

워크숍 2007 -

징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (Ⅱ)

2007. 10. 5.

워크숍 일정

- ◆ 주 제 : 징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성
- ◆ 일 시 : 2007년 10월 5일(금요일) 10:00 ~ 12:30(제1세션)
15:00 ~ 18:30(제2세션)
- ◆ 장 소 : 한국법제연구원 대회의실
- ◆ 구 성

【 제 1 세션 】

- ◇ 주 제 : 영·미·독의 손해배상법제와 징벌적 손해배상의 법리

- ◇ 사 회

장재욱 교수 (중앙대학교)

- ◇ 주 제 발표

제 1 주제 : 징벌적 배상 법리의 발전과정과 현황 - 영국과 캐나다 등의 법리와 우리나라에서의 논의를 중심으로 -

발 표 자 : 김제완 교수 (고려대학교)

지정토론 : 신국미 교수 (청주대학교), 고세일 박사 (고려대학교)

제 2 주제 : 미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점

발 표 자 : 이규호 교수 (중앙대학교)

지정토론 : 최성호 변호사 (동국대학교 겸임교수),
박찬호 박사 (한국법제연구원)

제 3 주제 : 독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -

발 표 자 : 박동진 교수 (연세대학교)

지정토론 : 전경운 교수 (경희대학교), 이준형 교수 (중앙대학교)

【 제 2 세션 】

◇ 주 제 : 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

◇ 사 회

원용수 교수 (숙명여자대학교)

◇ 주 제 발 표

제 1 주제 : 소비자법상 징벌적 배상제도의 도입에 관한 소고

발 표 자 : 김성천 박사 (한국소비자원)

지정토론 : 신현운 교수 (연세대학교), 권재열 교수 (경희대학교)

제 2 주제 : 지재권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리

발 표 자 : 김병일 교수 (한양대학교)

지정토론 : 정연덕 교수 (건국대학교), 현대호 박사 (한국법제연구원)

제 3 주제 : 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입

발 표 자 : 홍명수 교수 (명지대학교)

지정토론 : 유진희 교수 (고려대학교), 이봉의 교수 (서울대학교)

제 4 주제 : 공정거래법 및 소비자법상 징벌적 손해배상제도의 도입

발 표 자 : 김두진 박사 (한국법제연구원)

지정토론 : 이 황 재판연구원 (대법원), 조성국 교수 (중앙대학교)

목 차

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

▣ 제 1 주제 : 소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관한 소고 (김성천)

I. 서 론	13
II. 징벌적 배상제도의 연혁과 비교법	15
1. 영 국	15
2. 미 국	16
3. 중 국	17
4. 대 만	18
5. 기 타.	18
III. 현행 법제 및 판례상 징벌적 배상의 가능성	18
1. 징벌적 배상의 의의	18
2. 법률의 현황	21
3. 판례의 현황	27
IV. 소비자권리실현을 위한 징벌적 배상제도의 도입방안	31
1. 도입의 필요성 및 기본방향	31
2. 기본방향	32
3. 입법론적 제언	34
< 참 고 문 헌 >	39

◎ 토론 문 (신현윤)	41
◎ 토론 문 (권재열)	45
■ 제 2 주제 : 지적권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리 (김병일)	
I. 서 언	51
II. 미국에서의 징벌적 손해배상제도 - 특허부분의 3배 배상	55
1. 3배 배상의 법적 근거	55
2. 3배배상 가부의 판단요소	56
3. 소 결	57
III. 한미 FTA와 지적재산권침해에 대한 법정손해배상제도	58
1. 개 요	58
2. 미국 저작권법 및 상표법상의 법정손해배상제도	59
3. 저작권법, 상표법 등의 개정안에 관한 검토	63
4. 소 결	66
IV. 징벌적 손해배상법리의 수용여부에 대한 검토	67
◎ 토론 문 (정연덕)	69
◎ 토론 문 (현대호)	75
■ 제 3 주제 : 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입 (홍명수)	
I. 서 론	81

II. 징벌적 손해배상과 반독점법	83
1. 징벌적 손해배상제도의 의의	83
2. 미국 반독점법에서 징벌적 손해배상제도의 운영	87
III. 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성	93
1. 공정거래법상 손해배상제도의 의의	93
2. 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성 검토	95
IV. 결 론	97
◎ 토 론 문 (유진희)	99
◎ 토 론 문 (이봉의)	101

■ 제 4 주제 : 공정거래법 및 소비자법상 징벌적
손해배상제도의 도입 (김두진)

I. 징벌적 배상의 개념	105
1. 손해배상제도의 발전과 징벌적 배상의 의의	105
2. 징벌적 배상의 역사	111
3. 징벌적 배상의 기능	113
4. 징벌적 배상에 대한 비판론	114
II. 징벌적 배상에 관한 각국의 법제	115
1. 미 국	116
2. 영 국	128
III. 우리나라의 손해배상법제 및 제도운용실태	132
1. 민법의 손해배상 원칙	132

2. 공정거래법상의 손해배상 원칙	135
IV. 징벌적 배상제의 도입	139
1. 징벌적 배상제도의 도입 가능성	139
2. 징벌적 손해배상제 도입시의 운용법리	142
◎ 토론 문 (이 황)	147
◎ 토론 문 (조성국)	151

【 제 2 세션 】

**특정법분야의 징벌적
손해배상제 도입 구상**

제 1 주제

소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관한 소고

발 표 자 : 김성천 박사 (한국소비자원)

지정토론 : 신현윤 교수 (연세대학교)

권재열 교수 (경희대학교)

소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관한 소고¹⁾

김 성 천

(한국소비자원 연구위원, 법학박사)

I. 서 론

최근 인터넷 반액쇼핑사기, 유사수신행위, 피라미드판매, 허위과장광고행위 등 사업자의 위법·부당한 행위로 인한 소비자의 피해가 급증하면서 위법·부당한 행위를 근절하기 위한 제도들이 도입되고 있다. 특히 소비자기본법, 방문판매 등에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 등 소비자법은 사업자의 위법·부당한 행위에 대한 제재수단으로는 시정명령, 영업정지, 과태료, 과징금 등 행정제제는 물론 더 나아가 벌금, 징역, 양벌규정 등 형사제재를 가하는 법적 근거를 두고 있다. 그러나 이러한 행정제재 및 형사처벌을 통해서도 인력한계 및 법적용의 불확실성 등으로 인해 위법·부당한 행위는 근절되지 않고, 편법 등 탈법행위들이 기승을 부리고 있다.

이에 일부 법률에서는 무과실책임, 입증책임전환, 연대책임 등 부분적으로 민사제재규정을 두었고, 최근 개정된 소비자기본법에서는 집단분쟁조정제도와 단체소송제도를 도입해 위법·부당한 행위를 억제하고 소비자피해를 사전에 예방하고 사후에 충분히 구제받을 수 있는 법적 환경을 마련하고 있다. 이중 소비자의 손해배상청구는 소비자분쟁해결의 최후수단으로 그 기능이 점점 강조되고 있다. 소비자분쟁해결의 내용에서도 손해배상은 수리, 교환, 환급 등에 이은 보상의 마지

1) 이 글은 발표자의 □□징벌적 손해배상제도와 소비자피해구제□□(한국소비자원 연구보고서 2003-05)의 내용을 수정·보완한 것이고, 개인적 견해를 밝힌다.

막 수단이다. 이는 사업자의 계약위반 또는 불법행위, 물품 또는 용역의 하자나 결함, 부당한 권유행위 등으로 인한 소비자피해에 대한 구제방법으로 소비자원이나 소비자단체의 합의권고 및 분쟁조정 더 나아가 법원의 판결에 의해 해결되고 있다. 소비자의 손해배상청구권은 민법에 근거하여 위법행위인 채무불이행(계약위반)과 불법행위는 물론 기타 계약체결상의 과실책임, 하자담보책임, 품질보증계약 등에 의해 발생한다. 그러나 손해배상의 범위는 민법에 의해 규율되고 있다. 민법 제393조는 손해배상의 범위를 정하는 기준으로서 통상손해와 특별손해를 규정하고 있다. 일반적·객관적으로 당연히 발생하리라고 예상하였을 통상손해의 경우에는 그 전부에 대해 배상책임을 인정하고, 특별한 사정에 기한 손해에 대해서는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임을 인정한다. 또한 소비자기본법에 의한 소비자분쟁해결기준에서도 일부 피해유형에 대해 위약금 또는 손해배상에 관한 분쟁해결기준을 제시하고 있지만, 기본적으로 민법 제393조의 적용을 받는다.

그런데 현행 민법상 손해배상의 원칙은 제한배상주의이고, 실제 위자료의 범위도 적어 소비자가 손해배상을 통한 피해구제의 만족은 어렵다. 실제 소비자피해구제시 소비자가 사업자의 위법·부당한 행위로 인해 받는 손해배상의 범위는 제한적이고 상징적인 금액에 불과하다. 따라서 많은 소비자는 손해배상을 받고자 소송을 제기하는 것을 기피하게 되고, 일부 사업자들은 이런 점을 악용하여 소비자에게 상습적으로 위법·부당한 행위를 행하고 있다.

이에 새로운 제재수단으로 새로운 민사제재제도에 대한 논의가 있다. 대표적으로 징벌적 배상제도의 도입이다²⁾. 소비자손해를 자신의 수익으

2) 징벌적 배상에 관한 대표적인 박사학위논문은 이점인, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 동아대학교 법학박사학위 논문, 1989 ; 류근홍, “징벌적 손해배상제도에 관한 연구 : 도입 필요성과 그 적용한계를 중심으로”, 청주대 박사학위논문, 2006 등이다. 이외에도 사법제도개혁추진위원회와 법무부가 징벌적 배상제도의 도입에 대해 논의했다. 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”와 “징벌적 배상제도

로 취득하려는 악질사업자에 대해 영미법상 징벌적 배상제도를 제한적으로 도입하자는 것이다. 징벌적 배상(Punitive Damages)이란 피해자가 가해자의 ‘고의 또는 그것에 가까운 악의’에 의해 피해를 입은 경우, 그러한 행위를 장차 두 번 다시 하지 않게 하기 위하여 손해액과는 관계 없이 고액의 배상금을 가해자에게 부과하는 제도이다. 부과하는 징벌적 배상액의 범위는 실손해의 2배에서 몇만배까지 다양하게 결정된다.

이 글에서는 현행 소비자손해배상에 한계가 있다는 문제의식을 전제로 소비자의 손해배상청구권의 확대라는 관점에서 사업자의 위법·부당한 행위로 인한 소비자피해의 예방 및 재발방지를 위한 제도로써 선진국 등이 운용하고 있는 민사제재수단인 징벌적 배상제도의 도입 방안을 제시하고자 한다.

II. 징벌적 배상제도의 연혁과 비교법³⁾

1. 영 국

근대법에서의 징벌적 배상제도는 영국에서 시작된 보통법(Common Law)상의 제도 즉 판례법에 의해 형성된 제도이다. 징벌적 배상은 보통법의 발전과정에서 볼 때 후기에 확립되었다. 징벌적 배상을 인정한 최초의 판례, 즉 최초로 “exemplary damages”라는 용어를 사용한 1763년 영국의 *Huckle v. Money* 사건에서, 법원은 배심원이 현실의 재산적 손해를 넘는 금전손해배상을 평결할 수 있다고 판결하였다. 그러나 현재 영국에서는 징벌적 배상에 대한 찬반론을 거쳐 1964년 *Rookes v. Barnard* 사건 이후 극히 제한적으로만 인정되고 있다. 영국법에서는 전보적 손해배상을 원칙으로 하면서 징벌적 배상은 예외적으로 인정하고 있다.

도입 방안 참고자료(2)”, 2006 ; 법무부, □□민법(재산편) 개정 자료집□□, 2004 참조
3) Gotanda, John Y., Punitive Damages : A Comparative Analysis, Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No. 2003-6 <<http://ssrn.com/abstract=439884>> 참조

2. 미 국

미국은 판례법으로 고의불법행위, 보험업자의 불성실행위, 불공정거래행위, 직업적 배임행위, 고의 또는 중과실에 의한 제조물책임, 의료과오 등에 대해 고액의 징벌적 배상을 부과하고 있다. 그렇다고 미국의 모든 주가 징벌적 배상을 확일적으로 인정하고 있는 것은 아니고, 루이지아나, 매사추세츠, 네브라스카, 워싱턴 등 4개주는 징벌적 배상을 다른 법률에서 명문으로 규정하고 있는 경우를 제외하고는 부정하고 있다. 징벌적 배상이 언급된 최초의 미국 판례는 1784년 *Genay v. Norris* 사건으로 알려져 있지만, 실질적으로 이에 관한 법리가 인정된 것은 19세기 중엽이다. 그후 이 법리는 보통법상 확고하게 인정되었고, 그 인정범위도 점차 확대되었으며, 현재에는 과도한 배상액부과의 제한이 문제되고 있다. 징벌적 배상이 인정되는 판례분야는 제조물책임, 명예훼손, 운송인의 책임, 음주운전, 계약위반 등이다.

한편 연방법이나 주법은 2배내지 3배의 배상을 인정하고 법정최저 배상액을 법정화하고 있으나 각기 내용이 다르다. 대표적으로 공무원이 법령 등에서 명확하게 부과하고 있는 의무를 위반한 경우, 타인의 권리를 특별히 보호 혹은 존중해야 할 법적 의무를 부담하고 있는 자가 고의로 상대방의 권리를 침해하여 손해를 가한 경우 (토지의 훼손적 사용, 변호사가 의뢰인의 이익에 반하는 행위를 한 때 등), 범위반사실을 발견하기가 곤란하여 위반이 있어도 이를 적발하기가 곤란한 경우 (타인의 토지를 침범하여 수목을 벌채하거나 금지된 시간, 장소에서의 어업행위, 도청, 음악 등에 관한 저작권의 침해, 물의 오염 등), 당사자간의 관계에 있어서 피해자가 범위반을 표면화하기가 어려운 경우 (지대임료통제법 위반, 노동자를 보호하기 위한 임금관계 법령 등의 위반), 하나의 위반이 한 개인에 미치는 손해는 적으나 범위반자가 가지는 이익의 총액이 큰 경우 (소비자보호관련법의 위반, 물

가통제법 위반, 독점금지법 위반 등), 범위반에 따라서 경쟁 상대 등에게 결정적인 타격을 줄 수 있는 경우(독점금지법 위반, 무역에 있어서의 덤핑행위 등) 등이 있다.

연방법중에서는 반트러스트법, 인권법, 공정주택법, 노동차별금지법 등에서 3배 배상 등 징벌적 배상규정을 두고 있다.

미국의 경우 인정되는 손해배상의 금액이 현저히 고액화되면서 오히려 과도한 징벌적 배상액 때문에 파산하는 기업이 증가하게 되고, 보험료의 급등 및 보험의 인수거부 사태를 초래하여 각주마다 징벌적 배상제도 자체에 대한 개혁안을 발표하고 있다. 미국 연방대법원에서도 징벌적 배상액이 지나치게 과다하여 위헌판결을 내린 바도 있다. 그러나 징벌적 배상제도 자체를 폐지해야 한다는 제안은 없고, 제도 자체를 존속시키는데 손해배상액을 제한하자는 의견과 법안이 제시되고 있다.

그리고 1996년 미국 통일주법위원전국회의(National Conference of Commissioners of Uniform State Laws)가 채택한 징벌적 배상 모델법(Model Punitive Damages Act : MPDA)이 있다. 이 모델법은 각 주에서 징벌적 배상에 대하여 새로운 접근을 할 수 있게 효율성을 제공하고 있다. 그러나 모델법은 재판절차, 입증방법, 심리과정 등의 개선을 도모할 뿐이다.

3. 중 국

중국 소비자권익보호법⁴⁾은 징벌적 배상제도에 해당하는 증가배상제도를 규정하고 있다(동법 제49조). 즉 경영자가 상품이나 서비스를 제공하면서 사기행위가 있는 경우에는 소비자의 요구에 따라 그 입은 손실에 대하여 증가배상을 해주어야 하며, 증가배상의 금액은 소비자가 상품을 구매한 가격이나 서비스를 받고 지출한 비용의 1배로 한다⁵⁾.

4) 중국의 소비자권익보호법에 대해서는 노병호, “중국 소비자권익보호법”, 『법학연구』 제12권, 2001, 35쪽 이하 참조 ; 박충순 역, “소비자권익보호법”, 『입법조사월보』 1994년 2월호 참조

5) 第四十九條 經營者提供商品或者服務有欺詐行為的，應當按照消費者的要求增加賠償

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

중국 소비자권익보호법상 징벌적 배상제도의 특징은 1배이며, 징벌 배상금산정의 기초가 되는 것은 상품의 가격이나 서비스비용이라는 점이다⁶⁾.

4. 대 만

대만소비자보호법은 징벌성배상금에 관한 규정을 두고 있다(동법 제51조). 즉 기업경영자의 고의적 행위로 인해 손해를 입은 경우 소비자는 이 법에 의해 제기하는 소비소송에서 실손해의 3배이상 징벌성 배상금을 청구할 수 있다. 다만, 손해가 과실에 의해 발생한 경우에는 실손해의 1배 이하 징벌성 배상금을 청구할 수 있다⁷⁾.

5. 기 타

이외에도 브라질, 러시아, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 캐나다 등에서도 판례 및 제정법에서 징벌적 배상을 인정하고 있다.

Ⅲ. 현행 법제 및 판례상 징벌적 배상의 가능성

1. 징벌적 배상의 의의

1) 징벌적 배상의 개념

징벌적 배상(punitive damages)은 위법·부당한 행위를 행한 자에 대하여 고액의 손해배상을 인정하여, 피해자는 물론 사회 일반인을 보

其受到的損失，增加賠償的金額為消費者購買商品的價款或者接受服務的費用的一倍。

6) 중국의 징벌성 배상조항에 대해서는 박은경, “중국 소비자권익보호법상의 징벌성 배상조항”, 『법학연구』 제24집, 2006, 241쪽 이하 ; 河上正二·王冷然, “中國の消費者權益保護法と懲罰的損害賠償(上)(下)”, NBL No.841(2006.915), No.842(2006.10.1)참조
7) 第五十一條 依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。

호하는 가해행위의 재발방지제도이다. 법원은 가해자의 행위가 폭력적(violent) 또는 위압적(oppressive)이거나 악의(malice), 기망(fraud), 의도적 무시(wanton) 등의 사유를 수반하는 경우, 피해자가 현실적으로 입은 손해를 넘어 별도의 손해배상금의 지급을 명할 수 있다.

2) 징벌적 배상의 기능

징벌적 배상은 제재 및 억제 기능, 법준수 기능, 전보적 기능, 사회적 배상기능을 갖고 있다.

(1) 제재 및 억제 기능

징벌적 배상은 위법·부당한 행위를 한 자를 제재함으로써 그 자의 위법·부당한 행위를 예방하고 나아가 일반인에게 본보기를 보여줌으로써 비슷한 위법·부당한 행위의 재발을 막는 제재 및 억제기능을 한다. 징벌적 배상의 억제기능은 행위가 범죄에 해당하지 않아 형사처벌을 받지 않는 상황에서 그 진가를 발휘한다.

이외에도 징벌적 배상을 통해 불법행위자를 처벌함으로써 간접적으로 선량한 준법자에게 보답하고 불법행위자를 교육시키는 기능도 달성할 수 있다.

(2) 법준수 기능

징벌적 배상은 법준수 기능이 있다. 이것은 피해자에게 실제로 입은 손해를 넘는 배상액을 취득케 함으로써 자연스럽게 불법행위의 고발을 이끌어 내고 고발하도록 촉진시키는 기능이다. 실제 이러한 기능이 있느냐에 대하여 회의적인 견해도 있지만, 대체로 불법행위가 행위자에게도 이익을 주는 경우, 위법·부당한 행위의 적발과 그 입증이 곤란하거나 위법·부당한 행위로 많은 피해자가 발생하고 있어 전체적인 피해액은 크나 그 개개의 피해액은 미미하여 소송포기로 이어지기 쉬

은 경우, 위법·부당한 행위가 도덕적으로 중립적인 성질의 것일 때, 국민들의 적극적 권리실현 노력이 부족한 경우 등에서 규율이 불충분했던 위법·부당한 행위를 억제하는 기능이 있다고 여겨진다.

징벌적 배상을 인정함으로써, 잠재적인 위법·부당한 행위자에게 제재될 가능성과 증가될 배상액을 인식하게 하여 위법·부당한 행위를 사전에 효과적으로 억제할 수 있다.

(3) 전보적 기능

징벌적 배상의 기능에 전보적 기능을 포함할 것인지에 관하여는 논의가 활발하다. 미국의 Michigan州, New Hampshire州 등 미국의 일부州에서는 정신적 손해배상과 변호사 비용, 기타의 소송비용의 배상을 징벌적 배상으로 부르고 있는데, 징벌적 배상의 전보적 기능을 부정하는 견해에 따르면, 실제로 위의 州에서 징벌적 배상을 인정하고 있지 않은 것이라고 주장한다. Connecticut州에서도 변호사 비용 그 밖의 소송비용의 배상을 징벌적 배상이라고 부르고 있으나 전보적 기능을 부정하는 관점에서 보면 역시 이름뿐인 징벌적 배상이라고 할 수 있다.

(4) 사회적 배상기능

최근 징벌적 배상의 사회적 배상기능(Societal Damages)을 강조하는 새로운 해석론이 제시되고 있다.⁸⁾ 이는 징벌적 배상의 귀속주체가 피해자에 국한되지 않고 배상액의 일부를 주정부에 귀속하여 위법·부당한 행위로 피해를 볼 수 있는 다른 사람들을 위한 기금 등의 형태로 사용하도록 하고 있다. 미국에서는 몇 개의 주에서는 사회적 배상기능을 1980년대부터 분할보상법령(Split-Recovery Legislation or Split-Award

8) Sharkey, Catherine M, Punitive Damages as Societal Damages, 113 Yale Law Journal 347 (2003) ; Dautghety, Andrew F. and Jennifer F. Reinganum, Found Money ? Split-Award Statues and Settlement of Punitive Damages Cases, 5 American Law and Economic 134 (2003) 참조.

Statutes)의 형태로 입법하여 받아들이고 있다. 대표적으로 1997년 알래스카주, 1998년 인디애나주, 1998년 아이오와주, 2001년 오레곤주, 2002년 유타주 등이다. 징벌적 배상으로 인한 불법행위법 개혁의 일환으로 도입되어 고액의 징벌적 배상액을 제한하는 효과를 나타내고 있다.

징벌적 배상액을 피해자가 수령하는 것이 아니라, 그 일부를 공공의 목적을 위해 주정부에 귀속시키고 주정부는 이를 기금의 형태로 운영하면서 위법·부당한 행위의 재발방지를 위한 운동이나 활동에 쓰이게 하고 있다. 분할비율은 50%(알래스카주, 미주리주, 유타주), 60%(오레곤주), 75%(조지아주, 인디애나주, 아이오와주) 등 다양하고, 조지아주의 경우에는 제조물책임사건의 경우에 한해 분할보상계획을 적용한다.

2. 법률의 현황

징벌적 배상과 관련한 우리나라 법률은 민법, 철도법, 방문판매 등에 관한 법률 등이 있다. 민법은 손해배상의 범위에 관한 민법 제393조 및 제763조에 의해 제한배상주의를 취하고 있으므로 징벌적 배상을 전면적으로 인정하기에는 한계가 있다⁹⁾. 그러나 철도사업법은 징

9) 현행 민법은 제750조에서 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하여 포괄주의 채택하고 있다. 이 규정은 일반조항으로 특별법을 제정하지 않고서도 사회변화에 대처할 수 있다는 장점이 있지만, 구체적인 면에서는 법원의 재량이 많이 작용할 수 있는 여지가 있다. 법원의 재량에 따른 과도한 손해배상액을 제한하는 일차적인 방법으로 많은 학설이 제기 되었지만 다수설과 판례는 상당인과관계설을 지지하였다.

불법행위에 기한 손해배상의 범위에 관하여는 763조가 393조를 준용하고 있으므로(단, 민법 제765조는 “배상액의 경감규정”을 두고 있다) 인과관계가 있다고 하기 위해서는 채무불이행의 경우와 마찬가지로 통상의 인과관계가 있거나 또는 특별한 사정으로 인한 경우에는 가해자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었어야 한다.

그러나 손해배상 관련 민법 규정은 손해전보기능으로서의 한계를 드러내고 있다.

첫째, 전보적 손해배상의 요건에 한계가 있다. 민법은 제750조에 불법행위에 대한 규정을 두면서 전보배상의 요건으로써 고의, 과실, 책임능력, 위법성, 손해발생, 가해행위와 손해발생사이의 인과관계를 요구하고 있다. 하지만 고도로 복잡한 산업활동으로부터 발생된 손해에 대하여 일반인인 피해자로서는 가해자의 과실을 입증하기가 매우 곤란해진다. 이런 이유에서 특별법(원자력손해배상법, 환경정책기본법,

벌적 배상의 성격인 가산금규정을 두고 있다. 한편 소비자법 분야에서는 사업자의 위법성 내지 부당성을 처벌하거나 제재하기 위해 부당거래행위 또는 금지행위규정을 통해 행정규제 및 형사규제를 하고 있지만, 아직 입증책임전환이나 연대책임을 통해 민사책임을 부과하는 정도이고, 실질적으로 징벌적 배상을 규정한 입법례는 없다. 그러나 방문판매 등에 관한 법률 등에는 징벌적 의미의 과징금, 벌금가중 등에 관한 규정을 두고 있다.

1) 소비자기본법

소비자기본법은 소비자의 권익을 증진하기 위하여 소비자의 권리와 책무, 국가·지방자치단체 및 사업자의 책무, 소비자단체의 역할 및 자유시장경제에서 소비자와 사업자 사이의 관계를 규정함과 아울러 소비자정책의 종합적 추진을 위한 기본적인 사항을 규정함으로써 소비생활의 향상과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법률(동법 제1조)이다.

