

---

# 징벌적 손해배상제도에 관한 입법평가

---

김현수·윤용석·권순현·장다혜



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

입법평가 연구 12-24-②

# 징벌적 손해배상제도에 관한 입법평가

김현수 · 윤용석 · 권순현 · 장다혜

# 징벌적 손해배상제도에 관한 입법평가

Legislative Impact Assessment :  
Punitive Damages

연구자 : 김현수(한국법제연구원 부연구위원)  
Kim, Hyun-Soo  
윤용석(부산대 법학전문대학원 교수)  
Yoon, Yong-Seok  
권순현(한국법제연구원 초빙연구원)  
Kwon, Soon-Hyun  
장다혜(서울대 법학박사)  
Chang, Da-Hye

2012. 11. 30.



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

# 요약문

## I. 배경 및 목적

### □ 연구의 배경

- 최근 현대 불법행위 유형의 다양화 등을 배경으로, 일반사법 영역이나 공정거래 분야 등 특수 법영역에서 영미법상 ‘징벌적 손해배상제도’의 도입에 관한 해석론적, 입법론적 논의가 이루어지고 있음

### □ 연구의 목적

- 동 연구에서는 미국법상 징벌적 손해배상제도를 평가의 대상으로 비교법 및 법경제학적 관점에서 쟁점을 도출하고, 국내법상 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 전문가 의견조사를 실시하여 사전적 입법평가를 실시하는 것임

## II. 주요 내용

### □ 국내에서의 논의의 쟁점 및 논거

- 동 제도 도입 찬성 견해는 크게 위 제도를 통해 (1) 피해자에 대한 충분한 배상 (2) 불법행위에 대한 억지를 달성할 수 있다는 점을 근거로 함
- 동 제도에 대한 반대 의견은 주로 1) 민사법과 형사법의 준별 체계에 맞지 않고 2) 이중처벌우려가 있다는 점 3) 원고에게 우

발적 소득을 제공하여 납소를 부추길 우려가 있다는 점 4) 손해배상의 인정과 배상액 산정을 예측할 수 없다는 점 등을 근거로 하고 있음

□ 징벌적 손해배상제도에 관한 비교법적 검토

- 독일, 프랑스, 일본의 예에서 알 수 있는 바와 같이 현재까지 징벌적 손해배상제도의 도입에 대해 전면적으로 긍정적인 관점은 존재하지 않는 것으로 보임
- 그러나 국내에서의 경우와 마찬가지로 손해에 대한 전보배상의 원칙을 가진 대륙법계 국가에서도 불법행위의 억지를 목적으로 하는 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의가 지속되고 있음

□ 징벌적 손해배상제도에 관한 법경제학적 논의

- 징벌적 손해배상은 형평성의 원칙보다는 억지적 기능을 달성하고 사회적 효율성을 추구하는 목적으로 주로 미국 등 영미법 국가에서 시행되어 왔으며, 최적 억지이론, 불법이익의 몰수, 자발적 거래의 유도, 금융경제이론 등을 통해 정당성이 뒷받침되고 있음
- 반면, 징벌적 손해배상이 경제적 목적을 달성하기 위해서 어떤 논리에 의해 손해배상이 정해져야 하는가는 미국 내에서도 정리가 되지 않은 채 많은 논란이 지속되고 있음

□ 징벌적 손해배상제도에 관한 전문가 의견조사

- 전문가 의견 조사의 결과 대체적으로 “기본적으로 징벌적 손해배상 제도의 도입을 긍정하나 현행법과의 조화 및 사회적 파장을 고려하여 신중하게 검토할 필요가 있다”고 보고 있으며, 우선

제한적으로 도입하는 방안에 대해서는 대부분의 전문가가 인정하고 있음

- 따라서 전면적인 도입을 하기 위해서는 사전적인·제도적인 정비도 필요하며, 제도의 취지를 고려하여 도입의 필요성이 현저한 분야부터 제한적으로 도입하는 것이 타당하다고 보는 것이 전반적인 의견임

### Ⅲ. 기대 효과

- 징벌적 손해배상제도의 도입과 관련한 쟁점을 파악하고 관련 고려사항을 도출
- 향후 일반법 및 개별법상 동 제도의 도입에 관한 방향성 및 고려사항을 제시

▶ 주제어 : 입법평가, 징벌적 손해배상, 전보적 손해배상, 불법행위

---

---

# Abstract

---

---

## I . Background and Purposes

### Background and purposes

- Punitive damages have been increasingly the subject of debate among legislators, lawyers, and academics in South Korea in recent years.
- This research intends to identify relevant issues concerning the introduction of punitive damages from comparative law and law and economics perspectives.
- In addition, it intends to suggest important factors to be considered when punitive damages are introduced in South Korea.

## II . Main Contents

### Relevant Issues and Justifications

- Based on the U.S. model, arguments favoring the introduction of punitive damages focus on the sufficient compensation and the deterrent function of punishment.
- By contrast, the opponents of punitive damages argue that they are an anomaly, and that they confuse the civil and criminal functions of the law. In addition, they express concerns about the excessiveness and unpredictability of punitive damage awards.

## □ Punitive Damages in Germany, France, and Japan

- Despite constant discussion, punitive damages do not seem to be any significance in Germany, France, and Japan.
- However, as in South Korea, these debates regarding the opportunity to officially introduce punitive damages into their own legal systems is bound to go on.

## □ Law and Economics Analysis of Punitive Damages

- In the economic analysis of law, punitive damages are primarily regarded as an instrument which can improve the deterrent function of tort law, and they are supported by several economic theories, including ‘Optimal Deterrence: Loss Internalization theory’, Disgorgement of Illicit Gains theory, and so on.
- However, even in the U.S., one specific theory may not be sufficient to provide one-size-fits-all theoretical guideline for all torts cases.

## □ Expert Survey Results for the Introduction of Punitive Damages

- The survey result shows that punitive damages may be introduced in South Korea to deter torts and punish tortfeasors in specific areas such as consumer protection, product liability, and so on.
- Furthermore, the introduction should be examined from theoretical and practical perspectives in various ways.

►► **Key Words : Legislative Impact Assessment, Punitive Damages, Compensatory Damages, Torts**



# 목 차

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| 요 약 문 .....                          | 3  |
| Abstract .....                       | 7  |
| <br>                                 |    |
| 제 1 장 입법평가의 개요 .....                 | 13 |
| 제 1 절 입법평가의 목적 .....                 | 13 |
| 제 2 절 입법평가의 범위와 방법 .....             | 14 |
| <br>                                 |    |
| 제 2 장 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 국내에서의 논의 ... | 17 |
| 제 1 절 논의의 배경 및 경과 .....              | 17 |
| 제 2 절 구체적 논의의 내용 .....               | 20 |
| 1. 징벌적 손해배상제도 도입 논의 .....            | 21 |
| 2. 징벌적 손해배상제도 도입 반대의견 .....          | 28 |
| 제 3 절 소 결 .....                      | 29 |
| <br>                                 |    |
| 제 3 장 미국법상 징벌적 손해배상 .....            | 31 |
| 제 1 절 개념 및 요건 .....                  | 31 |
| 1. 징벌적 손해배상의 개념 .....                | 31 |
| 2. 징벌적 손해배상의 당사자 .....               | 33 |
| 3. 징벌적 손해배상 인정 요건 .....              | 37 |
| 제 2 절 징벌적 손해배상의 제한 .....             | 38 |
| 1. 징벌적 손해배상액의 제한 .....               | 38 |

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| 2. 주법에 의한 징벌적 손해배상제도 개혁 .....        | 40 |
| 제 3 절 소 결 .....                      | 43 |
| 제 4 장 징벌적 손해배상에 대한 대륙법계 국가에서의 논의 ... | 45 |
| 제 1 절 독 일 .....                      | 45 |
| 1. 손해배상의 기본원칙 .....                  | 45 |
| 2. 징벌적 손해배상제도에 대한 논의 .....           | 46 |
| 3. 소 결 .....                         | 50 |
| 제 2 절 프 랑 스 .....                    | 50 |
| 1. 손해배상의 기본원칙 .....                  | 50 |
| 2. 징벌적 손해배상에 대한 논의 .....             | 51 |
| 3. 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 입법안 .....       | 52 |
| 4. 소 결 .....                         | 55 |
| 제 3 절 일 본 .....                      | 55 |
| 1. 손해배상의 기본원칙 .....                  | 55 |
| 2. 징벌적 손해배상에 대한 논의 .....             | 57 |
| 3. 소 결 .....                         | 60 |
| 제 5 장 징벌적 손해배상의 법경제학적 논의와 실제 .....   | 61 |
| 제 1 절 징벌적 손해배상제도에 관한 법경제학 이론 .....   | 62 |
| 1. 징벌적 손해배상의 목적과 기능 .....            | 62 |
| 2. 징벌적 손해배상의 이론적 근거 .....            | 64 |
| 제 2 절 징벌적 손해배상의 실증적 고찰 .....         | 79 |
| 1. 징벌적 손해배상의 실제적 경향 .....            | 79 |

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 2. 징벌적 손해배상제도의 효과 .....              | 81  |
| 제 3 절 소 결 .....                      | 82  |
| 제 6 장 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 전문가 의견조사 ... | 85  |
| 제 1 절 조사개요 .....                     | 85  |
| 제 2 절 조사내용 및 분석방법 .....              | 86  |
| 제 3 절 전문가 의견조사의 결과 .....             | 89  |
| 1. 징벌적 손해배상 제도의 찬반과 그 근거 .....       | 89  |
| 2. 징벌적 손해배상제도 도입의 형태와 범위 .....       | 102 |
| 3. 징벌적 손해배상제도의 요건과 절차 .....          | 139 |
| 4. 징벌적 배상액의 산정 .....                 | 170 |
| 5. 소 결 .....                         | 181 |
| 제 7 장 결 론 .....                      | 183 |
| 1. 징벌적 손해배상제도 도입 여부 .....            | 184 |
| 2. 징벌적 손해배상제도 도입 형태 .....            | 185 |
| 참 고 문 헌 .....                        | 187 |
| <b>【부 록】</b>                         |     |
| 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 전문가 의견조사 .....     | 199 |

## 제 1 장 입법평가의 개요

### 제 1 절 입법평가의 목적

영미법상 ‘징벌적 손해배상제도’는 악의적인 불법행위로 인해 발생한 손해에 대하여 전보적 손해배상에 부가하여 불법행위자를 징벌함으로써 불법행위자 및 제3자가 장래에 동일한 불법행위를 반복하는 것을 억제하기 위해 주어지는 손해배상이다. 현대 불법행위 유형의 다양화 등을 배경으로 국내에서도 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의는 꾸준히 진행되어 왔다. 징벌적 손해배상제도의 도입을 주장하는 입장은 최근 인격권 침해, 소비자 피해, 언론보도에 의한 피해, 개인정보 침해, 차별로 인한 피해 등을 효과적으로 규제할 수 있는 수단으로서 이 제도가 기능할 것이라고 기대한다. 이러한 주장은 또한 우리의 손해배상제도 또는 그 운영 실무에 있어서 한계점에 대한 인식을 바탕으로 하고 있으며, 새로운 제도의 도입을 통해 문제점을 개선할 수 있다는 인식에 바탕을 두고 있다.

그러나 1995년 외국판결의 집행과 관련된 사건에서 알 수 있듯이 우리 법원은 손해전보를 통한 회복기능 위주의 규범체계로 발전해 온 불법행위법체계 내에서 동 법리의 적용을 인정하지 않았다. 또한, 동 제도의 도입에 대해서는 1) 민·형사책임 준별론에 기초하여 제재적 성격을 가진 징벌적 배상제도는 우리의 현행 손해배상제도와 조화되지 않으며, 2) 국가경제발전에 중요한 기업의 희생이 예상되어 경제 전체에 악영향을 미친다는 등의 반대 견해가 제기되어 왔다. 한편, 지난 2004년 사법개혁위원회, 2009년 민법개정위원회 등에서 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의가 지속적으로 이루어져 왔으며, 소비자보호법, 공정거래법 등 개별 법 분야에서 동 제도의 도입에 관한 논의는 지속적으로 이루어질 것으로 예상된다.

이러한 배경을 바탕으로 동 연구에서는 국내에서의 징벌적 손해배상제도의 도입과 관련한 논의를 바탕으로 미국, 독일, 프랑스, 일본에서의 논의를 살펴본 후 제도 도입과 관련한 쟁점을 도출한다. 그리고 이를 기초로 전문가 의견조사를 실시하여 입법이나 정책의 효과성에 대한 사전적 입법평가를 실시하고자 한다.

## 제 2 절 입법평가의 범위와 방법

본 연구의 수행을 위한 범위 및 방법은 다음과 같다. 동 연구의 필요성, 목적 및 연구의 수행방법에 대한 내용에 이어, 제2장에서는 국내에서의 논의를 검토하고 쟁점을 정리하여 연구의 주제 및 방법을 명확히 한다.

제3장에서는 국내에서의 논의에 있어 징벌적 손해배상제도의 모델이라고 할 수 있는 미국의 징벌적 손해배상제도에 대하여 징벌적 손해배상의 개념, 요건, 제한요소, 그리고 개별 주에서의 징벌적 손해배상제도의 개혁과 관련한 사항을 중심으로 살펴본다.

제4장에서는 전통적으로 손해의 전보를 손해배상의 원칙으로 상정하고 있는 대륙법계 국가에서 이루어진 징벌적 손해배상에 관한 논의를 살펴본다. 이를 위해 동 연구에서는 우리의 손해배상법에 많은 영향을 미친 독일, 프랑스, 일본에서의 논의를 검토하여 규범적 측면에서의 쟁점을 검토한다.

제5장에서는 초기 정신적 손해에 대한 ‘보상’의 측면이 강조되던 징벌적 손해배상이 ‘처벌’을 통한 ‘억지’ 기능을 가진 효과적인 구제수단으로 인식되고 있는 제도의 특성을 감안하여, 징벌적 손해배상에 대한 법경제학적 분석을 통하여 규범적인 논의의 쟁점을 정리하는 한편, 미국 내에서의 실증적 연구결과를 살펴본다.

제6장에서는 징벌적 손해배상의 국내도입과 관련된 쟁점을 중심으로 전문가 설문조사를 실시한다. 징벌적 손해배상제도의 특성상 일반

인 또는 이해관계인의 법인식 내지 의견보다는 이를 연구의 대상으로 하거나 소송 현장에서 당해 규정을 활용하는 법 전문가의 의견이 더욱 중요하다고 할 수 있다. 따라서 동 조사는 민사법을 전공하는 법학교수와 법조인을 대상으로 징벌적 손해배상을 도입함에 있어서 기존 손해배상 제도의 한계가 무엇인지, 이러한 한계와 문제점을 극복하는 데에 징벌적 손해배상제도가 효과적인지, 또한 이를 위해 징벌적 손해배상제도가 어떠한 형태로 도입되어야 하는지에 대해 다각적인 의견을 수렴하여, 추후 관련 기관 또는 국회 등에서의 입법논의에서 동 제도의 도입 또는 반대 견해에 대한 설득력을 가지는 논거로 활용할 수 있도록 하여 사전적 입법평가의 의미를 높일 수 있도록 하였다.

제7장에서는 이상의 논의를 바탕으로 국내에서의 징벌적 손해배상 제도 도입과 관련한 방향성과 도입이 이루어지게 되는 경우 고려가 필요한 사항들을 제시한다.

## 제 2 장 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 국내에서의 논의

### 제 1 절 논의의 배경 및 경과

우리 민법의 손해배상제도는 실손해의 전보와 손해의 공평·타당한 분담이라는 지도원리를 제도의 이상과 목적으로 하고 있다.<sup>1)</sup> 구체적으로, 불법행위로 인한 손해의 배상에서는 재산에 관하여 생긴 재산적 손해와 생명·신체·자유·명예 등의 비재산적 법익에 관하여 생긴 정신적 손해로 구분하여 손해를 산정하게 된다.<sup>2)</sup> 재산적 손해는 불법행위로 인한 기존의 이익의 멸실 또는 감소를 나타내는 적극적 손해와 불법행위가 없었더라면 피해자가 얻을 수 있었을 이익의 손실인 소극적 손해(일실이익)로, 그리고 비재산적 손해인 정신적 타격·고통·슬픔과 설움과 같은 정신적 손해에 대해서는 위자료의 형태로 배상이 이루어진다.<sup>3)</sup>

그리고 구체적인 손해배상의 범위와 손해배상액은 상당인과관계이론과 과실상계제도 등을 통하여 조정하여 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 목적을 실현하고 있다. 또한, 위자료의 산정을 법관의 재량에 맡겨 개별 사건에 있어 손해전보의 불균형에 대한 보완을 통하여 구체적 타당성을 확보할 수 있도록 하고 있다.<sup>4)</sup> 그러나

---

1) 박윤직 편집대표, 민법주해[IX], 박영사, 1995, 450-451면(지원림 집필부분) 참조. 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 지도원리에 대하여 언급하고 있는 판례로는 대법원 2010. 10. 14. 선고, 2010다40505 판결; 대법원 2010. 7. 8. 선고, 2010다21276 판결 참조.

2) 민법 제750조, 제751조. ‘손해’는 통설과 판례가 따르고 있는 차액설에 따라 불법행위가 없었더라면 있었을 재산상태와 불법행위의 결과 손해를 받고 있는 현실의 재산상태의 차액으로 파악된다. 박윤직 편집대표, 민법주해[IX], 박영사, 1995, 465-469면(지원림 집필부분) 참조.

3) 박윤직, 채권총론, 2003, 113면; 민법 제751조(재산이외의 손해의 배상), 제752조 참조.

4) 대판 84. 11. 13, 84다카722(“위자료의 보완적 기능은 재산상 손해의 발생이 인정

전보배상을 원칙으로 하는 우리 민법상 손해배상제도 하에서는 경제적으로 불법행위 이전의 상태와 동일한 가치가 있는 상태를 다시 형성하는 것을 목적으로 하고 있기 때문에 피해자가 실제로 입은 피해의 범위를 넘는 배상은 인정되지 않는다.<sup>5)</sup> 이러한 실제 손해에 대한 전보배상 원칙은 종래 지적재산법, 공정거래법 영역 등 손해배상에 관한 특별규정을 두고 있는 경우에도 인정되고 있다고 할 수 있다.<sup>6)</sup>

그러나 2011년 11월 25일부터 시행된 하도급거래 공정화에 관한 법률 제35조에서는 원사업자가 수급사업자로부터 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용함으로써 손해가 발생한 경우 원사업자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 않는 범위에서 손해배상책임을 부담시키고 있어, 제한적 의미에서의 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있

---

되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해 회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것”。 위자료의 본질 및 기능에 대해서는 곽윤직 편집대표, 민법주해[IX], 박영사, 1995, 351-354면(이동명 집필부분) 참조.

- 5) 전보적 손해배상에 대한 우리 법원은 입장은 미국 법원 판결의 승인 및 집행에 관한 사안에서 잘 나타난다. 서울지법 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결(“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 우리 나라의 공서양속에 반할 수가 있으므로...”) 참조.
- 6) 민법 이외의 특별법에서는 손해배상에 관한 특별규정을 두어, 침해자의 이익을 저작재산권자 등이 받은 손해의 액으로 추정(저작권법 제125조)하거나, 손해발생이 인정되지만 손해액 입증을 위한 필요사실 입증이 행위의 성질상 극히 곤란한 경우, 법원에게 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정(공정거래법 제57조)할 수 있도록 하여, 민법상 기준과 구별되는 손해의 개념이나 손해배상의 관념을 도입한 것으로 볼 수 있느냐가 문제될 수 있으나, 이는 보호법익이나 침해행위의 성질상 손해액의 입증이 어려운 경우를 고려하여 입증의 곤란을 경감해 주기 위한 민법상 불법행위의 손해배상에 관한 특칙으로 민법상 실손해의 기준과 다른 손해의 개념이나 손해배상의 관념을 도입한 것은 아니라고 할 수 있다. 김태선, 징벌적 손해배상제도 도입여부, 법무부 정책연구 용역보고서, 2010. 2. 6-9면; 오승중, 저작권법, 2009, 1286-1287면 참조.



다고 평가되고 있다. 그렇지만 이러한 특별법 규정 이외에 우리 민법이 취하고 있는 손해배상제도의 주요 기능은 손해의 전보에 집중되어 있으며, 가해자의 처벌을 통한 불법행위의 억지에 관한 기능은 우리 민법의 손해배상제도에서는 일반적으로 부차적인 것으로 인식되고 있다. 그러나 현대 불법행위 유형의 다양화 등을 배경으로 국내에서도 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의가 꾸준히 이어져 오고 있다. 징벌적 손해배상제도의 도입을 주장하는 입장은 최근 인격권 침해, 소비자 피해, 언론보도에 의한 피해, 개인정보 침해, 차별로 인한 피해 등을 효과적으로 규제할 수 있는 수단으로서 이 제도가 기능할 것이라고 기대한다. 이러한 주장은 또한 우리의 손해배상제도 또는 그 운영 실무에 있어서 한계점에 대한 인식을 바탕으로 하고 있으며, 새로운 제도의 도입을 통해 문제점을 개선할 수 있다고 한다.

이러한 배경으로 국내에서는 지난 1985년 학계에서 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 논의가 시작된 후, 1990년 이래 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 논의가 본격화되었다.<sup>7)</sup> 이러한 논의는 한편으로는 소비자보호, 언론피해구제, 그리고 차별행위 분야 등 개별적 영역에서 이루어져 왔다. 이와 함께 일반적인 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의가 지난 2003년 대법원 산하 사법개혁위원회에서 시작되면서 2009년에 마련된 민법개정위원회에서도 이루어졌다.

[표 1] 징벌적 손해배상제도 도입 관련 논의

| 연 도   | 논의의 주체 또는 출처             |
|-------|--------------------------|
| 1985년 | 「민법개정방향 심포지움」 민사판례연구 VII |
| 1990년 | 「법무부 민사특별법제정분과위원회」       |

7) 이에 관한 상세는 김태선, 징벌적 손해배상제도 관련 쟁점 및 국내에서의 논의현황, 한국법제연구원 워크숍 자료집, 2012. 10. 10, 10-13면 참조.

| 연 도   | 논의의 주체 또는 출처            |
|-------|-------------------------|
| 1999년 | 「법무부 민법(재산법)개정 특별분과위원회」 |
| 2003년 | 「대법원 산하 사법개혁위원회」        |
| 2005년 | 「사법개혁추진위원회」             |
| 2009년 | 「민법개정위원회」               |

출처: 김태선, 징벌적 손해배상제도 관련 쟁점 및 국내에서의 논의현황, 한국법제연구원 워크숍 자료집, 2012. 10. 10, 10-13면에서 정리

그러나 이러한 논의는 그간 충분한 연구의 미비 또는 공론화의 부족 등을 이유로 제도 도입에 관한 결론을 내리지 못했다. 그리고 최근의 민법개정위원회에서도 징벌적 손해배상의 도입과 관련한 최종적인 결론이 유보된 채 동 제도에 관한 검토의 필요성을 제시하는데 그치며 장기연구과제로 남기는 것으로 논의를 마무리하였다.

## 제 2 절 구체적 논의의 내용

실손해를 기반으로 하는 현재의 손해배상제도는 ① 전보적 손해배상을 원칙으로 하고 있어 악성이 높거나 고의에 의한 불법행위에 대한 억지기능을 충분히 담보할 수 없으며, ② 소비자보호, 환경분야와 같이 대규모 소액사건의 경우 개별적인 손해배상액이 크지 않고 관련 절차가 정비되지 않아 사실상 불법이 방치되고 있고, ③ 현대 불법행위법의 중요한 기능 중 하나인 불법행위에 대한 억지기능을 제대로 수행하지 못하고 있다는 문제점이 지적되어 왔다.

따라서 국내에서 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의는 현재의 손해배상제도가 가지는 한계를 극복하고자 하는데 주요한 목적이 있다고 할 수 있다. 반면, 징벌적 손해배상제도의 기본적 모델로 언급되고 있는 미국에서조차 동 제도는 손해배상의 인정, 배상액의 과다화 등과

같은 문제가 지속적으로 제기되어 왔다. 그리고 이러한 문제를 해결하기 위해 미국의 개별 주들에서는 징벌적 손해배상액을 전면금지하거나, 배상액을 일정한 금액으로 제한하는 등 징벌적 손해배상제도는 불법행위법 개혁의 대상이 되어 왔다.<sup>8)</sup> 징벌적 손해배상이 가지고 있는 이러한 문제점들은 국내에서도 징벌적 손해배상제도의 도입을 반대하는 측의 주요한 논거가 되고 있다.

### 1. 징벌적 손해배상제도 도입 논의

국내에서 징벌적 손해배상제도의 도입에 찬성하는 견해는 현행 손해배상제도의 문제점으로 지적되고 있는 사항들을 극복하고자 하는 목적을 두고 있다. 즉, 징벌적 손해배상제도의 도입에 찬성하는 견해는 징벌적 손해배상제도를 통하여 ① 불법행위에 대한 억지(deterrence)가 가능하며, ② 현행 손해배상제도하에서 충분하지 못한 손해배상이 충분히 이루어질 수 있다는 점을 논거로 제시하고 있다.

이를 바탕으로 구체적인 제도의 도입방식과 관련해서는 민법의 개정 에 의해 일반적으로 도입하자는 의견과 특정한 분야에 한정하여 도입하자는 견해가 제시되었다. 이하에서는 지난 2006년 사법제도개혁추진위원회에서 논의되었던 내용을 중심으로 이에 대해 살펴보기로 한다.

우선, **일반적 도입안**으로 이점인 교수는 민법 제750조의 1을 새로이 신설하여 “고의적이거나 악의적인 침해를 의도하였거나 또는 타인의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우” 전보적 배상 외에 징벌적 배상금의 지급을 명할 수 있도록 하는 규정안을 제시하였다.<sup>9)</sup> 또한, 윤정환 교수 역시 민법 제750

8) Congressional Budget Office, The Effects of Tort Reform: Evidence from the States (2004) 참조.

9) 전문의 내용은 다음과 같다.

“제750조의 1(징벌적 배상) ① 전조(제750조)의 불법행위자가 고의적이거나 악의적인 침해를 의도하였거나 또는 타인의 권리나 이익을 의식적으로 현저하게 무시한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우에, 법원(배심원)은 장래에 그와 유사

조의 1을 신설하여 “불법행위자가 악질적인 침해를 의도하였다든지 또는 의도적으로 현저하게 타인의 권리 혹은 이익을 무시”한 경우 징벌적 손해배상을 인정하도록 하는 안을 제시하였다.<sup>10)</sup> 그리고 참여연대의 경우 민법 제750조의 2항을 신설하여 “고의적이거나 악의적인 의도로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자에 대해” 징벌배상을 인정할 수 있도록 일반적 징벌적 손해배상제도의 도입을 법무부에 제안하였다.<sup>11)</sup>

---

한 불법행위의 재발을 방지하기 위하여 필요하다고 인정할 경우에는 피해자의 청구에 의하여 피해자가 입은 전보적 손해배상 이외에 징벌적 배상금의 지급을 명할 수 있다.

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

③ 제1항의 징벌적 배상의 인정여부 및 그 금액을 산정함에 있어 법원(배심원)은 다음과 같은 사항을 합리적으로 고려하여야 한다.

- a. 징벌적 배상을 인정하면 불법행위를 억제하는 효과가 있는지 여부
- b. 실제로 손해가 발생되었는지 여부
- c. 피해자의 연령·성·건강상태, 가해자의 성격,
- d. 피해자와 가해자와의 관계,
- e. 가해자의 재산정도,
- f. 가해자의 불법행위의 정도 및 빈도,
- g. 가해자의 그러한 행위가 통상 손해배상의 가능성이 있는지의 여부,
- h. 제조물 책임의 경우 제조자가 제품의 결함·위험 및 안전한 제품의 제작가능성 등을 인식하고 있었는지 여부 또는 그 사용자에게 위험을 경고하였는지의 여부, 제품의 제작비용·기술수준·업계의 관행·제품의 효용과 실효성, 안전기준 준수여부·안전도에 관한 부실의 허위표시여부, 수익의 의도여부, 법 위반으로 인하여 얻은 이익
- i. 형법상의 증거와 동일한 정도의 확고한 증거의 유무 등.”

사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 1면.

10) 전문의 내용은 다음과 같다.

“제750조의 1(징벌적 손해배상) 전조(제750조)의 불법행위자가 악질적인 침해를 의도하였다든지 또는 의도적으로 현저하게 타인의 권리 혹은 이익을 무시하였을 뿐만 아니라, 장래에 그와 유사한 불법행위를 억제하기 위하여 처벌이 필요하다고 인정될 경우에는 피해자가 입은 피해의 손해배상 이외에 부가금을 지불하게 할 수 있다.”

윤정환, 징벌적 손해배상에 관한 연구, 민사법학 제17호, 1999.4, 88면.

11) 전문의 내용은 다음과 같다.

제750조(불법행위의 내용) ① (현행과 같음)

일반적 도입안으로 제시된 세 안의 내용을 살펴보면, 우선, 세 가지 안 모두 ‘고의 또는 악성이 높은 불법행위’에 대하여 징벌적 손해배상을 인정하고 있으며, 채무불이행으로 인한 손해배상의 경우에는 징벌적 손해배상을 원칙적으로 적용하지 않으며, 배상액의 상한을 설정하지 않는 것으로 하고 있다.<sup>12)</sup> 이러한 규정 형태는 “손해배상 제도로써 징벌적 손해배상제도를 통일적으로 설명할 수 있고, 새롭게 대두되는 다양한 유형의 불법행위를 포함하여 불법행위 전반에 걸쳐 동종 또는 유사한 불법행위의 재발방지를 기대할 수 있으며 불법행위 피해자 간에도 전체적인 형평성을 기할 수 있다는 점”을 그 논거로 하고 있다.<sup>13)</sup>

다음으로, **특정분야 도입과 관련해서는 황희석 변호사,<sup>14)</sup> 박성근** 검

② (신설) 고의적이거나 악의적인 의도로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자에 대해 법원은 동 행위의 재발을 방지하기 위해 합리적인 범위에서 제1항의 범위를 넘는 손해배상 액수의 지급을 명할 수 있다.

사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 13면.

12) 이점인 교수의 경우 “채무불이행이 그 자체로서 고의적인 불법행위를 구성하는 경우에는 예외로 한다”고 규정하고 있다. 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 1면.

13) 사개추위 2006. 연구보고서, 752-753면. 이점인 연구용역보고서 부분, 김태선, 징벌적 손해배상제도 관련 쟁점 및 국내에서의 논의현황, 한국법제연구원 워크숍 자료집, 2012. 10. 10 15면에서 재인용.

14) 전문의 내용은 다음과 같다.

제 6 조(징벌적 손해배상책임) 다음 각호의 규정에 의한 손해배상청구에 의하여 전보배상책임을 지는 자(이하 “가해자”라 한다)가 고의 또는 악의로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우, 가해자를 징벌하고 유사한 불법행위의 재발을 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 가해자는 전보배상 외에 징벌적 손해배상을 할 책임이 있다.

1. 증권관련집단소송법 제3조 제1항 각호의 1에 해당하는 손해배상청구
2. 제조물책임법 제3조에 의한 손해배상청구
3. 식품위생법 제4조 내지 제6조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제8조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구
4. 환경범죄의단속에관한특별조치법 제3조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구
5. 보건범죄단속에관한특별조치법 제2조 내지 제4조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구

사<sup>15)</sup>가 시안을 제출하였다. 이 두 시안에서는 ① 증권관련 집단소송법 제3조 제1항 각호의 1에 해당하는 손해배상청구, ② 제조물책임법 제3조에 의한 손해배상청구, ③ 식품위생법 제4조 내지 제6조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제8조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구, ④ 환경범죄의 단속에 관한 특별조치법 제3조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구, ⑤ 보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제2조 내지 제4조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상청구, ⑥ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제61조제2항의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상책임에 대하여 징벌적 손해배상을 인정하도록 규정하고 있다.

또한, 2003년 12월 한국소비자보호원은 각 소비자보호와 관련하여 ‘소비자보호법 제52조의 8 신설’,<sup>16)</sup> ‘제조물책임법 제3조제3항 또는 제7조

---

사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 3면.

15) 제 3 조(징벌배상책임) 타인의 권리나 이익을 침해한다는 사실을 알면서도 의도적으로 위법행위를 함으로써 다음 각 호의 어느 하나의 규정에 의한 손해배상책임을 지는 자는 전보배상 외에 피해자에게 징벌배상을 할 책임이 있다. 다만, 가해자를 징벌하고 유사한 불법행위의 재발을 방지할 필요가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 증권관련집단소송법 제3조의 규정에 의한 손해배상책임
2. 제조물책임법 제3조의 규정에 의한 손해배상책임
3. 식품위생법 제4조 내지 제6조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다) 및 제8조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상책임
4. 환경범죄의단속에관한특별조치법 제3조의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상책임
5. 보건범죄단속에관한특별조치법 제2조제1항제1호, 제3조제1항제1호 및 제4조제1항제1호의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상책임
6. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조제2항의 규정에 위반한 행위를 원인으로 한 손해배상책임

사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 11면.

- 16) 소비자보호법 제52조의8(손해배상책임) ① 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입힌 사업자는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.  
② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 자는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다.

신설’,<sup>17)</sup> ‘전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제45조의 2 신설’,<sup>18)</sup> ‘방문판매 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제45조의 2 신설’<sup>19)</sup> 등 개별법에 징벌적 배상규정을 신설하는 개정안을 제안하였다.<sup>20)</sup>

③ 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 자는 사업자가 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우, 법원은 피해자의 청구에 의해 손해배상의 책임을 지는 사업자에 대하여 실손해금의 3배 범위에서 가산금의 지급을 명할 수 있다.

사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 14면.

17) 제 3 조 (제조물책임) ①, ② (현행과 같음)

③ (신설) 제조물의 결함에 대하여 제조업자 등에게 고의 또는 과실이 있는 경우 법원은 제1항에 의한 배상액 외에 피해자의 청구에 의하여 실손해액의 3배의 범위에서 가산금의 지급을 명할 수 있다.

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

② 법원은 제1항의 배상을 결정함에 있어서 다음 사항을 고려하여야 한다.

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

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

사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 14면.

18) 제42조2(손해배상책임) ① 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입힌 전자상거래를 행하는 사업자 또는 통신판매업자는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.

② 법 제21조 제1항의 규정을 위반한 전자상거래를 행하는 사업자 또는 통신판매업자에 대하여 법원은 피해자의 청구에 의하여 실손해액의 3배 범위에서 가산금의 지급을 명할 수 있다.

사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 14-15면.

19) 제42조2(손해배상책임) ① 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입힌 특수판매자는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.

② 다음 각호의 1에 해당하는 규정을 위반한 사업자에 대하여 법원은 피해자의 청구에 의하여 실손해액의 3배 범위에서 가산금의 지급을 명할 수 있다.

1. 제11조 제1항
2. 제23조 제1항 내지 제3항
3. 제32조 제1항

사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 15면.

20) 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 9, 2-15면.

이와 함께 최근에도 기존의 전보적 손해배상과는 달리 원고의 실손해를 넘어서 원고에게 손해배상금을 지급하는 것을 내용으로 하는 법안들이 장애인 차별금지, 금융소비자보호, 독점규제 및 공정거래, 제조물책임 분야에서 발의되고 있다.

[표 2] 특정분야 법률안

| 법 안  | 내 용  |
|--|--|
| <p>장애인·노인·임산부 등의 교통수단이용 및 이동보장에 관한 법률안</p> | <p>2004년 7월 19일 현애자의원이 대표발의한 장애인·노인·임산부 등의 교통수단이용및이동보장에 관한법률안은 장애인·노인·임산부 등 교통 약자의 이동에 관한 차별을 없애기 위하여 운송사업주 또는 교통주관기관이 시정명령을 받고 시정기간 이내에 이를 이행하지 아니한 상태에서 발생한 손해에 대하여 2배 이상의 금액으로 배상하도록 함으로써 징벌적 손해배상제도 도입을 제안(동법안 제33조)</p> |
| <p>장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률안</p>              | <p>2005년 9월 16일 노회찬의원이 대표발의한 장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률 제정안은 장애인에 대하여 차별행위를 한 사람이 고의적으로 차별행위를 반복하거나 악의적으로 차별행위를 한 경우에 한해 손해액의 2배 이상 5배 이하에 해당하는 배상금을 지급하도록 하는 징벌적 손해배상제도의 도입을 규정(동법안 제76조)</p>                                    |
| <p>차별금지법안</p>                              | <p>2011년 12월 2일 권영길의원이 대표발의한 「차별금지법안」은 차별행위가 악의적인 것으로 인정되는 경우 재산상 손해액 외에 손해액의 2배 이상 5배 이하에 이르는 별도의 배상금을 지급하도록 하는 징벌적 손해배상제도의 도입을 제안(동법안 제39조)</p>  |



| 법 안                              | 내 용  |
|----------------------------------|--|
| 표시·광고의 공정화에<br>관한 법률<br>일부개정법률안  | 2011년 12월 9일 김우남의원이 대표발의한 표시·광고의 공정화에 관한 법률 일부개정법률안은 3배배상제도를 제안(동법안 제10조 제3항 및 제4항 신설)       |
| 금융소비자보호기본법안                      | 2011년 7월 13일 박선숙의원이 대표발의한 금융소비자보호기본법안은 3배 배상제도를 제안(동법안 제52조)                                 |
| 독점규제 및<br>공정거래에 관한 법률<br>일부개정법률안 | 2011년 12월 9일 김우남의원이 대표발의한 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안은 3배 배상제도를 제안(동법안 제56조 제2항 및 제57조 제2항신설) |
| 제조물책임법<br>일부개정법률안                | 2011년 12월 9일 김우남의원이 대표발의한 제조물책임법 일부개정법률안은 3배 배상제도를 제안(동법안 제3조 제2항)                           |

출처: 김성천, 한국의 징벌(적) 손해배상제도로서의 3배 배상제도의 내용과 확대 적용 소고, 한국법제연구원 워크숍 자료집, 2012. 10. 10, 62-70 면에서 정리

특정분야에서의 징벌적 손해배상제도 도입안은 현행 손해배상제도의 문제점으로 지적된 분야를 특정하여 징벌적 손해배상을 인정함으로써 불법행위자의 처벌과 불법행위의 억지기능을 달성하고자 한다. 또한, 징벌적 손해배상액의 상한과 관련해서는 박성근 검사의 시안과 소비자보호원의 시안, 그리고 최근 발의된 특정분야의 법률안에서는 전보적 손해배상액의 몇 배 또는 배상의 상한액을 설정하는 등 일정한 제한을 두고 있다.<sup>21)</sup>

21) 박성근 검사 시안에는 징벌배상액을 전보배상액의 2분의 1이상으로 하고, 전보배

## 2. 징벌적 손해배상제도 도입 반대의견

상기와 같은 징벌적 손해배상제도 도입안에 대해서는 다음과 같은 논거로 반대의견이 제시되어 왔다. 사법제도개혁위원회에서 논의된 사항을 중심으로 이를 살펴보면, 첫째, 우리의 법체계는 민사법과 형사법의 엄격한 준별체계를 갖추고 있기 때문에 불법행위자에 대한 처벌이라는 기능을 하는 징벌적 손해배상은 이에 부합하지 않는다.<sup>22)</sup> 둘째, 민사법과 형사법이 준별되어 있음에도 처벌의 한도나 구성요건이 존재하지 않는 이중처벌의 우려가 있다.<sup>23)</sup> 셋째, 원고에게 실손해를 넘어서는 우발적인 소득을 제공할 가능성이 있어, 우리의 법현실상 제도의 남용우려가 있다. 넷째, 징벌적 손해배상제도는 배심재판을 가진 미국 불법행위 소송의 특수한 상황에 부합하는 제도로, 배심제도가 없는 우리에게서는 제도의 수용시 기존 제도와 상충문제, 판사들에 대한 과도한 재량의 부여 문제 등이 발생할 수 있다.<sup>24)</sup> 다섯째, 징벌적 손해배상제도와 관련하여 미국 내에서도 제기되는 바와 같이 징벌적 손해배상의 인정 또는 배상액의 예측이 불가능하다는 점이 반대의 논거로 제시되고 있다.<sup>25)</sup>

---

상액의 3배 또는 5억원 중에서 많은 금액을 초과할 수 없도록 하였으며(제5조 제1항), 제5조 제1항에 따른 그 하한이 상한을 초과하는 경우에는 그 하한을 징벌배상액으로 하도록 하고 있다. 한편, 소비자보호원의 시안에서는 징벌적 손해배상을 모두 실손해의 3배의 범위 내에서 가산금의 이름으로 지급하도록 하고 있다.

22) 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 7 (전삼현 교수 토론 부분), 29면(“이러한 실손해를 배상하는 것을 원칙으로 하는 현행 민법 체계를 징벌적 배상이 가능하도록 하기 위하여는 민법상의 책임체계를 전면적으로 개편해야 하는 어려움이 있을 수 있다.”) 참조.

23) 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 7 (홍승면 토론부분), 56면.

24) 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 7 (홍승면 토론부분), 57면 참조.

25) 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 7 (홍승면 토론부분), 53면.

### 제 3 절 소 결

전술한 바와 같이 현대 불법행위의 다양화와 함께 종래 우리의 손해배상제도가 가지는 한계 내지 문제점에 대한 논의가 이루어져 왔다. 이를 배경으로 징벌적 손해배상제도를 도입하여 종래 우리의 손해배상법이 가지는 한계를 극복하고자 하는 의견이 꾸준히 제시되어 왔다. 이러한 의견은 동 제도의 도입을 통해 종래 문제점으로 지적되어 온 피해자에 대한 충분한 배상이 이루어 질 수 있으며, 악성이 높은 불법행위자를 처벌함으로써 불법행위의 발생을 억제할 수 있다고 하는 목적을 달성할 수 있다고 주장한다.

그러나 한편으로는 동 제도의 도입에 대한 반대의견이 제시되고 있으며, 그 구체적인 논거로는 첫째, 근대법 성립이후 민·형사책임의 준별원칙에 의해 처벌이라고 하는 요소는 형사법의 영역에서 담당하는 것으로 징벌적 요소를 가진 징벌적 손해배상제도는 민사법의 영역으로 도입될 수 없으며, 둘째, 불법행위의 피해자에게 우발적인 소득을 제공할 수 있으며, 셋째, 징벌적 손해배상의 인정 및 배상액에 관한 예측 가능성이 결여된다고 하는 점 등이다.

이러한 찬반양론의 대립으로 인해 현재까지 국내에서 징벌적 손해배상제도에 대한 도입 논의는 결론을 내리지 못하고 있다. 그러나 전술한 바와 같이 특히 개별법의 영역에서 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의는 지속될 것으로 보인다.

## 제 3 장 미국법상 징벌적 손해배상

국내에서 징벌적 손해배상의 도입 여부와 관련하여 이루어지고 있는 찬·반의 논거는 18세기 영국의 징벌적 손해배상법리를 수용한 이래 미국 내에서 이루어지고 있는 내용과 유사한 점이 많다. 다만, 미국에서는 그 논의의 초점이 초기 징벌적 손해배상법리 자체의 수용 또는 존폐 여부에서, 징벌적 손해배상법리의 존속을 전제로 법리의 부작용을 최소화하고 순기능을 극대화하는 쪽으로 옮겨가고 있다는 점이 차이라고 할 수 있다. 이러한 점을 고려하여 이하에서는 1) 미국 불법행위법상 징벌적 손해배상의 개념, 2) 징벌적 손해배상책임의 당사자와 행위요건, 3) 징벌적 손해배상액의 산정 및 제한을 위한 노력을 중심으로 미국의 징벌적 손해배상제도를 살펴본다.

### 제 1 절 개념 및 요건

#### 1. 징벌적 손해배상의 개념

미국법상 징벌적 손해배상은 공법과 사법이 엄격히 구별되던 19세기의 법사상과 선례구속의 원칙이 충돌하는 과정에서 개별 주들이 동 제도에 대한 입장을 달리하는 가운데 발전해 왔다고 할 수 있다.<sup>26)27)</sup>

26) “근대법상 민사책임과 형사책임의 분화과정에서 확립되어 가고 있던 법체계나 범형식에 무게를 두는 대신 기존에 확립되어 있던 선례에 구속된다는 소극적 입장에서 다수의 주에서 징벌적 손해배상법리를 존속시킨 것이 현재 미국의 징벌적 손해배상법리의 주 별 차이를 발생시킨 연원적 이유라고 할 수 있다. 또한, 미국법상 징벌적 손해배상법리의 발전에는 대등한 사인의 존재가 전제로 될 때 그 기능을 제대로 발휘할 수 있는 전보배상과 함께 19세기 산업화 과정에서 거대 기업이 야기하는 불법행위를 처벌·억지하고자 하는 실질적인 이유가 동 제도를 존치하게 된 사회경제적 배경이었다고 할 수 있다.” 김현수, 미국법상 징벌적 손해배상 - 근대법형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로 -, 재산법연구 제29권 제2호 (2012. 6.), 337면.

27) 국내에서 미국의 징벌적 손해배상을 다루고 있는 문헌으로서, 박사학위 논문으로는 이점인, 징벌적 손해배상제도(Punitive Damages)에 관한 연구, 동아대학교 대학원 박

징벌적 손해배상은 “전보적 또는 명목적 손해배상 이외에(ther than compensatory or nominal damages) 가해자의 중대한 가해행위에 대하여 처벌하고, 장래 유사한 행위가 발생하는 것으로부터 가해자나 타인을 억지하기 위하여 주어지는 손해배상”으로 정의된다.<sup>28)</sup> 위와 같은 정의 규정에서 도출되는 징벌적 손해배상의 특징은 중대한 가해행위(outrageous conduct)라고 하는 객관적 요건이 충족되는 경우, 처벌과 억지의 목적으로 우리 민법상 인정되는 전보적 손해배상과는 차별화되는 손해배상이라는 것이다.

미국 불법행위법상 징벌적 손해배상에 관한 위와 같은 정의는 미국 내에서 징벌적 손해배상을 인정하고 있는 주에서의 정의와 대체로 부합한다. 그럼에도 불구하고 미국 내에서 징벌적 손해배상제도에 관한 입장은 개별 주의 입장에 따라 많은 차이를 보이고 있다. 이를 나누어 살펴보면 첫째, 루이지애나 주와 같이 보통법상 징벌적 손해배상제도를 인정하지 않는 주가 있다. 둘째, 콜로라도 주나 일리노이 주와 같이 징벌적 손해배상의 유형이나 대상을 특정화한 곳이 있다. 또한, 미시건 주와 코네티컷 주와 같이 징벌적 손해배상이라는 명칭에도 불구하고 전보배상의 가중적인 측면을 강조하면서 실질적으로

---

사학위 논문, 1998. 12 유근홍, 징벌적 손해배상제도에 관한 연구 - 도입 필요성과 그 적용한계를 중심으로 -, 청주대학교 대학원 박사학위 논문, 2006. 2. 참조. 징벌적 손해배상을 다루고 있는 개별적 연구도 상당히 존재하며, 대부분 미국의 징벌적 손해배상을 소개하고 있다. 예를 들어, 김상찬·이충은, 징벌적 손해배상제도의 도입을 위한 비교법적 고찰, 한국법학회 법학연구 제35집, 2009; 김재국, 영미법상 징벌적 배상요소의 도입에 관한 소고, 비교사법 제2권 1호, 1995. 6; 박종렬, 징벌적 손해배상에 관한 연구, 한국법학회 법학연구, 제26집, 2007; 소재선, 징벌적 손해배상의 기능과 한계, 경희대학교 논문집 제27집, 1998; 윤정환, 징벌적 손해배상에 관한 연구, 민사법학 제17호, 1999. 4; 윤정환, 징벌적 손해배상에 관한 연구, 재산법연구 제9권 제1호, 1992. 12; 이점인, 징벌적 손해배상제도의 도입 필요성과 가능성에 대한 일고찰, 동아법학 제38호, 2006; 정하명, 미국의 懲罰的 損害賠償에 대한 새로운 한계, 토지공법연구 제43집 제2호, 2009. 2; 정해상, 손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계, 중앙법학 제6집 제4호, 2004 참조.

28) Restatement (Second) of Torts § 908 (1979); W. Page Keeton et al., Prosser and Keeton on the Law of Torts § 2, at 9 (5th ed. 1984) 참조.

는 징벌적 손해배상이라고 할 수 없는 제도를 운영하고 있는 주들도 존재한다.<sup>29)</sup>

## 2. 징벌적 손해배상의 당사자

### (1) 배상청구권자

불법행위로 인해 신체적, 명예적, 경제적 또는 감정적인 손해를 입은 대부분의 피해자는 당해 불법행위에 대한 손해배상의 한 항목으로서 징벌적 손해배상을 청구할 수 있는 것이 일반적 원칙이라고 할 수 있다.<sup>30)</sup> 그러나 징벌적 손해배상에 대한 청구권자에 대하여는 다음과 같이 의견이 나뉘어져 있다. 첫째, 계약위반 사건은 전보배상이 주된 구제수단으로 활용되며, 해당 행위가 별도로 징벌적 손해배상이 인정되는 불법행위가 되지 않는 경우 징벌적 손해배상이 인정되지 않는다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.<sup>31)</sup> 그러나 다수의 주에서 소비자 거래와 같이 특정한 분야에서 이러한 일반적 원칙의 예외를 인정하는 제정법이 존재하고 있다.<sup>32)</sup> 둘째, 제정법상 규정이 없는 경우에는 피고의 불법행위에 의해 직접적으로 손해를 입은 자에게만 징벌적 손해배상이 인정되며, 타인의 손해의 결과로서 파생적 손해(derivative injury)를 입은 자에게는 인정되지 않는다. 그 결과 간접적인 손해를 입은 피해자는 동일한 불법행위에 의한 피해자이고 그 결과 법익에 대한 손해를 배상받을 수 있으나 이 경우의 손해배상은 전보적 손해배

29) 이에 관한 상세는 김현수, 미국법상 징벌적 손해배상 - 근대법형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로 -, 재산법연구 제29권 제2호 (2012. 6.), 330-332면.

30) Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* 318 (2000).

31) Restatement (Second) of Contracts § 355 (1981) (“Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable.”). 이에 대한 판결의 예로는 *Reeves v. Alyeska Pipeline Service Co.*, 56 P.3d 660 (Alaska 2002)

32) Restatement (Second) of Contracts § 355 cmt. a (1981).

