

억지력을 중심으로 한 징벌적
손해배상제도와 집단소송제도 비교

(A Comparative Study on the Deterrence Effect of
Class Action and Punitive Damages)

김 차 동(Kim Cha-dong)
한양대학교 법학전문대학원 교수

요 지

2005. 1. 1.부터 「증권관련 집단소송법」상의 집단소송제도가 도입되어 시행 중에 있고, 2011. 6. 30.부터 「하도급거래 공정화에 관한 법률」상의 3배 재량증액 방식의 징벌적 손해배상제도가 도입되어 시행되고 있다. 그 후로도 「개인정보보호법」이나 「소비자기본법」에 집단소송의 유사형태인 집단분쟁조정제도나 단체소송제도는 도입되었을 뿐 더 이상의 추가적인 집단소송제도는 도입되지 않았으나 징벌적 손해배상제도는 갑을관계법, 독점규제법, 정보보호관련법, 지식재산권법, 안전관련법 등 20개 개별법률에서 32여 개 범위반행위를 특정하여 3배 재량증액 방식의 징벌적 손해배상제도가 도입되었고, 특히 최근에는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 및 「자동차관리법」상의 범위반행위에 대해서는 5배 재량증액 방식으로 기대제재수준을 대폭 상향하여 억지력을 강화하는 내용의 징벌적 손해배상제도가 도입되었다.

이러한 상태에서 법집행의 궁극적 목적이 최적 억지력의 확보라는 입장에서서 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도의 다른 법집행수단인 금지청구권이나, 행정적·형사적 법집행수단에 대한 비교우위 및 집단소송제도와 징벌적 손해배상제도의 억지력 비교우위를 검토해 보면, 다음과 같은 점을 알 수 있다. 즉 금지청구는 물리적으로나 경제적으로 가능해야 하고, 또 그 집행과정에서 인권침해의 소지가 없어야 한다는 점에서 필요한 경우 적정한 형태로 인용될 뿐이어서 매우 제한된 분야에서 활용할 수 있는 법집행수단에 불과할 뿐이나 억지력 확보수단들은 인간이 자유로운 상태에서 합리적 의사결정을 할 수 있다란 믿음하에 기대제재수준을 편익보다 높게 설정함으로써 범위반행위가 억지될 수 있다는 점에서 보편적으로 활용될 수 있다. 나아가 같은 억지수단이 라도 민사적 손해배상청구권을 강화한 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도는 공적법집행수단인 과징금·과태료 부과처분, 형사처벌 등이 법집행유인 부족, 이해집단에 의한 포획으로 인한 과소법집행의 폐단을 보완하기 위해 공적 법집행수단이 존재함에도 추가적으로 도입되고 강화되는 법집행수단이 되고 있다. 특히 집단소송제도는 다수 피해가 발생하는 분야에서는 특히 강점이 있고, 징벌적 손해배상제도는 적발가능성이 물리적으로나 경제적으로 낮은 분야

에서 제재의 강도를 증가시켜 기대제재수준을 상승시킴으로써 최적의 법집행 수단이 되고 있다. 이런 관점에서 볼 때 현재 도입되어 시행 중인 집단소송제도는 소송허가결정에 대한 즉시항고를 허용하고도 그 집행정지 효과를 배제하지 않음으로 인해 소송허가결정이 확정되는 데 장기간 소요되는 등 소송지연이 이루어지고 있으며, 다수 피해가 발생하는 사안에 대해 추가적으로 집단소송제도가 도입되지도 않고 있어 제도개선할 필요가 강하고, 징벌적 손해배상제도 또한 적발가능성이 낮은 사안에서 추가적으로 도입할 필요가 있으며, 특히 3배(또는 5배) 재량증액 방식으로 규정되어 있어 지나치게 할증상한액이 낮을 뿐만 아니라 법원의 소극적 태도로 말미암아 이마저도 10%, 50%의 증액에 그치고 있어 모처럼 마련한 제도도입의 취지를 못 살리고 있다.

주제어: 집단소송제도, 증권관련 집단소송법, 징벌적 손해배상제도, 하도급 거래 공정화에 관한 법률, 최적 법집행, 3배 재량증액 배상, 억지력

◆논문접수: 2020. 7. 23. ◆심사개시: 2020. 7. 30. ◆게재확정: 2020. 8. 21.

억지력을 중심으로 한 징벌적 손해배상제도와 집단소송제도 비교*

김 차 동

I. 서론

2008년도 옥션 개인정보 1,800만 건 유출사건부터 2017년 하나투어 주민등록번호 42만 건 유출사고까지 10여 년에 걸쳐 개인정보처리자에 의해 관리되던 개인정보, 개인신용정보, 주민등록번호 등이 해킹으로 유출되는 수십 건의 사고가 발생¹⁾하였고, 가슴기 살균제 피해사건, BMW 차량화재사건 등으로 대량 유통되는 상품의 안전성에 관한 국민 불안들이 커져 가고 있다. 이런 상태에서 그 해결책으로 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 도입하여 민사법 법집행수단²⁾을 강화해야 한다는 주장이 제기되고 있고, 국민들의 광범위한 지지를 얻고 있다.

그 일환으로 2004. 1. 20. 「증권관련 집단소송법」이 제정되어 ‘유가증권의 매매 그 밖의 거래과정에서 다수인에게 피해가 발생한 경우 그중의 1인 또는 수인이 대

* DOI:10.22825/juris.2020.1.53.001

- 1) 전승재, “사이버 보안 취약점과 법적 책임”, 고려대학교 정보보호대학원 박사학위 논문(2020. 8.) 29 이하; 전승재, 해킹관결, 삼일인포마인(2020), 52 참조.
- 2) 본 논문에서는 법집행이란 용어를 많이 사용한다. 이러한 법집행(law enforcement)이란 개념은 보통법계 계통의 법학자(특히 법경제학자)들이 널리 사용하는 개념이다. 시민법계 국가에서는 전통적으로 각종 실체법을 법률요건-법률효과로 구분하여 설명하는 경우가 더 보편적이다. 즉 법령에서 법률요건을 규정해 두고(대전제), 구체적인 사안에서 구체적인 자연적·역사적 사실이 그 법률요건을 충족하는지 여부를 살피고(소전제), 그 법률요건을 충족하면 법률효과가 발생하는 것으로 파악하는(결론) 3단논법적 설명이 더 많다. 더 나아가 법집행은 확정판결과 같은 집행권원을 실현하는 강제집행의 의미로 오해하는 경우가 많다(김차동, “법의 최적집행에 관한 연구”, 법제연구 통권 46호(2014. 6.) 250 이하 참조. 이에 반하여 보통법계 국가에서 사용되는 법집행개념은 청구권(민사적 법집행수단), 과징금·과태료부과처분(행정상 제재), 형사처벌 등의 수단을 동원하여 이들을 적절하게 선택하거나 조합함으로써 최소비용으로 범위반행위를 최대로 억지하는 국가적 활동을 지칭하는 개념으로 사용한다. 시민법계 국가의 위와 같은 법의 이해는 법의 존재론적 이해에 가깝고, 보통법계 국가의 법집행개념은 법의 목적론적 이해에 가깝다. 아무튼 보통법계 국가에서 탄생하고 널리 활용되고 있는 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도의 본질을 설명하려면 먼저 보통법계 국가의 법에 대한 이해를 기초로 파악할 필요가 있다.

표당사자가 되어 수행하는 손해배상청구소송'인 증권관련집단소송이 인정되어 2005. 1. 1.부터 시행되었고, 2011. 3. 29. 「하도급거래 공정화에 관한 법률」이 개정되어 그 제35조에 기술자료 유용행위에 대해 3배 재량증액 방식의 일종의 징벌적 손해배상제도가 도입되어 2011. 6. 30.부터 시행된 이래 현재 갑(甲)·을(乙)관계법, 독점규제법, 정보보호관련법, 지식재산권법, 안전관리법 등 20개 개별법률에서 32여 개 법위반행위를 특정하여 재량적 배수증액방식의 징벌적 손해배상제도³⁾가 도입되어 현재 시행 중에 있다.⁴⁾

이처럼 제도로서는 집단소송제도가 징벌적 손해배상제도가 도입되어 현재 시행 중에 있지만 “소액투자자들의 집단적 피해를 보다 효율적으로 구제할 수 있도록 함과 동시에 기업경영의 투명성을 높이려거나”⁵⁾ “불공정한 하도급거래를 근절시키겠다”⁶⁾는 당초 제도도입의 목적이 제대로 달성되었는지는 여전히 의문이다. 특히 집단소송제도는 제도 도입 후 15년이 흘렀고, 징벌적 손해배상제도 또한 9년여의 적지않은 시간이 흘렀음에도 불구하고, 유가증권 거래분야에서 분식회계·부실감사·허위공시·주가조작·내부자거래 등으로 인한 피해가 줄기는커녕 오히려 끊임없이 늘어나고 있으며, 하도급거래에서의 5대 법위반행위나 기타 추가적으로 도입된 갑을거래분야, 독점규제법, 개인정보보호, 지식재산권, 안전관리분야에서도 강화된 법집행으로 인해 의미있는 법위반행위의 감소효과가 전혀 확인되지 않고 있고, 국민들은 오히려 증가하고 있다고 체감하고 있다.⁷⁾ 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도 도입 무렵 그 반대논리로 제기되었던 과도한 법집행으로 인한 기업활동의 위축과 같은 상황은 전혀 나타나지 않고 있다. 이는 집단소송제도 도입 후 16년 만인 2020. 2. 27.경 최초로 대법원에서 186명의 투자자들이 DB금융투자 주식회사⁸⁾를 상대로 하여 씨모텍 증권신고서 허위기재를 이유로 한 집단

3) 본 논문의 심사과정에서 심사위원 1분께서 대한민국에 도입되어 있는 징벌적 손해배상제도는 전보적 손해배상이 거의 실손해액을 배상하지 못하는 문제점을 교정하기 위해 인정되었기 때문에 “증액배상이나 가중배상”이라고 명명하여야 한다며 순수하게 제재목적의 징벌적 손해배상제도와 구분하여야 한다는 견해를 표해 주었다. 좋은 지적이라고 판단되어 소개한다.

4) 김차동, “대한민국 징벌적 손해배상제도의 현황과 문제점”, 가슴기 살균제사건과 4.16세월호 참사 특별조사위원회(2020. 2.) 발표자료(미간행), 16 등 참조.

5) 「증권관련 집단소송법」 제정이유 중에서 발췌함(www.moleg.go.kr에서 검색한 자료임).

6) 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 개정이유 중에서 발췌함(www.moleg.go.kr에서 검색한 자료임).

7) 김차동(주 4), 48 이하 등 참조.

8) 사고 당시는 동부증권(주)였다. DB금융투자 주식회사는 원래 1982. 12. 국민투자금융(주)로 설립되었고, 1991. 7. 동부증권(주)로 사명을 변경하였으나, 2017. 11. DB투자금융 주식회사로 사명을 변경

소송방식에 의한 손해배상청구 확정판결이 선고되었고, 그 결과 피해자들은 겨우 피해액의 10%만을 배상받게 되었다거나, 징벌적 손해배상제도 도입 후 10여 년이 지났으나 겨우 2건의 사건에서 피해액의 10% 또는 50%만 가산된 징벌적 손해배상 판결이 확정되었다는 식으로 실제 현실 법집행에서도 체감할 수 있는 억지력의 강화는 없었다는 점이 명확하다 할 것이다. 이런 상태에서 현행 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 개선해야 한다거나 확대하여 원래 기도하였던 목적달성에도 모해야 한다는 주장이 계속 제기되고 있다. 이런 상황하에서는 현행 집단소송제도와 징벌적 손해배상제도를 면밀히 분석하여 제도 도입목적 달성을 못한 근본적인 원인을 찾아 제도 개선의 출발점으로 삼아야 할 것이다. 그와 같은 작업은 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도라는 민사적 법집행수단의 억지력 비교에서 시작되어야 할 것이다.

그래서 필자는 본 논문을 통하여 법집행의 궁극적 목적이 억지력의 확보라는 점을 밝히고, 이를 달성하기 위한 최적 법집행의 이론에 관해 논의함과 동시에 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도의 억지력을 비교해 보고(II), '손해의 공평한 분담' 중심의 기존 손해배상제도의 이념에 상충하거나(징벌적 손해배상제도) 기관력 등 전통적인 민사소송법상의 원칙을 수정(집단소송제도)하였음에도 불구하고 대한민국에서는 억지력 높은 형태로 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 도입하지도 못하고, 실제 재판의 과정에서도 수소법원의 소극적인 운용이 지속되는 현상을 지적하고(III), 그러한 문제점을 극복하고 억지력 높은 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도로 만드는 제도 개선방향의 기본적인 방향을 언급하는 방식으로 기술하고자 한다(IV).

II. 최적 법집행 관점에서 본 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 다른 법집행수단에 대한 비교우위

1. 개설

대한민국에서 도입되어 현재 시행 중인 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도를 제대로 평가하는 것은, 우선 법집행의 궁극적 목적을 따져보고 현실세계에서

하여 현재에 이르렀다.

그 목적을 실현할 수 있는 수단들을 찾아 최적화된 구성이나 조합이 무엇인가를 탐구한 다음 이러한 최적화된 구성이나 조합을 현행 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 내용과 집행실적과 비교·평가해 보아야 비로소 완수할 수 있는 과업이라 할 것이다. 그렇게 함으로써 현행 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 문제점을 정확하게 짚어내고 제도적 개선점을 제시할 수 있을 것이다.

다음에서는 법집행의 궁극적 목적이 억지가 되어야 한다는 점을 설명하고, 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도는 제재의 위협을 통한 억지목적을 달성하는 민사적 법집행수단인 측면을 강조하고자 한다. 특히 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도는 억지(抑止) 목적을 달성하기 위한 제도란 점에서 금지(禁止)를 통한 범위반행위의 원초적 차단과 구분되고,⁹⁾ 또 손해배상 '청구권'을 그 수단으로 한다는 점에서 행정적 제재나 형사처벌을 통해 억지력을 달성하려는 행정적·형사적 법집행수단¹⁰⁾과는 다르다는 점을 밝혀둔다. 이러한 특징의 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도는 다른 행정적·형사적 법집행수단에 대해 일정한 비교우위가 있다는 점을 검토하고, 마지막으로 집단소송제도와 징벌적 손해배상제도 간에도 억지력 달성의 메커니즘이라는 점에서 그 차이를 비교해 보기로 한다.

