

연구보고 2007-

공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 손해배상제도 도입방안 연구

김 두 진

공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 손해배상제도 도입방안 연구

Introducing Punitive Damages into Competition Law and
Consumer Law

연구자 : 김두진(부연구위원)

Kim, Doo-Jin

2007. 10. 31.

국문 요약

미국, 영국, 호주, 뉴질랜드, 인도, 필리핀, 이스라엘, 브라질, 노르웨이 등의 국가의 손해배상법제에서는 악의적 불법행위를 한 가해자에 대하여 제재하고 그와 유사한 행위가 당해 가해자 및 다른 제3자에 의하여 장래에 재발되는 것을 억제하기 위하여 징벌적 배상을 부여하는 것이 인정된다. 이들 대다수는 커먼로 국가들이다. 반면 프랑스, 독일, 중국, 일본, 대한민국과 같은 대륙법계국가들에서는 현재 손해배상청구의 대상으로 인정되는 것은 가해자의 행위에 의하여 유발된 피해자가 입은 실손해의 보전만으로 제한된다.

징벌적 배상은 특히 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 행위자의 위법행위로 인하여 다수의 피해자에게 소액의 피해가 발생하고 각각의 피해자로서는 그 회복에 드는 시간 및 비용과 승소시 받을 수 있는 배상액 또는 편익의 근소함으로 인해서 제소하지 않는 것이 합리적인 상황이 벌어지는 제분야에서 유용하다. 이 보고서에서는 이러한 소액다수불법행위가 발생할 수 있는 영역으로 공정거래법(특히 부당한 공동행위, 시장지배적 지위의 남용행위의 경우), 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「제조물책임법」, 「방문판매등에 관한 법률」(특히 다단계판매 부분)이 선정되는 것이 적절하다고 판단하고 이들 법 분야에 징벌적 배상제를 도입하는 방안에 관하여 연구하였다.

이 보고서의 제2장에서는 징벌적 배상의 정의, 역사 및 징벌적 배상제 도입에 대한 찬반양론을 소개하고 입장을 정리하였다.

제3장에서는 징벌적 배상제를 채택하고 있는 국가들과 채택하고 있지 아니한 국가들의 손해배상법제를 일별하였다.

제4장에서는 현행 우리나라 손해배상법제의 현황과 관련판례를 고찰하고, 징벌적 배상제 도입의 입법방식과 도입의 범위, 그리고 징벌적 배상제 도입시 적용하여야 할 여러 가지 입법요소들에 관하여 살펴 보았다. 이 부분의 결론을 요약하면, i) 우리 법에서는 징벌적 배상이 부여될 수 있는 행위자의 심적 상태는 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 경우로 입법하는 것이 적절하다.

ii) 징벌적 배상액은 배심원에 의하여 결정되는 것이 그 민주적 정당성을 위하여 적절하지만 배심제가 도입되지 않은 상황에서는 직업 법관이 결정하는 것이 불가피하며 동시에 이것은 배상액의 선정적 결정을 피한다는 장점도 가진다.

iii) 징벌적 배상액의 일부 또는 전부를 국고나 공적 용도의 기금으로 충당하는 입법례도 있으나 우리나라에서는 당분간 제소원고에게 부여하는 것이 이 제도의 활용촉진을 위하여 필요하다.

iv) 징벌적 배상액의 산정은 실손해액, 행위자의 악의성·자력 등 제반사정을 고려하여 결정되어야 한다는 것이 대체적인 외국의 입법과 판례의 입장이다.

v) 징벌적 배상액의 상한제는 도입되는 것이 적절하며 징벌적 배상을 위한 입증책임의 소재는 이 법이 도입되는 각 단행법의 태도에 따를 수밖에 없다. 그러나 징벌적 배상의 증명도는 실체진실주의를 취하는 우리 민사법에 있어서는 큰 의미가 없다.

vi) 징벌적 배상제의 활용촉진을 위해서는 소비자집단소송제의 도입이 필요하다.

vii) 과징금과 징벌적 배상은 둘 다 범위반자에 대한 제재라는 공통점이 있으므로 어느 하나가 먼저 부과되고 난 후 부과되는 과징금이나 징벌적 배상액은 먼저 부과된 것만큼 감축될 필요가 있다.

마지막으로 제5장에서는 앞에서 선정한 징벌적 배상제의 법리를 적용하여 대상 법률들에 징벌적 배상제를 도입하는 경우에 가능한 입법 초안을 분야별로 구체적으로 제시하였다.

※ 키워드 : 징벌적 배상, 불법행위, 제재, 억제, 실손해, 보전, 공정거래법, 표시·광고의 공정화, 제조물책임, 방문판매, 다단계판매.

Abstract

In the common law countries such as USA, UK, Canada, Australia, New Zealand, India, Philippines, Israel and a few continental law country such as Brazil or Norway, punitive damages are awarded to the victims to punish the wrong-doer and to deter that person and others from similar bad conduct in the future. On the other hand, most of the civil law countries such as France, Germany, China, Japan, and Korea award only actual damages to the plaintiff or plaintiffs. In Korean Civil Law, like many other civil law countries, the purpose of damages is not to punish a defendant who committed torts intentionally but to compensate a plaintiff who suffers the harm caused by the defendant's conduct.

Punitive damages are very useful in such areas as follows:

where many people suffer the harm caused through the same bad conduct by a company; and; where individual plaintiff could be frustrated in suing defendant because he could get only small amount of actual damage through the time-consuming and costly action.

In this paper, I guess those areas would be in the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (Amended by Act No. 8666, Oct. 17, 2007)(esp. in the provisions of the Abuse of Market-Dominant Position or the Cartel), the Act on the Fair Indication and Advertisement (Amended by Act No. 7988, Sep. 17, 2006), the Product Liability Act (Establishment 2000. 1.12 Act No. 6109), the Door-To-Door Sales, etc Act (Wholly Amended 2002. 3.30 Act No. 6688) (esp. in the provisions of the Multi-Level Marketing).

In chapter II, the definition of punitive damages, the history of adopting punitive damage, and the necessity of introduction of punitive

damage was looked on. I had to offer some polemics against the opposite views.

In chapter III, legal systems of foreign countries were examined in the light of awarding punitive damage in their tort law.

In chapter IV, I evaluated operation results by current damage system in Korea from the Civil Act to the several consumer laws, and I suggested legislative measures of introducing punitive damage system into the Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act, the Act on the Fair Indication and Advertisement, the Product Liability Act, and the Door-To-Door Sales, etc Act. In so doing, I had to answer to some legal questions. The theme I mentioned are: Which conduct deserves punitive damage award?; which mental status of defendant is required for awarding punitive damage?; Who should determine the amount of punitive damages?; To whom punitive damages should be given?; How can be measured the amount punitive damages?; Whether the upper limits on punitive damages should be set; How should be the burden of proof; Whether the consumer class action is necessary to facilitate punitive damage action or not; What is the relationship between punitive damage and surcharges? etc.

As a conclusion, in Chapter V, I suggested for legislature some draft bills of punitive damage system in the relevant acts.

※ Key words : punitive damages, tort, punishment, deterrence, actual damage, compensation, Monopoly Regulation and Fair Trade Act, Fair Indication and Advertisement, Product Liability, Door-To-Door Sales, Multi-Level Marketing.

목 차

국 문 요 약	3
Abstract	7
제 1 장 서 론	13
제 1 절 연구의 목적	13
제 2 절 연구의 범위 및 방법	15
제 2 장 징벌적 배상의 개념	19
제 1 절 손해배상제도의 발전과 징벌적 배상의 의의	19
1. 손해배상과 형벌의 분화	19
2. 징벌적 배상의 의의	21
제 2 절 징벌적 배상의 역사	25
제 3 절 징벌적 배상제에 대한 찬반양론	27
1. 도입찬성론	27
2. 도입반대론	29
3. 소 결	30
제 3 장 징벌적 배상에 관한 각국의 법제	37
제 1 절 각국 법제의 개관	37
제 2 절 징벌적 배상제도 부정 국가의 손해배상법제	38
1. 유럽의 대륙법계국가의 손해배상제도	38
2. 아시아의 대륙법계국가의 손해배상제도	48
3. 라틴 아메리카의 대륙법계국가의 손해배상제도	52

4. 중동국가의 손해배상제도	52
제 3 절 징벌적 배상제도 인정 국가의 관련제도	53
1. 미 국	53
2. 영 국	79
3. 캐나다	84
4. 호주와 뉴질랜드	88
5. 인도와 필리핀	90
6. 이스라엘	91
7. 브라질	91
8. 노르웨이	92
제 4 장 공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 배상제의 도입	93
제 1 절 우리나라 손해배상법제 및 제도운용실태	93
1. 민법의 손해배상 원칙	93
2. 특정분야의 손해배상에 관한 법률규정들	96
3. 공정거래법상의 손해배상 원칙	100
4. 소비자관련법상의 손해배상 원칙	119
제 2 절 공정거래법 및 소비자관련법에의 징벌적 배상제도의 도입	146
1. 징벌적 배상제 도입의 입법방식	146
2. 징벌적 배상제 도입의 범위	148
제 3 절 징벌적 손해배상제 도입시의 운용법리	153
1. 징벌적 배상이 요구되는 사유	153
2. 징벌적 배상액의 산정	157
3. 배상액의 귀속	163
4. 증명도와 입증책임	163

5. 소비자집단소송제	166
6. 외국의 징벌적 배상을 명하는 판결의 승인 및 집행	167
7. 과징금과의 관계	170
제 5 장 결 론	175
1. 공정거래법 분야	178
2. 소비자관련법 분야	179
참 고 문 헌	183
【부 록】	
[부 록 1] 징벌적배상법(안)	199
[부 록 2] 징벌적배상제 도입시안 신구대조표	205

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

우리나라의 손해배상제도는 사법의 기본법인 『민법』상 손해발생 원인이 채무불이행으로 인한 손해배상(제390조 이하)과 불법행위로 인한 손해배상(제750조 이하)으로 양분되어 있으며 그 밖에 손해배상에 관한 특별법들이 존재한다. 예컨대 가해자가 국가나 지방자치단체의 공무원인 경우에는 가해행위가 적법한지 여부에 따라 공무집행으로 인한 손실보상과 손해배상으로 세분되면서, 각각 『공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률』, 『국가배상법』 등이 있다.

분야별 특별법 중에도 당해 법률 위반의 가해행위에 대한 손해배상에 관한 규정들이 존재하기도 하는데 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』(이하 공정거래법으로 지칭한다), 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』, 『특허법』, 『저작권법』, 『컴퓨터프로그램 보호법』, 『상표법』 등에는 각각 법 위반으로 인한 손해배상청구에 관한 특칙규정이 존재한다. 또한 『제조물책임법』은 이 법 자체가 “제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임을 규정함으로써 피해자의 보호를 도모하고 국민생활의 안전향상과 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로”(이 법 제1조) 제정된 법률이다. 이들 현행 법상의 손해배상제도는 모두 『민법』상의 실손해 보전 원칙을 기본으로 하고 있어 실제 발생한 손해만이 보전되는 법제이다. 따라서 가해자 및 잠재적 가해자에 대한 침해억지력이 거의 없다는 지적이 있다.

한편 일반적으로 소비자 피해의 경우 대체로 피해의 총액은 다액이지만 그 피해가 다수에게 분산됨으로써 개별 소비자별로는 피해액이 소액이라는 특성을 가진다.¹⁾ 따라서 소비자들은 피해를 입은 경우에

1) 이하 이와 같은 소비자피해를 ‘소액다수소비자피해’, 소액다수소비자피해를 발생

제소를 통하여 얻는 피해 구제라는 이익(benefit)보다 승소에 이르기 위하여 투입하여야 하는 노력, 시간 및 비용(cost)이 더 크기 때문에 합리적 소비자라면 소송을 제기하여 피해를 배상받으려 하기보다는 소송을 포기하게 되는데, 소비자가 자신이 입은 피해에 대하여 소송을 포기하는 것은 비용-편익 분석의 결과라는 점에서 개별 소비자의 입장에서는 경제적으로 합리적 선택에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 가해자의 위법행위로 소비자가 분명히 손해를 입었음에도 불구하고 권리구제절차에 소요되는 비용 때문에 그 손해의 배상을 구하지 못하는 현상은 소비자로서는 엄연히 보장되어 있는 권리를 행사하지 못하여 불필요한 손해를 감수하는 것이며, 가해자로서는 배상책임을 면함으로써 부당한 이익을 취하게 되고 향후에도 책임을 발생하지 않도록 하기 위한 노력을 게을리하는 원인이 되어 사회 전체적으로 비정의를 초래하는 원인이 된다.

따라서 일각에서는 외국의 징벌적 손해배상 제도를 도입하여 가해행위에 대한 억제효과를 획기적으로 높여야 한다고 하는 주장도 있다. 그러나 기존 학계의 주류 주장은 징벌적 손해배상제도는 우리 「민법」상 손해배상원칙과 어긋나기 때문에 도입이 어렵다는 것이다.

이 연구의 목적은 기업에 의하여 소액다수소비자피해를 발생시키는 악의적 가해행위에 관하여 공정거래법 및 소비자관련법²⁾을 위반한 악의적 불법행위에 대한 억지력 제고를 위하여 이들 법 분야에서 징벌적 손해배상 제도를 도입하는 것이 가능한지, 그리고 가능하다면 그 방안은 어떻게 되는 것이 적절한지, 그리고 도입시의 집행 법리에 관해서 검토하고자 하는 것이다.

시키는 불법행위를 ‘소액대량불법행위’라 지칭한다.

2) 이 보고서에서는 ‘소비자관련법’이라는 용어를 『소비자기본법』, 『약관의 규제에 관한 법률』, 『전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률』, 『방문판매 등에 관한 법률』, 『할부거래에 관한 법률』, 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』, 『제조물책임법』 등을 가리키는 것으로 사용한다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

징벌적 손해배상제도를 우리나라에 도입할 필요성에 관해서는 과거 학자들의 논의가 있었고,³⁾ 공식적인 입법시도도 정당이나 정부부처, 민간단체 등에 의하여 여러 차례 있어 왔다.

예컨대 2003년 12월 한국소비자보호원⁴⁾은 『소비자보호법』, 『제조물 책임법』, 『전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률』, 『방문판매등에서의 소비자보호에 관한 법률』, 『유사수신행위의 규제에 관한 법률』, 『대부업의 등록 및 금융이용자보호에 관한 법률』 등의 개별 단행법에 징벌적 배상규정을 신설하는 개정안을 제안하였다.⁵⁾ 2004년 6월 노동건강연대 주최 ‘산재사망에 대한 사업주의 책임강화 방안에 관한 정책토론회’에 참석한 고려대학교 박경신 교수가 발제문에서 민법 제 393조 제3항을 신설하는 징벌적 배상제 도입방안을 제안하였고,⁶⁾ 2004년 7월 참여연대는 민법 제750조 제2항을 신설하는 일반적 징벌 배상제의 도입을 법무부에 제안하였으며,⁷⁾ 2004년 8월 열린우리당은 언론에 의한 피해자의 피해구제를 위하여 『정기간행물의등록등에 관한 법률』⁸⁾에 징벌적 손해배상제도를 도입하려고 시도한 바 있고, 2006년 정보통신부는 『정보통신망이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률』을 개정하여 기업의 개인정보 악용행위에 대하여 징벌적 손해배상제도를 도입하려고 한 바 있다.⁹⁾ 2006년 7월에는 국가인권위원회가 차별금지

3) 예컨대 민사판례연구회 편, 『민사판례연구 [VII]』, 경문사, 1985, 381-382면(김용담, 곽윤직 교수는 도입을 반대하는 입장, 송상현 교수, 양삼승 판사는 도입에 찬성하는 입장).

4) 현재의 한국소비자원.

5) 김성천, “징벌적 손해배상제도와 소비자피해구제”, 한국소비자보호원, 2003, 105-111면.

6) 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(2)”, 2006.9., 16면.

7) 위의 자료, 13면.

8) 이 법률은 2005년 1월 『신문등의자유와기능보장에관한법률』로 법명이 변경되었다.

9) 전삼현, “징벌적 손해배상제법(안) 토론요지”, 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배

법안을 마련하였는데 그 제40조제3항에 악의적 차별행위에 대한 징벌적 배상을 규정하였다.¹⁰⁾ 그리고 사법제도개혁추진위원회는 2005년부터 개혁 입법과제의 하나로서 우리나라에 징벌적 배상제를 도입하는 문제에 대하여 검토하였고¹¹⁾ 독립된 단행법률로 『징벌적손해배상법』을 제정하는 방안을 추진하고¹²⁾ 전문가회의에서 법시안에 대하여 찬반토론을 하였지만¹³⁾ 일단 민법이나 일반법으로서 징벌적 배상제를 도입하는 방안에 대해서는 보류하고 장기적 검토과제로 돌린 상황이다. 그리고 이 보고서의 작성과 관련하여 한국법제연구원에서는 2007년 10월 5일 “징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성”이라는 주제로 전문가워크숍을 개최하였다.¹⁴⁾

상제도 참고자료(1)”, 2006.7., 30면.

10) 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(2)”, 2006.9., 16면.

11) 사법제도개혁추진위원회에서 의뢰한 연구용역을 수행한 동아대학교 이점인 교수의 보고서(이점인, “징벌적 배상제의 도입방안에 관한 연구”, 사법제도개혁추진위원회, 2005.12. 이하 ‘이점인 보고서’라 지칭한다)는 1996년 11월에 미국 통일주법위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)가 정한 모델징벌배상법안(Model Punitive Damages Act)을 기초로 하여 민법에 일반조항으로서 제750조의2를 신설하여 징벌적 배상제를 도입하는 시안을 제시하고 있다.

12) 사법제도개혁추진위원회가 2차 용역을 의뢰한 결과 황희석 변호사의 징벌적손해배상법 시안이 마련되었다. 그 내용은 부록 1 참조.

13) 사법제도개혁추진위원회가 2006년 5월 30일 개최한 징벌적 배상제도 도입방안에 대한 전문가회의에서는 황희석 변호사의 징벌적손해배상법 시안을 놓고 찬반토론을 벌였다. 이 회의에서 장재욱 교수(중앙대학교), 전삼현 교수(숭실대학교), 배금자 변호사(대한변호사협회 이사), 홍승면 부장판사(대법원), 박성근 검사(법무부 법무심의관실), 양세영 부장(전국경제인연합회 기업정책팀), 박완기 정책실장(경제정의실천시민연합), 임영재 연구위원(한국개발연구원) 등의 외부 참석자와 사개추위 추진단장, 기획연구팀장(서보학 교수), 김진욱 변호사, 이은 변호사, 김행선 변호사, 정한중 변호사, 마석우 경정, 최정숙 검사, 최수령 변호사 등의 내부 참석자가 논의를 하였다. 이 중 홍승면 부장판사, 양세영 부장은 도입에 반대하였고 전삼현 교수는 제한적 찬성, 나머지 다른 참석자는 도입에는 찬성하되 부작용을 줄일 수 있도록 검토하자는 의견을 밝혔다. 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, 2006.7., 82면.

14) 제1세션에서는 장재욱 교수(중앙대학교)의 사회로 김제완 교수(고려대학교)가 “징벌적 배상 법리의 발전과정과 현황 - 영국과 캐나다 등의 법리와 우리나라에서의 논의를 중심으로 -”라는 주제로 이규호 교수(중앙대학교)가 “미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점”이라는 주제로, 그리고 박동진 교수(연세대학교)가 “독

이 보고서에서는 기업에 의한 소액다수소비자피해 발생의 방지 및 손해배상 문제의 해결이라는 관점에서 가장 대표적인 법 분야인 공정거래법 및 소비자관련법에 징벌적 배상제도를 도입하는 것이 가능한지 가능하다면 어떤 식으로 입법하는 것이 적절한지 하는 문제를 검토한다.

제2장에서는 일반론으로서 징벌적 배상의 개념에 관하여 손해배상제도의 발전과 징벌적 배상의 의의, 역사, 기능, 그리고 징벌적 배상에 대한 비판론 등을 먼저 소개한다.

제3장에서는 비교법적 고찰로서 징벌적 배상에 관한 각국의 법제를 살펴본다. 먼저 유럽, 아시아 및 라틴 아메리카의 대륙법계국가와 중동국가를 대상으로 징벌적 배상을 인정하고 있지 않은 국가의 손해배상법제에 관하여 고찰하고, 이어서 징벌적 배상을 인정하고 있는 미국, 영국, 캐나다, 호주와 뉴질랜드, 인도와 필리핀, 이스라엘 등의 징벌적 손해배상법제를 고찰하고 시사점을 발견하여 보려고 한다.

제4장에서는 우리나라의 손해배상법제 및 제도운용실태에 관하여 기본법인 민법의 손해배상 원칙과 공정거래법, 소비자관련법 등의 분야에서의 손해배상에 관한 특칙을 고찰한다. 그리고 공정거래법과 소

일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -"라는 주제로 발표하고, 신국미 교수(청주대학교), 고세일 박사(고려대학교), 최성호 변호사(동국대학교 겸임교수), 박찬호 박사(한국법제연구원), 전경운 교수(경희대학교), 이준형 교수(중앙대학교)의 지정토론이 있었다. 제2세션에서는 월용수 교수(숙명여자대학교)의 사회로 김성천 박사(한국소비자원)가 "소비자법상 징벌적 배상제도의 도입에 관한 소고", 김병일 교수(한양대학교)가 "지재권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리", 홍명수 교수(명지대학교)가 "공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입", 김두진 박사(한국법제연구원)가 "공정거래법 및 소비자법상 징벌적 손해배상제도의 도입"의 주제로 각각 발표하고 신현윤 교수(연세대학교), 권재열 교수(경희대학교), 정연덕 교수(건국대학교), 현대호 박사(한국법제연구원), 유진희 교수(고려대학교), 이봉의 교수(서울대학교), 이 황 재판연구관(대법원), 조성국 교수(중앙대학교)의 지정토론이 있었다. 그 내용에 관해서는 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I), (II)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5) 참조.

비자관련법 분야별 우리나라의 손해배상 판례의 동향을 분석한다.

마지막으로 제5장에서는 결론에 갈음하여 우리나라 공정거래법 및 소비자관련법에의 징벌적 배상제도의 도입 문제에 대하여 논의한다. 먼저 징벌적 배상제도의 도입이 어떠한 입법방식과 범위에서 가능한지에 관하여 논의하고 이어서 도입되는 경우에 징벌적 손해배상제의 가능한 운용법리, 예컨대 징벌적 배상의 사유, 징벌적 배상액의 산정주체와 기준, 배상액의 귀속, 징벌적 배상을 부여하기 위하여 요구되는 증명도와 입증책임, 소비자집단소송제, 과징금과의 관계 등에 관하여 기술한다. 그리고 마지막으로 징벌적 손해배상제의 도입방안으로서 구체적인 입법방안 및 법초안을 소액다수소비자피해의 발생가능성이 높고 징벌적 배상제 도입에 의한 억제가 필요하다고 판단하는 공정거래법과 일부 소비자관련법 분야별로 제시한다.

이 보고서는 징벌적 손해배상제도의 도입을 위한 공정거래법 및 소비자관련법 개정시 그리고 다른 법분야의 징벌적 손해배상제도의 도입여부의 검토시에도 입법참고자료로 활용할 수 있을 것으로 기대한다.

제 2 장 징벌적 배상의 개념

제 1 절 손해배상제도의 발전과 징벌적 배상의 의의

1. 손해배상과 형벌의 분화

징벌적 손해배상법리는 대륙법계 국가에서도 원래 그 고대 사회에서 시행되고 있었던 제도이다. 징벌적 배상의 기원은 고대 바빌론의 함무라비법전으로 소급하는데, 함무라비법전은 만일 어떤 사람이 신전에서 동물을 훔치면, 그 사람은 신전에 30배를 갚아야 한다고 규정하였다.¹⁵⁾ 유대민족의 구약성경에도 징벌적 배상의 예가 발견된다. 출애굽기 22장은 “사람이 소나 양을 도적질하여 잡거나 팔면 그는 소 하나에 소 다섯으로 갚고 양 하나에 양 넷으로 갚을 지니라.”(1절) “도적질한 것이 살아 그 손에 있으면 소나 나귀나 양을 무론하고 갑절을 배상할지니라”(4절), “어떠한 과실에든지 소에든지 나귀에든지 양에든지 의복에든지 또는 아무 잃은 물건에든지 그것에 대하여 혹은 이르기를 이것이 그것이라 하면 두 편이 재판장 앞에 나아갈 것이요 재판장이 죄 있다고 하는 자가 그 상대방에게 갑절을 배상할지니라”(제9절)라고 하여 2배 또는 4, 5배의 배상을 기록하고 있다.

L. Vold는 커먼로에 있어서의 징벌적인 요소를 포함한 배액배상에 관한 법규정의 구체적인 기원을 구약성서 사무엘하 제12장의 우화(1절6절)에서 구하고, 그것이 독점금지법의 3배액 손해배상규정의 근저를 이루고 있다고 주장한다. 가해자(부한 자)에게 4배액 손해배상을 명하는 기초는 피해(양 새끼)의 피해자(가난한 자)에 대한 주관적 가치(저에게는 딸처럼 되었거늘)를 반영한 것이라고 한다.¹⁶⁾

15) Code of Hammurabi § 8.

16) L. Vold, Are Threefold Damages Under the Anti-Trust Act Penal or Compensatory?.

우리나라 고대사에도, 여러 개의 성읍국가를 거느린 연맹왕국시대의 법률에 이러한 흔적이 보이는데, 부여의 4조의 법률 가운데는 절도에 대하여 12배액의 손해배상제도가 있었고, 백제의 고이왕 29년(262)에는 관료로서 남의 재물을 받거나 훔친 자는 3배를 물게 하고(3배액의 징출), 평생 벼슬할 수 없도록 하는 법령을 내렸다고 한다.¹⁷⁾ 고대법에서는 손해배상과 형벌이 분화되지 않은 상태였고, 양자 모두 同害報復 사상에서 출발하였던 것이다.¹⁸⁾ “인신손해에 대하여 가해자에 대한 제재로서 보복을 가하는 것이 인간의 복수감정에 적합한 것으로 인식되어 사회질서를 유지하기 위하여” 배상과 벌이 “필요하다고 여겼던 것이다.”¹⁹⁾ 게르만법에서 인정되던 贖罪金도 가해자의 처벌을 중심으로 하였던 것이고 피해자의 실손해를 배상하기 위한 제도가 아니었다. 로마법이 계수된 보통법시대에 이르러서 인격권 침해로 인한 위자료 청구권이 속죄금제도의 잔재로서 사적형벌의 성격을 유지한 채 分邦法에서 입법화되고 점차 비재산적 손해에 대한 배상으로 정착되어 가는 과정을 밟게 되었다.²⁰⁾ 이후 대륙법계 국가의 근대법에서는 일반적으로 법체계의 정비가 진행됨에 따라, 공·사법 및 민·형사법의 구분이 확립되는 것에 수반하여, 민·형사책임은 분리되어 피해자에게 발생한 손해의 배상은 민사책임으로 처리하고 가해자에 대한 처벌·갱생 목적은 형사책임의 추궁에 의하여 행해지게 되어 실손

28 Ky. L. J., 118~120 (1940); 谷原修信, 『獨占禁止法と民事的救済制度』(中央經濟社, 2002), 174~175頁.

17) 이기백, 『한국사신론(개정판)』(일조각, 1981), 46~47면, 53면; 하현강, 『한국의 역사』(신구문화사, 1980), 41면.

18) F. Karl, Wieviel ist der Mensch wert? ZfRV 1981, S. 179ff.; 張在玉, “慰藉料에 관한 몇 가지 考察”, 한국민법이론의 발전(이영준박사 화갑기념논문집), 599면 각주 1 (1999).

19) 張在玉, 전계논문, 같은 면.

20) H.J. Wieling, Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 15(Böhlau-Verl., 1970), S. 136ff. 張在玉, 전계논문, 같은 면 각주 2.

해 이상의 배상을 인정하는 사고방식은 민사법영역에서는 소멸하게 되었다. 그런데 그와 달리 커먼로국가에서는 불법행위의 배상액을 법관이 아닌 배심원단이 실손해 이상으로 산정한 잉글랜드의 관행에서 유래된²¹⁾ 징벌적 배상제가 보급되게 된 것이다.

2. 징벌적 배상의 의의

(1) 징벌적 배상의 의의 · 구별개념

징벌적 배상(punitive damages, vindictive damages, smart money)²²⁾은 난폭한(outrageous) 불법행위(misconduct)를 한 당사자를 제재하기 위하여 보전적 또는 명목상 배상액을 초과하여 부여되는 액수이다. 징벌적 배상은 전술한 바와 같이 고대국가에서도 존재하였지만 당시는 그 본질이 형벌과 결합된 제도였고, 근대국가 중에서는 영국에서 발달한 징계적 배상(exemplary damages)에서 유래한 것이다. 징벌적 배상은 그 주목적이 원고에게 배상하기 위한 것이 아니라 원고에게 손해를 입힌 행위 경로를 추적하여 가해자인 피고 및 그와 같은 측에 있는 자(대리책임의 경우)에 대하여 개과하게 하거나 위반행위를 억제하기 위하여 부여되는 배상을 말한다.

징벌적 배상과 징계적(exemplary) 배상은 같은 것이다. 엄밀히 말하면 현재의 징벌적 배상은 영국의 징계적 배상에서 유래한 것이므로 발생에 있어서는 징벌적 배상을 징계적 배상과 다른 개념으로 생각할

21) 그 내용은 이 보고서, 39~40면 참조.

22) 피고에 대한 징벌을 목적으로 하는 손해배상에 대하여는 exemplary, vindictive, penal, punitive, aggravated, retributory 등 여러 가지 용어가 사용되어 왔는데, 현대에 이르러 가장 보편적으로 사용되는 용어는 exemplary와 punitive라고 한다. S.M. Waddams, *The Law of Damages*, 4th edition(Canada Law Book Inc. 2004), p. 469 n. 1 ; Harvey McGregor, *McGregor on Damages*(London, Sweet & Maxwell, 1988), p. 254 n. 1; 김제완, “징벌적 배상 법리의 발전과정과 현황 - 영국과 캐나다 등의 법리와 우리나라에서의 논의를 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).

수 있고, 또한 후술하는 바와 같이 현재도 이를 구별하는 법제에서는 후자는 전자와 달리 행위자에 대한 징벌과 제재의 부과라는 측면이 아니라 피해자의 손해를 보다 많이 전보하려는 배상의 부과라고 성질을 구별한다. 그러나 양자는 흔히 혼용되는 용어이며 본고에서는 징벌적 배상과 징계적 배상을 구별하지 않기로 한다.

징벌적 배상과 구별할 개념으로 가중적 배상(aggravated damages)이 있다. 가중적 배상은 보전적 성질을 가지는 것으로서, 고압적인(high-handed) 행위가 원고에 대한 피해를 증가시킨 때에 부여된다. 따라서 징벌적 배상이 제재의 의도를 가진 것인 데 반하여 피해자의 손해의 더 확대된 보전의 의도를 가진 것이다. 그러나 징계적 배상과 가중적 배상간의 구별 역시 항상 명확하지는 않다. 가중적 배상은 일정한 상황에서 원고에 대한 손해가 증가되고 따라서 보전적 배상에 호소하거나 그것을 결과할 수 있다는 것을 말하지만 가중적 배상은 이 점에서 이중적이며 보전적 배상과 징계적 배상으로 동등하게 지칭할 수 있다고 보는 입장도 있다.²³⁾

징계적 배상청구권은 커먼로에 의하여 또는 법규에 의하여 인정될 수 있다. 법규상 인정되는 징계적 배상은 흔히 배액배상(multiple damages)이라 지칭되는데 왜냐하면 징계적 구제책을 인정하는 실정법규는 전형적으로 그러한 배상액을 보전적 배상을 정해진 수만큼 배가하여 산정하기 때문이다. 전통적인 형태의 징벌적 배상과 달리 배액배상은 고정된 상한이 있고 피고의 재산을 기준으로 하여 정해지지 않는다. 가장 보편적인 형태의 배액배상은 3배배상이고, 이는 보전적 배상액을 3배 가중하여 산정된다. 배액배상과 커먼로상의 징벌적 배상을 모두 수령하는 것이 허용되는지는 법원간에 의견이 일치되지 않는다. 예컨대 같은 미국의 연방 범죄단체조직법(Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act: RICO)에 대하여 Com-Tech Assoc. v.

23) Harvey McGregor, McGregor on Damages, 151 n. 1 (14th ed. 1980).

Computer Assoc. Intern. 사건²⁴⁾에서 RICO가 3배배상을 이미 규정하고 있지만, 그에 의거한 민사소송에서 징벌적 배상청구권이 인정될 수 있다고 판시하였다. 그러나 Standard Chlorine of Delaware, Inc. v. Sinibaldi 사건²⁵⁾에서는 RICO가 이미 3배배상을 규정하고 있기 때문에 징벌적 배상은 부여되기에 적절하지 않다고 판시하였다.

(2) 징벌적 배상의 요소

현재 가장 활발하게 징벌적 배상이 활용되고 있는 미국법상 징벌적 배상의 요소라고 할 수 있는 것은 다음과 같이 정리된다.²⁶⁾

- i) 징벌적 배상은 오직 악의나 최소한 타인의 권리에 대한 부주의한 무시를 포함하는 나쁜 심적 상태와 결부된 잘못된 행위에 대하여 부여된다. 징벌적 배상은 전형적으로 피고의 행위와 심적 상태 양자가 시민사회의 정상적인 기대수준에서 심각하게 괴리된 경우에만 부여되며, 일정한 행위가 특별히 잘못된 것으로 간주하게 만드는 것은 행위자의 심리상태이다.
- ii) 징벌적 배상의 목적으로 언급된 것들은 거의 항상 제재 및 억제를 포함한다. 때로는 그 목적은 또한 수입료와 비용이 지급될 수 있는 원천을 제공함으로써 유익한 소송에 대하여 재정지원하려는 의도를 포함한다. 이들 목적은 필수적으로 동일한 액수의 징벌적 배상을 요구하지 않는다는 점에서 무엇인가 상충하는 점이 있다.
- iii) 배심이 사실관계가 징벌적 배상의 문제를 배심에게 제기하는 것을 담보한다고 결정하면, 배심원의 재량은 다른 배상이 심사되는 것처럼 심사 대상이 되면서, 그 목적들에 제한되어, 징벌적 배상

24) Com-Tech Assoc. v. Computer Assoc. Intern., 753 F. Supp. 1078 (E.D.N.Y. 1990), aff'd, 938 F. 2d 1574 (1991).

25) Standard Chlorine of Delaware, Inc. v. Sinibaldi, 821 F. Supp. 232 (D. Del. 1992).

26) Dan Dobbs, The Law of Remedies, 2nd ed., West, 1993, pp. 453-455; Dan B. Dobbs and Paul T. Hayden, Torts and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury, 5th ed., Thomson West, 2005, pp. 883-884.

을 부여할지 여부와 징벌적 배상의 액수를 결정한다.

- iv) 징벌적 배상은 미국 연방헌법상의 이중위험금지의 원칙, 과도한 벌금, 또는 적법절차조항하에서 그 자체 위헌적인 것은 아니다. 그러나 배심에 대한 적절한 지도와 적절한 사법심사 없이 주어진 극단적 배상은 적법절차에 위반될 수 있다.
- v) 일부 주법상의 규정들은 현재 부여될 수 있는 징벌적 배상의 액수를 제한하거나 대체적으로 배상액의 일부를 일정한 공공적 존재에게 할당하도록 지시하고 있다. 또한 일부 주법상 2배 또는 3배액 손해배상 규정들은 통상의 징벌적 배상을 배제하는 효과가 있다.
- vi) 징벌적 배상은 소송법상 전통적으로 일반적인 민사소송의 입증법칙인 증거의 우월(preponderance of the evidence) 기준으로 증명된다. 그러나 일부 법원은 현재 명백하고 확신을 주는 증거(clear and convincing evidence)를 요구하고 있다.
- vii) 배심은 통상 피고의 재산, 수입 또는 수익을 적절한 액수의 징벌적 배상을 결정하기 위한 기초로서 증거조사하는 것이 허용된다.
- viii) 하나의 규칙하에서, 징벌적 배상은 대위책임만이 있는 피고에 대하여 부과될 수 있다. 그러나 다른 규칙하에서는 고용주 등은 그 고용주가 그 불법행위에 가담, 촉진 또는 승인한 경우에만 대리인이나 종업원의 불법행위에 대한 징벌적 배상의 책임을 부담할 수 있다.
- ix) 다수견해로 보이는 한 견해에서는 보험상품이 징벌적 배상을 부보하는 것을 제외하지 않은 책임보험회사는 피보험자에 대한 징벌적 배상 판결에 대하여 책임을 부담한다. 그러나 다른 견해에서는 행위자가 보험에 들 수 있다면 제재가 효과적이지 않을 것이므로 보험자의 보호범위를 징벌적 배상에 대하여 적용하는 것은 공공질서에 반한다고 본다.

- x) 여러 사람에게 많은 피해를 입힌 행위를 한 피고는 하나의 징벌적 배상책임 이상을 질 수 있다.
- xi) 법원은 때때로 징벌적 배상은 원고가 실손해를 입지 않았거나 실손해를 회복하지 않는다면 징벌적 배상이 부여될 수 없다고 한다.
- xii) 법원은 때로는 징벌적 배상의 액수는 실손해와 합리적 비례관계가 있어야 한다고 한다. 하지만 통상 이러한 것은 개략적 기준에 지나지 않고 다른 규칙과 충돌할 수 있다.
- xiii) 징벌적 배상은 불법행위와 병발하지 않은 계약위반에 대해서는 거의 부여되지 않는다. 징벌적 배상은 거의 항상 공적 존재에 대한 소송에서는 계약에 대한 실정법규가 없는 경우에는 부정된다.

제 2 절 징벌적 배상의 역사

징벌적 배상의 역사는 사실상 전술한 바와 같이 고대에 그 기원을 두고 있지만, 근대의 징벌적 배상의 역사는 그것이 주로 이용된 미국에서의 징벌적 배상의 법리가 확립된 역사라 할 수 있을 것이다. 이에 관해서는 *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* 사건에서 Scalia 대법관이 다음과 같이 별개의견에서 밝히고 있다.²⁷⁾

징벌적 배상은 오랫동안 영미법의 일부를 이루어왔다. 징벌적 배상은 항상 논란의 대상이 되어왔다. 19세기 중엽에는 미국의 학자들이 과연 징벌적 배상이 존재하는 것인지에 대하여 논쟁을 하기도 하였다. 당시 저명한 학자이던 Simon Greenleaf 교수는 진정한 징벌적 배상은 사건에서 발견되지 않는다고 주장하였는데, 그는 표면적으로 징

27) *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 25 (1991) (Scalia, J., concurring). 그 밖에도 징벌적 배상의 역사에 관해서는 James D. Ghiardi et al., *Punitive Damages Law and Practice*, § 1, at 1-8 (1996); Linda L. Schlueter & Kenneth R. Redden, *Punitive Damages*, § 3.14 (1995); Dan B. Dobbs, *Law of Remedies*, 312 (2d ed. 1993).

벌적 배상을 포함한 사건들이 실제로는 완전보상에 지나지 않는다는 것을 설명하려고 하였다.²⁸⁾ 당시 이 학설은 널리 지지되지는 못하였다. Theodore Sedgwick는 배상법에 관한 영향력 있는 논문에서, 징계적 배상의 ‘건전한 법리’는 “중대한 사기, 악의 또는 강박이 있는 경우에 배심은 엄격한 배상한도에 매이지 아니하고 엄격한 평결을 내림으로써, 일단 피고에 대하여 제재를 부과하고 사회에 일벌백계의 모델을 보이는 것”이라고 언급하였다.²⁹⁾ Sedgwick는 그 법리는 “영국과 미국의 일반적 법학에 정착된 것으로 보인다”고 하였다.³⁰⁾ 또한 그 외에도 G. Field는 “징벌적 배상의 법리는 영국과 미국 양국에서 최소한 지배적 학설이 된 것으로 보인다.”고 하였고,³¹⁾ J. Sutherland도 “징벌적 배상이 징계 및 제재 목적상 일정한 사건에서 보전에 추가하여, 허용될 수 있다는 법리는 미국의 거의 모든 주와 영국에서 인정되고 있다.”고 하였다.³²⁾ Greenleaf 교수와 Sedgwick 간의 이 주제에 관한 논쟁(1847) 이후 미국 항소법원의 대다수는 Sedgwick의 견해를 추종하여 왔다.³³⁾ 그리고 연방대법원은 1852년에 Day v. Woodworth 사건³⁴⁾에서 “무단침입 소송과 불법행위 소송에서, 배심이 원고에 대한 보전 수단으로서 보다 피고의 가해행위의 극악성의 관점에서 피고에 대하여 징계적, 징벌적 배상을 부과할 수 있다는 것은 잘 확립된 커먼로 원칙의 하나이다. 우리는 이 법리의 정당성에 대하여 일부 학자들의 의문이 제기되어 온 사실을 알고 있다. 그러나 만일 한 세기 이상 반복되어 온 사법판결이 법이 무엇인지에 대한 최선의 처방으로서 받아

28) Simon Greenleaf, Law of Evidence 235, n. 2 (13th ed. 1876).

29) Theodore Sedgwick, Measure of Damages, 522 (4th ed. 1868).

30) Id., at 35.

31) G. Field, Law of Damages, 66 (1876).

32) J. Sutherland, Law of Damages, 721-722, 726-727, n. 1 (1882).

33) Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 25-26 (1991) (Scalia, J., concurring).

34) Day v. Woodworth, 13 How. 363, 371 (1852).

들여질 수 있다면 의문은 인정될 수 없다.”고 관시하였다. Scalia 대법관에 의하면, 심지어 이 법리에 대하여 극심한 반대를 하는 입장에서조차도 이것이 확립된 미국법의 일부라는 점을 인정하였다고 한다. 예컨대 1873년에 뉴햄프셔주 대법관 Foster는 징벌적 배상 청구를 승인하지 않는 장문의 판결문에서 징벌적 배상을 “아주 오래되고 일반적이어서 거의 주의를 끌지 않는 언어도단”이라고 불렀다.³⁵⁾ 그는 “의심의 여지없이 이 유해한 법리는 법에 확정되었고, ... 그것을 제거하기는 어려울 수 있다. 그러나 어려움을 처리하는 것은 법원의 책무이고 이 이론은 객관적으로 전달되어야 한다.”고 언급하였다. 그는 “건전한 법원의 모든 진실한 구성원이 ‘나는 네가 필요하지 않다’고 외칠 수 있다는 점을 인식하면서, 우리는 이 결함있는 칼을 거부감 없이 사용하여야 한다.”고 하였다.³⁶⁾ 그러므로 연방헌법 수정안이 채택된 1868년에 징벌적 배상은 의심의 여지 없이 미국 불법행위의 커먼로의 일부로서 확립되었다고 볼 수 있다.³⁷⁾

제 3 절 징벌적 배상제에 대한 찬반양론

1. 도입찬성론

일반적으로 징벌적 배상제의 도입을 주장하는 입장에서는 이 제도가 도입되어 발휘될 수 있는 기능으로서 가장 본질적인 것은 그것의 부과를 통하여 행위자의 악의적 가해행위를 제재하고 억제한다는 기능이라는 점을 강조한다. 징벌적 배상은 가해자의 비난가능한 주관적 사유에 대하여 징계하기 위한 것이지 당사자간의 계약 내용을 실현하기 위한 것은 아니다. 그 결과 징벌적 배상은 일방 당사자의 잘못된

35) *Fay v. Parker*, 53 N. H. 342, 343 (1873).

36) *Id.*, at 397.

37) *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 26 (1991) (Scalia, J., concurring).

행위가 고의적인 것이거나 악의적인 것일 때에만 부여된다.

한편 오랜 세월이 흐르는 동안에 징벌적 배상을 부여하는 목적은 다음 4가지 기능을 포함하는 것으로 확대되었다. i) 가해행위를 한 타인이 다시 동종의 위법행위를 하는 것을 억제하는 기능, ii) 피해자에게 다른 경우라면 보전받을 수 없었을 손실에 대하여 보전함으로써 일반인이 동종의 위법행위를 하는 것을 억제하는 기능, iii) 징벌적 배상을 부여함으로써 피해자가 보전적 배상밖에 부여받을 수 없는 경우에 자력구제 할 가능성을 방지하는 기능, 그리고 iv) 피고에게 다른 경우라면 회복가능하지 않았을 소송비용을 원고에게 상환하도록 하는 기능 등이 그것이다.³⁸⁾ 이처럼 위반행위의 억제는 행위자에 대한 것과 행위자 외의 제3자에 대한 것이 포함되는데, i의 효과를 특별예방효과, ii의 효과를 일반예방효과라 부를 수 있다. iii은 행위자의 잘못에 대하여 피해자의 사적 복수를 억제하는 기능으로서 형벌과 유사한 기능을 수행하는 측면이다. iv는 실손해를 보전하는 보전적 손해배상제도에서 커버되지 아니하는 피해자의 재산적 손실을 배상하는 기능인데, 이 부분은 보전적 배상의 기능과 경계선상에 위치하는 것으로 볼 수 있다.

한편 우리나라 공정거래법에 3배액 손해배상제도를 도입하자는 입장에서는 이 제도가 피해자에 대한 충분한 배상을 도모하고 범위반행위의 억제에 기여한다는 장점을 가지므로 도입이 필요하다는 입장이다.³⁹⁾

38) Marilyn B. Cane, Punitive Damages in Securities Arbitration: The Interplay of State and Federal Law (Or a Smaller Bite of the Big Apple), 1193 J. Disp. Resol. 153, 154 n. 5 (1993); Glower W. Jones, Punitive Damages as an Arbitration Remedy, 4 J. Int'l Arb. 35, 37 (June 1987); Dorsey D. Ellis, Jr., Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1, 3-9 (1982); Melvin Belli, Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society, 49 UMKC L. Rev. 1, 5-7 (1980); Jane Mallor & Barry Roberts, Punitive Damages: Towards a Principled Approach, 31 Hastings L.J. 639, 647-50 (1980).

39) 권五乘, “獨占規制法の 問題點과 改善方案”, (劉基天博士古稀記念論文集), 1988, 1015면; 朴吉俊, 『韓國獨占規制法』, 三英社, 1983, 129면; 尹寶玉, “美國獨占禁止法에서의 三倍損害賠償制度”, 損害賠償法の 諸問題(誠軒黃迪仁教授華甲記念論文集), 1990, 547면.

2. 도입반대론

반면 징벌적 배상제에 대해서는 다음의 여러 가지 비판이 제기되어 왔다.

- i) 징벌적 배상제에 대한 반대론자들은 징벌적 배상의 부여는 원고에 대하여 그가 입은 손해에 대한 보전이 아니라 우연한 횡재를 하게 하기 때문에 근본적으로 불공정하다고 주장한다.
- ii) 징벌적 배상을 부여하는 것은 동일한 행위에 대하여 부과될 수 있는 형벌의 경우와 달리 상한이 없기 때문에 즉 벌금형의 경우와 같은 상한이 법정된 금전적 형사제재의 액수를 훨씬 초과한 금액이 부과될 수 있다고 하는 비판이 있다.
- iii) 징벌적 배상제는 일정한 상황(예컨대 형벌과 징벌적 배상이 함께 부과되는 경우)에서는 피고인에게 이중위험에 처하게 하거나 피고인의 적법절차 청구권을 침해하는 위헌적 상황이 초래될 수 있다고 하는 비판이 가해지고 있다.⁴⁰⁾
- iv) 특히 우리나라의 경우에는 대륙법계의 국가로서 영미법계의 국가와 달리 배심제가 도입되지 않았고, 일반적인 대륙법계국가에서와 마찬가지로 민사책임과 형사책임이 분리되어 있으므로 가해자에 대한 징벌이나 징계는 형벌에 의하여 국가가 행하면 될 뿐 피해

40) Bob Crasey, *The Case Against Punitive Damages: An Annotated Argumentative Outline*, 11 *Forum* 57 (1976); James D. Ghiardi, *The Case Against Punitive Damages*, 8 *Forum* 411 (1972); John D. Ingram, *Punitive Damages Should Be Abolished*, 17 *CAP. U. L. Rev.* 205 (1988); John Jefferies, Jr., *A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages*, 72 *Va. L. Rev.* 139, 147-58 (1986); William E. Mooney, *A Proposal to Abolish Exemplary, Punitive and Vindictive Damages*, 1961 *INS. L. J.* 254; James B. Sales & Kenneth B. Cole, *Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins*, 37 *Vand. L. Rev.* 1117 (1984)(이것들은 주로 미국 연방헌법에 기초한 이중위험금지(double jeopardy) 조항, 적법절차(due process) 조항 등에 근거한 비판이다. 그러나 다른 나라의 경우에도 근대국가의 헌법에는 모두 이같은 함의의 헌법적 보호장치가 마련되어 있으므로 동일한 이론적 비판이 가해질 수 있다고 생각된다. 예컨대 우리나라 헌법 제13조제1항후단(거듭처벌금지의 원칙), 제23조(재산권의 보장), 제37조(자유와 권리의 보장).

자인 사인에게 징벌적 배상의 이름으로 가해자에 대한 징벌권을 부여하는 것은 필요하지 않다는 비판이 있다.

- v) 특히 우리나라의 공정거래법에 3배액 손해배상제도를 도입하는 문제에 대해서 민사상 손해배상에 적용되는 민법규정은 실손해배상만을 허용하는 시스템이어서 징벌적 배상은 허용되지 않는다는 비판이 있다. 이러한 입장은 ①유독 공정거래법상의 손해배상제도에 대해서만 이를 도입하는 것은 우리 법체계가 취하고 있는 실손해배상주의와 상충되는 것이고, ②이 제도에 의한 미국에서의 사소의 남발로 인한 과다억제현상을 지적하면서 우리의 경우에도 이를 도입하면 동일한 사태가 우려된다는 이유를 지적하고 있다.⁴¹⁾

3. 소 결

도입반대론의 논거에 대하여 하나씩 살펴본다.

비판론의 i 에 대해서는 첫째, 이 보고서가 대상으로 하는 공정거래법이나 소비자관련법상 소액다수불법행위가 발생하는 상황을 전제하면 그러한 비판은 타당하지 않다고 반박할 수 있다. 소액대량불법행위의 억제를 위해서는, 이론적으로 불법행위제도의 불완전집행으로 인한 불법행위의 과다생산의 문제를 해결할 수 있는 3배액 손해배상제도를 포함하는 징벌적 배상제도가 주효하다. 특히 불법행위제도가 불완전하게 집행될 수 있다는 사실을 알면서 이 약점을 악용하는 악의적 불법행위자의 경우에는 이 징벌적 배상제도만이 유일한 실체사법적 구제책이 된다.⁴²⁾ 소액다수불법행위의 경우에 개별 소비자들은

41) 金永甲, “獨占規制法上 損害賠償責任”, 저스티스 제30권 제4호, 1997, 85~86면; 吳昌洙, “公正去來法上의 損害賠償制度의 活性化”, 기업과 법(度岩金敎昌辯護士 華甲記念論文集), 792~793면.

42) 朴世逸, 『改訂版 法經濟學』(박영사, 2001), 313~314면에서는 형사법적 구제책과 대비하여 유일한 사법적 구제책임을 강조하고 있다.

피해를 소구하여 승소하더라도 배상받는 실손해액수가 자신이 제소와 소송과정에서 부담하여야 하는 시간과 비용에 비하여 턱없이 적기 때문에 손해를 감수하고 소송을 단념하게 되는데, 이러한 현상은 사회 전체적으로 정의롭지 못하다. 징벌적 배상의 부여는 이러한 부정의를 시정하기 위하여 시간과 비용을 들여 제소한 수고를 한 원고에 대하여 받아야 할 것을 부여하는 것이므로 정당하다고 볼 수 있다. 이러한 경우에 원고가 받은 피해는 자초한 것도 아니고 그는 오히려 이같은 피해를 입은 후 징벌적 배상을 받아내는 것보다는 피해를 입지 않는 쪽을 더 선호할 것으로 짐작할 수 있다.

둘째, 징벌적 배상제의 적용을 통하여 추구하는 것은 비판론자들이 보기에 ‘횡재’로 보이는 징벌적 배상이 부여되는 상황을 가져오려는 것이 아니라 오히려 적정한 징벌적 배상을 가해자에게 명함으로써 전술한 징벌적 배상제도의 기능을 실현함으로써 장차 동종의 가해행위가 행해지지 않도록 함으로써 결과적으로 징벌적 배상이 부여되는 사태를 방지하려는 것이므로 징벌적 배상제 자체를 불공정한 제도라고 비판할 수는 없는 것이다.

셋째, 또한 여기에서 이른바 횡재라는 것이 과도한 액수의 징벌적 배상을 받는 현상을 지적하는 의미라면 후술하는 바와 같이 미국의 일부 주에서와 같이 징벌적 배상제의 개혁을 통하여 배상액의 상한을 설정함으로써 과도한 액수가 부여되는 것을 방지하는 보완책을 채용함으로써 ‘횡재’로 보이는 징벌적 배상이 부여되는 상황은 방지될 수 있다는 점을 지적할 수 있다. 만일 여기에서 ‘횡재’라는 표현이 단순히 그가 입은 실손해에 대한 보전이 아니라 그것을 넘는 액수를 배상받는 현상을 지적하는 것이라면 그것은 어쩔 수 없다. 그것은 징벌적 배상과 실손해 배상의 개념상 차이에서 발생하는 당연한 귀결이기 때문이다. 나아가서 공정거래법은 경쟁법으로서 “기본적으로 개인간의 이익 조정이 아니라 정당한 경제질서의 형성을 목적으로 하며, 이러

한 목적이 헌법적으로 승인될 수 있는 것이라면, 개인의 기본권으로서 보장되는 자기책임 원칙을 넘어서는 책임의 부담도 충분히 검토할 여지가 있는 것”이라는 견해⁴³⁾는 이 문제에 대하여 매우 중요한 시사점을 준다.

