

II. 손해배상

1. 서설 — 손해배상법 일반

(1) 손해배상법의 민법상 지위

(가) 채무자가 채무불이행을 하면, 채권자는 그에 대하여 자신이 그 불이행으로 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다(제390조). 또한 그 채무가 계약으로부터 발생한 것인 경우에는, 채권자는 일정한 요건에 따라 채무불이행을 이유로 계약을 해제할 수 있는 권리(해제권)가 인정된다(제544조 이하 참조). 이 두 가지가 채무불이행책임의 가장 중요한 내용을 이룬다.²⁰⁾

19) 가령 채권양수인은 채권양도의 통지를 하지 않는 채권양도인을 상대로 “채권양도통지절차를 이행하라”는 내용의 판결을 받고 이 판결의 정본을 채무자에게 제시함으로써, 적법하게 채권양도통지를 한 것이 된다.

20) 그 외에 이행불능의 효과로서 대상청구권이 인정되나(대판 1992. 5. 12, 92다4581), 이는 채무자에게 귀책사유가 있는지 여부를 불문하고 채권자에게 부여되는 것으로서, 여기서

손해배상은 비단 채무불이행을 이유로 하여서만 문제되는 것은 아니다. 가령 불법행위의 법률효과는 가해자에게 불법행위로 인하여 발생한 피해자의 손해를 배상할 의무를 지우는 것이다(제750조 참조). 이와 같이 손해배상은 채무불이행과 불법행위에 걸쳐서 그 효과로서 인정되고 있다.²¹⁾ 그런데 이들은 민법에서 현저한 위치를 차지하고 있는 중요제도인 만큼, 손해배상의 법리는 매우 중요하다. 또 현실적인 기능면에서도 손해배상은 결정적인 의미를 가지고 있다.

(나) 하나의 법장치로서 손해배상제도가 민법의 체계 안에서 차지하는 위치는 대체로 두 가지 관점에서 살펴볼 수 있다. 하나는, 권리침해에 대한 구제수단이라는 측면이고, 또 하나는, 채권관계의 전개과정이라는 측면이다.

① 이미 존재하고 있는 어떠한 권리 또는 법적으로 보호되는 이익이 객관적으로 침해된 경우에, 그 권리 또는 이익의 주체에게 어떠한 구제수단을 인정할 것인가는 민법이 규율하는 주요한 대상 중의 하나이다. 권리보호 또는 권리달성추구는 민법의 기본적인 관심사라고 할 수 있다. 이에 대한 민법 규정을 보면, 일반적인 의미를 가지는 것으로 대체로 다음과 같은 내용을 들 수 있다.

첫째, 물건적 청구권이다. 이는 소유권이 침해된 경우에 대하여 제213조, 제214조에서 규정되어 있고, 이 규정을 지상권 등의 물권에 준용하는 형태로 규정되어 있다(제290조 제1항, 제370조 등 참조). 물건적 청구권은 그 발생요건이 극히 단순하다. 가령 제214조 전단의 소유물방해제거청구권을 보면, 「소유권이 방해되고 있다」는 것만으로 소유자는 그 방해의 제거를 청구할 수 있다. 그 방해의 주체가 누구이든, 또 그에게 아무런 과실이 없더라도, 나아가 소유자가 그 방해로 인하여 아무런 손해도 입고 있지 않더라도, 단지 소유권이 객

말하는 「채무불이행책임」의 내용이라고 할 수는 없다.

21) 그 밖에도 민법은 일정한 규율목적을 달성하기 위하여 손해배상을 법률효과로서 규정하는 경우가 많다. 가령 제135조(무권대리인의 책임), 제204조 내지 제206조(점유보호청구), 제216조(인지사용청구권), 제219조(주위토지통행권), 제226조(여수소통권), 제535조(계약상의 과실), 제661조 단서, 제689조 제2항(고용·위임의 해지), 제740조(사무관리자의 손해배상청구권), 제748조 제2항(악의수익자의 손해배상의무) 등이 그것이다. 이들 규정에서 정하는 손해배상의무(제216조, 제219조, 제226조 및 제740조에서는 손해의 「보상」이라는 표현을 사용하고 있으나, 이를 달리 볼 것은 아니다)는, 경우에 따라서 불법행위로 인한 손해배상의무의 성질을 가지는 것도 있으나 언제나 그러한 것은 아니고, 법률이 별도로 인정하는 특수한 책임으로 볼 수 있는 경우도 있다.

관적으로 침해되고 있다는 사정만으로 소유자는 침해자에 대하여 장차 그러한 방해가 일어나지 않도록 그 방해의 원천을 제거할 것을 청구할 수 있다. 그러나 이와 같이 단순하고도 강력한 내용의 물권적 청구권은 어떠한 권리 또는 이익이 침해되면 항상 주어지는 것은 아니고, 원칙적으로 대상에 대한 배타적인 지배가 그 내용인 권리, 즉 물권이나 저작권·특허권 같은 지적소유권, 나아가 건강·명예·프라이버시 같은 인격적 법익 등이 침해된 경우에만 부여된다. 채권이 제 3 자에 의하여 침해된 경우에도 예외적으로 방해배제청구권이 부여될 수 있는지 논란이 되고 있다.

둘째, 손해배상청구권이다. 그 대표적인 발생원인은 불법행위인데, 불법행위는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한” 경우에 인정된다(제750조). 그런데 어떠한 행위가 위법인지 여부를 판단하는 단계에서 그 행위에 의하여 침해되는 권리 또는 법익의 ‘강도’가 고려된다.²²⁾ 그리하여 가령 물권이 침해된 경우에는 다른 정당화사유가 없는 한 일단 위법한 것으로 인정된다.²³⁾ 그러나 불법행위가 인정되려면 위법성 외에도 우선 가해자에게 고의 또는 과실이 있어야 하며, 또한 피해자에게 손해가 있어야 한다. 나아가 손해배상은 권리 또는 법익의 침해에 대하여 장차 그러한 침해가 일어나지 않도록 그 원인을 제거하는 것이 아니라, 원칙적으로 과거의 침해행위로 말미암아 피해자에게 이미 발생한 손해를 메워 주는 것을 내용으로 한다. 그리고 손해배상청구권은 채무불이행으로 채권자에게 손해가 발생한 경우에, 채무자의 귀책사유가 부인되지 않는 한, 일반적으로 인정된다. 만일 이상과 같은 권리침해의 경우에 손해배상이 인정되지 않는다면, 그 권리의 내용이 공동화되기 쉬울 것이다. 이와 같이 손해배상청구권은 권리침해에 대하여 권리내용의 실질적인 실현(그로 인한 마이너스의 회복)을 추구하는 기능을 가진다. 한편 동일한 사실관계에서 발생한 손해의 배상을 목적으로 하는 경우에도 채무불이행을 원인으로 하는 배상청구와 불법행위를 원인으로 한 배상청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송물이므로, 법원은 원고가 행사하는 청구권에 관하여 다른 청구권과는 별개로 그 성립요건과 법률효과의 인정 여부를 판단하여야 한다. 계약 위반으

22) 그와 아울러 침해자의 주관적 귀책사유의 내용이 ‘상관적으로’ 고려된다고 하는 것이 통설의 입장이다.

23) 채권이 제 3 자에 의하여 침해된 경우에 위법성이 인정되려면 그에게 고의 이상의 귀책사유가 있어야 한다고 통설 설명되고 있다.

로 인한 채무불이행이 성립한다고 하여 그것만으로 바로 불법행위가 성립하는 것은 아니다.²⁴⁾

셋째, 부당이득반환청구권이다. 이는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한” 경우에 인정된다(제741조). 권리침해에 대한 구제수단으로서의 부당이득반환청구권은 통상 「침해이득반환청구권」이라고 부르는데, 이는 손해배상청구권과 마찬가지로 권리침해 자체를 배제하는 것은 아니고, 권리침해로 인하여 발생한 부당한 재산이동을 교정하고자 하는 것이다. 그러나 손해배상청구권과는 달리 이는 권리 또는 법익의 주체에게 생긴 손해를 메꾸어 주는 것이 아니라, 침해자가 얻은 이익의 반환을 내용으로 한다. 또한 침해이득반환청구권의 발생에는 침해자의 고의 또는 과실이 요구되지 않는 반면, 일반적으로 단순한 채권의 침해에 대해서는 이 구제수단이 주어지지 않으며 물건 그 밖에 배타적 지배를 내용으로 하는 권리(이른바 재화귀속)에 대한 침해가 있어야 한다.

② 채무불이행의 효과로서 손해배상청구권은 채권관계의 전개과정이라는 측면에서 그 위치를 정할 수도 있다. 채권관계는 채권자가 채무자에 대하여 급부를 청구할 수 있는 권리(채권)를 중심으로 형성되어가는 법률관계이다. 이는 대개 채무자가 자신의 의무를 임의로 이행하여 급부를 실현함으로써 채권이 소멸되어 종료된다. 채무자가 채무이행을 하지 않을 때에는, 채권자는 원칙적으로 국가기관의 힘을 빌려 급부를 강제로 실현하게 할 수 있다(강제이행청구권). 이는 채무자에게 채무불이행에 대한 귀책사유가 있는지 여부를 묻지 않는다. 이와 같이 채권자가 채무자의 채무불이행을 돌파하여 원래의 급부를 실현할 수 있는 법적인 가능성은 장래 채권의 만족을 보장하는 것일 뿐이고, 그것으로써 이미 발생한 채무불이행으로 말미암아 채권자가 입은 「손해」까지 전보되지는 않는다. 이 손해는, 채무자가 자신에게 귀책사유가 없음을 증명하지 못하는 한, 채무자에 의하여 배상되어야 한다. 채무자의 채무불이행이 있을 때, 채권자가 강제이행청구권과 아울러 가지는 손해배상청구권은 지연배상청구권이라고 불리는데, 그 성격은 통상 원래의 채권이 확장된 것이라고 볼 수 있다. 이는 소유권 그 밖의 물권이 침해된 경우에, 물권을 가지는 사람이 물건적 청구권으로써 물권의 원만한 상태를 회복할 법적 가능성을 가짐과 아울러, 불법

24) 대판 2021. 6. 24, 2016다210474.

행위에 기한 손해배상청구권을 가지는 것과 마찬가지로 이해될 수 있다.

채무의 이행이 불가능하게 된 경우에는 강제이행은 무의미하다. 이러한 경우에 채권자는 이행에 갈음한 손해배상으로써 자신의 이익을 확보할 수밖에 없다. 이러한 내용의 손해배상청구권은 전보배상청구권이라고 부르는데, 그 성질은 통상 원래의 채권이 변형된 것이라고 한다. 물론 이때에도 채무자가 자신에게 귀책사유가 없음을 증명하면, 채권자는 그러한 내용의 손해배상을 청구할 수도 없으며, 이 경우 채권은 소멸하고 채무자는 채무를 면한다고 할 수밖에 없다. 다만 그 채권이 쌍무계약으로부터 발생한 것인 때에는 채권자도 채무자에 대하여 그 계약에 기하여 반대채무를 부담하는데, 위와 같이 채무자가 자신의 채무를 면하게 되는 경우에 채권자는 여전히 반대채무를 부담한다고 할 것인가²⁵⁾ 하는 문제가 제기된다.

또한 채무이행이 가능하여 채권자가 강제이행을 청구할 수는 있다고 하더라도, 그는 이미 원래의 급부를 취득하는 데 더 이상 관심이 없거나 그에 이익을 가지지 않을 경우도 있다. 민법은 이러한 경우에 채권자에게 “[원래의 급부의] 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구”할 수 있는 가능성을 인정하고 있다(제395조).

(다) 민법은 제393조 내지 제399조에서 채무불이행으로 인한 손해배상의 방식, 범위, 제한사유 등에 관하여 정하고, 이들을 불법행위의 경우에 준용하는 방법을 택하고 있다(제763조).²⁶⁾ 제393조 이하의 규정은 원칙적으로 손해배상에 관한 일반법으로서 의미가 있으며, 따라서 불법행위 외의 원인으로 인한 손해배상에 대하여도 준용되거나 적어도 유추적용될 수 있다.

25) 이와 같이 쌍무계약의 일방당사자가 자기 채무를 출연 없이 면하는 경우에 상대방에 대한 채권을 여전히 보유하는가에 관한 위점을 대가위험이라고 한다. 민법 제537조, 제538조 참조.

26) 제763조는 제395조, 제397조, 제398조를 불법행위의 경우에 준용하지 않는다. 그러나 제395조는 이행지체의 경우에 전보배상을 청구하는 것에 관한 규정으로서 불법행위와는 무관하다. 한편 제397조는 금전채무불이행에 관한 특칙으로서, 불법행위로 인한 손해배상채무가 금전채무인 이상(제763조에 의하여 준용되는 제394조 참조) 그 규정은 당연히 그에 적용되어야 한다. 또한 제398조는 “채무불이행으로 인한 손해배상액”을 예정한 경우에 대한 것으로, 이는 불법행위책임이 발생할 것에 대비하여 미리 배상액을 정하는 경우와는 구별되어야 할 것이다. 그러나 이 경우에도 해석상 제398조, 특히 동조 제 2 항이 준용 내지 유추적용될 수 있다.

(2) 손해배상법의 원칙

(가) 손해배상법은 피해자에게 생긴 법익상의 불이익을 메꾸어 주는 것을 목표로 한다(전보원칙). 손해배상에 의하여 손해배상권리자는 기껏해야 책임발생원인이 생기지 않았더라면 있었을 상태의 회복을 얻을 수 있을 뿐이다. 이는 재산적 손해에 대하여서뿐만 아니라, 비재산적 손해에서도 다를 바 없다. 그리하여 영국이나 미국법에서 인정되고 있는 징벌적 손해배상(punitive damage)은 우리 법에서는 인정될 수 없다.²⁷⁾

물론 민법은 손해배상책임의 발생에 원칙적으로 가해자의 귀책사유를 요구하고 있으나, 그렇다고 하여 법적으로 부정적으로 평가되는 행위를 한 가해자에게 손해배상책임을 부과함으로써 그를 제재하는 것 자체를 1차적인 목표로 하지는 않는다. 이는 우선 가해자에게 귀책사유가 없어도 손해배상책임이 인정되는 경우가 적지 않게 존재한다는 점²⁸⁾에서 알 수 있다. 그리고 만일 제재가 1차적인 목표라면 가해자에 대한 책임비난의 경중을 손해배상의 내용에 반영하여야 하는데 민법은 그러한 태도를 취하지 않는다.²⁹⁾ 그와 같은 제재는 원칙적으로 형법에 맡겨져 있다. 나아가 법질서 전체의 입장에서 볼 때 바람직하지 않은 행위를 한 사람으로 하여금 그로 인한 손해를 배상하게 함으로써 일반적으로 그러한 행위로 나아가는 것을 막겠다는 일반예방의 사고도 손해배상을 지탱하는 중추적인 역할을 하지는 못한다.

이와 같은 전보원칙은 한편으로 손해배상의 내용을 피해자(채권자)의 불이익에 초점에 맞추어 정하도록 하며, 다른 한편으로 피해자는 손해배상을 받음에 의하여 책임발생의 원인사실이 일어나지 않았을 때보다 더욱 많은 이익을

27) 이에 관해서는 김재형, “징벌적 손해배상제도의 도입문제,” 언론과 인격권, 제 2 판, 2023, 459면 이하.

28) 불법행위에서의 소위 「무과실책임」이 인정되는 경우는 물론, 채무불이행으로 인한 손해배상에서도 제392조나 제397조 제 2 항 후단 등은 채무자에게 귀책사유가 없어도 그 손해를 배상하여야 한다고 정한다.

29) 물론 특히 통상 「위자료」라고 불리는 비재산적 손해의 배상에서는 가해자의 주관적 사유가 어떠한 것이냐(고의인가 과실인가, 또 후자라면 그 과실의 정도는 어떠한가)가 구체적인 배상액을 정하는 데 고려되는 사정 중의 하나이다. 그러나 그렇다고 해도, 우선 이는 손해배상체계 전체로 보면 그렇게 현저한 지위를 차지하는 것은 아니고, 나아가 그 경우에도 가해자의 그러한 사정은 피해자가 입은 비재산적 손해를 평가할 때 고려되는 것일 뿐이고 그 사정 자체가 바로 손해배상의 내용을 정하는 것은 아니다.

얻는 일이 없도록 하여야 한다는 요청(부당이득의 금지)을 제기한다. 이것이 손익상계의 법리의 배경을 이루는 사고이기도 하다.

(나) 구체적인 손해배상의 내용에 대하여 민법은 다음과 같은 원칙을 택하고 있다. 이하에서는 주로 채무불이행으로 인한 손해배상을 염두에 두고 설명하기로 한다.

① 배상되어야 할 손해의 범위에 대하여, 민법은 제393조 제 1 항에서 “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.”라고 정하고 있다. 위 규정은, 통상의 손해가 아닌 손해는 비록 채권자가 채무자의 채무불이행으로 말미암아 입은 손해, 즉 그것과 인과관계가 있는 손해라도 원칙적으로 배상되지 않는다는 의미이다. 다만 동조 제 2 항은 그러한 비통상의 손해 중에서 “채무자가 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정으로 인한 손해”만은 예외적으로 배상될 수 있음을 정한다.

위 규정은 우선 적극적으로 민법이 손해배상에 관하여 완전배상주의가 아니라 제한배상주의를 취하고 있음을 밝힌 점에 의미가 있다. 이보다 더욱 명확하게 제한배상의 원칙을 선언한 규정은 쉽사리 그 예를 찾기 어렵다. 이 점에서 민법은 완전배상주의를 채택하고 있는 독일 민법과는 태도가 다르고, 오히려 프랑스 민법³⁰⁾이나 영미법상의 원칙³¹⁾에 가깝다. 채권자는 채무자의 채무불이행과 인과관계가 있는 손해의 전부를 채무자로부터 배상받을 수 있는 것이 아니다. 그 손해는 채권자 스스로 부담하여야 할 것과 이를 채무자로부터 배상받을 수 있는 것으로 나누어지는데, 그 기준은 1차적으로 (i) 그 손해가 통상의 손해인지 여부이며, (ii) 만일 그것이 통상의 손해가 아니라면 그 손해가 “채무자가 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정”으로 인하여 발생하였는지 여부인 것이다. 나아가 소극적으로는 위 규정은 손해배상의 범위가 위와 같은 기준만으로 정해지고, 채무자가 고의로 채무불이행을 범하였는가 아니면 단순히 과실

30) 프랑스 민법은 계약불이행으로 인한 손해배상의 범위에 관하여 제1150조에서 “계약시에 예견된 손해 또는 예견할 수 있었던 손해에 대하여만 배상책임을 진다”라고 정한다.

31) 영국이나 미국에서 계약위반으로 인한 손해배상에 관하여는 1854년의 *Hadley v. Baxendale* 판결(9 Exch. 341, 156 Eng.Rep. 145)의 법리가 통용되고 있다. 이에 의하면, 손해배상의 범위는 (i) 공정하고 합리적으로 관찰할 때 사물의 통상의 경과에 따라 자연스르게 발생하였다고 할 손해와 (ii) 합리적으로 볼 때 계약의 양당사자가 계약체결시에 계약위반의 개연적인 결과로 예상하였다고 할 손해에 한정된다.

이 있는 것에 지나지 않는가에 의하여 영향을 받지 않음을 정하고 있다고 할 수 있다.

② 손해배상의 방법에 대하여 제394조는 “다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다.”라고 정한다. 이는 원상회복주의, 즉 손해를 발생시키는 원인이 없었다고 가정한다면 있었을 상태를 실제로 수립하는 것으로써 손해배상을 하는 입장을 취하지 않고,³²⁾ 재산적 손해이든 비재산적 손해이든 이를 금전으로 환산하여 채무자로 하여금 이를 지급하도록 하는 금전배상주의를 취함을 밝힌 것이다. 그러므로 우리나라에서는 손해배상에 의하여 손해가 제거되는 것이 아니라, 금전으로 전보(보상)되는 것이다.

(3) 손해배상문제에 대한 사고단계

손해배상청구권의 존부와 내용은 대체로 다음과 같은 세 단계를 거쳐 확정된다. 첫째, 채무불이행으로 인하여 채권자에게 손해가 발생하였음이 인정되어야 한다. 이는 ① 채권자에게 과연 「손해」가 있는지 여부와 ② 이 손해의 발생이 채무불이행으로 인한 것인가, 다시 말하면 채무불이행과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지를 두 가지 문제를 포함한다. 둘째, 위에서 본 바와 같이 채권자의 손해 전부가 아니라 일정한 범위의 손해만이 배상되므로, 배상되어야 할 손해의 범위가 확정되어야 한다. 셋째, 배상되어야 할 손해의 범위 안에 드는 손해라고 하여도, 손해배상은 위에서 본 대로 금전으로 하므로, 이를 금전으로 환산·평가하여야 한다.

다만 실제의 손해배상사건에서는 위와 같은 사고상의 단계가 구분되지 않는 경우가 많다. 그러나 위와 같은 구분은 손해배상법을 명료하게 이해하는 데 도움이 된다.

2. 손해의 의의와 종류

(1) 손해의 의의

(가) 채무불이행책임의 내용으로 채무자에게 손해배상책임을 인정하기 위해서는 채권자에게 「손해」가 발생하였어야 한다. 그런데 민법은 손해에 대한 정의 규정을 두고 있지 않다. 손해가 무엇인지를 엄밀하게 정의하는 것은 매우

32) 이와 달리 독일 민법 제249조 제1항은 원상회복주의를 채택하고 있다.

어렵다.

학설은 통상 손해를 「법익(법적으로 보호할 가치가 있는 이익)에 관하여 받은 불이익」 또는 「법익에 대한 침해에서 생긴 불이익」이라고 정의하고 있다.³³⁾ 이는 「손해」라는 말의 일상적인 의미를 기준으로 한 것이다. 그러나 이는 실제로 법적 판단을 하는 과정에서 손해의 발생 여부를 가리는 데 실질적인 기준이 되기에는 지나치게 막연하다. 손해 개념을 일의적으로 정의하는 작업을 하기보다는, 오히려 손해 유무를 판단하는 실질적인 기준을 탐색하는 것이 필요하다.

(나) 재산적 손해에 대하여는 이를 차액설(또는 차이설이라고도 한다)로 파악하는 것이 통설이다.³⁴⁾ 이에 따르면 재산손해의 확정에서는 개별법익에 입은 불이익이 아니라, 피해자의 현재 재산상태와 가해원인이 없었다면 존재하였을 그의 가정적인 재산상태의 차액을 파악하여야 한다는 것이다. 다시 말하면 이는 개별법익의 침해가 그 법익 주체의 재산 전체에 미친 효과를 포괄적으로 파악하는 것이다. 그러한 의미에서 이는 총체적 재산손해라고도 부를 수 있다.

(2) 손해의 종류

손해를 분류하는 기준은 매우 다양하다. 그러나 여기서는 민법에서 중요하게 다루어지는 손해의 종류만을 다룬다.

(가) 재산적 손해와 비재산적 손해

손해를 재산적 손해와 비재산적 손해로 구분할 수 있다. 재산적 손해는 재산에 관하여 생긴 손해이고, 비재산적 손해는 생명, 신체, 자유, 명예 등의 비재산적 법익에 관하여 생긴 손해이다. 비재산적 손해는 정신적 타격, 고통, 슬픔을 평가한 것이기 때문에, 정신적 손해라고도 하고, 그 배상금을 위자료라고 한다.³⁵⁾

이 구별은 제751조(“재산 이외의 손해”), 제752조(“... 재산상의 손해 없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다”) 등에서 명문으로 규정되어 있다. 그리고 실제의 손해배상사건을 해결하는 데도 매우 중요한 구분이다.

33) 박윤직·김재형, 채권총론, 128면; 김상용, 채권총론, 154면; 김중환·김학동, 채권총론, 126면; 김형배, 채권총론, 238면; 이은영, 채권총론, 264면; 황적인, 현대민법론 III, 134면 참조.

34) 박윤직·김재형, 채권총론, 128면. 반대: 김상용, 채권총론, 155면.

35) 박윤직·김재형, 채권총론, 129면; 김상용, 채권총론, 155면 이하; 김중환·김학동, 채권총론, 126면.

(나) 적극적 손해와 소극적 손해

적극적 손해는 채무불이행이나 불법행위로 적극적으로 손해가 발생한 경우를 가리키고, 소극적 손해는 일실이익과 같이 채무불이행이 없었더라면 발생하였을 이익이 발생하지 않는 경우를 가리킨다.

(다) 이행이익의 손해와 신뢰이익의 손해

이행이익은 이미 유효하게 성립된 채권의 존재를 전제로 하여 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않았기 때문에 채권자가 입은 손해를 말한다. 즉, 이행이익의 손해는 이행이 있었다라면 존재하였을 채권자의 상태와 현재 상태의 차이를 말한다. 이에 반하여 신뢰이익은 계약이 유효라고 믿었기 때문에 입은 손해를 말하는데, 이를 소극적 이익(negatives Interesse)이라고도 한다. 계약비용, 계약의 이행을 위한 준비로 비용을 지출하거나(예를 들면 조사비용, 대금의 차용, 운송수단의 준비 등) 다른 사람의 보다 유리한 매수제의를 거절한 경우뿐만 아니라, 매매목적물에 하자가 없다고 믿고 일정한 대금을 지급하기로 약정한 경우 등이 이에 해당한다.

손해배상법에서 신뢰이익의 개념과 함께, 어떠한 경우에 이를 인정할 것인지에 관해서도 논란이 되고 있다. 먼저 계약이 무효인 경우에 신뢰이익의 배상이 인정될 수 있다. 제535조는 계약체결상의 과실책임에 관하여 규정한다. 이 규정에 따르면, 원시적 객관적 불능인 계약에서 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 “그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해”를 배상하여야 한다. 이것이 신뢰이익의 배상을 가리킨다. 여기에서 나아가 계약이 착오로 취소된 경우 등에도 신뢰이익의 배상을 인정해야 할 것인지 논의되고 있다. 또한 매도인의 담보책임, 특히 하자담보책임에서도 이 책임이 무과실책임이라는 이유로 그 손해배상이 신뢰이익의 배상을 의미하는지, 아니면 이행이익의 배상을 의미하는지에 관하여 논의되고 있다. 한편 계약해제시의 손해배상, 나아가 채무불이행에 기한 손해배상에서도 신뢰이익의 배상이 문제되는데, 이 경우에 신뢰이익의 손해는 “계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해”(제535조)가 아니라 “계약의 이행을 믿었음으로 인하여 받은 손해”를 의미한다.

3. 손해배상의 범위

(1) 민법 제393조

민법은 제393조에서 손해배상의 범위에 관하여 구체적으로 정하고 있다. 제 1 항은 “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.”라고 규정하고, 제 2 항은 “특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.”라고 규정한다.

종래에는 손해배상의 범위를 상당인과관계설에 따라 설명하였다.³⁶⁾ 즉, 채무불이행과 손해 사이에 상당인과관계가 있는 경우에 그 손해를 배상하여야 한다는 것이다. 대법원 판결에서도 상당인과관계설을 따르는 판결들이 많이 나왔다. 그러나 제393조가 손해를 통상손해와 특별한 사정으로 인한 손해로 구분하고, 특별한 사정으로 인한 손해는 예견가능성이 있는 경우에 배상하도록 하였으므로, 이에 따라 손해배상의 범위를 정해야 한다.

(2) 통상손해

제 1 항의 통상손해는 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 채무불이행이 있으면 사회일반의 거래관념 또는 사회일반의 경험칙에 비추어 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 손해를 말한다. 이는 계약에서 추구하는 통상적·전형적인 목적(이익)과 당사자가 계약 당시 공통적으로 추구하였던 목적에 비추어 채무불이행으로 말미암아 그 실현이 좌절된 이익을 배상하도록 하기 위한 것이다. 대법원 판결에서 나타나는 주요한 사례를 들면 다음과 같다.

첫째, 매매계약의 이행불능으로 인한 전보배상책임의 범위는 이행불능 당시의 매매목적물의 시가 상당액이 통상의 손해에 해당한다. 둘째, “채무불이행 또는 불법행위로 인하여 물건이 훼손·멸실된 경우 원칙적으로 훼손 등 당시의 수리비나 교환가격을 통상의 손해로 보아야 하되, 훼손으로 수리가 불가능한데 그 상태로 사용가능하면 교환가치의 감소분, 사용이 불가능하면 물건의 교환가치가 통상의 손해이고, 수리가 가능한 경우에는 수리비가 통상의 손해(다만 수리비가 물건의 교환가치를 초과하는 경우에는 그 손해액은 형평의 원칙상 교환가치 범위 내로 제한된다)”라고 한다.³⁷⁾ 셋째, “영업용 차량이 사고로 인하여 파손되

36) 상세한 것은 박윤직·김재형, 채권총론 133면; 김상용, 채권총론, 168면 참조.

