

■ 논 단

채무불이행으로 인한 손해배상액 산정에 있어서 신뢰이익과 지출비용에 관하여*

조 인 영

연세대학교 법학전문대학원 부교수

요 약 문

채무불이행으로 인한 손해배상액을 산정함에 있어서, 종래 우리나라에서는 통상적인 채무불이행의 경우에는 이행이익을 기준으로 하고, 계약체결상의 과실책임과 같이 계약이 무효인 경우에만 신뢰이익 상당의 손해배상이 인정된다고 하는 것이 통설적인 견해였다. 그러나 최근 유효한 계약의 채무불이행으로 인한 손해배상으로 지출비용 상당액의 배상을 명한 판결들이 나오면서, 그와 같은 판결의 타당성뿐만 아니라, 나아가 신뢰이익의 개념 자체를 다시 정립하기 위한 논의가 활발해지고 있다. 종래의 구분설에 대한 비판적 견해에 의하면, 이행이익과 신뢰이익은 손해배상의 대상이 되는 법익에 관한 구별일 뿐, 손해배상의 범위나 산정기준에 관한 기준이 될 수 없다. 또한, 신뢰이익에서의 '신뢰'를 계약의 성립에 대한 신뢰 뿐 아니라 이행에 대한 신뢰까지도 포함하는 것으로 볼 경우, 이행이익과의 차이를 구별하기도 어렵다. 따라서 계약의 유효성을 기준으로 한 이행이익과 신뢰이익의 구별은 불필요하고, 이는 손해를 어떻게 파악할 것인지에 관한 두 가지의 다른 접근 방식으로서, 채권자가 임의로 선택할 수 있다고 보아야 한다. 다만, 손해배상청구권에 의하여 계약이행시보다 더 과도한 이익을 부여해서는 안된다는 점에서 신뢰이익은 이행이익의 범위 내로 제한되어야 하고, 이행이익과 신뢰이익을 중복적으로 청구하여서는 안될 것이다. 한편, 지출비용은 종래 신뢰이익 상당 손해의 대표적인 예로 거론되어 온 것으로서, 독일 민법개정 당시 이행이익과 별도로 이를 인정하는 규정이 도입된 바 있고, 우리 민법개정 논의 당시에도 이를 별도로 규정하는 안이 논의된 바 있다. 앞서 논한 바와 같이, 계약의 유효성을 기준으로 이행이익과 신뢰이익을 구별하지 아니하고, 일반적인 인과관계와 예견가능성에 따라 손해의 범위를 결정하게 되면, 지출비용에 관한 규정을 두지 않더라도 이는 당연히 손해로 인정될 수 있다. 그러나 명문 규정으로 이를 보다 명

* 이 글은 법무부 정책연구용역(손해배상 범위에 대한 국제규범과 민법 개정 방향에 관한 연구) 중 필자가 작성한 부분의 일부를 보완하여 발전시킨 것으로, 연세미래선도연구사업의 지원으로 작성하였다. 이 글의 보완점을 세심히 검토해 주신 익명의 심사위원님들께 감사드린다.

확히 한다면, 이행이익과 신뢰이익을 둘러싼 종래 논의와 개념의 혼란을 정리하고, 당사자가 이행이익을 입증하기 곤란한 경우 보다 간편하게 권리구제를 받는데 도움이 될 것으로 보인다.

주제어 : 채무불이행, 손해배상, 신뢰이익, 이행이익, 지출비용

— <目 次> —

I. 서론	III. 지출비용 상당의 손해배상액 인정 여부
II. 이행이익과 신뢰이익에 대한 종래의 논의와 새로운 논의의 필요성	1. 지출비용의 의의
1. 이행이익과 신뢰이익에 대한 종래의 논의	2. 판례의 태도
2. 신뢰이익 개념 구분에 대한 논란과 비판	3. 비교법적 분석
3. 소결론	IV. 결론

I. 서론

현행 민법상 채무불이행으로 손해를 입은 당사자를 위한 구제수단 중 강제이행 외에 현실적으로 가장 중요한 의미를 지니는 것은 손해배상청구권일 것이다. 민법은 손해배상청구권 외의 구제수단으로 하자보수청구권이나 대금감액청구권 등을 인정하고 있지만, 이는 담보책임이나 기타 특별 규정에 따라 제한적인 요건하에서만 인정되기 때문이다. 때문에 피해자가 입은 손해를 정확하게 산정하여 충분히 배상하도록 하는 것은, 채무자가 최대한 채무를 성실히 이행하도록 함으로써 계약법의 근간을 유지하는 중요한 의미를 갖는다.

이와 같은 손해배상액 산정의 중요성에도 불구하고, 우리 민법은 손해배상의 구체적인 산정 방법이나 범위에 관하여는 별다른 세부적인 규정을 두지 않고 있다. 민법은 오직 제390조에서 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다”는 원칙을 선언하고, 제393조에서 “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다(제1항), 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다(제2항)”고만 규정할 뿐이다. 따라서 종래 채무불이행으로 인한 손해배상액의

구체적인 산정은 다수의 학설과 판례에 따라 개별 구체적 사안별로 결정되어 왔고, 원칙적으로는 차액설과 이행이익을 기초로 하되 예전가능성에 따라 그 범위를 제한하는 방식을 취해왔다.

그런데 판례 중에 종래 신뢰이익의 일부로 논의되던 지출비용에 대해서도 배상을 명한 사안이 연이어 나오면서, 신뢰이익과 지출비용의 인정 여부에 대한 논의가 활발해지고 있다. 이는 대륙법계와 영미법계의 법제간 소통이 활발해지면서 영미법계에서 논의되어 온 기대이익과 신뢰이익, 그리고 대륙법계에서 논의되어 온 이행이익과 신뢰이익이 뒤엉켜 더욱 촉발된 측면이 있는데, 그 과정에서 종래 대륙법계에서 논의되어 온 신뢰이익의 개념 자체에 대해서도 새로운 정립의 필요성마저 논의되고 있다.

이 글은 이러한 상황에서 신뢰이익에 대한 종래의 논의를 비판적으로 검토하고, 종전 우리 민법개정위원회에서 논의된 바 있는 지출비용에 관한 규정을 민법 규정으로 도입할 필요가 있는지를 살펴보고자 한다. 이를 위해 먼저 지출비용에 대한 논의의 전제가 되는 이행이익과 신뢰이익에 관한 종래 논의를 개략적으로 정리한 뒤(II), 지출비용에 관한 각종 국제규범이나 타국의 사례를 통해 우리 민법의 개정 필요성을 살펴보고, 기존 민법개정안의 타당성을 검토하고자 한다(III). 그리고 이상의 논의를 요약하는 것으로 결론에 갈음한다(IV). 다만, 본고의 연구 목적은 불법행위가 아니라 채무불이행으로 인한 손해배상의 영역에 국한되며, 우리 민법의 개정 방안을 검토함에 있어서는 기존 민법 개정 논의와의 연결성과 논의의 효율성을 위하여 2014년에 있었던 민법개정위원회의 개정 초안을 기초로 삼아 논의하고자 한다.

II. 이행이익과 신뢰이익에 대한 종래의 논의와 새로운 논의의 필요성

1. 이행이익과 신뢰이익에 대한 종래의 논의

채무불이행으로 인한 손해배상을 구하기 위해서는 당연히 '손해'가 인정되어야 한다. 손해란 통상 '법익에 대한 모든 비자발적인 손실'을 의미하는데,¹⁾ 보다 구체적으로는, 손해란 '채무불이행이 없었더라면 존재하였을 상태와 불이행으로 인하여 현재 놓이게 된 상태의 차이'라는 소위 차액설이 통설적인 견해이다.²⁾ 차액설에 의하면 구체적인 손해는 물론 소극적인 손해 기타 지출의 필요나 재산의 불이익한 변화에서 생기는 손해도 배상의 대상인 손해에 포함된다.

손해는 그 유형에 따라 몇 가지 기준으로 분류되는데, 적극적 손해와 소극적 손해, 이행이익

1) 편집대표 곽윤직, 민법주해(IX), 박영사, 1995, 465면(지원림 집필부분); 양창수·김재형, 민법 I, 계약법(제3판), 박영사, 2020, 477면; 편집대표 김용덕, 주석 민법(채권총칙, 제5판), 한국사법행정학회, 2020, 835면(문주형 집필부분).
2) 편집대표 곽윤직, 위의 책, 466면(지원림 집필부분); 양창수·김재형, 위의 책, 478면; 곽윤직, 채권총론(민법강의 III, 제6판), 박영사, 2021, 112면.

상당의 손해와 신뢰이익 상당의 손해 등이 그러한 유형으로 거론된다. 먼저 적극적 손해란 재산의 멸실 또는 감소로 인한 손해를 의미하는 반면, 소극적 손해란 장래에 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못한 손해 또는 일실효익을 의미하는 것으로서 기대수익 또는 일실효익이라고도 한다.

한편, 이행이익은 채무자가 채무를 이행하였다면 얻을 수 있었던 이익이라는 의미에서 적극적인 이익이라고도 하는데, 이행이익의 손해란 채무자가 채무를 이행하지 않았기 때문에 채권자가 입은 손해, 즉 채무가 정상적으로 이행되었더라면 채권자가 얻을 수 있었던 적극적인 이익을 채무자의 채무불이행으로 인하여 얻지 못하게 됨으로써 발생한 손해를 의미한다.³⁾ 이러한 이행이익에는 계약대상의 교환가치, 대체거래에 필요한 비용, 제3자(특히 채권자의 전매처)에 대하여 지불한 위약금 및 손해배상액, 전매이익의 상실액, 목적물의 보수, 추완에 필요한 비용 등이 포함된다.⁴⁾

반면, 신뢰이익이란 소극적 이익이라고도 하며, 신뢰이익의 손해란 원칙적으로 법률행위의 당사자가 무효인 법률행위를 유효하다고 믿었기 때문에 발생한 소극적인 이익 상당의 손해를 말한다.⁵⁾ 신뢰이익 상당의 손해에는 계약비용, 계약 준비를 위한 지출비용 및 상대방이 계약을 이행하리라고 믿고 다른 사람의 유리한 매수제의를 거절함으로써 발생한 손실, 매매목적물에 하자가 있는 줄 모르고 정상가격으로 매수함으로써 발생한 손해 등이 포함된다.⁶⁾ 우리 민법 제535조는 “목적의 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다”라고 규정하고 있는데, 이 때 ‘계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해’가 바로 신뢰이익에 해당한다. 신뢰이익 상당의 손해는 이자, 담보설정비용, 운송 비용 등의 적극적인 손해가 될 수도 있고, 유리한 계약을 통해서 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못한 소극적 손해가 될 수도 있다.⁷⁾

2. 신뢰이익 개념 구분에 대한 논란과 비판

앞서 살펴본 바와 같이, 우리나라의 통설적인 견해는 이행이익과 신뢰이익을 구분한 다음, 채무자는 유효인 계약의 불이행시에는 이행이익 상당의 손해를, 계약체결상 과실을 포함하여 계약이 무효인 경우에는 신뢰이익 상당의 손해를 배상해야 한다고 설명해 왔다. 그러나 손해배상의 대상을 논할 때에 이와 같이 신뢰이익을 이행이익으로부터 구별하여 별도로 규율할 필

3) 지원림, 민법강의(제17판), 홍문사, 2020, 1093면; 편집대표 곽윤직, 위의 책, 474면(지원림 집필부분); 김재형, “계약의 해제와 손해배상의 범위-이행이익과 신뢰이익을 중심으로-”, 「인권과 정의」 제320호(2003), 8면.

