

영미법 사례로 본 하도급법상
징벌적 손해배상제도의 문제점 고찰

2014. 2

이의섭

한국건설산업연구원

Construction & Economy Research Institute of Korea

<차 례>

제1장 연구의 배경	1
1. 징벌적 손해배상제도의 도입 과정과 현황	1
2. 징벌적 손해배상제도에 대한 국내 문헌 검토	3
3. 연구 배경 및 내용	5
제2장 징벌적 손해배상에 대한 영미법 사례	7
1. 「코먼 로」(Common law)의 징벌적 손해배상제도	8
(1) 징벌적 손해배상의 정의	8
(2) 징벌적 손해배상의 기원	9
(3) 징벌적 손해배상의 정당성	12
(4) 징벌적 손해배상의 귀책사유	14
(5) 입증 책임(Burden of proof)	16
(6) 징벌적 손해배상의 적용 분야	17
(7) 징벌적 손해배상에 대한 위헌론과 개혁 조치	21
(8) 징벌적 손해배상액 결정 요소	23
(9) 징벌적 손해배상 소송의 유형별 현황	25
2. 독점금지법의 3배 배상제도(Rule of treble damage)	31
(1) 3배 배상제도의 내용	31
(2) 3배 배상제도의 이론적 정당성	32
(3) 3배 배상제도에 대한 평가	35
제3장 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 문제점	37
1. 영미법 사례의 요약 및 시사점	37
(1) 대륙법 체계 국가에서는 인정하지 않아	37
(2) 계약 관계에서는 특별한 계약에서만 인정	37

(3) 기업 - 영업 방해·고용 차별·보험 사기 분야에 주로 적용	38
(4) 미국에서도 적용 축소	38
(5) 징벌적 손해배상에 대한 이론적 정당성	39
(6) 입증 책임	39
2. 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 문제점	40
(1) 부당한 하도급 대금의 결정 행위	40
(2) 부당한 하도급 대금의 감액	41
(3) 부당한 위탁 취소 및 부당 반품의 금지	42
(4) 기술 유용	43
(5) 입증 책임의 문제	44
제4장 결론	45
참고 문헌	47

<표 차례>

<표 2-1> 사건 유형별 징벌적 손해배상 청구 현황(2005)	28
<표 2-2> 소송 당사자 유형별 징벌적 손해배상 청구 현황(2005)	29
<표 2-3> 사건 유형별 징벌적 손해배상 판결 현황(2005)	30
<표 2-4> 소송 당사자 유형별 징벌적 손해배상 판결 현황(2005)	31

요 약

제1장 : 연구의 배경

- 징벌적 손해배상(Punitive damage)제도란 손해를 끼친 피해에 상응하는 액수만을 피해자에게 보상하는 보상적 손해배상(Compensatory damage)제도와는 달리, 과거에 가해자가 행한 행위를 처벌하고(Punish) 향후 그와 동일하거나 유사한 행위가 다시 행하여지는 것을 억제하기(Deter) 위하여 법원이 처벌의 성격을 띤 손해배상을 가해자에게 부과하는 제도임.
- 우리나라에서 징벌적 손해배상제도에 관한 공식적인 논의는 1990년 법무부에 민사특별법제정 분과위원회가 발족되면서 시작되었고, 분야별로 소비자 보호, 언론 피해 구제 및 차별 행위 분야에서의 징벌적 손해배상제도 도입의 논의가 지속되어 왔음.
- 그러나, 징벌적 손해배상제도가 실제로 입법화된 분야는 하도급 거래 분야임.
 - 지난 2011년 제18대 국회서 「하도급거래공정화에 관한 법률」(이하 「하도급법」)에 처음으로 징벌적 손해배상제도를 도입하였음.
 - 하도급 거래에 있어서 원사업자가 수급사업자의 기술을 탈취·유용하는 행위에 대하여 도입한 것이 시초이며, 손해배상 금액은 피해자에게 발생한 손해의 3배까지 제한하였음.
- 그러나, 2013년 5월 28일 국회는 징벌적 손해배상의 대상 행위에 기술 유용 행위뿐만 아니라 부당한 하도급 대금의 결정, 부당한 발주 취소, 부당한 반품 행위, 하도급 대금의 부당한 단가 인하에 대하여도 징벌적 손해배상 책임을 부과하도록 「하도급법」을 개정하였음.
- 징벌적 손해배상에 관한 연구 보고서와 연구 논문의 경우, 영미법의 「코멘토」상의 징벌적 손해배상제도를 소개하고 있으나, 징벌적 손해배상이 대상이 되고 있는 분야, 불법 행위 분야와 하도급 거래와 관련이 있는 계약 관련 분야

에서의 징벌적 손해배상 적용의 차이점 및 기업 불법 행위(Business tort)에는 주목하지 않고 있음.

- 또한, 징벌적 손해배상의 대표적 성문법인 「독점금지법」(*Antitrust law*)의 3배 배상제도에 대해서도 주목하지 않고 있음.
- 따라서 본 연구에서는 우리나라 「하도급법」에서 최근에 도입한 징벌적 손해배상제도의 문제점을 ① 영미법에서는 징벌적 손해배상이 계약 분야에서는 특별한 경우에만 적용되고, ② 징벌적 손해배상은 피고의 불법 행위가 은밀성(Covert nature)을 갖고, 징벌적 손해배상의 대상이 되는 불법 행위가 대부분 원고 이외의 사회 구성원에게 손해를 끼치는 행위에 대해서 적용된다는 점 등에 주목하면서 분석하였음.

제2장 : 징벌적 손해배상에 대한 영미법 사례

1. 징벌적 손해배상의 특징

- 영미법의 「코먼 로」(Common law)에서 징벌적 손해배상(Punitive damage)은 손해배상제도의 하나의 변칙(變則) 또는 이상(異狀, Anomaly)으로 특징지어짐.
- 민사법(Civil law)에서 일반적인 손해배상(보상적 손해배상)은 피고가 원고에게 야기한 손해에 대해서 피고가 원고에게 보상하는 제도이지만, 보상적 손해배상은 피고가 행한 잘못된 행위의 성격(Nature of wrongful conduct)에 초점을 맞추고, 손해배상액은 피고의 손해액과 직접적인 관련이 없음.
- 징벌적 손해배상을 부과할 것인지의 여부, 즉 행위 요건은 행위의 특징(Nature of conduct)과 행위자의 마음 상태(State of mind)를 판단해 결정하므로, 일반적으로 징벌적 손해배상은 일반적인 불법 행위 요건보다 가중된(Aggravated) 행위 또는 포악한(Outrageous) 행위에 대해서 부과함.

2. 대륙법 체계 국가에서는 인정하지 않아

- 징벌적 손해배상제도는 영미법의 「코먼 로」에서 인정되고, 미국의 연방 성문법인 「독점금지법」에서 규정한 법리임.
- 대륙법 체계로 운용되고 있는 독일이나 일본은 일반적인 불법 행위나 공정거래법상에서도 징벌적 손해배상을 인정하지 않고 있는데, 그 이유는 대륙법은 민사법과 형사법을 엄격히 구별하고 있는 체계를 취하고 있어 민사법에서 나타나는 손해배상에 형사법적 특징인 징벌 성격을 갖고 있는 징벌적 손해배상은 대륙법 체계에 부합하지 않기 때문임.

3. 계약 관계에서는 특별한 계약에서만 인정

- 「코먼 로」의 징벌적 손해배상은 불법행위법(*Tort law*)에서 적용되고 계약법(*Contract law*)에서는 원칙적으로 적용되지 않는데, 현재 미국에서 징벌적 손해배상은 개인의 건강과 안전(Health and safety)을 위협하는 불법 행위에 주로 적용되고 있음.
- 주로 적용되는 분야는 타인을 해할 목적으로 타인의 신체에 피해를 가하는 ‘고의적 불법 행위’(Intentional tort), 제조물 책임(Product liability), 건축물 책임(Premise liability), 의료 과오(Medical practice)의 불법 행위 분야에 주로 적용되고 있음.
- 계약 관계에서 불법 행위가 성립되기 위해서는 계약상 의무 불이행 이외에 독립된 불법 행위가 있어야 징벌적 손해배상이 인정되고 있음.
 - 징벌적 손해배상이 인정되는 계약 분야는 결혼 계약 위반, 공공 서비스 제공 기관에 의한 계약 위반, 수탁인의 의무를 위반하는 계약 위반, 신의성실 조항 위반인 보험 계약과 고용 계약 분야임.
- 미연방 법무부의 사법 통계를 보더라도 계약 관계에서 징벌적 손해배상을 받은

경우는 사기(Fraud)와 같은 불법 행위 요소가 있는 경우와 고용 계약에서의 피고용인을 차별한 경우, 제품이나 서비스를 판매하면서 품질이 떨어지는 제품을 판매한 경우 등이 대부분임.

4. 기업 - 영업 방해 · 고용 차별 · 보험 사기 분야에 주로 적용

- 기업 행위와 관련해서는 영업 방해, 고용주의 고용 차별, 보험 계약과 관련한 보험회사의 사기, 명예 훼손, 지적재산권 침해, 영업 비밀 남용, 독점 금지 위반 행위와 같은 분야에 주로 적용되고, 하도급 계약과 같이 기업간 제품이나 서비스를 공급하는 계약에 적용된 사례는 찾을 수 없음.

5. 미국에서도 적용 축소

- 미국에서도 징벌적 손해배상제도는 ‘적법 절차 조항’을 위반하는 것이라는 위헌 논쟁이 지속되었고, 그 결과 일부 주에서는 주 대법원 판례나 성문법으로 금지하고 있음.
 - 루이지애나주 · 네브래스카주 · 워싱턴주 · 매사추세츠주 등에서는 주 대법 (State Supreme Court)이 판례로 징벌적 손해배상제도를 폐지하였고, 뉴햄프셔주는 1986년 법률로서 징벌적 손해배상제도를 폐지하였음.

6. 징벌적 손해배상에 대한 이론적 정당성

- 미국의 「코먼 로」상의 징벌적 손해배상이나 「독점금지법」의 3배 배상제도는 손해 배상액이 실제 손해액보다 많이 책정되어야 하는 이론적인 정당성을 갖추고 있음.
- 「독점금지법」의 3배 배상제도의 경우, 카르텔의 가격 담합과 같은 행위는 은

밀하게 행해지고 있는 특성(Covert nature)이 있고, 원고뿐만 아니라 사회 전체에 손해를 끼치기 때문에 가격 담합 행위로 인한 부당 이득을 완전히 몰수하고 처벌하기 위해서는 원고가 입은 손해보다 많은 배상액을 가해자(피고)에게 배상토록 하는 것이라는 점에서 정당성을 인정받고 있음.

- 「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상을 부과하는 요건으로 은밀성(Covert nature) 또는 원고 이외의 타인에게 손해를 입히는 것을 명시적으로 요구하지는 않지만, 징벌적 손해배상액을 결정하는 첫 번째 요소인 비난의 정도(Degree of reprehensibility)를 판단할 경우, 사회 전체에 미친 손해를 고려하고 있음.
- 특히, 뉴욕주는 원고가 계약 불이행으로 징벌적 손해배상을 받으려면, 독립적인 불법 행위를 원고가 주장하고 증명하는 것 이외에 피고의 유사한 행위가 일반 대중에게도 행해졌어야 한다고 규정하고 있음.
- 또한, 징벌적 손해배상은 일반적인 불법 행위보다 가중된(Aggravated) 행위 또는 포악한 행위이어야 부과할 수 있는데, 구체적으로 범죄에서 발견되는 포악성과 유사한 요소가 있어야 함.

7. 입증 책임

- 미국의 「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상은 징벌적 손해배상을 청구하는 원고가 피고의 불법 행위를 입증해야 함. 물론 증거의 원칙 중 어떤 것을 적용할지는 주(State)에 따라 상이한데, 최근의 판례는 입증 책임을 ‘증거의 우위’에서 ‘명백하고 설득력 있는 증거’로 원고의 입증 책임을 증가시키는 경향이 있음.

제3장 : 하도급법상 징벌적 손해배상의 문제점

- 우리나라 「하도급법」에서는 부당한 하도급 대금의 결정 행위, 부당한 발주 취소, 부당한 반품 행위, 하도급 대금의 부당한 단가 인하 및 기술 유용 행위에

대해서 징벌적 손해배상을 부과하고 있고, 입증 책임은 피고에게 부과함.

1. 부당한 하도급 대금의 결정 행위

- 현행 「하도급법」은 부당한 방법에 의하여 통상 지급되는 대가보다 현저히 낮은 가격으로 하도급 대금을 결정한 경우는 부당한 하도급 대금 결정으로 규정하고 있음.
- 그러나, 계약금액 결정은 당사자간의 자유로운 협의에 의하여 자기 결정권이 보장되어야 하므로, 수급사업자와 합의하여 현저히 낮은 가격으로 하도급 대금을 결정하는 것은 부당하다고 할 수 없음.
- 「코먼 로」에서 징벌적 손해배상은 일반적인 불법 행위의 요건보다 가중된 (Aggravated) 행위에 대해서 부과하는데, 하도급 계약에서 원사업자와 수급사업자가 합의하여 금액을 결정한 경우, 하도급 금액이 통상의 가격보다 현저히 낮은 가격일지라도 이러한 행위가 가중된 불법 행위라고 볼 여지가 없음.
- 또한, 「독점금지법」의 3배 배상제도의 취지로 보더라도 계약금액 결정은 징벌적 손해배상의 대상 행위로 볼 수 없음.
 - 그 이유는 첫째, 하도급 거래에서 계약금액 결정 행위는 그 행위가 은밀하게 이루어지는 것도 아니고, 그것으로 인해 원고 이외의 사회 구성원에게 피해를 미치는 행위가 아니기 때문임.

2. 부당한 하도급 대금의 감액

- 현행 「하도급법」은 원사업자가 정당한 사유를 입증하지 못하는 경우, 하도급 금액을 감액할 수 없는 것으로 규정하고 있고, 부당한 감액의 예시를 하고 있음.
- 원사업자가 결정된 금액을 감액하면서 수급사업자와 합의한 경우에는 이것 또한 계약금액 결정의 일환으로, 부당하다고 볼 수 없는 사항임.

- 그리고 수급사업자가 합의하지 않은 채로 감액한 경우에는 계약 위반으로 손해배상을 청구하면 되지, 이에 징벌적 손해배상을 부과하는 것은 정당성이 없다고 할 수 있음.

3. 부당한 위탁 취소 및 부당 반품의 금지

- 현행 「하도급법」 상 원사업자가 제조 등의 위탁을 한 후 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없는 경우에는 위탁을 임의로 취소하거나 변경하는 행위와 목적물 등의 납품을 수령하지 않거나 인수를 거부하거나 지연하는 행위는 부당한 위탁 취소로 보고 이를 금지하고 있음.
- 부당 위탁 취소나 반품도 계약 위반으로 손해배상을 청구하면 되지 이러한 행위가 징벌적 손해배상의 대상이 될 수는 없음.
 - 징벌적 손해배상은 일반적인 불법 행위의 요건보다 가중된(Aggravated) 행위에 대해서 부과하는 것이 「코먼 로」의 일반적인 요건인데, 부당한 위탁 취소나 부당 반품의 경우에 일반적인 불법 행위 요건보다 가중된 요건을 상상하기 어려움.
- 또한, 「독점금지법」의 3배 배상제도의 취지로 판단하더라도 부당 위탁 취소나 부당 반품 행위는 원고(피해자) 이외의 다른 사람에게 피해를 주는 행위도 아니고 은밀하게 이루어지는 행위도 아니므로 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 없음.

4. 기술 유용

- 기술 유용은 은밀하게 이루어지는 것이 다반사이고 사회적으로 용인할 수 없는 악의에 찬 행위이므로 사기·기만의 정도가 심한 경우, 기술 유용 행위는 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 있다고 판단됨.

5. 입증 책임의 문제

- 미국의 「코먼 로」 상에서는 징벌적 손해배상을 청구하는 원고가 입증을 하게 되어 있고, 입증의 정도도 일반적인 손해배상에서 적용하는 ‘증거의 우위’가 아니라 ‘명백하고 설득력 있는 증거’를 요구하고 있음.
- 특히, 미국의 콜로라도주는 형법에서 적용되는 ‘합리적 의심 이상’(Beyond the reasonable doubt)을 요구하고 있음.
- 「하도급법」도 입증 책임의 문제를 원고가 입증하게 하고, 입증의 정도도 일반 손해배상보다 강화된 기준에 의해서 판단하는 방향으로 개선해야 함.

