

# 하도급법상 3배 배상제도에 관한 고찰

법무법인 광장 변호사 | 정 환

## 1. 서론

2011년 6월 30일부터 시행에 들어간 개정 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 “하도급법”이라 한다)의 주요 개정내용은 하도급법 적용범위의 확대, 조합에 대한 납품단가 조정신청권 부여, 기술자료 제공 요구·유용행위에 대한 규제 등이다.

개정 하도급법에서 가장 주목을 끄는 부분은 제12조의3으로, 이 조항은 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료 탈취나 유용행위를 근절하기 위한 목적으로, 원사업자가 수급사업자에게 정당한 사유 없이 기술자료를 요구하고 유용하는 행위를 금지하고 있다. 하도급법 제35조에서는 기술자료 유용행위를 한 원사업자로 하여금 수급사업자가 입은 손해의 3배까지 배상하도록 하는 이른바 ‘징벌적 손해배상제도’를 도입하였다.

### 1. 하도급법 제12조의3 제3항 및 제35조 제2항의 내용

#### 하도급법 제12조의3 (기술자료 제공 요구 금지 등)

- ① 원사업자는 수급사업자의 기술자료를 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 요구할 수 있다.
- ② 원사업자는 제1항 단서에 따라 수급사업자에게 기술자료를 요구할 경우에는 요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등 대통령령으로 정하는 사항을 해당 수급사업자와 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 주어야 한다.
- ③ 원사업자는 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하여서는 아니 된다.

#### 하도급법 제35조 (손해배상 책임)

- ① 원사업자가 제12조의3 제1항을 위반하여 기술자료 제공을 요구함으로써 손해를 입은 자가

있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

- ② 원사업자가 제12조의3 제3항을 위반하여 취득한 기술자료를 유용함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상 청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다.

## 2. 하도급법 제35조 제2항 소정의 3배 배상제도의 도입 배경

많은 중소기업들이 대기업과의 거래과정에서 보유기술에 관한 정보의 제공을 요구 받아 대기업에게 기술자료(수급사업자의 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있는 제조·수리·시공 또는 용역수행방법에 관한 정보·자료, 지식재산권과 관련된 기술정보·자료 또는 사업자의 기술상·경영상 정보·자료로서 수급사업자의 기술개발(R&D)·생산·영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 것)을 제공하고 있는데, 원사업자는 자신의 경제력, 사업규모, 시장지배력 등의 거래상 우월적 지위를 이용하여 수급사업자의 핵심기술을 유용하는 등 기술탈취 사례가 빈번하게 발생하고 있다. 공정거래위원회의 2011년 7월 7일자 보도자료에 의하면, 대기업 협력사의 22.1%가 거래과정에서 겪는 애로사항으로 보유기술에 대한 대기업의 제공요구를 지적하고 있고, 대다수 중소기업(약 80%)은 보유기술에 관한 정보 제공 요구가 있는 경우에 거래(희망) 대기업에게 기술자료를 제공하는 것으로 응답하였다고 한다.<sup>1)</sup> 이러한 원사업자와 수급사업자 간의 불공정한 거래관행을 개선하고, 원사업자의 악의적인 기술 탈취로 인한 수급사업자의 손해를 충분하게 배상하도록 하여 소송 제기에 따른 시간적·경제적 부담 및 원사업자와의 거래관계 단절로 인한 기회비용을 보전하며, 나아가 장래에 유사한 노골적 기술탈취행위가 재발하지 않도록 억제함으로써 공적 집행의 한계를 보완하기 위하여 3배 배상제도가 도입된 것이다.

## II. 3배 배상제도와 징벌적 손해배상제도와 의 관계

### 1. 징벌적 손해배상제도의 개념

징벌적 손해배상제도(Punitive Damages)란, 보통법(Common Law)에 기원을 두고 있는 영미

1) 중소기업청(2,000개 중소기업 대상 조사, 204개 업체 응답).

법(英美法) 또는 그 법제를 계수(繼受)한 국가의 특유한 손해배상제도로, 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 가해자의 악의적 또는 반사회적 행위에 대한 비난에 기초하여 처벌적인 성격의 제재를 가하고, 나아가 장래에 있어서 유사한 행위를 하지 못하도록 억제하기 위하여 전보적 배상<sup>2)</sup>(Compensatory Damages)에 추가하여 손해배상을 청구하는 것이 가능하게 하는 제도를 말한다.<sup>3)</sup>

징벌적 손해배상은 통상적인 불법행위보다 훨씬 더 극단적(Extreme)이고 일탈의 정도가 심각한(Outrageous) 성격의 행위에 인정되는 것이고, 행위자의 주관적 상태에 대한 비난 가능성이 매우 크다는 특징이 있다. 즉, 징벌적 손해배상은 악의(Malice)나 적어도 타인의 권리에 대한 무모한 무시를 포함하는 나쁜 심적 상태와 결부된 잘못된 행위에 대하여 인정되고, 피고의 행위와 심적 상태 양자가 시민사회의 정상적인 기대수준에서 심각하게 괴리된 경우에만 인정된다. 일반적으로 악의적 동기(Evil Motive), 해의(Intent to Injure), 악의(Ill Will) 등과 같은 실제적 악의(Actual Malice)가 주관적 요건으로 요구되며, 무분별하거나(Wanton) 고도로 부주의한(Reckless) 행위와 같은 묵시적 악의(Implied Malice)의 경우에도 대체로 주관적 요건이 충족된 것으로 본다.<sup>4)</sup>

불법행위에 대한 통상적인 민사 손해배상이 손해의 공평한 조정을 목적으로 하는 전보적 또는 보상적 손해배상(Compensatory Damages)을 원칙으로 하는데 반하여, 징벌적 손해배상은 손해배상이라는 민사적 구제수단에 징벌이라는 형사적인 요소를 결부시킨 제도이다.

