

채무불이행손해의 산정기준으로서 이행이익과 신뢰이익*

Expectation Interest and Reliance Interest as the Basis for Calculating Default Damage

옥 치 왕**
Ok, Chi-Wang

목 차

- | | |
|------------------------------|------------|
| I. 서언 | IV. 입법적 제언 |
| II. 채무불이행손해의 산정원칙과 산정기준 | V. 결론 |
| III. 손해산정기준으로서
이행이익과 신뢰이익 | |

채무자의 채무불이행으로 채권자에게 발생한 손해는 통상손해를 산정하고, 특별손해는 가산하며, 과실상계, 손익상계, 책임제한 및 중간이자 공제의 단계를 순차적으로 거침으로써 산정된다. 그러나 통상손해의 개념 또한 추상적이므로 구체적 산정기준이 필요한 바 채무불이행손해의 산정기준들을 검토한 결과, 임대차나 라이선스계약 등 목적물의 사용·수익을 목적으로 하는 거래가 빈번한 오늘날의 거래 현실까지 고려하면 ‘이행이익과 신뢰이익’이 손해산정기준으로 가장 적합한 것으로 판단되었다.

이행이익은 채무자가 계약을 완전히 이행하였더라면 채권자가 얻을 수 있었던 이익을 말하며, 채권자의 지위에 따라 계약가격, 시장가치(시장가격), 총이익으로 산정될 수 있다. 신뢰이익은 채권자가 채무자의 이행을 신뢰하였기 때문에 지출한 비용을 말하며, 필수지

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..55.85>

투고일: 2023. 7. 30. / 심사완료일: 2023. 8. 21. / 게재확정일: 2023. 8. 23.

* 이 논문은 필자의 박사학위논문(옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에서 라이선서의 채무에 관한 연구”, 광운대학교대학원 박사학위논문, 2023)을 기초로, 본 연구의 목적에 맞게 재구성 및 보충하여 기술하였다.

** (주)그라비티 법무이사, 법학박사
Legal Director of Gravity Co., Ltd.

출비용과 신뢰투자비용으로 나뉜다. 필수지출비용은 신뢰이익이면서 이행이익의 일부를 구성하므로, 이행이익을 상한으로 하며 이행이익과 중복하여 청구할 수 없다. 반면, 신뢰투자비용은 이행이익의 일부가 아니므로 이행이익을 상한으로 하지 않으며, 특별손해의 요건을 갖추면 이행이익과 중복하여 청구할 수 있다.

상기와 같은 연구결과는 채무불이행손해를 산정함에 있어 참고가 될 수 있을 것으로 판단된다. 그러나 학설이나 판례가 ‘이행이익의 손해’는 해석론으로 접근하고 있어 해석의 일관성을 담보하기 어렵고, ‘신뢰이익의 손해’는 민법 제535조의 계약체결상 과실책임에 근거하여 판단하고 있어 그 근거가 부적절하다. 따라서 이러한 문제는 입법적으로 보완할 필요가 있는 것으로 판단되어 본 연구 제4장에서 입법적 제언을 하였다.

[주제어] 채무불이행손해, 이행이익, 신뢰이익, 통상손해, 특별손해, 손익상계

I. 서언

채무자의 채무불이행으로 인하여 채권자에게 발생한 손해는 통상손해를 산정하고, 특별손해는 가산하며, 과실상계, 손익상계, 책임제한 및 중간이자 공제의 단계를 순차적으로 거침으로써 산정되나 통상손해의 개념 또한 추상적이므로 구체적 산정기준이 필요하다. 특히, 오늘날은 산업 전반에 걸쳐 임대차나 라이선스계약과¹⁾ 같이 목적물의 사용·수익을 계약의 목적으로 하는 다양한 계약이 체결되고 있으므로, 채무불이행손해의 산정기준을 정함에 있어서도 이러한 거래현실을 반영할 필요가 있다.

이행이익과 신뢰이익은 실제 재판실무에서도 손해배상의 판단기준이 되는 경우가 많으며, 비교법적 고찰을 통하여 보아도 채무불이행에 따른 손해에 대하여는 이행이익의 배상을 원칙으로 하고, 보충적으로 신뢰이익의 배상을 허용하는 경우가 많다. 따라서 본 연구에서는 먼저 채무불이행손해의 산정원칙을 살펴보는 한편, 채무불이행손해의 산정기준들을 비교, 검토함으로써 이행이익과 신뢰이익이 채무불이행손해의 산정기준으로 적합한지 살펴보고자 한다. 그런 다음, 이행이익과 신뢰이익의 구체적 산정기준, 산정방법 및 이행이익과 신뢰이익의 관계를 살펴봄으로써 채무불이행손해를 산정함에 있어 이행이익과 신뢰이익의 구체적 적용 방안을 제시하고자 한다.

1) 라이선스계약은 지식재산권자(재허락 가능한 라이선스를 보유한 자를 포함한다)가 그 권리는 그대로 보유하면서 상대방에게 지식재산을 사용·수익할 수 있게 하고, 상대방은 그 대가를 지급하기로 하는 계약을 말한다(박준석, “라이선스 관련 지식재산권 이슈들 -우리 판례의 관련 동향을 중심으로-”, 산업재산권 제54호, 한국지식재산학회, 2017, 106쪽).

특히, 이행이익과 신뢰이익의 손해에 관한 종래의 연구는 이행이익의 산정이 비교적 용이한 매도인이나 수급인과 같은 급부 제공자의 손해를 중심으로 검토된 바, 이러한 한계를 극복하기 위해서 매수인이나 도급인과 같은 급부 수령자의 손해를 살펴볼 필요가 있다. 뿐만 아니라 물건이 아닌 지식재산을 계약 목적물로 하는 라이선스계약에서 라이선시 licensee)의 손해까지 고려하여 채무불이행손해의 산정기준이 검토될 필요가 있는 것으로 판단된다.

그러므로 본 연구에서는 ‘채무불이행손해의 산정기준으로서 이행이익과 신뢰이익’에 관하여 다음과 같은 순서로 살펴보고자 한다. 먼저 채무불이행손해의 산정원칙과 산정기준을 개관하면서 채무불이행손해 산정에 적합한 산정기준을 검토한다(II). 다음으로 채무불이행손해의 산정기준으로 적합한 것으로 판단된 이행이익과 신뢰이익에 관하여 보다 구체적으로 살펴본다(III). 그런 다음 이행이익과 신뢰이익을 이용한 손해산정기준의 명확화를 위한 입법적 제언을 한 후(IV), 본 연구의 결과를 요약·정리하면서 본 연구를 마무리하고자 한다(V).

II. 채무불이행손해의 산정원칙과 산정기준

1. 채무불이행손해의 산정원칙

채무불이행손해에 관한 일반적인 산정원칙은 다음과 같다. 우선 채무자에게 귀책시킬 수 있는 손해의 범위를 고려하여 통상손해를 산정하고, 특별손해가 있으면 이에 가산한다. 다음으로 과실상계를²⁾ 한 후³⁾ 손익상계를⁴⁾ 한다. 그리고 책임제한⁵⁾ 사유가 있으면

2) 과실상계를 함에 있어 ‘과실’은 의무 위반에 해당하는 강력한 과실뿐만 아니라, 사회통념상, 신의성실의 원칙상, 공동생활상 요구되는 약한 부주의까지 포함된다(대법원 2001. 3. 23. 선고 99다33397 판결; 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다23201 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2004다51825 판결).

3) 과실상계를 통하여 채무자가 부담하는 손해배상금액을 확정하는 다음, 채무불이행으로 채권자가 얻은 이익이 공제되어야 하는 것이므로, 과실상계는 손익상계보다 먼저 이루어져야 한다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다 37721 판결; 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다87621 판결; 대법원 1990. 5. 8. 선고 89다카29129 판결; 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다24340 판결).

4) 채무자의 채무불이행을 원인으로 채권자가 이익을 얻고 있는 것이 있다면 즉, 채권자의 손실을 상쇄하는 이익(이하, ‘손실상쇄이익’이라 한다)이 있다면 이를 산정된 손해배상액에서 공제해야 한다. ‘손실상쇄이익’은 ‘면한 비용’과 ‘면한 손실’로 나눌 수 있다. ‘면한 비용’은 계약이 존속했을 경우에 채권자가 부담했을 추가적인 출연을 의미한다. 그리고 ‘면한 손실’은 채무자의 채무불이행으로 계약이 해제된 경우 계약의 이행을 위한

책임제한 된 손해액에 대하여 마지막으로 중간이자를 공제함으로써⁶⁾ 채무자가 실제 배상해야 하는 채권자의 손해액을 결정할 수 있다. 이때 통상손해는 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 채무불이행이 있으면 사회일반의 거래관념 또는 사회일반의 경험칙에 비추어 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 손해를 말한다. 그리고 특별손해는 특별한 사정으로 인한 손해를 말하며, 이는 계약 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 말한다.⁷⁾

2. 채무불이행손해의 산정기준

채무불이행손해의 산정원칙에 따라 채권자의 손해를 산정하는 경우에도 통상손해나 특별손해의 개념 또한 여전히 추상적이므로 보다 구체적인 손해의 산정기준이 필요하다. 따라서 이하에서는 채무불이행손해의 산정기준으로 검토될 수 있는 상당인과관계, 차액(가치감소분), 이행이익과 신뢰이익, 대체거래손해, 기회비용 등에 관하여 개관하고, 채무불이행손해 산정에 적합한 손해산정기준에 관하여 살펴본다.

2.1 상당인과관계

채무불이행과 손해의 발생 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 인과관계의 판단은 두 단계를 거쳐서 이루어진다. 우선 채무자의 채무불이행과 채권자의 손해 사이에 자연적 인과관계가 있는지 확인해야 한다.⁸⁾ 그런 다음 자연적 인과관계가 있는 손해 중에서

채권자의 물건, 서비스, 자금 등이 새로운 거래에 투입됨으로써 회피된 손실을 의미한다(笠井 修, “損害賠償額算定の理論と規範(1)”, 中央ロー・ジャーナル 第12卷 第1号, 中央ロー・ジャーナル編集委員会, 2015, 23頁).

- 5) 이사의 회사에 대한 채무불이행의 경우, 해당 사업의 내용과 성격, 해당 이사의 임무 위반의 경위 및 임무 위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무 위반행위로 인한 해당 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 손해배상액이 제한될 수 있다(대법원 2023. 3. 30. 선고 2019다280481 판결).
- 6) 일실회익과 같이 채권자가 장래의 일정한 시기에 입게 되는 손해를 현재 청구하는 경우에는 그 손해를 현재가치로 환원하여(즉, 중간이자를 공제하여) 최종 손해액을 결정해야 한다. 중간이자의 공제 방법으로는 단리로 하는 호프만식($X=A/(1+nr)$)과 복리로 하는 라이프니치식($X=A/(1+r)^n$)이 있는데, 라이프니치식이 합리적이거나, 호프만식이 계산이 용이하고 피해자에게 유리하다(송덕수, 채권법총론, 박영사, 2021, 197쪽). 따라서 국가배상법 시행령 제6조 제3항은 중간이자 공제방식은 호프만식으로 하는 것으로 규정하고 있으며, 판례도 두 방식 모두를 허용하면서도 호프만식에 따른 경우가 많다.
- 7) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다66904 판결.

채무자에게 배상책임을 귀속시킬 수 있는 손해를 식별해야 하며, 그 식별기준이 ‘상당인과관계 있는 손해의 발생여부’이다. 민법 제393조를 해석함에 있어 통상손해는 채무불이행이 있으면 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 손해로서 그 채무불이행과 일반적으로 상당인과관계가 있다고 인정되는 손해라고 할 수 있다. 그리고 특별손해는 개별적·구체적인 사정에 따라 통상 생길 손해를 말하는데, 이는 결국 그러한 특별한 사정과 상당인과관계가 있다고 인정되는 손해라고 할 수 있다.⁹⁾ 채무불이행에 따른 손해배상범위에 대하여 상당인과관계설에 따라 판단한 판례가 다수 있고, 우리나라의 통설도 민법 제393조가 상당인과관계설에 따른 것으로 보고 있다. 그러나 상당인과관계는 손해의 범위를 정하는 일반적·추상적 근거가 될 수 있으나, 구체적 배상범위의 결정이나 배상액 산정에까지 상당인과관계를 기준으로 하는 것은 바람직하지 못한 것으로 생각된다. 상당인과관계는 별도로 손해를 판단하는 기준이라기보다, 손해배상범위를 판단하는 기본 원리이며,¹⁰⁾ 각종 손해에 있어 그 인과성의 범위를 정하는 기준으로 생각된다. 즉, 상당인과관계는 각종 손해배상 산정기준의 내용으로 편입되어 합리적인 인과성의 범위를 제공한다고 할 수 있다.

2.2 차액(가치감소분)

채무불이행손해의 산정기준으로는 ‘채무불이행이 없었다면 존재하였을 상태’와 ‘채무불이행이 발생한 현재의 상태’ 간의 차이를 채무불이행에 따르는 손해로 보는 ‘차액설’

-
- 8) 자연적 인과관계는 소위 ‘but for’ 테스트를 통하여 확인할 수 있다. 즉, 채무자의 계약위반이 없었다면 채권자에게 손해가 발생하지 않았을 것으로 판단되면 채무자의 계약위반과 손해의 발생 간에 자연적 인과관계가 있다고 할 수 있다(Lindy Willmott et al., *Contract Law 4th ed.*, South Melbourne: Oxford University Press, 2012, p. 805).
- 9) 김용덕, 주석 민법: 채권총칙 1, 한국사법행정학회, 2020, 874쪽(문주형).
- 10) 라이선서(licensor)와 라이선시(licensee)의 채무불이행손해에 관하여 규정한 미국 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act: UCITA) 제808조 및 제809조는 직접손해, 결과적 손해, 부수적 손해를 조합하여 손해배상액을 결정하는 것으로 규정하고 있으나, ‘그 밖에 합리적으로 산정되는 손해액’도 손해로 인정된다고 규정하고 있다. 이와 같이 통상손해, 특별손해, 이행이익의 손해, 신뢰이익의 손해 등 손해배상범위를 결정하는 다양한 기준들이 있지만, 언제든지 보다 합리적인 손해배상기준이 등장할 수 있다. 이때 ‘상당인과관계’는 손해배상범위를 정함에 있어 중요한 판단요소이므로, 새로운 손해배상기준을 만들어 내는 근거가 될 수 있다. 또한 확립된 손해배상 기준이 없을 때도 상당인과관계는 손해배상범위를 정하는 기준이 될 수 있다. 이러한 점에서 상당인과관계는 그 개념상의 불명확성에도 불구하고 손해배상범위를 판단하는 기본 원리로서 존재가치가 있다고 할 것이다. 다시 말하면 확립된 손해배상 산정기준이 있다면 우선 그 기준에 따라 손해를 산정해야 하겠지만, 그러한 기준이 없는 경우에는 상당인과관계에 기초하여 손해를 판단할 수밖에 없다고 할 것이다.