37) 대판 1970. 9. 22, 70다649; 대판 1995. 9. 29, 94다13008; 대판 1999. 1. 26, 97다39520.

어 그 유상교체나 수리를 위하여 필요한 기간 동안 그 차량에 의한 영업을 할 수 없었던 경우에는 영업을 계속 했더라면 얻을 수 있었던 수익상실은 통상의 손해로 인정되어야 한다.”³⁸⁾ 넷째, 물건 인도 의무의 이행지체를 이유로 한 손해배상의 경우에는 일반적으로 물건을 사용·수익함으로써 얻을 수 있는 이익, 즉 그 물건의 차임 상당액이 통상의 손해이다. 그러므로 건물건축공사에 관한 도급계약에서도 수급인이 목적물인 건물의 건축공사를 지체하여 약정기한까지 이를 완성·인도하지 않은 때에는 적어도 당해 건물에 대한 차임 상당의 손해액을 배상하여야 한다.³⁹⁾

(3) 특별한 사정으로 인한 손해

특별한 사정으로 인한 손해는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 말하고, 이에 대하여는 채무자가 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 배상책임을 진다.⁴⁰⁾ 통상손해는 계약의 당사자가 예견하였다고 볼 수 있기 때문에, 별도로 예견가능성을 요구하지 않은 것이라고 볼 수도 있다. 이와 같이 보면 민법에서 손해배상의 범위를 정할 때 채무자의 예견가능성이 핵심적인 준거틀로 작용하고 있다고 말할 수 있다.

대법원 판결에서 특별한 사정으로 인한 손해에 관하여 판단한 사례들이 많다. 가령 물건을 전전 매매함으로써 얻는 이익, 즉 전매이익은 이에 해당한다고 보는 경향이 있다.⁴¹⁾ 또한 성능미비의 기계를 공급하고도 원고의 공장에서 위 기계를 수거하지 아니함으로써 원고가 그 대신하는 기계를 설치하여 외국수입상과의 계약에 따른 수출물제조를 위한 원자재를 가공할 수 없게 되어 부득이 다른 공장에서 가공함으로써 발생한 손해는 특별한 사정으로 인한 손해라고 한다.⁴²⁾ 한편 토지 매도인의 소유권이전등기 의무가 이행불능인 경우 통상의 손해배상액은 채무불이행 당시 토지의 교환가격이나, 만일 매도인이 매매 당시 매수인이 이를 매수하여 그 위에 건물을 신축할 것이라는 사정을 이미 알고 있었고 매도인의 채무불이행으로 인하여 매수인이 그 토지에 신축한 건

38) 대판 1990. 8. 14, 90다카7569.

39) 대판 1995. 2. 10, 94다44774.

40) 대판 1994. 11. 11, 94다22446.

41) 대판 1967. 5. 30, 67다466; 대판 1992. 4. 28, 91다29972.

42) 대판 1980. 8. 26, 80다1171.

물이 철거될 운명에 이르렀다면, 그 손해는 적어도 특별한 사정으로 인한 것이라고 한다.⁴³⁾

이행불능 이후에 목적물의 시가가 등귀한 경우에 손해를 어떻게 산정할지 문제되는데, 대법원은 특별사정으로 인한 손해 문제로 해결하고 있다. 즉, 매매 계약을 이행할 수 없게 된 다음에 목적물의 시가가 등귀한 경우에 채무자가 이를 알거나 알 수 있었을 경우에 한하여 이를 특별사정으로 인한 손해로 보아 그 배상을 청구할 수 있고, 이행불능 당시의 시가가 계약 당시의 그것보다 현저하게 양등한 경우에는 그 가격에 대하여 손해배상을 청구할 수 없다고 한다.⁴⁴⁾

계약불이행의 경우에 정신적 손해도 특별한 사정으로 인한 손해로 파악하고 있다. 가령 “일반적으로 건물신축도급계약이나 임대차계약 등에서 수급인이나 임대인의 채무불이행으로 인하여 손해가 발생한 경우, 이로 인하여 상대방이 받은 정신적 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이므로, 상대방이 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 수급인 등이 이를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다.”라고 한다.⁴⁵⁾

특별사정으로 인한 손해배상에서 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었는지를 가리는 시기가 문제된다. 이에 관해서는 계약체결당시를 기준으로 해야 한다는 견해도 있으나, 다수설과 판례는 채무의 이행기까지를 기준으로 판단하고 있다.⁴⁶⁾

4. 손해배상의 방법

손해배상은 위에서 보았듯이 금전배상이 원칙이다(제394조). 다만 예외적으로 의사표시로 다른 방식의 손해배상을 정할 수 있다(제394조). 또한 법률에서 손해배상의 방법을 정할 수 있다. 특히 제764조는 명예훼손의 경우에 법원이 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다고 정한다. 여기에서 나아가 손해배

43) 대판 1992. 8. 14, 92다2028.

44) 대판 1967. 11. 28, 67다2178; 대판 1978. 1. 10, 77다963; 대판 1993. 5. 27, 92다20163.

45) 대판 1993. 11. 9, 93다19115; 대판 1994. 12. 13, 93다59779.

46) 대판 1985. 9. 10, 84다카1532; 박윤직·김재형, 채권총론, 141면; 김주수, 채권총론, 156면; 김중환·김학동, 채권총론, 143면.

상의 방법으로 원상회복을 인정하여야 한다는 견해가 있으나, 이 견해는 받아 들여지지 않고 있다.

금전배상은 일시금으로 배상하는 경우가 대부분이나, 제751조는 비재산적 손해의 배상에 대하여 정기금배상을 인정하고 있다.

[2004년 민법개정안]

제394조(손해배상의 방법) ① 손해는 금전으로 배상한다. 그러나 채권자는 상당한 이유가 있는 때에는 원상회복을 청구할 수 있다.

② 법원은 신체 또는 건강의 침해로 인한 손해를 정기금으로 배상할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다.

[2013년 민법개정안]

제394조(손해배상의 방법) 손해는 금전으로 배상한다. 그러나 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 채권자의 청구에 의하여 금전배상에 갈음하거나 금전배상과 함께 다른 적절한 방법으로 배상할 것을 명할 수 있다.

참고논문

「우선 회복되어야 할 원래의 상태란 손해배상을 일으키기 전의 상태 그대로 회복시킨다는 의미는 아니고, 손해가 있기 전의 상태와 경제적으로 동가치적인 상태가 회복되면 된다. 다른 말로 표현하자면 손해가 없었더라면 일어났을 상태도 고려하여야 한다. 예컨대 아직 다 자라기 전의 식물이 멸실되었다면 그로부터 상당기간 지난 후의 원상회복은 멸실될 당시 상태의 식물을 다시 심는 데 그치는 것이 아니라, 식물이 그 기간 동안 자랐을 정도의 상태를 회복하여야 하는 것이다.»⁴⁷⁾

좌담회

손해배상 방법과 관련해서 개정안 제394조 제1항 단서에 원상회복을 구

47) 윤진수, “손해배상의 방법으로서의 원상회복,” 민법논고 Ⅲ, 97면.

정하고 있는데, 기본적으로 이러한 규정을 두는 것에는 찬성을 합니다. 그런데 그 원상회복(原狀回復)이라는 용어 자체는 한자를 그대로 풀어보면 ‘원상태로 회복한다’는 뜻입니다. 계약의 해제효과로서 원상회복의무를 규정하고 있는데, 이와 동일한 의미로 인식하게 될 수 있습니다. 개정안 제394조 제1항에서 손해배상 방법으로 규정한 원상회복의 의미는 ‘어떤 채무불이행이 없었다면 있었을 상태로 만든다’는 것입니다. 원상회복이 독일법 등에 있는 표현을 번역한 것인데, 원래의 의미를 제대로 전달하지 못하고 있다고 생각됩니다. 교과서 등에서는 이 용어를 쓰는 것이 어쩔 수 없다고 하더라도 그것을 그대로 법전화하는 것은 문제가 있습니다. 개정작업을 하는 과정에서 초기에는 어느 문구를 사용할 것인지 논란이 있었으리라고 생각되는데, 그냥 원상회복이라고 해 놓으니깐 이것이 너무 좁게 해석될 여지가 있는 것이 아닌가 생각됩니다. 물론 해석을 통해서 원래 의미대로, 원상회복이라는 것은 채무불이행이 없었다면 있었을 상태를 회복한다는 것을 말하는 것이라고 할 수는 있겠지만, 이 한자말이 가져다 주는 원래의 의미하고 잘 맞지 않는 것 같아서 다른 방식으로 표현하는 것이 어떨까 생각됩니다.⁴⁸⁾

[판결 1] 손해배상과 예견가능성: 대판 1997. 11. 11, 97다26982, 26999

[이 유]

상고이유(기간 경과 후에 제출된 보충상고이유는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 제1점에 대하여

원심은, 무역회사인 원고(반소피고, 이하 원고라 한다)는 소외 동창제지 주식회사(이 사건 매매계약 체결 후 회사정리절차가 개시되었고 그 후 한솔판지 주식회사로 상호가 변경되었음, 이하 정리회사라 한다)와 사이에 정리회사가 제조할 편면코팅 회색판지를 원고가 홍콩으로 수출하기 위하여 매수하기로 합의하고, 장치 규격, 가격, 선적 사항 등이 결정되면 그 때마다 원고가 필요한 사항을 기재하여 넣어 신속하고 간편하게 매매계약을 성립시킬 수 있도록 미리 정리회사로부터 정리회사의 명판 및 대표이사의 직인이 날인되고 품명, 규격, 가격, 선적 사항 등이 백지로 된 다량의 물품매도확약서를 교부받고, 또 은행에 제출할 외화 획득용 원료구매승인신청서 용지에도 미리 정리회사의 날인을 받아 둔

48) 「민법개정(물권·채권편)」 좌담회, 인권과 정의 제320호(2003. 4), 17면(김재형 발언).

사실, 원고와 정리회사는 1994. 2. 1., 같은 달 15. 및 같은 달 21.의 3차례에 걸쳐 위 판지의 계약 수량과 인도 가격 및 선적 기일 등에 관하여 구체적인 내용을 합의하였고, 원고는 위 각 합의 날짜에 합의된 내용대로 물품매도확약서 등에 필요한 내용을 기재하여 넣음으로써 원심 판시와 같이 합계 16,601톤의 판지에 관하여 매매계약이 체결된 사실, 한편 원고는 1993. 12. 15.부터 1994. 3. 18.까지 홍콩 법인인 소외 패시픽 유니온 엔터프라이시스(당시 원고의 대표이사가 대주주였음. 이하 패시픽 유니온이라 한다)와 사이에 원고가 정리회사로부터 공급받을 판지를 패시픽 유니온에게 매도하기로 하는 매매계약을 체결하고 그 선적일을 원고의 매도확약서에 기재된 선적일과 같게 하였는데, 패시픽 유니온은 홍콩 소재 소규모 무역회사로서 소외 유니버설 디벨로프먼트 등 7개의 구매자들(이하 7개의 구매자들이라 한다)과 판지 매매계약을 체결한 후 원고로 하여금 위 판지를 7개의 구매자들에게 직접 인도하도록 한 사실, 정리회사는 원고에게 판지를 공급하다가 원심 판시의 10,800톤에 대한 공급을 일방적으로 중단하였고, 이로 인하여 원고는 패시픽 유니온에게, 패시픽 유니온은 7개의 구매자들에게 각 순차 위 판지 매매계약을 이행할 수 없게 된 사실 및 이로 인하여 원고는 (1) 패시픽 유니온과의 매매계약에서 얻을 수 있었던 영업이익의 미화 114,867달러를 상실하는 손해를 입게 되었고, (2) 패시픽 유니온에게 패시픽 유니온의 영업이익의 상실로 인한 손해배상으로 미화 319,750달러를 배상하게 되어 동액 상당의 손해를 입은 사실 등을 인정한 후, 원고의 다음과 같은 주장, 즉 위 7개의 구매자들에게 매매계약을 이행하지 못하게 된 패시픽 유니온은 7개의 구매자들과 손해배상의 합의를 한 후 홍콩법원에 원고를 상대로 하여 그 합의된 금액의 지급을 구하는 손해배상 소송을 제기하여 승소확정판결(의제자백판결)을 받음으로써 원고는 패시픽 유니온에게 위 판결에서 지급을 명한 손해배상채무를 이행할 처지가 되었으므로, 원고는 피고에 대하여 원심이 인정한 위 (1), (2)항의 손해배상채권 외에 별도로 위 승소확정판결에서 지급을 명한 금원 상당의 손해배상채권도 갖게 되었다는 주장에 대하여는, 정리회사가 패시픽 유니온과 7개의 구매자들 간의 전매계약을 알았거나 알 수 있었다고 볼 자료가 없다는 이유로, 원고의 주장을 배척하였다.

기록에 의하면, 정리회사는 자기의 수출을 알선하고 커미션을 받는 거래를 한 바 있던 원고가 홍콩으로 직접 수출하기 위하여 자기와 이 사건 판지 매매계약을 체결하게 된 사실 및 원고가 이 사건 수출물량 중의 일부에 대하여는 홍콩의 거래선과 교섭을 마치고 나서 정리회사와 매매계약의 교섭을 하였다는 사실 등은 알고 있었지만, 그러나 원고가 이 사건 매매계약의 이행기가 도래할

때까지 홍콩의 수입업자가 패시픽 유니온이고 패시픽 유니온이 홍콩의 실수요자들에게 이를 다시 판매할 목적으로 이 사건 판지류를 수입한다는 등 구체적 사정을 알고 있었던 사실이 인정되지 아니하므로, 같은 취지로 인정한 원심판결에 논하는 바와 같은 채증법칙 위반, 심리미진 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.

사실관계가 원심이 적법하게 확정한 바와 같다면, 정리회사로서는 정리회사가 원고에게 물품을 공급하지 아니하면 원고 역시 홍콩의 수입업자에게 물품을 제때 공급하지 못하게 되어 그로부터 손해배상 청구를 당할 수 있다는 사실을 예견할 수 있다고 할 것이므로(당원 1967. 5. 30. 선고 67다466 판결, 1985. 9. 10. 선고 84다카1532 판결 등 참조), 이러한 경우 원고가 수입업자에게 통상 배상하게 될 손해배상액 상당의 금원, 예컨대 합리적인 범위 안에서의 약정 위약금이나, 또는 홍콩의 수입업자가 시장에서 다른 제지회사로부터 같은 종류와 수량의 판지를 적정한 가액으로 구입하였다면 ‘그 구입가격과 원고와의 매매대금과의 차액과 그 구입에 소요된 합리적인 범위 안에서의 부대비용을 합산한 금액’에 관하여는 정리회사가 원고에게 배상할 책임이 있다고 할 것이나, 정리회사가 원고 이후의 계약 내용을 알고서 그 계약 내용과 관련시켜 원고와 매매계약을 체결하였다고 볼 수 없는 이 사건에서 홍콩의 수입업자가 다시 제 3자와 매매계약을 체결함으로써 그 제 3자에게 손해배상책임을 지게 되고 그 손해배상채무를 원고가 다시 수입업자에게 상환하게 되어 같은 금액의 손해를 입게 될 것이라는 점에 대하여는 정리회사가 이를 알 수 있었다고 보기 어려우므로, 원고 주장의 손해를 정리회사가 알 수 없었던 특별손해로 보아 손해배상책임을 부정한 원심판결은 정당하고, 여기에 논하는 바와 같은 손해배상의 범위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 모두 이유가 없다.

2. 제 2 점에 대하여

원심은, 패시픽 유니온의 영업이익 상실로 인한 손해액이 원고의 영업이익 상실로 인한 손해액보다 더 많은 점, 정리회사의 정상적인 운영에 어려움이 있으리라는 사정을 원고도 알았거나 알 수 있었을 것인 점, 계약 규모가 큰 데다가 이행 기간도 1994. 3.부터 같은 해 6.까지로 비교적 장기간인 점 등에 비추어 보면, 원고로서는 새로운 경영자인 관리인에게 이행 여부를 미리 확인하여 여의치 않다고 여겨질 때에는 대체품을 구입하여 수출계약을 이행하는 등의 조치를 취하였다면 원고의 손해를 줄일 수 있었는데도 이를 게을리한 잘못이 인정되므로, 정리회사가 배상할 손해배상액 금 348,953,989원을 금 314,058,590원으로 감액함이 상당하다고 판단하였는바, 관련 증거들에 비추어 보면 원심의 위 인정과 판단을 수긍할 수 있고, 원심판결에 논하는 바와 같이 과실상계에 대한 법리

오해, 채증법칙 위반, 심리미진 등의 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 이유가 없다.

질문

- (1) 이 사건에서 제조회사가, 무역회사가 외국의 수입업자에게 물품을 수출하기 위해 구매한다는 사정을 알고서 무역회사와 물품공급계약을 체결하였다. 이러한 경우 제조회사가 물품을 공급하지 못함으로 인해 무역회사에게 배상해야 할 손해배상의 범위는 무엇인가?
- (2) 이 사건에서 손해배상이 인정되려면 어떠한 요건이 필요한가?
- (3) 통상손해와 특별한 사정으로 인한 손해를 구분하는 방법은 무엇인가?

[판결 2] 특별한 사정에 대한 예견 시기: 대판 1985. 9. 10, 84다카1532

[주 문]

원심판결의 원고 패소부분중 금 6,000,000원과 그에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

원고의 나머지 상고를 기각한다.

위 상고기각 부분에 관한 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

[이 유]

상고이유를 판단한다.

1. 원심판결 이유에 의하면 원심은 원·피고사이에 1982. 7. 1. 원고가 피고로부터 토지 및 건물을 대금 61,000,000원에 매수하되 계약당일 계약금 6,100,000원을 지급하고 같은해 8. 15. 나머지 대금 54,900,000원을 지급함과 상환으로 피고로부터 위 부동산의 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부받기로 하는 내용으로 매매계약이 이루어졌는데 위 매매계약은 피고의 채무불이행으로 인하여 원고의 이 사건 소장송달로서 적법하게 해제된 사실을 인정한 다음 원고의 주장 즉 원고가 위 매매계약이 제대로 이행될 것으로 믿고 같은 해 8. 9. 위 매수 부동산을 소외 A에게 대금 69,000,000원에 전매하기로 계약을 맺고 그 계약금 6,000,000원을 수령하였다가 위와 같은 피고의 채무불이행 때문에 원고도 위 전매계약을 이행할 수 없게 되어 위 A에게 위 수령계약금액에 해당하는 금 6,000,000원의 위약배상금을 지급하게 되어 동액 상당의 손해를 입었으므로

그 배상을 구한다는 주장에 대하여 위와 같은 손해는 이른바 특별한 손해로서 피고가 위 매매계약당시에 동 손해의 발생을 알았거나 알 수 있었을 경우에만 이를 배상할 책임이 있다고 할 것인데 이 사건에 있어 피고가 위 매매계약당시 원고가 위 매수부동산을 제 3 자에게 전매하리라는 사정을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기에 충분한 증거가 없다고 판시하면서 원고의 위 청구부분을 배척하였다.

그러나 민법 제393조 제 2 항 소정의 특별사정으로 인한 손해배상에 있어서 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었는지의 여부를 가리는 시기는 원심 판시와 같이 계약체결당시가 아니라 채무의 이행기까지를 기준으로 판단하여야 할 것인바 돌이켜 이 사건에 관하여 보건대 피고가 그 성립을 인정하는 갑 제 7 호증(확인서)의 기재에 의하면 피고는 그 채무의 이행기(1982. 8. 15.) 이전인 1982. 8. 9. 원고가 위 매수부동산을 위 A에게 전매한 사실을 알고 있었던 사실이 인정되므로 피고는 채무이행기 전에 이미 원고가 위 전매계약 때문에 입게 된 손해의 원인이 된 특별사정을 알고 있었음이 명백하다고 할 것이다.

원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 원고의 이 부분 손해배상청구를 배척한 것은 특별사정으로 인한 손해에 대한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이고 이 점을 지적하는 상고논지는 이유있다.

2. 원심판결 이유에 의하면 원심은 원고가 이 사건매매계약이 유효하게 이행될 것을 전제로 (1) 소외 유철조에게 집짓기 시설대가로 금 1,000,000원, 목욕탕허가명의 이전대금조로 금 5,000,000원, (2) 소외 B에게 미용실시설 인수대금조로 금 1,000,000원, (3) 소외 A에게 위 건물에 관하여 투입한 수리비 등 변상조로 금 3,200,000원을 각 지급한 사실을 인정할 수 없다고 하여 원고의 위 각 금원지출을 이유로 하는 손해배상청구를 배척하였는바 원심이 위와 같은 조치를 취함에 있어 거친 증거의 취사과정을 기록에 비추어 살펴보아도 정당하고 거기에 소론과 같은 채증법칙을 위배한 위법이 없다.

참고논문

『계약 체결 이전에는 예견할 수 없었던(그 당시에는 아예 존재하지 않았기 때문에 예견할 수 없는 경우를 포함하여) “특별한 사정”이라고 하더라도 계약 체결 후 이행기가 되기 전까지 사이에 채무자가 예견할 수 있게 되었다면 채무자로서는 오히려 더욱 주의하여 채무불이행에 빠지지 않도록 한층 노력하여야 하지 않을까? 그러한 사정을 예견하였으면서도 “채무의 내용에 좇은 이행을 하

지 아니”하였고, 또 그러한 “채무불이행”에 대하여 고의 또는 과실이 있다면, 채무자는 채권자에게 “통상의 손해” 이외에도 그 “특별한 사정”으로 인한 손해를 배상하도록 하여도 무방하지 않을까 생각된다.』⁴⁹⁾

질문

- (1) 이 사건에서 원고가 청구하는 손해는 무엇인가?
- (2) 특별사정으로 인한 손해배상에 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었는지의 판단기준시점은 언제인가?
- (3) 이 판결의 태도는 정당한가?

[판결 3] 자동차 도난으로 인한 손해배상액: 대판 1990. 12. 11, 90다카27129

상고이유를 본다.

제1심에 대하여

원심판결이유를 기록에 비추어 보면 원심의 사실인정을 수긍할 수 있고, 거기에 채증법칙을 어긴 위법이 있다고 할 수 없다.

이 사건 자동차의 매매계약서인 갑제 1 호증의 제 3 조 제 2 호에 자동차의 인도장소는 “갑”(매도인인 원고)의 생산공장으로 되어 있으나, “갑” 또는 “을”(매수인)의 사정에 따라 생산공장 이외의 장소에서 인도할 수 있게 되어 있고, 이 경우 “을”은 별도의 자동차운반비를 납부하게 되어 있으므로, 원심이 이 사건 자동차를 서울에서 인도하기로 약정하였다고 인정한 것이 잘못이라고 할 수 없다.

원심이 인정한 사실에 의하면, 원고가 소외 A에게 이 사건 자동차 1대를 매도함에 있어 출고 및 등록절차도 원고가 대행하여 마친 후 서울에서 인도하기로 약정하고, 그에 소요되는 비용과 탁송료를 지급받았고, 원고산하 자동차대리점 직원인 소외 B가 이를 생산공장(울산)에서 소외 C로 하여금 서울에 탁송해 오도록 하여 피고 D가 경영하는 유료주차장의 관리인인 피고 E와 1989. 5. 2.부터 그 다음 날까지 보관계약을 체결하고 임치시켰는데 피고들이 이를 도난당하였다는 것인바, 사실이 그러하다면 이 과정의 사무는 아직 매수인인 소외 A가 B에게 대리권을 수여한 것이라고 할 수 없고 위 B가 원고산하 자동차대리

49) 양창수, “민법 제393조 제 2 항이 정하는 “특별한 사정”의 예견시기,” 민법연구 제 2 권 (1991), 133면.

점의 직원으로서 사무처리를 하는 과정에서 원고회사를 대리하여 피고 D를 대리한 피고 E와 보관계약을 체결한 것이라고 보아야 할 것이며, 따라서 위 보관계약이 소외 A와 피고 D 사이의 계약으로서 효력이 있다고 할 수는 없고, 위 B가 위 보관계약을 체결한 다음 날인 1989. 5. 3. 이 사건 자동차를 위 A 명의로 등록하였다고 하여도 위 보관계약의 당사자가 달라질 수는 없다.

또한 피고 D가 1989. 6. 2.경(원고의 이 사건 제소일도 1989. 6. 2.이다) 이 사건 자동차를 찾아서 1990. 2. 3. 위 A를 상대로 변제공탁하였다고 하여 피고들이 원고에 대한 채무이행을 다하였다고 할 수 없고, 이행지체로 인한 지연손해금 정도의 손해배상 채무만 부담한다고 할 수 없다(이 부분에 대하여는 뒤에 서 다시 판단한다).

따라서 원심이 이 사건 임차계약의 내용을 잘못 파악하여 피고들에게 손해배상책임을 잘못 인정한 위법이 있다고 주장하는 논지는 이유 없다.

제 2 점에 대하여

원심이 인정한 사실에 의하면 원고는 피고들이 반환약정기일에 이르러서도 이 사건 자동차를 원고에게 반환하지 못하여 상당한 기간을 정하여 수차 본래의 의무이행을 최고하였고, 그래도 피고들은 이 사건 자동차를 찾지 못하여 이를 반환하지 못하여 원고는 1989. 5. 27. 소외 A에게 같은 차종의 다른 차량을 출고하여 주었다는 것인바, 그렇다면 그로 인하여 원고가 입은 손해는 위 차량 가격과 출고, 등록 차량탁송에 소요된 비용과 제세공과금 등이라고 할 것이지, 그 이후에 이 사건 자동차를 되찾은 날인 1989. 6. 2.까지의 인도지연에 따른 손해나 감가상각액 정도라고 할 수는 없다.

채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간 내에 이행하지 아니하거나 지체 후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행을 갈음한 손해배상을 청구할 수 있는 것이며(제395조), 원고가 피고들의 책임 있는 사유로 인하여 위 A에게 매매목적인 자동차를 인도해 주지 못하여 대신 동종의 다른 자동차를 인도해 주었다면 그로 인하여 원고가 입은 손해는 그와 같이 다시 자동차를 출고해 줌으로써 이중으로 부담하게 된 자동차의 가액과 제반비용이라고 볼 것이고, 그 후에는 피고들이 자동차를 되찾아 반환하고자 한다고 하여 이 사건에서 원고에게 이를 수령하여야 할 의무가 있다고 할 수는 없다.

원고는 자동차를 제조하여 신품을 판매하는 회사이고, 매수인인 소외 A에게도 신품인 상태로 인도되어야 하는 것이므로 원고가 이행의 최고를 한 후 상당한 기간이 지나도록 피고들이 임차 자동차를 반환하지 못하여 그 후인 1989.

5. 27. 위 A에게 이미 동종의 다른 자동차를 인도하여 매도인으로서의 채무를 이행해버린 이상, 그리고 피고들을 상대로 같은 해 6. 2. 손해배상을 구하는 이 사건 소송까지 제기하였는데도, 원고가 도난당하여 사용되다가 회수한 중고자동차를 수령할 의무가 있다고 할 수는 없는 것이다.

이 사건에서 원고는 차량등록절차를 대행하여 마친 후 인도하기로 약정하고 그 비용을 받은 것이므로 피고들의 잘못으로 그 비용이 이중으로 지출되게 된 것이라면 피고들에게 배상책임이 있다고 할 것이며, 피고들이 이를 예견할 수 없었던 것이라고 할 수 없다.

논지도 이유 없다.

제 3 점에 대하여

상고이유보충서에 기재된 상고이유 중 상고이유 제1,2점과 중복된 부분은 해당부분에서 판단한 바와 같으며 중복되지 아니한 부분에 대하여 본다.

원심은 피고 E에게는 불법행위책임을 물어 손해배상책임을 인정한 것이며, 이와 같은 손해배상청구권은 그 물건의 소유권자에게만 인정되는 것은 아니다.

또한 이 사건 자동차가 원고회사 울산공장에서 출고할 당시나 피고들에게 임치할 당시에 위 A에게 점유나 소유권이 이전되었다고 할 수 없고, 피고들이 원래의 자동차를 도난당한 때에는 아직 위 A 명의로 등록-인도되기 전이므로 그 소유권은 아직 원고에게 있었다고 보아야 할 것이고, 그 후 위 A 명의로 등록이 되었을 때 위 A에게 소유권이 귀속되는 것이라고 본다고 하여도 이 사건에서 원고의 손해배상청구권 행사에 장애가 된다고 할 수 없다.

원심은 원고가 소외 A에게 매도한 자동차를 피고들에게 임치중 도난으로 이행불능되게 되어 위 A에게 인도할 수 없게 되어, 그 대신 동일한 차종의 다른 자동차를 인도하여 줌으로써 원고가 입은 손해에 대하여 피고들에게 채무불이행 또는 불법행위를 원인으로 한 배상책임을 인정한 것이고, 원심의 이와 같은 조처에 위법이 있다고 할 수 없다.