## 2. 3배 배상제도(Treble Damages) : 징벌적 손해배상제도의 한 유형

이번에 도입된 하도급법상 3배 배상제도와 유사하게 미국의 독점금지법(Antitrust Laws)은 징벌적 손해배상(Punitive Damages)의 한 유형으로 3배 배상제도(Treble Damages)를 두고 있다. 미국 독점금지법에서 3배 배상제도를 둔 근거로는, 모든 독점금지법 위반행위가 적발되는 것은 아니므로 실손해배상만을 허용하면 독점금지법 위반행위에 대한 억제효과가 충분하지 않기 때문에, 징벌적 손해배상제도를 도입함으로써 독점금지법 위반행위에 대한 억제력을 높이고자 하는 것이다. 이러한 경우에 법기술(法技術)적으로 징벌적 손해배상액을 산정함에 있어서 여러 가지 방식이 가능하지만, 성문화(成文化)된 징벌적 손해배상제도의 경우는 실제 손해액(Actual Damages)에 일정한 승수를 곱하여 배액(Multiple)을 정하는 방식을 채택하는 것이 일반적이며

2) 불법행위자가 과거에 저지른 잘못을 시정할 목적으로 자신의 잘못으로 인하여 발생한 손해를 전보하는 것에 목적을 둔 손해배상을 말한다.

3) (1) Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future. (2) 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., Restatement (Second) of Torts § 908 (1) (2), 1979.

4) James A. Henderson, Jr., Richard N. Pearson & John A. Siliciano, The Torts Process, Aspen Law & Business, 1999.

로, 미국의 클레이튼법(Clayton Act) 및 로빈슨-패트먼법(Robinson-Patman Act)은 징벌적 손해배상제도로 이러한 3배 배상제도를 두고 있는 것이다.

실제 손해액에 승수를 곱하여 징벌적 손해배상액을 정하는 경우, 이른바 '징벌승수' (Punitive Multiplier)를 어떻게 결정하는 것이 적절한지의 문제가 생긴다. 그런데 징벌적 손해배상제도의 사회적 기능이 불법행위에 대한 불완전한 집행을 보정(補正)하는 것이고, 이러한 불완전집행의 정도를 지표화하여 징벌승수에 반영하는 것이 타당하므로, 미국은 독점금지법 위반의 경우는 불완전집행의 정도를 1/3로 보아 3배 배상제도를 채택하고 있다.<sup>5)</sup>

### Ⅲ. 징벌적 손해배상제도의 이론적 근거

#### 1. 징벌적 손해배상제도의 법경제학적 근거

기업들은 경영활동과정에서 여러 형태의 악의적 불법행위(Business Torts)를 감행할 가능성이 있다. 하도급거래의 경우도 원사업자는 우수한 기술력을 갖춘 수급사업자의 기술자료를 유용하는 등 기술 탈취를 감행할 것인지, 아니면 수급사업자에게 정당한 대가를 지불하고 기술자료를 적법하게 취득할 것인지를 결정하여야 하는 상황에 놓일 수 있다. 여기서 기업의 경영판단에 영향을 주는 요인은 ① 기술자료의 유용행위가 경쟁당국에 의하여 적발될 시에 감수하여야 하는 제재위험(과징금 등) ② 제재를 회피하기 위하여 부담하여야 하는 거래비용의 경중(輕重)이라고 할 수 있다. 이 가운데 ①의 제재위험은 공정거래위원회가 부과하는 과징금 및 민사소송에서 패소할 경우에 원사업자가 부담하는 손해배상액<sup>6)</sup>이 되는데, 적발 가능성과 함께 적발시 수급사업자가 소송을 제기하는 비율 등이 이 과정에서 고려될 것이다. 즉, 기업이 고려하는 것은 기술자료 유용행위로 인하여 발생할 수 있는 손해배상의 총액이 아니라 실제로 지불하게 되는 손해배상액이다.

만일 ①의 위험이 ②의 거래비용보다 큰 경우, 합리적 기업이라면 제재위험을 예방하기 위하여 법규를 준수하는 등 위험 회피에 소요되는 비용을 기꺼이 지출할 것이다. 반면 ②의 거래비용이 상대적으로 큰 경우, 기업 입장에서 굳이 위험회피비용을 지불할 유인이 작아진다.<sup>7)</sup> 따라서 원사업자는, 설령 적발되어서 수급사업자의 손해를 배상해 주는 일이 생기더라도 기술자료 유용행위 등 불법행위에 나서는 것이 종합적·장기적·경제적으로 유리하다는 판단을 할 가능성이 있다.

만약 원사업자의 기술자료 유용행위가 적발될 가능성, 수급사업자가 손해배상을 청구할 가능

5) 징벌승수 = 1 / 불완전집행 지표

징벌승수 = (손해배상액 + 징벌배상액) / 손해배상액

6) 실제로 지불하게 될 가능성이 있는 손해배상액을 의미한다.

성, 그리고 수급사업자가 법적인 분쟁절차에서 승소할 가능성 모두가 100%가 되지 않으면, 실제 발생한 손해액과 원사업자가 수급사업자에게 지불하게 되는 손해배상액 사이에 괴리가 생기게 되고, 이는 곧 기술자료 유용행위와 관련하여 외부효과(External Effect)가 발생함을 의미한다. 징벌적 손해배상액의 부과는 이러한 외부효과와 관련하여 불법행위를 사회적인 적정수준으로 유지하게 하는 기능을 발휘할 수 있다.

