[논 문]

계약교섭의 파기로 인한 손해배상 책임의 근거와 범위

박 영 목*

≪차 례≫

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 판결례의 분석
1. 교직원 미채용 사건
2. 광안대교 사건
3. 무역탑 사건
4. 국방연구원 사건
5. 천년의 문 사건
6. 가축분뇨처리시절 설치계약 사건
7. 소결
Ⅲ. 손해배상책임의 근거에 대한 검토
1. 책임근거로서의 불법행위
2. 잘못된 신뢰야기에 의한 책임
3. 부당파기에 의한 책임
4. 소결
Ⅳ. 손해배상범위에서의 차이에 대한 검토
1. 국방연구원 사례에서의 손해배상범위
2. 교회교육관신축공사 사건에 대한 검토
3. 손해배상의 관점에 기초한 구분
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서 론

계약체결을 위한 교섭 중에 일방이 이를 중단해도 이는 계약체결자유의 행사로서 위법성이 없고, 이로 인해 타방에게 손해가 생겨도 배상의무가 발생하

* 순천대학교 공공인재학부 법학전공 부교수

지 않는 것이 원칙이다. 또한 계약당사자가 계약의 체결 과정에 비용을 들이는 것은 계약상의 이익을 얻기 위한 투자로서 그 위험은 스스로 감수해야 한다.[1] 그러나 일방이 상대방에게 계약체결에 대한 신뢰를 부여하고 상대방이 이로 인해 일정한 행동을 했는데, 일방이 상당한 사유없이 계약체결을 거부하는 것은 신의칙에 반하여 위법하다는 것이 판례의 입장이다. 그리고 법원은 이를 불법행위라고 하면서, 손해배상의 범위에 관하여 제535조에 따르고 있다. 그러나 대법원이 책임의 근거를 불법행위라고 하면서도 손해배상의 범위에 관해서 -제763조가 준용하는- 제393조가 아닌,[2] 제535조를 따르는 것에는 설명이 필요하다. 대법원은 다수의 판결에서 위법성의 근거가 부당파기라면서도 신뢰이익을 배상시키고 있는데, 이는 위법한 행위와 인과관계 있는 손해가 아니다. 부당파기가 위법하다면 계약이 체결되었을 상태를 기준으로 손해배상을 해야 하기 때문에 이행이익을 배상시켜야 할 것이다.[3] 그럼에도 법원은 책임의 근거는 계약교섭의 부당파기라고 하면서도 손해배상에 관해서는 계속해서 신뢰이익 혹은 신뢰손해의 배상이라는 표현을 사용하고 있다. 이런 점에서 책임의 근거인 '교섭파기의 불법행위'와 책임의 범위인 '신뢰이익 배상'이 서로 일관되지 않는다. 물론 법원이 계약교섭의 부당파기에 관해 민법 제535조를 유추적용한 것이라고 설명할 수도 있다.[4] 그러나 대법원이 책임의 근거를 불법행위라고 명시하고 있으므로,[5] 신뢰이익배상의 이론적 근거도 불법행위 일반론에 근거해서 설명해야 할 필요가 있다.[6] 더 나아가 계약교섭의

---

1) 곽윤직(편), 『민법주해 XII』 채권(5), 박영사, 1999, 제535조, 259면 (최홍섭 집필); 지원림, "계약교섭이 부당하게 파기된 경우의 법률관계 -대법원 2001.6.15. 선고 94다40418 판결-", 민사판례연구 XXV, 2003, 177-178면, 172-173면; 박정제, "계약교섭파기책임의 유형적 고찰", 사법논집 제46집, 2008, 581면.

2) 책임의 근거가 불법행위라면 손해배상의 범위는 민법 제763조가 준용하는 제393조에 의해 해결될 것이라는 설명으로는 지원림, "계약교섭이 부당하게 파기된 경우의 법률관계 -대법원 2001.6.15. 선고 94다40418 판결-", 민사판례연구 XXV, 2003, 182면.

3) 박영목, "계약완성의무의 위반과 이행이익의 배상", 고려법학 제59호, 2010, 276-277면.

4) 김대정, "계약교섭의 부당파기로 인한 손해배상책임", 중앙법학 제11집 3호, 2009, 109면 및 각주 7의 인용문헌 참조; 이은영, "계약교섭의 일방파기와 손해배상책임", 법학논문집(중앙대학교) 제30집 제2호, 2006, 338면.

5) 대법원의 입장을 '불법행위론'으로 보는 견해로는: 박정제, "계약교섭파기책임의 유형적 고찰", 사법논집, 제46집, 2008, 596면; 김대정, "계약교섭의 부당파기로 인한 손해배상책임", 중앙법학 제11집 3호, 2009, 125-126면; 김동훈, "계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상", 저스티스 제82호, 2004, 196면.

부당파기에 관한 한 사례에서 법원이 '이행이익의 배상'을 인정했다고 보는 견해도 있는데,[7] 이러한 진단이 정당한지, 정당하다면 이러한 법원의 입장이 어떻게 설명될 수 있는지라는 문제도 제기된다.

이러한 의문을 해결하기 위해 다음의 세 가지를 검토하고자 한다. 첫째, 계약교섭의 부당파기에서 불법행위책임의 근거가 무엇인가 하는 것이다. 즉, 계약이 체결될 것이라는 잘못된 신뢰를 야기한 것이 잘못인가, 아니면 계약체결을 거부한 것이 잘못인가의 문제이다. 둘째, 법원은 불법행위에 기초해서 신뢰이익의 배상을 인정하고 있는데 이것이 타당한지이다. 이와 관련해서는 계약체결상의 과실책임설을 수용하고 있는 것은 아닌지[8]의 의문도 제기된다. 셋째, 계약교섭의 부당파기 사안에서 이행이익을 배상시킨 사건이 있는지, 그리고 이렇게 효과를 달리하고 있다면 그 구분의 기준은 무엇인지이다. 이를 위해서 계약교섭의 부당파기[9]를 인정한 판결과 부당파기가 인정되지는 않았지만 이를 주된 논점으로 검토한 대법원 판결사례들을 일별한 후, 제기된 문제를 검토하고자 한다.

Ⅱ. 판결례의 분석

1. 교직원 미채용 사건[10]

피고는 원고를 포함한 9명의 응시자를 사무직원 공채시험의 최종 합격자로

6) 신뢰이익의 배상이 계약책임이나 계약체결상의 과실책임에서만이 아니라 불법행위에서도 인정될 수 있다는 점에 관하여는: 정성헌, "계약교섭의 부당파기", 고려법학 제63호, 2011, 356면.

7) 김동훈, "계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상", 저스티스 제82호, 2004, 198면; 이를 이행이익 배상이 아닌 것으로 보는 견해는: 김상환, "계약 체결을 위한 교섭 중 당사자 중 일방이 상대방의 적극적인 요구에 따라 이행에 착수하였으나 그 계약이 부당하게 파기된 경우에 상대방이 부담하여야 할 손해배상책임의 범위(2004.5.28. 선고 2002다32301 판결: 공2004하, 1055)", 대법원판례해설 제49호, 2004, 168면.

8) 김동훈, "계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상", 저스티스 제82호, 2004, 196-197면.

9) 계약교섭의 '부당파기'는 파기의 위법성을 전제로 한 표현이지만, 아래에서는 신뢰의 야기가 위법한 경우와 파기가 위법한 경우를 모두 포함하여 '계약교섭의 부당파기'로 표현하기로 한다.

10) 대법원 1993. 9. 10. 선고 92다42897 판결.

결정하고 그들에게 '1989.5.10.자로 발령하겠으니 제반 구비서류를 제출하여 달라.'는 통지를 했으나, 5명에 대해서만 발령을 하고, 원고에 대하여는 여러 번 발령을 미루어 오다가 1990.5.28.경 학교 재정상 원고를 피고의 직원으로 채용할 수 없다고 최종 통지하였다. 원고는 피고를 상대로 불법행위를 이유로 한 손해배상을 청구하였다.

이에 대해 법원은 "피고가 자신이 경영하는 **대학의 재정 형편, 적정한 직원의 수, 1990년도 입학정원의 증감 여부 등 여러 사정을 참작하여 채용할 직원의 수를 헤아리고 그에 따라 적정한 수의 합격자 발표와 직원채용통지를 하여야 하는데도 이를 게을리 하였"다면서 피고의 불법행위책임을 인정했다. 그리고 피고는 원고가 발령 약속을 신뢰하여 피고의 직원으로 채용되기를 기대하면서 다른 취직의 기회를 포기함으로써 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 하였다.

2. 광안대교 사건[11]

건설업체인 원고들은 부산 광안대교 제4공구 공사의 공동낙찰수급체를 형성한 다음 그 중 「강교공사」에 대하여 피고 회사에게 하수급의사를 타진하였다. 피고 회사는 견적서, 이행각서, 피고 조합(건설공제조합)의 하도급보증서를 제출하였다. 원고들은 낙찰을 받고, 조달청과 공사도급계약을 체결하였다. 그 후 공사금액이 더 많이 든다는 것을 알게 된 피고 회사는 대금의 증액을 요구했고 원고는 일부 합의된 계약조건을 송부하고 하도급계약의 체결을 촉구하였지만, 피고는 공사비추가인상을 요구하여 최종합의는 하지 못하였다. 원고들은 피고 회사에 대해 하도급계약상의 채무불이행 및 불법행위를 이유로 손해배상을 청구하고, 피고 조합에 대하여는 보증계약상의 책임을 물었다.

이에 대해 제1심 법원은 피고회사의 채무불이행책임은 부정하고 불법행위책임은 인정했지만,[12] 제2심법원[13]과 대법원은 불법행위책임도 부정했다. 또

11) 대법원 2001. 6. 15. 선고 99다40418 판결.
12) 서울지법 1997. 12. 3. 선고 96가합51993 판결.
13) 서울고법 1999. 6. 23. 선고 98나5908 판결.

한 피고 회사의 채무불이행책임이 부정됨에 따라 모든 심급에서 피고 조합의 보증책임은 인정되지 않았다. 주로 문제된 것은 피고회사의 계약교섭중단이 불법행위가 되는가였다. 원고는 피고회사의 견적서를 믿고 공사에 입찰했는데 피고회사가 계약체결을 거부함에 따라 손해보는 공사를 하게 되었다면서 손해배상을 청구했다. 하지만 법원은 원고가 피고회사의 견적서(약 252억 원)를 받기 전에 다른 회사로부터 받아 본 견적금액이 604억여 원이었고, 피고회사가 원고로부터 특별시방서도 받지 못한 상태에서 졸속으로 잘못된 견적서를 작성했다는 점에서, 원고가 피고의 견적서만을 믿고 경솔하게 거액의 입찰에 참가했다고는 볼 수 없다면서 이에 대한 청구를 배척하였다.

