손익상계의 이익에 관한 연구

A Study of the profit of profit and loss offset

이 창 규 (Chang-Kyu, Lee)
경희대학교 법학연구소 연구원

논문접수 : 2017. 8. 14. 심사게시 : 2017. 8. 18. 게재확정 : 2017. 9. 14.

목 차

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 손익상계의 이익공제
1. 손익상계의 이익공제 범위
2. 판례의 검토

Ⅲ. 손익상계의 이익의 범위
1. 손익상계의 절감 이익
2. 손익상계의 절감이익의 유형적 분석

Ⅳ. 결론

국문요약

민법에서 손익상계는 명문화된 규정이 없지만 공평의 이념에 따라 손해액의 산정에 있어서 고려되어 왔다. 손익상계를 적용하기 위해선 불법행위로 인한 손해배상의 산정에서 손해배상책임의 원인인 불법행위로 인하여 피해자가 새로운 이익을 얻어야 하고, 그 이익과 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 그래서 이글에서는 손익상계를 적용하기 위해 손해와 이익의 동질성, 상호 보완성을 요건을 검토하고 발생원인이 동일한 손해와 이익 사이에서 동질성이 있는 것처럼 보이는 사안에서 손익상계가 부정되는 경우를 알아보았다. 나아가 손익상계를 인정하지 않는 사안에서 상계를 인정하지 않는 기준을 명확히 하기 위해 세 가지 유형을 검토하였다.

첫째, 자녀의 양육비이다. 자녀가 사망하여 부모가 양육비를 부담하지 않게 되는 것은 양육비의 절감과 자녀의 생명과 비교할 수 없는 것은 주지의 사실이다. 그래서 부모가 얻는 이익과 자녀의 손해배상액에서 손익상계에 의한 공제가 허용되지 않음은 당연하다.

둘째, 주택의 결함과 거주 이익이다. 만일 신축한 주택에 중대한 하자가 있고, 수리가 필요한 상황에서 매수인이 재건축비용 상당액의 배상청구를 한 경우에 재건축 비용 상당액의 배상을 인정여부에 대하여 고민해볼 필요가 있다. 최고재판소 판례는 신축 건물에 중대한 하자가 있는 이를 재건축할 수밖에 없는 경우에는 그 건물의 하자가 건물이 붕괴하는 구체적인 우려가 있는 등에 관한 사실에 따라 사회통념상 건물자체가 사회 경제적 가치를 지니지 않았다고 평가해야 할 경우에는 그 건물의 매수인이 거주하면서 얻을 수 있었던 이익에 대하여 시공자 등이 교체비용 상당액의 손해배상청구를 한 사안에서 손익상계 할 수 없다고 하였다.

셋째, 불법원인급여의 비공제에 관한 이익이다. 예를 들어 고리대금업자가 급전을 필요로 하는 소비자에게 매우 높은 이율로 금전을 빌려준 후 불법적이고 강압적인 수법에 의해서 단기간에 이를 회수하는 경우이다. 그런데 금전소비대차가 선량한 풍속에 반하여 무효가 됨으로써 반환의무 없는 차주가 원금을 대주에게 임의로 변제한 경우에 차주가 그것을 다시 반환받을 수 있을지를 고민해볼 필요가 있다. 이에 대하여 최고재판소는 원고인 차주가 공서양속위반으로 평가되는 높은 이자율로 인하여 금전소비대차 계약에서 지불한 이자에 대한 손해배상을 청구한 사안에서 원고에게 빌린 원금을 배상액으로 부터 공제 할 수 없다고 판시하였다.

◉ **주제어 : 손익상계, 손해, 이익, 이익공제, 절감이익**

I. 서론

손익상계는 채무불이행으로 인해 손해를 받은 자가 같은 원인으로 이익을 얻고 있는 경우에 그 손해에서 이익을 공제한 것에 대한 손해배상청구를 해야 한다는 것을 의미한다.[1] 주지하다시피 손익상계는 우리 민법에 규정되어 있지 않지만 학설과 판례에서 인정되어 왔다.[2] 이러한 손익상계는 공평의 이념에 따라 손해액의 산정에 있어서 당연히 고려되고 있으며[3], 「민법」 제750조의 손해는 바로 이 손익상계를 고려한 진정한 손해를 의미하는 것이다.[4]

손익상계가 이루어지는 경우는 대표적으로 생명침해에 있어서 일실이익의 산정과 관련하여 생활비를 공제하는 경우이다. 여기서 '공제되는 이익'의 의미는 그 불법행위와 상당인과관계가 있는 이익에 한한다. 다시 말해, 불법행위로 인한 손해배상의 산정에 있어 손익의 공제를 허용하기 위해서는 손해배상책임의 원인인 불법행위로 인하여 피해자가 새로운 이익을 얻어야 하고, 그 이익과 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다.[5]

그런데 손익상계는 손해와 이익의 상계를 인정하는 유형과 그 반대의 경우에 대한 공제할 이익의 범위에 대한 기준을 명확히 하기는 쉽지 않다. 손익상계가 인정되지 않는 예는 산재보험의 휴업특별지원금, 장해특별지급금 등의 특별지원금, 자기신체사고보험의 보험금, 피해자 가입의 생명보험의 보험금 등은 손익상계가 인정되지 않는다.[6] 그리고 개별 사안에 따라 손익상계가 인정되지 않는 경우도 있기 때문에 손익상계를 적용할 수 있는 기준을 정하는 것은 쉽지 않다.

특히 손익상계가 문제되는 이유는 손해배상과 대상 손해의 동질성, 상호 보완성을 손익상계의 조정에 대한 요건으로 하는 판례의 논리로 인해 손익상계의 대상이 확대될 수 있다는 점이다. 그래서 손익상계를 행하는 것이 올바른지에 대해서 계속해서 고민이 필요하다.

그리하여 이글에서는 손익상계 개념을 둘러싼 학설·판례를 정리하고 손익상계를 적용할 수 있는 이익의 유형을 검토하고자 한다. 논의의 순서는 손익상계에서 이익공제의 개념을 알아보기 위해 개념과 학설 그리고 판례를 살핀다(이하 II.). 이후 손익상계의 이익범위로서 절감이익의 내용

1) 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003, 466면; 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2016, 858면; 김형배, 「채권총론」 제2판, 박영사, 281면; 윤철홍, 「채권각론」 전정판, 법원사, 2009, 450면.
2) 오종근, "손익상계" , 「아세아여성법학」 제3권, 아세아여성법학연구소, 2000, 297면.
3) 양창수, 김재형, 「계약법」, 박영사, 2010, 451면.
4) 지원림(편집대표 곽윤직), 「민법주해(IX)」 ,박영사, 2000, 580면.
5) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다33502 판결.
6) 윤철홍, 전게서, 450면.

을 알아보고 절감이익의 유형적 분석모델로 자녀의 양육비, 주택의 결함과 거주이익, 불법원인급여의 비공제를 검토한다(이하 III.).