상에 한정된다.<sup>33)</sup> 셋째, 자녀의 손해를 기초로 부모에게 징벌적 손해배상이 인정되는가에 관한 문제인데, 이에 대해서는 견해가 나뉘어져 있다. 일부 주에서는 부모의 파생적 손해는 징벌적 손해배상을 위한 충분한 근거가 될 수 없다는 입장을 취하고 있다.<sup>34)</sup> 예를 들어, 딸에 대한 피고의 노골적이고 반복적인 성적 학대에 기초하여 부모가 징벌적 손해배상을 인정받은 사안에서, 미네소타 항소법원은 부모에게 당해 불법행위가 행해진 것이 아니라는 이유로 부모에 대한 징벌적 손해배상을 인정하지 않았다.<sup>35)</sup> 대부분의 주에서는 이러한 입장을 취하는 것으로 보이지만, 이와 반대되는 입장을 갖는 주도 있는 것으로 보인다.<sup>36)</sup> 넷째, 정부기관이나 공공기관이 징벌적 손해배상을 청구할 수 있는가에 대한 문제가 있으나, 이에 대해서도 의견은 나뉘어진다. 이를 부정하는 판결에서는 지방자치단체의 규제권한(police power)을 활용하여 불법행위자를 처벌할 수 있기 때문에 피고의 처벌을 목적으로 하는 징벌적 손해배상이 지자체에게 인정되지 않는다고 하고 있으며,<sup>37)</sup> 이와는 반대로 지자체에게 징벌적 손해배상을 인정하는 판결도 있었다.<sup>38)</sup> 다섯째, 당사자가 사망한 경우에 관한 문제이다. 보통법하에서는 원고나 피고가 사망하는 경우 소송절차가 중단되거나 소의 원인이 소멸된다.<sup>39)</sup> 그러나 미국 내 모든 주에서는 불법행위에 의해 피

---

33) Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* 318 (2000). 예시로는 *Fireman's Fund American Ins. Co. v. Coleman*, 394 So.2d 334 (Ala 1980); *Watts v. Golden Age Nursing Home*, 127 Ariz. 255, 619 P.2d 1032 (1980); *French v. Orange County Inv. Corp.*, 125 Cal. App. 587, 13 P.2d 1046 (1932) 참조.

34) *Hughey v. Ausborn*, 249 S.C. 470, 154 S.E.2d 839 (1967).

35) *Father A v. Moran*, 469 N.W.2d 503 (Minn. App. 1991).

36) 예를 들어, *Wangen v. Ford Motor Co.*, 97 Wis.2d 260, 294 N.W.2d 437 (1980).

37) *City of Los Angeles v. Shpegel-Dimsey, Inc.*, 198 Cal. App. 3d 1009 (2nd Dist 1988). (The court also stated: "No other United States jurisdictions expressly permits ... recovery of punitive damages by public entities.")

38) *Westlands Water Dist. v. Amoco Chemical Co.*, 953 F.2d 1109 (CA9 Cal.1991).

39) *W. Page Keeton et al.*, *Prosser and Keeton on the Law of Torts* § 127 at 945 (5th ed. 1984)

해자가 사망한 경우 본인에 대신하여 유족이 입은 손해에 대한 배상을 인정하는 불법사망법(wrongful death act)이 제정법으로 존재한다.<sup>40)</sup> 불법사망법에 대한 대부분의 주의 원칙적 입장은 금전적 손해와 같은 특별한 형태의 전보적 손해배상을 위한 규정으로 보고, 불법사망소송에서는 징벌적 손해배상이 인정되지 않도록 규정하고 있다.<sup>41)</sup> 그러나 알라바마와 텍사스와 같은 일부 주에서는 징벌적 손해배상을 명시적으로 인정하고 있다.<sup>42)</sup>

## (2) 배상의무자

징벌적 손해배상에 있어서 배상의무자와 관련된 주요한 쟁점은 피고의 지위나 신분에 따라서 징벌적 손해배상의 책임을 면할 수 있는가에 관한 것이다. 첫째, 미성년자와 심신상실자에 관한 것으로, 미국 불법행위법에서는 미성년자나 심신상실자에게도 배상책임이 인정될 수 있다.<sup>43)</sup> 따라서, 미성년자와 심신상실자의 징벌적 손해배상 인정 여부

40) W. Page Keeton et al., Prosser and Keeton on the Law of Torts § 127 at 945 (5th ed. 1984) (“Every American state now has a statutory remedy for wrongful death”).

41) 따라서, 사자가 유족을 부양해 왔던 경우 유족에게 인정되는 손해는 부양의 상실에 관한 것과 사자의 장례비용 등과 같은 금전적 손실에 한정되는 것이 원칙적인 입장이다. 그러나 불법사망법의 손해배상의 범위를 한정함으로써 가족구성원의 사망으로 인한 비재산적 손해(예를 들어, 가사의 불능으로 인한 손해와 같은 것으로 loss of consortium 이라 한다)에 대한 배상과 정신적 손해에 대한 배상이 문제되었다. 전자의 경우 법원과 주의 제정법에 의해 금전적 손실의 범위에 포함되도록 하고 있는 경우가 많다. 이에 관한 상세는 Dan B. Dobbs, The Law of Torts § 297 (2000).

42) Dan B. Dobbs, The Law of Torts § 813 (2000).

43) Restatement (Second) of Torts § 895I (infants) & § 895J (mentally disabled persons). 예를 들어, 미성년자의 경우 미성년자라는 ‘지위’만으로 고의에 의한 불법행위에 대한 배상책임의 귀속에서 면책되지는 않으며, 책임귀속 여부에서 중요한 점은 특정 불법행위의 성립에 요구되는 고의를 실제로 형성하였는가(in fact entertained the intent required to establish a particular tort)에 관한 것이다. Dan B. Dobbs, The Law of Torts § 25 (Intent and Motive) (2000). 과실에 의한 불법행위의 경우 일부 주의 경우 “7세 규칙(rule of sevens)”이 인정되어, 7세 이전의 미성년자에 대한 불법행위 책임을 면하고 있는 주가 있다. 그러나 이 규칙이 적용되지 않는 주에서는 성인인 피고의 경우 적용되는 객관적 기준과는 또 다른 유사한 상황에서 연령, 지능, 경험



가 문제되는 경우 해당 사안에서 피고가 징벌적 손해배상을 인정할 만한 정신상태를 형성할 수 있었는지 그리고 형성했었는지에 따라 결과는 달라지게 된다.<sup>44)</sup>

둘째, 징벌적 손해배상법리를 인정하고 있는 주들 사이에서 가장 분열이 심한 쟁점은 사용자나 본인(principal)이 피용자나 대리인의 불법행위로 인한 징벌적 손해배상에 대한 대위책임(vicarious liability; respondeat superior)에 관한 문제이다. 미국 내 모든 주에서 일정한 상황 하에서 대위책임을 인정하고 있으나, 이 문제에 대한 쟁점은 일반적인 사용자책임을 적용되어야 하는 것인가에 관한 것이다. 약 과반수가 넘는 주에서 일반적인 사용자책임을 인정하고 있다. 따라서, 이들 주에서 사용자는 피용자의 불법행위가 업무 범위내 또는 업무의 집행 중(within the scope or course of employment)에 있었던 경우, 사용자가 그 행위에 대한 권한의 부여나 추인의 여부와 관계 없이, 즉, 사용자의 과실의 유무를 묻지 않고 배상책임을 부담한다고 하는 원칙이 적용되어 사용자에게 징벌적 손해배상책임을 인정한다.<sup>45)</sup> 다른 한편에서는 제2차 불법행위법 리스테이트먼트상의 규칙(일반적으로 “공모원칙(complicity rule)”이라 한다)<sup>46)</sup>을 따르고 있다. 이 규칙을 따르는 곳에서는 사용자가 피용자의 불법행위에 참여, 추인, 또는 권한을 부여하거나, ‘관리급’ 대리인에 의하여 불법행위가 발생하거나, 인식있는 과실로(reckless) 고용한 피용자에 의해서

---

을 과실유무의 판단요소로 하는 주관적 기준(subjective standard)이 적용된다. Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* § 124 (2000) 참조.

44) Dan B. Dobbs, *Law of Remedies: Damages-Equity-Restitution* 318 (1993).

45) 예를 들어, *Odom v. Gray*, 508 S.W.2d 526 (Tenn 1974); *J.B. Hunt Transp. v. Doss*, 320 Ark. 660, 899 S.W.2d 464 (1995) 참조. 업무의 범위와 관련하여 *Restatement (Second) of Agency* § 228 (1958) 참조. 2006년 제3차 대리법 리스테이트먼트가 출판되었다.

46) *Restatement (Second) of Torts* § 909와 *Restatement (Second) of Agency* § 217C은 똑같은 규정이다.

불법행위가 발생한 경우 사용자책임이 인정된다.<sup>47)</sup>

### 3. 징벌적 손해배상 인정 요건

징벌적 손해배상은 통상의 과실의 경우에는 인정되지 않는다. 전술한 바와 같이 미국법상 징벌적 손해배상제도의 인정을 위해서는 불법행위자의 중대한 가해행위(outrageous conduct)가 필요하다. 이 때 중대한 가해행위를 인정하기 위해 필요한 행위자의 주관적 심리상태에 대해서는 제2차 불법행위법 리스테이트먼트 제908조에서 규정하고 있다. 동 조는 징벌적 손해배상을 인정하기 위해서는 타인의 권리에 대한 피고의 사악한 동기(evil motive) 또는 미필적 고의에 의한 무관심(reckless indifference)에 의한 행위의 중대성이 요구된다고 규정하고 있다.<sup>48)</sup> 이 때 ‘악의’ 또는 ‘사악한 동기’는 불법행위의 피해자에 대하여 손해를 야기하려고 하는 의도로 행위하는 경우 인정된다. 그리고 ‘미필적 고의(recklessness)’는 타인의 권리나 안전에 대한 의도적인 무시로 불법행위자의 행위가 타인에 대해 ‘불합리한 위협’을 야기하면서 이에 대해 타인의 안전을 배려하지 않고 행위하는 경우를 의미한다.<sup>49)</sup> 이와 함께 미국의 일부 주에서는 중과실(gross negligence)의 경우에도 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 그러나 이때의 중과실은 실제로는 미필적 고의와 가까운 개념으로 해석되고 있기 때문에 미국법상 징벌적 손해배상의 인정을 위한 불법행위자의 주관적 심리상태

47) 예를 들어, Lauer v. YMCA, 57 Hawaii 390, 557 P.2d 1334 (1976); Pendowski v. Patent Scaffolding Co., 89 Ill. App. 3d 484, 411 N.E.2d 910 (1st Dist 1980); Kimmel v. Iowa Realty Co., 339 N.W.2d 374 (Iowa 1983) 참조.

48) Restatement (Second) of Torts § 908 (2) (1979) (“Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others.”).

49) 김현수, 미국법상 징벌적 손해배상 - 근대법형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로 -, 재산법연구 제29권 제2호 (2012. 6.), 340-344면.

는 대부분의 경우 ‘악의’와 ‘미필적 고의’에 해당한다고 할 수 있다.<sup>50)</sup>

## 제 2 절 징벌적 손해배상의 제한

### 1. 징벌적 손해배상액의 제한

전보적 손해배상 이외의 손해배상으로서 불법행위자의 처벌과 불법행위의 억지를 목적으로 하는 징벌적 손해배상은 원고에게 실손해를 넘어서는 소득을 제공하는 것으로 손해배상액의 예측가능성이 결여된다는 비판이 제기되었다. 징벌적 손해배상이 가지는 이러한 문제점 때문에 손해배상액의 산정에 있어서는 일정한 기준들이 제시되고 있다.

첫째, 징벌적 손해배상의 인정과 손해배상액의 산정은 배심의 역할에 속하기 때문에 이에 대한 제한 요소로 개별 주에서는 배심설시(jury instruction)를 통해 배상액 산정을 제한하고 있다. 예를 들어, 미국의 ‘모델 징벌적 손해배상법(Model Punitive Damages Act)’에서는 개별 주의 배심설시에 필요한 요소를 다음과 같이 제시하고 있다. “① 피고의 불법행위에 의해 야기된 공중에 대한 위험(hazard)의 심각성, ② 불법행위의 결과 발생한 피고의 이익, ③ 불법행위 기간, ④ 위험에 관한 피고의 인식 정도, ⑤ 불법행위의 적발시 피고의 태도나 행위, ⑥ 불법행위의 야기나 은닉과 관련된 피용자의 수와 정도, ⑦ 피고의 재정적 상태, ⑧ 불법행위로 인해 피고에게 부과된 기타의 처벌의 종합적 영향, ⑨ 피고가 받을 형사벌의 정도.”<sup>51)</sup>

둘째, 배심의 평결이 이루어진 이후에도 사실심 그리고 상고심 법원에서의 심사를 통해서 징벌적 손해배상액이 과도한 경우 일정한 금액으로 감액이 이루어지게 된다. 이는 일반적으로 피고의 “배상액 감액

50) Kelsay v. Motorola, Inc., 74 Ill. 2d 172, 186 (1978) (“타인의 권리에 대한 악의적 무관심(wanton disregard)을 나타낼 정도의 중과실이여야 한다”).

51) Unif. Law Comm’rs’ Model Punitive Damages Act § 7(a) (approved July 18, 1996).

신청”을 통해 이루어지게 되며, 법원의 판단에 따라 감액의 여부가 결정된다. 이러한 기준은 최근 구체화되고 있으며, 몬타나 주와 같은 경우 “① 피고의 불법행위의 성격과 비난성, ② 피고의 불법행위의 정도, ③ 피고의 고의, ④ 피고의 불법행위의 이익성 여부(profitability), ⑤ 실 손해배상액, ⑥ 피고의 순자산, ⑦ 동일한 불법행위로 인해 피고에게 내려진 이전의 징벌적 손해배상액, ⑧ 동일한 불법행위로 인해 피고에게 가해졌거나 가해질 형사 제재(potential or prior criminal sanctions), ⑨ 기타 증감 또는 감액 요소”가 감액결정에 있어 법원이 활용하는 판단기준이 된다.<sup>52)</sup>

셋째, 사법절차 과정에서 징벌적 손해배상의 부과나 산정액을 제한하고자 하는 또 하나의 노력은 원고의 입증정도에 관한 문제라고 할 수 있다. 미국법상 통상의 민사절차에서 요구되는 증명의 정도는 ‘증거의 우월(preponderance of evidence)’이다. 그리고 형사소송에서는 민사소송에서 요구되는 증명의 수준보다 높은 ‘합리적인 의심을 초월한 증명(proof beyond a reasonable doubt)’이 요구된다. 이 문제와 관련해서는 1991년 Haslip 사건에서 연방대법원이 적법절차 조항의 근거 하에 징벌적 손해배상의 인정시 증거의 우월에 비해 엄격한 증명의 정도가 요구되는가에 대하여 검토한 바 있으나, 민사소송에서 보다 높은 증명의 정도는 요구되지 않는다고 판단하였다.<sup>53)</sup> 그러나 최근 서른 주 이상에서 법원의 판결이나 제정법에 의하여 민사소송과 형사소송에서 요구되는 증명정도의 중간적 위치를 차지하고 있는 ‘명백하고 확실한(clear and convincing proof)’ 증명을 요구함으로써 사실인정자의 징벌적 손해배상 인정을 엄격히 하고자 하는 조치를 취하고 있다.<sup>54)</sup> 콜로라도 주의 경우 유일하게 형사소송에서 적용되는 ‘합리적인 의심

52) Mont. Code Ann. § 27-1-221 (West, Current with all 2011 laws, Code Commissioner changes, and 2010 ballot measures).

53) Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991).

54) Culbreath v. First Tennessee Bank Nat. Ass'n, 44 S.W.3d 518 (Tenn. 2001)

을 초월한 증명(proof beyond a reasonable doubt)'을 제정법으로 채택하고 있다.<sup>55)</sup> 이는 전술한 바와 같이 징벌적 손해배상이 민사적 요소인 '보상'과 형사적 요소인 '처벌'기능이라는 이중적 기능을 가진 제도로서 민사적 구제와 형사적 처벌과의 중간적 영역에 위치하고 있다는 것에서 기인하는 것이라고 볼 수 있다. 또한, 징벌적 손해배상이 인정되는 경우 피고에 대한 영향은 매우 심대한 것이라는 것도 증명의 정도를 강화하고 있는 주들의 입장과 무관치 않아 보인다. 증명의 정도를 상향 조정함으로써, 징벌적 손해배상이 가지는 처벌기능에 대한 일정한 제한이 가해지고 있다고 할 수 있다.

## 2. 주법에 의한 징벌적 손해배상제도 개혁

### (1) 손해배상액의 상한 설정

상당수의 주에서는 제정법을 통하여 징벌적 손해배상액의 상한을 정하거나 법원의 재량으로 배상액을 제한하는 방식을 통해 배심이나 법관의 징벌적 손해배상액 산정과 관련한 재량을 일정부분 통제하려고 하고 있다. 콜로라도 주, 커네티컷 주, 조지아 주, 몬타나 주, 네바다 주, 오클라호마 주, 버지니아 주, 플로리다 주, 캔사스 주, 오하이오 주, 알라바마 주, 그리고 텍사스 주가 이에 해당한다. 그러나 손해배상액의 상한을 설정하는 방식은 주에 따라 매우 다양하게 채택되어 있다. 예를 들어, 콜로라도의 경우, 징벌적 손해배상액이 실제 손해액(actual damages)을 넘을 수 없도록 규정하고 있다.<sup>56)</sup> 조지아 주에서는

---

55) Colo. Rev. Stat. § 13-25-127(2) (2001) (“Exemplary damages against the party against whom the claim is asserted shall only be awarded in a civil action when the party asserting the claim proves beyond a reasonable doubt the commission of a wrong under the circumstances set forth in section 13-21-102.”).

56) Colo. Rev. Stat. § 13-21-102(1)(a) (West, Westlaw through laws effective March 8, 2012) (“The amount of such reasonable exemplary damages shall not exceed an amount which is equal to the amount of the actual damages awarded to the injured party.”).

불법행위 소송에서 일률적으로 25만 달러를 상한으로 설정하고 있으나, 제조물 책임 소송과 같은 영역에서는 상한 규정을 두어 적용에 예외를 두고 있다.<sup>57)</sup> 그리고 플로리다 주와 같은 곳에서는 전보적 배상액의 3배 또는 50만 달러 중 높은 금액을 상한으로 설정해 두고 있다.<sup>58)</sup> 또한, 알라바마 주와 같은 곳에서는 사건의 유형에 따라 징벌적 손해배상액의 상한을 차등적으로 규정하고 있다. 예를 들어, 신체상해가 발생하지 않은 사안에서는 전보배상액의 3배 또는 50만 달러 중 높은 금액을 상한으로 하고 있으며,<sup>59)</sup> 피고가 중소기업인 경우 징벌적 손해배상액을 5만 달러 또는 해당 기업 순자산의 10%를 상한으로 설정하고 있다.<sup>60)</sup> 징벌적 손해배상액에 상한을 설정하는 주의 법률에 대해서는 주 헌법상 적법절차 조항 등을 근거로 위헌심사가 이루어졌으나, 대부분 합헌결정이 내려졌다.<sup>61)</sup>

---

57) Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(g), (e) (West, Westlaw through 2011 Regular and Special Sess.) (“For any tort action not provided for by subsection (e) or (f) of this Code section in which the trier of fact has determined that punitive damages are to be awarded, the amount which may be awarded in the case shall be limited to a maximum of \$250,000.00.”).

58) Fla. Stat. Ann. § 768.73(1)(a). (West, Current with chapters in effect from the 2012 Second Regular Session of the Twenty-Second Legislature through February 16, 2012) (“Except as provided in paragraphs (b) and (c), an award of punitive damages **may not exceed the greater of: 1. Three times the amount of compensatory damages** awarded to each claimant entitled thereto, consistent with the remaining provisions of this section; **or 2. The sum of \$500,000.**”).

59) Ala. Code § 6-11-21(a) (West, Current through Act 2012-78 of the 2012 Regular Sess.) (“Except as provided in subsections (b), (d), and (j), in all civil actions where an entitlement to punitive damages shall have been established under applicable laws, no award of punitive damages shall exceed three times the compensatory damages of the party claiming punitive damages or five hundred thousand dollars (\$500,000), whichever is greater.”)

60) Ala. Code § 6-11-21(b).

61) *Arbino v. Johnson & Johnson*, 880 N.E.2d 420, 444 (2007) (“At least ten states have upheld limitations on punitive damages, including provisions requiring that a certain percentage of awards be allotted to a designated public fund.”).

## (2) 손해배상의 주정부에의 귀속

일부 주에서는 징벌적 손해배상액 전부를 소송의 원고에게 귀속시키지 않음으로써, 징벌적 손해배상으로 인해 원고에게 실제 손해를 넘어서 과도한 우발적 소득을 발생시키는 것을 제한하는 동시에 우발적 소득을 노린 소송의 남용을 제한하고자 한다. 구체적으로는 징벌적 손해배상액의 일부를 주나 공공기관에 지불하도록 하는 법률을 제정하고 있다. 조지아 주, 알래스카 주, 일리노이 주, 인디애나 주, 아이오와 주, 미주리 주, 오레곤 주, 그리고 유타 주에서 이러한 제정법이 운용 중이다. 그러나 주정부나 공공기관에 귀속되는 범위에는 주별로 차이를 보이고 있다. 조지아 주의 경우, 변호사 비용을 포함한 소송비용을 공제한 후, 징벌적 손해배상액의 75%를 주 재무국(Office of the State Treasurer)을 통해 주에 귀속되도록 하고 있다.<sup>62)</sup> 일리노이 주에서는 사실심 법원이 원고, 원고의 변호사, 주의 보건복지부(Department of Human Services)에 대하여 일정 비율을 할당할 수 있는 재량을 가진다.<sup>63)</sup> 유타 주에서는 변호사 비용과 소송비용을 공제한 후, 5만 달러가 넘는 부분의 징벌적 손해배상액의 50%를 주의 일반기금(general fund)로 배정한다.<sup>64)</sup> 그러나 징벌적 손해배상액을 주 정부 또는 공공기관에 귀속시키는 입법은 수정헌법 제8조에서 규정한 과도한 벌금 금지와 같은 헌법침해에 해당하는지에 관한 문제가 남아 있다.<sup>65)</sup>

---

62) Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(e)(2) (West, Current through 2011 Regular and Special Sessions) (“(2) **Seventy-five percent of any amounts awarded** under this subsection as punitive damages, less a proportionate part of the costs of litigation, including reasonable attorney’s fees, all as determined by the trial judge, **shall be paid into the treasury of the state through the Office of the State Treasurer.**”).

63) 735 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/2-1207.

64) Utah Code Ann. § 78B-8-201(3).

65) James D. Ghiardi, *Punitive Damages: State Extraction Practice is Subject to Eighth Amendment Limitations*, 26 Tort & Ins. L.J. 119 (1990); Victor E. Schwartz et al., *I’ll Take That: Legal And Public Policy Problems Raised by Statutes That Require Punitive*

### 제 3 절 소 결

근대법 성립당시 공, 사법의 구별이 엄격하게 요청되던 법사상과 선례를 따르는 보통법상 원칙이 충돌하면서 오늘날 미국 개별 주에서 다양한 모습으로 발전해 왔다. 그럼에도 불구하고, 종래 이론적 측면에서 미국법상 징벌적 손해배상법리는 찬반양론이 있어 왔다.<sup>66)</sup> 그러나 동 제도는 오늘날 ‘처벌’을 통한 ‘억지’기능을 가진 구제수단으로 인식되고 있으며, 최근 미국 법학계의 주된 관심은 제도의 존폐에 있다가 보다는 제도를 존치시키면서 이러한 억지기능을 효율적으로 수행할 수 있도록 하는 것에 초점이 맞추어져 있다고 할 수 있다.

이를 위하여 미국 내에서는 앞서 살펴본 바와 같이 배심설시(jury instruction)를 통해 배상액 산정의 제한, 법원의 판단에 따른 배상액 감액 절차, 그리고 원고의 입증정도의 상향 조정이 이루어지고 있다. 이와 함께, 최근 미국 내에서는 징벌적 손해배상액의 상한 설정, 징벌적 손해배상의 주정부에의 귀속과 같은 개혁이 주 차원에서 이루어지고 있다.

---

*Damages Awards To Be With The State*, 68 Mo. L. Rev. 525 (2003); *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989) 참조.

66) 징벌적 손해배상의 폐지를 주장하는 문헌으로는 예를 들어, James B. Sales & Kenneth B. Cole, Jr., *Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins*, 37 Vand. L. Rev. 1117 (1984) (역사적 관점에서 징벌적 손해배상의 정당성을 고찰하면서 전보배상기능이 강화된 현재의 사회에서는 징벌적 손해배상제도의 의의가 퇴색하고 있다고 주장).



## 제 4 장 징벌적 손해배상에 대한 대륙법계 국가에서의 논의

국내에서의 경우와 마찬가지로 손해에 대한 전보배상의 원칙을 가진 대륙법계 국가에서도 지난 수십 년간 불법행위의 억지를 목적으로 하는 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 논의가 지속되었다. 그러나 이하 독일, 프랑스, 일본의 예에서 알 수 있는 바와 같이 현재까지 징벌적 손해배상제도의 도입에 대해 전면적으로 긍정적인 관점은 존재하지 않는 것으로 보인다.

### 제 1 절 독일

#### 1. 손해배상의 기본원칙

손해배상의 종류와 범위를 규정하고 있는 독일 민법 제249조 제1항에서는 손해배상의 의무를 부담하는 자에게 배상 의무를 초래한 사정이 없었더라면 존재하였을 상태를 회복시킬 의무를 지우고 있다. 그리고 동 조 제2항에서는 신체의 상해나 물건의 훼손으로 인해 배상을 하여야 하는 경우에는 채권자는 원상회복에 갈음하여 그에 필요한 금액을 청구할 수 있도록 하고 있다. 한편, 원상회복의 원칙에 대해 원상회복이 불가능하거나 상당하지 않은 경우, 원상회복이 과중한 비용으로서만 실현이 가능한 경우 등 금전배상의 예외를 인정하고 있다(독일민법 제250조 및 제251조). 그리고 재산적 손해가 아닌 경우일지라도 신체, 건강, 자유 또는 성적인 자기결정의 침해가 원인이 되는 손해배상인 경우 금전배상이 인정된다(독일민법 제253조). 독일법상 손해배상에 관한 이러한 입장은 원상회복주의와 완전배상주의에 관한 원칙을 표현한 것이라고 이해된다.

독일의 손해배상법은 피해자가 손해배상금을 통하여 이득을 얻을 수는 없다는 관념이 일반적이다. 따라서 독일 손해배상법의 기능은 피해에 대한 원상회복과 발생한 손실에 대한 배상에 제도의 기능적 중점을 두고 있으며, 불법행위자에 대한 처벌은 엄격히 형법의 기능으로 유보되어 있다고 할 수 있다.<sup>67)</sup> 결국, 독일법상 처벌이라고 하는 형벌적 요소는 민사법의 영역에서 배제되어 있는 것이 원칙적 입장이다.

독일법의 이러한 입장은 징벌적 손해배상의 승인과 집행과 관련한 독일 연방대법원(BGH)의 판결<sup>68)</sup>에서도 잘 나타난다. 동 사건은 1985년 미국 캘리포니아 주법원이 성폭력 판결에서 피고에 대하여 40만 달러의 징벌적 손해배상을 인정하였고 이후 독일법원에서의 승인 및 집행이 문제된 사안이다. 이 사안에서 법원은 공서양속(ordre public)의 위반을 이유로 징벌적 손해배상을 인정하지 않았다.<sup>69)</sup> 이 때 법원의 판단의 주요한 근거 중 하나는 독일의 손해배상법은 원상회복과 배상의 원칙에 의해 지배되는 것이고 처벌은 형법에서 다루어진다고 하는 것이었다.<sup>70)</sup> 법원은 또한, 억지와 처벌은 육체적·정신적 고통이나 인격권의 침해에 대하여 독일의 손해배상에서 고려되어야 하는 만족의 측면에 부합하지 않는다고 판단하였다.<sup>71)</sup>

## 2. 징벌적 손해배상제도에 대한 논의

1900년 시행된 독일 민법에서 처벌이라고 하는 요소가 배제되면서 징벌적 손해배상은 독일의 법체계와는 부합하지 않는 제도였다고 할

---

67) H.Lange/G. Schiemann. Schadensersatz (3rd. 2003) 10, 250 ff., Nils Jansen and Lukas Rademacher, *Punitive Damages in Germany*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* 75 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009)에서 재인용.

68) BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 3096.

69) ordre public(public order)은 한 국가의 사법체계(a state's system of justice)의 근본적 가치와 관련이 있는 것으로 영미법계의 'public policy'보다 좁은 의미라고 볼 수 있다.

70) BGHZ 118, 312 (343-344) = NJW 1992, 3096 (3104).

71) BGH, in: NJW 1992, p. 3096 ff. (3103).

수 있다. 그럼에도 불구하고 징벌적 손해배상은 독일 내에서 꾸준히 논의되어 온 주제였다. 지난 2006년 독일 법률가대회(Deutscher Juristentag)에서도 징벌적 손해배상이 논의된 것에서 알 수 있듯이 징벌적 손해배상에 관한 논의는 최근에도 이루어지고 있다.<sup>72)</sup> 한편, 징벌적 손해배상의 도입에 찬성하는 의견도 존재하지만, 구체적인 입법안으로 연결되고 있지는 않은 것으로 보인다. 대신, 위자료, 인격권 침해, 차별금지 등 일부 영역에서는 독일법상 전통적인 전보적 배상이라고 보기 어려운 손해배상이 이루어지고 있으며, 이러한 연유로 이미 독일 법 체계 내에서 불법행위자에 대한 처벌과 불법행위의 억지를 의도한 손해배상이 이루어지고 있다는 견해가 제기되고 있다.<sup>73)</sup>

#### (1) 위자료(Schmerzensgeld)에 의한 정신적 손해의 배상

독일 손해배상법의 영역에서 징벌적 요소에 관한 논의가 가장 활발히 이루어진 대상은 위자료에 의한 정신적 손해의 배상에 관한 것이다. 특히, 이러한 논의는 1955년 연방대법원의 판결<sup>74)</sup>에서 위자료의 법적 성질에 관하여 두 가지 기능, 즉 불법행위 피해자의 비재산적 손해에 관한 전보적 기능과 함께 피해자에 대한 만족적 기능을 포함한다고 판단하면서 활발해지게 되었다. 즉, 만족적 기능이라고 하는 용어 의미의 불명확성, 그리고 가해자의 행위를 중심으로 사적인 제재로 파악할 수 있다는 것을 이유로 독일의 손해배상법상 징벌적 요

72) Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (ed.), Verhandlungen des Sechszwanzigsten Deutschen Juristentages (2006) vol. I, A 11 ff. (report b G. Wagner) vol. II, L 7 ff., Nils Jansen and Lukas Rademacher, *Punitive Damages in Germany*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* 76 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009)에서 재인용.

73) 예를 들어, Peter Müller, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht* (2000) 참조. Volker Behr, *Punitive Damages in American and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 105, 130 (2003).

74) BGHZ (6 June 1955-GSZ 1/55) 18, 149, 157, 159 참조.

소가 도입되어 있다고 하는 견해가 제기되고 있다.<sup>75)</sup>

## (2) 인격권 침해

독일 연방대법원은 전통적으로 인격권 침해에 대하여 피해자에 대한 만족이 재산적 손실의 보상이라고 하는 측면에 비하여 더욱 중요하다는 입장이었다. 그렇지만 이 경우 만족은 전보라고 하는 관념에서 벗어나는 것은 아니며, 침해된 권리를 회복하기 위한 하나의 방법을 의미한다는 입장이었다.<sup>76)</sup> 그러나 1994년의 카롤리네 I 판결<sup>77)</sup>에서 독일 연방대법원은 독일의 피고 신문사에 대한 손해배상액을 산정하면서 손해배상의 예방기능을 강조하였다. 즉, 이 사안에서 법원은 전통적인 손해배상의 방법에 의하는 경우, 인격권을 침해함으로써 피고가 누릴 수 있는 이익이 법원에 의해 부여되는 손해배상액보다 훨씬 크다는 점을 감안하면 동일한 유형의 불법행위를 예방하는데 충분치 않다고 판단하고 일반적 전보적 배상에 비하여 많은 금액을 손해배상액으로 산정하였다. 이러한 법원의 입장은 인격권 침해에 대한 손해배상에 징벌적 요소가 도입되어 있다는 논의가 가능케 하였다.<sup>78)</sup>

---

75) 예를 들어, B.-R. Kern, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes - ein pöales Element im Schadensrecht? AcP 191 (1991) 247 ff. 참조. 그러나 독일의 판례와 다수설에서는 전보적 기능과 만족적 기능을 상호보완적인 것으로 보며, 제재적 기능을 대체적으로 긍정하지 않는다고 한다. 이지윤, 독일민법상 위자료와 일반적 인격권 침해에 대한 금전배상의 기능상 차이점과 우리 민법에의 도입가능성 검토, 민사법학 제56호, 2011.12, 169-176면. 윤석찬, 독일법 체계와 징벌적 손해배상, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집 14, 2012. 11. 5, 54-55면 참조.

76) Nils Jansen and Lukas Rademacher, *Punitive Damages in Germany*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* 80 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009).

77) BGHZ 128, 1 ff.

78) 예를 들어, Peter Müller, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht* (2000) 266 ff., 277 ff. Jansen과 Rademacher는 동 법원의 판결이 피고의 재산적 이익이 손해배상액의 기준으로 작용하기 때문에 당사자간의 형평에 더욱 부합하며, 따라서 원상회복과 배상이라는 손해배상법의 원칙적 입장에 더욱 부합하는 것이라고 한다. Nils Jansen and Lukas Rademacher, *Punitive Damages in Germany*, in *Punitive Damages:*

### (3) 차별에 대한 손해배상

독일법상 원상회복과 배상의 원칙의 예외로 인정되며 처벌적 요소가 인정되는 영역은 차별금지의 영역이라고 할 수 있다. 1976년 유럽연합지침<sup>79)</sup>에 따라 1980년 성별에 의한 차별금지조항이 독일민법 제 611a조에 삽입되었다.<sup>80)</sup> 그러나 동 조 제2항은 고용인의 과실에 기한 손해배상책임을 인정하는 것으로 전통적인 계약법상 손해배상의 원칙을 따르는 것이었다. 따라서 종래 고용과 관련하여 차별을 받은 예비적 피용인에게 인정되던 배상은 신뢰에 기한 배상 즉, 우편요금이나 기타 지원과 관련한 비용에 그칠 수밖에 없었다. 그러나 이러한 배상 원칙은 사용자로 하여금 차별금지에 실질적 효과를 가져올 수 없으므로, 단순한 상징적 배상은 EU의 지침에 반한다는 유럽사법재판소의 판결이 내려지게 되었다.<sup>81)</sup> 이에 따라 독일의 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG)<sup>82)</sup> 제15조에서는 인종이나 출신, 성, 종교, 세계관, 장애 여부, 연령 및 성적 정체성 등의 이유로 고용에 있어 차별을 당한 잠재적 피용인에게 물질적·비물질적 손해에 대

---

Common Law and Civil Law Perspectives 81 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009).

79) Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions. 1976 O.J. (L 039) 1-2.

80) BGB 611a(2) (“[1] Ist ein Arbeitsverhältnis wegen eines von dem Arbeitgeber zu vertretenden Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 nicht begründet worden, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, daß er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben.”). 동 조항은 2006년 일반평등대우법(AGG)가 제정되면서 삭제되었다.

81) ECJ 14/83, Judgment of the Court of 10 April 1984, European Court reports 1984 Page 01891.

82) 이에 대한 전문은 <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/agg/gesamt.pdf> 참조. 동 법은 민법, 노동법, 공무원법 등 차별금지 관련 법률의 통합법의 형태로 존재한다.

하여 배상을 인정함으로써, 고용인에 대한 처벌을 통하여 차별행위를 규제하는 것이 인정되었다.

### 3. 소 결

독일의 손해배상법은 불법행위의 처벌 또는 억지라고 하는 기능과는 거리가 있다. 그리고 손해배상의 원칙은 원상회복주의와 완전배상주의에 관한 원칙을 통한 배상이다. 따라서 정신적 손해에 대한 위자료, 인격권의 침해의 경우와 같이 피해자의 직접적인 재산적 손실을 넘어서는 배상이 있는 경우 이는 규범적 이익의 보호라는 관점에서 이해될 수 있다. 그리고 차별금지영역에서의 ‘일반평등대우법’의 경우 유럽연합 차원의 차별금지 입법지침들을 따르는 통합법의 형태로 이해되기 때문에 이를 근거로 독일법이 원상회복과 배상원칙의 일반적인 예외를 두고 있다고 보기는 어렵다고 할 수 있다.

## 제 2 절 프랑스

### 1. 손해배상의 기본원칙

프랑스 민법은 원칙적으로 채권자가 입은 손실 및 상실된 이익을 손해배상으로 청구할 수 있도록 하고 있으며(제1149조), 손해배상의 방법으로 원상회복(réparation en nature)과 보상금 또는 배상금 지급(versement d'une indemnité)의 두 가지를 든다.<sup>83)</sup> 그리고 프랑스 파기원이 인정하고 있는 완전배상의 원칙(réparation intégrale)에 따르면, 모든 손해가 배상되지만 이 때 인정되는 것은 “‘오로지 손해만’을 배상의 대상으로 하며, 가해자의 과책의 경중은 고려되지 않고, 단지 ‘피해자의 상황만’(seule compte la situation de la victime)을 고려한다고 할 것이다.”<sup>84)</sup>

83) 박수곤 외 3명, 손해배상의 방법에 대한 비교법적 고찰 - 원상회복과 금전배상의 개념에 대한 제고, 비교사법 제19권 1호, 2012. 2, 55면.

84) 박수곤, 프랑스법에서의 징벌적 손해배상제도, 한국법제연구원 입법평가 회의자

다시 말해, 프랑스 민법상 손해배상이란 발생한 손해에 대해서 정확히 배상하는 것을 의미하고 손해배상으로 이득을 얻거나 손실을 입히지는 않는다고 하는 관념을 유지하고 있다고 할 수 있다. 따라서 이러한 입장에 따르면 되는 경우 피고를 처벌하거나 불법행위의 억지를 위해 피해자에게 발생한 손해를 넘어서는 배상을 인정한다고 하는 징벌적 손해배상은 공식적으로 프랑스에서 존재하지 않는 제도라고 할 수 있다.

## 2. 징벌적 손해배상에 대한 논의

프랑스법에서 공식적으로 징벌적 손해배상제도가 인정되지는 않지만, 민사책임법의 영역에 속함에도 불구하고 해당 제도의 목적이나 기능의 측면에서 불법행위자의 처벌을 의도하고 있는 제도는 존재하고 있다고 볼 수도 있다. 이 때의 민사책임은 피해자에 대한 배상을 위한 것이라기 보다는 사적 제재(peine privée)로서 기능하고 있다고 할 수 있다. 프랑스법상 이러한 사적 제재 기능을 가진 사례는 다수 있으나 대부분의 경우 징벌적 손해배상과는 유사성이 없다고 할 수 있다.<sup>85)</sup>

그럼에도 불구하고 일부의 사례에서는 불법행위자가 마치 징벌적 손해배상의 경우와 마찬가지로 자신이 야기한 손해를 넘어서는 배상이 인정되는 경우가 있다고 한다. 이러한 경우는 우선 ‘위약금 조항(clauses pénales)’이나 우리의 간접강제에 해당한다고 할 수 있는 ‘아스트렌트(Astreinte)’ 제도를 들 수 있다.<sup>86)</sup> 다음으로 유럽연합의 지침<sup>87)</sup>에 따라

료집 14, 2012. 11. 5, 31면.

85) Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages in France*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* 56 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009).

86) 그러나 박수곤 교수는 아스트렌트 제도는 “손해배상책임과는 무관한 것으로 이해함이 일반적”이며, “완전배상을 실현하기 위한 보조적 강제장치가 아스트렌트라고 이해한다면, 손해배상책임에서의 완전배상과는 무관한 제도라고 평가하는 것이 이상하지 않을 수도 있을 것이다”라고 평가한다. 박수곤, 프랑스법에서의 징벌적 손해배상제도, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집 14, 2012. 11. 5, 29면.

87) Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, O.J. L 195/16, 2.6.2004.

2007년 10월, 법률 제2007-1544에 의해 지식재산법전(Code de la propriété intellectuelle) art. L. 331-1-4에 편입된 ‘불법이익의 몰수’에 관한 규정 그리고 art. L. 331-1-3에 규정된 손해배상액의 산정방법 등에서도 발견된다. 끝으로 보험법전(Code des assurances) art. L. 211-12에서 규정하고 있는 ‘배수 손해배상’ 및 민사제재금의 성격인 ‘amende civile’의 경우에 해당한다고 할 수 있다.<sup>88)</sup>

### 3. 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 입법안

종래 공식적으로 징벌적 손해배상을 인정해 오지 않았던 프랑스에서 최근 영미법 국가, 특히 미국에서의 징벌적 손해배상제도가 많은 관심을 받았으며, 이를 배경으로 징벌적 손해배상제도를 입법적으로 받아들여야 한다는 논의가 있었다.<sup>89)</sup> 이는 종래 프랑스법에서 배상에 중심을 두어왔던 손해배상제도를 통하여 충분히 달성할 수 없었던 사적 제재 기능을 강화하는 한 방편으로 징벌적 손해배상제도의 도입을 주장한 것이다. 징벌적 손해배상은 특히 ‘이득이 되는 과책(fautes lucratives)’<sup>90)</sup>의 경우, 처벌을 통하여 잠재적 불법행위자의 가해행위를 억제할 수 있다는 논거를 편다. 이는 소비자보호, 환경보호, 인격권 보호, 공정거래의 영역에서 더욱 지지를 받고 있다.<sup>91)</sup> 반면, 다수의 견

88) Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages in France*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* 56-67 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009).

89) Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages in France*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* 68 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009). 예를 들어, L. Boré, *La déense des intêês collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires* (1997) no. 312 ff; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, foreword. J. Ghestin (2004) no. 692 ff 참조.

90) 불법행위자들이 자신들이 얻을 이익의 크기에 비해 책임의 크기가 작은 경우 법령이나 의무에 대한 자발적 위반(voluntary infringements of legal rules or duties)을 의미한다.

91) Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages in France*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* 68 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009). 예를 들어, P. Kamina,, *Quelques rélexions sur les dommages et intérêts punitifs en*



해는 징벌적 손해배상의 도입에 반대하거나 신중한 입장을 견지하고 있으며, 그 근거로는 프랑스의 손해배상법의 전보배상원칙의 유지, 피고의 권리의 보호, 확대되는 법원의 재량의 통제 등을 들고 있다.

이러한 찬반 논의가 진행되던 중, 프랑스 민법 제정 200주년을 기념하여 Pierre Catala 교수를 중심으로 34명의 민법교수들이 참여하여 프랑스 채권법의 개정안을 마련하는 작업이 진행되었다. 그리고 징벌적 손해배상제도의 도입을 제안한 동 개정시안이 2005년 9월 프랑스 법무부에 제출되었다.

제출된 개정시안 제1370조에서는 “반대되는 규정이나 합의가 있는 경우를 제외하고는, 손해배상금의 부여는 피해자를 가능한 한, 만일 가해행위가 행해지지 않았다면 피해자가 처해있을 상황으로 되돌려 놓은 것을 목표로 하여야 한다. 손해배상으로 말미암아 피해자에게 손실도 이익도 있어서는 안 된다”<sup>92)</sup>라고 규정하면서, 원칙적으로 기존의 프랑스법이 취해왔던 완전배상의 원칙을 유지하였다.

그러나 제1371조에서는 일정한 요건 하에 징벌적 손해배상을 인정함으로써 종래의 완전배상원칙에 대한 예외를 인정하고 있다. 개정시안 제1371조에서는 “명백히 속고된 과책, 특히 이득이 되는 과책을 범한 자에게는 ‘보상적 손해배상’(dommages-intérêts compensatoires) 외에 ‘징벌적 손해배상’(dommages-intérêts punitifs)을 명할 수 있다. 법관은 한편으로는 국고가 그로부터 이익을 얻게 할 권한이 있다. 징벌적 손해배상을 명하는 판결에는 특별한 이유가 제시되어야 하며, 그 금액이 피해자에게 부여된 다른 손해배상금액과 구별되어 표시되어야 한다. 징벌적 손해배상은 보험으로 처리할 수 없다”<sup>93)</sup>고 규정하고 있다.<sup>94)</sup>

matière de contrefaçon, Cah. dr. entr. 4 (2007) 35 참조.

92) 동 조문의 번역은 이은희, 프랑스채권법 개정시안에서의 손해배상책임, 민사법학 제45권 제2호, 2009. 6, 338면을 따랐다.

93) 동 조문의 번역은 박수곤, 프랑스법에서의 징벌적 손해배상제도, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집 14, 2012. 11. 5, 29면, 각주 1)을 따랐다.

94) 동 조문의 이유서에서 다음과 같은 도입취지를 밝히고 있다. 제1371조는 징벌적

제1371조는 징벌적 손해배상이 인정되는 과책으로서 이득이 되는 과책을 명시적으로 규정하고, 보험으로 처리될 수 없다고 규정함으로써 종래 징벌적 손해배상의 도입에 찬성하던 견해의 법정책적 근거를 반영하고 있다. 또한, 피고에게 우발적 소득을 제공할 수 있는 점을 고려하여 징벌적 손해배상금에 대한 국고 귀속을 가능케 하고 있다. 이와 함께, 징벌적 손해배상 판결의 경우 판사에게 ‘특별한 이유’를 제시하도록 함으로써 판사의 재량 확대에 일정한 제한을 가하고 있다. 이러한 점은 종래 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 반대 견해의 입장을 반영한 것이라고 할 수 있을 것이다.

동 개정시안은 이후 학자, 재계 등 이해당사자들에 의해 격렬한 논쟁의 대상이 되었다. 이에 반대하는 측의 논거는 주로 징벌적 손해배상이 가진 처벌적 성격은 형사책임과의 혼동을 초래할 수 있으며, 징벌적 손해배상을 인정하는 불법행위의 유형과 관련한 정의가 불명확하며, 국가귀속과 관련하여 민사제재금과의 차별성이 흐려질 수 있다고 한다. 또한, 개정시안을 찬성하는 측에서도 징벌적 손해배상액 산정기준의 부재, 상한액 제한 규정의 부재, 이중처벌의 위험 등을 근거로 동 개정시안에 대한 비판을 가하고 있다.<sup>95)</sup> 현재 개정시안의 입법화 가능성과 관련해서는 회의적이라고 할 수 있다.

---

손해배상에 대한 가능성을 인정한다. 다만, ‘숙고된 과책, 특히 이득이 되는 과책 (faute lucrative)’, 즉 가해자에게 득이 되는 결과가 손해의 배상만으로는 없어지지 않음이 증명된 경우 이러한 제재를 선고할 수 있도록 한다. 동조는 또한 ‘특별한 이유제시’를 징벌적 손해배상을 인정하기 위한 요건으로 규정하는 한편, 법관으로 하여금 징벌적 손해배상과 보상적 손해배상을 구별할 것을 요구한다. 또한 동 규정은 징벌적 손해배상의무를 지게 될 위험은 부보위험으로 되지 않음을 명시하고 있다. 그 이유는 징벌적 손해배상이 존재하는 이유인 징벌적 함의를 부여하기 위해서는 그와 같이 하여야 하기 때문이다” D. MAZEAUD, Th. REVET et E. FILIVERTI, *Revue des contrats*, L.G.D.J., (2006. 1), annexe, p. 148, 박수곤, 프랑스법에서의 징벌적 손해배상제도, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집 14, 2012. 11. 5, 29면에서 재인용.

95) Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages in France*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* 71-73 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds. 2009).

## 4. 소 결

프랑스에서는 징벌적 손해배상에 관한 논의가 활발히 이루어졌으며, 이러한 논의의 결과로 채권법 개정시안이 마련되었다. 그러나 동 개정시안에 대하여는 경제계를 비롯하여 법조실무와 학계에서 많은 반대를 하고 있다. 따라서 동 개정시안이 의회에 제출될 전망이 없어짐에 따라 일반론적 도입을 예정한 징벌적 손해배상에 대한 입법에 관한 현실적인 논의는 줄어들 전망이다. 그럼에도 불구하고 최근 환경법 분야 등 개별법 영역에서는 악성이 높은 불법행위자를 처벌함으로써 유사 행위를 억제할 필요성이 있으며 이러한 목적을 달성할 수 있는 수단으로 징벌적 손해배상의 도입이 주장되고 있으며, 제도의 도입에 관한 논의는 앞으로도 지속될 전망이다.

## 제 3 절 일 본

### 1. 손해배상의 기본원칙

손해배상의 방식으로서 일본민법(제722조, 417조)은 별도의 의사표시가 없는 한 금전배상의 원칙을 취하고 있다. 그리고 금전배상의 내용으로서는 실손배상이 원칙으로, 예를 들어 소유물의 멸실 등의 경우에는 소유물의 교환가치의 배상을 받게 된다. 그리고 판례와 통설은 민·형사책임 준별 원칙하에 손해배상법의 목적을 전보에 한정하게 되며, 실손해를 넘어서 불법행위자를 처벌하거나 이를 통해 불법행위를 억지한다고 하는 목적을 가진 징벌적 손해배상을 인정하지 않는다.<sup>96)</sup>

96) 我妻榮 외, 我妻・有泉コンメンタル民法(総則・物権・債権)(2008年) 1284-1285頁 참조.

이러한 견해는 미국의 징벌적 손해배상판결의 집행사건(最判平成 9年 7月 11日)을 다룬 일본 최고재판소의 판시에서도 잘 나타난다. 동 사건에서 일본 최고재판소는 외국 판결이 ‘일본에서 공공질서 또는 선량한 풍속에 반하지 않을 것(일본 민소법 제118조 3호)’이 필요하며, 미국의 징벌적 손해배상제도는 일본의 공공질서에 반한다고 판시하고, 징벌적 손해배상 부분에 관해서는 일본 국내에서 집행을 인정하지 않았다. 이 판결은 미국법상 징벌적 손해배상제도는 가해자에게 제재를 가하거나 장래 유사한 행위를 억지하고자 하는 것으로, 일본법에서의 형사벌과 마찬가지로 의의를 가진다고 지적하면서, 일본법상 손해배상제도는 피해자에게 발생하는 현실의 손해를 배상하고, 불법행위가 없었던 때의 상태로 회복시키는 것을 목적으로 하고 있으며, 징벌적 손해배상제도와는 본질적으로 다르다고 설시하고 있다.

이와 마찬가지로 통설의 입장도 일본의 불법행위법을 손해전보기능을 중심으로 하는 것으로 이해하고 있으며, 제재기능을 인정하지 않는다. 그러나 제재기능을 인정하려고 하는 학설은 종래 지속적으로 제시되어 왔다. 그리고 현재에도 공해, 약해 등 반사회적 불법행위가 많이 발생하는 분야, 소액손해가 대량으로 발생하는 분야 등에서 징벌적 손해배상제도가 도입되어야 한다는 주장이 제기되고 있다. 그렇지만 전술한 바와 같이 민·형사 책임의 준별 원칙을 주장하는 입장에서의 반대의 견해도 지속적으로 제기되고 있다.<sup>97)</sup>

97) 윤태영 교수는 징벌배상과 같은 형태로 손해배상법 가운데 제재나 억지를 적극적으로 도입하는 것은 민형사 준별원칙이 반드시 절대적으로 관철할만한 것은 아니라고 하며, 그 예로서 일본 민법 제414조의 간접강제제도를 들고 있다. 즉, 강제금의 법적 성질에 대하여 최근 제재금으로 해석하는 학설이 설득력 있게 주장되고 있다고 지적하고 있다. 윤태영, 최근 일본에서의 징벌적 손해배상의 도입에 대한 논의, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집 14, 2012. 11. 5, 9-11면. 예를 들어, 吉田克己, 現代不法行為法學の課題, 法の科学 35卷(2005年) 143-149頁; 森田果=小塚莊一郎, 不法行為法の目的『損害填補』は主要な制度目的か NBL 874号(2008年) 14頁, 森島昭夫 不法行為法講義 (有斐閣、1987年) 454頁; 平井宜雄, 債權各論Ⅱ 不法行為, (弘文堂、1992年) 5頁 참조.