자동차손해배상보장법, 광업법 등)을 통하여 예외적으로 무과실책임을 수용하고 있다. 하지만 이 경우에도 그 가해자가 무자력이라면 손해를 전보받지 못한다는 문제점이 있다.

둘째, 전보적 손해배상의 범위에 한계가 있다. 현재 불법행위법에 있어서의 배상은 사고에 의해 적극적, 소극적으로 잃은 것을 금전으로 회복시키는 등가적 배상이다. 그러나 피해자에게 발생된 모든 손해가 무제한으로 보상되는 것은 아니며, “상당인과관계”있는 손해만을 전보하도록 하고 있다. 이는 어떤 항목에 대하여 피해자·가해자중 누구에게 부담시킬 것인가에 대한 정책적 판단의 문제이다. 현재 손해배상법에 의하면 인신손해에 대한 일실향의 산정에서 장래의 인플레이션이나 임금의 상승을 고려하지 아니하고 현재가격에 따라 손해배상액이 지급되고 있다. 더욱이 피해자의 사회복귀를 위한 비용에 대하여는 아무런 언급도 없다. 또한 손해배상액의 계산법으로 수익기간이 지나면 현가로 받은 금액의 이자만으로도 기대이익을 완전히 충족하고 남을 뿐 아니라 배상금 원본은 영원히 잔존하여 피해자가 부당하게 이득하는 결과가 된다는 이유에서 호프만식을 채택하지 아니한다. 이런 이유로 피해자의 배상액을 제한하는 라이프니쯔식 계산법이 주장되고 국가배상법에서는 라이프니쯔식 계산법을 명문으로 채택하고 있다. 그래서 현행의 손해배상법은 전보로서의 기능도 제대로 하지 못하고 있다는 비판을 받고 있다.

소비자기본법은 소비자의 기본적 권리중에 물품등의 사용으로 인하여 입은 피해에 대하여 신속·공정한 절차에 따라 적절한 보상을 받을 권리를 규정하고 있고(동법 제4조 제5호), 사업자의 책무중에 사업자는 물품등의 하자로 인한 소비자의 불만이나 피해를 해결하거나 보상하여야 하며, 채무불이행 등으로 인한 소비자의 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있다.

그러나 동법 제16조에 따른 일반적 소비자분쟁해결기준에는 배상에 관한 내용은 없으나(동법 시행령 제8조 제2항 관련 별표 1), 재정경제부가 고시한 품목별 소비자분쟁해결기준에는 일부 품목의 경우 손해배상의 내용이나 위약금 10% 또는 20%을 규정하고 있다. 대표적으로 식료품의 경우 부작용과 용기파손 등으로 인한 상해 사고시 치료비, 경비 및 일실소득 배상을, 결혼정보업의 경우 사업자의 귀책사유로 인한 계약해제시 서비스개시전에는 가입비 환급 및 가입비의 20% 배상을 해결기준으로 규정하고 있다.

2) 철도사업법

철도사업법은 철도사업에 관한 질서를 확립하고 효율적인 운영여건을 조성함으로써 철도사업의 건전한 발전과 철도이용자의 편의를 도모하여 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법률로서(동법 제1조), 여객의 부당행위에 대해 부가운임을 징수할 수 있는 근거를 두고 있다(동법 제10조). 즉 철도사업자는 열차를 이용하는 여객이 정당한 승차권을 소지하지 아니하고 열차를 이용한 경우에는 승차구간에 상당하는 운임외에 그의 30배의 범위안에서 부가운임을 징수할 수 있다. 철도사업자가 부가운임을 징수하고자 하는 경우에는 사전에 부가운임의 징수대상 행위, 열차의 종류 및 운행구간별 부가운임을 정하고 철도사업약관에 포함하여 건설교통부장관에게 신고하여야 한다.

3) 방문판매 등에 관한 법률

방문판매 등에 관한 법률은 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 계속거래 및 사업권유거래 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도 제고를 통하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법률(동법 제1조)로서, 부당한 특수판매행위를 억제 또는 제재할 목적으로 과징금부과규정과 가중형벌규정을 두고 있다.

첫째, 공정거래위원회는 특수판매업자가 시정조치에도 불구하고 방문판매법 위반행위가 반복되거나 시정조치만으로 소비자피해의 방지가 곤란하다고 판단되는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 해당 특수판매업자에 대하여 대통령령이 정하는 위반행위 관련 매출액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다(동법 제44조).

둘째, 등록을 하지 아니하고 다단계판매조직을 개설·관리 또는 운영한 자와 허위 그 밖의 부정한 방법으로 등록을 하고 다단계판매조직을 개설·관리 또는 운영한 자(동법 제23조 제1항 제12조의 금지행위를 한 자를 포함한다.)는 7년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하고, 당해 법 위반행위와 관련하여 판매 또는 거래한 대금 총액의 3배에 상당하는 금액이 2억원을 초과하는 때에는 7년 이하의 징역 또는 판매하거나 거래한 대금 총액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다고 가중처벌규정을 두고 있다(동법 제51조 제1항).

4) 우편법

우편법은 일정한 경우 부가금을 부과할 수 있는 규정을 두고 있다.

우편요금등을 미납하거나 부족하게 납부한 우편물은 이를 발송인에게 환부할 수 있는데, 발송인의 성명 또는 주소의 불명 기타 사유로 인하여 우편물을 환부할 수 없거나 해외체류자 또는 해외여행자가 귀

국하는 인편을 통하여 국내에서 발송한 경우 기타 정보통신부장관이 필요하다고 인정하는 경우에는 미납하거나 부족하게 납부한 우편요금 등과 동액의 부가금을 합하여 수취인으로부터 징수하고 이를 배달할 수 있다(동법 시행령 제33조).

5) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률

전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률은 부당한 전자상거래 또는 통신판매를 억제 또는 제재할 목적으로 과징금부과규정을 두고 있다(동법 제34조). 즉 공정거래위원회는 시정조치에도 불구하고 이 법 위반행위가 반복되거나 시정조치만으로는 소비자피해의 방지가 곤란하다고 판단되는 경우에는 영업의 전부 또는 일부의 정지에 갈음하여 해당사업자에 대하여 대통령령이 정하는 위반행위관련 매출액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

6) 표시·광고의 공정화에 관한 법률

표시·광고의 공정화에 관한 법률은 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다(동법 제10조). 사업자등은 제3조제1항의 규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 이 때 손해배상의 책임을 지는 사업자등은 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다.

한편 부당한 광고·표시행위를 억제 또는 제재할 목적으로 과징금 부과규정을 두고 있다(동법 제9조). 즉 공정거래위원회는 제3조 제1항의 규정에 위반하여 표시·광고행위를 한 사업자등에 대하여는 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익을 말한다. 이하 같다)에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

7) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률

신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률은 손해배상책임에 관한 특칙을 두고 있다(동법 제28조). 즉 신용정보업자등과 기타 신용정보의 이용자가 이 법의 규정을 위반함으로써 신용정보주체에게 피해를 입힌 경우에는 당해 신용정보주체에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 신용정보업자등과 기타 신용정보의 이용자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. 그리고 채권추심업자는 이 법을 위반하여 채무자의 관계인에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 자신에게 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. 한편 제4조 제4항에 규정된 업무를 의뢰받은 신용정보업자가 자신에게 책임있는 사유로 의뢰인에게 손해를 입힌 때에는 이를 배상하여야 한다.

8) 채권추심의 공정화에 관한 법률(안)

채권추심의 공정화에 관한 법률(안)은 채권추심의 공정한 방법과 절차를 정함으로써 채권추심업의 건전한 발전을 도모하는 한편 그 소비자를 보호하는 것을 목적으로 하는 법률(안)으로서(동법안 제1조) 징벌적 위자료를 포함한 손해배상책임을 규정하고 있다(동법안 제22조). 실제의 손해 이외에 5천만원 이하의 위자료를 인정했다.

안 제22조(손해배상책임) ① 이 법을 위반한 채권추심인이나 제20조를 위반한 자가 소비자 또는 제3자에 대하여 손해를 입힌 경우에는 다음 금액의 합계에 상당하는 금액을 배상할 책임이 있다.

1. 위반의 결과로 발생한 실제의 손해
2. 5천만원 이하의 위자료

② 채권추심인은 그 위반이 고의적인 것이 아니고 선의의 실수에 따른 것이며, 그와 같은 실수를 피하기 위하여 상당한 절차와 수단을 마련하고 있

었다는 사실을 입증한 경우에는 제1호 제2호의 책임을 면할 수 있다.

③ 제1항의 배상을 구하는 소송을 위반행위의 날로부터 3년 이내에 제기할 수 있다.

3. 판례의 현황

법원은 소비자거래와 관련하여 사업자의 부당행위를 전제로 한 제재 또는 징벌적 의미로 고액의 위자료를 인정하고 있고, 징벌적 배상의 승인과 집행과 관련하여 판례도 있다.

1) 제재적 위자료 판례

(1) 통신판매자의 부당광고행위

자격증수험교재의 허위·과장 광고에 대해 소비자가 위자료를 청구한 하급심판례가 있다.

<사건 개요>

사장 K는 97년 9월~98년 4월까지 5개 중앙 일간지에 자신의 회사가 편찬한 국가자격시험교재판매 광고를 하면서 회사 표시를□□주식회사□□부분을 빼고□□국가고시중앙회□□라고만 표현해 회사가 단순한 수험 교재 제작, 판매업체가 아니라 국가자격 시험을 주관하는 국가 기관 또는 공공 기관인 것으로 오인케 할 우려가 있는 광고를 했다. 운전면허기능검정원 및 강사 자격 시험 광고에서는□□국가고시중앙회 부설 교통안전교육연수원□□이라고 표현해 마치 회사 산하에 시험에 대비한 교육연수원이 설치돼 있는 것처럼 광고했다. 소비자 A는 97년 10월 이런 국가고시중앙회의 신문 광고를 보고 회사를 찾아갔다. 이때 담당 직원 J는 운전면허기능검정원 및 강사 자격 시험은 97년 5월 실시된 시험에서 수요보다 많은 인원을 선발했기 때문에 1~2년 이내에는 시험 계획이 없음에도 이를 제대로 확인하지 않고 98년 3월경에 시험이 시행될 계획이라고 설명했다. 덧붙여 출제 위원인 경찰청 간부가 회사에서 공급하는 책자를 감수하므로 구입해 준비하면 합격이 용이하고, 합격하면 100% 취업을 보장한다고 했다. 월수입은 1백20만원 이상이

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

며 97년 12월부터 시험에 대비한 강좌를 개설할 것이라는 취지로 설명하면서 회원으로 가입할 것을 권유했다. 소비자 A는 같은 날 회원 가입 신청서를 제출했다. 다음날 집으로 배달된 교재·테이프·회원증을 받고 35만8천원을 지급했다. 시험 공부를 하던 중 98년 2월 3일 경찰청에 문의한 결과 운전면허기능검정원 및 강사자격 시험이 실시되지 않는다는 사실을 확인했다. 이에 소비자는 사장 K와 직원 J를 상대로 허위·과장 광고에 따라 시험이 실시될 것이라고 믿고 공부해 입은 손해에 대해 소송을 제기했다.

<판결요지>

서울지방법원은□□피고들이 허위·과장 광고 및 시험 실시 등에 관한 허위 안내를 함으로써 이를 믿은 소비자로 하여금 회사의 회원으로 가입하여 도로(徒勞)에 가까운 시험 공부를 하게 한 행위는 민법상 불법 행위가 성립하는 것으로 보아야 한다□□며 피고들은각자 소비자에게 위자료 2백만원을 지급할 의무가 있다고 판결했다. 그러나 시험 준비를 위하여 운영하던 보험회사 대리점을 6개월 가량 폐쇄해 생긴 손해, 각종 비용등 재산상 손해는 인정하지 않았다.

(2) 신용카드사의 부당한 채권추심행위

신용카드사의 부당한 채권추심행위에 대해 제재적 성격의 위자료를 판시한 하급심판례가 있다.

<사건 개요>

소비자 L은 1997년 3월말 S카드사로부터 신용카드 대금이 연체됐다는 연락을 받고 확인한 결과 L의 승낙도 없이 갱신된 신용타드를 숙부가 사용한 것으로 드러났다. 이에 담당 직원이 사고 카드로 처리하고 책임을 부담시키지 않겠다고 약속했다. 그러난 1년이 지난 후 S카드 사의 신용카드 이용대금 업무를 담당하게 된 다른 직원이 L의 항의에도 불구하고 신용카드 이용대금을 독촉하다가 나중에는 신용 불량 거래자로 등재시켰다. 더 나아가 독촉전화를 걸고 독촉장과 압류확정통지서라는 서면을 보내는 등 전화와 우편에 대한 노이로제 증상을 야기시켰다. 이에 L은 S카드사를 상대로 채무부존재확인청구 및 위자료 청구의 소를 제기했다.

<판결요지>

수원지방법원은 소비자 L에게는 카드 이용 대금 및 이에 부수된 일체의 채무는 존재하지 않는다고 했다. 또한 신용카드사의 직원이 소비자에게 책임이 없음을 확인하고도 업무 처리 과정상의 과실로 인하여 다른 직원이 소비자의 항의를 무시하고 만연히 신용 불량 거래자로 등재해 각종 신용 거래를 할 수 없게 한 점은 불법행위에 해당된다고 하면서 정신적 고통에 대한 위자료로 3백만원을 지급하라고 판시했다.

(3) 인터넷업자의 개인정보침해행위

인터넷 포털업체가 네티즌의 이메일주소 등 개인정보를 제휴업체에 알려주어 광고성 이메일을 받게 했다면 손해배상책임을 져야 한다는 판례가 있다.

<사건개요>

소비자 J씨는 1999년 11월 인터넷 검색포털업체인 N사가 S사 등의 제휴회사들과 함께 개설한 인터넷서비스사이트인 마이비즈에 회원으로 가입하였다. J는 회원가입신청을 하면서 회원가입신청서에 자신의 성명, 주민등록번호, 주소, 직업, 이메일 주소, 비밀번호 등을 입력하였는데, 서비스안내문과 회원가입신청서에서는 회원으로 등록되면 회원의 비밀번호와 이메일주소는 제휴회사들에게 제공되지 아니한다고 되어 있고, 이용약관에는 이용자의 사전동의없이 이용자의 개인정보를 공개하지 아니한다고 기재되어 있었다. 그런데 N사는 J 등 회원의 동의를 받지 아니한 채 이메일주소정보를 S사에 전송하였고, S사는 J 등 회원의 동의를 받지 아니한 채, N사로부터 전송받은 J 등의 이메일주소를 이용하여 자사의 제품을 광고하고 판매를 촉진하기 위한 영리목적의 광고성 이메일을 전송하였다. 이에 J는 개인정보를 유출해 광고성 이메일을 받아 손해를 봤다면 N사와 S사를 상대로 손해배상청구소송을 제기했다.

<판결요지>

서울지법은 J와의 약정과 정보통신망법 소정의 정보통신서비스제공자의 개인정보보호의무에 위반하여 N사가 J의 동의 없이 J의 개인정보를 J의 이메일

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

일주소를 S사에게 제공하고, S사는 J의 동의없이 이를 제공받아 이를 이용하여 J의 동의없이 J에게 광고성 메일을 전송함으로써, 정보통신서비스의 이용자인 J의 사생활의 비밀과 자유의 침해에 대한 위험 등이 발생함에 따라 J가 상당한 정신적 고통을 받았음이 경험칙상 분명하므로 N사와 S사는 각자 이를 금전으로 위자할 의무가 있다고 판시하였다. J에게 지급하여야 할 위자료의 액수는 개인정보보호에 대한 고도의 신뢰성, 개인정보유출로 인한 이용자의 사생활의 비밀 및 자유의 침해 가능성, 광고성메일의 유해성 등을 고려하여 각각 1백만원으로 정했다.

2) 징벌적 배상의 승인과 집행에 관한 판례

이 사건은 한국유학생이 재미교포인 원고를 폭행, 강간하였는데, 이에 대하여 미국 미네소타주 법원은 원고에게 입힌 정신적 손해, 과거 및 장래의 책임상실, 기왕 및 장래의 치료비와 기타 비용 등 합계 미화 50만 달러의 손해를 배상하라고 판결하였고, 이에 대한 한국에서의 집행을 구하는 사건이다. 이 사건에는 집행판결에 관한 우리 민사소송법 제477조 제2항(현 민사집행법 제27조)과 제203조(현 제217조)의 요건을 구비하고 있는지가 문제가 되었는데, 특히 미국의 고액손해배상판결이 우리의 실체적 공서에 반하는가와 우리법원이 징벌적 배상을 포함한 손해배상에서의 비례의 원칙에 따른 산정방법의 고려되는가의 문제 등이 주로 다루어졌다.

서울지방법원 동부지원의 판결요지는 다음과 같다.

첫째, 징벌적 배상이란 가해자에게 특히 고의 등의 주관적인 악사정이 있는 경우에 보상적 손해배상에 덧붙여 위법행위에 대한 징벌과 동종행위의 억지를 주목적으로 하여 과하여지는 손해배상으로 코몬로(common law)상 인정되고 있는 구제방법의 일종으로서, 불법행위의 효과로 손해의 전보만을 인정하는 우리의 민사법 체계에서 인정되지 아니하는 형벌적 성질을 갖는 배상형태로서 우리 나라의 공서양속에 반할 수 있다.

둘째, 외국판결의 승인 여부를 판단함에 있어서는 우리 나라 실질사법적 정의의 보호측면에서, 집행될 내용 및 당해 사안과 우리 나라와의 관련성 등으로부터 보아 당해 외국판결의 집행을 용인하는 것이 우리 나라의 사회통념 내지 법감정상 도저히 참을 수 없는 가혹한 결과를 가져오지는 않는지 여부 등 제반 요소를 참작하고 이들과 함께 민사소송법 제477조 제1항이 규정하는 실질심사 금지의 원칙을 관철하여 국가간 파행적 법률관계의 발생을 억제하고 법적 안정성을 기함으로써 외국판결의 존중이라는 승인제도 본래의 취지를 살린다는 측면을 상호 비교형량하여 구체적, 개별적으로 타당한 결론을 도출함이 상당하다 할 것인바, 이러한 측면에서 볼 때 이 사건 미국판결은 그 인정된 손해배상액의 1/2의 한도로 승인을 제한함이 상당하다 할 것이다.

IV. 소비자권리실현을 위한 징벌적 배상제도의 도입방안

1. 도입의 필요성 및 기본방향

1) 필요성

징벌적 배상제도는 사업자의 위법·부당한 행위의 재발을 방지하고 실질적인 피해배상을 받을 수 있는 가장 효율적이고 강력한 민사제재 수단인요 피해구제방법이다. 향후 징벌적 배상제도는 도입하게 되면 다음과 같은 3가지 기능을 수행하게 될 것이고, 이것이 바로 징벌적 배상제도를 도입할 필요이기도 하다.

(1) 사업자의 위법·부당한 행위에 대한 제재 또는 억제

사업자의 위법·부당한 행위를 제재하거나 억제하는 법적 수단으로 시정조치, 영업정지, 과징금, 과태료, 형사처벌 등이 있지만, 위법·부

당한 사업자에게 실손해배상 외에 일정한 징벌배상을 부과하므로 위법·부당한 행위에 대한 제재 및 억제효과를 가져올 수 있다.

(2) 피해소비자의 피해 전보

위법·부당한 사업자로부터 피해를 입은 소비자는 보통 통상손해와 더불어 예견가능성을 전제로 한 특별손해를 받을 수 없기 때문에 실질적으로 충분한 배상이 이루어지지 않고 있다. 이에 정신적 손해, 소송비용 등을 고려한 징벌배상을 부과하므로 실질적으로 피해소비자의 손해를 전보할 수 있다.

(3) 소비자법 준수 촉진

피해소비자에게 전보배상이외에 징벌배상을 인정하므로 피해소비자는 위법·부당한 사업자에게 적극적으로 배상청구를 하게 된다. 따라서 피해소비자로 하여금 소비자법에 대한 관심을 유도하고, 위법·부당한 사업자에 대해서는 소비자법 준수에 대한 의무를 강화할 수 있다.

2. 기본방향

1) 장기적·단계적 도입

손해배상의 형평성(실제 손해를 초과하는 금액), 국민의 법 감정(일반적 법의식과의 관계), 법체제의 상이(대륙법계 민/형사책임 구별) 등 징벌적 배상제도의 도입을 위한 문제점이 지적되고 있지만, 학계와 연구기관에서 징벌적 배상제도의 도입에 대한 논의가 본격적으로 진행되고 있다. 징벌적 배상제도를 단기적으로 도입하는 것에는 무리가 있지만, 장기적으로 단계적으로 도입을 추진하는 것이 타당하다.

2) 입법방식

(1) 제1안 : 일반규정화

민법 또는 소비자기본법에 징벌적 배상에 관한 일반규정을 두는 방안이다. 그러나 현재 민법의 태도가 징벌적 배상을 원칙으로 받아들일 수 없기 때문에 민법에 일반규정화하는 것은 어렵다. 따라서 소비자기본법에 소비자피해에 한정하여 징벌적 배상을 인정하는 일반규정을 두는 방안이 타당하다.

(2) 제2안 : 개별규정화

소비자기본법 외에 개별 소비자법에서 위법·부당한 행위에 대한 징벌적 배상을 별도로 규정하는 방안이다. 소비자법중에서 부당거래 행위 내지 금지행위규정을 두고 있는 법률을 중심으로 이런 규정을 위반한 사업자에 대해 행정제재 및 형사처벌 외에 민사제재수단으로 일정한 범위의 징벌배상을 규정하는 방안이 타당하다.

3) 입법의 내용

(1) 용어의 문제

입법용어로 ‘가산금’, ‘배상액의 증액’, ‘부가금’ 등을 고려할 수 있으나 학술용어인 징벌적 배상이라는 의미를 명확히 나타내는 ‘징벌배상금’으로 표현하는 것을 제안한다.

(2) 책임요건

사업자의 부당성 내지 위법성을 전제로 소비자피해의 집단성을 고려하여 책임요건을 정해야 할 것이다. 이미 사업자의 부당거래행위나 금지행위를 규정하고 있는 법률을 중심으로 이 규정의 위반을 책임요

건으로 한다. 또한 법률에서 규정한 사업자의 의무를 고의 또는 중과실로 위반한 경우도 포함한다.

(3) 배상액의 제한

우리나라 민사법 체계에서는 미국의 제정법과 같이 2배 또는 3배의 범위내에서 징벌적 배상액의 범위를 제한하는 것이 타당하다.

3. 입법론적 제언

1) 소비자기본법

소비자기본법은 소비자권리실현의 기본법이므로 징벌적 배상에 관한 일반규정을 두는 방안이다. 즉 소비자가 사업자와의 거래에서 사업자의 소비자권익침해행위로 부당한 피해를 입은 경우 3배 징벌배상을 청구할 수 있도록 한다.

제00조(징벌배상금) 사업자와의 거래에서 사업자의 소비자권익침해행위로 부당한 피해를 입은 소비자는 손해배상의 책임을 지는 사업자에 대해 실손해액 3배 이하의 징벌배상금을 청구할 수 있다.

2) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률

최근 위법·부당한 전자상거래 및 통신판매가 급증하여 소비자의 피해가 심각하다. 대표적으로 하프프라자 등 반액인터넷쇼핑사기사건 등이 있다. 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률은 전자상거래 및 통신판매 등으로 인한 소비자피해를 예방하고 구제하는 규정으로 전자상거래사업자 또는 통신판매업자의 금지행위규정을 두고 있다(동법 제21조 제1항). 그러나 이런 규정으로는 위법·부당한 전자상거래업자를 근절할 수 없다. 이에 위법·부당한 전자상거래업자 및 통신판매업자에 대해 실손해의 3배 징벌배상을 부과하여 소비자의 피해

를 예방하고 손해를 보전받을 수 있도록 한다.

제00조(손해배상책임) ① 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입힌 사업자는 해당 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만 사업자가 고의 또는 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자가 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우, 해당 피해자는 실손해액 3배 이하의 징벌배상금을 청구할 수 있다.

3) 방문판매 등에 관한 법률

방문판매 등에 관한 법률은 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 계속거래 및 사업자권유거래 등 특수판매로 인한 소비자피해를 예방하고 구제하는 규정으로 특수판매자의 금지행위규정을 두고 있다. 방문판매자 및 전화권유판매자의 금지행위(제11조 제1항), 다단계판매자의 금지행위(제23조 제1항, 제2항, 제3항), 계속거래업자 및 사업자권유거래업자의 금지행위(제32조 제1항) 등이다. 특히 다단계판매에 관한 규제를 다양하게 하고 있지만, 1980년 말부터 기승을 부리는 피라미드판매방식은 많은 피해를 양산하고 있다. 그동안 많은 행정제재 및 형사제재가 있었지만 근절되지 않고 있다.

이에 위법·부당한 다단계판매업자로 인해 피해를 입은 소비자나 다단계판매원에게 3배의 징벌배상금을 청구할 수 있는 근거규정을 두어 소비자의 피해를 예방하고 손해를 충분히 보전받을 수 있도록 한다.

제00조(손해배상책임) ① 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입힌 특수판매자는 해당 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만 사업자가 고의 또는 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 특수판매자가 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우, 해당 피해자는 실손해액 3배 이하의 징벌배상금을 청구할 수 있다.

4) 유사수신행위의 규제에 관한 법률

유사수신행위의 규제에 관한 법률은 유사수신행위를 금지하고 있다. 유사수신행위를 하는 자는 5년이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제6조). 그러나 무인가·무허가로 소비자로부터 자금을 조달하는 유사수신행위로 인한 소비자의 피해가 지속적으로 발생하고 있다. 이에 유사수신행위를 하는 자에 대해 3배의 징벌배상을 인정하는 규정을 둔다.

