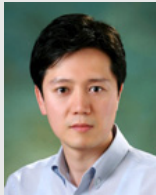


하도급법상의 징벌적 손해배상제도의 위헌성 검토

신석훈 / 한국경제연구원 선임연구원 (sshun@keri.org)



원사업자의 불공정하도급 관행 억제와 재발 방지라는 사회 정책적 목적을 개별 계약당사자 간의 사법(私法)적 손해배상소송을 통해 달성하고자 도입된 하도급법상의 징벌적 손해배상제도는 위헌소지가 있다. 국가가 국민을 '징벌'하기 위해서는 적법절차 원리를 천명한 헌법 제12조에 따라 엄격한 절차를 거쳐야 함에도 불구하고 이를 우회하여 사인 간의 민사소송 절차를 통해 원사업자를 징벌할 수 있기 때문이다. 더 나아가 불법행위에 대한 고의·과실은 손해를 입은 수급사업자가 입증해야 한다는 사법(私法)상의 입증책임 원칙마저 원사업자에게 전환하고 있는 하도급법은 헌법상 징벌을 당하는 원사업자에게 보장된 절차적 권리를 더욱 소홀히 하고 있어 위헌성을 더욱 키우고 있다.

1. 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 도입

- 지난 3월 11일, 하도급 관계에서 원사업자가 수급사업자의 기술자료를 유용하여 손해가 발생한 경우 발생한 손해의 3배까지 배상할 수 있도록 하고, 기술자료 탈취·유용에 대한 고의·과실의 입증책임을 원사업자에게 지우는 하도급법안(제35조 신설)이 국회를 통과하였음.
- 징벌적 손해배상이란 불법행위로 인한 피해자의 손해에 추가하여 악의적인 불법행위자를 응징하고 재발을 방지하기 위한 목적에서 실손해보다 많은 액수를 배상하도록 하는 것.
- 제도 도입의 주요 목적은 원사업자의 불법행위 억제라는 예방적 효과이고 다음과 같은 논리에 기초
 - 원사업자가 수급사업자의 기술을 유용하거나 탈취하게 되면 엄청난 손해배상을 부담하게 될 것이라는 사실을 경고함으로써 기술발전과 중소기업 보호, 대·중소기업 간 공정거래 문화 정착 및 상생협력 증진, 불공정하도급 관행 근절을 목적으로 함.
 - 원사업자의 불법행위로 손해를 본 모든 수급사업자들이 손해배상 소송을 제기하는 것이 아니므로 불법행위로 원사업자가 얻을 것으로 기대되는 이익(benefit)은 손해배상으로 지급될 가능성이 있는 비용(cost)보다 일반적으로 커 원사업자들이 불법행위를 감행하게 됨에 따라 사회적 비용(social cost) 발생
 - 수급사업자의 실손해 외에 징벌적 의미의 추가적 배상을 하도록 해 이러한 사회적 비용을 줄이고자 하는 것임.

- 실제의 손해 이상을 수급사업자에게 배상하도록 할 경우 수급사업자들이 적극적으로 손해배상을 청구할 것이고 이것은 원사업자에게 불법행위를 할 경우에는 기대 이익을 초과하는 엄청난 비용을 지불하게 될 것이라는 사실을 확실히 인식시켜 주어 원사업자의 사전적 불법행위 유인을 억제할 수 있다고 봄.
 - 징벌적 손해배상을 통해 원사업자가 불법행위로 지불하게 될 cost를 높여줌으로써 개별 원사업자 차원에서의 비용-편익(cost-benefit)과 사회 전체 차원에서의 cost-benefit을 일치시키고자 하는 것임.
 - 원사업자의 불공정거래행위에 대한 사회적 해악을 개선하기 위함.
- 최근 미국에서의 징벌적 손해배상제도에 대한 위헌성 논의를 참고하여 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 도입 목적과 도입 방법의 위헌성을 검토하고자 함.
- 원사업자의 불법행위로 인한 사회적 해악을 개선하고 억제하며 재발을 방지하기 위한 목적의 징벌적 손해배상제도 도입은 위헌적 소지가 있음.
 - 피해자가 아닌 가해자에게 자신이 불법행위에 대한 고의·과실이 없음을 입증하도록 한 도입 방법 역시 위헌소지가 있음.

