

발 간 등 록 번 호

11-1430000-001903-01

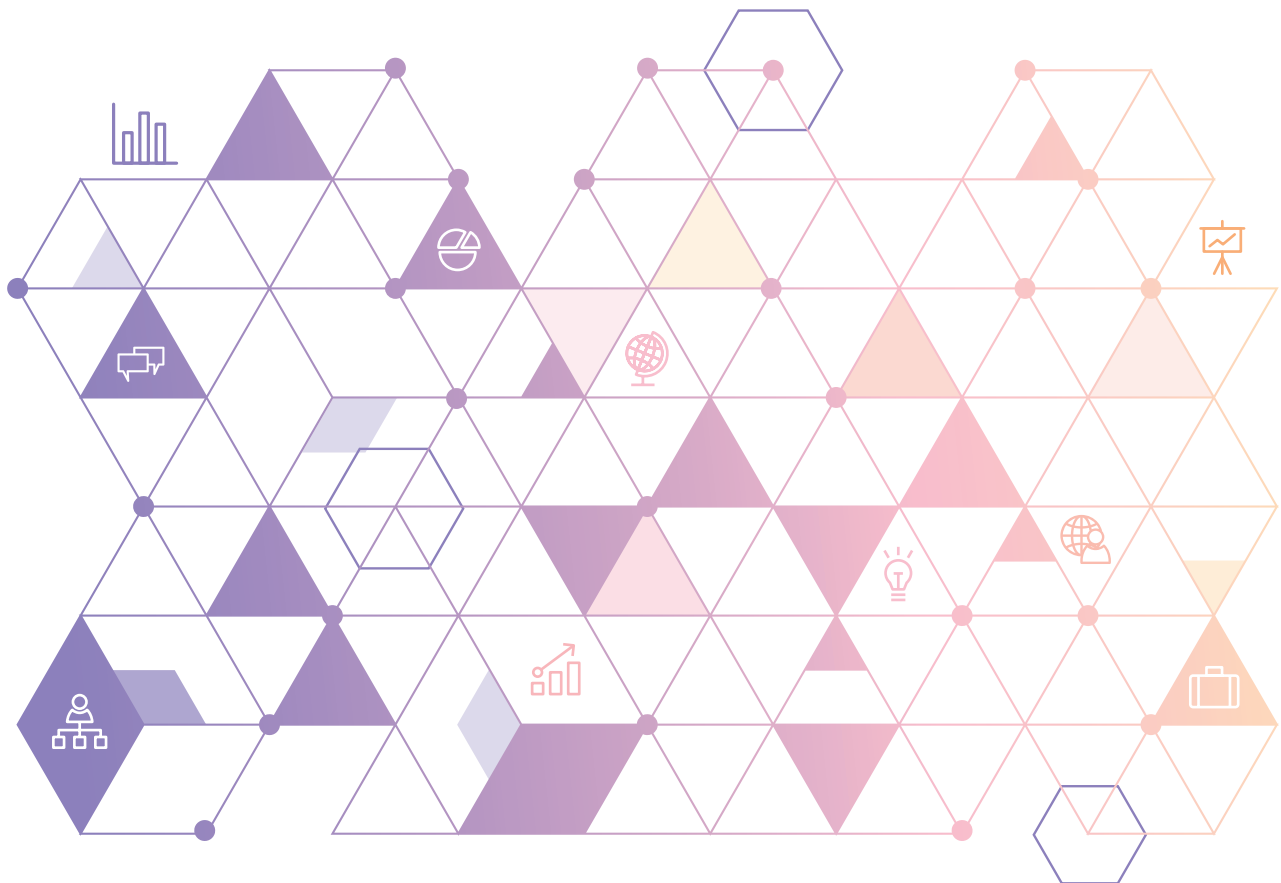
법·제도

법제분석

지식재산 침해행위에 대한 형사책임에 관한 연구

A Study on the Criminal Liability for IP Infringement

2022. 12.



2022년도 기초연구과제 최종보고서

법·제도 연구

지식재산 침해행위에 대한
형사책임에 관한 연구
- 징벌적 손해배상제도 도입과 형사책임 -

Legal System

A Study on the Criminal Liability for IP Infringement
- Introduction of punitive damages and criminal liability -

2022. 12.

제 출 문

특히청장 귀하

본 보고서를 “지식재산 침해행위에 대한 형사책임에 관한 연구 - 징벌적 손해배상제도 도입과 형사책임 -” 과제의 최종보고서로 제출합니다.

2022년 12월 31일

주관연구기관명 : 한국지식재산연구원

연 구 기 간 : 2022년 1월 1일 ~ 2022년 12월 31일

연 구 책 임 자 : 심현주 (한국지식재산연구원 부연구위원/법학박사)

요약

국문

코로나19, 디지털전환, 비대면 등 환경변화의 영향으로 각국은 지역블록화, 보호무역주의를 취하고 있으며, 이를 위한 수단으로 지식재산권 보호를 한층 강화하고 있다. 즉, 지식재산의 경제적, 산업적 가치가 높아짐에 따라 자국의 지식재산권을 보호하기 위하여 지식재산권 침해행위에 대하여 보다 강력한 제재수단으로서, 각국은 민사책임으로서 손해배상책임에 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있다.

우리나라도 2019년 1월 8일 특허법을 개정하여 특허권 침해행위에 대하여 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 즉 우리나라는 특허법 제128조 제8항 및 제9항을 신설하여 특허권 또는 전용실시권 침해행위가 고의적인 경우 3배를 넘지 않는 범위에서 배상액을 인정할 수 있도록 하였다. 구체적으로는 “침해행위의 고의 여부를 판단할 때 침해자의 우월적 지위, 고의의 정도, 침해행위의 기간과 횟수, 침해행위로 인하여 침해자가 얻은 경제적 이익의 정도 등”을 고려하도록 하여 특허권 또는 전용실시권 침해에 따른 피해구제를 강화하였다.¹⁾ 특허법 개정 이후 상표권,²⁾ 디자인권,³⁾ 아이디어 탈취행위 및 영업비밀 침해행위⁴⁾의 경우에도 상표법, 디자인보호법, 부정경쟁방지법 각각의 법률을 개정하여 징벌적 손해배상제도를 도입하였다.

한편, 지식재산권 침해행위에 대하여 우리법은 민사책임과 형사책임을 구분하고 있으며, 민사책임과 형사책임의 그 역할과 목적은 다르다. 민사책임은 침해행위로 발생한 손해에 대한 배상을, 형사책임은 침해행위 자체에 대한 제재를 목적으로 하고 있다. 지식재산권 침해행위에 대해 민사책임으로서 침해금지, 손해배상(징벌적손해배상 포함), 원상회복, 부당이득반환을 규정하는 한편, 형사책임에 대해서도 각각 규정하고 있다.

주요 지식재산 침해행위에 대하여 민사책임의 영역에서 형사책임의 기능인 ‘위험 억제 기능’이 포함된 징벌적 손해배상제도가 도입됨에 따라 지식재산 침해행위에 대한 형사책임의 역할과 기능에 대한 재정립이 필요한 시점이다. 또한 아직 징벌배상을 인정한 국내 판결이 거의 없는 상황에서 접근하기 어려운 면이 있으나 현재 개별법마다 징벌배상을 앞다투어 도입하는 추세이고, 지식재산권법에서는 이미 상당 부분 도입되었으므로 형사처벌의 폐지 내지 감축론이 논의되어야 한다는 의견이 강하다.

1) 최상필, “특허침해에 대한 새로운 민사적 구제방안”, 민사법의 이론과 실무 제24권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021, 320면.

2) 상표법 개정(법률 제17531호, 2020. 10. 20., 일부개정, 2020. 10. 20. 시행).

3) 디자인보호법 개정(법률 제17526호, 2020. 10. 20., 일부개정, 2020. 10. 20. 시행).

4) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 개정(법률 제16204호, 2019. 1. 8., 일부개정, 2019. 7. 9. 시행).

징벌적 손해배상제도는 가해자가 악의로 불법행위를 하여 피해자에게 손해를 입힌 경우에 피해자가 입은 실제 손해 이외에 추가적으로 징벌적인 의미를 더하여 배상하는 제도를 말한다. 즉, 징벌적 손해배상제도는 피해자의 손해를 보상할 뿐만 아니라 가해자의 악의 또는 고의로 저지를 행위에 대하여 벌을 가함으로써 가해자가 피해자 또는 제3자에게 유사한 불법행위를 반복하지 않도록 방지하는 것을 목적으로 한다.⁵⁾ 징벌적 손해배상제도는 성격상 형사법과 민사법이 혼합되어 있지만, 징벌적 손해배상제도는 가해자가 손해배상을 국가에 지급하는 것이 아니라 피해자에게 지급하게 된다. 또한 손해배상의 절차는 민사소송법을 따르기 때문에 가해자가 동일한 불법행위로 인해 형벌을 받았어도 징벌적 손해배상의 인정 여부와는 관련이 없다는 것이 일반적인 해석이다.⁶⁾

우리나라에서 징벌적 손해배상제도는 개정 특허법 시행 이전에도 ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’ 등에서 이미 시행되었으나, 현재까지 그 사례가 충분히 축적되지 못하였고, 기본 민사법 제도와 형사법 제도와와의 충돌 가능성에 대한 우려도 여전히 존재한다. 특히, 지식재산 주요 분야에 영미법상 제도인 징벌적 손해배상제도가 도입됨에 따라 형사책임과의 관계에 대한 연구도 필요한 시점이다. 따라서 본 연구에서는 지식재산법상 징벌적 손해배상제도의 도입이 형사책임에 미치는 영향을 이론적으로 분석함으로써 지식재산 침해행위에 대한 형사책임의 역할과 기능에 대해 재정립을 시도하였다.

우선 민사책임과 형사책임의 목적과 기능의 비교검토와 징벌적 손해배상제도와 형사법의 정합성에 대해 검토하였다. 또한 외국의 입법례 즉, 중국과 대만 등 대륙법계 국가에서 지식재산법에 도입된 징벌적 손해배상제도에 대해 살펴보고, 현지 형사법 체계와의 정합성에 대한 논의와 함께 특히, 징벌적 손해배상제도 도입 이후, 형사책임의 변화에 대한 분석을 실시하였다. 마지막으로 우리나라에서의 징벌적 손해배상제도에 대해 지식재산 이외의 분야에서의 제도 현황을 통해 지식재산 분야에서의 징벌적 손해배상제도 도입에 대한 시사점을 도출하였다. 다만, 징벌적 손해배상제도 이론을 발전시킨 미국에서는 징벌적 손해배상제도가 어느 정도의 기능을 수행하고 있는지에 대한 실증적 연구가 다수 수행되었다고 한다.⁷⁾ 이러한 연구의 주된 목적은 징벌적 손해배상제도의 주요한 목적 중 하나인 억지 기능이 실제로 어느 정도 구현되고 있는지에 대한 평가였으나 이에 대해서는 확실한 결과가 도출되지 않았다고 한다. 이러한 주된 목적 외에도 징벌

5) 정혜련, “미국법상 징벌적 손해배상의 운용과 경제·상거래적 효과에 대한 고찰 - 연방대법원과 법경제학의 접근방식을 중심으로 -”, 안암법학 통권 53호, 안암법학회, 2017.

6) 정혜련, “미국법상 징벌적 손해배상의 운용과 경제·상거래적 효과에 대한 고찰 - 연방대법원과 법경제학의 접근방식을 중심으로 -”, 안암법학 통권 53호, 안암법학회, 2017.

7) 대표적인 연구로 Theodore Eisenberg et al., “The Predictability of Punitive Damages”, 26 J. Legal Stud. 623 (1995); Theodore Eisenberg & Michael Heise, “Judge-Jury Difference in Punitive Damages Awards: Who Listens to the Supreme Court?”, 8 J. Empirical Legal Stud. 325 (2011); W. Kip Viscusi, “The Challenge of Punitive Damages Mathematics”, 30 J. Legal Stud. 313 (2001); Theodore Eisenberg & Martin T. Wells, “The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer”, 3 J. Empirical Legal Stud. 175 (2006) 등이 있다(김정환, “징벌적 손해배상의 적절한 운영방안에 관한 연구”, 연구총서 2019-06, 사법정책연구원, 2019, 31면 각주 159 재인용).

적 손해배상이 활용되는 정도와 배상액의 크기, 예측 가능성 등을 파악하고 배심에 의한 경우와 그렇지 않은 경우에 징벌적 손해배상의 산정이 어떻게 달라지는 지 등을 파악하기 위해서도 여러 실증적 연구가 수행된 바 있다.⁸⁾ 우리나라에서는 관련 판례 축적의 미비로 이러한 실증적 연구가 수행된 바 없다. 즉, 현재까지 지식재산 관련 증액배상 요건을 정면으로 판단한 사건은 상표 1건, 특허 1건 정도이며, 이 사건에서도 모두 고의적인 침해가 아니라고 보아 증액배상주장을 배척한 바 있다. 그 이후에도 지식재산 관련 징벌적 손해배상을 인정한 판례는 없는 것으로 파악된다. 향후 지식재산 관련 징벌적 손해배상을 인정한 판례가 좀 더 축적되면, 지식재산 분야에서의 징벌적 손해배상제도의 억지 기능 수행 여부, 배상액의 크기 등 실증연구를 추가적으로 해야 할 필요가 있다.

키워드 지식재산권 침해, 민사책임, 형사책임, 징벌적 손해배상, 불법행위

8) Catherine M. Sharkey, Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine 488 (New York University Law and Economics Working Paper, 2012) pp. 499~500.(김정환, “징벌적 손해배상의 적절한 운영방안에 관한 연구”, 연구총서 2019-06, 사법정책연구원, 2019, 32면 각주 161 재인용).

요약문	i
제1장 연구의 내용	1
I. 연구 배경	3
II. 연구의 목적 및 내용	4
제2장 징벌적 손해배상제도와 형사법의 정합성	5
I. 민사책임과 형사책임 일반	7
1. 민사책임의 성립요건(불법행위의 성립요건)	7
2. 형사책임의 성립요건(범죄의 성립요건)	15
3. 민사책임과 형사책임의 차이점	18
4. 민사책임과 형사책임의 관계	20
II. 징벌적 손해배상과 형사법의 관계	21
1. 우리법 체계상의 징벌적 손해배상제도 도입	21
2. 형사법체계와의 정합성의 의미	22
3. 형사제재로서 징벌적 손해배상의 가능성	23
4. 형사법체계와의 병존·양립 가능성	27
III. 소결	31
1. 형사법체계와의 정합성 검토의 시사점	31
2. 지식재산권 분야에의 정합성	31

제3장 **외국의 입법례** 33

I. 영미법계	35	35
1. 미국		35
2. 영국		38
3. 캐나다		39
4. 호주		41
II. 대륙법계	44	44
1. 독일		44
2. 일본		46
3. 중국		47
4. 소결		60
III. 소결	61	61

제4장 **우리나라에서의 징벌적 손해배상제도 분석** 63

I. 현행법상 징벌적 손해배상제도	65	65
1. 도입 현황		65
2. 특징		67
II. 지식재산법상 불법행위에 대한 구제수단	68	68
1. 손해배상청구		68
2. 금지청구 가능성		72

III. 지식재산법상 징벌적 손해배상제도	73
1. 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 의견	73
2. 지식재산 분야에서의 징벌적 손해배상 규정 도입	74
3. 징벌적 손해배상에 대한 우리나라에서의 논의	78
4. 징벌적 손해배상 규정의 도입 후 지적되는 문제점	82
5. 기타 징벌적 손해배상의 도입에 관한 논의	82
IV. 지식재산 침해행위에 대한 민사책임과 형사책임 검토	85
1. 징벌적 손해배상제도와 형사책임	85
2. 우리나라의 징벌적 손해배상액의 판단 고려사항	86
2. 타법의 규정과의 비교	89

제5장 결론

95

I. 논의의 정리	97
II. 연구의 한계 및 향후 연구과제	100

참고문헌

101

표목차

표 1	민사책임과 형사책임 비교	20
표 2	중국 지식재산 분야의 징벌적 손해배상 규정	48
표 3	현행법상 징벌적 손해배상제도	66
표 4	우리나라의 증액요소와 미국의 증액요소(Read 요소)의 비교	79
표 5	저작권법 전부개정(안) 신구대조표	83
표 6	지식재산 침해행위에 대한 우리법상 민사책임과 형사책임	86
표 7	개정(안) 특허법 제128조 제9항(예시)	99

법·제도 연구
지식재산 침해행위에 대한 형사책임에 관한 연구
- 징벌적 손해배상제도 도입과 형사책임 -

제1장 연구의 내용

- I. 연구 배경
- II. 연구의 목적 및 내용

제1장 연구의 내용

I 연구 배경

코로나19, 디지털전환, 비대면 등 환경변화의 영향으로 각국은 지역블록화, 보호무역주의를 취하고 있으며, 이를 위한 수단으로 지식재산권 보호를 한층 강화하고 있다. 즉, 지식재산의 경제적, 산업적 가치가 높아짐에 따라 자국의 지식재산권을 보호하기 위하여 지식재산권 침해행위에 대하여 보다 강력한 제재수단으로서, 각국은 민사책임으로서 손해배상책임에 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있다.

우리나라도 2019년 1월 8일 특허법을 개정하여 특허권 침해행위에 대하여 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 즉 우리나라는 특허법 제128조 제8항 및 제9항을 신설하여 특허권 또는 전용실시권 침해행위가 고의적인 경우 3배를 넘지 않는 범위에서 배상액을 인정할 수 있도록 하였다. 구체적으로는 “침해행위의 고의 여부를 판단할 때 침해자의 우월적 지위, 고의의 정도, 침해행위의 기간과 횟수, 침해행위로 인하여 침해자가 얻은 경제적 이익의 정도 등”을 고려하도록 하여 특허권 또는 전용실시권 침해에 따른 피해구제를 강화하였다.⁹⁾ 특허법 개정 이후 상표권,¹⁰⁾ 디자인권,¹¹⁾ 아이디어 탈취행위 및 영업비밀 침해행위¹²⁾의 경우에도 상표법, 디자인보호법, 부정경쟁방지법 각각의 법률을 개정하여 징벌적 손해배상제도를 도입하였다.

한편, 지식재산권 침해행위에 대하여 우리법은 민사책임과 형사책임을 구분하고 있으며, 민사책임과 형사책임의 그 역할과 목적은 다르다. 민사책임은 침해행위로 발생한 손해에 대한 배상을, 형사책임은 침해행위 자체에 대한 제재를 목적으로 하고 있다. 지식재산권 침해행위에 대해 민사책임으로서 침해금지, 손해배상(징벌적 손해배상 포함), 원상회복, 부당이득반환을 규정하는 한편, 형사책임에 대해서도 각각 규정하고 있다.

주요 지식재산 침해행위에 대하여 민사책임의 영역에서 형사책임의 기능인 ‘위험 억제 기능’이 포함된 징벌적 손해배상제도가 도입됨에 따라 지식재산 침해행위에 대한 형사책임의 역할과

9) 최상필, “특허침해에 대한 새로운 민사적 구제방안”, 민사법의 이론과 실무 제24권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021., 320면.

10) 상표법 개정(법률 제17531호, 2020. 10. 20., 일부개정, 2020. 10. 20. 시행).

11) 디자인보호법 개정(법률 제17526호, 2020. 10. 20., 일부개정, 2020. 10. 20. 시행).

12) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 개정(법률 제16204호, 2019. 1. 8., 일부개정, 2019. 7. 9. 시행).

기능에 대한 재정립이 필요한 시점이다. 또한 아직 징벌배상을 인정한 국내 판결이 거의 없는 상황에서 접근하기 어려운 면이 있으나 현재 개별법마다 징벌배상을 앞다투어 도입하는 추세이고, 지식재산권법에서는 이미 상당 부분 도입되었으므로 형사처벌의 폐지 내지 감축론이 논의되어야 한다는 의견이 강하다.

II 연구의 목적 및 내용

우리나라에서 징벌적 손해배상제도는 개정 특허법 시행 이전에도 ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’ 등에서 이미 시행되었으나, 현재까지 그 사례가 충분히 축적되지 못하였고, 기본 민사법 제도와 형사법 제도와와의 충돌 가능성에 대한 우려도 여전히 존재한다. 특히, 지식재산 주요 분야에 영미법상 제도인 징벌적 손해배상제도가 도입됨에 따라 형사책임과의 관계에 대한 연구도 필요한 시점이다. 따라서 본 연구에서는 지식재산법상 징벌적 손해배상제도의 도입이 형사책임에 미치는 영향을 이론적으로 분석함으로써 지식재산 침해행위에 대한 형사책임의 역할과 기능에 대해 재정립을 시도하고자 한다.

우선 제2장에서는 민사책임과 형사책임의 목적과 기능의 비교검토와 징벌적 손해배상제도와 형사법의 정합성에 대해 검토하도록 한다. 제3장에서는 외국의 입법례 즉, 중국과 대만 등 대륙법계 국가에서 지식재산법에 도입된 징벌적 손해배상제도에 대해 살펴보고, 현지 형사법 체계와의 정합성에 대한 논의와 함께 특히, 징벌적 손해배상제도 도입 이후, 형사책임의 변화에 대한 분석을 시도하고자 한다. 제4장에서는 우리나라에서의 징벌적 손해배상제도에 대해 지식재산 이외의 분야에서의 제도 현황을 통해 지식재산 분야에서의 징벌적 손해배상제도 도입에 대한 시사점을 도출하고자 한다. 마지막으로 제5장에서 논의를 정리하며 지식재산 침해행위에 대한 형사책임의 역할과 기능에 대한 재정립을 시도하고자 한다.