이 현재 다수설의 견해이고, 판례도¹¹⁾ 차액설을 취하고 있다.¹²⁾

목적물의 소유권이 이전되는 매매나 도급의 경우는 채무가 이행되었을 경우 기대되는 교환가치와 채무가 불이행된 현 상태의 교환가치 간의 차액으로 손해를 산정할 수 있어 차액(가치감소분)은 유용한 손해산정기준이 될 수 있다. 그러나 목적물의 소유권이 이전되지 않고, 사용·수익권만 주어지는 임대차나 라이선스계약의 경우는 목적물의 교환가치를 기준으로 손해를 산정할 수 없다.¹³⁾ 임대인이나 라이선서(licensor)의 경우는 계약상에 계약가격이 명기되어 있어 차액을 구하는 것이 비교적 용이하다.¹⁴⁾ 그러나 임차인이나 라이선시(licensee)의 경우에 계약가격은 일정한 이행이익을 달성하기 위한 지출비용에 불과하므로 계약가격을 기준으로 손해를 산정할 수 없다. 임차인이나 라이선시(licensee)의 경우는 채무이행 시와 채무불이행 시의 목적물의 사용·수익가치를 각각 산정한 후, 양 사용·수익가치 간의 차액 즉, ‘가치감소분’으로 채권자의 손해를 산정할 수 있다.¹⁵⁾

‘가치감소분’을 구하기 위해서는 먼저 목적물에 대한 가치평가를 해야 하는데, 사용·수익가치의 감소분을 가장 잘 보여 줄 수 있는¹⁶⁾ 가치평가방법은 ‘수익접근법’이라고¹⁷⁾

11) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결에 따르면 도급계약의 경우 하자로 인해 입은 통상손해는 특별한 사정이 없다면 하자 없이 시공했을 경우의 목적물의 교환가치와 하자 있는 현 상태대로의 목적물의 교환가치 간의 차액이며, 하자가 중요한 때는 그 보수에 필요한 비용이 손해배상에 포함된다. 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다45436 판결, 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54376 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008다18932, 18949 판결의 취지도 동일하다.

12) 김용덕, 앞의 책, 835쪽(문주형).

13) 도급은 목적물의 소유권이 도급인에게 귀속되는 것이 보통이므로 교환가치를 기준으로 손해를 산정할 수 있는 것이 원칙이나, 설계계약과 같이 목적물의 소유권은 수급인에게 유보되고, 도급인은 오직 사용·수익권만 갖게 되는 특수한 도급의 경우는 목적물의 교환가치를 기준으로 손해를 산정할 수 없다.

14) 임대차의 경우는 임차인의 계약이행 시 받을 수 있었던 계약가격(보증금 및 차임)과 채무 불이행된 현재 실제로 받은 계약가격 간의 차액이 임대인의 손해가 될 수 있다. 라이선스계약의 경우도 라이선시(licensee)의 계약이행 시 받을 수 있었던 계약가격(라이선스료 및 로열티 등)과 채무불이행된 현재 실제로 받은 계약가격 간의 차액이 라이선서(licensor)의 손해가 될 수 있다.

15) 임차인이 단순히 목적물을 전대할 목적으로 임차를 한 경우라면 임차인이 받을 수 있었던 전대차 보증금과 차임을 기준으로 손해를 산정할 수 있을 것이나, 임차인의 이행이익이 이와 같이 명백하지 않은 경우라면 결국 가치평가를 통하여 손해를 산정할 수밖에 없다. 이때 수익접근법에 따른 가치평가는 순이익을 기준으로 하므로, 수익접근법에 따른 가치감소분도 결국 순이익의 감소분으로 볼 수 있다.

16) 국내 온라인게임 개발사와 중국 퍼블리셔 간 라이선스계약 협상 시, 중국 퍼블리셔가 ‘수익접근법’을 사용하는 경우가 압도적으로 많다(남영호, “무형자산의 가치평가와 로열티 실증분석: 한·중 온라인게임 라이선스 계약을 대상으로”, 회계저널 제14권 특별호, 한국회계학회, 2005, 86쪽).

17) ‘수익접근법’은 자산의 제조비용이나 구축비용 관점에서 벗어나 자산의 수익능력에 기초하여 자산을 평가하는 방법이다. 이때 수익능력은 자산의 내용기간 동안 얻을 수 있는 순경제적이익을 현재가치로 평가함으로써

할 수 있다.¹⁸⁾ 수익접근법에 따른 채권자의 손해 즉, ‘가치감소분’은 ‘계약이 완전히 이행된 경우에 평가되는 목적물의 사용·수익가치’에서 ‘채무불이행 시를 기준으로 평가되는 목적물의 사용·수익가치’를 차감한 ‘사용·수익가치의 감소분’으로 요약될 수 있다. 수익접근법에 따른 가치감소분을 보다 구체적으로 기술하면 ‘가치감소분 = (계약의 완전 이행 시 기준, 계약 총수익 - 계약 총비용) - (채무불이행 시 기준, 실제 총수익 - 실제 총비용)’과 같이 요약될 수 있다. 이를 다시 쓰면 ‘가치감소분 = 계약 총수익 - 실제 총수익 - (계약 총비용 - 실제 총비용)’이 된다. 이때 ‘계약 총수익’은 ‘이행이익’에 해당하고,¹⁹⁾ 차감되는 ‘실제 총수익’은 ‘면한 손실’에 해당하며, ‘계약 총비용 - 실제 총비용’은 ‘면한 비용’에 각각 해당한다.²⁰⁾ 즉, 이행이익에서 손익상계를 하면 차액설에 따르는 ‘가치감소분의 손해’에 근접하게 되므로, 이행이익에서 손익상계 하는 과정에 ‘가치감소분’에 해당하는 손해도 손해의 내용으로 포함된다고 할 수 있다.

2.3 이행이익과 신뢰이익

이행이익은 채무자가 계약을 완전히 이행하였더라면(즉, 채무불이행이 없었더라면) 채권자가 얻을 수 있었던 이익을 말하고, 신뢰이익은 채권자가 채무자의 이행을 신뢰하였기 때문에 지출한 비용을 말한다.²¹⁾ 채무불이행에 따른 손해배상의 범위에 관하여

결정된다(남영호, 위의 논문, 83-84쪽).

- 18) ‘수익접근법’에 따라 사용·수익가치를 산정하는 절차를 개관하면 다음과 같다. i) 총수익(총매출)을 추정한다. ii) 총비용(매출원가, 판매비용, 세금 등)을 추정한다. iii) 추정 총수익에서 추정 총비용을 차감하여 추정 순이익을 산출한다. iv) 산출된 추정 순이익에 현금유출이 없는 감가상각비를 더하여 총 현금흐름을 산출한다. v) 기타 현금 유입 및 유출을 가감하여 순 현금흐름을 산출한다. vi) 순 현금흐름에 할인율을 적용하여 현재가치로 환원하고, ‘경제적 기여도’에 따른 조정을 한다. 이와 같은 절차를 거쳐 최종적으로 산출되는 금액이 수익접근법으로 산정되는 사용·수익가치라고 할 수 있다(김홍수, “지식재산권 활성화를 위한 기업상표권 가치평가 모형 개발”, 디지털융복합연구 제14권 제9호, 한국디지털정책학회, 2016, 94-95쪽).
- 19) ‘계약 총수익’은 급부를 제공하는 자가 계약의 체결과 이행에 소요되는 필수적인 비용(본 연구에서는 이를 ‘필수지출비용’으로 부르기로 한다)과 순이익이 합산된 총이익을 의미하므로, 결국 채권자의 ‘이행이익’을 의미하게 된다.
- 20) 여기서 ‘면한 손실’과 ‘면한 비용’의 합은 손익상계 대상이 되는 ‘채권자의 손실을 상쇄하는 이익’이라고 할 수 있다. 즉, 수익접근법에 따른 ‘가치감소분’은 대체로 ‘이행이익에서 손익상계를 한 금액’에 근접하게 된다.
- 21) ‘기대이익’을 신뢰이익의 종류로 예시하는 견해(지원림, 민법강의, 홍문사, 2020, 1093쪽)가 있으나, 기대이익(expectation interest)은 이행이익을 의미하는 미국 계약법상의 개념으로, 신뢰이익에 포함하는 것은 적절하지 않는 것으로 판단된다. 신뢰이익은 채무자의 이행을 신뢰하여 지출한 비용으로 보는 것이 이행이익과의 관계에서 신뢰이익의 위치가 보다 명확해 질 수 있는 것으로 판단된다. 아래에서 설명하는 독일 민법 제284조도 신뢰이익을 비용의 관점에서 다루고 있다.

민법에서는 통상손해와 특별손해로만 구분되고 있으나, 실제 재판실무에서는 이행이익과 신뢰이익이 손해배상의 산정기준이 되는 경우가 많다. 뿐만 아니라, 비교법적 고찰을 통하여 보아도 채무불이행에 따른 손해에 대하여는 이행이익의 배상을 원칙으로 하고, 보충적으로 신뢰이익의 배상을 허용하는 경우가 많다.²²⁾ 미국 계약법²³⁾ 제347조에 따르면 채무불이행이 있는 경우 채권자는 이행이익(expectation interest)에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있으며, 동법 제344조 (a)호는 ‘이행이익’을 ‘계약이 이행되었더라면 채권자가 처했을 지위에서 거래상의 이익을 얻는 경우에 그 이익’으로 정의하고 있다. DCFR III.-3:702조도 채무불이행으로 인한 손해액은 ‘채무가 적절히 이행되었다면 채권자가 놓였을 상태에 가능한 한 가까이 이르게 하는 금액’으로 규정하고 있는바 이행이익의 배상원칙을 확인하고 있다. 일본 민법 제415조(채무불이행으로 인한 손해배상) 제2항도 채무불이행의 경우 채권자는 ‘채무의 이행을 대신하는 손해배상’을 청구할 수 있음을 확인하고 있다. 중국 민법 제584조도 채무불이행에 따른 손해배상범위에 ‘계약이행으로 얻을 수 있는 이익’을 포함하는 것으로 규정하고 있다. 이행이익과 신뢰이익에 관하여는 아래 제3장에서 보다 자세히 살펴보기로 한다.

2.4 대체거래손해

대체거래손해는 채무자의 채무불이행에 따른 대체거래를 통하여 채권자에게 발생한 손해를 말한다. 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(The United Nations Convention on Contract for the International Sales of Goods: CISG) 제75조는 계약이 해제된 이후 합리적인 기간 내에 합리적인 방법으로 물품을 재매각한 매도인이나 대체물을 매수한 매수인은 계약대금과 대체거래대금과의 차액에 대하여 손해배상을 받을 수 있는 것으로

22) 미국 계약법 제349조에 따르면 채무불이행이 있는 경우 채권자는 이행이익(expectation interest)에 기초한 손해배상청구에 대한 대안으로서, 신뢰이익에 기초한 손해배상청구를 할 수 있으며, 동법 제344조 (b)호는 신뢰이익을 ‘계약이 체결되지 않았더라면 채권자가 처했을 지위에서 계약에 대한 신뢰로 야기된 손실을 보상받는 경우에 그로 인한 이익’으로 정의하고 있다. 독일 민법 제284조도 “채권자가 급부의 획득을 신뢰하여 비용을 지출하고, 또 그 지출이 상당한 것인 경우에는 그 급부에 갈음하는 손해배상 대신에 그 비용의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

23) 미국 계약법의 정확한 명칭은 Restatement (Second) of Contracts이다. 미국에서 계약법의 1차적 법원은 판례법(case law)인데, 미국법률협회(American Law Institute: ALI)가 확립된 판례들을 다시 쓴다는(restate) 취지에서 만든 것이 Restatement이다. 1932년도에 제1차 Restatement가 만들어졌고, 이후 UCC 제2편의 영향을 받아 1981년도에 제2차 Restatement가 만들어졌다(조국현, 미국계약법, 진원사, 2019, 70-71쪽). 본 연구에서는 이 제2차 Restatement를 ‘미국 계약법’으로 명명하기로 한다.

규정하고 있다. DCFR III.-3:706조도 계약을 해제하고, 합리적인 기간 내에 합리적인 방법으로 대체거래를 한 채권자는 계약에 따라 지급되어야 하는 가치와 대체거래로 인하여 지급되어야 하는 가치 간의 차이에 대한 배상을 청구할 수 있음을 규정하고 있다.²⁴⁾ 미국에서도 손해배상이 적절한 구제수단이 될 수 없는 경우에 예외적으로 이행청구가 인정된다.²⁵⁾ 즉, 대체거래가 가능한 경우는 계약대금과 대체거래비용 간 차액에 대한 손해배상만을 청구할 수 있고, 특정 이행을 청구할 수는 없다.²⁶⁾ 또한 채권자에게 대체거래를 통하여 손해를 경감할 의무가 있으므로, 그렇게 하지 않아 추가적인 손해를 입었다면 채권자는 해당 손해에 대하여 배상을 청구할 수 없다.²⁷⁾

우리나라의 경우는 이행불능이 아닌 한 채권자는 언제든지 채무자의 이행을 청구할 수 있으므로, 채권자가 이행청구 대신 대체거래를 해야 할 필요성이 낮다.²⁸⁾ 하급심 판례에서²⁹⁾ 대체거래손해가 인정된 경우가 있으나, 모두 CISG가 적용되는 거래에서 CISG의 적용에 따른 것이고 국내법에 근거하여 대체거래손해를 적극적으로 인정한 판례는 보이지 않는다. 그러나 대체거래손해도 채권자가 실제 대체거래를 하였거나 채권자에게 대체거래의무가 있는 경우에는 차액설에 따른 구체적 손해 산정 시 손해산정기준이 될 수 있을 것으로 생각된다. 또한 대체거래손해가 별도의 손해산정기준으로 인정되지 않는다고 하여도 채무불이행손해의 산정과정에 손익상계로서 대체거래손해가 반영될 수는 있을 것으로 판단된다. 대체거래를 함으로써 채권자의 손해가 감소하였다면³⁰⁾

24) DCFR에서는 적절한 대체거래를 하지 않은 경우, 채권자의 손해배상을 제한하고 있다. DCFR III.-3:301조에 따르면 채권자가 현저한 노력이나 비용지출 없이 대체거래를 할 수 있었다면 금전채무의 이행을 청구할 수 없다. 또한 DCFR III.-3:302조에 따르면 채권자가 현저한 노력이나 비용의 지출 없이 합리적인 대체거래를 할 수 있었음에도 불합리하게 특정이행을 요구함으로써 손실을 증대시킨 경우는 그 증대시킨 손실에 대한 배상을 청구할 수 없다.