제4장 : 결론

- 미국의 징벌적 손해배상제도는 「커먼 로」 (*Common law*)에서 인정되고 있는 징벌적 손해배상제도와 연방 성문법(Federal Statute)인 「독점금지법」 (*Antitrust law*)에서 규정하고 있는 3배 배상제도(Rule of treble damage)가 있는데, 이들 제도는 단순히 불법 행위를 억제하기 위하여 손해 배상액을 피고(가해자)가 원고(피해자)에게 입힌 손해 배상액보다 많이 배상토록 하는 제도가 아니고, 손해 배상액을 피해액보다 많이 부과하는 것에 대한 정당성이 있음.
- 최근 「하도급법」에 도입한 원사업자의 부당한 하도급 대금 결정, 부당 단가 인하, 부당 발주 취소 및 부당 반품은 피해자에게 입힌 손해 이외에 제3자에게 손해를 입히는 경우는 존재하지 않고, 원사업자의 행위가 은밀하게 이루어져 수급사업자가 인지 못하는 행위도 아니기 때문에, 손해 배상액을 실제 손해액보다 많은 징벌적 손해배상을 책정할 이유가 존재하지 않음.
- 단지, 원사업자의 기술 유용은 은밀하게 이루어지는 것이 다반사이고 사회적으로 용인할 수 없는 악의적인 행위이므로 사기·기만의 정도가 심한 경우 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 있다고 판단됨.

1. 징벌적 손해배상제도의 도입 과정과 현황

징벌적 손해배상(Punitive damage) 제도란 불법 행위를 한 가해자가 실제로 입은 손해보다 많은 금액을 피해자에게 보상하게 하는 제도이다. 즉, 징벌적 손해배상제도란 손해를 끼친 피해에 상응하는 액수만을 보상하는 보상적 손해배상(Compensatory damage) 제도와는 달리, 과거에 가해자가 행한 행위를 처벌하고(Punish), 향후 그와 동일하거나 유사한 행위가 다시 행하여지는 것을 억제하기(Deter) 위하여 법원이 처벌의 성격을 띤 손해배상을 가해자에게 부과하는 제도이다.

우리나라에서 징벌적 손해배상제도에 관한 공식적인 논의는 1990년 법무부에 민사특별법제정 분과위원회가 발족되면서 시작되었다.¹⁾ 1999년 2월 1일 법무부에 설치된 법무자문위원회에 ‘민법(재산법) 개정 특별위원회’가 구성되어 민법 개정 작업을 진행하는 과정에서 징벌적 손해배상 도입도 논의에 포함되었으나 2001년 11월 발표된 개정 시안에는 포함되지 않았다. 또한, 분야별로 소비자보호, 언론 피해구제 및 차별 행위 분야에서의 징벌적 손해배상제도 도입의 논의가 지속되어 왔다.

이후 일반적인 징벌적 손해배상제도는 2003년 10월 28일 발족한 대법원 산하 사법개혁위원회에서 논의 대상이 되었다. 그러나, 연구의 부족과 공론화의 미비를 이유로 후속기구에서 동 제도 도입에 관한 논의를 계속하도록 결론을 유보하였다.

후속기구로 발족된 사법개혁추진위원회에서는 논의를 보다 심화하여 징벌적 손해배상에 관한 구체적 법률안을 대상으로 도입 여부를 검토한 바 있으나 연구와 자료의 부족, 국민적 공감대 형성의 미흡과 공론화 미비, 이중 처벌이라는 지적과 기업의 과중한 부담, 그리고 배상 책임의 한도와 민법상 책임 체계를 전면적으로 개편하는 등의 어려움을 이유로 도입 여부에 관한 결론을 내리지 못하였다.

당시 사법개혁추진위원회에서 도입을 검토한 분야는 「증권관련집단소송법」, 「제

1) 김태선, 징벌적 손해배상제도 관련 쟁점 및 국내에서의 논의 현황(2012), 법제연구원, 입법평가 회의 자료집, p.11.

조물책임법」, 「식품위생법」, 「환경범죄의 단속에 관한 특별조치법」, 「보건범죄의 단속에 관한 특별조치법」, 「정보통신이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」이었다.²⁾

그러나, 징벌적 손해배상제도가 실제로 입법화된 분야는 하도급 거래 분야이다. 2011년 제18대 국회서 「하도급거래공정화에 관한 법률」(이하 「하도급법」)에 처음으로 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 즉, 하도급 거래에 있어서 원사업자가 수급사업자의 기술을 탈취·유용하는 행위에 대하여 도입한 것이 시초이며, 손해배상 금액은 피해자에게 발생한 손해의 3배까지 제한하였다(2011년 3월 29일). 당시 하도급 거래에 있어서 원사업자가 수급사업자의 기술을 탈취·유용하는 행위 이외의 행위, 즉 부당한 하도급 대금의 결정, 하도급 대금의 부당한 단가 인하 등에도 적용할지 여부를 논의하였으나, 기술을 탈취·유용하는 행위 이외의 것에 대해서는 도입하지 않았다.

당시 징벌적 손해배상제도는 첫째, 헌법상 과잉 금지의 원칙과 민법상의 손해배상의 기본 법리인 실손 손해배상의 원칙에 어긋나고, 둘째, 거액의 손해배상금 지급 기대에 따른 소송 남발의 우려가 있고, 셋째, 과중한 배상금으로 인한 기업 활동의 어려움을 가중시킬 수 있다는 점 등이 고려되어 원사업자가 수급사업자의 기술을 탈취·유용하는 행위에 한정하여 도입하였다.

그러나, 2013년 5월 28일 국회는 징벌적 손해배상의 대상이 되는 행위에 기술 유용 행위뿐만 아니라 부당한 하도급 대금의 결정(제4조), 부당한 발주 취소(제8조 제1항), 부당한 반품 행위(제10조), 하도급 대금의 부당한 단가 인하(제11조 제1항·제2항)에 대하여도 징벌적 손해배상 책임을 부과하도록 「하도급법」을 개정하였다.

2) 김태선(2012), 징벌적 손해배상제도의 관련 쟁점 및 국내에서의 논의 현황, 한국법제연구원, 입법평가회의자료집, 2012, 10. 10, pp.10-13 참조.

현행 「하도급법」상 징벌적 손해배상에 관한 조문

제35조(손해배상 책임)

① 원사업자가 이 법의 규정을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 원사업자가 제4조, 제8조 제1항, 제10조, 제11조 제1항·제2항, 및 제12조의 3 제3항을 위반하여 취득한 기술자료를 유용함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 법원은 제2항의 배상액을 정할 때는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반 행위로 인하여 수급사업자와 다른 사람이 입은 피해 규모
3. 위법 행위로 인하여 원사업자가 취득한 경제적 이익
4. 위반 행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반 행위의 기간·횟수 등
6. 원사업자의 재산상태
7. 원사업자의 피해구제 노력의 정도 등

④ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상 청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의 2 및 제57조를 준용한다.

2. 징벌적 손해배상제도에 대한 국내 문헌 검토

징벌적 손해배상제도에 관한 국내에서의 논의는 1985년 간행된 법학계의 연구 논문에서부터 찾을 수 있다.³⁾ 이후 징벌적 손해배상에 관한 문헌은 많이 있으나, 여기서는 최근 「하도급법」에 징벌적 손해배상이 처음으로 도입된 상황에서 법제연구원에서 발간된 일련의 연구보고서와 「하도급법」의 징벌적 손해배상제도 도입을 주장한 대한건설정책연구원의 연구보고서를 검토하고자 한다.

법제연구원의 첫 번째 연구로는 김현수 등의 『징벌적 손해배상제도에 관한 입법 평가』⁴⁾가 있다. 김현수 등의 연구는 그동안 국내에서의 징벌적 손해배상에 대한 논의를

3) 김태선(2012), p. 10.

4) 김현수 외, 징벌적 손해배상제도에 관한 입법 평가, 한국법제연구원, 2012. 11. 30

종합하고, 피해자에 대한 실질적이고 충분한 손해의 보상과 악성이 높은 불법행위의 억제라고 하는 목적을 실현하기 위하여 일부 분야에서 제한적으로 징벌적 손해배상이 대안이 될 수 있다고 하면서, 이 경우에도 국내의 절차법을 고려한 현행 법 체계와의 조화 문제, 징벌적 손해배상의 남용 문제, 과징금 등의 관계를 고려해야 한다고 결론지었다.

징벌적 손해배상의 도입을 검토할 만한 분야는 대규모의 소액 피해가 존재하는 영역이나 억제 효과가 기대되는 영역, 그리고 중대한 피해의 결과가 발생하거나 실질적 전보 배상의 회복이 필요한 경우로서, 구체적으로 ① 소비자 보호 영역, ② 공정 거래 및 부정 경쟁 영역, ③ 식품 위생 영역, ④ 개인 정보 보호 영역, ⑤ 환경 보호 영역, ⑥ 제조물 책임 영역, ⑦ 금융 및 증권 거래 영역 등에 징벌적 손해배상제도를 도입할 수 있다고 하였다.

또한, 징벌적 손해배상의 요건에 대해서는 징벌적 손해배상이 되는 가해자의 귀책사유가 통상의 경우보다 가중될 필요가 있고, 징벌적 손해배상제도의 취지상 일반적 과실에 의한 불법 행위와 요건을 구별하여야 한다고 주장했다.

법제연구원의 두 번째 연구로는 김태선(2012)의 『징벌적 손해배상제도 관련 쟁점 및 논의 동향』⁵⁾이 있다. 동 논문은 기존의 징벌적 손해배상제도 도입 논쟁의 과정에서 나타난 찬반 견해를 소개하고 징벌적 손해배상제도 도입을 평가하였다. 민법의 일반적인 규정으로 징벌적 손해배상을 도입하는 것에 대해서는 유보적인 입장을 취하면서 특별법을 통해 특정 분야에 도입할 수 있다고 주장하였다.

기존 연구에 나타난 징벌적 손해배상제도를 찬성하는 근거는 첫째, 우리나라 손해배상제도상 실제 손해배상이 충분하지 못하다는 것이다.

둘째, 소액 다수의 피해자들이 존재하는 경우 가해자는 피해를 유발하여 얻는 이익과 배상 책임에 따른 비용을 비교하여 이익이 비용보다 클 때에는 고의적으로 피해를 발생시킬 가능성이 있어, 징벌적 손해배상제도는 이와 같은 고의의 불법행위를 억제하는 기능을 담당할 수 있다.

셋째, 처벌 기능은 원래 형사법 및 행정법의 영역이나, 공적기관이 모든 잘못된 행위에 대해 적절한 제재를 가하는 것이 어렵고, 엄청난 비용이 지출되며, 형사 책임의 입증 책임은 엄격하여 고의의 가해 행위에 대하여 적합한 제재를 가할 수 없는 경우가 많아

5) 김태선(2012), 징벌적 손해배상제도의 관련 쟁점 및 국내에서의 논의 현황, 한국법제연구원, 입법평가회의자료집, 2012, 10. 10

징벌적 손해배상제도가 필요하다고 한다.⁶⁾

이에 대해 징벌적 손해배상제도를 반대하는 측에서는 첫째, 징벌적 손해배상제도가 우리나라의 민사법과 형사법의 준별 체계에 부합하지 않고, 둘째, 형사법이 범죄자를 위해 보장하는 각종 안정장치 없이 징벌이 부과되면서 이중처벌의 우려가 있고, 셋째, 원고에게 우발적 소득을 제공하여 남소를 부추길 우려가 있다는 점, 특히 변호사를 통한 악의적 기획 소송이 이루어질 수 있다는 점, 넷째, 배심원이 없는 우리나라 판사들에게 과도한 재량이 부과된다는 점, 다섯째, 불법 행위에 대한 처벌의 수위를 예측할 수 없고 과도한 액수로 기업이 파산할 수 있는 점 등을 반대의 근거로 든다.⁷⁾

건설 하도급과 관련하여 징벌적 손해배상을 주장한 최근의 논문은 대한건설정책연구원(이종광 등)의 연구보고서로 『건설하도급 불공정거래 행위에 관한 징벌적 손해배상제 확대 방안』이 있다.⁸⁾ 동 연구에서도 미국 「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상제도를 소개하면서 「하도급법」에 징벌적 손해배상제도를 도입해야 한다고 주장하고 있다.

3. 연구 배경 및 내용

위에서 언급한 최근의 연구보고서와 기존의 대부분의 연구 논문이 영미법의 「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상제도를 소개하고 있다. 그러나, 징벌적 손해배상이 대상이 되고 있는 분야, 불법 행위 분야와 하도급 거래와 관련이 있는 계약 관련 분야에서의 징벌적 손해배상 적용의 차이점 및 기업 불법행위법(Business tort) 등에는 주목하지 않고 있다. 또한, 징벌적 손해배상의 대표적인 성문법인 독점금지법(Antitrust law)의 3배 배상제도에 대해서도 주목하지 않았다.

따라서 본 연구에서는 우리나라 「하도급법」에서 최근에 도입한 하도급법상의 징벌적 손해배상제도의 문제점을 영미법의 징벌적 손해배상의 운용 사례를 통하여 살펴보고, 우리나라 「하도급법」상 징벌적 손해배상제도의 문제점을 고찰하고자 한다.

문제점 고찰은 ① 영미법에서는 징벌적 손해배상이 계약 분야에서는 특별한 경우에만 적용되고, ② 징벌적 손해배상은 피고의 불법 행위가 은밀성(Covert nature)과 원고

6) 김태선(2012), pp.14-15.

7) 김태선(2012), pp.14-15와 인용한 논문 참조.

8) 이종광·박승국·정대운(2012), 건설하도급 불공정거래 행위에 대한 징벌적 손해 배상제 확대 방안, 대한건설정책연구원, 2012. 6.

이외의 사회 구성원에게 손해를 끼치는 행위에 대해서 적용된다는 점에 주목하면서 분석하였다.

제2장에서는 영미법 「코먼 로」(Common law)상의 징벌적 손해배상과 독점금지법(Antitrust)의 3배 배상제도(Treble damage)를 체계적으로 설명했다.

제1절 영미법 「코먼 로」(Common law)상의 징벌적 손해배상은 (1) 징벌적 손해배상의 정의에서 징벌적 손해배상의 특징과 행위 요건을 설명했고, (2) 징벌적 손해배상의 기원에서는 영국에서 징벌적 손해배상을 처음 인정한 판례와 미국에서의 도입 과정을 설명했으며, (3) 징벌적 손해배상의 정당성에서는 징벌적 손해배상의 정당성을 처벌(Punishment), 억제(Deterrence), 보상(Compensation) 등으로 구분하여 설명했다.

그리고 (4) 징벌적 손해배상의 귀책사유에서는 각 주의 성문법과 판례에서 인정하고 있는 다양한 용어로 표현하고 있는 귀책사유를 설명했고, (5) 입증 책임(Burden of proof)에서는 입증 책임에 관한 원칙을 설명했으며, (6) 징벌적 손해배상의 적용 분야에서는 하도급 계약과 같은 계약법에서의 징벌적 손해배상의 요건과 유형을 설명했다.

마지막으로 (7) 징벌적 손해배상에 대한 위헌론과 개혁 조치, (8) 손해배상액 결정 요소, (9) 징벌적 손해배상 소송의 유형별 현황 등으로 구분하여 체계적으로 정리했다.

제2절 독점금지법의 3배 배상제도에서는 미국의 「독점금지법」(*Antitrust law*)의 3배 배상제도를 소개하였고, 3배 배상제도의 특징인 행위의 은밀성(Covert nature)과 불법 행위가 피해자 이외의 다른 사람들에게 피해를 주는(사회적 피해) 행위인 점을 설명하였다.

제3장에서는 제2장에서 설명한 영미법의 징벌적 손해배상을 요약하고 시사점을 도출하였으며, 우리나라 「하도급법」상 징벌적 손해배상의 대상이 되고 있는 행위에 대해서 징벌적 손해배상의 문제점을 분석했다.

끝으로, 제4장에서는 결론을 제시하였다.

제 2 장 징벌적 손해배상에 대한 영미법 사례

징벌적 손해배상의 기원은 고대 함무라비 법전(Code of Hammurabi)으로 올라갈 수 있으나, 현대적인 의미의 징벌적 손해배상(Punitive damage) 제도는 영미법의 「코먼 로」(Common law)⁹⁾에 기원을 두고 있다.¹⁰⁾

대륙법 체계를 채택하고 있는 독일과 일본은 징벌적 손해배상제도를 채택하지 않고 있다. 독일은 징벌적 손해배상(Exemplarische Schäden)이 독일법의 기본 원칙에 위배된다는 전제 하에 독일 내 미국 법원의 징벌적 손해배상 판결 집행을 승인하지 않았다.¹¹⁾ 1992년 독일 연방 대법원은 처벌과 억제 목적을 갖는 징벌적 손해배상은 독일의 법 체계에 부합하지 않는다고 판시했다. 단, 원고의 정신적 손해배상, 소송 비용이나 증명 곤란한 경제적 부담을 징벌적 손해배상으로 전보하는 경우, 부분적 승인이 가능하다고 언급했다. 또한, 독일법의 기본 원칙인 법치국가의 원리로부터 비롯되는 비례성의 원칙에 따라 외국에서 인용된 손해배상의 청구는 구체적인 사건마다 개별적으로 판단해야 한다고 판시했다.

일본도 징벌적 손해배상제도가 존재하지 않는다. 일본의 최고재판소는 캘리포니아주의 징벌적 손해배상제도에 근거하는 배상을 명한 판결의 일본 내 효력에 대하여 징벌적 손해배상금은 일본 내 벌금 등의 형벌과 같은 성격을 가져 징벌적 손해배상으로서 금액의 지불을 명하는 부분은 일본의 공서에 반한다고 판시하였다.¹²⁾

이하에서는 영미법의 「코먼 로」(Common law)의 징벌적 손해배상제도를 살펴보고, 징벌적 손해배상제도의 일종인 미국 연방 성문법(Federal statute)의 독점금지법(Antitrust law)의 3배 배상제도(Treble damage)에 대해서 살펴보고자 한다.