질문

- (1) 자동차회사가 구매자에게 매도한 자동차를 임치 중 도난당하여 동종의 다른 차량을 구매자에게 인도한 경우 수치인은 어느 범위에서 손해배상책임을 부담하는가?
- (2) 이 경우 수치인이 도난차량을 되찾은 경우 자동차회사가 차량을 인도받을 의무가 있는가?

- (3) 차량을 도난당한 후 구매자 명의로 차량등록이 되었다면 자동차회사의 수차인에 대한 채무불이행 또는 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권 행사에 장애가 되는가?

[판결 4] 프로스포츠 선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임의 범위: 대판 2004.

6. 24, 2002다6951, 6968

[주 문]

원심판결의 지연손해금에 관한 피고 패소 부분 중 아래에서 지급하게 하는 금액을 초과한 부분을 파기하고, 그 부분에 해당하는 원고의 항소를 기각한다. 피고는 원고에게 300,000,000원에 대한 2000. 12. 21.부터 2003. 5. 31.까지의 연 5푼의, 그 다음날부터 완제일까지의 연 2할의 각 비율에 의한 돈을 지급하라. 피고의 나머지 상고를 기각한다. 소송총비용을 피고가 부담하게 한다.

[이 유]

1. 상고이유 제 1, 2, 10 주장들에 관한 판단

원심은, 그의 채용 증거들에 의하여, 프로축구단을 운영하는 원고는 축구 선수인 피고와 사이에 1991. 11. 18. 입단계약을 체결하면서 피고가 원고 운영의 축구단에서 선수로서 활동하기로 하며 이후 외국구단으로 이적할 경우 피고는 귀국시에 원고 운영 축구단으로 조건 없이 복귀하기로 하고 원고는 원고가 그 외국구단으로부터 받게 되는 이적료를 원고와 피고가 5 : 5로 배분하기로 약정을 한 사실, 피고는 원고와의 협상을 거쳐 1998. 1. 7. 프랑스 프로축구단인 스트라스부르그 구단으로 이적하게 되었는데, 당시 원고는 그 구단으로부터 피고의 이적료 미화 100만 달러를 받아 그 중 절반에 해당하는 499,990달러를 위의 약정에 따라 피고에게 지급한 사실, 그 후 피고는 프랑스 프로축구리그에서 활동하다가 스트라스부르그 구단과의 불화로 출전기회가 줄어들자 다시 국내 복귀를 추진하기로 하고 피고의 형 A를 통하여 1998. 12.경부터 1999. 2. 5.까지 몇 차례 원고와 협상을 벌이다가 1999. 2. 16. 대리인 B를 통하여 수원 삼성블루윙스 구단(다음부터 '수원 구단'이라 한다)과 입단계약을 체결하고, 피고는 현재 수원 구단에서 활동중인 사실을 각 인정하였다.

원심은, 원고와 피고가 입단계약을 체결시 피고가 해외로 진출하였다가 국내로 복귀할 때는 원고 운영 축구단으로 복귀하기로 약정하였음이 명백하고 이는 피고가 국내로 복귀할 때 원고와 외국구단 사이의 이적료 협상의 결과와 상관없이, 원고가 제시하는 입단조건을 무조건 받아들여 원고 운영 축구단으로 복

귀하여야 한다는 것으로 해석할 수는 없다고 하더라도 위의 약정의 내용과 입단계약의 체결 경위 등을 참작하면 피고는 이적료 협상과 별개로 원고와의 입단 협상에 성실하게 응하여 합의에 이를 수 있도록 노력하여야 할 의무를 부담한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심은 나아가, 이 사건 사실관계에서는 스트라스부르그 구단과의 사이의 이적료 협상은 피고가 원고 운영 축구단으로 복귀하는 데 아무런 장애가 되지 않았고, 원고가 1999. 2.경 피고에게 제의한 입단조건은 당시 국내 프로축구에서는 가장 좋은 조건이었던 점, 그런데 피고의 대리인 B가 1999. 2. 하순경 원고 운영 축구단 부단장 C에게 전화하여 수원 구단이 연봉과 출전수당을 합하여 5억 원 정도의 입단조건을 제시하고 있다고 말하면서 빠른 시일 내에 원고의 의사를 밝혀 달라고 말하였는데, 사실은 피고는 그에 앞선 1999. 2. 16.에 이미 수원 구단과 연봉, 계약금 합계 3억 원, 출전수당 200만 원의 조건으로 입단계약을 체결하였던 점 등에 비추어, 원고가 피고에게 처음 제시한 입단조건이 당시 상황에서는 피고의 성실한 입단 협상을 기대할 수 없을 정도로 무성의한 수준의 것이라고 볼 수도 없는 데 반하여, 피고는 원고 운영 축구단으로의 복귀를 위한 협의를 성실하게 할 의사가 없이 수원 구단과 입단계약을 이미 체결한 후 이 사실을 숨긴 채 원고에게 일방적으로 조건을 제시함으로써 마치 협상을 할 의사가 있는 것처럼 보이려 하였을 뿐이어서 피고는 원고와의 협상에 성실하게 응하지 않은 채 일방적으로 수원 구단에 입단함으로써 해외에서의 복귀시 원고 운영 축구단으로 복귀하기로 한 위의 약정을 위반하였다고 할 것이므로, 그로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

기록 중의 증거들과 대조하여 보니, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당하고, 거기에 채증법칙 위반으로 인한 사실을 오인한 잘못은 없다.

그리고 그 사실관계에서는 피고가 원고와의 구단복귀 약정을 위반함으로써 그 위반으로 원고가 입은 상당인과관계 있는 손해를 배상할 의무를 진다고 본 그 판단도 옳고 그 판단에 처분문서의 해석, 계약불이행으로 인한 손해배상책임에 관련된 법리를 오해한 잘못이 없다.

나아가 위 원·피고 사이의 약정이 헌법상 직업선택의 자유를 침해한다거나 공서양속에 반하는 반사회질서의 법률행위라고 볼 수도 없다.

2. 나머지 상고이유 주장들에 관한 판단

가. 원심은, 피고가 원고에게 배상하여야 할 손해의 범위에 관하여, 입단계약상 당시 원고가 피고에게 지급하기로 한 계약금과 연봉은 당시 국내에서 최고 수준이었고, 원칙적으로 선수의 이적료는 구단에 귀속하는 것이고 구단이 선

수에게 그 중 일부를 지급할 의무가 없는 터이어서 이 사건 금원은 피고가 국내로 복귀할 때 원고 운영 축구단으로 복귀하게 하는 데 대한 사실상 대가로서의 의미를 가진 것이었는데, 다른 한편 위의 약정에서 그 금원의 지급을 복귀에 대한 대가만으로 한정하지 않았고 1991. 당시 원고가 피고를 입단시키기 위하여 파격적인 대우를 할 수밖에 없었던 사정과 입단 경위에 비추어 보면, 그 지급 금원은 원고가 당시 피고를 입단시키기 위한 대가로서의 의미도 함께 가지고 있었다고 판단하고, 그 금원이 피고가 향후 해외에서 국내로 복귀할 때 원고 운영 축구단으로 복귀하는 데 대한 사실상 대가로서의 의미를 가지고 있었던 이상 피고가 그 약정에 위반하여 원고 운영 축구단에 복귀하지 않았다면 원고는 피고에게 지급하였던 그 금원 중 해당 금액에 상당하는 손해를 입게 되었고, 그 외에도 피고를 영입하지 못함으로써 원고 운영 축구단이 필요로 하는 팀의 구성과 운영에서 지장을 받았을 것임을 추단하기 어렵지 않으며, 또 원고 운영 축구단의 홍보와 광고 등에서도 부정적 영향을 받는 손해를 입었다고 판단하고, 그와 같은 원고의 손해의 성질상 그 손해액에 대한 입증은 대단히 곤란하여 이를 확정하기는 사실상 불가능하므로 위자료의 보완적 기능을 빌어 피고에 대하여 위자료의 지급으로서 원고의 손해를 전보하게 함이 상당하고, 피고의 1991. 입단 경위, 피고에게 지급된 해외이적료의 금액, 피고가 원고 운영 축구단에서 활동한 기간과 스트라스부르그 구단에서 활동한 기간, 피고가 국내로 복귀할 당시 원고와의 협상 경위, 기타 변론에 나타난 모든 사정을 고려하면 피고가 원고에게 지급할 손해배상액은 3억 원으로 정함이 적절하다고 판단하였다.

나. 원고가 피고에게 입단계약시 위의 약정에 따라 지급한 금원, 즉 이적료의 절반에 해당하는 금원이 입단대가이었기도 하지만 후에 피고가 원고 운영 축구단에 복귀하는 대가로서의 성격이었다는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 증거법칙에 위반하였다거나 판결이유가 전후 모순되었다는 등의 위법은 없다.

다. 채무불이행으로 인한 손해배상청구소송에 있어, 재산적 손해의 발생 사실이 인정되고 그의 최대한도인 수액은 드러났으나 거기에는 당해 채무불이행으로 인한 손해액 아닌 부분이 구분되지 않은 채 포함되었음이 밝혀지는 등으로 구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론의 전취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무불이행과 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다고 하겠다.

이 사건의 경우 원고는 그의 청구원인으로서 원고가 위의 이적료로서 받은

돈 중 피고에게 지급한 돈을 재산적 손해로서 구하고 있음이 명백하고, 원심이 이 사건 금원 중 피고의 원고 운영 축구단으로의 복귀 대가에 해당하는 부분을 손해로 보고 있음이 분명한바, 이 경우 그 구체적 손해액의 입증이 지극히 곤란하다고 본 원심의 판단은 정당하고, 이러한 경우 위와 같은 법리에 따라 사실심 법원은 그 구체적 손해의 액수를 판정할 수 있으니, 원심은 그 구체적 손해액을 그 판시와 같은 제반 경위를 참작하여 3억 원으로 인정한 것으로 보인다.

원심이 그의 판시에서 바록 위자료 내지 위자료의 보완적 기능이라는 표현을 사용하였고 인신사고로 인한 손해배상청구가 아닌 이 사건에서 그러한 판시는 적절한 것이 못됨은 피고가 지적한 바와 같다고 할 것이지만, 이는 원고가 구하지 않은 정신적 손해 혹은 기타 무형적 손해를 인정한다는 취지의 판시가 아니고, 그의 전후 판시에 비추어 볼 때, 구체적으로 그 손해액의 입증이 곤란한 경우의 재산적 손해액 인정을 위한 법리의 판시로 볼 것이므로, 그를 들어 원심의 그 판시가 판결 결과에 영향을 준 변론주의 위반 판단으로 볼 것은 아니다.

나아가 원심의 판시를 위와 같이 보는 이상 원심의 판단에는 손해배상의 범위와 그 손해액의 결정에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니하였거나 증거 법칙에 위반하였거나 법리를 오해하였다는 등의 위법이 없다.

3. 직권 판단

그러나 개정 전 소송촉진등에관한특례법(1998. 1. 13. 법률 제5507호로 개정되어 2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것, 아래에서 ‘개정 전 소촉법’이라 한다) 제 3 조 제 1 항 본문 중 ‘대통령령으로 정하는 이율’ 부분에 대하여는 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 해당 법률조항과 그에 따라 개정된 소송촉진등에관한특례법제 3 조제 1 항본문의법정이율에관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)은 2003. 6. 1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있으므로 개정 전 소촉법의 규정에 의한 연 2할 5푼의 지연손해금의 지급을 명한 원심판결에는 결과적으로 지연손해금의 이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다고 할 것이다.

4. 결 론

그러므로 원심판결 중 지연손해금에 관한 부분을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하는바, 피고는 원고에게 300,000,000원에 대한 2000. 12. 21.부터 2003. 5. 31.까지의 민법 소정의 연 5푼의, 그 다음날부터 원제일까지의 개정된 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 2할의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급하여야 할 의무가 있다고 할 것이므로, 원심판결 중 이를 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분을 파기하고, 그에 해당하

는 원고의 항소를 기각하며, 피고의 나머지 상고는 이유 없으므로 이를 기각하고, 소송총비용을 피고가 부담하게 하기로 관여 대법관들의 의견이 일치되어 주문에 쓴 바와 같이 판결한다.

평석

『정신적 손해에 대해서는 법관이 자유재량에 따라 위자료를 정할 수 있다. 이와 달리 재산적 손해는 객관적인 자료를 토대로 계산할 수 있는 것이 통상이다. 그러나 재산적 손해도 산정하기 어려운 경우가 있다. 이러한 경우에는 정신적 손해의 경우만큼 자유재량이 허용되지는 않겠지만, 제반사정을 토대로 손해액을 정할 수 있다고 보아야 한다. 판례는 채무불이행으로 인한 손해배상 책임이 인정된다면 손해액에 관한 입증이 불충분하다 하더라도 법원은 그 이유만으로 손해배상청구를 배척할 것이 아니라 그 손해액에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하고 입증을 촉구하여 이를 밝혀야 한다고 하였다. 여기에서 나아가 저작권법 등에는 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액을 산정하기 어려운 때에 변론의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 규정을 두고 있다. 채무불이행이나 불법행위의 경우에도 동일한 결과를 인정할 수 있다. 즉, 손해의 발생이 인정되나 그 손해액을 확정할 수 없는 경우에 변론의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 손해액을 산정할 수 있다고 보아야 한다. 이 점에서 대상판결은 손해배상에 관한 법리를 한 단계 발전시킨 것으로 평가할 수 있다. 입법론적으로는 저작권법 제94조 등의 규정은 민법이나 민사소송법에 규정함으로써 일반적인 손해배상산정의 지침으로 승격시킬 필요가 있다고 생각한다.』⁵⁰⁾

질문

- (1) 원고가 피고에게 무엇을 청구하였는가?
- (2) 피고의 손해배상책임을 인정할 수 있는 근거는 무엇인가?
- (3) 프로축구선수가 프로축구단 운영주와 입단계약을 체결하면서 해외 진출후 국내복귀시 같은 구단으로 조건없이 복귀하기로 하고 위 구단이 해외 구단으로부터 지급받을 이적료의 절반을 나누어 갖기로 약정하고 그 이적료

50) 김재형, “프로스포츠선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임,” 민법론 Ⅲ, 2007, 396면.

를 지급받은 경우, 위 약정은 어떠한 의미인가?

- (4) 이 사건에서 원고의 손해는 무엇인가?
- (5) 위 (3)항의 약정에 따라 프로축구선수에게 지급된 금전은 어떠한 의미인가?
- (6) 채무불이행으로 인한 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 손해액을 어떻게 정해야 하는가?
- (7) 이 사건에서 원심과 대법원이 손해액을 산정한 논리가 무엇인지 설명하시오.
- (8) 위자료의 보완적 기능을 인정하는 것은 타당한가?

[판결 5] 채무불이행으로 인한 정신적 손해의 배상: 대판 1994. 12. 13, 93다59779

상고이유를 본다.

1. 원고의 상고이유에 대하여,

가. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정은 수긍이 가고, 그 과정에 소론과 같은 채증법칙 위배나 사실오인등의 위법이 있다고 할 수 없다. 소론논지는 이유 없다.

나. 일반적으로 임대차계약에 있어서 임대인의 채무불이행으로 인하여 임차인이 임차의 목적을 달성할 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 있다고 할 것이다(당원 1993. 11. 9. 선고 93다19115 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고가 원고로부터 이 사건 건물을 임차하여 막대한 시설비를 투자하여 양식음식점 시설을 갖추고 영업을 하여 왔으나, 누수로 인하여 상당한 부분의 식당시설이 훼손되고 정화조 탱크가 파손되는 등 건물에 하자가 있어 영업을 계속하지 못하게 된 사실을 인정한 다음, 원고는 임대기간 중 피고에게 이 사건 점포를 사용수익하게 함에 필요한 상태를 유지하게 할 의무가 있음에도, 이를 위반함으로써 인하여 피고가 임차하여 시설투자한 곳에서 더 이상 영업을 하지 못함으로써 상당한 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 넉넉히 인정되므로, 이를 금전으로 위자할 의무가 있다고 할 것이고, 그 위자료액은 금 4,000,000원으로 봄이 상당하다고 판단하였다.

그러나 이 사건 점포의 임대인인 원고에게 임대인으로서의 의무를 위반함으로써 인하여 피고가 영업을 계속하지 못한 결과 그가 입게 된 정신적 고통을 금전으로 위자할 의무가 있다고 하기 위하여는 피고에게 위에서 설시한 바와 같은 특별한 사정이 있고, 원고가 이를 알았거나 알 수 있었어야 할 것인데, 원심이 확정된 사실만으로는 바로 피고에게 위와 같은 특별한 사정이 있었다고 보기는 어려울 뿐만 아니라, 원심이 원고가 위와 같은 사정을 알았는지 여부에 관하여 아무런 심리판단을 하지 아니한 채, 만연히 원고에게 피고가 이 사건 점포의 하자로 인하여 더 이상 영업을 하지 못함으로써 받은 정신적 고통에 대하여도 금전으로 위자할 의무가 있다고 판단한 것은 특별한 사정으로 인한 손해에 관한 법리오해와 심리미진 내지 이유불비의 위법을 저지른 것으로서, 이 점을 지적하는 원고의 상고논지는 이유 있다.

2. 피고의 상고이유에 대하여.

소론주장은 원심의 전권사항인 증거의 취사와 사실의 인정을 탓하는 것으로 이유 없다. 논지는 이유 없다.

3. 그러므로 원고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고, 원심판결 중 원고패소부분을 파기하여 원심법원에 환송하고, 피고의 상고를 기각하며, 상고기각부분에 관한 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

질문

- (1) 임대인의 채무불이행으로 인하여 임차인이 임차의 목적을 달할 수 없게 된 경우, 위자료가 인정되는가?
- (2) 이 사건에서 정신적 손해를 특별한 사정으로 인한 손해로 파악하는 것이 타당한가?

[판결 6] 물건적 청구권의 이행불능을 이유로 민법 제390조에 기한 전보배상청구권을 인정할 수 있는가: 대판(전) 2012. 5. 17, 2010다28604

[주 문]

원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

[이 유]

상고이유를 판단한다.

1. 원심의 판단

가. 원심이 인정한 사실은 다음과 같다.

경기 화성군 팔탄면 매곡리 [지번 생략] 임야 5,109㎡(이하 ‘이 사건 토지’라고 한다)에 관하여 1974. 6. 26. 피고 앞으로 소유권보존등기가 경료되었고, 이 사건 토지 중 각 5,109분의 2,554.5 지분에 관하여 1997. 12. 2.자 매매를 원인으로 하여 1998. 1. 22. 소외 1 및 소외 2(이하 ‘소외 1 등’이라고 한다) 앞으로 각 소유권이전등기가 경료되었다.

원고가 피고를 상대로 위 소유권보존등기(이하 ‘이 사건 소유권보존등기’라고 한다)의, 소외 1 등을 상대로 위 소유권이전등기의 각 말소등기를 청구한 소유권보존등기말소 등 사건(서울중앙지방법원 2008가합94375호)에서 법원은 2009. 4. 2.에 피고에 대한 청구는 인용하고, 소외 1 등에 대한 청구는 이를 기각하는 판결을 선고하였다. 그 이유는, “원고의 선대인 소외 3이 이 사건 토지를 사정 받은 것으로 추정되고, 피고 명의의 이 사건 소유권보존등기는 원인무효이므로, 피고는 소외 3의 재산을 최종적으로 단독상속한 원고에게 그 말소등기절차를 이행할 의무가 있”고, 한편 “이 사건 토지에 관한 소외 1 등 명의의 소유권이전등기가 경료된 날로부터 10년이 경과한 2008. 1. 22. 등기부취득시효가 완성되었으므로, 소외 1 등의 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기”라는 것이다. 이 판결은 2009. 4. 30.에 최종 확정되었다(이하 이를 ‘이 사건 선행소송’이라고 한다).

나. 이어서 원심은 원고의 손해배상청구에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 소유권보존등기는 원인무효의 등기이므로, 피고는 이 사건 토지의 소유권을 상속한 원고에게 위 소유권보존등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 할 것인데, 피고 명의의 이 사건 소유권보존등기에 터잡아 소외 1 등 명의의 소유권이전등기가 경료된 이후 이 사건 선행소송에서 소외 1 등 명의의 소유권이전등기가 취득시효 완성을 이유로 유효한 것으로 인정됨에 따라 피고의 위 말소등기절차 이행의무는 결국 이행불능이 되었다고 할 것이다. 따라서 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 위 말소등기절차 이행의무의 이행불능으로 인한 손해를 배상할 의무가 있다.

나아가 피고에게 아무런 귀책사유가 없다는 피고의 주장을 그 판시와 같은 이유로 배척하고, 그 손해배상의 범위에 대하여는, 피고의 소유권보존등기 말소등기절차 이행의무는 위 소송에서 원고의 패소판결이 최종 확정된 때인 2009. 4. 30.에 이행불능에 이르렀다고 할 것이므로, 피고는 그 당시의 이 사건 토지의 시가 상당액을 원고에게 지급할 의무가 있다는 것이다.

2. 그러나 원심이 피고의 말소등기절차 이행의무가 이행불능되었음을 이유로 그로 인한 손해의 배상을 인정한 것은 수긍하기 어렵다.

가. 소유자가 자신의 소유권에 기하여 실체관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 그 등기말소나 진정명의회복 등을 청구하는 경우에, 그 권리는 물권적 청구권으로서의 방해배제청구권(민법 제214조)의 성질을 가진다. 그러므로 소유자가 그 후에 소유권을 상실함으로써 이제 등기말소 등을 청구할 수 없게 되었다면, 이를 위와 같은 청구권의 실현이 객관적으로 불능이 되었다고 파악하여 등기말소 등 의무자에 대하여 그 권리의 이행불능을 이유로 민법 제390조상의 손해배상청구권을 가진다고 말할 수 없다. 위 법규정에서 정하는 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구권은 계약 또는 법률에 기하여 이미 성립하여 있는 채권관계에서 본래의 채권이 동일성을 유지하면서 그 내용이 확장되거나 변경된 것으로서 발생한다. 그러나 위와 같은 등기말소청구권 등의 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 이제 그 발생의 기반이 아예 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하는 것이다. 이러한 법리는 이 사건 선행소송에서 이 사건 소유권보존등기의 말소등기청구가 확정되었다고 하더라도 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니하므로 마찬가지이다.

그렇게 보면, 비록 이 사건 선행소송에서 법원이 피고가 원고에 대하여 그 소유권보존등기를 말소할 의무를 부담한다고 판단하고 원고의 등기말소청구를 인용한 것이 변론주의 원칙에 비추어 부득이한 일이라고 하더라도, 원고가 이미 소외 1 등의 등기부취득시효 완성으로 이 사건 토지에 관한 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, 원고가 불법행위를 이유로 소유권 상실로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 애초 피고의 등기말소의무의 이행불능으로 인한 채무불이행책임을 논할 여지는 없다고 할 것이다.

이와 달리 물권적 청구권인 말소등기청구권의 이행불능으로 인하여 전보배상청구권이 인정됨을 전제로 한 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다17161 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다53638 판결 등은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다.

나. 한편 원고는 소장에서 청구원인으로 다음과 같은 취지로 주장하였다. 즉 원고 소유의 이 사건 토지에 관하여 피고가 위법한 방법으로 자신 앞으로 소유권보존등기를 경료하였다. 그 후 이 사건 토지를 소외 1 등에게 매도하여 소외 1 등이 등기부 시효취득함으로써 원고가 소유권을 상실하게 되었다. 따라서 피고에 대하여 이 사건 토지의 소유권 상실로 인한 손해배상을 구한다.

이에 대하여 피고는 이 사건 소유권보존등기를 경료한 데에 위법성과 귀책 사유가 인정되지 않으므로 불법행위에 따른 손해배상책임이 없다고 다투었다. 그리고 원고는 피고의 과실상계 주장에 대하여, 고의의 불법행위를 저지른 피고는 과실상계를 주장할 수 없다고 다투었다.

이상과 같은 사정에 의하면, 원고의 청구원인은 피고의 불법행위로 인한 소유권 상실의 손해배상을 구하는 것임이 명백하고, 원고가 그 후 청구원인을 변경하였음을 인정할 자료는 기록상 찾을 수 없다.

그럼에도 원심은, 원고의 청구원인을 위에서 본 대로 ‘소유권보존등기 말소 등기절차 이행의무의 이행불능’으로 인한 손해배상청구라고 함부로 파악하고, 그 손해배상책임을 인정하였다.

다. 따라서 원심판결에는 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상에 관한 법리를 오해하였을 뿐만 아니라 처분권주의에 위반하여 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여 판결한 위법이 있다.

3. 그러므로 나머지 상고이유에 대하여 판단할 필요 없이 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심 법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에 대하여는 대법원장 양승태, 대법관 이상훈, 대법관 김용덕의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 양창수의 보충의견이 있다.

4. 대법원장 양승태, 대법관 이상훈, 대법관 김용덕의 별개의견

원심판결은 소유권 상실로 인한 손해배상을 구하는 이 사건 청구에 관하여 당사자가 주장하지 아니한 소유권보존등기 말소등기절차 이행의무의 이행불능에 기초하여 손해배상을 판단함으로써 처분권주의를 위반하거나 이유를 제대로 갖추지 못한 위법이 있으므로, 이를 이유로 원심판결 중 피고 패소부분이 파기되어야 한다는 점에 관하여는 다수의견과 견해를 같이 한다.

그러나 원심이 물권적 청구권인 말소등기청구권의 이행불능으로 인한 전보배상을 인정한 것이 위법하다는 다수의견에 대하여는 다음과 같은 이유로 찬성할 수 없다.

가. 물권은 특정·독립된 물건을 직접 지배해서 이익을 얻는 것을 내용으로 하는 배타적 권리이다. 물권은 물건에 대한 직접적인 지배를 내용으로 하므로, 그 자체만으로는 다른 사람에 대한 이행 청구가 포함되지 않는다.

그렇지만 물권의 내용 실현이 타인의 행위로 말미암아 방해당하고 있거나 방해당할 염려가 있는 경우에는 그 방해자에 대하여 방해의 제거 또는 예방에 필요한 일정한 행위(작위 또는 부작위)를 청구할 수 있는 권리 즉 물권적 청구

권이 인정되며, 이러한 물권적 청구권에 의하여 실질적으로 물권의 실현이 보장된다고 할 수 있다.

물권적 청구권은 물권에서 파생된 것으로서 물권과 분리하여 양도가 금지되는 등의 특수성이 인정되기는 하지만, 특정한 상대방을 향하여 일정한 행위를 청구할 수 있는 권리라는 점에서 물건에 대한 지배를 내용으로 하는 물권과는 그 기본적인 성격이 달라 물권 자체의 작용이 아니라 물권과 독립한 청구권으로서의 독자성이 인정되며, 오히려 그 점에서는 채권 내지는 채권적 청구권과 유사하여 채권에 관한 규정이 준용될 수 있다고 설명된다.

나. 따라서 소유권자가 특정한 상대방에게 물권적 청구권을 행사함에 따라 상대방이 일정한 작위 또는 부작위 의무를 지는 경우에는 그 이행의 문제가 남게 된다. 즉 청구권은 특정인에 대하여 일정한 작위 또는 부작위를 청구할 수 있는 권리이므로, 그 발생의 근거가 채권인지 아니면 물권인지와 무관하게 그 권리의 내용인 그 작위 또는 부작위라는 급부 및 이에 대한 이행의무가 생기게 된다. 이에 따라 물권적 청구권의 경우에도 채권의 경우와 마찬가지로 그 급부 이행의무에 대한 이행지체 및 이행불능의 문제가 발생될 수 있다고 보아야 할 것이다. 그리하여 일반적으로 물권적 청구권의 이행지체에 관하여 민법 제387조 이하의 규정이 준용된다고 함에는 별다른 이론이 없다.

예를 들어 침해자가 타인 소유의 동산을 가져가 소유자가 그 반환을 청구하는 경우에 침해자는 소유자에 대하여 동산을 반환하여야 할 의무를 지게 되고 이는 현실적으로는 동산 인도 의무로 나타날 것인데, 그 동산이 화재 등의 사유로 멸실되면 침해자의 동산 인도 의무는 이행불능의 상태에 이르게 된다. 이와 같은 인도 의무의 이행불능은 채권에 기한 인도 의무에서의 이행불능과 다를 것이 없으며, 그 이행불능에 따른 전보배상 등 청구권자의 권리 보호 및 그에 따른 법률관계는 채권에서 발생된 청구권의 경우와 차등을 둘 필요가 없다.

