

워크숍 2007 -

징벌적 손해배상제의 법리와 도입 가능성 (I)

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 1 세션 】 영 · 미 · 독의 손해배상법제와 징벌적 손해배상의 법리

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

I. 서 론	13
II. 징벌적 배상의 법리의 발전과정	14
1. 징벌적 배상의 의의	14
2. 징벌적 배상법리 관례이론의 전개과정	15
3. 징벌적 배상의 이론적 근거와 문제점	23
III. 징벌적 배상제도 운영상의 법적 쟁점	28
1. 징벌적 배상의 대상	28
2. 손해배상액의 결정	30
3. 다수당사자와 징벌적 배상	33
4. 징벌적 배상의 상속 여부	35
5. 형사소송과의 관계	36
IV. 사법개혁 논의과정에서의 징벌적 배상 문제	37
1. 영 국	37
2. 캐나 다	39
3. 아일랜드	40

V. 우리나라에서 징벌적 배상에 관한 논의	42
1. 개요	42
2. 징벌적 배상의 도입가능성에 대한 논의	42
3. 사개추위에서의 징벌적 배상 도입에 대한 논의	47
4. 외국의 징벌적 배상을 명하는 판결의 승인 및 집행	48
VI. 맺음말	51
◎ 토론 문 (신국미)	55
◎ 토론 문 (고세일)	59
■ 제 2 주제 : 미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점 (이규호)	
I. 서 언	71
II. 징벌적 손해배상의 의의 및 연혁	74
III. 징벌적 손해배상의 활용가능성에 대한 제한	76
1. 배심의 징벌적 손해배상평결을 금지하는 주	76
2. 법원이 징벌적 손해배상액을 산정하게 하는 주	77
3. 특정한 피고 범주에 대한 면책	78
IV. 징벌적 손해배상과 관련된 소장의 기재에 대한 제한 ...	82
1. 징벌적 손해배상에 대한 소장의 기재	82
2. 손해배상액에 관한 사전적 공표에 대한 조항의 금지	83
V. 징벌적 손해배상 언급의 금지	84
VI. 징벌적 손해배상에 대한 증거의 제한	84

VII. 기업의 재산 또는 재정상태에 대한 증거의 개시 제한...	89
VIII. 징벌적 손해배상에 대한 절차의 분리	91
IX. 증명도의 상향조정	94
X. 징벌적 손해배상에 대한 배심설시	95
XI. 평결 제한	96
1. 평결의 형식	96
2. 동일한 행위와 관련하여 징벌적 손해배상을 통한 중복제재 가능 여부	97
XII. 과도한 징벌적 손해배상에 대한 배심평결후 심사	98
1. 격노 또는 편견에 입각한 견해	98
2. 양심에 대한 충격설	101
3. 징벌적 손해배상이 과도한지 여부에 대한 보다 엄격한 견해 ...	102
4. 연방법원의 전면적인 재심사 기준	106
XIII. 결 론	107
◎ 토 론 문 (최성호)	109
◎ 토 론 문 (박찬호)	113
■ 제 3 주제 : 독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리 (박동진) - 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로-	
I. 序 論	119
II. 損害賠償制度의 指導原理	121

1. 침해된 正義의 회복수단으로서의 損害賠償制度	122
2. 損害의 公平·타당한 分擔	125
Ⅲ. 損害賠償制度의 機能	129
1. 損害의 填補的 機能	129
2. 損害豫防的(損害抑止的) 機能	136
3. 制裁的 機能	141
4. 權利繼續的 機能	143
Ⅳ. 징벌적 손해배상의 법리	145
1. 독일법제하에서 징벌적 손해배상제도	145
2. 징벌적 손해배상제도에 대한 비판	146
3. 징벌적 손해배상제도에 대한 긍정적 평가	149
Ⅴ. 結 論	150
◎ 토 론 문 (전경운)	153
◎ 토 론 문 (이준형)	157

【 제 1 세션 】

영 · 미 · 독의 손해배상법제와 징벌적 손해배상의 법리

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)

징벌적 배상 법리의 발전과정과 현황

- 영국과 캐나다 등의 법리와 우리나라에서의 논의를 중심으로

김 제 완
(고려대 법대 부교수)

I. 서론

이 글에서는 영미법상 징벌적 배상의 법리의 발전과정과 현황에 대해 살펴보는 것을 내용으로 한다.

먼저 징벌적 배상의 의의와 영국에서의 판례이론의 형성과정을 살펴보고, 캐나다와 오스트레일리아 등 영연방 국가에 있어서의 수용 등을 비교검토하기로 한다.

다음으로 징벌적 배상 제도가 가지는 이론적 문제점과 그에 대한 반론 등을 살펴본 후, 징벌적 배상제도가 영국과 캐나다 등에서 운영되는 과정에서 실무상 문제가 되는 몇 가지 법률적인 세부쟁점에 관하여 논하기로 한다.

한편, 징벌적 배상제도는 영미법계 각국에서 사법개혁의 주요 주제 중의 하나로 되어 왔다. 영국과 캐나다, 아일랜드에서 각 사법개혁 위원회의 보고서 내용에서 제시되고 있는 내용들을 살펴본다. 나아가 우리나라에서 징벌적 배상을 둘러싼 쟁점과 사법개혁상의 논의를 정리해 보면서, 바람직한 방향을 생각해 보기로 한다.

Ⅱ. 징벌적 배상의 법리의 발전과정

1. 징벌적 배상의 의의

손해배상은 원고(피해자)에 대한 손해를 전보하는(compensatory) 것을 목적으로 하는 것이 일반 원칙이다. 여기에 대한 중요한 예외가 피고(가해자)측에 대한 징벌(punishment)을 목적으로 하는 경우가 있는데, 이를 징벌적 배상이라고 한다.

영국과 캐나다 판례에서는 이와 같은 경우에 ‘이 사안은 원고에 대한 전보가 목적이 아니고 피고에 대한 징벌을 목적으로 하는 사안이다(This is the case of an award made for the purpose not of compensating the plaintiff but of punishing the defendant)’라는 표현을 사용하는 것이 일반적이다. 이와 같은 유형의 손해배상에 대하여는 여러 가지 용어가 사용되어 왔는데, *exemplary*, *vindictive*, *penal*, *punitive*, *aggravated*, *retributory* 등이 그것이다. 그러나 현대에 이르러 가장 보편적으로 사용되는 용어는 *exemplary*와 *punitive*이다.¹⁾

*exemplary*라는 용어가 보다 적절한 것으로 보아 사용한 판례는 *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*사건²⁾에서이다. *punitive*라는 용어도 종종 사용되고 있는데, 이 표현을 사용한 대표적인 사건으로는 *Weiss Forwarding Ltd. v. Omnis*사건³⁾을 들 수 있다.

*exemplary*와 *punitive*이외에 *aggravated damages*라는 용어가 혼용되기는 하나, 이는 다른 개념으로 보아야 한다. *aggravated damages*라는 표현도 과거에는 *exemplary damages*나 *punitive damages*와 같은 의미로 종종 사용

1) S.M. Waddams, *The Law of Damages, 4th edition*(Canada Law Book Inc. 2004), p469 주1 ; Harvey McGregor, *McGregor on Damages*(London, Sweet & Maxwell, 1988), p254 주1 등 참조

2) [1972] A.C. 1027 (H.L.)

3) [1976] 1 S.C.R. 776, 63 D.L.R. (3rd) 654

되었다. 그러나 최근의 경향은 양자를 서로 대비되는 용어로 사용하는 경우가 더 많다. 즉, aggravated damages는 원칙적으로 전보적 성격을 가진다고 본다. aggravated damages는 예컨대 피고의 모욕적 행위(insulting behavior)에 의하여 입은 정신적 피해로서의 스트레스(distress)나 모멸감(humiliation)과 같이 경제적으로 산정하기 어려운 성격의 무형의 피해, 이른바 intangible injuries에 대해 충분한 배상하는 것을 목적으로 한다.⁴⁾

징벌적 배상에 있어서 리딩케이스 중의 하나인 *Rookes v. Barnard* 판결⁵⁾에서 Devlin판사는 aggravated damages와 exemplary damages 양자에 관해 명확한 구분선을 그은 바 있다. 그에 의하면 aggravated damages는 기본적으로 전보적 배상의 성격을 가지는데, 기존에 징벌적 배상이라는 표현을 사용하던 것 중 대부분은 실질적으로 aggravated damages라는 것이다. 따라서 exemplary damages를 널리 인정하지 않더라도 문제되는 사안의 대부분은 aggravated damages로서 손해가 전보될 수 있는 것이라고 하였다. 징벌적 배상으로서의 exemplary damages의 대부분이 감정(feeling)이나 존엄성(dignity)에 대한 피해에 대한 배상이 문제되는 사안이기 때문이라는 것이다.⁶⁾

2. 징벌적 배상법리 판례이론의 전개과정

(1) 연 혁

징벌적 배상이라는 말이 영국법원에 나타나기 시작한 것은 1760년대의 일이다. 최초의 사건은 1763년에 있었던 이른바 *North Briton* 사건이라고 하는데, 공무원들이 *North Briton*의 출판을 인위적으로 막는 과정에서 많은 사람들에게 피해를 입힌 것을 원인으로 하는 불법행위사

4) aggravated damages의 사례를 들자면, 피고가 원고가 쓰고 있는 모자를 쳐서 떨어뜨린 데 대한 배상으로 배심원이 손해배상액을 500파운드로 결정한 사례를 들 수 있다. S.M. Waddams, 주1), p469 주4 참조.

5) [1964] A.C. 1129 (H.L.)

6) Harvey McGregor, 주1), pp255-256

건들에서 징벌적 배상을 인정하였다. 그 직후 몇몇 다른 폭행, 명예훼손 등 다른 유형의 사례에 확대되게 된 것이라고 한다.⁷⁾

(2) *Rookes v. Barnard* 판결에 의한 제한

1960년대에 이르러 영국에서의 징벌적 배상은 중요한 변화를 맞게 되는데, 그 계기가 된 것은 *Rookes v. Barnard* 판결⁸⁾이다. 이 판결에서 영국 최고법원(House of Lords)은 징벌적 배상의 여러 가지 원칙들에 대해 전반적으로 재검토하였다. 이 판결의 취지는 징벌적 배상을 몇 가지 예외적인 경우로 제한한다는 것이었다. 따라서 *Rookes v. Barnard* 판결이 징벌적 배상을 인정하여 왔던 기존의 판결을 폐기(overrule)한 것은 아니다.

이 판결에서 징벌적 배상이 인정되는 예외로 본 것은 ① 제정법에 의하여 명문으로 인정되는 경우(express authorisation by statute)와 보통법상 인정되는 경우인데, 후자는 다시 두 가지로 나뉜다. 이는 ② 공무원에 의한 억압적 권력남용행위(oppressive conduct by government servants)와 ③ 이윤을 추구하기 위해 계획적으로 행하여진 행위(conduct calculated to result in profit) 등이다. 따라서 세 가지 유형의 예외에 한하여 징벌적 배상을 인정한 것이다.

보통법상의 첫째 유형인 공무원에 의한 권력남용은 국가공무원에 의하여 자행된 억압적(oppressive), 자의적(arbitrary) 또는 비헌법적(unconstitutional) 행위가 이에 해당한다고 설명된다. 여기에서 국가공무원은 좁은 의미의 공무원만을 의미하는 것은 아니어서 경찰공무원이나 지방자치단체 공무원 등이 모두 포함될 수 있다. 그러나 사인이나 사적 기관은 비록 그 사람이나 기관이 상당한 영향력을 가지고 있는 경우에도 해당되지 않는다고 보았다. 예컨대 노동조합 등은 이에

7) Harvey McGregor, 주1), pp254-255

8) [1964] A.C. 1129 (H.L.)

해당하지 않는다는 것이다.

징벌적 배상에 있어서 실질적으로 중요한 의미를 가지는 것은 세 번째 유형(보통법상의 두 번째 유형)이라고 평가되고 있다.⁹⁾ 이에 관해 이 판결에서는 ‘피해자의 권리에 대해서는 냉소적으로 무시한 채, 자신의 행위로 인해 벌게 되는 돈이 지급하게 될지 모르는 손해배상액을 아마도 초과할 것이라고 계산하여 행위한 자’를 의미한다고 표현하였다.¹⁰⁾ 이 유형에서는 뒤에서 살피는 바와 같이 이윤추구의 의미와 범위가 문제되어 이에 관한 추가적인 법리발전이 있었다. 영국의 판례에서는 이윤추구가 실제로 달성되었어야 할 것을 요구하지 않으며, 그와 같은 이윤이 금전적인 것에 한정되는 것도 아니라고 한다. 예컨대 다른 사람의 명예를 훼손하는 출판물을 발간한 경우에, 그 출판물로 인하여 금전적인 이익이 아닌 다른 이익을 추구하였을 수도 있고, 실제로 책이 잘 안 팔려 금전적인 이익은 커녕 손해를 보았을 수도 있는데, 이와 같은 점은 징벌적 배상을 인정하는데 장애가 되지 않는다고 본다.¹¹⁾

한편 이 판결에서는 이와 같은 예외적 경우에도 징벌적 배상을 필수적으로 명하여야 하는 것이 아니며, 이를 법원의 재량이라고 보았다.

(3) *Rookes v. Barnard* 판결 이후의 법리발전

가. 명예훼손 사건

Rookes v. Barnard 판결에 따라 직접적으로 문제가 된 것은 명예훼손 사건들이다. 영리목적으로 출판을 하여 명예훼손을 한 경우, 세 번

9) Harvey McGregor, 주1), p257 ; 참고로, 세 번째 유형은 보통법상 인정되는 것으로서는 두 번째이기 때문에 the second common law category라고 칭하는 경우가 많다.

10) ...defendant who with a cynical disregard for a plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damage at risk....

11) *Cassel & Co. Ltd. v. Broome* 사건에서도 가해자는 출판물로 인하여 아무런 경제적 이익을 얻지 못하였지만, 2만5천 파운드의 배상이 인정된 사례이다.

째 유형에 해당하는지가 문제되었기 때문이다.

이에 대해 *McCarey v. Associated Newspapers* 사건¹²⁾에서는 판매부수의 증가를 통해 전보적 배상을 초과하는 이익을 얻을 목적으로 고의적으로 명예훼손을 한 경우에 한하여 징벌적 배상을 인정한다는, 상당히 소극적인 입장을 취하였다. 통상적인 영업으로서의 출판행위나, 고의성 없었던 명예훼손에 대해서는 인정하지 않는다는 것이다. 이와 같은 입장은 그 후 여러 건의 명예훼손 사건에서 그대로 받아들여져 명예훼손 사건에 대해서는 징벌적 배상을 인정하지 않는 경향을 보여왔다.

이와 같은 흐름에 제동을 건 것은 *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 사건¹³⁾이다. 이 사건에서는 출판사에 대한 징벌적 배상을 인정하였다. 이 판결에서는 *Rookes v. Barnard* 판결상의 표현인 ‘calculated’의 의미를 넓게 해석함으로써 징벌적 배상을 인정한 것이다. 즉, 이 사건의 상황을 ‘어떠한 행위를 함에 있어서 그 행위가 위법한 것으로 판단될 수도 있어서 손해를 배상하여야 할 가능성이 있음에도 그 일이 자신에게 만족스러울 것(satisfactory)이라는 생각에 고의적으로 그 행위를 하는 경우’라고 보고, 이를 세 번째 유형에 해당한다고 보아 징벌적 배상을 인정한 것이다. 그 후 몇몇 판례에서도 같은 논리로 명예훼손에 대해 출판사의 징벌적 배상을 인정하였다. *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 판결은 영국 상소법원(Court of Appeal)이 사실상 최고재판소의 *Rookes v. Barnard* 판결 법리에 대해 문제제기를 하였던 것으로 볼 수 있다. 그러나 근본적으로는 *Rookes v. Barnard* 판결에서의 입장이 징벌적 배상에 관한 영국법의 태도라고 이해되고 있다.¹⁴⁾

12) [1965] 2 Q.B. 86 (C.A.)

13) [1972] A.C. 1027 (H.L.)

14) Harvey McGregor, 주1), p255, p262 ; 참고로, 영국에서는 상소심인 Court of Appeal의 판결에 대해 House of Lord에 청원(petition)을 제기할 수 있다.

나. 임대차관련 사건

다음으로 문제된 것은 임대차 관련 사건들이었다. 임대인이 불법적 방법에 의하여 세입자를 몰아내어 임차인의 권리를 악의적으로 침해한 경우에 징벌적 배상을 인정할 수 있는가 하는 점이다. 임차인의 이윤동기 내지 이윤의 취득을 어떻게 평가하여야 할 것인가가 문제로 되었다.

이에 대하여 *Mafo v. Adams* 사건¹⁵⁾에는 가해자인 임대인의 이윤추구 내지 동기의 입증에 부족하다는 이유로 배척하였다. 원고 측에서 형법사건에서 요구하는 수준의 입증의 수준(standard of proof)으로 입증하여야 한다는 것이었다. 반면 *Drane v. Evangelou* 사건¹⁶⁾에서는 임대인이 얻고자 했던 구체적인 금전적 이익에 대한 계산은 요구되지 않는다고 하여 전향적인 태도를 보였으며, 이와 같은 견해는 그 후 여러 임대차 관련 징벌적 배상 판례에서 받아들여졌다.¹⁷⁾

명예훼손과 임대차관련 사건에 있어서의 징벌적 배상에 관한 법리 전개상의 논의의 중심은 결국 이윤추구 동기를 요건으로 하여야 하는 합리적 근거가 과연 무엇이냐는 데에 있었다. 이는 결과적으로 *Rookes v. Barnard* 판결의 엄격한 태도에 대해 비판을 제기한 것으로 이해할 수 있다.

뒤에서 살펴는 바와 같이 특히 오스트레일리아 등 영국 이외의 다른 나라에서는 이를 요건으로 하지 않아 결과적으로 *Rookes v. Barnard* 판결을 따르지 않는 방식으로 발전하였다. 반면 영국에서는 이윤추구의 요건을 완화하는 방식으로 발전한 것이라고 할 수 있다. 결국 징벌적 배상을 제한한 *Rookes v. Barnard* 판결의 영향력은 영국과 영연방 모두에서 상당부분 약화되어 있는 상태라고 평가할 수 있다.

15) [1970] 1 Q.B. 548 (C.A.)

16) [1978] 1 W.L.R. 455 (C.A.)

17) Harvey McGregor, 주1), pp262-263

다. 이윤추구 요건의 양면성

마지막으로, 이윤추구 요건에 관하여는 좀 더 생각해 볼 필요가 있다. 이윤추구 요건을 징벌적 배상의 핵심적인 지표로 강조하게 될 경우에는, 당초 의도와는 달리 오히려 징벌적 배상 사건의 확대를 초래하는 측면도 있기 때문이다.

대표적인 것이 사기(deceit)와 횡령(conversion) 등의 경우 징벌적 배상의 대상이 될 수 있는가 하는 점이다. 이들은 전통적인 의미로서는 징벌적 배상 영역이 아니었으나, 이윤추구 요건을 생각한다면 전형적인 셋째 유형에 해당될 수 있다. 더 심각한 것은 계약위반을 징벌적 배상의 대상으로 포함시킬 것이냐의 문제이다. 전통적으로 계약위반에 관하여는 징벌적 배상이 인정되지 않았는데, 마찬가지로 이윤추구 요건을 중시한다면 징벌적 배상과 성격상 가장 가까운 것이 계약위반 사례들이라는 결론에 이르게 될 우려가 있다는 측면이 있다.¹⁸⁾

이윤추구 요건에 대한 검토는 징벌적 배상의 주요 목적이 처벌보다는 오히려 부당이득의 방지(prevention of unjust enrichment)에 있다는 점을 보여준다. 이는 영국법상 경제적 불법행위에 대해 불법행위 청구권을 포기하는 경우 그 대신 부당이득반환의 청구를 인정했던 방식, 이른바 불법행위청구 포기의 법리(waiver of tort)와 같은 맥락이라고 볼 수 있다. 이 법리는 최근까지는 상표권, 특허권, 저작권의 침해 사례 등으로 그 적용사례가 축소되기는 하였지만, 여전히 영미법상 유효한 법리라고 할 수 있고, 징벌적 배상의 적용범위 확대에 있어서 중요한 논거 중의 하나로 되고 있는 추세이다.¹⁹⁾

징벌적 배상과 부당이득과의 관계는 징벌적 배상의 범위를 살펴보는 과정에서도 인지할 수 있다. 징벌적 배상의 범위는 원고가 실제로

18) Harvey McGregor, 주1), pp264-266

19) Harvey McGregor, 주1), pp266-268

입은 손해를 초과하는 것이지만, 동시에 피고가 얻은 이익을 초과할 수도 있는 것이다. 즉, 징벌적 배상은 부당이득 법리에 기한 반환청구 (recovery on a restitutionary basis)의 경우보다는 큰 금액의 반환이 이루어질 수 있는 것이 당연하다. 어떤 의미에서는 징벌적 배상이 부당이득법에서 포함하지 못하는 중간영역을 해결해 주는 역할을 하는 것이라고 평가할 수도 있다. 가해자가 실제로 얻은 이익이 없는 경우에는 부당이득법으로 해결될 수 없다. 반면 가해자가 선의이지만 이익을 얻은 경우에는 징벌적 배상 대신 부당이득법이 적용되는 것이 적절할 것이다.²⁰⁾

(4) 캐나다 기타 영연방과 미국에의 영향

Rookes v. Barnard 판결은 당초 예상하였던 것 보다는 영국법에 미치는 영향이 그리 크지 않았다고 평가되고 있다.²¹⁾ 만일 징벌적 배상 자체가 폐지되거나 감소되어야 하는 상황에서라면 이 판결에서 실시한 두 가지 유형만으로 제한하는 태도는 의미가 있을 수 있을 것이다. 그러나 실제로는 징벌적 배상 제도 자체가 폐지되는 것이 비현실적인 것으로 생각되었으며, 오히려 적용영역이 확대되는 경향에 있다는 점을 고려한다면, 이 판결에서 실시한 제한은 다소 무리한 것으로 평가될 수밖에 없었기 때문이다.

Rookes v. Barnard 판결은 다른 영연방 국가에서는 대체로 잘 받아들여지지 않았다. 오스트레일리아에서는 *Uren v. John Fairfax & Sons Pty., Ltd.* 사건²²⁾에서 *Rookes v. Barnard* 판결을 명시적으로 배척하였다. 오스트레일리아의 경우 그 전에 이미 징벌적 배상의 원칙을 명예훼손에 관한 한 완전히 자국의 국내법으로 인정하고 있는 상황이었

20) S.M. Waddams, 주1), pp474-475

21) S.M. Waddams, 주1), pp475-476

22) (1966), 117 C.L.R. 118 (Aust. H.C.) ; *Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren*, [1969] 1 A.C. 590 (P.C.)

다. 따라서 이 문제는 영연방 내의 다른 나라와 조율하여야 할 성격이라고 받아들여지지 않았고, 자기나라에서 명예훼손 문제에 대해 어떠한 정책을 택할 것인가의 문제에 불과한 것으로 받아들였다.²³⁾

뉴질랜드의 경우 *Fogg v. McKnight* 사건²⁴⁾에서 영국의 *Rookes v. Barnard* 판결에서의 법리가 자기의 나라에 적용될 수 없음을 분명히 하였다.

캐나다에 있어서는 초기에 일부 사례에서 *Rookes v. Barnard* 판결의 법리를 받아들이는 것처럼 보였으나, 대다수 사례에서는 이를 캐나다 법으로 받아들이지 않는 입장을 취하였다.²⁵⁾ 나아가 *Rookes v. Barnard* 판결을 인용한 판례 중에도 징벌적 배상의 필요성을 언급한 부분을 인용하여 사실상 반대 취지로 인용한 경우가 있다. 결국 *McElroy v. Cowper-Smith* 사건²⁶⁾에서 Spencer판사는 ‘캐나다에서의 징벌적 배상은 *Rookes v. Barnard* 판결에서와 같이 제한적이지 않다’고 명시적으로 실시하기까지 하였다. *Weiss Forwarding Ltd. v. Omnis*사건의 경우는 *Rookes v. Barnard* 판결에서의 두 번째 유형에 해당할 여지가 있는 사안이었는 데, 원피고 모두 *Rookes v. Barnard* 판결을 원용하지 않았다. 결국 캐나다에서도 *Rookes v. Barnard* 판결이 받아들여지지 않고 있다고 할 수 있다.

캐나다의 몇몇 주에서는 특별법에 의하여 징벌적 배상이 인정되는 경우가 종종 있다.²⁷⁾ 이는 특정한 새로운 유형의 행위에 대해 징벌적 배상을 과할 권한을 의회가 법원에게 부여하는 것으로 이해할 수 있으며, 이는 뒤에서 살펴는 죄형법정주의 등 징벌적 배상이 가지는 여러 가지 문제점을 극복하는 예이다. 다만, 캐나다의 판례에서는 법원이 징

23) Harvey McGregor, 주1), pp256-257

24) [1968] N.Z.L.R. 330 (S.C.)

25) S.M. Waddams, 주1), pp476-477

26) [1967] S.C.R. 425, 62 D.L.R. (2d) 65

27) S.M. Waddams, 주1), p473

벌적 배상을 명하는 것은 예외적인 상황이고, 따라서 징벌적 배상을 명함에 있어서 법원은 매우 신중하여야 한다고 실시하고 있다.²⁸⁾

결국 1760년대 영국에서의 징벌적 배상 인정 판결은 영연방 및 미국에 의하여 받아들여졌지만, 1960년대의 징벌적 배상 제한 판결은 다른 나라에 별다른 영향을 주지 못한 것으로 평가되고 있다.²⁹⁾ 이러한 상황에 대해 *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*³⁰⁾ 사건의 Hailsham 판사는 영연방 내에 이 원칙이 다르게 적용되는 점에 대하여 실망하면서 영연방 국가들이 비판적 입장을 수정해 줄 것을 희망한다는 뜻을 표하기도 하였다.

3. 징벌적 배상의 이론적 근거와 문제점

(1) 문제의 제기

징벌적 배상이 정당화될 수 있는가에 관하여는 오랜 기간 논쟁이 있었다. 징벌적 배상제도를 부정하는 근거로는 ① 처벌가치가 있는 피고의 행위에 대해 민사법정에서 벌금의 효과를 가지는 명령을 부과한다는 점, ② 나아가 그 벌금을 국가에 납입하는 것이 아니라 원고에게 지급하는 제도라는 점, ③ 그 결과 원고는 과잉배상받는다라는 점 등이 불합리하다는 것 등으로 정리할 수 있다.

반면, 징벌적 배상을 지지하는 입장에서는 ① 전보 뿐 아니라 억제(deterrence) 또한 민사법상 손해배상제도의 정당한 목적 중의 하나라는 점, ② 처벌을 받아야 할 행위 중에는 형사법적으로 적절히 처벌되지 못하는 경우가 있을 수 있으므로 민사적인 억제도 유효하다는

28) *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085 at 1104, 58 D.L.R.(4th) 193 ; *Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. v. Performance Industries Ltd.* [2002] 209 D.L.R. (4th) 318 (S.C.C.), at pp.343-4.

29) Harvey McGregor, 주1), p256

30) [1972] A.C. 1027 (H.L.)

점 등이 지적되어 왔다.³¹⁾

이에 대해 다시, 민사법상 손해배상제도가 억제적 기능을 할 수 있다는 주장에 대하여, ① 징벌적 배상을 인정하지 않더라도 전보적 배상이 그와 같은 기능을 할 수 있으며, ② 명시적으로 징벌적이라는 표현을 하지 않고 배상을 하여도 억제적 기능은 인정될 수 있다는 점이 지적된 바 있다.

다음에는 이러한 쟁점에 관한 논의들 중 몇 가지에 관하여 좀 더 들어가 살펴보기로 한다.

(2) 형사절차와의 관계

형사절차와는 별도로 징벌적 배상이 필요하다고 주장되는 경우로 여러 가지를 지적할 수 있다. 예컨대, 처벌받아 마땅한 행위이지만 ① 죄형법정주의를 적용한 결과 실제법적으로 구성요건해당성 등 요건이 갖추어지지 않아 처벌할 수 없는 경우, ② 실제법적 요건을 모두 갖춘 경우라 하더라도 절차법적으로 기소 요건이 갖추어지지 않아 기소할 수 없는 경우, 또는 검사가 기소에 소극적인 경우, ③ 실제법적 절차법적 요건을 모두 갖추어 처벌할 수 있다 하더라도 그 형사법적 처벌 내용이 가해자에게 적절한 징벌로서 기능하기 어려운 경우 등이 그것이다. 최근에는 자주 인용되지 않지만 과거 판결에서는 징벌적 배상의 근거로 결투나 사적인 복수를 억제하는 기능이 있다는 점이 지적되기도 하였다.

징벌적 배상에 대한 주된 비판은 처벌이나 사적 복수의 억제 등은 역시 형법의 영역이라는 점이다. 죄형법정주의를 적용한 결과 실제법적으로 구성요건해당성 등 요건이 갖추어지지 않아 처벌할 수 없는 경우, 이에 대해 징벌적 배상이라도 명하는 것이 법감정에 부합할지 모른다. 그러나 어떠한 행위가 형사상 실제법적으로 처벌할 수 없다

31) S.M. Waddams, 주1), p470 ; Harvey McGregor, 주1), p254 등 참조

면, 이는 의회에서 그와 같은 행위를 처벌하지 아니하는 것으로 선택하였기 때문이라는 점에 유의하여야 한다는 것이다.

(3) 사적인 기소제도와와의 관계

다음으로 검사가 기소를 하지 못하거나 기소에 소극적인 경우에 관하여 살펴보자. 이 경우는 보통 경미한 범죄를 예로 들 수 있다. 이에 대해서는 ① 사적인 기소(private prosecution)제도에 의하여 해결될 수 있다는 점, 나아가 ② 경미한 범죄라 하더라도 공익성이 있다면 더 나아가 확대될 여지가 있다는 점 등이 지적된다.³²⁾

우리나라에 있어서 징벌적 배상의 정당성을 생각할 때 고려하여야 할 중요한 요소는 우리나라가 기소독점주의를 채택하고 있는 결과 영미법과 달리 개인에 의한 기소를 인정하지 않고 있다는 점이다. 이는 영미법에 있어서 징벌적 배상을 비판하는 중요한 근거 중의 하나가 우리나라에서는 적절하지 않다는 것을 뜻한다.

사적 기소제도가 인정된다 하더라도, 사적 기소자로서는 사건을 적절히 처리하는데 있어서 경제적인 동기부여가 없다는 점이 지적되기도 한다. 따라서 공익성이 있는 사건이라면 사적 기소자에게 비용 등을 충분히 상환해 주어야 한다는 점이 지적되기도 한다. 그러나 과연 이와 같은 경우에 비용을 상환해 주는 것이 정당한지에 관하여는 부정적인 측면도 있다. 물론 이 경우도 비용의 상환에 그치는 것일 뿐 징벌적 배상을 받아내는 것과 동일시할 수는 없다.

우리나라에서도 기소독점주의에 대한 예외로서 이른바 준기소절차를 인정하고 있다. 나아가 준기소절차의 적용범위는 점차 확대되고 있다. 이러한 변화를 고려한다면 영미법상의 비판이 여전히 유효하다고 볼 수 있다. 그러나 우리나라에서의 준기소절차는 주로 검사의 기소독점주의에 대한 제한의 측면에서 인정되는 제도일 뿐 일반적으로

32) S.M. Waddams, 주1), pp470-471

인정된 개인의 권리에 대한 구제제도라고 할 수 없다. 이와 같은 점을 생각하면 우리나라법과 영미법에 있어서 사적 기소제도의 차이점이 징벌적 배상을 이해하는데 중요한 요소가 됨을 부정할 수 없을 것이다.

(4) 형사절차상 피고인의 보호문제

징벌적 배상에 대한 또 다른 중요한 지적은 이를 인정할 경우 형사법상 피고인에게 인정되는 절차법상의 제반 보호수단을 박탈하는 셈이 된다는 점이다.³³⁾ 예를 들어 무죄추정의 원칙과 민법상 입증책임의 문제는 그 정도가 다르다. 나아가 입증의 정도도 다르다. 민법상으로는 원고 측의 항소를 인정하고 있는데, 이는 영미법에서는 형사법상 이중의 위험 법리(double jeopardy)에 따라 검사 측의 항소가 인정되지 않는 점 등을 생각할 수 있다.

Cassell & Co. Ltd. v. Broome 사건³⁴⁾에서 Reid판사도 징벌적 배상을 인정할 경우 그 구성요건이 지나치게 추상적이라는 점, 징벌의 내용과 한계가 정해져 있지 않다는 점, 항소에 있어서의 문제점 등을 징벌적 배상의 문제점으로 지적하기도 하였다.³⁵⁾

한편, 민사사건과 형사사건에 있어서는 항소의 의미도 크게 다르다. 형사사건에서 항소는 피고인에게 인정된 권리보호수단 중의 하나이다. 그러나 민사에 있어서는 양 당사자에게 동일하게 인정된다. 나아가 항소심의 법적 성격이 무엇인지에 관하여도 살펴보아야 한다. 항소심이 속심인지, 복심인지 또는 사후심인지 등에 따라 당사자의 지위가 크게 달라질 수 있다. 우리나라에서의 징벌적 배상의 도입을 고려함에 있어서는 이와 같은 점들은 모두 면밀히 고려되어야 할 요

33) S.M. Waddams, 주1), p471

34) [1972] A.C. 1027 (H.L.)

35) S.M. Waddams, 주1), p471

소들이라고 할 것이다.

법원에 의한 재판받을 권리, 배심재판을 받을 권리 문제도 이와 관련되어 있다. 배심재판에 대해 항소심이 배상액이 과도하다 판단하는 경우에도 영국법상으로는 과기할 수 있을 뿐 스스로 적정 배상액을 산정하여 자판하지 못한다. 과기된 후에는 다른 배심단에 의하여 다시 배상액이 결정될 뿐이다. 이 과정에서 전문성 없는 배심원에 의한 감정적인(주로 피해자에게 동정적인) 판단에 의하여 과도한 배상을 막을 적절한 방법이 없다는 것이다.

(5) 배상금액의 귀속

다음으로 중요한 반론 중의 하나는 설사 가해자를 처벌하는 것이 정당하다 하더라도, 그 벌금이 왜 피해자의 주머니로 들어가야 하느냐 하는 점이다.³⁶⁾ 이에 대해 전보적 배상으로는 충분하고 완전한 배상이 이루어지지 않는다는 점이 지적되기도 한다. 특히 미국의 경우 승소당사자라 하여도 소송에 소요된 비용을 모두 상환받지는 못하므로 이와 같은 제도는 의미가 있는 것이다. 즉, 징벌적 배상의 대부분은 소송비용이라는 것이다.

그러나 소송비용문제는 오히려 소송비용에 대한 상환 제도를 개선하거나 소송비용 자체를 손해에 포함시키는 방향이 올바른 것이라는 반론이 제기된다. 즉, 소송비용을 전보적 배상에 포함시키면 된다는 것이다. 소송비용 이외에 정신적 피해에 대해서는 이를 손해로 보고 배상하면 되는데, 이미 이 문제는 이른바 *mental distress*에 대한 배상이라는, 손해배상 분야의 주요한 주제 중의 하나가 되고 있다.

다음으로 소송비용과 관련하여 생각하여야 할 점은 징벌적 배상이 소송비용의 상환을 돕는 측면이 있기는 하지만, 도리어 소송비용을 증가시키는 부작용이 있다는 점이다. 징벌적 배상이 제기되는 경우

36) S.M. Waddams, 주1), pp471-472

소송결과에 대한 예측가능성이 적어 불확실성으로 인한 쌍방간 소송 비용이 증가된다는 점이다.³⁷⁾ 나아가 이에 대해서는 원고측의 소송비용문제만 해결할 뿐이므로, 피고의 소송비용은 어떻게 되는 것인가의 문제가 남는다.

징벌적 배상을 국가에 귀속시키면 된다는 주장이 있다.³⁸⁾ 그러나 이는 사실상 민사법원에 의하여 부과되는 벌금제도가 되는 것이며, 앞서 지적한 죄형법정주의와 형사절차상 피고인의 권리 침해의 문제가 남는다.

행정적인 목적 달성에 도움이 되는 측면이 제기되기도 한다. 결합제조물의 생산 등을 억제한다는 것이다. 그러나 이에 대해서도 역시 행정법에 의하여 이루어지는 것이 타당하다는 반론이 있다.³⁹⁾

징벌적 배상의 이론적 근거에 관하여는 이 이외에도 많은 논의가 있었으나, 현재 영국법에 있어서는 더 이상 징벌적 배상을 완전 부정하지는 못하는 것으로 이해하여야 한다.⁴⁰⁾

Ⅲ. 징벌적 배상제도 운영상의 법적 쟁점

1. 징벌적 배상의 대상

(1) 가해자측의 용태

가해자의 어떠한 행위에 대해 징벌적 배상이 인정될 수 있는지에 대해서는 여러 가지 표현이 사용되어 왔다. 예를 들어, 악의적(malicious, vicious, evil), 억압적(high-handed, oppressive), 자의적(arbitrary), 고의적(deliberate), 잔인한(brutal), 총체적인 사기성(grossly fraudulent) 등의 다

37) Ellis의 주장. S.M. Waddams, 주1), p472 주15 참조.

38) Hawley의 주장. S.M. Waddams, 주1), p472 주14 참조.