2. 최근 미국에서의 징벌적 손해배상제도의 위헌성 논의

- 징벌적 손해배상은 국가가 엄격한 형사소송 절차를 통해 해야 할 국민에 대한 징벌을 사법(私法)상의 민사소송 절차를 통해 우회적으로 하는 것과 마찬가지로 국가 공권력 행사의 절차적 측면을 통제하고 있는 미국 수정헌법 제5조와 제14조상의 적법절차 원칙(due process of law) 위반에 따른 위헌논쟁이 미국에서도 지속적으로 제기되어 왔음.
- 민사책임은 사적질서(private order)에서 발생하는 개인에 대한 손해배상 책임인 반면 형사책임은 공적질서(public ordering)에서 발생하는 사회공동체에 대한 책임으로 양자는 명확히 구분되어야 함.
- 징벌적 손해배상은 영국에서 공법질서가 확립되지 못했던 18세기에 이를 사법상의 손해배상제도를 통해 보완하기 위해 사용되기 시작
 - 현대국가에서는 공법질서가 확립되어 있으므로 사법(私法)적 절차를 통해 징벌적 손해배상을 부과하는 것은 공법을 보완하는 것이 아니라 노골적으로 공공정책을 사법적 절차를 통해 수행하고자 하는 것으로서 위헌소지가 지속적으로 제기되어 왔음.¹⁾

1) Michael I. Krauss, "Retributive Damages and The Death of Private Ordering", 158 *University of Pennsylvania Law Review Pennumbra* 167, 2010.

- 형사소송을 통해 징벌하기 위해서는 행위자의 위법성에 대한 합리적 의심을 넘는 입증이 있어야 하고, 행위자는 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리가 보장됨.
 - 반면, 민사소송을 통해 징벌적 손해배상을 부과하기 위해서는 행위자에게 불리한 증거정도로 위법 사실을 인정할 수 있는데, 사회적 이익을 위한 징벌효과는 형법과 동일하면서도 행위자를 보호하기 위한 적법절차를 우회한다는 것이 위헌 논쟁의 핵심.
- 최근 미국 연방대법원은 불법행위의 사회적 억제기능(deterrence)을 징벌적 손해배상제도를 통해 달성하고자 할 경우에는 위헌적 소지가 있다는 취지의 판결을 하여 징벌적 손해배상제도의 활용범위가 축소되고 있음.²⁾
- 민사소송집행의 불완전성으로 인한 불법행위의 과소규제 때문에 발생하는 사회적 비용을 원사업자들이 완전히 내부화(internalization)하도록 하여 사회적으로 바람직한 불법행위 억제력을 확보하고자 징벌적 손해배상제도를 활용하는 것은 위헌소지가 있음.
 - 사회적 해악(social outrage)을 개선하기 위한 목적으로 징벌적 손해배상제도를 사용할 경우에는 위헌적 소지가 있음.

3. 하도급법상 징벌적 손해배상제도의 도입 목적과 방법의 위헌성

- 하도급법상 도입된 징벌적 손해배상제도는 단순히 우리와 법체계가 다른 영미법계의 제도를 도입해 많은 법리적 상충문제를 야기할 위험이 있다는 것 외에도 위헌적 소지가 큼.
- 징벌적 손해배상제도 도입 목적의 위헌성
- 입법제안자들이 지속적으로 주장해 온 것처럼 하도급법상 징벌적 손해배상제도 도입의 주요 목적은 손해배상소송을 활성화하여 원사업자의 불법행위를 사전에 억제하고 재발을 방지함으로써 불공정 하도급 관행으로 인한 사회적 해악을 제거하기 위함.
 - 최근 미국 연방대법원 판례와 이에 대한 미국 법조계의 평가는 사회적으로 최적인 불법행위 ‘억제’효과를 얻기 위해 징벌적 손해배상제도를 활용하는 것은 위헌소지가 있음을 경고하고 있음.
- 징벌적 손해배상제도 도입 방법의 위헌성
- 하도급법상 징벌적 손해배상제도를 도입하면서 불법행위에 대한 고의·과실의 입증책임을 원사업자에게 전환하고 있는 것은 위헌적 소지가 큼.

2) Paul B. Rietema, "Reconceptualizing Split-Recovery Statutes: Philip Morris Usa V. Williams, 127 S. Ct. 1057 (2007),"Harvard Journal of Law And Public Policy, 2008, p.1166. Cooter & Ulen, *Law & Economics*, 한순구 역, 2009, p.468 각주32.

