

연구보고서 2018-09

# 징벌적 손해배상제도 실효성 제고 방안

2019. 2.

대한건설정책연구원



## 연구진

---

이 종 광      연구기획위원      대한건설정책연구원

---

박 승 국      연구실장      대한건설정책연구원

---

이 보고서의 내용은 연구진의 견해로서  
대한건설정책연구원의 공식적인 견해와 다를 수 있습니다.



## 발 간 사

건설산업의 불공정 하도급은 오랫동안 지속된 관행으로 뿌리가 깊어 근본적인 개선이 쉽지 않습니다.

정부도 원도급업체의 불공정행위를 억제하거나 하도급업체의 협상력을 높이기 위한 규제를 강화하고 있으나, 수급인의 이윤추구 동기에 의한 불공정행위를 억제하는 데는 한계가 있습니다. 불공정행위 적발로 부담해야 하는 비용이 편익에 미치지 못하기 때문입니다.

따라서 수급인의 불법적인 하도급거래 행위를 방지하기 위해서는 위법행위로 치러야 하는 비용이 위법행위로 얻을 수 있는 편익보다 더 큰 보상구조를 형성함으로써 수급인의 행태를 교정하고 하도급거래 준수 의식을 제고하는 방향으로 제도를 개선하여야 합니다.

본 연구는 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 문제점을 실효성 측면에서 세부적으로 진단하고, 징벌적 손해배상제도 본래의 목적을 달성할 수 있는 개선방안들을 제시하고 있습니다.

본 연구가 건설산업의 공정거래 질서를 확립하여 경영악화로 어려움을 겪고 있는 전문건설업체뿐만 아니라 전체 건설산업의 건전한 발전에 기여할 수 있기를 기대합니다. 끝으로 본 연구를 수행한 연구원들과 자문위원들의 노고에 감사의 뜻을 전달합니다.

2019년 2월  
대한건설정책연구원  
원장 서 명 교



## 1. 서 론

- 하도급법 외에도 다양한 법률에 징벌적 손해배상제도가 도입되었고, 현재도 여러 분야에서 징벌적 손해배상 도입이 논의되고 있음
- 그러나 하도급법을 비롯하여 징벌적 손해배상제도가 도입된 다른 법률에 의해서도 징벌적 손해배상제도 활용은 사실상 거의 전무한 상황임
- 불공정거래를 예방하고 제재하고자 도입된 징벌적 손해배상제도가 사실상 사장되고 있는 것은 바람직하지 않음
- 징벌적 손해배상제도에 대한 긍정적 시각이 확산되고 있어 제도를 활성화하여 효용을 높일 필요가 있음
- 본 연구에서는 먼저 하도급법상 징벌적 손해배상 소송의 문턱을 낮추어 소송제기가 용이하도록 하는 방안을 강구하는 한편 궁극적으로 피해를 입은 하도급업체가 징벌적 손해배상 소송을 통해 배상을 받을 수 있는 가능성을 높임으로써 징벌적 손해배상제도를 활성화할 수 있는 방안을 제시하고자 함

## 2. 징벌적 손해배상제도의 고찰

### 2.1 징벌적 손해배상의 의미

- 전보적 손해배상(compensatory damages)
  - 불법행위로 인해 발생한 손해를 전보하기 위하여 하는 손해배상임. 전보적 손해배상은 피해상태의 원상회복을 목적으로 한다는 점에서 처벌 목적을 포함하는 징벌적 손해배상과 차이가 있음

- 가중적 손해배상(aggravated damages)
  - 불법행위로 인해 피해자의 감정이나 명예를 현저히 훼손된다면 통상의 전보적 손해배상보다 더 큰 가중적 손해배상이 부과될 수 있음
- 배수적 손해배상(multiple damages)
  - 특정한 불법행위에 대하여 실제 손해액에 추가적 배상을 인정하는 것으로, 가해자가 불법행위로 얻을 수 있는 이익의 수배를 배상액으로 인정함
- 3배 손해배상(treble damages)
  - 미국은 독점금지법 위반으로 발생한 손해의 3배를 배상하도록 하는 제도를 클레이튼법에 규정하고 있음

## 2.2 징벌적 손해배상의 기능

- 처벌 및 억제기능
  - 악의적인 가해자를 처벌하여 비슷한 유형의 불법행위를 예방하고 억제하는 기능
- 실현 기능
  - 법 실현 기능이란 불법행위로 인한 피해자가 소송을 통해 실제 입은 손해 이상의 배상을 받을 수 있는 보상구조를 형성함으로써 불법행위의 피해자가 가해자의 불법행위 적발이 용이하도록 하는 것을 말함
- 만족적 전보기능
  - 징벌적 손해배상은 불법행위의 피해자가 만족스러운 보상을 받게 되는 효과가 있음

### 3. 징벌적 손해배상제도의 운용 현황

#### 3.1 징벌적 손해배상제도 도입 현황

- 최초로 ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’에서 2011년 원사업자가 취득한 기술자료 유용금지 규정 위반 시 손해배상에 최초 도입 시행된 후, 다양한 법률에 적용되어 시행되었거나 시행예정에 있음

〈징벌적 손해배상제가 도입된 법률〉

구분	법률명	징벌배상 요건	배상액	비고
공정 거래	하도급법 (2011. 시행)	▶ 법률에 규정된 위법 행위가 존재하는 경우	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	▶ 가해자의 과실만 존재하는 경우에도 인정(가해자의 주관적 가중사유 불필요)
	대리점법 (2016. 11. 시행)			
	가맹사업법 (2017. 10. 시행)			
	독점규제법 (2019. 9. 시행)			
고용 인정	기간제법 (2014. 9. 19. 시행)	▶ 고의 또는 반복	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	▶ 노동위원회가 배상 명령
	파견법 (2014. 9. 시행)	▶ 기간제법을 준용하여 적용		▶ 기간제법을 준용하여 적용
개인 정보	개인정보법 (2015. 7. 24. 시행)	▶ 고의 또는 중과실	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	-
	신용정보법 (2016. 3. 시행)			
	정보통신법 (2017. 10. 19. 시행)			
소비자 안전	제조물책임법 (2018. 4. 19. 시행),	▶ 고의 + 조치 불이행 + 중대 손해	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	▶ 고의적이고 필요한 조치를 불이행하여 중대한 손해 발생시
	환경보전법 (2019. 6. 시행 예정)	▶ 고의 또는 중과실		▶ 환경유해인자의 유해성 고려
국민 권익	공익신고자 보호법 (2018. 5. 시행)	▶ 법률에 규정된 위법 행위가 존재하는 경우	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	▶ 가해자의 과실만 존재하는 경우에도 인정(가해자의 주관적 가중사유 불필요)

### 3.2 하도급법상 징벌적 손해배상제도

- 하도급법상의 징벌적 손해배상은 2011년 하도급법 개정을 통하여 원사업자가 정당한 사유에 따라 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여 취득한 기술 자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하는 소위 기술자료 유용(제12조의 3 제3항)에 처음 도입되었음
- 이후 2013년 개정으로 기술자료 유용행위 외에도 부당한 하도급대금결정(제4조), 부당한 위탁 취소(제8조), 부당 반품행위(제10조), 부당한 대금감액행위(제11조 제1항)까지 확대 적용되었으며 2018년부터는 원사업자의 수급사업자에 대한 보복조치의 금지(제19조)에도 징벌적 손해배상제도가 확대 적용되고 있음

### 3.3 외국 사례

- 미국
  - 미국에서는 각 주마다 징벌적손해배상의 인정 요건을 달리하고 있지만 대부분의 주에서는 주법과 연방법에 의거하여 징벌적 손해배상을 인정하고 있음. 그리고 징벌적 손해배상은 독점금지법, 특허법, 상표법 등에 3배의 배상이 인정되고 있음
  - 미국에 있어서 징벌적 손해배상을 인정하기 위해서는 타인의 이익에 대한 의식적이고 계획적인 불법행위가 있거나 단순 부주의가 아닌 중대한 과실로 피해자에게 손해를 입혀야함
- 영국
  - 영국에서 징벌적 손해배상의 적용은 계약위반의 경우 적용하지 않고 있으며 과실이 있는 경우에 대하여 적용하고 있음

## 4. 하도급법상 징벌적 손해배상제도 실효성 제고 방안

### 4.1 징벌적 손해배상액 개선

- <제1안> 징벌적 배상액의 강도를 증가시키는 것으로 현행 하도급법상의 3배 이하의 징벌적 손해배상을 10배 이하가 되도록 상향조정
  - 피해기업의 신고나 소제기로 얻을 수 있는 기대이익을 키워주고 기대손실을 낮추어주면, 원사업자가 쉽게 부당한 행위를 할 수 없는 수준으로 원사업자의 기대손실이 커지는 결과를 가져올 수 있을 것임
- <제2안> 징벌적 배상액의 범위를 3배 이상의 하한선과 10배 이하의 상한선을 규정하는 방안
  - 징벌적 손해배상액을 실손해액의 10배 이하로 상한선만을 규정할 경우 법원에서 이규정을 소극적으로 해석하여 전보배상으로 회귀할 가능성이 여전히 상존하므로 징벌적 손해배상제도의 징벌적 제재 효과 측면에서 장점을 가지고 있음
- <제3안> 징벌적 손해배상액을 실손해액의 3배로 명시하는 방안
  - 3배라는 법정손해배상액을 명시함으로써 징벌적 손해배상이라는 제도의 목적을 효과적으로 달성할 수 있는 방안임
  - 3배로 법정손해배상액을 명시할 경우 실손해액이 매우 낮은 경우에는 징벌적 손해배상의 목적을 달성하기 어려우며 반대로 실손해액이 매우 높은 경우에는 과도한 징벌적 배상이 이루어진다고 볼 수 있음

#### 4.2 징벌적 손해배상 적용 범위 확대

- 하도급법에 징벌적 손해배상제도를 도입한 목적은 수급인의 불공정 하도급 관행 제재와 재발 방지에 있음
- 불공정한 하도급거래 행위는 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료제공 요구, 부당한 하도급대금 결정, 부당한 위탁취소, 부당반품, 부당감액, 보복조치 금지 등의 불공정 행위에 대해서만 국한되는 것은 아니므로 하수급인에게 중대한 손해를 끼치는 부당한 특약 금지와 관련된 불공정 하도급거래행위에 대해서도 징벌적 손해배상제도를 확대하여 적용하는 것이 필요함

#### 4.3 소송지원 및 입증책임 완화

- 소송지원
  - 중소벤처기업부 또는 중소기업 관련 사업자단체와 같은 기관에서 협약을 통해 중소기업의 징벌적 손해배상 상담 및 소송에 필요한 적립금을 대한법률구조공단에 제공하는 것을 검토할 수 있을 것임
  - 협약기관이 기금을 제공하면 대한법률구조공단에서는 해당 기금을 징벌적 손해배상과 관련된 사업에 전속적으로 사용하게 되며, 수급사업자는 하도급거래에서 발생한 손해에 대한 징벌적 손해배상 소송과 관련하여 대한법률구조공단으로부터 법률자문 및 소송지원을 받을 수 있게 됨
- 입증책임 완화
  - 피해 수급사업자에 대한 입증책임 경감의 정도를 어떻게 할 것인가에 대해서 논리적으로는 입증책임 전환, 입증책임 추정, 자료제출명령제도 도입 등 3가지 대안을 고려할 수 있음

## 요 약

- <제1안> 기간제 및 단기간근로자 보호 등에 관한 법률 제9조 제4항과 같이 원사업자가 고의, 중과실은 물론 가해행위, 손해, 인과관계 등의 입증책임을 피해수급사업자에서 원도급자로 완전히 전환하는 방안
- <제2안> 제조물책임법 제3조의2와 같이 손해의 발생 등 일정한 간접사실을 입증하는 경우에 한해 가해행위와 인과관계 등을 추정하여 입증책임을 원사업자에게 전환하는 방안. 즉 가해행위가 존재하였다는 사실, 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 있다는 사실 등을 직접적으로 증명함이 없이도, 원사업자의 불법행위로 생길 수 있는 손해가 발생하였음을 증명하면 가해행위의 존재와 가해행위와 손해 사이의 인과관계가 존재하는 것으로 추정하는 규정을 두는 것이 필요함
- <제3안> 특허법 제132조와 유사한 한국형 디스커버리제도인 자료제출명령 제도를 도입하여 원사업자로 하여금 손해의 입증에 필요한 자료를 제출하도록 하여 피해수급사업자의 권리구제를 도모하는 방안
- 제1안과 같이 원사업자가 모든 요건을 입증하도록 하는 것은 너무 과도한 측면이 있다면, 제2안처럼 수급사업자와 원사업자간의 정보 불균형을 해소하는 차원에서 일정한 간접사실을 입증한 경우에 가해행위와 인과관계 등을 추정하는 규정을 도입하는 것이 현실적인 방안이 될 수 있음
- 한편 원사업자에게 입증하도록 하는 입증책임전환의 부담을 해소하기 위해서는 디스커버리제도인 자료제출명령 제도를 도입하는 방안도 수급사업자에게는 정보 불균형을 해소하는 방안이 될 수 있을 것임



# - 목 차 -

제1장 서론 .....	1
1.1 연구배경 및 목적 .....	1
1.2 연구범위와 내용 .....	5
제2장 징벌적 손해배상제도 고찰 .....	6
2.1 징벌적 손해배상의 의의 .....	6
2.2 징벌적 손해배상의 기능 .....	9
2.3 징벌적 손해배상의 연혁 .....	11
제3장 징벌적 손해배상제도의 운용 현황 .....	12
3.1 징벌적 손해배상제도 도입 현황 .....	12
3.2 하도급법상 징벌적 손해배상제도 적용 유형 .....	28
3.3 외국 사례 .....	33
제4장 하도급법상 징벌적 손해배상제도 실효성 제고 방안 .....	40
4.1 징벌적 손해배상액 개선 .....	40
4.2 징벌적 손해배상 적용 범위 확대 .....	44
4.3 소송지원 및 입증책임 완화 .....	48
제5장 결 론 .....	56
참고문헌 .....	57

## - 표 목 차 -

〈표 4-1〉 징벌적 손해배상액 관련 국회 개정 법률안 .....	41
〈표 4-2〉 하도급 계약상 부당한 특약의 주요 내용 .....	47

## - 그림 목 차 -

[그림 4-1] 하도급 계약시 불공정 특약조항 사례 유무 .....	46
---------------------------------------	----

## 1.1 연구의 배경 및 목적

건설생산 과정에서 발주자, 설계자, 시공사, 자재·장비공급자, 노동자 등 다수의 주체들이 목적과 기능에 따라 상호간 계약관계를 형성함. 소비자에 해당하는 발주자가 자신이 목적하는 시설물에 대하여 기획, 설계, 시공 등의 서비스를 시장에서 구매하는 과정을 통해 건설공사가 이루어진다. 시설물에 대한 시공은 기획·설계를 통해 도면상에 시설물의 계획이 완성된 이후 시작됨. 공기가 촉박한 경우에는 설계와 시공을 동시에 진행하는 패스트트랙(Fast Track) 방식을 활용하기도 하지만 일반적이지는 않다.

발주자가 시설물을 시공할 건설업체를 선정하면 이후의 시공과정은 건설업체가 맡게 됨. 발주자와의 계약이나 협의를 통해 사전에 정해진 경우를 제외하고는 건설업체가 자재·장비·인력 등 건설공사에 필요한 생산요소를 조달한다. 건설업체가 발주자로부터 프로젝트를 위탁(수주) 받아야 건설공사가 시작된다. 즉 건설공사는 프로젝트 수주를 기점으로 생산과정이 시작되는 것이다. 그런데, 대부분의 건설업체는 평상시에는 최소한의 인적·물적 자원만 보유하고, 여타 건설공사에 필요한 생산요소는 프로젝트를 수주하고 진행하면서 조달하는 것이 일반적이다. 다양한 유형의 프로젝트를 여러 지역에서 수행하는 건설업체의 입장에서 생산요소를 상시적으로 보유하는 것이 사실상 불가능하고 경제적으로 효율적이지도 않다.