II. 손익상계의 이익공제

1. 손익상계의 이익공제 범위

가. 손익상계의 개념

손익상계는 채무불이행 혹은 불법행위로 인하여 손해를 입은 자가 동일한 원인에 의하여 어떤 이익을 얻은 경우에 일정한 기준에 기하여 그 이익을 손해로부터 공제하여 그 잔액을 배상할 손해액으로 하는 것을 말한다.[7] 말하자면, 손해배상액을 산정하는 과정에서 진정한 손해액을 산출해 내는 작업을 의미한다. 손익상계라는 말은 독일어 Vorteilsausgleichung(이익조정 혹은 이익의 공제) 혹은 라틴어 compensatio lucri cum damno에서 유래한다.[8]

손익상계에서 주요한 쟁점은 공제될 이익의 범위를 어떻게 결정할 것인지에 대한 문제이다. 손익상계는 차액설의 손해개념으로부터 이론상 당연히 도출될 수 있다고 한다.[9] 그러나 단순히 차액설을 적용할 경우에 가해행위로 인해 피해자에게 발생한 모든 이익이 손익상계의 대상이 되어야 한다.[10] 이에 가해자가 부당하게 면책되거나 피해자에게 보상을 해줄 수 없는 문제가 발생한다. 이에 따라 손익상계는 손해배상제도의 목적 자체에서 그 근거를 찾아 볼 필요가 있다. 다만 피해자에게 발생된 모든 손해가 손해배상의 대상으로 되는 것은 아니며 일정한 규범적 평가에 의해 손해배상의 범위가 제한된다고 할 수 있다. 또한 손익상계의 대상이 되는 이익도 일정한 규범적 평가에 의해 그 범위가 제한되는 것이다.[11] 결국 손익상계는 이익의 공제가 가해자를 부당하게 면책시키거나 피해자에게 가혹한 결과를 초래해서는 아니 된다는 것을 의미한다고 할 수 있다.

7) 김상용, 전게서, 858면.
8) Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried, Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Band 1, Joachim Gernhuber (Hrsg.), 3. Auflage, Tübingen, 2003, S. 486.
9) 오종근, 전게논문, 297면.
10) 이진열, "손해(損害) 개념과 산정시기 및 그 범위", 「계간 · 감사」 신년호, 2014, 104면.
11) 상게논문, 299면.

나. 손익상계의 적용여부

손해배상의 범위를 결정하는 기준인 상당인과관계이론은 손해에서 이익의 공제여부를 결정하는 기준으로 적용되지 않는다. 다시 말해, 상당인과관계이론은 개연성이 없는 손해는 배상의무자의 영역에 포함도지 않기 때문에 그 책임범위에서 제외시키고 있는 것이다.[12] 그러나 이익의 공제여부를 배상의무자의 지배 가능성의 존재여부에 따라 결정하는 것은 적합하지 않다고 할 것이다.

손해배상제도는 피해자에게 발생한 손해를 가해자에게 전가하여 가해행위가 없었더라면 존재하였을 상태로 회복시켜 주는 것에 그 목적이 있으며, 손해배상을 받음으로써 피해자가 가해행위가 없었을 경우보다 유리한 지위에 있게 되는 것은 손해배상제도의 목적과 부합하지 않는다. 이러한 손해배상의 목적에 따라 손익상계의 근거를 찾을 수 있다. 그러나 최소한 손익상계를 하기 위해서는 공제될 이익이 가해행위를 원인으로 발생한 것이어야 한다. 즉 가해행위와 이익 사이에는 condicio sine qua non 의미의 원인관계가 존재하여야 한다.[13]

그리하여 원인관계가 인정되는 이익 중에서 손익상계를 행할 것인지 여부는 개별적·구체적으로 손익상계제도의 목적으로 손해배상을 통하여 피해자가 오히려 가해행위가 없었을 경우보다 유리한 지위를 갖게 해서는 아니 되며 이익의 공제가 가해자를 부당하게 면책시키거나 피해자에게 가혹한 결과를 초래되어서도 아니 된다. 결국 가해자가 책임질 손해배상의무의 의미 및 목적, 이익의 발생경위, 손해배상의 기초가 되는 규범의 의미 및 목적 등이 고려되어야 할 것이다.

다. 학설의 내용

(1) 우리나라에서의 논의

학설[14]과 판례[15]는 손해를 발생시킨 원인사실과 상당인과관계에 있는 이익만이 손익상계의 대상이 된다고 한다. 이처럼 손해배상의 범위를 결정하는 기준인 상당인과관계를 손익상계에 차용하는 것은 공제하여야 할 이익의 범위는 배상의무자가 배상하여야 할 손해의 범위에 비례해야 하

12) 윤철홍, 전게서, 450면.
13) 안경희, 이세정, 「EU 사법통일의 동향과 분석(2) : 불법행위법」, 2007, 한국법제연구원, 58면.
14) 곽윤직, 전게서, 225면, 김증한/김학동, 「채권총론」 제6판, 박영사, 1998, 151면; 김증한 편, 「주석 채권총칙(상)」, 한국사법행정학회, 1984, 323면.
15) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다31361 판결;대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체 판결.

기 때문이다. 그러나 다수설의 상당인과관계기준은 명확하지 못하다는 비판을 받는다.[16] 다른 견해는 구체적인 사정에 따라 개별적으로 손해의 합리적 부담이라는 손해배상제도의 목적을 지도원리로 하여, 침해된 규범의 보호목적을 유형적으로 고려하여 판단하여야 한다는 견해가 있다.[17]

(2) 독일에서의 논의

독일에서는 상당인과관계이론에 의해 손익상계의 문제를 해결하였다.[18] 즉, 가해행위로 인해 발생한 이익과 그 가해행위 사이에 상당인과관계가 존재하는 경우에 손익상계를 인정하였다. 그러나 오늘날에는 이러한 방식에 의한 해결이 불합리한 결과를 초래한다고 한다.[19] 이후 많은 학자들이 손익상계의 대상이 되는 이익인지 여부를 판정하기 위한 기준을 찾기 위해 노력 하였지만 오랫동안 학설 및 판례는 설득력 있는 기준을 제시하지 못했다고 평가받고 있다.[20]

(3) 일본에서의 논의

일본에서의 통설은 상당인과관계에 의하여 손익상계의 대상이 되는 이익의 범위를 결정하였다.[21] 그러나 손익상계의 대상이 될 이익의 범위를 일반적인 기준이 아니라 개별적·구체적으로 결정하여야 하며, 손해배상제도의 목적인 손해의 공평한 분담을 바탕으로 침해된 규범의 보호목적을 유형적으로 판단해야 한다고 한다. 나아가 당해 이익의 발생경위와 그 기초가 되는 규범의 목적 등도 고려하여 결정해야 한다고 한다.[22] 이는 손익상계가 실제로 문제가 되는 것은 손해와 이익은 별개로 발생할 때 이익을 피해자에게만 주는 것은 불공평하기 때문이며, 손익상계는 이론적으로는 진정한 손해액의 산출방법이며, 결과적으로 형평의 관념에 부합하기 때문이라고 한다. [23]

16) 김형배, 채권총론, 박영사, 1999, 281면.
17) 상게서, 282면.
18) 독일의 제국법원(Reichsgericht)의 판결들은 상당인과관계이론을 적용하였다. 그러나 RGZ 146, 287, 289 이후, 특히 연방최고법원(Bundesgerichtshof)의 판결들은 상당성 이외에 이득을 발생케 한 법률관계의 의미로서 손해배상청구권의 목적과의 합치여부, 가해자를 부당하게 면책시키는 지 여부 등을 추가적으로 고려한다. 학설은 상당성기준을 비판하는 Cantzler, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz, AcP 156, 1957의 논문이 발표된 시점을 기준으로 그 이전에는 상당성기준이 지배적이었다.
19) Staudinger/Schiemann, § 249, 13 Aufl., Rn 139.
20) Staudinger/Schiemann, a.a.O., Rn. 140; Cantzler, a.a.O., S. 29.
21) 四宮和夫, 事務管理·不当利得·不法行為(下) 現代法律学全集 10-2, 青林書院 ·1985, 603面.
22) 上揭書, 602面.
23) 澤井裕, 損益相殺(一), 大法·論集 8巻 3号, 1958, 280面.