25) 김영두, “채무불이행과 구체적 · 추상적 손해산정”, 민사법학 제76호, 한국민사법학회, 2016, 80쪽.

26) 김영두, 위의 논문, 81쪽.

27) G. H. Treitel, *The Law of Contract 11th ed.*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 1020.

28) 김영두, 앞의 논문, 82쪽.

29) 서울중앙지방법원 2008. 12. 19. 선고 2007가합97810 판결에서는 싱가포르법인과 한국법인 간의 거래에 대하여 CISG를 적용하여, 원매매 계약가격과 대체거래(재매각) 계약가격 간의 차액을 매도인의 손해로 인정하였다. 서울고등법원 2011. 10. 27. 선고 2011나8463 판결(원심: 서울동부지방법원 2010. 12. 10. 선고 2010가합4217 판결)에서는 호주법인과 한국법인 간의 거래에 대하여 CISG를 적용하여, 매매대금과 대체거래(재매각) 대금 간의 차액을 매도인의 손해로 인정하였다. 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2008나14857 판결에서는 중국법인과 한국법인 간의 거래에 대하여 CISG를 적용하여, 매도인의 채무불이행으로 피고가 다른 곳에서 대체 물품 구입을 위해 지급한 대금과 계약상 매매대금 간의 차액을 매수인의 손해로 인정하였다.

30) 채권자가 필수지출비용 중 일부만 지출한 상태에서 채무자의 채무불이행으로 계약이 해제되었다면 채권자는 ‘이행이익에서 지출을 면한 비용을 차감한 금액’을 손해배상으로 청구할 수 있다. 그런데 채권자가 대체거래

그만큼 채권자에게 ‘손실을 상쇄하는 이익’이 발생한 것으로 볼 수 있기 때문이다.³¹⁾

2.5 기회비용

기회비용은 상대방의 계약이행을 믿고 ‘포기한 기회’를 말한다. 기회비용을 채권자의 입장에서 보면 일정한 비용을 지출하여 일정한 순이익을 얻으려는 목적에서 고려한 ‘성사 가능성이 높았던 거래’에서 얻을 수 있었던 이익이라고 할 수 있다. 기회비용도 비용의 성격은 다르지만 본질에 있어서는 ‘지출한 비용’과 다르없다고 할 것이므로, ‘신뢰이익의 손해’의 유형으로 간주된다는 견해가³²⁾ 있다. 이에 반하여, 기회비용도 신뢰이익의 손해에 해당하기는 하나, 채무불이행이 없었더라도 기회비용은 남는 것이므로, 채무불이행과 인과관계가 없어 이에 대한 배상을 받을 수 없다는 견해도³³⁾ 있다. 판단컨대, 기회비용은 포기된 최선의 대안일 뿐 채무자의 이행을 신뢰하여 실제로 무익하게 지출한 비용이 아니고, 포기한 기회에는 일정한 기대 순이익을 포함하고 있어 단순히 지출비용

를 한 결과 ‘이행이익에서 지출을 면한 비용을 차감한 금액’보다 더 적은 손해가 채권자에게 발생하였다면 그 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 대체거래를 통하여 채권자에게 손실을 상쇄하는 이익이 그만큼 발생했기 때문이다.

- 31) 대체거래손해가 손익상계에 반영되는 과정을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 먼저 급부를 제공하는 자의 경우에는 주로 계약가격(=필수지출비용 + 순이익)이 이행이익이 되는데, 대체거래를 하게 되면 당초 계약가격보다 낮지만 손해를 보지 않는 대체거래가격(=필수지출비용 + 대체거래순이익)으로 거래하는 하는 경우가 보통이다. 이 경우 대체거래를 하게 되면 계약가격 전부가 손해로 되지 않고, 당초 계약가격에 포함된 필수지출비용의 지출로 인한 손해(즉, 필수지출비용이 무익하게 지출되어 입는 손해)를 면하고, 당초 계약 시 기대한 순이익 일부(=대체거래순이익)의 손실을 면하게 된다. 즉, 무익한 지출을 면한 필수지출비용은 ‘면한 비용’이 되고, 손실을 면한 순이익은 ‘면한 손실’이 되어 손익상계 과정에 반영될 수 있다. 이를 공식으로 표현하면 대체거래손해는 ‘계약가격 - 대체거래가격’인데, 이는 ‘계약가격(=필수지출비용 + 순이익 = 이행이익) - 필수지출비용(면한비용) - 대체거래순이익(면한손실)’로 바꾸어 쓸 수 있다. 다음으로, 급부를 수령하는 자의 경우는 주로 시장가격이 이행이익이 되는데, 대체거래를 하게 되면 기존 계약가격보다 더 높은 가격을 지불하게 되지만, 일정한 순이익을 기대하고 거래를 하기 때문에 시장가격(=필수지출비용 + 순이익) 보다는 여전히 낮은 가격을 지불하는 경우가 보통이다. 이 경우 대체거래를 하게 되면 시장가격 전부가 손해로 되지 않고, 당초 예정된 계약가격을 무익하게 지출하지 않아도 되므로 당초 계약가격의 무익한 지출을 면하게 되고, 당초 계약 시 기대한 순이익 일부(=대체거래순이익)의 손실을 면하게 된다. 즉, 계약가격은 ‘면한 비용’이 되고, ‘손실을 면한 순이익’은 ‘면한 손실’이 되어 손익상계 과정에 반영될 수 있다. 이를 공식으로 표현하면 대체거래 손해는 ‘대체거래가격 - 계약가격’인데, ‘시장가격 - 대체거래가격’이 대체거래순이익이므로, ‘대체거래가격 = 시장가격 - 대체거래순이익’이 되는 결과, ‘대체거래가격 - 계약가격’은 ‘시장가격(이행이익) - 계약가격(면한비용) - 대체거래순이익(면한손실)’로 바꾸어 쓸 수 있다. 상기에서 살펴본 바와 같이 대체거래 손해는 이행이익에서 손익상계하는 과정에 반영된다고 볼 수 있다.

32) Robert Cooter/Thomas Ulen, *Law & Economics 6th ed.*, Pearson, 2011, p. 312.

33) 김영두, “채무불이행으로 인한 신뢰이익의 손해배상과 범위”, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 252쪽.

으로 분류하기도 어렵다. 그렇다면 기회비용은 지출비용과 순이익의 합으로 산정되는 총이익 즉, 포기된 이행이익의 일종으로 볼 수 있는 바, ‘계약가격’이나 ‘시장가격’처럼 이행이익의 손해를 판단하는 하나의 기준으로 보는 것이 더욱 타당할 것으로 생각된다. 다시 말하면 기회비용은 이행이익의 입증이 곤란한 경우에 ‘최소한 기회비용만큼의 이행이익은 있었다는 점’을 보여 주는 근거로 사용할 수 있을 것으로 판단된다.

2.6 소결: 손해산정기준에 관한 검토

상기에서 채무불이행손해의 산정기준들을 전체적으로 살펴본 결과 ‘상당인과관계’는 손해의 범위를 정하는 일반적·추상적 근거가 될 수 있으나, 구체적 배상범위의 결정이나 배상액 산정에까지 상당인과관계를 기준으로 하는 것은 바람직하지 못한 것으로 생각된다. 상당인과관계는 구체적 손해를 판단하는 기준이라기보다, 손해배상범위를 판단하는 기본 원리이며, 각종 손해에 있어 그 인과성의 범위를 정하는 기준으로 생각된다.

라이선스계약에 있어 라이선시(licensee)의 손해를 ‘수익접근법’에 따라 ‘차액(가치감소분)’으로 산정하게 되면 다음과 같은 세 가지 문제가 발생한다. 첫째, 통상손해 산정과정에 손익상계가 포함되므로, 손익상계 전 과실상계를 하지 못한 결과, 라이선서(licensor)의 책임이 부당하게 가중될 수 있다.³⁴⁾ 둘째, ‘가치감소분’ 산정 시에 특별손해가 손해산정과정에 포함될 수 있다.³⁵⁾ 셋째, ‘가치감소분’ 산정 시에는 총비용에 고정비가 포함되므로 인과관계에 기초한 손해산정원칙이 훼손될³⁶⁾ 수 있다.³⁷⁾ 따라서 이러한

34) 라이선서(licensor)의 채무불이행으로 라이선시(licensee)에게 발생한 손해를 산정하는 경우 통상손해를 산정한 다음 라이선시의 귀책 정도에 따라 과실상계를 한 후 손익상계를 해야 하는데, ‘가치감소분’에는 이미 과실상계 전 손익상계가 반영되어 있다. 따라서 차액설에 따른 통상손해를 산정한 다음, 과실상계를 하게 되면 라이선서(licensor)의 손해배상 책임이 부당하게 가중될 수 있다. 예를 들어, 이행이익이 1억원이고 특별손해는 없으며, 라이선시의 과실비율이 20%, 손익상계로 차감할 이익이 5천만 원인 경우, ‘이행이익에서 손익상계 하는 방식’에 따르면 라이선시의 손해는 이행이익에서 과실상계 한 8천만 원(1억원 x 80%)으로부터 손익상계 5천만 원을 차감하면 3천만 원이 손해배상액이 된다. 그러나 ‘차액설’에 따른 손해인 가치감소분 5천만 원(이행이익 1억 원 - 손익상계 5천만 원)에 사후적으로 과실상계를 하면 라이선서(licensor)의 손해배상액은 4천만 원(5천만 원 x 80%)이 되어 라이선서(licensor)의 손해배상책임이 부당하게 가중될 수 있다.

35) 필수지출비용을 초과하는 비용은 특별손해에 해당할 수 있으며, 특별손해는 통상손해 산정 시 제외되어야 하고, 통상손해 산정 후 예견가능성에 대한 평가를 거쳐 특별손해 가산 여부를 결정해야 한다. 그러나 특별손해에 해당하는 비용이라도 회계상 비용으로 인식 가능하다면 회계상 사용·수익가치 평가 시에 비용으로 포함될 수 있다.

36) 예를 들어, 애니메이션 제작자가 게임개발사와 5백만 볼의 대가를 받고 게임용 애니메이션을 제작하기로 한 경우, 애니메이션 제작에 3백만 볼의 변동비(variable costs)와 1백만 볼의 고정비(fixed costs)가 발생한다

문제점이 발생하지 않는 손해산정기준이 필요하다.

‘대체거래손해’는 대체거래 시장이 활성화 되어 있지 못한 거래의 경우에 채무불이행 손해 산정기준으로 사용하기 어렵다. 또한 우리의 경우는 채권자에게 대체거래의무가 폭넓게 인정되지 않아 영미법계의 경우처럼 대체거래를 가정한 손해를 산정할 수는 없다. 즉, 독자적인 채무불이행손해 산정기준으로는 한계가 있다고 할 수 있다.

‘기회비용’은 ‘성사 가능성이 높았던 거래’로 얻을 수 있었던 이익이라고 할 수 있다. 그렇다면 기회비용은 지출비용과 순이익의 합으로 산정되는 총이익 즉, 포기된 이행이익으로 볼 수 있는 바, 이행이익의 손해를 판단하는 하나의 기준으로³⁸⁾ 보는 것이 타당할 것으로 사료된다. 즉, 기회비용도 이행이익의 판단에 고려할 수 있는 기준으로 볼 수 있으나, 독자적인 채무불이행손해 산정기준으로 보기 어렵다.

그러므로 상기 손해산정 기준들의 문제점과 한계를 고려할 때, 라이선스계약에 있어 채무불이행손해는 ‘이행이익과 신뢰이익’을 기준으로 산정하는 것이 적합할 것으로 사료된다. 따라서 이하에서는 손해산정기준으로서 이행이익과 신뢰이익에 관하여 보다 자세히 살펴보기로 한다.

면 제작자의 회계상 순이익은 1백만 불이 된다. 그러나 제작자가 애니메이션 제작에 실제 소요되는 비용은 3백만 불이고 고정비는 애니메이션 제작이 없었더라도 발생하는 비용이다. 따라서 제작자의 손해를 산정함에 있어 인과관계가 성립하는 비용은 3백만 불이 되고, 순이익은 2백만 불이 된다(Melvin A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press, 2018, p. 203).

- 37) 고정비는 라이선서(licensor)의 채무불이행이 없었더라도 발생하는 비용인바 손해의 발생과 인과관계가 없어 손해배상액 산정 시 비용항목에서 제외되어야 하나, 회계상 사용·수익가치 평가 시에는 이러한 비용도 포함된다는 문제가 있다.
- 38) 채무불이행된 계약이 체결되지 않았다면 포기된 최선의 대안을 선택했을 것이므로, 포기된 최선의 대안은 ‘이행이익의 손해’의 일부로 판단될 수 있을 것이다. 즉, 기회비용도 ‘필수지출비용+순이익’으로 된 총이익으로 결정되므로, 지출비용만을 의미하는 ‘신뢰이익의 손해’로 보기보다 ‘이행이익’의 일부로 보는 것이 타당할 것으로 사료된다.

III. 손해산정기준으로서 이행이익과 신뢰이익

1. 이행이익

1.1 이행이익의 개념

이행이익은 채무자가 계약을 완전히 이행하였더라면 채권자가 얻을 수 있었던 이익을 말한다. 즉, 이행이익은 ‘계약이 완전히 이행된 것과 동일한 이익’을 의미하고,³⁹⁾ 이행을 통하여 받을 것으로 기대하는 이익과 동일한 가치를 가져야 한다. 계약 당사자가 계약의 이행을 통하여 기대하는 바가 서로 같지 않으므로 이행이익은 계약 당사자의 지위에 따라 다를 수 있다. 즉, 이행이익은 불이행된 이행의 시장가치에 기초하여 산정되지만,⁴⁰⁾ 계약의 불이행으로 계약 상대방이 입는 손해는 계약 당사자에 따라 다르다.⁴¹⁾ 이하에서는 이행이익을 산정하는 주요 기준이 될 수 있는 계약가격, 시장가치(시장가격) 및 총이익에 대하여 각각 살펴보기로 한다.

1.2 이행이익의 산정기준

1.2.1 계약가격

채권자가 자신의 채무에 대한 이행을 완료한 경우, 채무자로부터 일정한 계약가격을⁴²⁾ 받을 수 있다면 계약가격이 이행의 완료에 대한 대가이므로 곧 이행이익이 될

39) 권영준, “이행이익, 신뢰이익, 중복배상 -지출비용과 일실회의 배상청구와 관련하여-”, 인권과 정의 제491호, 대한변호사협회, 2020, 130쪽.

