

## 손해배상법상 이득금지의 원칙과 의제적 손해산정

- 독일 연방대법원 판례 변경(BGH, Urteil v. 22. 2. 2018  
- VII ZR 46/17)에 대한 일고찰 -

이 성 범\*

### 〈국문초록〉

최근 독일 민법학에서 수급인의 담보책임상 하자보수에 갈음하는 손해배상에 있어 의제적 손해산정을 통해 손해배상의 범위를 정할 수 있는지 논의되었다. 2018년 독일 연방대법원 민사 제7부는 기존의 판례를 변경하여 수급인의 담보책임상 손해배상의무에 있어 의제적 손해산정을 배척하였다. 이 판례변경의 내용이 매도인의 담보책임상 손해산정에도 적용될 수 있을지 견해가 대립되고 있다.

본 판례변경의 주된 이유는 의제적 손해배상으로 인한 과잉배상의 우려이다. 즉 구체적인 비용지출과 관계없이 하자 자체를 그대로 손해로 간주할 경우 손해배상의 범위가 과도하게 정해질 수 있다는 것이다. 이는 도급인이 실제로 하자보수에 지출하지 않은 비용을 손해로 인식할 때 손해의 사실적 인식에 대한 왜곡이 발생할 수 있는 점에 기인한다. 하지만 실제로 지출한 하자보수비용만을 근거로 하자보수에 갈음하는 손해배상의 범위가 타당하게 정해질 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 손해의 인식은 피해사실과 동가치로 평가될 수 있는 ‘배상되어야 할 것’을 구성하는 것이므로, 여기에 등가성을 형성하는 다양한 판단요소들이 고려될 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 점은 손해배상법상 이득금지의 원칙에 대한 이해와도 관련되어 있다. 이에 본고는 독일 연방대법원의 판례변경을 비판적으로 고찰해보고, 이를 통해 우리 대법원이 하자보수에 갈음하는 손해배상범위를 정함에 제시하였던 ‘실제로 보수에 필요한 비용’의 구체화에 도움을 주고자 한다.

주제어 : 하자보수에 갈음하는 손해배상, 의제적 손해산정, 손해배상법상 이득금지의 원칙, 과잉배상, 실제로 보수에 필요한 비용

• 투고일 : 2020.09.29. / 심사일 : 2020.10.26. / 게재확정일 : 2020.10.29.

\* 법학박사(Dr. iur., 독일 브레멘 대학교)

## I. 수급인의 하자담보책임 중 하자보수에 갈음하는 손해배상액의 산정기준

우리 민법 제667조는 수급인의 담보책임을 규율한다. 동조 제1항에 따르면 도급 계약상 목적물에 하자가 존재하는 경우 도급인은 수급인에게 상당한 기간을 정해 하자보수를 청구할 수 있고, 제2항에 의하면 도급인은 하자의 보수에 갈음하거나 하자의 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다. 원칙적으로 도급 계약상 완성된 목적물에 하자가 존재할 때 도급인은 수급인에게 하자의 보수나 하자의 보수에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 동조 제1항은 하자가 중요하지 않고 동시에 그 보수에 과다한 비용이 드는 경우 하자의 보수를 청구할 수 없다고 규정하는바, 이때 하자보수의무가 없으므로 하자보수에 갈음하거나 그와 함께하는 손해배상이 아닌, 하자로 인한 손해의 배상만을 청구할 수 있다. 이에 하자가 중요하지 않더라도 보수에 과다한 비용이 들지 않는다면 하자보수의무가 존재할 수 있고, 그러한 하자의 보수에 갈음하는 손해배상이 가능하다. 즉 중요하지 않은 하자의 보수에 대해서 과다한 비용이 드는지에 의해 하자보수의무의 존속 여부가 결정될 뿐, 하자가 중요하지 않다고 바로 하자의 보수와 이에 갈음하는 손해배상이 부정되는 것은 아니다.<sup>1)</sup>

우리 대법원 판례에 따르면 하자가 중요하지 않고 보수하기에 과다한 비용이 드는 경우 하자로 인하여 입은 통상의 손해는 특수한 사정이 없는 한 수급인이 하자 없이 시공하였을 경우의 목적물이 갖는 교환가치와 하자가 있는 현재의 상태대로의 교환가치와의 차액이라고 한다.<sup>2)</sup> 그리고 이 교환가치의 차액을 산출하기 현실적으로 불가능할 때 통상 손해는 하자 없이 시공하였을 경우의 시공비용과 하자 있는 상태대로의 시공비용의 차액이라고 한다.<sup>3)</sup> 한편 하자가 중요한 경우 하자의 보수에 갈음하는, 즉 실제로 보수에 필요한 비용이 손해배상에 포함된다고 보았다.<sup>4)</sup> 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 보수청구권과 병존하여 처음부터 도급인에게 존재하는 권리이며 손해배상청구권은

1) 이와 달리 정광수, “수급인의 하자담보책임으로서 손해배상의무에 관한 고찰”, 比較私法 제13권 제3호(2006), 154면은 하자의 보수에 갈음하는 손해배상은 하자의 보수가 불가능하거나 하자가 중요한 경우에 한정된다고 하는데, 경우에 따라 인정될 수 있는 중요하지 않은 하자의 보수 의무와 이러한 하자의 보수에 갈음하는 손해배상의 가능성을 우리 민법 제667조의 해석상 그렇게 제한할 수 있는지 의문이다.

2) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결.

3) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54376 판결.

4) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결.

사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이므로, 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 하자가 발생하여 보수가 필요하게 된 시점에서 성립된다고 하며,<sup>5)</sup> 이때 하자보수비 상당액은 목적물의 완성시가 아니라 하자보수청구시 또는 손해배상청구시를 기준으로 한다.<sup>6)</sup>

하자가 중요하지 않고 그 보수에 과도한 비용이 드는 경우 하자로 인한 손해의 산정방식은 기존의 차액설 논리에 부합하는 것으로 나름의 이유대로 수궁이 가나, 하자보수에 갈음한 손해배상의 경우 ‘실제로 보수에 필요한 비용’이 손해배상에 포함되는데 여기에 구체화가 필요해 보인다. 실제로 보수에 필요한 비용이 보수를 위해 실제로 지출한 비용을 말하는 것인지 아니면 보수되지 않더라도 제3자의 감정평가 또는 견적제안서에 의해 가치감소분 등의 손해항목과 같이 실제로 필요한 보수비용이라고 인정되면 충분한 것인지 의문이 제기될 수 있다. 즉 구체적으로 보수에 들어간 금액이 산정되어야 하는지 아니면 추상적으로 보수에 필요하다고 인정만 되면 충분한 경우가 존재할 수 있는지의 의견이 대립될 수 있다. 이와 관련하여 일반적으로 손해배상법에서 구체적 손해산정이라는 원칙적 목표하에 추상적인 손해산정의 가능성이 검토되는 것을 생각해 볼 수 있다. 구체적 손해산정이 개별적 사례에서 사실적으로 피해자에게 일어난 불이익을 파악하는 것이라면, 추상적 손해산정은 개별적으로 특수한 사정을 떠나 객관적이고 전형적인 기준 안에서 인정되는 손해의 인식이라고 말할 수 있다.<sup>7)</sup> 독일 민법학에서 후자와 관련하여 의제적 손해산정(fiktive Schadensberechnung)이 다루어진다. 이것은 손상된 물건의 수리 등 원상회복과 관련하여 실제 지출된 수리 비용이 아닌 감정인의 평가 등에 의해 객관적으로 인정된 수리에 필요한 금액을 손해로 산정하는 것을 가리킨다. 이에 실제 지출된 수리 비용을 산정하는 경우와 비교하여 그 산정방식의 타당성에 의문이 제기될 수 있다. 객관적 평가의 신뢰 가능성부터 시작하여 그러한 의제적 손해산정을 통해 과잉배상이 되는 것은 아닌지 주로 문제된다. 하지만 그러한 산정방식이 가져다주는 손해인식과정의 정형화와 이를 통한 증명경감 그리고 효율적인 손해정산 등 실천적 필요성 역시 고려될 수 있다.

5) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55632 판결.

6) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다30345 판결.

7) Vincent Schreier, *Das Verhältnis zwischen Schadensrecht und Schadensversicherung*, VVW, 2017, S. 11 ff.; Hermann Lange/Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2003, S. 353 ff.; 朴東瑱, “獨逸損害賠償法上 損害의 認識과 算定方法”, 延世法學研究 제4권 제1호(1997), 208면 이하.

독일 민법상으로도 수급인의 하자담보책임으로서 하자에 갈음하는 손해배상이 인정된다. 독일 민법 제634조는 수급인의 하자담보책임을 규정하는바, 이 내용을 간략히 살펴보면 다음과 같다. 동조 제1호와 제635조는 도급인이 추완(Nacherfüllung)청구시 수급인은 자신의 선택에 따라<sup>8)</sup> 하자를 제거하거나 새로운 일을 완성해야 하는 점을 규율한다. 제634조 제2호와 제637조는 도급인이 추완을 위해 정한 상당한 기간의 경과 후에 스스로 하자를 제거하고 필요한 비용을 수급인에게 요구할 수 있음을 규정한다.<sup>9)</sup> 이때 필요한 비용을 수급인에게 선지급(Vorschuss)할 것을 요구할 수 있다(제637조 제3항). 이 필요한 비용은 계약목적에 맞는 상태로의 회복을 위한 것으로 그 산정은 감정서나 견적서에 따르거나 도급인 스스로의 평가에 의할 수도 있다고 한다.<sup>10)</sup> 제634조 제3호는 해제권과 함께, 해제 대신 행사할 수 있는 보수감액권(報酬減額權, 제638조)<sup>11)</sup>을 인정한다. 그리고 제634조 제4호는 손해배상청구권을 규정하는데, 2002년 독일 채권법개정 이후 담보책임법은 일반금부장애법과 통합적으로 규율된다.<sup>12)</sup>

8) 독일 민법 제439조 제1항상 매도인의 담보책임 중 하나로 역시 추완청구가 인정되는데, 수급인의 담보책임의 경우와 달리, 매수인이 추완을 청구할 때 매수인의 선택에 따라 하자의 제거 또는 하자 없는 물건의 조달이 이루어지게 된다. 도급인의 추완청구시 수급인에게 선택권을 준 것은 교환과정인 매매의 경우와는 달리 수급인은 목적물 생산과 원상회복의 과정에 밀접하게 관련되어 어떻게 하자가 제거되어야 할지 잘 결정할 수 있기 때문이다. Vgl. BT-Drucksache 14/6040, S. 265.

9) 이러한 자구조치(Selbstvornahme)의 내용은 독일 민법상 매도인의 담보책임에 관한 규정들에는 존재하지 않는다. 그 이유는 추완기간 설정의 요구와 추완이행의 우선성과 함께 매매계약의 구속력을 강화하고, 과잉배상의 위험 또는 추완이행을 통해 매매대금을 온전히 확보할 수 있는 기회를 상실할 위험으로부터 매도인을 보호하기 위함이다. 하지만 수급인의 담보책임상 자구조치의 내용과 같은 맥락에서, 적어도 매수인을 통해 매도인에게 절약된 비용에 대해 매수인이 비용상환을 청구할 수 있는지 독일 민법학상 견해의 대립이 존재한다. 독일 연방대법원은 매도인의 담보책임에 관한 제437조 이하를 열거조항으로 이해하여 이와 같은 매수인의 자구조치에 대해 부정적인 태도를 취한다. Vgl. BGHZ 162, 219, 225; Jürgen Oechsler, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, 2013, Rn. 203; Barbara Dauner-Lieb/Wolfgang Dötsch, “§ 326 II 2 BGB (analog) bei der Selbstvornahme?”, NZBau 2004, 233, 236; 김화, “매수인의 자구조치에 관한 연구”, 財産法研究 제34권 제1호(2017), 3면 이하.

