

건설정책리뷰 2012-02

건설하도급 불공정거래 행위에 대한 징벌적 손해배상제 확대 방안

이종광 · 박승국 · 정대운

2012. 06

대한건설정책연구원

요 약

- 건설공사를 수주한 원도급 건설업체가 하도급 건설업체를 대상으로 하도급계약의 거래상 지위 격차를 이용하여 부당한 이익을 수취하는 불공정 하도급거래는 우리나라 건설업계의 오래된 관행이다. 건설하도급거래의 공정성을 제고하고자 하는 다양한 정책적 시도에도 불구하고 불공정하도급을 근절하기 어려울 만큼 그 뿌리가 깊은데, 글로벌 금융위기로 촉발된 경기침체가 전혀 없이 장기화되면서 저가하도급과 같은 원도급업체의 불공정행위로 인해 우량한 하도급업체도 수익성 악화와 유동성 부족을 극복하지 못하고 도산하는 사례가 늘고 있다. 건설공사를 직접 시공하는 중소 하도급 건설업체의 기반 붕괴를 예방하고 건설공사의 품질하락을 방지하기 위해서는 원도급업체의 불공정행위를 억제할 필요성이 어느 때보다 절실하다.
- 불공정 하도급이 끊이지 않는 이유는 불공정거래에 따른 편익이 불공정행위 적발에 따라 지불해야 하는 비용보다 크기 때문이다. 따라서 불공정행위로 인한 비용이 편익보다 더 커지도록 보상구조를 변경하는 것이 타당하다. 본 연구에서는 보상구조를 변경하는 방안으로 하도급법 제35조에서 규정하고 있는 기술자료 유용으로 인한 손해에 대한 3배 배상제도 소위 징벌적 손해배상제도를 불공정하도급 행위에도 적용하는 방안을 제시한다.
- 징벌적 손해배상제도는 가해자가 악의적인 불법행위를 함으로써 피해자에게 손해를 끼쳤을 경우 피해자가 입은 실제 손해이외에 징벌적 의미를 추가하여 배상하게 하는 제도를 말한다. 징벌적 손해배상은 18세기 영국에서 확립되었으며 미국 등 영미법계 국가에서 운영되고 있는데, 우리나라에서는 하도급법(기술유용: 3배)외에도 철도사업법(무임승차: 30배) 등 일부 법률에서 징벌적 손해배상제도를 규정하고 있다.
- 징벌적 손해배상제도는 가해자가 고의적으로 또는 의식적으로 손해를 끼치는 행위를 억제하는 예방적 효과는 물론 재발을 방지하는 데도 효과가 있는 것으로 평가되고 있다. 그리고 피해자가 입은 손해를 모두 입증할 수 없다는 현실을 고려할 때 징벌적 배상을 통해 손해에 대한 완전배상을 얻게 되는 효과도 기대할 수 있다.

요 약

- 징벌적 손해배상제도를 적용하기 위한 불공정행위를 선별하기 위하여, 하도급법에서 규정하고 있는 금지행위 중 발생가능성이 크고 발생 빈도가 높으며, 불공정행위로 인한 손해가 중대하고 손해배상액의 산정이 가능하여야 한다는 기준을 설정하였다. 그리고 이러한 기준에 따라 부당한 하도급대금 결정(하도급법 제4조), 하도급대금 감액(제11조)을 징벌적 손해배상제도를 적용할 수 있는 것으로 판단하였으며 배상한도는 기존의 입법례에 따라 3배로 설정하였다.
- 불공정 건설하도급 거래에 대한 징벌적 손해배상제도를 적용하는 방안으로 두 가지 입법안을 제안했는데, 제1안은 하도급법을 개정하는 방안(본문 36페이지 표 4-10 참고)이며 제2안은 건설산업기본법을 개정하는 방안(본문 제37페이지 표 4-11참고) 이다.
- 제1안에서는 하도급법 제35조에 제3항을 신설하여 제4조(부당한 하도급대금 결정 금지) 및 제11조(감액금지)를 위반하여 발생한 손해에 대하여 3배를 넘지 아니하는 범위 안에서 배상책임을 질 것을 규정하는 하도급법 개정안을 제안하였다. 하도급법 35조에 이미 하도급법 제12조의3(기술유용금지)을 위반한 경우 3배를 넘지 아니하는 범위 안에서 배상책임을 지는 조문을 두고 있는 바 이는 불공정 하도급거래에 대한 강도 높은 징벌이 필요하다는 사회적 합의가 있는 것으로 간주할 수 있으므로 도입이 용이하고 건설하도급 외에 여타 분야의 하도급거래에도 적용이 가능하다는 장점이 있다.
- 제2안에서는 건설산업기본법 제38조(불공정행위의 금지)에 제3항 및 제4항을 신설하여 각각 부당한 하도급대금 결정 금지 및 감액금지에 관하여 규정하고, 제44조(건설업자의 손해배상책임)에 제5항을 신설하여 제38조 제3항 또는 제4항을 위반하여 발생한 손해에 대하여 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 질 것을 규정하는 건설산업기본법 개정안을 제안하였다. 이 방안은 건설하도급에 한하여 징벌적 손해배상을 적용함으로써 적용범위와 관련한 논란을 최소화할 수 있다는 장점이 있다.

목 차

| | |
|---|----|
| 1. 서 론 | 1 |
| 2. 징벌적 손해배상제의 고찰 | 4 |
| 2.1 징벌적 손해배상제의 의의 | 4 |
| 2.2 징벌적 손해배상제의 내용 | 5 |
| 2.3 징벌적 손해배상제의 기능 | 11 |
| 3. 징벌적 손해배상제도의 도입 현황 | 13 |
| 3.1 국내 | 13 |
| 3.2 국외 | 16 |
| 4. 불공정 하도급거래 행위에 대한 징벌적 손해배상제 확대 방안 | 22 |
| 4.1 징벌적 손해배상제 확대의 필요성 | 22 |
| 4.2 건설하도급 불공정거래 현황 | 24 |
| 4.3 징벌적 손해배상제 확대를 위한 법령 개정안 | 33 |
| 5. 결 론 | 39 |
| 참고문헌 | 41 |

1. 서 론

건설공사는 하도급에 의한 시공비율이 평균 50%를 상회할 정도로 하도급 의존도가 높다. 2010년의 경우 건설공사 원가 중 외주비의 비율 즉 하도급 비율은 55.5%이다. 하도급공사는 원도급업체와 하도급업체 간의 하도급계약에 의해 이루어지는데, 하도급계약 및 시공과정에서 원도급업체의 우월적 지위를 이용한 다양한 유형의 불공정행위가 발생하고 있어, 건설하도급 분야의 공정거래질서 확립에 대한 필요성은 매우 절실하다.

공정한 하도급거래가 정착되기 위해서는 하도급계약 당사자, 즉 수급인과 하수급인의 대등하고 자유로운 계약관계 정립이 필수적이나, 국내 건설업계의 하도급거래 문화는 원도급업체가 계약적 지위의 격차를 수익확대 수단으로 이용하는 경향이 강하다. 특히 건설경기 침체가 장기화됨에 따라 이러한 경향은 강화되고 있다. 한 보고서에 따르면 건설공사를 저가에 수주한 원도급업체가 이윤을 내기 위하여 저가하도급을 활용하는 비율이 22.2%에 이른다.¹⁾ 특히 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 칭함) 제4조에서 규제하는 저가하도급(부당한 하도급대금 결정)과 동법 제11조에서 규제하는 부당감액 행위는 원도급업체에게는 손실을 줄이거나 수익을 늘리는 기회가 될 수 있겠지만, 하도급대금을 적정한 수준 이하로 떨어뜨려 하도급업체에 대한 직접적인 피해를 주는 것은 물론 시설물의 품질과 안전에까지 영향을 주는 심각한 불법행위에 해당한다.

정부에서도 원도급업체의 불공정행위를 제재하거나 하도급업체의 협상력을 높이기 위하여 규제를 계속 강화하고 있으나 근본적으로 수급인의 이윤추구 동기에 의한 불공정행위를 억제하는 데는 한계가 있다. 불공정행위로 인해 입게 되는 비용이 그로 인한 편익에 미치지 못하기

1) 최민수(2010), 최저가낙찰제 및 저가심의제도의 개선방향, 건설산업연구원, 건설이슈포커스, p.12

때문이다. 따라서 수급인의 불법적인 하도급거래 행위를 방지하기 위해서는 위법행위로 치러야 하는 비용이 위법행위로 얻을 수 있는 편익보다 더 큰 보상구조를 형성함으로써 수급인의 공정한 하도급거래 준수 의식을 제고하는 방향으로 시스템을 개편하는 것이 필요하다.

2011년 3월 29일자 개정 하도급법은 원사업자(원도급업체)가 수급사업자(하도급업체)의 기술자료를 유용하여 손해를 발생시킨 경우에는 손해액의 3배에 해당하는 손해배상 책임을 지우도록 하는 내용을 신설하였다(하도급법 제12조의3²⁾ 및 제35조³⁾ 참고).

이것이 바로 실손해배상을 원칙으로 하는 현행 민사손해배상제도와는 다르게 손해액의 3배를 배상하게 하는 이른바 징벌적 손해배상제도이다. 징벌적 손해배상이란 가해자가 악의적으로 불법행위를 함으로써 피해자에게 손해를 입혔을 경우, 피해자가 입은 실제손해 이외에 추가적으로 징벌적 의미를 추가하여 배상 하는 제도를 말한다. 가해자가 고의적인 또는 의식적인 손해를 피해자에게 끼치는 행위에 대해 억지력을 가지며, 재발 방지라는 측면에서 매우 효과적인 제도로 평가되고 있다. 하도급법에 징벌적 손해배상제도를 도입한 취지는 원도급업체가 우월적 지위를 이용하여 하도급업체의 기술을 탈취하여 이익을 취하는 거래관행을 방지하고자 하는 것이다.