40) Andrew Robertson/Jeanne Paterson, *Principles of Contract Law 6th Ed.*, Lawbook Co., AUSTRALIA, 2020, p. 542.

41) 예를 들면, 매매의 경우 매도인은 목적물을 인도하고 매수인으로부터 수령하는 계약금액이 ‘매매를 통하여 기대하는 이익’ 즉 이행이익이 된다. 그러나 매수인의 입장에서 계약금액은 목적물을 취득하기 위한 지출비용에 불과하고 이행이익으로 볼 수 없다. 매수인은 목적물의 가치가 매도인에게 지급할 대가보다 더 크다고 판단하여 매매를 하는 것이 일반적인데, 이때 매수인이 염두에 둔 목적물의 가치가 매수인의 입장에서는 ‘매매를 통하여 기대하는 이익’ 즉, 이행이익이 될 수 있다. 그러나 매수인이 염두에 둔 목적물의 가치는 주관적이므로, 손해를 판단하기 위하여 그 가치가 객관화 될 필요가 있는 바, 이를 객관적으로 보면 ‘목적물의 시장가치(시장가격)’로 볼 수 있다. 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1872 판결도 부동산 매매에 있어서 매도인의 이행불능으로 매수인이 청구할 수 있는 손해는 이행불능 된 당시의 가격에 의하여 정해진다고 보았다.

42) 계약가격은 일방의 채무이행이 완료된 경우 상대방으로부터 받을 수 있는 것으로 계약에서 정한 금액을 말하며, 매매의 경우 매매대금, 도급의 경우 보수, 임대차의 경우 보증금과 차임, 라이선스계약의 경우 라이선스료와 로열티 등이 이에 해당한다.

수 있다. 매매의 경우 매수인으로부터 받을 수 있는 매매대금이 매도인의 이행이익이 될 수 있고, 도급의 경우는 도급인으로부터 받을 수 있는 보수가 수급인의 이행이익이 될 수 있다. 임대차의 경우는 임차인으로부터 받을 수 있는 보증금과⁴³⁾ 차임이 임대인의 이행이익이 될 수 있고, 라이선스계약의 경우는 라이선시(licensee)로부터 받을 수 있는 라이선스료와 로열티 등이 라이선서(licensor)의 이행이익이 될 수 있다. UCC 제2-708조에 따르면 매수인의 채무불이행에 따른 매도인의 손해는 채무의 이행기 및 이행장소를 기준으로 상품의 계약가격과 시장가격 간의 차액으로 산정한다.⁴⁴⁾ UCITA 제808조 (b)항에서는 라이선서(licensor)의 이행으로 인하여 이미 발생하였으나, 수령하지 않은 계약가격과 대가의 시장가치가 라이선서(licensor)의 손해가 된다. 즉, UCC는 매매의 경우 계약가격이 매도인에게 있어 이행이익이 될 수 있고, UCITA는 라이선스계약의 경우에 계약가격이 라이선서(licensor)의 이행이익이 될 수 있음을 확인하고 있다.

1.2.2 시장가치(시장가격)

채무자가 제공하는 ‘금부의 시장가치’는 채무자의 이행이 시장에서 객관적으로 평가되는 가치 즉 ‘채무자의 이행가치’이므로 채권자의 이행이익이 될 수 있다. 미국 계약법 제347조에 따르면 채권자의 손해는 채무불이행으로 인한 채무자의 ‘이행가치의 손실’에 기타 손실을 더하고, ‘면한 비용’과 ‘면한 손실’을 차감하여 산정된다. 이때 이행가치는 일반적으로 시장가치를 의미하며, 여기서 ‘시장’이란 채권자가 대체적 거래를 통하여 대체품을 얻을 수 있는 장소를 말하고, 시장가치는 이행가치가 된다.⁴⁵⁾ UCITA 제809조 (a)항에서는 라이선시(licensee)가 이행을 수락하였고, 그 수락을 적법하게 철회하지 않은 경우에는 요구되는 이행의 가치에서 이행의 수락 시 및 수락 장소에서 수락된 이행의 가치를 차감한 금액이 손해가 된다.⁴⁶⁾ 즉, 직접손해는 약속한 이행의 시장가치와 실제

43) 다만, 임대인이 임차인으로부터 수령하는 보증금은 임대차 계약만료 시 반환해주어야 할 금액이므로 임대인이 보증금을 통해 얻게 되는 실질적인 수익은 ‘보증금의 이자수익 상당액’이라고 할 수 있다.

44) 즉, 매도인의 경우는 계약가격이 이행이익이 되나, 대체거래(시장에서 매도)를 통하여 손실을 상쇄할 수 있으므로 계약가격과 시장가격 간의 차액이 매도인의 손해가 되는 것이다. 한편, UCC 제2-713조에 따르면 매도인의 채무불이행에 따른 매수인의 손해는 채무의 이행기에 상품의 시장가격과 계약가격 간의 차액이 되며, 여기에 부수적 손해와 결과적 손해를 더하고, 지출을 면한 비용은 공제하여 최종 손해액을 결정한다. 매수인의 경우는 시장가격이 이행이익이 되고, 계약가격은 지출비용에 불과하므로, 시장가격에서 계약가격을 차감하여 산정되는 일실된 이익이 손해가 되는 것이다. 즉, 매수인의 경우에 계약가격은 이행이익이 아니다.

45) 笠井 修, 前掲論文, 20頁. 예를 들면, 매매의 경우 매도인에게 계약위반이 있으면, 매수인은 계약 목적물의 다른 매도인을 찾기 위해 시장으로 눈을 돌릴 것이므로 그때의 시장가격이 이행가치가 된다.

46) UCC 제2-714조도 매수인이 상품을 수락한 경우에는 상품의 계약 부적합 부분에 대하여 손해배상을 요구할

수령한 이행의 시장가치와의 차이로 측정된다.⁴⁷⁾ 미국과 유럽의 경우에는 시장가치가 시장가격으로 구체화 되어 계약가격과 비교됨으로써 그 차액이 손해로 인정되기도 한다.⁴⁸⁾ 우리 판례도 매수인 등 급부를 제공받는 자의 손해배상액은 시장가격을 기준으로 산정한 경우가 많다. 이행불능의 경우에는 이행불능이 된 때의 시가상당액을 기준으로 손해를 산정하였고,⁴⁹⁾ 이행지체의 경우에는 이행최고 후 상당한 기간이 경과한 때의 시장가격을 기준으로 손해를 산정하였다.⁵⁰⁾ 또한 이행거절의 경우에는 이행거절 당시의 시장가격을 기준으로 손해를 산정하였다.⁵¹⁾

채무자의 급부가 제공되는 시장이 완전경쟁시장이라면 모든 경제주체가 완전한 정보를 갖고, 합리적인 의사결정을 하게 되므로, 해당 급부의 시장가치를 그대로 반영하여 계약가격이나 시장가격이 결정될 것이다. 따라서 이러한 완전경쟁시장에서는 채무자가 채무를 불이행하여도 채권자는 언제든지 동일한 계약가격 내지는 시장가격으로 제3자로부터 동일한 급부를 제공받을 수 있으므로, 채권자에게 사실상 손해가 거의 발생하지 않는다.⁵²⁾ 또한 완전경쟁시장에서는 이행이익과 신뢰이익(‘필수지출비용’에 해당하는 신뢰이익을 말한다)의 구별도 필요하지 않다. 이행이익과 신뢰이익이 사실상 같아지기 때문이다.⁵³⁾

수 있으며, 그 손해는 특별한 사정이 없다면 상품의 수락 시 수락된 상품의 가치와 보증된 상품의 가치 간의 차액으로 산정됨을 규정하고 있다.

- 47) UCITA 제809조 Comment 2. 예를 들어, 개발회사(매도인)로부터 퍼블리셔(매수인)가 모바일게임을 관련 지식 재산권을 포함하여 시장가치 12억 원인 모바일게임을 10억 원에 매수하였는데, 실제 인도된 모바일게임은 게임 내 일정한 버그가 존재하는 하자가 있어 그 시장가치는 9억 원인 경우 퍼블리셔가 인도를 거절하지 않고 수락하였다면 퍼블리셔에게 발생한 직접손해는 개발회사가 약속한 시장가치와 실제 이행된 시장가치 간의 차액인 3억 원이 된다.
- 48) UCC 제2-713조에 따르면 매도인의 채무불이행에 따른 매수인의 손해는 채무의 이행기에 상품의 시장가격과 계약가격 간의 차액이 되며, 여기에 부수적 손해와 결과적 손해를 더하고, 지출을 면한 비용은 공제하여 최종 손해액을 결정한다. DCFR III.-3:702 Comment B에서도 채무불이행으로 인해 채권자가 채무자에게 청구할 수 있는 배상액은 계약금액과 시장가격(또는 현재가격)의 차이로 측정되는 것으로 규정하고 있다.
- 49) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17638 판결; 대법원 1995. 10. 13. 선고 95다22337 판결; 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다61359, 61366 판결; 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다61359 판결.
- 50) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다24542 판결.
- 51) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결.
- 52) 이 경우에도 계약의 체결 및 이행을 위해 채권자가 부수적으로 지출한 비용이 있을 수 있으므로, 채권자의 손해가 전혀 없다고 할 수는 없으나, 중요성의 관점에서 보면 이러한 비용은 무시할 수 있는 수준인 경우가 많을 것이다.
- 53) Melvin A. Eisenberg, *op. cit.*, p. 182. 예를 들어, 완전경쟁시장에서 이루어지는 매매의 경우, 시장에서 동일한 가격으로 거래가 이루어지기 때문에 매수인이 기대한 시장가격(매수인이 시장에서 판매할 수 있다고 생각한 가격 즉, 이행이익)과 매수인이 지출한 비용(매수인이 매도인에게 지급한 비용 즉, 신뢰이익) 간에 차이가 없게 된다. 다시 말하면, 필수지출비용에 해당하는 신뢰이익과 이행이익 간 차액에 해당하는 ‘순이익’이

그러나 채무자가 제공하는 급부의 시장가치는 그대로 계약가격이나 시장가격에 반영되지 못하는 것이 현실이다. 급부를 제공하는 자는 시장가치보다 높은 가격으로 급부를 제공하고자 하고, 급부를 제공받는 자는 시장가치보다 낮은 가격으로 급부를 제공받고자 한다. 따라서 거래 당사자가 시장가치에 대하여 완전한 정보를 갖고 있다면 거래가 성립되기 어려울 것이나, 시장가치에 대한 완전한 정보를 갖고 있지 못하므로, 거래 당사자 모두에게 주관적 관점에서 이익이 되는 거래가 성립한다. 왜냐하면 동일한 목적물에 대하여 각자가 판단한 시장가격이 달라 해당 급부의 거래를 통하여 얻는 이행이익이 다르기 때문이다. 이러한 이행이익의 차이는 계약이 이행되는 경우는 물론이고, 계약위반이 발생하는 경우에도 각 계약 당사자에 모두 만족한 결과를 가져올 수도 있다.⁵⁴⁾

1.2.3 총이익

총이익은 지출비용과 순이익을 합한 금액을 말하며, 아래에서 설명하는 바와 같이 이행이익의 기준이 될 수 있다. 계약관계에 있어 급부를 제공하는 자는 계약의 이행 및 이행 준비 과정에서 발생하는 비용과 순이익을 합한 총이익에 해당하는 금액을 계약 금액으로 정하는 것이 일반적이다.⁵⁵⁾ 그리고 계약금액 산정에 포함되는 지출비용은 급부를 제공하는 자가 계약의 체결과 이행에 소요되는 필수적인 비용 즉, 필수지출비용으로 정하는 것이 보통이다.⁵⁶⁾ 즉, 시장에서 급부를 제공하는 자는 급부의 제공에 소요되는 필수지출비용과 순이익을 합한 총이익에 해당하는 금액을 계약가격으로 제시하게 된다. 또한 이렇게 제시된 계약가격은 시장가격을 형성하는 한편, 시장에서 급부를 제공하는 자가 기대하는 이행이익이 된다. 또한 계약 목적물을 재판매할 목적으로 매수한 경우는 재판매가격이 이행이익이 될 수 있고,⁵⁷⁾ 사용·수익할 목적으로 매수한 자는 사용·수

없어지게 됨으로서 이행이익과 신뢰이익의 차이 또한 없어지게 되는 것이다.

54) Robert A. Hillman, *Principle of Contract Law 3rd ed.*, West Academic Publishing, 2013, p. 157. 예를 들어, 갑이 을에게 1,400불의 가치(을이 판단한 가치)가 있는 피아노를 1,200불에 팔기로 계약을 하였는데, 1,800불 이상의 가치가 있다고 생각한 병이 자신에게 해당 피아노를 1,800불에 팔 것을 제안할 수 있다. 이때 갑이 병에게 피아노를 1,800불에 팔고 을에게 200불을 변상한다면, 갑은 400불의 이익을 얻고, 을도 200불의 이행이익을 얻게 되며, 병도 일정한 이행이익을 얻게 된다.

55) Andrew Robertson/Jeannie Paterson, *op. cit.*, p. 550.

56) 이때 필수지출비용은 통상손해를 산정함에 있어 통상의 사정으로 상당인과관계가 인정되는 지출비용으로 볼 수 있다(김일중/김현석, “채무불이행 사건에서의 최적손해배상산정에 관한 법경제학적 탐구: 한국 계약법 제를 중심으로”, 국제경제연구 제17권 제1호, 한국국제경제학회, 2011, 161쪽).

57) 재판매가격은 시장에서 판매할 수 있는 가격이므로, 시장가격의 일종으로 볼 수 있다. 다만, 매매계약에서 전매차익이 항상 발생한다는 보장이 없으므로, 매수인의 전매차익에 해당하는 일실이익의 손해는 통상손해

익에 따라 얻을 수 있는 이익이 이행이익이 될 수 있다.⁵⁸⁾ 결국 계약금액, 시장가격, 재판매가격 및 사용·수익에 따른 이익 모두 필수지출비용과 순이익을 합한 금액으로부터 도출되므로, 각 계약 당사자가 각자의 관점에서 바라본 총이익을 나타내는 것이라고 할 수 있다. 다시 말하면, 총이익은 계약가격과 시장가치를 순이익과 비용의 관점에서 달리 표현한 것이라고 할 수 있으며, 실제 손해배상액을 산정함에 있어 보다 구체적인 기준이 된다고 할 수 있다.