2. 법집행의 궁극적 목적으로서의 억지력의 확보¹¹⁾

9) 본 논문에서는 억지와 금지를 엄격히 구분하고 있다. 억지는 제재의 위협을 통해 기대체재수준과 범위반행위로 인한 편익을 비교하여 전자가 후자를 능가할 때 범위반예상자들이 범위반행위를 그만두는 현상을 설명하는 것이고, 금지는 범위반예상자에게 현재 또는 장래를 향하여 일정한 작위·부작위를 명하고 이를 강제함으로써 범위반행위를 원천적으로 차단하는 것을 지칭한다. 개념적으로는 금지가 범위반행위를 원천적으로 차단하기 때문에 이상적인 것 같으나 금지를 실천하는 과정에서 금지 자체가 아예 불가능하거나 그 효과에 비해 비용이 너무 많이 들거나 범위반예상자의 인권을 지나치게 침해하는 등 문제가 많아 채택불가능한 경우가 허다하다. 그래서 인간이 합리적이라는 가정하에 제재의 위협을 통해 범위반예상자의 판단에 따라 범위반행위를 그만두게 하는 내용의 억지력의 확보가 법집행의 궁극적 목적으로 자리잡게 된 것이다.

10) 행정적 법집행(administrative enforcement)과 형사적 법집행(criminal enforcement)을 합하여 공적(법)집행(public enforcement)이라고 하여 민사적 법집행 또는 사적집행(private enforcement)과 대비하고 있다.

11) 본 논문을 심사하는 과정에서 익명의 심사위원 중 1분께서 법집행의 궁극적 목적이 억지라면 민사적 손해배상원칙이 단순히 전보적 손해배상이 아니라 징벌적 손해배상이 되어야 하지 않느냐는 의견을 표시하면서 필자에게 해명을 요구하였다. 필자는 억지도 최적 억지력을 확보하는 것이 궁극적 목적이라는 것인데, 지면의 한계상 이에 대한 상세한 논리전개(보다 더 상세한 논리전개는 필자 저술 "법의 최적 집행" 논문을 참조)는 못해서 생긴 오해인 것으로 보인다. 즉 억지도 최적 억지가 되어야지 초과억지 또는 과다억지가 된다면 효율적인 범위반행위(또는 효율적인 채무불이행, efficient breach)가 억지되는 비효율이 발생하게 된다. 그런 의미에서 각국(심지어는 보통법계 국가도 포함)

법집행의 목적으로 ① 복수(retribution, 응보, 처벌), ② 억지(deterrence), ③ 보상(compensation), ④ 교화(rehabilitation, 재사회화), ⑤ 무력화(incapacitation, 격리) 등을 들고 있다.

인류역사의 초창기에는 ①복수가 법집행의 주된 목적을 이루고 있었다. 이처럼 ①복수는 인류역사 초기부터 법집행 목적의 중심적 역할을 담당해 왔으나 점차 국가권력이 확립되고 문명이 진화됨에 따라 보상함을 전제로 한 용서로 복수의 감정을 억누르는 문화적 진보가 이루어졌다. 무한보복 → 동해보복(talio rule) → 비례의 법칙으로 이어진 처벌 또는 제재의 순화과정은 이러한 진화로 설명될 수 있다. 최근의 각종 실증적 연구에 따르면 무거운 범위반행위는 무겁게, 가벼운 범위반행위는 가볍게 처벌하는 비례성이 유지되기만 하면¹²⁾ 꼭 동해보복의 제재를 하지 않아도 범위반행위의 억지력이 충분히 확보된다는 점을 밝히고, 사형제도 폐지의 주된 논거로 삼기도 한다.¹³⁾ 이처럼 복수의 요구는 인간 본성에 기초한 것이기는 하나 문명의 발전에 따라 보상과 용서, 억지력을 확보할 수 있는 최소한의 제재 등으로 대체되고 있다 해도 과언이 아니다.

또 ③보상은 복수의 대속물(redemption)적 성격도 갖고 있으며 또 범위반행위자의 이득을 반환시키는 교정적 정의(corrective justice)관념에 부합하기는 하나 법집행의 궁극적 목적으로 삼기에는 부족하다. 그 이유는 시장거래가 보편화된 상태에서는 범위반행위자로 하여금 보상에 한다 해도 그 범위반행위자는 보상액을 비용으로 인식하여 제품가격에 반영하여 제품가를 인상하여 일반 소비자에게 전가시킬 수 있는데, 이런 경우에는 예비 범위반행위자에 대해서는 범위반행위로 나아가지 않게 할 유인(incentive)을 제대로 부여하지도 못하면서 저위험군 소비자의 비용부담으로 고위험군 소비자의 손실을 부담시키는 강제보험적 역할만을 하게 된다.¹⁴⁾

의 손해배상제도는 원칙적으로 범위반행위가 있다면 다 적발되어 제재된다는 전제하에 전보적 손해배상제도를 기본으로 한 것으로 이해된다.

12) 강우예, “비례의 원칙에 대한 비판적 분석: 미국의 논의를 중심으로”, 형사정책연구 20권 1호(통권 77호) 397.

13) 국가인권위원회, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사(2018년도 인권상황실태조사 연구용역보고서)(2018. 10.)(이 연구용역보고서에서는 일반국민, 시민단체, 언론인, 법조인, 교정공무원, 국회의원 등에 대한 설문조사의 분석결과도 포함되어 있다).

14) 예를 들면 甲 사업자가 출시한 A 제품을 사용하면 2%의 확률로 소비자 乙에게 100의 피해를 입히고, 소비자 丙에게는 아무런 피해를 입히지 않고, 甲 사업자가 A 제품을 2의 비용을 들여 안전조치를 취한다면 소비자 乙, 丙은 아무런 피해를 입지 않는다고 가정하자. 이런 상황하에서는 전보적 손해배상제도가 도입되어 있다면 甲 사업자는 첫째, 아무런 안전조치를 취하지 않고 A 제품을 출시하여 소

나아가 일정한 시장거래의 구조 속에서는 피해자가 손해배상을 못 받거나 일정한 제한이 존재하게 되면 피해자는 자신의 위험을 회피하기 위해 보험에 가입하게 되고 그 후 피해를 당할 경우 보험금을 받는 등으로도 보상효과를 달성할 수 있는 식의 대안도 존재¹⁵⁾하기 때문이다. 즉 보상은 보상받고 인상된 가격을 부담할 것인가? 아니면 보험료를 부담하여 보험금을 지급받는 방식으로 보상받을 것인가를 선택하는 과정이기 때문에 꼭 범위반행위자로부터 보상받아야만 달성할 수 있는 법집행의 목적이라고는 할 수 없다. 그런 상태에서 손해배상제도를 설계함에 있어 보상목적 달성을 중심으로 할 필요가 없는 것이다. 물론 궁극적 목적을 달성하면서도 보상목적은 부수적으로 달성할 수 있으면 더 좋다는 의미만이 있을 뿐이다.

그 외 ④교화, ⑤무력화란 목적은 매우 제한된 경우에 보충적인 법집행 목적이라 할 것이어서 법집행 일반의 궁극적 목적으로 논의할 수 없을 것이다.

그렇다면 법집행의 궁극적 목적은 범위반행위의 최적 관리를 실현할 수 있는 ②역지가 되어야 한다. ②역지는 수범자들이 합리적 인간이란 가정하에 사전적으로 기대제재(expected sanction)수준(pf)을 명확히 해 줌으로써 수범자들이 범위반행위의 편익(b)과 기대제재수준(pf)을 비교하여 후자가 전자보다 높을 때($b \leq pf$) 범위반행위를 포기하는 효과를 노리는 법집행의 목적이다.¹⁶⁾ 때로는 금지청구권이 나 행정강제처분과 같이 현재 또는 장래의 범위반행위를 배제 또는 예방하기 위해

비자 乙에게 2%의 확률로 100의 피해를 입히고 그 손해 100을 배상하거나, 둘째 비용 2를 들여 안전 조치를 취하고 아무런 사고도 발생하지 않아 손해배상해 주지 않아도 되는 방안 중 택일을 할 수 있다. 다만 甲 사업자에게는 첫째 방안의 기대손해배상액도 $2(= 2\% \times 100)$ 가 되어 안전조치비용 2와 같아 무차별적이 되어 첫째 방안을 제쳐두고 둘째 방안을 채택할 유인이 없다. 이런 상태에서 甲 사업자가 독과점 사업자라서 추가되는 비용 2를 A 제품가에 고스란히 반영시킬 것이고, 그 결과 제품가는 1만큼(= 기대손해배상액 또는 안전조치 비용 2 / A 제품수요량 2) 상승하여 원가 + 1(이윤은 고려하지 않음)이 될 것이다. 즉 고위험군 소비자 乙은 추가된 제품가 1을 더 부담함으로써 자신의 위험인 2를 회피할 수 있게 되고, 반면 저위험군 소비자 丙은 인상된 제품가 1을 추가부담하게 되어 소비자 乙의 위험을 가격의 이점으로 떠안게 된다. 결국 소비자 丙이 추가비용 1을 부담하여 고위험군 소비자 乙의 위험을 회피시켜 주는 셈이 된다. 이렇듯 전보적 손해배상제도는 甲 사업자에게는 첫째 방안을 회피하고 둘째 방안을 채택하게 하는 적절한 유인은 주지도 못하면서 소비자 간에 보험 효과만을 달성하게 되는 셈이다.

15) 대표적으로는 해상사고의 경우 상법 제769조, 제770조 등에서 선박소유자의 책임을 제한함으로써 화주(貨主)는 적화보험을 가입하게 되고, 대신 선박소유자는 운임을 낮은 수준으로 유지하게 되는 등으로 거래구조가 형성될 수 있다.

16) 김차동(주 2), 257 참조[Gary S. Becker, "Crime and punishment: an economic approach", Journal of Political Economy, Vol. 76(1968), 169~217에서 Gary Becker는 $EU = pU(b-f) + (1-p)U(b)$ 라는 수식을 제안하면서 이를 편미분하면 위험중립적인 범위반행위자는 $b \geq pf$ 일 때 범위반행위로 나아가고 ($b-pf$)의 기대이익을 챙기면서 h 만큼 사회에 손해를 입힌다는 점을 설명하고 있다.

금지(prevention)도 억지에 포함시키기도 하나 기대제재의 위협을 통한 억지력의 확보라는 차원에서 물리력을 통한 범위반행위의 차단과는 구분된다고 보아야 할 것이다.¹⁷⁾ 따라서 억지 목적은 비용·편익 비교가 불가능한 비합리적인 수범자를 상대로 추구할 수 없을 뿐만 아니라 사전적으로 기대제재수준을 명확하게 제시할 수 없는 경우이거나 편익이 항상 기대제재수준을 초과하는 경우에는 달성할 수 없는 법집행 목적이 된다. 다행히도 현실세계에서 수범자의 대부분이 합리적으로 행동하고 있으며 많은 경우 기대제재수준을 명시하여 편익수준보다 높게 설정할 수 있기 때문에 널리 추구하는 법집행의 궁극적 목적이 될 수 있다. 법집행제도를 설계하는 데에서는 그 법집행의 궁극적 목적으로 억지력의 확보가 되어야 하고, 그런 입장에서 본 논문이 집필된 것임을 밝혀 둔다.

3. 민사적 법집행방법의 행정적·형사적 법집행방법에 대한 비교우위¹⁸⁾

민사적 법집행은 청구권(claim) 부여를 통한 법집행방법이다. 이처럼 민사적 법집행수단의 중심에는 청구권이 있다. 법제사를 살펴보면, 형사처벌이나 행정처분을 통한 법집행방법은 국가제도가 확립된 사회에서는 널리 발견되는 현상이지만 청구권 부여를 통한 법집행방법은 모든 시대와 모든 지역에 보편적으로 존재하던 제도는 아니었다. 오히려 고대 로마법시대에 소권(actio)이란 개념을 통해 도입되어 제한적으로 인정되고 있다가 보통법계 국가의 보통법원(king's court or common law court), 형평법원(equity court)의 관례형성을 통해 확대적용 되던 중 프랑스 대혁명 이후 근대시민사회의 법제도로써 시민법계 국가(civil law jurisdiction)의 근대민법전이 제정되면서 일반화된 법집행방법이다. 손해배상청구권은 그 청구권 중 하나이다. 청구권 발생의 두 가지 주요원인은 권익 침해와 약정 불이행이다. 권익(entitlement)을 불법적으로 침해하는 경우에는 금지청구권, 불법행위로 인한 손해배상청구권(민법 제750조), 침해부당이득반환청구권이 발생하고, 약정하고도

17) 앞서 다른 각주에서 설명하였듯이 억지는 금지(또는 중지 injunction)와 구분된다고 보아야 할 것이다. 금지는 현재 또는 장래의 범위반행위를 작위 또는 부작위를 명하여 금지·중지시키는 것으로 민사적으로는 금지청구권(=유지청구권 또는 물권적 청구권)으로 구현되어 있고, 행정적 강제처분 등으로 제도화되어 있다. 이에 반하여 억지는 기대제재의 위협을 통하여 범위반행위를 억지하는 구조를 가진 법집행목적으로 그 작동하는 구조가 다르다는 점을 다시 한번 더 밝혀 둔다.

18) 이 부분은 김차동, "민사적 구제수단의 행정·형사적 구제수단에 대한 비교우위", 법학논총 31권 1호(2014)를 요약해 둔 곳이다. 상세한 내용은 해당 논문을 참조 바란다.