다음으로 징벌적 배상을 부여하는 것은 동일한 행위에 대하여 부과될 수 있는 벌금액을 훨씬 초과한 금액이 부과될 수 있다고 하는 비판론의 ii 의 논거는 형사벌금과의 이중처벌이 아닌가 하는 문제를 지적하는 것이고 그것이 부정되더라도 형사벌금액과의 불비례성을 지적하는 것이다. 따라서 이 문제는 비판론의 iii, 즉 징벌적 배상제는 일정한 상황(예컨대 형벌과 징벌적 배상이 함께 부과되는 경우)에서는 피고인에게 이중위험에 처하게 하거나 피고인의 적법절차 청구권을 침해하는 위험적 상황이 초래될 수 있다고 하는 비판과 궤를 같이 하는 것이다. 이에 대해서는 후술하는 바와 같이 현재 미국의 법원의 입장은 징벌적 배상은 미국 연방헌법상의 이중위험금지의 원칙, 과도한 벌금, 또는 적법절차조항하에서 그 자체 위험적인 것은 아니라는 입장이며 단지 배상에 대한 적절한 지도와 적절한 사법심사 없이 주어질 극단적 배상은 적법절차에 위반될 수 있다는 것이다. 따라서 이러한 우려에 대해서는 배상액의 상한을 설정함으로써 극단적으로 과도한 액수가 부여되는 것을 방지하는 보완책을 채용함으로써 해결될 수 있다. 우리의 경우에는 징벌적 배상액의 산정기준을 되도록 객관적으로 법에 명시하는 노력이 필요할 것이다.

비판론의 넷째 논거 iv는 우리나라의 경우에 민사책임과 형사책임이 분리되어 있으므로 가해자에 대한 징벌이나 징계는 형벌에 의하여 국가가 행하면 될 뿐 피해자인 사인에게 징벌적 배상의 이름으로 가해자에 대한 징벌권을 부여하는 것은 필요하지 않다는 것인데 징벌적

43) 홍명수, “공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5).

배상을 형사책임의 추궁으로 간주하는 것은 적절하지 않으며 징벌적 배상은 실손해배상으로도 완전히 전보되지 않는 사법제도의 기능상 한계(법제에 따라 다르지만 변호사보수나 소송에 들인 시간과 비용과 같은 부분. 특히 우리나라의 경우에는 법원이 손해배상액의 인정에 매우 소극적인 경향이므로 징벌적 배상을 허용하여 실손해배상을 받는 경우도 상정할 수 있다.)를 보완하기 위한 민사책임의 추궁으로 파악할 수 있다고 본다.

마지막으로 v의 우리나라 민사상 손해배상에 적용되는 민법규정은 실손해배상만을 허용하는 시스템이어서 징벌적 배상은 허용되지 않는다는 비판은 먼저 이 보고서가 기술하는 것은 민법의 손해배상 규정에 대한 특칙을 특정분야의 법률에 규정하는 내용이기 때문에 이 보고서에서는 피할 수 있는 비판이라고 생각된다. 일반적인 불법행위나 계약불이행에 대해서는 실손해배상을 부여하되 소액다수불법행위가 발생하는 특정분야의 법에서 일정한 비난가능성이 높은 위반행위자에 대해서 징벌적 배상을 부여하자는 것은 민법의 실손해배상원칙을 전면적으로 부정하는 것도 아니고, 그 한계를 보충하는 의미로 이해할 수 있을 것이기 때문이다. 특히 비판론 v①의 논거에 대해서는 우리 손해배상법이 실손해배상원칙에 의하는 것은 사실이며, 그 점에서 처음으로 공정거래법에 의한 손해배상에 있어서 3배액 손해배상제도를 도입하는 것은 현시점에서의 법체계의 정합성에 맞지 않는 측면이 있음을 부인할 수는 없다. 그러나 징벌적 손해배상제도는 공정거래법과 유사하게 소액대량불법행위의 발생가능성이 존재하는 환경법이나 제조물책임법 등의 일부 소비자법분야의 손해배상에 있어서도 도입될 필요가 있고, 이들 분야가 손해배상법의 하나의 체계를 이루게 됨으로써 새로운 정합성을 형성하게 될 것으로 생각한다. 또한 우리 민법은 배상의무자의 고의 또는 중대한 과실에 의하지 않은 불법행위에 의한 손해의 경우에는, 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을

미치게 될 것을 요건으로 배상액경감청구제도(민법 제765조제1항)를 두고 있다는 점을 감안하여야 한다. 민법 제765조의 배상액경감청구제도(44)에 관해서는 i) “현행법에 있어서는 형법과 달리 고의와 과실의 효력을 구별하지 않는 데도 이 규정은 과실 중에서도 중과실과 경과실과의 효력을 구별함이 그 이치이다. 그리고 또 이것 역시 재산법의 구빈성(救貧性)을 입법화한 것으로서 진보적 규정이다.”라고 하는 긍정적 평가가 내려지기도 하고,⁴⁵⁾ ii) “배상의무자의 생계에 중대한 영향이 있어서 그를 보호할 필요가 있다면 법체계적으로 실체법이 아니라 강제집행법에서 처리하면 될 것”이라고 비판적 평가가 가해지기도 한다.⁴⁶⁾ 또한 이 제도에 대해서는 손해배상청구소송의 주안인 손해배상 의무의 존부나 내용의 판단과는 무관한 사정을 법원에게 심리하도록 하는 것은 소송의 진행을 불필요하게 번거롭게 할 위험이 있다는 점, 채무불이행의 경우에는 그렇지 않으면서 유독 불법행위로 인한 손해배상의무자에게만 경감청구가 인정되어야 하는가 하는 점 등이 입법론적 문제점으로서 지적되고 있다.⁴⁷⁾ 이 형평법적 제도는 스위스채무법 제44조제2항의 입법례를 참조하여 신설된 것이다. 그 입법취지는 경제적으로 넉넉하지 못한 자가 경과실로 배상책임을 부담하게 되고, 그 배상액이 그의 능력을 초과하는 경우에, 피해자의 보호만을 생각하여 그 전액을 그대로 배상케 함으로써 가해자에게 그의 생활근거마저 잃게 하는 가혹한 결과가 된다면, 이는 오늘날에 있어서 불법행위제도가 사회에서 생기는 손해의 공평·타당한 부담·분배를 추구하고

44) 법원은 배상액경감청구에 관하여 “그 배상이 배상자의 생계에 미칠 중대한 영향”과 “채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인” 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다(민법 제765조제1항, 제2항).

45) 民法案意見書, (民事法研究會, 1957), 201면 (金基善 교수 집필부분).

46) 梁彰洙, 『民法研究』, 第5卷, (박영사, 1999), 249면; Karl Oftinger, Schweizerisches Hauptpflichtrecht, Bd. 1, 4. Aufl. (1975), §7 II C (S.273); Max Keller und Sonja Gabi, Haftpflichtrecht, 2. Aufl. (1988), S. 105; 梁彰洙, 전게서, 253면, 각주16·17.

47) 梁彰洙, 전게서, 250면.

하는 데에 그 이상이 있다는 점에 비추어, 온당하지 않다는 데에 있다.⁴⁸⁾ 민법 제765조는 그 요건을 경과실불법행위에 한정함으로써 민사책임에서 고의·과실을 일률적으로 처리하는 원칙에 대한 예외를 이룬다. 이 규정이 활용된다면, 특히 사용자배상책임이 발생하는 경우 피용자의 손해배상의무를 경감하여 피해자가 사용자가 아닌 피용자에 대하여 손해배상을 청구하는 것을 억제하는 효과를 가져오게 될 것으로 예상되고 있다.⁴⁹⁾ 민법 제765조의 배상액경감청구의 하나의 요건인 “고의 또는 중대한 과실에 의하지 않은 불법행위”는 징벌적 배상의 요건이 되는 “악의적 불법행위”와 주관적 비난가능성의 유무를 기준으로 극명하게 대비된다. 요컨대 이처럼 우리 현행법제상 예외적으로 악의적이지 않은 불법행위에 대해서 가해자에게 실손해가 아닌 경감한 배상액을 지급하도록 명할 수 있도록 되어 있으므로, 그 반대로 특정분야에서의 악의적인 불법행위에 대해서 가해자에게 실손해를 가중한 배상액의 지급을 명할 수 있는 제도를 도입한다고 해서 크게 정합성을 해친다고 볼 수 없다는 것이다.

둘째, 비판론 v②의 논거에 대해서는 이 제도의 본 취지가 원고에 대한 제소유인을 부여하는 것인 점에서 그러한 과열의 우려는 충분히 가능성이 있으므로 합리적인 지적이나, 우리나라의 경우 사소의 남용이 문제되는 것이 아니라 오히려 공정거래법상의 사적 구제제도가 거의 이용되지 않고 있는 현실에서 피해자의 구제와 위반행위의 억제를 위해서는 사적 구제의 활성화가 필요하며, 남소의 문제는 제소건수 자체의 폭주는 막을 수 없더라도 합리적 범위에서 원고적격을 제한하는 학설상 법리의 개발과 수소법원의 원고적격심사에 의하여 장기적으로 해소되지 않겠는가 생각한다.⁵⁰⁾

48) 郭潤直, 『新訂版 債權各論』(박영사, 1995), 838면.

49) 李銀榮, 『改訂版 債權各論』(박영사, 1992), 762~763면.

50) 미국의 경우, 남소는 독점금지손해배상청구의 원고적격을 제한하는 실정법 및 판례법상 원칙에 의해서 방지된다.

결론적으로 우리나라 특정분야의 법률에 징벌적 배상제를 도입하는 것은 필요하고 가능하다. 문제는 남용이나 오용 가능성이 없도록 얼마나 합리적이고 효율적으로 징벌적 배상제도를 설계하는가 하는 점이며, 이하 그에 관하여 살펴본다.

제 3 장 징벌적 배상에 관한 각국의 법제

제 1 절 각국 법제의 개관

현재 미국의 민사소송시스템 가운데 가장 논란이 되고 있는 것이 피고가 원고의 권리를 침해한 행위가 특히 비난 가능한 것인 때에 징벌적 배상이나 징계적 배상을 구할 수 있는가 하는 점이다.

전 세계적으로 볼 때 일반적으로 대륙법계 국가들과 영미법, 즉 커먼로계 국가들은 징벌적 배상의 이용가능성에 대하여 견해를 달리한다. 커먼로계 국가에서는 정신적 손해에 대한 배상(damages for pain and suffering)과 별도로 징벌적 배상이 인정되고 있다. 그러나 대륙법계국가에서는 일반적으로 전통적으로 징벌적 배상을 인정하고 있지 않다. 대륙법국가들은 징벌적 배상을 형사절차에서만 부과할 수 있는 형사적 제재로 간주한다. 반대로 커먼로 국가들은 민사소송에서 징벌적 배상의 부여를 허용한다. 징벌적 배상은 인정되는 경우에도, 보통 피고가 악의적인 불법행위에 가담한 경우의 소송으로 제한되고, 계약 불이행 사건에서 부여되는 것은 드물다.

또한 징벌적 배상을 허용하는 국가들 가운데에서도 어떤 상황에서 어떠한 요건하에 그것이 허용되는지에 대한 합의는 이루어지지 않고 있다. 그리고 대륙법계 국가들과 커먼로계 국가들은 각국별로 외국의 징벌적 배상을 승인하고 집행할지 여부에 대하여 입장을 달리하고 있다.

징벌적 배상의 부여를 허용하는 국가들의 경우에도 그러한 배상이 법원에 의해서만 부여될 수 있는지 아니면 중재인과 같은 민사당사자에 의해서도 부여될 수 있는지 여부에 대하여는 입장이 다를 수 있다. 다수의 법역에서는 중재판정에서의 징벌적 배상의 부여를 금지하고 있다. 그러한 이유는 그러한 배상은 비상적인 제재이고 국가기관에 의해서만 부여될 수 있다는 것이고, 그 경우에 그것들은 사법심사와 감시에

종속된다. 다른 법역에서는 징벌적 배상의 부여가 중요한 억제기능을 수행한다고 보기 때문에 중재인에게 징벌적 배상의 부여를 허용한다.

일부 대륙법국가들은 중재인에게 징벌적 배상을 부여하는 것을 금지하는 것을 자신들의 관할지역에서 행해지는 국제중재로까지 확장한다. 이들 국가에 있는 중재인들은 당사자들의 협정이나 그 분쟁을 규율하는 외국의 법상으로 징벌적 배상이 인정되는 경우라 해도 징벌적 배상의 부여가 금지된다.

일부 대륙법국가들은 외국법원의 징벌적 배상 판결을 집행하기를 거부하면서 그 이유로서 형사적 제재를 비형사절차에서 부과하는 것은 공공질서에 반한다는 이유를 든다. 커먼로국가들은 일반적으로 징벌적 배상의 부여를 허용하지만 외국의 독점금지법 위반에 대한 배액 배상의 부여와 같은 일정한 외국의 징벌적 배상의 승인과 집행을 금지하는 법을 시행하고 있는 국가도 있다.

제 2 절 징벌적 배상제도 부정 국가의 손해배상법제

1. 유럽의 대륙법계국가의 손해배상제도

(1) 실손해배상의 기본원칙

대륙법 시스템을 가진 유럽국가들은 일반적으로 민사소송에서의 손해배상을 당사자에게 피해를 입기 이전 상태로 회복시키는 금액으로 제한한다. 프랑스 민법 제1382조,⁵¹⁾ 스위스 채무법 제48조,⁵²⁾ 이탈리아 민법 제1223조,⁵³⁾ 벨기에 민법 제1382조,⁵⁴⁾ 스페인 민법 제1106조,

51) Code civil, art. 1382.

52) Schweizerisches Obligationenrecht, art. 48.

53) Codice civile, art. 1223.

54) Belgian Civil Code art. 1382 (John H. Crabb trans., 1982).

제1902조,⁵⁵⁾ 독일 민법 제249조,⁵⁶⁾ 핀란드 1974년 손해배상법(Finland Damages Act of 1974),⁵⁷⁾ 그리스 민법 제297-299조,⁵⁸⁾ 폴란드 민법 제 444조,⁵⁹⁾ 러시아 민법 제15조,⁶⁰⁾ 체코공화국 민법 제442조,⁶¹⁾ 네덜란드 민법 제162조⁶²⁾ 등이 그러한 입장을 취하고 있다. 그러므로 이들 대륙법계 유럽국가들에서는 징벌적 구제책은 이용가능하지 않다.

(2) 징벌적 배상을 허용하지 않는 이유

커먼로국가들에서는 널리 인정되고 있는 징벌적 배상이 대륙법계국가들에서 허용되지 않는 이유에 대해서 결정적인 역사적 이유는 존재하는 것 같지 않다. 그 차이는 커먼로국가들에서는 배심원들이, 그리고 대륙법계국가들에서는 법관이 배상액을 부여한다는 사실에서 유래하는 것으로 보인다.

원래 잉글랜드에서는 오래전부터 분쟁에 익숙한 지역시민들로 구성되는 배심원들이 사실심의 결과로 인정되는 배상 여부와 부여되는 배상액 양자를 결정하였다. 이들 배심원은 가중하는 사정이 존재하는 때에 법관들보다 피해 당사자들에게 상처감, 명예의 손상 또는 모욕과 같은 무형의 피해(intangible harms)를 더 잘 보전하여 주었다. 이 경향은 때로는 실제 발생한 손해액을 넘는 배상액이 부여되게도 하였다. 잉글랜드의 법원은 배심원들이 분쟁에 더 익숙하고 따라서 법관들보다 배상액을 결정하기에 더 나은 입장에 있다고 보았기 때문에 이러한 배심원들이 결정한 배상액을 함부로 번복하기를 주저하였다.

55) Co'digo Civil [C. Civ.] arts. 1106, 1902 (Julio Romanach, Jr. trans., 1994).

56) Bürgerliches Gesetzbuch(BGB), S. 249.

57) summarized in the Finnish Legal System, 2d ed., 134 (Jaakko Uotila ed., 1985).

58) Greek Civil Code, arts. 297-299.

59) Civil Code of the Polish People's Republic, art. 444.

60) Grazhdanskii Kodeks RF, art. 15.

61) Czech Republic Civil Code, art. 442.

62) Burgerlijk Wetboek, § 162.

세월이 흐르자 이 관행은 정착되어서 징벌적 배상이 커먼로 법역에서 확립된 구체책으로 되게 되었다.⁶³⁾

이와 대조적으로, 대륙법계국가들에서는, 배심원이 아니라 법관들이 분쟁을 결정하고, 이들은 자신들의 결정의 기초로서 실정법규를 인용하여야 하는 제약을 받는다. 실로 대륙법계시스템에서 주된 법원(法源)은 법전이고, 이는 징계적 구체를 허용하지 않는다. 즉 대륙법계국가들의 법관들은 법규에 의하여 규정되지 않은 구체책을 명할 광범위한 권한이 주어지지 않기 때문에 징벌적 배상은 부여되지 않았다.⁶⁴⁾

독일 학계에서는 실손해의 전보를 넘어 징벌적 기능만을 강조하는 추가적인 손해배상이 일반원칙으로 가능한지에 대해서는 부정적인 견해가 더 많다고 한다.⁶⁵⁾

프랑스, 독일 및 스위스는 계약 및 불법행위에 기한 배상이 당사자에게 손해가 발생하지 않았다면 존재하였을 위치로 회복시키는 것에 제한되는 국가들이다.⁶⁶⁾ 이들 국가에서는 고통, 감정침해, 도덕적 피해 및 변호사비용을 포함하는 비금전적 손해에 대한 회복을 허용한다.⁶⁷⁾ 그 가운데에서도 상대적으로 독일에서는 비재산적 손해의 배상에 대해서 그 요건을 엄격히 규정하여 제한적으로만 인정하고 있으

63) Theodore Sedgwick, *A Treatise on the Measure of Damages*, § 347, at 687 (9th ed. 1912); Theodore Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., (1956); James D. Ghiardi et al., *Punitive Damages Law and Practice*, § 1.02 (1996).

64) John Y. Gotanda, *Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 38 *Harv. Int'l L.J.* 59, 67 (1997).

65) 대표적으로는 Lange/Schiemann, *Schadensersatz*, 3.Aufl., 2003, S. 12f.; 박동진, “독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』, 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5), 각주 73.

66) 프랑스민법 제1382조, 독일민법 제249조, 스위스민법 제48조.

67) Maurice S. Amos & Frederick Walton, *Introduction to French Law*, 3rd ed., 209 (1967); 프랑스민법 제700조, 독일민법 제847조, 스위스민법 제42조: 11 *International Encyclopedia of Comparative Law*, ch. 10, at 96 (1986).

나, 프랑스나 스위스에서는 이를 넓게 인정하는 태도를 취하고 있다. 그러나 그러한 비재산적 손해배상은 징벌적 성질을 가진 것으로 간주되지 아니한다. 그 이유는 이들 배상은 잘못된 행위를 한 자를 억제하거나 제재하기 위하여 부과되는 것이 아니라, 피해자의 피해를 완전히 보전하기 위하여 부과되기 때문이다.⁶⁸⁾ 대부분의 유럽 대륙법계 국가들에서 형사적 성질의 제재는 형사절차에서만 부여될 수 있고,⁶⁹⁾ 징벌적 배상은 일종의 형사적 제재의 하나로 간주된다.

독일 제국법원은 1910년에 위자료 산정시 가해자의 과책의 정도를 고려하지 말아야 한다고 하였지만, 1932년에는 위자료 산정시 제반 사정을 평가하여 산정하여야 하며, 가해자의 특히 중한 과책을 고려하지 않는 것은 자의적인 판단이 된다고 하여, 제재적 성격의 위자료를 인정하는 듯한 판시를 하였다.⁷⁰⁾ 그 후 연방대법원이 1955년 위자료의 이중기능(Doppelfunktion)을 인정한 판결⁷¹⁾을 한 이후로 위자료에는 피해자에게 비재산적 손해의 전보를 해주는 보전기능(Ausgleichsfunktion)과 가해자가 행한 행위에 대하여 피해자에게 만족을 주는 만족기능(Genugtuungsfunktion)이 함께 공존한다는 것이 확립되어 있다.

독일판례는 1996년 일반적 인격권의 침해로 인한 손해배상사건에서 고액의 손해배상을 인정하면서 배상액산정시에 피해자의 만족뿐만 아니라 예방적 기능을 인정하였다.⁷²⁾ 독일 학자 가운데에도 손해배상제

68) Carl Burckhardt, Die Revision des schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, summarized in 11 International Encyclopedia of Comparative Law, ch. 8, at 10.

69) Joachim Zekoll, Recognition and Enforcement of American Products Liability Awards in the Federal Republic of Germany, 37 Am. J. Comp. L. 301, 325-26 (1989); Wolfgang Kühn, RICO Claims in International Arbitration and Their Recognition in Germany, 11 J. Int'l Arb. 37, 42 (June 1994).

70) RGZ 136, 60(62); 장재욱, 617면 각주 57.

71) BGHZ 18, 149(154); 장재욱, 617면 각주 58.

72) BGH NJW 1996, 2870. 소위 'Caroline von Monaco'사건에서 처음으로 명시적으로 손해배상의 예방적 효과를 인정하였다. 이 사건에서 모나코의 캐롤라인 공주가 독일의 한 잡지에서 사실과 다른 보도를 함으로써 인격권이 침해되었다는 점이 인정

도의 예방적 기능이 적어도 전보적 기능과 동등하거나 또는 그보다 우선되어야 할 손해배상법의 목적으로 이해하는 입장도 있다.⁷³⁾ 그러나 이러한 독일 법원의 입장은 손해배상제도가 독자적 기능으로서 장래의 손해를 예방하는 작용을 한다는 정도의 적극적인 것이 아니라 손해보전을 주된 기능으로 하고 실손해의 전보에 부수하여 발휘되는 기능으로 파악되고 있다.⁷⁴⁾

(3) 외국법원의 징벌적 배상판결의 승인과 집행

독일은 외국법원의 징벌적 배상을 포함한 판결을 승인하거나 집행하지 않는다. 1992년 6월에 독일연방대법원은 미국 주법원의 징계적 배상을 포함한 사건에서 징벌적 배상이 독일의 공공질서(ordre public)에 위반된다는 근거에서 그 승인과 집행을 거부하였다.⁷⁵⁾ 독일 연방대법

되어 정정보도를 하게 함과 동시에 거액의 손해배상이 청구되었다. 이 판결에서 BGH는 피해자의 만족뿐만 아니라 예방적 차원에서 손해배상액을 고액으로 인정하였다. 인격권침해로 인한 손해배상의 예방적 기능에 긍정적인 평적으로 Rosen-garten, NJW 1996, 1935; 부정적인 평적으로는 Peifer, JR 1996, 419 참조.

73) 예방적 기능이 전보적 기능보다 우선하거나 적어도 동등한 위치를 차지해야 한다는 견해로는 Kötz, Ziele des Haftungsrechts, Festschrift für Steindorf(1990), S.644; ders., Deliktsrecht, Rn.36ff; Magnus, Schaden und Ersatz, 1987, S.282; Hager, Umwelthaftung und Produkthaftung, JZ 1990, 400f; Wagner, Die Aufgaben des Haftungsrechtsreform- eine Untersuchung am Beispiel des Umwelthaftungsrechts- JZ 1991, 175; Schilcher/Ziele, Aufbau und Prinzipien einer Neuordnung des Österreichischen Schadensersatzrechts, European Tort Law-Liber amicorum for Helmut Koziol(2000), S. 282. 참조. 이와는 반대로 예방적 기능은 손해배상법의 1차적 기능이 될 수 없다고 하거나(Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens, S.97f), 또는 손해배상법이 예방적 경향에 대해 의도적으로 소극적 입장을 취하고 있다는(Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd I Allgemeiner Teil teilband 2, 8.Aufl.(2000), §30 II S.171ff.) 점을 들어 독자적 손해배상법의 기능으로 보지 않는 것이 지배적인 독일의 견해이다. 박동진, “독일의 민사 손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상법의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5) 각주 55.

74) 박동진, 전제 “독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -”, III. 2. (1).

75) Entscheidung des Bundesgerichtshof, IXth Civil Senate, June 4, 1992, Docket No. IX ZR 149/91, [1992] Wertpapiermitteilungen 1451; Peter Hay, The Recognition of American Money Judgments in Germany - The 1992 Decision of the German Supreme

원은 그 판결의 집행은 헌법상의 합리성의 원칙에서 유래한 “배상의 근거가 되는 보전의 관념”에 반할 것이고 또한 징벌적 제재를 부과할 “국가의 금전적 독점권”에 반할 것이라고 설명하였다.⁷⁶⁾ 즉 불법행위의 법적 효과로서 실손해의 전보만 인정되고 있다는 점, 형벌의 부과(징벌)는 私法의 대상이 될 수 없다는 점, 국가의 형벌독점의 원칙을 부인하게 된다는 점이 논거로 제시되었다.⁷⁷⁾ 이러한 독일 연방대법원이 제시한 징벌적 손해배상제도에 대한 부정적 판단의 근거에 대해서는 다음과 같은 학자들의 비판이 가해지기도 하였다. 즉 당해 판결은 징벌적 배상을 인정하는 것이 손해전보라는 독일민법의 기본원칙에 반한다는 근거로서 징벌적 손해배상이 1900년 당시의 독일민법전의 입법자의 의도에 반하는 것이라고 하고 있는데, 오히려 현대적 의미에서 독일 사법질서의 기본원칙을 재검토할 때에는 징벌적 손해배상제도의 도입이 불가능한 것은 아니라고 해석할 수 있다고 하였다.⁷⁸⁾

나아가 당해 판결에 대해서는 상당한 정도의 사법상 제재를 통해 잠재적 가해자에게 경고를 하는 등 불법적 행위를 통제하기 위해 사법질서가 개입하는 것은 예컨대 일반적 인격권침해시의 금전배상, 성차별을 이유로 한 손해배상에서 상당한 배상(angemessene Entschädigung)을 인정하는 경우(§ 611 a II, III BGB) 등 다수의 독일 사법상 법제에서 이미 밝혀진 목적에 속한다는 점에서 비판이 가해졌다.⁷⁹⁾

Court, 40 Am. J. Comp. L. 729, 730-49 (1992).

76) Wolfgang Kühn, RICO Claims in International Arbitration and Their Recognition in Germany, 11 J. Int'l Arb. 37, 45 (June 1994).

77) 박동진, “독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5).

78) Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, S. 528; 박동진, 전제 논문, 각주 82.

79) Herrmann, Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile in Deutschland unter Berücksichtigung des ordre public. 2000, S. 250ff.; Rosengarten, Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung in der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1994, S. 182ff.; Brockmeier, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, Tübingen

한편 독일연방헌법재판소는 미국법원에 제기된 징벌적 손해배상청구에 대한 사법공조(Rechtshilfe)의 문제에 있어서는 징벌적 손해배상을 청구하는 소의 송달(Zustellung)이 법치국가의 원칙과 관련하여 행위의 자유를 침해하는 것이 아니라는 이유와⁸⁰⁾ 피고에게 기대할 수 없는 정도의 부담을 야기하는 것은 아니라는 이유로⁸¹⁾ 이를 인정하였다.⁸²⁾ 그러나 징벌적 손해배상청구의 송달도 독일법의 공공질서(ordre public)에 반한다는 점을 이유로 비판하는 견해도 있다.⁸³⁾

스위스에서 외국법원의 징벌적 배상을 포함한 판결을 승인하거나 집행하는지에 관한 스위스 법원의 판결은 분명하지 않다. 하나의 사건에서 제1심법원은 징벌적 배상을 포함한 미국 법원의 판결에 대하여 그러한 배상은 스위스의 공공정책에 반한다는 근거에서 이를 인정하고 집행을 거부하였다.⁸⁴⁾ 그러나 다른 사건에서 Basel 법원은 징벌적 배상을 포함한 미국법원의 판결을 집행하였다.⁸⁵⁾ 그러나 Basel 법원은 이 사건에서 부여된 징벌적 배상의 주된 목적은 피고에 의하여 실현된 부당한 이익을 원고에게 회복시켜 보전하기 위한 것이고

1999, S. 33ff., 206; P. Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin/New York 2000, S. 371f.; 박동진, 전제 논문, 각주 83.

80) BVerfGE 91, S.335ff. (7. 12. 1994).

81) KG OLGZ 1994, S. 587ff. (5. 7. 1994)

82) 이러한 입장에 찬성하는 견해로는, Ch. Tomuschat, Grundrechtsfestung Deutschland? in: IPRax 1996, S.84; A. Stadler, Anmerkung zu BVerfGE, Beschluß v. 7. 12. 1994-1BvR 1279/94, in: JZ 1995, 718ff.; 박동진, 전제 “독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -”, 각주 76.

83) H. Merkt, Abwehr der Zustellung von “punitive damages”-Klagen. Heidelberg 1995, S.33ff.; 박동진, 전제 “독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로.”, 각주 77.

84) Bezirksgericht Sargans, 1 Oct. 1982; Klaus J. Beucher & John Byron Sandage, United States Punitive Damage Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement, 23 Vand. J. Transnat'l L. 967, 986 n. 83 (1991).

85) Security Forwarders Inc. v. Trans Container Services AG, [Feb. 2, 1989] Civil Ct. Basel Stadt, Basler Juristische Mitteilungen 1991, at 38, appeal dismissed July 12, 1990, Swiss Federal Supreme Court BGE 116 II 376, Siehr RIW 1991, at 705.

제재는 배상의 부여에 있어서 오직 2차적인 역할만을 수행한다고 판시하였다. 바젤 항소법원은 이 판결을 승인하였고 연방법원은 더 이상의 항소를 실체적 쟁점에 대하여 검토하지 않은 채 오직 절차법적 근거에서 기각하였다.⁸⁶⁾ 그래서 이로 미루어 스위스 법원은 외국의 징벌적 배상을 부여하는 판결도 그것이 주로 보전적 성질을 가진 것이라면 승인하고 집행할 것으로 예상할 수 있다. 그러나 만일 외국의 징벌적 배상 부여가 주로 피고를 징벌하기 위한 것이라면, 그것은 스위스의 공공정책과 상반된다고 보아서 법원이 그것을 집행하지 않을 가능성이 많다. 이와 관련하여 Piantino은 만일 배심이 명백하게 배상액을 과대계상하였다면 그 외국판결은 스위스 법원에서 승인이 거부될 가능성이 많다고 하였다.⁸⁷⁾

외국판결의 집행가능성에 관한 변호사단체의 서베이에서 이 문제에 대한 상이한 관점들이 나타났다. 일부 실무자들은 오스트리아, 체코, 덴마크 및 이탈리아는 징벌적 배상을 부여한 외국판결을 집행하지 않을 것이나 핀란드, 프랑스, 헝가리, 폴란드, 포르투갈, 스페인 및 스웨덴은 집행할 것이라고 생각한다고 답변하였다.⁸⁸⁾

징벌적 배상을 인정하지 않는 국가에서 법원이 그러한 배상을 명한 외국판결을 승인하고 집행할지 여부는 정석이 있는 것이 아니다.

86) Yves P. Piantino, *Switzerland's Treatment of U.S. Money Judgments*, 46 *Am. J. Comp. L.* 181, 190-92 (1998).

87) *Id.* at 192.

88) Friedrich Schwank, *Austria* (Oct. 1997), in *Enforcement of Foreign Judgments* 4 (Louis Garb & Julian D.M. Lew eds., 1997); Gabriel Brenka, *Czech Republic* (May 1996), in *Enforcement of Foreign Judgments*, *supra*, at 4; Jens Rostock-Jensen & Anne-Mette Elkjer Anderson, *Denmark* (May 1996); Petrik Obstbaum, *Finland* (Jan. 1996); Oliver G. Binder, *France* (June 1994); Pèter Nogràdi, *Hungary* (Apr. 1995); Tkyiana Gerlin Baldizzone, *Italy* (Oct. 1997); Nabarro Nathanson et al., *Poland* (May 1996); Caterina Gallego, *Portugal* (Jan. 1996); Pedro Brosa, *Spain* (May 1996); Mikael Berglund, *Sweden* (June 1994).

(4) 외국의 징벌적 배상 중재판정의 승인과 집행

일반적으로 외국의 중재판정은 외국법원의 판결에 비하여 더 잘 집행된다. 한 국가의 판결은 그 국가의 재판권을 넘는 외국에서는 외국 법원이 기꺼이 이를 승인하고 집행하지 않는 한 효력이 없다. 그러나 90개국이 채택한 1958년 “외국의 중재판정의 승인 및 집행에 관한 조약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)”⁸⁹⁾하에서 서명국내에서 내려진 중재판정은 모든 서명국내에서 집행가능하고 그에 대해서는 부속서에서 열거된 소수의 항변만이 가능하다.

뉴욕조약 제 V(2)(b)조하에서 국가법원은 외국의 중재판정이 그 국가의 공공정책에 상반되는 경우에는 그것의 승인과 집행을 거부할 수 있다. 이 공공정책의 예외는 프랑스와 같은 일부 국가에서는 국가의 공공정책이 아니라 ‘국제공공정책’이라고 인용된다.⁹⁰⁾ 한 국가의 모든 절대 필요한 강행원칙들을 포함하는 국가의 공공정책과 달리, 국제공공정책은 문명국가에 의하여 채택된 도덕성과 정의의 기본관념들만으로 구성된다.⁹¹⁾

국제공공정책은 집행국의 국가적 공공정책보다 협의이기 때문에, 일부 학자들은 뉴욕조약 제 V(2)(b)조에 대하여 국제 공공정책 기준을 적용하는 대륙법국가들은 징벌적 배상을 부여하는 중재판정을 승인하고 집행하여야 한다고 주장하였다. 이들 학자에 따르면, 징벌적 배상

89) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159. 이 조약은 흔히 ‘뉴욕조약(New York Convention)’이라 지칭된다.

90) Nouveau code de procedure civile [N.C.P.C.] art. 1502 (Fr.), reprinted in 7 Y.B. Com. Arb. 281-82(1982). Mark A. Buchanan, Public Policy in International Commercial Arbitration, 26 Am. Bus. L.J. 511, 513-31 (1988).

91) Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, 534-35 (1978).

은 집행국의 강행규칙에는 반할 수 있어도, 일반적으로 승인된 도덕성과 정의의 원칙에 반하지는 않는다.⁹²⁾

대륙법계국가의 법원에서 이 문제가 어떻게 판정될지는 알 수 없다. 그러나 전술한 견해가 받아들여지더라도 이들 국가의 법원은 징벌적 배상을 명하는 외국의 중재판정에 대하여 배상액이 “입은 손해에 대하여 과도하게 비례에 맞지 않는” 것과 같은 다른 근거에 기하여 여전히 집행을 부정할 가능성이 있다.⁹³⁾

일부 대륙법계국가들은 또한 비록 분쟁을 규율하는 준거법이 징벌적 배상을 허용하는 외국법인 경우라 하여도, 자국의 중재인들에게 중재판정에서 징벌적 배상을 부여하는 것을 금지하기도 한다. 예컨대 스웨덴 중재법(The Swedish Arbitration Act of 1929)은 명시적으로 중재인들에게 형사적 제재나 벌금을 부여하는 것을 금지한다.⁹⁴⁾ 또한 독일 민사소송법과 스위스 국제사법에서는 국내 공공정책에 부합하지 않는 중재판정은 취소될 수 있다.⁹⁵⁾ 일부 중재판정부와 학자들은 스위스와 독일은 징벌적 배상이 공공정책에 반하는 것으로 간주하고, 그 결과 이들 국가의 중재인은 준거법이 징계적 배상을 허용하더라도 징벌적 배상을 부여할 수 없다고 언급하였다.⁹⁶⁾

92) Letter from Philippe Durand to the New York State Bar Association (Nov. 25, 1991), reprinted in pertinent part in XXth SOKOL COLLOQUIUM, International Arbitration in the 21st Century: Toward “Judicialization” and Uniformity, 264-65 n. 68 (Richard B. Lillich & Charles N. Bower eds., 1994); Wolfgang Kühn, RICO Claims in International Arbitration and Their Recognition in Germany, 11 J. Int'l Arb. 37, 48-49 (June 1994).

93) Letter from Philippe Durand to the New York State Bar Association (Nov. 25, 1991), reprinted in pertinent part in XXth SOKOL COLLOQUIUM, International Arbitration in the 21st Century: Toward “Judicialization” and Uniformity, 264-65 n. 68 (Richard B. Lillich & Charles N. Bower eds., 1994).

94) The Swedish Arbitration Act of 1929 § 15, in Arbitration in Sweden aap. (1984).

95) Systematische Sammlung des Bundesrechts [SR 291] art. 190(2)(e) (Swiss Private International Law Statute 1987); Zivilprozeßordnung (ZPO) § 1059.

96) Award in Case No. 5946 (ICC 1990), reprinted in 16 Y.B. Com. Arb. 97, 113

2. 아시아의 대륙법계국가의 손해배상제도

(1) 징벌적 배상의 부정

일본과 대만은 민사소송에서 징벌적 배상의 부여를 허용하지 아니한다.⁹⁷⁾ 이들 국가들의 법은 이들이 모델로 삼은 유럽의 대륙법계국가들의 법과 같이 피해자가 청구할 수 있는 배상의 범위를 보전적 배상으로 제한한다. 불법행위사건에서의 구제책에 관한 일본 민법 제 709조, 대만민법 제184조, 계약불이행사건에서의 구제책에 관한 일본 민법 제416(1)조, 대만 민법 제213조가 모두 그러하다.

중국에서 징벌적 배상이 이용가능한지는 분명하지 않다. 중국 민법의 일반원칙은 불법행위와 계약불이행에 대하여 보전적 배상을 규정하지만 징벌적 배상에 대하여는 규정하고 있지 않다.⁹⁸⁾ 중국의 현행 계약법은 “당사자 일방은 계약상 의무를 이행하지 않거나 그 이행이 약정에 부합하지 아니하는 경우에 계약상 의무를 계속 이행하면서 보완대책을 강구하거나 손해를 배상하는 등 계약위반 책임을 부담하여야 한다.”고 계약위반시 위반자가 부담할 책임범위에 관한 일반원칙을 규정하고⁹⁹⁾ 제112조에서 “당사자 일방은 계약상 의무를 이행하지 아니하거나 계약상 의무를 이행하는 것이 약정에 부합되지 않을 경우

(1991); Robert Briner, Switzerland, 14 Y.B. Com. Arb. 1, 35 (1989); Ottoarndt Glossner, Federal Republic of Germany (Jan. 1994), in International Handbook on Commercial Arbitration 15 (Albert Jan Van Den Berg & Pieter Sanders eds., 1997).

97) Thomas S. Mackay, Litigation Involving Damages to U.S. Plaintiffs Caused by Private Corporate Japanese Defendants, 5 Transnat'l Law. 131, 176 (1992); Jen Yang, Contract Law of the The Republic of China, in Trade and Investment in Taiwan 361, 381 (Herbert H.P. Ma ed., 1985).

98) General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China, arts. 106, 112, 134.

99) 中國合同法(1999.3.15. 채택 1999.10.1. 시행) 제107조, 中國韓國商會 대한상공회의소 북경사무소, 최신중국경제법령집(하), 2003.1.

의무를 이행하거나 보완대책을 강구한 후에도 상대방에게 그밖의 손실이 있으면 손해배상을 하여야 한다.”고 하고 제113조에서 “당사자 일방이 계약상 의무를 이행하지 아니하거나 계약상 의무를 이행하는 것이 약정에 부합되지 않아 상대방에게 손실을 초래하였을 경우 그 손해배상액은 계약을 위반한 것으로 인하여 초래된 손실과 대등하여야 하며 여기에는 계약을 이행한 후 취득할 수 있는 이익이 포함된다. 그러나 계약을 위반한 일방이 계약을 체결할 때 예견하였거나 예견하였어야 할, 계약위반으로 인하여 초래될 수 있는 손해를 초과하여서는 아니된다. 경영자가 소비자에게 상품 또는 서비스를 제공함에 있어 사기행위가 있을 경우에는 『중국 소비자권익보호법』의 규정에 따라 손해배상책임을 부담한다.”고 규정하고 있다. 위의 계약법 제112조 및 제113조의 배상은 문언에 의하여 징벌적 배상을 인정하지 않고 보전적 배상만을 내용으로 하는 것이 분명하다. 중국의 구 외국투자경제계약법도 중국의 경제조직과 외국 당사자간의 계약위반소송에서 예측가능한 보전적 배상만을 허용하였다.¹⁰⁰⁾ 국내계약을 규율하는 중국 구 경제계약법 제35조의 널리 사용되는 비공식 영어번역본은 다음과 같이 징계적 배상을 인정하는 것으로 해석될 여지가 있었다.

“당사자가 경제계약을 위반한 때에는 다른 당사자에게 계약위반에 대하여 제재금을 지급하여야 한다. 그러나 만일 다른 당사자에게 입힌 손해가 지급된 제재금을 초과하는 경우에는 책임 있는 당사자는 또한 제재금이 커버하지 못한 범위를 보충하기 위하여 배상을 지급하여야 한다. 만일 다른 당사자가 계약의 계속적인 이행을 요구하는 경우에는 책임 있는 당사자는 이에 따라야 한다.”¹⁰¹⁾

100) Law of the People's Republic of China of Economic Contracts Involving Foreign Interest, art. 19, in the Laws of the People's Republic of China 1983-1986, 165 (Legislative Affairs Comm'n of the Standing Comm. of the Nat'l People's Congress of the People's Republic of China 1987).

101) Economic Contract Law of the People's Republic of China, art. 35, translated in 22

그러나 이에 대한 중국 구 경제계약법의 공식 영어번역본은 징계적 구제책을 규정한 것으로 해석할 여지가 없었다.

“만일 당사자가 경제계약을 위반하는 경우에는, 다른 당사자에게 위반에 대한 배상을 지급하여야 한다. 만일 계약위반이 다른 당사자에게 이미 배상액을 초과하는 손해를 입힌 경우에는 위반 당사자는 계약위반 배상을 초과하는 액에 대하여 보전하여야 한다. 만일 다른 당사자가 계약이행의 계속을 요구하는 경우에는 위반 당사자는 이행을 계속하여야 한다.”¹⁰²⁾ 당시 중국 구 경제계약법은 계약위반에 대하여 징벌적 배상의 부여를 허용한다고 해석하는 학자가 있었다. Henry R. Zeng은 중국 경제계약법 제35조에 의거하여 “경제계약 위반의 구제책은 계약위반에 대한 제재, 손해와 구체적 이행에 대한 보전을 포함한다.”고 설명하였다.¹⁰³⁾ 그러나 다른 사람들은 이 규정을 징벌적 배상을 인정하지 아니하는 것으로서 해석하였다.¹⁰⁴⁾

(2) 외국법원의 징벌적 배상판결의 승인과 집행

일본에서는 징벌적 배상을 부여하는 외국의 판결의 승인과 집행을 그러한 배상의 부여가 공공정책에 반한다는 이유에서 거부할 가능성

I.L.M. 330 (Mar. 1983) (reproduced with permission from 2 China L. Rep., No. 1, 61-82 (Spring 1982).

102) Economic Contract Law of the People's Republic of China, art. 35, in the Law of the People's Republic of China 1979-1982, 228 (Legislative Affairs Comm'n of the Standing Comm. of the Nat'l People's Congress of the People's Republic of China 1987).

103) Henry R. Zeng, *China's Civil and Commercial Law*, 41, 79 n. 172 (1988).

104) Mark Sidel, *The Acceptance of Emerging American Law Abroad: Could Maritime RICO Work in the People's Republic of China?*, 12 *Tul. Mar. L.J.* 99, 109 n. 30 (1987); *The China Investment Guide*, 693, 698-700 (China International Economic Consultants, Inc. ed., 1986) (제35조는 징계적 배상을 규정하고 있지 않다고 설명하고 있다).

이 있다.¹⁰⁵⁾ 일본 동경지방법재판소는 1993년에 미국법원의 보전적 배상을 부여하는 판결을 승인하고 집행하였지만, 그 판결의 내용 중 징벌적 배상을 명한 부분은 승인하지 않았다.¹⁰⁶⁾

동법원은 징벌적 배상의 부여가 공공정책에 당연히 반한다고는 선언하지 않았지만, 징계적 구제책을 포함하고 있는 외국 판결은 그 판결의 집행이 일본의 공공정책의 관점에서 부당한 결과를 초래하지 아니하는지 판단하기 위하여 검토되어야 한다고 판시하였다.¹⁰⁷⁾

대만에서의 외국판결의 집행은 대만 민사소송법 제401조에 의하여 규율되고 있다. 외국 판결은 그것이 특히 “공공질서나 선량한 풍속에 부합하지 아니하는” 경우에는 유효할 수 없다.¹⁰⁸⁾

중국에서 외국의 징벌적 배상을 부여한 판결이 집행될 수 있는지에 대하여 학설은 나뉜다. Richard X.Y. Wang은 “배액배상 또는 징벌적 배상의 부여는 판결로 선고되거나 판결과 결부되면 집행이 가능하다.”고 한다.¹⁰⁹⁾ 그러나 Mark Sidel은 미국의 연방 범죄단체조직법(RICO)에 의거하여 부여되는 3배배상은 중국법과 그 배상원칙에 위반될 수 있다고 언급하고 있다.¹¹⁰⁾

105) Masayuki Yoshida & Nobuyuki Taji, Japan (June 1994), in *Enforcement of Foreign Judgment*, at 4.

106) Bryant V. Mansei Kogyo Co., summarized in Takunobu Takehara, Japan, in *Enforcement of Foreign Judgments Worldwide* (Charles Platto & William G. Horton eds., 2d ed. 1993) at 58.

107) 手塚裕之, “米國各州の懲罰的賠償判決の性質・法的機能と本邦で執行可能性”, *ジュリスト* No. 1020 (1993.4.1).

108) Code of Civil Procedure, art. 401(3) (Taiwan), reprinted in K.C. Fan, *Commercial Litigation, Arbitration, and the Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards in the Republic of China*, 13 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 61, 72 n. 52 (1990).

109) Richard X.Y. Wang, *People's Republic of China* (Apr. 1995), in *Enforcement of Foreign Judgment*, at 4.

110) Mark Sidel, *The Acceptance of Emerging American Law Abroad: Could Maritime RICO Work in the People's Republic of China?*, 12 *Tul. Mar. L.J.* 99, 109 (1987).

3. 라틴 아메리카의 대륙법계국가의 손해배상제도

유럽 대륙법계국가들과 같이 멕시코, 코스타리카, 아르헨티나, 파나마 등의 라틴 아메리카 국가들은 일반적으로 보전적 배상을 위한 사소에서 배상액을 제한한다. 징벌적 배상은 형사제재로 간주되고 형사절차에서만 허용된다.

멕시코는 민사소송에서 도덕적 배상을 구하는 법규상 권리를 규정하고 있다.¹¹¹⁾ 이 배상액은 판사가 이를 보전적 배상과 손해와 무관하게 부여할 수 있는 점에서 징계적 배상의 형태이다. 멕시코에서 도덕적 배상의 목적이 피해자에게 보전하기 위한 것이고 행위자를 제재하기 위한 것이 아니므로 이들 배상은 일반적으로 형사적 성질을 가지지 않은 것으로 간주된다.

남미국가들에서 외국 징벌적 배상 판결을 승인하고 집행할지에 대해서는 분명하지 않으나 이러한 판결은 공공질서에 반한다는 이유에서 승인과 집행이 되지 않을 가능성이 있다.

4. 중동국가의 손해배상제도

중동의 다수국가는 대체로 대륙법, 이슬람법(Shari' ah) 및 일정한 경우에는 커먼로 등이 혼합된 법제를 가지고 있다. 이집트, 이라크, 이란, 리비아 등은 인근의 유럽국가들과 같이 대륙법계 법전을 가지고 있다.¹¹²⁾ 그 가운데 이집트는 서구식 법제에 가깝고, 이란은 이슬람법에 기초한 법제를 갖고 있다. 중동국가의 법제는 형사적 제재는 형사절차에 유보하고, 민사소송에서는 보전적 배상만을 허용하는 것이 보통이다.¹¹³⁾ 이들 국가의 민법들은 또한 도덕적 피해에 대한 배상을 인

111) Co'digo Civil para el Distrito Federal, art. 1916.

112) Herbert J. Liebesny, Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis, 216-41 (4th ed. 1981).

113) 이라크 민법 제169조, 제204조; 이란 민법 제328조; 이집트 민법 제221조.

정한다.¹¹⁴⁾ 그러나 남미의 멕시코법에서와 같이 이들 국가의 도덕적 배상은 보전적 성질을 가지며 행위자를 제재할 목적으로 부과되는 것이 아니다.¹¹⁵⁾

중동국가들에서 외국의 징벌적 배상을 부여한 판결이 승인되어 집행될지 여부는 정설이 없다. 아랍국들에서는 징벌적 배상을 부여한 외국판결은 조심스럽게 검토될 것이고 공공정책에 반한다는 근거에서 승인과 집행이 부정될 가능성이 있다.¹¹⁶⁾

제 3 절 징벌적 배상제도 인정 국가의 관련 제도

1. 미 국

(1) 미국의 징벌적 배상제도 개관

1) 징벌적 배상이 인정되는 범위

미국에서 징벌적 배상은 불법행위법, 계약법, 재산법, 해사법원, 노동법, 가족법 등에서 허용되어 오고 있다.¹¹⁷⁾

미국에서는 법원은 일반적으로 당사자가 잘못된, 악의적, 또는 난폭한 행위에 참여한 데 대하여 제재하기 위하여 그리고 그 당사자나 타인이 장래에 금지된 행위에 참여하는 것을 억제하기 위하여 징벌적

114) 리비아 민법 제225조; 이집트 민법 제222조; 시리아 민법 제223조; 이라크 민법 제205조.

115) 11 International Encyclopedia, ch. 8, at 40.

116) Nicholas B. Angell, United Arab Emirates, in 5 Legal Aspects of Doing Business in the Middle East, 216 (Dennis Campbell ed., 1986); Adel Nassar, International Arbitration in Lebanon, 10 Arb. Int'l 295, 301 (1994); Abdul Hamid El-Ahdab, Enforcement of Arbitral Awards in the Arab Countries, 2 Arb. Int'l 169, 172 (1995); Allen P.K. Keesee, IV Commercial Laws of the Middle East 38 (1988).

117) 1 Schlueter & Redden, at 409-742; 2 Schlueter & Redden, at 1-184.

배상을 부여한다. 징벌적 배상은 가해행위가 이례적으로 부당한 경우의 특별한 사건에서만 허용되고 보전적 배상액을 초과하여 허용되는데, 그 적용에 의하여 고도의 사법적 억제를 할 것을 기대하고 부과된다.¹¹⁸⁾

미국에 있어 징벌적 손해배상제도는 주법과 연방법 양자에 의하여 규율된다.¹¹⁹⁾ 즉 징벌적 손해배상에 관한 다양한 주법 이외에 징벌적 손해배상은 다양한 상황에서 연방법에 따라 규율되기도 한다. 예컨대 다수의 연방법률은 명시적으로 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 더욱이 명시적으로 징벌적 손해배상을 인정하지 못한 연방법률에 의거하더라도 징벌적 손해배상을 허용하는 것으로 법원이 해석하는 경우도 있다. 반면에 여러 연방법은 명시적으로 징벌적 손해배상을 금지하고 있다.¹²⁰⁾

미국의 일부 주는 피고의 행위가 양심에 충격을 주는 불법행위 사건에서만 징벌적 배상을 인정한다. 그러나 다른 주는 징벌적 배상을 피고가 고의적으로(wilfully) 또는 무도하게(wantonly) 행위한 경우에는 불법행위 사건이 아닌 경우에도 허용한다. 또 다른 일부 주는 피고가 협정을 고의로 위반한 계약불이행의 경우에도 허용하기도 한다.

미국 연방대법원은 *Kolstand v. American Dental Association* 사건¹²¹⁾에서 연방취업차별소송에서 징벌적 배상이 인정되기 위해서는 피고의 차별행위 자체와 그의 행위가 연방법을 위반하였을 수 있다는 피고의

118) http://en.wikipedia.org/wiki/Punitive_damages.

119) John Y. Gotanda, Punitive Damages: A Comparative Analysis, 42 Colum. J. Transnat'l L. 391, 421 (2004); 이규호, “미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5), 각주1.

120) Richard L. Blatt et al., Punitive Damages State-by-State Guide §1:16 (2006 ed.); 이규호, 전게논문, 각주2.

121) *Kolstand v. American Dental Ass'n*, 527 U.S. 526, 119 S.Ct. 2118, 144 L.Ed.2d 494 (1999).

인식 외에 피고의 엄청나게 잘못된 행위라는 독립적인 기준이 요구된다고 판시하였다.

미국의 일부 주에서는 피고를 제재하기 위해서가 아니라 배상액을 확정하기 어려운 경우에 원고를 보전하기 위하여 징계적 배상이라 부르는 것을 허용한다.¹²²⁾ 따라서 이들 주에서 행해지는 징계적 배상은 징벌적 배상이 아니라 보전적 배상을 확대한 것이라고 볼 수 있다.