그리고 손익상계 할 이익의 범위에 대한 기존의 상당인과관계의 적용은 손해와 이익의 동일성이라는 측면에서도 종합적으로 검토해야하며, 이 경우의 법적가치 판단의 기준은 손해배상의 목적과 당사자 간의 형평성이 우선된다고 한다.[24] 피해자의 원상회복을 목적으로 피해자의 보호를 근본원리로 하는 손해배상에서 판단한다면 가해자는 피해자에게 발생한 손해를 배상해야 한다고 한다. 그래서 물리적인 이익을 공제하고 그 이익이 진정한 손해액이라는 손익상계 이론은 이익과 손실의 법적 동질성을 전제로 하고 있다고 한다. 이익에서 손실에서 제하는 것이 타당한지 여부에 대한 상당인과관계의 적용은 수직관계에서 뿐만 아니라 종합적으로 판단해야하며, 이 법적가치의 판단의 기준은 손해배상법의 목적과 당사자 간의 형평이 고려되어야 한다고 한다.[25]

손익상계의 인정은 이익이 불법행위를 계기로 생긴 것이기 때문에 양자의 관계에서 손익상계를 인정하는 것이 불공평하다는 논의도 있다.[26] 그리고 그 판단을 위해서는 먼저 해당 이익발생의 경위와 그 이익을 기초 짓는 규범의 목적과 기능에서 그 이익이 해당 손해에 대해 어떠한 실질적·기능적 관계에 있는지를 확인하고 불법행위제도의 목적과 기능에 비추어 해당 손해의 관계에 있는 이익을 공제하는 것이 형평의 관념에 맞는다고 하였다.[27]

2. 판례의 검토

가. 제3자의 관여 없는 이익의 경우

가해행위로 인해 손해가 발생함과 동시에 제3자 등의 관여 없이 일정한 이익을 피해자가 얻을 수 있다. 그러나 만일 가해행위가 없었더라면 지출하였을 비용을 절약한 경우[28]와 세금이 면제되는 혜택을 얻게 되는 경우 및 장래의 일실소득에 대해 일시금으로 손해배상청구를 하여 이자상당의 이익을 얻게 되는 경우 등이 있다. 그런데 원칙적으로 가해행위의 결과 피해자가 오히려 이익을 취하게 되어서는 아니 된다. 이 이익들은 손해액을 산정함에 있어서 감축요소로 고려되어야 할 것이다.

판례는 생계비에 대한 손익상계의 적용은 사망으로 인한 일실수익을 산정함에 있어서 수입으

24) 上揭書, 281面.
25) 澤井裕, 前揭書, 86面.
26) 四宮和夫, 前揭書, 603面.
27) 上揭書, 603面.
28) 불법행위로 사망한 사립학교 교원의 일실퇴직금 손해를 산정함에 있어서 피해자가 퇴직할 때까지 납부하여야 할 '개인부담금'을 공제하여야 할 것이라고 판결하였다. 대법원 1995. 7. 28. 선고 95다19416 판결.

로부터 사망자의 생계비를 공제하자는 입장이다. 이렇게 생계비를 공제하는 이론적 근거는 손익상계설과 필요경비설이다. 먼저 손익상계설은 사람의 사망으로 인해 지출을 면한다면 사망자의 장래의 생계비는 사망으로 인한 이익에 해당하기 때문에 손익상계의 법리에 따라 일실이익에서 공제된다는 논리이다. 필요경비설은 생계비는 수입을 얻기 위한 필요적 경비로서 노동력 재생산을 위하여 당연히 지출되는 비용으로 보아 수입에서 생계비를 공제한 것이 생명침해로 인한 손해 그 자체이므로 이를 공제해야 한다고 한다. 이 견해는 공제될 생계비에 대한 입증책임을 누가 부담하느냐에 차이가 있다고 한다.[29] 손익상계설에 의하면 생계비에 대한 입증책임은 배상의무자에게 있다고 한다. 반면에 필요경비설에 의하면 소득에서 생계비를 공제한 것이 손해자체이기 때문에 손해에 대한 입증책임을 지는 피해자가 소득 및 생계비에 대한 입증책임을 부담하게 된다고 한다. 부상자의 일실이익을 산정함에 있어서 생활비를 공제하는 것은 손익상계의 법리를 오해한 위법이 있다고 한다.[30]

나. 피해자에 대한 의한 이익의 경우

가해행위와 원인관계에 있는 이익을 피해자 자신의 행위로 인해 취득하는 경우로서 피해자의 전보행위를 통해 이익을 얻게 되는 경우이다. 예를 들어 매도인으로부터 제품을 공급받지 못한 매수인이 다른 방법으로 그 제품을 조달하고, 이를 전매하여 원래의 제품을 전매하여 얻을 수 있었던 이익보다 초과한 이익을 취한 경우이다. 그리고 가해행위로 인해 본래의 소득활동을 할 수 없게 된 피해자가 자신의 노동력을 투입하여 다른 소득을 얻게 된 경우 등이 이에 해당한다.[31] 이 이익들이 손익상계의 대상이 되는지 여부를 결정하는 과실상계의 법리를 적용할 수 있다.

과실상계의 법리에 따르면 피해자는 가해자를 위해 손해를 배상할 의무를 부담하며, 이 의무의 범위 내에서 일정한 이익을 얻을 수 있다.[32] 그래서 전보행위 혹은 다른 소득활동을 통해 피해자가 얻은 이익이 이러한 손해감축의무의 범위 내에 있는 경우에는 손익상계의 대상이 되지만 손해감축의무의 범위 밖에 있는 경우에는 그 대상에서 제외될 것이다.

29) 오종근, 전게논문, 308면.

30) 대법원 1966. 3. 22. 선고 66다119 판결.

31) 대법원 판례는 부당해고된 근로자가 해고기간 중 다른 직장에 종사하여 얻은 이익(중간수입)이 있는 경우에 근로자의 청구가 근로계약상의 임금청구인 때에는 위험부담의 법리 중간수입을 공제한다(대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277 판결). 그리고 근로자의 청구가 사용자의 불법행위에 기한 임금상당의 손해배상청구인 경우에는 손익상계의 법리에 의해 중간수입을 공제한다(대법원 1996. 4. 23. 선고 94다446 판결).

32) 윤철홍, 전게서, 451면.

그런데 가해행위로 인해 노동능력을 일부 상실하게 된 경우에는 종전의 소득에서 노동능력상실률을 곱한 금액을 일실소득으로 산정함이 일반적이다.[33] 그래서 실무상 많이 문제된 것은 가해행위로 노동능력을 일부 상실한 피해자가 종전과 동일한 소득을 얻거나 심지어 그 이상의 소득을 얻게 됨으로써 잔존노동능력에 따른 소득을 초과하게 된 경우에 그 초과소득에 대해 손익상계를 할 것인지 여부이다.