법·제도 연구
지식재산 침해행위에 대한 형사책임에 관한 연구
- 징벌적 손해배상제도 도입과 형사책임 -

제2장
**징벌적 손해배상제도와
형사법의 정합성**

- I. 민사책임과 형사책임 일반
- II. 징벌적 손해배상과 형사법의 관계
- III. 소결

제2장

징벌적 손해배상제도와 형사법의 정합성

I 민사책임과 형사책임 일반

1. 민사책임의 성립요건(불법행위의 성립요건)

가. 고의 또는 과실로 인한 가해행위

1) 고의 또는 과실

불법행위가 성립하려면 먼저 가해자의 고의 또는 과실이 있어야 함이 원칙이며, 이를 “過失責任의 原則”¹³⁾이라 한다.¹⁴⁾

불법행위에 있어서 고의는 “일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리 상태”를 말한다. 이는 객관적으로 위법하다고 평가되는 일정한 결과가 발생한다는 사실을 인식하는 것만 있으면 된다.¹⁵⁾ 과거에는 고의를 일정한 결과의 발생의 의욕, 즉 일정한 결과를 발생케 하려는 의사를 가지고 행위를 하는 것이라고 새기는 견해가 있었으나(이른바 “意思主義”), 오늘날에는 그러한 의사가 없더라도 일정한 결과가 발생할 것이라는 인식을 갖고 실제로 그러한 결과가 일어나도 좋다는 생각을 가지고 행위를 하는 때에는 고의를 인정하는 것이 일반적이다(이른바 “觀念主義”).¹⁶⁾

과실이란 “사회생활상 요구되는 주의를 기울였다면, 자기 행위로 인한 일정한 결과의 발생을 알 수 있었거나 그러한 결과를 회피할 수 있었을 것인데, 그 주의를 다하지 않음으로써 그러한 결과를 발생하게 하는 심리상태”를 말한다.¹⁷⁾ 불법행위의 성립요건으로서의 과실은 이른바 “抽

13) 어떤 원하지 않는 불이익(손해)을 입은 자는 원칙적으로 그 손해를 감수하여야 하지만, 그 손해가 다른 사람의 행위로 인한 것이고 또한 그것이 행위자의 일정한 정신작용에 기인한 것인 경우에, 그 손해에 대한 배상을 구함으로써 손해를 원인행위자에게 전가(轉嫁)할 수 있다. 가해자의 입장에서 본다면, 자기 행위의 결과로 타인에게 손해가 발생하였다도 그 결과가 자기의 일정한 정신작용에 기인 것이 아니라면, 그 손해에 대한 배상책임을 지지 않는다. 이러한 원칙을 과실책임의 원칙이라고 한다(지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 20면).

14) 곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 182면.

15) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결.

16) 곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 184면.

17) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 1502~1503면.

象的 過失¹⁸⁾만이 문제되는 것이고¹⁹⁾ 이러한 과실은 사회평균인으로서의 주의의무를 위반한 경우를 가리키는 것이지만, 그러나 여기서의 “사회평균인”이라고 하는 것은 추상적인 일반인을 말하는 것이 아니라 그때 그때의 구체적인 사례에 있어서의 보통인을 말하는 것이다.²⁰⁾

민사책임²¹⁾의 발생원인의 하나인 불법행위의 성립요건으로서의 고의와 과실은 원칙적으로 구별할 실익이 없다.²²⁾ 이는 행사책임에 있어서 그 성립에 원칙적으로 고의가 필요하고 과실에 관하여는 특별한 규정이 있는 경우는 제외하고 성립하지 않는 것과 구별된다.²³⁾ 다만, 손해배상의 범위결정에 있어서는 약간의 차이를 보일 뿐이다.²⁴⁾ 또한 불법행위에서 고의 또는 과실의 증명책임은 원칙적으로 피해자에게 있다.²⁵⁾ 그러나 입법에 의하여 증명책임이 전환되기도 하고(민법 제755조, 제756조 및 제758조)²⁶⁾ 증명책임 자체는 그대로 피해자에게 부담시키면서도 일정한 사실이 인정되면 가해자의 고의·과실을 사실상 추정함으로써 피해자의 입증의 부담을 경감하여 주기도 한다(“과실의 사실상 추정” 또는 “증명책임의 사실상의 전환”).²⁷⁾

2) 가해행위

불법행위책임은 자기의 고의·과실로 야기된 손해에 대해서 스스로 배상책임을 지는 것을 원칙으로 하며, 이를 “自己責任의 原則”이라 한다.²⁸⁾ 즉, 근대법에 있어서는 타인의 행위에 대하여는 책임을 지지 않고 자기의 행위에 관하여만 책임을 지는 것이 원칙인데,²⁹⁾ 산업화 이후 위험책임법리가 도입되면서 자기책임원칙의 영역도 점차 축소되고 있다. 구체적으로는 무능력자의 행위에 대한 감독자책임 및 피용자의 행위에 대한 사용자책임이 광범위하게 인정됨으로써 근대 초 자기책임의 원칙은 수정·보완되었다.³⁰⁾

18) 추상적 과실이란 주의의무의 준부를 행위자를 기준으로 하지 않고, 행위자의 직업·지위 등에 속하는 통상인으로서 하는 주의, 즉 선량한 관리자의 주의(민법 제324조, 제374조, 제681조 등 참조)를 하지 않음을 의미하고, 구체적 과실이란 행위자가 각자의 능력에 따라서 일상 자기의 사무를 처리하는 데 요하는 주의, 소위 “자기 재산과 동일한 주의(민법 제695조)”, “자기의 재산에 관한 행위와 동일한 주의(민법 제922조)”, “고유재산을 대하는 것과 동일한 주의(민법 제1022조)”를 하지 않음을 의미한다(곽윤직, 『民法注解 債權(11)』, 박영사, 2012, 191~192면).

19) 같은 취지로는 곽윤직, 『民法注解 債權(11)』, 박영사, 2012, 191면.

20) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12532 판결.

21) 민사책임이란 일반적으로 채무불이행책임과 불법행위책임을 말한다(송오식, 『불법행위법(이론과 판례)』, 법률정보센터, 2012, 1면).

22) 송오식, 『불법행위법(이론과 판례)』, 법률정보센터, 2012, 72면.

23) 곽윤직, 『民法注解 債權(11)』, 박영사, 2012, 183면.

24) 이은영, 『민법 II(제3판)』, 박영사, 2002, 447면.

25) 이는 채무불이행책임을 면하기 위하여 채무자가 자기에게 과실이 없음을 입증하는 것과 구별된다.

26) 지원림, 『민법강의(제6판)』, 홍문사, 2008, 1507면.

27) 곽윤직, 『民法注解 債權(11)』, 박영사, 2012, 204면.

28) 이은영, 『채권각론(제5판)』, 박영사, 2005, 756면.

29) 곽윤직, 『民法注解 債權(11)』, 박영사, 2012, 180면.

30) 이은영, 『채권각론(제5판)』, 박영사, 2005, 756면.

불법행위의 성립요건으로서 행위의 개념에 관하여는 외적인 결과를 야기시키는 의식 있는 거동으로 파악하는 견해(이른바 “因果的 行爲論”), 목적의 설정 - 수단의 선택 - 목적의 실현과 같은 일련의 목적적 활동의 수행으로 파악하는 견해(이른바 “目的的 行爲論”), 외부세계에 대한 의식 있는 사회적 행태로 파악하는 견해(이른바 “社會的 行爲論”), 의사에 의해 지배가능한 결과를 수반하는 유책적이고 의미부합적인 현실의 형식으로 파악하는 견해(이른바 “人格的 行爲論”) 등이 있으나, 어느 행위론을 취하든 민법 제750조의 해석에는 별 차이가 없다.³¹⁾

또한 행위에는 작위와 부작위가 모두 포함된다는 데 아무런 이론이 없지만,³²⁾ 작위의무 있는 자가 범의침해를 방지할 수 있었던 경우에 한하여 부작위는 불법행위를 구성한다.³³⁾

나. 가해행위의 위법성

1) 위법성의 본질

불법행위의 요건으로서 위법성이란, 어떤 행위가 법체계 전체의 입장에서 허용되지 않아 그에 대하여 부정적인 판단을 받음을 의미한다.³⁴⁾ 이러한 위법성의 본질은 위법성 판단의 대상 및 기준을 무엇으로 이해할 것인가를 규명함으로써 밝혀질 수 있다.³⁵⁾ 이는 각각 학설에 맡겨져 있다.

위법성의 판단 기준을 실정적 법률규범에 위반하는 것이 위법이라고 함으로써 실정법을 위반이라는 판단의 기준으로 하는 견해(形式的 違法論)와 사회의 공동생활을 실질적으로 해하는 것이 위법이라고 함으로써 사회공동생활을 실질적으로 침해하는 것을 판단의 기준으로 하는 견해(實質的 違法論)가 있다.³⁶⁾ 통설은 실질적 위법론이다.³⁷⁾

또한 위법성 판단의 대상을 사람의 주관적인 의식에 바탕을 둔 이른바 용태만을 위법성 판단의 대상으로 이해하는 견해(主觀的 違法論)와 사람의 인식이나 의사를 떠나서 객관적인 사실만이 위법의 대상이 된다고 보는 견해(客觀的 違法論)가 있다.³⁸⁾ 따라서 주관적 위법론은 책임능력자의 행위만을 위법성 판단의 대상으로 하는데 반하여, 객관적 위법론은 책임능력자의 행위뿐만 아니라 책임무능력자의 행위 모두 위법성 판단의 대상으로 한다고 한다.³⁹⁾ 위법이라는 평가를 받을 수 있는 것은 사람의 의사에 기한 용태에만 한정할 것은 아니며, 의사에 기하지 않는다고 생

31) 박윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 181면.

32) 박윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 181면.

33) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 1501면.

34) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 1508면.

35) 송오식, 「불법행위법(이론과 판례)」, 법률정보센터, 2012, 105면.

36) 박윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 207면 이하.

37) 이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2005, 801면.

38) 박윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 208면.

39) 송오식, 「불법행위법(이론과 판례)」, 법률정보센터, 2012, 107~108면.

각되는 사람의 용태 또는 자연적으로 생기는 사태와 같은 것도 그 대상이 될 수 있으므로 객관적 위법론이 통설이다.⁴⁰⁾

위법성의 평가와 관련하여 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권이나 그 밖의 권리를 침해한 경우 그 침해결과를 야기한 행위는 위법성조각사유가 없는 한 위법하다고 보는 견해(結果不法論)⁴¹⁾와 위법성의 본질을 가해행위에서 찾으려 하는 것으로 위법성의 평가에 있어서는 어떠한 행위의 결과로서 보호법익의 침해가 있었는가, 그러한 침해는 범규범이 행위자에게 부과한 주의 의무를 위반함에 의하여 야기된 것인가의 두 가지 점이 함께 고찰되어야 한다는 견해(行爲不法論)⁴²⁾가 있다.⁴²⁾

2) 위법성의 구체적 판단

위법성은 피침해이익의 성질과 침해행위의 태양과의 상관관계로부터 판단하여야 한다(이른바 “相關關係論”).⁴³⁾ 즉, 어떤 행위가 위법한지 여부는 침해된 법익의 성질(재산적 이익⁴⁴⁾, 비재산적 이익⁴⁵⁾ 등)과 그 침해행위의 태양(형벌법규 위반, 단속법규 위반, 공서양속 위반, 권리남용 등)과의 상관관계에 의하여 개별적으로 판단된다.⁴⁶⁾

또한 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정하여야 하는 것은 아니다. 즉, 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 한다.⁴⁷⁾ 그러나 위법성을 지닌 행위일지라도 특별한 사유가 있을 때에는 위법성이 조각된다. 위법성조각사유로는 정당방위, 긴급피난, 자력구제, 피해자 승낙, 정당행위가 있다.

40) 곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 208면.

41) 결과불법론의 반론으로는 첫째, 부작위에 의한 법익침해에 있어서 위법성 인정이 곤란하다는 점, 둘째, 자동차 운행, 원자력 이용 등 사회생활상 요구되는 주의의무를 다하여도 법익침해의 위험성이 있으나 그것의 사회적 유용성 때문에 허용되고 있는 “허용된 위험”으로 인한 사고의 경우 설명이 곤란하다는 점, 셋째, 단속법규 위반과 같이 결과가 발생하지 않아도 위법한 경우를 설명할 수 없다는 점이 거론되고 있다(송오식, 「불법행위법(이론과 판례)」, 법률정보센터, 2012, 105~106면).

42) 곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 209면.

43) 곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 210면; 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997, 33면; 송오식, 「불법행위법(이론과 판례)」, 법률정보센터, 2012, 108면; 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 1508면.

44) 소유권, 점유권, 제한물권, 광업권·어업권, 지식재산권, 용수권, 채권 등.

45) 인격적 이익으로서 생명·신체, 자유, 명예 등.

46) 박준서, 「주석민법 채권각칙 6(제3판)」, 한국사법행정학회, 2000, 121면. 가령 물권이나 인격권과 같은 절대권을 침해하는 행위는 일응 위법한 것으로 평가되지만, 채권과 같은 상대권을 침해하는 경우에는 제3자가 채권의 실현을 방해할 적극적인 의도로써 침해행위를 한 경우에만 위법하게 된다(지원림, 「민법강의(제7판)」, 홍문사, 2009, 1508면 참조).

47) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2001다734 판결; 대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결.

다. 손해의 발생

1) 손해의 현실성

불법행위가 성립하려면 가해행위에 의하여 손해가 발생하여야 한다. 이때의 손해란 피해자가 누리고 있던 보호법익에 대한 침해,⁴⁸⁾ 법에 의하여 보호되는 생활이익 즉, 법익에 관하여 받은 불이익⁴⁹⁾ 등으로 해석되고 있다. 이러한 손해는 현실적으로 발생한 것에 한한다.⁵⁰⁾ 따라서 단순히 손해 발생의 우려가 있을 뿐 피해자에게 손해가 현실적으로 발생하지 않으면 불법행위가 성립하지 않는다.⁵¹⁾ 또한 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회 통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다.⁵²⁾

통설은 손해의 의미를 이른바 “差額說”에 의하여 파악한다. 즉, 손해는 가해적 사태가 없었더라면 존재하였을 상태와 가해행위가 행하여진 현재의 상태를 비교함으로써 밝혀진다는 입장이다.⁵³⁾ 우리 판례도 “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것”⁵⁴⁾ 이라고 하여 차액설을 따른다. 반면, 피해자의 재산을 구성하는 개개의 권리 또는 법익이 입은 불이익(또는 손실)을 손해라고 하는 견해(具體的 損害說)도 있다.⁵⁵⁾

이러한 손해의 액수에 대한 증명책임은 손해배상을 청구하는 피해자인 원고에게 있으므로, 원고는 불법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 불법행위가 가해진 이후의 재산상태가 무엇인지에 관하여 이를 증명할 책임을 진다.⁵⁶⁾

2) 손해의 종류

(1) 재산적 손해와 비재산적 손해(정신적 손해)

우리 민법은 채무불이행에 의한 손해배상과 다르게 불법행위에 의한 손해배상에 관하여는 재산적 손해 이외에 비재산적 손해(정신적 손해)의 배상에 관한 규정을 두고 있다(민법 제751조 및 제752조).⁵⁷⁾ “재산적 손해”란 재산적 법익에 대하여 발생한 손해,⁵⁸⁾ 즉 경제적·재산적 불이익

48) 이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2005, 762면.

49) 곽윤직, 「채권총론(민법강의 3)」, 박영사, 2006, 106면.

50) 곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 408면.

51) 이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2005, 762면; 송오식, 「불법행위법(이론과 판례)」, 법률정보센터, 2012, 105면.

52) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28568 판결.

53) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 968면.

54) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결.

55) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 968면.

56) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011다25695 판결.

상태를 말하며, 적극적 손해이든 소극적 손해이든 묻지 않는다.⁵⁹⁾ 여기서 “적극적 손해”란 기존의 재산의 멸실 또는 감소를 의미하며, “소극적 손해”란 장래에 취득할 이익의 상실을 의미한다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

반면, “비재산적 손해”란 생명·신체·자유·명예 등 비재산적 법익에 대하여 발생한 손해를 의미한다.⁶²⁾ 비재산적 손해는 정신적 타격·고통·슬픔과 설움을 평가하는 것이라는 의미에서 이를 정신적 손해라고도 일컫는다.⁶³⁾ 이러한 비재산적 손해의 배상을 慰藉料라고 한다.⁶⁴⁾

우리 민법 제751조 제1항은 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있는데, 여기서 “재산 이외의 손해”는 정신적 손해를 의미하는 것으로 이해하여 민법 제751조는 제750조의 “손해”의 범위에 정신적 손해도 포함된다는 것을 주의적으로 규정한 것이라고 이해하는 것이 일반적이다.⁶⁵⁾

(2) 통상손해와 특별손해

우리 민법 제393조는 손해배상의 범위를 통상손해와 특별손해로 구분하고 있는데, 불법행위에서 이를 준용하고 있다(민법 제763조). “통상손해”란 불법행위가 있으면 사회 통념에 따라 일반적으로 생길 것으로 생각되는 손해이므로 채무자의 예견가능성의 유무와 관계없이 손해배상의 범위에 포함된다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾ 반면, “특별손해”란 당사자 간의 개별적·구체적 사정으로 인한 손해이며,⁶⁸⁾ 그 특별한 사정에 관하여는 채무자가 이를 알았거나 알 수 있었어야 한다. 여기서 알았거나 알 수 있었어야 한다는 것은 오직 손해의 원인이 된 특별사정에 관한 것이고, 그 결과인 손해에 관하여는 이를 알았거나 알 수 있었을 필요는 없다.⁶⁹⁾ 통설과 판례는 특별사정으로 인한 손해

57) 곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 408면.

58) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 970면.

59) 곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 408면.

60) 송오식, 「불법행위법(이론과 판례)」, 법률정보센터, 2012, 147면.

61) 적극적 손해와 소극적 손해의 구별실익은 적극적 손해는 통상손해이나, 소극적 손해는 특별손해로 되는 수가 많다는 데에 있다. 그러나 소극적 손해가 언제나 특별손해로 되는 것은 아님을 주의해야 한다(곽윤직, 「채권총론(민법강의 3)」, 박영사, 2006, 107~108면).

62) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 970면.

63) 곽윤직, 「채권총론(민법강의 3)」, 박영사, 2006, 107면.

64) 곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 408면.

65) 곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 408면.

66) 송오식, 「불법행위법(이론과 판례)」, 법률정보센터, 2012, 148면.

67) “일반적으로 불법행위로 인한 손해는 물건이 멸실되었을 때에는 멸실 당시의 시가를, 물건이 훼손되었을 때에는 수리 또는 원상회복이 가능한 경우에는 수리비 또는 원상회복에 드는 비용을, 수리 또는 원상회복이 불가능하거나 그 비용이 과다한 경우에는 훼손으로 인하여 교환가치가 감소된 부분을 통상의 손해로 보아야 한다”(대법원 1996. 1. 23. 선고 95다38233 판결).

68) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 986~987면.

배상에 있어서 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었는지의 판단기준 시점은 계약체결 당시가 아니라 채무의 이행기까지를 기준으로 판단한다.⁷⁰⁾

(3) 직접적 손해와 간접적 손해

“직접적 손해”란 침해된 법익 자체에 대한 손해를 말하며, “간접적 손해”란 법익침해로 인하여 피해자의 다른 법익에 발생한 결과적 손해를 말한다.⁷¹⁾ 이러한 구분은 간접적 손해가 배상 범위에 포함되는지가 쟁점이 되는데, 현행 민법은 이러한 구분을 예정하고 있지 않으므로 민법 제 393조가 정하는 기준(통상손해와 특별손해)에 따라 간접손해의 배상 여부를 정하면 족하다.⁷²⁾ 간접적 손해는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 것이라고 인정되는 경우에만 배상책임이 있다.⁷³⁾

다. 가해행위와 손해 간의 인과관계

1) 상당인과관계설

가해자가 배상하는 손해는 가해행위로 피해자에게 준 손해이므로, 가해행위와 손해의 발생과의 사이에는 인과관계가 있어야 한다.⁷⁴⁾ 이 인과관계의 범위는 채무불이행에 있어서와 마찬가지로 相當因果關係에 한한다(민법 제763조 및 제393조). 우리나라의 통설인 “상당인과관계설”은 “원인-결과”의 관계에 있는 많은 사실 중에 객관적으로 어떤 전행사실(前行事實)로부터 보통 일반적으로 초래되는 후행사실(後行事實)이 있는 때에 양자 사이에 상당인과관계가 있다고 한다.⁷⁵⁾ 즉, 상당인과관계설은 단순히 개개의 경우에 관하여 구체적으로 원인·결과의 관계를 고찰하는 데 그치지 않는다. 즉, 다시 이를 일반적으로 고찰하여 동일한 조건이 존재하는 경우에는 동일한 결과를 발생하게 하는 것이 보통이라는 경우에만 인과관계를 인정함으로써 우연한 사정이나 특수한 사정은 책임에서 제외한다.⁷⁶⁾ 또한 상당인과관계의 판단에 있어서는 가해행위 당시에 보통인이 알 수 있었던 사정과 가해자가 특히 알고 있었던 사정을 함께 고찰의 대상으로 한다(折衷說).⁷⁷⁾⁷⁸⁾

69) 곽윤직, 「채권총론(민법강의 3)」, 박영사, 2006, 115~116면.

70) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1532 판결.

71) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 973면.

72) 김준호, 「민법강의(신정4판)」, 법문사, 2004, 934면.

73) 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다5472 판결; 대법원 1995. 12. 12. 선고 95다11344 판결.

74) 곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 409면.

75) 곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 231면.

76) 이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2005, 775면.

2) 인과관계의 증명책임

불법행위책임의 성립요건으로서 인과관계에 대한 증명책임은 피해자가 진다.⁷⁹⁾ 그러나 교통사고, 공해, 제조물책임 등에 관한 불법행위소송에 있어 과실이나 인과관계의 존재에 관하여 그 증명이 곤란하다는 등의 이유로, 어느 정도의 상황사실이 증명되면 일응 과실이나 인과관계의 존재가 추정되고, 반증이 없는 한 가해자인 피고는 책임을 면할 수 없다고 하는 “一應의 推定”에 의한 증명방법이 인정된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.⁸⁰⁾ 우리 판례도 공해소송에 있어서의 인과관계의 증명책임에 관하여 다음과 같이 판시하였다. 즉, “일반적으로 불법행위로 인한 손해 배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 증명책임은 청구자인 피해자가 부담하나, 대기오염이나 수질오염에 의한 공해로 인한 손해배상을 청구하는 소송에 있어서는 기업이 배출한 원인물질이 물을 매체로 하여 간접적으로 손해를 끼치는 수가 많고 공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로도 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해의 발생 사이의 인과관계를 구성하는 하나 하나의 고리를 자연과학적으로 증명한다는 것은 극히 곤란하거나 불가능한 경우가 대부분이므로, 이러한 공해소송에 있어서 피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 우려가 있는 반면에, 가해기업은 기술적·경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라, 그 원인을 은폐할 염려가 있고 가해기업이 어떠한 유해한 원인 물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자측에서 그것이 무해하다는 것을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평의 관념에 적합하다.”라고 판시하였다.⁸¹⁾

77) 박윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 231면.

78) 현재 절충설이 통설이고, 이외에 채무자의 주관을 기준으로 고려되어야 할 사정을 결정하여야 한다는 “주관적 상당인과관계설”과 사후의 심사에 의하여 제3자가 객관적으로 결정하여야 한다는 “객관적 상당인과관계설”이 있다(지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 979면.).

79) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 1530면.

80) 박윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 235면.

81) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다65666 판결.

2. 형사책임의 성립요건(범죄의 성립요건)

가. 구성요건 해당성

1) 개념

범죄의 성립요건으로 구성요건 해당성, 위법성, 책임의 3단계를 요구하는 전통적인 범죄론의 체계에 있어 구성요건의 개념은 형법학상 가장 근본적인 문제이다.

구성요건이란 형벌을 과하는 근거가 되는 행위 유형을 추상적으로 기술한 것을 말한다. 모든 형법규정에는 입법자가 공동생활을 위하여 중요하다고 판단하여 그 침해에 대하여 형벌을 과하기로 한 법규범이 기초가 되고 있다. 이러한 구성요건은 구성요건 해당성과는 다른 개념이다. 즉, 구성요건은 법률상의 정형적·추상적인 개념임에 반하여, 구성요건 해당성은 어떤 행위(범죄구성 사실)가 법적 구성요건의 범죄정형적인 기술에 일치하는 것을 의미한다. 즉, 구성요건 해당성은 대전제로서의 법적 구성요건에 소전제로서 범죄구성사실을 해당시킴으로써 진행되는 논리 과정을 말한다.⁸²⁾ 예를 들어, 형법 제250조 제1항은 “사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 만약 다른 사람의 동물을 죽였다면 ‘사람’을 ‘살해’한 것이 아니기에 이것은 형법 제250조 제1항에서 정하고 있는 살인죄에 해당하지 않는다. 죄형법정주의의 원칙을 기본으로 하고 있는 형법상 어떤 행위가 형법에서 규정하고 있는 구성요건에 해당하는 경우에 한하여 범죄로서 처벌이 가능하다. 반면 아무리 반사회적, 비도덕적인 행위라 할지라도 그 행위가 형법의 범죄구성요건에 해당하지 않는다면 범죄라고 할 수 없고 따라서 처벌을 할 수도 없다.

2) 구성요건의 요소

(1) 기술적 구성요건요소과 규범적 구성요건요소

기술적 구성요건요소란 사실세계에 속하는 사항을 사실적·대상적으로 기술함으로써 개별적인 경우에 사실확정에 의하여 그 의미를 인식할 수 있는 구성요건요소를 말한다. 예를 들어 살인죄에 있어서 ‘사람’을 ‘살해’하는 자, 또는 절도죄에 있어서 ‘재물’과 같은 것이다. 이에 반하여 규범적 구성요건요소는 규범의 논리적 판단에 의하여 이해되고 보완적인 가치판단에 의하여 확정될 수 있는 구성요건요소를 말한다.⁸³⁾ 절도죄에 있어 재물의 타인성·불법영득의 의사·문서·공무원 등이 여기에 해당한다. 이러한 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소의 한계가 항상 명

82) 이재상, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2008, 102~103면.

83) 이재상, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2008, 108~109면.

백한 것은 아니다.⁸⁴⁾

(2) 객관적 구성요건요소와 주관적 구성요건요소

객관적 구성요건요소란 행위의 외적 발생형태를 결정하는 상황을 의미한다. 즉, 행위의 주체, 행위의 객체, 행위의 태양, 결과의 발생 등이 속한다. 또한 결과범에 있어 행위와 결과 사이의 인과관계도 객관적 구성요건요소에 해당한다. 한편, 주관적 구성요건요소란 행위자의 관념세계에 속하는 심리적·정신적 구성요건상황을 말한다. 목적범(目的犯)에 있어서 목적(目的)이나 경향범(傾向犯)에 있어서 내적 경향(內的 傾向)은 불법요소로서의 주관적 구성요건요소이다. 따라서 절도죄나 횡령죄의 정형적 불법은 불법영득의 의사가 있어야 실현되며, 사기죄의 불법도 불법이득의 의사를 필요로 한다. 그러나 고의범(故意犯)에 있어서 행위의 불법내용은 구성요건적 고의(故意)를 떠나서는 확정될 수 없다. 따라서 고의는 주관적 불법요소로서 가장 중요한 주관적 구성요건요소가 된다.⁸⁵⁾

나. 위법성

1) 개념

범죄가 성립하기 위해서는 먼저 구성요건 해당성이 인정되어야 하고, 이러한 구성요건에 해당하는 행위는 전체 법질서의 가치평가에 의하여 실질적인 불법요소가 확정되지 않으면 안 된다. 즉, 구성요건에 해당하는 행위가 적법한가 위법한가에 대한 종국적 판단은 위법성의 단계에서 비로소 가능하게 된다. 그러나 이러한 위법성 문제는 구성요건에 해당하는 행위의 위법성이 위법성 조각사유에 의하여 조각되는가라는 소극적 의미를 가질 뿐이다. 즉, 구성요건에 해당하는 행위는 위법성조각사유에 해당하지 않으면 위법한 것으로 평가된다.⁸⁶⁾

위법성이란 구성요건에 해당하는 행위가 법률상 허용되지 않는 성질을 말한다. 일반적으로 구성요건에 해당하는 행위는 위법한 것으로 인정된다. 하지만 형법은 예외적으로 위법성이 인정되지 않는 경우를 정하고 있다. 이러한 예외 경우에 해당이 된다면 구성요건에는 해당되나 위법하지 않다고 판단되어 결국 범죄가 되지 않는다. 이때 위법성이 인정되지 않는 예외적인 경우를 '위법성조각사유'라고 한다.

84) 예를 들어, 부동산이 절도죄의 재물에 해당하는지, 분만 중의 영아가 사람인가의 문제는 규범적 평가에 의하지 않고서는 해결할 수 없다.

85) 이재상, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2008, 109면.

86) 이재상, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2008, 208면.

2) 위법성조각사유

형법이 규정하고 있는 위법성조각사유로는 ① 정당방위(제21조), ② 긴급피난(제22조), ③ 자구행위(제23조), ④ 피해자의 승낙(제24조), ⑤ 정당행위(제20조)가 있다.

첫째, 정당방위란 자신이나 타인이 범죄의 위험에 있는 경우 그 위험으로부터 자신이나 타인을 방어하기 위한 행위를 말한다. 예를 들어 어떤 사람의 살해 행위에 대해 자신의 생명을 보호하기 위해 그 사람을 공격하여 다치게 한 경우 이를 정당방위로 볼 수 있다.

둘째, 긴급피난이란 자신이나 타인에게 위난이 발생한 경우에 그 위난을 피하기 위한 행위를 말한다. 예를 들어 사나운 개로부터 쫓기다가 다른 사람의 집의 유리창을 깨고 긴급히 피난한 경우에는 긴급피난으로 볼 수 있다.

셋째, 자구행위란 권리자가 그 권리를 침해당한 때에 스스로 그 권리를 회복하기 위한 행위를 말한다. 물건을 훔친 도둑을 추격하여 그 물건을 다시 되찾으며 도둑에게 폭행을 가했더라도 이는 자구행위로서 위법성이 부정될 수 있다.

넷째, 피해자의 승낙이란 피해자가 행위자에게 자신에 대하여 자신의 법익을 침해하는 것을 허락하는 행위를 말한다. 예를 들어 의사가 환자의 승낙을 받아 수술을 하였다면 이는 피해자의 승낙에 의해 위법성이 인정되지 않는 경우이다.

다섯째, 정당행위란 법령, 업무로 인한 행위나 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위를 말한다. 가장 기본적이고도 일반적인 위법성조각사유로서 어떤 행위가 사회 통념에 비추어 용인된다고 인정될 수 있다면 위법성이 부정되게 된다. 경찰관이 영장을 발부받아 피의자를 체포, 구속하는 경우 법령에 의한 행위로서 정당행위에 해당하게 된다.

다. 책임

1) 개념

형벌에서는 “책임 없으면 형벌 없다”는 책임주의(Schuldprinzip)가 적용되고 있다. 책임이란 위법한 행위에 대하여 행위자를 개인적으로 비난할 수 있는 문제를 말한다.⁸⁷⁾

행위자가 법에 따라 행위할 수 있었음에도 불구하고 위법하게 행위하였다는 규범적 평가, 즉 불법을 저지른 행위자에 대한 비난 가능성에 책임의 본질이 있다. 따라서 행위자에게 적법하게 행위할 수 있는 능력, 즉 책임능력이 없을 때는 책임도 없다. 이러한 의미에서 책임은 책임능력(責任能力)을 논리적으로 전제하며, 책임능력은 귀책능력(歸責能力)을 의미한다고 할 수 있다. 이러한 책임능력은 법규범에 따라 행위할 수 있는 능력을 내용으로 한다. 형법의 책임능력 규정 역

87) 이재상 외2, 「형법총론(제10판)」, 박영사, 2019, 312면.

시 위법성 규정과 마찬가지로 소극적 방법을 사용한다.⁸⁸⁾ 즉, 형법은 인간의 책임능력을 일반적으로 전제하면서, 예외적으로 책임능력이 없거나(책임무능력), 책임능력이 저감되는(한정책임능력) 경우를 규정하는 방식을 취하고 있다.

2) 책임조각사유

형법에서 규정하고 있는 책임조각사유로 ① 책임무능력자로 형사미성년자와 심신상실자, ② 한정책임능력자로 심신미약자, 농아자, ③ 원인에 있어 자유로운 행위를 규정하고 있다.

첫째, 14세 되지 아니한 자의 행위는 별하지 아니한다(제9조). 형법은 14세 되지 아니한 자에 대하여는 개인적인 지적, 도덕적 또는 성격적인 발달상태를 고려하지 않고 절대적 책임무능력자로 규정하고 있다.

둘째, 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 별하지 아니한다(제10조 제1항).

셋째, 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다(제10조 제2항).

넷째, 농아자의 행위는 형을 감경한다(제11조). 농아자란 청각과 발음기능에 장애가 있는 자, 즉 농자인 동시에 아자인 자를 말한다. 농아교육의 발달에 의하여 농아자 가운데 사물을 변별하고 의사를 결정할 능력이 통상인과 조금도 다름이 없는 자가 있음에도 불구하고 모두 한정책임능력자로 규정하여 형을 감경하도록 한 것에는 입법론상 문제가 있다는 지적도 있다.⁸⁹⁾

다섯째, 원인에 있어서 자유로운 행위란, 심신장애인의 행위와는 달리, 행위자가 자의로 스스로를 심신장애 상태에 빠지게 하고 이 상태에서 범죄를 실행하는 범행 형태이다.

3. 민사책임과 형사책임의 차이점

민사책임(불법행위책임)과 형사책임은 사회적으로 비난 가능한 행위에 대해 사법과 공법적으로 책임을 묻는 법률 체계라고 할 수 있다. 민사책임과 형사책임은 사회적 타당성이 결여된 불법행위를 대상으로 한다는 공통적인 측면을 갖지만, 법적 책임을 묻는 방법, 절차, 그리고 결과 등은 다르다.⁹⁰⁾

형사책임은 구성요건 해당성, 위법성, 책임으로 구성되는 범죄성립 3원론을 확립하여 그 체계

88) 이재상 외2, 「형법총론(제10판)」, 박영사, 2019, 326면.

89) 이재상 외2, 「형법총론(제10판)」, 박영사, 2019, 336면.

90) 가정준, “‘형사책임’과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018.

를 이루고 있다. 첫째, 법률에 규정된 구성요건상의 요소를 충족하는지 여부에 대한 구성요건 해당성에 대한 판단, 둘째, 구성요건에 해당하는 행위가 법에 위반하는 것인지 여부에 대한 위법성 판단, 셋째, 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 행위자에 대한 비난 가능성에 대한 책임의 판단 등을 통해 형사책임의 여부를 결정하게 된다.⁹¹⁾

민사책임도 이러한 구조와 체계, 즉 구성요건, 위법성, 책임을 요구하고 있으나 내용적으로 조금 다르다. 민사책임에서의 구성요건 해당성은 형사책임의 죄형법정주의와 달리 명시적·열거적이지 않다. 민법 제750조 일반규정을 통해 구성요건을 일반화하고 있는 차이가 있다. 즉, 불법 행위란 법률질서를 깨뜨리는 행위로서 법률에서 허용되지 않는 것으로 평가되는 행위이며, 구체적으로는 타인에게 손해를 주는 위법한 행위이며, 행위자는 그의 행위로 생긴 손해를 피해자에게 배상하여야 할 채무를 부담하게 된다(민법 제750조).⁹²⁾ 일반적으로 민사책임에서도 민법 제750조를 통해 위법성을 요구하고 있는데, 이에 대한 판단은 형사책임과 같이 법률에 규정된 객관화된 내용으로 판단하는 것이 아니라, 법체계 전체의 입장, 사회 통념, 그리고 피침해법익과 침해행위 사이의 상관관계 등에 대한 고려를 통해 판단한다.⁹³⁾ 즉, 민사책임에서의 위법성이란, 어떤 행위가 법체계 전체의 입장에서 허용되지 않아 그에 대하여 부정적인 판단을 받음을 의미하는데,⁹⁴⁾ 이러한 위법성의 본질은 위법성 판단의 대상 및 기준을 무엇으로 이해할 것인가를 규명함으로써 밝혀질 수 있다.⁹⁵⁾ 한편, 민사책임에서 책임능력은 자기의 행위가 타인의 법익을 위법하게 침해한다는 것을 알기에 족한 판단능력, 즉 위법행위를 유책적으로 범할 수 있는 능력을 통해 민사책임의 여부를 결정하게 된다. 이와 같은 내용의 차이가 있음에도 동질적인 구조로 인하여 행위와 행위자에 대한 비난 가능성에 대한 정당화 사유인 위법성조각사유, 책임조각사유가 있으면, 형사책임을 면제 또는 감경받는 사유들이 민사책임에서도 유사하게 나타난다.⁹⁶⁾

91) 가정준, “형사책임과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018.

92)곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 377면.

93) 가정준, “형사책임과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018.

94) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 1508면.

95) 위법성의 판단 기준을 실질적 법률규범에 위반하는 것이 위법이라고 함으로써 실정법을 위반이라는 판단의 기준으로 하는 견해(形式的 違法論)와 사회의 공동생활을 실질적으로 해하는 것이 위법이라고 함으로써 사회공동생활을 실질적으로 침해하는 것을 판단의 기준으로 하는 견해(實質的 違法論)가 있다. 통설은 실질적 위법론이다.

또한 위법성 판단의 대상을 사람의 주관적인 의식에 바탕을 둔 이른바 용태만을 위법성 판단의 대상으로 이해하는 견해(主觀的 違法論)와 사람의 인식이나 의사를 떠나서 객관적인 사실만이 위법의 대상이 된다고 보는 견해(客觀的 違法論)가 있다. 따라서 주관적 위법론은 책임능력자의 행위만을 위법성 판단의 대상으로 하는 데 반하여, 객관적 위법론은 책임능력자의 행위뿐만 아니라 책임무능력자의 행위 모두 위법성 판단의 대상으로 한다고 한다. 위법이라는 평가를 받을 수 있는 것은 사람의 의사에 기한 용태에만 한정할 것은 아니며, 의사에 기하지 않는다고 생각되는 사람의 용태 또는 자연적으로 생기는 사태와 같은 것도 그 대상이 될 수 있으므로 객관적 위법론이 통설이다.

위법성의 평가와 관련하여 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권이나 그 밖의 권리를 침해한 경우 그 침해결과를 야기한 행위는 위법성조각사유가 없는 한 위법하다고 보는 견해(結果不法論)와 위법성의 본질을 가해행위에서 찾으려 하는 것으로 위법성의 평가에 있어서는 어떠한 행위의 결과로서 보호법익의 침해가 있었는가, 그러한 침해는 법규범이 행위자에게 부과한 주의의무를 위반함에 의하여 야기된 것인가의 두 가지 점이 함께 고찰되어야 한다는 견해(行爲不法論)가 있다.

96) 가정준, “형사책임과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018.

민사책임의 그 구조와 체계는 형사책임을 기초로 하고 있지만, 민사책임과 형사책임은 그 목적을 분명히 달리 하기 때문에 그 목적에 따라 이론적 구성과 발전이 다르게 나아가야 할 것이다.⁹⁷⁾ 기본적으로 형사책임은 법률에서 규정한 일정한 행위를 범죄로 규정하고 이러한 행위를 한 자를 범죄자로서 국가가 형벌을 가함으로써 이러한 행위를 억제하는 것을 목적으로 한다면, 민사책임은 피해자에게 발생된 손해를 일정한 요건이 충족되면 이를 가해자에게 부담시킴으로써 피해자를 구제하고자 한다.⁹⁸⁾

표 1 | 민사책임과 형사책임 비교

	민사책임	형사책임
요건	포괄적 구성요건	개별적 구성요건
목적	결과(손해)에 대한 배상(배상, 예방)	행위에 대한 제재(처벌, 예방)
소추권자	개인	국가
책임	금전배상	형벌
책임의 대상	귀책사유로 손해를 발생시킨 행위	형법에 규정된 행위
체계	고의 또는 과실, 손해의 발생, 인과관계	구성요건 해당성, 위법성, 책임
위법성조각사유	정당방위, 정당행위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙	정당방위, 정당행위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙
책임면제	책임무능력자 및 행위무능력자	책임무능력자
한계	낮은 손해배상액 높은 소송 비용	형벌의 한계 형사책임의 확대 높은 사회적 비용

※ 출처: 가정준, “형사책임과 민사책임의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018, 7면.

4. 민사책임과 형사책임의 관계

형사책임과 민사책임은 특정행위를 한 행위자에게 다른 방법과 범위로 책임을 부담시키는 구조를 갖는다. 형사책임의 목적은 개인적 측면에서 보면 피해자를 위한 응보적 의미를 가지며, 사회적으로는 적극적 예방의 의미를 갖는다. 반면, 민사책임의 목적은 개인적으로 피해자의 손해를 전보하는 것이며 이에 따른 부수적인 효과가 잠재적 불법행위에 대한 예방적 의미를 가진다.⁹⁹⁾ 결국 형사책임과 민사책임은 직접·간접적으로 불법행위에 대한 예방적 효과를 갖는다고 할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 영미법계 국가에서는 징벌적 손해배상이 추구하는 사전 억제 기능에 대한 유용성은 미

97) 가정준, “형사책임과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018, 8-9면.

98) 가정준, “형사책임과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018, 8-9면.

99) 가정준, “형사책임과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018, 17면.

100) 가정준, “형사책임과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018, 17면.

국 불법행위법에서 많이 증명되었고,¹⁰¹⁾ 무엇보다도 이러한 기능이 입법적, 행정적이 아닌 사법적으로 기능하였다는 점에서 영미법계 불법행위법에서 징벌적 손해배상이 갖는 의미라고 할 수 있다.