39) S.M. Waddams, 주1), p472

40) Harvey McGregor, 주1), p254

양한 표현이 사용되지만, 이 중 어느 한가지로 정의될 수는 없다.⁴¹⁾

다만, 캐나다의 *Jackson v. Canadian Pacific Ry.* 판례⁴²⁾에서는 ‘피고가 주의를 완전히 결여하여, 피고가 자신의 부주의로 인해 발생할 수 있는 결과에 대해 인식하고 있으면서도 타인이 위험에 처하는 것에 대해 개념치 않거나 그 보다 더한 정도라고 추정할 수 있는 정도’라고 표현한 바 있다.⁴³⁾

(2) 행위유형

영국법상 징벌적 배상의 대상이 되는 행위유형에 대해서는 앞서 살펴 본 바와 같은데, 이에 비해 캐나다의 경우 징벌적 배상이 인정되는 행위 유형은 상대적으로 매우 다양하다. 명예훼손, 폭행, 감금, 재산침해, 저작권침해, 제소남용, 헌법상 권리의 침해, 국가권력의 남용, 사기 등 다양한 불법행위에 대해 인정되고 있다.⁴⁴⁾

논란이 있는 것은 보통법상의 불법행위가 아닌, 형평법상의 권리침해도 대상이 되는가 하는 점이 있었는데, 신인의무(fiduciary duty), 신탁(trust) 등을 침해한 경우가 그 예이다. 이에 대해서는 부정적인 판례도 있었으나, 현재는 형평법상의 권리도 포함되는 것으로 해석되고 있다.

계약위반의 경우에는 통상적으로 징벌적 배상이 부정된다. 계약위반의 경우 징벌적 배상이 부정되는 이유는, 보통 계약위반의 경우 정당한 손해배상이 뒤따르기 때문에 계약위반이 채권자에게 특히 불리한 것이 아니라는 인식에 근거하고 있는 것으로 보인다. 그러나 최근에

41) S.M. Waddams, 주1), pp477-478

42) (1915), 24 D.L.R. 380 (Alta. S.C. App. Div.)

43) ...there was such entire want of care as to raise a presumption that the defendant was conscious of the probable consequences of his carelessness and was indifferent, or worse, to the danger of the injury to other persons...

44) S.M. Waddams, 주1), pp479-482

는 신뢰의무(obligation of good faith)에 위반한 금융기관이나 보험회사, 국가 등에 대해서는 그것이 비록 계약위반 사건임에도 불구하고 징벌적 배상이 이루어지는 경향의 판례가 보인다.⁴⁵⁾

대부분의 상거래 사건에 있어서는 징벌적 배상이 부정되는 것이 일반적이나, 특정이행명령(decree of specific performance)이나 가처분명령(injunction)이 따르는 경우 등에는 예외적으로 인정된다.⁴⁶⁾

악의적인 부당해고에 관하여 캐나다 대법원은 징벌적 배상의 가능성을 열어 두고 있는 것으로 해석되고 있다.⁴⁷⁾

2. 손해배상액의 결정

(1) 손해배상 결정상의 기본원칙

징벌적 배상액은 원고가 실제로 입은 손해에 한정되지 않음은 당연하다. 그러나 적어도 원고가 실제로 손해를 입었어야 할 것을 요구한다. 이는 원고 자신의 독립적 청구원인(independent cause of action)이 있어야 함을 의미한다. 따라서 이와 같은 요건을 갖추지 못한 파생적 피해자로서의 제3자에게는 징벌적 배상이 인정되지 않는다. 달리 해석할 경우 피해자가 아닌 제3자에 의한 남소의 우려가 있기 때문이다.⁴⁸⁾

Rookes v. Barnard 판결에서 Devlin 판사는 징벌적 배상액이 과도하면 안되며(moderate), 여명단축의 경우와 같이 관행적인 한도(conventional limit)를 두는 것이 바람직하다는 견해를 제시하였다. 그 후 영국 판결들에서는 배심원들에 대해 엄격한 가이드라인을 부여하는 방식에 의하여 손해배상액을 제한한다.⁴⁹⁾

45) S.M. Waddams, 주1), pp483-484

46) S.M. Waddams, 주1), pp484-485

47) S.M. Waddams, 주1), p486

48) S.M. Waddams, 주1), pp492-483

49) Harvey McGregor, 주1), p269

반면, 캐나다의 경우에는 법원이 이와 같은 제한을 두지 않는다. 캐나다의 *Hill v. Church of Scientology of Toronto* 사건⁵⁰⁾에서는 명예훼손에 대해 80만달러를 명한 판결이 인정된 바 있고, *Whiten v. Pilot Insurance Co.* 사건⁵¹⁾에서는 보험회사에 대해 100만달러를 징벌적 배상으로 인정하였다. 캐나다 법원에서는 금액의 판단에 있어서 ‘합리적인 목적이 있는지(serve a rational purpose)’라는 기준을 사용한다.⁵²⁾

(2) 당사자의 자력

Rookes v. Barnard 판결에서 Devlin 판사는 징벌적 배상액의 산정상 고려사항으로 당사자의 자력을 지적한 바 있다. 징벌적 배상은 징벌을 목적으로 하기 때문에 당사자의 자력은 고려사항이 된다. 배상금액이 적을 경우 피고에게 별다른 징벌 내지 억제의 기능을 행할 수 없기 때문이다.⁵³⁾ 그러나 여기서 당사자란 피고를 의미하는 것이고, 원고의 자력은 고려사항이 되지 않는다고 본다.⁵⁴⁾

(3) 전보적 배상과의 관계

전보적 배상과 징벌적 배상을 각각 특정·분리하여 청구하여야 하는지, 아니면 전체로서 하나의 손해배상으로 청구하는 것도 인정할 것인지도 문제된다. 징벌적 배상을 전체로서의 손해배상의 한 부분으로 본다면, 특정·분리할 필요가 없을 것이다. 그러나 양자를 서로 다른 목적과 의미를 가진 제도라고 본다면, 양자를 각각 특정·분리하여 청구하여야 함은 물론이고, 특히 징벌적 배상의 원인이 되는 사실관계와 증거는 별도로 제시되어야 하는 것으로 이해되어야 할 것이다.

50) [1995] 2 S.C.R. 1130, 126 D.L.R. (4th) 129

51) (2002), 209 D.L.R. (4th) 257 (S.C.C.)

52) S.M. Waddams, 주1), p488

53) Harvey McGregor, 주1), p270

54) S.M. Waddams, 주1), p489

영국에 있어서는 양자의 손해를 각각 청구할 뿐 아니라 각각의 원인에 대해서도 특정하여야 한다는 것이 실무상의 원칙이다. 그러나 캐나다의 경우는 분리하여 청구할 필요가 없다고 본 사안도 일부 있지만, 앞서 언급된 *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 사건에서의 양자를 구분하는 법리를 캐나다법으로 받아들여, 최근까지의 경향은 양자를 특정·분리하여 청구하여야 한다고 본다. 뿐만 아니라 배심원들에게도 양자를 각각 산정할 것을 요구할 수 있다고 보고 있다.⁵⁵⁾

(4) 가해행위 후 가해자의 용태

가해행위에 대해 사과하거나 반성한 경우 이를 참작할 수 있고, 반대로 반성이나 사과를 하지 않은 점도 고려될 수 있다는 입장을 취한다. 명예훼손에 관한 *Praed v. Graham* 사건⁵⁶⁾이 그 예이며, 가해자 본인이 아닌 소송대리인의 사과를 고려사유로 삼은 *Greenlands v. Wilmshurst* 사건⁵⁷⁾도 있다.

피고가 재판과정 중 공식적으로 증인이 되어 증언한 내용이라 하더라도 이를 고려할 수 있다고 본다.⁵⁸⁾

다만 그 시기에 관하여 고려할 점이 있다. 캐나다의 경우 *Ross v. Lamport* 사건⁵⁹⁾에서 가해자측은 재판과정 중 자신의 명예훼손 행위를 정당화하였으나, 변론종결시 대리인이 사과를 하였다. 이 사건에서는 징벌을 경감할 동기에서 너무 늦게 이루어진 것으로 보고 변론종결시의 사과를 징벌적 배상의 감액사유로 받아들이지 않았다.⁶⁰⁾

55) S.M. Waddams, 주1), pp489-491

56) (1890) 24 Q.B.D. 53 (C.A.)

57) [1913] 3 K.B. 507

58) Harvey McGregor, 주1), p271

59) (1957) 9 D.L.R. (2d) 585, [1957] O.R. 402 (C.A.)

60) S.M. Waddams, 주1), p499

3. 다수당사자와 징벌적 배상

(1) 공동불법행위와 징벌적 배상

공동불법행위에 있어서 그 중 일부가 악의성 등 징벌적 배상의 요건을 갖추지 못한 경우, 징벌적 배상액을 명할 것인지 아니면 전보적 배상금액만을 명할 것인지가 문제된다. 예컨대 명예훼손 사건에서 작가와 출판사는 징벌적 배상의 요건을 갖추었지만, 인쇄소는 공동불법행위의 요건만 갖추었을 뿐 징벌적 배상의 요건까지는 갖추지 못한 경우 등이 그 예이다.

공동불법행위에 관하여 하나의 판결을 선고하는 사안에서, 배상금액은 징벌적 배상의 요건을 갖가지 못한 피고의 판결금액(즉, 피고들이 배상하여야 마땅한 금액 중 최소금액)으로 한정하여야 한다고 보는 것이 *Clark v. Newsam* 사건⁶¹⁾에서 논의되었고 *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 사건에서 확립된 영국법의 입장이다.⁶²⁾ 그러나 그 경우 징벌적 배상 요건을 갖추지 못한 사람을 피고에 포함시킬 경우 전체적으로 판결금액이 낮아진다는 문제점이 있다.

한편 캐나다의 *Townview Properties Ltd. v. Sun Construction & Equipment Co. Ltd.* 판례⁶³⁾에서는 공동불법행위자들에 대해 각자 다른 금액의 배상을 명하는 판결(*separate judgments*)이 선고되어야 한다고 보는 입장이다.⁶⁴⁾

(2) 대위책임에 있어서 징벌적 배상

대리인이나 피용자에 의한 행위에 대해 본인이나 사용자가 징벌적 배상을 부담하여야 하는지에 대해서는 영국에서는 많은 논의가 이루어

61) (1847) 1 Ex. 131,141

62) Harvey McGregor, 주1), pp272-273

63) (1974), 56 D.L.R. (3d) 330, 7 O.R. (2d) 666 (C.A.)

64) S.M. Waddams, 주1), pp494-495

어진 바 없다. 이는 정책적 문제라고 평가되고 있다.⁶⁵⁾ 법인에 대해 처벌할 경우 이는 결과적으로 주주에 대해 불이익을 과하는 셈이 된다는 점 등이 문제되는데, 이는 징벌적 배상 뿐 아니라 일반형사사건에 있어서도 마찬가지라고 지적된다. 회사의 임직원 중 어떤 사람의 행위에 대해 법원이 형사처벌을 받느냐 하는 점과도 관련되어 있다. 법인에 대해 형사처벌이 가능한 경우도 징벌적 배상이 한정되어야 할 것인지 또는 임직원의 행위에 대해 대위책임 등 법적 책임을 법인이 담당하는 경우만으로도 족한 것인지 등이 문제로 된다.

캐나다에서는 사용자에 관한 한 징벌적 배상을 인정하고 있다. 이는 결국 각국에서 사용자책임과 법인에 대한 형사처벌 내지 법인의 불법행위에 관하여 어떠한 제도를 가지고 있는지에 따라 달라질 수 있는 문제라고 보아야 할 것이다.

(3) 다수의 원고와 징벌적 배상

이 문제에 관하여는 아직 본격적인 논의가 이루어지고 있지는 않다. 전통적인 의미로 징벌적 배상이 인정되던 명예훼손이나 악의적 폭행이나 악의적 재산권 침해 등에 있어서 다수의 피해자가 있는 경우가 흔치 않기 때문이다.

그러나 제조물책임과 관련하여 이 문제를 다시 생각하게 된다. 미국의 경우 제조물책임에 있어서 거액의 징벌적 배상을 명한 사례가 있다. 자동차의 결함에 대해 배심원이 1억2천5백만불의 징벌적 배상을 산정하였던 *Grimshaw v. Ford Motor Co.* 사건⁶⁶⁾이 그것이다. 이 사건에서 법원은 배상액을 3백5십만불로 감액하였으나, 배심원들은 당초 안전장치를 하지 않음으로 인해 가해회사가 얻을 수 있었던 이익 총액

65) S.M. Waddams, 주1), pp495-496

66) 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (C.A., 1981)

을 기초로 하여 산정하였었던 것이다. 영국과 캐나다에 있어서는 그와 같은 사례가 없으나 적용가능성을 배제할 수는 없다.⁶⁷⁾

그런데 각각의 피해자들이 그와 같은 금액을 청구할 수 있을까 문제된다. 만일 각각의 피해자들이 청구할 수 있다고 본다면, 가해자로서는 과도한 징벌을 받는 셈이 된다. 반면 먼저 청구하는 피해자 한 사람만 받을 수 있다고 본다면, 서로 먼저 배상받기 위해 소제기가 붓물을 이룰 수 있다. 뿐만 아니라 징벌적 배상을 청구하기에 적절한 피해자라고 보기 어려운 사람들이 거액의 징벌적 배상을 목적으로 먼저 제소한 결과 정작 징벌적 배상제도를 이용하여야 할 사람들로서는 기회를 잃는 경우도 발생하게 된다.

참고로 *Riches v. News Group Newspapers Ltd.* 사건⁶⁸⁾에서는 이 문제에 관하여, 다수의 원고가 있을 경우 각각의 전보적 배상액을 합산하고, 그 총액이 징벌로서 미약하다고 판단되는 경우에 징벌적 배상액을 추가하되, 그 금액을 각 원고에게 균분하도록 배심원에게 지시하여야 함을 판시한 바 있다.

4. 징벌적 배상의 상속 여부

재판과정 중 가해자가 사망한 경우 징벌적 배상도 상속인들에게 상속될 수 있는지도 문제된다. 가해자가 사망한 경우 그 상속인들이 대신 징벌을 받아야 할 이유가 없기 때문이다. 반면 가해자의 사망으로 징벌적 배상청구권이 소멸한다는 것은 피해자로서는 납득할 수 없는 불이익이 된다.

영국의 경우 제정법인 Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934에서 징벌적 배상청구권은 상속대상에서 제외됨을 명시적으로 규

67) S.M. Waddams, 주1), p497

68) [1986] Q.B. 256 (C.A.)

정하고 있다.⁶⁹⁾

캐나다의 경우 가해자가 사망한 경우에는 상속을 인정하지만, 피해자가 사망한 경우에는 상속을 인정하지 않는 입장을 취하고 있다.⁷⁰⁾

5. 형사소송과의 관계

가해자에게 형사소추가 이루어진 경우 징벌적 배상과의 관계에 대하여, 캐나다의 경우 원칙적으로 징벌적 배상을 인정하지 않는 입장을 취하고 있다. 다만 문제는 형사소추가 이루어지기는 하였으나 충분한 처벌이 이루어지지 않았다고 생각되는 사안의 경우, 또는 공소기각 내지 면소판결(discharge)이 이루어진 경우이다.

만일 이와 같은 경우에 형사법원의 판결이 민사법원으로서 징벌적 배상을 명하는 데에 법률적 장애가 된다고 해석한다면, 형사사건에서 유죄판결을 받은 것이 가해자로서 경제적 이익이 된다는 이상한 결론이 된다는 문제점이 있다. 그러나 반대로 해석하면 민사법원이 형사법원의 권한을 침해한다는 문제점이 남는다. 더구나 공소기각 내지 면소의 경우는 캐나다 형법상 이를 유죄판결을 선고받은 것으로 보지 않기 때문에 어느 쪽으로 해석하여도 논리적으로는 문제가 있다. 이는 징벌적 배상제도가 가지는 본질적인 문제점이라고 이해하여야 할 것이다.

이 문제에 관하여 캐나다 판례에서는 가장 합리적인 해결책이 민사법원으로서 형사법원의 판결 결과를 고려하는 것이라고 보고 있다. 이에 대해 만일 민사법원에 의한 형사법원의 권한침해를 문제 삼는다면, 이는 근본적으로 징벌적 배상 제도를 부정하는 수밖에 달리 해결책이 없기 때문이다.

69) Harvey McGregor, 주1), p268

70) S.M. Waddams, 주1), pp497-498

반면 형사소추 이전에 민사소송이 제기된 경우, 원칙적으로 민사소송이나 형사소추 자체에 영향이 없을 것이다. 다만, 징벌적 배상 판결 후에 형사판결이 선고될 경우 형사법원 또한 징벌적 배상 사실을 양형에 있어서 감경사유로 삼을 수 있다고 이해되고 있다.⁷¹⁾

IV. 사법개혁 논의과정에서의 징벌적 배상 문제

여기에서는 이상에서 살핀 징벌적 배상의 이론과 적용상의 법률적 쟁점들에 관하여 각국에서는 어떠한 정책적 입장을 취하고 있는지를 살펴보기로 한다. 많은 나라에서 징벌적 배상은 사법개혁의 주요 주제 중의 하나로 논의되고 있는데, 이와 같은 논의결과 제시되고 있는 개혁안들은 징벌적 배상제도에 대한 각국의 현황을 보여줄 뿐 아니라 향후의 발전방향을 가늠할 수 있게 해 준다. 나아가 징벌적 배상에 관하여 여러 나라에서 공통적으로 인정될 수 있는 부분과 달라질 수 있는 부분도 잘 보여주며, 우리나라가 징벌적 배상제도를 도입할 경우 바람직한 방향과 착안점을 찾을 수 있는 실마리도 제공하여 준다고 할 수 있다.

이 글에서는 영국, 캐나다(온타리오주), 아일랜드의 경우를 살펴보는 것으로 한다.

1. 영 국

영국 하원의 사법위원회(The Law Commission)에서는 징벌적 배상과 부당이득적 배상 등에 관한 보고서를 제출한 바 있는데, 여기에서는 징벌적 배상에 관하여 대체로 다음과 같은 의견을 제시하였다.⁷²⁾

71) S.M. Waddams, 주1), pp499-501

72) The Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (1997)

【 제 1 세션 】 영 · 미 · 독의 손해배상법제와 징벌적 손해배상의 법리

- 징벌적 배상제도는 유지되어야 한다. 용어는 *exemplary damage*를 사용하는 것이 가장 적절하다.
- 징벌적 배상 여부와 금액은 배심이 아닌 판사가 결정하여야 한다.
- *Rookes v. Barnard* 판결에서와 같이 제한적인 입장은 배제되어야 한다.
- 형사판결을 받은 경우 징벌적 배상은 명하지 않는 것이 원칙이다.
- 원고가 받는 징벌적 배상금이 부분적으로 공익적 재단으로 가야 하는 것으로 해서는 안된다.
- 다수의 피해자가 공동원고가 될 수는 있으나, 한 번의 징벌적 배상이 이루어진 경우 후에 다른 피해자가 다시 징벌적 배상을 청구할 수는 없다.
- 다수의 피해자가 공동원고로 된 경우, 법원으로서의 손해산정시 피고가 다수의 권리를 침해하였다는 점을 고려하여야 하며, 이는 과잉한 징벌이 아니다.
- 다수의 피해자 사건의 경우에 합의가 이루어진 피해자들이 있을 경우 법원은 합의를 하지 않은 당사자들에 대한 징벌적 배상 여부와 금액 판단시 이를 고려하여야 한다.
- 다수의 가해자 사건의 경우 징벌적 배상은 연대책무가 아닌 분할채무(*several liability*)가 원칙이다. 다만, 대위책임이나 동업자의 책임에 있어서는 그러하지 아니하다.
- 입증의 정도는 형사사건이 아닌 일반 민사사건상의 기준에 의하여야 한다.
- 징벌적 배상에 대비한 보험제도를 인정하는 것은 공공질서에 반하지 않는다.
- 징벌적 배상청구권에 대한 상속을 인정하여야 하며, 이를 부정한 현행 제정법 규정⁷³⁾에 대한 개정이 필요하다. 반면 가해자의 상속인에 대한

73) Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934, section 1(2)(a)(i)

징벌적 배상청구는 배제되는 방향으로 법규정이 정비되어야 한다.

2. 캐나다

캐나다에서도 징벌적 배상에 관한 보고서가 제출되고 있는데, 온타리오주의 사법개혁위원회(Ontario Law Refom Commission)의 보고서에서는 징벌적 배상에 관하여 대체로 다음과 같은 의견을 제시하였다.⁷⁴⁾

- 법원은 명예훼손 등에 있어서 비금전적 손해를 인정하여 전보적 배상을 명할 수 있어야 하며, 현재 이해되고 있는 의미의 *aggravated damages* 개념은 폐지되어야 한다.
- 온타리오주에서 징벌적 배상의 용어는 *punitive damages*를 사용한다.
- 형사법적으로 요구되는 절차 등이 징벌적 배상의 장애로 되어서는 안된다.
- 징벌적 배상을 할 것인지 여부와 배상액 등을 정하는데 있어서, 법원은 형사판결이 있었는지 여부를 고려할 수 있어야 한다.
- 형사법적으로 기소되지 않았다는 점이나 공소시효가 완료되었다는 점 등이 징벌적 배상의 장애사유로 되어서는 안된다.
- 배상금액의 산정은 판사가 아닌 배심원의 권한으로 남아 있어야 한다. 항소심에서는 배상금액에 관하여 파기환송하는 대신 파기자판할 수 있어야 한다.
- 가해자 측의 자력을 고려하는 현재의 입장은 유지되어야 한다.
- 징벌적 배상액의 산정은 전보적 배상액과 관계없이 이루어져야 한다.
- 입증의 정도는 일반 민사사건상의 기준에 의하는 현재의 법리가 유지되어야 한다.

74) Ontario Law Reform Commission, *Report on Exemplary Damages* (1991)

- 징벌적 배상에 대한 대위책임에 있어서는 통상적인 대위책임의 경우보다 좁게 인정하는 법리를 법원이 개발하도록 하여야 한다. 예컨대 사용자가 피용자의 행위를 묵시적으로 승인하였던 경우에 한하여 징벌적 배상에 대한 대위책임을 인정하는 것을 생각해 볼 수 있다. 나아가 법원은 징벌적 배상에 관한 대위책임에 관하여 사안에 따라 전부인정하는 경우, 일부인정하는 경우, 전부부정하는 경우 등을 선택할 수 있어야 한다.
- 다수의 가해자가 있을 경우 각각의 가해자에게 별도의 징벌적 배상이 선고되어야 한다.
- 피해자가 사망한 경우 징벌적 배상 청구권의 상속을 인정하나, 가해자가 사망한 경우는 상속을 인정하지 않는다.
- 원고가 불법행위청구를 포기하고 부당이득법적 구제수단을 청구할 수도 있다.

3. 아일랜드

아일랜드의 사법개혁위원회(Law Refom Commission)에서는 징벌적 배상과 부당이득적 배상 등에 관한 보고서를 제출한 바 있는데, 여기에서는 징벌적 배상에 관하여 대체로 다음과 같은 의견을 제시하였다.⁷⁵⁾

- 헌법적 권리의 침해와 불법행위에 관하여 징벌적 배상제도는 유지되는 것이 바람직하다.
- 징벌적 배상이 징벌적 기능과 억제적 기능을 가지고 있으나, 이중 주된 것은 장래를 향한 억제적 기능이 되어야 한다고 본다. 용어는 *exemplary damage*를 사용하는 것이 가장 적절하다.
- 법원은 *compensatory*, *exemplary*, *aggravated*, *restitutionary* 등으로 구분하여 배상하여 온 지금까지의 관행을 계속 유지하는 것이 바

75) The Law Reform Commission(Ireland), *Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (LRC 60-2000)

람직하다.

- 배상액 산정시 피고의 자력을 고려하여야 하나, 원고의 자력을 고려하여야 할 이유는 찾지 못했다. 징벌적 배상액이 전보적 배상과 합리적인 연관성이 있어야 한다. 배상액에 관하여 제정법에 의한 금액 한도를 두는 것은 권고하지는 않는다.
- 피해자와 공익 재단간의 징벌적 배상의 분배문제, 배심에 의한 금액결정 문제 등에 관하여 현재의 태도를 변경하거나, 다수 원고가 있는 경우에 관하여 법제정을 할 것을 권고하지는 않는다. 가해자가 사망하거나 파산한 경우 징벌적 배상이 승계되도록 정한 제정법 규정⁷⁶⁾도 유지되어야 한다고 권고하였다.
- 과실치사사건에 대해 징벌적 배상이 인정되어야 하며, 이를 위해 법개정⁷⁷⁾이 필요하다. 과실치사사건에 있어서 정신적 손해(mental distress)의 금액한도를 제한하는 규정이 징벌적 배상에 영향을 주어서는 안된다.
- 형사처벌을 받았다는 점만으로 징벌적 배상을 면할 수 없고, 이는 단지 금액산정상 고려사항으로 되어야 한다. 형사재판이 진행중이거나 면소 내지 공소기각된 경우, 징벌적 배상 여부는 법원의 재량으로 하여야 한다. 대위책임에 있어서도 배상책임을 인정한다.
- 입증의 정도는 일반 민사사건상의 기준에 의하여야 한다.
- 여러 명목의 배상청구가 각각 분리되어 별도로 청구되어야 하는지 하는 문제에 관하여는 융통성 있게 처리할 필요가 있다.

76) Civil Liability Act(1961) section 8 ; Companies Act(1963) section 285(2)(f) 다만, 피용자가 행한 무보험사고에 한정되어야 한다고 권고하였다.

77) Civil Liability Act(1961) section 49

V. 우리나라에서 징벌적 배상에 관한 논의

1. 개 요

징벌적 배상에 대하여 국내에서는 크게 두 가지의 논의가 이루어지고 있다. 하나는 바로 징벌적 배상의 도입에 대한 논의이며, 다른 하나는 외국에서 이루어진 징벌적 배상의 판결이 과연 국내에서 승인·집행될 수 있는지의 논의이다.

이하에서는 먼저 징벌적 배상의 도입가능성 및 도입방법에 대한 논의를 살펴본다. 특히 징벌적 배상의 도입에 대한 견해의 대립 이외에도 사법제도개혁추진위원회(이하 ‘사개추위’)에서 논의가 이루어진 입법안에 대하여도 간략히 살펴보도록 한다. 마지막으로 외국의 징벌적 배상 판결이 국내에서 승인·집행될 수 있는지와 관련하여 민사소송법 제217조 제3호의 요건을 중심으로 살펴본다.

2. 징벌적 배상의 도입가능성에 대한 논의

(1) 도입에 반대하는 견해

징벌적 배상의 도입에 반대하는 우리나라에서의 견해는 영국법에 관하여 위에서 살펴본 바에서 크게 넘어서지 않은데, 정리해 보면 다음과 같다.

- ① 민·형사책임 준별론에 기초하여 형평적 부담을 기본이념으로 하여 보상적 기능을 수행하는 현행 손해배상제도에 비추어볼 때 제재를 목적으로 하는 징벌적 배상제도는 현행 손해배상제도와 조화되지 아니한다. 즉, 근대 민사법 체계는 불법행위의 효과로서 전보만이 예정되어 있고 형벌이나 위하는 그 목적이 아니며, 징벌적 배상은 법치국가 원리의 하나인 비례의 원칙에도 합치하

지 않는다.⁷⁸⁾

- ② 불법행위가 동시에 형사처벌의 대상이 되는 경우 징벌적 배상을 인정하면 이중처벌금지(일사부재리 원칙)에 저촉될 우려가 있다. 이는 징벌적 배상의 목적이 불법행위자의 처벌 내지 동종행위의 재발방지에 있으므로 처벌 내지 억제라는 측면에서 형벌과 유사하기 때문이다.⁷⁹⁾
- ③ 형사책임의 경우 죄형법정주의에 의하여 구성요건과 법적인 결과를 명확히 규정하여야 하고, 형벌법규의 내용도 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 유지되어야 하며 유추해석이 금지된다. 또한 형사소송법상 무죄추정, 불리한 진술거부권, 국선변호인의 조력을 받을 권리 등이 보장됨에도, 징벌적 배상의 경우에는 민사소송에 의하는 결과 이와 같은 보호장치 등이 결여되어 있어 부당하다.
- ④ 형사벌금의 경우 법률에 의하여 상한과 하한이 정해져 있으나 징벌적 배상의 경우 상한에 제한이 없고 배상액 산정에 대한 명확한 기준이 없으며, 단지 배심(법관)의 재량에 맡겨져 있으므로 배상액 산정을 위한 객관적인 기준이 없다.⁸⁰⁾
- ⑤ 근대법은 사회분쟁에 대하여 민사책임과 형사책임을 분리하여 각각 사회적 기능을 달리하므로 피해자에게 현실적인 손해를 넘어 징벌이라는 명목으로 지급하도록 하는 거액의 배상금은 부당이득이고, 고의 범죄자에 대한 벌칙으로서 금전적 불이익을 국가에 귀속시키고자 하는 우리 형사법 사상과 충돌된다.⁸¹⁾ 또한 주로 기업 측에서는 제조물책임소송에서 보는 바와 같이 집단소송의 경우

78) 이점인, “징벌적 손해배상제도의 도입 필요성과 가능성에 대한 일고찰,” 동아법학 제38호, 209면 참고; 박종렬, “징벌적 손해배상에 관한 연구,” 법학연구 26집 (2007. 5.), 156면 참고

79) 이점인, 전계논문(주78), 211면 참고; 박종렬, 전계논문(주78), 159~160면 참고

80) 이점인, 전계논문(주78), 214면 참고

81) 박종렬, 전계논문(주78), 159면

거액의 징벌적 배상을 인정함으로써 기업을 과잉살상(overkill)하게 되어 우리 경제에 악영향을 미치는 것은 물론, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반하여 위헌의 소지가 있으며 남소의 가능성이 높다.⁸²⁾

(2) 도입에 찬성하는 견해

가. 도입의 필요성

징벌적 배상의 도입을 긍정하는 우리나라에서의 견해도 앞서 살핀 바의 범위를 크게 넘어서지 않는다. 우선 징벌적 배상의 가장 큰 도입 필요성은 바로 고의불법행위의 억제에 있다고 제시되고 있다. 민법의 손해배상법은 고의·과실을 동가치로 평가하여 피해자에 대한 손해의 전보만을 실현하고 있는데, 이에 의하면 고의불법행위의 억제를 기대할 수 없게 됨으로써 가해행위가 방치된다고 한다.⁸³⁾

그리고 위법성·반사회성에 대한 제재기능을 오로지 형사적 제재나 행정적 제재에 위임해야 한다는 주장은 수사기관이나 행정기관 등 공적기관에 의한 제재시스템이 충분하게 기능하고 있다는 것을 전제로 하는 것이지만, 고도로 복잡화한 현대사회에서는 공적기관이 시민생활을 위협하거나 심각한 권리침해 현상들에 대하여 이를 전부 확인하여 적절한 제재를 과한다는 것은 사실상 불가능하다고 한다.⁸⁴⁾

특히 기업에 의한 불법행위는 이익추구와 밀접하게 결부되어 있으며, 이는 기업이 어떠한 목적을 수행하는 과정에서 우연한 사고로서 불법행위를 범하는 것이 아니라 이익추구행위를 지극히 합리적인 수단으로 인식하는 데서 발생하는 것이라고 한다. 따라서 현대손해배상법은 징벌적 배상을 도입하여 손해배상액의 예측가능성을 박탈하고, 그렇게 함으로써 악질적인 가해행위의 억제를 도모해야 한다고 한다.⁸⁵⁾

82) 전삼현, “징벌적 손해배상과 제조물책임,” 시민과 변호사(2004. 9.), 35면

83) 윤정환, “징벌적 손해배상에 관한 연구,” 민사법학 제17호(1999. 4.), 85면

84) 이점인, 전계논문(주78), 201면

85) 이점인, 전계논문(주78), 203면

나. 도입을 부정하는 견해의 논거에 대한 반박

징벌적 배상의 도입을 긍정하는 견해에서는 도입을 부정하는 견해에 대하여 다음과 같이 반박하고 있다.

- ① 민·형사법의 준별론에 기초하여 가해행위의 재발방지는 형사법의 임무라는 주장에 대하여는, 이는 불법행위법을 기업활동의 보장을 위한 것으로 이해하던 근대 시민법 시대의 과실책임주의적인 발상이라고 반박한다. 손해전보기능이 불법행위법의 1차적인 목적이기는 하나, 이것이 불법행위법의 유일한 목적일 수는 없다고 하며, 현대사회에서는 형사상의 처벌보다 오히려 민사상의 손해배상이 가해행위 억제에 더 효과적일 수 있다고 한다.⁸⁶⁾
- ② 일사부재리 원칙 위배 여부에 대하여는, 우선 징벌적 배상의 경우 가해자가 손해배상금을 국가에 지급하는 것이 아니라 피해자 개인에게 지급하고, 민사소송절차에 의하여 부과된다는 점, 징벌적 배상에는 형벌에 있어서 가장 본질적인 속성이라고 할 수 있는 자유형인 감금이 인정되지 않는다는 점에서 형벌과는 확연히 구별되므로 일사부재리의 원칙에 위배될 여지가 없다고 한다.⁸⁷⁾
- ③ 징벌적 배상에는 형사소송상의 피고인 보호규정이 적용되지 않아 부당하다는 주장에 대하여는, 형사소송에서 피고인에게 인정되는 보호규정들은 피고인의 인신구속을 전제로 한 규정이므로 민사소송에 의하는 징벌적 배상에까지 확대적용 될 수는 없으며, 이러한 주장은 제도도입과 관련하여 적절한 쟁점이 아니라고 한다.⁸⁸⁾
- ④ 징벌적 배상액 산정기준이 모호하다는 비판에 대하여는, 배상액 산정기준이 모호한 것은 징벌적 배상에서만 문제가 아니며, 정신적 손해배상으로서 위자료를 인정하고 있는 현행 제도에서

86) 이점인, 전계논문(주78), 210면

87) 이점인, 전계논문(주78), 211면; 박종렬, 전계논문(주78), 160면

88) 이점인, 전계논문(주78), 214면

도 같은 문제가 있다고 한다. 또한 적절한 기준⁸⁹⁾을 근거로 배상액을 산정한다면 문제될 것이 없으며, 현행법은 배상액산정주체를 아마추어인 배심이 아닌 직업법관으로 정하고 있으므로 사실인정 능력이 탁월하고, 다른 유사사건과 비교할 수 있는 위치에 있으며, 대기업 등에 대한 편견에서 자유로울 수 있으므로 적절한 비판이 아니라고 한다.⁹⁰⁾

- ⑤ 원고의 부당이득이나 남소가능성에 대한 우려에 대하여는, 형벌이나 과료 등과 같은 공적인 제재나 사인의 소송을 통한 제재는 모두 법의 실현 수단인 점에서는 공통적인 성격을 가지고 있으므로, 양자의 기능적 관련성을 직시하면서 전체로서 제재수단을 다양화하고 합리화해 가는 것이 필요하다는 점에서 받아들이기 어려운 비판이며, 부당이득이라는 주장은 국가가 형사제재로서 벌금을 취하는 것이 부당이득이 아닌 것과 마찬가지로 사인이 사적인 검찰총장으로서 법의 실현에 적극적으로 기여한데 주어지는 이익이므로 불합리하지 않다는 반론이 있다.⁹¹⁾

다. 도입의 형식

징벌적 배상의 도입을 주장하는 견해는 그 도입방법과 관련하여 크게 해석론을 통한 도입을 주장하는 견해와 입법을 통한 제도의 도입을 주장하는 견해로 나뉜다.

우선 해석론으로 징벌적 배상 제도를 도입하자는 견해에는 민법 제763조의 해석에 의하여 직접 적용하자는 견해와 위자료 해석을 통하여 우리 민법에 적용하자는 견해가 있다. 민법 제763조를 통한 적용을 주

89) 이점인, 전계논문(주78), 215면에서는 이러한 적절한 기준으로 ① 손해가 신체적이거나 경제적인가, ② 불법행위가 타인의 건강이나 안전에 대한 무관심이나 무분별한 무시를 포함하고 있는가, ③ 피해자가 경제적 약자인가, ④ 불법행위가 반복되었는가, ⑤ 손해가 의도적인 악의·기망·사기 등에 의해 발생하였는가 등을 들고 있다.

90) 이점인, 전계논문(주78), 215면

91) 이점인, 전계논문(주78), 216면에 기재되어 있는 田中英夫의 견해 재인용

장하는 견해는 동조는 손해배상의 범위에 대하여 채무불이행에 관한 민법 제393조를 준용하고 있는바, 동법 제393조에서는 채무불이행에 관한 특별손해의 고려방법으로 예견가능성을 고려하고 있으므로 동법을 준용하고 있는 제763조의 해석상 특별손해의 고려방법으로 고의불법행위의 경우 가해자가 사전에 손해발생 가능성을 예견할 수 있으므로 가해자의 이러한 주관적 사정을 고려하여 고의나 중과실의 경우 법원이 규범적으로 판단하여 징벌적 배상을 인정할 수 있다고 한다.⁹²⁾

이와는 달리 위자료의 해석을 통하여 징벌적 배상의 도입을 주장하는 견해(제재적 위자료론을 주장하는 견해)는 민법 제751조가 규정하고 있는 위자료에 관해서는 고의의 경우에 일반적으로 고액으로 결정될 수 있는데, 이에 의하면 영미의 징벌적 배상과 유사한 결과를 도출할 수 있다고 한다.⁹³⁾

입법으로 징벌적 배상을 도입하자는 견해는 다시 민법에서 일반 조항으로 도입하자는 견해와 특별입법을 통하여 도입해야 한다는 견해로 나뉜다.⁹⁴⁾ 이에 대하여는 사개추위에서의 논의와 함께 항을 바꾸어 논의하도록 한다.