10) MüKoBGB/Busche, § 637, Rn. 21.

11) 동 조항은 매도인의 담보책임상 감액권(제437조, 제441조)에 대응하는 것으로서 도급인은 수급인에 대한 일방적 의사표시로써 보수를 감액할 수 있다고 규정하는바, 이는 형성권에 해당한다. Vgl. Hk-BGB/Ebert, § 638, Rn. 1.

12) 독일 민법상 담보책임상 손해배상은 금부장애법의 핵심표지인 ‘의무위반(Pflichtverletzung, 동법 제280조 제1항 제1문)’과 결부된다. 여기서 의무위반이란 ‘객관적으로’ 채권관계에 상응하지 않는 채무자의 행동을 가리킨다. 이러한 의무위반이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 보통 고의 내지 과실에 따른 유책성(Verantwortlichkeit, 제276조)도 동시에 수반되고, 그렇지 않은 경우 제280조 제1항 제2문에 따라 유책성이 없다는 점이 입증되어야 한다. 이렇게 객관적인 의무위반과 주관적인 유책성으로 제280조상의 손해배상의무가 구성된다.

동 조항상 규정된 지시대로 제280조 제1항에 따라 급부 내지 그 추완 이외에 하자로 인해 도급인의 기타 권리나 법익에 발생한 하자확대손해에 대한 배상을 청구할 수 있고(Schadensersatz neben der Leistung), 제280조 제1항과 제2항 그리고 제286조에 의해 하자 없는 급부의 지체에 대한 손해배상이 가능하다. 이행이익의 배상이 문제되는 경우 제281조에 규정된 급부에 갈음하는 손해배상(Schadensersatz statt der Leistung)이 가능하다. 우선 동조 제1항 제1문과 함께 도급인이 하자 있는 완성물을 보유하면서 하자의 보수에 갈음하는 손해배상으로서 수리비나 가치감소분 등을 요구할 수 있다.<sup>13)</sup> 수급인의 의무위반이 중대한(erheblich) 경우, 즉 하자가 중대한 경우 동조 제1항 제3문에 따라 도급인은 이미 수취한 물건이 있다면 돌려주고 전체 급부에 갈음하는 손해배상(Schadensersatz statt der ganzen Leistung)을 청구할 수 있다. 이 의무위반의 중대성 내지 하자의 중대성은 개별사정에 비추어 판단될 수 있을 뿐이다. 이에 하자가 중대하지 않을 때 이러한 전체 급부에 갈음하는 손해배상만이 제외되고, 급부에 갈음하는 손해배상, 즉 하자보수의무에 갈음하는 손해배상이나 감액은 여전히 가능하다. 한편 제284조와 같이 급부에 갈음하는 손해배상 대신 헛되이 쓴 비용, 즉 계약 체결 비용 등에 대한 손해배상도 허용된다.

우리 민법과 대법원 판례상의 기준과 같이 독일 민법상 수급인의 하자담보 책임에서도 하자보수의무와 관련된 손해배상액의 산정 문제가 제기될 수 있다. 우선 독일 민법 제251조 제2항 제1문은 원상회복이 과도한 비용으로만 가능하다면 원상회복이 불가능한 경우와 같이 채무자는 금전으로 배상할 수 있다고 규정하는데, 이러한 금전배상은 제249조와 제250조에서 문제되는 원상회복(Naturalrestitution)으로서 완전성이익(Integritätsinteresse)이 아닌, 가치이익(Wertinteresse)만을 다룬다. 즉 원상회복을 위해 필수적인 비용이 아닌, 손해사실로 인해 피해자의 재산이 얼마나 감소했는지를 금전으로 환산할 뿐이다.<sup>14)</sup> 이 일반손해배상법의 규율은 수급인의 담보책임상 손해배상의무에도 적

Vgl. BT-Drucksache 14/6040, S. 135; Jürgen Oechsler, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, 2013, Rn. 329; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 21. Aufl., C.H.Beck, 2015, Rn. 325 ff., 347 f.

13) 이러한 급부에 갈음하는 손해배상을 소위 ‘작은 손해배상’(kleiner Schadensersatz)이라 하고, 제281조 제1항 제3문에 규정된 ‘전체’ 급부에 갈음하는 손해배상은 소위 ‘큰 손해배상’(großer Schadensersatz)이라 한다. Vgl. Hk-BGB/Schulze, § 281, Rn. 18; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 38. Aufl., C.H.Beck, 2014, § 24, Rn. 15 f.

14) Oliver Brand, *Schadensersatzrecht*, 2. Aufl., C.H.Beck, 2015, § 2, Rn. 31; Dieter Medicus/Jens Petersen, *Bürgerliches Recht*, 27. Aufl., Vahlen, 2019, Rn. 818; vgl.

용된다. 즉 하자의 보수가 과도한 비용으로만 가능할 때는 하자보수에 따른 완전성이익이 아니라, 가치배상만이 문제될 뿐이다. 이 점에 있어서 우리 대법원 판례가 하자 보수에 갈음하는 손해배상이 아닌 하자로 인한 손해를 산정하는 방식과 유사하다. 독일의 경우 하자 보수에 갈음하는 손해배상의 산정은 원상회복을 위한 것으로 독일 민법 제249조와 제250조와 관련된다. 이에 하자가 중대한 경우이든 경미한 경우이든 급부이익 내지 하자보수에 갈음하는 금전배상이 문제될 수 있다.<sup>15)</sup> 이것은 결국 수리비 내지 하자제거비용의 산정 문제와 직결되는데, 이때 제249조 제2항 제1문이 규정하는 ‘원상회복에 갈음하여 그에 필요한 금액’의 함의<sup>16)</sup>가 손해산정기준으로 고려될 수 있다. 이 함의 중 하나로 독일 민법학상 의제적 손해산정이 논의되는데, 최근 독일 연방대법원은 수

Hermann Lange/Gottfried Schieman, *Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2003, S. 70.

- 15) 이와 관련하여 원상회복과 금전배상의 이분법적 사고에 대해 고민해볼 필요가 있다. 우리 민법 제394조가 금전배상을 손해배상의 방법으로 규정한 것만을 이유로 이것이 원상회복에 갈음하는 금전배상마저 부정하는 것이라고 단언할 수 없을 것이다. 우리 민법상 금전배상주의는 손해배상의 방법적 측면을 강조한 것일 뿐, 손해배상의 내용을 완전성이익을 위한 금전배상과 가치이익을 위한 금전배상으로 분류한 다음 전자를 명시적으로 배제하지는 않기 때문이다. 순수하게 어의적으로만 보면 원상회복은 원래 상태를 되찾는 것을 의미하므로 이는 피해 사실 이전의 사실적 상태를 회복하는 것으로 보인다. 이러한 의미에서는 금전배상과 구별될 수 있을지 모른다. 그러나 그와 동시에 원상회복은 피해 사실이 없다면 존재하였을 것이라 생각하는 가정적 상태로의 회복으로서, 이러한 가정적 고려 안에서 반드시 피해 사실 이전에 존재하였던 상태와 물리적으로 동일한 상태로의 회복을 의미하지는 않는다(Vgl. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, 14. Aufl., C.H.Beck, 1987, S. 471). 이에 완전성이익의 실현이라는 의미에서의 원상회복은 완전성이익을 실현하는 금전배상의 경우와 실질적으로 달리 평가될 이유가 없다. 그리고 과거로 돌아갈 수 없는 것과 같이 우리는 시간의 일방적 흐름 안에서 과거의 상태를 그대로 다시 만들 수 없고, 다시 만들더라도 다른 시간 속에서 이전과 절대적으로 동일한 사실 상태는 구현될 수 없으며 단지 동일한 것으로 인정될 수 있도록 구성하고 재현하거나 그것과 교환적 등가관계에 있는 것으로 대체할 수 있을 뿐이다. 그렇다면 결국 원상회복이라는 것은 피해 사실 이전의 상태와 실질적으로 등가적인 상태를 만드는 것이며, 이러한 의미에서 금전의 교환적 성격에 기대어 피해 이전의 상태와 등가적인 상태를 만들어내려는 금전배상주의가 과연 원상회복의 대척점에 서는 것인지 그 개념설정에 대한 의문이 든다. 우리 민법학상 원상회복과 금전배상의 개념에 대한 비판적 고찰로, 박수근/김진우/가정준/권철, “손해배상의 방법에 대한 비교법적 고찰”, 比較私法 제19권 제1호(2012), 47면 이하 참조.

- 16) 물론 독일 민법 제249조 제2항은 사람에 대한 침해나 물건이 훼손된 경우에 적용되는 것이므로 일반적인 급부와 관련된 급부에 갈음하는 손해배상에 동 조항이 직접적으로 적용될 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 다른 관점에서 동 조항과 같은 일반 손해배상법의 규정에 대한 넓은 해석을 통해 도급계약상 하자담보책임의 경우 물건의 훼손에 준하여 다루어질 수도 있으며, 설령 그렇게 되지 않더라도 동 조항의 함의에 의제적 손해산정의 일반적 법리가 포함될 수 있으므로 이러한 의미에서 동 조항의 언급이 가능할 수도 있다. Vgl. Thomas Riehm, “Fiktive Schadensberechnung im Mietrecht”, NZM 2019, 273, 279; Wolfgang Voit, “Die neue Berechnung des Schadensersatzanspruchs bei Werkmängeln”, NJW 2018, 2166, 2168..

급인의 담보책임상 하자보수에 갈음하는 손해배상과 관련하여 이 의제적 손해산정을 적용할 수 있는지에 대하여 판시하였다. 이 판시내용의 검토를 통해 차후 우리 대법원이 하자보수에 갈음하는 손해배상과 관련하여 손해산정기준으로 삼고 있는 ‘실제 보수에 필요한 비용’의 구체화에 도움을 줄 수 있을 것이다. 이하에서 독일 연방 대법원의 판결 내용 및 이와 관련된 시사점을 검토해 본다.

## II. 독일 연방대법원의 판결: 하자보수에 갈음하는 손해배상에서 의제적 손해산정 배척

2018년 독일 연방대법원 민사7부는 수급인의 하자담보책임에서 문제가 되는 하자의 보수에 갈음하는 손해배상, 특히 하자 있는 완성물을 보유하면서 하자의 보수에 갈음하는 손해배상을 청구한 경우 하자제거비용과 관련하여 의제적 손해산정을 배척함으로써 기존 판례를 명시적으로 변경하였다.<sup>17)</sup>

### 1. 사건의 경과

원고는 2002년 4층 규모의 일가족용 주택의 건축 과정에서 피고1에게 주택 외부에 자연석판을 깔게 하였다. 그리고 설계 및 건축관리감독을 피고2(건축가)에게 맡겼다. 2005년 원고는 완성물을 수취하였다. 2007년부터 자연석판에 하자가 드러나기 시작했다. 원고는 하자보수를 하기 위해, 피고2의 설계상 과실을 25%로 산정하여, 피고1에게 전체보수비용의 75%인 약 90,000유로를 선지급(Vorschuss)할 것을 청구하였다. 그리고 이 금액만큼 피고1과 연대채무자인 피고2를 상대로 약 122,000유로를 손해배상으로 청구하였다. 2015년 1심은 원고 승소판결을 내렸다. 피고들은 항소하였는데, 이때 원고는 해당 주택을 제3자에게 양도한다. 이제 원고에게 하자보수 자체는 중요하지 않으므로, 원고는 청구를 변경하여 피고1에 대하여 하자보수비용 선지급 청구가 아닌, 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구하게 된다. 이 손해배상액으로서 의제적으로 산정된 하자보수비용의 75%가 피고1에게 청구되었다. 이에 제2심은 하자보수에 필요한 금액을 그 하자보수에 갈음하는 손해배상액으로 인정할 수 있으며 그 금

17) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17=BGHZ 218, 1 ff.=BGH JZ 2018, 671 ff.