3. 무역탑 사건[14)]

피고는 1996년 수출 천억 달러 달성을 기념하는 조형물을 건립하기로 하고 조각가들에게 조형물의 시안 제작을 의뢰하면서 최종 선정된 작가와 조형물의 제작·납품 및 설치계약을 체결하기로 통보하였다(조형물의 제작비, 제작시기, 설치장소를 구체적으로 통보하지는 않았다). 피고는 원고가 제출한 시안을 당선작으로 선정하고 원고에게 그 사실을 통보하였으나, 그 후 협회의 내부사정과 외부의 경제여건 등으로 설치계약을 체결하지 않고 있다가 당선사실 통지시로부터 약 3년이 경과한 시점에 원고에게 조형물의 설치를 취소하기로 했다고 통보했다. 이에 대해 원고는 주위적으로는 조형물설치계약상의 채무불이행을 이유로 이행이익배상을 청구했고, 예비적으로는 계약교섭의 부당파기로 인한 불법행위를 이유로 같은 금액의 손해배상금을 청구했다.

이에 대해 법원은 설치계약의 성립은 부정하되 계약교섭의 부당파기로 인한 불법행위는 인정하여 손해배상을 인정하였다. 다만 이행이익의 배상은 계약이 없음을 이유로 부정하였고, 신뢰이익의 배상은 인정하되 신뢰부여 전에 소요된 비용은 배상에서 제외되었고, 신뢰부여 이후에는 지출한 비용이 없다고 하여 최종적으로는 정신적 손해의 배상만 인정되었다. 이는 계약교섭의 부당파기에서는 이행이익이 아니라 신뢰이익만이 배상될 수 있다는 일반론 하

14) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53059 판결.

에서, 사안에서는 신뢰로 인한 재산상의 손해가 없다는 이유로 재산손해의 배상을 거부한 것이다.

4. 국방연구원 사건[15]

원고인 건설사와 피고인 국방과학연구소가 공사계약을 체결했다. 공사 중 IMF로 인해서 공사비가 45억 8천만원정도 증가했고, 원고와 피고 사이에는 피고가 예산을 받아서 공사금액을 수정하는 계약을 교섭했다. 원·피고 사이의 이 계약교섭은 약 1년간 충실하게 이루어졌고, 피고는 계약교섭 개시단계에서부터 일관하여 원고의 공사비용 조정 요구를 수용하는 태도를 보였다. 더 나아가 추가 공사비용 항목을 포함한 1999년도 예산안을 국회에 제출하였으며, 실무자들 사이의 협상을 거쳐 45억 8,500만 원의 공사비용 증액이 타당하다는 결론을 내리고 이를 원고에게 통고하였다. 교섭기간 중 피고의 대표자가 원고의 대표이사를 만나 예산확보를 위하여 노력하겠다는 의사를 표시하면서 추가 공사비용의 지급을 전제로 잔여 공사 이행을 원고에게 요구하였다. 추가 공사비용 항목이 포함된 예산안은 총액이 감액된 채 승인되었다(예산 승인율 약 72%). 공사금액 수정에 관한 계약교섭 중에도 원고는 계속 공사를 했으며, 원고가 피고에게 공사비의 지급을 위한 협상을 요구하자, 피고는 예산집행계획이 수립되지 않았다는 등의 주장을 하며 공사비 지급을 위한 협상에 응하지 않았다.

원고는 피고에게 증액금액을 지급하라는 소송을 제기했고, 원심법원은 45억 8500만원에 예산승인율을 곱한 금액을 손해배상금액으로 인정했으며,[16] 피고만이 상고하자 대법원은 피고의 상고를 기각했다.[17] 이때 책임의 근거는 "정당한 이유 없이 단지 구체적인 예산집행계획이 수립되지 않았다는 등의 주장을 내세워 ... 협상 내지 조정에 전혀 응하지 아니"한 불법행위였고, 책임의 범위는 "원고가 잔여 공사를 완성하는 과정에서 추가로 지출하게 된 공사

15) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002다32301 판결.
16) 서울고법 2002. 5. 3. 선고 2001나14322 판결.
17) 다만, 해당 금액에 대한 지연이자의 산출에 관해서는 원심을 파기하고 자판했다.

비용"이라고 했다. 그리고 그 금액이 당사자들이 공사비 증액 금액으로 인정하였던 45억 8,500만 원을 초과한다면서 원심의 판단을 승인했다.

5. 천년의 문 사건[18]

평화의 공원 상징 조형물인 '천년의 문' 공모에서 피고는 원고가 출품한 작품을 당선작으로 선정하고, 원고와 천년의 문 기본 및 실시설계 용역계약을 체결하였다. 당시 원고와 피고는 총 공사비를 잠정적으로 300억 원 수준으로 보고 설계비를 18억 원으로 정하되, 추후 공사비가 확정되면 확정된 공사비를 기준으로 다시 설계비를 정하기로 합의했다. 그 후 피고는 공사비가 적어도 500억 원 이상은 될 것을 전제로 여러 차례에 걸쳐 원고에게 500억 원 이상의 공사비가 소요되는 설계를 요구하였으나 추가공사비의 확정에는 이르지 못한 상태에서 재원부족, 시의성 상실 등을 이유로 천년의 문 건립사업을 백지화하였다. 이에 원고가 피고를 상대로 기성부분 설계비의 지급 및 피고의 일방적 계약해지로 인하여 손해를 입었다며 설계가 완성되었다면 원고가 얻었을 이윤 상당액의 손해의 배상을 청구하였다. 제1심[19]과 항소심은[20] 원고가 입은 손해를 종래에 책정된 설계비 18억 원을 기준으로 산정하여 원고 일부승소 판결을 선고하였다. 이에 대하여 대법원은 "피고가 원고에 대하여 적어도 500억 원 정도의 공사비에 따른 설계용역비를 추가로 지급할 것이라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 그 신뢰에 따라 원고가 행동하였으나, 피고가 상당한 이유 없이 '천년의 문'의 건축사업을 백지화하여 원고에게 손해를 입혔는지 여부에 관하여도 심리를 하고 이를 기초로 하여 손해배상액을 산정하였어야 할 것"이라면서 원심판결을 파기환송하였다. 파기환송심은 공사비 500억 원을 기준으로 손해를 산정하였는데 대법원은 "공사비가 500억 원에 달할 경우 원고가 얻게 될 그 설계용역에 대한 기대소득은, 이 사건 공사비를 500억 원으로 증액하는 추가 합의가 이루어져 그 이행의 결과에 따라 원고가 얻

18) 대법원 2007. 8. 24. 선고 2005다32371 판결: 사실관계의 요약에서는 판결문 외에 박정제, "계약교섭 파기책임의 유형적 고찰", 사법논집 제46집, 2008, 594면 이하를 참조하였음.
19) 서울지법 2003. 4. 11. 선고 2001가합33425 판결.
20) 서울고법 2004. 4. 23. 선고 2003나31130 판결.

게 될 이익을 상실한 손해 즉, 이행이익의 손해로서, 추가 합의를 위한 교섭이 중도파기 되었을 뿐 종국에 가서 적법한 추가 합의가 이루어지지 아니한 이 사건에서 피고가 배상하여야 할 적정한 손해액인 신뢰이익의 손해라고 할 수 없고, 원심의 손해액 산정은 그 점에서 적절치 못하다"고 판시하였다.[21]

6. 가축분뇨처리시설 설치계약사건[22]

피고(금산군)는 2002. 4. 3. 원고(군인공제회)와 사이에 원고가 독점사용권을 가진 독일회사의 공법을 채택하여 분뇨처리시설보강 등의 사업(이하 '시설공사사업')을 하기로 하고, 설계작업이 완료된 후 원고와 시설공사계약을 체결하기로 하되, 원고는 공사기간 단축을 위하여 기계장비를 미리 주문·제작하며 피고 측의 사정으로 시설공사계약이 체결되지 아니하는 경우에는 피고는 선발주 기계설비 대금 등 원고의 손해를 배상하기로 하는 내용의 협약을 체결하였다.

피고는 2004. 7. 6.부터 2005. 1. 7.까지 사이에 충청남도에 3차례에 걸쳐 시설공사사업 관련 설치승인을 신청하였으나, 모두 반려되거나 보완요구를 지시받았다. 한편 원고는 2002. 5. 2. 취소불능 신용장을 개설하는 등 기계장비의 주문·제작을 위한 절차를 진행하여 기계장비가 2002. 11. 11. 부산항을 통하여 수입되었다. 이후 피고는 원고로부터 시설공사계약의 체결을 독촉받자 피고 측의 사정으로 사업이 지연되고 있으나 조속한 시일 내에 절차를 추진할 것이라고 통보하여 오다가, 2005. 1.경 시설공사사업과 관련하여 특혜의혹이 있다는 언론보도가 나오고 관련 공무원들에 대한 경찰수사가 개시되자, 이후 이 사업을 더 이상 추진하지 못한 채 원고와의 계약체결을 거부하고 있다. 원고는 협약에 기초한 손해배상을 청구하였다.

1심과 2심에서는 시설공사계약의 체결이 피고측의 사정으로 인해 거부되고 있으므로 협약에 따라 피고에게 손해배상 책임이 있다고 하였다.[23] 다만

---

21) 다만 피고가 상고하지 않아 위 파기환송심은 상고기각으로 확정되었다.
22) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2010다65757 판결.
23) 서울중앙지방법원 2007. 11. 9. 선고 2006가합89942 판결; 서울고등법원 2009. 6. 4. 선고 2007나112204 판결, 다만 원고가 청구를 확장하여, 주문에서는 변경이 있었다.

기본설계 작업조차 완료되지 않은 상태에서 원고가 협약만 믿고 아무런 통지 없이 취소불능 신용장을 개설하여 기계장비를 수입한 잘못을 이유로 피고의 책임범위를 60%로 제한하였다.

그러나 대법원은[24] 위 협약이 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제11조를 위반하여 무효라고 하면서 위 협약의 유효성을 전제로 손해배상책임을 인정한 원심을 파기하였다.

환송 후 원심[25]에 이르러 원고는 불법행위책임의 근거로 계약교섭의 부당파기를 추가하였다. 이에 대해 서울고등법원은 계약교섭의 부당파기를 받아들여서 원고의 청구를 인정하였다. 그리고 이러한 입장이 대법원에서도 그대로 받아들여졌다. 다만 고등법원은 환송 전 1심판결의 판결이유와 마찬가지의 사유를 들어 원고의 과실을 참작한 후 피고의 책임범위를 50%로 제한하였고, 이는 대법원에서도 유지되었다.