4) 朝見佳男, 新債權總論I, 信山社, 2020, 436頁

5) 편집대표 곽윤직, 위의 책, 475면(지원림 집필부분).

6) 편집대표 곽윤직, 위의 책, 239면, 474면 이하(지원림 집필부분).

7) 김영두, “채무불이행으로 인한 신뢰이익의 손해배상과 범위”, 「민사법학」 제42호(2008), 242, 243면.

요성이 있는지에 대해서는 종래부터 많은 논란이 제기되어 왔고, 최근에도 그 구별의 필요성을 부정하는 견해가 다수 제기되고 있다. 이러한 논란은 먼저 ① 신뢰이익을 이행이익과 별도로 구별할 실익 자체가 있는지 여부, ② 신뢰이익을 인정하더라도 그 범위를 이행이익으로 제한할 것인지 여부, 그리고 마지막으로 ③ 계약해제시 손해배상액의 기준을 이행이익과 신뢰이익 중 무엇으로 볼 것인지에 대한 것으로 나누어 살펴볼 수 있다. 이하에서 각각의 논의를 구체적으로 살펴본다.

가. 이행이익과 신뢰이익의 구별 필요성

(1) 먼저 ①의 문제와 관련하여, 이행이익과 신뢰이익의 구별 필요성을 부정하는 견해는, 적극적인 이익(이행이익)과 소극적인 이익(신뢰이익)은 손해배상의 대상이 되는 법익에 관한 구별일 뿐이라는 점을 지적한다.⁸⁾ 이러한 견해에 의하면, 계약이 유효하게 성립하였는지 아닌지를 기준으로 하여 이익을 나누는 것은 억지스러운 형식논리이고, 계약이 유효하다고 믿은 경우에는 계약의 성립 뿐만 아니라 그 이행까지도 믿는 것이 보통이므로, 계약이 무효라고 해서 손해배상의 범위가 소극적 이익(신뢰이익)에 한정되어야 한다는 결론을 도출할 수는 없다고 한다.⁹⁾ 즉, 계약이 유효하다고 믿었으나 무효인 경우에도 이는 통상손해인지 특별손해인지 여부에 따라 배상의 범위를 파악하면 되는 것이지, 이행이익과 신뢰이익을 구별하여 배상의 기준으로 삼는 것은 부당하다는 것이다.¹⁰⁾¹¹⁾ 나아가, 이행이익과 신뢰이익의 구분 실익을 부정하는 견해 중에는 무효인 계약 뿐 아니라 유효한 계약에 대한 채무불이행의 경우에도 신뢰이익의 배상이 인정되어야 한다는 견해도 있다.¹²⁾

8) 곽윤직, 앞의 책, 114면(지원림 집필부분).

9) 편집대표 곽윤직, 앞의 책, 473면(지원림 집필부분); 박영목, “계약채무의 불이행으로 인한 비용배상”, 「비교사법」 제15권 제3호(2008. 9.), 55면.

10) 김영두, 앞의 논문(각주 8), 245면 이하; 서종희, “신뢰이익 손해배상과 원상회복적 손해배상- 이행이익과 신뢰이익의 이분법적 사고의 문제점”, 「강원법학」 제36권(2012), 172면, 197면; 윤기택, “손해의 산정-채무불이행의 경우에 있어서 신뢰이익의 손해배상을 중심으로”, 「재산법연구」 제31권 제4호(2015), 234면.

11) 판례 중 신뢰이익에 해당하는 것에 대해 통상 손해와 특별손해를 구분한 예로는 대법원 2002. 6. 11. 선고 202다2539 판결(아파트 수분양자가 일조방해, 조망방해, 사생활침해 및 시야차단 등을 이유로 분양계약을 해제하고, 그로 인한 손해배상 및 국민주택채권의 할인수수료 상당 손해배상을 구한 사안에서, 계약해제시 이행이익을 구하는 것이 원칙이나 그에 갈음하여 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있고, 계약의 체결과 이행을 위하여 통상적으로 지출되는 비용은 통상 손해로, 이를 초과하여 지출되는 비용은 특별한 사정으로 인한 손해로서 예견가능성에 따라 배상을 구할 수 있다고 본 사안).

12) 김영두, 앞의 논문(각주 8), 247면 이하; 서종희, 앞의 논문, 187면; 정성현, “신뢰이익에 대한 연구-신뢰이익에 대한 비판적 검토, 그리고 새로운 이해를 위한 시론”, 「민사법학」 제70호(2015), 186면; 한편, 무효인 계약에 대한 신뢰이익의 경우에는 종래와 같이 이행이익과의 구별을 인정하면서도, 유효인 계약에 대한 신뢰이익 역시 수익성 추정에 따라 이행이익의 일부로 인정되어야 한다는 견해로는, 김규완, “손해배상과 비용배상”, 「재산법연구」 제21권 제1호(2004), 26면 및 김준호, “비용배상에 관한 판례의 검토”, 「법학연구」 제24권 제4호(2014. 12.), 151면; 계약의 유효효를 불문하고 신뢰이익은 이행이익의 일부로 추정될 뿐이라는 견해로는

(2) 최근에는 이러한 이행이익·신뢰이익 구별 불요설이 일본에서도 유력하게 대두되고 있다.¹³⁾ 이에 의하면, 이행이익과 신뢰이익에 관한 논의의 혼란은 신뢰이익 개념 자체의 다의성에서 비롯된다. 신뢰이익은 계약 체결 시점을 기준으로 하여 계약이 유효라고 믿었던 상태와 그 이후의 상태를 비교하여 판단해야 한다는 측면이 있을 수 있고(계약 성립에 대한 신뢰로서 소극적인 이익 보상), 두 번째는 이행기(또는 그 이후의 시점)를 기준으로 하여 채권자가 계약의 유효성을 믿음으로써 어떠한 상태에 놓여졌는가를 비교해야 한다는 측면이 있을 수 있다(이행에 대한 신뢰로서 적극적 이익 보상).¹⁴⁾ 따라서 무효인 계약이 유효라고 믿음으로써 발생한 손해를 신뢰이익 상당 손해라고 본다면, 배상의 범위 측면에서는 계약이 유효한 경우에도 이행이익에 따른 적극적 이익 상당의 손해와 신뢰이익에 따른 소극적 이익 상당의 손해가 문제되고, 계약이 무효인 경우에도 마찬가지로 그러한 것이지, 반드시 계약이 무효인 경우에는 신뢰이익, 계약이 유효인 경우에는 이행이익이라는 도그마가 자동적으로 도출되는 것은 아니라는 것이다.¹⁵⁾ 따라서 신뢰이익의 개념 자체가 소극적 이익으로 정의되는 것은 아니고, 실질적·정책적인 측면에서 계약이 유효인 경우에는 신뢰이익을 배제하는 것이 타당한지, 계약이 무효인 경우에는 신뢰이익만을 인정하는 것이 타당한지 여부가 문제될 뿐이다. 이러한 견해에 의하면, 이행이익과 신뢰이익을 고려할 때 계약이 유효하게 성립되었는지 여부는 결정적인 의미가 없고, 신뢰이익의 개념에 대한 의의는 '계약의 성립에 대한 신뢰'를 보호할 것인지 '계약의 이행에 대한 신뢰'를 보호할 것인지가 결정적이며, 만일 계약의 이행에 대한 신뢰도 보호한다면 이행이익과 결국 배상의 범위가 동일하게 된다.¹⁶⁾ 이처럼 신뢰이익을 판단할 때의 '신뢰'를 '성립에 대한 신뢰'로 볼 것인지 '이행에 대한 신뢰'로 볼 것인지는, 손해배상의 목적을 계약상의 지위를 '청산'하는 것으로 볼 것인지, 계약상의 지위를 '실현'하는 것으로 볼 것인지와도 연결되는데, 확실은 계약상의 지위를 실현하는 방향, 즉 계약이 이행되었다라면 채권자가 얻을 수 있었던 이익상황을 실현시키는 방향으로 보아야 한다거나,¹⁷⁾ 또는 양자가 다른 목적을 지향한다고 하더라도 이를 반드시 택일적인 것으로만 볼 필요는 없다고 한다.¹⁸⁾

(3) 영미법계에서도 신뢰이익은 계약의 유·무효와 무관하게 인정된다. 영국은 유명한

박영목, 위의 논문, 57면.

13) 朝見佳男, 新債權總論I, 信山社(2020), 437頁; 中田裕康, 債權總論(第4版), 岩波書店, 2020, 190頁; 我妻榮, 有泉亭, 清水誠, 田山輝明, 我妻·有泉 コメントール 民法(第7版)- 總則·物權·債權, 日本評論社, 2021, 783頁

14) 高橋眞, 損害概念論序說, 有斐閣, 2005, 56, 113頁.(朝見佳男, 新債權總論 I, 信山社(2020), 436頁에서 재인용).

15) 朝見佳男, 新債權總論 I, 信山社(2020), 437-440頁. 위 견해는 결국 계약이 유효한 경우에도 채권자가 계약 체결시점에 어떠한 상태에 놓여졌을 것인가 하는 관점에서 본다면 원상회복적인 손해배상의 측면을 고려하여 지출배상도 인정해야 한다는 점을 지적한다.

16) 朝見佳男, 新債權總論I, 信山社(2020), 437頁

17) 內田貴, 民法 III 債權總論·担保物權(第3版), 東京大學出版會, 2005, 152頁.(朝見佳男, 新債權總論 I, 信山社(2020), 436頁에서 재인용).

18) 朝見佳男, 新債權總論I, 信山社(2020), 438, 444頁

Hadley v. Baxendale 사건¹⁹⁾ 이래 ‘채무불이행으로 인한 손해는 통상적인 손해이거나 계약 체결시 양 당사자가 합리적으로 인식하고 있었던 손해액’이라는 입장을 취해 왔는데, 이는 신뢰이익에 해당하는 손해에 대해서도 예견가능성을 기준으로 통상손해와 특별손해를 구분하는 대륙법계의 원칙을 받아들인 것이었다.²⁰⁾ 한편, 미국에서는 1936년 Fuller와 Perdue 교수가 ‘계약적 손해에 있어서의 신뢰이익(The Reliance Interest in Contract Damage)’이라는 논문을 발표하여 계약이 유효하다면 있었을 상태에 해당하는 이익을 신뢰이익이라고 지칭하고, 인과관계가 없거나 예견할 수 없었던 신뢰이익도 일정한 경우에는 배상할 수 있다고 주장하였다.²¹⁾ 이러한 주장은 미국 계약법 리스테이트먼트 제2판(Restatement Second of the Contracts)에도 반영되었는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.