특히 원사업자와 수급사업자간 거래상 지위의 불균형이 클 경우, 원사업자와의 거래기회 박탈이라는 현실적 불이익이 예상될 뿐만 아니라 분쟁 해결에 상당한 비용과 시간이 소요되므로 수급사업자 가운데 일부만이 소송을 제기함으로써, 이른바 ‘집행오류’ (Enforcement Error) 현상이 발생하게 된다. 이러한 경우에 예상 가능한 총손해배상액이 제재회피비용보다 크더라도 실제 지불하게 되는 손해배상액이 제재회피비용보다 작을 때는 기술자료 유용행위에 나설 유인이 존재하게 되며, 징벌적 손해배상은 이러한 집행 오류에 따른 사회적 비용을 상쇄하기 위한 수단으로서 그 유용성이 인정될 수 있다.

## 2. 징벌적 손해배상제도의 정책적 근거

### (1) 징계(Exemplary Punishment)

징벌적 손해배상은 극단적이고 난폭한 행위에 대한 제재를 전제로 하고, 그런 행위가 고의 또는 악의에 의하여 발생한 경우에 비로소 인정될 수 있는 제도이다.

징벌적 손해배상제도의 초점은 범위반행위 자체의 비난 가능성 정도 내지 가해자의 주관적 심리상태에 맞추어진 것이다. 따라서 배상액의 산정에 있어서도 가해자의 행위와 정신적 상태가 주된 요인으로 작용하게 된다. 고의나 악의를 가지고 불법행위를 한 가해자에 대하여 사적인 응보(應報)를 할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것이 정의관념(正義觀念)에 부합한다는 논리를 토대로 하며, 따라서 징벌적 손해배상제도의 본질은 가해자에 대한 징계에 있다.

### (2) 억제(Deterrence of Violations)

7) 미국 Grimshaw v. Ford Motor Co. (1981). Ford는 Pinto 자동차 개발과정에서 시험주행 결과, 설계 당시 가솔린탱크의 위치를 잘못 선정하여 후미에서 추돌할 때, 비록 저속이라고 하더라도 연료탱크가 차축에 부딪혀 화재를 일으킬 위험이 크다는 점을 알게 되었다. 이에 생산현장에서는 설계를 변경해서라도 연료탱크를 차축 위로 올리자는 제안까지 하였으나, 회사 경영진은 설계 변경에 많은 비용이 들 뿐만 아니라 출시를 지연시키고 신차의 스타일이 나빠진다는 이유로 그 제안을 받아들이지 않았다. 여기에 설계 변경시 비용과 설계 변경을 하지 않아 사고가 발생할 경우의 손해배상액을 철저히 비교·분석한 후 후자가 유리하다고 판단하여, 사고가 발생하면 배상금을 지불한다는 방침 하에 판매를 개시하였다. Pinto 자동차 시판 이후 오래지 않아, 고속도로를 주행하던 중 엔진 고장을 일으켜 정지하고 있는 사이에 뒤에서 달려오던 차에 추돌 당하여, 자동차에 화재가 발생하고 승객이 전신에 화상을 입은 사건이 발생하였다. 캘리포니아 주법원은 예상 손해배상액이 불법행위를 감행하여 얻을 수 있는 이익보다 적다면 가해행위를 조장할 수 있다고 보아, 징벌적 손해배상액으로 350만 달러의 지급을 명하였다.

징벌적 손해배상은 기술자로 유용행위라는 불법행위를 억제하는 기능을 수행한다. 과거 또는 장래의 잠재적 불법행위자로 하여금 노골적 기술탈취행위를 감행하려는 마음을 갖지 못하게 하는데 징벌적 손해배상이 적절하고도 효과적인 억제수단이 될 수 있다. 이러한 억제기능은 징계기능과 밀접한 관련이 있으며, 징계 또는 처벌의 위협이 결국 위법행위의 실행을 억제하는 역할을 하게 된다.

잠재적 가해자는 기술자로 유용행위를 감행하기에 앞서 당해 기술탈취행위로부터 창출될 수 있는 이익과 적발시 감수하여야 하는 비용 및 법률적 위험을 비교형량하고, 이 과정에서 위법행위의 감행이 비경제적이라는 판단을 하게 되면 억제력이 생기게 된다. 특히 악의적인 기술탈취행위의 경우는 징벌적 손해배상제도의 정당성이 명확해지므로 억제력이 더욱 커진다고 볼 수 있다.

영미법계에서 징벌적 손해배상이 정당성을 인정받아 왔던 데는, 불법행위에 대하여 형사처벌이 적절히 집행되지 못하는 경우가 적지 않은 상황에서 민사적 제재를 통하여 억제력과 징계효과를 도모할 수 있다는 논리가 영향을 미쳐왔다. 특히 미국의 경우는 독점금지법 위반행위에 대하여 민사적 제재(손해배상이나 금지청구)가 주된 집행수단으로 활용되고, 형사적 제재(징역이나 벌금)가 부가적으로 활용되는 상황에서 양 제재수단 간의 적절한 기능 배분을 통하여 규제의 목적을 극대화할 수 있다는 관점에서 징벌적 손해배상제도가 정당성을 인정받아 왔다. 참고로 미국의 독점금지법 집행과 관련해서는 사적 분쟁해결방식이 95% 이상의 비중을 차지하고 있다.<sup>8)</sup>

### (3) 보상(Compensation for Victims)

불법행위에 기한 손해배상제도의 본질 또는 전통적 기능은 피해자에 대한 보상에 있는 것이고, 발생한 손해의 공평·타당한 부담과 분배를 꾀하는 것이 손해배상제도가 수행하여야 할 역할이다.