## 2. 징벌적 손해배상에 대한 논의

일본에서도 최근 종래의 전보기능을 중심으로 한 손해배상법의 원칙으로는 사법주도의 사후구제형 사회에서 행정법 또는 형사법으로도 적절히 대응하기 어려운 사건들이 빈번해지는 것을 계기로 불법행위자의 처벌 또는 억지기능을 담을 수 있는 새로운 손해배상제도의 필요성이 논의되고 있다. 이러한 논의는 재판실무에서 제재적 위자료의 청구, 다양한 심의회의 입법제안 등을 통해 구체적으로 나타나고 있다.

### (1) 제재적 위자료 청구

최근 일본에서는 현재의 손해배상제도내에서 불법행위의 억지 또는 사고의 재발방지 등의 목적으로부터 제재적 위자료를 청구하는 사례가 나타나고 있다. 위자료의 산정은 판사의 자유재량에 의해 행해지게 되고, 위자료액의 산정은 ‘가해의 동기, 태양 등 제반의 사정’이 고려된다. 즉, 신체피해, 명예훼손, 기타 위자료가 문제될 수 있는 불법행위가 발생한 경우에는 가해자의 악성과 피해자의 피해감정을 고려하면서 위자료를 산정하게 된다. 따라서 피해의 정도가 동일한 것일지라도 가해자의 주관적 태양에 악성이 인정되는 등 보다 높은 액수의 위자료가 인정될 수 있다. 결국, 의도적, 계획적 가해 등에서 가해자의 악성이 높은 경우에는 제재적 위자료를 인정하는 것이 허용될 여지가 있는 것이다. 이러한 이유로 1990년 이후 일본에서는 대중매체에 의한 인격권 침해,<sup>98)</sup> 악의, 계획성을 가진 폭행, 감금, 살인 등 조직범죄, 결함제조물에 의한 소비자피해, 계획적, 반복적 기망행위<sup>99)</sup>

98) 大阪地判 平成 11年6月9日 家裁月報 51卷11号 153頁 東京地判 平成 5年7月13日 判タ 835号 184頁、横浜地判 平成 7年7月10日 判タ 885号 134頁、東京地判 平成 13年12月25日 判時 1792号 79頁. 松井修視 「名譽毀損訴訟と損害賠償の高額化問題」 法時 74 卷12号(2002年) 67-70頁、大阪地方裁判所損害賠償実務研究会 「名譽毀損による損害賠償額の算定」 NBL 731号(2002年) 6-15頁 참조.

99) 京都地判 平成 19年10月9日 判タ 1266号 262頁(악질 누범적 교통사고).

등을 원인으로 하는 손해배상청구 사건에서 불법행위의 억지를 목적으로 하는 제재적 위자료가 청구되었다. 그러나 불법행위의 억지 또는 가해자의 처벌을 목적으로 한 위자료 청구에서 “제재적 위자료에 관하여는 일본의 법제와 조화하지 않는 점, 또는 그 개념이 성숙한 재판규범으로서 수용되지 않는 점”,<sup>100)</sup> “일본의 불법행위에 기한 손해배상제도는 피해자에게 발생한 현실의 손해를 금전적으로 평가하고, 가해자에게 이것을 배상하게 하는 것에 의해 피해자가 입은 불이익을 포섭하고, 불법행위가 없었던 때의 상태로 회복시키는 것을 목적으로 하는 것으로서, 가해자에 대한 제재나 장래에 있어서의 동일한 행위의 억지, 즉 일반적 예방을 목적으로 하는 것은 아니므로”<sup>101)</sup> 피고의 악성을 지적하면서도 제재적 위자료를 인정하지 않았다.

## (2) 사법제도개혁심의회에서의 논의

1999년 일본 내각에 설치된 사법제도개혁심의회에서도 현행 손해배상액의 인정에 문제가 있다고 지적되면서 징벌적 손해배상이 논의되었다. 이 논의에서 소비자 단체, 일본 변협, 법무성 등의 다양한 의견이 제출되었다. 우선 소비자 단체, 노동조합총연합, 변호사협회에서는 기존의 현행 손해배상제도내에서 달성하기 어려웠던 불법행위의 억지라고 하는 목적을 추구하고, 당사자간의 실질적인 공평을 도모할 필요가 있다고 하면서 그 수단으로 징벌배상의 필요성을 주장했다.<sup>102)</sup> 반면, 법무성은 징벌적 손해배상은 피해자에게 발생한 손해를 전보하는 것이 아니고, 제재를 가하거나 일반 예방을 목적으로 하는 것이기 때문에 일본 민법에서 현실적으로 발생한 손해를 담보하는 것이라고 하는 대원칙에 어긋난다고 하면서, 이러한 역할은 형사벌 또는 행정

100) 横浜地判 平成 18年4月18日 判時 1937号 123頁(결합제조물에 의한 인신손해 사건).

101) 松山地判 平成 18年6月7日 金融商事判例 1296号 44頁(조직범죄로서의 고리대금 사건)

102) 第22回 司法制度改革審議会 議事録, 平成12年 6月13日.

적인 다양한 제도로 담보하고 있기 때문에 민사제도로서는 적당하지 않다고 하는 소극적 견해를 밝혔다.<sup>103)</sup>

이러한 논의 끝에 사법제도개혁심의회에서는 최종의견서에서 징벌적 손해배상제도에 관해 일본의 법체계에서 유지해 온 민사책임과 형사책임의 준별원칙에 맞지 않는다는 지적도 제시되고 있어 장래의 연구과제로 남기기로 한다고 정리하고 있다.<sup>104)</sup>

### (3) 저작권법에서의 3배 배상제도

징벌배상의 도입을 둘러싼 논의는 지식재산법의 분야에서도 이루어졌다. 특히 저작권법에서도 일종의 징벌배상이라고 할 수 있는 3배 배상제도에 관해 문부과학성내 문화심의회저작권분과회 사법구제제도 소위원회가 설치되어 검토가 이루어졌다. 동 검토에서는 ‘3배 배상제도’의 도입 이외에도 ‘법정배상제도’나 ‘침해의 수량의 추정규정’이라는 새로운 제도의 도입도 검토의 대상으로 되었다.<sup>105)</sup>

103) 또한, 징벌배상을 실제로 인정한 경우에 발생하는 여러 문제로서 ① 실손해를 넘는 배상금을 피해자가 받는 것의 문제, ② 가령 징벌배상을 인정한 경우에 다시 형사벌을 피고가 받으면 이중처벌로 된다고 하는 문제, ③ 형사절차와 같은 엄격한 절차를 받아들이지 않은 채 유연한 민사절차에서 제재를 과하는 것의 문제를 지적하였다. 그리고 손해배상액의 산정이 곤란하다면 법원은 민사소송법 제248조에 기하여 상당한 배상액을 인정하면 되고, 또한 특허법 등의 일부 실체법에서 특별한 경우에 일정한 손해액의 추정을 인정하는 규정도 있기 때문에, 그러한 조치에 의해 배상액의 문제에 대응하여 가는 편이 일본의 법체계에서 무리가 없다고 견해를 밝혔다. 第22回 司法制度改革審議會 議事録, 平成12年6月13日.

104) 「司法制度改革審議會意見書-21世紀の日本を支える司法制度」 平成 13年6月12日 (“米国など一部の国においては、特に悪性の強い行為をした加害者に対しては、将来における同様の行為を抑止する趣旨で、被害者の損害の補てんを超える賠償金の支払を命ずることができるとする懲罰的損害賠償制度を認めている。しかしながら、懲罰的損害賠償制度については、民事責任と刑事責任を峻別する我が国の法体系と適合しない等の指摘もあることから、将来の課題として引き続き検討すべきである.”), <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>.

105) “3배배상제도는 입증할 수 있었던 실손해를 3배액으로 하는 것인데 대하여, 법정배상은 손해액의 입증이 곤란한 경우 그 입증의 경감을 도모하기 위해 법정된 범위 내에서 법원이 인정하는 금액을 손해액으로서 추정한다고 하는 것이기 때문

소위원회는 2004년 사법구제제도의 검토에 관한 보고서를 공표하면서, “징벌적 손해배상제도의 도입에 대하여는 저작권 침해소송에 한하는 것이 아니라 민사소송제도 전체에 걸친 큰 문제인 점에서, 특허권, 상표권 등의 다른 지적재산관계법령에 있어서 논의가 이루어지지 않은 현상을 고려한다면 현 단계에서의 도입은 어렵다”고 하는 결론을 내렸다.<sup>106)</sup>

### 3. 소 결

1990년 이후 불법행위법의 억지기능에 대한 관심이 집중되면서 일본에서도 징벌적 손해배상제도의 도입과 관련한 논의가 이루어졌다. 이러한 논의는 한편, 제도의 직접적인 도입과는 달리 제재적 위자료의 청구를 통해서 이루어졌으나, 판례는 법체계적인 측면에서 이를 인정하지 않고 있다. 다른 한편으로, 징벌적 손해배상의 현실적 필요성에 기하여 사법제도개혁심의회에서의 제도 도입 논의 또는 저작권법에서의 3배 배상 제도 도입 논의가 이루어졌으나, 처벌이라는 성격을 가진 징벌적 손해배상의 특성상 현재 일본이 취하고 있는 손해배상제도와의 균형 등 이론적 문제가 발생한다는 우려와 함께 논의가 진전되지 못하였다.

징벌배상이 제재라고 하는 형식인 이상 법의 체계성이라는 문제와 손해배상제도 전체와의 균형 등의 이론적 문제가 발생하기 때문에 그 도입을 부정하고 현행법상의 구조 내에서 문제에 대응하여 간다고 하는 방향을 고수하고 있다고 볼 수 있다.

---

에 3배배상과는 접근이 다르다. 또한 침해의 수량의 추정규정도 권리자가 입증한 수량의 2배의 수량을 기초로 손해액을 추정한다고 하는 것이기 때문에 이 또한 3배배상과는 다르다.” 윤태영, 최근 일본에서의 징벌적 손해배상의 도입에 대한 논의, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집 14, 2012. 11. 5, 20면.

106) 文化審議會著作権分科會報告書, 平成16年1月, 63-65頁.



## 제 5 장 징벌적 손해배상의 법경제학적 논의와 실제

징벌적 손해배상은 위법·부당한 행위를 행한 자에 대하여 법원이 피해자가 현실적으로 입은 손해를 넘어 별도의 손해배상금의 지급을 명하는 것이다. 징벌적 배상은 그러한 행위를 다시 하지 않게 하기 위하여 손해액과는 관계없이 고액의 배상금을 가해자에게 부과하는 제도로서 부과하는 징벌적 배상액의 범위는 실손해의 몇 배에서 몇 만 배까지 다양하게 결정된다.

징벌적 손해배상은 영미법상의 특유한 제도로서 대륙법계의 손해배상체계 내에서의 손해배상의 개념과는 다른 것으로 이해된다. 최근 우리나라에 징벌적 손해배상제도의 도입의 필요성에 대한 인식이 증가하고는 있지만 제도 도입이 어려운 것은 법제도상의 문제 뿐 아니라 이론적인 부분들에도 있다.

우선 영미법적인 환경에서 성장한 징벌적 손해배상은 우리나라의 불법행위법제도와 근본적으로 다르다. 징벌적 손해배상은 피해자에게 실제 발생한 손해를 넘어서는 금액을 배상하게 함으로써 불법행위의 가해자로 하여금 차후에 그러한 행위를 반복하지 못하도록 하기 위한 것이다. 그러나 피해자에게 발생한 손해의 전보만을 목적으로 하고 그것도 손해배상의 범위에 제한을 가함으로써 가해자와 피해자 사이의 형평을 도모하는 우리 불법행위법의 체계와 징벌적 손해배상은 상호 수용될 수 없는 것이 된다. 둘째, 징벌적 손해를 불법행위법 체계 내에서 수용한다고 하더라도 징벌적 손해가 어떤 경우에 필요한 것인지, 징벌적 손해를 인정하는 경우에도 그 배상 한도를 어떻게 정할 수 있는지 등의 문제 등이 있다. 이러한 문제들은 징벌적 손해배상을 인정하고 있는 미국 내에서도 이론적으로나 실제적으로 합의를 찾기 어렵다. 셋째, 과도한 징벌적 배상이 청구된 경우 그것을 구제할 수 있는 재판상의 절차문제도 있다. 미국의 경우 헌법상 형벌의 과잉금

지의 원칙과 적법절차조항에 의해 헌법상의 통제가 이루어지고 있는데 우리나라에서는 과도한 배상의 통제를 어떤 관점에서 할 것이지도 고려해야 한다. 미국에서 과도한 징벌적 배상에 대해서 적법절차조항에 의한 헌법상의 통제가 이루어진 경우들은 많은 논의를 불러일으키고 있다.

위의 세 가지 논점 중에서 첫 번째는 법제도와 관련한 논점이라 할 수 있다면 두 번째는 법경제학적 논의에 해당하며 세 번째는 실제 징벌적 손해배상이 청구된 사례들을 중심으로 한 논의라 할 수 있다. 이 글은 징벌적 손해배상을 둘러싼 법경제학적 논의들을 정리하고 미국의 경우 실제 사례에 있어 징벌적 손해배상이 어떻게 전개되었는지를 살펴보고자 한다.

## 제 1 절 징벌적 손해배상제도에 관한 법경제학 이론

### 1. 징벌적 손해배상의 목적과 기능

#### (1) 처벌과 억지적(deterrence) 기능

징벌적 손해배상의 주된 기능은 사회의 안전에 위해를 가한 자를 처벌하는 것이다. 그러나 이미 행해진 불법에 대한 속죄라기보다는 장래에 유사한 행위가 발생하지 않도록 하는 예방적 의미 혹은 악한 행위에 대한 억지적 목적에 초점을 둔 본보기적 손해배상(exemplary damages)이라고 할 수 있다. 징벌적 손해배상은 불법행위의 피해자와 피해에 중점을 두기보다는 가해자와 그 행위의 악성과 고의에 중점을 두게 된다. 이는 가해자의 악성이 강한 행위에 대해 실손해만을 배상하는 것이 아니라 그 이상을 배상해야 하는 위험을 인식하게 함으로써 해당 당사자뿐 아니라 다른 사람에게도 그와 유사한 행위를 하는

것이 결국 가해자 자신에게 손손실을 가져오게 되므로 의도적으로 남에게 해를 끼치는 악한 행위를 하지 않게 하려는 것이다. 이것은 사람들은 자신의 이익에 의해 행동한다는 경제학의 기본원리에 기초하여 불법행위를 하는 자들도 넓은 의미에서 자신의 이익을 극대화하려는 합리적 주체로 보는 것이다.<sup>107)</sup> 즉, 징벌적 손해배상의 목적과 기능은 경제원리에 근거한 것으로, 당사자간의 형평성을 중심으로 전개되는 법적 논의를 벗어나게 된다.

여기에서 먼저 떠오르는 질문은 징벌적 손해배상의 억지적 기능을 강조할 때 가해자의 이익과 피해자의 손해 중 어떤 것을 중점적으로 고려해야 하는가 하는 것이다. 즉, 가해자의 이익이 피해자의 손실보다 훨씬 크다면, 전보적 배상액을 기준으로 한 징벌적 배상액이 가해자의 이익보다 작을 경우 억지적 기능을 만족하지 못할 수가 있다. 반면, 징벌적 배상액이 너무 크다면 이것은 사회적으로 바람직한 행위 자체를 원천적으로 저지하게 될 수가 있다.<sup>108)</sup> 결국, 억지적 기능을 충족하면서도 과도하지 않은 징벌적 배상액은 어떻게 정해져야 하는가 하는 질문이 제기되는데 이는 징벌적 손해배상에 관한 법경제학적 논의에서 다루어진다.

## (2) 만족적 기능

징벌적 손해배상은 피해자에게 만족을 주는 기능을 한다. 피해자는 징벌적 손해배상을 받음으로써 정신적으로 만족을 느낄 수가 있을 것이다. 특히, 피해자가 가해자에 대해 형사처벌을 하는 것 보다는 금전적 보상을 원할 때 징벌적 손해배상은 원고에게 어느 정도 만족을 줄

107) 맨큐의 경제학, 제1장 경제학의 10대 기본원리 중 네 번째 원리가 ‘사람들은 경제적 유인에 반응한다(People respond to incentives)’이다.

108) 예를 들어 기업에 대한 징벌적 배상액이 너무 크다면 생산과 투자 등 경제활동 자체가 억제될 수가 있을 것이다.

수도 있다.<sup>109)</sup> 그러나 이것은 처벌의 의미를 약화할 수도 있으며 경우에 따라 피해자는 금전적 배상보다 가해자가 처벌을 받는 것을 더 원할 수도 있기 때문에 이러한 논리가 항상 적용된다고 보기는 어렵다. 그러나 폭행 등 형사처벌이 명백한 사건의 경우 징벌적 손해배상의 판결로 인해 피해자의 만족이 더 높아질 수 있다면 이는 만족적 기능을 달성한다고 볼 수 있다. 그러나 이 경우에도 피해자의 물질적 심리적 피해 정도에 대한 입증과 가해자의 부담능력 등은 적절한 배상액의 결정을 어렵게 한다. 또한 이것이 위자료 성격도 있는 것이기 때문에 위자료와 징벌적 손해의 구별을 어렵게 할 수도 있다. 피해자가 징벌적 손해배상으로 어느 정도 만족을 가졌다고 해도 가해자가 막대한 부의 소유자일 경우 징벌적 손해배상액이 충분히 크지 않다면 재발방지의 기능을 다하지 못하는 경우도 있을 것이다. 따라서 이런 경우에도 적정 배상액 등에 대해서는 여전히 법경제학적 논의가 필요하다.

## 2. 징벌적 손해배상의 이론적 근거

### (1) 논의의 배경

징벌적 손해배상은 피고를 처벌하는 의미에서 피고가 원고에게 지불하도록 하는 손해배상이다. 징벌적 손해배상은 형평성을 목적으로 하기 보다는 악의적 행위가 재발하는 것을 방지하는데 우선적인 목적이 있다. 이 때 징벌적 손해배상제도가 이러한 처벌적 기능을 가장 잘 나타내기 위해서는 어떠한 논리가 적용되어야 하는 것이 징벌적 손해배상에 대한 법경제학적 논의라 할 수 있다. 징벌적 손해배상에 대한 경제학적 분석은 결국 두 가지 질문에 답하기 위한 것이라고 할 수 있다. 첫째는 어떤 상황에서 징벌적 손해배상이 판결되어야 하는

---

109) 윤용석, 징벌적 손해배상에 관한 미국의 최근 동향, 재산법연구 제23권 제1호, 한국재산법학회, 2006. 6, 255-256면 참조.

가이고, 둘째는 징벌적 손해배상액은 얼마로 산정되어야 하는 것인가 하는 것이다. 그러나 이러한 질문들에 답하기 위해서 먼저 논의되어야 할 것이 있다. 그것은 징벌적 손해배상으로 불법행위에 대한 억지적 목적을 달성하고자 할 때 불법행위를 근절하는 것이 목적인지 아니면 사회적으로 손실 최소화 하는 것이 목적인가 하는 것이다. 예를 들어, 불법행위가 상해를 입히거나 사회에 중대한 위협이 되는 행위라면 그러한 행위를 근절하는 것이 목표가 되어야 할 것이지만, 불법행위를 근절하기 위한 비용이 편익보다 크다면 불법행위 수준을 제로로 하는 것 보다는 불법행위를 억제하는데 있어 사회적으로 가장 바람직한 최적의 주의수준을 목표로 하는 것이 효율적이다. 따라서 징벌적 손해배상제도의 목적을 형평성에 둘 것인가, 효율성에 둘 것인가, 즉 불법행위의 근절에 둘 것인가 아니면 최적의 주의수준의 달성에 둘 것인가에 따라 징벌적 손해배상에 대한 법경제학적 논리가 달라진다. 또한 불법행위가 고의적인 것인가 아니면 과실에 의한 것인가, 집행요류가 존재하는 경우인가 그렇지 않은가에 대해서도 징벌적 손해배상의 적절성 및 배상한도에 대한 논리가 달라질 수 있다.

징벌적 손해배상을 부여할 때 법경제학 논리에 근거하지 않는다면 징벌적 손해배상은 의도하지 않은 결과를 가져올 수가 있다. Carandrillo<sup>110)</sup>는 비용을 고려하지 않은 배상책임이 사회적으로 비효율적인 결과를 가져오는 경우를 예를 들어 설명하였다. 예를 들면 기업이 환경오염을 방지하기 위한 설비를 위해 어느 정도의 지출을 할 것인가에 관한 것으로 중간정도의 주의수준을 선택할 때 예상비용이 27달러로 가장 저렴해진다고 하자.<sup>111)</sup> 그러나 이 때 만일 환경오염에 대한 배상책임

110) Steve P. Calandrillo, *Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics*, 78, Geo. Wash. L. Rev. 774, 794 (2010).

111) 더 낮은 수준의 주의(care) 수준일 때에는 초기 비용은 적게 들지만 문제가 생겼을 때 처리비용이 높아지고 초기비용을 많이 들이면 나중에 문제는 적게 생기지만 총비용이 27달러를 상회하게 된다.

을 1,000달러로 하면 기업은 가장 높은 수준의 주의를 기울이게 되고 이 때 총 비용은 27달러에서 52달러로 증가하게 된다. 이 때 문제는 기업이 제품의 가격에 이 비용을 전가하게 되므로 결국 제품의 소비가 가격이 올라가게 되며 이것은 잠재 수요자를 줄이고 시장에서의 거래를 위축시키는 결과를 가져온다는 것이다. 이런 경우의 징벌적 손해배상은 효율성의 측면에서 바람직하지 않은 것이다. 따라서 어떤 경우에 징벌적 손해배상이 필요한지, 또 필요하다면 그 배상액은 어느 정도가 되어야 하는지는 형평성과 도덕성의 기준 외에 법경제학 논리가 필요하게 된다. 이하에서는 징벌적 손해배상의 필요성 및 적정 배상액에 대한 법경제학적 논의들을 살펴본다.

## (2) 최적억지이론(Optimal Deterrence: Loss Internalization)

징벌적 손해배상에 관한 가장 주요한 법경제학적 이론은 불완전 집행(under-enforcement problem) 문제에 근거한 최적억지이론(Optimal Deterrence) 혹은 비용내부화(Loss Internalization)이론이다. 동 이론에서의 논리는 행위자들이 자신이 저지른 행위가 발생시키는 손해에 대해 비용을 치르게 된다면 합리적인 수준의 주의(reasonable care)를 기울이게 된다는 것이다. 경제학에서 외부효과(externality)가 발생할 때 조세나 보조금을 통해 어떤 행위가 발생시키는 비용과 편익을 행위자에게 돌아가게 하는 것을 내부화(internalization)한다고 한다. 이 때 사회적 비용이 사적 비용화되어 경제주체들은 새로운 비용조건하에서 새로운 선택을 하게 되는데 이 때 시장의 비효율이 해소되고 시장에서의 균형이 사회적 최적수준의 균형과 일치하게 된다. 같은 원리로 징벌적 손해배상이란 불법행위로 인해 제3자가 피해를 받거나 앞으로 피해를 받을 우려가 있을 때 사회가 이러한 비용을 행위자에게 귀속시킴으로써 합리적인 행위자라면 불법행위를 하지 않도록 하는 제도라고 할 수 있다.

최적억지이론에 의하면 징벌적 손해배상은 불법행위를 무조건 없애는 것이 아니라 가장 최적의 수준을 찾아내는 것이 목적이 되는데 Posner 판사는 부주의에 대한 책임의 판단 기준으로 효율성에 근거한 논리를 제시하였다.<sup>112)</sup> 그는 행위자가 주의를 기울이는 부담(B)의 크기가, 부주의한 행위로 인해 실제로 타인에게 발생될 피해의 가능성(P)에 피해의 크기(L)를 곱한 것 보다 작을 경우 자신의 행동에 대해 책임을 져야 한다고 주장하였다.<sup>113)</sup> 이를 수식으로 나타내면  $B < P * L$  이 될 때 부주의에 대한 책임을 져야한다. 이것은 행위자가 기대 손실액보다 낮은 수준의 주의를 기울인다면 그 결과에 책임을 져야 한다는 것이다. 다른 말로 하면 행위자는 예상 손실액만큼의 주의수준만 기울이면 된다는 것인데( $B = P * L$ ) 이는 역으로 말하면 비효율적으로 과도한 주의를 기울이지 않은 것에 대해서는 책임이 없다는 논리가 된다.

이러한 효율성에 근거한 논리는 징벌적 손해배상에도 적용된다. 만일 부주의한 가해자가 자신의 행위에 대해 책임을 지지 않을 확률이 존재한다면 순수한 전보적 배상액은 최적의 주의수준을 이끌어내지 못할 것이다. 이것은 불완전 적발(under-detection)과 불완전 배상 등 법제도 집행의 불완전성에 기인하여 발생하는 것이다. 어떤 사람이 불법행위를 했을 때 항상 이것이 적발되는 것이 아니므로 손해액에 대해서만 배상액이 청구되면 사람들은 불법행위를 비효율적으로 많이 저지르게 된다는 것이다. 왜냐하면 불법행위가 적발되었을 때 손해만큼만 보상해주면 된다면 불법행위로 인한 기대이익이 기대비용보다 커지기 때문에 불법행위를 하지 않으려는 노력을 기울이지 않게 된다는 것이다. 따라서 불법행위가 적발되지 않을 가능성이 존재하는 경

112) Richard A Posner, *A Theory of Negligence* 1 J. Legal Stud. 29 (1972).

113) 이것은 뉴욕에서 발생한 바지선과 견인선과의 소송에서 핸드판사가 견인선이 보상할 필요가 없다고 판결을 내린 근거가 된 'Hand Formula'로 알려져 있다. Cooter & Ulen, 법경제학, 경문사, 1995, 410-11면 참조.

우에는 적발될 때의 손해배상액을 전보적 배상액보다 크게 해야 불법 행위를 하지 않으려는 노력을 더욱 기울이게 된다.

이러한 주의(care)는 가해자의 예상 배상책임수준이 부주의로 인한 사회적 비용과 같아질 때 사회적 최적수준이 달성된다. 즉, 제3자가 치르는 비용을 행위자에게 돌려 그 손실을 내부화(Loss Internalization) 할 때 합리적 행위자 이익은 사회의 이익과 일치하게 되고, 따라서 사적으로나 사회적으로나 바람직한 수준만큼으로 불법행위를 억제할 수 있게 된다. 만일 배상책임 수준이 너무 높아지면 주의수준이 비효율적으로 높아지는 것이고, 반대로 주의수준이 너무 낮아서 부주의로 인한 사회적 비용이 너무 커지면 행위자의 부주의로 인한 과실(negligence)이 비효율적으로 너무 높게 되는 것이다. 이렇게 효율성의 측면에서만 논의하자면 징벌적 손해배상의 적용대상을 악의적인 경우와 순수히 과실인 경우를 구분할 필요가 없게 된다. 왜냐하면 징벌적 손해배상의 목적이 효율성의 측면에서 사회적으로 바람직한 수준의 주의수준을 이끌어내기만 하면 되기 때문이다. 따라서 최적억지이론에 의하면 징벌적 손해배상액은 사회적 비용에 대한 전보적 보상이 된다.

Cooter는 총 손해배상액은 원고에게 가해진 피해액에 집행오류를 고려하여 산정되어야 한다고 주장하였다.<sup>114)</sup> 징벌적 손해배상이 존재하지 않는 경우 가해자의 배상책임을 나타내는  $L$ 은 전보배상 크기인  $A$ 에 사고발생시 집행오류의 크기인  $e$ 를 곱한 값이 된다( $L=Ae$ ).<sup>115)</sup> 이 때 집행오류를 상쇄하기 위해서는 집행오류의 역수인  $m=1/e$  을 곱해 주어야 하며 새로운 배상책임은  $L=Aem$ 이 된다는 것이다. 핸드의 공식을 이용하면 집행오류가 커질수록 이러한 행위로 인해 책임져야 하는 기대비용이 불법행위를 저지르면서 얻는 이익에<sup>116)</sup> 미치지 못하게

114) Robert D Cooter, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, 40 Ala. L. Rev. 1143 (1989).

115) 여기에서 배상책임  $L$ 은 기댓값을 의미한다.

116) 이 때의 이익이란 타인에게 해를 끼치지 않도록 주의를 기울이는데 드는 노력



되고 따라서 불법행위자는 고의적으로 불법행위를 저지르려는 유인이 많아지게 된다는 것이다. Cooter의 모형에 의하면 징벌적 손해배상은 오직 의도적인 행위에만 적용되어야 한다. 왜냐하면 불법행위자는 그러한 행위로부터 오는 기대이익이 전보적 배상에 따른 예상책임보다 작을 때 불법을 행하는 것이므로 단순히 과실에 의한 불법행위는 해당되지 않는다.

간단한 예로, A 회사가 고품질의 고장 없는 제품을 생산, 판매하는데 필요한 추가적인 비용이 900만원이라고 가정하고 이러한 비용을 지불하지 않았을 때 고장이 많은 제품이 생산됨으로써 기대되는 배상책임의 크기가 1,000만원(1명당 10만원)이라고 가정해 보자. 이 때 경제학적 관점에서는 1,000만원이 900만원보다 크기 때문에 제조업자가 900만원을 들여 높은 품질을 유지하는 것이 사회적으로 효율적이다. 그러나 당해 제품의 고장에 의해 피해를 입은 소비자 100중 50명만이 소를 제기한다면 A 기업의 입장에서는 1,000만원의 비용이 지출되는 것이 아니라, 실제로 500만원의 배상책임만 회사에게 부과될 것이다. 이때 기업의 예상 비용은 500만원이 되고, 고장이 없는 제품을 만들기 위해 900만원의 비용을 지출하는 것이 사회적으로 바람직함에도 불구하고 기업에게는 고품질을 생산하지 않는 것이 이익이다.<sup>117)</sup> 따라서 불법행위에 대해 집행오류가 존재하는 경우 회사는 낮은 품질의 제품을 생산할 것이고 이는 결국 사회적인 비효율성을 초래하게 된다. 이 경우 집행오류는 1/2인데 이것은 징벌적 손해배상을 인정함으로써 교정될 수 있게 된다. 집행오류를 해결하기 위해서는 집행오류의 역수를 곱하면 되는데 이 경우에는 소를 제기한 50명에게 추가적

---

을 하지 않아도 되는 부분이다. 다른 말로 하면 지불하지 않아도 되는 비용이 바로 이익이 된다.

117) 이 때 이익이란 절약된 추가비용 900만원이고 기대비용이란 기대배상액 500만원이 된다. 그러나 실제 발생한 사회적 비용은 1000만원이기 때문에 이는 절약된 비용 900만원을 초과하게 되므로 비효율적이다. Cooter · Ullen 법경제학(각주 114), 466-467면 참조.

으로 10만원을 더해서 징벌적 손해배상액으로 산정하면 된다. 총 손해배상액은 20만원으로 전보적 배상액(10만원)에 징벌승수(punitive multiple) 2를 곱한 액수가 된다. 이 때 기업은 배상책임이 1,000만원이 되어 절약된 비용보다 크기 때문에 900만원을 들여 높은 품질의 상품을 생산하게 된다. 그러나 만일 저품질의 상품이 100명이 아닌 50명에게만 발생할 것으로 기대되고, 50명이 전부 소를 제기하여 500만원의 배상책임이 예상된다면 기업은 900만원을 들이지 않고 저품질의 상품을 생산하는 것이 기업의 입장에서나 사회적으로나 바람직하다. 왜냐하면 고장난 제품을 갖게 된 소비자는 전보적 배상을 통해 손해를 보상 받게 되는 반면 기업에게는 여전히 400만원의 이익이 발생하기 때문이다. 만일 이 경우에 집행오류가 50%가 존재하여 실제로 25명의 소비자만이 소를 제기하고 25명의 소비자는 소송을 제기하지 않는다면 기대 배상책임액이 250만원이 될 것이다. 이 때 25명의 소비자들이 손해배상을 받지 못한다 하더라도 총 소비자의 손실(500만원)보다 기업의 이익이(900만원) 더 크기 때문에 추가비용을 들이지 않고 낮은 품질의 상품을 생산하는 것은 여전히 사회적으로 바람직하다.

Polinsky and Shavell는 최적역지이론을 구체화하여 총 손해배상액은 실제 끼쳐진 손해액과 그러한 손해가 실제로 발견될 가능성의 역수를 곱한 만큼이 되어야 한다고 제시했다.<sup>118)</sup> 불법행위가 발견될 확률의 역수는 징벌적 손해배상승수(punitive damages multiplier)로서 불법행위가 발견될 확률이 작을수록 징벌적 손해배상승수가 커진다. Cooter와 달리 Polinsky and Shavell은 징벌승수는 고의적인 불법행위뿐 아니라 고의성이 없는 과실에도 해당된다고 주장하였다. 그들은 또한 악의적인 행위(malicious conduct)의 경우는 비용내부화 모델에서는 제외해야 한다고 주장하였는데 그 이유는 타인에게 상해를 가하는 행위의 경우

---

118) A. Michell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harv. L. Rev. 868 (1998).

사회적 순기능이 전혀 없는 불법행위로서 이러한 행위들은 완전히 근절해야 한다고 주장하였다.<sup>119)</sup>

징벌승수가 징벌적 손해배상액의 산정을 위한 실무적 지침으로 제공되고 적용되는 경우 징벌적 손해배상은 사회적 비효율성을 극복하고 일반적인 억지기능을 효과적으로 수행할 수 있을 것이다.<sup>120)</sup> 그러나 징벌적 손해배상의 인정여부에 대한 예측이 어렵거나, 배상액이 자의적으로 산정되는 경우 징벌적 손해배상제도는 본래 기대하였던 역할을 할 수 없게 될 것이다.

Calfee and Craswell은 최적억지이론의 문제점을 지적하였다.<sup>121)</sup> 그는 불법행위 적발의 가능성은 피고의 행위의 가혹함(egregiousness)에 따라 달라질 것이라는 것을 지적하면서 가해자의 행위가 가혹할수록 적발될 가능성이 높아지고 이때 과도한 수준의 법의 준수(overcompliance)가 발생하게 되어 오히려 비효율적이 된다는 것이다.<sup>122)</sup> 이는 불법행위의 가혹한 정도가 심할수록 집행오류가 적어지고 징벌승수가 커짐에 따라 배상의 책임의 위험이 커지게 되어 과도한 수준의 법의 준수가 발생한다는 것이다. Calfee and Craswell는 승수이론이 적합한 경우는 행위의 선택이 양자택일 유형인 때,<sup>123)</sup> 적발될 확률이 행위의 가혹한 정도에 영향을 받지 않을 때, 그리고 법의 미준수(undercompliance)의 유인(incentives)이 과도한 준수(overcompliance)의 유인보다 클 때 등 한

119) 앞에서 예로 든 불량품 생산의 사례는 비용내부화 이론이 적용된 경우로서 불법행위를 근절하기보다는 불법행위를 막기 위한 편익과 비용을 비교하여 불법행위의 최적수준을 찾아내려는 것이다.

120) Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, 371-376 (4th ed. 2003).

121) John Calfee, & Richard Craswell, *Some Effects of Uncertainty and Compliance with Legal Standards*, 70 Va. L. Rev. 965 (1984).

122) 이 때 불법행위자를 적발하려는 노력, 즉 일반적인 집행오류를 줄이기 위해 추가적인 비용이 발생할 것이라는 것도 고려해야 할 것이다.

123) 개별행위자가 행위의 정도를 결정하는 것이 아니라 행위를 하거나 안하거나 (either/or) 양자택일하는 경우를 의미한다. 앞의 사례를 예를 들어본다면 900만원의 추가비용을 들이거나 비용을 들이지 않거나 하는 결정만 할 뿐 비용의 크기를 결정하는 것이 아니다.

정된 조건하에서 성립된다고 주장하였다.

결국 최적억지이론은 효율성을 바탕으로 전개된 논의로서 여기에서 주목할 것은 불법행위란 무조건적으로 근절되어야 할 것으로 간주되는 것이 아니라는 점이다. 즉, 불법행위는 외부효과를 가져옴과 동시에 부분적으로 사회적으로 생산적인 결과를 포함하고 있어 불법행위를 완전히 근절하기 보다는 불법행위의 최적수준을 이끌어내는 것이 사회적 효율성을 극대화하는 방법이라는 관점이다. 환경오염과 같은 경우 오염이 전혀 없는 상태가 바람직한 것이 아니라 최적 오염수준을 유지하는 것이 효율적이라 할 수 있다.<sup>124)</sup>

### (3) 불법이익의 몰수(Disgorgement of Illicit Gains)

Hylton은 징벌적 손해배상에 대한 비용내부화이론에 대해 비판하였다.<sup>125)</sup> 억지적 기능에 초점을 둔 학자들은 사회적으로 부당하게 얻은 이득은 제거되어야 한다고 주장한다. 이익의 몰수를 강조하는 징벌적 손해배상이론이 가해자의 이익에 초점을 두는 이유는 불법행위자에게 불법행위로는 이득을 얻을 수 없다는 교훈을 주기 위한 것이다. 비용내부화 이론의 논리가 불법행위의 최적억지를 목표로 한다면 이익의 몰수(gain-elimination)는 불법행위의 근절을 목표로 한다고 할 수 있다. Hylton은 피해당사자의 손실은 진정한 사회적 손실과 다를 수 있으므로 징벌적 손해배상은 피해자의 손해보다는 가해자의 이익에 초점을 두는 것이 더 적절하다고 주장하면서, 불법행위가 전혀 발행하지 않도록 하는 것을 목적으로 한다면 비용내부화보다는 이익의 몰수라는

---

124) 오염배출권 거래제의 경우 허용된 오염을 배출하는 것은 불법행위가 아니다. 여기에서는 불법적인 오염배출과 이에 따른 지역사회의 피해, 기업의 배상책임, 그리고 불법적인 오염배출을 적발하고자하는 정부의 노력 등의 비용과 오염배출을 유발하면서 생산된 제품의 사회적 가치 등을 비교하는 경우를 말한다.

125) Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 Geo. L. J. 421 (2008).

논리가 더 적절하다고 주장한다. 따라서 이것은 비용내부화이론 혹은 최적억지이론에 대한 경쟁적인 논리라기보다는 다른 형태의 불법행위에 대한 보완적인 논리라고도 할 수 있다.

그러나 이 논리도 실제 적용하는 데는 어려움이 있다. 우선 가해자의 이익을 추정하는데 있어 어려움이 있는 경우가 있을 수 있다. 기업이 불법행위로부터 부당이득을 얻었다고 할 때 그러한 이득을 추정할 수 있는 것은 장부상의 이익으로서 장부에서 발견되지 않는 이익에 대해서는 완전히 추정한다는 것이 사실상 불가능할 것이다. 또, 이익의 환수가 가해자의 지불능력에 따라 징벌의 의미가 달라질 수도 있다. 예를 들어, 거대한 부를 소유한 불법행위자라면 이익을 몰수한다고 해도 그것이 전체 재산의 극히 일부일 경우 처벌의 의미가 약화될 수 있을 것이다. 또한 이러한 불법행위가 항상 적발되는 것이 아니라는 점을 고려해야 한다. 즉 피해자의 손해를 근거로 하는 것이 아니므로 불법행위자의 이익의 100%를 환수한다고 해도 불법행위가 항상 적발되는 것이 아니기 때문에 역시 집행오류의 역수를 곱해야 하는 부분은 여전히 남는다고 할 수 있다.

요약하면, 최적억지이론에서는 징벌적 손해배상이 효율성을 지향하는 경제학적 논의에 바탕을 두고 있어서 불법행위 자체를 근절시키는 것이 궁극적 목적이 아닌 반면 이익의 몰수이론은 불법행위를 근절되어야 할 행위로 간주하고 있으므로 효율성의 개념은 적절하지 않다. 그러므로 징벌적 손해배상의 논리적 근거를 찾음에 있어 피해자의 손실을 중심으로 한 최적억지이론이 더 적절한지 아니면 가해자의 이익에 초점을 둔 이익의 몰수의 논리가 더 적절한지는 불법행위 자체의 성격에 따라 달라져야 할 것이다. 살인과도 같이 완전한 배상이 불가능한 영구적인 손실을 입히는 강력한 범죄에 대해서는 그 행위 자체가 악한 것으로서 근절되어야 하므로 최적의 수준을 이끌어낸다는 것은 적절하지 않을 것이다. 그러나 환경오염의 경우는 근절되어야 할

것이라기보다는 최적의 수준으로 유지하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 환경오염에 의한 비효용과 생산에 의한 효용을 비교하여 전체 효용을 극대화하는 것이 합리적이기 때문이다. 저소득 국가들에서는 환경이 다소 악화되더라도 생산활동을 지속하는 것이 합리적일 것이며, 고소득 국가에서는 생산을 약간 포기하더라도 환경을 깨끗하게 유지하는 것이 더 바람직할 것이다. 오염수준은 오염의 한계비용과 한계이득이 같아질 때 최적 수준이 된다. 이것은 경제학적으로 효율성이 극대화되는 바람직한 상태이다. 이렇게 비용내부화 이론의 관점은 불법행위에 대한 도덕적인 비난에 초점을 두기 보다는 효율성이라는 관점에서 어떤 행위의 사회적 비용과 편익을 고려하는 것이다. 예를 들면 잘못된 교통체계에서 불법유턴은 법을 위반하는 것이지만 사실상 어떤 경우에는 몇 대의 차들이 불법유턴을 하는 것이 일시적으로 교통흐름에 더 좋을 수 있다. 또, 교통체증이 심한 고속도로에서 버스전용차선이 비어있을 때 승용차의 일부가 버스전용차선을 이용한다면 운전자는 불법행위를 한 것이지만 전체적인 교통흐름은 좀 더 원활해질 수 있다. 이 때 만약 범칙금이 너무 낮다면 너무 많은 운전자가 전용차선을 위반하여 고속도로가 혼란에 빠질 것이지만 그 범칙금이 적절한 수준에 있다면 일반적으로 운전자들은 차선위반을 하려하지 않을 것이다. 그러나 개인적으로 정말로 위급한 사정이 있는 경우에는 승용차가 버스 전용차선에 진입할 수도 있을 것이며 이것은 교통위반이라는 불법행위이지만 경제학적으로는 사실상 사회적으로 효율성을 높이는 행위가 될 수 있다.<sup>126)</sup> 이런 측면을 고려하여 최적억지이론을 적용한다면 어떤 행위가 불법이건 아니건 최적 수준을 찾아간다는 점에서는 근본적으로 차이가 없다고 할 수도 있다. 이 경우 불법행위는 효율성의 관점에서만 평가가 될 뿐 그것에 대한 도덕적 가치와 판단은 암묵적으로 배제된다고 할 수 있다.

126) 여기에서 행위자의 불법행위로 인한 만족과 사회적 후생을 같은 것으로 측정할 것인가는 문제로 남는다.

그러나 불법행위는 사실상 도덕적 가치와 무관할 수가 없다. 살인과 강도 혹은 식품회사가 불법 유해물질을 식품에 첨가하는 등의 행위는 전혀 발생하지 않는 것이 가장 바람직하다.<sup>127)</sup> 또한 불법행위는 아무리 그 행위가 그 자체로 효율성을 높이는 결과를 가져온다고 하여도 그 행위가 사회에 미치는 부정적 외부효과를 고려할 때 가치판단을 배제한 순수한 효율성에 근거한 논의가 적절하지 않을 수가 있다. 따라서 어떠한 불법행위에 대해서 징벌적 손해배상을 적용하는 것이 적절한지 또 적용한다고 할 때 그 크기를 어떻게 하는 것이 적정한지는 불법행위의 성격에 따라 달라져야 한다고 생각된다.

#### (4) 자발적 거래의 유도

Haddock, McChesney & Spiegel은 물권적 보호방식 모델(property rule model)을 제시하면서 징벌적 손해배상은 물권적 권리를 기초로 하여 시장에서의 자발적 거래를 유도하는 것에 목적을 두어야 한다고 한다.<sup>128)</sup> 징벌적 손해배상은 행위자가 불법적인 행위로 이득을 얻지 못할 것으로 예상하여 자발적이고 투명한 시장거래를 하도록 유도할 수 있어야 한다고 주장한다. 이러한 거래는 재산권에 근거하여 이루어지는데 어떤 행위를 하고자 하는 사람은 그 행위로 인해 침해를 받지 않을 권리를 소유한 사람과 거래를 하게 된다. 예를 들어, 원고의 사유지를 침범한 피고에게 1달러의 전보적 손해배상과 10만 달러의 징벌적 손해배상을 인정하였다고 가정하자.<sup>129)</sup> 이 경우 만일 피고가 원

127) 또 장기매매를 통해 청소년 5명이 생명을 얻었다면 이러한 불법행위는 경제학적으로는 효율적일 수 있다. 그러나 우리는 이것을 효율성의 관점에서 바라보지 않는다. 왜냐하면 이것은 생명의 가치에 관한 것이기 때문이며 범죄자 보다 청소년의 생명이 더 가치 있다는 생각은 인간의 존엄성과 평등이라는 개념과 충돌하는 것이기 때문이다.

128) Haddock, McChesney & Spiegel, *An Ordinary Economic Rationale for extraordinary Legal Sanctions*, 78 Calif. L. Rev. 1 (1990).

129) *Jacque v. Steenberg Homes, Inc.*, 563 N.W. 2d. 154 (1997) 참조.

고에게 적절한 액수의 토지 사용료를 제시하였더라면 불법행위와 소송이 일어나지 않았을 것이다. 그러나 만일 징벌적 손해배상제도가 없다면 전보적 배상의 대상이 되는 손해가 거의 없는 재산권의 침해가 빈번히 일어날 수 있을 것이다. 재산권과 관련된 경우 징벌적 손해배상제도는 자발적 거래를 유도하여 법의 개입과 행정비용이라는 불필요한 비용이 없이 사회적으로 바람직한 상태를 가져올 수 있을 것이다.

요약하면 이 논리에 의하면 불법행위자가 그러한 행위로부터 이득을 얻지 못하도록 함으로써 자발적으로 공정한 거래에 참여하여 문제를 해결하도록 한다는 것이다. 이를 위해서는 단지 보상책임을 강조한 전보적 배상외에 재산권에 근거한 징벌적 손해배상이 필요하다는 것이다. 이 경우 징벌적 손해배상액은 전보적 손해액에 기초하고 있지 않다. 배상액의 결정에는 권리를 소유한 자와 합의가 중요하며 또한 사회적 규범을 준수하기 위해 필요한 수준이 되어야 한다.

### (5) 금융경제이론

Rhee는 징벌적 손해배상에 대한 기존의 법경제학이론에 대한 대안으로서 금융경제이론에 근거한 논리를 제시하였다.<sup>130)</sup> 미 연방대법원은 엑손기름 유출사건<sup>131)</sup>의 경우 징벌적 손해배상의 예외적인 사건이라고 하였다. 왜냐하면 이것은 빈도는 작고 그 크기는 매우 크며 예측불가능한 종류의 사건으로서 이러한 대규모의 징벌적 손해배상액은 기업에 금융압박을 가하고 사회적 비용을 유발시키기 때문이다. 징벌적 손해배상에 대한 기존의 법경제학 이론은 징벌적 손해배상액을 책임회피의 가능성에 근거하여 산정하고 있지만 이것은 분산(variance)이라는 핵심적인 부분을 간과한 것이라고 지적한다.<sup>132)</sup> 징벌적 손해배상

130) Robert Rhee, *A Financial Economic Theory of Punitive Damages*, 111 Mich. L. Rev. 33 (2010)

131) *Exxon Shipping Co. v. Baker* 128 S. Ct. 2605 (2008).

132) 만일 책임회피의 가능성으로 인해 예상배상책임이 50이라고 하여도 배상책임의



은 경우에 따라 위험재정(risk arbitrage)의 기회가 다르게 나타나는데 이것은 원고와 피고 사이의 합의금(settlement value)에 영향을 준다고 지적하면서 소송사건의 빈도와 크기에 따라 억지적 기능의 달성 정도도 달라진다고 주장하였다. 불법행위에 관한 법경제학 이론에 의하면 불법행위법은 불법행위를 최적수준으로 억제하는데 목적이 있다. 이러한 법경제학이론에서는 적발되지 않은 불법행위가 논의의 중심이지만 금융경제이론은 소송사건에서 미래의 불확실한 현금흐름에 대한 예측에서 위험요소를 분석한다. Rhee에 의하면 기존의 법경제학 이론들은 책임 회피의 가능성 정도가 손해배상액에 영향을 주지만 금융경제적 분석에서는 피고와 원고가 갖고 있는 비대칭적인 위험요소가 해소되어야 징벌적 손해배상의 최적억지기능이 달성된다고 주장하였다. 그는 소송에서 개인이 원고가 되고 기업이 피고가 되는 경우 통상 원고는 위험기피자(risk-averse)가 되는 반면 피고는 위험중립자(risk-neutral)라는 것을 지적하였다. 그는 일반적인 소송의 경우 위험기피적인 원고는 합의금의 기댓값(expected value)보다 더 낮은 보상액에 합의를 하게 된다고 하였다. 예를 들면 어떤 소송에서 피고가 0에서 100사이의 배상책임을 지게 될 것으로 예상될 때 만일 기댓값이 50이라면 원고는 위험기피적인 속성이 있으므로 위험을 줄이고 40에 합의를 하려고 한다는 것이다. 이 때 위험중립적인 속성을 가진 기업은 기대비용 50보다 낮은 40의 비용만 지불하게 되고 이 때 10의 이익을 얻게 된다. 반대로 대규모의 소송사건인 경우에 기업이 배상책임을 지게 된다면 기업은 금융압박에 직면하게 되고 이 경우 기업은 위험기피적이 되어 합의금은 기대값보다 커질 가능성이 있다는 것이다. 또한 천문학적 배상책임의 위험이 있는 기업은 이를 대비해서 보험에 가입해야 하는데 여기에 자본비용이 발생한다.<sup>133)</sup> 또한 어떤 기업이 이러한 소

범위가 40~60인 경우와 0~100인 경우 평균은 같지만 후자의 분산이 전자보다 더 크며 위험이 더 크다고 할 수 있다.

133) 만일 보험에 가입하지 않는다면 이는 기업의 위험을 증가시켜 기업가치가 하락

송에 연루된다면 기업의 주가가 하락하면서 추가적인 비용이 발생하게 되는데 이 때 총 사회적 비용도 증가하게 된다.

