리 표현하면 누구에게나 명명백백하였을 점을 주의하지 않았던 경우에 존재한다.

민법은 대체로 어떤 사람이 무상으로 또는 압도적으로 타인의 이익을 위하여 행동하는 경우, 채권자측에 흠이 있는 경우 또는 법정책적 필요가 있는 경우에 채무자(가해자)가 중과실에 대해서만 책임을 지도록 함으로써(즉 경과실에 대한 책임을 면제함으로써) 그의 책임을 경감한다(예: 제 735조, 제401조).

② 한편 주의의무의 기준을 낮추어 채무자가 「자기의 재산에 대하여 베푸는 주의」(자기재산에 대한 주의)를 위반한 경우에만 책임을 지우기도 한다(예: 제695조, 제922조, 제1022조). 이러한 경우에 채무자가 그 정도의 주의를 다하였다면, 비록 일반적 주의의무, 즉 선관주의의무를 위반하였더라도 책임을 지지 않는다. 자기재산에 대한 주의의 해태를 —선관주의의무 위반을 추상적 과실이라 함에 대하여— 「구체적 과실」이라고 한다. 이러한 유형의 과실에서 책임비난의 기준은 채무자의 개별적인 정상행태로, 채무자의 구체적·주관적 주의능력에 상응하는 주의를 문제된다. 따라서 채무자가 평소 자기재산에 기울이는 정도의 주의를 다하였다고 판단되면, 비록 선관주의에 미치지 못하였더라도, 그는 책임을 지지 않는다.

[참 고] 이처럼 책임이 경감되는 근거는 다양하다. 즉 제695조에서 무상수치인이 타인을 위하여 무상으로(즉 대가를 받지 않고) 보관하는 타인의 물건을 자기물건보다 더 주의 깊게(즉 거래상 요구되는 선관주의를 다하여) 보관할 것을 요구하는 것은 형평에 맞지 않기 때문이고,⁹⁾ 제922조에서는 친권자와 미성년의 자녀 사이에 존재하는 특별한 관계가 책임경감의 근거이다. 제1022조에서는 상속재산이 상속인에게 속하기 때문에 그의 상속재산에 대한 주의의무가 경감된다.

3. 기 타

[3269]

(1) 피해자가 증명책임을 부담하는 불법행위와 달리 「채무불이행」에서 귀책사유의 부존재에 대한 증명책임을 채무자가 진다(제390조 단서). 즉 채권자는 불이행과 그것을 원인으로 손해가 발생한 점을 증명하면 되고, 채무를 면하려는 채무자가 귀책사유 없음을 증명해야 한다.¹⁰⁾ 예컨대 임차건물이 화재로 소실되었는데 화재의 발생원인이 불명인 경우에, 임차인이 임차물반환의무의 불능으로 인한 책임을 면하려면 그 임차건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다했음을 증명해야 한다.¹¹⁾

정된다(한 사례). 반면 대판 1998.5.26. 96다21362는, 토지보상법상의 환매요건이나 환매권 행사의 상대방 등에 관하여 그 해석이 법문 자체로 명백하지 않아서 여러 견해가 있을 수 있을 뿐더러 이에 대한 선풍이 될 만한 판례도 없어 해석상 다툼의 여지가 있는 경우에, 지방자치단체에게 환매를 원인으로 한 소유권이전등기의무 및 토지인도의무가 있음을 명확히 한 대법원의 확정판결이 있기까지는 그 지방자치단체가 그와 같은 의무가 있음을 예견할 수 있었음에도 불구하고 이를 게을리하여 그 이행을 지체하였다고 보기 어렵다고 하였다. ㉔ 대판 1998.9.4. 97다9635는, 신용카드 가맹점업자가 가맹점 허가증 등을 양도하고 양수인에게 신용카드대금 결제계좌의 비밀번호까지 알려 준 경우에, 그 양수인이 제3자의 신용카드를 위조한 다음 그 가맹점 명의의 허위매출전표를 작성하여 은행으로부터 매출금액 상당을 편취한 데 대하여 그 가맹점업자에게 귀책사유가 있다고 하였다.

9) 다만 무상행위이지만 위임에서는 당사자 사이의 신뢰관계 때문에 선관주의의무가 요구된다.

10) 채무불이행에서 증명책임(실질적으로는 자기의 잘못이 아님을 해명하지 못함에 따른 불이익)을 이처럼 분배하는 것은, 채무자가 어떤 연유로 채무내용에 좇은 이행을 하지 않았는지를 통상 채권자가 알 수 없을 뿐만 아니라(그것을 야기하는 사유가 주로 채무자의 영역에 위치한다), 당사자의 의사 또는 법률의 규정에 의하여 급부의무, 즉 채무를 부담하는 채무자가 채무내용에 좇은 이행을 하지 않았음을 변명하기 위하여 귀책사유의 부존재를 증명해야 하기 때문이다.

11) 대판 1994.10.14. 94다38182. [4212]도 참조.

참고로 대판 2008.4.10. 2007다83755·83762는, 건물위탁관리계약에 따라 입점자들로부터 관리비를 징수하여 전기·수도요금 등

(2) 계약자유 원칙상 채권자와 채무자는 과실(過失)에 대한 면책약정을 할 수 있다. 손해배상의 상한을 정할 수도 있는데, 이 경우 손해배상액의 예정으로서의 성질도 가진다. 면책약정이 약관에 의할 수도 있지만, 약관법 제7조에 의하여 그 유효성이 제한될 수 있다.¹²⁾

그런데 채무자의 고의 및 중과실에 대한 면책약정은 사회질서에 반하므로 무효이다(제103조 참조). 이와 관련하여 이행보조자의 고의에 대한 면책약정이 유효한지에 관하여 견해가 나뉘는데, 굳이 그 유효성을 부정할 이유는 없다.

(3) 손해배상책임은 채무자의 과책을 요건으로 한다(과실책임주의). 그러나 법률이 일정한 경우에 과책 없는 책임을 인정하기도 한다. 그 예로 금전채무에 대한 책임(제397조 제2항), 이행지체 중의 채무자의 책임(제392조 본문), 매도인의 담보책임(제570조 이하), 무권대리인의 책임(제135조) 등(제758조 제1항 제2문도 참조). 그리고 계약으로 무과실책임을 인정하는 것은 당사자들의 자유이다.

[3270] II. 이행보조자의 고의·과실

1. 개 관

(1) 채무자는 자기채무의 이행을 위하여 보조자를 사용할 수 있다.¹³⁾ 이 경우 채무자가 이행보조자의 과책에 대하여 책임을 지지 않는다면 채권자의 법적 지위가 약해진다. 왜냐하면 채권자는 이행보조자에 대하여 계약상의 청구권을 가지지 않으며, 불법행위에 기한 손해배상청구권이 인정되더라도 실효성 없는 경우가 많기 때문이다. 한편 채무자는 이행보조자를 사용하여 활동영역을 확장하는 등 이익을 얻었을 뿐만 아니라 그를 지시·감독할 수 있으므로, 그에 따른 위험 또는 불이익도 감수하도록 해야 공평하다.

법정대리인의 경우에도 마찬가지이다. 즉 채무자를 대신하여 채무를 이행할 권한을 가진 법정대리인이 채무자의 채무를 이행하면서 그의 고의나 과실에 기하여 채무불이행의 결과가 발생하였다면, 채무자에게 채무불이행책임을 물을 수 있어야 한다.

결국 이행보조자는 채무자의 사실상의 수족(手足)이고¹⁴⁾ 법정대리인의 등장 또한 채무자측의 사정에 불과하므로, 채무자는 이들과 무관함을 채권자에게 주장/대항하지 못한다고 해야 한다. 이러한 사정 때문에 채무자는 채권관계의 테두리 안에서 그의 법정대리인 또는 이행보조자의 과책(고의 또는 과실)에 대하여 책임을 진다(제391조).

(2) 이행보조자 등의 과책에 기한 채무자의 채무불이행책임과 이행보조자 등의 불법행위책임

을 남부대행할 의무가 있는 위탁관리인이 그 업무를 제대로 수행하지 않아 건물주가 단전·단수를 피하고자 전기·수도요금을 직접 납부하고 그로 인한 손해의 배상을 구하는 경우에, 위탁관리계약에 따른 채무불이행의 귀책사유에 관한 중영책임이 위탁관리인에게 있다고 하였다.

12) [4059]에 소개된 대판 1996.5.14. 94다2169 참조. 대판 2002.6.28. 2000다62254도, 도급인과 감리인이 공사의 감리계약 체결시 “안전진단작업 중 감리인의 소속 직원에게 발생한 사고는 감리인의 책임으로 한다”고 약정한 경우에, 위 약정의 취지는 문언상 공동불법행위자로서 도급인의 배상책임을 배제하는 것이 아님이 분명하고, 이와 달리 위 약정을 감리인의 소속 직원에게 발생한 사고가 도급인의 불법행위로 인한 경우라도 도급인은 그로 인해 생겨난 손해에 대하여 아무런 책임을 지지 않는다는 취지로 해석하는 한 이는 도급인의 귀책사유로 발생한 손해를 감리인에게 부담하게 전가하는 셈이 되어 사회질서에 반하는 것이거나 신의칙에 반하는 것으로서 무효라 할 것이므로, 위 약정은 공사의 안전진단작업 중 감리인의 소속 직원에게 발생한 사고에 대하여 도급인에게 아무런 고의나 과실이 없는 경우에 도급인의 책임이 면책된다는 것으로 제한해서 해석해야 한다고 했다.

13) 대판 2011.6.15. 99다13515: “채무의 성질상 반드시 변제자 본인의 행위에 의해서만 가능한 것이 아닌 이상 제3자를 이행보조자 내지 이행대행자로 사용하여 변제할 수도 있다.”

14) 결합 있는 장비의 사용에 비견될 수 있다.

은 부진정연대의 관계에 선다.¹⁵⁾

사용자책임과의 비교에 관해서는 [4458] 참조.

2. 요 건

[3271]

가. 법정대리인과 이행보조자

(1) 제391조의 법정대리인은 채무자를 대신하여 채무를 이행할 권한을 가진 이를 말하는 데,¹⁶⁾ 부재자의 재산관리인(제22조 이하), 친권자(제911조), 후견인(제938조), 법원이 선임한 유언집행자(제1096조, 제1103조) 등 본래적 의미의 법정대리인뿐만 아니라 파산관재인(채무자회생법 제355조 이하), 법정대리인 아닌 유언집행자(제1093조, 제1103조 참조) 기타 법정대리인과 유사한 지위에 있는 이를 포함한다.¹⁷⁾ 한편 법인 대표기관의 유책적인 불이행은 법인 자체의 채무불이행을 결과 지우므로 제391조가 적용될 여지는 없다.¹⁸⁾

(2) 이행보조자(履行補助者)란 채무자가 자기채무의 이행을 위하여 사용하는 이를 말한다. 이 [3272]와 관련하여 주의할 점들을 본다.

① 채무자가 자기채무의 이행을 위하여 제3자를 끌어들이 것이 필요하고 이로써 충분하다. 제3자는 채무자의 의사에 의하여 채무자를 위하여 행동해야 하는데, 이러한 의사관여는 묵시적이라도 무방하지만, 채무자 자신이 부담하는 채무를 이행하기 위한 행위를 하거나 그에 협력하도록 하기 위한 목적에 기한 것이어야 한다. 따라서 채무이행행위에 속한다고 볼 수 없는 활동을 하는 이를 이행보조자로 볼 수는 없다.¹⁹⁾

그런데 채무자의 채무를 이행한다는 사실을 제3자가 알고 있어야 하는 것은 아니다. 채무자와 이행보조자 사이에 채권관계가 존재할 것도 요구되지 않으며, 제3자가 호의로 한 경우에도 채무자의 용인이 있으면 된다.²⁰⁾ 이행보조자가 채무자에 대하여 사회적 종속관계(즉 채무자의 지시나 감독을 받는 관계)에 있어야 하는 것도 아니므로,²¹⁾ 독립한 기업가도 이행보조자일 수 있다.²²⁾

15) 대판 1994.11.11. 94다22446은, 임대인 A는 이행보조자 B가 임차물인 점포의 출입을 봉쇄하고 내부시설공사를 중단시켜 임차인 C로 하여금 그 사용·수익을 하지 못하게 한 행위에 대하여 임대인으로서 채무불이행으로 인한 손해배상 의무를 지고, 또한 C가 임차인이라는 사정을 B가 알면서도 위와 같은 방법으로 C로 하여금 점포를 사용·수익하지 못하게 한 것은 C의 입차권을 침해하는 불법행위를 이룬다 할 것이므로, B는 C에게 불법행위로 인한 손해배상 의무가 있다고 할 경우에, A의 채무불이행책임과 B의 불법행위책임은 부진정연대채무관계에 있다고 하였다.

16) 부부의 일방은 제827조에 기하여 일상가사대리권을 가지지만, 건물임차 및 그에 따른 입차인으로서의 의무의 이행이 일상가사의 범위를 넘어서면 제391조가 적용되지 않는다.

17) 이들은 엄밀한 의미에서 법정대리인이 아니지만, 그들의 직무상 타인을 위하여 권리와 의무를 발생시킬 수 있기 때문이다.

18) 대표기관의 불법행위에 대해서는 제35조가 적용된다.

19) 대판 2013.8.23. 2011다2142: 예술의전당(A)이 B 주식회사와 A가 관리·운영하는 오페라극장에 관한 대관계약을 체결한 후 대관기간 개시 전에 오페라극장에서 국립오페라단(N)의 공연 도중 화재가 발생하여 무대와 조명 등이 소실되어 대관계약 이행이 불가능하게 된 사안에서, N은 위 대관계약과는 별도의 독립한 대관계약에 따라 점유·사용의 이익을 향유한 것이어서 N이 화재 당시 오페라극장을 점유·사용한 행위는 A의 B에 대한 채무이행행위와는 아무런 관계가 없으므로, B에 대한 관계에서 N을 위 대관계약에 관한 A의 이행보조자라고 볼 수는 없다고 한 사례.

20) 대판 2018.2.13. 2017다275447: “이행보조자는 채무자의 의사 관여 아래 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 충분하고 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니다. 따라서 그가 채무자에 대하여 종속적인 지위에 있는지, 독립적인 지위에 있는지는 상관없다. 또한 이행보조자가 채무자와 계약 그 밖의 법률관계가 있어야 하는 것이 아니다. 제3자가 단순히 호의(好意)로 행위를 한 경우에도 그것이 채무자의 용인 아래 이루어지는 것이면 제3자는 이행보조자에 해당한다. 이행보조자의 활동이 일시적인지 계속적인지도 문제되지 않는다”(무로 승마체험이 포함된 숙박권을 구매하여 리조트에서 숙박하면서 승마체험을 하던 중 상해를 입은 경우에 승마 지도활동을 한 이를 이행보조자로 본 사례).

21) 대판 2011.5.26. 2011다1330: “이행보조자는 채무자의 의사관여 아래 채무이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 족하고 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로, 그가 채무자에 대하여 종속적 또는 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않”는다. 대판 2001.6.15. 99다13515도 동지. 이와 달리 이행보조자의 행위에 대한 채무자의 간섭가능성을 요한다는 견해로 박윤직, 143면.

22) 임대인이 수선의무를 이행하기 위하여 도건업자에게 도급을 주어 공사를 맡긴 경우에 수급인을 이행보조자로 본 대판 2002.7.12. 2001다44338; 복합화물운송주선사업자가 수입화물을 보세창고에 입고한 경우에 창고업자를 이행보조자로 본 대판 2018.12.13. 2015

② 임대인의 동의를 얻어 전대(轉貸)한 경우에,²³⁾ 전차인은 임차인의 이행보조자(동시에 이용보조자)라 할 것이다.²⁴⁾ 물론 제630조 제1항에 따라 전차인은 임대인에 대하여 직접 목적물보관의 의무를 부담하지만, 이 규정은 임대안을 보호하기 위한 것일 뿐이다. 임차목적물의 용익과 보관의 의무가 불가분적으로 연결되어 있다는 점에서도²⁵⁾ 전차인의 과실에 대하여 제391조의 적용을 배제하는 것은 적절하지 않다.²⁶⁾

③ 채무자는 그의 직접적인 이행보조자의 과책에 대해서뿐만 아니라 이행보조자의 이행보조자(이른바 간접적 이행보조자. 복이행보조자라고도 한다)의 과책에 대해서도, 간접적 이행보조자가 채무자의 승인이나 묵시적 동의 하에 채무의 이행을 맡았다면, 제391조에 따라 책임을 져야 한다.²⁷⁾ 묵시적 동의조차 없는 경우에도, 간접적 이행보조자를 사용한 것 자체가 이행보조자의 과책을 의미하므로, 채무자는 제391조에 의하여 책임을 진다.

[참 고] 이행대행(履行代行)에 관하여

㉠ 제1차적 급부의무를 완전히 제3자에게 맡길 권리가 채무자에게 주어지고, 그에 기하여 제3자가 채무자 대신 독립적인 지위에서 채무의 전부 또는 일부를 이행하는 대행(代行. 또는 대용)의 경우에,²⁸⁾ 채무자는 이행대행자의 행위에 대하여 제391조에 기한 책임을 지지 않는다. 이행대행의 예로 수임인의 복임인 선임을 들 수 있다(제682조). 수임인이 위임인의 승낙에 기하여 또는 부득이한 사유로 제3자(복임인)를 선임하여 자기에 갈음하여 위임사무를 처리하게 한 경우에, 수임인(즉 채무자)은 이행대행자의 선임·감독의 잘못에 대해서만 책임을 지는데(제682조 제2항, 제121조), 이 책임은 채무자 자신의 과책, 즉 선임·감독상의 주의의무 위반에 대한 책임이지, 제391조에 따른 책임은 아니다.

㉡ 이행대행자는 채권자의 승낙(동의)이 있거나 법률의 규정이 있는 경우에만 선임될 수 있다. 이행대행자의 사용이 허용되지 않음에도 불구하고 채무자가 함부로(즉 무단으로) 이행대행자를 선임하였다면, 선임행위 자체가 채무불이행을 구성한다. 한편 이행대행자를 둘 수도 있고 두지 않을 수도 있는 경우란 있을 수가 없다고 보아야 한다. 즉 법률상 이를 둘 수 있거나 둘 수 없는 두 경우만 있을 수 있을 뿐이다.²⁹⁾

[3273] 나. 법정대리인 또는 이행보조자의 과책

(1) 법정대리인 또는 이행보조자가 유책적으로, 즉 고의 또는 과실로 행동했어야 하는데, 채무자는 「자기과책의 한도에서」 법정대리인이나 이행보조자의 과책에 대하여 책임을 진다. 즉 적용될 과책의 기준은 채무자의 그것이다.³⁰⁾ 따라서 채무자가 계약이나 법률의 규정에 따라 고의

다246186; 해상운송인의 요청에 따라 운송업무의 일부를 수행하는 선박대리점을 운송계약상 운송인의 이행보조자라고 본 대판 2019.4.11. 2016다276719 등.

23) 임대인의 동의 없이 전대하였다면 그 행위 자체가 임대인에 대한 채무불이행을 구성하여 임대인은 임대차계약을 해지할 수 있다(제629조 제2항 참조).

24) 이와 달리 김형배, 163면은, 전차인의 선임·감독에 대한 과실이 없다면 임차인은 책임을 지지 않는다고 한다.

25) 이러한 경우에 임차인의 책임을 선임·감독상의 과실에 한정하는 것은 책임경감의 취지에 반한다. 채무자가 채권자의 사무를 대신 처리하는 경우와 달리 임차인은 자기이익을 위하여 임대인의 물건을 사용·수익하기 때문이다. 이러한 취지에서 유치권자나 질권자가 담보제공자의 승낙을 얻어 유차물이나 질물을 타인에게 임대한 경우에도, 그 임차인은 물건의 보관의무에 관하여 유치권자나 질권자의 이행보조자라 할 것이다.

26) 주해91/양창수, 421면은, 전대차에서 임대인의 동의를 대부분 임차인의 이익을 위하여 행하여지는 것으로서 임차인의 의무를 면제함을 전제한다고 볼 수 없고, 임차인으로서도 그 동의를 통하여 자신의 이익영역을 확장하였는데 동의를 이유로 자신의 책임의 축소까지 달성하는 것은 형평에 맞지 않다고 한다.

27) 앞의 2011다1330 판결; 대판 2020.6.11. 2020다201156.

28) 주로 「하는 채무」를 전제로 하고 그 효과는 직접 채권자에게 귀속된다.

29) 학설은 일반적으로 반대의 입장이다. 즉 제391조의 이행보조자를 협의의 이행보조자와 이행대행자로 구분하고, 이행대행자의 사용이 허용되는 경우와 그 사용이 허용되지 않는 경우에 ㉠의 결론을 따르면서, 이행대행자의 사용이 금지 또는 허용되지 않는데 급부의 성질상 이행대행자의 사용이 가능하다면 제391조가 적용된다고 한다.

30) 양창수·김재형, 399면은 이행보조자의 능력에 대한 담보라는 요소도 포함되어 있다고 한다.

또는 중과실에 대해서만 책임을 지는 경우(예: 제401조)에, 이행보조자의 경과실에 대하여 채무자가 책임을 지지 않는다. 또한 채무자가 「자기재산에 대한 주의」의 해태에 대해서만 책임을 지는 경우(예: 제695조)에, 이행보조자가, 채무자가 자기재산에 대하여 보통 베푸는 것보다 더 부주의하게 행동한 경우에만 채무자가 책임을 진다.

(2) 채무자는 그의 보조자에 의한 주된 급부의무의 이행뿐만 아니라 부수의무의 이행에 대해서도 책임을 진다.

다. 귀책의 한정

[3274]

(1) 법정대리인 또는 이행보조자의 과책에 대한 책임은 「현존하는 채권관계의 테두리 안에서」만 발생할 수 있다. 즉 채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에만 그들의 고의 또는 과실이 채무자 자신의 고의나 과실과 동시(同視)된다. 이와 달리 이러한 이들의 행위에 의하여 비로소 어떤 법정채권관계(주로 불법행위에 기한 손해배상청구권)가 성립한다면, 채무자가 그들의 과책에 관하여 제391조에 기한 책임을 지지 않는다.³¹⁾

(2) 채무자가 보조자의 모든 행위에 대하여 책임을 지는 것은 아니다. 즉 보조자의 행위가 그에게 맡겨진 기능과 「내적·사물적 관련」 하에 행하여진 경우에만 채무자가 보조자의 행위에 대하여 책임을 지고, 보조자의 행위가 단순히 「이러한 행위의 기회에 즈음하여」 범하여진 것에 불과하다면 책임을 지지 않는다.³²⁾

[참 고] 대판 2008.2.15. 2005다69458: “이행보조자의 행위가 채무자에 의하여 그에게 맡겨진 이행업무와 객관적, 외형적으로 관련을 가지는 경우에는 채무자는 그 행위에 대하여 책임을 져야 하고, 채무의 이행에 관련된 행위이면 가사 이행보조자의 행위가 채권자에 대한 불법행위가 된다고 하더라도 채무자가 면책될 수는 없다.”³³⁾

이 판결은 사용자책임 등에서의 「외형이론」을 차용한 것으로 보이는데, 결과에 있어서 큰 차이는 없더라도, 피용자 등의 「불법행위」에 대하여 피해자의 신뢰를 보호하기 위한 외형이론을 채무불이행에 차용하는 것이 적절한지에 대하여 검토를 요한다.

제 4 관 손해배상의 범위

I. 손해의 귀책

[3275]

1. 서 설

손해배상의 요건으로 가해행위와 손해 사이에 조건설적 인과관계가 있어야 한다. 그런데 조

이와 달리 송석수 하, 89면은, 법정대리인의 경우에 그를 기준으로 해야 하고, 이행보조자의 경우에도 예외가 인정되어야 한다고 한다.