변호사 비용 등 소송 수행에 수반되는 비용과 불법행위 구제에 소요되는 기타 사법·행정비용(인지대 등)을 공제하고 나면, 실제로 피해자에게 돌아가는 보상액이 실제 손해액에 미달하는 점을 감안할 때 3배 배상제도를 통하여 수급사업자에게 경제적·현실적 보상이 이루어지게 하는 것은, 민법상 전보 또는 보상기능의 한계를 보완할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 있다.

불법행위에 관한 현행 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정함으로써 포괄주의를 채택하면서도, 배상액은 상당인과관계가 있는 손해로 제한하고 있다. 또한 민법 제393조 및 제763조(배상액의 경감규정)는 제한배상주의를 취하고 있으며, 일실이익(逸失利益)의 산정에서 장래의 물가 인상을 고려하지 않고 현재 가격에 따라 배상 수준을 결정하고 있고, 피해자의 범위반 이전 상태로의 복귀를 위한 비

8) Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy ? The Law of Competition and Its Practice, West Group, 2005.

용에 대하여 규정하고 있지 않다.

하도급법 제35조 제3항이 공정거래법 제57조를 준용함으로써 손해액 입증에 특히 곤란한 경우, 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 하여, 민법상 전보 또는 보상기능의 한계를 보완하고 있다.

#### (4) 소결론

2007년 미국 ‘독점금지법현대화위원회’ (Antitrust Modernization Commission)의 보고서<sup>9)</sup>에 의하면, 3배 배상제도는 ① 반경쟁적 행위의 억제 ② 독점금지법 위반자의 처벌 ③ 독점금지법 위반자가 반경쟁적 행위로부터 얻은 이득의 환수 ④ 반경쟁적 행위의 피해자에 대한 완전한 보상의 제공 ⑤ 사적인 구제에 대한 유인의 제공 등의 목표를 실현하는데 있어서 적절하게 기여하고 있다. 이에 따라 3배 배상제도를 전체적으로 또는 부분적으로 변경할 필요가 없다고 결론을 내렸던 점을 고려할 때, 개정 하도급법에 새로 도입된 기술자료 유용행위에 대한 징벌적 손해배상으로서의 3배 배상제도는 그 나름대로 합당한 정책적 근거를 가지고 있다고 볼 수 있다.

### IV. 징벌적 손해배상제도의 도입 근거에 관한 비교법적 고찰

징벌적 손해배상은 보통법에 기원을 두고 있는 영미법 또는 그 법제를 계수한 국가들의 제도로, 우리 민법을 포함하여 대륙법(大陸法)계의 민사법제 대부분(가령 독일, 프랑스, 스위스, 이탈리아, 벨기에, 스페인, 핀란드, 그리스, 폴란드, 러시아, 체코, 네덜란드, 일본 등)은 전보적 손해배상을 원칙으로 하며, 징벌의 성격을 내포한 손해배상을 인정하지 않고 있다.

#### 1. 영국

징벌적 손해배상제도는 근대법에 이르러 영국에서 보통법상 판례를 통하여 인정·발전되었다. 영국은 18세기경 근대국가에 의한 체계적인 사회통제가 이루어지면서 비로소 민사책임과 형사책임이 분리되었다. 징벌적 손해배상은 형사책임으로부터 분리된 민사책임에 형사책임적 요소를 가미하여, 실제 발생한 손해보다 더 많은 배상액을 인정하는 과정에서 탄생되었다.

징벌적 손해배상에 대한 정당화 근거로는 ① 피해자가 입은 실손해보다 더 많은 액수의 손해배

9) Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007. 4.

상을 가해자에게 부과함으로써 가해자를 응징함과 아울러 가해자를 포함한 일반인에게 본보기를 보여 장래에 이와 같은 행위가 다시 발생되지 않도록 억제하기 위한 것이고 ② 통상의 손해에 대한 전보적 손해배상은 유형의 재산적 손해에 대해서만 이루어지는데, 징벌적 손해배상은 피해자가 입은 정신적 피해와 같은 무형의 손해를 배상하기 위하여 필요한 것이라고 한다.

## 2. 미국

미국의 징벌적 손해배상은 영국으로부터 전수되어 발전된 제도로, 1852년 미국 연방대법원은 Day v. Woodworth 사건에서 “징벌적 손해배상은 미국 법체계에 확고하게 자리 잡았고, 그 배상액 산정의 정당성에 대해서는 더 이상의 논쟁을 필요로 하지 않는다”고 판시하였다. 또한 1992년 Molzof v. United States 판결에서 미국 연방대법원은 “징벌적 손해배상제도는 오랜 연원이 있는 것이다”라고 하여 이를 재인용하였다. 그러나 소수의 주(州)에서는 징벌적 손해배상제도를 인정하지 않으며, 여전히 폐지론도 제기되고 있다.

한편 징벌적 손해배상제도를 인정하고 있는 미국의 거의 모든 주에서 징벌적 손해배상의 요건으로 ① 민법상 불법행위로 인한 손해의 전보배상요건 외에 ② 다른 사람의 권리나 이익에 대한 악의 또는 의도적인 무시인 고의 또는 중과실을 추가적인 요건으로 요구하고 있다.