이러한 금융경제이론에 근거하여 Rhee는 효율적인 억지기능을 달성할 수 있는 최적 배상액 원칙을 제시하였다. 우선 통상적인 소송사건인 경우 *State Farm v. Campbell*<sup>134)</sup> 사건의 경우처럼 징벌적 손해배상액에 상한의 제한을 두는 것을 바람직하지 않다고 하였다. 왜냐하면 징벌적 손해배상은 고의적인 불법행위에 적용되는 것으로서 기업과 개인의 위협에 대한 태도가 비대칭적임으로 인해 합의금이 기댓값보다 낮아지는 경우 기업들의 주의수준은 최적수준보다 낮아지게 되기 때문이다. 일련의 소송에 직면하고 있는 기업의 경우 징벌적 손해배상액에 상한선이 정해져 있다면 그것은 예상할 수 있는 비용이 되며 이윤극대화를 추구하는 기업의 주의수준은 사회적으로 최적의 수준보다 낮게 된다.<sup>135)</sup> *Campbell* 이나 *Gore*의 사건<sup>136)</sup>의 경우를 예로 든다면 이러한 사건들은 연방대법원이 기업의 이익을 옹호한 결과를 가져온 것으로서 이론적 근거는 찾기 어렵다.

두 번째 경우로 천문학적인 규모의 소송사건인 경우로, 이러한 위협에 직면할 가능성이 있는 기업에 대해서는 보호장치가 필요하다고 주장하였다. 왜냐하면 기업이 손해배상액으로 인해 금융압박을 받거나 기업가치가 하락할 경우 사회적 비용이 발생하며 이 경우 기업의 주의 수준은 최적보다 너무 높아지기 때문에 비효율이 발생하게 되기 때문이다. 이것은 앞의 경우와는 반대로 *over-deterrence*를 가져온다. Rhee는 전보적 보상액 자체가 기업의 지불능력에 비해 매우 큰 경우는 징벌적 보상액은 사회적 비용만 가중시킬 뿐이므로 바람직하지 않다고 보았다. 또 징벌적 손해배상액이 청구된다고 하여도 그것이 기업의 생

---

하여 주가가 하락함으로써 자본비용이 발생하게 된다.

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

135) 이것은 *under-deterrence*의 경우에 해당한다.

136) *BMW of N.Am. Inc v. Gore*, 517 U.S. 559 (1976).

존을 압박할 정도로 크다면 역시 바람직하지 않다고 주장하였다.

Rhee는 또한 피고의 재력(wealth)도 징벌적 손해배상에서 고려되어야 한다고 주장하였다. 그 근거로 우선 부를 고려한 손해배상액은 불확실성을 증가시키게 되는데 이것은 징벌의 의미에서 바람직한 것이라는 것이다. 또한, 반대로 징벌적 손해배상액이 피고인 기업의 금융압박을 초래하는 것은 바람직하지 않으므로 피고의 손해배상액은 피고의 지불능력을 고려하여 정해져야 한다는 주장이다.

징벌적 손해배상에 관한 이론적인 논의는 앞에서 살펴본 바와 같이 공통된 하나의 논리로 설명되거나 정리되지 않는다. 불법행위의 특성과 소송의 특성, 그리고 피고와 원고의 특성 등에 따라서 징벌적 손해배상의 필요성과 그 배상한도의 논리가 각각 달라진다고 할 수 있다. 아래에서는 징벌적 손해배상에 관한 법경제학적 논의가 실제 사례들에서는 어떠한 모습으로 나타났는가에 대하여 살펴본다.

## 제 2 절 징벌적 손해배상의 실증적 고찰

### 1. 징벌적 손해배상의 실제적 경향

법경제학 이론의 증명을 위해서 최근 징벌적 손해배상의 실증적 측면에 관해 많은 연구가 수행되었다. 이것은 징벌적 손해배상에 관한 이론적인 논리가 실제 소송사건에서 어떻게 나타났는가를 살펴보고 평가하기 위한 목적을 갖고 있는데, 실증적 연구들에 의하면 징벌적 손해배상의 실제 사례들이 이론적인 논리들과는 큰 연관성을 보여주지 못하고 있다. 또한 징벌적 손해배상제도의 중요한 목적 중 하나인 억지기능이 실제로 나타나고 있는가에 대해서도 기존의 연구는 이 문제에 대해서는 그리 설득력 있는 답을 해 주지 못하고 있는 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 징벌적 손해배상의 실제 사례들을 살펴보면 몇 가지 공통된 경험적 특징들이 나타난다.

첫째, 징벌적 손해배상의 인정빈도가 그리 높지 않다는 것이다. 1960년대 초 미국의 Cook County와 Illinois에서는 소송사건의 0.1%만이 징벌적 손해배상의 경우였으며 이 수치는 80년대에 들어와서도 2.5%에 불과했다. Eisenberg에 의하면 사실심 사건의 5% 이하의 사건들이 징벌적 손해배상으로 인정되고 있다. 둘째, 징벌적 손해배상액이 전반적으로 크지 않다는 것이다. 징벌적 손해배상이 인정된 사건 중 배상액이 백만 달러를 초과하는 경우는 14% 미만이었으며 86.6%의 징벌적 손해배상 사건에서 배상액은 백만 달러가 되지 않았으며 과반수가 넘는 58.3%에서는 십만 달러 미만이었다. 셋째, 징벌적 손해배상액과 전보적 손해배상액 사이에 일정한 비율이 존재한다는 것이다. Eisenberg는 대부분의 사례에서 징벌적 손해배상액과 전보적 손해배상액은 약 1:1의 비율을 이루고 있다고 한다. 이는 징벌적 손해배상액의 산정에 영향을 미치는 중요한 요소 중의 하나가 전보적 배상액이라는 것을 의미한다. 코넬대 로스쿨의 Eisenberg 교수를 중심으로 일련의 학자들은 징벌적 손해배상의 사례들에는 일관되고 안정적인(consistent and stable) 측면이 있다고 주장한다. 그러나 하버드대 로스쿨의 Kip Viscusi 교수는 1억 달러 이상의 징벌적 손해배상액의 경우에는 배상액의 결정에 대한 어떠한 합리적인 설명적 요소를 찾기 힘들다고 주장한다.<sup>137)</sup> 이렇듯 징벌적 손해배상의 실증적 결과를 살펴보면 징벌적 손해배상

137) 김현수, 미국법상 징벌적 손해배상 - 근대법형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로 -, 재산법연구 제29권 제2호, 2012. 6, 339-340면; Theodore Eisenberg et al., *The Predictability of Punitive Damages*, 26 J. Legal Stud. 623, 628-46 (1997); Theodore Eisenberg & Michael Heise, *Judge-Jury Difference in Punitive Damages Awards: Who Listens to the Supreme Court?*, 8 J. Empirical Legal Stud. 325, 330-334 (2011); Catherine M. Sharkey, *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine* 25 (New York U. Sch. of Law, Law & Econ. Res. Paper Series Working Paper No. 12-02, Jan. 2012); W. Kip Viscusi, *The Blockbuster Punitive Damages Awards*, 53 Emory L.J. 1405 (2004); W. Kip Viscusi, *The Challenge of Punitive Damages Mathematics*, 30 J. Legal Stud. 313 (2001); Theodore Eisenberg & Martin T. Wells, *The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer*, 3 J. Empirical Legal Stud. 175 (2006).

사례들에서 일관된 논리를 찾기 어렵다는 것을 보여주고 있다.

## 2. 징벌적 손해배상제도의 효과

징벌적 손해배상제도가 어떤 효과를 나타내었는지를 실증적으로 증명하는 것은 어렵다. 우선 억지적 기능을 실제로 하였는지에 대한 답을 하기 위해서는 이를 시험하기 위한 변수의 통제가 필요하다. 이상적으로는 정치적 성향, 인구, 산업 등이 유사한 주들 중에서 손해배상제도가 도입된 주와 그렇지 않은 주를 비교할 수 있을 것이고, 아니면 동일한 주에 대해 징벌적 손해배상을 도입하기 전과 후를 비교할 수도 있다.<sup>138)</sup> 그러나 이 경우에는 독립변수들 간의 서로 연관되는 문제(endogeneity problem)가 있을 수 있다. Viscusi<sup>139)</sup>는 실증분석을 통해 징벌적 손해배상제도의 억지기능이 제한적이라고 분석하였는데 Eisenberg<sup>140)</sup>은 이에 대해 샘플이 너무 적기 때문에 의미 있는 결과라고 보기 어렵다는 비판을 제기하였다.

징벌적 손해배상제도가 실증적으로 억지기능의 효과를 나타냈다는 분석결과는 찾기 힘들다 하더라도 징벌적 손해배상제도의 존재가 소송결과에 영향을 주었을 수도 있다. 이것은 원고와 피고가 모두 징벌적 손해배상을 원하지 않기 때문에 전보적 배상의 수준에서 합의가 이루어지게 되는 효과이다. Sharkey는 이것을 ‘shadow effect’라고 명명하였다.<sup>141)</sup> 이는 원고의 경우 전보적 보상에 세금이 부과되지 않으

138) Michell Mellow & Troyen A. Brennan, *Deterrence of Medical Errors: Theory and Evidence for Malpractice Reform*, 80 Tex. L. Rev. 1595 (2002).

139) W. Kip Viscusi, *The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts*, 87 Ga. L. Rev. 285 (1998).

140) Theodore Eisenberg, *Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages*, 87 Geo. L. J. 327 (1998).

141) Catherine M. Sharkey, *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine* 32 (New York U. Sch. of Law, Law & Econ. Res. Paper Series Working Paper No. 12-02, Jan. 2012)

며 피고의 경우 징벌적 손해배상의 판결을 피하고자 하는 유인이 있기 때문에 발생할 수 있다. 즉 동일한 금액의 보상액이라면 징벌적 보상액이 아닌 전보적 보상액으로 합의를 하는 것이 당사자들에게 모두 이익이 된다. 그러나 이러한 효과를 입증할 수 있는 데이터를 얻는 것은 역시 현실적으로 어렵다.

위에서 살펴본 바와 같이 징벌적 손해배상의 실제 사례들은 일관된 원리를 보여주고 있지 못하며 마찬가지로 법경제학 논리는 실제 징벌적 손해배상 판결에 대하여 일관된 지침으로 받아들여지고 있지 못하다. 또한 축적된 데이터 등의 부족으로 인해 징벌적 손해배상제도의 존재가 이론에서 제시하는 것처럼 억지적 기능을 실제로 하고 있는지 아직은 실증적으로 증명되었다고 보기 어렵다고 할 수 있다.

### 제 3 절 소 결

징벌적 손해배상은 형평성의 원칙보다는 억지적 기능을 달성하고 사회적 효율성을 추구하는 목적으로 주로 미국 등 영미법 국가에서 시행되어 왔다. 징벌적 손해배상을 적용하는 것이 어떤 경우에 적절하며 징벌적 손해배상이 효율성의 목적을 달성하기 위해서 어떤 논리에 의해 손해배상이 정해져야 하는가는 미국 내에서도 정리가 되지 않은 채 많은 논란이 지속되고 있다. 또한 이론적으로 설득력이 있다 하여도 실제 법체계에 이러한 원리가 도입되고 적용되는 데에는 한계가 있다. 실제 징벌적 손해배상액이 청구된 사례들에서는 사건의 성격과 배상액의 크기에 따라 다양한 양상으로 나타나고 있다.

징벌적 손해배상제도의 필요성과 손해배상액의 적정성에 대해서는 법경제학적 논의와 실제적 사례에서 많은 논란이 있지만 구체적으로 논점들을 정리해 보면 다음과 같다. 우선 징벌적 손해배상액을 정함에 있어 피해자의 손실에 초점을 둘 것인가 가해자의 이익에 초점을

둘 것인가 하는 것이다. 전자가 비용내부화 이론의 논점으로서 피해자의 손실을 가해자에게 돌려 사회적인 최적수준을 찾는 것이 목적이 라면 후자는 불법이익의 몰수 이론으로서 불법행위의 근절을 위한 논리가 된다. 만일 피해자의 손해가 가해자의 이익보다 작다면 징벌적 손해배상액이 전보적 손해배상액의 10배 이상이 된다하여도 이는 가해자에게 순이익을 가져다주는 결과가 되므로 불법행위자의 처벌이라는 징벌적 손해배상제도의 목적은 달성되지 않을 것이다. 둘째, 가해자의 지불능력을 고려할 필요가 있는가 하는 것이다. 가해자의 모든 불법적 이익을 몰수하고 그 이상의 징벌적 손해배상액이 청구된다 해도 만일 가해자의 재력이 충분히 커서 배상액이 가해자에게 실질적으로 부담이 되지 못한다면 역시 억지적 기능은 약화될 수밖에 없을 것이다. 징벌적 배상액이 전보적 손해에 기초하지 않고 재산권에 기초해야 한다는 자발적 거래이론의 경우 배상액은 불법행위자에게 실제로 처벌의 의미가 되는 액수가 되어야 할 것이며 이 때 가해자의 지불능력이 고려될 필요가 있을 것이다. 셋째, 징벌적 손해배상에 상한액을 두어야 할 것인가 하는 점이다. 징벌적 손해배상액을 전보적 배상액의 일정 배수 이하로 법정 상한선을 정해 놓을 경우 불법행위자는 자신의 행위가 적발되어 처벌을 받을 경우 최대한 지불해야 하는 배상액을 예상할 수 있게 된다. 이 때 만일 기업이 불법행위로부터의 예상이익이 최대한의 징벌적 배상액보다 크다고 생각한다면 의도적으로 불법한 행위를 할 수도 있다. 그렇다면 이 때 징벌적 손해배상은 처벌의 의미라기보다는 비용의 의미가 되어 억지적 목적이 달성되기 보다는 오히려 기업에게 어떠한 경우에 불법적 행위를 할 것인지를 결정하게 하는 근거가 될 수 있을 것이다. 이런 경우 비록 이론적 근거는 약할지라도 예상치 못하는 블록버스터급의 징벌적 손해배상액의 존재는 억지적 목적을 효과적으로 달성할 수도 있을 것이다. 금융경

제이론은 위험 재정(risk arbitrage) 요소에 따라 징벌적 배상액의 상한액의 적정성 여부를 논의하였다.

이상의 논의를 살펴볼 때 징벌적 손해배상이 효율성과 공평성의 목적을 달성할 수 있는가, 또 어떤 논리가 이러한 목적을 가장 잘 달성할 수 있게 하는가 하는 것들은 하나의 공통된 원리로 정하기 어렵다. 개별적 사건마다 불법행위 자체의 사회적 영향을 고려하여 억지적 목적이 우선시 되어야 할 것인지 효율성이 우선적으로 고려되어야 할 것인지가 구분되어야 할 것이다. 또한 각각의 경우에서도 손해배상액이 어느 수준이 되어야 할지는 사건의 성격과 행위자의 특성에 따라 각기 달리 정해질 수밖에 없을 것이다.



## 제 6 장 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 전문가 의견조사

### 제 1 절 조사개요

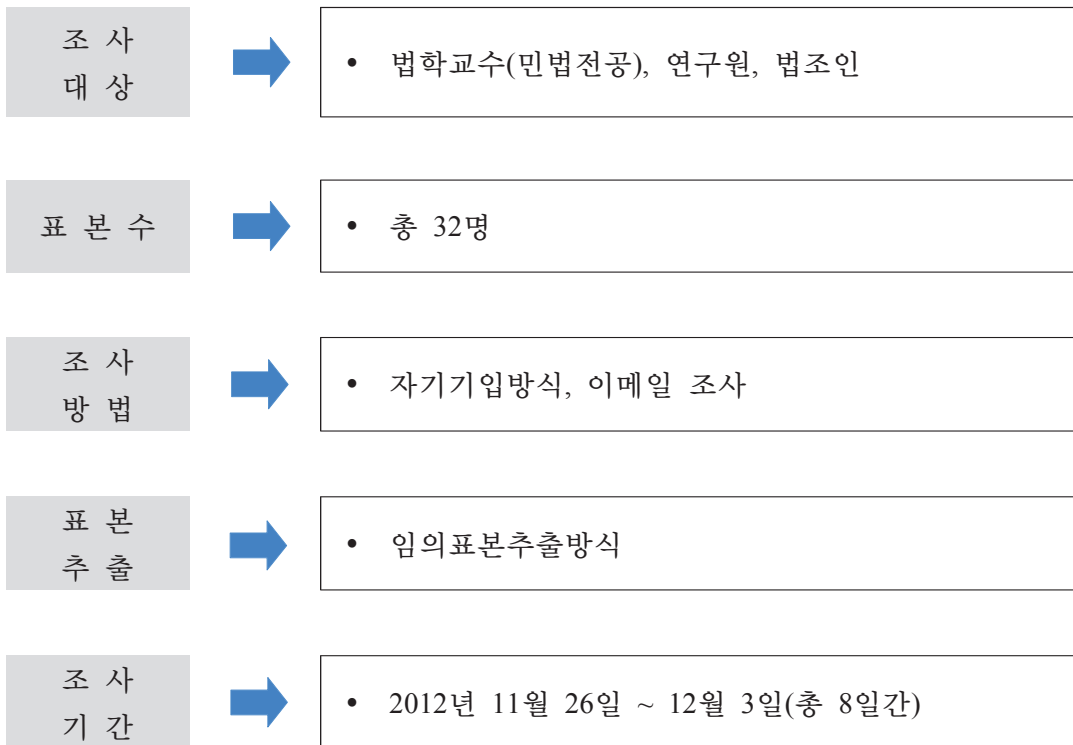
본 조사는 현행 민사법체계 내에 징벌적 손해배상제도의 도입 여부와 도입방안에 대해 모색하고자 하는 목적에서 실시되는 것으로서, 일반인 인식 조사보다는 민법학자 등 전문가 의견 조사의 방법을 선택하였다. 일반인 인식 조사는 징벌적 손해배상제도의 도입시 불법행위 억제 정도와 효과 등 일반적인 입법영향에 대해 검토하는 데에는 도입이 될 수 있으나 구체적인 입법적 대안을 도출하는 데에는 한계가 있다. 또한 대륙법체계에 기반하고 있는 우리의 민법체계 내에 영미법상 징벌적 손해배상제도를 도입하는 데에 있어 이 제도의 도입방안에 대한 논의는 기존의 손해배상제도와의 관계 속에서 수행되어야 하고, 특히 징벌적 손해배상제도를 도입할 때에 법기술적인 차원을 고려해야 하므로 법전문가들의 의견을 수집할 필요가 있다.

이에, 이와 같은 특성을 고려하여 본 조사의 대상이 되는 전문가 집단은 법학교수, 연구원 등 민법학자와 변호사 등 법실무자들 중 불법행위법이나 채권법 전문가를 자문을 통해 추천받아 선정하였다. 이에 약 50여명의 전문가를 표집하고 이 중 가능한 36명을 중심으로 설문지를 배포하였으며 최종적으로 32부를 회수함으로써 88.9%의 회수율을 보였다.

조사방법은 연구자가 선정된 전문가들을 대상으로 직접 전화로 설문을 의뢰하고 이메일로 설문지를 발송한 뒤 자기기입방식으로 작성한 설문지를 다시 이메일로 회수하는 방식으로 진행하였다. 자기기입방식은 대면면접방식에 비하여 질문의 의도가 분명히 전달되지 않을 수 있고, 응답자가 설문을 미완성하거나 응답자의 답변 의도가 연구

자에게 충분히 전달되지 못할 가능성이 높은 특성을 가진다. 그렇지만 본 조사의 대상이 전문가 집단인 만큼, 이미 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 쟁점들이 정형화되어 있어 질문 및 응답 내용에 있어 왜곡가능성이 적은 편이다. 실제 회수된 질문 중 누락율도 거의 없었다. 이상의 조사개요를 정리하면 다음과 같다.

[그림 1] 조사개요



응답자의 일반사항은 다음과 같다.

## 제 2 절 조사내용 및 분석방법

본 조사에서 다룬 내용은 다음과 같이 4가지 범주로 분류된다. 첫째, 징벌적 손해배상제도 도입의 찬반과 그 근거, 둘째, 징벌적 손해배상제도의 도입 형태와 범위, 셋째, 징벌적 손해배상의 요건과 절차,

넷째, 징벌적 손해배상의 배상액 산정이 그것이다. 이러한 범주는 징벌적 손해배상제도의 도입과 관련된 연구에서 주로 쟁점이 되었던 사항들을 중심으로 추출한 것이며, 이러한 4가지의 질문 범주를 바탕으로 각 범주에 따라 질문의 항목을 구성하고, 이를 토대로 구조화된 설문지 초안을 작성하였다. 그 후 5차례에 걸쳐 전문가의 자문을 거쳐 최종설문의 내용이 확정되었다.

[표 3] 응답자의 특성

| 일반사항 | 구 분    | 빈 도(명) | 비율(%) |
|------|--------|--------|-------|
| 연 령  | 30대    | 2      | 6.2   |
|      | 40대    | 20     | 62.5  |
|      | 50대    | 10     | 31.3  |
| 경 력  | 5년 이하  | 1      | 3.1   |
|      | 10년 이하 | 9      | 28.1  |
|      | 15년 이하 | 10     | 31.3  |
|      | 20년 이하 | 5      | 15.6  |
|      | 20년 이상 | 7      | 21.9  |
| 직 종  | 법학교수   | 30     | 93.8  |
|      | 법조인    | 1      | 3.1   |
|      | 연구원    | 1      | 3.1   |

구조화된 설문은 개방형 질문 문항과 명목 척도로 이루어진 문항을 포함하여 구성되었다. 구체적으로 살펴보면, 각 질문사항에 대해 기존의 논의를 통해 제시된 기본 입장에 대해 명목 척도로 이루어진 문항을 제시하고, 그에 대한 구체적인 입장과 근거에 관하여는 개방형 질문을 통해 밝힐 수 있도록 구성하였다.

문항의 구성을 살펴보면, 논의가 진행 중인 영역에 관하여는 현재의 논의 내용을 정리하여 선택지로 제공하였고, 현재의 논의된 내용 이외에 응답자가 자신의 의견을 서술할 수 있도록 개방형 항목도 추가하였다. 또한 대안으로 제시된 안에 대해 의견을 묻는 경우에는 대안에 대한 간략한 내용을 제시하고 응답자가 이에 대한 평가를 제시하도록 요청하였다.

분석방법을 살펴보면, 명목 척도로 구성된 설문의 항목의 경우 빈도 분석을 통해 전체 응답자의 의견 분포를 살펴보았다. 본 조사가 특정 전문가 집단만을 대상으로 하여 현행 법체계 내에 징벌적 손해배상제도의 도입방향과 형태를 전문적으로 검토하고자 하는 목적 하에서 진행된 바, 여기에서는 응답자의 특성에 따른 교차분석을 별도로 수행하지 않았다. 개방형 질문에 대한 응답은 되도록 응답자가 서술한 내용을 별도의 수정없이 본문에 제시하였고, 전문가별로 숫자로 구성된 고유ID를 부여하여 구분하여 표시하였다.

조사 내용을 항목별로 제시하면 다음과 같다.

[표 4] 항목별 조사내용

| 구 분                   | 세부항목  |
|-----------------------|---|
| 일반사항                  | <ul style="list-style-type: none"> <li>인구통계학적 변수: 응답자의 연령대, 관련업무 종사기간, 직종</li> </ul>  |
| 징벌적 손해배상 제도의 찬반과 그 근거 | <ul style="list-style-type: none"> <li>현행 손해배상제도에 대한 평가</li> <li>징벌적 손해배상제도의 기능에 대한 평가 및 도입여부</li> <li>징벌적 손해배상 관련 판례에 대한 평가</li> </ul>                     |
| 징벌적 손해배상제도의 도입 형태와 범위 | <ul style="list-style-type: none"> <li>징벌적 손해배상제도의 도입형태</li> <li>특별법 형태로 도입시, 도입영역 및 근거</li> <li>배상의 당사자(배상청구권자 및 배상의무자)</li> <li>형벌 및 행정제재와의 관계</li> </ul> |

| 구 분              | 세부항목   |
|------------------|--|
| 징벌적 손해배상의 요건과 절차 | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 기존의 위자료와의 관계</li> <li>• 입법형태(객관적·주관적 요건, 판결시 이유설시 의무화규정, 분할배상규정, 사전증거개시 등)</li> </ul> |
| 징벌적 손해배상의 배상액 산정 | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 배상액 산정기준</li> <li>• 배상액의 제한(법률상 상한)</li> </ul>  |
| 기타               | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 추가로 논의가 필요한 사항</li> </ul>   |

## 제 3 절 전문가 의견조사의 결과

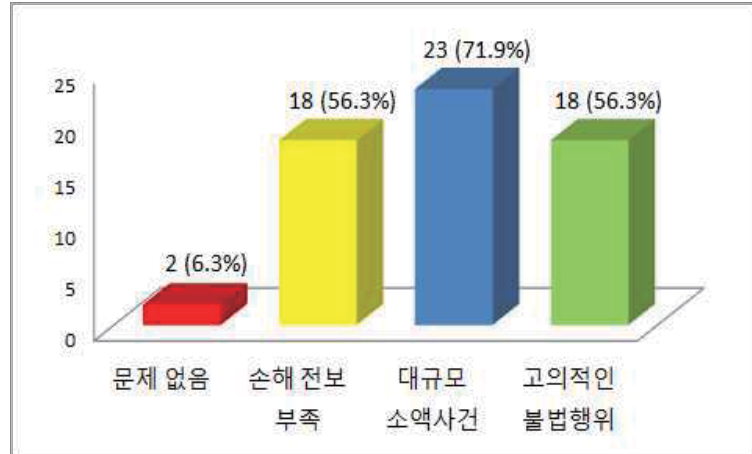
### 1. 징벌적 손해배상 제도의 찬반과 그 근거

#### (1) 현행 손해배상제도에 대한 평가

징벌적 손해배상제도의 도입이 논의되는 배경에는 현행 손해배상제도의 문제점과 한계에 대한 인식이 존재한다. 현행 손해배상제도에 대한 비판으로는 실손해배상액이 실제 손해를 전보하기에 부족하다는 점, 소비자소송, 환경소송 등처럼 대규모 소액사건의 경우에 개별 손해배상액이 작고 용이한 절차가 없어서 불법이 사실상 방치되고 있다는 점, 우리나라 손해배상제도가 전보적 기능에 치우쳐 있어 고의적인 불법행위에 대한 억제 및 예방기능을 담당하고 있지 못하는 점 등이 지적된다.

현행 손해배상제도에 대한 평가는 징벌적 손해배상제도의 도입배경과 도입방향에 대한 입장에 있어 기본적인 방향성을 제공한다. 본 조사에서는 한국의 현행 손해배상제도에 대해 문제점이 있는지 여부와 문제점이 있다면 손해전보의 역할에 대한 평가와 불법행위 억제의 역할에 대한 평가로 나누어 질문을 구성하였다.

[그림 2] 현행 손해배상제도에 대한 평가(복수응답, N=32(100%))



이에 대한 전문가 의견을 살펴보면, 전체 응답 중 93.8%(30명)가 현재의 손해배상제도가 문제가 있다고 평가하였다.

구체적으로 문제점으로 가장 많은 전문가가 지적한 사항은 “대규모 소액피해사건에서 개별 손해배상액이 작고 용이한 절차가 없어서 불법이 사실상 방치되고 있다는 점”으로 전체 중 71.9%(23명)이 응답하였다. 비록 개별사건은 소액이나 그 피해가 대규모인 경우 그 불법이 중합에도 불구하고 개별 피해자의 입장에서는 피해액이 적어 굳이 손해배상소송을 진행할 이익이 미미하다. 이러한 상황에서 소액 다수의 피해를 유발한 불법행위가 사실상 별다른 제재수단 없이 방치되는 결과를 가져올 수 있다는 것이다.

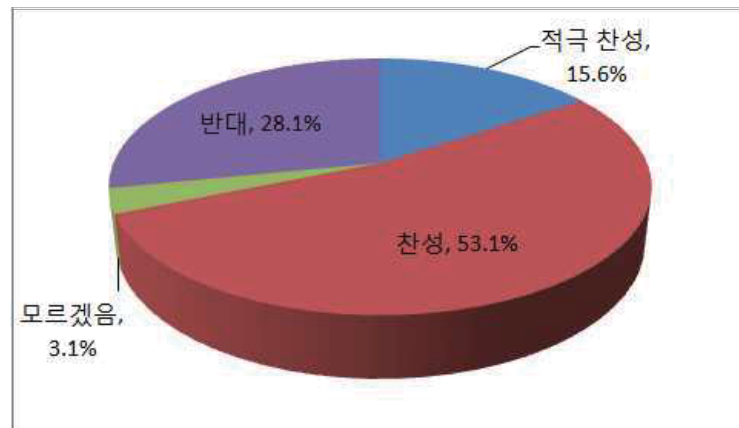
그 다음으로 많이 지적된 문제점으로는 현재의 손해배상제도가 실 손해배상이 충분하지 못하여 손해전보의 기능을 제대로 수행하고 있지 못하다는 점(56.3%)과 불법행위의 억제 및 예방기능을 담당하고 있지 못하다는 점(56.3%)이 있다. 이를 통해 전문가들이 손해전보기능에 집중하고 있는 현재의 손해배상제도가 그 역할을 제대로 하고 있지 못하다는 비판적 평가뿐 아니라 현재 우리 민사법체계가 불법행위

를 억제하고 예방하는 기능을 해야 한다는 요청도 하고 있음을 알 수 있다.

## (2) 징벌적 손해배상제도 도입의 찬반 견해

징벌적 손해배상제도의 도입에 대한 찬반 여부에 대한 질문에 대해, 찬성의견이 반대의견의 약 2배로 도입에 대해 찬성하는 의견이 다수로 나타났다.

[그림 3] 징벌적 손해배상제도 도입의 찬반 견해 분포



구체적으로 살펴보면, 전체 전문가들 중 “반드시 도입해야 한다”는 의견이 5명, “도입하는 것이 낫다”는 의견이 17명으로 전체 중 68.8% (22명)가 징벌적 손해배상제도를 어떠한 형태로든 도입하는 것에 대해 찬성 의견을 가지고 있었다. 징벌적 손해배상제도의 도입에 대한 반대 의견의 경우 전체 중 28.1%(9명)로 나타났다. 그러나 반대의견의 분포를 살펴보면, “절대로 도입해서는 안 된다”는 의견은 없었으며 반대의견을 표시한 전문가들이 모두 “도입하지 않는 것이 낫다”를 선택하였다. 찬반의견에 대해 보류한 전문가는 1명이었다.

### 1) 반대 견해의 근거

징벌적 손해배상제도의 도입에 대한 반대 견해의 근거로 일반적으로 제시되는 근거는 다음과 같다. 1) 현재의 손해배상제도 내에서 충분한 손해전보가 가능한 방안을 모색하는 것으로 현재의 문제를 해결할 수 있으며, 2) 징벌적 손해배상제도는 한국의 법체계와 맞지 않아 도입하는 것이 적절치 않고, 만약 도입하게 된다면 3) 민사법과 형사법의 준별체계 하에서 이중처벌의 우려가 있으며, 4) 남소경향이 있는 우리의 법현실상 제도남용의 우려가 있어 결과적으로 5) 법적 안정성을 해할 수 있다는 점이다. 이러한 내용을 근거로 징벌적 배상제도의 반대의견 근거에 관한 선택지를 구성하여 전문가의 반대의견 근거에 대해 질문하였다.

이에 관하여 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것에 반대하거나 도입에 대해 보류하는 입장을 제시한 전문가들(10명)의 구체적인 반대견해 근거의 분포와 내용은 다음과 같다.

[그림 4] 제도도입 반대견해의 근거 분포(복수응답, N=10(100%))





## ① 현행 손해배상제도 내에서 해결가능

반대의견 내지 보류의견 중 50%가 반대근거로 “현재의 손해배상제도로 충분하거나 다른 방법으로 해결 가능하다”고 지적하였다. 징벌적 손해배상도입의 찬성 견해에서는 이를 통해 현행 손해배상제도의 한계를 극복할 수 있다고 주장하나, 이러한 입장에서 지적하고 있는 문제점의 상당부분은 큰 변화없이 제도적인 개선으로 해결할 수 있다는 것이다. 구체적으로 위자료 액수를 상향조정함으로써 위자료 제도를 합리적으로 운용하고 집단소송이나 단체소송의 운용을 통해 손해전보기능의 활성화나 불법행위의 억제효과를 추구할 수 있다고 본다.

징벌적 손해배상제도가 추구하는 목적 중 정당한 것의 상당부분은 집단소송, 단체소송, 위자료 제도의 합리적 운용에 의하여 달성할 수 있음. (전문가 7)

현재 손해배상제도의 문제점은 위자료 액수가 지나치게 낮다는 점에 있다고 판단되는 바, 위자료를 전반적으로 상향할 수 있도록 법원의 재량을 확대할 수 있는 근거규정을 신설하고, 아울러 비재산적 손해의 범위를 확대하는 방안에 의하여 상당부분 해결될 수 있음. (전문가 23)

이미 “현재 증권관련집단소송법과 소비자기본법에서 인정되고 있는 단체소송(class action) 제도를 확대하고, 위자료를 탄력적으로 활용하고 최근 민법개정안에 반영된 금지청구권 제도의 도입이 논의되고 있는 바”(전문가 22), 이러한 변화의 흐름을 볼 때 현재 손해배상제도의 한계를 극복할 수 있다는 것이다.

## ② 한국 법체계와의 상이성

반대의견 내지 보류의견 중 50%가 “징벌적 손해배상제도는 한국의 법체계와 맞지 않는다”는 점을 반대 견해로 제시한다. 우선, 우리 법체계는 형사법과 민사법의 준별체계이므로 징벌적 손해배상제도의 형

별로서의 성격은 전보배상을 근간으로 하는 민법상 손해배상제도에 맞지 않다는 것이다.

형사법체계와 민사법체계가 엄격히 분리되어 있는 우리 법체계 하에서 사실상 벌금에 해당하는 징벌배상금을 피해자가 수취할 수 있도록 하는 것은 타당치 않음. (전문가 22)

현행법 체계는 전보배상을 근간으로 하고 있고, 미국의 소송비용의 정액제와는 다르게 소송비용의 부담이 너무 과대함. (전문가 3)

특히 징벌적 손해배상제도는 소송비용 정액제, 증거개시제도와 배심 재판 등 미국의 특수한 소송체계와 행정부의 개입이 아닌 사법제도를 통해 법적 분쟁을 해결하려는 미국의 법문화를 근거로 하고 있다.

위 기존 제도의 합리적 운용을 통하여 달성하기 어려운 경우의 징벌적 손해배상은 대체로 증거개시와 배심재판이라는 미국 불법행위소송의 특수한 상황을 전제하여야 비로소 이해될 수 있는, 사적 제재 내지 처벌의 성격을 가짐. 그 중 합리적인 수준의 것은 이미 기존의 제도에 수용되어 있으므로, 기존의 제도와의 경계설정 내지 조정문제도 생길 것임. (전문가 10)

징벌적 손해배상은 미국의 독특한 역사와 문화를 반영합니다. 될 수 있는 한 법적 분쟁을 행정부의 개입이 아닌, 법원의 재판을 통해서 해결하려고 합니다. 그리고 역사적 측면에서 전문가가 아닌 판사 보다, 사회 공동체의 목소리를 담고자 배심에 따른 판단으로 사안을 판단하고자 했습니다. 그런 맥락을 살펴본다면, 미국에서도 대단히 특유한 ‘징벌적 손해배상’ 제도를 우리 법에 적극적으로 도입함이 맞는지 모르겠음. (전문가 18)

이 점에서 행정기관의 구제가 강하게 존재하는 한국의 법체계와 법문화에서 불법행위 억제 기능은 불법행위를 한 기업에 대한 과징금 부과 등 행정적제재를 통해 달성가능하다고 지적한다.

손해배상제도는 손해의 전보를 목적으로 하는 제도이므로 실제 입은 손해 이상의 손해를 청구하지 못한다. 전통적으로 한국은 행정기관에 의한 규제가 강하게 존재하며 현재는 과징금제도를 통하여 사업자의 이익을 환수하고 있음. (전문가 27)

우리나라는 미국과 달리 행정부의 개입이 적극적입니다. 그런 측면에서 과징금과 같은 행정규율이 이루어지고 있습니다. 또한 소송에서 패소한 자에게 소송비용을 부담하게 하므로, 미국과 같은 징벌적 손해배상의 도입 이유는 상대적으로 작은 것 같습니다. (전문가 18)

### ③ 징벌적 배상제도 남용의 위험성

반대의견 내지 보류의견 중 50%가 “제도남용의 위험성이 크다”는 점을 지적하는데, 가장 문제로 지적되는 것이 소송의 남발로 인한 법원과 당사자의 부담과 비용의 증가이다. 특히 큰 징벌적 손해배상액으로 인해 원고가 우발적인 소득을 얻을 수 있어 남소를 부추길 수 있다는 점이 중요하게 지적된다.

남소에 따른 법원과 당사자의 부담이 증대되는 점이 문제가 될 수 있다. (전문가 3)

이는 피해자가 자신이 입은 것보다도 더 많은 손해배상을 받을 수 있게 하는 것으로서, 피해자에게 부당한 이득을 얻게 하는 것이며, 남소의 위험이 있다. 영미에서도 일종의 소송사냥꾼을 생겨나게 하고 있다. (전문가 4)

특히 우리의 법문화적인 특성상 남소의 경향이 강한 상황에서 현실적인 제도 남용의 위험성은 훨씬 강하다고 지적한다.

징벌적 배상액 산정에 관한 객관적 기준이 전혀 없는 반면에 동 제도의 취지 자체가 징벌 및 억제의 효과가 있을 정도의 높은 금액이 배상되어야 할 것을 요구하므로, 우리나라와 같이 고소 및 소송이 빈

변한 법문화에서는 소송 남발, 권리남용, 과다배상의 우려가 현실적으로 존재함. 징벌적 배상제도를 실시하고 있는 국가에서도 제도남용의 위험성이 새삼 강조되는 상황에서 동 제도의 운영경험이 전혀 없는 경우에는 동 제도의 도입으로 인한 사회적 비용이 상당할 것임. (전문가 14)

징벌적 손해배상제도를 도입한다면 남소의 위험이 있을 뿐만 아니라 특히 이른바 기획소송의 증가를 초래하게 될 것임. (전문가 23)

이러한 제도남용의 위험성은 비단 원고에 의한 남소뿐 아니라 법원의 재량권을 과도하게 확대함으로써도 제기될 수 있다.

징벌적 손해배상을 인정함에 있어서 그 요건, 범위를 결정하기 위한 근거의 마련이 쉽지 않을 것이므로, 이를 전적으로 법원의 재량판단에 맡길 수밖에 없는데, 이럴 경우 제도남용의 위험성이 있음. (전문가 20)

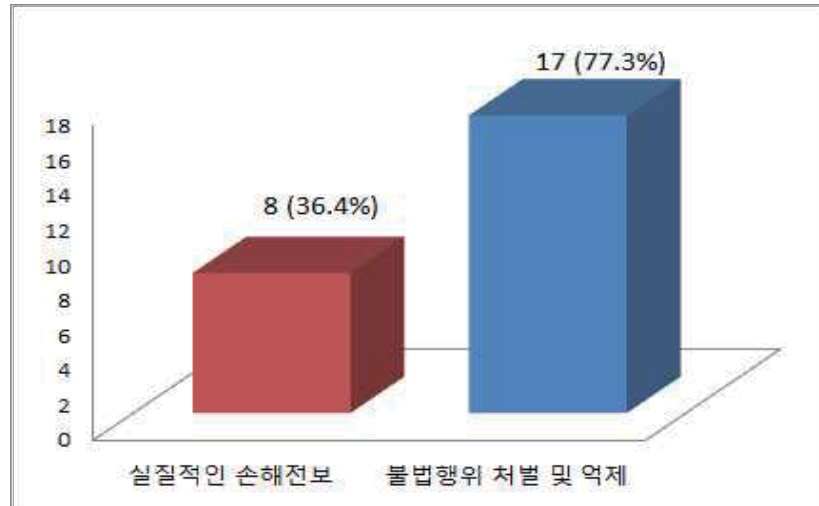
#### ④ 기타 의견

그 외 소수 견해로 “징벌적 손해배상이 위약벌과 유사한 기능을 담당하게 된다는 점(전문가 20)”에서 이중처벌에 해당한다는 견해(10%)와 “어느 경우에 징벌적 손해배상이 선고될 수 있는지, 그 배상액이 얼마나 될 것인지에 관하여 예측하기 어렵다 (전문가 4)”(10%)는 점에서 법적 안정성을 해할 수 있다는 견해가 제시되었다.

#### 2) 찬성견해의 근거

일반적으로 징벌적 손해배상제도의 도입 찬성 견해는 크게 위의 제도를 통해 1) 피해자에 대한 충분한 배상을 통한 실질적 손해전보의 기능과 2) 불법행위에 대한 처벌과 억제 기능을 달성할 수 있다는 점을 근거로 제시한다.

[그림 5] 제도도입 찬성견해의 근거 분포(복수응답, N=22(100%))



본 조사에서 징벌적 손해배상제도 도입의 찬성의견을 제시한 전문가들의 구체적인 근거와 내용을 살펴보면, 다음과 같다.

① 불법행위에 대한 처벌과 억제의 필요성

징벌적 손해배상제도 도입의 찬성견해(22명) 중 77.3%(17명)가 불법행위에 대한 처벌과 재발억제의 효과를 그 근거로 제시하고 있는 것으로 나타났다. 구체적인 내용에 대해 살펴보면, 우선 고의적인 불법행위에 대한 통제를 할 수 있는 수단으로서 징벌적 손해배상제도가 기능할 수 있다는 점에서 기존의 형벌이나 행정제재를 통한 규제의 부족함을 보완할 수 있다고 지적한다.

형벌의 역할 중 기소유예, 집행유예, 불기소 등으로 불법행위를 하 고서도 실질적인 형벌을 받지 않은 경우가 많기 때문에 이에 대한 징벌적 손해배상이 필요하다고 생각합니다. 이러한 경우 repeat player들을 대상으로 한다면 재발억제효과가 온다고 믿습니다. (전문가 21)

불법행위의 발생에 대한 예견 가능성이 높은 고의불법행위에 대한 통제가 필요하기 때문에 (전문가 3)

징벌적 손해배상의 개념 자체가 불법행위자의 처벌을 염두에 둔 것임. 징벌적 손해배상으로서 실 손해액을 초과하는 배상을 인정함으로써, 불법행위의 중대성을 가해자로 하여금 깨닫게 하여, 재발방지에 큰 효과를 거둘 수 있을 것으로 생각됨. 특히 다수의 피해자를 상대로 소액의 손해를 일으키는 불법행위의 경우에는 징벌적 손해배상이 재발방지에 큰 효과가 있을 것으로 생각됨. (전문가 9)

실손해액의 몇 배에 해당하는 손해배상을 하게 되면 기업 등의 불법행위를 실제로 처벌하는 효과를 가지고, 향후 재발방지를 기할 수 있음. (전문가 2)

과잉배상의 우려가 있으나 과중한 손해배상책임의 부과로 인해 잠재적 가해자들은 모두 주의의무를 강화할 수 있고, 고의적 불법행위에 대한 심각한 고민을 유도할 수 있다. (전문가 8)

원래 불법행위에 대한 대처는 손해를 배상하게 하는 것이 이상이나, 악의적인 침해행위에 대해서는 징벌을 예고함으로써 그 발생을 방지하거나 예방할 수 있다. (전문가 15)

고액의 징벌적 손해배상액의 부과를 통해 기업 등 잠재적 가해자에게 경각심을 주어 불법행위 재범을 억제하고 공정경쟁과 소비자보호를 촉진할 수 있다고 보는 것이다.

징벌적 손해배상은 소비자보호, 공정경쟁, 지식재산권, 인격권 침해 등 정보의 비대칭성으로 인한 실질적 형평을 저해할 수 있는 일정한 분야에서 도입이 시급하고, 그렇게 도입이 되었을 경우 피해자에 대한 손해를 전보함으로써 실질적 형평을 기할 수 있고, 나아가 그러한 불법행위의 처벌과 재발억제효과를 가져올 수 있다고 봅니다. 현재의 손해배상체계로는 동일 유형의 불법행위가 계속 나올 수 있고, 그러한

고의적이고 다수인에 걸친 불법행위의 경우 경제적 사회적 약자인 피해자로서는 민사소송을 통한 구제는 한계를 가질 수밖에 없다고 봅니다. (전문가 30)

이러한 점은 전문가들이 징벌적 손해배상의 처벌적 기능보다는 불법행위의 재범 억제기능에 보다 중점을 두고 있다는 점을 보여준다.

징벌적 손해배상은 외국의 경험에서도 그러하듯이 기업형 범죄, 소비자 보호 등의 영역에 한정하여 인정되어야 할 것으로 사료되는데, 바로 이들 영역의 경우 징벌적 손해배상에 의한 억제력이 다른 개인적 우발적 불법행위 영역에 비하여 크고, 또한 이 영역에 대한 징벌적 손해배상 도입의 사회적 메시지는 크다고 여겨지기 때문이다. (전문가 11)

저는 개인적으로 징벌적 손해배상제도의 기능 중에서 처벌기능보다는 재발억제효과에 중점을 두는 것이 좋다는 입장을 갖고 있습니다. 그것은 처벌이라고 하는 것은 징벌적 손해배상제도를 도입한다고 한다면 그 기능을 도외시킬 수는 없지만, 엄연히 우리의 법체계는 민형사책임분리체계를 갖고 있는데, 이에 중점을 두면 기본 법체계에 무리한 변용을 가하게 된다고 봅니다. 따라서 특정한 분야에 징벌적 손해배상제도를 도입하여 재발억제효과를 도모함에 징벌적 손해배상제도의 도입의 의의를 찾을 수 있다고 보는 입장입니다. (전문가 13)

또한 법경제학적인 관점에서 징벌적 손해배상제도의 도입은 이제까지 방치되어 온 대규모 소액사건을 활성화시킴으로써 외부효과를 줄이는 기능을 한다는 점을 도입의 근거로 제시한다.

소액다수의 피해, 실질적으로 피해자가 소액의 피해구제를 받기 위해 법적구제를 요청하기 어려운 분야(예, 차별행위), 공정거래법 분야 등에서 징벌적 손해배상제도의 존재가 재발억제기능을 일부 수행할 수 있다고 생각한다. (전문가 19)

가해자 등이 고의적인 불법행위를 하면서, 피해자가 손해배상을 청구하는 경우에 법원으로부터 소액이 인용되므로, 고의적인 불법행위의

중단을 하지 않고 소액의 배상을 감수하면서(확정판결이 있는 경우에만 해서 배상을 감수하면서), 고의적인 불법행위를 하는 경우가 많다. 그러므로 고의적인 불법행위의 방지를 위해서 처벌과 재발억제효과가 있는 징벌적 손해배상제도의 도입이 필요하다고 보여진다. (전문가 28)

기업의 관점에서 법경제학적으로 발생빈도가 낮은 손해발생에 대해서는 손해발생을 감수하고 이를 배상하는 것이 보다 이익이 되는 선택이 될 수 있으나 피해자에게는 회복할 수 없는 치명적 피해를 입히는 경우와 같이 기업에게는 경제적으로 합리적인 선택이 사회 전체에는 불이익한 경우에는 손해배상법이 억제적 기능을 강화하기 위하여 징벌적 배상제도의 도입 필요성이 인정될 수 있다. (전문가 1)

불법행위를 하게 되는 주된 이유는 불법이득에 있으므로, 불법행위로 인한 부당이득을 징벌적 손해배상으로 환수한다면 불법행위 재발억제효과가 크다고 할 수 있음. 대부분 기업의 불법행위는 소비자나 하도급업자 등으로부터 불법이득에 있는데, 소비자나 하도급업자가 민사소송에 의한 징벌적 손해배상을 통해 이를 환수한다면 기업은 굳이 이를 행할 동기가 억제되기 때문에 재발억제효과가 발생함. (전문가 6)

고의적인 환경침해나 악의적 불법행위와 같은 경우에는 불법행위에 대한 손해배상보다 가해자가 얻는 이익이 크므로 계속해서 위법행위를 저지를 수 있는 유혹에 빠지게 된다. 따라서 이러한 행위에 대해서는 징벌적 손해배상을 도입하여 재발억제의 효과를 가져올 수 있을 것으로 기대한다. (전문가 16)

## ② 실질적인 손해전보기능의 회복

제도도입의 찬성견해 중 36.4%(8명)이 징벌적 손해배상의 도입을 통해 실질적인 손해전보기능이 회복될 수 있다는 견해를 제시하였다. 구체적인 내용을 살펴보면, 현재 손해배상제도가 실질적인 전보배상기능을 할 수 없다는 현실적·이론적 비판이 가장 많이 지적된다. 우선 비재산적 손해와 관련하여 위자료가 지나치게 적고 인정기준에 명



확성이 결여되어 있다는 점, 그리고 손해입증이 어려운 상황에서 실질적 피해에 대한 현실적 전보가 이루어지지 못한다는 점이 가장 큰 문제점으로 지적된다.

가해자의 가해행위의 중대성으로 인해 피해자는 재산적 손해 이외에도 무형의 비재산적 손해를 입게 되는데, 이 부분은 현행의 손해배상법에 따르면 위자료 등으로만 배상된다. 그런데 위자료의 산정은 법관에게 맡겨져 있어서 편차가 있거나 그 액수가 현실을 반영하지도 못할 뿐 아니라, 인정기준도 명확성이 결여되어 있다. (전문가 24)

손해배상청구소송에서는 원고인 피해자가 손해의 범위, 손해액을 입증하여야 하지만, 이를 입증할 수 없어 실질적인 손해를 전보할 수 없는 경우가 많다. 손해의 범위, 손해액의 입증에서는 입증책임의 전환 등으로 해결하는 방안이 있기도 하지만, 이와 병행하여 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것도 좋은 방안이라고 생각된다. (전문가 26)

우리나라의 경우 실무상 손해배상이 실손전보라고 하고 있지만, 현실적으로 법원에서 인용되는 금액을 보면, 양 당사자의 입장을 고려하여 실손전보에 미치지 못하는 형평보상이 되는 모습을 보여주어서, 손해배상액이 실손전보에 미치지 못하는 실정이다. (전문가 28)

현재 우리나라의 법으로는 발생한 실손해만을 배상하는 것인데, 실제로는 많은 정신적 피해와 간접손해가 발생한다. 이를 입증하기도 어렵거니와 인과관계 등으로 배상범위에서 제외된다. 위자료가 일부 이를 보완하는 기능을 행하지만, 충분하지 않다. 적어도 악의적인 불법행위 등 일부 예외적인 사안에 있어서는 징벌적 배상을 인정하여야 비로소 실질적인 손해의 전보가 가능하다. (전문가 17)

1. 실질적인 손해배상액 미흡, 특히 위자료가 적음.
2. 부당이익을 국가가 과징금으로 환수함. 그 결과 피해자는 실질적인 피해에 대한 전보를 받을 수 없음.
3. 제751조의 위자료는 생명침해에 대한 배상이므로 이익이 침탈된 경우에 징벌적 손해배상이 필요할 경우 있음. (전문가 12)

그러나 현실적인 전보배상이 이루어지지 못하는 문제가 단지 절차적인 어려움이나 제도적인 불비에 그 이유가 있는 것만이 아니라 과실책임주의 원리의 내재적 한계라는 지적도 있다.

우리나라 손해배상제도의 근간은 과실책임주의를 바탕으로 손해의 공평타당한 배분에 있는데, 이 원리의 체제적 한계 내지 우리 손해배상법의 실체가 바로 실질적인 손해전보가 애초에 가능하지 않음을 전제한다고도 볼 수 있습니다. 따라서 적정 수준과 적정 범위의 징벌적 손해배상제도가 도입된다면 실질적 손해전보에 도움이 되리라 봅니다. (전문가 13)

또한 특히 소액이지만 다수의 피해자가 양산된 경우 이러한 피해자에 대한 전보적 배상이 이루어지지 못하고 방치되는 상황을 징벌적 손해배상을 통해 해결할 수 있다고 본다.