2) 징벌적 배상액의 적정성

미국의 일부 주는 징벌적 배상이 과도하다는 이유에서 이를 전면 금지하는 입법을 하기도 했고, 일부 주는 일정한 종류의 소에서 이용하지 못하도록 금지하기도 했고, 또 다른 일부 주는 징벌적 배상의 이용은 허용하지만 그 액수의 결정을 배심원이 아니라 법관이 결정하도록 입법하였다. 마지막 경우에는 배상액의 결정이 배심원이 하는 것보다 신중하게 행해질 것이다. 그러나 아직도 그 나머지 주에서는 징벌적 배상액은 배심원이 전적으로 임의로 결정하고 있어서 법관은 오직 징벌적 배상액이 극도로 과도하다고 판단하는 경우에만 결정을 취소하고 심리를 재개하도록 명하도록 하고 있다.

미국에서 징벌적 배상은 “수정헌법 제8조의 과중한 형벌조항은, 사적 당사자 사이의 민사사건에 있어서의 징벌적 배상액의 판단에는 적용되지 않는다.”¹²³⁾는 판례에 따라 수정헌법 제8조를 근거로 하여 과중성이 문제되지 않는다. 그러나 연방대법원은 주법원의 징벌적 배상을 명하

122) *Le Blanc v. Spector*, 378 F. Supp. 301 (D. Conn. 1973), accord *Waterbury Petroleum Prod., Inc. v. Canaan Oil & Fuel Co., Inc.*, 477 A.2d 988 (Conn. 1984); *Peisner v. Detroit Free Press*, 242 N.W.2d 775 (Mich. App. 1976), *aff'd as modified*, 364 N.W.2d 600 (Mich. 1984). *Wright Titus, Inc. v. Swafford*, 133 S.W.2d 287 (Tex. Civ. App. 1939).

123) *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989).

는 권한에 대하여 적법절차조항이 제한을 부과한다고 결정하였고, 따라서 징벌적 배상액의 적정성은 수정헌법 제5조와 제14조의 적법절차에 의하여 부과되는 제한의 범위에서 위법으로 판정될 수 있다.¹²⁴⁾

미국법원에서 구체적 사건에서 그것이 징벌적 배상을 부과할 수 있는 경우인지 아닌지의 판단은 법관이 결정하는 법률문제이지만, 그것이 긍정되는 경우에 구체적 사건에서 이것을 실제로 부과하는지 아닌지, 또한 부과한다고 할 때 그 액수를 정하는 것은 전통적인 커먼로 접근방식에서 배심이 결정하는 사실문제이다. 그러므로 배심은 그 재량으로 이러한 사항을 결정할 수가 있어 그 판단은 명백하게 재량권의 남용이 있었다고 여겨지는 예외적인 경우가 아니면, 상소심에서 뒤집어지지 않는다. 이와 같이 징벌적 배상은 유연성이 있는 제도이며, 가해자에 대한 제재적 기능 및 위법행위에 대한 억제적 기능을 완수하는 것과 동시에, 배심의 재량의 범위가 극히 넓기 때문에 자칫하면 자의에 흐를 위험성도 있다. 따라서 징벌적 배상이라고 하는 제도 그 자체가 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 위반하지 않는지, 또 만일 징벌적 배상 그 자체는 위헌이 아니라고 해도, 그것이 배심에 과도한 자유재량을 부여하고 있는 것이, 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 반하는 것은 아닌가 하는 문제가 다투어질 수가 있다.

Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip 사건¹²⁵⁾에서 전보배상액의 4배에 달하고 피해자가 실제로 지출한 금액의 200배에 해당하는 징벌적 배상액의 부여가 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 반하는 것이 아닌가 다투어 졌다. 이 사건에서 피고 Y1은 피고 Y2 생명보험상호회사의 에이전트이며, 동시에 U(신원 보증) 생명보험회사의 에이전트이기도 했다. U사는, 지방자치단체에 대한 단체건강보험을 인수하고 있

124) *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore, Jr.*, 517 U.S. 559, 116 S. Ct. 1589, 134 L. Ed. 2d 809, 1996 U.S. LEXIS 3390.

125) *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 111 S. Ct. 1032 (1991).

던 것에 대해, Y2사는, 개인의 생명보험만을 인수하고 있었다. Y1사는, 앨라바마주의 R시의 피용자를 피보험자로 하는 건강보험 및 생명보험에 일괄 가입하도록 권유하였고, R시는 이것에 응했다.

거기서 Y1사는 U사와의 단체건강보험 및 Y2사와의 개별 생명보험의 신청용지를 각각 따로 준비했다.

원고 X는, R시의 피용자(지방공무원)이며, 동 단체건강보험의 가입자였다. 그 보험료는, U사가 건강보험료의 청구서를 Y1에 송부해, R시는 피용자의 지불급여총액으로부터 건강보험료로서 공제한 액수의 수표를 Y1에 송부하는 것으로써, 지불되게 되어 있었다. 그런데 Y1은 R시로부터 수표의 송부를 받고 있었음에도 불구하고, 이것을 U사에 송부하지 않고, 그 대부분을 착복해 버렸다. U사는 건강보험료의 미납을 이유로 Y1에 속한 X 등에 대해, 건강보험증권상의 보험계약이 소멸하였다는 취지의 통지를 발송했지만, X등에 전달되지 않았다. 그러므로 X 등은 건강보험증권이 취소된 것을 알 수가 없었다. 그 후 X는 어떤 병원에 입원, 입원비용의 지불청구를 받은 후 자신의 보험계약이 소멸하였다는 사실을 알게 되었다. X는 Y1 및 Y2사를 상대로 해소를 제기해, 사기를 이유로 하는 손해배상청구소송을 제기했다. Y2 회사에 대한 사건은 사용자책임의 법리를 둘러싸고 배심에 회부되었다. 사실심 법원은 사기가 있는 경우에는 징벌적 배상을 부과할 수가 있는 취지를 배심원단에 실시(instruction)하였다. 배심은 X승소의 일반 평결을 하면서 Y2사에 100만 달러를 넘는 징벌적 배상을 부과했다. 그래서 Y2사는 상소하였고, 앨라배마주 대법원은 원판결을 유지했다. Y2사는 다시 연방대법원에 이송명령(certiorari)을 신청하여 다시 상소하였고 대법관의 의견은 7대1로 나뉘어 원판결을 유지했다. 이 사건에서 연방대법원은 징벌적 배상의 방법이, 수정헌법 제14조가 제정되기 이전으로부터 확립되어 있고, 수정헌법 제14조의 문언 및 입법사의 어느 것도 이 징벌적 배상의 방법을 뒤집을 의사는 없었던 것을

강조하고, O'Connor대법관의 반대 의견도 포함해, 징벌적 배상을 부과하는 커먼로의 방법이 그 자체로 위헌이 될 것은 아니라는 점에 대해서 의견의 일치를 보았다.¹²⁶⁾

그러나 배심의 자유재량에 의한 과대한 징벌적 배상액의 결정이 적법절차에 반해 위헌이 될 수 있다는 것은 인정하였다. 이 사건에서 연방대법원은 징벌적 배상이 범죄의 억제와 응보라고 하는 목적에 합

126) 법원의 의견:

... the punitive damages award does not violate the due process clause of the Federal Constitution's Fourteenth Amendment, because (1) the record amply supports the conclusion that the alleged agent was acting as an agent of the insurance company when he defrauded the plaintiffs; (2) imposing punitive damages liability upon the company under the doctrine of respondeat superior does not, under such circumstances, violate the company's due process rights; (3) the traditional, common-law approach of awarding punitive damages--under which approach the amount of the award is initially determined by a jury instructed to consider the gravity of the wrong and the need to deter similar conduct, and the jury's determination is then reviewed by trial and appellate courts to insure that the determination is reasonable--is not so inherently unfair as to deny due process and to be unconstitutional per se, where (a) every state and federal court that has considered the question has reached the same conclusion, (b) the common-law approach was well established before the Fourteenth Amendment was enacted, and (c) nothing in the Amendment's text or history indicates an intention on the part of the Amendment's drafters to overturn the prevailing approach; (4) the particular punitive damages award in the case at hand does not cross the line into constitutional impropriety, for, while the monetary comparisons are wide and may be close to the line, imprisonment as well as a fine could be required of an individual in the criminal context, and the award in the case at hand did not lack objective criteria, where (a) the jury was adequately instructed, (b) the trial court, which conducted a postverdict comparison that conformed with the state's then-applicable standards, specifically found that (i) the conduct in question evidenced intentional malicious, gross, or oppressive fraud, and (ii) the amount of the award was reasonable in light of the importance of discouraging insurers from similar conduct, and (c) the company received the benefit of appropriate appellate review by the state's highest court, which (i) applied the same postverdict standards and approved the verdict thereunder, and (ii) brought to bear all the then-applicable, relevant, state-law factors for appellate review; and (5) even though there is much to be said in favor of a higher standard of proof of punitive damages, the state's lesser standard of "reasonably satisfied from the evidence", when buttressed by such procedural and substantive protections, does not violate due process. (O'Connor, J., dissented from this holding.)

리적으로 관련하고 있는지 아닌지를 결정하기 위해서 기존에 앨라배마 대법원이 법원이 고려하여야 할 요소로서 인정하여 온 “a) 피고의 행위의 유책성, b) 타인의 유사한 행위를 저지하는 일반예방적 효과, c) 당사자에 대한 효과(특별예방) 및 d) 관계가 없는 제3자에 대한 효과”¹²⁷⁾ 외에 “a) 징벌적 배상액과 현실로 발생, 또는 피고의 행위로부터 발생할 개연성 높은 손해와의 합리적 관련성, b) 피고의 행위의 비난 가능성의 정도, 당해 행위의 존속 기간, 피고의 인식의 유무, 사실의 은폐 유무, 과거의 유사한 행위의 존부 및 빈도, c) 피고가 불법행위로부터 얻은 이득 및 피고로부터 이득을 박탈하여 손실을 입게 하는 것의 시비, d) 피고의 자력, e) 소송비용, f) 피고의 행위에 대한 형사적 제재의 유무 및 g) 다른 민사적 제재의 유무” 등의 7가지 요소를 징벌적 배상액의 경감 사유로서 고려해야 한다고 판시하였다.¹²⁸⁾

한편 O'Connor 대법관은 이 사건에서의 앨라배마주 법원의 절차는 물론 대부분의 커먼로 전통에 입각한 여러 주의 징벌적 배상제도가 너무 모호한 범위의 재량을 배심에게 부여하는 점에서 위헌이라는 반대 의견을 내었다.¹²⁹⁾

(2) 독점금지법위반행위에 대한 3배액 손해배상제

연방 독점금지법인 클레이튼법 제4조¹³⁰⁾ 및 제4a조¹³¹⁾는 셔먼법과 클레이튼법에 위반한 행위에 의하여 피해를 입은 사인 및 연방정부에 의한 3배배상 청구의 근거규정을 두고 있다.

127) Id., 499 U.S. at 20 (Hammond v. Gadsden, 493 So. 2d 1374 (1986)를 인용).

128) Id., 499 U.S. at 21-22 (Green Oil Co. v. Hornsby, 539 So. 2d 218, 223-224 (1989)를 인용).

129) Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 42 (1991) (O'Connor, J. dissenting).

130) Clayton Act § 4, 15 U.S.C. § 15 (1994).

131) Clayton Act § 4a, 15 U.S.C. § 15a (1994).

1) 미국의 3배액 손해배상제도의 유래

제정당시의 미국 서면법 제7조에 처음 규정된 3배액 손해배상제는 징벌적 손해배상법리를 성문화한 것이다. 3배액 손해배상(treble damages) 규정의 근대법상의 연원은 1623년 영국의 독점조항(Statute of Monopolies)¹³²⁾이라고 한다. 서면법을 발의한 서면상원의원은 이 법안이 커먼로의 전통적인 원리에 근거한 것임을 강조한 다음, “시민에 있어 중요한 것은, 합중국의 법원에서, 그들이 입은 손해액을 청구하고 회수하기 위한 어떠한 구제수단을 갖는 것이 당연하다는 것이다.”라고 말하면서 배액배상규정을 설치할 필요성을 주장하였다.¹³³⁾ 서면의원은 원래 2배액 배상을 제안하였으나, 몇 차례 수정된 후, 최종안은 대체로 위의 1623년 영국 독점조항을 모델로 하여 정해졌다.¹³⁴⁾ 이것은 나중에 클레이튼법 제4a조로 규정되었고, 현재 영국법에는 독점금지과 관련해서는 존재하지 않는 입법례이다.

2) 3배액 손해배상제도의 근거

사적 독점금지소송의 3배액 손해배상에 대한 이론적 근거로는 다음과 같은 억제적 효과 측면이 거론된다. i) 가장 오래된 것은 독점금지 위반자가 자기의 범죄에 대하여 도덕적으로 제재를 받을 만하고, 단지 실손해액 배상으로는 제재가 충분하지 않으므로 3배액 손해배상이 필요하다는 것이다.

ii) 일반예방에 기초한 주장으로, 모든 독점금지 위반이 적발되지 않으므로, 실손해액 배상만을 허용하는 원칙으로는 독점금지 위반을

132) 21 Jac. 1, C.3 (1623). 동조는 “독점의 피해를 입은 사람은 방해방법과 경우에 의하여 입은 피해의 3배를 배상 받는다”고 규정하였다.

133) 21 Cong. Rec. 2456 (1890); Comment, Damages: An Idea whose Time has come?, 61 Tulane L. Rev. 781, 782~783 (1987).

134) H. Thorelli, The Federal Antitrust Policy, p.212 (1955); H. Hovenkamp, Antitrust's Protected Classes, 88 Mich. L. Rev. 1 (1989).

수익성 있는 것으로 만들 것이므로, 억제를 위하여 3배액 손해배상이 필요하다는 것이다.

가장 선호되는 관점에서는, 실손해액 배상제도로는 너무 적은 억제만을 제공하고 너무 많은 독점금지 위반이 행해지고도 제소되지 않도록 할 것이므로 그에 대비하기 위한 제도로 3배액 손해배상의 성격을 이해하는 것이다. 마찬가지로, 3배보다 높은 가중승수를 채택한다면, 과다억제(over-deterrence)를 야기하고 위험을 꺼리는 피고로부터 빨리 화해를 바라는 사람들에 의하여 제소된 무가치한 소송들이 법정에서 쇠퇴할 것이다.¹³⁵⁾

사적 3배액 손해배상은 독점금지법의 집행에 있어서 강력하고 발전적 요소로서, 1960년 이래 독점금지법의 집행에 있어서 가장 괄목할 만한 발전은 사적 3배액 손해배상청구소송의 증가였다고 평가된다.¹³⁶⁾ 동 제도는 손해액을 모두 입증하지 못한 피해자에게 효과적인 구제가 될 수 있을 뿐 아니라 이 제도의 강력한 유인에 힘입어 사인에 의한 독점금지법의 실현이 촉진되고 있다. 연방대법원은 배상과 억제의 양자가 사적 3배액 손해배상소송의 적법한 목적이라고 선언한 바 있다.¹³⁷⁾ 그러나 소송사건의 대다수에서, 법원은 손해배상액을 억제모델보다는 배상모델과 더 부합되는 방식으로 확인하고 산정한다.

135) R. Lande, Are Antitrust “Treble” Damages Really Single Damages?, 54 Ohio St. L.J. 115 (1993).

136) A.D. Neale, et al., The Antitrust Laws Of The U.S.A., 3rd ed., 1980, p. 418.

137) Pfizer, Inc. v. Government of India, 434 U.S. 308, 314, 98 S.Ct. 584, 588, rehearing denied, 435 U.S. 910, 98 S.Ct. 1462 (1978); Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 485~486, 97 S.Ct. 690, 695~696 (1977). 다만, 연방대법원은 Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720, 746, 97 S.Ct. 2061, 2075, rehearing denied, 434 U.S. 881, 98 S.Ct. 243 (1977)사건에서는 3배액 손해배상액 중에서 본래의 실손해액을 넘는 3분의 2의 손해배상액은 “사적 법무장관”의 창설에 의하여 공적 집행을 보충하려고 고안되었다고 언급함으로써, 배상보다 억제를 선호하는 쪽에 약간 가까운 입장을 표시하였다.

3) 독점금지 3배액 손해배상사건

미국의 독점금지법상 손해배상청구에 있어서는 배상을 청구할 수 있는 손해의 범위가 손해배상청구의 원고적격을 제한하는 판례법상 원칙에 의해서 제한되고 있다.

그 원칙으로는 i) 피해가 독점금지법이 보호하는 범위 내에서 발생한 “독점금지상 피해(antitrust injury)”이어야 한다는 법리¹³⁸⁾, ii) 시장의 경쟁에 대한 피해가 발생한 경우에도 그것으로 인하여 “직접” 또는 “표적영역”내에 있는 자에게 발생한 피해이어야 한다는 법리¹³⁹⁾, iii) “직접매수자”에 한하여 독점적 과다청구에 대한 배상청구의 원고적격을 인정하는 법리 등이 개발·적용되고 있다.¹⁴⁰⁾

소비자나 경쟁자는 독점금지 사적 손해배상청구의 원고로 선호되나 이들도 “직접매수자”가 아닌 경우에는 예외적인 경우에만 원고적격이 인정된다.¹⁴¹⁾ 종업원·과생적 피해를 입은 자·이른바 차선원고 등에 대해서는 원칙적으로 원고적격이 부정된다. Chrysler Credit Corp. v. J. Truett Payne Co. 사건¹⁴²⁾은 로빈슨-패트만법에 의거한 손해배상의 사소

138) Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690 (1977); Cargill v. Monfort of Colo., 479 U.S. 104, 107 S.Ct. 484 (1986).

139) Loeb v. Eastman Kodak Co., 183 Fed. 704 (3d Cir.1910); Conference of Studio Unions v. Loew's, Inc., 193 F.2d 51 (9th Cir.1951), cert. denied, 342 U.S. 919, 72 S.Ct. 367 (1952).

140) Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481, 88 S.Ct. 2224 (1968)(독점자로부터의 직접매수자는 그가 대부분의 과다청구액을 자기의 고객에게 전가하였더라도 전체 독점적 과다청구액을 손해배상액으로서 청구할 수 있다고 판시함); Illinois Brick v. Illinois, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061 (1977)(간접매수자가 과다청구액의 일부를 전가받았고, 그 결과 피해를 입었다고 증명할 수 있다고 하더라도 직접매수자가 전체 독점적 과다청구에 대한 소권을 갖기 때문에, 간접매수자는 소권을 갖지 못한다고 판시함).

141) Blue Shield of Va. v. McCready, 457 U.S. 465, 102 S.Ct. 2540 (1982); In re Beef Industry Antitrust Litigation, 600 F.2d 1148 (5th Cir.1979), cert. denied, 449 U.S. 905, 101 S.Ct. 280 (1980), on remand, 542 F.Supp. 1122 (N.D.Tex.1982), affirmed, 710 F.2d 216 (5th Cir.1979), cert. denied, 465 U.S. 1052, 104 S.Ct. 1326 (1984).

142) Chrysler Credit Corp. v. J. Truett Payne Co., 670 F.2d 575 (5th Cir. 1982), cert.

였는데, 자동차 제조업자 Y는 유인책으로서 판매목표를 달성한 자동차 딜러들에게 보너스를 지급하는 프로그램을 운영하였다. X는 사업을 퇴출당하기 전에 당해 지역의 4개 자동차 딜러 중 하나이었다. X는 보너스가 딜러마다 달랐기 때문에 유인 프로그램이 클레이튼법에 의거한 가격차별을 구성한다고 주장하면서 3배액 손해배상을 청구하였다. 지방법원은 X의 주장을 인용하고 배상을 명하였다. 그러나 항소심에서는 지방법원의 판결을 번복하고, 유인프로그램과 경쟁간에는 매우 희박한 증거만이 존재한다고 보아서 유인프로그램이 자동차 딜러들간의 경쟁을 실질적으로 감소시키지 않았을 것이라고 결론을 내렸다. 원고가 제출한 증거는 “유인 프로그램이 크라이슬러 딜러들간에 경쟁을 실질적으로 감소시킬 가능성이 있는지” 또는 X가 “경쟁하는 것을 금하는지 여부에 관한 부분에서 부적절하다.”고 하였다.¹⁴³⁾ “원고는 이 프로그램의 메카니즘, 즉 어떻게 딜러들이 보너스를 받을 자격을 얻는지에 관한 충분한 증거를 제시하였지만, 이 프로그램이 Birmingham 지역 딜러들간의 경쟁에 연결된다는 증거는 매우 희박하였다.” 원고의 증인의 증언은 프로그램의 “제시된 또는 가설적인 효과”에 대하여 말하였고 그 차원에서도 논란이 있었다.¹⁴⁴⁾ 항소법원은 또한 피항소인이 클레이튼법상의 피해요소 및 배상에 관하여 입증책임을 다하지 않았다고 보았다. 로빈슨-패트만법에 의거한 3배 손해배상 소송에서는 “범위반의 입증만이 아니라 증거의 우월성에 의하여 독점금지상 피해를 입증하여야” 하고¹⁴⁵⁾ 또한 원고는 그것을 “사실상 그리고 정당한 정도의 확실성을 가지고” 하여야 한다.¹⁴⁶⁾ 그러나 이 사건 원고 X에 의하여 주장

denied, 459 U.S. 908 (1982).

143) Id., 670 F.2d at 581.

144) Id.

145) Id.(Perkins v. Standard Oil Co., 395 U.S. 642, 648, 89 S. Ct. 1871, 1874, 23 L. Ed. 2d 599 (1969); Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, 395 U.S. 100, 123-24, 89 S. Ct. 1562, 1576-77, 23 L. Ed. 2d 129 (1969)을 인용하고 있음).

146) Terrell v. Household Goods Carriers' Bureau, 494 F.2d 16, 20 (5th Cir.), cert.

된 독점금지 위반에 의하여 초래되었다는 손해에 대한, 관련 증거 없이 행해진 결론적인 진술은 충분하지 않다고 보았다. X는 Y가 행한 주장된 위반행위와 거의 동시에 발생한 자사의 시장점유율의 경미한 감소를 근거로 Y의 유인 프로그램 때문에 일실한 판매 및 수익액을 증명하기 위하여 전문가를 동원하여 자사의 자동차 딜러십의 영업권 (good will)에 대하여 처음 획득한 때인 1955년의 그것을 52,000 달러의 가치로 추정하고 이 금액을 10년간 연간 4%의 비율로 상승하였다고 평가하였다. 그러나 X측 전문가는 52,000 달러라는 영업권의 가치가 X의 재무서류에 기초한 것이 아니라고 증언하였다. 그것은 단지 X에 의하여 추정된 것으로서, 4%라는 비율은 인플레이션과 1955년부터 Payne 이 사업을 접은 때까지의 우대이자율의 평균이었다.¹⁴⁷⁾ 항소법원은 이러한 증거로는 피해를 입증하기에 충분하지 않다고 보았다. 항소법원은 원심판결을 번복하고 항소인을 위하여 판결하도록 하는 지시와 함께 사건을 이송하였다.

손해액의 산정과 관련하여 클레이튼법 제4d조는 “州 國親訴訟에서 피고가 셔먼법에 위반한 가격책정을 행하였다는 판결이 내려지는 경우, 손해액은 통계적방법이나 견본추출식(sampling)방법에 의하여, 혹은 위법한 과다청구(illegal overcharge)의 산출에 의하여, 혹은 기타 이에 상응하는 손해액에 대한 합리적 측정방법으로서 법원이 당해 소송을 제기한 자의 각각의 청구 혹은 그 자가 입은 손해액을 별도로 입증하는 것을 요구하지 않고 재량으로 인정할 수 있는 방법에 의하여, 그 총액이 입증 및 산정될 수 있다.”고 규정하여 손해액의 산정에 관한 다양한 방법을 채택하는 것을 허용하고 있다.¹⁴⁸⁾ 다만 동조는 주법무장관에 의한 국친소송에 적용되며 사적 손해배상청구에는 적용되지

dismissed, 419 U.S. 987, 95 S. Ct. 246, 42 L. Ed. 2d 260 (1974).

147) Chrysler Credit Corp. v. J. Truett Payne Co., 670 F.2d 575, 582 (5th Cir. 1982).

148) 15 U.S.C.A. §15d.

않는다. 연방의회가 이 규정을 도입한 목적은 상품의 제조업자들 사이에 카르텔이 형성되어, 그 결과로 부당하게 인상된 가격으로 당해 상품을 매수한 최종소비자인 주의 주민이 입은 손해액을 정확하게 증명하는 것이 곤란한 점과 국친소송이 갖는 공익성을 인정하여 특례를 인정하여, 원고의 손해액의 산정방식의 엄격성을 보다 완화한 것으로 볼 수 있다.

독점금지법외에도 연방 범죄단체조직법(Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act: RICO)은 3배배상을 규정하고 있다.¹⁴⁹⁾

연방 포괄적 환경보상 및 책임법(Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act: CERCLA)도 3배배상을 규정하고 있다.¹⁵⁰⁾

또한 연방 특허법은 고의의 특허권 침해에 대하여 3배배상을 규정하고 있다.¹⁵¹⁾

4) 3배액 손해배상제도의 남용방지책

3배액 배상제도는 그 자체가 원고에게 제소의 유인을 주기 위한 것이므로 미국에서는 이에 의거한 활발한 사인의 제소가 이루어진다. 미국의 경우에는 독점금지법에 의한 私訴는 1960년대 이래로 독점금지법이 집행되는 주된 메카니즘을 이루고 있다고 평가되며, 미국전체의 독점금지소송의 95퍼센트 정도는 사적 원고에 의하여 제기될 정도로 활용되고 있다.¹⁵²⁾ 사적 소송건수는 1977년의 1,611건을 정점으로 이후 다소 감소추세에 있으나 정부가 소송당사자인 공적 소송건수에

149) Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act, 42 U.S.C. § 9607(c)(3) (1994).

150) Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act, 18 U.S.C. § 1964(c) (1994).

151) 35 U.S.C § 284 (1999).

152) Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, 3rd ed., 2005, p. 602.

비해 6배~20배 수준이라고 한다.

사소는 특히 3배액 손해배상제도가 유인이 되어 활발히 제소되고 있는데, 공적 집행의 한계, 즉 선별적으로 행해질 수 밖에 없고, 국지적·일시적이거나 명백하지 않은 위반에 대하여 활발히 발동되지 못하는 점 등을 보완하여 준다고 평가되고 있다.¹⁵³⁾

이처럼 미국에서 3배액 손해배상제도는 그 남용이 방지되어야 할 정도인데 이를 위해서는 판례법상 원고적격을 제한하는 원칙으로서 i) 피해가 독점금지법이 보호하는 범위 내에서 발생한 “독점금지상 피해(antitrust injury)”이어야 한다는 법리,¹⁵⁴⁾ ii) 시장의 경쟁에 대한 피해가 발생한 경우에도 그것으로 인하여 “직접” 또는 “표적영역”내에 있는 자에게 발생한 피해이어야 한다는 법리,¹⁵⁵⁾ iii) “직접매수자”에 한하여 독점적 과다청구에 대한 배상청구의 원고적격을 인정하는 법리¹⁵⁶⁾ 등이 개발·적용되고 있다. 소비자나 경쟁자는 독점금지 사적 손해배상청구의 원고로 선호되나 이들도 “직접매수자”가 아닌 경우에는 예외적인 경우에만 원고적격이 인정된다.¹⁵⁷⁾ 종업원·과생적 피해를 입은 자·이른바 차선원고 등에 대해서는 원칙적으로 원고적격이 부정된다. 예컨대 종업원의 경우에는 독점금지 위반이 그 종업원이 일하는 상품이나 용역시장에서 발생하였다면, 그의 원고적격은 부정

153) Philip Areeda, Louis Kaplow and Aaron Edlin, *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases*, 6th ed., 2004, p. 142.

154) *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690 (1977); *Cargill v. Monfort of Colo.*, 479 U.S. 104, 107 S.Ct. 484 (1986).

155) *Loeb v. Eastman Kodak Co.*, 183 Fed. 704 (3d Cir.1910); *Conference of Studio Unions v. Loew's, Inc.*, 193 F.2d 51 (9th Cir.1951), cert. denied, 342 U.S. 919, 72 S.Ct. 367 (1952).

156) *Illinois Brick v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

157) *Blue Shield of Va. v. McCready*, 457 U.S. 465, 102 S.Ct. 2540 (1982); *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148 (5th Cir.1979), cert. denied, 449 U.S. 905, 101 S.Ct. 280 (1980), on remand, 542 F.Supp. 1122 (N.D.Tex.1982), affirmed, 710 F.2d 216 (5th Cir.1979), cert. denied, 465 U.S. 1052, 104 S.Ct. 1326 (1984).

된다. 예컨대, 어떤 기업이 상품시장에서의 보이콧의 희생자로서 문을 닫거나 산출을 줄인다면, 그 기업 자체는 원고적격이 인정되나 그 기업의 종업원은 그렇지 않다. 법원은 일관되게 그 피해는 전적으로 그들의 고용주의 피해에서 파생된 것이라고 판시한다.¹⁵⁸⁾ 이와 달리 독점금지 위반이 노동시장에서 발생하였을 때에는 그 종업원은 종업원으로서가 아니라 당해 노동시장의 참가자이므로, 자신이 입은 손해에 대하여 배상청구를 할 원고적격이 인정된다.¹⁵⁹⁾ 또한 법원은 독점금지법을 집행하기에 최적의 위치에 있는 자들에게는 원고적격을 인정하지만, 그렇지 않은 범주의 자들에게는 부정한다. 것처럼 집행의 관점에서 원고적격이 부정되는 범주에 속하는 자들을 차선원고(second-best plaintiffs)라고 부르는데, *Bodie-Rickett & Assoc. v. Mars, Inc.* 사건¹⁶⁰⁾에서는, 과자류의 제조업자가 상품의 배급선을 어떤 브로커에게로 통합하는 바람에 수입을 상실하게 된 대리상이 그 제조업자를 독점금지 위반으로 제소하였다. 법원은 이 대리상의 원고적격을 부정하였는데, 이 사건의 원고는 피고 사업자의 배급망의 통합이 경쟁 스낵과자 제조업자의 마케팅시도를 침해하려는 의도에서 행해졌기 때문에 반경쟁적이라고 주장하였지만, 그 제조업자가 더 나은 원고였고 그는 차선원고에 불과하였다.

대체적으로 미국의 법원은 독점금지원고적격을 피해자에 대한 배상의 관점에서 분석한다고 볼 수 있다.

158) 예컨대, *Sharp v. United Airlines, Inc.*, 967 F.2d 404(10th Cir.), cert. denied, 506 U.S. 974, 113 S.Ct. 464 (1992)(종업원들은 전고용주의 경쟁자가 전고용주에게 피해를 입힌 배타적 관행에 대하여 제소할 원고적격이 부정됨.); *Adams v. Pan American World Airways, Inc.*, 828 F.2d 24 (D.C.Cir.1987), cert. denied, 485 U.S. 961, 108 S.Ct. 1225 (1988)(같은 취지); *Province v. Cleveland Press Pub. Co.*, 787 F.2d 1047 (6th Cir.1986)(같은 취지).

159) 7. 2 Antitrust Law ¶376 (rev. ed. 1995).

160) 957 F.2d 287 (6th Cir.1992).

4) 3배액 손해배상제도의 개혁론

한편 미국에서는 3배액 손해배상제도에 대해서 비판하고 개혁하자는 의견도 주장되어 왔으며 이에 관하여 살펴본다.

i) 3배라는 수치는 위반자가 적발될 개연성이 어디에서나 33%에 가까운지 확인하려는 노력 없이 그동안 유지되어 오고 있으나, 독점금지 위반인 대부분의 배타적 관행은 은폐하기 어려워서 적발될 개연성이 3분의 1보다 크다는 것은 분명하고, 그러한 사건들에서 3배액 손해배상규정은 단지 과도한 집행자원을 그러한 위반행위의 발견과 기소를 위한 시도에 투입시키고 법의 금지를 확대시킬 뿐이므로 그러한 사건들에서는 실손해액배상만이 이용될 수 있어야 한다는 비판이 있다.¹⁶¹⁾

또한 3배액 손해배상의 독점금지소송에서의 적용범위를 제한하자는 수정적 비판론도 있다. ii) 제1안¹⁶²⁾은 당연 위법한 위반에 대해서는 3배액 손해배상을, 합리성의 원칙이 적용되는 조리위법행위에 대해서는 단순 손해배상을 하도록 하는 내용이다. 이 법안은 원칙적으로 3배액 손해배상을 폐지하고 실손해액배상만을 인정하며 “그 성질이나 필수적 효과가 순전히 반경쟁적이어서 개별 사건에서 그것들이 초래하는 정확한 해악이나 그것을 사용하는 사업상 정당화사유 등에 관하여 상세한 조사가 필요 없이 불합리하고 따라서 위법하다고 간주되는 협정이나 관행”에 대해서만 예외를 인정하는 내용이었다. iii) 제2안¹⁶³⁾은 일실수익에 대해서는 실손해액배상을, 독점적 과다청구에 대해서는 3배액 손해배상을 허용하는 내용이다.¹⁶⁴⁾ iv) 제3안은 독점금지 위반을 은밀한

161) R.A. Posner, *Antitrust Law-An Economic Perspective*, 1976, pp. 226~227.

162) 레이건행정부의 독점금지, 특허 및 공동연구·개발합작투자 등에 관한 입법안, 44 *Antitrust & Trade Regulation Report (BNA)* 1272 (1983.6.30).

163) *Antitrust Remedies Improvements Act of 1986*, Trade Reg. Rptr. (CCH), Report 744 at 2122 (1986.2.24).

164) H. Hovenkamp, *Treble Damages Reform*, 33 *Antitrust Bull.* 233 (1988). 대안의 여론조사에 관하여는, E,D, Cavanagh, *Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose*

위반과 “공연한” 위반으로 구분하여, 가격고정, 약탈적 가격책정, 부적절한 특허권침해소송 및 기타의 배타적 관행 등의 “은밀한” 독점금지 위반에 대해서는 가중하고, 기업결합과 합작투자, 거래거절, 재판매가격유지행위 및 기타의 수직적 제한 등의 공연한 독점금지 위반에 대해서는 실손해배상으로 하자는 제안이다.¹⁶⁵⁾ 이 주장은 위반의 은밀성을 손해배상가중의 근거로 보고, 반대로 위반의 공개성은 위반자의 주관적 의도가 자기가 독점금지법을 위반하고 있다고 인식하지 않고 있다는 것을 강력하게 추정할 수 있게 하고, 적발가능성을 높여서 손해액을 가중하지 않아도 억제된다고 보는 견해이다.¹⁶⁶⁾ 또한 이 방안에 의하면, 기업으로 하여금 효율적이지만 그 적법성여부가 논란이 될 활동을 공개하도록 할 유인을 부여함으로써 그것의 감시가 가능하도록 한다는 장점도 거론된다.¹⁶⁷⁾

생각건대, i 에 관해서는 실손해배상액제도로는 너무 적은 억제만을 제공하므로 그에 대비하기 위한 제도로서 3배액 손해배상제도가 필요하다는 논거를 들어 비판할 수 있다. 또한 3배라는 가중승수는 적발되지 않는 독점금지 위반만을 감안한 것이 아니라 적발된 위반에 대한 손해배상액이 실제보다 과소산정 되는 것을 막기 위한 제도이자, 커다란 사회적 해악을 끼친 독점금지 위반자에 대한 징벌적 의미가 내포된 것으로 보아야 할 것이다. ii, iii 에 관해서는 당연 위법과 조리위법의 위반 사이의 구별이나 과다청구와 일실수익간의 구별은 그 경계가 분

Time Has Come?, 61 Tul.L.Rev. 777 (1987).

165) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p. 655.

166) 예컨대, franchise의 가맹사업자가 가맹계약자에게 프랜차이즈의 조건으로 자기로부터 장소를 임대받을 것을 요구하는 “끼워팔기협정(tying arrangement)”의 경우에, 일반대중은 그에 관하여 알기 어렵지만, 그러한 소송의 원고인 가맹계약자는 끼워팔기협정을 포함하는 계약의 당사자이므로, 가맹계약자가 그 위반의 비용을 부담하여야 하는 자이므로, 적발가능성은 높다. *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.*, 124 F.3d 430 (3d Cir. 1997), cert. denied, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385, 140 L.Ed.2d 645 (1998).

167) *Ibid.*, at 656.

명하지 않다는 비판을 가할 수 있다.¹⁶⁸⁾ iv의 기준은 독점금지 위반을 세분하여 상이한 손해배상 가중승수를 적용할 필요가 있다면, 위의 ii 내지 iv 중에서 가장 참고할 가치가 있는 객관적 기준으로 생각된다.

(3) 그밖에 징벌적 배상을 인정하는 연방법규

그 밖에도 미국의 몇몇 연방법규는 명시적으로 특정한 법 위반행위에 대하여 징벌적 배상의 부여를 인정하고 있다. 이것들은 계약과정에서의 차별이나 불공정성을 방지하기 위한 목적이고 불법행위 가운데에서 계약관련 불법행위에 대하여 징벌적 배상을 부여하고 있다는 특징을 가진다.

1976년 연방 평등여신기회법(Equal Credit Opportunity Act)¹⁶⁹⁾은 1976년에 혼인한 여성에게 대출을 받기 위하여 배우자의 보증을 받도록 강제하는 차별적 관행을 방지하기 위하여 시행되었다. 12 C.F.R. §202는 신청인 혼자 요청된 여신액에 대하여 자격을 갖춘 한 여신업자에게 신청인의 배우자의 서명을 요구할 수 없도록 규정하고 있다.¹⁷⁰⁾ 신청인 혼자 요청된 여신액에 대하여 자격을 갖추지 못하였다고 판단되는 때에도 여신업자는 추가 서명을 신청인의 배우자의 것으로 요구하는 것이 금지될 수 있다.¹⁷¹⁾ 만일 여신업자가 이 규정을 위반하면, 신청인은 평등여신기회법에 의거하여 실손해, 징벌적 배상, 형평적 및 확인적 구제책 그리고 특정한 경우에는 비용과 변호사비를 민사소송으로 청구할 수 있다.

168) 예컨대 오늘날 끼워팔기협정, 수직적 제한사건 및 공동의 거래거절 등에 대하여 미국법원은 상황별로 합리성의 원칙과 당연 위법원칙을 선택적으로 적용하고 있다. 또한 과다청구와 일실수익은 하나의 위반에 대하여 모두 청구될 수도 있다.

169) Equal Credit Opportunity Act, 15 U.S.C. § 1691e(b) (1994).

170) 12 C.F.R. § 202.7(d)(1) (1999).

171) Id.

1968년 연방 공정주택거래법(Fair Housing Act)¹⁷²⁾은 주택의 임대 또는 판매인이 인종, 피부색, 종교, 성별, 가족상황, 또는 출신국 등을 이유로 임차인의 거주를 중단하거나 거절하는 것 또는 그와 연결된 서비스나 설비의 제공에 있어서 차별하는 관행을 금지하고 차별적 주택거래관행이 발생하였거나 발생하려고 하는 경우에 피해자는 이 법에 의거한 민사소송에서 법원에 원고에게 실손해 배상과 징벌적 배상을 부여할 것을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁷³⁾

1926년 연방 철도노동자법(Railway Labor Act: RLA)¹⁷⁴⁾은 철도나 항공운송과 같은 공중운송업에 있어서의 파업이나 그밖의 경제활동에 의하여 야기되는 혼란을 제거하고 평화적인 분쟁해결과 산업 평화를 조성하기 위하여 동 산업 노동자의 노동조합의 조직과 운영, 단체교섭, 중재, 조정 등에 관하여 규정하고 있는 연방법인데, 운송인과 그 임원 및 대리인의 9가지 일반의무를 규정하고, 그 가운데 5가지 의무인 대표자의 지정, 조직과 집단적 교섭, 운송인에 의한 간섭을 받지 아니할 자유, 노동조합에 참여하거나 참여하지 아니하는 협정의 금지, 이 법에서 정한 절차에 의하지 아니한 임금·규칙·근로조건의 변경의 금지, 분쟁 해결 방식의 고지 의무 등에 위반한 행위에 대하여 연방검사를 통한 기소 및 제재를 규정하고 있다.¹⁷⁵⁾ 이 법은 고의적인 위반행위에 대하여 고의적으로 법정조건의 미준수 또는 거절을 한 일자별로 1,000 달러 이상 2만 달러 이하의 벌금 또는 6월 이하의 징역에 처해질 수 있고, 벌금과 징역은 병과될 수 있도록 규정하고 있다.¹⁷⁶⁾ Riley v. Empire Airlines, Inc. 사건¹⁷⁷⁾에서는 원고인 비행기 조

172) Fair Housing Act, 42 U.S.C. § 3601 et seq. (1994).

173) 42 U.S.C. § 3613(c) (1994).

174) Railway Labor Act, 45 U.S.C. §§ 151-163.

175) Id. at § 152.

176) Id.

177) Riley v. Empire Airlines, Inc., 823 F. Supp. 1016 (N.D.N.Y. 1993).

종사는 피고 항공사의 직으로부터 해직되었는데 법원에 복직, 해직기간동안의 임금, 징벌적 및 보전적 배상을 청구하는 소를 제기하였다.¹⁷⁸⁾ 원고 조종사는 피고 항공사로부터 해직되었고 그 항공사를 나중에 인수한 항공사는 원고의 모든 경력을 인정하고 복직시키기로 동의하였다. 법원은 그 조종사가 현재 다른 항공사에 고용되어 있기 때문에 복직 청구는 기각하였고 복직 제의를 거절한 것으로 결론을 내렸다. 그래서 조종사는 복직일 이후의 손해배상을 회수하는 것은 배제되었다. 법원은 조종사가 RLA가 보호하는 권리에 위반하여 해직되었고, 그것은 집단적 교섭과 산업 평화를 파괴하였기 때문에 징벌적 배상은 이용 가능하였다고 판시하면서도, 징벌적 배상 청구에 대하여 징벌적 배상의 적절성을 판정하기 위한 세 가지 기준 중 전2자가 충족되지 않았기 때문에 징벌적 배상은 부적절하다고 보았다. “첫째, 법원은 고용주의 노조와 다른 종업원에 대한 괴롭힘의 형태를, 고용주의 행위의 진지성과 가혹성을 포함하여 고려하여야 한다. 둘째, 법원은 그러한 배상의 부여가 경영진에 미치는 특별억제효과와 다른 고용주들에 미치는 일반적 억제효과를 고려하여야 한다. 셋째, 만일 전2자에 관해서 배상이 적절하다면 법원은 회사의 모자회사의 순가치를 포함하여 당해 회사의 순가치에 기초하여 구체적 배상액을 정하여야 한다.”¹⁷⁹⁾ 그러나 항공사의 행위는 징벌적 배상에 필요한 강압의 정도보다 부족하였고, 그 항공사는 다른 항공사에 의하여 인수되었기 때문에 억제 효과가 적었다. 그러나 법원은 보전적 배상은 이용가능하고 조종사는 감정적 피해와 자신의 직업적 평판에 대한 피해에 대하여 배상을 받을 자격이 있다고 보았다.

178) Kathryn A. Stieber, Note: Hawaiian Airlines, Inc. v. Norris: Railway Labor Act Preemption of State-Law Claims, 61 J. Air L. & Com. 757 (1996).

179) Riley v. Empire Airlines, Inc., 823 F. Supp. 1016, 1023 (N.D.N.Y. 1993).

미국에서 징벌적 배상을 인정하는 연방법 규정은 반드시 ‘징벌적 (punitive)’이라는 용어를 사용한 것에 국한되는 것이 아니며 법원에 손해배상에 대하여 폭넓은 재량을 부여하는 규정인 경우에는 징벌적 배상을 규정하는 것으로 인정될 수 있다. 따라서 그에 관한 소송상 다툼이 많이 발생한다.

1992년 Woods v. New Jersey Dep't of Educ. 사건¹⁸⁰⁾에서 원고인 부모는 장애아인 자신들의 딸을 위하여 장애인교육법(Individuals with Disabilities Education Act: IDEA)에 의거한 주거비 보조를 청구하였다. 원고들은 피고 뉴저지주 교육청(New Jersey Department of Education: NJDOE) 등 몇몇 지방자치기관들에 대해서 불이행판결(default judgment)과 약식판결을 신청하였다. NJDOE를 포함한 피고들은 청구기각을 신청하였다. 이 사건에서 부모들은 피고 NJDOE 등이 자신들의 딸에 대한 관청들의 주의의무를 위반하여 장애아의 부모인 자신들에게 자신들의 권리에 관한 정보를 제공하지 않았다고 주장하였다.

피고측 Monroe School Board는 원고의 청구를 기각하여 달라는 신청의 근거 중 하나로서 원고가 청구하는 구제책이 징벌적 배상에 대한 것이므로, 지방자치단체는 42 U.S.C. § 1983에 의거한 징벌적 배상책임에서 면제된다는 연방대법원의 판례¹⁸¹⁾를 근거로 기각되어야 한다고 주장하였다. 그러나 법원은 원고의 청구는 42 U.S.C. § 1983만이 아니라 IDEA에 따라 청구된 것이며, IDEA 20 U.S.C. § 1415(e)(2)는 법원에 “적절하다고 판단하는 구제책을 부여할” 것을 허용하고 있으므로¹⁸²⁾ Monroe School Board는 이 청구에서 면책될 수 없다고 판시하였다.¹⁸³⁾ 반면에 Barnes v.

180) Woods v. New Jersey Dep't of Educ., 796 F. Supp. 767 (D.N.J. 1992).

181) City of Newport v. Fact Concerts, Inc., 453 U.S. 247, 101 S.Ct. 2748, 2762 (1981).

182) Burlington School Committee v. Massachusetts Department of Education, 471 U.S. 359, 105 S.Ct. 1996, 2002-2203, 85 L. Ed. 2d 385, (1985), n10.

183) Woods v. New Jersey Dep't of Educ., 796 F. Supp. 767, 776 (D.N.J. 1992).

Gorman 사건¹⁸⁴⁾에서 연방대법원은 미국장애인법(Americans with Disabilities Act)은 징벌적 배상을 인정하지 않고 있다고 판시하였다.

부정확한 신용보고는 직접적으로 은행시스템의 효율성을 해치고, 불공정한 신용보고방식은 은행시스템의 지속적 기능에 필수적인 공공의 신뢰를 저해한다. 연방 공정신용거래법(Fair and Accurate Credit Transactions Act of 2003)¹⁸⁵⁾은 은행시스템이 소비자여신업무에 활용하기 위하여 의존하는 신용보고가 소비자보고기관에 의하여 공정하고 정확하게 이루어지도록 하기 위하여, 소비자보고기관이 소비자 신용, 인력, 보험 및 그밖의 정보의 비밀성, 정확성, 적절성 및 적절한 활용과 관련하여 그러한 정보에 대한 업계의 수요를 충족하기 위한 합리적 절차를 채택하도록 요구¹⁸⁶⁾하기 위한 연방법률이다. 이 법은 법원이 소비자 보고기관이 의도적으로 이 법에서 정한 요건을 준수하지 않는 때에는 징벌적 배상을 부여할 수 있다고 규정한다. 즉 고의적으로 소비자와 관련하여 이 타이틀하에서 부과된 요건을 준수하지 아니한 자는 그 소비자에게 실손해액¹⁸⁷⁾과 승소한 경우의 소송비용과 법원이 정하는 합리적 변호사비 이외에 “법원이 허용할 수 있는 징벌적 배상액”으로 구성되는 액수의 지급 책임을 부담한다.¹⁸⁸⁾

184) Barnes v. Gorman, 536 U.S. 181, 122 S.Ct. 2097, 153 L.Ed.2d 230 (2002).

185) Fair and Accurate Credit Transactions Act of 2003, Pub. L. No. 108-159, 117 Stat. 1952 (2003) (amending 15 U.S.C. 1681-1681x; 20 U.S.C. 9701-9708; and 31 U.S.C. 5318 (2004)).

186) 15 USCS § 1681.

187) (a) 당해 소비자가 미준수의 결과로 입은 실손해 또는 100 달러 이상 1,000 달러 이하의 배상 또는

(b) 잘못된 구실로 또는 허용될 수 없는 목적임을 인식하면서 소비자보고를 획득한 자연인의 책임의 경우에는 당해 소비자가 그 미준수의 결과로 입은 실손해 또는 1,000 달러 가운데 큰 금액. 15 USCS § 1681n. (a) (1), (3).

188) 15 USCS § 1681n. (a) (2).

(4) 법원판결외에 ADR에서의 징벌적 배상

미국에서는 점점 전통적으로 징벌적 배상의 부여를 금지하였던 해상중재법원이나 국제무역분쟁법원 등에서도 이 구체책이 허용되기 시작하고 있다.

예컨대 1995년에 *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton* 사건¹⁸⁹⁾에서는 연방중재법(Federal Arbitration Act)에 의하여 규율되는 분쟁에서 중재인은 중재조항이 중재인에게 징벌적 배상을 할 수 있다고 규정하는 경우에만 그럴 권한을 가지고, 그 점은 주법이 그러한 구체책을 금지하더라도 그러하다고 판시하였다. 뒤이어 *Petrolleo Basileiro, S.A. v. Elcommodore* 사건¹⁹⁰⁾에서는 *Mastrobuono* 판례에 입각하여 해상분쟁에서 중재인은 징벌적 배상을 지급할 권한을 가진다고 판시하였다. 이보다 앞서 *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler* 사건¹⁹¹⁾에서는 국제무역중재에서 3배배상의 지급을 인정하였고, *Octania Trading Ltd. v. Stinnes Interoil GmbH* 사건¹⁹²⁾에서는 화물 절도에 대하여 중재인이 10만달러의 징벌적 배상을 인정하였다. *Todd Shipyards Corp. v. Cunard Line Ltd.* 사건¹⁹³⁾에서는 중재인에게 징벌적 배상을 지급할 권한이 있다고 판시하였으며, *Trade Transport, Inc. v. Valero Refining Co.* 사건¹⁹⁴⁾에서는 연방 범죄단체조직법(RICO)하에서 중재인에게 징벌적 배

189) *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton*, 115 S.Ct. 1212, 1216-19 (1995).

190) *Petrolleo Basileiro, S.A. v. Elcommodore, Inc.*, SMA No. 3134, at 865 (Feb. 7, 1995).

191) *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 636-40 (1985).

192) *Octania Trading Ltd. v. Stinnes Interoil GmbH*, SMA No. 2424, at 20-22 (Sep. 17, 1987).

193) *Todd Shipyards Corp. v. Cunard Line Ltd.*, 943 F.2d 1056, 1061-62 (9th Cir. 1991).

194) *Trade Transport, Inc. v. Valero Refining Co., Inc.* (Aug. 23, 1990), reprinted in 18 Y.B. Com. Arb. 124, 128-33 (1993).

상이나 3배 배상을 부여할 수 있는 권한이 있다고 언급하고 총 448,689 달러의 3배 배상을 인정하였다.

(5) 징벌적 배상을 금지하거나 제한하는 연방법과 주법

징벌적 배상은 잘못된 행위에 대하여 당사자를 제재하기 위하여 보전적 또는 명목상 배상을 넘어서 허용되는 것인데, 1980년대 말부터 미국에서는 그러한 배상의 부여에 대하여 논쟁이 증가하였다. 그 도화선이 된 것은 다음과 같이 과다해 보이는 징벌적 배상액을 부여한 일련의 사례들이었다.

1989년의 독점금지법 위반 및 버몬트주의 불법행위법 위반인 채권 침해 사건인 *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal* 사건¹⁹⁵⁾에서는 51,000 달러의 전보 배상액에 대해, 그 117배에 해당하는 600만 달러의 징벌적 배상액이 부과되었다. 같은 해에 *Land & Assoc., Inc. v. Simmons* 사건¹⁹⁶⁾에서는 실손해 1만 달러에 대해 약 250만 달러의 징벌적 배상액이 부과되었다. 또한 *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw* 사건¹⁹⁷⁾에서는 법원은 원고 X가 오른쪽 다리를 사고에 의해 상실해 그 보험금을 청구했는데 Y보험회사가 그 지불을 고의로 거절한 데 대하여 2만 달러의 전보배상액과 16만 달러의 징벌적 배상의 지불을 명했고, *Ainsworth v. Combined Ins. Co. of Am.* 사건¹⁹⁸⁾에서도 유사하게 피보험자에게 보험급여를 부정한 보험회사에 대하여 배심원들이 6백만달러의 징벌적 배상을 인정한 것이 법원에서 그대로 인정되었다. 1993년에 *TXO Prod. Corp. v. Aliance Resources*

195) *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989).

196) *Land & Assoc., Inc. v. Simmons*, 562 So. 2d 140 (1989).

197) *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw*, 486 U.S. 71 (1988).

198) *Ainsworth v. Combined Ins. Co. of Am.*, 774 P.2d 1003, 1013 (Nev. 1989).