31) 제756조에 의한 사용자책임을 질 수는 있다.

32) 예를 들어 A가 B 소유 주택의 수리를 조수 C에게 시켰는데 C가 수리를 잘못하여 비가 새게 하여 B의 카펫을 훼손하였다면 A는 이러한 손해에 대하여 제391조에 따라 책임을 져야 하지만, C가 작업을 마치고 돌아가면서 B의 옷을 훔쳤다면 C가 옷을 훔친 것은 이행행위와 단지 외적인 관련을 가질 뿐이므로, A는 C의 이러한 행위에 대하여 제391조에 의한 책임을 지지 않는다(제756조에 의한 사용자책임을 질 수 있음은 별개의 문제이다).

33) 클럽하우스 내 영업장의 임대차에서 임대인의 직원들이 클럽하우스 등을 무단점거함에 따라 정상적인 영업이 어렵게 된 임차인이 임대차계약을 해지하고 임대인을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 임대인의 이행보조자인 직원들의 위 불법점거행위를 채무의 이행에 관련된 행위로 보아 임대인의 채무불이행책임을 인정하고, 임차인이 위 해지에 따라 영업장에서 근무하던 직원들을 해고하고 그들에게 지급한 휴업수당과 해고예고수당도 상당인과관계가 있는 손해에 해당한다고 본 사례.

건설적 인과관계에 있는 모든 손해를 배상해야 한다면 손해의 공평한 분담이라는 손해배상법의 이념에 반하는 결과로 될 수 있다. 그래서 거의 모든 입법례가 구체적인 모습은 다르더라도 제한 배상주의를 취한다.

우리 민법에서는 제393조가 예견가능성에 기하여 손해배상의 범위를 제한한다. 이 점에서 학설의 주류나 판례가 사실적 인과관계와 손해의 귀책을 구별하지 않는 상당인과관계설을 따르는 것은 부적절하다고 생각된다. 아래에서 제393조를 중심으로 손해의 귀책에 관하여 살펴본다.

[참 고] 책임발생적 인과관계와 책임충족적 인과관계에 관하여

㉠ 독일의 지배설은 인과관계를 손해배상책임의 성립과 책임의 범위라는 양 측면에서 파악하여, 책임발생적 인과관계¹⁾와 책임충족적 인과관계²⁾를 구별한다.

책임발생적 인과관계는 법률요건³⁾에 속하는 반면, 책임충족적 인과관계는 법률효과⁴⁾에 해당한다고 할 수 있다. 그런데 책임발생적 인과관계의 존재만으로 가해자의 손해배상 의무를 발생시키기에 충분하지 않고 다른 요건들(특히 과책이나 위법성)이 충족되어야 하며, 인과관계 외의 이러한 법률요건들은 조건설이 책임발생적 인과관계의 테두리 안에서 부적절한 결과를 가져오는 것을 방지하는 역할을 담당한다. 그러므로 책임발생적 인과관계에서 조건설이 가져올 수 있는 책임의 무한정한 확대를 막으려는 노력을 기울일 필요가 없다. 반면 책임충족적 인과관계의 테두리 안에서 법률이 조건설에 대하여 다른 요건들을 가지고 제약을 가하지 않는다. 즉 법률은 법률효과로서 의무 위반 또는 법익침해로 인하여 발생하는 손해를 배상해야 한다고 규정할 뿐이다(제390조, 제750조). 그런데 조건설에 의한다면 인과쇄(因果鎖)가 무한히 확대될 수 있으므로, 책임발생적 인과관계와 달리 손해배상 의무의 범위가 적절하게 한정될 필요가 있다.

㉡ 손해배상의 방법으로 원상회복의 원칙을 규정함으로써 완전배상주의를 취하는 독일민법(제249조 참조) 하에서 손해배상의 범위를 적절하게 제한하려는 이러한 시도는 민법의 해석론으로 참고할 가치가 있다고 생각된다. 즉 책임발생적 인과관계에 관한 부분은 민법의 해석론으로 그대로 타당하다. 반면 책임충족적 인과관계에 관하여 독일에서는 손해배상의 범위를 한정하기 위하여 상당인과관계설과 규범목적설이 주장되었지만, 우리 민법에서는 배상범위를 결정(또는 한정)하는 제393조를 존중해야 한다. 요컨대 통상손해와 특별손해라는 범주 안에서 손해배상의 범위가 제한되어야 하고, 다만 통상손해를 해석할 때 뒤에서 볼 여러 이론에 대한 고려가 베풀어질 수 있으리라고 생각된다. 결국 우리 법상 인과관계를 둘러싼 학설의 대립도 궁극적으로 제393조의 해석문제로 다루어져야 한다.

[3276] 2. 손해의 귀책에 관한 학설 및 판례

가. 학설의 정리

(1) 먼저 「여전히 지배적인」⁵⁾ 상당인과관계설을 본다.

㉠ 이 입장은 채무불이행과 상당인과관계에 서는 손해만 배상케 하려는 이론으로, 어떤 결과를 발생시킨 조건들 중 우연한 사정 내지 당해 채무불이행에 특유한 사정은 제외한다.⁶⁾ 즉 모

1) 인간의 행위와 의무 위반 또는 법익침해 사이의 인과관계, 즉 인간의 행위가 가해적 사태(즉 채무불이행 또는 불법행위)에 해당하는지의 문제이다.

2) 의무 위반 또는 법익침해와 손해 사이의 인과관계, 즉 가해적 사태로부터 발생한 손해가 어느 범위에서 배상되어야 하는지의 문제이다. 예컨대 A가 고의로 B에게 발포하여 B의 다리에 부상을 입힌 경우에, 책임발생적 인과관계는 존재한다. B가 이로 인하여 치료비를 지급하였을 뿐만 아니라 돈을 벌지 못하였다면, 이러한 손해는 신체침해(법익침해)의 결과손해로서 신체침해에 의하여 야기된 것이므로 책임충족적 인과관계도 존재한다.

3) 증명책임을 고려하지 않은 법률요건으로 제390조의 “채무자가 고의 또는 과실로 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 때에는” 또는 제750조의 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는”.

4) 제390조의 “채권자는 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다.” 또는 제750조의 “그 손해를 배상할 책임이 있다.”

5) 원상회복주의를 취하는 독일에서 과거 통설적 지위를 누렸다.

6) 손해를 야기한 이에 의하여 주어진 조건들이 개연성이 매우 낮고 사태의 통상적 경과에 비추어 무시되어야 하는 특수한 사정 하에

든 조건들이 원인은 아니고, 결과와 적정한(상당한) 관련을 가지는 조건만이 원인으로 인정된다는 이론이다.

② 이 이론이 문제 삼는 것은 —행위와 결과(손해) 사이에 사실적으로 원인과 결과의 관계가 존재하는지 여부를 넘어— 손해결과의 귀책과 개연성의 판단이다. 즉 어떤 가해적 사태에 기한 손해 중 어느 정도가 행위자에게 귀책되어야 하는지가 상당인과관계 유무에 의하여 판단되고, 이 판단은 사실판단이 아니라 가치판단이다. 따라서 이 입장의 실제적 운용에서 경제계의 사정, 물가변동의 동향, 거래관행 등에 대한 정확한 인식을 필요로 하지만, 결과적으로 공평의 이념에 입각한 평가의 관점에서 결론을 이끌어 낼 수밖에 없다.

③ 채무불이행은 언제나 일정한 사정 하에 성립하는데, 어느 정도의 사정을 고려하는지에 따라 고려대상에서 제외되는 우연한/특수한 사정의 범위가 달라진다.⁷⁾ 이 점에 관하여 채무자의 주관을 기준으로 삼는 주관설,⁸⁾ 사후의 심사에 의하여 제3자(법관)가 객관적으로 결정한다는 객관설⁹⁾ 및 채무불이행 당시 일반인(평균인)이 알았거나 알 수 있었던 사정과 채무자가 특히 알고 있었던 사정을 함께 고려하는 절충설¹⁰⁾이 주장되는데, 절충설이 주류적 입장이다.¹¹⁾

(2) 규범목적설 및 그 변용인 보호범위설을 보자.

[3277]

① 상당인과관계설은 무한연쇄의 조건설적 인과관계를 법률상 합리적이라고 생각되는 곳에서 절단함으로써 인과관계를 제한하는 이론이지만, 실제의 운영에서 손해배상의 범위를 한정하는 기능을 제대로 수행하지 못했다.¹²⁾ 그래서 독일에서 손해배상책임을 발생시키는 규범의 보호범위에 포함되는 손해만 행위자에게 귀책시켜야 한다는 규범목적설이 등장하여 통설적 지위를 차지하였다.¹³⁾

② 규범목적설의 근본사상은, 모든 의무와 규범은 일정한 보호범위를 포함하며, 행위자는 이러한 보호범위의 침해에 대해서만 책임지면 된다는 것이다. 즉 규범목적설은 배상책임의 기초로 「손해배상청구권의 근거가 된 규범의 보호목적」을 고려하자고 제안하며, 규범은 원래 그에 대한 침해로 인하여 발생가능한 모든 손해에 대하여 보호할 것을 목적으로 만들어지지 않는다고 한다. 이처럼 규범목적설은 규범이 특정한 이익을 고려하여 그 보호법익의 침해에 대비하여 만들어진다는 「규범의 상대적 보호이론」에서 출발한다. 즉 계약 또는 법률상의 책임규범 및 그 배후에 있는 주의의무는 특정한 법익의 보호에 기여한다고 한다.¹⁴⁾

서만 결과발생에 적합한 것이 아니라 일반적으로 결과야기에 적합한 경우에, 그러한 조건에 의하여 발생한 손해가 행위자에게 귀책된다고 한다.

- 7) 상품매매에서 매수인이 이미 그 상품을 제3자에게 고가로 전매하기로 하는 계약을 체결한 후 매도인의 이행불능이 있었다면, 전매사정을 고려하는지에 따라 상당인과관계의 범위가 달라진다.
- 8) 채무불이행 당시 채무자가 인식한 사정만 기초로 하여 그러한 사정 아래에서 보통 일반적으로 발생할 수 있는 결과만을 행위의 결과라고 한다.
- 9) 당사자가 알았는지를 묻지 않고 제3자가 일반적으로 알 수 있는 모든 사정을 기초로 하여 판단해야 한다고 한다.
- 10) 일반인이 알 수 없는 사정 및 채무자가 과실로 인하여 알지 못한 사정까지를 기초로 하게 된다.
- 11) 그런데 원인이 일반적으로 결과발생에 적합한 것이었는지의 판단이 가해자의 주관적 예측을 기준으로 행하여져서는 안 된다. 왜냐하면 가해자가 주관적으로 손해결과를 예측하였는지 여부의 판단은 과책의 문제이기 때문이다. 따라서 상당인과관계의 존재 여부를 판단하는 기준은 객관적 예견가능성, 즉 객관적으로 판단하는 제3자의 예측이다. 다수설은 제393조 제2항을 근거로 절충설을 취하지만, 뒤에서 보는 바와 같이 상당인과관계는 통상손해인시를 판단하는 기준임에 주의할 것이다.
- 12) A가 일으킨 교통사고로 인하여 길이 막히자 시간에 쫓긴 B가 도로 옆에 있는 C의 발으로 자동차를 운전하여 그 발을 훼손한 경우에, A의 교통사고와 C의 손해 사이에 상당인과관계가 인정될 수 있지만, B의 행위로 인한 C의 손해를 A가 배상해야 한다는 결론은 직절하지 않다. 다른 요건에 의하여 손해배상책임의 성립이 부정될 수 있음을 명론으로 하고
- 13) 이 이론에 의하면 어떤 손해가 배상되어야 하는지를 규범의 보호목적에 결정한다. 즉 계약법의 영역에서 계약의 목적에 의하여, 불법행위의 영역에서는 불법행위책임을 규정하는 규범의 목적에 의하여 배상되어야 할 손해가 한정된다고 한다.
- 14) 참고로 계약상 의무의 위반에 의하여 상당인과적으로 야기된 손해도 보호범위 밖에 위치할 수 있다. 어떤 상품의 소유자가 선박회사와 운송계약을 체결하여 상품의 운송을 맡기면서 운송품에 대하여 보험에 가입한 경우를 생각하여 보자. 선박회사는 약정한 선박

③ 독일의 규범목적설이 일본에서 변용되어 국내에 도입된 보호범위설은, 상당인과관계로 처리되던 문제가 ① 사실적 인과관계,¹⁵⁾ ② 보호범위,¹⁶⁾ ③ 손해의 금전적 평가(제394조 참조)¹⁷⁾라는 세 요소로 구분되어야 하고, 제393조는 그중 보호범위를 정하는 규정이라고 한다. 즉 배상되어야 할 손해범위의 문제와 손해의 금전적 평가의 문제가 구별되고, 전자는 다시 가해자의 행위와 배상이 요구되는 손해 사이에 사실적 인과관계가 존재하는지(①)와 그 손해를 배상시키는 것이 타당한지(②)의 두 가지로 구분되어야 한다고 한다.

[참 고] 그 밖에 위험성관련설(김형배, 251면 이하. 송덕수 하, 120-1면도 참조)은 손해를 채무불이행에 의하여 직접 야기된 1차손해와 1차손해를 기점으로 하여 후속적으로 조건 지워진 후속손해로 나눈다. 이 중 1차손해는 언제나 배상시키고,¹⁸⁾ 후속손해는 1차손해와 위험성관련이 있는 경우에만 제393조에 의하여 배상시키는 방법으로¹⁹⁾ 배상의 범위를 결정해야 한다고 주장한다. 이 견해는 1차손해의 귀책근거는 제390조(불법행위에서는 제750조)이고, 후속손해의 귀책근거는 제393조라고 한다.²⁰⁾

[3278] 나. 판례의 태도

① 판례는 손해배상의 범위에 관하여 상당인과관계설을 따른다.²¹⁾

② 판례가 불법행위로 인한 손해배상에서 상당인과관계를 판단할 때 규범목적설의 주장을 부분적으로 수용하였는데, 이에 관하여 [4431] 참조.

[3279] 다. 평 가

무한히 연속될 수 있는 인과쇄를 단절함으로써 발생한 손해를 적절한 범위에서 귀책시켜야

과 다른 선박에 상품을 실어 보냈고(선박회사의 의무 위반), 약정한 선박은 침몰하였으나 실제로 상품을 실은 선박은 무사하여 상품이 재대로 도달하였는데, 그 사이에 상품의 가격이 하락하여 보험금보다 싸졌다면, 상품의 소유자는 실제의 상품가격과 선박이 침몰하였더라면 받았을 보험금의 차액에 대하여 운송계약 위반을 이유로 선박회사에게 손해배상을 청구할 수 있는가? 이러한 손해가 운송계약에 반하는 송부에 의하여 발생한 손해이기는 하지만, 당해 합의는 완전한(즉 감행능력 있는) 선박을 선택함을 목적으로 하는 것이지, 상품이 사실상으로 바다 속에 가라앉는 것을 목적으로 하는 합의는 아니다. 즉 이러한 손해는 계약의 보호범위 밖의 손해이다. 따라서 상품의 소유자는 상품가격과 보험금의 차액을 손해배상으로 청구할 수 없다고 해야 한다.

한편 규범목적설과 상당인과관계설의 관계에 관하여 독일에서는 손해배상의 범위가 규범목적설만에 의하여 한정될 수 있고 또한 한계지워져야 하며, 상당인과관계설은 「추상적 기교」로 불필요하다는 견해와 상당인과관계와 규범목적 모두가 손해배상범위의 한정을 위하여 유용한 원리라는 견해(사태의 이례적인 진전을 제한한다는 점에서 상당인과관계는 여전히 유용하다고 한다)가 대립하는데, 후설이 유력하다.

- 15) 가해자의 행위라는 사실과 손해로 평가되는 사실 사이에 존재하는, 「실행사실이 없다면 후속사실이 없을 것」이라는 조건설적 관계.
- 16) 사실적 인과관계에 있는 손해 중 어디까지를 배상시키는 것이 타당한지는 법관의 정책적 가치판단에 의하여 결정되는데, 이에 따라 고려되는 배상의 범위를 「보호범위」라 한다. 지금까지 「인과관계」라는 개념을 사용한 논의는 사실적 인과관계와 보호범위의 문제를 구별하지 못한 탓으로 논의의 혼란을 야기했다고 하며, 채무불이행에 의한 손해배상에 관하여 보호범위를 결정하는 기준은 제393조에 추상적 명제로 제시되어 있다고 한다.
- 17) 법관이 손해배상사건을 해결할 때 「손해의 배상범위에 관한 판단」과 「손해의 금전적 평가」는 상이한 절차에 의하고, 따라서 손해의 금전적 평가는 보호범위 안에 있다고 판단되는 손해를 어떻게 금전으로 평가할 것인가의 문제로, 금전배상주의의 반면으로 도출될 수 있다고 한다.
- 18) 채무불이행과 1차손해 사이의 인과관계는 조건관계로 충분하지만, 규범목적설을 유추하여 계약의 취지상 채무 위반이 인정되지 않으면 1차손해가 발생할 수 없을 것이라고 이해한다.
- 19) 후속손해가 1차손해의 발생 없이도 일상생활상의 위험으로 인하여 발생한 것이거나 후속손해를 발생시킬 가능성이 채권자의 위험한 행위가 개재된 경우 외에는 위험성관련이 있다고 한다.
- 20) 그런데 교통사고에서 치료비손해가 1차손해인지 아니면 후속손해인지가 언제나 명확한 것은 아니고, 체계적으로 수집된 우표 세트 중 1장처럼 채권자에게 특별한 가치를 가지는 물건이 멸실된 경우에 그 배상범위가 명확하게 제시되지 않으며(이때 1장의 멸실과 전체 세트의 가치감소분 중 어느 것이 1차적 내지 직접적 손해인가? 어느 범주에 속하는지에 따른 배상범위가 다르다), 나아가 「채무불이행」, 책임의 유형 등에서 이행지체나 이행불능으로 말미암은 손해배상청구에서 1차손해와 후속손해 사이의 위험성관련을 거론하는 것은 매우 어색하다. 뿐만 아니라 손해배상의 범위를 정한 제393조를 후속손해의 귀책근거로 파악하는 것도 적절하지 않다(그 밖에 전대이익은 후속손해 중 특별손해라고 하는데, 그렇게 단정할 수 있는지도 의문이다).
- 참고로 위험성관련설은 원래 완전배상주의를 전제로, 고의·과실로 인한 법익침해가 불법행위의 성립요건이고, 불법행위의 효과와 관련하여 법익침해에서 설정된 위험의 실현인지 여부를 기준으로 배상범위를 정하는 이론이라 할 수 있다.

- 21) 대관 2012.1.27. 2010다81315: 「채무불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정할 때에는 채무불이행과 손해 사이에 자연적 또는 사실적 인과관계가 존재하는 것만으로는 부족하고 이념적 또는 법률적 인과관계, 즉 상당인과관계가 있어야 한다(채무자의 과책으로 인하여 권리를 침해받은 채권자가 자신의 권리보호를 위하여 부득이하게 외국에서 소송을 제기하고 그와 관련하여 변호사비용을 지출할 수밖에 없었더라도 채권자가 지출한 변호사비용 전액이 곧바로 상당인과관계가 있는 손해에 해당한다고 볼 수 없고 상당한 범위 내의 변호사비용액만을 상당인과관계가 있는 손해로 본 사례). 대관 2010.6.10. 2010다15363·15370도 참조.

한다는 요청은 앞의 어느 이론에서도 외면되지 않는다. 앞서 본 이론들은 일정한 가치기준을 토대로 인과관계 연속의 손해 중 배상범위를 적절하게 한정시키는 것으로, 상당성/개연성과 규범목적은 그 가치기준이 다를 뿐, 배상범위의 한정이라는 목적을 공유한다. 그리고 앞의 어느 이론에 의하든 아니면 제393조에 의하든 결과에서 실질적인 차이가 생기지는 않는다.

한편 지금까지 다수설과 판례는 손해배상의 범위의 문제를 상당인과관계라는 개념에 의하여 한꺼번에 처리하여 왔는데, 이러한 태도는 손해배상책임의 발생과 그 범위의 문제를 혼동하였을 뿐만 아니라 제393조의 법문을 제대로 평가하지 않은 것으로 적절하지 않다. 오히려 사고의 단계를 나누어 살펴보는 것이 이해하기 쉽고 합리적이다. 즉 채무자의 채무불이행과 채권자의 손해 사이에 자연적 인과관계가 존재해야 하고, 인과관계가 증명된 손해 중에서 제393조에 따라 누구에게나 예견가능한 「통상손해」와 “채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을” 「특별손해」가 배상범위에 포함되며, 마지막으로 배상범위에 포함되는 손해의 산정이라는 작업이 필요하다. 그리고 이른바 법적 인과관계의 문제는 제393조를 관통하는 예견가능성을 판단하기 위한 보조자료의 지위만을 부여받아야 한다.

[참 고] 제393조를 상당인과관계설에 입각한 규정으로 이해하는 것이 지배적 입장인데, 이는 일본의 이른바 학설계수(學說繼受) 간략하게 말하자면 다른 나라, 특히 독일의 지배적 학설을 통하여 그와 다른 뿌리를 가지는 일본법규정을 해석하는 태도)에 기한 것이다.

그러나 예견가능성을 기초로 손해배상범위를 정하는 태도는 영국의 판례 *Hadley v. Baxendale* ([1854] 23 LJ Ex 179, 9 Exch 341)에 기인하고,²²⁾ 제393조도 이러한 예견가능성설을 따른 것으로 보아야 한다. 다만 제2항에서 예견가능성은 채무자 자신을 기준으로 판단하는 반면,²³⁾ 제1항에서는 일반인을 기준으로 한다.

한편 제393조는 제763조에 의하여 불법행위에 준용되는데, 이에 관하여 [4430] 참조.

II. 민법 제393조

[3280]

1. 서 설

(1) 제393조는 제한배상주의를 천명하는데, 조건설적 인과관계가 증명된 손해 중 어느 범위에서 배상을 인정할 것인지를 정한다. 즉 채무불이행으로 인한 손해를 “통상의 손해”와 “특별한 사정으로 인한 손해”로 나누어, 전자는 언제나 배상되고, 후자는 “채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여” 배상된다고 한다.

그런데 언제나 배상되어야 하는 통상손해는 누구에게나 예견가능한 반면, 특별손해는 채무자의 예견가능성을 전제로 배상범위에 포함된다는 점에서 제393조는 —상당인과관계설에 기한 것이라는 다수설의 입장과 달리— 예견가능성으로 배상범위를 제한한다고 이해해야 한다.

(2) 실제로 발생한 손해가 「통상」인지 아니면 「특별」인지의 판단이 선험적이고 일의적으로 정해지지는 않는데, 법을 해석·적용하는 이에게 그 결정이 위임되어 있다. 즉 당해 사안에 통상적인 상황을 기초로 합리적인 제3자의 관점에서 예견할 수 있었을 손해(달리 말하면 그 채무불이행

22) 프랑스민법 제1231-3조도 같은 입장이지만, 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 적용되지 않는다.

23) 예견가능성의 판단을 *Hadley* 판결이 계약체결사를 기준으로 하는 반면, 우리 학설은 대체로 채무불이행사를 기준으로 한다는 점에 차이가 있다.

으로부터 발생하리라고 일반적·객관적으로 예상되는 손해)는 통상손해로서 언제나 배상되어야 하고(제1항), 그 밖의 손해는 거래의 목적과 형태 및 목적물의 성질 등 구체적 내용, 당사자의 직업, 거래 전후의 사정 등 「당해 사안에 특유한 상황」을 기초로 채무자가 예견했거나 합리적인 제3자가 예견할 수 있었어야 배상범위에 포함된다(제2항).