액이 하자를 제거하는 데에 쓰였는지는 중요하지 않다고 하였다. 그렇게 제2심은 의제적 손해산정에 기반하고, 다만 매상세 내지 부가가치세(Umsatzsteuer) 공제와 관련해서만 제1심 판결 내용을 변경하여, 피고1에게 약 77,000유로, 피고2에게 약 100,000유로의 손해배상의무를 인정하였다. 제2심은 도급인이 더 이상 하자의 보수를 하지 않는 상태에서 하자보수에 갈음하는 손해배상의 범위를 어떻게 산정해야 하는지와 관련하여 상고를 허가<sup>18)</sup>하였다.

## 2. 연방대법원 판결의 내용<sup>19)</sup>

결론부터 말하자면 제2심 판결이 원용한 의제적 손해산정을 연방대법원은 받아들이지 않았다. 먼저 피고1에 대한 내용부터 살펴본다. 당해 사건처럼 도급인이 급부에 갈음한 손해배상을 청구하는 경우 그가 하자를 이유로 재산상 손해를 입고 있는 한 금전손해배상이 가능하다. 도급인이 자구조치로 하자를 제거하지 않았더라도 급부이익에 상당하는 재산상 손해는 확인될 수 있고 금전으로 평가될 수 있다.

지금까지의 판례에 비추어 볼 때 완성물을 보유하면서 하자를 제거하게 하지 않은 도급인의 재산상 손해를 산정하는 방법으로 다음의 두 가지를 생각해 볼 수 있다(Rn. 26-30). 먼저 일반손해배상법에 따라 현재 도급인의 소유에 있는 완성물에 하자가 없었다면 가졌을 가치와 현재 하자 있는 실제 가치 간의 차이를 도급인의 재산상 변화를 통해 산정해 볼 수 있다. 그리고 당해 사건처럼 도급인이 하자를 제거하지 않은 채 완성물을 양도한 경우, 물건의 하자를 이유로 한 구체적인 양도차익의 감소에 따라 손해를 산정할 수도 있다. 이 양도차익의 감소는 하자가 없었다면 존재할 물건의 가치와 지급된 매매대금 간의 차이에 근거하여 전형적으로 산정될 수 있다. 매매대금이 물건의 실제 가치를 나타내기도 하므로 그렇게 산정된 양도차익의 감소는 보통 해당 물건의 가치감소에 상응한다.

이외에 지금까지 연방대법원 판례는 대안으로서 실제로 하자가 제거되었는지를 묻지 않는 의제적 하자제거비용의 청구를 승인해왔다. 여기서 하자로 인한 재산상의 변화를 단순화하는 형식을 승인하는 것이 문제되는 것이 아니다. 오히려 도급인은 상당한 범위 내에서 이 의제적 하자제거비용이 도급인의 재

18) 독일 민사소송법(Zivilprozessordnung) 제543조 제1항 제1호.

19) 이하 내용은 BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17을 번역하고 요약정리한 것이다. 필요한 경우 판결문에 기재된 구체적인 단락번호를 괄호 안에 표기하였다.



산상 가치감소분을 상회하더라도 항상 그 의제적 손해산정을 요구할 수 있었다. 왜냐하면 완성물의 하자 자체를 그것의 제거와 관계없이 이미 손해라고 보기 때문이다.

하지만 이제 2002년 채권법개정 이후 체결된 도급계약과 관련하여 이러한 의제적 손해산정을 따를 수 없다(Rn. 31-36). 하자 제거를 위한 비용을 지출하지 않은 도급인은 의제적 비용과 같은 방식으로 재산상 손해를 입지 않는다. 도급인의 재산은 수급인이 하자 없는 완성물을 인도한 경우와 비교해볼 때 그러한 의제적 비용의 금액만큼 줄어들지 않는다. 도급인이 하자를 제거하게 하고 이를 위한 비용을 지출했을 때 비로소 그 비용만큼의 재산손해가 그에게 발생한다. 의제적 하자제거비용에 따른 손해산정은 하자 자체가 의제적 산정에 따른 비용만큼의 손해라는 논거로 정당화될 수 없다. 완성물에 있어 하자란 우선 급부의 결함에 불과한 것인바, 왜냐하면 완성물은 이행되어야 할 급부에 동시적으로 따르지 않기 때문이다. 이러한 급부상 결함을 등가관계가 무너진 결과와 함께 도급인에게 발생한 재산상 손해라고 평가하는 것이 정당화된다고 할지라도, 이로써 바로 그러한 재산상 손해의 범위가 밝혀지는 것은 아니다. 의제적 하자제거비용에 따른 손해산정은 급부의 결함을 적합하게 묘사하지 못하고 자주 과잉배상을 초래하여 도급인에게 부당한 이득으로 귀결된다. 왜냐하면 하자제거와 관련된 의제적 비용은 예컨대 하자제거의 방식 등 다양한 사정들에 달려 있고, 이 비용은 하자 없는 완성물 제공에 대해 합의된 보수(報酬)를 상회할 수도 있기 때문이다. 이런 점에서 의제적 비용산정은 적합하지 않다. 과잉배상의 관점에서 연방대법원 판례는 하자제거가 이루어지지 않아 이에 대한 매상세가 발생되지 않았다면 매상세만큼은 배상범위에서 제외된다고 판시한 바 있다(BGHZ 186, 330; BGH NZBau 2015, 419). 이를 통해 의제적 하자제거비용의 배상에 따른 과잉배상을 피하고자 하였다. 수급인의 담보책임에 있어 급부에 갈음하는 손해배상의 범위를 더욱 도급인이 실제로 하자제거를 위해 어떠한 조치를 하였는지에 따라 판단하는 것이 필요하다. 이는 도급인의 급부이익을 보호하고 하자제거가 이루어졌는지에 손해배상의 초점을 맞추는 민법 제634조의 규율의도에 부합한다. 따라서 도급인에 의해 조치되지 않은 것에 대한 의제적 비용의 배상은 제외된다.

도급인에게 개별적인 사정에 따라 재산상의 변화를 따지지 않고도 재산손해를 산정할 수 있는 다른 방법이 남아있다. 하자 없는 상태와의 비교 속에서 하자 있는 완성물 자체에 대한 고찰에 국한하여 도급계약상 등가관계가 무너진 점으로부터 손해를 산정할 수 있다(Rn. 38-47). 이러한 재산손해는 도급인

의 급부이익에 초점을 맞춘다. 수급인의 하자담보책임 규정으로부터 하자 있는 완성물을 보유하려는 도급인의 침해된 급부이익의 배상은 하자가 제거되는지 여부에 중점을 두고 있다는 점이 도출된다. 도급인이 하자제거를 도외시킨다면, 그는 이러한 급부이익침해에 대한 배상으로서 보수의 감액을 요구할 수 있다. 이러한 감액요구의 가능성은 급부에 갈음하는 손해배상에서 고려되어야 하는바, 왜냐하면 도급인이 손해배상청구권을 선택했다는 이유로 감액의 경우보다 불리한 위치에 놓이면 안 되기 때문이다. 이에 손해가 완성물에 대해 합의된 보수를 전제한 상태에서 하자 때문에 생긴 완성물의 가치감소를 평가하는 방법으로 산정될 수 있다. 즉 하자 없는 완성물에 대해 당사자가 합의한 보수액은 이미 하자로 인해 도급계약상 등가관계가 파괴된 점을 도급인에게 발생한 재산손해라 간주하는 것을 정당화한다. 이에 하자로 인해 발생한 완성물의 가치감소는 최대가치로서 보수를 전제로 하여 민사소송법 제287조에 따라 개별사정에 의거해 평가될 수 있다. 이렇게 감액권에 기대어 손해를 산정함에 의제적 하자제거비용이 기준으로서 적용될 수 없다. 그리고 도급인이 수급인의 비용으로 하자를 제거하게 할 수 있도록 하기 위해서라도 의제적 하자제거비용의 배상을 인정할 필요는 없다. 도급인이 하자를 제거한 경우 제637조의 자구조치에 근거해서만 수급인에게 그 하자제거비용을 청구할 수 있는 것은 아니다. 오히려 이 경우 도급인은 지출한 하자제거비용을 손해배상의 형식으로도 청구할 수 있다. 왜냐하면 지출비용만큼 이미 도급인의 재산에 하자가 존재하지 않았다면 없었을 손해가 발생하였기 때문이다. 도급인이 자발적으로 이 비용을 지출했다는 점으로 인해 이러한 결론이 달라지지 않는다. 이외에 도급인은 하자제거비용의 정산 전에 하자제거를 위해 부담한 채무로부터의 해방을 수급인에게 요구할 수 있다.

나아가 하자 있는 완성물을 보유하면서 급부에 갈음한 손해배상을 청구한 도급인은 하자를 제거하고자 하는 경우 원칙적으로 자구조치 규정에 따른 비용의 선지급을 요구할 수 있는 권리를 갖는다(Rn. 48-52). 민법 제281조 제4항은 채권자가 급부에 갈음하는 손해배상을 청구하면 급부청구권은 배제된다고 규정하므로, 도급인이 급부에 갈음한 손해배상을 청구하게 되면 추완이행을 더 이상 요구할 수 없다. 그러나 이를 통해 위의 비용 선지급 청구권도 배제되는 것은 아니다. 자구조치에 관한 규정이 갖는 의미와 목적에 비추어 볼 때 도급법상 급부이익의 보호는 하자제거에 있어 재정적 위험으로부터 벗어나기 위해 도급인의 비용 선지급 청구를 필요로 한다. 이러한 법률상 가치는 위와 같은 손해배상을 청구한 도급인의 경우 어떻게 최대한 포괄적으로 도급인의 급부이

익을 배상할 것인지와 관련하여서도 고려되어야 한다.

다음으로 피고2에 대한 내용을 살펴본다(Rn. 56-68). 이 건축가와와 관계에서도 제2심 판결은 유지될 수 없다. 건축가는 자신의 설계상 과실 등이 완성물의 하자에 이미 영향을 미쳤을 때 도급인에 대해 손해배상의무가 있다. 그 하자는 건축가의 추완에 의해 제거될 수 없다. 이에 금전에 의한 손해배상에 초점이 맞춰진다. 이 경우에도 의제적 하자제거비용의 산정은 배제되어야 한다. 먼저 지금까지의 판례처럼 하자 자체가 이미 필수적인 하자제거비용만큼의 재산상 손해라는 논거는 받아들일 수 없다. 건축가와와 관계에서는 하자손해의 산정이 문제되지 않는다. 건축가가 건물의 건립 자체를 해야 하는 것은 아니므로, 여기서는 제280조 제1항에 의거하여 급부 이외의 손해배상으로서 도급인의 기타 법익과 그의 재산에 발생한 손해에 대한 배상청구의 형식이 문제된다. 결국 건축가에 대한 관계에서 도급인이 입은 손해의 산정은 위 피고1에 대한 관계에서도 보았듯이 도급인이 손해제거를 위해 어떤 조치들을 취하였는지에 초점이 맞추어져야 한다. 이에 피고1과 피고2는 각자 자신의 의무를 불완전하게 이행하였다면 건축완성물의 하자와 이를 통해 발생한 손해에 대하여 함께 책임을 진다.