Corp. 사건¹⁹⁹)에서는 문서에 의한 명예훼손에 대하여 천만달러의 징벌적 배상을 인정하였다. 같은 해에 자동차사고를 당한 California의 한 가족은 자동차 제조회사인 General Motors에 대하여 제소하였는데 배심은 원고에게 경제적 손해에 대한 760만달러의 배상과 비경제적 손해에 대한 1억달러, 징벌적 배상으로 48억달러의 배상을 각각 인정하였다. 제1심법원은 징벌적 배상중 37억달러는 과도하다고 판시하고 이를 10억9천만달러로 감액하였다.²⁰⁰ 1994년에 Liebeck v. McDonald's Restaurants P.T.S. Inc.사건²⁰¹)에서 미국 New Mexico주의 한 여인은 McDonald 매장의 뜨거운 커피잔이 그녀가 매장에서부터 차를 몰고 나갈 때 무릎에 쏟아져서 화상을 입은 데 대해서 16만달러의 보상적 손해배상과 270만달러의 징벌적 배상을 부여받았다. 그리고 근무장소에서 성희롱에 대하여 로펌에 대하여 배심에 의하여 710만달러의 징벌적 배상 판결이 내려진 적도 있다.²⁰²)

이러한 과도한 징벌적 배상의 부여로 인하여 제도개혁론이 제기되었고 그 결과 몇몇 연방법규는 명시적으로 징벌적 배상의 부여를 배제하고 있는 것도 있다. 예컨대 Foreign Sovereign Immunities Act²⁰³)와 Federal Tort Claims Act²⁰⁴)가 그것이다. 또한 일부 연방법규는 징벌적 배상의 상한을 법정하고 있는 경우가 있다. 평등여신기회법(Equal Credit Opportunity Act)²⁰⁵)은 개별 소송에서의 징벌적 배상의 상한은 1만

199) TXO Prod. Corp. v. Aliance Resources Corp., 113 S. Ct. 2711, 2724 (1993).

200) Anderson et al. v. General Motors Corp., No. B135147, brief filed (Cal. Ct. App., 2d Dist., 2000.12.4).

201) Liebeck v. McDonald's Restaurants P.T.S. Inc., No. CV-93-02419, 1995, WL360309 (D.N.M. Aug. 18, 1994).

202) Andrea A. Curcio, Painful Publicity-- An Alternative Punitive Damages Sanction, 45 DePaul L. Rev. 341, 374 (1996).

203) Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. § 1606 (1994).

204) Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 2674 (1994).

205) Equal Credit Opportunity Act, 15 U.S.C. § 1691e(b) (1994).

달러, 집단 소송의 경우에는 50만 달러 또는 여신업자의 순자산의 1 퍼센트의 적은 쪽을 초과할 수 없는 것으로 규정하고 있다. 또한 미국의 아주 소수의 주는 징벌적 배상의 이용을 금지하거나 그 이용을 엄격하게 제한한다. 워싱턴주, 네브라스카주는 처음부터 징벌적 배상을 허용하지 않아왔다.²⁰⁶⁾ 루이지애나주와 메사추세츠주는 징벌적 배상을 금지하지만, 징벌적 배상이 허용되는 예외를 법규에 의하여 명시적으로 인정한다.²⁰⁷⁾

징벌적 배상을 전통적으로는 인정해 온 주에 있어서도, 앨라배마주나 버지니아주는 징벌적 배상의 상한을 절대적 액수로서 법정하고 있다.²⁰⁸⁾ 플로리다주는 징벌적 배상의 상한을 전보배상액의 3배라고 법정하고 있다.²⁰⁹⁾ 또, 징벌적 배상액을 부과하는 경우 요구되는 증명도²¹⁰⁾에 있어서 앨라배마주, 알래스카주, 캘리포니아주 등 다수의 주는 일반 민사소송의 증거법칙인 ‘증거의 우월’보다 고도의 “명백하고 확신을 주기에 충분한 증명(clear and convincing proof)”을 요건으로 요구하고 있고²¹¹⁾ 콜로라도 주는 형사소송의 증거법칙인 “합리적 의심

206) Miller v. Kingsley, 230 N.W.2d 472 (Neb. 1975); Maki v. Aluminum Bldg. Prod., 436 P.2d 186 (Wash. 1968).

207) McCoy v. Arkansas Natural Gas Co., 143 So. 383 (La. 1932), cert. denied, 287 U.S. 661 (1932); Karavokiros v. Indiana Motor Bus Co., 524 F. Supp. 385 (ED La. 1981); USM Corp. v. Marson Fastener Corp., 467 N.E.2d 1271, 1284 (Mass. 1984).

208) 1987 ALA. Acts, No. 87-185, §§ 1-4 (\$250,000); Va. Code § 8. 01-38.1 (Supp. 1990) (\$350,000).

209) FLA. Stat. § 768. 73(1) (a) (1989).

210) 이에 대하여는 이규호, “미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5), IX.

211) 앨라배마 주(Ala. Code § 6-11-20(a)(1993), 알래스카 주(Alaska Stat. § 09.17.020 (b)(Michie Supp. 2003)), 아칸소 주(Ark. Code Ann. § 16-55-207(Michie Supp. 2003)), 애리조나 주(Linthicum v. Nationwide Life Ins. Co., 723 P.2d 675, 681 (Ariz. 1986)), 캘리포니아 주(Cal. Civ. Code § 3294(a)(West 1997)), 조지아 주(Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(b)(West 2003)), 하와이 주(Masaki v. Gen. Motors Corp., 780 P.2d 566, 575(Haw. 1989)), 인디애나 주(Ind. Code Ann. § 34-51-3-2(Michie 1998)), 아이오와 주(Iowa Code Ann. § 668A.1(1)(a)(West 1998)), 캔자스 주(Kan. Stat. Ann. §60-3702 (c)(1994)), 켄터키 주(Ky. Rev. Stat. Ann. § 411.184(2)(Michie 1992)), 메인 주(Tuttle

의 여지가 없는(beyond reasonable doubt)” 수준의 증명도를 원고에게 요구하고 있다.²¹²⁾

2. 영 국

(1) 징계적 배상의 출현

영국법에서는 일찍이 징계적 배상의 이름으로 징벌적 배상이 인정되어 왔다. 징벌적 배상은 영국에서는 200년 이상 커먼로 제도의 하나였다.²¹³⁾

영국에서 최초의 징계적 구제책을 부여한 사건은 1763년에 판결된 Wilkes v. Wood 사건²¹⁴⁾이었다. 이 사건에서는 국무장관이 출판업자가 국왕에 대한 중상적인 팜플렛을 인쇄하였다는 혐의를 두어 적절한 영장을 받지 않고 그 출판업자의 가택을 수색하도록 하고 재산을 몰수한 일이 벌어졌다. 이 사건에서 그 출판업자에게 징벌적 배상이

v. Raymond, 494 A.2d 1353, 1363(Me. 1985)), 메릴랜드 주(Owens-Illinois v. Zenobia, 601 A.2d 633, 658(Md. 1992)), 미네소타 주(Minn. Stat. Ann. §549.20(1)(West 2000)), 미시시피 주(Miss. Code Ann. § 11-1-65(1)(a)(Supp. 2004)), 몬태나 주(Mont. Code Ann. § 27-1-221(5)(2003)), 네바다 주(Nev. Rev. Stat. Ann. 42.005(1)(Michie 2002)), 뉴저지 주(N.J. Stat. Ann. § 2A:15-5.12(West 2000)), 노스다코타 주(N.D.Cent. Code Ann. § 32-03.2-11(1)(Michie 1996 & Supp. 2003)), 오하이오 주 (2004 Ohio Laws 144(2005년 4월 7일 시행)), 오클라호마 주(Okla. Stat. Ann. tit. 23, § 9.1(B)(Supp. 2005)), 오레곤 주(Or. Rev. Stat. § 31.730(1)(2003)), 사우스캐롤라니아 주(S.C.Code Ann. § 15-33-135(Law Co-op Supp. 2003)), 사우스다코타 주(S.D. Codified Laws § 21-1-4.1(Michie 1987)), 테네시 주(Hodges v. S.C. Toof & Co., 833 S.W.2d 896, 901(Tenn. 1992)), 텍사스 주(Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 41.003(a)(Supp. 2004-2005)), 유타 주(Utah code Ann. § 78-18-1(1)(a)(Supp. 2004) 및 위스콘신 주 (Wangen v. Ford Motor Co., 294 N.W.2d 437, 458 (Wis. 1980)).

212) Colo. Rev. Stat. § 13-25-127(2)(2001).

213) F.H. Lawson & Harvey Teff, Remedies of English Law 133 (1980); 12 Halsbury's Law of England, 4th ed., ¶1190 (1975); Harry Street, Principles of The Law of Damages, 28-29 (1962); Bruce Chapman & Michael Trebilcock, Punitive Damages: Divergence in Search of Rationale, 40 Ala. L. Rev. 741, 745-50 (1989); Note, Exemplary Damages in the Law of Torts, 70 Harv. L. Rev. 517, 518-20 (1957).

214) 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

부여되었다. 대법원장 Pratt는 징벌적 배상의 부여가 피해자를 만족시키고 범죄를 벌하고, 장래 그러한 행위를 억제하고 잘못된 행위에 대한 배심원의 증오(detestation)를 보여준다고 설명하였다. Wilkes 판결이 난 후 법원은 모욕,²¹⁵⁾ 불법구금,²¹⁶⁾ 명예훼손,²¹⁷⁾ 부녀자 납치(seduction),²¹⁸⁾ 무고,²¹⁹⁾ 무단침입²²⁰⁾ 및 동산에 대한 점유침탈²²¹⁾ 등에 대하여는 징계적 배상을 부여하였다.²²²⁾ 그러나 영국법상 계약불이행 사건에서는 징벌적 배상은 전혀 허용되지 않았다.²²³⁾

(2) 징벌적 배상의 요건

1964년에 영국 대법원은 *Rookes v. Barnard* 사건²²⁴⁾에서 징벌적 배상의 이용가능성을 엄격하게 제한하였다. 이 사건에서 원고는 거래조합이 자신의 고용주에게 자신을 해고하도록 위법하게 유인하였다고 주장하였다. 배심원은 원고에게 징계적 배상으로 7,500파운드를 인정하였지만, 항소법원은 이를 번복하고, 당해 조합은 불법행위를 하지 않았다고 판결하였다. 대법원은 항소법원의 책임에 대한 판결을 번복하여 징벌적 배상을 부여하여야 한다고 판시하였지만, 배상액 문제에 대해서는 새로이 심리하도록 명하였다.

Lord Devlin은 징벌적 배상의 문제에 대한 지배권을 이야기하면서, 징벌적 배상이 부여되기에 적절한 사건에는 다음과 같은 오직 세 가지의 범주가 존재한다고 판시하였다.

215) *Loudon v. Ryder* [1953] 1 All E.R. 741 (C.A.).

216) *Dumbell v. Roberts* [1944] 1 All. E.R. 326 (C.A.).

217) *Bull v. Vazquez* [1947] 1 All. E.R. 334 (C.A.).

218) *Tuidge v. Wade*, 95 Eng. Rep. 909 (C.P. 1779).

219) *Leith v. Pope*, 96 Eng. Rep. 777 (C.P. 1779).

220) *Bulli Coal Mining Co. v. Osbourne* [1899] All E.R. 506.

221) *Owen & Smith v. Reo Motors* [1934] 151 L.T.R. 274 (C.A.).

222) *Harvey McGregor*, *McGregor on Damages*, § 310, at 227 (14th ed. 1980).

223) *Harvey McGregor*, *McGregor on Damages*, § 310, at 227 (14th ed. 1980).

224) *Rookes v. Barnard* [1964] All E.R. 367 (H.L.).

i) 정부공무원에 의한 억압적(*oppressive*), 독단적(*arbitrary*) 또는 위헌적인 조치를 한 경우, ii) 피고가 자신에게 지급가능한 보전을 훨씬 넘는 이익을 얻기 위한 계산된 행위를 한 경우 및 iii) 실정법에 의하여 그에 대하여 징계적 배상이 명시적으로 인정된 행위를 한 경우.

Lord Devlin은 또한 징계적 배상 청구권을 결정할 때에 고려되어야 할 지침을 정하였다. 그는 우선 징벌적 배상은 원고가 제재가능한 행위의 피해자가 아닌 경우에는 부여될 수 없다고 하였다. 또한 그는 징계적 구제책은 사실상 형사법제의 안전장치 없이 부과되는 제재이기 때문에, 징벌적 배상의 부여에 대하여 강제적인 상한을 정하는 것이 필요할 수 있다고 조언하였다. 그는 마지막으로 당사자들의 재정적 능력은 부여되어야 할 징벌적 배상의 액을 평가함에 있어 고려되어야 하고 가중 또는 경감 요소들도 고려하여야 한다고 언급하였다.

Rookes v. Barnard 판결이 난지 8년후 *Cassell & Co., Ltd. v. Broome* 사건²²⁵⁾에서 영국 대법원은 징계적 구제책이 부여될 사건들의 범주를 구체적으로 명시하였다. 대법원은 첫째 범주(정부공무원에 의한 억압적 조치)가 경찰, 지방공무원, 그리고 기타의 공무원에 의한 행위에 대하여 적용된다고 언급하였다.

둘째 범주(수익을 가져오는 계산된 행위)에 관하여, 대법원은 이 범주는 원고가 산술적 계산을 입증할 수 있는 사건들로 제한되지 아니하며 이 둘째 범주에 해당하기 위해서는 i) 하려는 행위가 위법하다는 인식 또는 하려는 행위가 위법하거나 적법한지 여부에 대하여 부주의하게 무시하는 것, 그리고 ii) 행위자가 행위를 할 경우 얻을 수 있는 물질적 이익의 전망이 물질적 손실의 전망을 능가하기 때문에 하려는 행위를 하기로 하는 결정 등의 두 가지 요건이 필요하다고 하였다. 따라서 이 범주는 중상(*libel*),²²⁶⁾ 무단침입(*trespass*)²²⁷⁾ 및 기타의

225) *Cassell & Co., Ltd. v. Broome* [1972] 1 All E.R. 801 (H.L.).

226) *Branchette v. Beaney* [1992] 3 All E.R. 910 (C.A.).

227) *Drane v. Evargelou* [1978] 2 All E.R. 437 (C.A.).

악의적이고 위법한 행위의 사건을 포함한다.

Rookes 와 Cassell 판례에 의하여 정해진 징벌적 배상의 요건은 잉글랜드법에서는 확립되었다. 그러나 다른 커먼로 국가들에 의한 수용은 복잡하다. 북아일랜드는 Rookes 판례와 Cassell 판례 양자를 모두 추종하여왔다.²²⁸⁾

웨일즈도 이 판례들에 따라서 징계적 배상을 인정한다.²²⁹⁾

반면에 아일랜드공화국은 아주 포괄적 견해를 취하고 있다. 아일랜드공화국은 Lord Devlin의 첫째 범주의 범위를 확대하여, 정부공무원만이 아니라 사인에 의한 강압적 행위가 존재하는 경우에도 징계적 배상을 허용한다.²³⁰⁾ Rookes 판례의 다른 범주가 아일랜드의 불법행위법에서 수용되는 것은 오랜 변화를 겪었다. 예컨대 1968년의 Dillon v. Dunnes' Stores Ltd. 사건²³¹⁾에서는 Rookes 판례의 적용가능성에 대하여 아무런 언급이 없었다. 또한 1976년의 McDonald v. Galvin 사건²³²⁾에서는 Rookes 판례에서 정해진 범주를 적용하기를 명시적으로 거부하였다.²³³⁾ 그러나 1978년의 Whelan v. Madigan 사건²³⁴⁾에서는 Rookes 판례를 지지하였고, 1981년의 Garvey v. Ireland 사건²³⁵⁾에서는 Cassell 판례를 추종하였으며, 1986년의 Kearney v. Minister for Justice 사건²³⁶⁾도 Rookes 판례에 의존하였다.

228) Scullion v. Chief Constable, Royal Ulster Constabulary ("RUC"), [June 10, 1988] (Q.B.) (LEXIS, NI Library, Cases File); Carlisle v. Chief Constable, Royal Ulster Constabulary [1988] N. Ir. 307 (C.A.) (Lowry, J.); Pettigrew v. N. Ir. Office [1988] 3 N. Ir. J.B. 86 (Q.B.) (Hutton, J.).

229) Michael Napier, European Perspectives for Practitioners, in Damages for Personal Injuries: A European Perspective 29 (Frederick J. Holding and Peter Kaye eds., 1993).

230) Conway v. Irish Nat'l Teachers Org. [1991] I.L.R.M. 497 (S.C.).

231) Dillon v. Dunnes' Stores Ltd., [Dec. 20, 1968] (S.C.)

232) McDonald v. Galvin [Feb. 23, 1976] (H.C.)

233) Bryan M.E. McMahon & William Binchy, Irish Law of Torts, 2nd ed., 774 (1990).

234) Whelan v. Madigan [1978] I.L.R.M. 136 (H.C.).

235) Garvey v. Ireland [1981] I.L.R.M. 226 (H.C.).

236) Kearney v. Minister for Justice [1986] I.R. 116 (H.C.).

반면에 스코틀랜드는 징벌적 배상이 부여될 수 있는 사건의 범주에 대하여 인정하고 있는 것으로 보이지 않는다.²³⁷⁾ 스코틀랜드는 실손해만을 보전하기 위한 배상의 부여로 제한하고 있다. 스코틀랜드가 이러한 접근방법을 채택한 것은 스코틀랜드의 사법이 대륙법에 기초하고 있고 스코틀랜드가 잉글랜드와 연합한 1707년 이래로 영국식 커먼로에 의하여 영향을 받아온 것 뿐인 점에 기인한다.²³⁸⁾

잉글랜드는 징계적 배상을 제한적 상황에서 인정하지만, 그러한 배상을 부여한 외국 판결을 집행할지 여부는 분명하지 않다. 일부 학자들은 징벌적 배상을 포함한 외국판결과 중재판정은 잉글랜드의 국가정책이 그러한 배상의 집행에 적대적이기 때문에 잉글랜드법원에서 집행될 가능성이 적다고 생각하고 있다.²³⁹⁾

그럼에도 불구하고 잉글랜드 항소법원은 “징계적 배상 청구권을 집행하는 데 대하여 잉글랜드의 공공정책에 반하는 것은 없다. 그것은 미국과 영연방의 다수 국가들의 공공정책과 합치된다고 간주되어야 한다.”고 판시하였다.²⁴⁰⁾ 그러나 이 항소법원의 판결이 난 후, 영국의회는 1980년 무역이익보호법(Protection of Trading Interest Act of 1980)²⁴¹⁾을 통과시켰고, 이 법은 잉글랜드법원이 외국의 배액배상판결을 집행

237) Shell U.K. Exploration & Production Ltd. v. Innes [1995] S.L.T. 807 (Sess. Cas.) (McHenry v. Lewis, 22 Ch. D. 379, 407-08을 인용).

238) 4 David Walker, Principles of Scottish Private Law, 3rd ed., 292-302 (1983); Ross v. Bryce [1972] S.L.T. 76, 76 (Sheriff Ct.).

239) E. Allan Farnsworth, Punitive Damages in Arbitration, 7 ARB. INT'L 3, 13 (1991); Clifford Larson, Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Adapting U.S. Policy to International Norms, in Twelfth Sokol Colloquium, International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity, 262-63 (Richard B. Lillich & Charles N. Brower eds., 1994); Letter from Professor Ronald Graveson to Karen Tolson, in Karen Tolson, Note, Conflicts Presented by Arbitral Awards of Punitive Damages, 4 ARB. INT'L, 255, 264 (1988).

240) S.A. Consortium Gen. Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd. [1978] Q.B. 279 (C.A.).

241) Protection of Trading Interest Act of 1980, in 18 Halbury's Laws of England, 4th ed., ¶ 1531A (1996).

하는 것을 금지한다.

3. 캐나다

(1) 징벌적 배상의 허용

캐나다의 전 지역은 징계적 구제책을 허용한다. 이것은 모든 사건에서 그런 것은 아니다. 근래에 이르기까지 캐나다에서 징벌적 배상의 이용가능성은 분쟁을 규율하는 그 지역의 법이 대륙법계 또는 커먼로 시스템을 채택하는지 여부에 달려 있었다. 캐나다의 커먼로 지역에서는 징계적 구제책은 확립된 구제책이었다.²⁴²⁾

반면에 대륙법계 지역인 퀘벡주에서는 사소에서 징벌적 배상이 전통적으로 허용되지 않았다.²⁴³⁾ 그러나 1991년에 퀘벡주는 민법을 개정하고 특별히 명시적으로 징계적 구제책을 허용하였다.²⁴⁴⁾ 그러나 일반적으로는 징벌적 배상은 미국과 비교할 때 캐나다에서는 드물게 부여되고, 그것이 허용되는 사정은 극히 제한적이다.²⁴⁵⁾ 더욱이 피고가 이미 형사소송에서 자신의 잘못된 행위에 대하여 제재를 받은 경우에는 캐나다에서는 징벌적 배상은 부여될 수 없다.²⁴⁶⁾

242) S.M. Waddams, *The Law of Damages*, 562-92 (1983); John W. Morrison, *The Insurability of Punitive Damages*, app. B (1985); Donna Lea Hawley, *Punitive and Aggravated Damages in Canada*, 18 *Alta. L. Rev.* 485, 492 (1980); 또한 H.L. Weiss *Forwarding Ltd. v. Omnis* [1975] 5 *N.R.* 511 (S.C.C.); *S. v. Mundy* [1969] 9 *D.L.R.* (3d) 446 (ont. Co. Ct.); *Parkes v. Howard Johnson Restaurants Ltd.* [1970] 74 *W.W.R.* 255 (B.C.S.C.); *Hedding v. Calgary* [1992] 2 *Alta. L.R.* (3d) 224 (Q.B.); *Epstein v. Cressy Dev. Corp.* [1992] 65 *B.C.L.R.* (2d) 52 (C.A.); *Thompson v. Celebration Sallons Ltd.* [1992] 104 *Sask. R.* 138 (Q.B.).

243) G.H.L. Friedman, *Punitive Damages in Tort*, 48 *Can. Bar. Rev.* 373, 381 n. 47 (1970).

244) *Civil Code*, S.Q., ch. 64, art. 1621 (Que.) (1991); *Lanctot v. Giguere* [1991] *R.J.Q.* 123 (S.C.); *Ouellette v. Forgeot* [1992] *R.R.A.* 940 (Que.); *Samuelli v. Jouhannet* [1994] *R.J.Q.* 152 (S.C.).

245) Bruce Feldthausen, *Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever be Too Hot?* 17 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 793 (1995).

246) *Natanson v. Lexier* [1939] 3 *W.W.R.* 289 (Sask. K.B.); *Kirisits v. Morrell* [1965]

징벌적 배상은 주로 명예훼손,²⁴⁷⁾ 모욕,²⁴⁸⁾ 불법구금²⁴⁹⁾과 같은 의도적인 불법행위 또는 안온방해와 음모 사건²⁵⁰⁾ 등에서 주로 인정되고, 피고가 “예외적으로 반대 가능한 행위”²⁵¹⁾에 참여한 경우에만 부여된다. 징벌적 배상은 과실행위에서는 부여되는 일이 거의 없다.²⁵²⁾ 또한 캐나다의 7개 주에서는 징벌적 배상은 사자에 대한 실제의 금전적 손해를 대표하지 않으며 그의 지위를 부당하게 부유하게 만들 것이라는 이유에서 survival actions에서는 명시적으로 금지되어 있다.

나아가서 징벌적 배상은 법규상 권리에서 발생한 청구권에서는 그 법규가 명시적으로 그러한 배상을 규정하고 있지 않는 한 부여될 수 없다.²⁵³⁾

캐나다 법원은 또한 전통적으로 계약불이행 소송에서는 그러한 소송의 목적이 피고를 제재하는 것보다 원고를 보전하기 위한 것이라는 근거에서 징벌적 배상을 부여하기를 꺼려왔다.²⁵⁴⁾ 그러나 캐나다 법원은 전통적으로 혼인예약불이행을 포함한 소송에서는 징계적 구제책을 허용하여 왔다.²⁵⁵⁾ 1980년대에 일부 지방법원은 피고가 냉담하거나

52 W.W.R. 123 (B.C.S.C.).

247) Ross v. Lamport [1956] S.C.R. 366; Goodman v. Kidd [1986] N.W.T.R. 94 (S.C.); Kolewaski v. Island Properties, Ltd. [1983] 56 N.S.R. (2d) 475 (T.D.).

248) Moore v. Slater [1979] 101 D.L.R. (3d) 176 (B.S.C.S.); Karpow v. Shave [1975] 2 W.W.R. 159 (Alta. S.C.T.D.); Kingsmith v. Denton [1977] 3 A.R. 315 (S.C.T.D.).

249) Lang v. Burch [1982] 140 D.L.R. (3d) 325 (Sask. CA); Hayward v. F.W. Woolworth Co. Ltd. [1979] 98 D.L.R. (3d) 345 (Nfld. S.C.T.D.).

250) Culp v. Township of East York [1956] O.R. 983 (H.C.J.), aff'd, 9 D.L.R. (2d) 749 (C.A.); McKinnon v. F.W. Woolworth Co. Ltd. [1968] 70 D.L.R. (2d) 280 (Alta. S.C. App. Div.).

251) Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia [1989] 1 S.C.R. 1085, 1104-05.

252) Jackson v. Canadian Pac. R. Co. [1915] 9 Alta. L.R. 137, aff'd, 52 S.C.R. 281; Kaytor v. Lion's Driving Range Ltd. [1962] 35 D.L.R. (2d) 426, 431 (B.C.S.C.); Canadian Nat'l Ry. Co. v. di Domenicantonio [1988] 49 D.L.R. (4th) 342. 그러나 Coughlin v. Kuntz [1990] 17 B.C.L.R. (2d) 365, aff'd, 42 B.C.L.R. (2d) 108 (B.C.C.A.).

253) Canadian Encyclopedic Digest, § 38 (3rd ed. 1995); Worobel Estate v. Worobel [1988] 67 O.R. (2d) 151 (H.C.).

254) Fouillard Implement Exch. Ltd. v. Kello-Bilt Indus. Ltd. [1985] 6 W.W.R. 548, aff'd, [1986] 2 W.W.R. 93 (Man. C.A.).

255) Verhoski v. Hunt [1960] 67 Man. R. 342 (Q.B.); Ewart v. Tetzloff [1959] 18

(callous) 오만무례한(contemptuous) 태도를 보이는 경우에는 계약위반 소송에서도 징벌적 배상을 부여하려는 적극성을 보여 왔다.²⁵⁶⁾

캐나다 대법원은 1989년의 *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia* 사건²⁵⁷⁾에서 징벌적 배상의 부여를 승인하면서 잉글랜드의 Lord Devlin의 *Rookes v. Barnard* 사건에서의 견해에서 정해진 세 가지 범주, 즉 정부공무원에 의한 권한남용, 이익을 얻기 위한 계산된 행위 및 법에 의하여 징계적 배상이 명시적으로 인정된 행위 등에 대하여 징계적 구제책의 범위를 제한하기를 거부하였다. 대법원은 징벌적 배상은 피고의 행위가 고약한(harsh), 원한을 품은(vindictive), 괘씸한(reprehensible) 또는 악의적인(malicious) 것인 경우에 부여될 수 있다고 언급하였다. 동법원은 징벌적 배상은 계약위반사건에서도 인정될 수 있지만, 징벌적 배상을 부여하기에 적당한 계약위반은 드물 것이라고 하였다.

근래에 대법원은 *Hill v. Church of Scientology* 사건에서 “징벌적 배상은 피고의 잘못된 행위가 악의적이고 억압적이고 고압적이어서 법원의 품위(decency) 감정을 공격하는 것인 때에 부여될 수 있다.”고 언급하였다.²⁵⁸⁾ 동법원은 징벌적 배상은 피고를 제재하고 피고와 타인이 그러한 행위에 종사하는 것을 억제하기 위하여 부여되는 것이고 원고를 보전하기 위하여 부여되는 것이 아니라고 설명하였다. 법원은 또한 “징벌적 배상은 일반적 배상액과 가중된 배상액의 총합이 제재와 억제의 목적을 달성하기에 불충분한 경우에만 부여되어야 한다.”고 덧붙였다.²⁵⁹⁾

D.L.R. (2d) 539 (B.C.S.C.).

256) *Natel v. Parisien* [1981] 23 C.P.C. 286 (Ont. H.C.); *Brown v. Waterloo Regional Bd. of Commrs. of Police* [1982] 136 D.L.R. (3d) 49, 37 O.R. (2d) 277 (H.C.J.).

257) *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 1085.

258) *Hill v. Church of Scientology*[1995] 2 S.C.R. 1130, 1208.

259) *Id.*

(2) 징벌적 배상을 부여한 외국판결의 승인 및 집행

캐나다 법원은 징벌적 배상은 중재인에 의하여 부여될 수 있는지 여부에 대하여 의견이 갈리고 있다. 1981년에 온타리오주법원은 중재판정부는 징벌적 배상을 부여할 권한이 없다고 언급하였다.²⁶⁰⁾ 그러나 그 뒤에 온타리오주법원을 포함한 일부 법원은 긍정적인 입장을 밝혔다.²⁶¹⁾ 그러나 중재인의 징벌적 배상 부여권을 인정한 법원도 계약위반의 계속을 억제하기 위하여 징벌적 배상이 필요한 경우와 협정이 의도적으로 위반되는 경우에 제한하여 징벌적 배상을 인정하고 있다.

전술한 캐나다 대법원의 *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia* 사건²⁶²⁾에서의 견해는 캐나다법원은 분명히 징벌적 배상을 부여한 외국의 법원판결이나 중재판정을 집행할 것이라는 것이었다. 그러나 캐나다 연방의회는 *Vorvis* 판결 이후에 그 효과를 차단하기 위하여 외국역외수단대응법²⁶³⁾을 제정하여, i) 국제무역이나 통상에 종사하고 있는 캐나다 기업들에게 심각한 부작용을 미치거나 ii) 캐나다 주권을 침해하거나 침해할 가능성이 있는 경우에 캐나다 검찰총장에게 외국 의 독점금지 3배 배상 판결을 승인하고 집행하는 것을 거부할 재량권을 부여하는 입법을 하였다.

260) *Rexwood Prod. Ltd.* [1981] 3 L.A.C. (3d) 83, 88 (Ont.); *Kellogg Salada Canada, Inc.* [1981] 2 L.A.C. (3d) 19 (Ont.).

261) *Ontario Hydro v. Canadian Union of Public Employees, Local 1000* [1990] 16 L.A.C. (4th) 264 (Ont.) ; *Reliable Printing Ltd. v. G.C.I.U., Local 255-C* [1994] 39 L.A.C. (4th) 212 (Alta.); *Berryland Foods v. United Foods & Commercial Workers, Local 430P* [1987] 29 L.A.C. (3d) 331, 334 (B.C.).

262) *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 1085.

263) *Foreign Extraterritorial Measures Act*, ch. 49, § 8 (1984).

4. 호주와 뉴질랜드

(1) 징벌적 배상의 허용

호주와 뉴질랜드에서는 징벌적 배상은 잘 확립된 구체책이다.²⁶⁴⁾ 양국은 영국에서 파생된 커먼로시시스템을 가지고 있지만 잉글랜드의 *Rookes v. Barnard* 판례에서 정해진, 징벌적 배상이 이용가능한 사건의 범주를 제한하는 법리를 따르지 않는다.²⁶⁵⁾

호주와 뉴질랜드는 일반적으로 불법행위 사건에서 피고의 행위가 악의적이고, 무리한(wanton) 또는 오만무례한(contumelious) 경우에 징벌적 배상을 허용한다.²⁶⁶⁾

호주에서는 징벌적 배상은 사기,²⁶⁷⁾ 불법구금,²⁶⁸⁾ 모욕,²⁶⁹⁾ 무단침입²⁷⁰⁾ 등의 사건에서 부여되어 왔다. 그러나 뉴질랜드에서는 징계적 구체책은 명예훼손과 상해 사건에서 인정되어 왔다.²⁷¹⁾ 일반적으로 양국에서는 계약불이행사건에서는 징벌적 배상을 인정하지 않는다.²⁷²⁾ 그러나 뉴질랜드법원은 계약불이행사건에서도 징벌적 배상을 인정한 예가 있다.²⁷³⁾

264) Michael Tilbury & Harold Luntz, *Punitive Damages in Australian Law*, 17 *Loy. L.A.Int'l & Comp. L.J.* 769 (1995); *Norton v. Stringer* [1909] 29 *N.Z.L.R.* 249, 256.

265) *Donselaar v. Donselaar* [1982] 1 *N.Z.L.R.* 97; *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966) 117 *C.L.R.* 118.

266) *Taylor v. Beere* [1982] 1 *N.Z.L.R.* 81, 93; *Whitfeld v. De Lauret & Co. Ltd.* (1920) 29 *C.L.R.* 71, 77; *Johnstone v. Stewart* (1968) *S.A.S.R.* 142, 144.

267) *Musca v. Astle Corp. Pty. Ltd.* (1988) 80 *A.L.R.* 251.

268) *Lackersteen v. Jones* (1988) 92 *F.L.R.* 6.

269) *Fontin v. Katapodis* (1962) 108 *C.L.R.* 177(모욕 및 구타 사건).

270) *Loudon v. Ryder* (1953) 2 *Q.B.* 202 (모욕 및 무단침입); *Caltex Oil Pty. Ltd. v. XL Petroleum Pty. Ltd.* (1982) 2 *N.S.W.L.R.* 852 (무단침입).

271) *Taylor v. Beere* [1982] 1 *N.Z.L.R.* 81.

272) *Baltic Shipping Co. v. Dillon* (1993) 176 *C.L.R.* 344.

273) *Dellabarca v. Northern Storemen & Packers Union* [1989] 2 *N.Z.L.R.* 734.

1974년에 뉴질랜드에서 발효된 사고배상법(Accident Compensation Act)²⁷⁴⁾은 기본적으로 뉴질랜드에서 발생하는 인사사고에 대한 보전시스템을 규정하고 있다. 뉴질랜드법원은 이 법의 시행 이래로 징계적 배상은 아니지만 커먼로에 의한 보전적 배상은 배제하는 것으로 해석하고 있다.²⁷⁵⁾

호주 법원은 징계적 배상에 대하여 3가지 중요한 제한을 부과한다. 첫째, 징벌적 배상은 과실치사와 같은 일정한 유형의 불법행위 사건에서는 이용할 수 없다. 둘째, 캐나다에서의 관행과 유사하게, 징계적 구제책은 피고가 징벌적 배상 청구를 야기한 동일한 행위에 대하여 형사법원에서 유죄판결을 받은 경우에는 이용할 수 없다. 셋째, 징계적 구제책의 총액은 합리적이어야 한다.²⁷⁶⁾

(2) 징벌적 배상을 부여한 외국판결의 승인 및 집행

호주와 뉴질랜드에서는 외국의 징벌적 배상 판결의 집행이 가능하다.²⁷⁷⁾

그러나 1984년 호주는 캐나다와 잉글랜드와 같이, 배액배상을 포함한 외국의 독점금지 판결의 집행을 배제하는 저지입법을 통과시켰다.²⁷⁸⁾ 이 법하에서 검찰총장은 외국 독점금지 판결의 승인과 집행을 그것이 “국제법에 반하거나 국제예양이나 국제관습과 부합되지 않는 경우에” 거부할 수 있다.²⁷⁹⁾

274) Accident Compensation Act 1972, No. 43.

275) Auckland City Council v. Blundell [1986] 1 N.Z.L.R. 732; Green v. Matheson [1989] 3 N.Z.L.R. 564.

276) Pollack v. Volpato (1973) 1 N.S.W.R. 653; Watts v. Leitch (1973) T. St. R. 16.

277) Fiona Smith, Australia (Feb. 1997), in Enforcement of Foreign Judgments, 4 (Louis Garb & Julian Lew eds., 1997), at 4; Paul Collins & Cynthia Sparling, New Zealand (Apr. 1995), in Enforcement of Foreign Judgments, 4 (Louis Garb & Julian Lew eds., 1997), at 4.

278) 1984년 외국절차법(Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984).

279) Id.

이 법은 또한 호주 검찰총장에게 국제법, 예양, 관습에 반하지 아니하는 판결 부분을 승인하고 집행할 재량권을 부여하고 있다.²⁸⁰⁾

5. 인도와 필리핀

대부분의 아시아국가의 민법과 대조적으로 인도와 필리핀은 징벌적 배상을 허용한다. 인도에서는 징계적 구제책은 모욕, 불법구금, 무단 침입, 태만(negligence), 문서에 의한 명예훼손(libel), 명예훼손(slander)과 같은 불법행위소송의 경우에 제한적으로 이용가능하다.²⁸¹⁾ 나아가서 징벌적 배상은 피고의 행위가 “계산되거나 악의적인(wanton)” 또는 피고가 “원고의 권리에 대한 오만무례한(contumelious) 무시”하에 행해진 행위인 때에만 이용가능하다.²⁸²⁾ 다른 커먼로국가들과 유사하게, 영국 법의 영향을 받은 인도에서는 징벌적 배상이 원고가 자신의 감정과 존귀에 대하여 부담해야 하였던 피해에 대한 제재나 추가적 보전으로서 부과된다. 징벌적 배상액(amount of punitive damages)은 “원고에 대한 불합리한 간섭(unreasonable interference)”에 비례하여 산정된다.²⁸³⁾

그러나 징벌적 배상을 수령하기 위하여서는 원고는 우선 실손해를 입증하여야 한다.²⁸⁴⁾ 징벌적 배상은 계약위반에 대해서는 이용할 수 없다.²⁸⁵⁾

필리핀 민법은 징벌적 배상의 부여를 인정한다. 징벌적 손해배상제는 1949년에 필리핀 민법에 수용되었다.²⁸⁶⁾ 이 법에서 징계적 구제책

280) Peter J. Perry, Australia, in *Enforcement of Foreign Judgments Worldwide* (Charles Platto & William G. Horton eds., 2d ed. 1993) at 35.

281) Bhanu Pratap Shah v. M.P. State Road Transp. Corp., 1973 J.L.J.S.N. 125; Bhairondevi v. Phulchand, 1966 J.L.J. 370; Pedda Vencatapa Naidoo v. A.R. Naidoo, 2 M.I.A. 504; Rishan Kumar v. K.C. Sharma, I.L.R. 1960 M.P. 1008.

282) Jhagarlal v. Panchar Singh, 1978 (II) M.P.W.N. 38.

283) 2 Schlueter & Redden(Note 1), at 649.

284) J.P. Singhal, *Law of Damages and Compensation* 16 (1970).

285) India Contract Act § 73 (1872), reprinted in V.R. Manohar & W.W. Chitale, 11 *The A.I.R. Manual* 76 (4th ed., 1979).

286) Civil Code (Phil.) arts. 2197, 2216, 2229-35, reprinted in 5 *Civil Code of the*

은 “공공의 선에 대한 본보기나 교정”으로서 부과될 수 있다.²⁸⁷⁾ 필리핀에서는 인도에서와 달리 징벌적 배상은 피고가 악의적인, 사기적인, 부주의한, 억압적인 또는 심술궂은(malevolent) 방식으로 행위한 경우에는 계약위반에 대해서도 부과될 수 있다.²⁸⁸⁾ 또한 필리핀 민법은 당사자간에 징계적 배상을 포기하는 사전의 약정을 무효로 규정한다.²⁸⁹⁾

6. 이스라엘

이스라엘의 법제는 영국의 커먼로의 영향을 받았고 징벌적 배상의 부여를 허용한다. 징계적 배상은 주로 폭행 및 모욕, 무단침입, 명예훼손 사건에서 그리고 피고의 행위가 악의적이거나 난폭한(outrageous) 경우에만 부여된다. 과실행위는 비록 피고에게 중과실이 있던 경우라 해도 징계적 배상을 받기에 적합하지 않다고 간주된다.²⁹⁰⁾

이스라엘의 경우에 외국의 징벌적 배상을 부여한 판결이 승인되어 집행될지 여부는 분명하지 않다. 그러나 한 학자는 그것이 긍정될 것으로 보았다.²⁹¹⁾

7. 브라질

브라질은 사소에서 징벌적 배상을 허용하는 남미국가이다. 도덕적 배상(moral damage)이라고도 불리는 이 징벌적 배상의 이용가능성은 명예훼손과 불법구금 사건에 대하여 엄격하게 제한된다. 브라질 민법은 명예훼손과 불법구금의 경우에 피해자는 보전외에 형사벌금액의

Philippines Annotated 869 (Edgardo L. Paras ed., 12th ed., 1990).

287) 필리핀 민법 제2229조.

288) 필리핀 민법 제2232조.

289) 필리핀 민법 제2235조.

290) 11 International Encyclopedia, ch. 8, at 40.

291) Lois Garb, Israel (Apr. 1995), in Enforcement of Foreign Judgments, at 4.

한도액의 2배에 달하는 금액을 받을 수 있다고 규정한다.²⁹²⁾ 같은 도덕적 배상을 명하는 국가인 멕시코에서는 도덕적 배상이 보전적인 성질의 것으로 간주되나 그와 달리 브라질에서는 도덕적 배상은 보전적 성질과 제재적 성질의 양자를 겸유한다.²⁹³⁾ 그러나 브라질에서도 계약 불이행 사건에서는 징계적 구제책이 허용되지 아니한다.²⁹⁴⁾

8. 노르웨이

노르웨이는 징벌적 배상을 허용하는 소수의 대륙법계국가의 하나이다.²⁹⁵⁾ 그러나 노르웨이에서도 징벌적 배상이 허용되는 것은 피해자의 자유에 대한 침해, 성적 통합성과 명예의 위반 또는 프라이버시 침해를 포함한 청구에 엄격하게 제한된다.

292) Co'digo Civil art. 1547.

293) Miguel Reale, *Moral Damages in Brazilian Law*, in *A Panorama of Brazilian Law*, 126-27 (Jacob Dolinger & Keith S. Rosenn eds., 1992).

294) Co'digo Civil arts. 1059, 1060.

295) *Introductory Law to the Penal Code § 19*, summarized in *11 International Encyclopedia of Comparative Law*, ch. 10, at 93 (1986).

제 4 장 공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 배상제의 도입

제 1 절 우리나라 손해배상법제 및 제도운용 실태

1. 민법의 손해배상 원칙

민법 제750조는 불법행위로 인한 가해자의 금전에 의한 손해배상책임을 정하고 있고, 제751조제1항은 “他人의 身體, 自由 또는 名譽를 害하거나 其他 精神上苦痛을 加한 者는 財産以外의 損害에 對하여도 賠償할 責任이 있다.”고 하여 재산이외의 손해의 배상에 관하여 정하고 있고, 제752조에서는 “他人의 生命을 害한 者는 被害者의 直系尊屬, 直系卑屬 및 配偶者에 對하여는 財産上의 損害없는 境遇에도 損害賠償의 責任이 있다.”고 하여 생명침해로 인한 위자료에 관하여 규정하고 있다. 따라서 민법 제750조가 정하는 것은 재산적 손해에 관한 것이고, 비재산적 손해에 대해서는 제751조와 제752조에서 정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

재산적 손해와 비재산적 손해의 구분에 대해서 학설은 갈리고 있다. 제1설은 피침해법익을 표준으로 하여 피침해법익이 재산적일 경우에는 재산적 손해라 하고, 생명·신체·자유·명예 등 비재산적일 경우에는 비재산적 손해라고 한다.²⁹⁶⁾ 이 입장에서는 비재산적 손해는 비재산적·정신적 법익을 침해하는 것으로 파악하며 따라서 ‘정신적 손해’라고도 부른다.

이 입장에서는 비재산적 손해에 대한 배상을 위자료라고 부른다. 위자료는 “불법행위로 피해자가 입은 고통, 충격, 절망 등의 정신적 손해

296) 郭潤直, 『債權總論』(博英社, 1994), 197면.

에 대한 금전적 배상”이라고 하고²⁹⁷⁾ 용어 자체가 “위로하고 돕는 돈(慰藉料)”이라는 의미를 가지므로 재산적 손해에 대한 것이라기보다는 비재산적·정신적으로 입은 아픔을 달랜다는 성질을 가진다.

제2설은 침해행위의 결과로서 발생하는 손해가 재산적인 경우에는 재산적 손해라 하고, 침해행위의 결과로서 발생하는 손해가 비재산적인 경우에는 비재산적 손해라고 구별한다.²⁹⁸⁾ 이 견해에 의하면 생명·신체 침해의 경우에도 치료비, 일실이익은 재산적 손해로 보게 되고, 정신적 고통만을 비재산적 손해로 보게 된다.

제3설은 재산적 손해를 유형적 손해, 비재산적 손해를 무형적 손해라고 분류하는 입장이다.²⁹⁹⁾ 그러나 이에 대해서는 “재산은 유체재산 뿐만 아니라 권리·고객관계 등의 무형재산에 의하여도 구성되기 때문(에) ... 재산적 손해를 유형적 손해라고 하는 것은 적당하지 않다.”는 타당한 비판이 가해지고 있다.³⁰⁰⁾

분유 비방광고와 관련한 사건에서 “우유 건조기와 카제인나트륨에 관하여 ... 이 사건 광고들은 모두 사실과 다르게 원고를 비방하고 그 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다”고 “이 사건 광고들로 인하여 원고의 인격과 명예, 신용 등이 훼손됨으로써 분유제조업체인 원고의 사회적 평가가 낮아지고 그 사업수행에 커다란 악영향이 미쳤으리라는 점은 경험칙에 비추어 쉽게 인정할 수 있으므로, 피고는 위 사회적 평가의 침해에 따라 원고가 입은 무형의 손해를 (위자료로서) 배상할 의무가 있다”고 판시하였다.³⁰¹⁾ 이 사건에서 비방광고로 회사의 인격과 명예, 신용 등에 대한 생긴 손해는 제1설에 의하면 비재산적·정

297) 李銀榮, 『債權各論』(博英社, 1992), 750면.

298) 金相容, 『債權各論』(法文社, 1998), 406면; 張在玉, “慰藉料에 관한 몇가지 考察”, 한국민법이론의 발전(이영준박사 화갑기념논문집), 1999, 601면.

299) 金基善, 『韓國債權法總論』(법문사, 1975), 87면.

300) 郭潤直, 전거서, 197면.

301) 대법원 1996.4.12 선고 93다40614·93다40621 판결.

신적 손해에 해당하고, 제3설에 의하면 무형손해로서 비재산적 손해에 해당한다고 보게 될 것이다. 반면 제2설에 의하면 그 가운데 일부가 재산적 손해이고 일부는 비재산적 손해이라고 볼 것이다. 판례는 이를 전체로서 위자료의 대상으로서 파악하고 있으므로 적어도 제2설은 취하고 있지 않은 것이 된다. 민법에 의한 손해배상청구를 위해서 원고는 객관적 요건으로서 피고의 가해행위가 위법하다는 것과 손해의 발생 그리고 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계를 입증하여야 한다.

가해행위의 위법성과 관련해서, “위법성”이란 행위가 법질서전체에 반한다고 하는 부정적 가치판단을 의미한다. 손해액의 산정방법은 우리 민법상 손해배상청구의 대상인 손해를 差額說로 이해하는 것이 통설이다. 원고인 피해자는 피고의 가해행위가 없었을 경우의 자신의 재산적 상태와 가해행위의 결과로 자신에게 생긴 재산적 상태 사이의 차이를 손해로 보고 이것을 금액으로 사정하면 손해액이 되는 것이다. 민법에 의거한 손해배상청구를 위해서는 원고는 손해가 가해행위에 의하여 발생한 것, 즉 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계를 입증하여야 한다. 우리 판례상 이것은 相當因果關係를 의미하며, 학설상으로도 새로이 保護範圍說, 違法性關聯說 등이 제창되고는 있으나, 상당인과관계설이 통설이다. 손해배상의 방법으로서 민법은 제750조, 제751조, 제752조에서 금전에 의한 배상을 원칙으로 하고, 다만 민법 제764조에서는 “他人의 名譽를 毀損한 者에 對하여는 法院은 被害者의 請求에 依하여 損害賠償에 가름하거나 損害賠償과 함께 名譽回復에 適當한 處分을 命할 수 있다.”고 특칙을 두고 있다. 다만 헌법재판소는 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원사건에서 “민법 제764조가 사죄광고를 포함하는 취지라면 그에 의한 기본권제한에 있어서 그 선택된 수단이 목적에 적합하지 않을 뿐만 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙이 정한 한계를 벗어난 것으로 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 없는 것으로서 헌법 제19조에 위반되는 동시에

헌법상 보장되는 인격권의 침해에 이르게 된다.”고 하고 “민법 제 764조 ‘명예회복에 적당한 처분’에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다는 것의 의미는, 동조 소정의 처분에 사죄광고가 포함되지 않는다고 하여야 헌법에 위반되지 아니한다”는 것이라고 판시하였다.³⁰²⁾

2. 특정분야의 손해배상에 관한 법률규정들

우리나라에서는 일반법인 민법외에 각 분야별 손해배상의 법률관계에 적용되는 법률들이 존재한다. 예컨대 국가나 지방자치단체의 공무원이 직무 집행과 관련하여 사인에게 손해를 가한 경우에 가해행위가 적법한지 여부에 따라 공무집행으로 인한 손실보상과 손해배상으로 세분화면서, 각각 사업시행자가 공익사업에 필요한 토지 등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항에 대해서는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(일부개정 2007.10.17 법률 제8665호)이, 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하거나, 자동차손해배상보장법의 규정에 의하여 손해배상의 책임이 있는 때 또는 도로·하천 기타 공공의 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때의 손해배상의 기준 및 절차에 관해서는 「국가배상법」(일부개정 2005.7.13 법률 제7584호)이 각각 적용된다. 특히 「국가배상법」은 민법의 실손해배상을 원칙으로 하면서 다시 국가의 재정적 부담을 줄이기 위하여 배상액과 사유를 제한하고 있어서 공무원의 가해행위에 대해서 오히려 징벌적 배상과 반대방향으로 가해자측의 배상액을 제한한다. 또한 분야별 특별법 중 공정거래법, 소비자관련법, 「특허법」 등의 지적재산권법에서는 민

302) 헌법재판소 1991.4.1 선고 89헌마160 결정.

법의 손해배상원칙에 대한 특칙들을 규정하고 있으나³⁰³⁾ 배상액의 산정에 관한 기본원칙은 민법의 실손해배상원칙을 따르고 있다. 즉 「특허법」(일부개정 2007.5.17 법률 제8462호) 제127조(침해로 보는 행위), 제128조(손해액의 추정등), 「저작권법」(전부개정 2006.12.28 법률 제8101호) 제125조(손해배상의 청구), 제126조(손해액의 인정), 「컴퓨터프로그램 보호법」(일부개정 2006.10.4 법률 제8032호) 제29조(프로그램 저작권 침해행위 등), 제32조(손해배상청구), 제33조(공동저작프로그램의 침해정지 및 손해배상 청구) 또는 「상표법」(일부개정 2007.5.17 법률 제8458호. 시행일 2007.11.18) 제66조(침해로 보는 행위), 제67조(손해액의 추정등), 제68조(고의의 추정) 등은 특허권자, 전용실시권자, 저작권자, 프로그램저작권자, 프로그램배타적발행권자, 상표권자 또는 전용사용권자 등의 권리자가 고의 또는 과실로 인하여 자기의 권리(특허권, 전용실시권, 저작재산권, 프로그램저작권, 프로그램배타적발행권, 상표권 또는 전용사용권)를 침해한 자에 대하여 그 침해로 인하여 자기가 입은 손해의 배상을 청구하는 경우 일정한 행위를 권리에 대한 침해행위로 간주하거나, 권리의 등록사실에 대한 침해자의 고의를 추정하거나³⁰⁴⁾ 침해행위에 대한 과실을 추정하기도 하고,³⁰⁵⁾ 침해행위로 인하여 침해자가 얻은 이익을 권리자의 손해액으로 추정하거나, 법원이 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 손해액을 인정할 수 있도록 하여 침해사실의 입증이나 손해액 산정상의 어려움을 경감시키고 있으나 이 경우 청구할 수 있는 배상액은 실손해, 즉 그 권리 침해로 인하여 원고가 입은 손해액이다. 한미 FTA의 협상과정에서 미국은 특허권 침해행위에 대하여 3배배상제도를 도입하려고 시도

303) 전2자에 대해서는 항을 바꾸어 후술한다.

304) 등록상표임을 표시한 타인의 상표권 또는 전용사용권을 침해한 경우(「상표법」 제68조).

305) 등록되어 있는 저작권·출판권·저작인접권 또는 데이터베이스제작자의 권리의 침해의 경우(「저작권법」 제125조제4항); 등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권 등의 침해의 경우(「컴퓨터프로그램 보호법」 제32조제2항).

하였으나 우리측의 거부로 무산되었고, 저작권, 컴퓨터프로그램저작권 및 상표권 침해행위에 대한 법정배상(statutory damages)제도를 우리나라에 도입하는 것은 양측이 합의한 바 있다.³⁰⁶⁾ 2007년 11월 현재 관련법의 개정을 위하여 법제처 심사가 진행 중인데 「저작권법」 제125조의2,³⁰⁷⁾ 「컴퓨터프로그램 보호법」 제32조의2³⁰⁸⁾ 및 「상표법」 제67조

306) 한미 FTA 제18.10조 제6항은 “민사 사법절차에서, 각 당사국은 최소한 저작권 또는 저작인접권에 의하여 보호되는 저작물·음반 및 실연에 대하여, 그리고 상표 위조의 경우에, 권리자의 선택에 따라 이용 가능한 법정손해배상액을 수립하거나 유지한다. 법정손해배상액은 장래의 침해를 억제하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수이어야 한다.”라고 규정하고 있다.

미국 저작권법 및 상표법 상의 법정손해배상제도의 내용에 관해서는 김병일, “지재권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리-특허권 침해를 중심으로-”, 한국법제연구원 워크샵 “징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성”(2007.10.5.).