피해자가 이러한 초과소득을 얻게 된 이유로는 먼저 법률의 규정이나 단체협약 등에 의해 피해자가 노동능력을 부분적으로 상실했지만 이전의 직장에서 이전과 동일한 소득을 얻게 된 경우이다. 그리고 피해자가 노동능력의 일부를 상실하였지만 자신의 노동력 이상을 제공하여 초과 소득을 얻게 된 경우이다. 피해자는 이러한 이유로 초과소득을 얻게 되었다면, 이를 손익상계의 대상으로 삼을 수 없다. 이는 인신손해에 대해 갖고 있는 법원의 주류적 입장인 상실된 노동능력에 대한 경제적 평가를 손해로 보는 노동능력평가설의 입장이기도 하다. 대법원 판례는 해당 법률규정이나 단체협약의 취지, 기타 사용자의 배려는 가해자의 책임을 감축시키려는 의도를 갖고 있지 않다고 한다. 또한 피해자가 자신의 노동능력 이상을 발휘한 것이 가해자의 책임을 감축시키는 결과를 발생시킨다면 부당하다고 한다.[34]

다. 보험금의 취득 문제

(1) 보험금의 손해와 이익의 동질성

판례와 학설이 손익상계를 부정해온 급부이익은 손해보험, 생명보험, 상해보험이 있다. 이 같은 이유는 손해보험, 생명보험과 상해보험은 각각 보험계약의 대가로 보험수익자가 받아야 할 이익이기 존재하기 때문이다. 만약 이 혜택의 이익이 손익상계의 대상이 된다면, 가해자는 피해자와 유족이 체결한 보험계약 덕분에 손익상계가 이루어지고 배상액이 감액되는 만큼의 면책을 할 수 있지만 금전적 이익을 얻지 못하게 된다.

먼저 손해보험은 제3자의 가해행위로 입은 손해에 대해 피해자가 손해보험금을 수령할 경우에 피해자가 제3자에 대해 여전히 손해배상청구권을 갖는다면 피해자는 이중의 이익을 취하는 결과가 된다.[35] 그래서 이 경우 피해자의 가해자에 대한 손해배상청구에 해당하는 금액이 수령한 보

33) 대법원 1994. 8. 26. 선고 94다25810 판결.
34) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다31361 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결.
35)「상법」 제682조는 제3자에 대한 보험대위를 규정하고 있다. 이 규정은 이중이익을 방지하기 위해 피해자가 수령한 보험금의 범

험금만큼 감축되는 결과가 되어, 보험금에 대한 손익상계하는 것과 같은 결과가 발생하지만, 이는 수령한 보험금만큼의 손해배상청구권이 보험자에게 이전되는 것이며 손익상계의 결과가 아니라고 할 것이다. 말하자면, 손해보험금은 손익상계의 대상이 되는 이익이 아닌 것이다. 이와 같은 보험자대위는 화재보험, 운송보험, 도난보험 등과 같은 손해보험뿐만 아니라 책임보험의 경우에도 인정된다.[36]

그리고 생명보험은 타인의 가해행위로 인하여 사망한 피해자가 동시에 사망을 보험사고로 한다. 생명보험의 피보험자는 가해자에 대한 피해자의 손해배상청구권을 상속한 상속인이 생명보험금을 수령하였다면, 그 보험금을 손익상계나 기타의 법리에 의해 손해액으로부터 공제할 것인지 여부가 문제될 수 있다. 통설은 이를 부인한다.[37] 그 근거로는 생명보험계약은 불법한 가해자에게 이익을 주려는 목적을 가지고 있지 않다거나, 생명보험은 손해보험과 달리 손해의 전보를 목적으로 하는 것이 아니고 따라서 보험자의 대위가 금지되기 때문이다.[38]

상해보험은 피보험자가 우연한 사고로 신체에 상해를 입은 경우에 보험금을 급부하기로 하는 보험이다. 상해보험은 보험사고의 객체가 사람인 점에서 생명 보험과 마찬가지로 인보험이지만, 사람의 생사를 보험사고로 하는 것이 아닌 점에서 생명보험과 다르다. 상해보험의 보험금 지급방식에는 실제 손해액과 관계없이 일정한 금액을 지급하기로 하는 정액보상방식도 있지만, 상해의 정도에 따라 손해액을 지급하는 손해보상방식도 있다. 그래서 상해보험은 생명보험과 손해보험의 중간적인 성격을 갖는 것이며, 특히 정액보상방식의 상해보험은 생명보험과 같은 인보험적 성격을 가지며, 손해보상방식의 상해보험은 손해보험적 성격을 갖는다고 할 것이다.

대법원 판례는 상해보험인 해외여행보험에 의한 지급금은 이미 납입한 보험료의 대가적 성질을 가지는 것으로서 그 부상에 관하여 제3자가 불법행위 또는 채무불이행에 기한 손해배상의무를 부담하는 경우에도, 보험계약의 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한, 「상법」 제729조에 의하여 보험자대위가 금지됨은 물론, 그 배상액의 산정에 있어서 손익상계로서 공제하여야 할 이익에 해당하지 아니하며, 보험자대위가 인정되는 경우에도 피보험자가 보험자로부터 손해의 일부를 전보 받았다고 하여 그 나머지 손해에 대한 가해자의 피보험자에 대한 손해배상책임까지 소멸

위에서 제3자에 대한 손해배상청구권이 보험자에게 법률상 이전됨을 규정하고 있다.

36) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다31361 판결; 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다14148 판결.

37) 곽윤직, 전게서, 832면.

38) 「상법」 제729조는 제3자에 대한 보험대위의 금지를 규정하고 있다. 다시 말해, 보험자는 보험사고로 인하여 생긴 보험계약자 또는 보험수익자의 제3자에 대한 권리를 대위하여 행사하지 못하며 상해보험계약의 경우에 당사자 간에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 그 권리를 대위하여 행사할 수 있다.

되는 것은 아니라고 판시하였다.[39]

(2) 재해보상금 및 보험급여

근로자가 업무상 재해로 인하여 사망하거나 부상을 입은 경우에 피해자인 근로자 혹은 그 유족은 사용자로부터 근로기준법에 기한 재해보상을 받을 수 있다. 이와 별도로 가해자인 사용자 혹은 제3자에 대해 민법상의 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 이때 재해근로자가 사용자 혹은 제3자에 대해 손해배상청구를 하는 경우에 근로기준법에 기하여 수령한 재해보상금을 손익상계에 의하여 공제할 것인지 여부가 문제된다. 이 쟁점은 산업재해보상보험법에 기초한 보험급여의 경우에도 마찬가지로 발생한다. 근로기준법에 의하여 근로자에 대하여 요양보상금, 휴업보상금, 장해보상금 등 재해보상금을 지급할 의무가 있는 사업주가 미리 산업재해보상보험에 가입한 경우에 산업재해 사고가 발생하면 국가가 사업주에 대체하여 직접 근로자에게 산재보험금을 지급할 수 있다. 그런데 그 보험금의 법적 성질은 근로기준법에 의한 재해보상금과 성질이 같기 때문에 손익상계의 문제가 발생한다.