소액 다수의 피해가 이루어지는 경우에는 소액의 피해자가 법적 구제를 포기하는 경향이 있으므로 이러한 경우에 대해서는 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 필요하다. (전문가 16)

이러한 점에서 징벌적 손해배상제도의 도입은 불법행위의 억제나 처벌효과 뿐 아니라 현행 손해배상제도의 전보적 기능을 보완하고 현실화할 수 있는 효과를 가질 수 있다는 점에서 전문가들은 동 제도도입의 필요성을 주장하고 있다.

## 2. 징벌적 손해배상제도 도입의 형태와 범위

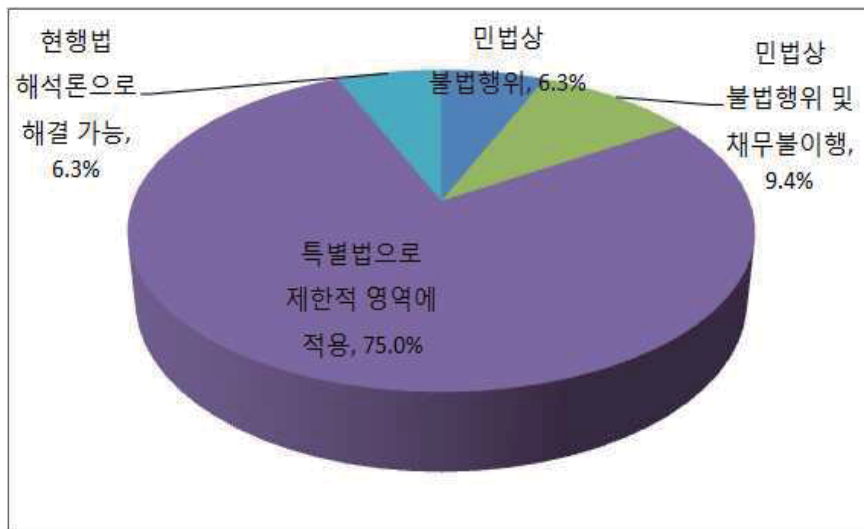
### (1) 징벌적 손해배상제도의 입법방식

입법론으로서 징벌적 손해배상제도의 도입형태에 대한 논의는 크게 세 가지로 나누어볼 수 있다. 첫째, 현행 민법에 징벌적 손해배상에 관한 일반규정을 도입하는 방안, 둘째, 개별입법의 통해 특정한 영역에서 징벌적 손해배상제도를 도입하는 방안, 셋째, 민법 제763조의 해

석 또는 위자료 해석 등 현행법의 해석론을 통해 해결하는 방안이 그것이다. 이 중 민법상 일반규정을 통한 도입안의 경우, 민법상 불법행위에 기한 손해배상으로 도입하는 방안과 채무불이행에 기한 손해배상으로 도입하는 방안, 혹은 불법행위와 채무불이행 모두에 대해 일반규정으로 도입하는 방안으로 나누어 볼 수 있다. 이 중 민법상 일반규정을 통해 도입하는 방안의 경우 징벌적 배상제도 도입의 파급효과가 가장 크며, 해석론을 통한 해결의 경우 효과가 가장 적을 것이다.

징벌적 손해배상제도의 입법방식에 대해 전문가 의견을 살펴보면, 민법상 일반규정으로 도입하는 안(15.7%)보다는 특별법을 통해 일정한 영역에서만 제한적으로 도입하는 안(75.0%)의 견해가 압도적으로 다수였다.

[그림 6] 징벌적 손해배상제도의 입법방식



1) 개별입법을 통해 특정영역 도입안과 그 근거

① 단계적·점진적 도입의 필요성

우선 징벌적 배상제도의 도입이 반드시 필요하다는 견해 중에서 특별법상 개별규정을 통해 특정영역에 도입하는 안을 선택한 경우를 살

펴보면, 비록 동 제도의 도입이 필요하지만 우선 시급히 필요한 영역이나 도입이 가능한 분야에서 먼저 도입하여 운용한 후 적용범위를 확대하는 단계적·점진적 도입안과 신증론을 제시하고 있다.

처음 도입하고자 하는 제도이니만큼, 우선 도입의 필요성이 시급한 분야에 한정하는 것이 타당하다. (전문가 15)

민법개정으로 도입하는 것이 최선의 방안이나, 민법은 기본법이므로 개정이 요원하고, 기본법에 도입될 경우 도입 반대의견이 적지 않을 것으로 생각되어 실현가능성이 없기 때문에, 타당성이 있는 영역에서 특별법을 통하여 먼저 도입하는 것이 현실성이 있다. (전문가 17)

이는 영미법상 징벌적 배상제도를 법체계가 다른 우리나라에 적용함에 있어서 제정법 국가의 전통을 고려하여 단계적으로 도입하는 것이 타당하다고 판단하기 때문이기도 하다.

영국과 미국에서의 징벌적 손해배상제도는 판례법으로 정착이 되었으므로, 판례법 국가가 아닌 우리나라의 경우에는 민법의 일반이론으로 도입하기 보다는, 제정법 국가인 대륙법계의 전통에 따라 특정분야의 징벌적 손해배상을 도입하는 방식인 특별법을 통해 부분적으로 도입해 나가는 것이 타당함. (전문가 6)

이러한 입장은 징벌적 배상제도의 도입에 대해 찬성하는 견해에서도 마찬가지로 나타나는데, 현행 민법상 손해배상제도의 성격과 배치되므로 필요한 영역에서 우선적으로 도입하고 검토한 후 점차 확대하는 방향에서 우선 특별법 규정으로 입법하는 방안을 제시한다.

우리 민법상 손해배상제도는 실손해의 전보를 기초로 하여 법률규정이 구성되어 있고, 징벌적 손해배상제도의 전면적인 도입에 대한 국가적인 동의가 있는지 확인된 바 없음. 징벌적 손해배상제도가 실시되고 있는 미국에서도 이 제도의 위헌성을 지적하는 견해가 있으므로

전면적인 도입에는 심사숙고가 필요할 것으로 생각됨. 따라서 민법상의 불법행위와 채무불이행의 전반에 걸쳐서 제도의 도입을 하는 것은 시기상조라고 생각됨. 결국, 한번의 불법행위로 다수의 피해자를 양산하는 특수한 불법행위에 한해 제도의 도입을 고려하여야 할 것으로 생각됨. (전문가 9)

민법의 불법행위로 바로 도입하기에는 시기상조. 일단 일정한 영역에 제한적으로 도입한 후, 그 성과를 보아가며 추후적으로 확대도입을 검토. (전문가 10)

일반규정으로 도입할 경우 현행법체계와 혼선이 있을 수 있고 민법의 개정으로까지 이르는 그 절차상 쉽지 않으므로, 먼저 외국에서 징벌적 손해배상이 인정되는 사례를 유형화하여 징벌적 손해배상이 꼭 필요한 경우를 추출한 후 특별법으로 도입하고 점차 우리나라에 안착되면 민법상 불법행위책임에서의 일반규정으로 도입하는 것을 논의해야 된다고 생각한다. (전문가 16)

징벌적 손해배상제도는 고의적 불법행위 등의 방지와 처벌이라는 효과는 있지만, 우리의 법제도와는 매우 상이한 제도로서, 도입의 방법으로는 전면적으로 할 것이 아니라, 우선 고의적 불법행위가 많이 행해지는 분야에서 먼저 도입을 하여서, 제도의 효과나 부작용 등을 면밀히 검토한 후에 점진적으로 확대해 나가는 것이 타당하다고 생각된다. (전문가 28)

징벌적 손해배상은, 일단 대륙법체계에서 늘상 지적되듯이, 형법과 민법의 분리라는 체계적 특성에 비추어 실손해의 전보를 목적으로 하는 민법의 손해배상 이념과 충돌하는 면이 있습니다. 또한 민법의 일반적 규율형상, 즉 개인의 불법적 행태에 대하여는 징벌적 손해배상의 도입이 가져오는 억제적, 예방적 효력도 그다지 크지 않다고 여겨집니다. 그럼에도 불구하고 민법전 내에 일반규정의 징벌적 손해배상의 도입은 논리적 충돌 이외에도 시기상조, 적용의 모호함만을 가져올 것이

라고 생각합니다. 이런 취지에서 종전의 시도 역시 대체로 개별 법률을 중심으로 징벌적 손해배상의 도입이 긍정, 지지되어야 왔다고 여겨집니다. 또한 이들 개별 영역에서만 징벌적 손해배상의 기능도 제대로 나타날 수 있을 것으로 여겨지며, 널리 입법적 공감대를 얻을 수도 있다고 판단합니다. (전문가 11)

민법상 도입에 관해서는 아직 도입에 관한 광범위한 합의가 있다고 보기 어려움. 이질적 제도의 도입이 가져오는 혼란을 최소화하기 위해서도, 일단 특정영역의 도입에서부터 시작하는 것이 현실적이고도 가능한 안이라고 생각됨. (전문가 19)

## ② 전통적인 손해배상법리의 예외로서 특별법 도입 필요성

그러나 징벌적 손해배상의 필요성에 대해 찬성하지만, 민법의 전통상 손해배상법리와 배치되므로 징벌적 배상제도는 오직 특정한 영역에서만 제한적으로 인정되어야 한다는 주장도 있다.

민법 전통의 이미 발생한 손해의 공평한 분배라는 손해배상법리를 벗어나므로 민법의 법체계를 벗어난 것으로 특별법적 근거가 필요하고 적용 범위와 대상을 분명히 한다는 의미에서도 특별법에 의한 도입이 적절하다. (전문가 1)

사법의 모든 영역에서 꼭 징벌적 손해배상이 필요한 것은 아니며, 기업이 기업에게 혹은 기업이 개인에게 저지른 불법행위에서 필요성이 있는 것이므로 특별히 필요한 영역을 한정해서 특별법 형태로 제정하는 것이 타당. (전문가 2)

1. 징벌적 손해배상은 손해배상에 적용되며, 특히 비난가능성이 있는 행위불법의 요건을 갖추고 있어야 한다. 그러므로 불법행위에 한정되어야 한다.
2. 징벌적 손해배상은 보편적 피해구제제도가 아니라 특수한 제도이다. 그러므로 일반법인 민법에서 규율하기보다 특별법에서 개별 법익침해에 대한 구제제도로 운영되어야 한다.

3. 징벌적 손해배상은 가해자에 대하여 침해의 억제효과도 부수적으로 의도하는 만큼 그 요건을 엄격하게 법률에서 정하여야 한다. (전문가 12)

징벌적 손해배상제도는 우리 민사법상의 손해배상체계과는 정합성이 없는 것이 사실이기 때문에, 이를 채무불이행, 불법행위 등에 기한 손해배상 일반에 인정하는 것은 문제가 있습니다. 따라서 도입필요성이 인정되는 특별한 분야에 한정하여 법정책적으로 도입하는 것이 타당하다고 생각합니다. (전문가 13)

징벌적 손해배상은 손해의 전보라는 손해배상의 이념에 반하는 것이다. 따라서 민법의 일반규정으로 도입하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 지식재산권의 침해 등과 같이 손해를 입증하는 것이 쉽지 않은 분야에서 특별규정으로 도입하는 것이 타당하다고 생각한다. (전문가 26)

징벌적 손해배상의 국내 도입에 반대하는 견해의 경우에도, 징벌적 손해배상제도가 도입된다면 현재의 민법체계에 충격을 최소화하기 위해 특정한 분야에 한정되어 도입되는 안을 지지한다.

징벌적 손해배상은 도입하지 않아야 하지만, 꼭 도입해야 한다면 특정한 분야에 한하여 특별법으로 인정하여야 한다. (전문가 4)

징벌적 손해배상이 민법상 손해배상제도의 일반적 역할을 대체해서는 안된다. (전문가 5)

채무불이행의 경우 당사자가 사실상 상대방의 채무불이행 가능성을 인지하고 있어 고의성에 대한 특별한 처벌은 불필요하기 때문에 불법행위 분야에서만 인정하는 것이 적절하고, 현재의 법체계의 변경에 의한 충격을 최소화하기 위해. (전문가 3)

제한적으로 징벌적 손해배상을 인정할 수 있다는 입장을 전제로 할 경우, 그 제한적인 경우를 특별규정 또는 특별법의 형태로 도입할 수 있을 것이기 때문임. (전문가 20)

이러한 제한적인 도입은 우리의 법문화의 특징상 필요한 방식이라는 주장도 있다.

특별법적 입법에 대해서만 국민적 공감을 얻을 수 있을 것임. (전문가 25)

징벌적 손해배상을 일반적으로 인정하는 것은 소송의 남발을 불러일으켜 사회적으로 타당한 효과를 실현하기 어려울 것임. 특별법(규정)으로 요건을 한정하고, 효과도 일정 범위로 제한해야 할 것임. (전문가 27)

### ③ 특정 영역에서의 징벌적 배상제도 도입의 필요성

이러한 입장에서는 정책적 목적상 도입이 필요한 영역에서 그 효과를 판단하여 도입분야를 선정하거나 피해자의 입증가능한 손해에 비해 가해자의 이득이 훨씬 클 가능성이 있는 영역, 사업자의 불법이 큰 영역, 혹은 도입여부에 대한 사회적 합의가 형성된 영역에 한하여 제한적으로 도입할 것을 제안한다.

징벌적 손해배상은 미국에서도 예외적인 제도이고, 상대적으로 고액을 인정한 사안이 있기도 합니다. 그러나 평균적인 징벌적 손해배상액의 인정 모습을 보면, 그 액수는 그리 고액이지 않습니다. 그런 측면에서 억제 기능도 제한될 수밖에 없습니다. 이런 점에 따라, ‘정책적 목적’을 갖는 일부 영역에서 징벌적 손해배상을 도입하여(만약 도입한다면), 그 효과를 판단할 필요가 있습니다. 그 뒤에 다른 영역까지 징벌적 손해배상 제도를 도입하는 것이 맞는지를 고려할 필요가 있습니다. (전문가 18)

징벌배상금이 피해자에게 부당한 이익이 되어서는 안됨. 따라서 아주 제한된 영역, 즉 피해자의 입증가능한 손해에 비해 가해자의 이득이 훨씬 클 가능성이 있는 영역의 경우에만 엄격한 요건 하에 일정한 상한액을 정해 특별법의 형태로 입법하는 것이 가능하다고 생각함. (전문가 22)



행정규제나 형사시스템은 사전예방에, 불법행위법은 사후배상에 더욱 초점을 두는 방향으로 역할분담을 하는 것이 타당. 사회적 합의가 충분히 성숙된 일부 영역에 한하여 그 상한을 정하여 특별법으로 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것은 별론으로 하고, 이를 불법행위법 일반의 원리로 승화시키는 것은 곤란. (전문가 29)

일반적으로 도입하기는 시기상조이며, 사업자의 불법이 큰 일부영역에 부분적으로 도입 후 그 확대여부를 고려하는 것이 타당하다. 그 전에는 민법상 위자료 액수의 조정 등으로 운영하는 것이 타당하다. (전문가 27)

## 2) 민법상 일반규정을 통한 도입안과 그 근거

소수의견으로 민법상 일반규정을 통한 도입방식을 지지하는 견해(15.7%, 5명)가 있는데, 이 때 일반규정으로의 도입방식에 있어서도 민법상 불법행위에 기한 손해배상에 대해서만 일정한 요건 하에서 일반규정으로 도입안(2명)과 민법상 불법행위와 채무불이행 모두에 대해 일정한 요건 하에서 일반규정으로 도입안(3명)으로 의견이 나뉜다.

### ① 불법행위 영역에서의 일반규정 도입안

우선 불법행위 영역에서 일반규정으로 도입하는 견해의 근거는 원론적인 측면과 효과적인 측면에서 징벌적 배상제도의 도입이 가능하다고 본다.

불법행위와 (불법행위와 채무불이행)이 겹치는 부분을 중심으로 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 원론적으로 타당할 뿐만 아니라 이것으로 충분할 수 있기 때문입니다. (전문가 21)

엄청난 과도한 배상액의 부과가 아닌 이상 징벌적 손해배상의 손해발생의 억제력이 높ی 평가된다. (전문가 8)

② 불법행위 및 채무불이행 영역에서의 일반규정 도입안

민법상 불법행위와 채무불이행에 대한 일반규정으로 도입하는 견해는 영미법상 징벌적 손해배상이 채무불이행의 영역에서도 고의 불법행위만큼이나 악의적인 계약위반을 인정하고 있으므로 양자 모두 도입하는 것에 무리가 없다고 본다.

현행법의 해석론을 넘는 징벌적 손해배상을 도입하고자 한다면, 이미 어느 정도 확립되어 있는 영미의 징벌적 손해배상의 요건을 빌려와 일반적인 규정으로 두지 못할 까닭이 없고, 채무불이행과 불법행위의 구별은 배상방법과는 직접 관련이 없으며, 영미의 판례를 보더라도 채무불이행에 대하여도 예외적으로 징벌적 손해배상이 논의되는 경우가 있으므로, 양자 모두에 대하여 도입하여도 좋다고 봄. (전문가 7)

징벌적 손해배상제도는 미국법의 독특한 법문화에서 발달한 것인데, 고도산업화되고 손해 입증도 어려워지는 현실에 비추어 우리 민법상 손해배상제도를 보충하는 장점이 있습니다. 위자료나 특별손해는 보상적 손해배상이므로 징벌적 손해배상과는 성격이 다르기에, 입법방식이 더 타당합니다. 물론 입법하는 과정에서 처음부터 전면도입하는 것보다는 우리 민법상의 손해전보제도가 충분히 기능을 발휘하지 못하는 특정 영역{하도급, 언론피해, 소비자피해, 인권침해, 환경오염 등}에서 특별법 형태로 먼저 도입하여 운용해보고 민법에 전면도입하는 것도 나쁘지는 않다고 봅니다. 하지만, 징벌적 손해배상이 필요한 특정한 불법행위 유형은 앞으로도 계속 생겨날 수 있기에 일반적 규정을 두는 것이 필요합니다. 징벌적 손해배상은 원칙적으로 불법행위에 대하여 인정하되, 계약위반의 경우에도 고의 불법행위만큼이나 악의적인 위반이라 볼 수 있어서 해악이 큰 경우에는 징벌적 손해배상을 도입하는 것이 당연하다고 봅니다. (전문가 30)

### 3) 현행법의 해석론을 통한 도입안

또 다른 소수의견(2명, 6.7%)으로 현행법의 해석론을 통해 현재 징벌적 배상제도의 도입목적과 취지를 반영한 손해배상제도의 실현이 가능하다는 견해가 있다. 이 견해는 주로 징벌적 손해배상제도의 도입을 반대하는 입장에서 비재산적 손해에 대한 위자료 제도의 확대적용을 통해 현행법상 손해배상제도의 한계를 극복하고자 한다.

한국법상 손해배상제도는 원칙적으로 손해의 전보를 목적으로 하되 손해액 산정에 있어서 가해자의 손해예측의 범위, 상대방의 과실인정 범위 등의 판단을 통해 법원이 재량으로써 이를 조정할 수 있는 여지를 두고 있음. 이를 통하여 일정한 범위 내에서 법배반적 요소의 강약에 따라 손해액을 조절할 수 있는 가능성이 열려 있음.

이에 반해 현재 제도적으로 성문화하자고 하는 징벌적 손해배상이란 손해의 전보라는 목적 외에 금전에 의한 처벌적 기능을 일차적으로 이용하고자 하는 것으로서 손해배상제도의 근본적 범주를 벗어난 것이라고 할 것임. 따라서, 이론적으로 이중처벌이 성립하는가의 문제를 떠나, 실질적으로 이중처벌이란 항의가 충분히 제기될 수 있음. “징벌”을 한다는 목적이 아니라, 가벌성에 따라 손해배상의 범위가 달라져야 하는 정도의 문제라면 이는 앞에서 언급한 바와 같이 현행법의 해석론으로 가능하다고 생각함. (전문가 14)

이미 지식재산권 관련법률, 공정거래법 등에서 피해자의 실제 손해가 아니라 가해자의 이익, 가해자가 지불하였을 금액 또는 법원의 인정하는 상당한 액수를 손해배상액으로 청구할 수 있는 규정을 두고 있을 뿐만 아니라, 앞에서도 언급한 바와 같이 비재산적 손해에 대한 위자료의 확대를 통하여 제도의 목적을 달성할 수 있음. (전문가 23)

## (2) 징벌적 배상제도의 도입 범위와 근거

징벌적 손해배상제도를 특정한 영역에 도입한다면 징벌적 배상책임을 인정하는 범영역을 어느 범위로 할 것인가에 대해, 본 조사에서는 그동안 도입 논의에서 제시된 바 있는 영역들을 바탕으로 ① 소비자 보호, ② 제조물책임, ③ 공정거래법 또는 부정경쟁방지법, ④ 금융 및 증권거래, ⑤ 식품위생, ⑥ 보건의료, ⑦ 개인정보보호, ⑧ 명예훼손 등 인격권 보호, ⑨ 환경보호, ⑩ 차별금지 영역, ⑪ 사법당국(사법경찰, 검사, 판사 등)에 의한 공권력 남용을 제시하였다.

이에 대한 전문가 의견을 살펴보면, 가장 많은 전문가가 선택한 도입 영역은 소비자 보호와 공정거래법 또는 부정경쟁방지법 영역(각 23명)이고, 그 다음은 식품위생 영역(20명) > 개인정보보호 영역(19명) > 환경보호와 제조물 책임 영역(각 18명) > 금융 및 증권거래 영역(16명) > 명예훼손 등 인격권 보호 영역(14명) > 보건의료 영역과 차별금지 영역(12명) > 사법당국의 공권력 남용 영역(9명) 순서였다.

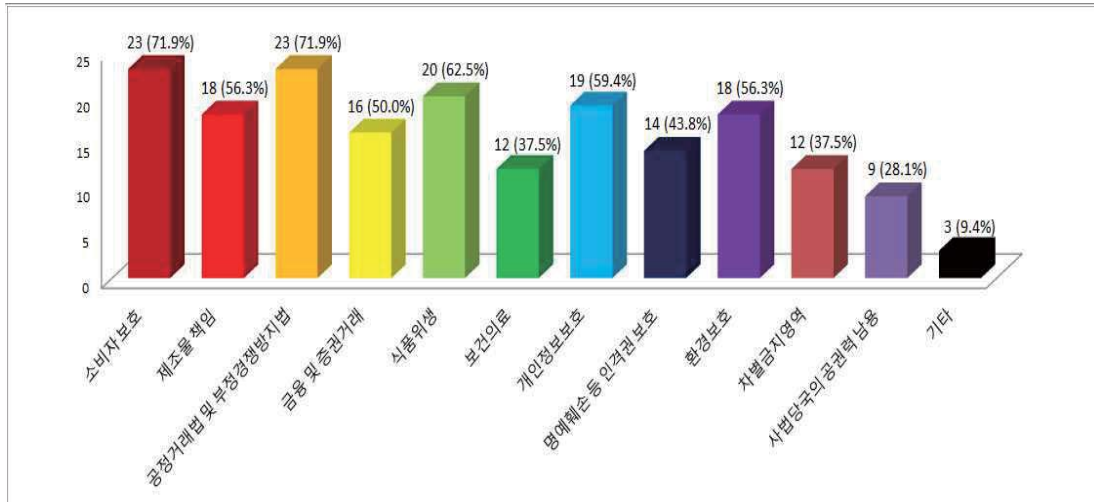
기타 의견으로 지적재산권 영역(2명)이 제시되었고, 모든 영역에 대한 제도도입의 반대의견(1명)도 나타났다.

이러한 징벌적 배상제도의 도입 범위 기준과 근거를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

### ① 대규모의 소액 피해가 발생하는 영역

징벌적 손해배상제도가 도입되어야 할 영역으로 많은 전문가들이 제시한 부분은 불법행위의 영향이 광범위하여 다수의 피해자가 발생하나 배상액이 소액이어서 현실적인 배상이 어려운 영역이다. 즉, 일회적 불법행위로 인해 다수의 피해자가 발생하는 분야에서 피해자들이 피해구제에 적극적으로 나서기 어려운 경우에 징벌적 손해배상이 필요하다는 것이다.

[그림 7] 징벌적 배상제도의 도입 범위(복수응답, N=32(100%))



제도가 도입되어야 하는 특수분야는, 현재 사회적으로 빈번하게 행해지는 불법행위 중에서 한번의 불법행위로 다수의 피해자가 발생하는 불법행위의 분야이어야 함. 또한 피해자가 자신의 권리구제에 적극적으로 나서지 않거나 나설 수 없는 불법행위의 분야에서는 불법행위의 재발방지를 위해서 제도의 도입이 필요할 것으로 생각됨. 이러한 견해를 종합하여 볼 때, 위와 같은 분야에 먼저 제도의 도입이 필요할 것으로 생각됨 (전문가 9)

1. 소비자보호-소액사건이 많기 때문에 개별 소송을 제기하기가 어렵고, 제기한다 하여도 재발억지력의 효과가 어려운 점.
2. 식품위생, 보건의료-소비자 내지 국민의 생명에 직결된 것이므로 불법행위에 대한 강한 억지력을 부여할 필요가 있음.
3. 환경보호-식품위생, 보건의료와 같은 이유+장래의 국민의 생명과 쾌적한 환경을 보호. (전문가 10)

피해자가 다수이지만 피해액이 소액이어서 현실적으로 배상이 이루어지기 어려운 경우. (전문가 4)

상기의 경우에 소액이지만 다수의 피해자가 양산될 수 있는 사안들이다. (전문가 5)

집단소송 내지 단체소송으로 해결할 수 있는 소액 다수의 침해사건인데, 소 제기가 너무 적어 억지기능을 제대로 하지 못할 가능성이 높으므로 이를 보완하기 위한 또 다른 방법으로 징벌적 손해배상을 인정할 수 있음. 다만, 이때에는 집단소송, 단체소송 등과의 관계를 고려하여야 할 것임. (전문가 7)

소액 다수의 피해 등으로 재판절차로 나아가기 어렵거나, 악의적인 불법행위가 계속될 우려가 있는 영역으로 생각되는 부분에 대해서만 제한적으로 징벌적 손해배상이 이루어져야 한다고 생각함. (전문가 16)

위 선택영역들이 대부분 엄격한 실손해 배상으로는 현실적인 손해의 전보가 이루어지지 않는 경우가 많은 영역이어서, 도입 필요가 큼. (전문가 17)

이러한 경우에는 소액 다수의 피해자들이 존재함에도 불구하고 이에 대한 피해구제의 요구가 적어 결국 가해자들의 고의적인 불법행위가 방치되는 결과가 나타날 수 있다.

우리나라에서 위와 같은 영역에서, 소액 다수의 피해자들이 많이 발생하면서, 또한 가해자들이 고의적인 불법행위를 하는 경우에 많다고 생각된다. (전문가 28)

이렇게 소액인 다수 피해가 발생하는 영역으로 전문가들이 제시하는 영역은 소비자보호, 제조물책임, 식품위생, 개인정보보호, 환경보호, 금융 및 증권거래 영역 등이 있다.

징벌적 손해배상제도는 우리 민사 손해배상체계와는 정합성이 없는 제도이지만, 특정한 분야에서 그 필요성이 인정된다면 특별법을 통한 한정된 부분에서 도입할 수 있다고 보는데, 특히 소비자보호, 제조물

책임, 식품위생, 개인정보보호, 환경보호 등은 피해자는 광범위하지만, 손해를 산정하기는 어렵고 또 산정한다할지라도 그 정도가 미약하여 민사소추되어 그 책임을 묻기가 적절하지 않아 가해자 내지 기업이 미필적 고의 내지 주의를 기울이지 않아 책임추궁이 어려운 것이 현실입니다. 따라서 이러한 현실을 감안하여 피해의 억제 및 피해자의 현실적 구제를 위하여 특정한 분야에 징벌적 손해배상제도의 도입이 필요하다고 생각합니다. (전문가 13)

- \* 소비자 보호 - 소액다수의 피해는 실질적으로 소송을 제기할 유인이 적어 불법행위가 방치될 가능성이 큼. 또한 소비자 집단소송제도가 제대로 실효성을 가지지 못함.
- \* 금융 및 증권거래 - 특히 정보의 비대칭성을 악용한 불공정한 금융관행으로 인해 소액다수의 피해자가 발생할 가능성이 큼. (전문가 19)

## ② 법경제적 억제효과가 기대되는 영역

기존의 제재수단만으로 불법행위 억제의 기능을 할 수 없는 영역으로 징벌적 배상책임을 부과하였을 때에 불법행위의 재발을 방지할 수 있는 영역의 경우에 징벌적 배상제도의 도입이 필요하다는 의견이 제시되었다. 다시 말해, 불법행위를 통해 피해자의 손해보다 가해자의 이득이 훨씬 커서 고의적인 불법행위가 반복되는 영역인 경우, 징벌적 손해배상을 통해 예상되는 경제적 손해를 증가시킴으로써 법경제적인 억제효과를 기대할 수 있는 영역에서 징벌적 배상제도를 도입해야 한다는 것이다.

1. 징벌적 손해배상은 사회적 배상기능을 가진다.
2. 책임의 근거는 사업을 운영하면서 부당하게 취득하는 이익의 환수이다.
3. 대상이 되는 이익은 경제적 이익이다.
4. 법경제적 억제효과를 기대할 수 있다. (전문가 12)

공정거래법, 부정경쟁방지법, 금융 및 증권거래 영역이 입증가능한 피해자의 손해보다 가해자의 이득이 훨씬 클 가능성이 있는 영역이라고 판단되기 때문임. (전문가 22)

공정거래법 또는 부정경쟁방지법 - 불공정거래 등으로 인해 막대한 이득을 얻을 수 있어 불법행위의 유인이 큰 반면, 현재의 과징금 제도만으로는 그 부당이득을 제대로 환수하기 어렵다고 보여짐. (전문가 19)

차별금지와 사법당국에 의한 공권력 남용은 시민이 국가의 불법행위를 억제하도록 하는데 효과적이고, 그러한 사실이 공개될 때 가져올 파장도 무시할 수 없음. 명예훼손 등 인격권 보호는 일정한 경우 이욕동기에 의하여 행해지고 있어, 그 이욕동기를 억제할 정도의 위자료 배상이 필요한데, 그러한 수준의 배상을 징벌적 손해배상으로 처리할 수도 있을 것임(독일의 카롤라인 폰 모나코 사건 판결 참조). (전문가 7)

특히 억제적 기능의 징벌적 손해배상제도가 필요한 분야라고 생각한다. (전문가 25)

### ③ 피해의 광범위한 효과 내지 중한 결과가 발생하는 경우

가해자의 고의 또는 악의로 인한 법익침해로 인한 피해가 광범위하거나 현대사회의 특성상 그 피해의 결과가 중한 영역인 경우에 징벌적 배상제도의 도입이 필요하다는 의견이 나타났다. 가해행위가 중하고 법익침해가 광범위한 경우나 인격적 법익침해와 같이 심각한 침해인 경우에 이에 대한 처벌적 제재가 마련되어야 한다는 것이다.

법익침해가 광범위하고 손해배상의 억제적 기능이 발휘되기 어려운 경우를 선택하였으며 법익침해의 추상적인 경우 등은 법적 안정성을 고려하여 배제함. (전문가 1)

현대사회에서 개인정보 및 명예를 포함하는 인격적 법익의 중요성과 침해의 결과의 심각성 및 침해의 현실을 고려한다면 돌이킬 수 없



는 개인정보를 포함하는 인격적 법익의 침해에 단호히 대처할 필요가 있음. (전문가 23)

가해행위의 중대성, 비재산적 피해의 심각성 등이 특히 큰 영역이라고 판단되었기 때문임. (전문가 24)

#### ④ 실질적 전보배상의 회복이 필요한 경우

현재의 손해배상제도만으로 전보적 배상의 기능이 제대로 이루어지기 어려운 영역의 경우 징벌적 배상제도의 도입이 필요하다는 의견이 있다. 특히 기업의 불법행위인 경우 현재의 손해배상제도상 인정되는 배상액만으로 실질적인 배상이 불가능하고, 법익침해가 추상적이거나 광범위한 영역에서는 손해의 입증이나 산정이 어려워 실질적 전보배상이 이루어지지 않을 가능성이 높다. 이러한 영역에서는 현재의 손해배상제도 이외에 별도의 손해배상제도가 필요하다는 것이다.

개인의 불법행위는 현재의 손해배상제도만으로도 충분히 보상 및 처벌이 가능하지만, 기업의 불법행위는 현재의 배상액으로는 이러한 목적 달성이 힘들 것으로 생각함. (전문가 2)

위와 같은 영역에서는 대체로 손해의 산정 자체도 어렵다. (전문가 20)

이들 영역들은 손해의 입증이 쉽지 않은 경우들이다. 기타 지식재산권의 침해의 경우에도 손해를 입증하기 쉽지 않으므로 징벌적 손해배상제도를 도입하여야 한다고 생각된다. (전문가 26)

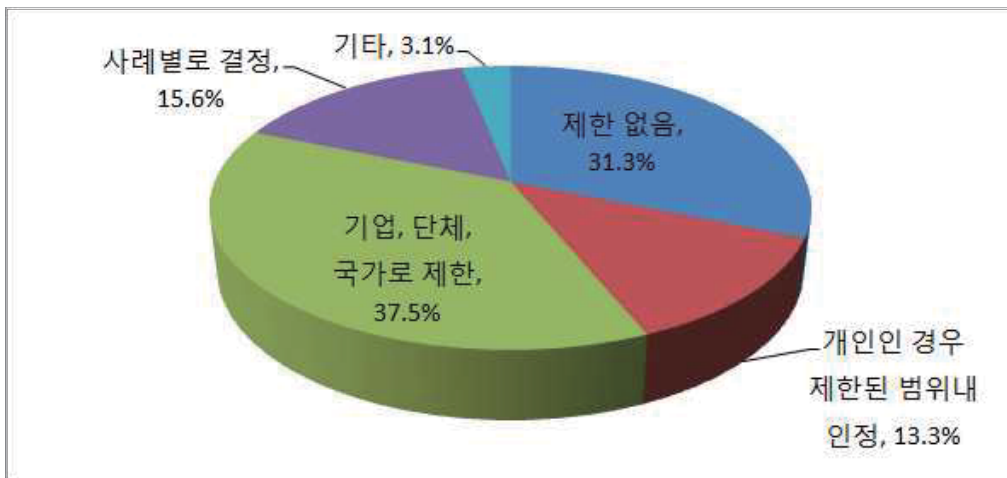
### (3) 징벌적 배상의 당사자

#### 1) 배상 의무자의 인적 범위

징벌적 손해배상제도의 도입시 배상을 청구할 수 있는 상대방(피고)의 인적 범위를 어떻게 정할 것인지에 대해, 배상 의무자를 1) 별도의

제한없이 인정하는 안, 2) 일정 규모 이상의 기업이나 단체, 국가로 제한하는 안, 3) 엄격한 요건하에서 개인을 인정하는 안, 4) 법관의 재량에 의해 일정한 요건 하에서 사안별로 결정하는 안 등이 고려될 수 있다.

[그림 8] 배상의무자의 인적 범위



이에 대해 전문가 의견을 살펴보면, 일정 규모 이상의 기업이나 단체, 국가에 대해서만 징벌적 손해배상을 청구할 수 있게 규정해야 한다는 의견이 전체 응답 중 37.5%(12명)으로 가장 높았으며, 아무런 제한 없이 개인에 대해서도 징벌적 손해배상을 청구할 수 있게 규정해야 한다는 의견 역시 31.3%(10명)을 차지했다. 소수 의견으로 개개의 사건에서 법관이 일정한 요건 하에 징벌적 손해배상 인정여부를 결정하도록 규정해야 한다는 의견(15.6%)과 개인에게 청구할 경우 기업이나 단체의 경우보다 그 요건을 엄격하게 규정해야 한다는 의견(13.3%)이 있었다. 기타 의견으로 기업을 대상으로 제한적으로 도입해야 한다는 의견(1명)이 있었다.

① 일정 규모 이상의 기업이나 단체, 국가로 제한하는 근거

우선 일정 규모 이상의 기업이나 단체, 국가에 대해서만 징벌적 손해배상을 청구할 수 있게 규정해야 한다는 의견의 근거를 살펴보면, 다음과 같다.

ㄱ. 기업의 불법행위 특성

징벌적 손해배상제도의 목적을 고려할 때 불법행위의 사회적 영향력이나 피해의 규모가 큰 경우에 제한적으로 도입해야 한다는 점에서 개인의 불법행위에 대해 적용해서는 안되며, 개인의 불법행위는 현재의 손해배상제도를 통해 보상 및 처벌의 효과를 충분히 누리고 있다는 점을 지적한다.

대규모 기업활동 등에서의 침해의 사회적 영향력 및 피해의 광범위성 등을 고려하여 인정되는 것으로 개인적 불법행위에는 징벌적 배상을 적용할 것이 아니라고 봄. (전문가 1)

개인의 불법행위는 현재의 손해배상제도만으로도 충분히 보상 및 처벌이 가능하지만, 기업의 불법행위는 현재의 배상액으로는 이러한 목적 달성이 힘들 것으로 생각함. (전문가 2)

징벌적 손해배상의 인정 필요성은 구조적 문제인 경우가 특히 문제가 되기 때문에 일정 규모 이상의 단체로 제한하는 것이 적절하며, 또한 기업 형태가 무한 책임인 경우에는 개인에 대한 징벌적 손해배상도 가능하리라고 생각함. (전문가 3)

- “1. 징벌적 손해배상은 소비자 보호 내지 공익이론에 기초하고 있다.
2. 책임의 근거는 사업을 운영하면서 부당하게 취득하는 이익의 환수이다.
3. 범경제적 억제효과는 개인의 불법보다 기업이나 단체의 불법에 대하여 크게 기대할 수 있다.” (전문가 12)

ㄴ. 배상능력의 고려

손해배상의 경우 피고가 배상능력이 있을 때에 실효성이 있다는 점에서 개인에게 징벌적 배상책임을 부과하는 것이 의미가 없으며, 배상능력이 있는 가해자에 대해 징벌적 배상의무자로 규정해야 한다는 것을 근거로 제시한다.

개인이나 일정규모 이하의 단체에 대해 징벌적 손해배상을 명한다고 하더라도, 가해자의 자력부족으로 손해배상의 실효를 거둘 수 없을 것으로 생각됨. (전문가 9)

ㄷ. 불법행위 제도의 이념

배상의무자에서 개인을 배제하는 안의 근거로, 개인에게 과도한 징벌적 배상책임을 부과하는 것이 손해의 공평한 분담이라는 불법행위 제도의 이념에 반한다는 점을 지적한다.

개인이나 일정규모 이하의 단체의 경우에는 과도한 징벌적 손해배상으로 파산에 가까운 상태에 이르게 될 수 있는데, 이는 손해의 공평한 분담이라는 불법행위제도의 이념에 반하는 결과가 될 수 있음. (전문가 9)

징벌적 손해배상의 억제적 효력이 실효성을 갖는 영역은, 대개의 경우 기업형 불법행위 영역이기에, 또한 개인에 대한 일반적 확대, 적용은 과잉대응의 지적을 받을 수 있기 때문임. (전문가 11)

② 제한없는 배상의무자 도입의 근거

배상의무자를 개인이 아닌 일정규모 이상의 기업, 단체, 국가로 제한하여 도입하는 안과 달리, 배상의무자에 대해 아무런 제한 없이 개인에 대해서도 징벌적 손해배상을 청구할 수 있게 규정해야 한다는 안을 제시하는 전문가들은 주체와 관계없이 중한 불법행위 제재의 필

요성에 대해 집중한다. 즉, 징벌적 배상제도 도입을 통해 불법행위의 억제나 실질적 손해전보의 기능을 실현하기 위해서는 피고의 인적 범위를 제한하는 것이 아니라 고의나 악의에 의한 불법행위나 광범위한 피해의 규모 등의 요건이 충족된다면 개인에게도 징벌적 배상책임을 부과할 수 있다고 보는 것이다.

징벌적 배상책임의 핵심은 고의나 악의로 인한 불법행위에 있으므로, 피고의 범위를 한정하기 보다는 고의나 악의로 행하는 자 즉 자연인이나 법인을 불문해야 할 것임. (전문가 6)

기업이나 단체가 그 규모로 인해 보다 크고 광범한 피해를 입힐 수 있다는 것은 당연하나, 그렇다고 해서 개인의 불법행위를 달리 취급하여야 할 필연적 이유가 없고 개인의 경우에 가해자의 악성의 징벌 및 재발 방지의 필요성이 없다고 할 수 없음. (전문가 14)

징벌적 손해배상은 입증에 쉽지는 않은 분야에서 실질적인 손해전보를 위하여 주어져야 한다고 생각하므로 반드시 피고가 대기업이나 단체에 한정되지 않아야 한다. (전문가 26)

피해자의 실질적 보호강화를 위해서. (전문가 8)

즉, 징벌적 손해배상제도의 일정한 제한은 피고의 인적범위를 제한하는 것을 통해서가 아니라 다른 요건이나 특정 분야, 효과의 제한을 통해서 가능할 것이라고 본다.

피고에 대한 인적 범위의 제한은 필요하다. 가령 국가 또는 지방자치단체의 경우가 그러하다. 그러나 개인에 대한 피고의 적부에 대한 제한은 필요치 않다고 본다. 왜냐하면 특정한 분야, 가령 소비자보호를 위하여 징벌적 손해배상제도를 도입한다고 한다면 소비자에게 피해를 가하는 가해자의 경우는 대부분 대기업이나 중소기업이 될 것이나 경우에 따라서는 개인사업자도 될 수 있기 때문에 이를 제한할 필요는 없다고 봅니다. (전문가 13)

총론적으로 미리 제한할 이유가 없음. 다만, 특별법에 의할 경우 법의 규율대상의 특성에 따라 자연히 제한될 것임. (전문가 17)

앞에서 언급한 바와 같이 개인정보를 포함하는 인격적 법익의 침해에 대해서만 징벌적 손해배상제도의 도입을 고려할 수 있다면, 그러한 법익의 침해가 주로 개인에 의해서 이루어지는 현실에 대처할 필요가 있음. (전문가 23)

징벌적 손해배상의 요건 및 효과에 엄격한 규정이 있다면 피고에 제한을 둘 필요는 없을 듯. (전문가 24)

### ③ 법관의 재량에 의해 일정한 요건 하에서 사안별로 결정하는 안의 근거

피고의 인적 범위를 제한하는 것은 법관의 재량에 맡겨야 한다는 의견의 경우, 징벌적 손해배상제도가 구체적인 타당성을 기하기 위한 제도이고 민사제재의 최후 단계에 속하는 제도이므로 법관이 구체적인 사안별 특성에 따라 판단하도록 해야 한다고 본다. 다만, 법관이 재량을 남용하는 일이 없도록 입법시 배려해야 한다고 본다.

징벌적 손해배상의 인정 요건과 그 인정 여부에 관하여는, 이것이 민사제재의 최후 단계인 구제수단법(remedy law)에 위치해 있을 뿐 아니라, 형사 및 행정제재와의 관계까지 고려하여야 하는, 전체 법집행의 최후 단계의 제도임을 고려하여야 함. 이러한 광범위하고 복잡한 조정문제를 사전에 법률에 규정하기는 어렵고, 결국 법관이 최종적으로 이를 행할 수 있도록 일정한 재량을 가질 필요가 있음. 상대방의 문제도 상대방이 어떤 특성을 갖고 있는가에 따라 다른 제재의 가능성이 달라지므로 - 이에 포함됨. (전문가 7)

징벌적 손해배상범위를 기업이나 단체, 국가에 한정할 필요는 없다고 본다. 어차피 일정한 유형의 불법행위에 대하여 구체적 타당성을

기하기 위한 제도이므로, 법관이 일정한 요건 하에 징벌적 손해배상을 인정하는 쪽으로 나아가야 한다고 본다. (전문가 16)

징벌적 손해배상은 일반적으로 피해자에 대하여 전보배상만 하는 것으로는 충분한 배상이 이루어지지 않으며{특히 정신적 손해에 대한 위자료는 입증 어렵고}, 피해자가 다수이며 1인당 피해액도 소수인 경우 불법행위에 따른 손해배상이 실제 소로 이어지기가 쉽지 않으며, 향후 동일한 고의적 불법행위가 계속 발생할 수 있는 경우에 일반적으로 필요합니다. 그런데 피고가 꼭 대규모 기업이나 단체, 국가라는 요건을 둘 필요는 없다고 봅니다. 개개 사건마다 다를 수 있기 때문입니다. (전문가 30)

피고의 범위를 지나치게 확대하는 것은 이로 인한 부작용을 예상할 수 없을 뿐만 아니라, 제도의 안착을 위해서도 바람직하지 않음. 아울러, 피고적격에 대해서는 면밀한 검토 후에 그 요건을 특히 엄격히 할 필요가 있을 것임. (전문가 20)

#### ④ 엄격한 요건 하에서 개인을 인정하는 안의 근거

개인에게 청구할 경우 기업이나 단체의 경우보다 그 요건을 엄격하게 규정해야 한다는 의견인 경우, 개인에게 징벌적 배상책임을 물을 경우 개인에게 과도한 부담이 되지 않도록 배상의 결정에 있어 가해자의 자력이나 재산상태를 고려하도록 하거나 특정한 주관적 요건을 요구하는 등 엄격한 요건을 두는 것은 필요하다고 본다.

징벌적 손해배상제도를 도입하면서 개인을 일괄적으로 피고의 범주에서 제외하는 것이 적절한지는 의문임. 다만 외국에서도 징벌적 손해배상에서 가해자(피고)의 자력을 고려하는 것으로 알고 있음. 이러한 의미에서 개인 피고에게 징벌적 손해배상이 미치는 영향을 고려하여 그 요건을 엄격히 하는 것이 좋지 않을까 생각함. (전문가 19)

고의적인 불법행위의 방지를 위해서는 개인이나 기업 및 단체도 피고가 될 수 있도록 하면서, 개인의 경우에는 악의적인 불법행위의 경우에 한해서 피고가 될 수 있도록 하는 것이 타당하다고 생각된다.  
(전문가 28)

## 2) 사용자의 대위책임

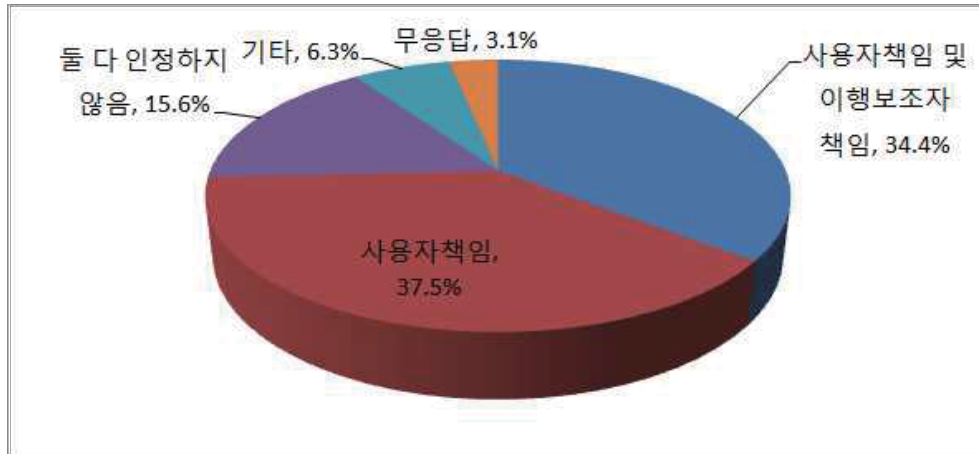
징벌적 손해배상제도를 민법상 일반규정으로 도입하는 경우에, 지시관계에 있는 피용자의 불법행위에 대해 사용자도 책임을 지도록 하는 사용자책임(민법 제756조 등)이나 채무자를 위하여 이행행위를 하는 자의 고의 및 과실도 채무자 자신의 과책으로 인정하여 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지도록 하는 이행보조자책임(민법 제351조 등)에도 징벌적 손해배상책임을 부과해야 하는가가 논의의 쟁점이 될 수 있다.

이에 대한 전문가 의견을 살펴보면, 사용자책임에만 징벌적 손해배상을 인정해야 한다는 의견이 전체 응답 중 37.5%(12명)로 가장 많으며, 그 다음 근소한 차이로 사용자책임과 이행보조자책임 모두에 징벌적 손해배상을 인정해야 한다는 의견이 34.4%(11명)를 차지하고 있다.

소수 의견으로 대위책임의 경우 징벌적 배상책임을 부정하는 견해(15.6%)가 있으며, 기타 의견으로 “일률적으로 적용할 수 없으며, 고용상 성차별 사건과 같이 사용자 책임의 본질을 가지는 사건 등 구체적인 타당성을 고려할 수 있도록 설계하는 것이 필요하다(전문가)”는 의견과 “일반법인 민법이 아니라 특별법에 규정한 기업(기업의 피용자 포함)에 대한 징벌적 손해배상으로 규율해야 한다(전문가)”는 의견이 있다.



[그림 9] 사용자 대위책임



① 사용자 책임에만 징벌적 배상책임을 인정하는 견해의 근거

사용자책임에만 징벌적 손해배상을 인정해야 한다는 의견의 근거에 대해서 살펴보면, 1) 징벌적 손해배상제도의 원형상 불법행위의 영역에서 도입되므로 사용자 책임에서 인정되어야 한다는 견해, 2) 실효성의 측면에서 불법행위의 영역으로 제한해야 한다는 견해, 3) 제한적인 범위 내에서 사용자 책임에서 징벌적 배상을 인정해야 한다는 견해가 있다.

ㄱ. 불법행위 영역에서의 징벌적 배상제도 도입 견해

징벌적 손해배상은 불법행위의 영역에서만 인정되어야 하고 채무불이행에 기한 손해배상에서는 고려하지 않아야 하므로, 이행보조자 책임이 아닌 사용자 책임에만 징벌적 배상제도를 도입해야 한다는 견해가 있다.