건설업체가 조달하는 생산요소에는 다른 제3의 건설업체도 포함된다. 건설공사를 수주한 건설업체는 자신이 기술과 자원을 보유하고 있지 않거나 직접 시공하게 되면 경제성 확보가 어려운 경우에, 필수적인 기술을 보유하고 있거나 비용 측면에서 경쟁력을 가진 다른 건설업체에 하도급을 주는 것이 일반적이다. 하도급을 받는 건설업체는 하나가 될 수도 있지만, 시설물의 규모가 크고 전문적인 공종 수가 다수이면 여러 개가 될 수도

있다.

건설공사를 원도급 받은 건설업체 자신은 전체 프로젝트를 관리하거나 일부를 시공하면서, 프로젝트를 구성하는 일부분에 대한 시공을 해당 분야 (공종)에 전문성을 가진 다른 건설업체에게 맡겨서 시공을 분담시키는 하도급은 건설공사에서 널리 활용되는 방식이다. 종합건설업체의 건설공사 원가명세 중 외주비의 비율 즉, 다른 건설업체에 하도급 주는 비율은 2015년의 경우 46.16%, 2016년의 경우 44.4%로 조사되었다.<sup>1)</sup> 건설공사를 다른 건설업체에 하도급 주어 시공하는 비율이 50%에 가까울 정도로 하도급 의존도가 높은 것을 알 수 있다.

건설공사 계약은 도급(위탁) 단계에 따라 달리 구분할 수 있다. 발주자가 최초에 건설업자(=원도급업체)에게 건설공사를 도급하는 것을 '원도급', 발주자로부터 건설공사를 도급받아 그 중 일부를 '다른 건설업자(=하도급업체)'에게 다시 도급하는 것을 '하도급'이라 한다. 첫 번째 단계의 계약을 원도급계약이라 하고, 두 번째 단계의 계약을 하도급계약이라 한다. 하도급계약의 당사자는 원도급업체와 하도급업체이다.

발주자로부터 건설공사를 수주한 건설업자(원도급업체)는 건설공사 수행에 필요한 기술력을 보유하거나 높은 생산성을 발휘하는 다른 건설업자를 하도급업체로 선정한다. 원도급업체와 하도급업체 간의 계약은 원도급업체가 일을 맡기고 하도급업체는 일한 대가를 받는 상호 필요에 의해 이루어지므로 대등한 관계를 맺는 것이 원칙이다. 그러나 하도급업체의 하도급공사 수주는 원도급업체의 낙점에 의하여 이루어지므로, 원도급업체와 하도급업체의 관계는 통상적으로 완전히 평등하지는 않다. 원도급업체가 하도급거래 과정에서 발생하는 우월한 계약적 지위를 활용하여 자신의 이익을 강화하려는 성향을 보인다. 원도급업체가 정당한 이윤추구 행위를 넘어서는 불법적이고 부당한 방식으로 하도급업체가 향유해야 할 이익을 빼앗는 불공정행위는 위법한 행위로 법적 처벌대상이 된다.

건설생산에서는 하도급방식이 일반화되어 생산조직이 피라미드 모양을

---

1) 대한건설협회, 건설경영분석, 2017.

형성하고 있다. 발주자가 지급하는 공사대금이 가치사슬의 윗부분에서 아래로 흘러가면서 각 단계별로 분배되므로, 원도급업체의 불공정행위로 하도급업체와 이들이 조달하는 자재와 장비공급업체, 현장인력에게 대금과 임금이 원활하게 지급되지 않을 경우에 발생하는 부정적 파급효과는 지대하다. 하도급업체에 대한 직접적인 피해는 물론 공사비가 부족하게 되면 시설물의 품질과 안전에까지 영향을 주게 되어 불특정의 사용자가 피해를 볼 수도 있다.

건설산업의 불공정 하도급은 오랫동안 지속된 관행으로 뿌리가 깊어 근본적인 개선이 쉽지 않다. 정부도 원도급업체의 불공정행위를 억제하거나 하도급업체의 협상력을 높이기 위한 규제를 강화하고 있으나, 수급인의 이윤추구 동기에 의한 불공정행위를 억제하는 데는 한계가 있다. 불공정행위 적발로 부담해야 하는 비용이 편익에 미치지 못하기 때문이다. 따라서 수급인의 불법적인 하도급거래 행위를 방지하기 위해서는 위법행위로 치러야 하는 비용이 위법행위로 얻을 수 있는 편익보다 더 큰 보상구조를 형성함으로써 수급인의 행태를 교정하고 하도급거래 준수 의식을 제고하는 방향으로 제도를 설계하고 있다.

정부는 건설하도급을 포함하여 하도급거래에서 발생하는 불공정행위를 개선하고자, 2011년 3월 하도급법에 기술탈취 행위에 대하여 실제 손해액의 3배까지 배상받을 수 있는 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 2013년 5월에는 징벌적 손해배상 적용대상을 부당한 하도급대금 결정, 하도급대금 부당감액, 부당한 발주 취소, 부당한 반품행위로 적용대상을 확대했고, 2018년 4월에는 신고 등에 대한 보복조치에 대하여도 징벌적 손해배상이 가능하도록 적용대상을 확대하였다.

징벌적 손해배상은 가해자가 악의적으로 불법행위를 함으로써 피해자에게 손해를 입혔을 경우, 피해자가 입은 실제손해 이외에 추가적으로 징벌적 의미를 추가하여 배상 하는 제도로서, 불법행위에 대한 억지력과 재발 방지라는 측면에서 매우 효과적인 제도로 평가되고 있다.

그러나 하도급법에 징벌적 손해배상이 도입된 지 7년이 넘었지만 징벌

적 손해배상이 실제 활용된 사례는 단 1건에 불과하여 사실상 거의 활용되지 않고 있다. 2015년 CJ대한통운을 대상으로 부당한 위탁취소에 대한 징벌적 손해배상을 청구하였으나 하도급업체가 1심에서 패소한 사례가 유일하며, 더욱이 건설하도급에서는 징벌적 손해배상제도 활용 사례가 전무하다.

하도급법에 징벌적 손해배상제도를 처음 도입하면서 그 적용대상을 기술 탈취에 한정된 것은 도입 타당성에 관한 논란으로 적용대상을 최소화한 점도 있지만, 주로 제조업이나 첨단업종에서 원사업자가 수급사업자(하도급업체)의 기술을 탈취하여 이익을 취하는 부정행위를 방지하고자 데 취지가 있었다. 2013년 징벌적 손해배상제도의 적용대상을 확대하면서 부당한 하도급대금 결정, 하도급대금 부당감액 등으로 인한 손해에 대하여도 하도급업체는 징벌적 손해배상을 청구할 수 있게 되었는데, 하도급거래에서 대금결정이나 대금지급이 주로 문제되는 건설업과 같은 업종을 고려하였을 것으로 본다.

하도급법 외에도 다양한 법률에 징벌적 손해배상제도가 도입되었고<sup>2)</sup>, 현재도 여러 분야에서 징벌적 손해배상 도입이 논의되고 있다. 그러나 하도급법을 비롯하여 징벌적 손해배상제도가 도입된 다른 법률에 의해서도 징벌적 손해배상제도 활용은 사실상 거의 전무한 상황이다. 사회적 이슈가 발생할 때마다 징벌적 손해배상제도 도입을 해결방안으로 주장하는 경우가 많은데, 지금과 같이 징벌적 손해배상제도가 유명무실하다면 아무리 많은 법률에 도입하더라도 제도적 기능을 발휘하기 어려울 것이다.

불공정거래를 예방하고 제재하고자 도입된 징벌적 손해배상제도가 사실상 사장되고 있는 것은 바람직하지 않다. 징벌적 손해배상제도에 대한 긍정적 시각이 확산되고 있어 제도를 활성화하여 효용을 높일 필요가 있다. 본 연구에서는 먼저 하도급법상 징벌적 손해배상 소송의 문턱을 낮추어 소송제기가 용이하도록 하는 방안을 강구하는 한편 궁극적으로 피해를 입은 하도급업체가 징벌적 손해배상 소송을 통해 배상을 받을 수 있는 기능

---

2) 하도급거래 공정화에 관한 법률을 포함하여 10개 법률에 징벌적 손해배상제도가 도입되었다.

성을 높임으로써 징벌적 손해배상제도를 활성화할 수 있는 방안을 제시하고자 한다.

## 1.2. 연구범위와 내용

본 연구는 징벌적 손해배상제도의 활성화 방안을 제안하는 것을 목적으로 한다. 근래 여러 법률에 징벌적 손해배상제도가 도입되었을 뿐 아니라, 징벌적 손해배상제도를 새롭게 도입하려는 입법안들도 대기하고 있다. 본 연구에서는 건설하도급과 직접적인 관련을 가지고 있는 하도급법을 중심으로, 이미 하도급법에 도입되어 있는 징벌적 손해배상제도를 활성화하는데 초점을 두고자 한다.

제1장에서는 연구의 배경과 목적을 살펴보고, 제2장에서는 징벌적 손해배상제도를 이론적 측면에서 고찰한다. 징벌적 손해배상제도의 의미, 연혁과 기능, 그리고 징벌적 손해배상제도가 기원한 영국과 현대에 들어 징벌적 손해배상제도가 가장 활성화된 미국을 중심으로 외국 사례를 살펴본다.

제3장에서는 먼저 우리나라의 징벌적 손해배상제도 도입 현황을 분석한다. 하도급법 외에도 10여 개의 법률에서 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있는 바, 이들 법률상의 징벌적 손해배상제도의 내용을 파악하여 특징적인 사항을 도출한다. 그리고 하도급법에 초점을 맞추어 징벌적 손해배상제도의 적용대상의 내용과 구조를 분석한다.

제4장에서는 하도급법상의 징벌적 손해배상제도가 활성화되지 않고 있는 이유를 분석하고 활성화 방안을 제시한다. 징벌적 손해배상제도 적용대상 확대, 손해배상 기준의 조정, 손해입증책임 완화, 피해자가 소송을 용이하게 제기할 수 있는 소송지원 등의 방안을 제시한다.

제5장은 결론으로서 연구내용을 종합적으로 기술하고, 향후 추가적인 연구방향과 정책적 시사점을 제시한다.

## 2.1 징벌적 손해배상의 의의

징벌적 손해배상(punitive damages 또는 exemplary damages)<sup>3)</sup>은 가해자의 악의적인 또는 의도적인 불법행위로 피해자에게 손해가 발생했을 경우, 피해자가 입은 실제 손해액 외에 징벌적 의미의 손해를 배상하게 하는 제도이다. 즉 특정한 조건하에서 실제손해에 더하여 주는 배상으로, 가해자의 행위가 특별히 해롭다고 인정되는 경우 벌칙으로 주어지는 손해배상이다.<sup>4)</sup> 우리나라 판례도 가해자에게 특히 고의 등의 주관적인 악사정이 있는 경우에 보상적 손해배상에 덧붙여 위법행위에 대한 징벌과 동종행위의 억지를 주목적으로 하여 과하여지는 손해배상으로서 보통법상 인정되고 있는 구제방법의 일종이라고 판시하고 있다.<sup>5)</sup>

영미법계의 징벌적 손해배상은 불법행위제도에 제재적 기능이 남아있어, 고의불법행위로 인한 민사책임과 형사책임이 결합되어 있는 것으로 보고 있다.<sup>6)</sup> 미국 보통법의 기본원칙(black letter doctrine)에 따르면 징벌적 손해배상은 ‘지나친 불법행위(outrageous conduct)’를 한 가해자를 처벌하고 장래에 유사한 행위가 발생하기 않도록 하고자 전보적 또는 명목적 손해배상 외에 부과되는 손해배상<sup>7)</sup>을 의미한다.<sup>8)</sup> 지나친 반사회적 불법

3) 징벌적 손해배상의 영문표기로는 일반적으로 ‘punitive damages’ 또는 ‘exemplary damages’를 사용한다(Legal Dictionary by FARLEX). ‘exemplary damages’는 본 보기를 보인다는 의미가 강조되는 표현이다(박지원, 2013, p.16).

4) Wex Legal Dictionary.

5) 서울지방법원 동부지원, 선고 93가합19069.

6) 김상용, 불법행위법, 법문사, 1997, p.14.

7) Restatement (Second) of Torts § 908 (1979)

(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

행위(outrageous conduct)의 범주에는 악의나 고의, 또는 타인의 이익에 대한 부주의한 무관심에 의해 이루어진 행동 등이 해당된다.<sup>9)</sup>

징벌적 손해배상 외에도 불법행위에 따른 금전적 손해배상 유형으로 전보적 손해배상, 명목적 손해배상, 가중적 손해배상, 배수적 손해배상 등이 있다. 징벌적 손해배상과 개념적으로 구분함으로써 징벌적 손해배상의 의미를 더욱 정확히 파악할 수 있다.<sup>10)</sup>

#### 전보적 손해배상(compensatory damages)

불법행위로 인해 발생한 손해를 전보하기 위하여 하는 손해배상이다. 전보적 손해배상은 피해상태의 원상회복을 목적으로 한다는 점에서 처벌 목적을 포함하는 징벌적 손해배상과 차이가 있다.

#### 가중적 손해배상(aggravated damages)

가중적 손해배상은 징벌적 손해배상과 유사해 보이지만 기본적으로 전보배상의 성질을 지닌다. 징벌적 손해배상과 같은 징벌적 성격이나 유사행위의 재발을 억제하는 목적을 가진 것은 아니다. 이점에서 가중적 손해배상과 징벌적 손해배상은 차이가 있다. 불법행위로 인해 피해자의 감정이나 명예를 현저히 훼손된다면 통상의 전보적 손해배상보다 더 큰 가중적 손해배상이 부과될 수 있다.

---

of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant.

8) Anthony J. Sebok, 「Punitive Damages in United States」, Torts and Insurance Law(Vol 25) p.155.

9) Nadine E. Roddy, 「Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation」, William and Mary Law Review(Vol 23, 2), 1981, p.338.

10) 손해배상의 유형 분류와 내용에 관해서는 ‘최나진, 징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰, 고려대 박사논문, 2014, pp.11-16.’ 및 ‘한성준, 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 확대적용에 관한 연구, 고려대 석사논문, 2014, pp.6-9.’ 참고.

### 배수적 손해배상(multiple damages)

특정한 불법행위에 대하여 실제 손해액에 추가적 배상을 인정하는 것으로, 가해자가 불법행위로 얻을 수 있는 이익의 수배를 배상액으로 인정한다. 추가 배상을 인정한다는 점에서 징벌적 손해배상과 유사한 측면이 있지만, 징벌적 목적이 필수적인 것은 아니라는 점에서 차이가 있다. 다만 실손해를 넘는 손해배상을 인정하는 점에서 징벌적 성격도 가진다고 볼 수 있다. 실제 손해에 부가하여 인정되는 일정한 손해배상액을 미리 규정한다는 점에서 법정손해배상(statutory damages)<sup>11)</sup>의 성격을 가진다고 볼 수 있다.

### 3배 손해배상(treble damages)

미국은 독점금지법 위반으로 발생한 손해의 3배를 배상하도록 하는 제도를 클레이튼법에 규정하고 있다. 독점금지법을 위반한 자를 제재하고 재발을 억제한다는 목적과 실손해의 3배를 배상하게 한다는 점에서 징벌적 손해배상과 유사하다. 다만 법관의 재량으로 배상액을 정하는 것이 아니라 법률로 손해배상액이 결정된다는 점에서 징벌적 손해배상과 차이가 있다.