특히, 총이익을 산정함에 있어 채권자가 채무자의 계약이행을 믿고 지출한 비용에서 필수지출비용을 선별하는 것은 법 경제학적으로도 중요한 의미를 지닌다. 통상손해에 속하는 필수지출비용과 특별손해에 속하는 그 밖의 비용에 대한 구별 없이 판결을 하게 되면⁵⁹⁾ 채권자는 필수지출비용이 아닌 비용에 대한 회수 가능성이 높아지므로 수익을 극대화하기 위해 그러한 비용지출을 늘리게 될 것이다. 즉, 채권자가 채무자의 이행에 과잉 의존하게 되는 것이다. 또한 채무자는 감당해야 할 배상액이 커짐에 따라 적극적으로 계약을 제안하려고 하지 않을 것이므로 채무자의 자발적 계약참여가 저해될 수 있다.⁶⁰⁾ 이와 같이 필수지출비용을 선별하지 않으면 법 경제학적으로 바람직하지 않은 결과가 초래되므로, 총이익이나 아래에서 살펴볼 ‘신뢰이익의 손해’를 산정함에 있어 ‘필수지출비용’은 기타 비용과 명확히 구별될 필요가 있다.

다수의 판례에⁶¹⁾ 따르면 채무불이행의 경우 이행이익의 손해에 대한 배상을 구하는 것이 원칙임을 확인하면서도, ‘그에 갈음하여’ 계약이 이행될 것을 믿고 채권자가 지출한 비용 즉 신뢰이익의 손해도 이행이익을 한도로 그 배상을 구할 수 있다고 판단하였다. 이와 같이 다수의 판례가 중복배상을 피하기 위하여 채권자가 얻을 수 있었던 이행이익

로 볼 수 없다(김대정/최창렬, 채권총론, 박영사, 2020, 721쪽). 따라서 인과관계를 고려할 때, 매도인이 그러한 일실이익의 발생 가능성을 통지받지 못했다면 재판매를 하지 못해 발생한 특별손해에 대하여 배상할 책임이 없다(Edwin Peel, *The Law of Contract 14th ed.*, Sweet & Maxwell, 2015, pp. 20-57). 그러나 재판매가 예정된 거래임이 명백한 경우는 재판매가격이 통상손해 내지는 이행이익이 될 수 있을 것으로 판단된다.

58) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다44774(본소), 44781(반소) 판결에서는 물건의 인도주의 이행지체를 이유로 한 손해배상의 경우에는 일반적으로 그 물건을 사용·수익함으로써 얻을 수 있는 이익, 즉 그 물건의 임료 상당액을 통상의 손해라고 보았다.

59) 신뢰이익의 손해라도 특별손해에 해당하는 손해는 ‘예견가능성’의 요건을 갖춘 때에 그 손해배상을 인정해야 하는데, 신뢰이익의 손해가 이행이익의 한도 이내라면 그 손해가 통상손해인지 특별손해인지 구분하지 않고 모두 손해로 인정하는 판결을 하는 경우가 그러한 예이다.

60) 김일중/김현석, 앞의 논문, 183쪽.

61) 대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다2539 판결; 대법원 2003. 10. 23. 선고 2001다75295 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2004다51825 판결; 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다235766 판결; 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다235766 판결.

에 ‘갈음하여서만’ 신뢰이익의 배상을 구할 수 있다고 본 것은 이들 판례가 이행이익을 총이익으로 파악하고 있기 때문으로 판단된다.⁶²⁾ 영미법에서도 이행이익(expectation interest)의 손해는 신뢰이익의 손해와 함께 청구할 수 없도록 하고 있는데, 이 또한 이중배상 문제가 발생하기 때문이다. 즉, 대부분의 경우에 이행이익의 손해는 채권자가 지출한 비용과 순이익 모두를 포함하므로, 지출한 비용에 대응되는 신뢰이익의 손해를 함께 청구하면 이중 배상이 될 수 있는 것이다.⁶³⁾

한편, 채권자에게 순손실이 발생하는 소위 ‘손해 보는 계약’의 경우는 지출비용이 계약금액을 초과하게 되어, 일견 이행이익이 없는 것처럼 보인다. 따라서 이러한 경우에 채무자가 지출비용을 배상하는 것은 과잉배상으로 부당하다고 보는 견해가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 이는 이행이익을 ‘순이익’으로 파악하는 입장으로 타당하지 않은 것으로 사료된다. 손해 보는 계약의 경우에도 지출비용 전부를 청구할 수 없으나, 순손실이 반영된 지출비용은 청구할 수 있다. 다시 말하면 계약이 정상적으로 이행되어도 순손실이 발생하는 계약을 체결한 경우라도 순손실을 초과하는⁶⁵⁾ 지출비용에 대하여는 손해배상을 받을 수 있다고 보는 것이 타당하다.⁶⁶⁾

62) 즉, 판례는 이행이익을 순이익으로 보지 않고, 필수지출비용을 포함한 총이익으로 보았기 때문에 필수지출비용이 이행이익의 일부이면서 신뢰이익에도 해당하는 이유로, 이행이익의 손해배상과 신뢰이익의 손해배상을 함께 청구하면 중복배상청구가 된다고 본 것이다. 이와 달리, 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결은 이행이익과 신뢰이익의 병행 청구를 인정하고 있다. 그러나 이 판례에서는 신뢰이익을 일실회의 상환의 손해와 같이 청구하는 경우에는 중복배상을 방지하기 위하여 일실회의는 제반 비용을 공제한 순이익에 한정된다고 보아야 한다고 판단함으로써 중복배상 문제를 회피하였다. 이 판례도 병행청구를 위해서는 이행이익의 범위를 순이익으로 한정해야 한다는 취지이므로, 다른 판례들의 입장과 본질적으로 상충된다고 보기는 어렵다.

63) Jeannie Paterson/Andrew Robertson/Arlen Duke, *Contract Law: Principles, Cases and Legislation 3th Ed.*, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2016, p. 952.

64) 강혜림, “비용과 이행이익”, 강원법학 제48권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016, 182쪽.

65) Roger Halson/David Campbell(eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 86. 다만, 미국에서는 손해 보는 계약에서 채권자에게 손해가 발생하였으나, 순손실을 초과하지 않는 경우라도 명목상의 손해(nominal damages)를 인정하여 채권자가 소송비용을 회수할 수 있도록 하고 있다.

66) 예를 들어, 수급인이 모바일게임을 만들어 8천만 원을 받고 도급인에게 인도하기로 하였으나, 수급인은 해당 모바일게임을 제작하는데 1억 원이 소요된다고 가정하면, 수급인이 소위 ‘손해 보는 계약’을 체결한 것이다. 이후 모바일게임 제작 중에 도급인의 귀책으로 계약이 해제되었고, 계약해제 당시까지 수급인이 해당 모바일게임 제작을 위하여 지출한 비용이 5천만 원인 경우, 이행이익은 8천만 원이 되나 계약이 해제되지 않았다면 수급인이 지출하였어야 할 5천만 원의 지출을 면하였으므로, 수급인은 이행이익에서 지출을 면한 비용 5천만 원을 차감한 3천만 원을 손해액으로 청구할 수 있다. 이를 다른 관점에서 보면 이행을 하였더라도 2천만 원의 손해가 발생하였을 것이므로, 지출한 비용 5천만 원 중 순손실액 2천만 원을 초과한 3천만 원에 대한 배상을 받을 수 있다. 이행이익을 순이익으로 보면 수급인이 청구할 수 있는 손해액이 없기 때문에 도급인의 귀책으로 계약이 해제되었음에도 불구하고, 수급인이 지출한 5천만 원이 고스란히 수급인의 손해가 되므로

2. 신뢰이익

2.1 신뢰이익의 개념

신뢰이익은 채권자가 채무자의 이행을 신뢰하였기 때문에 지출한 비용을 말한다.⁶⁷⁾ 대법원은 처음에는 채권자가 계약의 유효함을 믿고 헛되이 지출한 비용은 계약이 정상적으로 이행된 경우에도 지출될 비용이었으므로 채무자의 채무불이행과 인과관계가 없다고 보았다.⁶⁸⁾ 그래서 계약해제 시에는 이행이익의 손해를 배상하는 것이라고 하면서 신뢰이익의 손해에 대한 배상청구를 허용하지 않았으나,⁶⁹⁾ 이후 입장을 바꾸어 지출비용의 배상 내지는 신뢰이익의 손해배상을 인정하고 있다.⁷⁰⁾ 대법원판결의 최근 입장을 정리하면 다음과 같다.⁷¹⁾ 첫째, 계약의 이행을 믿고 지출한 비용을 신뢰이익의 손해로 보아 이에 대한 배상을 인정할 수 있다. 둘째, 이행이익의 손해배상에 갈음하여서만 신뢰이익의 손해배상을 청구할 수 있다. 다만, 제반 비용을 공제한 순이익에 해당하는 일실효익과 지출한 비용 즉 신뢰이익

부당하다. 만약 수급인이 전혀 비용을 지출하지 않은 상황에서 도급인의 귀책으로 계약이 해제되었다면 이행이익이 8천만 원이고 지출을 면한 비용이 1억 원이므로, 실제 청구할 수 있는 손해액은 없다고 볼 수 있다. 상기 사례에서 보는 바와 같이 이행이익과 순이익은 구별되어야 한다.

- 67) 이행이익의 손해가 계약이 이행된 경우에 채권자가 처했을 위치로부터 손해를 파악하는 것과 달리 신뢰이익의 손해는 계약이 체결되지 않았으면 채권자가 처했을 위치로부터 손해를 파악한다. 즉, 이행이익인지 신뢰이익인지 구별은 손해배상을 파악하는 방향에 있다(難波謙治, “信賴利益、履行利益論の現況と課題”, 立教法学第70号, 立教法学会, 2006, 51頁).
- 68) 채권자가 특정한 목적을 위하여 자발적으로 지출한 비용은 자발적인 재산가치의 감소이므로 채무불이행과 인과관계가 없다. 그러나 채무불이행으로 특정한 목적 달성을 할 수 없게 되어 지출한 비용이 무익하게 된 것과 채무불이행 사이에는 인과관계가 존재한다(김영두, “채무불이행으로 인한 신뢰이익의 손해배상과 범위”, 250-251쪽). 따라서 종래 대법원의 판단은 후자의 관점을 간과하였다고 볼 수 있다.
- 69) 대법원 1983. 5. 24. 선고 82다카1667 판결.
- 70) 대법원이 신뢰이익의 손해를 인정하기 시작한 이후에도 신뢰이익의 손해를 인정하는 범위는 점차 확대되어왔다. 즉, 종래에는 채무자의 이행을 믿고 채권자가 지출한 비용도 그러한 지출 사실을 채무자가 알았거나 알 수 있었고 또 그 비용이 통상적인 지출 비용의 범위 이내인 경우에 이행이익의 한도 내에서 배상을 청구할 수 있다고 판단한 판례(대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결; 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다49104 판결; 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다49104 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다13621 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다21769 판결)가 많았다. 이러한 종래의 판례는 신뢰이익의 손해가 통상적인 지출 비용의 범위여야 한다고 하면서도 채무자가 손해를 알았거나 알 수 있었어야 한다는 특별손해의 요건까지 갖추어야 한다고 판단함으로써 신뢰이익의 범위를 좁게 인정하였다. 그러나 최근 판례(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다15501 판결; 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다15501 판결; 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다59115 판결)는 신뢰이익의 손해도 통상손해와 특별손해로 나누어 통상손해는 채무자가 알았거나 알 수 있었는지의 여부와 상관없이 청구할 수 있고, 특별손해는 상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 청구할 수 있다고 보고 있다.
- 71) 강혜림, 앞의 논문, 145쪽.

은 함께 청구할 수 있다. 셋째, 신뢰이익의 손해도 통상손해와 특별손해로 구분한 다음 민법 제393조에 따라 인정 여부를 결정한다. 넷째, 이행이익의 손해를 한도로 신뢰이익의 손해배상을 청구할 수 있다. 다섯째, 신뢰이익의 손해배상에도 과실상계가⁷²⁾ 적용될 수 있다.⁷³⁾

2.2 신뢰이익의 산정기준

신뢰이익 즉 ‘상대방의 계약이행을 믿고 지출한 비용’은 계약의 이행에 필수적으로 소요되는 필수지출비용도 있고,⁷⁴⁾ 필수적이지는 않으나 상대방의 계약이행을 믿고 지출되는 신뢰투자비용이⁷⁵⁾ 있다.⁷⁶⁾ 그러나 모두 계약 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용이기 때문에 신뢰이익의 손해에 해당한다. 또한 신뢰이익의 손해는 계약목적을 달성하지 못하고 지출된 비용이므로 이를 ‘낭비된 비용’으로⁷⁷⁾ 표현할 수도 있는데, 필수지출비용이나 신뢰투자비용 모두 낭비된 비용이라고 할 수 있다.

-
- 72) 채무자의 이행을 채권자가 신뢰하여 지출한 비용이 채무불이행으로 무익하게 되었더라도 채무자의 이행거절 사실을 알면서 그러한 비용을 지출한 경우 해당 비용에 대하여는 신뢰이익의 손해배상을 청구할 수 없다고 보는 견해가 있다(김영두, “채무불이행으로 인한 신뢰이익의 손해배상과 범위”, 261쪽). 그러나 채무자의 이행거절을 알고 비용을 지출한 경우라고 해도 채무자의 이행에 대한 신뢰가 전혀 없이 비용지출을 하는 것은 현실적으로 상상하기 어렵다. 이러한 경우는 채무자의 이행거절 가능성을 인지하였으나 그러한 위험을 가볍게 생각하는 등 채권자의 손해완화의무를 다하지 않는데 과실이 있는 경우가 대부분일 것이다. 따라서 이 경우는 신뢰이익의 손해범위에서 원칙적으로 배제할 것이 아니라, 일단 신뢰이익의 손해범위에는 포함한 다음, 과실상계 단계에서 그 과실의 경중에 따라 신뢰이익의 손해액으로부터 과실상계 금액을 차감하는 것이 보다 타당한 것으로 사료된다.
- 73) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다15501 판결에 따르면 공원운영위탁계약의 수탁자가 위탁자의 계약위반을 이유로 계약해지 및 손해배상을 청구한 사안에서, 수탁자가 위탁자의 계약이행을 믿고 지출한 비용 즉 신뢰이익의 손해를 인정하는 한편, 계약해지 및 손해의 발생에 수탁자도 기여한 면이 있음을 인정하여 수탁자의 과실비율을 60%로 보아, 수탁자가 청구한 신뢰이익의 손해 중 40%만 인정하였다.
- 74) 독일 민법 제284조에서 신뢰이익의 손해로 청구할 수 있는 비용은 ‘그 지출이 상당할 것’을 요건으로 하는 것도 계약의 이행에 통상적으로 발생하는 비용과 그렇지 않는 비용을 구분하고 있다고 볼 수 있다.
- 75) 본 연구에서는 ‘필수지출비용’을 제외하고 상대방의 이행을 신뢰하여 지출한 모든 비용을 포괄하여 ‘신뢰투자비용’으로 통칭하기로 한다. 따라서 본 연구에서 신뢰이익은 ‘필수지출비용’과 ‘신뢰투자비용’으로 세분되며, 단순히 ‘신뢰이익’이라고 할 때는 이 모두를 통칭하는 의미로 사용된다.
- 76) 신뢰이익의 손해를 ‘필수지출비용’과 ‘신뢰투자비용’으로 구분하는 것은 이행이익의 한도 이내라고 하더라도 통상손해로서 청구할 수 있는 손해는 계약의 이행에 통상적으로 발생하는 비용 즉, ‘필수지출비용’으로 제한할 필요가 있기 때문이다.
- 77) 무익하게 지출된 비용의 배상에 대하여 규정한 독일 민법 제284조는 “채권자가 급부의 획득을 신뢰하여 상당한 비용을 지출한 경우 그 급부에 갈음하는 손해배상 대신에 그 비용의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 다만, 단서에서 “채무자의 의무 위반이 없더라도 비용지출의 목적이 달성될 수 없었을 때는 그러하지 아니하다.”고 규정함으로써 정상적으로 계약이 이행되었더라도 비용지출의 목적 즉, 이행이익이 달성될 수 없는 때는 지출한 비용의 배상을 청구할 수 없음을 분명히 하고 있다.