미국의 민사소송에서는 피고가 형사재판보다 보호를 덜 받기 때문에, 미국 연방대법원은 법원이 징벌적 손해배상을 결정하는 기준으로 ① 피고의 행위에 대한 비난 가능성의 정도 ② 실제 또는 잠재적인 피해규모와 징벌적 손해배상액과의 격차 ③ 징벌적 손해배상액과 유사 사례에서 허용 또는 부과된 손해배상액과의 차이 등을 고려하여 신중하게 결정하여야 하고, 이 원칙을 위반하여 지나치게 많은 징벌적 손해배상액을 산정하는 것은 미국 수정헌법 제14조 위반이라고 판시하였다.<sup>10)</sup>

## 3. 독일

독일은 징벌적 손해배상이 독일법의 기본원칙에 위반된다는 전제 하에, 미국의 징벌적 손해배상 판결을 승인·집행하는 것이 독일의 공서(公序)에 반하지 않는지에 관한 논의가 이루어졌다. 즉, 징벌적 손해배상을 명한 미국 법원 판결의 독일에서의 집행과 관련하여, 1992년 독일 연방대법원은 징벌적 손해배상 판결이 독일의 공서에 반한다는 이유로 그 집행을 승인하지 않았다.<sup>11)</sup> 이 사건에서 독일 연방대법원은 처벌과 억제의 목적을 갖는 징벌적 손해배상은 독일의 법체계에 부

10) 미국 연방대법원 BMW Inc. v. Gore 판결 (1994).

11) BGH, Urteil 4, Jun, 1992, WM(1992) 1451, ZIP(1992) 1256, NJW(1992) 3096, RIW(1993) 132, JZ(1993) 216.



합하지 않는다고 판시하면서, 정신적 손해배상을 전보하는 징벌적 손해배상과 원고의 소송비용 및 증명이 곤란한 경제적 부담을 징벌적 손해배상에 의하여 전보하는 경우에 대해서는 부분적 승인이 가능하다고 판단하였다. 또한 독일 연방대법원은 독일법의 기본원칙인 법치국가의 원리로부터 비롯되는 비례성의 원칙에 따라, 외국에서 인용된 손해배상 청구는 구체적인 사건마다 개별적으로 판단하여야 한다고 판시하였다.

#### 4. 일본

일본 역시 민사소송에서 징벌적 손해배상을 허용하지 아니하며, 외국 법원에서 명한 징벌적 손해배상 판결의 일본에서의 승인 및 집행과 관련해서도 독일과 유사한 입장을 취하고 있다.<sup>12)</sup> 동경고등법원은 징벌적 손해배상은 일본의 공서에 반한다고 판시하면서, 징벌적 손해배상으로서 금전의 지급을 명하는 미국 법원의 판결은 일본의 민사상의 불법행위에 기한 손해배상제도와는 크게 동떨어진 법제도 하에서 내려진 것이고, 징벌적 손해배상은 일본 법제 상으로는 벌금에 가까운 형사법적 성격을 가지는 것으로 보아야 하며, 외국 법원에서 명한 징벌적 손해배상 판결의 집행을 인정하는 것은 일본의 공서에 반한다고 판시하였다.<sup>13)</sup>

### V. 징벌적 손해배상제도의 법체계적 정합성

위에서 살펴본 바와 같이 대륙법계 국가들 대부분은 징벌적 손해배상제도를 허용하지 않으며, 우리나라의 경우도 대륙법계 법체계를 계수하고 있으므로, 개정 하도급법상 3배 배상제도를 적용함에 있어서도 민사적 손해배상제도 전반과의 조화와 공정거래법 위반사업자에 대한 제재수단 전체의 균형 차원에서 종합적인 검토가 병행될 필요가 있다.

특히 배심제가 인정되지 않는 나라에서는 징벌적 손해배상 인정 여부의 판단과 구체적인 배상액 산정을 법관에게 일임시킨다는 것이 쉽지 않은 일이다. 엄밀한 법의 해석을 중시하고 사건 간의 균형과 통일을 우선하는 법관으로서는, 어느 사건에서 가해자를 징벌하고 유사한 불법행위의 재발을 막기 위하여 징벌적 손해배상을 명할 필요가 있는지를 판단하기가 대단히 곤란하며, 징벌적 손해배상액 산정에 있어서 참작하여야 할 요소 또는 배상액 산정기준이 마련되어 있더라도 실제 재판에서는 법관에게 본질적으로 광범위한 재량이 인정될 수 밖에 없고, 이 경우 법관에 따라

12) 東京地裁, 判決 平成 3年 2月 18日, 判例時報, 第1376號, 79.

13) 이점인, 징벌적 손해배상제도에 관한 연구 - 미국 제도를 중심으로, 206면.

배상액수의 차이가 커서 재판의 공정성 시비로 이어질 수 있다.

## VI. 징벌적 손해배상제도 도입과 관련된 찬반론

하도급법상 3배 배상제도가 도입되기 이전에는 우리 법체계상 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 타당한지 여부와 관련하여 찬반 양론이 팽팽하게 전개되었다.

### 1. 반대론

징벌적 손해배상제도의 도입을 반대하였던 논거는 다음과 같다.

#### (1) 과잉구제의 가능성

징벌적 손해배상은 피해자에 대하여 그가 입은 실손해에 대한 보전이 아니라 이를 넘어서는 과잉구제 또는 부당이득을 부여하는 제도이고, 처벌 또는 징계를 목적으로 하는 배상액을 국가가 아닌 피해자 개인이 차지한다는 것은, 피해자에게 우연한 횡재(Windfall)를 지급하는 결과가 되어 불공정하다. 따라서 전보적 배상만으로 충분하지 않다면, 소송비용을 실손해액에 포함시키는 방식으로 문제를 해결하여야 한다는 것이다.