---

11) 법정손해배상제도(statutory damages)는 민사소송에서 원고가 실제 손해를 입증하지 않은 경우에도 사전에 법령에서 규정한 손해액(pre-established damages) 또는 일정한 범위의 금액을 법원이 원고의 선택에 따라 손해액으로 인정할 수 있는 제도이다. 법령마다 내용에 차이는 있지만 대체로 원고가 청구의 청구에 의거하여 실손해(actual damage)의 배상에 같음하거나 그에 더하여 법원이 일정한 범위내에서 배상을 명할 수 있도록 하는 제도이다. 반드시 배상액을 고정하거나 상한 또는 하한기준을 두어야 하는 것은 아니다. 법정손해배상제도는 소송가액이 작은 경우에도 최소한의 손해배상을 보장하여 피해자가 적극적으로 소송을 제기하도록 하며, 실제손해의 증명이 어려운 경우에도 신속한 재판을 통한 구제를 가능하게 한다는 점에서 장점이 있다. 우리나라에서는 2007년 상표법에 도입되어 2012년부터 시행되었으며, 2014년에 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제32조의2, 2015년에 개인정보보호법 제39조의2, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제43조의2에 도입되었다. 법정손해배상의 기능으로 피해구제의 편의성, 입증부담 경감기능, 침해억제기능, 징벌적 기능이 복합적으로 작용하는 것으로 보고 있다. 다만 징벌적 성격을 가지는가에 대해서는 실손해에 대한 입증 없이 과도한 배상액을 부과한다는 점에서 반론이 있으나, 미국 법원은 법정손해배상이 침해에 대한 징벌적 제재의 역할을 하는 것으로 밝혔다. 여기에 관한 상세내용은 ‘김원오, 상표법상 법정손해배상제도의 위상정립과 입법론적 과제, 지식재산연구, 제11권, 제1호, 한국지식재산연구원, 2016, pp.1-36.’ 참고. 법정손해배상제도의 법적 성질에 관해서는 ‘봉영준, 법정손해배상의 법적 성질, 재산법연구, 제33권, 제2호, 2016, pp.103-128.’ 및 봉영준, 저작권법상 법정손해배상의 법적 성질, 법과 정책연구, 제14집, 제4호, 2014, pp.2019-2056.’ 참고.

## 2.2 징벌적 손해배상의 기능

징벌적 손해배상의 기능으로 처벌 및 억제기능, 법 실현 기능, 만족적 전보기능, 소송비용의 보상기능 등이 있다.<sup>12)</sup>

### 1) 처벌 및 억제기능

악의적인 가해자를 처벌하여 비슷한 유형의 불법행위를 예방하고 억제하는 기능을 말한다. 처벌기능은 불법행위를 한 가해자에게 금전적 배상을 부과함으로써 형사적 제재 못지않은 효과를 주는 것을 말한다. 특히 형사적 처벌이 피해자에게 만족감을 주지 못하거나 처벌의 수준이 적정하지 못한 경우 징계효과를 높일 수 있다. 억제기능은 징벌적 손해배상의 대상이 되는 불법행위를 통해 얻을 수 있는 편익과 불법행위 적발로 잃게 되는 비용을 비교하여 잠재적 가해자가 악의적 불법행위를 하는 것이 경제적인 측면에서 손해가 되는 비용구조를 만듦으로써 억제력을 발생시키는 것이다. 민사절차에 의하여 징벌적 손해배상금을 산정하고 그 배상금을 국가가 아닌 피해자에게 지급한다는 점에서 형사절차에 의한 형벌과 차이가 있다.

### 2) 법 실현 기능

법 실현 기능이란 불법행위로 인한 피해자가 소송을 통해 실제 입은 손해 이상의 배상을 받을 수 있는 보상구조를 형성함으로써 불법행위의 피해자가 가해자의 불법행위 적발이 용이하도록 하는 것을 말한다. 제도 남용의 가능성이 없는 것은 아니지만 질이 나쁜 불법행위에 실제 손해보다 많은 배상금을 부담하게 함으로써 위법행위를 감소시키는 효과를 기대할 수 있다.

---

12) 징벌적 손해배상의 기능에 대한 설명은 '최운효, 징벌적 손해배상에 관한 비교법적 연구, 계명대 박사논문, 2018, pp.71-75.' 및 '한성준, 2014, pp.23-24.' 요약.

### 3) 만족적 전보기능

징벌적 손해배상에서도 불법행위에 의한 손해를 배상하는 전보적 배상이 기본적으로 포함되어 있다. 통상 손해배상 소송에서는 손해, 고의나 과실, 인과관계 성립, 손해액 산정이 가능해야 하는데 이들 요건에 대한 입증이 완벽하게 이루어지기 어렵기 때문에 만족스러운 손해배상을 받지 못하는 경우도 적지 않다. 이 경우 징벌적 손해배상은 불법행위의 피해자가 만족스러운 보상을 받게 되는 효과가 있다.

## 2.3 징벌적 손해배상의 연혁

징벌적 손해배상제도는 고대의 법률에서 기원을 찾을 수 있다. 고대의 법률체계는 민사법과 형사법이 분리되어 있지 않았고 민사책임을 통해 징벌적 효과를 내기 위하여 실제 입은 손해의 배수를 보상하도록 하였다. 함무라비 법전은 징벌적 손해배상을 인정한 최초의 법률로 인정되고 있다.<sup>13)</sup> 함무라비 법전에서는 소나 양과 같은 가축을 훔친 자에 대하여 배상하도록 정해 놓았는데, 가축 소유주의 신분에 따라서 가축이 평민 소유이면 손해의 10배, 사원이나 궁전 소유이면 손해의 30배를 배상하게 하였다.<sup>14)</sup>

법률체계가 정비된 로마시대의 십이표법에도 행위유형별로 징벌적 손해배상을 규정하고 있는데, 현행 절도에 대하여는 손해의 3배, 현행이 아닌 절도에 대하여는 손해의 2배, 계약불이행에 대하여는 손해의 2배, 허용한도 이상의 높은 이자로 인한 피해에 대하여는 고리에 의한 이익의 4배를 배상하도록 하였다.<sup>15)</sup>

우리나라 고조선의 8조 법금에도 절도에 대하여 소유자의 노비가 되거나 50만전을 제공하여 죄를 면할 수 조항이 있고, 부여의 4조 법률에는 절도에 대하여 가액의 12배를 배상하게 하는 조항이 있는 바, 이들 조항은 징벌적 손해배상의 성격을 가진다고 볼 수 있다.<sup>16)</sup>

근대적 의미의 징벌적 손해배상제도는 영국에서 정립되어 미국을 비롯한 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등 영미법계 국가에서 활성화되어 있으며 미국에서 가장 활성화되어 있다. 다만 현대에 들어서는 영국은 징벌적 손해배상제도를 제한적으로 운영하고 있으며, 미국에서도 징벌적 손해배상의 요건과 배상액의 인정에 있어 제한을 두는 원칙을 가지고 있다.

---

13) 최나진, 2014, p.38.

14) 류근홍, 징벌적 손해배상제도에 관한 연구, 청주대 박사논문, 2005, p.9.

15) 최윤효, 2018, pp.68-69.

16) 한성준, 2014, pp.14-15.

### 3.1 징벌적 손해배상제도 도입 현황

현재 징벌적 손해배상 제도는, ① 최초로 ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’에서 2011년 원사업자가 취득한 기술자료 유용금지 규정 위반 시 손해 배상에 최초 도입 시행된 후, 그 적용범위를 확대하여 시행되고 있고, ② ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’(2014. 9. 19. 시행), ③ ‘파견근로자 보호 등에 관한 법률’(2014. 9. 시행), ④ ‘개인정보보호법’(2015. 7. 24. 시행), ⑤ ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(2016. 3. 시행), ⑥ ‘대리점거래의 공정화에 관한 법률’(2016. 12. 23. 시행), ⑦ ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2017. 3. 시행), ⑧ ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’(2017. 10. 19. 시행), ⑨ 제조물책임법(2018. 4. 19. 시행), ⑩ ‘공익신고자보호법’(2018. 5. 시행), ⑪ ‘환경보건법’(2019. 6. 시행 예정), ⑫ ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(2019. 9. 시행 예정) 등에 각각 시행되었거나 시행예정에 있다.

〈표 3-1〉 징벌적 손해배상제가 도입된 법률

구분	법률명	징벌배상 요건	배상액	비고
공정 거래	하도급법 (2011. 시행)	▶ 법률에 규정된 위 법 행위가 존재하 는 경우	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	▶ 가해자의 과실만 존재 하는 경우에도 인정 (가해자의 주관적 가 증사유 불필요)
	대리점법 (2016. 11. 시행)			
	가맹사업법 (2017. 10. 시행)			
	독점규제법 (2019. 9. 시행)			
고용 안정	기간제법 (2014. 9. 19. 시행)	▶ 고의 또는 반복	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	▶ 노동위원회가 배상 명 령
	파견법 (2014. 9. 시행)	▶ 기간제법을 준용하 여 적용		▶ 기간제법을 준용하여 적용
개인 정보	개인정보법 (2015. 7. 24. 시행)	▶ 고의 또는 중과실	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	-
	신용정보법 (2016. 3. 시행)			
	정보통신법 (2017. 10. 19. 시행)			
소비자 안전	제조물책임법 (2018. 4. 19. 시행),	▶ 고의 + 조치 불이 행 + 중대 손해	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	▶ 고의적이고 필요한 조 치를 불이행하여 중대 한 손해 발생시
	환경보건법 (2019. 6. 시행 예정)	▶ 고의 또는 중과실		▶ 환경유해인자의 유해 성 고려
국민 권익	공익신고자 보호법 (2018. 5. 시행)	▶ 법률에 규정된 위 법 행위가 존재하 는 경우	▶ 실제로 발생한 손해의 3배 이하	▶ 가해자의 과실만 존재 하는 경우에도 인정 (가해자의 주관적 가 증사유 불필요)

### 3.1.1 징벌적 손해배상제도 도입 법률 현황

#### 1) 기간제·단시간 근로자 보호 등에 관한 법률(2014. 3월 개정, 9월 시행)

기간제법상의 차별시정 제도는 임금 및 근로조건에 대한 보상 또는 원상회복 수준에 머물고 있어 사용자의 고의적이고 반복적인 차별행위에 대한 사전적 예방 효과가 미미하므로, 사용자의 고의적 또는 반복적 차별 행위에 대해서는 노동위원회가 기간제 및 단시간 근로자에게 발생한 손해액의 3배 내에서 징벌적인 성격의 배상명령을 함으로써 차별을 근본적으로 차단하려는 목적으로 개정되었다

제13조(조정·중재 또는 시정명령의 내용)

①제11조의 규정에 따른 조정·중재 또는 제12조의 규정에 따른 시정명령의 내용에는 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건에 대한 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령을 포함한다) 또는 적절한 배상 등이 포함될 수 있다.

②제1항에 따른 배상액은 차별적 처우로 인하여 기간제근로자 또는 단시간근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한다. 다만, 노동위원회는 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.

#### 2) 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2014. 3월 개정, 9월 시행)

파견법상 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자에 대하여 차별적인 대우를 할 수 없도록 하고 있다. 고의적이거나 반복적인 차별에 대해서는 노동위원회가 손해액의 3배를 넘지 않는 범위내에서 손해배상을 명할 수 있도록 기간제법을 준용하여 도입되었다.

2016년 11월 18일에는 파견근로자에 대한 고의적 또는 반복적 차별적 대우가 있었다면 사용사업주도 파견업체와 연대하여 손해액의 2배에 해당

하는 징벌적 배상 책임을 져야한다는 첫 법원 판결이 나왔다(서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416판결).

제21조(차별적 처우의 금지 및 시정 등)

②파견근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다.

③제2항의 규정에 따른 시정신청 그 밖의 시정절차 등에 관하여는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제9조 내지 제15조 및 제16조(동조 제1호 및 제4호를 제외한다)의 규정을 준용한다. 이 경우 "기간제근로자 또는 단시간근로자"는 "파견근로자"로, "사용자"는 "파견사업주 또는 사용사업주"로 본다.

### 3) 개인정보보호법(2015. 7월 개정)

2014년 1월경 밝혀진 카드사 개인정보 대량유출 사건을 계기로 개인정보 범죄에 대한 제재수준을 강화함과 동시에 개인정보 유출피해에 따른 피해구제를 강화하기 위하여 2015년 7월 24일에 일부개정이 이루어졌다. 이에 따라 이 법 제39조 제3항·제4항 및 제39조의2가 신설되어 징벌적 손해배상제도가 도입되었다.

제39조(손해배상책임)

①정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

③개인정보처리자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우로서 정보주체에게 손해가 발생할 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. 다만, 개인정보처리자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 법원은 제3항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2015. 7. 24.>

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인하여 입은 피해 규모
3. 위법행위로 인하여 개인정보처리자가 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 개인정보처리자의 재산상태
7. 개인정보처리자가 정보주체의 개인정보 분실·도난·유출 후 해당 개인정보를 회수하기 위하여 노력한 정도
8. 개인정보처리자가 정보주체의 피해구제를 위하여 노력한 정도

#### 4) 신용정보 이용 및 보호에 관한 법률(2015. 3월 개정, 2016. 3월 시행)

개인정보 대량유출 사건을 계기로 신용정보의 보호를 더욱 강화시킬 필요성이 제기됨에 따라 신용정보 유출에 대한 소비자의 피해구제를 강화하려는 이유로 2015년 3월 11일에 일부개정 되었으며 제43조(손해배상의 책임)가 신설되면서 제2항에 의하여 징벌적 손해배상 규정이 도입되어 2016년 3월 12일부터 시행되었다.

##### 제43조(손해배상의 책임)

- ① 신용정보회사등과 그 밖의 신용정보 이용자가 이 법을 위반하여 신용정보주체에게 피해를 입힌 경우에는 해당 신용정보주체에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 신용정보회사등과 그 밖의 신용정보 이용자가 고의 또는 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다
- ② 신용정보회사 등이나 그 밖의 신용정보 이용자(수탁자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 고의 또는 중대한 과실로 이 법을 위반하여 개인신용정보가 누설되거나 분실·도난·누출·변조 또는 훼손되어 신용정보주체에게 피해를 입힌 경우에는 해당 신용정보주체에 대하여 그 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임이 있다. 다만, 신용정보회사 등이나 그 밖의 신용정보 이용자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 법원은 제2항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인하여 입은 피해 규모
3. 위반행위로 인하여 신용정보회사 등이나 그 밖의 신용정보 이용자가 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 신용정보회사 등이나 그 밖의 신용정보 이용자의 재산상태
7. 신용정보회사 등이나 그 밖의 신용정보 이용자의 개인신용정보 분실·도난·누출 후 해당 개인신용정보 회수 노력의 정도
8. 신용정보회사 등이나 그 밖의 신용정보 이용자의 피해구제 노력의 정도

5) 대리점거래의 공정화에 관한 법률(2015. 12월 제정, 2016. 12월 시행)

대리점거래의 공정화에 관한 법률은 대리점거래의 공정한 거래질서를 확립하고 공급업자와 대리점이 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형 있게 발전하도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 2015년 12월 22일에 제정되어 2016년 12월 23일부터 시행되고 있는 법률이다. 제34조를 징벌적 손해배상제를 규정함으로써 공급업자가 자신의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 물품 등의 구입을 강제하거나, 대리점이 공급업자를 위하여 금전·물품 등 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위를 하여 대리점에 손해를 입힌 경우에는 그 손해의 3배를 넘지 않는 범위에서 배상책임을 지도록 하였다(제34조 제2항).

제34조(손해배상 책임)

- ① 공급업자가 이 법의 규정을 위반함으로써 대리점에게 손해를 입힌 경우에는 대리점에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 공급업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항에도 불구하고 공급업자가 제6조 또는 제7조의 불공정거래행위를 하여 대리점에게 손해를 입힌 경우에는 대리점에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다.
- ③ 법원은 제2항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여

야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
  2. 위반행위로 인하여 대리점이 입은 피해 규모
  3. 위법행위로 인하여 공급업자가 취득한 경제적 이익
  4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
  5. 위반행위의 기간·횟수 등
  6. 공급업자의 재산상태
  7. 공급업자의 피해구제 노력의 정도
- ④ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다.