제00조(손해배상책임) ① 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입힌 자는 해당 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만 사업자가 고의 또는 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.
② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 자가 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우, 해당 피해자는 실손해액 3배 이하의 징벌배상금을 청구할 수 있다.

5) 대부업의 등록 및 금융이용자보호에 관한 법률

대부업의 등록 및 금융이용자보호에 관한 법률은 대부업자에게 많은 의무를 부과하고 있다. 과잉대부의 금지(제7조), 이자율의 제한(제8조), 불법적 채권추심행위의 금지(동법 제10조) 등이 있다. 그러나 고율의 대부업자로 인한 소비자의 피해가 급증하면서 위법·부당한 대부업자에 대한 제재수단으로 3배의 징벌적 배상제도를 둔다.

제00조(손해배상책임) ① 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입힌 대부업자는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만 사업자가 고의 또는 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.
② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 대부업자가 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우, 해당 피해자는 실손해액 3배 이하의 징벌배상금을 청구할 수 있다.

6) 제조물 책임법

제조물 책임법은 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임인 제조물 책임을 규정하고 있다. 동법 제3조에 의하면 제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체·또는 재산에 손해를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다. 제조물 책임법이 도입된 지 얼마 되지 않지만 향후 위법·부당한 제조업자로 인한 결함 사고가 발생하는 경우 이에 대한 제재수단이 필요하다¹⁰⁾. 이에 위법·부당한 제조업자에 대한 3배의 징벌배상을 인정하는 규정을 둔다.

제0조(제조물 책임) ①②(현행과 같음)
③ 제조물의 결함에 대하여 제조업자 등에게 고의 또는 중과실이 있는 경우 해당 피해자는 실손해액 3배 이하의 징벌배상금을 청구할 수 있다.

7) 표시·광고의 공정화에 관한 법률

표시·광고의 공정화에 관한 법률은 부당한 표시·광고행위에 대해 시정조치, 과징금, 손해배상책임, 과태료, 형사처벌 등을 규정하고 있

10) 제조물 책임법에 결함발생에 관하여 제조자에게 고의 또는 중대한 과실이 있었던 경우는 법원으로 하여금 피해자의 청구에 의하여 실손해액의 2배 범위내에 징벌적 배상을 부가하자는 견해가 있다(이상정·박인섭, □□제조물 책임에 관한 연구□□, 연구보고서 89-03, 한국소비자보호원, 1989, 123쪽).

제 7 조(배상액의 증감) ① 결함발생에 관하여 제조자에게 고의 또는 중대한 과실이 있었던 경우는 법원은 제3조에 의한 배상액 외에 피해자의 청구에 의하여 실손해액의 2배의 범위에서 징벌적 배상을 부가할 수 있다.

② 법원은 제1항의 배상을 결정함에 있어서 다음 사항을 고려하여야 한다.

1. 제조자가 결함이 있는 제조물을 만들게 된 동기
2. 그 결함에 의해 발생한 위해의 성격 및 정도
3. 결함 발견후의 제조자의 태도
4. 제조자의 재정상태

③ 제조물의 결함으로 인한 피해의 방지 및 축소를 위하여 제조자에게 요구되는 행위를 제조자가 다한 경우에는 당사자의 신청에 의하여 법원은 상당한 범위에서 배상액을 감액할 수 있다.

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

지만, 부당한 표시·광고행위는 지속적으로 발생하고 있다. 이에 동법 제10조에 3배의 징벌배상금을 청구할 수 있는 근거규정을 추가하여 소비자의 피해를 예방하고 손해를 충분히 보전받을 수 있도록 한다.

제00조(손해배상책임) ① ② (현행과 같음)

③ 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 등에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우, 해당 피해자는 실손해액 3배 이하의 징벌배상금을 청구할 수 있다.

< 참고문헌 >

- 김성천, □□징벌적 손해배상제도와 소비자피해구제□□, 연구보고서 2003-05, 한국소비자보호원, 2003.
- 노병호, “중국 소비자권익보호법”, 『법학연구』 제12권, 2001.
- 류근홍, “징벌적 손해배상제도에 관한 연구 :도입 필요성과 그 적용 한계를 중심으로”, 청주대 박사학위논문, 2006.
- 박은경, “중국 소비자권익보호법상의 징벌성 배상조항”, 『법학연구』 제24집, 2006,
- 박충순 역, “소비자권익보호법”, 『입법조사월보』 1994년 2월호.
- 법무부, □□민법(재산편) 개정 자료집□□, 2004.
- 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 참고자료(1)”, 2006.
- 사법제도개혁추진위원회, “징벌적 배상제도 도입 방안 참고자료(2)”, 2006.
- 이상정·박인섭, □□제조물책임에 관한 연구□□, 연구보고서 89-03, 한국 소비자보호원, 1989.
- 이점인, “징벌적 손해배상에 관한 연구“, 동아대학교 법학박사학위 논문, 1989.
- 河上正二·王冷然, “中国の消費者權益保護法と懲罰的損害賠償(上)(下)”, NBL No.841(2006.915)·No.842(2006.10.1).
- Dautghety, Andrew F. and Jennifer F. Reinganum, Found Money ? Split-Award Statues and Settlement of Punitive Damages Cases, 5 *merican Law and Economic* 134 (2003).

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

Gotanda, John Y., Punitive Damages : A Comparative Analysis, Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No. 2003-6 <<http://ssrn.com.abstract=439884>>

Sharkey, Catherine M, Punitive Damages as Societal Damages, 113 *Yale Law Journal* 347 (2003).

소비자법상 징벌적 배상제도 도입에 관한 소고 (토론문)

신 현 윤

(연세대학교 법과대학 교수)

우리 사법체계가 기초하고 있는 전보적 손해배상제도는 가해자의 고의·과실을 구분하지 않고 동일가치로 평가하여 피해자에 대한 손해의 전보를 기본적으로 손해발생 이전상태로의 회복, 즉 실손해액의 전보라고 하는 한정적인 범위에서 인정하고 있다. 이에 비해 주로 영미국가를 중심으로 발전해온 징벌적 손해배상제도는 국가별·시대별로 그 적용요건이나 배상액 산정 등에서 다소 차이가 있으나, 악의적인 불법행위에 대해 실손해액 이상의 다액의 배상금 지급을 강제함으로써 가해자에 대한 제재적 성격이 강조되고 있다.

발표자께서는 제한적 배상주의를 취하고 있고, 실제 위자료의 범위가 제한되고 있는 현행 민법상 손해배상의 원칙에 의할 경우 손해배상을 통한 소비자의 실질적인 피해구제가 용이하기 않은 점에 착안하여 영미법상의 징벌적 배상제도를 도입하여 소비자에 대한 상습적인 위법·부당한 행위를 통해 수익을 얻는 악질적 사업자에 대한 제재 방안을 제시하고 있다. 기본적으로는 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘어 소비자를 기망하고 재산적 이득을 취하는 악성이 강한 사업자를 규제하기 위해서는 징벌적 손해배상제도를 도입하여야 한다는 발표자의 취지에 동의한다. 다만 대륙법 체계하에 있는 우리나라의 경우에 이 제도를 도입할 경우 우리 손해배상법체계와의 정합성 여부, 미국의 위헌성 심사에서 논의되어 온 이중처벌(double jeopardy) 문제,

전보적 손해배상과의 입증책임 차이, 적정한 배상액의 산정 등을 둘러싸고 논쟁의 소지가 적지 않은 것이 사실이다. 또한 징벌적 손해배상제도 본래의 취지와 소비자법상 소비자보호 내지 권익증진의 목적이 잘 조화될 수 있는지의 문제를 검토할 필요가 있다.

우선 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 소비자법 영역에서 징벌적 손해배상제도를 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 있다고 본다.

또한 징벌적 손해배상이 성립하기 위해서는 가해불법행위의 악성이 존재하여야 한다. 이를 위해서는 불법행위가 고의적이었다는 것이 결정적이다. 이에 비해 과실은 원칙적으로 제외된다. 외국의 사례에서는 이러한 악성을 ‘사악한 동기’, ‘악의에 찬’, ‘의도적인 무법’, ‘결과발생 가능성에 대한 의식적인 무시’ 등으로 표현되고 있다. 또한 사기적인 목적에서 행위를 하였거나 다른 사람의 권리를 고의적으로 무시하였다고 할 정도의 방종이나 부주의가 있었던 경우에도 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 그러나 극도의 부주의를 의미하는 중과실만으로는 불충분하고, 적어도 행위의 결과에 대하여 고의적 무관심이 있었던 경우에 한하고 있다. 따라서 소비자법상의 징벌적 손해배상제도를 도입하는 경우에는 행위자의 주관적 요건으로서 중과실 보다 강한 유책

성, 예컨대 우리 형법체계상으로 본다면 적어도 ‘미필적 고의’에 해당하는 정도의 악성을 요구하는 것이 바람직할 것이다.

이와 함께 징벌적 손해배상은 무제한의 징벌이 아니고 합리적인 범위에서의 손해배상액을 산정할 수 있어야 한다. 미국의 법원들은 징벌적 손해배상액에 관해 현실의 손해액 내지 전보적 손해배상액을 합리적으로 작량하여 합한 비율(reasonable proportion)을 유지할 것을 요구하고 있다. 또한 징벌적 손해배상액의 산정이 배심원의 재량사항에 속하기는 하지만, ① 피고의 행위에 대한 비난성의 정도, ② 실질적 손해와의 비율, ③ 유사행위에 대한 민·형사 제재와의 균형성을 유지해야 하는 제한을 받는다. 또한 참고로 미국 모범징벌적 손해배상법(Model Punitive Damages Act)에서는 위의 요소 이외에도 피고의 현재와 장래의 수입 정도, 피고가 불법행위로부터 얻게 되는 이익, 불법행위 이후 피해구제노력의 정도 등을 고려하도록 하고 있다. 이와 같이 징벌적 손해배상액은 개개의 사건의 사정에 따라 결정될 수 있는 성질의 것으로서 일률적으로 실손해액의 몇 배가 적당한지 판단하기 쉽지 않다. 따라서 실손해액을 기준으로 하되, 피고의 행위의 악성정도에 따른 대강의 산정기준을 마련하는 것이 필요할 것이다.

한편 징벌적 손해배상제도는 피해자에 대한 배상뿐만 아니라 불법행위자를 처벌하여 장래 유사한 불법행위를 억제하고자 하는 것으로서 연혁적으로 보아 형사제재적 색채가 강하다. 따라서 동일한 행위에 의하여 민사사건으로 징벌적 손해배상으로 처벌되는 한편 형사사건으로 형벌이 부과되어 처벌될 경우 이중의 위협에 방치될 우려가 있다. 현행 소비자법의 여러 부분에 형벌규정을 두고 있을 뿐 아니라 국가에 의한 금전적 제재수단으로서 과징금 부과가 규정되어 있다. 미국의 경우 범죄로 되는 비행에 대해 형사처벌과 함께 징벌적 손해배상을 인정하는 수가 많으나, 일부 주에서는 형사상 처벌대상인 행위에 대해서는 징벌적 손해배상의 부과를 허용하지 않기도 한다. 생각건대 과도한 제

재만이 능사는 아니며, 이중위험금지의 원칙에 반하지 않도록 우리 소비자법에서의 형벌, 과징금 규정과 징벌적 손해배상제도가 조화를 이룰 수 있도록 순차적·선택적 제재방안이 고려될 필요가 있다.

그밖에 소비자법 영역에서 징벌적 손해배상이 제대로 기능하기 위해서는 위법사업자의 악의적인 소비자이익 침탈행위에 대한 실질적인 억제 가능성이 가능한 정도의 징벌적 손해배상금이 부과되어야 할 것이다. 실손해액을 기준으로 몇 배로 한정할 경우 실손해액이 적으면 징벌적 손해배상액도 적게 되어 본래의 제재적 목적을 달성하기 어렵다. 이는 특히 소비자 손해배상소송의 경우 개별적인 소비자가 실손해액의 몇배로 징벌적 손해배상을 받는다하여도 그 액수 자체는 미미할 것이고, 소비자의 손해배상소송 유인 효과를 별로 기대하기 어려울 것이다. 더구나 2006년 소비자기본법 개정으로 소비자단체소송제도가 도입되었으나, 그 대상으로 되는 것은 소비자 권익침해 행위의 금지 또는 중지에 관한 것으로 소비자들의 피해에 대한 집단적 손해배상은 여전히 집단적 분쟁조정이나 공동소송제도에 의할 수밖에 없다. 따라서 소비자법 영역에서 징벌적 손해배상제도는 소비자 손해배상을 위한 단체소송제도가 도입되어야 그 진정한 의미를 발휘할 수 있을 것이다.

결론적으로 발표자가 적절히 지적한 바와 같이 현행 제도만으로는 소비자의 실질적인 손해배상을 전보하고, 가해자의 재발방지를 함에 있어서는 일정한 한계가 있다. 이를 해결하기 위해서는 사업자의 부당·위법한 행위로부터 소비자의 피해를 전보하고, 위반사업자의 재발방지를 위해서는 징벌적 손해배상제도의 도입이 고려될 수 있다. 그러나 영미법 체계에서 발전되어 온 본 제도가 현행 민법과 소비자법 체계와의 정합성을 유지하기 위해서는 소비자법의 특성에 따라 그 적용요건을 비롯하여 다른 규제수단과의 조화, 손해액의 산정 등에 관하여 개별적인 검토가 이루어져야 할 것이다.

토 론 문

권 재 열
(경희대학교 법과대학)

김성천 박사님의 발제에 대한 토론에 앞서서 우선 무엇보다 이 자리에서 토론할 수 있는 기회를 주신 한국법제연구원에 깊이 감사드립니다.

우리나라에서는 1990년대부터 징벌적 손해배상제도를 도입하자는 의견이 제시되고 있으며 일부 입법안도 제시된 바가 있습니다. 그러나 최근에도 사법제도개혁추진위원회가 2006년 5월 독립된 징벌적 손해배상법의 시안을 마련한 바도 있지만 입법으로 연결되지는 못한 상태입니다.¹⁾

오늘 김 박사님은 현행 소비자손해배상제도에 한계가 있음을 전제로 하여 소비자의 손해배상청구권의 확대차원에서 사업자의 위법·부당한 행위로 인한 소비자피해의 예방 및 재발방지를 위한 제도로서 선진국 등이 운용하고 있는 민사제재수단인 징벌적 배상제도의 도입 방안을 제시하고자 하고 계십니다.

저도 이번 기회에 징벌적 손해배상에 전반적인 지식을 가지게 되어 감사합니다. 제가 토론에 임하여 이 제도에 대하여 김 박사님과 다른 관점에서 약간의 의견을 제시하고자 합니다.

1) 전삼현, 『징벌적 배상제도의 입법론적 연구』(한국경제연구원, 2007), 49, 54-55면.

1. 징벌적 손해배상의 기능이 특별한가?

김 박사님은 징벌적 배상의 기능으로서 제재(처벌) 및 억제기능, 법 준수 기능, 전보적 기능, 사회적 배상기능 등을 제시하고 있는데, 일반적으로 불법행위에 대한 손해배상제도는 손해의 전보는 물론이고 위법행위의 억제효과는 당연히 발생합니다.²⁾ 따라서 김 박사님이 제시한 기능 중에서 사회적 배상기능 이외의 기능은 일반적인 손해배상제도의 기능과 차이가 없다고 보여집니다. 또한 사회적 배상기능은 징벌적 손해배상제도의 고유기능이라고 보기 보다는 미국의 몇몇 주가 채택한 정책적 고려가 반영된 것으로 보는 것이 타당하다고 생각합니다.

2. 법률연황에서

기타의 법으로서 증권거래법에서 내부자거래와 시세조종에 대해서 징벌적 손해배상이 인정되고 있습니다.

증권거래법 제207조의2 (벌칙) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 10년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액이하의 벌금에 처한다.

1. 제188조의2제1항 또는 제3항의 규정에 위반한 자
2. 제188조의4의 규정에 위반한 자

3. 고액의 위자료

고액의 위자료가 징벌적 손해배상제와 어떤 관련이 있는지 더 구체적으로 알려 주십시오.

2) 金正浩, “증권관련집단소송제도에 관한 법경제학적 연구”(崇實大學校 大學院 法學博士學位論文, 2003), 129-132면 참조.

4. 징벌적 배상의 승인의 보편성 또는 국지성?

일본의 경우나 독일의 경우도 대체적으로 서울지법 동부지원의 입장과 큰 차이가 없습니다.³⁾ 이러한 사실은 대륙법적 전통을 가진 국가에서는 징벌적 손해배상제도를 수용하기 어렵다는 것을 시사합니다. 이러한 상황에서 과연 도입을 전제로 한 것이 의미가 있을지?

5. 도입시 과연 소비자에게 유리할 것인지?

징벌적 손해배상제도가 도입되면 그 만큼 사업자(기업)는 고액 배상의 위험에 직면하게 될 것이므로 어쩔 수 없이 도산의 위험이 증가하게 될 것입니다.⁴⁾ 이에 징벌적 손해배상에 대비하여 이를 부보(附保)로서 해결하려는 움직임이 발생하면 결과적으로 그 보험료는 소비자에게 전가될 것이므로 궁극적으로 소비자보호의 의도와는 모순되는 현상이 발생할 우려가 있습니다.

6. 이 제도를 도입할 경우 기존의 법과의 관계를 어떻게 설정할 것인가?

징벌적 손해배상제도는 민사상 불법행위책임에 형벌로서의 벌금을 혼합한 제도라 할 수 있습니다. 이에 기존의 민형사책임의 구분경향과의 충돌 및 책임에 관한 비례의 원칙과의 모순을 해결하여야 하는 문제를 해결하여야 합니다.

3) 배상철, 『산업재산권 분야에 있어서 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성 및 도입 방안』 연구보고서 2005-2(한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2005), 50-51면.

4) Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc., 378 F.2d 832 (2d Cir. 1967),

제 2 주제

지재권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리

발 표 자 : 김병일 교수 (한양대학교)

지정토론 : 정연덕 교수 (건국대학교)

현대호 박사 (한국법제연구원)

지적재산권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리

김 병 일
(한양대학교 법과대학 부교수)

I. 서 언

지적재산권자는 지적재산권 침해행위에 대하여 금지청구권, 손해배상청구권 등을 행사할 수 있다. 그런데 금지청구권은 특허법, 상표법, 저작권법 등과 같은 지적재산권법 자체에서 인정하고 있는 권리인 반면, 손해배상청구권의 본질은 민법 제750조 이하의 불법행위에 의한 손해배상청구권이다.¹⁾ 따라서 지적재산권법은 민법의 불법행위와는 취지를 달리 하는 것이지만, 구제의 경우에는 그 성질에 반하지 않는 불법행위에 관한 민법의 규정이 보충 적용된다. 손해배상청구권은 이전성을 갖으며, 소멸시효에 대해서는 민법 제766조의 규정이 적용되고, 지적재산권침해로 인하여 정신적 손해를 받은 경우에는 민법 제751조에 의한 위자료를 청구할 수도 있다.

지적재산권침해는 민법 제750조의 불법행위를 구성하고, 손해는 불법행위로 인한 손해배상청구에 의해서 구제된다. 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 하여 불법행위의 성립요건을 포괄적으로 규정하고 있다.²⁾ 따라서 불법행위를 이유로 지적재산권 침해로 인한

1) 장수길, “知的所有權의 侵害에 따른 損害賠償”, 人權과 正義 (1991.6), 48면.

2) 특허법상 『손해배상청구권』이란 특허권자 또는 전용실시권자가 고의·과실에 의

손해배상청구에 있어서 상표권자는 ① 침해자의 귀책사유, ② 위법성, ③ 침해행위와 손해사이의 인과관계와 손해액을 입증하여야 한다.

유체물의 침해는 통상적으로 목적물의 교환가치에 따라 손해배상액을 산정하는 것과는 달리, 지적재산권의 경우에 있어서는 인과관계와 손해의 입증 등에 어려움을 겪게 되므로 손해배상의 범위와 그에 따른 배상액산정이 어렵다. 이러한 입증곤란을 극복하기 위하여 지적재산권법에서는 지적재산권침해와 손해배상에 관한 특별규정을 두어 이를 해결하고 있다.³⁾

손해배상청구의 범위는 침해와 인과관계 있는 모든 손해이고, 적극적 손해·소극적 손해 양자를 포함하며, 신용손해에도 미친다. 그러나 특허권 침해로 인한 손해배상 청구의 경우에 상표권이나 저작권의 침해와 마찬가지로 고의·과실, 손해액·인과관계의 입증이 매우 어려우므로 지적재산법은 지적재산법제도의 실효성을 거두기 위해서 손해액에 관한 특칙을 규정하고 있다.

현행 특허법상 특허권 침해로 인한 손해배상의 청구방법으로는 ① 민법 제750조의 일반원칙에 의한 불법행위책임으로 소극적 손해(일실회익)·적극적 손해·정신적 손해를 청구하는 경우, ② 특허법 제128조 제1항의 손해액의 추정,⁴⁾ ③ 특허법 제128조 제2항의 침해자가 얻

하여 특허권 등이 침해된 경우 침해자에 대하여 침해로부터 발생된 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 말한다. 손해배상청구는 과거에 행해진 침해로 입은 손해의 배상을 청구하는 것이기 때문에, 특허권의 존속기간 중에 침해가 있으면, 존속기간 만료 후에도 손해배상을 청구할 수 있다.

3) 특허법은 손해액의 추정(특허법 제128조), 생산방법의 추정(특허법 제129조), 과실의 추정규정(특허법 제129조), 손해액 계산을 위하여 필요한 서류제출명령(특허법 제132조)를 규정하고 있고, 상표법은 손해액의 추정(상표법 제67조), 고의의 추정규정(상표법 제68조), 서류제출명령(상표법 제70조) 등의 특칙을 정하고 있는데, 이 제도들은 권리자의 입증부담을 경감하기 위한 제도이다.

4) 특허권자 등은 자기가 입은 손해액을 구체적으로 증명하기가 곤란하고 오히려 침해자가 침해행위로 인하여 얻은 이익의 추산이 용이할 때에는 침해자가 얻은 이익

은 이익을 청구하는 경우 ④ 특허법 제128조 제3항의 실시료상당액을 청구하는 경우, 등 4가지가 있으며 권리자는 이 중에 선택적으로 각 요건을 입증하여 청구할 수 있다. 실무에서는 ②와 ③을 주위적으로 주장하고, ④를 예비적으로 주장하는 경우가 많다.⁵⁾

한편 지적재산권 침해자는 자신의 행위가 타인의 지적재산권을 침해하는 것임을 알았거나 또는 주의의무를 게을리 하여 그러한 사실을 알지 못한 경우에 한하여 손해배상책임을 진다. 예컨대, 특허권의 침해의 경우에 고의란 침해자가 경합하는 특허권을 알거나 또는 자기가 타인의 특허발명을 실시하는 것이 특허권자의 특허권을 침해하게 되는 것임을 인식하고 있는 것이며, 과실이란 자신의 행위가 타인의 특허권을 침해한다는 사실을 알 수 있었음에도 불구하고 거래에서 요구되는 주의를 게을리 하여, 타인의 특허권의 존재를 몰랐거나, 경합하는 특허권의 존재를 아는 경우에는 자신의 특허발명 실시가 위법행위라는 것을 알 수 있었던 경우이다.

이와 관련하여 특허법 제130조는 “타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다”고 규정하여 불법행위의 주관적 요건에 관한 입증책임을 경감하고 있다. 불법행위에 관한 일반원칙에 의하면 고의 및 과실의 입증책임은 청구인에게 있다. 그러나 특허사건의 경우 그 특허발명의 내용이 특허공보 및 원부등에 공시되므로 특허발명을 업으로 실시하는 사업자는 이 같은 공보를 조사할 의무가 있는 것을 전제로 하고, 침해행위가 증명되면 과실이 있는 것으로 추정된다. 그러나 불법행위의 성립요건으로서의 고의와 과실은 차이가 없으며, 오히려 특허법에서는 제

의 액을 특허권자 등이 입은 손해의 액으로 추정하여 손해배상을 청구할 수가 있다(§128①).

5) 특허법 제128조에 의한 특허권침해로 인한 손해배상액 산정에 관한 이론 및 그 자세한 분석은, 박성수, 특허침해로 인한 손해배상액의 산정, 경인문화사(2007) 참조.

128조 제3항과 관련하여 경과실과 중과실의 구별이 중요하다. 중과실이란 현저하게 주의를 하지 않은 경우를 말한다. 그러나, 위 양자의 구별은 실질적인 것이 아니고, 양적인 차이에 불과한 것이므로, 구체적인 사례에 따라서 판단하는 수밖에 없다.

지적재산법의 국제적 조화가 진행되고 있음에도 불구하고 손해배상제도는 각국의 민법제도에 기초하고 있으므로 조화의 어려움이 있다. 또한 실무에서의 문제점은 소송에서 소송심리에 필요한 기간에 의해서 소송의 장기화라는 문제와 소송금액이 선진국에 비해서 소액에 불과하다는데 있다. 그리고 실시료 기준확립, 정확한 손해액 산정 및 권리자의 입증편의를 위한 정보제공청구권(Anspruch auf Auskunftsanspruch; right of information) 신설 등 지적재산권침해에 대한 손해배상제도 보완이 지속적으로 요망되어 오고 있다.