307) 저작권법 개정안 제125조의2(법정손해액의 청구) ①저작재산권자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 변론이 종결되기 전에는 실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액을 갈음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다.

②둘 이상의 저작물을 소재로 하는 편집저작물과 2차적저작물은 제1항을 적용하는 경우에는 하나의 저작물로 본다.

③법원은 제1항의 청구가 있는 경우에 변론의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항의 범위에서 상당한 손해액을 인정하여야 한다.

308) 컴퓨터프로그램 보호법 개정안 제32조의2(법정손해액의 청구) ①프로그램저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해행위 전에 제23조 및 제26조에 따라 등록된 프로그램의 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등은 실제 손해액의 입증에 어려운 경우에는 고의나 과실로 그의 권리를 침해한 자에게 제32조의 손해배상 청구 대신 법정손해액의 배상을 법원에 청구할 수 있다. 이 경우 법정손해액은 30만원 이상 3천만원 이하의 금액으로 한다.

②프로그램저작권자나 프로그램배타적발행권자등은 제32조의 손해배상 청구를 한 경우에도 법원이 변론을 종결할 때까지는 그 청구를 갈음하여 제1항에 따른 법정손해액의 배상을 청구할 수 있다.

③법원은 변론의 전체 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 적정한 법정손해액을 인정하여야 한다.

④법원은 제3항에도 불구하고 영리를 목적으로 고의로 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 권리를 침해한 자에 대하여는 1억원 이하의 범위에서 법정손해액을 인정할 수 있다.

개정안은 그밖에도 증거를 수집하기 위한 법원의 정보제공명령(개정안 제33조의2), 소송당사자에 대한 비밀유지명령(개정안 제33조의3 내지 제33조의5) 등 민사 절차에서의 집행을 강화하는 제도의 신설을 포함하고 있다.

의²³⁰⁹⁾를 각각 신설하는 것을 내용으로 한다. 법정배상제도는 권리 자체의 특성상 실제 권리자가 입은 손해액의 증명이 곤란한 경우에 법으로 정해진 배상액을 청구할 수 있게 하는 제도이다. 따라서 법정배상은 징벌적 배상은 아니고 실손해배상의 원칙을 전제로 실손해의 입증곤란을 회피하기 위하여 일정한 액수를 실손해액으로 의제하는 것이라고 볼 수 있다. 이들 개정법안에서는 법정배상의 요건에 해당하는 권리를 침해당한 자는 실손해 배상과 법정손해액 배상 중 어느 하나를 선택적으로 청구할 수 있도록 되어 있는데, 이 점은 법정배상제가 피해자의 완전한 배상을 확보하는 방향으로 이용될 것을 기대하는 제도인 점에서 당연하다.

한편 「철도사업법」(제정 2004.12.31 법률 제7303호)은 철도사업자가 여객의 부정승차행위에 대해 부가운임을 징수할 수 있는 근거를 두고 있다(동법 제10조). 철도사업자는 열차를 이용하는 여객이 정당한 승차권을 소지하지 아니하고 열차를 이용한 경우에는 승차구간에 상당하는 운임외에 그의 30배의 범위안에서 부가운임을 징수할 수 있다(동조 제1항). 철도사업자가 부가운임을 징수하고자 하는 경우에는 사전에 부가운임의 징수대상 행위, 열차의 종류 및 운행구간별 부가운임을 정하고 철도사업약관에 포함하여 건설교통부장관에게 신고하여야 한다(동조 제2항). 이러한 철도사업법상의 가산금규정을 징벌적 배상의 성격을 가지는 것으로 파악하는 견해도 있다.³¹⁰⁾

309) 상표법 개정안 제67조의2(법정손해배상의 청구) ①상표권자 또는 전용사용권자는 자기가 사용하고 있는 등록상표와 같거나 동일성이 있는 상표를 그 지정상품과 같거나 동일성이 있는 상품에 사용하여 자기의 상표권 또는 전용사용권을 고의나 과실로 침해한 자에 대하여 제67조에 따른 손해배상을 청구하는 대신 5천만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 법원은 변론전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다. ②제1항 전단에 해당하는 침해행위에 대하여 제67조에 따라 손해배상을 청구한 상표권자 또는 전용사용권자는 법원이 변론을 종결할 때까지 그 청구를 제1항에 따른 청구로 변경할 수 있다.

310) 이점인 보고서, 147면 각주 45; 김성천, “소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관

3. 공정거래법상의 손해배상 원칙

공정거래법위반으로 인한 손해배상책임은 불법행위책임의 일종이므로³¹¹⁾ 기본적으로 공정거래법에 의거한 손해배상청구를 위해서도 민법에서 요구되는 것과 동일한 성립요건이 충족될 것이 필요하다. 그러나 공정거래법은 일부요건을 완화하고 있다.

(1) 과실의 입증책임의 전환

“사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.”(공정거래법 제56조제1항)

이전에는 “(공정거래)법 제56조제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다”(법 제56조제2항)고 하여 피고의 무과실책임으로 규정되어 있어서 원고는 손해배상청구를 위해서 행위자의 고의·과실을 입증할 필요가 없이, 피고가 공정거래법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 사실, 즉 ①피고의 공정거래법 위반사실과 ②손해발생 사실, ③양자간의 인과관계만을 증명하면 되었었다.³¹²⁾ 그러나 이러한 접근방법은 피고 사업자 측에게 너무 가혹하다는 비판이 있었다. 따라서 공정거래법은 2004년에 개정되어 엄

한 소고”, 한국법제연구원 워크숍 “징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성”(2007.10.5.).

311) 孫珠瓚, 『經濟法』(법경출판사, 1993), 347면; 權五乘, 『第五版 經濟法』(법문사, 2005), 477면(2004년의 법 개정으로 무과실책임을 규정하고 있던 법 제56조제2항이 삭제되고 고의·과실의 입증책임이 사업자에게 전환됨으로써 일반 불법행위책임로서의 성격이 분명해졌다고 한다.).

312) 孫珠瓚, 전게서, 347면.

격무과실책임에서 抗辯이 가능한 엄격책임방식으로 변경되었다.

(2) 청구가 가능한 손해의 범위

손해란 가해행위에 의하여 피해자에게 발생한 법익의 침해를 의미한다. 우리 공정거래법에는 손해에 관하여 제한하는 규정은 없다. 그러나 손해에는 인과관계의 직접성을 기준으로 직접손해와 간접손해, 피침해 범위를 기준으로 재산적 손해와 정신적 손해, 피침해 규범을 기준으로 사법상 손해와 독점금지법상 손해 등으로 나눌 수 있다. 전술한 것처럼 미국의 독점금지법상 손해배상청구에 있어서는 배상을 청구할 수 있는 손해의 범위에 관하여 판례법상 직접손해, 재산적 손해 그리고 독점금지상 손해에 한하여 배상청구대상이 되는 것으로 해석하는 제한이 가해지고 있다. 우리 공정거래법상으로도 손해는 경쟁규범의 보호목적하에서 발생한 손해에 한정하여 그 성립을 인정하는 것이 타당하다는 입장³¹³⁾이 있으며, 자유롭고 공정한 경쟁의 보호를 입법목적으로 하는 공정거래법에 위반된 행위의 위법성 인정을 위해서는 당연히 그렇게 해석하여야 할 것으로 생각된다. 따라서 피고의 공정거래법 위반에 의하여 원고의 손해가 발생하였다더라도, 그 위반행위가 없어서 시장의 경쟁이 강화되었다면 원고가 피해를 입지 않았을 것으로 인정되는 관계가 아니라면 공정거래법에 의한 배상청구가 가능하지 않은 손해가 된다.

공정거래법 위반행위에 의해서 사업자로부터 직접 매수한 피해자는 다시 이를 하방의 사업자나 소비자에게 전가(passing-on)할 수 있으므로 손해배상청구 소의 원고적격을 부정하여야 하는 것이 아닌가 하는 이유에서 직접매수자에 의한 청구보다 간접매수자에 의한 청구를 선호하는 견해가 있다. 그와 달리 간접매수자들에 의한 배상청구를 허

313) 權五乘, 전계서, 478면.

용하면 배상액의 산정이 복잡하고 대체로 간접매수자들은 손해가 분산되어 있고 청구를 하기 위하여 적절한 위치에 있지 않다는 이유에서 간접매수자의 청구적격을 부정하여야 한다는 입장도 있다. 이러한 간접매수자 원칙에 대해서는, 미국에서도 학자들은 양분되어 다투어 왔고,³¹⁴⁾ 미국 일부 주에서는 간접매수자들에 의한 손해배상소송을 허용하는 주독점금지법 조항을 개정하여 간접매수자의 청구적격을 부정한 연방대법원의 Illinois Brick판례에 대응하기도 하였다. 이러한 간접매수자에게 3배액손해배상소송의 원고적격을 인정하는 주법은 미국의 Alabama주, California주, Minnesota주, Colorado주, Washington D.C., Hawaii주, Illinois주, Kansas주, Maryland주, Michigan주, Mississippi주, New Mexico주, South Dakota주, Wisconsin주, Arizona주 등의 주에서 제정되었다.³¹⁵⁾ 일본의 판례는 직접구매자의 손해외에 간접구매자의 손해에 대해서도 배상청구대상이 되는 것으로 보고 있다.³¹⁶⁾ 우리나라에서는 간접구매자의 청구도 가능하다는 것이 대체적인 견해이다.³¹⁷⁾

314) W. Landes & R. Posner, Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Law? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick, 46 U. Chi. L. Rev. 602 (1979); J. Harris & L. Sullivan, Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis, 128 U. Pa. L. Rev. 269 (1979); W. Landes & R. Posner, 128 U. Pa. L. Rev. 1274 (1980); H. Hovenkamp, The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales, 103 Harv. L. Rev. 1717 (1990).

315) Ala. Code §6-5-60(a) (1975); Cal. Bus. & Prof. Code Ann. §16750(a) (West Supp. 1989); Minn. Stat. §325D.57 (1988); Colo. Rev. Stat. §6-4-106 (Supp. 1988); D. C. Code §28-4509(a) (1981); Haw. Rev. Stat. §480-14(c) (1985); Ill. Rev. Stat., ch. 38, para. 60-7(2) (1988); Kan. Stat. Ann. §50-801(b) (Supp. 1988); Md. Com. Law Code Ann. §11-209 (1983); Mich. Comp. Laws Ann. §445.778 (West Supp. 1988); Miss. Code Ann. §75-21-9 (1972); N. M. Stat. Ann. §57-1-3(A) (1987); R. I. Gen. Laws §6-36-12(g) (1985); S. D. Codified Laws §37-1-33 (1986); Wis. Stat. §133.18 (1987-1988); Ariz. Rev. Stat. Ann. §44-1408(A) (1987).

316) 最高裁判所 1987.7.2. 선고 昭和 56年 178 판결.

317) 김구년, “독점규제법상 손해배상청구소송의 제문제”, 비교사법(한국비교사법학회) 제14권 1호, 2007; 오창수, “독점규제위반행위와 손해배상청구”, 변호사, 제22집, (1992), 186-187면; 오진환, “독점규제법상 손해배상제도”, 권오승 (편) 『공정거래법 강의Ⅱ』(법문사, 2000), 622면.

(3) 손해액의 입증 부담의 완화

독점금지 손해배상청구의 소에 있어서, 원고의 구제에 가장 장애가 되고, 그 결과 일본과 우리나라에서처럼 공정거래법의 사적 구제의 활용이 저조한 원인으로 작용하는 것은 손해의 발생 및 손해액의 산정에 관한 입증상 어려움이다. 따라서 공정거래법에 의한 손해배상청구를 활성화하기 위해서는 해석론 및 입법론상 원고의 입증책임을 경감해주자는 논의가 제기되어 왔다.³¹⁸⁾

2004년 12월 개정 공정거래법은 이에 따라 “공정거래법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생한 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정”할 수 있도록 하였다(법 제57조),³¹⁹⁾ 이는 손해의 성질상 손해발생에 따른 손해액의 입증이 곤란한 경우에는 변론의 전취지와 증거조사 결과에 기초하여 손해액을 인정할 수 있도록 하는 것으로서, 손해액 산정의 어려움을 구제할 수 있는 방안으로서는 유용할 것으로 생각되나, 입증이 곤란한 경우에 증거조사의 결과는 완전하게 구비되지 않았을 것이므로 결국 변론의 전 취지를 손해액 산정에 있어서 보충적 또는 독립적 증거방법으로서 인정할 수 있도록 하는 것이므로, 매우 큰 재량을 법원에 부여하는 것이다. 이것은 1998년부터 발효된 일본의 민사소송법 제248조와 거의 같은 내용으로서, 일본의 경우에는 모든 영역의 손해배상청구에 적용하는 것에 반해, 우리의 경우는 공정거래법에 의한 손해배상청구의 경우에 국한하여, 손해발생이

318) 동일한 취지로, 張勝和, 전제논문(금지청구와 손해배상청구), 76면.

319) 제57조(손해액의 인정) 이 법의 규정에 위반되는 행위로 인하여 손해가 발생하였다고 인정되는 경우로서 손해의 성질상 그 손해액을 입증하는 것이 매우 곤란한 때에는 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

인정되지만 손해액의 산정이 어려운 경우에 적용하기 위한 것이다. 일본의 경우와 비교할 때, 손해액산정에 관한 원고의 입증부담을 경감할 필요가 있는 특정한 영역에 대해 제한적으로 종래의 입증원칙을 변경하는 것으로서 도입에 의한 충격을 완화하기 위한 방안이다.

구체적으로 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구사건에서 손해액의 산정을 위하여 사용될 수 있는 방법으로는 여러 가지 이론이 있다. 특히 법위반행위가 없었을 경우에 존재하였을 원고의 법적상태를 산정하기 위하여 가설적인 “부재가정(but for)” 시나리오를 적용하여, 카르텔과 관련하여 다시 설명될 수 있는 위반행위의 부재시에 존재하였을 가격, 수익, 비용 등을 산정하기 위한 다음과 같은 다수의 방법들이 개발되어 있다. 이들 방법들은 그것들이 손해의 일정한 유사한 양을 계산하는지 여부를 보고 손해액 평가의 적절성을 이해하기 위하여 사건의 사실들에 따라서 고려될 수 있다는 점에서 상호 보완적이다.

1) 前後法(before-and-after method)

가장 간단한 방법은 전후법이다. 대상 시장에 카르텔이 존재하기 전후를 비교하는 방법이다.

전후법에 의하면, 원고는 주장되는 카르텔이 형성되기 전이나 없어진 후의 시장가격 또는 양자 모두에 관한 증거를 제시한다. 이 데이터로부터 사실심은 공모기간 중의 경쟁가격의 재구성을 요청한다. 손해액은 이 재구성된 가격과 카르텔이 부과한 실제가격의 차이이다.

만일 카르텔이 생긴 시장이 집중되어 있고 가격선도나 묵시적 공모에 좋은 것이면, 상당량의 독점적 과다청구가 시작할 카르텔 이전의 가격에 만들어 질 수 있다. 그 결과, 전후법은 카르텔가격과 경쟁가격과의 차이를 전혀 실제로 산정하지 못할 수 있다. 보다 중요한 것은, 시장은 시간이 흐르면 크게 변하고, 전후법은 이 변화에 대하여 조정

을 해줘야 한다는 것이다. 이 문제는 단순히 인플레이나 소비자가격지수를 고려하여 화폐를 절하함으로써 해결될 수는 없다. 일정한 상품의 가격은 다른 상품들의 가격이 보다 조금 오를 동안에, 지수보다 더 오를 수 있다. 만일 공급조건이나 소비자 선호의 중요한 변화가 카르텔화된 시장의 공급곡선이나 수요곡선의 이동을 초래하는 경우에는, 전후법은 본래의 손해액을 과대나 과소평가할 수 있다.

2) 尺度法(yardstick method)

척도법은 “표준시장 비교방법”이라고도 하는데, 대상 시장과 비교가 가능한 척도 또는 표준역할을 하는 시장을 기준으로 하여 비교하는 방법이다.

척도법은 미국 연방대법원에 의하여 1946년에 *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.* 사건³²⁰⁾에서 인정되었다. 이 판례는 척도법을 독점적 과다청구액을 평가하기 위하여 적용하지 않고, 일실수익의 평가에 사용하였다. 척도법에 의하면 원고는 공모만 없었다면 카르텔화된 시장과 가능한 한 유사한 지리적 시장을 찾아낸다. 척도법은 본질적인 한계를 가지고 있는데, 만일 당해 공모가 세계시장 차원이라면, 카르텔시장과 비교할 수 있는 다른 영역의 지리적 시장은 없게 된다. 또한 비록 카르텔이 일국의 범위에서 시도되었더라도, 국가별(주별) 조세의 차이 및 여러 가지 방식의 기업보조 등의 결과로서, 서로 다른 국가에 존재하는 기업들은 매우 다른 비용구조를 가질 수 있기 때문에 비교는 상당히 어려운 문제일 수 있다.

척도법이 적용되기에 이상적인 관행은 동일한 기초적 비용구조를 가진 인근 시장이 있는 지방적 카르텔이다. 조세 및 규제비용, 운송비, 그리고 임금 및 연봉비율 등의 상이함에 대한 조정은 필요할 것이다. 그러나 만일 이들 상이점이 구분되고 계량될 수 있다면, 전문

320) 327 U.S. 251, 66 S.Ct. 574, rehearing denied, 327 U.S. 817, 66 S.Ct. 815 (1946).

경제학자나 회계사는 카르텔화된 시장에 척도시장에 존재하는 것과 같은 수준의 경쟁이 존재한다면 통용되었을 재구성된 가격을 계산해 낼 수 있다.

미국 판례법상 척도법이 적용된 좋은 예는 *Greenhaw v. Lubbock County Beverage Assoc.* 사건³²¹⁾인데, 이는 텍사스주 Lubbock County의 주류소매상들간의 가격담합을 포함한다. 원고측 전문가는 손해액을 평가하면서 Lubbock County의 공모기간중의 가격을 경쟁적인 것으로 추정되는 Dallas의 가격과 비교하였다. 첫째, 전문가는 두 시장간의 비용차별화를 반영하는 비율을 개발하였고, 이 비율로부터 공모기간 중의 피고의 상품에 대한 “있었어야 할” 가격으로 묘사되는 것을 계산하였다. 이 가격으로부터 그 전문가는 그 카르텔이 매수자들에게 7.74퍼센트를 과다청구하였다고 평가할 수 있었다. 피고의 공모기간 중의 총매상액중 이 비율부분이 총독점적 과다청구액이었다. 그 밖에 *Home Placement Serv. v. Providence Journal Co.* 사건³²²⁾에서 제1순회법원은 원고의 청구가 제기된 시장과 척도시장간에 “합리적인 비교가능성”이 있어야 한다고 하였다.

3) 기타의 방법

(가) “비용기반” 접근법

이것은 카르텔 구성원들로부터 생산의 평균단위당비용에 관한 정보를 획득하고 이 비용에 경쟁조건하에서 적절할 것으로 간주되는 수익마진을 추가하는 것을 포함한 방법이다.

(나) 가격예측(price prediction) 접근법

이 방법은 당해 시장에서의 과거의 결정요소 또는 문제의 시장과 척도시장간에서 부재가정 시나리오에서의 가격을 예측하려고 하는 경

321) 721 F.2d 1019, 1026 (5th Cir.1983), rehearing denied, 726 F.2d 752 (5th Cir.1984).

322) *Home Placement Serv. v. Providence Journal Co.*, 819 F.2d 1199, 1205~1206 (1st Cir.1987).

경제수학적 모델링을 포함한다. 이 방법은 척도법이나 전후법보다 더 세련된 방법으로 생각될 수 있다. 경제수학적 모델링은 미국의 독점 금지소송에서 점차 많이 사용되고 있다. 그러나 경제수학적 모델링의 사용은 이용가능한 데이터의 품질에 크게 의존한다.

(다) 이론적 모델링(시뮬레이션) 방법

이 방법은 카르텔행위의 효과를 확정하기 위하여 과점적 모델의 사용을 포함한다. 그러면 경제수학적 모델링은 시뮬레이션 모델을 위하여 여러 가지 변수들을 평가하기 위하여 사용될 수 있고, 기타의 경제적 데이터들이 모델에 투입물로서 합쳐질 수 있다.

(4) 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상 판례

1) (주)정산실업의 거래거절 등 사건³²³⁾

(주)정산실업은 화장품을 제조·판매하는 사업자로서 대리점들과 대리점계약을 체결하면서 대리점의 판매지역을 제한하고 자사제품을 피고가 지정하는 가격 아래로는 팔지 못하도록 난매행위(할인판매)를 금지하는 내용을 계약내용으로 하였다. 충남 온양시 일원에서 판매권을 갖고 있던 원고 대리점이 피고의 제품 일부를 할인판매점에 유출하자 피고가 몇 차례 경고를 한 후 제품공급을 중단하였다. 이에 원고는 공정거래위원회에 불공정거래행위로 신고하였고, 공정거래위원회는 피고에게 판매지역제한, 재판매가격 유지행위, 부당한 거래거절 등을 금지하는 시정명령을 내렸고 그 시정명령은 그 후 확정되었다. 그리고 원고는 다시 피고를 상대로 공정거래법상의 손해배상청구를 하였다.

이 사건에서 피고는 원고에 대하여 공정거래법상 시정조치전치주의의 존재를 이유로 시정조치가 내려진 행위에 대하여 다시 손해배상청

323) 대법원 1990.4.10 선고 89다카29075 판결.

구를 할 수 없다고 다투었으나, 대법원은 “(구) 독점규제및공정거래에 관한법률(1990.1.13. 법률 제4198호로 전문 개정되기 전의 것) 제45조, 제46조를 종합하여 그 취지를 보면, 제45조에서 정한 무과실손해배상 책임은 사업자 또는 사업자단체가 피해자에 대하여 고의, 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없게 하여 피해자의 손해배상청구를 일반불법행위의 경우보다 용이하게 하는 한편, 위 법률의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후에만 피해자가 이를 재판상으로 주장할 수 있게 하여 그 전에 하는 재판상 주장을 제한하는 취지로 볼 것이고, 논지의 지적과 같이 위 무과실손해배상책임은 위 시정조치 이후의 사업자 또는 사업자단체의 불공정거래행위로 재산상 손해가 있는 경우에 한하여 발생한다고는 볼 수 없다 할 것이다.”고 하였다.

손해배상액의 산정에 관하여 원심은 피고의 위와 같은 행위는 “대리점의 자유로운 사업활동을 제한하여 공정한 경쟁을 저해하는 불공정한 행위로서 공정거래법 제45조, 제46조에 따라 원고에게 손해를 배상할 책임이 있다”고 판시하고, 그로 인한 손해배상의 범위에 관하여는, “원고가 온양지사를 개설한 1986.10.1.부터 피고 회사로부터 제품공급중단을 당한 1986.11.18.까지의 실적에 기초하여 원고경영의 온양지사에서는 피고 회사의 지정가격으로 판매하는 경우도 있지만 할인판매하는 경우도 있어 구입비, 판매수수료 등을 제외한 1개당 순이익금은 로손, 크림, 샴푸는 각 금 2,000원, 샴푸는 금 1,000원인 것으로 인정하고 거기에 위 기간 동안의 판매수량을 곱하여 총수입을 계산한 다음 경비를 공제하는 방법에 의하여 원고의 일실수익을 산정하였다.” 구체적으로는 원고가 대리점을 개설한 1986.10.1.부터 11.18.까지 49일간 피고회사의 제품을 공급받아 얻은 총수입금은 금 3,780,000원으로 월 평균 수입금은 금 2,346,402원인데, 위 금액에서 월 평균 경비 금 1,484,166원을 공제하여 월 평균 순수입 금 862,236원을 산출한 후 위 순수입금에 피고가 제품공급을 중단한 다음날인 1986.11.19.

부터 대리점 계약기간이 만료되는 1987.9.30.까지 10개월 12일간의 기간을 곱하여 산정한 총 일실수입금 8,967,254원 $\{=862,236 \times (10+12/30)\}$ 의 배상을 명하였으며, 대법원 판결도 이를 유지하였다.

2) 서울연식품공업협동조합의 거래거절사건³²⁴⁾

서울연식품공업협동조합(이하 피고조합)은 서울지역에서 연식품(두부류)을 생산하여 판매하는 사업자들이 조직한 공정거래법상의 사업자단체로서 두부류의 제조원료인 수입대두(콩)의 배정업무를 위탁받아 이를 시중가보다 저렴하게 공급하면서 한편으로는 조합원들에게 두부제품의 판매지역을 제한하고 있었다. 피고조합은 조합원인 원고 경영의 삼진식품이 판매지역제한을 위반하자 피고조합의 명예를 훼손하였다는 이유로 원고를 회원에서 제명조치하고, 원고에 대한 예정배정량 중에서 50,150kg의 수입대두를 공급하지 않았다. 이에 원고는 공정거래위원회에 신고하였고, 공정거래위원회는 피고조합에게 조합원의 사업활동을 제한하는 행위를 금지하는 시정명령을 내렸고 그 시정명령은 그 후 확정되었다. 그리고 원고는 다시 피고조합을 상대로 공정거래법상의 손해배상청구를 하였다.

원심은 피고조합의 위와 같은 행위는 경쟁을 실질적으로 제한하는 사업자단체의 행위로서 공정거래법에 위반하므로 (구) 독점규제및공정거래에관한법률(1990.1.13. 법률 제4198호로 전문 개정되기 전의 것)에 따라 원고에게 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하고, 그 손해배상의 범위에 관하여는 피고조합의 공급중단으로 인하여 원고가 시중에서 실제 구입한 대두 18,750kg에 대한 피고의 공급가(kg당 440원)와 원고의 실제구입가(kg당 990원)의 차액인 금 8,625,000원의 손해를 입었다고 판결하였다.

³²⁴⁾ 대법원 1991.5.19 선고 90다17422 판결.

그러나 대법원은 “수입콩의 피고조합에 의한 공급가는 kg당 440원이고 시중도매가격은 975원으로서 그 차이가 크고 이에 비추어볼 때 피고조합의 공급중단으로 인하여 원고가 최소한 공급가와 시중가격의 차이만큼의 손해를 입었으리라는 것은 피고조합이 당연히 예상한 바”이고, “원고가 피고조합으로부터 정상적으로 대두를 공급받아 이를 두부로 가공하여 판매하였다면 부가가치의 창출로 인하여 단순한 전매차익 이상의 수익이 예상된다.”는 요지로 판시하면서 원심판결을 파기하였다.

결국 환송 후 원심판결³²⁵⁾에서 손해배상액은 시중도매가와 피고조합의 공급가의 차액인 kg당 금 535원에 피고가 공급하지 않은 대두 50,150kg을 곱한 금 26,830,250원으로 확정되었다.

3) (주)남양알로에의 거래거절 등 사건³²⁶⁾

(주)남양알로에는 알로에 관련제품을 제조·판매하는 사업자로서 대리점들과 대리점계약을 체결하면서 대리점의 판매지역을 제한하고 자사제품을 피고가 지정하는 가격대로 판매하도록 하였는데, 피고와 녹번대리점 계약을 체결하고 영업을 하던 원고가 제품을 원래의 판매지역이 아닌 다른 지역에 할인판매 하였다는 이유로 원고에 대한 제품공급을 중단하였다. 이에 원고는 공정거래위원회에 불공정거래행위로 신고하였고, 공정거래위원회는 피고에게 구속조건부 거래 및 재판매가격 유지행위를 금지하는 시정명령을 내렸고 그 시정명령은 그 후 확정되었다. 그리고 원고는 다시 피고를 상대로 공정거래법상의 손해배상청구를 하였다.

원심은 공정거래위원회의 시정명령이 부당한 거래거절에 대하여 행해진 것이 아니라 부당한 구속조건부 거래와 재판매가격 유지행위에

325) 서울고등법원 1991.11.22 선고 91나21413 판결.

326) 대법원 1997. 4. 22. 선고, 96다54195 판결.

대하여 행해졌다는 것을 전제로 하여, 원고의 피해는 위의 판매지역이나 상대방, 재판매가격에 관하여 아무런 제한 없이 영업을 하였더라면 더 얻을 수 있었을 수입상당이라 할 것인데 그에 대한 주장·입증이 없다는 이유로 원고의 청구를 배척하였다.

그러나 대법원판결은, 일단 전치절차를 거친 당사자로서는 확정된 시정조치의 실현을 방해하는 상대방의 행위에 대하여 그 행위가 공정거래법 위반행위에 해당됨을 재판상 자유롭게 주장·입증함으로써 그로 인한 손해배상을 청구할 수 있다고 봄이 타당하고, 시정조치의 대상이 된 위반행위에 국한하여 그에 대한 손해배상을 청구하여야 하는 것으로 한정 해석할 수는 없다는 전제하에, 피고의 상품공급 중단행위는 바로 공정거래위원회가 시정을 명한 구속조건부 거래 또는 재판매가격 유지행위를 관철하기 위한 수단으로 행해진 것으로서 그것이 공정거래법상의 불공정거래행위(거래거절)에 해당되는 한 그에 대한 손해배상청구를 할 수 있다는 이유로 원심판결을 파기하였다.

환송 후의 원심판결³²⁷⁾에서는, 원고가 피고 회사의 부당거래거절행위가 있기 전 6개월간의 사업소득에다가 소득표준율을 곱하여 계산한 원고의 총 소득금액은 금 47,398,634원이므로 여기에서 녹번특약점을 경영함에 있어서 투하된 자본이 기여한 소득액(투하자본 금 20,050,000원×자본수익율 연 12%/12=월 200,500원)을 공제하면 원고의 월 수입액은 금 7,699,272원 [(47,398,634/6 = 7,899,772원)-200,500원]이 된다고 보고, 따라서 원고는 부당거래거절행위가 이루어진 1993. 7. 1.부터 이 사건 거래약정이 재계약이 체결되지 아니함으로써 종료되게 된 1993.9.8.까지 월 금 7,699,272원의 비율에 의한 금원 상당의 수익을 상실하는 손해를 입었으므로, 호프만식계산법에 의하여 부당거래행위일인 1993.7.1. 당시의 현가로 계산한 금 17,329,983원[(7,699,272×0.9958)+(7,699,272×0.9917)+(7,699,272×8/30×0.9876)]을 피고가 원고에게 배상하여야 할 손해액이라고 확정하였다.

327) 서울고등법원 1998.5.7. 선고, 97나19924판결.

4) 군납유류 구매입찰 참가 5개 정유사들의 부당한 공동행위 사건

2000.10.17. 공정거래위원회는 5개 정유사들이 1998년도 군납유류 구매입찰에 참가하면서 구체적으로 합의해 오는 입찰안을 그대로 준수하기로 서로 합의한 사실, 위 임원간 합의에 따라 각 정유사 군납담당 실무자들이 에쓰오일 사무실 등에서 모임을 갖고 1998년도 군납유류 입찰 전체건에 대해 유종별 낙찰예정업체, 응찰가격 및 들러리 가격 등에 대해 구체적인 합의안을 작성한 사실 및 위 합의한 내용대로 낙찰받은 사실 등 공동으로 군납유류 입찰가격을 결정하고 이를 실행한 사실을 적발하고 시정명령과 함께 1998년, 1999년, 2000년 3개년도 법 위반행위에 대한 과징금으로 이들 정유사에 합계 약 1900억원을 부과하였다.³²⁸⁾

이후 국가는 이들 정유사에 대하여 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구를 법원에 제기하였고,³²⁹⁾ 법원은 피고 정유사들의 담합이 없었을 경우에 형성되었을 가격을 추정하는 방법에 관하여 척도법에 속하는 MOPS 가격 비교 방법, 국내 대량수요처 비교 방법과 중회귀 분석을 통한 이중차분법이 당사자들에 의하여 제시되었고 법원은 그 가운데 중회귀분석을 통한 이중차분법을 적용하였다.

가. MOPS 가격 비교 방법

애초 원고(대한민국)는, 피고들에 의해서 과점되고 있는 국내 유류 시장의 특성상 유류시장 전체에 걸친 가격담합이 존재할 가능성이 상존하기 때문에 국내 유류시장을 기준으로 경쟁시장가격을 산정할 수는 없고, 아시아 최대의 유류 완제품 국제시장인 싱가포르 현물시장

328) 공정거래위원회 2000.10.17. 결정 제2000-158호 심결(군납유류 구매입찰 참가 5개 정유사들의 부당한 공동행위에 대한 건).

329) 서울중앙지방법원 2007.1.23. 선고 2001가합10682 손해배상(기)사건.

에서 유류를 구입하여 국내에서 원고에게 공급할 때까지 드는 비용을 산정하는 것이 가장 합리적이라고 주장하면서, 구체적으로는 싱가포르 현물시장에서 형성된 거래가인 MOPS 가격에 운임보험료, 신용장 개설료, 통관료, 국내운반비, 저유비, 품관비, 첨가제가격, 일반관리비, 이윤, 석유기금, 관세 등의 부대비용을 더하여 산출한 경쟁시장가격에다가 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제64조 제1항, 제4항330)에 따른 계약금액조정을 한 금액이 피고들의 담합행위가 없었을 경우 형성되었을 가격이라고 보았다[단순화하면 ‘손해액 = {낙찰가격 - (MOPS 가격 + 추가비용)} × 납품수량’이 된다.]

이에 따라 원고는 소장에서 1998년도의 손해액 82,857,611,115원, 1999년도의 손해액 66,596,222,979원, 2000년도의 손해액 8,965,835,627원 합계 158,419,669,721원의 손해액을 주장하였다(원고는 그 후 이 법원의 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터에 대한 감정축탁결과를 원용하여 1999년도의 손해액을 72,603,230,959원으로, 2000년도의 손해액을 10,506,515,731원으로 증액하였다.)

330) 제64조(물가변동으로 인한 계약금액의 조정) ①각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 법 제19조의 규정에 의하여 국고의 부담이 되는 계약을 체결(장기계속공사 및 장기물품제조등의 경우에는 제1차계약의 체결을 말한다)한 날부터 90일 이상 경과하고 동시에 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 때에는 재정경제부령이 정하는 바에 의하여 계약금액(장기계속공사 및 장기물품제조등의 경우에는 제1차 계약체결시 부기한 총공사 및 총제조등의 금액을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 조정한다. 이 경우 조정기준일(조정사유가 발생한 날을 말한다. 이하 이 조에서 같다)부터 90일 이내에는 이를 다시 조정하지 못한다.

1. 입찰일(수의계약의 경우에는 계약체결일을, 2차 이후의 계약금액 조정에 있어서는 직전 조정기준일을 말한다. 이하 이 항 및 제6항에서 같다.)을 기준일로 하여 재정경제부령이 정하는 바에 의하여 산출된 품목조정률이 100분의 3 이상 증감된 때
2. 입찰일을 기준일로 하여 재정경제부령이 정하는 바에 의하여 산출된 지수조정률이 100분의 3 이상 증감된 때

④각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 관계법령에 의하여 최고판매가격이 고시되는 물품을 구매하는 경우 기타 제1항의 규정을 적용하여서는 물품을 조달하기 곤란한 경우에는 계약체결시에 계약금액의 조정에 관하여 제1항의 규정과 달리 정할 수 있다.

나. 국내 대량수요처 비교 방법

원고는, 피고들이 대한항공, 철도청, 수산업협동조합, 한국전력 등 국내 대량수요처에 공급한 거래실례가격에 특수유종(JP-8, DF-1)에 들어가는 빙결방지제와 같은 첨가제비용 또는 수송비용 등의 부대비용을 추가한 금액을 기준으로 손해액을 산출하는 방법을 제시하면서, 이에 따르면 1998년도의 손해액은 57,757,562,469원, 1999년도의 손해액은 65,027,875,888원으로 위 2년간 손해액의 합계가 122,785,438,356원이라고 주장하였다. 원고는 이러한 국내 대량수요처 비교 방법을 독자적인 손해액 산정 방법으로 주장하기보다는 MOPS 가격을 기준으로 한 산정 방법의 타당성을 뒷받침하는 근거로 들었다.

다. 중회귀분석을 통한 이중차분법

피고 지에스칼텍스, 에쓰오일은 2003. 5. 12.자 준비서면을 통하여, 통계학적 추론방법을 적용한 계량경제학적 분석방법, 즉 가격에 영향을 미치는 다양한 요소들을 변수로 설정하고 중회귀분석(multiple regression analysis)이라는 통계학적 추론방법을 사용함으로써 담합이 가격에 미친 영향과 담합 이외의 경제적 요인들이 가격에 미친 영향을 분리하여 “다른 모든 조건이 동일한 상황에서 담합이 없었을 경우에 형성되었을 가격”, 즉 (담합)부재가정가격(but for price)을 추정해 내는 방법을 제시하고, 위 피고들의 의뢰를 받아 조사한 한국개발연구원(KDI)의 보고서를 제출하였다. 이 KDI 보고서에 따르면 피고들의 담합행위로 인한 원고의 3년에 걸친 손해액은 약 302억 원으로 나타났다.

피고들의 신청에 따라 수소법원은 2003. 11. 18. 원고와 피고들의 합의에 의하여 선정된 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터(이하 ‘감정인단’이라 한다.)에 “가장 합리적·객관적이고 타당한 방법에 의하여 산정된, 원고와 피고들 사이의 1998년부터 2000년까지 각 유류

거래에 있어 실제 형성된 가격들과 담합행위가 없었을 경우에 형성되었을 가격들의 차액”에 관한 감정을 촉탁하였고, 이에 따라 감정인단은 2004.8.3. “군납유 입찰담합 민사소송에서의 손해액 감정을 위한 계량경제분석”을, 2004.8.17. 및 2004.8.20. 그 수정본을 제출하였다(이하 ‘원감정결과’라 한다.). 원감정결과에서는 KDI 보고서의 분석 방법이 가장 객관적이고 과학적인 추정 기법에 해당한다고 하면서, KDI 보고서의 몇 가지 오류를 지적한 다음 3년간의 담합으로 인한 손해액을 약 1,140억 원으로 추정하였다.

이후 피고측에 의하여 원감정결과에 대한 자료의 부정확성과 중복 입력, 자료처리의 일관성 결여, 기타 이론적 문제점 등이 지적되었고, 감정인단은 2005. 1. 17. 자료상의 문제점들을 모두 보완하고 피고들의 몇 가지 이론적인 비판을 받아들인 “군납유 입찰담합 민사소송에서의 손해액 감정을 위한 계량경제분석 : 원감정 보고서의 보완”(이하 ‘보완감정결과’라 한다.)을 제출하였다. 보완감정결과에서는 1,056건의 자료(군납 자료 336건과 항공사, 미군, 철도청, 수산업협동조합, 한국전력, 해경 등의 비군납 자료 720건)를 분석하여 3년간의 담합으로 인한 손해액을 112,008,785,163원(1998년 42,760,199,097원, 1999년 61,920,482,976원, 2000년 7,328,103,090원)으로 추정하면서, 감정인단의 판단과 달리 추정방법을 결정하거나 모형을 설정하였을 경우에 추정되는 손해액을 여러 측면에서 제시하였다. 그 이후에도 보완감정결과에 대해서 다툼이 있었다.

수소법원은 척도로 사용된 싱가포르 현물시장은 “개별 국내 시장에서 발생하는 석유제품의 단기적 수급 불균형을 해소하기 위하여 형성된 시장으로, 가격과 거래량의 변동이 심하고 주로 일회성 거래가 이루어진다. 또한, 높은 고정비용과 연산품 생산이라는 석유정제산업의 특성으로 인하여 정유사들은 가변 비용만 회수할 수 있으면 손해를 보더라도 단기적으로 생산을 계속하는 것이 유리하므로, 국내에서 소

화하지 못하는 특정 유종은 싱가포르 현물시장에 국내 가격보다 낮은 가격을 받고서도 수출할 유인이 있다. 원고는 국제법상의 제도적 제약 아래에서 정해진 예산으로 특정 시기에 소요물량을 구매해야 하고, 더욱이 군의 필수 전략물자인 유류의 공급 안정성과 시의성도 확보해야 하는데, 원고가 원하는 품질의 제품과 물량을 이러한 싱가포르 현물시장으로부터 적기에 적정한 가격으로 확보할 가능성은 거의 없어 보인다. 따라서 싱가포르 현물시장을 장기에 걸친 안정적인 공급을 필요로 하는 군납 유류시장과 동일하게 평가할 수 없고, 그 결과 MOPS 가격에 일정한 부대비용을 더한 가격이 ‘피고들의 담합행위가 없었을 경우 국내 군납 유류시장에서 형성되었을 가격’이라고 보기 어렵다.”고 하는 이유로, 국내 대량수요처는 “군납과 비교하여 구매 유종이 많지 않고 구매량이 매우 클 뿐만 아니라 구매목적과 고려사항, 거래조건, 거래방식 등에 차이가 있어서 시장가격 변동 요인이 생길 때 구매자별로 구매가격의 변화 정도가 다르므로, 군납 유류시장의 표준시장으로 평가하기 어렵다.”는 이유에서 적도로 사용하기에 적절하지 않다고 판단하였다.

또한 수소법원은 전후법에 대해서도 표준시장비교법과 마찬가지로 “담합 여부 이외에 낙찰가에 영향을 미칠 만한 체계적인 차이를 무시하는 결과가 되어 부당하다”고 판단하였다.

수소법원은 “담합기간의 군납과 비군납의 낙찰가격의 차이에서 비담합기간의 군납과 비군납의 낙찰가격의 차이를 차감하여 담합으로 인한 군납유류의 가격인상분을 추정해내고자 하는 방법인 이중차분법(difference in difference method)을 사용할 필요가 있”고, “또한, 실제로 군납유류의 가격은 담합 여부와 군납의 특수성 또는 시기적 특수성뿐만 아니라 원유가, 환율 등 여러 요인들로부터 영향을 받으므로, 이러한 담합 이외의 가격결정요인들이 낙찰가격에 미치는 영향을 통제한 후 담합의 효과를 분리해 내야 한다. 이 경우 담합이 가격에 미친 영

향과 담합 이외의 경제적 요인들이 가격에 미친 영향을 객관적으로 구별하고 측정하기 위하여 사용되는 가장 대표적인 계량경제학적 분석방법이 중회귀분석방법(multiple regression method)이다. 따라서 이 사건에서는 낙찰가에 영향을 미치는 여러 요인들을 도입한 중회귀분석모형을 설정한 다음 이중차분법에 따라 담합의 효과를 추정해 내는 방법, 즉 ‘중회귀분석을 통한 이중차분법’에 의하여 손해액을 계산하기로 한다(이러한 계량경제학적 분석 방법은 감정인단과 피고들이 지지하고 있으며, 원고 역시 이 사건 감정결과가 계량경제학상 승인된 기술상의 법칙에 따라 이루어진 신뢰할 수 있는 원칙과 방법의 산물이라고 평가하고 있다. 반독점 소송이 활발한 미국에서도 손해액 추정방법으로 중회귀분석모형을 광범위하게 사용하고 있다.)”고 하였다. 결국 수소법원은 “원고는 MOPS 가격을 기준으로 한 평가와 이중차분법에 의한 평가 중 각 연도별로 그 평가액이 많은 쪽을 선택적으로 구하면서, 감정인단이 추정한 손해액은 현실적인 손해액의 최소한으로써 손해배상액 산정에 있어서 반드시 합리적 기준으로 존중받아야 하고 이를 이익으로 원용한다고 주장하는바, 불법행위로 인한 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우에 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 간접사실들을 종합하여 그 손해액을 판단할 수 있으므로, 이 사건에서는 원고의 청구취지에 기재된 손해액의 범위 내에서 원고의 주장사실을 바탕으로 하여 가장 합리적이고 적정한 방법으로 평가된 손해액을 인정하기로 한다.”고 하고 계량경제학상 회귀분석의 통상적 추정방법인 OLS를 사용하고³³¹⁾ 1998년과 1999년의 담

331) 회귀분석방법의 추정과 관련하여 WLS와 OLS 등이 존재하는데, 감정인단은 양자를 함께 제시하였고, 이에 대하여 피고들은 OLS 방식을 사용하여야 한다고 주장하였다. WLS는 그러한 수정된 최소자승법 중의 하나로서, 관측된 자료의 불규칙성 또는 불안정성이 관측대상별로 차이가 있을 때, 즉 오차의 이분산성(heteroskedasticity)이 있을 때 사용되는 추정법이다.

합의 정도는 서로 같고, 2000년의 담합의 정도는 이와 다르다는 모형, 즉 담합의 정도를 1998년과 1999년에 걸쳐 공통된 하나의 상수로, 2000년에 별개의 상수로 설정하는 모형을 채택하며³³²⁾ 유찰 수의계약 자료는 모두 모형에서 제외하여³³³⁾ 피고들의 담합행위로 인한 원고의 손해액을 1998년 42,768,021,486원, 1999년 46,288,573,059원, 2000년 1,196,370,994원 합계 90,252,965,539원으로 산정하였다.

5) 판례평석

위의 1) 내지 4)의 배상청구사건들에서 문제가 되고 있는 가해행위는 공정거래법에 위반한 개별 사업자 또는 사업자단체의 불공정거래 행위, 재판매가격 유지행위, 부당한 공동행위 등이다. 그런데 이 가운데 징벌적 배상제의 대상으로 되기에 적합한 것은 대표적으로 소액대량불법행위가 발생하는 위반행위유형인 4)의 부당한 공동행위에 한하며 1), 2) 및 3)의 불공정거래행위의 경우에는 피해 기업이 위반행위를 한 사업자나 사업자단체에 대하여 실손해배상을 청구함으로써 충분히 위반행위에 대한 민사책임을 추궁할 수 있다.

공정거래법상 억제 및 제재를 위하여 징벌적 배상을 부과할 수 있게 하여야 할 위반행위의 유형으로는 견해에 따라 부당한 공동행위의 시장지배적지위의 남용행위, 공정거래법 제3장의 경쟁제한적 기업결합이나 과도한 경제력집중에 해당하는 위반행위(출자총액제한행위, 상호출자금지행위, 채무보증제한위반행위) 또는 부당한 지원행위(법 제

332) 1999. 11. 국회 국정감사에서 군용유류에 대한 고가구매 의혹이 제기되었고, 이에 따라 감사원이 군납유류 구매의 부적정성에 대한 감사에 착수하였으며, 그 영향으로 국방부가 군납유류 입찰제도의 개선을 시도하는 상황을 반영한 것이다.

333) 보완감정에서 사용된 유찰수의계약 자료는 총 211건(국방부 166건, 한국전력 45건)이고, 그 중 국방부의 유찰수의계약 자료 166건은 비담합기간의 유찰수의계약 139건과 담합기간의 유찰수의계약 27건(1998년 18건, 1999년 9건)으로 구성되어 있다. 법원은 유찰수의계약이 경쟁입찰과 구별되는 특성을 가진다는 점 등을 근거로 담합기간과 비담합기간을 가리지 않고 국방부와 한국전력의 유찰수의계약 자료를 모두 분석에서 제외하였다.

23조 제1항 제7호)까지 포함시켜야 한다고 하는 견해도 있을 수 있겠으나 소액대량불법행위로 볼 수 있으면서 피해자가 어느 정도 구체적으로 특정될 수 있는 부당한 공동행위와 시장지배적지위 남용행위의 경우로 제한하는 것이 적절하다고 생각한다.

4. 소비자관련법상의 손해배상 원칙

소비자관련법 가운데 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』, 『제조물책임법』은 손해배상에 관한 민법에 대한 특칙을 포함하고 있다. 이에 관해서 아래에 분설한다. 그러나 그 외에 『소비자기본법』, 『약관의 규제에 관한 법률』, 『전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률』, 『방문판매 등에 관한 법률』, 『할부거래에 관한 법률』에서는 손해배상에 관한 특칙을 별도로 규정하고 있지 않으므로 민법의 원칙이 그대로 적용된다.

(1) 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』의 손해배상원칙

『표시·광고의 공정화에 관한 법률』은 종래 공정거래법 제23조제1항제6호에서 불공정거래행위의 한 유형인 위계에 의한 고객유인으로 금지되어 오던 부당한 표시·광고행위를 여타 표시·광고 관련법령과 종합하여 공정한 거래질서의 확립과 소비자의 합리적 선택권을 보호하기 위하여 별개의 단행법으로 입법한 것이다. 특히 공정거래법은 사업자에 대한 사후적 규제에 중점을 두는 점에서 부당한 표시광고행위에 대한 사전적 억제를 위하여 이 법의 제정이 필요하였다는 성격이 인정되고 있다.³³⁴⁾

『표시·광고의 공정화에 관한 법률』 위반으로 인한 손해배상책임은 불법행위책임의 일종이므로 기본적으로 이 법에 의거한 손해배상청구를 위해서도 민법에서 요구되는 것과 동일하게 가해행위, 손해의 발

334) 신현윤, 『경제법 [제2판]』 456면.

생 및 가해행위와 손해간의 인과관계 등의 성립요건이 충족될 것이 필요하다. 그러나 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」은 제10조, 제11조에서 이 법 위반으로 인한 손해배상청구에 관하여 일부 요건을 완화하는 특칙을 두고 있다.

「표시·광고의 공정화에 관한 법률」은 제3조제1항에서 사업자등(사업자 또는 사업자단체를 말한다)의 부당한 표시·광고를 금지하고 있다.

제10조제1항에서는 사업자등은 제3조제1항의 규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다고 명시하고 제2항에서 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자등은 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다고 하여 무과실책임을 규정하고 있다. 또한 제11조제1항에서는 제3조제1항의 규정에 의한 위반사항에 대하여 제10조의 규정에 의한 손해배상청구권은 이 법에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다고 규정하여 시정조치전치주의를 규정하고 있다. 제2항에서는 제1항 본문의 규정에 의한 손해배상청구권의 소멸시효를 3년으로 정하고 있다. 이 법에서는 배상액을 산정하기 어려운 경우에 법원이 그것을 인정하는 것에 관한 특칙은 별도로 규정하고 있지 아니하다.

(2) 「제조물책임법」의 손해배상원칙

「제조물책임법」은 이 법 자체가 “제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임을 규정함으로써 피해자의 보호를 도모하고 국민생활의 안전향상과 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로”(이 법 제1조) 제정된 법률이다.

「제조물책임법」은 제조 또는 가공된 동산인 제조물(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한다)의 제조·설계 또는 표시

상의 결함³³⁵)이나 기타 통상적으로 기대할 수 있는 안전성이 결여되어 있는 것으로 인하여 발생한 생명·신체 또는 재산에 대한 확대손해³³⁶)에 대하여 배상할 제조물책임을 규정하고 있다. 이 법에서 제조업자는 제조물의 제조·가공 또는 수입을 업으로 하는 자(제2조 제3호 가목) 또는 제조물에 성명·상호·상표 기타 식별가능한 기호 등을 사용하여 자신을 제조업자로 표시한 자 또는 오인시킬 수 있는 표시를 한 자(동호 나목)를 말한다. 나목의 자를 표시제조업자라고 하는데 주문자상표부착생산(OEM)의 경우의 생산자가 그에 속한다.

『제조물책임법』 제3조제1항은 “제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해(당해 제조물에 대해서만 발생한 손해를 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.”고 규정하고 있다. 제조물책임은 원고에 의하여 피고의 고의 또는 과실로 인한 제조물의 결함, 원고에게 손해가 발생한 사실 및 결함과 손해간의 인과관계 등의 성립요건이 입증되면 인정된다.³³⁷⁾

제3조제2항에서는 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우 “제조물을 영리목적으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 공급한 자”에게 제조업

335) 이 법에서 “제조상의 결함”이라 함은 제조업자의 제조물에 대한 제조·가공상의 주의의무의 이행여부에 불구하고 제조물이 원래 의도한 설계와 다르게 제조·가공됨으로써 안전하지 못하게 된 경우를 말한다(제2조제2호가목). “설계상의 결함”이라 함은 제조업자가 합리적인 대체설계를 채용하였더라면 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 대체설계를 채용하지 아니하여 당해 제조물이 안전하지 못하게 된 경우를 말한다(동호나목). “표시상의 결함”이라 함은 제조업자가 합리적인 설명·지시·경고 기타의 표시를 하였더라면 당해 제조물에 의하여 발생될 수 있는 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 이를 하지 아니한 경우를 말한다(동호나목). 여기에서 ‘결함’은 안전성의 결여를 의미하며 등가성의 결여를 의미하는 민법 제580조(매도인의 하자담보책임)의 ‘하자’와는 구별되나 민법 제758조(공작물등의 점유자·소유자의 책임)의 공작물의 설치·보존의 하자 또는 『국가배상법』 제5조의 영조물의 설치 또는 관리상의 하자와는 일응 상통한다.

336) 당해 제조물에 대해서만 발생한 손해를 제외한다(이 법 제3조제1항).

337) 권五乘, 『消費者保護法 [제4판]』 법문사, 276면은 제조물책임을 무과실책임으로 해석한다. 그러나 『제조물책임법』상 제조상 결함과 달리 설계상의 결함 및 표시상의 결함은 제2조제2호 법문의 규정상 과실책임으로 해석된다.

자 대신에 2차적으로 피해자에 대한 제조물책임을 지도록 하고 있다. 즉 이러한 제조물공급자는 제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지하지 아니한 때에는 제1항의 규정에 의한 손해를 배상하여야 한다.