#### 제6조(구입 강제 행위의 금지)

- ①공급업자는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 대리점이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

#### 제7조(경제상 이익 제공 강요행위의 금지)

- ①공급업자는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 대리점에게 자기를 위하여 금전·물품·용역, 그 밖의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다

### 6) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2016. 3월 개정, 2017. 3월 시행)

법정손해배상제도(제32조의 2)가 존재하고 있는 상태였지만, 법정손해배상제도만으로는 개인정보 유출로 인한 재산적 피해의 완전한 보전이 어렵고 또한 제도적 실효성에 의문이 제기되면서 정보통신서비스 제공자의 책임성을 강화하고자 징벌적 손해배상제를 도입하였다.

### 제32조(손해배상)

①이용자는 정보통신서비스 제공자등이 이장의 규정을 위반한 행위로 손해를 입으면 그 정보통신서비스 제공자등에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 정보통신서비스 제공자등은 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

②정보통신서비스 제공자등의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우로서 이용자에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. 다만, 정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

③법원은 제2항의 손해배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인하여 입은 피해 규모
3. 위반행위로 인하여 정보통신서비스 제공자등이 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 정보통신서비스 제공자등의 재산상태
7. 정보통신서비스 제공자등이 이용자의 개인정보 분실·도난·유출 후 해당 개인정보를 회수하기 위하여 노력한 정도
8. 정보통신서비스 제공자등이 이용자의 피해구제를 위하여 노력한 정도

### 7) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(2017. 4월 개정, 10월 시행)

2017년 4월 18일 제37조의2를 신설하고 징벌적 손해배상제도가 도입되었다(제37조의2 제2항). 가맹본부가 사실과 다르게 정보를 제공하거나 사실을 부풀려 정보를 제공하는 행위(제9조 제1항 제1호), 계약의 체결·유지에 중대한 영향을 미치는 사실을 은폐하거나 축소하는 방법으로 정보를 제공하는 행위(제9조 제1항 제2호), 가맹점사업자에 대하여 상품이나 용역의 공급 또는 영업의 지원 등을 부당하게 중단 또는 거절하거나 그 내용을 현저히 제한하는 행위(동법 제12조 제1항 제1호)에 대하여 징벌적 손해배상규정이 적용된다.

### 제37조의2(손해배상책임)

②제1항에도 불구하고 가맹본부가 제9조제1항, 제12조 제1항 제1호 및 제12조의5를 위반함으로써 가맹점사업자에게 손해를 입힌 경우에는 가맹점사업자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 가맹본부가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

### 제9조(허위·과장된 정보제공 등의 금지)

①가맹본부는 가맹희망자나 가맹점사업자에게 정보를 제공함에 있어서 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 사실과 다르게 정보를 제공하거나 사실을 부풀려 정보를 제공하는 행위(이하 "허위·과장의 정보제공행위"라 한다)
2. 계약의 체결·유지에 중대한 영향을 미치는 사실을 은폐하거나 축소하는 방법으로 정보를 제공하는 행위(이하 "기만적인 정보제공행위"라 한다)

### 제12조(불공정거래행위의 금지)

①가맹본부는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 가맹점사업자에 대하여 상품이나 용역의 공급 또는 영업의 지원 등을 부당하게 중단 또는 거절하거나 그 내용을 현저히 제한하는 행위

### 제12조의5(보복조치의 금지)

가맹본부는 가맹점사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 것을 이유로 그 가맹점사업자에 대하여 상품·용역의 공급이나 경영·영업활동 지원의 중단, 거절 또는 제한, 가맹계약의 해지, 그 밖에 불이익을 주는 행위를 하거나 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

## 8) 제조물책임법(2017. 4월 개정, 2018. 4월 시행)

2017년 4월 18일에 개정되어 징벌적 손해배상 규정(제3조 제2항)을 신설된 제조물 책임법이 2018년 4월 19일부터 시행되었다.

법원의 판결에 따른 손해배상액이 일반의 상식 등에 비추어 보았을 때 적정한 수준에 미치지 못하여 피해자를 제대로 보호하지 못하고, 소액다수의 소비자피해를 발생시키는 악의적 가해행위의 경우에는 불법행위에 따른 제조업자의 이익은 막대한 반면 개별 소비자의 피해는 소액에 불과하여 제조업자의 악의적인 불법행위가 계속되는 도덕적 해이 등의 발생을 방지하고자 도입되었다.

### 제3조(제조물 책임)

① 제조업자는 제조물의 결함으로 생명·신체 또는 재산에 손해(그 제조물에 대하여만 발생한 손해는 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 이 경우 법원은 배상액을 정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2017. 4. 18.>

1. 고의성의 정도
2. 해당 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해의 정도
3. 해당 제조물의 공급으로 인하여 제조업자가 취득한 경제적 이익
4. 해당 제조물의 결함으로 인하여 제조업자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도
5. 해당 제조물의 공급이 지속된 기간 및 공급 규모
6. 제조업자의 재산상태
7. 제조업자가 피해구제를 위하여 노력한 정도

③ 피해자가 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우에 그 제조물을 영리 목적으로 판매·대여 등의 방법으로 공급한 자는 제1항에 따른 손해를 배상하여야 한다. 다만, 피해자 또는 법정대리인의 요청을 받고 상당한

기간 내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 그 피해자 또는 법정대리인에게 고지(告知)한 때에는 그러하지 아니하다.

제3조의2(결함 등의 추정) 피해자가 다음 각 호의 사실을 증명한 경우에는 제조물을 공급할 당시 해당 제조물에 결함이 있었고 그 제조물의 결함으로 인하여 손해가 발생한 것으로 추정한다. 다만, 제조업자가 제조물의 결함이 아닌 다른 원인으로 인하여 그 손해가 발생한 사실을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 해당 제조물이 정상적으로 사용되는 상태에서 피해자의 손해가 발생하였다는 사실
2. 제1호의 손해가 제조업자의 실질적인 지배영역에 속한 원인으로부터 초래되었다는 사실
3. 제1호의 손해가 해당 제조물의 결함 없이는 통상적으로 발생하지 아니한다는 사실

#### 9) 공익신고자보호법(2018. 5. 1. 시행)

공익신고자의 보호를 위해 공익신고를 이유로 해고 등 불이익조치를 한 자에게 그로 인해 발생한 손해액의 최대 3배를 배상해야 하는 징벌적 손해배상제도 도입이 2018년 5월 1일부터 시행되었다.(제29조의2 신설)

또한 공익신고자가 국민권익위에 보호조치를 신청하기 위한 충분한 준비를 할 수 있도록 신청 기간이 3개월에서 1년으로 연장되었으며, 국민권익위에 보호조치결정을 신청하거나 법원에 소를 제기한 경우 공익신고자가 아닌 '불이익조치를 한 자'가 해당 조치의 정당성을 입증토록 해 공익신고자의 부담을 덜기 위한 장치가 마련되었다.

#### 제29조의2(손해배상책임)

- ① 공익신고 등을 이유로 불이익조치를 하여 공익신고자등에게 손해를 입힌 자는 공익신고자등에게 발생한 손해에 대하여 3배 이하의 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 불이익조치를 한 자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 법원은 제1항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 불이익조치로 인하여 공익신고자등이 입은 피해 규모
3. 불이익조치로 인하여 불이익조치를 한 자가 취득한 경제적 이익
4. 불이익조치를 한 자가 해당 불이익조치로 인하여 받은 형사처벌의 정도
5. 불이익조치의 유형·기간·횟수 등
6. 불이익조치를 한 자의 재산상태
7. 불이익조치를 한 자가 공익신고자등의 피해구제를 위하여 노력한 정도

#### 10) 환경보건법(2018. 6월 개정, 2019. 6월 시행 예정)

가습기살균제 사고와 같은 유사 사례의 재발을 방지하기 위한 입법적 노력으로 징벌적 손해배상제가 도입되었다. 유해화학물질 등을 사용하여 제조된 제품의 경우 그 위해성을 쉽게 알기 어렵다는 점을 바탕으로 고의 또는 손해발생을 인식한 정도 및 환경유해인자의 유해성 등을 고려하여 그 피해액의 3배를 넘지 않는 범위에서 징벌적 손해배상을 하게 함으로써 환경유해인자와 환경성질환에 대한 사업자의 책임성을 높이기 위하여 2018년 6월 12일 개정되었으며 2019년 6월 13일부터 시행될 예정이다.

##### 제19조(환경성질환에 대한 배상책임)

- ① 사업활동 등에서 생긴 환경유해인자로 인하여 다른 사람에게 환경성질환을 발생하게 한 자는 그 피해를 배상하여야 한다.
- ② 제1항의 피해가 사업자의 고의 또는 중대한 과실에 의하여 발생한 경우에는 고의 또는 손해발생의 우려를 인식한 정도, 손해발생을 줄이기 위하여 노력한 정도, 환경유해인자의 유해성 등을 고려하여 그 피해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상하여야 한다.
- ③ 면책사유, 연대책임, 면책특약의 제한, 소멸시효 등에 관하여는 「제조물 책임법」 제4조부터 제7조까지를 준용한다. 다만, 면책사유는 제1항의 책임에 한정하여 준용한다.

## 11) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2018. 9월 개정, 2019. 9월 시행 예정)

독점규제 및 공정거래법은 2가지 행위 유형에 대해서만 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 사업자나 사업자단체가 '부당한 공동행위(담합)'를 하거나 공정거래위원회에 신고 등을 이유로 피해자에게 '보복조치'를 한 경우 피해자에게 실제 발생한 손해의 3배 이내 손해배상책임을 부담하도록 규정하고 있다. 다만, 담합 자진신고자에 대해서는 예외를 인정하여, 실손해액 범위내에서 다른 담합사업자와 공동으로 연대배상 책임을 지도록 하고 있다.

### 제56조(손해배상책임)

①사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

③제1항에도 불구하고 사업자 또는 사업자단체는 제19조, 제23조의3 또는 제26조제1항제1호를 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

④법원은 제3항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. 다만, 사업자가 제22조의2제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 배상액은 해당 사업자가 제19조를 위반함으로써 손해를 입은 자에게 발생한 손해를 초과해서는 아니 된다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인한 피해 규모
3. 위법행위로 인하여 사업자 또는 사업자단체가 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 사업자의 재산상태
7. 사업자 또는 사업자단체의 피해구제 노력의 정도

⑤ 제22조의2제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업자가 제3항에 따른 배상책임을 지는 경우에는 다른 사업자와 공동으로 제19조를 위반하여 손해를 입은 자에게 발생한 손해를 초과하지 아니하는 범위에서 「민법」 제760조에 따른 공동불법행위자의 책임을 진다.

### 3.1.2 징벌적 손해배상제도에 관한 일반법 발의 현황

징벌적 손해배상제도에 관한 일반법을 제정하기 위한 시도를 살펴보면 불법행위 전반에 대하여 징벌적 손해배상책임을 인정할 수 있도록 하고 징벌적 손해배상에 관하여 통일성 있는 규율을 하는 것을 내용으로 하고 있다. 2016년 6월에 박영선 의원이, 2016년 11월에는 금태섭 의원이, 2017년 3월에는 박주민 의원이 징벌적 손해배상에 관한 법률안을 발의하였다. 각 법률안에 포함된 징벌적 손해배상의 내용은 대체적으로 유사하나 박주민 의원이 발의한 법률안에는 징벌배상액을 전보배상액의 2배로 하되 불법행위로 인하여 타인의 생명·신체에 피해를 준 경우에는 책임을 가중하도록 하고 있다.

2016년 6월 16일 박영선 의원에 의하여 대표 발의된 징벌적 배상 법안은 민법 및 민사소송법에 대한 특례로 징벌적 손해배상제도를 도입하여 특정한 분야에 한정하지 않고 타인의 권리나 이익을 침해한다는 사실을 알면서도 의도적으로 그러한 결과의 발생을 용인하거나 위법행위를 함으로써 타인에게 손해를 가한 자에게 전보적 손해배상책임과 더불어 징벌적 손해배상책임을 물을 수 있도록 하는 것을 주요내용으로 하고 있으며, 가습기 살균제 사태 및 디젤 차량 배출가스 조작 사건이 계기가 되어 2016년 11월 8일 금태섭 의원에 의하여 발의된 징벌적 손해배상에 관한 법률안 역시 특정행위나 특정법률에 한정하지 않고 다양한 유형의 불법행위에 대하여 징벌적 손해배상제도가 적용될 수 있도록 하는 것을 주요내용으로 하고 있다.

2017년 3월 21일에 박주민 의원에 의하여 발의된 징벌적 배상에 관한 법률안 역시 특정한 행위 및 법 영역에 한정하지 않고 불법행위 전반에 걸쳐 징벌적 손해배상책임을 인정하려는 것을 주요내용으로 한다. 박주민 의원의 법률안은 고의 또는 중대한 과실로 타인의 생명 또는 신체에 대하여 손해를 가한 자에 대해서 상한 없는 징벌적 손해배상책임을 부과하는 측면에서 박영선 의원안과 금태섭 의원안과 차별점을 가지고 있다.

징벌적 손해배상제도의 도입방법론은 여러 가지 견해로 나누어져 왔으나 현재 국내에서는 개별 법률에 징벌적 손해배상 규정을 도입하는 방식이 주류를 이루고 있으며, 민법이나 독자적인 징벌적 손해배상에 관한 일반법의 도입은 입법적 측면에서 유보되고 있다.

현재 국내에서는 징벌적 손해배상제도의 도입확대를 위해 여러 개별법 제·개정안과 더불어 징벌적 손해배상에 관한 일반법 제정안이 제출되어 시도 되고 있다. 이를 근거로 하였을 때 국내에서 징벌적 손해배상제도의 적용범위는 더욱 확대될 것으로 보이며 그에 대한 비판의 제기보다는 이미 도입되었거나 도입이 예정되어 있는 징벌적 손해배상제도의 내용이 실효성과 국내법 질서에 대한 정합성을 가지고 안정적으로 운용 될 수 있는 방안을 마련하는 것이 보다 중요하다고 할 것이다.

### 3.2 하도급법상 징벌적 손해배상제도 적용 유형

하도급법상의 징벌적 손해배상은 2011년 하도급법 개정을 통하여 원사업자가 정당한 사유에 따라 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여 취득한 기술 자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하는 소위 기술자료 유용(제12조의 3 제3항)에 처음 도입되었다. 이후 2013년 개정으로 기술자료 유용행위 외에도 부당한 하도급대금결정(제4조), 부당한 위탁 취소(제8조), 부당 반품행위(제10조), 부당한 대금감액행위(제11조 제1항)까지 확대 적용되었으며 2018년부터는 원사업자의 수급사업자에 대한 보복조치의 금지(제19조)에도 징벌적 손해배상제도가 확대 적용되고 있다.

#### 제35조(손해배상 책임)

① 원사업자가 이 법의 규정을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2013. 5. 28.>

② 원사업자가 제4조, 제8조제1항, 제10조, 제11조제1항·제2항, 제12조의3제3항 및 제19조를 위반함으로써 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. <개정 2013. 5. 28., 2018. 1. 16.>

③ 법원은 제2항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2013. 5. 28.>

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인하여 수급사업자와 다른 사람이 입은 피해규모
3. 위법행위로 인하여 원사업자가 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 원사업자의 재산상태
7. 원사업자의 피해구제 노력의 정도

④ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다.

## 1) 기술유용

하도급법 제12조의3 제1항과 제3항에서는 원사업자의 기술요구 및 유용행위를 금지하고 있다.