[3281] 2. 통상손해

가. 서 설

제393조 제1항에 따라 통상의 손해, 즉 그러한 채무불이행이 있으면 사회 일반의 거래관념이나 경험칙에 비추어 통상 발생할 것으로 생각되는 범위의 손해²⁴⁾는 배상되어야 한다.

통상손해에 해당하는지 여부는 당해 사안에 일반적인 상황을 기초로 한 결과발생의 개연성 뿐만 아니라 규범목적,²⁵⁾ 가해의 모습과 정도, 손해의 종류/성질 등도 고려하여 판정해야 하는데,²⁶⁾ 채무불이행으로 인하여 생긴 손해 중 위의 기준에 의하여 걸러지는 손해는 제2항의 문제로 된다. 한편 통상손해에 해당하는지 여부를 판단할 때 채무자의 주관적 예견은 필요하지 않다. 통상손해는 당사자들이 일반적·객관적으로 당해 채무불이행으로부터 당연히 발생하리라고 당사자들이 예견했어야 할 손해이기 때문이다. 따라서 채권자는 채무불이행과 손해 사이에 조건설적 인과관계가 존재하였다는 사실과 통상 생길 손해액을 증명하기만 하면 된다.

[3282] 나. 통상손해의 예

(1) 매도인의 재산권이전의무가 불능으로 된 경우에 이행불능으로 된 당시의 시가 상당액²⁷⁾ 외에 이자부 소비대차에서 반환의무를 이행하지 않는 경우에 이자 상당액, 물건의 인도 의무가 지체된 경우에 임료 상당액, 담보권 실행의 비용 등도 통상손해의 전형적인 예에 속한다.²⁸⁾

24) 대판 2009.7.9. 2009다24842.

25) 규범목적은 통상손해인지 여부의 판단과 직결되지는 않지만, 손해배상범위의 제한원리라는 점에서 고려될 수 있고 고려되어야 할 것이다.

26) 가령 매수인이 그 목적물에 관하여 제3자와 전매계약을 맺었던 경우에 전매이익의 손해가 통상손해인지 여부는 전매가 당해 사안에서 일반적·객관적으로 예상되는지에 따라 다르다. 즉 사인간의 부동산매매에서라면 특별손해일 것이지만, 상인간의 동산매매에서라면 통상손해에 해당할 수 있다.

27) 대판 1996.6.14. 94다61359·61366 등. 대판 2005.9.15. 2005다29474도 소유권이전등기말소등기 의무가 이행불능이 됨으로 말미암아 그 권리자가 입은 손해액은 원칙적으로 이행불능이 될 당시의 목적물의 시가 상당액이라고 하였다.

28) [통상손해에 관한 재판례] ㉠ 변호사비용에 관하여 판례는 부당한 소 제기나 부당한 응소 또는 항쟁 그 자체가 불법행위로 인정되는 경우 및 가해자가 부당하게 책임을 회피하거나 이행청구에 불응하는 경우에, 청구소송을 제기하는 이가 지급하는 변호사비용은 그 불법행위와 상당인과관계 있는 손해로 인정한다. 가령 대결 2004.7.5. 2004마177: “강제집행정지를 위하여 법원의 명령으로 제공된 공탁금은 채권자가 강제집행정지 자체로 인하여 입은 손해배상금채권을 담보하는 것이나, 그 손해의 범위는 민법 제393조에 의하여 정해져야 할 것임과, 담보제공자의 권리행사 최고에 따라 담보권리자가 권리행사를 위하여 제기한 소송의 소송비용은 강제집행정지로 인하여 입은 통상손해에 해당한다고 할 것이므로 위 소송비용은 강제집행정지를 위하여 법원의 명령으로 제공된 담보공탁금의 피담보채권이 된다.” ㉡ 대판 2015.10.29. 2011다81213: “금융기관의 임직원이 여신업무에 관한 규정을 위반하여 동일인에 대한 대출한도를 초과하여 자금을 대출하면서 충분한 담보를 확보하지 아니하는 등 임무를 해태하여 금융기관으로 하여금 대출금을 회수하지 못하는 손해를 입게 한 경우 임직원은 대출로 인하여 금융기관이 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 이러한 경우 금융기관이 입은 통상의 손해는 임직원이 규정을 준수하여 적정한 담보를 취득하고 대출하였더라면 회수할 수 있었을 미회수 대출원리금이며, 특별한 사정이 없는 한 이러한 통상손해의 범위에는 약정이율에 의한 대출금의 이자와 약정연체이율에 의한 지연이자도 포함된다.” ㉢ 대판 2009.7.9. 2009다24842: “상가건물과 지하철역 사이의 연결통로 개설의무가 이행불능된 경우, 수분양자에게는 그 교환가치의 하락 등의 재산상 손해가 발생하였으며, 주위 부동산들의 거래상황 등에 비추어 볼 때 상가건물과 지하철역 사이의 연결통로가 개설되지 않음으로써 교환가치의 하락 등의 손해를 입었을 개연성이 인정된다면, 연결통로 개설의무 이행불능으로 인한 통상손해가 발생한 것이고, 이 손해가 특별한 사정으로 인한 손해라고 하더라도 예견가능성이 있다.” ㉣ 대판 2011.11.10. 2011다41659: “공사도급계약의 도급인이 될 자가 수급인을 선정하기 위해 입찰철차를 거쳐 낙찰자를 결정할 경우 입찰을 실시한 자와 낙찰자 사이에는 도급계약의 본계약 체결의무를 내용으로 하는 계약의 계약관계가 성립하고, 어느 일방이 정당한 이유 없이 본계약의 체결을 거절하는 경우 상대방은 계약채무불이행을 이유로 한 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 손해배상의 범위는 원칙적으로 계약채무 불이행으로 인한 통상의 손해를 한도로 하는데, 만일 입찰을 실시한 자가 정당한 이유 없이 낙찰자에 대하여 본계약의 체결을 거절하는 경우라면 낙찰자가 본계약의 체결 및 이행을 통하여 얻을 수 있었던 이익, 즉 이행이익 상실의 손해는 통상의 손해에 해당한다고 볼 것이므로 입찰을 실시한 자는 낙찰자에 대하여 이를 배상할 책임이 있다.” ㉤ 공사도급계약에서 건축공사의 지체에 관한 대판 1995.2.10. 94다44774도 참조.

(2) 물건이 「훼손」되어 수리를 요하는 경우에 그 수리비 상당액²⁹⁾이 통상손해에 속한다. 이 경우 그 물건이 영업용인지 여부를 불문하고 수리에 필요한 상당한 기간 동안 소유자의 사용수익이 불가능하므로, 그로 인한 손해도 통상손해에 해당한다.³⁰⁾

한편 「멸실」의 경우에 멸실 당시의 시가 상당액(즉 교환가치)이 통상손해에 해당한다. 그런데

① 영업용 물건이 멸실된 경우에 대체구매에 필요한 기간 동안의 사용이익의 상실이 법적으로 어떻게 평가되는지에 관하여, 대판(전) 2004.3.18. 2001다82507은 “불법행위로 영업용 물건이 멸실된 경우, 이를 대체할 다른 물건을 마련하기 위하여 필요한 합리적인 기간 동안 그 물건을 이용하여 영업을 계속하였더라면 얻을 수 있었던 이익, 즉 휴업손해는 그에 대한 증명이 가능한 통상의 손해로서 그 교환가치와는 별도로 배상하여야 하고, 이는 영업용 물건이 일부 손괴된 경우, 수리를 위하여 필요한 합리적인 기간 동안의 휴업손해와 마찬가지로”라고 하였다.

② 이 문제는 멸실로 인한 사용이익(통상은 차임 상당액)의 상실도 통상손해에 해당하는지와 관련되고, 사용이익이 교환가치에 포함된다고 볼 것인지로 귀결된다.³¹⁾ 판례는 종래 멸실의 경우에 사용이익은 교환가치, 즉 시가 상당액의 배상에 포함되어 있어서 별도로 배상할 수 없다고 하였으나,³²⁾ 앞의 2001다82507 판결에서 영업용 물건이 멸실된 경우에 「대체구매를 위하여 필요한 상당한 기간 동안」의 휴업손해는 통상손해에 해당하여 그 배상을 청구할 수 있다고 하여 입장을 변경하였다.³³⁾

③ 생각건대 영업용 물건을 양도하였다면 양도인이 종래 누리던 사용이익은 당연히 그 교환가치에 포함되는데, 그 물건이 멸실된 경우에 교환가치에 해당하는 전보배상 외에 「통상손해」로서 휴업손해의 배상을 인정하는 것은 —물건의 교환가치가 「영업용」임을 고려하여 산정되었다면³⁴⁾— 과잉배상에 해당할 수도 있을 것이다.³⁵⁾ 이러한 맥락에서 어업용 선박의 멸실에 관한 앞의 2001다82507 판결의 입장을 일반화함에는 주의를 요한다.³⁶⁾

29) 수리비가 과다하여 목적물의 시가를 상회하는 경우에 관하여 [3206] 참조.

30) 대판 2000.11.24. 2000다38718·38725: “건물이 화재로 인하여 수선가능한 정도로 손괴되어 건물의 통상용법에 따른 사용이 불가능하게 되었다면 수선에 소요되는 상당한 기간 중 이를 사용하지 못함으로 인한 손해는 손괴로 인한 통상의 손해”이다(곧바로 수선에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 수선의 착수가 가능한 시점까지 이를 사용을 하지 못함으로 인한 손해 역시 통상의 손해라고 하였다). 나아가 대판 2013.2.15. 2012다67399: “피해자가 사고로 인한 손괴로 수리에 필요한 일정한 기간 동안 자동차를 사용하지 못하게 되었다는 이유로 그 기간 동안 동종·동급의 다른 자동차를 대차한 비용을 가해자나 보험사업자에 대하여 손해배상금이나 보험금으로 청구하는 경우, 당해 자동차의 대차가 필요하여 함은 물론 나아가 그 대차비용의 액수 또한 상당한 것이어야 그 청구를 인용할 수 있다. 그리고 대차의 필요성과 대차비용 액수의 상당성에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있다면 그에 대한 주장·증명책임은 자동차를 대차한 피해자에게 있다.”

31) 교환가치와 사용이익의 관계에 관하여, 교환가치가 사용이익을 포함한다고 보면 교환가치의 배상 외에 사용이익의 상실에 따른 손해를 통상손해로 볼 수 없는 반면, 교환가치와 사용이익을 별개의 것으로 파악하면 교환가치의 배상 외에 사용이익의 상실에 따른 손해도 통상손해로서 배상범위에 포함될 수 있지만, 사용수익 자체가 기대될 수 없었던 경우에는 그렇지 않다(대판 1998.5.29. 96다41106 참조).

32) 대판 1990.10.16. 90다카20210 참조.

33) 대판 2004.3.25. 2003다20909·20916도, 불법행위로 인하여 영업용 건물이 철거해야 할 정도로 파손된 경우에, 철거 및 신축에 소요되는 기간뿐만 아니라 철거 여부에 대한 판단을 위하여 필요한 합리적인 기간 역시 사회통념상 곧바로 철거에 착수할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 기간으로서 통상의 손해로서의 휴업손해의 배상이 요구되는 기간에 해당한다고 하면서, 불법행위로 영업용 물건이 파손된 경우에 그로 인한 휴업손해는 그 영업용 물건을 계속 사용하였더라면 얻을 수 있었던 영업이익을 기준으로 산정해야 하고, 따라서 예컨대 유통업에 이용되던 건물이 완전파손된 경우라면 휴업손해는 그 건물을 이용하여 유통업을 계속하였더라면 얻을 수 있었던 영업이익을 기준으로 산정해야 하며, 불법행위가 성립할 무렵 임대용 건물로 용도를 변경하여 사용할 계획이었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 건물을 제3자에게 임대하였을 경우에 얻을 수 있는 임료를 기준으로 손해배상액을 산정할 수는 없다고 하였다. 대판 2005.10.13. 2003다24147도 수익용 차량이 손상되어 수리가 불가능한 사안에서 새 차를 구입하여 영업을 개시할 수 있을 때까지의 휴업손해는 통상의 손해라고 하였다.

34) 영업용임이 고려되지 않은 상태에서의 교환가치가 배상되었다면, 휴업손해가 배상범위에 포함될 수 있고 포함되어야 한다.

35) 사용이익은 목적물의 과실에 준하는 것으로 다루어져야 하고, 그렇다면 휴업손해는 전보배상의 이자에 의하여 전보된다고 볼 것이지만, 「특별손해」에 해당할 수 있음을 별개의 문제이다.

36) 대판 2006.1.27. 2005다16591·16607은 “임대인의 방해행위로 임차인의 임대차목적물에 대한 임차권에 기한 사용·수익이 사회통념상 불가능하게 됨으로써 임대인의 귀책사유에 의하여 임대인으로서의 의무가 이행불능되어 임대차계약이 종료되었다고 하는 경우에

[3283]

3. 특별손해

가. 서 설

(1) 제393조 제2항은 “특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다”고 규정하는데, ① “특별한 사정으로 인한 손해”는 배상할 필요가 없다고 함으로써(같은 항의 반대해석), 당해 채무불이행에 특유한(통상적이지 않은) 손해로서 특별손해를 일단 귀책의 범위(손해배상의 범위)에서 제외한다. 다만 ② 「특별손해」라고 그것을 야기하는 사정³⁷⁾에 대한 채무자의 예견 또는 예견가능성이 증명되면 채무자에게 그에 대한 배상책임을 지운다. 특별손해가 비록 채무불이행에 특유한 것으로 통상적이지 않지만, 채무자가 이러한 손해를 야기하는 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었다면 그에게 귀책시키는 것이 공평의 사상에 합치하기 때문이다.

참고로 증거에 의하여 인정된 사실이 제393조에서 말하는 특별한 사정에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 이른바 법률문제이다.³⁸⁾

(2) 예견의 대상은 특별한 사정의 존재만이고 그러한 사정에 의하여 발생한 손해의 액수까지 알았거나 알 수 있었어야 하는 것은 아니다.³⁹⁾ 그런데 채무자가 실제의 손해액까지 알았거나 알 수 있었다면 그 손해액이 배상되어야 하지만, 그렇지 않다면 그와 같은 특별한 사정 하에서 생길 통상의 손해를 배상해야 할 것이다.⁴⁰⁾ 판례도 같은 입장으로 보인다.⁴¹⁾

도, 임대인이나 제3자의 귀책사유로 그 임대차계약의 목적이 멸실되어 임대인의 이행불능 등으로 임대차계약이 종료되는 경우와 마찬가지로, 임차인으로서 임대인에 대하여 그 임대차보증금반환청구권을 행사할 수 있고 그 이후의 차임지급의무를 면하는 한편 다른 특별한 사정이 없는 한 그 임대차목적물을 대신할 다른 목적물을 마련하기 위하여 합리적으로 필요한 기간 동안 그 목적물을 이용하여 영업을 계속하였다면 얻을 수 있었던 이익, 즉 휴업손해를 그에 대한 증명이 가능한 한 통상의 손해로서 배상을 받을 수 있을 뿐이며 그 밖에 다른 대체건물로 이전하는 데에 필요한 부동산중개료, 이사비용 등은 별론으로 한다. 더 나아가 장래 그 목적물의 임대차기간 만료시까지 계속해서 그 목적물을 사용·수익할 수 없음으로 인한 일실수익손해는 이를 별도의 손해로서 그 배상을 청구할 수 없다”고 하였는데, 본문에서와 유사한 의문이 제기될 수 있을 것이다. 즉 용역의 대가로서 차임지급의무를 면하는 외에 휴업손해까지 통상손해로 배상범위에 포함시킨다면 과잉배상으로 될 여지가 있다. 휴업손해가 특별손해에 해당할 수 있음은 당연히 별개의 문제이다. 참고로 양창수, “2006년도 민사판례 관전”, 서울대 법학(48-2), 147면은, 임차인이 약정기간 만료시까지 장기간(이 사건에서는 2년 7개월)의 휴업손해를 청구하는 것이 문제라면 이른바 피해자의 손해피억(避抑)의무를 끌어들이어 과실상계의 법리에 준하는 처리를 함으로써 족하였을 것이라고 한다.

37) 직입 등 거래당사자의 주관적 특성과 당해 거래의 내용과 목적 그리고 거래 전후의 구체적 상황을 포함하여 당해 거래에 특유한 사정.

38) 이는 상고가능성과 관련하여 의미를 가진다. 민사소송법 제423조 참조.

39) 대판 2002.10.25. 2002다23598.

40) 예컨대 사인간의 부동산매매에서 전매하였다는 사정뿐만 아니라 그에 따라 발생한 구체적인 손해액까지 알았거나 알 수 있었다면 그 손해액이 배상범위에 포함되어야 하지만, 전매계약의 내용을 알 수 없었다면 그 당시 전매에 의하여 통상 발생할 이익만이 배상 범위에 포함된다.

41) [특별손해의 배상범위에 관한 재판례] ㉠ 대판 1997.11.11. 97다26982·26999의 사실관계는 다음과 같다: X 무역회사는 Y가 생산하는 판자를 홍콩으로 수출하기 위하여 Y와 매매계약 체결 → X는 홍콩법인 A와 판자에 관한 매매계약을 체결하고 다시 A는 B와 판자 전매계약 체결 → Y는 X에게 계약물량 중 일부만 공급한 후 공급 중단 → B와 손해배상의 합의를 한 A가 홍콩법원에 제기한 손해배상청구에서 X 패소 확정.

X가 Y를 상대로, A와의 매매계약에서 얻을 수 있었던 영업이익(①), A에게 지급해야 할 손해배상액(②) 및 A가 B와 합의한 손해액(③)의 지급을 구함에 대하여 대법원은 ③을 제외한 나머지를 인용하면서, “제조회사가 무역회사와 물품공급계약을 체결하면서 무역회사가 수출을 위해 그 물품공급계약을 체결한다는 사실 및 공급물량 중 일부에 대해서는 이미 외국에 수입업자와 교섭을 마친 사실을 알고 있었다면, 제조회사로서는 무역회사에게 물품을 공급하지 아니하면 무역회사 역시 수입업자에게 물품을 제때 공급할 수 없게 되어 그로부터 손해배상청구를 당할 수 있다는 사실을 예견할 수 있다고 할 것이므로, 이러한 경우 무역회사가 수입업자에게 통상 배상하게 될 손해배상액 상당의 금액, 예컨대 합리적인 범위 안에서의 약정위약금이나, 또는 수입업자가 시장에서 다른 회사로부터 같은 종류와 수량의 물품을 적절한 가격으로 구입하였다면 ‘그 구입가격과 무역회사와의 매매대금과의 차액과 그 구입에 소요된 합리적인 범위 안에서의 부대비용을 합산한 금액’에 관하여는 제조회사가 무역회사에게 배상할 책임이 있으나, 제조회사가 제조회사와 무역회사 사이의 계약 이후의 계약내용을 알고서 그 계약내용과 관련시켜 무역회사와 매매계약을 체결한 것이 아니라면, 수입업자가 자기가 수입할 물품에 관하여 다시 제3자와 매매계약을 체결하였다가 그 계약을 이행하지 못하게 됨으로써 그 제3자에게 손해배상책임을 지게 되고 그 손해배상채무를 무역회사가 다시 수입업자에게 상환하게 되어 같은 금액의 손해를 입게 될 것이라는 점에 대하여는 제조회사가 이를 알 수 있었다고 보기 어려우므로, 이는 제조회사가 알 수 없었던 특별손해로서 제조회사로서는 손해배상책임이 없다”고 하였다.

㉡ 대판 1992.4.28. 91다29972는, 외국회사가 외국에서 판매하기 위하여 면제품을 수입한 점 및 당사자 사이의 매매계약의 체결 과정, 계약의 내용 및 목적물 등에 비추어 매도인은 자기의 채무불이행이 있으면 위 회사가 면제품 판매로 인하여 얻을 수 있었을 이익을 얻지 못하게 된다는 사정도 알았거나 알 수 있었던 것으로 인정되는 사안에서 “매수인이 얻을 수 있었을 이익이 통상적인

나. 특별손해의 예

[3284]

특별손해의 예로, 매도인의 이행불능으로 인한 전보배상에서 등귀가격(騰貴價格), 이행이익을 초과하는 확대손해,⁴²⁾ 대체행위에 따른 추가비용부담, 전대이익 및 그 반대측면으로서 이른바 「책임손해」, 즉 채무자의 채무불이행 때문에 채권자가 제3자에 대하여 손해배상책임을 부담함으로써 입는 손해,⁴³⁾ 채무불이행으로 인한 정신적 손해, 간접손해 등.⁴⁴⁾

한편 가격상승이나 전대이익의 상실이 특별손해인지 여부가 문제되는 경우가 적지 않은데, 많은 경우에 손해산정의 기준시기의 문제로 귀결된다.

다. 예견가능성의 판단

[3285]

(1) 당사자 사이의 개별적·구체적 사정으로 인한 손해인⁴⁵⁾ 특별손해의 배상을 위해서는 그러한 사정에 대한 채무자의 예견 또는 예견가능성이 필요하다. 그런데 예견가능성 유무는 —당해 사안에 통상적인 사정을 고려하는 제393조 제1항과 달리— 당해 계약의 목적,⁴⁶⁾ 당사자의 직업,⁴⁷⁾ 목적물의 종류,⁴⁸⁾ 계약당사자들이 속하는 거래계의 관행 등을 고려하여 채무자를 기준으로 결정되어야 한다. 그리고 채권자가 특별사정의 존재 및 채무자의 예견 또는 예견가능성에 대한 증명책임을 진다.

(2) 판례⁴⁹⁾는 특별사정에 대한 예견가능성 유무를 (계약당사자와) 계약성립시가 아니라 (채무

방법으로 얻을 수 없는 과다한 것인 경우에는 매도인의 손해배상책임이 통상적인 이익의 범위로 한정될 뿐"이라고 하였다.

㉠ 대판 2004.12.9. 2002다33557은, 매도인(V)이 그 명의로 등기된 목장용지와 임야 등을 매수인(K)에게 매도하였으나 그중 일부 토지의 진정한 소유자가 V를 상대로 소유권이전등기말소소송을 제기하여 승소 확정판결을 받음으로써 K에게 손해배상책임을 부담하게 된 사안에서, K가 위 토지를 비롯한 그 일대의 토지에 대단위 아파트단지를 건설할 계획을 확정하고 이를 추진하기 위하여 V와 매매계약을 체결하였으며 실제로도 그러한 사업을 추진하였다는 점 등과 그 매매대금은 V가 원래 매수한 대금의 수십 배에 달하는 액수라는 사정 등을 고려하면, V는 매매계약 체결 당시에 위 토지를 비롯한 그 일대의 토지에 대단위 아파트단지가 건설될 것이라는 사정을 잘 알면서 이로 인한 지가상승을 반영하여 매매대금을 정했다고 볼 것이고, 따라서 V가 K에게 배상할 손해액은 위 매매계약 당시 그 토지의 장래 예정되어진 형상이며 이행불능 당시의 형상인 아파트부지로 조성 중인 상태를 기준으로 산정해야 한다고 했다.

42) 대판 2004.7.22. 2002다51586 참조.

43) 양의 97다26982·26999 판결의 ㉠.