한편 지적재산권 침해소송에서 법원이 인정하는 손해배상액이 상당히 소액이라 오히려 침해를 조장하는 결과를 초래한다는 문제가 제기됨에 따라, 미국 등에서 시행하고 있는 징벌적 손해배상제도를 통하여 지적재산권 침해행위를 사전에 효과적으로 억제할 필요성이 있다는 논의가 제기되어 왔다.⁶⁾ 그런데 최근 타결된 한미 FTA를 통하여 지적재산권 침해에 대한 집행 및 구제가 강화됨에 따라 영미 판례법을 통하여 발전되어 온 징벌적 손해배상법리의 도입여부는 또 다른 관점에서 파악할 필요가 있다고 생각한다. 이하에서는 미국법상 징벌적 손해배상제도의 법리와 한미 FTA에서의 손해배상제도를 간단히 살펴보고 우리 지적재산권법제에서 도입하는 문제를 검토하고자 한다.

6) 배상철, 산업재산권 분야에 있어서 징벌적 손해배상제도의 도입가능성 및 도입방안, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터 연구보고서(2005), 2-3면.

II. 미국에서의 징벌적 손해배상제도 - 특허부분의 3배 배상

1. 3배 배상의 법적 근거

미국 특허법 제284조는 “특허권 침해로 인한 손해배상액은 침해를 전보하기에 충분한 액수, 그러나 침해자가 발명을 이용한 것에 대한 합리적인 이용료(실시료 상당액, reasonable royalty)를 초과하는 액수가 되어야 하며, 배심원이 손해가 없다고 판정한 경우, 법원은 손해배상을 산정(assess)한다.”⁷⁾ 어떠한 경우에도 법원은 인정되거나 사정한 액의 3배까지 배상액을 증액할 수 있다.”고 규정하고, 제285조는 “예외적인 경우에 법원은 합리적인 변호사 비용을 승소한 자에게 인정할 수 있다”고 규정하고 있다.

미국 특허법 제284조에 의하면, 침해를 전보하는 손해배상액(compensatory damages)은 침해를 전보하기에 충분한 액수, 그러나 침해자가 발명을 이용한 것에 대한 합리적인 이용료(실시료 상당액, reasonable royalty)를 초과하는 액수가 되어야 할 것인데, 침해를 전보하는 손해배상액은 특허권자의 일실이익(lost profits), 설정되어 있는 이용료 또는 합리적인 이용료 등이 될 것이다. 위 규정에 의하면 고의, 과실 등 침해자의 주관적 태양은 손해배상청구의 요건으로서 구별할 필요는 없다. 다만 고의(willfull infringement)에 의한 침해의 경우에 3배배상이 인정된다는 점에서 구별의 실익이 있다.⁸⁾ 판례에 의하면, 침해자가 특

7) 35 U.S.C § 284. Damages (1) Upon finding for the claimant the court shall award the claimant damages adequate to compensate for the infringement, but in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by the infringer, together with interest and costs as fixed by the court.

8) 전효숙, “특허권 침해로 인한 손해배상”, 저스티스 제30권 제1호(통권 제43호, 한국법학원 1997.3), 9면.

허의 존재를 모르고 침해하는 것과 같이 선의로 행위하였거나, 침해하지 않거나 특허가 무효라고 믿은 것이 합리적인 경우, 법원은 손해배상액을 인상하지 아니 한다.⁹⁾

손해배상액을 증가시키는 대표적인 경우는 고의에 의한 침해(willful infringement)의 경우로 한정된다. 그러나 고의에 의한 침해가 있다고 하더라도 손해배상이 반드시 인상되어야 하는 것은 아니며, 3배 배상을 반드시 하도록 하는 것은 결코 아니다. 인상여부 및 인상 손해배상액을 결정하는 궁극적인 요소는 모든 사실관계 및 상황을 고려하여 피고 행위를 비난가능성의 정도가 된다.¹⁰⁾

2. 3배배상 가부의 판단요소

1992년 *Read Corp. v. Portec, Inc.* 사건에서 제시된 3배배상 가부의 판단요소는 다음과 같다;¹¹⁾

- 피고가 타인의 아이디어를 의도적으로(deliberately) 모방하였지 여부,
- 특허에 의하여 보호된다는 것을 알았을 때에, 침해자가 특허의 범위를 조사하였는지 여부 및 특허가 무효이거나 특허가 침해되지 않는다는 것에 대하여 선의로 믿었는지 여부,
- 소송에 대한 당사자로서의 피고의 행위,
- 피고의 규모나 재정 상황,
- 증거에 의하여 고의가 입증되는 정도,
- 피고의 불법행위의 기간,
- 피고가 침해를 치유하기 위하여 취한 행위,
- 피고가 피해를 끼치려는 의도,
- 피고가 불법행위를 은닉하려고 시도하였는지 여부.

9) Donald Chisum, *Chisum on Patents*, at 2-299.

10) 이규호 · 이대회, *KORUS FTA 집행분야*, 법무부(2006) 미공개 자료.

11) *Read Corp. v. Portec, Inc.*, 970 F.2d 816, 23 U.S.P.Q.2d 1426 (1992).

여기서 의도적인 모방의 유무, 조사의무와 피고의 침해행위 기간은 3배 배상여부를 판단하는 중요한 요소로 작용하고 있다고 한다.¹²⁾

3. 소 결

3배까지 배상토록 하는 것은 침해자의 비난가능성(culpability)이 증가하였다는 것을 의미하며, 고의(wilful infringement) 또는 악의(bad faith)에 대한 제재로서 허용되는 것이다. 이러한 징벌적 손해배상액 제도는 전보배상액 보다 높은 배상액을 통하여 침해행위에 대한 징벌(punishment)과 침해를 억제하는 기능을 가지지만,¹³⁾ 동 제도는 궁극적으로 특허권을 강화, 따라서 혁신 및 특허출원을 위한 동기를 제공하기 위한 것으로 볼 수도 있다.¹⁴⁾

3배배상을 인정할 것인지 여부, 인정하는 경우에는 어느 정도 인정하여야 하는지 여부는 전적으로 법원(사실심)의 재량에 달려 있다. 따라서 손해배상액 인정 여부 및 액수는 미국 판례법상 발달되어 온 것으로서, 3배 배상제도를 받아들이는 경우 한국의 법원이 이러한 업무를 수행하여야 할 것이다. 그런데 대륙법계 국가인 한국에서 미국 법원이 한 역할을 어떻게 수행하도록 할 것인가가 문제이다. 특히, 침해를 전보하는 손해액은 특허권자의 일실이익이나 실시료가 되는데, 이러한 일실이익이나 실시료의 산정 자체는 매우 어려움이 존재한다. 게다가 산정이 매우 어려운 것을 기초로 하여 다시 3배까지로 산정을 하게 되는 것이기 때문에 실무적으로 많은 어려움이 예상된다.

12) 안원모, 특허권의 침해와 손해배상, 세창출판사(2005), 60면.

13) 배대현, “특허법상 懲罰的 損害賠償額 制度의 도입 여부 논의”: 배상철, 산업재산권 분야에 있어서 징벌적 손해배상제도의 도입가능성 및 도입방안, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터 연구보고서(2005), 98면.

14) Lee, Summersgill & Hirsch, The Doctrine of Wilful Patent Infringement after Knorr-Bremse: Practical Problems & Recommendations, 7 SEDONA CONFERENCE J. 169 (2006).

Ⅲ. 한미 FTA와 지적재산권침해에 대한 법정손해배상제도

1. 개 요

한국과 미국은 지난 2006. 2. 3. 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 FTA라고 한다)을 위한 협상을 개시하였고, 우여곡절을 겪은 끝에 2007. 4. 2. 협상이 타결되었으며 국회의 비준절차를 앞두고 있다. 한미 FTA 제18.10조(지적재산권침해)는 기존의 것과는 달리 지적재산권에 관한 절차적, 실체적 내용에 대하여 상세한 규정을 하고 있다.

한미 FTA 협상과정에서는 지적재산권침해에 대한 손해배상제도와 관련하여 특허침해의 경우 실손해의 3배를 배상한다는 규정, 부가적 손해배상제도와 법정손해배상제도¹⁵⁾가 쟁점이 된 바 있다. 부가적 손해배상제도는 상표권 침해와 저작권 침해의 경우에 적어도 계약 당사국의 법원은 권리자의 손해 및 손해에 산입되지 아니한 침해자의 이익을 모두 배상할 수 있도록 명할 수 있어야 한다는 제도인데, 우리나라는 징벌적 손해배상제도의 성격을 갖고 있는 3배수 배상제도와 동제도는 수용하지 아니하였다.

한미 FTA 제18.10조 제5항은 충분한 손해배상을 규정하고 있으며, 각주로 채택되어 있는 특허침해로 인한 손해배상의 경우 합리적인 로열티보다 적어서는 안된다고 규정하고 있다.¹⁶⁾ 동규정의 내용은 우리 특허법 제128조 제3항의 내용과 차이는 없다.

15) 법정손해배상제도는 손해배상의 다른 요건의 충족에 관계없이 손해를 배상하는 것으로 법정한다는 의미가 아니라 손해액의 산정에 있어서만 금액을 미리 법정한다는 의미이므로 ‘법정손해배상액’으로 부르는 것이 정확하다는 학계의 지적이 있다. 이기용, 한미 FTA 시대의 저작권 행사 및 윤리 어떻게 할 것인가, 2007 저작권 세미나 토론 중.

16) 이는 미국 특허법 제284조의 규정을 그대로 가지고 온 규정이다.

미국은 협상 초기부터 특허침해로 인한 손해배상은 실손해액의 3배를 배상하는 3배배상을 강력하게 주장하였지만,¹⁷⁾ 우리 나라는 동제도를 수용하지 아니하였다.¹⁸⁾ 그러나 미국은 특허침해의 3배배상은 양보하였으나, 자국의 특정 이익집단(음반 산업에 관한 RIAA와 영화 산업에 관한 헐리웃 메이저 영화사)을 의식한 저작권의 집행에 대해서는 자국기업의 이익을 관철하기 위하여 상당한 노력을 경주함에 따라 상표와 저작권 침해에 대한 법정손해배상제도를 관철하였다.

즉, 한미 FTA 제18.10조 제6항에 따르면, “민사 사법절차에서, 각 당사국은 최소한 저작권 또는 저작인접권에 의하여 보호되는 저작물·음반 및 실연에 대하여, 그리고 상표위조의 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. 따라서 최소한 저작권법과 상표법에는 법정손해배상제도(statutory damages)를 도입할 필요가 생겨나게 됨에 따라, 우리 정부는 상표법, 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법을 개정하여 법정손해배상제도를 도입하는 개정안을 마련한 바 있다.

2. 미국 저작권법 및 상표법상의 법정손해배상제도

법정손해배상제도에 관한 법률에 규정된 바에 따라 지적재산권 침해가 인정되는 경우엔 일정 요건이 충족되면 일정액 또는 일정범위의 액수를 법원이 손해배상액으로 부과할 수 있도록 하는 제도를 말한다.¹⁹⁾

17) 한미 FTA 협상과정에서 미국은 특허권 침해(treble damages)의 민사절차에서, 사법부는 배심원이 판단하거나 평가한 액수의 3배까지 손해를 인상하는 권한을 가져야 한다고 주장한 바 있다.

18) 이대회, “한미자유무역협정의 저작권 쟁점 및 전망”, 계간 저작권 제78호(2007년 여름), 18면 참조.

19) 최경진, KORUS FTA 타결에 따른 저작권 침해로 인한 손해배상, Enter(2007.11),

미국의 법정손해배상제도는 권리자의 입증책임을 대폭 완화하고 법원의 손해배상액결정에 대한 재량범위를 크게 확대함으로써 권리자가 입은 손해에 대하여 적절한 보상을 보장할 뿐만 아니라 지적재산권 침해행위를 억제하고자 하는 목적을 가지고 있다.

(1) 미국 저작권법

미국 저작권법 제504조 제c항 제1호에 따르면, 저작권자는 ‘실손해 및 이익(actual damages and profits)’²⁰⁾ 대신에 ‘법정손해배상액’을 선택할 수 있다. 그 범위는 하나의 저작물과 관련하여 당해소송에 관련된 모든 침해에 대해 750달러 내지 3만 달러에 해당하는데 법원이 정당하다고 판단하는 액수가 될 것이다[§504(c)(1)]. 편집물 또는 2차적 저작물의 모든 부분은 하나의 저작물에 해당한다. 저작권 침해가 고의에 의한 것이라는 것이 입증되는 경우, 법원은 법정손해배액액수를 \$150,000까지 인상시킬 수 있는 반면, 침해자가 자신의 행위가 저작권 침해가 된다는 것을 알지 못하였거나 알만한 이유가 없다는 것이 입증된 경우, 법원은 법정손해배상액을 \$200까지 인하시킬 수 있다 [§504(c)(2)].

이 경우 고의로 인한 침해행위의 입증은 원고에게 있으며, 침해사실을 알지 못하였다는 점에 대한 입증책임은 피고에게 있다. 고의로 타인의 저작권을 침해한다는 것은 피고의 행위가 저작권침해를 구성한다는 인식이 있음을 말하며, 저작권을 침해하는 특정한 의도(specific intent)를 피고가 갖고 있을 필요는 없다.²¹⁾

21면.

20) 저작권자는 (i) 침해로 인하여 발생한 실제의 손해액과 (ii) 침해로 인한 것이면서 이러한 손해를 계산하는데 고려하지 않은 침해자의 이익을 배상받을 수 있음 [미국 저작권법 §504(b)].

21) 최경진, KORUS FTA 타결에 따른 저작권 침해로 인한 손해배상, Enter(2007.11), 21면.

법정손해배상은 (i) 등록이 발효된 일자 이전의 공표되지 않은 저작물의 침해 또는 (ii) 등록이 공표된 지 3개월 이내에 행해지지 아니하는 한, 등록의 발효일 이전의 공표된 저작물의 침해에 대해서는 이용 불가능하다.²²⁾ 또한 법정손해배상을 청구하려면, 저작권자는 미국 저작권법 제412조에 따라 피고의 침해행위가 있기 전에 저작권 등록을 하여야만 한다.

(2) 미국 상표법²³⁾

미국연방상표법 제35조에 의하면, 등록 상표권자의 권리가 침해되거나, 연방법상의 부정경쟁에 관한 규정[§43(a)]의 위반, 도메인이름의 무단점유에 관한 규정[§43(d)]의 위반, 희석금지규정[§43(c)]의 고의적 위반의 경우, 원고는 (i) 피고가 얻은 이익액, (ii) 원고의 피해액, (iii) 소송비용을 배상받을 수 있다[§35(a)].

손해를 산정함에 있어 법원은 상황에 따라 ‘실손해액’ 이상을 배상토록 할 수 있으며, 이러한 배상액은 실손해액의 3배를 초과하지 않아야 한다(3배 배상 : treble damages). 이익에 기초한 배상액수가 불충분하거나 과도한 것으로 판단하는 경우, 법원은 상황에 따라 정당하다고 판단되는 배상액을 정하는 재량권을 가짐. 이와 같이 법원이 정하는 두 가지의 배상액은 침해에 대한 전보(compensation)가 되는 것이지 징계(penalty)가 되어서는 아니된다[§35(a)].

손해배상액을 산정함에 있어서 상표를 고의로 사용하거나 상표가 위조상표(counterfeit mark)라는 것을 아는 경우 등에는, 정상을 참작할 만한 상황이 존재하지 않는다면, 이익 또는 손해액의 3배(둘 중에 큰 액수)를 배상액으로 판단할 수 있다[§35(b)].

22) 17 U.S.C. § 412.

23) Trademark Act of 1946(Lanham Act). 징벌적 손해배상은 랜햄법상의 청구에 대해서는 인정되지 아니한다. 나종갑, 미국상표법연구, 글누리(2006), 500면.

미국 연방상표법²⁴⁾은 위조 상표(counterfeit mark)에 대하여 다음과 같이 정의하고 있다:

- (i) 위조의 대상 표장은 상품이나 서비스의 제공이나 판매 등을 위해 미국 특허청에 연방 상표 주등록부(principal register)에 등록된 것으로 사용 중인 것이어야 하나 피청구인이 등록된 사실을 알고 있었는지 여부를 불문한다.
- (ii) 피침해 표장과 위조된 표장이 동일하거나 실질적으로 구별 곤란한 것(identical with, or substantially indistinguishable)을 말한다. 다만 이러한 용어에는 문제된 상품의 제조 당시에는 상표권자로부터 상표사용에 대한 허락을 받은 지위에 있었던 경우는 포함하지 않는다고 명시하고 있다.²⁵⁾

상품이나 서비스의 판매와 관련된 위조상표를 사용한 경우, 원고는 실제의 손해나 손해배상 대신에 법정손해액을 선택할 수 있다[§35(c)]. 법정손해액은 판매된 상품 등의 유형마다, 위조상표마다, \$500 ~ \$100,000. 위조 상표의 사용이 고의에 의한 것(willful violation)인 경우에는 \$1,000,000까지가 된다[§35(c)].

상표권자가 법정손해배상을 선택할 수 있는 것은 1심법원(trial court)에서의 최종판결이 내려지기 전까지 가능하며 위조가 분명하면 의도적인 침해여부를 불문하고 선택할 수 있다. 이때 금액결정을 위해 법원은 일정한 요소들을 고려한다. 판례에²⁶⁾ 의하면 법원이 법정

24) 랜햄법(Lanham Act) 제34조(c); 15 U.S.C §1116 (d)(B).

25) 표장이 위조된 경우가 아니더라도 이를 위조상품(counterfeit goods)에 사용하면 전체적으로 위조 상표로 취급 된다. 예컨대, 진품 코카콜라병에 불법제조 된 가짜 콜라를 병입 하여 판매하는 경우; PepsiCo, Inc. v. Plank., Case No. CV 02-02476, 2002 U.S. Dist. Lexis 14378 (C .D. Cal . July 18, 2002). 김원오, 상표위조행위에 대한 법정손해배상제도의 도입, 2007년 추계 한국디지털재산법학회 · 한국산업재산권 법학회 공동학술대회 발표집(2007), 6면.

26) *Polo Ralph Lauren, L.P. v. 3M Trading Co.*, 1999 U.S. Dist LEXIS 7913 (S.D.N.Y. 1999), 김원오, 상표위조행위에 대한 법정손해배상제도의 도입, 2007년 추계 한국디

손해액을 산정하기 위해 “법원이 고려하는 요소들(Factors)”로는 i) 침해자가 획득한 이득과 비용의 절감(the profits reaped and the expenses saved by the infringer), ii) 원고가 상실한 수익(the revenues lost by the plaintiff), iii) 상표의 가치, iv) 잠재적 침해의 저지필요성(the need to deter potential infringers), v) 피고의 의도성이나 무지의 정도(the degree of willfulness or the innocence of the defendant), 수익과 손해의 입증과 관련한 피고의 정보제공 협력성(the defendant's cooperativeness in providing information relevant to proof of profits and losses), 장래 재발방지 필요성(the need to deter the defendant from future misconduct) 등이다.

3. 저작권법, 상표법 등의 개정안에 관한 검토

전술한 대로, 한미 FTA 타결에 따라, 특허권 침해로 인한 손해배상액 산정에는 변화가 없지만, 상표권 침해와 저작권 침해의 경우에는 상표법 제67조 제2항 및 저작권법 제125조 제1항에서 규정하고 있는 침해자의 이익액을 권리자의 손해액으로 추정하는 규정에 합의하였을 뿐만 아니라, 법정손해배상제도를 도입하기로 하였다. 이에 따라 따라서 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법 및 상표법에 법정손해배상제도를 도입할 필요가 있다. 다만 이 협정문에 따르더라도 현행 민법의 손해배상제도에 배치하는 것은 아니므로 우리나라 민법에 부합하도록 해석할 필요가 있다.

(1) 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법 개정안

우리 저작권법은 미국식의 법정손해배상제도는 아니지만, 손해배상산정에 관하여 부정복제물의 부수를 추정하는 규정을 둔 바 있지만,

지털재산법학회 · 한국산업재산권법학회 공동학술대회 발표집(2007), 7면 재인용.

FTA 협상 체결 결과 도입하기로 한 법정손해배상제도는 추정이 아니라
라는 점에서 차이가 있다.²⁷⁾

한미 FTA 협정문에 의거하여 2007년 9월 13일 입법예고된 저작권법
일부개정안 제125조의2에서는 실손해를 증명하기 어려운 경우 또는
소송에서 손해가 실손해에 미치지 못한다고 생각하는 경우 권리자가
선택할 수 있고, 법원은 법정손해의 범위 내에서 적정한 손해액을
인정하도록 하되, 법정손해액의 상한(저작물당 1천만원/최고 5천만원)
만을 두도록 규정하고 있다.²⁸⁾

개정안 제125조의2에 있어 법정손해액의 범위는 미국 저작권법과
싱가포르 저작권법을 조합하여 반영한 결과인 것으로 판단된다. 법정
손해액과 관련하여 원칙적인 상한 및 예외적인 경우의 상한은 우리나
라 경제규모를 반영하여 미국 법제를 거의 따른 것으로 보인다. 그리
고 법정손해액의 하한을 두지 않은 것은 싱가포르 저작권법의 예를
따른 것으로 보인다. 법정손해액의 하한을 두지 않고 법원의 재량을
충분히 인정한 점은 법원의 역할이 미국에 비해 상대적으로 큰 우리
나라에서는 타당한 것으로 평가하는 견해가 있는 반면,²⁹⁾ 법정손해액

27) 특허법 제128조에 의한 특허권침해로 인한 손해배상액 산정에 관한 이론 및 그
자세한 분석은, 박성수, 특허침해로 인한 손해배상액의 산정, 경인문화사(2007), 490
면. 참조.

28) 개정법안 제125조의2에서는 “법정손해액의 청구”라는 표제하에 “① 저작재산권
자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자 및 제85조의2제1호 내지 제3호·제104
조의2제1항 및 제3항·제104조의3제1항의 규정을 위반한 자에 대하여 판결이 확정
되기 전에는 실제 손해액(제125조의 규정에 따라 정해지는 손해액을 포함한다)에
같음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만원 이하의 범위 내에서 상당한 금액(이하
“법정손해액”이라 한다)의 배상을 청구할 수 있다. 다만, 영리를 목적으로 고의로
권리를 침해하였다고 인정된 경우에는 그 상한을 5천만원으로 증액한다. ② 2개 이
상의 저작물을 소재로 하는 편집저작물과 2차적 저작물은 제1항의 규정의 적용에
있어서 하나의 저작물로 본다. ③ 법원은 제1항의 법정손해액의 청구가 있는 경우
에 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 제1항의 범위 내에서 상당한 손해
액을 인정하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

29) 이규호, 『박성수, 한미자유무역협정과 지적재산권집행, 발표문에 대한 토론문』
2007년 추계 한국디지털재산법학회·한국산업재산권법학회 공동학술대회 발표집

제도를 도입하는 경우에 법정손해액의 상한뿐만 아니라 하한도 같이 둘 것을 제안할 견해도 있다.³⁰⁾

또한, 프로그램저작권 침해행위는 무형의 지적재산권에 대한 침해이므로 프로그램저작권 침해행위로 인해 권리자가 받는 실손해액을 정확히 산정하기 어려울 뿐만 아니라 증거 등을 확보하여 입증하기가 곤란하기 때문에, 권리자의 손해액 입증의 어려움을 경감시키고 일정액 이상의 손해배상액을 정하여 손해배상의 실효성을 보장하기 위하여, 침해행위에 대한 사전에 확정된 금액을 정하여 권리자가 실손해배상 대신 청구할 수 있도록 하는 법정손해배상 제도를 도입하기 위한 컴퓨터프로그램보호법 개정안이 마련되었다. 동법 개정안 제32조의2(법정손해배상의 청구)에 따르면, 프로그램저작권을 침해당한 권리자는 실제 손해액의 입증이 용이하지 아니한 경우 30만원에서 3천만원의 범위 내에서 상당한 금액의 배상을 법원에 청구할 수 있으며, 실손해배상을 청구한 경우에도 법원의 변론 종결시까지 법정손해배상을 청구할 수 있다. 나아가 영리를 위하여 고의로 그 권리를 침해한 자에 대하여는 1억원 이하의 범위에서 법정손해를 인정할 수 있도록 하고 있다.

(2) 상표법 개정안

특허청이 한미 FTA 협정 비준과 관련한 상표법 개정안은 상표위조에 의한 침해행위에 대하여 법정손해배상제도를 신설하여 권리자가 실손해액과 법정손해액을 선택적으로 청구할 수 있도록 하는 법정손해배상제도의 도입을 예고한 바 있다.

(2007), 66-2면.

30) 박성수, “한미자유무역협정과 지적재산권집행-저작권을 중심으로-”, 2007년 추계 한국디지털재산법학회·한국산업재산권법학회 공동학술대회(주제 : 「FTA와 지적재산법 : 집행 및 구제를 중심으로」) 발표논문, 2007년 10월 4일, 60면.

개정안 제66조의 2에 의하면, ‘상표위조’란 사용 중인 타인의 등록상표와 동일하거나 실질적으로 구별할 수 없는 상표를 그 지정상품과 동일하거나 실질적으로 구별할 수 없는 상품에 사용하는 행위를 말하며, 개정안 제67조의 2 제1항에 의하면 상표권자 또는 전용사용권자는 자기의 상표권 또는 전용사용권을 고의 또는 과실로 침해한 자, 즉 상표위조에 의한 침해행위를 한자에 제67조의 손해배상을 청구하는 대신 5천만원의 범위 내에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다.³¹⁾

상표법 개정안은 위조상표의 정의에 관하여 ‘타인의 등록상표와 동일하거나 실질적으로 구별할 수 없는 상표’라고 하고 있고, 법정손해배상액의 상한을 5천만원으로 하고 있다. 그러나 위 규정은 법정손해배상의 산정방법 및 단위, 그리고 위조상표의 해당여부에 대한 판단 여부를 법원의 판단에 맡기고 있는데, 저작권침해뿐만 아니라 상표위조에 의한 침해행위시 법정손해배상제도에 관한 실무의 운용에 있어서 법정손해배상액이 지나치게 다액이 되지 아니하도록 하는 해석이 요구되고 있다.