“불법행위의 특칙이므로 이행보조자책임에 인정하는 것은 적절치 않음. 사용자책임에 징벌적 손해배상을 인정치 않으면 제도의 실효성이 약화될 것임.” (전문가 10)

- “1. 징벌적 손해배상은 비난가능한 불법행위에 한정하는 것이 타당하다.
2. 사용자책임은 민법의 고유한 책임이지만 이를 통하여 충분히 배상받지 못하는 경우도 있다.
3. 징벌적 손해배상은 손해배상의 한 방법이며, 사용자책임은 책임확장의 특수한 형태이므로 양자는 중복 가능하다.” (전문가 12)

현재 사용자책임은 고유책임설이 통설이므로 당연히 징벌적 책임의 적용대상이 될 것임. 이행보조자 책임은 불법행위 책임과는 다른 것이므로 사용자 책임과 따로 이행보조자 책임을 다루어야 할 이유가 없을 것으로 보임. (전문가 14)

채무불이행책임에 대해 징벌적 손해배상을 인정하는 것에 반대. (전문가 15)

징벌적 손해배상제도를 도입하더라도 불법행위에 한정되어야 할 것이고, 사용자 책임을 인정하는 취지(보상책임의 원리)는 징벌적 손해배상에서도 유지되어야 함. (전문가 23)

계약책임에서 채권자는 계약으로부터 기대할 수 있는 이익을 취득하면 된다고 생각된다. 따라서 징벌적 손해배상을 인정할 필요가 없다고 생각한다. 다만 소위 적극적 채권침해의 경우에는 불법행위로 인한 손해를 배상하여야 한다고 생각함으로 사용자책임에만 한정하더라도 징벌적 손해배상제도를 인정할 수 있을 것이다. (전문가 26)

불법행위와 연관된 것이므로 사용자책임의 법리만이 적용될 수 있다. (전문가 27)

#### ㄴ. 실효성의 차원에서 사용자 책임의 인정

원칙적으로 채무불이행의 영역에서 다루어질 수 없다고 보지는 않으나 실효성의 측면에서 고려해 볼 때 이행보조자책임에서 징벌적 배상 책임을 인정하는 것을 반대하는 의견도 나타난다.

징벌적 손해배상의 도입은 원칙적으로 고의적인 불법행위에 한하여 도입하고, 이행보조자책임에도 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것은 좀 더 시간을 두고 지켜보아야 할 것으로 보여진다. (전문가 28)

배상자력이 있어야 하므로 사용자책임에만 인정하는 것이 바람직. (전문가 2)

#### ㄷ. 사용자 책임에 있어 제한적 도입 견해

징벌적 손해배상제도의 일반규정으로의 도입에 대해서 반대하지만, 동 제도 도입의 목적상 사용자 책임에 대해 인정할 필요성이 있으며 다만 제한적으로 인정해야 한다는 견해도 제시되었다.

“이행보조자나 피용자의 책임이 결국 사용자책임으로 연결되기 때문에 사용자 책임으로 충분함. 사용자책임을 인정할 경우 대위책임설 입장에서 사용자 구상권은 피용자 등의 단독책임으로 볼 정도의 특이성이 있지 않는 한 제한되어야 함.” (전문가 3)

“징벌적 손해배상제도의 전면적인 도입에 대해서는 부정적으로 보아야 함. 따라서 특수한 불법행위에 한해 제도를 도입하는 것이 타당함. 결국, 채무불이행책임의 분야로서 이행보조자책임에 대해서 제도의 도입을 하는 것은 바람직하지 않음. 단, 일정한 규모 이상의 단체나 국가에 대해서 징벌적 손해배상제도를 도입하는 경우에, 사용자책임에 징벌적 손해배상을 인정하지 않고는 제도 도입의 실효를 거둘 수 없을 것으로 생각됨” (전문가 9)

사용자의 경우 사용자에게 일반적으로 인정되는 것이 아니라 피용자와 악의적인 측면 등에서 동일한 과책을 물을 수 있는 경우에만 사용자에 대해서도 징벌적 배상책임을 인정하는 것이 가능하다고 본다. (전문가 16)

② 사용자책임 및 이행보조자책임 모두에 징벌적 손해배상을 인정하는 견해의 근거

사용자책임과 이행보조자책임 모두에 징벌적 손해배상을 인정해야 한다는 견해에 대해 구체적으로 그 근거를 살펴보면, 우선 징벌적 배상제도의 목적과 효과를 고려할 때에 대위책임의 법리를 징벌적 손해배상책임에 적용할 필요가 있으며, 계약법상 이행보조자책임이 사용자책임과 같은 기능을 하고 있다는 실질적인 측면에서 불법행위의 영역에만 굳이 징벌적 손해배상책임을 엄격하게 한정하여 적용할 필요가 없다고 본다.

사용자책임과 이행보조자책임은 실제상 같은 기능을 하고 있으므로 양자를 구별하여야 할 이유를 찾기 어렵다. (전문가 4)

기업책임이나 이른바 조직책임 등도 고려되어야 할 것이라고 봄. (전문가 1)

사용자책임이나 이행보조자책임에 있어서 중요한 것은 피용자와 이행보조자의 악의나 고의로 인한 실제 불법이득은 사용자와 본인에게 발생하므로, 1차적 책임은 사용자와 본인이 책임을 지게 해야 피해자가 충분한 보전을 받게 되고 사용자와 본인이 피용자와 이행보조자에 대한 관리 감독을 강화하여 재발을 방지할 수 있는 동기가 부여됨. 다만, 사용자와 본인은 피용자와 이행보조자에 대해 구상권을 행사하여 피해를 보전을 받을 수 있을 것임. (전문가 6)

법관의 재량을 유보한다는 전제 하에, 이를 인정함이 타당함. 실제 억제효과는 결국 자력이 있는 기업에 제재를 가함으로써 달성될 수 있으므로, 종업원에 대하여만 책임을 묻는 것은 무의미하고, 그와 같이 하는 경우 징벌적 손해배상이 인정될 필요가 있는 사안에 대하여는 사용자책임을 피하여 일반 불법행위책임으로 재구성을 하는 시도가 행해질 것이어서, 불법행위 책임체계를 왜곡할 위험도 있음. 이행

보조자책임에 대하여도 같은 말을 할 수 있을 것임. (전문가 7)

사용자의 악의적 지시 내지 교사가 이루어질 수 있기 때문이며, 아울러 이행보조자도 개념없이 그러한 악의적 고의적 불법행위를 할 수 있기에 과중한 책임을 부과해야 한다. (전문가 8)

대부분의 사안이 가해자가 직접 행하기보다는 피용자의 지위에서 하므로, 사용자책임이나 이행보조자 책임에 관하여 인정하지 않을 경우, 제도도입의 의미는 반감된다. (전문가 17)

기왕에 징벌적 손해배상을 도입한다면, 그 적용영역을 제3자의 행위로 인한 민사책임에도 적용하는 것은 당연하다고 할 것이며, 이 경우 채무불이행책임과 불법행위책임 또한 구별할 필요는 없을 것임. (전문가 20)

직접 가해자만이 아니라 사용자에게도 징벌적 손해배상이 인정되어야 할 것임. 그래야 실효성이 높아질 것임. (전문가 24)

다만, 사용자책임과 이행보조자책임 모두에게 징벌적 손해배상을 인정하는 경우 피고의 요건을 엄격하게 제한해야 한다는 의견도 있었다.

피고의 요건을 엄격하게 한다는 전제하에서는 양자 모두 가능하다고 생각함. (전문가 25)

### ③ 대위책임 부정안의 근거

사용자책임과 이행보조자책임 모두에 징벌적 손해배상을 인정해서는 안 된다는 의견의 구체적인 근거를 살펴보면, 민법상 일반규정으로 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것에 대해 반대하는 입장을 근거로 대위책임에서 징벌적 배상책임을 인정하는 것이 민법상 일반원리로 이를 도입하는 결과를 가져올 수 있다는 점에서 이에 대해 배제하고 있다.

“징벌적 손해배상은 대개의 경우 기업의 조직적, 계획적 불법행위 영역에 적용될 것이며 이 경우 피용자의 활동은 이미 기업, 사용자 자체의 활동으로 평가될 것이며, 또한 피용자에게 징벌적 손해배상을 정당화할 고의의 요소가 인정되는 경우가 현실적으로 얼마나 있을까하는 의구심에서, 굳이 제756조와 같은 규정은 없어도 무난하겠다고 여겼습니다. 더 나아가 채무불이행 책임에서 징벌적 손해배상의 도입은 다소 낮습니다. 오히려 이 경우 사적 자치에 맡겨 위약벌 등의 문제로 처리하는 영역이라고 여겨지네요.” (전문가 11)

이 사항은 입법정책의 문제이고, 사용자책임과 법인에 대한 형사처벌 내지 법인의 불법행위에 대한 민법의 태도와도 상관관계를 갖는 문제입니다만, 사용자책임이나 이행보조자책임은 그 본질이 대위책임이라 할 수 있는데, 대위책임에 대하여서까지 징벌적 손해배상을 인정하게 되면 민사손해배상 체계 전체에 있어 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것과 같은 결과가 될 수 있어 사용자책임이나 이행보조자책임 모두에 징벌적 손해배상을 인정해서는 안 된다고 봅니다. (전문가 13)

또한 사용자의 대위책임을 광범위하게 인정할 경우 기업의 활동이 위축될 수 있다는 점에서 부정적인 결과를 가져올 수 있다는 점을 지적한다.

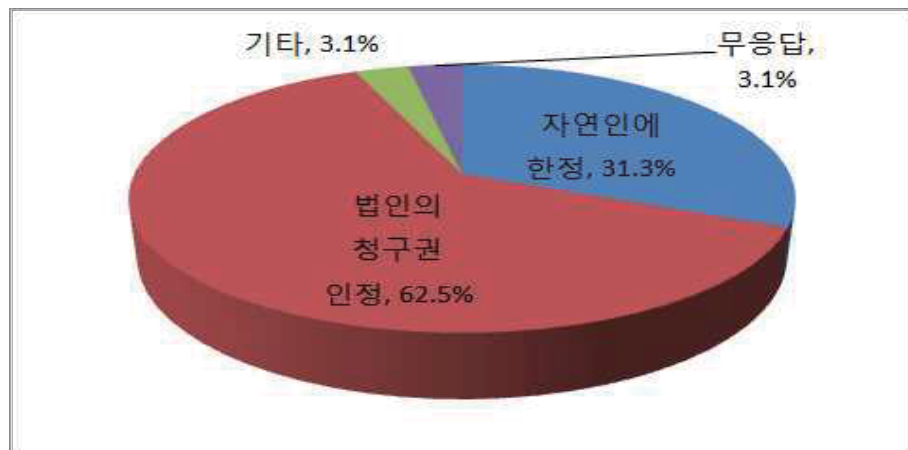
피용자와 이행보조자의 고의를 원인으로 한 불법행위에 대하여 징벌적 손해배상을 인정하는 것은 타당하지 않습니다. 그것은 개인의 문제로 징벌적 손해배상을 인정하지 않더라도 피해자에게는 피해가 없을 뿐만 아니라 이러한 부분이 기업 또는 주채무자의 경제활동을 억제하는 부분으로 작용하기 때문입니다. 피용자와 이행보조자의 고의를 원인으로 발생시키는 위험은 사용자와 주채무자가 control 할 수 없는 부분이기 때문입니다. (전문가 21)

### 3) 배상 청구권자

징벌적 손해배상 청구권자(원고)의 인적 범위에 대한 논의는 활발하지 않으나, 법인의 경우 징벌적 손해배상의 청구권자가 될 수 있는지 여부를 검토할 수 있다.

이에 관한 전문가 의견을 살펴보면, 피해당사자인 자연인뿐만 아니라 법인의 재산 등에 대해 불법행위가 발생한 경우에는 법인까지 청구권자로 인정해야 한다는 의견이 전체 응답 중 62.5%(20명)으로 가장 많았으며, 청구권자를 피해당사자인 자연인만으로 한정해야 한다는 의견은 31.3%(10명)이었다. 기타 의견으로는 “제도의 도입범위와 연계하여 검토하여야 하며, 이를 볼 때 자연인(소비자)에 한정하는 경우는 소비자소송, 환경소송, 식품위생, 보건의료 등의 영역이 될 것”이 있었다.

[그림 10] 배상 청구권자의 인적 범위



#### ① 제한없는 배상 청구권자 인정의 근거

법인의 재산 등에 대해 불법행위가 발생한 경우에는 별도의 제한 없이 법인까지 청구권자로 인정해야 한다는 견해의 근거에 대해 구체적으로 살펴보면, 1) 법이론상 민법에서 법인의 청구권을 별도로 제한

할 근거가 없다는 견해, 2) 실효성 있는 징벌적 배상제도의 실현을 위해 법인의 청구권을 인정해야 한다는 견해, 3) 특정영역에서 제한적으로 법인의 청구권을 인정해야 한다는 견해가 있다.

ㄱ. 법이론적 접근에 근거한 견해

징벌적 손해배상의 청구권자 제한에 대해, 법이론상 민법에서의 법인 지위상 별도로 청구권을 제한할 근거가 없다는 것이다.

법인도 권리주체라는 점을 감안한다면, 원고적격에는 특별한 차이를 둘 필요가 없을 것임. (전문가 20)

징벌적 배상은 위자료가 아니므로, 피해자의 범위를 자연인으로 제한할 이유가 없다. (전문가 17)

ㄴ. 징벌적 배상제도 도입 취지의 실현에 중점을 두는 견해

징벌적 손해배상제도의 목적과 기능, 도입분야 등을 검토해보아도 법인이 불법행위의 피해자가 될 여지가 크고 불법행위의 억제를 위해 동 제도의 도입이 필요하다는 점을 고려해 볼 때 법인이 청구권자의 범위에 포함될 필요가 있다고 지적한다. 가해자의 악의나 고의로 인한 중한 피해가 법인에게 발생한 경우를 제외한다면 징벌적 배상제도의 기능을 충분히 실현하기 어려우며, 특히 기업의 경제활동시 불법행위에 대해 제재하기 위해 동 제도를 도입한다면 하도급관계에서 법인이 피해자가 될 수 있다는 점에서 오히려 인정해야 한다는 것이다.

법인의 사회적 유형이 다양하므로 반드시 개인에 국한할 필요는 없다고 봄. (전문가 1)

징벌적 배상제도의 취지상 청구권자를 제한하여야 할 필연적인 이유가 없다고 사료됨. (전문가 14)



징벌적 손해배상의 핵심은 가해자의 악의나 고의로 인한 피해이므로 피해자는 자연인은 물론 법인도 포함되어야 함. 하도급관계에서는 당연히 자연인이 아니라 법인이므로 법인의 당사자 적격을 당연한 일임. (전문가 6)

불법행위자에 대한 징벌의 기능을 가지므로 청구권자를 자연인만으로 한정할 필요는 없다고 본다. (전문가 16)

법인을 원고에서 일괄적으로 제외하는 것이 적절한지 의문임. 예컨대 불공정거래행위의 경우 법인(중소기업 등)이 피해자인 경우가 많이 있을 것임. (전문가 19)

#### ㄷ. 제한적인 법인의 청구권 인정안

법인을 청구권자로 인정하는 것에도 일정한 제한이 필요하다는 의견도 있었으며, 이 경우 적용분야에 따라 원고의 지위를 제한할 수 있다고 보았다.

피고의 범위제한에도 일정한 제한이 필요한 것과 같이, 원고의 범위에도 일정한 제한은 필요하다고 봅니다. 가령 국가나 지방자치단체의 경우가 그러 하다고 봅니다. (전문가 13)

적용분야에 따라 제한적으로 법인을 청구권자로 인정할 수 있을 것임. (전문가 25)

인격권침해 등은 손해를 산정하기 어려운 것이므로 징벌적 손해배상을 도입하여야 할 것으로 생각된다. 다만 지식재산권의 침해나 타인의 신용을 해치는 행위 등으로 인한 손해는 법인에게 발생할 수 있으므로 법인도 청구권자로 인정되어야 한다. (전문가 26)

예를 들어 인격권 침해의 영역과 같이 손해를 산정하기 어려운 영역에 징벌적 배상제도를 도입하는 경우에 법인에게 징벌적 배상 청구권을 인정할 필요가 없으며, 다만 법인에게 침해가 발생하는 경우에

만 한정하여 징벌적 배상 청구권을 인정해야 한다는 것이다.

② 피해당사자인 자연인에게 징벌적 배상 청구권을 한정하는 견해의 근거

청구권자를 피해당사자인 자연인만으로 한정해야 한다는 의견의 구체적인 근거를 살펴보면, 우선 징벌적 배상제도 도입의 목적이나 취지를 고려한다면 법인의 재산상 손해에 대해 굳이 징벌적 손해배상을 도입할 근거가 없다는 점을 지적하고 있다. 징벌적 배상제도의 도입 목적을 주로 피해자가 자신의 권리구제에 적극적으로 나서지 않거나 나설 수 없는 경우 불법행위가 방지되는 것을 방지하기 위한 것으로 보거나 실질적인 전보기능을 회복하기 위한 것으로 보는 입장인 경우, 법인의 침해에 대해 이 제도를 적용할 필요가 없다고 판단한다.

법인이 손해를 입은 경우에 징벌적 손해배상까지 필요할 정도로 심한 피해가 있는 경우는 많지 않다. (전문가 4)

징벌적 손해배상제도는 피해자가 자신의 권리구제에 적극적으로 나서지 않거나 나설 수 없는 불법행위의 분야에서는 불법행위의 재발방지를 위해서 제도의 도입이 필요할 것으로 생각됨. 법인 등의 경우에는 징벌적 손해배상의 청구를 인정하지 않는다고 하더라도, 현행의 제도를 통하여 충분히 보호될 수 있고, 또한 그에 의하여 재발방지의 효과도 거둘 수 있을 것으로 생각됨. 따라서 징벌적 손해배상을 청구하는 원고는 소비자나 일반 국민과 같은 자연인에 한정하는 것이 옳을 것으로 생각됨. (전문가 9)

1. 청구권자는 피해 당사자만 한정하여야 한다.
2. 징벌적 손해배상은 피해자가 충분한 보상을 받지 못하는데 근거한다.
3. 개인은 피해를 전보받을 수 있는 다른 수단이 없지만 법인은 기업의 이윤에서 충당할 수 있는 수단이 있으므로 개인에 한정하여야 한다. (전문가 12)

또한 법인의 경우 대표자인 자연인이 징벌적 손해배상을 청구할 수 있도록 한다면 법인의 재산상 손해 문제도 적용가능하므로 굳이 법인의 징벌적 배상 청구권을 인정할 필요가 없다는 견해도 있다.

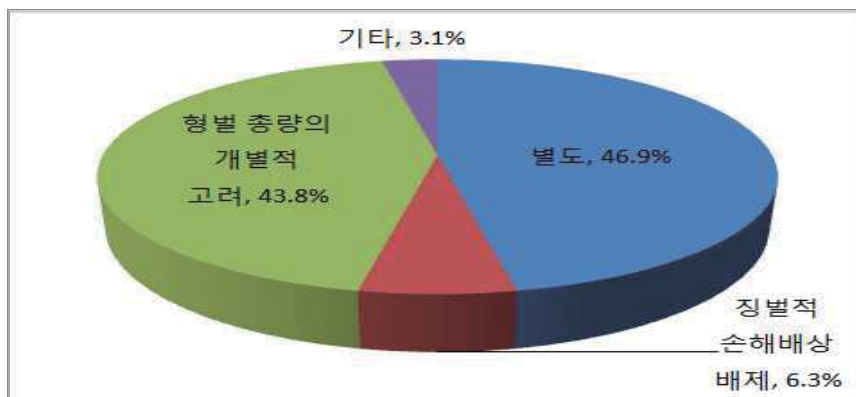
원고적격자를 피해 당사자인 자연인(경우에 따라 유족)에게 한정해도, 큰 문제는 없을 듯합니다. 기업인 경우에도 기업을 대표하는 자연인이 손해배상을 청구할 수 있다고 판단합니다. (전문가 18)

#### (4) 형벌 및 행정제재와의 관계

징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 반대의견으로, 불법행위가 징벌적 배상의 대상이 되는 동시에 처벌의 대상이 될 수 있다는 점에서 헌법상 일사부재리의 원칙에 위배된다는 주장이 있다. 이와 관련하여 동일한 불법행위에 징벌적 손해배상책임이 부과될 경우 형벌이나 행정제재와 어떤 관계를 가져야 할지에 대해 논의의 대상이 될 수 있다.

이에 관한 전문가 의견을 살펴보면, 민사상 징벌적 손해배상은 형벌이나 행정제재와 관계없이 별도로 다루어야 한다는 의견이 전체 응답 중 46.9%(15명)으로 가장 많았지만 징벌적 손해배상의 여부 또는 배상액의 산정에 있어 형벌의 총량을 개별적으로 고려해야 한다는 의견 역시 43.8%(14명)정도로 거의 비슷한 비율을 차지하였다.

[그림 11] 형벌 및 행정제재와의 관계



소수의견으로 형벌이나 행정제재가 예정된 경우, 징벌적 손해배상은 배제되어야 한다는 의견(6.3%)가 있었는데, “손해배상법에서 억지효과는 부수적인 기능에 불과하고, 국가가 그 기능을 자임하고 있다면 손해배상법에서 이를 반영할 필요가 없다”고 보기 때문이었다.

기타의견으로 “기본적으로는 이중처벌의 금지 및 일사부재리 원칙에 따라 형사벌이 예정되어 있거나 과하여져 있는 경우에는 징벌적 손해배상을 면제해야 하나, 형사소추가 이루어지기는 하였으나 충분한 처벌이 이루어지지 않았다고 생각되는 사안의 경우 민사법원이 형사판결의 결과를 고려해야 한다”는 의견이 있었다.

#### 1) 민사규제 영역으로서 형벌이나 행정제재와 별도로 다루어야 한다는 견해의 근거

민사상 징벌적 손해배상은 형벌이나 행정제재와 관계없이 별도로 다루어야 한다는 견해의 구체적인 근거를 살펴보면, 원칙적으로 민사법과 형사법의 준별체계를 전제로 징벌적 손해배상은 민사규제의 영역이므로 형벌 및 행정제재를 고려할 필요가 없다고 본다.

징벌적 손해배상은 민사규제의 영역에 포함되므로 형사처벌 및 행정제재와는 별개의 영역임. 징벌적 손해배상은 악의나 고의에 대한 민사제재이며, 재발방지를 위한 민사책임의 본질에 근거하므로 일사부재리의 원칙과는 무관함. (전문가 6)

불법행위에 대한 민사특별책임이므로 형사제도와 연계시키는 것은 기본적으로 타당하지 않음. 단 징벌적 손해배상의 범위를 일정한 한도로 제한할 필요가 있음. (전문가 10)

1. 징벌적 손해배상은 손해전보 이외에 가해행위에 대한 특별한 제재이기는 하지만 가해자에 대한 처벌과는 구분된다.
2. 민사책임과 형사책임은 구분된다. (전문가 12)

입법론적으로 징벌적 손해배상과 형벌(벌금)을 연동시키는 것은 형벌권의 일부를 민사법원이 행사하는 것에 해당하는 것이며 이는 징벌

적 손해배상제도의 성격론과 관련하여 부정적 영향을 미칠 수도 있을 것임. (전문가 14)

그러므로 “일사부재리는 이중처벌의 방지라는 차원에서 입법론적 검토 요소가 될 수 있을 것이다. 일사부재리의 해석론으로서는 이미 성문화된 민사적 제도로서의 징벌적 손해배상제도를 부정할 수 있는 근거가 될 수는 없다(전문가 14)”고 본다. 그러나 입법론적으로 이를 연동시키는 것은 기본적으로 법체계상 혼란을 가져온다고 비판한다.

입법론적으로 징벌적 손해배상과 형벌(벌금)을 연동시키는 것은 형벌권의 일부를 민사법원이 행사하는 것에 해당하는 것이며 이는 징벌적 손해배상제도의 성격론과 관련하여 부정적 영향을 미칠 수도 있을 것임. (전문가 14)

그러나 징벌적 손해배상제도가 비록 민사규제의 영역이라도 제도의 제재적 성격상 이를 고려할 필요가 있다는 견해도 있다. 그러므로 동 제도를 우리 법체계 내에 도입할 때에 배상액의 산정에 있어 다른 제재수단의 결과를 고려하거나 징벌적 손해배상의 도입 영역을 엄격하게 제한하여 도입함으로써 형벌이나 행정 제재가 동일한 불법행위에 부과될 때의 부정적인 결과를 감소시키는 것이 필요하다고 제시한다.

양자는 다른 제도이므로 별개로 처리되어야 한다. 다만, 형사사건의 결과를 배상액 산정시 고려할 수 있을 것이다. (전문가 17)

피해자의 입증가능한 손해에 비해 가해자의 이득이 훨씬 클 가능성이 있는 영역에서만 징벌적 배상을 도입한다면, 형벌이나 행정제재와 관계없이 징벌적 배상을 부과할 수 있다고 생각함. (전문가 22)

## 2) 징벌적 배상시 형벌의 총량 고려의 근거

징벌적 손해배상의 여부 또는 배상액의 산정에 있어 형벌의 총량을 개별적으로 고려해야 한다는 의견의 구체적인 근거를 살펴보면, 가해

자의 충분한 처벌과 재발방지라는 징벌적 배상제도의 취지와 목적에 비추어 볼 때 동 제도의 도입은 이중처벌의 쟁점을 제기할 수 있다는 점을 인정하고 이러한 문제를 해결하기 위해 개별적 사안에서 전체적인 형벌의 총량을 고려하거나 형사처벌이 충분하지 않는 경우 비례성의 원칙에 따라 징벌적 손해배상의 적용여부 또는 배상액 산정에서 고려해야 한다고 본다.

“징벌적 손해배상은 형벌과 동일한 목적을 가지고 도입되는 것으로 생각됨. 따라서 형벌 등과 징벌적 손해배상이 중첩적으로 적용되면 2중처벌의 위험성이 있음. 미국에서도 징벌적 손해배상의 위험성에 대해 지적하는 견해가 있음. 결국, 2중 처벌의 결과가 되지 않는 범위에서 징벌적 손해배상이 도입되어야 할 것임.” (전문가 9)

일사부재리(헌법상으로 이는 형사처벌에만 적용되는 것이고, 형사처벌과 징벌적 손해배상의 낙인효과를 같게 볼 수는 없음)와는 관계없지만, 제재인 이상 비례성의 원칙은 전체 제재에 대하여 적용되어야 하고, 그러한 의미에서 다른 제재를 고려하여야 함. 이는 이미 위자료 산정에 관하여도 인정되고 있는 바임. (전문가 7)

원칙적으로 징벌이라는 기능은 민사와 어울리지 않는 제도이나, 구체적 타당성을 기하기 위해 도입되는 제도이므로, 법원의 판단 하에 전체적인 형벌의 총량을 고려하여 손해배상액을 산정할 수 있을 것으로 본다. (전문가 16)

징벌적 손해배상의 억제 기능이 행정벌이나 형벌로 달성될 수 있다면, 그 경우에는 징벌적 손해배상은 배제되어야 합니다. 다만 그렇지 않은 경우에, 민사상 징벌적 손해배상을 고려할 수 있습니다. 그렇지만 그 영역과 정도를 판단함에 있어서 어려움이 있을 듯합니다. (다만 이 문제는 민사소송에서 주장하는 원고 측 변호사의 입증에 달려 있기는 합니다.) (전문가 18)

다른 의견으로 징벌적 배상제도는 형벌과는 별개의 제도이나 그럼에도 불구하고 비례성의 원칙을 고려하여 징벌적 손해배상 여부나 배상액 산정에서 고려할 필요가 있다는 의견이 있었다.

형벌이나 행정제재가 있더라도 충분치 않을 수 있으며, 위와 같은 제재가 있었다는 사실은 징벌적 손해배상의 여부 또는 배상액의 산정에서 고려하면 충분할 것으로 보임. 헌법상 일사부재리 논쟁은 미국에서도 다루어진 바 있으나, 징벌적 손해배상제도는 형벌 및 행정제재와는 다른 성격을 가진 것으로 보는 것이 타당할 것으로 보임. (전문가 19)

특히 과태료 규제와의 관계가 문제될 것인데, 이미 공정거래법의 경우에도 유사한 논의가 이루어져 왔고 행정법적 규제와 손해배상적 규제의 병립을 인정하며, 다만 구체적 과태료 액수 또는 손해배상의 금액산정에서 다른 제재의 내용을 참작한다고 알고 있습니다. 더욱이 과태료, 형법적 제재에 의하여 충분한 규제가 되고 있지 않다는 상황에 있기에 징벌적 손해배상의 논의가 촉발되고 있음을 감안하면, 일단 징벌적 손해배상의 병렬적 규제 가능성을 열어둔 후, 개별 사안에서 중복제재의 위험을 구체적 산정에서 고려하는 방식으로 정리함이 마땅하지 않을까 싶네요. 규제조치를 청구할 수 있는 주체를 다원화 하자는 시도가 그 자체로서 입법적 비판이 되지는 않을 것으로 생각합니다. (전문가 11)

그러나 형벌 간의 총량을 고려하는 방안에 대해, 비록 “형벌이나 행정제재와의 관계와 총량을 고려하는 방안이 이상적임에도 불구하고 이를 조정, 판단하는 데에 있어 그 적용이 현실적으로 어려울 수 있다(전문가 18)”는 지적이 있었다.

### 3. 징벌적 손해배상제도의 요건과 절차

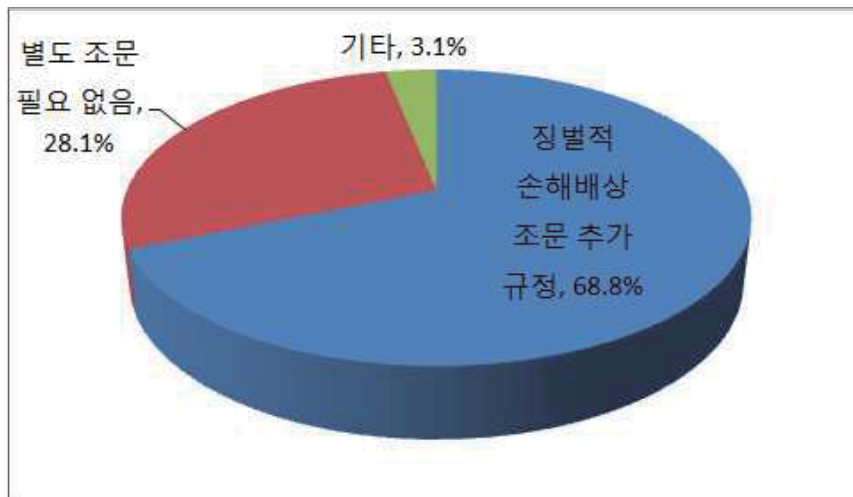
#### (1) 위자료와의 관계

현행 손해배상제도에서 위자료가 불법행위의 억제와 예방적 기능을 하고 있다는 점을 볼 때, 징벌적 손해배상제도가 도입되면 하나의 사

건에서 위자료와 징벌적 배상에 함께 심사될 수 있다. 이 때에 징벌적 배상과 위자료와의 관계에 대해 전문가 의견을 살펴보면, 위자료와 징벌적 손해배상은 그 요건이 달라야 하므로, 기존의 통상적 손해배상 조문은 그대로 두고 추가적으로 징벌적 손해배상에 관한 조문을 규정해야 한다는 의견이 전체 응답 중 68.8%(22명)으로 가장 많았다. 이에 반해, 징벌적 손해배상이 도입된 영역에서는 징벌적 손해배상을 위자료와 별도의 조문으로 규정할 필요 없이 구체적인 사건에서 배상액의 크기만 달리 판단하도록 하면 된다는 의견은 28.1%(9명)으로 적은 편이었다.

이는 위자료를 징벌적 손해배상과 동일한 것으로 보는 견해보다 징벌적 손해배상이 위자료와 다르거나 보다 넓은 개념으로 보는 견해가 2배 이상 많다는 것을 보여준다.

[그림 12] 위자료와의 관계



1) 통상의 손해배상 조문과 별개로 징벌적 손해배상 조문 추가의 근거

위자료와 징벌적 손해배상을 요건상으로 구별되는 것으로 보는 견해에서는 징벌적 손해배상제도를 도입할 경우 기존의 통상적 손해배



상 조문은 그대로 두고 추가적으로 징벌적 손해배상에 관한 조문을 규정해야 한다고 본다. 이러한 입장은 응답한 전문가들의 다수 견해에 해당하는데 구체적인 근거를 살펴보면, 1) 위자료와 징벌적 손해배상제도는 그 요건과 제도도입의 취지 및 기능에 차이가 있다는 엄격구별설과 2) 비록 위자료와 징벌적 손해배상의 공통적 요소가 있다하더라도 징벌적 배상제도의 도입취지상 별도로 규정할 필요가 있다는 목적 고려설로 구분된다.

#### ① 위자료와 징벌적 손해배상제도의 엄격구별설

이 견해에서는 “징벌적 손해배상은 특별한 경우에만 인정이 되며(전문가 2)”, “요건과 제도도입의 취지 및 기능이 다르다(전문가 3)”는 점에서 위자료와 징벌적 손해배상제도는 요건, 목적과 취지, 기능의 측면에서 엄격하게 구별된다고 본다.

우리법상 위자료는 재산적 손해에 대해서는 엄격한 특별손해인 반면에 징벌적 배상은 고의적 재산적 손해에 대해서도 자연스럽게 이루어져야 하기에 요건적 측면에서 구별되어야 한다. (전문가 8)

징벌적 손해배상은 손해전보 이외의 또 다른 법률제도이므로 각자 독립적으로 요건을 구성하여야 한다. (전문가 12)

위자료와 징벌적 손해배상제도는 목적과 취지가 다른 것이라고 생각됨. 그 여부나 액수를 정하는데 참작할 수 있으면 될 것임. (전문가 19)

미국법상 손해배상에는 일반손해와 특별손해로 구성되는 ‘보상적 손해배상’, 불법행위의 성립은 인정되나 손해를 입증하지 못한 경우 1달러 정도의 소액을 배상액을 인정하는 ‘명목적 손해배상’, 명예침해가 미미한 경우 최소의 법정화폐로 배상액을 정하는 ‘모욕적 손해배상’, 그리고 악의적 불법행위에서 인정되는 ‘징벌적 손해배상’의 4가지로 분류할 수 있는데, 위자료는 이중 보상적 손해배상에 속하는 것으로서 징벌적 손해배상과는 성격이 다릅니다. (전문가 30)

② 징벌적 배상제도도입의 목적고려설

이 견해는 위자료와 징벌적 배상의 산정에서 공통적으로 고려되는 요소가 있고 내용적으로 중복되는 영역이 있다고 본다.

징벌적 손해배상을 도입한다면, 정신적 손해배상(위자료)와는 요건을 다르게 규정할 필요가 있습니다. 그렇지만 징벌적 손해배상을 도입하지 않아도, 미국에서 평균적인 징벌적 손해배상의 사례는 현행 우리 민법 제751조의 정신적 손해배상 규정으로도 해결될 수 있다고 판단합니다. (전문가 18)

그러나 그럼에도 불구하고 위자료와 징벌적 배상을 하나로 통합하여 산정하는 것보다 별도의 규정을 두는 것이 명확하고 유연한 법 적용이나 징벌적 배상의 도입 목적상 타당하다고 본다. 특히 위자료가 피해자의 정신적 손해에 초점을 둔 제도라면, 징벌적 손해배상제도는 고의나 악의로 인한 불법이득에 초점을 둔 제도라는 측면에서 비록 중복되는 영역이 있다 하더라도 별개로 산정되어야 할 영역이라고 보는 것이다.

위자료 배상과 징벌적 배상의 산정에서 공통적으로 고려되는 요소가 있으나 양자를 별도로 인정하는 것이 보다 명확하고 유연한 법 적용이 가능할 것 같음. (전문가 1)

징벌적 손해배상은 고의나 악의로 인한 불법이득에 초점을 두었다면, 위자료는 피해자의 정신적 손해에 초점을 두었으므로, 내용적으로 중복되는 영역이 있더라도 별개로 산정되어야 할 영역이라고 봄. (전문가 6)

고의적인 불법행위의 방지를 위해서, 기존의 손해배상제도는 그대로 유지하면서 고의적인 불법행위에 대해서는 기존 손해배상제도에 추가하여 손해배상이 되도록 하는 것이 타당하다고 보여진다. (전문가 28)

징벌적 손해배상이 대체로 위자료와 중복되는 부분이 있을 수 있으나, 정신적 손해라는 개별적 손해항목에 대한 배상은 전보배상에 관한 것이고, 징벌적 손해배상은 제재적 기능이 있는 것이므로, 이를 구별할 필요가 있음. (전문가 20)

양자 모두 장, 단점이 있으나, 하나로 통합하여 산정하게 하면 둘 다 산정의 기초가 불분명해지고 배상액이 증액되지 아니하여 징벌적 손해배상을 인정한 실익이 없어질 수 있음. 인정할 바에는 별도로 산정하게 함이 타당함. 다만, 이때에는 종래 위자료에서 제재적으로 고려되던 요소들을 어떻게 할 것인가를 별도로 검토할 필요가 있는데, 전체적으로 위자료 산정이 객관화되어가는 경향이 있음에 비추어 제재적 측면을 대부분 제거하는 방향으로 순화할 수 있을 것임. (전문가 7)

또한 이러한 견해에서는 징벌적 손해배상제도가 실질적인 전보배상의 기능을 회복할 수 있다는 점에서 이를 별도로 구별할 필요가 있다고 본다.

징벌적 손해배상의 목적이 입증가능한 피해자의 실손해에 비해 가해자의 이익이 훨씬 클 가능성이 있는 경우에 사실상 피해자의 손해 전보를 보완해 주고자 하는 것이라면, 위자료와 징벌적 배상은 구별되어야 함. (전문가 22)

이러한 견해에서는 위자료와 징벌적 손해배상의 역할과 기능, 영역이 중복되더라도 이를 일원적으로 심사할 경우 징벌적 손해배상제도의 체계에 차이가 있어 혼동이 우려되므로, 이를 별개의 규정으로 도입하여 구별하여 심사하여야 한다고 본다.

일반 민사손해배상 산정에 있어서 위자료의 역할과 징벌적 손해배상의 기능은 일부 중복될 수 있을 지라도, 손해의 공평타당한 분담과 이를 위하여 손해3분설을 취하고 있는 민사손해배상법 체계와 기능은 징벌적 손해배상제도의 기능과 체계와는 상이하기 때문에 이를 일원

적으로 주장되고 심사되는 것은 문제가 있다. 미국이나 영국에서의 논의가 참고가 될 것이다. (전문가 13)

## 2) 위자료와 징벌적 손해배상의 일원적 심사 견해의 근거

하나의 사건에서 위자료와 징벌적 손해배상을 일원적으로 주장하고 심사해야 한다는 입장에서는, 징벌적 손해배상이 도입된 영역에서 이를 위자료와 별도의 조문으로 규정할 필요 없이 구체적인 사건에서 배상액의 크기만 달리 판단하도록 하면 된다는 견해를 제시한다. 이러한 견해의 근거를 구체적으로 살펴보면, 1) 위자료의 성격을 고려해 볼 때 징벌적 손해배상은 위자료의 특별규정에 해당한다는 견해, 2) 위자료 제도의 보완을 통해 징벌적 손해배상의 도입목적은 일정부분 해결할 수 있다는 견해가 있다.

### ① 위자료의 특별규정으로서 징벌적 손해배상제도의 고려

기본적으로 징벌적 손해배상의 도입방식에 있어 특정한 영역에서 개별입법의 형태로 들어와야 한다는 입장에서 볼 때, 일반적인 손해배상제도에서 위자료가 특별손해로서 가지므로 위자료 청구가 인정되는 영역에서는 징벌적 손해배상을 배제하거나 징벌적 손해배상이 적용되는 영역인 경우 위자료 청구를 부정하는 방법으로 도입해야 한다고 주장한다.

현재 우리나라의 손해배상제도에 있어서도, 재산적 손해배상이 행해지면 피해자의 정신적 고통이 어느 정도는 위로된다는 것이 통설적인 견해임. 따라서 위자료의 청구는 특별손해의 성격이 강한 것으로 생각되어 있음. 징벌적 손해배상으로 실손해를 초과하는 배상금이 인정되면, 피해자의 정신적 고통도 상당부분 위로될 것으로 생각됨. 결국, 징벌적 손해배상 이외에 별도로 위자료의 청구를 인정할 필요는 없을 것이고, 징벌적 손해배상이 인정되는 분야에서는 위자료의 청구를 인정할 필요가 없을 것으로 생각됨” (전문가 9)

징벌적 손해배상을 특별법에서 인정한다면, 이른바 범조경합에 의해 징벌적 손해배상만을 고려하는 판단을 하면 될 것이므로. (전문가)

징벌적 손해배상을 위자료의 특별규정으로 수용하는 것이 바람직할 것임. (전문가 24)

이러한 견해에서는 징벌적 손해배상제도를 위자료의 특별규정 형태로 도입하는 것이 바람직하다고 본다.

② 기존의 위자료 제도 보완을 통해 징벌적 배상제도 도입의 취지 실현

이 견해에서는 기존의 위자료 제도의 보완을 통해 징벌적 배상의 도입 목적이 실현될 수 있다고 본다. 이러한 견해는 징벌적 배상제도 도입에 대해 반대입장에 근거하고 있다.

기존의 위자료와 징벌적 손해배상은 요건과 범위가 다르다. 그러나 본인은 징벌적 손해배상의 제도적 도입에 반대하며, 징벌적 배상제도를 통해서 달성하고자 하는 입법목적은 기존의 위자료 제도의 보완 등을 통하여 이루어지는 편이 바람직하다고 본다. (전문가 14)

이에 따르면 징벌적 배상제도가 도입된다고 하더라도 기존의 위자료 기능을 고려하여 일원화되어 심사되어야 하며, 징벌적 손해배상제도의 요건을 기존의 위자료 규정을 통해 해결할 수 있다고 본다.

기본적으로 제도의 도입에 반대하지만, 도입한다면 징벌적 손해배상과 위자료가 실질적으로 동일한 기능을 담당하는 점을 고려하여 일원적으로 주장되고 심사되어야 할 것으로 생각됨. (전문가 23)

위자료에도 전보뿐만 아니라 징벌의 기능이 포함될 수 있음이 지적되는 이상 위자료와 징벌적 손해배상을 별도로 분리해서는 안된다고 본다. (전문가 16)

별도로 징벌적 손해배상에 대하여 규정을 두게 된다면 별도로 요건을 정하여야 할 것인데, 징벌적 손해배상을 위한 요건을 정할 필요가 없다고 생각된다. 전보적 손해를 청구한 경우에도 징벌적 손해배상을 인정할 필요가 있는데 그렇다면 특별하게 별도로 규정을 둘 이유가 없다고 생각된다. (전문가 26)

## (2) 법원의 이유설시 의무화 규정 입법에 대한 견해

징벌적 손해배상제도의 도입을 예정하고 있는 2005년 프랑스 채권법 개정시안 제1371조에 의하면, 명백한 고의 또는 중대한 과실로 가해자에게 득이 되는 결과가 손해의 배상만으로 없어지지 않음이 증명된 경우, 전보적 손해배상과 별도로 징벌적 손해배상을 명하는 판결을 할 수 있으며, 징벌적 손해배상을 명하는 경우 법관의 재량으로 그 중 일부를 국고로 귀속되도록 할 수 있다. 이 때 “징벌적 손해배상을 명하는 판결에는 특별한 이유가 제시되어야 한다”는 징벌적 손해배상을 명하는 판결에서 징벌적 배상 부분에 대한 “법원의 이유설시 의무화 규정”이 제안되고 있다.

본 조사에서 우리의 경우 징벌적 손해배상제도를 도입할 때에 프랑스 개정시안과 같이 법원의 이유설시 의무화 규정을 둘 것인가에 대해 전문가 의견을 개방형 문항으로 질문하였다. 이에 대해 전문가 의견을 종합해보면, 응답자 대부분이 이러한 입법안에 찬성의견을 밝히고 있다. 그 구체적인 근거에 대해 살펴보면, 1) 징벌적 배상제도의 예외적인 성격상 특별한 이유설시가 필요하다는 견해, 2) 징벌적 배상제도의 처벌적 성격상 이유설시를 통해 명확한 근거가 제시되어야 한다는 견해, 3) 법관의 재량권 남용을 제한하기 위해 이유설시의 의무화 규정이 필요하다는 견해가 있다. 기타의견으로는 이유설시가 필요하나 의무화 규정을 별도로 구성할 필요가 없다는 견해와 프랑스 채권법 개정시안과 같이 징벌적 배상금의 일부에 대해 국고 귀속을 명하는 판결인

경우에 이유설시 의무화규정이 필요하다는 견해 등이 있다.

### 1) 징벌적 배상제도의 예외적인 성격상 이유설시의 필요성

이 견해에서는 징벌적 손해배상제도의 특성상 고의 등 높은 주관적 요건을 요구하는 등 특별한 요건 하에서 예외적으로 인정되는 제도라는 측면에서 특별한 이유를 제시하도록 법규를 만들 필요가 있다고 본다.

징벌적 손해배상에 관하여, 대체로 고의 등의 높은 주관적 요건을 전제하다고 여겨진다면, 그에 상응한 이유설시는 당연히 필요하다고 여겨짐. (전문가 11)

징벌적 손해배상은 특별한 경우에 예외적으로 인정되는 제도로 보아야 하므로 징벌적 손해배상을 명할 때에는 특별한 이유가 제시되어야 하는 것이 옳다고 본다. (전문가 16)

징벌적 손해배상을 도입한다면, 이와 같은 프랑스의 법원 이유설시 의무화 규정도 같이 도입해야 합니다. 왜냐하면 징벌적 손해배상은 전보적 손해배상으로 채워지지 않는 부분에 대한 ‘예외적 손해배상’이므로, 이에 대한 특별한 이유가 제시되어야 하기 때문입니다. (전문가 18)

찬동한다. 징벌적 손해배상은 예외적인 제도이므로, 이를 허용하기 위해서는 특별한 이유가 있어야 하고, 그 이유제시를 법이 강제할 수 있다. 또 법관의 재량 남용을 예방하는 효과가 있다. (전문가 15)

### 2) 징벌적 배상제도의 처벌적 성격상 이유설시의 필요성

이 견해는 고액의 징벌적 배상이 인정되는 경우 징벌이라는 측면에서 가해자에게 명확한 기준을 제시함으로써 법적 안정성과, 구체적인 타당성, 판결에 대한 피고인의 승복 및 예측가능성의 제시라는 측면에서 입법안으로 제시할 필요가 있다고 본다.

징벌적 손해배상에 따른 배상액수는 주문의 내용으로 포함되며 따라서 주문이 정당함을 인정할 수 있을 정도의 이유 표시는 당연한 요건이라고 사료됨. (전문가 14)

가해자도 충분히 납득해야 하므로 이유를 설시해야 함. (전문가 2)

필요함. 대체적으로 고액의 손해배상이 인정될 가능성이 많고, “징벌”이라는 측면에서 왜 그러한 처벌을 받아야 하는 지, 어떠한 경우에 이를 회피할 수 있는 지에 대한 기준을 제시하는 측면에서 인정 이유를 제시하는 것이 필요함. (전문가 3)

징벌적 손해배상은 악성이 강한 불법행위의 분야에서 고의에 의한 불법행위만 대상으로 하여야 함. 또한 불법행위 재발억제의 효과가 인정되는 분야에서만 제도가 도입되어야 할 것임. 따라서 징벌적 손해배상을 명하는 경우에는, 이에 관한 이유가 설명되어야 가해자의 저항이 없을 것으로 생각됨.” (전문가 9)

만약 징벌적 손해배상제도가 도입되어 판결에서 징벌적 손해배상이 명하여 진다면 이에 대한 이유를 반드시 명기하도록 하는 것이 법적 안정성과 구체적 타당성 면에서, 그리고 판결에 대한 피고의 승복이라고 하는 차원에서도 필요하다고 본다. (전문가 13)

이유설시 의무화 규정이 없다 하더라도 법원에서 징벌적 배상부분에 대한 이유를 설시할 것이 예상되므로 제도도입의 의의가 반드시 크다고 할 수는 없다고도 생각되나, 이 제도가 가지는 불법행위의 재발억지력의 관점에서 볼 때 법원의 이유설시는 중요한 의미가 있다고 판단됨. 따라서 의무화 규정 도입에 찬성함. (전문가 10)

### 3) 법관의 재량권 남용을 제한하기 위한 이유설시 의무화의 필요성

이 견해는 징벌적 손해배상의 적용에 있어 그 효과가 클 수 있다는 점을 고려한다면, 법원의 이유설시 의무화 규정이 법관의 재량권 남용을 제한할 수 있다는 점에서 도입될 필요가 있다고 본다.



법원의 재량권남용을 제한한다는 점에서 바람직한 태도로 보임. (전문가 20)

타당하다고 생각합니다. 징벌적 손해배상은 남용될 경우, 기업 활동의 자유를 제한하는 등 부정적 영향도 없지는 않으므로 징벌적 손해배상은 꼭 필요한 경우에만 불가피하게 내리는 방향으로 가야 하기 때문입니다. (전문가 30)

#### 4) 기타의견

응답한 전문가들 중 이유설시에 대해서는 동의하나 이는 모든 판결에서 요청되는바 별도의 입법을 통해 규정할 필요가 없다는 견해도 있었다.

모든 판결에는 이유설시가 있어야 하는 것 아닌가요? 단순히 요건사실이 인정된다는 것으로는 불충분하다고 봅니다. 징벌적 손해배상의 경우에도 이유가 설시되어야 할 것입니다. (전문가 24)

징벌적 손해배상을 인정한다면 법관에게 그 이유를 제시하게 하여야 할 것이다. 그러나 이것을 법적 의무로 부과하는 것에 대해서는 반대한다. (전문가 26)

또 다른 기타 의견으로 법관의 이유설시 의무화 규정을 프랑스 개정시안과 마찬가지로 징벌적 배상액의 일부를 국고에 귀속시키는 경우에 도입하자는 견해도 있었다.

1. 원칙적으로 징벌적 손해배상을 인정한 것이다.
2. 징벌적 손해배상은 가해자가 얻은 경제적 이익을 부당이득으로 환수한다는 취지를 규정한 것이다.
3. 피해자 개인이 전부 배상받아야 하지만 심리결과 배상액 전부를 피해자에게 귀속시키기 어려운 사정이 있는 경우, 또는 이를 위하여 국가의 노력이 요구되는 경우 그 이유를 설시하고 배상액의 일부를 국고에 귀속시킬 수 있도록 한 것이다. (전문가 12)

그러나 동시에 프랑스의 개정시안을 우리가 참고함에 있어 프랑스에 대한 비교법문화적 관점으로 접근해야 한다는 지적도 있었다.

제정법 국가인 프랑스에서 제안된 민법조문안으로서 우리나라에서도 타당하다고 할 수 있음. 다만, 우리나라 판사의 역할에 대한 법의식과의 차이를 분명하게 인식해야 할 것임. 프랑스가 제정법국가이기는 해도 판례법 국가와 같이 판사의 법창설적 기능을 인정하고 있다는 점에서 우리나라에서는 이와는 약간 다른 방식으로 접근해야 할 것임. 하도급법에서와 같이 특별법 영역에서 3배 범위내에서 판사가 재량권을 남용하지 않도록 해야 할 것임. (전문가 6)

또한 이러한 프랑스 개정시안에 대한 평가로, 이러한 프랑스 개정시안이 “교정적 정의”의 입장에서 징벌적 손해배상제도를 접근해 나간 점에서 우리의 도입방식에 있어 대안적 방안으로 고려해 볼 필요가 있다(전문가 21)는 의견이 있었다.

### (3) 징벌배상금의 국가귀속

#### 1) 징벌배상금의 국가귀속 규정의 입법 의견

징벌적 손해배상의 도입이 원고에게 우발적인 소득 또는 과잉배상을 허용한다는 점에서 불합리하다는 비판이 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해, 미국 몇몇 주에서는 “분할배상(split-recovery) 규정을 두어 원고가 징벌적 손해배상으로 받게 되는 금액의 일부를 정부 또는 다른 공공기관에 환원”하도록 하고 있고, 프랑스 채권법 개정시안에서는 “법관의 명령에 의해 징벌배상금의 일정 부분을 국가에 귀속”하도록 규정하고 있다.