2) 하도급법 제12조의3(기술자료 제공 요구 금지 등 <개정 2011.3.29>)

- ① 원사업자는 수급사업자의 기술자료를 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 요구할 수 있다.<개정 2011.3.29>
- 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.<신설 2011.3.29>
- ③ 원사업자는 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하여서는 아니 된다.[본조신설 2010.1.25]

3) 하도급법 제35조(손해배상 책임)

- ① 원사업자가 제12조의3제1항을 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 제12조의3제3항을 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 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다.[본조신설 2011.3.29]

건설하도급의 경우 원도급업체에 의한 불공정행위의 정도가 심각하고 기존의 규제로는 개선효과가 잘 나타나지 않고 있으므로, 건설하도급에서 나타나는 주요한 불공정거래 유형에 대하여 하도급법 제35조가 규정하는 징벌적 손해배상의 적용하는 방안을 검토할 필요성이 있다고 본다. 본 연구는 징벌적 손해배상을 규정하고 있는 하도급법 제35조를 건설하도급의 불공정행위에 적용하는 것이 타당한지 그리고 구체적인 방안은 무엇인지를 검토하는 것을 목적으로 한다.

2. 징벌적 손해배상제의 고찰

2.1 징벌적 손해배상제의 의의

징벌적 손해배상(Punitive Damages)이란 가해자가 피해자에게 악의를 가지고 또는 무분별하게 재산 또는 신체상의 피해를 입힐 목적으로 불법행위를 행한 경우에 가해자에게 일종의 징벌의 수단으로서 부과되는 손해배상의 한 형태이다. 징벌적 손해배상은 피해자의 손해를 보상하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라 가해자의 악의적 또는 의도적 고의에 대하여 징벌을 가함으로써 가해자 및 제3자가 동일하거나 유사한 행위를 반복하지 않도록 예방하는 것을 목적으로 하고 있다.⁴⁾

징벌적 손해배상제도는 고의적 불법행위의 가해자를 처벌함과 동시에 그 행위의 억제 및 예방을 목적으로 하고 있으므로 이러한 측면에서 볼 때 형벌적 성격을 포함한다고 할 수 있다. 그러나 가해자가 손해배상액을 국가에 지불하는 것이 아니라 피해자에게 지급할 뿐만 아니라, 손해배상액이 부과되는 절차가 민사소송법이라는 측면에서는 형법과는 구별된다. 따라서 악의의 가해자가 동일 행위에 대해 형법에 의해 처벌받았을 경우 손해배상액의 산정시 고려는 되겠지만 징벌적 손해배상의 인정여부에는 영향을 미치지 않으며, 또 징벌적 손해배상이 부과되었다고 하더라도 형벌이 면제되는 것은 아니다. 즉 동일 행위에 대한 이중처벌이 성립하지 않는다.

징벌적 손해배상 부과에 정당성은 고의로 피해를 유발한 가해자는 실수로 피해를 발생시킨 가해자보다 가혹하게 처벌되어야 한다는데 근거하고 있다. 고의적으로 피해를 일으키기 위해 계획한 가해자는 동시에 은폐도 고려하기 때문이며 실수에 의한 손해는 은폐가 고려되지 않고 고려되더라도 효과가 작기 때문이다. 따라서 고의에 의한 피해는

4) 정해상(2004), 손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계, 「중앙법학」, 제6집제4호, 중앙법학회, p.246

과실에 의한 피해보다 발견될 확률이 낮으므로, 고의에 의한 피해자에 대한 손해배상의 범위가 더 커야 한다는 것이다.

2.2 징벌적 손해배상제의 내용

징벌적 손해배상(Punitive Damages)이란 피해자가 가해자의 ‘고의 또는 그것에 가까운 악의’에 의해 피해를 입은 경우, 그러한 행위를 향후 재차 반복하여 하지 않게 하기 위해 손해액을 상회하는 고액의 배상금을 가해자에게 부과하는 제도이다. 징벌적 손해배상액의 부과 범위는 판례법에서는 실손해의 2배에서 몇만배까지 다양하게 결정되고, 제정법에서는 3배 배상제도가 도입되어 있다.

2.2.1 성립요건

징벌적 손해배상이 성립하기 위해서는 일반적인 불법행위의 구성요건 이외에 징벌적 손해배상을 부과하기에 충분한 별도의 가해자측의 악의(malice), 사기적 또는 사악한 동기(fraudulent or evil motive), 의식적(conscious)이고도 계획적(deliberate)인 타인의 권리 내지 이익의 침해와 무시라는 객관적인 중과실의 위법적 행위가 존재하여야 한다.⁵⁾

중과실의 경우에도 징벌적 손해배상이 인정되는 것은 고의적 또는 악의적인 행위에 대해서만 징벌적 손해배상이 인정되는 것이 아니라, 다른 사람의 권리에 대한 무분별한 무관심(reckless indifference), 공공의 안전에 대한 지나친 무관심(flagrant indifference to the public safety)의 경우에도 인정되는 것이다. 그러나 지나친 부주의에 이르지 않은 정도의 과실, 즉 단순한 부주의(mere inadvertence)나 착오(mistake), 판단의 착오(errors of judgement) 등에 대하여는 인정되지

5) 유근홍(2006), 징벌적 손해배상제도에 관한 연구, 제주대학교, 박사학위논문, pp.75~78

않는다. 미국의 각주에서는 징벌적 손해배상요구가 성립되기 위하여 주장 및 입증되어야 할 각각의 행위의 요건을 규정하고 있다. 많은 주들이 요구하는 성립요건을 유형화하면 다음과 같다.⁶⁾

(1) 위법행위의 의도적 및 악의적 수행의 입증을 요구하는 주

미국 12개 주의 행위요건은 위법행위의 의식적·악의적 수행에 대한 증명을 요건으로 하고 있다. 위법행위의 의식적 수행을 증명하기 위해서 피해자는 상대방인 불법행위자가 피해자에 대하여 가해의 의식을 가지고 있었다는 것을 증명해야 한다. Arizona, Delaware, California, Kentucky, Maine, Maryland, Montana, Nevada, North Dakota, Ohio, Rhode Island, Virginia 주 등이 해당된다.

(2) 위법행위가 의식적·악의적이지는 않으나 중과실을 넘는 행위의 입증을 요구하는 주

미국 26개 주에서는 징벌적 손해배상 성립요건으로 의도적 무관심, 미필적 고의에 의한 위협의 도외시를 기준으로 하고 있다. 이러한 주들은 위법행위자가 피해자에게 가해하는 것을 의도하고 있었다는 사실에 대한 증명은 요구하지 않으나, 중과실을 넘는 보다 비난가능성이 큰 행위의 증명을 요구하고 있다. Alabama, Alaska, Arkansas, Colorado, Connecticut, Georgia, Hawaii, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Minnesota, Missouri, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Utah, Vermont, West Virginia, Wisconsin, Wyoming 주 등이 해당된다.

6) 강병모(2008), 소비자권리 실현을 위한 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구, 한국소비자원, p.31

(3) 중과실의 입증을 요구하는 주

미국의 6개주는 중과실의 입증만을 요구하며 상대방인 위법행위자가 피해자에 대해서 피해를 입힐 의도가 있었다는 점에 대한 입증은 요구하지 않는다. Florida, Illinois, Mississippi, North Carolina, Oklahoma, Texas 주 등이 해당된다.

(4) 기타 다양한 행위요건의 입증을 요구하는 주

미국의 루이지애나주와 메사추세츠주에서는 징벌적 손해배상을 인정하는 행위가 특정의 관련법에 따라 다르게 징벌적 손해배상 인정에 필요한 개별적인 행위요건을 확립하고 있다. Louisiana, Massachusetts 주 등이 해당된다.

2.2.2 적용범위

가. 불법행위

징벌적 손해배상이 부과될 수 있는 범위는 가해자의 고의나 중과실에 의한 불법행위이다. 미국의 불법행위법(tort law)에서는 과실이 경미한 경우를 제외하고는 거의 모든 불법행위 소송에서 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 불법행위법의 목적이 우선적으로는 보상을 제공하는데 있고 또한 사회적으로 비난 받을 만한 행위인 경우 징벌하는데 있음에 기인한다. 불법행위의 구체적인 유형을 나누어보면 다음과 같다.⁷⁾

7) 김성천(2003), 징벌적 손해배상제도와 소비자피해구제, 한국소비자보호원, pp.27~35

(1) 고의적 불법행위

미국의 경우 대다수의 주에서는 배심원들이 피고의 악의, 무자비함, 모욕, 억압 등을 동반하는 불법행위에 대하여 징벌적 손해배상 인정시에 고려하는 것을 허용하고 있다. 대부분의 법원은 징벌적 손해배상을 인정하기 위해서는 어떤 사실상의 손해를 입증해야 한다고 보고 있으나, 법원들 중에는 사실상의 손해의 입증 없이, 명목상의 손해가 있는 경우에 징벌적 손해배상의 충분한 근거가 된다고 인정한다.

(2) 과실에 의한 불법행위

단순한 과실을 포함하는 행위에 대하여 징벌적 손해배상이 인정되지는 않으나 그 과실이 가중되어, 가중된 과실의 정도가 결과적으로 중과실 또는 고도의 자의적이고 불합리하고 무분별한 타인의 권리에 대한 무시 등으로 구분이 될 경우에는 징벌적 손해배상을 인정한다.

비의도적이라 하더라도 중과실은 통상적인 주의에서 극단적으로 이탈한 것으로 작위 또는 부작위가 타인의 권리 또는 행복을 고의로 무시한 것이 아닌가 여겨질 정도로 주의를 태만한 경우를 말하며, 이는 그 정도에 있어서는 통상 과실과 구별된다.

(3) 엄격책임(Strict Liability)

엄격책임은 무과실 책임(Liability without Fault)이라고도 표현되며 피고에게 안전을 담보할 무조건적 책임이 있고 피고가 이를 위반할 경우에 부여되는 법적 책임을 말한다. 사회정책상 그 행위 자체에 내재되어 있는 그러나 그것들이 바람직한 산업 활동에 부수해서 일어남으로 비난할만한 것으로 여겨지지 않는 비정상적인 위험이 타인에게로 귀결되는 손해를 피고에게 보상할 것을 요구하는 경우에 적용이 가능하며, 대체로 공동체를 비정상적인 위험에 노출시키는 고의적인 행위를 들고 있다.