제344조 구제수단(Remedies)의 목적

이 리스테이트먼트에 기재된 규칙에 따른 사법적 구제수단은 피약속자(promisee)의 아래 이익 중 하나 또는 그 이상을 보호하기 위한 것이다.

- (a) 계약이 이행되었더라면 피약속자가 처했을 지위에 놓이게 됨으로써 그가 해당 거래로 인해 얻었을 수익(benefit)에 대해 갖는 이익을 의미하는 “기대이익(expectation interest)”
- (b) 계약이 체결되지 않았으면 채권자가 처했을 지위에서 놓이게 됨으로써 그 계약을 신뢰하여 입은 손실에 대한 상환(reimbursement)에 관하여 갖는 이익을 의미하는 “신뢰이익(reliance interest)”
- (c) 피약속자가 상대방에게 부여한 이익을 회복(restore)하는데 갖는 이익을 의미하는 “원상회복이익(restitution interest)”

제349조 신뢰이익에 기초한 손해

제347조에 기재된 손해²²⁾의 방식에 대한 대안으로, 피해 당사자는 이행의 준비 또는 이행에 지출된 비용에서, 위반 당사자가 계약이 이행되었더라도 피해 당사자가 입었을 손해를 합리적인 확실성을 가지고 입증할 수 있다면 그 손해를 공제한 비용을 포함한 신뢰이익의 배상을 구할 권리가 있다.

이처럼 영미법에서의 신뢰이익(reliance interest)은 계약을 신뢰하여 당사자가 자신의 위치를 변경함으로써 받은 손해를 의미하며, 반드시 계약의 무효 내지 부존재를 전제로 하지 않는다. 그리고 영미법계의 태도를 수용한 CISG상의 신뢰이익 역시 계약의 무효를 전제로 한 것이

19) 위 판결의 상세한 내용에 대해서는 김영희, “계약이론사에서 신뢰이익 배상과 지출비용 배상”, 「법조」 제69권 제2호(2020), 165면 이하 참조.

20) 김차동, “이행이익 및 신뢰이익”, 「비교사법」 제17권 제1호(2010), 13면.

21) 김차동, 앞의 논문, 15-16면; 김영희, 앞의 논문, 173면; 정다운, “신뢰이익의 배상에 관한 소고 - 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다235766 판결을 중심으로”, 「법조」 제69권 제5호(2020), 494-497면.

22) 이는 기대이익을 의미한다.

아니라고 설명된다.²³⁾

(4) 독일에서도 신뢰이익 상당의 손해(Vertrauensschaden)와 채무불이행으로 인한 손해(Nichterfüllungsschaden)의 구별은 실제 손해의 산정 기준과는 특별한 관계가 없고, 다만 이로 인한 배상액의 한도에 차이가 있을 뿐이라고 한다. 이행이익 상당의 손해배상은 이행이 있었을 경우의 상태로 회복시켜 줄 금액이 되고, 신뢰이익 상당의 손해배상에는 불필요한 지출비용은 해당되지만 피해자가 상대방의 행동으로부터 기대하였던 이익까지는 인정되지 않는다는 것이다.²⁴⁾

(5) 이러한 이행이익·신뢰이익 구별 불요설은 타당하다고 생각된다. 불요설이 지적하듯이, 계약을 체결할 때에는 누구나 그 계약이 정상적으로 이행될 것을 신뢰하고 기대하여 계약을 체결하는 것이지, 계약의 성립 자체만을 신뢰하는 경우는 없을 것이다. 그렇다면 이후 계약이 애초부터 무효였던 것으로 밝혀지거나 이후 취소나 해제로 인해 무효가 된다고 하더라도, 그에 대한 손해배상은 당사자로 하여금 계약이 이행되었을 것과 동일한 지위를 실현시켜 주는 범위 내에서 인정될 필요가 있다. 뿐만 아니라 완전배상주의를 취하고 있는 독일과 달리 우리 민법은 제한배상주의를 취하고 있으므로, 굳이 이행이익과 신뢰이익을 구분하지 않고 계약이 유효이든 무효이든, 적극적 이익이든 소극적 이익이든 그 계약이 정상적으로 이행되었더라면 있었을 상태를 기준으로 삼더라도 예견가능성에 의해 그 범위를 충분히 합리적인 범위로 조절할 수 있다. 따라서 이행이익과 신뢰이익을 개념적인 설명 도구로 활용하는 것은 몰라도, 이를 ‘계약이 유효인 경우는 이행이익, 무효인 경우는 신뢰이익’과 같이 도식화하는 것은 부당하다고 생각한다. 이행이익과 신뢰이익은 손해배상이라는 동일한 목적을 추구함에 있어 그 배상의 범위를 파악하는 병렬적인 관점으로 보고, 마치 불법행위로 인한 일실수입을 산정함에 있어서 차액설과 평가설을 사안에 따라 적절히 적용하듯이, 이행이익과 신뢰이익도 입증가능성 등을 고려하여 당해 사안에 가장 적합한 방식을 택하여 손해를 산정하면 될 것이다.²⁵⁾ 다만, 이행이익과 신뢰이익을 인정하는 것이 결과적으로 중복배상에 해당하지 않도록 조정할 필요는 있을 것인데, 이에 대해서는 후술한다.

23) 광민희, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약상 손해배상범위에 관한 연구”, 『동아법학』 제58호(2013), 667면.

24) Gerhard Dannemann/Reiner Schulze, *German Civil Code, Vol 1: Books 1-2, Article-by-Article Commentary*, C.H.Beck, Nomos, 2020, p.336.

25) 정다운, 앞의 논문, 510면; 윤기택, 앞의 논문, 234면 이하; 광민희, 채무불이행의 효과로서 신뢰이익 배상에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2006, 47면; 강혜림, “비용과 이행이익”, 『강원법학』 제48권(2016. 6.), 183, 184면.

나. 신뢰이익의 범위(이행이익 내로 제한되는지 여부)

(1) 계약의 유효·무효를 불문하고 신뢰이익을 인정할 수 있다고 하더라도, 신뢰이익의 범위가 이행이익을 초과할 수 있는지에 대해서는 견해가 대립한다. 종래의 다수설은 신뢰이익은 이행이익을 넘지 못한다고 보고 있고,²⁶⁾ 민법 제535조 역시 그와 같이 규정하고 있다. 그러나 이행이익을 초과하는 신뢰이익도 인정될 수 있다는 견해도 존재한다.²⁷⁾ 이러한 견해에 의하면, 계약의 유효를 믿고 지출한 비용에는 지급받을 급부에 포함된 비용으로서의 지출 원가도 있지만 신뢰투자의 성격을 갖는 지출과 기회비용도 포함되어 있으며, 그러한 비용 역시 인과관계와 예견가능성 등의 요건을 충족한다면 배상의 대상이 되어야 한다고 주장한다.²⁸⁾

(2) 신뢰이익이 이행이익보다 커지는 상황은 종종 발생할 수 있다. Fuller 교수는 '손해보는 계약(losing contract)'이라는 개념으로 이러한 상황을 설명한 바 있다. 예컨대 한 기계제작상이 1000달러 짜리 기계 납품계약을 체결하였는데 그 기계의 이동을 위해 공장의 가벽을 철거해야 해서 철거비용으로 1500달러를 지출했다면, 당사자는 계약을 이행함으로써 500달러의 손해를 본 것이다. 따라서 위 납품계약 위반으로 손해배상을 구할 때 이행이익은 0원이 되지만, 신뢰이익은 1500달러가 된다. 그런데 Fuller 교수는 이처럼 계약 당사자가 경솔하게 체결한 계약으로 인해 발생한 손해를 타방 당사자에게 이전하는 것은 부당하므로, 신뢰이익은 이행이익의 범위로 제한되어야 한다고 보았다.²⁹⁾ 나아가, Fuller 교수는, 계약 당사자가 그 계약의 이행을 신뢰하여 다른 거래에 투자하는 경우 그에 대한 신뢰이익은 다른 거래로부터 예상되는 수익이 될 것인데, 거래 자체에 대한 본질적 신뢰(essential reliance)가 아닌 예상 수익과 같은 부차적 신뢰(incidental reliance)의 경우에도 당사자를 계약이 이행된 경우보다 더 나은 상태에 있도록 해서는 안되므로, 이 경우에도 손해배상은 기대이익의 한도로 제한되어야 한다고 주장하였다.³⁰⁾

(3) 생각건대, 비록 이행이익과 신뢰이익의 구별이 불필요하고 당사자가 편의대로 선택하여 입증할 수 있는 한도에서 그 배상을 인정한다고 하더라도, 당사자가 신뢰이익을 선택하여 그 배상을 구할 경우, 신뢰이익은 이행이익의 범위로 제한된다고 보는 것이 타당하다. 이행이익이든 신뢰이익이든 그 본질은 계약으로부터 발생한 것인데, 이후 계약이 무효가 되었거나 채무

26) 지원림, 앞의 책, 1095면; 송덕수, 채권법총론(제5판), 박영사, 2020, 166면; 편집대표 김용덕, 앞의 책, 839면(문주형 집필부분); 편집대표 곽윤직, 앞의 책, 475면(지원림 집필부분)

27) 김차동, 앞의 논문, 8면.

28) 김차동, 앞의 논문, 8, 9면, 38면; 윤일구, "이행이익과 신뢰이익에 대한 재고찰", 『법학논총』 제34집 제2호(2014), 255면; 최문기, "이행이익과 신뢰이익의 개념에 관한 일고찰", 『경성법학』 제24집(2015. 9.), 69면.

29) L. L. Fuller/William R. Perdue and Jr, The Reliance Interest in Contract Damages: 1, *Yale Law Journal* vol. 46, 1936, p.76, 77.

30) 정다운, 앞의 논문, 500면.

의 이행 과정에 문제가 생겼다고 하여 본래 계약으로부터 얻을 수 있었던 것보다 더 높은 이익을 얻을 수 있게 해 준다면, 채권자는 계약 이행과정에서 계획보다 많은 비용을 지출할수록 계약을 정상적으로 이행하여 이행이익을 받기보다는, 사소한 하자를 빌미로 채무자의 불이행을 주장하여 손해배상청구를 함으로써 이행이익보다 높은 신뢰이익을 배상받으려 할 가능성이 크다. 이와 같이 손해배상이 'pacta sunt servanda'가 아니라 'pacta non sunt servanda'를 추구하는 유인이 되는 것은 당연히 부당하다.