7. 소결

교직원 미채용 사건에서 계약교섭의 파기와 관련된 손해배상을 처음으로 인정한 대법원은 이후 광안대교 사건에서 -비록 그 책임은 부정했지만- 그 요건과 효과를 더 구체화 시켰고, 이는 무역탑 사건과 국방연구원 사건에서 확인되었다. 책임의 요건과 관련해서는 광안대교 사건 이후로 일관되게 '교섭의 부당한 파기'를 근거로 제시하고 있다. 이로써 책임의 근거에 관한 대법원의 입장은 확립되었다고 볼 수 있다. 그러나 배상의 범위에 관해서 본다면 인정된 배상액에서 조금씩 차이가 난다. 교직원 미채용 사건에서는 채용을 기다리느라 다른 일을 하지 못한 것이 손해라고 하였고, 무역탑 사건에서는 정신적 손해가 배상되었으며, 국방연구원 사건에서는 증축을 위해 들인 공사비용이 배상되어야 한다고 했고, 천년의 문 사건에서는 -분명치는 않지만- 설계를 위해 들인 비용이 배상되었고, 가축분뇨처리시설사건에서는 수입한 장비비용이 배상되었다. 이는 기회비용, 정신적 손해, 이행비용의 배상으로 나눠볼

24) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다51288 판결.
25) 서울고법 2010. 7. 15. 선고 2010나5122 판결.

수 있다. 이들은 모두 판례에서 '신뢰이익의 배상'이라고 하고 있는데, 이는 천년의 문 사건에서 명확하게 표현되었다. 이 사안에서 첫 번째 대법원 판결은 이행이익을 기준으로 했고, 2차 대법원 판결은 신뢰이익을 기준으로 한 것으로 볼 여지도 있다. 그렇지만 첫 번째 대법원 판결의 요지는 1차 약정의 체결과 2차 약정에 대한 교섭파기가 있었던 사안에서 1차 약정에 기초해서만 손해배상을 인정하는 것은 2차 약정에 대한 교섭파기를 고려하지 않은 것으로 부당하다는 것이지 2차 약정에 따른 이행이익을 배상시킨 것으로는 볼 수 없다. 그러나 환송후 원심은 이를 이행이익에 대한 배상을 명한 것으로 보아 판결을 내렸고 대법원은 이를 잘못이라고 지적했다. 즉 두 번째 대법원 판결은 2차 약정에 대한 교섭파기로 인한 손해배상은 신뢰이익의 배상이어야 한다는 점을 분명히 밝히고 있다. 이행되었다면 얻을 수 있었던 이익을 배상시킨 환송 후 원심 판결에 대해 -비록 원고만의 상고여서 상고기각되기는 했지만- 그 잘못을 지적하면서 신뢰이익의 배상에 그쳐야 한다는 점을 분명히 하였기 때문이다. 그리고 이러한 점은 2013년의 가축분뇨처리시설 사건에서도 그대로 이어지고 있다.

이와 같이 대법원은 계약교섭의 부당파기 사례에서 그 요건에 관해서는 첫 판결과 그 이후의 판결로 갈라지고 있으나 효과에 관해서는 모두 동일한 일반론을 제시하고 있다. 이에 따라 학설상으로는 계약교섭 파기사례를 요건에 따라 분류하는 견해가 제시되고 있다.[26] 그러나 필자는 대법원이 스스로 밝히고 있는 책임근거에 관한 일반론이, 사안에 대한 구체적 해결과 일치하는지 의문이며, 따라서 이에 대해 검토해보고자 한다. 더 나아가 국방연구원 사건에서는 이행이익의 배상을 인정한 것으로 보는 견해가 있는바,[27] 이는 그 효과에 관해서도 분류작업이 필요함을 보여준다. 아래에서는 책임의 근거와 책임의 범위에 관해 나누어 검토하고자 한다.

---

26) 박정제, "계약교섭파기책임의 유형적 고찰", 사법논집 제46집, 2008, 610면 이하.
27) 김동훈, "계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상", 저스티스 제82호, 2004, 198면.

Ⅲ. 손해배상책임의 근거에 대한 검토

1. 책임근거로서의 불법행위

계약교섭의 부당파기는 계약교섭, 계약체결에 대한 신뢰 부여, 계약체결의 거부(계약교섭의 파기)라는 단계를 거친다. 이는 계약교섭이 있었고, 계약성립에 대한 신뢰를 상대방에 부여했다는 점에서 일반적 관계를 전제로 하는 전형적 불법행위책임과 차이가 나고, 계약이 체결되지 않았다는 점에서는 계약책임과 차이가 있다.

불법행위책임으로 보려는 견해는 우선 계약이 없다는 점, 불법행위로 구성해도 구체적 타당성에 반하지 않는다는 점을 강조한다. 즉, 사안의 특수성은 불법행위에서의 과실이나 위법성 판단에 영향을 미치는 것으로 충분하고, 이를 위해 민법에 규정되지 않은 별도의 계약체결상의 과실책임을 인정할 필요는 없다는 것이다.[28]

한편 국방연구원 사건을 분석하면서, 계약교섭의 부당파기에 대해 계약책임의 법리를 유추적용하자는 주장도 있다.[29] 이는 사안의 특수성이 반영된 것이기는 하지만, 계약체결상의 과실책임을 넘어서서 계약책임 자체를 유추적용하는 것으로서, 계약의 특수성에 기초한 타당한 해결이 가능하다는 것을 논거로 한다. 가령 국방연구원 사건에서 채권자 귀책사유로 인한 위험이전의 법리(제538조)를 유추하는 것이다. 다만 계약책임의 법리를 유추한다고 하더라도 계약교섭의 파기는 불능보다는 이행거절에 더 유사하므로 위험이전의 법리를 유추하기는 어려울 것이다. 또한 계약체결의 거절에 대해 이행거절의 법리를 유추하는 것은 계약체결 자체를 의제하는 것이라는 점에서 이론적 부담이 크다고 생각된다.

한편, 계약교섭의 파기가 원칙적으로 위법할 수 없다는 점에서 불법행위의 적용을 부정하는 견해도 있다.[30] 이에 따르면 계약파기는 원칙적으로 합법적

---

28) 함윤식, "계약교섭의 부당파기로 인한 책임", 민사판례연구 XXVII, 2005, 277-278면, 285면.
29) 김동훈, "계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상", 저스티스 제82호, 2004, 197면.
30) 이은영, "계약교섭의 일방파기와 손해배상책임", 법학논문집(중앙대학교) 제30집 제2호, 2006, 338면.

이지만, 상대방의 신뢰이익을 배상시키는 것이 타당한 경우에는 제535조의 유추적용이 가능하다고 한다.[31] 이는 독일연방대법원이 계약교섭의 부당파기에 대해 착오취소자의 신뢰이익배상책임과 마찬가지의 책임을 인정하고 있는 논리[32]에 상응한다. 그러나 독일에서 계약체결상의 과실책임이라는 독자적 법리가 발전한 이유는, 손해배상이 필요함에도 독일 불법행위 규정의 좁은 적용범위 때문에 불법행위가 부정되는 사례를 해결하고자 했기 때문이다. 즉, 불법행위 책임은 인정하기 곤란하지만 손해배상책임은 긍정해야 할 것으로 '보편적으로 인정된 사안'에 적용하고자 한 이론이다. 손해배상이란 결국 '과책있는 위법행위'를 요구한다는 점에서 이러한 논리에는 계약교섭의 파기 중에 위법성이 인정되는 경우가 있다는 것을 스스로 자인한 것이라고 할 수 있다. 따라서 우리 민법처럼 불법행위법의 적용가능성이 폭넓게 인정되는 상황에서 '계약파기의 위법성은 부정되지만 계약체결상의 과실책임은 인정된다'라는 논리가 성립할 수 있는지는 의문이다. 더 나아가 불법행위를 인정하는 학설도 그 책임으로는 대체로 신뢰이익의 배상이 적절하다고 보며, 파기의 위법성을 부정하며 계약체결상의 과실책임을 주장하는 견해도 결국 손해배상책임 자체는 인정하고자 한다. 결국 전자는 제535조의 유추적용이 부적절하다는 점에, 후자는 계약파기에 '위법성'을 인정할 수 없다는 점에 방점을 두고 있기는 하지만 추구하는 결과는 유사하다고 할 수 있다.

필자는 계약교섭의 부당파기는 불법행위의 한 유형에 불과하다고 생각한다.[33] 다만 대법원이 민법 제535조를 참조조문으로 제시하고 있다는 점에서, 그리고 책임의 근거와는 일관되지 않게 신뢰이익배상을 인정한다는 점에서, 우리 대법원이 명시적 표현과는 달리 계약체결상의 과실책임을 인정한 것은 아닌지의 의문을 제기할 수 있다. 그러나 계약교섭의 부당파기 사례에 제535

---

31) 이은영, "계약교섭의 일방파기와 손해배상책임", 법학논문집(중앙대학교) 제30집 제2호, 2006, 338면. 이 견해는 무역탑 사건에 대하여 불법행위가 아니라 배타적 계약 협상권의 침해라는 점에서 계약체결상 과실책임을 유추적용할 것을 주장한다.

32) BGH WM 1969, 595: 곽윤직(편), 『민법주해 XII』 채권(5), 박영사, 1999, 제535조, 260면 (최흥섭 집필)에서 인용.

33) 최흥섭, "계약이전단계에서의 책임(소위 계약체결상의 과실책임)과 민법 제535조의 의미-특히 독일 판례를 중심으로 한 비교법적 고찰-", 『한국민사법학의 현대전 전개(배경숙교수화갑기념)』, 1991, 585면.

조의 효과가 준용된다고 하여 이를 계약체결상의 과실책임의 한 유형이라고 볼 수는 없으며, 불법행위의 일반론으로 모두 설명이 가능하다고 생각한다. 이는 책임근거와 책임범위의 관계에 있어서도 마찬가지이다.