동물, 화학 분무기의 사용, 천연가스 또는 폭발물의 저장, 폭파작업의 전도 등에 의해서 피해를 야기시키는 비정상적인 위험한 활동에 엄격 책임이 적용될 수 있다. 항공기 소유주 또는 임차인은 비행기의 이륙, 비행 또는 추락 혹은 그것의 내용물에 의해 야기되는 사람과 재산에 대한 피해에 대하여 엄격책임을 부담하도록 하고 있다.

(4) 기타

상기에 기술한 유형외에도 타인의 재산에 대하여 부당한 침해를 한 경우 또는 타인의 영업 또는 계약관계를 부당하게 침해하는 경우 징벌적 손해배상이 적용될 수 있다.

헌법상의 권리침해의 경우로서 사용자의 고용에 있어서 남녀차별이나 부당노동행위, 수사기관 또는 교정기관 등에서 고의적으로 폭행이나 가혹행위를 자행하는 등 피의자나 재소자의 인권을 침해하는 경우 등에 적용될 수 있다.

언론·출판·TV보도 등 대중매체 등에 의한 명예훼손, 악의적 부실표현, 사기적 거래, 특허권 외의 저작권, 상표권 침해, 불법방해, 사생활 침해, 모욕, 무단침입 등의 경우에도 징벌적 손해배상이 인정된다.

나. 계약위반

계약위반의 경우에는 계약위반 자체가 독립된 고의 불법행위를 구성하지 않는 한(bad faith breach of contract) 원칙적으로 징벌적 손해배상을 인정하지 않는다. 그 이유는 첫째, 징벌적 손해배상은 항상 예외적으로 인정되는 것이므로 그 인정범위를 가능한 제한하여야 하며, 둘째, 계약위반에 따른 손해배상은 비교적 정확하게 예측하여 산정할 수 있으며 계약당사자들도 계약위반에 따른 실질손해만을 기대하는 것이 일반적이기 때문이다. 그러나 불법행위에 기인한 소송과 계약위반에 대한 소송을 정확히 구분하는 것이 어려우며, 계약위반에 의해 인정되

는 손해배상만으로는 피해자에게 충분한 배상이 되지 못하는 경우와 가해자의 악의적인 계약위반인 경우에 대하여, 피해자 구제에 중점을 두게 되면서 계약위반의 소송에서도 징벌적 손해배상을 인정하는 등 예외사유가 증가하고 있다.

계약 당사자 일방이 계약을 정상적으로 이행하는 것보다 계약을 위반하는 것이 오히려 이익이 될 수 있음을 고려하여 고의적으로 계약을 위반하는 등 계약위반에 있어 불법성(tortious character or tortious conduct)이 개재되는 경우 징벌적 손해배상을 인정할 필요가 있다.⁸⁾

징벌적 손해배상이 인정되는 계약위반의 구체적인 경우는 다음과 같다.⁹⁾

(1) 계약불이행이 동시에 고의적인 불법행위를 구성하는 경우

계약위반 자체가 악의적인 것으로서 불법행위 정도의 악성이 강한 경우로서 원고가 계약위반과 함께 불법행위책임이 인정되면 불법행위를 바탕으로 징벌적 손해배상을 인정할 수 있다.

집주인이 세입자를 불법적으로 축출한 경우 계약위반과 함께 불법침입에 해당하는 경우로서 불법행위로서의 징벌적 손해배상요건을 갖춘 경우 인정될 수 있다.

(2) 고의적인 불법행위 내지 신뢰관계 위반으로부터 금전적 이익을 추구한 경우

물품 판매계약에 있어서 사기로 계약을 체결하여 금전적 이익을 추구하는 경우나 고용기간 만기전에 구체적인 사유 없이 강압적으로 피고용자를 해고시킨 경우에 대해서도 인정될 수 있다.

8) 강병모(2008), p.34

9) 강병모(2008), p.35

2.3 징벌적 손해배상제의 기능

(1) 제재 및 예방적 기능

징벌적 손해배상제도의 법적기능으로서 가장 중심적인 기능은 가해자를 제재(처벌)하고 향후 유사한 불법행위를 억제하고 예방하는 기능에 있다. 즉 징벌적 손해배상은 가해자에 대한 특별한 제재의 기능과 가해자 및 일반사회에 대한 예방기능을 목적으로 함으로서 형벌과 동일한 기능을 갖는다고 할 수 있다. 형법에서의 형벌과 차이점은 손해배상금이 피해자에게 지급된다는 점과 민사소송절차에 의해 부과된다는 점이 다르다.

불법행위자가 지불한 손해배상액보다 얻는 이익이 클 경우 다시금 불법행위를 할 우려가 있기 때문에 불법행위 억제 및 예방기능으로서 징벌적 손해배상은 의미가 크다고 할 수 있다. 또한 징벌적 손해배상은 가해자의 고의불법행위에 대한 사회일반의 응징을 표현하는 것으로 재판상의 처벌을 부과함으로써 개인적인 응징을 법원으로 끌어들이 수 있으므로, 공공사회의 질서유지에도 이바지 한다는 것이다.

(2) 법준수의 기능

법준수의 기능이란 실손해 이상의 배상액을 피해자가 취득하게 함으로써 피해자로 하여금 불법행위를 고발하도록 하거나 또는 불법행위를 적발하도록 유도시키는 기능이라고 할 수 있다. 이는 징벌적 손해배상금을 벌금처럼 국가에서 징수하지 않고 피해자가 취득한다는 점에 미루어 판단해 볼 수 있다.

징벌적 손해배상에 의해 불법행위에 대한 처벌이 강화되면 잠재적인 불법행위자도 처벌될 가능성과 배상책임의 증가를 인식하고 영리적 불법행위로 인한 이익의 감소도 인식하게 되어 규율이 불충분했던 불법행위를 효과적으로 제재하게 된다. 이와 같이 징벌적 손해배상은 한편

으로는 권리를 주장하는 제소를 조장한다는 측면에서, 다른 한편으로는 그 제재효과로 법규위반행위를 감소시킨다는 측면에서 법을 집행하는 효과와 법을 준수하는 기능을 갖는다고 할 수 있다.¹⁰⁾

(3) 만족의 전보적 기능

징벌적 손해배상은 위법한 가해자의 행위로 손해를 입은 상대방에게 손해를 배상하는 전보적 기능을 가지고 있다. 즉 원고가 실제 소송에서 현실적으로 발생한 손해의 전부를 주장하여 입증할 수 있는 것이 아니기 때문에 결과적으로 징벌적 손해배상에 의해 완전한 배상을 얻게 되는 것이라고 할 수 있다. 또한 승소한 피해자에게 가해자의 악행을 제소하는데 관련된 비용과 정신적 피해의 일부를 회복시켜 주는 전보기능을 들 수 있다. 이는 피해자에게 가해진 가해자의 위법행위를 바로 잡을 권리를 법원에 호소하는 비용을 피해자가 부담해서는 안된다는 취지이다.¹¹⁾

(4) 사회적 배상 기능

징벌적 손해배상의 기능으로서 사회적 배상기능을 들 수 있다. 이는 징벌적 손해배상의 귀속주체가 피해자에게 국한되지 않고 배상액의 일부를 정부에 귀속하여 위법행위로 피해를 볼 수 있는 다른 사람들을 위한 기금 등의 형태로 사용하는 것이다. 즉 징벌적 손해배상액을 피해자가 전액 수령하는 것이 아니라 그 일부(분할비율은 50%~75%)를 공공의 목적을 위해 정부에 귀속시키고 정부는 이를 기금의 형태로 운영하면서 위법행위의 재발방지를 위한 운동이나 활동에 쓰이는 것이다.

10) 이점인(1998), 징벌적 손해배상제도에 관한 연구, 동아대학교, 박사학위논문, p.23

11) 이점인(1998), p.24

3. 징벌적 손해배상제도의 도입 현황

3.1 국내

국내의 경우 징벌적 손해배상제는 1990년대부터 논의가 시작되어 2000년대 들어 소비자보호, 장애인차별금지, 환경오염 및 언론 피해구제 등의 차원에서 개별법상 도입논의가 본격화되었다. 2006년 사법제도개혁추진위원회에 이에 대한 논의가 있었으나 실제 입법으로 추진되지는 못하였으며, 2011년에 한국 법제상 처음으로 하도급거래 공정화에 관한 법률에 징벌적 손해배상제가 도입되었다.

현재 징벌적 손해배상과 관련된 국내 법률은 하도급법 이외에 철도사업법, 방문판매 등에 관한 법률, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 등에 징벌적 손해배상 성격의 일부 법률조문이 도입되어 운용되고 있다.

3.1.1 하도급거래 공정화에 관한 법률

2011년 3월에 29일 개정 공포되어 6월 30일자로 시행되고 있는 개정된 하도급거래 공정화에 관한 법률은 징벌적 손해배상제도를 도입한 성과라고 할 수 있다. 대·중소 기업간의 기술 탈취·유용행위에 대한 징벌적 손해배상이 하도급법에 도입됨에 따라 공정거래위원회에서는 2011년 7월 기술자료 제공 요구·유용행위 심사지침(공정거래위원회 예규 제115호, 2011. 7. 6.)을 마련하였다.

대기업의 중소기업에 대한 기술 탈취·유용행위를 제재하고 예방하자는 취지에서 도입된 하도급법 제35조의 징벌적 손해배상제 특징은 첫째, 징벌배상의 대상을 원사업자가 수급사업자의 기술자료 유용행위로 한정하였으며, 둘째, 배상책임의 범위를 실손해액의 3배까지로 하며, 셋째, 고의 또는 과실 없음의 입증책임을 원사업자가 지도록 하고, 넷째,

소송절차에 있어 법원의 공정거래위원회 자료요구 및 손해액 인정을 명시한 공정거래법 규정을 준용한 것을 들 수 있다.