9) 「코먼 로」(Common Law)란 판례법(Case Law)이라고도 하며, 법원(Court와 Tribunal)의 판결에 의하여 형성된 법리를 말하며 의회에서 제정한 성문법(Statute)과 구별된다.

10) Collin, Thomas J.(Ed.) (1998), Punitive Damage and Business Torts, American Bar Association, Section of Antitrust Law, pp.6-12.

11) 정환(2011), 하도급법상 3배 배상제도에 관한 비판적 검토, 전국경제인연합회, 기업정책 시리즈4.

12) 평성 9년 7월 11일, 최고재판소 민사판례집 제51권 제6호, p.2593.

1. 「코먼 로」(Common law)의 징벌적 손해배상제도

(1) 징벌적 손해배상의 정의¹³⁾

1) 특징

영미법의 「코먼 로」(Common law)에서 징벌적 손해배상(Punitive damage)은 손해배상제도의 하나의 변칙(變則) 또는 이상(異狀, Anomaly)으로 특징지어진다. 민사법(Civil law)에서 일반적인 손해배상(보상적 손해배상)은 피고가 원고에게 야기한 손해에 대해서 피고가 원고에게 보상하는 제도이다. 보상적 손해배상제도는 원고의 피해액에 초점을 맞추고 피해를 입은 원고를 원래의 상태로 회복하는 정도를 보상한다.

이에 반해 보상적 손해배상은 피고가 행한 잘못된 행위의 성격(Nature of wrongful conduct)에 초점을 맞추고, 손해배상액은 피고의 손해액과 직접적인 관련이 없다. 징벌적 손해배상은 극단적이고 포악한(Extreme and outrageous) 피고의 행위를 처벌하여 장래에 피고 또는 다른 사람의 유사한 행위를 억제하기 위하여 부과한다는 것이 일반적으로 인정되는 명제이다.

징벌적 손해배상의 목적인 처벌과 억제는 원래는 민사법(Civil law)이 추구하는 목적이 아니라 형사법(Criminal law)이 추구하는 목적이다. 이와 같이 징벌적 손해배상은 민사법에서 나타나고, 성격상 징벌(Penal)의 특징이 있으므로 준형사법(Quasi-criminal)이라고도 한다.

미연방 대법원은 배심원에 의하여 부과되는 사적 벌금(Private fines)이라고도 언급했다.¹⁴⁾ 수많은 판례가 징벌적 손해배상의 벌금 성격의 정당성을 지적했음에도 불구하고 징벌적 손해배상의 적법성에 대한 논란은 지속되고 있다.

13) 본 절의 징벌적 손해배상의 정의와 다음 절의 징벌적 손해배상의 역사는 미국 변호사협회(American Bar Association)의 독점금지법 분과(Section of Antitrust Law)에서 발간한 핸드북인 Collin, Thomas J.(Ed.) (1998), Punitive Damage and Business Torts, American Bar Association, Section of Antitrust Law, pp. 1-10을 참고하여 작성하였다.

14) International Bhd. of Elec. Workers v. Foust, 442 U.S. 42, 48(1979),와 Gerts v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323,350(1974).

2) 행위 요건(Conduct requirement)

징벌적 손해배상을 부과할 것인가의 여부는 행위의 특징(Nature of conduct)과 행위자의 마음의 상태(State of mind)에 따라 결정된다. 일반적으로 징벌적 손해배상은 일반적인 불법행위 요건보다 가중된(Aggravated) 행위 또는 포악한(Outrageous) 행위에 대해서 부과한다. 일반적인 부주의(Ordinary negligence), 태만(Inadvertence) 및 실수(Mistake)로 인한 불법행위는 징벌적 손해배상의 대상이 아니다.

행위자의 행위는 악의적인 동기(Evil motive) 또는 타인의 권리에 대한 분별없는 무관심(Reckless indifference to the rights of others)으로 인한 보통의 행위에서 극단적으로 이탈한(Extreme departure) 행위이어야 징벌적 손해배상의 대상이 된다. 즉, 구체적으로 범죄에서 발견되는 포악성과 유사한 요소가 있어야 한다. 결과적으로 처벌과 억제의 대상이 되는 포악한(Outrageous) 행위 또는 터무니없는(Egregious) 행위가 징벌적 손해배상의 대상이 된다.

징벌적 손해배상의 행위 요건에 대해서 주 입법부(State legislature)는 법률로 규정하고 있다. 이들 행위 요건을 규정하는 유형별로 살펴보면, 첫 번째 그룹은 행위자의 행위가 억압(Oppression), 사기(Fraud) 및 악의(Malice)의 요소를 갖추어야 징벌적 손해배상을 부과할 수 있다고 규정하고 있는 주이다. 앨라배마주, 캘리포니아주, 캔터키주 및 네바다주가 이에 속한다.

두 번째 그룹은 의도적이고 부정한 중과실(Willful, wanton, or gross misconduct) 또는 의식적으로 타인의 권리 또는 안전에 분별없는 무관심한 행위(Willful indifference to the rights or safety of others)를 표준적인 징벌적 손해배상의 대상으로 규정하고 있는 주이다. 콜로라도주, 플로리다주, 조지아주가 이에 속한다. 세 번째 그룹은 성문법에서 정한 행위에 한하여 징벌적 손해배상을 부과하는 주이다. 루이지애나주, 매사추세츠주, 뉴햄프셔주가 이 부류에 속한다. 주 입법부가 징벌적 손해 배상에 대한 표준을 정한 주에서도 궁극적으로 특정 행위가 징벌적 손해배상의 되는지의 여부는 법원이 결정한다.

(2) 징벌적 손해배상의 기원

현대적인 의미의 징벌적 손해배상은 영미법의 「코먼 로」(Common law)에 기원을

두고 있다. 영국에서는 18세기에 징벌적 손해배상 법리를 인정하였는데, 당시 영국 법원은 억압(Oppression), 악의(Malice) 및 대형 사기(Gross fraud)에 해당하는 고의적인 불법행위(Intentional tort)에 한정하여 징벌적 손해배상 법리를 적용하였다.

첫 번째로 징벌적 손해배상제도를 인정한 사건은 1763년의 ‘윌키스 사건’(Wilkes v. Wood)으로 왕의 대리인이 ‘일반 수색영장’(General search warrant)을 가지고 원고 윌키스(Wilkes)의 가택을 수색하고 재산을 몰수한 것에 대한 소송 사건이다. 윌키스는 「노스 브리튼」(North Briton)이라는 팜플렛을 발행하고 있었는데, 왕(King)에게 반대하는 팜플렛의 발행을 억압하기 위하여 영장을 발행했다고 생각하고 소송을 제기했다. 그리고 사소한 손해배상을 피고에게 부과하는 것만으로는 동일한 행위를 금지할 수 없다고 생각하고, 손해액보다 많은 ‘본보기적 손해배상’(Exemplary damage)을 청구했다. 이에 법원은 “손해배상은 손해를 입은 사람을 만족시키는 목적 이외에 죄를 지은 자를 처벌하고, 장래에 동일한 행위를 억제하기 위하여 배심원의 혐오 및 소송의 증거로서 부과하는 것”이라고 하면서, 징벌적 손해배상(Punitive damage)을 부과했다.¹⁵⁾

두 번째로 징벌적 손해배상을 인정한 사건은 ‘허클 사건’(Huckle v. Money)이다. 정부는 일반 수색영장을 가지고 「노스 브리튼」(North Briton)의 출판인인 허클(Huckle)과 발행인을 체포하였다. 이에 허클은 주거침입·폭행·감금(Trespass, assault, false imprisonment) 등을 이유로 정부를 상대로 소송을 제기했고, 배심원은 실제 손해액은 20파운드인데도 불구하고 300파운드의 손해배상을 결정했다. 이에 정부는 배상액이 너무 과도하다고 항소했으나 법원은 이를 기각했고, 판결문에서 “정부는 권력을 임의로 행사하여 허클(Huckle)의 자유뿐만 아니라 왕국의 일반 시민의 자유를 침해했다”고 적시했다.¹⁶⁾ 초기의 두 사건 모두 권력을 남용하는 공권력에 대한 처벌과 억제가 징벌적 손해배상의 목적이었다.

당시에는 정부의 공권력에 대한 일반 시민의 민권(Civil Right)을 보호하기 위한 형법의 제도적인 틀이 미흡했기 때문에 징벌적 손해배상을 적용했는데, 그 이유는 다음과 같다.¹⁷⁾ 첫째, ‘정신적 피해’(Dignitary harm)를 끼친 사건에서는 보상적 손해액을 결정

15) “[d]amages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to from such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself. Collin, Thomas J.(Ed.) (1998), Punitive Damage and Business Torts, American Bar Association, Section of Antitrust Law, pp.7-8에서 재인용.

16) “[T]he government had exercised its power arbitrarily to attack the liberty of Huckle and of the Kingdom generally. Ibid. pp.7-8에서 재인용.

하기 어렵고, 둘째, 배상액이 적은 사건의 경우 배상액을 보상적 손해액으로 한정하면 (너무 적으면), 피해자는 손해에 소송을 제기할 유인이 적어 폭력으로 가해자를 보복할 위험이 있으며, 셋째, 배상액을 제한하면 피고는 배상액을 지불할 용의만 있으면 처벌을 받지 않고 ‘공격적 행위’(Offensive Act)를 하게 되어 평화를 파괴할 위험이 있기 때문이었다.¹⁸⁾

이와 같은 영국의 징벌적 손해배상의 법리를 미국 법원도 채택하였다. 즉, 18세기 후반에 징벌적 손해배상제도의 법리가 법원에서 인정되기 시작하였다.¹⁹⁾ 1851년에 연방 대법원(United States Supreme Court)은 징벌적 손해배상 법리는 「코먼 로」의 법원 리이므로 무단 침입 행위 등 모든 불법 행위 사건의 경우, 배심원(Jury)은 원고의 보상 정도보다는 위법 행위의 중대성(Enormity of offense)을 고려하여 징벌적 보상액을 계상하여야 한다고 판시하였다.²⁰⁾ 또한, 연방 대법원은 도덕적으로 비열하거나(Moral turpitude) 잔인한 행위(Atrocity) 또는 잔인하고 악의가 있거나(Wanton and malicious) 포악한 행위(Gross and outrageous conduct)에 대해서 징벌적 손해배상을 부과하는 것은 연방 수정헌법 제14조에 합치하다고 인정했다.

연방 대법원이 징벌적 손해배상의 「코먼 로」 전통을 인정했음에도 불구하고, 19세기 법률 전문가 사이에서는 의견이 일치하지 않았다. 징벌적 손해배상의 전통을 부정하는 대표적인 사이먼 그린리프(Simon Greenleaf) 교수는 영국과 미국의 「코먼 로」에서 징벌적 손해배상을 인정하는 것은 단순히 완전한 보상(Full compensation)을 의미한다고 주장했다. 반면, 테오도르 세쥐위크(Theodore Sedgwick)는 사기성이 강하고 포악하

17) Krauss, Michael I.(2010), “Retributive Damages and the Death of Private Ordering”, University of Pennsylvania Law Review, pp.167-179.

18) 현재에도 영국에서는 징벌적 손해배상은 다음과 같은 3가지 범주에서만 한정적으로 적용되고 있다. 첫째, 공무원의 직권 남용 및 위헌적인 행위(Oppressive, arbitrary or unconstitutional actions by the servants of government), 둘째, 피고의 행위가 의도적으로 사익을 추구하는 경우(Where the defendant’s conduct was calculated to make a profit for himself), 셋째, 법률이 명시적으로 징벌적 손해배상을 규정한 경우(Where a statute expressly authorizes the same)에만 징벌적 손해배상을 적용하고 있다.

19) 징벌적 손해배상 법리를 처음으로 채택한 사건은 사우스 캐롤라이나(South Carolina) 법원의 Genay v. Norris, 1 S. C. L.(1 Bay) 3(1784)이다. Collin, Thomas J.(Ed.) (1998), Punitive Damage and Business Torts, American Bar Association, Section of Antitrust Law, p8.

20) It is a well-established principle of the common law, that in actions of trespass and all actions on the case for tort, a jury may inflict what are called exemplary, punitive or vindicative damages upon the defendant, having in view the enormity of his offense rather than the measure of compensation to the plaintiff. Garrity, Kelly-Rose(2006), “Whose award is it anyway?: Implication of Awarding the Entire Sum of Punitive Damage to the State”, Wasburn Law Journal, Vol. 45, p.399.

고 억압한 행위에 대해서 보상의 범위를 넘어선 보상액을 부과하는 것은 피고를 처벌하고 본보기를 보여주는 것이라고 주장하면서, 이것은 영국과 미국의 확립된 법리라고 주장했다.

대부분의 주에서는 테오도르 세쥐위크(Theodore Sedgwick)의 주장에 동조하면서 법원과 입법부는 징벌적 손해배상의 법리를 확립해 나갔다. 그러나, 일부 주는 징벌적 손해배상을 금지하거나 배상액의 한도를 설정하였다. 현재에도 징벌적 손해배상에 대한 규칙과 절차(Rule and procedure)에 대한 입법을 하는 주가 증가하고 있으며, 징벌적 손해배상의 범위, 특징 및 위헌성에 대한 논의가 지속되고 있다.

(3) 징벌적 손해배상의 정당성

징벌적 손해배상의 목적은 첫째, 과거에 가해자가 행한 극단적이고 포악한(Extreme and outrageous) 행위를 처벌하고, 둘째, 향후 그와 동일하거나 유사한 행위가 다시 행하여지는 것을 억제하기 위함이다. 많은 법원 관례가 징벌적 손해배상의 목적을 처벌과 억제라고 기술하고 있으며, 「불법행위에 관한 리스테이트먼트」[Restatement (Second) of Torts]²¹⁾에서도 징벌적 손해배상이 행위자를 처벌하고 장래에 유사한 행위를 억제하기 위함이라고 명시적으로 규정하고 있다.²²⁾ 일부 법원은 피해자에 대한 보상 기능 (Compensatory)도 언급하고 있다.

1) 처벌(Punishment)

징벌적 손해배상은 포악한(Outrageous) 반사회적 행위를 처벌하기 위하여 고안된 제도이기 때문에, 피해자가 입은 손해액이 아닌 가해자 행위의 특성(Nature of actor's conduct)과 마음의 상태(State of mind)에 초점이 맞추어진다. 따라서, 손해배상액은 피해자가 입은 손해액을 기준으로 부과할 필요가 없고, 포악한 반사회적 행위를 처벌하는

21) 「리스트에이트먼트」란 미국 「코먼 로」의 일반 원칙에 관한 일련의 보고서로 법과 대학 교수, 변호사 및 판사 등이 집필하고, American Law Institute(ALI)에 의해서 발간된다. Black Letter Law라고도 표현한다.

22) “[p]unitive damage are damages other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future. Restatement (Second) of Torts, Section 908.

것은 정의에 부합한다는 근거에 기반을 두고 있다.²³⁾

징벌적 손해배상은 피해자가 가해자로부터 사법적 벌금(Judicial fine)을 받아내어 피해자의 분노를 배출할 수 있어 정당화될 수 있다. 즉, 징벌적 손해배상은 인간의 기본적인 가치인 자유와 평등(Freedom and equality)을 보호하고 진작시키는 수단이 될 수 있어 정당화될 수 있다.

검찰은 단지 형법상 범죄를 기소함으로써 형법상 범죄에 해당되지 않는 반사회적 행위는 사각지대가 될 수 있다. 즉, 형법상 범죄에 해당되지 않는 반사회적 행위를 민간이 소송을 통하여 처벌할 수 있어 징벌적 손해배상의 정당성이 인정된다.

2) 억제(Deterrence)

첫째, 가해자가 손해배상액을 지불하고도 가해자의 행위가 이윤을 얻을 수 있으면 가해자는 그 행위를 계속할 유인이 있다. 따라서, 이와 같은 이윤에 징벌적 손해배상을 부과하여 유인을 제거함으로써 가해자의 반사회적 행위를 억제할 수 있다.

불법행위에 대한 증거를 은폐할 수 있는 경우, 피해자의 손해액보다 많은 징벌적 손해배상은 정당화될 수 있다. 즉, 반사회적 행위가 은밀하게 행하여지는 경우 불법 행위가 적발될 확률이 높지 않기 때문에 실제 손해액보다 많은 징벌적 손해배상은 정당화될 수 있는 것이다.

3) 보상(Compensation)

처벌과 억제가 징벌적 손해배상 정당성의 기본적인 근거이지만, 일부 주는 명시적으로 징벌적 손해배상이 보상 기능을 한다고 인정하고 있다. 징벌적 손해배상금으로 원고의 소송 비용과 변호사 비용을 지불하는 경우 징벌적 손해배상은 보상 기능을 한다고 할 수 있다.