4. 소 결

미국에 있어 이러한 법정손해배상(statutory damages)은 징벌적 손해배상(punitive damages)과는 다음과 같은 차이점이 있다. 배심이 내리는 징벌적 손해배상과는 달리 법정손해배상액의 하한은 이미 연방의회의 법률에 의해 법정되어 있다는 점에서 두 제도의 차이점이 있다. 또한 징

31) 상표법 개정안 제67조의2(법정손해배상의 청구) ① 상표권자 또는 전용사용권자는 자기의 상표권 또는 전용사용권을 고의 또는 과실로 침해한 자(상표법 제66조의2에 따른 침해를 한 자에 한함)에 대하여 제67조의 손해배상을 청구하는 대신 5천만원의 범위 내에서 상당한 금액(이하 ‘법정손해’라 한다)의 배상을 청구할 수 있다.

② 상표권자 또는 전용사용권자는 제67조의 청구를 한 경우에도 법원이 변론을 종결할때까지 이에 갈음하여 법정손해의 배상을 청구할 수 있다.

③ 법원은 손해가 발생한 사실이 인정되는 때에는 변론의 전체 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 적정한 법정손해를 인정하여야 한다.

벌적 손해배상제도는 침해행위의 억제 내지 제재에 초점을 두고 있는 반면에, 법정손해배상 제도는 소규모의 침해행위에 대하여 현실적인 손해배상액 입증의 어려움을 덜어주는 것을 주된 목적으로 하고 있다.³²⁾

미국에서 징벌적 손해배상은 (i) 고의에 의한 불법행위자에 대하여 제재를 가하거나, (ii) 타인에 대하여 피고를 본보기로 하거나(따라서 징벌적 손해배상을 *exemplary damages*라고 하기도 함), (iii) 피고로 하여금 미래의 불법행위를 하지 못하도록 억제하거나, (iv) 원고의 소송비용을 지급토록 하는 경우에 허용하고 있다. 법정손해배상제도는 합리적인 범위 내에서 억지효과 및 입증부담의 완화라는 목적을 달성할 수 있고 따라서 징벌적 손해배상제도와 구별된다고 하고 있다. 그러나 한미 FTA “법정손해배상액은 장래의 침해를 억제하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수이어야 한다.”고 언급하고 있는 점을 고려한다면, 비록 일반적인 징벌적 손해배상과는 규모가 작지만 일정한 징벌적 손해배상의 성격을 지니고 있다고 할 수 있을 것이다.

또한 징벌적 손해배상이 현저히 과도한 경우에는 미국 연방헌법의 적법절차를 위반할 수 있다고 판시한 미국 연방대법원의 사례³³⁾에서 볼 수 있듯이, 법정손해배상도 현저히 과도한 경우에는 미국 연방헌법의 적법절차를 위반할 가능성이 있다.

IV. 징벌적 손해배상법리의 수용여부에 대한 검토

우리나라 지적재산권법은 기본적으로 권리자의 통상 손해 또는 침해자의 이익을 선택적으로 청구하되 위 손해액 산정이 어려운 경우에

32) 정재훈, 저작권권리구제의 실효성 및 개선방향, 계간저작권 제67호(2004), 51면.

33) No. C MDL-00-1369 MHP, C 04-1671 MHP, 2005 WL 1287611 (N.D.Cal. June 1, 2005).

는 법원이 변론의전취지를 참작하여 손해액을 인정할 수 있도록 하고 있다(특허법 제128조, 저작권법 제93조 및 제94조, 상표법 제67조).

징벌적 손해배상제도의 도입은 대륙법계 국가인 우리 법체계에는 맞지 않으며, 손해배상제도에 관한 민사법 일반원리를 변경하는 문제에 해당할 뿐만 아니라, 국제적으로 일반화된 제도도 아니며, 자칫하면 외국권리자에게만 도움이 될 것이라는 등의 문제점이 존재한다. 또한 동제도의 무분별한 도입은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 비례성의 원칙으로 나타나는 헌법상 과잉금지원칙에 위배될 소지도 있다. 즉 형벌적 규정을 그대로 존치하면서 징벌적 손해배상제도를 도입할 경우에는 죄형법정주의의 문제가 있으며, 도입이 필요하다면 형벌규정의 삭제 등 전제조건이 충족되어야 할 것이다.

징벌적 손해배상제도는 악의적인 지적재산권의 반복적인 침해를 억제하는 기능이 있으므로 지적재산권의 보호를 통한 기술혁신 등을 통한 산업발전에 기여할 수 있다. 또한 법원은 침해자의 고의 또는 중과실 등의 귀책사유가 있는 경우에 반드시 징벌적 손해배상액으로 확정하는 것이 아니라 구체적인 여건 등을 고려하여 배상액을 결정하는 것이므로 법원의 실무운영 여하에 따라 부정적인 영향을 감소시킬 수 있을 것이다. 그러나 지적재산권 침해시의 징벌적 손해배상제도는 우리 민법상 손해배상법리'에 위배되는 측면이 분명히 있다. 또한 특허법의 경우에는, 개량발명이 주류인 현실에서 징벌적 손해배상제도를 도입하는 경우 관련산업 및 기업활동이 위축될 우려가 있다.

나아가, 상표법 및 저작권법의 경우에는 법정손해배상제도를 통하여 효과적인 손해배상액산정이 기대되고 있을 뿐만 아니라, 한미 FTA 제 18.10조 지적재산권의 집행과 관련한 부분을 이행하기 위한 다양한 제도의 도입 및 보완됨에 따라 징벌적 손해배상제도의 도입에 대한 검토 하는 것 보다는 기존 제도 및 개정제도의 효과적인 운용방안을 모색하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

지재권침해와 징벌적 손해배상 법리에 관한 약간의 검토(토론문)

정 연 덕

(건국대학교 법대 조교수/대법원 재판연구관)

1. 서 론

지적재산권 침해와 징벌적 손해배상의 법리를 기존의 미국의 논의와 FTA협정의 집행관련성 관점에서 전개해 주신 발표자의 발표를 감명 깊게 잘 들었습니다. 특허권의 손해배상과 관련하여서는 다수의 국내 논문이 발표되었지만¹⁾, 징벌적 손해배상과 관련하여 발표된 국내 논문은 찾아보기가 쉽지 않습니다.²⁾ 지적재산권 특히 특허권의 징벌적 손해배상제도에 관하여는 이를 요구하는 외국 업계의 요구와 우리나라 법체계와의 체계와 관련하여 다양한 논의가 있음에도 그 이론

-
- 1) 김재국·김장생, 특허권침해에 대한 損害賠償 : 특허법 제128조 제1항, 제2항, 기업법연구 20권 4호(통권 27호), 2006년 12월; 김재국·김장생, . 특허권침해에 대한 손해배상 : 특허법 제128조 제3항, 제4항, 제5항, 기업법연구 21권 1호(통권 28호), 2007년 3월; 김철환, 特許權侵害로 인한 損害賠償額의 算定方法, 창작과 권리 40호, 2005년 가을호; 박성수, 특허침해로 인한 손해배상액의 산정에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2005년; 양창수, 특허권 침해로 인한 손해배상 시론-특허법 제128조 제1항의 입법취지와 해석론, 법조 통권 588호, 2005년 9월; 윤선희, 特許權侵害에 있어 損害賠償額의 算定 : 특허법 제128조 제1항의 이해, 저스티스 80호, 2004년 8월, 전효숙, 特許權 侵害로 인한 損害賠償, 저스티스 30권 1호, 1997년 3월; 표호건, 미국에 있어 특허권침해로 인한 손해배상제도, 창작과 권리 16호, 199년 봄호.
 - 2) 배대현, 특허법상 懲罰的 損害賠償額 制度의 도입 여부에 관한 검토, 財産法研究 22권 2호, 2005년 10월; 배상철, 산업재산권 분야에 있어서 懲罰的 損害賠償 制度의 도입가능성 및 도입방안, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터 보고서, 2005.

의 발전이 빈약한 상황 하에서 발표자의 글은 앞으로 우리가 이 제도를 도입하거나 해석하는 안내 역할을 충분히 할 수 있을 것이라고 생각합니다. 특히 발표자는 미국에서의 징벌적 손해배상 제도의 설명과 더불어 한미 FTA와 지적재산권침해에 대한 손해배상제도를 함께 설명하여 징벌적 손해배상 제도의 도입여부 검토시 FTA와 관련한 지적재산권의 집행과 관련한 부분을 이행하기 위하여 다양한 제도의 도입과 보완의 따른 효과적인 운용방안의 모색이 중요하다고 강조하고 있습니다.

이하에서는 특허권의 손해배상의 이해와 앞으로의 논의 발전을 위하여 일반적인 내용에서의 궁금점을 질문하도록 합니다. 징벌적 손해배상의 인정 필요성에 대한 견해, 부정시에는 손해배상액의 명확한 확정, 그리고 범위와 손해배상의 내용, FTA와 관련된 내용을 질문하려 합니다.

2. 징벌적 손해배상의 인정 여부

미국의 경우 징벌적 손해배상을 인정하지만 단순한 법해석론이기보다는 경제학, 경영학 사회학 등 다른 사회과학 이론적 기초에 기한 광범위한 손해배상이론을 채용하고 미국법원이 유연한 태도를 보이고 있습니다. 예를 들어 미국의 루이지애나 주 등 몇 주에서는 징벌적 손해배상을 인정하지 않고, 몇몇의 주에서는 징벌적 손해배상액의 상한을 정하거나, 징벌적 손해배상을 명해야 하는지 여부에 대하여 배심의 판단에 위임하지만 금액결정은 법관이 정하도록 하기도 합니다.³⁾

독일의 경우 징벌적 배상을 인정하지 않고 있습니다.⁴⁾

3) 표호건, 전계논문 30면.

4) Peter Meier Beck, Damages for Patent infringement according to German Law Basic Principles, Assesment and enforcement, 2003년 10월 9일, 한국산업재산권법학회 주최

일본의 경우 中山信弘교수는 “3배 배상액이나 징벌적 손해배상은 손해배상에 관한 사고방식이 일본과 미국사이에서는 근본적으로 다르므로 반드시 미국에 따라야 할 필요는 없다”고 합니다.⁵⁾

먼저 지적재산권에 있어 징벌적 손해배상을 인정하는 국내의 견해를 살펴보면 소프트웨어 산업 보호를 위하여 영미의 징벌적 손해배상제도와 유사한 기능을 수행할 수 있는 과징금제도의 도입이 검토되어야 한다는 견해가 있습니다.⁶⁾ 다만 “일방적 처분으로서의 과징금이 일정한 액수이하로 국한하고, 일정액을 넘는 과징금은 행정청이 재판을 통해 청구할 수 있도록 규정하는 방안을 검토하는 것이 바람직하고 과징금의 부과에 의해 확보된 자원 중 일정비율 이상이 피해자의 구제를 위해 사용될 수 있도록 법적 장치를 마련해야 할 것”이라고 합니다.⁷⁾

부정하는 견해는 징벌적 손해배상액 제도는 현행 민법체계에 어긋나기 때문에 특허권침해로 인한 손해배상 방법과 관련하여 수용하지 아니하는 것이 합당하다는 견해가 있습니다.⁸⁾ 다만, “민사특별법의 범주 내에서 수용할 수 있다는 논의는 충분히 가능하다”고 합니다.⁹⁾ 징벌적 손해배상제도의 도입은 신중한 검토가 필요하며, 도입보다는 현재의 손해배상액 추정규정을 개정하자는 견해¹⁰⁾가 있습니다.

특허침해소송 국제심포지엄 발표자료.

5) 中山信弘, 工業所有權法, 上: 特許法, 제2판, 1998년, 353면.

6) 김종보, 컴퓨터프로그램보호를 위한 영업법적 규제방안, 행정법연구 10호, 2003. 하반기, 27면.

7) Ibid.

8) 배대현, 전개논문, 245면.

9) Ibid.

10) 육소영, 의견검토서, 배상철, 산업재산권 분야에 있어서 懲罰的 損害賠償 制度의 도입가능성 및 도입방안, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터 보고서, 2005, 155면.

발표자께서는 징벌적 손해배상의 인정여부를 어떻게 파악하고 있는지, 부정한다면 권리자를 보호하기 위하여 침해가 발생시 권리자의 징벌적 손해배상에 상응하는 손해배상금액은 어떻게 산정할 수 있는지와 기타 어떠한 방법으로 대처할 수 있는지 여부에 대하여 가지고 계신 견해가 있으면 말씀해 주시길 바랍니다.

3. 특허법 제128조 1항과의 관계에 대하여

징벌적 손해배상은 특허권 침해로 인한 손해배상액 산정에 관한 규정인 특허법 제128조를 해석함에 있어서 어떠한 적용이 가능한지 발표자의 견해를 알고 싶습니다.

일본 특허법 제102조 제1항 : 특허권자 또는 전용실시권자가 고의 또는 과실에 의하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 자가 그 침해행위를 조성한 물건을 양도한 때에는 그 양도한 물건의 수량(이하 이 항에서 「양도수량」이라 한다)에 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량에 해당하는 이익액을 곱하여 얻은 금액을 특허권자 또는 전용실시권자의 실시의 능력에 상응하는 금액을 초과하지 아니하는 한도에서 특허권자 또는 전용실시권자가 받은 손해액으로 할 수 있다. 다만, 양도 수량의 전부 또는 일부에 상당하는 수량을 특허권자 또는 전용실시권자가 판매할 수 없는 사정이 있는 때에는 당해 사정에 상당하는 수량에 따른 금액을 공제하는 것으로 한다.

우리 특허법 제128조 제1항 : 특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실로 인하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 입은 손해의 배상을 청구하는 경우

당해 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도한 때에는 그 물건의 양도수량에 특허권자 또는 전용실시권자가 당해 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다. 이 경우 손해액은 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량에 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 한도로 한다. 다만, 특허권자 또는 전용실시권자가 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 때에는 당해 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량에 따른 금액을 빼야 한다.

우리 특허법 제128조는 기본적으로 일본의 특허법을 수입한 것임에는 틀림이 없지만, 우리 특허법의 해석에 있어서 특허권자의 침해시 징벌적 손해배상과 관련하여 손해배상액 산정의 기준을 어떻게 하는지에 별다른 문제점은 없는 것인지 궁금합니다.

발표자께서는 “침해를 전보하는 손해액은 특허권자의 일실이익이나 실시료가 되는데 이러한 일실이익이나 실시료의 산정자체는 매우 어려움이 존재한다” 이를 기초로 “다시 3배로 산정하는 것은 실무적으로 어려움이 예상된다”고 하였습니다. 제128조 제1항을 권리자의 생산능력을 한도로 하여 손해액을 산정하면 된다고 하고 있습니다만, 권리자의 생산능력에 상응하는 금액을 한도로 하는 경우에 구체적으로 권리자의 생산능력 또는 실시능력이란 무엇을 말하는 것인지, 그에 상응하는 금액은 어떻게 특정되는 것인지는 어려운 문제라 하겠습니다. 일본 특허법의 경우는 “특허권자 또는 전용실시권자의 실시의 능력에 상응하는 금액을 초과하지 아니하는 한도에서”라는 문구가 있어 징벌적 손해 등의 손해범위를 제한하는 것처럼 보이지만, 우리나라의 경우 이러한 문구가 없는 것이 혹시 배상금액의 하한선을 정하지 않은

것인지 궁금합니다.

징벌적 배상과 관련하여 발표자께서는 특허권자의 생산능력의 개념을 어떻게 파악하고 있는지, 권리자의 생산능력에 상응하는 금액은 어떻게 산정할 수 있는지, 특허법 제128조 제1항 소정의 “특허권자 또는 전용실시권자가 당해 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액”을 어떠한 방법으로 계산할 수 있는지 여부에 대하여 가지고 계신 견해가 있으면 말씀해 주시길 바랍니다.

토 론 문

현 대 호

(한국법제연구원 부연구위원, 법학박사)

I. 우리 나라의 손해배상제도

어떠한 권리가 침해된 경우 원상회복의 차원에서 실질적인 피해액에 대한 손해배상을 인정하는 것이 전통적인 손해배상제도이다. 이러한 손해배상제도는 민사적 정의의 실현이라는 측면에서 보면, 가해자의 고의나 과실을 구별함이 없이 동일하게 취급한다는 점에서 부당하다고 볼 수 있다.¹⁾ 그렇지만 민사의 손해배상제도는 원래부터 응징적인 차원에서 도입된 것이 아니라 피해의 원상회복이라는 측면에서 운용되어 왔다. 따라서 전통적인 손해배상제도에 있어서 실질적 손해액을 벗어나 침해자의 주관적 요소(고의 또는 중과실)에 착안하여 과실에 의한 침해행위보다 가중하여 손해배상액을 인정하는 것은 물론 침해자를 징벌하는 차원에서 실질적인 피해액과는 별개로 소위 징벌적 손해배상을 허용해야 하는지는 거의 문제되지 않았다. 이러한 차원에서 우리 나라의 손해배상제도는 징벌적 손해배상을 도입하지 않았고, 지적재산권법에서도 이를 도입하지 않았다. 다만, 종래 저작권법 제94

1) 우리 민법에서는 가해자의 주관적 요소를 완전히 배제하고 있는 것은 아니다. 즉 민법 제765조제1항에서 「본장의 규정에 의한 배상의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있다.」라고 하고, 제2항에서 「법원은 전항의 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다.」고 규정하여 불법행위에 의한 손해배상책임에서 가해자의 주관적 요소를 고려하고 있다.

조의 부정복제물의 부수추정이 징벌적 손해배상을 도입한 것으로 볼 수 있는 여지가 있는데, 엄격하게 말하면 이 조항은 새로운 손해배상 제도를 도입한 것이고 입증곤란을 완화하기 위한 단순한 손해추정의 규정에 불과하다(그렇지만 이 조항을 징벌적 차원에서 이용하는 판례가 있었다).

II. 미국의 징벌적 손해배상제도의 의미와 목적

최근 지적재산권의 침해행위와 불공정행위 등과 같이 경제성의 원칙이 강조되는 영역에서 법익의 보호와 효율적인 구제를 위하여 징벌적 손해배상의 도입이 문제되고 있는데, 미국의 지적재산권법과 우리 지적재산권법의 사이의 법제상 가장 커다란 차이는 바로 징벌적 손해배상제도에서 나타난다. 미국의 민사소송은 당사자간 분쟁의 해결이라는 민사법으로서의 역할이외에 사회질서의 유지에 대한 역할도 부담한다는 것이다. 이것은 입법정책의 문제이고 우리 민사소송에 기대되는 역할의 차이이고 입법정책의 차이이기도 하다. 미국법에서 징벌적 손해배상제도는 일반민사소송 뿐만 아니라 지적재산권의 침해소송에까지 널리 도입되고 있다. 미국의 커먼로에서 징벌적 배상의 유무 및 액은 배심의 평결의 대상이 되고, 그 금액에 특별한 제한이 존재하지 아니하기에 일반민사소송에 거액의 징벌적 배상이 명하여지고 있다. 특허법, 저작권법, 연방상표법 등에 의하여 징벌적 손해배상은 실질적 손해배상액의 3배(또는 2배)로 배상범위를 제한하고 있다는 것이 독특하다.

III. 징벌적 손해배상제도의 도입 여부

미국의 징벌적 손해배상제도는 미국의 커먼로에서 개발된 독특한 손해배상법리이고 다른 외국(특히, 독일법계)에서 이를 수용하고 있지 아

니한 것이 현실이다. 따라서 미국법원에 의한 징벌적 손해배상을 외국 법원에서 이를 집행하는 것은 사실상 대단히 어렵다고 볼 수 있다.

김병일교수님께도 지적재산의 침해와 관련하여 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것에 대하여 소극적인 입장인데, 저도 원칙적으로 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것에 대하여는 반대입장입니다. 그렇지만 민사법 전반에 걸쳐 징벌적 손해배상제도를 도입하고자 한다면 법현실을 고려할 때(일종의 징벌적인 특성도 가진 것으로 볼 수도 있는 위자료제도가 적절히 인정되지 아니하고 있는 현실 또는 무형적인 피해(영업행위, 신용 등)에 대한 적절한 보상이 이루어지지 못하고 있는 현실 등) 반드시 불합리적인 결과를 초래한다고 보기는 어렵다고 생각합니다. 다시 말해서 민사법 전반적인 차원(지적재산을 포함하여)에서 징벌적 손해배상제도의 도입을 논의하는 것은 입법정책적인 차원에서 타당할 수 있다고 사료됩니다.

제 3 주제

공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입

발 표 자 : 홍명수 교수 (명지대학교)

지정토론 : 유진희 교수 (고려대학교)

이봉의 교수 (서울대학교)

공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입

홍 명 수

(명지대학교 법학과 조교수)

I. 서론

징벌적 손해배상제도(punitive damages, exemplary damages)는 Common Law에 기원을 두고 있는 영미법상 특유의 손해배상제도로서 이해된다. ‘징벌적’이라는 표현이 시사하듯이, 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서¹⁾ 발생한 손해의 전보(compensatory damages) 이상의 손해배상청구를 가능하게 하는 제도이고, 그 계기를 불법행위자의 일정한 행위적 특성에서 찾고 있다. 징벌적 손해배상은 영미법상 손해배상제도에 있어서 뚜렷한 특징이 되고 있지만, 헌법적합성까지 소급하는 등 제도의 규범적 의의와 타당성, 경제학적 이해에 바탕을 둔 사회적 기능과 의의에 관한 논쟁이 계속되고 있다. 물론 이러한 논쟁의 의의는 반독점법의 영역에서도 유효한 것이지만, 반독점법의 관점에서 고유한 문제의식도 나타나고 있다.

특히 미국의 반독점법(antitrust law)의 영역에서 징벌적 손해배상은, Clayton법상 명문으로 이른바 3배배상제도로서(treble damages) 구체화되고 있다. 법기술적으로 징벌적 손해배상액의 산정에는 여러 가지 방식이 가능하지만, 성문화된 징벌적 손해배상제도의 경우 실제 손해액(actual damages)에²⁾ 일정한 승수를 곱하여 배액(multiple)을 정하는 방식이 일반

1) 징벌적 손해배상은 계약위반에 대해서는 적용되지 않는다. 이호정, 영국계약법, 경문사, 2003, 517면.

2) 이때의 actual damages는 punitive damages를 제외한 compensatory damages와 동일

적이며, 전술한 Clayton법상의 3배배상제도는 전형적인 예에 해당한다.

여기서의 주된 논의는, 특히 미국의 반독점법의 영역에서 기능하고 있는 징벌적 손해배상제도의 의의와 동 제도를 우리 공정거래법제에 수용하는 문제에 관한 것이다. 따라서 징벌적 손해배상제도 자체가 아니라, 반독점법에 투영된 동 제도의 의의에 초점을 맞추게 될 것이다. 따라서 미국 반독점법상 징벌적 손해배상제도에 대한 이해는 반독점법의 집행과 관련하여, 사적 분쟁해결방식이 90% 이상의 비중을 차지하고 있는 상황³⁾ 전제되어야 하며, 이러한 전제 하에서 징벌적 손해배상제도가 반독점법의 실효성 제고에 기여할 수 있는 측면이 구체적인 의미를 갖는다. 한편 징벌적 손해배상제도 역시 근본적으로 불법행위자에 의한 손해의 전보에 기초하고 있으므로, 손해배상에 관한 일반법리가 당연히 적용되며, 이러한 점에서 손해배상에 관한 법리가 경쟁법상 고유한 법리와 조화될 수 있는지의 문제는 핵심적인 것으로 남게 된다.⁴⁾

이상의 미국 반독점법상 징벌적 손해배상제도를 살펴보는 것과 아울러, 공정거래법상 동 제도의 수용과 관련하여 세 가지 쟁점을 상정할 수 있다. 우선 징벌적 손해배상제도가 우리 법질서 전체와 조화될 수 있는지의 문제가 선행적으로 검토되어야 한다. Common Law적인 전통을 갖고 있지 않은 우리 私法秩序에 비추어, 실제 손해액을 넘어서는 징벌적 배상액의 인정이 가능한 것인지에 대한 논의는, 이후의 논의의 전개를 위하여 간과될 수 없는 부분이다(1). 이어서 현행 공정거래법상 규제체계에서, 징벌적 손해배상제도가 법실효성의 제고나 법집행의 강화에 의미 있는 기여를 할 수 있는지 여부가 다루어질 필요가 있다(2). 또한 이러한 맥락에서 징벌적 손해배상제도를 도입할

한 의미로서 이해된다. <http://www.law.cornell.edu/wex/index.php/damages> 참조.

3) Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice -, West Group, 1999, 593면.

4) 위의 책, 595면.

경우에, 이에 상응하여 제도적으로 개선되어야 할 부분들, 즉 공정거래법상 징벌적 손해배상제도가 유효하게 기능하기 위한 조건들을 살펴볼 필요가 있다(3).

II. 징벌적 손해배상과 반독점법(Antitrust Law)

1. 징벌적 손해배상제도의 의의

(1) 징벌적 손해배상제도의 법리

영국의 common law에서 징벌적 손해배상은 기원적으로 무형적·정신적 손해를 배상하기 위하여, 유형적 손해를 넘어서는 부분을 정당화하는 과정에서 형성된 것으로 보고 있다. 이후 영국의 *Huckle v. Money* 사건,⁵⁾ 미국의 *Funk v. H. S. Kerbauch* 사건⁶⁾ 등에 대한 법원의 판결을 거치면서, 오늘날 징벌적 손해배상은 유무형의 손해를 넘어서 배상청구를 가능하게 하며, 손해의 전보 이상의 목적을 갖고 있는 것으로 이해되고 있다. 즉 징벌적 손해배상이란 가해자가 불법행위를 함에 있어서 악의적인 경우에 인정되는 것으로서, 가해자에 대한 비난에 기초하여 처벌적인 성격의 제재를 가하는 것뿐만 아니라 장래에 있어서 그 자나 다른 자가 유사한 행위를 하지 못하게 억제하기 위하여, 전보적(compensatory) 손해배상에 부가하여 부과되는 손해배상을 의미한다.⁷⁾

법적인 관점에서 중요한 쟁점의 하나는, 징벌적 손해배상의 성립에 있어서 주관적 요소를 어느 정도로 반영할 것인지에 관한 것이다. 일반적으로 악의적 동기(evil motive), 해의(intent to injure), 악의(ill will) 등으로 특징지을 수 있는 실제적 악의(actual malice)가 주관적 요건으로서

5) 2 Wils. K. B. 205, 95 Eng. Rep. 768(C.P. 1763).