II 징벌적 손해배상과 형사법의 관계

1. 우리법 체계상의 징벌적 손해배상제도 도입

징벌적 손해배상은 2011년 「하도급 거래의 공정화에 관한 법률」(이하 하도급법이라 함)에 규정된 이래 「제조물 책임법」 및 「대리점 거래의 공정화에 관한 법률」, 「개인정보보호법」 등에 순차적으로 도입되었고, 2019년에는 「특허법」과 「부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률」, 「상표법」, 「디자인보호법」 등 산업재산권의 보호 방안으로 규정되었다. 그런데 징벌적 손해배상제도는 우리 법체계에 부합하지 않는 영미법상의 제도라는 이유로 도입과정에서 찬반론이 있었다.

도입에 찬성하는 입장에서는 전보적 손해배상만으로는 피해를 보전하기 충분하지 않다는 점, 위반행위를 억지할 수 있는 현실적 대안이 될 수 없다는 점 및 형벌의 보충성에 비추어 형벌이 작용하기 어려운 지점에 대안으로서 기능할 수 있다는 점을 들고 있으며, 도입에 반대하는 입장에서는 징벌적 손해배상제도가 민사와 형사를 엄격히 구별하는 우리 법제에 부합하지 않고, 원고의 남(濫)고소 및 기획소송 등이 있을 수 있고 과도한 손해배상으로 기업이 파산할 위험이 있다는 점 등을 근거로 제시하였다.¹⁰²⁾

새로운 제도의 도입에 대해 찬반론이 대두되는 상황에서는 사회경제적 상황과 정치권의 이해가 맞물려 제도 도입이 결정되는 경우가 있는데, 서민경제의 기반 약화로 인해 국민의 불만이 증가한 상황에서 대기업 위주의 성장우선 경제노선에 대한 일부 수정이 불가피한 정치권의 입장에서는 동반성장이라는 정책적 기조에 부응하기 위한 입법이 필요했고, 그 일단이 하도급법상의 징벌적 손해배상제도로 나타난 것으로 평가된다.¹⁰³⁾ 다만 이후 징벌적 손해배상제도가 도입된 법

101) 모든 '징벌적 손해배상'이 억제적 효과를 증진시키는 것은 아니라는 반대 의견도 있다. 자세한 것은 James Boyd and Daniel E. Ingerman, "Do Punitive Damages Promote Deterrence?", 19 Int. R. L. & Eco. 1, 47 (1999)(가정준, "형사책임과 민사책임의 역할과 그 한계", 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018, 27면 재인용).

102) 징벌적 손해배상제도의 찬반론에 대해 자세히는 김태선, 「징벌적 손해배상제도의 관련 쟁점 및 국내에서의 논의현황」, 한국법제연구원, 입법평가 회의자료집 12, 2012, 14~18면 참조.

103) 박성민, "징벌적 손해배상제도의 형사체계편입에 대한 비판적 고찰 -하도급법상의 적용제한을 중심으로-", 홍익법학 제18권

를들을 보면 이와 같은 정책 기조가 유지되기보다는 범죄의 억지 및 예방이라는 징벌적 손해배상 제도의 본질에 더해 피해구제의 강화에 초점을 맞춘 것으로 풀이된다.¹⁰⁴⁾

징벌적 손해배상은 민사적 구제수단이면서 성격상 징벌의 특징을 가진다는 점에서 준형사법(Quasi-criminal)으로 지칭된다.¹⁰⁵⁾ 국가공형벌권의 공정한 적용과 사형벌(私刑罰)의 엄격한 자제를 본질로 하는 우리 형사법체계하에서는 형사벌 이외에 그에 준(Quasi-)하는 제재를 인정하는 것은 곤란하다는 점에서 징벌적 손해배상은 효율적인 민사구제를 위해 금전배상이라는 위하효(威嚇效)를 극대화한 특수한 민사제재로서 손해배상의 일종으로 이해된다.¹⁰⁶⁾ 다만 민법상의 전보적 손해배상이 피해자의 원상회복을 전제로 피해자의 실손에 초점을 맞추고 있는 것과 달리 징벌적 손해배상은 피해자의 실손에 주안점을 두지 않는데, 이는 징벌적 손해배상이 위반행위에 대한 제재와 예방을 목적으로 하기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 여러 논란 가운데 현재는 징벌적 손해배상제도가 우리 법제에 도입됨으로써 종래의 찬반론은 그 의미를 크게 상실했지만, 손해배상의 일종이면서도 제재와 예방을 목적으로 하는 특질로 인해 징벌적 손해배상이 우리 민형사체계와 부합할 수 있는지, 즉 우리 법체계와의 정합성에 대한 문제는 여전히 숙제로 남아있다. 본고에서는 특히 우리 형사법체계와의 정합성 문제로 제한하여 논의를 전개하고자 한다.

2. 형사법체계와의 정합성의 의미

징벌적 손해배상제도가 도입된 지 10여 년이 지난 지금 징벌적 손해배상제도가 우리 법제에 안착하여 기능하고 있는지를 확인할 필요가 있다. 그 전제가 되는 것으로 우리 법체계, 특히 형사법체계와의 정합성에 관한 문제가 제기된다. 징벌적 손해배상제도의 도입 즈음에 형사법체계에서는 징벌적 손해배상제도를 우리 형사법의 틀 속에 포섭하려는 시도가 있었다. 대체로 형사제재로서의 기능적 측면을 중점으로 형사법체계로의 편입 가능성을 염두에 둔 시도이지만, 체계편입이 불가능한 경우에 형사법체계와 양립·병존할 수 있는지도 함께 살펴보아야 할 것이다. 이에 징벌적 손해배상제도의 형사법체계의 정합성의 문제는 크게 형사법체계의 편입 가능성과 공존병립 가능성으로 나누어 판단할 필요가 있다. 그리고 형사법체계의 편입가능성은 궁극적으로 징벌

제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 197면.

104) 개인정보보호법 제39조 및 특허법 제128조 제8항 및 제9항은 징벌적 손해배상제도의 도입을 목적으로 피해구제 강화라는 점을 그 입법취지에서 분명히 하고 있다.

105) 이의섭, 「영미법사례로 본 하도급법상의 징벌적 손해배상제도의 문제점 고찰」, 한국건설산업연구원, 2014, 8면.

106) 박성민, “징벌적 손해배상제도의 형사체계편입에 대한 비판적 고찰 -하도급법상의 적용제한을 중심으로-”, 홍익법학 제18권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 194면.

107) “...punitive damages are merely private fines levied by civil juries to punish reprehensible conduct and to deter its future occurrence.” (Gerts v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323,396(1974)).

적 손해배상이 형사제재로 기능할 수 있는지, 또는 형벌이 될 수 없다면 형벌을 대체하거나 보완할 가능성이 있는지, 즉 대안으로서의 모색도 아울러 검토할 필요가 있다. 형벌의 보충성에 따라 민사상 손해배상의 한 형태이면서 위반행위에 대한 억지 및 예방기능을 징표하는 징벌적 손해배상이 형벌의 대안 또는 보완책으로 기능할 수 있는지는 징벌적 손해배상제도의 중요한 판단지점이다.

우리 헌법재판소는 형법 제307조 제1항의 사실적시명예훼손죄에 대한 합헌결정을 함에 있어 명예훼손행위에 대한 외국의 입법례처럼 징벌적 손해배상제도를 취하지 않는 한 형사제재가 현실적 수단일 수 있다는 논거를 취하고 있다.¹⁰⁸⁾ 헌법재판소의 결정만 보면 징벌적 손해배상이 민사적 구제 방법으로 형벌을 대체할 수 있는 대안이 될 수 있다는 입장처럼 이해될 수도 있지만, 이는 징벌적 손해배상제도와 같은 강력하고 현실적인 제재수단이 없는 상황에서 현행 전보적 손해배상만으로는 피해자에 대한 구제가 적절하지 않다는 논거의 하나로서 적시된 것일 뿐이다.¹⁰⁹⁾ 해당 판례에서 주목할만한 것은 헌법재판소가 징벌적 손해배상을 민사상의 손해배상의 일종으로 이해하고 있다는 점이다.

한편, 징벌적 손해배상이 형사법체계에 편입될 수 없다면 형사제재와 병존·양립가능한지를 살펴봐야 한다. 이를 위해서는 현재 징벌적 손해배상제도를 도입한 법률의 현황과 배상액 산정 시 고려사항, 특히 재산형인 벌금형과의 조화 가능성 등을 함께 검토하여야 한다. 또한 형사법체계와의 정합성 논의에 붙여 특히 형사법상의 책임주의와의 조화 여부도 중요한 쟁점이라고 할 수 있다.

3. 형사제재로서 징벌적 손해배상의 가능성

가. 형벌과의 정합성

징벌적 손해배상은 금전벌의 성격을 가지므로 형벌인 재산형으로 적합한지가 문제될 수 있다. 근대 형사사법체계에서 재산형은 보편적인 형벌의 종류로 인식된다. 우리나라도 재산형으로 벌금과 과료, 몰수를 규정하고 있는데, 특히 상한에 제한이 있는 과료나 범죄에 사용한 물건 또는

108) “공연히 사실을 적시한 명예훼손 행위의 피해자는 민사상 손해배상을 청구할 수 있고(민법 제751조 제1항), 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 같음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다(민법 제764조).”, “그러나 징벌적 손해배상(punitive damages)이 인정됨에 따라 민사상 손해배상을 통해 형벌을 대체하는 예방이나 위하효과를 달성할 수 있는 입법례와 달리, 우리나라의 민사적인 구제방법만으로는 형벌과 같은 예방이나 위하효과를 확보하기 어렵다.”, “또한, 민사상 구제수단의 경우 소송비용의 부담이 있고, 소송기간이 장기화될 수 있어, 비록 민사소송에서 승소하더라도 그 사이 실추된 명예 및 그로 인한 손해를 회복하는 것은 쉽지 않다.”, “이처럼 명예훼손적 표현행위에 대한 실효적인 구제방법이 마련되어 있지 않은 상황에서, 피해자로서는 그 행위의 즉각적인 중단, 출판물 등의 자발적 폐기, 정보통신망 게시물 등의 자발적 삭제 등을 유도하기 위한 수단으로 형법상 명예훼손죄에 의지할 수밖에 없는 것이 오늘날의 현실이다.”(헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113).

109) 징벌적 손해배상을 채택한 대부분의 법률이 그 입법 취지로 피해자에 대한 구제 강화를 제시하고 있는 점을 상기하자.

범죄수익을 대상으로 하는 몰수와 달리 벌금형은 그 상한이 없고 대상이나 목적에도 제한이 없다는 점에서 유사한 성격을 가진 징벌적 손해배상과의 관계가 문제될 수 있다. 즉, 총액벌금제를 취하면서 벌금액수에 상한을 두지 않는 벌금제도를 두고 있는 우리 현실에서 벌금형과 구별되는 재산형의 하나로 징벌적 손해배상을 인정할 수 있는가 하는 점이 관건이다.

벌금형과 달리 징벌적 손해배상의 부과를 위해서는 피해자의 신청이 필요한데, 만약 징벌적 손해배상을 법정의 형벌로 자리매김하면 형벌의 선택을 피해자의 의사에 좌우하게 된다. 이는 종래 형벌권의 발동이 피해자의 의사에 좌우되는 친고죄나 반의사불벌죄와는 다르다. 친고죄나 반의사불벌죄의 경우에는 피해자의 의사가 형사소추에 영향을 미치는 것임에 반해, 징벌적 손해배상은 형종의 선택을 피해자의 선택에 맡기는 것이다. 유죄판결 이후 형종을 선택하는 것은 법원의 권한으로 피해자나 가해자의 의사에 의해 좌우될 성질의 것이 아니며, 이를 인정하는 것은 이슬람 율법인 샤리아처럼 복수형으로서 사형벌을 인정하는 것¹¹⁰과 다름없다. 물론 이에 대해서는 징벌적 손해배상제도를 정비하여 형벌권의 발동에 피해자의 신청요건을 배제하는 것으로 문제를 해결할 수 있다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 신청요건은 차치하더라도 징벌적 손해배상은 원칙적으로 피해자의 손해배상을 본질로 한다는 점에서 국가가 형벌권의 행사를 통해 채권자의 채권추심기관의 기능을 하게 된다는 비판에서는 자유로울 수 없다. 이미 우리 형사소송법은 형사사건에서 유죄판결을 선고할 경우 불법행위로 인해 발생한 피해자의 물적 피해 및 위자료 등을 배상할 것을 선고하는 배상명령제도를 두고 있다. 배상명령제도는 법원이 유죄판결을 선고할 때 피해자에게 손해배상을 명령한다는 점에서 징벌적 손해배상과 유사하다고 할 수 있다. 배상명령제도에 있어 피해배상의 범위는 전보적 손해 및 위자료로서 일반적인 손해배상의 범위에 한정된다는 점에서 배액배상이 가능하게 제도를 정비하면 현행의 배상명령제도의 틀 안에서 징벌적 손해배상을 운용할 수 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

개인적으로는 액수의 상한이 없는 벌금형을 두고 있는 상황에서 벌금형과 구별되는 형벌로서 징벌적 손해배상을 인정할 실익은 크지 않은 것으로 생각된다. 앞서 살펴본 바와 같이 국가공형벌권과 부합하지 않는다는 점 이외에도 재산형의 집행력 확보도 문제이다. 전보적 손해배상의 집행력이 담보되지 않은 현실에서 형벌로서 국가에 의한 강제집행력을 확보할 수 있다는 점은 충분히 매력적일 수 있지만, 이미 형벌로서 벌금형도 그 집행력의 한계로 인해 과거 황제노역 논란이 있었고, 이는 일부 개선이 이루어진 지금도 여전한 문제라는 점¹¹¹에서 별도의 재산형을 인정할

110) 얼굴에 황산 테러를 당해 실명한 이슬람 여성에게 이에는 이 눈에는 눈이라는 talio의 적용을 통해 가해자의 눈에 황산을 떨어 뜨리는 형을 실행할지 아니면 형사처벌을 실행할지를 결정하게 한 사례가 있다(중앙일보, “눈에는 눈” 가혹한 이슬람 율법 논란, 2010. 10. 7., <https://www.joongang.co.kr/article/4504825#home>, 2022. 5. 30. 방문).

111) 벌금이 미납되면 소위 환형유치라는 제도를 통해 노역장 유치로 벌금형을 대체하게 되는데, 과거 수백억의 벌금을 몇 개월의 노역만으로 면하게 한 황제노역 논란이 있었다. 이후 형법 제70조 제2항은 벌금형의 집행을 담보하기 위해 벌금액수에 따른 노역장 유치 기간을 특정하였다. 하지만 이조차도 최대 3년을 넘을 수 없다는 제한이 있어 수천억의 벌금을 3년이내의 노역으로 면할 수 있다는 분명한 한계가 있다.

실익에 의문을 가지게 한다. 벌금형의 개선이 필요하다면 징벌적 손해배상의 형벌편입보다는 최근 벌금형 부과의 형평성을 실현하고 집행률을 제고하기 위해 현행 총액벌금형제도를 일수벌금형제도로 전환하는 것이 보다 바람직한 선택지가 될 것으로 판단된다.

나. 보안처분과의 정합성

앞서 살핀 바와 같이 징벌적 손해배상에 대한 형벌의 편입 가능성은 적절하지 않은 것으로 판단된다. 형사제재로서 형벌이 되기 위해서는 형종으로서 그 집행방법까지 형법에 규정해야 하는 입법상의 어려움도 있다. 이에 징벌적 손해배상에 대해 형벌보다는 입법과정 및 집행방법의 설정이 용이한 대물적 보안처분으로서 기능할 여지는 없을까? 결론적으로 징벌적 손해배상은 대물적 보안처분으로서 기능하기도 어려운 것으로 생각된다. 우선 징벌적 손해배상은 재범의 위험성 및 범죄자의 교정교화라는 보안처분의 본질 또는 목적과 부합하기 어렵다. 본래 보안처분은 범죄자의 재범 위험성을 고려하여 범죄자를 교정 교화하기 위해 부과하는 형사제재이다. 징벌적 손해배상도 범죄(또는 불법행위) 예방 및 억지에 초점을 맞추고 있지만, 이는 보안처분이 기능하는 사후적·회고적 의미에서의 범죄 발생 이후의 재범 예방 및 억지가 아님은 분명하다. 이런 점에서 징벌적 손해배상에서의 범죄 예방 및 억지는 재범의 예방 및 억지가 아닌 초범의 예방 및 억지로 평가된다. 현행법체계상에도 징벌적 손해배상의 부과 시 재범의 위험성을 고려하여 부과 여부를 결정하는 기제는 없다. 다만 현행 법제에서 침해행위를 한 자의 피해방지 노력 및 피해구제 노력의 정도를 배상액 산정에 고려하는데, 이는 배상액 산정의 기준일 뿐 징벌적 손해배상 부과 여부를 결정하는 기준은 아니다. 징벌적 손해배상은 현실적 범죄자의 재범방지가 아닌 잠재적 범죄자의 초범 예방 및 범죄 억지에 초점을 맞추고 있으며, 배액배상을 통해 징벌적 손해배상을 통해 범죄자를 교화·개선하겠다는 목적달성도 어렵다.

다만, 몰수(범죄수익 환수를 포함)를 보안처분의 일종으로 보는 입장에서는 예방적 몰수의 차원에서 징벌적 손해배상을 이해할 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 즉 대물적 보안처분으로서 몰수를 이해하는 입장 중 예방적 몰수개념을 긍정하는 관점에서 징벌적 손해배상을 몰수의 형태로 이해할 수 있는가 하는 점이다. 몰수는 형벌의 종류면서 다른 형벌과 달리 주형이 아닌 부가형의 성질을 가지고 있다는 점에서 기존 형벌과의 이중 처벌 논란에서도 자유로우므로 가능한 선지 중의 하나로 판단된다. 다만 이를 위해서는 징벌적 손해배상이 배상의 명령에 그쳐서는 안되고 강제집행력을 담보할 것이 요구된다. 이는 현재의 징벌적 손해배상제도와 부합하지 않는데 징벌적 손해배상을 부과하면서 법원이 강제집행을 담보하는 조치를 별도로 두지 않는 한 몰수의 일종으로 이해하기도 어렵다. 또한 범죄수익의 환수 및 몰수의 개념은 범죄에 사용한 물건이나 범죄수익을 범죄자가 향유할 수 없고 '국고로 환수한다'는 전제를 벗어날 수 없다. 국가가 징수 후 범죄피해자에게 환급하는 형태의 징벌적 손해배상은 전통적 의미의 몰수, 심지어는 이를 확대한

의미의 몰수वाद도 부합하기 어려운 지점이 있다.

다. 시사점

징벌적 손해배상은 형사제재로서 형벌이나 보안처분과 부합하기 어렵다는 점을 확인하였다. 입법과정의 어려움 이외에도 형종 선택이 법원이 아닌 피해자의 의사에 의해 좌우된다는 점, 이로 인해 징벌적 손해배상의 사형벌성이 강조됨으로써 국가공형벌권이 형해화될 수 있다는 점, 벌금의 집행력 확보 문제가 여전한 상황에서 새로운 재산형의 도입에 실익이 없다는 점, 배상명령 제도에 배액배상을 도입하는 것만으로도 동일한 효과를 취할 수 있다는 점 등은 징벌적 손해배상이 새로운 재산형이 되기 어렵다는 사실을 시사하고 있다. 또한 범죄 예방 및 억지라는 징벌적 손해배상의 기능이 보안처분과 유사하므로 입법 및 집행방법의 설정이 용이한 보안처분의 형태로 설정 가능한지에 대해서도 확인하였다. 그러나 징벌적 손해배상은 현실적 범죄자의 재범방지가 아닌 잠재적 범죄자의 초범방지에 그 목적이 있다는 점에서 보안처분과도 부합할 수 없다는 점을 확인하였다.

한편, 일반적인 민사상의 불법행위와 달리 징벌적 손해배상은 피해자의 악성에 초점을 맞추고 있다는 점에서 민사상의 전보적 손해배상과 달리 형사제재의 성격이 강한 것으로 볼 여지도 있다. 민사상의 불법행위로 인한 손해배상에 있어서는 기본적으로 행위자의 고의와 과실은 크게 문제되지 않는다. 즉 형사 불법행위가 고의를 기본으로 하고 과실을 예외로 하면서 그 불법에 차이를 두는 것과 달리 민사상의 불법행위로 인한 손해배상은 고의나 과실이나 보다는 가해자의 귀책사유에 따른 손해의 결과에 따라 책임의 양이 결정된다. 하지만 징벌적 손해배상의 경우에는 행위자의 고의 또는 중과실을 요구함으로써 경과실과는 엄연한 불법의 차이가 존재하는데, 이를 근거로 징벌적 손해배상을 형사법의 불법체계에 편입시킬 수 있는지가 문제라고 할 수 있다. 그러나 행위자의 악성에 근거한 불법의 차이만으로 징벌적 손해배상의 형사법체계 편입을 정당화할 수는 없다. 이는 형사법의 전유물이 아니며 특히 민사에서 정신적 손해배상, 즉 위자료 산정에 있어 고의, 과실의 불법의 차이를 사실심 법원이 판단의 기준으로 고려하는 것¹¹²⁾만 보아도 자명하다. 결론적으로 징벌적 손해배상을 형사제재의 일종이나 대안으로 볼 수는 없을 것이다. 그러나 징벌적 손해배상이 현행 법체계에 도입된 상황에서 형사법체계와 병존하는 과정에서 발생할 수 있는 문제, 즉 책임주의와 조화될 수 있는지는 여전히 과제로 남아있다. 이하에서는 이런 관점에서 형사법체계와의 병존 및 양립 가능성을 살펴본다.

112) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다1234 판결; 대법원 2014. 02. 27. 선고 2013다209831 판결 등.

4. 형사법체계와의 병존·양립 가능성

가. 책임주의와의 조화

(1) 이중처벌금지원칙에 위배되는지 여부

징벌적 손해배상제도를 두고 있는 법률들은 대개 기존의 형사제재와 병렬적으로 징벌적 손해배상제도를 운용하고 있다. 하도급법의 경우에도 징벌적 손해배상과 벌금형이 병과가능한 것으로 규정되어 있는데, 우리 형법은 벌금형을 주형과 부가형의 구별 없이 적용하고 있어 벌금형의 운용에 탄력성을 유지하고 있다. 이런 상황에서 피해자에 대한 손해배상을 본질로 하는 징벌적 손해배상을 형사제재로 입안하거나 아니면 해석상 형사제재의 성격을 가지는 것으로 이해하더라도 벌금형과 함께 징벌적 손해배상을 병과하는 것만으로 이중처벌금지의 원칙에 반하는 것으로 평가할 수는 없다. 다만 이와 같은 논의는 징벌적 손해배상이 형사체계에 편입된 이후의 문제이며, 징벌적 손해배상이 제재의 성격을 가지더라도 형법에서 규정한 형벌이 아닌 한 특별히 이중처벌금지의 원칙이 문제될 여지는 없다.

그런데 이와 관련하여 징벌적 손해배상의 형사체계 편입에 긍정적인 관점에서 예방적 성격인 징벌적 손해배상과 응보적 성격인 형벌은 그 본질과 목적을 달리한다는 점에서 양자의 병과가 이중처벌금지의 원칙에 위배되지 않는다는 입장이 있다.¹¹³⁾ 다만 이 입장에서도 징벌적 손해배상, 과징금, 벌금형의 병과가 이중처벌금지의 원칙에 위배될 여지가 있을 수 있다는 점을 인정하면서도 한편으로 벌금이나 과징금의 부과를 징벌적 손해배상액의 산정에 고려하도록 규정한 하도급법 제35조 제3항 제4호를 이를 불식시킬 수 있는 최소한의 노력으로 인정하고 있다.¹¹⁴⁾ 해당 입장은 징벌적 손해배상에 있어 ‘징벌’은 과거의 법익침해행위에 대한 사회 윤리적 비난을 가한다는 형벌의 회고적 의미를 징표하므로, 징벌적이라는 표현은 가해행위의 억제 내지 예방이라는 징벌적 손해배상 본연의 의미를 함의하지 못한다고 하면서 징벌적이라는 표현보다는 가중적 혹은 배수적 손해배상의 사용을 권고한다.¹¹⁵⁾ 주목할 만한 것은 징벌적 손해배상의 활용 가능성을 높이기 위해 형벌과의 관계에서 형의 필요적 감면 효과를 인정하는 방안과 연계시킬 필요가 있음을 강조하는 부분이다.¹¹⁶⁾ 징벌적 손해배상과 형의 감면을 연계하는 방안은 비범죄화가 초래할 수

113) 김성돈, “징벌적 손해배상 제도의 법이론적 문제점과 그 극복방안”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 289면.

114) 김성돈, “징벌적 손해배상 제도의 법이론적 문제점과 그 극복방안”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 294면. 징벌적 손해배상을 보안처분과 유사한 제도로 이해한다면, 보안처분과 형벌의 병과는 이중처벌금지의 원칙으로부터 비교적 자유롭다는 점에서 이와 같은 입장도 일견 수긍될 여지가 있다.

115) 김성돈, “징벌적 손해배상 제도의 법이론적 문제점과 그 극복방안”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 292면.

116) 김성돈, “징벌적 손해배상 제도의 법이론적 문제점과 그 극복방안”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소,

있는 제재의 공백 또는 위반행위 증가의 형사정책적 우려를 불식시킬 수 있는 접근법으로 시사점이 충분한 것으로 평가된다.

이와 관련하여 우리 법제도에서도 행위자의 벌금이나 과징금 또는 형사처벌의 내용 등을 징벌적 손해배상의 배상액산정 기준으로 제시하고 있는데, 양자는 구별될 필요가 있다. 전자의 경우 징벌적 손해배상이 있으면 이를 형사처벌의 감면사유로 접근하는 것이고, 후자는 징벌적 손해배상액의 산정 시 형사처벌의 내용과 정도를 고려한다는 의미인데, 양자 모두 다소간의 문제가 있다. 우선 전자는 징벌적 손해배상이 있으면 형사처벌을 감면한다는 점에서 징벌적 손해배상 중 '징벌'의 의미를 퇴색시킬 우려가 있다. 즉 범죄를 통해 얻는 이익이 금전벌의 부과보다 큰 경우에는 범죄를 범할 수 있다는 공리주의 관점에서의 벌금형의 한계가 징벌적 손해배상에도 그대로 투영될 수 있다. 다액을 배상하더라도 구속만은 면하겠다는 왜곡된 자본주의 관념에 지배된 일부 재벌기업 오너들에게는 징벌적 손해배상이 또 하나의 면죄부가 될 수 있다는 점에서 비판받을 여지가 충분하다.

후자의 관점 또한 징벌적 손해배상 중 '손해배상'과 부합하지 않는 측면이 있다. 민사상의 손해배상은 형사처벌과는 별도로 진행된다. 그런데 현행법제에 의하면 징벌적 손해배상을 위해서는 먼저 형사판결을 기다려 그 결과를 확인한 이후에야 배상액의 산정이 가능하다고 할 수 있다. 종종 전보적 손해배상이 가지는 문제점으로 집행력의 담보 및 실제 피해회복의 어려움을 제시하는데, 현행의 징벌적 손해배상 또한 그 합리적 배상액 산정을 위해서는 형사판결을 기다려야 하므로 시급한 피해회복이 어려워지는 문제가 있고, 실제 집행력이 담보되지 않은 상태에서 전보적 손해배상보다 실제적 피해회복이 더욱 어려워지는 문제가 있을 수밖에 없다.¹¹⁷⁾ 설사 형사판결을 기다리지 않고 징벌적 손해배상을 산정하는 경우라도 이후의 형사판결에서 벌금형의 액수를 산정할 때 이를 고려하여야 하는지에 대해서는 아직 합의된 기준이 없다. 현재도 자발적인 손해전보는 피해회복의 노력으로 평가하여 양형에 고려하는 것이 일반적이지만, 자발성이 없는 징벌적 손해배상의 판결에 대해 실제 손해배상 여부를 고려하지 않고 그 판결만으로 피해회복의 노력으로 평가하여 양형에 고려할 수 있는지,¹¹⁸⁾ 비교적 산정이 쉬운 벌금액의 기준과 달리 자유형을 부과할 때에는 양형에서 어떻게 고려할 것인지 등 해결이 쉽지 않은 과제들이 남아있다. 아무튼 징벌적 손해배상의 적용에 있어 종래 형벌과의 관계에서 이중처벌금지원칙-실체는 과잉금지

2013, 294면.

117) 입법 이후 징벌적 손해배상이 효율적이지 못하다는 점은 입법현황통계에서도 잘 드러난다. 사법정책연구원의 2019년 입법통계에 의하면 징벌적 손해배상이 청구된 사건은 12건이었고, 그 가운데 인용된 사건은 2건에 불과하고, 그나마도 원고의 청구를 그대로 인용하기보다는 배상액을 감액한 사례가 보고되었다는 점은 이를 잘 드러낸다(박형수, “특허침해에 대한 징벌적 손해배상의 판단기준-고의성 요건 및 배상액 산정 고려사항과 관련하여-” LAW&TECHNOLOGY 제16권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2020, 92면 참조).

118) 만약 이 경우 징벌적 손해배상의 집행을 기다려 벌금형을 산정하여야 한다면 이 또한 민사판결 및 집행을 기다려 형사소송을 진행해야 한다는 점에서 민형사 준별구조에 반한다는 비판에서 자유롭지 못하게 된다.

원칙이지만-을 불식시킬 수 있는 방안으로 제시되는 대안들도 뚜렷한 한계가 있음을 부인할 수 없다.

(2) 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

이중처벌은 징벌적 손해배상이 형벌이라는 점을 전제로 한다는 점에서 징벌적 손해배상이 형벌로 평가되지 않는 한 책임주의에 대한 평가를 이중처벌금지 원칙의 위배 여부로 접근할 수는 없다. 개인적으로는 징벌적 손해배상이 현행 형사제도의 틀에서 초래하는 책임주의의 문제는 이중처벌의 문제라기보다는 과잉금지원칙에 위배되는지 여부라고 할 수 있다. 우선 징벌적 손해배상은 소위 배액배상이라고 해서 전보적 손해배상의 범위를 초월하는 배상액을 지급하도록 설계되었다는 점, 즉 징벌의 의미를 예정하고 있으므로 전보적 손해배상의 범위를 초월했다는 이유만으로 과잉금지의 원칙에 위배된다고 평가할 수는 없다.

다만, 제도의 취지를 고려하더라도 헌법상 원칙인 과잉금지원칙의 위배 여부에 대한 우려를 불식시키기 위한 최소한의 입법지침은 필요하다. 이에 법제처는 징벌적 손해배상제도의 전면적 도입보다는 도입에 적합한 분야를 특정하고 있으며, 경과실의 경우에는 징벌적 손해배상을 적용할 수 없다는 점 및 징벌적 손해배상액의 산정 범위도 최대 3배를 넘지 않아야 함을 규정하고 있으며, 특히 징벌적 손해배상제도를 고려할 때 과잉금지원칙에 위배되지 않도록 고려할 특별한 사유들을 적시하고 있다.¹¹⁹⁾

다만, 이 경우 과잉금지원칙의 위배 여부를 판단하는 대상은 형사상의 불법행위책임보다는 민사상의 불법행위책임에 방점을 두고 있는 것으로 평가된다. 민형사 준별구조하에서 민사상 손해배상의 특별한 형태-우리 입법체제도 민사상의 손해전보와 함께 징벌적 손해배상을 규정하고 있음을 상기할 필요가 있다-로 취급되는 징벌적 손해배상은 입법구조적인 관점에서 형사책임에 있어 과잉금지원칙을 논할 실익은 상대적으로 약화되어 있는 것으로 판단된다.

결국 징벌적 손해배상제도의 과잉금지원칙의 위배 여부는 이 제도가 도입되는 과정에서 기존 형사상의 제재와 병과 또는 연동되는 과정에서 과잉금지원칙에 위배될 수 있는지를 확인하는 작업이 필요하다. 특히 대부분의 입법례가 징벌적 손해배상의 산정과정에서 침해행위에 대한 벌금을 배상액 판단의 고려사항으로 도입하고 있다는 점에서 벌금형과의 관계에서 과잉금지원칙의 위배 여부를 판단할 필요가 있다.

119) 법제처, 「법령 입안·심사 기준」, 2021, 546면 이하. 법제처에 의하면 징벌적 손해배상을 도입하기 적합한 분야로 “환경오염, 소비자보호, 식품위생, 보건의료 등 불법행위로 인한 사업자의 이익은 막대한 반면 피해자의 손해는 재판절차를 통해 구제받기 어려운 분야, 금융거래나 공정거래 분야처럼 악의적인 불법행위가 재발되고 있음에도 불구하고 현행제도만으로 부당이익을 환수하기 어려운 분야, 노동 및 장애인 분야 등 사회적 약자를 보호할 필요성이 큰 분야를 제시하면서, 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, 위반행위로 인하여 입은 피해 규모, 위반행위로 인하여 가해자가 취득한 경제적 이익, 위반행위에 따른 벌금 및 과징금, 위반행위 기간·횟수 등, 가해자의 재산상태, 가해자의 피해구제 노력의 정도”를 고려요소로 규정하였다.

나. 현행 벌금형과의 조화가능성

징벌적 손해배상은 소위 사적벌금으로 평가될 정도로 금전벌의 성격이 강조되고 있으므로 형벌인 벌금형과의 병과 시에 과잉금지원칙에 위배되는지 여부가 문제된다. 이를 살펴보기 위해서는 우선 벌금형의 성격부터 확인해야 하는데 벌금형의 성격에 따라 형벌의 기능이 확정되고, 이를 통해 과잉금지원칙의 위배 여부를 확정할 수 있기 때문이다.

일반적으로 중국은 벌금형을 부가형으로 파악하고 있고, 독일은 주형으로 보면서 부가형인 재산형과 구별되는 데 반해 우리나라는 주형과 부가형의 구별이 없다. 부가형의 성격이 강한 중국의 벌금형은 특히 벌금형 부과방식에서도 필요적 부과방식이 주종을 이루므로, 벌금형에 있어 주형의 보충기능과 강도조절 기능이 강조될 수밖에 없다. 그러나 한국의 벌금형은 주형과 부가형의 구별이 없으며, 벌금형이 자유형과 선택적으로 규정되어 있거나 단독으로 벌금형만을 법정형으로 규정하고 있는 구성요건도 있다. 중국처럼 자유형과 함께 필수적으로 벌금을 부과할 수 있는 구성요건도 있지만, 이는 예외적인 경우이므로 우리나라의 벌금형은 자유형의 보충 또는 강도조절 기능보다는 시설 내 처우인 자유형의 대체 기능이 강조되는 상황이다. 이에 반해 징벌적 손해배상은 자유형을 대체하는 성격을 가지는 것이 아니라 범죄 예방 및 억지를 위한 특수한 제재의 성격을 가지므로 징벌적 손해배상과 벌금은 그 기능 면에서 차이가 있고, 그래서 징벌적 손해배상과 벌금을 병과하는 것만으로 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다. 다만 그것이 손해배상의 일환이든 재산형으로서 형벌의 일환이든 불법행위자의 입장에서는 과도한 이중처벌이라는 인식을 가질 수 있으므로 액수 산정에 이를 고려할 여지는 있다.

일반적으로 피고인의 자발적인 (전보적)손해배상은 벌금 산정(양형)에 영향을 미치는데, 이는 피고인의 자발적인 손해배상이 피해구제 노력의 의미를 가지기 때문이다. 즉 피해자의 개선의 정이 양형에 영향을 미친 것이라 할 수 있지만 징벌적 손해배상은 청구인의 주장과 법원의 선고가 필요하다는 점에서 본질적으로 가해자의 피해구제 노력의 결과물이라 할 수 없다. 통상 징벌적 손해배상액 산정에 가해자의 피해구제 노력을 감안하고 있을 뿐, 징벌적 손해배상은 강제성을 가진 제재가 본질이기 때문이다. 따라서 원칙적으로 징벌적 손해배상은 벌금액과 상호 연동하여 영향을 미칠 성질의 것이 아니다.¹²⁰⁾ 그럼에도 불구하고 특허법이나 하도급법 등 개별 법률이 징벌적 손해배상의 산정에 벌금액수를 고려하는 규정을 두고 있는 것은 과잉금지원칙에 위배될 여지가 있다는 비판을 희석시키기 위한 일환으로 판단된다.

120) 박성민, “징벌적 손해배상제도의 형사체계편입에 대한 비판적 고찰 -하도급법상의 적용제한을 중심으로-”, *홍익법학* 제18권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 205면.

III 소결

1. 형사법체계와의 정합성 검토의 시사점

우리나라의 징벌적 손해배상제도는 형사법체계와의 편입과는 무관한 방향으로 도입이 추진되었다. 오히려 도입논의에 있어 초점은 기존의 전보적 손해배상 및 형벌체계와 어떻게 구별할 것인가에 초점을 맞추어 온 것으로 판단된다. 현행 징벌적 손해배상제도는 전보적 손해배상의 다음에 위치함으로써 전보적 손해배상과 구별되는 별도의 손해배상제도임을 분명히 하고 있다.¹²¹⁾ 징벌적 손해배상은 전보적 손해배상 또는 형사처벌을 대체할 수 있는 대안으로 모색된 것이 아니라 배상 범위 설정이나 피해회복의 한계 등 전보적 손해배상의 문제점, 그리고 사후적 대응으로 인해 피해자의 피해회복과 무관한 형사처벌의 한계에서 비롯된 틈을 보완하기 위해 도입되었으며, 특히 전보적 손해배상과의 구별에 더욱 초점을 맞춘 것으로 판단된다.

범죄와 형벌에 있어 종래 우리 형사법이 관심을 가진 영역은 범죄에 대한 응보 또는 이를 통한 범죄의 예방이며, 손해에 대한 원상회복 또는 전보가 아니다. 손해에 대한 원상회복 또는 전보는 소위 범죄피해자 보상이라는 별도의 영역에서 다루어져 온 것이 사실이다. 징벌적 손해배상이 전적으로 피해자에 대한 금전적 보상의 성격을 담고 있다면 이는 종래 우리 형사법의 관심망에서는 벗어나 있지만, 한편으로 범죄 예방 및 억지를 위한 징벌의 의미를 담고 있다는 점에서 형사법과의 정합성을 검토하게 되는 것이다. 하지만 앞서 살핀 바와 같이 징벌적 손해배상을 형사법체계와 편입하기 위해서는 선결해야 할 과제들이 많고, 제도 도입이 이루어진 시점에서 형사법체계와의 병립 가능성을 논의하는 과정에서 대부분의 쟁점에 대한 이론적 접근 또는 정책적 대안 마련이 모색되었다. 최근 형사사법체계의 패러다임 전환을 모색하는 과정에서 소위 회복주의 또는 회복적 사법에 대한 논의가 있었고, 이러한 논의가 종래 우리 형사사법의 전통적인 입장에 대한 반성을 불러일으켰다는 점에서 징벌적 손해배상의 형사법체계와의 정합성은 이러한 형사사법체계의 패러다임 변화의 틀에서 이해하는 것이 적절할 것이다.

2. 지식재산권 분야에의 정합성

징벌적 손해배상은 피고에 대한 제재와 함께 예방에 초점을 두고 있다. 다만 징벌적 손해배상

121) 다만 특허법 제128조 제8항의 경우처럼 행위자의 악성 등을 이유로 법원의 재량에 따라 선택적으로 판결할 수 있는 경우와 하도급법 제35조 제2항의 경우처럼 행위자의 법률위반행위(원사업자의 부당하도급대금의 결정이나 보복조치 등 하도급법이 금지하는 위반행위)에 대한 피해자의 청구가 있으면 법원의 재량의 여지가 없는 징벌적 손해배상의 차이만 있을 뿐이다.

을 개인과 개인 간의 지식재산 침해행위에 적용하는 것이 적절한지는 의문이다. 현재의 지식재산 분쟁해결의 초점은 형사제재를 통한 위하효 및 그를 통한 지식재산권침해행위의 예방에 있는 것이 아니라 형사제재를 수단으로 한 손해전보에 초점을 맞추고 있다. 지식재산 침해행위에 대해 징벌적 손해배상액을 부과하는 것이 수범자로 하여금 어느 정도의 위하효를 가질지는 가늠하기 어렵지만, 지식재산 침해행위에 대한 형사제재 규정을 두고 있는 현행 법제에서 별도의 제재로서 징벌적 손해배상이 특별한 위하효를 가질 것이라고 기대하기는 어렵다. 다만 이는 자연인에 한정된 것이고, 기업의 경우에는 그 지식재산 침해행위에 부과되는 징벌적 손해배상이 사업수행 과정에서 자본에 대한 리스크로서 충분히 제재 또는 위반행위 억지의 기능을 가질 수 있을 것으로 판단된다. 전통적인 의미에서 징벌적 손해배상이 가지는 금전벌로서의 위하효는 오히려 산업재산권에 부합되는 제재로서 개인보다는 기업에 대한 제재에 적합한 것으로 평가된다.

이에 따라 특허권이나 상표권처럼 개인의 재산권이면서 경제적 파급력이 큰 산업재산권이나 영리목적이나 상습성 있는 저작권 침해행위처럼 저작재산권 중에서 특히 사회적 법익¹²²⁾을 침해하는 행위에 적합한 제도로 평가된다. 징벌적 손해배상제도는 애초에 국가공권력의 남용행위에 대한 제재차원에서 시작되었고, 증권 관련 손해배상소송을 제외하고 집단소송을 인정하지 않는 우리 현실¹²³⁾에서 기업의 위법행위를 억제하기 위한 현실적 수단의 하나로 도입되었다는 점은 중요한 시사점이다.

122) 상습저작재산권침해죄를 사회적 법익으로서 저작권산업을 보호하기 위한 구성요건으로 이해하는 입장으로는 박성민, “저작권법 제140조의 영리목적과 상습성에 대한 형사법적 고찰”, 계간저작권 통권 제124호, 한국저작권위원회, 2018, 88면. 이런 관점에서 징벌적 손해배상을 저작재산권 침해행위에 일률적으로 적용하는 것은 징벌적 손해배상의 도입 취지 및 본질에 반하는 것으로 판단된다.