원고가 전통적인 방법에 의한 손해배상액 산정시 존엄성에 대한 피해 등 무형의 손해(Intangible harm)를 포함하지 않는 경우 징벌적 손해배상은 이러한 것에 대한 보상적

23) "Punishment is right because it is right", Dan B. Dobbs, Law of Remedies, p.319. Collin, Thomas J에서 재인용. p.13.

피해를 보상하는 기능을 한다고 볼 수 있다.

(4) 징벌적 손해배상의 귀책사유

징벌적 손해배상을 청구하는 원고는 피고가 징벌적 손해배상의 책임을 부담할 만한 귀책사유를 증명해야 하고, 피고가 징벌적 손해배상의 책임을 부담할 만한 귀책사유는 보상적 손해배상의 책임을 부담할 만한 귀책사유보다 더욱 강한 귀책사유가 요구된다.²⁴⁾ 또한, 징벌적 손해배상을 청구하는 원고는 피고의 귀책사유를 증명해야 한다.

징벌적 손해배상에 대한 귀책사유를 표현하는 용어가 무수히 많이 있지만 모두 피고의 의식적인 비행(Consciousness of wrongdoing) 또는 피고의 행위로 인하여 피해가 발생할 수 있다는 것을 피고가 의식(Awareness of conduct from which harm can reasonably be expected to flow)하고 있어야 한다는 공통점을 갖고 있다.

법원은 귀책사유의 표준을 명확하게 제시하지는 못했지만, 형용사를 여러 개 사용하여 귀책사유를 규정하고 있다. 각 주의 성문법(State statute)과 판례는 다양하게 형용사를 나열하는 표현으로 징벌적 손해배상의 귀책사유를 규정하고 있는데 이를 살펴보면 다음과 같다.

1) 고의적, 계획적 또는 잔인한 행동(Intentional, willful or wanton Conduct)

많은 주에서 피고의 행위가 고의적, 계획적 또는 잔인하면 징벌적 손해배상을 부과하는데, 캘리포니아주, 인디애나주 및 콜로라도주는 법률로써 이러한 귀책사유를 규정하고 있다.

즉, 피고가 결과를 의도하는 의식적인 목적(Conscious objective) 또는 열망(Desire)이 있으면 징벌적 손해배상을 부과하는데, 예를 들어, 사직한 피고용인이 고의적으로 다니던 기업의 영업 비밀을 유용하면(Misappropriate) 징벌적 손해배상을 부과한다.

24) Collin, Thomas J(Ed.) (1998), Punitive Damage and Business Torts, American Bar Association, Section of Antitrust Law, p. 38.

2) 악의(Malice)

거의 모든 주에서 악의(Malice)는 징벌적 손해배상의 귀책사유가 되는데, 악의의 귀책사유는 영업 방해와 같은 상업적 사건(Commercial case)에서 자주 인용되고 있다. 단순히 고의적으로 영업 방해를 했다는 사실만으로는 귀책사유가 될 수 없고, 피고가 원고에게 손해를 끼칠 악의가 증명되어야 징벌적 손해배상이 인정된다.

3) 분별없는 무관심(Reckless indifference)

타인의 권리와 안전(Right or safety)에 ‘표준적인 주의 의무’(Standard of care)를 이탈하는 정도의 무분별한 행위는 징벌적 손해배상의 귀책사유가 되는데, 주로 제조물 책임(Product liability) 사건에서 자주 인용되는 귀책사유이다.

4) 기만과 억압(Fraud and oppression)

타인을 속이거나 구체적 사실(Material Fact)을 은폐하여 타인을 오도하거나 정당하지 못한 이익을 얻어 결과적으로 타인에게 손해를 입히면 징벌적 손해배상이 부과된다. 억압(Oppression)은 의식적으로 타인의 권리를 무시하여 타인에게 고통을 주는 것으로서 기만(Fraud), 악의(Malice)와 함께 귀책사유가 되는 것이 일반적이다.

5) 중대 과실(Gross negligence)

일부 주에서는 중대 과실(Gross negligence)을 징벌적 손해배상의 귀책사유로 확대하고 있다(뉴저지주에서는 법률로서 인정하지 않고 있음). 중대 과실(Gross negligence)이란 타인의 권리·안전·복지(Right, safety or welfare)에 관해서 ‘표준적인 주의 의무’(Standard of care)를 극단적으로 이탈하고 타인의 권리에 관해서 의식적으로 무관심한 것을 의미한다. 중대 과실을 징벌적 손해배상의 귀책사유로 인정하는 주에서도 불법행위가 약간의 형사적 범죄의 성격이 있거나 고의적인 악의의 증거가 있는 경우에 한하여 인정한다.

6) 포악하거나 엄청나게 잘못된 행위(Outrageous or egregious conduct)

일부 주에서는 징벌적 손해배상을 부과하기 위해서는 불법행위가 형사상 범죄를 구성할 만한 포악하거나 엄청나게 잘못된 행위여야 징벌적 손해배상이 인정된다.

한편, ‘불법행위에 관한 리스테이트먼트’[The Restatement (Second) of Torts]에서는 “악의적 동기 또는 타인의 권리를 부주의하게 무시했기 때문에 포악한 행위는 징벌적 손해배상을 부과할 수 있다”라고 규정하고 있다.²⁵⁾

또한, 1996년 제정된 「모범 징벌적 손해배상법」(Model Punitive Damage Act)²⁶⁾은 원고가 명백하고 설득력 있는 증거에 의해서, 피고가 타인을 해칠 악의적인 의도가 있거나, 타인을 해함으로써 의식적이고 악명 높게 타인의 권리를 무시하는 것을 입증한 경우에 한하여 징벌적 손해배상을 허용해야 한다고 규정하고 있다.²⁷⁾

(5) 입증책임(Burden of proof)

징벌적 손해배상을 청구하는 원고는 피고의 행위가 징벌적 손해배상의 대상이 되는 행위임을 입증해야 한다. 원고는 피고의 행위가 징벌적 손해배상이 된다는 것을 ‘증거의 우위’(Preponderance of the evidence), ‘명백하고 설득력 있는 증거’(Clear and convincing evidence) 또는 ‘합리적인 의심 이상의 증거’(Beyond the reasonable doubt)의 원칙 중 하나로 피고의 행위가 징벌적 손해배상의 대상이 되는 행위임을 입증해야 한다. 물론 3가지 원칙 중 어떤 것을 적용할지는 주(State)에 따라 상이하다.

최근의 판례는 입증 책임을 ‘증거의 우위’에서 ‘명백하고 설득력 있는 증거’로 원고의 입증 책임을 증가시키는 경향이 있다.

25) “Punitive damage may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant’s evil motive or his reckless indifference to the right of others.” RESTATEMENT, Section 908(2).

26) 모범법(Model act)은 National Conference of Commissioners on Uniform State Law(NCCUSL)가 주 입법 당국에 모범이 되는 입법을 할 것을 권고하는 것으로 실제 법률은 아니다. 실제로 법률이 되기 위해서는 이러한 내용을 입법해야 한다.

27) “The trier of fact may award punitive damage against a defendant if (1) the defendant has been found liable for a legally recognized injury which support an award of punitive damage under the law of this State ; (2) the plaintiff has established by clear and convincing evidence that defendant maliciously intended to cause the injury or consciously and flagrantly the rights or interests of others in causing the injury ; and an award necessary to punish the defendant or the conduct or to deter the defendant from similar conduct in like circumstances.”

1) 증거의 우위(Preponderance of the evidence)

증거의 우위란 증거가 주장하는 사실이 없었다는 것보다 일어날 확률이 높으면 증거로 인정하는 것을 의미한다.²⁸⁾

2) 명백하고 설득력 있는 증거(Clear and convincing evidence)

이 원칙은 원고가 주장하는 사실이 매우 그럴 듯하다(highly probable)는 것을 배심원을 설득할 정도로 증거가 명백하고 설득력이 있어야 한다는 원리이다. 대다수의 ‘재판 관할 구역’(Jurisdiction)에서 채택하는 원리이다. 1996년에 발간된 「징벌적 손해배상에 관한 모범법」(Model Punitive Damage Act)에서도 인정되는 표준이다.

3) 합리적인 의심 이상의 증거(Beyond the reasonable doubt)

이 원칙은 증거가 원고가 주장하는 사실이 배심원을 완전하게 만족시키고 확실하게 설득할 정도여야 한다는 것이다. 이 원칙을 채택하고 있는 주는 콜로라도주가 유일하다.

(6) 징벌적 손해배상의 적용 분야

1) 계약법에서의 징벌적 손해배상²⁹⁾

징벌적 손해배상은 기본적으로 불법행위에 적용되며, 계약을 위반한 경우(Breach of

28) “[t]he evidence as a whole show that the fact sought to be proved is more probable than not”.

29) 영미법의 체계는 개인간의 질서인 질서(Private ordering)를 규제하는 법과 개인과 국가 간의 질서인 공적 질서(Public ordering)를 규정하는 법으로 구분할 수 있다. 재산법(Property law)·계약법(Contract law)·불법행위법(Tort law)·가족법(Family law)은 개인간의 관계를 규율하는 법이고, 형법(Criminal law)·행정법(Administrative law)·조세법(Tax law)·사회복지법(Welfare law)은 개인과 국가 간의 관계를 규율하는 법이다. 기본적으로 계약법과 불법행위법은 모두 개인간의 질서를 규율하는 법이지만, 계약법은 개인간의 계약 관계를 규율하는 법인 데 반해, 불법행위법은 개인간의 비계약적 관계(Non-contractual relation)를 규율하는 법이다. 형법에서 규율하고 있는 범죄(Crime)와 불법행위법에서 규율하고 있는 불법행위(Tort)는 종종 중첩되고, 확인할 수 있는 사람에게 행해지는 범죄는 대부분 불법 행위가 된다. 절도 범죄(Crime of theft)는 횡령이라는 불법 행위(Conversion of tort)이고, 폭행 범죄(Crime of assault)는 폭행 불법 행위(Battery of tort), 사기 범죄(Crime of fraud)는 사기 불법 행위(Fraud of tort)가 된다.

contract)에는 적용되지 않는다. 대부분의 주에서는 계약 위반이 독립적인 불법 행위를 구성하지 않는 한 징벌적 손해배상을 인정하지 않고 있다. 「계약에 관한 리스테이트먼트」 [Restatement (Second) of Contracts]에서도 “행위가 그 자체로 불법행위를 구성하지 않는 한 계약 위반은 징벌적 손해배상의 대상이 되지 않는다”³⁰⁾라고 규정하고 있다.

예외적으로 징벌적 손해배상이 인정되는 계약 분야는 결혼 계약 위반(Breach of a contract to marry), 공공서비스 기관에 의한 서비스 계약 위반(Breach of a contract by a public service company), 수탁인의 의무를 위반하는 계약 위반(Breach of a contract that is also a breach of a fiduciary duty),³¹⁾ 신의성실 조항 위반인 보험 계약(Bad faith breach of an insurance contract)³²⁾ 등이다.³³⁾ 캘리포니아주의 경우 이러한 규정을 민법에 명시적으로 규정하고 있다 [캘리포니아주 민법 제3295(a)조].³⁴⁾ 한편, 계약 위반이 징벌적 손해배상의 대상이 되는지에 대해서는 다음과 같이 3개의 그룹으로 분류할 수 있다.

가. 전통적인 엄격한 원칙(Traditional stricter rule)을 적용하는 주

35개의 주는 전통적인 원칙, 즉 원고가 계약 위반 이외에 피고가 독립적인 불법행위를 행했다고 주장하고 증명하는 경우에만 징벌적 손해배상을 인정하는 그룹이다.³⁵⁾ 대

30) “Punitive damages are not recoverable for a breach of contracts unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable.” Section 355 of the Restatement (Second) of Contracts.

31) 수탁인의 의무(Fiduciary duty)란 수탁인이 타인(위탁인)의 최고의 이익을 위하여 행동할 의무를 의미한다. 예를 들어, 주주와 이사회 구성원과의 관계, 주인(Principal)과 대리인(Agent)과의 관계, 신탁 계약에서 수탁자와 위탁자 관계와 같이 신뢰를 기반으로 형성된 관계에서 수탁자가 자신의 전문지식을 이용하여 재량으로 위탁자를 위한 행위를 할 의무를 의미한다. 신탁계약을 체결하면 수탁인은 위탁인의 이익에 반해서 행동하는 것이 금지된다. 이러한 의무를 수탁인의 의무라고 한다.

32) ‘신의성실 조항 위반인 계약’(Bad faith breach of contract)이란 단순한 계약 위반이 아니라 ‘묵시적 신의성실 조항’(Implied covenant of good faith and fair dealing)을 위반한 계약 위반이다. ‘묵시적 신의성실 조항’이란 명시적으로 표현되지는 않았지만 계약의 당사자가 계약의 완성을 위하여 계약 상대방이 합리적인 해석으로 기대할 수 있는 모든 일을 할 의무를 의미한다. 징벌적 손해배상의 대상이 되는 것은 보험계약에서 ‘묵시적 신의성실 조항’을 위반한 경우이다.

33) Dodge, Williams S.(1999), The Case for Punitive Damage in Contracts, Duke Law Journal, vol. 48, February 1999. p.636.

34) Civ. C. 3294. (a) In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant.

표적인 판례는 화이트 사건(White v. Benkowski)이다. 벤코우스키(Benkowski)는 이웃인 화이트(White)에게 물을 공급하는 계약을 파기하고 화이트를 해할 목적으로 물 공급을 중단했다. 위스콘신주 대법원은 피고가 악의적인 목적으로 물 공급을 중단했음에도 불구하고 징벌적 손해배상을 인정하지 않았다.³⁵⁾

위에서 언급한 35개 주 이외에 루이지애나주와 워싱턴주는 성문법에서 인정하지 않는 한 계약 위반 사건에서 징벌적 손해배상을 인정하지 않는다. 한편, 뉴욕주는 원고가 계약 불이행으로 징벌적 손해배상을 받으려면, 독립적인 불법 행위를 원고가 주장하고 증명하는 것 이외에 피고의 유사한 행위가 일반 대중에게도 행해졌어야 한다.³⁷⁾

나. 특별한 관계인 계약에만 적용하는 주

에리조나주, 몬타나주, 네바다주, 와이오밍주는 ‘특별한 관계’(Special relation)에 대해서 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 즉, 보험자와 피보험자 사이의 보험계약, 운송업자와 승객(Carrier and passenger), 여관업자와 손님(Innkeeper and guest), 의사와 환자(Physician and patient), 변호사와 고객(Attorney and client) 등 특수한 관계의 계약에서만 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 이러한 관계는 모두 수탁자의 의무를 위반한 경우의 연장으로 이해될 수 있는 특수 관계이다. 또한, 네바다주와 와이오밍주에서는 고용 계약에서도 인정하고 있다.

다. 기타

묵시적으로 계약 관계에서 징벌적 손해배상을 인정하는 주는 8개 주(하와이주, 아이다호주, 미시시피주, 뉴멕시코주, 로드아일랜드주, 사우스 캘로라이너주, 테네시주, 버몬트주)이다. 이들 주는 독립적인 불법 행위 또는 특별한 관계가 없어도 계약 관계에서 징벌적 손해배상을 인정한다.

35) “[t]he general rule in most jurisdictions is that punitive damage are not allowed even though the breach be willful, malicious or oppressive’, Newton, 229 S.E. 2d, at 301.

36) Dodge, Williams S.(1999), The Case for Punitive Damage in Contracts, Duke Law Journal, vol. 48, February, p. 646.

37) Rocanova v. Equitable Life Insurance Soc. of the United States, 634 N.E. 2d, 940(N.Y. 1994).

이 중 버몬트주는 “고의적이고 잔인한 면이 있어 불법 행위적 손해를 야기한 계약 위반”(the breach has the character of a willful and wanton or fraudulent tort)에 대해서 징벌적 손해배상을 부과한다.

하와이주는 불법 행위적 손해를 야기한 “잔인하고 부주의한 방법으로 불법 행위적 손해를 야기한 계약 위반”(in a wanton or reckless manner as to result in a tortious injury)에 대해서 징벌적 손해배상을 부과한다.

이 2개 주는 어떤 의미에서는 독립적인 불법 행위가 있는 경우에 한하여 징벌적 손해배상을 인정하는 그룹에 속한다고 할 수 있다.³⁸⁾ 그러나, 버몬트주 대법원은 구실을 만들어 종업원을 해고한(Pretextual firing) 행위와 신뢰를 저버린 부동산 계약에 대한 판결에서 독립적인 불법행위에 대해서만 징벌적 손해배상을 하는 원리와는 구별된다고 하고 있다.

사우스 캘로라이너주는 사기적 행위(Fraudulent act)와 불법 행위(Tort of fraud)를 구별하면서 사기적 행위는 징벌적 손해배상을 인정하면서도 단순한 계약 위반 행위는 징벌적 손해배상을 부과하지 않고 있다.