6) 222 Pa. 18, 70 A. 953 (1908).

7) 김재국, “징벌적 손해배상”, 민사법연구 제5집, 1996, 84면 이하 및 윤정환, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 재산법연구 제9권 제1호, 1992, 134면 이하 참조.

요구되며, 특히 제조물책임의 경우에는 제조물의 결함에 대한 실제적 인식(actual knowledge of the defective nature of the product)이 이에 상응하는 것으로 이해되고 있다.⁸⁾ 그러나 암묵적 악의(implied malice) 개념에 기초하여 무분별하거나(wanton) 고도로 부주의한(reckless) 행위에 대해서도, 주관적 요건을 충족하는 것으로 보는 경향이 있으며,⁹⁾ 이러한 태도는 불법행위에 관한 Restatements(Restatements of Torts) 제908조에 'reckless indifference'라는 개념을 통하여 반영되고 있다.

징벌적 손해배상액이 상당한 액수에 이르게 되면서, 동 제도 자체의 타당성, 특히 헌법적합성에 관한 문제제기가 계속되고 있으며, 현재도 미국의 Louisiana, Massachusetts, Nebraska, Washington 등 4개 주에서는 Common Law상의 징벌적 손해배상제도를 인정하고 있지 않다. 그러나 중요한 연방대법원의 판결에 의하여 동 제도 자체의 합헌성이 인정되었다는 점에도 주목을 요한다. 대표적으로 Browning-Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal 사건에서¹⁰⁾ 많은 액수의 징벌적 손해배상액의 부과가 수정헌법 제8조의 과중한 벌금 부과의 금지 규정에 반하지 않는다고 보았으며, TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp. 사건에서¹¹⁾ 징벌적 손해배상액 산정에 관한 법원의 광범위한 재량이 수정헌법 제14조에서 규정하는 적법절차(due process) 원칙에 본질적으로 반하는 것은 아니라고 판시하였다.

(2) 징벌적 손해배상제도의 기능적 이해

전술한 것처럼, 징벌적 손해배상은 불법행위의 비난가능성에 기초하며, 제도의 목적으로서 유사한 불법행위의 억제를 의도하고 있다. 일

8) James A. Henderson, Jr., Richard N. Pearson & John A. Siliciano, *The Torts Process* 5. ed., Aspen Law & Business, 1999, 691-692면.

9) 위의 책, 690면 참조.

10) 492 U.S. 257 (1989).

11) 509 U.S. 443 (1993).

반적으로 기업은 불법행위로 인한 손해배상의 경우, 이를 비용으로 상정하고 생산과 유통에 관한 전반적인 결정을 하게 된다. 이때 기업이 고려하는 것은 불법행위로 인하여 발생한 손해배상의 총액이 아니라, 실제 지불하게 되는 손해배상액이다. 만약에 기업의 불법행위가 적발될 가능성, 피침해자가 손해배상을 청구할 가능성, 그리고 피침해자가 법적인 분쟁절차에서 승소할 가능성 모두가 100%가 되지 않는다면, 실제 발생한 손해액과 지불하게 되는 손해배상액 사이에 괴리가 나타나게 되며, 이는 곧 불법행위와 관련된 거래에 있어서 외부효과가 발생함을 의미하는 것이다.

이상의 외부효과에 의하여 불법행위는 과다 발생하게 되고, 불법행위를 사회적으로 적정 수준으로 유지하기 위한 기업의 노력이 제한됨으로써, 바람직한 자원의 효율적 배분을 저해하게 될 것이다. 이러한 상황에서 징벌적 손해배상액의 부과는 기업의 사적 비용과 사회적 비용의 괴리를 일치시키는 방향으로 작용하고, 이로써 기업 스스로 불법행위를 사회적 적정수준으로 유지하도록 하는 유인체계가 형성될 것이다.

그러나 이와 같은 법경제학적 이해에 바탕을 둔 징벌적 손해배상의 기능적 이해와 관련하여 몇 가지 유의하여야 할 점이 있다. 우선 Jeffrey Harrison이 지적하고 있는 것처럼, 징벌적 손해배상액을 인정하지 않고 실제 손해액을 배상하는 제도 하에서도, 기업이 불법행위를 방지하는 비용이 실제 손해액보다 적다면, 징벌적 손해배상액을 부과하는 것에 의하여 불법행위를 적정한 수준으로 억제하는데 기여하는 효과는 나타나지 않을 수 있다. 예를 들어 실제 손해배상액이 100만원이고, 불법행위 방지비용이 90만원이라고 할 경우에, 징벌적 손해배상액을 부과한다고 하여, 불법행위 방지를 기업의 추가적인 노력이 나타나지는 않을 것이고, 이 경우에 전보적 손해배상만으로도, 기업의 합리적 선택과 노력을 충분히 유인할 수 있다.¹²⁾

12) Jeffrey L. Harrison, Law and Economics - Cases, Materials and Behavioral

또한 징벌적 손해배상제도 자체의 한계적 분석도 고려될 필요가 있다. 예를 들어 일반적 손해배상제도로써 90%의 불법행위 억제력을 나타낸다고 할 경우에, 추가적인 10%의 불법행위 억제를 위한 제도적 비용은 체증하는 반면에, 이로부터 얻게 되는 이익은 체감적으로 발생할 수 있다. 이와 같이 제도의 한계비용은 체증하고 한계이익은 체감하는 경우에, 나머지 10%의 불법행위 억제를 위한 징벌적 손해배상제도의 도입으로부터 사회적으로 얻게 되는 이득은 지불하는 비용보다 작을 수 있으며, 이러한 경우에 징벌적 손해배상제도의 도입은 유보될 수도 있을 것이다.¹³⁾

끝으로 실제 손해(actual damages)에 승수를 곱하여 징벌적 손해배상액을 정하는 경우에, 이른바 ‘징벌 승수’를 어떻게 결정할 것인지가 문제된다. 위에서 설명한 것처럼, 징벌적 손해배상제도의 사회적 기능이 일차적으로 불법행위에 대한 불완전한 집행을 보정하는 것에 있다면, 이러한 불완전집행의 정도를 지표화 하여 징벌승수에 반영하는 것이 타당할 것이다. 이를 도식적으로 나타내면 다음과 같다.¹⁴⁾

$$\text{징벌승수} = \frac{1}{\text{불완전집행 지표}}$$

$$\text{징벌승수} = \frac{(\text{손해배상액} + \text{징벌배상액})}{\text{손해배상액}}$$

결국 징벌승수를 구하기 위한 이상의 수식이 적절한 것이 되기 위해서는, 불완전집행의 정도가 정확하게 산정되어야 하며, 이에 관한 경험적 자료의 뒷받침이 있어야 할 것이다. 이와 관련하여 반독점법을 포함한 많은 경우에 불완전집행의 정도를 3분의1로 보고, 3배배상제도를 채택하고 있다.

Perspectives -, West Group, 2002, 445-447면 참조.
 13) Herbert Hovenkamp, 주 3)의 책, 594면 참조.
 14) 박세일, 법경제학, 박영사, 2004, 313-314면

2. 미국 반독점법에서 징벌적 손해배상제도의 운영

(1) 미국 반독점법에 있어서 사적 집행

미국 반독점법의 집행에 있어서도 규제기관에 의한 공적집행은 일정한 역할을 수행한다. 특히 연방 차원에서 법무부와 연방거래위원회에 이중적으로 규제권한이 부여되고 있는 것은 비교법적으로 드문 예에 속한다. 즉 형사상에 대한 관할권이 법무부에 귀속되는 것을 제외하고, 양 기관은 반독점법 집행과 관련하여 실질적으로 중복적인 권한을 갖고 있으며,¹⁵⁾ 이러한 이중적 규제체계는 규제기관 간의 상호 경쟁과 보완을 통하여 규제의 실효성을 제고하는데 기여할 수 있다.¹⁶⁾ 이 외에도 전술한 것처럼, 사적집행의 비중이 매우 높은 것은 미국 반독점법의 규제체계에 있어서 뚜렷한 특징을 이룬다.

반독점법 위반행위에 대한 사인에 의한 청구는 손해배상청구와 위반행위의 중지청구(injunctive relief)로 대별된다. 후자의 경우 법적 근거는 Clayton법 제16조에서 찾을 수 있는데, 이에 의하면 어떠한 개인, 회사 또는 단체는 반독점법의 위반에 의한 손실 또는 손해가 발생할 우려가 있는(threatened loss or damages) 행위에 대한 중지명령에 의한 구제가 형평법에 의하여 동일한 조건 및 원칙 하에 허용될 경우에, 중지명령의 절차에 관한 규칙에 따라서 그 당사자의 관할지의 연방법원에 소를 제기하고 중지명령에 의한 구제를 요구할 권리를 갖는다. 특히 동조가 청구의 요건으로서 ‘손해가 발생할 우려’를 규정하고 있기 때문에, 이미 손해의 발생을 전제하는 손해배상청구보다 청구의 적격이 넓어진다는 점에서, 양자를 구별하는 이해가 유력하다.¹⁷⁾

15) E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications* 4. ed., LexisNexis, 2003, 45면.

16) 홍명수·신영수, 사건처리절차 효율화 방안에 관한 연구, 공정거래위원회 용역보고서, 2005, 63-64면.

17) Herbert Hovenkamp, 주 3)의 책, 638면 참조.

손해배상청구는 Clayton법 제4조 a항에 의하고 있으며, 동 조항은 전술한 것처럼 3배의 배상청구를 규정함으로써 징벌적 손해배상제도의 명문의 근거가 되고 있다. 동 조항에 의하면, “반독점법에 금지되어 있는 행위로 인하여 사업이나 재산에 침해를 받은 자는 청구액의 여하를 불문하고, 피고의 주소, 현재지 또는 피고가 대리인을 두고 있는 지역의 연방지방법원에 소를 제기하고, 자신이 입증한 손해액의 3배 및 합리적인 변호사비용을 포함한 소송비용의 배상을 청구할 수 있다.”

한편 이상의 손해배상청구의 주체에 일반 소비자도 포함될 수 있으며, 이 경우 전형적으로 소액다수의 피해사례로 인식될 수 있다. 집단적 소송제도는 이러한 상황에서의 적절한 구제절차로서 기능할 수 있지만, 동조 c항은 이에 대한 실효성을 보다 더 강화하기 위하여, 손해배상에 대한 각 주의 검찰총장(attorneys general)에 의한 후견소송의 근거를 마련하고 있다. 즉 “각 주의 검찰총장은 Sherman법 위반에 의하여 주에 거주하는 자연인이 입은 재산상 손해에 대하여, 본조에 규정된 금전적 구제를 청구하기 위하여 그 주에 거주하는 자연인을 위한 후견인(parens patriae)으로서 당해 주 명의로 피고에 대한 관할권을 가지는 연방지방법원에 민사소송을 제기할 수 있다.”

(2) 반독점법상 징벌적 손해배상제도의 의의

1) 반독점법상 징벌적 손해배상의 적용에 있어서 고려사항

징벌적 손해배상제도의 근거가 되는 Clayton법 제4조 a항의 구체적 해석에 의하여 손해배상청구가 허용 가능한 범위가 결정될 것이다. 또한 미국 반독점법의 집행에 있어서 사적 집행이 차지하는 절대적인 비중을 고려한다면, 이는 곧 집행의 한계와 실효성의 정도를 정하는 문제와 밀접히 관련되며, 따라서 적정한 집행수준의 관점에서 이 문제를 바라보는 것도 충분히 가능한 것이다.

이와 관련하여 손해배상청구의 범위를 확대하는 것은 집행의 실효성을 제고하고 또한 반독점법 위반행위로 침해를 당한 자의 손해에 대한 보다 충실한 배상이라는 점에서 긍정적일 수 있지만, 범위를 확대하는데 따르는 비용 증가도 예상되는 것이다. 이러한 맥락에서 제도의 확대에 따르는 한계비용과 한계편익의 분석을 통하여, 양 지표가 일치하는 지점에서 적절한 제도 운영의 범위를 정할 수 있다는 경제학적 접근도 상정할 수 있다.¹⁸⁾ 물론 이 경우에 한계비용과 한계편익의 계산이 용이하지 않다는 현실적인 어려움이 따를 것이다.

또한 Clayton법 제4조 a항의 적용과 관련하여, 손해배상에 관한 일반 법리를 적용하는 것에 관한 문제가 있다. 동 조항에서 규정하는 징벌적 손해배상도 기본적으로 손해배상에 해당하는 것이며, 따라서 ‘손해의 공평한 분담’이라는 손해배상의 근본적 원칙의 적용은 당연한 것이라 할 수 있다. 그러나 이는 효율성 제고를 반독점법의 유일하거나 또는 다른 가치와 함께 중요한 목적의 하나로 이해하는 사고와의 충돌을 예정하는 것이다. 예를 들어 반독점법에서 엄격한 Pareto 효율성 기준, 즉 어느 누구도 손해를 입지 않는 상황에서 어느 누구에게 이익이 발생하는 경우에만 효율성이 개선되는 것으로 보는 기준은 Kaldor-Hicks 기준으로 전환된 상태이고, 어느 누구의 손해보다 어느 누구의 이익이 더 큰 경우에도 Pareto 개선, 즉 효율성이 제고되었다고 보는 Kaldor-Hicks 기준은 반독점법상 효율성 판단에 있어서 유력한 기준으로 자리 잡고 있다. 동 기준을 원용한다면, 어느 누구에게 손해가 발생한 경우라 하더라도, 다른 누군가의 이익이 더 커서 사회적으로 효율성의 개선이 있는 경우로 평가될 경우에, 반독점법상 손해배상청구는 부인될 수 있다. 그러나 이러한 접근이 전통적인 손해배상의 법리와 현실적으로 조화될 수 있는지, 특히 개인의 손해배상청구를 대상으로 하는 실제 분쟁에서 반독점법이 요구하는 종합적인 고려가 충분히 이루어질

18) 위의 책, 645면 이하 참조.

수 있는지가 문제가 될 수 있다.¹⁹⁾ 아마도 그 이면에는 경쟁법의 목적을 어떻게 이해할 것인지에 관한 법이념의 문제가 자리할 것이다. 또한 손해나 이익의 계량과 형량의 작업이 일관성 있게 진행될 수 있는지에 대해서도 현실적인 어려움이 존재할 수 있다.

2) 반독점법상 징벌적 손해배상의 구체적 의의

Clayton법 제4조 a항에 의한 징벌적 손해배상의 청구를 위한 요건으로서 정식화되고 있는 것은, 1) 손해가 발생하고, 2) 이 손해가 반독점법 위반행위에 기인한 것이어야 하고, 3) 또한 이 손해가 반독점법적 손해로서의 성격을 가져야 한다는 것이다.²⁰⁾ 실제로 동 조항에 의한 손해배상청구는 3배배상청구이기 때문에, 청구를 구하는 충분한 유인이 될 수 있다. 따라서 이상의 요건은 동 조항의 기능하는 범위를 제한하는 해석상의 한계기능을 수행한다.

법문에 따르면, 여기서의 손해는 영업 내지 재산상의(business or property) 손해일 것이 요구된다. 이 요건은 원고 적격의 문제로 이해할 수도 있으며, 실질적으로 인적 손해(personal injuries)를 배제하는 기능을 한다.²¹⁾ 한편 손해 발생 자체의 판단에 어려움을 겪을 수 있다. 예를 들어 수평적 기업결합이 이루어진 시장에서의 경쟁사업자의 경우, 기업결합의 주체들이 지배력이 강화된 것을 계기로 하여 가격을 인상하고 산출량을 줄였다면, 이러한 행위로 인하여 경쟁사업자에게 손해가 발생하였다고 보기는 어려울 것이다.

위의 두 번째 요건은 인과관계에 관한 것이고, 이에 대한 미국 연방대법원의 판례로서, 법위반행위가 손해에 대하여 구체적 원인(material cause)일 것을 요구한 예가 있다.²²⁾ 그러나 하급심 판결 중에서는 이

19) 위의 책, 594-595면 참조.

20) 위의 책, 600면.

21) E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, 주 15)의 책, 47면.

22) Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100, 114 n. 9 (1969).

와 관련하여 실질적 원인(substantial cause)일 것을 요구함으로써, 즉 가장 중요한 원인이거나 가장 중요한 원인의 하나일 것을 요구함으로써, 보다 강화된 기준을 제시한 예도 있다.²³⁾

또한 이때의 손해는 반독점법적 손해이어야 하며, 이는 반독점법이 방지하고자 하는 손해이어야 하는 것을 의미한다.²⁴⁾ 예를 들어 기업결합 이후에 경쟁사업자가 기업결합에 의하여 발생한 효율성으로 인하여 경쟁상의 제한을 받은 경우에, 이 경우에 손해는 효율성의 제고로 인한 것이고, 효율성 제고는 반독점법이 방지하고자 하는 대상은 아니므로, 이 경우에 경쟁사업자가 받은 손해는 반독점법상의 손해가 되지는 않을 것이다.

끝으로 원고의 적격에 관한 많은 논의 역시, 동 조항에 의한 징벌적 손해배상 청구의 범위를 제한한다. 이와 관련하여, 직접적 손해의 주체를 기준으로 하는 직접성 심사 또는 경쟁제한적 행위의 표적이 된 시장에서의 경쟁상태의 붕괴로 인한 위험에 노출된 경우를 상정하는 표적심사(target area test) 등이 제시되고 있지만, 일반적으로 특정한 심사방식을 따르는 것이 아니라, 구체적, 개별적 판단에 유보하는 상황이다. 이러한 구체적, 개별적 심사의 한 예로서, 손해배상 청구를 위하여 보다 유리한 위치에 있는 자가 있을 경우에, 다른 자에 대한 손해배상 청구를 부인하는 것을 들 수 있다. 그러나 이 경우에도 단지 이론적으로 판단할 것은 아니고, 실질적으로 손해배상청구의 가능성을 검토하여야 한다는 견해가 유력하다.²⁵⁾ 예를 들어 제조업자가 유통업자에 대한 수직적 가격 제한을 하고, 이로 인하여 소비자 역시 손해를 입었을 경우에, 이론적으로는 유통업자가 거래의 직접 당사자로서 경쟁이 제한된 사업자이기 때문에 보다 유리하게 손해배상을 청구할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있지만, 현실적으로 제조업자의

23) Motive Parts Warehouse v. Facet Enter., 774 F.2d 380, 388(10th Cir. 1985).

24) Herbert Hovenkamp, 주 3)의 책, 596면.

25) 위의 책, 606면 이하 참조.

지배력에 반하는 행위를 하기는 어려울 수 있다는 점이 감안될 수 있다. 이 경우에 소비자에게 원고 적격을 부여하는 것을 긍정적으로 고려할 수 있을 것이다.

3) 반독점법상 징벌적 손해배상제도의 평가

전술한 것처럼, 징벌적 손해배상제도는 손해의 전보를 넘어서 불법 행위를 억제하기 위한 목적으로서 고안된 제도이며, 이러한 측면은 반독점법에서도 동일하게 이해될 수 있다. 그러나 바로 이러한 점은 현행 반독점법상 징벌적 손해배상제도(3배배상제도)를 비판하는 유력한 근거가 되며, 나아가 동 제도를 수용하는 논의를 함에 있어서 의미 있는 시사점을 제공한다.

반독점법상 징벌적 손해배상제도에 대하여 우선적으로 제기되고 있는 비판은, 동 제도가 효율적이지 않으며, 또한 불공정성을 낳을 수 있다는 것이다. 앞에서 Jeffrey Harrison의 지적을 상기한다면, 징벌적 손해배상제도는 불법행위에 대한 과도한 억제를 결과할 수 있으며, 이는 효율적인 자원배분에 역행하는 것이다. 또한 소비자 입장에서 3배배상제도를 염두에 둔 구매활동을 함으로써, 즉 문제가 있는 상품을 3배배상제도의 활용가능성을 고려하여 구매하는 것과 같은 행동을 함으로써 거래의 공정성에 문제를 낳을 수도 있다.²⁶⁾

또한 징벌적 손해배상의 과중한 부담을 회피하기 위하여 적극적인 경쟁의 동기가 제한될 수 있다는 점에 대한 지적도 가능하며, 또한 3배배상의 과중한 부담으로 인하여 기업이 소송으로부터 자발적으로 벗어날 수 있는 가능성이 제한되고 있다는 점, 즉 승소의 가능성이 없음에도 불구하고 끝까지 소송을 유지하는데 따르는 것에 관한 문제도 언급되고 있다.²⁷⁾

26) E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, 주 15)의 책, 45-46면.

27) 위의 책, 46-48면 참조.

그러나 이상의 문제의식은 사적 집행이 반독점법의 주된 집행 수단으로 자리 잡고 있는 상황에서의 인식이며, 징벌적 손해배상제도의 실효성에 대한 문제제기도 이러한 맥락에서 이해될 필요가 있다.

Ⅲ. 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성

1. 공정거래법상 손해배상제도의 의의

공정거래법상 위반행위의 문제가 사적 청구에 의하여 법원에서 직접적으로 다루어질 수 있는 것은, 다음의 세 가지 경우를 상정할 수 있다. 우선 동법 제56조에 의한 손해배상청구권을 행사하는 것에 의하여 가능할 것이고, 이 외에도 사업자간의 합의가 동법 제19조 제1항 내지 제4항에 의하여 무효인지 여부를 다룰 수 있을 것이며, 또한 공정거래법의 위반 문제가 다른 사법적 분쟁에서 선결문제로 나타날 수도 있다. 그러나 뒤의 두 가지는 예외적인 경우라 할 수 있고, 현재 미국이나 독일과 같은 일반적인 중지 청구가 인정되지 않는 상황에서, 손해배상청구권의 행사는 공정거래법의 사적 집행과 관련한 유일한 근거 조항이라 할 것이다. 한편 종래 공정거래법상 손해배상청구에 있어서 요구되었던 시정조치전치주의가 폐지됨으로 인하여 사적 집행으로서 손해배상청구제도를 활성화하는 방향으로 나아가고 있다.

구체적으로 공정거래법 제56조 제1항은, “사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 동 규정은 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구의 특별규정으로서의 성격을 갖고 있지만, 2004년 동 규정의 개정에 의하여 주관적 요건의 입증책임이 가해자에게 부담되는 것을 제외하면, 일반

불법행위에 비하여 특별한 내용을 담고 있지 않다. 따라서 동 규정에 의한 손해배상청구에 있어서, 주관적 요건에 관한 입증책임 부분을 제외하고는 불법행위에 관한 일반법리가 유효하게 적용될 것이다.

일반적으로 불법행위의 성립요건은 가해자의 고의 또는 과실에 의한 행위, 가해자의 책임능력, 가해행위의 위법성, 가해행위에 의한 손해발생을 요구하며, 이상의 요건은 공정거래법 제56조에 의한 손해배상청구에 대해서도 적용될 것이다. 이 중에서 네 번째 요건에 대해서는 공정거래법의 고유한 관점에서 추가적인 논의가 필요할 것으로 생각된다.

네 번째 요건은 손해의 발생과 가해행위로부터의 인과관계를 요구한다. 우선 손해의 발생과 관련하여 미국 반독점법에서 전개되고 있는 ‘반독점법상의 손해’의 개념을 원용할 수 있는지가 논의될 필요가 있다. 미국의 경우 반독점법상의 손해(antitrust damages)인지의 여부에 따라서 3배배상청구가 가능한지가 결정되기 때문에, 실제적으로 중요한 기능을 하고 있는 것으로 볼 수 있다. 우리 공정거래법상 손해배상청구가 일반불법행위에 기한 손해배상청구에 비하여 이러한 특징을 갖고 있는 것은 아니지만, 입증책임이나 손해액의 산정(법 57조)과 관련하여 손해배상청구권자에게 유리한 규정을 두고 있으므로, 손해의 성격을 규정하고 이에 따라서 청구권의 근거를 밝히는 것이 전혀 의미가 없는 것은 아니다. 또한 공정거래법상의 손해는 경제적 순환과정을 따라서 무한정으로 퍼져가는 것이므로, 이를 적절하게 제한한다는 관점에서 손해의 의미를 제한하는 시도를 이해할 수도 있다.

앞에서 언급한 것처럼, 징벌적 손해배상과 관련하여 반독점법적 손해는 반독점법이 방지하고자 하는 행위로 인한 손해를 의미한다. 이는 ‘규범의 보호목적’이라는 관점에서 이해할 수 있는 접근방식이라 할 수 있다. 그러나 동 개념의 의의나 기능적 타당성을 긍정적으로 볼 수 있는 경우에도, 이러한 개념의 법적 근거를 우리 공정거래법상 어떻게 제시할 수 있는지가 문제가 될 것이다. 이와 관련하여, 공정거

래법 제56조 역시 동법 제1조의 목적 조항에 기속되는 것이므로, 동법 제1조로부터 그 근거를 구할 수 있다.²⁸⁾ 또한 미국에서 ‘반독점법적 손해’ 개념의 법적 근거에 관한 논의를 참고할 수도 있을 것이다. 동 개념은 기본적으로 판례법상 형성된 것이지만, 다른 한편으로 Clayton법 제4조 a항 법문에서 ‘by reason of’라는 표현에도 주목하고 있다. 즉 ‘반독점법에서 금지하는 행위로 인하여(by reason of)’라는 규정에서 손해의 성격을 반독점법적인 것으로 이해하는 근거를 구하고 있다.²⁹⁾ 이러한 접근은 ‘이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은’과 같이 규정하고 있는 공정거래법 제56조 제1항의 해석에 있어서도 참고할 수 있을 것으로 생각된다.