- ‘징벌’을 엄격한 형사소송 절차가 아닌 민사소송 절차를 통해 부과한다는 것 자체에 위헌성이 존재하는데, 더 나아가 민사소송상의 일반적인 입증책임 원칙마저 원사업자에게 전환하는 것은 위헌성을 더욱 크게 하는 것임.
 - 즉 형사소송 절차를 민사소송 절차로 완화시키고 더 나아가 민사소송 절차마저 완화시킴으로써 ‘징벌’을 당하는 원사업자에게 보장된 헌법상 절차적 권리(헌법 제12조)가 무시되고 있음.
 - 헌법 제12조에서 규정하고 있는 적법절차 원리라 함은 모든 공권력의 행사는 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력 행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추고 있어야 한다는 것임.
- 과잉규제의 문제점
- 하도급 거래관계의 본질은 계약이고 계약관계는 사법(私法)이 통제하는 것이 원칙임.
 - 우리나라에서는 다른 나라들과 달리 위탁자인 대기업의 우월적 지위남용을 우려해 사법(私法)적 통제와는 별도로 공법(公法)인 하도급법이 존재함.
 - 하도급법에서는 원사업자의 의무 및 금지사항을 규정해 놓고 원사업자가 이를 위반할 경우 공정거래위원회가 범위반 여부를 조사하여 시정조치·과징금·벌금부과 등의 강력한 제재를 통해 수급사업자를 보호하고 있음.
 - 최근 대법원 양형위원회에서는 기업의 핵심기술이나 기밀 관련 절도를 가중 처벌하는 안을 마련하였음.
 - 하도급 관계에서 원사업자의 불법행위로 인한 수급사업자의 피해는 사법상의 실손해 배상으로, 원사업자의 불법행위 재발방지와 억제는 공법인 하도급법과 형법에서 강도 높게 수행하고 있음에도 또 다시 공법(公法)적 실질과 사법(私法)적 외형을 띤 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것은 지나친 과잉규제로 헌법상 과잉금지 원칙(제37조2항)에 위배될 소지가 있음.
- 징벌적 손해배상제도가 존재하는 영미법계 사법시스템을 가진 국가들에서도 이러한 제도의 부작용 때문에 일정한 범위에서 제한하려는 움직임이 일고 있는 상황에서 대륙법계 구조를 가지고 있는 우리나라에 도입할 경우 자칫 우리나라 사법질서 전체에 큰 혼란을 초래할 수 있음.
- 징벌적 손해배상제도는 공법적 요소와 사법적 요소가 혼재되어 있어 우리나라와 같이 공법과 사법을 명확히 구분하고 있는 법체계 국가에서는 법체계 전반과의 상충여부와 조화를 위한 충분한 검토와 국민적 공감대가 형성되어 있어야 함.
- 그럼에도 불구하고 하도급법에서 징벌적 손해배상제도를 무리하게 도입함으로써 위헌적 소지를 야기하게 된 것은 정치적 의도에 기초한 제도 도입으로 밖에 설명될 수 없을 것임.

4. 향후 전망 및 시사점

- 하도급 거래관계에 징벌적 손해배상제도를 도입하고 더 나아가 입증책임까지 원사업자에게 전환한 것은 원사업자를 지나친 법적 위험(legal risk)에 노출시키는 것이고 이것이 수급사업자에게 오히려 불리한 결과를 초래할 수도 있음.
 - 사적인 하도급 계약관계에 공법적 규제가 지나치게 개입할 경우 하도급 거래관계가 개선되는 것이 아니라 악화될 우려가 있음.
 - 대·중소기업 간 기술협력은 자발적 계약에 기초하는데 형사적 색채를 띤 징벌적 손해배상제도와 같은 극단적 처방으로 대기업의 우월적 지위를 통제하려는 것은 득보다 실이 많음.
 - 대·중소기업 간 기술협력 과정에서는 기술을 공유하기 마련인데 어디까지가 기술공유로 인한 정상적인 사용이고 어디까지가 탈취 또는 유용인지를 사전적으로 예측하는 것은 어려움.
 - 더 나아가 이러한 탈취 또는 유용에 원사업자의 고의·과실이 있었다는 것을 수급사업자가 입증하는 것이 법의 기본원칙임에도 불구하고 반대로 원사업자가 자신에게는 고의·과실이 없음을 입증하도록 하는 것은 지나친 규제임.
 - 이러한 규제로 법적 위험(legal risk)에 직면한 대기업은 중소기업과 기술협력을 하기보다는 자체 개발을 하거나 외국기업과 거래를 하려고 할 것임.
 - 즉 징벌적 손해배상제도로 원사업자의 우월적 지위 남용행위를 사전에 억제시켜 수급사업자가 원사업자와 손쉽게 협상(easy bargaining)하도록 도와주고자 한 좋은 의도의 정책이 궁극적으로는 거래관계를 아예 제거해 버려 협상의 기회조차 상실케 하는 나쁜 결과(no bargaining)를 야기할 수도 있음.
- 하도급법상 기술탈취와 유용에 국한된 징벌적 손해배상제도를 하도급 거래관계 전반, 또는 대·중소기업 간 계약관계 전반으로 확대하자는 주장은 대·중소기업 간 관계를 개선시키는 것이 아니라 더욱 악화시킬 수 있을 뿐 아니라 배상금을 노린 소송남발이 우려됨.³⁾
- 하도급 계약관계에서 징벌적 손해배상제도를 확대적용할 것이 아니라 피해를 본 중소기업이 실손해를 신속히 구제받을 수 있도록 사법적 구제시스템을 개선해 나가는 것이 바람직하고 헌법 합치적인 정책방향임.

3) 미국에서는 징벌적 손해배상에 기반을 둔 소송증가로 연간 1,320억 달러가 지출되었으며 자동차의 경우 신차 1대당 500달러의 가격인상 요인으로 작용했다(사법개혁추진위원회, 2006).