3. 사개추위에서의 징벌적 배상 도입에 대한 논의

사개추위에서는 다양한 법률시안이 논의된 바 있다. 제시된 시안은 이점인 교수 시안, 황희석 변호사 시안, 박성근 검사 시안, 참여연대 안, 한국소비자보호원 안, 박경신 교수 안 등이 있다.⁹⁵⁾ 이 중 일반법인 민법에 징벌적 배상에 관한 규정을 두도록 제시한 안은 이점인 교수 시안, 참여연대 안, 박경신 교수 안이다. 이점인 교수 시안은 민법

92) 이점인, 전계논문(주78), 207면; 박종렬, 전계논문(주78), 156~157면 참고

93) 이점인, 전계논문(주78), 208면; 박종렬, 전계논문(주78), 157면 참고

94) 박종렬, 전계논문(주78), 156면

95) 사법제도개혁추진위원회 기획추진단(이하 사개추위 기획추진단), 징벌적 배상제도 참고자료(2006. 9.)

제750조의 1로 징벌적 배상에 관한 규정을 신설하고, 동법 제756조에
서 이를 준용하도록 하고 있다.⁹⁶⁾ 참여연대 안 역시 이와 유사하게
민법 제750조 제2항에 징벌적 배상의 근거를 두도록 하고 있다.⁹⁷⁾ 이
와는 약간 다르게 박경신 교수 안에서는 민법 제393조 제3항에 근거
규정을 마련하고 있다.⁹⁸⁾ 반면 황희석 변호사 시안이나 박성근 검사
시안에서는 징벌적 배상에 관한 별도의 특별법을 제정할 것을 제안하
고 있다.⁹⁹⁾ 또한 한국소비자보호원 안에서는 이와 달리 ‘소비자보호
법’, ‘제조물책임법’, ‘전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률’,
‘방문판매 등에서의 소비자보호에 관한 법률’ 등의 개별 단행법에 징
벌적 배상규정을 신설하는 개정안을 제안하였다.¹⁰⁰⁾

사개추위는 논의 끝에 입법을 추진하지 않고 정부에 정책건의하기
로 결론냈다. 사개추위는 ‘기본방향에 공감하지만 사실상 이중처벌이
라는 지적이 있어 기업에 과중한 부담을 주는 것은 아닌지 좀 더 검
토가 필요한 것으로 판단했다’고 설명했다.¹⁰¹⁾

4. 외국의 징벌적 배상을 명하는 판결의 승인 및 집행

(1) 외국판결의 집행요건

외국법원의 확정판결은 우리나라에 승인될 수 있으면 기판력이 생
긴다. 외국판결이 승인되기 위해서는 ① 대한민국의 법령 또는 조약
에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인
정될 것, ② 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지

96) 사개추위 기획추진단, 전계자료(주95), 1~2면

97) 사개추위 기획추진단, 전계자료(주95), 13면

98) 사개추위 기획추진단, 전계자료(주95), 16면

99) 사개추위 기획추진단, 전계자료(주95), 2~12면

100) 사개추위 기획추진단, 전계자료(주95), 12~15면

101) 매일경제(2006. 9. 18.) - <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?no=406271&year=2006>
(최종방문일 2007. 9. 29.)

서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였다라도 소송에 응하였을 것, ③ 그 판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것, ④ 상호보증에 있을 것이 요구된다(각 민사소송법 제217조 제1호 내지 제4호).

(2) 징벌적 배상판결의 집행상의 문제

징벌적 배상을 명하는 외국법원의 판결이 민사소송법 제217조에 의하여 승인되기 위해서는 우선 그 징벌배상판결이 민사판결이어야 한다. 민사소송법은 “외국법원의 확정판결”이라고 하나 이는 “민사 및 상사판결”을 의미한다고 보아야 하기 때문이다.¹⁰²⁾ 민사 및 상사판결인가의 여부를 판단하는 기준에 관하여는 판결국법설, 승인국법설과 중첩설 등이 나뉠 수 있으나, 승인국인 우리 법에 의하여야 한다.¹⁰³⁾ 징벌배상은 사인간의 사적 권리 및 법률관계의 확정을 목적으로 하는 점에서 민사로 이해된다고 할 것이다. 따라서 민사소송법 제217조 적용의 전제요건은 충족한다고 볼 것이다.¹⁰⁴⁾

민사소송법 제217조의 요건 중 외국법원에서 내려진 징벌적 배상을 명하는 판결의 승인과 관련하여서는 특히 ③의 요건이 문제가 된다. 민사소송법 제217조 제3호의 요건은 판결주문뿐만 아니라 이유도 심사의 대상이 되고 판결의 내용뿐만 아니라 그 절차적인 면도 심사의 대상이 된다.¹⁰⁵⁾ 징벌적 배상 판결의 승인과 관련하여서는 절차적인

102) 석광현, “손해배상을 명한 미국 미네소타주법원판결의 승인 및 집행에 관한 문제점,” 인권과 정의 226호 (95. 6.), 103면

103) 석광현, 전계논문(주102), 103면

104) 석광현, 전계논문(주102), 103면에서는 다만 징벌배상이 피해자가 아니라 국가에게 지급되는 경우에는 민사로 보기는 어려울 것이라고 한다.

105) 주석 신민사소송법(III)(민일영 집필부분), 한국사법행정학회(2004), 343~345면;

면이 공서양속에 위반되는지 여부보다는 판결의 내용이 공서양속에 위반되는지 여부가 문제된다고 할 것이다. 과연 징벌적 배상이 우리 법의 공서양속에 반하는지에 대하여는 제조물책임에 관하여 지나치게 제재적인 성격의 배상금지급을 명한 판결은 배상기준에 관한 국제관습법에 배치되어 집행을 거부하거나, 외국판결 자체는 존중하되 배상금액을 국제적으로 보편타당한 기준으로 감액할 수 있으므로 징벌적 배상이 우리 법의 공서양속에 반한다고 볼 것은 아니라는 견해¹⁰⁶⁾와 우리 손해배상법의 기본원칙은 피해자가 입은 손해를 전보하는 데 있으며 이는 우리법의 공서를 이루는 기본원칙이므로 징벌적 배상의 집행은 우리의 공서양속에 반한다는 견해¹⁰⁷⁾가 대립하고 있다.

대법원이 이에 대하여 직접 판결한 바는 없으나, 하급심에서는 “징벌적 배상이란 가해자에게 특히 고의 등의 주관적인 악사정이 있는 경우에 보상적 손해배상(compensatory damages)에 덧붙여 위법행위에 대한 징벌과 동종행위의 억지를 주목적으로 하여 과하여지는 손해배상으로서 코몬로상 인정되고 있는 구제방법의 일종인바, 이는 불법행위의 효과로서 손해의 전보만을 인정하는 우리의 민사법 체계에서 인정되지 아니하는 형벌적 성질을 갖는 배상형태로서 우리나라의 공서양속에 반할 수가 있다”고 판시하고 있다.¹⁰⁸⁾

이시윤, 신민사소송법(제3판), 박영사, 2006, 563면; 석광현, 전계논문, 99면

106) 고광하, “외국금전판결의 승인과 집행,” 대한변호사협회지(1983. 4.), 46면

107) 석광현, 전계논문(주102), 104면; 이시윤, 전계서(주105), 563면

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

VI. 맺음말

Rookes v. Barnard 판결에서 Devlin판사는 징벌적 배상제도는 영국법이 가지는 특이성(peculiarity)이며, 다른 법체계하에서는 받아들이기 어려운 보통법체계가 가지는 특이성이라고 설명한 바 있다.¹⁰⁹⁾

그러나 한편으로는 영국에서의 징벌적 배상에 관한 쟁점들을 살펴볼 때 우리나라에서는 이와 같은 명제가 오히려 긍정적인 방향으로, 전혀 다른 양상을 띠 수 있다는 점을 지적할 수 있다고 생각한다.

일단 영국법상 징벌적 배상이 문제되는 가장 큰 원인은 사법권과 입법권과의 관계이다. 의회에서 형사법으로 정하지 아니한 행위에 대해 법원에서 민사법으로 징벌을 할 수 있느냐는 데에 있다는 것이다. 이 주장은 특히 영미법에서는 의회에 의해 이른바 보통법상의 범죄(common law crimes)라는 개념이 폐기되었다는 역사적 측면에서 의미가 있다. 법원에서 징벌적 배상을 하게 될 경우, 법원에 의하여 어떠한 행위를 범죄로 정하는 결과가 되는데, 이는 의회와의 관계상 마땅히 자제되어야 한다는 것이다.¹¹⁰⁾ 그런데 우리나라의 경우 보통법이 존재하지 아니하므로 형법이든 민법이든 국회에서 정하는 것이어서 영국과 같은 근본적인 문제점이 존재하지 않는다고 할 수 있다고 생각된다. 이는 *Rookes v. Barnard* 판결에서 징벌적 배상이 인정될 수 있는 첫 번째 예로 제정법에 의한 경우를 들고 있는 점을 보아도 알 수 있다. 우리나라에서의 징벌적 배상 논의 중 해석에 의한 도입안은 영국과 같은 근본적인 문제점을 안고 있으나, 입법에 의한 도입안은 이와 같은 문제를 안고 있지 않은 것이다. 나아가 일반법으로서의 민법이 아닌 특별법에서 도입한다면 더욱 그러할 것으로 생각된다.

109) Harvey McGregor, 주1), p256

110) S.M. Waddams, 주1), p470

다음으로 형사법과의 관계에 있어서도 영국법에서는 죄형법정주의는 물론 이중위험의 법리, 입증의 정도, 항소심의 구조, 사적 기소의 제한 등 여러 가지가 문제되었는데, 이와 같은 측면들을 볼 때 우리나라의 경우는 그 제도가 상대적으로 징벌적 배상을 인정하여야 하는 쪽에 가깝다는 것이다. 예컨대 우리나라는 검사도 항소할 수 있으므로 징벌적 배상사건에서 패소판결을 받은 피해자가 항소하는 것을 형사절차와 모순없이 설명할 수 있고, 사적 기소제도가 원칙적으로 부정된다는 점도 징벌적 배상제도의 도입필요성 쪽의 논거가 된다.

캐나다와 영연방 국가들은 물론이고 징벌적 배상제도를 제한하려 했던 영국에서도 징벌적 배상이 중요한 기능을 하고 있으며, 폐지의 대상이 아니라 합리적으로 규율되어 사용되어야 할 제도로서 확고한 자리를 잡고 있다는 점이 지적되어야 할 것이다. 징벌적 배상을 제한하려 하였던 나라에서도 그러할진대, 그와 같은 제도가 전혀 없는 우리나라에서 대상범위를 특정하여 특별법으로서 입법을 통해 도입하는데 대해 어떠한 설득력 있는 문제점을 제기하기는 어려울 것으로 본다. 기업의 부담이 문제될 수 있다. 그러나 영국 등 다른 나라에서도 같은 상황임에도 그리 정하고 있는 것이라는 점을 생각할 때 이는 절대적인 정당성을 가진다기보다는 정책적으로 결정되어야 할 문제라고 생각한다. 나아가 요건상 매우 악의적인 기업의 행위에 대해서만 적용되는데, 그와 같은 경우까지 ‘기업에 부담을 준다’고 평가하여 제도의 도입을 막는 근거로 활용하는 것이 정당한지 의문이다. 다만, 미국의 경우와 같이 지나치게 남용되는 일이 없도록 제도의 내용과 구조를 합리적으로 만드는 일이 필요한 것이다.

마지막으로 징벌적 배상제도를 도입함에 있어서는 영국 등 각국의 실무상 나타나고 사법개혁 과정에 보고 제안되고 있는 많은 내용들을 신중히 고려하여 반영하여야 할 것이다. 적용 대상의 결정은 물론이고, 다수당사자의 문제, 배상액의 한도설정 여부와 산정문제, 형사절

차에서의 결과와의 관계, 상속문제, 나아가 외국의 징벌적 배상에 대한 국내에서의 집행이나 그 반대의 경우 등 이른바 **conflict of laws**에 관한 문제까지도 정교하게 검토하여 제도를 디자인할 필요가 있다고 생각된다.

토 론 문

신 국 미

(청주대학교 법과대학 교수)

먼저 김제완 교수님의 영국과 캐나다 등을 중심으로 한 징벌적 배상법리의 발전과정과 현황 및 징벌적 배상제도의 우리나라에서의 도입가능성에 대하여 자세한 발표 잘 들었습니다. 특히 영미법상의 징벌적 손해배상은 대륙법의 법체계상 수용되기 힘들다는 논거에 대해 영국법상 징벌적 손해배상의 문제점이 오히려 대륙법국가인 우리나라에서는 많은 경우 해소되어 진다는 점에서 징벌적 손해배상제도가 반드시 영미법에 특유한 제도가 아니라고 제시한 부분을 비롯해 그동안 잘 몰랐던 징벌적 배상제도에 대해 개인적으로 많은 공부가 되었습니다. 그리고 발표원고도 일찍 송부해주셔서 충분히 읽어 볼 수 있는 시간을 주셔서 감사드립니다. 그런데 사실상 로스쿨 작업때문에 충분히 읽어보지 못했습니다. 이 때문에 제대로 이해하지 못한 점이 있어 다소 미숙한 질문을 하더라도 양해바랍니다.

원래 징벌적 손해배상제도는 현행 민법상 손해배상제도의 미비점과 손해배상의 범위 및 위자료 산정제도의 문제점을 보완하는 차원에서 영미법에서 판례를 통하여 이용하는 제도였습니다. 그러나 오늘날에는 소액의 다수 또는 불특정 다수에 대한 대기업이나 국가등의 위법행위로 인한 집단적 소송 또는 공익적 소송의 실효성확보의 수단으로 이용되는 추세를 보이고 있습니다.

특히 대기업이나 국가등의 위법행위로 인한 다수의 피해자가 존재하고 각 피해자의 피해규모는 작지만 전체의 피해규모가 막대한 경우

에는 기존의 민법상 손해배상제도로는 각각의 피해자가 인정받을 수 있는 손해규모보다 가해자가 그러한 가해행위로 얻을 수 있는 이익의 범위가 큰 경우가 많습니다.

이 경우 피해자가 피해를 입을 것을 뻔히 알면서도 가해자가 악의적으로 손해를 가하거나 피해자의 손해를 최소화하려는 노력을 기울이지 않은 채 가해행위를 함으로써 소비자의 손해를 자신의 수익으로 취득하려는 악질사업자에 대한 새로운 책임부과 방법을 도입하여야 한다는 요구가 증가하고 사법제도개혁추진위원회에서도 이러한 요구에 부응하여 징벌적 손해배상제도의 도입을 논의한 것으로 알고 있습니다.

김재완 교수님께서도 발표문에 제시된 바와 같이 대상범위를 특정하여 특별법을 통한 징벌적 손해배상제도의 도입을 긍정하고 계신데

먼저 입법형식으로 징벌적 배상에 관한 일반법으로서 별도의 특별법의 제정을 제안하시는지, 이와 달리 “소비자보호에 관한 법률” “제조물책임법” “방문판매 등에서의 소비자보호에 관한 법률” 등 개별특별법에서 징벌적 배상규정의 신설을 제안하고 계신지 궁금합니다.

그리고 징벌적 손해배상제도의 도입과 관련하여 가장 문제가 되는 것이 배상금액의 상한에 제한이 없고, 배상액 산정에 대한 명확한 기준이 없으며 단지 배심(법관)의 재량에 맡겨져 있으므로 배상액 산정을 위한 객관적인 기준이 없다는 점입니다.

우리나라는 영국과 같은 배심제가 실시되어 있지 않은데, 손해배상액의 산정에 참작요소가 특정되어 있다고 해도 담당판사의 철학에 따라 액수의 차이가 매우 크게 되는데 이 경우 배상액의 상한을 두는 것에 대해서 어떻게 생각하시는지요?

만약 상한을 두지 않는다면 손해배상액을 많이 인정하는 판사들을 찾아 소송을 제기하는 경우도 예상될 뿐만 아니라 유사한 다른 사건의 액수와 비교해 판사를 비난하는 경우가 많을 것이며 이런 사태는 재판의 공정성 시비로 이어질 수도 있다고 생각합니다. 따라서 상한

을 두지 않는 경우 이러한 문제에 대한 해결방안도 제시해주시면 감사하겠습니다.

마지막으로 징벌적 손해배상이 불법행위의 처벌과 동일한 행위의 재발방지라는 효과를 가져온다는 점에서 제도의 도입은 소비자등 사회적 약자보호와 기업활동의 공익성의 확보라는 측면에서 긍정되어 질 수 있지만 이 경우 징벌적 손해배상의 성격이 처벌적 사회적 비용 성격의 손해배상인데 그 배상금을 국가가 아닌 피해자가 수령하는 것이 타당한가하는 의문이 남는데 이에 대한 답변을 부탁드립니다(영국의 사법개혁논의에서 징벌적 손해배상문제와 관련된 개혁안에서 “원고가 받은 징벌적 배상금이 부분적으로 공익적 재단으로 가야 하는 것으로 해서는 안 된다”고 제시되어 있는데 이 부분에 대한 설명 내지 그 근거도 아울러 말씀해 주시면 감사하겠습니다).

토 론 문*

고 세 일
(고려대 강사, 법학박사)

1. 개념과 용어

징벌적 손해배상은 형사법과 민사법이 혼재한 제도이다.¹⁾ 징벌적 손해배상은 다면성을 갖는다. 그런 측면에서, 개인에게 주는 벌금²⁾, 영리한 돈(smart money)³⁾, 별도의 배상(extracompensatroy damages)⁴⁾라고 부르기도 한다.

징벌적 손해배상은 먼저 가해자의 악의나 가해행위 행태의 불법성에 주안점을 둔다. 따라서 이는 가해자에게 단순한 중과실 이상을 요구한다.⁵⁾ 이는 모든 글이 한 목소리로 인정하는 요건이다.⁶⁾

*이 글은 김제완 교수님의 발표문과 중복하지 않는 범위에서, 토론자가 생각하는 징벌적 손해배상에 대한 관점을 정리합니다.

1) David K. Allen, John T. Hartshorne & Robyn M. Martin, *Damage in Tort* 132쪽 (Sweet & Maxwell 2000) 참조.

2) Peter Cane, *Tort Law and Economic Interest* 300쪽 (Clarendon Press 1996) 참조.

3) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, *Proser and Keeton on the Law of Torts* 9쪽 (West 1984) 참조.

4) Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* 1062쪽 (West 2000) 참조.

5) Keeneth S. Abraham, *The Forms and Functions of Tort* 222쪽 (Foundation Press 1997) 참조. 주관적 요건으로 단순한 중과실(gross negligence) 이상을 요구한다. 우리 민법학계는 고의와 과실을 나누고, 과실을 경과실과 중과실로만 나눈다. 그렇지만 영어 표현에 있어서 그 악의성이나 주의의무의 큼에 따라서 다음과 같은 표현을 쓴다. “Reckless, wanton/willful, intentional/malicious.” 그런데 그 정도의 심함은 “intentional/malicious > wanton/willful > reckless > gross negligence”로 나타낼 수 있다. 그렇기에 징벌적 손해배상은 보통은 이 reckless부터 인정가능성을 생각할 수 있다.

6) 예를 들어, David K. Allen, John T. Hartshorne & Robyn M. Martin, *Damage in Tort*

2. 비 판

징벌적 손해배상에 대해서는 정신적 손해배상과 같이 “예측가능성”이 없다고 비판한다.⁷⁾ 그리고 징벌적 손해배상액을 주는 것이 매우 재량적이라고 비판한다.⁸⁾ 이런 측면에서 비판법학자의 비판을 많이 받는다.⁹⁾ 다시 말해서 징벌적 손해배상은 “원고에게 운 좋게 떨어진 과실이고, 그 배상범위는 배심원이나 사실심 판사의 재량범위 안에 있다”는 측면에 대해서 비판한다.¹⁰⁾

3. 기 능

징벌적 손해배상은 형벌이 비효율이고, 고비용이라는 점을 감안한다.¹¹⁾ 그리고 *Wooden-Ware* 사건¹²⁾에서처럼, 가해자가 피해자에게 입은 재산적 손해를 지급해 주면 그만이라는 문제가 발생한다. 징벌적 손해를 이 문제를 조정하는 것이다.¹³⁾ 다시 말해 징벌적 손해배상 제도으로써, 가해자가 자신의 가해행위(불법행위)가 남는 장사가 아니라는

116쪽 (Sweet & Maxwell 2000); W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, *Proser and Keeton on the Law of Torts* 10쪽 (West 1984); Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* 1062쪽 (West 2000) 참조.

7) Keeneth S. Abraham, *The Forms and Functions of Tort* 223쪽 (Foundation Press 1997) 참조.

8) David K. Allen, John T. Hartshorne & Robyn M. Martin, *Damage in Tort* 120-1쪽 (Sweet & Maxwell 2000) 참조.

9) Izhak Englard, *The Philosophy of Tort Law* 148쪽 (Dartmouth 1993) 참조.

10) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, *Proser and Keeton on the Law of Torts* 14쪽 (West 1984) 참조.

11) Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 149쪽 (Cambridge University Press 2001) 참조.

12) *Wooden-Ware Co. v. United States*, 106 U.S. 432 (1882).

13) Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 150-51쪽 (Cambridge University Press 2001) 참조.

걸 보여주는 것이다.¹⁴⁾ 그런데 이때에도 그 조정이 부당이득 반환이 아니라, 징벌이라는 측면에 주안점을 둔다.¹⁵⁾

이런 출발점 때문에 징벌적 손해배상은 여러 가지 양면성을 갖는다. 따라서 이에 대한 여러 가지 긴장관계가 있다.¹⁶⁾ 예를 들어 도덕적 책임과 사회 유용성(social utility), 교정적 정의와 배분적 정의, 제도주의(instrumentalism)와 비제도적인 법기초 사이에 그런 긴장이 그렇다.¹⁷⁾ 그런 긴장은 징벌적 손해배상의 맥락에서 커진다.¹⁸⁾

경제학적 모델에서 Calabresi는 이를 다르게 설명한다.¹⁹⁾ 징벌적 손해배상은 금전으로 산정할 수 없는 사회가치에 대한 억제력을 키우는 것을 주된 기능으로 한다.²⁰⁾ 강화된 억제력은 집단적 결정에 바탕을 두어서, 일반적·시장적 억제력과는 다른 특수한 억제력을 말한다고 한다.²¹⁾

그런데 경제적 관점에서 징벌적 손해배상이 효율적이지 않다는 관점도 있다.²²⁾ 가해자가 피해자에게 손해를 끼칠 때, 그 손해를 전부 배상하면, 그 가해자의 배상행위가 효율적이다.²³⁾ 파레토 효율성 기준으로 보면, 피해자에게 더 이상의 손해가 없고, 가해자도 더 좋은 지위에 있는 것도 아니다.²⁴⁾ 칼도- Hicks 효율성 기준으로 바라보면, 그

14) Lord Reid의 말 “to teach a wrong-doer that tort does not pay”가 이를 잘 설명해 준다. David K. Allen, John T. Hartshorne & Robyn M. Martin, *Damage in Tort* 131쪽 (Sweet & Maxwell 2000) 참조.

15) Peter Cane, *Tort Law and Economic Interest* 301쪽 (Clarendon Press 1996) 참조.

16) Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* 145쪽 (Dartmouth 1993) 참조.

17) Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* 145쪽 (Dartmouth 1993) 참조.

18) Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* 145쪽 (Dartmouth 1993) 참조.

19) Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* 146쪽 (Dartmouth 1993) 참조.

20) Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* 146쪽 (Dartmouth 1993) 참조.

21) Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* 146쪽 (Dartmouth 1993) 참조.

22) Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 152쪽 (Cambridge University Press 2001) 참조.

23) Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 152쪽 (Cambridge University Press 2001) 참조.

24) Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 152쪽 (Cambridge University Press 2001) 참조.

【 제 1 세션 】 영·미·독의 손해배상법제와 징벌적 손해배상의 법리

배상행위는 부를 창출하는 것이고, 징벌적 손해배상은 그 합리성을 저해하는 것이다.²⁵⁾ 그런 의미에서 이런 비효율성은 개인의 권리가 경제적 효율성을 증진하려는 것이 아니라, 오히려 중요한 이익을 보호하는 것에 있다고 한다.²⁶⁾

징벌적 손해배상은 그 불예측성 때문에 주로 비판받는다. 그러나 이런 불예측성으로 말미암아 더 큰 예방가능성이 있다고 하기도 한다.²⁷⁾

4. 인정영역, 산정기준과 절차측면

징벌적 손해배상에 대한 비판점은 예측가능하지 않다고 하는 점과 그 배상액이 과다하는 것이다. 따라서 이에 대한 합리적인 기준이 필요하다. 그런 점에서 Dobbs 교수는 세 가지 관점을 제시한다.²⁸⁾ 첫째, 어떤 요건 아래서 징벌적 손해배상을 인정할 수 있는지. 둘째, 징벌적 손해배상은 어떻게 산정할 수 있는지. 셋째, 첫째와 둘째를 정하는데, 어떤 절차를 사용해야 하는지.

(1) 인정영역

미국에서 징벌적 손해배상이 인정되는 영역은 대략 우리 민법의 정신적 손해배상의 인정영역과 비슷하다.²⁹⁾ 그래서 상해, 폭행, 명예훼손, 사기, 미성년자나 부녀 유괴, 악의적 기소, 재산에 대한 고의적 불

25) Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 152쪽 (Cambridge University Press 2001) 참조.

26) Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 152쪽 (Cambridge University Press 2001) 참조. 그렇지만 토론자는 사회 전체로 보면 다른 관점으로 보는 것도 가능하다고 생각한다.

27) Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 153쪽 각주 40 (Cambridge University Press 2001) 참조.

28) Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* 1064쪽 (West 2000) 참조.

29) 다만 징벌적 손해배상에 대해서 특별한 청구원인을 요구하지는 않는다. Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* 1063쪽 (West 2000) 참조.

법침해, 생활방해(nuisance), 부동산 횡령(conversion)과 같은 것이다.³⁰⁾ 그 밖에 신탁자 의무위반이나 계속된 불법행위, 아주 위험한 방법으로 운전하는 것에서도 징벌적 손해배상을 인정한다.³¹⁾

미국에서 논란이 된 징벌적 손해배상 영역은 사용자가 권한을 부여하지 않은 경우(또는 사후에 이를 추인하지 않을 때)에도, 피용인의 행위에 대해서 사용자에게 징벌적 손해배상을 청구할 수 있는지 이었다.³²⁾ 그런데 대부분의 미국 판례들은 이를 부정한다.³³⁾ 보통법전집도 이런 태도를 취한다.³⁴⁾ 공공법인에 대해서는 징벌적 손해배상을 인정하지 않는다.³⁵⁾ 반면에 기업에 대해서는 징벌적 손해배상을 인정한다.³⁶⁾

미국에서는 가해자가 보험을 통해서, 자신의 징벌적 손해배상 부분을 보험회사가 부담하는 것에 대해서 논란이 있었다.³⁷⁾ 즉 가해자가 보험회사를 통해서 자신의 책임을 보험이라는 제도로 여러 무수한 사람에게 전가할 수 있는지가 문제되었다.³⁸⁾ 미국 판례는 징벌적 손해배상이 건전한 정책에 바탕을 둔다면, 그 건전한 정책은 징벌적 손해배상이 책임보험으로 부담되지 않을 것을 요구한다고 한다.³⁹⁾ 다만

30) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 10-11쪽 (West 1984) 참조.

31) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1065쪽 (West 2000) 참조.

32) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 12쪽 (West 1984) 참조.

33) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 12쪽 (West 1984) 참조.

34) Restatement (Second) of Torts § 909와 Restatement (Second) of Agency § 217C 참조.

35) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 12쪽 (West 1984) 참조.

36) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 13쪽 (West 1984) 참조.

37) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 13쪽 (West 1984) 참조.

38) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 13쪽 (West 1984) 참조.

39) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 13쪽 (West 1984) 참조.

일부 판례는 징벌적 손해배상 소송에서 변호사 비용 정도를 보험으로 처리하는 것을 허용한다.⁴⁰⁾

(2) 산정기준

미국 판례상 징벌적 손해배상을 산정하는 기준으로 다음 여섯 가지를 삼는다.⁴¹⁾ (1) 가해자 행위에 대한 비난가능성, (2) 가해자의 재산상태, (3) 가해행위의 영리성, (4) 소송비용, (5) 가해자에 대한 민·형사상 제재의 총체성, (6) 가해자가 행한 손해 정도와 피해자가 입은 손해 사이의 비율.

(3) 절차 측면

먼저 피해자가 주요한 증거로써 징벌적 손해배상에 대한 사실적 기초를 증명해야 한다.⁴²⁾ 전통적으로는 가해자의 재산 상태가 인정된다면, 피해자가 가해자의 재산상태에 대해서 아무런 증명을 할 필요가 없다.⁴³⁾ 다만 캘리포니아와 와이오밍 주 판례는 징벌적 손해에 대한 배상을 받으려면 피해자가 가해자의 재산상태에 대해서 증명해야 한다. 그런데 증거개시절차(discovery)에서, 피해자가 판사에게 징벌적 손해배상에 대한 추정적(prima facie) 사건이라는 걸 보이기 전까지, 가해자의 재산현황에 대한 정보는 사생활 보호나 비밀유지 때문에 그 접근이 어렵다.⁴⁴⁾ 이 점에 대해서 모델 징벌적 손해배상법도 같은 태도이다.⁴⁵⁾

40) W. Page Keeton, Dan B. Bobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, Proser and Keeton on the Law of Torts 13쪽 (West 1984) 참조.

41) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1066-67쪽 (West 2000) 참조.

42) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1069쪽 (West 2000) 참조.

43) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1069쪽 (West 2000) 참조.

44) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1069쪽 (West 2000) 참조.

45) Model Punitive Damages Act § 4.

5. 배상액 제한과 문제

미국에서 불법행위 개혁에 대해서 많은 논의가 있었다. 그 주된 의제는 소송에 대한 요건 부과, 소멸시효의 단축, 손해배상액 유지 법리(collateral-source rule)의 수정, 피해자의 증명부담 제기, 일반적 손해배상액과 징벌적 손해배상액의 제한이다.⁴⁶⁾

그런데 이런 배상액 제한은 현실에 있어서 분쟁을 당사자 합의(settlement)로 이끈다고 한다.⁴⁷⁾ 그런데 이런 배상액 제한이 징벌적 손해배상의 억제력을 약화시킨다는 주장도 있다.⁴⁸⁾

흥미로운 사안이 있다. 다양한 교육 정도와 계층을 모아서, 배심원단을 구성하고 징벌적 손해배상에 대한 모의재판을 한 결과이다. 이들은 징벌적 손해배상을 1에서부터 10단계까지 나눌 때, 그 단계에 대해서는 모두 동의한다고 한다.⁴⁹⁾ 그렇지만, 그 배상액 산정에 있어서는 그런 동의를 찾을 수 없다고 한다.⁵⁰⁾

6. 맺으면서

징벌적 손해배상은 우리가 갖고 있는 제도 가운데, 가장 비슷한 제도가 “정신적 손해배상”이다. 대륙법에서도 정신적 손해배상이 처음부터 두 가지 기능, 즉 전보적 기능과 만족적 기능이 있다고 한다.⁵¹⁾ 그리고 우리 판례도 일정 부분 운영적 측면에서 정신적 손해배상을 이

46) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1071쪽 (West 2000) 참조. 가장 심한 개혁은 일반적 손해배상액까지 제한하는 경우이다. 미국의 반 이상의 주가 배상 가능한 손해에 대해서 일정한 상한선을 두고 있다.

47) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1072쪽 (West 2000) 참조.

48) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1072쪽 (West 2000) 참조.

49) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1073쪽 (West 2000) 참조.

50) Dan B. Dobbs, The Law of Torts 1074쪽 (West 2000) 참조.

51) 예를 들면 Esser/Weyers, Schuldrecht Bd II BT, 7. Aufl., 1991, S. 618.

런 식으로 운영하고 있다고 생각한다.⁵²⁾

이런 측면에서 징벌적 손해배상도 우리 나라의 정신적 손해배상과 제법 비슷하다.⁵³⁾ 그렇기에 법리에 있어서는 일반법으로는 징벌적 배상은 우리 민법 제751의 1에 넣을 수 있다고 본다.⁵⁴⁾ 그리고 범목적에 따라서 개별 특별법에도 징벌적 손해배상을 도입할 수 있다고 본다. 그런데 이에는 도입에 따른 여러 가지 효과, 예를 들어 도입하는 부분에 대한 시장·경제적 효과도 제법 따져 보아야 한다고 생각한다.⁵⁵⁾

징벌적 손해배상을 우리법에 도입할 여지에 대해서는 찬동한다. 그러나 미국에서 예외적으로 너무 광범위하게 인정하는 것은, 법문화나 시장크기를 견줄 때 맞지 않다고 생각한다.⁵⁶⁾ 그렇기에 징벌적 배상

52) 관례의 보완적 기능. 예를 들어 대법원 1984. 11. 13, 84 다카 722. “정신적 손해 배상의 보완적 기능은 재산적 손해에 대해서 증거가 불충분하지만, 피해자의 재산적 손해가 제출된 증거 이상으로 존재한다고 보여지는 사안에서 정신적 손해배상액을 증액하는 방법으로 재산적 손해부분을 정신적 손해부분으로 치환하여 피해자의 손해부분을 전보하는 기능이다.”

53) 물론 목적이나 운용면, 배상범위에는 차이가 있다.

54) 다만 민법 제763조 특칙은 어울리지 않는다. 왜냐하면 비교법적으로 불법행위 손해배상 범위를 채무불이행(계약위반)의 배상범위로 같이 삼지 않기 때문이다. “예견가능성”은 채무불이행법(계약법)에 적합한 관념이기 때문이다. 우리 민법 393조는 프랑스 민법 1150조에서 따왔다. 프랑스에서는 1150조를 예견가능성에 따른 계약책임에 있어서 채무자의 책임제한 규정으로 본다. 따라서 동조는 불법행위법에 적용되지 않는다고 한다. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, Leçons de Droit Civil 748-49쪽 참조 (Montchrestien 1998).

55) 유럽연합의 출범으로 유럽연합 안에 하나의 통일된 민법전을 갖으려는 노력이 있다. 그 출발점이 유럽계약법 원칙과 유럽불법행위법 원칙이다. 그런데 유럽불법행위법 원칙 준비위원회는 징벌적 손해배상을 동 원칙에 채택하지 않았다. 그 주된 이유는 발생한 손해에 견줄 때, 그 배상액이 고액이라고 생각하는 것으로 본다. European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law - Text and Commentary 150쪽 (2005) 참조. 그래서 징벌적 손해배상은 일단 유럽연합의 통일 규범으로 적합하지 않은 것으로 판단한다. 그런데 부정측면에는 징벌적 손해배상이라는 제도뿐만 아니라, 그 손해배상액을 산정하는 배심원에 대한 불신도 볼 수 있다. Christan von Bar, The Common European Law of Torts Volume Two 173쪽 (Clarendon 2000) 참조.

56) 그렇지만 미국에서도 할리우드 영화에 나오는 것처럼, 반드시 “징벌적 손해배상 = 대다수 = 고액” 등식은 허구이다. 미국 법무부 2001년 통계에 따르면, 모두 11,908의 불법행위 사건 가운데, 339개 (배심원 결정사건 260개, 판사 결정 사건 79

을 도입하여도, 그 배상범위는 제한하는 것이 필요하다고 본다.⁵⁷⁾ 마지막으로 운영 측면에서 개별 특별법에 징벌적 손해배상 제도를 두고, 그 뒤에 이에 대한 시장 효과와 법운영 상의 문제를 먼저 고찰하는 것이 필요하다고 생각한다.⁵⁸⁾ 그런 뒤에 그 부작용을 줄이기 위해서, 일반법으로 민법에 정신적 손해배상을 넣는 것을 고려할 수 있다고 생각한다.

개) 사건에서만 징벌적 손해배상을 인정했다. 배심원단은 6%의 민사사건에서 징벌적 손해배상을 인정했고, 그 평균액은 50,000 달러(현재 환율로 4천 6백만 원)이다. 그리고 판사는 4%의 민사사건에서 징벌적 손해배상을 인정했고, 그 평균액은 46,000달러 (현재 환율로 4천 2백 30만원)이다. U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Civil Justice Statistics 참조, *available at* <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/civil.htm> (마지막 확인 2007년 10월 7일).

57) 징벌적 손해배상은 결국 배상액 산정이 가장 큰 문제이다. 마치 형사사건에서 양형기준이 마련되기 전에, 비슷한 사건이지만 다른 양형이 내려진 것이 그러하다. 그렇지만, 징벌적 손해배상이 정신적 손해배상과 비슷한 부분이 많다. 따라서 예를 들어 배상액의 정액화 기준으로, 국가배상법 시행령상의 정신적 손해배상 산정기준을 살펴 볼 필요가 있다.

58) 그런 예로 제조물책임법을 생각할 수 있다. 예를 들어 포드 자동차 사건처럼, 자동차회사가 개스탱크 결함을 10달러 정도만 들이면 고칠 수 있었다는 사실을 알았음에도, 그냥 결함 있는 상태의 자동차를 만든 경우. 그에 대한 징벌적 손해배상을 고려할 수 있을 것이다. 물론 이에 대해서는 경제법상 과징금으로 제재하는 방법도 생각할 수 있다.