한편 인과관계와 관련하여, 행위와 손해 사이의 인과관계를 구체적 원인(material cause) 내지 실질적 원인(substantial cause) 개념에 기초하여 이해하는 미국에서의 논의도 시사하는 바가 크다. 물론 우리의 일반불법행위에 있어서 민법 제763조와 제393조에 근거한 상당인과관계³⁰⁾ 내지 예견가능성에 기초한 이해가 공정거래법상 손해배상청구에도 원용되는 것으로 볼 수 있지만, 이때의 상당성 내지 예견가능성을 구체화하는 의미에서 원인을 중요성에 따라서 구별하는 미국의 접근 방식도 충분히 고려할 수 있다.

2. 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성 검토

(1) 필요성 검토

주지하다시피, 공정거래법상 집행제도는 공적 집행이 주를 이루고 있으며, 사적인 분쟁해결방식에 따른 사적 집행제도는 여전히 활성화

28) 동법 제1조의 목적조항의 의의에 관하여, 이봉의 “공정거래법의 목적과 경쟁제한 행위의 위법성”, 경제법판례연구 제1권, 2004, 9면 이하 참조.

29) E. Thomas Sullivan & Jeffrey L. Harrison, 주 15)의 책, 51면.

30) 박윤직, 채권각론, 박영사, 1998, 727면.

되지 않고 있다. 이러한 상황에서 사적 집행제도를 전제로 하여 그 실효성을 강화하는 방향으로 제도화된 징벌적 손해배상제도(3배배상제도)가 미국에서만큼 기여할 수 있을지에 대해서는 의문이다. 또한 징벌적 손해배상제도가 갖는 부정적 측면에 대한 논의도 우리에게 마찬가지로 유효할 수 있다.

그러나 미국에서와는 그 의미가 다를 수 있지만, 징벌적 손해배상제도 자체는 사적 손해배상이 충분히 이루어지고 있는 상황에서의 제도의 이용가능성을 높이기 위한 제도이며, 또한 충분히 활성화되어 있지 않은 상황에서 제도의 도입에 따른 한계비용보다는 한계이익이 보다 클 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

또한 보다 근본적으로 사적 주체의 자율에 기초한 경쟁과 경제적 활동의 자유를 지향하는 공정거래법의 이념에 비추어, 사적주도권에 의하여 전개되는 사적 집행제도의 이념적 정합성도 고려되어야 할 부분이다.

(2) 법적 타당성 검토

징벌적 손해배상제도의 도입과 관련하여 공정거래법뿐만 아니라 우리 법질서 전체의 관점에서의 제도적 정합성도 고려되어야 한다. 우리 법질서에서 불법행위로 인한 손해배상의 법리는 손해의 공평한 분담이라는 이상을 지향하며, 그 기저에는 자기책임의 원칙과 같은 근대법의 기본 이념이 자리하고 있다. 이러한 법질서 하에서 실제 손해액 이상의 책임을 요구하는 징벌적 손해배상제도가 가능할 수 있을지에 대한 의문은 당연한 것이라 할 수 있다.

그러나 공정거래법은 기본적으로 개인간의 이익 조정이 아니라 정당한 경제질서의 형성을 목적으로 하며, 이러한 목적이 헌법적으로 승인될 수 있는 것이라면, 개인의 기본권으로서 보장되는 자기책임 원칙을 넘어서는 책임의 부담도 충분히 검토할 여지가 있는 것으로 생각된다.

(3) 제도적 조건

징벌적 손해배상제도는 사적 집행의 활성화에 기여할 수 있는 제도이지만, 사적 집행의 확대를 제한하는 여러 제도적 제한이 존재한다면, 제도의 도입이 원래의 의도대로 실현되기는 어려울 것이다. 이와 관련하여 미국의 집단적 소송제도가 징벌적 손해배상제도와 밀접히 관련되고 있다는 점에 주목할 필요가 있으며, 이와 같은 절차법적 개선이 병행될 필요가 있다.

또한 이와 관련하여 Clayton법 제4조 c항에서 규정하고 있는 후견소송도 긍정적으로 검토할 수 있다. 제도에 대한 인식이 여전히 부족하고, 실행 가능성에 한계가 있을 경우에, 공정거래위원회나 지방사무소 또는 지방자치단체를 활용하여 후견적으로 사적 소송을 제기할 수 있는 방안도 모색할 수 있다.

끝으로 손해배상에 관하여 법리적으로 쟁점이 있거나 명확하지 않은 부분에 대한 제도적 개선도 근본적으로 손해배상제도의 활성화에 기여할 수 있을 것이다. 또한 현재 공정거래법상 모든 규제대상에 대하여 공적집행을 우선적으로 하는 규제체계를 갖추고 있지만, 장기적으로 공적집행의 필요성이 크지 않은 규제 유형에 대해서는 행정적 규제를 제한하는 것도, 사적 집행 부분을 확대하는데 긍정적으로 작용할 것이다.

IV. 결 론

징벌적 손해배상제도는 영미법상의 common law에 기원을 두는 제도로서, 실제 손해액 이상을 징벌적으로 부과함으로써, 불법행위의 방지와 예방을 목적으로 하는 제도이다. 동 제도는 미국의 반독점법에 명문으로 반영되어, 이른바 3배배상제도로써 도입되었으며, 이는 현재

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

시점에서의 여러 논의에도 불구하고, 미국 반독점법의 사적집행의 활성화에 일정한 기여를 한 것으로 볼 수 있다.

우리 공정거래법상 사적 집행의 활성화의 일환으로서 동 제도의 도입을 고려할 수 있다. 특히 그 필요성이나 법적 타당성 측면에서 동 제도의 도입에 장애는 없는 것으로 생각된다. 다만 제도의 도입이 실효적인 결과를 낳게 하기 위해서는, 우리 공정거래법상 손해배상제도를 활성화할 수 있는, 특히 집단소송제도의 도입과 같은 제도적 개선이 수반되어야 할 것이다.

[토론 요지]

공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입

유진희
(고려대 법대 교수)

1. 홍명수 교수님 발제 요지

- 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성을 필요성, 법적 타당성 및 제도적 조건 측면에서 검토하여 다음과 같은 결론을 도출하였음
 - 필요성이나 법적 타당성 측면에서 징벌적 손해배상제도의 도입에 장애가 없음
 - 다만 제도의 도입이 실효적인 결과를 낳게 하기 위해서는 공정거래법상 손해배상제도를 활성화할 수 있도록 제도의 도입 등 제도적 개선이 수반되어야 함

2. 토론 요지

(1) 필요성 측면

- 징벌적 손해배상제도는 사적 집행제도의 실효성을 강화하기 위한 방안이라는 점에서 동 제도의 도입이 공정거래법의 이념(사적 주체의 자율에 기초한 경쟁과 경제적 활동의 자유를 지향)에 부합한다는 홍교수님의 관점에 동의함

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

- 그러나 징벌적 손해배상제도는 사적 집행제도의 활성화를 전제로 하는 제도인데, 우리나라의 경우 사적 집행이 활성화되어 있지 않다는 점에서 동 제도의 도입이 사적집행 제도의 실효성 제고에 얼마나 기여할 수 있을지 의문임
- 홍교수님은 사적 손해배상이 충분히 활성화되어 있지 않은 상황에서 제도의 도입에 따른 한계비용보다는 한계이익이 보다 클 수 있다고 하시는데, p.5 각주 13)부분은 오히려 반대의 경우를 예시하고 있는 것이 아닌지

(2) 법적 타당성 측면

- 공정거래법이 기본적으로 개인간의 이익 조정이 아니라 정당한 경제질서 형성을 목적으로 한다는 점을 전제로 자기책임의 원칙을 넘어서는 책임의 부담(실제 손해액 이상의 책임을 요구하는 징벌적 손해배상제도)도 충분히 검토할 여지가 있다는 주장에도 동의함
- 다만, 자기책임의 원칙을 넘어서는 책임을 부담시키는 경우 그 부담의 정도가 문제됨. 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 있음.

(3) 제도적 조건

- 집단소송제도의 도입 등 사적 집행제도를 활성화할 수 있는 제도의 개선이 필요하다는 주장에는 (징벌적 손해배상제도의 도입 여부와 관계없이) 전적으로 동의함

토론문 : 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입

이 봉 의
(서울대학교 법과대학)

활발한 토론이 되려면 발표자와 다른 입장에서 주제에 대하여 의견을 진술하는 것이 필요하다고 생각되므로 그러한 관점에서 몇 가지 의견을 제시하고자 합니다.

- 손해배상제도 외에 공적 집행(과징금 등)에 의한 억제 효과까지 함께 검토해야 한계이익과 한계비용 분석이 정확해질 것임. 즉 우리 현실이 과징금에 의한 억제 효과가 큰 상황이라면 징벌적 배상제의 도입이 부정적일 수 있음.
- 공적 집행으로 위반행위 억제가 부족한 부분이 있는지 살펴보고 그렇다면 억제력의 부족이 무엇인지에 따라 공적 집행을 강화·보완하여 위반 억제를 기할 수도 있음.
- 금전적 배상과의 균형이 문제될 수 있음.
- 징벌적 배상시 고의·악의 등의 판단이 어려운 경우가 있을 수 있음. 예컨대 시지남용이나 기업결합 심사의 경우.
- 징벌적 배상 인정을 위해서는 동일 위반행위에 대한 공정거래위원회의 시정명령 또는 과징금납부명령과의 관계도 검토하여야 할 것임

제 4 주제

공정거래법 및 소비자법상 징벌적 손해배상제도의 도입

발 표 자 : 김두진 박사 (한국법제연구원)

지정토론 : 이 황 재판연구원 (대법원)

조성국 교수 (중앙대학교)

공정거래법 및 소비자법상 징벌적 손해배상제도의 도입

김 두 진
(한국법제연구원 부연구위원)

I. 징벌적 배상의 개념

1. 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.¹⁾ 예컨대 출애굽기 22장 1절, 4절, 9절, 사무엘하 제12장과 같이 유대민족의 구약성경에도 징계적 배상의 예가 발견된다.

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.²⁾ 고대법에

1) Code of Hammurabi § 8.

2) 이기백, 『한국사신론(개정판)』(일조각, 1981), 46~47면, 53면; 하현강, 『한국의 역

서는 손해배상과 형벌이 분화되지 않은 상태였고, 양자 모두 同害報復 사상에서 출발하였던 것이다.³⁾ “인신손해에 대하여 가해자에 대한 제재로서 보복을 가하는 것이 인간의 복수감정에 적합한 것으로 인식되어 사회질서를 유지하기 위하여” 배상과 벌이 “필요하다고 여겼던 것이다.”⁴⁾ 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 差分法에서 입법화되고 점차 비재산적 손해에 대한 배상으로 정착되어 가는 과정을 밟게 되었다.⁵⁾

이후 대륙법계 국가의 근대법에서는 일반적으로 법체계의 정비가 진행됨에 따라, 공·사법 및 민·형사법의 구분이 확립되는 것에 수반하여, 민사책임과 형사책임은 분리되고 피해자에게 발생한 손해의 배상에 대해서는 민사책임으로 처리하게 되었고, 가해자에 대한 처벌·강제의 목적은 형사책임의 추궁에 의하여 행해지게 되었다. 따라서 실손해 이상의 배상을 인정하는 사고방식은 민사법영역에서는 소멸하게 되었는데, 반면 이 제도의 도입이 지연된 커먼로에 있어서는, 오히려 현대에도 여전히 기능하고 있는 것이다.

사』(신구문화사, 1980), 41면.

3) 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).

4) 장재욱, 전계논문, 같은 면.

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

(2) 징벌적 배상의 의의

1) 징벌적 배상의 의의 · 구별개념

징벌적 배상(punitive damages, vindictive damages, smart money)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 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 일

정한 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.⁶⁾

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. Computer Assoc. Intern. 사건⁷⁾에서 RICO가 3배배상을 이미 규정하고 있지만, 그에 의거한 민사소송에서 징벌적 배상청구권이 인정될 수 있다고 판시하였다. 그러나 Standard Chlorine of Delaware, Inc. v. Sinibaldi 사건⁸⁾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.⁹⁾

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

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

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

9) Dan Dobbs, The Law of Remedies, 2nd ed., West, 1993, pp. 453-455; Dan B. Dobbs

- 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 억제력을 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 배상을 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.

and Paul T. Hayden, *Torts and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury*, 5th ed., Thomson West, 2005, pp. 883-884.

- vi) 징벌적 배상은 소송법상 전통적으로 일반적인 민사소송의 입증 법칙인 증거의 우월(preponderance of the evidence) 기준으로 증명된다. 그러나 일부 법원은 현재 명백하고 확신을 주는 증거를 요구하고 있다.
- vii) 배상은 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 대

한 소송에서는 계약에 대한 실정법규가 없는 경우에는 부정된다.

2. 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 별개의견에서 밝히고 있다.¹⁰⁾

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 징벌적 배상을 포함한 사건들이 실제로는 완전보상에 지나지 않는다는 것을 설명하려고 하였다.¹¹⁾ 당시 이 학설은 널리 지지되지는 못하였다. *Theodore Sedgwick*는 배상법에 관한 영향력 있는 논문에서, 징계적 배상의 ‘건전한 법리(salutary doctrine)’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.¹²⁾ *Sedgwick*는 그 법리는 “영국과 미국의 일반적 법학에 정착된 것으로 보인다”고 하였

10) *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).

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

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

다.¹³⁾ 또한 그 외에도 G. Field는 “징벌적 배상의 법리는 영국과 미국 양국에서 최소한 지배적 학설이 된 것으로 보인다.”고 하였고,¹⁴⁾ 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.¹⁵⁾ Greenleaf 교수와 Sedgwick 간의 이 주제에 관한 논쟁(1847) 이후 미국 항소법원의 대다수는 Sedgwick의 견해를 추종하여 왔다.¹⁶⁾ 그리고 연방대법원은 1852년에 Day v. Woodworth 사건¹⁷⁾에서 “무단침입 소송과 불법행위 소송에서, 배심이 원고에 대한 보전수단으로서 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 받아들여질 수 있다면 의문은 인정될 수 없다.”고 판시하였다. 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 언어 도단”이라고 불렀다.¹⁸⁾ 그는 “의심의 여지 없이 이 유해한 법리는 법에 확정되었고, … 그것을 제거하기는 어려울 수 있다. 그러나 어려움을 처리하는 것은 법원의 책무이고 이 이론은 객관적으로 전달되어야 한다.”고

13) Id., at 35.

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

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

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

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

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

언급하였다. 그는 “건전한 법원의 모든 진실한 구성원이 ‘나는 내가 필요하지 않다’고 외칠 수 있다는 점을 인식하면서, 우리는 이 결함있는 칼을 거부감 없이 사용하여야 한다.”고 하였다.¹⁹⁾ 그러므로 연방헌법 수정안이 채택된 1868년에 징벌적 배상은 의심의 여지 없이 미국 불법행위의 커먼로의 일부로서 확립되었다.²⁰⁾

3. 징벌적 배상의 기능

징계적 배상의 기능 가운데 가장 본질적인 것은 그것의 부과를 통하여 행위자의 악의적 가해행위를 제재하고 억제한다는 것이다. 징벌적 배상은 당사자간의 계약 내용을 실현하기 위한 것은 아니다. 그 결과 징벌적 배상은 일방 당사자의 잘못된 행위가 고의적인 것이거나 악의적인 것일 때에만 부여되었다.

한편 오랜 세월이 흐르는 동안에 징벌적 배상을 부여하는 목적은 4 가지 추가적인 기능을 포함하는 것으로 확대되었다. i) 타인이 동일한 행위를 하는 것을 억제하는 기능, ii) 피해자에게 다른 경우라면 보전받을 수 없었을 손실에 대하여 보전하는 기능, iii) 징벌적 배상을 부여함으로써 피해자가 보전적 배상밖에 부여받을 수 없는 경우에 자력구제할 가능성을 방지하는 기능, 그리고 iv) 피고에게 다른 경우라면 회복가능하지 않았을 소송비용을 원고에게 상환하도록 하는 기능 등이 그것이다.²¹⁾ 이처럼 위반행위의 억제는 행위자에 대한 것과 행위

19) *Id.*, at 397.

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

21) 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).

자 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 커버리지 아니하는 피해자의 재산적 손실을 배상하는 기능인데, 이 부분은 보전적 배상의 기능과 경계선상에 위치하는 것으로 볼 수 있다.

4. 징벌적 배상에 대한 비판론

징벌적 배상에 대해서는 여러 가지 비판이 제기되어 왔다. 징벌적 배상에 대한 반대자들은 징벌적 배상의 부여는 원고에 대하여 우연한 형재를 하게 하기 때문에 근본적으로 불공정하다고 주장한다.

또한 징벌적 배상을 부여하는 것은 동일한 행위에 대하여 부과될 수 있는 형벌의 경우와 달리 상한이 없기 때문에²²⁾ 즉 벌금형의 경우와 같은 상한이 법정된 금전적 형사제재의 액수를 훨씬 초과한 금액이 부과될 수 있다고 하는 비판이 있다.

징벌적 배상에 대한 또 다른 비판은 일정한 상황에서는 피고인에게 이중위험에 처하게 하거나 피고인의 적법절차 청구권을 침해하는 위헌적 상황이 초래될 수 있다고 하는 주장이다.²³⁾

22) 입법례에 따라서는 이 문제를 해결하기 위하여 상한을 정하는 경우도 있다.

23) 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 보

II. 징벌적 배상에 관한 각국의 법제

전세계적으로 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 대륙법계 국가에서는 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, 계약불이행 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.

장), 제37조(자유와 권리의 보장).

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.²⁴⁾ 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.

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 배상을 부여한다. 징벌적 배상은 가해행위가 이례적으로 부당한 경우의 특별한 사건에서만 허용되고 보전적 배상액을 초과하여 허용되는 데, 그 적용에 의하여 고도의 사법적 억제를 할 것을 기대하고 부과된다.²⁵⁾

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.

24) 1 Schlueter & Redden, at 409-742; 2 Schlueter & Redden, at 1-184.

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

미국 연방대법원은 *Kolstand v. American Dental Association* 사건²⁶⁾에서 연방취업차별소송에서 징벌적 배상이 인정되기 위해서는 피고의 차별행위 자체와 그의 행위가 연방법을 위반하였을 수 있다는 피고의 인식 외에 피고의 엄청난 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.²⁷⁾ 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.

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

27) *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).

미국에서 징벌적 배상은 “수정헌법 제8조의 과중한 형벌조항은, 사적 당사자 사이의 민사사건에 있어서의 징벌적 배상액의 판단에는 적용되지 않는다.”²⁸⁾는 판례에 따라 수정헌법 제8조를 근거로 하여 과중성이 문제되지는 않는다. 그러나 연방대법원은 주법원의 징벌적 배상을 명하는 권한에 대하여 적법절차조항이 제한을 부과한다고 결정하였고, 따라서 징벌적 배상액의 적정성은 수정헌법 제5조와 제14조의 적법절차에 의하여 부과되는 제한의 범위에서 위법으로 판정될 수 있다.²⁹⁾

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.

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

29) *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.

(2) 독점금지법위반행위에 대한 3배액 손해배상제

연방 독점금지법인 클레이튼법 제4조³⁰⁾ 및 제4a조³¹⁾는 셔먼법과 클레이튼법에 위반한 행위에 의하여 피해를 입은 사인 및 연방정부에 의한 3배배상 청구의 근거규정을 두고 있다.

제정당시의 미국 셔먼법 제7조에 처음 규정된 3배액 손해배상제는 징벌적 손해배상법리를 성문화한 것이다. 3배액 손해배상(treble damages) 규정의 근대법상의 연원은 1623년 영국의 독점조항(Statute of Monopolies)³²⁾이라고 한다. 셔먼법을 발의한 셔먼상원의원은 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.³³⁾ 셔먼의원은 원래 2배액 배상을 제안하였으나, 몇 차례 수정된 후, 최종안은 대체로 위의 1623년 영국 독점조항을 모델로 하여 정해졌다.³⁴⁾ 이것은 나중에 클레이튼법 제4a조로 규정되었고, 현재 영국법에는 독점금지과 관련해서는 존재하지 않는 입법례이다.

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

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

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

32) 21 Jac. 1, C.3 (1623). 동조는 “독점의 피해를 입은 사람은 방해방법과 경우에 의하여 입은 피해의 3배를 배상 받는다”고 규정하였다.

33) 21 Cong. Rec. 2456 (1890); Comment, Damages: An Idea whose Time has come?, 61 Tulane L. Rev. 781, 782~783 (1987).

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

필요하다는 것이다. ii) 일반예방에 기초한 주장으로, 모든 독점금지 위반이 적발되지 않으므로, 실손해액 배상만을 허용하는 원칙으로는 독점금지 위반을 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 법정에 쇄도할 것이다.³⁵⁾ 사적 3배액 손해배상은 독점금지법의 집행에 있어서 강력하고 발전적 요소로서, 1960년 이래 독점금지법의 집행에 있어서 가장 괄목할 만한 발전은 사적 3배액 손해배상청구소송의 증가였다고 평가된다.³⁶⁾ 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.³⁷⁾ 그러나 소송사건의 대다수에서, 법원은 손해배상액을 억제모델보다는 배상모델과 더 부합되는 방식으로 확인하고 산정한다.

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

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

37) 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)에서는 3배액 손해배상액 중에서 본래의 실손해액을 넘는 3분의 2의 손해배상액은 “사적 법무장관”의 창설에 의하여 공적 집행을 보충하려고 고안되었다고 언급함으로써, 배상보다 억제를 선호하는 쪽에 약간 가깝다.

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 법리³⁸⁾, ii) 시장의 경쟁에 대한 피해가 발생한 경우에도 그것으로 인하여 “직접” 또는 “표적영역”내에 있는 자에게 발생한 피해이어야 한다는 법리³⁹⁾, iii) “직접매수자”에 한하여 독점적 과다청구에 대한 배상청구의 원고적격을 인정하는 법리 등이 개발·적용되고 있다.⁴⁰⁾ 소비자나 경쟁자는 독점금지 사적 손해배상청구의 원고로 선호되나 이들도 “직접매수자”가 아닌 경우에는 예외적인 경우에만 원고적격이 인정된다.⁴¹⁾ 종업원·과생적 피해를 입은 자·이른바 차선 원고 등에 대해서는 원칙적으로 원고적격이 부정된다.

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 이

38) 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).

39) 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).

40) 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).

41) 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).

에 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.⁴²⁾ 다만 동조는 주법 무장관에 의한 국친소송에 적용되며 사적 손해배상청구에는 적용되지 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.

3배액 배상제도는 그 자체가 원고에게 제소의 유인을 주기 위한 것이므로 미국에서는 이에 의거한 활발한 사인의 제소가 이루어 진다. 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.⁴³⁾ 사적 소송건수는 1977년의 1,611건을 정점으로 이후 다소 감소추세에 있으나 정부가 소송당사자인 공적 소송건수에 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.⁴⁴⁾

42) 15 U.S.C.A. §15d.

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

44) Philip Areeda, Louis Kaplow and Aaron Edlin, *Antitrust Analysis: Problems, Text,*

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,⁴⁵⁾ ii) 시장의 경쟁에 대한 피해가 발생한 경우에도 그것으로 인하여 “직접” 또는 “표적영역”내에 있는 자에게 발생한 피해이어야 한다는 법리,⁴⁶⁾ iii) “직접매수자”에 한하여 독점적 과다청구에 대한 배상청구의 원고적격을 인정하는 법리⁴⁷⁾ 등이 개발·적용되고 있다.

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

한편 미국에서는 3배액 손해배상제도에 대해서 비판하고 개혁하자는 의견도 주장되어 왔다.

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.⁴⁸⁾

또한 3배액 손해배상의 독점금지소송에서의 적용범위를 제한하자는 수정적 비판론도 있다. ii) 제1안⁴⁹⁾은 당연 위법한 위반에 대해서는 3

and Cases, 6th ed., 2004, p. 142.

45) 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).

46) 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).

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

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

49) 레이건행정부의 독점금지, 특허 및 공동연구·개발합작투자 등에 관한 입법안,

배액 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) 제2안⁵⁰⁾은 일실수익에 대해서는 실손해액배상을, 독점적 과다청구에 대해서는 3배액 손해배상을 허용하는 내용이다.⁵¹⁾ iv) 제3안은 독점금지 위반을 은밀한 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.⁵²⁾ 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.⁵³⁾ 또한 이 방안에 의하면, 기업으로 하여금 효율적이지만 그 적법

44 Antitrust & Trade Regulation Report (BNA) 1272 (1983.6.30).

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

51) H. Hovenkamp, Treble Damages Reform, 33 Antitrust Bull. 233 (1988). 대안의 여론 조사에 관하여는, E.D. Cavanagh, Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come?, 61 Tul.L.Rev. 777 (1987).

52) H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p. 655.

53) 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,

성여부가 논란이 될 활동을 공개하도록 할 유인을 부여함으로써 그것의 감시가 가능하도록 한다는 장점도 거론된다.⁵⁴⁾

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, iii에 관해서는 당연 위법과 조리위법의 위반 사이의 구별이나 과다청구와 일실수익간의 구별은 그 경계가 분명하지 않다는 비판을 가할 수 있다.⁵⁵⁾ iv의 기준은 독점금지 위반을 세분하여 상이한 손해배상 가중승수를 적용할 필요가 있다면, 위의 ii 내지 iv 중에서 가장 참고할 가치가 있는 객관적 기준으로 생각된다.