따라서 제조물공급자가 제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 모른 것에 대하여 과실이 없는 경우에는 배상책임이 없다. 제조물공급자가 2차적인 제조물책임을 지기 위해서는 그가 제조물을 영리목적으로 공급하였어야 하는데 소비자에 대하여 경품이나 사은품 등 무상으로 제공한 경우에 책임이 있는지가 문제될 수 있다. 영리목적은 제조물의 제조 및 제공행위와 직접 관련되는 것으로 이해한다면 무상 제공된 제조물에 대해서는 제조물책임을 지지 않는 것으로 볼 것이나 경품이나 사은품 등이 상품 구매 고객에 대하여 제공되는 것과 같이 다른 제조물을 판매하는 기회에 함께 공급된 경우는 물론 제품의 구매 여부와 무관하게 사업자의 홍보를 위하여 무상 제공된 경품이나 사은품의 경우에도 장래의 그 사업자의 영업을 위하여 광고나 이미지를 좋게 하기 위하여 제공되는 것이므로 간접적으로 영리목적이 있다고 볼 수 있으므로 책임이 있는 것으로 보아야 할 것이다.³³⁸⁾

『제조물책임법』 제4조제1항에서는 제조업자가 당해 제조물을 공급하지 아니한 사실(제1호), 제조업자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학·기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실(제2호), 제조물의 결함이 제조업자가 당해 제조물을 공급할 당시의 법령이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 사실(제3호), 또는 원재료 또는 부품의 경우에는 당해 원재료 또는 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실(제4호) 등을 항변사유로 인정하고 있다. 제2호는 이른바 개발위험의 항변

338) 동지, 신현윤, 『경제법 [제2판]』 771면.

이고, 제3호는 강제규정준수의 항변이다. 제조업자는 피해자가 제조물의 결함과 자신에 대한 제조물로 인한 손해의 발생을 증명하더라도 이상의 항변사유를 입증하여 제조물책임을 벗어날 수 있다. 다만 제조업자가 이상의 항변사유를 증명한 경우에도 민법 기타 법률에 의한 배상책임이 면제되는 것은 아니다.³³⁹⁾ 법령준수의 항변에 대해서는 이러한 법령상의 기준이 대체로 예방적인 의미를 갖는 안전규제상의 기준이므로 책임의 귀속을 정하는 책임법리상의 기준으로 곧바로 원용할 수 있을지 문제되며, 정부가 안전기준을 제정함에 있어서 상당한 전문성과 정보를 갖고 임하는 경우가 아니라 그러한 전문성과 정보가 부족한 상황에서 제조업자들에 의존하여 제정하는 경우가 있을 수 있기 때문에 전자의 경우와 후자의 경우의 법령상 기준에 대하여 동일한 취급을 하는 것은 문제라는 지적이 있다.³⁴⁰⁾

『제조물책임법』 제4조제2항은 “제3조의 규정에 의하여 손해배상책임을 지는 자가 제조물을 공급한 후에 당해 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함에 의한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 때에는 제1항제2호 내지 제4호의 규정에 의한 면책을 주장할 수 없다”고 규정하여 제조업자에게 제조물에 결함이 생긴 것에 대하여 공급 당시 위의 항변사유가 존재하더라도 공급한 후에 당해 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알았던 경우(선의이나 과실이 있는 경우도 마찬가지)에는 그 결함에 의한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 취하여야만 항변사유를 주장할 수 있는 것으로 하고 있다.

『제조물책임법』은 제조업자나 제조물공급자가 소비자와의 거래시 면책특약을 함으로써 이 법의 취지를 몰각시키는 일이 없도록 방지하

339) 신현윤, 전거서, 779면.

340) 權五乘, 『消費者保護法 [제4판]』 279-280면(따라서 이 입장은 정부가 안전기준을 제정함에 있어서 상당한 전문성과 정보를 갖고 명확하게 제정한 법령상 기준의 준수에 대해서만 면책사유로 삼는 것이 적절하다고 한다.).

기 위하여 원칙적으로 이 법에 의한 손해배상책임을 배제하거나 제한하는 면책특약은 약정하더라도 이를 무효로 하고 다만, 자신의 영업에 이용하기 위하여 제조물을 공급받은 사업자가 자신의 영업용 재산에 대하여 발생한 손해에 관하여 그와 같은 면책특약을 체결한 경우에만 유효한 것으로 하고 있다(제6조).

(3) 소비자관련법 위반행위에 대한 손해배상 판례

1) 자동차 급발진사고 제조물책임 사건

주차장소유주가 차량 소유자의 차량을 대신 주차시키는 도중 일어난 이른바 급발진사고와 관련하여 제조업자를 상대로 급발진사고로 인한 각종 손해의 배상을 청구한 사안에서, 원심법원은 이 사건 사고는 원고의 페달 오조작에 기인한 것으로 추인함이 상당하므로 결함추정은 인정되지 않지만, 이 사건 차량이 Shift Lock을 장착하지 않은 것은 설계결함에 해당한다고 판시하였다.³⁴¹⁾ 이에 대하여 피고가 항소한 데 대하여 항소심법원은 자동차의 결함이 추정되지 않는다고 보고 아울러 이 사건 차량의 Shift Lock(운전자가 브레이크 페달을 밟아야만 자동변속기 레버를 주차 위치에서 전후진 위치로 움직일 수 있도록 고안된 장치)의 미장착은 설계결함에 해당하지 않는다고 판시하였다.³⁴²⁾

대법원은 “고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함을 이유로 그 제조업자에게 손해배상책임을 지우는 경우 그 제품의 생산과정은 전문가인 제조업자만이 알 수 있어서 그 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 일반인으로서의 밝힐 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학

341) 인천지방법원 2002.1.25. 선고 99가합10093 판결.

342) 서울고등법원 2003.2.13. 선고 2002나12378 판결.

적·기술적으로 입증한다는 것은 지극히 어려우므로 그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점과 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 그 제품에게 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는 것(이지만) … 이 사건 자동차의 엔진제어장치에 원고 주장과 같은 결함이 있음을 인정할 수 없고 나아가 이 사건 자동차가 정상적으로 사용되는 상태에서 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 사고가 발생하였다는 점이 입증되지 아니하므로 원심이 위 급발진 사고가 자동차의 결함으로 인하여 발생하였다고 추정할 수도 없다고 보아 이 부분 원고의 주장을 배척한 조치는 정당”하고, 이 사건에서 원고가 급발진사고를 방지할 수 있는 대체설계로서 주장한 Shift Lock … 을 장착하더라도 모든 유형의 급발진사고에 대하여 예방효과가 있는 것이 아니고 … 또한 설령 쉬프트 록이 장착된 차량이라고 할지라도 운전자가 자동변속기를 주차가 아닌 다른 위치에서 변속시키는 과정에서 급발진사고가 발생하는 위험성은 방지할 수 없어서 쉬프트 록의 장착으로 급발진 사고를 예방할 수 있는 효과가 크다고 보기 어렵고 그 정도를 가늠하기도 어려운 점, 운전자가 자동변속기 자동차의 기본적인 안전운전요령만 숙지하여 실행하면 굳이 쉬프트 록을 장착하지 않더라도 동일한 사고예방효과가 있는데 자동차는 법령에 정하여진 바에 따른 운전면허를 취득한 사람만이 운전할 수 있고 액셀러레이터 페달의 올바른 사용은 자동차 운전자로서 반드시 숙지하여야 할 기본

사항인 점, 일반적으로 자동변속기 또는 액셀러레이터 페달의 오조작을 감소시키려면 쉬프트 록 이외에도 여러 가지 안전장치를 강구할 수 있는 점, 통계상 급발진사고를 일으킨 차량은 그 이전에 동종의 사고를 일으킨 적이 없으며 그 후에도 그러하기 때문에 그 차량에 대하여 급발진사고를 대비한 안전장치가 없다고 하여 그 자동차가 통상적으로 기대되는 안정성을 결하였다고 보기 어렵다는 점 등 여러 사정에 비추어 볼 때 제조회사가 이 사건 자동차에 쉬프트 록을 장착하였더라면 급발진사고를 방지하거나 그 위험성을 감소시킬 수 있었음에도 이를 장착하지 아니하여 위 자동차가 안전하지 않게 된 설계상의 결함이 있다고는 볼 수 없다”고 판시하고 상고를 기각하였다.

역시 주차관리원이 주차장에 세워져 있던 승용차를 이동시키는 도중 이른바 급발진사고가 나자 제조업자를 상대로 손해배상을 청구한 다른 사건³⁴³⁾에서 대법원은 “고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함을 이유로 그 제조업자에게 손해배상책임을 지우는 경우 그 제품의 생산과정은 전문가인 제조업자만이 알 수 있어서 그 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 일반인으로서 밝힐 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 입증한다는 것은 지극히 어려우므로 그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점과 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 그 제품에게 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것

343) 대법원 2004.3.12. 선고 2003다16771 판결.

이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는 것”이지만 원심이 “이 사건 자동차의 엔진제어장치에 원고 주장과 같은 결함이 있음을 인정할 수 없고, 나아가 이 사건 자동차가 정상적으로 사용되는 상태에서 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 사고가 발생하였다는 점이 입증되지 아니하므로 원심이 위 급발진사고가 자동차의 결함으로 인하여 발생하였다고 추정할 수도 없다고 보아 이 부분 원고의 주장을 배척한 조치는 정당하(다)”고 하였다. 또한 원고의 보다 안전한 대체설계를 하지 않음으로 인한 설계상의 결함 주장에 대하여 이 사건 자동차의 쉬프트 록 미장착 또는 액셀러레이터 페달과 브레이크 페달 사이의 간격과 관련한 설계상 결함이 운전자의 페달 오조작을 일으켜 급발진사고가 발생하였다는 원고의 주장을 배척한 조치는 정당하다고 판시하였다.

2) 베트남 참전군인들의 고엽제 제조물책임소송 사건³⁴⁴⁾

대한민국의 베트남전 참전군인들이 미국 법인인 제초제 제조회사들에 의하여 제조되어 베트남전에서 살포된 고엽제의 유해물질(TCDD)로 인하여 각종 질병을 얻게 되었음을 이유로 위 참전군인들 또는 그 유족들이 위 고엽제 제조회사들을 상대로 대한민국 법원에 제조물책임 또는 일반불법행위책임에 기한 손해의 배상을 구하는 사안이었는데, 이 사안에 적용될 수 있는 준거법은 행동지법으로서 생산지법인 미국법과 사용지법인 베트남법, 결과발생지법으로서 대한민국법이라 할 것인데, 피해자인 원고들이 불법행위의 결과발생지인 대한민국의 법률에 근거하여 제조물책임 등에 기한 손해배상청구권의 성립과 효과를 주장하고 있으므로 대한민국법을 준거법으로 선택하였다고 보았다.³⁴⁵⁾ 피고회사들은 “제조물책임에서의 제조물은 제조업자에 의하여

344) 서울고법 2006.1.26. 선고 2002나32662 판결.

345) 『제조물책임법』은 2002.7.1.부터 시행되고 있고, 법 부칙 제2항에서 “이 법은 이 법 시행 후 제조업자가 최초로 공급한 제조물부터 적용한다.”고 규정하고 있어 위

유통된 것임을 전제로 하는데, 고엽제는 통상의 유통과정을 거쳐 생산, 유통, 소비되는 상품 또는 소비재가 아니라 미국 정부가 전시라는 특수상황 아래서 군사적 목적에 의하여 피고들로부터 제조·납품받아 사용한 군수물자이고, 미국 정부의 지시와 감독 아래 생산·공급되었기 때문에 유통되었다고도 할 수 없으므로, 고엽제는 제조물책임의 법리가 적용되는 제조물이라고 할 수 없다.” “또한, 피고들은 한시적, 비계속적으로 고엽제를 제조하였을 뿐 아니라, 미국 정부가 제시한 설계에 따라 그 엄격한 통제와 감독 아래 고엽제의 제조·납품이 강요되었기 때문에 미국 정부의 도구로서 고엽제를 제조하는 단순한 사실행위만을 한 것이므로, 제조물책임을 부담하는 제조업자에 해당하지 아니한다.”고 주장하였으나 법원은 이러한 주장을 받아들이지 않았다.

법원은 제조물의 결함에 관해서는 “제조물의 결함은 ‘제조자가 제품의 구조, 품질, 성능 등에 있어서 그 공급 당시의 기술수준과 경제성에 비추어 기대 가능한 범위 내의 안전성과 내구성을 갖추지 못한 것’을 의미하므로, 이러한 결함의 개념을 전제로 한 제조물책임은 과실책임으로 볼 수 있”고 “고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함을 이유로 그 제조업자에게 손해배상책임을 지우는 경우 그 제품의 생산과정은 전문가인 제조업자만이 알 수 있어서 그 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 일반인으로서 밝힐 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 입증한다는 것은 지극히 어려우므로 그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점

법 시행 이전에 공급된 고엽제의 결함을 원인으로 한 이 사건 손해배상청구에 관하여는 위 법의 규정은 적용되지 않는다. 따라서 법원은 기존의 제조물책임법리에 따라 제조물책임 여부를 판단하였다.

과 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 그 제품에 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 부합한다.”고 전제하고 “그러므로 원고들은 피고들의 고의 또는 과실로 인하여 고엽제에 결함이 존재한다는 점을 입증하지 못하는 경우에도 ① 고엽제가 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품이라는 점, ② 고엽제가 정상적으로, 즉 통상의 용법에 따라 합리적으로 사용되었다는 점, ③ 고엽제의 사용과 관련하여 이 사건 참전자들에게 피해가 발생한 점, ④ 위 사고가 제조업자인 피고들의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생한 것인 점, ⑤ 위 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다는 점을 증명하면, 고엽제에 결함이 존재하고, 이러한 결함으로 말미암아 사고가 발생한 것으로 추정된다”고 전제하면서 “피고회사들이 고엽제에 대한 제조상의 주의의무를 해태함으로 인하여 고엽제가 원래 의도된 설계와 다르게 제조되었음을 인정할 증거가 없으므로” 제조상의 결함의 존재를 부정하고, 고엽제는 “그 사용자인 미국 정부에 대하여만 개별적 공급계약에 따라 납품되었던 것으로서, 고엽제에 포함된 TCDD의 인체 유해성에 관하여 피고들 이상으로 많이 알고 있었고 또 자체적인 기준을 설정하여 고엽제의 사용방법을 통제할 수 있었던 미국 정부가 피고들에 대하여 고엽제의 위험성이나 그 사용 및 안전에 관한 주의사항을 고엽제 용기에 표시하는 것을 일체 허용하지 않았으므로, 피고들이 고엽제의 용기에 위와 같은 표시를 하지 아니하였음에 어떠한 과실이 있다고 볼 수 없다.”고 하여 표시상의 결함도 부정하였으나 “피고들은 고엽제 공급 당

시의 기술수준과 경제성 등에 비추어 대체설계를 채용함으로써 그 안전성을 확보하는 것이 기대 가능”하였으나 이를 채용하지 않음으로써 안전성을 결여하게 되었다고 보아 고엽제에 설계상의 결함이 존재함을 인정하였다.

법원은 인과관계에 관해서는 이 사건에서의 청구는 공해 기타 유해물질에의 노출로 인한 손해배상청구소송, 이른바 환경침해소송의 특성을 지니고 있는데, “환경침해소송에서는 가해자로부터 특정 피해를 발생케 할 수 있는 유해물질이 생성·배출된 사실, 그 배출된 유해물질이 피해자에게 도달한 사실, 그 후 피해가 발생한 사실이 각 모순 없이 증명되면 가해자의 유해물질 배출과 피해자의 손해 사이에 인과관계가 존재함이 일응 증명되었다고 할 것이므로, 가해자가 그 배출물에는 유해물질이 들어 있지 않다거나 유해물질이 들어 있다 하더라도 그것이 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 증명하거나, 또는 그 피해가 전적으로 다른 원인에 의한 것임을 증명하여 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 가해자에게 돌려야 할 것”이라고 전제하고, 베트남전에서 고엽제가 살포된 기간에 베트남전에 복무한 참전자들 중 그 복무 후 고엽제에 함유된 유해물질의 노출과의 사이에 ‘역학적 인과관계’가 인정되는 질병³⁴⁶⁾이 발병한 경우에는 ‘개별적 인과관계’ 즉, 베트남전에서 고엽제에 함유된 유해물질에 노출됨으로 인하여 그 질병이 발생하였음이 증명되었다고 보았다.

피고들의 개발위험의 항변에 대해서는 “개발위험의 항변에서 말하는 과학·기술수준은 결함의 유무를 판단함에 있어서 영향을 미칠 정도로 확립된 과학적, 기술적 지식으로서 제조물 공급 당시 객관적으로 사회에 존재하는 지식의 총체를 의미하며 최고수준의 지식까지 포

346) 법원은 미국 국립과학원의 보고서를 고려하여 ①비호지킨임파선암, ②연조직육종암, ③염소성여드름, ④만발성피부포르피린증, ⑤호지킨병, ⑥폐암, ⑦후두암, ⑧기관암, ⑨다발성골수종, ⑩진립선암, ⑪2형당뇨병 등이 고엽제에 함유된 유해물질의 노출과의 사이에 ‘역학적 인과관계’가 인정된다고 보았다.

함하는” 것으로서 피고들이 제조·공급한 고엽제의 결함은 그 당시의 과학, 기술수준으로는 발견할 수 없었던 것이라고 할 수 없다고 보아 받아들이지 않았다.

다만 원고들은 이 사건에서 “이 사건 피해자들이 고엽제의 결함으로 인하여 앓게 된 질병들은 모두 내과적인 질병들로서 계속 악화되고 있고 향후 합병증이나 TCDD로 인한 새로운 질병이 발생할 수 있으며 일부 피해자들의 경우 그러한 질병들을 복수로 가지고 있고, 또한 역학조사 결과에 의하면 이 사건 피해자들의 TCDD 노출로 인한 질병들은 2세에게도 유전될 수 있음이 밝혀진 상태로서, 위와 같은 질병으로 인하여 이 사건 피해자들이 입게 된 기존의 재산상 손해는 사실상 그 산정이 불가능하고, 또한 이 사건 판결의 기판력 등을 고려하면 이 사건 피해자들로서는 TCDD 노출로 인하여 장래에 발생할 손해를 미리 청구할 필요성이 있는데 그 장래의 손해를 산정하는 것도 논리적으로 불가능하다. 따라서 원고들은 위와 같은 사정을 감안하여 인정할 수 있는 위자료의 보완적 기능에 따라 이 사건 피해자들에게 기존에 발생하였거나 장래 발생할 재산적, 정신적 손해를 모두 포함하는 이른바 ‘포괄적 위자료’로서 이 사건 피해자별로 각 금 300,000,000원의 손해배상을” 구하였다. 그러나 법원은 “위자료의 보완적 기능은 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해 전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해 전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로 함부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 재산상 손해액의 확정이 가능함에도 불구하고 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 사실상 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안될 것”이라고 판시하였다.

3) 담배 제조물책임 사건³⁴⁷⁾

20년에서 40년까지 장기간 흡연경력을 가진 원고들이 폐암이 발병한 데 대하여 발병이 피고들이 제조한 담배의 결함으로 인한 것이거나, 피고들의 일정한 행위³⁴⁸⁾로 인한 것이라는 취지로 주장하면서, 담배제조회사에 대하여 이 사건 흡연자들의 폐암 발병과 사망 및 니코틴 의존으로 인한 정신적 손해의 배상을 청구하였다.

이 사건에서 법원은 “고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함을 이유로 그 제조업자에게 손해배상책임을 묻는 경우, 그 제품의 생산과정은 전문가인 제조업자만이 알 수 있으므로, 그 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 일반인으로서 밝힐 수 없는 특수성이 있고, 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 입증한다는 것은 지극히 어려우므로, 그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우, 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점과 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상, 그

347) 서울중앙지방법원 2007.1.25. 선고 99가합104973 판결.

348) 원고들은 피고 회사가 다음과 같은 행위를 하였다고 주장하였다.

- ① 담배연기에는 각종 유해물질이 포함되어 있고, 특히 니코틴은 의존성이 있으므로, 담배의 제조·판매는 그 자체로 위법하다.
- ② 피고들이 담배의 유해함을 알면서도 그에 대한 구체적 경고와 규제조치를 하지 않았다.
- ③ 피고들이 담배의 유해성에 관한 정보를 은폐하거나 담배에 관한 거짓정보를 유포하여 소비자를 현혹하였다.
- ④ 피고들이 담배에 첨가제를 넣어 흡연욕구 또는 폐암 발병을 촉진시켰다.
- ⑤ 피고들이 니코틴 의존 유지를 위하여 담배의 니코틴 함량을 조작하였다.
- ⑥ 피고 대한민국이 군인에게 담배 내지 담배구입비를 지급하고 면세담배를 판매하거나 국산담배장려정책을 펴으로써 흡연을 조장하였다.

제품에 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞”지만, “담배는 고도의 기술이 집약되어 생산되어서 그 생산과정을 전문가인 제조업자만이 알 수 있는 제품이라고 보기 어렵고, 폐암 발병이 피고들의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다고 보기 어려우며, … 폐암은 다양한 요인들이 복합적으로 작용하는 비특이성 질환으로 흡연 이외의 다른 원인에 의해서도 발병할 수 있고 비흡연자에게서도 발병할 수 있어서 피고들의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 보기도 어려우므로, 위 입증책임 완화 법리를 이 사건에 직접 적용할 수는 없다”고 하였다. 또한 흡연자들의 니코틴에 의한 담배 의존성에 대해서는 우리나라나 미국 성인 흡연율의 감소경향 등을 근거로 “흡연이 니코틴 의존에 기인한 작용이며 자유의지에 의한 선택이 아니라고 보기는 어렵다”고 하고, 담배의 결함의 존부에 대해서는 제조상 결함에 대하여는 “피고들이 제조·판매한 담배의 연기에 니코틴과 타르 기타 유해성분이 포함되어 있다는 사정만으로 그 담배가 품질상 안전성을 갖추지 못하였다고 보기 어렵”고 “담배연기에서 니코틴과 타르를 제거할 합리적 대체설계 수단이 존재함을 인정할 증거가 없으므로” 설계상 결함이 있다고 보기 어렵고 “흡연과 폐암 사이의 관련성은 이미 공지의 사실이 되었다 할 것이고, 피고들이 담배갑포장지에 흡연의 유해성에 관한 경고문구를 표시하였으며, 그러한 경고의 정도가 관련법규에 부합할 뿐만 아니라, 외국의 사례와 비교하여 높은 편에 속하므로, 담배에 표시상의 결함이 있다고 보기 어렵”다고 판단하였다. 또한 흡연과 폐암 사이의 역학적 인과관계는 인정하면서도 “폐암과 같은 비특이성 질환은” 흡연, 유전적 소인, 다른 질병의 병력, 식이습관, 직업적 노출, 대기오염, 알코올 등과 같은 “다양한 요인들이 복합적으로 작용하는 것이어서, 흡연 이외의 다른 원인

에 의해서도 발병할 수 있고 비흡연자에게서도 발병할 수 있으므로, 역학적 인과관계를 개별적 인과관계에 직접 적용하기가 더욱 어렵다”고 하였다. “따라서, 원고들은 입증책임의 일반원칙에 따라 이 사건 흡연자들의 흡연과 폐암 발병 사이의 개별적 인과관계를 직접 입증하여야 한다.”고 하고 “가사 이 사건 흡연자들의 폐암 발병과 흡연 사이에 개별적 인과관계가 인정된다고 하더라도, 앞서 본 사실에 의하면, 흡연의 유해성을 알고 있었을 이 사건 흡연자들이 자율적인 판단에 따라 흡연을 한 것이 아니라 니코틴의 의존성에 기하여 어쩔 수 없이 흡연을 계속하게 된 것이라고 보기 어렵고, 나아가 그와 같은 상황에서 피고들의 담배 제조·판매가 장기간의 지속적인 흡연에 의해 발생한 이 사건 흡연자들의 폐암에 대하여 직접적인 원인이라고 하기도 어렵다.”고 판시하고 원고들의 청구를 기각하였다.

4) 미니킵 젤리 질식사 사건

서울중앙지방법원은 6세 8개월 남짓의 아이가 미니킵 젤리를 먹다가 질식하여 사망한 사건³⁴⁹⁾에서 미니킵 젤리³⁵⁰⁾의 수입업자와 국가가 각각 제조물 하자로 인한 손해배상책임과 과실에 따른 손해배상책임을 부담하고, 양 책임은 부진정연대의 관계에 있다고 보았다. 법원

349) 서울중앙지법 2006.8.17. 선고 2005가합32369 판결. 이하 미니킵 젤리 사건.

350) 미니킵 젤리는 단단한 물성의 젤리 캔디로서, 반강직성의 반구형 등의 미니킵에 담겨 있고, 젤리를 입으로 빨아들이는 방법 또는 미니킵을 눌러서 젤리를 입에 넣는 방법으로 섭취한다. 미니킵 젤리는 젤리의 물성을 위하여 다양한 종류의 겔화제가 첨가되는데, 곤약(kojac), 글루코만난(glucomannan), 해조류(seaweeds)나 검류(gums)에서 유래한 첨가물, 과일에서 유래한 펙틴(pectin), 동물에서 유래한 젤라틴(gelatin) 등이 겔화제로 사용되고 있다. 미니킵 젤리는 일반적으로 제품의 물리적 특성, 크기, 모양, 섭취방법 등이 질식사사고와 개연성이 있는 요소로 알려져 있고, 질식사고는 이들 요소들이 서로 복합적으로 상호작용하여 기도를 막아 질식을 유발하는데, 미니킵 젤리가 용기로부터 쉽게 빠져나오지 않아 입으로 흡입하는 경우 젤리가 입안으로 급하게 들어오면서 후두덮개가 미처 후두 입구를 닫기 전에 젤리가 기도로 들어가 기도폐쇄를 일으켜 사고가 나게 되며 제품의 특성상 일부만 기도를 막게 되어도 질식을 일으킬 수 있다. 2005가합32369 판결문.

은 피고 회사에 대해서는 이 회사가 수입한 “이 사건 젤리는 비록 끈약 성분을 함유하지 않았다고 신고되었더라도 모두 물성시험에서 강도, 응집성, 탄성 등이 높은 것으로 나타나 질식의 개연성이 높은 제품이었을 뿐만 아니라, 그 형태에 있어서도 한입 크기 정도로 제조되어 통상 입으로 흡입을 하는 방법으로 섭취하도록 되어 있고, 표면이 매끄러워서 입에 쉽게 빨려 들어간 후 입 안에서 쉽게 부서지거나 녹지 않고 탄력성이 있어서 질식할 위험성이 항상 존재하고 있는 등 그 자체로서 하자가 있는 제품”이라고 제품의 결함을 인정하였다. 또한 국가에 대해서는 식품의약품안전청이 이 사건 이전에는 미니컵 젤리의 특성 등에 대한 별도의 검사를 실시하지 않고서 수입업자의 성분 신고에 의존하여 미니컵 젤리를 국내에 유통하게 한 점 등을 근거로 해서³⁵¹⁾ 피고 대한민국에 대해서는 “비록 미니컵 젤리의 첨가물에 대하여 관리할 수 있는 방법이 마련되어 있지 않아서 미니컵 젤리에 끈

351) 법원이 고려한 사실은 ① 이 사건 젤리는 카라기난을 성분으로 신고하여 수입되었지만 물성은 끈약을 함유한 젤리와 비슷한 탄성과 강도, 응집성을 지니고 있어서 질식의 개연성이 가장 높은 제품인 점, ② 현재 우리나라에 수입·유통되고 있는 미니컵 젤리에 포함되어 있는 성분들을 시험·검사한 결과 2001. 10.에 끈약, 글루코만난을 함유한 미니컵 젤리를 금지시켰음에도 끈약, 글루코만난을 함유한 미니컵 젤리와 유사한 성질을 가지고 있는 제품이 유통되고 있어서 미니컵 젤리의 물성에 따라 질식의 위험성이 발생할 가능성이 높은 점, ③ 피고 대한민국은 이 사건 사고가 발생한 것과 같은 해에 미니컵 젤리로 인한 두 건의 질식사고가 발생했음에도 위 두 건의 질식사고를 유발한 미니컵 젤리에 대하여 단단함, 탄성 등에 대하여 조사를 한 적이 없고, 나아가 이 사건 사고가 발생하기 전까지 미니컵 젤리의 특성에 대하여 실험하거나 조사한 적도 없는 점, ④ 현재 과학적 기술 수준으로는 미니컵 젤리의 성분에 끈약 성분이 함유되었는지 여부에 대하여 검출할 수 있는 방법이 없고, 달리 이를 검사할 수 있는 기관이 마련되어 있지 않아서 젤리를 수입할 당시 실제와 다르게 성분 신고를 하더라도 이를 확인할 수 있는 방법이 없음에도 막연히 젤리 수입업자의 성분 신고에 의존하여 수입을 허가해 온 점, ⑤ 나아가 미니컵 젤리는 물리적 특성, 크기, 모양, 섭취방법 등이 질식사고의 원인이 되는데, 특히 한 입 크기로 섭취하게 되는 젤리 형태는 그 첨가물이 끈약이든 해조류이든 해조류가 아닌 미니컵 젤리와 유사한 크기, 물리적, 물리화학적 특성을 갖는 젤리 제품을 제조할 수 있는 물질의 경우에는 미니컵 젤리와 같은 섭취방법으로 입으로 빨아들이거나 미니컵을 눌러서 젤리를 입에 넣어서 섭취하는 경우에는 질식의 위험이 내포되어 있는 점 등이다. 2005가합32369 판결문.

약이 함유되어 있는지 여부를 분석할 수 없다고 하더라도 미니킵 젤리 형태로 한 입에 흡입하여 내용물을 섭취할 경우 질식에 대한 위험이 항상 내포되어 있는 상황에서, 이 사건 사고가 발생한 것과 같은 해에 미니킵 젤리의 섭취로 사망한 두 건의 사고가 있었음에도 미니킵 젤리에 대한 별도의 검사를 실시함이 없이 막연히 수입업자에 의한 성분 의존하여 이 사건 젤리를 국내에 유통시킨 잘못을 저질렀고, 그로 인하여 망인이 이 사건 젤리를 섭취하다가 사망에 이르렀다”고 하였다.³⁵²⁾³⁵³⁾

352) 우리나라에서의 미니킵 젤리 안전규제의 변천을 보면 ①대한민국 식품의약품안전청은 2001.10.22. 끈약 및 글루코만난이 함유된 직경 4.5cm 이하 원형, 원추형, 타원형의 미니킵 젤리의 생산, 수입, 유통 등을 금지하고, 이들 이외의 식품첨가물(카라기난 등)을 사용한 제품에도 “잘못 섭취할 경우 질식의 위험이 있다.”는 내용의 경고문을 표시하도록 조치하였다. ②한국소비자보호원은 2004.2.4. 미니킵 젤리로 말미암아 2004.2.1.과 2.2. 연이어 2건의 질식사고가 발생하자 식품의약품안전청장에게 향후 유사 안전사고가 유발되지 않도록 미니킵 젤리에 대한 수입금지 등의 안전조치가 필요한지에 대하여 검토해 줄 것을 촉구하였는데, 이에 대하여 식품의약품안전청은 위 두 사건은 제품 자체에 기인하여 발생한 위해라기보다는 특수한 환경(장애인, 냉동보관 및 섭취시 주의 소홀 등)에서 발생되었을 개연성이 크고, 떡과 같은 식품의 경우에도 유사 사례가 발생할 개연성이 있기 때문에 생산, 수입의 금지는 현실적으로 불가능하므로 교육, 홍보를 통한 위해방지가 보다 합리적인 것으로 판단된다고 회신하였다. ③식품의약품안전청은 2004.10.10. 이 사건 사고와 2004.4.23. 유럽 연합의 미니킵 젤리에 관련된 잠정금지 조치에 따라 2004.10.12. 직경 4.5cm 이하의 원형, 원추형, 타원형의 모든 미니킵 젤리(함유성분 관계없음)를 잠정적으로 제조, 유통, 판매를 금지하였다. ④식품의약품안전청은 이 사건 사고가 발생한 이후인 2004.10.경부터 2004.11.경 사이에 미니킵 젤리의 질식위험요인 규명과 합리적 조치 방안을 마련하기 위하여 유통되고 있는 미니킵 젤리의 전방압출시험·압착시험·천공시험·응집성 시험·관능검사 등을 실시하여 2005.2.1. ‘식품위생심의회의 기준규격분과 위원회 심의자료’로 ‘미니킵 젤리 관리방안’이 제출되었다. ⑤식품의약품안전청은 이 관리방안을 토대로 2005.4.11.부터 제품의 형태와 관계없이 끈약, 글루코만난을 함유한 제품 중 뚜껑에 직접 접촉하는 면의 직경 또는 최장길이가 4.5cm 이하인 제품은 계속하여 생산, 수입, 판매 등을 금지하고, 기타 식품첨가물 및 원료 등으로 제조한 제품도 제품의 형태와 관계없이 뚜껑에 직접 접촉하는 면의 직경 또는 최장길이가 4.5cm 이하인 경우에는 질김성과 깨짐성을 고려하여 정해진 기준에 따라 압착시험을 했을 경우 7N(Newton) 이하의 물성을 갖고 있으며, 질식의 위험성이 있고 냉동섭취를 금하며(얼려서 먹지 말도록 표시), 5세 이하 어린이 및 노약자에게 섭취를 금지한다는 내용의 주의경고를 표시한 제품에 한하여 생산, 수입, 판매 등을 허용하도록 하였다.

353) 미니킵 젤리에 대한 외국의 안전규제는 ①미국 식품의약국(FDA)은 2001.8.17.

미니컵 젤리 사건에서 법원은 망인의 일일수입은 같은 연령 여자의 평균 기대여명에 일용노동자 노임을 곱하고 생계비를 공제한 액수에서 호프만식 계산법에 따라 중간이자를 공제하여 치료비 및 장례비와 합하여 계산하고 위자료는 이 사건 사고의 경위 및 결과, 망인의 나이, 원고들의 가족관계, 기타 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 참작하여 망인에게 3천만원, 원고 1(부), 2(모)에게 각 5백만원, 원고 3(언니)에게 3백만원을 인정하였다.

5) 컵라면 사건

서울중앙지방법원은 라면을 먹다가 발견된 지렁이 때문에 심한 스트레스와 우울증을 겪은 조모씨와 조카 이모양이 컵라면 제조·판매업체를 상대로 낸 손해배상청구사건³⁵⁴에서 “물품을 제조·판매하는 제조업자 등은 그 제품의 구조, 품질, 성능 등에 있어서 그 유통 당시

곤약을 함유한 미니컵 젤리가 어린이와 노약자에게 질식의 위험이 있다는 1차 경고를 발표한 후 미니컵 젤리의 물성이 특히 어린이에게 질식의 위험이 있다고 판단함에 따라 2001.10.4. 곤약을 함유한 제품 크기 직경 1.5인치(4.5cm) 이하의 원형 제품, 직경 1.25인치(3.1cm) 이하의 비원형제품인 미니컵 젤리에 대하여 물리적 시험 없이 수입금지 조치를 내렸다. ②유럽연합 집행위원회(EC)는 2002.3.27. 곤약(konjac gum과 konjac glucomannan)이 함유된 젤리에 대하여 잠정적으로 판매·사용·수입금지 결정을 하였고, 유럽연합의회는 2003.6.18. 젤리에 대한 곤약 사용을 영구 금지 조치하기로 결정하면서 각 회원국이 2004.1.17.까지 국내법에 반영하여 시행할 것을 권고하였고, 유럽연합 집행위원회는 2004.4.23. 16종의 겔화제[한천(agar), 카라기난(carrageenan) 포함]가 함유된 미니컵 젤리에 대하여 잠정적으로 판매·사용·수입 금지를 결정하였고, 유럽식품안전청의 식품첨가물전문위원회는 2004.7.12. 미니컵 젤리의 위험요소로서 제품의 경도, 형태, 크기 및 섭취 방법을 지적하고 시험과정에서 일부 곤약을 함유하지 않은 미니컵 젤리가 곤약을 함유한 미니컵 젤리에 비하여 용해도가 높고 관통하는 데 적은 힘이 필요한 것으로 나타났으나 곤약을 함유하지 않은 미니컵 젤리도 쉽게 용해되지 않고 한 번에 섭취할 때 기침을 하여 뱉어내기 어려운 물리화학적 특성을 나타내므로 질식의 위험이 있는 것으로 판단하였고, 나아가 해조류나 검류에서 유래한 식품첨가물은 종류와 관계없이 입으로 빨아들이는 방법 또는 미니컵을 눌러서 젤리를 입에 넣는 방법으로 섭취할 경우 미니컵 젤리에 의한 질식위험이 있으며 이러한 위험은 어린이에게만 한정되지 않는다는 입장을 밝혔다.

354) 서울중앙지방법원 2007.10.17. 선고 2007가단69887 판결.

의 기술 수준과 경제성에 비추어 기대 가능한 범위 내의 안전성과 내구성을 갖춘 제품을 제조·판매하여야 할 책임이 있고, 이러한 안전성과 내구성을 갖추지 못한 결함으로 인하여 소비자에게 손해가 발생한 경우에는 불법행위로 인한 손해배상의무를 부담하며, 한편 제조품인 식품 안에 이물질(異物質)이 들어 있는 경우에는 그 이물질이 너무나 불쾌하여 누구에게라도 그 식품이 비위생적이고 신체적 또는 정신적 손해를 초래할 개연성이 높다는 생각을 들게 할 경우에는, 식품에 있어서 통상적으로 기대되어지는 위생상태를 결한 경우에 해당하여 제조품의 결함을 인정할 수 있다.”고 전제하고 “이 사건 컵라면 안에 지렁이가 들어 있다는 것은 일반인 누구에게나 불쾌감을 줄 수 있고, 사회통념에 비추어 볼 때 이 사건 컵라면이 비위생적이고 신체적 또는 정신적 손해를 초래할 수 있다는데 대하여 의심할 여지가 없는 경우로 볼 수 있으므로, 이 사건 컵라면에는 제조물책임법상의 제조품의 결함이 존재한다”고 판시하였다. 법원은 우울증 치료비로 685,110 원, 원고들의 나이, 가족관계, 이 사건의 경위 및 결과, 후유장애의 정도, 치료가능성 및 그 기간, 피고 회사의 연간 매출액 및 그 규모, 이 사건 컵라면의 제작과정, 대기업으로서의 사회적 책임 등 기타 변론에 현출된 제반 사정을 참작하여 위자료로 조모씨에게 1천5백만원, 조카 이모양에게는 1백만원을 각각 인정하였다.

6) 허위 아파트 분양광고 사건³⁵⁵⁾

아파트 분양회사가 아파트단지를 분양하면서 광고에서 도로확장 및 서울대이전, 전철복선화, 온천, 바닥재(원목마루), 유실수단지 및 테마공원에 대하여 광고를 하였으나 이것이 실현되지 않았고 반면 아파트에서 조망할 수 있는 위치에 대규모의 공동묘지가 조성된 사실은 고지하지 않은 채 계약이 체결되어 분양을 받은 고객들이 분양을 담당

355) 대법원 2007.6.1. 선고 2005다5812 사건.

한 회사(그로부터 영업양수를 한 회사)에 대하여 손해배상을 청구한 사건에서 대법원은 “이 사건 분양계약서에는 분양의 목적물이 건물과 대지의 면적 및 그 동과 호수를 표시한 아파트 1동과 이에 따른 전기, 도로, 상수도시설 기타 부대시설(공용)로 되어 있고, 기타사항(제17조)으로 건본주택 내에 시공된 제품은 특별한 사정없이 타사 제품으로 변경될 수 없고 건본주택 및 각종 인쇄물과 모형도상의 구획선 및 시설물의 위치, 설계도면 등의 표시가 계약체결일 이후 사업계획 변경승인 및 신고 등에 따라 일부 변경된 경우에는 분양회사가 수분양자들에게 이를 통보하기로 규정하고 있을 뿐 … 위와 같은 내용 이외에는 아파트의 외형·재질에 대하여 별다른 내용이 없어 위 분양계약서는 그 자체로서 완결된 것으로 보기 어려우므로, 이 사건 분양계약은 목적물의 외형·재질 등이 건본주택(모델하우스) 및 각종 인쇄물에 의하여 구체화될 것을 전제로 하는 것으로 보아야 할 것”이라고 전제하고 “이 사건 광고내용 중 도로확장 및 서울대이전 광고, 전철복선화에 관한 광고는 이 사건 아파트의 외형·재질과 관계가 없을 뿐만 아니라 사회통념에 비추어 보더라도 수분양자들 입장에서 분양자인 코레트신택이 그 광고 내용을 이행한다고 기대할 수 없는 것들이므로 허위·과장 광고라는 점에서 그 광고로 인하여 불법행위가 성립됨은 별론으로 하고 그 광고내용이 그대로 분양계약의 내용을 이룬다고 보기는 어렵겠지만, 이와 달리 온천 광고, 바닥재(원목마루) 광고, 유실수단지 광고 및 테마공원 광고는 이 사건 아파트의 외형·재질 등에 관한 것으로서, 그리고 콘도회원권 광고는 아파트에 관한 것은 아니지만 부대시설에 준하는 것이고 또한 이행가능하다는 점에서, 각 분양계약의 내용이 된다”고 하고 위와 같은 허위·과장광고에 대한 계약상 책임을 인정하였다. 또한 분양회사가 아파트 단지 옆에 대규모의 공동묘지가 조성된 사실을 알리지 않은 것에 대해서는 “이미 그 사실을 알고 있었던 수분양자들을 제외한 나머지 수분양자들에게 위

와 같은 공동묘지의 존재사실을 고지할 신의칙상의 의무가 있다”고 전제하면서 수분양자들에 대한 기망행위에 대한 불법행위책임을 인정하였다. 손해액 산정방식에 대해서는 “법원은 위자료액을 산정함에 있어서 피해자 측과 가해자 측의 제반사정을 참작하여 그 금액을 정하여야 하므로 피해자가 가해자로부터 당해 사고로 입은 재산상 손해에 대하여 배상을 받을 수 있는지의 여부 및 그 배상액의 다과 등과 같은 사유도 위자료액 산정의 참작 사유가 되는 것은 물론이며, 특히 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다.”고 하고 “이 사건 광고 중 기망행위로 인한 불법행위책임을 성립하는 부분과 관련하여 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원고들이 분양회사의 위법한 기망행위로 인하여 입은 재산상 손해액을 ①원고들이 실제 지급한 분양대금액에서 ②기망행위에 의하여 분양계약을 체결하던 당시를 기준으로 한 이 사건 아파트의 시가(즉, 원고들이 주장하는 적정 분양대금의 가액)을 차감한 액수로 산정하는 입장에서 볼 때 차감항목인 ②의 가액을 객관적으로 산정할 만한 방법이 없다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 또한 이처럼 재산상 손해액의 산정이 불가능하다고 보는 입장에서라면 원심이 판시하는 바와 같이 그러한 사정을 정신적 손해의 산정에 참작하여 배상할 손해액을 산정하는 방법도 가능하다”고 판시하고 바닥재(원목마루) 광고와 관련한 손해에 있어서는, “이 사건 감정결과상의 손해액이 ... 광고 내용에 따라 시공하는 경우와 실제 시공된 것과의 시공원가의 차이를 계산하여 평당 손해액(평당 135,000원)을 산정하는 방식으로 이루어졌고, 반면 달리 그 시공원가의 산정이 잘못되었다는 반증도 없는 이상, 이 부분 손해에 관하여는 재산상 손해액을 그와 같은 방식으로 확정할 수 있다는 점을” 부가적으로 실시하였다.

7) 판례평석

우리 「제조물책임법」이 모델로 한 미국 불법행위: 제조물책임에 관한 제3차 리스테이트먼트³⁵⁶⁾ 제3조는 i) 원고가 입은 손해가 제조물의 결함의 결과로 통상 발생할 수 있는 종류의 것이고 ii) 특히 개별 사건에서 전적으로 제조물의 판매 또는 유통시에 존재하는 제조물의 결함 이외의 원인에서 발생한 것이 아닌 때에는 특정의 결함을 입증하지 아니하고 제조물의 판매 또는 유통시 존재한 제조물의 결함에 의하여 발생한 것으로 추정된다고 “결함의 추정”법리를 규정하고 있다. 우리 법원도 「제조물책임법」이 제정되기 전부터 일련의 제조물책임 사건에서 결함추정의 법리를 발전시켜왔다.

대법원은 양계장을 운영하는 업자가 완전배합사료와 종계용기초사료를 “매입하여 자기 양계에 급식한바 그 3.4일 후부터 닭들이 심한 탈모현상과 더불어 난소가 극히 위축되고 복강내 침출물이 충만되는 등 심한 중독현상을 이르고 계사당 매일 약80%에 달하던 산란율이 급격히 저하되기 시작하여 약10일이 경과한 무렵부터는 약30% 이하로 떨어져 양계의 경제성이 완전상실 되어 끝내는 모두 폐기처분하기에 이르른” 것과 “배합사료와 기초사료로서 사양시험을 한 결과 원고의 양계장에서 나타난바와 똑같은 시험결과를 보였고 그즈음 같은 양계업자인 소외 Y외 수명도 피고 공장으로부터 구입한 배합사료와 기초사료를 닭들에 급식한 결과 같은 현상을 나타내어 결국 모두 폐기처분하고 말았다는 사실을 인정하고 아울러 원고의 급식 방법이나 계사관리 또는 사료보관에 어떤 이상이 없었고 위 감정인이 사양시험에 제공했던 사료들이 변질되거나 부패한 것도 아니고 또 원고가 이사건 사료를 급식할 무렵 닭들에게 뉴캐슬예방주사를 시주한 바는 있었으나 그 시주방법이나 약품에 아무런 하자도 없었다.”는 점 등을 고려하

356) Restatement of the Law, 3rd, Torts: Products Liability.

여” 비록 본건 사료에 어떠한 불순물이 함유되어 있고 또 그것이 어떤 화학적 영양학적 내지는 생리적 작용을 하여 이를 사료로 한 닭들이 위와 같은 난소협착증을 이르기게 되고 산란율을 급격히 현저하게 저하케 한 것인지는 이 사건에서 구체적으로 밝혀지지는 않았지만 적어도 그 사료에 어떤 불순물이 함유된 것이 틀림없어 제조과정에 과실이 있었고 이로 인하여 원고가 사육하던 닭들이 위와 같은 현상을 초래하게 된 것이라는 이른바 인과관계는 입증되었다 할 것”³⁵⁷⁾이라고 결함을 추정하였다. 또한 텔레비전이 내구연한을 1년 정도 초과한 상태였지만 그 정상적인 이용상황 하에서 폭발한 사건³⁵⁸⁾에서 대법원은 “물품을 제조·판매한 자에게 손해배상책임을 지우기 위하여서는 결함의 존재, 손해의 발생 및 결함과 손해의 발생과의 사이에 인과관계의 존재가 전제되어야 하는 것은 당연하지만, 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 경우, 그 생산과정은 대개의 경우 소비자가 알 수 있는 부분이 거의 없고, 전문가인 제조업자만이 알 수 있을 뿐이며, 그 수리 또한 제조업자나 그의 위임을 받은 수리업자에 맡겨져 있기 때문에, 이러한 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 나아가 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 전문가인 제조업자가 아닌 보통인으로서 도저히 밝혀 낼 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 완벽하게 입증한다는 것은 지극히 어려우므로, 텔레비전이 정상적으로 수신하는 상태에서 발화·폭발한 경우에 있어서는, 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생한 것임을 입증하고, 그러한 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아

357) 대법원 1977.1.25. 선고 75다2092 판결.

358) 대법원 2000.2.25. 선고 98다15934 판결.

발생한 것임을 입증하지 못하는 이상, 위와 같은 제품은 이를 유통에 든 단계에서 이미 그 이용시의 제품의 성상이 사회통념상 당연히 구비하리라고 기대되는 합리적 안전성을 갖추지 못한 결함이 있었고, 이러한 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다.”고 하였다. 이 사건에서 문제의 텔레비전은 내구연한을 1년 정도 초과한 상태였지만 법원은 “내구연한은 텔레비전의 결함으로 인한 손해배상청구권의 권리행사기간 내지 제조업자의 손해배상채무의 존속기간이 아니고 제조업자는 내구연한이 다소 경과된 이후에도 제품의 안전성을 확보할 주의의무를 부담한다.”고 판시하였다. 이 사건에서 결함추정의 법리의 적용요건으로 법원은 “소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생한 것임을 입증하고, 그러한 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명”할 것을 요구하고 있다. 이와 관련해서는 “결함을 추정할 수 있을 정도로 당해 사고가 적어도 피해자인 원고나 제3자에게 원인이 있는 요소로 발생한 것이 아니라는 간접사실을 입증하여야 할 것”³⁵⁹⁾이라고 보면서 “제조물책임소송에 있어서는 의료과오소송이나 공해소송과는 달리 제조물이 통상 제조업자의 손을 떠나 소비자의 사용 중에 손해가 발생하는 것이 대부분이고, 그 사이 소비자나 제3자 등에 의한 제조물의 사용불량, 관리소홀 또는 수리를 통한 많은 구조의 변경 등의 다양한 사정이 사고원인에 개입될 수 있는 여지가 많은 특수성이 있으므로, 원고에게 그와 같은 정도의 입증을 요구하는 것이 오히려 형평의 원칙에 부합한다.”³⁶⁰⁾고 하여 판례를 지지하는 입장도 있다.

359) 蘇榮鎮, “제조물책임에 있어서 결함의 개념과 입증책임”, 判例研究 13집 (2002.02) 574면.

360) “다만 그러한 경우에도 그 입증의 정도는 원고나 제3자가 제조물을 주의깊게 다루었고, 외계의 다른 원인이 게재되지 않았다는 합리적인 추론을 할 수 있는 정

이와 달리 결함추정의 법리상 추정의 전제가 되는 간접사실(그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생한 것)의 의미를 “제품의 결함이 당해 사고의 유일한 원인인 것”으로 이해할 경우, 이는 결국 피해자에 대해 “당해 사고가 피해자인 원고나 제3자와는 전혀 무관한 것”이라는 일종의 부존재사실을 입증하도록 하는 결과가 되어 실제적으로는 결함추정법리가 기능할 여지가 거의 없게 될 것이라고 비판하고 “결함 이외의 다른 원인이 당해 사고의 유일한 원인이 아니었던 것”이라는 의미로 이해하여야 할 것이라고 하는 입장³⁶¹⁾도 있다.

자동차 급발진 사고에 대한 위의 1)의 두 건의 제조물책임소송사건에서 대법원은 이들 사건에서 문제의 차량에 제조상 또는 설계상 결함이 존재한다고 인정할 수 없고 차량의 사용에 있어 운전자의 과실이 개입되었을 개연성이 있으므로 결함추정의 법리가 적용될 수 없다고 보았다. 한편 위의 2)의 고엽제 사건에서 서울고등법원은 결함의 추정법리가 적용되기 위하여 이 사건에서 원고가 증명하여야 하는 간접사실로서 “①고엽제가 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품이라는 점, ②고엽제가 정상적으로, 즉 통상의 용법에 따라 합리적으로 사용되었다는 점, ③고엽제의 사용과 관련하여 이 사건 참전자들에게 피해가 발생한 점, ④위 사고가 제조업자인 피고들의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생한 것인 점, ⑤위 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다는 점”을 들었다. 이러한 태도는 결함추정의 법리에 대한 기존 판례의 입장과 다를 바가 없다. 3)의 담배 제조물책임소송에서는 위의 ①이 부정되어 결함추정이 인정되지 않았다. 반면 위의 4)의 미니캡 젤리 질식사 사건이나 5)의 컵라면 사건에서는 원고가 제조물의 결함의 존재(질식사를 유발할 위험성, 이물질인

도의 입증으로 충분하다”고 한다. 蘇榮鎮, 전제논문, 574-575면.

361) 嚴東燮, “自動車急發進事故와 製造物責任 - 缺陷推定 및 設計缺陷을 中心으로 -”, 『判例實務研究 VII』 박영사 (2004.12), 353-354면. 이렇게 이해하는 것이 미국 제조물책임법 Restatement 제3조의 입장과 같은 취지가 된다.

지렁이의 혼입)를 직접 증명하였다.

6)의 허위 아파트 분양광고에 대한 손해배상청구 사건에서는 허위 과장광고에 있어서 광고가 계약서를 보충하는 기능을 인정하고 광고 내용대로 실현되지 않은 것에 대하여 광고의 대상중 수분양자들이 그 광고 내용을 이행한다고 기대할 수 있는 사항에 대해서 계약상 책임을 인정하였고 공동묘지가 조성된 사실을 알리지 않은 것에 대해서는 불법행위책임을 인정하였다.

이상의 판례 사안들 가운데 어느 것이 이론상 징벌적 배상의 대상이 될 수 있는 것일까. 이들 사안에서 판례는 제조업자의 고의나 과실 등의 주관적 요건의 사실관계에 관해서 상세하게 다루고 있지 않기 때문에 제조업자의 심적 상태 여부에 대하여 판단하기는 쉽지 않다. 그러나 일단 이 사건들에서의 사안은 제조물책임소송으로서 징벌적 배상을 인정하는 다른 나라에서라면 제조업자의 심적 상태 여부에 따라 징벌적 배상이 부여될 가능성이 있는 종류의 것들이다. 또한 미국, 영국 등 징벌적 배상 인정국가의 경향은 대체로 제조물책임은 불법행위와 병발하지 않은 계약위반에 대해서는 부여되지 않는다는 것인데, 그것은 계약의 불이행을 이유로 징벌적 배상을 부여하지 않는다는 의미일뿐 계약 이행의 과정에서 저지른 불법행위에 대해서는 부여될 수 있는 것이다.³⁶²⁾ 따라서 그 기준에 의해서도 징벌적 배상이 부여될 수 없는 사안이라고 단정할 만한 것은 없다. 다만 영미에서는 거의 항상 공공기관에 대한 소송에서 실정법규가 없는 경우에는 징벌적 배상의 부여는 부정되므로 4)의 미니컵 젤리 질식사 사건에서 국가 산하의 산하기관에 대한 배상청구 부분은 이론상 징벌적 배상이

362) “계약위반 가운데에도 사기적 거래와 같이 불법행위로서의 성격을 동시에 가지거나 불법행위만큼이나 위반자의 법을 무시하는 성격이 강하고, 도저히 용납될 수 없을 정도로 도덕적으로 비난가능성이 큰 경우”라 할 수 있다. 신현운, “소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관한 소고(토론문)”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5).