123) 이 점은 법제처의 법령 입안 심사 기준에도 반영되어 있다. 즉 법제처는 징벌적 손해배상을 도입할 수 있는 분야로 “불법행위의 결과로 인한 개별 사업자의 이익은 막대한 반면, 개별 피해자의 손해는 소액에 불과해 피해자가 재판절차로 구제받기 어려운 분야(환경오염, 소비자 보호, 식품위생, 보건의료 등)”를 지정하고 있는데(법제처, 「법령 입안·심사 기준」, 2021, 547~548면.), 피해액이 소액임에도 불구하고 집단소송이 불가능한 현행 소송구조하에서는 징벌적 손해배상이 대안이 될 수 있다는 논거이다.

법·제도 연구
지식재산 침해행위에 대한 형사책임에 관한 연구
- 징벌적 손해배상제도 도입과 형사책임 -

제3장

외국의 입법례

- I. 영미법계
- II. 대륙법계
- III. 소결

제3장

외국의 입법례

I 영미법계

1. 미국

가. 미국의 손해배상제도의 도입과 운영

1) 미국의 손해배상 구조

우리나라는 손해배상에 있어 불법행위에 대한 전보 기능이 그 핵심을 이루고 있음에 비해서 미국 불법행위법에서는 불법행위자의 처벌과 불법행위의 억지를 손해배상의 주된 목적으로 삼고 있다. 그렇기 때문에 미국은 손해배상을 통해 전보 기능과 더불어 처벌 및 억지 기능을 편입시킴으로써 손해배상은 전보적 손해배상(compensatory damages)과 함께 명목적 손해배상(nominal demages)과 징벌적 손해배상(punitive damages)으로 구분하여 설명할 수 있게 된 것이다.¹²⁴⁾

이러한 전보적 손해배상은 우리법상 통상 손해배상이라고 말하는 전보배상을 의미하며, 이러한 전보배상은 금전적 손해와 비금전적 손해가 문제된다. 즉, 재산적 손해, 일실향으로 인한 손해 등 금전적 손해의 경우 금전적 손실에 대한 증거가 없다면 배상되지 않는다. 반면, 신체에 대한 손해, 정신적 고통 등 비금전적 손해의 경우에는 금전적 손실에 대한 증거가 없다고 하더라도 배상을 할 수 있다. 이와 같이 전보적 손해배상은 가해행위가 없었을 경우 피해자의 상태로 되돌리는 것을 목적으로 한다.¹²⁵⁾ 그리고 명목적 손해배상이라 함은, 불법행위에 대한 소송 원인은 존재하지만 사실상의 손실이나 불이익이 존재하지 않거나 입증이 어려운 경우가 존재한다. 이러한 경우 원고에게 명목적으로 적은 금액이지만 손해배상액으로 하여 인정되는 손해배상이다.¹²⁶⁾ 이러한 명목적 손해배상은 소인이 실질적 손해가 요구되는 과실에 의한 불법행위에서는 인정되

124) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 327면.

125) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 329면.

126) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 330면.

지 않는다. 다만, 부동산에 대한 불법침해, 문서에 의한 명예훼손과 같이 고의에 의한 불법행위의 경우 손해의 입증은 하지 않아도 불법행위가 성립하므로 명목적 손해배상을 인정할 수 있다.¹²⁷⁾ 이에 비해 징벌적 손해배상은 진보적 손해배상이나 명목적 손해배상과 달리 악의의 불법행위에 따른 가해자를 처벌하거나 이와 유사한 불법행위를 억제하려는 데에 목적이 있다 하겠다.¹²⁸⁾

2) 징벌적 손해배상

징벌적 손해배상의 기본적인 특징은 손해배상을 함으로써 가해자의 중대한 가해행위에 대하여 손해배상 이외에 처벌하는 것이며, 장래에 유사한 불법행위가 발생하는 것으로부터 가해자나 제3자에 대한 불법행위를 억제하기 위한 것이다.¹²⁹⁾ 이러한 정의에 따라 징벌적 손해배상은 중대한 가해행위에 대해서 처벌과 함께 추가적인 침해를 억제하는 효과를 가질 수 있다는 특징을 가지고 있음을 알 수 있다.¹³⁰⁾ 미국의 징벌적 손해배상은 1784년 *Genay v. Norris* 사건¹³¹⁾에서 인정된 이후 영국에서의 징벌적 손해배상 판결들과 마찬가지로 정신적 손해에 대한 보상을 주요한 목적으로서 하는 등 징벌적 손해배상은 전보적 손해배상의 대체적 수단으로서의 기능이 강조되었다고 볼 수 있다.¹³²⁾ 또한 미국 연방대법원은 *Day v. Woodworth* 사건¹³³⁾를 통해 불법행위자가 가진 악성에 따라 징벌적 손해배상을 인정하게 되었다. 따라서 19세기 미국법상 징벌적 손해배상은 민사책임의 기능인 보상과 형사책임의 기능인 처벌이라는 이중적 기능을 가진 제도로 발전하게 되었다. 이후 산업화가 가속화되면서 형사책임의 영역에서 완전히 해결하기 어려운 대규모 기업에 의한 불법행위에 대한 견제 장치와 사용자 책임 법리에의 확대 적용과 같은 형태의 불법행위를 억제할 수 있는 새로운 도구로 인식됨으로써 징벌적 손해배상이 널리 인정되게 되었다.¹³⁴⁾

127) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 330면.

128) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 330-331면.

129) Restatement (Second) of Torts § 620 (1977) (“One who is liable for a slander actionable per se or for a libel is liable for at least nominal damages.”); Restatement (Second) of Torts §907 cmt. a (1979)(김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 330면 재인용).

130) 미국의 경우 주별로 징벌적 손해배상에 대해 다르게 규정을 하고 있다. 즉, 일부 주에서는 징벌적 손해배상을 도입하지 않은 경우도 있으며, 도입을 하고 있음에도 불구하고 실질적으로는 가중적인 손해의 전보를 인정하고 있지 않은 경우도 있다(김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 330면).

131) *Genay v. Norris*, 1 Bay 6, 1S.C.L. 6 (1784).

132) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 334면.

133) *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1851).

134) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재

나. 징벌적 손해배상의 이중적 기능

징벌적 손해배상 법리가 가지는 이중적 기능은 당시 미국의 법사상을 지배했던 형식주의에서는 적합하지 않은 제도로 평가받을 수 있었다.¹³⁵⁾ 즉, 공법과 사법을 구별하는 입장에서는 징벌적 손해배상이라는 법리와는 결을 달리 했기 때문이다. 따라서 징벌적 손해배상제도에 대해 폐지를 주장하는 입장에서는 손해배상은 원고가 피고에게 받은 실질적인 피해에 대하여 피고가 원고에 대해 손해의 배상, 보상, 또는 만족이라는 것을 전제로 손해배상법리를 비판하기도 하였다고 한다.¹³⁶⁾ 이에 대하여 징벌적 손해배상제도에 대해 찬성하는 입장에서는 사기, 악의, 중과실 등의 요소가 문제되는 불법행위의 경우 손해의 전보라는 용어에 적합하지 않고, 전체적으로 다른 법리를 적용해야 한다고 주장하였다. 이러한 법리는 배심원에게 징벌적인 배상을 허용함으로써 사회적인 차원의 이익과 손해를 입은 개인적 차원의 이익을 고려하여 피해자에게 보상을 하는 것과 함께 가해자를 처벌하는 것이라는 주장도 있었다.¹³⁷⁾

이러한 찬반양론을 거친 미국은 이후 선례를 따른다는 원리에 따라 많은 주에서 징벌적 손해배상을 인정하게 되었으며, 지금까지도 유지되고 있다.

다. 징벌적 손해배상의 인정 및 배상액

미국에서는 징벌적 손해배상에 대한 여러 실증연구가 이루어졌다. 징벌손해배상액의 산정에 있어 그 산정은 배심원들의 재량이다. 그러나, 배심원 평결 후 사실심 항소법은 심사를 통하여 과도한 징벌손해배상액을 통제(조정)할 수 있는 권한을 가지는데, 이는 이의신청의 형태로도 이루어지고 있다. 배상액 감액의 권한을 사실심 법원이 할 것인지, 평결에 의할 것인지는 법원의 재량사항에 속한다.¹³⁸⁾

징벌손해액에 대한 배상액이 과도한지 여부에 대한 일반적인 판단은 ① 비난성, ② 악성, ③ 비난 가능성과 같은 피고 행위의 성격을 감안해 심사를 하게 된다. 이에 캘리포니아주 법원은 배상액과 실제 손해와의 관계, 피고의 순자산에 대한 징벌적 손해배상의 관계와 함께 피고 행위의

산법학회, 2012, 334면.

135) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 334면.

136) Simon Greenleaf, A Treatise on the Law of Evidence § 253, at 240 (16th ed. 1899)(김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 335면 재인용.).

137) Theodore Sedgwick, A Treatise on the Measure of Damages 39 (Arno Press 1972) (1847)(김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 335면 재인용.).

138) 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 334면.

비난성을 들고 있다.¹³⁹⁾

2. 영국

가. 징벌적 손해배상제도의 발전

영미법계 국가들이 채택하고 있는 징벌적 손해배상제도는 영국법에서 기원을 찾을 수 있다. 1763년 *Wilkes v Wood* 판결¹⁴⁰⁾에서 처음으로 징벌적 배상을 인정하였다.¹⁴¹⁾

법원은 전보배상(Compensatory Damages)은 가해행위의 재발을 방지하기에는 너무 적은 액수라고 하여, 타인의 이미지를 해할 수 있는 비금전상의 손실에 대하여는 징벌적 손해배상을 적용하도록 판시하였다. 여기에서 손해배상은 단순히 피해자에게 만족을 주는 데에 그치지 않고 불법행위에 대한 징벌과 장래의 그 유사 가해행위의 억제 기능을 담고 있다고 하였다. 징벌적 손해배상은 피고의 행위에 대한 대중의 보복 심리를 만족시키는 역할을 하기도 한다고 판시하였다. 이후 *Huckle v Money* 판결,¹⁴²⁾ *Benson v Fredrich* 판결,¹⁴³⁾ *Merest v Harvey* 판결¹⁴⁴⁾ 등에서 법원은 징벌적 손해배상의 개념을 명시적으로 인정하기 시작하였다.¹⁴⁵⁾ 폭행(assault), 불법 감금(false imprisonment), 명예훼손(defamation), 악의적 제기(malicious prosecution), 무단침입(trespass)과 같은 불법행위에 대해서도 징벌배상이 인정되었다.¹⁴⁶⁾

나. 독자적 징벌적 손해배상제도의 확립

현대적 의미의 징벌적 손해배상제도는 1964년의 *Rookes v Barnard* 판결¹⁴⁷⁾을 통해서 정립되었다.¹⁴⁸⁾ 해당 판결을 통해 다음과 같은 세 가지 경우에 한하여 징벌적 손해배상을 인정하

139) *Adams v. Murakami*, 54 Cal. 3d 105, 126 (1991) (김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 -근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로-”, *재산법연구* 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 347~348면 재인용.)

140) *Wilkes v Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

141) 박희주, “외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구”, *정책연구* 14-08, 한국소비자원, 2014, 97면; 한태일, “징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구 -도입 시 예상되는 문제점들과 도입방안을 중심으로-”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2014, 10면; 김정환, “징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰”, *고려대학교 대학원 박사학위논문*, 2014, 38~39면.

142) *Huckle v Money*, 98 Eng. Rep. 768 (C.P. 1763).

143) *Benson v Fredrich*, 97 Eng. Rep. 1130 (C.P. 1766).

144) *Merest v Harvey*, 128 Eng. Rep. 1130 (C.P. 1814).

145) *Merest v Harvey*, 128 Eng. Rep. 1130 (C.P. 1814).

146) 한태일, “징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구 -도입 시 예상되는 문제점들과 도입방안을 중심으로-”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2014, 10면.

147) *Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129.

148) 박희주, “외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구”, *정책연구* 14-08, 한국소비자원, 2014, 97~98면.

고 있다.¹⁴⁹⁾ 첫째, 공무원이 강압적, 자의적 내지 위헌적인 행위를 한 때, 둘째, 불법행위로 얻어지는 이익이 피해자에 대한 손해배상액을 초과한다는 계산하에 불법행위를 감행한 때, 셋째, 임대차관계법, 저작권법, 소비자보호법 등과 같이 법률에서 명시적으로 징벌적 배상을 인정한 때가 그것이다. 그 외에 징벌적 손해배상은 최후의 수단이므로 전보적 혹은 가중사유가 손해배상으로 징벌적 효과를 달성하지 못하는 경우에만 이를 구할 수 있으며, 피해자만이 징벌적 손해배상을 청구할 수 있다. 징벌적 손해배상액의 산정은 가해자의 징벌에 적절한 금액인지를 기준으로 하는데, 이는 가해자가 불법행위를 저지르는 과정에서 얼마나 나쁘게 행동하였는지를 기준으로 한다는 의미이다.¹⁵⁰⁾ *Rookes v Barnard* 판결은 판사와 배심원이 징벌적 손해배상액을 산정할 때 자제력(moderation)을 발휘해야 한다고 설시함으로써 지나치게 높은 금액이 부당하다는 입장을 취하고 있다. 영국의 경우 징벌적 손해배상을 매우 제한된 범위에서만 인정하고 있는 태도를 보이고 있는데, 지나치게 과도한 징벌적 손해배상액과 이를 통한 예측 불가능성에 대한 우려가 매우 높기 때문이다. 그러나 실증적 연구 결과에 따르면, 대부분 징벌적 손해배상액이 그리 과다하지 않으며 예측 가능성 또한 떨어지는 것이 아니라는 결과를 보여주었다¹⁵¹⁾는 점에서 제도에 대한 우려가 다소 과대평가된 것으로 보인다.

3. 캐나다

가. 개요

징벌적 손해배상을 피고의 처벌(punishment) 및 유사 행위의 억제(deterrence), 해당 행위에 대한 법원의 불승인(disapproval)을 표명할 목적으로 인정되고 있다. 캐나다의 모든 주에서는 일찍부터 징벌적 손해배상을 인정하고 있으나, 대륙법 전통을 유지하고 있던 퀘벡 주에서는 1991년 민법 개정을 통해 징벌적 손해배상제도를 인정하게 되었다.¹⁵²⁾ 영국의 *Rookes v Barnard* 사건에서와 같은 제한된 범주에서의 징벌적 손해배상을 인정하지 않으며, 피고의 행위가 가혹하거나, 보복적이거나, 비난 가능성이 높거나, 악의적인 경우(harsh, vindictive, reprehensible, or malicious)에 전보배상과 가중적 배상을 합친 것으로도 처벌과 억제라고 하는 목적을 달성하는데 불충분한 경우 징벌적 손해배상이 인정된다.¹⁵³⁾

149) *Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129, 1225~1228.

150) *Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129.

151) Goudkamp/Katsampouka(2018). 90 ff.

152) Fridman(1970), 381 n.47; 박희주, “외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구”, 정책연구 14-08, 한국소비자원, 2014, 111면.

153) *Vorvis v Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085.

나. 징벌적 손해배상의 인정 기준

캐나다 법원은 징벌적 손해배상의 인정 기준과 관련하여 다음의 요소를 고려해야 한다고 판시한 바 있다.¹⁵⁴⁾ 징벌적 손해배상은 원칙이 아닌 예외적인 제도이다. 즉, 징벌적 손해배상은 선량한 행위의 일반적 기준으로부터 벗어난 억압적이거나, 악의적이거나, 자의적이거나, 비난가능한 위법행위(high-handed, malicious, arbitrary or reprehensible misconduct that departs from the ordinary standard of decent behaviour)의 경우에만 인정되어야 한다. 명예훼손(defamation), 폭행(assault), 불법체포(false imprisonment), 특허침해(infringement of copyright), 악의적 기소(malicious prosecution)와 같은 고의에 의한 불법행위의 경우와 피고가 예외적으로 부적절한 행위(exceptionally objectionable conduct)를 한 경우를 들 수 있다. 과실에 의한 불법행위의 경우 매우 드물게 인정되고 있으며,¹⁵⁵⁾ 계약위반의 경우에도 원고에 대한 손해가 별개의 독립적인 불법행위를 구성한다면 징벌적 손해배상이 인정될 수 있다.¹⁵⁶⁾

가해자가 형사소송에서 처벌을 받았다고 하더라도 징벌적 손해배상이 인정될 수 있으며, 가해자의 형사처벌 사실에 대해 징벌적 손해배상액 산정에 고려요소로 취급하고 있다.¹⁵⁷⁾ 징벌적 손해배상은 이를 부과하지 않으면 피고의 불법행위를 처벌할 수 없거나, 피고에 대한 다른 처벌(other penalties)이 피고의 행위를 충분히 징벌하거나 억제할 수 없는 경우에만 부과되어야만 하며, 어느 정도 가벌적 배상이 이러한 목적을 달성하는 데 부족한 경우에만 인정된다.

다. 징벌적 손해배상액 산정의 고려요소

법원은 징벌적 손해배상액을 산정하는 기준과 관련하여 합리성을 판단하기 위해서는 다음의 요소를 고려해야 한다고 하였다.¹⁵⁸⁾ 첫째, 징벌적 손해배상액이 가해자의 행위에 비추어 적절한지 여부, 즉 가해자의 위법행위에 대한 비난 가능성이 높을수록, 징벌적 손해배상액의 합리적 상한도 증가한다.¹⁵⁹⁾ 둘째, 피해자의 여러 상황과 이를 악용한 가해자의 행위에 비추어볼 때 징벌적 손해배상액이 적정하게 산정되었는지 여부이다.¹⁶⁰⁾ 셋째, 징벌적 손해배상액이 피해자의 손

154) Whiten v Pilot Ins. Co. [2002] 1 SCR 646(김정환, “징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구”, 연구총서 2019-06, 사법정책연구원, 2019, 151면 재인용.).

155) 과실에 의한 행위에도 징벌적 손해배상이 인정되는 이유는 과실 그 자체가 아니라 가해자의 행동이 초래한 결과 때문이라고 설명하고 있음(김정환, “징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구”, 연구총서 2019-06, 사법정책연구원, 2019, 151면.).

156) Whiten v Pilot Ins. Co. [2002] 1 SCR 595(김정환, “징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구”, 연구총서 2019-06, 사법정책연구원, 2019., 151면 재인용); 박희주, “외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구”, 정책연구 14-08, 한국소비자원, 2014, 111면.

157) 박희주, “외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구”, 정책연구 14-08, 한국소비자원, 2014, 112면.

158) Gotanda, John Y., Punitive Damages: A Comparative Analysis, Villanova University Charles Widger School of Law, Working Paper, 2003, p. 47.

159) Whiten v Pilot Ins. Co. [2002] 1 SCR 650-651.

해에 특정되어 적정하게 산정되었는지 여부이다.¹⁶¹⁾ 넷째, 징벌적 손해배상액이 억제 기능을 달성하기에 적정하게 산정되었는지 여부이다.¹⁶²⁾ 여기에서 법원은 i) 징벌적 손해배상으로 가해자가 재정적인 곤란을 겪게 될 것인가, ii) 가해자의 재정적 상황이 중대한 가해행위를 하는 데 영향을 미쳤는지, iii) 가해자의 재정 상황으로 인하여 그보다 적은 액수의 징벌적 손해배상액으로는 가해자의 행위를 억제하는 효과를 기대할 수 없을 것이라고 합리적으로 결론지을 수 있는지를 판단하기 위해 가해자의 경제적인 자력을 고려해야 한다고 하였다. 다섯째, 가해자의 위법행위에 대한 민·형사상의 처벌과 비교할 때 징벌적 손해배상액이 적정하게 산정되었는지 여부이다.¹⁶³⁾ 가해자가 이미 민·형사상 처벌을 받았는지, 그러한 민·형사상 처벌을 받을 것으로 기대되는 경우 법원은 그러한 처벌로 인하여 응징 및 억제력과 가해자의 행위에 대한 비난을 달성할 수 있다고 여겨지는 범위 내에서 징벌적 손해배상액을 감액하거나 취소할 수 있다고 한다. 여섯째, 징벌적 손해배상액이 위법행위로 인하여 가해자가 얻은 이득을 박탈할 만큼 적정하게 산정되었는지 여부이다.¹⁶⁴⁾ 이는 가해자가 그 위법행위로 인하여 초과 이득을 취득하지 못하도록 하는 데 있다.

4. 호주

가. 개요

징벌적 손해배상의 목적을 처벌과 억제에 두고 있으며, 영국의 *Rookes v Barnard* 사건에서와 같이 징벌적 손해배상이 인정되는 범주나 유형을 별도로 한정하고 있지 않다.¹⁶⁵⁾ 징벌적 손해배상은 피고가 타인의 권리에 대한 무례한 무관심 속에서 의식적으로 불법행위를 저지른 경우 (conscious wrongdoing in contumelious disregard of another's rights)에 인정된다.¹⁶⁶⁾ 동산 또는 부동산에 대한 불법침해, 사람에 대한 불법침해(trespass to the person), 사기, 명예훼손과 같은 경우를 포함한다. 징벌적 손해배상은 과실에 의한 불법행위의 경우에도 성립할 수 있지만, 피고가 의식적인 위법행위 또는 미필적 고의에 의한 무관심으로 행위를 한 경우에만 인정될 수 있다. 그러나 계약위반의 경우에는 인정되지 아니한다.¹⁶⁷⁾

160) *Whiten v Pilot Ins. Co.* [2002] 1 SCR 652-653.