(4) 그러나 이러한 논의는 이론상으로는 의미가 있을지 몰라도 실제에 있어서는 그다지 큰 실익이 없을 수도 있다. 실제 사안에서 당사자가 굳이 이행이익이 아닌 신뢰이익을 손해배상으로 청구하는 것은 대개 이행이익을 입증하기가 어려운 경우일 것이기 때문이다. 예컨대, 배우가 영화 제작 직전에 일방적으로 출연을 거부하였는데 완성된 영화 방영시 수익이 얼마가 될지 알 수 없는 경우라든지,³¹⁾ 피고가 원고에게 적정한 생활폐기물 처리 수수료를 산정하여 원고와 협의 후 이를 지급하기로 하였는데 그 협회가 이루어지지 않아 이행이익 범위를 산정할 수 없는 경우³²⁾ 등에는 신뢰이익에 해당하는 영화 제작비용이나 폐기물 처리 비용 등을 청구할 수 있을 것인데, 이 때 위 비용이 이행이익을 초과하는지에 대한 판단 자체가 애초에 어렵기 때문이다. 이러한 경우 피고가 이행이익을 초과한다는 점을 주장한다면 법원은 석명을 통해 최대한 그 범위를 심리하되, 그 입증의 실패로 인한 책임은 피고에게 돌려야 할 것이다.

다. 계약의 해제와 신뢰이익

마지막으로 ③과 관련하여, 계약이 유효인 경우에는 이행이익, 계약이 무효인 경우에는 신뢰이익이라는 구별을 인정한다 하더라도, 채무불이행으로 계약을 해제한 경우 손해배상의 범위를 무엇을 볼 것인지의 문제가 있다. 종래에는 해제의 직접효과설에 따라 계약이 소급하여 무효가 되므로 신뢰이익이 손해배상의 대상이 된다는 견해도 있었으나,³³⁾ 최근에는 이 또한 채무불이행책임의 일부로 보는 것이 통설적 견해이다.³⁴⁾ 그리고 앞서 검토한 이행이익, 신뢰이익 구별 불요설에 의하면 이행이익이나 신뢰이익 중 당사자의 선택에 따라 손해배상으로 구하는 금액이 배상의 대상이 될 것이다.

참고로, 개정 전 독일 민법은 채권자가 계약을 해제한 때에는 신뢰이익의 배상만을 청구할 수 있도록 하였으나, 개정 후에는 해제로 인한 급부반환 내지 가액상환청구권 뿐 아니라 제281

31) Anglia Television Ltd v Reed [1972] 1 QB 60, [1971] 3 ALL ER 69

32) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다52683 판결.

33) 박윤직, 앞의 책(각주 3), 114면; 김규완, 앞의 논문, 6면

34) 정성현, 앞의 논문, 175면; 고종영, "계약 해제와 손해배상- 손해배상의 성질과 범위에 관한 실무적 고찰", 「법조」 제52권 제3호(2003), 20면.

조에 따른 손해배상도 청구할 수 있도록 하고 있는데(제325조), 이는 차액설에 따른 전보배상을 의미한다.³⁵⁾ 우리 판례도 초기에는 계약이 유효하게 성립하였다가 해제된 경우 손해배상은 이행이익을 원칙으로 하는 것이고 신뢰이익의 배상은 청구할 수 없다고 하였으나,³⁶⁾ 이후에는 유효한 계약이 취소 또는 해제되어 무효가 된 경우에도 신뢰이익의 배상을 인정하고 있다.³⁷⁾

3. 소결론

이상에서 살펴본 바와 같이, ‘유효한 계약에 대해서는 이행이익, 무효인 계약에 대해서는 신뢰이익’이 손해배상의 범위가 된다는 기존의 도그마는 지나치게 형식적인 접근으로, 최근에는 손해배상의 기준으로서 반드시 양자를 구별할 필요가 없다는 비판이 늘어나고 있으며, 이는 지극히 타당하다고 생각된다. 양자는 손해를 파악하는 다양한 접근방식으로 보면 충분하고, 개념상으로도 중복되는 부분이 생길 수 있다.³⁸⁾ 실제 배상을 구함에 있어서는 계약의 유효효를 불문하고 이행이익이나 신뢰이익 중 당사자가 귀책사유와 인과관계, 특별 손해의 경우 예견가능성의 요건을 충족하여 입증할 수 있는 한도에서 그 배상을 명하되, 신뢰이익을 구하는 경우 이행이익을 초과할 수 없도록 하고, 양자를 모두 청구하는 경우에는 중복배상이 되지 않도록 하면 될 것이다.³⁹⁾

35) 김재형, 앞의 논문(각주 4), 29면.

36) 대법원 1983. 5. 24. 선고 82다카1667 판결(“계약당사자의 일방이 그 해제권을 행사하여 그 계약을 해제하였을 경우 (중략) 이 경우의 손해배상의 청구도 채무불이행으로 인한 손해배상과 다를 것이 없으므로 전보배상으로서 그 계약의 이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익 즉 소위 이행이익을 손해로서 청구하여야 하고 그 계약이 해제되지 아니하였을 경우 채권자가 그 채무의 이행으로 소요하게 된 비용 즉 소위 신뢰이익의 배상은 청구할 수 없”다).

37) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결 등; 권영준, “이행이익, 신뢰이익, 중복배상-지출비용과 일실이익의 배상청구와 관련하여”, 「인권과 정의」 통권 491호(2020), 127면은 이처럼 원시적 불능이 아닌 후발적 해제, 취소로 인한 무효 상황에서의 신뢰이익을 ‘확장된 신뢰이익’이라고 칭하고 있다.

38) 김재형, 앞의 논문(각주 4), 20면, 32면에서는 매수인이 매매목적물을 전매하였으나 매도인의 채무불이행으로 제3자에게 위약금을 배상한 경우, 매수인이 계약의 유효를 믿고 제3자와 거래를 하였다가 위약금을 지급하게 되었다는 측면에서는 신뢰이익 상당의 손해이나, 매도인의 채무불이행이 없었더라면 지출하지 않아도 되었을 금액 상당의 손실이라는 측면에서는 이행이익 상당의 손해라는 점을 지적한다.

39) 박영목, 앞의 논문, 67면; 고종영, 앞의 논문, 23, 24면; 중복배상을 피하기 위하여 지출비용 상당의 신뢰이익 청구시 이행이익은 순이익으로 계산해야 한다는 견해로, 윤진수, “채무불이행으로 인한 특별손해, 동시이행의 항변권과 권리남용”, 「대법원판례해설」 통권 제17호(1992), 418면.

Ⅲ. 지출비용 상당의 손해배상액 인정 여부

1. 지출비용의 의의

지출비용이란 채권자가 채무자의 이행을 신뢰하여 지출하게 된 비용으로서, 계약의 체결 및 이행을 위한 비용(중개수수료, 계약서 작성비, 공증비, 운송비, 대금 지급을 위한 차용금의 이자 등), 급부수령 및 활용 등을 위한 비용(소유권이전등기비용, 보관 및 관리비용, 토지 매수인의 지상 건물 신축 설계비, 자재구입비, 영업준비비, 인테리어 공사비, 매수인이 판매사원 고용비, 자동차 매수인의 차량 부속품 구입비) 등을 예로 들 수 있다.

일부 학설은 지출비용은 신뢰이익으로 구분되는 소극적 이익(계약비용, 계약 준비를 위한 지출비용 등)과 유사하지만, 신뢰이익은 계약이 무효일 때, 지출비용은 계약이 유효일 때를 전제로 한다는 점에서 차이가 있다고 설명하기도 한다.⁴⁰⁾ 그러나 통상적으로 지출비용은 주로 계약이 유효할 때가 아니라 무효인 경우 신뢰이익의 배상 국면에서 검토되어 왔다. 나아가, 최근 판례에서는 유효한 계약의 채무불이행책임과 관련하여서도 신뢰이익을 거론하고 있어 그 인정 여부에 대한 논란이 증폭되고 있는데, 이는 앞서 II장에서 검토한 신뢰이익의 인정여부에 대한 혼란과도 연결되어 있다. 이하에서 구체적으로 살펴본다.

2. 판례의 태도

종래 판례는 “계약당사자의 일방이 계약해제와 아울러 하는 손해배상의 청구는 채무불이행으로 인한 손해배상과 다를 것이 없으므로 전보배상으로서 그 계약의 이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익 즉 이행이익을 손해로서 청구하여야 하고 그 계약이 해제되지 아니하였을 경우 채권자가 그 채무의 이행으로 소요하게 된 비용, 즉 신뢰이익의 배상은 청구할 수 없는 것”임을 명시한 바 있다.⁴¹⁾ 위 사안은 원고가 자신의 토지를 제공하고 피고가 그 지상에 주택을 건설하여 원, 피고의 공동명의로 분양하기로 하는 주택건설 동업계약을 체결하고, 원고가 그 약정에 따라 토지상의 관상수를 이식하고 토지를 제공하였으나, 피고가 건축의무를 불이행하여

40) 정경환, “지출비용배상에 관한 연구”, 「민사판례연구」 제41권(2019), 325면. 기타 지출비용 해당여부가 문제될 수 있는 다양한 사례에 대한 구체적 검토로는 위 논문 341면 이하 참조(① 채권자가 채무자로부터 토지를 매수하여 건물을 신축했다가 채무자의 채무불이행으로 계약이 해제되어 채권자가 신축건물을 철거한 경우 위 건물의 시가 상당액, ② 매수인의 채무불이행시 매도인이 제3자에게 부담하게 된 위약금이나 손해배상금, ③ 대체거래비용, ④ 채무이행에 대한 신뢰가 깨어진 후 지출한 비용 등은 지출비용에 해당하지 않는다고 설명한다).

41) 대법원 1983. 5. 24. 선고 82다카1667 판결; 같은 취지 판례로 대법원 1962. 2. 22. 선고4294민상667 판결(극장 건물 임차인이 임대인의 채무불이행을 이유로 임대차계약을 해제하고 극장 영업을 위하여 지출한 계약소개비, 계약성립촉하 회식비, 선전비, 인건비 등을 청구하였으나 기각한 사례).

원고가 동업계약을 해제하고 수목 이식 비용과 이식으로 고사한 관상수대금 등을 청구한 사안 이었는데, 대법원은 위 법리에 따라 원고의 청구를 기각하였던 것이다.

그러나 판례는 이후 “계약의 해지 또는 해제에 따른 손해배상을 청구하는 경우에 채권자는 계약이 이행되리라고 믿고 지출한 비용의 배상을 청구할 수 있다. 이때 지출비용 중 계약의 체결과 이행을 위하여 통상적으로 지출되는 비용은 통상의 손해로서 상대방이 알았거나 알 수 있었는지와 상관없이 배상을 청구할 수 있으며, 이를 초과하여 지출한 비용은 특별한 사정으로서 인한 손해로서 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 배상을 청구할 수 있다. 다만 지출비용 상당의 배상은 과잉배상금지의 원칙에 비추어 이행이익의 범위를 초과할 수 없다”고 판시하였다.⁴²⁾ 위 판례는 통상 신뢰이익으로 논의되어 온 지출비용의 배상을 명한 것이나, 신뢰이익이라는 점을 명시하지는 아니하고 통상 손해와 특별 손해의 관점으로 판시한 것이었다.