하도급법 제35조의 도입으로 경제적으로 우월적 지위에 있는 대기업의 불공정 거래관행 해소, 창업리스크 완화 및 혁신형 중소기업 육성, 대기업과 중소기업간 공생발전 등의 효과를 기대할 수 있다.

3.1.2 징벌적 손해배상과 관련된 기타 법률

가. 철도사업법

철도사업법에서는 무임승차한 여객에 대하여 징벌적 손해배상의 성격을 지닌 가산금 규정을 두고 있다. 이 법규정에 의거하여 최고 30배의 배상을 인정하고 있다.

<철도사업법>

제10조(부가 운임의 징수) ① 철도사업자는 열차를 이용하는 여객이 정당한 승차권을 지니지 아니하고 열차를 이용한 경우에는 승차 구간에 해당하는 운임 외에 그의 30배의 범위에서 부가 운임을 징수할 수 있다. <2004.12.31, 제정>

② 철도사업자는 송하인(送荷人)이 운송장에 적은 화물의 품명·종량·용적 또는 개수에 따라 계산한 운임이 정당한 사유 없이 정상 운임보다 적은 경우에는 송하인에게 그 부족 운임 외에 그 부족 운임의 5배의 범위에서 부가 운임을 징수할 수 있다. <신설 2008.3.28>

나. 방문판매 등에 관한 법률

방문판매 등에 관한 법률은 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 계속거래 및 사업권유거래 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도 제고를 통하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법률로서, 부당한 특수판매행위를 제재 또는 억제할 목적으로 과징금

부과규정과 가중형벌규정을 두고 있다.

공정거래위원회에서는 특수판매업자가 시정조치에도 불구하고 방문 판매법 위반행위가 반복되거나 시정조치만으로 소비자 피해의 방지가 곤란하다고 판단되는 경우에는 과징금을 부과할 수 있다.

<방문판매 등에 관한 법률>

제44조(과징금) ① 공정거래위원회는 특수판매업자가 제42조의 시정조치에도 불구하고 이 법 위반행위가 반복되거나 시정조치만으로는 소비자피해의 방지가 곤란하다고 판단되는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나 이에 갈음하여 해당 특수판매업자에 대하여 대통령령이 정하는 위반행위 관련 매출액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 이 경우 관련 매출액이 없거나 이를 산정할 수 없는 경우 등에는 5천만원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

방문판매 등에 관한 법률에서는 등록을 하지 않고 다단계 판매조직을 개설, 관리 또는 운영한 자와 허위 그 밖의 부정한 방법으로 등록을 하고 다단계판매조직을 개설, 관리 또는 운영한자는 7년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하고, 당해 법 위반행위와 관련하여 판매 또는 거래한 대금 총액의 3배에 상당하는 금액이 2억원을 초과하는 때에는 7년 이하의 징역 또는 판매하거나 거래한 대금 총액의 3배 이하의 벌금에 처한다는 가중처벌규정을 두고 있다.

제51조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 다음 각호의 1에 해당하는 자가 당해 법 위반행위와 관련하여 판매 또는 거래한 대금 총액의 3배에 상당하는 금액이 2억원을 초과하는 때에는 7년 이하의 징역 또는 판매하거나 거래한 대금 총액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

1. 제13조제1항의 규정에 위반하여 등록을 하지 아니하고(제42조제4항의 규정에 의하여 등록이 취소된 경우를 포함한다) 다단계판매조직을 개설·관리 또는 운영한 자
2. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 제13조제1항의 규정에 의한 등록을 하고 다단계판매조직을 개설·관리 또는 운영한 자(제23조제1항제12호의 금지행위를 한 자를 포함한다)

다. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률은 타인의 상호·상표 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 영업비밀을 침해하는 행위를 방지할 목적으로 제정되었으며, 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다는 규정을 두고 있다.

<부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률>

제18조 (벌칙)

② ‘부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.’

3.2 국외

3.2.1 영국

징벌적 손해배상의 발상지인 영국에서는 18세기경에 근대국가에 의한 체계적인 사회통제가 이루어지면서 비로소 민사책임과 형사책임이 분리되었으며, 형사책임으로부터 분리된 민사책임에 형사적 책임요소가 가미되어 실제 발생한 손해보다 더 많은 배상액을 인정하는 과정에서 징벌적 손해배상이 탄생되었다.

영국의 징벌적 손해배상의 성립요건과 원칙으로 1964년 영국 상원(House of Lord)은 Rookes v Barnard 사건¹²⁾에서 징벌적 손해배상은 민사와 형사의 구별을 혼미하게 하는 것이라고 하며, Lord Devlin 재

12) David F. Partlett(1996), Punitive Damages: Legal Hot Zones, 56 Louisiana Law Review, Summer

판장은 징벌적 손해배상이 인정되는 세 가지의 범주를 정하여 판결하였고, 이 사건 이후 영국법에서는 전보적 손해배상을 일반적인 원칙으로 하면서 징벌적 손해 배상을 예외적으로 인정하고 있다.¹³⁾ 이 사건의 재판장인 Lord Devlin 판사는 징벌적 손해배상은 법의 힘(the strength of the Law)을 보여주기 위한 것으로 법적 집행력이 옹호되어야 할 경우와 이론상으로 형벌에 의한 원칙을 민사법에 적용하는 것이 실제적으로 정당하다고 할 수 있는 경우에 한해 제한적으로 인정되어야 한다고 하였으며, 징벌적 손해배상은 흔히 Rookes의 원칙으로도 불리우는 다음의 세 경우에 한해 인정되어야 한다고 제한하였다.¹⁴⁾

(1) 정부공무원이 강압적, 자의적 내지는 위헌적 행위를 행한 경우

국가공무원은 국민의 봉사자이므로 그들이 힘을 사용할지라도 언제나 국민에 대한 봉사의무 보다는 당연히 하위에 있어야만 하는데, 그 힘을 강압적으로 행사하였다면, 이에 대해 징벌적 손해배상을 부과할 수 있다는 것이다.

(2) 가해자가 자신의 불법행위로부터 얻어질 이익이 피해자에게 지급하여야 할 전보적 손해배상을 공제하고도 이득이라는 계산하에 과감하게 불법행위를 행한 경우

(3) 제정법에서 명시적으로 징벌적 손해배상의 부과를 규정한 경우

Lord Devlin 판사는 제정법에서 규정한 경우에 대해 징벌적 손해배상을 인정할 경우에라도 최소한 다음의 3가지 추가적 고려요건이 있다고 하였다.

① 원고 자신이 가해자의 강압적 행위에 의하여 희생자로 되어야 함

13) 유근홍(2006), p.17

14) 복진요(2010), 지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 연구, 지식재산21, p.23

② 징벌적 손해배상의 산정에 있어서는 무제한적인 것이 아니라, 합리적인 일정한 제한이 설정되어야 함

③ 징벌적 손해배상 산정에 있어서 당사자의 자력을 고려해야 함

영국에서는 계약위반에 대하여는 원칙적으로 징벌적 손해배상이 인정되지는 않으나, 계약위반 행위가 불법행위를 함께 구성하는 경우에는 원고가 불법행위를 사유로 하여 소를 청구하면 징벌적 손해배상을 받을 수 있다. 징벌적 손해배상제도의 적용에 있어서 영국에서는 일반적으로 미국에 비해 엄격하게 제한적으로 운영되고 있다.

3.2.2 미국

미국의 징벌적 손해배상은 영국으로부터 전수되어 발전된 제도로서 제한적으로 인정하고 있는 주도 있으나 인정범위는 점차 확대되는 추세로 고의적 불법행위와 같은 위반자의 악의성이 강한 계약위반, 기망적 불공정거래행위, 인권침해 등 민사책임의 전반에 걸쳐 인정되고 있다. 미국 법원에서는 일반적으로 당사자가 잘못된, 악의적, 또는 난폭한 행위에 참여한데 대하여 제재하기 위하여 그리고 그 당사자나 타인이 장래에 금지된 행위에 참여하는 것을 억제하기 위하여 징벌적 배상을 부여하고 있다.¹⁵⁾

미국에서 징벌적 손해배상이 확립된 계기는 1852년에 연방대법원의 Day v. Woodworth 사건 판결로서 이후 징벌적 손해배상의 법리적 정당성에 대하여 더 이상의 논쟁이 필요하지 않다는 것이 받아들여졌다.¹⁶⁾

미국에서는 전보적 손해배상을 징벌적 손해배상의 책임근거로 보지 않으며, 가해자의 수익과는 관계없이 일반적으로 가해행위의 성격과

15) 김두진(2007), 공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 손해배상제도 도입 방안 연구, 한국법제연구원, p.53

16) 유근홍(2006), p.19

그 의도, 원고에 대한 위해의 성격과 피고의 자력 등을 고려하고 있다. 징벌적 손해배상이 부과되기 위해서는 기본적으로 민법상의 불법행위로 인한 손해의 형평에 따른 보상적 손해배상의 요건 이외에 고의 또는 중과실의 불법행위가 추가로 요구된다. 미국법상 징벌적 손해배상의 인정 요건은 다음과 같다.

- (1) 일반적인 불법행위의 요건을 갖추어야함.
- (2) 사회가 일반적으로 용인하는 범위의 잘못을 넘어 피해자의 권리 내지 법익 침해에 대하여 악의적이거나 의도적으로 결과 발생을 용인하는 고의가 있어야함.
- (3) 계약위반의 경우에는 통상 징벌적 손해배상을 인정하지는 않으나 다음의 경우 예외적으로 인정됨.¹⁷⁾
 - ① 고용기간 만료 전에 갑자기 강압적으로 피고용자를 해고한 경우
 - ② 계약위반 자체가 고의 불법행위만큼 위반자의 악성이 강한 경우
 - ③ 피해자가 계약책임과 불법행위책임을 선택적으로 주장할 수 있는 경우

최근 미국에서는 보험업자의 불성실행위, 기망적 불공정 거래행위, 직업적 배임행위, 고의 또는 중과실에 의한 제조물책임, 의료과오와 명예훼손, 음주운전, 운송인의 책임 등은 물론 전문가 등의 부적당한 역무의 제공과 악의에 의한 계약 위반 등 신의성실 원칙(Good Faith)의 위반에 대하여 고액의 징벌적 손해배상을 부과하고 있으며 점차 그 인정범위가 확대되고 있다.