#### (2) 사소 남발과 소송의 사회적 비용 유발

징벌적 손해배상제도가 도입되면, 배상액의 고액화로 인한 수입료 상승을 기대한 변호사들이 피해자들로 하여금 소송을 계속 부추겨서 소송이 폭발적으로 증가할 수 있다고 비판하는 견해가 있다. 실제로 미국의 경우도 독점금지소송의 95%는 사적 원고에 의하여 제기되고 있으며, 증권집단소송의 경우는 변호사가 악의적으로 기획소송을 하고 화해를 유도한 후 거액의 수입료를 챙기는 부작용이 나타나고 있다.

#### (3) 이중처벌 및 제재의 가능성

징벌적 손해배상제도는 가해자에게 과도한 처벌 내지 이중처벌을 부과하는 결과가 될 수 있다.

형사법에서는 절차법상 ‘무죄추정의 원칙’이나 ‘이중위험의 법리’(Double Jeopardy)가 적용되어 나름대로 피고인을 보호할 수단이 확보되어 있다. 반면에 민사 피고에 대하여 징벌적 손해배상이 인정되는 경우, 형사법적 목적이 개입되어 가해자로 하여금 과도한 처벌에 노출되게 하는 결과가 되어, 동일한 가해자에게 형사적 처벌 외에 민사적 징벌을 부과한다면 헌법상 이중처벌금지원칙 내지 일사부재리의 원칙에 반한다는 것이다. 이러한 견지에서 미국 인디애나 주에서는 가해자의 행위가 범죄로 처벌되지 않는 경우에 한하여 징벌적 손해배상제도를 인정하고 있다.

#### (4) 민·형사책임 분리원칙의 위배

민사책임과 형사책임을 분리하는 대륙법계의 법리에 비추어 징벌이나 징계는 형벌 또는 행정처분에 의하여 국가가 행하는 것이 바람직하다. 우리 민사법 체계에서의 대원칙이자 손해의 공평부담을 기본이념으로 보상적 기능을 수행하는 ‘실손해배상주의’와 상충되며, 헌법상 과잉금지원칙에 반하여 위헌의 소지도 있다.

미국의 경우에도 루이지애나, 매사추세츠, 네브라스카, 워싱턴 등 4개 주에서는 보통법 상의 징벌적 손해배상제도를 인정하지 않고 있다. 그러나 미국 연방대법원은 징벌적 손해배상제도의 합헌성을 인정하였는 바, 많은 액수의 징벌적 손해배상액의 부과가 수정헌법 제8조의 과중한 벌금 부과의 금지 규정에 위반되지 않는다는 판결<sup>14)</sup>과 징벌적 손해배상액 산정에 관한 법원의 광범위한 재량이 수정헌법 제14조에서 규정하는 적법절차(Due Process) 원칙에 본질적으로 반하는 것이 아니라는 판결<sup>15)</sup>이 그 예이다.

## 2. 찬성론

한편, 찬성론의 논거는 다음과 같다.

고도로 복잡한 현대사회에서 공적 기관이 시민생활을 위협하거나 심각한 권리침해현상에 대하여, 이를 전부 확인하고 적절한 제재를 부과한다는 것이 사실상 불가능하다. 이를 해결하기 위하여 공적 감시체제를 강화하는 데는 엄청난 비용이 필요하며, 형벌권의 남용을 억제하기 위하여 매우 엄격한 입증을 요구하는 형사절차에 의해서는 고의에 가까운 악질적 가해행위에 대하여 적합한 제재를 가할 수 없는 경우가 많다. 이러한 상황이 계속된다면 장기적으로 국가 사법 시스템에 대한 신뢰의 붕괴를 초래할 수 밖에 없으므로 징벌적 손해배상제도를 도입하여야 한다는 것이

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

15) *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (509 U.S. 443) 1993.

다. 즉, 징벌적 손해배상제도의 도입을 통하여 행위자의 악의적 가해행위를 제재하고 억제한다는 것이다.

또한 징벌적 손해배상은 소송 제기에 따른 시간적 부담과 경제적 비용을 보전해 주는 의미가 있고, 남소의 우려보다는 소송제기율을 제고하여 공적 집행의 한계를 보완하고 불법행위의 억제력을 높일 수 있다는 점에서 긍정적 효과를 기대할 수 있다. 또한 징벌적 손해배상액이 지나치게 커지지 않도록 3배 등의 상한을 설정함으로써 과잉처벌의 문제를 해결할 수 있고, 피해자에 대한 만족스러운 배상을 통하여 민법의 실손해배상원칙을 유지할 수 있다는 것이다.

### 3. 소결

경쟁법 집행과 관련하여 사적 집행(Private Enforcement)이 주(主)가 되고 있는 미국과는 달리 우리나라의 경우는 공적 집행(Public Enforcement), 특히 행정적 제재수단(시정조치나 과징금)이 주가 되고 있으며, 민·형사적 제재는 큰 비중을 차지하지 않고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 그리고 유럽의 경우도 미국과는 경쟁법의 집행방식에 큰 차이가 있으며, 우리나라와 유럽(대륙법계 국가 포함)이 대체로 유사하게 공적 집행을 위주로 한 경쟁법 집행방식을 취하고 있는데, 영국을 제외한 유럽(대륙법계 국가들 포함)에서는 3배 배상이나 징벌적 손해배상제도를 인정하지 않고 있다.