그런데 최근의 판례는 “채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하고 손해배상을 청구하는 경우에, (중략) 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이다. 그러나 채권자는 그 대신에 계약이 이행되리라고 믿고 지출한 비용의 배상을 채무불이행으로 인한 손해라고 볼 수 있는 한도에서 청구할 수도 있다. 이러한 지출비용의 배상은 이행이익의 증명이 곤란한 경우에 증명을 용이하게 하기 위하여 인정되는데, 이 경우에도 채권자가 입은 손해, 즉 이행이익의 범위를 초과할 수는 없다.”⁴³⁾고 하였다. 위 사안은 분양대행업체가 피고와의 분양계약을 해지한 다음, 피고의 채무불이행으로 인한 손해배상으로 분양계약이 존속하였다면 지급받을 수 있었던 분양대행수수료 상당의 이행이익 또는 계약이 이행될 것으로 믿고 지출한 인건비와 경비, 홍보비 등 상당의 신뢰이익의 배상을 청구한 사안이었는데, 대법원은 원칙론적으로는 위 판시 취지와 같이 지출비용 역시 이행이익의 증명이 곤란한 경우에 인정될 수 있다고 하면서도, 구체적인 해당 사안에서는 분양대행업체가 분양대행수수료의 청구기준에 달하는 세대를 모집할 수 없었다고 보이는 이상, 그에 해당하는 이행이익 뿐 아니라 분양대행에 소요된 전단광고비 등의 지출비용 배상을 청구할 수 없다고 판단하였다. 그러나 원고들이 재개발조합인 피고로부터

42) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다59115 판결; 같은 취지 판례로, 대법원 1980. 5. 13. 선고 80다130 판결(원고가 소외인으로부터 커피원두를 매수하여 피고에게 매도하기로 하였는데, 피고가 계약을 일방적으로 파기하여 원고가 소외인에 대해 커피원두 가격 하락분에 해당하는 손해배상을 지급하고 피고를 상대로 동액 상당의 손해배상을 청구한 사안에서, 원고가 소외인에게 지급한 손해배상금은 특별손해에 해당한다고 본 사안); 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다13621 판결(매수인의 귀책사유로 매매계약이 해제된 경우, 매수인이 지출한 법무사보수, 각종 세금 및 인지대, 채권구입비 등의 소유권이전등기비용이 통상적인 지출비용으로서 손해배상의 대상이 된다고 본 사안, 이 사안에서는 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용이 신뢰이익의 손해라는 점을 명시하고 있다); 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다49104 판결(원고가 보험자인 피고와 물품대금 채무에 관한 이행보증보험계약을 체결하고 보험료를 납부하였는데 피고는 원고에게 보험증권교부의무를 이행하지 아니하였고, 원고가 그로 인한 손해로 원고가 이미 납부한 보험료나 구상채무를 담보하기 위하여 저장권을 설정하는 데에 소요된 등기비용 등을 청구한 사안) 등 참조.

43) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다235766 판결

터 주택을 분양받았다가 피고의 채무불이행을 이유로 아파트분양계약을 해제한 사안에서는, 앞서와 동일한 법리를 이유로 원고들이 지출한 주택채권 매입가와 그 시세에 상당하는 매각대금의 차액을 신뢰이익으로서의 통상의 손해로서 그 배상을 청구할 수 있다고 하고,⁴⁴⁾ 원고와 피고가 보험계약을 체결하고 원고가 피고에게 보험료를 납부하고, 피고의 구상채무를 피담보채권으로 하는 저당권을 설정하기 위해 등기비용 등을 지출하였다면, 이후 피고의 보험증권교부의무 불이행으로 인하여 피고가 배상하여야 할 손해배상의 범위에는 위와 같이 납입한 보험료 및 등기비용 등이 포함된다고 하였다.⁴⁵⁾

한편, 판례는 “계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용도 그러한 지출사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서는 배상을 청구할 수 있으며 다만 이러한 비용 상당의 손해를 일실이익 상당의 손해와 같이 청구하는 경우에는 중복배상을 방지하기 위하여 일실이익은 제반 비용을 공제한 순이익에 한정된다”고 한다.⁴⁶⁾ 위 사안은 원고가 피고로부터 면제품 셔츠 6,600벌을 수입하기로 하였으나 제품의 하자로 이를 판매할 수 없게 되어 계약을 해제하고 법률비용, 판매사원의 고용비, 이 사건 계약이 제대로 이행되었더라면 제비용을 공제하더라도 얻을 수 있었던 이익을 손해배상을 청구한 사안이었다. 원심은 이들 손해는 모두 특별한 손해로서 예견가능성이 없다고 하였으나, 대법원은, 법률비용 상당의 손해는 피고의 채무불이행과 상당인과관계 있는 통상손해라고 볼 수 없지만, 전매이익이나 판매사원의 고용비(판매사원이 지출한 홍보비 및 2개월분 월급) 상당의 손해는 원고가 판매를 위하여 지출한 비용에 포함되어 결국 피고가 배상하여야 할 손해를 이루므로, 판매이익 및 판매사원 고용비용 상당의 손해배상청구를 배척한 것은 위법하다고 판시하였다.

이처럼, 종래 판례의 태도를 종합적으로 살펴보면 다소 혼란스러운 점이 있음을 부정하지 않을 수 없다. 즉, 이행이익의 손해와 신뢰이익의 손해는 별개로 인정될 수 있는 것인지, 신뢰이익은 이행이익을 증명할 수 없을 때에만 보충적으로 손해배상의 대상이 되는 것인지, 신뢰이익의 경우에도 지출비용만이 특별히 배상의 대상으로 문제되는 것인지 등에 대해서 판례의 태도는 다소 불분명하다.

그렇다면 각종 국제규범과 다른 나라에서는 신뢰이익과 이행이익의 손해를 어떠한 관계로 파악하고 어떤 범위에서 이를 인정하는가? 이하에서 항을 바꾸어 살펴본다.

44) 대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다2539 판결; 그 밖에 이행이익의 범위 내에서 신뢰이익의 배상을 명한 판결로는 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다15501 판결(원고가 피고로부터 공원운영을 위탁받아 운영하던 중 위탁계약을 해지하고 손해배상을 청구한 사안에서, 위탁계약의 이행을 위하여 지출한 비용 중 일부의 배상을 명한 사례) 참조.

45) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다49104 판결.

46) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결.

3. 비교법적 분석

가. 국제협약 및 원칙의 태도

최근 국제적으로 계약법의 통일화 경향 및 그에 관한 논의가 심화됨에 따라 이에 관한 각종 국제협약과 원칙이 성안되고 있다. 이러한 협약 및 원칙 중 가장 잘 알려진 몇 가지를 중심으로 손해배상의 범위에 관한 규정을 추출해 보면 아래와 같다.

UN 국제물품매매협약(UN Convention on the International Sales of Goods: CISG)

제74조

당사자 일방의 계약위반으로 인한 손해배상액은 이익의 상실을 포함하여 그 위반의 결과 상대방이 입은 손실과 동등한 금액으로 한다. 그 손해배상액은 위반 당사자가 계약 체결시에 알았거나 알 수 있었던 사실과 사정에 비추어, 계약위반의 가능한 결과로서 발생할 것을 예견하였거나 예견할 수 있었던 손실을 초과할 수 없다.

유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law: PECL)⁴⁷⁾

제9:502조 손해배상액의 일반적인 산정

손해배상액의 일반적인 산정은 불이행의 상대방으로 하여금 계약이 적정하게 이행되었다면 그가 있었을 상태에 가능한 한 가장 가깝게 하는 금액으로 한다. 이러한 손해배상은 불이행의 상대방이 입은 손실과 그가 박탈당한 이익을 포함한다.

UNIDROIT 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contract: PICC)⁴⁸⁾

제7.4.3조(손해의 확실성)

- (1) 배상해야 하는 손해는 장래의 손해를 포함하여 합리적인 정도로 확실한 손해에 한한다.
- (2) 기회상실의 손해는 그 발생할 개연성에 비례하여 배상되어야 한다.
- (3) 충분한 정도로 확실하게 손해액을 결정할 수 없는 경우에 그 산정은 법원의 재량에 의한다.

유럽공통참조기준(Draft Common Frame of Reference: DCFR)

제III-3:702조 : 손해의 일반적인 산정

손해배상액의 일반적인 산정은 불이행의 상대방으로 하여금 계약이 적정하게 이행되었다면 그가 있었을 상태에 가능한 한 가장 가깝게 하는 금액으로 한다. 이러한 손해배상은 불이행의 상대방이 입은 손실과 그가 박탈당한 이익을 포함한다.

47) 이하 유럽계약법원칙의 번역은 올 란도·휴빌 편/김재형 역, 유럽계약법 원칙 제1, 2부, 박영사, 2013에 의하였다.

48) 국제상사계약원칙의 번역은 공식번역본에 의하였다(<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Korean-bl.pdf> 참조. (2022. 11. 8. 방문))

먼저 CISG는 이행이익과 신뢰이익을 구별하지 않고 '손해배상액은 이익의 상실을 포함하여 그 위반의 결과 상대방이 입은 손실과 동등한 금액'이라고만 규정하는데, 이 때 이익이란 이행이익과 신뢰이익을 모두 포함하는 것이라고 설명된다.⁴⁹⁾ 우리 판례 중에도 CISG가 적용되는 사안에서, 매도인의 본질적 계약위반으로 계약이 해제되는 경우 매도인은 매수인에게 매수인이 지출한 물품의 수입 및 통관비, 운송비, 매수인이 물품에 하자가 있는지 여부를 확인하기 위해 물품 제작회사에 다녀오기 위해 지출한 출장비 등을 손해배상으로 지급할 의무가 있다고 한 사안,⁵⁰⁾ 매매계약에 물품의 운송이 포함되어 있었는데 매수인이 매매목적물의 수령을 명시적으로 거절함에 따라 매도인이 이를 반송받기 위하여 지출한 해상운임, 통관료, 보관료, 항만 부대비용, 내륙운송료 등의 각종 비용에 대해 손해배상을 인정한 사안,⁵¹⁾ 의류 제작용 원단의 인도 지연으로 인해 매수인이 그 원단을 사용하여 제작한 의류를 선박운송이 아닌 항공운송으로 납품함에 따라 발생한 항공운송료 상당 배상을 명한 사안,⁵²⁾ 채무불이행으로 인하여 추가로 지출하게 된 창고보관비용, 운송비 등에 대한 손해를 인정한 사안⁵³⁾ 등 신뢰이익 내지 지출비용을 명한 사안이 존재한다.