기술자료 제공 요구는 원사업자가 수급사업자에게 원사업자 또는 제3자가 사용할 수 있도록 기술자료의 제출, 개시, 물리적 접근 허용 등 그 방법을 불분하고 원사업자 또는 제3자가 기술자료의 내용에 접근할 수 있도록 요구하는 행위를 말하며, 기술자료의 유용은 원사업자가 수급사업자로부터 취득한 기술자료를 그 취득 목적 및 합의된 사용 범위를 벗어나 자신 또는 제3자가 이익을 얻거나 수급사업자에게 손해를 입힐 목적으로 사용하는 행위와 원사업자가 하도급법 제12조3 제1항 및 제2항의 규정에 따라 취득한 기술자료뿐만 아니라 그 외의 방법으로 열람 등을 통하여 취득한 기술자료를 임의로 사용하는 행위를 의미한다.<sup>17)</sup>

## 2) 부당한 하도급대금의 결정

하도급법 제4조제1항에서는 부당한 하도급대금의 결정행위를 금지하고 있다. 부당한 하도급대금의 결정행위에서 '부당하게'에 대한 판단은 원칙적으로 하도급대금의 결정과 관련하여 그 내용, 수단·방법 및 절차 등이 객관적이고 합리적이며 공정·타당한지 여부와 거래상의 지위를 이용하여 수급사업자의 자율적인 이사를 제약하였는지 여부 또는 정상적인 거래관행에 어긋나거나 사회통념상 옳바르지 못한 것으로 인정되는 행위나 수단 등을 사용하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.<sup>18)</sup>

17) 기술자료 제공 요구·유용행위 심사지침 공정거래위원회예규 제292호, 2018. 1. 3

18) 부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침 공정거래위원회예규 제261호, 2016. 11. 24

### 3) 하도급대금의 부당감액

하도급대금의 감액은 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 그대로 지급하지 아니하고, 그 금액에서 감하여 지급하는 행위를 말하며, 감액이 있었을 경우 그 정당성 여부는 하도급계약 체결 및 감액의 경위, 계약이행 내용, 목적물의 특성과 그 시장상황, 감액된 하도급대금의 정도, 감액방법과 수단, 수급사업자의 귀책사유 등 여러 사정을 종합적으로 고려하고, 원사업자가 수급사업자의 귀책사유 등 감액의 정당한 사유를 증명하지 못하는 경우에는 범위반으로 판단한다.<sup>19)</sup>

### 4) 부당한 위탁취소

부당한 위탁취소는 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 한 후 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 임의로 제조 등의 위탁을 취소하거나 위탁을 할 때 정한 발주량 또는 사양 등 위탁한 내용을 변경하는 행위를 말하며, 부당한 수령거부는 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 한 후 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 제조 등의 위탁을 할 때 정한 납기 및 장소에서 목적물 등의 납품 등에 대한 수령 또는 인수를 거부하거나 지연하는 행위를 말한다.<sup>20)</sup>

### 5) 부당한 반품

부당한 반품의 위법성은 원사업자가 수급사업자에게 책임을 돌릴만한 사유가 없음에도 불구하고 목적물 등을 반품한 것인지 여부를 중심으로 판단하되 위탁계약 체결 및 반품의 경위, 반품한 목적물 등의 범위, 계약이행 내용과

---

19) 부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침 공정거래위원회예규 제261호, 2016. 11. 24

20) 부당한 위탁취소, 수령거부 및 반품행위에 대한 심사지침 공정거래위원회예규 제262호, 2016. 11. 24

위탁할 때의 반품조건, 검사방법, 반품에 따른 손실의 분담, 목적물 등의 수령부터 반품까지의 기간 등 여러 사정을 종합적으로 고려하도록 하고 있다.<sup>21)</sup>

하도급법에는 원사업자에 대한 수급사업자의 열위적 지위를 보호하기 위한 여러 가지 규정을 두고 있으며 이러한 규정의 위반시 행정적·형사적 제재를 지속적으로 시행하여 왔다. 그러나 불공정한 하도급 행위가 근절되지 않고 있으며 실제 하도급 현장에서 이루어지는 위반행위가 교묘하고 적발이 쉽지 않아서 상대적 약자인 하도급업체를 보호하지 못하고 있어, 징벌적손해배상의 적용대상을 기술유용행위뿐만 아니라 부당한 단가인하에 의한 하도급대금 결정, 부당한 발주 취소, 부당한 반품행위, 부당한 대금감액행위, 수급사업자에 대한 보복조치 행위 등에 대하여 까지 징벌적 손해배상제도의 적용을 확대한 것이다.

하도급법 제35조는 손해배상 책임을 통상적인 법 규정 위반을 이유로 한 전보적 손해배상규정(동조 제1항)과 특정 금지행위 위반을 이유로 한 징벌적 손해배상규정(동조 제2항)으로 구분하여 규정하고 있다. 기술자료 유용행위 금지 및 부당한 하도급대금결정 금지와 같이 불법행위로 평가할 수 있는 행위의 경우 고의·과실의 입증책임을 가해자에게 지우고 있어 민법 제750조에서 규정에 우선하여 적용되는 특별법적 성격을 지닌다. 이와 달리 부당한 위탁취소, 부당 반품 행위, 부당한 대금감액 행위와 같은 일종의 채무불이행책임의 성격을 띠고 있는 손해배상의 경우에는 민법 제390조에 의해서도 수급사업자가 고의 또는 과실에 대한 입증책임을 지는 것이 아니기 때문에 민법 규정에 비하여 특별히 수급사업자가 유리한 것은 아니다.<sup>22)</sup>

하도급거래 공정화에 관한 법률은 징벌적 손해배상제도의 도입여부에 관한 찬반논쟁을 종식하고 이 제도를 최초로 도입하였다는 점에서 의의가 있다. 또한 이후 다른 개별 법률에 징벌적 손해배상제도가 도입될 수 있도록 발판

21) 부당한 위탁취소, 수령거부 및 반품행위에 대한 심사지침 공정거래위원회예규 제262호, 2016. 11. 24

22) 강성두, 징벌적 손해배상에 관한 제문제, 민사법연구 제25권, 2017.을 재인용함

을 마련하였다는 점에서도 의의가 있다. 즉, 개별 법률이 징벌적 손해배상규정이 적용되는 행위는 각각 다르게 규정하고 있지만 그 배상액의 상한이 손해의 3배 범위로 일치되어 있고 그 배상액을 산정함에 있어서 법원 또는 위원회가 고려하여야 할 사항이 거의 동일하게 규정되어 있다. 법원 또는 위원회는 불법행위를 저지른 자의 ‘고의 또는 손해발생의 우려를 인식한 정도라는 주관적 요건’과 ‘발생된 피해의 규모, 불법행위로 인하여 취득한 경제적 이익’, ‘법률위반 행위로 인하여 받은 벌금 또는 과징금의 정도와 그 위반행위의 기간·횟수, 불법행위자의 재산상태, 피해구제를 위하여 노력한 정도’ 등의 객관적 요건을 필요적으로 고려하여 징벌적 손해배상액을 정하도록 하고 있다.

## 3.3 외국 사례

### 3.3.1 미국

미국에서 징벌적 손해배상제도는 1784년 *Genay v. Norris* 사건을 통해 징벌적 손해배상을 인정하였고<sup>23)</sup>, 공식적인 법체계로 인정된 것은 1852년 *Day v. Woodworth* 사건으로, 이 판결에서 연방대법원은 징벌적 손해배상은 보통법의 확립된 원칙으로 인정하였다.<sup>24)</sup>

미국의 손해배상도 기본적으로는 전보배상이 원칙이며 징벌적 손해배상은 예외적으로 인정되지만, 징벌적 손해배상제도는 대부분의 민사소송에 널리 적용되고 있으며, 제조물책임과 같이 불법행위자가 기업인 경우나 반을 대상으로 하는 제조물책임과 같이 기업을 대상으로 하거나 반사회적 행위를 한 개인을 상대로 하는 경우에 주로 인정된다. 미국 대부분의 주에서 징벌적 손해배상을 인정하고 있으나, 메사추세츠, 루이지애나, 네브라스카, 워싱턴 등 4개 주에서는 보통법상의 징벌적 손해배상은 인정하지 않고 성문법으로 정한 경우에만 인정한다.<sup>25)</sup>

근대적 의미의 징벌적 손해배상제도의 관념은 영국에서 기원하였으나 현대에서 징벌적 손해배상제도를 가장 널리 활용하는 나라는 미국이다. 최근만 해도 미국에서는 2015년 폭스바겐 배출가스 조작사건에 대하여 153억3300만 달러(약17조2000억원)를 배상하라는 판결이 내려졌다. 2016년에는 존슨 앤존슨의 따띠 파우더가 난소암을 유발할 수 있다는 이유로 실제 손해에 대한 배상액에 해당하는 1000만 달러 이외에 징벌적 손해배상으로 6200만 달러를 인정한 바 있다.<sup>26)</sup>

23) 피고가 원고가 마시는 포도주 잔에 원고 모르게 유해물질을 섞어 원고가 이를 마시게 하여 원고에게 병이 난 사건. 판례 내용은 ‘윤명옥, 징벌적 손해배상제도의 도입필요성과 그 허용범위, 충북대 석사논문, 2009, p.13.’ 참고.

24) 최지필, 독점규제법상 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 연구, 고려대 석사논문, 2008, p.38.

25) 박지원, 미국의 징벌적 손해배상에 관한 입법례, 입법현안 법률정보, 제12호, 2013.6.27., 국회도서관, pp.2-3.

26) 함승준, “징벌적 손해배상제도 강화되나”, 이코노미스트, 1447호, 2018.8.20., p.12.

현재 미국에서는 징벌적 손해배상액이 지나치게 과다하다는 의견과 함께 오히려 징벌적 손해배상액을 합리적 수준에서 제한할 필요가 있다는 점이 문제로 제기되고 있다. 미국의 법원은 지나친 징벌적 손해배상에 대하여는 수정헌법 제8조의 과도한 벌금금지 규정과 수정헌법 제14조의 적법절차 원리에 의하여 제한을 하고 있다.<sup>27)</sup>

1993년 TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp 사건에서 연방대법원은 불법행위소송에서 과도한 징벌배상금을 부과하는 것은 헌법 제14조 위반이며, 징벌적 손해배상이 위헌에 이를 정도로 과한지는 징벌배상의 목적과 이념에 합치하는지 아닌지에 따라 판정해야 한다고 판시하였다.<sup>28)</sup>

1996년 BMW Inc. v. Gore 사건<sup>29)</sup>에서는 미국 연방대법원은 징벌적 손해배상액을 결정함에 있어 피고의 불법행위에 대한 비난가능성, 전보배상액과 징벌배상액의 비율관계, 비교 가능한 위법행위에 대한 민사 또는 형사제재의 비교 등 3가지 판단기준을 제시하였다.<sup>30)</sup>

2003년 State Farm v. Campbell 사건에서는 BMW v. Gore 사건에서 제시된 세 가지 기준을 보다 구체화하여 비난가능성에 대하여는 그 손해가 경제적 측면인지 또는 신체적 측면인지 여부, 불법행위가 타인의 건강이나 안전에 관해 무관심했거나 사려가 없었는지 여부, 행위의 대상이 되었던 자

---

27) 윤명옥, 2009, p.14.

28) 박희주, 2014, p.88.

29) BMW 자동차를 40,000 달러에 구입한 Gore는 9개월 후 BMW에서 자동차를 재도색하여 판매했다는 사실을 알게 되었다. BMW는 자동차 소매가격의 3%를 넘는 흠이 있는 차량은 신차로 판매할 수 없게 하는 정책을 펴고 있었는데, 해당 자동차를 재도색하는 비용은 600 달러로 자동차 소매가격의 1.5%에 해당하여 판매 당시 이 사실을 고지하지 않았다. 자동차를 구매한 Gore는 자동차 재도색 사실을 고지하지 않은 것은 중요한 사실을 은폐한 것이라는 이유로 소송을 제기하였고, 재도색된 차량은 그렇지 않은 차에 비하여 10% 정도 가치가 낮아지므로 실제 손해액은 4,000 달러에 해당한다고 주장하면서 징벌적 손해배상액으로 4,000,000 달러를 요구하였다. 이 재판에서 배심원들은 실제 손해액을 4,000 달러로, 징벌적 손해배상액을 4,000,000 달러로 결정하였다. 그러나 항소심에서 알라바마 주 대법원은 징벌적 손해배상액을 2,000,000 달러로 경감하였다. 이후 상고심에서 연방대법원은 2,000,000 달러의 징벌적 손해배상액은 과다하다고 판결했고, 원심 법원은 50,000 달러를 징벌적 손해배상액으로 결정한 바 있다. 여기에 관한 내용은 '박경신, 3배 아니라 12배로도 부족하다, 프레시안, 2016.6.29.일자'; '한성수, 글로벌시장 뒤흔드는 도이치뱅크 사태 전망은, Daily NTN, 2016.10.6.일자' 기사 참고.

30) 박창석, 미국 연방대법원의 판결을 통한 징벌적 배상에서의 징벌 개념의 변천, 인하대학교 법학연구, 제16집, 제2호, 2013, pp. 38-39.

가 경제적으로 약자에 해당하는지 여부, 행위가 일회성인지 반복적인지 여부, 발생한 손해가 의도적인 악의나 사기 또는 단순한 사고로 발생했는지 여부 등 구체적인 판단요소를 제시하였다. 전보배상액과 징벌배상액의 비율관계에 관하여는 과거의 선례 또는 입법례를 통한 경험에 근거하여 전보배상과 비율배상 간 비율이 한자리 승수비율을 초과하는 금액은 대부분 적법절차 기준에 부합하지 않는 것으로 보았다. 비교 가능한 제재에 관하여는 징벌적 손해배상이 형사적 제재를 대체하는 것은 아니므로 비교가능한 제재의 범위에서 형사적 제재를 배제하여 징벌적 손해배상이 지니는 제재 측면의 독자성을 명확히 하였다.<sup>31)</sup>

현대의 미국 연방대법원은 징벌적 손해배상의 운영에 있어서 헌법을 기준으로 일정한 제한을 가하고 있으며, 법적 통제 범위 안에서 합리적으로 운용되어야 한다는 입장을 가지고 있는 것으로 볼 수 있다.

미국에서는 각 주마다 징벌적손해배상의 인정 요건을 달리하고 있지만 대부분의 주에서는 주법과 연방법에 의거하여 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 그리고 징벌적 손해배상은 독점금지법, 특허법, 상표법 등에 3배의 배상이 인정되고 있다.

일부의 주에 있어서는 계약의 위반이 징벌적 손해배상을 인정할 정도로 불법행위 요건을 충족하여야만 한다는 리스테이트먼트 규정을 적용하기도 한다. 미국에 있어서 징벌적 손해배상을 인정하기 위해서는 타인의 이익에 대한 의식적이고 계획적인 불법행위가 있거나 단순 부주의가 아닌 중대한 과실로 피해자에게 손해를 입혀야한다

#### 1) 독점금지법<sup>32)</sup>

미국 연방 독점금지법인 「클레이튼법(Clayton Act)」 제4조<sup>33)</sup>에서 “소를

31) 박희주, 2014, pp.88-90.

32) 독점금지법, 특허법, 상표법 등의 내용은 최나연(2014)의 박사학위 논문을 재인용 함.  
최나연, 징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰, 고려대학교 박사학위논문, 2014.

33) 「클레이튼법」 (Clayton Act §4, 15 U.S.C. § 15 (1994)).  
제4조 피해자에 의한 소송.