이행하지 않는 경우에는 강제이행청구권, 채무불이행으로 인한 손해배상청구권(민법 제390조), 특수한 상황(부존재·무효·취소·해제 등)하에서는 급부부당이득반환청구권이 성립한다. 이때 손해배상청구권은 손해배상액의 지급을 통해 불법행위나 채무불이행으로 인한 편익증가를 박탈함으로써 불법행위나 채무불이행에 나아갈 유인을 제거하여 범위반행위나 채무불이행행위의 역지를 도모하는 것이다. 물론 그 과정에서 피해자나 약정의 상대방의 손해를 배상하는 교정적 정의도 달성되는 부수적 효과가 있다.

하지만 시민법계 국가에서는 전통적으로 법집행을 공적집행(public law enforcement)과 사적집행(private law enforcement)으로 구분하고 공적집행은 주로 복수, 억지, 교화, 무력화를 목적으로 하고, 사적집행은 주로 보상을 목적으로 설계되었다고 설명하고, 그중에서도 손해배상청구권은 ‘손해의 공평한 분담’¹⁹⁾을 그 목적으로 한다고 강조하였다. 그래서 손해배상청구권은 보상 목적의 제도라며 억지력의 확보를 추구하는 징벌적 손해배상제도와는 그 정합성이 없다며 징벌적 손해배상제도 도입의 거부논리로 삼았다. 이와 같은 주장은 민사적 법집행수단도 본질적으로는 억지 목적 달성을 위해 법집행제도 중 하나라는 점을 간과하고, 억지적 관점에서 볼 때 민사적 법집행수단이 일정한 조건하에서 행정적·형사적 법집행수단에 비해 비교우위가 있고, 그러한 분야에서 민사적 법집행수단을 도입하여 활용하면 최소비용으로 최대효과를 달성할 수 있음에도 이를 활용하지 못하는 잘못이 있게 되고, 마침내 법집행수단의 최적화를 차단하는 견해가 되고 마는 것이다.

민사적 법집행은 집행비용(enforcement costs), 집행유인(enforcement incentives), 집행정책(enforcement policy), 집행절차(enforcement process) 등 다양한 관점에서 일정한 조건하에서는 행정적·형사적 법집행에 대한 비교우위가 있다. 다만 최근의 연구결과²⁰⁾에 따르면 무엇보다도 법집행비용 중 정보비용²¹⁾의 크기를 중심으

19) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011다108057 판결 등 다수, “손해의 공평한 분담”은 손해를 전보하는 과정에서 ① 손익상계, ② 과실상계 및 ③ 책임제한을 거쳐 손해액을 산정한다는 의미로 이해되고 있다. 과실상계(민법 제763조, 제396조)는 법률상 근거가 있으나 손익상계와 책임제한은 판례에 의해 인정된 손해액 감액 사유가 된다. 즉 민사상 손해배상청구권은 그동안 손해액을 상한으로 하여 일정한 감액을 하여 산정된 금액의 지급을 구하는 청구권으로 이해되었다. 구체적으로는 김차동, “손해배상의 범위 중 책임제한의 원리-대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758 판결과 관련하여”, 법학논총 27권 1호(2010) 참조.

20) 김차동(주 18), 463.

21) 법경제학에서 정보비용을 2가지 국면에서 사용하고 있다. 첫째 거래비용(transaction cost)의 하나로

로 비교우위가 존재하는지를 판단해 볼 수 있다고 한다. 즉 공적집행은 집중하여 지속적으로 정보를 수집·관리하는 집중관리시스템(some centralized system of information gathering)에 따라 법집행에 필요한 정보를 수집할 때 그 정보비용이 적게 들면 유리한 법집행방법이 되고, 사적집행은 개별 피해자에게 정보수집책임을 부담케 하는 분산관리시스템(de-centralized system)을 채택할 때 정보수집비용이 적게 들면 비교우위를 갖는 법집행방법이다. 집중관리시스템은 정보수집과 분석에 비용이 많이 드는 반면, 규모의 경제를 달성할 수 있는 장점이 있고, 이에 반하여 분산관리시스템은 피해자가 체험하고 목격한 사실을 바탕으로 한 정보만으로도 법집행이 족한 경우에 그 정보수집비용이 거의 들지 않아 비교우위를 갖게 된다. 대신 법집행관련 정보가 복잡하여 체계적이고 지속적으로 정보를 수집해야 할 때는 분산관리시스템으로는 충분한 법집행정보의 수집이 불가능하거나 규모의 경제를 달성할 수 없어 큰 비용이 든다는 단점이 있다. 그래서 분산관리시스템을 채택하여도 법집행에 충분한 정보수집이 가능한 경우에 한해 민사적 법집행방법을 채택하면 공적집행에 비하여 법집행비용을 낮출 수 있다. 예를 들면, ‘채무불이행’이나 ‘교통사고와 같은 불법행위’의 경우에는 계약당사자나 교통사고의 피해자들이 훨씬 많은 정보를 갖고 있을 뿐만 아니라 그 수집에 유리한 위치에 있다.²²⁾ 하지만, 정보를 숨기거나 복잡한 형사범죄분야나 증권거래분야, 담합이나 해킹, 유해화학물질이나 환경오염사고, 자동차 화재사고와 같은 전문적 분야에서는 전문기관에 의해 장기간 정보를 수집해야 하고, 때로는 강제수단을 동원해야만 비로소 정보수집이 가능하며 전문적 지식을 동원해 분석해 보아야 관련된 정보수집이 가능하다. 따라서 이러한 경우에는 집중관리시스템이 더 경제적이다. 만약 이러한 사안에서도 사인(private person)들에게 정보수집의 부담을 지우면 경제적·사실

서 정보비용을 들고 있다. 즉 사인 간에 거래를 할 때는 비용이 발생하게 되는데 이를 검색비용(search cost), 협상비용(negotiation cost), 집행비용(enforcement cost) 등 3가지로 분류할 수 있고, 그 검색비용의 하나로서 정보비용을 들고 있으며(Cooter&Ulen, Law and Economics(6th ed.)(2012), 84), 둘째 법집행기관이 사안을 심리하거나 조사하여 사실관계를 확정하고 법률을 적용하여 결론을 내리는 과정에서 사실에 관한 정보를 수집하는 비용으로써의 정보비용을 들 수 있다. 소비자보호법 등에서 검색비용 중 정보비용을 낮추는 제도를 도입하는 것은 첫째, 정보비용의 문제이며, 최적법집행을 추구하는 분야(민사소송법, 형사소송법 등)에서는 법집행비용 중 정보비용을 낮추는 제도 개선을 추구하는 것은, 둘째 정보비용의 사례이다.

22) 같은 취지로, Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law(2004) The Belknap Press of Harvard University Press, 578 참조(사인은 가해자의 인적정보에 관하여 자연스럽게 많은 정보를 갖게 된다).

상의 이유로 정보수집이 어려워 걱정된 법집행이 이루어지지 않거나 정보수집에 너무 많은 비용을 들여야 비로소 법집행이 가능하게 된다. 그래서 이러한 경우에는 공적집행을 채택하여 집중관리시스템에 의한 정보수집에 나설 필요가 있다.²³⁾

4. 보완재(complementary goods)로서의 민사적 법집행수단의 활용

위 3.항에서 설명한 법집행수단 간의 비교우위는 각 법집행수단들을 대체재(substitutes)로 보아 비교우위가 두드러지는 어느 하나의 법집행수단을 채택하는 논리에 관한 설명이다. 실제로 단순 채무불이행의 경우에는 행정적·형사적 법집행은 자제되고 청구권의 부여를 통한 민사적 법집행이 채택되어 활용되고 있다. 만약 민사적 법집행수단이 행정적·형사적 법집행수단에 비해 비교우위를 점하고 있는 분야에서 민사적 법집행수단으로만 범위반행위를 억지하고자 하는 경우에는 민사적 법집행수단과 행정적·형사적 법집행수단을 대체재로 파악하여 비교우위가 있는 민사적 법집행수단을 활용하고 있다고 말할 수 있는 것이다. 그러나 대한민국에서 도입되어 현재 활용 중에 있는 증권관련 집단소송이나 20개 법률에서 32여 개 범위반행위에 대해 도입된 징벌적 손해배상은 같은 내용의 범위반행위에 대하여 이미 행정적 제재나 형사처벌이 다 존재하는 데도 불구하고 그 법집행력을 강화하기 위해 추가적으로 도입된 것이다. 즉 행정적·형사적 법집행을 대체하여 도입된 것이 아니라 행정적·형사적 법집행의 한계를 느끼고 보완하는 차원에서 추가적으로 도입된 것이다.

사실 집중정보시스템을 채택해야 할 공적법집행이 적합한 분야에서도 공적법집행기관의 법집행 유인부족, 이해관계자에 의한 포획 등으로 인해 과소집행이 문제되고 있거나, 본래 보이기 효과를 노린 과다집행의 문제가 발생하여 공적법집행을 개선해야 한다는 사회적 요구가 강해지는 경우가 종종 있다. 이렇게 공적법집행을 보완할 필요가 있을 때 민사적 법집행수단인 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 추가적으로 도입할 수 있는 것이다. 이러한 민사적 법집행수단의 추가적 도입은 그 민사적 법집행수단을 행정적·형사적 법집행수단에 대해 보완재로서 파악하여 추진하는 것이다. 대한민국에서도 그동안 다른 시민법계 국가들에서와 같이 손해배상제도는 보상기능에 중점을 두어 '손해의 공평한 분담' 목적으로만 운용

23) 김차동(주 18), 463.

하고, 억지력의 확보는 주로 행정적·형사적 법집행수단을 활용하여 달성하려 했으나, 법집행기관의 부패현상, 유인부족 등 과소법집행이란 부작용을 겪게 되었고, 때로는 사회적 이목이 집중되기만 하면 법집행의 비례성을 상실할 정도의 본때 보이기 법집행으로 인한 과다법집행의 아픔을 겪기도 하였다. 특히 경제적 이해관계가 첨예한 분야에서는 범위반행위의 수익이 거액임에도 불구하고 상대적으로 소액인 벌금액 부과와 형사처벌에 따른 엄격한 절차적 통제, 과징금·과태료 액수의 불충분함 등으로 범위반행위의 유인을 제거하여 적절한 억지력을 달성하기 어려웠고, 손해배상제도 또한 손해의 공평한 분담에 치우친 나머지 억지력의 달성에 큰 기여를 못한 나머지 범위반행위가 빈발하고 있다는 인식이 심화되기에 이르렀다. 특히 가슴기 살균제 피해사건, BMW 차량화재사건 등에 보여준 범위반행위자들의 행태가 미국 등 최적 억지력을 구축한 사회라고 알려진 국가에서 보여준 행태와 너무 달라 국민적 공분을 사기도 하였다.

이러한 사회적 환경에서 행정적·형사적 법집행수단을 보완하기 위해 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 추가적 도입이나 그 억지력을 강화함으로써 민사적 법집행수단을 적극적으로 활용하자는 주장이 강해지게 되었다. 특기할 만한 것은 대한민국에서 이런 사정하에서 집단소송제도는 2005. 1. 1. 증권관련 집단소송제도가 도입·시행된 이래 추가적인 도입이 이루어지지 않고 있지만 징벌적 손해배상제도는 2011. 6. 30. 하도급법에서 도입되어 시행한 이래 20개 법률에서 32여개 범위반행위에 확대 도입되고 있을 뿐만 아니라 처음에는 3배 재량증액 방식으로 도입되었다가 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 및 「자동차관리법」상의 범위반행위에 대해서는 5배 재량증액 방식으로 변경하여 기대제재수준을 대폭 상향하는 등 활발한 제도 개선작업이 이루어지고 있다는 차이점이 있다.

5. 억지 목적을 최적으로 달성하기 위한 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도 도입 방안

가. 개설

억지력을 강화하기 위하여 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 도입한다고 하더라도 가장 적은 법집행비용을 들여 가장 최대의 법집행효과를 얻을 수 있는 방법으로 도입해야 최적 법집행 목적을 달성할 수 있게 될 것이다. 민사적 법집

행수단은 청구권 중심인데 그 청구권 중에는 손해배상청구권 이외에도 금지청구권(유지청구권 또는 물권적 청구권)²⁴⁾이 더 있다. 또 행정적 법집행수단도 시정조치·시정명령(cease and desist order)과 같은 행정처분 또는 행정강제처분 등도 있어 마치 위 금지청구권처럼 금지목적의 달성과고자 하고, 이에 반하여 과징금·과태료 부과처분²⁵⁾은 제재의 위협을 통한 억지 목적을 달성하기 위한 것이다. 형사적 법집행수단인 형사처벌은 제재의 위협을 통한 억지를 달성하려는 경우라 할 수 있다. 즉 법집행수체별로 금지나 제재 목적을 달성하기 위한 법집행수단을 따로 보유하고 있는 것이다. 따라서 금지를 통해 범위반행위를 차단하지 못하고 제재의 위협을 통한 억지 목적 달성에 천착하는 이유를 살펴보고, 과징금·과태료 부과처분이나 형사처벌을 통해 억지효 달성을 추구하지 않고 민사적 법집행수단인 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 통해 억지 목적을 달성할 수 있는 전제요건을 살펴볼 필요가 있다. 이때 형사처벌은 특히 징역형(비금전적 제재) 위주의 처벌로 구성되어 있는바, 비금전적 제재에 비하여 금전적 제재가 효과적인 경우도 설명하면 형사처벌에 비해 집단소송제도 및 징벌적 손해배상이 더 필요한 이유를 알 수 있다.