PICC 역시 CISG와 유사하게 손해는 '장래의 손해를 포함하여 합리적인 정도로 확실한 손해'라고 규정하고, 나아가 기회상실의 손해는 개연성에 비례하여 배상한다고 명시할 뿐, 이행이익과 신뢰이익을 특별히 구분하지 않고 있는데, 위 규정상 손해배상은 완전배상을 의미한다.⁵⁴⁾

반면 PECL과 DCFR은 '손해배상액의 일반적인 산정은 불이행의 상대방으로 하여금 계약이 적정하게 이행되었더라면 그가 있었을 상태에 가능한 한 가장 가깝게 하는 금액'이라고 하여 이행이익을 원칙으로 규정하고, 신뢰이익에 대해서는 아무런 명시적인 규정을 두지 않고 있다.

나. 입법례

(1) 영미법계 국가에서는 채무가 정상적으로 이행되었을 경우 채권자가 얻을 수 있었던 이익을 '기대이익(expectation interest)'이라는 개념으로 설명하는데, 이는 대륙법계에서의 이행이익에 상응한다. 영미법상 손해배상은 채권자를 계약이 이행된 것과 같은 상태로 만드는 것으로서, 계약위반으로 인한 손해배상은 기대이익을 원칙으로 하지만, 기대이익을 청구할 수 없는 경우에는 신뢰이익(reliance interest)을 청구할 수도 있다. 다만 신뢰이익은 기대이익의 범

49) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, 277면

50) 서울고등법원 2012. 9. 27. 선고 2011나31258, 31661 판결(상고기각 확정)

51) 서울고등법원 2013. 10. 18. 선고 2012나90843 판결(상고기각 확정)

52) 서울중앙지방법원 2020. 9. 18. 선고 2018가합536991, 2019가합518280 판결(확정).

53) 수원지방법원 성남지원 2010. 4. 13. 선고 2008가합14769 판결. 이 판결에 대한 소개는 석광현, "국제물품매매계약을 적용한 우리 판결의 소개와 검토", 「국제거래법연구」 제20집 제1호(2011), 14면 참조.

54) 김호, "국제상사계약에 관한 일반원칙하에서 손해배상에 관한 법적 기준과 판결례", 「경영법률」 제27집 제4호(2017), 328면.

위 내로 제한되며, 신뢰이익 상당의 손해가 기대이익을 초과한다는 점에 관한 증명책임은 채무자에게 있다.⁵⁵⁾

(2) 독일은 종래 유효하게 성립한 계약에 대한 채무불이행시에는 이행이익을, 원시적 불능, 착오나 사기, 강박으로 인한 취소나 계약교섭의 부당과기 등 계약체결상의 과실에 따른 책임이 문제되는 경우에는 신뢰이익을 배상하는 입장을 취해왔다. 그리고 채무불이행의 경우 채권자가 기존에 투입한 비용의 배상과 관련해서는, 채무자는 통상 그 비용 이상의 이행이익을 얻을 것을 예상하고 그러한 지출을 하였을 것이므로, 이행이익은 최소한 지출비용을 초과할 것이고, 따라서 지출비용은 최소한의 이행이익으로 추정된다는 '수익성 추정(Rentabilitätsvermutung)' 이론을 채택해 왔다. 이에 의하면, 지출비용은 이행이익의 일부로서 추정되는 것일 뿐이므로, 소비목적으로 구매되거나 정치 집회를 목적으로 집회장을 임대차하는 경우처럼 수익성과 무관한 정치적, 이념적 목적의 거래시에는 그에 관한 반증이 가능하여 배상을 명할 수 없다.⁵⁶⁾

그런데 독일은 2001년 민법 개정 당시 제284조에서 '무익하게 지출된 비용의 배상'이라는 표제하에 '채권자가 급부의 획득을 신뢰하여 비용을 지출하고 또 그 지출이 상당한 것인 경우에는 그는 급부에 갈음하는 손해배상 대신에 그 비용의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 의무위반이 없더라도 비용지출의 목적이 달성될 수 없었을 때에는 그러하지 아니하다'라고 하여 지출비용 상당의 손해를 명문으로 인정하였다. 이는 종래의 수익성 추정의 원칙에서 벗어나 채무관계의 청산 및 원상회복적인 손해배상을 인정한 것으로, 수익성 추정이 인정되지 않던 소비목적, 정치·이념 목적 등의 계약 등에 대해서도 비용 배상이 인정될 수 있다는 점에서 종래와는 큰 차이가 있다.⁵⁷⁾ 이러한 독일의 사례는 입법례로서는 비교적 예외적인 것으로서, 프랑스나 일본 등에서도 이와 같은 규정은 찾아볼 수 없다. 현재 독일 민법 규정에 의하면, 제 284조에 따른 지출비용의 배상은 채무자의 예견가능성과 무관하게 이루어질 수 있으며, 이행이익의 한도로 제한을 받지 아니한다.⁵⁸⁾ 위 규정은 미국의 지출비용 배상에서 영향을 받아 신설된 것으로 알려져 있는데, 미국의 지출비용 배상과 달리 이행이익의 한도로 제한을 받지 않는다는 점에서 차이가 있다.⁵⁹⁾ 그러나 이는 어디까지나 '지출비용'으로 제한되며, 지출비용 외 기회의 상실에 의한 손해배상 등 신뢰이익 전체를 의미하는 것은 아니다.

55) 정경환, 앞의 논문, 326면; 김재형, 앞의 논문(각주 4), 21-26면; 기타 영미법에서의 지출비용에 관한 보다 상세한 내용은 정진명, "헛되이 지출한 비용의 배상", 「민사법학」 제70호(2015. 3.), 214면 이하 참조.

56) BGHZ 99. 182. 198.(극우정당으로 위헌정당인 A가 정당대회를 위하여 市가 소유한 체육관을 임차했다가 市로부터 계약 이행을 거부당하자 정당대회의 선전을 위하여 지출한 비용의 배상을 청구한 사안. 위 사안에서 독일연방대법원은 정당대회를 개최하는 이행이익은 순수한 정신적 손해라고 보아 배상을 인정하지 아니하였다); 朝見佳男, 新債權總論I, 信山社(2020), 439頁.

57) 정경환, 앞의 논문 327면.

58) 김재형·제철웅, 채무불이행과 부당이득의 최근 동향, 박영사, 2013, 220면.

59) 김영희, 앞의 논문, 162면.

4. 지출비용 상당 손해배상에 관한 민법 개정 논의와 실익

가. 지출비용 상당 손해배상에 관한 민법 개정안

(1) 앞서 살펴본 바와 같이 각종 국제규범이나 각국의 입법례상 이행이익이 손해배상의 원칙적인 대상이 되는 것은 분명하다. 그러나 신뢰이익의 경우에는 명시적인 규정이 없는 경우가 대부분이고, 지출비용에 대해서도 별도의 규정이 없는 경우가 대부분이다. 이러한 상황은 우리나라에서도 마찬가지이다. 우리나라에는 민법 제393조에서 ‘채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다’ 규정하고 있을 뿐, 다른 국제규범이나 입법례와 같이 이행이익을 원칙으로 한다는 규정조차 두지 아니한다. 따라서 실제 구체적인 기준은 판례에 의해서 메워져 왔는데, 판례의 기준이 반드시 명확하지 아니함은 이미 앞서 살펴본 바 있다.

(2) 이러한 이유 때문에 우리나라 민법개정위원회에서 2013년 민법개정안을 논의할 당시 채무불이행으로 인한 손해배상의 근거 규정과 별도로 손해배상의 범위 내지 내용에 대해서도 규정이 필요하다는 의견이 제기되었고, 손해배상의 원칙적인 내용과 관련한 개정안이 논의되기도 하였으나,⁶⁰⁾ 당시에도 신뢰이익에 대해서는 별도의 논의가 존재하지 않았다. 당시의 학설과 판례에 의하더라도 신뢰이익은 일반적으로 인정되지 않는다고 보았기 때문이었다.⁶¹⁾

(3) 한편, 지출비용에 대해서는, 우리 민법상 채무불이행 책임은 이행이익을 대상으로 하는 것이 원칙이므로, 지출비용을 손해로 인정하기 위한 특별 규정이 필요하다는 견해가 제기되었다. 이에 대해 다수의 위원은 아직 다른 국가의 입법례나 우리 판례도 명확하지 않은 상태에서 이를 명문화하는 것은 부적절하고, 지출비용은 이행이익 산정시의 고려요소로 판단하면 족하다는 이유로 반대하기도 하였으나,⁶²⁾ 이후 논의 끝에 아래와 같은 내용의 최종 개정시안이 마련되었다. 나아가, 독일 민법 제284조의 단서와 같이 ‘채무를 이행하더라도 비용지출의 목적을 달성할 수 없었을 때에는 그러하지 아니하다’는 방식도 제안되었으나, 최종안에서는 제외되었다.⁶³⁾

제392조의2(지출비용의 배상)

채무불이행의 경우에 채권자는 채무가 이행될 것을 믿고 지출한 비용의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 그 배상액은 채무가 이행되었더라면 받았을 이익액을 넘지 못한다.

60) 이에 대해서는 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안-2013년 민법개정위원회에서 확정된 개정안을 중심으로”, 「민사법학」 제65호(2013. 12.), 223-224면 참조.

61) 김재형, 앞의 논문, 597면.

62) 김재형, 앞의 논문(각주 61), 226면.

63) 김재형, 앞의 논문(각주 61), 230면.

(4) 위 민법 개정안에 의하면 지출비용은 이행이익이나 지연배상과는 별도로 배상의 대상이 될 수 있으나, 다만 이행이익의 한도를 넘지 못하는 범위 내에서만 인정될 수 있는데, 이는 이행이익에 '갈음하여' 지출비용을 청구할 수 있도록 하는 독일 민법과 차이가 있다고 할 수 있다. 또한 지출비용의 배상을 인정할 경우 그 배상의 범위에 대해서도 제393조에 따른 통상손해와 특별손해를 구별할 필요가 있는지, 과실상계에 관한 제396조가 적용될 수 있는지 여부도 문제될 수 있는데, 지출비용을 '손해'로 인정하는 이상 제393조와 396조도 모두 적용된다고 보아야 할 것이다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾

다. 검토

(1) 지출비용의 배상에 관한 규정의 필요성을 검토하기 위해서는 ① 이행이익과 별도로 지출비용에 관한 규정을 둘 필요가 있을 것인지 여부가 먼저 논의되어야 한다. 그리고 ② 독일 민법에서와 같이 '비용지출의 목적을 달성할 수 없었을 경우'에 관한 규정을 둘 필요가 있는지 여부 및 ③ 그 한도를 이행이익으로 한정할 필요가 있을지 여부도 논할 필요가 있을 것이다.