그리고 소유물이 멸실되어 소유권이 절대적으로 소멸되는 경우뿐 아니라 소유권이 다른 사람에게 귀속됨에 따라 원소유자의 소유권이 소멸되는 상대적 소멸의 경우에도 소유권 반환 의무의 이행불능 및 이에 따른 전보배상이 인정될 수 있음은 마찬가지라 생각된다. 대법원은 강박에 의하여 이루어진 계약이 취소됨에 따라 발생하는 소유권이전등기의 말소등기의무와 진정명의회복을 위한 소유권이전등기의무를 모두 소유권에 기초한 물권적 청구권으로 파악하면서 그 말소등기의무의 이행불능에 대한 전보배상을 허용함으로써 위와 같은 견해를 취하였다(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005다29474 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다51703 판결 등 참조). 그리고 제소전화해에 기초하여 이루어진 소유권

이전등기가 제소전화해조서를 취소하는 준재심판결이 확정되어 원인무효로 되거나, 무권리자가 위법한 방법으로 소유권보존등기나 소유권이전등기를 경료한 경우에, 소유권에 기한 물권적 청구권에 의하여 등기명의자들이 말소등기의무를 진다고 보고 그 말소등기의무의 집행불능에 대하여 전보배상이 허용됨을 명확히 하였다(대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다55411 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다17161 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다53638 판결 참조). 이와 같이 대법원은 원소유자의 소유권이 상대적으로 소멸하는 경우에도 소유권에 기한 물권적 청구권의 이행불능에 따른 전보배상이 허용된다는 일관된 태도를 취하고 있다(이에 따라 만일 다수의견의 견해를 취한다면 위 판결들이 모두 변경대상이 되어야 할 것이다).

다. 다수의견은 소유권이 상실되면 그 수단적 권리인 물권적 청구권은 이제 그 발생의 기반이 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하고, 그에 대한 이행불능은 없다는 취지로 보인다.

그러나 채권의 경우에도 그 대상인 목적물이 소멸되는 등의 사유로 채권이 소멸되는 문제가 발생될 수 있지만, 그 목적물에 관한 청구권에 대응하는 급부의무의 이행불능 내지는 이에 기초한 손해배상을 부정하는 해석론은 보이지 않고, 오히려 민법 제390조에 따라 급부 목적물의 소멸에 불구하고 급부의무의 이행불능에 대한 전보배상이 허용된다. 이와 같은 법리는 채권과 유사한 성질을 가진 물권적 청구권의 경우에도 그대로 준용될 수 있다고 생각되며, 물권의 대상인 목적물이 소멸되었거나 소유자가 그에 대한 권리를 상실하였다고 하여 이미 발생한 목적물이나 그 소유권에 대한 반환의무 및 그에 대한 이행불능을 부정하는 것이 논리필연적이라거나 법리적으로 불가피하다고 볼 필요는 없을 것이다.

소유자가 소유물을 현실적으로 지배, 관리함에 대하여 방해받고 있는 상황에서 제 3 자에게 소유물을 양도함으로써 소유권을 상실한 경우에는, 새로운 소유자가 자신의 소유권 행사에 대한 방해의 금지 또는 예방을 구하면 되므로, 종전의 소유자에게 그 방해의 금지 또는 예방을 구할 권리나 그에 대응하는 의무를 유지시킬 필요가 없다(대법원 1969. 5. 27. 선고 68다725 전원합의체 판결 등 참조).

그렇지만 침해자의 행위로 인하여 목적물의 점유 또는 등기가 제 3 자에게 이전됨으로 말미암아 결국 원소유자의 소유권이 소멸된 경우에는, 그 소유권이 상실되었다는 이유만으로 종전 소유자가 소유물에 대한 점유 또는 등기 명의의 반환을 구할 필요성이 상실되었다고 볼 필요는 없다. 소유물에 대한 점유 또는 등기 명의의 반환청구권은 소유권에 기초하여 발생되지만, 앞에서 본 것처럼 소

유권과는 독립한 청구권으로서 독자성이 인정될 수 있으므로, 일단 그 청구권이 발생되었다면 그 후에는 반드시 소유권의 소멸과 운명을 같이 한다고 새길 것은 아니다. 오히려 침해자로 하여금 소유권을 다시 취득하여 종전 소유자에게 점유나 등기 명의를 반환하는 것이 불가능하지 않다면, 그에 대한 반환의무를 지우는 것이 물권의 대세적인 성격이나 권리 보호 측면에서 타당할 것이며, 점유 또는 등기 명의의 반환을 구할 수 있는 청구권은 이 때에 그 효용을 발할 수 있을 것이다. 이와 같이 침해자에게 그 반환의무의 이행을 추급하였음에도 불구하고 종국적으로 그의 귀책사유로 반환의무를 이행할 수 없게 되었다면 그 의무불이행에 대해 법적 책임을 지는 것이 법률상 의무의 본질에 맞고 형평의 관념에도 부합한다.

라. 이렇게 볼 때에 소유권의 상실과 소유물·소유권 반환의무의 이행불능의 개념을 반드시 일치시켜 파악할 필요는 없다.

목적물 반환의무를 지는 침해자의 행위로 인하여 그 소유권이 제 3자에게 귀속되어 상대적으로 소멸된 경우에는, 불법행위 측면에서 보면 소유권이 상실되어 그 침해자에 의한 불법행위가 성립된 것으로 볼 수 있을 것이지만, 소유물 반환의무의 측면에서는 그 침해자가 제 3자로부터 소유권을 다시 취득하여 이를 원소유자에게 반환할 의무를 계속 부담시키되 제 3자를 상대로 제기한 등기 말소 등 청구 소송이 패소 확정되는 경우와 같이 그 이행 가능성이 전면적으로 부정되는 경우에 비로소 그 의무가 이행불능에 이른다고 보아 그 이행불능 당시를 기준으로 하여 전보배상을 인정하는 해석론이 가능할 것이고, 판례는 이러한 견해를 채택하여 왔다(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005다29474 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다17161 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다51703 판결 등 참조).

마. 다수의견에 따르면 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상은 전혀 불가능하고 소유권 상실이라는 불법행위로 인한 손해배상 청구만이 가능하게 된다.

(1) 일반적으로 이행불능으로 인한 전보배상책임과 불법행위로 인한 손해배상책임은 그 요건을 달리하는 별개의 제도이고 상호 보완적인 관계에 있지 않다. 소유권 침해에 대한 가장 원칙적인 보호 방법은 그 침해된 소유권을 원상으로 회복시키는 것인데, 금전적인 배상에 그치는 불법행위책임만으로는 물권자 보호에 미흡하다. 바로 여기에 소유권의 반환을 청구하는 물권적 청구권이 인정되는 실질적인 근거가 있으며, 나아가 권리를 원상으로 회복시키는 것, 즉 소유권의 반환이 불가능할 경우에는 불법행위책임과는 별도로 그 반환청구권 내지

는 반환의무의 변형으로서 반환에 갈음하는 전보배상을 인정할 필요가 있다.

그리고 채무의 이행불능으로 인한 전보배상책임은 채무불이행책임에 관한 법리에 따라 이행의무자가 귀책사유의 부존재에 대한 증명책임을 부담하는 반면, 불법행위로 인한 손해배상책임은 원칙적으로 이를 주장하는 사람이 상대방의 귀책사유에 대한 증명책임을 진다. 그리고 이행불능으로 인한 전보배상에 대하여는 일반 채권과 마찬가지로 10년의 소멸시효기간이 적용되는 반면, 불법행위로 인한 손해배상에 대하여는 손해 및 가해자를 안 날부터 3년의 단기소멸시효가 적용된다.

이에 비추어 보면, 소유자로서는 불법행위로 인한 손해배상책임을 묻는 것이 물건적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상을 구하는 것에 비하여 더 불리할 수 있고, 경우에 따라서는 불법행위의 요건을 증명하지 못하거나 시효에 의하여 소멸됨에 따라 손해배상청구 자체가 인정되지 않을 수도 있으므로, 불법행위에 의한 손해배상 청구권만으로는 진정한 소유자의 보호에 미흡하다. 실제로 앞에서 본 대법원 2005. 9. 15. 선고 2005다29474 판결의 사안에서, 불법행위에 의한 손해배상 청구는 소멸시효기간의 경과를 이유로 배척된 반면, 물건적 청구권에 기초한 소유권이전등기 말소등기의무의 이행불능에 의한 전보배상 청구가 받아들여짐으로써 진정한 소유자가 구제될 수 있었다.

물권은 배타적·절대적인 권리로서 대세적인 효력을 가지고 있어 채권보다 훨씬 더 강력한 권리이며, 물건적 청구권 역시 물권을 광범위하게 보호하기 위하여 인정되는 것이다. 그런데도 채권의 효력으로서도 인정되는 전보배상책임을 물건적 청구권에서 부정한다면, 이는 오히려 물권에 대한 보호를 채권보다 더 소홀히 다루는 셈이 되어 납득하기 어렵다.

따라서 물건적 청구권의 경우에도 채권과 마찬가지로 물건 자체의 상실에 따른 불법행위책임과 별도로 물건적 청구권의 이행불능에 따른 전보배상책임을 인정할 필요성이 존재한다고 할 것이다.

(2) 또한 앞에서 본 바와 같이 소유권의 상실과 소유물 반환의무의 이행불능을 달리 볼 경우에는 소유권 상실 시점과 그 이행불능 시점이 달라질 수 있어 소멸시효의 기산점 내지는 손해배상액 산정 기준이 달라지므로, 이행불능으로 인한 전보배상 인정 여부는 소유자의 권리 보호에 커다란 영향을 미치게 된다.

그동안 대법원은 채권적 청구권의 이행불능 개념 및 그 시점에 관하여 채권자의 보호에 충실한 해석을 하여 왔고, 그 법리를 물건적 청구권에도 확장하여 이행불능 또는 집행불능 당시를 기준으로 하여 소유물에 갈음한 전보배상을

인정하는 해석을 하여 왔는데, 이는 불법행위에 의한 손해배상책임만으로는 소유자를 보호하기에 충분하지 않다는 점을 고려하였기 때문이라 보인다.

다수의견과 같이 소유권 상실에 의한 손해배상청구만 허용하면서도, 소유자를 보호하기 위해서 그 손해의 발생시기를 소유권 상실시기로 보지 않고 종전 판례에서의 이행불능시와 유사하게 소유권 상실의 판결 확정시 등으로 보는 견해가 제시될 수 있을지 모르나, 이는 소유권 상실에도 불구하고 그 후의 소유권 상실의 판결 확정시 내지는 손해 발생시기까지는 실질적으로 소유권의 미상실, 즉 존속을 허용하는 결과가 되어 법리적으로 가능할지 의문이며, 오히려 이행불능으로 인한 전보배상을 허용하는 해석론을 유지하는 것이 법리적으로 더 간명할 것이다.

(3) 그리고 판례는 채권자가 본래적 급부청구인 부동산소유권이전등기 청구에다가 이에 대신할 대상청구代價請求로서 금전 지급 청구를 병합하여 소구한 경우에, 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 것으로 보아 이를 허용하여 왔고, 물권적 청구권에 기초한 말소등기청구권의 경우에도 마찬가지로 처리하여 왔다(대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결, 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결 참조). 이와 같이 판례에서 인정하고 있는 대상청구는 본래적 급부청구권을 전제로 하여 그에 대한 의무의 이행불능 또는 집행불능을 기초로 하는 것으로서, 그 급부청구권의 소멸에서 출발하는 불법행위에 의한 손해배상청구와는 그 성격이 다르다고 보인다.

그런데 다수의견과 같이 물권적 청구권에 대한 이행불능을 부정하게 되면 물권적 청구권에 대한 대상청구는 허용될 수 없게 된다. 결국 채권적 청구권인 소유권이전등기청구권의 경우와는 달리, 물권적 청구권인 말소등기청구권의 경우에는 그에 관한 판결과 함께 그 이행불능 또는 집행불능에 의한 전보배상에 관한 판결을 받아 그 이행불능시 또는 집행불능시에 바로 전보배상을 집행할 수 있는 방법이 없고, 별도로 불법행위로 인한 손해배상을 청구하여야 하는데, 과연 대세적인 권리로서의 물권 및 이에 터잡은 물권적 청구권을 이와 같이 채권의 경우보다 현저히 불리하게 처우하는 것이 타당한지 의문이다.

바. 특히 이 사건에서 이행불능에 의한 전보배상 가부가 문제되는 말소등기청구권은 이 사건 선행소송에서 확정되어 기판력이 발생된 청구권임에 유의할 필요가 있다.

이 사건 선행소송에 앞서 이미 소외 1 등의 등기부취득시효의 완성으로 말

미암아 원고의 소유권이 상실되었다고 하더라도, 이 사건 선행소송에서 원고가 피고를 상대로 청구한 물권적 청구권인 이 사건 소유권보존등기 말소등기청구권에 관하여 승소판결이 확정되어 기판력이 발생된 이상, 이 사건 소송에서 피고는 그 변론종결 전에 발생한 사유인 소유권의 소멸을 이유로 원고에게 그 말소등기청구권의 부존재나 소멸을 주장할 수 없다. 확정된 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 소송물 자체가 되지 아니하더라도 후소의 선결문제가 되는 때에는 전소의 확정판결에 의한 판단은 후소의 선결문제로서 기판력이 작용하기 때문이다(대법원 1994. 12. 27. 선고 94다4684 판결, 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결, 대법원 2001. 11. 13. 선고 99다32905 판결, 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결 참조). 따라서 이 사건 소송에서 여전히 원고는 피고에게 그 말소등기청구권을 행사할 수 있고, 피고는 그 말소등기의 의무를 지고 있으며 나아가 그에 대한 이행을 명한 이 사건 선행소송의 확정판결의 집행을 받아들이는 의무가 있으므로, 원고가 소외 1 등을 상대로 제기한 소송에서 패소하여 실질적으로 그 확정판결을 강제집행할 수 없게 됨에 따른 전보배상을 허용하는 것은 법리적으로도 타당하다고 생각된다.

그렇지 않고 그 판결의 집행불능 및 이로 인한 손해의 배상을 부정하게 되면, 이는 기판력에 의하여 차단되어야 할 이 사건 소유권보존등기 말소등기청구권의 부존재 내지는 소멸을 인정하는 셈이 되어, 민사소송에서의 기판력에 관한 일반 이론과 배치되는 결과를 낳는다.

사. 결론적으로 청구권이 발생한 기초가 되는 권리가 채권인지 아니면 물권인지와 무관하게 이미 성립한 청구권에 대하여는 그 이행불능으로 인한 전보배상을 인정하는 것이 법리적으로 불가능하지 아니하며, 이를 허용할 것인지 여부는 법률 정책적인 결단이라 생각한다. 따라서 이미 대법원에서 이를 허용하여 채권에 못지않게 물권을 보호하는 견해를 취한 것은 구체적 타당성 면에서 옳고, 확정판결을 거쳐 기판력이 발생되어 있는 경우에는 더욱 그러하다고 보이며, 장기간 이와 같은 견해를 유지하여 온 판례들을 뒤집어 물권 내지는 물권자의 보호에서 후퇴하여야 할 이론적·실무적인 필요성을 느낄 수 없다.

그러므로 이미 이 사건 선행소송에서 본래적 급부의무인 이 사건 소유권보존등기 말소등기절차를 이행할 의무가 현존함이 확정되었으므로, 그 이행불능 또는 집행불능에 따른 전보배상책임을 인정하는 것이 가능하며, 이와 같은 취지로 판시한 원심판결 부분은 정당하고, 이를 파기사유로 삼을 수 없다고 할 것이다.

이상과 같은 이유로 다수의견의 결론에는 찬성하나 그 논거에 관하여는 견

해를 달리하므로 별개의견으로 이를 밝혀 둔다.

5. 다수의견에 대한 대법관 양창수의 보충의견

물권적 등기말소청구권에 있어서도 그 이행불능을 이유로 하는 전보배상청구권이 인정되어야 한다는 별개의견에 대하여 다음과 같이 다수의견을 보충하는 의견을 밝힌다.

가. 물권적 청구권에 대하여는 통상 채권편의 규정이 “성질에 반하지 않는” 준용된다고 일컬어진다. 문제는 그렇다면 채권편 규정 중 구체적으로 어떠한 것이 물권적 청구권에 준용되어서는 안 되는가, 이 사건에 관하여 개별적으로 말하자면 이행불능을 이유로 하는 채무불이행책임에 관한 규정을 물권적 청구권에 준용하는 것이 ‘물권적 청구권의 성질에 반하지 않은가’ 하는 점이다. 다수의견은 그 준용이 물권적 청구권의 성질에 반하여 허용되지 아니한다는 것이므로, 단지 물권적 청구권에 적용되는 채권편 규정에 관한 위와 같은 일반적 설명만으로는 문제가 해결되지 아니한다.

나. 별개의견은 “채권의 경우에도 그 대상인 목적물이 소멸되는 등의 사유로 채권이 소멸되는 문제가 발생할 수 있지만, 그 목적물에 관한 청구권에 대응하는 급부义务的 이행불능 내지는 이에 기초한 손해배상을 부정하는 해석론은 보이지 않고, 오히려 민법 제390조에 따라 급부 목적물의 소멸에 불구하고 급부义务的 이행불능에 대한 전보배상이 허용된다”고 하고, 이와 같은 법리는 “물권적 청구권의 청구에도 그대로 준용될 수 있다고 생각”되며, “물권의 대상인 목적물이 소멸되었거나 소유자가 그에 대한 권리를 상실하였다고 하여 이미 발생된 목적물이나 그 소유권에 대한 반환의무 및 그에 대한 이행불능을 부정하는 것이 논리필연적이라거나 법리적으로 불가피하다고 볼 필요는 없을 것”이라고 한다(위 4. 다. 부분).

그러나 예를 들어 매매계약에 있어서 매도인이 소유권이전 또는 인도의 채무를 부담하는 물건이 멸실하였다고 하더라도, 그것만으로 매도인의 소유권이전 또는 인도의 채무가 바로 소멸하지 아니한다. 매수인이 그 채무의 이행불능을 이유로 채무불이행책임을 물을 수 있는 한 매도인의 그러한 채무는 여전히 존속한다. 채권은 채무자로 하여금 채권자에게 급부의 이행을 ‘청구’하는 것을 핵심으로 하는 권리로서 소유권 기타 물권에 있어서 이미 목적물에 관한 이익이 소유자 기타 물권자에게 ‘귀속’되어 있는 것과 대비된다. 그리하여 채무자가 채권관계상의 급부를 이행하지 아니하는 경우, 즉 채무불이행이 있는 경우에는 채권자로 하여금 채무자가 채무를 제대로 이행하였다면 있었을 재산상태 등을 달성하는 것, 즉 채권을 원래의 의미에 맞게 경제적·내용적으로 실현할 것을 요

구할 수 있도록 하는 것이 바로 민법 제390조에서 정하는 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구권인 것이다. 따라서 이는 채권의 존속을 전제로 한다. 다만 이행불능의 경우에는 그 원래의 급부청구는 무의미하여 허용되지 아니하므로, 그 채권의 내용이 전보배상으로 전환되는 것뿐이다.

이러한 채무의 존속은 그 채권자인 채수인이 채무불이행책임의 다른 한 내용으로 계약의 해제를 선택하는 경우에 더욱 명백하게 드러난다. 이때에 채수인이 계약 해제의 의사표시를 함으로써 비로소 매매계약은 효력을 상실하게 되고, 이로 인하여 채도인의 채무가 —채수인의 대금지급채무와 함께— 소멸한다. 즉 채도인의 채무는 목적물의 멸실에도 불구하고 계속 그 존재를 유지하며, 위와 같은 계약 해제의 의사표시가 있는 때에 비로소 그 해제의 효과로써 소멸하는 것이다.

그러나 방해배제청구권 기타의 물권적 청구권(이하에서는 소유권에 기한 물권적 청구권만을 앞세워 논의를 진행하기로 한다)은 소유자에게 법적으로 이미 '귀속'되어 있는 목적물에 관한 제반 이익을 현실적으로는 소유자가 누리지 못하는 경우에 그러한 권리방해상태의 원인을 제공하고 있는 자에게 그 방해의 제거를 청구할 수 있다는 것으로서, '귀속적합적 상태의 객관적 실현을 도모하는 권리보호수단'인 것이다. 즉 물권적 청구권은 비록 그 현상형태로서는 소유자의 방해자에 대한 방해제거청구로 나타나나 그 핵심은 그 실현이 방해되고 있는 상태에 대한 소유권의 한 작용으로서 인정되는 말하자면 제 2 차적인 보호 청구권에 다름아니다. 이와 같이 소유권이 보장하는 '물적 이익 보호'의 연장선에 있는 권리라는 의미에서 애초부터 급부의 청구를 중심적 내용으로 하여 '사람과 사람과의 관계'를 규율하는 채권과는 그 기본적 지향을 달리한다. 그러므로 물권적 청구권은 소유자가 그의 소유권을 상실하는 경우에는 이미 이를 인정할 필요가 바로 없게 되어 소멸하는 것이고, 이는 방해가 종료되거나 별개의 권이 예로 드는 물건이 소멸하는 경우에도 마찬가지인 것이다.

물건이 멸실하면 그에 대한 소유권은 바로 소멸한다. 소유권의 핵심인 '지배'는 그 대상을 전제로 하는 것이고, 대상이 없는 소유권이란 형용모순이라고 할 수 있다. 그리고 물권적 청구권은 소유권의 원만한 실현을 위하여 인정되는 권리이므로, 소유권이 없는 이상 물권적 청구권이란 그 존재이유가 없는 것이다. 이는 물건의 멸실과 같이 소유권이 절대적으로 소멸한 경우뿐만 아니라 물건의 소유권이 제 3 자에게 이전되어 종전의 소유자가 그 소유권을 상실하는 등의 이른바 상대적 소멸의 경우에도 조금도 다를 바 없다. 이는 일찍이 대법원 1969. 5. 27. 선고 68다725 전원합의체 판결이 명확하게 판시한 바로서 의문의

여지가 없다.

따라서 부동산의 소유자가 부실의 소유권등기명의인을 상대로 소유권에 기하여 그 등기의 말소를 청구할 수 있는 권리, 즉 방해배제청구권으로서의 소유권등기말소청구권을 가지고 있었다고 하더라도, 그가 더 이상 소유권을 가지지 못하게 되었다면, 그로써 바로 그의 위와 같은 등기말소청구권은 소멸한다. 이러한 등기말소청구권의 당연 소멸은 물권적 청구권이 '소유권으로부터 나오는' 권리, 즉 앞서 본 대로 소유권의 원만한 실현을 달성하기 위한 수단적 권리라는 성질에서부터 자연스럽게 귀결되는 것이다.

이와 같이 소유권의 상실로 등기말소청구권이 소멸하는 것은 매매계약의 목적물이 멸실되거나 매도인이 이를 제 3 자에게 양도함으로써 매도인이 부담하는 소유권이전 등의 채무가 이행불능이 되어 그가 매수인에게 전보배상을 하여야 하는 등의 법적 책임을 지는 것과는 그 성질을 달리하는 것으로서, 등기말소 의무가 '이행불능'이 된 것이 아니라 그 의무의 기초가 상실되어 아예 없어진 것이다. 이는 불법점유자가 소유자에 대하여 목적물을 인도할 의무를 부담하다가 그 점유를 제 3 자에게 이전하여 그가 이제 더 이상 소유자에게 '인도할 수 없게' 되었다고 하더라도, 이는 그의 소유물반환의무(민법 제213조 참조)가 이제 그 요건을 갖추지 못하여 없어지는 것일 뿐이고, 이를 그 의무의 '이행불능'으로 파악하여 무슨 전보배상의 채무불이행책임을 논의할 여지가 없는 것과 하등 다를 바 없다. 이와 같이 채무의 이행불능을 이유로 하는 손해배상채무(민법 제390조) 등의 채무불이행책임을 물권적 청구권의 성질에 반하므로, 그 한도에서 민법 제390조는 물권적 청구권에 준용될 수 없다.

다. 별개의견은 앞서 본 소유권의 이른바 상대적 소멸의 경우와 관련하여, "침해자의 행위로 인하여 제 3 자에게 점유 또는 등기가 이전됨으로 말미암아 결국 그 소유권이 소멸된 경우에는, 그 소유권이 상실되었다는 이유만으로 종전 소유자가 소유물에 대한 점유 또는 등기 명의의 반환을 구할 필요성이 상실되었다고 볼 필요는 없다. 소유물에 대한 점유 또는 등기 명의의 반환청구권은 소유권에 기초하여 발생되지만, 앞에서 본 것처럼 소유권과는 독립한 청구권으로서 독자성이 인정될 수 있으므로, 일단 그 청구권이 발생되었다면 그 후에는 반드시 소유권의 소멸과 운명을 같이 한다고 새길 것은 아니다. 오히려 침해자로 하여금 소유권을 다시 취득하여 종전 소유자에게 점유나 등기 명의를 반환하는 것이 불가능하지 않다면, 그에 대한 반환의무를 지우는 것이 물권의 대세적인 성격이나 권리 보호 측면에서 타당할 것이며, 점유 또는 등기 명의의 반환을 구할 수 있는 청구권은 소유권이 상실되었을 때 그 효용을 발할 수 있을 것"이라

고 한다(위 4. 다. 말미 부분).

그러나 애초부터 소유권이전 등의 채무를 부담하는 매도인에 대하여는 그 채무의 이행을 위하여 제 3 자에게 이전된 소유권을 다시 취득하여 이를 매수인에게 이전하도록(민법 제570조 본문 참조) 요구할 수 있을지 모른다. 그러나 그러한 채무가 없이 단지 점유(여기서는 이에 한정하여 논의하기로 한다)를 가지고 있었다는 이유에서 소유자의 인도청구의 상대방이 되었던 것에 불과한 지위에 있다가 그 점유를 제 3 자에게 이전함으로써 이미 반환청구의 상대방이 아니게 된 사람에 대하여 종전의 소유자가 그 점유를 반환받도록 요구할 근거는 전혀 없다고 할 것이다. 종전의 소유자는 현재의 불법점유자를 상대로 목적물의 인도를 구할 것이고, 이러한 소송의 반복을 피하고 싶다면 점유이전금지가처분 등의 다른 구제수단을 강구하면 족하다.

라. 나아가 별개의견은, 물권이 채권에 비하여 더욱 강력한 권리라고 할 것인데 “채권의 효력으로서도 인정되는 전보배상책임을 물권적 청구권에서 부인한다면, 이는 오히려 물권에 대한 보호를 채권보다 더 소홀히 다루는 셈이 되어 납득하기 어렵다”고 한다.

(1) 그러나 “채권의 효력으로 인정되는 전보배상책임”은 채무자에 대한 관계에서만 인정되는 것이다.

소유권 기타 물권이 채권에 비하여 더욱 강력한 권리라고 하는 것은 기본적으로 그 대세적 효력을 바탕으로 한다. 따라서 소유자는 원칙적으로 누구에 대하여도 자신의 법적 권능을 관철할 수 있고, 소유권의 원만한 실현을 원칙적으로 누구에 대하여도 구할 수 있어서 그 권리를 침해하는 또는 침해할 우려가 있는 사람이라면 누구에 대하여도 그 방해의 배제 또는 방해의 예방을 청구할 수 있다. 그러나 채권자는 자신의 채권이 원만하게 실현되지 아니하는 때, 즉 채무불이행이 있는 때에도 오로지 채무자에 대하여만 채권의 강제적 실현 및 채무불이행책임을 청구할 수 있으며, 채무자 아닌 제 3 자에 대하여는 원칙적으로 자신의 법적 권능을 관철할 수 없어서 그 권리를 침해하는 또는 침해할 우려가 있는 제 3 자에 대하여도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 방해의 배제 또는 방해의 예방을 청구하거나 —불법행위를 이유로— 손해배상책임을 물을 수 없다.

한편 채권자는 채무자 1인에 대한 관계에 있어서는 그의 채무불이행으로 채권이 원만하게 실현되지 아니하는 경우에 채무의 강제적 실현(민법 제389조), 손해배상(민법 제390조)·계약해제(민법 제544조 이하) 등의 채무불이행책임을 포함하여 다양한 법적 권능을 가지는데, 소유자가 실제의 구체적 방해자 1인에

대하여 가지는 법적 권능이 그 채무자에 대한 법적 권능보다 강력하다고 말할 수 있는지 쉽사리 단정할 수 없다. 별개의견이 말하는 대로 귀책사유의 입증이나 소멸시효기간 등의 점에서는 오히려 후자가 더 강하다고 보아야 할 것이다.

(2) 여기서의 문제는 다름이 아니라 위와 같이 소유권의 대세적인 권능에 기하여 방해자 누구를 상대로 하여서도 긍정되는 물권적 청구권을 위하여 채무자 1인에 대하여만 인정되는 이행불능으로 인한 전보배상과 같은 채무불이행 고유의 구제수단을 인정할 것인가 하는 점이다.