### 3. 판례의 변경이 미칠 영향

위와 같은 이유로 본 판결은 수급인의 담보책임으로서 하자의 보수에 갈음하는 손해배상의무에 있어 기존의 의제적 손해산정방식을 포기하였다. 그렇다면 이러한 판례의 변경이 다른 담보책임, 예컨대 매도인의 담보책임상 손해배상의무와 관련하여서도 적용될 수 있는지 문제될 수 있다. 2002년 채권법개정으로 매매법에 추완청구권이 도입된 이래 매매목적물의 하자를 이유로 한 손해배상청구에 있어 연방대법원 민사 제5부와 제8부는 매수인의 하자제거비용청구와 관련하여 하자의 실제 제거 여부에 종속되지 않고 그 비용을 산정해왔다. 본 판결은 수급인의 담보책임과 관련된 의제적 손해산정의 배척 여부를 민사 제5부와 제8부에 문의하거나 전원합의체에서 논의되어야 할 사항으로 보지 않는바, 왜냐하면 이번 판례의 변경은 도급법의 특수성에 기인하기 때문이라고 한다.<sup>20)</sup> 우선 경험적으로도 많은 사례들이 보여주는 바와 같이, 도급법에서 도급인에게 현저한 과잉배상이 이루어질 위험이 매매법의 경우보다 크다고 한다.

20) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 69 f.

그 이유는 하자를 제거하는 것보다 비교적 저렴하게 새로운 완성물을 만들어 낼 가능성이 사실상 없다는 점에 있다고 본다.<sup>21)</sup> 그리고 도급의 경우 합의된 특정의 성질과 함께 개별적으로 원하는 결과가 약속된 것이고 그것이 달성되어야 하므로 이러한 목표가 달성되지 못한 경우 모두가 시장에서 바로 재산과 관련된 것으로 간주될 필요는 없으나, 매매의 경우처럼 물건의 양도만이 문제될 때는 다르다는 점을 든다.<sup>22)</sup> 다른 한편 도급법에는 매매법에 존재하지 않는 도급인의 자구조치 규정이 존재하고 이를 통해 도급인은 수급인의 비용으로 하자제거를 하게 할 수 있으므로, 의제적으로 하자제거비용을 산정할 필요가 없다고 한다.<sup>23)</sup> 그리고 제249조 제2항에 따라 의제적 손해산정이 가능한 점에 본 판결이 모순되는 것은 아닌바, 본 판결에서는 동 조항에 규정된 물건의 훼손이 문제되지 않기 때문이라고 한다.<sup>24)</sup>

이러한 판시내용에도 불구하고, 본 판결의 영향범위가 계속 논의되고 있다.<sup>25)</sup> 먼저 불법행위에 의한 손해배상액 산정에서도 의제적 손해산정이 배제되어야 하는지와 관련하여 본 판결 이후 연방대법원 민사 제6부는 여전히 의제적 손해산정을 하였고,<sup>26)</sup> 이후 하급심 판결에서는 의제적 손해산정의 배제는 도급법의 체계에 근거한 것이고 이는 불법행위에 적용될 여지가 없다고 하였다.<sup>27)</sup> 그러나 가장 논의되는 부분은 매매법에의 적용 여부이다. 하급심 판결이 엇갈리고 있는데, 매도인의 담보책임에서도 도급법의 경우만큼 의제적 손해산정으로 과잉배상이 될 수 있다며 연방대법원 민사 제7부의 판결을 따르기도 하고,<sup>28)</sup> 매매법에의 적용을 반대하며 여전히 의제적 손해산정에 따르는 판결도 있다.<sup>29)</sup> 매매법에서도 의제적 손해산정을 배척해야 할지에 대하여 현재 연

21) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 71.

22) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 71.

23) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 72.

24) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 73.

25) Vgl. Ulrike Picker, "Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17", JZ 2018, 676, 676; Jochen Mohr, "Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht", JZ 2019, 917, 923 f.; Thomas Riehm, "Fiktive Schadensberechnung im Mietrecht", NZM 2019, 273, 275 ff.; Susanne Heinemeyer, "Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht?", NJW 2018, 2441, 2443 f.; Markus Wessel, "Schäden im Schadensersatzrecht", DAR 2019, 182, 183 ff.

26) BGH, Urteil v. 25. 9. 2018 - VI ZR 65/18, Rn. 6.

27) OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 18. 6. 2019 - 22 U 210/18.

28) LG Darmstadt, Urteil v. 5. 9. 2019 - 23 O 386/17; OLG Frankfurt am Main, Urteil v. 21. 1. 2019 - 29 U 183/17; vgl. OLG Koblenz, Urteil v. 29. 11. 2018 - 1 U 679/18.

29) OLG Düsseldorf, Urteil v. 9. 10. 2018 - I-24 U 194/17.

방대법원 민사 제5부가 검토하고 있다.<sup>30)</sup>

### III. 독일 민법학상 의제적 손해산정

수급인의 담보책임상 급부에 갈음하는 손해배상액의 산정 문제와 관련된 독일 연방대법원의 판례변경에 대한 평가와 이로부터의 시사점을 알아보기 위해서는 먼저 독일 민법학상 의제적 손해산정의 개념과 취지 그리고 이에 대한 비판에 대해 살펴볼 필요가 있다.

#### 1. 의제적 손해산정 개관

독일 민법 제249조 제1항은 피해 사실이 없었다면 있었을 상태로의 회복, 즉 원상회복을 손해배상의 방법으로 규정하고 있다. 이와 함께 동조 제2항 제1문은 사람에 대한 침해나 물건의 훼손에 있어 원상회복에 갈음하여 이를 위해 필요한 금액을 요구할 수 있음을 규정한다. 사람에 대한 침해에 있어 원상회복 대신에 필요한 금액을 요구하는 경우로 치료비가 그 대표적 예일 것이고, 물건 훼손과 관련하여 수리비가 이에 해당할 것이다. 우리가 경험적으로 알 수 있듯, 채무자 내지 가해자가 실제 수리나 치료를 스스로 하기보다 치료비나 수리비를 지급하는 것이 좀 더 현실적인 손해배상의 방법이다. 그래서 어찌 보면 동조 제2항 제1문이 규정체계상으로 예외적인 것이라 보이지만, 실제로는 동조 제1항보다 원상회복의 통례에 더 가깝다고도 볼 수 있다.<sup>31)</sup>

원상회복을 위해 필요한 금액의 배상과 관련하여 물적 손해의 경우 독일 연방대법원은 피해자에게 선택 가능성을 부여했다. 즉 구체적으로 실제 발생한 손해를 산정하여 배상하는 것이 손해배상법의 원칙이지만, 위와 같은 금액배상의 경우 피해자가 손상된 물건을 수리를 맡겨 이를 통해 발생한 수리 비용을 손해로 청구할 수 있을 뿐만 아니라 전문가의 감정평가를 기초로 하여 비용을 산정할지에 대해서도 임의로 선택할 수 있다고 하였다.<sup>32)</sup> 후자를 따르게 되면 이는 구체적인 손해산정이 아닌 객관적이고 전형적인 기준에 의한 추상적인 손해산정을 인정하게 된다. 이를 의제적 손해산정이라 하는데, 손상된 물건이

30) Vgl. BGH, Beschluss v. 13. 3. 2020 - V ZR 33/19.

31) Vgl. Oliver Brand, *Schadensersatzrecht*, 2. Aufl., C.H.Beck, 2015, § 5, Rn. 9.

32) BGHZ 61, 56, 58; 81, 385, 391.

실제 수리되었는지는 손해산정에 영향을 미치지 않게 된다. 이에 피해자가 손상된 채로 계속 사용하거나 수리하지 않고 제3자에게 양도하더라도 여전히 손상된 부분에 대한 손해산정이 가능하다. 여기에는 피해자가 손해배상으로 얻은 금액을 받든지 원래 상태의 회복에 사용해야 할 의무가 없다는 것이 전제되어 있다(Dispositionsfreiheit).<sup>33)</sup> 즉 이러한 피해자가 갖는 처분 내지 조치의 자유가 설혹 원상회복 자체를 방해하더라도, 의제적 손해산정의 가능성에 기대어 손해배상청구권의 상실에 대한 우려 없이 여전히 피해자는 자신의 손상된 물건에 대해 자유로운 처분이 가능하다.<sup>34)</sup> 이러한 의제적이고 객관적인 손해산정을 정당화하는 것은 손상된 물건에 발생한 침해 자체가 구체적 보수비용 등의 발생과 상관없이 이미 피해자의 재산을 감소하게 하였다는 점이다.<sup>35)</sup>

여기서 객관적으로 필요한 금액이라는 것은 분별 있고 경제적으로 생각하는 사람이 피해자의 상황에서 통상 물건의 수선 등을 위해 합목적적으로 지출했을 금액을 의미한다고 한다.<sup>36)</sup> 예컨대 의제적으로 수리비를 산정함에 전문가의 감정평가서나 어느 수리공장의 견적제안서에 기초하여 산정할 수 있을 것이다. 물론 채무나 내지 가해자는 이렇게 산정된 비용이 원상회복을 위해 ‘필요한’ 금액인지에 대해 다룰 수 있다.<sup>37)</sup> 이에 피해자가 제출한 감정평가서에서 인정된 비용이 항상 그대로 받아들여지는 것은 아니고, 그러한 감정평가서도 손해산정을 위한 하나의 근거일 뿐이다.<sup>38)</sup> 그리고 연방대법원은 이미 제249조 제2항 제1문의 금액의 ‘필요성’으로부터 일반적인 경제성 요청(Wirtschaftlichkeitspostulat)을 도출한 적 있는데, 이에 따르면 피해자는 손해배상을 위한 여러 가지의 가능성이 존재할 때 그중 가장 적은 비용을 필요로 하는 것을 선택해야 한다.<sup>39)</sup> 나아가 이러한 필요한 금액의 배상도 완전성이익의 회복을 위한 것이므로 대체물의 손상에 있어 수리하는 경우보다 저렴하게 다른 물건을 조달할 수 있다고 하더라도 피해자는 여전히 수리를 요구할 수 있다고 본다. 다만 이 경우 수리비가

33) Vgl. BeckOK BGB/Flume, § 249, Rn. 174; Ulrike Picker, *Die Naturalrestitution durch den Geschädigten*, Mohr Siebeck, 2003, S. 9 ff.

34) Vgl. MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 367.

35) Vgl. Dirk Looschelders, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 17. Aufl., Vahlen, 2019, § 47, Rn. 7; Oliver Brand, *Schadensersatzrecht*, 2. Aufl., C.H.Beck, 2015, § 5, Rn. 9.

36) BGH NJW 1992, 1618, 1619; Hermann Lange/Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2003, S. 227.

37) BGH NJW 2013, 2817, 2818; MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 370.

38) Vgl. BGH NJW 2014, 535, 536; MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 370.

39) BGHZ 55, 82, 84; 115, 364, 368; 168, 43, 45 ff.; vgl. MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 385; Hermann Lange/Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2003, S. 228.