우선 필자는 민법 제535조를 근거로 계약체결상의 과실책임을 독자적인 책임유형이라고 할 수는 없다고 생각된다. 계약체결상의 과실책임이란 불법행위와 다른 독자적인 책임유형인 것이 아니라 단지 과실의 근거가 계약교섭자 사이의 배려의무 위반으로 범주화 되는 불법행위의 한 유형일 뿐인 것이다. 민법 제535조를 근거로 우리 민법이 계약체결상의 과실책임을 입법적으로 규정하고 있다는 주장도 있지만,[34] 이 조문은 원시적 불능인 급부를 목적으로 한 계약이 무효라는 점을 규정한 것이고, 이에 따른 책임은 결국 불법행위의 일반론으로도 설명된다. 원시적 불능인 급부를 목적으로 한 계약의 유효성 여부는 입법정책의 문제이므로, 규정여부에 따라 우리 민법이 어떤 선택을 했는지에 대한 기준이 될 수 있다. 그렇지만, 이에 대한 신뢰이익배상은 불법행위 일반론으로도 설명이 가능하다. 그러므로 이를 규정했다고 하여 우리 민법이 '계약체결상의 과실책임'을 입법적으로 규정했다고 하기는 어려울 것이다. 우리가 길을 걸으면서 타인의 신체나 물건을 훼손하지 않을 의무가 있는 것과 마찬가지로, 우리는 계약을 교섭하면서 상대방에게 손해를 가하지 않을 의무가 있다. 당사자가 계약관계를 지향했다는 것이 불법행위의 성립을 방해하지 않으며, 침해의 양태가 법률이나 신의칙에 반한다면, 침해의 대상이 상대적 권리라 하더라도 불법행위가 성립될 수 있기 때문이다.

2. 잘못된 신뢰야기에 의한 책임

물론 계약체결의 자유라는 측면에서, 계약의 교섭 및 파기는 자유에 속하고 계약을 신뢰하여 비용을 들이는 것도 자신의 위험으로 행하는 것이다. 그러나 체결 여부가 불확실하다는 것을 알면서도 계속해서 상대방에게 계약체결에 대한 신뢰를 부여하고, 또한 비용투입을 적극적으로 유도한다면, 그로 인한 비용투입에 대하여는 책임을 져야 할 것이다. 이는 파기의 자유를 보장

34) 김대정, "계약교섭의 부당파기로 인한 손해배상책임", 중앙법학 제11집 3호, 2009, 108면.

하는 것과는 무관하다.[35] 계약교섭을 파기할 자유가 있다고 하여, 상대방에게 잘못된 신뢰를 부여할 자유까지 있는 것은 아니기 때문이다. 더 나아가 불법행위법의 목적이 손해의 공평한 분담에 있다면, 자신이 '유책하게' 유발한 비용에 대하여는 책임이 있다 할 것이다. 최종 결정은 상대방이 했더라도 이는 '착오'에 의한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 이런 점에서 계약교섭의 부당파기 사례에서 잘못된 신뢰의 야기가 있다면 책임을 인정할 수 있을 것이다.

그렇다면 판례가 대부분의 사례에서 일관되게 설시하는 근거인 '부당파기'는 불법행위 책임의 근거가 될 수 없는가? 계약교섭과 그 파기가 계약체결의 자유에 속한다는 점을 강조한다면, 파기의 위법성을 인정하기는 어려울 것이다.[36] 더구나 파기의 결정이 단순한 '변심'이 아니라 외재적 상황에 따른 합리적 판단이라면 위법성을 인정하기가 더 어려울 것이다. 가령 대법원의 다수 사례에서는 계약좌절의 이유가 대체로 '외재적 상황'에 기초한다. 물론 교섭파기의 최종 결정은 파기자가 했지만, 파기자의 그러한 결정은 외부 상황을 고려한 합리적 판단이라고 볼 여지도 있다. 가령 교직원미채용사건, 무역탑 사건, 가축분뇨처리시설사건에서는 계약을 좌절시킨 외부적 요인들이 있었다. 파기자는 이제 상대방의 급부를 받는다는 것이 무의미하거나 곤란해졌고 이런 점에서 파기자체의 비난가능성은 높지 않다. 특히 계약자유를 강조할수록 그 비난가능성은 낮아진다. 이러한 점은 교직원미채용사건에서 분명하게 드러난다. 이 사건에서 법원은 "피고가 자신이 경영하는 **대학의 재정 형편, 적정한 직원의 수, 1990년도 입학정원의 증감 여부 등 여러 사정을 참작하여 채용할 직원의 수를 헤아리고 그에 따라 적정한 수의 합격자 발표와 직원채용통지를 하여야 하는데도 이를 게을리 하였"다는 것에 책임의 근거를 두었는데 이는 미채용 자체에는 잘못이 없다는 점을 전제하고 있다. 이러한 점은 무역탑 사건이나 가축분뇨처리시설사건처럼 파기를 위법하다고 한 사건에서

35) 이런 점에서 착오 취소자의 손해배상책임을 부정하는 대법원의 논거는 - 해당 사안에서의 타당성은 논외로 하고- 재고를 요한다. 대법원은 착오나 그로 인한 취소에 위법성이 없다면서 책임을 부정한다. 그러나 책임의 근거는 착오자의 취소에 있는 것이 아니라 잘못된 신뢰야기에 있으며, 취소에 위법성이 없다고 하여 자신의 착오로 상대방에게 잘못된 신뢰를 야기하는 것까지 위법성이 없는 것은 아니다.

36) 이은영, "계약교섭의 일방파기와 손해배상책임", 법학논문집(중앙대학교) 제30집 제2호, 2006, 338면.

도 마찬가지로 볼 수 있다. IMF 상황의 등장, 관할관청의 불허가 및 경찰수사 등의 외재적 상황에 의해 계약교섭을 파기했기 때문이다. 그러나 이들 사건에서는 모두 계약의 좌절이 예상됨에도 불구하고 이러한 가능성을 무시한 채 교섭을 지속한 잘못이 있다. 따라서 이들 사건에서는 대법원의 명시적 근거인 '부당파기'보다는 '잘못된 신뢰의 야기'가 책임의 근거로서 더 적합하다. 대법원이 명시적 근거로 제시하는 '부당한 교섭파기'보다도 '잘못된 신뢰야기'를 실질적인 책임의 근거로 하고 있다는 점은 가축분뇨처리시설사건에서 분명히 드러난다. 이 사안에서 대법원은 "시설공사계약 자체에 내재한 문제와 직접 관련이 없고 원고에게 그 책임을 물을 수도 없는 사유를 들어 본계약의 체결을 거부하거나 계약체결을 위한 교섭을 일방적으로 중단"한 잘못을 근거로 책임을 인정했다. 그러나 과실상계를 하는 방식을 보면 신뢰야기에서 책임의 근거를 찾고 있는 것으로 보인다. 이 사건에서 피고의 계약교섭 파기는 2005년 1월에 일어났고, 원고의 중대한 비용지출은 2002년 11월에 일어났으며, 교섭파기라는 불법행위와 원고의 비용지출사이에 과실상계가 행해졌다. 파기가 잘못되었다면, 파기에 대한 기여를 과실상계해야 할 것인데, 상대방의 비용지출은 계약파기에 아무런 기여를 한 바가 없다. 따라서 이는 잘못된 신뢰부여와 경솔한 비용지출을 서로 상계한 것으로 보아야 한다. 이러한 과실상계 방식은 신뢰이익배상에 대한 과실상계에 해당한다. 신뢰이익의 산정시에는 일방이 지출한 비용이 교섭당사자의 신뢰정도에 비추어 과다하면 그러한 사정을 상대방에게 알릴 의무가 있고 이를 해태하면 과실상계 사유가 되기 때문이다.[37]

3. 부당파기에 의한 책임

그렇다면 파기 자체의 위법성을 이유로 한 불법행위 책임은 인정될 수 없는가? 이러한 책임의 가능성은 국방연구원사건에서 확인할 수 있다. 이 사안에서 계약체결에 대한 신뢰부여 자체에는 잘못이 없어 보인다. 파기자는 급부이익을 누릴 의도가 있었고, 교섭과정에서 계약을 좌절시킬 사정이 발생하지

37) 곽윤직(편), 『민법주해 XII』 채권(5), 박영사, 1999, 제535조, 225면 (최흥섭 집필).

도 않았고, 실제로도 급부이익을 누렸기 때문이다. 파기자는 단지 반대급부를 이행하지 않기 위해서 교섭을 파기한 것일 뿐이다. 상대방으로부터 목적한 급부를 모두 받고도 자신의 반대급부를 이행하지 않기 위해 교섭을 파기하는 것은 선행행위에 모순되는 것으로 신의칙에 반한다고 보아야 한다. 따라서 이는 '파기' 자체에 위법성이 있다고 할 수 있다.[38]

4. 소결

이와 같이 우리 법원의 사례들은 '잘못된 신뢰야기'에 기초한 책임과 '교섭의 파기'에 기초한 책임의 사례로 나누어 볼 수 있다. 이는 '오신야기형'과 '부당파기형'이라고 부를 수 있다.[39] 이러한 구분은 독일 연방대법원에 기원을 둔다. 독일 연방대법원은 원칙적으로 자유로운 계약교섭파기의 경우에 손해배상책임을 인정하는 기준으로 먼저 "계약교섭자가 그의 행태를 통해 계약은 확실히 체결될 것이라는 신뢰를 유책적으로 일으켰고 그럼으로써 계약체결을 예상하지 않았더라면 지불하지 않았을 쓸모없는 비용을 야기시켰다"는 근거를 제시했고, 두 번째로는 "계약이 확실히 체결될 것이라는 신뢰를 불러일으킨 후에 당사자일방이 뚜렷한 이유 없이 (ohne triftigen Grund) 계약교섭을 결렬시켰다"는 근거를 제시했다.[40]

다만 이들이 서로 명확하게 구분되지 않는 경우도 있으며, 이 경우에 둘 중 하나를 선택해야 하는 것인지, 아니면 둘 모두를 책임근거로 인정할 것인지라는 문제가 제기될 수도 있다. 가령 천년의 문 사건을 보면, 파기자는 계약좌

---

38) 다만 대법원은 "공사비용을 확정하여 지급하기 위한 협상 내지 조정에 전혀 응하지 아니하였"다는 것도 책임의 근거로 제시하는데, 이는 파기자가 교섭에 응하여 계약을 체결시켜야 할 협력의무가 있다는 점을 암시하고 있다. 이러한 책임근거는 단순한 불법행위와는 조금 다른데 '계약체결에 대한 협력의무'는 계약책임을 부과시키는 근거이기도 하기 때문이다. 가령 토지거래허가 구역에서의 토지매매에서 허가신청을 거절한 당사자에게 협력의무위반을 이유로 책임을 지우는 경우 우리 대법원은 이를 계약책임으로 구성한다(대법원 1995. 4. 28. 선고 93다26397 판결; 박영목, "계약완성의무의 위반과 이행이익의 배상", 고려법학 제59호, 2010, 280-281면). 다만 책임의 근거를 '파기 자체'의 위법성에 두든 '협력의무의 위반'에 두든 책임의 내용은 '이행이익의 배상'이 될 것이다.