부여될 수 없다고 판단된다.

2)의 고엽제 사건에서 법원은 “위자료의 보완적 기능은 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정 불가능하여 그 손해 전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로 함부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 재산상 손해액의 확정이 가능함에도 불구하고 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 사실상 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안될 것”이라고 확인하였다. 이러한 것은 징벌적 배상을 인정하지 않더라도 법원이 인정하고 있는 위자료의 보완적 기능의 이용에 의하여 그와 동일한 효과를 충분히 가져올 수 있을 것이라고 하는 징벌적 배상제 도입유보론의 주장에 대하여 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

제 2 절 공정거래법 및 소비자관련법에의 징벌적 배상제도의 도입

1. 징벌적 배상제 도입의 입법방식

우리나라 법률에 징벌적 배상제도를 도입하는 방안으로는 이론적으로 첫째, 민법의 일반조항으로 입법하는 방안, 둘째, 징벌적 배상에 관한 특별법을 제정하는 방안, 셋째, 개개의 분야별 법률에 징벌적 배상책임을 부과하는 조항을 신설하는 방안 등의 세 가지 방안을 생각할 수 있다. 이 가운데 그 파급효과는 그 적용범위의 일반성과 특정성의 차이에 따라 첫째 방안이 가장 크고 셋째 방안이 가장 적다. 둘째 방안은 그 특별법에서 적용범위가 어떻게 정해지는가에 따라서 달라질 것이며 사실상 셋째 방안과 같은 파급효과를 가진다. 따라서 이

제도의 도입이 보다 넓은 범위에서 필요하다는 입장에서는 첫째 방안을 선호하고 그와 달리 가장 시급히 필요하거나 도입이 가능하다고 보이는 분야에서 먼저 도입하여 운용하여 본 후 적용범위를 확대하여 가자는 신중론에서는 둘째나 셋째 방안을 주장하게 된다.

첫째 방안을 주장하는 견해는 이러한 방안이 “개별 입법을 통하여 도입하는 방식보다 손해배상 제도로써 징벌적 배상제도를 통일적으로 설명할 수 있고, 새롭게 대두되는 다양한 유형의 불법행위를 포함하여 불법행위 전반에 걸쳐 동종 또는 유사한 불법행위의 재발방지를 기대할 수 있으며 불법행위 피해자 간에도 전체적인 형평성을 기할 수 있다는 점에도 바람직하다”고 한다.³⁶³⁾

사법제도개혁추진위원회는 둘째 방안(독립된 법률로 『징벌적손해배상법』을 제정하는 방안)을 제시한 바 있고, 셋째 방안의 입장으로 “현재 민법의 태도가 징벌적 손해배상을 원칙으로 받아들일 수 없기 때문에 민법은 물론 소비자보호법에 일반규정화하는 것은 어렵(기 때문에) … 개별 소비자법에서 위법·부당한 행위에 대한 징벌적 배상을 별도로 규정하는 … 방안이 타당하다.”는 견해가 있다.³⁶⁴⁾

우리의 경우 민법의 실손해배상원칙이 오랫동안 관철되어온 상황에서 새로운 배상시스템을 도입하는 것이므로 일단 이 제도의 도입 필요성이 큰 특정법분야에서 먼저 징벌적 배상제를 시험적으로 도입하여 운용하여 본 후 적용범위를 확대하여 나가는 것이 도입에 따른 충격을 줄이고 문제의 발생 소지를 줄이는 방안이 될 것으로 생각된다.

다른 한편 징벌적 배상이 민법에 도입되어 손해배상에 관한 일반조항화되는 경우에도 징벌적 배상의 산정을 위한 기준은 “인격의 침해의 경우, 제품의 결함으로 인한 경우, 환경오염의 경우, 교통사고의 경우 등” 손해가 발생한 “각 영역의 특성을 고려하여 규정하여야” 모

363) 이점인 보고서, 146-147면.

364) 김성천, “징벌적 손해배상제도와 소비자피해구제”, 한국소비자보호원, 2003, 102면.

호성을 줄일 수 있을 것이므로³⁶⁵⁾ 어차피 징벌적 손해배상액 산정 기준은 특정분야별로 마련되는 것이 적절하다.

2. 징벌적 배상제 도입의 범위

이것은 징벌적 배상책임을 인정하는 법영역을 어느 범위로 할 것인가 하는 문제이다. 사법제도개혁추진위원회의 「징벌적손해배상법(안)」에서는 징벌적 배상을 청구할 수 있는 경우를 i) 「증권관련집단소송법」 제3조제1항 각호의 1에 해당하는 손해배상청구, ii) 「제조물책임법」 제3조에 의한 손해배상청구, iii) 「식품위생법」 제4조 내지 제6조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제8조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구, iv) 「환경범죄의단속에관한특별조치법」 제3조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구, v) 「보건범죄단속에관한특별조치법」 제2조 내지 제4조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구의 경우로 규정하고 있다(동법안 제6조).

이상의 다섯가지 경우 이외에 소비자보호를 포함하는 14가지 경우가 징벌적 배상을 청구할 수 있는 경우로 추가되어야 한다는 의견이 제시된 바 있지만,³⁶⁶⁾ 이 보고서에서는 공정거래법에 의한 손해배상청

365) 장재욱, “사적 제재로서의 위자료와 징벌적 손해배상 - 징벌적 손해배상 도입가능성 토론에 부쳐 -”, 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, 2006.7., 23면.

366) 배금자, “징벌적 배상제 전문가 토론회 토론문”, 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, 2006.7., 45면.

6. 언론중재및피해구제등에관한법률 제30조 제1항에 의한 손해배상청구

7. 근로기준법제6조, 제7조, 제30조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구

8. 범죄피해자구조법 제2조 제1호의 범죄패해를 원인으로 한 손해배상청구

9. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제2조 제1항이 성폭력범죄를 원인으로 한 손해배상청구

10. 가정폭력범죄범죄의 처벌등에관한특별법제2조제2호 제3호의 가정폭력범죄를 원인으로 한 손해배상청구

11. 아동복지법제29조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구

구의 경우와 일부 소비자관련법에 의한 손해배상청구에서 징벌적 배상을 청구할 수 있도록 하는 방안만을 논의하는 것이므로 특히 공정거래법 위반행위 전부를 징벌적 배상의 대상으로 할 것인지 아니면 그 일부만을 대상으로 하는 것이 적절한지 하는 문제와 소비자관련법 가운데 징벌적 배상의 규정을 두기에 적합한 법률이 어느 것인가 하는 문제의 양자에 관해서만 논의하기로 한다.

먼저 공정거래법 위반행위 전부에 대하여 징벌적 배상의 대상으로 할 것인지 하는 문제에 대해서 살펴보면 공정거래법에는 시장지배적 사업자의 지위남용행위, 경쟁제한적 기업결합, 각종 경제력집중억제제도 위반행위,³⁶⁷⁾ 부당한 공동행위, 불공정거래행위, 재판매가격유지행위, 사업자단체의 금지행위 등에 대하여 공정거래위원회가 시정명령과 과징금을 부과하거나 고발하여 형벌이 부과될 수 있도록 되어 있다. 그런데 이러한 위반행위 가운데 특히 법원에서 손해배상청구의 소가 제기되어 판결이 나온 위반행위의 유형은 전술한 바와 같이 부당한 공동행위와 불공정거래행위 가운데 거래거절, 재판매가격유지행위의 경우뿐이다. 그러나 이러한 종래의 판례를 근거로 하여 공정거

12 특정범죄가중처벌등에관한법률제5조의3 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구

13. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률의 각 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구

14. 국가공권력에 의한 인권침해 유형범죄(국가인권위원회법의 각종 인권침해유형과 형법상의 가혹행위등 공무원범죄 유형 포함)

15 의료사고 (의료진의 악의, 중과실에 의한 의료사고 포함)

16. 성차별, 성희롱 (남녀평등고용법 등)

17. 청소년성매매 (청소년성보호에관한법률위반)

18. 인신매매, 성매매

19. 소비자보호

367) 예컨대 공정거래법 제8조의2(지주회사 등의 행위제한 등)제2항 내지 제4항, 제8조의3(채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한), 제9조(상호출자의 금지등), 제10조(출자총액의 제한)제1항, 제10조의2(계열회사에 대한 채무보증의 금지)제1항, 제11조(금융회사 또는 보험회사의 의결권 제한) 또는 제15조(탈법행위의 금지)의 규정에 위반한 행위 등.

래법 위반행위 가운데 이들 행위유형에 대해서만 징벌적 배상청구가 허용되어야 할 행위유형인 것으로 단정할 수는 없는 것이고, 그 외의 행위유형도 징벌적 배상의 대상으로 하여야 할 것으로 생각한다. 다만 실질적으로 경쟁제한적 기업결합 자체나 각종 경제력집중억제제도 위반행위에 의하여 다른 경쟁사업자에게 피해가 발생하거나 소비자에게 피해가 발생하고 그에 대하여 징벌적 배상을 부여할 여지는 거의 없을 것으로 생각된다. 왜냐하면 일단 전자의 경우에는 행위자에게 고의나 악의가 존재하였다는 사실을 입증하기가 어려울 것이며 기업결합과 상당인과관계가 있는 손해의 발생을 증명하기가 쉽지 않을 것이고, 나아가서 그것이 독점금지상 손해로서 보호범위내임을 증명하기가 어려울 것으로 생각되기 때문이며, 후자의 경우에는 경제력이 과도하게 일반집중되는 것에 의하여 직접 다른 사업자나 소비자에게 손해가 발생한다는 것을 입증하기는 어려울 것으로 예상되기 때문이다. 따라서 공정거래법 위반행위 가운데 시장지배적사업자의 지위남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위, 재판매가격유지행위, 사업자단체의 금지행위 등에 대해서만 징벌적 배상책임의 대상으로 입법하는 것이 적절할 것으로 생각된다.

다음으로 소비자관련법 가운데 징벌적 배상의 규정을 두기에 적합한 법률이 어느 것인가 하는 문제에 관하여 살펴보면, 먼저 『소비자기본법』은 주로 소비자보호를 위한 기본원칙들의 선언적 규정, 국가와 지방자치단체의 의무에 관한 조항과 소비자단체와 한국소비자원에 관한 설치나 지원의 근거규정들로 이루어져 있으므로 개개의 분야별 소비자의 손해배상청구에 관하여 이 법안에서 규정하기에는 적합하지 아니한 것으로 보인다. 만일 이 법안에서 징벌적 배상에 관한 규정을 둔다면 그것은 소비자법분야에서의 징벌적 배상에 관한 일반조항을 입법하는 형식이 될 것이다.

그 외의 소비자관련법 가운데 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』과 『제조물책임법』은 전술한 것처럼 공정거래법과 유사하게 민법의 손해배상에 관한 규정에 대한 특칙을 포함하고 있다. 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』에 민법의 손해배상조항의 특칙이 마련되고 있는 이유는 이들 법분야에서 다수의 소비자피해가 발생할 수 있고 그러한 경우에 민법에 의거하여 손해배상을 청구하도록 하는 것으로는 그러한 손해배상청구가 활발하지도 실효적이지도 못할 것이므로 보다 용이하게 청구할 수 있도록 입증부담을 면제하고(사업자의 무과실책임) 대신 이들 법에서 마련되고 있는 행정적 조치가 행해진 후에만 제소할 수 있도록 제한하여 남소를 방지하려는 데에 있다. 또한 『제조물책임법』의 경우에는 현대사회에서 제조물을 이용하는 소비생활에서 제조물의 결함으로 인한 위험에 노출되고 있는 소비자들에게 다수의 피해가 발생할 수 있으므로 역시 민법의 손해배상원칙에 수정을 가하여, 영리목적으로 물건을 제조·공급한 사업자는 그 제품의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산상 피해를 입은 자에 대하여 그 피해자가 사업자의 과실이나 고의를 입증할 필요없이 제품에 결함이 존재한다는 사실, 생명·신체 또는 재산에 손해가 발생했다는 사실 그리고 손해가 결함 때문에 발생했다는 사실을 입증하는 것을 전제로, 손해를 배상하도록 하고 대신에 사업자가 이 법에서 인정하는 면책사유의 존재를 입증하면 손해배상책임을 면할 수 있도록 하려는 것이다. 이들 법의 취지는 민법의 손해배상원칙을 이들 법의 적용분야에서는 완화하여 피해자의 손해배상청구가 용이하게 하려는 것이고 배상액을 실손해를 넘는 액에 대하여 가중하는 것은 아니므로 징벌적 배상을 인정하는 것은 아니다. 『약관의 규제에 관한 법률』, 『전자상거래 등에 있어서의 소비자보호에 관한 법률』 또는 『방문판매 등에 관한 법률』 등은 약관에 의한 거래, 전자상거래, 통신판매, 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 계속거래, 사업권유거래 등의 특수판매에 관하여 소비자보

호를 위하여 소비자피해의 발생을 사전에 예방하기 위한 특수판매업자들의 등록이나 신고제, 거래시의 공시의무, 청약철회권, 계약해제나 해지시의 사업자의 손해배상청구액의 제한 등에 관하여 정하고 있지만 이러한 거래분야에서 발생한 손해배상의 특칙을 정하고 있지는 않다.

거래의 성질상 소액다수소비자피해가 발생할 가능성이 있고 그러한 피해를 발생시킨 사업자에 대하여 잘못을 제재하고 소비자의 피해를 충분히 배상하도록 하며 장래에 동종의 소비자피해를 예방하기 위한 다른 효과적인 제도적 장치가 마련되어 있지 않은 거래분야에서는 정책적으로 징벌적 배상조항의 설치가 필요하다. 이러한 기준에서는 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」과 「제조물책임법」 및 「방문판매 등에 관한 법률」 중 다단계판매 부분은 징벌적 배상조항의 설치가 필요하고 적합한 법률들로 생각된다. 반면 약관에 의한 거래, 방문판매, 전화권유판매, 계속거래, 사업권유거래, 전자상거래, 통신판매 등의 경우에는 거래가 약관에 의하여 이루어진다는 점이나 방문판매·전화권유판매·계속거래·사업권유거래·전자상거래·통신판매의 형식으로 이루어진다는 이유만으로 거래과정에서 고의나 악의로 손해를 발생시킨 특수판매업자에게 징벌적 배상책임을 인정할 필요가 있을 것으로는 생각되지 않는다. 전자상거래나 통신판매의 경우에 발생가능한 소비자피해는 선불식 통신판매로 인한 결제대금 편취와 불공정한 표시·광고행위로 인한 사기성 거래가 주된 것이라고 보이는데, 선불결제로 인한 대금 편취의 우려 문제는 에스크로제도(「전자상거래 등에 관한 소비자보호에 관한 법률」 제13조제2항제10호, 제24조제2항)에 의하여 해결되고 있고 불공정한 표시·광고행위로 인한 전자상거래나 통신판매에서의 소액다수소비자피해의 발생은 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」에 의한 손해배상제도에 의하여 해결될 것이다. 따라서 현시점에서 「약관의 규제에 관한 법률」이나 「방문판매 등에 관한 법률」, 「전자상거래 등에 관한 소비자보호에 관한 법률」 등에 징벌적 배

상책임 조항을 규정하는 것은 필요하지 않다. 다만 최근 판매업자의 법 위반행위로 인한 막대한 소비자피해사례가 빈발하고 있는 단단계 판매에 있어서는 사업자의 법 위반행위로 인한 손해배상에 있어서 징벌적 배상책임 조항을 규정하는 것이 필요하지 않은가 생각된다.

제 3 절 징벌적 손해배상제 도입시의 운용법리

1. 징벌적 배상이 요구되는 사유

이는 가해자의 주관적 귀책사유, 즉 가해자의 어떠한 행위에 대하여 징벌적 배상책임을 부여하는 것으로 할 것인가 하는 문제이다. 이에 관해서는 채무불이행을 제외하고 가해자의 “고의적이거나 악의적인” 가해행위, 또는 “타인의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시한” 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우를 대상으로 하는 방안³⁶⁸⁾과 그에 한하지 아니하고 “미필적 고의, 의도적 무관심 내지 무시, 중과실”의 경우까지 포함하는 방안³⁶⁹⁾이 제시된 바 있다.

368) 이점인 보고서, 148면; 사법제도개혁추진위원회, 황희석 변호사 시안 (2006.3).

이점인 교수 시안 민법 제750조의2 (징벌적 배상) ① 불법행위자가 고의적이거나 악의적인 침해를 의도하였거나 또는 타인의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우에 법원(배심원)은 장래에 그와 유사한 불법행위의 재발을 방지하기 위하여 필요하다고 인정할 경우에는 피해자의 청구에 의하여 피해자가 입은 전보적 손해배상 이외에 징벌적 손해배상금의 지급을 명할 수 있다.

② 제1항에 의한 징벌적 손해배상은 채무불이행으로 인한 손해배상의 경우에는 적용하지 아니한다. 다만 채무불이행이 그 자체로서 고의적인 불법행위를 구성하는 경우에는 예외로 한다.

황희석 변호사 시안 징벌적배상법 제6조 (징벌적 배상책임) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가하거나 타인의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 침해한 자(이하 “가해자”라 한다)는 가해자를 징벌하고 유사한 불법행위의 재발을 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 가해자는 전보배상 외에 징벌적 배상을 할 책임이 있다.

369) 배금자, “징벌적 배상제 전문가 토론회 토론문”, 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, 2006.7., 43면.

징벌적 배상제가 가장 활발하게 사용되고 있는 미국의 다수의 주는 징벌적 손해배상을 허용할 주관적 요건으로 인정되는 심리상태를 특정한 법으로 정하였다.³⁷⁰⁾ 일반적으로 징벌적 손해배상의 주관적 요건을 충족하는 심리상태는 ‘중과실’(gross negligence)을 요건으로 하는 주로부터 ‘현실적 악의’(actual malice)를 요건으로 하는 주까지 다양하다.³⁷¹⁾ 손해배상의 전제인 가해자의 주관적 요건으로서 그 악의성이나 주의의무의 크기를 기준으로 해서 미국법에서는 intentional/malicious > wanton/willful > reckless > gross negligence의 순으로 정도가 나타나는데 징벌적 손해배상은 보통은 reckless부터 인정될 가능성을 생각할 수 있다고 한다.³⁷²⁾

1998년의 연구에 따르면 미국 주법상의 징벌적 배상의 요건규정에는 세 가지 범주가 존재하였다. 첫째 범주의 주법은 징벌적 배상을 강박, 기만 또는 악의에 대해서만 부여한다.³⁷³⁾ 둘째 범주의 주법은 고의적인(wilful), 터무니없는(wanton), 또는 중과실(gross misconduct) 또는 타인의 권리나 안전에 대한 의도적인 무관심이라는 기준을 설정하고 있다.³⁷⁴⁾ 셋째 범주의 주법들은 법규에 의하여 좁게 정의된 행위에

370) Richard L. Blatt et al., Punitive Damages: A State-By-State Guide to Law and Practice 162-69 (4th ed. 2000).

371) Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-653.02-.03 (West 2003); Cal. Civ. Code § 3294(a)(West 1997); Del. Code Ann. tit. 18, § 6855 (1999); Iowa Code Ann. § 668A.1(West 1998); Mont. Code Ann. § 27-1-221(2003); Nev. Rev. Stat. Ann. 41.337(Michie 2002); N.J.Stat. Ann. § 2A:15-5.12(West 2000); N.C. Gen. Stat. § 1D-35(2)(2003); N.D.Cent. Code Ann. § 32-03.2-11(Michie 1996 & Supp. 2003); 2004 Ohio Laws 144 (2005년 4월 7일 시행); R.I. Gen. Laws § 28-5-29.1(2003); S.D. Codified Laws § 21-1-4.1(Michie 1987); Va. Code Ann. § 8.01-52(5)(Michie 2000).

372) 고세일, “토론편”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크숍 자료집, 각주 5 (2007.10.5).

373) 예컨대 ALA. Code § 6-11-20(a) (1996)(conscious or deliberate oppression, fraud, wantonness or malice), Cal. Civ. Code § 3294 (West 1996) (oppression, fraud, malice).

374) 예컨대 Colo. Rev. Stat. Ann. § 13-21-102(1) (1996) (fraud, malice of wilful or wanton misconduct); Fla. Stat. Ann. § 768.73 (West 1997) (wilful, wanton or gross misconduct); GA. Code Ann. § 51-12-5.1(b) (1997) (wilful misconduct, malice, fraud,

대해서만 징벌적 배상을 부여한다.³⁷⁵⁾

최근의 연구에 따르면, 미국 전체 주 가운데 12개 주는 징벌적 손해배상의 요건으로서 피고가 ‘악의’를 가지고 있다는 것을 증명하도록 요구한다.³⁷⁶⁾ 그 밖의 26개 주는 원고가 피고의 심리상태가 ‘중과실’ 이상이어야 한다는 것을 증명하도록 요구한다.³⁷⁷⁾ 또한 징벌적 손해배상의 요건으로서 요구되는 행위의 수준을 점차 높여 온 것이 근래의 추세라고 한다.³⁷⁸⁾

미국 모델징벌배상법안(Model Punitive Damages Act)에서는 다음과 같이 “악의적으로 손해를 가”(maliciously intended to cause the injury) 하였거나 “타인의 권리나 이익을 해한다는 사실을 알면서도 극악무도하게 용인하여 손해를 가함”(consciously and flagrantly disregarded the rights or interests of others in causing the injury) 경우이고, “피고를 징벌하고 피고의 유사한 불법행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 경우”를 징벌적 배상책임의 요건으로 규정하고 있다.

wantonness, oppression or want of care raising presumption of conscious indifference to consequences).

375) 예컨대 La. Rev. Stat. Ann. § 51: 1409 (1997) (불공정거래행위(unfair trade practices)는 이사나 검찰총장이 정한 후 의도적으로 발생한 행위에 대하여만 3배배상이 부여가능하다); Mass. Laws ch. 93, § 42 (1997) (영업비밀(trade secret) 절취에 대하여 2배배상이 부여가능하다) ; id. ch. 93A, § 11 (1997) (고의적이거나 인식있는 불공정경쟁 또는 기만적 거래관행에 대하여 3배배상이 부여가능하다).

376) Blatt et al., at 162-63. 애리조나 주, 캘리포니아 주, 델라웨어 주, 켄터키 주, 메인 주, 메릴랜드 주, 몬태나 주, 네바다 주, 노스다코타 주, 오하이오 주, 로드아일랜드 주 및 버지니아 주에서는 ‘악의’의 증명이 요건으로 되어 있다.

377) Id. at 164-66. 앨라배마 주, 알래스카 주, 아칸소 주, 콜로라도 주, 코네티컷 주, 조지아 주, 하와이 주, 아이다호 주, 인디애나 주, 아이오와 주, 캔자스 주, 미네소타 주, 미주리 주, 뉴저지 주, 뉴멕시코 주, 뉴욕 주, 오클라호마 주, 오레곤 주, 펜실베이니아 주, 사우스캐롤라이나 주, 사우스다코타 주, 유타 주, 버몬트 주, 웨스트버지니아 주, 위스콘신 주 및 와이오밍 주는 징벌적 손해배상의 요건 중 심리상태와 관련하여 ‘중과실’ 이상을 요구할 뿐이고 ‘악의’를 요건으로 하지는 아니한다.

378) 이규호, “미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).

모델징벌배상법안 제 5 조 (징벌배상책임의 요건)

- (a) 사실심사권자(판사 또는 배심원)는 다음과 같은 경우에 피고에게 징벌배상판결을 내릴 수 있다:
- (1) 피고가 주법에 의해 징벌배상이 허용되는 법적 손해에 대하여 배상할 책임이 있음이 인정되고;
 - (2) 피고가 악의적으로 손해를 가하였거나 타인의 권리나 이익을 해한다는 사실을 알면서도 극악무도하게 용인하여 손해를 가하였다는 사실을 원고가 명백하고 확실한 증거(clear and convincing evidence)로 입증하였으며,
 - (3) 피고를 징벌하고 피고의 유사한 불법행위의 재발을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우
- (b) 주가 법률로서 징벌배상책임의 요건을 달리 규정한 때에는, 그 법률에 따라 제기된 소송에서는 전항을 적용하지 않는다.

영미국가에서도 징벌적 손해배상은 전보적 손해배상에 대한 예외로 인정되고 있으며, 이를 부과할 수 있는 가장 대표적인 영역은 불법행위법 분야이고, 계약위반(breach of contract)의 경우에는 이를 인정하지 않는 것이 일반적이다. 이는 계약위반에 따른 손해배상은 비교적 정확하게 예측하여 산정할 수 있으며, 계약당사자들도 계약위반에 따른 실질손해만을 기대하는 것이 일반적이기 때문이다. 따라서 징벌적 손해배상 제도를 도입하려 함에 있어서 가해사업자의 불법행위성이 고려되어야 할 것이다. 다만 계약위반 가운데에도 사기적 거래와 같이 불법행위로서의 성격을 동시에 가지거나 불법행위만큼이나 위반자의 법을 무시하는 성격이 강하고, 도저히 용납될 수 없을 정도로 도덕적으로 비난가능성이 큰 경우에는 외국의 일부 판례에서 인정하는 바와 같이 징벌적 손해배상을 인정할 여지가 있다.³⁷⁹⁾

379) 신현윤, “소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관한 소고(토론문)”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).

우리나라의 경우에도 입법으로 징벌적 배상을 허용하기 위해서는 가해자의 비난가능한 심적 상태를 당해 법에 명시할 필요가 있으며 이러한 것은 징벌적 배상이 사소한 잘못이 아니라 부여되기에 적절한 악의적인 불법행위의 경우에 한정하여 허용되도록 한계를 정하는 작용을 하게 된다. 참고로 우리나라의 법제상 나타난 규정 적용대상인 행위자의 심리적 상태에 관한 서술용어에는 ‘고의’와 ‘악의’(예컨대 상법 제789조의2 제3항, 제789조의3제2항), ‘선의’와 ‘악의’(예컨대 민법 제29조제2항, 제197조제2항), ‘평온’(민법 제197조제1항), ‘주의의 해태’(예컨대 상법 제788조제1항), ‘과실’(예컨대 상법 제776조제2항, 제788조제2항), ‘중대한 과실’(예컨대 상법 제732조의2), “고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한”(예컨대 상법 제746조, 제789조의2 제1항) 등이 있다. 여기에서 악의는 대상 사실을 인식하고 있음을 표시하는 것이 원칙이나 때로는 상대방에 대한 해칠 의사를 의미하기도 한다.

징벌적 배상책임을 지우기 위한 가해자의 심적 상태는 고의 외에 형법에서의 미필적 고의까지 포괄할 수 있는 것이어야 하며 기존 법률용어 가운데 “고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한(recklessly with knowledge)”과 같은 수식어를 사용하여 법에 규정하는 것이 적합하다고 생각된다.

2. 징벌적 배상액의 산정

(1) 산정의 주체

징벌적 배상이 영국에서 처음 인정된 유래는 전술한 것처럼 법관이 아닌 배심원이 익숙한 사실관계를 고려하여 배상액을 결정한 것에서 비롯되었다. 영국에서는 하원의 사법위원회(The Law Commission)가 징벌적 배상과 부당이득적 배상 등에 관한 보고서를 제출한 바 있는

데, 여기에서 징벌적 배상에 관하여 행한 몇 가지 권고 가운데에 “징벌적 배상 여부와 금액은 배심이 아닌 판사가 결정하여야 한다”는 점이 포함되기도 하였다.³⁸⁰⁾ 현재 미국의 경우에는 일부 주에서 법관이 정하도록 입법하여 정리한 경우도 있지만³⁸¹⁾ 그렇지 않은 주에서는 배심원단이 배상액을 산정하고 그 액수가 과다하여 위헌의 문제까지 제기되는 경우에 법원에 제소하는 실정이다.

징벌적 배상의 경우에는 실손해와 같이 배상액을 산정할 기준이 명확하지 않기 때문에 우리나라와 같이 배심제가 도입되지 않은 나라에서 이를 도입하는 경우 법관에 대하여 과도한 재량권을 부여한다는 비판이 가해질 수 있다.³⁸²⁾ 그러나 위자료 액의 산정에 있어서 우리나라 법관이 행사하는 재량권 역시 그 폭이 상당히 넓으며³⁸³⁾ 우리나라 판례는 위자료산정에 있어서 “피해자의 교육정도·경력·연령·재산정도 및 피해정도 등은 물론 가해자의 사회적 지위·재산정도외에 불법행위의 동기, 가해상황, 고의·과실 및 그 정도, 기타 제반사정 등을 참작

380) The Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutory Damages* (1997); 권고의 전체적 내용에 관해서는 김제완, “징벌적 배상 법리의 발전과정과 현황 - 영국과 캐나다 등의 법리와 우리나라에서의 논의를 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5), IV. 1.

381) 코네티컷 주 및 캔자스 주에서 배심은 징벌적 손해배상이 수여되어야 하는지 여부를 판단하나 법관은 손해배상액을 정한다. Conn. Gen. Stat. Ann. § 52-240b (West 1999); Kan. Stat. Ann. § 60-3702(a)(1994); Malcolm Wheeler, *The Constitutional Case for Reforming Punitive Damage Procedures* 69 Va. L. Rev. 269, 302 (1983). 이처럼 징벌적 손해배상액의 산정주체를 배심에서 법관으로 바꾸는 것은 과도한 징벌적 손해배상을 방지하고자 하는 불법행위개혁의 일환이라고 한다. 이규호, “미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5), III. 2.

382) 이러한 이유가 이점인 보고서가 배심에 의한 배상액 결정을 전제로 징벌적 배상제를 도입하는 방안을 제시한 것이나 사법제도개혁추진위원회의 징벌적손해배상 법안이 배심제를 전제로 한 이유로 추측된다.

383) 대법원은 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치한 불법구금에 대하여 위자료 청구를 인정한 사안에서 “불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다.”고 판시하였다. 대법원 1999.4.23. 선고 98다 41377 판결.

하여야 한다”고 하여 이미 일정 부분 제재적 요소를 감안하고 있다고 한다.³⁸⁴⁾ 따라서 법관이 징벌적 배상액을 산정한다고 하여 그것이 과도한 재량 행사라고 할지는 사안에 따라 판단할 일이고 재량을 부여하여 판단케 하고 그 재량이 남용·일탈되는지는 상급심의 판단으로 걸러지면 되지 않는가 생각된다. 오히려 미국에서 징벌적 배상제의 개혁론의 이유가 된 배심원단의 감성적·선동적 평결의 우려는 법관이 배상액을 산정하는 경우에는 더 적다고 말할 수 있을 것이다.

징벌적 배상제에 대하여 징벌적 배상액 산정기준이 모호하다는 점을 논거로 비판하는 견해에 대하여 “현행법은 배상액산정 주체를 아마추어인 배심이 아닌 직업법관으로 정하고 있으므로 사실인정 능력이 탁월하고, 다른 유사사건과 비교할 수 있는 위치에 있으며, 대기업 등에 대한 편견에서 자유로울 수 있으므로” 적절한 비판이 아니라고 반박하는 견해도 이 점에서 같은 취지로 볼 수 있다.³⁸⁵⁾

그러나 만일 향후 우리나라에서 사법제도의 개혁에 의하여 필요성이 인정되어 민사재판에도 배심제도가 도입되는 경우에는 배심원단이 징벌적 배상을 결정하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이 경우 미국의 징벌적 배상 개혁론의 결과로 제안된 모델징벌배상법안에서 배심원의 배상액 산정에 대하여 피고가 1심법원에 징벌배상 평결의 재검토, 재심 또는 감액명령을 청구할 수 있다는 규정(제8(a)조)과 피고만이 아니라 당사자는 배심원의 징벌배상책임 인정이나 그 액수 산정에 이의가 있는 경우 1심법원에 항소를 제기할 수 있다는 규정(제9(a)조)을 참고하여 법관에 대하여 배심원의 배상액 산정에 대하여 불복할 수 있도록 보장하여야 할 것이다.

384) 이명갑, “제재적 위자료의 입론(III)”, 사법행정 (1987.5), 28명; 장재욱, “사적 제재로서의 위자료와 징벌적 손해배상 - 징벌적 손해배상 도입가능성 토론에 부쳐-”, 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, 2006.7., 15면.

385) 이점인, “징벌적 손해배상제도의 도입 필요성과 가능성에 대한 일고찰”, 동아법학 제38호, 215면; 김제완, “징벌적 배상 법리의 발전과정과 현황 - 영국과 캐나다 등의 법리와 우리나라에서의 논의를 중심으로 -”, 각주 90.

(2) 산정의 기준

징벌적 배상은 악의의 피고를 제재하는 방법으로서 원고에게 제공되는 배상이다. 이와 같은 징벌적 배상제도를 도입하면 이론적으로 불법행위제도의 불완전집행으로 인한 불법행위의 과다생산의 문제를 해결할 수 있다. 그 기본적인 산정방법은 다음과 같다. 징벌적 배상액을 산정하는 방법은 한 기업이 결함 있는 제조물을 생산하여 1년에 1,000명에게 총 1억원(1인당 10만원)의 소비자피해를 입힌다고 가정하면, 1,000명의 피해소비자 중 20%인 200명만이 손해배상을 청구하였다면, 개별소비자들이 요구하는 손해배상액(10만원)에 20%의 역수를 곱하여 그 금액(1인당 50만원)을 기업으로 하여금 손해배상청구를 하는 소비자들에게 배상케 하는 것이다.³⁸⁶⁾ 즉 배상청구를 하지 아니한 피해자들에게 배상될 배상액까지 배상청구를 한 피해자들에게 지급하도록 함으로써 가해자가 발생시킨 모든 피해를 배상하도록 하는 것이라고 할 수 있다. 다만 이러한 원리를 적용하여 전체 징벌적 배상액을 산정한다면 제조한 원고들이 전체 피해자 가운데 몇 퍼센트를 차지하는지 계산하여야 하는 복잡한 문제가 있고 무엇보다도 실손해액만을 기준으로 그에 비례하여 징벌적 배상액을 산정한다는 문제점이 발생한다. 따라서 첫 번째 관리상의 어려움을 경감하기 위해서는 실손해액의 2배나 3배를 가중하여 징벌적 배상액을 산정하는 방법이 이용될 수 있다.

징벌적 배상제도를 우리 법에 도입하는 경우에 그 가중승수를 3배액 손해배상(treble damages)이나 2배액 손해배상(double damages) 등으로 법에 고정하는 것보다는 임의적·징벌적 배상제도의 도입이 더 나을 것으로 생각한다. 미국의 클레이튼법 제4조는 입증된 실손해액의 3배액을 배상하도록 규정하고 있으나 이는 너무 경직적이고, 그보다는 법원이 실손해액의 3배를 상한액으로 하여 그 범위내에서 가해자

386) 자세한 산정방법에 관해서는 朴世逸, 『改訂版 法經濟學』, 313면.

의 악의성, 가해행위로 인하여 원고 또는 제3자에게 발생한 실손해액, 피고에게 당해 가해행위로 인하여 부과되었거나 납부한 벌금·과징금·전보배상액·원상회복금액 등을 고려하여 정할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 징벌적 배상은 피고의 잘못된 행위에 내포된 징벌을 요하는 성질을 근거로 하여 원고에게 부여되는 것이어서 개념정의상 원고가 입은 피해의 정도와는 무관하다. 그래서 여기에서 실손해액, 즉 전보배상액을 징벌적 배상액의 산정의 고려요소로 포함시키는 것은 논리필연적인 것은 아니고 단지 기술적 관점에서 고려요소로서 포함시키는 것에 불과하다. 즉 전보배상액은 비교적 객관적인 기준에 의하여 산정되는 것이므로 이를 기초로 고려하여 징벌적 배상액을 정하는 데에 이용할 수 있도록 허용하는 것이다. 이와 관련하여 미국 모델징벌배상법안은 배상액의 산정 기준의 하나로서 전보배상액(제7조(a)(2))과 “피고가 당해 불법행위로 인하여 지불하였거나 지불하여야 할 벌금·과태료·전보배상액·원상회복금액”(제7조(a)(3))을 고려하도록 정하고 있음을 참고할 수 있다. 제7조(a)(3)의 고려사항들은 행위자가 한 잘못에 대하여 부과되는 배상의무와 제재의 총합을 고려하여 과도한 제재가 부과되지 않도록 하려는 배려로 짐작된다.

미국 모델징벌배상법안은 배상액의 산정 기준에 관하여 다음과 같은 규정을 두고 있다.

제 7 조 (배상액의 산정)

(a) 피고에게 징벌배상책임이 인정된 경우, 제5조제(a)(3)항의 규정에 명시된 목적(가해자 징벌 및 유사불법행위의 재발방지)을 성취할 수 있는 공정하고 합리적인 배상액을 산정하여야 한다. 법원은 배심원에게 다음 사항과 관련된 증거를 고려하여 공정하고 합리적인 징벌배상액을 산정하도록 실시하여야 한다.

- (1) 불법행위의 성격 및 그 불법행위가 원고, 기타 다른 사람에 미치는 효과
- (2) 전보배상액

- (3) 피고가 당해 불법행위로 인하여 지불하였거나 지불하여야 할 벌금·과태료·전보배상액·원상회복금액
 - (4) 피고의 현재와 장래의 재산 정도 및 당해 손해배상이 이들 재산에 미치는 영향
 - (5) 피고가 당해 불법행위로 인하여 취득한 이익이나 수입
 - (6) 제3자에 배상할 손해배상액에 대한 부정적 영향
 - (7) 피고가 불법행위 이후 취한 사후조치의 유무 및 그 내용
 - (8) 정부기관 또는 기타 (업무)기준설정기관이 설정한 기준 준수 여부
 - (9) 기타 손해배상의 가감요소
- (b) 징벌배상책임이 주의 다른 법률에 의하여 인정된 경우에는, 징벌배상금액과 그 산정방법은 그 법률에 따라 결정한다.
- (c) 법원이 징벌배상액을 결정한 경우에, 법원은 당사자의 신청이 있는 경우 각각의 피고가 부담할 배상액 산정의 근거를 제시하여야 하며, 그 내용을 기록에 편철하여야 한다.

이 문제에 관한 이점인 교수의 시안은 다음과 같다.

- 민법 제750조의2(징벌적 배상) ③제1항의 징벌적 손해배상의 인정여부 및 그 금액을 산정함에 있어 법원(배심원)은 다음과 같은 사항을 합리적으로 고려하여야 한다.
1. 징벌적 배상을 인정하면 불법행위를 억제하는 효과가 있는지 여부
 2. 실제로 손해가 발생되었는지 여부
 3. 피해자의 연령·성·건강상태, 가해자의 성격
 4. 피해자와 가해자의 관계
 5. 가해자의 재산정도
 6. 가해자의 불법행위의 정도 및 빈도
 7. 가해자의 그러한 행위가 통상 손해배상의 가능성이 있는지 여부
 8. 제조물책임의 경우 제조자가 제품의 결함·위험 및 안전한 제품의 제작가능성 등을 인식하고 있었는지 여부 또는 그 사용자에게 위험을 경고하였는지 여부, 제품의 제작비용·기술수준·업계의 관행·제품의 효용과 실효성, 안전기준 준수여부·안전도에 관한 부실의 허위표시 여부, 수익의 의도 여부, 법 위반으로 인하여 얻은 이익

9. 형법상의 증거와 동일한 정도의 확고한 증거의 유무

3. 배상액의 귀속

미국법상 징벌적 배상은 피고의 부도덕한 행위의 정도에 기초하여 원고가 입은 실손해를 초과하여 인정되는 금전의 총액이다. 그 목적은 특별한 피고의 악행을 징벌하는 것이고, 배심원들은 원칙적으로 징벌적 배상액을 그것이 피고에게 얼마나 고통이 되는가를 기준으로 하여 결정한다. 비록 징벌적 배상의 목적은 피고를 징벌하는 것이지만, 이 배상은 형벌과 달리 국가에 귀속되는 것이 아니라 승소한 원고에게 귀속된다. 그러나 전술한 바와 같이 미국의 일부 주는 근래에 징벌적 배상액의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시키는 입법을 한 바 있다.

우리나라의 경우에 종래 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상의 사소제도의 이용이 너무 저조하여 이의 타개책으로 입증책임의 전환, 원고의 손해액 입증부담의 완화 등을 입법하였다. 이러한 상황에서 징벌적 배상액의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시키는 입법을 한다면 저조한 손해배상의 사소제도의 이용이 활성화되기를 기대하기 어렵다. 따라서 징벌적 배상액은 모두 제소한 원고(들)에게 귀속하는 것이 적절하다.

4. 증명도와 입증책임

징벌적 배상 청구시 요구되는 증명도의 수준에 대하여 징벌적 배상을 인정하고 있는 미국의 주에 있어서는 대다수가 전술한 바와 같이 일반 민사소송의 증거법칙인 ‘증거의 우월’(preponderance of evidence)보다 높은 정도의 증명도를 요구한다. 다수의 주는 일반 민사소송의 증거법칙인 보다 “명백하고 확신을 주기에 충분한 증명”(clear and

convincing proof)을 요구하고 콜로라도주는 “합리적 의심의 여지가 없는(beyond reasonable doubt)” 수준의 증명도를 요구하고 있다. 이러한 징벌적 배상청구시 요구되는 증명도를 일반 민사소송에서의 증명도보다 높게 요구하는 것은 징벌이라는 목적 때문에 형벌부과에 요구되는 범죄성립의 증명도에 근접하거나 그와 동일한 정도의 것을 요구하고 있는 것이다. 그러나 징벌적 배상이 형벌과 다르다는 점에서는 그것을 위하여 형벌부과에 요구되는 증명도까지 요구하는 태도는 타당하지 않다고 생각되며 더욱이 우리의 경우는 민사소송에서 주요사실의 증명에 요구되는 증명도는 원칙적으로 자유심증주의에 의하여 법관이 자유로이 얻은 고도의 개연성의 확신이라고 보는 것이 통설·판례의 입장이어서³⁸⁷⁾ 형사소송의 그것과 차이가 있는 것도 아니다. 따라서 징벌적 배상의 증명에 있어서는 일반 민사소송에서보다 더 높은 정도의 증명도를 요구하려면 입법에 의하여 특별규정을 설치하는 것이 필요할 것인데 굳이 그러한 예외규정의 창설까지 필요할지는 의문이다.

또한 징벌적 배상 청구시 가해자의 귀책사유에 관한 입증책임을 원고에게 부담시킬 것인지 이 제도가 도입되는 대상법인 현행 공정거래법이나 소비자관련법의 입증책임 분배원칙에 그대로 따르도록 할 것인지가 문제될 수 있다.

일반 민사상 손해배상청구의 소에서는 입증책임을 원고가 지며 전술한 바와 같이 공정거래법에서는 2004년 법개정 이전까지는 사업자에게 무과실책임을 지우다가 사업자에게 과도하게 가혹하다는 이유에

387) 이시윤, 『신민사소송법』, (박영사, 2003) 441면; 대법원 1960.3.31. 선고 4292민상 247 판결; 서울지방법원 1996.6.13. 선고 94가합30633 판결. 다만 공해소송, 의료과오소송, 제조물책임소송 등 현대형 소송에 있어서는 인과관계에 대하여, 손해배상소송에서 손해액의 증명에 관하여, 각각 판례가 증명도를 경감시키거나 법률규정에 의하여 증명도가 경감되고 있다. 대법원 1984.6.12. 선고 81다558 판결; 대법원 1991.7.23. 선고 89다카1275 판결; 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결; 대법원 1999.9.23. 선고 99다10479 판결; 공정거래법 제57조; 특허법 제128조 등.

서 과실책임주의에 의하되 입증책임만 사업자에게 전환되는 것으로 개정되었다. 따라서 이론적으로는 공정거래법 위반에 대한 징벌적 배상청구에 있어서는 입증책임을 (민법에 의한 손해배상청구에서와 같이) 원고에게 지우거나 (일반적인 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구에서처럼) 피고에게 지우는 방안의 어느 하나가 채택될 수 있을 것이다. 일단 공정거래법 위반행위에 대한 징벌적 배상 청구도 공정거래법에 의한 손해배상청구라는 점에서 후자와 같이 사업자에게 입증책임을 부담시키는 것이 자연스러울 것이다. 그러나 그렇게 입법하는 경우에는 “입증책임이 기본적으로 원고에게 있는 미국의 3배 손해배상제도와 비교해 볼 때 사업자에게 다소 과도한 부담이 되는 ... 측면이 있다.”³⁸⁸⁾ 따라서 사업자에게 과도한 부담을 주지 않도록 하려면 입증책임을 원고에게 지우는 방안을 채택할 수 있다. 반면 그렇게 하는 경우에는 동일한 행위에 의하여 발생한 하나의 손해배상관계에서 일부(실손해배상)에 대해서는 피고에게, 다른 일부(징벌적 배상)에 대해서는 원고에게 입증책임을 나뉘게 된다는 점이 난점으로 등장하게 된다.

소비자관련법의 경우에는 입증책임의 소재를 공정거래법과 달리 정하고 있는데, 먼저 『제조물책임법』과 『방문판매 등에 관한 법률』은 민법과 같이 원고가 입증책임을 부담하는 체제이므로 별 다른 문제는 없다. 그러나 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』은 2004년 개정 이전의 공정거래법의 태도와 동일하게 손해배상 청구에서 이 법에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자등은 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다고 하여 무과실책임을 지는 시스템이다. 따라서 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』의 경우에는 징벌적 배상제를 도입하는 경우에 만일 기존의 이 법에 의한 손

388) 조성국, “토론문”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5).

해배상청구시의 입증책임 원칙을 그대로 일관하는 경우에는 현행 공정거래법의 경우보다도 더 사업자측에 가혹한 결과를 가져온다. 입법론적으로는 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』의 손해배상청구시의 입증책임원칙은 현행 엄격무과실책임주의로부터 사업자측의 무과실의 향변이 가능한 과실책임주의로 변경되는 것이 필요하고, 나아가서 징벌적 배상의 청구시에 사업자의 귀책사유에 대한 입증책임은 원고가 부담하는 것으로 할 필요성이 있다. 이 경우 동일한 행위에 의하여 발생한 하나의 손해배상관계에서 일부(실손해배상)에 대해서는 피고에게, 다른 일부(징벌적 배상)에 대해서는 원고에게 입증책임이 나뉘게 된다는 난점이 생기는 것은 공정거래법의 경우와 같다.

5. 소비자집단소송제

한편 사업자가 공정거래법이나 소비자관련법에 위반하여 소액다수 소비자피해를 발생시킨 경우에 당해 사업자에 대하여 소액대량불법행위로 인한 손해배상을 청구하기 위한 복수의 소비자의 집단소송이 가능하게 하는 소비자집단소송제도가 도입된다면 소액다수소비자피해사건의 배상문제의 해결이나 전술한 징벌적 배상액의 귀속에 관한 문제도 해결될 수 있을 것이다. 소비자집단소송제도가 마련되지 않은 상태에서는 다수의 불법행위의 피해자 중 일부만이 제소하여 징벌적 배상을 수령하는 경우에는 제소하지 아니한 피해자에게 돌아갈 몫까지 그들에게 귀속되는 문제가 있기 때문이다. 이것은 공정거래법 위반행위의 경우에는 피해를 입은 일부 기업이 전체 기업의 배상액을 가져간다는 문제로 발현될 수 있다.³⁸⁹⁾

389) 이 제도가 도입되더라도 그 수혜층이 일부 기업에만 한정될 가능성이 크므로 집단소송제도를 도입하여 보완이 필요하다고 지적한 입장으로 이 황, “토론문: 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5). 또한 변호사 비용을 실비용으로 인정할 필요성도 함께 지적하고 있다.

이러한 소비자집단소송제도는 별개의 특별법에 의하여 도입되거나 공정거래법이나 소비자관련법에 『증권관련 집단소송법』의 관련규정이거나 『소비자기본법』의 소비자단체소송제도 관련규정(소비자기본법 제 70조 내지 제76조)을 준용하는 방법에 의하여 이들 분야에 도입될 수 있을 것이다.

참고로 『증권관련 집단소송법』은 증권의 매매 그 밖의 거래과정에서 『자본시장과 금융투자업에 관한 법률』위반과 관련하여 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 피해자 중의 1인 또는 수인이 대표당사자가 되어 수행하는 손해배상청구소송(증권관련집단소송)에 적용되는 법률이며 『소비자기본법』의 소비자단체소송제도는 사업자가 이 법 제20조의 규정을 위반하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하고 그 침해가 계속되는 경우 등록된 소비자단체, 대한상공회의소, 중소기업협동조합중앙회 등이 법원에 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송을 제기하는 데에 이용될 수 있는 제도이다.

6. 외국의 징벌적 배상을 명하는 판결의 승인 및 집행³⁹⁰⁾

(1) 외국판결의 집행요건

외국법원의 확정판결은 우리나라에 승인될 수 있으면 기판력이 생긴다. 외국판결이 승인되기 위해서는 ①대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것, ②패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았

390) 이 부분은 김제완, “징벌적 배상 법리의 발전과정과 현황 - 영국과 캐나다 등의 법리와 우리나라에서의 논의를 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5) V. 4.의 내용을 전재한다.

거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것, ③그 판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것, ④상호보증에 있을 것이 요구된다(각 민사소송법 제217조 제1호 내지 제4호).

(2) 징벌적 배상판결의 집행상의 문제

징벌적 배상을 명하는 외국법원의 판결이 민사소송법 제217조에 의하여 승인되기 위해서는 우선 그 징벌배상판결이 민사판결이어야 한다. 민사소송법은 “외국법원의 확정판결”이라고 하나 이는 “민사 및 상사판결”을 의미한다고 보아야 하기 때문이다.³⁹¹⁾ 민사 및 상사판결인가의 여부를 판단하는 기준에 관하여는 판결국법설, 승인국법설과 중첩설 등이 나뉠 수 있으나, 승인국인 우리 법에 의하여야 한다.³⁹²⁾ 징벌배상은 사인간의 사적 권리 및 법률관계의 확정을 목적으로 하는 점에서 민사로 이해된다고 할 것이다. 따라서 민사소송법 제217조 적용의 전제요건은 충족한다고 볼 것이다.³⁹³⁾

민사소송법 제217조의 요건 중 외국법원에서 내려진 징벌적 배상을 명하는 판결의 승인과 관련하여서는 특히 ③의 요건이 문제가 된다. 민사소송법 제217조 제3호의 요건은 판결주문뿐만 아니라 이유도 심사의 대상이 되고 판결의 내용뿐만 아니라 그 절차적인 면도 심사의 대상이 된다.³⁹⁴⁾ 징벌적 배상 판결의 승인과 관련하여서는 절차적인

391) 石光現, “損害賠償을 명한 미국 미네소타주법원判決의 承認 및 執行에 관한 문제점 - 특히 相互保證과 公序의 문제를 중심으로 -”, 人權과 正義 제226호 (1995.6), 103면.

392) 상계논문, 동면.

393) 石光現, 전계논문, 103면에서는 다만 징벌배상이 피해자가 아니라 국가에게 지급되는 경우에는 민사로 보기는 어려울 것이라고 한다.

394) 『주석 신민사소송법(Ⅲ)』(민일영 집필부분), 한국사법행정학회(2004), 343~345면; 이시윤, 『신민사소송법 (제3판)』, 박영사, 2006, 563면; 石光現, 전계논문, 99면.

면이 공서양속에 위반되는지 여부보다는 판결의 내용이 공서양속에 위반되는지 여부가 문제된다고 할 것이다. 과연 징벌적 배상이 우리 법의 공서양속에 반하는지에 대하여는 제조물책임에 관하여 지나치게 제재적인 성격의 배상금지급을 명한 판결은 배상기준에 관한 국제관습법에 배치되어 집행을 거부하거나, 외국판결 자체는 존중하되 배상금액을 국제적으로 보편타당한 기준으로 감액할 수 있으므로 징벌적 배상이 우리 법의 공서양속에 반한다고 볼 것은 아니라는 견해³⁹⁵⁾와 우리 손해배상법의 기본원칙은 피해자가 입은 손해를 전보하는 데 있으며 이는 우리법의 공서를 이루는 기본원칙이므로 징벌적 배상의 집행은 우리의 공서양속에 반한다는 견해³⁹⁶⁾가 대립하고 있다.

대법원이 이에 대하여 직접 판결한 바는 없으나, 하급심에서는 “징벌적 배상이란 가해자에게 특히 고의 등의 주관적인 악사정이 있는 경우에 보상적 손해배상(compensatory damages)에 덧붙여 위법행위에 대한 징벌과 동종행위의 억지를 주목적으로 하여 과하여지는 손해배상으로서 코몬로상 인정되고 있는 구제방법의 일종인바, 이는 불법행위의 효과로서 손해의 전보만을 인정하는 우리의 민사법 체계에서 인정되지 아니하는 형벌적 성질을 갖는 배상형태로서 우리나라의 공서양속에 반할 수가 있다”고 판시하고 있다.³⁹⁷⁾

395) 고광하, “외국금전판결의 승인과 집행,” 대한변호사협회지, (1983.4.), 46면.