제 2 주제

미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점

발 표 자 : 이규호 교수 (중앙대학교)

지정토론 : 최성호 변호사 (동국대학교 겸임교수)

박찬호 박사 (한국법제연구원)

미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점

이 규 호

(중앙대학교 법과대학 교수)

I. 서 언

미국의 징벌적 손해배상과 관련하여 우리나라에 주로 논의된 쟁점을 살펴보면, 징벌적 손해배상을 선고하기 위한 요건 및 징벌적 손해배상의 헌법적 한계가 주를 이룬다고 할 수 있다. 본고는 미국의 징벌적 손해배상제도의 소송법적 쟁점 내지 현황을 다룬다는 점에서 그 접근방법이 다르다. 그리고 본고는 여태까지 우리나라에 잘 소개되지 않은 징벌적 손해배상제도의 절차적 쟁점을 다룬다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

미국에 있어 징벌적 손해배상제도는 주법과 연방법 양자에 의하여 규율된다.¹⁾ 즉 징벌적 손해배상에 관한 다양한 주법 이외에 징벌적 손해배상은 다양한 상황에서 연방법에 따라 규율되기도 한다. 예컨대 다수의 연방법률은 명시적으로 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 더욱이 명시적으로 징벌적 손해배상을 인정하지 못한 연방법률에 의거하더라도 징벌적 손해배상을 허용하는 것으로 법원이 해석하는 경우도 있다. 반면에 여러 연방법은 명시적으로 징벌적 손해배상을 금지하고 있다.²⁾ 아무튼 연방법에 의하는 경우에는 징벌적 손해배상의 상한 등이 명문으로 설정되어 있으므로 본고는 문제시되는 주법을 중심으로 고찰하기로 한다.

1) John Y. Gotanda, Punitive Damages: A Comparative Analysis, 42 Colum. J. Transnat'l L. 391, 421 (2004).

2) Richard L. Blatt et al., Punitive Damages State-by-State Guide §1:16 (2006 ed.)

미국에 있어 연방법원에 제기할 수 있는 사건은 연방법에 의하여 규율되는 연방문제(federal question)사건 또는 75,000달러를 초과하는 주적상이(diversity of citizenship)사건이다. 후자의 경우에는 원고가 연방법원 또는 주법원 중 선택하여 소를 제기할 수 있다. 후자의 경우에는 준거법은 주법이다. 이렇게 보면 징벌적 손해배상제도가 미국에서 주로 문제되는 경우는 주법이 적용되는 경우일 것이다. 따라서 본고가 징벌적 손해배상제도와 관련하여 주법을 중심으로 고찰하는 것은 징벌적 손해배상제도의 상당부분을 포섭하는 것이라고 본다.

주법상 징벌적 손해배상제도와 관련하여 주로 논의되는 바는 전술한 바와 같이 실체법적 쟁점과 헌법적 쟁점이다. 실체법적 쟁점으로는 징벌적 손해배상을 인정하기 위한 주관적 요건으로서 어느 정도의 심리상태를 요구하는지 여부 및 징벌적 손해배상액의 상한 등이 문제되고, 헌법상 쟁점으로는 주로 적법절차와 관련성이 있다. 본고의 본문을 들어가기 전에 간략히 소개하면 다음과 같다.

다수의 주는 징벌적 손해배상의 주관적 요건으로 인정되는 심리상태(state of mind)를 특정한 법으로 제정하였다.³⁾ 일반적으로 징벌적 손해배상의 주관적 요건을 충족하는 심리상태는 주마다 상이하다. 중과실(gross negligence)을 요건으로 하는 주가 있는 반면에 현실적 악의(actual malice)를 요건으로 하는 주도 있다.⁴⁾ 최근 연구에 따르면, 12개 주는 징벌적 손해배상의 요건으로서 피고가 악의를 가지고 있다는

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

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

것을 증명하도록 요구한다.⁵⁾ 그 밖의 26개 주는 원고가 피고의 심리 상태가 중과실 이상이어야 한다는 것을 증명하도록 요구한다.⁶⁾ 앨라배마 주의 경우에는 징벌적 손해배상의 요건으로서 “압박”, “사기”, “무법(wantonness)” 및 “악의(malice)”을 요구한다.⁷⁾ 따라서 징벌적 손해배상의 요건으로서 요구되는 행위의 수준을 높이는 것이 현재의 추세다. 피고의 심리상태의 범위는 중과실에서 현실적 악의까지 다양하다. 하지만 징벌적 손해배상의 주관적 요건으로서 과실만을 요구한 주는 없다.

연혁적으로 볼 때, 미국의 징벌적 손해배상은 자의적인 수학적 공식에 의하여 제한되지 아니하고 위법행위의 중대성의 관점에서 인정되었다.⁸⁾ 징벌적 손해배상의 사회적 과장을 의식하여 최근에는 징벌적 손해배상액의 상한을 두는 수가 늘어나고 있다.

징벌적 손해배상의 상한을 두는 입법부의 목적은 징벌적 손해배상에 대한 절대적인 한계를 둠으로써 과도한 징벌적 손해배상의 가능성을 배제하는 것이다. 징벌적 손해배상액의 상한을 두는 것 내지 정액 또는 정해진 비율로 징벌적 손해배상을 정하는 것은 억제에 대한 영향과 관련하여 가장 급진적인 불법행위관련 개혁에 해당한다.⁹⁾ 징벌적 손해배상액의 상한을 두게 되면, 피고에게 이익이 될 수 있으나

5) Blatt et al., supra note 3, at 162-63. 애리조나 주, 캘리포니아 주, 델라웨어 주, 켄터키 주, 메인 주, 메릴랜드 주, 몬태나 주, 네바다 주, 노스다코타 주, 오하이오 주, 로드아일랜드 주 및 버지니아 주에서는 악의의 증명이 요건으로 되어 있다.

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

7) Ala. Code § 6-11-20 (1993).

8) Day v. Woodworth, 54 U.S. (1 How.) 363, 371(1851).

9) Michael L. Rustad, The Closing of Punitive Damages' Iron Cage, 38 Loy. L.A. Rev. 1297, 1338 (2005).

지역사회의 규범을 위반하거나 공공의 안녕을 무시하는 위법행위를 하기 전에 피고가 한 번 더 속고하게 만드는 역할을 한 징벌적 손해배상의 예측불가능성은 약화된다.¹⁰⁾ 상한을 두는 외형적 목적은 배심의 재량을 제거함으로써 과도한 징벌적 손해배상의 문제를 직접 다루는 것이다.

텍사스 주의 경우에는 징벌적 손해배상의 상한은 (i) 재산상 손해 및 비재산상 손해의 두 배에 해당하는 금액(7십5만 달러까지 인정) 내지 (ii) 2십만 달러 중 고액에 해당하는 금액으로 정해진다. 그리고 텍사스 주에서는 중범죄에 해당하는 고의행위에 대해서는 징벌적 손해배상이 면제된다.¹¹⁾

버지니아 주의 경우에는 징벌적 손해배상의 상한은 예외 없이 3십 5만 달러다.¹²⁾

플로리다 주의 경우에는 징벌적 손해배상의 상한은 보상적 손해배상액의 3배에 해당하는 액수 내지 5십만 달러 중 고액에 해당하는 금액으로 정해진다. 피고가 불합리한 경제적 이익에 의하여 동기가 부여된 경우에는 그 상한은 보상적 손해배상액의 4배에 해당하는 금액 내지 2백만 달러 중 고액에 해당하는 금액으로 정해진다. 피고의 구체적인 고의에 대한 증거가 있다면 상한은 제거된다.¹³⁾

II. 징벌적 손해배상의 의의 및 연혁

징벌적 손해배상의 연혁은 특수한 상황에서 징벌적 손해배상을 허용한 여러 고대 법체제로 거슬러 올라간다.¹⁴⁾ 징벌적 손해배상에 대

10) Michael Rustad, In Defense of Punitive Damages in Products Liability: Testing Tort Anecdotes with Empirical Data, 78 Iowa L. Rev. 1, 85-88 (1992).

11) Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 41.008(b)(Vernon Supp. 2004-2005).

12) Va. Code Ann. § 8.01-38.1(Michie 2000).

13) Fla. Stat. Ann. § 768.73(1)(West Supp. 2004).

14) James B. Sales & Kenneth B. Cole, Jr., Punitive Damages: A Relic That Has

한 영미법계 국가의 개념은 왕의 관료에 의한 불법수색 및 압수에 관련된 18세기에 선고된 영국의 두 사례인 *Huckle 대 Money*사건¹⁵⁾ 및 *Wilkes 대 Wood*사건¹⁶⁾으로 거슬러 올라갈 수 있다. 이 사례들에서 영국법원은 최초로 징벌적 손해배상 또는 제재적 손해배상(exemplary damages)이 보상적 손해배상과는 별도로 선고될 수 있다는 점을 승인하였다.¹⁷⁾

이러한 판결 이후에 영국 법원은 폭행미수 및 폭행, 악의적인 기소, 불법감금 및 침해(trespass)와 같이 개인이 고의적으로 타인에게 불법행위로 인한 손해를 입힌 기타 사례에서 징벌적 손해배상을 허용하였다.¹⁸⁾ 이 개념은 얼마 되지 않아 대서양을 건너 18세기 후반에 미국에 이식되었다.¹⁹⁾ 미국 연방대법원은 1852년에 최초로 징벌적 손해배상을 인정하였다.²⁰⁾

미국에서 징벌적 손해배상의 토대와 빈도는 20세기 후반에 들어 중대하게 변화하였다. 예컨대 1900년대 후반까지는 징벌적 손해배상은 거의 관심을 끌지 못했다. 왜냐 하면 그것은 그 동안 거의 산정되지 아니하였고 산정되더라도 소액에 그쳤을 것이기 때문이다.²¹⁾ 전형적으로 징벌적 손해배상은 설사 산정되더라도 보상적 손해배상을 약간 상회할 따름이었다.²²⁾

Outlived Its Origins, 37 Vand. L. Rev. 1117, 1119 (1984).

15) 95 Eng. Rep. 768 (C.P. 1763).

16) 98 Eng. Rep. 489 (K.B. 1763).

17) Dorsey D. Ellis, Jr., Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1, 14 (1982).

18) Victor E. Schwartz et al., Reining in Punitive Damages "Run Wild": Proposals for Punitive Damages Reform By Courts and Legislatures, 65 Brook. L. Rev. 1003, 1007 (1999).

19) Michael Rustad & Thomas Koenig, The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers, 42 Am. U. L. Rev. 1269, 1290-91 (1993).

20) Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 26 (1991).

21) Ellis, supra note 17, at 2.

22) Woodman v. Town of Nottingham, 49 N.H. 387 (1870); Taylor v. Grand Truck Ry.

【 제 1 세션 】 영·미·독의 손해배상법제와 징벌적 손해배상의 법리

전통적으로 법원들은 원고에게 고의로 손해를 입힌 피고에 대하여 징벌적 손해배상책임을 부담시켰다.²³⁾

하지만 1960년대에 들어 대량 제조물책임소송의 등장과 함께 법원은 고의행위가 아니더라도 징벌적 손해배상을 부담시킬 의지를 강하게 보였다.²⁴⁾

그 결과, 1970년대와 1980년대에 징벌적 손해배상액은 급진적으로 증가하게 되었다.²⁵⁾ 더욱이 제조물책임과 기타 대량 불법행위소송에서 상상을 초월하는 징벌적 손해배상액이 수면위로 부상하였다.²⁶⁾ 최근에는 이에 대한 제한이 개혁의 일환으로 수행되었다.

Ⅲ. 징벌적 손해배상의 활용가능성에 대한 제한

1. 배심의 징벌적 손해배상평결을 금지하는 주

대다수의 주들은 판례법상 징벌적 손해배상법리를 수용하고 있다.²⁷⁾ 루이지애나 주, 매사추세츠 주, 네브래스카 주, 뉴햄프셔 주, 워싱턴 주 등 5개 주는 판례법상 인정된 징벌적 손해배상을 금지하고 있다.²⁸⁾ 루이지애나 주는 법률로 정해진 경우를 제외하고는 징벌적 손

Co., 48 N.H. 304 (1869).

23) Schwartz et al., supra note 18, at 1008-09.

24) Rustad & Koenig, supra note 19, at 1306-07.

25) Peter Kinzler, Recent Studies of Punitive Damage Awards: The Tale of the Tape, 15 J. Ins. Reg. 402, 404 (1997).

26) John Calvin Jeffries, Jr., A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages, 72 Va. L. Rev. 139, 142 (1986).

27) Rustad, supra note 9, at 1304.

28) 루이지애나 주, 네브래스카 주(Miller v. Kingsley, 230 N.W.2d 472, 474(Neb. 1975)) 및 푸에르토리코는 징벌적 손해배상을 전적으로 금지하고 있고, 매사추세츠 주(Santana v. Registrars of Voters, 502 N.E.2d 132(Mass. 1986) 및 워싱턴 주(Fisher Props., Inc. v. Arden-Mayfair, Inc., 726 P.2d 8, 23(Wash. 1986))도 법률이 구체적으로 허용하는 경우를 제외하고는 징벌적 손해배상을 금지하고 있다(Thomas F. Lambert Jr., The Case For Punitive Damages: A New Audit 2 (1988)).

해배상을 인정하지 않는 민법전을 가지고 있는 법역이다.²⁹⁾ 매사추세츠 주는 형식적으로 형사적인 성격을 가지나 실질적으로는 배상적인 성격을 가지는³⁰⁾ 그 주의 불법사망(wrongful death)관련 법률과 같이 구체적으로 법에 명시된 경우를 제외하고는 징벌적 손해배상을 인정하지 아니한다.³¹⁾ 네브래스카 주는 징벌적 손해배상제도의 도입을 거부하였다.³²⁾ 워싱턴 주는 매사추세츠 주와 같이 법률이 명문으로 인정한 경우에만 징벌적 손해배상을 허용하고 있다.³³⁾ 1986년에 뉴햄프셔 주는 의회의 법률에 의해 징벌적 손해배상제도를 폐지한 최초의 주가 되었다.³⁴⁾ 워싱턴 주에서는 징벌적 손해배상은 일반적으로 공서에 반하는 것으로 보아 무효인 것으로 본다.³⁵⁾

그리고 그 밖의 많은 주들은 특정한 범주에 속하는 피고에 대한 징벌적 손해배상을 금지하고 있다. 예컨대 일리노이 주는 의료과오소송에서 징벌적 손해배상을 금지하고 있다.³⁶⁾ 오레곤 주는 제조물 제조업자에 대한 소송을 제한하고³⁷⁾ 의료제공자에 대한 징벌적 손해배상을 금지한다.³⁸⁾

2. 법원이 징벌적 손해배상액을 산정하게 하는 주

징벌적 손해배상액의 산정주체를 배심에서 법관으로 바꾸는 것은 과도한 징벌적 손해배상을 방지하고자 하는 급진적인 불법행위개혁의 한

29) Fairley v. Ocean Drilling & Exploration Co., 689 So.2d 736(La. Ct. App. 1997).

30) Burt v. Advertiser Newspaper Co., 28 N.E.1 (Mass. 1891).

31) O'Reilly v. Curtis Publ'g Co., 31 F.Supp. 364 (D. Mass. 1940).

32) Abel v. Conover, 104 N.W.2d 684 (Neb. 1960).

33) Int'l Harvester Credit Corp. v. Seale, 518 So.2d 1039, 1041 (La. 1988); Mackay v. Acorn Custom Cabinetry, Inc., 898 P.2d 284, 290 (Wash. 2004); Santana v. Registrars of Voters, 502 N.E.2d 132, 135(Mass. 1986).

34) N.H.Rev. Stat. Ann. § 507:16(1997)(1986년 7월 1일 시행).

35) Maki v. Aluminum Bldg. Prods., 436 P.2d 186 (Wash. 1968).

36) 735 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/2-1115(West 2003).

37) Or. Rev. Stat. §30.025(2003).

38) Id. § 30.927.

방안이다. 코네티컷 주³⁹⁾ 및 캔자스 주⁴⁰⁾에서 배심은 징벌적 손해배상이 수여되어야 하는지 여부를 판단하나 법관은 손해배상액을 정한다.⁴¹⁾ 오하이오 주는 그러한 법률을 가지고 있었으나 폐지하였다.⁴²⁾ 법관이 산정하는 징벌적 손해배상제도는 공판이 유죄여부 판단 단계와 양형 단계로 이분되는 경우의 형사재판과 유사하다.⁴³⁾ 형사사건의 공판에서 법관은 무죄 또는 유죄가 결정된 이후에 가중요인 및 감경요인을 광범위하게 고려하여 형량을 정한다.⁴⁴⁾ 배심이 징벌적 손해배상액을 결정할 권한을 가지는지 여부에 대해서는 학계 내에서 대립이 심하다.⁴⁵⁾

3. 특정한 피고 범주에 대한 면책

가. 공공기관 및 그 직원

대다수의 주는 공공기관에 대한 징벌적 손해배상을 금지한다.⁴⁶⁾ 주의 전형적인 불법행위관련 청구에 관한 법률은 공공기관에 대한 징벌

39) Conn. Gen. Stat. Ann. § 52-240b(West 1999).

40) Kan. Stat. Ann. § 60-3702(a)(1994)(제재적 손해배상(exemplary damages) 또는 징벌적 손해배상을 받을 수 있는 민사소송에서 사실인정자는 제출된 기타 모든 쟁점과 아울러 그러한 손해배상이 허용되는지 여부를 판단한다. 그러한 손해배상이 허용된다면 그러한 손해배상의 액수를 정하기 위하여 법원이 분리된 절차를 실시한다).

41) Malcolm Wheeler, The Constitutional Case for Reforming Punitive Damage Procedures 69 Va. L. Rev. 269, 302 (1983).

42) SB 108 (149 v --) § 3(A)(8), 124th Gen. Assem. (Ohio 2001), reprinted in Ohio Rev. Code Ann. § 2315.21 app. (Anderson 2001).

43) Lisa Litwiller, Has the Supreme Court Sounded the Death Knell for Jury Assessed Punitive Damages? A Critical Re-Examination of the American Jury, 36 U.S.F.L. Rev. 411 n. 328 (2002).

44) Id.

45) Id. at 411; Ryan Fowler, Why Punitive Damages Should Be a Jury's Decision in Kansas: A Historical Perspective, 52 Kan. L. Rev. 631 (2004).

46) See, e.g., Ind. Code Ann. § 34-13-3-4(b)(Michie Supp. 2004)(주의 공무원 또는 주 정부의 단체에 대해서는 징벌적 손해배상이 선고할 수 없다); Md. Code Ann. art. 23A, § 1A(2001)(시가 운영하는 기업이나 그 기업의 직원은 징벌적 손해배상책임을 지지 아니한다).

적 손해배상을 허용하지 않고 손해배상액의 법정 상한을 두고 있다.⁴⁷⁾ 예컨대 플로리다 주는 주 정부 또는 정부직원에게 대한 징벌적 손해배상을 금지하고 있다.⁴⁸⁾ 대다수의 법원은 시의 직원 또는 시의 대리인에 의한 불법행위에 대하여 시에 대한 징벌적 손해배상을 부담시키려는 청구를 기각하였다.⁴⁹⁾ 메릴랜드 주에서 시는 징벌적 손해배상에 대하여 책임을 지지 아니한다. 더욱이 대다수의 주에서 시는 법집행공무원이 유죄로 판결된 경우에 징벌적 손해배상과 관련하여 법집행공무원에게 배상할 수 없다.⁵⁰⁾ 앨라배마 주에서 징벌적 손해배상은 앨라배마 주의 기관에 대하여 징벌적 손해배상을 부담시킬 수 없다.⁵¹⁾

일리노이 주에 있어 징벌적 손해배상은 직무를 수행하는 시 및 주 정부 직원에 대해서는 인정되지 아니한다.⁵²⁾ 마찬가지로, 연방정부는 징벌적 손해배상에 대한 국가면책을 포기하길 거부하였고 더욱이 이러한 구제책은 연방정부에 대한 소송에서 이용불가능하다.⁵³⁾ 일리노이 주는 직무를 수행하는 공공기관 및 공무원에 대한 징벌적 손해배상을 청구할 가능성을 배제하였다.⁵⁴⁾

나. 불법사망과 관련된 피고

앨라배마 주는 불법사망 사건에서 징벌적 손해배상을 인정하는 유일한 주다.⁵⁵⁾ 매사추세츠 주는 불법사망과 관련하여 징벌적 손해배상

47) See, e.g., South Carolina: S.C.Code Ann. §§ 15-78-10 to 15-78-200 (Law Co-op Supp. 2003). See id. § 15-78-120.

48) Fla. Stat. Ann. § 768.28 (West Supp. 2004).

49) 1 Linda L. Schlueter & Kenneth R. Redden, Punitive Damages 194 (4th ed. 2000).

50) Md. Code Ann., Cts. & Jud. Proc. § 5-303 (Supp. 2004).

51) Ala. Code § 6-11-26 (1993).

52) 745 Ill. Comp. Stat. Ann. 10.2-102 (West 2002); see, e.g., Strandell v. Jackson County, 648 F.Supp. 126 (S.D.Ill. 1986).

53) 1 Schueter & Redden, supra note 49, at 194.

54) 745 Ill. Comp. Stat. Ann. 10/2-102.

55) Killough v. Jahandarfarad, 578 So.2d 1041, 1044 (Ala. 1991).

을 인정하고 있지만 관례법상 구제책으로서 인정하지는 아니한다.⁵⁶⁾ 대다수의 주들은 불법사망과 관련된 소송에서 징벌적 손해배상을 허용하지 아니한다.⁵⁷⁾ 불법사망사건에서 징벌적 손해배상을 금지하는 대다수의 주들은 주의 법률이 보상적 손해배상을 의도하여 제정되었기 때문에 그렇게 한다.⁵⁸⁾

다. 법인의 징벌적 책임에 대한 공범이론

다수의 주는 징벌적 손해배상과 관련하여 대위책임(vicarious liability) 또는 사용자책임(doctrine of respondeat superior)을 인정하지 아니하고⁵⁹⁾ 법인의 관여를 입증하기 위하여 보다 많은 증거를 요구하는 공범이론(complicity rule)을 사용한다.⁶⁰⁾

공범이론에 따르면 정범은 자신의 행위가 동의를 받거나 추인된 경우가 아니면 대리인의 행위에 대하여 징벌적 손해배상책임을 지지 아니한다.⁶¹⁾ 기업들은 징벌적 손해배상을 초래하는 행위가 주된 소유자,

56) Mass. Gen. Laws Ann. ch. 229, § 2 (West 2000); Peerless Ins. Co. v. Hartford Ins. Co., 723 N.E. 2d 996, 999 (Mass. App. Ct. 2000).

57) See, e.g., California: Vander Lind v. Superior Court, 194 Cal. Rptr. 209, 215 (Cal. Ct. App. 1983); Colorado: Mangus v. Miller, 535 P.2d 219, 221 (Colo. Ct. App. 1975); DeCicco v. Trinidad Area Health Assoc., 573 P.2d 559 (Colo. Ct. App. 1977) (사고의 피해자가 사망한 경우에 징벌적 손해배상이 배제된다고 판시한 사례); Delaware: Del. Code Ann. tit. 10, § 3704 (1999)(징벌적 손해배상은 델라웨어 주의 생존법에 따르면 사망이전에 사망자의 정신적 손해에 대해 가능하다); Sterner v. Wesley College, Inc., 747 F.Supp. 263, 269-70(D.Del. 1990)(징벌적 손해배상은 생존법에 따른 소송에서 이용가능하나 델라웨어 주의 불법사망 소송에서는 이용불가능하다); Georgia: Reacher v. Lehigh Acres Development, Inc., 188 S.E.2d 154, 154 (Ga. Ct. App. 1972); Hawaii: Greene v. Texeira, 505 P.2d 1169, 1173(Haw. 1973); North Dakota: N.D. Cent. Code Ann. § 32-21-02(Michie 1996); Wisconsin: Wangen v. Ford Motor Co., 294 N.W.2d 437, 464-65 (Wis. 1980).

58) See, e.g., Vander Lind, 194 Cal. Rptr. at 367.

59) 1 Schlueter & Redden, supra note 49, at 183-84.

60) Charence Morris, Punitive Damages in Personal Injury Cases, 21 Ohio St. L.J. 216, 221 (1960).

61) Kan. Stat. Ann. § 60-3702(d)(1994).

임원 또는 관리직에서(in the capacity of a managing agent) 직무수행을 하는 고용인에 의하여 행해졌다는 증거가 있는 경우에만 징벌적 손해배상책임을 질 수 있다.⁶²⁾ 법인의 공범이론은 일리노이 주의 McCarthy 대 Paine Webber, Inc. 사건판결에 의하여 승인되었다.⁶³⁾ 이 사건에서 법원은 “일리노이 주의 법에 따르면, 사용자책임이론만 가지고는 사용자에게 대한 징벌적 손해배상을 정당화하지 못한다는 것이 명백하다”고 명시적으로 판시하였다.⁶⁴⁾

제2순회구 연방항소법원의 Roginsky 대 Richardson-Merrell, Inc. 사건판결⁶⁵⁾에서 Friendly 판사는 기업의 사용자가 징벌적 손해배상책임을 지는 것으로 판시하기 위하여 상급직원이 터무니없는 위법행위를 명하거나 그 위법행위에 참가하거나 그 위법행위를 승인하여야 한다는 명제를 뒷받침할 목적으로 뉴욕 주법을 적용하였다. 이 사례에서 법원은 (i) 임원 또는 (ii) 이사 즉 회사의 경영진 또는 (iii) 관련 부서가 그러한 손해배상을 야기하는 행위를 허락하거나 참여하거나 동의하거나 아니면 증거개시 이후에 그 행위를 승인하지 아니하는 한, 징벌적 손해배상을 해당기업에 부담시키지 못할 것이라고 판시하였다.⁶⁶⁾ 대리인 또는 직원의 위법행위에 대하여 사용자가 징벌적 손해배상책임을 지는 것은 그 사용자에게 대한 억지적 기능을 수행한다.⁶⁷⁾ 공범이론을 찬성하는 추세는 원고가 기업 및 기타 단체에 대한 징벌적 손해배상을 증명하는 것을 더욱 어렵게 한다.

62) Robert A. Santa Lucia, Punitive Damages: Overview and Update, Fla. Bar. J., April 1995, at 40.

63) 618 F.Supp. 933 (D. Ill. 1985).

64) Id. at 942.

65) 378 F.2d 832, 842 (2d Cir. 1967)(뉴욕 주법을 적용한 사례).

66) Id.

67) Clarence Morris, Punitive Damages in Tort Cases, 44 Harv. L. Rev. 1173, 1202-03(1931).

IV. 징벌적 손해배상과 관련된 소장의 기재에 대한 제한

1. 징벌적 손해배상에 대한 소장의 기재

다수의 주에서 원고는 최초의 소장에서 징벌적 손해배상을 청구할 수 없다. 예컨대 일리노이 주는 원고가 변론전 신청 및 법원에서의 심문 이후에 소장을 수정할 수 있도록 한다.⁶⁸⁾ 징벌적 손해배상을 포함하기 위하여 행해지는 소장수정신청은 증거개시 완료후 30일 이내에 행해져야 한다.⁶⁹⁾

캘리포니아 주에서는 원고가 종교기업에 대한 징벌적 손해배상을 청구하거나⁷⁰⁾ 의료과오소송에서 징벌적 손해배상을 청구하는 경우⁷¹⁾ 법원의 허가를 필요로 한다. 플로리다 주는 의료과오소송에서 소장의 기재에 대한 제한규정을 두고 있다.⁷²⁾ 즉 플로리다 주에 있어서는 의료과오소송사건에서 변호사는 징벌적 손해배상을 구하는 소장을 제출하기 이전에 합리적인 조사를 하고 그것을 입증하여야 한다.⁷³⁾ 변호사의 인증이 선의로 행해지지 않았다고 법원이 결정한 경우에 법원은 원고의 변호사에 대하여 변호사보수 및 비용의 부담을 선고할 수 있다.⁷⁴⁾ 소장에 징벌적 손해배상을 청구하는 것이 모든 실체법적 영역에서 허용되기 전까지는 기업의 재정상태에 대한 증거개시는 진행될 수 없다.⁷⁵⁾

68) 735 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/2-604.1(West 2003).

69) Id.

70) William F. Flahavan et al., California Practice Guide: Personal Injury § 3:255.7 (2004 ed.).

71) Cal. Civ. Proc. Code § 425.13 (West 2004)(징벌적 손해배상은 의료과오소송에서 최초의 소장에서 기재될 수 없고 법원의 허가에 의하여만 추가될 수 있다).

72) Fla. Stat. Ann. § 766.104 (West Supp. 2004).

73) Id.

74) Id.

75) Id. § 768.72.

일반적으로 소장의 기재에 대한 개혁은 소송의 초기단계에서 문제 시될 수 있는 징벌적 손해배상청구를 가려냄으로써 판례법에 보편성을 가미한다. 소장의 기재에 대한 제한은 생활방해로 인한 징벌적 손해배상청구로부터 법인인 피고를 보호하고 소송의 초기단계에서 이러한 청구를 제거하기 위한 것이다. 소장의 기재에 대한 제한은 중요하지 않은 청구를 배제하고 터무니 없는 청구를 방지한다.

2. 손해배상액에 관한 사전적 공표에 대한 조항 (Ad Damnum Clause)의 금지

소송에서 청구한 금액을 공표하는 것은 손해배상액의 빈도에 관하여 공중을 혼란스럽게 하는 급박한 문제를 야기한다. 청구된 손해배상액에 관한 사전 공표를 ‘ad damnum clause’라 부른다.⁷⁶⁾ 이러한 약관을 제거하는 정책적 논거는 배심에 의한 징벌적 손해배상의 미숙한 산정을 피하고 과도한 징벌적 손해배상을 방지하는데 있다.⁷⁷⁾

징벌적 손해배상청구금액의 사전공표조항은 1980년 초에 의료소송에서 최초로 폐지되었다.⁷⁸⁾ 플로리다 주는 그 조항을 삭제하였다. 그래서 플로리다 주에서는 뉴욕 주의 의료과오소송에서와 마찬가지로⁷⁹⁾ 원고는 청구된 손해배상액을 공표할 수 없게 되었다.⁸⁰⁾ 2003년 11월 뉴욕 주는 모든 민사소송에서 손해배상액의 사전공표조항을 삭제하였다.⁸¹⁾ 현재 이러한 조항을 제한하거나 삭제한 불법행위개혁의 영향을 분석한 체계적인 통계학적 연구는 없다. 하지만 직관적으로 볼 때, 이

76) See, e.g., Illinois C.R.Co. v. Heath, 81 N.E. 1022, 1024 (Ill. 1907).

77) See Jean A. Macchiaroli, Medical Malpractice Screening Panels: Proposed Model Legislation To Cure Judicial Ills, 58 Geo. Wash. L. Rev. 181, 246, n. 353 (1990).

78) N.H.Rev. Stat. Ann. § 507-C:6 (1997); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 24, § 2901 (West 2000); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 231, § 13B (West 2000).

79) N.Y.C.P.L.R. 3017(c) (McKinney 1991).

80) Fla. Stat. Ann. § 768.72 (West Supp. 2004).

81) N.Y.C.P.L.R. 3017(c) (McKinney 1991).

러한 불법행위개혁은 소의 이익이 없는 것으로 입증된 수백만 달러의 청구에 대한 과도한 변론전 공표의 문제를 다루는데 긍정적인 영향을 미친다.

V. 징벌적 손해배상 언급의 금지

원고의 변호사가 징벌적 손해배상에 관하여 대중을 선동하는 주장을 하지 못하도록 제한하는 주가 점차 늘어나고 있는 추세다. 사실 법원은 일반적으로 변호사가 권리근거사실을 증명하기 전까지 징벌적 손해배상을 언급하는 것을 허용하지 아니할 것이다.⁸²⁾ 몇몇 법원들은 모두진술(opening statement) 및 최종진술 시에 징벌적 손해배상에 대한 원고측 변호사의 주장을 억제한다.⁸³⁾ 이러한 불법행위개혁의 목표는 징벌적 손해배상에 대한 불충분한 토대가 존재하는 경우에 피고에 대한 배심원의 선입견을 감소시키는 것이다. 이러한 주들조차 징벌적 손해배상 그 자체에 관한 주장을 금지하지는 아니하고 조기 변론단계에서 징벌적 손해배상에 관한 주장을 제한하는 광범위한 재량권을 제 1심 법관에게 부여하고 있다.⁸⁴⁾

VI. 징벌적 손해배상에 대한 증거의 제한

제1심법원의 법관은 연혁적으로 징벌적 손해배상의 쟁점에 대한 증거능력 인정 여부를 결정함에 있어 광범위한 재량권을 행사하였다. 다수의 주는 징벌적 손해배상에 중요하나 보상적 손해배상의 쟁점과는 무관한 증거의 증거능력을 인정하지 아니한다.⁸⁵⁾ 법원이 징벌적

82) See, e.g., Wis. Stat. Ann. § 895.85 (4)(a)(West Supp. 2004).

83) See, e.g., Vanskike v. ACF Indus., Inc., 665 F.2d 188 (8th Cir. 1981).

84) See, e.g., Ala. Code § 6-11-21(i) (Supp. 2003); Alaska Stat. § 9.17.020(d)(Michie Supp. 2003); Ark. Code Ann. § 16-55-211(a)(2)(Michie Supp. 2003).

85) See, e.g., Ark. Code Ann. § 16-55-211(b)(Michie Supp. 2003).

손해배상을 청구하는 소송에 있어 보다 강화된 증거법상 제한을 채택하는 것이 현 추세다.

가. 회사의 재정의 증거능력

2백년 이상 피고의 재정상태는 징벌적 손해배상액을 정하는 관련 토대로 고려되었다.⁸⁶⁾ TXO Production Corp. 대 Alliance Resources Corp. 사건판결⁸⁷⁾에서 연방대법원은 징벌적 손해배상이 상당한지 여부를 판단함에 있어 적법하게 고려될 수 있는 요인들을 열거하였다.⁸⁸⁾ 이 판결에서 열거된 요인들로는 (i) 피고의 재산, (ii) 피고의 행위과정의 잠재적 손해, (iii) 피고가 표출한 악의의 정도, (iv) 그 행위가 보다 큰 유형의 사기, 속임수 및 기망행위의 일부분인지 여부 등이다.⁸⁹⁾

피고 재정상태에 대한 증거를 제출하는 목적은 역제의 가장 효율적인 수준을 달성하기 위하여 징벌적 손해배상액을 결정하는 데 있다.⁹⁰⁾ 이러한 이유로 대다수의 주는 징벌 수준을 정하기 위하여 피고의 재정상태 또는 피고의 재산을 증거로 허용하였다.⁹¹⁾ 예컨대 엘라

86) Jennifer H. Arlen, Should Defendant's Wealth Matter?, 21 J. Legal Stud. 413 (1991).

87) 509 U.S. 443 (1993).

88) Id. at 457-60, 462.

89) Id. at 459-62(citing Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991)).

90) TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp., 509 U.S. 443, 462 n. 28 (1993)(징벌적 손해배상액을 결정함에 있어 피고의 재산을 증거로 허용하는 것은 확립된 법원칙이라고 판시한 사례); Kemezy v. Peters, 79 F.3d 33 (7th Cir. 1996)(다수의 주는 징벌적 손해배상을 산정함에 있어 피고의 재산을 고려하는 것을 허용하지만 강제하지는 아니한다고 판시한 사례).

91) 델라웨어 주의 경우에는 Strauss v. Biggs, 525 A.2d 992, 1000(Del. 1987); Jardel Co. v. Hughes, 523 A.2d 518, 527 (Del. 1987); Bryan v. Thos. Best & Sons, Inc., 453 A.2d 107 (Del. Super. Ct. 1982); Wiener v. Markel, 92 A.2d 706 (Del. Super. Ct. 1952). 하와이 주의 경우에는 Man v. Raymark Indus., 728 F.Supp. 1461, 1467 (D. Haw. 1989); Vollert v. Summa Corp., 389 F. Supp. 1348, 1352 (D. Haw. 1975). 아이 다호 주의 경우에는 Hatrock v. Edward D. Jones & Co., 750 F.2d 767, 772 (9th Cir. 1984); Dwyer v. Libert, 167 P. 651(Idaho 1917). 일리노이 주의 경우에는 Moore v. Remington Arms Co., 427 N.E.2d 608 (Ill. App. Ct. 1981). 캔자스 주의 경우에는 Tetuan v. A.H. Robins, 738 P.2d 1210, 1238-39(Kan. 1987); Henderson v. Hassur, 594

배마 주에 있어 피고의 재산은 불법사망과 무관한 소송에서는 분리된 절차의 두 번째 단계에서 증거로 허용되나⁹²⁾ 불법사망관련 소송에서는 증거능력이 없다.⁹³⁾ 알라스카 주에 있어 피고의 재산은 징벌적 손해배상액을 정함에 있어 고려될 수 있다.⁹⁴⁾

징벌적 손해배상액을 정함에 있어 피고의 재산 또는 재정상태의 활용을 제한하는 불법행위개혁을 채택하는 주가 점차로 늘어나고 있다.⁹⁵⁾ 아이오와 주의 불법행위 개혁법은 징벌적 손해배상과 관련하여 증거능력이 있는 충분한 증거가 존재한다고 원고가 증명하기까지는 피고의 재산에 대한 증거개시를 허용하지 아니한다.⁹⁶⁾ 몇몇 법원들은 Gearhart 대 Uniden Corp. of America 사건에서처럼 자회사가 징벌적 손해배상청구를 받은 경우에 모회사의 재정상태에 대한 접근을 제한하였다.⁹⁷⁾

몇몇 주는 징벌적 손해배상을 증명하기 위한 주요사실이 증명되기까지는 피고의 재정상태에 대한 증거의 증거능력을 인정하지 아니한

P.2d 650, 665 (Kan. 1979). 메인 주의 경우에는 Caron v. Caron, 577 A.2d 1178, 1180-81(Me. 1991); Sander v. Van Pelt, 497 A.2d 1121, 1127 (Me. 1985). 메릴랜드 주의 경우에는 Md. Code Ann. Cts. & Jud. Proc. § 10-913(a)(2002); Thorne v. Contee, 565 A.2d 102, 111 (Md. 1989).

92) Life Ins. Co. of Ga v. Johnson, 1995 WL 683, 857 (Ala. Nov. 17, 1995).

93) Gen. Motors Corp. v. Edwards, 482 So. 2d 1176 (Ala. 1985).

94) Alaska Village, Inc. v. Smalley, 720 P.2d 945 (Alaska 1986); Clary Ins. Agency v. Doyle, 620 P.2d 194, 205 (Alaska 1984).