손상된 물건의 가치감소분을 포함하여 재조달가(Wiederbeschaffungswert)의 130%를 초과해서는 안 된다고 한다.<sup>40)</sup> 물론 이 경우 전문가가 비용 산정하는데 기초로 삼은 범위 내에서 수리가 실제로 이루어져야 피해자가 이 수리비용의 배상을 청구할 수 있다.<sup>41)</sup>

## 2. 의제적 손해산정에 대한 비판

본고에서 살펴보고 있는 독일 연방대법원의 판례변경 이전에 이미 학설상의 의제적 손해산정에 대한 비판은 존재하였다. 무엇보다 의제적 손해산정에 대해 우려스러운 점은, 추상적 손해산정이 원칙적으로 금지되는 이유 중 하나인 실제로 발생하지 않은 손해를 배상하게 하여 피해자에게 오히려 이득을 부여할 수 있다는 점이다.<sup>42)</sup> 과잉배상의 위험성이 누누이 지적되어 오고 있다. 그리고 원상회복을 위한 금전배상에 관한 규정이 의제적 손해배상을 통해 가치이익의 배상을 위한 특수형태로 바뀌어 버릴 위험이 지적되기도 한다.<sup>43)</sup>

이러한 지적들은 2002년 독일 채권법개정에서 제249조 제2항 제2문을 도입하는 과정에서도 제기되었다. 동 조항에 따르면 물건 훼손의 경우 원상회복을 위해 필요한 금액을 산정할 때 매상세 내지 부가가치세(Umsatzsteuer)<sup>44)</sup>는 실제로 발생할 때에만 그 금액에 산입된다. 이에 수리를 실제로 하지 않았다면 매상세 부분은 손해산정에서 공제되어야 한다. 즉 이러한 손해배상에 있어 의제적 매상세는 존재하지 않는다.<sup>45)</sup> 동 조항을 입법하면서 입법자는 동조 제2

40) BGH NJW 1992, 302, 304; 2010, 2121, 2121; vgl. MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 373, 386; Oliver Brand, *Schadensersatzrecht*, 2. Aufl., C.H.Beck, 2015, § 5, Rn. 20; Jan Dirk Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, 2010, Rn. 295.

41) BGH NJW-RR 2010, 377, 377.

42) Vgl. Josef Esser/Eike Schmidt, *Schuldrecht*, Bd. I, Tbd. 2, 7. Aufl., C.F.Müller, 1993, S. 191 f.; Gerhard Wagner, *Das neue Schadensersatzrecht*, Nomos, 2002, Rn. 46.

43) Vgl. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, 14. Aufl., C.H.Beck, 1987, S. 470.

44) 다른 요건에 해당하지 않는 한 그 세율은 19%이다(독일 매상세법(Umsatzsteuergesetz) 제12조).

45) 이와 관련하여 동 조항상 ‘실제 발생한 경우’가 언제인지 문제될 수 있다. 이에 대해 독일 학설상으로는 일단 조세법상의 기준에 예측되지 않고, 민사법적으로 피해자가 수리와 관련된 계약을 한 경우로 보기도 하고(Vgl. BeckOK BGB/Flume, § 249, Rn. 199), 그러한 의무의 존재만으로는 부족하고 실제 급부가 행해져서 세액의 부담이 참작될 수 있어야 한다고도 하는데, 이때 피해자가 실제로 그 세액을 납부하였는지는 중요하지 않다고 본다(Vgl. MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 473). 이에 우리 대법원 판례도 비교될 수 있다. 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다47328 판결은 “일반적으로 타인의 불법행위로 인하여 피해자 소유의 물건이 손괴되어 수리를 요하는 경우에 그 수리를 위하여는 피해자가 수리에 소

항 제1문을 통해 의제적 손해산정이 되는 과정에서 손해 제거를 위한 피해자의 조치에 있어 실제로 발생하지 않은 손해항목들이 산입되면서 과잉배상에 이르게 되는 경우가 있다고 지적하였다.<sup>46)</sup> 이러한 이유로 제249조 제2항 제2문을 통해 피해자가 갖는 처분의 자유를 유지하면서, 손해배상의 범위를 피해자가 실제로 손해의 제거를 위해 한 조치에 초점을 맞추으로써 구체적 손해산정을 다시 중심에 놓으려고 하였다.<sup>47)</sup> 물론 다른 한편으로 동 조문의 반대 해석상 지금껏 판례에 의해 형성되어 온 의제적 손해산정을 원칙적으로는 승인하는 것이라는 결론이 도출될 수도 있다.<sup>48)</sup> 그러나 이러한 의제적 손해산정의 제한을 입법하면서 입법자는 좀 더 근본적인 관점에서 피해자가 수리를 시도하지 않고 다른 손해전보의 방법을 선택할 때 의제적 손해산정 자체를 포기해야 하는 것 아닌지 고민하였으나, 지금까지 의제적 손해산정을 형성해온 판례들과 거래 관행을 무시할 수 없고 물적 손해의 산정방식의 구체화와 앞으로의 발전을 판례에 맡기는 것이 좋겠다고 판단했다.<sup>49)</sup>

이와 같은 입법자의 의제적 손해산정에 대한 우려가 연방대법원의 판례에서도 나타나기 시작한다. 특히 도급법과 관련하여 판례들이 나오기 시작했다. 2010년 연방대법원은 수급인의 담보책임에 있어 하자제거비용의 배상과 관련하여 실제 발생하지 않은 매상세는 이에 산입되지 않는다고 판시하였다.<sup>50)</sup> 여

---

요되는 부가가치세까지 부담하여야 한다면 피해자는 그 부가가치세를 포함한 수리비만큼의 손해를 입었다고 하여 가해자에 대하여 그 배상을 청구할 수 있음이 원칙이라 할 것이다. 그러나 피해자가 부가가치세법상의 납세의무자인 사업자로서 그 수리가 자기의 사업을 위하여 사용되었거나 사용될 영역의 공급에 해당하는 경우에는 위 부가가치세는 부가가치세법 제17조 제1항 제1호 소정의 매입세액에 해당하는 것이어서 피해자가 자기의 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 있으므로 위 부가가치세는 실질적으로는 피해자의 부담으로 돌아가지 않게 되고 따라서 이러한 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 피해자가 가해자에게 위 부가가치세 상당의 손해배상을 청구할 수는 없다고 보아야 할 것이며, 현실적으로 위 부가가치세액을 공제하거나 환급받은 경우에만 위 부가가치세액을 피해자의 손해액에서 공제하여야 하는 것은 아니라고 할 것”이라고 판시한 바 있다(동지 판결로 대법원 2018. 5. 15. 선고 2018다203692 판결).

46) BT-Drucksache 14/7752, S. 13.

47) BT-Drucksache 14/7752, S. 13.

48) MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 459; Friedhelm Weyer, “Werkvertraglicher Schadensersatz nur in Höhe der tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten?”, NZBau 2013, 269, 273; Thomas Riehm, “Fiktive Schadensberechnung im Mietrecht”, NZM 2019, 273, 281; Gerhard Wagner, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, NJW 2002, 2049, 2057; Oliver Brand, *Schadensersatzrecht*, 2. Aufl., C.H.Beck, 2015, § 5, Rn. 21.

49) BT-Drucksache 14/7752, S. 14.

50) BGH, Urteil v. 22. 7. 2010 - VII ZR 176/09=BGH NJW 2010, 3085 ff. 이에 우리 대법원의 판결을 비교해 볼 수 있다. 대법원 2017. 7. 11. 선고 2017다217175, 217182 판결은 “수급인이 한 공사에 하자가 있어 하자를 보수해야 하는 경우에 도급인이 부가가치세법상의



기서 연방대법원은 제249조 제2항 제2문을 직접 적용 나아가 유추 적용도 하지 않았다.<sup>51)</sup> 연방대법원은 동 조문은 수급인의 하자담보책임상 손해배상의무에 적용되지 않는다고 하였는데, 왜냐하면 이러한 책임에서 물건의 훼손이 문 제되지 않기 때문이다.<sup>52)</sup> 즉 동 조문에 의해서가 아니라, 실제 발생하지 않는 매상세가 손해산정에 고려가 되면 과잉배상이 되기 때문에 손해배상법의 일반 원칙에 기대어 위와 같은 판시를 하였다.<sup>53)</sup>

#### IV. 손해배상법상 이득금지의 원칙

위에서 살펴본 바와 같이 의제적 손해산정을 비판하는 주된 근거로서 과잉 배상의 위험이 제시된다. 이에 과잉배상의 저지와 관련된 손해배상법의 기본원칙 중 하나로서 이득금지의 원칙(schadensrechtliches Bereicherungsverbot)이 지적될 수 있다. 이 기본원칙과 이로부터 파생될 수 있는 내용을 살펴 의제적 손해산정의 비판론에 좀 더 근본적으로 다가갈 수 있을 것이다.

##### 1. 손해배상법상 이득금지원칙의 의의

손해배상법의 기본원칙으로서 이득금지의 원칙은 피해자가 손해배상을 통해 피해 사실 이전의 상태보다 더 나은 상황에 놓여서는 안 된다는 것을 의미하는바,<sup>54)</sup> 이는 손해배상법의 배상기능에 있어 그 소극적 측면을 강조하는 것으로서, 성질상 완전배상주의(Totalreparation)와 긴장관계에 놓여 있다.<sup>55)</sup> 과소배

---

납세의무자인 사업자로서 하자보수가 자기의 사업을 위하여 사용되었거나 사용될 용역의 공급에 해당하는 때에 하자보수에 드는 부가가치세는 부가가치세법 제38조 제1항 제1호의 매입세액에 해당한다. 따라서 도급인이 자기의 매출세액에서 이를 공제하거나 환급받을 수 있으므로 위 부가가치세는 실질적으로는 도급인의 부담으로 돌아가지 않는다. 이러한 경우 특별한 사정이 없는 한 도급인은 수급인에게 위 부가가치세에 해당하는 손해배상을 청구할 수 없다”고 판시한 바 있다.

51) 나아가 연방대법원은 동 조항이 예외적 성격을 갖는다고 보아 다른 손해항목들에 대한 유추적용에 소극적인 태도를 보인다(BGH VersR 2013, 637, 638).

52) BGH, Urteil v. 22. 7. 2010 - VII ZR 176/09, Rn. 12.

53) BGH, Urteil v. 22. 7. 2010 - VII ZR 176/09, Rn. 14 f.

54) RGZ 93, 144, 145; BGH NJW 2001, 673, 674; BeckOK BGB/Flume, § 249, Rn. 46; MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 20.

55) Vgl. Stephan Gregor, *Das Bereicherungsverbot*, Mohr Siebeck, 2012, S. 1 ff.; Wolfgang Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, Mohr Siebeck,

상이 부당한 것과 마찬가지로 과잉배상도 부당한 것이다. 즉 너무 적지도 않고, 너무 많지도 않게 배상이 이루어져야 한다. 이것은 손해배상법의 법윤리적 기초인 시정적 정의(ausgleichende Gerechtigkeit)로부터 나오는 규범적 요청이다.<sup>56)</sup> 이러한 규범적 요청의 한 축을 손해배상법 안에서 수행하여 과잉배상을 막는 원리가 이득금지의 원칙이다. 이것은 손해배상법의 배상적 기능에 초점을 맞춘 것으로, 만족적 또는 예방적 기능과는 직접적인 관련이 없다.<sup>57)</sup> 결국 가해자의 부당한 면책을 방지하는 것에 상응하여 피해자의 측면에서 이득금지의 원칙이 존재한다.