2.2.1 필수지출비용

‘필수지출비용’은 계약의 이행에 필수적으로 소요되는 비용으로, 계약의 이행을 위하여 당연히 발생하리라고 일반적·객관적으로 예상할 수 있는 통상적인 지출비용이라고 할 수 있다.⁷⁸⁾ 신뢰이익의 손해를 필수지출비용과 신뢰투자비용으로 구분하는 것은 이행이익의 한도 이내라고 하더라도 통상손해로서 청구할 수 있는 손해는 계약의 이행에 통상적으로 발생하는 비용 즉, 필수지출비용으로 제한할 필요가 있기 때문이다. 이행이익은 계약금액으로 명확히 정해지는 경우가 많으나, 채무자의 급부를 금전적으로 평가할 수 없고, 해당 급부를 통한 새로운 경제적 이익 창출도 기대하기 어려운 때는 이행이익의 입증이 곤란하다. 이 경우에 이행이익이 필수지출비용과 순이익을 합한 총이익이라는 점에 착안하여, 필수지출비용 즉 (좁은 의미의) 신뢰이익의 손해를 입증하게 된다. 즉 ‘필수지출비용’은 채권자가 순이익을 포기하고 산정되는 이행이익의 최소한이면서, 상대방의 계약이행을 믿고 지출한 비용이므로 ‘이행이익의 손해’의 성격과 ‘신뢰이익의 손해’의 성격을 모두 가진다.⁷⁹⁾ 다시 말하면 필수지출비용은 비용의 관점에서 바라본 통상손해라고 할 수도 있다. ‘필수지출비용’을 ‘신뢰이익의 손해’와 동일시 하는 입장에서는 ‘신뢰이익’은 ‘지출비용’ 내지는 ‘이행이익의 최소한’으로⁸⁰⁾ 명명하는 것이 타당하고, 별도로 ‘신뢰이익’을 인정할 필요가 없다는 견해를 제시하기도 한다. 그러나 이러한 견해는 신뢰이익의 또 다른 측면 즉, ‘신뢰투자비용’을 간과하고 있는 것으로 판단된다. 신뢰투자비용은 통상 발생하는 비용이 아니라, 채권자의 개별적이고, 특별한 사정으로 인하여 발생한 손해이므로, 특별손해로 볼 수 있다.

78) Fuller와 Perdue는 계약상 의무를 이행하거나 이행의 준비를 하면서 발생하는 비용을 본질적 신뢰(essential reliance)로, 그 밖에 계약의 이행을 신뢰하여 발생한 비용을 부수적 신뢰(incidental reliance)로 각각 구분하였다 (Roger Halson and David Campbell(eds.), *op. cit.*, p. 96). 그러나 Fuller와 Perdue가 주장한 ‘본질적 신뢰’와 ‘부수적 신뢰’는 개념적으로 불명확하다는 지적을 받아 왔으므로, 이를 보다 구체적인 개념으로 바꿀 필요가 있다. 그러므로 ‘본질적 신뢰’를 보다 구체적인 표현으로 바꾸면 ‘계약에 따른 의무의 이행을 위하여 필수적으로 발생하는 신뢰’로 볼 수 있고, 필수적이지 않은 신뢰는 ‘부수적 신뢰’로 볼 수 있다. 여기서 ‘신뢰’는 손해의 관점에서 보면 결국 ‘비용’으로 대체될 수 있으므로, ‘필수지출비용’이라는 개념이 도출될 수 있다. 즉, Fuller와 Perdue가 주장했던 ‘본질적 신뢰’는 ‘필수지출비용’으로 표현될 때, ‘신뢰이익’과 ‘이행이익의 최소한’의 역할을 모두 아우르는 개념을 보다 잘 드러내는 것으로 생각된다.

79) 필수지출비용은 계약이 이행되었더라면 채권자가 회수하였을 비용이라는 전제에서 보면 이행이익의 한 형태로 볼 수도 있기 때문에, 양면성을 가진다고 할 수 있다(Andrew Robertson/Jeanne Paterson, *op. cit.*, p. 553).

80) 독일에서는 계약이행을 신뢰하여 지출한 비용은 이행이익 배상의 일종이므로, 지출비용은 계약을 통해 얻게 되는 최소한의 수익으로 추정된다는 취지의 ‘수익성 추정의 법리’가 지배적이었는데, 이를 반영하여 지출비용에 대한 배상을 규정한 민법 제284조가 2002년도에 신설되었다(권영준, 앞의 논문, 132쪽).

2.2.2 신뢰투자비용

신뢰이익의 손해 즉, ‘상대방의 계약이행을 믿고 지출한 비용’이지만, 계약의 이행에 필수적으로 소요되는 필수지출비용 외의 모든 비용은 신뢰투자비용으로 볼 수 있다. 신뢰이익은 ‘필수지출비용’보다 ‘신뢰투자비용’과 관련할 때 더 독자적인 의미가 크다고 할 수 있다. 필수지출비용은 이행이익의 일부이기 때문에 이를 ‘이행이익의 최소한’으로 명명하든 ‘신뢰이익의 손해’로 명명하든 손해배상을 청구함에 있어서는 차이가 없다. 그러나 ‘신뢰투자비용’이야말로, 신뢰이익의 고유영역이므로, ‘신뢰투자비용’에 대한 배상을 인정할지 여부가 신뢰이익의 독자적인 존재가치를 만들어 낸다고 할 수 있다. 신뢰투자비용은 이행이익을 구성하는 요소가 아닌 만큼, 필수지출비용보다 청구요건을 보다 엄격히 할 필요가 있다. 따라서 신뢰투자비용은 이행이익과 구별하여 민법 제393조 제2항의 특별손해로 보아 채무자의 예견가능성 및 상당인과관계의 존부 여부에 따라⁸¹⁾ 손해를 인정하면 될 것으로 생각된다.⁸²⁾

2.3 상한액

민법 제535조 제1항은 “채무자의 손해배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다.”고 규정함으로써 신뢰이익은 이행이익을 넘을 수 없다는 원칙을 확인하고 있다. 그렇지 않으면 채무불이행을 한 자가 채무를 이행한 경우보다 더 큰 손실을 입게 되어 부당하기 때문이다.⁸³⁾ 그러나 Fuller와 Perdue는 본질적 신뢰에 대한 손해(즉, 필수지출비용)만 계약가격(즉, 이행이익)을 상한으로⁸⁴⁾ 한다고 보았다.⁸⁵⁾ UCITA 제809

81) 대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다69458 판결에서 대법원은 골프장 클럽하우스 내 식당 등 영업장의 임대차에서 임대인(피고)의 직원들이 클럽하우스 등을 한 달 이상 무단 점거함에 따라 정상적인 영업이 어렵게 된 임차인(원고)이 위 임대차계약을 해지하고 임대인을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 임대인의 이행보조자인 직원들의 위 불법점거행위를 채무의 이행에 관련된 행위로 보아 임대인의 채무불이행책임을 인정하고, 임차인이 위 해지에 따라 영업장에서 근무하던 직원들을 해고하고 그들에게 지급한 휴업수당과 해고예고수당도 상당인과관계가 있는 손해에 해당한다고 판단하였다. 이 판결에서 대법원은 임차인의 손해를 산정함에 있어 상당인과관계 여부만 판단하였고, 산정된 손해가 이행이익을 초과하는지에 관하여 문제 삼지 않았다(김치동, “이행이익 및 신뢰이익”, 비교사법 제17권 제1호, 한국사법학회, 2010, 10쪽).

82) 매수인이 시장가격보다 높은 전매계약을 체결한 사실을 매도인이 알면서 시장가격보다 낮은 가격으로 해당 목적물의 매매계약을 체결한 후에 매도인의 귀책으로 매매계약이 해제되었다면, 매수인은 전매가격과 매매가격 간의 차액을 특별손해로서 그 배상을 청구할 수 있다. 이와 마찬가지로 특별손해로 취급되는 이상 신뢰투자비용도 이행이익을 한도로 할 필요는 없는 것으로 판단된다.

83) 김용덕, 앞의 책, 839쪽(문주형).

84) Fuller와 Perdue의 견해에 따르면, 개발계약에 따라 수급인이 도급인에게 납품하는 소프트웨어의 계약가격이

조도 라이선시(licensee)가 청구할 수 있는 직접손해는 위반 행위가 이행되었다면 얻을 수 있었던 이행의 시장가치에 수렴하지 않은 이행에 대하여 미리 지급되어 반환을 요하는 금액을 합산한 금액을 초과할 수 없다고 규정하고 있다. 즉, UCITA에서 이행이익을 상한으로 하는 손해는 직접손해에 한정되며, 간접손해에 해당하는 부수적 손해나 결과적 손해에 대하여는 이러한 제한이 없다. 따라서 이행이익을 상한으로 하는 신뢰이익의 손해도 직접손해에 해당하는 ‘본질적 신뢰이익’ 내지는 ‘필수지출비용’에 한정될 필요가 있고, 신뢰투자비용은 이행이익의 구성 부분이 아니므로, 이행이익을 상한으로 하지 않는 것이 타당하다.⁸⁶⁾

3. 이행이익과 신뢰이익을 이용한 채무불이행손해의 산정

상기에서 살펴본 바와 같이 채무불이행손해는 계약금액, 시장가치(시장가격), 총이익으로 산정되는 이행이익과 필수지출비용과 신뢰투자비용으로 나뉘는 신뢰이익을 이용하여 산정될 수 있다. 이때 이행이익의 손해와 필수지출비용에 해당하는 신뢰이익의 손해는 통상손해에 해당하는 것으로 볼 수 있고,⁸⁷⁾ 신뢰투자비용은 특별손해로 볼 수

1억 원이나, 제작비용은 1억 2천만 원이 소요되는 거래에서 도급인의 귀책으로 계약이 해지되는 경우 제작비용은 ‘본질적 신뢰’이므로 수급인이 청구할 수 있는 손해는 계약가격 1억 원을 상한으로 한다. 반면, 3년간 임대인과 임차인이 보증금 1천만 원, 월 임대료 500만 원으로 하는 상가임대차 계약을 체결하고 임차인이 판매용 상품 구입비용으로 3억 원을 지출하였으나, 임대인의 귀책으로 계약이 해지된 경우, 임차인이 낭비한 상품 구입비용 3억 원은 ‘부수적 신뢰’에 해당하므로 계약가격을 상한으로 하지 아니한다.

85) Roger Halson and David Campbell(eds.), *op. cit.*, p. 96.

86) 민법 제393조에는 민법 제535조 제1항처럼 신뢰이익이 이행이익을 한도로 한다는 취지의 규정이 없으므로, 채무자의 예견가능성이 인정된다면 이행이익을 초과하는 신뢰이익의 손해에 대한 배상청구도 가능하다고 보는 것이 실정법의 해석상 타당하다는 견해(고종영, “계약 해제와 손해배상 -손해배상의 성질과 범위에 관한 실무적 고찰-”, 법조 제52권 제3호, 법조협회, 2003, 23-24쪽)가 있다. 또한 신뢰투자비용을 특별손해로 보면 이행이익을 한도로 하지 않아도, 인과관계, 예견가능성, 과실상계, 손익상계 등을 통하여 손해의 범위와 손해액이 합리적으로 조절될 수 있어 채무자에게 부당한 결과가 발생하지는 않을 것으로 사료된다. 그러므로 사실상 이행이익의 상한선은 ‘필수지출비용’이 이행이익을 초과하는 소위 ‘손해 보는 계약’에 한하여 의미가 있다고 할 수 있다. ‘필수지출비용’이 이행이익을 초과하는 ‘손해 보는 계약’을 채권자가 체결한 경우, 계약이 이행되었더라도 채권자가 지게 되는 부담을 채무불이행을 기회로 채무자에게 전가하는 것은 부당하기 때문이다. 순이익이 발생하는 계약은 필수지출비용이 항상 총이익 내지는 이행이익보다 적게 되므로, 상한액을 논할 필요가 없다.

87) 이행이익은 계약이 이행된 경우 채권자가 통상적으로 얻을 수 있는 이익이라고 할 수 있다. 따라서 이행이익으로 산정되는 손해도 통상손해로 보는 것이 타당한 것으로 사료된다. 이행이익이 필수지출비용과 순이익의 합인 총이익으로 산정되는 만큼, 통상적이지 않은 지출비용(신뢰투자비용)이나 기대이익은 특별손해로 보아 이행이익과 구별할 필요가 있다.

있다. 이하에서는 채권자를 급부 제공자와 급부 수령자로 구분한 다음, 각자의 통상손해는 이행이익과 신뢰이익을 이용하여 어떻게 산정될 수 있고, 최종적인 손해액은 어떻게 결정될 수 있는지 그 구체적 내용을 살펴보기로 한다.