95) 예를 들면, 앨라배마 주의 경우에는 So. Life & Health Ins. Co. v. Whitman, 358 So. 2d 1025, 1026-27(Ala. 1978). 캘리포니아 주의 경우에는 Cal. Civ. Code § 3295(d)(West 1997). 메릴랜드 주의 경우에는 Md. Code Ann., Cts. & Jud. Proc. § 10-913(a)(2002). 몬타나 주의 경우에는 Mont. Code Ann. § 27-1-221(7)(2003). 네바다 주의 경우에는 Nev. Rev. Stat. Ann. 42.005(4)(Michie 2002). 노스다코타 주의 경우에는 N.D.Cent. Code Ann. § 32-03.2-11(3)(Supp. 2003). 오레곤 주의 경우에는 Or. Rev. Stat. § 30.925(2)(2003). 테네시 주의 경우에는 Hodges v. S.C. Toof & Co., 833 S.W.2d 896, 901(Tenn. 1992). 유타 주의 경우에는 Utah Code Ann. § 78-18-1(2)(Supp. 2004).

96) Iowa Code Ann. § 668A.1(3)(West 1998).

97) 781 F.2d 147, 153 (8th Cir. 1986).

다. 즉 소수의 주들은 배심이 징벌적 책임을 판단할 때까지 피고의 재산에 대한 증거를 제한한다.⁹⁸⁾ 예컨대 유타 주는 징벌적 손해배상 책임에 대한 사실인정이 있는 이후에만 당사자의 재산 또는 재정상태에 대한 증거의 증거능력을 인정하였다.⁹⁹⁾ 오레곤 주는 “변론 중 배상 청구를 한 당사자가 권리근거사실을 증명하지 아니하는 한 그리고 그렇게 할 때까지 피고의 지불능력에 대한 증거는 증거로 허용되지 아니한다.”고 규정하고 있다.¹⁰⁰⁾

예컨대 아칸소 주는 원고가 징벌적 손해배상에 대한 주요사실을 증명할 때까지 피고의 재정상태에 대한 증거를 허용하지 아니한다.¹⁰¹⁾ 위스콘신 주는 권리근거사실이 증명되기까지는 원고의 변호인이 피고의 재산에 대한 증거를 제출하는 것을 허용하지 아니한다.¹⁰²⁾ 메릴랜드 주는 사실관계에 따라 징벌적 손해배상을 뒷받침할 수 있는 사실인정이 존재할 때까지는 피고의 재정수단에 대한 증거를 허용하지 아니한다.¹⁰³⁾ 회사의 재산에 대한 증거는 제1심 법관이 징벌적 손해배상이 쟁점이라고 판단하기 전까지는 증거로 허용되지 아니한다는 공감대가 점차로 확산되고 있다.¹⁰⁴⁾ 회사의 재산에 관련된 이러한 입법 내지 판례는 배심이 회사의 비난가능성보다 회사의 든든한 재정을 토대로 하

98) 앨라배마 주의 경우에는 So. Life & Health Ins. Co. v. Whitman, 358 So. 2d 1025, 1026-27(Ala. 1978). 캘리포니아 주의 경우에는 Cal. Civ. Code § 3295(d)(West 1997). 메릴랜드 주의 경우에는 Md. Code Ann., Cts. & Jud. Proc. § 10-913(a)(2002). 몬태나 주의 경우에는 Mont. Code Ann. § 27-1-221(7)(2003). 네바다 주의 경우에는 Nev. Rev. Stat. Ann. 42.005(4)(Michie 2002). 오레곤 주의 경우에는 Or. Rev. Stat. § 30.925(2)(2003). 테네시 주의 경우에는 Hodges v. S.C. Toof & Co., 833 S.W.2d 896, 901(Tenn. 1992). 유타 주의 경우에는 Utah Code Ann. § 78-18-1(2)(2002 & Supp. 2004).

99) Utah Code Ann. § 78-18-1(2)(Supp. 2004).

100) Or. Rev. Stat. § 30.925(2)(2003).

101) Ark. Code Ann. § 16-55-211(b)(Michie Supp. 2003).

102) See, e.g., Wis. Stat. Ann. § 895.85(4)(West 1997).

103) Md. Code Ann., Cts. & Jud. Proc. § 10-913(a)(2002).

104) See, e.g., Cal. Civ. Code § 3295(West Supp. 2004).

여 징벌적 손해배상평결을 내리는 것을 자제하게 한다. 심지어 몇몇 주는 배심이 징벌적 손해배상액을 정하는 경우에 피고의 재산을 참작하도록 요구하고 있다. 캘리포니아 주에 있어서는 징벌적 손해배상액 산정에 중요한 것으로서 피고의 재정상태의 증거를 요구하나 그러한 증거는 불법사망 소송에서는 증거능력이 없다.¹⁰⁵⁾ 징벌적 손해배상과 관련하여 오하이오 주의 불법행위 개혁법은 배심이 양로원 및 주거시설에 관한 사건에서 피고의 재정을 고려하도록 요구한다.¹⁰⁶⁾

그럼에도 불구하고 불법행위개혁의 추세는 징벌적 손해배상 산정에 있어 피고의 재산을 고려요인에서 삭제하고 일반적으로 정액 또는 보상적 손해배상액의 배수에 해당하는 금액 중 고액으로 제재를 정형화함으로써 손해배상액의 상한을 정하고 있다. 예컨대 노스다코타 주의 1995년 불법행위개혁은 변론에서 징벌적 손해배상의 부분에 있어 회사의 재정 또는 개인의 재정상태의 활용을 금지하였다.¹⁰⁷⁾

하지만 그러한 상한은 보건과 안전에 대한 피고의 무시가 아무리 터무니없다고 하더라도 징벌적 손해배상을 인위적이고도 자의적으로 줄여들게 한다.¹⁰⁸⁾ 원고가 입은 손해에 대한 징벌적 손해배상의 자의적인 제한은 억지적 효과를 약화시킨다. 왜냐 하면 그 제재는 예측 가능한 금액으로 제한되기 때문이다.¹⁰⁹⁾

불법행위개혁자들은 징벌적 손해배상 방정식에서 회사의 재산을 분리하고자 한다. 그들은 모두를 공평하게 취급하는 징벌적 손해배상의 체계를 추구한다. 음주운전자가 지급한 징벌적 손해배상은 포천지가 선정한 500대 기업이 지급한 금액과 동등하여야 한다는 것이 바로 그

105) Adams v. Murakami, 813 P.2d 1348(Cal. 1991).

106) 2004 Ohio Laws 144 (2005년 4월 7일 시행).

107) See, e.g., N.D. Cent. Code Ann. § 32-03.2-11(3)(Michie 1996 & Supp. 2003).

108) Prod. Liab. Reform Act of 1997: Hearing before the S. Comm. On Commerce, Sci., and Trans., 105th Cong. (1997).

109) Thomas Koenig & Michael Rustad, "Crimtorts" as Corporate Just Deserts, 31 U. Mich. J. L. Ref. 289, 324-25(1998).

것이다.¹¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 사회보장연금의 수령인의 수입이 특정 금액을 초과하는 경우에 그들의 연금에서 손해배상금을 지급하는 사회보장연금의 고령수령인에 대해서는 피고의 재산상태가 고려되어야 한다.¹¹¹⁾ 특정인의 수입이 어느 정도 인지 여부를 고려하는 정부규정은 단체 또는 개인에게 적법절차가 거부되었거나 법 앞에서 불공평하게 취급되었다는 것을 의미하지 아니한다.¹¹²⁾

연방대법원은 최근 State Farm Mutual Automobile Insurance Co. 대 Campbell사건에서¹¹³⁾ 피고의 재정 그 자체만으로는 고배율의 징벌적 손해배상을 정당화할 수 없다고 판시하면서 그 문제를 다루었다.¹¹⁴⁾ 연방대법원은 반복해서 피고의 재정을 토대로 한 제재의 무제한적인 사용에 관한 우려를 표시하였다.¹¹⁵⁾ 하지만 피고의 재정을 토대로 한 징벌적 손해배상은 억지적 기능을 수행한다. 왜냐하면 경제적 자력이 없는 자를 처벌하는 수준의 배상은 경제적 자력이 있는 자 또는 기업에 고통을 주지 못할 것이기 때문이다.¹¹⁶⁾

VII. 기업의 재산 또는 재정상태에 대한 증거의 개시 제한

다수의 주는 징벌적 손해배상을 청구하는 소에서 기업의 재정에 대한 증거의 증거능력에 대한 제한을 두고 있다. 일반적으로 모든 주는 징벌적 손해배상의 쟁점에 대한 증거가 증거능력을 합리적으로 가지

110) See Note, Common Sense Litigation: The Birth of Neoclassical Tort Reform, 109 Harv. L. Rev. 1765, 1772(1996).

111) 26 U.S.C. § 86(2000).

112) See, e.g., Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 22 (1991).

113) 538 U.S. 408 (2003).

114) Id. at 427.

115) See, e.g., BMW of N. Am. Inc. v. Gore, 517 U.S. at 585.

116) William M. Landes & Richard A. Posner, The Economic Structure of Tort Law 160-63(1987)131.

게 하도록 예측되는 증거의 증거개시를 허용한다.¹¹⁷⁾ *Rochen* 대 *Huang*사건¹¹⁸⁾에서 법원은 배심이 잠재적으로 당사자의 상이한 재정상태에 의하여 영향을 받을 수 있고 징벌적 손해배상액을 증명하기 위해서만 관련성이 있는 재정관련 정보를 증거로 허용하게 되면 실체적 책임의 쟁점에 대하여 공정하게 재판받을 피고의 능력에 불이익을 가져올 수 있다고 판시하였다.¹¹⁹⁾ 주에 있어 법원은 명령을 통하여 기업의 이익 또는 피고의 재정적 상태의 증거개시에 대한 제한을 가하는 것이 통례다.¹²⁰⁾ 몇몇 주는 제1심법원의 법관에게 피고의 재산에 관련된 증거의 증거개시에 관하여 제한을 가할 재량권을 부여하고 있다.

에컨대 앨라배마 주에서는 피고의 재정상태에 대한 증거는 변론에서 실체적 책임을 다루는 단계에서 증거로 허용되지 아니한다.¹²¹⁾ 콜로라도 주의 경우에 피고의 재산이 개시되기 전에 징벌적 손해배상에 대한 주요사실의 증명을 요구한다.¹²²⁾ 플로리다 주의 경우에는 징벌적 손해배상이 제1심법원의 법관에 의하여 허용되기까지는 피고의 재산에 대한 증거개시는 허용되지 않는다고 규정하고 있다.¹²³⁾

Varriale 대 *Saratoga Harness Racing, Inc.*사건에서 법원은 피고의 재산에 대한 증거개시가 배심이 원고가 징벌적 손해배상을 받을 만하다고 최초로 판단하기 전까지는 허용되지 아니한다고 판시하였다.¹²⁴⁾ *Moran* 대 *International Playtex, Inc.*사건판결에서¹²⁵⁾ 원고는 피고의 제조업자의 회계기록을 변론 전에 조사할 것을 신청하였다. 뉴욕 주 법원은 원고가 징벌적 손해배상을 받을 만하다고 배심이 인정한 이후에

117) See 4 Jerome H. Notes et al., *Damages in Tort Actions* § 40.07[2](2002).

118) No. 87C-JN-961, 1989 Del. Super. LEXIS 18 (Del. Super. Ct. Jan. 6, 1989).

119) *Id.* at 4.

120) See, e.g., Cal. Civ. Code § 3295(West 1997).

121) *Hanner v. Balfour Guthrie, Inc.*, 589 So. 2d 684, 686 (Ala. 1991).

122) *Leidholt v. Dist. Court*, 619 P.2d 768, 771 (Colo. 1980).

123) Fla. Stat. Ann. § 768.72(West Supp. 2004).

124) 429 N.Y.S.2d 302 (App. Div. 1980).

125) 480 N.Y.S.2d 6(App. Div. 1984).

만 증거개시가 이루어질 수 있다고 판시하였다.¹²⁶⁾ 플로리다 주는 법원이 징벌적 손해배상을 청구하기 위하여 수정한 소장을 허용하는 명령을 내릴 때까지 회사의 순수입에 대해 원고가 증거개시하는 것을 허용하지 아니한다.¹²⁷⁾

VIII. 징벌적 손해배상에 대한 절차의 분리

재판을 이분 또는 삼분하는 것은 어느 정도의 손해배상액이 당해 사건의 상황에 비추어 보아 피고를 억제하거나 벌하거나 제재하기에 충분한 지 여부에 관한 결정과 관련된 증거를 수집하기 위한 것이다.

조지아 주의 경우에 “징벌적 손해배상청구의 소가 제기된 사안에서 사실인정자는 우선 징벌적 손해배상이 수여되는지 여부를 변론단계에서 제출된 증거로부터 해결하여야 한다”고 규정하고 나아가 징벌적 손해배상이 인정되는 경우에 “변론은 손해배상액이 당해 사안의 상황에 비추어 보아 피고를 억지하거나 벌하거나 제재하기에 충분한지 여부에 관한 판단과 관련된 증거를 제출받기 위하여 즉시 재개되어야 한다”고 규정하고 있다.¹²⁸⁾ 그 경우에 그 금액을 정하는 것은 사실인정자의 의무로 된다.¹²⁹⁾

만약 재판을 세 단계로 분리하여 진행한다면 그 절차는 (i) 보상적 손해배상의 판단 단계, (ii) 증거에 의하여 징벌적 손해배상이 증명되는지 여부를 판단하는 단계, (iii) 징벌적 손해배상액을 판단하는 단계로 구분할 수 있다.¹³⁰⁾

126) Id. at 8.

127) Meadowbrook Health Care Servs. of Fla. v. Acosta, 617 So.2d 1104, 1104 (Fla. Dist. Ct. App. 1993).

128) Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(d)(West 2003).

129) Id. § 51-12-5.1(d)(1).

130) Cuzzort v. City of Gretna, No. 98-3096, 2000 U.S. Dist. LEXIS 621, at 3(E.D.La. Jan. 20, 2000).

주는 무엇을 재판에서 이분화할 지 여부에 관하여 상이한 입장을 취하고 있다. 징벌적 손해배상과 관련하여 절차를 이분하는 일반적인 유형에는 두 가지가 있다. 하나는 징벌적 손해배상청구 전체를 이분하는 것이고 다른 하나는 징벌적 손해배상액과 관련해서만 분리하는 것이다.

소수의 주는 보상적 손해배상 단계로부터 징벌적 쟁점 전체-징벌적 손해배상액 뿐만 아니라 징벌적인 책임-를 분리하는 것을 허용한다.¹³¹⁾

다수의 주는 징벌적 손해배상액을 정하기 위하여 피고의 재산에 대한 증거를 배심이 제출받도록 허용할 목적으로 변론의 두 번째 단계를 재개한다.¹³²⁾ 변론의 징벌적 단계에서 원고의 변호사들은 전형적으로 징벌적 손해배상액에 영향을 미치는 회사의 재산 또는 기타 가중요인에 해당하는 상황에 대한 증거를 제출할 것이다. 절차의 이분화는 주의 법률 또는 주의 판례에 의하여 채택될 수 있다. 여러 주는 이분화

131) 이에 해당하는 주로는 아칸소 주 (Ark. Code Ann. § 16-55-211(Michie Supp. 2003)), 델라웨어 주(Del. Code Ann. tit. 18, § 6855 (1999)), 플로리다 주 (Meadowbrook Health Care Servs. of Fla. v. Acosta, 617 So. 2d 1104(Fla. Dist. Ct. App. 1993)), 조지아 주(Ga. Code Ann. 51-12-5.1(d)(West 2003)), 일리노이 주 (Ill. Stat 5/2-1115.05(2004)), 미네소타 주(Minn. Stat. Ann. § 549.20(4)(West 2000)), 미시시피주 (Miss. Code Ann. § 11-1-65(b)-(d)(Supp. 2004)), 뉴저지 주(N.J. Stat. Ann. § 2A:15-5.13(West 2000)), 노스캐롤라이나 주(N.C. Gen. Stat. § 10-25(a)(2003)), 노스다코타 주(N.D.Cent. Code Ann. § 32-03.2-11(Michie 1996 & Supp. 2003)), 버지니아 주 (Allstate Ins. Co. v. Wade, 579 S.E.2d 180, 185(Va. 2003)) 및 위스콘신 주(Russell v. Wis. Mut. Ins. Co., 571 N.W.2d 924 (Wis. 1997)) 등이 있다.

132) 이에 해당하는 주로는 알래스카 주(Alaska Stat. §09.17.020(c)(Michie Supp. 2003)), 캘리포니아 주(Cal. Civ. Code § 3295(d)(West 1997)), 코네티컷 주(Conn. Gen. Stat. Ann. § 52-240b(West 1999)(제조물책임 소송에서 법원이 결정하는 징벌적 손해배상을 강제하는 주법)), 조지아 주(Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(d)(2)(West 2003)), 캔자스 주(Kan. Stat. Ann. §§ 60-3402, 60-3702(1994)), 미주리 주(Mo. Ann. Stat. § 510.263(2)(West Supp. 2004)), 미주리 주 (Mo. Ann. Stat. § 510.263(2)(West Supp. 2004)), 몬태나 주(Mont. Code Ann. § 27-1-221(7)(a)(2003)), 네바다 주(Nev. Rev. Stat. Ann. 42.005(3)(Michie 2002)), 노스다코타 주 (N.d. Cent. Code Ann. § 32--3.2-11(Michie 1996 & Supp. 2003)), 오클라호마 주(Okla. Stat. Ann. tit. 23, § 9.1(B)(Supp. 2005)), 테네시 주(Hodges v. S.C. Toof & Co., 833 S.W.2d 896, 901(Tenn. 1992)), 텍사스 주(Transportation Ins. Co. v. Moriel, 879 S.W.2d 10, 30(Tex. 1994)), 유타 주(Utah Code Ann. § 78-18-1(Supp. 2004)) 및 와이오밍 주 (Campen v. Stone, 635 P.2d 1121, 1132(Wyo. 1981)) 등이 있다.

된 변론의 두 번째 단계의 종료 시에 배심의 징벌적 손해배상평결에 대한 강제적인 심사를 마련하고 있다. 예컨대 몬태나 주는 배심의 징벌적 손해배상평결시에 그 액수에 대한 평결 후 강제적인 재심사를 규정하고 있다.¹³³⁾ 즉 배심이 피고가 징벌적 손해배상책임을 부담한다고 인정하는 평결을 내리는 경우에 징벌적 손해배상액은 즉시 분리된 절차에서 배심에 의하여 결정되어야 하고 재심사를 위하여 법관에게 제출되어야 한다. 코네티컷 주에서는 사실인정자가 제조물책임소송에서 징벌적 손해배상평결을 내린 경우에 법원은 원고에게 수여된 손해배상액의 2배에 해당하는 금액을 초과하지 않는 한도 내에서 그 액수를 결정하여야 한다.¹³⁴⁾ 캔자스 주에서는 제재적 손해배상 또는 징벌적 손해배상을 청구한 민사소송에서 사실인정자는 제출된 기타 모든 쟁점과 더불어 그러한 손해배상이 허용되는지 여부를 결정한다. 그러한 손해배상이 허용된다면 법원은 그러한 손해배상액을 결정하기 위하여 분리된 절차를 실시한다. 그 절차의 완료시에 법원은 제재적 손해배상액 또는 징벌적 손해배상액을 결정한다.¹³⁵⁾ 이러한 주들에서는 배심은 책임을 확립하고 제1심법원의 법관은 징벌적 손해배상액을 정한다.

절차의 이분화는 때때로 Hodges 대 S.C. Toof & Co. 사건판결에서처럼 주의 대법원에 의하여 명해졌다.¹³⁶⁾ 재판의 잔여 부분으로부터 징벌적 손해배상을 분리하는 것은 배심이 징벌적 책임이 확립되기 까지 잠재적으로 선동적인 징벌적 손해배상에 대해 심문하는 것을 방지한다.¹³⁷⁾ 절차의 분리는 징벌적 손해배상의 구제를 기능적으로 형량을 정하는 것과 동등하게 보는 이론적인 대칭성을 가진다. 절차의 분리에 대한 통계학적 연구에 따르면, 그것은 징벌적 손해배상을 감소시킬 수 없고,

133) Mont. Code Ann. § 27-1-221(7)(2003).

134) Conn. Gen. Stat. Ann. § 52-240b(West 1999).

135) Kan. Stat. Ann. § 60-3702(a)-(b)(1994).

136) 833 S.W.2d at 901.

137) Jennifer K. Robbenolt, Determining Punitive Damages: Empirical Insights and Implications for Reform, 50 Buffalo L. Rev. 103, 179 (2002).

평결에 따른 징벌적 손해배상액을 증가시키는 것으로 입증되었다.¹³⁸⁾

절차의 분리는 피고친화적인 개혁이다. 왜냐 하면 그것은 또한 실체 법적 책임에 대해 타협할 필요 없이 징벌적 손해배상액을 경감하거나 그것을 피할 수 있는 감경요인을 제출할 기회를 피고에게 주기 때문이다.¹³⁹⁾ 재판의 잔여 부분으로부터 징벌적 손해배상에 대한 절차를 분리하는 것은 대기업에 대한 편견을 야기할 수 있는 증거에 의하여 배심이 과도하게 영향을 받는 것을 방지한다. 절차를 분리하는 목적은 보상적 손해배상의 단계에서 배심의 편견을 야기하지 못하도록 피고의 재산 또는 기타 가중요소에 대한 증거를 허용하지 아니하는 것이다.

IX. 증명도의 상향조정

대다수의 주는 “증거의 우월”원칙에 갈음하여 “명백하고 설득력 있는 증거”의 원칙을 사용하여 징벌적 손해배상에 관한 소송에서 증명도의 수준을 상향하였다.¹⁴⁰⁾ 콜로라도 주는 원고가 징벌적 손해배상을

138) Id. at 182.

139) Santa Lucia, supra note 62, at 41.

140) 앨라배마 주(Ala. Code § 6-11-20(a)(1993)), 알래스카 주(Alaska Stat. § 09.17.020(b)(Michie Supp. 2003)), 아칸소 주(Ark. Code Ann. § 16-55-207(Michie Supp. 2003)), 애리조나 주 (Linthicum v. Nationwide Life Ins. Co., 723 P.2d 675, 681 (Ariz. 1986)), 캘리포니아 주(Cal. Civ. Code § 3294(a)(West 1997)), 조지아 주(Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(b)(West 2003)), 하와이 주(Masaki v. Gen. Motors Corp., 780 P.2d 566, 575(Haw. 1989)), 인디애나 주(Ind. Code Ann. § 34-51-3-2(Michie 1998)), 아이오와 주(Iowa Code Ann. § 668A.1(1)(a)(West 1998)), 캔자스 주(Kan. Stat. Ann. §60-3702(c)(1994)), 켄터키 주(Ky. Rev. Stat. Ann. § 411.184(2)(Michie 1992)), 메인 주(Tuttle v. Raymond, 494 A.2d 1353, 1363(Me. 1985)), 메릴랜드 주(Owens-Illinois v. Zenobia, 601 A.2d 633, 658(Md. 1992)), 미네소타 주(Minn. Stat. Ann. §549.20(1)(West 2000)), 미시시피 주(Miss. Code Ann. § 11-1-65(1)(a)(Supp. 2004)), 몬태나 주(Mont. Code Ann. § 27-1-221(5)(2003)), 네바다 주(Nev. Rev. Stat. Ann. 42.005(1)(Michie 2002)), 뉴저지 주(N.J. Stat. Ann. § 2A:15-5.12(West 2000)), 노스다코타 주(N.D.Cent. Code Ann. § 32-03.2-11(1)(Michie 1996 & Supp. 2003)), 오하이오 주 (2004 Ohio Laws 144(2005년 4월 7일 시행)), 오클라호마 주(Okla. Stat. Ann. tit. 23, § 9.1(B)(Supp. 2005)), 오레곤 주(Or. Rev. Stat. § 31.730(1)(2003)), 사우스캐롤라니아 주(S.C.Code Ann. § 15-33-135(Law Co-op Supp. 2003)), 사우스다코타 주(S.D.

입증하기 위하여 “합리적 의심의 여지가 없는” 수준의 증명도를 원고에게 요구하는 유일한 주다.¹⁴¹⁾

통상적인 “증거우월”기준(preponderance of evidence)보다 높은 수준의 증명도를 채택하는 것은 피고 친화적인 불법행위개혁의 또 다른 예다. “명백하고 설득력 있는” 증거의 개혁은 징벌적 손해배상의 기능을 범죄와 불법행위의 경계선에서 그 행위를 감독하는 것으로 보는 것과 이론적으로 유사하다.¹⁴²⁾ 하지만 증명도를 높이는 것이 징벌적 손해배상소송에서 차이점을 만드는 것인지 여부에 관하여 통계학적 연구가 없다.¹⁴³⁾ 증명도를 높이는 것은 추정컨대 배심원이 징벌적 손해배상책임을 인정하는 것을 더욱 어렵게 할 것이다.¹⁴⁴⁾ “명백하고 설득력있는” 증거원칙을 지향하는 추세는 이론적으로 범죄와 불법행위 사이의 경계선상에서 징벌적 손해배상의 구제책을 인정하는 것이다.

X. 징벌적 손해배상에 대한 배심설시

미국 연방대법원에 따르면, 징벌적 손해배상액을 정함에 있어 전형적으로 배심에게 광범위한 재량권을 부여하는 징벌적 손해배상에 관한 배심 설시 및 피고의 순수입에 대한 증거의 제출로 인하여 배심은 대기업(특히 강한 지역적 유대가 없는 대기업의 경우)에 대한 편견을 표시하기 위하여 대기업에 불리한 평결을 내릴 가능성이 있다고 판시하였다.¹⁴⁵⁾ 그 결과, 22개주는 주의 불법행위개혁을 구체적으로 실천하는

Codified Laws § 21-1-4.1(Michie 1987)), 테네시 주(Hodges v. S.C. Toof & Co., 833 S.W.2d 896, 901(Tenn. 1992)), 텍사스 주(Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 41.003(a)(Supp. 2004-2005)), 유타 주(Utah code Ann. § 78-18-1(1)(a)(Supp. 2004) 및 위스콘신 주(Wangen v. Ford Motor Co., 294 N.W.2d 437, 458 (Wis. 1980)).

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

142) Robbenolt, supra note 62, at 176.

143) Id.

144) Id. at 177.

145) State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 417(2003).

형식의 배심설시를 강제하는 법률을 제정하였다.¹⁴⁶⁾ 앨라배마 주, 캘리포니아 주, 콜로라도 주, 켄터키 주, 미네소타 주, 몬태나 주 및 뉴저지 주는 법관이 배심에게 징벌적 손해배상의 목적에 대해 실시하도록 강제하는 법률을 제정하였다.¹⁴⁷⁾ 예컨대 캘리포니아 주는 징벌적 손해배상의 각 요건인 사기(fraud), 악의(malice) 및 압박(oppression)의 의미에 대하여 배심이 판사의 설명을 듣도록 강제하고 있다.¹⁴⁸⁾ 콜로라도 주의 법률은 배심이 “의도적이고도 무법적인 행위(willful and wanton conduct)”의 정의에 대한 설명을 듣도록 요구한다.¹⁴⁹⁾ 켄터키 주의 법률에 의하여 강제되는 배심 설시는 압박, 사기 및 악의의 개념을 정의한다.¹⁵⁰⁾ 정형화된 배심 설시 모델을 광범위하게 사용하는 것도 또한 추정권대 피고에게 또 다른 단계의 보호를 제공하는 역할을 수행한다.

XI. 평결 제한

1. 평결의 형식

다수의 주는 징벌적 손해배상이 특별평결(special verdict)에 의해서 내려질 것을 강제하는 법률을 제정하였다. 그러한 주에서 법관은 특

146) Blatt et al., supra note 4, at § 3.3. at 175. 징벌적 손해배상에 대한 배심 설시를 마련한 주로는 앨라배마 주, 알래스카 주, 애리조나 주, 아칸소 주, 캘리포니아 주, 플로리다 주, 아이다호 주, 아이오와 주, 켄터키 주, 메인 주, 메릴랜드 주, 미네소타 주, 네바다 주, 뉴저지 주, 뉴멕시코 주, 오하이오 주, 오레곤 주, 펜실베이니아 주, 사우스캐롤라이나 주, 사우스다코타 주, 위스콘신 주 및 와이오밍 주 등이다.

147) See, e.g., Ala. Code § 6-11-20(b)(1)-(3)(1993); Colo. Rev. Stat. § 13-21-1-102(1)(b)(2001); Ky. Rev. Stat. Ann. § 411.184(1)(a)-(c)(Michie 1992), Minn. Stat. Ann. § 549.20(3)(West 2000); Mont. Code Ann. § 27-1-221(2)-(4)(2003).

148) 캘리포니아 주는 징벌적 손해배상의 각 요건의 정의를 규정하고 있다. 예컨대 명백하고도 설득력 있는 증거에 의하여 피고는 압박, 사기 또는 악의를 가지고 있다는 것이 증명된 경우에 배심은 징벌적 손해배상평결을 내릴 수 있다(Cal. Civ. Code § 3294(a)(West 1997)).

149) Colo. Rev. Stat. § 13-21-102(1)(b)(2001).

150) Ky. Rev. Stat. Ann. § 411.184(1)(a)-(c)(Michie 1992).

별평결에서 징벌적 손해배상의 쟁점을 다룰 것이 요구된다.¹⁵¹⁾ 비배심 재판관을 다룬 사례에서 법관은 징벌적 손해배상에 대한 특별평결을 내려야 한다.¹⁵²⁾ 조지아 주는 사실인정자가 기타 요구되는 사실인정과 함께 적절한 방식의 평결을 통하여 징벌적 손해배상을 내려야 한다고 규정하고 있다.¹⁵³⁾ 아이오와 주의 징벌적 손해배상관련 불법행위개혁 법률은 법원이 배심에게 징벌적 손해배상에 관한 특별질문서에 답변할 것을 실시하도록 규정하고 있다.¹⁵⁴⁾

2. 동일한 행위와 관련하여 징벌적 손해배상을 통한 중복제재 가능 여부

몇몇 주는 동일한 대량의 제품결함 또는 동일한 행위과정에 대한 징벌적 손해배상의 수를 제한한다. 그 목적은 과잉대응을 방지하는 것이다. 징벌적 손해배상은 피고 기업에게 고통을 주는 것일 뿐이고 그 기업을 파산시키는 것이 아니기 때문이다.¹⁵⁵⁾ 징벌적 손해배상에 관한 소송에서 중복 제재 문제는 징벌적 손해배상의 법에서 가장 자주 논의되고 다투어지는 쟁점이었다.¹⁵⁶⁾ 조지아 주는 제조물책임소송에서 징벌적 손해배상에 관하여 1회만 인정하는 규정을 제정하였다.¹⁵⁷⁾ 한 연방법원은 이 규정이 위헌이라고 판시하였다.¹⁵⁸⁾ 플로리다 주에 있어 제1심 법원의 법관은 중전의 징벌적 손해배상이 피고의 행위를 처벌하기에 충분한지 여부에 대해 판단한다.¹⁵⁹⁾

151) Wis. Stat. Ann. § 895.85(4)(b)(West Supp. 2004).

152) Id.

153) Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(d)(1)(West 2003).

154) Iowa Code Ann. § 668A.1(1)-(2)(West 1998).

155) Thomas B. Colby, Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs, 87 Minn. L. Rev. 583, 587(2003).

156) Id.

157) Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(f).

158) McBride v. Gen. Motor Corp., 737 F.Supp. 1563(M.D.Ga. 1990).

159) Fla. Stat. Ann. § 768.73(2)(b)(West Supp. 2004).

미주리 주는 종전의 징벌적 손해배상에 대하여 피고가 신용을 취득하도록 허용하는 것을 골자로 하는 불법행위 개혁관련 법을 제정하였다.¹⁶⁰⁾ 동일한 행위에 대한 종전의 손해배상이 있다고 가정할 때, 피고는 배심이 징벌적 손해배상으로 허여한 금액이 동일한 행위로부터 야기되는 징벌적 손해배상액으로 종전에 지급된 금액과 동일시할 수 있는지 여부에 대한 심리를 요구할 수 있다. 법원이 종전의 손해배상이 동일한 행위로부터 발생하였다고 인정한다면 피고는 그러한 행위의 위험한 성격에 대하여 현실적으로 인지한 후에 그 행위를 불합리하게 계속하지 아니하였다는 것을 입증하여야 한다.¹⁶¹⁾ 또한 미주리 주는 동일한 행위에 대한 징벌적 손해배상의 중복제재를 규정하고 있다.¹⁶²⁾ 징벌적 손해배상의 주에 대한 자의적인 제한을 가한 주들은 피고를 파산시키는 손해배상의 중복인정 문제를 논의하고자 한다. 절충적인 입장은 자의적으로 책임을 제거하기 보다는 이분화된 절차의 두 번째 단계에서 종전의 징벌적 손해배상의 증거를 피고가 제출하도록 허용하는 것이다.

XII. 과도한 징벌적 손해배상에 대한 배심평결후 심사

1. 격노 또는 편견에 입각한 견해

징벌적 손해배상은 제1심법원 및 상소심법원이 그러한 배상에 대한 엄격한 심사기준을 적용하기 때문에 평결후 단계에서 높은 배제율(mortality rate)을 드러낸다.¹⁶³⁾ 징벌적 손해배상의 번복율 또는 경감율이 높은 것은 광범위한 사법부의 통제를 상징한다. 주 수준에서 제1

160) Mo. Ann. Stat. § 510.263(4)(West Supp. 2004).

161) Id.

162) Id.

163) See, e.g., Mark Person et al., Rand Institute for Civil Justice, Punitive Damages: Empirical Findings 27-30(1987).

심 재판 이후 단계의 심사 이외에 연방대법원은 법원들이 그러한 배상이 적법절차를 준수하는지 여부를 판단하기 위하여 징벌적 손해배상이 과도한지 여부에 대한 심사를 실시하도록 강제한다.¹⁶⁴⁾ 주가 징벌적 손해배상의 허여에 대한 재량권을 가지고 있지만, 이러한 손해배상에 대한 헌법상 절차적·실체적 제한이 존재한다는 것을 확립된 원칙이다.¹⁶⁵⁾ 각 주는 징벌적 손해배상이 과도한지 여부를 심사하는 독자적인 방안을 규정하고 있다.¹⁶⁶⁾ 주들은 징벌적 손해배상이 과도한지 여부를 판단하기 위하여 “격노 또는 편견(passion or prejudice)” 설¹⁶⁷⁾ 또는 “양심에 대한 충격(shock the conscience)” 설¹⁶⁸⁾과 같은 일반적인 견해를 채택하고 있다.¹⁶⁹⁾ 연방대법원의 다수의견은 주 사법부의 통제 이외에 징벌적 손해배상에 대한 배심의 재량권에 관한 적법절차상 한계가 존재한다고 생각한다.¹⁷⁰⁾

아마도 가장 보편적인 견해는 격노 또는 편견에 입각한 견해다. 예컨대 *Cloroben Chem. Corp. 대 Comegys* 사건에서는 “델라웨어 주의 징벌적 손해배상평결은 격노, 편견, 불공평 또는 부패의 결과이거나 명백히 증거의 무시 또는 적용되는 법규의 결과라고 가리킬 만큼 명백하지 아니하는 한 과도한 징벌적 손해배상으로 인정되지 아니할 것이

164) *Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U.S. 415, 432(1994)(징벌적 손해배상이 과도한지 여부에 대하여 징벌적 손해배상의 평결후 심사하는 것을 금지하는 오레곤 주의 주 헌법규정은 절차적 적법절차를 위반한 것이라고 판시한 사례); *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575(1995)(징벌적 손해배상을 재심사함에 있어 (i) 피고 위법행위의 비난가능성 정도, (ii) 원고가 입은 실손해 또는 잠재적 손해와 징벌적 손해배상의 불균형, (iii) 배심의 징벌적 손해배상평결과 대등한 사례에서 허용되거나 부과된 민사벌 사이의 차이점 등 세 가지 요소를 고려하도록 판시한 사례).

165) *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 417 (2003).

166) See, e.g., *Goucher v. Dinneen*, 471 A.2d 688, 689 (Me. 1984).

167) *Olmstead v. First Interstate Bank of Fargo, N.A.*, 449 N.W.2d 804, 809(N.D. 1989).

168) *Id.* at 807; *Folks v. Kan. Power & Light Co.*, 755 P.2d 1319, 1336 (Kan. 1988).

169) *Folks*, 755 P.2d at 1335-36.

170) Cass R. Sunstein et al., *Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 *Yale L.J.* 2071, 2087 (1998).

므로 그 손해배상평결은 번복되지 아니할 것이다. 이 법원은 ”평결은 대법원의 양심 및 정의감에 충격을 줄 만큼 현저히 과도하지 아니하고 평결을 유지하는 것의 불공평이 명백하지 아니하는 한 무효로 되어서는 아니된다”고 판시하였다.¹⁷¹⁾ 이 견해는 징벌적 손해배상이 배심의 편견의 결과물이라는 추론을 가져올 만큼 고액인지 여부를 묻는다. 예컨대 미네소타 주에서는 재심사하는 법원은 배심원의 평결을 심사하는 기준을 가지고 있다. 즉 증언을 청취하고 당사자 및 증인을 조사한 뒤 제1심법원은 손해배상이 격노 또는 편견의 영향 하에서 내려진 것인지 여부를 판단하는데 있어 상소심법원보다 나은 입장에 있고 재량권의 명백한 남용이 없는 경우에는 그 법원의 행위는 번복되지 아니할 것이다.¹⁷²⁾ 미네소타 주 법원의 재심사 기능은 “손해배상이 격노 및 편견의 영향 하에서 허여되었는지 여부를 판단하는 것”이고 “그 재량권의 명백한 남용이 없는 경우에는 그 법원의 행위는 번복되지 아니할 것이다.”¹⁷³⁾ 그 기준은 알라스카 주의 법과 실질적으로 유사하다.