나. 금지와 제재

원래 권익보유자를 범위반행위로부터 보호하기만 하면, 권익보유자는 자유롭게 합리적 의사에 기하여 권익을 거래해 결국 최고가치평가자에게로 권익이 이전되어 부족자원의 최적 배분이 이루어지게 된다. 그래서 법집행의 최우선 목표는 권익을 침해하는 범위반행위를 완전히 차단하는 방식으로 설정되어야 하나 현실세계에서는 수범자의 범위반행위 모두를 차단하는 것이 물리적으로 불가능하거나 경제적으로 비효율적인 경우가 많고, 심지어는 수범자의 기본적인 인권을 침해할 가능성도 높다. 따라서 금지가 가능하고 필요하며, 적절한 효율성이 담보되며 인권침해의 논란이 없는 경우에만 원칙적으로 민사적 금지청구권을 인정하거나 시정조치·

24) 물론 부당이득반환청구권도 있고, 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권 등 아주 예외적인 기타 청구권들도 있다. 하지만 부당이득반환청구권은 억지 목적 달성보다는 법률상 원인 없는 이득의 보유를 막고, 그 손해를 입은 자에게 반환해야 한다는 기초적인 정의감에 근거한 것으로 범위반행위의 억지 목적 달성과는 대체로 상관이 없다. 그래서 논외로 한다.

25) 그 외에도 행정벌 또는 행정형벌이 있으나 이는 형사처벌과 같은 수단이므로 본 논문에서는 형사처벌로 분류하여 형사적 법집행수단이라고 설명한다.

시정명령이나 사업장 폐쇄 등과 같은 행정적 강제처분 등의 법집행이 허용되어야 한다. 특히 금지를 통한 범위반행위 배제는 대체로 사전적 금지의 성격²⁶⁾을 갖고 있으므로 매우 법집행비용이 높다. 만약 금지가 물리적으로 아예 불가능하거나 경제적으로 비효율적인 경우에는 제재의 위협을 통한 억지효과로 범위반행위를 최적으로 관리해야 할 것이다. 따라서 금지청구권의 인정이 가능하고 더 효율적인 경우에는 금지를 통한 범위반행위의 차단에 나서야 할 것이고, 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도의 도입을 논할 필요가 없다. 그래서 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도는 금지를 통한 범위반행위 방지가 불가능하거나 현저히 비효율적인 사안에 한해 억지력을 강화하기 위해 그 도입을 검토해야 하는 것이다.

다. 금전적 제재의 비금전적 제재에 대한 비교우위 분야

일반적으로는 금전적 제재가 비금전적 제재(징역형)보다 훨씬 비용이 적게 드는 법집행방법이다.²⁷⁾ 그래서 금전적 제재를 통하여 범위반행위를 효과적으로 억지할 수 없을 때에 한해서 비로소 비금전적 제재수단을 동원해야 한다. 금전적 제재의 효율성은 다음과 같은 요소들을 검토하여 고려하여야 한다. 첫째, 범위반상자의 자산의 크기를 고려하여야 한다. 자산이 적을 경우 금전적 제재를 해도 그 집행이 불가능하여 억지력이 거의 없게 된다. 그래서 징역형의 부과가 필요한 경우가 많아진다. 절도나 강도의 경우 그 범인이 무자력인 경우가 많기 때문에 실무상으로도 빈번하게 징역형으로 처벌하고 있는 것이다. 둘째, 범위반으로 인한 이득의 크기를 고려하여야 한다. 범위반으로 인한 이득이 커질수록 금전적 제재 수준이 범위반자의 자산의 크기를 초과할 가능성이 높아지고 다시 징역형을 부과하여야 할 필요성이 증대된다. 셋째, 적발가능성을 고려하여야 한다. 적발가능성이 낮을수록 더 높은 수준으로 제재하여야 하고, 금전적 제재 수준이 범위반자의 자산의 크기를 초과할 가능성이 높아지고, 그래서 징역형을 부과하여야 할 필요성이 증대된다. 넷째, 행위의 기대 피해수준을 고려하여야 한다. 앞선 적발가능성과 동

26) 사전적 금지란 현재를 포함하여 장래 침해에 대한 금지를 의미한다. 따라서 방해배제청구권도 현재 또는 장래의 침해에 대한 배제를 구하는 것으로 당연히 포함된다. 금지청구의 법집행비용이 높다는 점은 벌금과 징역형의 논의에서 볼 수 있는 바와 같이 금전적 제재는 부과나 그 집행에 법집행비용이 매우 적게 든다는 점은 직관적으로 충분한 설명이 된다.

27) Gary S. Becker(주 16), 78.

일선상의 논의이지만 피해수준과 적발가능성으로 표시되는 기대 피해수준이 일정한 수준이상으로 커지면 사회는 금전적 제재는 물론 징역형을 동원하여서라도 범위반행위를 억지하고자 할 것이다.²⁸⁾ 다섯째, 자연인이 아닌 회사, 단체, 집단에 의한 범위반행위는 그 회사, 단체, 집단을 처벌해야 하는데 징역형의 집행이 불가능하여 금전적 제재를 해야 한다. 물론 이러한 경우에 양벌규정을 두어 행위자도 징역형으로 처벌하는 경우가 많다.

대한민국 현행 집단소송 및 징벌적 손해배상의 대상 범위반행위들을 종합적으로 분석해 보면 대체로 사업자, 단체 또는 법인 등이 수범자인 경우가 많다. 이런 경우 범위반행위를 실행한 자연인을 징역형으로 형사처벌을 하더라도 대개 양벌 규정도 도입되어 있어 그 소속 사업자, 단체 또는 법인 등에 대하여도 벌금형을 부과할 수 있다. 하지만 규정되어 있는 벌금액의 상한이 지나치게 소액인데다가 실제로 부과되는 벌금액도 매우 작아 사업자, 단체 또는 법인 등에 대한 억지효가 거의 없다. 특히 사업자, 단체 또는 법인 등은 그 자연인이 형사처벌을 받고 출소하면 계속 고용하면서 승진시키는 등 중용을 하는 경향이 있어 징역형의 위협에도 불구하고 그 자연인에게조차 범위반행위 억지력이 전혀 없다 해도 과언이 아니다. 이런 경우에는 사업자, 단체 또는 법인 등에 대하여 금전적 제재 수준을 높이는 직접적인 방법을 동원하여 억지효의 최적화를 도모할 필요가 있다.

라. 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 과징금·과태료 부과처분 및 벌금형에 대한 비교우위

집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도는 기대제재의 위협을 통한 억지력 달성, 금전적 제재로서 금지는 물론 비금전적 제재(징역형)에 대해 비교우위를 갖는 분야에 관한 설명은 위와 같다. 하지만 기대제재의 위협을 통한 억지추구와 금전적 제재란 성격은 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도만이 갖는 특징이 아니고, 과징금·과태료 부과처분(행정적 제재)이나 벌금형(형사처벌)도 갖고 있는 특징이다. 따라서 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도란 민사적 법집행수단이 과징금·과태료 부과처분 및 벌금형에 대해 갖는 비교우위를 다음 두 가지 관점에서

28) Steven Shavell, "The Optimal Structure of Law Enforcement", The Journal of Law and Economics vol 36(April 1993), 266.

논해 볼 필요가 있다. 첫째, 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도는 청구권이란 민사적 법집행수단을 사용한 법집행방법이므로 앞서 설명한 바와 같이 분산적 정보관리시스템이 집중적 정보관리시스템보다 더 효율적인 경우에 비교우위를 갖게 된다. 둘째, 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도는 기대제재수준을 범위반행위로 인한 편익보다 크도록 설정함으로써 억지효과를 달성하게 되는 데 기대제재수준은 제재의 강도는 물론 적발(처벌)가능성에도 영향을 받게 된다. 그런데 집단소송제도는 대체로, 징벌적 손해배상제도는 전적으로 청구권자가 소제기 등을 통하여 (징벌적으로) 손해배상을 받음으로써 제재의 강도를 증가시킬 수는 있으나 청구권자가 사인이기 때문에 적발(처벌)가능성을 증가시키는 투자는 거의 할 수 없어 적발가능성의 등락에는 거의 영향을 미칠 수 없다.²⁹⁾ 따라서 분산적 정보관리시스템에 더 적합한 사안에서 적발가능성에 관한 투자를 하지 않아도 되는 상황에서만 비교우위를 갖는 법집행수단이라 할 것이다. 이상 설명은 민사적 법집행수단(징벌적 손해배상제도)이 다른 금전적인 행정적 법집행수단(과징금·과태료 부과처분)이나 벌금형에 대하여 대체적(substitutionary)인 경우의 비교우위를 설명함에 부합하는 견해이다.

그런데 4.항에서 자세하게 설명한 바와 같이 대한민국에서 도입되어 현재 시행 중인 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도는 개별법률에서 이미 그 범위반행위에 대하여 행정적 제재는 물론 형사처벌도 규정해 둔 상태에서 억지력이 기대수준에 미치지 못하자 이를 보완(complementary: 보완재란 의미)하기 위해 따로 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 도입하여 기존의 행정적 제재와 형사처벌과 결합하여 시행 중에 있는 것이다. 이러한 경우 그 범위반행위의 피해자들은 우선 관할 행정기관에 신고하거나 형사사법기관에 고소·고발한 다음 그 조사 결과를 바탕으로 징벌적 손해배상청구에 나아가는 경우가 거의 관행화되어 있다고 해도 과언이 아니다. 이러한 경우에는 행정기관이나 형사사법기관은 이미 집중적 정보관리시스템을 구축하여 강력하게 정보를 수집하고 있다. 그 결과 대한민국에서는 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 도입하면서도 증거개시제도(discovery)를 추가적으로 도입하지 않았는데,³⁰⁾ 그 이유가 여기에 있음을 잘 알 수 있다.

29) 김차동(주 2), 259 이하 참조.

30) 제조물 책임법에는 따로 행정적 제재나 형사처벌의 근거 규정들이 없다. 그래도 실무계에서는 먼저 소비자원 등에 제품 하자에 관한 소비자 피해 신고를 하거나, 업무상 과실치상 등의 혐의로 형사고

적발가능성과 제재의 강도 사이의 관계를 항을 바꾸어 더 상세하게 설명해 보자.

마. 제재의 강도를 높이면 적발(처벌)가능성에 관한 투자를 줄일 수 있다.

사회설계자(social planner)가 제재의 수준을 결정할 수 있는 권한은 물론 적발에 드는 예산을 책정할 권한도 갖고 있다면 그 권한을 행사하여 제재의 크기를 조정하거나 적발가능성에 대한 투자를 확대하거나 축소하는 방식으로 사회적 후생 함수에 영향을 미칠 수 있다. 지금까지 연구된 역지에 관한 실증적 연구 결과에 따르면 적발가능성과 처벌의 강도가 증가하면 기대제재수준이 높아져 대체로 억지효과가 증가한다고 한다. 이런 연구성과가 사회설계자의 정책변수로서 제재의 강도 조정 및 적발가능성에 대한 투자 조정의 효용성을 설명해 주고 있다.

통상 적발가능성에 대한 투자가 제재의 강도를 증가시키는 것에 비해 비용이 더 많이 든다. 때문에 사회설계자가 제재의 강도를 무한대로 증가시킬 수만 있으면 제재의 강도는 높이고 적발가능성에 대한 투자는 줄이는 방식으로 범집행을 함으로써 범집행의 비용을 줄이고도 같은 수준의 억지효과를 달성할 수 있게 된다. 실제로 개리 베커(Gary S. Becker)와 같은 학자는 벌금형의 집행비용이 매우 적기 때문에 범위반행위자의 자산의 크기란 제약이 없다면 범위반행위를 억지하기 위하여 벌금형을 무한대 크기로 부과하고, 적발에 관한 투자를 극도로 줄여 거의 적발확률이 0에 가깝도록 떨어지게 하면 범집행의 최적화가 달성된다고 극단적으로 주장하고 있다.³¹⁾ 하지만 위 주장의 유용성에 관한 비판도 많다.³²⁾ 특히 금전적 제재(벌금형)의 크기는 그 범위반행위자가 갖는 현실적인 자산의 크기 수준에 의하여 현실적으로 제한되고, 나아가 범위반행위와 제재 간에 비례성, 잔혹한 형벌의 금지, 2중처벌의 금지 등 헌법상 원칙에 의하여 법리론적으로도 제한을 받아 이론

소를 선행시켜 많은 조사를 진행한 다음 그 결과에 따라 후속 제조물 책임법상의 손해배상청구를 하고 있는 실정이다.

31) Gary S. Becker(주 16), 215.

32) S. Cameron, "The Economics of Crime Deterrence: A Survey of Theory and Evidence", *Kylos*, Vol. 41(1988), 301~323; D. J. Pyle, "The Economics Approach to Crime and Punishment", *Journal of Interdisciplinary Economics*, Vol 6(1995), 1~22; E. Eide, "RDEU Models of Crime", University of Oslo Working Papers, WP No. C1(1995)[This issue has recently developed two portfolio models of crime where the rank dependent expected utility(RDEU) theory is substituted for the traditional expected utility theory. The qualitative effects on crime of changes in the probability of punishment and of changes in the severity of punishment are the same as in the expected utility framework].

적 가능성에도 불구하고 그대로 선택될 수 없다. 그래서 적발가능성은 베커의 극단적인 주장인 0에 수렴하는 것이 아니라 대체로 양(+)의 값을 갖게 된다.

다음으로 사회설계자가 적발가능성의 증가를 통해 법집행할 수 있는지에 관해 살펴보자. 물론 적발가능성을 증가시키는 정책적 선택은 비례성, 잔혹한 형벌의 금지, 2중처벌의 금지와 같은 법리론적 제약은 없고 범죄자는 꼭 처벌된다는 사회적 확신을 증가시키는 등으로 국민들의 광범위한 지지를 받을 수 있는 정책적 선택이긴 하다. 하지만 적발가능성을 증가시키는 데는 더 많은 법집행비용의 투입이 필요하다. 그런데 적발가능성에 대한 투자는 체감의 법칙이 적용되기 때문에 투입된 예산이 커질수록 적발가능성 증가효율이 점차 떨어진다. 그래서 최대값이 존재하게 되고, 기대 피해보다 더 낮은 이득을 가진 범위반행위 중 일부가 억지될 수 없게 된다.³³⁾ 사회설계자는 위 최대값까지 투입예산을 들여 적발가능성을 증가시키면 최적집행을 달성할 수 있게 된다.