44) [특별손해에 관한 재판례] ㉠ 돈을 이용하지 못함으로 인한 통상손해는 이용하지 못한 기간 동안의 이자 상당액이고(제397조 제1항 참조), 그 돈을 특수한 용도에 사용하여 이자 상당액을 넘는 특별한 이득을 보았을 것인데 이를 얻지 못하였다는 사정은 특별사정으로, 그로 인한 손해를 배상받으면 가해자가 특별사정을 알거나 알 수 있었어야 한다(대판 1991.1.11. 90다카16006). ㉡ 대판 2006.4.13. 2005다75897은, 매수인의 잔금지급 지체로 인하여 계약을 해제하지 않은 매도인이 지체된 기간 동안 입은 손해 중 미지급 잔금에 대한 법정이율에 따른 이자 상당의 금액은 통상손해이지만, 그 사이에 매매대상 토지의 개별공시지가가 급등하여 매도인의 양도소득세 부담이 늘었다면 그 손해는 사회 일반의 관념상 매매계약에서의 잔금지급의 이행지체의 경우에 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 통상손해라 할 수 없고, 특별한 사정에 의하여 발생한 손해에 해당한다고 했다. 나아가 매매대금을 완불하지 않은 공사의 매수인이 그 토지 위에 건물을 신축하기 위하여 설계비 또는 공사계약금을 지출하였다가 계약이 해제됨으로 말미암아 이를 회수하지 못하는 손해도 특별손해로서, 매도인으로서의 소유권이전사무의 이행기까지 최소한 매수인이 설계계약 또는 공사도급 계약을 체결하였다는 점을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 그 배상책임을 부담한다(대판 1996.2.13. 95다47619). ㉢ 대판 2009.7.23. 2008다79524: “부당한 가압류의 집행으로 그 가압류목적물의 처분이 지연되어 소유자가 손해를 입었다면 가압류신청인은 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이나, 가압류집행 당시 부동산의 소유자가 그 부동산을 사용·수익하는 경우에는 그 부동산의 처분이 지체되었다고 하더라도 그로 인한 손해는 그 부동산을 계속 사용·수익함으로써 인한 이익과 상쇄되어 결과적으로 부동산의 처분이 지체됨에 따른 손해가 없다고 할 수 있을 것이고, 만일 그 부동산의 처분지연으로 인한 손해가 그 부동산을 계속 사용·수익하는 이익을 초과한다면 이는 특별손해이다. 부당한 가처분에 관한 대판 2001.11.13. 2001다26774도 동지. ㉣ 금융기관이 어음할인을 하고 취득한 어음을 지급기일에 적법하게 지급제시를 하지 않아서 소구권을 보전하지 않았더라도 지급기일 후에 어음발행인의 자력이 악화되어 무자력이 되는 바람에 어음채권자가 발행인에 대한 어음채권과 원인채권의 어느 것도 받을 수 없게 됨으로 인하여 손해를 입었다면 이러한 손해는 어음 주채무자인 발행인의 자력의 악화라는 특별사정에 기한 손해이고(대판 2003.1.24. 2002다59849), 담보목적물에 대하여 감정평가업자가 부당한 감정을 함으로써 감정의뢰인이 그 감정을 믿고 정당한 감정가격을 초과한 대출을 한 경우에, 부당한 감정가격에 근거하여 산출된 담보가치와 정당한 감정가격에 근거하여 산출된 담보가치의 차액을 한도로 하여 대출금 중 정당한 감정가격에 근거하여 산출된 담보가치를 초과한 부분이 손해액이 되고, 통상 감정평가업자로서는 대출 당시 앞으로 대출금이 연체될 것이라는 사정을 알기 어려우므로 대출 당시 감정평가업자가 대출금이 연체될 것이라는 사정을 알았거나 알 수 있었다는 특별한 사정이 없는 한 연체된 약정이율에 따른 지연손해금은 감정평가업자의 부당한 감정으로 인하여 발생한 손해라고 할 수 없다(대판 2007.4.12. 2006다82625).

45) 대판 2009.7.9. 2009다24842.

46) 전매를 목적으로 하는 계약인가, 원자재·영업시설로서의 사용을 위한 것인가 아니면 자가(自家)의 소비를 위한 것인가.

47) 전매를 직업으로 하는 상인인가 아닌가.

48) 전매성이 높은 상품이나 유가증권인가 아니면 전매성이 낮은 토지나 가옥인가.

49) 대판 1985.9.10. 84다카1532.

자와) 「채무불이행시」를 기준으로 판단한다. 특별사정에 대한 예견가능성이 있었음에도 불구하고 불이행을 한 이에게 배상책임을 부담시키더라도 가혹하지 않기 때문이다.

다수설의 입장과 같지만, 특별사정에 대한 채무자의 예견가능성의 존부에 관한 판단시기는 계약체결시라는 소수설도 있다.⁵⁰⁾

생각건대 국제규범의 일반적 모습,⁵¹⁾ 당사자들이 대금에 반영하거나 보험에 가입함으로써 위험을 배분할 수 있다는 점 등에 비추어 채권성립시(계약체결시)라는 기준이 합리적이라고 할 여지도 있지만, 예견의 주체를 「당사자」라고 한 의용민법과 달리 “채무자”로 한정하는 제393조의 규정, 당사자 쌍방의 합리적인 의사를 탐구하는 「계약의 해석」이 아니라 「계약목적」이 판단의 중심에 놓여야 한다는 점 및 특별한 사정으로 인한 손해가 발생할 것을 알 수 있으면서 감히 그 이행을 하지 않은 채무자의 행태를 고려하면, 해석론으로 채무불이행시를 기준으로 삼아야 한다.⁵²⁾

[참 고] 토지매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능이고 매수인이 매수 후 그 지상에 신축한 건물도 위 사유로 인하여 철거될 운명에 이른 경우에 매도인에게 건물철거로 인한 손해까지 배상할 의무가 있는지에 관하여 대판 1992.8.14. 92다2028은 “토지매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능상태에 이른 경우, 매도인이 매수인에게 배상하여야 할 통상의 손해배상액은 그 토지의 채무불이행 당시의 교환가액이나, 만약 그 매도인이 매매 당시 매수인이 이를 매수하여 그 위에 건물을 신축할 것이라는 사정을 이미 알고 있었고 매도인의 채무불이행으로 인하여 매수인이 신축한 건물이 철거될 운명에 이르렀다면, 그 손해는 적어도 특별한 사정으로 인한 것이고, 나아가 매도인은 이러한 사정을 알고 있었으므로 위 손해를 배상할 의무가 있다”고 하였는데, 판시 중 “매매 당시”라는 부분은 매매 당시부터 매도인이 그러한 사정을 알고 있었다는 의미일 뿐이고,⁵³⁾ 이 부분이 제393조 제2항의 특별사정에 대한 예견가능성의 판단시점을 채권성립시로 파악하는 것으로 「오해」해서는 안 된다.

[3286] Ⅲ. 손해의 산정

1. 손해배상의 방법

(1) 손해배상의 방법으로 금전배상과 원상회복의 두 가지가 있는데, 민법은 「금전배상」을 기본값으로 삼는다(제394조, 제763조 및 제764조도 참조). 따라서 다른 의사표시⁵⁴⁾가 있는 경우에만 원상회복 또는 기타의 방법으로 손해를 배상할 수 있다.⁵⁵⁾

(2) 여기서 금전배상이란 손해를 금전지급에 의하여 전보(填補) 손해가 발생하지 않은 것과 같은 상태의 회복)함을 말하며, 재산적 손해뿐만 아니라 정신적 손해도 금전으로 배상된다. 그리고 그 금액은 손해 전부가 회복된 상태에 피해자가 놓이도록 정해지는데, 제394조 소정의 금전은 우리나라의 통화를 가리킨다.⁵⁶⁾

50) 김형배, 264면: 이 견해는 계약체결시 채무자가 예견할 수 있는 사정에 기한 채권자의 이익만이 당해 계약에서 문제될 수 있고 그 계약에 의하여 보호되는 채권자의 이익이라고 평가되기 때문에, 계약체결시 채무자가 특별사정을 예견하였다면 자기의 계약조건을 보다 유리하게 하거나 계약체결을 거부함으로써 이에 적절히 대처할 수 있지만, 계약체결시 전혀 예견할 수 없었던 사후적 사정을 채권자가 나중에 채무자에게 통고함으로써 알게 되었다고 하면 채무자의 책임은 부당하게 확대되어 공평의 원리에 반하는 경우가 발생한다고 한다.

51) CISG 등 「계약」을 규율대상으로 하는 국제규범은 계약체결시를 기준으로 판단한다. 다만 계약 외의 채권관계에도 적용되는 제393조 제2항의 해석이 그와 다르다고 하여 문제될 것은 없다.

52) 채무불이행시를 기준으로 하면 계약체결시보다 예견가능성이 넓게 인정된다.

53) 위 사안에서는 매도인이 건물 신축을 권유하였다.

54) 당사자들의 합의여야 한다.

55) 타인의 차고에서 도색작업을 하던 수급인이 작업 도중 잘못하여 차고에 주차되어 있던 도급인의 자동차를 훼손한 경우에, 수급인은 수리해 주기로 하는 합의가 없는 한 그 자동차를 자기가 수리하여 주겠다고 주장할 수 없고, 손괴로 인한 손해(수리비 및 가치감소액)를 금전으로 배상해야 한다.

2. 손해산정의 기본법리

[3287]

가. 서 설

(1) 손해배상에서 배상범위의 결정과 손해의 금전적 평가는 별개의 문제이므로, 제393조에 따라 귀책되어야 할 손해가 결정된 후 그 손해가 금전으로 평가되어야 한다. 제373조에 따라 금전으로 가액을 산정할 수 없는 것이라도 채권의 목적으로 할 수 있지만, 그 불이행의 경우에 원래의 급부청구권은 제2차적인 손해배상청구권으로 바뀌고, 손해는 금전으로 배상해야 하므로, 손해액의 산정이 필요하다.

[참 고] 배상범위의 결정과 손해의 금전적 평가가 엄밀하게 구분되지는 않는다. 어떤 물건의 매매계약이 이행되지 않아서 매수인이 대체품을 구입한 경우에 그 구입비용과 원래의 계약가격의 차액은 통상손해이고, 손해의 금전적 산정은 대체품을 구매한 시점을 기준으로 해야 하는데, 대체품의 가격이 변동한다면 그 구매시점이 통상적/합리적인가 하는 점도 고려해야 한다. 이러한 사정을 고려한다면 손해산정의 기준시기를 정할 때에도 제393조의 취지가 반영되어야 한다.

(2) 손해액의 산정이 실제로 쉽지 않아서, 손해액의 산정에 관한 규정을 두는 경우도 있고,⁵⁷⁾ [3288] 당사자들이 손해배상액의 예정을 통하여 손해액 산정의 어려움을 피하기도 한다.⁵⁸⁾

한편 2016년 신설된 민사소송법 제202조의2는 판례의 태도⁵⁹⁾를 이어받아 “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다”고 규정한다.⁶⁰⁾

56) 대판 2005.7.28. 2003다12083.

57) 가령 특허법 제128조 제5항은 특허권 또는 전용실시권을 침해한 경우에 그 특허발명의 실시에 대하여 통상적으로 받을 수 있는 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.

58) 참고로 M&A 계약에서 자주 사용되는 진술·보증(representations and warranties)조항과 관련하여 대판 2018.10.12. 2017다6108: “매도인이 대상회사의 상태에 관하여 사실과 달리 진술·보증을 하고 이로 말미암아 매수인에게 손해를 입힌 경우에는 계약상 의무를 이행하지 않은 것에 해당하므로 일종의 채무불이행책임이 성립한다. 계약서에 진술·보증조항과 그 위반으로 인한 손해배상조항이 함께 있다면 그 조항에 따른 손해배상책임을 인정하여야 하고, 무과실책임인지 아니면 민법 제390조 단서가 적용되는 과실책임인지는 계약내용과 그 해석에 따라 결정해야 한다. 이와 달리 계약서에 진술·보증조항만 있고 그 위반으로 인한 손해배상조항이 없다면 민법 제390조를 비롯한 관련규정들에 따라 채무불이행책임의 성립 여부를 판단하여야 [하고, ...] 기업인수계약에서 진술·보증 위반으로 인한 손해배상의 범위나 금액을 정하는 조항이 없는 경우에는 매수인이 소유한 대상회사의 주식가치 감소분 또는 매수인이 실제 지급한 매매대금과 진술·보증 위반을 반영하였을 경우 지급하였을 매매대금의 차액을 산정하는 등의 방법으로 손해배상액을 정하여야 한다. 그러나 이러한 방법으로 손해배상액을 산정하는 데서 오는 불확실성을 해소하고자 손해배상의 범위와 금액을 산정하는 방법을 정하고 있는 경우에는 이를 배제하거나 제한할 만한 사정이 없는 한 그에 따라야 한다.”

그 밖에 대판 2018.7.20. 2015다207044: “M&A 계약에서 진술 및 보증조항을 둔 목적은, 계약종결과 이행 이후 진술 및 보증하였던 내용과 다른 사실이 발견되어 일방당사자에게 손해가 발생한 경우에 상대방에게 그 손해를 배상하게 함으로써, 불확실한 상황에 관한 경제적 위험을 배분하고 사후에 현실화된 손해를 감안하여 매매대금을 조정할 수 있게 하기 위한 것”이다. 그리고 대판 2019.6.13. 2016다203551: “당사자 사이에 체결된 계약이 강행법규 위반으로 무효인 경우에 계약불이행을 이유로 진술·보장약정에 따른 손해배상채무를 이행하는 것이 강행법규가 금지하는 것과 동일한 결과를 가져온다면 이는 강행법규를 참탈하는 결과가 되고, 이러한 경우에는 진술·보장조항 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 없다고 보아야 한다.”

59) 대판 2010.10.14. 2010다40505: “채무불이행으로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무불이행과 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 여러 정황 등 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 손해의 액수를 판단할 수 있다. 이러한 법리는 자유심증주의 아래에서 손해의 발생사실은 입증되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 입증에 곤란한 경우 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 함에 그 취지가 있는 것이지 법판에게 손해액의 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로, 법원이 위와 같은 방법으로 구체적인 손해액을 판단하면서도, 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 그와 같이 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정해야 한다.” 대판 2004.6.24. 2002다6951·6968; 대판 2008.12.24. 2006다25745(소유권이전등기결자의 이행이 장기간 지연됨으로써 발생한 재산상 손해 역시 그 구체적인 손해액을 객관적인 자료를 토대로 하여 계산하는 것이 어려운 것이 아니라 사실심법원이 재판 경위를 참작하여 이를 정할 수 있다고 한 사례)도 참조.

참고로 대판 1992.4.28. 91다29972: “장래의 얻을 수 있었을 이익에 관한 입증에 있어서는 그 증명도를 과거사실에 대한 입증에 있어서의 증명도보다 경감하여 채권자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 이익의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서의 상당한 개연성이 있는 이익의 증명으로 족하다.”

60) 대판 2020.3.26. 2018다301336: “이 규정은 특별한 정함이 없는 한 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상뿐만 아니라 특별법에 따른 손해배상에도 적용되는 일반적 성격의 규정이다. 손해가 발생한 사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 매우

[참 고] 전보배상에서 손해액을 산정할 때 반대급부의 가치를 고려할 것인지에 관하여 견해가 나뉜다. 즉 전보배상청구권은 원래의 급부청구권에 갈음하는 것이므로 반대급부의 가치를 고려하지 않고 불능으로 된 급부의 가치만 기초로 손해배상액을 산정해야 한다는 「교환설」과 반대급부의 가치를 공제한 차액이 손해액으로 된다는 「차액설」⁶¹⁾ 및 두 방법 중에서 선택할 수 있다는 주장이 있다.

생각건대 차액설에 의하는 것이 간편하지만,⁶²⁾ 예컨대 교환계약에서 하나의 손해배상청구권에 의하여 이행불능에 따른 법률관계가 처리되어야 한다는 점이 당사자의 의사에 반할 수도 있다(예컨대 한 채무에만 담보가 존재하는 경우). 한편 교환설을 따르더라도 상계가능성⁶³⁾이 열렸으므로, 양 견해 사이에 실질적인 차이도 존재하지 않는다. 따라서 양자 사이의 선택가능성을 채권자에게 부여하는 것이 정당할 것이다.

[3289] 나. 구체적 손해의 산정과 추상적 손해의 산정

(1) 손해의 기본값으로서 구체적 손해는 당해 사안에서 실제로 발생하는 손해를 말하는데, 피해자가 취한 조치에 따라 발생한 손해도 이에 해당한다. 가령 매도인이 상품을 인도하지 않아서 매수인이 다른 이로부터 비싼 값으로 대체상품을 사거나 매수인의 수령거절로 매도인이 다른 이에겐 싼값으로 판 경우에, 실제로 행하여진 대체행위의 가액과 계약가격의 차액이 구체적 손해이다.⁶⁴⁾

(2) 반면 추상적 손해는 사물의 통상적인 경과에 따라 발생하는 손해, 예컨대 시장가격과 계약가격의 차액을 말한다. 그런데 피해자가 보다 큰 구체적 손해를 증명할 수 없거나 원하지 않는 경우에 이러한 손해의 산정을 선택할 수 있다.⁶⁵⁾ 제397조 제1항은 급전채무 불이행으로 인한 지연이자와 계산에 관하여 추상적 손해산정의 방법을 인정하는데, 일실이익의 산정에 대해서도 추상적 손해산정의 방법이 적용될 수 있다.⁶⁶⁾

어려운 경우에는 법원은 손해배상청구를 십사리 배척해서는 안 되고, 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하는 등으로 구체적인 손해액에 관하여 심리하여야 한다. 그 후에도 구체적인 손해액을 알 수 없다면 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실을 종합하여 손해액을 인정할 수 있다.”

61) 이행불능의 경우에 하나의 손해배상청구권이 발생한다고 한다.

62) 이론적으로는 전보배상청구권이 원래의 급부청구권에 갈음하는 것이라는 점에서 교환설이 정당하다고 생각된다.

63) 통상 전보배상청구권과 반대급부청구권이 동시이행관계에 서지만, 상계가 허용됨에 관하여 [3147] 참조.

64) 다만 2004.5.27. 2003다24440은, 담보목적물에 대하여 감정평가업자가 부당한 감정을 함으로써 감정의뢰인이 그 감정을 믿고 정당한 감정가격을 초과한 대출을 한 경우에, 부당한 감정가격에 근거하여 산출된 담보가치와 정당한 감정가격에 근거하여 산출된 담보가치의 차액을 한도로 하여 대출금 중 정당한 감정가격에 근거하여 산출된 담보가치를 초과한 부분이 손해액이 된다고 하였고, 대판 2015.1.29. 2013다100750은, 예탁금제 골프회원권의 회원지위를 부인당하여 회원권을 활용할 수 없게 됨으로써 재산상 손해를 입은 사안에서, 골프장 시설업자의 채무불이행과 상당인과관계가 있는 손해는 회원으로서의 지위를 부인당한 기간 동안 골프클럽의 회원들이 회원의 지위에서 골프장시설을 이용한 평균횟수, 회원의 지위에서 지불하는 골프장시설에 대한 1회 이용료의 액수 및 비회원의 지위에서 지불하는 1회 이용료와의 차액, 회원 모집 당시의 약관이나 회칙상 회원으로서 우선적인 이용이 보장되는 최대 횟수, 골프장 시설업자가 회원지위를 부정한 전제기간 등 모든 간접사실들을 합리적으로 평가하여 산정해야 한다고 했다(이와 달리 통상손해에 해당한다고 보기 어려운 회원권 시세 또는 입회금에 해당하는 금액에 대한 사증은행의 장기예금 이자율에 의한 금액을 손해액으로 산정한 원심판결에 번리오해의 잘못이 있다고 하였는데, 원심의 입장을 추상적 손해의 산정이자 최소손해의 추정으로 이해할 여지도 없지 않다).

65) 참고로 대판 2003.3.14. 2000다32437은, 특정물품에 대한 기업의 독점판매권을 침해하는 불법유통행위로 인하여 피해회사가 입은 손해액을 산정할 때 그 손해액을 구체적으로 산정함이 원칙이고, 이를 명확하게 주장·입증하는 것이 쉽지 않음을 감안하여 피해회사가 입은 손해를 직접 입증하는 것이 아니라 불법행위가 행해진 기간과 행해지지 않은 기간의 회사의 이익액을 비교하는 방법으로 의하여 손해액을 산출한다 하더라도, 이렇게 산정된 이익액의 차액을 그대로 손해액으로 인정하려면 불법행위자의 유통행위가 중단된 이후의 이익의 증가는 오로지 그 중단에 기인한 것이라는 점 등의 제반 사정이 밝혀져야 하고, 또 기업의 이익에는 매출액의 대소 외에도 여러 가지의 수입요소와 지출요소가 종합적으로 반영되므로 피해회사의 이익 중 위 물품의 판매와 관련이 없는 부분이 없는지를 살펴보고 그런 부분이 있다면 전체 이익에서 이를 공제한 나머지 금액을 비교하는 방법으로 이루어져야 하고, 불법유통행위가 중단된 이후의 피해회사의 매출액의 증가가 오로지 그 중단에 기인한 것이라는 점이 입증되는 경우라도 손해액의 산정은 피해회사의 손익계산서에 나타난 당기순이익 또는 순손실의 비교에 의하기보다는 증거에 의하여 매출액의 증가분을 인정 내지 추인하고 이에 대하여 적정범위 내에서의 평균순이익률을 적용하여 산출하는 방식이 보다 합리적일 것이라고 하였다.

66) 저작권법 제125조 제2항은 “저작재산권자등이 고의 또는 과실로 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다”고 하고, 제3항은 “제2항의 규정에도 불구하고 저작재산권자등이 받은 손해의 액이 제2항의 규정에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다”고 하는데, 제2항은 추상적 손해산정의 예이다(특히법 제128조 제5항과 제46항 및 상표법 제110조도 참조).

(3) 관련하여 「지출비용(支出費用)의 배상」을 본다.

[3290]

① 계약이 이행되리라 믿고 채권자가 자발적으로 지출한 돈은 계약이 이행되면 매몰(埋沒)될 것이라는 점에서 「비용」에 해당하므로, 채무자에게 그 배상을 구하지 못한다. 그러나 불이행으로 인하여 그 지출이 무용의 것으로 되면 「손해」로 바뀌어 배상의 대상으로 된다. 이러한 지출비용의 배상은 이행이익의 증명이 곤란한 경우에 지출비용만이라도 배상받게 한다는 점에서 추상적 손해산정의 한 모습으로 볼 수 있는데,⁶⁷⁾ 수익이 비용을 초과할 것이라는 「수익성의 추정」에 의하여 근거 지워질 수 있다.

② 지출한 무용의 비용을 배상받기 위해서는 지출 자체가 상대방의 이행을 신뢰한 상태에서 이루어져야 할 뿐만 아니라 거래관념에 비추어 상당한 것이어야 하고, 나아가 배상되어야 하는 액 역시 그러한 비용지출에서 통상적인 범위로 한정되어야 한다.⁶⁸⁾

그리고 수익성의 추정에 근거한 지출비용의 배상은 이행이익의 증명이 곤란한 경우에 증명을 용이하게 하기 위하여 인정되는데, 이행이익의 범위를 넘을 수 없다. 따라서 채권자가 계약의 이행으로 얻을 수 있는 이익이 인정되지 않는 경우라면, 채권자에게 배상해야 할 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 당연히 지출비용의 배상을 청구할 수 없다.⁶⁹⁾

③ 계약해제에서 주로 문제되는 이러한 비용의 배상을 판례는 당초 이행이익의 배상이라고 하였으나,⁷⁰⁾ 앞의 91다29972 판결 이래 「신뢰이익의 배상」이라는 판시가 지속되었다.⁷¹⁾ 그런데 이것이 제535조의 신뢰이익과 같은 것은 아니고,⁷²⁾ 그래서인지 판례는 최근 「지출비용의 배상」이라는 용어를 사용한다.⁷³⁾

[참 고] 앞의 91다29972 판결 등에서 언급된 신뢰이익은 영미계약법상의 개념이다. 즉 영미계약법에서 계약 위반으로 침해되는 이익은 대개 ㉠ 기대이익(expectation interest)⁷⁴⁾과 ㉡ 신뢰이익(reliance interest)⁷⁵⁾ 및 ㉢ 원상회복의 이익(resitution interest)⁷⁶⁾으로 나뉘는데(임동섭, 미국계약법 II,

67) 참고로 2002년 개정된 독일민법 제284조는 무의하게 지출된 비용의 배상에 관하여 “채권자가 급부의 획득을 신뢰하여 비용을 지출하고 또 그 지출이 상당한 것인 경우에, 그는 급부에 갈음하는 손해배상 대신 그 비용의 배상을 청구할 수 있다. 다만 채무자의 의무 위반이 없더라도 급부의 목적이 달성될 수 없었을 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정한다.