즉 알라스카 주의 법에 따르면, “징벌적 손해배상이 명백히 상당하지 아니하고 격노 또는 편견 또는 법원칙의 무시로부터 초래된 것이면 과도한 것이다. 관련요인으로는 보상적 손해배상액, 가해행위의 중대성, 위반된 정책의 중요성 및 피고의 재산”을 포함한다.¹⁷⁴⁾

코네티컷 주에서 징벌적 손해배상은 소송비용으로 엄격히 제한된다.¹⁷⁵⁾ 그리고 원고에 대한 동정심에 의하여 과도하게 배심이 경도될 것으로 인정될 정도로 평결이 명백히 과도하더라도 감액명령(remittitur)

171) 464 A.2d 887, 892(Del. 1983).

172) *Robinson v. Mack Trucks, Inc.*, 426 N.W.2d 220, 226 (Minn. Ct. App. 1988).

173) *Id.*

174) *Alaskan Village, Inc. v. Smalley*, 720 P.2d 945, 949 (Alaska 1986).

175) *Alaimo v. Royer*, 448 A.2d 207, 209-10(Conn. 1982); see also *Vandersluis v. Weil*, 407 A.2d 982, 986 (Conn. 1978)(징벌적 손해배상을 소송비용으로 제한한 사례).

이 내려질 것이다.¹⁷⁶⁾ 뉴저지 주의 “격노 및 편견”설은 징벌적 손해배상이 과도한지 여부를 판단함에 있어 격노 또는 편견의 가능성 뿐만 아니라 배심원의 오류를 고려한다.¹⁷⁷⁾

2. 양심에 대한 충격설(shock the conscience test)

양심에 대한 충격설은 “격노 및 편견”설과는 의미론적으로만 상이하다.¹⁷⁸⁾ “평결은 연방대법원의 양심과 정의감에 충격을 줄 만큼 현저히 과도하지 아니하는 한 그리고 평결을 유지하도록 허용하는 것의 불공평이 명백하지 아니하는 한, 각하될 수 없다.”¹⁷⁹⁾ 콜로라도 주의 대법원은 다음에 언급하는 바와 같이 “양심에 대한 충격”설을 “격노 및 편견”설과 결합하였다.

“사법부의 양심에 충격을 주고 격노, 편견, 부패 또는 기타 부적절한 사유가 재판을 방해하였다는 불가항력의 추론을 제기할 만큼 과도한 손해배상이 없는 경우에는 사실에 대한 배심의 판단은 합법적인 것으로 간주된다.”¹⁸⁰⁾

미시시피 주 법원들은 징벌적 손해배상이 너무 과도하여 양심에 충격을 줄 만큼 배심 측에 격노, 편견 및 선입견을 나타내는 경우에 수정되거나 변경되어야 하는지 여부를 판단한다.¹⁸¹⁾ 법원은 “양심에 대한 충격”설이 고액의 징벌적 손해배상에 대한 법관 개인의 반응에 토

176) *Seaman v. Dexter*, 114 A. 75, 76 (Conn. 1921).

177) *Leimgruber v. Claridge Assocs.*, 375 A.2d 652, 657 (N.J. 1977).

178) 애리조나 주 대법원에 따르면, “격노 또는 편견”의 적절한 기준은 평결이 법원의 양심에 충격을 줄 만큼 명백히 불공정하고, 불합리하며 터무니없는지 여부에 달려 있다.”고 판시하였다(*Hawkins v. Allstate Ins. Co.*, 733 P.2d 1073, 1084(Ariz. 1987)).

179) *Cloroben Chem. Corp. v. Comegys*, 464 A.2d 887, 892 (Del. 1983).

180) *Hurd v. Am. Hoist & Derrick Co.*, 734 F.2d 495, 503 (10th Cir. 1984); *Higgs v. Dist. Court*, 713 P.2d 840, 860-62(Colo. 1985).

181) *Bankers Life & Cas. Co. v. Crenshaw*, 483 So. 2d 254, 278 (Miss. 1985).

대를 두는 것이 아니라 사법부의 양심에 대한 추상적인 개념에 대한 개별 법관의 반응에 토대를 둔다.¹⁸²⁾ 앨라배마 주의 평결 후 기준에 따르면 제1심법원의 법관은 징벌적 손해배상이 과도한 것인지 여부를 판단하기 위한 평결후 재심사기일을 실시하여야 한다.¹⁸³⁾ 아이오와 주는 과도한 징벌적 손해배상을 치유하기 위하여 법원이 감액명령을 선고하는 것을 허용하지 아니한다.¹⁸⁴⁾ 아이오와 주의 심사기준에 따르면, 과도한 손해배상이 각하 또는 전적으로 무효로 되도록 되어 있다.¹⁸⁵⁾

3. 징벌적 손해배상이 과도한지 여부에 대한 보다 엄격한 견해

미국법상 징벌적 손해배상의 개념은 판례법상 잘 확립된 원칙으로서 승인되었다.¹⁸⁶⁾ 초창기에 미국 연방대법원은 징벌적 손해배상의 규제를 주의 의회, 주법원에 있어 법관과 배심의 재량에 맡겼다.¹⁸⁷⁾ 하지만 1986년에 Aetna Life Insurance Co. 대 Lavoie사건판결에서¹⁸⁸⁾ 적법절차를 토대로 징벌적 손해배상을 심사하기 시작하였다. 연방대법원은 다른 논거로 그 사건을 처리하였지만 징벌적 손해배상에 관련된 Aetna의 적법절차 주장은 적절한 사례에서 해결되어야 하는 중요한 쟁점을 야기한다고 판시하였다.¹⁸⁹⁾ Lovie사건판결 이후 연방대법원이

182) Id.

183) 앨라배마 주에서 제1심법원 법관은 배심에 의한 징벌적 손해배상액이 과도한지 여부를 판단하여야 한다(Hammond v. City of Gadsden, 493 So. 2d 1374, 1378-79 (Ala. 1986)). 징벌적 손해배상은 처벌과 억제의 사회의 목적을 달성할 액수를 초과해서는 아니된다(Green Oil v. Hornsby, 539 So. 2d 218, 222 (Ala. 1989)).

184) Northrup v. Miles Homes, Inc., 204 N.W.2d 850, 861 (Iowa 1973).

185) Team Cent., Inc. v. Teamco, Inc., 271 N.W.2d 914, 926 (Iowa 1978).

186) 2.

187) Cordell A. Hull, Extraterritoriality And Punitive Damages: Is There a Workable System?, 70 Def. Couns. J. 439, 439 (2003).

188) 475 U.S. 813 (1986), vacating and remanding 470 So. 2d 1060 (Ala. 1984).

189) W. Edward Carlton, Squelching First Party Bad Faith Breach of an Insurance Contract: Aetna v. Lavoie, An Opportunity Lost, 9 Am. J. Trial Advoc. 439 (1986).

징벌적 손해배상을 헌법적 관점에서 다룬 최초의 기회 중 하나는 1989년의 *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. 대 Kelco Disposal Inc.* 사건판결이다.¹⁹⁰⁾ 이 사건에서 연방대법원은 징벌적 손해배상이 형사적 제재에만 적용할 수 있는 연방헌법 제8차개정조항의 과도한 벌금 조항에 따라 징벌적 손해배상이 무효로 되지 아니한다고 판시하였다. 그 이후 연방대법원은 징벌적 손해배상은 절차적 적법절차¹⁹¹⁾ 및 실체적 적법절차¹⁹²⁾를 준수하여야 한다고 판시하였다.

Honda Motor Co. 대 Oberg 사건¹⁹³⁾에서 연방대법원은 징벌적 손해배상이 과도한지 여부에 대한 평결후 심사에서 징벌적 손해배상이 적법절차를 준수하는지 여부를 판단하여야 한다고 판시하였다.¹⁹⁴⁾ 이 사안에서 연방대법원은 징벌적 손해배상이 과도한지 여부를 평결 이후에 심사하는 것을 주헌법으로 금지하는 것이 절차적 적법절차를 위반한다고 판시하였다.¹⁹⁵⁾ 오레곤 주의 헌법은 제1심법원 또는 상소심법원이 징벌적 손해배상의 과도함을 심사하는 것을 허용하지 아니하였다.¹⁹⁶⁾ *Oberg* 사건판결 이후, 오레곤 주는 당해 징벌적 손해배상이 합리적인 배심의 역할에 해당하는지 여부에 대하여 테스트하기 위한 평결후 재심사 기준을 채택하였다.¹⁹⁷⁾ 마찬가지로 메릴랜드 주의 상소심법원은 연방 헌법률을 준수하기 위하여 재심사기준을 바꾸었다.¹⁹⁸⁾ 다수의 주는 징벌적 손해배상이 적법절차를 준수하는지 여부를 단순히

190) 492 U.S. 257 (1989), aff'g 845 F.2d 404 (2d Cir. 1988).

191) *Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994), rev'g and remanding 851 P.2d 1084 (Ore. 1993).

192) *BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), rev'g and remanding 646 So. 2d 619 (Ala. 1994).

193) 512 U.S. 415 (1994).

194) *Id.* at 434-35.

195) *Id.*

196) *Id.* at 418-19.

197) *Parrott v. Carr Chevrolet, Inc.*, 17 P.3d 473, 483-84 (Or. 2001).

198) *Alexander & Alexander v. Evander*, 596 A.2d 687, 709 (Md. Ct. Spec. App. 1991).

묻는 것 이상으로 과도함과 관련하여 자세한 지침을 제공한다.¹⁹⁹⁾

그 밖의 다수 주들은 평결후 심사절차를 강화하였다. 예컨대 일리노이 주는 제1심법원의 법관에게 배심의 징벌적 손해배상평결이 과도한지 여부 및 그렇다면 감액명령 및 조건부 재심을 선고할지 여부를 판단할 재량권을 부여하고 있다.²⁰⁰⁾ 앨라배마 주는 상소심법원이 독자적으로 과도함에 대한 심사를 실시하는 경우에 징벌적 손해배상의 적절성에 대한 추정을 하지 아니한다.²⁰¹⁾

1991년 사우스캐롤라이나 주의 대법원은 징벌적 손해배상을 재심사하는 새로운 지침을 실시하였다.²⁰²⁾ 그러한 주들에 있어 그러한 지침의 순수 효과는 징벌적 손해배상의 과기 또는 감축을 통하여 고배율의 징벌적 손해배상을 야기한 배심평결에 대한 사법부의 통제를 강화하는 것이다. 즉 평결후 조정과정을 검토한 통계학적 연구 전체는 징벌적 손해배상이 제1심법원과 상소심법원에 의하여 엄격하게 심사되고 있다는 점을 확인한다.²⁰³⁾ 일반적으로 상소심법원은 보상적 손해배상을 번복하거나 감축하는 경우는 거의 없고 징벌적 손해배상을 신중하고도 철저히 재심사한다.²⁰⁴⁾

연방대법원은 징벌적 손해배상이 과도하여 위헌인 경우를 판단함에 있어 관련성이 있는 요소를 열거한 두 의견을 공표하였다.²⁰⁵⁾ 1996년 최초로 연방대법원은 징벌적 손해배상액이 적법절차 조항을 위반하였다는 이유로 주법원의 징벌적 손해배상액을 무효로 하였다. BMW of North America, Inc. 대 Gore사건에서 하급심법원이 그러한 손해배상의

199) See, e.g., Fla. Stat. Ann. § 768. 74(5)(West 1997).

200) 735 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/2-12-7(West 2003).

201) Ala. Code § 6-11-24 (1993).

202) Gamble v. Stevenson, 406 S.E.2d 350, 354-55(S.C. 1991).

203) Michael L. Rustad, Unraveling Punitive Damages: Current Data and Further Inquiry, 1998 Wis. L. Rev. 15, 69 (1998).

204) Ala. Code § 6-11-21(f)(Supp. 2003).

205) BMW, 517 U.S. at 575; State Farm, 123 S.Ct. at 1520.

합헌성을 평가함에 있어 사용할 이론을 설명하였다.²⁰⁶⁾ 연방대법원은 (i) 피고 위법행위의 비난가능성 정도, (ii) 피고 위법행위에 의하여 초래된 원고에 대한 손해와 징벌적 손해배상 사이의 비율 및 (iii) 상응하는 위법행위에 부과되거나 부과될 수 있는 제재 등 세 가지 고려요인을 열거하였다.²⁰⁷⁾ 하지만 이 판결이후 법원들은 이 세 가지 고려요인을 일관성 있게 적용하는데 어려움을 경험하였다.²⁰⁸⁾ 한 법원이 판시한 대로, 징벌적 손해배상평결에 대한 문지기 기능은 민사사건에서 항소심법원의 법관에게 주어진 가장 힘든 직무 중 하나라고 한다.²⁰⁹⁾

그 결과, 2003년에 연방대법원은 State Farm Mutual Automobile Insurance Co. 대 Campbell사건에서²¹⁰⁾ 그 이론을 명확하게 하고자 하였다. 이 사건에서 연방대법원의 초점의 대부분은 처음 두 고려요인-비난가능성의 정도 및 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상 사이의 비율-에 있었다. 중요하게도 연방대법원은 두 번째 고려요인과 관련하여 징벌적 손해배상과 보상적 손해배상 사이의 한 자리 수의 배율을 초과하는 손해배상액은 적법절차를 충족하지 못할 것이라고 판시하였다.²¹¹⁾ 불행히도, State Farm 사건은 세 가지 고려요인을 어떻게 적용할지 여부에 대한 명백한 방향을 법원에 제시하지 못했다. 비난 가능성에 관한 첫 번째 고려요인은 무정형으로 남아 있다. 피고의 행위가 징벌적 손해배상의 특정금액을 정당화하는지 여부를 판단하기 위하여 명백한 기준을 제공하지 않았기 때문에 이 고려요인을 적용하는 것은 너무 주관적이어서 일관성 있는 결정을 가져올 수 없다. 마찬가지로,

206) BMW, 517 U.S. at 559.

207) Id. at 575-85.

208) See, e.g., Inter Med. Supplies, Ltd. v. EBI Med. Sys., Inc., 181 F.3d 446, 450 (3d Cir. 1999).

209) Id. at 450.

210) State Farm, 123 S.Ct. at 1513.

211) Id. at 1524.

두 번째 고려요인은 비율을 조작하기에 용이하기 때문에 일관성 없는 결과를 야기할 개연성이 있다. 세 번째 고려요인은 안개 속에 싸여 있다.²¹²⁾ State Farm 사건 판결은 징벌적 손해배상이 실제적 적법절차를 위반하는지 여부를 판단함에 있어 세 번째 고려요인이 다른 것보다 효용이 적다고 언급함으로써 세 번째 고려요인의 목적을 혼란스럽게 하고 잠재적으로 그 유용성을 약화시킨다.²¹³⁾

4. 연방법원의 전면적인 재심사 기준

Leatherman Tool Co. 대 Cooper Industries 사건에서²¹⁴⁾ 연방대법원은 연방항소법원이 징벌적 손해배상이 과도한지 여부를 심사하는 경우에 보상적 손해배상을 재심사함에 있어 사용되는 재량권 남용의 기준보다 전면적인 재심사 기준을 적용하여야 한다고 판시하였다.²¹⁵⁾

연방대법원의 이 판결 이전에는 다수의 연방항소법원은 징벌적 손해배상 사건에서 재량권 남용의 기준을 적용하였다.²¹⁶⁾ Cooper 사건 판결 이후, 피고는 제1심법원의 단계 뿐만 아니라 항소심법원의 단계에서도 보다 강한 적법절차의 보장을 받을 수 있게 되었다.²¹⁷⁾ 피고는 제1심법원의 사실인정을 존중하지 않고 징벌적 손해배상의 금액에 대한 전면적인 재심사를 헌법적으로 보장받을 수 있게 되었다.²¹⁸⁾

212) Steven L. Chanenson, The Foggy Road for Evaluating Punitive Damages: Lifting the Haze from the BMW/State Farm Guideposts, 37 U. Mich. J. L. Reform 441, 443 (2004).

213) State Farm, 123 S.Ct. at 1519.

214) 532 U.S. 424 (2001).

215) Id. at 436.

216) See, e.g., Zimmerman v. Direct Fed. Credit Union, 262 F.3d 70, 80-81(1st Cir. 2001).

217) Cooper Indust., Inc. v. Leatherman Tool Group, 532 U.S. 424, 443 (2001); BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 574-75(1996).

218) Cooper Indus., 532 U.S. at 436.

XIII. 결 론

본고의 본문을 통하여 미국의 징벌적 손해배상제도는 실체법적으로 문제될 뿐만 아니라 절차법적으로 문제되는 측면이 많음을 알 수 있다. 실체법적으로는 징벌적 손해배상의 상한 및 주관적 요건 외에 주에 있어 징벌적 손해배상의 이용가능성 및 특정인에 대한 이용가능성 등이 문제된다. 본고에서는 징벌적 손해배상의 상한 및 주관적 요건에 대해서는 서론에서, 주에 있어 징벌적 손해배상의 이용가능성 및 특정인에 대한 이용가능성에 대해서는 본문의 III에서 설명하였다.

본고는 주로 미국의 징벌적 손해배상제도가 가지는 소송법상 문제를 주로 다루고 있다. 본고의 본문에서 이와 관련하여 소장의 기재, 사전적 공표조항 금지, 징벌적 손해배상 언급의 금지, 증거의 제한, 증명도의 상향조정, 평결의 방식 등, 평결 후 재심사 등 다양한 주제를 다루었다. 경우에 따라서 소송법상 문제는 헌법과 연관된 경우도 있다.

본고는 미국의 징벌적 손해배상제도가 가지는 소송법상 문제를 체계적으로 다룸으로써 미국의 징벌적 손해배상제도에 대한 입체적인 모습을 제공하고자 하였다. 다만 연방법에 대한 언급은 지면의 한계상 생략하였다. 이 주제는 추후 연구과제로 남겨둘 필요가 있다.

토 론 문

도입에 대한 문제점과 대책

최 성 호

(동국대학교 겸임교수, 변호사)

우리나라가 징벌적 손해배상제도를 도입할 경우 현재의 손해배상제도가 고의 또는 과실에 근거하여 책임을 묻고 있지만 그 정도가 매우 다양하므로, 법관에 따라 엄청난 금액의 편차가 발생할 수 있기 때문에 당사자들은 소송의 예측가능성을 판단하기가 어렵다는 문제점이 있다. 또한 과도한 징벌적 손해배상으로 인한 기업 활동 위축의 문제가 대두될 것이며, 구체적으로 징벌적 손해배상을 규정할 관련법으로 특별법 제정이냐, 민법 제750조의 개정이나에 대한 의견 등도 제기되고 있는 것이다.

또한 현행 우리 법체계와의 조화성 여부, 그리고 미국의 위헌성 심사에서 논의된 이중처벌, 과잉배상, 적법절차의 문제, 전보적인 일반 손해배상과의 입증책임 구별의 문제 등이 신중하게 검토되어야 할 문제들이다.

1. 현행 법제도와와의 조화성 및 과잉배상의 문제

징벌적 손해배상제도의 도입에 대하여 비판적인 견해는 우리 법은 민·형사 책임 이분론이 명확히 구별된 대륙법체계임에도 불구하고 민사책임에 형벌적 성격인 징벌적 손해배상제도의 도입은 우리의 법체계를 혼화시킨다고 주장한다. 그러므로 이 제도가 도입 실현되기

위해서는 우선 피해자에게 불법행위로 인한 이익을 주어서는 안 된다는 사고의식을 극복해야 한다.

그리고 영미법계에서는 불법행위 악의나 의도의 불확정 개념이라는 어떤 행위를 배심원이 정황에 의해 판단을 하지만, 우리나라에서는 배심원제도가 아니므로 징벌적 손해배상 적용의 한계를 법제화할 필요가 있다. 또한 이 제도가 활성화되어 있는 미국에서도 과도한 징벌적 손해배상액의 부과가 문제가 돼 일부 미연방대법원에서는 일정한 경우 징벌적 손해배상의 부과는 위헌이라고 판결하였다. 그런데 이 제도의 순기능만을 강조하여 도입의 필요성을 강변하고 미국에서도 역기능으로 논란이 많은 만큼 제도 도입에 신중을 기하여야 한다는 주장이 많이 있다.

즉, 형벌인 벌금과 과료와 행정벌인 과태료, 과징금 등은 모두 국고에 귀속되는데, 형벌목적으로 부과되는 전보배상금의 수십 배에 달하는 징벌손해배상금의 모두를 피해자 개인이 가져가는 것이 과연 법정외의 관념에 부합되는지의 문제로서 가해자에게 손해배상 이외의 실제 손해액을 훨씬 능가하는 징벌적 배상을 명하는 경우, 우리나라의 헌법상 과잉금지의 원칙과 적법한 절차에 반하는 위헌의 소기도 있다는 것이다.

2. 형사책임(처벌)과의 조정 문제

징벌적 손해배상이 공법의 기능을 사법 영역으로 끌어온 제도로 민사법이 형사법과 동일한 목적을 달성하는 것은, 일사부재리의 원칙으로 이해되는 이중처벌(Double Jeopardy)의 금지 위반이라는 논란이 있다. 그러나 이중처벌 문제는 형벌의 중복 집행으로 인해 제기되는 것이기 때문에, 전보적인 일반 민사손해배상과 징벌적 손해배상과의 관계라면 별로 문제가 될 것이 없다는 게 미국에서의 지배적인 견해이

다. 그러나 징벌적 손해배상을 형벌의 억제와 징벌이라는 측면을 감안하면, 징벌적 손해배상이 본질적으로 형벌의 기능을 한다고 해석되기 때문에 단순한 문제는 아니라고 본다.

그러나 징벌적 손해배상제도에는 형벌에 있어서 가장 본질적인 속성이라고 할 수 있는 피고에 대한 감금이 인정되지 않으므로 분명히 형벌과는 다르다. 그러므로 일사부재리의 원칙을 근거로 하여 징벌적 손해배상제도의 위헌성을 주장하는 것은 논리의 비약이라 하겠다.

3. 징벌적 손해배상액의 합리적 산정

징벌적 손해배상제도의 가장 핵심이 되는 논쟁은 상당한 불확실성이 존재하는 배상액의 산정일 것이다. 우리나라는 미국과는 달리 직업법관에 의해 재판관을 하므로 법관에 대해 과도한 권한을 부여와 함께 손해배상액수에 대한 예측가능성이 떨어진다.

또한 징벌적 손해배상액의 합리적 산정이 되기 위해서는 징벌적 손해배상이 적용되는 사건에 한하여 가해자에 대한 재산상태의 증명이 제도적으로 허용되어야 한다. 이는 현실적으로 배상액이 가해자 행위의 악성과 가해자의 재산에 비례하여 이루어져야 하며, 보상적 손해배상과의 합리적인 균형도 필요하기 때문이다.

4. 입증상 소송지연의 문제

[토론문 : 미국의 징벌적 손해배상과 관련된 소송법적 쟁점]

박 찬 호
(한국법제연구원 부연구위원)

먼저 국내에 많이 알려져있지 않은 미국의 징벌적 손해배상에 대해 자세하게 정리/발표해 주셔서 감사합니다. 저 역시 징벌적 손해배상 부분에 대한 지식이 매우 짧아서, 교수님의 발표에 대한 코멘트를 한다는 것은 적절하지 않다고 생각합니다. 그래서 제가 알고 있는 징벌적 손해배상에 대한 간략한 내용과 발제문의 내용에 있어서 의문점에 대해 여쭙는 것으로 토론을 갈음하고자 합니다.

징벌적 손해배상은 발제문에도 나와있듯이, 범죄와 불법행위의 구분을 법리적으로 넘나드는 것이라고 생각됩니다. 발제문에는 주법에 대한 내용을 자세히 분석해주시고, 연방법에 대한 분석은 추후 연구과제로 남겨두셨습니다. 제가 알기로는 징벌적 손해배상은 미국의 판례법에서 전개되어온 전형적인 Common Law 부분으로서, 추후 연방법에서는 이 징벌적 손해배상에 대한 판단과 남소 또는 소송의 복잡성, 그리고 Conflict of Laws, 손해배상 금액의 문제 등에 대한 일정한 가이드 라인을 제시하기 위하여 연방법이 일정 역할을 하고 있다고 생각합니다. 이러한 내용은 발제문 서론과 본문에도 나타나 있듯이 법원이 그 해석에 있어서 중요한 역할을 한다는 것과 그 맥을 같이하고 있습니다.

다만, 징벌적 손해배상 제도는 전형적인 미국의 Common Law인 Torts(불법행위법)와 밀접한 관련을 갖고 있고, 이러한 이유가 교수님께

서도 설명하신 소송절차의 분리에서도 나타나고 있다고 생각합니다. 즉, 1차적으로는 전형적인 민사상 손해배상 판단에 맡기고, 그 후 2차적으로 징벌적 손해배상의 판단으로 넘어가는 것 같습니다. 그럼 서론 부분에도 나와 있듯이, 판례와 주법의 판단 기준으로 자리잡고 있는 actual malice와 gross negligence 부분에 의문이 생기는데, 발제문에 따르면 gross negligence가 많은 주에서 책임 요건으로 규정하고 있는 것으로 되어 있습니다. Actual Malice 역시 Common Law인 Torts에 일부 분 언급되고 있긴 하지만, Negligence 부분에 대한 판단이 매우 중요할거라 생각합니다. 제조물 책임 부분 역시 원인관계(causation)부분이 상당히 문제가 될 수 있는데, 단순 손해 배상을 넘어 형벌적 성격을 가미한 징벌적 손해배상 판단에 있어서, 기존의 Common Law 상의 판단기준과 달라지는 것은 없는지, 다시말해서 더 엄격한 판단 기준을 요구한다든지 하는 규정과 판결 내용은 없는지 알고 싶습니다.

두 번째로 제가 여쭙어 보고 싶은 부분은 공공기관 및 회사에 대한 부분입니다.

발제문에 따르면, “주의 전형적인 불법행위관련 청구에 관한 법률은 공공기관에 대한 징벌적 손해배상을 허용하지 않는 것으로 되어 있습니다.” 이 부분에 대해서 약간의 의문이 생기는데, 공공기관의 업무행위에 있어서도 민간 기업과 같은 징벌적 손해배상이 발생할 여지가 많은데 그 대상에서 제외시키는 법리가 궁금합니다. 제가 생각해볼 수 있는 예로는 미국 헌법 해석에 따르면, 납세자(Tax Payer)는 국가의 세출 부분만을 대상으로 하는 소송을 제기할 수 없고, 국가의 세출과 행위가 헌법에 보장되어 있는 기본권과 원칙을 침해한 경우에 그것과 결부된 세출 행위에 대해서 국가는 소송의 대상이 되고 있습니다. 혹시, 공공기관이 징벌적 손해배상의 대상에서 제외되는 법리적 이유가 이와 유사한 것이 있는지 알고 싶습니다.

그리고 법인 또는 회사에 대한 발제문의 내용을 저의 짧은 지식으로 이해하기 힘들어서 보충적으로 여쭙고 싶습니다. 미국에서 회사 관련 징벌적 손해배상은 제조물 책임에서 가장 많은 문제가 되는 것으로 알고 있습니다. 미국의 제조물 책임은 Common Law상의 불법행위 부분과 Torts Restatements에 자세한 규정을 두고 있습니다. 징벌적 손해배상 부분에서 기업 또는 회사가 대상이 되는 부분은 회사 업무 의사 결정기관인 이사회와 임원(Officer)의 행위에 대해 회사가 책임을 지는 것으로 생각됩니다.

미국법상 회사 또는 기업의 법인격은 소송에 있어서 그 대상이 되고, 그 행위능력이 있는 의제적 실체로 판단되고 있습니다. 이러한 법인의 행위는 이사회와 업무집행위원회의 행위에 대해서 회사의 자산으로 책임을 묻는 것인데, 그 구체적인 판단기준은 없는지 궁금합니다. 예를들어, 이사회에 대해서는 주의 의무와 충실의무 기준(ex, 합리성 기준)등으로 책임을 묻고 경영판단원칙(Business Judgement Rule)으로 그 책임을 경감 또는 면제시키고 있습니다. 이 부분은 회사가 이사회에 그 손해배상액에 대한 구상권을 행사할 수 있는지 또는 회사 이익 또는 주주 이익의 침해 부분으로 판단하여 일정한 책임을 물을 수 있는지가 문제될 수 있다고 생각합니다. 즉, 회사가 배상한 손해배상액에 대해서 회사가 업무의사결정 또는 집행 기관에 그 책임을 물을 수 있는지, 그리고 징벌적 손해배상 판단시 기존의 미국 회사법상의 책임관계 판단과 다른 점이 있는지 알고 싶습니다.

감사합니다.

제 3 주제

독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리

발 표 자 : 박동진 교수 (연세대학교)

지정토론 : 전경운 교수 (경희대학교)

이준형 교수 (경희대학교)

독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리

- 손해배상법의 지도원리와 기능을 중심으로 -

박 동 진*
(연세대학교 법과대학 교수)

I. 序 論

손해배상과 관련된 소송이 진행될 때 당사자인 피해자가 가장 관심을 갖는 부분은 얼마의 손해배상금액을 받을 수 있는지에 있다. 물론 손해배상책임의 성립요건이 구비되어야 책임범위를 논할 수 있게 된다는 점에서 책임성립에 대한 연구도 중요한 의미가 있다. 이러한 이유로 손해배상법¹⁾에서 책임성립요건에 대해서는 비교적 자세한 학계의 논의가 있어왔다. 그러나 배상액을 산정하는 문제는 실무에서 다루어야 할 것으로 치부하여 이론적 논리구성에 대해서 소홀히 한 감

* 이 발표문은 줄고, ‘손해배상법의 지도원리와 기능’, 비교사법 제11권 4호(2004.12.) 291면 이하에서 이미 발표한 내용을 기초로 하여 징벌적 손해배상제도와의 연결점을 찾는다는 의미를 갖고 있어, 손해배상법의 지도원리에 대한 대부분은 위 논문의 내용을 전제하기로 한다.

1) 보통 손해법 내지 손해배상법 내지 책임법은 구별되지 않고 혼용되고 있다. 그런데 보통 손해배상법(Schadensersatzrecht)은 피해자에게 발생한 손해를 타인에게 전가시키기 위한 일체의 규범을 의미하며 여기에는 책임법(Haftungsrecht)과 협의의 손해법(Schadensrecht)을 포함한다. 그러므로 책임법과 손해법은 각각 법률요건과 법률효과라는 면을 규율한 것이지만 각각 분리된 목적을 지향하는 것은 아니다. 보통 책임법은 책임성립의 근거를 의미하며 협의의 손해법은 책임총족과 관련이 있는데 손해배상청구권의 내용을 규정하는 규범을 말하며 배상되어야 할 손해를 결정하고 그 방법과 배상의 범위를 결정하는 것을 내용으로 한다. 결국 손해배상법은 사회적 접촉으로부터 그리고 그 안에서 발생하는 물질적, 정신적 침해의 분담(Verteilung)을 위한 법적 구조로 이해할 수 있다. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2. Aufl.(1995), S.98.

이 없지 않다. 손해배상범위를 정할 때 피해자가 자신의 손해를 입증하는 것이 매우 어렵기 때문에 손해를 추정하거나 손해의 입증책임을 완화하는 방법으로 피해자를 구제하려는 시도가 제시되고 있다. 나아가 위자료 액수를 산정할 때 위자료의 보완적 성격을 통해 총배상액을 조정하려는 노력도 지속되어 왔다.

그러나 손해배상액의 산정상의 어려움을 극복하기 위해서는 위와 같은 소극적 입장에서 벗어나 보다 적극적으로 실손해의 배상원칙에서 벗어나 징벌적 손해배상제도를 도입하는 문제에 대해서 적극적으로 검토해야 한다는 견해가 지속적으로 대두되고 있다.

손해배상제도의 지도원리를 정확히 이해할 때에 비로소 구체적인 사건에서 배상되어야 할 손해배상액을 결정할 수 있을 뿐만 아니라 징벌적 손해배상과 같은 새로운 제도를 정책적으로 도입하는 것이 가능한지를 판단할 수 있을 것이다.

결국 손해배상제도의 지도원리를 이해하는 것은 손해배상의 책임설정과 범위확정, 배상액의 산정 등, 일련의 과정에서 가치판단의 기초를 제공해 준다는 점에서 전체구조상 손해배상법의 통일성을 유지하는 것뿐만 아니라 법규범이 실질적으로 자의적이지 않고 구체적 타당성을 실현하는 기본 도구로서의 역할을 훌륭히 수행할 수 있도록 한다.

이하에서는 이러한 점을 고려하여 다음의 두 가지 점을 중심으로 하여 다루고자 한다. 첫째, 손해배상법에서 징벌적 손해배상제도의 도입이 가능한지에 대한 검토를 중점적으로 다룬다. 그러므로 특별법의 영역에서 예외적으로 징벌적 손해배상제도의 도입이 가능한지의 문제를 다루는 것은 차후로 미루도록 한다.²⁾

2) 민법전 이외에 손해배상책임의 발생근거와 책임내용을 별도로 규율하는 특별법(예컨대 환경정책기본법, 원자력손해배상법, 자동차손해배상보장법, 특허법, 의장법, 상표법, 광업법)을 포함하여 통일되고 일관된 목적 내지 그 기능을 찾아내는 것은 불가능하다고 보기도 한다. Hans Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*(1993), S. 150ff.

둘째, 구체적 사안을 전제로 하지 않고 도그마틱한 문제를 중심으로 하여 논의를 진행하고자 한다. 즉 손해배상제도의 지도원리를 구명하여 징벌적 손해배상제도가 손해배상법 체계에 정합성을 갖추고 있는지를 검토한다. 이를 위해서 손해배상법에 대한 이론적 기초를 다른 여러 법역에 영향을 미치고 있는 독일에서의 논의를 중심으로 다루고자 한다.

2002년 독일은 채권법분야를 중심으로 민법전을 대개정한 후에, 다시 민법전을 포함하여 다양한 법률에 규율되어 있는 손해배상법규정을 총괄하여 개정하는 작업을 진행하였다. 그 결과 2002년 8월 1일부터 시행되고 있는 “손해배상법 규정의 개정과 보완을 위한 제2차 법률(Das Zweite Gesetz zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften)”이 완성되었다.³⁾ 이와 같이 손해배상이 언급된 다양한 법률 중에서 손해배상규정을 일괄적으로 개정할 수 있었던 것도 손해배상제도가 당사자의 이해관계를 조절하기 위해 구체적인 개별적 법질서 내에서 수행해야 할 기능과 기본적 지도원리에 대한 이해가 전제되었기에 가능한 것이었음을 밝혀둔다.

II. 損害賠償制度의 指導原理

손해배상제도는 침해된 정의의 실현을 그 이념적 기초로 하며, 이를 실현하기 위한 실천적 지도이념으로 손해의 공평·타당한 분담을 지적할 수 있다. 그리고 손해의 공평·타당한 분담의 원칙은 손해의 원칙적 자기부담(casum sentit dominus)에서 시작하여 손해전보적 기능을 제1원칙으로 하여 강조된다. 그러나 이와 함께 손해의 예방적 기능도

3) 그 구체적인 내용에 대해서는 Heß/Jahnke, Das neue Schadensrecht(2002); Bollweg/Hellmann, Das neue Schadensersatzrecht(2002); Cahn, Einführung in das neue Schadensersatzrecht(2003)를 참조할 것. 이에 의하면 민법전의 손해배상법규정뿐만 아니라 의약품법(Arzneimittelgesetz), 도로교통법(Straßenverkehrsgesetz), 책임법(Haftpflichtgesetz) 등 손해배상이 언급되어 있는 다양한 법률을 전반적으로 수정보완하였다.

손해배상제도가 수행하는 역할이라고 설명한다. 나아가 제재적 기능과 권리추급적 기능도 실제로 나타나고 있다고 본다. 이와 같이 다양한 손해배상의 기능이 구체적으로 어떻게 구현되는지 또 상호간의 관계를 확인하기 위해서는 손해배상제도의 기초이념을 살펴보는 것이 필요하다.

실천적 의미에서 손해배상법의 지도원리인 ‘발생한 損害의 公평·타당한 分담’ 원칙과 ‘구체적 실손해의 전보’적 기능 사이에는 일정한 긴장관계가 형성될 수 있다.

1. 침해된 正義의 회복수단으로서의 損害賠償制度

손해배상제도가 손해야기사건 및 부당한 법익침해결과에 관련된 당사자 간의 이해를 조정하여 침해된 正義의 회복을 지향한다면 발생한 손해를 正義에 맞게 당사자 간에 분배하기 위한 수단으로 손해배상제도가 개입된다. ‘손해의 公평·타당한 分담’을 손해배상제도의 목적으로 이해해도 결국은 정의의 실현수단으로 손해배상법이 작용해야 한다는 것을 설명한 것에 불과하다. 손해배상책임의 성립요건이 구비되었다는 것은 사회적으로 보장된 법익이 침해된 것이라는 평가이며, 그에 따른 손해배상의 내용을 결정하는 것은 침해된 정의를 회복하는 방법으로 이해될 수 있다. 그렇다면 우선 여기서 말하는 正義가 무엇을 의미하는지를 확인해야 한다.⁴⁾ 정의를 파악하기 위해서 다양한 접근 방법이 가능하기 때문에⁵⁾ 객관적으로 파악된 절대적 의미의 정의개념

4) 양창수, “민법 제765조-잇혀진 규정?” 『民法研究』 제5권, 박영사 (1999), 280면에서도 公平(내지는 公正)은 ‘다양한 내용과 함의’를 갖고 있어 그 내용이나 판단기준을 밝혀야 우리 판례에서의 손해의 公평한 分담이 의미를 가질 수 있다고 본다. 다만 그 정의가 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해서는 언급하지 않고 있다. 한편 법적 정의를 경제적 재화의 회소성의 문제를 해결하기 위한 경제적 효율의 관점에서 접근한 방법론에 대해서는, 박세일, “법적 정의와 경제적 효율”, 서울대 『법학』 제39권 1호(1998), 220면 이하 참조.