아이다호주·미시시피주·뉴멕시코주 등은 가장 폭넓게 계약 위반에 대해서 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 아이다호주는 ‘사기, 악의 억압 및 다른 충분한 징벌적 손해배상을 받을 만한 사유’(where there is fraud, malice, oppression or other sufficient reason for doing so)가 있으면 징벌적 손해배상을 인정한다. 미시시피주는 독립적인 불법 행위와 같은 고의적, 모욕적인 남용과 중과실로 인한 계약 위반(the breach results from an intentional wrong, insult, or abuse as well as from such gross negligence as constitutes as an independent tort)에 대해서는 징벌적 손해배상을 인정한다. 뉴멕시코주는 ‘피고의 행위가 원고의 권리를 무시하는 악의, 억압, 부주의한 계약 위반일 경우’(malicious, fraudulent, oppressive, or committed recklessly with a wanton disregard for the plaintiff’s right) 징벌적 손해배상을 인정한다. 혼란스러운 표현이지만, 위계에 의한 해고와 신의성실 조항을 위반하는 기회주의적 계약 위반(Opportunistic breach)은 징벌적 손해배상이 인정된다.

38) 그러나, 버몬트주 대법원은 독립적인 불법 행위에 대해서만 징벌적 손해배상을 하는 원리와는 구별된다고 하고 있다. Dodge, Williams S.(1999), The Case for Punitive Damage in Contracts, Duke Law Journal, vol. 48, February, p.648.

2) 기업 불법행위(Business tort)에서의 징벌적 손해배상

하도급법상 징벌적 손해배상과 관련하여 특별히 주목해야 할 분야가 기업 불법행위(Business tort)에 대한 징벌적 손해배상이다. 기업 불법행위(Business tort)란 기업이 행하는 불법행위 또는 기업에게 행해지는 불법행위를 의미한다.

기업 불법행위에서 징벌적 손해배상이 적용되는 첫 번째 분야는 영업방해이다. 영업방해는 ‘계약관계 방해’(Interference with contractual relations)와 ‘장래의 경제적 우위에 대한 방해’(Interference with prospective business advantage)로 구분한다. 계약관계 방해란 피고가 원고와 제3자와의 관계를 방해하려고 공정한 경쟁 수준을 넘는 방해 행위를 하여 원고에게 손해를 끼치는 행위이다. 장래의 경제적 우위에 대한 방해란 현재는 현실화되지 않았지만 장래에 실현될 수 있는 경제적 이익을 손상시키는 불법 행위이다. 이러한 영업방해에 대해 징벌적 손해배상을 적용하기 위해서는 원고가 피고의 영업방해에 관한 구체적인 의지를 증명해야 한다.

기업 불법 행위 중 두 번째로 징벌적 손해배상이 되는 것은 앞에서 설명한 바와 같이 계약의 신의 성실 조항을 위반하는 경우이다. 예를 들어, 보험회사가 보험금 지급을 하지 않는 경우와 기업의 고용계약에서 징벌적 손해배상이 적용되는 경우가 있다.

이외에 기업 불법 행위 중 징벌적 손해배상이 적용되는 유형으로는 경쟁자에 대한 출판물 명예훼손(Publication of defamatory statement about business competitor), 지적재산권 침해(Infringement of intellectual property), 영업비밀 남용(Trade secret misappropriation), 독점금지 위반 행위(Antitrust issue) 등이다. 지적재산권은 상표권(Trademark), 저작권(Copyright) 및 특허권(Patent)이 포함된다.³⁹⁾

(7) 징벌적 손해배상에 대한 위헌론과 개혁 조치

미국에서는 징벌적 손해배상(Punitive Damage)이 수정 헌법 제5조⁴⁰⁾ 및 제14조에서

39) 해당 항목에 대한 판례는 Collin, Thomas J.(Ed.) (1998), Punitive Damage and Business Torts, American Bar Association, Section of Antitrust Law pp.34-36 참조.

40) 미연방 수정 헌법 제5조 : No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in

규정하고 있는 ‘적법 절차의 원칙’(Due process of law)⁴¹⁾에 위반된다는 위헌 논쟁이 지속되고 있다.⁴²⁾ 징벌적 손해배상의 목적은 형법(Criminal law)과 마찬가지로 가해자를 처벌하고(Punish) 유사한 행위를 억제하기(Deter) 위한 것이다.

그런데 수정 헌법 제5조 및 제14조 ‘적법 절차 규정’은 형벌에 직면한 자는 일련의 절차적 안정 장치로 보호받을 권한이 있다고 규정하고 있다. 행위자를 처벌하기 위해서는 행위자의 위법성에 대한 ‘합리적 의심 이상’(Beyond the reasonable doubt)의 증거가 있어야 하고, 행위자는 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권한이 있고(Privilege against self-incrimination), 이중으로 처벌받지 않을 권한(Right to be free from double jeopardy)이 있다. 따라서 이러한 적법 절차 조항을 따르지 않는 징벌적 손해배상은 미국 연방 헌법에 위반된다는 것이 위헌론의 내용이다.

그러나, 연방 대법원(U.S. Supreme Court)은 징벌적 손해배상에 대한 위헌 여부에 대해서 명쾌한 결론은 내리지 않고 있는 상황이다. 징벌적 손해배상제도가 연방 헌법 이전에 만들어졌고, 연방 헌법은 징벌적 손해배상제도를 대체하고자 하는 어떤 의도도 없었으므로, 징벌적 손해배상은 헌법에 부합한다고 우회적인 표현을 사용하고 있다.⁴³⁾

한편, 징벌적 손해배상제도의 배상액이 기하급수적으로 증가하는 등 문제가 발생하자 많은 주에서는 징벌적 손해배상에 대한 개혁 조치(Reform)가 이뤄지기 시작했다. 1985년부터 2003년까지 63개 사건에서 1억 달러를 초과하는 징벌적 손해배상을 부과하였고, 이 중 12개가 10억 달러 이상의 배상액을 부과했다.⁴⁴⁾ 대부분 거액의 징벌적 손해배상은 제조물 책임(Product liability) 및 고의적 불법 행위(Intentional tort)⁴⁵⁾ 사건이다.

any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

41) 미연방 수정 헌법 제14조 제1항 : Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

42) 징벌적 손해배상제도의 위헌 논란에 대해서는 Colby, Thomas B. (2009), "Clearing the Smoke from Philip Morris USA vs. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages", Yale Law Review, Vol. 118 참조.

43) Colby, Thomas B. (2009), "Clearing the Smoke from Philip Morris USA vs. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages" Yale Law Review, Vol. 118.

44) Rietema, Paul B. (2007), Recent developments: reconceptualizing Split-Recovery Statutes, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 31, pp.1159-1168, 각주 3 참조.

45) 고의적인 불법 행위(Intentional tort)란 타인을 해칠 목적을 가지고 고의로 타인에게 부상을 입히거나 살인을 하거나 재산상의 손해를 입힌 행위(Personal injury, death, or property damage caused by another's

배상 금액의 천문학적인 증가 및 위헌 시비에 따라 루이지애나주·네브라스카주·워싱턴주·매사추세츠주 등에서는 주 대법원(State Supreme Court)에서 판례로서 징벌적 손해배상제도를 폐지하였다.⁴⁶⁾

뉴햄프셔주는 법률로서 1986년 징벌적 손해배상제도를 폐지하였고(N. H. Rev. Stat. Ann. Section 5507: 16),⁴⁷⁾ 인디애나주·알래스카주에서는 징벌적 손해배상제도에 대한 한도를 설정하였으며, 이외의 많은 주에서는 징벌적 손해배상에 대한 ‘분리·보상제도’(Split-Recovery System)를 제정하였다.⁴⁸⁾

분리·보상제도(Split-Recovery System)란 원고에게 거액의 배상금이 분배되는 것을 금지하기 위하여 손해 배상금의 일부는 원고에 지급하고 일부는 주(State)에 지급하는 제도이다. 예를 들어, 인디애나주에서는 징벌적 손해배상의 크기를 보상적 손해 배상액의 3배 또는 5만 달러로 규정하고 있다.⁴⁹⁾

(8) 징벌적 손해배상액 결정 요소

대부분의 주에서는 징벌적 손해배상 인정 여부와 손해배상액 결정은 배심원 또는 법원이 결정하고 있다. 캔자스주와 코네티컷주는 징벌적 손해배상 인정 여부와 징벌적 손해배상액 금액 결정을 분리하고 있는데, 캔자스주는 징벌적 손해배상 인정 여부는 배심원이 결정하고, 금액은 법원이 결정하고 있다.

법원은 징벌적 손해와 보상적 손해의 비율을 합리적으로 결정해야 한다고 주장하고 있지만, 몇 배로 하는 것이 합리적인가에 대해서는 소송 사건마다 상이하게 결정되고 있다. 징벌적 손해배상액의 헌법상 적법성(Constitutionality)을 판단하기 위하여 연방 대법원이 확립한 원칙은 다음의 6가지로 정리할 수 있다.⁵⁰⁾

intentional act)를 의미한다. U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Special Report, “Punitive Damages Awards in State Courts in 2005”, March 2011. Glossary, p.5.

46) Krauss, Michael I., “Retributive Damages” and the Death of Private Ordering, University of Pennsylvania Law Review, pp.167-179, 2007.

47) Rietema, Paul B. , Recent developments: reconceptualizing Split-Recovery Statutes, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 31, pp. 1159-1168. 2007.

48) Rietema, Paul B. Recent developments: reconceptualizing Split-Recovery Statutes, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 31, pp. 1159-1168. 2007.

49) Indiana Code Section 34-51-3-4.

50) Markel, Dan (2009), How should punitive damages work?, University of Pennsylvania Law Review, Vol.

첫째, 법원이 징벌적 손해배상의 헌법상 적법성(Constitutionality)을 판단하기 위해서는 피고의 ‘잘못된 행위’(Misconduct)의 비난 정도(the Degree of reprehensibility)를 최우선적으로 고려하여야 한다.⁵¹⁾

둘째, 법원은 피고(가해자)가 입은 실제의 손해(또는 잠재적 손해)와 징벌적 배상액의 차이가 과도한지 여부를 심사해야 한다. 징벌적 손해의 실제 손해액에 대한 비율이 한 자리 숫자 이상이면 적법 절차를 충족하는 경우가 거의 없다.

셋째, 법원은 비슷한 사건에 부과된 민사소송에서의 민사 벌금액(Civil penalties)과 징벌적 손해 배상액의 차이를 고려해야 한다.⁵²⁾

이상의 3가지 원칙은 1996년 BMW 사건(BMW of North America, Inc. v. Gore)⁵³⁾에서 연방 대법원이 정리한 원칙으로 이후 징벌적 배상금액을 결정하는 원칙이 되었다. 그런데 연방 대법원은 2007년 ‘필립 모리스 대 윌리엄스’(Philip Morris USA vs. Williams) 사건⁵⁴⁾에서 소송 당사자가 아닌 사람에게 끼친 손해에 대해서 원고를 처벌하기 위하여 징벌적 손해배상을 부과하는 것은 연방 수정 헌법의 ‘적법 절차 조항’(Due Process Clause)을 위반하는 위헌이라고 판시했다.⁵⁵⁾ 그러나, 비난의 정도를 판단할 경

157, pp.1392-1393.

51) “[R]estating the rule that punitive damage only awarded where defendant’s conduct is so reprehensible that it justified an award in addition to compensator damage’. State Farm Mut. Ins. Co. vs. Campbell, 538 U.S. 408, 419(2003).

52) “[T]he disparity between the punitive damage award and civil penalties authorized or imposed in comparable cases’. State Farm Mut. Ins. Co. vs. Campbell, 538 U.S. 408, 419(2003).

53) BMW of N. Am., v. Gore, 517 U.S. 559,568(1996). Gore 박사는 BMW 신차를 구입했는데, 구입하기 전에 도색을 다시 한 것을 발견했다. BMW는 수년 동안 그와 같은 행위를 통상적으로 행하였다. 앨라배마주 법원은 Gore 박사에게 4,000달러를 보상적 손해배상으로 지급하고, 당시 도색을 다시 한 자동차가 1,000배 정도 팔렸으므로 징벌적 손해배상으로 보상적 손해배상의 1,000배인 400만 달러를 지급하라고 판결했다. 항고심인 앨라배마 대법원(Alabama Supreme Court)은 징벌적 손해배상은 과도하지 않지만 계산 방법이 허용할 수 없다고 판결하면서, 징벌적 손해배상액을 200만 달러로 감액했다. 이후 연방 대법원은 500 대 1의 비율은 과도하다고 판단하고 하급심으로 이송했다. 결국 500 대 1의 비율은 위헌이라고 결정됐음. Cotchett, Joseph W. and Mark C. Molumphy, Punitive Damage : How Much is Enough?, Civil Litigation Reporter, Volume 20, Number 1, Feb. 1998.

54) Ms.Williams가 담배 제조회사인 Philip Morris를 상대로 손해배상을 청구한 사건으로 배심원은 82만 1,000 달러의 보상적 손해배상과 7,950만 달러의 징벌적 손해배상을 결정했다. 이에 Philip Morris는 징벌적 손해배상이 너무 헌법상 과도하고 절차적으로 문제가 있다고 주 대법원에 재심을 신청하였으나, 주 대법원은 원심을 인정했다. 이에 Philip Morris는 연방 대법원에 재심을 신청했고, 연방 대법원은 원심을 파기했다. Rietema, Paul B. (2007), Recent developments: reconceptualizing Split-Recovery Statutes, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 31, pp.1159-1162.

55) 127 S. Ct. 1057 (2007), “[T]he Constitution’s Due Process Clause forbids state to use a punitive damage award to punish a defendant for injury that it inflicts upon nonparties or those whom they directly represent, i. e., injury that it inflicts on those who are, essentially, strangers to the litigation.”

우에는 소송 당사자가 아닌 사람에게 끼친 손해도 고려해야 한다고 판결했다.⁵⁶⁾

이전에는 가해자가 소송 당사자가 아닌 사람이 입은 손해에 대해서 징벌적 손해배상을 부과할 수 있고, 부과해야 한다는 것이 지난 수십 년 동안에 내려진 배심원의 일관된 판결이었다.⁵⁷⁾

대표적인 연방 대법원 판례가 BMW(BMW v. Gore)⁵⁸⁾ 사건으로서 주 내에 거주하는 소송 당사자가 아닌 사람들이 입은 손해에 대해서 피고를 처벌하는 것은 잘못이 아니라고 판시했다.

2007년 ‘필립 모리스 대 윌리엄스’(Philip Morris USA vs. Williams) 판결 이후에 새로운 다음과 같은 원칙이 추가되었다.

넷째, 법원은 배심원에게 소송 당사자가 아닌 제3자에게 끼친 손해액을 피고에게 부과할 수 없다는 것을 확인시켜야 한다.

다섯째, 법원은 배심원이 결정한 징벌적 손해 배상액에 대해서 사법적 심사(Judicial review)를 행하여야 한다.

마지막으로, 항소심인 순회 재판의 경우에 배심원 판결을 검토하는 경우 새로운 판단 기준을 적용해야 한다.

(9) 징벌적 손해배상 소송의 유형별 현황

미연방 법무부(U.S. Department of Justice) 의 사법통계국(Bureau of Justice Statistics)은 1992년, 1996년, 2001년, 2005년에 서베이(Civil Justice Survey of State Courts, 이하 CJSSC)를 시행하였다. 이 서베이는 일반 법원에서 판결한 불법 행위(Tort), 계약(Contract) 및 부동산(Real property) 관련 민사소송 등을 조사하는 것으로서 소송자의 유형, 승소자, 보상적 손해배상액, 징벌적 손해배상액, 소송 기간 등을 조사하였다.

그리고 미연방 법무부 사법통계국은 2011년에 2005년의 CJSSC 자료를 분석하여 징

56) Rietema, Paul B. (2007), Recent developments: reconceptualizing Split-Recovery Statutes, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 31, p.1160.

57) Colby, Thomas B. (2009), "Clearing the Smoke from Philip Morris USA vs. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages" Yale Law Review, Vol. 118, p.4.

58) 517 U.S. at 584 & n. 35.

벌적 손해배상에 대한 특별 보고서를 발표하였다.⁵⁹⁾ 이 보고서는 부동산 관련 소송을 제외한 불법 행위와 계약 관련 민사소송을 대상으로 징벌적 손해배상의 비율, 배상금액 등을 조사하였다.

1) 징벌적 손해배상을 청구한 행위 유형

2011년 사법통계국의 보고서에서 불법 행위와 계약 분야로 구분하여 징벌적 손해배상을 청구한 행위 유형을 살펴보기로 한다.

첫째, 불법행위 소송에서 징벌적 손해배상을 청구한 행위 유형은 문서에 의한 명예훼손(Slander)과 구두에 의한 명예훼손(Libel), 재산의 횡령(Conversion), 고의에 의한 일반적 불법행위(Intentional tort),⁶⁰⁾ 제조물 책임(Product liability), 부동산 책임(Premise liability), 의료 과오(Medical malpractice), 전문직 과오(Professional malpractice),⁶¹⁾ 그리고 자동차 사고(Automobile accident) 등이다.