(2) 먼저 ①과 관련하여, 학설 중에는 지출비용은 채무가 이행되었더라도 지출되었을 비용으로서 이행이익에 이미 고려되어 있으므로 별도로 이를 구할 실익이 없다는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 이는 이행이익이 순이익(총이익-비용)을 의미한다는 것을 전제로 하고 있으나, 이행이익은 순이익이 아닌 총이익으로 파악하는 것이 타당하다. 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 이행 그 자체의 이익과 동등해야 하기 때문이다.⁶⁷⁾ 만일 이행이익을 순이익으로 파악한다면 순이익이 적자인 경우에는 민법 제535조에 따른 신뢰이익은 아예 물을 수조차 없게 되어 부당하다.⁶⁸⁾ 이처럼 이행이익을 총이익의 개념으로 접근하더라도, 지출비용을 별도로 인정할 필요가 있는지는 여전히 문제될 수 있다. 예컨대, 채권자가 5천만 원의 매매계약을 체결하면서 그 체결비

64) 반면 손해배상의 범위에 관한 민법 제393조는 직접 적용되는 것이 아니라 유추적용될 뿐이라는 견해로, 김재형, 앞의 논문(각주 61), 230면, 232면; 이에 대하여, 채권자가 계약 목적 달성을 위하여 지출한 비용이 자발적인 재산의 손실로서 지출 당시에는 손해라고 할 수 없더라도, 이후 채무불이행으로 결과적으로 채권자가 지출한 비용이 무익해지는 손해를 입게 되었다면 채무불이행으로 인한 손해배상으로 볼 수 있다는 견해로, 정경환, "지출비용배상에 관한 연구", 「민사판례연구」 제41권(2019), 363면.

65) 반면, 위 개정안과는 별도로, 지출비용은 이행이익의 범위를 넘지 못한다는 종래 판례 이론에 대해서는, 예견가능성이 인정되어 특별손해로 인정될 수 없다면 이행이익을 초과하는 지출비용 역시 배상할 수 있다고 보아야 한다는 견해로, 윤진수, "채무불이행으로 인한 특별손해, 동시이행의 항변권과 권리남용", 「국민과 사법: 윤관 대법원장 퇴임기념 논문집」(1999), 53면.

66) 이를 수식화하자면 [(지출)비용+(총이익-비용)= 총이익]이 된다. 김재형, 앞의 논문(각주 61), 214면; 김재형, 앞의 논문(각주 4), 21면.

67) 권영준, 앞의 논문, 130면.

68) 권영준, 앞의 논문, 131면.

용으로 1천만 원을 지출하였는데 채무자의 채무불이행으로 계약이 해제되었다면, 채권자는 이행이익인 5천만 원 상당의 손해배상을 청구하면 되고, 이로써 실질적으로는 자신이 이미 지출한 1천만 원을 제외한 4천만 원 상당의 순이익을 보전받을 수 있기 때문이다.

그러나 위의 사례에서 채권자가 굳이 총이익이 아닌 순이익 4천만 원을 청구함과 동시에 지출비용 1천만 원을 별도로 청구하거나, 이행이익이 아닌 지출비용만을 청구한다면 이를 부정할 이유는 없을 것이다. 판례도 '채무불이행을 이유로 계약해제와 아울러 손해배상을 청구하는 경우에 그 계약이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이지만, 그에 갈음하여 그 계약이 이행되리라고 믿고 채권자가 지출한 비용 즉 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있'라고 판시하였다가,⁶⁹⁾ 이후에는 '그에 갈음하여'라는 표현 대신 '이행이익의 일부로서 그 계약이 이행되리라고 믿고 채권자가 지출한 비용의 배상을 구할 수 있다'라고 판시하고 있다.⁷⁰⁾ 나아가, CISG가 적용되는 사안과 관련한 하급심 판결 중에는 "협약 제74조에서 말하는 손해에는 이행이익뿐만 아니라 신뢰이익도 포함되고, 예견가능성이라고 함은 계약위반자와 동일한 상황에 있는 동일한 부류의 합리적 사람을 기준으로 하여 그가 계약 체결 시에 계약위반으로 인하여 그러한 손해가 발생가능하다고 예견할 수 있는 경우를 의미한다고 해석된다"고 하거나⁷¹⁾ "(협약 제74조는) 계약 위반 당사자가 이행이익과 신뢰이익, 직접손해와 부수손해 등을 모두 포함하여 손해를 배상하여야 하나 다만 그가 예견하였거나 예견할 수 있었던 손해에 한정된다는 의미로 이해된다"고 판시한 것도 있다.⁷²⁾

이처럼 지출비용 상당의 손해를 인정하는 것은 실제 이행이익의 입증이 곤란한 경우에 당사자에게 보다 용이하게 배상을 인정하는데 큰 도움이 될 수 있다.⁷³⁾ 예컨대, 피고가 원고가 제작 중인 영화에 출연하기로 하는 계약을 체결하였는데 촬영 직전에 이행을 거부하여 제작이 무산되었다면, 출연계약을 이행했을 때 얻을 수 있었던 원고의 수익, 즉 영화의 성공여부를 판단하는 것은 불가능하기 때문에, 원고는 영화완성시의 이행이익이 아닌 다른 배우, 작가의 고용비, 촬영준비에 지출한 비용 등을 손해배상을 청구할 수 있다.⁷⁴⁾ 특히 이행이익에서의 '일실 이익'이라는 것은 기본적으로 '장래에 얻을 수 있었던 이익'이라는 불확정성을 전제로 하기 때문에 사업의 성공여부가 불확실하거나 유사한 전례가 없던 거래일수록 그 이익을 정확히 산정하기가 어렵다는 측면에서 지출비용 인정의 필요성은 더 커진다.

단지 입증의 곤란을 덜어주기 위한 것이라면, 민사소송법 제202조의2에 의해 구체적인 손해

69) 대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다2539 판결.

70) 2006. 2. 10. 선고 2003다15501 판결.

71) 서울고등법원 2012. 9. 27. 선고 2011나 31258, 31661 판결(상고기각 확정)

72) 서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2011나62108 판결(확정). 이상의 하급심 판결은 이필복, "우리 법원의 CISG 쟁점 판결례에 대한 체계적 정리와 분석", 「국제거래법연구」 제30집 1호(2021), 32면에서 재인용한 것이다.

73) 오지용, "계약책임에 있어서의 비용배상", 「저스티스」 통권 101호(2007), 247면; 강혜림, 앞의 논문, 153면.

74) Anglia Television Ltd v Reed [1972] 1 QB 60, [1971] 3 ALL ER 69

의 액수를 증명하는 것이 어려운 경우 법원이 제반 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있으므로, 민법에 굳이 신뢰이익에 관한 규정을 둘 필요가 없다는 점도 지적될 수 있다. 물론 민법에 명문의 규정이 없더라도 법원이 직권으로 적당한 비용을 손해로 인정할 수 있을 것이지만, 지출비용의 경우에는 보다 명확하게 그 금액을 특정할 수 있으므로 배상대상이 될 수 있다는 점을 밝혀주는 것이 민사소송법 제202조의2의 취지에 반하는 것도 아니며, 오히려 법원의 직권 심리에 의하더라도 '상당하다고 인정되는 금액'을 산출하는 것이 어려운 경우 지출비용 상당의 손해를 명하는 것이 훨씬 간명할 수도 있다.⁷⁵⁾ 나아가, 채권자가 이행이익에 미치지 못하는 지출비용을 구할 경우 그러한 채권자의 선택을 부정할 이유도 없다.⁷⁶⁾ 그러므로, 앞서 살펴본 바와 같이 신뢰이익의 인정 범위와 지출비용의 인정 여부에 대한 판례와 학설상 혼란이 있는 상태에서는 지출비용의 배상을 민법에 명시적으로 규정함으로써, 필요한 경우 채권자의 선택이나 법원이 이행이익을 산정하기 어려운 경우 지출비용에 의한 손해배상을 명할 수 있도록 해 줄 필요가 있다. 지출비용과 이행이익을 중복되지 아니하는 범위 내에서 선택적으로 청구할 수 있다고 본 판례⁷⁷⁾도 이러한 취지일 것이다.

(3) ②와 관련하여, 지출비용과 채무불이행 사이에 인과관계가 있더라도 그 비용이 무익하게 되지 않는다면 손해라고 볼 수 없으므로, 2013년 민법개정안이 독일 민법 제284조 단서와 같은 규정을 두지 않은 것은 잘못이라는 비판이 있다.⁷⁸⁾ 예컨대 토지 매수인이 건물 신축을 위하여 설계비를 지출하였으나 토지 소유권이전의무가 이행불능 상태에 빠지게 되었다고 하더라도, 매수인이 다른 토지상에 당해 설계를 이용하여 건물을 신축할 수 있다면 이는 손해라고 볼 수 없다는 것이다. 실제로 본래 민법개정위원회 초안에도 독일 민법에서처럼 지출비용은 채무불이행이 없더라도 목적을 달성할 수 없었다면 배상의 대상이 되지 않는다는 규정이 있었다. 그러나 이는 분과위원장단 회의 및 전체회의에서 삭제되었는데, 그 이유는 지출비용의 배상을 손해배상의 일종으로 보는 이상 인과관계에 의하여 해결될 수 있는 문제이므로, 굳이 이를 단서로 규정할 필요가 없다는 것이었다.⁷⁹⁾ 이에 대해서는 지출비용의 성격을 손해배상으로 볼 것인지 별도의 청구원인으로 볼 것인지가 불명확하다는 비판이 제기되고,⁸⁰⁾ 독일에서도 민법 제284조가 채무불이행의 효과로서의 손해배상이 아니라 이와는 별개의 청구원인으로서의 비용배상을 규정하는 것이라는 견해가 제기되기도 한다.⁸¹⁾ 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 지

75) 정다운, 앞의 논문, 508면.

76) 정경환, 앞의 논문, 335면; 권영준, 앞의 논문, 129면.

77) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2001다75295 판결.

78) 김영두, "채무불이행과 지출비용배상에 관한 민법개정안 검토", 「강원법학」 제43권(2014), 60-62면.

79) 김영두, 앞의 논문, 61면.

80) 김영두, 앞의 논문, 6면 이하.

81) 박민희, 앞의 논문, 671면.

출비용을 손해배상의 대상으로서 이행이익에 대한 보충적인 규정이라고 보는 이상, 원칙적으로 이는 손해배상으로서의 성격을 가진다고 보는 것이 상당할 것이다. 이렇게 본다면 지출비용은 채무불이행으로 인한 손해배상의 일반적인 성립요건으로서의 인과관계, 즉 채무불이행으로 인해서 본래의 목적 달성이 불가능해짐으로써 이미 지출한 비용이 무용하게 되었거나 중대한 손해가 되었다는 사정이 인정될 경우에만 손해로서 배상받을 수 있게 되므로, 굳이 독일에서와 같은 규정을 두어 이것이 별개의 청구원인인지에 관한 논란을 불러일으킬 필요는 없다고 생각한다.