이 같이 손해와 이익의 발생 원인이 동일하지 않은 경우에도 손해발생 원인과 동일한 가해자의 행위와 사건이 피해자나 유족에게 자신의 발생 원인에 따라 급부이익을 이끌어 낼 수 있다. 참고로 일본에서도 손익상계가 문제가 되는 사례의 대부분이 손해배상과 사회보험 급부의 중복지급에 관한 문제였다. 그 중에서도 많은 소송이 되어 온 것이 중복된 산재보험과 후생연금보험 등의 사회 보험의 지급과 관련된 사안이다. 이 사안에서는 산재보험급여는 근로자재해보상보험법(労働者災害補償保険法)이 적용되는 것으로 발생원인의 동일성은 없는 경우이다. 그래서 이 경우에 손익상계의 자체에 대한 문제가 아니라 손익상계의 조정이 문제되어 왔다. 다시 말해, 손익상계로 조정이 이루어질 수 있는 손해와 이익에 동질성이 있는 경우이다. 이에 대한 최고재판소는 아래와 같이 언급하였다.[40]

피해자가 불법행위로 인한 손해와 동일한 원인에 의해 이익을 받는 경우에는 손해와 이익 사이에 동질성이 있는 한 공평의 관념에서 그 이익을 피해자가 가해자에 대한 배상을 요구하는 손해액을 공제하여 손익의 상계를 조정할 필요가 있으며, 또한 피해자가 불법행위에 의해 사망하고, 그 손해배상청구권을 취득한 상속인이 불법행위가 같은 원인에 의해 이익을 받는 경우에도 정당한 손익상계의 조정이 필요한 경우가 있을 수 있다고 하였다. 이러한 조정은 불법행위에 기한 손

39) 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25061 판결.
40) 最大判 平成 5年 3月 24日 民集, 第47巻 第4号 3039面.

해배상제도의 목적에서 판단한다면 피해자 또는 그 상속인 받고 있는 이익에 의해 피해자에게 발생한 손해가 보전될 수 있는 범위에 한정 되어야 한다고 하였다. 이 같은 판시내용은 예를 들어 산재보험급여 중 유족보상 일시금 또는 유족보상연금은 유족의 생활을 부양하는 성질을 갖기 때문에 손해배상 중 일실이익의 손해액에서 공제할 수 있지만 위자료에서 공제 할 수 없는 것이 원칙이라는 점에서 생각해볼 수 있다.

또한 자동차사고로 동승자가 사망한 사건에서 피해자의 유족이 자동차손해배상보장법(自動車損害賠償保障法) 제3조에 따라 두 차량의 운행에 따른 공동불법행위 책임에 근거해 손해배상을 청구했는데, 피고가 체결한 상해보험계약의 조항에 따라 원고에게 지급된 운전자 상해보험의 배상액에 대한 공제여부가 문제되었다. 이 사안에 대하여 최고재판소는 사망보험금은 피보험자가 입은 손해를 전보하는 성질을 갖지 않는다고 하였다. 이 판례에서 상해보험계약은 보험 계약자 및 그 가족 등이 피보험자 자동차에 탑승 할 기회가 많다는 것을 감안하고 탑승자 또는 그 상속인에게 정액의 보험금을 지급하여, 탑승자를 보호하려고하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 하였다. 그래서 사망 보험금을 피보험자의 상속인인 상고인들의 손해액에서 공제 할 수 없다고 하였다. 최고재판소 판례에서는 손익상계 여부의 판단 기준을 다음과 같이 제시하였다. “피해자가 불법행위로 인해 사망한 경우에 그 손해배상청구권을 취득한 상속인이 유족보상연금을 지급 받거나 지급받을 것이 확정 된 때에는 손해배상액을 산정함에 있어서 유족보상연금에 대해 그 전보의 대상이 되는 부양이익의 상실에 의한 손해와 같은 성질이며, 또한 상호보완성을 갖는 일실이익 등의 소극적 손해원금 사이에서 손익상계로 미리 조정을 실시해야 할 것으로 해석하는 것이 타당하다”고 하였다. 특히 판결문에서 “상호보완성”은 유족보상연금이 지급됨으로써 일실이익의 손해가 실질적으로 전보되는 관계에 있다 것을 가리키는 것으로 생각할 수 있다.[41)]

41) 最大判 平成 7年 1月 30日 民集, 第49巻 第1号 211面.

III. 손익상계 이익의 범위

1. 손익상계의 절감 이익

가. 손익상계와 손해배상론

손익상계에서 손해와 이익에 대하여 동질성이 인정되면 그 이익만큼 피해가 감소하기 때문에 손해배상론을 적용할 수 있다. 이는 손해배상의 손해가 이익을 감소시키기 때문에 배상할 손해의 손익을 상계하여 이익을 공제하는 것이 아니며, 원래 받게 될 이익에 대한 감소된 손해에 대하여 배상을 하는 것이다. 그런데 이 문제는 손해배상론의 문제이기 때문에 손익상계를 적용하는 것에 대하여 의문을 제기할 수 있다. 예를 들어 일실이익의 생활비 공제를 손익상계로 인정받고 있는 경우이다.[42] 그러나 이 경우 노동능력의 상실로 인하여 생활비가 필요경비로 필요한 경우라는 것을 고려한다면 일실이익에서의 생활비 공제는 불법행위 내지 채무불이행이 없었던 경우의 실질적인 손실이익이라고 할 수 있다. 결국 순수익을 산정하고 있는 것에 지나지 않는다고 말할 수 있다.

그런데 건물의 하자를 보수하기 위해 그 건물에서 영업을 할 수 없게 되었을 경우에 영업할 수 없게 된 기간의 매출액에서 영업비용인 인건비, 자재비용 등을 공제한 순이익을 손해로 산정할 수 있다. 이 경우는 지출이 예정된 사항에 대한 공제는 실제손해를 산정하기 위한 방식의 의미를 갖고 있는 것이다. 또한 이 경우에 이익을 산정하기 위해서 그 이익을 얻기 위해 필요한 비용을 공제해야 하는 것에도 주의해야할 필요가 있다. 일실이익의 산정은 일상생활을 할 수 있는 경우이어야 하기 때문에 일실이익과 생활비가 동질성이 있다고 할 수 있다.

결국 손해배상론에서 손익상계로 공제해야 이익이 손해로 평가한 후 일실이익의 필요경비를 절약 할 수 있었다고 평가할 수 있는 이익은 바로 필요경비로 절감할 수 있는 이익이라고 할 수 있다. 이러한 절감이익은 손해배상청구의 대상으로 하는 손해를 전제로 하는 이익인 영업이익 등을 창출하기 위해 필요한 경비라고 할 수 있다. 그래서 손해배상청구의 대상이 되는 손해는 불법행위가 없었더라면 얻은 순수이익이고, 그 수익을 얻기 위한 필요경비를 공제한 것에 대한 순수익이다. 그리하여 그 이익의 필요경비 이익을 배상액에서 공제하는 것은 합리성이 있다고 할 것이다.

42) 最大判 昭和 39年 6月 24日 民集, 第18巻 第5号 874面.

나. 손해와 절감 이익의 주장과 입증책임

만일 손해와 공제할 수 있는 이익이 있는 경우에는 손해를 산정한 뒤 손익상계를 적용하거나, 처음부터 동질의 이익을 공제한 손해가 있기 때문에 손해배상론을 적용하는 것은 결론에서 차이가 없다고 할 수 있다. 그러나 손익상계는 일반적으로 손해배상의무자가 주장 및 입증을 하여 항변을 해야 하며 발생된 손해 및 손해액에 대해서는 피해자 측이 주장 및 입증책임을 부담하는 것으로 간주하고 있다는 점에서 차이가 있다. 원고 측이 손해배상청구를 한 일정한 근거를 제시하고 이를 손해라고 주장하는 경우에 그 감액사유가 있다면, 그것을 주장 및 입증함으로써 이익을 배상의무자측이 그 감액 사유를 주장 및 입증하는 것이 공평하다고 판단된다. 그렇다면 손해의 감소는 손해배상론의 차원의 문제보다 손익상계의 문제로 피고의 항변으로 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다.