396) 石光現, 전계논문, 104면; 이시윤, 전게서, 563면.

397) 서울지법 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결. 다만 이 판결에서는 문제되는 미국 미네소타법원의 판결이 징벌적 배상을 포함하고 있지 않다고 판시하였다(석광현 교수는 이 건 판결이 “징벌배상은 우리의 실체적 공서에 반한다”고 단정하지 않고 “실체적 공서에 반할 수가 있으므로”라고 설시한 점에서, 다소 부정적인 뉘앙스는 있으나, 이 건 미국판결에 징벌배상이 포함되지 않았다는 사실을 기초로 징벌배상이 우리의 공서에 반하는가에 대하여는 결론을 내린 것은 아니라고 판단된다고 한다.).

7. 과징금과의 관계

공정거래법, 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』 또는 『방문판매 등에 관한 법률』에 징벌적 배상제를 도입하는 경우에는 기존의 과징금 제도와의 관계가 문제될 수 있다. “공적 집행, 특히 공정거래위원회에 의한 과징금 부과가 큰 비중을 차지하고 있는 우리나라에서 과징금 부과에 더하여 징벌적 손해배상을 허용하는 것은 수범자에게 과도한 책임을 묻는 결과가 될 수 있기 때문”이다.³⁹⁸⁾

과징금이란 행정법상의 의무에 위반한 자가 당해 위반행위로 인하여 얻은 불법적인 이익을 박탈하거나 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 행정청이 부과·징수하는 금전적 부담이다. 행정법학에서는 과징금의 유형을 “불법적 이익의 박탈을 목적으로 부과하는” 전형적인 것과 “다수 국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규에 위반하였을 경우에 그 위반자에 대하여 영업허가취소·정지처분과 선택적으로 또는 이에 갈음하여 부과하는” 변형적인 것으로 나누는 것이 일반적이다. 이른바 ‘변형된 과징금’은 대체로 공익사업분야에 있어서 사업에 관한 법률상 의무 위반을 이유로 단속상 그 인·허가대상인 사업을 정지하여야 할 경우에 “그 사업의 정지가 당해 사업의 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 기타 공익을 해할 우려가 있는 경우”에 한하여 부과되며 이러한 변형된 과징금이 도입된 것은 1981.12.31. 개정된 『자동차운수사업법』이 최초였다.³⁹⁹⁾ 공정거래법상 과징금은 전형적 과징금으로서 공정거래법상의 의무위반행위 자체로 얻은 불법한 이익을 박탈하는 것을 내용으로 하는 행정제재금이다.

398) 유진희, “공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크숍 자료집 (2007.10.5).

399) 박해식, “공정거래법상 부당지원행위를 한 자에게 부과하는 과징금의 법적 성격”, 경쟁법연구, 제8권 235-236면 (2002년). 그 외에도 『수질환경보전법』 제43조.

과징금의 법적 성격에 관한 논의는 전형적 과징금을 중심으로 논하는가 변형된 과징금을 중심으로 논하는가에 따라 달라질 수 있는데, 공정거래법상의 과징금은 전자에 속한다. 전형적 과징금은 부당이득 환수적 성격과 행정제재적 성격을 병유하고 있는 것으로 보는 것이 다수설이다.⁴⁰⁰⁾ 과징금제도 도입 초기에 특히 이를 부당이득의 환수로 보는 견해, 행정제재별로 보는 견해 그리고 양자의 성격을 모두 갖고 있는 것으로 보는 견해가 제시되었으나, 논의를 거치면서 양자의 성격을 복합적으로 이해할 수밖에 없다는 것에 어느 정도 의견의 접근을 보이고 있다.⁴⁰¹⁾ 대법원은 양자 가운데 과징금의 부당이득 환수적 성격을 강조하는 입장이며,⁴⁰²⁾ 1996년 제5차 개정 공정거래법에 의하여 부당이득 발생과 관련이 없는 법 위반행위에 대해서도 과징금의 부과가 가능하도록 함으로써 과징금에 제재적 성격이 강화되었지만 달라지지 않았다.⁴⁰³⁾ 다만 대법원 판례는 부당지원행위에 대한 과징금

400) 권오승, 『第五版 經濟法』(법문사, 2005) 462-463면; 李基秀·柳珍熙, 『第7版 經濟法』(세창출판사, 2006) 342-343면; 박해식, “과징금의 법적 성격”, 권오승 (편), 『공정거래법강의 II』(법문사, 2000) 588면.

401) 홍명수, “과징금 제도의 의의와 규제 수단의 중복적용의 문제”, 공정거래법 형벌제도개정TF 내부발표자료, II.

402) 대법원 1999.5.28. 선고 99두1571 판결(“구 독점규제및공정거래에관한법률(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항의 규정에 위반하여 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 같은 법 제24조의2 제1항의 규정에 의하여 부과되는 과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재로서, 같은 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이고, 그렇지 아니하고 부과관청이 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정 기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보한다든지, 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없다 할 것인바, 왜냐하면 과징금의 부과와 같이 재산권의 직접적인 침해를 가져오는 처분을 변경하려면 법령에 그 요건 및 절차가 명백히 규정되어 있어야 할 것인데, 위와 같은 변경처분에 대한 법령상의 근거규정이 없고, 이를 인정하여야 할 합리적인 이유 또한 찾아 볼 수 없기 때문이다.”).

403) 대법원 2001.2.9. 선고 2000두6206 판결(“구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것)상의 과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 같은 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경

에 대해서는 “행정상 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것”이라고 보므로 다르게 파악하고 있다.⁴⁰⁴⁾ 과징금의 법적 성격은 과징금이 제재의 성질을 가진다는 것을 전제로 공정거래법 위반행위에 대하여 징벌적 배상과 과징금이 별도로 부과될 수 있는지에서 의미를 가지는데⁴⁰⁵⁾ 전보적 손해배상은 피해자에 대하여 그가 입은 손해를 배상하여 주는 것이고 징벌적 배상은 가해자에 대하여 징벌하기 위하여 배상을 명하는 것으로서 이 중 징벌적 배상과 과징금은 징수된 후 경쟁자 또는 소비자인 피해자에게 직접 이익이 되는 배상으로 사용되는가 아니면 국고에 환수되는가 하는 차이점이 있으나 제재적 성격을 갖는 점에서 공통점이 있다. 따라서 당해 법위반행위에 대하여 먼저 과징금이 부과된 후 나중에 징벌적 배상청구가 제기된 경우에는 “과징금 가운데 제재적 성격을 갖는 부분

제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이고, 같은 법 제55조의3 제1항에서도 이를 고려하여 과징금을 부과함에 있어서는 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있는 것”이라고 판시하였다).

404) 대법원 2004.10.14. 선고 2001두2881 판결.

405) 형벌과의 관계에서는 이와 유사하게 형벌과 과징금이 별도로 부과될 수 있는지, 이중처벌에 해당하는 것이 아닌가 하는 점에서 문제된다.

헌법재판소는 부당지원행위에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 한 공정거래법 규정이 위헌이라는 심판제청에 대하여 “행정권에는 행정목적 실현을 위하여 행정법규 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있으므로, ‘제재를 통한 억지’는 행정규제의 본원적 기능이라 볼 수 있는 것이고, 따라서 어떤 행정제재의 기능이 오로지 제재(및 이에 결부된 억지)에 있다고 하여 이를 헌법 제13조 제1항에서 말하는 국가형벌권의 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고 할 수 없으나, 구(공정거래법) 제24조의2에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으며, 이 과징금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고도 할 수 없다.”고 결정하였다. 헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가25 결정.

의 액수”만큼을 징벌적 배상액에서 감축할 필요가 있고, 반대로 징벌적 배상을 명한 후에 과징금을 부과하는 경우에는 징벌적 배상액만큼을 과징금의 제재적 부분에 관한 액수의 산정시 감축할 필요가 있다고 생각한다.

제 5 장 결 론

미국, 영국, 호주, 뉴질랜드, 인도, 필리핀, 이스라엘, 브라질, 노르웨이 등 상당수의 국가의 손해배상법제에서는 잘못된 행위를 한 가해자에 대하여 제재하고 그와 유사한 행위가 당해 가해자 및 다른 제3자에 의하여 장래에 재발되는 것을 방지하기 위하여 징벌적 배상을 부여하는 것이 인정되고 있다. 이들 대다수는 보통법 국가들이나 대륙법계에 속하는 국가도 포함되어 있다. 반면 우리나라와 프랑스, 독일, 중국, 일본과 같은 대륙법계국가들에서는 피해자가 입은 실손해만이 배상청구될 수 있다. 서양의 함무라비법전, 유대민족의 성서, 우리나라 고대국가 부여나 백제에도 징벌적 배상제에 속하는 제도가 존재하였다는 기록이 있으나 형사책임과 민사책임의 분리에 따라 소멸되었다. 근대국가의 징벌적 배상제는 영국에서 배심원에 의한 배상액 결정을 하였던 재판의 실무에서 발달한 징계적 배상에서 유래한 것이다. 오늘날 징벌적 배상제를 가장 활발하게 이용하고 있는 국가는 미국이며 미국의 실정법이나 커먼로에서 인정되고 있는 징벌적 배상제의 법리에 대하여 앞에서 살펴보았다. 미국 연방 독점금지법상의 3배 배상제나 연방 범죄단체조직법 등의 실정법에서 규정된 3배 배상제도 징벌적 배상제의 일종이다.

우리나라 법제에 징벌적 배상제를 도입하자는 의견에 대해서는 i) 징벌적 배상의 부여는 원고에 대하여 우연한 횡재(windfall)를 하게 하기 때문에 불공정하다거나, ii) 징벌적 배상은 상한이 없기 때문에 과도한 액수가 부과될 수 있다거나, iii) 징벌적 배상제는 형벌과 함께 부과되는 경우에는 피고인에게 이중위험에 처하게 하거나 피고인의 적법절차 청구권을 침해하는 위헌적 상황이 초래될 수 있다거나, iv) 민사책임과 형사책임이 분리되어 있으므로 가해자에 대한 징벌이나 징

계는 형벌에 의하면 되므로 이 제도가 필요하지 않다거나 v) 특히 우리나라의 공정거래법에 3배액 손해배상제도를 도입하는 문제에 대해서 유독 공정거래법상의 손해배상제도에 대해서만 이를 도입하는 것은 우리 법체계가 취하고 있는 실손해배상주의와 상충되는 것이고, 이 제도에 의한 미국에서의 사소의 남발로 인한 과다억제현상을 지적하면서 우리의 경우에도 이를 도입하면 동일한 사태가 우려된다는 등의 주장이 있다. 그러나 앞에서 살펴본 것처럼 미국에서 연방법 및 주법상의 징벌적 배상제의 개혁론이 실현된 바 있지만 그것은 우리가 징벌적 배상제를 설계함에 있어서 고려하여야 할 사항의 하나일 뿐 그것이 제도 도입이 불필요하다는 결론을 내리게 하는 것은 아니다. 또한 공정거래법이나 소비자관련법상 소액다수불법행위가 발생하는 사회 전체적으로 정의롭지 못한 상황은 그 자체 정의롭지 못하며 징벌적 배상의 부여는 이러한 부정의를 시정하기 위한 것이므로 정당하다. 다른 비판보다도 넷째 논거 iv는 우리나라의 경우에 민사책임과 형사책임이 분리되어 있으므로 가해자에 대한 징벌이나 징계는 형벌에 의하여 국가가 행하면 될 뿐 피해자인 사인에게 징벌적 배상의 이름으로 가해자에 대한 징벌권을 부여하는 것은 필요하지 않다는 것인데 징벌적 배상을 형사책임의 추궁으로 간주하는 것은 적절하지 않으며 징벌적 배상은 실손해배상으로도 완전히 전보되지 않는 사법제도의 기능상 한계를 보완하기 위한 민사책임의 추궁이다. 이 보고서에서는 일반적인 불법행위나 계약불이행에 대해서는 실손해배상을 부여하되 소액다수불법행위가 발생하는 특정분야의 법에서 일정한 비난가능성이 높은 위반행위자에 대해서 징벌적 배상을 부여하자는 것이므로 민법의 실손해배상원칙을 전면적으로 부정하는 것도 아니고, 그 한계를 보충하는 의미로 이해할 수 있다. 다음으로 우리 법제에 없는 어떠한 제도를 처음으로 도입하는 경우에는 도입당시의 법체계와 정합하지 않는 측면이 있을 수 밖에 없다. 그러나 정합성 문제는 제도

도입후 시간이 흐르면 해결될 수 있다. 소액대량불법행위의 억제를 위해서는, 이론적으로 불법행위제도의 불완전집행으로 인한 불법행위의 과다생산의 문제를 해결할 수 있는 3배액 손해배상제도를 포함하는 징벌적 배상제도가 주효하다.

징벌적 배상제 도입시 기억하여야 할 본질적 법리에 관해서 여기에서 요약하면 i) 징벌적 배상은 고의 또는 과실 가운데 고의와 접근한 비난가능한 심적 상태를 가지고 행한 악의적 불법행위에 대하여 부여된다. 우리 법에서는 징벌적 배상이 부여될 수 있는 행위자의 비난가능한 심적 상태는 “고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 경우”로 입법하는 것이 적정하다. ii) 징벌적 배상은 배심원에 의하여 결정되는 것이 그 민주적 정당성을 위하여 적정하지만 배심제가 도입되지 않은 상황에서는 직업법관이 결정하는 것이 불가피하며 이것은 배상액의 선정적 결정을 피한다는 장점도 가진다. iii) 징벌적 배상액의 일부 또는 전부를 국고나 공적 용도의 기금으로 부여하는 입법례도 있으나 우리나라에서는 당분간 제소원고에게 부여하는 것이 이 제도의 활용촉진을 위하여 필요하다. iv) 징벌적 배상액의 산정은 실손해액, 행위자의 악의성·자력 등 제반사정을 고려하여 결정되어야 한다는 것이 대체적인 외국의 입법과 판례의 입장이다. 그러나 엄밀히 말하면 실손해액은 징벌적 배상액의 산정에 기준이 아니라 고려사항일 뿐이다. v) 징벌적 배상액의 상한제는 도입되는 것이 적절하며 징벌적 배상을 위한 입증책임의 소재는 이 법이 도입되는 각 단행법의 태도에 따라 수밖에 없다. 그러나 징벌적 배상의 증명도는 실체진실주의를 취하는 우리 민사법에 있어서는 큰 의미가 없다. vi) 징벌적 배상제의 활용촉진을 위해서는 소비자집단소송제의 도입이 필요하다. vii) 과징금과 징벌적 배상은 둘 다 범위반자에 대한 제재라는 공통점이 있으므로 어느 하나가 먼저 부과되고 난 후 부과되는 과징금이나 징벌적 배상액은 먼저 부과된 것만큼 감축될 필요가

있다 이하에서는 이러한 이상의 징벌적 배상제의 본질적 법리를 앞에서 이 제도가 도입될 필요가 있다고 판단한 제분야의 법률에 적용하여 징벌적 손해배상제의 구체적인 입법방안을 법초안을 통하여 제시한다.

1. 공정거래법 분야

전술한 것처럼 공정거래법상 억제 및 제재를 위하여 징벌적 배상을 부과할 수 있게 하여야 할 위반행위의 유형으로는 부당한 공동행위의 시장지배적지위 남용행위의 경우를 들 수 있다. 따라서 공정거래법 제56조에 “제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반하여 남용행위를 하거나 제19조(부당한 공동행위의 금지)제1항의 규정을 위반하여 부당한 공동행위를 하거나 이를 행하도록 한 사업자 또는 사업자단체는 제1항의 피해가 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 위반행위로 인한 것인 때에는 당해피해자에 대하여 그 피해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다”는 내용을 제2항으로 신설하는 방안이 있다. 여기에서 “그 피해액의 3배”라고 할 때의 피해액은 당해 피해자에게 발생한 피해액을 말한다.

그리고 법원이 징벌적 배상액의 결정시 고려하여야 할 요소를 규정하기 위하여 제57조(손해액의 인정)에 제2항을 신설하여 “법원은 제56조제2항본문의 배상액을 정함에 있어서 가해자의 악의성, 가해행위로 인하여 원고 또는 제3자에게 발생한 실손해액, 피고에게 당해 가해행위로 인하여 부과되었거나 납부한 벌금·과징금·전보배상액·원상회복금액, 피고의 재산상태 등을 고려하여야 한다”고 하는 조항을 신설하는 방안이 있다.

2. 소비자관련법 분야

(1) 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』

『표시·광고의 공정화에 관한 법률』은 제3조제1항에서 사업자등(사업자 또는 사업자단체를 말한다)은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 허위·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 부당하게 비교하는 표시·광고 또는 비방적인 표시·광고행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니된다고 선언하고 있다. 그리고 다시 제10조제1항에서 사업자등은 제3조제1항의 규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다고 명시하고, 제2항에서는 전술한 바와 같이 사업자등의 무과실책임을 규정하고 있다. 여기에 제3항을 신설하여 “사업자 또는 사업자단체는 제1항의 피해가 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 위반행위로 인한 것인 때에는 당해 피해자에 대하여 그 피해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다.”고 하고 제4항으로 “법원이 징벌적 배상액의 산정시 가해자의 악의성, 가해행위로 인하여 원고 또는 제3자에게 발생한 실손해액, 피고에게 당해 가해행위로 인하여 부과되었거나 납부한 벌금·과징금·전보배상액·원상회복금액, 피고의 재산상태 등을 고려하여야 한다”고 하는 조항을 신설하는 방안이 있다.⁴⁰⁶⁾ 초안 제3항에서 “그 피해액의 3배”라고 할

406) 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』 제11조 (손해배상청구권의 재판상의 주장 제한등)는 2004년 12월의 개정 이전의 공정거래법의 그것과 동일하게 “제3조제1항의 규정에 의한 위반사항에 대하여 제7조의 규정에 의한 시정조치를 받은 경우 그 위반사항과 관련된 제10조의 규정에 의한 손해배상청구권은 제7조의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다.”고 하여 시정조치전 치주의를 규정하고 있다. 개정전의 공정거래법상 시정조치전치주의의 입법 이유에

때의 피해액은 당해 피해자에게 발생한 피해액을 말한다.

(2) 「제조물책임법」

『제조물책임법』 제3조제1항은 “제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해(당해 제조물에 대해서만 발생한 손해를 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.”고 규정하고 있는데 제2항에서는 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우 “제조물을 영리목적으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 공급한 자”에게 “제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지하지 아니한 때에는 제1항의 규정에 의한 손해를 배상하여야 한다.”고 규정하고 있다.

제조물책임법상 징벌적 배상을 도입하는 방안으로는 현재의 제3조 제2항을 제3항으로 내리고 제2항을 “제조업자는 제1항의 손해가 제조물을 공급하기 전에 제조물의 결함을 알고도 그 결함으로 인한 피해의 발생을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 인한 것인 때에는 당해피해자에 대하여 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다.”고 규정하는 방안이 있다. 초안 제2항에서 “그 손해액의 3배”라고 할 때의 손해액은 당해 피해자에게 발생한 손해액을 말한다. 그리고 이 경우 법원이 징벌적 배상액 산정시 고려할 요소에 관해서도 함께 규정하여야 한다.

관해서는 i) 피해자의 입증책임의 경감을 통한 구제의 실효성 도모, ii) 공정거래위원회의 판단과 법원의 그것간의 相違防止, iii) 피해자의 남소방지 등의 일부 또는 전부를 드는 것이 학설의 입장이었다. 그러나 그 가운데 공정거래법에 의한 손해배상청구의 경우에 피고에게 무과실책임을 지우는 것을 전제로 이 제도가 남용될 위험을 방지하기 위하여, 공정거래위원회의 시정조치가 내려진 사안에 한해서 이 제도를 이용할 수 있도록 한 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다(남소방지). 공정거래법이 전술한 바와 같이 개정된 것과 보조를 맞추어 공정거래법의 특별법으로서의 체계적 지위를 갖고 있는 『표시·광고의 공정화에 관한 법률』 역시 시정조치전치주의를 폐지하는 것이 필요하고 적절하다고 생각된다.

이렇게 입법하는 경우 제조업자가 제조물의 결함을 알면서 제조하거나 제조 후 공급 전에 제조물의 결함을 알고도 그 결함으로 인한 피해의 발생을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과 제3조제1항의 손해가 발생한 것인 때에는 당해 피해자에 대하여 손해액의 3배를 배상할 책임을 지고, 제3조의 규정에 의하여 손해배상책임을 지는 자가 제조물을 공급한 후에 당해 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함에 의한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 때에는 제1항제2호 내지 제4호의 규정에 의한 면책을 주장할 수 없게 되므로 동일한 책임을 부담하게 된다.

(3) 「방문판매 등에 관한 법률」

「방문판매 등에 관한 법률」에 징벌적 배상제를 도입하는 방안으로는 제50조제4항을 제5항으로 내리고 제4항에 다단계판매자가 「방문판매 등에 관한 법률」 제23조제1항의 금지행위를 하여 소비자나 다단계판매원이 되고자 하는 자에게 피해를 준 데 대하여 손해배상청구를 하는 경우에 공정거래법의 징벌적 배상책임에 관한 조항(제56조제2항 및 제57조제2항)을 준용하는 내용을 신설하는 방안이 있다.

참 고 문 헌

- 郭潤直, 『債權總論』 박영사 (1994).
- 權五乘, 『消費者保護法 [제4판]』 법문사 (2002).
- 權五乘, 『第五版 經濟法』 법문사 (2005).
- 金基善, 『韓國債權法總論』 법문사 (1975).
- 金相容, 『債權各論』 법문사 (1998).
- 朴吉俊, 『韓國獨占規制法』 삼영사 (1983).
- 孫珠瓚, 『經濟法』 법경출판사 (1993).
- 申鉉允, 『經濟法 [제2판]』, 법문사, 2007.
- 이기수 · 유진희, 『제7판 經濟法』, 세창출판사 (2006).
- 李銀榮, 『債權各論』 박영사 (1992).
- 李湖暎, 『獨占規制法の 理論과 實務』 흥문사 (2006).
- 민사판례연구회 편, 『민사판례연구 [VII]』 경문사 (1985).
- 姜泰源, “懲罰的 損害賠償을 포함한 外國判決의 承認, 上”, 『司法行政 (韓國司法行政學會) 제39권 10호, (1998.10).
- 慶益秀, “國際去來에 있어서의 外國判決의 承認·執行”, 『二十一世紀 民事訴訟法の 展望: 荷邨 鄭東潤先生 華甲紀念』 법문사 (1999.6).
- 고세일, “토론문”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).

- 權大祐, “製造物責任의 成立要件”, 『民事判例研究』 27권 박영사 (2005.2).
- 권재열, “토론문”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국
법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 김구년, “독점규제법상 손해배상청구소송의 제문제”, 경제법연구(한국
경제법학회) 제5권 2호, 2006.12.
- 김병일, “지재권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리 - 특허권 침
해를 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성
(II)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 김성천, “징벌적 손해배상제도와 소비자피해구제”, 한국소비자보호원, 2003.
- 김성천, “소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관한 소고”, 『징벌적 손
해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크샵
자료집 (2007.10.5).
- 김성탁, “製造物責任에 관한 比較法的 研究”, 연세대학교 대학원 법학
박사학위논문, (1991).
- 김성탁, “懲罰賠償과 그 保險適否”, 人權과 正義(대한변호사협회) 제197호
(1993.1).
- 김영갑, “독점규제법상의 손해배상책임”, 저스티스(한국법학원) 제30권
제4호, (1997.12).
- 김영호, “독점규제법위반행위와 손해배상”, 『손해배상법의 제문제』(황적인
박사화갑기념논문집), (1990.4).
- 金載國, “징벌적 손해배상(Punitive Damages), 민사법연구 제5집 (1996).
- 金濟完, “電子商去來에 있어서 製造物責任에 관한 事業者의 抗辯事由
- 責任의 主體에 관한 抗辯를 중심으로 -”, 人權과 正義(大韓辯
護士協會) 제311호 (2002).

참고문헌

- 김제완, “징벌적 배상 법리의 발전과정과 현황 - 영국과 캐나다 등의 법리와 우리나라에서의 논의를 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 김차동, “공정거래법의 사적집행제도의 변경 및 그 보완방안”, 경쟁법연구(한국경쟁법학회) 제11권, (2005.4).
- 閔裕淑, “자동차 급발진사고와 제조물책임 (2004.3.12. 선고 2003다16771 판결: 공2004상, 611)”, 대법원판례해설(법원도서관) 제49호 (2004.12).
- 박동진, “손해배상법의 지도원리와 기능”, 비교사법(한국비교사법학회) 제11권 4호, (2004.12).
- 박동진, “독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 박성근, “징벌배상제도 전문가 토론회 토론문”, 사법제도개혁추진위원회, 『징벌적 배상제도 참고자료(1)』, (2006.7) available at <http://www.pcj.go.kr/>
- 朴晟秀, “특허법 제128조 제3항 및 제5항에 의한 손해배상액 산정방법 (2006.4.27. 선고 2003다15006 판결 : 공2006상, 879)”, 대법원판례해설(법원도서관) 제62호 (2006.12).
- 박완기, “징벌적 손해배상제 토론문”, 사법제도개혁추진위원회, 『징벌적 배상제도 참고자료(1)』, (2006.7). available at <http://www.pcj.go.kr/>
- 박찬호, “토론문: 미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).

- 朴泰安, “고액의 손해배상을 명한 미국판결의 승인 및 집행에 관한 문제점 검토”, 裁判實務(창원지방법원) 제3집 (2005.09).
- 박형준, 독점규제법의 사적 집행에 관한 연구, 서울대학교 법학석사학위논문, (2002.2).
- 배금자, “징벌적 배상제 전문가 토론회 토론문”, 사법제도개혁추진위원회, 『징벌적 배상제도 참고자료(1)』, (2006.7). available at <http://www.pcsr.go.kr/>
- 배대헌, “특허법상 懲罰的 損害賠償額 制度의 도입여부에 관한 검토”, 재산법연구(한국재산법학회) 제22권 제2호 (2005.10).
- 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제의 도입방안”, (2005).
- 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, (2006.7). available at <http://www.pcsr.go.kr/>
- 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(2)”, (2006.9). available at <http://www.pcsr.go.kr/>
- 서규석·김민중·홍춘의, “시장국제화를 위한 국내기업의 법적과제로서의 제조물책임에 관한 연구” 사법논집(한국상사법학회) 제11집 (1992).
- 서 정, 독점규제법 집행에 관한 연구, 서울대학교 법학석사학위논문 (1998).
- 石光現, “損害賠償을 명한 미국 미네소타주법원判決의 承認 및 執行에 관한 문제점 - 특히 相互保證과 公序의 문제를 중심으로 -”, 人權과 正義 제226호 (1995.6).
- 蘇榮鎭, “제조물책임에 있어서 결함의 개념과 입증책임”, 判例研究(부산판례연구회) 13집 (2002.2).

참고문헌

- 신국미, “토론문”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 신현윤, “소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관한 소고(토론문)”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 양세영, “징벌적 손해배상제도 도입의 문제점”, 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, (2006.7). available at <http://www.pcjr.go.kr/>
- 양창수, “독점규제법에서의 손해배상”, 민법연구 제5권, 박영사, (1999).
- 嚴東燮, “自動車急發進事故와 製造物責任 - 缺陷推定 및 設計缺陷을 中心으로 -”, 『判例實務研究 VII』 박영사 (2004.12).
- 오문완, “징벌적 손해배상제도의 도입”, (2002).
- 오진환, 독점규제및공정거래에관한법률에 있어서의 손해배상청구, 서울대학교 법학석사학위논문, (1986.12).
- 오창수, “독점규제법위반행위와 손해배상청구”, 변호사(서울지방변호사회) 제22집, (1992.1).
- 유진희, “공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 尹起澤, “영연방 국가의 불법행위의 영역에 있어서의 정신적 충격에 대한 손해배상제도에 관하여”, 美國憲法研究 제16권1호, 129-152면 海巖社 (2005.02).
- 尹正煥, “懲罰的 損害賠償에 관한 연구”, 재산법연구(한국재산법학회) 제9권 제1호 (1992).

- 尹正煥, “懲罰的 損害賠償에 관한 연구”, 민사법학 제17호 (1999).
- 윤태영, “경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임”, 경제법연구(한국경제법학회) 제5권 2호 (2006.12).
- 윤태영, “영업이익의 침해와 위법성”, 민사법학(한국민사법학회) 제30호, (2005.12).
- 李圭鎬, “저작권 관련 외국판결의 승인 및 집행에 관한 연구”, 著作權(저작권심의조정위원회) 제53호 (2001.03).
- 이규호, “미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 이기중, “독점규제법상 손해배상청구소송에 있어서 법원과 공정거래위원회의 역할”, 박길준교수화갑기념논문집 제2권, 도서출판 정문 (1998).
- 이기중, “독점규제법위반행위에 대한 공정거래위원회의 시정조치와 법원의 손해배상판결의 관계”, 상사판례연구 제8집 (1997.12).
- 李命甲, “制裁的 慰藉料의 立論(III)”, 사법행정 (1987.5).
- 이봉의, “토론문: 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 이봉의, “공정거래법의 집행체제에 관한 고찰”, 인권과 정의(대한변호사협회) (2003.11).
- 이점인, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 동아대학교 박사학위논문 (1989).
- 李星勳, “외국 판결의 承認에 있어서 相互保證 要件에 관한 法經濟學的 接近”, 司法論集(법원도서관) 제38집 (2004.12).

참고문헌

- 李忠勳, “인터넷통신판매업자의 製造物責任 적용 여부 - 韓國과 美國의 製造物責任法을 중심으로 -”, 通商法律 제45호 (2002).
- 이 황, “토론문: 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (II)』, 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 임영재, “징벌적 손해배상제 도입방안에 대한 토론”, 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, 2006.7. available at <http://www.pcsr.go.kr/>
- 張根榮, “美國統一商法典(U.C.C.)上的 默示的 保證責任과 製造物責任 Implied Warranty Liability under the Uniform Commercial Code and Products Liability - 契約法과 不法行爲法과의 關係를 中心으로 -”, 『企業構造의 再編과 商事法 : 朴吉俊教授華甲記念論文集 I』, (1998.10).
- 장승화, “독점금지법상 금지청구와 손해배상청구”, 인권과 정의(대한변호사협회) 제299호 (2001.7).
- 張在玉, “美國의 巨額 損害賠償判決의 承認과 執行” 비교사법(한국비교사법학회) 창간호 (1994).
- 張在玉, “慰藉料에 관한 몇가지 考察”, 한국민법이론의 발전(이영준박사 화갑기념논문집) (1999).
- 張在玉, “懲罰的 損害賠償과 法治國家의 原理”, 법학논문집(중앙대학교 법학연구소) 제20집 (1995).
- 장재욱, “사적 제재로서의 위자료와 징벌적 손해배상 - 징벌적 손해배상 도입가능성 토론에 부쳐 -”, 사법제도개혁추진위원회, 『징벌적 배상제도 참고자료(1)』, (2006.7). available at <http://www.pcsr.go.kr/>

- 전삼현, “징벌적 손해배상제법(안) 토론요지”, 사법제도개혁추진위원회, 『징벌적 배상제도 참고자료(1)』, (2006.7). available at <http://www.pcsr.go.kr/>
- 정연덕, “토론문”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (Ⅱ)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 조상희, “징벌적 손해배상을 명한 미국법원판결의 집행에 관한 독일과 일본의 판례”, 인권과 정의 제208호 (1993.1).
- 조성국, “토론문”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (Ⅱ)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 崔明龜, “自動車缺陷과 製造物責任 - AT(Automatic Transmission) 自動車の急發進을 中心으로 -”, 『判例實務研究 VII』 博英社 (2004.12).
- 최성호, “도입에 대한 문제점과 대책”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (Ⅰ)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 韓忠洙, “외국판결의 승인과 집행”, 辯護士: 法律實務研究 30輯 서울地方辯護士會 (2000.1).
- 현대호, “토론문”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (Ⅱ)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 홍대식, “공정거래법상 손해배상청구 - 실무의 관점에서 -”, 경영법률 (한국경영법률학회) 제13권 제2호 (2003.3).
- 홍명수, “공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입”, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (Ⅱ)』 한국법제연구원 워크샵 자료집 (2007.10.5).
- 홍승면, “징벌적 손해배상제도의 도입에 관하여”, 사법제도개혁추진위원회, 『징벌적 배상제도 참고자료(1)』 (2006.7). available at <http://www.pcsr.go.kr/>

참고문헌

홍춘의, “독점규제법위반행위와 손해배상책임”, 법학연구(전북대학교 법학연구소) 제21집 (1999.12).

호문혁, “법조경합과 청구권경합에 관한 판례의 동향”, 민사판례연구 (민사판례연구회) 제10집.

村上政博, 獨占禁止法と差止・損害賠償, 商事法務研究會, 2001.

田井義信, イギリス損害賠償法の理論, 有信堂, 1995.

Symposium, Private Law, Punishment, and Disgorgement:

Anthony J. Sebok, *INTRODUCTION: WHAT DOES IT MEAN TO SAY THAT A REMEDY PUNISHES?* 78 Chi.-Kent. L. Rev. 3 (2003).

Andrew Kull, *RESTITUTION'S OUTLAWS*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. 17 (2003).

Ernest J. Weinrib, *PUNISHMENT AND DISGORGEMENT AS CONTRACT REMEDIES*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. 55 (2003).

Volker Behr, *Punitive Damages in American and German Law - Tendencies Toward Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 105 (2003).

Anthony J. Sebok, *WHAT DID PUNITIVE DAMAGES DO? WHY MISUNDERSTANDING THE HISTORY OF PUNITIVE DAMAGES MATTERS TODAY*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. 163 (2003).

Spencer Weber Waller, *THE INCOHERENCE OF PUNISHMENT IN ANTITRUST*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. 207 (2003).

Jonathan Turley, *A Crisis of Faith: Tobacco and the Madisonian Democracy*, 37 Harv. J. on Legis. 433 (2000).

Symposium, Reforming Punitive Damages:

Robert A. Klinck, *The Punitive Damage Debate*, 38 Harv. J. on Legis. 469 (2001).

Neil Vidmar and Mary R. Rose, *Punitive Damages by Juries in Florida: In Terrorem and in Reality*, 38 Harv. J. on Legis. 487 (2001).

Symposium, Reforming Punitive Damages:

David A. Schkade, *Erratic by Design: A Task Analysis of Punitive Damages Assessment*, 39 Harv. J. on Legis. 121 (2002).

W. Kip Viscusi, *Punitive Damages: How Jurors Fail to Promote Efficiency*, 39 Harv. J. on Legis. 139 (2002).

Sheila B. Scheuerman, *The Consumer Fraud Class Action: Reining in Abuse By Requiring Plaintiffs to Allege Reliance as an Essential Element*, 43 Harv. J. on Legis. 1 (2006).

Amanda Edwards, *Recent Development: Medical Malpractice Non-Economic Damages Caps*, 43 Harv. J. on Legis. 213 (2006).

A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harv. L. Rev. 869 (1998).

Stephanie L. Nagel, *RECENT DEVELOPMENT: BMW v. Gore: The United States Supreme Court Overturns an Award of Punitive Damages as Violative of the Due Process Clause of the Constitution*, 71 Tul. L. Rev. 1025 (1997).

Paul M. Sykes, *NOTE: Marking a Road to Nowhere? Supreme Court Sets Punitive Damages Guideposts in BMW v. Gore*, 75 N.C.L.Rev. 1084 (1997).

참 고 문 헌

Kenneth R. Davis, Protected Right or Sacred Rite: The Paradox of Federal Arbitration Policy, 45 DePaul L. Rev. 65 (1995).

John Y. Gotanda, *Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 38 Harv. Int'l L.J. 59 (1997).

Thomas J. Stipanowich, Punitive Damages and the Consumerization of Arbitration, 92 Nw. U.L.Rev. 1 (1997).

Punitive Damages in International Commercial Arbitration, J. Int'l Arb., Sept. 1993, at 67.

Int'l Dispute Res. Comm., Int'l Law & Practice, N.Y. State Bar Assoc., *Report on Punitive Damages in International Commercial Arbitration* (1992).

Yves P. Piantino, Switzerland's Treatment of U.S. Money Judgments, 46 Am. J. Comp. L. 181 (1998).

Ernst C. Stiefel et al., *The Enforceability of Excess U.S. Punitive Damage Awards in Germany*, 39 Am. J. Comp. L. 779 (1991).

Bad Faith and Punitive Damages: Annotations to First Party Insurance Cases, Statutes and Regulations, Second Supplement, ABA (June 1999).

Cass R. Sunstein, Reid Hastie, John W. Payne, David A. Schkade, and W. Kip Viscusi, *Punitive Damages: How Juries Decide*, University Of Chicago Press (September 15, 2003).

Charles Lane, Justices To Rule on Punitive Damages, Punitive Damage Reform, NAMIC(National Association of Mutual Insurance Companies),

at: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/30/AR2006053001260.html>.

David Crump, Evidence, Economics, And Ethics: What Information Should Jurors Be Given to Determine the Amount of a Punitive-Damage Award? 57 Md. L. Rev. 174 (1998).

David Friedman, *An Economic Explanation of Punitive Damages*, at: <http://www.daviddfriedman.com/Academic/Punitive/Punitive.html>

Eric J. Hertz, *Punitive Damages in Georgia*, Harrison Co..

Eric M. Zyla, *Punitive and Consequential Damages, Including Lost Profits, In A Construction Contract Dispute*, Xygnia, Inc. (September 30, 2006).

Esther Sonntag, *Entwicklungstendenzen der Privatstrafen*, Bwv-Berliner Wissenschafts- Verlag (Februar 2005).

Hermann Lange und Gottfried Schiemann, *Shadensersatz*, Mohr Siebeck, 2003.

Orrin G. Hatch (Editor), *Punitive Damages in Financial Injury Cases: The Rand Report, Hearing Before the Committee on the Judiciary, U.S. Senate*, Diane Pub Co (January 2002).

Orrin G. Hatch (Editor), *Punitive Damages: Tort Reform & Fda Defenses: Hearings Before the Committee on the Judiciary*, U. S. Senate, Diane Pub Co (October 1995).

Peter Muller, *Punitive Damages Und Deutsches Schadensersatzrecht*, Walter De Gruyter Inc (June 2000).

Rachel M. Janutis, Fair Apportionment of Multiple Punitive Damages, 75 Miss. L.J. 367 (2006).

참 고 문 헌

- Rainer Bechtold, Olaf Otting, *Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. (GWB)*, 4., neu bearb. Aufl., Beck Juristischer Verlag (September 2006).
- Stephan Lüke, *Punitive Damages in der Schiedsgerichtsbarkeit*, Mohr Siebeck (Juli 2003).
- The Rand Report, *Punitive Damages in Financial Injury Cases*, Diane Publishing Co. (June 1997).
- Thomas J. Collin (ed.), *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook*, American Bar Association Section of Antitrust Law, 1998.
- Thomas Dreier, *Kompensation und Prävention: Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Mohr Siebeck, 2002.
- Ulrich Schwalbe, Daniel Zimmer, *Kartellrecht und Ökonomie*, Recht und Wirtschaft; Auflage: 1 (Juni 2006).
- Victor E. Schwartz, Mark A. Behrens and Joseph P. Mastro Simone, *Reining in Punitive Damages "Run Wild": Proposals for Reform by Courts and Legislatures*, 65 Brooklyn L. Rev. 1003 (1999).
- Volker Emmerich, *Kartellrecht*, 10., Aufl., Beck Juristischer Verlag; (Oktober 2006).

부 록

【부 록 1】

징벌적배상법(안)⁴⁰⁷⁾

제 1 장 총 칙

제 1 조 (목적) 이 법은 고의 또는 중과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자 등의 징벌적 배상책임을 규정함으로써 불법행위자를 징벌하고 유사한 불법행위의 재발을 방지하며 징벌적 배상책임 및 징벌적 배상소송에 관하여 민법 및 민사소송법에 대한 특례를 정하는 것을 목적으로 한다.

제 2 조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “전보배상”이라 함은 이 법에 의하지 아니하고 민법 그 밖의 다른 법률에 의한 손해배상청구권에 따라 피해자가 입은 손해를 전보할 목적으로 인정되는 손해배상을 말한다.
2. “징벌적 배상”이라 함은 제1호의 전보배상을 제외하고 오로지 불법행위자를 징벌하고 유사한 불법행위의 재발을 방지할 목적으로 이 법에 의한 손해배상청구권에 따라 인정되는 손해배상을 말한다.
3. “징벌적 배상소송”이라 함은 손해배상청구의 전부 또는 일부에 이 법에 의한 징벌적 배상의 청구가 포함된 소송을 말한다.

제 3 조 (관할) 징벌적 배상소송은 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원 본원 합의부의 전속관할로 한다.

제 4 조 (소송대리인의 선임) 징벌적 배상소송의 원고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다.

407) 사법제도개혁추진위원회, 황희석 변호사 시안, 2006.3. 이것은 2006년 2월의 제1차 시안에 대하여 사개추위 중간검토회의 결과를 반영한 제2차 시안으로 단행특별법 형태의 일반적 도입안을 제시하고 있다.

제 5 조 (법적용례) ①징벌적 배상에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민법 제3편 채권 제5장 불법행위편을 적용한다.

②징벌적 배상소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민사소송법 기타 다른 법률을 적용한다.

제 2 장 징벌적 배상책임

제 6 조 (징벌적 배상책임) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가하거나 타인의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 침해한 자(이하 “가해자”라 한다)는 가해자를 징벌하고 유사한 불법행위의 재발을 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 가해자는 전보배상 외에 징벌적 배상을 할 책임이 있다.

제 7 조 (사용자책임등) ①사용자나 본인(이하 “사용자등”이라 한다)의 업무에 종사하는 피용자나 대리인(이하 “피용자등”이라 한다)이 그 업무에 관하여 제6조의 규정에 의한 징벌적 배상책임을 지고 사용자등이 피용자등의 불법행위를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하여 그 행위를 지시, 감독, 승인 또는 추인한 경우, 사용자등을 징벌하고 사용자등의 유사한 지시, 감독, 승인 또는 추인을 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 사용자등은 피용자등과 연대하여 징벌적 배상을 할 책임이 있다.

②도급인의 업무에 종사하는 수급인이 그 업무에 관하여 제6조의 규정에 의한 징벌적 배상책임을 지고 도급인이 수급인의 불법행위를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하여 그 행위를 지시, 감독, 승인 또는 추인한 경우, 도급인을 징벌하고 도급인의 유사한 지시, 감독, 승인 또는 추인을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에도 같다.

제 8 조 (면책특약의 제한) 이 법에 의한 징벌적 배상책임을 배제하거나 제한하는 특약은 무효로 한다.

제 3 장 소송절차

제 9 조 (소의 제기) ①징벌적 배상소송의 소는 전보배상을 청구하는 소와 별도로 제기할 수 없다.

②징벌적 배상소송의 소장에 붙이는 징벌적 배상청구에 관한 인지액은 민사소송등인지법 제2조의 규정에 의하여 산출된 금액으로 하되 그 상한은 5천만원으로 한다.

③징벌적 배상소송의 징벌적 배상청구에 관한 항소심 및 상고심에서의 인지액에 대하여는 민사소송등인지법 제3조의 규정을 준용한다.

제10조 (변론의 병합) 같은 피고를 상대로 한 여러 개의 징벌적 배상소송의 징벌적 배상 청구권이 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암은 생긴 경우 법원은 변론을 병합하여야 한다. 다만, 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제11조 (직권증거조사) 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

제12조 (문서제출명령 등) ①법원은 필요하다고 인정하는 때에는 소송과 관련있는 문서를 소지하고 있는 자에 대하여 그 문서의 제출을 명하거나 송부를 촉탁할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 문서제출명령이나 문서송부촉탁을 받은 자는 정당한 이유없이 그 제출이나 송부를 거부할 수 없다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

부 록

1. 공공기관의정보공개에관한법률 제4조 제3항 및 동법 제7조 제1항 각호의 사유가 있는 문서
 2. 민사소송법의 규정에 의하여 제출을 거부할 수 있는 문서
- ③당사자는 법원에 제1항의 규정에 의한 문서제출명령 등을 신청할 수 있다.

제13조 (증거보전) 법원은 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있지 아니한 경우에도 필요하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 증거조사를 할 수 있다.

제14조 (재산명시신청 등) ①징벌적 배상소송의 원고는 징벌적 배상액수의 산정 및 그 증거조사를 위하여 변론준비절차 또는 변론기일에서 수소법원에 피고의 재산명시를 요구하는 신청을 할 수 있다. 이 경우 민사집행법 제61조 제2항은 적용하지 아니한다.

②원고가 징벌적 배상소송의 청구원인에 대하여 소명하거나 기타 재산명시신청에 상당한 이유가 있다고 판단하는 때에는 법원은 피고에게 재산상태를 명시한 재산목록을 제출하도록 명할 수 있다.

③제1항의 재산명시신청 및 그 재판에 대하여는 민사집행법 제62조 제2항 내지 제9항, 제63조 내지 제69조, 제74조 내지 77조를 준용한다.

제15조 (손해배상액의 산정) ①징벌적 배상액을 산정함에 있어 법원은 다음 각호의 사항을 배심에게 충분히 실시하여야 하고, 배심은 이를 합리적으로 고려하여야 한다.

1. 불법행위의 성질 및 빈도
2. 불법행위가 피해자 또는 다른 자에게 미치는 영향
3. 가해자가 불법행위로 취득한 금전 또는 경제적 이익의 정도
4. 전보배상 기타 가해자가 불법행위로 인하여 지출한 금전 또는 경제적 가치의 정도

5. 가해자가 불법행위 이후 취한 사후조치의 유무 및 그 내용
 6. 가해자의 현재 및 장래의 재산정도
 7. 가해자가 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 과거에 징벌적 배상책임을 지는 확정판결을 받았는지 여부 및 그 손해배상액
 8. 피고가 불법행위로 형사처벌을 받았는지 여부 및 그 처벌의 정도
 9. 기타 손해배상액의 산정에 관련된 다른 요소
- ②법원은 금전지급의 판결을 선고함에 있어서는 제반 사정을 참작하여 지급의 유예와 분할지급 그 밖에 상당한 방법에 의한 지급을 허락할 수 있다.

제 4 장 시행규칙

제16조 (대법원규칙) 이 법 규정 중 징벌적 배상소송에 관한 규정의 시행에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

부 칙

제 1 조 (시행일) 이 법은 2007년 1월 1일부터 시행한다.

제 2 조 (적용례) 이 법은 이 법의 시행 후 최초로 행하여진 행위로 인한 손해배상청구부터 적용한다.

【부 록 2】

징벌적배상제 도입시안 신구대조표

공정거래법

현행법	개정초안
<p>第56條 (損害賠償責任) 事業者 또는 事業者團體는 이 法의 規定을 위반함으로써 被害를 입은 者가 있는 경우에는 당해被害者에 대하여 損害賠償의 責任을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>第56條 (損害賠償責任) ①事業者 또는 事業者團體는 이 法의 規定을 위반함으로써 被害를 입은 者가 있는 경우에는 당해被害者에 대하여 損害賠償의 責任을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>②다음 각호에 해당하는 사업자 또는 사업자단체는 제1항의 피해가 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 위반행위로 인한 것인 때에는 당해피해자에 대하여 그 피해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반하여 남용행위를 한 자 2. 제19조(부당한 공동행위의 금지)제1항의 규정을 위반하여 부당한 공동행위를 한 자 또는 이를 행하도록 한 자

현행법	개정초안
<p>제57조 (손해액의 인정) 이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.</p>	<p>제57조 (손해액의 인정) ①이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.</p> <p><u>②법원은 제56조제2항본문의 배상액을 정함에 있어서 다음 각호의 사항을 고려하여야 한다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 가해자의 악의성 2. 가해행위로 인하여 원고 또는 제3자에게 발생한 실손해액 3. 피고에게 당해 가해행위로 인하여 부과된 벌금·과징금·전보배상액·원상회복금액 4. 피고의 재산상태

「표시·광고의 공정화에 관한 법률」

현행법	개정초안
<p>第10條 (損害賠償責任) ①事業者등은 第3條第1項의 規定에 위반하여 不當한 表示·廣告行爲를 함으로써 被害를 입은 者가 있는 경우에는 당해 被害者에 대하여 損害賠償의 責任을 진다.</p>	<p>第10條 (損害賠償責任) ①事業者등은 第3條第1項의 規定에 위반하여 不當한 表示·廣告行爲를 함으로써 被害를 입은 者가 있는 경우에는 당해 被害者에 대하여 損害賠償의 責任을 진다.</p>

현행법	개정초안
<p>②第1項의 規定에 의하여 損害賠償의 責任을 지는 事業者등은 그 被害者에 대하여 故意 또는 過失이 없음을 들어 그 責任을 免할 수 없다.</p>	<p>②第1項의 規定에 의하여 損害賠償의 責任을 지는 事業者등은 그 被害者에 대하여 故意 또는 過失이 없음을 들어 그 責任을 免할 수 없다.</p> <p>③사업자 또는 사업자단체는 제1항의 피해가 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 위반행위로 인한 것인 때에는 당해피해자에 대하여 그 피해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다.</p> <p>④법원은 제3항의 배상액을 정함에 있어서 다음 각호의 사항을 고려하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 가해자의 악의성 2. 가해행위로 인하여 원고 또는 제3자에게 발생한 실손해액 3. 피고에게 당해 가해행위로 인하여 부과된 벌금·과징금·전보 배상액·원상회복금액 4. 피고의 재산상태

「제조물책임법」

현행법	개정초안
<p>제 3 조 (제조물책임) ①제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·</p>	<p>제 3 조 (제조물책임) ①제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·</p>

현행법	개정초안
<p>신체 또는 재산에 손해(당해 제조물에 대해서만 발생한 손해를 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.</p> <p>②제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우 제조물을 영리목적으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 공급한 자는 제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지하</p>	<p>신체 또는 재산에 손해(당해 제조물에 대해서만 발생한 손해를 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.</p> <p><u>②제조업자는 제1항의 손해가 제조물을 공급하기 전에 제조물의 결함을 알고도 그 결함으로 인한 피해의 발생을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 인한 것인 때에는 당해피해자에 대하여 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다. 이 경우 법원은 배상액을 정함에 있어서 다음 각호의 사항을 고려하여야 한다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 가해자의 악의성 2. 가해행위로 인하여 원고 또는 제3자에게 발생한 실손해액 3. 피고에게 당해 가해행위로 인하여 부과된 벌금·과태료·전보 배상액·원상회복금액 4. 피고의 재산상태 <p>③제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우 제조물을 영리목적으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 공급한 자는 제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지하지</p>

현행법	개정초안
지 아니한 때에는 제1항의 규정에 의한 손해를 배상하여야 한다.	아니한 때에는 제1항의 규정에 의한 손해를 배상하여야 한다.

「방문판매 등에 관한 법률」

현행법	개정초안
<p>제50조(독점규제및공정거래에 관한 법률의 준용) ①독점규제및공정거래에 관한 법률 제42조 내지 제45조 및 제52조의 규정은 이 법에 의한 공정거래위원회의 심의·의결에 관하여 준용한다.</p> <p>②독점규제및공정거래에 관한 법률 제50조제1항 내지 제4항의 규정은 이 법 위반행위에 대한 공정거래위원, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 조사 등에 관하여 이를 준용한다.</p> <p>③독점규제및공정거래에 관한 법률 제53조·제53조의2·제54조·제55조 및 제55조의2의 규정은 이 법에 의한 공정거래위원회의 처분 및 제49조에 의하여 위임된 시·도지사의 처분에 대한 이의신청·시정 조치명령의 집행정지·소의 제기 및 불복의 소의 전속관할에 관하여 준용한다.</p> <p>④독점규제및공정거래에 관한 법률 제62조의 규정은 이 법에 의한 직</p>	<p>제50조(독점규제및공정거래에 관한 법률의 준용) ①독점규제및공정거래에 관한 법률 제42조 내지 제45조 및 제52조의 규정은 이 법에 의한 공정거래위원회의 심의·의결에 관하여 준용한다.</p> <p>②독점규제및공정거래에 관한 법률 제50조제1항 내지 제4항의 규정은 이 법 위반행위에 대한 공정거래위원, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 조사 등에 관하여 이를 준용한다.</p> <p>③독점규제및공정거래에 관한 법률 제53조·제53조의2·제54조·제55조 및 제55조의2의 규정은 이 법에 의한 공정거래위원회의 처분 및 제49조에 의하여 위임된 시·도지사의 처분에 대한 이의신청·시정 조치명령의 집행정지·소의 제기 및 불복의 소의 전속관할에 관하여 준용한다.</p> <p>④독점규제및공정거래에 관한 법률 <u>제56조제2항, 제57조제2항의 규정</u></p>

현행법	개정초안
<p>무에 종사하거나 종사하였던 공정거래위원회의 위원 또는 공무원에 대하여 준용한다.</p>	<p><u>은 소비자 또는 다단계판매원이 되고자 하는 자 또는 다단계판매원이 다단계판매자의 제23조제1항에 위반하는 행위에 대하여 손해배상청구를 하는 경우에 이를 준용한다. 이 경우 “사업자 또는 사업자단체”는 “다단계판매자”로 본다.</u></p> <p>⑤독점규제및공정거래에관한법률 제62조의 규정은 이 법에 의한 직무에 종사하거나 종사하였던 공정거래위원회의 위원 또는 공무원에 대하여 준용한다.</p>