둘째, 계약분야 소송에서 징벌적 손해배상을 청구한 분야는 불법행위적 영업방해(Tortious interference), 사기(Fraud), 고용 계약(Employment), 구매자 원고(Buyer plaintiff),⁶²⁾ 판매자 원고(Seller plaintiff),⁶³⁾ 렌탈 및 리스 계약(Rental/lease) 등이다. 원칙적으로 징벌적 손해배상은 계약 위반으로 손해에 대해서는 적용되지 않는다. 예외적으로 신의성실 조항(Covenant of good faith and fair dealing) 의무 위반, 신탁 의무 위반인 경우에 한하여 징벌적 손해배상을 청구할 수 있다.⁶⁴⁾

유형별로 원고가 승소한 소송 중 원고가 징벌적 손해배상을 청구한 비율을 살펴보기로 한다. 2005년 불법 행위 및 계약 분야에서 손해배상 소송을 제기한 2만 5,000 건 중

59) Cohen, Thomas H. and Kyle Harbacek(2011), "Punitive Damage Awards in State Courts, 2005", U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics.

60) 타인을 해칠 목적을 가지고 고의로 타인에게 부상을 입히거나 죽음에 이르게 하거나 재산상의 손해를 입힌 행위(Personal injury, death, or property damage caused by another's intentional act).

61) 의료 과오 이외의 전문직 과오.

62) 구매자 원고는 재화나 서비스를 제공하지 않거나 잘못된 재화 또는 저질의 재화나 서비스를 제공하여 구매자가 손해배상을 청구한 사건(Buyer Claims no delivery or delivery of incomplete, incorrect, or poor quality goods or services)이다.

63) 판매자 원고는 재화나 서비스를 판매한 자(자금을 빌려준 자 포함)가 판매 대금을 청구한 사건이다(Any debt collection for delivery of goods or services, including lenders seeking payment of money owed by a buyer or borrowed).

64) 앞에서 기술한 징벌적 손해배상의 적용 분야 참조.

약 12%가 징벌적 손해배상을 청구했다(<표 2-1> 참조). 불법행위(Tort) 분야에서는 1만 6,057건의 소송이 제기되었는데, 이 중 10%가 징벌적 손해배상을 청구했다. 특히, 이 가운데 명예훼손(Slander/libel), 횡령(Conversion), 고의에 의한 일반적 불법 행위(Intentional tort) 분야에서는 제기된 소송의 30%가 징벌적 손해배상을 청구했다. 반면, 부동산 책임(Premise liability), 자동차 사고(Automobile accident), 의료 사고(Medical malpractice) 분야는 7%가 징벌적 손해배상을 청구했다.

계약분야에서는 소송이 제기된 8,874건 중 약 16%가 징벌적 손해배상을 청구했다. 영업방해(Tortious interference), 사기(Fraud) 및 고용 차별(Employment discrimination) 분야에서는 30% 이상 징벌적 손해배상을 청구했고, 판매자 원고(Seller plaintiff)인 경우에는 10% 이하가 징벌적 손해배상을 청구했다.

이와 같이 징벌적 손해배상을 청구한 비율이 분야별로 상이한 이유는 징벌적 손해배상을 청구할 수 있는 요건이 상이하기 때문인 것으로 판단된다. 고의적인 불법행위인 폭행 등은 징벌적 손해배상 요건이 고의성(Willful or intentional behaviour)을 입증해야 하지만, 자동차 사고 및 부동산 책임은 징벌적 손해배상을 증명하는 데 부주의만(Intentional or reckless behaviour) 입증하여도 징벌적 손해배상을 받을 수 있기 때문인 것으로 판단된다.⁶⁵⁾

65) Cohen, Thomas H. and Kyle Harbacek(2011), "Punitive Damage Awards in State Courts, 2005", U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, p.2.

<표 2-1> 사건 유형별 징벌적 손해배상 청구 현황(2005)

사건 유형	민사소송 건수	징벌적 손해배상을 청구한 비율(%)
총 합계	24,929	12
불법행위(Tort)^{a)}	16,057	10
명예훼손(Slander/libel)	186	33
재산의 횡령(Conversion)	377	31
고의적 불법행위(Intentional tort)	724	29
기타·미지의 불법행위 (Other or unknown tort)	642	24
제조물 책임(Product liability) ^{b)}	350	12
전문직 과오(Professional malpractice)	143	15
의료 과오(Medical malpractice)	2,448	8
자동차 사고(Automobile accident)	9,173	7
건축물 책임(Premise liability)	1,815	5
계약(Contract)^{c)}	8,874	16
영업방해(Tortious interference)	151	42
사기(Fraud)	1,108	32
고용 차별(Employment Discrimination)	873	32
기타·미지의 계약 (Other or unknown contract)	242	21
구매자 원고 소송(Buyer Plaintiff)	2,574	17
판매자 원고 소송(Seller plaintiff)	2,871	6
렌탈·리스 계약(Rental/lease)	605	4

주 : a) 불법행위 합계는 표에 나타나지 않은 유형도 포함한다.

b) 석면(Asbestos) 사건도 포함한다.

c) 계약 합계는 표에 나타나지 않은 유형도 포함한다.

출처 : U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Special Report, "Punitive Damages Awards in State Courts, 2005", March 2011.

2) 소송 당사자 유형별 징벌적 손해배상 청구 현황

먼저, 소송 당사자별 민사소송 비율을 살펴보기로 한다. 개인이 원고인 소송이 81%이고, 기업이 원고인 경우가 17%이다. 개인이 개인을 상대로 소송을 제기한 비율이 41%이고, 개인이 기업을 상대로 소송을 제기한 비율은 29%이다. 개인이 병원을 상대로 소송을 제기한 비율은 6%이고, 개인이 정부를 상대로 민사소송을 제기한 비율이 5%이다.

이 중 개인이 정부를 상대로 한 민사소송에서 21%가 징벌적 손해배상을 청구했고, 개

인을 상대로는 10%, 그리고 기업을 상대로는 16%가 징벌적 손해배상을 청구하였다 (<표 2-2> 참조).

기업이 개인을 상대로 소송을 제기한 비율은 전체 민사소송 건수의 약 7%, 기업이 기업을 상대로 민사 소송을 제기한 비율은 10%이다. 이 중 징벌적 손해배상을 청구한 비율은 기업이 개인을 상대로는 7%, 기업이 기업을 상대로는 13%이다.

<표 2-2> 소송 당사자 유형별 징벌적 손해배상 청구 현황(2005)

소송 당사자 유형	소송 건수(비율, %)	징벌적 손해배상을 청구한 비율(%)
개인(individual)이 원고		
개인(individual)이 피고	10,280(41)	10
기업(business)이 피고	7,210(29)	16
병원(hospital)이 피고	1,564(6)	9
정부(government)가 피고	1,218(5)	21
기업(business)이 원고		
개인이 피고	1,709(7)	7
기업이 피고	2,570(10)	13
총 소송 건수	24,929	

주 : 1) 표에서 표시한 경우 이외의 경우는 건수가 너무 적어 나타내지 않았음.

2) 총 소송 건수는 <표 3>에서 인용했으며, 비율은 총 소송 건수인 24,929에 대한 비율임.

출처 : U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Special Report, "Punitive Damages Awards in State Courts, 2005", March 2011.

3) 징벌적 손해배상을 받은 행위 유형

원고가 승소한 소송 1만 4,359건의 소송 가운데 약 5%인 700건이 징벌적 손해배상을 받았다(<표 2-3> 참조). 계약 분야에서의 비율이 5%로서 불법행위 분야에서의 비율 3%보다 높게 나타났다.

의료 사고(Medical malpractice), 자동차 사고(Automobile accident) 및 부동산 책임(Premises liability) 분야는 원고 승소 소송 중 1%가 징벌적 손해배상을 받았고, 다른 분야에서는 비교적 높은 비율을 나타냈다. 즉, 계약분야에서는 고용 차별 및 사기의 경우 원고 승소 소송 중 20% 이상이 징벌적 손해배상을 받았다.

한편, <표 2-1>과 <표 2-3>을 종합해보면 명예훼손(Sland/libel), 횡령(Conversion),

전문직 과오(Professional malpractice) 자동차 사고(Automobile accident) 및 불법행위 적 영업방해(Tortious interference)는 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상을 청구했지만 원고가 보상적 손해배상에 대해서도 승소한 비율이 미미했다(<표 2-1> 및 <표 2-2> 참조).

<표 2-3> 사건 유형별 징벌적 손해배상 판결 현황(2005)

사건 유형	원고 승소 소송 건수	징벌적 손해배상을 받은 비율(%) ^{a)}
총 합계	14,359	5
불법행위(Tort)^{b)}	8,519	3
고의적 불법행위(Intentional tort)	426	30
기타·미지의 불법행위 (Other or unknown tort)	299	5
제조물 책임(Product liability) ^{c)}	95	1
의료 과오(Medical malpractice)	567	1
건축물 책임(Premise liability)	712	--
계약(Contract)^{d)}	5,840	8
사기(Fraud)	661	23
고용 차별(Employment Discrimination)	447	22
기타·미지의 계약 (Other or unknown contract)	132	15
구매자 원고 소송(Buyer Plaintiff)	1642	8
판매자 원고 소송(Seller plaintiff)	2,175	1
렌탈·리스 계약(Rental/lease)	341	2

주 : a) 소송 당사자가 징벌적 손해배상을 청구하지 않았으나 법원이 징벌적 손해배상을 판결한 소송을 포함.

b) 불법행위 합계는 표에 나타나지 않은 유형도 포함.

c) 석면(Asbestos) 사건도 포함.

d) 계약 합계는 표에 나타나지 않은 유형도 포함하며, --는 0.5% 이하를 의미함.

출처 : U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Special Report, "Punitive Damages Awards in State Courts, 2005", March 2011.

4) 소송당사자 유형별 징벌적 손해배상 판결 현황

원고가 승소한 민사소송 중 징벌적 손해배상을 받은 비율은 소송 당사자 유형별로 큰 차이가 없었다. 개인이 기업을 상대로 한 소송에서 7%로 가장 높았고, 기업이 기업을 상대로 한 소송이 가장 낮은 3%이었다(<표 2-4> 참조).

<표 2-4> 소송 당사자 유형별 징벌적 손해배상 판결 현황(2005)

소송 당사자 유형	원고 승소 소송 건수(비율, %)	징벌적 손해배상을 받은 비율(%)
개인(individual)이 원고		
개인(individual)이 피고	5,994	4
기업(business)이 피고	4,236	7
병원(hospital)이 피고	432	6
정부(government)가 피고	445	5
기업(business)이 원고		
개인이 피고	1,290	5
기업이 피고	1,638	3

주 : 1) 표에서 표시한 경우 이외의 경우는 건수가 너무 적어 나타나지 않았음.

출처 : U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Special Report, "Punitive Damages Awards in State Courts, 2005", March 2011.

2. 독점금지법의 3배 배상제도(Rule of treble damage)

지금까지는 「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상에 대해서 살펴보았다. 이하에서는 연방 성문법(Statute)인 독점금지법(Antitrust law)에서 규정한 징벌적 손해배상의 일종인 3배 배상제도(Rule of treble damage)에 대해서 살펴보려고 한다. 독점금지법은 「기업에 관한 불법행위법」(Business tort law)의 일종이고, 3배 배상제도는 기업행위에 관한 일종의 징벌적 손해배상제도이다.

(1) 3배 배상제도의 내용

미국에서 독점금지법(Antitrust law)을 집행하는 방법에는 공적인 제재와 민사적인 방법이 있다. 구체적으로 공적인 방법을 행사하는 기관은 연방 법무부(U.S. Department of Justice), 연방 공정거래위원회(Federal Trade Commission), 주 검찰(State Attorney General)이 있고, 법 위반 행위로 인한 피해자가 손해배상 소송을 청구하는 것이 민사적 방법이다. 독점금지법의 민사적 집행 방법으로서 앞에서 논의한 징벌적 손해배상의 한 유형으로서 손해배상액을 실제 손해의 3배로 정하고 있는 3배 배상제도(Rule of treble damage)와 집단소송제도(Class action)를 두고 있다.

3배 배상제도(Treble Damage)는 1890년 「셔먼법」(Sherman Act)을 제정할 당시에 도입한 제도로서 독점금지법 위반자를 찾아내고 기소하는 데에 민간의 역할을 이용하기 위하여 제정되었다.⁶⁶⁾ 현재 3배 배상제도는 1914년에 제정된 「클레이튼법」(Clayton Act)에 규정되어 있는데 그 내용은 다음과 같다.⁶⁷⁾

첫째, 독점금지법에서 금지하고 있는 행위로 인한 손해를 입은 자는 연방법원에 손해 배상 소송을 청구할 수 있고, 둘째, 소송 당사자는 배심원에 의한 재판을 받아야 하고, 셋째, 법원은 배심원에 의해서 결정된 배상액을 자동적으로 3배로 증액하여야 하고, 넷째, 원고가 승소하는 경우 합리적인 변호사 비용도 피고는 배상해야 한다.

(2) 3배 배상제도의 이론적 정당성

미국의 연방 성문법인 독점금지법에서 3배 배상제도는 집단소송과 함께 민사소송에 관한 중요한 권리이다. 3배 배상제도의 장점에 대해서는 지난 1세기 동안 활발하게 논의되었다. 가장 최근의 논의는 ‘독점금지현대화위원회’(Antitrust Modernization Commission, 이하 AMC)로서, 모든 소송 사건에서 3배 배상제도는 유지되어야 한다고 결론을 내린 바 있다. 먼저, 3배 배상제도의 이론적 정당성을 살펴보고, AMC의 평가 내용을 살펴보기로 한다.

역사적으로 독점금지법의 3배 배상제도는 피해자에 대한 보상(Compensation of victim), 억제(Deterrence), 부당 이득의 몰수(Forfeiture of ill-gotten gains) 및 처벌(Punishment) 기능을 해왔다.⁶⁸⁾ 이들 4가지 기능을 살펴보면 다음과 같다.

1) 보상(Compensation)

3배 배상제도는 독점금지법을 위반한 피해자에게 정당한 보상을 보장하는 기능을 해왔다. 독점금지법을 위반한 자에게 행해지는 공적인 제재는 피해자 개인에게는 화폐적

66) Cavanagh, Edward D., “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience”, Loyola University Chicago Law Journal, Vol 41, pp.629-649.

67) Section 4 of the Clayton Act., 15 U.S.C. Section 15(2011).

68) Cavanagh, Edward D., “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience”, Loyola University Chicago Law Journal, Vol 41, pp.629-649.

인 손해를 보상하지 않는다. 더욱이 공적인 집행자가 아무리 열심히 업무를 수행하더라도 모든 범법 행위를 발견할 수는 없다. 게다가 독점금지법을 위반하는 행위는 본질적으로 은밀하게 이루어지는 특징(Covert nature)이 있으므로 발견하기도 어려워 기소하기도 어렵다.

피해 보상액을 실제 손해액으로 한정하면 피해자가 소송을 제기할 유인이 없어진다. 반경쟁 행위는 은밀하게 행하여지므로 증거를 수집하기 어려워 승소 가능성을 예측하기가 어렵기 때문에 피해 보상을 청구할 유인이 적어 정당한 보상이 이루어질 수 없다. 따라서 보상액을 실제 손해액보다 많은 금액(손해액의 3배)으로 증가시켜 민간에게 위반자를 적발하고 소송을 제기할 유인을 제고하기 위함이다.

또한, 보상액을 실제 손해액으로 한정하면 피해액에 대한 이자 및 기회비용 등 피해자가 실제로 입은 손해를 완전히 보상받을 수 없는 경우가 생길 수 있다. 따라서 실제 손해액보다 많은 배상액(3배의 배상액)을 지급하게 하여 민간 피해자에게 반경쟁 행위에 대해서 소송을 제기할 충분한 유인(Incentive)을 제공한다.⁶⁹⁾ 공적인 기관(연방 법무부, 연방 공정거래위원회 등)이 반경쟁 행위 기소를 게을리 하는 경우 이러한 기능은 더욱 의미가 있다.

2) 억제(Deterrence)

3배 배상제도의 목적은 앞에서 논의한 「코먼 로」의 징벌적 손해배상제도의 경우와 같이 반경쟁 행위의 억제(Deterrence)이다. 반경쟁 행위는 은밀하게 행해지고 있어 적발될 가능성이 작기 때문에 적발되지 않으면 행위자는 거액의 이익을 취할 수 있다. 만약, 반경쟁 행위가 적발될 확률이 50%이고, 반경쟁 행위에 대한 보상액을 실제 손해로 한정하면, 반경쟁 행위에 대한 기대 이익(Expected benefit)이 기대 비용(Expected cost)보다 크기 때문에 반경쟁 행위를 할 유인이 존재한다. 따라서 반경쟁 행위가 적발될 확률이 50%라면 손해배상액을 실제 손해배상액의 2배 이상으로 하여 반경쟁 행위의 기대 비용을 높여 반경쟁 행위를 억제할 수 있다.

69) 이러한 기능을 사적 검찰(Private Attorney General)의 기능이라고도 표현한다.

3) 몰수(Disgorgement)

3배 배상제도의 또 하나의 목적은 부당 이득에 대한 몰수(Disgorgement)이다. 이론적으로는 원고가 받는 보상액이 피고가 취득한 부당 이득이므로 보상액을 3배로 할 필요는 없다. 그러나, 보상액을 실제 손해액으로 한정하면 원고는 시간과 비용을 투자하지 않으므로 피고의 부당 이득을 몰수할 수 없다. 또한, 반경쟁 행위로 인한 보상액을 실제 보상액으로 한정하면 행위자가 다른 사람에게 행한 유사한 행위로 취득한 부당 이득은 몰수할 수 없다.