2. 손익상계의 절감이익의 유형적 분석

가. 자녀의 양육비

대법원 판례는 자녀의 생명침해의 경우에 배상액에서 부모의 절약할 수 있는 양육비에 대하여 손익상계를 인정하지 않는다.[43] 판례는 사망자의 미성년자의 일실이익과 생활비의 공제여부에 대하여 피해자의 사망으로 인하여 그 부양의무자가 지급하지 않게 된 생활비를 피해자는 물론 그 부양의무자가 이익이라고 하여 이에 관한 손익상계를 주장할 수는 없다고 하였다. 참고로 일본 판례는 교통사고로 숨진 자녀의 손해배상 채권을 상속한 자가 한편 자녀의 양육비 지출에 대한 사항이 필요하지 않게 된 경우에도 정당한 양육비와 유아의 장래에 얻을 수입 사이에는 전자를 후자부터 손익상계의 법리 또는 그 유추 적용에 의한 공제해야 할 손실과 이익과 동질성이 없다고 설명한다.[44]

사실 일실이익의 생활비 공제와 다르게 부모의 자녀에 대한 양육비 지출의 경우에는 좀 더 다른 의미가 부여된다. 만일 자녀가 사망하여 부모가 양육비를 부담하지 않게 되는 것은 양육비의 절감과 자녀의 생명과 비교할 수 없다. 그래서 부모가 얻는 이익과 자녀의 손해배상액에서 손익

43) 사망자의 미성년자의 일실이익과 생활비의 공제여부 : 피해자의 사망으로 인하여 그 부양의무자가 지급하지 않게 된 생활비를 피해자는 물론 그 부양의무자가 얻은 것이라고 하여 이에 관한 손익상계를 주장할 수는 없는 것이다. 대법원 1966. 4. 19. 선고 66다422 판결.

44) 最大判 昭和 53年 10月 20日, 民集, 第32巻 第7号 1500面.

상계에 의한 공제가 허용되지 않음은 당연하다. 또한 생활비와 같은 가동소득을 얻기 위한 필요경비와 다르게 자녀의 양육비는 그 지출에 의해서 얻은 이자의 차익을 얻지 못한 것에 대한 불이익이 손해라고 할 수 있다. 자녀의 양육을 전적으로 부모의 법적의무로 파악하고 그 의무를 면한 결과, 이익을 얻은 것으로 보고 손익상계의 대상으로 하는 것은 일반인의 판단과 맞지 않으며 규범적 관점에서 양육비의 지출을 면한 것과 다르게 봐야 한다.

나. 주택의 결함과 거주 이익

우리나라에서는 문제되지 않았지만 신축한 주택에 중대한 하자가 있고, 수리가 필요한 상황에서 매수인이 재건축비용 상당액의 배상청구를 한 경우도 있다.[45] 원심은 재건축 비용 상당액의 배상을 인정하고, 건물에 하자가 있었더라도 거기에 거주 할 이익을 배상액에서 공제하는 것을 인정하였다. 그러나 최고재판소는 손익상계를 부정하여 배상액에서 손익을 공제를 인정하고 있지 않았다.[46]

판례에서 매매 목적물인 신축 건물에 중대한 하자가 있는 이를 재건축할 수밖에 없는 경우에는 그 건물의 하자가 건물 자체의 구조내력의 안전성에 관련된 것이기 때문에 건물이 붕괴할 수 있는 구체적인 우려가 있는 등에 관한 사실에 따라 사회통념상 건물자체가 사회 경제적 가치를 지니지 않았다고 평가해야 할 경우에는 그 건물의 매수인이 거주하면서 얻을 수 있었던 이익에 대하여 시공자 등이 교체비용 상당액의 손해배상청구를 한 사안에서 손익상계 할 수 없으며, 손익상계의 조정대상이 아니라고 판시하였다. 그리고 이 사안의 건물에는 구조내력상의 안전성에 대한 중대한 하자가 있었기 때문에 붕괴의 위험이 발생하였고, 사회통념에 따라 이 건물은 사회경제적 가치를 지니지 않았다고 판단해야 한다고 하였다. 그래서 피상고인들이 지금까지 이 건물에 거주한 이익에 대해서는 손익상계 또는 손익상계의 조정대상으로 손해액으로부터 공제할 수 없다고 하였다.[47]

또한 당초부터 하자가 없는 건물의 인도를 받았더라도 이익을 얻는다고 볼 수 없으며 그것을 이유로 손익상계 또는 손익상계의 조정의 대상이 아니라고 하였다. 이 판결은 이렇게 신축건물을 취득하더라도 이를 이익으로 볼 수 없으며, 거주 이익을 얻는 것에 있어서 건물의 사회 경제적 가치가 없는 경우에는 손익상계 또는 손익상계의 조정에 의한 공제를 할 수는 없다고 하였다. 특히

45) 最大判 平成 22年 6月 17日 民集, 第64巻 4号 1197面.
46) 松本克美, 法律時報 第83巻 第4号, 2011, 143面.
47) **권경은**, "瑕疵ある建物に関する諸問題", **「법학논고」 제46권**, 2014, **경북대학교 법학연구원**, 2014, 288면.

중대한 결함이 있는 위험을 수반하는 건물에 거주하는 것을 법적이익과 상계할 수 없다고 해석해야 한다고 하였다.[48)]

다. 불법원인급여의 비공제

(1) 불법원인급여의 손익상계

손해와 이익의 발생원인에 관한 동일성은 손해를 전보를 행함에 따라 법적 동질성을 갖고 있는 것으로 판단할 수 있다.[49)] 그렇기 때문에 손익상계를 할 수 있는 경우라도 하여도 규범적으로 판단하더라도 손익상계가 허용되지 않는 경우가 있다. 예를 들어 고리대금업자가 급전을 필요로 하는 소비자에게 매우 높은 이율로 금전을 빌려준 후 불법적인 방법에 의해서 짧은 기간 내에 이를 회수하는 경우이다. 주지하다시피 우리나라에서 고리대금업자에 의한 소비자 피해는 많은 문제를 발생시켰고, 이에 대하여 이자제한법 등의 입법을 통해 규율하고 있다.[50)] 특히 학설과 판례는 「민법 「 제746조의 불법원인급여의 법리를 통해 이 문제에 대한 해결책을 제시하고 있다.[51)]

말하자면, 고리대금업자와 차주 사이에 지나치게 높은 이율의 이자를 약정하는 금전소비대차계약은 선량한 풍속에 반하여 무효이고, 그러한 무효인 계약에 의해 교부된 금전은 원칙적으로 원상회복되어야 한다. 그러나 고리대금업자는 불법을 행한 자로서 그 금전교부행위는 불법원인급여에 해당하기 때문에 차주에 대해서 부당이익반환청구를 할 수 없고, 그 반사적인 효과로서 차주는 해당 금전에 대한 소유권을 취득하게 된다.