이러한 이득금지의 원칙에 대해 그 원칙으로부터 특정한 내용이 도출되지 않아 내용적으로 공허한 문구에 불과하다는 비판도 존재한다.<sup>58)</sup> 이에 반해 손해배상법에 있어 이 원칙은 시류의 영향을 받지 않는다고 말하기도 한다.<sup>59)</sup> 어떻게 보면 이득금지의 원칙이 손해배상의 범위와 관련하여 어떤 구체적인 해결방안을 명확하게 주지 못하는 것은 사실이다. 그러나 이 원칙은 우리에게 적어도 하나의 평가적 기준을 제시한다.<sup>60)</sup> 즉 손해의 산정이 단순한 기계적 계산과 동일시되지 않고, 손해배상을 통해 피해 이전 상태로의 회복을 초과하는 이익을 얻게 되는 것은 부당하다는 규범적 평가에 예측된다는 것을 보여준다.<sup>61)</sup>

이득금지의 원칙을 차액설의 변종이라고 이해하는 견해도 있고,<sup>62)</sup> 차액설과 달리 이득금지의 원칙은 손해배상의 상한선만을 다룬다고 보는 견해도 있다.<sup>63)</sup> 하지만 이보다 더 근본적인 시각에서 보자면 이득금지의 원칙은 신의칙(Treu und Glauben)과의 관련성<sup>64)</sup> 내지 형평(Billigkeit)<sup>65)</sup>으로부터 도출된다. 부당이

---

2003, S. 227.

56) 너무 많지도, 너무 적지도 않은 ‘중간’이 시정적 정의에 부합하는 것이라고 아리스토텔레스는 말한다. Aristoteles, 이창우/김재홍/강상진 역, 「니코마코스 윤리학」, 이제이북스, 2006, 1132a10 이하.

57) Axel Metzger, “Vorteilsausgleichung in Leistungsketten - Verlagerung oder Wegfall des Schadens?“, JZ 2008, 498, 502; Katharina von Koppenfels-Spies, *Die cessio legis*, Mohr Siebeck, 2006, S. 112.

58) Christiane Wendehorst, *Anspruch und Ausgleich*, Mohr Siebeck, 1999, S. 138 f.; Hans Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, C.F.Müller, 1993, S. 181 f.

59) Joachim Gernhuber, “Haftung bei alternativer Kausalität“, JZ 1961, 148, 151.

60) Vgl. BGH NJW 2004, 2526, 2529.

61) Vgl. Gottfried Schiemann, “Rechtspolitik und -dogmatik im gegenwärtigen deutschen Sachschadensrecht“, in: Günter Brambring u. a. (Hg.), *Festschrift für Horst Hagen*, RWB Verlag, 1999, S. 43.

62) MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 20; Katharina von Koppenfels-Spies, *Die cessio legis*, Mohr Siebeck, 2006, S. 111.

63) BeckOK BGB/Flume, § 249, Rn. 48.

득법이 채권자의 이익 박탈에 대한 관점이 아니라 채무자의 이득 여부를 따지는 것<sup>66)</sup>과 달리, 손해배상법은 기본적으로 피해 사실로 인해 피해자에게 발생한 불이익을 중심으로 산정하고, 채무자 내지 가해자가 가해 사실로부터 얼마만큼 이득을 얻었는지를 따지는 것이 아니다.<sup>67)</sup> 부당이득법에서 형평의 원리가 작용하는 구체적인 방식과는 다른 측면에서 피해자의 불이익을 파악하는 데에 형평의 원리를 적용하는 것이 손해배상법상 이득금지의 원칙이다. 이 원칙의 내용이 사실 어느 법윤리적 가치들이 그렇듯 추상적이기는 하지만, 다음의 적용례들에서 보는 바와 같이, 손해배상의 물적 차원에 규범적 평가가 스며들 수 있게 하여 손해의 인식이 배상당위와 조화를 이룰 수 있게 만드는 역할을 한다. 즉 합리적인 손해배상범위의 설정을 위한 정당화기능을 수행한다.

## 2. 적용례

이득금지의 원칙은 피해자가 사용하던 물건이 위법행위로 파손되고 그 수리로 인해 그 물건의 가치가 파손 이전보다 더 오른 경우 주로 문제될 수 있다. 특히 수리하면서 새로 투입되거나 설치된 부분들이 교체된 부분이 기존에 갖고 있던 수명이나 가치보다 더 높게 평가될 수 있을 때가 대표적인 예이다. 즉 원상회복이 실제 손해배상을 초과할 경우, 그 차액을 피해자가 가해자에게 돌려줘야 하는 것 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 이러한 문제는 손상된 물건의 수리 대신 새로운 대체물을 조달하는 경우에도 발생할 수 있다. 이에 이러한 차액을 손해배상에서 공제되어야 할 이익이라고 보아야 할 경우들이 존재하는데(Abzug “neu für alt”), 이를 정당화하는 근거가 이득금지의 원칙이다.<sup>68)</sup>

64) BGH NJW 1997, 1008, 1012.

65) D. 50, 17, 206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* (자연법에 따라, 그 누구라도 어떤 손해나 불법을 통해 이득을 보지 않는 것이 형평에 맞다); D. 12, 6, 14: „*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores* (왜냐하면 그 누구도 타인의 불이익을 통해 이득을 봐서는 안 된다는 것이 자연적 정의이기 때문이다). 로마법상 이러한 명제들이 보통 부당이득법의 본질과 관련하여 인용되지만, 손해배상법과 관련하여 적시되기도 한다. Vgl. Staudinger/Schiemann, Vorbem zu § 249 ff., Rn. 2; Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Springer, 1987, S. 351.

66) Friedrich Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse*, Schwetschke, 1855, S. 22; Hans Josef Wieling, *Bereicherungsrecht*, 4. Aufl., Springer, 2007, S. 1 f.; Nils Jansen, “Gesetzliche Schuldverhältnisse”, AcP 2016, 112, 189 ff.

67) Hans Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, C.F.Müller, 1993, S. 225.

68) Vgl. MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 348.

이와 같은 문제 상황은 원상회복의 경우나 금전배상의 경우 모두 발생할 수 있다. 이러한 이익공제가 필요하다고 판단하려면 우선 손상된 물건을 대체하기 위해 조달된 새로운 물건이나 수리를 통해 투입된 부품 등이 피해자에게 피해 사실 이전보다 이득을 가져온다는 점이 전제되어야 한다.<sup>69)</sup> 예컨대 교체된 원래 부품이 새로 장착한 것만큼 오래 사용할 가능성이 있었던 경우 이러한 전제를 충족시키지 못할 것이다. 그리고 손해의 제거로 인해 피해자에게 측정가능한 지속적인 재산가치의 증가가 발생하여야 한다.<sup>70)</sup> 이러한 장기간의 가치 증가 등과 관련된 이득 여부를 판단할 때 가령 활성화된 중고차 시장 안에서 시장가치의 판별이 가능하다면 애당초 피해 사실 전의 그 물건의 시장가치를 근거로 공제의 범위를 맞출 수 있어 이러한 이득공제에 있어 큰 어려움이 없다.<sup>71)</sup> 그러나 그 사용하던 물건의 매입 가능성이 없는 등 시장가치가 정확하게 잘 파악되지 않을 때 이득공제의 판단이 명확하지 않을 수 있다. 그 경우 물론 다양한 판단 요소의 제약을 받겠지만, 그 물건의 사용가능연한을 파악하여 사용된 기간에 비례하여 손상 당시 기존의 가치를 산정하는 것도 하나의 방법일 것이다.<sup>72)</sup>

### 3. 이득금지의 원칙에 근거한 손해의 인식

이러한 이득공제의 법리는 손익상계(Vorteilsausgleichung)와 함께 이득금지의 원칙을 공유한다. 물론 손익상계는 피해 사실 자체와 직접적으로 관련된 이익들의 공제 여부를 손해의 인식과정에서 판단하는 것이고, 위 이득공제의 법리는 원상회복의 방법에 따라 부수적으로 발생할 수 있는 이익을 공제하는 점에서 양자 간 법리상의 세부적 차이는 존재한다.<sup>73)</sup> 하지만 양자 모두 손해의 인식과정을 피해 사실의 발생과 관련하여 주어진 사실적 결과든 제3자에 의해 주어진 사실적 전보조치든 이러한 사실적 결과에 그저 종속되지 않는다는 것을 보여준다. 즉 그러한 피해 사실에 후속하는 사실적 결과들을 손해의 인식에 일률적으로 산입해서는 안 된다는 것을 나타낸다. 손해의 인식이란 피해 사실 이전과 등가적인 상태를 만들기 위해 ‘배상되어야’ 할 것의 구성을 하는 것이

69) Hermann Lange/Gottfried Schieman, *Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2003, S. 261.

70) Vgl. Oliver Brand, *Schadensersatzrecht*, 2. Aufl., C.H.Beck, 2015, § 5, Rn. 30.

71) Vgl. MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 352; BeckOK BGB/Flume, § 249, Rn. 245.

72) Vgl. MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 352.

73) Oliver Brand, *Schadensersatzrecht*, 2. Aufl., C.H.Beck, 2015, § 5, Rn. 32.

며, 이에 손해배상은 피해 사실이 없었다면 존재하였을 가정적 상태를 전제로 이보다 더 나은 상태가 되는 것을 추구하는 것이 아니다. 이득공제의 법리에서 볼 수 있듯이 이 피해 사실 이전의 상태 역시 반드시 사실적 상태 그대로를 나타내는 것이 아니다. 수리를 통해 대체 부품을 투입한 경우 피해 사실 이전 기존 부품의 존재 그 자체가 이득공제의 기준이 되지 않고, 그 기존 부품이 피해 사실이 없었다면 손해산정의 시점까지 가졌을 가치가 그 기준이다. 여기서 손해의 인식은 결코 과거 사실 자체의 인식을 목적으로 하지 않는다. 왜냐하면 피해 사실은 그 자체로 머물지 못하며 손해의 인식 시점에도 여전히 변화하고 있으며, 이를 등가성 원리를 고려하여 가정적 상태로 변환할 때에만 합리적인 배상범위가 도출될 수 있기 때문이다. 즉 손해의 산정은 피해 사실 자체를 놓고 이에 규범적 성격을 갖는 등가성 원리를 적용하여, 인과관계 등 등가성 판단에 영향을 미칠 수 있는 다양한 규범적 요소들의 개별적 정당화를 통해 피해 사실이 없었다면 존재하였을 가정적 상태 등을 구상하고, 이를 토대로 최종적으로 배상되어야 할 것을 구성하는 것이다. 이러한 손해의 구성적 인식에 있어 이득금지의 원칙은 규범적 제한 및 정당화원리로 작용하며, 배상당위에 어울리는 손해를 산정하게 한다. 이를 통해 결국 손해의 인식 및 산정이 피해 사실 자체의 자연적이며 사실적인 인식 내지 묘사만이 아니라는 것을 알 수 있다.

## V. 대상판결에 대한 검토

위에서 살펴본 내용을 바탕으로 다시 본고에서 다루고 있는 독일 연방대법원 판결을 검토해본다. 이 판결의 핵심은 무엇보다 수급인의 담보책임상 하자 보수에 갈음하는 손해배상에 있어 과잉배상을 방지하기 위해 의제적 손해산정을 더 이상 허용하지 않고 이에 피해자의 처분 내지 조치의 자유를 제한하는 점이다. 이러한 결론은 손해배상법상 이득금지의 원칙에 의해 뒷받침될 것이다. 본 판결에서 연방대법원은 도급법의 특수성으로 판결 내용을 정당화하였지만, 수급인의 하자담보책임에 관한 규정들 자체만으로 손해배상의 내용이 전적으로 규율되지 못하며 이 문제는 결국 손해배상법의 개념과 원칙에 대한 일반적인 이해에 맞닿아 있다.<sup>74)</sup> 의제적 손해산정이 과잉배상을 반드시 초래하는지,

74) Vgl. Susanne Heinemeyer, "Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im

이를 이유로 손해배상액에 대한 피해자의 처분의 자유가 제한되어야 하는 것인지 나아가 손해의 인식 내지 산정의 근본적인 성격에 대한 검토 안에서 본 판결에 대한 의문과 비판이 제기될 수 있다.