39) 박정제, "계약교섭파기책임의 유형적 고찰", 사법논집, 제46집, 2008, 612면.

40) 곽윤직(편), 『민법주해 XII』 채권(5), 박영사, 1999, 제535조, 260면 (최홍섭 집필). 첫 번째 기준에 관한 판결은 BGHZ 71, 386; BAG JZ 1964, 324이며 두 번째 기준에 관한 판결은 BGH WM 1969, 595 이라고 한다.

절의 요소들을 인지하면서도 상대방에게 계속해서 비용지출을 유발했으며, '재원부족'이라는 자신의 내부적 사정과 '시의성 상실'이라는 모호한 사정을 근거로 계약교섭을 파기했다. 이러한 경우에는 책임의 근거를 무엇으로 해야 하는가? 이처럼 이들의 구분이 이론적으로는 가능하지만 구체적 사례에서 언제나 명확하게 적용되는 것은 아니다. 파기는 잘못이 아니지만 신뢰의 야기는 잘못이라거나, 신뢰야기는 잘못이 아니지만 파기는 잘못이라는 방식의 구분이 실제 사례에서 바로 맞아 들어가기는 어려울 것이기 때문이다. 이렇게 본다면 오신야기와 부당파기를 굳이 구분하지 말고, 이를 종합적으로 고려하여 하나의 위법성 근거를 제시하는 것이 더 효율적으로 보이기도 한다. 가령 정당한 신뢰의 부여 이후에 이를 부당하게 파기하면 불법행위책임이 인정될 수 있다는 방식이 그것이다.[41] 이 방식에 따르면, '정당한 신뢰의 부여'여부는 계약 교섭의 성숙도와 신뢰야기행위를 종합적으로 고려하며, '파기의 부당성'은 계약을 좌절시킬 사정을 과실로 모른 채 신뢰를 부여한 경우나 상대방이 계약체결에 대한 강한 신뢰로 손실을 감수한 상태에서 상당한 이유 없이 계약교섭을 파기한 경우에 인정된다고 한다.

그렇다면 위법성의 근거에서 '부당파기'를 제시하면서도 손해배상의 범위로 신뢰이익배상만을 인정하는 것은 어떻게 정당화되는가? 계약교섭의 파기 사례에 대해서는 크게 세 가지의 대응이 가능하다. 하나는 계약체결을 강제하거나 계약성립을 의제하는 것이고 다른 하나는 완전히 합법적인 것으로서 법적 제재를 하지 않는 것이며 셋째는 계약성립은 부정하되 파기자에게 손해배상책임을 인정하는 것이다. 법적 제재가 가해지지 않는다면 거래 참여자들은 계약파기의 가능성을 염두에 두고 계약체결비용을 투입하고 극히 이례적인 경우에만 자신의 위험으로 이행준비를 하게 될 것이다. 그리고 상대방의 요청으로 계약체결전에 이행준비를 하게 되더라도 그로 인한 비용의 배상을 받기 위한 사전합의를 하게 될 것이다. 다른 한편 계약성립을 강제하거나 의제할 경우에 거래 참여자들은 계약교섭에 임할 때 극히 신중하게 될 것이며 필요한 경우에는 자신의 언급이 법적 책임을 가져오지 않는다는 것을 상대방으로

41) 함윤식, "계약교섭의 부당파기로 인한 책임", 민사판례연구 XXVII, 2005, 288면.

부터 확인받을 것이다. 우리 법원은 이 양극단의 선택은 하지 않고 있으며, 학계의 다수도 위 두 선택지 중의 하나를 주장하지는 않는다. 이는 계약교섭의 부당파기시에 손해배상의 범위를 신뢰이익배상에 제한하는 이유이기도 하다. 이행이익을 배상시킨다면 결과적으로 계약체결을 강제하는 효과를 가지게 될 것이기 때문이다.[42] 이런 점에서 계약교섭 파기시의 신뢰이익배상은 계약파기의 자유와 상대방의 신뢰를 형량하여 중간에서 절충하는 것이다. 이러한 점은 독일 연방법원에서도 마찬가지라고 한다. 부당파기를 위법성의 근거로 제시하는 경우에도 신뢰이익의 배상만을 인정하고 있기 때문이다.[43] "계약체결의사가 없는 자에게 계약체결의 자유를 박탈하거나 또는 계속 교섭하여 계약을 체결하도록 하는 결과를 가져오도록 하는 것은 타당하지 않으며 또한 그 상대방에게도 신뢰이익의 배상만 허용되는 것이 타당하다"는 것이 그 이유라고 한다.[44]

이렇게 본다면 계약교섭파기 사안은 그 요건이 어디에 분류되든 모두 신뢰이익만 배상하면 되므로, 이를 내부에서 다시 구분할 필요성은 약해진다. 그러나 대법원이 계약교섭 파기를 이유로 이행이익을 배상시킨 사례가 있다는 설명에 따른다면, 구분의 필요성이 사라지는 것은 아니다. 이 사례가 바로 국방연구원사례인데, 구분의 필요성이 있는지를 검토하기 위해서는 먼저 이 사안처럼 계약교섭 부당파기 사례들이 손해배상 범위에서 차이가 있는지를 확인해야 할 것이다.

---

42) 박흥대, "계약교섭의 부당한 중도파기와 손해배상책임 -대법원 2001.6.15. 선고 99다40418 판결-", 판례연구 제13집, 부산판례연구회, 2002, 492면.

43) 곽윤직(편), 『민법주해 XII』 채권(5), 박영사, 1999, 제535조, 262면 (최흥섭 집필). 이에 따르면 독일 연방대법원이 "의무위반이 존재하지 않았더라면 계약이 체결되었을 것이라고 인정된 경우에는 직접 이행이익의 배상도 허용"한 경우가 있기는 하나(BGH BB 1974, 1039), 일반적인 '부당파기'에 대하여는 신뢰이익의 배상만을 인정한다고 한다. 다만, 일반적인 부당파기와 위의 사례를 구분지을 기준에 대하여는 확인하지 못하였다.

44) 곽윤직(편), 『민법주해 XII』 채권(5), 박영사, 1999, 제535조, 262면 (최흥섭 집필).

Ⅳ. 손해배상범위에서의 차이에 대한 검토

1. 국방연구원 사례에서의 손해배상범위

국방연구원 사례에서는 파기된 합의에서 인정된 보수금액이 손해배상액의 기준으로 인정되었기 때문에 이행이익의 배상을 명했다고 볼 수 있다. 천년의 문 사건에서 두 번째 대법원 판결이 분명히 언급했듯이, 파기된 계약상의 합의에 기초해서 배상액을 결정하는 것은 이행이익의 배상이기 때문이다.

다만 이 사례는 신뢰이익배상이라는 관점에 의해서도 배상범위가 설명될 수 있는 특수성이 있다. 사무관리에 관한 판례에서 우리 대법원은 '비용배상'에 근거해서 보수청구권을 인정했다.[45] "관리자가 사무관리를 위하여 다른 사람을 고용하였을 경우 지급하는 보수는 사무관리 비용으로 취급되어 본인에게 반환을 구할 수 있는 것과 마찬가지로, 다른 사람을 고용하지 않고 자신이 직접 사무를 처리한 것도 통상의 보수 상당의 재산적 가치를 가지는 관리자의 용역이 제공된 것으로서 ... 그 통상의 보수에 상응하는 금액을 필요비 내지 유익비로 청구할 수 있다"는 것이 그 근거이다. 이는 자신의 용역을 제공하는 방식으로 지출한 비용은 약정된 보수와 동일한 재산적 가치가 있다는 것이다. 이에 따르면 비용배상이라는 방식으로 본래 약정한 금액의 지급을 청구할 수 있게 된다. 그리고 계약의 유효를 신뢰하여 들인 '비용'의 배상을 청구하는 것이 신뢰이익배상의 본래적 모습이라고 했을 때, 이는 신뢰이익배상이 인정된 사례라고 할 수 있다. 국방연구원 사건에서도 상대방이 지출한 비용이 합의된 보수와 동일하다는 점을 인정한다면, 신뢰이익을 배상한 것이라고 할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 설명은 천년의 문 사건에서의 2차 대법원의 설시와는 어긋난다. 천년의 문 사안에서도 상대방은 설계라는 용역제공의 방식으로 비용을 지출하였지만, (합의될) 보수를 기준으로 배상하는 것은 이행이익의 배상이라면서, 계약교섭의 부당파기 사례에서는 이러한 배상이 부정된다고 했기 때문

45) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다55477 판결.

이다.

이렇게 본다면 국방연구원사건은 계약교섭 부당파기 사례로서는 상당히 이례적으로 이행이익을 배상시켰으며, 이러한 입장은 향후 대법원 판결에서 계약교섭 파기 사례를 그 내부에서 다시 구분하거나, 아니면 국방연구원 사건과 유사한 사건에 대해 계약교섭 부당파기론을 적용하지 않거나, 아니면 이러한 사안에서 신뢰이익배상만을 인정할 것을 요구한다.[46] 필자는 국방연구원 사건에서는 이행이익배상이 적절했으며, 이는 계약교섭의 부당파기를 그 내부에서 다시 구분할 것을 요구한다고 생각한다.

국방연구원 사건에서 보듯이 우리 법원은 계약교섭의 부당파기 사례에서 경우에 따라 이행이익을 배상시킨다. 하지만 잘못된 신뢰야기와 부당한 계약파기라는 요건에서의 구분으로는 이를 적절히 설명하기 어렵다. 판례가 교직원 미채용 사건 이외의 모든 사건에서 부당파기를 위법성의 근거라고 하고 있는데다가, 사안 자체를 놓고 보더라도 다른 사안은 모두 오신야기형이고 국방연구원 사건만 부당파기형이라고 말하기가 곤란하기 때문이다. 그렇다면 계약교섭부당파기 사례를 그 내부에서 구분할 필요가 있음에도 불구하고, 그 근거에 기초한 구분은 별다른 해법을 제시하지 않는 것이 된다. 그렇다고 하여 구분 자체를 포기할 수는 없다. 필자는 이러한 구분에서 위법성의 근거를 먼저 보기보다는 손해배상이라는 효과의 관점에서 접근해보고자 한다.

한편 계약교섭파기와 관련하여 이행이익의 배상이 인정되었다고 평가되는 또 다른 사건이 있으므로,[47] 이행이익 배상의 근거에 대한 검토 전에 이 판결을 먼저 확인하고자 한다.