68) 대판 1992.4.28. 91다29972: “계약의 일방당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용도 그러한 지출사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서는 배상을 청구할 수 있으며 다만 이러한 비용 상당의 손해를 일실회의 상당의 손해와 같이 청구하는 경우에는 중복배상을 방지하기 위하여 일실회의는 제반 비용을 공제한 손익에 한정된다고 보아야 한다”(캐나다의 X가 한국의 Y로부터 면제품을 수입하였다가 제품의 하자로 인하여 계약을 해제하고, 캐나다에서 고용한 판매사원의 월급 상당액의 손해배상을 구한 사안). 대판 2023.7.27. 2023다223171·223188도 동지.

69) 대판 2017.2.15. 2015다235766.

70) 대판 1983.5.24. 82다카1667.

71) 가령 대판 2011.6.9. 2011다15292: “채무불이행으로 인하여 손해배상을 청구하는 경우에 그 계약이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익, 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이지만 그에 갈음하여 그 계약이 이행되리라 믿고 채권자가 지출한 비용, 즉 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있으나, 이때 채무불이행에 있어서 채권자에게 발생한 손해는 채무자의 채무불이행이 없었더라면 채권자에게는 손해가 발생하지 않았을 것이라고 인정되는 손해여야 한다.”

원심은, Y는 이 사건 각서 및 그 이전에 X와 사이에 작성된 토지사용승낙서, 매도약정서, 기본재산 가중승낙서 등에 기하여 X에게 甲 토지를 사용하게 할 의무를 위반하여 2006. 12. 이후 지속적으로 X에 대하여 甲의 사용을 거부하였고, 이로 인하여 X는 더 이상 甲을 포함한 채로 납골시설사업을 진행시키기가 어렵다고 판단하고 2007. 10. 17. OO광역시장에게 甲을 사업부지에서 제외한다는 내용의 통지를 하였는데, OO광역시장도 2007. 10. 18. 甲을 매수하지 못하면 사업부지에서 제외될 수밖에 없다는 내용의 회신을 함으로써 그 무렵 甲은 Y의 사용승낙 거부로 인하여 납골시설사업부지에서 확정적으로 제외되었다고 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 Y는 X에게 X가 이 사건 각서에 기한 약정을 믿고 그 시점까지 지출한 투자비용 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다. 그러나 대법원은 Y의 甲 사용승낙 거부와 X가 甲에 지출한 비용 상당의 손해 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다는 이유로 원심판결을 파기환송하였다.

72) 제535조의 신뢰이익의 배상에는 대체거래를 통한 수익가능성도 포함될 수 있다.

73) 대판 2016.4.15. 2015다59115 등.

74) 상대방의 의무 위반 없이 계약이 정상적으로 이행되었더라면 얻을 수 있었을 이익. 일반적으로 가장 유리한 구제수단이다.

75) 계약이 체결되지 않았더라면 입지 않았을 손해. 신뢰이익의 배상은 기대이익의 배상이 적절하지 않거나 그 산정이 곤란한 경우에 그에 대한 대안으로서 의미를 가지며, 기대이익의 배상과 동시에 청구할 수는 없다. 구체적으로 계약의 이행을 준비하거나 실제로 이행하는 과정에서 지출한 비용 외에 이익을 얻을 수 있었던 기회의 상실을 포함하는데, 그 밖에 계약이 유효하게 성립하지 않은

221면 이하 참조), 여기서의 신뢰이익은 제535조가 규정하는 개념(즉 계약이 무효임에도 불구하고 유효라고 믿음에 따른 손해)과 내포 및 외연을 달리한다. 즉 손해의 종류가 아니라 손해산정의 방법이 문제되는데, ㉠과 ㉡이 모두 손해종류로서는 이행이익에 속한다.⁷⁷⁾

[3291] 다. 손해산정의 기준시기

(1) 손해산정의 기준시기는 주로 전보배상과 관련하여 가격변동이 있는 경우에 문제되는데, 채무내용에 좇은 이행이 있는 상태로의 회복을 목표로 삼아야 한다.

(2) 손해액 산정의 기준시기에 관하여, 다수설은 사실심의 변론종결시를 기준으로 하는 반면, 책임원인이 발생한 때(예: 이행기)를 기준으로 하는 견해⁷⁸⁾도 있다. 양 견해의 차이는 특히 전보배상에서 손해배상책임이 발생한 후 변론종결시까지 사이에 급부목적물의 가격이 증가된 경우에 증가된 가액을 통상손해로 볼 것인지 아니면 특별손해로 볼 것인지에 있다. 생각건대 불능으로 된 시점에 제1차적 급부의무에 갈음하여 제2차적 급부의무로서 전보배상청구권이 발생한다는 점을 고려한다면, 후자의 입장이 옳다고 할 것이다.

(3) 이에 관한 판례의 태도는 다음과 같이 정리될 수 있다.

① 협의의 이행불능을 원인으로 한 전보배상의 경우에 “이행불능 당시”를 기준으로 하고, 그 후의 등귀가격은 특별손해에 속한다.⁷⁹⁾

② 이행지체 중의 전보배상의 경우에는 “최고하였던 ‘상당한 기간’이 경과한 당시”를 기준으로 한다.⁸⁰⁾

[3292] 3. 손해산정의 구체적 모습

가. 재산적 손해의 산정

재산적 손해의 산정⁸¹⁾은 재산의 감소(적극적 손해)와 일실이익(소극적 손해)으로 나누어 접근하는 것이 「편리」하다.

(1) 적극적 손해의 산정에 관하여 본다.

① 적극적 손해는 적극재산의 감소(예: 유리창이 깨어진 경우)와 소극재산의 증가(예: 부상을 당하여 치료를 받음으로써 치료비채무를 지게 된 경우)를 말한다.

② 적극적 손해에 대하여 채권자가 어느 범위까지 배상청구를 할 수 있는지는 침해된 법의 종류에 따라 다르다.

㉠ 통상의 가치에 대하여 채권자는 언제나 배상을 청구할 수 있다(제393조 제1항). 통상의

경우에도 약속에 의한 금반언의 원칙에 기하여 신뢰이익의 배상이 인정되기도 한다.

76) 이미 이행된, 그러나 상대방의 불이행으로 반환받아야 할 이익.

77) 관련하여 앞서 본 91다29972 판결 및 2023다223171·223188 판결도 참조.

참고로 대판 2016.5.27. 2014다67614: “영국법상 계약위반으로 인한 손해배상은 계약이 정상적으로 이행되었더라면 당사자가 있어야 할 상태로 만들어 주는 계약당사자의 이행이익을 보호하는 것이 원칙으로, 이는 계약이 이행되었더라면 채권자가 장래에 얻을 수 있었던 기대이익의 상실로 인한 손해의 배상 및 채무자의 계약위반의 결과 채권자가 실제로 입게 된 현실적인 손해의 배상을 포함한다. 그리고 계약이 이행되었더라면 채권자가 얻을 수 있었던 장래의 기대이익이 상실되지 않았거나 상실된 이익을 증명할 수 없는 경우에는, 채권자가 계약을 준비·이행하면서 지출한, 채무자의 계약위반으로 ‘낭비된 비용(wasted expenditure)’을 기대이익의 상실로 인한 손해액으로 배상받을 수 있다.” 여기서의 낭비된 비용이 앞의 ㉡에 해당한다.

78) 가령 광운직, 154면. 그 밖에 다원적으로 파악하는 견해로 김형배, 271면 이하.

79) 대판 1996.6.14. 94다61359·61366.

80) 대판 1997.12.26. 97다24542. 이행지체에 기한 전보배상에 관한 대판 2007.9.20. 2005다63337도 동지. 주류적 입장과 달리 사실심의 변론종결시라는 판결로 대판 1969.5.13. 68다1726.

81) 불법행위로 인한 경우에 관하여 [4437] 이하 참조.

가치란 침해된 법익이 모든 사람에 대하여 가지는 가치, 즉 통상가격을 말하는데, 객관적인 기준에 따라 결정되고, 구체적으로 어떠한 손해가 피해자에게 있었는지는 고려되지 않는다.

㉞ 피해가 발생한 물건이 바로 그 채권자에 대하여 가지는 가치, 즉 특별가격의 배상도 —제393조 제2항의 요건 하에— 청구할 수 있다.⁸²⁾ 이러한 결론은 손해배상의무를 발생시키는 사태가 없었더라면 존재하였을 (가정적) 상태에 피해자가 놓여야 한다는 손해배상법의 의미와 목적으로부터 도출될 수 있다.

㉟ 반면 어떤 물건이 특히 피해자에 대하여 가지는 감정적 가치(개인적인 기호가치 또는 추억가치)는 배상할 필요가 없다.⁸³⁾ 다만 이러한 감정적 가치의 침해가 피해자에게 재산적 손해가 아니라 정신적 손해를 가져다줄 수 있으므로, 피해자는 정신적 손해(정신적 고통)에 대하여 위자료의 배상을 청구할 수 있다.

(2) 소극적 손해의 산정을 본다.

[3293]

① 피해자는 가해적 사태가 없었더라면 있었을 (가정적) 상태에 놓여야 하므로, 가해적 사태가 피해자의 재산의 증가를 막았다면 그로 인하여 일실된(놓쳐버린)=얻을 수 있었던 이익도 배상되어야 한다.⁸⁴⁾

② 일실이익은 장래 일정한 시기에(또는 일정한 시기마다) 발생할 것인 경우가 많다. 그런데 손해는 현재의 시점에서 산정되므로, 피해자가 장래 취득할 수 있었을 가액에서 중간이자를 공제해야 한다. 중간이자를 공제하지 않고 장래의 수익 자체를 인정하면 그 수익이 발생할 때까지 사이의 이자로 인하여 과잉배상으로 될 것이기 때문이다.⁸⁵⁾

[참 고] 실무상 단리(單利)에 의하여 중간이자를 공제하는 Hoffmann식(장래의 손해액을 A, 연수를 n, 연 이율을 r, 현재의 손해액을 X라고 한다면, $X=A/(1+nr)$)과 복리(複利)에 의하여 중간이자를 공제하는 Leibnitz식($X=A/(1+r)^n$)의 두 방법이 사용되는데, 일반적으로 앞의 방법이 피해자에게 유리하다. 그런데 손해배상액의 현가를 산정할 때 Hoffmann식에 따라 중간이자를 공제하는 방법이 판례의 일반적 입장이지만,⁸⁶⁾ 대판 1983.6.28. 83다191이 “라이프니쯔 계산법에 의하여 일실이익의 현가를 산정하였다 하여 이를 판례위반의 위법이라고 할 수 없다”고 하는 등 양 계산법의 혼용이 허용된다.

나. 정신적 손해의 산정

[3294]

(1) 피해자의 정신적 고통이 금전으로 전보될 수 있는지가 근대법 이래 지속적으로 논의되어 왔지만, 민법이 금전배상주의를 채택하는 이상 정신적 손해 역시 금전으로 산정되어 배상될 수밖에 없다.⁸⁷⁾ 이러한 정신적 손해에 대한 배상금을 위자료(慰料)라 한다.

82) 피해자의 소장품에 속하는 물건들 중 어느 하나(예: 체계적으로 수집된 우표들 중의 한 장)가 멸실된 경우에, 피해자의 손해는 이 하나(위의 예에서 우표 한 장)의 손실에 그치지 않고 소장품 전체의 가치감소도 포함하므로, 채권자는 후자에 대한 배상도 청구할 수 있다.

83) 예컨대 할머니로부터 물려받은 목걸이에 대하여 피해자는 특별한 추억가치를 가지지만, 재산적 손해에 대한 배상으로 재산적 가치, 즉 통상가격 및 특별가격의 배상만 청구할 수 있다. 상속받은, 고인의 애장품인 어떤 예술작품에 대한 침해가 있는 경우에도 원칙적으로 시장가격의 기준에 의하여 가치평가가 이루어질 뿐이다.

84) 예컨대 열차사고로 부상당한 여행자가 그 부상 때문에 1개월 동안 돈을 벌지 못한 경우에, 벌지 못한 돈이 일실이익이며 그 금액이 배상되어야 한다.

85) 적극적 손해인 장래의 치료비손해에 관해서도 중간이자를 공제해야 한다고 한 대판(전) 1979.4.24. 77다703도 참조.

86) 대판 1987.4.14. 86다기1009 등.

87) 국가배상사전에 관한 것이지만 대판 2003.7.11. 99다24218은, 헌법소원심판을 청구한 이로서는 헌법재판소 재판관이 일자 계산을 정확하게 하여 본안판단을 할 것으로 기대하는 것이 당연하고, 따라서 헌법재판소 재판관의 위법한 직무집행의 결과 잘못된 각하결정을 함으로써 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 상실하게 한 이상, 실령 본안판단을 하였더라도 어차피 청구가 기각되었을 것이라는 사정이 있다라고 잘못된 판단으로 인하여 헌법소원심판청구인의 위와 같은 합리적인 기대를 침해한 것이고 이러한 기대는 인격적 이익으로서 보호할 가치가 있으므로 그 침해로 인한 정신상 고통에 대하여는 위자료를 지급할 의무가 있다고 하였다.

(2) 재산적 손해에 비하여 위자료의 산정기준이 명확하지 않은데, 실무상 배상권리자가 적당하다고 생각하는 금액을 청구하면 그 범위 내에서 사실심법원이 제반 사정을 참작하여 직권에 속하는 재량으로 이를 확정할 수 있다.⁸⁸⁾ 그리고 위자료는 사실심 변론종결시를 기준으로 산정한다.

(3) 실무에서 위자료는 전체 손해배상금의 적정화를 위한 조정적 기능도 담당하는데(「위자료의 보완적 기능」), 재산적 손해의 전보를 위하여 전용되어서는 안 됨은 당연하다.⁸⁹⁾

[3295] VI. 손해배상액의 조정

1. 과실상계 서설

가. 의 의

(1) 피해자 자신이 손해의 발생이나 확대에 유책적으로 공동(共動, 또는 기여)⁹⁰⁾하였음에도 불구하고 가해자가 손해 전부를 배상해야 한다면 이것은 손해배상법의 목적에 반한다. 그래서 “채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다”(제396조).⁹¹⁾ 과실상계에 관한 제396조는 법관에게 소송에서 당해 사안의 특수성을 손해배상액의 산정에 반영할 수 있는 권한을 부여한다.⁹²⁾

(2) 과실상계는 피해자에게 귀속되어야 할 부분을 배상범위에서 제외하는 손해귀책의 분담으로, 피해자의 몫(기여)을 고려하여 배상액을 조정한다고 이해하면 된다.

(3) 제396조가 가해자(채무자)에게 독립된 청구권의 기초를 부여하는 것은 아니고, 피해자의 손해배상청구권에 대한 이의(異議)를 인정할 뿐이다. 즉 “상계”라 하지만, 실제로는 피해자의 기여도를 고려한 배상책임의 면제 또는 배상액의 감액사유이다.

[3296] 나. 적용범위

(1) 과실상계는 「손해배상」에서 손해의 공평한 분담을 위하여 손해에 대한 피해자의 몫을 공제하는 제도로, 채권자가 원래의 채무의 이행을 구하는 경우에는 적용되지 않는다. 구체적으로 판례는 계약의 해제로 인한 원상회복청구,⁹³⁾ 정기예탁금 반환청구,⁹⁴⁾ 사용자의 수령지체로 인한 임금지급청구,⁹⁵⁾ 표현대리가 성립한 경우의 본인에 대한 이행청구,⁹⁶⁾ 손해담보계약에서 담보의무

88) 대판 2003.7.11. 99다24218은, 「불법행위」로 입은 정신적 고통에 대한 위자료액수에 관하여 사실심법원이 제반 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다고 하였다.

89) 대판 2004.11.12. 2002다53865: “재산적 손해의 발생이 인정되는데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수는 있다고 할 것이나, 이러한 위자료의 보완적 기능은 재산적 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로, 그 재산적 손해액의 주장·입증 및 분류·확정이 가능한 계약상 채무불이행으로 인한 손해를 심리·확정함에 있어서까지 합부로 그 보완적 기능을 확장하여 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 다수의 계약당사자들에 대하여 획일적으로 일정금액의 지급을 명함으로써 사실상 재산적 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용될 수 없다.”

90) 예: A가 B의 정비업소에서 승용차 타이어를 갈아 끼웠는데 B가 나사를 허술하게 조였고, 한편 A는 주행 중 차에 이상이 있음을 느꼈음에도 더 이상 주의를 기울이지 않아서 바퀴가 빠지는 사고로 손해를 입은 경우.

91) 제763조에 의하여 불법행위에 준용된다.

92) 과실상계의 본질에 관하여 협동원인설과 공평설이 대립하지만, 별다른 실익이 없다.

93) 대판 2014.3.13. 2013다34143.

94) 대판 2001.2.9. 99다48801. 예금주가 인장관리를 다소 소홀히 하였거나 입·출금내역을 조회하지 않음으로써 금융기관 직원의 불법행위가 용이하게 된 사정이 가정적으로 거론되었다.

95) 대판 1993.7.27. 92다42743.

96) 대판 1996.7.12. 95다49554.

자의 책임, 97) 연대보증인에 대한 보증채무의 이행청구⁹⁸⁾ 등에서 과실상계법리의 (유추)적용을 부정하였다.

(2) 한편 판례는, 법이 특별히 인정한 무과실책임인 담보책임에 제396조가 준용될 수 없더라도, 담보책임이 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각한 것인 이상, 하자발생 및 그 확대에 가공한 채권자의 잘못을 참작하여 손해배상의 범위를 정함이 상당하다고 한다.⁹⁹⁾

2. 과실상계의 요건

[3297]

가. 채권자의 「과실」

(1) 피해자인 채권자(또는 그 대리인)의 「과실」이 있어야 한다.

다수설은 과실상계에서의 과실이 일반적 과실과 다르지 않다고 하지만,¹⁰⁰⁾ 여기의 「과실」은 타인에 대한 과책이 아니다.¹⁰¹⁾ 나아가 손해의 비율적 배분에서 중요한 것은 피해자(채권자)의 과책이 결과 발생에 기여한 정도라는 점에서도 (채무불이행)책임의 요건으로서 과실과 다르다. 요컨대 제396조의 「과실」은 「자기자신에 대한 과책」, 다시 말하면 피해자가 자기의 손해를 피하거나 줄이기 위하여 기울여야 하는 주의를 게을리함을 뜻한다. 그런데 피해자에게 이러한 과책이 있더라도 그에게 법적 비난을 가할 수 없을 뿐만 아니라 가해자가 피해자에 대하여 그러한 주의를 기울일 것을 요구할 수도 없고,¹⁰²⁾ 단지 제396조가 피해자에게 이러한 과책이 있다면 그로 인하여 발생하거나 확대된 손해를 피해자 자신이 부담하도록 할 뿐이다. 이 점에서 제396조의 「과실」은 원래의 의미의 과실이 아니라, 책무(責務)의 위반에 불과하다(동지: 김형배, 274면; 양창수·김재형, 448-9면).

판례도 “과실상계제도는 채권자가 신의칙상 요구되는 주의를 다하지 아니한 경우 공평의 원칙에 따라 손해배상액을 산정함에 있어서 채권자의 그와 같은 부주의를 참작하게 하려는 것이므로 사회통념상 혹은 신의성실의 원칙상 단순한 부주의라도 그로 말미암아 손해가 발생하거나 확대된 원인을 이루었다면 채권자에게 과실이 있는 것으로 보아 과실상계를 할 수 있”다고 하였다.¹⁰³⁾

(2) 피해자의 「과실」은 작위뿐만 아니라 부작위와 관련될 수 있고, 가해적 사태가 발생할 당시뿐만 아니라 발생 후에 존재할 수도 있다.¹⁰⁴⁾

(3) 제396조는 피해자의 법정대리인이나 이행보조자가 손해의 발생 또는 확대에 기여한 경우에 피해자에게 불리하게 적용되는데,¹⁰⁵⁾ 가해 당시 이미 채권관계가 존재하고 채무이행과 내적·

97) 대판 2002.5.24. 2000다72572.

98) 대판 1987.3.24. 84다카1324.

99) 배도인의 담보책임에 관한 대판 1995.6.30. 94다23920 및 수급인의 담보책임에 관한 대판 1990.3.9. 88다카31866.

100) 가령 좌윤직, 227면: “과실에 있어서의 의무 위반이라 함은, 요컨대 위법한 부주의라는 뜻에 지나지 않으며, 그 위법성은 이를 법률상의 의무 위반에 한할 것은 아니고, 오히려 사회생활에 있어서의 협동정신 또는 채권관계에 있어서의 신의칙 위반도 포함하는 것으로 해석하여야 한다. 이와 같이 새긴다면, 과실상계에 있어서의 과실을 특이한 개념으로 생각할 필요는 없”다.

101) 피해자가 유책적으로 위반할 수 있는, 가해자에 대한 주의의무는 존재하지 않는다.

102) 피해자가 자기자신에게 손해가 발생하지 않도록 주의해야 하는 의무를 타인에 대한 법적 의무로 파악하는 것은 잘못이다. 설령 사회생활에서의 협동의무를 긍정하더라도 협동정신으로부터 나오는 주의의무의 해태를 「위법한」 부주의로 생각하는 것은 지나치다.

103) 대판 2000.6.13. 98다35389. 불법행위에 관한 대판 1995.9.15. 94다61120도 동지.

104) 예를 들어 야광표지를 부착하지 않은 자전거를 타고 어두운 길을 가다가 자동차에 추돌당한 경우에, 그가 야광표지를 붙였더라면 사고를 미리 피할 수 있었다는 또는 사고 후 적절하게 상처를 치료받았다면 손해가 확대되지 않았으리라는 사정은 손해배상책인의 유무 및 그 금액을 정함에 참작된다.

105) 예컨대 상가소유주 A가 인테리어업자 B에게 상가 내부수리공사를 맡겼는데, A의 종업원 C의 잘못된 작업지시 때문에 공사가 제대로 이루어지지 않아 A에게 손해가 발생하였다면, 제391조의 유추에 의하여 C의 과책은 A에게 불리하게 작용한다.

사물적 관련이 있는 경우에만 제391조가 유추된다.¹⁰⁶⁾ 나아가 피해자의 피용자에게 공동과실이 있었던 경우에도 제756조의 유추에 의하여 과실상계가 행해져야 한다.

(4) 채권자의 「과실」을 따지기 위해서는 피해자에게 책임능력이 있어야 하는지에 관하여 견해가 나뉜다.¹⁰⁷⁾ 이는 과실능력의 문제인데, 적극적으로 책임을 지우는 것은 아니므로 사리변별능력으로 충분하다고 할 것이다.¹⁰⁸⁾

[3298] 나. 손해의 발생 또는 확대에의 기여

(1) 피해자(또는 그 대리인)의 「과실」이 손해의 발생에 기여했어야 한다. 그런데 자기위험에 기한 행위, 즉 피해자가 위험을 의식하면서도 자신을 위험 하에 놓는 행위(예: 음주운전자의 차에 동승하여 사고를 당한 경우)에도 제396조가 적용된다.

나아가 위험책임과 관련해서도 제396조가 적용된다. 즉 가해자가 위험책임에 기하여 손해배상의무를 지고 피해자가 손해의 발생(또는 확대)에 기여한 경우, 위험책임의 관점에서 피해자에게 귀책되는 물건의 위험 또는 기업위험이 손해의 발생(또는 확대)에 기여한 경우, 가해자가 위험책임에 기하여 손해배상의무를 지고 피해자측의 물건의 위험 또는 기업위험이 손해의 발생(또는 확대)에 기여한 경우 등에도 제396조가 적용된다. 이러한 위험의 참작은 제396조의 근처에 놓인, 어떤 법적 근거에 따라 손해발생원인이 자기에게 귀책되는 이가 손해를 부담해야 한다는 사상에 의하여 정당화된다.