161) *Whiten v Pilot Ins. Co.* [2002] 1 SCR 653-654.

162) *Whiten v Pilot Ins. Co.* [2002] 1 SCR 654.

163) *Whiten v Pilot Ins. Co.* [2002] 1 SCR 655.

164) *Whiten v Pilot Ins. Co.* [2002] 1 SCR 656-657.

165) Gotanda, John Y., *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, Villanova University Charles Widger School of Law, Working Paper, 2003, p. 18.

166) *Whitfeld v DeLauret & Co. Ltd.* (1920) 29 C.L.R. 71, 77 (Knox, C.J.); Gotanda, John Y., *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, Villanova University Charles Widger School of Law, Working Paper, 2003, p. 18.

나. 징벌적 손해배상의 인정 기준

징벌적 손해배상을 인정하기 위해서는 2가지의 중요한 제한요소가 존재한다. 첫째, 징벌적 손해배상은 전보배상이 가해자를 처벌하고, 다른 잠재적 위법행위자를 억제하는데 부적합하며, 법원이 해당 위법행위에 대한 불승인을 표명하는 경우에만 인정된다. 둘째, 가해자가 이미 형사절차에서 상당한 처벌(substantial punishment)을 받은 경우에는 인정되지 아니한다.¹⁶⁸⁾ 징벌배상의 목적인 처벌과 억제가 형사소송으로 인해 이미 실현되었기 때문에, 형사처벌 받은 행위에 대해 징벌배상이 인정된다면, 피고를 이중으로 처벌하는 결과가 되기 때문이다.

다. 징벌적 손해배상액 산정의 고려요소

징벌적 손해배상액을 산정하는 경우 모든 관련 사실이 고려되지만, 가장 핵심적인 초점은 피해자 또는 해당 위법행위가 아닌 가해자에게 맞춰진다.¹⁶⁹⁾ 관련 요소 중 가해자의 행위 유형과 가해자에 의해 야기된 손해의 정도가 중요하다.¹⁷⁰⁾ 위법행위로부터 가해자가 획득한 이익의 정도와 가해자나 제3자에 대한 억제 효과도 고려요소이다.¹⁷¹⁾ 징벌적 손해배상액을 지급할 수 있는 가해자의 능력도 고려되며, 징벌적 손해배상을 명하는 것이 부당한 가혹함이 되는 경우에는 징벌적 손해배상액을 감액할 수 있다.¹⁷²⁾ 징벌적 손해배상액이 피해자에게 우발적 소득이 되는 경우 배상액 산정에 고려요소로 작용한다.¹⁷³⁾

라. 지식재산권법상 도입

호주 특허법은 2006년 개정을 통해 징벌적 손해배상을 도입하였으며, 이를 추가적인 손해(additional amount in an assessment of damages)라고 표현하고 있다. 즉, 특허침해를 당한 특허권자의 구제방법으로 금지명령 및 손해배상을 규정하고 있는데, 호주는 추가적인 손해배상에 대해 규정하고 있다. 이에 대해 법원은 “① 특허침해행위의 악의성, ② 당해 특허발명에 대

167) Hospitality Group Pty. Ltd. v Australian Rugby Union Ltd. (2001) 110 F.C.R.157; Whitfield v De Lauret & Co. Ltd. (1920) 29 C.L.R. 71; Gotanda, John Y., Punitive Damages: Comparative Analysis, Villanova University Charles Widger School of Law, Working Paper, 2003, p. 19.

168) Gray v. Motor Accident Commission (1998) 196 C.L.R. 1, 14.

169) Gray v. Motor Accident Commission (1998) 196 C.L.R. at 7.

170) Gotanda, John Y., Punitive Damages: Comparative Analysis, Villanova University Charles Widger School of Law, Working Paper, 2003, p. 20.

171) Gray v. Motor Accident Commission (1998) 196 C.L.R. at 50.

172) Gotanda, John Y., Punitive Damages: Comparative Analysis, Villanova University Charles Widger School of Law, Working Paper, 2003, p. 20.

173) Gray v. Motor Accident Commission (1998) 196 C.L.R. at 7.

한 유사한 특허침해행위의 억제 필요성, ③ 침해자가 특허침해판결을 받은 후 또는 침해통지를 받은 후 침해자의 행위, ④ 특허침해행위에 의하여 침해자가 획득한 이득액, ⑤ 기타 사항”을 고려해 손해배상을 산정함에 있어 추가적인 금액을 포함할 수 있다고 판단한다.¹⁷⁴⁾

<p>122 Relief for infringement of patent</p> <p>(1) The relief which a court may grant for infringement of a patent includes an injunction (subject to such terms, if any, as the court thinks fit) and, at the option of the plaintiff, either damages or an account of profits.</p> <p>(1A) A court may include an additional amount in an assessment of damages for an infringement of a patent, if the court considers it appropriate to do so having regard to:</p> <p>(a) the flagrancy of the infringement; and (b) the need to deter similar infringements of patents; and (c) the conduct of the party that infringed the patent that occurred: (i) after the act constituting the infringement; or (ii) after that party was informed that it had allegedly infringed the patent; and (d) any benefit shown to have accrued to that party because of the infringement; and (e) all other relevant matters.</p> <p>(2) On the application of either party, the court may make such order for the inspection of any thing in or on any vehicle, vessel, aircraft or premises, and may impose such terms and give such directions about the inspection, as the court thinks fit.</p>	<p>122 특허침해 구제</p> <p>(1) 법원이 특허침해에 대해 부여할 수 있는 구제에는 금지 명령(법원이 적합하다고 생각하는 경우 그러한 조건이 있는 경우)과 원고의 선택에 따라 손해배상 또는 이익 설명이 포함된다.</p> <p>(1A) 법원은 다음을 고려하여 그렇게 하는 것이 적절하다고 판단하는 경우 특허침해에 대한 손해 평가에 추가 금액을 포함할 수 있다.</p> <p>(a) 침해의 심각성; 그리고 (b) 유사한 특허에 대한 침해를 억제할 필요성; 그리고</p> <p>(c) 발생한 특허를 침해한 당사자의 행위: (i) 침해를 구성하는 행위 이후; 또는 (ii) 당사자가 특허를 침해했다고 통보받은 후 그리고</p> <p>(d) 침해로 인해 당사자에게 발생한 것으로 나타난 모든 이익 그리고 (e) 기타 모든 관련 사항.</p> <p>(2) 일방 당사자의 신청에 따라 법원은 차량, 선박, 항공기 또는 건물 내부 또는 위의 물건에 대한 검사를 명령할 수 있으며, 법원과 같은 조건을 부과하고 검사에 대한 지시를 내릴 수 있습니다. 적합하다.</p>
---	--

호주상표법 제126조에서도 특허법 제122조에서의 규정과 유사한 규정을 두고 있다.

<p>126 What relief can be obtained from court</p> <p>(1) The relief that a court may grant in an action</p>	<p>126조 법원에서 받을 수 있는 구제</p> <p>(1) 법원이 등록 상표 침해 소송에서 부여할 수 있는 구제</p>
---	--

174) 이주환, “대만, 중국, 호주, 캐나다의 특허침해로 인한 증액손해배상제도”, 법학연구 제31권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2021, 367~368면.

<p>for an infringement of a registered trade mark includes:</p> <p>(a) an injunction, which may be granted subject to any condition that the court thinks fit; and (b) at the option of the plaintiff but subject to section 127, damages or an account of profits.</p> <p>(2) A court may include an additional amount in an assessment of damages for an infringement of a registered trade mark, if the court considers it appropriate to do so having regard to:</p> <p>(a) the flagrancy of the infringement; and (b) the need to deter similar infringements of registered trade marks; and (c) the conduct of the party that infringed the registered trade mark that occurred:</p> <p>(i) after the act constituting the infringement; or (ii) after that party was informed that it had allegedly infringed the registered trade mark; and (d) any benefit shown to have accrued to that party because of the infringement; and (e) all other relevant matters.</p>	<p>에는 다음이 포함된다.</p> <p>(a) 법원이 적합하다고 판단하는 조건에 따라 허용될 수 있는 금지 명령 그리고 (b) 원고의 선택에 따라 127조에 따라 손해 또는 이익 계산.</p> <p>(2) 법원은 다음과 관련하여 법원이 그렇게 하는 것이 적절하다고 판단하는 경우 등록 상표 침해에 대한 손해 배상 평가에 추가 금액을 포함할 수 있다.</p> <p>(a) 침해의 심각성; 그리고 (b) 등록 상표의 유사한 침해를 방지할 필요성; 그리고 (c) 발생한 등록상표를 침해한 당사자의 행위:</p> <p>(i) 침해를 구성하는 행위 이후; 또는 (ii) 당사자에게 등록 상표를 침해했습니다. 그리고 (d) 침해로 인해 당사자에게 발생한 것으로 나타난 모든 이익 그리고 (e) 기타 모든 관련 사항.</p>
--	---

II 대륙법계

1. 독일

가. 손해배상의 기본원칙

독일은 손해배상법에서 원상회복주의를 원칙으로 하고 있다. 또한 원상회복에 갈음하는 금전 배상도 규정하고 있다(독일 민법 제249조 제1항, 제2항).¹⁷⁵⁾ 이는 2002년 채권법 개정에서 손해배상제도에 대한 태도를 보면 민사법과 형법 간의 명확한 기능의 분리 원칙을 고수하고 있었

175) 이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, *홍익법학* 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018.

다.¹⁷⁶⁾ 독일에서의 손해배상은 전보배상을 유일한 기능으로 보며, 가해자에 대한 처벌은 형사법에서 다룬다는 것이다.¹⁷⁷⁾

독일 연방대법원은 “불법행위자가 유죄판결을 받았다는 이유로 사법상 구제받을 수 있는 피해자의 권리가 위축되어서는 안 된다”고 판시하고 있지만,¹⁷⁸⁾ 민사책임과 형사책임을 엄격하게 준별하므로 민사책임에 형벌적 요소의 개입이 안 된다는 입장이다.¹⁷⁹⁾ 즉, 독일에서의 손해배상은 전보배상을 유일한 기능으로 보며, 가해자에 대한 처벌은 형사법에서 다루고 있다.¹⁸⁰⁾ 독일에서 손해배상제도는 본연의 전보배상 의무만을 가진 것이지, 피해자에게 실손해 배상금 이상의 배상을 하게 하는 것도 아니고, 가해자를 처벌하고 가해행위를 억제하자는 목적을 가지는 것도 아니라는 입장이 확고하다.

나. 징벌적 손해배상제도에 대한 논의

위자료, 인격권 침해, 차별금지 등 일부 영역에서 독일법상 전통적인 전보배상이라고 보기 어려운 손해배상이 이루어지고 있으며, 이러한 이유로 이미 독일법 체계 내에서 위법행위자에 대한 처벌과 위법행위의 억제를 의도한 손해배상이 이루어지고 있다는 견해가 제기되고 있다.¹⁸¹⁾ 독일에서 징벌적 손해배상의 법적 논란은 외국에서 판결받은 징벌적 손해배상 판결의 독일 내의 승인과 집행에 관한 것이다. 즉, 독일에는 독일 국내법에 의한 경우가 아닌 한, 일반적으로 미국에서 판결받은 손해배상금의 집행이 불가능하다. 독일에서는 처벌과 억제의 목적을 지닌 징벌적 손해배상은 전보배상 원칙에 명백하게 어긋나고, 징벌적 손해배상액 자체도 당사자들에 영향을 받기보다는 일반적인 공공의 이익에 따라 그 금액의 정도가 달라지기도 하기 때문에, 이는 형사처벌의 영역이지 사법의 영역이 아니라고 본다. 따라서 독일 연방대법원에서는 징벌적 손해배상은 독일의 기본적인 불법행위 원칙과 양립할 수 없고, 독일 내에서 외국의 징벌적 손해배상을 승인, 집행하는 것은 불가능하다고 판시한 바 있다.¹⁸²⁾

176) BGH NJW 1992, 3104.

177) BGHZ 128, 177.

178) BGHZ 128, 177.

179) 이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, *홍익법학 제19권 제4호*, 홍익대학교 법학연구소, 2018.

180) 즉, 유죄판결을 받은 불법행위자에 대한 징벌배상의 부과는 독일 기본법 제103조 제3항에 규정한 이중처벌의 문제를 야기한다고 보고 있다(이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, *홍익법학 제19권 제4호*, 홍익대학교 법학연구소, 2018.).

181) 정신적 손해배상을 규정한 독일 민법 제253조가 징벌배상의 기능을 대체하는 측면이 있다는 주장이 있지만, 의미 있는 견해로 평가받지는 못하고 있다(이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, *홍익법학 제19권 제4호*, 홍익대학교 법학연구소, 2018.).

182) BGH NJW 1992, 3104.

2. 일본

가. 손해배상의 기본원칙

일본은 대륙법계 국가로서 현재까지도 민사책임과 형사책임을 엄격하게 구분하고 있다. 다만 1994년에 시행된 제조물책임법의 입법 과정에서 일본 변호사연합회가 의견을 제시한 부가금 제도에 대한 논의가 있었다.¹⁸³⁾ 이는 징벌적 손해배상제도와 유사한 제도로 평가되었으나, 일본의 민사책임제도에 맞지 않는다고 최종적으로 채택되지는 않았다.¹⁸⁴⁾

나. 징벌적 손해배상제도에 대한 논의

1999년 내각에 설치된 사법제도개혁심의회에서는 징벌적 배상이 논의되었다. 사법제도개혁심의회에서는 최종의견서에서 징벌배상에 관해 일본의 법체계에서 유지해 온 민사책임과 형사책임 구분과 맞지 않는다는 지적도 제시되어 장래의 연구과제로 남기기로 하였다.¹⁸⁵⁾ 이 논의과정에서 소비자단체, 노동조합총연합, 변호사협회에서는 기존의 손해배상제도 내에서 달성하기 어려웠던 불법행위 억제라고 하는 목적을 추구하고, 당사자 간의 실질적인 공평을 도모할 필요가 있다고 하면서 그 수단으로 징벌배상의 필요성을 주장하였다.¹⁸⁶⁾ 반면, 법무성은 징벌배상은 피해자에게 발생한 손해를 전보하는 것이 아니고, 제재를 가하거나 일반 예방을 목적으로 하는 것이기 때문에 일본 민법에서 현실적으로 발생한 손해를 담보하는 것이라고 하는 대원칙에 어긋난다고 하면서, 이러한 역할은 형사제재 또는 행정적인 다양한 제도로 담보하고 있기 때문에 민사제도로서는 적당하지 않다는 소극적인 견해를 밝혔다.¹⁸⁷⁾

저작권법에서도 일종의 징벌배상이라고 할 수 있는 3배 배상제도에 관하여 일본 문부과학성에 문화심의회저작권분과회 사법구제제도 소위원회(文化審議會著作権分科會 司法救済制度小委員会)가 설치되어 검토한 바 있다. 2004년 보고서를 공표하면서 “징벌배상제도의 도입에 대해서는 저작권 침해소송에 한하는 것이 아니라 민사소송제도 전체에 걸친 큰 문제인 점에서, 특허권, 상표권 등 다른 지적재산 관련 법령에서 논의가 이루어지지 않은 현상을 고려한다면 현 단계에서의 도입은 어렵다”고 하는 결론을 내린 바 있다.¹⁸⁸⁾

183) 윤태영, “최근 일본에서의 징벌적 손해배상의 도입에 관한 논의”, 징벌적 손해배상제도에 관한 비교법적 검토 워크숍, 입법평가 회의자료집 14, 한국법제연구원, 2012.

184) 이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, 홍익법학 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018.

185) 김현수 외3, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평가”, 입법평가연구 12-24-22, 한국법제연구원, 2012.

186) 第22回 司法制度改革審議會 議事錄, 平成12年 6月 13日.

187) 박희주, “외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구”, 정책연구 14-08, 한국소비자원, 2014.

188) 김현수 외3, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평가”, 입법평가연구 12-24-22, 한국법제연구원, 2012.

현행 손해배상제도 내에서 불법행위의 억제 또는 사고의 재발 방지 등의 목적으로 제재적 위자료를 청구하는 사례가 나타나게 되었다.¹⁸⁹⁾ 위자료의 법적 성질과 관련하여 손해 전보설과 불법행위에 대한 제재설이 대등하게 대립하고 있다.¹⁹⁰⁾ 또한 일본 하급심 판례 중에서 종종 제재설을 취하는 입장이 보이기도 하지만,¹⁹¹⁾ 일본 최고재판소(대법원) 및 하급심의 주류적인 판례는 위자료의 법적 성질에 관하여 제재적 기능에 대해서는 다소 부정적인 입장을 유지하고 있다.¹⁹²⁾

지금까지도 소비자 관련 단체, 노동 관련 단체와 일본 변호사연합회 등에서는 악의적 불법행위에 대하여 민법상 또는 특별법상 징벌적 배상제도를 도입해야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있다. 제조물 사고, 고용차별, 저작권 침해 등으로 손해를 입은 피해자가 징벌적 배상을 청구하는 사례도 있지만, 법원은 소극적인 입장으로 일관하고 있다.¹⁹³⁾

다만 국제적 입법 동향에 따라 지식재산권을 포함한 특별법을 중심으로 징벌적 손해배상제도의 도입에 대한 비교법적 연구를 통한 입법적 논의가 진전되고 있는 점 등을 고려하면, 분야별로 징벌적 손해배상제도가 도입될 가능성은 열려있다고 할 수 있다.

3. 중국

1. 중국 지식재산법상 징벌적 손해배상제도

가. 지식재산권법상 징벌적 손해배상에 관한 규정

1993년에 시행된 소비자권익보호법(消費者權益保護法) 제49조에는 소비자 사기(欺詐) 행위에 대해 2배 배상을 규정한 바 있으며, 징벌적 손해배상제도를 도입한 첫 사례이다. 2013년, 중국 상표법(商標法)에는 끊이지 않는 상표권 침해행위를 억제하기 위해 징벌적 손해배상제도를 도

189) 1990년 이후 일본에서는 대중매체에 의한 인격권 침해, 악의, 계획성을 가진 폭행, 감금, 살인 등 조직범죄, 결함 제조물에 의한 소비자 피해, 계획적·반복적 기망행위 등을 원인으로 하는 손해배상청구 사건에서 불법행위의 억제를 목적으로 하는 제재적 위자료가 청구되었음(김현수 외3, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평가”, 입법평가연구 12-14-12, 한국법제연구원, 2012, 57~58면).

190) 이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, 홍익법학 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018.

191) 京都地判 1989. 2. 27, 判時 1322号, 125面.

192) 최고재판소는 외국 판결(캘리포니아주)의 효력과 관련된 사안이기는 하지만, ‘손해배상의 제재적 기능은 피해자가 입은 불이익을 회복하기 위하여 가해자에게 손해배상무무를 부담시킨 것에 불과하고, 가해자에 대한 제재 및 일반 예방을 주된 목적으로 하는 징벌적 손해배상제도와는 본질적으로 다른 것’이라고 함으로써 손해배상의 전보 기능을 강조하고 있음(最判 1997. 7. 11, 民集 51卷 6号, 2573面). 기타 전보설을 취하는 하급심판례로는 東京地判 1983. 3. 1, JURIST 764号(코로킨 약 해소송사건)가 유명하다(이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, 홍익법학 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018 재인용).

193) 일본 최고재판소는 萬世工業사건에서 일본 기업에 대하여 징벌적 손해배상을 명한 캘리포니아주 법원의 판결을 승인·집행하는 것은 공서양속에 반한다고 하였다(最判 1997. 7. 11, 民集 51卷 6号, 2573面(이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, 홍익법학 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018 재인용)).

입하였다. 2019년 개정된 ‘상표법’에서는 징벌적 손해배상의 배수를 ‘1배 이상 3배 이하’에서 ‘1배 이상 5배 이하’로 더욱 확대하여 중국의 지식재산권 분야 보호가 강화되고 있음을 알 수 있다. 종자법(种子法) 제73조 제3항에는 식물신품종권(植物新品种权) 침해에 대한 징벌적 손해배상 제도를 명확히 하였다(2016년 1월 1일 시행).¹⁹⁴⁾ 2019년 4월 23일에 시행된 ‘부정경쟁방지법(反不正当竞争法)’ 제17조에는 상업비밀(商业秘密) 침해에 대한 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 2021년 1월 1일 시행된 민법전 제1185조에는 ‘타인의 지식재산권을 고의로 침해하여 그 경위(情节)가 엄중한 경우 피침해자는 상응하는 징벌적 손해배상을 청구할 수 있다’고 규정하고 있다. 2021년 6월 1일 시행된 저작권법 제54조와 특허법 제71조에는 침해에 대한 징벌적 손해배상제도를 도입하였다.