이렇듯 제재의 크기와 적발가능성의 상관관계는 대체로 제재에 대한 적발가능성의 대체율을 뜻하는 탄력도 ζ ³⁴⁾로 검증해 볼 수 있다. 만약 탄력도 ζ 가 1보다 작다면 벌금을 1만큼 증가시켜도 적발가능성은 1보다 작게 감소한다는 것을 의미하기 때문에 ζ 가 1보다 작은 상황에서의 최적 법집행 정책은 적발가능성을 높이기 위해 투자하기보다는 제재의 강도를 높이는 투자가 더 효율적이란 사실을 말해준다. 이런 경우에는 제재의 강도의 조정을 통해 억지효를 달성하는 대부분의 집단소송제도나 모든 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 더 바람직하다. 물론 탄력도 ζ 가 1이라면, 적발가능성이나 제재의 강도에 대한 자원배분이 무차별적이 되고, 탄력도 ζ 가 1보다 크면 적발가능성에 투자하는 것이 정책적으로 더 효과적이란 것을 의미한다. 이처럼 탄력도 ζ 는 최적 적발가능성 p^* 수준결정에 큰 영향을 미치게 된다. 그동안 여러 가지 시계열 실증분석결과에 따르면 탄력도는 일반적으로 경제범죄 및 재산범죄가 1보다 작다는 것을 보여준다.³⁵⁾ 그렇다면 경제 및 재산범죄에 대하여는 제재의 강도를 증가시키는 법집행의 정책적 결정이 더 효율적임을 말해주어 일정한 법

33) Nuno Garoupa, "The Theory of Optimal Law Enforcement", Journal of Economic Surveys vol. 11 No. 3, Blackwell Publishers Ltd.(1997), 269.

34) 탄력도 ζ 는 $\zeta=(F/p)p'$ 라는 수식으로 표시될 수 있다.

35) 예를 들면, F. van Tulder "Costs and Benefits of Law Enforcement in Netherlands", 12회(1995) EALE 회의 발표 논문.

위반행위 유형에 관하여는 베커의 위 정책적 제안이 매우 유용하다는 것을 알 수 있다. 이런 결론은 경제 및 재산관련 법위반행위에 대해서 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 더 효과적임을 나타내고 있다. 아무튼 집단소송제도나 징벌적 손해배상제도를 도입함에 있어 제재의 크기를 조절함으로써 더 효과적으로 억지할 수 있을 때 도입하는 경우에 더 바람직한 제도가 될 수 있다.

바. 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 억지력 비교

집단소송제도와 징벌적 손해배상제도는 모두 민사적 법집행수단이고, 손해배상 청구권을 합리화하거나 강화한 것으로 금전적 제재수단이란 공통점을 갖고 있다.³⁶⁾ 하지만 집단소송제도는 공통된 법위반행위로 인해 동일·유사한 다수 피해가 발생할 경우 수소법원의 허가를 받아 한 명 또는 여러 명의 대표당사자(representative)가 피해자 집단(class, 총원(class 전체) 또는 구성원(각각의 피해자)의 전체구성원들을 대표하여 가해자들을 상대로 손해배상청구소송을 제기할 수 있도록 하는 제도이고, 징벌적 손해배상제도는 “전보적 또는 명목적 손해배상 이외에 가해자의 심각한 가해행위(outrageous conduct)에 대하여 처벌하고, 장래 유사한 행위가 발생하는 것으로부터 가해자나 타인을 억지하기 위하여 주어지는 손해배상”³⁷⁾이라는 점에서 다르다. 그래서 집단소송제도는 민사절차법에 대한 예외로서의 의미가 커 소송허가 절차가 있을 뿐만 아니라 확정판결의 기판력이 원고이외에도 적용제외(opt-out)신고³⁸⁾를 하지 않은 다른 총원에게도 미치는 등 민사소송법상의 일부 원칙에 대한 특

36) 집단소송의 형태로 금지청구권(유지청구권, 물권적 청구권)을 제기하는 경우도 상정할 수 있으나, 피해자들 중 1인이나 수인이라도 법위반행위자를 상대로 법위반행위의 금지(작위 또는 부작위)를 청구하면 피해자 전원이 청구하는 것과 같은 효과를 달성할 수 있으므로 반드시 금지청구권을 집단소송제도를 통해 달성할 필요는 없다. 그래서 제도적 가능성에도 불구하고 금지청구권을 집단소송의 형태로 허용하는 사례를 찾기 어렵다. 오히려 대한민국에서는 단체소송은 금지청구권에 한해 허용되고 있다(소비자기본법 제70조, 개인정보보호법 제51조).

37) Section 908 of Restatement (Second) of Torts(1979) 참조: 원문은 다음과 같다. “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.”

38) 본 논문의 심사과정에서 익명의 심사위원 1분께서 집단소송제도에서 opt-out방식과 opt-in방식의 효율성 비교도 포함시켜 달라는 요청을 하였다. 필자의 연구가 아직 거기까지 이르지 않아 안타깝게도 정확한 논거에 근거한 견해를 내놓기는 어렵다는 점을 양해해 주시면 좋겠다. 다만 직관적으로는 다수 피해가 발생하는 사안에서 피해가 법위반행위자의 이득으로 환원된다는 전제하에 모든 피해자의 피해가 모두 배상되는 것이 법위반행위자의 이득을 박탈하여 법위반행위를 그만두게 하는 유인으로 작용한다는 점에서 적용제외(opt-out)방식이 더 바람직하고, 효율적인 법집행방법일

칙을 규정한 제도로서의 특징을 갖고 있다. 이에 반하여 징벌적 손해배상제도는 민사실체법의 범주에 속하는 손해배상청구권을 중심으로 주관적 악성을 그 추가적 요건사실로 하고, 손해배상의 산정에 있어 일정하게 증액하는 등 제재의 강도를 강화하는 손해배상의 특칙에 해당되는 제도이다.

집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 억지력의 원천을 구체적으로 분석해보면 다음과 같다. 억지력은 제재의 강도(f)에 적발(처벌)가능성(p)을 곱한 기대제재수준(pf)이 범위반행위로 인한 편익(b)을 초과할 때 확보된다. $\{b \leq pf\}$ 이런 입장에서 먼저 집단소송제도를 검토해 보면 집단소송제도는 증거개시제도와 함께 도입되면 피해자들의 적극적인 소제기와 증거개시신청 등을 통해 적발가능성(p)을 추가적으로 증가시킬 수도 있으나 이러한 효과는 그리 크지 않고, 그래도 다수에게 피해를 주는 범위반행위에 관해서 소송을 제기하지 않은 피해자 전원(총원)에게도 확정판결의 기관력을 확장시켜 주어 추가적인 소제기 없이도 간단한 손해배상액확정절차를 거쳐 강제집행이 가능하도록 해 줌으로써 결국 피해액 전액에 대한 강제집행력을 확보해 주어 그만큼 제재의 강도(f)를 증가시키는 효과가 있다. 즉 매우 드물게는 적발가능성을 높여주는 효과도 있지만 대체로 다수 피해 발생사안에서 제재의 강도를 높여 억지력을 확보하는 효과가 있는 제도이다. 특히 3배 또는 5배 배액증액방식으로만 징벌적 손해배상제도가 도입되어 있는 대한민국에서는 다수 피해자가 발생하는 범위반행위에 대해서 징벌적 손해배상제도로서는 도저히 범위반행위자로부터 범위반행위로 인한 편익을 모두 박탈하여 그 범위반행위를 억지할 수 없어, 기대하는 충분한 억지력을 확보하기 어렵다. 그렇기 때문에 다수 피해가 발생하는 사안에서는 반드시 집단소송제도가 도입되어야 한다. 이에 반하여 징벌적 손해배상제도는 바로 제재의 강도(f)를 높임으로써 억지력을 달성하는 제도이다. 특히 피해자가 1인이거나 수인인 경우라도 적발(처벌)가능성이 낮거나 적발(처벌)에 과도한 비용이 드는 사안에서 단순히 적발된 범위반행위에 대하여 제재의 강도를 높임으로써 본때 보이기 효과³⁹⁾를 통한 억지력을 확보할 수 있는 제도이다.⁴⁰⁾ 물론 비례원칙 위반, 과도한 처벌금지의 원칙위반이나 2중처벌

것이다.

39) 미국에서는 징벌적 손해배상제도를 널리 punitive damages라고는 하나 혹은 exemplary damages라고도 한다. exemplary damages를 직역하면 “본때 보이기 손해배상”이라고 할 수 있다.

40) 본 논문의 심사과정에서 익명의 심사위원 1분께서 현행 대한민국 징벌적 손해배상제도 중 정보보호

금지의 원칙위반 등 헌법상의 원칙과 배치될 위험이 있어 잘 설계하여 도입하여야 한다. 이처럼 징벌적 손해배상제도는 집단소송제도도 달성할 수 없는 적발가능성이 낮은 범위반행위에 대하여 제재의 강도를 높이는 방식으로 억지력을 확보하는 특징을 갖고 있어 나름 유용한 법집행방법이다. 다음에서는 집단소송제도와 징벌적 손해배상제도의 특징을 요약하여 정리해 두었다.

관련이나 지식재산권 분야에서도 도입되어 있는데, 이러한 사안은 적발가능성이 물리적으로 낮거나 경제적으로 불가능하다고 할 수 없는데도 도입되어 있다 할 수 있지 않는가라는 점에 의문을 제기하였다. 민사적 법집행수단인 징벌적 손해배상제도는 행정적·형사적 법집행수단에 대체재적 관계로 비교우위를 갖기 때문에 도입되는 경우(단순 채무불이행이나 간통죄 폐지 후 상간남녀에 대한 손해배상 청구 존속 등)와 대부분의 현행 징벌적 손해배상과 같이 행정적·형사적 법집행이 이미 존속하고 있는 사이에 추가적으로 징벌적 손해배상제도가 보완적으로 도입되어 억지력을 강화하는 차원이 있다는 점은 이미 소개한 바가 있다. 정보보호관련법률이나 지식재산권 관련법률도 행정적·형사적 법집행수단이 구비되어 있기는 하나 인격권(개인정보, 신용정보는 인격권의 내용을 이룬다는 견해가 있음)이나 지식재산권과 같은 사인의 권리를 침해한 데 대한 구제수단으로 대체재적 성격이 강한 징벌적 손해배상제도의 도입이라는 점도 존재한다. 그런 측면에서 징벌적 손해배상이 인격권, 지식재산권 침해의 가장 핵심적인 구제수단이 된다면 약간의 적발가능성, 처벌가능성의 저하도 방어하여 그 억지력 누수를 막아야 최적 억지력을 확보할 수 있을 것이다. 그런 측면에서 위와 같은 범위반행위에 대하여 징벌적 손해배상제도가 도입된 것으로 이해하고 있다.

비교관점		집단소송제도	징벌적 손해배상제도
법집행 주체		민사적 법집행수단	민사적 법집행수단
법집행 시기		사후적 법집행	사후적 법집행
금지 v. 억지		억지력 달성 목적	억지력 달성 목적
금전적·비금전적 수단		금전적 법집행수단	금전적 법집행수단
민사실체법 v. 민사절차법		민사절차법의 예외로 기관력의 주관적 범위 확장 추구	민사실체법상 손해배상의 산정 강화 추구
수소법원 허가 필요성		허가가 필요함	허가가 불필요
변호사 강제주의		변호사 강제주의 도입	특별한 규정 부존재
소송지연 가능성		절차적 제약으로 소송지연의 가능성이 높음	큰 영향은 없음(특히 해당 소송절차에서 바로 총원의 손해액을 산정할 필요가 없어 통상공동소송이나 선정당사자 소송에 비해 절차지연의 가능성이 낮음)
억지력의 원천	제재의 강도	다수 피해 사안에서 제재의 강도를 강화시킬 수 있음	제재의 강도를 직접 높일 수 있음
			① 위법성, ② 고의·과실, ③ 손해, ④ 인과관계 중 ②고의·과실을 더 강화하여 가해자의 주관적 악성을 요구함
			[대한민국 현행 징벌적 손해배상제도] 다만 대한민국에서 도입된 현행 징벌적 손해배상제도는 20개 개별법률에 32여 개 범위반행위를 특정하여 도입하였기 때문에 ②고의·과실을 대체로 고의·중과실 정도로만 강화해 있는 정도임
	적발가능성	증거개시제도 등 추가적인 제도가 도입되지 않는 한 특별히 적발가능성이 증가하지 않음	거의 적발가능성을 증가시키지 않음
[대한민국 현행 집단소송제도 ①] 행정적·형사적 제재가 병존하는 가운데 도입되었기 때문에 증거개시제도 등을 추가적으로 도입하지 않고 있음			
[대한민국 현행 집단소송제도 ②] 그 결과 대한민국 현행 집단소송제도는 특별히 적발가능성을 증가시키지 못함			
억지력 최상 발휘 범위반행위 분야	주로 다수 피해자가 발생하는 범위반행위(물론 소액·다수 피해일 경우에 억지력이 더 두드러짐)	① 물리적으로 적발가능성이 낮거나 ② 적발가능성 증가의 위해 너무 많은 비용이 드는 경우에 적합	

Ⅲ. 대한민국 현행 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 현황 및 집행실태와 그 문제점

1. 대한민국 현행 집단소송제도의 현황과 집행실태 및 문제점

가. 대한민국 현행 집단소송제도의 현황

1) 대한민국 최초이자 유일한 집단소송제도인 「증권관련 집단소송법」의 입법과정

대한민국에서 집단소송제도는 대구지역 폐놀오염사건, 서울 망원동 수재사건 등 다수인에게 피해를 입히는 사건들이 발생하자 법무부에서 1996년 민사특별법 제정 특별분과위원회를 구성하여 집단소송법 시안을 마련하였으나 입법화에는 실패하고, 이어 1997년 말 IMF 사태로 인해 국제통화기금으로부터 구제금융을 받으면서 집단소송제도의 도입을 약속하기에 이르러 본격적으로 입법을 추진하게 되었다. 이어 2001년부터 정부주도 「증권관련 집단소송법」안이 국회에 제출되고, 2003년 정기국회에서 통과되어 대한민국 최초의 집단소송제도인 「증권관련 집단소송법」이 2005. 1. 1.부터 시행되었다.⁴¹⁾ 그 이후로도 소비자기본법 및 개인정보보호법에서 집단조정제도나 단체소송제도는 도입되어 시행되고는 있으나 이와 별도로 더 이상의 집단소송제도는 도입되지 않았다. 결국 증권관련 집단소송제도가 대한민국 유일의 집단소송제도인 셈이다.