4) 처벌(Punishment)

3배 배상제도의 네 번째 목적은 반경쟁 행위자를 처벌하는(Punishment) 것인데, 보상액을 피고가 원고에게 끼친 손해액으로 한정하면 완전한 처벌이 되지 못한다. 가격 또는 생산량을 제한하는 반경쟁 행위로 인한 실제손해액은 통상적으로 제품의 판매 가격과 경쟁 시장일 경우의 가격과의 차이로 계산할 수 있는데, 이를 피해 보상액으로 정하면 정당한 처벌이 될 수 없다.

반경쟁 행위(Anticompetitive conduct)는 가격 인상 이외에도 배분적 비효율(Allocative Inefficiency, 생산 감소 등)⁷⁰⁾을 초래하여 소비자 후생(Consumer welfare)을 감소시키는데, 손해배상액을 계산할 때 통상적으로 이러한 사회적 비용은 고려하지 않고 있다. 즉, 피고의 반경쟁적 행위는 소송을 제기한 원고뿐만 아니라 다른 사회 구성원(소비자)에게도 피해를 입히는 특징이 있다.

미국 연방 독점금지법의 3배 배상제도는 반경쟁 행위에 대한 ‘민간 검찰’(Private Attorney General), 즉 사적 제재의 유인을 증가시켜 위에서 지적한 4가지 목적을 달성하고자 하는 것이다.

반경쟁 행위는 은밀하게 행해지고 소송 당사자 이외의 사람에게도 피해를 입히므로 보상액을 소송 당사자가 입은 손해액의 3배로 증가시켜, 피해자의 소송 제기 유인을 증대시키는 한편, 피해자에게 충분한 보상을 하고 반경쟁 행위자를 처벌하고 반경쟁 행위

70) 반경쟁 행위의 배분적 비효율성에 대해서는 경제학 원론 교과서 참조. 예를 들어, 이준구 등(2005), 경제학 원론, 법문사, pp.182-184.

를 억제하고 부당 이득을 몰수하는 하는 것을 목적으로 하고 있다.

(3) 3배 배상제도에 대한 평가

미연방 의회는 2002년 미국의 독점금지법을 현대화하기 위한 ‘독점금지현대화위원회’(Antitrust Modernization Commission, 이하 AMC)를 구성하였다. AMC 구성원은 대통령, 하원과 상원의 공화당과 민주당이 공동으로 지명하였다. AMC는 공청회와 토론을 거쳐 평가 보고서(Report and Recommendation)를 발간하였다.⁷¹⁾ 동 보고서의 독점금지법의 3배 배상제도를 평가한 내용을 요약하면 다음과 같다.

특정한 경우에는 손해 배상액이 실제 손해액의 3배 이상 또는 이하가 되는 것이 위에서 언급한 목적을 달성하는 데 더욱 기여할 수 있지만, 평가위원회는 손해배상액 배수를 변경할 충분한 사례를 찾지 못했다. 즉, 독점금지법의 3배 배상제도는 위에서 논의한 4가지 목적을 달성하고 있다는 것이 미국 AMC의 평가이다.

평가위원회는 배상 금액을 확장하거나 축소해야 하는 경우도 충분히 고려했으나 채택하지 않았다고 밝히고 있다.

카르텔의 가격 담합 등과 같은 행위(Hard-Core Cartel)에 3배 배상을 적용하는 데에는 광범위하게 컨센서스가 이루어졌지만, 반경쟁적인 합병, 조인트 벤처 및 개별 기업의 반경쟁 행위 등과 같은 행위는 일반 대중에 공개되기 때문에 적발될 확률이 100%이므로 배상액을 손해액으로 한정해야 한다는 의견도 제시되었다.⁷²⁾

반면, 은밀하게 이루어지는 카르텔의 가격 담합 등과 같은 행위(Hard-Core Cartel)는 은밀하게 이루어지고 있어 적발할 확률이 3분의 1 이하이기 때문에 손해배상액을 3배 이상으로 올려야 한다는 견해도 제시되었다.

그러나, 카르텔의 가격 담합 등과 같은 행위는 형사 처벌의 대상도 되기 때문에 배상액을 3배 이상으로 증가시키는 것은 채택하지 않았고, 반경쟁 행위의 성격에 따라 차별

71) Antitrust Modernization Commission(2007), Report and Recommendation, April, 2007. Chapter III. A : Private Monetary Remedies and Liabilities Rules, pp.245-248.

72) ‘추론의 원칙’(Rule of reason) 사건의 경우 배상액을 1배로 제한하자는 의견도 있었으나 채택하지 않았다. ‘추론의 원칙’이란 독점력(Monopoly)이 있다는 것 자체가 위법이 아니라 독점력을 가지고 불공정하고 경쟁 제한적인 행위를 했을 경우에 독점금지법 위법이라는 법리이다. 독점은 불가피한 경우도 있고 바람직한 경우도 있으므로 독점력을 얻은 행위가 합법적이면 독점금지법 위반 여부는 독점력으로부터 발생한 행위의 위법성을 판단해야 한다는 연방 대법원의 판결에서 나온 법리이다.

하여 배상액을 정하는 것은 소송 비용 증가 등의 문제를 야기할 수 있어 채택되지 않았다. 즉, 카르텔 행위로 인한 효율성의 상실(Loss in efficiency)은 카르텔 행위의 특징, 관련 산업의 특징 및 기간에 따라 상이한데, 현실적으로 이를 정확히 계산할 수는 없으므로 실제 손해액의 3배로 정하고 있는 것이다.

제 3 장 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 문제점

우리나라의 「하도급법」에서는 부당한 하도급 대금의 결정 행위(제4조), 부당한 발주 취소(제8조 제1항), 부당한 반품 행위(제10조), 하도급 대금의 부당한 단가 인하(제11조 제1항·제2항) 및 기술 유용 행위(제12조의 3 제3항) 등에 대해서 징벌적 손해배상을 부과할 수 있게 하고 있다. 그리고 입증 책임은 피고에게 부과하고 있다.

이하에서는 영미법의 관점에서 징벌적 손해배상의 대상이 되고 있는 사항에 대하여 문제점을 분석하고자 한다. 먼저, 제2장에서 살펴본 영미법의 징벌적 손해배상제도를 요약하고 시사점을 도출하고자 한다.

1. 영미법 사례의 요약 및 시사점

(1) 대륙법 체계 국가에서는 인정하지 않아

징벌적 손해배상제도는 영미법의 「코먼 로」에서 인정되고, 미국 연방 성문법인 「독점금지법」에서 인정되는 법리이다. 대륙법 체계로 운용되고 있는 독일이나 일본은 일반적인 불법 행위나 「공정거래법」상에서도 징벌적 손해배상을 인정하지 않고 있다. 그 이유는 대륙법은 민사법과 형사법을 엄격히 구별하고 있는 체계를 취하고 있어, 민사법에서 나타나는 손해배상에 성격상 형사법적 특징인 징벌 성격을 갖고 있는 징벌적 손해배상은 대륙법 체계에 부합하지 않기 때문이다.

(2) 계약 관계에서는 특별한 계약에서만 인정

「코먼 로」의 징벌적 손해배상은 불법행위법(Tort law)에서 적용되고 계약법(Contract law)에서는 원칙적으로 적용되지 않는다. 현재 미국에서 징벌적 손해배상은 개인의 건강과 안전(Health and safety)을 위협하는 불법 행위에 주로 적용되고 있다. 주로 적용되는 분야는 타인을 해할 목적으로 타인의 신체에 위해를 가하는 고의적 불법

행위(Intentional tort), 제조물 책임(Product liability), 건축물 책임(Premise liability), 의료 과오(Medical practice)의 불법 행위 분야에 주로 적용되고 있다.

계약 관계에서 불법행위가 성립되기 위해서는 계약상 의무 불이행 이외에 독립된 불법행위가 있어야 징벌적 손해배상이 인정된다(35개주). 예외적으로 계약 분야에서 불법행위가 인정되는 경우에서도 특별한 관계의 계약 관계에서 인정하고 있다. 징벌적 손해배상이 인정되는 계약 분야는 결혼 계약 위반, 공공 서비스 제공 기관에 의한 계약 위반, 수탁인의 의무를 위반하는 계약 위반, 그리고 신의성실 조항 위반인 보험 계약과 고용 계약 등이다.

미연방 법무부의 사법 통계를 보더라도 계약 관계에서 징벌적 손해배상을 받은 경우는 사기(Fraud)와 같은 불법행위 요소가 있는 경우와 고용 계약에서의 피고용인을 차별한 경우, 제품이나 서비스를 판매하는 계약이행을 하면서 품질이 떨어지는 제품을 판매한 경우가 대부분이다.

(3) 기업 - 영업 방해 · 고용 차별 · 보험 사기 분야에 주로 적용

기업 행위와 관련해서는 영업 방해, 고용주의 고용 차별, 보험 계약에서의 보험회사 사기, 명예훼손, 지적재산권 침해, 영업비밀 남용, 독점금지 위반 행위와 같은 분야에 주로 적용된다. 하도급 계약과 같이 기업간 제품이나 서비스를 공급하는 계약에 적용된 사례는 찾을 수 없다.

(4) 미국에서도 적용이 축소

미국에서도 징벌적 손해배상제도는 ‘적법 절차 조항’을 위반하는 것이라는 위헌 논쟁이 지속되었고, 그 결과 일부 주에서는 주 대법원 판례나 성문법으로 금지하고 있다. 루이지애나주 · 네브래스카주 · 워싱턴주 · 매사추세츠주 등에서는 주 대법원(State Supreme Court)이 판례로서 징벌적 손해배상제도를 폐지하였고, 뉴햄프셔주는 1986년 법률로써 징벌적 손해배상제도를 폐지하였다. 결론적으로, 「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상은 미국에서도 문제점이 확산되어 적용이 엄격해지고 축소되고 있는 상황이다.

(5) 징벌적 손해배상에 대한 이론적 정당성

미국의 「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상이나 「독점금지법」의 3배 배상제도는 손해 배상액이 실제 손해액보다 많게 책정되어야 하는 이론적 정당성을 갖추고 있다. 즉, 「독점금지법」의 3배 배상제도의 경우 카르텔의 가격 담합과 같은 행위는 은밀하게 행해지고 있는 특성(Covert nature)이 있고, 원고뿐만 아니라 사회 전체에 손해를 끼치기 때문에 가격 담합 행위로 인한 부당 이득을 완전히 몰수하고 처벌하기 위해서는 원고가 입은 손해보다 많은 배상액을 가해자(피고)에게 배상토록 하는 것이라는 점에서 정당성을 인정받고 있다.

「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상을 부과하는 요건으로 은밀성(Covert nature) 또는 원고 이외의 타인에게 손해를 입히는 것을 명시적으로 요구하지는 않는다. 그러나, 징벌적 손해 배상액을 결정하는 첫 번째 요소인 비난의 정도(Degree of reprehensibility)를 판단할 경우 사회 전체에 미친 손해를 고려하고 있다.

특히, 뉴욕주는 원고가 계약 불이행으로 징벌적 손해배상을 받으려면, 독립적인 불법 행위를 원고가 주장하고 증명하는 것 이외에 피고의 유사한 행위가 일반 대중에게도 행해졌어야 한다고 규정하고 있다.

또한, 징벌적 손해배상은 일반적인 불법 행위보다 가중된(Aggravated) 행위 또는 포악한 행위이어야 부과할 수 있다. 행위자의 행위는 악의적인 동기 또는 타인의 권리에 대한 분별없는 무관심으로 인한 보통의 행위에서 극단적으로 이탈한 행위이어야 징벌적 손해배상의 대상이 된다. 즉, 구체적으로 범죄에서 발견되는 포악성과 유사한 요소가 있어야 한다.

(6) 입증 책임

미국의 「코먼 로」 상의 징벌적 손해배상은 징벌적 손해배상을 청구하는 원고가 피고의 불법 행위를 입증해야 한다. 원고는 피고의 행위가 징벌적 손해배상이 된다는 것을 ‘증거의 우위’(Preponderance of the evidence), ‘명백하고 설득력 있는 증거’(Clear and convincing evidence) 또는 ‘합리적인 의심 이상의 증거’(Beyond the reasonable doubt)의 원칙 중 하나로 피고의 행위가 징벌적 손해배상의 대상이 되는 행위임을 입증

해야 한다. 물론 3가지 원칙 중 어떤 것을 적용할지는 주(State)에 따라 상이하다. 최근의 판례는 입증 책임을 ‘증거의 우위’(Preponderance of the evidence)에서 ‘명백하고 설득력 있는 증거’(Clear and convincing evidence)로 원고의 입증 책임을 증가시키는 경향이 있다.

2. 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 문제점

이하에서는 부당 하도급 금액 결정, 하도급 금액의 부당 감액, 부당한 발주 취소, 부당 반품 및 기술 유용에 대해서 징벌적 손해배상이 타당한지를 살펴보기로 한다.

(1) 부당한 하도급 대금의 결정 행위

현행 「하도급법」은 부당한 방법에 의하여 통상 지급되는 대가보다 현저히 낮은 가격으로 하도급 대금을 결정한 경우는 부당한 하도급 대금 결정으로 규정하고 있다(「하도급법」 제4조 제1항). 현행법상 부당한 하도급 대금 결정이 되기 위해서는 첫째, 부당한 방법으로 하도급 대금을 결정해야 하고, 둘째, 통상의 가격보다 현저하게 낮은 가격으로 하도급 대금을 결정해야 하는 2가지 조건이 충족되어야 한다.

「하도급법」은 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급 대금을 결정하는 행위 등 다음과 같이 7가지 경우를 부당한 하도급 대금 결정으로 예시하고 있고, 이들의 경우는 부당한 하도급 대금 결정으로 간주하고 있다(「하도급법」 제4조 제2항).

1. 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급 대금을 결정하는 행위
2. 협조 요청 등 어떠한 명목으로든 일방적으로 일정 금액을 할당한 후 그 금액을 빼고 하도급 대금을 결정하는 행위
3. 정당한 사유 없이 특정 수급사업자를 차별 취급하여 하도급 대금을 결정하는 행위
4. 수급사업자에게 발주량 등 거래 조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나 다른 사업자의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 속이고 이를

- 이용하여 하도급 대금을 결정하는 행위
5. 원사업자가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급 대금을 결정하는 행위
 6. 수의계약(隨意契約)으로 하도급 계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 대통령령으로 정하는 바에 따른 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위
 7. 경쟁입찰에 의하여 하도급 계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위

부당 하도급 금액 결정은 계약금액 결정으로 계약 당사자가 자유로이 결정해야 할 사항에 대해 법으로 규제하고 있는 사항이다. 어떤 의미에서는 부당하다고도 할 수 없는 사항으로 이를 위반할 경우 징벌적 손해배상을 부과하고 있는 것은 정당성이 없다.

이러한 부당 하도급 금액 결정에 관한 규정은 계약 자유의 원칙에 반하는 규정이다. 계약금액 결정은 당사자간의 자유로운 협의에 의하여 자기 결정권이 보장되어야 하는데, 이러한 자유 결정권을 침해하는 형태의 계약 체결을 금지하고 있는 것으로 부당하다고도 할 수 없다.

「코먼 로」의 사례를 보더라도 계약금액 결정을 불법 행위로 보고 징벌적 손해배상을 부과하는 사례는 없다. 징벌적 손해배상은 일반적인 불법 행위의 요건보다 가중된(Aggravated) 행위에 대해서 부과한다. 하도급 계약에서 원사업자와 수급사업자가 합의하여 금액을 결정한 경우 하도급 금액이 통상의 가격보다 현저히 낮은 가격일지라도 이러한 행위가 가중된 불법 행위라고 볼 여지가 없다.

또한, 「독점금지법」의 3배 배상제도의 취지로 보더라도 부당한 계약금액 결정은 징벌적 손해배상의 대상 행위로 볼 수 없다. 그 이유는 첫째, 하도급 거래에서 계약금액 결정 행위는 그 행위가 은밀하게 이루어지는 것도 아니고, 그것으로 인해 원고 이외의 사회 구성원에게 피해를 미치는 행위가 아니기 때문이다.

(2) 부당한 하도급 대금의 감액

현행 「하도급법」은 원사업자가 정당한 사유를 입증하지 못하는 경우 하도급 금액

을 감액할 수 없는 것으로 규정하고 있고, 부당한 감액의 예시를 하고 있다. 예를 들어, 감액 조건 등을 명시하지 아니하고 협조 요청 또는 거래 상대방으로부터의 발주 취소, 경제 상황의 변동 등 불합리한 이유를 들어 하도급 대금을 감액하는 경우에는 부당한 하도급 대금의 감액으로 보고 있다. 또한, 단가 인하에 의한 합의 내용을 소급 적용하는 경우, 하도급 대금을 지급 기한 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 하도급 대금을 지나치게 감액하는 경우 등을 부담 감액으로 보고 있다.