5) 예컨대 Dieter Grimm(Hrsg.), Einführung in das Recht, 2.Aufl.(1991), S. 95ff.에서는

을 찾기는 쉽지 않다.⁶⁾

그러나 분쟁해결을 위한 재판규범으로서 손해배상법의 성격이 강조되고 또 손해사건이 다양화되고 있는 현실에서, 법관의 개인적 경험을 통해 형성된 정의관념이 판결내용의 정당화의 근거가 되어서는 안 될 것이다. 정의관념의 악용은 정의라는 미명하에 악법실현을 위한 법률조작의 위험 내지 범규범을 떠난 자의적 판단의 정당화를 위한 수단으로 잘못 사용 될 수 있기 때문이다.⁷⁾

여기서는 아리스토텔레스에 의해 구별된 2가지 유형의 정의관념, 즉 矯正的(내지는 平均的) 正義(iustitia commutativa)와 配分的 正義(iustitia distributiva)에 따른 분류방법에 따라 설명하기로 한다. 실손해의 전보, 즉 전보적 작용을 통해 정의를 실현하는 것이 손해배상제도의 주된 목적이라고 이해한다면, 이때에 추구되는 정의는 교정적 정의로 이해해야 한다.⁸⁾

그러나 복지사회국가에서는 ‘본질적으로 같은 것은 같게, 같지 않은 것은 동일한 기준에 의하여 같지 않게 취급하는 것’을 의미하는 배분적 정의가 특별히 강조된다. 자유주의적 경제체제에서 각자의 재화획득의 실질적 가능성이 모든 사람에게 동일한 정도로 보장된 경우에는 교정적 정의개념은 정당성을 얻을 수 있다. 당사자 사이에서의 지배복종관계를 배분적 정의의 정당성획득의 전제로 이해할 때에 손해배상제도는 평등한 사인간의 법률문제를 규율한다는 점에서 가해자와

정의에 관한 분류에 관하여 크게 보편적 정의(iustitia universalis)와 특수한 정의(iustitia particularis)로 분류하며 특수한 정의는 국가의 국민에 대한 관계에서 배분적 정의(austeilende Gerechtigkeit)의 형태로, 국민상호간에는 전보적 정의(ausgleichende Gerechtigkeit)로 나타난다고 파악한다.

6) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Wien 2.Aufl.(1960), S.355ff.에서는 정의에 대한 태도는 주관적 가치판단의 문제라는 가치상대주의(Wertrelativismus)적 입장에서 정의개념은 여러 형태로 존재하며, 다양한 형태로 나타나는 정의개념 중에서 우선되어야 할 것이 합리적이거나 학문적으로 판단될 수 없다고 주장한다.

7) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2.Aufl.(1992), S.236.

8) 김상용, *채권각론*, 법문사(2003), 613면 이하.

피해자 사이에는 지배복종관계가 존재하지 않게 되고, 배분적 정의보다는 교정적 정의가 타당한 것처럼 보인다.⁹⁾ 그러나 당사자의 경제적, 사회적 지위를 고려할 때에는 당사자사이에 실질적인 불평등이 존재할 수 있으며 또한 이러한 불평등이 더욱 보편화되어 있다는 것을 고려하지 않을 수 없다. 그렇다면 손해야기사건으로 인한 당사자 간의 이해가 대립한 때에 단순히 손해야기사건이 발생하지 않았더라면 지금 존재하였을 상태를 단순히 회복하는 것에서 더 나아가 적극적으로 당사자사이의 이해를 ‘조정’한다는 역할도 손해배상제도의 지도원리로 보는 것이 보다 바람직 할 것이다. 가해자와 피해자 모두를 고려하여 보다 합리적으로 취급해야 하며, 사회생활에 있어서 필연적으로 발생하게 되는 손해를 각자에게 공평하게 분담하도록 한다. 손해배상법도 결과의 관점에서 본 손해의 분담이 해석론에서 중요한 기능을 가져야 한다.¹⁰⁾

특히 제한배상주의에서는 손해배상의 범위가 일정한 가치판단에 의해 제한된다는 점도 손해배상법이 배분적 정의를 구현하기 위한 제도라고 이해하는 것을 가능하게 한다. 이러한 사회구조의 변화 및 제한배상주의를 취하는 입법적 결단을 고려해 볼 때 손해배상법의 기본적 지도원리로 배분적 정의가 강조되지 않을 수 없다.¹¹⁾

9) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13.Aufl.(1994), S.606.

10) Schilcher/Ziele, Aufbau und Prinzipien einer Neuordnung des Österreichischen Schadensersatzrechts, European Tort Law-Liber amicorum for Helmut Koziol, (2000), S.264. 더 나아가 손해배상법이 개인의 이익조정만을 목적으로 해석되어서는 안 되며, 사회구성원의 전체이익을 조정하는 배분적 정의까지 고려하여 사회적인 富를 재분배하는 기능까지 담당해야 한다고 보는 견해도 있다. 이은영, “손해배상법과 경제정의”, 『법과 사회』, 통권 제5호(1992), 258면 이하 참조.

11) 동지 이은영, 채권각론, 박영사(2004), 726면; 양삼승, 손해배상범위에 관한 기초적 연구, (서울대 박사학위논문) (1988), 255면; 양창수, “불법행위법의 변천과 가능성”, 『민사판례연구(XV)』(1993), 394면 이하.

2. 損害의 公평 · 타당한 分擔

누군가에게 손해가 발생하였을 때 기본원칙은 ‘스스로 그 손해를 감수해야 함(casum sentit dominus)’에 있다. 예외적으로 발생한 손해를 타인에게 전가시킬 수 있고 또 전가하는 것이 정의관념에 적합한 경우에만 손해에 대한 배상책임문제가 발생한다. 그리고 발생한 손해를 타인에게 전가하는 경우에도 불가치적인 관점에서 발생한 전손해를 타인에게 전가하는 것이 아니라 당사자 간에 공평하게 분담되도록 하는 것이 바람직하다.

그러나 적어도 완전배상주의를 취하는 독일 민법 제249조 제1항을 전제로 할 때¹²⁾ 적어도 현행법의 해석론에 있어서는 손해의 공평한 분담보다는 발생한 손해의 전보가 가장 중요하고 최고의 손해배상법의 지도원리가 되어야 한다. 손해의 공평한 분담이라는 목표는 단지 발생한 손해의 전보라는 목적을 달성하는 과정에서의 문제점을 수정하는 보완적 기능만을 담당하게 된다. 그러므로 독일법에서는 손해의 전보가 손해배상법의 중요한 목적으로 이해되는 것은 입법적 결단의 결과로서 당연한 귀결로 이해된다.¹³⁾ 손해배상제도의 이념적 기초로서의 정의관념도 배분적 정의보다는 교정적 정의를 전제로 하지 않을 수 없는 것이다.¹⁴⁾

12) 이 경우에도 발생한 전손해를 배상해 주는 것은 아니며 법적으로 인과관계 있는 범위내의 전손해를 배상해 준다는 의미에서 그 외관은 완전배상주의를 유지하고는 있으나 내용적으로는 결국 제한배상주의를 취하는 입법례와 배상범위를 결정하는 데에는 아무런 차이가 없다고 할 것이다.

13) 그러나 이미 완전배상주의는 불변의 손해배상법의 원칙이 될 수 없다는 비판이 있다. Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd I Allgemeiner Teil teilband 2, 8.Auf.(2000), §30 I S. 167.

14) 그러나 손해배상의 범위를 제한적으로 인정하고 있는 입법례에서는 발생한 모든 손해를 전보해야 하는 것에서 출발해야 하는 것은 아니다. 손해야기사건으로 발생한 불이익이 타인에게 전가될 수 있는지의 문제는 별론으로 하고 모든 손해가 아닌 일정한 손해가 회복되어야 하는데 이렇게 이해된 손해의 회복은 교정적 정의에

(1) 有責主義와 損害의 公平한 分擔

손해는 스스로 감수해야 함이 원칙이고 타인에게 발생한 손해를 전가하기 위해서는 별도의 책임성립요건이 요구되는데, 우리 민법에서 손해배상책임을 인정하기 위해서는 원칙적으로 고의·과실을 전제로 하는 有責主義를 입법적으로 결정했다.¹⁵⁾

오늘날 유책주의의 의미는 책임성립의 근거보다는 반대로 책임발생사유의 확대를 제한하는 기능, 즉 責任制限的 기능이 우선하는 것으로 이해된다.¹⁶⁾ 개인적 비난가능성을 전적으로 유지하는 유책주의는 교정적 정의실현을 위한 손해전보를 손해배상제도의 핵심목표로 보는 중요한 근거가 될 것이다.¹⁷⁾ 왜냐하면 손해배상책임을 이해당사자 사이에서 ‘불법’의 교정을 위한 것일 뿐이며 ‘불행’의 전가를 목적으로 하는 것이 아님을 이유로 한다.¹⁸⁾

입각하여 발생한 전손해의 전보를 의미하는 것은 아니어야 한다. 우리 민법은 손해의 공평·타당한 분담을 위해 최선의 방법으로 책임발생원인으로 유책주의를 원칙으로 채택하였고(제390조, 제750조) 책임의 범위는 제한적으로 인정하는(제393조) 결단을 내렸다. 실정법상으로도 우리 민법은 이미 제393조에 의해 전손해의 회복을 의미하는 손해전보의 원칙을 손해배상제도의 지도원리로 할 수 없다. 그러므로 우리 민법상 손해배상제도를 이해하는 출발점은 당사자 간에 이미 발생한 손해를 가장 바람직하게 분담하는 방법을 찾아내는 것이어야 하며 이에 대해서 독일민법에서와 같은 실정법상의 제한으로부터 자유로울 수 있는 것이다.

15) 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 규정한 민법 제390조에서도 고의·과실이 요구되며, 불법행위책임을 규율한 민법 제750조에서도 역시 고의와 과실은 책임성립요건으로 구성되어 있다.

16) Larenz/Canaris, Schuldrecht II 2, S.352.

17) 동지 Lange/Schiemann, Schadensersatz, 2.Aufl.(2003), S.10ff.; 김중환/김학동, 채권총론, 박영사(1998), 124면.

18) Larenz/Canaris, Schuldrecht II 2, S.354. 이에 대해서 위험책임도 불행으로 인한 손해배상의 책임이 아니라 불법책임을 의미하며 불법행위책임과 다른 점은 불법행위(Verhaltensunrecht)에 대한 책임이 아니라 불법상태(Zustandsunrecht)에 의한 손해배상책임이라는 점에서 다를 뿐이라는 반론이 있다. Bälz, Ersatz oder Ausgleich?, JZ 1992, 63 참조. 이러한 견해는 유책주의와 위험책임주의는 이미 귀책사유의 다양한 근거중의 하나라는 공통적 요소를 갖고 있음을 시사한다.

그러나 민법상 유책주의도 그 의미내용이 형법과는 다르게 변화되고 있다. 민사불법행위에서는 과실유무를 판단할 때, 행위자에 대한 개인적 비난가능성을 기준으로 하는 형사책임과는 달리, 평균인을 기준으로 하는 객관적 과실척도에 의해 과실유무가 판단된다는 점에서, 고유한 의미의 유책주의는 적어도 과실불법행위에서는 상당한 부분이 수정되었다. 과실척도의 객관화는 불가치적으로 손해분담주체를 정하려는 입장에서 일정한 정도에서 이미 危險歸屬적 요소를 고려하여 손해가 발생한 경우 공평·타당한 손해의 분담을 추구하고 있음을 보여주고 있다.¹⁹⁾

손해배상책임과 관련하여 오늘날의 유책주의는 이미 손해의 회복을 위한 기준으로 기능하지만 유책성, 특히 과실유무를 판단할 때 행위자가 아닌 평균인을 기초로 한다는 점에서 이미 손해의 공평한 분담이 고려된다. 이러한 의미에서 유책주의의 의미는 손해분담을 위해 제시된 다양한 기준의 하나로 이해해야 할 것이다.

유책주의가 배타적인 의미에서 손해배상 책임성립의 원칙적 근거이어야 하는가에 대해서는 이론이 제기되고 있다.²⁰⁾ 현대사회에서는 기술의 진보와 인구의 증가 등 거래의 증대로 인하여 손해발생의 가능성이 그 이전과는 달리 현저하게 커졌기 때문에 고의나 과실이 없어도 발생한 손해에 대해서 가해자가 책임을 부담하는 것이 正義觀念²¹⁾에 더 적합한 생활영역이 확대되고 있다. 예컨대 제조물책임, 근로자에 대한 책임, 환경오염책임, 교통사고책임 등의 경우에는 법정책적으로

19) 동지, 이은영, 앞의 책(주11), 725면.

20) 특히 위험책임을 입법적으로 민법전에 도입하여 위험원으로부터 발생하는 손해를 사전적으로 대비하게 하는 것이 바람직하다는 견해가 있다. 비록 2004년도 민법개정안에서는 채택되지는 않았으나 일반규정화된 위험책임규정의 試案이 제시되기도 하였다. 민사법학회 민법개정안연구소위원회(김형배 집필부분), “불법행위법 개정안 의견서”, 『민사법학』 제15호(1997), 173면 이하 참조.

21) 위험책임을 결국 배분적 정의(verteilende Gerechtigkeit)의 실현을 위한 수단으로 이해된다. Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung(1941), S.69ff. Larenz/양창수역, 정당한 법의 원리, 박영사, 106면 참조.

로 위험책임주의가 오히려 바람직하다고 주장되고 있다.²²⁾

개인적으로 비난받아야 할 행위로 인한 손해는 바로 그 자가 배상해야 한다는 점에서 유책주의는 교정적 정의에서 출발하지만 과실유무의 판단은 행위자의 주관적 능력이 아니라 평균인에게 요구되는 주의의무를 위반하였는지에 따라 판단되기 때문에 이미 유책주의에서도 상당부분 배분적 정의의 요소가 더해졌다고 생각한다.²³⁾

(2) 損害賠償範圍決定에서의 損害分擔

우리 민법은 발생한 손해를 전부 배상하는 것이 아니라 일정한 범위로 제한하고 있다. 배상범위의 문제는 독일민법에서와 같이 전부와 전무사이의 선택의 문제가 되어서는 안 된다. 오히려 당사자간의 이해를 조정할 수 있는 결과가 더욱 바람직할 것이다. 이러한 점에 있어서 우리 민법은 손해야기사건에 의해 발생한 다양한 손해를 전부 배상시키는 것이 아니라 적절한 범위로 제한하는 입법주의를 선택하고 있다. 완전배상주의를 취하는 독일민법의 경우 - 법적인 인과관계가 인정되는 전손해를 배상한다는 점에서 실질적으로 배상범위를 제한하고 있지만 형식적으로는 여전히 완전배상주의를 고수하고 있다 - 손해전보가 우선적인 목적이 되며 손해의 공평·타당한 분담은 부차적으로 보완적 기능을 수행하는 것으로 보아야 한다. 다만 경미한 과실로 인하여 발생한 손해가 매우 큰 경우 실제로 그 손해의 전부를 배상해

22) 다만 이러한 위험책임주의가 유책주의의 예외가 아니라 병존하는 독립된 책임체계로 인정될 수 있는지에 대한 논란은 위험책임을 인정하는 특별법이 없는 생활영역에서도 손해의 공평·타당한 분담이 필요한 영역이라면 위험책임주의에 의할 것인지에 대한 찬반으로 나타나고 있다. 위험책임주의의 일반화에 찬동하는 대표적 견해로는 김형배, 危險責任論, 민법학의 회고와 전망, 민법전 시행 30주년 기념논문집(1993), 792면 참조.

23) 이러한 의미에서 불법행위로 인한 손해배상법은 배분적 정의에 의한 손해분담적 기능을 담당하는 것이라고 해석한다. Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S.42

야 한다면 채무자의 생존자체가 위협받게 되어 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위배될 소지가 있다.²⁴⁾ 이를 위해 과실상계의 법리를 확대 적용하기도 한다. 즉 과실상계규정은 이미 피해자의 과실의 의미를 넘어서 손해의 공평·타당한 분담을 실현하는 중요한 도구로 그 의미가 확대되고 있다는 점에서 과실상계는 손해의 발생, 인과관계와 함께 제3의 “필수적인 요소”로까지 이해되기도 한다.²⁵⁾ 과실상계는 이미 전 손해의 전보를 전제로 하여 발생하는 문제점을 극복하기 위한 소극적 방법에서 벗어나 당사자 간의 손해의 공평한 분담을 실현하는 적극적 기능을 담당해야 한다는 손해배상법의 지도원리가 개입한 것으로 볼 수 있다.²⁶⁾

Ⅲ. 損害賠償制度의 機能

1. 損害의 填補的 機能

(1) 損害填補的 機能의 意味

손해전보란 손해야기사건이 없었다면 존재하였을 바로 그 상태의 회복, 내지는 가해자에 의한 배상의무를 야기하는 손해사건이 없었다면 현재 존재하였을 상태로 정확히 그 만큼만 회복하기 위해 피해자에게 부담하는 배상을 의미한다.²⁷⁾

24) Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensrecht, JZ 1987, 993.

25) Magnus, Elemente eines europäischen Deliktsrecht, ZEuP 1998, S. 611f.

26) 그러나 우리 민법은 제한배상주의를 택함으로써 이미 배상범위 결정에 있어서도 손해의 공평한 분담을 지도원리로 인정한 것으로 해석해야 한다. 이은영, 채권총론, 박영사(1999), 270면; 민법주해 IX(지원림 집필), 제393조, 450면에서는 손해배상법의 1차적 원칙은 손해의 전보로 보면서, 다시 책임법의 으뜸원리로는 손해를 정의에 맞게 ‘분배’하는 것에서 찾고 있는데, 여기서는 손해의 전보와 손해의 분배 중 무엇을 우선해야 하는 것인지 명확하지 않다.

27) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14.Aufl. (1987), S.424.

이러한 전보적 기능의 강조는 발생한 손해를 총량적으로만 파악하게 되어 당사자의 경제적 지위, 사회적 이익이나 공동체이익을 고려할 수 있는 가치형량의 가능성을 축소하게 되어 손해배상법은 탈이데올로기화 된다.²⁸⁾

손해의 배상은 이미 손해를 피해자가 스스로 감수하는 것이 아니라 그 재산적·비재산적 불이익이 타인에 의해 회복되어야 한다는 기본 원칙에서 출발한다.²⁹⁾ 그러나 이는 발생한 손해를 타인에게 귀속시키는 귀책근거가 존재할 때 비로소 손해를 타인에게 부담시키는 것이 타당하다는 것을 의미할 뿐이다. 발생한 손해의 ‘전부’를 타인에게 부담시키도록 하는 것이 바람직한가의 여부는 별도의 검토가 필요하다. 손해배상책임을 타인에게 부담시키는 것은 그 타인이 재산이 많거나, 보험에 가입되어 있거나 하여 손해를 보다 더 잘 부담할 수 있음이 전제되었기 때문이라고 한다.³⁰⁾

그렇다면 손해전보는 손해의 공평·타당한 분담이라는 목적을 달성하기 위해 중요한 방법적 의미의 기능을 담당하는 것으로 이해할 수 있다. 손해의 공평분담을 위해 손해배상법은 당사자사이의 몰가치적 이익조정뿐만 아니라 공동체의 관점에서 이를 조정하여 사회적인 이익의 고려, 위험의 재분배, 생존배려 등의 정책적 기능을 적극적으로 수행해야 함을 인정할 수 있다.³¹⁾

28) Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd I, Allgemeiner Teil teilband 2, §30 II 3, S.160f.; Lange/Hagen, Wandlungen des Schadensersatzrechts(1987), S.49f.

29) 이은영, 앞의 책(주26), 270면; 김중환/김학동, 앞의 책(주17), 124면; Münch-Komm-Grünsky, vor §249 Rn.2; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht 2.Aufl.(1995), Rn.17; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht(1967), S.93. Lange/Schiemann, Schadensersatz, S.10; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT §30 II 3, S. 172ff. 더 나아가 전보적 기능이 손해배상제도의 유일한 목적으로 보기도 한다. 이러한 견해에 대해서는 Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981, S.185참조.

30) Kötz, Ziele des Haftungsrechts, Festschrift für Steindorf (1990) S. 659

31) 이은영, 앞의 책(주26), 271면.

(2) 損害填補的 機能의 根據

손해배상의 범위결정과 관련하여 완전배상주의를 취하고 있을 때에는 전보적 기능을 가해행위전의 상태로 회복시키는 것으로 이해하는 것이 자연스럽다.³²⁾ 독일민법의 경우 손해배상책임의 근거가 인정된 경우에는 배상의무를 야기하는 사건이 없었다면 존재했을 상태의 회복을 명하는 BGB 제249조 제1항이 그 실정법적 근거가 된다.³³⁾³⁴⁾ 독일민법에서도 손해와 손해야기사건의 인과관계를 상당성에 의해 판단함으로써 실질적으로는 배상범위를 제한하기는 하지만 여전히 완전배상주의를 원칙으로 취하고 있다.³⁵⁾ 이와 같이 손해배상범위를 결정하는 입법주의에서 완전배상주의를 취하는 경우에는 손해전보가 손해배상제도의 최종목적이 될 수 있다.

책임성립요건과 관련하여 유책주의가 손해의 전보적 기능을 정당화해주는 것으로 이해되기도 한다. 즉 잠재적 가해자는 비난받을 행위에 의해 손해를 야기했으므로 그 손해는 전부 타인으로부터 전보되어야 한다고 설명되기도 한다. 형사책임과는 달리 민사책임으로서의 손해배상책임은 손해야기자의 행위에 따라 책임의 내용이 달라지는 것이 아니라, 피해자에게 발생한 손해의 관점에서 발생한 불이익을 보전함에 그 중점이 있다. 손해에 대한 귀책근거로서의 유책주의와 위험책임주의는 발생한 불이익을 모두 타인에게 전가할 수 있는 근거를 제시해 주고 있다. 전손해의 배상을 지향하는 전보적 기능은 반드시 유책주의의 전유물은 아닌 것이다.³⁶⁾ 피해자의 법익유지가 중요하다

32) Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 9; Bamberger/Roth, BGB Kommentar(2003) Bd I, Vor §249 Rn. 2.

33) 독일 민법 제249조 제1항 “손해배상의무를 부담하는 자는 배상의무를 야기하는 사정이 없었다면 존재했을 상태를 만들어야 한다”고 규정되어 있다.

34) Staudinger Kommentar-Schiemann, 13. Aufl.(1998), Vorbem zu §§249 Rn. 3 참조.

35) Medicus, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 15.Aufl.(2004), Rn. 585.

36) 이러한 점에서 전보적 기능은 유책과 위험책임을 구별하지 않고 일반원칙으로 이해

고 해도 그 전손해는 타인의 부담으로 회복되는 것이기 때문에 이를 정당화시키는 근거가 항상 있어야 하는데, 누군가가 손해를 입었다는 것만으로는 충분하지 않다. 그 타인이 배상의무자가 되기 위해서는 그 손해발생에 대하여 법적 책임이 인정되어야 가능하며, 그 때에 비로소 손해가 전가되어야 한다. 유책주의는 비난가능한 행위결과에 대한 효과라는 의미에서 손해야기자에게 손해배상책임을 인정한다. 이러한 점에서 민사책임의 기본원칙으로 이해되는 유책주의는 우선 불법의 교정만을 위한 것이며 불행의 전가는 고려되지 않으며, 또한 이것이 정의관념에 가장 부합하는 것으로 이해된다. 이 때 표현되는 정의는 배분적 정의가 아니라, 평균적 정의 내지는 교정적 정의에 기여하는 것으로 이해된다.³⁷⁾

손해전보의 기능을 강조하게 되면 원칙적으로 당사자의 구체적 사정이나, 사회경제적인 형평성의 완성 등을 고려하지 않고 손해야기사건이 없었을 때의 법익상태를 복구해야 한다고 할 수 있지만, 그 손해배상책임의 성립여부와 범위결정에서도 이미 일정한 가치판단이 기능하고 있다.

예컨대 과실을 판단할 때 더 많은 사회적 위험을 내포하는 행위를 하는 자, 또는 인적 손해 등 손해의 유형에 따라 개연성이 높은 위험원을 지배하는 자에게는 보다 높은 주의의무를 부과함으로써 책임인정의 경우를 확대할 수 있다.³⁸⁾

나아가 유책주의가 이러한 손해의 보정적 기능을 담보하기 위한 필수적인 전제조건인지에 대해서는 입법정책적인 관점에서는 이의가 있다. 이는 곧 유책주의 이외에도 소위 위험책임이 손해의 보정을 위한 바람직한 또 하나의 방법이 될 수 있는지와 관련이 있다. 위험책임을 인정하는 명문의 규정이 있는 법영역³⁹⁾에서 손해배상책임의 인정근거

하기도 한다. Koziol-Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts I, 9.Aufl.(1992), S.436 참조.

37) 김상용, 채권총론, 194면; 김증한/김학동, 앞의 책(주17), 124면.

38) Kötz, Ziele des Haftungsrechts, Festschrift für Steindorf(1990), S.661.

39) 환경정책기본법 제31조, 원자력손해배상법 제3조, 자동차손해배상보장법 제3조 등.

는 귀책사유의 유무와 관계없이 이러한 위험원을 운영하는 자가 타인의 불이익에 대한 손해배상책임을 부담하는 것이 지배적인 정의관념 내지 형평관념에 부합하는 것으로 설명된다. 여기서의 지배적인 정의관념 내지 형평관념이 무엇인지 명기하고 있지는 않지만 교정적 정의보다는 배분적 정의를 말하는 것으로 이해된다.

결국 민사책임의 기본원칙으로 유책주의와 위험책임주의 가운데 무엇을 선택할지의 문제는 입법적 결단의 문제이다. 어느 한 쪽은 정의의 요구에 부합하고 다른 한 쪽은 그렇지 않다고 하는 정당성 판단의 대상이 아닌 것이다. 현행 민사책임에 대하여 위험책임을 인정하는 일반규정이 없는 경우에도 그 적용범위를 넓히려는 견해도 대두되고 있다. 이는 자유주의적 세계관을 기초로 분쟁해결의 방향을 개인과 개인간의 법률문제의 해결을 전제로 한 민법상 불법행위법의 기본구조는, 특히 사회구조의 다원화 현상과, 과학기술의 발달로 개인간의 법률관계를 정당하게 조정하는 기본법으로서 작용하는 기능의 한 축을 이미 상실한 것으로 파악함을 기초로 하고 있다.⁴⁰⁾ 이러한 견해에 의하면 위험책임은 유책주의의 예외로서, 특별법에 의해 인정된 분야뿐만 아니라 책임법에서도 유책주의와 동일한 정도의 비중을 갖고 다루어야 할 문제로 판단한다. 즉 책임법에서 일의적인 유책성원칙의 고수는 손해의 공평·타당한 분담이라는 목적을 위해 더 이상 바른 기능을 하지 못할 뿐만 아니라, 손해보정의 필요성은 이미 정의의 요청에서 나오는 결과를 말하는 것이지 이를 유책주의의 전유물로 파악하는 것은 옳지 못하다.

요컨대 유책주의를 취할 것인가 위험책임주의를 취할 것인가는 발생한 손해를 손해야기자에게 전보시킬 것인지의 귀책사유를 어떻게 정할 것인가의 문제이다. 즉 위험책임과 유책주의는 발생한 손해에 대한 책임을 타인에게 전가하기 위하여 제시될 수 있는 다양한 귀책

40) 자세한 내용과 정의개념의 변천에 대해서는 S. Meder, Schuld, Zufall, Risiko (1993), S.208ff.참조

사유 중의 하나에 불과한 것이다. 그렇다면 유책주의가 전보적 손해를 지향하는 것이며, 위험책임주의가 이와 대립되는 내용으로 손해의 공평·타당한 분담을 지향한다고 보는 것⁴¹⁾은 바람직하지 않다.

(3) 損害賠償法의 주된 기능으로서 이해된 填補的 機能에 대한 批判

손해전보를 손해배상법의 지도원리로 이해하는 경우에는 최종적으로 손해의 공평한 분담은 보완적 원리로 작용하게 되지만, 손해의 공평한 분담을 손해배상제도의 최고목적으로 보면 오히려 손해의 전보는 손해의 공평한 분담을 위한 수단으로 이해될 수 있을 것이다. 손해전보적 기능을 손해배상법의 지도원리로 파악하는 것은 바람직하지 않다는 비판이 있다.

우선 전손해배상을 내용으로 하는 손해전보의 원칙이 타당하다는 가치판단의 근거를 적극적으로 제시하지 못한다는 것이다. 손해배상법에서 전보기능이 주된 목적이어야 한다는 근거로 손해배상법의 다른 기능들이 - 예컨대 제재적 기능, 예방적 기능, 만족적 기능, 권리계속적 기능 등 - 손해배상법의 보편적 목적으로 타당하지 않기 때문이라는 것⁴²⁾은 이미 전보적 기능의 의미가 내용적으로는 공허한 것임을 의미한다.⁴³⁾ 피해자의 법익보호가 중요하지만 피해자의 모든 법익이 배상 의무자의 부담으로 완전히 만족되는 것을 정당화시키는 것이 항상 바른 것은 아니다. 당사자 사이에서 손해의 공평분담의 지도원리에 입각하여 가능한 범위내에서는 피해자에게 발생한 전손해를 배상해야 함은 지지되지만 실천적 기능의 의미한도에서 다루어져야 한다.

그리고 모든 손해배상제도의 주된 목적으로 전보적 기능이 작용할 수 없다는 것이다. 이미 손해배상제도 자체에는 전보적 기능과 함께 제

41) 예컨대 김증한/김학동, 앞의 책(주17), 124면.

42) 대표적으로는 Larenz, Schuldrecht I, S.421ff; Lange, Schadensersatz, S.10ff.

43) Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts(1981), S.185ff.; Meder, Schadensersatz als Enttäuschungsverarbeitung(1988), S.130.

재적 기능 및 이를 통한 손해발생의 예방적 작용이 현실적으로 작동하고 있음을 인정해야 하는 경우가 많다. 최근의 독일판례에서 손해배상책임의 성립을 인정하고 그 범위를 결정할 때에 보정의 원칙을 초과하는 형량을 하고 있다는 수많은 사례가 있다.⁴⁴⁾ 예컨대 인격권 침해시에 사적 제재에 해당되는 개인적 만족(위무)을 위한 급부가 인정되는 판결이 지속적으로 나오고 있다는 점은 주목할 만하다.⁴⁵⁾ 보다 근본적으로 손해배상책임을 인정하는 것은 이미 가해자에 대한 제재적 성격을 포함하고 있다. 즉 본질적으로 손해배상은 이미 불법 그 자체에 대한 제재로서의 성격을 갖고 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 구체적으로 볼 때 제재적 기능이 손해배상제도에서 완벽하게 실현되기 위해서는 유책성의 정도에 따라, 즉 고의에 의한 것인지 과실에 의한 것인지에 따라 배상책임 정도를 달리 해야 할 것이다. 우리 민법이 귀책사유로서 양자에 따른 구별을 하지 않고 있다는 점에서 손해배상법에서 제재적 기능이 전면적으로 포기되었다고 할 수는 없다. 이미 위자료의 경우에는 위법행위의 동기가 손해배상액의 산정시에 실질적으로 고려되고 있다.⁴⁷⁾

또한 손해배상의 기능이 이미 발생한 손해의 전보에만 한정되어서는 안된다는 것이다. 손해배상의 목적을 고려할 때에는 발생한 손해를 전제로 하여 이를 공평하게 분담하는 것을 지향해야 하지만, 손해배상제도는 더 나아가 원천적으로 손해야기사건을 억제하는 기능도 수행할 수 있다. 이러한 기능이 더욱 바람직한 범영역으로 확대되고 있다는 점도 고려되어야 한다. 이에 따른 새로운 법발전은 손해배상법의 배상목적을 유일한 기준으로 파악하는 구조에 의문을 가짐으로

44) Magnus, Schaden und Ersatz(1987), S.195ff.에 비교법적 관점의 연구가 있다. 예방적 사고에 대해서는 독일의 판례는 결과적으로 볼 때 학설이 인정하는 것보다 훨씬 개방적이다. Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, S.193ff.; Hans Stoll, Haftungsfolgen, S.149 Fn.16.

45) BGH NJW 1996. 2870.

46) Larenz, Schuldrecht I, S.423.

47) 大判 1957.2.9 4289민상676; 大判 1971.7.27 71다1158; 大判 1998.2.10 95다39533 참조.

써 시작한다. 예컨대 환경오염, 제조물책임 등 집단적 손해의 가능성이 큰 경우에는 이러한 정책적 기능이 강조되어야 한다.⁴⁸⁾ 손해법을 형성하는 중요한 동기가 다양하기 때문에 서로 다른 이상이 충돌할 수도 있는데, 이 때 우선되는 기능은 형식적 추론의 산물이 아니라 전체적으로 유지되어야 하는 衡平性이어야 한다. 이와 같은 손해법의 유연성은 손해결과에 대한 가치판단을 강조하며 법관의 법형성이 다른 법영역에서보다 훨씬 중요해진다는 것을 감수해야 한다. 손해배상법의 적용을 위한 법률해석에서도 상당부분 정책적인 판단이 전면으로 나오게 됨을 부정할 수 없다.

마지막 비판은 손해배상책임을 귀속시킨다는 것이 피해자에게 발생한 모든 손해를 배상하는 것으로 이어지는 것은 아니라는 점이다. 손해전보의 의미는 피해자에게 손해야기사건이 발생하기 전의 상태를 회복하는 것을 의미하기 때문에 책임의 내용을 어떻게 결정할 것인가의 문제는 책임을 귀속시킨다는 점에서 바로 추론될 수 있는 것은 아닌 것이다.

2. 損害豫防的(損害抑止的) 機能

손해예방적 기능 내지 손해억지적 기능은 사전에 손해발생을 방지하는 기능을 의미한다. 특별한 위험야기상황에서 합리적인 사람의 행동과 다르게 행동하지 못하도록 통제함을 지향한다.⁴⁹⁾ 과실책임이든 위험책임의 경우이든 배상해야 할 손해를 예상할 수 있다는 점에서

48) 집단적 손해(Massenschäden)란 법률적 개념은 아니라서 어느 곳에서도 정의되어 있지는 않지만, 보통 다수당사자의 법익과 권리가 관계된 손해야기사건을 의미한다고 본다. 그리고 책임법은 개인적 관계를 전제로 하여 규율된 것으로 집단적 손해의 문제를 해결하는 데에도 동일한 원칙에 의해서 해결하는 것이 필요한지에 대한 논의에 대해서 자세히는 v. Bar, *Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahme zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?*, Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag, 1998 참조.

49) Kötz, *Ziele des Haftungsrechts*, Festschrift für Steindorf(1990), S.645. 더 나아가 Kötz는 예방적 기능을 손해배상의 독자적 기능으로 강조하여 전체사회의 복지를 위해서 불필요한 손해야기 사건이 방지되어야 한다는 점을 강조한다. 자세히는 아래 III. 2. (2) 참조.

손해배상법은 이미 ‘교육적이고 경고적인 작용’을 예상하고 있다.⁵⁰⁾ 징벌적 손해배상도 이러한 의미에서 손해예방적 기능을 수행하고 있다고 볼 수 있다. 다만 이는 규범의 수명자가 손해를 회피할 수 있는 행태를 결정할 수 있는 가능성이 있을 때에 비로소 작용할 수 있다. 과실책임뿐만 아니라 위험책임의 경우에도 손해예방을 위해 부과된 의무에 따른 예방조치를 하여 손해발생의 위험을 감소시켜야 손해배상책임에서 벗어날 수 있다는 점에서 이미 예방적 기능을 수행한다.

그렇다면 손해배상법이 기본적으로 개인의 법익을 보호하기 위한 수단으로 이해되어 현실적으로 손해가 발생한 경우 사후적으로 당사자간의 이해를 조정하는 기능만을 행하는 것이 아니라, 손해가 발생하지 않도록 당사자의 행동을 억제하는 기능도 있다. 손해배상제도를 운영할 때 이러한 손해억지적 기능을 충분히 고려하는 것이 사회정책적으로도 타당할 것이다.

다만 이러한 손해예방적 기능이 손해배상법에 어떻게 수용될 수 있는지에 대해서는 전보적 기능이 손해배상법의 주된 내용이지만, 이를 통해서 일정한 정도에서는 손해예방적 기능도 수행한다고 보는 견해와 독자적으로 손해예방적 기능은 전보적 기능과 동등한 지위를 차지해야 한다거나 나아가 전보적 기능에 우선하여 수행되어야 할 손해배상법의 목적으로 이해되기도 한다.

(1) 附隨的 機能으로서의 損害豫防

손해전보적 기능이 손해배상법의 핵심적 내용으로 이해하는 견해에서도 손해예방적 효과가 현실적으로 기능하고 있음을 인정하고 있다.⁵¹⁾

50) Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182(1982), S.111; Kötz, Ziele des Haftungsrechts, Festschrift für Steindorf(1990) S.644f; Larenz, Schuldrecht I, S.423.

51) 독일민법에서 이러한 견해를 취하는 문헌에 대해서는 MünchKomm -Mertens vor §823, 3.Aufl.(1997), Rn.44 참조.