2) 「증권관련 집단소송법」의 구체적인 내용

증권관련 집단소송 대상행위는 「증권관련 집단소송법」 제3조에 따르면 ① 증권신고서나 투자설명서의 허위 기재, ② 사업보고서, 반기보고서, 분기보고서의 허위 기재, ③ ④ 미공개정보를 이용한 내부자거래행위, ⑤ 시세조정행위 등 불공정거래행위, ④ 부실회계감사가 된다. 즉 위 ①②③④의 행위로 인하여 50인 이상 피해자(구성원)⁴²⁾가 발생하고, 그 구성원이 보유한 지분 합계가 10,000분의 1(0.01%)에

41) 권혁재, “한국에서의 집단소송제도의 도입과정 및 운영현황”, 법학논고 28집(2008. 6.) 417 이하.

42) 정확하게는 소제기 당시 구성원 수가 50명 이상이어야 한다. 전체 피해자를 총원이라고 지칭하니 그 총원 중 적용제외를 신청한 피해자를 제외한 나머지 피해자(구성원)가 50명 이상이 되어야 한다는 의미이다. 따라서 피해자가 50인이라도 적용제외를 신청한 피해자가 1인이라도 있어 나머지 구성원이 50인 이하다 되면 증권관련 집단소송을 제기할 수 없다.

해당하며 집단구성원 전원에 대하여 법률상·사실상 주요 쟁점이 공통적인 경우에 그 손해배상청구를 집단소송의 형태로 제기할 수 있다. 이때 피해자 전원은 총원이라고 하고, 개개의 피해자를 구성원이라 하며, 구성원 중 스스로 원고가 되어 소송을 제기하는 자를 대표당사자라고 한다.

피해자 중 스스로 소송을 제기하려는 1인 또는 수인이 대표당사자가 되어 원고가 된다. 이때 대표당사자는 구성원 중 그 소송으로 얻을 수 있는 경제적 이익이 가장 큰 자 등 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 자이어야 한다(동법 제11조 제1항). 피고는 원칙적으로 상장회사가 되고, 각각의 행위별로 업무집행지시자, 공인회계사, 감정인, 변호사, 변리사, 세무사, 주거래은행 등이 될 수 있다.

집단소송의 경우에는 피해자이기만 하면 적극적으로 제외신고를 하지 않는 이상 소송에 참여한 효과가 있다. 집단적 피해를 효율적으로 구제하기 위함으로써 범위반행위를 억지하기 위해 민사소송법상의 기관력의 주관적 범위에 대한 예외를 규정한 것이다.

나. 대한민국 현행 집단소송제도의 집행실태

증권관련 집단소송제도가 2005. 1. 1.부터 시행되었으나 최초 소제기는 박○○ 등 2인이 2009. 4. 29. 진성티이씨 등을 상대로 진성티이씨가 키코(KIKO) 관련 손실을 재무제표에 누락시켜 발표한 후 투자하여 결과적으로 주가폭락으로 피해를 입었다며 집단소송을 제기한 것이었다. 제1심법원에서 2010. 2. 소송허가결정을 하자 2010. 4. 서로 화해하여 종결처리되어 결과적으로 본안에 관한 판결이 선고되지 않았다. 그 후 매년 1건 정도의 집단소송 제기가 있어 최근까지 약 10여 건의 집단소송 제기가 있었고, 그중 3건 정도의 소송허가결정이 확정되어 본안소송이 진행되고 있으며 최근 아래 사안에서 확정된 본안판결이 선고되기도 하였다.

증권관련 집단소송에서 본안판결이 확정된 사례는 씨모텍 증권보고서 허위 기재 사건이 유일하다. 해당 사건의 진행경과를 구체적으로 설명하면 다음과 같다. 씨모텍은 2011. 1.경 유상증자를 통해 기명 보통주식을 발행하였는데, 피해자들은 그 기명 보통주식을 취득하였으나 유상증자 후 발생한 최대주주의 횡령, 배임행위 등으로 2011. 9.경 씨모텍이 상장폐지되어 투자자들이 큰 피해를 입었다. 이에 피해자 186명은 대표당사자가 되어 유상증자 당시 대표 주관사 겸 증권인수인인 DB금융투자

주식회사당시 사명은 동부증권(주)였다가 증권신고서에 씨모텍의 최대주주 나무이쿼티의 자본금이 3,050,000,000원에 불과했음에도 차입금 22,000,000,000원을 자본금으로 전환했다고 증권신고서 등에 중요 사항을 거짓 기재해 결과적으로 투자자들이 주식을 매수하게 되어 위와 같은 손해를 입었다고 주장하면서 2011. 10. 13. 서울남부지방법원에 DB금융투자 주식회사를 상대로 손해배상청구 소송을 제기하면서 집단소송허가신청을 하였다. 이 사건에서 원고들은 2013년경 집단소송 허가결정을 받았고, 이에 불복한 DB금융투자의 항고에 대해서도 2015년경 서울고등법원에서 항고기각되고, 2016. 5.경 대법원에서 재항고기각되어 소제기 후 5여 년 만에 집단소송 허가결정이 비로소 확정되었다. 이어 본안소송이 진행되어 2016년경 제1심 판결이 선고되고, 2019년경 서울고등법원에서 항소기각되어 대법원에 상고하였으나 2020. 2. 27. 상고기각되어 그 본안판결도 확정되었다. 해당 판결 이유에서는 DB금융투자가 투자자의 판단이나 의사결정에 있어 중요 사항인 자본금 전환여부에 거짓으로 기재해 주주들에 대한 배상책임이 있다고 판단하였다. 다만 주주들이 입은 손해가 전적으로 그 기재의 허위성으로 인해 발생했다고 단정하기 어려워 책임 손액을 10%로 제한했다. 그 결과 DB금융투자는 주주들에게 총 1,455,000,000원을 배상하게 되었다. 이처럼 씨모텍 사건의 경우 그 소제기부터 본안소송의 확정판결까지 거의 10년이 소요되었다.

다. 대한민국 현행 집단소송제도의 문제점

대한민국 집단소송제도의 비활성화의 주된 원인은 소송허가절차와 그 허가결정에 대한 항고, 재항고의 인정으로 본안소송으로 이행되기까지 5년 정도가 소요되는 등 소송절차의 지연에 기인한다. 게다가 대표당사자의 엄격한 자격요건, 소송대리인의 엄격한 자격요건 등이 집단소송제도의 비활성화의 한 원인이 되고 있다.⁴³⁾ 즉 비활성화의 주된 원인은 「증권관련 집단소송법」상 집단소송 허가결정에 대해 즉시항고가 가능하도록 되어 있어 민사소송법 제447조에 따른 집행정지 효력이 인정되기 때문이다.⁴⁴⁾

43) 김주영, “금융소비자 피해의 사법적 구제에 관한 소고”, 서울대학교 금융법센터, BFL 58호(2013. 3.) (김주영 변호사는 이후 이 논문을 추가적으로 수정·보완하여 2013. 4. 12. 국회에서 “금융소비자보호의 법적과제와 전망”이라는 논문을 세미나에서 발표를 하였다. 해당 발표문은 <<http://yiri.co.kr/kr/?p=6389>>에서 검색할 수 있는데, 본 논문에서는 해당 검색자료 15에서 인용하였다.)

44) 민사소송법 제447조(즉시항고의 효력) 즉시항고는 집행을 정지시키는 효력을 가진다.

또 다수 피해 사안에서 충분한 억지력을 발휘할 수 있는 거의 유일한 억지력 확보 제도임에도 불구하고 증권관련 집단소송제도가 도입된 이래 15여 년이 흘렀음에도 불구하고 추가적으로 더 도입되고 있지 않다. 「증권관련 집단소송법」은 민사소송법의 특별법이라 법무부 소관 법률인데 소관 행정기관의 집단소송제도 확대에 대한 소극적인 태도에 기인하는 바가 크다할 수 있다. 특히 가격 담합 등 공정거래분야, 환경오염, 제조물책임 등 소비자보호분야, 개인정보개인신용정보 누출 사건 등 각종 정보보호분야, 자동차관리법 등 안전관리분야 등 다수의 피해자를 양산할 수 있는 분야를 중심으로 집단소송제도의 추가적인 도입 필요성이 매우 강하다.

2. 대한민국 현행 징벌적 손해배상제도의 현황 및 집행실태와 그 문제점

가. 대한민국 현행 징벌적 손해배상제도의 현황

대한민국에서는 민법학자들을 중심으로 민사상 손해배상제도의 손해전보적 기능을 중시하여 ‘손해의 공평한 분담’을 강조한 나머지 억지 기능을 중시하는 징벌적 손해배상제도의 도입에 부정적 태도⁴⁵⁾를 견지하였었다. 그러다가 오랜 논란 끝에 공정거래위원회가 2011. 3. 29. 최초로 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」을 개정하여 그 제35조에 기술자료 유용행위에 대해 3배 재량증액 방식의 일종의 징벌적 손해배상제도를 도입하여 2011. 6. 30.부터 시행하였다. 이후 2013. 5. 28. 박근혜 정부의 경제민주화 제1호 법안으로 위 제35조를 개정하여 기존의 기술자료 유용 이외에도 ‘부당한 대금결정’, ‘부당한 발주취소’, ‘부당한 반품행위’, ‘부당한 대금감액’에 대해서도 같은 취지의 징벌적 손해배상을 인정하여 2013. 11. 29.부터 시행하였다. 공정거래위원회 등은 그 후에도 이렇듯 거래상의 우월적 지위를 가진 사업자가 열위적 지위에 있는 사업자들을 착취하는 문제(소의 ‘甲·乙 문제’)를 방지하기 위한 취지로 「대리점거래 공정화에 관한 법률」·「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」·「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이상 공정거래위

45) 박윤직, 채권각론, 박영사(2003), 738; 권용우, 채권각론, 법문사(1987), 561; 김기선, 채권각론, 법문사(1988), 448; 김석우, 채권각론, 박영사, 55; 김중환, 채권각론, 박영사(1988), 526; 이은영, 채권각론(5판), 박영사(2005), 728; 김성탁, “제조물책임에 관한 비교법적 연구”, 연세대학교 박사학위 논문(1992), 501; 황찬현, “손해배상책임에 관한 현행법의 규정과 입법론적 검토”, 정보법학 3호, 한국정보법학회(1999), 331 참조.

원회 소관법률)·「대중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(중소벤처기업부 소관 법률)·「축산계열화사업에 관한 법률」(농림축산식품부 소관법률) 등 5개의 개별 법률에서 비슷한 취지의 징벌적 손해배상규정이 도입되어 시행 중에 있다. 최근 공정거래위원회는 이런 경향에 편승하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」도 개정하여 부당한 공동행위(담합)에 대해서까지 같은 내용의 징벌적 손해배상제도를 도입하여 시행함으로써 甲·乙 문제는 물론 경쟁법 전반에까지 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있다.

더 나아가 2012. 10.경부터 2013. 12.경까지 KB국민카드, NH농협카드, 롯데카드 등에서 관리하고 있던 개인신용정보가 유출되는 사고가 발생하자 그 해결책으로 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 「개인정보 보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 등이 개정되어 개인정보·개인신용정보의 관리자 등에게 그 정보의 누출 등으로 인한 징벌적 손해배상을 인정하는 내용의 제도개선이 이루어졌다. 특히 2020. 2. 4. 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」이 다시 개정되어 징벌적 손해배상액의 상한을 3배에서 5배로 증액하여 2020. 8. 5.부터 시행되어 그 귀추가 주목된다. 그 외에도 특허권, 전용실시권, 영업비밀, 산업기술 등에 대한 보호가 강조되면서 「특허법」·「식물신품종 보호법」·「부정경쟁방지 및 영업비밀 보호 등에 관한 법률」·「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 등 관련 법률에서도 3배 재량배액 배상방식의 징벌적 손해배상제도가 도입되어 있다.

2011년경 원인을 알 수 없는 폐질환으로 사망하는 사례가 늘어나 역학 조사를 한 결과 2011. 11. 11. 가슴기 살균제로 인한 피해로 밝혀져 가슴기 살균제 6종에 대한 리콜이 이루어지게 되었다. 그 외에도 다양한 안전상의 문제로 인한 피해가 늘어나 큰 사회문제가 되면서 안전한 제품에 대한 사회적 요구가 증가하여 마침내 「제조물 책임법」이 개정되어 3배 배액배상 방식의 징벌적 손해배상제도가 도입되었고, 이어 「환경보건법」도 개정되어 환경유해인자를 배출하여 환경성 질환을 일으킨 자에 대해 비슷한 내용의 징벌적 손해배상제도가 도입되었다.

기타 「공익신고자 보호법」이 개정되어 공익제보자 보호 등을 위해 징벌적 손해배상제도가 도입되었다.

이상 도입된 징벌적 손해배상제도는 피해자가 민사상 손해배상청구의 소를 제

기하여 재판절차를 통해 확정되는 징벌적 손해배상제도이나 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」, 「과건근로자 보호 등에 관한 법률」 등에서는 비정규직 근로자들에 대한 차별적 처우에 대하여 노동위원회를 통한 행정적 구제절차에서 3배 재량 배상형식의 징벌적 손해배상제도가 도입되어 운영 중에 있다.

이처럼 2011. 3. 29. 하도급법에서 최초로 재량적 3배 배상형식의 징벌적 손해배상제도가 도입되어 2011. 6. 30.부터 시행된 이래 甲·乙관계법, 독점규제법, 정보보호법, 지식재산권법, 안전관리법, 비정규직보호법 등 20개 개별법률에서 32여개 법위반행위를 특정하여 재량적 배수배상방식의 징벌적 손해배상제도가 도입되어 시행 중에 있다.