반면 가해행위가 피해자의 부작위에 유발되거나 도발된 것이 아니라면 그 부작위(특히 손해를 피하기 위한 조치를 취하지 않은 바)를 이유로 손해배상책임을 제한하는 것은 공평의 관념에 반한다.¹⁰⁹⁾

(2) 한편 피해자(또는 그 대리인)가 손해의 「발생」(법문의 “채무불이행”)이 아니라 그 후의 손해의 「확대」(채무불이행 이후의 사정)에 기여한 경우에도 그러한 기여가 고려된다. 즉 판례는 신의칙에 기한 「손해경감조치의무」를 전제로, 채권자가 자기의 손해를 줄이기 위하여 적절한 조치를 취하지 않은 경우에 제396조를 유추하여 손해배상의 범위를 제한한다(상법 제680조 및 CISG 제77조 참조).¹¹⁰⁾ 즉 채권자(또는 피해자)는 채무불이행(또는 불법행위)으로 인한 손해를 방지하거나 경감하기 위하여 필요한 합리적인 조치를 취해야 하는데,¹¹¹⁾ 채무자(또는 가해자)에게 가장 유리한 구제방법을 선택해야 하는 것은 아니며, 그러한 조치에 필요한 (합리적 범위 내의) 비용도 손해배상의 범위에 포함될 수 있다. 그런데 채무자가 채권자에게 그러한 행위를 청구할 수 있는 것은 아니고, 다만 그러한 조치를 취했다면 경감되었을 손해액만큼의 감액을 주장할 수 있을 뿐이다.¹¹²⁾

106) 위의 예에서 C가 A 소유의 차량을 운전하여 상가 주차장에서 나가다가 B의 차량과 충돌하는 사고가 발생한 경우에, C에게 과실이 있더라도 제391조는 유추되지 않는다.

107) 책임능력이 필요 없다는 견해로 김중환·김학동, 154면.

108) 특히 불법행위에서 「피해자측의 과실」에 관하여 [4445] 참조.

109) 피해자가 일정한 조치를 취하지 않은 동안에 불법행위가 행하여진 경우에 관한 대판 1995.8.22. 95다10303([4444]에 소개됨) 참조.

110) 뒤의 2003다12083 판결 외에 보험계약자 및 피보험자의 손해방지의무에 관하여, 경과실로 손해방지의무를 위반한 경우는 제외한다는 대판 2016.1.14. 2015다6302 및 손해방지의무의 내용에 손해를 간접적으로 방지하는 행위도 포함되지만 「보험자의 구상권과 같이 보험자가 손해를 보상한 후에 취득하게 되는 이익을 상실함으로써 결과적으로 보험자에게 부담되는 손해까지 포함된다고 볼 수는 없다」고 한 대판 2018.9.13. 2015다209347도 참조.

111) 예컨대 적절한 치료. 경우에 따라 대체거래를 해야 할 필요도 있다.

112) [손해경감조치의무에 관한 재판례] ⑤ 대판 2005.7.28. 2003다12083: “용선계약이 해지됨과 동시에 운송인은 계약의 구속력에서 해방되기 때문에 통상은 다른 곳에 선박을 용선하여 줌으로써 동일한 정도의 수입을 얻어 손해의 발생을 방지할 수 있는 것이고, 또한 다른 곳에 용선하여 줌에 있어서도 합리적인 노력을 기울여 채무불이행으로부터 발생하여야 할 손해를 최소한으로 해야 할 신의

3. 효 과

[3299]

(1) 손해의 발생 또는 확대에 피해자의 「과실」이 공동한 경우에 손해배상책임의 유무와 그 범위는 「손해가 일방 또는 타방 중 누구에 의하여 주로 야기되었느냐 하는 사정」에 의하여 결정되는데(독일민법 제254조 제1항 참조), 쌍방이 손해 발생에 기여한 정도와 쌍방의 과책의 정도를 참작하여 손해배상책임의 유무 및 배상액을 결정해야 한다. 대부분의 경우에 과실상계에 의하여 결과적으로 손해의 비율적 배분이 문제된다.¹¹³⁾

(2) 과실상계의 여부와 정도는 개별사안에서 채권관계의 성립 및 진행경위와 당사자 쌍방의 잘못을 비교하여 종합적으로 판단해야 하고, 이때 과실상계사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 「형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한」 사실심의 전권사항이다.¹¹⁴⁾ 그런데 피해자의 손해가 실질적으로 전부 회복되었다거나 손해를 전적으로 피해자에게 부담시키는 것이 합리적이라고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 가해자의 책임을 함부로 면제해서는 안 된다.¹¹⁵⁾

(3) “법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.” 따라서 피해자의 「과실」에 대한 가해자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 피해자의 과책을 심리·판단해야 한다.¹¹⁶⁾ 실무상 과실상계의 항변이 제출되지만, 이는 법원의 직권발동을 촉구하는 의미를 가질 뿐이다.

(4) 피해자가 일부청구를 하는 경우에 관하여, 청구부분에 한하여 과실상계비율을 적용한다 [3300]는 안분설(按分說)과 심리 결과 인정되는 전 손해액에 대하여 과실상계를 하고 그에 의하여 감축된 금액과 청구액을 비교하여 인용액을 결정한다는 외측설(外側說)이 대립하는바, 판례는 일관되게 외측설을 따른다.¹¹⁷⁾

(5) 채무불이행에 대하여 채권자에게 「과실」이 있고 또한 채권자가 채무불이행으로 인하여

최상의 의무가 있으므로, 용선계약이 해지됨으로 인하여 용선자가 배상하여야 할 손해의 범위는 위 선박의 최종항차 종료일부터 용선계약 종료일까지의 기간 전부에 대한 손해가 아니라 용선시장의 사정과 거래관행 등을 고려하여 용선계약에 투입이 예정된 선박을 위 선박의 최종항차 종료일 후 다른 곳에 정상적으로 용선하여 줄 수 있는 시점까지의 합리적인 기간 동안의 손해로 한정함이 상당하다.” ㉠ 보증보험계약에서 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급함으로써 보험계약자에 대한 구상권을 취득한 때에는 (구상)보증인에게 이를 지체 없이 통지하여 상환의무의 발생을 알려 줌으로써 지연손해의 확대를 방지할 신의칙상 의무가 있는데, 이러한 통지를 게을리함으로써 지연손해가 확대된 경우에, 그 손해의 확대에 대하여 보험자의 과실이 경합되었다고 볼 것이어서 과실상계 사유가 된다(대판 1992.5.12. 92다4345). 반면 대판 1993.5.27. 92다20163은, 이종매매에서 제2매수인이 매매목적부동산에 관하여 처분금지가처분등기가 기입된 사실을 알았으나 매도인으로부터 자기책임 하에 가처분등기를 청산, 정리한다는 취지의 약속을 받을에 따라 매매대금을 전부 지급한 행위는 과실상계사유가 되지 않는다고 하였다. ㉡ 임대인의 방화로 임차목적물을 사용·수익하지 못한 경우의 휴업손해에 관한 대판 2006.1.27. 2005다16591·16607도 손해경감조치의무의 관점에서 접근할 수 있다(양창수, “2006년 분야별 중요판례분석(2) 채권”, 법률신문 2007.6.1.자 참조). ㉢ 불법행위의 경우에 관하여 [4445] 참조.

113) 통상 쌍방의 손해발생에 대한 기여도와 과책의 정도를 고려하여 손해배상액의 경감이 이루어지지만, 극단적인 경우에는 그렇지 않을 수 있다. 예컨대 가해자가 고의로 행동하였으나 피해자는 경과실로 행동한 데 불과하다면, 가해자에게 전 손해의 배상책임을 부담시킬 수도 있고, 반대로 피해자에게 중대한 과실이 있으나 가해자는 위험책임을 부담하는 경우에 손해배상의무가 부정될 수도 있다.

한편 과실비율을 둘러싼 분쟁을 줄이기 위하여 특히 교통사고와 관련하여 사례별로 과실비율이 정형화되기도 한다.

114) 대판 2000.6.13. 98다35389 등. 대판 2008.9.25. 2007다1364는, 이러한 법리는 소유권이전등기 말소주의가 집행불능됨에 따라 전보 배상을 해야 할 경우에도 마찬가지로 적용된다고 하였다.

제1심판결에 대하여 쌍방이 불복·항소한 경우에, 항소심에서 원고의 과실과 관련한 새로운 소송자료가 제출되지 않았더라도 항소심은 속심이므로 이미 제출된 소송자료를 통하여 과실상계사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 제1심과 다르게 정할 수 있다고 한 대판 2008.7.10. 2006다43767도 참조.

115) 불법행위에 관한 대판 2014.11.27. 2011다68357 참조.

116) 대판 2005.10.7. 2005다32197 등 확립된 판례.

117) 대판 1976.6.22. 75다819 등. 특히 대판 2008.12.24. 2008다51649: “일개의 손해배상청구권 중 일부가 소송상 청구되어 있는 경우에 과실상계를 함에 있어서는 손해의 전액에서 과실비율에 의한 감액을 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 않은 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 해석하여야 할 것이며, 이와 같이 풀이하는 것이 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사라고 할 것이고, 이러한 방식에 따라 원고의 청구를 인용한다고 하여도 처분권주의에 위배되는 것이라고 할 수는 없다.”

이익을 얻은 경우에, 과실상계와 손익상계 중 어느 것을 먼저 적용할 것인가? 과실상계는 배상범위의 결정과 관련되는 반면, 손익상계는 이익공제의 문제이므로, 과실상계를 한 후 손익상계가 행해져야 한다. 판례의 입장도 같다.¹¹⁸⁾

(6) 피해자의 「과실」을 이용하여 「고의로」 가해적 사태를 야기한 이가 피해자의 과실을 들어 손해배상액의 감축을 구하는 것은 신의칙에 반하므로 허용되지 않는다.¹¹⁹⁾

[3301] 4. 손익상계

가. 개 념

(1) 가해적 사태가 피해자에게 손해뿐만 아니라 이익도 가져다준 경우에, 그 한도에서 손해가 감소되므로 이 이익은 손해를 산정할 때 참작(公제)되어야 한다(제538조 제2항 참조).¹²⁰⁾ 이러한 법리는 「입은 손해가 전보되어야 하지만, 피해자는 가해적 사태가 없었더라면 그가 있었을 (가정적) 상태보다 더 나은 상태에 놓여서는 안 된다」라는 손해배상법의 의미로부터 나온다. 이러한 법리를 손익상계(損益相計)라 한다.

(2) 손익상계의 법리가 피해자에 대한 이익반환청구권을 가해자에게 부여하는 것은 아니고, 피해자가 얻은 이익은 손해의 산정에서 공제되어야 할 계산항목에 불과하다. 따라서 가해자는 손해(피해자가 입은)와 이익(피해자가 얻은)의 차액을 배상하면 된다. 법원은 당사자의 주장 여부에 관계없이 손해를 산정할 때 그 이익을 공제해야 한다.¹²¹⁾

(3) 과실상계를 한 후 손익상계가 행해져야 함은 앞에서 보았다.

[3302] 나. 공제할 이익

(1) 개개의 사안에서 공제할 이익이 존재하는지를 판단하기가 쉽지 않고 명문규정도 없는데, 다수설과 판례는 손익상계가 허용되기 위하여 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자

118) 대판 1990.5.8. 89다카29129.

참고로 대판 2002.12.26. 2002다50149는, 산업재해보상보험법 또는 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 제3자에 대하여 손해배상청구를 할 경우에, 그 손해발생에 피해자의 과실이 결합된 때에는 먼저 산정된 손해액에서 과실상계를 한 다음 거기에서 보험급여를 공제해야 하고, 그 공제되는 보험급여에 대해서는 다시 과실상계를 할 수 없으며, 보험자가 불법행위로 인한 피해자에게 보험급여를 한 후 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우에, 그 대위의 범위는 손해배상채권의 범위 내에서 보험급여를 한 전액이라고 하였고, 대판 2010.7.15. 2010다2428·2435는 피해자 스스로 보험급여를 공제하고 손해배상청구를 한 경우에도 과실상계의 대상이 되는 손해액에는 보험급여가 포함되어야 한다고 했다.

119) 대판 2011.5.26. 2007다83991: “고의에 의한 채무불이행으로서 채무자가 그 채무발생의 원인이 된 계약을 체결할 당시 채권자가 계약내용의 중요부분에 관하여 착오에 빠진 사실을 알면서도 이를 이용하거나 이에 적극 편승하여 계약을 체결하고 그 결과 채무자가 부당한 이익을 취득하게 되는 경우 등과 같이 채무자로 하여금 채무불이행으로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하는 것이 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 초래하는 경우에는 채권자의 과실에 더 작은 채무자의 과실상계주장을 허용하여서는 안 될 것”이다. 나아가 대판 2008.12.24. 2007다75730: “이러한 이치는 매수인측의 부주의를 이용하여 고의로 채무를 이행하지 아니한 책임이 귀속되어 매매계약을 해제당한 매도인이 바로 그 매수인측의 부주의를 이유로 자신의 계약해제로 인한 원상회복의무의 이행책임을 감하여 달라고 주장하는 경우에 있어서도 마찬가지”이다.

이 점은 사용자의 감독이 소홀한 틈을 타서 부정행위를 한 피용자에 대한 불법행위책임의 추궁에서도 타당하지만(대판 1970.4.28. 70다296은, 감독소홀이 피용자에 대한 관계에서 사용자의 과실이라고 할 수 없어서 이를 과실상계사유로 삼을 수 없다고 하였다), 대판 1987.7.21. 87다카637은, 축산업협동조합 직원이 조합 상사의 감독소홀을 틈타 적극적으로 부정행위를 저지른 것이 아니라 단지 업무상 주의를 다하지 않았음에 불과하고, 조합 상사들이 이를 제대로 지적해 주거나 하였으면 그로 인한 손해를 피할 수 있었던 것으로 보이는 경우에, 조합 상사들의 이와 같은 감독소홀의 점을 과실상계의 사유로 주장하더라도 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없다고 하였다. 그런데 피용자가 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 경우에, 피용자는 과실상계를 주장하지 못하지만, 사용자의 배상범위를 정할 때는 피해자의 부주의가 고려되므로 피용자와 사용자의 배상범위가 달라질 수 있다(대판 2008.6.12. 2008다22276은, 중개보조원이 업무상 행위로 거래당사자인 피해자에게 고의로 불법행위를 저지른 경우라 하더라도 중개보조원을 고용하였을 뿐 이러한 불법행위에 가담하지 아니한 중개업자에게 책임을 묻는 피해자에게 과실이 있다면, 법원은 과실상계의 법리에 좇아 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다고 했다).

120) 예컨대 창고소유자 A가 창고를 점포로 개조하는 것을 B가 방해한 경우에, 그로 인하여 A가 입은 손해액을 산정할 때 점포로 개조함에 필요한 비용과 기간을 고려해야 함은 당연한데, 점포로서의 사용을 방해당한 기간 동안에도 A가 종래의 시설물을 창고로서 계속 사용하였다면 점포로서 사용할 경우의 차임 상당의 금액에서 창고로 사용함으로써 얻은 이익을 공제해야 한다. 대판 1990.12.11. 88다카4311 참조.

121) 대판 2002.5.10. 2000다37296·37302.

가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다고 한다.¹²²⁾

생각건대 공제되어야 할 이익은 가해적 사태라는 동일한 원인에 의하여 손해와 더불어 발생하는 것이기 때문에, 제393조에 규정된 “통상의”라는 취지에 따라 규범적으로 판단되어야 한다.¹²³⁾ 따라서 가해적 사태에 통상 수반하는 이익(피해자나 제3자의 행위가 개입되지 않은 상태에서 실현되었더라도)이 공제되어야 하고, 그렇지 않은 이익은 공제되지 않으며, 가해적 사태에 통상 수반하는 이익이라도 손해배상책임의 의미 및 목적에 합치하는 경우에만 공제되어야 한다.¹²⁴⁾

이를 정리하면 다음과 같다.¹²⁵⁾ ① 가해행위의 결과로 채권자의 이익이 실현되는 경우에, 그 이익은 손해배상액에서 공제되어야 한다. ② 채무불이행으로 인하여 채권자의 비용이 절약되었다면 이는 마땅히 공제되어야 한다(제538조 제2항 참조). ③ 제3자에 의하여 채권자에게 이익이 주어진 경우에 그 이익은 손익상계의 대상이 아니다. 이익발생의 목적을 고려해야 하기 때문이다.

(2) 공제될 이익의 산정시기는 손해산정에서와 같다.

(3) 공제될 이익에 대한 증명책임은 배상의무자가 부담한다.

다. 구체적인 예

[3303]

(1) 손익상계는 중복된 정보로서 사회보장급여나 보험금 등의 처리와 관련하여 특히 문제된다.

① 공무원연금법 제33조 제3항, 사립학교교직원연금법 제41조 제3항, 군인연금법 제19조의3 등은 연금¹²⁶⁾에 관한 손익상계를 규정하고,¹²⁷⁾ 판례는 근로기준법이나 산업재해보상보험법에 의한, 재산적 손해의 전보를 목적으로 하는 휴업급여나 장해보상 등에 대하여 손익상계(공제)를 인정하는데, 공제는 손해의 성질이 동일하여 상호보완적 관계에 서는 것들 사이에서만 가능하다.¹²⁸⁾

② 반면 채무불이행과 무관한 이익 또는 별개의 계약 등에 따른 이익(보험금,¹²⁹⁾ 노무채무를

122) 대판 1992.12.22. 92다31361; 대판 2005.10.28. 2003다69638.

123) 생명침해의 경우에 피해자의 생계비는 손익상계의 대상이지만, 부상당한 경우에 피해자의 생계비를 공제해서는 안 된다. 대판 1966.5.31. 66다590 참조.

124) 손해의 귀책에 관한 규범목적설에 상응하여, 그 밖에 당사자들의 이익상황도 평가되어야 한다. 즉 이익의 상계가 가해자에게 불공평하게 이익을 가져다준다면 손익상계가 부정되어야 한다.

125) 대판 2023.11.30. 2019다224238: “손해배상액 산정에서 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 하며, 그 이득은 배상의무자가 배상하여야 할 손해의 범위에 대응하는 것이어야 한다.”

그 밖에 채권자의 행위로 이익이 실현되었더라도 그 행위가 손해의 확대를 방지하기 위한 것이었다면 손익상계의 대상이 된다. 다만 시장상황의 변화에 따라 채무불이행 이후에 가격이 상승한 경우에, 이는 손익상계의 대상이 되어서는 안 된다.

126) 장애연금이나 유족연금에 한하고 퇴직연금은 당연히 제외되며, 유족연금도 사망한 이의 사망시부터 여명까지만 공제되어야 한다(대판 2007.12.13. 2007다54481 참조).

127) 대판(전) 1998.11.19. 97다36873도 참조.

128) 대판 2012.6.14. 2010다77293: “피해자가 수령한 휴업급여금이나 장애급여금이 법원에서 인정된 소극적 손해액을 초과하더라도 그 초과부분을 기간과 성질을 달리하는 손해배상액에서 공제할 것은 아니며, 휴업급여는 휴업기간 중의 일일수입에 대응하는 것이므로 그것이 지급된 휴업기간 중의 일일수입 상당의 손해액에서만 공제되어야 할 것”이다. 그리고 대판 1992.7.24. 91다44100은, 원고가 주장하는 채권이 근로관계의 존속을 전제로 한 임금채권이 아니라 사용자의 채무불이행으로 인한 손해배상채권이라면, 손해액의 범위를 산정할 때 손해배상의 일반이론에 따라 손해의 원인이 된 사실과 상당인과관계에 있는 이득을 모두 공제해야 하므로, 근로기준법 제46조 소정의 휴업수당의 한도에서 이를 이득공제의 대상으로 삼을 수 없는 것이 아니라고 하였다(임금채권을 전제로 한 경우에 관하여 [3233] 참조).

129) 대판(전) 2015.1.22. 2014다46211: “손해보험의 보험사고에 관하여 동시에 불법행위나 채무불이행에 기한 손해배상책임을 지는 제3자가 있어 피보험자가 그를 상대로 손해배상청구를 하는 경우에, 피보험자가 손해보험계약에 따라 보험자로부터 수령한 보험금은 보험계약자가 스스로 보험사고의 발생에 대비하여 그때까지 보험자에게 납입한 보험료의 대가적 성질을 지니는 것으로서 제3자의 손해배상책임과는 별개의 것이므로 이를 그의 손해배상책임액에서 공제할 것이 아니다. 따라서 위와 같은 피보험자는 보험자로부터 수령한 보험금으로 전보되지 않고 남은 손해에 관하여 제3자를 상대로 그의 배상책임(다만 과실상계 등에 의하여 제한된 범위 내의 책임이다. 이하 같다)을 이행할 것을 청구할 수 있는바, 전체 손해액에서 보험금으로 전보되지 않고 남은 손해액이 제3자의 손해배상책임액보다 많은 경우에는 제3자에 대하여 그의 손해배상책임액 전부를 이행할 것을 청구할 수 있고, 위 남은 손해액이 제3자의 손해배상책임액보다 적을 경우에는 그 남은 손해액의 배상을 청구할 수 있다. 후자의 경우에 제3자의 손해배상책임액과 위 남은 손해액의 차액 상당액은 보험자대위에 의하여 보험자가 제3자에게 이를 청구할 수 있다(상법 제682조)”(A 주식회사가 B 주식회사의 창고에서 발생한 화재로 인한 전체 손해액 중 C 보험회사로부터 수령한 손해보험금을 공제한 잔액을 손해배상으로 구한 사건에서,

면하였기 때문에 다른 계약으로부터 받은 임금, 조위금 등)은 공제의 대상이 아니다.¹³⁰⁾ 또한 피해자가 받은 사회보장제도에 의한 수입 또는 공무원법에 의한 급부도 가해자를 위하여 공제되지 않는다. 그러나 피해자가 아니라 가해자가 체결한 보험계약(특히 손해배상책임보험)에 기한 보험금은 손해배상의 성격을 가지므로 당연히 손해액의 산정에 고려되어야 한다.

(2) 물건이 훼손된 경우에 수리비 상당액이 통상손해에 속하는데, 수리 후 그 물건의 가치가 증가하였다면 가치증가분은 손익상계의 대상이다. 그런데 물건이 훼손되어 수리가 불가능하거나 수리에 과다한 비용이 들어 전보배상을 하는 경우에, 잔존물의 가치에 해당하는 액은 가해적 사태로 인하여 얻은 이익이 아니라 손해의 산정과정에서 공제되어야 한다는 것이 판례의 입장이다.¹³¹⁾

제 5 관 금전채무의 불이행

[3304] 1. 서 설

금전채무의 불이행유형으로 지체만이 문제된다(3059 참조). 그런데 금전의 만능적 성격과 고도의 융통성 때문에 제397조는 금전채무의 이행지체의 요건 및 효과에 대하여 보통의 이행지체와 다른 특칙을 규정한다.¹⁾ 즉 제397조는 금전의 특성을 고려하여 손해배상문제를 간편하고 간략하게 해결하려는 취지에 기한 규정이다.²⁾

[3305] 2. 요건에 관한 특칙

(1) 손해배상청구에서 채권자가 손해의 발생사실 및 손해액을 증명해야 하지만, 금전채무 불이행의 경우에, 금전은 일정한 과실(果實)을 발생시키는 것이 보통이므로, 지연이자를 청구하는 채권자가 손해의 발생사실과 손해액을 증명할 필요는 없다(제397조 제2항 전단). 제397조는 금전채무의 이행지체가 있으면 이자 상당액의 손해가 있는 것으로 의제하려는 데 그 취지가 있다. 그렇다고 하여 그에 대한 「주장책임」까지 면제되지는 않는다. 즉 채권자가 금전채무의 불이행을 원인으로 손해배상을 구할 때 지연이자 상당의 손해가 발생하였다는 취지의 주장은 해야 하고, 주장조차 하지 않아서 손해배상을 청구한다고 볼 수 없는 경우에도 지연이자부분만큼의 손해를 인용해 줄 수는 없다.³⁾

(2) 채무자는 자신의 과실에 기한 것이 아닌 채무불이행에 대하여 책임을 지지 않지만(제390

A의 전체 손해액에서 A가 수령한 손해보험금을 공제한 잔액이 실화책임법 제3조 제2항에 따라 경감된 B의 손해배상책임액보다 많으므로 B는 A에 손해배상책임액 전액을 지급할 의무가 있다고 한 사례).