그런데 금전소비대차가 선량한 풍속에 반하여 무효가 됨으로써 반환의무 없는 차주가 원금을 대주에게 임의로 변제한 경우에 차주가 그것을 다시 반환받을 수 있을지를 고민해볼 필요가 있다. 특히 그 반환형식으로 차주가 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였다면 원금에 대하여 손익상계를 하지 않고 전액을 손해로서 배상받을 수 있을지가 문제이다. 참고로 일본의 최고재판소는 원고인 차주가 공서양속위반으로 평가되는 높은 이자율로 인하여 금전소비대차 계약에서 지불한 이자에 대한 손해배상을 청구한 사안에서 원고에게 빌린 원금을 배상액으로 부터

48) 平野裕之, 民法総合6 不法行為, 第3版, 信山社 ·2013, 421面.
49) 深川裕佳, 判批(最判 平成 21年 3月27日), 法律時報. 第81巻 第6号, 2009, 40面.
50) 권경은/이순동, "일본의 폭리적 금전소비대차계약에 관한 대응" , 「인권과정의」 제421호, 대한변호사협회, 2011, 144면.
51) 곽윤직, 전게서, 368면; 김상용, 전게서, 549면.

공제 할 수 없다고 판시하였다.[52)]

이러한 판례의 핵심적인 내용은 어떤 법률행위가 선량한 풍속에 위반하여 불법원인급여에 해당하는 경우에는 급부자는 그 급여에 대하여 반환을 청구할 수 없을 뿐 아니라 불법행위에 기한 손해배상청구에서도 손익상계의 대상이 될 수 없다고 판단한 것이다. 이 판례를 통해 사회적으로 비난 가능성이 강한 법률행위는 당연히 무효이고 그러한 법률행위를 한 자는 보호받지 못한다는 일본 민법 제90조(공서양속 위반)와 제708조(불법원인급여)의 취지는 그 밖의 다른 법리 보다 우선한다고 하였다.

이 판례는 일본 민법 제708조는 불법원인급여는 사회도덕에 반하는 반인륜적 행위에 따른 혜택에 따른 부당이익반환 반환청구를 불허하는 것을 의무화하여 비윤리적 행위에 대하여 법에 규정된 경우를 제외하고 법률상 보호되지 않는다는 것을 분명히 한 것으로 해석할 수 있다. 그래서 피해자가 가해자의 불법적인 행위로 인해 손해를 받고, 동시에 해당 행위에 관련되는 이익을 얻은 경우에는 그 이익은 가해자로부터 부당이익반환청구가 허용되지 않을 뿐만 아니라 피해자의 불법행위에 기한 손해배상청구에 있어서 손익상계 내지 손익상계의 대상으로 피해자의 손해액에서 공제하는 것은 일본 민법 제708조의 취지에 반하는 것으로서 허용되지 않는 것이라고 할 수 있다.

나아가 투자자금을 얻기 위해서 금전을 사취한 피해자가 손실을 입게 된 상황에서 차주를 상대로 불법행위에 기한 손해배상청구를 한 사안에서는 피고의 배당금으로 교부한 금액을 배상액에서 손익상계 내지 손익상계로 조정하여 공제해야함을 주장하였다. 그러나 이 사안에서도 최고재판소는 이를 부정했다.[53)] 즉, 반인륜적행위에 해당하는 불법행위의 피해자가 이로 인해 손해를 보는 동시에, 해당 반인륜적 행위와 관련한 이익을 얻은 경우에는 그러한 이익은 가해자로부터의 부당이익반환청구가 허용되지 않을 뿐만 아니라 피해자의 불법행위에 기한 손해배상청구에 있어서 손익상계 내지 손익상계적인 조정의 대상으로 피해자의 손해액에서 공제하는 것도 허용되지 않는다고 한 것이다. [54)]

이 판결은 불법원인급여 혜택은 불법원인급여로서 반환을 청구 할 수 없다는 것뿐만 아니라 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서도 그 이익을 손익상계 내지 손익상계로 조정하여 배상액에서 공제할 수 없다고 한 것으로 판단할 수 있다. 이 논의에 대하여 손익상계의 불법행위로 인

52) 最大判 平成 20年 6月 10日 民集, 第62巻 6号 1488面.
53) 最大判 平成 20年 6月 24日 判事, 第2014号 68面.
54) 最大判 平成 20年 6月 10日 民集, 第62巻 第6号 1488面.

한 이익금지의 원칙이 제도의 취지와 다른 불법원인급여 제도의 취지에 의해 제한되는 것은 불합리하다는 논의도 있다.[55] 하지만 불법원인급여 제도는 불법행위에 가담한 자를 보호를 주지 않는 것을 주된 목적으로 하고, 그 결과 반사적으로 일방 당사자가 이익을 얻는 것을 묵인하는 제도이다. 그래서 불법원인급여로 지급한 이익의 반환을 인정해야한다고 평가되는 경우에 그 이익을 손해배상액에서 공제하는 것이 손익상계로서 타당하다고 하는 것은 불법원인급여를 규정하고 있는 법의 취지에 맞지 않는다고 할 것이다.

(2) 불법원인급여와 이익의 포기

참고적으로 최고재판소 판결은 불법고리 사채업자에 대하여 손익상계 적용여부를 부정하여, 불법행위가 발생했을 경우에 원고들에게 경제적 이익이 발생한다는 사실을 불법행위제도에서 검토할 필요가 있다는 견해도 있다.[56] 이는 일련의 불법행위들로부터 혜택을 받은 피해자가 일본 민법 제708조에 따라 급여물의 반환청구를 하지 않기 때문에, 결과적으로 일방적으로 이익을 포기하는 행위가 손익상계제도의 취지에 반하는 문제가 발생한다고 한다.

그러나 불법행위 실현의 수단이 되는 이익은 불법고리 사채업에 따라 많은 이자를 지출해야 하는 문제가 발생하기 때문에, 피해자에게 발생된 불이익의 근본적인 원인이며, 공제해야 할 수익성이 없다고 할 수 있다. 앞서 언급한 최고재판소의 판결은 불법고리 사채업자에 대하여 원리금 등의 명목으로 불법적인 이득을 취하고 막대한 이익을 얻는 비윤리적 행위는 불법행위로서 상고인들에 대하여 불법적인 대부로 금원을 전달되었다는 것을 인정하고 있는 것이다.

그런데 불법원인급여라도 그것이 불법행위의 가해자가 피해자에게 불법행위의 실현에 대한 금전지급을 하는 경우와 불법행위의 가해자와 피해자의 사이에 관련이 없는 제3자와의 사이에 이루어진 경우가 있다. 예를 들어 A가 B에게 살인을 의뢰하여 비용을 지급하였지만, B는 살인을 실행하지 않은 경우에 살인을 사주한 계약이 공서양속에 위반하여 무효더라도, A는 B에게 지불한 비용에 대하여 부당이익을 반환청구 하는 것은 불법원인급여를 이유로 인정할 수도 있다.

그러나 이 경우 A가 B에게 지불하는 보수는 불법행위를 구성하지 않고, B에게 있어서의 불이익의 성질을 갖는 것은 아니라고 할 것이다. 즉, 불법고리 사채업체로 인하여 피해가 발생하여 혜택을 얻고, 수급자에게 불이익이 발생할 가능성이 높다. 불법고리 사채업체에 대한 불법원인급여

55) 久須本, 不法原因給付と損益相殺, 法政論集, 第227号 ·2008 ·666面.
56) 久須本, 前揭書, 666面.