대한민국에서 위와 같이 도입되어 시행 중에 있는 징벌적 손해배상제도의 내용을 요약하면 다음 표와 같다.

징벌적 손해배상제도 도입법률 및 제·개정·시행일자			법위반행위 유형	㉠ 주관적요건 ㉡ 고려요소	
법률명	제·개정일자	시행일자			
甲·乙 관계법	① 하도급거래 공정화에 관한 법률	① 기술자료 부당요구·유용 부당요구유용: 2011.3.29.	2011.6.30.	① 기술자료 부당요구·유용 ② 부당한 하도급대금 결정 ③ 하도급대금 부당감액 ④ 부당한 위탁취소 ⑤ 부당한 반품	㉠ 가해자가 고의·과실 없음을 주장·증명하여 항변 가능 ㉡ 7개 고려요소 규정
		②③④⑤: 2013.5.28.	2013.11.29.		
	② 대리점거래 공정화에 관한 법률	2015.12.22.	2016.12.23.	① 구입강제행위의 금지 ② 경제상 이익 제공강제행위의 금지 없음	㉠ 규정은 없음 ㉡ 위와 동일
	③ 가맹사업거래 공정화에 관한 법률	2017.4.18.	2017.10.19.	① 보복조치의 금지 ② 허위·과장된 정보제공의 금지 ③ 불공정거래행위의 금지	하도급법과 같음
	④ 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률	2018.10.16.	2019.4.17.	① 납품업자 등의 종업원 사 용금지 등 ② 보복조치의 금지 ③ 상품대금 감액의 금지 ④ 상품의 반품 금지	"
⑤ 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률	2019.1.19.	2019.7.16.	보복조치의 금지 없음	"	

징벌적 손해배상제도 도입법률 및 제·개정·시행일자			범위반행위 유형	㉠ 주관적요건 ㉡ 고려요소	
법률명	제·개정일자	시행일자			
㉢ 축산계열화사업에 관한 법률	2019.1.15.	2020.1.16.	준수사항위반	"	
			없음		
독점규제 및 공정거래에 관한 법률	2018.9.18.	2019.9.19.	① 부당한 공동행위의 금지 ② 보복조치의 금지 ③ 사업자단체의 부당한 공동행위의 금지	"	
			없음		
비 정 규 칙 보 호 법	① 기간제 및 단기간근로자 보호 등에 관한 법률 2014.3.18.	2014.9.19.	차별적 처우 (노동위원회 시정명령으로 인한 보호)	㉠ 명백한 고의, 반복 ㉡ 없음	
			없음		
② 파견근로자 보호 등에 관한 법률	2014.3.18.	2014.9.19.	차별적 처우 (노동위원회 시정명령으로 인한 보호)	"	
			없음		
개 인 정 보 보 호	① 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률	3배: 2015.3.11.	2015.9.12.	고의, 중대한 과실로 개인신용정보 누설·분실·도난·누출·변조·훼손	㉠ 가해자가 고의·중대한 과실 없음 주장·증명하여 항변가능 ㉡ 8개 고려요소 규정
		5배: 2020.2.4.	2020.8.5.	없음	
	② 개인정보 보호법	2015.7.24.	2015.7.24.	고의, 중대한 과실로 개인정보 분실·도난·유출·위조·변조·훼손 없음	"
③ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률	2016.3.22.	2016.9.23.	고의, 중대한 과실로 개인정보 분실·도난·유출·위조·변조·훼손	"	
			없음		
지 식 재 산 권 등 침해	① 특허법	2019.1.8.	2019.7.9.	고의로 특허권, 전용실시권 침해	㉠ 고의 ㉡ 8개 고려요소 규정
			없음		
	② 식물신품종 보호법	2019.1.8.	2019.7.9.	고의로 품종보호권, 전용실시권 침해 (특허법 제128조 준용) 없음	"
③ 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호 등에 관한 법률	2019.1.8.	2019.7.9.	고의로 영업비밀 침해 없음	"	

징벌적 손해배상제도 도입법률 및 제·개정·시행일자			범위반행위 유형	㉠ 주관적요건 ㉡ 고려요소	
법률명	제·개정일자	시행일자			
④ 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률	2019.8.20.	2020.2.21.	고의로 산업기술 침해	"	
			없음		
안전관련법	① 제조물 책임법	2017.4.18.	2018.4.19.	제조물의 결함을 알면서도 필요한 조치를 취하지 아니한 결과 생명·신체에 중대한 손해를 입힌 경우	㉠ 결함을 알면서도 필요조치 안함 ㉡ 7개 고려요소 규정
				없음	
				고의, 중대한 과실로 환경성 질환을 발생시켜 피해입힘	
없음					
③ 자동차관리법	5배: 2020.2.4.	2020.2.5.	결함을 알면서도 은폐·축소·거짓공개 또는 미시정하여 생명·신체·재산상 손해	㉠ 알면서도 은폐·축소·거짓공개, 미시정 ㉡ 7개 고려요소	
			없음		
공익신고자 보호법	2017.10.31.	2018.5.1.	공익신고자, 협조자에게 공익신고 등을 이유로 불이익 조치	㉠ 가해자가 고의·과실 없음을 주장·증명하여 항변 가능 ㉡ 7개 고려요소 규정	
			없음		

나. 대한민국 현행 징벌적 손해배상제도의 특징요약 및 집행실태

1) 특징요약

위와 같이 확대 도입되고 있는 현행 대한민국 징벌적 손해배상제도의 특징을 요약하면 다음과 같다. 우선 손해배상청구권은 ① 불법행위로 인한 손해배상청구권과 ② 채무불이행으로 인한 손해배상청구권 2가지 종류가 있고, 불법행위로 인한 손해배상청구권은 ① 위법행위, ② 손해, ③ 고의·과실, ④ 인과관계를 요건사실로 하여 그 법률효과로 발생하고, 채무불이행은 ①약정채무나 법정채무를 ②불이행(이행지체·이행불능·불완전이행)함으로써 발생한다고 하는 것이 기본적인 상식이다. 이에 대하여 보통법상의 징벌적 손해배상제도는 ①불법행위로 인한 손해배상청구권 중 ③고의·과실이란 주관적 요소를 살짝 비틀어 주관적 악성⁴⁶⁾으

46) Restatement (second) of Torts(1979) § 908 (2)에서는 "Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to

로 강화하여 불법행위 유형에는 아무런 제한 없이 고의·과실정도에 머물지 않고 주관적 악성이 인정되어야만 징벌적 손해배상청구가 인정된다. 경우에 따라서는 채무불이행의 경우에 대해서도 불법행위적 성격도 아울러 갖고 있는 동시에 주관적 악성까지 인정된다면 징벌적 손해배상청구권이 인정⁴⁷⁾된다. 그 구체적인 적용은 사실판단자(법관 및 배심원)의 판단에 위임되어 있다. 물론 개별적 성문법률(Sherman Act etc.)을 통하여 강제적 3배 배상(mandatory treble damages)을 명시해 두기도 하였으나 일반적으로는 주관적 악성에만 초점을 맞추어 징벌적 손해배상 인정의 요건으로 삼고 있다.

그런데 현재까지 대한민국에서 도입되어 시행 중인 징벌적 손해배상제도는 포괄적 징벌적 손해배상 인정방식⁴⁸⁾⁴⁹⁾이 아니라 20개 개별법률에서 32여 개 특정 범위반행위에 한해 도입되어 있는바 그 특징을 요약하면 다음과 같은 5가지 관점으로 설명해 볼 수 있다.

첫째, 개별법률 위주로 범위반행위를 특정하여 지속적으로 확대 도입하고 있다.

둘째, 징벌적 손해배상을 인정하는 요건사실로서 범위반행위자의 주관적 악성이 상대적으로 덜 중요시되고 있다.

셋째, 생명·신체 등 인격에 관한 이익에 대한 침해는 물론 재산상 이익이나 영업비밀·산업기밀·지식재산권과 같은 재산상 이익에 대한 침해에 대해서도 징

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.

47) Restatement (second) of Torts(1979) § 908 Comment에서는 “And they(punitive damages) are not permitted merely for a breach of contract. When, however, the plaintiff has a right in the alternative to sue for a breach of contract or for a tort, the fact that his act or omission amounts to a breach of contract does not preclude the award of punitive damages if the action is brought for the tort and the tort is one for which punitive damages are proper.

48) 대한민국에서 포괄적 징벌적 손해배상제도 도입 움직임은 ㉠ 민법 개정(2016. 11. 1. 백재현 의원 대표발의한 민법 일부개정법률안)을 통하거나, ㉡ 징벌적 손해배상에 관한 법률이란 형식의 특별법 제정(대표적으로 2016. 11. 8. 금태섭 의원이 대표발의한 징벌적 손해배상에 관한 법률안)을 통해서 모든 주관적 악성이 있는 범위반행위에 관해 징벌적 손해배상을 인정하자는 형태로 주장되고 있다.

49) 20대 국회에서는 금태섭 의원 등 10인의 제안으로 “징벌적 손해배상에 관한 법률”이라는 법률안(의안번호 2003400)이 제안되어 위원회 심사 중에 있다. “징벌적 손해배상에 관한 법률”안 제6조 제1항에서 “타인의 권리나 이익을 침해한다는 사실을 알면서도 의도적으로 그 결과 발생을 용인하거나 위법행위를 하여 타인에게 손해를 가하여 전보배상책임을 지는 자(이하 ‘가해자’라 한다)는 전보배상 외에 징벌적 배상을 할 책임이 있다.”라고 규정하여 주관적 악성에 중점을 두되 포괄적인 범위반행위에 대해 징벌적 손해배상제도를 인정하고 있다.

벌적 손해배상이 인정되고 있다.⁵⁰⁾

넷째, 범위반행위가 불법행위는 물론 채무불이행도 포함되어 있다.

다섯째, 재량적 배수배상 방식으로 징벌적 손해배상제도가 도입되어 있다.

2) 집행실태

사법정책연구원에서 발간한 “징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구” 결과에 따르면 2019. 4. 30. 기준으로 법원에서 징벌적 손해배상청구가 되어 판결이 선고된 사건은 총 19건으로 그중 하도급법 위반행위에 관한 1건과 「기간제 근로자 및 단시간근로자 보호에 관한 법률」 위반(차별적 처우)에 관한 징벌적 손해배상을 명한 노동위원회 결정취소 소송에서의 판결 등 2건 만 징벌적 손해배상이 명해졌다. 전자의 경우 제1심에서는 2배의 배상을 명했으나, 항소심에서 1.5배로 감액되어 전보적 손해배상액 1배를 제외하면 0.5배의 증액만 있었고, 후자의 경우는 1.1배를 명한데 불과하여 0.1배의 증액만 있었다.⁵¹⁾ 나머지 17건에 관해서는 징벌적 손해배상이 인정되지 않았다. 이러한 결과는 법원의 징벌적 손해배상에 대한 적대적 태도를 엿볼 수 있으며, 징벌적 손해배상이 인정된다고 하더라도 소액의 증액밖에 없는 등 재량적 배수배상의 민낯을 볼 수 있는 판결들이라 아니할 수 없다.

다. 대한민국 현행 징벌적 손해배상제도의 문제점

현행 징벌적 손해배상제도는 전부 재량적 배수배상방식으로 도입되어 있고, 대부분 법문상 재량행사할 때 고려할 요소들을 3개, 7개, 8개씩 명시해 두고 있다. 또 20개 개별법률 중에서 단 2개 법률을 제외한 18개 개별법률에서 3배를 상한으로 정해서 위와 같은 고려요소들을 감안하여 재량적으로 배수배상할 때도 3배를 초과하지 못하게 하고 있다. 따라서 전보적 손해배상 부분인 1배를 제외하면 징벌적 목적으로는 2배만 증액할 수 있을 뿐이다. 물론 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 「자동차관리법」 등 2개 법률에서는 그 3배 상한을 5배로 인상하여 규정

50) Restatement (second) of Torts(1979) § 908 Comment c.에서는 “it is not essential to the recovery of punitive damages that the plaintiff should have suffered any harm, either pecuniary(재산적 이익) or physical(생명·신체에 관한 침해).”라고 설명하고 있다.

51) 사법정책연구원, 징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구(2019), 203~217 참조.

하고 있기는 하다. 필자가 오래전에 독점규제법상의 담합에 관한 징벌적 손해배상 제도를 도입할 때 담합의 적발가능성에 관한 실증적 연구 등을 감안할 때 수익의 15배는 되어야 비로소 담합의 유인을 제거할 수 있는 제재수준이 된다고 분석한 바가 있다. 물론 그 15배는 형사처벌(양벌규정), 과징금 부과처분 등을 고려하지 않은 제재수준이나 현행 양벌규정상 양벌금액이 소액인데다가 과징금도 관련매출액의 10% 범위(독점규제법 제22조) 내에서 산정하도록 되어 있어 이를 감안하더라도 손실액의 2배 정도만을 추가적으로 배상하게 하는 독점규제법상의 징벌적 손해배상액은 너무 적어 그 억지력이 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 징벌적 손해배상제도가 도입된 지 이미 10여 년이 되어감에도 실제로 잘 활용되지도 않고 또 수범자들이 체감하는 억지력이 전혀 없는 것도 위와 같은 재량적 배수배상을 고집하는데서 출발한다 할 것이다. 더구나 강행적 배수증액이 아니라 재량적 배수증액방식을 채택하고 있다 보니 실제 법원에서 산정되는 증액이 손해액의 0.1배이거나 0.5배에 그치고 있는 실정이다 보니 그 억지력은 더욱 떨어진다. 따라서 구체적 타당성을 고려하여 배상액을 산정할 필요성이 있어 판단자의 재량을 인정한다고 하더라도 상한은 10배 정도로 인상하는 것이 타당하다.

또한 개인정보나 개인신용정보의 유출사건 등에서 알 수 있듯이 다수의 피해자들에게 소액으로 발생하는 피해에 대해서는 재량적 배수증액방식의 징벌적 손해배상제도의 도입만으로는 전혀 억지력이 없다. 이런 까닭에 개인정보 유출사건이나 해킹사건들이 빈발하고 있는 것이다. 따라서 이러한 다수에게 피해를 입히는 사안에 관해서는 징벌적 손해배상액을 무한대로 올릴 수 없는 상황이라면 집단소송제도도 함께 도입하는 방식으로 대응해야 할 것이다.