그리고 이 문제는 부정적으로 대답되어야 하고, 물권적 청구권이 소유권의 상실 등으로 소멸한 경우라면 앞에서 설명한 이유에 기하여 원칙으로 돌아가 종전의 소유자는 채권관계의 당사자 아닌 사람에게도 일반적으로 허용되는 불법행위책임을 묻는 것이 타당하다고 할 것이다. 무엇보다도 애초 채권관계가 없었던 사람에게 채무자에 대한 관계에서만 인정되는 특별한 법적 구제수단을 인정하는 것은 오히려 일시적으로 소유권을 객관적으로 침해한 사실이 있었다고 하는 것만으로 부당하게 엄격한 책임에 처하게 하는 가혹한 결과가 된다. 이것이야말로 이 사건과 같은 경우에 이행불능으로 인한 전보배상책임이 부인되어야 하는 실질적인 이유로서 가장 중요한 것이다. 그 외에 위와 같은 물음이 부정적으로 대답되어야 하는 이유는 앞에서 본 바와 같다.

마. 이 보충의견은 별개의견이 시사하는 바와 같이 물권적 청구권에 대하여는 채무불이행책임을 한 모습으로서의 이행불능에 관하여 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581 판결 등 이래 인정되어 온 것과 같은 실체법적인 대상청구권은 이행불능을 이유로 하는 전보배상청구권이 부인되어야 하는 것과 마찬가지로 이유로 부인되어야 한다고 생각한다.

그리고 별개의견은 물권적 청구권으로서의 말소등기청구권에 관하여 인정되어 왔다는 ‘대상청구’, 즉 본래적 급부청구인 말소등기청구 등이 이행불능 또는 집행불능된 경우에 대비하여 손해배상청구 등 금전지급청구를 병합하는 것을 판례가 인정하여 왔다고 한다.

그러나 별개의견이 말하는 것과 같은 이른바 대상청구의 가부는 이 사건에서 논의되고 있는 문제와는 각도를 전혀 달리하여 기본적으로 위와 같은 형태의 청구병합이 소송상 허용되는가를 중심으로 논의되어 왔던 것이다. 그리고 대법원 1975. 7. 22. 선고 75다450 판결 이래 최근의 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결에 이르기까지 판례는 일관하여 이를 단순병합, 즉 현재의 등기 관련 청구와 장래의 금전지급청구의 병합으로 이를 허용하는 태도를 취하여 왔음을 주지하는 대로이다. 그리고 거기서 말하는 ‘이행불능’ 또는 ‘집행불능’으로

인한 금전지급청구권의 구체적인 법적 의미에 대하여는 별로 천착된 바가 없으나, 다수의견의 관점에서 보면 물권적 청구권으로서의 등기말소청구와 그것이 인정 또는 실현되지 아니하는 경우에 대비한 장래의 청구로서 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구가 위와 같은 단순병합으로 허용되지 아니할 리가 없다.

그러므로 별개의견이 다수의견에 의하면 물권적 청구권에 대하여 위와 같이 청구병합형태로서의 ‘대상청구’가 “허용될 수 없다”고 단정하는 것에는 쉽사리 찬성할 수 없다.

바. 또한 별개의견은, 이 사건 선행소송에서 원고의 말소등기청구권을 시인하는 판결이 확정되어 그에 관한 기판력이 발생하였으므로, “원고는 피고에게 그 말소등기청구권을 행사할 수 있고 피고는 그 말소등기의 의무를 지고 있으며 나아가 그 확정판결의 집행을 받아들여야 하는 의무를 지게 되므로, 원고의 소외 1 등에 대한 패소로 인하여 실질적으로 그 확정판결을 강제집행할 수 없게 됨에 따른 전보배상을 허용하는 것은 법리적으로도 타당하다고 생각된다. 그렇지 않고 그 판결의 집행불능 및 이로 인한 손해의 배상을 부정하게 되면, 이는 기판력에 의하여 차단되어야 할 이 사건 소유권보존등기 말소등기청구권의 부존재 내지는 소멸을 인정하는 셈이 되어, 민사소송에서의 기판력에 관한 일반이론과 배치되는 결과를 낳는다”고 주장한다(위 4. 바. 참조).

(1) 그러나 이 사건 선행소송에서 피고를 상대로 하여 얻은 확정판결의 기판력은 확고한 판례 및 통설에 따르면 소송법적 효력을 가지는 데 그친다. 그에 의하면, 기판력은 오로지 소송법상으로 법원을 기속하는 효력이고, 실체법상의 권리관계와는 무관한 것이라고 이해된다. 즉 확정판결은 재판기관의 판단 통일을 위하여 별소에서 법원이 이에 저촉되는 판단을 하는 것은 허용되지 아니한다는 것이다.

따라서 원고가 이 사건 선행소송에서 원고가 피고를 상대로 자신의 말소등기청구권을 시인하는 확정판결을 얻었다고 하더라도 그 말소등기청구권의 법적 성질이 예를 들면 채권관계에 기한 말소등기청구권으로 변하지 아니함은 물론이다. 또한 채권을 전제로 하여서 말하더라도, 일반적으로 어떠한 채무의 불이행으로 인한 손해배상청구는 그 채무 자체의 이행청구와는 그 소송물을 달리하는 것으로서, 앞서의 소송에서 채무의 존재가 소송상으로 확정되었다고 하더라도 법원이 그 채무의 불이행을 이유로 하는 손해배상청구까지 당연히 시인하여야 하는 것은 아니다.

그렇다면 위와 같은 확정판결의 효력은 법원에 대하여 말소등기청구권이 이행불능되었음을 이유로 하여 원고가 민법 제390조에 기한 전보배상청구권을

가진다고 판단하여야 함을 요구하지 아니한다. 그러한 전보배상청구권이 인정되는지 여부의 판단은 이 사건 선행소송의 확정판결이 가지는 기판력의 범위를 벗어나는 것이다. 별개의견은 앞서 다수의견이 “민사소송에서의 기판력에 관한 일반이론과 배치되는 결과를 낳는다”고 주장하나, 오히려 별개의견의 위와 같은 주장이 민사소송에서의 기판력에 관한 일반이론에 배치되는 것이다.

(2) 실질적으로 보아도 별개의견과 같은 주장은 부당하다고 할 것이다.

물론 이 사건 선행소송에서 원고의 피고에 대한 말소등기청구권이 확정판결에 의하여 인정되기는 하였다. 그러나 이는 인정되어서는 안 될 것이었다. 원고는 이 사건 선행소송의 사실심 변론종결 당시 이미 이 사건 부동산에 대한 소유권을 상실하였고, 따라서 실체법적으로 보면 소유권에 기하여 피고에 대하여 말소등기를 청구할 권리를 가지고 있지 못하였다. 따라서 피고가 이 사건 선행소송에서 이 점을 주장하였다면 원고는 피고에 대하여 승소하지 못하였을 것이다(대법원 1995. 3. 3. 선고 94다7348 판결은 바로 그와 같은 취지로 판단하여 원고의 청구를 기각하고 있다). 피고가 이 사건 선행소송에서 그와 같이 제대로 방어하지 못한 탓으로 위와 같은 확정판결이 있었던 것이다(이와 관련하여서 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다9872 판결은 “순차 경로된 등기 …의 말소청구소송은 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필요적 공동소송이 아니라 보통공동소송이며, 이와 같은 보통공동소송에서는 공동당사자들 상호간의 공격방어방법의 차이에 따라 모순되는 결론이 발생할 수 있고, 이는 변론주의를 원칙으로 하는 소송제도 아래서는 부득이한 일로서 판결의 이유모순이나 이유불비가 된다고 할 수 없다”고 판시한 바 있다).

그렇다면 단지 피고에 대하여 등기말소청구권에 관한 확정판결을 얻었다는 것만으로 “피고는 그 말소등기의 의무를 지고 있으며 나아가 그 확정판결의 집행을 받아들여야 하는 의무를 지게 된다”(그 의무가 실체법상으로는 근거 없는 것임은 앞에서 본 바와 같다)는 이유를 들어 “원고의 소외 1 등에 대한 패소로 인하여 실질적으로 그 확정판결을 강제집행할 수 없게 됨에 따른 전보배상을 허용하는 것이 법리적으로 타당하다”고 말할 수 있는지 의문이 아닐 수 없다.

사. 한편 별개의견은 강박 등에 의하여 이루어진 계약 또는 제소전화해의 취소로 그 계약에 기하여 이루어진 소유권이전등기의 말소를 구하는 사안에 있어서 대법원이 소유권을 기초로 한 말소등기청구권이 ‘이행불능’된 것을 이유로 전보배상을 일관하여 허용하여 왔다고 한다(위 4. 나. 마지막 문단 부분). 그러나 여기서 등기의 원인이 된 계약 등이 강박 등으로 취소된 경우에 말소등기청구는, 만일 종전의 소유자가 그 계약 등을 원인으로 소유권이전등기를 행하였다

면 이제 그 소유권의 복귀로 말미암아 물론 소유권에 기하여 이를 하는 것도 가능하나, 그와는 별도로 —중전의 소유자가 소유권이전등기를 경료한 경우가 아니더라도— 계약 등에 기하여 행하여진 소유권이전등기 등의 급부에 관하여 그 취소와 같은 법률상 원인의 소멸로 인하여 그 ‘반환’을 구하는 채권적 성질의 원상회복청구권이 발생한다(한편 대법원 1988. 9. 13. 선고 86다카1332 판결, 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다1353 판결 및 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다16338 전원합의체 판결 등은 등기말소청구권이 계약 자체에 기하여 채권적 성질을 가지는 권리로서 발생할 수 있음을 정면에서 시인하고 있다). 그리고 별개의견이 드는 재판례들은 별개의견이 말하는 것과는 달리 과연 소유권에 기하여 발생하는 물권적 등기말소청구권에 관한 것인지 단정할 수 없다. 그러므로 별개의견이 중전의 대법원의 ‘일관된 태도’라고 지칭하는 것은 명확하지 아니하여, 이 판결로 그것을 폐기할 것이 되지 못한다.

질문

- (1) 소유자가 소유권을 상실함으로써 더 이상 물권적 청구권(제213조, 제214조)을 행사할 수 없게 된 경우에 그는 그 물권적 청구권의 ‘이행불능’을 이유로 채무불이행책임에 관한 제390조에서 정하는 손해배상청구권을 가질 수 있는가?
- (2) 다수의견 또는 그 보충의견과 소수의견은 어떠한 점에서 견해를 달리하고 있는가?
- (3) 이 사건에서 피고는 대한민국으로서 원인 없이 자신 앞으로 소유권보존등기를 마쳤다. 만일 원고가 피고의 불법행위를 원인으로 하여 손해배상청구를 하였다면 이는 인용되었을 것인가? 또는 어떠한 사정이 인정된다면 인용되었을까?

5. 과실상계

(1) 의 의

채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 경우에 손해배상책임의 유무와 그 내용(배상액)을 정할 때 이를 참작하는 것을 과실상계過失相計라고 한다(제396조). 과실상계는 불법행위로 인한 손해배상책임에 대하여도 인정되고(제763조에 의한 제396조의 준용), 실제로는 불법행위에서 훨씬 빈번하게 문제된다.

과실상계제도는 일단 채무자에게 손해배상의 성립요건(채무불이행, 귀책사유, 손해 및 인과관계)이 모두 갖추어진 것을 전제로 하고, 채권자 측의 과실이 이유로 하여 배상책임을 부인하거나 배상액을 감경하는 것이다. 이 경우 채권자의 과실은 반드시 참작하여야 하지만, 그것을 어떠한 모습으로 참작하는가는 법원의 재량에 달려 있다. 당연히 이 재량에는 일정한 한계가 있으나, 그 한계 안에서 법원은 손해배상에 대하여 상당히 광범위한 내용형성의 가능성을 가진다. 실제로 이 제도는 채권자에게 발생한 손해를 개별적인 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 당사자 사이에서 공평하게 분담시키는 기능을 수행하고 있다. 물론 채무자에게 귀책사유, 특히 과실이 있는지 여부를 판단할 때에도 손해의 공평한 분담이라는 관점이 일정한 작용을 함은 부인할 수 없다. 그러나 이 판단은 ‘전부가 아니면 무’의 결론으로 이루어짐에 비하여, 과실상계는 통상 비율에 의한 분할의 방식으로 이루어진다.⁵¹⁾ 한편 이는, 채무불이행에 대하여 채권자가 강제이행을 청구하는 경우에는 설령 채권자에게 채무불이행에 대한 과실이 있는 경우에도 채무 전부의 이행을 명하게 되는 것과도 현저한 대조를 이룬다.⁵²⁾

(2) 과실상계의 요건

(가) 제396조는 채권자의 「과실」이 “채무불이행에 관하여” 있을 것으로 정하고 있다. 가령 임차인의 과실과 임대인의 「과실」이 경합하여 임차건물이 소실됨으로써 임차인의 임차물반환이 불능하게 된 경우와 같이 채무불이행의 성립에 대하여 채권자의 「과실」이 있는 경우에 과실상계가 행하여짐은 물론이다. 그러나 채권자의 「과실」이 채무불이행 자체에 있는 경우뿐만 아니라, 손해의 발생이나 그 확대에 대하여 채권자에게 「과실」이 있는 경우에도 과실상계가 인정된다.

일반적으로 채권자는 일단 채무불이행이 있었다고 하더라도 그로부터 손해가 발생하는 것 또는 일단 손해가 발생하였더라도 그것이 확대되는 것을 막

51) 우리나라의 손해배상실무에서 과실상계가 빈번히 문제되는 것은, 이러한 방식이 상충되는 이익들의 「조화」를 중시하고 분쟁해결도 쌍방의 상호양보에 달성하는 것을 미덕으로 여기는 우리의 일반적인 관념에 부합하는 것으로 볼 수도 있다.

52) 대판 1987. 3. 24, 84다카1324가, 연대보증인에 대한 이행청구의 경우에 과실상계의 법리가 적용될 여지가 없다고 한 것은 당연한 일이다.

기 위하여 사회관념상 요구되는 주의를 하여야 한다. 이는 통상 손해회피의 의무라고 한다.

(나) 여기서 말하는 채권자의 「과실」에 대하여는 약간의 문제가 있다.

① 종래 다수의 학설은, 과실은 요컨대 위법한 부주의를 가리키는데 그 위법성은 법률상의 의무위반뿐만 아니라 오히려 “사회생활에 있어서의 협동정신 또는 채권관계에 있어서의 신의칙위반도 포함하는 것으로 해석하여야 한다.”라고 하여 결국 “과실상계에서 과실을 특이한 관념으로 생각할 필요는 없다.”라고 한다.⁵³⁾

그러나 여기서 말하는 「과실」은 채무불이행이나 불법행위의 성립요건인 귀책사유 형식의 하나인 통상의 과실 또는 고유한 의미의 과실과는 다른 의미이다. 통상의 과실은 법적으로 요구되는 주의의무를 전제로 한다. 그런데 채권자가 스스로에게 손해를 입혀서는 안 되는 법적인 주의의무를 부담한다고는 할 수 없다. 자기 자신의 일은 그것을 어떻게 처리하든 원칙적으로 각자의 자유에 맡겨져 있고 그에 관하여 어떠한 행태규범의 구속을 받는 것은 아니다. 법은 원칙적으로 그 행위가 타인에게 위해를 일으켰을 때 비로소 개입하는 것이다. 그러므로 그 행위의 결과가 행위자 스스로에게 손해를 주었다고 해서 그에게 법질서의 입장에서 비난할 수는 없고, 따라서 법적 의무의 위반이라는 의미에서 과실이 있다고는 할 수 없다.⁵⁴⁾

그런데 채권자가 채무자에 대하여 자신이 입은 손해의 배상을 구하는 경우에 채권자가 자기 스스로의 일을 잘못 처리하여 발생한 불이익한 결과도 상대방에게 전가할 수 있다고 하는 것은 공평에 반한다. 이를 인정하면, 채무자로서는 자신이 관여하지 않았고 관여할 수 없는 사정에 대하여 책임을 지는 결과가 되기 때문이다. 그러므로 여기서 채권자의 과실이란 채권자가 자신의 사무를 처리하는 데 사회관념상 일반적으로 요구되는 주의를 게을리한 것도

53) 가령 김용한, 채권법총론, 219면; 김주수, 채권총론, 168면. 판례는 “가해자의 과실은 의무위반이란 강력한 과실인데 비하여 피해자의 과실을 따지는 과실상계에 있어서의 과실이란 전자의 것과는 달리 사회관념상, 신의성실의 원칙상, 공동생활상 요구되는 약한 부주의를 가리키는 것”이라고 한다. 대판 1983. 12. 27, 83다카644; 대판 1973. 10. 10, 72다2138.

54) 박윤직·김재형, 채권총론, 147면; 김상용, 채권총론, 189면; 김중환·김학동, 채권총론; 154면; 김형배, 채권총론, 275면 이하.

포함한다. 이는 통상 자신에 대한 과실이라고 한다.⁵⁵⁾ 물론 채권자의 과실은 가령 스스로 교통법규를 위반한 경우와 같이 고유한 의미의 과실일 수도 있다. 그러나 과실상계에서 채권자의 과실은 그 밖에도 위와 같은 자신에 대한 과실도 포함한다.

② 어떠한 경우에 그러한 과실을 인정할 것인가? 이는 구체적인 사안의 개별적인 제반 사정을 평가하여 결정할 수밖에 없다. 이하에서는 채무불이행에 관하여 판례에 나타난 것을 보기로 한다.

원인무효의 보존등기를 유효한 것으로 믿고 매도인 소유가 아닌 토지를 매수한 사람이라도 “그 당시 원인무효를 이유로 말소등기청구소송이 계속중이었다면 제반사정을 주의깊게 조사하였던들 원인무효의 등기임을 알아차릴 수 있었다.”라고 한다.⁵⁶⁾ 또한 토지매수를 위임한 사람이 그 토지상에 근저당권이 설정되어 있음을 알면서 그 말소대책에 관하여 수임인과 협의하지 아니하고 그로 하여금 대금을 전부 매도인에게 지급하도록 방치하였다는 사정은 그가 수임인의 채무불이행책임을 물음에 있어서 고려되어야 한다고 한다.⁵⁷⁾ 나아가 타인에게 물건의 제작을 도급주어 그로부터 공급받은 물건을 수출하는 사람이 외국의 수입상으로부터 물건에 하자가 있음을 통지받고서도 이를 조사하지 않은 채 그대로 선적한 것은 적어도 선적 이후의 손해확대에 관한 한 과실이 있다고 한다.⁵⁸⁾

그러나 채권자가 담보가치 없는 담보를 취득한 탓으로 결국 채권의 만족을 얻을 수 없었거나 담보권 그 밖에 자기 권리의 행사를 유예하였다고 해도 일반적으로는 이를 채권자의 과실이라고 할 수 없다고 보고 있다.⁵⁹⁾ 애초 채무발생의 원인인 계약이 채권자의 간청에 의하여 이루어졌다는 사정도 그의 과실이라고는 평가되지 않는다.⁶⁰⁾

③ 그러한 과실은 반드시 채권자 본인에게 있어야 하는 것은 아니다. 제 391조는 이행보조자의 과실을 채무자 본인의 과실과 동일시함으로써 책임의

55) 이러한 의미의 과실은 가령 제553조에서도 문제된다.

56) 대판 1968. 12. 3, 68다1896. 기타 대판 1971. 12. 21, 71다218도 참조.

57) 대판 1987. 10. 13, 87다카1345.

58) 대판 1990. 3. 9, 88다카31866.

59) 대판 1976. 5. 11, 75다284; 대판 1981. 9. 8, 81다252.

60) 대판 1982. 10. 26, 80다557.

성립을 확장하는 기능을 하는데, 이는 과실상계에서 책임을 제한하는 경우에도 유추적용되어야 한다. 그러므로 채권자의 법정대리인이나 수령대리인·수령보조자 등과 같이 채무자가 그 사람에게 이행하면 변제의 효과가 발생하는 사람이 채권자의 업무를 수행하는 과정에서 과실이 있다면, 이 역시 과실상계사유가 된다.

④ 채권자의 「과실」을 이유로 과실상계를 하려면, 그에게 책임능력이 있어야 한다. 판례는 이를 불법행위에서의 책임능력보다는 훨씬 완화하여 해석하는 듯하다.⁶¹⁾

(3) 효 과

위와 같은 과실상계의 사유가 있으면, “법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.”

과실상계사유의 존부에 대하여 직권으로 심리·판단하여야 하고 당사자의 주장을 기다릴 것이 아니라는 것이 확고한 판례의 태도이다.⁶²⁾ 채권자에게 「과실」이 있는데도 손해배상의 존부나 내용을 정하는 데 이를 참작하지 않으면, 비록 당사자가 이를 주장·증명하지 않았어도, 위법하여 상고이유가 된다. 또한 법원은 과실상계사유가 있으면 이를 반드시 참작하여야 한다. 채권자의 「과실」을 인정하면서도 이를 전혀 참작하지 않아 배상책임의 존부나 내용에 아무런 영향도 인정하지 않는 것 역시 위법이다.

법원은 채무자의 손해배상책임을 면제할 수도 있고 그 배상액을 감경할 수도 있다. 그 ‘참작’에 관해서 법원은 자유재량을 가진다. 즉, 구체적인 사건에서 개별적으로 “가해자·피해자의 고의과실의 내용 및 정도, 위법행위의 발생 및 손해의 발생·확대에 대하여 어느 정도의 원인이 되었는가 등 제반사정에 비추어” 채무자의 손해배상책임을 면제할 것인가 아니면 감경하는 데 그칠 것인가, 만일 감경한다면 어느 만큼 감경할 것인가를 판단한다.⁶³⁾ 가령 “피해자가 사고발생의 근본원인을 주어 결국 스스로 불러들인 재난이라고 인정되는

61) 대판 1968. 8. 30, 68다1224는 “8세라 하더라도 특별사정이 없는 한 과실능력이 있다 할 것”이라고 한다. 김중환·김학동, 채권총론, 154면은 책임능력이 요구되지 않는다고 한다.

62) 이미 대판 1962. 4. 26, 4294민상1069 이래 대판 1967. 3. 21, 66다2660; 대판 1967. 4. 18, 67다269 등 다수. 그러나 한편 대판 1970. 2. 10, 68다2479도 참조.

63) 대판 1971. 6. 22, 71다789; 대판 1989. 3. 14, 88다카1127.

경우에는” 손해배상책임이 부인될 수 있다.⁶⁴⁾ 배상액의 감경은 손해 전액 중 40%를 감경한다는 식으로 일정한 비율로 행하여지는 것이 통상이나,⁶⁵⁾ 반드시 그렇게 해야 하는 것은 아니고 바로 실제로 배상하여야 할 액을 제시할 수도 있다. 그러나 이상과 같은 재량은 합리적으로 행사되어야 하며, “형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되는 경우”에는 재량권을 일탈한 판단으로서 이 역시 위법하다.⁶⁶⁾

채권자에게 손익상계사유가 있는 경우에 먼저 과실상계를 한 후의 금액에서 손익상계를 하여야 한다는 것이 확고한 판례이다.⁶⁷⁾ 한편 일부청구(원고가 손해배상채권의 일부라는 점을 밝혀 배상청구를 하는 것)의 경우에는, 과실상계를 한 후의 배상액이 그 청구액을 넘지 않으면 그 전부를 인용할 것이고, 청구액에다가 과실상계를 할 것은 아니다.⁶⁸⁾

한편 매도인의 하자담보책임과 같이 채무자에게 과실이 없어도 책임이 발생하는 경우에도, 채권자에 「과실」이 있으면 담보책임의 내용으로서 손해배상 청구권의 존부와 내용을 정하는 데 이를 참작하여야 할 것인가? 판례는 이를 긍정하는데,⁶⁹⁾ 그 경우에 채권자에게 귀속되어야 할 손해결과를 채무자가 부담할 이유가 없으므로 역시 긍정하여야 한다.

6. 손익상계

채무불이행이나 불법행위로 채권자가 이익을 얻었으면 손해배상에서 그 이익을 공제해야 한다. 이를 손익상계損益相計라고 한다. 민법에 이에 관한 규정

64) 대판 1970. 10. 30, 70다2010.

65) 이 경우에는 적극적 손해와 소극적 손해 양자에 동일한 비율을 적용하여야 한다. 대판 1979. 12. 11, 79다1733 등 참조.

66) 대판 1983. 12. 27, 83다카1389; 대판 1990. 4. 25, 90다카3062 등. 가령 대판 1973. 10. 10, 72다2138 등은 “가해자와 피해자의 과실을 비교하여 피해자의 과실이 가해자의 과실에 비하여 크다는 점을 따짐이 없이 본건 불법행위로 인하여 생긴 손해의 거의 전부를 오히려 피해자에게 지운 결과가 되는 원판결의 판단은 잘못”이라고 한다.

67) 대판 1981. 6. 9, 80다3277 등 다수.

68) 대판 1976. 6. 22, 75다819.

69) 대판 1980. 11. 11, 80다923은, 제667조에서 정하는 수급인의 담보책임에 관하여, “수급인의 하자담보책임은 법이 특별히 인정한 무과실책임으로서 여기서 민법 제396조의 과실상계규정이 준용될 수 없다 하더라도, 위 담보책임이 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각할 것일진대 하자의 정도, 확대에 가공한 원고의 잘못을 손해액산정에서 참작하였음은 정당하다.”라고 하였다.

이 없지만 손해배상액을 정할 때 당연히 인정된다. 채권자가 채무불이행으로 받은 이익을 공제하지 않으면 자신이 입은 손해를 넘어서 부당하게 이익을 얻게 되는 결과가 되기 때문이다.

손해배상액 산정에서 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이익을 얻었을 뿐만 아니라 그 이익은 배상의무자가 배상하여야 할 손해의 범위에 대응하는 것이어야 한다.⁷⁰⁾ 손익상계에서 공제하는 이익은 채무불이행이나 불법행위와 상당인과관계가 있는 것에 한정된다.⁷¹⁾ 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 그 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다.⁷²⁾ 한편 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다.⁷³⁾

손해발생으로 인하여 피해자에게 이익이 생기고 이와 동시에 그 손해발생에 피해자의 과실이 경합되어 과실상계를 하여야 할 경우, 판례는 먼저 산정된 손해액에서 과실상계를 한 다음 위 이익을 공제하고 있다.⁷⁴⁾

70) 대판 2011. 4. 28, 2009다98652.

71) 대판 1969. 11. 25, 69다887; 대판 2007. 11. 30, 2006다19603.

72) 대판 2017. 3. 22, 2015다232859.

73) 대판 1992. 7. 24, 91다44100; 대판 2020. 11. 26, 2016다13437.

74) 대판 1981. 6. 9. 선고 80다3277; 대판 1990. 5. 8, 89다카29129; 대판 1996. 1. 23. 선고 95다24340. 그러나 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 때 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 경우, 기왕치료비 손해배상채권액을 산정하는 방식은 전제 기왕치료비 손해액에서 공단부담금을 공제한 다음 과실상계하는 방식(‘공제 후 과실상계’)으로 바뀌었다. 대판 2021. 3. 18, 2018다287935. 또한 산업재해보상보험법에 따라 보험급여를 받은 재해근로자가 제 3자를 상대로 손해배상을 청구할 때 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우에, 재해근로자의 손해배상청구액은 보험급여와 같은 성질의 손해액에서 먼저 보험급여를 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다. 대판(전) 2022. 3. 24, 2021다241618.

7. 금전채무불이행에 대한 특칙

(1) 서 설

금전채무는 현재의 경제상황에서 매우 중요한 역할을 하고 있다. 민법은 금전채무가 불이행된 경우에 발생할 법적인 분쟁을 가능하면 간편하게 해결하기 위하여, 이에 대하여 특칙을 두고 있다(제397조). 그 내용은, 한편으로 손해배상 의무의 발생을 일률적으로 긍정하되, 다른 한편으로 그 의무의 내용을 극도로 정형화하는 데 있다. 이로써 금전채무가 보다 원만하게 작용하도록 뒷받침하려는 것이다.

제397조는 임의규정으로서, 당사자들은 이와 다른 약정을 유효하게 할 수 있다. 예를 들면, 채무자에게 귀책사유가 없는 경우에는 손해배상을 청구하지 못한다든가, 채권자가 입은 실제 손해를 배상하기로 정한다든가 하는 것이다. 한편 금전채무의 불이행에 대하여 별도의 지연이자율을 정하는 것은 뒤에서 보는 대로 위약금약정으로서, 손해배상액의 예정으로 추정된다(제398조 제 4 항).