원사업자가 결정된 금액을 수급사업자와 합의하여 감액하는 경우에는 이것 또한 계약금액 결정의 일환으로서, 부당하다고도 볼 수 없는 사항이다. 그리고 수급사업자가 합의하지 않은 경우에 감액한 경우에는 계약 위반으로 손해배상을 청구하면 되지, 이에 징벌적 손해배상을 부과하는 것은 정당성이 없다. 「하도급법」에서 이를 규제하기 때문에 이를 위반한 행위가 불법이라고 하더라도 이를 징벌적 손해배상을 부과하는 것은 앞에서 논의한 바와 같이 정당성이 없다. 미국의 「코먼 로」 사례에서도 살펴본 바와 같이 이와 같은 통상적인 계약 위반은 징벌적 손해배상의 대상이 아니다.

(3) 부당한 위탁 취소 및 부당 반품의 금지

현행 「하도급법」은 원사업자는 제조 등의 위탁을 한 후 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없는 경우에는 위탁을 임의로 취소하거나 변경하는 행위와 목적물 등의 납품을 수령하지 않거나 인수를 거부하거나 지연하는 행위는 부당한 위탁 취소로 보고 이를 금지하고 있다(「하도급법」 제8조).

현행 「하도급법」은 원사업자가 수급사업자로부터 목적물 등의 납품 등을 받은 경우 수급사업자에게 책임을 돌릴 사유가 없으면 그 목적물 등을 수급사업자에게 반품(이하 “부당 반품”이라 한다)하는 것을 금지하고 있다. 그리고 다음과 같은 경우는 부당 반품으로 간주하고 있다(제10조).

1. 거래 상대방으로부터의 발주 취소 또는 경제 상황의 변동 등을 이유로 목적물 등을 반품하는 행위
2. 검사의 기준 및 방법을 불명확하게 정함으로써 목적물 등을 부당하게 불합격으로 판정하여 이를 반품하는 행위

3. 원사업자가 공급한 원재료의 품질 불량으로 인하여 목적물 등이 불합격품으로 판정되었음에도 불구하고 이를 반품하는 행위
4. 원사업자의 원재료 공급 지연으로 인하여 납기가 지연되었음에도 불구하고 이를 이유로 목적물 등을 반품하는 행위

이와 같은 부당 위탁 취소나 반품도 계약 위반으로 손해배상을 청구하면 되지 이러한 행위가 징벌적 손해배상의 대상이 될 수는 없다. 징벌적 손해배상은 일반적인 불법 행위의 요건보다 가중된(Aggravated) 행위에 대해서 부과하는 것이 「코먼 로」의 일반적인 요건이다. 그런데 부당한 위탁 취소나 부당 반품의 경우에 일반적인 불법행위 요건보다 가중된 요건을 상상하기 어렵다.

또한, 「독점금지법」의 3배 배상제도의 취지로 판단하더라도 부당 위탁 취소나 부당 반품 행위는 원고(피해자) 이외의 다른 사람에게 피해를 주는 행위도 아니고 은밀하게 이루어지는 행위도 아니므로 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 없다.

(4) 기술 유용

현행 「하도급법」은 “원사업자가 수급사업자의 기술 자료를 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구한 경우, 취득한 기술 자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용해서는 안 된다”라고 규정하고 있다(「하도급법」 12조의3).

공정거래위원회는 「기술자료 제공·유용 행위 심사지침」에서 기술자료 요구·유용 행위에 대한 예시를 하고 있는데, 대표적인 경우는 다음과 같다. 첫째, 수의계약을 통하여 하도급 계약이 체결되는 경우 정당한 사유 없이 기술 자료의 제공을 조건으로 하도급 계약을 체결하고 그 기술 자료를 제공받거나 유용하는 경우, 둘째, 경쟁입찰을 통하여 하도급 계약이 체결되는데도 입찰 과정에서 참가자로부터 제안서 등의 기술 자료를 제공받거나 유용하는 경우, 셋째, 원사업자가 기존 거래와 관련되거나 또는 무관한 별도의 거래에 대해 수급사업자와 수의계약을 진행하는 과정에서 수급사업자의 기술 자료를 제공받거나 유용하였지만 거래가 성립하지 않은 경우, 넷째, 원사업자가 기존 거래와 관련되거나 또는 무관한 별도의 거래에 대해 경쟁입찰 과정에서 제안서 등 수급사업자의 기술 자료를 제공받거나 유용하였지만 거래가 성립되지 않은 경우, 다섯째, 원사업자

와 수급사업자가 발주자에게 공동으로 제안서를 제출하는 과정에서 기술 자료를 제공받아 유용하였지만 거래가 성립되지 않은 경우 등이다.

원사업자가 수급사업자의 기술을 유용하는 것은 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 있다고 판단된다. 위에서 든 예시와 같이 기술 유용은 은밀하게 이루어지는 것이 다반사이고 사회적으로 용인할 수 없는 악의에 찬 행위이므로 사기·기만의 정도가 심한 경우 기술 유용 행위는 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 있다고 판단된다.

(5) 입증 책임의 문제

현행 「하도급법」은 징벌적 손해배상의 입증 책임을 피고에게 지우고 있고, 입증의 정도도 일반 손해배상의 경우와 다르지 않게 규정하고 있다. 즉, 일반 손해배상과 징벌적 손해배상 모두 원사업자(피고)가 고의 또는 과실이 없음을 입증하게 되어 있다.

그러나, 미국의 「코먼 로」 상에서는 징벌적 손해배상을 청구하는 원고가 입증을 하게 되어 있고, 입증의 정도도 일반적인 손해배상에서 적용하는 ‘증거의 우위’(Preponderance of evidence)가 아니라 ‘명백하고 설득력 있는 증거’(Clear and convincing evidence)를 요구하고 있다. 특히, 콜로라도주는 형법에서 적용되는 ‘합리적 의심 이상’(Beyond the reasonable doubt)을 요구하고 있다.

「하도급법」도 입증 책임의 문제를 원고가 입증하게 하고, 입증의 정도도 일반 손해배상보다 더욱 강화된 기준에 의해서 판단하는 방향으로 개선해야 한다.

제 4 장 결론

미국의 징벌적 손해배상제도에는 「코먼 로」(Common law)에서 인정되고 있는 징벌적 손해배상제도와 연방 성문법(Federal Statute)인 「독점금지법」(Antitrust law)에서 규정하고 있는 3배 배상제도(Rule of treble damage)가 있다. 이들 제도는 단순히 불법 행위를 억제하기 위하여 손해 배상액을 피고(가해자)가 원고(피해자)에게 입힌 손해 배상액보다 많이 배상토록 하는 제도가 아니다.

「독점금지법」에서 배상액을 원고(피해자)가 입은 손해보다 많은 3배 배상제도를 시행하는 이론적 근거는 첫째, 피고(가해자)의 불공정 행위가 원고(피해자) 이외의 다른 제3자에게도 피해를 입히는 행위이기 때문에 부과한다는 점이다. 예를 들어, 카르텔이 가격 또는 생산량을 제한하는 가격담합 행위의 경우, 원고의 실제 손해액은 제품의 판매 가격과 경쟁 시장일 경우의 가격과의 차이로 계산할 수 있는데, 이를 피해 보상액으로 정하면 가해자(피고)에 대한 정당한 처벌이 될 수 없기 때문이다. 즉, 이와 같은 반경쟁 행위는 가격 인상 이외에도 배분적 비효율(Allocative Inefficiency, 생산 감소 등)을 초래하여 사회 전체의 소비자 후생(Consumer Welfare)을 감소시키는데, 원고의 손해 배상액을 계산할 때 이러한 사회적 비용은 고려하지 않고 있기 때문이다.

둘째, 「독점금지법」상의 가해자의 불법 행위는 은밀하게 행하여지는 특성(Covert nature)으로 인하여 적발될 가능성이 적어 이러한 불법 행위를 억제하기 위해서는 손해 배상액을 불법 행위가 적발될 확률을 고려하여 실제 손해액보다 많이 부담하게 하는 것이다. 가해자의 불법 행위가 적발될 확률이 50%인 경우 불법 행위에 대한 보상액을 실제 손해로 한정하면, 불법 행위에 대한 기대 이익이 기대 비용보다 크기 때문에 불법 행위를 할 가능성이 높다. 이런 경우 손해 배상액을 실제 손해액의 2배로 하면 가해자의 불법 행위에 대한 기대 비용이 증가하여 불법 행위를 억제할 수 있다는 논리이다. 단순히 불법 행위를 억제하기 위하여 손해 배상액을 실제 손해액의 3배 또는 10배로 증가시키는 것이 아니다. 즉, 「독점금지법」의 불법 행위는 첫째, 가해자(피고)가 원고(피해자)에게 끼친 손해 이외에도 사회 구성원의 다른 사람에게도 손해를 입히는 행위이고,

둘째, 은밀하게 행해져서 적발하기 어려운 행위의 특징(Covert nature)이 있기 때문에 실제 손해액보다 높게 손해 배상액을 부담시키는 점이다.

그리고 이와 같은 가격 담합 행위로 인한 효율성의 상실(Loss in Efficiency)은 카르텔 행위의 특징과 적발될 확률, 관련 산업의 특징 및 기간 등에 따라 상이한데 현실적으로 이를 정확히 계산할 수는 없으므로 실제 손해액의 3배로 정하고 있는 것이다.

배심원이 손해 배상액을 결정하는 「커먼 로」의 징벌적 손해배상도 가해자가 입힌 사회 전체의 손해 때문에 사회적 비난을 받고 원고가 입은 손해보다 많은 징벌적 배상액을 부과하고 있는 경우가 대부분이다. 예를 들어, 담배 제조회사를 상대로 낸 손해배상 소송에서 원고 이외의 다른 흡연자에게 끼친 손해액을 배상액 산정시 고려하는 것이 그 예이다.

그러나, 최근 「하도급법」에 도입한 원사업자의 부당한 하도급 대금 결정, 부당 단가 인하, 부당 발주 취소 및 부당 반품은 피해자에게 입힌 손해 이외에 제3자에게 손해를 입히는 경우는 존재하지 않는다. 원사업자의 행위가 은밀하게 이루어져 수급사업자가 인지 못하는 행위도 아니다. 즉, 손해 배상액이 실제 손해액보다 많은 징벌적 손해배상을 책정할 이유가 존재하지 않는다.

단지, 원사업자의 기술 유용 행위는 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 있다. 기술 유용은 은밀하게 이루어지는 것이 다반사이고 사회적으로 용인할 수 없는 악의적인 행위이므로 사기·기만의 정도가 심한 경우 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 있다.

참고 문헌

<국내 문헌>

김태선(2012), 징벌적 손해배상제도의 관련 쟁점 및 국내에서의 논의 현황, 한국법제연구원, 입법평가회의 자료집, 2012, 10. 10.

김현수 외, 징벌적 손해배상제도에 관한 입법 평가, 한국법제연구원, 2012. 11. 30.

이종광·박승국·정대운(2012), 건설하도급 불공정거래 행위에 대한 징벌적 손해배상제 확대 방안, 대한건설정책연구원, 2012. 6.

이준구·이창용, 경제학원론, 법문사, 2005.

정환(2011), 하도급법상 3배 배상제도에 관한 비판적 검토, 전국경제인연합회, 기업정책 시리즈4.

<외국 문헌>

Antitrust Modernization Commission(2007), Report and Recommendation, April, 2007.

Cavanagh, Edward D.,(2010), “The private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience”, Loyola University Chicago Law Journal, Vol 41, pp. 629-649.

Colby, Thomas B.(2009), “Clearing the Smoke from Philip Morris USA vs. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages”, Yale Law Review, Vol. 118.

Cohen, Thomas H. and Kyle Harbacek(2011), “Punitive Damage Awards in State Courts, 2005”, U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics

Collin, Thomas J.(Ed.)(1998), Punitive Damage and Business Torts, American Bar Association, Section of Antitrust Law.

Cotchett, Joseph W. and Mark C. Molumphy, Punitive Damage : How Much is Enough?, Civil Litigation Reporter, Volume 20, Number 1, Feb. 1998.

Dodge, Williams S.(1999), The Case for punitive damage in contracts, Duke Law Journal, vol. 48, February 1999.

- Kelly-Rose(2006), “Whose award is it anyway? : Implication of Awarding the Entire Sum of Punitive Damage to the State”, *Wasburn Law Journal*, Vol 45.
- Krauss, Michael I.(2010), “Retributive Damages and the Death of Private Ordering”, *University of Pennsylvania Law Review*.
- Geistfeld, Mart A.,(2011) “Due Process and the Deterrence Rationale for Punitive Damages”(2011), *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 285.
- Rietema, Paul B. (2007), *Recent developments: reconceptualizing Split-Recovery Statutes*, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 31, pp.1159-1168.

Abstract

The Investigation of the Problems with Punitive Damage in Subcontracting Law in Korea

The doctrine of punitive damage has been characterized as an anomaly. In civil law, the primary damages is to compensate the plaintiff for injuries caused by a defendant's conduct. Compensatory damages focus on the nature and extent of a plaintiff's injuries and are awarded to the extent necessary to make a plaintiff whole. In contrast, punitive damages are awarded based on the nature of a defendant's wrongful conduct and, by definition, may bear little relationship to the extent of a plaintiff's injuries. As a general proposition, punitive damages are damages awarded to punish a person for extreme or outrageous acts and to deter that person and others from similar conduct in the future.

In Korea the punitive damages was first introduced for prime contractor's abusing technical data acquired from subcontractor in "fair transactions in subcontracting act" in 2011 and was enlarged for unreasonable purchase price imposing in subcontract, unreasonable cancelation of subcontract, prime contractor's unreasonable return of goods and services supplied by subcontractor or reduction of the subcontract price fixed at the time of initial execution of subcontract in 2013.

This study investigated the problems with punitive damages provisioned as such mentioned before in 'fair transactions in subcontracting act' in Korea.

The problem is that the conduct of violating the provisions as such mentioned before except for does not deserve punitive damage except for prime contractor's abusing technical data acquired from subcontractor, comparing to the common law cases in the United States.

In common law in the United States, punitive damages are not recoverable for a breach of contracts unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive are recoverable. Apart from this "independent tort" exception, there are a few exceptions to the rule barring punitive damages for breach of contract,

exceptions are so widely recognized that they should be counted as part of the traditional rule: breach of a contract to marry, breach of a contract by a public service company, breach of a contract that is also a breach of a fiduciary duty ; and more recently, bad faith breach of an insurance contract.

Also, the conduct of violating such provisions does not cause the harms to other people than plaintiff. Therefore such conduct is not outrageous or egregious, so is not considered aggravated for deserving the punitive damage.

○ 저자 소개

이의섭 eslee@cerik.re.kr

학력사항

- 1980년 2월 : 서울대학교 신문학과 졸업
- 1988년 5월 : 뉴욕주립대학교(Albany) 경제학 석사
- 1990년 12월 : 뉴욕주립대학교(Albany) 경제학 박사

경력사항

- 1980. 1 ~ 1982. 3 : 대우그룹 기획조정실 근무
- 1986. 11 ~ 1990. 10 : 뉴욕주 총무처(New York State Department of Civil Service)
- 1994. 5 ~ 1995. 3 : 서울시정개발연구원 초빙연구원
- 1991. 3 ~ 현재 : 대학강사(서울대 법과대학, 경영대학, 중앙대 건설대학원 등)
- 1995. 3 ~ 현재 : 한국건설산업연구원 연구위원
- 2011. 7 ~ 현재 : 공정거래위원회 공정거래정책자문단 위원

저서 및 논문

- (1) 건설보증론 : 건설보증의 이론과 실제, 건설공제조합, 2011. 3. 18(공저).
- (2) “Estimation of Urban Productivity Indicator for the Influence of Traffic Congestion in Seoul,” in *Cities and Nation: Planning Issues and Policies of Korea*, Ed. by Gun Young Lee and Hyun Sik Klm, NANAM Publishing House, 1995(공저).
- (3) “An Analysis of Elementary and Secondary School Choice”
Journal of Urban Economics, 38, 236-251, 1995.
- (4) “An Empirical Analysis of Elementary and Secondary School Choice”(1991), 박사학위논문 등.

연구보고서

- (1) 회생절차시 공사계약 관련 보증취급 방법 개선 방안, 한국건설산업연구원, 8.
- (2) 통합발주방식의 도입 현황과 정책적 시사점, 한국건설산업연구원, 2012. 4.
- (3) 건설산업 생산방식의 변천 과정과 정책적 시사점, 한국건설산업연구원, 2011. 6.
- (4) 건설하도급자 불공정행위 방지대책에 관한 연구, 한국건설산업연구원, 2011. 7. 8.
- (5) 건설공사보험제도의 개선 방안에 관한 연구, 한국건설산업연구원, 2010. 5.
- (6) 하도급대금지급보증제도의 개선방안, 한국건설산업연구원, 2009. 8. 3.
- (7) 중소 건설업체 해외 진출 활성화를 위한 금융지원제도 개선 방안, 한국건설산업연구원, 2009. 2.
- (8) 해외건설공사 보증 취급 방안에 관한 연구, 건설공제조합 연구용역(공저), 2008. 12.
- (9) 투자개발형 인프라 개발사업의 민관 협력 활성화 방안, 국토부 연구 용역(공저), 2008. 12 등.