미국의 민사소송에서는 피고가 형사재판보다 보호를 덜 받기 때문에 법원이 징벌적 손해배상액을 결정하는 기준으로 첫째, 피고의 행위에 대한 비난 가능성의 정도, 둘째, 실제 또는 잠재적인 피해규모와 징벌

17) 복진요(2010), p.25

적 손해배상액과의 격차, 셋째, 징벌적 손해배상액과 유사사례에서 허용 또는 부과된 민사벌금액과의 차이 등을 고려하여 신중히 결정하여야 한다는 Gore Guideposts 기준을 제시하였다.¹⁸⁾

3.2.3 캐나다

캐나다에서 징벌적 손해배상을 부과하는 주목적은 가해자의 행위를 제재하고 향후 억제하기 위함이며 모든 캐나다의 주와 보호령은 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 징벌적 손해배상은 주로 고의적 불법행위, 명예훼손, 폭행, 불법감금 등에 부과되며, 드물지만 과실소송에도 부과될 수 있다.

피고가 형사소송에서 처벌을 받았음에도 불구하고 징벌적 손해배상은 부과될 수 있으며, 단지 캐나다 법원은 이전의 제재를 징벌적 손해배상을 산정할 때 고려해야 할 요소로 참고하고 있다.

최고법원은 *Whiten v. Pilot Insurance Co.* 사건에서 징벌적 손해배상의 기능과 적당한 징벌적 손해배상을 결정하는데 반드시 고려해야 할 다음의 11가지 요소를 제시하고 있다.¹⁹⁾

- (1) 징벌적 손해배상은 법보다는 아주 예외임.
- (2) 징벌적 손해배상은 예의바른 태도의 일상적인 기준에서부터 벗어난 고압적이고, 악의적이며, 멋대로, 임의대로한 불법행위인 경우에 부과됨.
- (3) 손해배상액이 부과되고 징벌적 손해배상이 산정되어야 할 경우, 그 액수는 유발된 손해, 불법행위의 정도, 관련된 원고의 비난정

18) 김성천(2003), p.81

19) 유근홍(2006), pp.53~54

도, 피고로부터 얻어진 이익에 합리적으로 비례해야 함.

- (4) 피고가 자신의 불법행위로 인하여 받은 벌금과 형벌도 고려하여야 함.
- (5) 징벌적 손해배상은 일반적으로 불법행위가 다른 경우에는 제재되지 않거나, 제재가 징벌, 억제, 위협의 목적을 달성하는데 부적합한 경우에 주어짐.
- (6) 그 목적이 원고의 전보에 있지 않음.
- (7) 징벌적 손해배상의 목적은 피고 그 자신에 대한 징벌, 또는 피고와 다른 사람이 미래에 비슷한 불법행위를 하지 못하게 하고, 사회의 일어난 일에 관한 공동의 비난을 하는 것임.
- (8) 징벌적 손해배상은 어느 정도 징벌적 성격의 전보적 손해배상이 징벌적 목적을 달성하는데 부족한 경우에 부과됨.
- (9) 징벌적 손해배상은 그 목적을 달성하는데, 이성적으로 필요한 액수를 넘지 않은 한도에서 부과됨.
- (10) 보통 주가 불법행위에 대한 벌금의 수령자이고, 원고는 징벌적 손해배상을 전보배상에 더하여 우연한 이익으로 간직할 것임.
- (11) 우리의 체제하에서 재판관과 배심원은 사회에서 어쩔수 없이 오점을 가질수는 있지만, 징벌적 손해배상은 일반적으로 적정하여야 함.

어느 정도의 징벌적 손해배상이 적정한지를 결정하는데 있어서, 캐나다의 상급법원은 약간의 통일성이 있으며 미국처럼 징벌적 손해배상을 불법행위와 계약소송에서 모두 허용하고 있다.

4. 불공정 하도급거래 행위에 대한 징벌적 손해배상제 확대 방안

4.1 징벌적 손해배상제 확대의 필요성

제3장에서 살펴본 바와 같이 영국, 미국 등의 국가에서는 손해배상의 한 유형으로 징벌적 손해배상을 인정하고 있지만, 그 적용범위에 있어서는 상대적으로 영국의 경우 제한된 범위에서 징벌적 손해배상을 인정하고 있으며, 캐나다의 경우 영국보다는 적용범위가 확대되고 있다. 또한 미국의 경우 징벌적 손해배상은 민사책임 전반에서 광범위하게 인정되고 있는 추세를 보이고 있다.

영미법계 국가에서 인정하는 제도인 징벌적 손해배상제도를 전면적으로 수용하여 시행하는 것은 여러 가지 측면에서 어려울 수 있으나²⁰⁾, 그 적용범위를 제한한다면 징벌적 손해배상의 도입을 긍정할 수 있을 것이다. 특히 건설 하도급거래에 있어서 위법·불공정 행위를 예방하고 재발방지를 위한 방안으로 관련 법령에 징벌적 손해배상에 관한 근거규정을 두는 방안이 마련되어야 할 것이다.

공정한 하도급거래를 위한 정부의 수많은 노력에도 불구하고 현재까지도 불법적인 불공정 하도급거래 행위가 만연하고 있는 것은 현재의 처벌과 손해배상의 수준이 불법행위로 수급인이 얻을 수 있는 이익보다 미미하여 현실적으로 불법행위가 여전히 감행되고 있다고 할 수 있다. 또한 수급인의 불법행위로 손해를 본 모든 하수급인들이 손해배상 소송을 제기하는 것이 아니므로 불법행위로 수급인이 얻을 것으로 기대되는 이익(benefit)은 손해배상으로 지급될 가능성이 있는 비용(cost)

20) 하도급법상에 3배 배상제도가 도입되기 전에 징벌적 손해배상제 도입의 타당성에 대한 찬반 양론이 팽팽하게 전개되었다. 도입을 반대하는 주요 논거로 김두진(2007)의 ‘공정거래법 및 소비자 관련법상 징벌적 손해배상제도 도입 방안 연구’ 등에서 과잉구제의 가능성, 사소남발과 소송의 사회적 비용 유발, 이중처벌 및 제재의 가능성, 민·형사책임 분리원칙의 위배 등을 들고 있다.

보다 일반적으로 커 수급인들이 불법행위를 감행하게 되어 사회적 비용이 발생하게 된다. 따라서 수급인이 불법행위를 했을 경우 하수급인들이 적극적으로 손해배상을 청구하도록 하고 불법행위를 할 경우에는 기대 이익을 초과하는 비용을 지불하게 될 것이라는 사실을 수급인에게 확실히 경고하여, 수급인이 사전적으로 불법행위의 감행을 억제하도록 하수급인의 실손해를 배상해 주는 것에 더해 징벌적 손해배상을 하도록 할 필요가 있다.²¹⁾

현행 하도급법에 대기업의 중소기업에 대한 기술자료의 탈취행위에 대하여 징벌적 손해배상제도를 도입한 목적은 수급인의 불공정 하도급 관행 제재와 재발 방지에 있다. 불공정한 하도급거래 행위는 비단 기술자료 탈취행위에만 국한되는 것은 아니므로 하수급인에게 중대한 손해를 끼치는 불공정 하도급거래행위에 대해서도 징벌적 손해배상제도를 확대하여 적용하는 것은 타당성이 충분하다고 할 수 있다.

과도한 배상액으로 인해 수급인의 기업활동에 심각한 타격이 미치지 않도록 배상액의 상한을 정하여 도입한다면 긍정적 효과가 부정적 효과보다 클 것으로 판단된다. 현대 사회에서 형사적 처벌보다 금전적 배상이 억제 및 예방에 더욱 효과적이라는 현실을 부정할 수 없을 것이다.

21) 징벌적 손해배상제도의 정책적 근거는 법 위반자 처벌, 부당이득 환수, 피해자에 대한 완전한 보상 등이며, 미국 독점금지법 현대화위원회 보고서(2007)에서는 3배 배상제도가 다음과 같은 부분에 기여했다고 언급하고 있다(정환, 2011).

- 반경쟁적 행위의 억제
- 독점금지법 위반자의 처벌
- 독점금지법 위반자가 반경쟁적 행위로부터 얻은 이득의 환수
- 반경쟁적 행위의 피해자에 대한 완전한 보상의 제공
- 사적인 구제에 대한 유인의 제공

4.2 건설하도급 불공정거래 현황

불법행위란 타인에게 손해를 가하는 위법한 행위를 말하며 법은 불법행위를 한 자에게 불법행위에 의해 발생한 손해를 배상할 책임을 지우고 있다. 즉, 손해의 배상이 이루어지려면 먼저 불법적인 행위의 존재가 전제되어야 하는 것이다. 따라서 건설산업의 하도급거래에 있어서도 징벌적 손해배상을 적용하기 위해서는 불법적 하도급거래행위의 존재가 전제되어야 할 것이며, 따라서 불법적 하도급거래행위의 실태와 유형에 대하여 제시하고자 한다.

건설하도급의 불공정 거래행위는 공사의 입찰단계, 낙찰 및 계약체결 단계, 공사수행단계, 준공단계 등에서 다양한 형태로 발생하고 있다. 이 중에서 하도급법과 건설산업기본법을 위반하고 있는 주요한 불공정행위는 주로 입찰 및 계약단계에서 부당하게 저가로 하도급금액을 결정하는 행위와 공사수행단계에서 하도급대금을 감액하는 행위 등으로 조사되었다(<표 4-1> 참조).