(2) 요건상의 특칙

(가) 금전채무의 불이행을 이유로 하여 손해배상청구권이 발생하는 데는, 우선 채권자가 그로 인하여 손해를 입었음을 증명할 필요가 없다(동조 제 2 항 전단). 오늘날 금전은 거의 보편적인 활용가능성을 가지고 있으며 또한 금전의 활용가능성 자체가 일정한 재산적 가치가 있으므로, 금전의 지급이 지체되어⁷⁵⁾ 채권자가 이를 활용할 수 없게 되었다면 그로 인하여 손해가 발생하였다고 일률적으로 의제하여도 좋을 것이다.

(나) 나아가 채무자는 금전의 지급을 지체한 데 대하여 “과실 없음을 항변하지 못한다”(동항 후단). 즉, 채무자는 그 불이행에 대하여 자신에게 귀책사유가 없음을 주장·증명하더라도, 채무불이행책임을 져야 한다. 통설은 이 규정을 채무자가 불가항력을 증명하더라도 채무불이행책임을 면할 수 없는 것으로 해석한다.⁷⁶⁾ 이에 대하여 민법의 해석으로는 전쟁·내란·천재지변 등의 불가항력은 면책사유가 된다는 소수설이 있다.⁷⁷⁾ 원래 불가항력이라는 개념은 무

75) 금전채무불이행에는 이행불능이 있을 수 없다.

76) 김용한, 채권법총론, 60면; 김주수, 채권총론, 58면; 현승종, 채권총론, 61면.

77) 박윤직·김재형, 채권총론, 40면, 150면; 이은영, 채권총론, 124면; 김증한·김학동, 41면.

과실책임이 인정되는 경우에 그 책임이 지나치게 가혹한 것을 제한하기 위하여 사용되는 것이다. 실제로 금전채무가 가령 차임과 같이 물건사용의 대가로서 발생한 경우에 불가항력에도 불구하고 채무자가 불이행책임을 진다는 것은 공평하지 않다. 특히 약정이율이 있으면 이에 따라 지연이자를 지급하여야 한다고 보면 더욱 그러하다. 물론 금전과 같은 종류물이 거래계에 존재하는 한 채무자의 주관적 이행불능은 면책사유가 될 수 없다고 하더라도,⁷⁸⁾ 나아가 불가항력으로 인한 불이행까지 책임을 진다고는 할 수 없다. 그리고 통설도 일치하여 국가가 긴급 시에 지급유예(moratorium)를 명한 경우에 그 기간 동안은 이행지체가 되지 않는다고 하는데, 이는 실질적인 평가의 점에서는 불가항력의 경우와 크게 다르지 않다. 그러므로 채무자가 불가항력으로 말미암아 금전채무가 불이행되었음을 주장·증명한 경우에는, 손해배상책임이 발생하지 않는다.

(3) 효과상의 특칙

(가) 금전채무불이행에 의한 손해배상액(이는 통상 「지연이자」라고 부른다)⁷⁹⁾은 법정이율에 의함을 원칙으로 하고, 다만 약정이율이 정하여져 있는 경우에는 그것이 법령의 제한에 위반하지 않는 한도에서 그 약정이율에 의한다(동조 제1항). 법정이율은 민사채무에 대하여는 연 5푼이며(제379조), 상사채무에 대하여는 연 6푼이다(상 제54조). 그리고 「소송촉진 등에 관한 특례법」은 금전채무의 이행을 명하는 판결을 함에 있어서 그 지연이자에 관한 법정이율은 “그 금전채무의 이행을 구하는 소장訴狀 또는 이에 준하는 서면書面이 채무자에게 송달된 날의 다음 날부터는 연 100분의 40 이내의 범위에서 「은행법」에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제 여건을 고려하여 대통령령으로 정하는 이율”에 따른다고 규정한다(동법 제3조 제1항).⁸⁰⁾ 2024년 2월 현재 그렇게 정하여진 이율은 연

78) 김형배, 채권총론, 68면.

79) 제705조는 같은 의미로 ‘연체이자’라는 용어를 사용하는데, 이는 ‘지급이 연체된 이자’의 의미로 이해될 우려가 있어서 적합하지 않다.

80) 동조 제2항은 그 예외로 “채무자에게 그 이행의무가 있음을 선언하는 사실심 판결이 선고되기 전까지 그 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 때에는 그 상당한 범위 안에서” 동조 제1항을 적용하지 않는다고 정한다. 대판(전) 1987. 5. 26, 86다카1876은, 여기서 ‘상당한 범위’란 ‘채무자가 항쟁함에 상당한 이행의무의 범위’가 아니라 ‘그러한 항쟁을 함에 상당한 기간의 범위’라는 의미라고 할 것인데, 그러한 항쟁을 할 수 있는 시기는 사실심판결이 선고되기까지이므로 그 이후에는 위 규정을 들어 동조 제1항의 적용을 배제할 수 없다는 주목할 만한 판단을 하였다. 이러한 태도에 의하면, 판

12%이다.

여기서 약정이율이란 원본에 대하여 이자를 지급하기로 하는 약정이 있는 경우에 그 이율로 따로 정한 것을 말하는데, 다만 약정이율이 위의 법정이율보다 낮은 경우에는 그에 의하지 아니하고 법정이율이 적용된다.⁸¹⁾ 그러므로 애초 금전채무의 불이행이 있으면 채무자가 지급할 지연이자율을 별도로 정한 경우(가령 “은행대출금의 반환을 연체하면 그때부터” 지체액에 대하여 연 1할 8푼의 지연이자를 붙이기로 약정한 경우)는 이에 해당하지 않으며, 그 경우는 위약금약정으로서 손해배상액의 예정을 한 것으로 추정된다.⁸²⁾ 그리고 약정이율이 법률의 제한을 넘는 경우에는, 지연이자는 아예 법정이율로 낮아지는 것이 아니라 그 제한최고이율의 한도에서 인정된다.⁸³⁾ 이자를 제한하는 법률로서는 이자제한법이 있다.

(나) 위의 규정은, 한편으로 채권자는 손해의 구체적인 내용을 묻지 않고, 실제 손해가 그보다 적더라도, 위와 같은 내용의 지연이자를 청구할 수 있다는 의미이고, 특히 다른 한편으로 그 이상의 손해를 증명하여도 이를 청구하지 못한다는 의미라고 해석되고 있다.⁸⁴⁾

8. 위약금 약정 — 손해배상액의 예정과 위약벌

(1) 의 의

(가) 거래의 실재를 관찰하면, 채권관계의 당사자들, 특히 계약당사자들이, 그 일방 또는 쌍방이 채무를 이행하지 아니한 경우에는 일정한 금전을 따로 급부하기로 하는 약정을 하는 경우가 많이 있다. 전형적인 것으로는, 부동산의 매매계약을 체결하면서, 매도인이 계약을 위반하면 계약금의 배액을 배상하고 매수인이 계약을 위반하면 계약금을 ‘몰취’한다고 특히 정하는 경우를 들

결로 금전채무의 이행을 명하는 경우에는 사실심판결의 선고일 이후에 대하여는 예외 없이 연 2할 5푼(현재는 연 1할 2푼)의 지연이자의 지급을 명하여야 한다는 결과가 된다.

81) 대판 2009. 12. 24, 2009다85342.

82) 그러한 손해배상액의 예정은 이자제한법의 제한을 받지 않으며, 다만 그 액이 부당히 과다한 경우에는 법원이 이를 적당히 감액할 수 있을 뿐이다(제398조 제 2 항).

83) 대판 1971. 3. 23, 70다2950.

84) 박윤직·김재형, 채권총론, 151면; 김주수, 채권총론, 166면; 김증한·김학동, 채권총론, 42면; 김형배, 채권총론, 187면. 반대: 초과 손해도 증명하여 배상을 받을 수 있다는 견해로는, 김상용, 채권총론, 197면; 이은영, 채권총론, 127면.

수 있다. 이와 같이 「채무자가 채무불이행의 경우에 채권자에게 지급하기로 약정한 금전」을 위약금이라고 부른다(물론 금전 이외의 것을 지급하기로 약정하기도 하나, 그 법적 처리는 금전의 경우와 마찬가지로 다르다).

민법은 실제로 빈번하게 이루어지는 위약금의 약정에 관하여 직접 규정하지 않고, 다만 「손해배상액의 예정」— 이는 위약금 약정에 대한 법적인 성질 결정의 결과라고 할 수 있다 —에 대하여 규정하고 있다. 그리고 위약금 약정은 손해배상액을 예정한 것으로 “추정”한다고 하여(제398조 제4항), 위약금 약정은 그 하나의 현상형태라는 입장을 취하고 있다. 그러나 이러한 규율 태도는 반드시 타당하다고는 할 수 없다. 첫째, 그것은 실제 거래의 양상에 솔직하게 대응하지 못하고, 둘째, 위약금 약정 중에서 손해배상액의 예정과는 다르게 성질결정되는 것, 가령 위약벌 약정은 이를 전적으로 당사자의 의사해석에 맡길 수밖에 없다는 결과가 되기 때문이다. 그리고 제398조에도 「손해배상액의 예정」과 관련한 중요한 사항의 대부분에 대하여 별다른 정함이 없다(「손해배상액의 예정」에 대하여는, 그 밖에 보증채무에 한정되는 제429조 제2항이 있을 뿐이다).

(나) 채권관계의 당사자들이 위약금 약정을 하는 목적에는 대개 두 가지가 있다.

하나는, 채무자로 하여금 채무를 이행하도록 심리적으로 압박을 가하기 위하여, 만일 채무를 이행하지 않으면 채무자가 저야 할 책임을 미리 무겁게 정하여 두는 것이다. 다른 하나는, 채무불이행이 있는 경우에 발생하는 손해배상책임의 내용을 미리 정함으로써, 배상문제의 처리를 간편하게 하려는 것이다. 그리고 이에 대응하여, 위약금 약정은 이행강제기능과 배상처리기능의 둘을 수행한다고 말할 수 있다.

지금까지 학설과 판례는 위약금 약정의 주된 목적이 전자에 있는 경우를 「위약벌」로, 후자에 있는 경우를 「손해배상액의 예정」으로 파악하고, 그 각각에 대하여 서로 무관계한 내용으로 독자적인 법리를 형성하여 왔다.⁸⁵⁾

(2) 손해배상액의 예정과 위약벌

(가) 종전의 학설과 판례는 위약금 약정을 손해배상액의 예정이 아니면 위약벌로 파악하여 왔다. 그 구별의 기준은 물론 당사자의 의사에 있는데, 당

85) 김상용, 채권총론, 204면; 김주수, 채권총론, 174면; 김중환·김학동, 채권총론, 162면; 김형배, 채권총론, 289면; 이은영, 채권총론, 362면.

사자들이 손해배상의 법률문제를 간편하게 처리하는 데 중점을 두고 위약금 약정을 하였으면 이는 「손해배상액의 예정」이고, 그보다는 채무자로 하여금 이행에 나아가도록 압박을 가하기 위하여 채무불이행에 대한 사적인 제재로서 정한 것이라면 「위약벌」이라고 한다. 그리고 후자의 약정이 있는 경우에 채무자가 채무불이행을 하면 채권자는 위약금의 지급 이외에 자신에게 실제로 발생한 손해의 배상을 추가로 청구할 수 있으나, 전자의 경우에는 손해배상으로서 위약금을 지급하면 충분하다고 한다.

제398조, 특히 그 제 2 항에서 정하는 금액은 손해배상액의 예정에 대하여만 인정되고, 위약벌에는 인정되지 않는다는 것이 종래의 다수설이었다. 판례는 위약벌에 대하여 공서양속 규정을 적용하여 일부무효의 통제를 하고 있으나, 이에 대해서는 아예 위 제398조 제 2 항을 유추적용하여야 한다는 견해도 유력하다.⁸⁶⁾

(나) 양자의 구별은 이와 같이 당사자의 의사해석에 달려 있으나, 민법은 이에 관하여 하나의 기준을 주어, “위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.”라고 한다(제398조 제 4 항). 따라서 위약금 약정이 손해배상액의 예정이 아니고 위약벌이라고 주장하는 사람이 이를 증명하여야 한다.

계약당사자의 일방이 그 급부를 제대로 이행받는 것이 자신의 사무처리 안정성이나 확실성을 위하여 필요하고 그것을 상대방도 알 수 있었던 경우에는 위약금의 약정이 위약벌을 정한 것으로 볼 수 있다.⁸⁷⁾ 그러나 판례에서 2000년대에 들어 위약벌로 인정하는 예는 현저하게 줄어들고 있다.

(3) 위약금청구권의 발생요건

(가) 유효한 위약금 약정의 존재

① 위약금을 청구하려면 위약금 지급의 약정이 유효하게 존재하여야 한다. 실제로 압도적으로 많이 행하여지는 것은, 「당사자 일방이 계약금을 지급한 경우에 그가 계약을 위반하면 이를 포기하고(또는 “물취”하고) 상대방이 계약을 위반하면 그 배액을 지급한다」는 내용의 약정이다.⁸⁸⁾ 그러나 이러한 일괄

86) 이에 관해서는 아래 (5) 참조.

87) 대판 1968. 6. 4, 68다419; 대판 1979. 9. 11, 79다1270; 대판 1989. 10. 10, 88다카25601.

88) 시중에서 판매되고 있는 부동산매매계약서나 부동산임대차(전세)계약서에는 이러한 문구가 부동산자로 인쇄되어 있는 경우가 대부분이다.

액의 형태가 아니라도, 가령 건축공사 등의 경우에 「그 일의 완성이 늦어지면 하루당 도급액의 일정비율을 감액한다」는 식으로 약정되는 경우도 많다(이러한 약정을 특히 지체상금의 약정이라고 한다). 그 약정은 위약금을 제 3 자에게 지급하도록 하는 것일 수도 있다(「제 3 자를 위한 계약」, 제539조).

위약금 약정은 법률상 명문으로 허용되지 않기도 한다. 가령 근로기준법상의 근로계약의 불이행에 대한 위약금 약정은 근로자 보호를 위하여 허용되지 않는다(동법 제20조, 같은 취지의 선원법 제29조도 참조). 그리고 특히 위약벌의 약정은 채무자를 부당하게 억압하는 등으로 불리한 내용이면 민법 제103조나 제104조에 따라 무효가 되는 경우가 많을 것이다. 한편 손해배상액의 예정인 경우에는 법원에 의한 감액이 인정되고 있으므로(제398조 제 2 항 참조), 실제로 사회질서 위반이나 불공정한 법률행위를 이유로 그 약정이 무효가 되는 경우는 많지 않을 것이다. 그러나 약관에 의한 계약의 경우에, “고객에 대하여 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 약관조항”은 무효이다(약관법 제 8 조).

② 위약금 약정은 “원채권관계에 종된 약정”이다. 즉, 이 약정은 당사자 사이에 별도로 채권관계가 존재하는 것을 전제로 하는 것이다. 따라서 원채권관계가 그것을 발생시키는 계약의 무효, 취소, 해제 등의 사유로 부존재하는 경우에는, 위약금 약정도 그 목적을 상실하여 효력을 상실한다.

그 채권관계는 매매, 소비대차, 임대차(전세계약 포함), 도급 등의 계약으로부터 발생하는 경우가 많다. 그러나 반드시 이에 한정되는 것은 아니고, 가령 불법행위로 인한 손해배상청구권 등의 경우에도 당사자들이 위약금 약정을 할 수 있음은 물론이다.

(나) 채무불이행

① 위약금은 채무자가 채무불이행을 하는 경우에 지급하기로 약정하는 것이므로, 채무불이행이 있어야 한다. 물론 어떠한 내용의 채무불이행에 대하여 위약금이 약정되었는가는 계약의 해석을 통하여 밝혀야 할 것이다.

단지 “계약을 위반한 경우”라고 정하였다면, 넓은 의미의 채무불이행, 즉 “채무의 내용에 좇은 이행이 이루어지지 아니한”(제390조 참조) 모든 경우를 말하고, 그 불이행의 모습은 그것이 이행불능이든, 이행지체이든, 불완전이행이든, 이행거절이든, 부작위의무 위반이든 상관없다. 그러나 채무불이행이 계약

의 이행 전체로 보아 사소한 의미밖에 없는 경우에는 신의칙상 위약금의 청구가 허용되지 않을 수 있다. 그리고 실무례를 보면, 계약해제에 따른 계약금반환의무의 불이행은 이에 해당되지 않는다고 한 경우,⁸⁹⁾ “계약에 관련된 불법행위상의 손해”는 포함되지 않는다고 한 경우⁹⁰⁾ 등이 있다. 또한 쌍무계약의 당사자들이 모두 위약금을 약정하였는데 쌍방 모두가 위약한 경우에는, 원칙적으로 각자가 그 약속한 위약금을 지급하여야 하나, 일방의 위약이 상대적으로 현저히 중대하여 상대방으로 하여금 그의 위약금의 약정에 구속되도록 요구하는 것이 신의칙상 기대될 수 없다면 그는 위약금을 청구할 수 없다.⁹¹⁾

문제는 매도인이 담보책임으로 부담하는 손해배상청구권인데, 그 약정을 손해배상액의 예정으로 보는 한, 역시 위약금의 청구는 허용된다.⁹²⁾ 당사자들의 의사는 이러한 경우에도 손해배상문제를 간편하게 해결하려는 취지라고 볼 수 있기 때문이다.

② 위와 같은 채무불이행에 대하여 채무자에게 귀책사유가 없는 경우에도 위약금을 청구할 수 있는가? 다시 말하면, 채무자가 채무불이행에 대하여 귀책사유가 없음을 증명하더라도, 역시 그는 위약금을 지급하여야 하는가? 이 문제도 물론 당사자의 의사해석에 달린 것이나,⁹³⁾ 문제는 통상의 경우에 어떻게 볼 것인가 하는 점이다.

종전에는 다수설이 이를 긍정하였다.⁹⁴⁾ 그 이유로는 “당사자의 의사는 보통 귀책사유의 유무에 관하여 일체의 분쟁을 피하려는 취지”이기 때문이라고 설명하기도 한다.⁹⁵⁾ 그러나 당사자의 의사를 이와 같이 채권자에게 일방적으로 유리한 내용으로 파악할 이유는 없으며, 오히려 원칙으로 돌아가 채무불이행의 일반요건이 갖추어지는 것을 전제로 하여 위약금의 지급의무를 부담한다는 의사라고 할 것이다. 따라서 원칙적으로는 채무자가 그 채무불이행에 대하여 귀책사유가 없음을 증명한 경우에는, 채무자에게 위약금 지급의무가 없다고 할

89) 대판 1981. 7. 7, 80다2185.

90) 대판 1965. 3. 23, 65다34.

91) 최병조, “위약금의 법적 성질,” 민사판례연구 제11집(1989), 230면.

92) 대판 1976. 3. 23, 74다1383.

93) 앞서 본 매도인의 담보책임에 기한 손해배상청구권의 경우가 바로 그러하다.

94) 김상용, 채권총론, 200면; 김용한, 채권총론, 221면; 김주수, 채권총론, 172면.

95) 김석우, 채권법총론, 166면.

것이다.⁹⁶⁾ 판례도 마찬가지이다.⁹⁷⁾ 이러한 해석은 위약금 약정이 손해배상액의 예정이든 위약벌의 정함이든 차이가 없다. 다만 금전채무불이행의 경우와 같이 원래부터 귀책사유 없음을 항변하지 못하는 경우(제397조 제2항 후단)에는 그렇지 않고, 귀책사유가 없어도 위약금을 청구할 수 있다.

또한 채무자가 채무불이행을 하는 데 대하여 위법성이 없는 경우에도 마찬가지로 채권자는 위약금을 청구할 수 없다.⁹⁸⁾ 이는 금전채무불이행의 경우에도 마찬가지이다. 가령 매매계약에서 매수인이 매도인이 소유권을 이전하여 주지 않아(또는 그 이행의 제공을 하지 않아. 제536조 참조) 대금의 지급을 거절하고 있는 경우에는, 비록 그 지급기일이 지난 경우에도, 위약금을 지급할 의무가 없다.

(다) 손해의 발생

① 손해배상액 예정의 경우에 채무자가 채무불이행으로 말미암아 채권자에게 아무런 손해가 발생하지 아니하였음을 증명하였더라도, 위약금 지급의무가 발생한다.

그러므로 「손해의 발생」은 위약금지급의무의 발생요건이 아니며, 채무자가 손해가 발생하지 않았음을 증명하였더라도 채권자는 위약금의 지급을 청구할 수 있다고 하여야 한다.⁹⁹⁾ 다만 손해가 실제로는 전혀 발생하지 않았다는 사정은 제398조 제2항에서 정하고 있는 감액 여부를 판단할 때 고려하여야 한다.

② 나아가 위약벌은 채무불이행에 대한 사적인 제재이므로, 손해의 발생과는 무관하다. 판례도 마찬가지이다.¹⁰⁰⁾

96) 서민, “지체상금의 효력,” 민사판례연구 제9집(1987), 70면 이하; 최병조(주 91), 229면; 박윤직·김재형, 채권총론, 151면; 김증한·김학동, 채권총론, 158면; 이은영, 채권총론, 365면; 김형배, 채권총론, 285면(중전의 견해를 변경한다고 한다).

97) 대판 1989. 7. 25, 88다카6273 등; 대판 2007. 12. 27, 2006다2409.

98) 가령 대판 1988. 4. 12, 86다카2476은, 임대차관계의 종료로 인한 임차인의 목적물반환의무의 불이행을 이유로 임대인이 미리 예정한 배상액을 청구한 사건에서, 임대인이 임차인의 그 의무와 동시이행의 관계에 있는 보증금반환의무의 이행제공을 하지 아니한 이상 예정배상액을 지급할 의무가 없다고 한다. 또한 대판 1960. 9. 8, 4292민상858도 참조.

99) 대판 1975. 3. 25, 74다296은 “채무불이행에 인한 손해배상액의 예정이 있는 경우에는 채권자는 채무불이행 사실만 증명하면 손해의 발생 및 그 액을 증명하지 아니하고 예정배상액을 청구할 수 있다.”라고 한다.

100) 대판 1979. 9. 11, 79다1270.

(4) 위약금청구권의 내용

(가) 위약금의 액수와 지급방법 등은 당사자 사이의 약정에 따른다. 위약금이 위약벌의 성질을 가지는 것이면, 채권자는 그 밖에 일반법리에 따른 일체의 구제수단을 가짐은 물론이다. 따라서 채권자는 자신에게 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있고, 나아가 계약을 해제할 수도 있다.

(나) 위약금 약정이 손해배상액의 예정인 경우에는, 당사자 사이의 손해배상분제는 위약금의 지급으로, 그리고 그것만으로써 처리된다. 그러므로 채무자는 채권자의 실제 손해가 예정액보다 적다는 것을 증명하더라도, 또 반대로 채권자는 자신의 실제 손해가 예정액보다 크다는 것을 증명하더라도,¹⁰¹⁾ 그 차액만큼의 삭감 또는 증가를 요구하지 못한다.¹⁰²⁾

나아가 민법은 “손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다.”라고 정한다(제398조 제3항). 물론 채권자가 이행청구권이나 계약해제권을 가지고 있는 경우에는, 손해배상액의 예정 약정이 그러한 권리의 포기 그 밖에 별도의 청산방법을 정한 것이라고 해석되지 않는 한, 채권자는 당연히 그 권리를 행사할 수 있다. 따라서 위 규정은 당연한 내용을 정한 것이다.

그런데 채권자가 이행불능 등의 이유로 이행청구권을 더 이상 가지지 못하고 그 대신에 전보배상청구권을 가지는 경우에는, 「손해배상액의 예정」이 이러한 경우에 대하여도 적용된다고 볼 것인지에 대하여 보다 신중한 판단을 요한다. 왜냐하면 예정된 손해배상액은 통상 채권자가 원래의 이행청구권을 가지는 것을 전제로 정해진 것이기 때문이다.¹⁰³⁾ 물론 당사자들이 전보배상의 경우를 상정하여 손해배상액의 예정을 한 경우에는 그에 따라야 한다.

(다) 「손해배상의 예정액이 부당하게 과다한 경우에는 법원은 적당히 감

101) 대판 1988. 5. 10, 87다카3101; 대판 1990. 2. 13, 89다카26250. 이는 채권자에게 ‘특별한 손해’가 있다고 해도 마찬가지이다.

102) 특별손해의 경우에는 예정액 이외에 배상을 받을 수 있다는 견해로는, 김증한·김학동, 채권총론, 159면.

103) 대판 1977. 9. 13, 76다2185는 당사자 쌍방이 선의로 타인 소유의 부동산을 매매한 경우에 그 계약에서 계약금을 위약금으로 지급하기로 정한 것은 위와 같은 경우의 매도인의 담보책임으로 인한 손해배상청구권에는 적용되지 않는다고 하는 것은 이러한 취지라고 할 것이다.

액할 수 있다」(제398조 제 2 항).

이 규정은 민법으로서는 매우 드물게 법관에 의한 계약의 구체적인 내용 형성을 인정한 것으로서 이채롭다. 이는 경제적 약자라고 상정되는 채무자에게 부당한 압박을 가하는 것을 막으려는 데 그 기본취지가 있다. 그러므로 이러한 감액주장을 미리 배제하는 약정은 무효이다. 그러나 위약금채무가 이미 발생하고 난 다음에는 굳이 무효라고 볼 필요는 없다.¹⁰⁴⁾

“부당하게 과다”한지 여부와 어떠한 액으로 “적당히 감액”할 것인지를 판단하는 기준시점은 그 판단을 할 때이고, 그 사이에 발생한 모든 사정이 그 판단에서 고려될 수 있다.¹⁰⁵⁾ 따라서 위약금 약정이 이루어진 후는 물론 채무불이행 이후에 발생한 사정(가령 급부목적물의 가격변동 등)도 고려되어야 한다. 판례는 고려되는 사정으로서 “채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정”을 들고 있다.¹⁰⁶⁾ 이 중에서 실제로 중요한 기능을 하는 것은, 채무액에 대한 예정액의 비율¹⁰⁷⁾과 거래관행,¹⁰⁸⁾ 그리고 계약의 목적 및 내용,¹⁰⁹⁾ 예상손해액¹¹⁰⁾ 등이다. 이러한 감액 여부의 판단은 당사자의 주장을 기다릴 필요는 없고, 직권으로 해도 되고 또 그러한 사정이 있으

104) 최병조(주 91), 233면.

105) 최병조(주 91), 234면은 「채무불이행이 있을 때」라고 한다.

106) 대판 1987. 5. 12, 86다카2070; 대판 1988. 1. 12, 87다카2291.

107) 대판 1975. 11. 11, 75다1404는 매매대금이 570만원인데 114만원의 위약금(즉, 2할)을 정한 경우를 부당하게 과다하다고 보았고, 대판 1988. 1. 12, 87다카2291은 임대보증금 2억1원의 3할인 6천 3백만원을 위약금으로 정한 경우를 부당하게 과다하다고 하였다.

108) 가령 매매계약의 경우는 대금의 1할, 건축도급계약의 경우는 1일당 도급액의 1000분의 2 또는 3 등으로 정한다. 대판 1989. 12. 12, 89다카10811은, 대금 9억 3천 5백만원의 부동산매매계약에서 9천 5백만원을 예정손해배상액으로 한 것을 원심이 부당하게 과다하다고 하여 6천만원으로 감액한 것을, “계약 당시의 거래관행”을 들어 과기하였다. 다른 한편 대판 1988. 4. 12, 87다카685는, 대금 4억 1천만원의 부동산매매계약에서 그 1할인 4천만원을 위약금으로 정한 것을 과다하다고 하여 2천만원으로 감액하고 있다.

109) 대판 1988. 12. 6, 87다카2739 등은 대금 2억 7천만원의 공장매매계약에서 9천만원의 손해배상액을 예정한 것을, “얼핏 과다한 배상으로 보이는 것은 사실이나, 매수인이 중도금만을 지급하고 목적물 일체를 명도받아 사용수익할 수 있도록 되어 있어 그 운영수익에 따른 대가와 시설의 사용에 따른 매도인의 손해 등을 감안할 때” 부당하지 않다고 한다.

110) 실제로는 손해가 발생하지 아니하였든가, 실손해가 예정액보다 훨씬 적다든가 하는 사정은 당연히 고려되어야 할 것이다.

면 판단하여야 한다.¹¹¹⁾

문제는 예정액이 “부당하게 과소”한 경우에 그 증액을 인정할 것인가이다. 이를 긍정하는 견해도 유력하다.¹¹²⁾ 그러나 역시 법관의 계약에 대한 개입은 명문이 없는 한 허용되지 않는다고 보아야 한다. 따라서 명문의 규정(광업법 제 79조 참조)이 없는 경우에는 이는 인정되지 않는다.