가장 먼저 검토해야 할 부분은 본 판결이 하자 자체가 곧 의제적 손해산정에 따른 만큼의 재산손해라고 볼 수 없다고 하면서 이러한 하자는 급부의 결함일 뿐이라고 한 부분이다.<sup>75)</sup> 이에 의제적 하자제거비용의 산정은 이 급부결함을 적합하게 ‘묘사 내지 모사’하지(abbilden) 못하며 자주 과잉배상을 초래한다고 한다.<sup>76)</sup> 기존의 의제적 손해산정을 허용하는 입장의 전제는 수리의 필요성 내지 하자제거의 필요성 자체에 이미 피해자의 재산상 손해가 반영되어 있다는 점이다.<sup>77)</sup> 본 판결은 이 전제에 대한 비판으로부터 시작한다. 하자의 존재 자체가 급부의 결함일 뿐이라는 판결 내용의 취지는 의무위반이 존재한다고 하여 이것이 논리필연적으로 손해의 발생에 직결되지 않는다는 점에 닿아 있다. 아무리 의무위반이 있더라도 실제로 피해자에게 아무런 불이익이 발생하지 않았다면 손해는 존재하지 않으므로 적어도 이런 의미에서는 위 판결 내용에 수긍할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 의무위반의 사실과 별개로 그로 인한 불이익이 발생하였는지가 중요하다. 그리고 그런 불이익을 정확하게 파악함으로써 과잉배상을 방지해야 한다는 점 역시 중요하다.

하지만 그렇다고 하여 손해가 반드시 구체적으로 산정되어야 하는 것은 아니다. 본 판결은 의제적 하자제거비용의 산정이 급부결함을 정확하게 나타내지 못하여 자주 과잉배상을 초래한다고 말한다. 그러나 과잉배상의 문제는 반드시 의제적 손해산정에만 결부된 것이 아니며<sup>78)</sup> 그것은 도급인이 실제로 수리에 쓴 비용을 손해배상액으로 인정할 때에도 문제될 수 있는 손해산정에 내재된 일반적인 위험이다. 피해 사실을 사실적으로 1원 단위까지 한 치의 오차 없이 정확하게 묘사할 수 있다는 것은 어찌 보면 허구에 가까운 것이다. 손해의 인식 및 산정은 피해 사실이 없었다면 존재하였을 상태와 등가적인 상태로의 회복을 위한 것이며, 이러한 가정적 상태의 구성 앞에서 손해에 대한 엄격한 사

Kaufrecht?”, NJW 2018, 2441, 2443; Jochen Mohr, “Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht”, JZ 2019, 917, 922.

75) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 33.

76) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 34.

77) Vgl. Kerstin Rohde, *Haftung und Kompensation bei Straßenverkehrsunfällen*, Mohr Siebeck, 2009, S. 236.

78) Vgl. Thomas Riehm, “Fiktive Schadensberechnung im Mietrecht”, NZM 2019, 273, 280; David Greiner, “Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17”, ZWE 2018, 290, 290.

실적 인식의 시도, 즉 손해의 정확한 ‘묘사’는 한계에 봉착한다. 독일 민사소송법 제287조 제1항에서 손해의 발생 여부 또는 범위에 당사자 간에 다툼이 존재할 때 법원이 자유심증에 의해 결정한다고 규정하는 점도<sup>79)</sup> 손해라는 것이 과연 사실적이고 객관적으로 정확하게 주어지는 것인지에 의문이 존재함을 대변한다. 이에 피해자가 구체적으로 손해의 제거를 위해 어떠한 조치를 취하였는지에 따라 전적으로 손해범위가 결정됨이 과연 옳은지에 대해서도 의문이 제기될 수 있다.

물론 의제적 내지 추상적 손해산정이 효율적인 손해정산에 부합하지만, 경우에 따라서 불합리한 결과를 가져올 수도 있다. 예컨대 수급인이 완성물의 기능에는 하자 없이 단지 도급인의 취향이 담긴 주문과는 달리 다른 색깔로 칠한 경우,<sup>80)</sup> 나아가 오히려 이러한 잘못 칠해진 색깔이 완성물이 가진 시장가치의 상승으로 이어질 수도 있는 경우 추상적 손해산정에 의해 도급인의 불이익이 잘 판단되지 않을 수도 있다. 그렇다고 피해자가 실제로 취한 하자보수조치에 따라 손해를 산정하는 것도 항상 손해의 정확한 사실적인 인식으로 이어지는 것은 아니다. 대상판결은 의제적 하자제거비용은 다양한 사정에 종속되어 있어 과잉배상이 될 위험이 높다고 보는데,<sup>81)</sup> 실제로 취한 하자보수조치에 따른 비용도 다양한 사정에 영향을 받을 수 있다. 수리업자에 따라 수리비의 책정도 달라질 수 있고 피해자가 이에 대한 전문적인 지식이 없는 경우 과도한 비용을 주고 수리를 맡길 수도 있다. 이 경우 수리업자는 피해자의 이행보조자로 볼 수 없고, 이에 가해자와의 관계에서 수리업자의 잘못된 평가나 행동에 따른 결과들이 피해자의 부담으로 귀속되어서는 안 된다.<sup>82)</sup> 여기서 발생하는 과잉배상문제는 과도한 비용이 책정된 감정평가서의 경우와 다를 바가 없다. 즉 과잉배상의 문제는 어느 하나의 손해산정방법이 갖는 고유한 문제라기보다는 어느 손해산정방법이든 그 방법의 남용 등에 의해 결과적 측면에서의 부당함이 문제될 수 있는 것이다. 결국 의제적 손해산정 자체의 허용 여부에 대한 문제라기보다 그것을 통해 합리적인 배상범위를 얻을 수 있을지가 문제이

79) 물론 이 규정은 단지 증거의 증명력과 관련된 것일 뿐, 법원이 실체법적 근거 없이 형평 등에 기대어 손해배상의 범위를 조정할 수 있는 것은 아니다. Vgl. MüKoZPO/Prütting, § 287, Rn. 3.

80) Vgl. Ulrike Picker, “Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17”, JZ 2018, 676, 677.

81) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17, Rn. 34.

82) BGH NJW 1975, 160, 160; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 248, 250; MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 395.

다.<sup>83)</sup> 이러한 측면에서 대상판결은 손해배상의 범위에 대한 당사자들의 증거와 이에 대한 증명력 안에서 자유심증으로 해결할 문제로 다루어져야 할 것을 실체법상 손해의 산정방식 자체에 대한 문제로 성급하게 치환하여 피해자의 처분 내지 조치의 자유를 일방적으로 제한하는 것으로 보인다.

대상판결을 보면 급부결함에 대한 ‘묘사’라는 표현에서 손해의 사실성에 대한 집착이 보인다. 이러한 관점에 기초하여 본 판결은, 의제적 손해산정을 인정하던 기존의 판례와 달리, 실제 수리되지 않은 하자 자체만으로는 아직 손해로 인식되지 않는다는 논지를 편다. 실제로 이루어진 하자보수 조치에 초점을 맞추어 손해를 산정해야 한다는 판결취지에서 그러한 표현이 사용된 것이겠지만, 손해의 인식이 과연 사실 상태에 대한 있는 그대로의 묘사인가에 대해서도 고민해 볼 필요가 있다. 원상회복 내지 이를 위한 차액설에 따른 손해산정은 전체 재산의 변화량을 피해 사실이 없다면 존재하였을 상태를 기준으로 삼아 추적하는바, 여기에는 근본적으로 피해 사실이 전체 재산의 변화에 직접적으로 반영된다는 관점이 내재되어 있다. 즉 피해 사실을 있는 그대로 묘사하겠다는 것이 아니라, 위에서 이미 살펴본 바와 같이 피해 사실로 인해 전보되어야 할 것과 등가관계로 판단되는 동가치물을 구성하는 것이다. 이 동가치물의 구성은 손해배상법상 이득금지의 원칙에서 살펴보았듯 다양한 맥락과 규범적 판단의 강약조절에 따른 스펙트럼 속에서 진행될 수 있다. 연방대법원은 손해배상법상 이득금지원칙의 목적에 따른 과잉배상금지를 이유로 의제적 손해산정을 배척하였지만, 그렇다고 동 원칙이 손해의 인식이 그저 실제적 비용지출에 따른 사실적 상태에 결부된다는 것을 말하는 것은 아니다. 동 원칙은 배상당위에 어울리는 손해배상범위를 조절하기 위한 것이어서 손해의 사실적 인식 자체를 무조건적으로 승인하지 않고 오히려 다양한 판단요소의 개입을 허용하는바, 이에 의제적 손해산정이 사실 이 원칙과 긴장관계에 놓여 있지만 그렇다고 그 원칙이 의제적 손해산정을 반드시 배척하기만 하는 것은 아니다. 이러한 관점에서 연방대법원이 말한 것처럼 하자 자체가 급부결함일 뿐 반드시 손해로 이어지지 않는다고 해도, 이 하자 자체에 대한 등가물의 구성적 인식가능성이 원천적으로 배제되는 것은 아니다. 이 등가물이 경우에 따라 배상되어야 할 손해로서의 성질을 가질 수 있으며, 그러한 등가물의 구성 방법 중 하나가 의제적 손해산정인 것이다. 배상당위에 적합한 손해의 범위를 탐색함에 또 하나의 등가물 구성인 구체적 손해산정과 경합적으로 이러한 의제적 손해산정이 고려될 수

83) Vgl. Jochen Mohr, “Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht”, JZ 2019, 917, 923.



있다. 실제로 지출된 하자보수비용에만 초점을 맞추어서 피해 사실을 정확하게 묘사하는 것만이 손해의 인식이 아니며, 피해 사실과의 등가관계 안에서 배상되어야 할 것을 합리적으로 구성해야 하는 것 역시 손해배상법의 과제이기 때문이다.

이와 같은 손해배상법 일반론의 관점에서 수급인의 담보책임에 있어 의제적 손해산정을 과잉배상을 초래한다는 이유로 배척하는 것은 온당치 않아 보인다. 하지만 대상판결의 취지가 전적으로 이해되지 않는 것은 아니다. 대상판결이 실제 하자보수비용을 중심으로 손해를 인정하려고 하는 데에는 손해배상의무 이외에 독일 민법상 명문으로 규정된 수급인의 하자담보책임의 내용, 즉 도급인의 자구조치나 감액권과의 균형이 자리잡고 있다.<sup>84)</sup> 특히 자구조치 후에 비용을 청구하는 경우 도급인은 그 비용을 손해배상의 형식으로도 청구할 수 있다고 보고, 나아가 자구조치의 경우 인정되는 선지급청구를 하자보수에 갈음하는 손해배상의 경우에도 인정할 수 있다고 본다.<sup>85)</sup> 하지만 이러한 연방대법원의 해석은 수급인의 담보책임의 규정체계와 어울리지 않는다. 왜냐하면 선지급청구는 명문으로 자구조치의 경우에만 규정했기 때문이다.<sup>86)</sup> 그리고 자구조치의 경우와 비교하여 손해배상의무의 범위도 실제 하자보수비용에 초점을 맞추어야 한다는 논리에 의문이 제기될 수 있다. 자구조치규정의 입법목적은 수급인이 추완이행을 위한 기간을 다 보내고 추완의 지체가 발생하는 경우를 대비한 것이지,<sup>87)</sup> 도급인에게 발생한 불이익을 산정하는 일반적인 기준을 제시한 것이 아니다. 즉 동 규정은 추완이행청구에 결부된 것으로서 추완을 더 이상 기대할 수 없거나 수급인과의 신뢰관계가 파괴되는 등의 이유로 도급인에게 주어지는 것이며, 선지급청구도 이에 부수하여 발생할 수 있는 도급인의 재정적 위험을 막기 위함에 있을 뿐이다.<sup>88)</sup> 아무리 추완이행의 대체수단으로 부여되는 자구조치가 급부에 갈음하는 손해배상처럼 원상회복에 상응하는 완전성이익을 추구한다고 할지라도, 급부에 갈음하는 손해배상이 반드시 자구조치의 내용과 같은 것으로 이해될 필요는 없는바, 완전성이익의 실현을 위한 등가물의 형성은 다원적인 관점에서 이루어질 수 있기 때문이다.

84) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 41, 46.

85) BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17, Rn. 46, 51.

86) Vgl. Tobias Rodemann, "Anmerkung zu BGH-Urt. vom 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17", ZfBR 2018, 320, 322.

87) Barbara Dauner-Lieb/Wolfgang Dötsch, "§ 326 II 2 BGB (analog) bei der Selbstvornahme?", NZBau 2004, 233, 234.

88) MüKoBGB/Busche, § 637, Rn. 2 ff., 19.

## VI. 결어

이상 독일 연방대법원 민사 제7부의 판례변경을 간략히 검토해보았다. 이에 우리 대법원이 수급인의 담보책임에 있어 하자보수에 갈음하는 손해배상의 범위를 산정함에 ‘실제로 보수에 필요한 금액’이라는 기준이 어떠한 의미를 가질 수 있는지와 관련하여 의제적 손해산정이 갖는 의미를 다시금 살펴볼 수 있었다. 실제로 보수에 필요한 금액은 반드시 구체적으로 지출한 비용이 전적으로 배상되어야 한다는 의미도 아니고, 제3자로부터 필요하다고 인정받은 비용이 그대로 배상범위로 확정된다는 의미도 아닐 것이다. 구체적 손해산정과 추상적 손해산정은 모두 경우에 따라 과잉배상의 위험을 지니고 있다. 중요한 것은 하자가 없었다면 존재하였을 가정적 상태를 구성함에 있어 다양한 판단 요소가 개입할 수 있다는 것이며, 이러한 판단 요소들의 개별적 정당화 안에 합리적인 손해배상의 범위가 설정된다는 점이다. 왜냐하면 손해의 인식은 피해 사실을 그대로 묘사하는 것이 아닌, 피해사실과 등가관계에 놓인 동가치물을 배상되어야 할 것으로 구성하는 것과 밀접한 관련이 있기 때문이다. 이에 의제적 손해산정도 손해의 인식을 위한 하나의 판단 방법이며, 이를 과잉배상의 가능성만을 이유로 일반적으로 불허함은 타당하지 않다. 물론 법관의 자유심증하에서 의제적 손해산정을 위해 제출된 감정평가서 등의 증명력 판단이 쉬운 것은 아니겠지만, 그렇다고 손해를 하자보수를 위해 실제 지출된 비용의 타당성 역시 그러한 증명력 판단을 피해갈 수는 없다. 중국적인 손해배상의 범위는 우리 앞에 단순히 주어진 자연적 사실을 스스럼없이 확인함으로써 확정되는 것이 아니라, 이득금지원칙 등 규범적 판단기준하에 배상되어야 할 것으로 승인된 것일 뿐이다. 이러한 손해배상범위에 대한 일반적 이해는 수급인의 담보책임상 손해배상의무에도 적용되어야 할 것이다. 즉 손해의 사실적 인식이라는 확일적인 도그마에서 벗어나, 배상당위에 어울리는 손해의 인식이라는 관점하에서 ‘실제 보수에 필요한 금액’ 역시 다양한 판단요소들의 다원적인 경합 속에서 산정될 수 있어야 한다. 결론적으로 하자보수에 갈음하는 손해배상에 있어 의제적 손해산정은 반드시 배척되어야만 하는 것으로 보기는 어렵다.

[참고문헌]

- Aristoteles, 이창우/김재홍/강상진 역, 「니코마코스 윤리학」, 이제이북스, 2006.
- 김 화, “매수인의 자구조치에 관한 연구”, 財産法研究 제34권 제1호(2017), 1면 이하.
- 朴東瑱, “獨逸損害賠償法上 損害의 認識과 算定方法”, 延世法學研究 제4권 제1호 (1997), 197면 이하.
- 박수곤/김진우/가정준/권철, “손해배상의 방법에 대한 비교법적 고찰”, 比較私法 제19권 제1호(2012), 47면 이하.
- 정광수, “수급인의 하자담보책임으로서 손해배상의무에 관한 고찰”, 比較私法 제13권 제3호(2006), 139면 이하.
- Brand, Oliver: *Schadensersatzrecht*, 2. Auflage, München: C.H.Beck 2015.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: *Allgemeines Schuldrecht*, 38. Auflage, München: C.H.Beck 2014.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike: *Schuldrecht*, Band 1, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller 1993.
- Gregor, Stephan: *Das Bereicherungsverbot*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.
- Harke, Jan Dirk: *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin: Springer 2010.
- Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter: *Römisches Recht*, 4. Auflage, Berlin: Springer 1987.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried: *Schadensersatz*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.
- Larenz, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, 14. Auflage, München: C.H.Beck 1987.
- Looschelders, Dirk: *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 17. Auflage, München: Vahlen, 2019.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan: *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 21. Auflage, München: C.H.Beck 2015.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens: *Bürgerliches Recht*, 27. Auflage, München: Vahlen 2019.
- Mommsen, Friedrich: *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig: Schwetschke 1855.
- Oechsler, Jürgen: *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013.

- Picker, Ulrike: *Die Naturalrestitution durch den Geschädigten*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.
- Rohde, Kerstin: *Haftung und Kompensation bei Straßenverkehrsunfällen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009.
- Schreier, Vincent: *Das Verhältnis zwischen Schadensrecht und Schadensversicherung*, Karlsruhe: VVW 2017.
- Stoll, Hans: *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, Heidelberg: C.F.Müller 1993.
- von Koppenfels-Spies, Katharina: *Die cessio legis*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.
- Wagner, Gerhard: *Das neue Schadensersatzrecht*, Baden-Baden: Nomos 2002.
- Wendehorst, Christiane: *Anspruch und Ausgleich*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999.
- Wieling, Hans Josef: *Bereicherungsrecht*, 4. Auflage, Berlin: Springer 2007.
- Wurmnest, Wolfgang: *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.
- Busche, Jan: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 6, § 637, 8. Auflage, München: C.H.Beck 2020 (zitiert: MüKoBGB/Busche, § 637).
- Dauner-Lieb, Barbara / Dötsch, Wolfgang: “§ 326 II 2 BGB (analog) bei der Selbstvornahme?”, NZBau (Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht) 2004, 233 ff.
- Ebert, Ina: *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, § 638, 8. Auflage, Baden-Baden: Nomos 2014 (zitiert: Hk-BGB/Ebert, § 638).
- Flume, Johannes W.: *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, § 249, München: C.H.Beck 2019 (zitiert: BeckOK BGB/Flume, § 249).
- Gernhuber, Joachim: “Haftung bei alternativer Kausalität”, JZ (Juristenzeitung) 1961, 148 ff.
- Greiner, David: “Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17”, ZWE (Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht) 2018, 290 ff.
- Heinemeyer, Susanne: “Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht?”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2018, 2441 ff.
- Jansen, Nils: “Gesetzliche Schuldverhältnisse”, AcP (Archiv für die civilistische Praxis) 2016, 112 ff.
- Metzger, Axel: “Vorteilsausgleichung in Leistungsketten – Verlagerung oder Wegfall des Schadens?”, JZ (Juristenzeitung) 2008, 498 ff.

- Mohr, Jochen: “Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht”, JZ (Juristenzeitung) 2019, 917 ff.
- Oetker, Hartmut: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, § 249, 8. Auflage, München: C.H.Beck 2019 (zitiert: MüKoBGB/Oetker, § 249).
- Picker, Ulrike: “Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17”, JZ (Juristenzeitung) 2018, 676 ff.
- Prütting, Hanns: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 1, § 287, 5. Auflage, München: C.H.Beck 2016 (zitiert: MüKoZPO/Prütting, § 287).
- Riehm, Thomas: “Fiktive Schadensberechnung im Mietrecht”, NZM (Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht) 2019, 273 ff.
- Rodemann, Tobias: “Anmerkung zu BGH-Urt. vom 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17”, ZfBR (Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht) 2018, 320 ff.
- Schiemann, Gottfried: “Rechtspolitik und -dogmatik im gegenwärtigen deutschen Sachschadensrecht”, in: Brambring, Günter u. a. (Hg.): *Festschrift für Horst Hagen*, Köln: RWB Verlag 1999.
- ders.: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Vorbemerkungen zu § 249 – 254, Berlin: Sellier - de Gruyter 2017 (zitiert: Staudinger/Schiemann, Vorbem zu §§ 249 ff.).
- Schulze, Reiner: *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, § 281, 8. Auflage, Baden-Baden: Nomos 2014 (zitiert: Hk-BGB/Schulze, § 281).
- Voit, Wolfgang: “Die neue Berechnung des Schadensersatzanspruchs bei Werkmängeln”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2018, 2166 ff.
- Wagner, Gerhard: “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2002, 2049 ff.
- Wessel, Markus: “Schäden im Schadensersatzrecht”, DAR (Deutsches Autorecht) 2019, 182 ff.
- Weyer, Friedhelm: “Werkvertraglicher Schadensersatz nur in Höhe der tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten?”, NZBau (Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht) 2013, 269 ff.

[Abstract]

Principle of Unjust Enrichment Prevention  
and Calculation of Compensation of Constructive Damages  
in the Damage Compensation Law

- A Review of the Change of the the German Federation Supreme Court  
Precedent (BGH, Urteil v. 22. 2. 2018 - VII ZR 46/17) -

Seongbum Lee\*

Recently, the German civil law circle discussed whether the scope of the damage compensation could be determined through a constructive damage calculation (*fiktive Schadensberechnung*) in the case where the sub-contractor should compensate the damage instead of repairing the defect according to his warranty liability. In 2018, the 7th Civil Affairs Department of the German Federation Supreme Court changed the precedent to defy the constructive calculation of the damages instead of the sub-contractor's warranty liability. Opinions conflict regarding the application of such changed precedent to the calculation of the damage in terms of seller's defect liability.

The main reason for the change of the supreme court precedent is that an excess compensation for the constructive damage is feared. Namely, if the defect itself should be regarded as a damage regardless of the specific expenses, the scope of the damage compensation might be excessive. In other words, if the contractor perceives that the cost not paid for the repair of the defect is a damage, the actual perception of the damage might be misleading. Nevertheless, it is also doubted that the scope of the damage compensation could be fairly determined in substitution for the actual expense incurred. Since a damage should be estimated based on the actual loss, diverse factors of judgment may well be considered for the equivalence between damage and compensation. Furthermore, such argument is relevant to the principle of the unjust enrichment prevention in the Damage Compensation Law

---

\* Dr. iur. (University of Bremen)

(schadensrechtliches Bereicherungsverbot). Hence, this study reviews the change of the precedent of the German Federation Supreme Court critically, and thereupon, attempts to specify 'the actual cost of remedy' affecting the scope of the damage compensation instead of the defect repairing.

Keywords : damage compensation corresponding to the defect repairing,  
constructive cost calculation, principle of the unjust enrichment  
prevention in Damage Compensation Law, Excessive Compensation,  
actual repairing cost