130) 상해보험의 성격을 가지는 해외여행보험에 가입하여 수령한 보험금이 손익상계로서 공제할 이익에 해당하지 않는다고 한 대판 1998.11.24. 98다25061 참조. 그리고 대판 2003.1.24. 2001다2129는, 증권회사 직원이 고객의 계좌를 이용하여 고객의 위임 없이 임의로 주식거래를 함으로써 이득이 발생하였더라도, 고객이 그 거래를 승인하면 그로 인한 이득은 적법하게 고객에게 귀속되는 것이므로, 그 이득을 가지고 불법행위로 인한 손해산정에서 손익상계를 할 수는 없다고 하였다.

131) 대판 1991.8.27. 91다17894. 손익상계의 대상이 아니면 손해의 산정과정에서 공제되느냐 하는 것은 과실상계와 손익상계의 순서와 관련하여 실천적인 의미를 가진다.

1) 국가가 형사보상법에 기한 보상금의 지급을 지체한 경우에도 제397조가 적용됨에 관하여 대판 2017.5.30. 2015다223411 참조.

2) 참고로 금전채무의 채권자에게 간이·신속한 권리구제절차가 주어진다. 즉 법원에 지급명령을 신청할 수 있고, 그에 따라 독촉절차가 개시된다(민사소송법 제462조 이하). 독촉절차에서는 법원이 분쟁당사자를 심문함이 없이 지급명령을 신청한 채권자가 제출한 서류만 심사하고 지급명령을 발령하는데(제467조), 지급명령에 대하여 이의신청이 없거나, 이의신청을 취하하거나, 각하결정이 확정된 경우에 지급명령은 확정판결과 같은 효력이 있다(제474조).

3) 대판 2000.2.11. 99다49644.

조 단서), 금전채무의 채무자는 채무불이행이 자신에게 책임 없는 사유로 인한 것임을 증명하더라도 책임을 면할 수 없다. 즉 금전채무의 불이행에 대하여 채무자는 과실 없었음을 항변하지 못하므로 「결과책임」을 부담한다(제397조 제2항 후단).⁴⁾

그런데 채무자가 불가항력으로 인하여 이행지체에 빠진 경우에, 그 사유에 기한 항변을 인정할 것인가? 불가항력에 의한 면책을 부정하는 견해(가령 김용한, 60면)도 있지만, 제314조 등에서 과실(過失)과 별도로 “불가항력”이라는 용어가 사용되는 점에 비추어 이를 인정하는 것이 타당하다.⁵⁾ 나아가 법령에 의한 지급유예의 경우(예: 1972년 8월 2일의 경제의 안정과 성장에 관한 긴급명령)에도 채무자는 지체책임을 지지 않는다.

3. 효과에 관한 특칙

[3306]

(1) 금전채무 불이행의 경우에 손해배상액은 법정이율에 의하여 산정된다(제397조 제1항 본문). 채권자에게 실제로 발생한 손해가 법정이율에 의하여 산정된 액보다 많거나 적더라도 채무자는 법정이율에 따라 산정된 금액을 손해배상액으로 지급해야 하고, 그것으로 충분하다. 금전채무의 불이행에서 이자 상당의 손해는 거래계에서 일반적으로 수용될 수 있는 「최소한의 손해」라 할 수 있다.

그러나 법정이율과 다른 이자율의 약정이 있는 경우에 손해배상액은 그에 의하여 산정된다(같은 항 단서). 여기서 이자율의 약정은 원본의 사용대가로서의 약정이율을 말하고, 원본채무의 이행지체에 대비하여 약정한 이율은 위약금의 약정이다.⁶⁾ 그런데 “소비대차에서 변제기 후의 이자약정이 없는 경우 특별한 의사표시가 없는 한 변제기가 지난 후에도 당초의 약정이자를 지급하기로 한 것으로 보는 것이 당사자의 의사이다.”⁷⁾ 그리고 판례는 약정이율이 법정이율 이상인 경우에만 약정이율에 의한다고 하는데, 뒤에서 보는 것처럼 동의하기 어렵다.⁸⁾

(2) 실제로 발생한 손해액을 배상한다는 특약이 있는 경우, 법률에 특별한 규정이 있는 경우(예: 제685조, 제705조, 소송촉진법 제3조 등), 손해배상액의 예정이 있는 경우(제398조) 또는 불이행 후 손해배상액에 대한 합의가 있는 경우에 제397조가 적용되지 않는다.

결국 금전채무 불이행에서 ‘위약금약정에 따른 지연손해금을 → 약정이율 → 법정이율’의 순으로 손해액을 산정하는 기준으로 된다.

(3) 당사자간에 특약이 없는 경우에 약정이율 또는 법정이율에 의하는 것보다 더 많은 손해 [3307]가 발생하였음을 증명하더라도 채권자가 약정이율 또는 법정이율에 따라 산정된 액을 초과하는 손해액에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다는 것이 학설의 일반적 입장이지만,⁹⁾ 추상적 손해산정

4) 대판 2003.4.8. 2001다38593은, 선물환계약에 기한 채권은 금전채권이므로 당사자들은 계약불이행에 대하여 과실 없음을 들어 항변할 수 없다고 하였다.

5) 참고로 의용민법 제419조 제3항은 불가항력으로써 항변할 수 없다고 규정한다.

6) 대판 2000.7.28. 99다38637.

7) 대판 1981.9.8. 80다2649. 대판 2008.4.24. 2006다14363도 참조.

8) 참고로 대판 2022.4.14. 2020다268760: “금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정한 이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다. 한편 원금채권과 금전채무 불이행의 경우에 발생하는 지연손해금채권은 별개의 소송물이다. 따라서 판결이 확정된 채권자가 시효중단을 위한 신소를 제기하면서 확정판결에 따른 원금과 함께 원금에 대한 확정 지연손해금 및 이에 대한 지연손해금을 청구하는 경우, 확정 지연손해금에 대한 지연손해금채권은 채권자가 신소로써 확정 지연손해금을 청구함에 따라 비로소 발생하는 채권으로서 전소의 소송물인 원금채권이나 확정 지연손해금채권과는 별개의 소송물이므로, 채무자는 확정 지연손해금에 대하여도 이행청구를 받은 다음날부터 지연손해금을 별도로 지급하여야 하되 그 이율은 신소에 적용되는 법률이 정한 이율을 적용하여야 한다.”

9) 반대: 이은영, 126면. 김중환·김학동, 42-3면은 입법론적 의문을 제기한다.

([3289] 참조)에 기한 「최소배상의 보장」이라는 제397조 제1항의 규정취지에 비추어, 그러한 손해가 특별손해에 해당한다고 보아 예견가능하다면(제393조 제2항 참조) 그 배상을 구할 수 있다 할 것이다.¹⁰⁾ 판례도 약정이율 또는 법정이율에 따라 산정된 액을 초과하는 손해액이라도 제393조 제2항의 요건 하에 그 배상을 구할 수 있다는 입장으로 보인다.¹¹⁾

[참 고] (가) 대판 2013.4.26. 2011다50509¹²⁾의 판결요지는 다음과 같다:

[1] 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 상대방에 대하여 원상회복의무가 있고, 이 경우 반환할 금전에는 받은 날로부터 이자를 가산하여 지급하여야 한다. 여기서 가산되는 이자는 원상회복의 범위에 속하는 것으로서 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행 지체로 인한 지연손해금이 아니다. 따라서 당사자 사이에 그 이자에 관하여 특별한 약정이 있으면 그 약정이율이 우선 적용되고 약정이율이 없으면 민사 또는 상사 법정이율이 적용된다. 반면 원상회복의무가 이행지체에 빠진 이후의 기간에 대해서는 부당이득반환의무로서의 이자가 아니라 반환채무에 대한 지연손해금이 발생하게 되므로 거기에는 지연손해금률이 적용되어야 한다. 그 지연손해금률에 관하여도 당사자 사이에 별도의 약정이 있으면 그에 따라야 할 것이고, 설사 그것이 법정 이율보다 낮다 하더라도 마찬가지이다.

[2] 계약해제시 반환할 금전에 가산할 이자에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이행지체로 인한 지연손해금도 그 약정이율에 의하기로 하었다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 다만 그 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다. 계약해제로 인한 원상회복시 반환할 금전에 받은 날로부터 가산할 이자의 지급의무를 면제하는 약정이 있는 때에도 그 금전반환의무가 이행지체상태에 빠진 경우에는 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있는 점과 비교해 볼 때 그렇게 보는 것이 논리와 형평의 원리에 맞기 때문이다.

(나) 이 판결에 관하여 존명을 하자면,¹³⁾

금전채무 불이행의 효과에 관한 제397조 제1항은 임의규정이므로 지연손해금에 관한 약정이 있으면 당연히 그에 의한다. 그리고 같은 항 단서는 약정이율이 법정이율 이상인 경우에만 적용된다

10) 특히 고의의 채무불이행의 경우에도 법정이율이나 약정이율로 손해배상이 한정됨은 형평에 반한다고 할 수 있다.

11) 대판 1991.10.11. 91다25469: “매도인이 매수인으로부터 매매대금을 약정된 기일에 지급받지 못한 결과 제3자로부터 부동산을 매수하고 그 잔대금을 지급하지 못하여 그 계약금을 몰수당함으로써 손해를 입었다 하더라도 이는 특별한 사정으로 인한 손해이므로 매수인이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에만 그 손해를 배상할 책임이 있다.”

12) 사실관계 및 사건의 경과는 다음과 같다.

① 이 사건 아파트 분양계약서에는 다음의 조항들이 포함되어 있다.

제2조 제3항 본문: 수분양자는 분양자의 귀책사유로 인해 입주예정일로부터 3월 이내에 입주할 수 없게 되는 경우 이 계약을 해제할 수 있다.

제3조 제2항: 제2조 제3항에 해당하는 사유로 이 계약이 해제될 때에는 분양자는 수분양자에게 공급대금 총액의 10%를 위약금으로 지급한다.

제3조 제3항: 제1항과 제2항의 경우 분양자는 수분양자에게 이미 납부한 대금(단 제1항의 경우에는 위약금을 공제한다)에 대하여는 각각 그 받은 날로부터 반환일까지 연리 3%에 해당하는 이자를 가산하여 수분양자에게 환급한다.

② 위 계약의 수분양자들(이들 모두를 X라고 하자)은 Y의 자금난 등으로 인한 공사지연으로 계약상 입주예정일인 2008. 12.경으로부터 3월 이내에 입주할 수 없었다.

③ 원심은, X가 Y의 귀책사유로 인한 입주지연을 이유로 위 계약을 해제하고 이미 지급한 분양대금의 반환과 위약금의 지급을 청구하는 소를 제기하여 그 소장 부분이 2009. 3. 25. Y에게 송달됨으로써, 위 계약은 입주예정일인 2008. 12.경부터 3개월이 경과한 2009. 4. 1. 경 적법하게 해제되었다고 인정하고, 그에 따른 원상회복의무로 지급받은 분양대금을 반환하고 아울러 위약금을 지급할 채무가 있다고 판단하였는데, 인용금액은 다음과 같다. ④ 분양대금 반환채무에 대해서는 각 분양대금 지급일부터 원심판결 선고일(2011. 5. 20.)까지는 연 3%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 비율에 의한 금액, ⑤ 위약금에 대해서는 해제일(2009. 4. 1.)부터 원심판결 선고일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%(소송촉진법에 따른 법정이율. 참고로 현재는 연 12%이다)의 비율에 의한 금액.

⑥ 대법원은 분양계약서 제3조 제3항이 민법 제548조 제2항에 관한 특약으로서 계약의 해제시 Y가 반환할 분양대금에 가산할 이자를 정한 원상회복의 범위에 관한 것일 뿐 이행지체에 빠진 이후의 지연손해금에 관한 약정으로 볼 수 없고, 게다가 그 약정이율은 법정이율보다 낮으므로 Y가 분양대금 반환의무의 이행을 지체하기 시작한 때부터는 위 약정이율이 아니라 법정이율이 적용된다고 봄이 상당하다고 하면서, Y는 X에게 반환할 분양대금에 대하여 이행지체책임이 발생한 2009. 4. 2.부터 Y가 그 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 때까지는 X가 구하는 바에 따라 연 5%의 민사법정이율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급할 의무가 있다고 하며 원심판결을 파기하고 재판하였다.

13) 지원람, “금전채무의 불이행”, 하경효 정년기념논문집, 137면 이하 참조.

는 입장이 대판 2009.12.24. 2009다85342에서 비롯되어 대법판결에서도 유지되고 있다.

그런데 위 단서는 금전의 이용가치에 대한 당사자들의 합의를 존중하여 지연손해에 대해서도 그러한 의사가 유지된다고 추정하는 규정이다. 그리고 의용민법 제419조 제1항 단서는 “다만 약정이율이 법정이율을 초과하는 때에는 약정이율에 의한다”고 규정하여 민법과 내용을 달리함에도 판례는 의용민법과 입장을 같이하는데, 그 이유에 관하여 앞의 2009다85342 판결은 “우선 금전채무에 관하여 아예 이자약정이 없어서 이자청구를 전혀 할 수 없는 경우에도 채무자의 이행지체로 인한 지연손해금은 법정이율에 의하여 청구할 수 있으므로, 이자를 조금이라도 청구할 수 있었던 경우에는 더욱이나 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 하여야 할 것이다. 나아가 원칙으로 보면 금전채권자도 채무자의 채무불이행으로 인하여 입은 구체적인 손해를 주장·입증하여 그 손해가 민법 제393조 등의 배상범위에 있는 것이면 그 배상을 청구할 수 있는 것이나, 오늘날 금전의 범용성으로 인하여 그 이용양태는 무궁무진하므로 금전채무의 불이행으로 인한 이용가능성의 박탈이라는 손해가 채권자에게 발생하리라는 것은 십사리 일반적으로 추인되는 반면 위와 같은 일반원칙에 의하면 그 구체적인 배상액의 산정은 매우 다양하여 균형을 잃을 수 있으므로, 금전채무 불이행으로 인한 손해배상문제를 균일하게 처리하기 위하여 추상적인 손해로서 법정이율로 산정한 액을 기준으로 하는 민법 제397조 제1항 본문을 마련하였다고 할 것인데, 그러한 균일처리의 필요는 이율을 법정이율보다 낮게 약정한 경우에도 이자가 아니라 손해배상이 문제되는 한 마찬가지로 시인되어야 하는 것이다. 또한 민법 제397조 제1항 단서에서 약정이율이 있으면 이에 좇도록 한 것은 약정이율이 법정이율보다 높은 경우에 법정이율에 의한 지연손해금만으로 족하다고 하면 채권자로서는 위에서 본 대로 원칙적으로는 허용되었을 터인 보다 많은 손해의 주장이 봉쇄됨으로써 채무자가 이행지체로 오히려 이익을 얻게 되어 불합리하다는 점을 고려한 것으로서, 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 그러한 불합리가 운위될 소지가 없다. 마지막으로 민법 제397조에 대응하는 의용민법 제419조는 제1항 단서에서 명문으로 “약정이율이 법정이율을 넘는 때”에 한하여 약정이율에 의하도록 정하고 있었는데, 민법의 제정과정에서 그와 달리 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에도 위 단서규정이 적용된다는 것이 입법자의사이었다고 볼 아무런 자료가 없”다고 하였다.

그러나 당사자들 사이에 정해진 「돈값」, 즉 금전의 이용가치로서 약정이율이 이행기 후에 유지되지 않을 이유가 없다는 점¹⁴⁾에서 이러한 판지에 동의할 수 없다. 즉 약정이율이 손해배상액 산정의 기준으로 되는 것은 금전의 이용가치에 대한 당사자들의 의사를 추정한 것이고, 이 점은 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에도 달라지지 않는다. 물론 무이자 소비대차나 법정이율보다 낮은 약정이율의 경우에 앞의 2009다85342 판결이 지적한 바와 같은 난점이 있지만, 채권자로서 그 손해를 증명하여 이자초과손해의 배상을 청구할 수 있다고 하면 해결될 것이다. 즉 법정이율 또는 약정이율에 따라 손해를 산정하도록 하는 제397조 제1항은 이른바 추상적 손해산정의 방법을 규정한 것인데, 그 취지가 최소배상의 보장에 있는 것일 뿐이고, 실제로 발생한, 그를 초과하는 손해의 배상을 부정한 것으로 볼 것은 아니며,¹⁵⁾ 제393조 제2항에 따라 배상받을 수 있다고 할 것이다. 그리고 이자약정이 없는 경우에 당사자들 사이에 「돈값」에 대한 흥정이 없었으므로 기본값으로 법정이율이 적용됨은 별개의 문제이다. 한편 균일처리의 필요성은 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에만 문제되는 것은 아니다.¹⁶⁾ 참고로 지연이율도 금전의 이용가치에 대한 합의로 볼 수 있지만, 그에는 경고 및 제재의 기능이 더해진다는 점에서 약정이율보다 높은 것이 보통이다.

(4) 참고로 대판 2017.9.26. 2017다22407은 “민법 제397조 제1항 단서에서 약정이율이 있으면 이에 따르도록 한 것은 약정이율이 법정이율보다 높은 경우에 법정이율에 의한 지연손해금만으로 충분하다고 하면 채무자가 이행지체로 오히려 이익을 얻게 되는 불합리가 발생하므로, 이를 고려해서

14) 앞의 80다2649 판결 참조.

15) 앞의 91다25369 판결 참조.

16) 그 밖에 의용민법과의 명백한 규정상의 차이를 의도적으로 무시해도 되는지도 의문이다.

약정이율에 의한 지연손해금을 인정한 것이다. 당사자 일방이 금전소비대차가 있음을 주장하면서 약정이율에 따른 이자의 지급을 구하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 대여금채권의 변제기 이후의 기간에 대해서는 약정이율에 따른 지연손해금을 구하는 것으로 보아야 하고, 여기에는 약정이율이 인정되지 않는다고 하더라도 법정이율에 의한 지연손해금을 구하는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다”고 하였는데, 약정이율 자체가 당사자들이 금전의 사용가치를 고려하여 이해관계 조정을 위한 기준으로 정한 것이라는 관점에서 제397조 제1항 단서의 취지에 관한 판시에 대하여 의문이 없지 않다.

제 6 관 위약금약정

[3308] I. 서 설

(1) 「채무불이행」의 경우에 채무자가 채권자에게 지급하기로 약속한 금전을 위약금(違約金)이라 한다.¹⁾ 제397조가 법률의 규정에 의하여 손해배상문제를 간명하게 해결하는 제도라면, 위약금 약정은 당사자들의 합의에 의하여 간명하게 해결하는 도구라고 할 수 있다.²⁾

(2) 위약금은 채무자에게 심리적 경고를 통하여 채무이행을 확보하려는(이행확보기능) 그리고 손해의 발생사실과 손해액에 대한 증명곤란을 피하고 그를 둘러싼 법률관계를 간이하게 해결하려는(손해전보기능) 두 기능을 가질 수 있는데, 위약별은 앞의 기능만 가지는 반면, 손해배상액의 예정은 두 기능을 모두 가진다.³⁾ 즉 위약별에 해당하면 위약금의 지급(또는 몰취) 외에 실제로 발생한 손해의 배상을 구할 수 있는 반면, 손해배상액의 예정이라면 위약금의 지급(또는 몰취)을 넘어서까지 「손해배상」을 구할 수는 없다.

위약금약정이 손해배상액의 예정과 위약별 중 어느 것인지를 밝히는 것은 의사해석의 문제인데,⁴⁾ 민법은 위약금을 손해배상액의 예정으로 「추정」하고(제398조 제4항), 이는 의사추정의 일종이다. 물론 위약금이 손해배상액의 예정과 위약별의 성질을 함께 가질 수도 있다.⁵⁾

(3) 당사자들이 금전 아닌 것으로서 손해배상에 충당하기로 약정한 경우에도 손해배상의 예정에 관한 제398조 제1항 내지 제4항이 준용된다(제5항).

1) 참고로 대판 2000.10.27. 99다17357: “도급계약에 그 도급계약을 계약보증한 보증서의 보증금액을 위약금 내지 제제금이나 손해배상액의 예정으로 하는 특약이 없는 경우, 수급인의 채무불이행으로 인하여 도급계약이 해제되었다고 하여 곧 보증서의 계약보증금을 위약별이나 손해배상 예정액으로 보아 계약보증을 한 건설공제조합에 대하여 곧바로 그 보증금액의 전액을 청구할 수는 없고, 도급인은 수급인의 구체적인 손해배상채무의 존재와 그 채무액을 입증하여 그 범위 안에서 위 보증서의 보증금액을 청구할 수 있을 뿐”이다.

2) 물론 경고적 기능도 가지고, 손해배상의 상한을 정하는 경우에는 변책약정의 성질도 가지지만.

3) 후자의 기능만 인정되어야 한다는 견해도 있지만, 판례는 대판 1991.3.27. 90다14478 이래 두 기능 모두를 가진다는 입장이다.

4) 대판(전) 2022.7.21. 2018다248855·248862: “당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우 그 위약금약정이 손해배상액의 예정인지 위약별인지는, 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결경위, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적 등을 종합하여 구체적인 사건에서 개별적으로 판단해야 할 의사해석의 문제이다. 위약금은 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있다거나 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금조항을 두고 있어서 그 위약금조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은 위약별로 보아야 한다.”

5) 대판 2013.4.11. 2011다112032: “다수의 전기수용가와 사이에 체결되는 전기공급계약에 적용되는 약관 등에, 계약종별 외의 용도로 전기를 사용하면 그로 인한 전기요금 면탈금액의 2배에 해당하는 위약금을 부과한다고 되어 있지만, 그와 별도로 면탈한 전기요금 자체 또는 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 규정은 없고 면탈금액에 대해서만 부가가치세 상당을 가산하도록 되어 있는 등의 사정이 있는 경우, 위 약관에 의한 위약금은 손해배상액의 예정과 위약별의 성질을 함께 가지는 것으로 봄이 상당하다.”

나아가 대판 2020.11.12. 2017다275270: “위약금약정이 손해배상액의 예정과 위약별의 성격을 함께 가지는 경우 특별한 사정이 없는 한 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 민법 제398조 제2항에 따라 위약금 전체 금액을 기준으로 감액할 수 있다.” 대판 2018.10.12. 2016다257978도 동지.

II. 손해배상액의 예정

[3309]

1. 서 설

(1) 손해배상을 둘러싼 법률관계를 간명하게 하기 위하여 당사자들이 「채무불이행」의 경우에 지급해야 할 손해배상액을 미리 정해 두고(지체의 경우 하루에 얼마, 불능의 경우에 얼마 하는 식으로), 「채무불이행」이 발생하면 채권자가 이 배상액을 청구할 수 있도록 하는 것이 손해배상액의 예정이다(제398조 제1항).⁶⁾ 그 예로 금전채무의 이행지체에 대비한 지연손해금의 비율이나 연체료의 액수를 약정한 경우,⁷⁾ 건물신축공사에서 준공 후에도 건물에 하자과 미시공부분이 있어 수급인이 약정기한 내에 하자과 미시공부분에 대한 공사를 완료하지 못하면 미지급 공사비 등을 포기하고 이를 도급인의 손해배상금으로 충당한다는 내용의 합의각서를 작성한 경우⁸⁾ 등.⁹⁾

(2) 손해배상액 예정계약은 채무불이행을 정지조건으로 하는 조건부 계약이고, 본래의 채권관계에 종된 계약이다.