3.1 급부 제공자의 통상손해

매도인, 수급인, 임대인 및 라이선서(licensor)와 같이 급부를 제공하는 자가 채권자인 경우는 채무자가 계약을 정상적으로 이행하였더라면 계약에서 정한 금액 즉, 계약가격(을⁸⁸⁾ 받을 수 있으므로 채권자의 이행이익은 우선 계약가격으로 산정될 수 있다. 그러나 다른 한편으로 보면 계약가격은 급부 제공자가 필수지출비용을 지출하여 일정한 순이익을 얻을 목적으로 책정된 가격이다. 따라서 계약가격은 필수지출비용과 순이익의 합인 급부 제공자의 총이익과 등가관계에 서게 된다. 이때 급부 제공자의 필수지출비용은 급부 제공자에게 총이익 즉 이행이익의 일부이면서 신뢰이익이 된다. 필수지출비용 즉, 신뢰이익은 이행이익을 넘을 수 없으나 순이익이 기대되는 경우에 필수지출비용은 항상 총이익 즉 이행이익보다 적게 되므로 상한액을 논할 실익이 없다. 따라서 필수지출비용이 이행이익을 초과하는 이른바 손해 보는 계약인 경우에 한하여 이행이익이 필수지출비용 즉 신뢰이익의 상한으로서 의미를 가진다고 할 것이다.⁸⁹⁾

급부 제공자가 수령하는 계약가격은 확정된 금액으로 정하는 경우가 많아 이행이익의 산정이 비교적 용이하다. 그러나 라이선스계약의 경우 라이선시(licensee)의 매출에 연동하여⁹⁰⁾ 로열티를 수령하는 조건으로만 계약금액이 정해지거나 그러한 조건이 계약금액에 포함된 경우에는 계약가격으로 라이선서(licensor)의 이행이익을 산정하는 것이 용이하지 않다.⁹¹⁾ 특히, 로열티만으로 계약가격이 책정되거나 계약가격에 라이선스료가 포

88) 계약가격은 매매는 매매대가, 도급은 보수, 임대차는 보증금수익(보증금의 이자 상당액)과 차임, 라이선스계약은 라이선스대가(라이선스료, 로열티, 기술지원대가 등) 등 채권자의 지위에 따라 다양하게 표현될 수 있다.

89) 필수지출비용으로 급부 제공자의 손해를 입증하는 경우는 계약가격을 이용한 이행이익의 입증이 용이하지 않은 때가 보통일 것인데, 이 경우에는 필수지출비용의 상한으로서 이행이익의 산정 자체가 곤란하여 이행이익이 필수지출비용의 상한액으로 기능하는 경우는 사실상 기대하기 어렵다. 따라서 이행이익이 신뢰이익(필수지출비용)의 상한액이 되는 경우는 계약가격이 확정 금액으로 구성된 경우와 같이 이행이익의 입증이 용이한데, 신뢰이익(필수지출비용)이 계약가격을 초과하는 명백히 손해 보는 계약을 체결한 경우에 한정된다고 할 수 있다.

90) 라이선시(licensee)의 매출액에서 제비용을 공제한 순이익을 기준으로 로열티를 산정하는 경우도 많으나, 순이익의 산정도 총매출액을 전제로 하므로, 이 경우에도 로열티는 매출액에 연동하는 것으로 볼 수 있다.

함되어 있더라도 로열티의 비중이 큰 경우, 로열티 추정을 인정받지 못하면 라이선서(licensor)의 손해가 인정되지 않거나 현저히 적을 수 있다. 따라서 이 경우에는 계약가격과 총이익이 등가관계에 있음에 착안하여 총이익의 구성요소인 필수지출비용과 순이익으로 라이선서(licensor)의 손해를 입증할 수 있다. 그러나 순이익 또한 로열티의 추정을 전제로 하므로 사실상 순이익의 입증은 포기하고 필수지출비용만으로⁹²⁾ 손해를 입증해야 할 수 있다.

3.2 급부 수령자의 통상손해

매수인, 도급인, 임차인, 라이선시 licensee와 같이 급부를 수령하는 자가 채권자인 경우 계약가격은 이행이익이 아니라, 이행이익을 달성하기 위하여 지출되는 비용에 불과하다. 급부 수령자는 계약가격을 포함하여 필수지출비용을 지출하여 일정한 순이익을 얻을 목적으로 계약을 체결하므로, 필수지출비용과 순이익의 합으로 산정되는 급부 수령자의 총이익이 이행이익이 될 수 있다. 이때 총이익은 시장가치(시장가격)로 객관화될 수 있으므로, 급부 수령자의 총이익은 시장가치(시장가격)와 등가관계를 가진다. 급부수령자의 경우는 그 지위에 따라 적합한 이행이익의 산정기준이 다를 수 있다. 계약 목적물의 시장가치(시장가격)가 형성되어 있는 경우는 그 시장가치(시장가격)가 급부 수령자가 지불하는 계약가격보다 더 크다고 판단하여 거래를 하는 것이 보통이므로 시장가치(시

91) 예를 들어, 라이선서(licensor)가 라이선시 licensee로부터 수령할 로열티를 라이선시 licensee 총매출액의 일정 비율로 정한 경우, 라이선서(licensor)의 이행이익에 해당하는 계약가격은 라이선시 licensee의 총매출액에 연동하여 결정되는데, 장래 발생할 라이선시의 총매출액을 합리적으로 추정하는 것은 용이하지 않다. 라이선서(licensor)가 받을 수 있었던 로열티는 과거 라이선시의 매출실적이 있다면 해당 실적을 근거로 라이선서(licensor)가 받을 수 있었던 로열티를 추정할 수 있다. 하지만 과거 실적이 없는 경우에는 동종의 유사한 지식재산의 매출실적이나 라이선시 licensee가 제출한 사업계획 등에 근거하여 라이선서(licensor)가 받을 수 있었던 로열티를 추정할 수밖에 없다. 그러나 지식재산은 개성이 강하여 동종, 유사한 지식재산이라도 그 매출이 현저하게 차이나는 경우가 많고, 사업계획은 사업자의 주관적인 판단이나 낙관적인 전망이 많이 반영되어 있다. 따라서 그 추정의 객관성과 합리성을 인정받는 것은 용이하지 않을 수 있다. 東京地方裁判所 令和3(2021)年9月30日 判決(平成31年(ワ)第3149号)에 따르면 개발자가 발주자의 설립예정 회사의 영업용 웹사이트를 개발하기로 하였으나 개발자가 납기 이내 개발을 하지 못하여 채무불이행이 인정되는 사안에서, 발주자가 손해배상으로 일실이익을 청구하였으나 일실이익으로 주장하는 손해가 설립할 예정이었던 회사의 계획상의 수치에 지나지 않고, 그 계획에도 구속력이 없다는 이유로 일실이익에 대한 손해를 인정하지 않았다.

92) 이러한 필수지출비용으로는 i) 계약의 체결 및 실행 비용, ii) 라이선스권리의 허락을 위하여 지출한 비용, iii) 지식재산의 제작 및 인도를 위해 지출한 비용, iv) 지식재산의 유지보수나 관련 기술지원을 위하여 지출한 비용 등을 생각해 볼 수 있다.

장가격)가 이행이익의 산정기준으로 적합하다. 그러나 계약 목적물의 시장가치(시장가격)가 형성되어 있지 못한 경우는 시장가치(시장가격)와 총이익이 등가관계에 있음에 착안하여 총이익으로 이행이익을 산정하는 것이 합리적일 수 있다.

이때 이행이익 산정 단계에서는 채무자 채무불이행으로 채권자가 지출을 면한 비용을 공제해서는 안 된다. 이행이익이 ‘미지출비용’을 포함한 총이익을 의미하므로, 이행이익을 먼저 산출한 다음, 손익상계 단계에서 ‘면한 비용’을 공제해야 하기 때문이다.⁹³⁾ 일실이익의 경우도 해당 이익을 창출하기 위하여 소요되는 원가비용의 실제 지출이 없는 경우, 원가를 포함한 총이익으로 이행이익을 구한 다음 손익상계 단계에서 지출이 없었던 원가를 차감하여 일실된 순이익을 산정해야 한다.⁹⁴⁾ 그렇지 않으면 통상손해 산정 단계에서 손익상계를 하게 되어, 과실상계가 필요한 사항이 있는 경우 손익상계 전 과실상계를 하지 못하는 문제가 발생한다.

계약 목적물의 시장가치(시장가격)가 형성되어 있지 못하여 총이익으로 이행이익을 산정하는 경우는 총이익을 추정해야 하는데 그 추정의 객관성과 합리성을 채무자에게 책임을 귀속시킬 수 있을 정도로 인정받는 것은 용이하지 않을 수 있다. 이와 같이 채권자의 총이익을 입증하기 곤란한 경우 채권자는 총이익이 필수지출비용과 순이익의 합이라는 점에 착안하여 순이익과 미 지출 비용을 포함한 이행이익의 입증을 포기하고, 기 지출한 필수지출비용을⁹⁵⁾ 입증하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이때 필수지출비용은

93) 東京地方裁判所 平成23(2011)年10月20日 判決(平成20年(7)第25855号)에 따르면 발주자와 개발자 간에 이더닝 시스템 개발계약을 체결하였으나, 발주자가 정보의 제공이나 사양의 확정을 게을리 하여 이행불능이 된 사안에서 법원은 개발자는 잔존채무를 면하고, 발주자에게 개발대금 전액을 청구할 수 있다고 판단하였다. 그리고 나서 개발자가 개발을 중단하여 이익을 얻었음을 인정하여 개발자가 얻은 이익 상당액을 최종 손해액 산정 시 공제하였다. 법원이 이와 같은 방식으로 손해를 산정한 것은 미지출 비용을 포함한 총이익을 이행이익으로 보아 개발자가 청구할 수 있는 손해로确定的 다음에 개발의 중단으로 개발자가 ‘면한 비용’을 공제하는 방식으로 손해를 산정한 것으로 볼 수 있다.

94) 채무불이행에 따른 손해는 ‘이행이익의 손해’가 원칙이고 이때 이행이익은 총이익을 기준으로 산정하는 반면, 지식재산권 침해에 따라 발생한 지식재산권자의 손해를 산정할 때는 순이익을 기준으로 하는 경우가 많아 양자가 손해의 산정기준이 다른 것처럼 보인다. 그러나 채무불이행의 경우에는 총이익을 기준으로 이행이익을 구한 다음 총이익을 얻기 위해 소요되는 비용 중 지출하지 않은 비용을 차감하여 손해를 산정하고, 지식재산권 침해의 경우는 침해자의 총이익을 얻기 위해 권리가 지출한 비용이 처음부터 없으므로 ‘필수지출비용’의 지출을 면한 것과 다름없어 순이익을 기준으로 손해를 산정한다. 그러므로 양자 모두 ‘총이익에서 지출을 면한 비용을 차감한 금액’을 기준으로 하는 점에서는 같다고 할 것이다.

95) 라이선스계약의 경우 라이선시(licensee)의 필수지출비용으로는 i) 계약의 체결 및 실행 비용, ii) 라이선스권리의 취득비용(즉, 라이선시(licensee)가 라이선서(licensor)에게 지급한 라이선스로 및 로열티 등 라이선스대가), iii) 제3자에게 지급한 수수료, 인건비 등 지식재산의 사용·수익을 위하여 소요된 필수적인 비용, iv) 통상적인 수준의 광고·홍보 비용 등이 인정될 수 있을 것으로 판단된다.

채권자에게 총이익 즉 이행이익의 일부이면서 신뢰이익이 되며, 이행이익을 넘을 수 없다.⁹⁶⁾

3.3 최종 손해액의 결정

상기와 같이 통상손해가 산정되었으면 채무자가 손해배상책임을 지는 것으로 계약에 명시하였거나 채무자가 예견할 수 있었던 특별손해가 있다면 이에 가산한다. 특별손해로는 결과적 손해, 부수적 손해 및 신뢰투자비용이 대표적이라고 할 수 있다. 특히, 신뢰투자비용은 신뢰이익의 일종이나, 이행이익의 일부가 아니므로 중복배상 문제가 발생하지 않아 이행이익과 동시에 청구하는 것이 가능할 것으로 판단된다. 또한 신뢰투자비용은 이행이익의 일부를 구성하는 비용이 아니므로 이행이익을 상한으로 하지 않는 것으로 판단된다. 다만, 신뢰투자비용은 특별손해로 볼 수 있으므로 채무자의 예견가능성을 충족해야 채권자의 손해로 인정될 수 있을 것이다.

채권자의 통상손해가 산정되고, 특별손해가 가산되었으면 다음과 같은 단계를 거쳐 최종 손해액을 산정한다. 첫째, 제반 정황상 채권자가 손해를 피하거나 줄이기 위하여 합리적인 조치(즉, 손해경감조치)⁹⁷⁾ 취한 경우 피할 수 있었던 손해가 있는지 살펴 그러한 손해가 있다면, 즉 채권자에게 자신의 손해발생에 기여한 과실이 있다면 이를 공제해야한다(과실상계). 둘째, 채무자의 채무불이행으로 인하여 채권자가 이익을⁹⁸⁾ 얻

96) 급부 수령자의 경우에도 급부 제공자의 경우와 마찬가지로 순이익이 기대되는 경우에 필수지출비용은 항상 총이익 즉 이행이익보다 적게 되므로 상한액을 논할 실익이 없다. 따라서 필수지출비용이 이행이익을 초과하는 이른바 적자 보는 계약인 경우에 한하여 이행이익이 필수지출비용 즉 신뢰이익의 상한으로서 의미를 가진다.

97) 판례(대법원 1999. 6. 25. 선고 99다10714 판결; 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003다22912 판결; 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다20580 판결)도 불법행위의 경우 피해자에게도 손해경감조치의무가 있으며, 합리적인 이유 없이 손해경감조치의무를 불이행한 경우에는 손해배상액을 정함에 있어 손해의 확대에 기여한 피해자의 의무불이행의 점을 참작할 수 있다고 보았다. 미국과 EU에서는 손해경감조치의무(Mitigation)를 법률에 명문으로 규정하고 있다. 미국의 경우 미국 계약법 제350조 제1항에서 채권자가 과도한 위험, 부담 또는 굴욕 없이 피할 수 있었던 손해에 대하여는 배상하지 않음을 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 이때 그러한 손해를 회피하는 노력은 합리적이면 족하므로, 합리적인 노력을 기울이고도 발생한 손해에 대하여는 배상을 청구할 수 있음을 규정하고 있다. EU의 경우도 DCFR III.-3:705조에서 채권자가 합리적인 조치를 취함으로써 손실을 경감시킬 수 있었다면 그 한도 내에서 채무자는 채권자가 입은 손해에 대하여 책임지지 않는다고 규정하고 있다. 또한 채권자는 손해를 감소시키기 위한 과정에서 합리적으로 채권자에게 발생한 비용을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

98) 이러한 이익은 손해배상원인과 상당인과관계를 가져야 한다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다42348 판결; 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다54706, 54713 판결; 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결; 대법원

고 있는 것이 있다면 공제해야 한다(손익상계). 셋째 장래의 일정한 시기에 얻을 수 있는 이익은 현재가치로 환원해야 한다(중간이자의 공제).⁹⁹⁾

IV. 입법적 제언

상기에서 채무불이행손해의 산정기준으로 이행이익과 신뢰이익이 적절히 이용될 수 있음을 살펴보았다. 실제 재판실무에서도 이행이익과 신뢰이익이 손해배상의 판단기준이 되는 경우가 많다. 뿐만 아니라, 상기에서 살펴본 바와 같이 비교법적 고찰을 통하여 보아도 채무불이행에 따른 손해에 대하여는 이행이익의 배상을 원칙으로 하고, 보충적으로 신뢰이익의 배상을 허용하는 경우가 많다. 따라서 우리 민법에도 이행이익과 신뢰이익의 배상원칙을 명확히 반영할 필요가 있다.