한편, 우리나라는 금전적 제재의 경우에 행정적 제재로서의 과징금과 형벌로서의 벌금, 민사적 조치로서의 손해배상 청구가 모두 가능하고, 각 제재수단별로 재발의 방지, 가해자에 대한 응보, 피해자에 대한 전보의 역할을 분담하고 있다.

이러한 상황에서 3배 배상제도의 도입은 현재의 규제기능을 강화하는 것으로, 행정적 제재수단이 가진 억제력을 제고하고 원사업자에 대하여 보다 엄격한 응징과 징계를 부과하며, 피해자에 대한 충분한 보상을 제공하는 기능을 담당할 것이다.

그러나 동시에 행정적 제재 중심의 하도급법 집행상황에 있어서 징계 수위의 적정성이나 중복 처벌과 같은 논란의 여지가 생길 수 있다.

관점에 따라서는 적발률 저조현상이 위법행위 재발의 원인을 제공하고 있으므로 적발시 강력한 제재를 통하여 억제력을 높여야 한다는 주장도 가능하지만, 일본의 경우에 독점금지법은 벌금형을 받은 때는 벌금액의 1/2에 해당하는 금액을 과징금 부과액에서 공제하는 제도를 도입하고 있고(일본 독점금지법 제7조의2 제14항), 미국의 경우는 징벌적 손해배상과 관련하여 ① 피고의 행위에 대한 비난 가능성의 정도 ② 실질적 손해와의 비교형량 ③ 유사행위에 대한 민·형사 제재와의 균형 등을 유지하도록 하고 있다는 점은 특기할만하다.

또한 미국의 모범 징벌적 손해배상법(Model Punitive Damages Act)은 ① 피고의 현재 및 장래 수입 ② 피고가 불법행위로부터 얻게 되는 이익 ③ 불법행위 이후의 피해구제 노력 등을 고려하도록 하고 있다는 점도 참고할 만하다.

하도급법상 3배 배상과 같이 배상액의 상한을 설정함으로써 극단적으로 과도한 액수가 부여되지 않도록 하고, 배상액 산정기준을 가급적 객관적으로 명시하는 것을 전제로 할 때 징벌적 손해배상의 한 유형인 3배 배상제도는 나름대로 의미 있는 제도라고 할 것이다.

## Ⅶ. 하도급법상 3배 배상제도의 운용상 유의사항

이상에서 검토한 사항을 종합하여 볼 때 하도급법상 3배 배상제도를 운용함에 있어서는 다음과 같은 점을 유의하여야 할 것이다.

### 1. 대상행위

역사적으로나 이론적으로 3배 배상제도에는 악의적, 억압적, 고의적 등의 주관적 비난 가능성이 전제되어 있다. 외국에서는 이와 같이 노골적이면서 중대한 불법행위에 국한하여 징벌적 손해배상이 인정되어 온 점이 고려되어야 한다.

따라서 하도급거래질서 저해의 의도와 효과가 명확한 행위유형(악의적인 기술탈취행위)을 대상으로 3배 배상을 인정하는 것이 바람직하다. 특히 3배 배상의 경우는 수급사업자에게 손해를 끼치려는 고의나 악의가 전제되어야 하고, 다양한 경제적 동기에서 유발되는 과실에 의한 기술자료 유용행위를 일률적으로 3배 배상의 대상으로 삼아서는 곤란하다. 즉, 실제 재판에서는 3배 배상을 명하려면 고의나 악의가 입증된 노골적인 유용행위로 국한하는 것이 바람직하다. 하도급법 제 35조 제2항은 '발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위'에서 배상책임을 진다고 규정하고 있으므로, 고의나 악의가 입증되지 않은 단순 유용행위에 대해서는 실손해수준에서 배상하는 것이 법문상 가능하고 또한 바람직하다.

### 2. 배상액 산정의 적정성

하도급법상 기술자료 유용행위에 대한 3배 배상제도를 운용함에 있어서는 배상액이 과도하게 산정되지 않도록 유의할 필요가 있다.

미국 연방대법원의 BMW Inc. v. Gore 판결 (1994)은 징벌적 손해배상이 과도한 것이 되지 않도록 아래와 같은 기준을 제시하였는데, 하도급법 제35조 제2항의 운용에 있어서도 참고할 만하다.

- ① 비난 가능성의 정도(the degree of culpability of the defendant's misconduct),
- ② 전보배상액과의 비례(the disparity between the actual or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award),
- ③ 유사 사건과의 균형(the difference between the punitive damages awarded by the jury and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases)

또한 미국 연방대법원은 State Farm Manual Auto Insurance Co. v. Campbell 판결 (2003)에서도 위와 유사한 기준을 채택하여 징벌적 손해배상액의 적정성 여부를 판단하였다.

따라서 법원이 하도급법상 기술자료 유용행위에 대하여 실손해액을 초과하는 손해배상액을 산정함에 있어서도 위와 같은 기준을 참고하는 것이 바람직하다.

### 3. 입증책임전환의 문제점

하도급법 제35조 제2항은 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증하여야 할 책임을 부담하도록 규정하고 있다. 즉, 입증책임전환부 과실책임을 원칙으로 하고 있다. 국회 입법과정에서도 입증책임전환의 취지는 명확히 드러나고 있다. 이에 따라 3배 배상청구에 대해 원사업자가 고의는 물론 과실이 없었음을 입증하여야 하는 부담을 지게 된다.