<표 4-1> 건설공사 주요 불공정 하도급거래 행위 유형

| 위반 법령 | 주요 불공정 거래 행위 |
|---|--|
| <p><하도급법> -제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지)</p> | <ul style="list-style-type: none"> ▶ 일률적 비율로 단가를 인하하여 하도급대금 결정 ▶ 입찰시 타사업자의 견적금액을 알려주어 하수급인을 기만하여 하도급대금 결정 ▶ 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금 결정 ▶ 수의계약시 직접공사비 보다 낮은 금액으로 하도급대금 결정 ▶ 정당한 사유 없이 경쟁입찰의 낙찰금액보다 낮은 저가 하도급 계약 체결 강요 ▶ 저가 하도급금액을 유도하기 위한 고의적인 재입찰 ▶ 수급인의 강요에 의한 이중계약서 작성 |
| <p><하도급법> -제11조(감액금지)</p> | <ul style="list-style-type: none"> ▶ 협조요청 또는 경제상황 변동 등 불합리한 이유로 하도급대금을 감액 ▶ 대금의 현금 지급 및 지급기일전 지급을 이유로 하도급대금을 감액 ▶ 하수급인의 경미한 과오를 이유로 하도급대금을 감액 ▶ 시공물품 구매 또는 장비사용시 적절한 사용대가 이상의 금액을 하도급대금에서 공제 ▶ 하도급대금 지급 시점의 물가나 자재가격 등이 납품등의 시점에 비하여 하락한 이유로 하도급대금 감액 ▶ 수급인의 경영적자 등 불합리한 이유로 하도급대금을 감액 ▶ 4대 보험료, 산업안전보건관리비, 기타 경비의 전가 |
| <p><하도급법> -제16조(설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정) -제16조의2(원재료의 가격 변동에 따른 하도급대금의 조정)</p> <p><건설산업기본법> -제36조(설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정 등) -제38조(불공정행위의 금지)</p> | <ul style="list-style-type: none"> ▶ 물가변동 및 설계변경에 의한 수급인의 계약금액 변경에 따른 하도급금액의 미조정 ▶ 추가공사에 따른 하도급 금액 미조정 ▶ 하도급계약시 불공정행위 금지를 위반하는 부당한 특약의 설정 <ul style="list-style-type: none"> -민원처리 비용의 하도급자 전가 -물가변경에 따른 하도급대금의 미조정 -추가공사 및 설계변경 등에 따른 하도급대금의 미조정 -4대보험료의 하도급자 전가 |
| <p><건설산업기본법> -제38조(불공정행위의 금지)</p> | <ul style="list-style-type: none"> ▶ 하자보수 책임을 전가시키거나 계약기간을 초과하여 하자담보책임을 부담시킴 |

<표 4-1>에서 제시한 건설하도급 공사에서 발생하는 주요한 불공정 거래행위의 구체적인 양태와 발생 현황은 다음과 같다.²²⁾

(1) 부당하게 하도급금액을 결정 행위

부당하게 하도급금액을 결정하는 행위로는 주로 일률적 단가인하 또는 일방적으로 낮은 금액으로 하도급금액을 결정하는 행위, 입찰에 참여한 타사업자의 견적금액을 알려주어 이보다 낮은 금액으로 하도급금액을 결정하는 행위, 추후 공사발주를 약속하는 대가로 낮은 하도급금액을 결정하는 행위 등으로 나타났다.

<표 4-2> 부당한 저가하도급금액 결정방법의 변화추이(단위 : %)

| 구분 | 2006년 | 2007년 | 2008년 | 2009년 | 2010년 |
|-----------------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 추후 공사발주 약속대가 | 41.3 | 43.4 | 40.3 | 43.9 | 43.8 |
| 타견적 또는 가견적 기준강요 | 31.3 | 27.2 | 30.9 | 25.6 | 26.4 |
| 일방적으로 낮은 단가적용 | 19.1 | 22.9 | 21.5 | 23.6 | 22.7 |
| 대금결제조건외 우대약속대가 | 8.3 | 6.6 | 7.2 | 6.8 | 7.2 |
| 합 계 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 |

정당한 사유 없이 경쟁입찰의 낙찰금액보다 낮은 저가 하도급 계약 체결 강요하는 행위가 이루어지고 있는 것으로 조사되었다. 정당한 사유 없이 저가 하도급 대금을 결정하는 행위란 하도급공사를 경쟁입찰 하여 최저가낙찰가격으로 낙찰자를 선정 후, 하도급계약시 특별한 사유 없이 낙찰금액보다 낮은 금액으로 하도급계약을 체결하는 것을 의미하는 것으로 관련 사례는 다음과 같다.

22) 대한전문건설협회(2011), 전문건설업 실태조사 분석 보고서

[사례]

수급인 △△종합건설은 2006년 10월 20일부터 2008년 8월 1일 기간 동안 「○
○대학 신축공사 중 수장바닥재공사」 등 20건의 건설공사의 하수급인 선정과
관련하여 협력업체중 3~5개 업체를 선정하여 현장설명에 참여한 업체로부터
밀봉견적서를 제출받음. 이후 수급인은 하수급인들이 제출한 밀봉견적서중 최
저가를 기준으로 다시 면담 또는 유선으로 가격을 협상한 후 최저가보다 낮은
금액으로 하도급계약을 체결함

하도급 공사 입찰시 수급인이 저가 하도급을 유도하기 위해서 경쟁
입찰을 고의적으로 반복하는 사례가 많이 발생하고 있는 것으로 조사
되었다. 기업규모별로는 대규모 전문건설업체의 재입찰 경험 사례가
41.4%로 가장 높았으며, 기업규모와 상관없이 조사에 응답한 전체 기
업들중에서 재입찰을 경험한 업체의 비율은 25.3%로 나타났다.

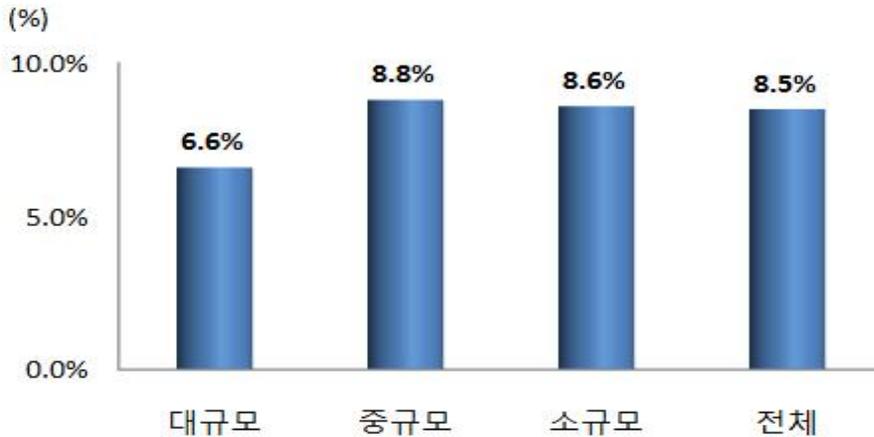


[그림 4-1] 하도급 공사 입찰과정 중 재입찰 사례 발생 여부(기업규모별)²³⁾

부당하게 하도급대금을 결정하는 행위로서 수급인의 강요에 의해 이
중계약서를 작성하는 것으로 조사되었다. 수급인과 하수급인과의 하도
급계약시 2010년 기준 조사에 응답한 전체업체들중에서 8.5%업체가

23) 기업규모별 조사 응답 비율로서 대규모는 시공실적평가액 225억 이상의 전문건설업체를 말하며,
중규모는 225억 미만~51억 이상, 소규모는 51억 미만, 전체는 기업규모와 상관없이 조사에 응답
한 전체 기업들의 응답 비율을 의미함

이중계약서 작성을 요구 받은 것으로 나타났으며 이중계약의 주요 내용으로는 하도급계약 금액인 것으로 조사되었다.



[그림 4-2] 하도급 공사 계약시 이중계약서 작성 강요경험 여부

<표 4-3> 이중계약시 계약 내용사례

| 구분 | 비율(%) |
|---------------|-------|
| 하도급계약 금액 | 95.4 |
| 하도급 계약서상 일반조항 | 3.7 |
| 계약 당사자 명의 | 0.9 |
| 기타 | 0.0 |
| 합계 | 100.0 |

(2) 하도급대금을 감액하는 행위

건설공사의 하도급거래에 있어서 하도급금액은 공정하게 결정되고 대금의 지급에 있어서도 계약내용대로 지급되어야 하나 대금 지급시 부당하게 감액하는 불공정 행위가 나타나는 것으로 조사되었다. 하도급대금 감액 행위에 대한 조사에 응답한 전체 업체들 중에서 11.45% 업체가 부당하게 하도급대금을 감액당한 경험이 있다고 응답하였으며, 감액의 주요 사유로는 수급인의 경영적자 등의 불합리한 이유(28.0%)와 수급인의 협조요청·경제상황 변동(20.6%) 및 4대보험료·산업안전보

건관리비·기타 경비의 전가(15.9%) 등이 주요한 사유로 조사되었다.



[그림 4-3] 수급인으로부터 하도급대금 감액 요청 받은 경험(기업규모별)

<표 4-4> 하도급대금의 부당 감액사례 형태

| 구 분 | 비 율(%) |
|-------------------------------|--------|
| 경영적자 등 불합리한 이유 | 28.0 |
| 협조요청 또는 발주취소 경제상황 변동 등 | 20.6 |
| 4대보험료, 산업안전보건관리비, 기타 경비 등을 전가 | 15.9 |
| 시공물품등 구매 또는 장비사용시 적정수준 이상 공제 | 9.5 |
| 대금 현금지급 또는 지급기일전 지급 등의 이유 | 9.0 |
| 경미한 과오 | 9.0 |
| 물가하락 또는 자재가격 하락 | 2.1 |
| 기타 | 5.8 |
| 합 계 | 100.0 |

(3) 하도급계약시 불공정행위의 금지를 위반하는 부당한 특약의 설정

하도급 계약시 건설산업기본법에서 금지하고 있는 부당한 특약조항을 설정하여 결과적으로 부당하게 하도급대금이 결정 되도록한 계약사례가 조사에 응답한 전체 전문건설업체 들 중에서 15.6%인 것으로 조사되었다.