2. 교회교육관신축공사 사건[48]에 대한 검토

피고재단은 00교회 교육관 신축 공사에 관한 설계를 공모하면서 최우수작으로 판정된 자에게 공사에 관한 '기본 및 실시설계권'을 부여하기로 하였다.

---

46) 물론 다른 법리에 의해 이행이익배상에 준하는 금액을 받을 수도 있다.

47) 윤경, "건축설계 우수현상광고의 당선보수인 '기본 및 실시설계권'의 의미", 대법원판례해설 제40호, 2002, 87면; 박정제, "계약교섭파기책임의 유형적 고찰", 사법논집, 제46집, 2008, 638면 주142.

48) 대법원 2005. 1. 14. 선고 2002다57119 판결.

원고는 위 공모에 응모하여 최우수작으로 판정되었고, 평당 건축비를 250만 원으로 예상하여 산출한 견적서를 피고 측에 제출하였다. 피고 측은 일부 설계변경을 하고 평당 건축비가 150만 원에서 200만 원을 넘지 않도록 요구했고, 원고는 위 요구를 반영하여 설계도의 일부를 변경하였다. 그 후 피고는 원고에게 평당 180만원에 총액 8천만 원을 제시하고, 원고는 평당 200만 원에 합계 9,168만 원을 주장하며, 대금에 대해 합의하지 못하였고, 이 공사계획은 유보되었다.

원고는 설계계약의 체결을 이유로 기본설계비의 일부를 지급하라는 소를 제기했으며, 설계계약체결이 인정되지 않는다고 하더라도 우수현상광고상의 보수로 동일 금액의 지급을 구하였다. 이에 대해 원심법원은 설계계약의 체결은 부정하고, 현상광고의 보수로 지급된 설계계약체결이 결렬된 것이 피고의 책임이 아니라면서 원고의 청구를 부정했다.[49] 그러나 1차 대법원은 설계계약의 체결은 부정했지만, 현상광고의 보수지급과 관련해서는 원심과 판단을 달리했다. 우수현상광고의 당선자는 보수로서 설계계약체결을 청구할 권리가 있고, 광고자는 이에 응할 의무가 있는데, 광고자가 부당한 사항을 계약내용으로 주장하거나 경제적 어려움으로 공사를 추진할 수 없어서 계약이 체결되지 않았다면, 당선자는 손해배상책임을 물을 수 있다는 것이다.[50] 다만 환송 후 원심에서는 소멸시효의 완성을 이유로 원고의 청구를 기각했고[51] 이는 대법원에서 확정되었다. “설계계약의 체결을 청구할 수 있는 권리”는 “설계에 종사하는 자의 공사에 관한 채권”으로서 3년의 단기소멸시효가 적용되는데, 체결의무의 불이행인 피고의 계약체결 거부 시점으로부터 3년이 지나서 원고가 소를 제기했다는 것이다.

이 판결은 무역탑사건과 유사한 면이 있으므로 계약교섭의 부당파기 사안의 하나로 다룰 수 있고, 그렇다면 이는 부당파기 사안에서 이행이익을 배상시킨 또 다른 판결이라고도 할 수 있다. 그러나 필자는 두 가지 점에서 그렇지 않다고 생각한다. 첫째, 판결 자체에서 피고 측의 교섭포기는 ‘불법행위’가

---

49) 서울고법 1999. 9. 28. 선고 98나31020 판결.
50) 대법원 2002. 1. 25. 선고 99다63169 판결.
51) 서울고법 2002. 9. 6. 선고 2002나10525 판결.

아니라 채무불이행으로 다뤄졌다. 즉, 설계계약은 성립이 부정되어 채무불이행이 문제되지 않았지만, 그 교섭파기의 불법행위가 아니라, 이의 전제가 된 우수현상광고의 채무불이행이 문제된 것이다.[52] 우수현상광고에 의한 광고자의 채무가 공사설계계약에 성실히 임하는 것인데, 피고가 이러한 현상광고 상의 채무를 이행하지 않아서 책임을 진 것이기 때문이다. 따라서 이행이익배상은 채무불이행이라는 점에서 설명된다. 둘째, 손해배상의 범위가 대법원에서 제대로 심리된 적이 없기 때문이다. 첫 번째 대법원은 현상광고가 손해배상의 근거가 될 수 있다는 점만을 설시했고, 두 번째 대법원은 소멸시효 문제만을 다루었다. 따라서 실제로 해당 사안에서 얼마만큼의 손해배상을 인정했을 것인지는 불확실하다. 이러한 점들에 비추어 위 판결을 근거로 계약교섭 부당파기시의 손해배상에 대한 대법원의 경향이나 입장을 밝혀낼 수는 없다고 생각된다. 따라서 아래에서는 국방연구원 사건에서의 특수성이 어떻게 해명될 수 있는지를 중심으로 논의하고자 한다.

3. 손해배상의 관점에 기초한 구분

가. 손해배상의 종류

계약교섭 부당파기 사례에서도 다른 불법행위 사례와 동일하게 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해가 배상되었다. 적극적 손해는 지출된 비용을 배상받은 경우로, 국방연구원 사건과 천년의 문 사건, 가축분뇨처리시설사건이 이에 해당한다. 소극적 손해는 계약교섭으로 인해 포기한 다른 수익기회에서 얻을 수 있었던 이익을 배상받은 경우로 교직원 미채용 사건이 이에 해당한다. 그리고 무역탑 사건에서는 정신적 손해가 배상되었다. 다만 이러한 구분은 배상된 손해의 성질을 설명해 줄 뿐, 배상범위가 어느 정도여야 하는지에

52) 한편 무역탑 사건과 구조가 유사한 이 사안에서 우수현상광고에 대한 '채무불이행'을 문제삼았다는 점에서, 무역탑 사건에서도 '설계계약'이 아니라 '우수현상광고의' 채무불이행을 이유로 한 이행이익배상의 가능성도 있을 것이다. 무역탑 사건에서 이러한 채무불이행을 이유로 한 이행이익 배상이 가능하다는 입장은: 이병준, "계약의 합의로 인한 구속력과 계약협상의 부당파기의 한계", 민사법학 제25호, 2004, 193면. 위 논문에서는 당사자가 이러한 주장을 하지 않았기 때문에 우수현상광고의 채무불이행이 검토되지 않은 것으로 보고 있다.

대한 기준을 제시하지는 못한다. 즉 신뢰이익을 배상해야 할지, 이행이익을 배상해야 할지에 대한 답을 주지 못한다. 적극적 손해가 배상된 사례들에서도 이행이익배상과 신뢰이익배상이 포함되고, 이는 소극적 손해의 배상에서도 마찬가지일 것이다.[53] 가령 소극적 손해에서는 얻을 수 있었던 이익이 무엇인지에 따라 손해배상의 액수가 결정되는데, 이를 다른 계약을 체결했다면 있었을 상태라고 하면 신뢰이익배상일 것이고, 계약이 이행되었더라면 있었을 상태를 지향한다면 이행이익배상이라고 할 수 있을 것이다. 이렇게 본다면 적극적 손해와 소극적 손해의 구분은 신뢰이익배상과 이행이익배상의 구분이라는 본 논문의 목적에 부응하지 못한다.

나. 비용의 관점에 따른 구분

계약교섭 부당파기 사례들은 피해자가 들인 비용의 종류에 따라서도 나눌 수 있는데, 지출비용과 기회비용이 그것이다. 계약의 체결과 이행을 위해 실제로 비용이 지출된 경우는 전자이고, 현실적인 지출이 일어난 것은 아니지만 다른 계약이나 수익의 기회를 놓친 것은 후자라고 할 수 있다. 직원미채용 사건에서 원고는 채용을 기다리며 다른 취업기회를 상실하였고, 법원은 이러한 기회의 상실을 손해라고 보았다. 이는 줄여서 기회비용의 배상이라고 할 수 있을 것이다. 경제학에서 기회비용이란 어떤 선택으로 인해 포기한 다른 수익방식에서 얻을 이익의 평가액을 말하며, 통상적으로는 포기한 기회 중에서 가장 큰 수익을 기준으로 비용을 계산한다. 직원미채용 사건에서는 어떤 선택(특정 계약의 체결)으로 인해 포기한 기회(다른 계약의 체결)를 기준으로 배상액을 정했다는 점에서 이와 유사하다고 할 수 있을 것이다.[54] 지출비용은 계약체결비용과 이행을 위해 미리 지출한 비용을 말한다. 상대방이 이런 비용지출을 유도한 경우에 배상책임이 문제되며, 다만 비용지출자 자신의 위험으로 이를 지출한 경우에는 배상되지 않는다. -이행비용이 지출되지 않은- 무역탑 사건에서 법원은 계약체결비용이 원고 자신의 위험하에 지출된 것으로

53) 곽윤직(편), 『민법주해 IX』 채권 (2), 박영사, 1995, 제393조, 473면 각주 104(지원림 집필).
54) 다만 경제학에서 포기한 다른 수익방식 중에서 가장 큰 것에 따라 기회비용을 계산하는 점은 이 논문에서의 '기회비용'과는 다른 점이다.

보아 정신적 손해배상만을 인정했다. 국방연구원 사건과 천년의 문 사건, 가축분뇨처리시설사건에서는 모두 이행비용의 지출이 발생했다. 국방연구원 사건에서는 공사비용, 천년의 문 사건에서는 설계비용, 가축분뇨처리시설사건에서는 재료수입비용이 이에 해당한다. 이들은 모두 상대방의 적극적 요구에 의해 이행비용을 미리 지출한 경우에 해당한다.

이러한 구분은 적극적 손해와 소극적 손해라는 분류에 그대로 상응한다. 따라서 비용의 종류에 따라서만 분류하는 것은 구분의 실익이 없다. 그러나 비용에 기초한 구분은 그 비용이 어떻게 되었는가라는 관점에 따라서 다시 나눌 수 있다는 점에서 구분의 새로운 가능성을 열어준다. 이는 각각 지출비용과 기회비용으로 나누어 검토할 수 있다.