(4) ③과 관련하여, 이행불능이 된 급부의 가치가 계약 체결시보다 하락하는 등의 경우에는 채무불이행에 책임이 있는 당사자에게 그 비용을 전가시켜 채권자에게 완전한 손해를 회복시켜 주어야 한다거나, 이행이익을 초과하는 지출비용 역시 예견가능성이 있다면 배상의 대상이 된다는 견해도 존재한다.⁸²⁾

그러나 앞서 II항에서 상술한 바와 같이, 채권자의 과도한 비용 지출로 손해를 보는 계약이 된 경우까지 채무자에게 모든 책임을 부과하는 것은 과도하다. 실질적인 측면에서도, 채권자가 계약 체결 및 이행비용으로 1억이 들 것을 예상하면서도 목적물을 전매하면 2억을 받을 수 있을 것이라고 생각하여 8천만 원에 물건을 매수하는 계약을 체결하였는데 이를 전매하지 못하여 2천만 원 상당의 손해를 입었다면, 본래 계약 당시 채무자가 채권자의 전매사실에 대한 예견가능성이 있었다는 특별한 사정이 없는 한, 채권자의 손해는 그 자신의 잘못된 예측에 의한 투기적 거래에 의한 것으로서 그 자신이 책임지도록 하는 것이 합리적인 결론이 될 것이다.⁸³⁾

IV. 결 론

지금까지 채무불이행으로 인한 손해배상에 있어서 신뢰이익의 의미와 그에 따른 지출비용 상당의 손해배상 인정 여부에 관하여 살펴보았다. 이상에서 살펴본 바와 같이, 계약의 유효성을 기준으로 유효인 계약의 채무불이행시에는 이행이익 상당의, 계약체결상의 과실책임과 같이 계약이 무효인 경우에는 신뢰이익 상당의 손해배상을 명하여야 한다는 종래의 논의는 지나

82) 각 학설의 상세한 소개는 정경환, 앞의 논문, 354-356면.

83) 권영준, 앞의 논문, 132면; 이에 반해, 앞서 독일 극우정당 사건과 같이 집회장소를 임대해 주기로 한 채무자의 채무불이행으로 정치집회나 종교집회를 개최하지 못하게 된 경우 이행이익 상당의 재산적 손해는 인정할 수 없지만, 지출비용 상당의 손해는 인정되어야 한다는 견해도 있으나(김영두, 앞의 논문, 70면), 이러한 경우는 굳이 지출비용에 관한 별도 규정에 의하지 않더라도, 채무불이행에 의한 일반적인 손해배상청구권으로 돌아가 그러한 비용을 지출할 것을 상대방이 예견할 수 있을 만한 특별한 사정이 인정된다면 배상의 대상이 될 수 있을 것이다.

치게 형식적이다. 이행이익과 신뢰이익은 손해배상의 대상이 되는 법익에 관한 구별일 뿐이고, 신뢰이익에서의 '신뢰'를 계약의 성립에 대한 신뢰 뿐 아니라 이행에 대한 신뢰까지도 포함하는 것으로 볼 경우, 이행이익과의 차이를 구별하기도 어렵다. 이는 손해를 어떻게 파악할 것인지에 관한 두 가지의 다른 접근 방식일 뿐이다. 따라서 이제는 계약의 유무효를 기준으로 이행이익과 신뢰이익을 구별하는 태도를 지양하고, 실질적인 측면에서 손해배상책임의 요건이 충족되었다면 그 산정 방식은 채권자가 임의로 선택할 수 있다고 보아야 한다. 다만, 손해배상청구권에 의하여 계약이행시보다 더 과도한 이익을 부여해서는 안된다는 점에서 신뢰이익은 이행이익의 범위 내로 제한되어야 하고, 이행이익과 신뢰이익을 중복적으로 청구하여서는 안될 것이다. 이렇게 볼 때, 신뢰이익의 대표적인 예로 거론되어 온 지출비용 역시 별도의 명문 규정이 없더라도 당연히 손해로 인정될 수 있을 것이지만, 이행이익과 신뢰이익을 둘러싼 종래 논의와 개념의 혼란을 정리하고, 이를 통해 당사자가 이행이익을 입증하기 곤란한 경우 보다 간편하게 권리구제를 받을 수 있도록 하기 위하여, 2014년 민법개정위원회에서 논의된 바와 같이 지출비용에 관한 개정안을 도입하는 것이 바람직할 것이다. ☐

참 고 문 헌

1. 국내문헌

단행본

- 곽민희, 「채무불이행의 효과로서 신뢰이익 배상에 관한 연구」, 서울대학교 석사학위논문, 2006
- 편집대표 곽윤직, 「민법주해(IX)」, 박영사, 1995
- 곽윤직, 「채권총론(민법강의 III, 제6판)」, 박영사, 2021
- 편집대표 김용덕, 「주식 민법(채권총칙, 제5판)」, 한국사법행정학회, 2020
- 김재형, 「채무불이행과 부당이득의 최근 동향」, 박영사, 2013
- 석광현, 「국제물품매매계약의 법리-UN 통일매매법(CISG) 해설」, 박영사, 2010
- 송덕수, 「채권법총론(제5판)」, 박영사, 2020
- 양창수 역, 「독일민법전(2021년판)」, 박영사, 2021
- 양창수·김재형, 「민법 I, 계약법(제3판)」, 박영사, 2020
- 울 란도·휴빌 편/김재형 역, 「유럽계약법 원칙 제1, 2부」, 박영사, 2013
- 지원림, 「민법강의(제17판)」, 홍문사, 2020

논문

- 강혜림, “비용과 이행이익”, 「강원법학」 제48권(2016. 6.)
- 고종영, “계약 해제와 손해배상- 손해배상의 성질과 범위에 관한 실무적 고찰”, 「법조」 제52권 제3호(2003)
- 곽민희, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약상 손해배상범위에 관한 연구”, 「동아법학」 제58호(2013)
- 권영준, “이행이익, 신뢰이익, 중복배상-지출비용과 일실이익의 배상청구와 관련하여”, 「인권과 정의」 통권 제491호(2020)
- 김규완, “손해배상과 비용배상”, 「재산법연구」 제21권 제1호(2004)
- 김영두, “채무불이행과 구체적·추상적 손해산정”, 「민사법학」 제76호(2016. 9.)
- 김영두, “채무불이행과 지출비용배상에 관한 민법개정안 검토”, 「강원법학」 제43권(2014)
- 김영두, “채무불이행으로 인한 신뢰이익의 손해배상과 범위”, 「민사법학」 제42호(2008)
- 김영희, “계약이론사에서 신뢰이익 배상과 지출비용 배상”, 「법조」 제69권 제2호(2020)

- 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안-2013년 민법개정위원회에서 확정된 개정안을 중심으로”, 「민사법학」 제65호(2013. 12.)
- 김재형, “계약의 해제와 손해배상의 범위 - 이행이익과 신뢰이익을 중심으로”, 「인권과 정의」 제320호(2003)
- 김준호, “비용배상에 관한 판례의 검토”, 「법학연구」 제24권 제4호(2014. 12.)
- 김차동, “이행이익 및 신뢰이익”, 「비교사법」 제17권 제1호(2010)
- 김 호, “국제상사계약에 관한 일반원칙하에서 손해배상에 관한 법적 기준과 판결례”, 「경영법률」 제27집 제4호(2017)
- 박영목, “계약채무의 불이행으로 인한 비용배상”, 「비교사법」 제15권 제3호(2008)
- 서종희, “신뢰이익 손해배상과 원상회복적 손해배상-이행이익과 신뢰이익의 이분법적 사고의 문제점”, 「강원법학」 제36권(2012)
- 석광현, “국제물품매매계약을 적용한 우리 판결의 소개와 검토”, 「국제거래법연구」 제20집 제1호(2011)
- 오지용, “계약책임에 있어서의 비용배상”, 「저스티스」 통권 101호(2007)
- 윤기택, “손해의 산정(Measure of Damages) - 채무불이행의 경우에 있어서 신뢰이익의 손해배상을 중심으로 -”, 「재산법연구」 제31권 제4호 (2015. 2.)
- 윤일구, “이행이익과 신뢰이익에 대한 재고찰”, 「법학논총」 제34집 제2호(2014)
- 윤진수, “채무불이행으로 인한 특별손해, 동시이행의 항변권과 권리남용”, 「대법원판례해설」 통권 제17호(1992)
- 이필복, “우리 법원의 CISG 쟁점 판결례에 대한 체계적 정리와 분석”, 「국제거래법연구」, 제30집 1호(2021)
- 정정환, “지출비용배상에 관한 연구”, 「민사판례연구」 41권(2019)
- 정다운, “신뢰이익의 배상에 관한 소고 - 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다235766 판결을 중심으로”, 「법조」 제69권 제5호(2020)
- 정성현, “신뢰이익에 대한 연구-신뢰이익에 대한 비판적 검토, 그리고 새로운 이해를 위한 시론”, 「민사법학」 제70호(2015)
- 정진명, “헛되이 지출한 비용의 배상”, 「민사법학」 제70호(2015. 3.)
- 최문기, “이행이익과 신뢰이익의 개념에 관한 일고찰”, 「경성법학」 제24집(2015. 9.)

2. 해외문헌

Gerhard Dannemann/Reiner Schulze, *German Civil Code Vol I : Books 1-2 Article-by-Article Commentary*, C.H.Beck, Nomos, 2020

294 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

L. L. Fuller/William R. Perdue and Jr, The Reliance Interest in Contract Damages: 1,
Yale Law Journal vol. 46, 1936

NILS Jansen and Reinhard Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford
University Press, 2018.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contract 2016

我妻榮, 有泉亨, 清水誠, 田山輝明, 我妻・有泉 コメントール 民法(第7版)- 總則・物權・債
權, 日本評論社, 2021

朝見佳男, 新債權總論I, 信山社, 2020

中田裕康, 債權總論(第4版), 岩波書店, 2020

Abstract

Reliance Interests and expenditures in the determination of contractual damages

Cho, In-Young

In determining the amount of contractual damages, most scholarly writings and precedents in Korea have traditionally assumed that, whereas the non-performance of valid contracts leads to the compensation of 'performance interests,' the non-performance of invalid contracts leads to the compensation of 'reliance interests.' However, in some recent cases, courts have ruled that expenditures, which have been generally discussed as an instance of reliance interests, can be compensated as contractual damages. These cases have caused vivid discussion not only on the cases themselves but also on the reasonableness of the traditional dichotomy between performance interests and reliance interests in contractual damages. This article critically reviews traditional views toward reliance interests, and argues that the current confusion over reliance interests stems from different definitions of reliance interests. If reliance interests encompass reliance not only on the formation of a contract but also on its performance, contractual damage does not have to be limited to the loss caused by reliance on the formation of the contract. Performance interests and reliance interests are simply two separate approaches toward contractual damages, which can be argued in parallel, but cannot overlap. Damages on reliance interests, however, should be limited to the amount of the performance interest; reliance on or expectation of the profit should be denied if it exceeds the profit from the original contract that both parties negotiated and entered into. Following this line of reasoning, Germany revised its civil code to take 'expenditures' into consideration when determining contractual damages. Similarly, the Civil Code Revision Committee in Korea discussed such a revision in 2014 but ultimately did not adopt it. Expenditures can and should be considered as contractual damages even without this revision, but adopting clear rules on this issue will prevent confusion and help related parties pursue any interests which they find more available to them.

Key Words : non-performance, damage, performance interest, reliance interest, expenditure