(라) 채권자에게 「과실상계」의 사유가 있다는 사정은 위약금지급의무에 어떠한 영향을 미칠 것인가? 통설은, 적어도 손해배상액의 예정에 관한 한, 그에 따른 위약금의 감액을 인정한다. 이는 채권자가 자신의 잘못을 채무자에게 전가할 수 없다는 것을 이유로 하는 것으로서 타당하다. 그러나 판례는 그와 반대의 견해를 취한다.¹¹³⁾ 또는 이를 제398조 제 2 항의 감액사유로 하면 별문제는 없다고 하는 입장도 있으나,¹¹⁴⁾ 채권자에게 「과실」이 있으면 반드시 감액되어야 할 것이다. 그리고 이는 위약벌의 경우에도 마찬가지이다.

그 밖에 채무자가 일부의 이행을 한 사정은, 그것이 목적과 성질상 유효한 한 그에 비례한 감액이 인정되어야 한다는 주장이 있다.¹¹⁵⁾ 그러나 완전이행이 되지 아니한 마당에, 일부 이행에 비례한 감액을 반드시 하여야 한다는 것은 지나치고, 위 (다)에서 본 감액사유로서 고려하면 충분하다.

(5) 위약벌에 대한 제398조 제 2 항의 유추적용 문제

제398조 제 2 항은 위약벌의 경우에 유추적용되는지 문제된다. 다수설과 판례는 다음과 같이 이를 부정하고 있다.¹¹⁶⁾ 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상액의 예정과 그 내용이 다르므로 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액

111) 김용한, 채권법총론, 223면; 김형배, 채권총론, 286면; 서민(주 96), 183면. 반대: 최병조(주 91), 233면. 대판 1988. 1. 12, 87다카2291에서는, 당사자가 위약금 약정이 양속에 반하여 무효라고만 주장하고 그 감액주장을 하지 아니한 것으로 추측되는데, 감액할 여지가 있음을 이유로 원심판결을 파기하였다.

112) 김용한, 채권법총론, 222면; 김형배, 채권총론, 287면; 최병조(주 91), 239면.

113) 대판 1972. 3. 31, 72다108.

114) 이용훈, “계약금포기 및 배액반환약정에 관한 판례연구,” 곽윤직 화갑기념논문집(1985), 447면.

115) 서민(주 96), 185면; 최병조(주 91), 233면.

116) 대판 1993. 3. 23, 92다46905; 대판 2002. 4. 23, 2000다56976; 대판 2005. 10. 13, 2005다26277; 대판 2013. 12. 16, 2013다63257; 대판 2015. 12. 10, 2014다14511; 대판 2016. 1. 28, 2015다239324.

할 수 없다. 다만 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 되는 것에 지나지 않는다고 한다. 최근 대법원 전원합의체 판결에서 이 문세를 다루었으나 7:6으로 종전 판례를 유지하기로 하였다.¹¹⁷⁾ 이에 대해서는 공서양속 규정으로 일부무효의 통제를 하기보다는 아예 위 제398조 제 2 항을 유추적용하여야 한다는 견해가 유력하다.¹¹⁸⁾

실제 사건에서 위약벌과 손해배상액의 예정 사이에 명확한 한계를 긋는 것이 어려운 경우가 대부분이고, 후자의 경우라도 이행강제나 제재의 기능이 전혀 없다고는 할 수 없다. 손해전보를 주로 하는 손해배상액의 예정에도 감액을 인정한다면, 채권자 자신의 손해와는 무관하게, 그에게 말하자면 하나의 보너스로 주어지는 위약벌에 대하여는 당연히 감액을 인정해야 한다. 만일 이를 인정하지 않는다면, 하나의 평가모순이 있게 될 것이다. 위약벌은 오히려 손해배상액 예정보다 채무자에게 더욱 가혹한 것으로서 법원에 의한 재량 감액의 필요가 더욱 두드러진다. 따라서 위약벌의 경우에도 손해배상액의 예정에 관한 제 398조 제 2 항을 유추적용하여 그 감액을 인정하는 것이 간명한 해결방법이다.

[판결 7] 위약금 약정과 실손해의 배상: 대판 1988. 5. 10, 87다카3101

상고이유를 본다.

제1점에 대하여,

매매당사자가 계약금으로 수수한 금액에 관하여 매수인이 위약하면 이를 무효로 하고 매도인이 위약하면 그 배액을 상환하기로 하는 뜻의 약정을 한 경우에 있어서 그 위약금의 약정은 민법 제398조 제 4 항이 정한 손해배상의 예정으로 추정되는 것이고 또 이와 같은 약정이 있는 경우에는 채무자에게 채무불이행이 있으면 채권자는 실제손해액을 증명할 필요없이 그 예정액을 청구할 수 있는 반면에 실제손해액이 예정액을 초과하더라도 그 초과액을 청구할 수 없게 된다(당원 1965. 6. 22. 선고 67다737 판결 참조).

따라서 원심이 원·피고 사이에 이 사건 매매계약에 즈음하여 수수된 계약

117) 대판(전) 2022. 7. 21, 2018다248855, 248862.

118) 민법주해[IX], 687면(양창수 집필); 손지열, “손해배상예정약관조항에 대한 내용통제,” 민사판례연구 제18집, 1996, 11면 이하; 최병조(주 91), 238면; 김재형, “「손해배상액의 예정」에서 「위약금 약정」으로,” 비교사법 제21권 2호(2014. 5), 647면; 권영준, “위약벌과 손해배상액 예정,” 저스티스 제155호(2016), 199면 참조.

금에 관하여 “매도인이 위약시에는 매수인으로부터 영수한 계약금에 대하여 배액을 매수인에게 지불하고 매수인이 위약시에는 매도인에게 지불한 계약금을 무효로 하는 동시에 계약은 해약되는 것”으로 하는 위약금의 약정을 한 사실을 확정하고 같은 취지에서 이를 손해배상의 예정으로 추정한 다음 채무불이행(이행불능)을 이유로 위 예정액을 초과하여 구하는 이 사건 손해배상청구를 배척한 것은 정당하고 거기에 주장하는 바와 같은 계약금의 성질과 손해배상의 예정 또는 이행불능으로 인한 전보배상 등에 관한 법리오해의 위법이 없다. 주장은 결국 이와 다른 견해에서 원심판결을 탓하고 있음에 불과하다.

주장은 이유없다.

질문

- (1) 위약금 약정은 어떠한 성질을 갖는가?
- (2) 위약금 약정의 경우 실손해를 배상청구할 수 있는가?

[판결 8] 위약벌에 대한 법원의 직권 감액 여부: 대판(전) 2022.7.21, 2018다248855, 248862

상고이유를 판단한다.

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실 및 사정을 알 수 있다.

가. 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)와 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라 한다)는, 원고가 서울 영등포구 (주소 생략)에 있는 ○○○○스포츠센터 (충수 생략)을 무상으로 제공하면 피고가 그곳에 골프 연습시설물을 설치하여 10년간 운영하되, 그 수익을 1/2씩 나누어 갖기로 하는 내용의 공동사업계약(이하 ‘이 사건 계약’이라 한다)을 체결하였다.

나. 원고는 이 사건 계약에 따른 공사 진행 중 피고에게 운영주체 및 운영기간 등에 관한 계약 내용의 변경을 요청하였고, 피고가 이를 거절하자 공사 진행을 방해하였다. 피고는 원고의 공사 방해 등 귀책사유를 이유로 이 사건 계약을 해지한다고 통지하였다.

다. 이 사건 계약 제10조는 “본 계약상의 의무를 이행하지 아니한 회사가 계약 해지를 당한 경우에는 손해액을 손해배상금으로 상대방 회사에 현금으로만 지급하여야 한다.”라고 정하고, 제11조는 “손해배상금과는 별도로 의무사항에 대하여 불이행 시 별도의 1,000,000,000원을 의무 불이행한 쪽에서 지불하여

야 한다.”라고 정하고 있다(이하 ‘이 사건 위약금 약정’이라 한다).

라. 원심은 피고의 계약 해지는 적법하고, 이 사건 위약금 약정은 위약벌에 해당한다고 판단한 다음 이에 대한 원고의 감액 주장을 받아들이지 않았다.

2. 계약 해지의 적법 여부에 대하여

원심은 다음과 같은 이유로 피고의 계약 해지가 적법하다고 판단하였다. 원고는 골프 연습프로그램의 중앙 제어를 위하여 인터넷 설치가 필수적임에도 건물의 인터넷과 유선통신을 제한하는 등 공사를 방해하였고, 이는 이 사건 계약 불이행의 주된 귀책사유이다. 피고의 하수급업체가 유치권을 행사한 사정만으로 달리 볼 수 없다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 계약 해지에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

3. 위약금 약정의 법적 성격 및 위약벌을 감액할 수 있는지 여부에 대하여 가. 이 사건 위약금 약정의 법적 성격

당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우 그 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는, 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적 등을 종합하여 구체적인 사건에서 개별적으로 판단해야 할 의사해석의 문제이다. 위약금은 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 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 위약금 조항을 두고 있어서 그 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은 위약벌로 보아야 한다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결, 대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살펴보면, 이 사건 계약에 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 약정 조항을 두고 있는 등 이 사건 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정이 있으므로, 이 사건 위약금 약정은 위약벌의 성격을 가진다고 보아야 한다.

원심판결에 상고이유 주장과 같이 이 사건 위약금 약정의 법적 성격에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 위약벌을 감액할 수 있는지 여부

1) 대법원은, 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상액의 예정과 그 내용이 다르므로 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없다고 하였다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014다14511 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결 등 참조).

위와 같은 현재의 판례는 타당하고 그 별리에 따라 거래계의 현실이 정착되었다고 할 수 있으므로 그대로 유지되어야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 민법 제398조 제 4 항은 “위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.”라고 정하고 있다. 이는 손해배상액의 예정 외에 그와 구별되는 다른 위약금의 약정이 존재함을 전제로 하는 것이다. 그리고 같은 조 제 2 항은 “손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.”라고 정하고 있으므로, 민법은 위약금의 약정 중 손해배상액의 예정에 대해서만 법관의 재량에 의한 감액을 인정하고 있다고 보아야 한다.

나) 손해배상액의 예정 외에 거래계에서 빈번하게 이용되고 있는 위약금 약정이 바로 위약벌이다. 위약금의 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 당사자의 의사해석의 문제로서, 계약을 체결할 당시 위약금과 관련하여 사용하고 있는 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약 체결의 경위와 내용, 위약금 약정을 하게 된 경위와 그 교섭 과정, 위약금 약정의 주된 목적, 위약금을 통해 그 이행을 담보하려는 의무의 성격, 채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단할 수 있다(위 2017다275270 판결 등 참조).

손해배상액의 예정은 채무불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정해두는 것으로서, 손해의 발생사실과 손해액에 대한 증명곤란을 배제하고 분쟁을 사전에 방지하여 법률관계를 간이하게 해결함과 함께 채무자에게 심리적으로 경고를 함으로써 채무이행을 확보하려는 데에 그 기능이나 목적이 있는(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결 등 참조) 반면, 위약벌은 채무의 이행을 확보하기 위해서 정해지는 것으로서 손해배상액의 예정과는 그 기능이 본질적으로 다르다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결 등 참조). 위약벌은 손해배상과는 무관하므로 위약벌 약정에 해당한다면 위약벌과 별도로 채무불이행으로 인하여 실제 발생한 손해에 대하여 배상을 청구할 수 있다고 해석된다.

다) 이와 같이 위약벌 약정은 손해배상과 관계없이 의무 위반에 대한 제재

별로서 위반자가 그 상대방에게 지급하기로 자율적으로 약정한 것이므로 사적 자치의 원칙에 따라 계약당사자의 의사가 최대한 존중되어야 하고, 이에 대한 법원의 개입을 쉽게 허용할 것은 아니다. 위약벌에 대한 법원의 개입을 넓게 인정할수록 위약벌의 이행확보적 기능이 약화될 수밖에 없기 때문이다. 대법원은 이러한 위약벌의 독자적 기능을 인정하여, 위약벌은 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없다고 하고, “다만 그 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다.”라고 보면서도, “당사자가 약정한 위약벌의 액수가 과다하다는 이유로 법원이 계약의 구체적 내용에 개입하여 그 약정의 전부 또는 일부를 무효로 하는 것은 사적 자치의 원칙에 대한 중대한 제약이 될 수 있고, 스스로가 한 약정을 이행하지 않겠다며 계약의 구속력으로부터 이탈하고자 하는 당사자를 보호하는 결과가 될 수 있으므로 가급적 자제하여야 한다.”라고 판시하여 왔다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다 63257 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결).

라) 민사법의 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우에는 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출할 수 있도록 유추적용을 할 수 있다(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결 등 참조). 법률의 유추적용은 법률의 흠결을 보충하는 것으로 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용하는 것이다. 이러한 유추를 위해서는 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 하지만, 이것만으로 유추적용을 긍정할 수는 없다. 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우에 비로소 유추적용을 인정할 수 있다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 참조).

앞서 본 바와 같이 민법 제398조 제2항은 손해배상액의 예정 외에 그와 구별되는 다른 위약금 약정이 존재함을 전제로 하면서도 손해배상액의 예정에 대해서만 법관의 재량에 의한 감액을 인정하고 있는바, 이는 입법자의 결단으로 볼 수 있으므로 위약벌에 대하여 같은 취지의 규정이 없다고 하여 법률의 흠결이 있다고 할 수 없다.

설사 이를 법률의 흠결로 보더라도 위약벌의 독자적 기능과 사적 자치의 원칙, 대법원이 위약벌로 정한 금액이 공정하지 않은 경우 계약의 전부 또는 일부 무효 법리에 따라 위약벌을 통제하는 법리를 확립하여 공평을 기하고 있는

점 등에 비추어 보면, 위약벌 약정이 손해배상액의 예정과 일부 유사한 점이 있다고 하여 위약벌에 민법 제398조 제 2 항을 유추적용하지 않으면 과다한 위약벌에 대한 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없다거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래된다고 볼 수 없어, 유추적용이 정당하다고 평가하기 어렵다.

2) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살펴보면, 이 사건 위약금 약정이 위약벌에 해당하는 이상 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제 2 항을 유추적용하여 감액할 수 없다. 같은 취지의 원심판단에 상고이유 주장과 같이 위약금의 감액에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 하자로 인한 손해배상책임의 제한

손해배상청구 사건에서 책임감경사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다266606, 266613 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어 하자보수비용의 60%로 손해배상책임을 제한하고, 그 금액 상당의 상계항변을 받아들였다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 손해배상책임의 제한에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하도록 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제 2 항을 유추적용하여 위약벌을 감액할 수 있는지 여부에 관하여 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 안철상, 대법관 이흥구, 대법관 천대엽, 대법관 오경미의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

6. 위약벌 감액 여부에 관한 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 안철상, 대법관 이흥구, 대법관 천대엽, 대법관 오경미의 반대의견

가. 다수의견은 손해배상액의 예정과 달리 위약벌을 감액할 수 없다는 기존 판례가 유지되어야 한다고 한다.

그러나 위약벌은 손해배상액의 예정과 함께 위약금의 일종으로서 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제 2 항을 유추하여 감액할 수 있다고 해석하여야 한다. 무엇보다도 손해배상액의 예정과 위약벌은 그 기능이 유사하다. 그런

대도 약정의 형식이나 해석 결과에 따라 감액 여부를 달리 취급하는 것은 납득하기 어렵다. 기존 판례는 위약벌의 감액을 부정하는 대신 일반조항인 민법 제103조(반사회질서의 법률행위)의 효력 통제를 통해 위약벌 감액을 인정하는 것과 유사한 결론에 이르려고 하고 있다. 이는 먼 길을 돌아가는 불필요한 우회로이다. 위약벌에 관해서도 손해배상액의 예정 규정을 유추적용하여 감액을 할 수 있다고 하는 것이 공평의 관념에 부합한다. 이것이 손해배상액의 예정과 위약벌을 애써 구별한 다음 다시 감액과 효력 통제라는 각기 다른 통로를 통과하여 유사한 결론에 이르는 불필요한 노고를 줄이는 효율적인 방법이다. 더군다나 위약벌을 민법 제103조를 통해 해결하려는 기존 판례는 극히 예외적으로 위약벌의 일부 무효를 인정하여 공평한 결론에 도달하지 못한다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

1) 손해배상액의 예정과 위약벌의 기능적 유사성에 비추어 볼 때, 위약벌의 감액에 관하여 손해배상액의 예정 규정을 유추하는 방법으로 해결하는 것이 바람직하다.

유추적용 또는 유추해석은 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용하는 것을 말한다. 유추는 법규범이 법의 공백을 메우기 위하여 그 문언의 가능한 의미를 벗어나 적용되는 것으로 법률의 흠결 보충이라고 할 수 있다. 이것은 해석을 통하여 문언의 가능한 의미를 찾아내는 법발견이 아니라, 법관이 있어야 한다고 판단하는 법을 다른 법규범을 매개로 만들어내는 법형성이다. 이러한 유추를 위해서는 먼저 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 하고, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우에 비로소 유추적용을 인정할 수 있다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 참조).

민법은 “위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.”라고 하면서(제398조 제4항), “손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.”라고 정한다(제398조 제2항). 민법은 위약금 약정 중 손해배상액의 예정에 대해서는 법원이 감액할 수 있다고 명문으로 정하면서 손해배상액의 예정에 해당하지 않는 위약금, 즉 위약벌을 감액할 수 있는지에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 한편 「약관의 규제에 관한 법률」(이하 ‘약관법’이라 한다) 제8조는 부당하게 과중한 손해배상액의 예정인 약관 조항을 무효라고 정하고, 아래에서 보듯이 판례는 약관법 제8조의 적용에서 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하지 않고 있다. 이와 같은 손해배상액의 예정과 위약벌의 무효·감액을 정리하면 다음 표와 같다.

	공서양속 위반 무효	약관법 위반 무효	감액
손해배상액의 예정	○	○	○
위약벌	○	○	×

민법 제398조의 제목이 ‘배상액의 예정’으로서 입법자는 손해배상액의 예정에 관해서만 명문의 규정을 두고 위약벌에 관해서는 법률해석에 맡겨 두었다. 이와 같이 위약벌을 감액할 수 있는지는 민법에서 명확하게 정하지 않고 있으므로, 법률해석의 방법으로 그 감액 여부를 결정할 수 있다.

판례는 위약벌의 감액 대신 민법 제103조를 적용하여 위약벌 약정 중 일부를 무효로 할 수 있다고 한다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다27015 판결 등 참조). 이러한 일부 무효의 법리를 들어 위약벌의 감액에 관해서는 법률상 공백이 없다는 이유로 유추해석 또는 유추적용을 할 여지가 없게 되는지 문제 된다.

그러나 공서양속 위반을 이유로 위약벌 약정 자체를 무효로 하는 것은 위약벌 약정의 유효성을 전제로 그 감액을 인정하는 것과는 논의의 평면이 다르다. 위약벌의 일부 무효를 인정하여 감액하는 것과 같은 결과가 된다고 해서 감액을 인정할 필요가 없는 것은 아니다. 손해배상액의 예정에서도 위약벌과 마찬가지로 위약금 약정 자체가 무효인 경우가 있다. 이를테면 손해배상액의 예정인 위약금 약정이 사회질서에 위반될 때에는 민법 제103조에 따라 무효이다. 약관법 제8조도 부당하게 과중한 손해배상액의 예정인 약관 조항을 무효라고 정한다. 손해배상액의 예정에 대해서도 이론적으로는 공서양속 위반을 이유로 일부 무효를 인정하여 감액과 같은 결과에 이를 수도 있지만, 민법은 제398조 제2항에서 감액 규정을 따로 두고 있다. 손해배상의 예정액을 감액할 수 있는지는 이러한 약정 자체가 유효함을 전제로 한다. 민법 제103조와 제398조 제2항에서 정한 요건을 비교해 보더라도 민법 제103조는 민법 제398조 제2항에 비하여 훨씬 엄격하다. 민법 제103조는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는지 여부에 따라 법률행위를 무효로 하고 있는 반면, 민법 제398조 제2항은 손해배상액의 예정이 부당히 과다한 경우에 감액을 인정할 뿐이다. 공서양속 위반에 관한 민법 제103조에 따라 위약벌 약정을 무효로 할 수 있고 신의성실의 원칙에 관한 민법 제2조 제1항에 따라 위약벌 약정 내용을 통제할 수 있다고 해서 손해배상액의 예정에 관한 조항을 유추해석 또는 유추적용을 하는 것이 불가능하다고 볼 수 없다. 일반조항을 적용하기에 앞서 유추해석을 포함한 법해석 방법을 모색해야 한다는 명제는 위약벌의 감액 문제에서도 타당하다.

위약벌 약정의 일부가 공서양속에 반하여 무효라고 보는 것을 적절한 해결 방법이라고 볼 수 없다. 위약벌 약정이 공서양속에 위반되어 무효라고 보는 근거는 개인의 자유를 심하게 제약한다는 데에서 찾을 수 있다. 그러나 개인의 자유에 대한 과도한 제한은 위약벌 약정 전부에 관한 것이지 일부에 한정되는 것은 아니다. 통상 금전지급 형태의 위약벌 약정에서 급부의 목적물이 가분일 뿐이지 위약벌 약정 자체는 불가분적인 하나의 법률행위이므로, 분할 가능한 법률행위를 전제로 하는 일부 무효의 법리를 적용하는 것은 바람직하지 않다. 무효 사유가 법률행위의 일부에만 존재한다고 보기도 어렵고, 위약벌 약정에서 금액을 감액한다고 해서 그에 비례하여 개인의 자유에 대한 제한이 완화된다고 보기도 어렵다. 약관법 제 8 조 등에 따라 약관 조항이 무효인 경우 나머지 부분만으로 효력을 유지시킬 수 없다는 판례(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다30082 판결, 대법원 1996. 9. 10. 선고 96다19758 판결 등 참조)와의 균형상으로도 일부 무효를 인정하는 것은 바람직하지 않다. 일부 무효의 법리로 실질적으로 위약벌 감액과 같은 결과에 이르는 것은 위약벌과 손해배상액의 예정을 준별하는 것이 형식적인 명분에 지나지 않음을 보여준다.

위약벌과 손해배상액의 예정은 채무자가 채무를 이행하지 않거나 계약을 위반하는 경우를 대비하는 약정으로서 위약금이라는 큰 틀에서 이해하여야 한다. 대법원판결에서도 둘 사이의 공통점 또는 유사점을 쉽게 찾아볼 수 있다. 위약벌 약정은 채무의 이행을 확보하기 위한 것이라고 한다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결 등 참조). 손해배상액의 예정은 손해의 발생사실과 손해액에 대한 증명곤란을 배제하고 분쟁을 미리 방지하여 법률관계를 간편하게 해결하는 것 외에 채무자에게 심리적으로 경고를 함으로써 채무이행을 확보하려는 것이라고 한다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478 판결 등 참조). 대법원은 손해배상액의 예정에 관하여 손해전보 기능에 초점을 맞추면서도 이행강제 기능 역시 인정하고 있는데, 채무불이행에 대비하여 이행강제 기능을 한다는 점에서는 위약벌과 손해배상액의 예정 사이에 차이가 없다.

민법은 손해배상액의 예정에 관해서는 감액할 수 있다고 하면서 위약벌에 관해서는 이에 관한 규정을 두지 않고 있다. 이러한 규율 상황에서 손해배상액의 예정과 위약벌의 기능적 유사성에 비추어 볼 때 위약벌에 관해서도 손해배상액 예정의 감액 규정을 유추하는 방법으로 해결하는 것이 바람직하다.

2) 대법원은 손해배상액의 예정과 위약벌의 경계를 완화해 왔다.

다수의견은 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는 것이 확립된 판례이고 그것이 타당하다고 한다. 그러나 대법원은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격

을 함께 가지는 위약금을 인정할 뿐만 아니라, 약관법이 적용되는 위약금 약정에서 손해배상액의 예정과 위약벌의 경계를 허물고 있다. 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는 것이 쉽지 않은데다가, 이를 이분법적으로 구별하는 것은 구체적 타당성을 실현하는 결론에 이르지 못하기 때문이다.

대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다112032 판결은 한국전력공사가 다수의 전기수용가와 체결하는 전기공급계약 약관과 이에 기초한 시행세칙 중 계약종별 외의 용도로 전기를 사용하면 전기요금 면탈금액의 2배에 해당하는 위약금을 부과한다는 조항이 문제 된 사안에서 위약금이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가진다고 하면서 감액을 인정하였다. 위약금의 법적 성질이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 엄밀하게 구별하여 판단한 종래의 판례와 달리 위약금의 법적 성질을 손해배상액의 예정이나 위약벌 중 어느 하나에 귀속시키지 않고 법적 판단을 하고 있다. 대법원은 이후에도 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다257978 판결, 대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결 등에서 위약금이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가진다고 판단하였다.

손해배상액의 예정과 위약벌의 구별이 불가피하다고 한다면, 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 위약금을 인정한 판례는 어떠한 의미를 가지고 종래 판례의 무슨 문제점을 어떻게 해소하였다는 것인지 의아하다. 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 위약금 약정을 인정한 판례는 위약금의 성질을 손해배상액의 예정과 위약벌 가운데 어느 하나로 결정하는 기존 법리와 조화롭게 설명하기 어렵다. 특히 위와 같은 경우 위약금 전체 금액을 기준으로 감액할 수 있다는 판단은 논리적으로 위약벌의 감액을 부정하는 기존 판례의 태도와 배치된다고 볼 수 있다.

판례는 약관법 제8조를 적용할 때 그 문언과는 달리 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하지 않고 있다. 약관법 제8조는 ‘손해배상액의 예정’이라는 표제로 “고객에게 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상의무를 부담시키는 약관 조항은 무효로 한다.”라고 정하고 있다. 이 규정은 그 문언상 손해배상액의 예정에 관하여 정한 것으로 위약벌에는 적용되지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다20475, 20482 판결은 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무나 위약벌 등을 부담시키는 약관 조항은 약관법에 따라 무효라고 하면서, ‘이 사건 위약금을 위약벌로 본다’고 하더라도 약관법 제 6 조와 제 8 조의 적용 대상이 된다.’고 판단하였다. 위약금 약정을 약관으로 둔 경우에는 그것이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 구분할 필요 없이 고객에게 부당하게 과중한 부담을 주는 때에는 약관법 위반을 이유로 무효라고 본 것이다. 약

관의 불공정 위험은 손해배상액의 예정과 위약벌을 가리지 않고 위약금에 공통적으로 존재하는 것이기 때문이다.

약관법이 적용되는 경우에는 손해배상액의 예정과 위약벌 구별에 혼선이 있었던 판례가 더 이상 문제 되지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 약관법이 적용되더라도 위약금 약정이 약관법상 무효라고 보기 어려운 경우에는 여전히 그 구별이 문제 된다. 대법원은 위약금을 정한 약관이 약관법에 따라 무효가 아니라고 하더라도 손해배상액의 예정에 해당한다면 민법 제398조 제 2 항에 따라 감액할 수 있다고 한다(대법원 2000. 11. 28. 선고 99다48894 판결, 대법원 2000. 12. 22. 선고 99다57928 판결 등 참조). 결국 약관법상 무효가 아니라고 한다면 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지 다시 구별해야 하는 문제가 남는다. 무엇보다도 약관법이 적용되는 경우에 손해배상액의 예정과 위약벌을 동일하게 취급하는 것은 그 둘 사이의 공통성 또는 유사성이 인정되기 때문이다. 약관법이 적용되는 경우에는 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하지 않으면서 민법을 적용하는 경우에는 그 둘이 엄격히 구별되어 유추적용될 여지가 없다는 태도는 일관성이 없다.

3) 현재 판례의 태도에 따르면 위약금 약정이 위약벌인지 손해배상액의 예정인지에 따라 심한 불균형과 평가모순이 발생한다.

최근 대법원은 위약벌 약정이 공서양속에 반하여 무효라고 판단하는 것에 매우 신중하여야 한다는 입장이다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결 등 참조). 반면 실무에서 손해배상액의 예정에 관해서는 폭넓은 감액이 이루어지고 있고, 대법원에서도 감액 사유에 대한 사실인정이나 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속한다고 보아 사실심의 판단을 존중하고 있다(대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다205779 판결 등 참조).

판례가 공서양속 위반을 이유로 위약벌 약정을 무효로 하는 데 신중을 기하라고 하는 것은 당사자가 정해 놓은 계약에 법원이 함부로 개입하지 말라는 취지이다. 계약당사자들의 자율적 결정을 존중하고 민법의 대원칙인 사적 자치의 원칙을 최대한 보장한다는 것은 충분히 공감할 수 있다. 그러나 사적 자치의 원칙을 보장하더라도 그 기능이나 법적 효과가 유사한 위약벌과 손해배상액의 예정을 약정의 형식이나 그 해석 결과에 따라 감액 여부를 달리 취급하는 것이 과연 일반 국민의 입장에서 쉽게 납득할 수 있을까? 위약벌인지 손해배상액의 예정인지에 따라 감액 여부가 사실상 결정되는 불균형이 발생하는데, 과연 이러한 불균형이 타당한가?