[그림 4-4] 하도급 계약시 불공정 특약조항이 있는 비율

<표 4-5> 하도급계약시 나타나는 불공정 특약의 유형

| 구분 | 비율 (%) |
|--------------------------|--------|
| 민원발생시 하도급자의 처리부담조항 신설 | 30.5 |
| 물가변동시 공사대금 증액지급조항 삭제 | 30.0 |
| 추가공사 및 설계변경시 공사대금증액조항 삭제 | 24.5 |
| 4대보험료의 하도급자에게 전가부담조항 신설 | 11.8 |
| 기타 | 3.2 |
| 합계 | 100.0 |

(4) 물가변동, 설계변경, 추가공사 등에 따른 하도급금액을 증액 해주지 않는 행위
 물가변동 및 설계변경에 따른 원도급 공사 금액 조정시 하도급 금액 조정을 받은 비율은 가끔 조정 받는 비율이 28.2%이며, 25.2%는 원도급 공사금액 조정시 하도급 금액 조정을 적용받은 적이 없다고 조사되었다.

<표 4-6> 기업규모별 원도급금액 조정시 하도급금액 조정 사례 유무(단위: %)

| 구분 | 대규모 | 중규모 | 소규모 | 전체 |
|--------------|-------|-------|-------|-------|
| 거의 적용받음 | 47.3 | 50.0 | 34.2 | 39.2 |
| 가끔 적용받음 | 34.5 | 28.5 | 27.6 | 28.2 |
| 적용받은 적 없음 | 12.7 | 17.3 | 29.4 | 25.2 |
| 계약금액 조정사실 모름 | 5.5 | 4.2 | 7.3 | 7.3 |
| 합 계 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 |

하도급공사에 있어서 추가공사가 발생하는 경우에도 추가 공사비가 제대로 지급되지 않는 사례가 많은 것으로 조사되었으며 추가공사를 완료하고도 수급인으로부터 추가공사비를 수령하지 못한 사례가 34.5%로 조사되었으며, 이중 4.9%는 이런 사례가 빈번하였다고 조사되었다.

<표 4-7> 수급인으로 부터 추가공사비 미수령 사례(단위: %)

| 구분 | 대규모 | 중규모 | 소규모 | 전체 |
|--------|-------|-------|-------|-------|
| 자주 있었음 | 8.1 | 3.0 | 5.4 | 4.9 |
| 가끔 있었음 | 35.5 | 25.1 | 30.9 | 29.6 |
| 거의 없었음 | 35.5 | 36.3 | 33.6 | 34.4 |
| 전혀 없었음 | 21.0 | 35.6 | 30.1 | 31.1 |
| 합 계 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 |

(5) 하자보수 책임을 전가시키거나 계약기간을 초과하여 하자담보책임을 부담시키는 행위

하자담보책임기간은 전문공사의 경우 최대 3년으로 규정되어 있으나 55.5%만이 법령상 전문공사의 공종별 기준에 따르고 있는 것으로 나타났다. 수급인의 하자담보책임기간과 동일하게 적용한다는 업체가 30.3%, 수급인이 일방적으로 정하여 계약서에 명기한다는 업체가 14.2%로 조사되어 하수급인이 하자보수 비용을 부담하고 있는 것으로

나타났다.

하도급공사건수 대비 무리한 하자담보를 요구받은 하도급 공사 비율은 소규모 기업이 26.4%로 가장 높게 나타났으며 중규모 기업 18.2%, 대규모 기업 21.7%로 조사되었다.

<표 4-8> 하도급계약서상 하자담보 책임기간의 설정여부

| 구 분 | 비 율(%) |
|------------------------|--------|
| 관련법령상 전문공사의 종류별 기준에 따름 | 55.5 |
| 원도급자의 하자담보책임 기관과 동일하게 | 30.3 |
| 원도급자가 일방적으로 결정 | 14.2 |
| 합 계 | 100.0 |

<표 4-9> 무리한 하자담보를 요구받은 경우, 하도급 수행공사 대비 무리한 하자담보 받은 비율

| 대규모 | 중규모 | 소규모 | 전체 |
|-------|-------|-------|-------|
| 21.7% | 18.2% | 26.4% | 23.9% |

4.3 징벌적 손해배상제 확대를 위한 법령 개정안

4.3.1 기본 방향과 적용 범위

건설공사의 하도급거래에 징벌적 손해배상을 도입하기 위해서는 징벌적 손해배상이 인정되는 불공정 하도급거래 행위를 구체적으로 특정하고, 징벌적 손해배상액수의 상한을 합리적인 범위에서 제한하여 제도 도입시의 문제점을 최소화하여야 할 것이다.

다양한 불공정 하도급거래 행위중 징벌적 손해배상을 적용할 수 있는 대상을 결정하는 기본 원칙으로는 첫째, 현행법을 위반하는 불법행위가 우선대상이 될 수 있을 것이다. 다만 적용시 상대방에게 해악을 끼칠 적극적인 의사를 가지고 피해 발생을 용인하거나 의도적으로 그 행위를 저지른 경우로 한정하는 것이 타당할 것이다. 둘째, 불법적 하도급거래 행위 가운데 수급인의 우월적 지위남용에 의해 발생가능성이 크고, 발생빈도가 높으며, 발생시 하수급인에게 중대한 손해를 끼칠 수 있는 행위가 대상이 되어야 할 것이다. 셋째, 수급인의 불공정 하도급거래 행위에 의해 발생하는 손해배상액의 산정이 가능하여야 할 것이다.

수급인의 불공정 하도급 행위중 발생 빈도가 높고 손해의 규모가 커서 전문건설업체들이 요구하는 가장 시급히 개선되어야 할 행위로는 부당하게 낮은 하도급금액을 결정하는 행위와 하도급 금액을 감액하는 행위 등으로 나타나고 있다.²⁴⁾ 이러한 수급인의 불공정 행위에 의한 발생한 손해액은 도급 내역서 및 계약서의 분석을 통하여 산정이 가능할 것이다. 따라서 적용대상 선정의 기본 원칙에 비추어 볼 때 현재 하도급법에서 금지하고 있는 부당한 하도급대금의 결정 행위와 하도급 금액의 감액 행위 등의 법령 위반행위에 대하여 우선적으로 적용하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

24) 시장경제와 사회안전망 포럼(2010), 건설하도급 상생협력을 위한 정책 개선 방안

징벌적 손해배상액의 범위는 제도의 실효성을 담보할 수 있는 범위로 지나치게 낮거나 높게 정함으로써 초래될 수 있는 부작용을 방지하고 입법목적을 달성하기 위해서 배상책임을 현행 하도급법에 규정되어 있는 손해의 3배를 넘지 않도록 하는 것이 적절할 것이다.

4.3.2 법령 개정안

징벌적 손해배상제도를 건설공사 하도급거래에 적용하는 방법에는 크게 세 가지가 있을 수 있다. 첫째는 손해배상제도의 일반법이라고 할 수 있는 민법에 징벌적 손해배상규정을 도입하는 방법이다. 둘째, 하도급법과 건설산업기본법 분야를 포함하여 산업재산권분야, 제조물 책임분야, 노동분야 등 징벌적 손해배상규정이 적용될 수 있는 사안을 포괄하는 징벌적 손해배상에 관한 특별법을 제정하여 그 구체적 기준을 제시하는 방법이다. 셋째, 건설공사의 하도급거래에 관하여 규정하고 있는 하도급법 또는 건설산업기본법 내에 징벌적 손해배상에 관한 규정을 마련하는 방법이다.

민법의 개정을 통한 징벌적 손해배상의 도입은 국내 민법 전체의 체계에 변동을 가져오는 것이어서 도입에 상당한 어려움이 따르리라 예상된다. 특별법을 제정하여 징벌적 손해배상제도를 도입할 경우 서로 다른 법 관점에 의하여 다루어져야 할 영역에 대하여 획일적 기준을 적용함에 따른 불합리성이 생길 가능성이 있다.

입법론 측면에서는 하도급법상의 징벌적 손해배상 요건을 확대하거나 건설산업기본법에 징벌적 손해배상에 관한 규정을 도입하는 것이 가장 용이하다. 다른 법과의 충돌문제를 최소화하면서 신속하게 도입할 수 있기 때문이다.

세 번째 안에 따라 징벌적 손해배상제를 도입하는 구체적인 방법은 1안과 2안으로 나눌 수 있다.

징벌적 손해배상제를 확대하는 제1안은 하도급법에 도입하는 것으로서 건설산업 뿐만아니라 타산업분야의 하도급거래에서도 적용될 수 있으므로 전체 산업분야에 공정한 하도급거래 질서 확립이라는 목적의 달성에 가장 효과적인 방법이라고 할 수 있다. 하도급법에는 대기업의 중소기업에 대한 기술탈취행위에 대한 징벌적 손해배상제도가 이미 도입된 상태로서 이는 불공정한 하도급거래에 대해 징벌적 손해배상이 필요하다는 사회적 공감대가 표현된 것으로 볼 수 있으므로 하도급법에 징벌적 손해배상의 적용 범위를 확대하는 것은 타당하다고 할 수 있다.

따라서 제1안은 현행 하도급법 제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지)와 제11조(감액금지)를 징벌적 손해배상제의 적용 대상으로 하는 것이다(<표 4-10> 참조).²⁵⁾

제2안은 건설산업기본법에 도입하는 것으로서 하도급법에 징벌적 손해배상 요건을 확대하는 것에 비하여 건설산업내에서의 하도급거래에 대해서만 징벌적 손해배상이 부과되므로 제도의 도입시 타산업분야에 대한 불필요한 논의의 확대를 줄일 수 있고 사회적 갈등을 최소화하는 방법이라고 할 수 있다. 징벌적 손해배상제 적용의 대상으로는 하도급법 제4조와 제11조에서 금지하고 있는 부당한 하도급대금의 결정 행위와 하도급금액의 감액 행위를 대상으로 한다(<표 4-11> 참조).