특히 민사소송은 단순히 수사기관에 신고하거나, 행정기관에 고발하는 데서 더 나아가 변호사를 선임할 필요성이 강한 법집행 분야이므로 징벌적 손해배상액을 산정함에 있어 변호사 비용도 고려해 산정할 필요가 있다. 제재의 강도에 대한 적발가능성의 탄력도가 1보다 낮은 경우에 기존 행정적·형사적 법집행수단의 억지력이 부족하다면 과감하게 선정하여 징벌적 손해배상의 대상으로 삼아야 할 것이다.

IV. 결론

억지력은 법집행의 궁극적 목적이다. 주요 민사적 법집행수단으로는 금지청구권(=유지청구권, =물권적 청구권)과 함께 손해배상청구권이 있는데 금지청구권은 가능하거나 적정한 경우에 제한적으로 활용할 수 있을 뿐이고 보편적으로는 손해배상청구권이 널리 인정되고 있다. 이러한 손해배상청구권은 과징금·과태료 부과처분(행정적 법집행수단), 형사처벌(형사적 법집행수단)과 함께 인간이 대체로 합리적이라는 믿음하에 제재의 강도(f)와 적발(처벌)가능성(p)을 곱한 기대제재수준(pf)이 범위반행위로 인한 편익(b)보다 클 때 범위반행위자는 범위반행위를 자제할 것($b \leq pf$)이란 억지력 발생을 목적으로 한 법집행수단의 하나이다. 이러한 억지력을 달성하기 위해 민사적 법집행수단이 행정적·형사적 법집행수단에 비해 적은 비용으로 더 큰 억지효과를 달성할 수 있을 때 과징금·과태료 부과처분 및 형사처벌을 대체하여 손해배상청구권 위주의 법집행이 이루어진다. 단순 채무불이행에 의한 손해배상청구권의 경우가 그 대표적인 사례라 할 수 있다. 하지만 대한민국에서 도입된 집단소송이나 징벌적 손해배상의 대상행위들을 면밀히 분석해보면 해당 범위반행위에 대하여 거의 전부 행정적 제재는 물론 형사처벌도 함께 규정해 둔 채 집단소송과 징벌적 손해배상의 대상이 되도록 설계되어 있음을 알 수 있다. 즉 손해배상청구권을 과징금·과태료 부과처분, 형사처벌과 보완적인 관계로 보아 서로 결합하여 제재의 강도나 적발가능성을 높여 기대제재수준을 강화하고 있음을 알 수 있다.

집단소송제도는 다수 피해가 발생한 사안에서 피해자가 누락됨으로 인한 제재의 강도가 약해지는 현상을 보완하기 위하여 민사소송법상의 특칙을 인정하여 다수의 피해자를 총원으로 하여 그중 일부가 대표당사자로서 원고가 되어 소송을 수행하면 그 확정판결의 기판력이 제외신고를 하지 않은 다른 총원에게도 미처 간단한 손해배상액 확정절차를 거쳐 손해배상을 받을 수 있도록 하는 특징을 가진 제도이다. 3배 또는 5배 재량증액 방식의 징벌적 손해배상제도만이 도입된 상태에서 다수 피해가 발생한 사안에서 모든 피해자들이 공동소송이나 선정당사자제도를 활용하여 소송의 당사자로 참가하지 않는 이상 기대제재수준을 편익보다 높일 수 없음을 너무나도 명백하다. 이러한 상태에서는 기존의 손해배상제도나 설령 징벌

적 손해배상제도를 인정해도 그 억지력이 전혀 없다. 따라서 다수 피해가 발생하는 사안에서는 집단소송을 반드시 도입해야 한다. 만약 소액·다수의 피해로 발생하는 사안이라면 꼭 집단소송을 인정해야 한다. 이런 측면에서 현재 징벌적 손해배상을 인정한 20개 개별법률 중 공정거래법, 개인정보보호법, 안전관련법 등에서는 다수 피해가 발생하는 특성상 필히 집단소송제도도 도입해 두어야 한다.

한편 징벌적 손해배상제도의 억지력은 제재의 강도를 높이는 데서 나온다. 즉 적발가능성이 물리적인 이유로 낮거나 적발에 너무 많은 비용이 들어 경제적으로 불가능한 경우에 큰 비용을 들이지 않고 제재의 강도를 높여 기대제재수준을 편익보다 높게 할 수 있다. 다만 비례의 원칙위반, 2중처벌금지 원칙위반, 과도한 처벌금지 원칙위반 등의 우려가 있어 잘 설계하여 도입하여야 하며 그렇게 할 경우에는 최적의 억지력을 발휘할 수 있는 매우 유용한 법집행수단이 된다.

이처럼 집단소송제도가 징벌적 손해배상제도는 억지력의 원천이 서로 다르기 때문에 그 억지력을 잘 활용할 수 있는 분야인 다수 피해 발생사안(집단소송)이나 물리적·경제적 이유로 적발가능성이 낮은 사안(징벌적 손해배상)에서는 적극적으로 도입하여 활용해야 할 것이다.

이런 분석의 결과를 바탕으로 대한민국의 현행 집단소송제도와 징벌적 손해배상제도를 분석해 보면 먼저 집단소송제도는 2005. 1. 1. 시행된 「증권관련 집단소송법」에서만 집단소송제도가 인정되고 있고, 그 이후 추가적으로 도입된 사례가 없을 뿐만 아니라 도입 후 16년이 다 되었음에도 불구하고 10여 개의 소송만이 집단소송의 형태로 제기되었을 뿐이고, 그중에서 3건만이 소송허가를 받아 현재 본안소송 중에 있으며, 특히 지금까지 대법원 확정판결이 선고된 사건은 단 1건(씨모텍 사건)에 불과하다. “지연된 정의는 정의가 아니다.”라는 법언이 있는 것처럼 소 제기로부터 판결확정까지 10년이 걸리는 제도라면 설령 집단소송의 대상행위라 하더라도 인터넷을 통해 피해자를 모집하여 통상 공동소송이나 선정당사자제도를 활용하여 소송을 수행할 가능성이 더 높다. 이처럼 억지력 강화를 위해 도입한 집단소송제도가 절차상의 여러 제약 때문에 지연소송의 끝판왕이 되었다면 이미 제도존재이유가 없을 것이다. 게다가 증권관련 집단소송제도 이외에 담합 등 공정거래분야, 소비자보호분야, 안전보장분야, 환경분야, 개인정보보호분야 등에서 다수 피해가 발생하는 사안에 관하여 추가적인 집단소송의 도입이 이루어져야 함에도

아무런 진전이 없으니 큰 문제가 아닐 수 없다. 대한민국에 도입된 현행 징벌적 손해배상제도는 2011. 6. 30. 시행된 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」상의 기술 정보 유용행위에 대하여 3배 재량증액 방식의 징벌적 손해배상이 인정된 이래 확대 도입되어 현재는 20개 개별법률에서 32여 개 범위반행위에 대하여 징벌적 손해배상제도가 도입되었고, 특히 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 및 「자동차관리법」상의 징벌적 손해배상제도는 5배 재량증액 방식으로 그 억지력이 강화되어 있다. 이처럼 확대 도입이 진행되었지만 3배나 5배 재량증액 방식의 징벌적 손해배상제도는 편익을 증가하는 기대제재수준을 형성하기 대단히 부족할 뿐만 아니라 실제 판결이 선고된 사안에서도 실손해액의 1.1배 또는 1.5배로 산정되어 전보적 손해배상액에서 10% 또는 50%의 증액만이 이루어지고 있어 원래 목적하였던 기대제재수준을 대폭 증가시키려는 목적을 거의 달성하지 못하고 있다. 실제로 「하도급거래 공정화에 관한 법률」상의 5대 범위반행위에 대해 징벌적 손해배상제도 도입 전과 도입 후의 발생빈도를 공정거래위원회의 조사자료들을 기초로 분석해 보아도 의미있는 범위반행위의 감소현상이 전혀 없는⁵²⁾ 것만 보아도 현행 징벌적 손해배상제도의 억지력이 기대에 훨씬 못 미치고 있다는 점을 알 수 있다.

이런 상태에서 향후 대한민국에서도 집단소송제도는 다수 피해 사안에서는 반드시 추가적으로 확대 도입하여 인정해서 범위반행위의 최적 억지력을 확보해야 하고, 또 소송허가결정을 중간판결로 보아 본안판결과 함께 항소하게 하거나, 아니면 즉시항고의 집행정지 효력을 배제함으로써 소송허가결정이 확정되기까지 소송이 지연되는 등의 부작용을 제거할 필요가 있다. 징벌적 손해배상제도는 물리적으로나 경제적으로 적발가능성을 증가시킬 수 없는 사안에서 적극적으로 추가 도입하여 활용하고, 특히 3배 또는 5배 재량증액 방식을 대폭 개선하여 적어도 10배 재량증액 방식으로 도입함으로써 기대제재수준을 편익보다 높여 억지력을 충분히 확보하도록 제도를 개선할 필요가 있다. 본 논문에서는 억지력 중심으로 집단소송제도 및 징벌적 손해배상제도의 비교우위를 비교하는 데 중점을 두고, 더 나아가 제도개선의 기본적 방향을 제시하는 선에서 그치고 구체적인 제도 하나하나의 개선안은 다른 기회에 설명할 수 있기를 바란다.

52) 김차동(주 4), 48 이하 참조.

<참고문헌>

- 곽윤직, 채권각론, 박영사(2003).
 국가인권위원회, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사(2018년도 인권상황실태조사 연구용역보고서)(2018. 10.).
 권용우, 채권각론, 법문사(1987).
 김기선, 채권각론, 법문사(1988).
 김증한, 채권각론, 박영사(1988).
 사법정책연구원, 징벌적 손해배상의 적절한 운영방안에 관한 연구(2019).
 이은영, 채권각론(5판), 박영사(2005).
 전승재, 해킹판결, 삼일인포마인(2020).
- 강우예, “비례의 원칙에 대한 비판적 분석: 미국의 논의를 중심으로”, 형사정책연구 20권 1호(통권 77호).
 권혁재, “한국에서의 집단소송제도의 도입과정 및 운영현황”, 법학논고 28집 (2008. 6.).
 김성탁, “제조물책임에 관한 비교법적 연구”, 연세대학교 박사학위 논문(1992).
 김주영, “금융소비자 피해의 사법적 구제에 관한 소고”, 서울대학교 금융법센터, BFL 58호(2013. 3.).
 김차동, “대한민국 징벌적 손해배상제도의 현황과 문제점”, 가습기 살균제사건과 4.16세월호 참사 특별조사위원회 발표자료(미간행)(2020. 2.).
 _____, “민사적 구제수단의 행정·형사적 구제수단에 대한 비교우위”, 법학논총 31권 1호(2014).
 _____, “법의 최적집행에 관한 연구”, 법제연구 통권 46호(2014. 6.).
 _____, “손해배상의 범위 중 책임제한의 원리-대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758 판결과 관련하여”, 법학논총 27권 1호(2010).
 전승재, “사이버 보안 취약점과 법적 책임”, 고려대학교 정보보호대학원 박사학위 논문(2020. 8.).
 황찬현, “손해배상책임에 관한 현행법의 규정과 입법론적 검토”, 정보법학 3호, 한

국정보법학회(1999).

Cooter&Ulen, Law and Economics(6th ed.)(2012).

Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law(2004) The Belknap Press of Harvard University Press.

D. J. Pyle, "The Economics Approach to Crime and Punishment", Journal of Interdisciplinary Economics, Vol. 6(1995).

E. Eide, "RDEU Models of Crime", University of Oslo Working Papers, WP No. C1(1995).

F. van Tulder "Costs and Benefits of Law Enforcement in Netherlands", 12회 (1995) EALE 회의 발표 논문.

Gary S. Becker, "Crime and punishment: an economic approach", Journal of Political Economy, Vol. 76(1968).

Nuno Garoupa, "The Theory of Optimal Law Enforcement", Journal of Economic Surveys vol. 11 No. 3, Blackwell Publishers Ltd.(1997).

S. Cameron, "The Economics of Crime Deterrence: A Survey of Theory and Evidence", Kylos, Vol. 41(1988).

Steven Shavell, "The Optimal Structure of Law Enforcement", The Journal of Law and Economics vol. 36(April 1993).

〈Abstract〉

A Comparative Study on the Deterrence Effect of Class Action and Punitive Damages

Kim Cha-dong

Since the introduction of the class action scheme in 「The Securities-related Class Action Act」 in January 1, 2005, no further class action has been put in place. But since the enactment of a provision for treble punitive damages under 「The Fair Transactions in Subcontracting Act」 in June 30, 2011, the same types of more punitive damages are continually accommodated in about 20 Korean laws. Furthermore the current Korean punitive damages step up quintuple damages from treble damages in the 2 out of 20 laws.

Based on the belief that the ultimate goal of law enforcement should be the attainment of optimal deterrence, this paper analyzes the comparative advantages of class actions and punitive damages over other enforcement scheme including administrative and criminal enforcement mechanism and injunctive reliefs in terms of deterrence effect. More specifically, class action and punitive damages, which can be classified as private law enforcement methods, can be cost-effective and achieve higher deterrence by mainly stepping up the degree of sanction.

Class action shows its strength in cases where there are a large number of victims whereas punitive damages derive increased deterrence by ratcheting up the level of sanction severity in cases where the possibility of detention lowers for the reason of impossibility or economical inefficiency.

From the point of view, the current class action adopted in Korea must be revised to get rid of the deferral of litigation and expanded to cover more

wrongdoing, and the current punitive damages scheme needs to increase the amount of damages up to ten times.

Keywords: class Action, Securities-related Class Action Act, punitive damages, The Fair Transactions in Subcontracting Act, optimal law enforcement, discretionary treble damages, deterrence effect