위약벌은 위약금의 일종으로 채무불이행에 대한 채권자의 대비수단으로서, 이행확보적 기능 또는 제재적 기능이 있을 수 있는 손해배상액의 예정과 기능상 유사한 측면이 있다. 계약당사자들 사이의 실질적 불평등을 제거한다는 점에서 손해배상액의 예정인지 위약벌인지에 따라 감액을 인정할 필요성에 차이가 생긴다고 보기 어렵다. 또한 손해배상액 예정의 감액 제도는 국가가 계약당사자들 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정을 보장하기 위하여 계약의 내용에 간섭한다는 데에 그 취지가 있다. 배상적 기능을 갖는 손해배상액의 예정에 대해서 감액을 인정하면서 오히려 제재적 기능을 갖는 위약벌에 대해서 감액을 인정하지 않는 것은 헌법상 평등 원칙에 비추어 평가모순이다. 더욱이 손해배상액의 예정을 한 경우에는 원칙적으로 그 예정된 금액을 청구하는 것 외에는 추가적인 손해배상을 청구할 수 없지만 위약벌을 정한 경우에는 이와 별도로 손해배상을 청구할 수 있기 때문에, 위약벌의 경우에 감액을 인정할 필요성이 더욱 크다. 계약에서 사적 자치의 원칙은 가급적 존중되어야 하지만 그렇더라도 같은 것을 달리 취급하는 불평등은 시정되어야 한다. 이것이 진정한 사적 자치의 실현이라고 할 수 있다.

기존 판례를 유지하는 입장에서도 위약금 약정이 위약벌에 가깝지만 조금 이나마 손해배상액 예정의 성격을 가지는 경우 또는 위약금 약정이 위약벌인지 손해배상액의 예정인지 구별이 어렵고 애매한 경우에는 민법 제398조 제 2 항을 적용하는 방향으로 재판 실무를 운영할 수도 있다. 그러나 위약벌에 대해서도 감액을 정면으로 인정하여 불필요한 수고를 덜어내는 것이 더 나은 근본적인 해결책이다.

4) 위약벌에 대한 공서양속 규제는 이중의 우회로에 불과하다.

위약금은 민법 제398조 제 4 항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정된다. 대법원은 이를 근거로 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·증명되어야 하고, 계약을 체결할 당시 위약금과 관련하여 사용하고 있는 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약당사자의 경제적 지위, 계약 체결의 경위와 내용, 위약금 약정을 하게 된 경위와 그 교섭과정, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적, 위약금을 통해 그 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, 그 당시의 거래관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 위약금의 법적 성질을 합리적으로 판단하여야 한다고 하였다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결 참조).

실무상 손해배상액의 예정과 위약벌의 불균형을 해소하기 위해서 위약벌보다는 손해배상액의 예정으로 인정하는 경향이 있다. 위에서 본 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 위약금을 인정한 판결(대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다112032 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다257978 판결, 대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결)도 손해배상액의 예정과 위약벌로 구별하여 이분법적으로 해결하는 것이 당사자들의 의사나 거래의 실체를 제대로 반영하지 못하는 결과가 될 수 있음을 고려한 것이라고 볼 수 있다.

한편 판례는 위약벌 약정이 ‘그 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때’에 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다고 보고 있다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976 판결 등 참조). 위약벌이 과도하게 무겁다고 해서 그 약정 전부 또는 일부가 공서양속에 반한다는 것은 공서양속에 관한 일반적인 판단 기준에 비하여 너무 느슨할 뿐만 아니라, 이를 통하여 실질적으로 감액과 같은 결과를 인정하는 것이라면 우회적인 절차에 지나지 않는다. 유추해석의 방법이 있는데도 일반조항으로 해결하는 것은 방법론적으로도 ‘일반조항으로의 도피’에 해당하여 타당하지 않다. 쉬운 길을 놔두고 멀리 돌고 돌아갈 이유가 없다.

결국 위약금 약정이 위약벌에 해당하거나 위약벌의 성격이 매우 큰 경우에 감액을 인정하기 위해서 손해배상액의 예정으로 해석하거나 공서양속 위반으로 무효라고 보는 것은 이중의 우회로에 불과하다. 또한 이를 심리하는 법원으로서 위약벌과 손해배상액의 예정을 애써 구별해야 하는 심리 부담을 안게 되고, 적정한 감액을 하기 위해서 위약금 약정을 무리하게 손해배상액의 예정으로 인정하려는 경향이 지속적으로 생길 수 있다.

5) 위약금 약정이 위약벌인 경우에도 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 있다고 해석하는 것은 일본 민법에 특유한 문제를 해결하고자 나온 법리를 해소하는 의미를 가진다.

위약벌 약정은 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 없고, 다만 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다는 기존 판례는 일본 민법학계의 통설, 판례와 같은 것이다.

2017년 개정 전 일본 민법(이하 ‘구 일본 민법’이라 한다) 제420조 제1항은 “당사자는 채무의 불이행에 있어 손해배상액의 예정을 할 수 있다. 이 경우 법원은 그 금액을 증감할 수 없다.”라고 정하고 있었다. 손해배상액의 예정 자체에 대하여 감액을 인정하지 않는 구 일본 민법 해석상 공서양속에 위반되는

경우 무효라는 법리를 발전시킬 수밖에 없었다.

그러나 대한민국 민법 제398조는 구 일본 민법 제420조, 제421조를 수용하면서도 일본과 달리 손해배상액의 예정에 대한 감액을 인정하였다(민법 제398조 제2항). 기존 판례는 이러한 차이를 무시한 채 일본의 통설이나 판례를 참고하여 위약벌에 대한 감액을 부정한 것으로 볼 수 있다.

위약벌에 대해서는 감액을 허용하지 않고 오로지 손해배상액의 예정에 대해서만 감액을 인정하는 것이 민법 제398조 제2항을 둔 입법자의 의도라고 보기도 어렵다. 민법 제정 당시의 입법자료를 살펴보면 입법자는 손해배상액 예정의 증감을 명문으로 부정하였던 구 일본 민법, 즉 의용민법 제420조 제1항 후문의 입법태도를 바꾸는 데에 관심이 있었던 것으로 보일 뿐 위약벌에 대한 논의는 발전하기 어렵다. 따라서 입법자의 의도가 감액의 대상을 손해배상액의 예정만으로 한정하고자 했던 것이라고 단정하기 어렵다.

6) 위약벌에 대한 감액을 인정하지 않는 것은 비교법적 고립을 자처하는 셈이다.

대륙법계에서는 대체로 위약벌의 유효성을 인정하고 그 감액을 인정하고 있다. 독일 민법은 계약벌 또는 위약벌에 관하여 이것이 과도하게 많은 경우에는 채무자의 청구에 따라 판결에 의하여 적절한 액으로 감액할 수 있다고 정하고 있다(제343조 제1항). 프랑스 민법은 법원이 위약벌을 직권으로 증감할 수 있다고 정하고 있다(제1231조의5). 기존 판례에 영향을 미친 일본조차도 2017년 민법을 개정하여 ‘법원은 손해배상의 예정액을 증감할 수 없다.’는 제420조 제1항 후문 규정을 삭제하였다. 영국이나 미국 등 보통법계에서는 위약벌을 아예 무효로 보고 있다. 따라서 비교법적으로도 위약벌의 감액을 인정하는 것이 균형 잡힌 해결책이라고 볼 수 있다.

7) 이 사건 쟁점에 직접 관련된 문제는 아니지만, 재판실무에서 손해배상 예정액을 너무 쉽게 감액하는 것은 아닌지 여부에 관해서 언급하고자 한다. 손해배상 예정액을 감액하기 위한 요건은 ‘부당성’이다. 이것은 채권자와 채무자의 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기와 경위, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래하는 경우에 인정된다. 이때 감액사유에 관한 사실을 인정하거나 감액비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항이다(대법원 2021. 11. 25. 선고 2017다8876 판결 등 참조). 그러나 손해배상 예정

액의 감액은 국가가 사인 사이의 계약에 개입하는 것을 허용하는 이례적인 규정이다. 법규정에서 ‘부당성’이라는 포괄적인 요건만으로 그 감액을 할 수 있다고 정하고 있다고 하더라도 그 감액을 너무 쉽게 인정하는 것은 바람직하지 않다. 손해배상 예정액의 감액을 쉽게 인정하는 것은 위약벌의 일부 무효를 극히 예외적인 경우에 한하여 인정하는 것과 형평에 맞지 않는다. 위약벌 약정에 손해배상액 예정의 감액에 관한 민법 제398조 제 2 항을 유추적용하여 감액을 인정하되, 부당성이 존재하는지에 관하여 면밀하게 심사하여 감액을 하는 것이 바람직한 방향이다.

나. 이와 달리 위약벌은 감액할 수 없다는 취지의 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결을 비롯하여 이와 같은 취지의 판결 등은 모두 변경되어야 한다.

다. 이 사건에 관하여 본다.

이 사건 위약금 약정은 위약벌의 성격을 가지는데, 위약벌이라 하더라도 민법 제398조 제 2 항을 유추적용하여 그 금액이 부당히 과다한 경우에는 감액할 수 있다. 이 사건 계약은 상당한 비용을 지출하여 공사를 한 뒤 10년간 골프 연습장을 운영하면서 수익을 나누기로 하는 내용으로, 이 사건 위약금 약정은 장기간에 걸친 공동사업의 안정적 이행확보라는 목적에서 정한 것으로 볼 수 있다. 위약금액 10억 원은 이 사건 공사에 필요한 비용 988,282,979원을 초과하는 금액이다. 이와 같은 이 사건 계약의 목적과 내용, 위약금 약정의 동기, 이 사건 공사의 규모 등을 고려하면, 10억 원이라는 이 사건 위약금 약정상 액수는 부당하게 과다하다고 볼 여지가 있다.

그런데도 원심은 이 사건 위약금 약정이 위약벌로서 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 없다는 전제에서 원고의 감액 주장을 받아들이지 않았다. 원심판결에는 민법 제398조 제 2 항, 제 4 항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없다.

(이하 생략)

질문

- (1) 위약벌 약정에 대한 법원의 직권 감액 여부에 관하여 다수의견과 반대의견은 각각 어떠한 입장에 있는가?
- (2) 위약벌 약정에 대하여 공서양속 위반을 이유로 일부 무효를 선고하는 방

법과 제398조 제 2 항을 유추적용하는 방법은 실제 사건에서 어떠한 차이가 있는가?

9. 손해배상자의 대위

(1) 의 의

(가) 채권자가 손해배상으로 그 채권의 목적인 물건 또는 권리의 가액 전부를 받은 때에는 채무자는 그 물건 또는 권리에 관하여 당연히 채권자를 대위한다(제399조). 이를 ‘손해배상자의 대위’ 또는 단순히 ‘배상자의 대위’라고 한다. 예를 들면 수치인이 임치인 소유의 물건을 보관하던 중 이를 도난당함으로써 그의 계약상 반환의무가 이행불능이 되어 임치인에게 그 물건의 가액을 배상하였다면, 그는 임치물에 관한 임치인의 법적인 지위를 당연히 승계하여 결국 임치물의 소유권을 취득하게 된다. 위와 같은 경우에 임치인이 그러한 손해배상을 받고도 소유권을 여전히 보유한다면, 임치인은 수치인의 채무불이행으로 오히려 부당한 이익을 얻게 될 것이다.¹¹⁹⁾ 이와 같이 손해배상자의 대위는, 채무불이행으로 인한 채권자의 실손해만을 전보한다는 손해배상제도의 목적에 상응하여, 채권자의 부당한 이득을 방지하고자 하는 데 그 취지가 있다. 위 규정은 불법행위의 경우에도 준용된다(제763조).

(나) 앞에서 본 손익상계의 제도도 채권자의 부당이득을 막고자 하는 점에서 배상자대위제도와 취지를 같이 한다. 그러나 전자는 그러한 취지가 배상액을 정하는 단계에서 작용하는 것임에 반하여, 후자는 이미 배상을 얻은 단계에서 문제된다.

한편 배상자대위는 변제자대위와는 그 제도의 취지를 달리한다. 변제자대위는 변제자가 가지는 구상권을 확보하기 위하여 채권자가 다른 채무자(상환의무자)에게 가지는 채권과 담보권을 변제자로 하여금 대위취득하게 하는 것이다. 그러나 배상자대위는 채권자의 부당이득을 막고자 하는 데 그 취지가 있다. 그러므로 배상청구권자가 어떠한 권리의 가액에 해당하는 손해배상을 받은 경우에 그 권리를 배상자에게 취득시키는 데 그친다. 이와 같이 제도의 취지를

119) 도둑이 발견되지 않고 있는 동안에는 그에 대한 소유권은 실제로는 거의 무가치하다고 할 수 있을 것이다. 그러나 나중에 그 물건이 발견된 경우에, 그 전에 이미 전보배상을 받은 임치인이 소유권에 기하여 반환청구를 하여 이를 보유할 수 있다고 하면, 이는 명백히 부당하다.

달리하는 양자의 제도는 경우에 따라 경합할 수도 있다. 가령 공동불법행위로 인하여 A 소유의 물건을 파손함으로써 수인이 그 물건의 가액을 배상할 의무를 '연대하여' 부담하는 경우에 그중 1인이 전액을 배상하였다면, 그는 배상자대위에 의하여 그 물건의 소유권을 취득하고, 나아가 다른 공동불법행위자에 대하여 가지는 구상권을 확보하기 위하여 A가 가지는 다른 공동불법행위자에 대한 청구권과 그 담보에 관한 권리를 취득하게 된다.

(2) 요 건

(가) 배상자대위가 생기려면, 채권자가 손해배상으로 그 채권의 목적인 물건 또는 권리의 가액 전부를 받았어야 한다.¹²⁰⁾ 채권자는 목적물의 가액 전부를 손해배상(전보배상)으로 수령하여야 한다. 단지 전보배상청구권이 발생한 것만으로는 배상자대위가 생기지 않으며, 실제로 배상액을 지급받았어야 한다. 물론 반드시 금전을 지급받아야 하는 것은 아니고, 대물변제·상계·공탁 등과 같이 손해배상채무의 변제와 동시할 사유가 있으면 이것으로 충분하다. 한편 목적물의 가액 전부에 대하여 배상을 받아야 하며, 일부의 배상이 있는 것으로는 일부대위도 일어나지 않는다(통설).

(나) 학설은, 법규정상으로는 뚜렷하지 않지만, 배상자대위가 발생하는 것은 채권자가 가지는 채권이 물건의 인도 또는 권리의 이전을 목적으로 하는 것인 경우에 한정된다고 한다.¹²¹⁾ 그러나 앞서 본 배상자대위제도의 취지에 비추어 보면, 이러한 해석은 그 제도의 적용범위를 지나치게 제한한다. 가령 채권자로부터 채권의 추심을 위임받은 수임인이 추심을 게을리함으로써 채무자가 그동안 자력이 없게 되어 추심할 수 없게 됨으로써 수임인이 위임인에게 채무불이행으로 인한 손해배상으로 그 채권의 가액 전부를 지급한 경우에는 비록 위임인의 수임인에 대한 채권은 분명 그 채권의 이전을 목적으로 하는 것은 아니지만, 역시 배상자대위를 긍정하여, 위임인이 가지는 권리는 수임인에게 이전된다.¹²²⁾

(3) 효 과

(가) 손해배상을 한 사람은 배상자대위에 의하여 채권의 목적인 물건이나

120) 이는 변제자대위와 다른 점이다.

121) 특히 김형배, 채권총론, 320면.

122) 김형배, 채권총론, 292면은 이러한 결과를 긍정한다.

권리를 법률상 당연히 취득한다. 가령 앞서 본 임치의 경우에 수치인은 임치인이 가지는 물건의 소유권을 인도나 등기와 같은 공시방법을 갖추지 않더라도 배상액의 완제와 동시에 취득한다. 또한 채권이 대위의 대상인 경우에도 양도 통지나 승낙과 같은 채권양도의 대항요건을 갖추 필요 없다.¹²³⁾

(나) 그런데 손해배상을 한 사람은 배상자대위에 의하여 “그 물건 또는 권리에 관하여 당연히 채권자를 대위한다.”라고 하는데, 여기서 ‘그 물건 또는 권리에 관하여’란 구체적으로 어떠한 범위에서 인정되는지 문제된다.

종래 이 문제는, 채무자의 과실과 함께 제 3자의 고의 또는 과실의 행위가 가담하여 이행불능이 된 경우에 채권자가 그 제 3자에 대하여 가지는 손해배상청구권에 관하여도 배상자대위가 생기는가라는 관점에서 다루어졌다. 통설은 그 경우에 “채권자가 제 3자에 대하여 가지는 권리는 거래상 채권의 목적이었던 물건 또는 권리를 갈음하는 것”이라는 이유로 이를 긍정하고 있다. 그러므로 위의 예에서 수치인이 보관상의 주의를 게을리함으로써 제 3자가 고의로 임치물을 파손하는 것을 막지 못하였다면, 수치인은 채무불이행에 기하여, 제 3자는 불법행위에 기하여 임치인 겸 임치물소유자에 대하여 각각 손해배상책임을 진다. 이때 수치인이 임치물의 가액 전부를 배상하였다면, 그는 임치인이 제 3자에 대하여 가지는 손해배상채권을 법률상 당연히 취득하게 된다. 이는, 손해배상책임을 지는 자가 여럿 있는 경우에 그중 1인이 그 전액을 배상하게 되면, 실제로는 이들 사이에 변제자대위가 일어나는 것과 동일한 결과가 된다.

통설은 다른 한편으로 채권자의 보험금청구권은 배상자대위의 대상이 되지 않는다고 한다. 가령 건물의 임차인이 과실로 건물을 소실하게 하여 임대인 겸 건물소유자에게 전보배상을 하더라도, 그는 임대인의 화재보험금청구권을 대위할 수 없다.¹²⁴⁾

(다) 배상자대위가 있는 후에, 채권자가 그 가액을 반환하고 배상자가 배상자대위에 의하여 취득한 권리의 반환을 청구할 수 있는가? 배상자대위의 취지는 채권자에게 부당한 이익을 허용하지 않으려는 데 있고 채권자로부터 권리를 빼앗으려는 것은 아니므로, 이를 인정하여도 좋을 것이라는 견해가 있

123) 대판 1977. 7. 12, 76다408은, 배상자대위에 의한 권리의 이전에는 “그에 관하여 채권자나 채무자의 양도 기타 어떤 특별한 행위를 필요로 하는 것이 아니”라고 하였다.

124) 그러나 보험자가 보험금을 지급한 때에는 보험자대위에 의하여 임대인의 임차인에 대한 손해배상청구권을 취득하게 된다. 상법 제681조 참조.

다.¹²⁵⁾ 그러나 명문의 규정이 없는 한 이를 인정할 수 없다. 이를 인정한다고 하더라도, 권리의 원상회복은 가액의 반환과 어떠한 관계에 있는가, 그에는 인도·등기·채권양도통지 등 공시방법을 요구할 것인가, 제 3 자와의 관계는 어떠한가 등 어려운 문제가 많고, 오히려 불필요하게 법률관계를 복잡하게 할 우려가 있기 때문이다.

10. 손해배상청구권과 본래의 채권의 관계

(1) 채무불이행으로 인한 채권자의 손해배상청구권은 원래의 채권의 확장(지연이자의 경우)이거나 변형(전보배상의 경우)이기 때문에 그와 동일성을 가진다고 일컬어지고 있다. 그러나 여기서 ‘동일성이 있다’는 말의 법적인 의미는 반드시 명확한 것은 아니다. 그 손해배상청구권은 채권이 만족을 얻지 못함으로써 손해를 입은 것을 발생원인으로 하는 것이기는 하다. 그러나 물권이 침해된 경우에 발생하는 물권적 청구권은 모권인 물권‘으로부터’ 나오는 것이기는 하여도 그 물권과 동일성을 가진다고는 하지 않는다. 요컨대 여기서 ‘동일성이 있다’는 것은 원래의 채권에 관한 다음과 같은 일정한 사항이 손해배상청구권의 내용에도 영향을 미친다는 것을 뜻할 뿐이다.

(가) 원래의 채권에 대한 담보는 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에도 미친다(제334조, 제360조, 제429조 제 1 항은 질권, 저당권, 보증에 관하여 이를 명정한다). 한편 전세권에 관하여는 제303조 제 1 항 후단이 단지 “전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다.”라고 정할 뿐이고, 그 우선변제적 효력이 전세금반환채무의 불이행으로 인한 손해배상에도 미치는가에 대하여는 규정이 없다. 다른 담보물권에 대한 규정을 유추하여, 역시 긍정해야 한다.

(나) 손해배상청구권의 소멸시효기간은 원래 채권의 성질에 의하여 정해진다. 가령 상사매매에 기한 대금채무의 불이행으로 말미암아 발생한 손해배상채권은 상사시효기간인 5년에 걸린다.¹²⁶⁾ 상사채권에 대하여 단기의 소멸시효기간(상 제64조)을 정한 이유는 단기 결제의 필요성에 있는데, 이는 그 불이행으로 인한 손해배상청구권에도 인정할 수 있기 때문이다.

그런데 손해배상청구권의 소멸시효는 원래의 채권을 행사할 수 있을 때부

125) 김형배, 채권총론, 229면.

126) 대판 1979. 11. 13, 79다1453.

터 진행한다고 하는 견해가 있다.¹²⁷⁾ 그러나 손해배상청구권은 엄연히 원래의 채권과는 별개의 요건에 기하여 발생하는 별도의 권리이므로, 원칙으로 돌아가서 “권리를 행사할 수 있는 때,” 즉 그 발생시부터 소멸시효가 진행된다.

(2) 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 원래의 채권과는 별도의 독립된 권리이고, 이를 원래의 채권에 종된 권리라고 할 수는 없다. 이는 그것이 전보배상을 내용으로 하는 경우는 물론이고, 지연배상을 내용으로 하는 경우에도 마찬가지이다.

(가) 손해배상청구권은 원래의 채권과 별도로 양도 또는 전부轉付될 수 있음은 물론이다. 그런데 반대로 원래의 채권이 양도된 경우에는 이미 발생한 지연배상채권도 따라서 양도된다고 할 것인가? 변제기가 도래한 지분적 이자채권은 원본채권이 양도되거나 전부된 경우에도, 다른 특별한 의사표시가 없는 한, 이러한 지분적 이자채권은 양도되지 않는다고 해석되고 있다. 이미 발생한 지연이자도 이와 마찬가지이다.

(나) 특히 채무불이행으로 인한 비재산적 손해의 배상청구권(위자료청구권)에 대하여는 그것을 “피상속인의 일신에 전속한 것”(제1005조 단서)이라고 보아 상속성을 부정하여야 하는지 문제될 수 있다. 비재산적 손해의 배상, 특히 정신적 고통에 대한 위무으로서의 배상은 그러한 고통을 당한 본인에 대하여만 의미를 가지며, 상속인과는 무관하다고 할 수도 있기 때문이다. 그러나 비재산적 손해에 대한 배상청구권이라고 하여도 일단 금전으로 평가된 이상 그것이 재산적인 가치를 가짐을 부정할 수 없기 때문에, 상속성이 있다.¹²⁸⁾

[보론] 대상청구권¹²⁹⁾

일반적으로 대상청구권代價請求權이란 이행불능에 고유한 법률효과로서 논의된다. 여기서 ‘대상’이란 채무자가 채무의 이행을 후발적으로 불능하게 하는 사정에 기하여 얻는 경제적 이익으로서 원래의 급부를 갈음하는 것을 가리킨다. 매매의 목적이 된 물건이 공권력에 의하여 수용收用되는 경우에 매도인이

127) 박윤직·김재형, 채권총론, 130면.

128) 대판 1966. 10. 18, 66다1335.

129) 이에 관해서는 민법주해[IX], 287면 이하(양창수 집필).

소유자로서 취득하는 수용보상금(또는 그 청구권), 매매 목적물이 멸실된 경우에 그 멸실에 책임 있는 사람에 대하여 가지는 매도인의 손해배상청구권 또는 보험회사에 대한 보험금청구권(또는 그 손해배상금이나 보험금) 등이 이에 해당한다. 나아가 매도인이 이중매도하여 제 2 매수인으로부터 취득한 매매대금(또는 그 청구권) 등과 같이 이른바 ‘법률행위로부터 발생한 이익’에 대하여도 논의가 있으나 이를 긍정할 것이다.

민법에는 독일과는 달리 대상청구권에 관한 명문의 규정이 없으나, 다수설은 이행불능의 효과로서 대상청구권을 인정하고 있다. 그러나 대상청구권을 인정할 법적 근거가 없고 대상청구권을 인정하는 것은 위험부담에 관한 제537조의 취지를 잠탈하는 것이라는 이유로 비판적인 견해가 있다.¹³⁰⁾ 판례는 1992년 이래 대상청구권을 인정하였다. 즉, 대판 1992. 5. 12, 92다4581, 4598은, “우리 민법에는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없”다고 하였다. 가령 매매의 목적물이 화재로 소실됨으로써 채무자인 매도인의 매매목적물에 대한 인도 의무가 이행불능이 되었다면, 채권자인 매수인은 화재사고로 매도인이 지급받게 되는 화재보험금, 화재공제금에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있다고 한다.¹³¹⁾

대상청구권이 인정되기 위하여는 급부가 후발적으로 불능하게 되어야 하고, 급부를 불능하게 하는 사정의 결과로 채무자가 채권의 목적물에 관하여 ‘대신하는 이익’을 취득하여야 한다. 따라서 ‘급부를 불능하게 하는 사정’과 피고가 취득한 ‘대신하는 이익’ 사이에 상당인과관계가 존재하지 않으면 대상청구권이 발생하지 않는다.¹³²⁾ 또한 쌍무계약의 당사자 일방이 상대방의 급부가 이행불능이 된 사정의 결과로 상대방이 취득한 대상에 대하여 급부청구권을 행사할 수 있다고 하더라도, 그 당사자 일방이 대상청구권을 행사하려면 상대방에 대하여 반대급부를 이행할 의무가 있다. 이 경우 당사자 일방의 반대급부도 그 전부가 이행불능이 되거나 그 일부가 이행불능이 되고 나머지 잔부의

130) 그러나 비교법 등의 성과를 바탕으로 기본적으로 현재의 다수설 및 판례의 태도를 지지하는 포괄적인 문헌으로 우선 김형석, “대상청구권 — 민법개정안을 계기로 한 해석론과 입법론”, 서울대 법학 제55권 4호(2014), 103면 이하 참조.

131) 대판 2016. 10. 27, 2013다7769.

132) 대판 2003. 11. 14, 2003다35482.

이행만으로는 상대방의 계약목적 달성을 할 수 없는 등 상대방에게 아무런 이익이 되지 않는다고 인정되는 때에는, 상대방이 당사자 일방의 대상청구를 거부하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 당사자 일방은 상대방에 대하여 대상청구권을 행사할 수 없다.¹³³⁾ 즉, 쌍방의 채무 모두가 이행불능이 된 경우에는 원칙적으로 대상청구권은 인정되지 않는다.

[판결 9] 이행불능과 대상청구권: 대판 1992. 5. 12, 92다4581, 4598

2. 피고(반소원고, 이하 피고라 한다)소송대리인들의 상고이유를 본다.

기록에 의하면 원고는 원심 제 1 차 변론기일에 진술한 1991. 9. 4.자 준비서면에서 주위적으로 이행불능 당시의 시가상당액에 의한 전보배상을 구하고 예비적으로 이 사건 토지가 수용됨으로써 그 보상금을 피고가 수령하였음을 이유로 그 금원의 지급을 구하고 있는바, 위 예비적 청구는 피고가 이 사건 토지에 대한 소유권이전등기의무의 이행불능을 발생케 한 원인인 토지수용으로 인하여 이 사건 토지의 대상인 보상금을 취득하였음을 이유로 그 보상금의 지급을 구하는 것으로서 이른바 대상청구권을 행사하는 취지라고 볼 수 있으므로, 같은 취지로 판단한 원심판결은 정당하고 소론과 같이 처분권주의에 위반한 위법이 없다.

우리 민법에는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없으며, 대상청구권을 인정하는 것이 공공용지의취득및손실보상에관한특별법에 저촉되고 당사자의 의사해석에도 반한다는 소론은 독자적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

질문

- (1) 매수인이 매도인에게 매매목적토지의 수용으로 인한 보상금을 수령하였음을 이유로 그 금원의 지급을 구하는 청구를 할 수 있는가? 그 근거는 무엇인가?
- (2) 이른바 대상청구권을 인정할 수 있는 근거는 무엇인가?

¹³³⁾ 대판 1996. 6. 25, 95다6601.