이와 같은 징벌배상금의 국가귀속 규정의 입법안에 대한 전문가 의견을 알아보기 위해 개방형 문항을 두어 각자의 견해를 살펴보았다. 이에 관하여 대체로 찬성견해와 반대견해가 비슷한 수준으로 제시되었다.

① 찬성견해의 근거

우선 징벌배상금의 국가귀속 규정안 도입에 대한 찬성견해의 근거를 살펴보면, 1) 징벌적 배상제도의 도입으로 야기될 과잉배상의 문제를 해소해야 한다는 견해, 2) 징벌적 배상제도의 사회적·공익적 측면을 고려할 때 국가귀속 규정이 타당하다는 견해, 3) 제한적인 요건과 기준 하에서 징벌적 배상액의 국가귀속이 필요하다는 견해가 있다.

ㄱ. 원고의 과잉배상 문제 해소의 필요성

이 견해는 징벌적 손해배상제도를 도입할 경우 발생하게 되는 원고의 우발적 소득 내지 과잉배상의 문제는 동 제도를 도입하기 위해 반드시 해결되어야 할 필수적인 과제로 본다. 이러한 점에서 고액의 징벌적 배상액에 대한 국가 귀속을 규정하는 것은 징벌적 배상제도의 문제점을 해결할 수 있는 방안이라고 보는 것이다. 또한 우리의 법문화상 남소의 우려를 해소하기 위해서도 이러한 입법안이 효과적인 해결방안이라고 제시한다.

원고의 우발적 소득 내지 과잉배상 문제는 징벌적 배상청구를 유도하기 위한 인센티브라는 명목만으로는 정당화되기 어렵고 따라서 동 제도를 도입하기 위하여 해결하여야 할 과제라고 생각되며, 상기 제도들을 참고할 수 있을 것으로 사료됨. (전문가 14)

수많은 자의 손해를 한 당사자가 귀속받는 것은 타당하지 않다. 따라서 국가의 환수는 타당한 것으로 보인다. (전문가 27)

지나치게 소송이 남발할 우려가 있는데다가 왜 보상이 피해자에게 돌아가야 하는가 하는 문제에 대해서도 비판이 있으므로 위와 같은 제도를 도입하는 것은 필요하다고 본다. 다만 소비자 피해와 같은 소액 다수의 피해 등과 같이 소송으로의 구제를 어려워 하는 분야에서는 피해자에게 배상이 돌아가야 할 것으로 본다. (전문가 16)

ㄴ. 징벌적 배상제도의 사회적·공익적 측면

이 견해는 징벌적 손해배상제도의 목적상 불법행위의 억제와 유사한 장래의 피해방지 등이 갖는 사회적·공익적 측면을 고려한다. 징벌적 배상제도의 성격상 징벌적 배상액의 국가귀속은 타당하다고 보는 것이다. 또한 국가로 귀속된 배상금은 향후 유사 피해방지나 손해 제거 등을 위한 공익 비용으로 환원함으로써 이러한 규정의 도입이 징벌적 배상제도의 사회적 배상기능 실현이라는 점에서 의미가 있을 것으로 본다.

타당하다고 생각합니다. 징벌적 손해배상은 원고에 대한 실손해의 충분한 배상이라는 측면도 중요하지만, 피고에 대하여도 동일한 불법행위를 방지하여 사회후생을 증대시킨다는 목적도 가미되어 있기 때문입니다. (전문가 30)

찬성: 유사 피해방지나 손해 제거 등을 위한 공익 비용으로의 환원이 고려될 수 있음. (전문가 1)

손해배상의 근거가 개인적 배상이 아니라 공공성을 가지는 경우 피해자 전체의 이익을 위해 국가 등의 공공단체가 피해자의 이익을 위한 사업의 기금으로 활용하기 위해 분할배상 가능성을 인정하는 것은 타당(예, 담배소송: 흡연으로 인한 중독성 감소, 건강 증진 사업 등). 다만 이 경우 가해자가 배상 후 기금에 대한 접근은 철저히 차단하여야 함. (전문가 3)

독일에도 이익환수제도 등 유사한 제도가 있는바, 충분히 고려할 만하다. (전문가 5)

징벌적 손해배상액 중의 일부를 국가에 환원하여, 동일한 불법행위의 재발방지를 위한 제도의 마련에 대한 재원으로 쓴다면, 징벌적 손해배상제도의 도입취지에 합당한 것이 되므로, 그 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있을 것으로 생각됨. (전문가 9)

징벌적 손해배상이 가지는 사회적 배상기능을 실현하는 것으로서 이러한 입법안은 타당하다고 생각한다. (전문가 12)

ㄷ. 제한적 요건과 기준 하에서 국가귀속 규정의 제한적 도입

이 견해는 징벌배상금의 국가귀속규정의 필요성에 찬성하나 제한적인 요건과 기준 하에서 도입되어야 한다고 본다. 가해행위의 성격상 사회적 조치가 필요하는 등 사안의 성격상 국가나 공공기관에 귀속하게 하는 것이 타당한 경우에 한정하여 도입함으로써 손해배상금의 국가귀속이 남용될 여지를 줄이고자 하는 것이다. 그 요건과 기준의 구체적인 내용으로는 국가나 공공기관에 배상금을 귀속하는 것이 타당한 특정 사안이나 가해행위의 유형을 제한한다거나 비율과 분할배상액의 기준을 마련하는 방안이 제시되었다.

사안의 성격에 따라 일부 국가나 공공기관에 귀속하게 하는 것이 타당한 경우도 있을 수 있다. (전문가 17)

만약에 징벌적 손해배상을 도입한다면, 이러한 분할배상이 타당할 것 같습니다. 다만, 그 비율과 분할배상액을 어떻게 나누어야 할지에 대한 기준 정립이 필요합니다. 그렇지 않다면, 징벌적 손해배상이 오히려 국가재정의 중요한 세원확보가 될 수도 있는 문제가 있습니다. (전문가 18)

가능하고 바람직한 입법이라고 생각됨. 단, 징벌적 손해배상제도 도입이 논해지는 배경에는 현재 실손해전보가 충분치 못한 측면이 있었으므로, 적어도 제도초기에는 원고가 소송제기의 유인을 가질 수 있을 정도의 배상액을 인정해주는 것이 낫지 않을까 생각됨. (전문가 19)

징벌적 손해배상을 피해자가 모두 취하게 하는 것이 지나친 부당이득으로 된다면, 가해행위의 성격상 사회적 조치가 필요하다고 보이는 경우에는 징벌배상액의 일부를 국가에 귀속하는 방안을 고려할 수 있을 것임 (전문가 20).

② 반대견해의 근거

징벌 배상금의 국가 귀속에 대해 반대하는 견해의 구체적인 내용에 대해 살펴보면, 이러한 규정이 1) 민사상 손해배상의 전보적 성격에 반한다는 견해, 2) 징벌적 손해배상제도의 취지를 축소시킬 여지가 있다는 견해, 3) 우리의 경우 과태료 규정 등 행정제재수단과 징벌적 배상금의 국가귀속이 가지는 처벌적 성격이 충돌된다는 점에서 관계설정 에 문제가 있다는 견해가 있다.

ㄱ. 일반적 손해배상성격과의 충돌

이러한 견해는 징벌 배상금의 국가 귀속이 법체계적으로 일반적인 민사상 손해배상제도가 갖고 있는 전보적 성격에 반한다고 본다.

민사책임은 피해자의 이익보전에만 이용되어야 하기에 부정적이다.

(전문가 8)

ㄴ. 징벌적 손해배상제도의 취지 축소의 우려

이 견해는 징벌적 배상금의 국가귀속 규정을 도입하는 것이 징벌적 손해배상제도의 취지를 축소시킬 여지가 있다고 본다. 특히 징벌적 배상제도가 법률상 상한액 규정과 함께 입법이 될 때에 굳이 이를 도입할 필요가 없다고 본다.

판례법 국가인 미국에서는 일부 판례에서 과잉배상으로 피고에게 오히려 부당이득이 될 수 있다는 인식에서 일부 미국 주법에서는 징벌적 배상액의 일부는 기금으로 편입하는 입법례를 두고 있음. 그러나 판례법 국가가 아닌 우리나라의 경우에는 3배 배상 범위내에서 징벌적 손해배상액의 한도액을 정하는 입법방식이므로 분할배상의 실익은 없다고 봄. 이미 국가는 일부 법률에서 과징금을 통해 재발억제의 기능을 발휘하고 있는 점에서 분할배상과 같은 기능이 있다고 봄. (전문가 6)

배상액의 범위를 어떻게 설정할 것인가와 연계하여 판단하여야 할 것임. 예컨대 3배 배상을 인정하는 정도라면 분할배상이나 국고귀속은 크게 의미는 없을 것임. (전문가 10)

#### ㄷ. 다른 행정제재수단과의 관계설정 문제

이 견해는 우리의 경우 불법행위에 대한 행정제재수단이 마련되어 있는 상황에서 징벌적 배상금의 국가귀속이 가진 처벌적 효과와 어떻게 관계를 설정할지 어렵다고 본다. 이로 인해 오히려 징벌적 손해배상의 처벌적 성격이 강화되어 법체계상 혼란을 가져올 수 있다는 우려 또한 제기된다.

어려운 문제인데, 과태료 규정이 여전히 남겨져 있음에 비추어, 일부의 국가귀속을 입법화 하는 데에 주저됨. 또한 그 비율을 어떻게 정할 것인가도 논란의 소지 및 법관의 구체적 판단도 어려워 보임. (전문가 11)

이는 타당하지 않다고 봅니다. 미국의 경우에도 최종적으로 인정되는 징벌적 손해배상액이 그리 크지 않은 것이 현실이고, 이를 만약 정부나 공공기관으로 분할하는 방식을 취한다는 것은 형사벌적 의미를 강조한다는 것인데, 이는 형사소추에서 형사벌로 다루면 될 것을 굳이 민사소송인 민사손해배상청구에서 징벌적 손해배상제도를 도입하는 취지를 몰각케하는 방법이라 봅니다. (전문가 13)

이렇게 처리하는 것은 부적절하다고 봅니다. 국가에 귀속될 것은 형사벌로서의 벌금이지 민사벌인 징벌적 손해배상에 그러한 성격을 인정해서는 안될 것입니다. 그러나 과잉배상은 막을 필요가 있다고 봅니다. (전문가 24)

손해배상제도는 침해로 인한 손해를 주장하는 자의 손해를 전보해주는 것으로 청구자에 대하여 배상하는 제도라고 생각된다. 배상의 일부를 정부 또는 공공기관에 환원하도록 해야 할 의무를 부과하는 이유를 알 수 없다. (전문가 26)

징벌적 손해배상을 전보적 손해배상액의 3-4배 정도로 한정하여, 원고에게 지나친 우발소득이 발생하지 않도록 하는 것이 타당하다고 생각되며, 징벌적 손해배상액의 국가귀속제도는 좀 더 지켜보아야 할 것이다. (전문가 28)

## 2) 형사절차상 원칙과의 관계

징벌적 배상금의 국가귀속 규정을 도입하는 안에 대해, 이는 사실상 민사법원에 부과되는 벌금제도가 되며, 이러한 점에서 죄형법정주의나 헌법상 피고인에게 인정되는 무죄추정의 원칙에 기한 입증의 정도 등 형사절차상 원칙을 징벌적 손해배상 소송에 있어 배제하는 것은 정의에 반한다는 비판이 가능하다.

이러한 비판에 대해 전문가의 의견을 개방형 문항으로 질문하였는데, 다음과 같이 답하였다. 우선, 국가귀속 규정의 도입에 찬성하는 전문가들의 경우 징벌적 손해배상제도 및 국가귀속 일정한 요건 하에 도입함으로써 이를 해결할 수 있다고 보았다. 국가귀속 규정의 도입에 대해 반대의견을 가진 전문가들의 경우, 국가귀속 규정이 갖게 되는 형벌적 성격 때문에 형사절차상 원칙의 문제가 제기된다는 점에서 국가귀속 규정의 문제점을 지적하였다. 또한 국가귀속 규정과 관계없이 징벌적 손해배상은 민사제도로서 처벌적 성격이 아닌 제재적 성격을 가지므로 이러한 비판이 의미없다는 견해도 있다.

### ① 국가귀속 입법의 찬성입장에서의 견해

징벌적 배상금의 국가 귀속 입법에 찬성하는 견해에서는, 그 비율과 분할배상액이나 이를 적용하는 영역이나 불법행위의 유형을 제한함으로써 징벌적 손해배상의 처벌적 성격을 제한할 수 있다고 제시한다. 구체적으로 징벌적 배상금의 일부를 국가에 귀속시키는 경우 벌금의 성격을 가지지 않도록 배상액의 범위를 한정하거나 과잉배상으로 인



정되는 경우에만 한정하거나 그 용처를 향후 유사 피해방지나 손해 제거 등을 위한 공익 비용으로 활용하도록 제도화함으로써 해결할 수 있다는 것이다.

배상액의 범위를 어떻게 설정할 것인가와 연계되는 문제임. 다만 징벌적 배상을 국가에 귀속시킨다고 한다면 그 용처에 대한 제도보완이 있어야 할 것임. 예컨대 소비자소송에서 징벌적 배상을 일부 국가에 귀속시킨다면, 이를 관련되는 소비자피해의 구제 등에 활용하도록 제도화할 필요가 있음. (전문가 10)

피해자가 신청한 배상액 전체를 의무적으로 인정하는 것은 아니며, 그 정도는 법원이 정할 수밖에 없음. 그 구체적인 액수를 정함에 있어 법원이 활용 가능성을 고려하여 결정하면 됨. 즉 개인에게만 배상이 되는 경우에는 적게, 공공 사업기금의 가능성이 있는 경우에는 가해자가 부담할 수 있는 범위 내에서 고액으로. (전문가 3)

불법행위자의 강한 법배반성에 대하여 이루어지는 확장된 손해배상액 산정으로써 반드시 그 성질상 벌금과 같다고는 생각되지 않음. 다만, 그 배상금액이 손해배상제도의 운영목적에 비추어 정당화되지 아니할 정도로 지나치게 과도한 경우에는 벌금제도와 중복 내지 기타 형사법 원칙에 비추어서는 물론 독자적으로도 그 정당성을 인정받기 어려울 것임. (전문가 14)

입증 정도를 강화하게 되면, 이런 논란은 피할 수 있다고 본다. (전문가 15)

우발적인 소득 또는 과잉배상의 경우에만 적용된다면 국민의 공감대를 얻을 수 있을 것으로 생각함. (전문가 25)

또한 국가귀속이 갖는 차별적인 성격을 피하기 위해 국가 귀속의 방안이 아니라 사회적 배상의 차원에서 사회적 귀속만을 허용하는 입법안을 제시하는 견해도 있다.

국가 귀속이 아니라 유사 피해 방지를 위한 사회적 귀속만을 허용하여 위 비판의 예봉을 일단 피하고자 함. (전문가 1)

국가에 귀속된 배상액을 동일한 불법행위의 재발을 방지하는 제도의 마련 및 운용에 대한 재원으로 사용한다면, 충분한 타당성이 있을 것으로 생각됨. (전문가 9)

② 처벌적 성격이 아닌 제재적 성격의 민사제도로서 징벌적 손해배상 징벌적 손해배상이 민사상 제도로서 처벌적 성격보다는 제재적 성격을 가지므로 형사절차상 원칙이 반드시 적용될 필요가 있는 것은 아니라는 견해도 있다.

징벌적 손해배상을 징벌적이라는 표현은 하지만, 엄밀한 의미에서는 형사법 영역의 의미가 아니라, 피해자의 손해에 초점을 두고 고의나 악의에 따른 불법이득을 피해자에게 보전해주므로 가해자의 재발방지 억제에 기능하도록 하는데 있으므로, 형사절차상의 원칙이 적용될 여지는 적다고 봄. 국고에 귀속된다 하여 그것이 형벌의 일종으로 벌금이라고 할 수는 없으므로(과태료를 생각해볼 것) 죄형법정주의를 논할 문제는 아니고, 무죄추정의 경우도 마찬가지임. 대부분의 국가는 어쨌든 제도 상으로는 민사구급도 유지하고 있지만, 그것이 죄형법정주의나 무죄추정의 대상이 되지는 않음. 이는 형벌과는 다른 것임. (전문가 14)

이러한 견해에 대해 징벌적 손해배상제도의 도입에 있어 한편으로 형법상의 절차상 원리가 새롭게 해석되어 고려될 필요성이 있다는 주장이 있다.

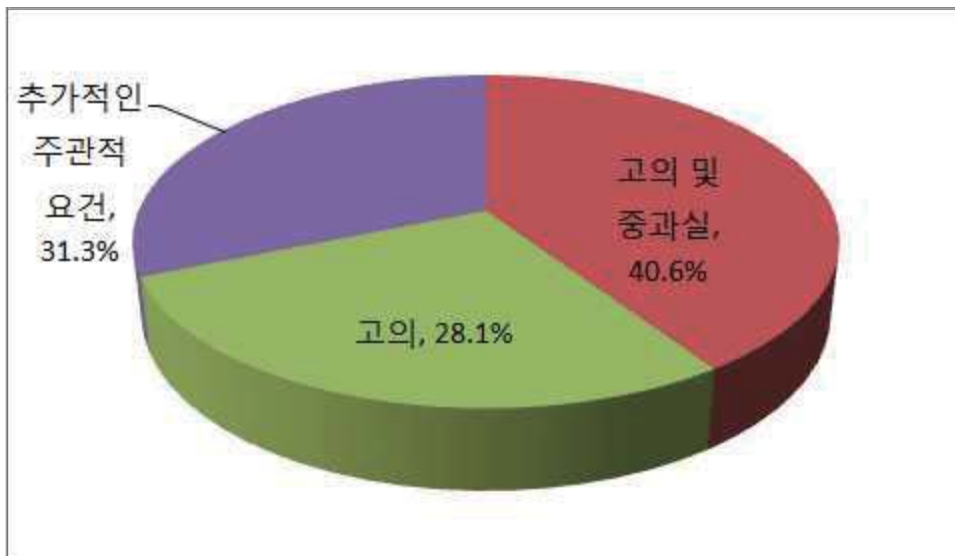
고려할 필요는 있는 듯합니다. 왜냐하면 형법의 죄형법정주의 사상에 따라서 엄격하게 해석되어야 하는 부분이, 징벌적 손해배상(억제와 제재 기능을 수행함으로)의 해석에도 어느 정도 필요성이 있기 때문입니다. (전문가 18)

(4) 징벌적 손해배상의 요건

1) 주관적 요건

징벌적 손해배상의 대상이 되는 불법행위의 주관적 요건을 어떻게 규정할 것인가에 대한 전문가 의견을 살펴보면, 고의와 중과실의 경우에 인정한다는 견해가 전체 응답 중 40.6%(13명)으로 가장 많았고 그 다음으로는 고의, 중과실, 과실 이외의 추가적인 주관적 요건이 있어야 인정한다는 견해가 31.3%(10명)이었으며, 고의의 경우에만 인정한다는 견해가 28.1%(9명)를 차지했다.

[그림 13] 주관적 요건



① 고의 및 중과실을 주관적 요건으로 보는 견해의 근거

고의와 중과실의 경우에 인정한다는 견해의 구체적인 근거를 살펴보면, 1) 징벌적 손해배상이 되는 가해자의 귀책사유가 통상의 경우보다 가중될 필요가 있고, 2) 징벌적 손해배상제도의 취지상 일반적 과실에 의한 불법행위와 구별할 필요가 있으며, 3) 대륙법체계인 우리

민법상 고의 및 중과실 평가로 충분하다는 점에서 일반적인 과실을 배제하고 고의 또는 중과실로 주관적 요건을 한정해야 한다고 본다.

가해자의 귀착사유가 통상의 경우보다 가중될 필요가 있음. (전문가 1)

징벌적 손해배상 자체가 일반적인 과실에 의한 불법행위와 구별하여 배상책임을 부담시키기 위한 것이므로. (전문가 2)

민사책임의 범위내에서 고의와 중과실로 한정하는 것이 타당하다고 생각함. (전문가 12)

고의, 중과실 이외 일반적 과실의 경우에도 징벌적 배상을 명하는 것은 민사 손해배상법의 기본취지 및 원리가 영미법상의 징벌적 손해배상제도와 차이를 찾을 수 없을 정도가 되기 때문에 이는 가능하지 않다고 봅니다. (전문가 13)

이러한 관점에서는 대륙법체계인 우리의 경우 고의와 중과실 요건은 징벌적 손해배상제도에서 억제하고자 하는 가해자의 악의나 고의를 포괄할 수 있다고 본다.

이는 기본적으로 입법정책의 문제라고 사료됨. 악의나 사악한 동기만이 아니라 고의와 중과실도 기타의 과실 불법행위와 가벌성에서 구별될 수 있을 것이며, 가해자의 악성을 징벌한다는 차원에서는 고의와 동일시할 수 있을 정도의 중과실에 대하여도 손해배상액의 증액이 타당할 것임. (전문가 14)

대륙법을 취한 우리민법상 고의와 중과실은 법적평가가 동일하다. (전문가 8)

징벌적 배상제도의 예외적 성격에 비추어 고의, 중과실에 한정시키되, 추가적 요건은 법관의 재량(판례법)에 맡김으로써 보다 탄력성 있는 운용을 꾀하는 것이 타당하다고 생각함. (전문가 22)

징벌적 손해배상 자체를 제한할 필요가 있는 외에 과실에 대하여 인정하는 것은 법현실 및 국민의 법감정에 반하게 될 것으로 판단됨. (전문가 23)

현행 민법하에서는 고의와 과실을 구별하지 않아 고의에 대한 논의가 활발하게 진행되지 않았다. 그리고 고의를 증명하는 것도 쉽지 않다. 따라서 중과실은 고의와 동일시 취급하여도 좋은 것 같다. 단순한 과실만으로 징벌적 배상을 하도록 하는 것은 지나치다고 생각된다. (전문가 26)

② 고의, 중과실, 과실 이외에 추가적 주관적 요건이 필요하다는 견해의 근거

고의, 중과실, 과실 이외의 추가적인 주관적 요건이 있어야 인정한다는 견해의 근거에 대해 구체적으로 살펴보면, 징벌적 손해배상은 예외적인 경우를 제재하기 위해 도입여부를 논하고 있으므로 앞선 고의와 중과실의 경우보다도 더욱 엄격하게 요건을 제한해야 한다고 본다. 특히 현재 우리 판례상 “민사책임에서의 고의개념이 그 자체로 높은 비난가능성을 징표한다고 보기 어려울 정도로 완화되어 있어 비난할 만한 심정 내지 동기를 요구할 필요가 있다(전문가 30)”고 본다.

현재에도 고의성은 처벌이 가능하므로 징벌적 손해배상이 인정되기 위해서는 추가 요건이 필요. (전문가 3)

징벌적 손해배상은 예외적인 경우이므로 고의나 중과실만으로는 불충분함. (전문가 4)

특별한 제재의 필요성을 정당화하는 한 요소임. (전문가 7)

요건을 엄격하게 하여야 제도의 남용을 막을 수 있음. (전문가 10)

징벌적 손해배상은 영미권법에서도 아주 예외적인 제도입니다. 그렇기 때문에 이러한 측면에서 이에 부합하는 미국 판례와 같은 주관적 요건의 강화가 필요하다고 판단합니다. (전문가 18)

외국의 입법례에서도 징벌적 손해배상은 모든 손해배상사건에 등장하는 것은 아니며, 피고{가해자}의 주관적인 심리상태가 단순한 고의, 중과실을 넘어 악의나 계획적이라는 점이 추가되어야만 하기 때문입니다. (전문가 30)

③ 추가적인 주관적 요건 도입의 경우, 그 내용 및 근거에 관한 견해

고의, 중과실, 과실 이외의 추가적인 주관적 요건을 도입할 경우 그 내용 및 근거에 대해 구체적으로 살펴보면, 이러한 비난할 만한 심정과 동기에 해당하는 것으로서 미국 판례법상 주관적인 요건인 “가해자 측의 악의(malice), 사기적 또는 사악한 동기(fraudulent or evil motive), 의식적(conscious)이고 계획적(deliberate)인 타인의 권리 내지 이익의 무시” 내지 캐나다 판례상 “피고가 주의를 완전히 결여하여 자신의 부주의로 인해 발생할 수 있는 결과에 대해 인식하고 있으면서도 타인이 위험에 처하는 것에 대해 꽤넘치 않거나 그보다 더한 정도라고 추정할 수 있는 정도” 등의 요건을 적절한 입법례로 고려할 수 있다고 제시한다.

이에 따라 전문가 의견에서 제출된 추가적 주관적 요건으로는 다음과 같은 것이 있다.

“고의만을 기본 요건으로 하고, 그 외 손해발생에 대한 불회피성 등” (전문가 3)

“법을 고의적으로 무시하는 경우” (전문가 4)

“비양심성, 악의적인 계획성, 미필적 고의에 가까운 심리 상태” (전문가 30)

## 2) 객관적 요건

일반규정으로 징벌적 손해배상이 도입되는 경우 징벌적 손해배상을 인정하기 위한 객관적 요건이 어떻게 규정될 수 있는지에 대해 개방

형 문항으로 문의하였다. 이에 대한 전문가 의견을 살펴보면, 일반규정으로 징벌적 배상제도의 도입을 찬성하는 입장에서 1) 불법행위의 유형을 구체적으로 열거하여 제한하는 방안, 2) “특별히 중대한 가해 행위”라는 객관적 요건을 민법 제750조의 일반 요건에 추가하는 방안, 3) 침해법익의 유형을 제한하거나 현저한 재발방지의 필요성 내지 대규모적인 사회적 파급력을 명시하는 방안, 4) 법관의 재량적인 판단에 맡기는 방안 등으로 분류된다.

첫째, 불법행위의 유형을 구체적으로 열거하여 제한하는 방안이다.

개인의 생명, 신체, 안전에 대한 권리 또는 개인의 생명, 신체, 안전에 대한 권리 또는 인격권의 침해, 중대한 재산상의 침해(이윤추구 행위) 등 불법행위 유형에 대한 제한. (전문가 1)

역시 입법정책의 문제이며, 징벌적 배상제도를 도입하되 특정 영역에 한하여 한정하지 않더라도 다소간 적용범위를 제한하고자 한다면 “개인의 생명, 신체, 안전, 인격권, 중대한 재산상 침해” 정도의 적용범위를 설정하는 것도 고려할 만한 것으로 사료됨. (전문가 14)

정신적 손해배상과 마찬가지로 기본 출발점은 ‘인격권 침해’(생명, 신체, 자유, 명예, 정조와 같은)에 한정해야 합니다. 그런 측면에서 채무불이행나 계약위반의 경우에는 원칙적으로 징벌적 손해배상을 인정할 수 없습니다. 다만 프랑스 채권법개정과 같이, 악의적인 피해자의 침해행위로 가해자가 이익을 얻는 경우는 징벌적 손해배상의 대상으로 삼을 수 있다고 판단합니다(미국도 동일하게 판단하고 있습니다). (전문가 18)

일반규정으로 도입한다면, 가능한 한 그 요건을 엄격히 하는 것이 타당하다고 보여지므로, 개인의 생명, 신체, 안전에 대한 권리 또는 인격권의 침해, 중대한 재산상의 침해(이윤추구 행위) 등 불법행위 유형에 대한 제한을 하는 것이 옳다고 생각된다. (전문가 28)

둘째, “특별히 중대한 가해행위”라는 객관적 요건을 민법 제750조의 일반 요건에 추가하는 방안이다.

불법행위 유형을 제한하는 것은 징벌적 손해배상을 민법상 도입하는 데 조금 한계가 있을 것 같고, 또한 그 유형을 열거하는 방식의 입법은 바람직하지 않다고 생각합니다. 가해자의 특별히 중대한 가해행위(outrageous conduct)가 적당할 것입니다. (전문가 30)

- 일반 요건 + 특별히 중대한 가해행위. (전문가 2)
- 민법 제750조 요건 + 특별히 중대한 가해행위. (전문가 3)
- 특별히 중대한 가해행위. (전문가 5)

우리나라의 법체계에서 보면 민사 일반규정으로서의 징벌적 손해배상은 도입될 것이라고 보지는 않으나, 만일 도입된다면, 객관적 요건으로는 특별히 중대한 가해행위를 규정해야 할 것임. (전문가 6)

가해행위와 이윤추구 행위를 중심으로 보아야 합니다. (전문가 21)

굳이 도입한다면 피해자의 입증가능한 실손해에 비해 가해자의 이득이 훨씬 클 것을 객관적인 요건으로서 반드시 규정하여야 함. (전문가 22)

셋째, 일반적인 손해배상 요건과 중대한 가해행위에 대한 규정에 추가하여, 침해법익의 유형을 제한하거나 현저한 재발방지의 필요성 내지 대규모적인 사회적 파급력을 명시하는 방안이다.

- 일반적 손해배상의 요건충족. (전문가 8)
- 현재 불법행위가 일정한 정도 이상으로 빈발할 것.  
일정한 규모 이상의 피해자가 발생할 것.  
사회적인 손실의 발생 위험성이 있을 것.  
재발방지의 필요성이 현저할 것. (전문가 9)

고의의 중대한 가해행위로서 생명, 신체, 안전, 중대한 인격권의 침해 등으로 예시하는 것이 적절할 듯함. (전문가 24)



결과불법과 관련하여서는 원칙적으로 인격적 법익에 대한 침해를 중심으로 하고, 특별한 행위불법을 요구하며, 나아가 손해가 있어야 함. 그러나 법관의 재량에 맡기는 것도 괜찮은 방법이라고 판단됨. (전문가 7)

손해의 엄중성 또는 사회적 파급력이 고려될 필요가 있음. (전문가 20)

현실적 손해의 발생 + 손해회복이 사실상 불가능할 것. (전문가 23)

손해액을 입증하기 곤란한 경우에 한정하여야 한다. 손해액을 입증하기 곤란한 경우로 개인의 성명·신체·안전에 대한 권리, 인격권의 침해 등이 있을 수 있다. 그리고 저작권이나 특허권 등의 지식재산권의 침해로 인한 손해도 이에 속할 수 있다고 생각한다. (전문가 26)

넷째, 현대 사회에서 발생하는 불법행위의 종류가 다양하다는 점을 염두에 둘 때, 법관의 재량적인 판단에 맡기는 방안이 있다.

현실에서 발생하고 있는 다양한 불법행위를 고려해볼 때, 법관의 재량에 맡기는 것이 낫지 않을까 생각함. (전문가 19)

그러나 일반규정으로서 객관적 요건에 대해 규정하는 것에 대해 반대하는 견해도 있다.

법관의 재량에 따르기에는 부담이 크고, 침해결과만을 중심으로 하는 것은 일반민법의 경우에는 가능하겠으나, 개별 법률에서 정할 경우에는 반드시 적절하지는 않다고 여겨집니다. 악의적 가해행위 양태와 모습 등 주관적인 요건에 따라야 할 것으로 여겨집니다. (전문가 14)

징벌적 손해배상을 인정하기 위한 객관적 요건으로 행위유형에 대한 지정 내지 예시가 필요하다고 봅니다. 가령 “악의적, 억압적, 자의적, 고의적, 잔인한 등의 경우에는 법관은 징벌적 손해배상을 인정할 수 있다”와 같이. 그러나 현실상 손해의 발생 등 일반적인 손해배상의

요건을 포함할 필요는 없다고 봅니다, 왜냐하면 저는 일반 손해배상의 요건과 징벌적 손해배상의 요건은 달리 규정하는 2원적 체제의 방식을 취하기 때문입니다. (전문가 13)

일반규정으로 징벌적 손해배상이 도입되는 것에 반대함. (전문가 25)

### (5) 사전증거개시제도 등의 도입

징벌적 손해배상제도를 효과적으로 운용하기 위해서는 민사소송법상 사전증거개시(discovery)제도 내지 직권에 의한 증거조사 범위가 확대, 적용되어야 한다는 주장에 대해 전문가 의견을 개방형 문항을 통해 질문하였다. 이에 대해 찬성견해와 반대견해가 거의 비슷한 수준에서 제시되었다. 다음에서는 각 견해의 구체적인 근거에 대해 살펴보고자 한다.

#### 1) 찬성견해의 근거

민사소송법상 사전증거개시(discovery)제도 내지 직권에 의한 증거조사의 도입 및 확대 적용에 대한 찬성견해의 구체적인 내용에 대해 살펴보면, 1) 가해자의 고의 또는 악의의 입증에 위해 절차상 필요하다는 견해, 2) 징벌적 배상제도의 제재적 성격상 도입이 타당하다는 견해, 3) 징벌적 배상제도 취지의 실질화를 위해 필요하다는 견해가 있다.

각 견해에 대해 구체적으로 살펴보면, 우선 징벌적 손해배상 판단에 있어 법원이 가해자의 고의 또는 악의를 입증하기 위해서 절차상 필요한 제도라는 견해가 다음과 같이 제시된다.

가해자의 고의 내지는 악의를 입증하기 위해 필요한 제도라고 봄.  
(전문가 2)

징벌적 손해배상은 가해자에게 특히 중한 처벌이 되고, 법원에게도 특별한 판단이 요구되므로 사실의 객관화를 위한 모든 조치가 필요함.  
(전문가 3)

영미법계의 징벌적 손해배상소송에 활용되는 제도로써 우리나라에서도 반드시 도입되어야 할 것임. (전문가 6)

징벌적 손해배상은 손해배상의 특별유형일 뿐만 아니라 그 요건이 엄격하여야 한다. 그러므로 민사소송법상 사전증거개시(discovery)제도 내지 직권에 의한 증거조사 범위가 확대, 적용되어야 한다. (전문가 12)

징벌적 손해배상은 예외적인 경우로서 이를 명하기 위해서는 신중을 기해야 한다고 본다. 따라서 증거조사절차에서도 보다 신중을 기하는 제도로의 확충이 필요하다고 본다. (전문가 16)

징벌적 손해배상제도의 오남용을 피하기 위해서라도 직권에 의한 증거조사의 범위를 확대할 필요는 있을 것임. (전문가 20)

또한 직권 증거조사제도에 대해 징벌적 손해배상의 제재적 성격을 고려할 때 도입이 가능하다는 견해도 제시되었다.

징벌적 손해배상이 어차피 형법 등과의 접점에 있는 한 민사법의 일반원칙에서 벗어날 수 있는 위와 같은 직권 증거조사도 불가피하다고 여겨짐. (전문가 11)

특히 직권 증거조사제도의 경우 징벌적 손해배상제도의 취지를 실질화시키고 개인이 입증하기 어려운 경우를 구제하기 위한 절차상 제도로 활용될 수 있다고 본다.

징벌적 손해배상제도의 효과적인 운용을 위해 직권에 의한 증거조사 범위가 확대 적용되어야 한다는 주장은 타당하다고 봅니다. 입증방법, 손해배상액의 산정 등에서 증거조사가 잘 이루어지지 않으면 실효를 거두기 힘들기 때문입니다. (전문가 30)

징벌적 배상제도가 입증가능한 피해자의 손해보다 가해자의 이득이 훨씬 큰 경우에 사실상 피해자의 손해전보를 보완하는 기능을 담당할 수 있도록 하기 위해서는 민사소송법상 사전증거개시 제도 내지 직권에 의한 증거조사 범위의 확대는 반드시 필요하다고 생각함. (전문가 22)

이는 징벌적 손해배상에 한정되는 것이 아니지만, 개인적으로 입증의 곤란을 구제하기 위하여 법원의 관여를 넓힐 필요가 있음. (전문가 23)

직권에 의한 증거조사범위가 확대, 적용되는 것이 타당할 것입니다. (전문가 24)

## 2) 반대견해의 근거

민사소송법상 사전증거개시제도 내지 직권에 의한 증거조사제도 등의 도입에 반대하는 견해를 구체적으로 살펴보면, 1) 피고인에게 과도한 불리한 지위를 강요하고 소송비용이 낭비되는 등의 문제점이 있다는 견해, 2) 외국의 입법례를 볼 때 이러한 제도가 최근에 제한되는 추세에 있다는 점, 3) 민사소송법상의 특별절차를 징벌적 배상의 영역에만 도입하는 것은 민사소송법제의 안정성과 균형을 해칠 수 있다는 견해가 있다.

각 견해에 대해 구체적으로 살펴보면, 우선 사전증거개시제도의 경우 피고에게 과도하게 불리한 지위를 강요하고 소송전략에 재판에 승패를 맡길 우려가 있으며 비용이 낭비되어 경제적인 효율이 떨어진다는 비판이 제기되고 있다.

징벌적 손해배상제도가 도입된다고 하더라도 이를 청구하기 위한 소송은 민사소송이어야 함. 실손해를 초과하는 배상을 부담하게 될지도 모르는 피고에게, 일반 민사소송에서보다 불리한 지위에 있을 수 있게 하는 것은 바람직하지 않음. 따라서 직권조사주의가 도입된다고 하더라도, 전체적인 피해자의 파악이나 전체적인 손해규모의 파악 등, 한정적인 범위에서 도입되어야 할 것으로 생각됨. (전문가 9)

반대. 미국에서도 사전증거개시는 비용이 많이 드는 것으로 경제적이 아니라고 한다. (전문가 4)

반대함. 증거개시는 불법행위소송의 승패를 법이 아닌 재판과 소송 전략에 내 맡길 위험이 있음. 징벌적 손해배상에 관하여 특별히 그러한 특례를 인정할 만한 이유도 없음. (전문가 7)

사전증거개시제도를 소송절차에서 적극적으로 활용하고 있는 미국의 경우, 결국 이러한 제도의 문제점들로 인해 이를 제한하는 조치들을 마련하고 있는 추세에 있다는 점 역시 한계점으로 지적되고 있다.

반대한다. 왜냐하면 우선 변론주의에 반하는 것은 물론이고, 미국에서 징벌적 손해배상에 대한 소장의 기재, 손해배상액에 관한 사전적 공표에 대한 조항의 금지, 징벌적 손해배상 언급의 금지, 징벌적 손해배상에 대한 증거의 제한, 기업의 재산 또는 재정상태에 대한 증거의 개시 제한, 증명도의 상향조정, 평결 후 재심사 등 여러 가지 제한을 가하고 있는 이유를 상기할 필요가 있고 더욱이 피고 친화적인 방향으로 소송과정을 진행하는 것도 고려할 필요가 있기 때문이다. (전문가 13)

사전증거개시 제도 자체만 하더라도 제도남용과 시간 및 비용의 우려 때문에 전면 도입을 하지 못하고 증거개시 범위를 점진적으로 확대하는 방향으로 민사소송법 개정이 이루어지고 있음. 이러한 상황에서 사전증거개시가 징벌적 손해배상청구와 결합하게 되면 과도한 사회적 비용의 발생이 우려됨. 결론적으로 사전증거개시 제도는 징벌적 배상제도를 도입하기 위한 부수제도로써 도입을 논의할 것이 아니라, 그 자체의 장단을 가려서 독립적인 검토가 수행되어야 할 것으로 사료됨. (전문가 14)

마지막으로, 민사소송법상의 특별절차를 전체적인 법체계와의 조화를 고려하지 않고 징벌적 배상의 영역에만 도입하는 것은 민사소송법제의 안정성과 균형을 해칠 수 있으므로, 이러한 제도의 도입은 전체적인 균형을 고려하여 검토되어야 한다는 신중론이 제기된다.

“사전증거개시제도가 도움이 되는 것은 사실이나, 징벌적 배상 영역에만 도입하는 것은 전체로서의 민사소송법제와 균형이 맞지 않는다. 다만, 특별법으로 특정 영역에 징벌적 배상을 도입하는 경우는 사전증거개시제도를 함께 도입하는 것이 가능할 것이다.” (전문가 17)

현재의 민사소송법 제도에 미치는 영향을 고려하여 신중히 생각해야 한다고 보임(가장 중요한 원칙인 실손해전보를 위해 일반적인 제도 개선을 하는 것이 아니라 이례적인 제도인 징벌적 손해배상만을 위해 위와 같은 제도를 도입하는 것은 신중할 필요가 있을 것으로 생각됨). (전문가 19)

원론적으로 이러한 것이 필요하겠지만 현실적으로 이러한 문제는 민사소송법의 개정 및 추가적으로 따라야 할 부분이 많습니다. 대안적으로 model 개발이 필요합니다. (전문가 21)

징벌적 손해배상제도의 운영상 유익하다고 해서 징벌적 손해배상의 경우에만 적용되는 민사소송법상의 특별규정을 두는 것은 어려울 것으로 생각됨. 민사소송법의 개정문제는 별도로 논의되어야 할 것으로 생각함. (전문가 25)

형사법적 의미가 있으므로 지나치게 많은 인정은 제도 도입에서 반대에 부딪힐 여지가 크다. (전문가 27)

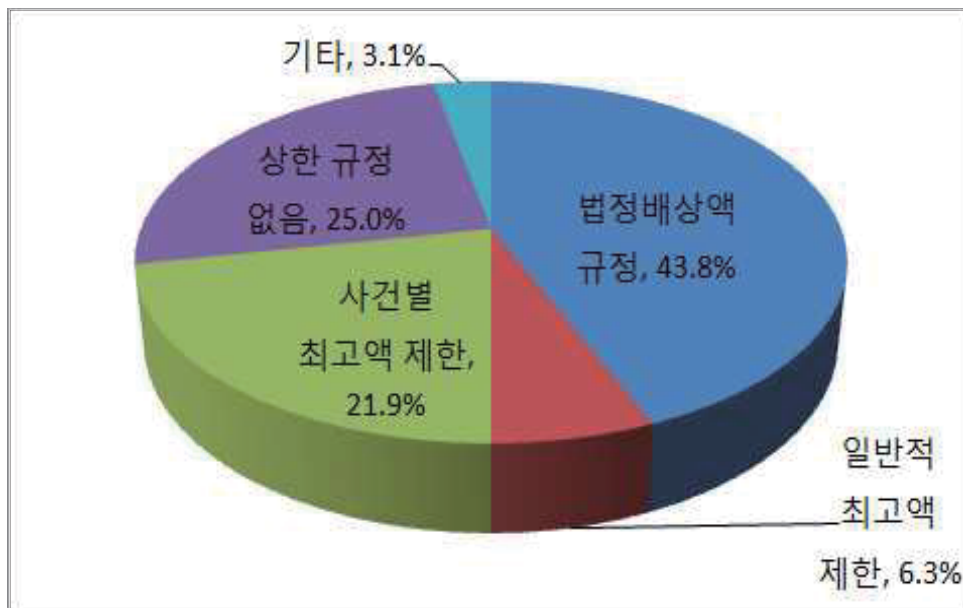
#### 4. 징벌적 배상액의 산정

##### (1) 배상액 산정의 제한

징벌적 손해배상의 배상액 산정과 관련하여 법률상 상한을 규정하는 것에 대한 전문가 의견을 살펴보면, 모든 징벌적 손해배상에 대해서는 법관의 재량을 제한하여 법률에서 일정한 배상액을 정하는 법정 손해배상액 제도를 도입해야 한다는 의견이 전체 응답 중 43.8%(14명)으로 가장 많았으며, 그 다음으로 상한을 정하지 않아야 한다는 의

견이 전체 중 25.0%(8명), 그리고 구체적인 사건에 따라 법관이 손해 배상액을 정할 수 있도록 하되 사건의 성격에 따라 달리 정한 최고액을 법률상 규정해야 한다는 의견이 전체 중 21.9%(7명)으로 나타났다.

[그림 14] 배상액의 법률상 상한



소수의견으로 구체적인 사건에 따라 법관이 손해배상액을 정할 수 있도록 하되 예외없이 적용될 수 있는 일반적인 손해배상 최고액을 법률상 규정해야 한다는 의견(6.3%)이 있었다. 또한 기타의견으로 “징벌적 배상제도를 도입하는 경우 법관의 재량을 제한할 수 있는 기준이 함께 마련되는 것이 필수적이나, 법률상 상한을 금액으로 정하는 것은 합리적인 근거가 없으며 배수로 정하는 경우에는 배상액이 벌금과 유사한 성질을 띠게 되므로, 그 한계를 법률상 명문으로 규정하는 것이 타당한지는 보다 깊은 검토를 요할 사항이라고 판단된다(전문가)”는 의견이 제시되었다.

### 1) 징벌적 배상액의 법률상 상한 도입안

본 조사에 응한 전문가들 중 70%가 지지한 징벌적 배상액의 법률상 상한을 규정하는 방법으로는 다음과 같은 세 가지의 방안을 고려할 수 있다. 1) 모든 징벌적 손해배상에 대해서는 법관의 재량을 제한하여 법률에서 일정한 배상액을 정하는 법정손해배상액 제도를 도입하는 안으로, 예를 들어 재산상 손해 및 비재산상 손해의 OO배에 해당하는 금액을 규정하는 것이다. 2) 구체적인 사건에 따라 법관이 손해배상액을 정할 수 있도록 하되 예외없이 적용될 수 있는 일반적인 손해배상 최고액을 법률상 규정하는 안으로서, 예를 들어 최고 OO원으로 구체적인 금액을 제시하는 것이다. 3) 구체적인 사건에 따라 법관이 손해배상액을 정할 수 있도록 하되 사건의 성격에 따라 달리 정한 최고액을 법률상 규정하는 안으로서, 예를 들어 제조물 책임 사건의 경우 최고 OO원으로 규정하게 하는 안이다.

#### ① 법정손해배상 제도의 도입안 근거

실손해액의 몇 배수에 해당하는 금액 등 법률에서 일정한 배상액을 정하는 법정손해배상액 제도를 도입해야 한다는 전문가 의견에 대해 그 근거를 구체적으로 살펴보면, 1) 배상액의 상한을 규정하되 실제 발생할 수 있는 손해액과의 관련성 속에서 배상액을 판단할 수 있도록 해야 한다는 견해, 2) 법적 안정성과 예측가능성을 확보하기 위해서는 일정한 제한이 필요하다는 견해, 3) 구체적인 타당성 확보를 위한 법관의 재량을 인정할 수 있는 일정 범위로서 배율을 정하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.

첫째, 배상액 산정에 있어서 법관이 재량을 제한할 필요가 있으며 제한의 근거로 실제 발생할 수 있는 손해액과의 관련성에서 판단하는 것이 타당하다는 점을 제시한다.



배상액 산정에 있어 판사에 의한 입법의 우려나 법적 안정성의 침해의 우려 등을 고려할 때, 법관의 재량을 일정한 기준에 의해 제한할 필요가 있음. 법관의 재량을 제한하는 경우, 모든 사건에 있어서 최고 한도액을 절대적으로 정하는 것은 불가능할 것으로 생각됨. 따라서 발생할 수 있는 실 손해액을 고려하여, 그의 몇 배수로 정하는 방법이 가장 타당할 것으로 생각됨. (전문가 9)

징벌적 손해배상의 상한을 설정하는 것은 오늘날의 법제의 경향인 듯합니다. 그리고 미국에서 논의되는 헌법적 측면에서 전보적 손해배상과 징벌적 손해배상의 비율이 중요한 문제로 나타납니다. 그런 측면에서 전보적 손해배상에 대한 일정 비율을 고려하여, 상한액을 정할 필요가 있는 듯합니다. (전문가 18)

징벌적 손해배상제도가 특정 주체들에 대하여 과도한 징벌을 하는 도구가 되어서는 아니된다고 생각한다. (전문가 26)

둘째, 징벌적 배상의 범위를 정하는 것이 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 있는 방안이 될 수 있다고 본다.

현행 배상액 산정제도에 기초하여 징벌적 배상의 범위를 정하도록 설계하는 것이 법원의 부담을 덜 수 있고 수규범자가 이해하기 쉬움. (전문가 10)

법적 안정을 고려하는 이 선택만이 국민의 공감을 이끌어낼 수 있다고 생각함. (전문가 25)

“초기 도입되는 과정에서는 지나치게 과도한 손해배상액을 인정하는 것은 타당하지 않다. 과잉배상금지의 원칙이 지배하고 있는 현재에 있어서, 법률상 한도를 정하는 것이 타당하다.” (전문가 27)

이 때에 배상범위의 선정에 있어 최고액을 정하는 것은 징벌적 배상의 취지를 해할 수 있어, 구체적인 타당성 확보를 위한 법관의 재

량을 인정할 수 있는 일정 범위로서 배율을 정하는 것이 바람직하다는 것이다.

최고액을 정할 경우 그 이상 초과되는 경우에는 징벌배상이 무의미하게 될 수 있다. 사건의 성격을 달리 할 경우에는 지극히 복잡해지고 법관의 구체적 타당성을 위한 재량을 위축시킬 우려가 있다. 따라서 원칙적으로 법관의 재량을 인정하되 남용하지 못하도록 최고범위를 배율로 정하는 것이 바람직하다고 본다. (전문가 16)

징벌적 배상제도의 남용방지 및 재판부에 따른 차등인정 등을 방지하기 위해 법관의 재량을 어느 정도 제한하되, 입증된 손해의 00배액 정도로 상한선을 규정함으로써 탄력성 있는 운용이 가능하도록 할 필요가 있음. (전문가 22)

② 구체적인 사건의 성격에 따라 법률상 최고액을 정하는 안의 근거

다음으로 구체적인 사안의 성격에 따라 최고액을 법률상 규정해야 한다는 의견의 구체적인 근거를 살펴보면, 1) 상한액 규정이 필요하며 적용 영역과 손해의 성격을 배상액의 상한에 반영하는 것이 합리적이라는 견해, 2) 개별법에서 징벌적 배상액의 한도를 정한다면 법관의 부담이 줄어든다는 견해가 있다.

첫째, 상한액 규정이 필요하며 적용 영역과 손해의 성격을 배상액의 상한에 반영하는 것이 합리적이라는 점을 지적한다.

최대액을 제한하지 않으면 가해자의 경제적 존립을 위태롭게 할 뿐만 아니라, 영역에 따라 배상액도 다르기 때문임. (전문가 2)

징벌적 손해배상액의 한계는 있어야 하고, 그 한계는 손해의 성격에 따라 다를 수밖에 없다. (전문가 4)

1. 징벌적 손해배상은 그 요건이 엄격하고, 배상액이 많으므로 구체적인 사건에 따라 법관이 손해배상액을 정할 수 있도록 하여야 한다.

2. 징벌적 손해배상은 모든 사건이 아니라 특정한 법익침해에 대하여만 적용되어야 하므로 피침해법익의 성격에 따라 최고액을 법률상 규정해야 한다. (전문가 12)

둘째, 배상제한주의를 취하는 우리 법문화적 특징을 고려해 볼 때 개별법에서 징벌적 배상액의 한도를 정한다면 법관의 부담이 줄어든다는 지적이다.

배상제한주의를 취하고 있는 우리나라 법문화에서 과연 법원이 재량으로 징벌적 손해배상액을 인정하는 것이 어려우므로 제정법국가로서 우리나라에서는 개별법에서 징벌배상의 한도를 정해준다면 법원이 부담없이 한도내에서 재량으로 판단할 수 있다고 봄. (전문가 6)

### ③ 법률상 일반적인 손해배상 최고액 규정안의 근거

예외없이 적용될 수 있는 일반적인 손해배상 최고액을 법률상 규정해야 한다는 소수의견의 근거를 살펴보면, “징벌적 손해배상은 전보적 손해배상만으로 충분히 효과를 거두기 힘든 경우에 예외적으로 인정되어야 할 사항이므로, 일률적으로 손해의 몇 배라는 식보다는 다소 법관의 재량을 인정하여 두되, 최고액을 제한하는 방안이 적합하다”고 주장한다.