(3) 손해배상액의 예정이 제한되는 경우가 있다. 즉 근로기준법 제20조나 약관법 제8조 등 특별규정뿐만 아니라 제103조나 제104조에 의해서도 제한된다.¹⁰⁾

2. 내 용

[3310]

가. 예정배상액 청구의 요건

(1) 예정배상액의 지급을 구하기 위하여 채무불이행사실, 즉 채무내용에 좇은 이행이 없었는 사실의 증명만 있으면 되고, 손해발생의 사실 및 그 액을 증명해야 하는 것은 아니다.¹¹⁾

(2) 학설은 대체로 채무자에게 귀책사유가 없더라도 예정된 손해배상액을 청구할 수 있다고 하지만, 해석에 의하여 반대사실(즉 채무자의 귀책사유를 묻지 않기로 하는 약정의 존재)이 인정되지 않는 한 채무자는 귀책사유 없음을 증명하여 손해배상액의 지급의무를 면할 수 있다고 할 것이다.¹²⁾ 판례도 같은 입장이다.¹³⁾

6) 불법행위로 인한 손해배상액의 예정에 제398조, 특히 제2항의 준용 내지 유추적용을 부정할 이유가 없다는 견해로 주해(9)/양정수, 641면. 실제로 그 예는 흔하지 않다.

7) 대판 1997.7.25. 97다5541; 대판 2000.7.28. 99다38637.

8) 대판 2008.7.24. 2007다69186.

9) [그 밖의 재판례] ㉠ 공사도급계약상 지체상금약정에서 지체상금은 약정준공일 다음날부터 발생하되, 그 종기는 수급인이 공사를 중단하거나 기타 해제사유가 있어 도급인이 이를 해제할 수 있었을 때(실제로 해제한 때가 아니고)부터 도급인이 다른 업자에게 의뢰하여 공사를 완성할 수 있었던 시점까지이고, 수급인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 공사가 지연된 경우에는 그 기간만큼 공제되어야 한다(대판 1999.3.26. 96다23306). ㉡ 토지거래허가구역 내의 토지에 관한 매매계약을 체결함에 있어서 토지거래허가를 받을 수 없는 경우 이외에 당사자 일방의 계약위반으로 인한 손해배상액의 약정에 있어서 계약위반이라 함은 당사자 일방이 그 협력의무를 이행하지 않거나 매매계약을 일방적으로 철회하여 그 매매계약이 확정적으로 무효가 되는 경우를 포함하는 것으로 봄이 상당하다(대판 1998.3.27. 97다36996). ㉢ 대판 2008.2.14. 2006다37892는, 계약의 일방당사자(D)의 귀책사유로 인하여 계약이 해제되는 경우에는 위약금약정을 두지 않고 그 상대방(P)의 귀책사유로 인하여 계약이 해제된 경우에 대해서만 위약금약정을 두었더라도, 그 위약금약정이 무효로 되는지 여부는 별론으로 하고 P에 대한 위약금규정이 있다고 하여 공평의 원칙상 D의 귀책사유로 계약이 해제되는 경우에도 P의 귀책사유로 인한 해제의 경우와 마찬가지로 D에게 위약금지급의무가 인정되는 것은 아니라고 하였고, 대판 2012.3.29. 2010다590도, 분양계약에서 수분양자인 A의 분양대금 납입지체에 따른 지연손해금의 납부책임과 금액만 규정하고 분양자이자 매도인인 B 등의 이행지체에 따른 지체상금에 관해서는 아무런 규정을 두지 않은 사안에서, 수분양자의 분양대금 납입지체에 적용되는 지연손해금조항이 당연히 매도인에게도 적용되어 동일한 내용의 지체상금조항이 있는 것으로 간주될 수는 없으므로, A는 B에 대하여 손해배상액의 예정으로서 지체상금의 지급을 구할 수는 없고 B의 채무불이행으로 인하여 실제로 입은 손해만 제393조 등에서 정한 바에 따라 배상받을 수 있을 뿐이라고 하였다.

10) 이 규정들에 위반되는 경우에 손해배상액 예정계약이 무효로 되지만, 채권관계 자체까지 무효로 되는 것은 아니다.

11) 대판 2000.12.8. 2000다50350. 대판 2008.11.13. 2008다46906은 “채무자가 실제로 손해발생이 없거나 손해액이 예정액보다 적다는 것을 입증하더라도 채무자는 그 예정액의 지급을 면하거나 감액을 청구하지 못한다”고 했고, 대판 2009.2.26. 2007다19051은, 상대방이 일방적으로 매매계약을 철회한 사실만 증명하면 예정배상액을 청구할 수 있다고 하였다.

이와 달리 손해의 발생이 손해배상청구의 요건이라는 견해(가령 김형배, 285면)도 있으나, 이 취지를 일관한다면 실손해가 예정액보다 적다는 사실을 채무자가 증명한 경우에 실손해의 한도에서 손해배상을 하면 족하다는 것으로 되어 곤란하다(주해(9)/양정수, 669면 참조).

(3) 동시이행관계의 존재 등 위법성요건이 충족되지 않는 경우에도 예정배상액의 지급의무가 발생하지 않는다. 배상액의 예정은 손해배상의 요건이 충족됨을 전제로 배상액에 관한 다툼을 피하기 위한 제도이기 때문이다. 판례의 입장도 같다.¹⁴⁾

[3311] 나. 청구의 범위

(1) 당사자 사이에 손해배상액을 예정하는 약정이 있는 경우에, 그것은 계약상 채무의 불이행으로 인한 손해액에 관한 것이고, 이를 그 계약과 관련된 불법행위상의 손해까지 예정한 것으로 볼 수는 없다.¹⁵⁾ 그리고 손해배상예정액의 청구와 채무불이행으로 인한 손해배상청구는 그 청구원인을 달리하는 별개의 청구이므로, 손해배상예정액의 청구 가운데 채무불이행으로 인한 손해배상청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.¹⁶⁾

(2) 손해의 발생이 없거나 손해액이 예정액보다 적다는 사실을 증명하더라도 채무자는 그 예정액의 지급을 면하거나 감액을 청구하지 못한다.¹⁷⁾

(3) 실제의 손해액이 예정된 배상액보다 많더라도 채권자는 예정된 배상액을 청구할 수 있을 뿐이고, 특별사정으로 인한 손해도 마찬가지이다.¹⁸⁾ 이 경우 배상액의 예정은 면책약정의 성질도 가지기 때문이다.

그러나 ① 손해배상액의 예정이 전제된 채무불이행의 유형을 넘어서는 경우(예컨대 지연배상을 예정하였는데 이행불능으로 된 경우)에 그러한 제한이 인정될 수 없음은 당연하다. 나아가 ② 반대의 특약이 있으면 그에 의한다.¹⁹⁾

(4) 학설은 대체로 과실상계사유가 있으면 제398조 제2항의 정신에 따라 적어도 손해배상액의 예정에 관한 한 위약금이 감액되어야 한다고 함에 반하여, 판례는 반대입장이다.²⁰⁾

12) 다만 금전채무 불이행의 경우에는 제397조에 따라 귀책사유의 유무가 문제되지 않는다(주해9/양창수, 668-9면 참조).

13) 대판 2007.12.27. 2006다9408: “채무자는 채권자와 채무불이행에 있어 채무자의 귀책사유를 묻지 아니한다는 약정을 하지 아니한 이상 자신의 귀책사유가 없음을 주장·입증함으로써 예정배상액의 지급책임을 면할 수 있다. 그리고 채무자의 귀책사유를 묻지 아니한다는 약정의 존재 여부는 근본적으로 당사자 사이의 의사해석의 문제로[...], 당사자의 통상의 의사는 채무자의 귀책사유로 인한 채무불이행에 대해서만 손해배상액을 예정한 것으로 봄이 상당하므로, 채무자의 귀책사유를 묻지 않기로 하는 약정의 존재는 엄격하게 제한하여 인정하여야 한다.” 대판 2007.8.23. 2005다59475·59482·59499도, 주택공급사업자가 임주지연이 불가항력이었음을 이유로 지체상금 지급책임을 면하려던 임주지연의 원인이 그 사업자의 지배영역 밖에서 발생한 사건으로서 그 사업자가 통상의 수단을 다하였어도 이를 방지하는 것이 불가능하였음이 인정되어야 한다고 했다.

14) 대판 2009.1.30. 2007다10337: “부동산매매계약에 있어서 매수인이 매도인에게 중도금 또는 잔금을 정해진 기한까지 이행하지 않으면 이미 지급한 중도금 또는 잔금의 전부 내지 일부를 포기한 것으로 본다는 내용의 위약금약정을 한 경우라도 매수인이 중도금 또는 잔금의 지급을 매도인의 반대외로부터 선이행하기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 매수인이 중도금 또는 잔금 지급의무를 다하지 않는 것 외에 매도인으로서도 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 매수인에게 이행제공하여 매수인으로 하여금 이행지체상태에 이르게 하여야 비로소 그 위약금약정의 효력이 발생한다.”

15) 대판 1999.1.15. 98다48033: 토지매매계약이 매수인(K)의 잔대금지급채무의 불이행을 이유로 해제된 후 매도인(V)이 K 등을 상대로 위 토지상의 건물철거 및 대지인도의 소를 제기하여 승소판결을 받고 그 판결이 확정되었음에도 K 등이 이를 이행하지 아니하여 V가 토지를 사용·수익하지 못하게 됨으로써 입은 차인 상당의 손해는 매매계약이 해제된 후의 별도의 불법행위를 원인으로 하는 것으로, 손해배상예정액으로 전보되는 것이 아니라고 한 사례. 그 밖에 대판 2018.12.27. 2016다274270·274287: “손해배상액을 예정한 경우 다른 특약이 없는 한 채무불이행으로 발생할 수 있는 모든 손해가 예정액에 포함된다. 그 계약과 관련하여 손해배상액을 예정한 채무불이행과 별도의 행위를 원인으로 손해가 발생하여 불법행위 또는 부당이득이 성립한 경우 그 손해는 예정액에서 제외되지만, 계약 당시 채무불이행으로 인한 손해로 예정한 것이라면 특별한 사정이 없는 한 손해를 발생시킨 원인행위의 법적 성격과 상관없이 그 손해는 예정액에 포함되므로 예정액과 별도로 배상 또는 반환을 청구할 수 없다.”

16) 대판 2000.2.11. 99다49644.

17) 대판 2008.11.13. 2008다46906. 대판 2014.7.24. 2014다209227은 단지 예정액 자체가 크다든가 계약채결시부터 계약해제시까지의 시간적 간격이 짧다든가 하는 사유만으로는 부족하다고 했다.

18) 대판 1988.9.27. 86다2375·2376; 대판 1993.4.23. 92다41719.

19) 묵시적 특약에 관하여 대판 2002.7.12. 2000다17810: “공사도급계약서 또는 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임기간 중 도급인으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 것이고, 다만 하자보수보증금의 특성상 실손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 구할 수 있다는 명시규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수무 불이행을 이유로 하자보수보증금의 불취 외에 그 실손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 특수한 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다.”

다. 이행청구나 계약해제에 대한 영향

[3312]

손해배상액의 예정이 있다고 하여 본래의 이행청구나 계약해제의 수단을 포기하였다고 단정할 수 없으므로, 손해배상액의 예정이 이행청구나 계약해제에 영향을 미치지 않는다(제398조 제3항). 따라서 지연배상액이 예정되어 있는 경우에, 채권자는 예정배상액의 청구와 함께 본래의 급부의 이행을 청구할 수 있다. 다만 전보배상액이 예정되어 있다면, 예정전보배상액과 본래의 급부의 이행 중 하나만 청구할 수 있다.²⁰⁾

그리고 계약이 해제되더라도 손해배상액의 예정은 그대로 유효하며, 해제에 의한 손해배상(제551조)의 기준으로 된다.²²⁾

3. 예정액의 감액

[3313]

(1) 계약당사자들은 배상액을 자유롭게 예정할 수 있다(계약의 자유). 그러나 예정된 손해배상액이 부당하게 과다하면 법원이 직권으로 이를 감액할 수 있다(제398조 제2항).²³⁾ 손해배상예정액의 감액제도는, 국가가 계약당사자들 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정을 보장하기 위하여 계약의 내용에 간섭한다는 데에 그 취지가 있다.²⁴⁾ 한편 예정액이 과소한 경우에 법원에 의한 증액이 가능하다는 견해(김형배, 314면)도 있으나, 법문에 반한다.²⁵⁾

약관법 제8조가 적용되는 경우에 손해배상액의 예정조항이 무효이고, 따라서 제398조 제2항에 따른 감액이 인정되지 않는다.

(2) 손해배상의 예정액이 “부당히 과다한 경우”란 채권자와 채무자의 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 당시의 거래 관행, 실제의 손해액 등 모든 사정을 참작하여 사회관념에 비추어 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻한다.²⁶⁾ 손해배상의 예정액이 부당하게 과다한지 여부 내지 그에 대한 적당한 감액의 범

20) 대판 2002.1.25. 99다57126: “지체상금이 손해배상의 예정으로 인정되어 이를 감액함에 있어서는 채무자가 계약을 위반한 경우 등 제반 사정이 참작되므로 손해배상액의 감정에 앞서 채권자의 과실 등을 들어 따로 감정할 필요는 없다.”

21) 불충의 경우에 본래의 급부를 청구할 수 없으므로 예정된 전보배상액만 청구할 수 있다.

22) 같은 취지로 대판 2022.4.14. 2019다292736·292743: “민법 제398조 제1항, 제3항, 제551조의 문언·내용과 계약당사자의 일반적인 의사 등을 고려하면, 계약당사자가 채무불이행을 이유로 인하여 손해배상액을 예정한 경우에 채권자가 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하더라도 원칙적으로 손해배상액의 예정은 실효되지 않고, 전보배상에 관하여 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정에 따라 배상액을 정해야 한다. 다만 위와 같은 손해배상액의 예정이 계약의 유지를 전제로 정해진 약정이라는 등의 사정이 있는 경우에 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하면 손해배상액의 예정도 실효될 수 있다”(공연기획사 A와 티켓판매사 B 사이에 티켓판매계약을 체결하면서 ‘공연이 취소된 경우, A는 B에 판매대금 전액을 지급해야 하며, B의 귀책으로 계약이 이행되지 않을 경우 구매대금은 반환하지 않는다’는 조항을 두었는데, 약천후와 공연시설 하자 등으로 공연이 취소된 사안에서, 계약해제의 소급효로 위 조항도 실효된다는 원심의 판단을 파기한 사례).

23) 대판 1990.11.27. 90다카27068은, 중도금 지급을 지체하여 매도인으로부터 이를 추궁받고 잔금지급기일의 엄수를 다짐받은 매수인이 매도인에게 중도금을 지급하면서 잔금지급을 위반한 경우에는 중도금까지 포기하기로 한다고 약정하였다면, 이는 매수인이 위약하는 경우에는 계약 당시 약정한 위약금과 더불어 위 중도금도 손해배상액으로 예정한 것으로 추정된다고 하면서, 손해배상의 예정액이 부당히 과다하다고 보아 이를 매매대금의 1할로 감액하였다.

24) 대판 1993.4.23. 92다41719.

25) 면책약정이 유효한도 상이하라.

26) 대판 2017.8.18. 2017다228762는 “민법 제398조 제2항은 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원이 이를 적당히 감액할 수 있다고 규정하고 있고, 금전채무의 불이행에 관하여 적용을 배제하지 않고 있다. 또한 여자제한법 제6조는 법원은 당사자가 금전을 목적으로 한 채무의 불이행에 관하여 예정한 배상액을 부당하다고 인정할 때에는 상당한 액까지 이를 감액할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 금전채무에 관하여 이행지체에 대비한 지연손해금 비율을 따로 약정한 경우에 이는 손해배상액의 예정으로서 감액의 대상이 된다”고 하면서, 손해배상 예정액을 감액하기 위한 요건인 ‘부당성’의 판단과 관련하여 “특히 금전채무의 불이행에 대하여 손해배상액을 예정한 경우에는 [...] 통상적인 연체금리도 고려하여야 한다”고 했다. 나아가 대판 2011.1.27. 2010다60042: “실제 발생한 것으로 예상되는 손해액의 크기를 참작하여 손해배상의 예정액이 부당하게 과다한지 여부를 판단함에 있어서는 실제 손해액을 구체적으로 심리·확정한 필요는 없으나 기록상 실제 손해액 또는 예상손해액을 알 수 있는 경우에는 그 예정액과 대비하여 볼 필요가 있다.”

예정액이 손해액의 10배에 해당한에도 일반 사회관념에 비추어 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한

위를 판단하기 위하여 법원은 「사실심의 변론종결시」를 기준으로 그 사이에 발생한 위와 같은 모든 사정을 종합적으로 고려해야 한다.²⁷⁾ 지체상금을 계약 총액에서 지체상금률을 곱하여 산출하기로 정한 경우에, 손해배상의 예정에 해당하는 지체상금의 과다 여부는 지체상금 총액을 기준으로 판단하는데,²⁸⁾ 손해배상액의 예정이 그 대상채무를 달리한다면 별도로 판단해야 한다.²⁹⁾ 그리고 손해배상액의 예정이 없더라도 채무자가 당연히 지급의무를 부담하던 금액보다 적은 금액으로 감액하는 것은 손해배상액 예정에 관한 약정 자체를 전면 부인하는 것과 같은 결과가 되기 때문에 감액의 한계를 벗어나는 것이다.³⁰⁾

(3) 판례는 감액된 부분을 처음부터 무효인 것으로 본다.³¹⁾

[3314] III. 위 약 별

(1) 위약금이 위약별로 해석되기 위하여 특별한 사정이 주장·증명되어야 한다.³²⁾

[참 고] 대판 1996.4.26. 95다11436은 “도급계약에서 계약이행보증금과 지체상금의 약정이 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 계약이행보증금은 위약벌 또는 제재금의 성질을 가지고, 지체상금은 손해배상의 예정으로 봄이 상당하다”고 했지만, 지체상금은 이행지체를 전제로 하고, 채무불이행은 그에 한정되지 않는다는 점에서 지체상금과 함께 규정된 계약보증금을 위약벌이라고 단정할 수는 없다.³³⁾

(2) 채무불이행이 있으면 채권자는 위약금의 지급(또는 물취) 외에 실제로 발생한 손해의 배상을 구할 수 있다.

그런데 위약벌로서 위약금에 대하여 법원이 제398조 제2항에 기하여 감액할 수 없다는 것이 거래계의 현실로 정착되었다고 할 수 있으므로 그대로 유지되어야 한다는 것이 판례의 입장이 다.³⁴⁾ 다만 감액의 필요성은 위약금에서 더 절실한데, 판례는 위약금이 지나치게 과다한 경우에

압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래하는 경우라고 단정하기 어렵다고 한 대판 2021.11.25. 2017다8876도 참조.

27) 대판 1993.1.15. 92다36212. 감액사유에 대한 사실인정이나 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심법원의 전권에 속한다는 대판 2018.10.12. 2015다256794도 참조.

28) 대판 2002.12.24. 2000다54536.

29) 대판 2000.7.28. 99다38637 참조.

30) 대판 2023.8.18. 2022다227619.

31) 대판 1991.7.9. 91다11490.

32) 대판 2001.1.19. 2000다42632. 계약을 체결할 당시 위약금과 관련하여 사용하던 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약당사자의 경제적 지위, 계약체결의 경위와 내용, 위약금약정을 하게 된 경위와 교섭과정, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적, 위약금을 통해 이행을 담보하려는 의무의 성격, 채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부, 위약금액의 규모나 전체 채무액에 대한 위약금액의 비율, 채무불이행으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 손해액의 크기, 당시의 거래관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 위약금의 법적 성질을 합리적으로 판단해야 한다. 대판 2016.7.14. 2012다65973 참조.

토지매매에서 계약보증금의 성질에 관하여, 토지분양계약이 해제되었을 때에는 수분양자가 지급한 계약보증금이 분양자에게 귀속될 뿐만 아니라 수분양자는 계약해제로 인하여 분양자가 입은 손해에 대해서도 배상의무를 면하지 못하는 것으로 약정한 경우에 위약벌로 본 대판 1999.3.26. 98다33260과 지방자치단체가 일반경쟁입찰방식으로 토지를 매도하면서 작성한 매매계약서에 “매수인의 귀책사유로 계약이 해제되었을 때 계약보증금은 지방자치단체에게 귀속하고, 계약보증금 이외의 납부금은 매수인에게 반환하며, 매수인은 즉시 그 재산을 지방자치단체에게 반환하여야 하고 지방자치단체에 대하여 원상복구와 손해배상의 책임을 진다”고 규정되어 있는 경우에 손해배상의 예정이라고 본 대판 1999.4.27. 97다24009도 참조.

33) 대판 2000.12.8. 2000다35771도 “당사자 사이의 도급계약서에 계약보증금 외에 지체상금도 규정되어 있다는 점만을 이유로 하여 계약보증금을 위약벌로 보기는 어렵다”고 하였고, 앞의 2000다42632 판결도 같은 입장이다.

34) 대판(전) 2022.7.21. 2018다248855·248862. 다수의견이 드는 구체적인 이유는 다음과 같다. ① 제398조 제4항, 제2항에 비추어 민법은 위약금의 약정 중 손해배상액의 예정에 대해서만 법원의 재량에 의한 감액을 인정하고 있다고 보아야 한다. ② 위약벌과 손해배상액의 예정의 기능이 본질적으로 다르고 위약벌은 손해배상과는 무관하므로, 위약벌약정에 해당한다면 위약벌과 별도로 채무불이행으로 인하여 실제 발생한 손해에 대하여 배상을 청구할 수 있다고 해석된다. ③ 사적자치의 원칙에 따라 계약당사자의 의사에 최대한 존중되어야 하고, 위약벌약정에 대한 법원의 개입을 쉽게 허용할 것은 아니다. ④ 손해배상액의 예정에 대해서만 법원의 재량에 의한 감액을 인정하는 것은 입법자의 결단으로 볼 수 있으므로 위약벌에 대하여 같은 취지의 규정이 없다고 하여 법률의 흠결이 있다고 할 수 없고, 설사 이를 법률의 흠결로 보더라도 위약벌약정이 손해배상액의 예정과 일부 유사한 점이 있다고 하여 위약벌에 민법 제398조 제2항을 유추적용하지 않으면 과다한 위약벌에 대한 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래된다고 볼 수 없어, 유추적용이 정당하다고 평가하기 어렵다.

이에 대하여 대법관 6인은 유추적용을 긍정해야 한다는 반대 의견을 개진하였는데, 무엇보다도 손해배상액의 예정과 위약벌은 그

선량한 풍속 기타 사회질서(제103조)에 반하여 전부 또는 일부가 무효로 될 수 있다는 입장인데,³⁵⁾ 이에 대한 의문에 관하여 [1147] 참조.

기능이 유사한데 감액 여부를 달리 취급하는 것은 납득하기 어렵고, 일반조항인 제103조의 효력통제를 통해 위약벌의 감액을 인정하는 기존 판례는 우회로를 거쳐 유사한 결론에 이르게 되어 효율적이지 않다는 등의 이유를 든다.

- 35) 대판 2002.4.23. 2000다56976: “위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위해서 정해지는 것으로서 손해배상의 예정과는 그 내용이 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수는 없으며, 다만 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 되는 것에 불과하다.”