제기하여 입은 손해액의 3배액 및 합리적인 변호사비용을 포함한 소송비용의 배상을 청구할 수 있다” 고 규정하여 손해액의 3배 배상제도 인정하고 있다. 3배 손해배상 조항은 무형의 손해에 대하여 전보배상의 성격을 지니고 있는데, 기업이나 재산에 대하여 일반적으로 만회할 수 있는 손해배상 금액을 넘어서 원고에게 보충해주는 것이다. 이러한 3배액 배상제도는 그 자체로 원고에게 제소의 유인을 주기 위한 것이므로 이에 따른 활발한 사인의 제소가 이루어졌으며, 이러한 사적 소송이 활발히 제소됨에 따라, 그동안 선별적으로 행해질 수밖에 없고, 국지적으로 또는 일시적, 명백하지 않았던 위반에 대하여 활발히 발동되지 못한 공적집행의 한계를 보완해 준다는 평가를 받는다.<sup>34)</sup>

## 2) 특허법

미국 연방 특허법 제284조에서는 특허권 침해로 인한 손해배상금은 그 침해를 전보하기에 충분한 액수여야하고, 침해자의 합리적인 로열티를 초과하는 액수여야 한다고 규정하고 있다.<sup>35)</sup> 여기서 3배 배상을 인정하고 있는 것은 궁극적으로 특허권을 강화하고, 혁신과 특허출원을 위한 동기를 제공하기 위한 것으로 볼 수 있다. 결국 3배 배상을 인정할지 여부, 그리고 인정하는 경우에 어느 정도를 인정할 지는 전적으로 사실심법원의 재량에 달려있고,

a) 본조 b)항에 규정된 것을 제외하고, 반독점법상 금지된 행위로 인하여 영업 또는 재산에 손해를 입은 자는 청구액 여하를 불문하고 피고의 주소, 거주지 또는 피고가 대리인을 두고 있는 지역의 연방지방법원에 소를 제기하여 입은 손해액의 3배액 및 합리적인 변호사비용을 포함한 소송비용의 배상을 청구할 수 있다.

34) 홍명수, 공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입가능성(II)』, 한국법제연구원, 2007.

35) 35 U.S. Code § 284. Damages

미국 연방 특허법(Patent Law) 제284조 손해배상.

원고를 인용함에 있어서 법원은 원고에게 특허침해를 보상하기에 적절한 배상을 명하여야 하고, 어떤 경우에도 침해자가 부담하였을 합리적인 로열티 보다 작을 수 없으며, 법원에 의하여 결정된 비용과 이자의 지급을 함께 명하여야 한다.

배심원에 의하여 배상액이 결정되지 않은 경우에는 법원은 이를 산정하여 한다. 어떠한 경우에도 법원에서는 배심원이 결정한 배상액 또는 법원이 산정한 배상액의 3배까지 이를 증액할 수 있다. 이 규정에 따라 증액된 손해배상금은 154조(d)항에 의거한 임시조항에는 적용되지 않는다. 법원에서는 손해배상금을 결정하는 데 보충방안으로 또는 상황에 따라 로열티가 합리적이었는지 여부에 대하여 전문가 증언을 받을 수 있다.

손해배상액 인정 여부 및 액수는 미국 판례법상 발달되어 온 것으로 볼 수 있다.<sup>36)</sup> 결국 3배 배상을 한다는 점은 연방 독점규제법과 같지만, 연방 특허법의 3배 배상은 법관에 의하여 증액될 수 있는 손해배상의 상한이라는 점에서 의무적으로 3배 배상을 명하고 있는 클레이튼법과는 다르다.<sup>37)</sup> 이는 침해를 전보하는 손해액은 특허권자의 일실효익이나 실시료가 되는 데, 이러한 일실효익이나 실시료의 산정이 어려울 수 있다는 것을 고려하여 3배까지 산정을 하는 것으로 볼 수 있다.

### 3) 상표법

미국연방 「상표법」 제35조에서는 등록 상표권자의 권리가 침해되거나, 연방법상의 부정경쟁에 관한 규정의 위반시, 도메인 이름의 무단점유에 관한 규정을 위반하는 경우, 희석금지규정의 고의적 위반의 경우에 피고가 얻은 이익액과 원고의 피해액, 그리고 소송비용을 배상받을 수 있다.<sup>38)</sup> 상표권자가 위조 상표를 사용한 경우에는 실 손해(actual damages)대신에 법정손해 배상(statutory damages)을 선택적으로 청구할 수 있다. 위조 상표권이 사용된 단위상품 또는 서비스 건당 1,000달러에서 200,000달러까지 배상<sup>39)</sup>을 청구할 수 있는데, 만약에 그 위조 상표권이 고의적으로 사용된 경우에는 그 배상금은 2,000,000달러까지 증액될 수 있다. 그리고 손해배상금을 산정하는 데 있어서 고의적으로 상표를 도용하거나 위조 상표라는 것을 알고 있는 경우 그 정상을 참작할만한 사유가 없는 경우에는, 그 이익액 또는 손해액의 3배(둘 중에 더 큰 금액으로 선택가능)를 배상액으로 판정할 수 있다.<sup>40)</sup>

36) 김병일, 지재권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입가능성(II)』, 2007.

37) 김태선, 미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고, 『민사법학』 제66호, 한국민사법학회, 2014.

38) U.S Trademark Law Federal Statutes (2013.11.25.) § 35(a).  
[http://www.uspto.gov/trademarks/law/Trademark\\_Statutes.pdf](http://www.uspto.gov/trademarks/law/Trademark_Statutes.pdf) (2013.11.25.개정).

39) U.S Trademark Law Federal Statutes § 35(c)-(1). (2013.11.25.개정).  
 과거에는 상표 위조의 경우에 판매된 위조상표의 단위 상품 건당 500달러 이상 100,000달러 이하, 위조가 고의적인 의사로 행해진 경우에는 1,000,000달러 이하의 범위내에서 선택할 수 있었는데, 이는 2013년 개정을 통하여 상향 조정되었다.

40) U.S Trademark Law Federal Statutes §35(b). (2013.11.25. 개정).

### 3.3.2 영국<sup>41)</sup>

영국은 1763년 North Briton 사건에서 처음으로 징벌적손해배상이 다루어진 이래 1964년 Rookes v. Barnard 판결에서 확립되었다. 이 판결에서 Lord Patrick Devlin 판사는 징벌적 손해배상이 인정되는 범위를 제정법에 의하여 인정되는 경우, 공무원의 자의적이고 억압적이며 비헌법적인 권력남용행위, 계획된 이윤추구행위 등 세가지로 제한하였다. 그중 제정법 규정에 의하여 징벌적 손해배상을 인정하더라도 법원은 다음 3가지 요소를 고려하여야한다. 첫째 원고가 반드시 징벌적행위의 피해자이어야 하고 둘째 배상은 징벌과 예방이라는 공공목적을 위한 적당한 제한이 있어야하며 셋째 피고의 자력을 고려하여야 한다는 것이다. 이처럼 영국은 징벌적 손해배상에 관해 다소 제한적으로 운용하고 있다고 평가되고 있다.

영국에서 징벌적 손해배상의 적용은 계약위반의 경우 적용하지 않고 있으며 과실이 있는 경우에 대하여 적용하고 있다.

#### 1) 계약위반의 경우

계약에 있어서의 손해배상은 그 손실에 대한 전보배상이므로 계약위반자를 처벌한 아무런 이유가 없다고 판단하고 있기 때문에 영군에서는 계약위반의 경우에 있어서는 징벌적 손해배상을 부과하지 않는다.

#### 2) 과실의 경우

영국의 범위원회는 가해자가 타인의 권리에 대하여 계획적이고 터무니없는 무관심한 행동을 하여야만 징벌적 손해배상의 대상이 된다고 하였다. 따라서 가해자의 단순한 부주의나 중과실의 경우에는 징벌적손해배상의 대상이 될 수 없고 이것보다도 비난가능성이 높은 행동을 하여야만 징벌적손해배상의 대상이 될 수 있다고 하였다. 그러나 뉴질랜드에서 발생한 A v Bottrill 사건에서 영국의 추밀원은 피고인 임상병리 의사 Bottrnill의 부주의로 인한

---

41) 윤강일, 징벌적 손해배상제도의 도입, 경성대학교 법학연구소 경성법학 제26권, 2017. 재인용 함

자궁경부세포질에 대한 잘못된 판단에 대하여 징벌적손해배상을 부과함으로써, 과실도 징벌적손해배상의 대상이 될 수 있다고 보고 있다.

### 3.3.3 대륙법계 국가

영미법계와 달리 대륙법계 국가에서는 징벌적 손해배상제도를 도입하지 않은 경우가 대부분이다. 형사책임과 민사책임이 분리되어 있는 법체계 때문이다.

일본에서는 1990년대 들어 불법행위법의 억제기능에 대한 관심이 일면서 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 논의가 이루어졌으나 기존의 손해배상제도와의 융합, 형사책임과 민사책임을 구분하는 원칙 등에 관한 문제가 제기되어 도입에 이르지 않았다.

프랑스에서도 소비자, 환경, 인격권, 공정거래 영역에 징벌적 손해배상제도가 필요하다는 주장이 제기되었으나, 손해배상에서 전보배상을 원칙으로 하고 있다는 점과 법원의 재량통제 강화 경향 등을 이유로 하는 반대가 많아 도입되지 않았다.

독일에서도 징벌적 손해배상 도입을 찬성하는 의견이 존재하지만 민법에서 처벌 개념이 배제된 전통과 법체계로 인해 입법으로 연결되지는 않고 있다.

다만, 대만에서는 소비자보호법에서 소비자의 손해가 사업자의 고의로 발생한 경우 손해액의 3배 이하의 징벌배상을, 소비자의 손해가 사업자의 과실에 의해 발생한 경우에는 손해액의 1배 이하의 징벌배상을 청구할 수 있다고 하여, 징벌적 손해배상제도를 두고 있다.<sup>42)</sup>

---

42) 박희주, 2014, pp.121-128.

#### 4.1 징벌적 손해배상액 개선

징벌적 손해배상제도의 실효성을 높이기 위한 과제는 제도가 의도하는 처벌과 억지기능을 달성하기 위하여 요구되는 공정하고 합리적인 배상액의 산정이라고 할 수 있다.

하도급법에 징벌적 손해배상을 도입하면서 손해배상액을 3배 이내로 제한하였다. 징벌적 손해배상의 경우에는 배상액의 산정이 객관적인 기준 없이 법관의 재량에 의하는 것이고 상한 기준이 없을시 과도한 배상액의 산정이 우려된다는 비판을 해결하기 위해 배상액을 3배 이내로 제한한 것이다. 그러나 징벌적 손해배상액을 3배 이내로 제한한 것은 징벌적손해배상의 근거가 되는 징벌적 의미를 크게 가지지 못한다는 비판도 존재한다. 즉 징벌적 손해배상액을 전보적 배상액의 3배 이내로 한정하게 되면 그 배상액이 과소하게 되어 잠재적 피고라 할 수 있는 원사업자의 경우 장래의 손해를 비용으로 산입하는 것이 가능하게 되는 등으로 불법행위 억제 수단으로서의 징벌적 손해배상제도의 기능이 악화될 수 있다는 점이다.<sup>43)</sup>

현재 징벌적 손해배상제도를 도입한 하도급거래 공정화에 관한 법률 등 국내 법률들은 모두 3배 한도의 배상을 규정하고 있다. 그러나 징벌적 손해배상액이 과소하므로 그 배상액의 범위설정을 증액하여야 한다는 법률 제안이 국회에서 제안되어 왔다.

20대 국회에서는 징벌적 손해배상액의 범위설정에 대해 5배 이하, 10배 이하, 12배 이하, 20배 이하 등 배상액의 범위설정에 관한 다양한 제안이 나왔다.(<표 4-1>참조)

43) 황정미, 최준선, 「하도급법상의 징벌적 손해배상제도의 고찰」, 성균관법학, 제24권 제2호, 2012. 6.

〈표 4-1〉 징벌적 손해배상액 관련 국회 개정 법률안

의원명	발의된 개정 법률안
박순자	<p>「자동차관리법」 일부 개정 법률안 2018. 11. 1.</p> <p>제74조의2(손해배상) ② 제1항의 규정에도 불구하고 자동차제작자등이나 부품제작자등이 결함을 알면서도 제31조제1항에 따라 지체 없이 시정하지 아니하여 생명, 신체 및 재산에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 5배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 자동차제작자등이나 부품제작자등이 그 결함을 알지 못했음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
전재수	<p>「제조물 책임법」 일부 개정 법률안 2018. 8. 28.</p> <p>제3조(제조물 책임) ② 제1항에도 불구하고 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명·신체 또는 재산에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 10배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 이 경우 법원은 배상액을 정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.</p>
전해철	<p>「공중이용시설 등의 안전관리위반범죄 처벌 특별법안」 2016. 7. 19.</p> <p>제10조(손해배상의 책임) ① 법인(공공관리주체를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 하여 그 법인 또는 개인이 손해배상의 책임을 지는 경우 그 손해액의 12배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임을 진다. 다만, 법인 또는 개인이 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
이정미	<p>「최저임금법」 일부 개정 법률안 2016. 7. 1.</p> <p>제32조(손해배상) 사용자가 제6조제1항을 위반하여 근로자에게 최저임금액보다 적은 임금을 지급하여 근로자에게 손해가 발생한 때에는 그 손해액의 10배의 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 사용자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니한다.</p>
이정미	<p>「가습기 살균제 피해구제 특별법안」 2016. 6. 2.</p> <p>제50조(손해배상책임 특례)② 제1항에 따라 배상책임을 지는 자 중 같은 항 제1호, 제2호에 해당하는 행위를 한 자는 고의가 있으면 치료비의 20배를 넘지 아니하는 범위에서, 과실이 있으면 5배를 넘지 아니하는 범위에서 피해자 또는 가족에게 배상하여야 한다.</p>

징벌적 배상액의 범위를 상향 시키는 방안으로는 일반적으로 상한선을 높이는 방안, 하한선과 상한선을 설정하는 방안, 법정손해배상액으로 명시하는 방안 등 세가지로 나누어 고려해 볼 수 있다.

원사업자의 징벌적 손해배상책임의 상한선을 3배 이내로 할 경우 법원이 소극적으로 이 규정을 적용하여 민법의 제한배상주의에 따라 배상액을 결정한다면 전보배상으로 회귀할 우려가 있다.

철도무임승차시 30배<sup>44)</sup>를 부과하여 위반시 기대손실비용을 매우 크게 하는 철도사업법을 참고하는 것이 하도급법상의 징벌적 손해배상제도의 실효성을 제고하는데 도움이 될 것으로 판단된다. 따라서 징벌적 손해배상액을 높이는 첫 번째 방안은 징벌적 배상액의 강도를 증가시키는 것으로 현행 하도급법상의 3배 이하의 징벌적 손해배상을 10배 이하가 되도록 상향 조정하여 기대제재수준을 증가시켜 충분한 억지력이 달성될 수 있도록 하는 것을 고려해 볼 수 있다. 즉, 피해기업의 신고나 소제기로 얻을 수 있는 기대이익을 키워주고 기대손실을 낮추어주면, 원사업자가 쉽게 부당한 행위를 할 수 없는 수준으로 원사업자의 기대손실이 커지는 결과를 가져올 수 있을 것이다.

따라서 고의적이거나 악의적 위법행위에 대한 제재 및 억제를 목적으로 도입된 징벌적 손해배상제도의 당초의 목적에 맞게 징벌적 손해배상액의 상한을 10배로 규정하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

미국도 보통법(common law)상의 징벌배상에는 배상액을 한정하지 않고 있지만, 연방대법원에서는 10배를 초과하는 과도한 징벌배상은 위헌이라는 판결을 내리고 있으며, 25개 주에서 상한을 두는 제정법을 두고 있다.<sup>45)</sup> 미국 보통법상의 무제한 인정되는 징벌배상제도를 국내 실정법에 그대로 규정하는 것은 타당치 못하며, 과도한 징벌적 배상액으로 인한 소의 남발 문제 문제를 고려시 징벌배상액을 한정하는 방식을 채택하는 것이

---

44) <철도사업법>

제10조(부가 운임의 징수) ① 철도사업자는 열차를 이용하는 여객이 정당한 운임·요금을 지불하지 아니하고 열차를 이용한 경우에는 승차 구간에 해당하는 운임 외에 그의 30배의 범위에서 부가 운임을 징수할 수 있다

45) 박희주, 외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구, 한국소비자원, 2014. 재인용

합리적이라고 볼 수 있다.