### 2) 법률적 상한 제한 반대안의 근거

징벌적 손해배상의 배상액 산정과 관련하여 상한을 정하지 않아야 한다는 의견의 구체적인 근거를 살펴보면, 1) 법률상 상한 규정의 기준이 모호하며 실효성이 없다는 견해, 2) 법률상 상한을 규정하는 것이 징벌적 손해배상제도의 도입취지를 해할 수 있다는 견해가 있다.

첫째, 법률상 상한을 규정하는 것이 그 기준을 정하는 기준이 모호하고 현실적으로 실효성이 없다고 본다.

낮은 수준의 상한은 정작 문제가 되는 사건에서 충분한 제재효과를 거두지 못하는 원인이 될 수 있고, 수시로 법률을 개정해야 하는 불편이 있으며, 높은 수준의 상한은 현실적으로 별 의미가 없음. 이미 징벌적 손해배상이 인정되어 이를 입법적으로 제한하기 위하여 논의하는 미국의 경우는 별론, 우리의 경우에는 기술적으로 실현하기 어렵고 별 필요도 없음. (전문가 7)

이 역시 판단하기 쉽지 않은 문제로서, 법적용에 따른 법관의 부담을 감안한다면 실손해액의 몇 배와 같이 배상액 상한을 정함이 좋을 수 있을 것임. 그러나 이 같은 획일적 배상액 상한이 징벌적 손해배상의 취지, 즉 악행, 부도덕의 가중치에 따른 고도의 배상책임 부과라는 취지에 적합할까, 그리고 가령 3배액의 입법이 된다고 해서 어떤 근거로 개별 사례에서 그 결과가 정당하다고 수긍될 수 있을까 하는 의구심을 떨칠 수 없고, 따라서 제한없는 배상책임의 부과를 택했음. 이 경우에도 3배액과 같은 운용상 내부적 가이드라인의 기능을 할 수 있을 것으로 사료됨. (전문가 11)

법률에 상한을 정하는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 법률에 제한이 없더라도 민법의 신의칙에 의해 구체적 사정에 따라 일정한 제한이 내재된 것으로 볼 수 있음. (전문가 15)

한도를 남용하지 않을 것으로 우리 법원을 신뢰할 수 있다. 한도를 정하면 경제적 사회적 상황의 변화에 따라 지속적인 법개정이 필요하다는 난점이 있다. (전문가 17)

둘째, 법률상 상한을 정할 경우 징벌적 손해배상제도의 도입 취지를 해할 수 있다는 점이 지적된다.

일정액 또는 상한을 정할 경우, 각급 경제주체들의 활동의 자유를 보장한다는 측면에서 의미가 없는 것은 아니나, 징벌적 손해배상에 의한 제재의 대상인 손해를 유발시키는 행위가 그와 같은 상한의 제재

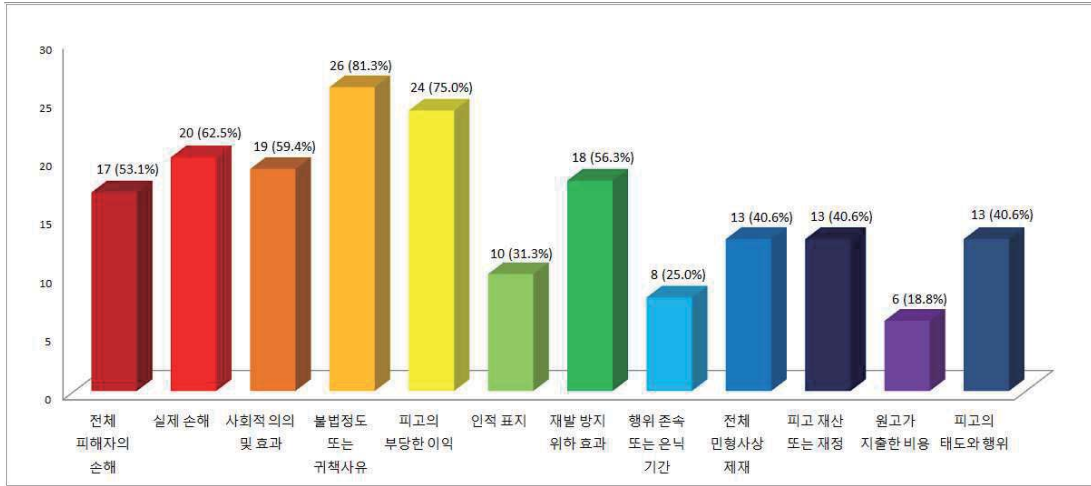
를 감수하더라도 경제성이 인정되는 경우라면, 행위자의 입장에서는 이를 감행할 우려가 있고, 따라서 이와 같은 결과가 초래된다면, 징벌적 손해배상제도의 제재적 기능 및 예방적 기능을 달성할 수 없을 것이기 때문이다. 더 나아가, 배상범위를 일정액으로 한정하는 것은 고유한 의미에서의 징벌배상이라고 할 수도 없음. (전문가 20)

## (2) 배상액의 산정기준

일반적으로 징벌적 손해배상의 구체적 배상액을 산정할 때에 고려해야 할 산정기준으로서 다음과 같은 요소들이 제시된다. ① 잠정적으로 추산된 전체 피해자들의 손해, ② 실제 손해의 정도, ③ 그 사건의 사회적 의의와 효과(공공에 대한 위해의 중대성), ④ 당해 행위의 불법 정도 또는 귀책사유의 중대성(심각성), ⑤ 피고가 당해 행위로 얻은 부당한 이익, ⑥ 피고 또는 원고와 관련된 인적 표지, ⑦ 재발 방지를 위한 위하적 효과를 가질 수 있는 정도의 금액, ⑧ 피고의 당해 행위의 존속기간 또는 은닉의 기간, ⑨ 피고에 대한 민형사상 제재의 총체성, ⑩ 피고의 재산 또는 재정상태, ⑪ 원고가 지출한 소송비용, ⑫ 부당한 행위를 알고 난 후 피고의 태도와 행위 등이 그것이다.

위의 각 요소에 대해 구체적인 배상액 산정시 기준에 대해 전체 응답자 30명이 높은 빈도로 선택한 순서대로 각 요소를 나열하면 다음과 같다. 가해행위의 불법정도(81.3%) > 피고의 부당한 이익(75.0%) > 실제 손해의 정도(62.5%) > 사회적 의의 및 효과(59.4%) > 재발방지를 위한 위하적 효과(56.3%) > 전체 피해자의 손해(53.1%) > 민형사상 제재의 총체성 = 피고의 재산상태 = 불법행위 후 피고의 태도와 행위(40.6%) > 피고 및 원고의 인적표지(31.3%) > 행위의 존속 또는 은닉기간(25.0%) > 원고의 소송비용(18.8%)이다.

[그림 15] 배상액 산정기준



배상액 산정 기준에 관한 전문가들의 의견에서 가장 높은 비율을 차지한 가해행위의 불법정도(81.3%)의 요소는 실제 행위의 내용과 결과라는 측면에서 그 다음으로 중요한 요소인 피고의 부당한 이익(75.0%)과 실제 손해의 정도(62.5%)와 유사한 범주의 기준이다. 이는 전문가들이 비록 징벌적 손해배상이라 관련하여도 실제 행위와 그로 인해 발생된 실제 피해를 중요한 기준으로 보고 있음을 알 수 있다.

이하에서는 위에서 제시된 배상액 산정을 위한 기준의 구체적인 근거를 살펴보고자 한다.

### 1) 실제 손해와의 상관관계

우선 실제 손해와 징벌적 손해배상의 상관관계가 제시된다. 여기서 피고가 당해 행위로 얻게 된 부당한 이익나 불법의 중대성이라는 요소는 실제 손해와 관련되는 범주로 평가할 수 있다.

징벌적 손해배상과 실제 손해와의 상관관계가 있어야 한다. (전문가 4)

징벌적 손해배상액을 산정하는데 가장 기초적인 것은 실제손해액이고, 이와 함께 실제 산정할 수 없는 잠재적 손해를 추산하고, 실제 소

송에서의 부담이 되는 소송비용 등을 고려해야 할 것임. 그리고 징벌적이라는 의미에 걸맞는 “피고가 얻는 부당이득”이 판단되어 징벌적 손해배상액을 산정해야 할 것임.” (전문가 6)

실 손해액에 기초하여 배상액을 산정토록 하되, 피고의 이익 정도 및 위해의 중대성 등을 고려하여 구체적으로 산정. (전문가 10)

“징벌적 배상제도를 입증가능한 피해자의 손해보다 가해자의 이득이 훨씬 큰 경우에 한정하여 피해자의 실손해에 대한 전보를 보완하는 기능을 담당하도록 한다면, 2와 5의 요소는 구체적 배상액 산정에 있어 반드시 고려되어야 함.” (전문가 22)

이 때 실제의 손해액은 재산적 손해가 아닌 정신적 손해 등 비재산적 손해와 관련되는 것이 징벌적 손해배상제도의 취지에 부합한다고 본다. 그래서 재산적 손해의 경우 징벌적 손해배상의 대상에서 제외되어야 한다는 의견도 있다.

재산적 손해는 징벌적 손해배상의 대상에서 제외되어야 하고, 특히 인격적 법익의 침해에 한정한다면 원고의 정신적 손해를 산정하기 위하여 위의 요소들이 고려되어야 할 것임. (전문가 23)

중대한 가해행위로서, 피해자가 입은 정신적 충격 등의 비재산적 손해의 정도와 관련되어야 할 것입니다. (전문가 24)

## 2) 가해행위의 악의 내지 고의 등 불법성의 중대성

다음으로 전문가들이 제시하는 중요한 배상액 산정기준은 가해행위의 악의 및 고의 등 불법의 정도가 중대한 경우가 중요한 평가 요소인데, 이러한 요소를 고려하는 근거는 징벌적 손해배상제도의 취지와 목적에 부합하는 요소이기 때문이다. 이러한 요소는 동 제도의 취지를 고려할 때에 배상액에 대한 구체적인 기준이 제시될 수 있다고 평가된다.

가해자의 악의 내지 고의가 중심이 되어야 한다. (전문가 8)

가해자의 불법의 정도가 중대한 경우에만 제한적으로 제도를 도입할 필요성이 있음. (전문가 9)

1. 징벌적 손해배상제도의 법제도적 의미를 고려함.
2. 법관의 배상액 산정에 구체적 기준을 제시함. (전문가 12)

해악이 크면서 불법성이 강한 것을 처벌할 목적이 있어야 한다. (전문가 27)

### 3) 불법행위의 사회적인 효과

다음으로 제시되는 배상액 산정을 위한 기준은 불법행위로 인한 사회적 효과, 즉 공공에 대한 위해의 중대성이다. 이러한 기준은 징벌적 손해배상제도의 도입 목적 및 취지와 관련하여 특정 불법행위의 사회적 파급효과로 인한 제재의 필요성과 실질적인 전보적 배상의 요청이 주된 요소이기 때문이다. 그러므로 징벌적 배상액 선정에 있어 당해 행위의 사회적 효과의 내용과 범위는 중요한 평가 기준이 된다.

손해배상에 대한 불회피성과 배상 인정에 따른 사회적 효과를 고려할 필요가 있음. (전문가 3)

징벌적 손해배상의 도입취지를 달성하기 위해 필요함. (전문가 9)

### 4) 종합적인 산정기준의 필요성

징벌적 손해배상제도가 당사자들과 사회 모두에게 큰 영향을 미칠 수 있는 특수성을 가진다는 점을 고려하여, 당해 불법행위 및 가해자, 피해자 등과 관련된 모든 요소를 종합적으로 평가해야 한다는 의견도 있다.

징벌적 손해배상은 가해자, 피해자, 사회에 모두 큰 영향을 미칩니다. 그렇기 때문에, 고려할 수 있는 많은 표지를 판단해야 합니다. 위



의 예시항목은 미국 판례에서도 고려하는 징벌적 손해배상을 인정함에 있어서 고려 요소로 삼는 것 같습니다. (전문가 18)

## 5. 소 결

본 연구에서 수행한 전문가 의견 조사의 일차적인 목적은 그동안 국내에서 꾸준히 논의되어 온 징벌적 손해배상제도의 도입과 관련하여 도입여부 및 도입방안의 구체적인 내용에 대해 법학교수, 법조인, 연구원 등 민법학자의 전문적인 견해를 쟁점별로 종합하여 정리하는 것에 있다. 이러한 시도를 통해 향후 징벌적 배상제도의 입법안을 구성하는 데에 있어 그 방향과 내용을 구성하는 데에 필요한 지침을 마련할 수 있기를 기대한다.

징벌적 손해배상제도 도입에 관한 전체적인 전문가들의 의견은 “기본적으로 징벌적 손해배상 제도의 도입을 긍정하나 현행법과의 조화 및 사회적 파장을 고려하여 신중하게 검토할 필요가 있다”고 종합될 수 있다. 다시 말해, 대부분의 전문가들이 일정한 요건 하에 징벌적 손해배상제도의 도입을 찬성하고 있다는 것이다.

즉, 전문가들은 대부분 징벌적 손해배상제도의 무조건적이고 전면적인 도입보다는 필요한 분야부터 순차적으로 도입하면서 제도에 대한 평가와 수정을 병행하는 것이 필요한 것으로 보았다. 이러한 의견을 바탕으로, 체계적이고 순차적인 도입을 통해 징벌적 손해배상제도가 우리의 법체계 내에서 어떻게 실천, 채택가능한 형태인지를 모색하는 점진적인 도입방안을 고려할 필요가 있을 것이다.

## 제 7 장 결 론

징벌적 손해배상제도는 영미의 독특한 환경에서 탄생되어 불법행위의 처벌 또는 억지기능을 명시적으로 인정하는 있는 것으로 현대 영미법계 불법행위법의 특징을 대표하는 구제수단이라고 할 수 있다. 반면, 대륙법계 국가들에서는 불법행위법이 로마법 이래 중세, 근세에서의 법의 변천을 거쳐, 손해배상을 효과로 하는 통일적인 개념을 형성하게 되었다. 이 과정에서 민사책임으로부터 처벌이라고 하는 개념은 배제되었다. 그 후 각국에서 근대 민법전이 제정되었지만, 프랑스 민법전과 독일 민법전으로 대표되는 대륙법계의 민법전에서는 손해의 전보가 불법행위법의 주요한 기능으로 자리 잡게 되었다. 우리의 민법전도 이러한 대륙법계의 전통을 계수하고 있다.

그러나 최근 사회경제의 구조의 변화와 함께 불법행위의 유형이 다양화되었고, 손해의 전보를 주된 기능으로 하고 있는 종래의 손해배상제도만으로는 피해자에 대한 충분한 구제가 이루어지지 못하는 경우가 발생하고 있다. 이와 함께, 악성이 높은 불법행위의 억지라고 하는 목적을 실현하기 위하여 불법행위법의 제재적 기능이 제도적으로 내재되어 있는 징벌적 손해배상제도의 도입 필요성이 제기되어 왔다.

그렇지만, 징벌적 손해배상제도의 도입 논의는 민·형사책임의 준별 원칙, 전보적 손해배상 원칙, 헌법상 과잉금지의 원칙 등과 관련한 규범적 측면에서의 문제점을 내포하고 있다. 이와 함께, 미국의 사례에서 살펴본 바와 같이, 징벌적 손해배상제도가 추구하는 제도의 순기능 못지 않게 역기능에 대한 우려가 높다고 할 수 있다. 따라서 동 연구에서는 제도의 도입과 관련한 규범적 측면의 쟁점을 비교법적, 법경제학적 관점에서 부각한 후, 제도 도입과 관련된 전문가 의견조사를 실시함으로써 국내에서의 제도 도입 논의를 정리하는 동시에,

향후의 방향성과 제도 도입을 상정하는 경우 고려해야 할 사항들을 제시하고자 했다.

전술한 바와 같이 징벌적 손해배상제도의 도입과 관련해서는 크게 ‘제도 도입 찬성론’과 ‘제도 도입 반대론’으로 구분할 수 있다. ‘제도 도입 찬성론’의 입장에서도 ‘전면적 도입안’과 ‘특정영역 한정 도입안’으로 나눌 수 있다. 그리고 도입을 상정하는 경우에도 고려하여야 할 사항을 구분하여 살펴볼 필요가 있었다. 이러한 점을 고려하여 동 연구가 제시하는 결론은 다음과 같다.

### 1. 징벌적 손해배상제도 도입 여부

징벌적 손해배상제도는 현행의 손해배상제도가 가지는 한계 내지 문제점이 극복되지 않는 경우, 이를 극복하기 위한 제도적 대안이 될 수 있다. 즉, 피해자에 대한 실질적이고 충분한 손해의 전보와 악성이 높은 불법행위의 억지라고 하는 목적 실현을 위해 징벌적 손해배상이라고 하는 수단은 대안적 제도로 활용할 수 있을 것이다. 특히, 가해자의 악의 또는 고의의 불법행위로 발생한 대규모 소액 피해사건의 경우에 그 행위의 불법성이나 사회적 효과가 중대하고 현재의 손해배상제도로 실질적인 전보적 기능이 충분치 않아 동 제도의 도입은 효과를 가질 수 있을 것이다. 그러나 위와 같이 기능론적 관점에서 징벌적 손해배상제도의 도입을 추진하는 경우에도 국내의 절차법을 고려한 현행 법체계와의 조화문제, 징벌적 손해배상의 남용의 문제, 과징금 등 행정적 제재와의 관계 등에 관한 구체적 문제와 함께, 종래 제기되어온 이론적 논의에 관한 검토 또한 지속적으로 이루어져야 할 것이다.

## 2. 징벌적 손해배상제도 도입 형태

### (1) 도입 형식

미국법상 징벌적 손해배상의 전형적 모델과 같은 징벌적 손해배상 제도가 전면적으로 도입되는 것은 이론적, 실무적 측면에서 모두 어려워 보인다. 이는 대륙법체계인 우리 민법과의 법체계상 근본적인 차이라고 하는 측면 이외에도, 이 제도의 도입을 위한 사전적인·제도적인 준비가 필요하다고 하는 현실적인 필요성에서도 기인한다. 따라서 제도의 취지를 고려하여 도입할 필요성이 현저한 분야부터 제한적으로 도입하는 방안이 타당하다. 즉, 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 입법방식은 개별입법을 통해 특정한 영역에서 특별법의 형태로 도입하는 방안이 기본방향으로 고려되어야 한다.

### (2) 도입 영역

동 제도의 도입 영역은 대규모의 소액 피해가 존재하는 영역이나 법경제적 억제효과가 기대되는 영역 그리고 중대한 피해의 결과가 발생하거나 실질적 전보배상의 회복이 필요한 경우가 될 수 있다. 구체적으로는 ① 소비자 보호 영역, ② 공정거래 및 부정경쟁방지 영역, ③ 식품위생 영역, ④ 개인정보보호 영역, ⑤ 환경보호 영역, ⑥ 제조물 책임 영역, ⑦ 금융 및 증권거래 영역 등이 그 대상이 될 수 있다.

### (3) 당사자

배상당사자에 관해서는 ① 배상청구권의 경우 특별한 제한없이 법인의 청구권까지 인정되는 것이 바람직하며, ② 배상의무자의 경우, 현대 기업의 불법행위의 특성이나 배상능력 등을 고려하여 우선적으로는 기업, 단체, 국가 등에게만 적용하거나, 개인을 배상의무자로 인정

하는 경우 불법행위자의 자력 등을 고려하는 등 엄격한 요건을 두는 것을 고려하여야 한다.

#### (4) 손해배상의 요건

손해배상의 요건에 관해서는 징벌적 손해배상이 되는 가해자의 귀책사유가 통상의 경우보다 가중될 필요가 있고, 징벌적 손해배상제도의 취지상 일반적 과실에 의한 불법행위와 구별할 필요가 있다는 점에서 일반적인 과실을 배제하고 고의 또는 중과실로 주관적 요건을 한정하는 방안을 고려할 필요가 있다. 그리고 불법행위의 유형이나 침해법익의 유형을 제한하거나, ‘특별히 중대한 가해행위’와 같은 객관적 요건을 추가하는 것과 같은 방안도 고려할 수 있을 것이다.

#### (5) 손해배상액의 상한과 배상액의 산정기준

손해배상액의 상한과 관련해서는 법적 안정성과 구체적 타당성을 확보하는 측면에서 모든 징벌적 손해배상에 대해서는 법관의 재량을 제한하여 법률에서 일정한 배상액을 정하는 법정손해배상액 제도를 도입하는 안, 예를 들어 재산상 손해 및 비재산상 손해의 OO배에 해당하는 금액을 규정하는 형식이 고려되어야 할 것이다.

배상액의 산정기준과 관련해서는 ① 가해행위의 불법정도, ② 피고의 부당한 이익, ③ 실제 손해의 정도, ④ 사회적 의의 및 효과, ⑤ 재발방지를 위한 위하적 효과, ⑥ 전체 피해자의 손해와 같은 기준이 고려되어야 할 것이다.

## 참고 문헌

### 1. 국내 문헌

#### (단행본)

곽윤직, 편집대표, 민법주해[IX], 1995.

곽윤직, 편집대표, 민법주해[XVIII], 2005.

곽윤직, 채권각론, 1995.

김태선, 징벌적 손해배상제도 도입여부, 법무부 정책연구 용역보고서, 2010.

곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2003.

이은영, 채권각론, 개정판, 박영사, 1997.

김상용, 채권각론, 개정판, 법문사, 2003.

곽윤직, 편집대표, 민법주해 제18권, 박영사, 2005.

박준서, 편집대표, 주식 민법 [채권각칙(6)], 제3판, 한국사법행정학회, 2000.

박준서, 편집대표, 주식 민법 [채권각칙(7)], 제3판, 한국사법행정학회, 2000.

박준서, 편집대표, 주식 민법 [채권각칙(8)], 제3판, 한국사법행정학회, 2000.

김태선, 징벌적 손해배상제도 도입여부, 법무부 정책연구 용역보고서, 2010. 2.

참 고 문 헌

한국법제연구원, 징벌적 손해배상의 법리와 도입 가능성 (I), 2007.  
10. 5.

한국법제연구원, 징벌적 손해배상의 법리와 도입 가능성 (II), 2007.  
10. 5.

**(학위논문)**

이점인, 징벌적 손해배상제도(Punitive Damages)에 관한 연구, 동아대  
학교 대학원 박사학위 논문, 1998. 12.

유근홍, 징벌적 손해배상제도에 관한 연구 - 도입 필요성과 그 적용  
한계를 중심으로 -, 청주대학교 대학원 박사학위 논문, 2006. 2.

김적태, 위자료제도에 관한 비교법적 연구, 동아대학교 대학원 박사  
학위 논문, 1997. 12.

**(논 문)**

김상찬·이충은, 징벌적 손해배상제도의 도입을 위한 비교법적 고  
찰, 한국법학회 법학연구 제35집, 2009.

김재국, 영미법상 징벌적 배상요소의 도입에 관한 소고, 비교사법  
제2권 1호, 1995. 6.

김현수, 미국법상 징벌적 손해배상 - 근대법형성기 법리의 전개와  
제한요소를 중심으로 -, 재산법연구 제29권 제2호, 2012. 6.

박종렬, 징벌적 손해배상에 관한 연구, 한국법학회 법학연구, 제26  
집, 2007.

소재선, 징벌적 손해배상의 기능과 한계, 경희대학교 논문집 제27집,  
1998.

- 윤용석, 징벌적 손해배상에 관한 미국의 최근 동향, 재산법연구 제 23권 제1호, 한국재산법학회, 2006. 6.
- 윤정환, 징벌적 손해배상에 관한 연구, 민사법학 제17호, 1999. 4.
- 윤정환, 징벌적 손해배상에 관한 연구, 재산법연구 제9권 제1호, 1992. 12.
- 이은희, 프랑스채권법 개정시안에서의 손해배상책임, 민사법학 제45권 제2호, 2009. 6.
- 이점인, 징벌적 손해배상제도의 도입 필요성과 가능성에 대한 일고찰, 동아법학 제38호, 2006.
- 이지윤, 독일민법상 징벌적 요소에 관한 역사적 고찰과 우리 민법에 의 도입가능성 검토, 민사법학 제56호, 2011. 12.
- 정하명, 미국의 懲罰的 損害賠償에 대한 새로운 한계, 토지공법연구 제43집 제2호, 2009. 2.
- 정해상, 손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계, 중앙법학 제6집 제4호, 2004.

### (기타 자료)

- 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료(I), 2006. 7.
- 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료(II), 2006. 9.
- 한국법제연구원, 징벌적 손해배상제도 관련 쟁점 및 논의 동향, 입법평가 회의자료집 ⑫, 2012. 10. 10.



한국법제연구원, 징벌적 손해배상제도에 관한 비교법적 검토, 입법  
평가 회의자료집 ⑭, 2012. 11. 05.

한국법제연구원, 징벌적 손해배상에 관한 법경제학적 논의, 입법평  
가 회의자료집 ⑮, 2012. 11. 12.

## 2. 외국 문헌

### (단행본)

American Law Institute, Restatement (Second) of Torts (1965).

American Law Institute, Restatement (Second) of Torts (1977).

American Law Institute, Restatement (Second) of Torts (1979).

Cass S. Sunstein et al., Punive Damages: How Juries Decide (2002).

Dan B. Dobbs, The Law of Torts (2000).

Douglas Laycock, Modern American Remedies (4th ed. 2010).

Jean Sébastien Borghetti, Punitive Damages in France, in Punitive Da-  
mages: Common Law and Civil Law Perspectives (Helmut Ko-  
ziol & Vanessa Wilcox eds., 2009).

Juliana Mörsdorf-Schulte, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer puni-  
tive damages (1999).

Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law (2d ed.  
2002).

Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law (3d ed.  
2007).

Peter Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht (2000).

Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds., 2009).

Simon Greenleaf, A Treatise on the Law of Evidence (16th ed. 1899).

W. Page Keeton et al., Prosser and Keeton on the Law of Torts (5th ed. 1984).

加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行爲, 第2版, 有斐閣, 2005.

吉村良一, 不法行爲法, 有斐閣, 第4版, 2010年.

森島昭夫, 不法行爲法講義, 有斐閣, 1987年.

我妻榮 외, 我妻・有泉コンメンタール民法(総則・物権・債権), 日本評論社, 第2版, 2008年.

潮見佳男, 基本講義 債権各論 <2> 不法行爲法, 新世社, 2009.

平井宜雄, 損害賠償法の理論, 東京大学出版会, 1973年.

## (논문)

A. Michell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harv. L. Rev. 868 (1998).

Alison F. Del Rossi & W. Kip Viscusi, The Changing Landscape of Blockbuster Punitive Damages Awards, 12 Am. L. & Econ. Rev. 116 (2010).

Amir Nezar, Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework, 121 Yale L.J. 678 (2011).

Anthony J. Franze & Sheila B. Scheuerman, Instructing Juries on Punitive Damages: Due Process After State Farm, 6 U. Pa. J. Const. L. 423 (2004).

참 고 문 헌

- Catherine M. Sharkey, *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine* (New York Univ. Sch. of Law, Law & Econ. Res. Paper Series Working Paper No. 12-02, Jan. 2012).
- Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 *Yale L.J.* 347 (2003).
- Dan Markel, *How Should Punitive Damages Work?*, 157 *U. Pa. L. Rev.* 1382 (2009).
- Dorsey D. Ellis, Jr., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 1 (1982).
- Haddock, McChesney & Spiegel, *An Ordinary Economic Rationale for extraordinary Legal Sanctions*, 78 *Calif. L. Rev.* 1 (1990).
- James D. Ghiardi, *Punitive Damages: State Extraction Practice is Subject to Eighth Amendment Limitations*, 26 *Tort & Ins. L.J.* 119 (1990).
- John Calfee, & Richard Craswell, *Some Effects of Uncertainty and Compliance with Legal Standards*, 70 *Va. L. Rev.* 965 (1984).
- John Y. Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis* (Villanova U. Sch. of Law Pub. Law and Legal Theory Working Paper No. 2003-6, 2003).
- Joni Hersch & W. Kip Viscusi, *Punitive Damages by Numbers: Exxon Shipping Co. v. Baker* (Vand. U. L. Sch. L. & Econ. Working Paper No. 09-04, 2009).
- Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 *Geo. L. J.* 421 (2008).

- Michael L. Rustad, The Closing of Punitive Damages' Iron Cage, 38 Loy. L.A. L. Rev. 1297 (2005).
- Michael Rustad & Thomas Koenig, The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers, 42 Am. U. L. Rev. 1269 (1993).
- Michell Mellow & Troyen A. Brennan, Deterrence of Medical Errors: Theory and Evidence for Malpractice Reform, 80 Tex. L. Rev. 1595 (2002).
- Morton J. Horowitz, The History of the Public/Private Distinction, 130 U. Pa. L. Rev. 1423 (1982).
- Note, Exemplary Damages in the Law of Torts, 70 Harv. L. Rev. 517 (1957).
- Patrick S. Ryan, Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth From Reality, 10 ILSA J. Int'l & Comp. L. 69 (2003).
- Robert J. Rhee, A Financial Economic Theory of Punitive Damages, 111 Mich. L. Rev. 33 (2010).
- Robert D. Cooter, Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?, 40 Ala. L. Rev. 1143 (1989).
- Ronald A. Brand, Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far, 24 J.L. & Com. 180 (2005).
- Steve P. Calandrillo, Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics, 78, Geo. Wash. L. Rev. 774 (2010).

참 고 문 헌

- Theodore Eisenberg & Martin T. Wells, The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer, 3 J. Empirical Legal Stud. 175 (2006).
- Theodore Eisenberg & Michael Heise, Judge-Jury Difference in Punitive Damages Awards: Who Listens to the Supreme Court?, 8 J. Empirical Legal Stud. 325 (2011).
- Theodore Eisenberg et al., Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study, 87 Cornell L. Rev. 743 (2002).
- Theodore Eisenberg et al., The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study (Cornell L. Sch. Legal Stud. Research Paper No. 09-011).
- Theodore Eisenberg et al., The Relation Between Punitive and Compensatory Awards: Combining Extreme Data with the Mass of Awards (Cornell Law Faculty Publications. Paper 52, 2006).
- Theodore Eisenberg, Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages, 87 Geo. L. J. 327 (1998).
- Victor E. Schwartz et al., I'll Take That: Legal And Public Policy Problems Raised by Statutes That Require Punitive Damages Awards To Be With The State, 68 Mo. L. Rev. 525 (2003).
- Volker Behr, Punitive Damages in American and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 Chi.-Kent L. Rev. 105 (2003).
- W. Kip Viscusi, How Do Judges Think About Risk, 1 Am. L. & Econ. Rev. 26 (1999).

- W. Kip Viscusi, The Blockbuster Punitive Damages Awards, 53 Emory L.J. 1405 (2004).
- W. Kip Viscusi, The Challenge of Punitive Damages Mathematics (Harv. L. Econ. & Bus., Discussion Paper No. 307, 2000).
- W. Kip Viscusi, The Challenge of Punitive Damages Mathematics, 30 J. Legal Stud. 313 (2001).
- W. Kip Viscusi, The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts, 87 Geo. L.J. 285 (1998).
- 廣峰 正子, フランス債務法改正草案に関する覚書, 法の科学 第39号, 2008. 9.
- 堀 文恵, 現代不法行為に対する民事上の制裁--懲罰的損害賠償の導入の可否を考える, 法学雑誌 5号, 180-184, 2001.
- 丹羽 重博, 懲罰的損害賠償の必要性, 日本法学 74(2), 2008. 07.
- 大谷 沙菜美, 懲罰的損害賠償・制裁的慰謝料について考える, 消費者法ニュース (77), 249-252, 2008-10.
- 渡辺眞次=真田範行, 名誉毀損訴訟における慰謝料額の高額化の提案について, 法時 74 卷12号, 2002年.
- 松井修視, 名誉毀損訴訟と損害賠償の高額化問題, 法時 74卷12号, 2002年.
- 塩崎勤, 名誉毀損による損害額の算定について, 判タ 1055号, 2001年.
- 長谷部由起子, 民事司法制度の改革について, 法律のひろば 54卷 8号, 2001年.
- 中路 喜之, 日本における懲罰的損害賠償についての一考察, 朝日大学大学院法学研究科研究論集 (3), 31-56, 2000.
- 清水 紘史, 懲罰的損害賠償の本質, 函館大学論究 (27), 57-79, 1996-03.

부 록

부 록

징벌적 손해배상제도 도입에 관한  
전문가 의견조사  
2012년 11월

|       |         |
|-------|---------|
| 조사 기관 | 한국법제연구원 |
| 문의    |         |

|    |  |  |  |  |
|----|--|--|--|--|
| ID |  |  |  |  |
|----|--|--|--|--|

안녕하십니까?

바쁘신 가운데 <징벌적 손해배상제도 도입에 관한 전문가 의견 조사>를 위한 설문에 응해주셔서 깊은 감사를 드립니다.

국무총리실 산하 정부출연 연구기관인 한국법제연구원에서는 “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평가”의 일환으로 <징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 전문가 의견>을 조사하고 있습니다. 본 연구의 목적은 최근 활발히 논의되고 있는 징벌적 손해배상제도의 도입에 대한 입법평가를 실시하는 데에 있습니다. 응답해 주신 내용은 징벌적 손해배상제도의 도입과 관련된 전문가 의견을 통해 향후 적절하고 효과적인 구체적인 도입방안을 마련하는 데 활용될 것이며, 통계법 제31조 및 제33조에서 엄격하게 규정하고 있는 바에 따라 본 연구의 목적 이외에는 사용되지 않을 것입니다. 가급적 자세하고 적극적으로 의견 주시기를 부탁드립니다.



## □ 본 설문상 징벌적 손해배상제도의 개념

본 설문은 징벌적 손해배상제도의 도입 여부와 도입 방향에 관한 내용입니다. 이미 잘 알고 계실 줄로 알고 있습니다만, 질문에 응답하시기 전에 주의깊게 읽어주시기를 부탁드립니다.

불법행위 유형의 다양화와 더불어 효과적인 구제수단에 대한 현실적인 사회적 요구가 증가함에 따라, 형벌적 요소인 ‘처벌’의 기능을 민사책임의 영역에서 고려하는 “징벌적 손해배상제도의 도입”에 관한 논의가 진행되고 있습니다. 특히 국내에서는 최근 소비자 피해, 언론 보도에 의한 피해, 개인정보 침해, 차별로 인한 피해 등을 효과적으로 규제하기 위해 개별법 분야와 함께, 민법 개정을 통한 일반적 도입안에 대해서도 논의가 이루어져 왔습니다.

본 조사에서는 징벌적 손해배상의 개념을 미국법상 인정되고 있는 원형적인 형태로 상정하고 있습니다.

미국 제2차 불법행위법 리스테이트먼트에서는 징벌적 손해배상을 “전보적 손해배상 이외에 가해자의 중대한 가해행위(outrageous conduct)에 대하여 처벌하고, 장래 유사한 행위가 발생하는 것으로부터 가해자나 타인을 억지하기 위하여 주어지는 손해배상”이라고 정의하고 있습니다. (Restatement (Second) of Torts §908(1979))

이에 따르면, 징벌적 손해배상은 첫째, 원고에 대한 사실상의 손실이나 불이익, 즉 현실적인 손해가 있는 경우에 인정되는 전보적 손해배상과는 구분되는 것이며, 둘째, 피고의 중대한 가해행위가 있는 경우 처벌과 재발억제라는 목적을 추구하기 위한 제도입니다.

이상을 참조하시어, 다음의 내용에 답변해주시면 감사하겠습니다.



부 록

⑤ 법적 안정성을 해친다. (☞ 3-5번)

⑥ 기타 [ ]

3-1. “① 현재의 손해배상제도로 충분하거나 다른 방법으로 해결 가능하다”로 응답하신 경우, 그 이유와 견해에 대해 간략히 서술해주십시오.

3-2. “② 징벌적 손해배상제도는 한국의 법체계와 맞지 않는다”로 응답하신 경우, 그 이유와 견해에 대해 간략히 서술해주십시오.

3-3. “③ 제도남용의 위험성이 크다”로 응답하신 경우, 그 이유와 견해에 대해 간략히 서술해주십시오.

3-4. “④ 이중처벌에 해당한다”로 응답하신 경우, 그 이유와 견해에 대해 간략히 서술해주십시오.



- 4-2. “② 징벌적 손해배상의 도입을 통해 불법행위에 대한 처벌과 재발억제효과를 가져올 수 있다”로 응답하신 경우, 그 이유에 대한 견해를 밝혀주시기 바랍니다.

5. 미국 등 외국의 징벌적 손해배상을 명하는 판결이 민사소송법 제 217조에 따라 한국에서 승인 및 집행될 수 없다고 보는 현재의 법원 입장에 대해 어떻게 생각하십니까?

외국의 징벌적 손해배상 판결의 국내 승인과 관련하여 자주 언급되는 것은 1997년의 대법원 판결(대법원 96다47517 집행판결)인데, 대법원은 강간 등으로 인한 손해에 대해 50만 달러라는 거액의 배상금을 지급하라는 미국 미네소타주 법원의 판결을 국내에서 집행할 수 있도록 승인하면서, 외국판결이 우리 실정에서 인정될 수 있는 금액보다 고액의 손해배상을 명하는 판결을 하였더라도 그것만으로 당연히 외국판결의 집행이 우리 공서양속에 반한다고 할 수만은 없다고 판시하였습니다. 그러나 이 사건은 사실 보상적 배상만을 내용으로 하고 있어서 대법원이 징벌적 손해배상에 대해서 우리 공서양속에 반하지 않는다고 판단한 것은 아닙니다. 이후의 몇몇 하급심 법원도 징벌적 손해배상은 우리의 손해배상제도의 기본이념과 맞지 않는다고 판결하였습니다(수원지방법원 평택지원 2009. 4. 24. 선고 2007가합1706 판결 등).

- ① 이러한 판결의 승인이 가능하다고 보아야 한다.
- ② 이러한 외국판결은 승인될 수 없다는 법원의 입장이 타당하다.

(다음 면에서 계속)

□ 징벌적 손해배상제도 도입의 형태와 범위에 관한 질문

6. 만약 징벌적 손해배상제도를 도입한다면 어떤 형태로 도입해야 한다고 생각하십니까?

- ① 민법상 불법행위에 기한 손해배상에 대해서만 일정한 요건 하에서 일반규정으로 도입
- ② 민법상 채무불이행에 기한 손해배상에 대해서만 일정한 요건 하에서 일반규정으로 도입
- ③ 민법상 불법행위와 채무불이행 모두에 대해 일정한 요건 하에서 일반규정으로 도입
- ④ 특별법으로 일정한 영역에만 제한적으로 도입
- ⑤ 현행법의 해석론으로 해결 가능(민법 제763조의 해석 또는 위자료 해석)

6-1. 위에서 선택하신 도입형태에 대한 이유와 견해를 밝혀주시기 바랍니다.

7. 만약 징벌적 손해배상제도를 특정 영역에만 도입한다면 다음 중 어느 영역에 도입하는 것이 좋다고 생각하십니까? (복수응답 가능)

- ① 소비자보호
- ② 제조물책임
- ③ 공정거래법 또는 부정경쟁방지법



- ③ 일정 규모 이상의 기업이나 단체, 국가에 대해서만 징벌적 손해배상을 청구할 수 있게 규정해야 한다.
- ④ 일괄적으로 규정할 수 없고, 개개의 사건에서 법관이 일정한 요건 하에 징벌적 손해배상 인정여부를 결정하도록 규정해야 한다.
- ⑤ 기타 [ ]

8-1. 피고의 인정범위에 대한 선생님의 견해에 대해 그 이유를 서술해주시길 바랍니다.

9. 징벌적 손해배상을 일반규정으로 도입하는 경우에, 지시관계에 있는 피용자의 불법행위에 대해 사용자도 책임을 지도록 하는 사용자책임(민법 제756조 등)이나 채무자를 위하여 이행행위를 하는 자의 고의 및 과실도 채무자 자신의 과책으로 인정하여 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지도록 하는 이행보조사책임(민법 제351조 등)에도 징벌적 손해배상이 적용되어야 한다고 생각하십니까?



부 록

- ① 사용자책임과 이행보조자책임 모두에 징벌적 손해배상을 인정해야 한다.
- ② 사용자책임에만 징벌적 손해배상을 인정해야 한다.
- ③ 이행보조자책임에만 징벌적 손해배상을 인정해야 한다.
- ④ 사용자책임과 이행보조자책임 모두에 징벌적 손해배상을 인정해서는 안 된다.
- ⑤ 기타 [ ]

9-1. 사용자책임 및 이행보조자 책임의 적용에 대한 선생님의 견해에 대해 그 이유를 서술해주시길 바랍니다.

10. 징벌적 손해배상청구의 청구권자(원고)에 관하여 인적 범위를 어떻게 규정해야 하다고 생각하십니까?
- ① 원고적격자를 불법행위로 인한 피해 당사자인 자연인만으로 한정해야 한다.
  - ② 법인의 재산 등에 대해 불법행위가 발생한 경우에는 법인을 청구권자로 인정해야 한다.
  - ③ 기타 [ ]

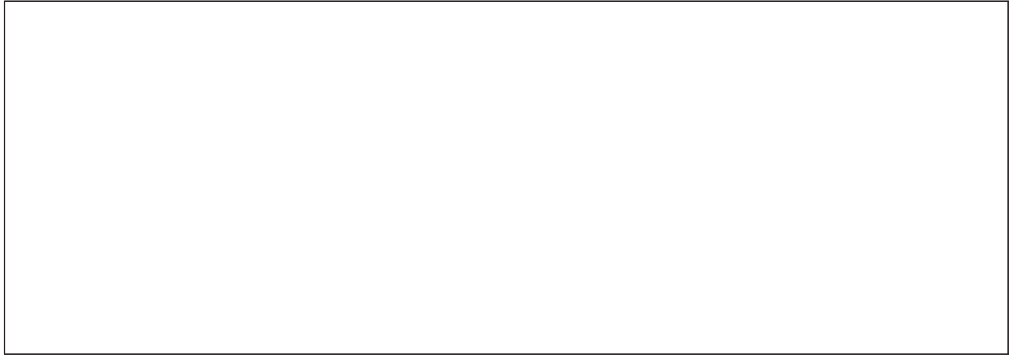
10-1. 청구권에 대한 제한의 필요성과 범위에 관한 선생님의 견해를 간략하게 서술해주시기 바랍니다.

11. 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 반대의견으로 헌법상 일사부재리의 원칙에 위배된다는 주장이 있습니다. 이와 관련하여 징벌적 손해배상제도가 형벌이나 행정제재와 어떤 관계를 가져야 한다고 생각하십니까?

- ① 민사상 징벌적 손해배상은 형벌이나 행정제재와 관계없이 별도로 다루어야 한다.
- ② 형벌이나 행정제재가 예정된 경우, 징벌적 손해배상은 배제되어야 한다.
- ③ 이미 형벌이나 행정제재가 적용되었으나 충분한 처벌이 이루어지지 않았다고 생각되는 사안의 경우, 전체적인 형벌의 총량을 고려하여 징벌적 손해배상의 여부 또는 배상액의 산정을 정할 수 있다.
- ④ 기타 [ ]

부 록

- 11-1. 위의 문항을 선택하신 이유에 대해 선생님의 견해를 밝혀주시기 바랍니다.



(다음 면에서 계속)

□ 징벌적 손해배상의 요건과 절차에 관한 질문

12. 기존의 위자료와 징벌적 손해배상의 관계는 어떻게 규정되어야 한다고 생각하십니까?

- ① 위자료와 징벌적 손해배상은 그 요건이 달라야 하므로, 기존의 통상적 손해배상 조문은 그대로 두고 추가적으로 징벌적 손해배상에 관한 조문을 규정해야 한다. (즉, 하나의 사건에서 두 가지 손해배상이 별도로 주장되고 심사된다.)
- ② 징벌적 손해배상이 도입된 영역에서는 징벌적 손해배상을 위자료와 별도의 조문으로 규정할 필요 없이 구체적인 사건에서 배상액의 크기만 달리 판단하도록 하면 된다. (즉, 하나의 사건에서 손해배상이 일원적으로 주장되고 심사된다.)
- ③ 기타 [ ]

12-1. 위와 같이 답변하신 이유에 대한 선생님의 견해를 밝혀주시시오.

13. 아래에서 보시는 바와 같이, 2005년 제출된 프랑스 채권법 개정 시안에 따르면 징벌적 손해배상을 명하는 판결에서 징벌적 배상 부분에 대한 “법원의 이유설시 의무화 규정”을 제안하고 있습니다. 이와 같은 입법안에 대한 선생님의 의견을 부탁드립니다.

징벌적 손해배상제도의 도입을 예정하고 있는 2005년 프랑스 채권법 개정시안 제1371조에 의하면, 명백한 고의 또는 중대한 과실로 가해자에게 득이 되는 결과가 손해의 배상만으로 없어지지 않음이 증명된 경우, 전보적 손해배상과 별도로 징벌적 손해배상을 명하는 판결을 할 수 있으며, 징벌적 손해배상을 명하는 경우 법관의 재량으로 그 중 일부를 국고로 귀속되도록 할 수 있다. 이 때, “**징벌적 손해배상을 명하는 판결에는 특별한 이유가 제시되어야 한다.**”

14. 징벌적 손해배상의 도입이 원고에게 우발적인 소득 또는 과잉배상을 허용한다는 점에서 불합리하다는 비판이 있습니다. 이러한 문제를 해결하기 위해, 미국 몇몇 주에서는 “분할배상(split-recovery) 규정을 두어 원고가 징벌적 손해배상으로 받게 되는 금액의 일부를 정부 또는 다른 공공기관에 환원”하도록 하고 있고, 프랑스 채권법 개정시안에서는 “법관의 명령에 의해 징벌배상금의 일정 부분을 국가에 귀속”하도록 규정하고 있습니다. 이와 같은 입법안에 대한 선생님의 의견을 부탁드립니다.

- 14-1. 징벌적 배상을 국가에 귀속시키는 입법에 대해, “이는 사실상 민사법원에 부과되는 벌금제도가 되며, 이러한 점에서 죄형법정주의나 헌법상 피고인에게 인정되는 무죄추정의 원

칙에 기한 입증의 정도 등 형사절차상 원칙을 징벌적 손해 배상 소송에 있어 배제하는 것은 정의에 반한다”는 주장이 있습니다. 이에 대한 선생님의 의견을 부탁드립니다.

15. 징벌적 손해배상을 인정하기 위한 주관적 요건은 어떻게 규정되어야 한다고 생각하십니까?

- ① 현행 손해배상제도와 동일하게 고의와 과실이 있으면 인정 (☞15-1번)
- ② 고의와 중과실의 경우에만 인정 (☞15-1번)
- ③ 고의의 경우에만 인정 (☞15-1번)
- ④ 고의, 중과실, 과실 이외의 추가적인 주관적 요건이 있어야 인정 (☞15-1번, 15-2번 모두)

예1) 미국 판례상 ‘악의적인 불법행위’의 요건

악의적인 불법행위란 “고의적인 불법행위로 극단적이고 예외적인 행위로서, 가해자 측의 악의(malice), 사기적 또는 사악한 동기(fraudulent or evil motive), 의식적(conscious)이고 계획적(deliberate)인 타인의 권리 내지 이익의 무시라고 할 만한 객관적인 사항이 존재할 때”를 의미한다.

예2) 캐나다 판례상 주관적 요건

“피고가 주의를 완전히 결여하여 자신의 부주의로 인해 발생할 수 있는 결과에 대해 인식하고 있으면서도 타인이 위험에 처하는 것에 대해 꽤넘치 않거나 그보다 더한 정도라고 추정할 수 있는 정도”

부 록

15-1. 위의 문항을 선택하신 이유에 대해 선생님의 견해를 말씀해 주시기 바랍니다.

15-2. 15번 문항에 대하여 “④ 고의, 중과실, 과실 이외의 추가적인 주관적 요건이 있어야 인정”으로 답하셨다면, 그와 같은 주관적 요건의 내용과 이유에 대해 견해를 밝혀주시기 바랍니다.

16. 일반규정으로 징벌적 손해배상이 도입되는 경우, 징벌적 손해배상을 인정하기 위한 객관적 요건은 어떻게 규정되어야 한다고 생각하시는지 의견을 부탁드립니다.

예시)

- 현실상 손해의 발생 등 일반적인 손해배상의 요건을 포함
- 특별히 중대한 가해행위
- 개인의 생명, 신체, 안전에 대한 권리 또는 인격권의 침해, 중대한 재산상의 침해(이윤추구 행위) 등 불법행위 유형에 대한 제한
- 법관의 재량

17. 징벌적 손해배상제도를 효과적으로 운용하기 위해서는 민사소송 법상 사전증거개시(discovery)제도 내지 직권에 의한 증거조사 범위가 확대, 적용되어야 한다는 주장이 있습니다. 이에 대한 주장에 대해 선생님의 견해를 밝혀주시기 바랍니다.

징벌적 손해배상제도 도입에 관한 전문가 의견조사



(다음 면에서 계속)





19. 징벌적 손해배상의 구체적 배상액을 산정할 때에 고려해야 할 요소는 무엇이라고 생각하십니까? (복수응답 가능)

- ① 잠정적으로 추산된 전체 피해자들의 손해
- ② 실제 손해의 정도
- ③ 그 사건의 사회적 의의와 효과(공공에 대한 위해의 중대성)
- ④ 당해 행위의 불법 정도 또는 귀책사유의 중대성(심각성)
- ⑤ 피고가 당해 행위로 얻은 부당한 이익
- ⑥ 피고 또는 원고와 관련된 인적 표지  
예) 피해자의 연령, 성, 건강상태, 가해자의 과거 범법경력, 피  
해자와 가해자의 관계 등
- ⑦ 재발 방지를 위한 위하적 효과를 가질 수 있는 정도의 금액
- ⑧ 피고의 당해 행위의 존속기간 또는 은닉의 기간
- ⑨ 피고에 대한 민형사상 제재의 총체성(벌금, 과태료, 손해배  
상액 등)
- ⑩ 피고의 재산 또는 재정상태
- ⑪ 원고가 지출한 소송비용(변호사 수임료 등)
- ⑫ 부당한 행위를 알고 난 후 피고의 태도와 행위
- ⑬ 기타 [ ]

19-1. 위의 항목들을 선택하신 이유에 대해 선생님의 견해를 말씀  
해주시기 바랍니다.

부 록

- 이외에 징벌적 손해배상제도와 관련하여 의견이 있으시면 말씀해 주십시오.

- 마지막으로 자료분류를 위한 확인사항입니다. 각 사항에 응답해 주십시오.

- 성별: ① 여성 ② 남성
- 나이: ① 20대 ② 30대 ③ 40대 ④ 50대 ⑤ 60대 이상
- 법조계 및 법학계 경력:
  - ① 5년 이하
  - ② 10년 이하
  - ③ 15년 이하
  - ④ 20년 이하
  - ⑤ 20년 이상

응답해 주셔서 감사합니다.