다만 예방적 기능은 손해의 전보목적을 수행하는 과정에서 많은 경우에 손해배상의무가 가져오는 바람직한 부산물로 이해한다. 즉 예방적 기능 그 자체만을 위해 손해배상여부를 결정할 수 없고 단지 손해배상을 정당화하는 목적과 함께 손해를 평가하는 하나의 지침으로 이해한다. 이와는 달리 예방적 기능은 손해배상의무자의 사실상의 부수적 작용이 아니라, 손해배상제도의 2차적 기능으로서 법적으로 ‘의도된 부수적 작용’임을 강조하기도 한다.⁵²⁾ 특히 정신적 손해의 배상으로서 위자료를 청구할 때 그 금액의 산정시에 그 고통의 정도에 의해 배상액으로서의 위자료가 산정될 수 있다면 그것은 이미 전보적 기능을 넘어선 것으로 보아야 할 것이다. 위자료의 액수를 산정할 때 정신적 고통의 정도를 고려하는 것 이외에도 가해행위자에 대한 제재적 작용을 함으로써 손해예방에 기여하는 것으로 이해할 수 있다.⁵³⁾ 한편 독일판례에서도 일반적 인격권의 침해로 인한 손해배상사건에서 고액의 손해배상을 인정하면서 배상액산정시에 피해자의 만족뿐만 아니라 예방적 기능을 인정하였다.⁵⁴⁾

(2) 손해배상제도의 獨自的 機能으로서의 損害豫防

직접적 이해당사자사이의 이익조절도 중요하지만 사회적 위험을 어떻게 분담시키는 것이 타당한지에 대한 고려가 우선해야 한다고 보

52) Hans Stoll, *Haftungsfolgen*, Rn.131; Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens*, S.109.

53) 대판 1980.11.11 80다1924에서 정신적 고통에 따른 위자료액수 산정시에 공평의 원칙에 입각하여 일체의 사정을 고려할 수 있다고 하면서 상해후유증상의 재산상 손해의 청구를 포기했다는 사실을 참작하였다.

54) BGH NJW 1996, 2870. 소위 ‘Caroline von Monaco’사건에서 처음으로 명시적으로 손해배상의 예방적 효과를 인정하였다. 이 사건에서 모나코의 캐롤라인 공주가 독일의 한 잡지에서 사실과 다른 보도를 함으로써 인격권이 침해되었다는 점이 인정되어 정정보도를 하게 함과 동시에 거액의 손해배상이 청구되었다. 이 판결에서 BGH는 피해자의 만족뿐만 아니라 예방적 차원에서 손해배상액을 고액으로 인정하였다. 인격권침해로 인한 손해배상의 예방적 기능에 긍정적인 평석으로 *Rosengarten*, NJW 1996, 1935; 부정적인 평석으로는 *Peifer*, JR 1996, 419 참조.

면, 예방적 기능이 전보적 기능보다 우선되어야 할 손해배상법의 목적으로 이해하게 된다.⁵⁵⁾ 특히 제한된 재화로 인간에게 줄 수 있는 만족을 극대화하려는 목표를 지향하는 법경제학적 관점에서는 예방적 기능이 더욱 강조되어 손해배상법의 전 영역에서 일반적으로 적용될 수 있는 주된 목적으로 이해된다.⁵⁶⁾ 손해의 발생은 이미 재화의 절대적 감소를 의미하는 것이며 그 분담방법을 어떻게 정하는지와 관계없이 만족의 총량은 감소하기 때문이다. 법경제학적 접근방법에 의하지 않더라도 공해로 인한 환경손해, 제조물하자로 인한 집단적 손해는 손해의 양적·질적 내용에 있어서 사회적 폐해가 매우 크게 나타나는데, 이러한 경우에는 이미 손해의 발생을 전제로 하여 그 손해를 어떻게 전보하느냐의 문제보다는 사전에 이를 예방할 수 있도록 기능하는 것이 보다 정책적으로 바람직하다는 점이 강조된다. 개별적 손해와는 달리 배상을 받기까지 장기의 소송기간이 요구되며, 환경침해로 인한 손해배상의 경우에는 손해가 상당한 시간이 경과한 후에 비로소 발생하는 경우가 많은데 법익침해가 있었을 당시를 기준으로 해서는

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

56) 자세한 것은 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S.98ff. 참조. 국내문헌으로는 박세일, 앞의 논문(주4), 220면 이하: 특히 미국에서의 논의에 대해서는 박세일, “미국에서의 법경제학의 연구동향”, 서울대 『법학』, 제25권 2호·3호(1984), 153면 이하 참조.

손해의 전보가 불가능하고, 소송상 가해자가 기여한 손해발생부분에 대한 입증이 매우 어렵다는 점이 실질적인 논거로 제시된다.⁵⁷⁾ 즉 손해가 발생하면 손해배상의 의무를 부담하게 된다는 점이 사회구성원에게 인식되므로 잠재적으로 손해를 야기할 수 있는 행위가 사전에 억제된다는 점을 강조하는 것이다.

예방적 기능은 부수적인 역할만 하는 것이 아니라는 견해에 따르면 단순히 잠재적 가해자에 대한 억제는 최종적으로 제한된 재화를 최적화하여 사회 구성원의 이익을 최대화해야 한다는 점에 있으며, 이것이 손해배상제도가 추구해야 할 목적으로 이해한다. 손해배상법과 관련하여 예방적 기능의 독자성을 인정하게 되면 앞에서 언급한 것처럼 이미 발생한 손해를 타당하게 나누는 것이 아니라, 최대한 그러한 손해야기사건을 방지해야 함이 강조된다. 이러한 입장에서 보면 전보의 원칙은 그 자체만으로는 만족스러운 해답을 제시하지 못한다. 즉 피해자는 발생한 불이익을 전보받음으로써 손해야기사건이 없었을 때의 상태를 회복시키는 것에만 관심사를 갖고 있는 것으로 이해되어야 한다. 이렇게 피해자의 보호를 유일한 손해의 문제로 이해하면 그 손해가 바로 가해자에 의해 전보되어야 하는지, 또 완전배상이 아니라 제한적인 범위에서 손해가 배상되어야 하는지에 대해서 설명하지 못하게 된다. 특히 독일민법과 같이 완전배상주의를 취하는 경우에도 배상의 범위를 제한하기 위해 상당인과관계론이나 규범의 보호목적설 등의 다양한 이론이 전개되고 있는데 이러한 범위제한의 근거는 실손해의 전보를 내용으로 하는 것과 충돌될 수 있다는 점을 강조한다.

이와 같은 손해예방적 기능을 손해배상제도의 독자적이면서 보편적인 기능으로 파악하는 것은 바람직하지 않다. 정책적인 관점에서 손

57) 그리고 이러한 문제의 해결을 위해 집단적 손해의 경우 법정책적인 관점에서 기본적 구도를 바꿈으로써 해결할 수 있다는 견해와 이러한 경우를 대비한 특별규정을 따로 두어야 하는지에 대한 논쟁이 있다. Koch, Haftung für Massenschäden, JZ 1998, 806ff.

해의 사전적 예방이 중요한 의미를 갖지만 이는 이미 손해배상법의 영역을 넘어선 것이다. 손해의 발생이 없어 분담의 객체가 없다면 이는 손해배상법의 적용대상이 되지 않는 것이다.

3. 制裁的 機能

손해배상 의무의 이행이 배타적으로 발생한 실손해의 전보만을 위한 것은 아니다. 그러한 손해를 임의의 제3자가 아닌 손해야기자에게 전가시킨다는 것은 이미 일정한 제재적 기능이 포함된 것으로 볼 수 있다.⁵⁸⁾ 그러나 역사적으로 손해배상과 형벌은 혼재해 있다가 서로 분리된 후에 그 원칙은 아직도 지켜지고 있는 것으로 이해된다. 이미 톤(Thon)이 19세기에 ‘형벌은 가해자에게 고통을 주는 것임에 반해, 손해배상은 피해자에게 이익을 주는 것’이라고 언급하여 손해배상과 형벌이 분리됨을 확인해 주고 있다.⁵⁹⁾ 위법한 행위의 결과로서는 형벌만이 인정되며 손해배상은 불법에 대한 법률효과가 아니라고 한다. 손해배상 의무의 법적 근거는 행위자의 위법한 행위와 유책성이 아니라 손해가 발생했다는 점에 있으므로 민사상 불법행위책임의 법적 근거는 불법행위 그 자체에서 찾을 수 없다는 것이다.⁶⁰⁾ 이러한 입장은 손해배상이라는 민사책임은 엄격하게 전보의 목적을 위해 기능하는 것으로 이해하였으며 제재적 기능은 민사책임의 과제가 아닌 것으로 이해하였다.⁶¹⁾ 이렇듯 독일민법상 민사책임과 형사책임을 구별하는 것은 수백년을 걸쳐 만들어낸 것으로 다시 민사책임에 형벌적 요소를 도입하는

58) 자세한 Schäfer, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202(2002), 397ff. 참조.

59) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht(1878), S.61f.

60) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung I (1922), S.458.

61) v. Caemmerer, Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 42 (1978), 19. 특히 독일민법의 입법이유서에서 손해배상책임에 형벌적 관점의 도입을 명백히 부정하였다. Motive II, S.17f.

것은 ‘민사책임법리의 퇴보’라고 설명한다.⁶²⁾ 이러한 입장은 손해를 “단 한푼까지도 정확히” 확정하여 배상해야 하며, 정확한 (손해의) 계산이 - 계산상으로 이해된 배상원칙을 시사하는 것처럼 - 불가능한 경우에는 손해배상책임을 아예 부정하려는 시도에서도 순수한 전보적 기능의 강조를 확인할 수 있다. 그러나 20세기초에 독일에서도 일정한 정도는 형벌적 요소가 손해배상제도에 도입되었기 때문에 손해배상은 제재적 요소가 전혀 없는 것으로 볼 수 없다는 견해도 있었다.⁶³⁾ 오늘날에도 일정한 범영역, 즉 인격권침해의 경우와 위자료청구의 경우에는 일정부분 제재적 성격이 포함되어 있는 것으로 이해된다.

위자료의 경우 피해자에게 생긴 실제의 불이익 - 피해자가 느끼는 주관적 고통 - 을 기준으로 하지 않고 객관적 기준에 의해 결정되기 때문에 유아나 태아에게까지 위자료를 인정하는 것은 이미 손해의 전보라는 개념에서 벗어나 일종의 사적 제재의 성질을 인정하는 것으로 보아야 한다는 견해가 있다. 손해의 전보는 본질적으로 정확한 손해의 확정 및 그 산정이 전제되어야 하는데 정신적 고통이라는 것은 본질적으로 확정이 불가능하여 이를 전보한다는 것 자체가 불가능하다고 본다. 결국 상징적 의미의 전보만이 가능하다.⁶⁴⁾ 특히 위자료의 본질은 재산적 손해배상에서와 같이 손해의 전보에서 나아가, 비록 명시적으로 제재적 기능을 언급하고 있지는 않아도 위자료를 고액으로 정함으로써 가해자에 대한 제재적 기능도 실제 담당하고 있다고 하기도 한다.⁶⁵⁾ 물적 손해의 경우에도 고의에 의한 경우에는 손해배상책

62) Lange/Schiemann, Schadensersatz, S.12.

63) v. Thur, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, 2(1978), S.475f. 그 이후에도 민사법의 영역과 형법의 영역을 그 주된 목적에 따라 구별하는 것은 지나치게 의제적이라는 비판도 있다. Deutsch, Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 1971, 247.

64) 김기선, 한국채권법각론, 법문사(1982), 447면이하; 이명갑, “제재적 위자료의 입론 III”, 『사법행정』, (1987.5) 28면. Meder, Schadensersatz als Enttäuschungsverarbeitung, 1989, S.148 참조.

65) 이은영, 앞의 책(주11), 764면. 독일에서도 이미 위자료의 2중적 기능, 즉 전보적

임의 내용이 더 확대되어야 한다고 직접적으로 언급하지는 않아도⁶⁶⁾ 이미 개별적 손해항목에서의 상당성의 판단 등 일반적으로 승인된 다른 방법을 통하여 보다 큰 손해배상책임을 인정하는 것이 가능하다. 이러한 것은 특히 손해의 객관적 판단이 어려운 위자료액수의 산정과 정에서 그러하다는 것은 이미 언급한 바와 같다. 그렇다면 이는 이미 손해전보원칙과는 다른 제재적 기능이 개입된 것으로 이해할 수 있다.⁶⁷⁾ 이러한 점에서 손해배상과 형사책임으로서의 형벌적 요소의 구별은 절대적인 것이 아니며 손해배상법의 적용과정에서 행위에 대한 속죄, 피해자의 만족 등의 요소가 전혀 고려되지 않는다는 생각은 환상에 불과하다는 설명은 적절한 것이다.⁶⁸⁾

4. 權利繼續的 機能

손해배상은 권리의 침해 또는 계약상 보장된 청구권이행에 따른 이익을 충족하지 못하는 경우 피해자에게 발생한 이익을 전보해주는 전

기능과 제재적 기능을 포함하고 있는 것으로 보고 있다. BGHZ 7, 223, 226. 이에 대해서는 Looschelders, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, 1.Aufl.(2002), Rn.973 참조.

66) 이와는 달리 외국의 입법례에는 악의에 의해 손해가 발생하였다면 그 배상액이나 배상범위가 커질 수 있다고 규정하는 경우도 있다. 오스트리아 민법 제1324조, 제1331조, 제1332조 참조. 또한 스위스 채무법 제43조 참조.

67) v. Bar. Gemeineuropäisches Deliktsrecht, 1996, S.603ff.에서는 유럽국가에 있어서 손해배상법이 손해전보이외에 형벌적 요소를 갖고 있음을 비교법적으로 확인해 주고 있다.

68) Hans Stoll, Haftungsfolgen, Rn.64. 특히 장재욱, “위자료에 관한 몇 가지 고찰, 한국민법이론의 발전”, 『이영준교수화갑기념논문집』(1999), 616면 이하에서는 비교법적 고찰을 통해 우리 민법에서도 위자료에 제재적 성격이 있다는 견해에 대해 자세히 설명하고 있다. 특히 이 논문 633면에서는 사적 제재로서의 성격을 갖는 위자료와 손해전보적 기능을 지닌 위자료를 분리하면서 불법행위의 방지기능을 담당하여 가해행위의 재발방지라는 사회정의에 기여할 수 있다는 점에서 위자료의 사적 제재기능을 지지한다. 다만 독일 BGH에서는 사적 제재(Privatstrafe)라는 표현을 사용하기를 꺼리면서 실제로는 그 의미내용을 갖는 만족(Genugtuung)이라는 표현을 사용하게 되어 혼란을 야기하고 있다고 본다. Kern, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes - ein pönales Element im Schadensrecht?, AcP 191(1991), 247, 272; Anwaltkommentar, Schuldrecht-Huber(2002), §253 Rn.3ff.

보적 기능을 주된 목적으로 한다고 보는 견해에서 이에 따른 부수적 기능으로 권리계속적 기능이 설명된다.⁶⁹⁾ 침해된 권리나 이행되지 않은 계약상의 급부청구권의 위치에 피해자의 손해배상청구권이 승인된다. 즉 피침해이익과 이행되지 않은 계약상의 급부청구권은 손해배상의 형태로 계속된다는 의미로 손해배상제도는 1차적 급부의무에 대한 권리계속적 기능을 한다.⁷⁰⁾

침해된 법익 그 자체와 협의의 이행이익을 초과하는 후속손해 및 계속적 손해에 대한 전보도 요구될 수 있다는 점에서 권리계속적 사고는 전보적 사고보다는 배상범위결정에 있어서 좁은 의미로 이해된다.⁷¹⁾

그러나 권리계속의 의미가 단순히 침해된 권리상태의 회복을 의미하는 것이 아니라 권리침해를 통하여 발생된 피해자의 경제적 지위를 회복한다는 의미로 이해하게 되면 소위 대체원칙에 의해 재화의 위치에 청구권이 들어간다.⁷²⁾

69) Lange/Schiemann, Schadensersatz S.7; Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981, S.206.

70) Larenz, Schuldrecht I, S.425. 또한 이는 손해배상청구권의 권리추급적 기능(Rechtsverfolgende Funktion des Schadensersatzanspruchs)으로 설명되기도 한다. Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133(1931), 291ff; Bydliński, Probleme der Schadensverursachung S.29, 44. 그러나 이는 예방적 사고와 혼동되어서는 안 된다. Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens, S.97ff, 102. 구체적으로는 의사의 잘못으로 원하지 않은 아이의 출산(unerwünschtes Kind)시에 그 양육비에 대한 손해배상을 인정한 논거로 권리추급적 기능을 들고 있다. BGHZ 124, 128; Deutsch, Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden, VersR 1995, 613참조.

71) Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133(1931), S.305 도 “불법행위상의 손해배상청구권은 권리추급적 기능을 하지만 그 이외에도 계속적 손해의 배상도 추구한다.”고 언급하고 있다.

72) Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht 2.Aufl.(1996), Rn.19; Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133(1931), 291ff; Bydliński, Probleme der Schadensverursachung, 29f; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens, S.109. 그런데 이러한 권리추급적 목적은 금전배상에 대해 원상회복을 우선시키는 원상회복주의의 법제에서 강조되는 것으로 이해된다. Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981, S.206f; Larenz, Schuldrecht I, S.425.

IV. 징벌적 손해배상의 법리

1. 독일법제하에서 징벌적 손해배상제도

징벌적 손해배상이란 실손해의 전보에 필요한 배상을 넘어 가해자의 주관적 악성이 강한 경우 이에 제재를 가하고 앞으로 동종의 불법행위가 발생하지 않도록 경고할 목적으로 추가적으로 부과되는 배상금이라 할 수 있다.

앞서 설명한 바와 같이 제재적 기능이 손해배상제도에 포함되어 있다는 점은 독일에서도 널리 인정되고 있다. 다만 이는 실손해를 전보하는 과정에서 인정됨을 전제로 한다. 즉 손해를 스스로 부담하지 않고 타인(가해자)에게 전가한다는 점에서 이미 가해행위에 대한 제재적 기능을 포함하고 있다고 보는 것이다. 여기서 더 나아가 실손해의 전보를 넘어 징벌적 기능만을 강조하는 추가적인 손해배상이 일반원칙으로 가능한지에 대해서는 부정적인 견해가 더 많다.⁷³⁾

징벌적 손해배상과 관련하여 독일사법의 대상이 된 경우는 다음의 두 경우였다.

우선 미국법에 의해 징벌적 손해배상을 청구하는 소송이 사법공조(Rechtshilfe)의 방법으로 제기되는 경우가 있다. 이에 대해서 독일연방헌법재판소는 징벌적 손해배상을 청구하는 소의 송달(Zustellung)의 관점에서만 보면, 이것이 법치국가의 원칙과 관련하여 행위의 자유를 침해하는 것이 아니라는 이유와⁷⁴⁾ 피고에게 기대할 수 없는 정도의 부담을 야기하는 것은 아니라는 이유로⁷⁵⁾ 이를 인정했다.⁷⁶⁾ 그러나

73) 대표적으로는 Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3.Aufl., 2003, S. 12f.

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

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

76) 이러한 입장에 찬성하는 견해로는, Ch. Tomuschat, Grundrechtsfestung Deutschland? in: IPRax 1996, S.84; A. Stadler, Anmerkung zu BVerfGE, Beschluß v. 7. 12. 1994-1BvR 1279/94, in: JZ 1995, 718ff.

징벌적 손해배상청구의 송달도 독일법의 공공질서(ordre public)에 반한다는 점을 이유로 반대하는 견해도 있다.⁷⁷⁾ 여기서 유념해야 할 것은 이러한 독일 연방헌법재판소의 결정이 징벌적 손해배상제도를 독일에서 인정해야 할 것으로 판단한 것은 아니라는 점이다. 다만 사법공조의 방법으로 이를 진행할 수 있음을 의미할 뿐이라는 것이다.

둘째의 경우에는 징벌적 손해배상액의 지급이 독일에서 집행되어야 하는 경우가 있다. 실손해 전보를 넘는 징벌적 손해배상액의 지급이 문제되었던 사건에서 독일연방대법원은 징벌적 손해배상을 명한 미국 법원의 판결은 독일의 공공질서에 반한다는 점을 이유로 징벌적 손해배상액의 집행을 부정하였다.⁷⁸⁾ 그 논거로는 불법행위의 법적 효과로서 실손해의 전보만 인정되고 있다는 점, 형벌의 부과(징벌)는 私法의 대상이 될 수 없다는 점, 국가의 형벌독점의 원칙을 부인하게 된다는 점이 제시되었다.

그 이외에도 독일법원이 스스로 국제법에 따라 미국법을 적용하여 국내에서 징벌적 손해배상을 판단해야 할 경우도 생각할 수 있으나 아직까지 소송사건화되지는 못하였다.⁷⁹⁾

이러한 점에서 독일판례는 징벌적 손해배상제도에 대해서 부정적인 시각을 갖고 있음을 확인할 수 있다.

2. 징벌적 손해배상제도에 대한 비판

(1) 형사책임과는 다른 목적을 지향하는 민사책임으로서의 손해배상

징벌적 손해배상제도는 악의적 고의에 의한 행위를 제한할 수 있어 보다 강력하게 손해를 예방할 수 있는 순기능을 갖고 있음에도 불구하고

77) H. Merkt, Abwehr der Zustellung von "punitive damages"-Klagen. Heidelberg 1995, S.33ff.

78) BGHZ 118, S. 312ff., 338, 343 (4. 6. 1992).

79) Brockmeier, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, Tübingen 1999, S. 33ff.

하고 이것이 배제되는 이유는 민사책임으로서의 손해배상제도의 목적이 형사책임과는 다르다는 점에서 찾을 수 있다. 형사책임은 범죄자의 재사회화를 목적으로 하기 때문에 법익침해의 결과보다는 행태를 통하여 나타난 행위자(범죄자)를 중요한 판단대상으로 한다. 그러나 민사책임은 피해자에게 발생한 불이익을 가해자에게 부담시키는 문제라고 볼 때, 악의적 행위라고 하여 실손해외에 추가적으로 별도의 민사상 손해배상책임을 과하는 것은 옳지 않다는 점이다.⁸⁰⁾

이러한 모습은 민사책임에서는 귀책사유로서 고의, 과실을 구별하지 않고 귀책사유가 존재하기만 하면 그 결과에 대해서 책임을 부담시키는 반면, 결과발생이 없는 미수에 대해서는 민사책임을 묻지 않는다는 점에서 찾을 수 있다. 그러나 형사책임에 있어서는 결과발생이 있더라도 중대한 법익침해가 아니라면 과실에 대해서 책임을 묻지 않지만, 행위자의 악성이 드러나는 미수범은 결과발생이 없더라도 형사책임을 묻게 된다. 결국 징벌적 손해배상을 인정하게 되면 손해전보라는 손해배상법의 기본원칙을 부정하는 것을 전제로 하여 인정될 수 있을 것이다.

나아가 일반적으로 법질서를 보호하기 위한 형벌의 부과와 경고적 의미를 갖는 징벌은 국가의 형벌독점권(Strafmonopol)을 근본적으로 침해하는 것으로 평가된다. 결국 이는 국가에 귀속되어야 할 벌금(Geldstrafe)으로서의 형벌(§§ 46f. StGB)은 私法의 목적이 될 수 없다는 점이다.

이러한 점을 고려할 때 위자료의 액수를 산정할 때에 간접적으로 징벌적 의미의 손해배상이 고려될 수는 있으나 귀책사유의 유형에 따라 실손해전보를 넘는 민사책임을 손해배상의 일반원칙으로 승인하는 것은 바람직하지 않다.

80) Lochstampfer, Die Billigkeit im Schadensrecht aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht, Augsburg, 2005, S. 81ff.

(2) 배상액 귀속의 주체

불법행위로 인한 결과에 대해 독일손해배상법은 손해의 보전(Schadensausgleich)을 기본적인 원칙으로 승인하고 있다는 점이다. 따라서 실손해의 전보를 넘어 그 이상의 손해를 보전해 주는 것은 비례원칙(Verhältnismäßigkeitsgebot)에 반하는 것으로 판단한다.

손해사건을 통해 피해자가 입은 손해를 넘는 배상을 인정하게 되면 손해사건을 통해 오히려 이득을 취하게 되므로 손해배상법의 또 하나의 기본원칙인 이득금지(Bereicherungsverbot)의 원칙에 위반되는 것이다.⁸¹⁾

사회적으로 특별히 악의적인 손해야기행위에 대한 제재가 필요한 경우에 그 제재를 부정하는 것이 아니라 그 제재로서 가해지는 결과인 벌금을 피해자에게 귀속시키는 것이 바람직하지 않다는 것이다. 오히려 이는 형사처벌의 형태나 공공의 이익을 위한 행정벌로서 처리하여 제재금을 동일한 사건을 방지하기 위한 일반적 목적으로 사용하는 것이 바람직하다는 점을 제시할 수 있다.

(3) 징벌적 손해배상액 산정의 어려움

징벌적 배상액을 산정하는 기준이 불명확하다는 점에서도 징벌적 손해배상이 갖는 문제로 제기된다. 특히 그 징벌금액에 대한 총액상의 제한이 없는 점도 일반적 원칙으로 징벌적 손해배상제도를 도입하기 어렵게 만드는 요인이다. 실손해액과의 일정비례관계가 인정되어야 할 것이다.

(4) 남소의 위험

징벌적 손해배상을 인정하는 경우 피해자는 실손해가 적고 소송비용이 과다하게 필요한 경우에도 손해배상소송을 제기할 가능성이 높

81) Staudinger-Schiemann, Neubear. 2004, Vorbemerkungen zu §§ 249ff, Rn. 2; MpnckKomm-Oetker, 4.Aufl., (2003) § 249 Rn. 20. 그 밖에 자세한 문헌 및 내용은 Thüsing, Wertende Schadensbedrechnung (2001), S. 423ff. 참조할 것.

다고 할 것이다.

3. 징벌적 손해배상제도에 대한 긍정적 평가

독일 연방대법원이 제시한 징벌적 손해배상제도에 대한 부정적 견해를 근거로 징벌적 손해배상제도에 대해서 다른 판단이 가능하다는 점을 밝히는 견해도 있다. 즉 손해전보라는 독일민법의 기본원칙에 반한다는 판결의 근거도 징벌적 손해배상이 1900년 당시의 독일민법전의 입법자 의도에 반하는 것이라고 밝히고 있는데, 이는 오히려 현대적 의미에서 독일 사법질서의 기본원칙을 재검토할 때에는 징벌적 손해배상제도의 도입이 불가능한 것은 아니라고 해석할 수 있다고 보기도 한다.⁸²⁾

나아가 상당한 정도의 사법상 제재를 통해 잠재적 가해자에게 경고를 하는 등 불법적 행위를 통제하기 위해 사법질서가 개입하는 것은 다수의 독일 사법상 법제도에서 이미 밝혀진 목적에 속한다는 점을 근거로 징벌적 손해배상이 인정될 수 있음을 주장하기도 한다.⁸³⁾ 예컨대 일반적 인격권침해시의 금전배상, 성차별을 이유로 한 손해배상에서 상당한 배상(angemessene Entschädigung)을 인정하는 경우(§ 611 a II, III BGB) 등을 그 예로 들기도 한다.

그 이외에도 징벌배상금액 산정의 자의성과 관련된 문제는 대중언론매체에 의한 일반적 인격권의 침해시에도 제기되는 문제점이므로 특별히 징벌적 손해배상제도에서만 제기되는 것은 아니라고 하기도 한다.⁸⁴⁾

82) Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, S. 528.

83) Herrmann, Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile in Deutschland unter Berücksichtigung des ordre public. 2000, S. 250ff.; Rosengarten, Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung in der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1994, S. 182ff.; Brockmeier, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, Tübingen 1999, S. 33ff., 206; P. Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin/New York 2000, S. 371f.

84) Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, S. 529.

V. 結 論

손해배상법에서 포섭해야 할 문제의 다양성으로 인하여 손해배상제도는 배타적으로 전보적 목적만을 수행하는 것으로 볼 수 없다. 손해배상제도의 기능으로는 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하면서 그 구체적인 실현방법으로 실손해의 전보적 기능을 들 수 있다. 그러나 실손해의 전보적 기능이 결과적으로 공평한 손해분담의 결과에 이르지 못하는 경우에는 이를 수정하기 위한 방법이 강구되어야 함은 틀림없다. 이러한 점에서 불가치판단적 의미의 실손해 전보를 유일한 목적으로 삼는 태도는 지양되어야 한다.

손해의 전보적 기능 이외에도 손해 예방적 기능과 제재적 기능 및 권리계속적 기능도 손해배상제도가 실제로 수행하고 또 수행해야 할 중요한 기능이라고 할 것이다.

그러나 제재적 기능은 실손해 전보의 목적을 수행하는 과정에서 나타나는 부수적 의미로 이해해야 한다. 따라서 실손해전보를 넘은 징벌적 손해배상은 이미 손해배상제도의 영역을 넘는 것이라고 할 것이다.

징벌적 손해배상이 갖는 손해예방적 기능에 대해서도 마찬가지로 평가할 수 있다. 예방적 기능이 전보적 기능과 동등한 정도의 중요한 의미를 갖기 위해서는, 손해배상법이 이미 손해의 발생을 전제로 하여 그의 공평타당한 분담방법을 대상으로 하는 것에서 나아가 실손해보다 더 많은 배상액을 인정해야 할 뿐만 아니라 아직 발생하지 않은 손해 야기사건 자체를 억제해야 한다는 보다 광범위한 목적을 가져야 한다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 징벌적 손해배상은 공법이 지향해야 할 목적인 가해자의 징벌과 공공의 이익을 추구할 뿐만 아니라, 손해가 아직 발생하지도 않은 상태에서 잠재적 손해사건을 예방하는 기능을 함으로써 이미 손해배상제도의 영역을 넘어서고 있다고 볼 수 있

다. 다만 실손해의 전보와 손해예방적 기능은 서로 대립되는 개념이 아니기 때문에 손해가 발생하면 그 손해를 전보함으로써 가해자에게 가해행위가 있으면 손해배상의무를 부담하게 하므로 그러한 행위를 최대한 억제하게 된다는 점에서 손해예방적 기능이 인정되는 것이다.

또한 발생한 손해를 국가나 보험에 의하는 것이 아니라 원칙적으로 가해자가 부담해야 하고, 또 손해배상액의 산정과정에서 상당성의 범위를 판단할 때, 인격권의 침해나 위자료를 정할 때에는 고의 등 가해행위의 사정과 당사자의 경제적 지위 등이 함께 고려될 수 있다는 점에서 제한적인 범위에서 제재적 기능도 수행하는 것으로 볼 수 있다. 하지만 이를 벗어나 실손해 전보를 넘는 징벌적 손해배상제도를 일반적으로 인정하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다.

이와 같은 다양한 손해배상법의 기능은 개별적인 손해야기사건 및 적용범규범의 목적에 따라 그 중점이 달라질 수 있지만 손해배상법의 지도원리인 손해의 공평·타당한 분담이라는 지도이념에 가장 충실한 결과도출을 지향하여야 한다.

발생한 손해를 손해사건의 당사자간에 공평·타당하게 분담시키는 것을 주된 목적으로 해야 함은 손해배상제도의 목적을 논하고, 징벌적 손해배상을 포함한 다양한 배상제도를 도입할 때 항상 고려되어야 할 출발점임을 강조하고 싶다.

[토 론 문]

독일의 민사손해배상법제와 징벌적 손해배상법리

전 경 운
(경희대 법대 교수)

손해배상법 분야의 대가인 박동진 교수님의 글을 통하여 많은 것은 배우는 계기가 되었습니다. 제가 박교수님의 논문에 언급한다는 것은 큰 의미가 없을 수도 있을 것이지만, 오늘 이 자리에 토론자로 참석을 했으니, 배우는 자세에서 한두가지 여쭙어 보도록 하겠습니다.

- i) 손해배상의 전보적 기능과 권리계속적 기능을 별개의 기능으로 파악하시는 것 같은데, 발생한 손해의 전보를 통하여 피해자가 가해행위 이전의 생활상태를 계속하도록 한다는 점에서, 권리계속사상은 손해배상제도의 주된 기능의 하나인 전보적 기능속에서 파악되지 않나 합니까만?
- ii) 우리 민법이 제393조를 통하여 제한배상주의를 취하고 있으며, 이는 배분적 정의의 구현을 위한 제도라고 이해하고, 독일민법 제249조 제1항이 완전배상주의를 취하고 있어서, 이는 발생한 손해의 전보, 즉 평균적 정의를 전제한 것이라는 입장의 기술이 있는데, 실제 제한배상주의나 완전배상주의의 용어는 법문에서 명문으로 손해배상의 범위를 제한하는 규정이 있느냐의 여부에 의한 구별이 아닌가 합니다. 완전배상주의를 취한다해도 실제 손해배상범위결정에 관한 학설과 판례를 통하여 배상범위를 결정하

는데, 실제 차이가 없다고 말씀하셨듯이, 실제 우리 민법 제393조도 배분적 정의에 입각한 규정이 아니라 평균적 정의에 이바지하기 위한 규정이 아닌가 합니까만?

iii) 손해의 공평·타당한 분담이 손해배상제도의 최고목적이고, 손해의 전보는 손해의 공평·타당한 분담을 위한 수단으로 보시는데, 발생한 손해의 공평·타당한 분담은 복지국가적 입장에서 논하는 것으로서, 불법행위책임에서는 원칙적으로 발생한 손해의 전보가 우선되어야 하지 않나 합니까만?

iv) Karl Larenz는 손해배상제도의 예방적 기능이 책임보험제도를 통하여 약화 내지는 거의 소멸된다고 하는데, 이와 반대로 미국에서는 손해배상의 전보적 기능이 책임보험을 통하여 거의 해결되므로, 손해배상제도의 주된 기능은 예방적 기능의 수행에 그 중심적이 옮겨가야 된다는 입장이 있는 것으로 알고 있습니다. 이에 대한 교수님의 견해는 어떠하십니까?

v) 징벌적 손해배상제도는 발생한 실손해의 전보라는 독일법적 시각에서는 부정되는 것이 타당하지만, 손해배상제도의 법경제학적 분석을 통한 예방적 사상의 강화라는 입장에서 인정될 여지가 없는지요? 특히 배분적 정의에 입각한 손해의 공평·타당한 분담에 초점을 두시는 교수님의 견해는 예방적 기능에 입각한 징벌적 손해배상제도의 도입과 연결될 수 있는 면이 있다고 볼 여지도 있는데, 교수님의 견해는 어떠하십니까? 그 외 현실에서 소액의 손해배상을 감수한 악의적 불법행위의 발생을 고려해 볼 때, 악의적 불법행위자의 악성에 대한 예방적 차원에서, 그리고 실제 현실 판결에서 명하는 손해배상액이 발생한 실손해와 비교해 볼 때, 소액에 머무는 점 등을 생각해 볼 때, 발생한 실손해의 전보

라는 입장을 강화하기 위한 정책적인 수단으로서 실손해액의 2-3 배 정도의 징벌적 손해배상제도가 인정될 수 있는지에 대한 교수님의 견해는 어떠신지요?

저의 이해의 부족으로 미진한 질문에 대해서는 많은 이해를 바랍니다.

토 론 문

이 준 형

(중앙대학교 교수, 법학박사)

1. 과실주의원칙 하에서는 과실의 유무만 문제되고 정도는 문제되지 않으며, 또한 침해법익 사이의 위계도 원칙적으로 부정되는바, 징벌적 손해배상이 이와 같은 문제점을 개선하는 데에 도움이 되지 않을까?
2. 발표자는 “손해의 공평, 타당한 분담”을 손해배상법의 이념으로 강조하고 있는데, 『사회적 비용』이라는 외부경제를 내부화하는 데에 징벌적 손해배상이 기여할 수 있지 않을까? 다만 그럴 경우에는 가령 프랑스의 *astreinte*와 같이 배상권자는 개인이 아니라 사회(국가)가 되어야 하지 않을까?
 - * 참고로 흔히 벌금강제 등으로 번역하는 *astreinte*는 채무자가 본래의 채무이행을 하도록 촉구하기 위하여 사실심법관에 또는 급속심리법관에 의하여 지체한 날(주 또는 월)에 따라 부과되는 식으로 일정한 금액의 지급을 명하는 제도이다. 원칙적으로 잠정적(*provisoire*), 즉 정정이 가능하지만, 법원이 확정적임을 명시하여 판결한 경우는 확정적(*définitive*)이 된다. 모든 법관은 판결 집행을 확보하기 위하여 직권으로 *astreinte*를 명할 수도 있다.
3. 우리 민법의 경우에 손해보다 배상이 적은 경우를 인정하고 있는데(제765조), 징벌적 손해배상을 인정하면 손해보다 배상이 커지는 경우를 인정하려면 입법자의 결단이 필요한 것이 아닌가? 헌법적 가

치판단(가령 자의금지 같은 법치국가 원리나 생존배려와 같은 사회 국가 원리)에 비추어 징벌적 손해배상의 타당성을 판단하여야 한다는 주장도 가능할 것이다. 법원이 직권으로 징벌적 손해배상을 명할 수 있다면 법관의 social engineer 내지 policy maker로서의 기능은 강화될 것이다. 또한 사회적 권력(거대언론이나 대기업과 같은)에 의한 개인의 기본권 침해에 보다 적극적으로 대응할 수도 있을 것이다. 그러나 자칫 손해배상 소송이 헌법소송화될 위험도 없지 않다.

4. 앞서 김재완 교수님의 발표 중 “보통법상 두 번째 경우”라고 지칭된 이윤추구의 경우에 우리 학설은 이 문제를 준사무관리를 인정하거나 부당이득의 법리로써 해결하고 있는데, 불법행위 소송에서 징벌적 손해배상을 인정하면 오히려 유책성을 기준으로 판단할 수 있어서 오히려 준사무관리나 부당이득에 의한 해결보다 “타당한(일반인의 감정에 부합하는)” 결론에 이를 수 있지 않을까(가령 문화일보 알몸사진 보도의 경우를 생각해 보면)?