그리고 구체적인 한정 방식에 대해서는 전보배상의 10배의 범위내에서 판사의 재량에 맡기되, 배상액 산정에서 고려해야 할 일정한 사항을 법으로 규정하는 방식이 합리적이라고 할 수 있다.

징벌적 배상액을 상향 시키는 두 번째 방안으로는 3배 이상의 하한선과 10배 이하의 상한선을 규정하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 징벌적 손해배상액을 실손해액의 10배 이하로 상한선만을 규정할 경우 법원에서 이규정을 소극적으로 해석하여 전보배상으로 회귀할 가능성이 여전히 상존하므로 징벌적 손해배상제도의 징벌적 제재 효과 측면에서 장점을 가지고 있다고 할 수 있다.

징벌적 배상액을 상향 시키는 세 번째 방안으로는 징벌적 손해배상액을 실손해액의 3배로 명시하는 방안이다. 3배라는 법정손해배상액을 명시함으로써 징벌적 손해배상이라는 제도의 목적을 효과적으로 달성할 수 있는 방안이다. 3배로 법정손해배상액을 명시할 경우 실손해액이 매우 낮은 경우에는 징벌적 손해배상의 목적을 달성하기 어려우며 반대로 실손해액이 매우 높은 경우에는 과도한 징벌적 배상이 이루어진다고 볼 수 있다.

하도급법상의 징벌적 손해배상액을 증가시킴으로써 수급사업자들이 소송으로 인하여 원사업자와 계속적 거래가 단절되더라도 큰 손실 없이 구제받을 수 있도록 해 줄 수 있다. 하도급법상 징벌적 손해배상제도가 도입된 이후 상당한 기간이 경과되었음에도 불구하고 징벌적 손해배상과 관련된 소의 청구가 매우 적은 과소집행의 문제도 해결할 수 있을 것이다.

## 4.2 징벌적 손해배상 적용 범위 확대

하도급거래에서 악의적·반복적 불법행위 관행을 근절하라는 사회적 요구가 높아짐에 따라 징벌적 손해배상은 2011년 하도급법 개정을 통하여 원사업자가 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여 취득한 기술 자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하는 소위 기술자료유용(제12조의 3 제3항)에 처음 도입되었다. 2013년 하도급법 개정시(2013년 5월 28일)에는 기술자료제공 요구 금지(제12조의3) 외에 부당한 하도급대금 결정(제4조), 부당한 위탁취소(제8조 제1항), 부당반품(제10조), 부당감액(제11조 제1항 및 제2항)에도 3배 손해배상 제도의 적용이 도입되었으며, 2018년 부터는 원사업자의 수급사업자에 대한 보복조치의 금지(제19조)가 추가로 3배 손해배상 제도가 확대 적용 되었다.

하도급법은 하도급거래의 공정한 질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호간 거래행위를 할 수 있도록 함을 기본적인 목적으로 한다. 하도급법은 이러한 입법목적 달성을 위하여 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정하여서는 아니 된다는 부당한 특약 금지 규정(제3조의 4)을 두어 상대적으로 열위에 있는 수급사업자에 대한 원사업자의 부당한 이익 침해를 금지하도록 하고 있다.

당사자 간 합의(특약)를 명분으로 원사업자가 부담해야 할 민원처리나 산재비용 등 각종 비용을 수급사업자에게 전가하는 관행이 존재하였으나, 특약은 당사자 간 합의형태로 이루어지므로 별도의 규정이 없으면 이를 제재하기 어려웠던 바, 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 부당특약의 설정을 금지하는 조항을 신설하여 2014년 2월 14일자로 시행(하도급법 제3조의4, 동법 시행령 제6조의2) 하였다.

#### 〈하도급법 제3조의4(부당한 특약의 금지)〉

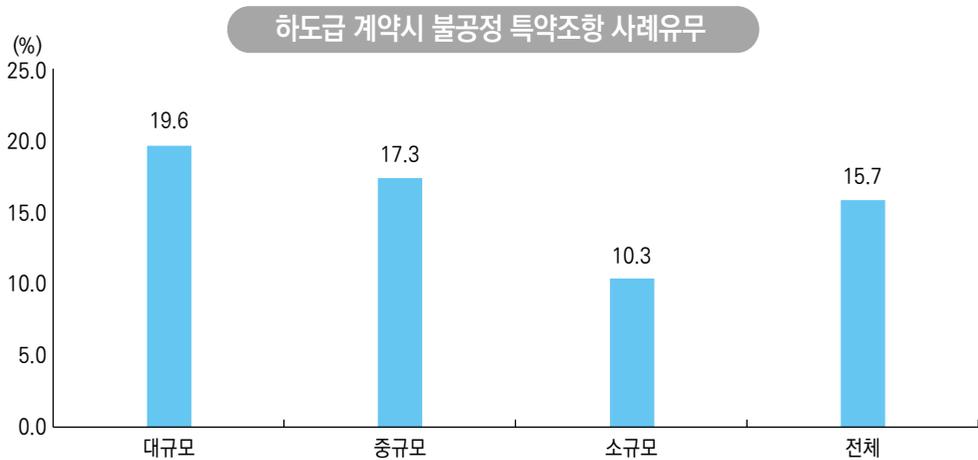
- ① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 “부당한 특약”이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다.
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 약정은 부당한 특약으로 본다.
  1. 원사업자가 제3조제1항의 서면에 기재되지 아니한 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정
  2. 원사업자가 부담하여야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정
  3. 원사업자가 입찰내역에 없는 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정
  4. 그 밖에 이 법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정

#### 〈하도급법 시행령 제6조의2(부당한 특약으로 보는 약정)〉

법 제3조의4제2항제4호에서 “이법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 약정을 말한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 비용이나 책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정
  - 가. 관련 법령에 따라 원사업자의 의무사항으로 되어 있는 인·허가, 환경관리 또는 품질관리 등과 관련하여 발생하는 비용
  - 나. 원사업자(발주자를 포함한다)가 설계나 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용
  - 다. 원사업자의 지시(요구, 요청 등 명칭과 관계없이 재작업, 추가작업 또는 보수작업에 대한 원사업자의 의사표시를 말한다)에 따른 재작업, 추가작업 또는 보수작업으로 인하여 발생한 비용 중 수급사업자의 책임 없는 사유로 발생한 비용
  - 라. 관련 법령, 발주자와 원사업자 사이의 계약 등에 따라 원사업자가 부담하여야 할 하자담보책임 또는 손해배상책임
2. 천재지변, 매장문화재의 발견, 해킹·컴퓨터바이러스 발생 등으로 인한 작업기간 연장 등 위탁시점에 원사업자와 수급사업자가 예측할 수 없는 사항과 관련하여 수급사업자에게 불합리하게 책임을 부담시키는 약정
3. 해당 하도급거래의 특성을 고려하지 아니한 채 간접비(하도급대금 중 재료비, 직접노무비 및 경비를 제외한 금액을 말한다)의 인정범위를 일률적으로 제한하는 약정. 다만, 발주자와 원사업자 사이의 계약에서 정한 간접비의 인정범위와 동일하게 정한 약정은 제외한다.
4. 계약기간 중 수급사업자가 법 제16조의2에 따라 하도급대금 조정을 신청할 수 있는 권리를 제한하는 약정
5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지의 규정에 준하는 약정으로서 법에 따라 인정되거나 법에서 보호하는 수급사업자의 권리·이익을 부당하게 제한하거나 박탈한다고 공정거래위원회가 정하여 고시하는 약정

전문건설업실태조사(2018)<sup>46)</sup>을 살펴보면 하도급공사의 계약서에 불공정한 특약조항이 설정된 경험이 있다는 응답 전문건설업체의 비율은 15.7%였다. 이를 기업규모별로 살펴보면 기업규모가 클수록 불공정 특약조항에 대한 응답이 높은 것으로 나타났다. 이는 공사규모가 커질수록 각종 사안들의 책임소재 등을 가려야 하는 경우가 늘어나기 때문인 것으로 판단할 수 있다([그림 4-1] 참조).



[그림 4-1] 하도급 계약시 불공정 특약조항 사례 유무

하도급 계약시 빈번하게 발생하는 부당한 특약조항들은 공사과정에서 발생하는 비용을 수급사업자에게 전가하는 내용이 주를 이루고 있다. 부당한 특약의 주요 행태는 원사업자가 부담해야 할 민원처리 산업재해 등과 관련된 비용 전가가 41.3%로 가장 높은 응답률 보이고 있으며 입찰내역(산출내역)에 없는 사항을 요구하고 발생된 비용을 전가하는 조항이 32.3%, 서면(계약서)에 기재되지 않은 사항을 요구하고 발생된 비용 전가하는 내용이 23.9%였다. 기타(2.6%) 지적사항들도 그 내용은 공사 관련 비용을 수급사업자에게 부담을 전가하는 내용으로 이루어져 있다(<표 4-2> 참조).

46) 전문건설업실태조사, 대한건설정책연구원, 2018년

〈표 4-2〉 하도급 계약상 부당한 특약의 주요 내용

구 분	비율(%)
원사업자가 부담해야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용 전가	41.3
입찰내역(산출내역)에 없는 사항을 요구하고 발생된 비용 전가	32.3
서면(계약서)에 기재되지 않은 사항을 요구하고 발생된 비용 전가	23.9
기타	2.6
합 계	100.0

전문건설실태조사의 분석결과에 따르면 원사업자에 의한 부당한 특약의 금지와 관련된 불공정행위가 여전히 상당한 규모로 발생하고 있고 기존의 규제로는 개선효과가 잘 나타나지 않고 있다는 증거로 볼 수 있다.

하도급법에 징벌적 손해배상제도를 도입한 목적은 수급인의 불공정 하도급 관행 제재와 재발 방지에 있다. 불공정한 하도급거래 행위는 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료제공 요구, 부당한 하도급대금 결정, 부당한 위탁취소, 부당반품, 부당감액, 보복조치 금지 등의 불공정 행위에 대해서만 국한되는 것은 아니므로 하수급인에게 중대한 손해를 끼치는 부당한 특약 금지와 관련된 불공정 하도급거래행위에 대해서도 징벌적 손해배상제도를 확대하여 적용하는 것은 타당성이 충분하다고 할 수 있다.

따라서 건설하도급에서 나타나는 부당한 특약의 금지 행위에 대하여 하도급법 제35조가 규정하는 징벌적 손해배상의 적용을 검토할 필요성 있다.

### 4.3 소송지원 및 입증책임 완화

하도급법에 2011년 징벌적 손해배상제도가 최초로 도입되었고 2013년에는 적용대상이 확대되었으나 제도 활용은 사실상 전무한 형편이다. 불공정 하도급거래의 피해자 즉 수급사업자들이 소송에 소극적인 태도를 취하는 이유는 소송에 따르는 유무형의 소송비용에 부담이 크고, 유리한 소송결과 즉 승소를 확신할 수 없다는 점을 지적할 수 있다. 수급사업자가 징벌적 손해배상 소송을 용이하게 제기할 수 있는 지원방안과 소송과정에서 입증책임의 부담을 경감할 수 있는 방안을 살펴본다.

#### 4.3.1 소송지원

수급사업자 입장에서는 소송 제기로 인한 거래단절 등 막대한 기대손실이 발생할 수 있는 반면 기대이익은 상대적으로 낮고, 그마저도 승소할 수 있는지 예측하기 어려운 상황에서 소송제기에 소극적일 수밖에 없다. 대체로 수급사업자는 중소기업은 거래과정에서 미래의 소송에 대비하여 필요한 자료를 잘 준비해 놓지 않는 경우가 많다. 평소에 잘 관리하지 않은 자료를 소송을 준비하거나 소송과정에서 갑자기 준비하기 어렵다.

또한 수급사업자는 중소기업으로 계약이나 법률에 전문성을 가진 직원까지 보유하기 어렵다. 계약분쟁이 발생할 경우 법률적 지식 부족으로 적절하게 대응하기 어려운 것이 현실이다. 그렇다고 해서 법률전문가의 자문을 쉽사리 받기도 용이하지 않다. 법률자문은 기업경영에 필수적인 사항이지만 건설하도급과 관련된 계약행위는 관행적으로 이루어지는 경우가 일반적이다. 계약관리에 관한 인식이 예전에 비해 높아지고는 있으나 비용을 들여서 법률전문가의 자문을 받는 것은 오히려 예외적으로 볼 수 있다. 이러한 사정은 징벌적 손해배상에 있어서도 마찬가지이다. 따라서 징벌적 손해배상을 활성화하기 위해서는 수급사업자가 징벌적 손해배상을 제기하는 과정에서 법률전문가의 자문 또는 지원을 받을 수 있도록 하는 방안 마련이

필요하다.

징벌적 손해배상 소송과 관련한 소송지원은 공익적 기능을 수행하는 기관에서 담당하는 것이 적절하다. 대한법률구조공단은 법률구조를 고유사업으로 수행하고 있다. 법률구조제도는 경제적으로 어렵거나 법률에 대한 지식이 부족하여 법적 보호를 충분히 받지 못하는 국민에게 법률상담, 변호사 또는 공익법무관에 의한 소송대리 등의 법률적 지원을 통하여 적법한 절차에 의하여 정당한 권리를 보호받을 수 있도록 하는 공익적 지원제도이다. 대한법률구조공단은 이러한 취지에 따라 무료법률상담, 소송대리 등의 사업을 수행하고 있다.

대한법률구조공단의 법률구조는 무료 법률구조와 유료 법률구조로 나누어진다. 무료 법률구조에서는 임금체불 피해자나 농어민, 기초생활수급자와 같은 구조대상자의 소송비용을 협약에 의하여 출연기관에서 출연한 적립금에서 부담한다. 승소금액이 3억원을 초과하는 고액사건은 무료 법률구조에서 제외된다. 유료 법률구조는 변호사나 공익법무관을 소송대리인으로 선임하여 소송을 담당하게 하는데, 변호사 비용은 대법원 규칙에서 정한 변호사 비용의 30% 정도 저렴한 금액이다.

징벌적 손해배상과 관련한 법률상담 및 법률구조를 담당할 기관으로 대한법률구조공단이 적절하다고 본다. 다만 대한법률구조공단 입장에서는 징벌적 손해배상과 관련한 법률구조를 수행하는데 필요한 비용을 부담할 협약기관이 필요하다. 중소벤처기업부 또는 중소기업 관련 사업자단체와 같은 기관에서 협약을 통해 중소기업의 징벌적 손해배상 상담 및 소송에 필요한 적립금을 제공하는 것을 검토할 수 있을 것으로 본다.

협약기관이 기금을 제공하면 대한법률구조공단에서는 해당 기금을 징벌적 손해배상과 관련된 사업에 전속적으로 사용하게 되며, 수급사업자는 하도급거래에서 발생한 손해에 대한 징벌적 손해배상 소송과 관련하여 법률자문 및 소송지원을 받을 수 있게 된다. 이러한 소송지원을 통해 징벌적 손해배상을 고려하는 수급사업자가 법률자문을 통해 소송가능성을 검토하고 소송에 필요한 자료를 준비하고 소송과정에서 변호사 지원을 받을 수

있게 있으므로 현재보다 징벌적 손해배상 소송이 활성화 될 것으로 기대할 수 있다.

### 4.3.2 입증책임 완화

원사업자와 수급사업자 간의 불균등한 거래관계, 수급사업자에게 불리한 정보비대칭, 입증자료 준비능력 부족한 수급사업자의 능력을 고려하여 입증책임 완화방안 도입 검토한다.