(3) 징벌적 배상을 금지하거나 제한하는 연방법과 주법

징벌적 배상은 잘못된 행위에 대하여 당사자를 제재하기 위하여 보전적 또는 명목상 배상을 넘어서 허여되는 것인데, 1980년대 말부터 그러한 배상의 부여에 대하여 논쟁이 증가하였다. 이 논쟁의 주된 지점은 징벌적 배상이 가장 폭넓게 이용되고 있는 미국이었다.

1989년의 독점금지법 위반 및 버몬트주의 불법행위법 위반인 채권 침해 사건인 *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal* 사건⁵⁶⁾에서는 51,000 달러의 전보 배상액에 대해, 그 117배에

Inc., 124 F.3d 430 (3d Cir. 1997), cert. denied, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385, 140 L.Ed.2d 645 (1998).

54) Ibid., at 656.

55) 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.

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

해당하는 600만 달러의 징벌적 배상액이 부과되었다. 같은 해에 Land & Assoc., Inc. v. Simmons 사건⁵⁷⁾에서는 실손해 1만 달러에 대해 약 250만 달러의 징벌적 배상액이 부과되었다. 또한 Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw 사건⁵⁸⁾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. 사건⁵⁹⁾에서도 유사하게 피보험자에게 보험급여를 부정한 보험회사에 대하여 배심원들이 6백만달러의 징벌적 배상을 인정한 것이 법원에서 그대로 인정되었다. 1993년에 TXO Prod. Corp. v. Aliance Resources Corp. 사건⁶⁰⁾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.⁶¹⁾ 1994년에 Liebeck v. McDonald's Restaurants P.T.S. Inc. 사건⁶²⁾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 근무장소

(1989).

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

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

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

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

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

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

에서의 성희롱에 대하여 로펌에 대하여 배심에 의하여 710만달러의 징벌적 배상 판결이 내려진 적도 있다.⁶³⁾

개혁론이 반영되어 몇몇 연방법규는 명시적으로 징벌적 배상의 부여를 배제하고 있는 것도 있다. 예컨대 Foreign Sovereign Immunities Act⁶⁴⁾와 Federal Tort Claims Act⁶⁵⁾가 그것이다. 또한 일부 연방법규는 징벌적 배상의 상한을 법정하고 있는 경우가 있다. 평등여신기회법 (Equal Credit Opportunity Act)⁶⁶⁾은 개별 소송에서의 징벌적 배상의 상한은 1만 달러, 집단 소송의 경우에는 50만 달러 또는 여신업자의 순자산의 1퍼센트의 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.⁶⁷⁾ 루이지애나주와 메사추세츠주는 징벌적 배상을 금지하지만, 징벌적 배상이 허용되는 예외를 법규에 의하여 명시적으로 인정한다.⁶⁸⁾ 징벌적 배상을 전통적으로는 인정해 온 주에 있어서도, 앨라배마주나 버지니아주는 징벌적 배상의 상한을 절대적 액수로서 법정하고 있다.⁶⁹⁾ 플로리다주는 징벌적 배상의 상한을 전보배상액의 3배라고 법정하고 있다.⁷⁰⁾ 또, 알래스카주는 징벌적

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

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

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

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

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

68) 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).

69) 1987 ALA. Acts, No. 87-185, §§ 1-4 (\$250,000); Va. Code § 8. 01-38.1 (Supp. 1990) (\$350,000).

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

배상액을 부과하는 경우에는, 일반 민사소송의 증거법칙인 ‘증거의 우월’(preponderance of evidence)보다 고도의 ‘명백하고 확신을 주기에 충분한 증명’(clear and convincing proof)을 요건으로 요구하고 있다.⁷¹⁾

2. 영 국

(1) 징계적 배상의 출현

영국법에서는 일찍이 징계적 배상의 이름으로 징벌적 배상이 인정되어 왔다. 징벌적 배상은 영국에서는 200년 이상 커먼로 제도의 하나였다.⁷²⁾

영국에서 최초의 징계적 구제책을 부여한 사건은 1763년에 판결된 *Wilkes v. Wood* 사건⁷³⁾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 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,⁷⁴⁾ 불법구금,⁷⁵⁾ 명예훼손,⁷⁶⁾ 부녀자 납치(seduction),⁷⁷⁾

71) ALA. Stat. § 09. 17. 020 (Supp. 1989).

72) 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).

73) 98 *Eng. Rep.* 489 (C.P. 1763).

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

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

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

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

무고,⁷⁸⁾ 무단침입⁷⁹⁾ 및 동산에 대한 점유침탈⁸⁰⁾ 등에 대하여는 징계적 배상을 부여하였다.⁸¹⁾ 그러나 영국법상 계약불이행 사건에서는 징벌적 배상은 전혀 허용되지 않았다.⁸²⁾

(2) 징벌적 배상의 요건

1964년에 영국 대법원은 *Rookes v. Barnard* 사건⁸³⁾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.

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 행

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

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

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

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

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

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

위의 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* 사건⁸⁴⁾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),⁸⁵⁾ 무단침입(trespass)⁸⁶⁾ 및 기타의 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.⁸⁷⁾

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

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

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

87) *Scullion v. Chief Constable, Royal Ulster Constabulary* ("RUC"), [June 10, 1988]

웨일즈도 이 판례들에 따라서 징계적 배상을 인정한다.⁸⁸⁾

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.⁸⁹⁾ Rookes 판례의 다른 범주가 아일랜드의 불법행위법에서 수용되는 것은 오랜 변화를 겪었다. 예컨대 1968년의 *Dillon v. Dunnes' Stores Ltd.* 사건⁹⁰⁾에서는 Rookes 판례의 적용가능성에 대하여 아무런 언급이 없었다. 또한 1976년의 *McDonald v. Galvin* 사건⁹¹⁾에서는 Rookes 판례에서 정해진 범주를 적용하기를 명시적으로 거부하였다.⁹²⁾ 그러나 1978년의 *Whelan v. Madigan* 사건⁹³⁾에서는 Rookes 판례를 지지하였고, 1981년의 *Garvey v. Ireland* 사건⁹⁴⁾에서는 Cassell 판례를 추종하였으며, 1986년의 *Kearney v. Minister for Justice* 사건⁹⁵⁾도 Rookes 판례에 의존하였다.

반면에 스코틀랜드는 징벌적 배상이 부여될 수 있는 사건의 범주에 대하여 인정하고 있는 것으로 보이지 않는다.⁹⁶⁾ 스코틀랜드는 실손해만을 보전하기 위한 배상의 부여로 제한하고 있다. 스코틀랜드가 이러한 접근방법을 채택한 것은 스코틀랜드의 사법이 대륙법에 기초하고 있고 스코틀랜드가 잉글랜드와 연합한 1707년 이래로 영국식 커먼

(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.).

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

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

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

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

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

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

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

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

96) *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).

로에 의하여 영향을 받아온 것 뿐 인 점에 기인한다.⁹⁷⁾

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.⁹⁸⁾ 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.⁹⁹⁾ 그러나 이 항소법원의 판결이 난 후, 영국의회는 1980년 무역이익보호법(Protection of Trading Interest Act of 1980)¹⁰⁰⁾을 통과시켰고, 이 법은 잉글랜드법원이 외국의 배액배상판결을 집행하는 것을 금지한다.

Ⅲ. 우리나라의 손해배상법제 및 제도운용실태

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

97) 4 David Walker, Principles of Scottish Private Law, 3rd ed., 292-302 (1983); Ross v. Bryce [1972] S.L.T. 76, 76 (Sheriff Ct.).

98) 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).

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

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

害하거나 其他 精神上苦痛을 加한 者는 財産以外の 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 財産上の 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.¹⁰¹⁾ 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 손해에 대한 금전적 배상”이라고 하고¹⁰²⁾ 용어 자체가 “위로하고 돕는 돈(慰藉料)”이라는 의미를 가지므로 재산적 손해에 대한 것이라기 보다는 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.¹⁰³⁾ 이 견해에 의하면 생명·신체 침해의 경우에도 치료비, 일실회수금 등은 재산적 손해로 보게 되고, 정신적 고통만을 비재산적 손해로 보게 된다.

101) 郭潤直, 『債權總論』(博英社, 1994), 197면.

102) 李銀榮, 『債權各論』(博英社, 1992), 750면.

103) 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.

제3설은 재산적 손해를 유형적 손해, 비재산적 손해를 무형적 손해라고 분류하는 입장이다.¹⁰⁴⁾ 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.¹⁰⁵⁾

분유 비방광고와 관련한 사건에서 “우유 건조기와 카제인나트륨에 관하여 … 이 사건 광고들은 모두 사실과 다르게 원고를 비방하고 그 명예를 훼손하는 내용을 담고 있”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.¹⁰⁶⁾

이 사건에서 비방광고로 회사의 인격과 명예, 신용 등에 대한 생김 손해는 제1설에 의하면 비재산적·정신적 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.

104) 金基善, 『韓國債權法總論』(법문사, 1975), 87면.

105) 郭潤直, 『債權總論』(博英社, 1994), 197면.

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

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.

2. 공정거래법상의 손해배상 원칙

공정거래법위반으로 인한 손해배상책임은 불법행위책임의 일종이므로¹⁰⁷⁾ 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

107) 孫珠瓚, 『經濟法』(법경출판사, 1993), 347면; 權五乘, 『第五版 經濟法』(법문사, 2005), 477면.

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 되었다.¹⁰⁸⁾ 그러나 이러한 접근방법은 피고 사업자 측에게 너무 가혹하다는 비판이 있었다. 따라서 공정거래법은 2004년에 개정되어 엄격무과실책임에서 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 입장¹⁰⁹⁾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 발생하였더라도, 그 위반행위가 없어서 시장의 경쟁이 강화되었다면 원고가 피해를 입지 않았을 것으로 인정되는 관계가 아니라면 공정거래법에 의한 배상청구가 가

108) 孫珠瓚, 전게서, 347면.

109) 權五乘, 전게서, 478면.

능하지 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 허용하면 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,¹¹⁰⁾ 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.¹¹¹⁾ 일본의 판례는 직접구매자의 손해외에 간접구매자의

110) 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).

111) 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

손해에 대해서도 배상청구대상이 되는 것으로 보고 있다.¹¹²⁾ 우리나라에서는 간접구매자의 청구도 가능하다는 것이 대체적인 견해이다.¹¹³⁾

(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.¹¹⁴⁾

2004년 12월 개정 공정거래법은 이에 따라 “공정거래법의 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 인정”할 수 있도록 하였다(법 제57조),¹¹⁵⁾ 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 방안으로서의 유용할 것으로 생각되나, 입증이 곤란한 경우에 증거조사의

(1987-1988); Ariz. Rev. Stat. Ann. §44-1408(A) (1987).

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

113) 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.

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

115) 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.

결과는 완전하게 구비되지 않았을 것이므로 결국 변론의 전취지를 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 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.

IV. 징벌적 배상제의 도입

1. 징벌적 배상제도의 도입 가능성

우리나라 공정거래법에 3배액 손해배상제도를 도입하는 문제에 관해서는 i) 피해자에 대한 충분한 배상을 도모하고 범위반행위의 억제에 기여한다는 장점을 중시하여 도입여부를 긍정 검토하자는 입장¹¹⁶⁾과 ii) ①유독 공정거래법상의 손해배상제도에 대해서만 이를 도입하는 것은 우리 법체계가 취하고 있는 실손해배상주의와 상충되는 것이고, ②이 제도에 의한 미국에서의 사소의 남발로 인한 과다억제현상을 지적하면서 도입에 비판적인 입장¹¹⁷⁾으로 견해가 나뉘고 있다.

116) 權五乘, “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.

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

이와 관련해서는 다음과 같은 이유에서 도입긍정론에 찬성한다. 첫째, 비판론의 ①의 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 분야의 손해배상에 있어서도 앞으로 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 거론하고 싶다. 민법 제765조의 배상액경감청구제도¹¹⁸⁾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,¹¹⁹⁾ ii) “배상의무자의 생계에 중대한 영향이 있어서 그를 보호할 필요가 있다면 법체계적으로 실체법이 아니라 강제집행법에서 처리하면 될 것”이라고 비판적 평가가 가해지기도 한다.¹²⁰⁾ 그 밖에 이 제도에 대해서는 손해배상청구소송의 주안인 손해배상의무의 존부나 내용의 판단과는 무관

118) 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).

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

120) 梁彰洙, 『民法研究』, 第5卷, (박영사, 1999), 249면; Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 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.

한 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.¹²¹⁾

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 추구하려고 하는 데에 그 이상이 있다는 점에 비추어, 온당하지 않다는 데에 있다.¹²²⁾ 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 예상된다.¹²³⁾ 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

121) 梁彰洙, 전거서, 250면.

122) 郭潤直, 『新訂版 債權各論』(박영사, 1995), 838면.

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

제도를 도입한다고 해서 크게 정합성을 해친다고 볼 수 없다는 것이다. 둘째, 비판론의 ②에 대해서는 이 제도의 본 취지가 원고에 대한 제소유인을 부여하는 것인 점에서 그러한 과열의 우려는 충분히 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.¹²⁴⁾ 셋째, 공정거래법위반이 흔히 수반하는 소액대량불법행위의 억제를 위해서는, 이론적으로 불법행위제도의 불완전집행으로 인한 불법행위의 과다생산의 문제를 해결할 수 있는 3배액 손해배상제도를 포함하는 징벌적 배상제도가 주효하다는 점을 강조하고 싶다. 특히 불법행위제도가 불완전하게 집행될 수 있다는 사실을 알면서 이 약점을 악용하는 악의적 불법행위자의 경우에는 이 징벌적 배상제도만이 유일한 실체사법적 구제책이 된다.¹²⁵⁾

2. 징벌적 손해배상제 도입시의 운용법리

(1) 징벌적 배상액의 산정

징벌적 배상은 악의의 피고를 제재하는 방법으로서 원고에게 제공되는 배상이다. 따라서 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

124) 전술한 바와 같이 미국의 경우, 남소는 독점금지손해배상청구의 원고적격을 제한하는 실정법 및 판례법상 원칙에 의해서 방지된다.

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

가정하면, 1,000명의 피해소비자 중 20%인 200명만이 손해배상을 청구하였다면, 개별 소비자들이 요구하는 손해배상액(10만원)에 20%의 역수를 곱하여 그 금액(1인당 50만원)을 기업으로 하여금 손해배상청구를 하는 소비자들에게 배상케 하는 것이다.¹²⁶⁾ 즉 배상청구를 하지 아니한 피해자들에게 배상될 배상액까지 배상청구를 한 피해자들에게 지급하도록 함으로써 가해자가 발생시킨 모든 피해를 배상하도록 하는 것이라고 할 수 있다. 이와 같은 징벌적 배상제도를 도입하면 이론적으로 불법행위제도의 불완전집행으로 인한 불법행위의 과다생산의 문제를 해결할 수 있다. 특히 불법행위제도가 불완전하게 집행될 수 있다는 사실을 숙지하고 이 약점을 악용하는 악의적 불법행위자의 경우¹²⁷⁾에는 이 징벌적 배상제도가 효과적인 구제책이 된다.

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 가해자의 악의성·가해행위의 태양과 반경쟁적 효과 등의 사실관계를 고려하여 법원이 3배 이내의 범위에서 가중할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다.¹²⁸⁾

(2) 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 징벌적 배상

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

127) 상계서, 314쪽. 이것은 소액대량불법행위의 문제를 발생시킨다.

128) 이 경우에는 전술한 미국의 3배액 손해배상제도의 개혁론의 입장을 형량 결정에 참고할 수 있을 것이다.

액을 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.

(3) 공정거래법 및 「제조물책임법」상 입법초안

공정거래법 제56조에 제2항을 다음과 같이 신설하거나 제57조에 현재의 조항을 제2항으로 하고 제1항을 다음과 같이 신설하는 방안을 생각할 수 있다.

공정거래법 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.

②사업자 또는 사업자단체는 제1항의 피해가 자신의 고의에 기인하여 유발된 것인 때에는 당해피해자에 대하여 피해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다.

제57조 (손해액의 인정) ①법원은 제56조제1항본문의 사업자 또는 사업자단체에 대해서 그 피해자에게 입증된 피해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상하도록 명할 수 있다.

②이 법의 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 인정할 수 있다.

「제조물책임법」 제3조에 현재의 제2항을 제3항으로 내리고 제2항을 다음과 같이 규정하는 방안을 생각할 수 있다.

제조물책임법 제3조 (제조물책임) ①제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해(당해 제조물에 대해서만 발생한 손해를 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.

②제조업자는 제1항의 손해가 제조물의 결함을 알고도 그 결함으로 인한 피해의 발생을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과 발생한 것인 때에는 당해피해자에 대하여 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다.

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 아니한 때에는 제1항의 규정에 의한 손해를 배상하여야 한다.

(4) 기타 고려요소

징벌적 배상제를 도입하기 위해서는 그 밖에 징벌적 배상의 주관적 요건과 적용범위, 징벌적 배상액 산정의 주체 및 기준, 징벌적 배상을 부여하기 위하여 요구되는 증명도와 입증책임, 능동적으로 제소하지 않은 피해자들에게도 징벌적 배상액을 분배하기 위한 소비자집단소송제, 외국의 징벌적 배상을 명하는 판결의 승인 및 집행, 그리고 징벌적 배상과 과징금과의 관계 등에 대해서도 검토되어야 할 것이다.

토 론 요 지

이 황
(대법원 재판연구관)

- 구체적이고 심도있는 발표문을 읽고 많은 공부가 되었고 감사드립니다
- 사법개혁추진위원회에서 징벌적 손해배상제도의 민법상 전면도입이 유보된 상태이기는 하나, 공정거래법이나 소비자 관련법의 경우에는 단순한 사적 이해관계의 조정 차원인 소액대량불법행위에 대한 피해구제라는 측면 외에도 부정적 과급효과가 큰 위법행위에 대한 억지력을 확보한다는 현실적 필요가 있고, 이 제도가 도입되더라도 국내 현실에 비추어 남소의 우려가 크다고 생각되지 않으므로, 기본적으로는 제도 도입에 찬성함
 - 그러나 억지력 확보는 위법행위에 대한 다양한 피해구제 및 제재조치의 총합을 염두에 두고 최적수준을 찾아야 할 것이고, 각 수단 간에 적절한 역할분담이 필요함
- 근년의 새로운 이슈 중 증권거래법 관련 집단소송제도 도입 또는 제조물책임법 제정 등이 자체로서 정당성이 있는 반면 징벌적 손해배상제도는 그 자체로서의 정당성보다는 정책적 필요에 기반한 성격이 강하며, 제도의 합리성 여부에 관하여는 미국에서도 다양한 논의가 있다는 점을 고려할 필요가 있음
- 공정거래법 등에 징벌적 배상제도를 개별적으로 도입하는 것은 민법상 실손해배상이라는 일반 원칙과 상충될 우려가 있기 때문에,

【 제 2 세션 】 특정법분야의 징벌적 손해배상제 도입 구상

민법상 전면 도입 여부를 결정하는 실험이라는 차원에 입각하여 신중히 도입하고 적용범위도 제한하는 것이 바람직함

- 공정거래법의 경우, 부당공동행위와 시장지배적 지위 남용행위로 적용대상을 한정하되 그 중에서도 위법성이 확실하고 부정적 파급 효과가 큰 행위로 제한하는 방안을 연구할 필요가 있음
 - 특히 부당공동행위의 경우 미국 등과는 달리 가격상승이라는 상대방 피해가 확실하지 않은 사례가 있는등, 위법성이 명백한 경우라도 그로 인한 손해액은 사안마다 다르다고 생각되므로, 전반적으로 징벌적 배상의 전제인 실손해액의 합리적 산정방법을 연구해야 할 것임
- 소비자 관련법의 경우에는 소액대량피해를 구제할 필요가 있는 것은 사실이나 아직 소비자 관련법의 위법성 요건이 전반적으로 확실하게 갖추어졌다고 보기에는 이르고 집단소송제도 등 피해구제를 위한 다른 여건도 구비되었다고 할 수 없음
 - 따라서 공정거래법에의 도입 후 그 운용실태를 보아 도입 여부를 판단하거나, 도입하더라도 소비자기본법을 제외한 전자상거래법, 방문판매법, 대부업법 등으로 범위를 한정하는 것이 바람직함
 - 현재 판례가 인정하는 위자료와 징벌적 배상은 상호 대체가능성을 완전히 부정하기는 어렵겠으나 기본적으로는 그 취지와 기능이 다름을 유의해야 함
- 징벌적 손해배상제도가 도입되는 경우 현재 공정거래법 등에서 규정하는 형사처벌이나 과징금 등 기타 제재적 처분을 정비함으로써 이중처벌 또는 과잉집행의 위험을 제거해야 할 것임
 - 특히 부당이득 부분은 현재의 과징금 부과시에도 중요한 고려요소이므로 이중부과되어 위헌적 요소가 발생하지 않도록 할 필요가 큼

- 또한 이 제도가 도입되더라도 그 수혜층이 일부 기업에만 한정될 가능성이 크므로, 소비자들이 직접 활용할 수 있도록 집단소송제도를 도입하고 변호사 비용을 실비용으로 인정하는 등 제반 여건을 확충하는 작업을 병행할 필요가 있음
- 한편 징벌적 배상액의 구체적 인정방법은 추가연구의 필요가 있음
 - 발표문에서 제시한 징벌적 배상액의 산정방법은 경제학적인 징벌승수를 산정하는 모형에 불과하다고 보이고, 원고들에게 소송에 참여하지 않은 피해자의 몫까지 모두 몰아주는 것은 정의의 관념에 어긋나므로 곤란하다고 생각됨
 - 징벌적 배상액의 산정을 법원의 재량에 맡기는 것은 예측가능성이 결여된다는 측면에서 제도의 도입취지에 역행할 우려가 있으므로, 합리성이 다소 떨어지더라도 미국과 같이 3배손 배상을 원칙으로 하되 현저히 불합리하다고 인정되는 경우에는 법원이 이를 경감할 수 있도록 하는 것이 좋을 것으로 생각됨

토 론 문

[제 4 주제 : 공정거래법 및 소비자법상 징벌적 손해배상제도의 도입]

조 성 국
(중앙대학교 법과대학 교수)

1. 현행 공정거래법상 손해배상제도의 연혁

김두진 박사님의 깊이있는 연구에 많은 공부가 되었습니다. 특히 구체적인 입법안까지 마련해 주셔서 향후 제도개선에 중요한 참고자료가 될 수 있으리라 생각합니다.

종래 공정거래법상 손해배상제도는 일본의 공정취인법을 거의 그대로 옮겨 놓은 것이었습니다. 일본에서도 그 제도에 문제가 있다고 판단하여 징벌적 손해배상제도 도입뿐만 아니라 사소제도 전반에 대해 깊이있는 논의들을 하였습니다.

저는 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입여부에 관해 본격적으로 검토할 필요가 있다고 생각되어 1999년 공정거래위원회 사무관으로 근무할 당시 관련된 연구용역발주를 기안하여 장승화 교수님께 의뢰하였고 2000년에 공정위는 최종보고서를 수령하였습니다. 그 때 그 보고서에서 제안한 내용이 현행 공정거래법상 손해배상제도의 근간이 되었습니다. 현행의 입증책임 조항이나 손해액 추정 규정도 물론 그 보고서에서 제안된 내용입니다.

다만, 징벌적 손해배상 혹은 3배 손해배상 제도에 대하여도 진지하게 고민하긴 하였지만, 그 당시에는 일단 미국이외에 우리와 유사한 법제를 가진 국가들 중 독점규제법에 징벌적 손해배상제도를 가진 입법례를 찾기가 힘들어 일단 보류하게 된 것으로 기억됩니다.

2. 발제안에 대한 검토의견

김두진 박사님께서서는 우리나라도 징벌적 손해배상제도를 도입하는데 적극적인 견해를 표명해 주셨습니다. 만약 징벌적 손해배상제도가 도입된다면 법역지력에 도움이 되리라 생각합니다. 하지만, 이와 관련해서 고려해야 할 사항들이 몇 가지 있다고 생각합니다.

첫 번째는, 우리나라 법체계와의 정합성에 관한 것인데 이미 여러 연구에서 언급하고 있는 것이기 때문에 생략하겠습니다.

둘째는, 형사벌 조항이 많은 우리나라 공정거래법의 특수성과 관련된 것입니다. 잘 알다시피 선진외국에 비해 형사벌 조항이 대단히 많습니다. 현행의 손해배상은 다소 미흡한 점이 있다손 치더라도 형사벌 조항이 상대적으로 많아서 최소한 제도적으로는 어느 정도 균형이 맞는 측면이 있습니다. 만약 현행의 형사벌 체계에서 징벌적 손해배상까지 도입된다면 공정거래법이 과잉집행될 우려는 없을른지요?

셋째는, 미국의 3배 손해배상제도와 비교해 볼 때, 미국에서 입증책임은 기본적으로 원고에게 있는 반면 제시해 주신 입법안에 의하면 입증책임을 사업자에게 전가하고 있습니다. 즉 현행의 손해배상제도와 기본적으로 맥을 같이 하고 있습니다. 그런데, 징벌적 손해배상에다 입증책임에 있어서까지 사업자가 부담을 진다면 다소 과도한 측면이 있다고 생각되지는 않으신지요?

넷째는, 미국의 실손해 3배액 배상은 너무 경직적이고, 그보다는 가해자의 악의성·가해행위의 태양과 반경쟁적 효과 등의 사실관계를 고려하여 법원이 3배 이내의 범위에서 가중할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 언급하셨는데, 공정거래법의 전문성이 없는 일반법원이 반경쟁적 효과를 감안해 어느 정도가 적절한지 판단하는 것이 쉽지 않을 수도 있다고 생각합니다. 만약 도입한다 하더라도 제도의 안정성을 위해 배상액의 정도를 규정하는 것이 더 효율적이지는 않을까요?