를 근거로 손익상계를 부정하는 논리가 성립되지 않는 것은 아니지만, 이 경우 문제가 되는 피해자와 관련된 이익이 실질적인 이익이 아니라 당연한 불이익이기 때문에 손익상계가 부정되는 것은 합당하다고 할 것이다.

Ⅳ. 결론

민법에서 손익상계는 명문화된 규정이 없지만 공평의 이념에 따라 손해액의 산정에 있어서 당연히 고려되어 왔다. 손익상계의 적용은 불법행위로 인한 손해배상의 산정에서 손해배상책임의 원인인 불법행위로 인하여 피해자가 새로운 이익을 얻어야 하고, 그 이익과 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 그래서 이글에서는 손익상계를 적용하기 위해 손해와 이익의 동질성, 상호 보완성을 요건을 검토하고 발생원인이 동일한 손해와 이익 사이에서 동질성이 있는 것처럼 보이는 사안에서 손익상계를 부정되는 경우를 알아보았다. 나아가 손익상계를 인정하지 않는 사안에서 상계를 인정하지 않는 기준을 명확히 하기 위해 세 가지 유형을 검토하였다.

첫째, 자녀의 양육비이다. 자녀가 사망하여 부모가 양육비를 부담하지 않게 되는 것은 양육비의 절감과 자녀의 생명과 비교할 수 없는 것은 주지의 사실이다. 그래서 부모가 얻는 이익과 자녀의 손해배상액에서 손익상계에 의한 공제가 허용되지 않음은 당연하다.

둘째, 주택의 결함과 거주 이익이다. 만일 신축한 주택에 중대한 하자가 있고, 수리가 필요한 상황에서 매수인이 재건축비용 상당액의 배상청구를 한 경우에 재건축 비용 상당액의 배상을 인정여부에 대하여 고민해볼 필요가 있다. 최고재판소 판례는 매매 목적물인 신축 건물에 중대한 하자가 있는 이를 재건축할 수밖에 없는 경우에는 그 건물의 하자가 건물 자체의 구조내력의 안전성에 관련된 것이기 때문에 건물이 붕괴하는 구체적인 우려가 있는 등에 관한 사실에 따라 사회통념상 건물자체가 사회 경제적 가치를 지니지 않았다고 평가해야 할 경우에는 그 건물의 매수인이 거주하면서 얻을 수 있었던 이익에 대하여 시공자 등이 교체비용 상당액의 손해배상청구를 한 사안에서 손익상계 할 수 없으며, 손익상계의 조정대상이 아니라고 판시하였다.

셋째, 불법원인급여의 비공제에 관한 이익이다. 예를 들어 고리대금업자가 급전을 필요로 하는 소비자에게 매우 높은 이율로 금전을 빌려준 후 불법적이고 강압적인 수법에 의해서 단기간에 이를 회수하는 경우이다. 그런데 금전소비대차가 선량한 풍속에 반하여 무효가 됨으로써 반환의무

없는 차주가 원금을 대주에게 임의로 변제한 경우에 차주가 그것을 다시 반환받을 수 있을지를 고민해볼 필요가 있다. 특히 그 반환형식으로 차주가 불법행위에 기한 손해배상청구소송을 제기하였다면 원금에 대하여 손익상계를 하지 않고 전액을 손해로서 배상받을 수 있을지가 문제이다. 이에 대하여 일본의 최고재판소는 원고인 차주가 공서양속위반으로 평가되는 높은 이자율로 인하여 금전소비대차 계약에서 지불한 이자에 대한 손해배상을 청구한 사안에서 원고에게 빌린 원금을 배상액으로 부터 공제 할 수 없다고 판시하였다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003.
- 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2016.
- 김증한 편, 주석 채권총칙(상), 한국사법행정학회, 1984.
- 김증한/김학동, 채권총론, 제6판, 박영사, 1998.
- 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999.
- 윤철홍, 「채권각론」 전정판, 법원사, 2009.
- 안경희, 이세정, 「EU 사법통일의 동향과 분석(2) : 불법행위법」, 한국법제연구원, 2007.
- 양창수, 김재형, 「계약법」, 박영사, 2010.
- 지원림(편집대표 곽윤직), 「민법주해(Ⅸ)」 ,박영사, 2000.

2. 논 문

- 권경은, “瑕疵ある建物に関する諸問題”, 「법학논고」 제46권, 경북대학교 법학연구원, 2014.
- 권경은/이순동, “일본의 폭리적 금전소비대차계약에 관한 대응”, 「인권과정의」 제421호, 대한변호사협회, 2011.
- 이진열, “손해(損害) 개념과 산정시기 및 그 범위”, 「계간·감사」 신년호, 2014.
- 오종근, “손익상계”, 「아세아여성법학」 제3권, 아세아여성법학연구소, 2000.

3. 외국문헌

- Cantzler, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz, AcP 156, 1957.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried, Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Band 1, Joachim Gernhuber (Hrsg.), 3. Auflage, Tübingen, 2003.
- Staudinger/Schiemann, BGB, § 249, 13 Aufl. 2015.
- 久須本, 不法原因給付と損益相殺, 法政論集, 第227号 · 2008.
- 四宮和夫, 事務管理 · 不当利得 · 不法行為(下) 現代法律学全集 10-2, 青林書院 · 1985.
- 松本克美, 法律時報 第83巻 第4号, 2011.
- 深川裕佳, 判批(最判 平成21年 3月27日), 法律時報. 第81巻 第6号, 2009.
- 平野裕之, 民法総合6 不法行為, 第3版, 信山社 · 2013.

Abstract

A Study of the profit of profit and loss offset

Chang-Kyu, Lee

Researcher, Kyung Hee Institute of Legal Studies

Although there is no provision on offsetting profit and loss in the Korean Civil Code, it has been taken into account in calculating damages. For the application of profit and loss offset the victim ought to obtain new profit by illegal acts, and there must be a considerable causal relation between the profit and the illegal act. Therefore in this research I investigated the requirement to offset the profit and loss by examining the requirement of offsetting profit and loss.

First of all, it is a child support cost. If the child dies and the parent does not bear the child support expenses, reducing the child support cost will not be subject to offsetting the profit and loss. Therefore deductions from offsetting profit and loss are not permitted from profits earned by parents and damages on children.

Secondly, whether to compensate for housing defects and residential income. If there is a serious flaw in the new housing and repair is necessary, if the buyer claims compensation equivalent to the reconstruction expenses, it is a matter whether compensation equivalent to rebuilding cost can be accepted. In the case that the builder solicited damages equivalent to the replacement cost for the profit that the buyer of the building of the Japanese Supreme Court could afford, it was not possible to offset the profit and loss, and adjustment of profit and loss adjustment It was declared that it was not an object.

Third, it is a benefit related to non-deduction of illegal cause benefits. For example when a ring creditor lends money at a very high interest rate to a consumer who needs power supply, it collects it in a short period by an illegal method. If a person borrowed money for which he or she has no obligation to repay the money due to the expiration of money-borrowing, the person

who borrowed the money if he or she voluntarily gives the money to the person lending the money, can return it again It is a problem whether it is. On the other hand, in the case of the Japanese Supreme Court the borrower paid high interest, which is evaluated by public order and morality violation. In this case, it was said that the principal borrowed by the plaintiff could not be deducted from the amount of damages.

Keywords : offsetting profit and loss, damage, profit, profit deduction, reduction benefit