소송에 나타난 일체의 증거자료에 의해서도 법원이 그 존부 여부를 결정할 수 없는 경우 이를 어느 당사자에게 불리하게 판단하지 않는 한 재판을 할 수 없게 된다. 이런 경우 한 쪽 당사자가 입을 불이익을 입증책임 또는 증명책임이라 한다.<sup>47)</sup> 이 때 어느 당자에게 불이익하게 그 사실의 존부를 인정할 것이냐의 결정을 입증책의 분배라고 하는데, 일반적으로 권리관계의 발생, 변경, 소멸 등의 법률효과를 주장하는 자가 입증책임을 진다. 이런 점에서 하도급손해배상소송에서도 원칙적으로 해당 규정의 적용으로부터 유리한 결과를 얻는 원고인 수급사업자가 입증책임을 지도록 하고 있다.

그러나 전문적인 지식을 가지고 있지 않는 중소기업에 해당하는 수급사업자가 하도급거래의 불이행이나 불법행위를 입증하고 이에 따른 구성요건을 입증하는 것은 한계가 있다. 따라서 소급사업자의 입증책임을 경감하는 것이 현실적인 방안으로 제시할 수 있다.

입증책임의 경감이란 입증책임의 일반원칙에 대하여 수정을 가하는 것으로, 증거가 일방 당사자에게 편재되어 있거나, 일방이 계층적으로 불리한 입장에 있는 경우, 일반원칙에 따라 입증책임을 분배하는 것이 오히려 당사자 사이에 불공평을 초래할 수 있으므로 피해자 대신 가해자에게 무과실, 가해행위, 손해, 인과관계 등에 대해 직접 증명하도록 입증책임을 부여하거나 일부 간접사실을 입증하면 추정해주어 입증책임을 완화해주는 것을 말한다.

입증책임의 경감과 관련하여 제조물책임 소송에서 제조물책임에 관한 입증책임의 분배에서 추정에 의한 입증책임 완화를 인정한 판례가 있고<sup>48)</sup>,

47) 입증책임 또는 증명책임에 대해서는 '이시윤, 신민사소송법, 제12판, 박영사, 2018, p.541' 참고.

의료과소송에서도 입증책임 완화를 인정한 판례를 찾을 수 있다<sup>49)</sup>.

최근에는 의원입법으로 제조물책임법 개정안이 발의된 바 있다.<sup>50)</sup> 제조물 결함을 추정하기 위해서는 ①해당 제조물이 정상적으로 사용되는 상태에서 피해자의 손해가 발생하였을 것, ②제조물 이용 중 발생한 손해가 제조업자의 실질적인 지배영역에 속한 원인에서 비롯되었을 것, ③그 손해가 해당 제조물의 결함 없이는 통상적으로 발생하기 어려울 것 등 3가지 요건을 소비자가 모두 입증해야 하나, 개정안에서는 ①만 입증하면 되도록 하여 소비자 부담을 완화한 것이다. 또한 자동차관리법 개정안에서도 차량 제작자가 결함 없다는 점을 입증하도록 입증책임을 완화하는 법률안이 발의된 바 있다.<sup>51)</sup>

48) 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함을 이유로 그 제조업자에게 손해배상책임을 지우는 경우 그 제품의 생산과정은 전문가인 제조업자만이 알 수 있어서 그 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 일반인으로서의 밝힐 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 입증한다는 것은 지극히 어려우므로 그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점과 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 그 제품에게 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다(대법원 2004.3.12. 선고 2003다16771).

49) 일반적으로 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이고 치료의 결과를 달성하기 위한 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에, 손해 발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서 는 도저히 밝혀 낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료 행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상 책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평, 타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상 제도의 이상에 맞는다(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402; 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567).

50) 2018.8.28, 전재수 대표발의

51) 2018.10.4., 박순자 대표발의

현행 하도급법 제35조 제1항 단서에서는 “다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 원사업자의 고의나 과실에 대해서는 입증책임을 전환하는 규정을 두고 있다. 그렇지만 손해배상을 위한 입증책임에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 민사소송의 일반원칙과 민법 제750조에 따라 손해배상을 청구하는 피해 수급사업자는 가해행위가 존재하였다는 사실, 손해가 발생하였다는 사실, 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 있다는 사실을 증명하여야 한다. 그러나 피해 수급사업자는 어떠한 가해행위가 존재하였는지, 그 가해행위로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 피해 수급사업자로서는 밝히기 어려운 특수성이 있고, 피해 수급사업자가 가해행위 및 그 가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계를 입증한다는 것은 어려운 것이 현실이다.

가해행위 및 인과관계 등에 대해서도 입증책임을 전환 또는 완화하는 규정을 두는 방안을 고려할 수 있다. 이에 대하여 피해자의 입증책임경감으로 소송이 남발되어 기업 활동이 위축될 수 있다는 점 등을 이유로 반대 의견이 있을 수 있으나, 피해 수급사업자에게 유리하게 작용하여 소송을 보다는 활성화시킬 것으로 기대된다.

피해 수급사업자에 대한 입증책임 경감의 정도를 어떻게 할 것인가에 대해서 논리적으로는 입증책임 전환, 입증책임 추정, 자료제출명령제도 도입 등 3가지 대안을 고려할 수 있다.

제1안으로 기간제 및 단기간근로자 보호 등에 관한 법률 제9조 제4항<sup>52)</sup>과 같이 원사업자가 고의, 중과실은 물론 가해행위, 손해, 인과관계 등의 입증책임을 피해수급사업자에서 원도급자로 완전히 전환하는 방안을 고려할 수 있다.

제2안은 제조물책임법 제3조의2<sup>53)</sup>와 같이 손해의 발생 등 일정한 간접

52) 제9조(차별적 처우의 시정신청) ④제8조 및 제1항 내지 제3항과 관련한 분쟁에 있어서 입증책임은 사용자가 부담한다.

53) 제3조의2(결함 등의 추정) 피해자가 다음 각 호의 사실을 증명한 경우에는 제조물을 공급할 당시 해당 제조물에 결함이 있었고 그 제조물의 결함으로 인하여 손해가 발생한 것으로 추정한다. 다만, 제조업자가 제조물의 결함이 아닌 다른 원인으로 인하여 그 손해가 발생한 사실을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

사실을 입증하는 경우에 한해 가해행위와 인과관계 등을 추정하여 입증책임을 원사업자에게 전환하는 방안이다. 즉 가해행위가 존재하였다는 사실, 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 있다는 사실 등을 직접적으로 증명함이 없이도, 원사업자의 불법행위로 생길 수 있는 손해가 발생하였음을 증명하면 가해행위의 존재와 가해행위와 손해 사이의 인과관계가 존재하는 것으로 추정하는 규정을 두는 것이 필요하다.

제3안은 입증책임의 전환과 다른 형태로서 특허법 제132조<sup>54)</sup>와 유사한 한국형 디스커버리제도인 자료제출명령 제도를 도입하여 원사업자로 하여금 손해의 입증에 필요한 자료를 제출하도록 하여 피해수급사업자의 권리구제를 도모하는 방안이다. 이와 관련하여 20대 국회에서 표시·광고의 공정화에 관한 법률 일부개정 법률안(2018.1.26, 김철민 대표발의)에서 자료제출명령제도 도입한 것을 참고할 수 있겠다.<sup>55)</sup>

- 
1. 해당 제조물이 정상적으로 사용되는 상태에서 피해자의 손해가 발생하였다는 사실
  2. 제1호의 손해가 제조업자의 실질적인 지배영역에 속한 원인으로부터 초래되었다는 사실
  3. 제1호의 손해가 해당 제조물의 결함 없이는 통상적으로 발생하지 아니한다는 사실
- 54) 제132조(자료의 제출) ① 법원은 특허권 또는 전용실시권 침해소송에서 당사자의 신청에 의하여 상대방당사자에게 해당 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 그 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니하다.
- ② 법원은 자료의 소지자가 제1항에 따른 제출을 거부할 정당한 이유가 있다고 주장하는 경우에는 그 주의 당부를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다.
  - ③ 제1항에 따라 제출되어야 할 자료가 영업비밀(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 영업 비밀을 말한다. 이하 같다)에 해당하나 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 때에는 제1항 단서에 따른 정당한 이유로 보지 아니한다. 이 경우 법원은 제출명령의 목적 내에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여야 한다.
  - ④ 당사자가 정당한 이유 없이 자료제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.
  - ⑤ 제4항에 해당하는 경우 자료의 제출을 신청한 당사자가 자료의 기재에 관하여 구체적으로 주장하기에 현저히 곤란한 사정이 있고 자료로 증명할 사실을 다른 증거로 증명하는 것을 기대하기도 어려운 때에는 법원은 그 당사자가 자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.
- 55) 제35조의2(자료의 제출) ① 법원은 제35조(손해배상 책임)에 따른 손해배상청구의 소가 제기된 때 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에게 해당 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 그 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니하다.

논리적인 측면에서 세 가지 방안을 제시하였으나, 제1안과 같이 원사업자가 모든 요건을 입증하도록 하는 것은 너무 과도한 측면이 있다면, 제2안처럼 수급사업자와 원사업자간의 정보 불균형을 해소하는 차원에서 일정한 간접사실을 입증한 경우에 가해행위와 인과관계 등을 추정하는 규정을 도입하는 것이 현실적인 방안이 될 수 있겠다. 한편 원사업자에게 입증하도록 하는 입증책임전환의 부담을 해소하기 위해서는 디스커버리제도인 자료제출명령 제도를 도입하는 방안도 수급사업자에게는 정보 불균형을 해소하는 방안이 될 수 있을 것이다.

- 
- ② 법원은 자료의 소지자가 제1항에 따른 제출을 거부할 정당한 이유가 있다고 주장하는 경우에는 그 주장의 당부를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다.
  - ③ 제1항에 따라 제출되어야 할 자료가 영업비밀(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 영업비밀을 말한다. 이하 같다)에 해당하나 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시필요한 때에는 제1항 단서에 따른 정당한 이유로 보지 아니한다. 이 경우 법원은 제출명령의 목적 내에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여야 한다.
  - ④ 당사자가 정당한 이유 없이 자료제출 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.
  - ⑤ 제4항에 해당하는 경우 자료의 제출을 신청한 당사자가 자료의 기재에 관하여 구체적으로 주장하기에 현저히 곤란한 사정이 있고 자료로 증명할 사실을 다른 증거로 증명하는 것을 기대하기도 어려운 때에는 법원은 그 당사자가 자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

하도급법상 범위반 행위는 윤리적 이유보다는 경제적 이유에 의한 범위반행 위여서 금전적 제재로도 상당한 억지 효과를 달성할 수 있다. 그러한 이유로 현행 하도급법상 형사처벌도 벌금형에 국한해 두고 있는 것이다. 즉 하도급법 위반시 원사업자에게 최대한 금전적 기대제재수준을 증가시킴으로써 위반행위를 억지하는 것이 효과적일 것이다.

일반적으로 금전적 제재는 비금전적 제재보다 법집행 비용이 적게 들면서 같은 수준의 법집행 효과를 얻을 수 있다.

본 연구에서 제시한바와 같이 하도급법상 징벌적 손해배상제의 실효성을 높이는 방법은 금전적 제재강도를 증진시키는 것으로 현행 하도급법상의 3배 징벌적 손해배상의 배상액을 강화 하는 것과 하도급법을 위반하는 부당한 특약 이 규정된 하도급계약에 대해서도 징벌적 손해배상을 확대 적용하는 것이 필요할 것이다. 그렇게 함으로써 수급사업자들이 신고로 인하여 계속적 거래의 단절이 발생하더라도 큰 손실 없이 구제받을 수 있을 것이다.

또한 경제적·사회적으로 열위적 위치에 있는 수급사업자에게 본 연구에서 제시한 소송지원과 입증책임완화 방안이 도입된다면 징벌적 손해배상제도의 실효성을 더욱 높일 수 있는 수단이 될 것이다.

건설산업의 장기침체가 길어짐에 따라 산업에 종사하는 이해관계자들의 분쟁도 증가하고 있는 추세이다. 건설산업내에서 약자의 위치에 있는 수급사업 자들은 원사업자들로부터 불공정한 거래행태를 수인할 것을 요구받음으로써 사회적 불평등이 야기되고 있다. 이런 문제들을 해결하는 것에 기존의 손해배 상제도 혹은 형벌제도만으로는 한계를 드러내고 있다. 따라서 건설산업내에서 의 불공정 거래행태를 해결하고 예방하는 방안으로서 징벌적 손해배상제도의 실효성을 제고하여 정책의 효과를 높여야할 필요성이 있다고 판단된다.

## 참 고 문 헌

- 김병일, 지재권침해로 인한 손해배상과 징벌적 손해배상법리, 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입가능성(II)』, 2007.
- 김상용, 불법행위법, 법문사, 1997.
- 김태선, 미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고, 『민사법학』 제66호, 한국민사법학회, 2014.
- 김차동, 하도급법상 징벌적 손해배상의 법집행상 문제점과 그 실효성 제고방안, 한양대학교 법학연구소, 법학논총 제33집 제4호, 2016.
- 김원오, 상표법상 법정손해배상제도의 위상정립과 입법론적 과제, 지식재산연구, 제11권, 제1호, 한국지식재산연구원, 2016.
- 대한건설협회, 건설경영분석, 2017.
- 류근홍, 징벌적 손해배상제도에 관한 연구, 청주대 박사논문, 2005.
- 박경신, 3배 아니라 12배로도 부족하다, 프레시안, 2016.6.29.
- 박지원, 미국의 징벌적 손해배상에 관한 입법례, 입법현안 법률정보, 제12호, 2013.6.27., 국회도서관.
- 박창석, 미국 연방대법원의 판결을 통한 징벌적 배상에서의 징벌 개념의 변천, 인하대학교 법학연구, 제16집, 제2호, 2013.
- 박희주, 외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구, 한국소비자원, 2014.
- 봉영준, 법정손해배상의 법적성질, 재산법연구, 제33권, 제2호, 2016.
- 봉영준, 저작권법상 법정손해배상의 법적성질, 법과 정책연구, 제14집, 제4호, 2014.
- 전문건설업실태조사, 대한건설정책연구원, 2018년.
- 윤명옥, 징벌적 손해배상제도의 도입필요성과 그 허용범위, 충북대 석사논문, 2009.

- 이시윤, *신민사소송법*, 제12판, 박영사, 2018.
- 최나진, *징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰*, 고려대 박사논문, 2014.
- 최윤희, *징벌적 손해배상에 관한 비교법적 연구*, 계명대 박사논문, 2018.
- 최지필, *독점규제법상 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 연구*, 고려대 석사논문, 2008.
- 한성준, *하도급법상 징벌적 손해배상제도의 확대적용에 관한 연구*, 고려대 석사논문, 2014.
- 한성수, *글로벌시장 뒤흔드는 도이치뱅크 사태 전망은*, Daily NTN, 2016.10.6.
- 한태일, *징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구*, 연세대 박사논문, 2014.
- 함승준, *징벌적 손해배상제도 강화되나*, 이코노미스트, 147호, 2018.8.20.
- 황정미, 최준선, *하도급법상의 징벌적 손해배상제도의 고찰*, *성균관법학*, 제24권 제2호, 2012. 6.
- 홍명수, *공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입 『징벌적 손해배상제의 법리와 도입가능성(II)』*, 한국법제연구원, 2007.

## 징벌적 손해배상제도 실효성 제고 방안

---

2019년 2월 인쇄  
2019년 2월 발행

발행인 서명교

발행처 대한건설정책연구원

서울특별시 동작구 보라매로5길 15, 13층(신대방동, 전문건설회관)

TEL (02)3284-2600

FAX (02)3284-2620

홈페이지 [www.ricon.re.kr](http://www.ricon.re.kr)

등록 2007년 4월 26일(제319-2007-17호)

인쇄처 경성문화사(02-786-2999)

---

©대한건설정책연구원 2019