하도급법상 기술자료 유용행위에 대한 손해배상 청구소송 등 공정거래 관련 민사소송에서 손해의 발생 및 손해액의 산정에 관한 입증 상의 어려움이 있는 것은 사실이다. 그러나 하도급법 제35조 제3항이 공정거래법 제57조를 준용하고 있으므로 기술자료 유용행위로 인하여 손해가 발생한 것은 인정되지만, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질 상 극히 곤란한 경우, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

그러나 여기서 더 나아가 원사업자에게 징벌적 손해배상책임을 물으려면, 적어도 수급사업자는 원사업자의 기술자료 유용행위에 특별히 가중적 요소가 있다는 충분한 증거를 제시한 경우에 한하여 비로소 징벌적 손해배상을 하도록 하는 것이 바람직하다. 즉, 수급사업자가 명백하고 확신을 주기에 충분한 증거에 의하여 원사업자의 악의 또는 고의가 입증되지 못하면, 법원은 원칙적으로 실손해수준의 배상을 하는 것이 바람직하다.

## VIII. 결론

### 1. '과실'에 의한 기술자로 유용행위

미국의 경우에 징벌적 손해배상을 인정하기 위해서는 악의(Malice)의 입증을 요구하는 주가 12개 주, 악의에 이를 정도는 아니지만 중과실을 넘을 것(conduct more egregious than gross negligence but not requiring proof of malice)을 요건으로 하는 주가 24개 주, 중과실(Gross Negligence)을 요구하는 주가 7개 주라는 점에서 알 수 있듯이, 과실의 정도가 비교적 경미한 경우는 징벌적 손해배상이 인정되지 않는다. 따라서 하도급법상 기술자로 유용행위에 대한 3배 배상(또는 실손해를 초과하는 금액의 배상)은 심각한 부주의에 이르지 않은 정도의 과실, 즉 단순한 부주의(Mere Inadvertence or Slight Negligence), 단순한 실수(Mistake), 판단의 착오(Errors of Judgment), 통상적인 주의의무를 위반한 과실(Ordinary Negligence) 또는 경미한 법규 위반에 대해서는 인정하지 않는 것이 바람직하다.

### 2. 입증대상과 입증정도의 문제

미국의 경우는 전보배상을 다루는 통상의 심리절차와 징벌적 손해배상을 다루는 심리절차를 분리하여, 후자의 절차적 통제를 강화하자는 견해가 있다. 그리고 징벌적 손해배상 청구 시에 요구되는 증명도의 수준에 있어서 미국 대부분의 주가 일반 민사소송의 증거법칙보다 높은 정도의 증명도를 요구한다. 즉, 일반 민사소송의 원칙에 기하여 전보배상책임을 인정함에 필요한 입증방법인 '증거의 우세'(Preponderance of Evidence)만으로 징벌적 손해배상을 인정하는 것이 아니라, '명백하고 확신을 주기에 충분한 증거'(Clear and Convincing Evidence)가 있을 경우에만 징벌적 손해배상을 인정하고 있다.

미국의 약 20개 주에서 징벌적 손해배상을 인정함에 있어서 이와 같은 '명백하고 확신을 주기에 충분한 증거에 의한 고도의 개연성 기준'을 채택하고 있고, 어떤 주는 그보다 더 강화하여 형사책임을 인정함에 필요한 '합리적 의심을 넘는 증거(Beyond a Reasonable Doubt)의 기준'을 채택하고 있다. 미국에서 이와 같이 징벌적 손해배상 청구 시에 요구되는 증명도를 일반 민사소송에서의 증명도보다 높게 요구하는 것은, 징벌이라는 목적 때문에 형벌 부과에 요구되는 범죄 성립의 증명도에 근접하거나 그와 동일한 정도의 것을 요구하는 것이며, 우리 법원도 실무상 하도급법상 기술자로 유용행위에 대한 3배 배상(또는 실손해를 초과하는 금액의 배상)을 명하려면, 가급적 수급사업자가 원사업자의 '고의'를 명백하고 확신을 주기에 충분한 증거에 의하여 입증한

경우로 한정하는 것이 바람직하다.

### 3. 손해 발생 및 범위에 대한 기준 마련의 필요성

단순한 전보적 손해배상을 넘어서 하도급법상 기술자료 유용행위에 대한 3배 배상을 인정하려면, 실체법(實體法)적으로 손해의 발생과 범위에 관하여 엄격하고 철저한 심사가 필요하다. 그리고 징벌적 손해배상의 대상이 되는 위법행위를 유형화하고 위법성 판단에 재량의 여지를 가급적 축소하여, 보다 법관과 수범자(垂範者) 모두에게 예측 가능한 기준을 제시할 필요성이 있다. 손해의 범위와 관련해서도 전혀 예상하지 못한 과도한 배상액을 감수하게 하여서는 아니 되므로, 예상치 못한 뜻밖의 불이익을 막기 위하여 배상액의 합리적 산정기준을 확립할 필요가 있다.

미국의 판례를 참고할 경우, 하도급법상 기술자료 유용행위에 대한 배상액 산정기준으로 고려될 수 있는 요소는 다음과 같다.

- ① 손해의 심각성
- ② 가해행위에 대한 비난 가능성의 정도
- ③ 가해자의 의도하였던 이익
- ④ 가해자의 재정상태
- ⑤ 전보배상액의 규모
- ⑥ 소송비용
- ⑦ 형사책임의 가능성
- ⑧ 동일한 소송의 반복 가능성 / 가해자의 불법행위의 빈도

※ 지면 사정상 '참고문헌'은 생략합니다.