기회비용의 배상에서는 그 기회의 가치에 의해 배상액이 결정된다고 할 수 있다. 교직원미채용사건에서는 도시 일용노동에 종사할 기회를 잃어버렸다고 보았기 때문에 이에 상응하는 배상만이 인정되었다. 이는 신뢰이익배상의 논리에 따른 것이라고 보이며, 그 중에서도 최소한의 배상액만 인정된 것이다. 그러나 파기된 계약을 위해 다른 수익기회를 포기하는 경우도 있지만, 기회의 포기 자체가 계약내용인 경우도 있다. 창원지법의 92가합1625 판결사안이 이에 해당한다.[55] 甲 회사가 건설계획을 수립하여 건설구역내 피조개양식장의 어업권자 乙 등에게 통보하고 보상금에 관한 약정까지 체결하자 乙등은 어업권 소멸에 따른 보상을 기다린 채 양식장에 피조개 종패를 살포하지 아니하였는데 그 후 甲 회사가 일방적으로 건설규모를 축소조정하여 乙 등의 어업권을 보상대상에서 제외시키자, 을 등은 이에 대해 손해배상을 청구했고, 창원지법은 甲 회사는 乙 등의 양식장을 건설구역에 포함시키고 어업권 소멸에 따른 보상금의 지급을 위하여 협력하여야 할 신의칙상의 의무가 있음에도 이를 위반한 것이고, 이 경우 乙 등이 자신들의 어업권이 보상대상이 될 것으로 믿었기 때문에 그 준비를 위하여 종패를 살포하지 못하여 피조개를 생산하지 못함으로 인하여 입게 된 손해, 즉 신뢰이익을 배상할 책임이 있다고 하였다.

이 사안에서는 기존에 해오던 양식업을 포기하는 것 자체가 계약의 내용이

55) 창원지법 충무지원 1993. 10. 21. 선고 92가합1625 판결 : 확정.

었다는 점이 직원미채용사건과 다르다. 즉 계약체결을 위해 다른 수익기회를 포기한 것이 아니라, 기존 수익활동의 포기 자체가 계약내용이었기 때문이다. 이 사안에서 법원은 기존의 수익활동을 계속했더라면 얻었을 이익을 배상시켰는데, 이는 그 자체로 계약의 내용이기도 하다. 이 사안은 신뢰이익의 배상으로도 이행이익의 배상으로도 설명이 가능하다. 계약의 체결을 신뢰하여 양식의 기회를 포기했다는 것이 분명하고 이로 인한 손해의 증명도 용이하기 때문에 신뢰이익의 배상으로 해당 사안을 설명할 수 있다. 다른 한편 양식의 포기와 이에 대한 보상금의 지급이 계약의 내용이었다는 점에서, 보상금의 지급을 이행이익의 배상이라고도 할 수 있다. 이러한 사안에서는 손해배상의 내용이 신뢰이익인지 이행이익인지 보다는 포기한 수익이 무엇인지를 가리는 것이 더 중요할 것이다.

지출비용이 발생한 경우도 그 비용이 어떻게 되었는지는 서로 다르다. 천년의 문 사건에서의 설계비용이나 가축분뇨처리시설사건에서의 장비수입비용은 어느 당사자에게도 이익이 되지 못한 채 헛되이 되고 말았다. 그러나 국방연구원 사례에서 공사비용은 건축물이라는 결과로 이어졌고 이는 국방연구원 측에게 이익을 가져다 주었다. 그리고 이 이익은 파기된 계약을 통해 얻고자 했던 바로 그 이익이라는 점에서 국방연구원은 급부이익을 누렸다고 할 수 있다. 이런 점에서 지출비용의 경우는 비용이 헛되이 된 경우와 상대방에게 급부이익을 준 경우로 나눌 수 있다. 그리고 이러한 구분은 신뢰이익배상과 이행이익배상에 상응한다. 즉 비용이 헛되이 되었다면 이행이익을 배상시키지 않지만, 그 비용이 상대방에게 급부이익을 준 경우에는 이행이익을 배상시키는 것이다. 이는 위법성의 근거가 무엇인지와는 상관없다.

4. 소결

우리 대법원은 계약교섭의 부당파기시에 신뢰이익배상만이 인정된다고 설시하고 있지만, 실질적으로는 이행이익배상을 명한 것으로 보이는 판결이 있다. 이 판결의 결과는 정당하지만, 다른 판결과의 차이를 무시한 채, 판결의 실질적 근거를 제시하지 않는 것은 문제라고 생각된다. 필자는 위 판결에서

이행이익을 배상시킨 이유는, 책임의 근거에 있기보다는 비용이 파기자의 급부이익으로 돌아갔기 때문이라고 생각한다.

지출된 비용이 파기자의 이익으로 돌아간 경우에 이행이익을 배상시키는 것은 계약교섭파기에서 원칙적으로 신뢰이익 배상만을 인정하는 논거와도 일치한다. 신뢰의 야기만이 위법하고 교섭의 파기 자체는 위법하지 않은 경우에는 인과관계의 일반론에 비추어보더라도 신뢰이익배상만이 가능하다. 그러나 교섭의 파기 자체에 위법성이 있는 경우에는 인과관계의 관점에서는 이행이익이 배상되어야 한다. 교섭파기가 없었다면 계약이 체결되어서 이행되어야 하기 때문이다. 그러나 이 경우에 이행이익을 배상시키는 것은 계약자유에 대한 중대한 제한이므로 원칙적으로 신뢰이익배상에 그쳐야 한다는 것이 일반적 입장이다.[56] 이행이익을 배상시킨다면 계약체결을 강제하는 것과 마찬가지이기 때문이다.[57] 하지만, 계약파기자가 이미 급부이익을 누렸다면 신뢰이익배상에 그칠 이유가 없다. 파기가 위법한 경우에도 신뢰이익만을 배상시키는 것은, 급부이익을 누리는 것과 이를 포기하는 것 사이에서 파기자에게 '선택의 여지(제한된 범위의 선택의 자유)'를 주기 위한 것이다. 상대방에게 급부비용을 들이도록 하기는 했지만, 급부이익을 누리지 않은 상황에서는 계약파기 자체의 가능성은 인정해야 할 것이다. 따라서 계약파기는 인정하되 지출된 비용을 배상하도록 하는 것이 당사자 사이의 적절한 이익형량이라고 할 수 있다. 그 계약을 통해 누리고자 했던 이익을 –계약체결 전에- 포기한 자에게, 그 계약의 체결을 강제하는 불이익을 부과할 수는 없기 때문이다.

그러나 비용지출이 상대방의 이익으로 돌아간 경우는 상황이 다르다. 파기자가 이미 급부이익을 누리게 되었다면 인과관계에 따른 이행이익배상을 제한시켜야 할 형량의 이유도 사라진다. 또한 상대방으로부터 급부를 받아서 자신이 얻을 이익을 모두 누린 자가, 자신의 급부를 부정하기 위해 계약을 파기하는 것은 신의에 반하며, 신뢰이익만을 배상시키는 것은 이에 대한 적절한

56) 이는 국내의 다수학설일 뿐만 아니라 비교법적으로도 확인된다. 박정제, "계약교섭파기책임의 유형적 고찰", 사법논집 제46집, 2008, 641면 이하.

57) 박홍대, "계약교섭의 부당한 중도파기와 손해배상책임 -대법원 2001.6.15. 선고 99다40418 판결-", 판례연구 제13집, 부산판례연구회, 2002, 492면.

제재가 아니라고 할 것이다. 이 경우에는 받은 급부이익에 상응하는 반대급부를 이행이익배상의 형태로 부담시키는 것이 정당하다. 물론 이러한 경우에는 계약체결의 거부를 '선행행위에 모순되는 행위'로 무시한 후 계약체결을 의제할 수도 있겠지만, 불법행위법을 통해 이행이익에 상응하는 배상을 인정할 수 있다면 계약의 의제라는 이론적 부담을 감수할 필요는 없을 것이다.

파기자가 급부이익을 누린 경우에 이행이익을 배상시키는 것은 부당이득 제도와의 관계에서도 검토할 수 있다. 부당이득은 미국에서 계약교섭의 결렬에 따른 책임을 인정하는 논거 중 하나인데,[58] 이는 계약교섭의 부당파기라는 불법행위와 부당이득의 관련성을 보여준다. 우리의 사안에서는 부당이득이 논의된 바 없는데, 이는 대부분의 사안에서 비용지출이 헛되이 되었다는 사정때문이며, 급부이익이 발생한 국방연구원사건은 공사 자체는 기존의 계약에 의한 것이었고, 증액합의의 파기만이 문제되었기 때문이다. 그러나 계약교섭의 부당파기와 부당이득이 모두 논의될 수 있는 사건의 발생가능성은 있으며,[59] 이 경우에 - 처분권주의라는 이유로 감수해야 한다고도 할 수 있지만- 당사자가 어떤 주장을 했는지에 따라 원고가 받을 금액의 범위가 달라지는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다. 따라서 이때는 양 경로에 따른 해결책이 크게 차이나지 않는 것이 바람직하다. 비용지출이 헛되이 된 경우에는 파기자에게 아무런 이익이 돌아가지 않으므로, 이는 부당이득으로 반환될 수 없고, 손해배상의 방법으로만 회복될 수 있다. 그러나 비용지출자가 계약의무의 발생을 예견하여 비용을 들였고 이로 인해 파기자가 이익을 누렸지만, 계약교섭의 파기로 인해 그 의무가 성립되지 않은 경우에는 파기자의 부당이득이 인정될 수 있다. 부당이득으로 구성한다면 비용지출이 파기자에게 이익이 된 범위에서 반환이 인정될 것이며, 급부이익과 반대급부이익이 등가적임을 전제한다면, 이는 이행이익에 해당할 것이다. 이행비용의 지출이 전체의 일부에 해당한다면 그에 상응하는 급부이익만이 배상되어야 할 것이다.[60] 이런 점에

58) 엄동섭, "영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임", 민사법학 제35호, 2007, 90면; 이혜리, "영미법상 약속적 금반언에 기한 전계약적 책임", 비교사법 제15권 4호, 2008, 453면; 이혜리, "미국에서의 계약 교섭 결렬에 따른 책임에 관한 법경제학적 검토", 미국헌법연구 제23권 제1호, 2012, 175면.

59) 엄동섭, "영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임", 민사법학 제35호, 2007, 110면.

60) 가령 미국의 Hill v. Waxberg 사건에서는 건축업자인 원고가 나중에 건축공사를 맡기겠다는 피고

서 본다면 비용지출이 파기자의 급부이익으로 된 경우에 이행이익을 배상시키는 것은 부당이득과의 관계에서도 적절하다고 할 수 있다.

V. 결 론

대법원은 계약교섭의 부당파기 사례에서 신뢰이익 배상만을 언급하고 있다. 그러나 "계약체결 거부"가 위법하고, 이것이 불법행위의 근거라고 한다면, 이는 결국 이행이익의 배상으로 연결된다. 따라서 계약교섭의 부당파기에 대한 판결은, 법원의 논리를 따른다면 책임의 근거와 손해배상의 범위에서 괴리가 발생한다.