25) 현재 불공정 하도급거래행위에 대하여 징벌적 손해배상제를 확대 적용하는 국회 하도급법 개정법률안이 발의된 상태이다. 이성남 의원(2011. 8. 26.)은 하도급법 제4조제2항제4호의 위반행위에 대하여 3배 손해배상의 개정법률안을 발의 하였고, 진영 의원(2012. 5. 30.)은 하도급법 제4조와 제11조의 위반행위에 대하여 10배 손해배상의 개정법률안을 발의 하였으며, 오제세 의원(2012. 6. 8.)은 하도급법 제4조제1항을 위반한 행위에 대하여 3배 손해배상의 개정법률안을 발의하였다.

<표 4-10> 하도급법 개정안(제1안)

| 현 행 | 개 정 안 |
|--|--|
| <p>제35조(손해배상 책임)</p> <p>① 원사업자가 제12조의3제1항을 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.</p> <p>② 원사업자가 제12조의3제3항을 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.</p> <p>③ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다.</p> | <p>제35조(손해배상 책임)</p> <p>① (현행과 같음)</p> <p>② (현행과 같음)</p> <p>③ 원사업자가 제4조 또는 제11조를 위반하여 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.</p> <p>④ 제1항부터 제3항에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다.</p> |

<표 4-11> 건설산업기본법 개정안(제2안)

| 현 행 | 개 정 안 |
|---|--|
| <p>제38조 (불공정행위의 금지)</p> <p>① 수급인은 하수급인에게 하도급공사의 시공과 관련하여 자재구입처의 지정 등으로 하수급인에게 불리하다고 인정되는 행위를 강요하여서는 아니 된다.</p> <p>② 수급인은 하수급인에게 제28조, 제36조제1항 또는 관계 법령 등을 위반하여 하수급인의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약을 요구하여서는 아니 된다. 이 경우 부당한 특약의 유형은 대통령령으로 정한다.</p> | <p>제38조 (불공정행위의 금지)</p> <p>① (현행과 같음)</p> <p>② (현행과 같음)</p> <p>③ 수급인은 하수급인에게 건설공사를 하도급하는 경우 부당한 방법을 이용하여 목적물등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정(이하 "부당한 하도급대금의 결정"이라 한다)하거나 하도급받도록 강요하여서는 아니 된다.²⁶⁾</p> <p>④ 수급인은 건설공사를 하도급할 때 정한 하도급대금을 감액하여서는 아니 된다. 다만 수급인이 정당한 사유를 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.²⁷⁾</p> |

26) 현행 하도급법 제4조제2항에서는 수급인의 부당한 하도급대금 결정 행위를 다음과 같은 각호로 규정하고 있다.

1. 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위
2. 협조요청 등 어떠한 명목으로든 일방적으로 일정 금액을 할당한 후 그 금액을 빼고 하도급대금을 결정하는 행위
3. 정당한 사유 없이 특정 수급사업자를 차별 취급하여 하도급대금을 결정하는 행위
4. 수급사업자에게 발주량 등 거래조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나 다른 사업자의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위
5. 원사업자가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위
6. 수의계약(隨意契約)으로 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 대통령령으로 정하는 바에 따른 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위
7. 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위

27) 현행 하도급법 제11조제2항에서는 수급인의 정당하지 않은 사유에 의한 하도급대금 감액 행위를 다음과 같은 각호로 규정하고 있다.

1. 위탁할 때 하도급대금을 감액할 조건 등을 명시하지 아니하고 위탁 후 협조요청 또는 거래 상대방으로부터의 발주취소, 경제상황의 변동 등 불합리한 이유를 들어 하도급대금을 감액하는 행위
2. 수급사업자와 단가 인하에 관한 합의가 성립된 경우 그 합의 성립 전에 위탁한 부분에 대하여도 일방적으로 합의 내용을 소급하여 적용하는 방법으로 하도급대금을 감액하는 행위
3. 하도급대금을 현금으로 지급하거나 지급기일 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 하도급대금을 감액하는 행위
4. 원사업자에 대한 손해발생에 실질적 영향을 미치지 아니하는 수급사업자의 경미한 과오를 이유로 일방적으로 하도급대금을 감액하는 행위
5. 목적물등의 제조·수리·시공 또는 용역수행에 필요한 물품 등을 자기로부터 사게 하거나 자기의 장비 등을 사용하게 한 경우에 적절한 구매대금 또는 적절한 사용대가 이상의 금액을 하도급대금에서 공제하는 행위
6. 하도급대금 지급 시점의 물가나 자재가격 등이 납품등의 시점에 비하여 떨어진 것을 이유로 하도급대금을 감액하는 행위
7. 경영적자 또는 판매가격 인하 등 불합리한 이유로 부당하게 하도급대금을 감액하는 행위
8. 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」, 「산업안전보건법」 등에 따라 원사업자가 부담하여야 하는 고용보험료, 산업안전보건관리비, 그 밖의 경비 등을 수급사업자에게 부담시키는 행위
9. 그 밖에 제1호부터 제8호까지의 규정에 준하는 것으로서 대통령령으로 정하는 행위

<표 4-11> 건설산업기본법 개정안(제2안)(계속)

| 현 행 | 개 정 안 |
|---|--|
| <p>제44조(건설업자의 손해배상책임)</p> <p>① 건설업자가 고의 또는 과실로 건설공사를 부실하게 시공하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <p>② 건설업자는 제1항에 따른 손해가 발주자의 중대한 과실로 발생하였을 때에는 발주자에 대하여 구상권(求償權)을 행사할 수 있다.</p> <p>③ 수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 하도급 받은 건설공사를 부실하게 시공하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <p>④ 수급인은 제3항에 따라 손해를 배상하면 배상 책임이 있는 하수급인에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.</p> | <p>제44조(건설업자의 손해배상책임)</p> <p>① (현행과 같음)</p> <p>② (현행과 같음)</p> <p>③ (현행과 같음)</p> <p>④ (현행과 같음)</p> <p>⑤ 수급인이 제38조 제3항 또는 제4항을 위반하여 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 수급인이 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> |

5. 결론

대기업의 하도급공사에 의존하여 경영을 하는 대부분의 중소건설기업의 경우 부당하게 낮은 금액에 공사를 도급 받거나, 대금을 감액당하거나, 제때 지급받지 못하는 등의 손해를 당하면서도 대기업에 대응할 만한 교섭력을 가지고 있지 못하다.

자유주의 경제체제에서 각자의 재화 획득의 실질적 가능성이 평등한 경우라면 현행 손해배상제도 아래에서의 가해자와 피해자 사이에는 상하관계가 존재하지 않다고 볼 수 있다. 그러나 수급인과 하수급인의 경제적, 사회적 지위를 고려할 때에는 당사자 사이에 실질적인 불평등이 존재할 수 있으며 또한 이러한 불평등이 더욱 보편화되어 있다는 것을 고려할 때 손해의 배상도 손해를 야기시킨 사건이 발생하기 전의 상태를 회복하는 것에서 더 나아가 가해자의 피해자에 대한 손해의 행위를 징벌적으로 제재함으로써 예방하는 것이 필요할 것이다. 그렇게 함으로써 불공정 하도급거래행위에 의한 피해자의 손해 배상의 범위는 이제 단순히 피해자의 손해를 전보한다는 의미를 넘어 가치판단이 수반되며 형평, 정의 등의 가치판단의 기준이 될 수 있다.

불공정 하도급거래 행위에 관련하여 행정적 제재에 거의 전적으로 의존하고 있는 현재 상황에서 사적 집행이 강화될 필요성이 있으며, 징벌적 손해배상제도는 이를 위한 유력한 제도적 보완으로 선택 될 수 있다. 따라서 수급인의 불공정 하도급거래 관행 제재와 재발방지를 위해서는 건설산업의 불공정 하도급거래 행위에 대하여 징벌적 손해배상이 확대 도입되어야 할 것이다.

징벌적 손해배상제도의 도입에 따른 적용에는 수급인의 고의 또는 악의가 입증된 경우에 한정해야 한다는 주장이 제기되고 있음에 비추어 수급인의 불법적·불공정 하도급거래행위에 대하여 본 제도의 적용 여부와 배상액 산정을 어떻게 설정·운영할 것인지 등은 법원의 판단에

달려있다고 할 수 있다.

공정한 하도급거래 질서 확립과 건설산업의 발달이라는 하도급법과 건설산업기본법의 목적과의 관계에서 징벌적 손해배상제도의 도입이 건전한 하도급거래 질서 확립과 건설산업의 발달에 기여할 수 있다는 올바른 정책적 판단이 이루어져야 할 시점이라고 할 수 있을 것이다.

- 이종광, 연구위원(jglee@ricon.re.kr)
- 박승국, 책임연구원(skpark@ricon.re.kr)
- 정대운, 연구원(bigluck1@ricon.re.kr)

참 고 문 헌

- 장병모(2008), 소비자권리 실현을 위한 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구, 한국소비자원
- 김도형(2008), 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 소고, 경성대학교 법학연구소, 경성법학, 제17집 제1호
- 김두진(2007), 공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 손해배상제도 도입 방안 연구, 한국법제연구원
- 김성천(2003), 징벌적 손해배상제도와 소비자피해구제, 한국소비자보호원
- 대한전문건설협회(2011), 전문건설업 실태조사 분석 보고서
- 박종철(2007), 징벌적 손해배상에 관한 연구, 법학연구, 제26집
- 복진요(2010), 지적권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 연구, 지식재산21
- 배상철(2005), 산업재산권 분야에 있어서 징벌적손해배상제도의 도입가능성 및 도입방안, 지식재산권연구센터
- 정환(2011), 하도급법상 3배 배상제도에 대한 비판적 검토, 전국경제인연합회, 기업정책 시리즈4
- 정해상(2004), 손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계, 「중앙법학」, 제6집제4호, 중앙법학회
- 최민수(2010), 최저가낙찰제 및 저가심의제도의 개선방향, 건설산업연구원, 건설이슈포커스
- 유근홍(2006), 징벌적 손해배상제도에 관한 연구, 제주대학교, 박사학위논문
- 이점인(1998), 징벌적 손해배상제도에 관한 연구, 동아대학교, 박사학위논문
- David F. Partlett(1996), Punitive Damages: Legal Hot Zones, 56 Louisiana Law Review, Summer