이러한 배상원칙이 우리 민법에 명확히 제시되어 있지 않아 이행이익의 배상은 해석론으로 접근하고, 신뢰이익의 배상은 민법 제535조의 계약체결상 과실책임에 근거하여 판단하고 있는 실정이다. 특히, 채무불이행으로 인한 신뢰이익의 배상을 인정하면서도 학설이나 판례가 ‘신뢰이익의 손해’를 인정하는 근거를 민법 제535조(계약체결상의 과실)에 있어 ‘원시적 이행불능인 무효인 계약을 유효한 것으로 믿고 지출한 비용’에서¹⁰⁰⁾ 찾는 것은 적절하지 않다.¹⁰¹⁾ 채무불이행의 경우 ‘신뢰이익의 손해’는 ‘무효인 계약을 유효한 것으로 믿고 지출한 비용’이 아니라 ‘상대방의 계약이행을 믿고 지출한 비용’이기

1992. 12. 22. 선고 92다31361 판결). 따라서 채무불이행이 아닌 다른 계약에 따른 이익 등 다른 원인에 의하여 얻은 이익은 공제할 수 없다(송덕수, 앞의 책, 187쪽).

99) 급부 제공자의 경우 손해의 산정 시 이후에 수령하기로 예정되어 있었던 계약가격이 중간이자의 공제 대상이 될 수 있고, 급부 수령자의 경우 손해의 산정 시 이후에 얻을 수 있었던 일실이익 등이 중간이자의 공제 대상이 될 수 있다.

100) 이러한 비용으로는 계약비용, 물건 조사비용, 차용금에 대한 이자상당액, 운송수단 준비비용 등이 예시될 수 있다(양형우, 민법의 세계, 정독, 2022, 942쪽).

101) 신뢰이익의 손해배상은 계약이 체결되기 전의 상태로 돌아가는 것을 상정하므로, 주로 계약해제와 함께 청구되는 것이 보통이다. 이러한 점에 착안하여 계약해제는 계약이 무효로 되는 것과 마찬가지로, 무효인 계약을 유효한 것으로 믿는 것과 다름이 없다는 주장을 하면서 ‘계약체결상 과실책임에서의 신뢰이익의 정의’를 채무불이행에서도 관찰하고자 하는 견해도 있다. 그러나 채권자가 지출한 비용이 채무자의 이행지체로 무익하게 된 경우에 채권자는 계약을 해제하지 않고도 채무자에 대한 이행청구와 함께 신뢰이익의 손해배상을 청구할 수도 있으므로(김영두, “채무불이행으로 인한 신뢰이익의 손해배상과 범위”, 264쪽), 그러한 견해는 타당성이 부족하다고 할 수 있다.

때문이다.¹⁰²⁾ 즉, ‘원시적 이행불능’이 채무불이행에 있어 신뢰이익을 판단하는 전제가 될 수는 없다.¹⁰³⁾ 그리고 신뢰이익의 배상은 모든 신뢰이익을 배상하는 것이 아니라, 이행이익과 중복되는 필수지출비용 즉 통상의 지출비용을¹⁰⁴⁾ 배상하는 것임을 명확히 할 필요가 있다.¹⁰⁵⁾ 또한 이중 배상 방지를 위해 필수지출비용에 해당하는 신뢰이익의 손해에 대한 배상 청구는 이행이익의 손해에 대한 배상 청구에 갈음하는 것이며, 양자를 함께 청구할 수 없음을 명확히 할 필요가 있다. 따라서 상기에서 검토한 결과를 반영하여 채무불이행에 따른 손해배상기준을 명확히 하기 위하여 민법 제390조를 아래와 같이 개정할 것을 제안한다.

〈표 IV-1〉 신구조문 대비표

현 행	개 정 안
제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.	제390조(채무불이행과 손해배상) ① 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다. ②전항에 따라 손해배상을 청구하는 경우, 채권자는 계약의 이행으로 인하여 생길 이익을 손해로 청구할 수 있다. ③채권자는 전항의 청구에 갈음하여 채무자의 이행을 믿었음으로 인하여 발생한 통상적인 지출액에 대한 배상을 청구할 수 있다. 그러나 그 배상액은 계약의 이행으로 인하여 생길 이익을 넘지 못한다.

102) 김용덕, 앞의 책, 839쪽(문주형).

103) 미국 계약법에서도 신뢰이익은 손해액을 산정하는 일반적인 기준이며, ‘원시적 이행불능’에 한정된 손해배상 산정기준이 아니다. 즉 미국 계약법 제349조는 이행이익에 기초한 손해산정의 대안으로서, 채권자는 신뢰이익에 기초한 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하는 한편, 이러한 손해에는 이행을 준비하거나, 이행 중에 발생한 비용을 포함하는 것으로 규정하고 있다.

104) 독일 민법 제284조는 급부에 갈음한 손해배상 대신에 청구할 수 있는 비용은 ‘그 지출이 상당할 것’을 요건으로 하고 있다.

105) 2013년 민법개정회의 전체회의에서 확정된 채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안 제392조의2는 “채무불이행의 경우에 채권자는 채무가 이행될 것을 믿고 지출한 비용의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 그 배상액은 채무가 이행되었더라면 받았을 이익액을 넘지 못한다.”고 규정하였다. 그러나 2013년 민법개정안은 ‘신뢰이익의 손해’ 중 통상손해와 특별손해를 명확히 구별하지 못하는 면이 있어, ‘신뢰이익의 손해’는 ‘통상적인 지출액’으로 한정하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

V. 결론

채무불이행손해는 채무불이행 손해산정의 원칙에 따라 통상손해를 산정하고, 특별손해는 가산하며, 과실상계, 손익상계, 책임제한 및 중간이자 공제의 단계를 순차적으로 거침으로써 산정된다. 그러나 통상손해의 개념이 추상적이므로 구체적 산정기준이 필요한 바, 상당인과관계, 차액(가치감소분), 이행이익과 신뢰이익, 대체거래손해, 기회비용 등의 활용 가능성이 본 연구에서 검토되었다. 그 결과 임대차나 라이선스계약 등 목적물의 사용·수익을 목적으로 하는 거래가 빈번한 오늘날의 거래 현실까지 고려하면 ‘이행이익과 신뢰이익’이 채무불이행손해의 산정기준으로 가장 적합한 것으로 판단되었다.

이행이익은 채무자가 계약을 완전히 이행하였더라면(즉, 채무불이행이 없었더라면) 채권자가 얻을 수 있었던 이익을 말하며, 채권자의 지위에 따라 계약가격, 시장가치(시장가격), 총이익으로 산정될 수 있다. 매도인, 수급인, 임대인 및 라이선서(licensor)와 같이 급부를 제공하는 자가 채권자인 경우는 주로 계약가격이 이행이익이 될 수 있다. 이때 계약가격은 급부 제공자의 필수지출비용과 순이익을 합한 총이익으로 산정되므로, 급부 제공자의 총이익과 등가관계를 가진다. 매수인, 도급인, 임차인, 라이선시 licensee와 같이 급부를 수령하는 자가 채권자인 경우 계약가격은 이행이익이 아니라, 이행이익을 달성하기 위하여 지출되는 비용에 불과하다. 급부 수령자는 계약가격을 포함하여 필수지출비용을 지출하여 일정한 순이익을 얻을 목적으로 계약을 체결하므로, 필수지출비용과 순이익의 합으로 산정되는 급부 수령자의 총이익이 이행이익이 될 수 있다. 이때 총이익은 시장가치(시장가격)로 객관화될 수 있으므로, 급부 수령자의 총이익은 시장가치(시장가격)와 등가관계를 가진다.

신뢰이익은 채권자가 채무자의 이행을 신뢰하였기 때문에 지출한 비용을 말하며, 필수지출비용과 신뢰투자비용으로 나뉜다. 필수지출비용은 신뢰이익이면서 이행이익의 일부를 구성하므로, 이행이익을 상한으로 하며 이행이익과 중복하여 청구할 수 없다. 반면, 신뢰투자비용은 이행이익의 일부가 아니므로 이행이익을 상한으로 하지 않으며, 특별손해의 요건을 갖추면 이행이익과 중복하여 청구할 수 있다.

상기와 같은 연구결과는 채무불이행손해를 산정함에 있어 참고가 될 수 있을 것으로 생각한다. 그러나 학설이나 판례가 ‘이행이익의 손해’는 해석론으로 접근하고 있어 해석의 일관성을 담보하기 어렵다. 또한 ‘신뢰이익의 손해’는 민법 제535조의 계약체결상 과실책임에 근거하여 판단하고 있어 그 근거가 부적절하다. 따라서 이러한 문제는 본 연구 제4장에서 제언한 바와 같이 입법적으로 보완할 필요가 있는 것으로 사료된다.

참고문헌

1. 단행본

- 김대정/최창렬, 채권총론, 박영사, 2020.
- 김용덕, 주석 민법: 채권총칙 1, 한국사법행정학회, 2020.
- 송덕수, 채권법총론, 박영사, 2021.
- 양형우, 민법의 세계, 정독, 2022.
- 조국현, 미국계약법, 진원사, 2019.
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2020.
- Andrew Robertson/Jeannie Paterson, *Principles of Contract Law 6th Ed.*, Lawbook Co., AUSTRALIA, 2020.
- Edwin Peel, *The Law of Contract*, 14th ed., Sweet & Maxwell, 2015.
- G. H. Treitel, *The Law of Contract 11th ed.*, Sweet & Maxwell, 2003.
- Jeannie Paterson/Andrew Robertson/Arlen Duke, *Contract Law: Principles, Cases and Legislation*, 3th Ed., Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2016.
- Lindy Willmott et al., *Contract Law 4th ed.*, South Melbourne: Oxford University Press, 2012.
- Melvin A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press, 2018.
- Robert A. Hillman, *Principle of Contract Law 3rd ed.*, West Academic Publishing, 2013.
- Robert Cooter/Thomas Ulen, *Law & Economics 6th ed.*, Pearson, 2011.
- Roger Halson/David Campbell(eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Edward Elgar Publishing, 2019.

2. 학술지

- 강혜림, “비용과 이행이익”, 강원법학 제48권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016, 137-189쪽.
- 권영준, “이행이익, 신뢰이익, 중복배상 -지출비용과 일실회의의 배상청구와 관련하여-”, 인권과 정의 제491호, 대한변호사협회, 2020, 123-145쪽.
- 고종영, “계약해제와 손해배상 -손해배상의 성질과 범위에 관한 실무적 고찰-”, 법조 제52권 제3호, 법조협회, 2003, 5-41쪽.

김영두, “채무불이행과 구체적·추상적 손해산정”, 민사법학 제76호, 한국민사법학회, 2016, 73-104쪽.

_____, “채무불이행으로 인한 신뢰이익의 손해배상과 범위”, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 237-284쪽.

김일중/김현석, “채무불이행 사건에서의 최적손해배상산정에 관한 법경제학적 탐구: 한국 계약법제를 중심으로”, 국제경제연구 제17권 제1호, 한국국제경제학회, 2011, 155-189쪽.

김차동, “이행이익 및 신뢰이익”, 비교사법 제17권 제1호, 한국사법학회, 2010, 1-44쪽.

김홍수, “지식재산권 활성화를 위한 기업상표권 가치평가 모형 개발”, 디지털융복합연구 제14권 제9호, 한국디지털정책학회, 2016, 89-97쪽.

남영호, “무형자산의 가치평가와 로열티 실증분석: 한·중 온라인게임 라이선스 계약을 대상으로”, 회계저널 제14권 특별호, 한국회계학회, 2005, 75-104쪽.

박준석, “라이선스 관련 지적재산권 이슈들 -우리 판례의 관련 동향을 중심으로-”, 산업재산권 제54호, 한국지식재산학회, 2017, 99-170쪽.

難波讓治, “信賴利益、履行利益論の現況と課題”, 立教法学 第70号, 立教法学会, 2006, 27-54頁.

笠井 修, “損害賠償額算定の理論と規範(1)”, 中央ロー・ジャーナル 第12巻 第1号, 中央ロー・ジャーナル編集委員会, 2015, 3-41頁.

3. 학위논문

옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에서 라이선서의 채무에 관한 연구”, 광운대학교대학원 박사학위논문, 2023.

[Abstract]

Expectation Interest and Reliance Interest as the Basis for Calculating Default Damage

Ok, Chi-Wang*

Damage incurred to the creditor due to the debtor's default is computed by calculating ordinary damage, adding special damage, and going through the steps of comparative negligence, offset of profit, limitation of liability and deducting intermediate interest sequentially. However, since the concept of ordinary damage is also abstract, specific calculation standards are required. As a result of reviewing the calculation standards of default damage considering the reality of today's transactions, where transactions aimed at the use and profit of contract objects such as lease agreement and license agreement are frequent, "expectation interest and reliance interest" were judged to be the most appropriate criteria for calculating default damage.

Expectation interest means the profit that could have been obtained by the creditor if the debtor had fully fulfilled the contract (i.e., without default), and it can be calculated by using contract price, market value (market price), gross profit according to the creditor's position. Reliance interest means the expenses spent by the creditor because he trusted the debtor's performance, and the reliance interest is divided into essential expenditure and reliance investment costs. Since essential expenditure is part of the expectation interest and also is the reliance interest, the expectation interest is the upper limit of the reliance interest, and essential expenditure can not be claimed double with the expectation interest.

On the other hand, as reliance investment costs are not part of the expectation interest, the expectation interest is not the upper limit of the reliance investment costs, and if the requirements for special damage are met, they can be claimed double with the expectation interest.

* Legal Director of Gravity Co., Ltd.

It is judged that the above research results can be used as a reference in calculating default damage. However, it is difficult to ensure consistency in interpretation because ‘expectation interest damage’ is judged by theories or precedents based on interpretation theory. The basis for ‘reliance interest damage’ is inappropriate because it is judged on the basis of culpa in contrabendo under Article 535 of the Civil Act. Therefore, as it was judged that these problems need to be legislatively supplemented, legislative suggestions were made in Chapter 4 of this study.

[Key Words] default damage, expectation interest, reliance interest, ordinary damages, special damages, offset of profit