계약교섭의 부당파기에서 책임의 근거는 크게 두 가지로 나눠서 생각해볼 수 있다. 하나는 계약체결에 대한 신뢰를 부여하고도 이를 파기했다는 것이며, 다른 하나는 계약체결을 하지도 않을 것이면서 너무 많은 신뢰를 부여했다는 점이다. 이들 책임의 근거는 그 행위 자체로는 구별이 힘들지만, 이와 인과관계 있는 손해의 범위는 크게 달라진다. 전자와 같이 파기가 잘못이라면, 그 파기가 없었을 때의 상황은 계약을 체결하는 것이고, 따라서 손해의 범위는 이행이익의 배상으로까지 이어진다. 반면 후자와 같이 신뢰부여가 잘못이라면, 신뢰부여가 없었던 상태, 즉 계약교섭을 하지 않았으면 들이지 않았을 비용이 손해로 포착되고 따라서 신뢰이익이 배상되어야 한다.

그러나 법원은 양자의 모두에 대해 '신뢰이익의 배상'만을 인정하고 있다. 다만 법원의 이러한 태도는 후자의 경우에도 이행이익의 배상은 인정될 수 없다는 것에 기초한 것으로 보인다. 즉 "계약교섭이 정당한 이유 없이 파기된 경우에 상대방은 그 거절된 계약의 체결을 요구할 수 없고 또한 계약체결을

의 요청으로 토지에 대한 조사비용을 들였는데, 공사계약교섭이 결렬되었고, 이에 법원은 원고가 비용을 들여 피고가 이익을 얻었기 때문에 피고가 취득한 이득의 합리적인 가액에 대한 원고의 반환청구를 인정하였다: 엄동섭, "영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임", 민사법학 제35호, 2007, 91면.

전제로 한 불이행책임도 소구할 수 없"다는 점에서[61] 판례의 신뢰이익의 배상을 명한 판결을 이해할 수 있을 것이다. 계약교섭이 부당하게 파기되었다고 해서 이를 해결하기 위해 계약이 체결된 것과 동일한 상태를 만들 수는 없기 때문이다. 따라서 이는 불법행위에 의해서 문제를 해결하되, 양자의 이익 형량을 위해서 손해배상의 범위에 관한 일반론을 이 범위에서 수정한 것이라고 할 수 있다. 그러나 이행이익을 배상시킨 사례도 있는데, 이는 투입된 비용이 파기자의 급부이익으로 실현되었다는 점에서 설명할 수 있다. 자신이 유발한 상대방의 비용을 통해 급부이익을 누린 자는 이에 상응하는 출연을 부담하는 것이 타당하므로 이행이익을 배상시킨 것으로 볼 수 있다. 따라서 계약교섭 부당파기 사례에서는 그 위법성의 근거와 무관하게 원칙적으로 신뢰이익을 배상시키되, 급부이익을 누린 파기자는 이행이익을 배상해야 한다는 것으로 판례의 입장을 요약할 수 있다.

투고일 : 2018. 7. 5.	심사일 : 2018. 8. 21.	게재확정일 : 2018. 8. 21.

61) 박홍대, "계약교섭의 부당한 중도파기와 손해배상책임 -대법원 2001.6.15. 선고 99다40418 판결-", 판례연구 제13집, 부산판례연구회, 2002, 487면.

참고문헌

곽윤직(편),『민법주해 XII』 채권(5), 박영사, 1999, 제535조 (최홍섭 집필);『민법주해 IX』 채권 (2), 박영사, 1995, 제393조(지원림 집필).

김대정, “계약교섭의 부당파기로 인한 손해배상책임”, 중앙법학 제11집 3호, 2009.

김동훈, “계약교섭단계에서 이행의 착수와 손해배상”, 저스티스 제82호, 2004.

김상환, “계약 체결을 위한 교섭 중 당사자 중 일방이 상대방의 적극적인 요구에 따라 이행에 착수하였으나 그 계약이 부당하게 파기된 경우에 상대방이 부담하여야 할 손해배상책임의 범위(2004.5.28. 선고 2002다32301 판결: 공2004하, 1055)”, 대법원판례해설 제49호, 2004.

박영목, “계약완성의무의 위반과 이행이익의 배상”, 고려법학 제59호, 2010.

박정제, “계약교섭파기책임의 유형적 고찰”, 사법논집 제46집, 2008.

박홍대, “계약교섭의 부당한 중도파기와 손해배상책임 -대법원 2001.6.15. 선고 99다40418 판결-”, 판례연구 제13집, 부산판례연구회, 2002.

엄동섭, “영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임”, 민사법학 제35호, 2007.

윤경, “건축설계 우수현상광고의 당선보수인 ‘기본 및 실시설계권’의 의미”, 대법원판례해설 제40호, 2002.

이병준, “계약의 합의로 인한 구속력과 계약협상의 부당파기의 한계”, 민사법학 제25호, 2004.

이은영, “계약교섭의 일방파기와 손해배상책임”, 법학논문집(중앙대학교) 제30집 제2호, 2006.

이혜리, “영미법상 약속적 금반언에 기한 전계약적 책임”, 비교사법 제15권 4호, 2008.

이혜리 “미국에서의 계약 교섭 결렬에 따른 책임에 관한 법경제학적 검토”, 미국헌법연구 제23권 제1호, 2012.

정성헌, “계약교섭의 부당파기”, 고려법학 제63호, 2011.

지원림, “계약교섭이 부당하게 파기된 경우의 법률관계 -대법원 2001.6.15. 선

고 94다40418 판결-", 민사판례연구 XXV, 2003.
최흥섭, "계약이전단계에서의 책임(소위 계약체결상의 과실책임)과 민법 제535조의 의미-특히 독일판례를 중심으로 한 비교법적 고찰-",『한국민사법학의 현대전 전개(배경숙교수화갑기념)』, 1991.
함윤식, "계약교섭의 부당파기로 인한 책임", 민사판례연구 XXVII, 2005.

<국문초록>

계약교섭의 파기로 인한 손해배상 책임의 근거와 범위

박 영 목

계약 교섭의 파기는 계약체결의 자유에 의한 것으로 원칙적으로 위법성이 없다. 그러나 계약 체결에 대한 정당한 신뢰를 부여하여 일정한 행동을 하도록 한 후 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입히는 것은 위법하다는 것이 법원의 입장이다. 법원은 이를 불법행위라고 하면서, 손해배상의 범위에 관하여 제535조에 따르고 있다. 이러한 판결과 관련하여 몇 가지의 의문을 제기할 수 있다. 첫째, 계약교섭의 부당파기에서 불법행위책임의 근거가 잘못된 신뢰의 야기에 있는지, 아니면 계약체결을 거부한 것에 있는지의 문제이다. 둘째, 불법행위에 기초해서 신뢰이익을 배상시키는 것이 타당한지이다. 셋째, 계약교섭의 부당파기 사안에서 이행이익을 배상시킨 사건이 있는데 그 기준이 무엇인지이다.

대법원은 계약교섭의 부당파기 사례에서 신뢰이익 배상만이 인정된다고 하고 있다. 책임의 근거가 잘못된 신뢰의 야기라면 이는 불법행위 일반론에 부합한다. 그러나 책임의 근거가 계약체결의 거부라고 하면서도 신뢰이익을 배상시키는 것은 인과관계에 맞지 않다. 법원의 이러한 태도는 급부이익을 누리는 것과 이를 포기하는 것 사이에서 파기자에게 '선택의 여지'를 주기 위한 것으로 해석할 수 있다. 계약이익을 이미 포기한 자에게, 그 계약의 체결을 강제하는 불이익을 부과할 수는 없기 때문이다. 따라서 이는 불법행위에 의해서 문제를 해결하되, 양자의 이익 형량을 위해서 손해배상의 범위에 관한 일반론을 이 범위에서 수정한 것이라고 할 수 있다.

그러나 계약교섭의 부당파기 사안 중에는 이행이익을 명한 사안도 있으므로 이에 대해서는 다른 설명이 요구된다. 이는 투입된 비용이 파기자의 급부이익으로 실현되었다는 점에서 설명할 수 있다. 자신이 유발한 상대방의 비용을 통해 급부이익을 누린 자는 이에 상응하는 출연을 부담하는 것이 타당하므로 이행이익을 배상시킨 것으로 볼 수 있다. 이는 다른 사례들에서 지출비용이 헛되이 된 것과 다른 점이다. 따라서 계약교섭 부당파기 사례에서는 그 위법성의 근거와 무관하게 원칙적으로 신뢰이익을 배상시키되, 급부이익을 누린 파기자는 이행이익을 배상해야 한다는 것으로 판례의 입장을 설명할 수 있다.

주제어: 계약교섭의 부당파기, 손해배상, 이행이익, 신뢰이익, 인과관계, 계약체결상의 과실책임

<Abstract>

Basis and Scope of Liability for Damages Caused by Breaking-Off of Contract Negotiation

Park, Young-mok

The termination of contract negotiations is in principle free from unlawfulness due to freedom of contract. However, it is the court's position that it is illegal to give damage to a contract partner by refusing to conclude a contract without any good reason after giving reasonable trust to partner. The court referred to this as tort, and pursuant to Article 535 of Korean Civil Code with regard to the scope of damages. Several questions can be raised regarding this judgment. First, it is a question of whether the basis of liability for torts is causing false trust or refusing to sign a contract. The second question is whether it is reasonable to reimburse the reliance interest based on tort. The third problem is the question of what the standard is in the case of compensating the performance interest.

The Korean Supreme Court concluded that only reliance damages are allowed in cases of unfair dismissal of contractual negotiations. If the basis of responsibility is the cause of false trust, it is in accordance with the general theory of tort. However, while the basis of responsibility is refusing to sign a contract, rewarding reliance damages is not match with a causal relationship. This attitude of the court can be justified in the sense that damages should not have the same effect as the conclusion of

the contract. Even if the termination of the contractual negotiations is unreasonable, it should not create the same status as the conclusion of the contract by compensation of damages. Therefore it can be said that the range of compensation of torts is modified within this range in order to adjust the interests of both parties.

However, there is a need for further clarification on matters that have compensated for performance interest. This can be explained by the fact that the terminator of contract negotiations has benefited from the input cost of partner. Anyone who enjoys the performance interests from the expenses of the other party that he/she has caused has to compensate for the performance damages because it is reasonable to compensate the corresponding gains. This is in contrast to other cases where expenditure costs are in vain. Therefore, in case of termination of contractual negotiation, it is possible to explain the position of the case law as that: in principle, irrespective of the grounds of the illegality, the offender must compensates for the reliance interest but the offender who has earned the contractual benefit should compensate for the performance interest.

Key Word: Breaking-Off of Contract Negotiation, Compensation for Damages, Performance Interest, Reliance Interest, Causal relationship, Culpa in Contrahendo