표 2 | 중국 지식재산 분야의 징벌적 손해배상 규정

관련 법규정	내용
상표법 제63조 제1항	상표전용권 침해에 대한 배상액은 권리자가 권리침해로 인해 입은 실제손실에 따라 확정한다. 실제손실을 확정하기 어려운 경우, 침해자가 침해로 인하여 취득한 이익에 따라 확정할 수 있다. 권리자의 손실 또는 침해자가 획득한 이익을 확정하기 어려운 경우, 해당 상표 허가 사용료의 배수를 참조하여 합리적으로 확정한다. 악의로 상표전용권을 침해하여 경위가 엄중한 경우, 상술한 방법에 따라 확정된 금액의 1배 이상 5배 이하에서 배상액을 확정할 수 있다.
종자법 제72조 제3항	식물 신품종권 침해의 배상액은 권리자가 권리침해로 인해 입은 실제손실에 따라 확정한다. 실제손실을 확정하기 어려운 경우, 침해자가 침해로 인하여 취득한 이익에 따라 확정할 수 있다. 권리자의 손실 또는 침해자가 획득한 이익을 확정하기 어려운 경우, 해당 식물 신품종권 허가 사용료의 배수를 참조하여 합리적으로 확정할 수 있다. 고의로 식물 신품종권을 침해하여 경위가 엄중한 경우, 상술한 방법에 따라 확정된 금액의 1배 이상 5배 이하에서 배상액을 확정할 수 있다.
부정경쟁방지법 제17조 제3항	부정경쟁행위로 손해를 입은 경영자의 배상액은 권리침해로 인해 입은 실제손실에 따라 확정한다. 실제손실을 계산하기 어려운 경우, 침해자가 침해로 인하여 취득한 이익에 따라 확정한다. 경영자가 악의적으로 상업비밀을 침해하는 행위를 실시하여 경위가 엄중한 경우, 상술한 방법에 따라 확정된 금액의 1배 이상 5배 이하에서 배상액을 확정할 수 있다.
저작권법 제54조 제1항	저작권 또는 저작권 관련 권리를 침해한 경우, 침해자는 권리자가 이로 인하여 입은 실제손실 또는 침해자의 위법소득에 따라 배상하여야 한다. 권리자의 실제손실 또는 침해자의 위법소득을 계산하기 어려운 경우, 해당 권리사용료(权利使用费)를 참조하여 배상할 수 있다. 저작권 또는 저작권 관련 권리를 고의로 침해한 경우, 경위가 엄중한 경우, 상술한 방법에 따라 확정된 액수의 1배 이상 5배 이하에서 배상할 수 있다.
특허법 제71조 제1항	특허권 침해의 배상액은 권리자이 피침해로 인하여 입은 실제손실 또는 침해자가 침해로 인하여 취득한 이익에 따라 확정한다. 권리자의 손실 또는 침해자가 취득한 이익을 확정하기 어려운 경우, 해당 특허허가 사용료의 배수를 참조하여 합리적으로 확정한다. 고의로 특허권을 침해하여 경위가 엄중한 경우, 상술한 방법에 따라 확정된 금액의 1배 이상 5배 이하에서 배상액을 확정할 수 있다.

※ 출처: 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022에서 재편집.

194) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

나. 지식재산권법상 징벌적 손해배상제도의 성격과 기능

지식재산권에 대한 징벌적 손해배상의 성격과 기능은 대륙법계인 중국의 법체계에 적합한지와 피고인에 대한 과도한 처벌의 여부와 관련된다.

(1) 지식재산권법상 징벌적 손해배상제도의 성격

지식재산권에 대한 불법행위에 대한 징벌적 손해배상제도의 기본적 성격에 관하여 학계에서는 다양한 관점이 존재하는데, 지배적인 의견으로는 ① 민사책임설, ② 경제법책임설, ③ 준형사책임설(准刑事責任說), ④ 공법책임설(公法責任說) 등이다. 징벌적 손해배상책임은 공법적인 특징이 있지만, 기본적으로 사법적 책임이므로 때문에 징벌적 손해배상제도의 성격에 대해 논란이 지속되어 왔다.

먼저, 민사책임설이다. 본 학설을 지지하는 학자들은 민사상 권리침해로 인한 징벌적 손해배상책임은 권리침해에 관한 민사책임이며, 징벌적 손해배상은 민사책임의 성격의 금전적 처벌이라고 주장한다.¹⁹⁵⁾ 본 학설의 주요 근거는 다음과 같다. 첫째, 징벌적 손해배상책임은 민사상 법률관계의 주체 사이에 적용되는 법적 책임이다. 따라서 징벌적 손해배상은 행정벌금(行政罰款), 형사벌금(刑事罰金) 등과는 성격이 현저히 다르며, 징벌적 손해배상에서는 가해자가 지급한 배상액을 국가에 상납하지 않고 피해자에게 지급해야 한다. 즉, 징벌적 손해배상은 법률에 규정된 것 외에 피해자가 신청해야 하고 피해자가 스스로 배상액을 포기할 수도 있다고 주장하였다.¹⁹⁶⁾ 둘째, 징벌적 손해배상제도는 피해자에게 구제받을 권리만 줄 뿐이지, 다른 사람을 처벌할 권리를 부여하는 것은 아니라고 주장한다.¹⁹⁷⁾ 따라서 피해자의 배상 여부와 범위는 당사자가 아닌 법원이 최종적으로 결정해야 한다고 주장한다.¹⁹⁸⁾

두 번째 학설로는 경제법책임설이다. 본 학설에서는 징벌적 손해배상제도는 사회법이나 경제법상의 책임에 대한 법적 제도라고 주장한다. 즉, 징벌적 손해배상제도가 민사책임이나, 형사책임 영역의 제도가 아니라고 주장한다. 즉, 민사책임과 형사책임 양쪽의 속성을 가진 법제도 또는 공법책임과 사법책임이 융합된 특수한 법제도로 징벌적 손해배상제도를 이해하고 있다.¹⁹⁹⁾

세 번째 학설로는 준형사책임설이 있다. 본 학설에서는 민사상 침해손해에 대한 징벌적 배상은 비록 침해법상의 규정이지만 형사책임의 벌금형과 더 유사하다고 주장한다.²⁰⁰⁾ 징벌적 손해

195) 王靖雯, “劳动基准法中的惩罚性赔偿制度”, 石河子大学学报(哲学社会科学版), 2016(06), 50面.

196) 张新宝·李倩, “惩罚性赔偿的立法选择”, 清华法学, 2009(04), 6面.

197) 徐聪颖, “知识产权惩罚性赔偿的功能认知与效用选择——从我国商标权领域的司法判赔实践说起”, 湖北社会科学, 2018(07), 145~157面.

198) 马培, “论惩罚性赔偿制度”, 复旦大学硕士论文, 2009, 14面.

199) 金福海, 「惩罚性赔偿研究」, 法律出版社, 2008年, 98面.

200) 陈聪富, 「侵权归责原则与损害赔偿」, 北京大学出版社, 2005, 197面.

배상액 제도는 징벌적 및 억제적(遏制) 목적과 원상회복적(恢复原状) 전보적 배상과는 성격이 현저히 다른 형사처벌의 성격을 띠고 있다는 것이 본 학설을 뒷받침하는 주된 근거이다.

네 번째 학설로는 공법적 책임설에 관한 것이다. 본 학설에서는 징벌적 손해배상제도는 공법과 사법의 특징을 가지고 있긴 하지만, 주된 성격은 공법이라고 한다. 공법의 기능은 주로 범죄와 불법행위를 처벌하는 것이다. 즉, 징벌적 손해배상제도는 피해자에 대한 손해의 보상은 부차적이며, 불법행위에 대한 징벌과 유사 또는 동일한 불법행위의 예방이 중요하기 때문에 공법적 속성이 더 강하다고 주장하였다.²⁰¹⁾

지식재산권법상 징벌적 손해배상의 법적 성격에 관하여 중국의 학계에서는 민사책임설에 찬성하는 경우가 많은데, 주요 이유는 다음과 같다. 첫째, 징벌적 손해배상의 적용대상의 측면이다. 즉, 지식재산권법상 침해행위로 입은 손해에 대한 징벌적 손해배상의 적용대상은 민사책임에 속한다는 것이다.²⁰²⁾ 만약 징벌적 손해배상이 준형사책임이라고 한다면 민사책임과 형사책임의 경계가 모호해질 뿐만 아니라 민사책임과 행정책임의 경계도 혼동된다고 주장한다.²⁰³⁾ 둘째, 징벌적 손해배상액의 배상 주체의 측면이다. 즉, 민사상 권리침해 손해에 대한 징벌적 손해배상액은 모두 피해자에게 지급된다.²⁰⁴⁾ 셋째, 징벌적 손해배상책임을 재판하는 소송절차상의 측면이다. 즉, 피해자가 징벌적 손해배상액을 받는 소송절차는 민사소송절차이다. 넷째, 징벌적 손해배상의 제도적 기능상의 측면이다. 즉, 징벌적 기능과 예방적 기능은 법의 성질을 확정하는 결정적인 요소가 아니다. 현대 손해배상법은 징벌 기능과 억제 기능을 가지며, 이러한 점은 점점 학계와 실무계에 의해 인정되고 있다. 즉, 징벌 기능과 예방 기능은 더 이상 공법의 전문적 특성이 아니며, 손해배상법도 피해자에게 보상적 기능을 하는 것뿐만 아니라 가해자인 불법행위자를 제재하고 유사 또는 동일한 불법행위를 억제하는 역할도 한다.²⁰⁵⁾

(2) 지식재산권법상 징벌적 배상제도의 기능

징벌적 손해배상제도의 기능에 대하여, 피해자가 입은 손해를 보상하고 불법행위를 징벌·억제하는 등 여러 가지 기능을 가진다.²⁰⁶⁾ 중국에서 대표적인 견해에는 세 가지 기능설과 네 가지

201) 金福海, “惩罚性赔偿不宜纳入我国民法典”, 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2003(02), 157~161面.

202) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

203) 樊秀丽, “关于知识产权惩罚性赔偿的几个问题”, 广东石油化工学院学报, 2016, 13~16面.

204) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

205) 朱丹, “知识产权惩罚性赔偿制度研究”, 华东政法大学 博士学位, 2013, 68~69面; 王利明, “论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则”, 政治与法律, 2019(08), 99~101面; 吴汉东, “知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用”, 法学评论, 2021(03), 24~25面(심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용).

206) 王利明, “论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则”, 政治与法律, 2019(08), 99~101面; 吴汉东, “知识产权惩罚性

기능설이 있다. 세 가지 기능설에서 징벌적 손해배상은 전보, 억제, 징벌의 기능을 가지고 있다고 주장한다.²⁰⁷⁾ 네 가지 기능설에서 징벌적 손해배상의 기능에는 손해 전보, 억제, 보복 징벌(报复懲罰), 사적 법률 집행(私人執行法律)의 네 가지 기능이 있다고 주장한다.²⁰⁸⁾ 이 두 기능설 모두 손해의 전보와 불법행위 내지 불법행위자에 대한 징벌의 기능을 포함하며, 즉 권리자는 배상액을 받고 불법행위로 인하여 받은 손실을 전보하며, 동시에 불법행위에 대한 징벌을 구현한다.

징벌적 손해배상의 기능에 관하여 학계에서는 징벌적 손해배상이 전보 기능을 하는 것으로 보는 것이 일반적이다.

다. 징벌적 손해배상의 구성요건

징벌적 배상책임의 구성요건은 지식재산권 입법에 명확히 규정되어 있으며, 이를 침해행위에 대한 민사책임을 인정하는 재판기준으로 삼는다.

(1) 고의, 악의의 주관적 요건

주관적 요건에 관하여, 저작권법, 특허법에는 고의라는 표현을 사용하고, 상표법, 부정경쟁방지법은 악의라는 표현을 사용한다. 고의와 악의에 대하여 성격을 구분하는 것에 대해 중국 학계에서는 논란이 있는데, 같은 의미를 주장하는 견해²⁰⁹⁾도 있고 다른 의미를 주장하는 견해²¹⁰⁾도 있으나, 이에 대해서는 따로 논의하지 않도록 하겠다.

고의는 자신의 행위가 다른 사람의 권리를 침해한다는 것을 알거나 알 수 있었어야 하는 행위자의 심리 상태를 말한다.²¹¹⁾ 따라서 과실인 경우 징벌적 배상을 적용할 수 없다.

(2) 경위가 엄중해야 한다는 행위요건

“경위가 엄중하다”는 표현은 중국에서는 흔히 ‘형법’ 중의 범죄 구성 요건 및 행정 법규의 행정 처벌 규정에서 찾아볼 수 있다. 중국 지식재산권법에는 징벌적 배상을 규정하는 동시에 공법적 책임에서 흔히 볼 수 있는 ‘경위가 엄중하다’는 요건을 도입하였다.²¹²⁾ 2021년 3월 3일 실시

賠償的私法基础与司法适用”, 法学评论, 2021(03), 24-25面.

207) 方明, “论惩罚性赔偿与现代侵权法功能的嬗变”, 学海, 2012(02), 190面.

208) 陈聪富, 「侵权归责原则与损害赔偿」, 北京大学出版社, 2005, 203面.

209) 林广海·李剑·秦元明, “《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》的理解和适用”, 人民司法论坛, 2021(10), 52面.(심현주 외, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용).

210) 吴汉东, “知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用”, 法学评论, 2021(03), 21页~31面.

211) https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10206974 (2022. 5. 12. 방문)

212) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

된 ‘지식재산권 침해 민사안건 심리에 대한 징벌적 배상 적용에 관한 최고인민법원의 해석’ 제4조에 따르면, 사법실무상 ‘경위가 엄중’한 대표적인 사례를 열거하였다.²¹³⁾ 경위가 엄중한 것은 주로 침해 수단이나 침해 방식 또는 이로 인한 결과 등에 대한 객관적인 평가이며, 침해자의 주관적, 심리적인 상태와는 무관하다.²¹⁴⁾

(3) 징벌적 배상액의 산정규칙

징벌적 배상기준의 산정규칙에 관하여 특허법, 저작권법, 상표법, 부정경쟁방지법, 종자법에 모두 명확한 규정이 있다.²¹⁵⁾ 중국의 재판 실무에서는 다른 국가와 마찬가지로 손해배상액을 정확하게 산정하기 어렵기 때문에 사안에 따라 징벌적 배상을 적용하기 어려운 경우가 존재한다.

첫째, 징벌적 배상기수의 산정 기준에 관한 것이다. 중국 지식재산권법에는 수량 산정 방법의 확정액을 기수로, 즉 실제손실, 위법소득(违法所得), 허가사용료(许可使用费)²¹⁶⁾를 기준으로 한다고 규정한다. 실시한 ‘지식재산권 침해 민사안건 심리에 관한 징벌적 배상 적용에 관한 해석의 이해와 적용’ 제6조에서 동 문제에 대하여 다음과 같이 답변하였다. 첫째, 수량 산정 방법의 선후 순서를 규정한 것이다. 즉, 인민법원은 징벌적 배상액을 산정하는 경우 원고의 실손해 또는 피고의 위법소득액을 산정 기준으로 삼아야 한다. 원고의 실손해 또는 피고의 위법소득액을 산정하기 어려운 경우에는 허가사용료(실시료)를 참조하여 기수를 확정할 수 있다.

둘째, 상술한 산정 방법을 모두 산정하기 어려운 경우, 징벌적 배상을 적용할 수 있는지에 대한 사법해석에는 해답을 주지 않는다. 법정손해배상을 결정하는 데 사용할 수 있다는 견해가 있다.²¹⁷⁾

배수는 징벌적 배상액을 결정하는 또 다른 핵심 요소이다. 따라서 중국 인민법원은 안건의 전체 상황을 종합적으로 판단하여 법률이 규정한 배수 폭 범위 내(1 내지 5배)에서 법에 따라 확정한다.²¹⁸⁾ 배수를 확정할 때, 침해자의 과실 정도, 경위의 엄중한 정도, 배상액의 증거 정황 상황 등을 고려해야 한다.²¹⁹⁾

213) 중국은 법석[2021] 4호의 정확한 이해와 적용으로 징벌적 배상제도의 정확한 실시를 보장하기 위하여 ‘지식재산권 침해 민사사건의 징벌적 배상에 관한 적용 전형사례’를 발표하였다(심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용.).

214) 최고인민법원에서 2021년 4월 19일에 발표된 ‘지식재산권 침해 민사사건 심리에 관한 징벌적 배상 적용에 관한 해석’의 이해와 적용(《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》的理解和适用)을 참고한다. <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-297121.html>(심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022에서 재인용.).

215) 구체적인 산정 방식은 각 법률에 규정하고 있음(상표법 제63조 제1항, 종자법 제72조 제3항, 부정경쟁방지법 제17조 제3항, 저작권법 제54조 제1항, 특허법 제71조 제1항).

216) 상표법, 특허법, 종자법에서는 허가 사용료라고 하고 저작권법에서는 권리 사용료라고 한다.

217) 吴汉东, “知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用”, 法学评论, 2021(03), 31~32面; 冯晓青·罗娇, “知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计”, 中国政法大学学报(2015年第6期), 40面.

218) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

2. 형법 중 지식재산권 관련 범죄

중국 형법 제213조에서 제220조에는 지식재산권 침해죄(侵犯知识产权罪)를 규정하고 있다.²²⁰⁾ 지식재산권 침해죄는 지식재산권 관련 법률을 위반하고, 지식재산권자의 허락을 받지 아니하고 무단으로 이용하여, 국가의 지식재산권에 대한 관리 질서와 지식재산권자의 권리를 침해하는 것이다. 즉, 불법행위로 인한 침해이익이 크거(违法所得数额较大)나 경위가 엄중(情节严重)한 행위를 말한다.²²¹⁾

가. 지식재산권 침해죄의 객체

지식재산권을 침해하는 객체는 복수 객체이다. 즉, 권리자의 권리와 경제적 이익을 포함하며 국가가 지식재산권을 관리하는 법제도도 포함한다. 여기서 권리자의 권리란 특허권, 상표권, 저작권 등 지식재산권을 말하며, 이러한 권리에는 재산적 권리뿐만 아니라 정신적 권리도 포함한다. 행위자가 임의의 한 가지 권리만 침범하면 지식재산권 침해죄를 구성할 수 있다.²²²⁾ 지식재산권 침해죄는 상위 개념으로서 범주죄(类别罪)에 속하며, 그 하위에는 등록상표 도용죄(假冒注册商标罪), 특허사칭죄(假冒专利罪), 저작권 침해죄(侵犯著作权罪), 상업비밀 침해죄(侵犯商业秘密罪) 등 여러 죄가 포함된다.

나. 지식재산권 침해죄의 객관적 요건

지식재산권 침해죄의 요건 중 객관적인 요소는 권리자의 허락 또는 동의를 얻지 않고, 타인의 지식재산권을 침해하며, 위법소득 액이 비교적 크거나 경위가 엄중한 행위를 말한다.²²³⁾ 그 특징은 다음과 같은 내용을 포함한다.

첫째, 행위자의 행위에는 권원(權原)이 없다. 권리자의 동의가 없는 행위이다. 물론 위와 같은 행위에는 종종 예외적인 제한이 있는데, 저작물의 공정한 이용 등이 존재한다면 행위자의 행위가

219) '지식재산권 침해 민사사건 심리에 관한 징벌적 배상 적용에 관한 해석'의 이해와 적용(《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》的理解和适用)의 제7항을 참고한다.

220) 제213조 '등록상표 도용죄(假冒注册商标罪)', 제214조 '등등록상표 도용 판매죄(销售假冒注册商标的商品罪)', 제215조 '등록상표의 불법 제조·판매죄(非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪)', 제216조 '특허사칭죄(假冒专利罪)', 제217조 '저작권 침해죄(侵犯著作权罪)', 제218조 '권리침해 복제품 판매죄(销售侵权复制品罪)', 제219조 '상업비밀 침해죄(侵犯商业秘密罪)', 제219조의 1 '해외를 위한 상업비밀 절취, 탐지, 매수, 불법 제공죄(为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪)', 제220조 '지식재산권 침해죄에 대한 단위 처벌규정(单位犯侵犯知识产权罪的处罚规定)'을 포함한다(심현주 외2, "지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-", 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용).

221) 吴巧新·张建国·陈添, "当前侵犯知识产权案件出现的新情况以及对策——以宁波市海曙区人民检察院近五年办理的案件为样本", 法制与社会期刊, 2015(06), 61면.

222) 高铭喧·马克昌, 「刑法学(第九版)」, 北京大学出版社, 2019, 433~440面.

223) 高铭喧·马克昌, 「刑法学(第九版)」, 北京大学出版社, 2019, 433~439面.

권리자의 사전 동의 내지 허락을 얻지 못하였더라도 정당한 권원이 있는 것으로 보아야 한다.²²⁴⁾

둘째, 범죄의 표현 형태는 행위자가 적극적인 행위를 통하여 형법의 규정을 위반하는 것일 수밖에 없다. 즉, 다른 범죄와 달리 지식재산권 침해죄는 오직 작위(作为)에 의할 수밖에 없고, 부작위(不作为)의 방식은 지식재산권 침해죄를 구성할 수 없다. 마지막으로 지식재산권 침해죄는 거동범(行为犯)이 아니라 결과범(结果犯)의 형태로 도출된다. 이러한 지식재산 침해행위의 사회적 유해성은 행위의 결과와 범죄 정황에서 드러난다. 그러므로 행위는 반드시 위법소득액이 고액이고, 특히 엄중한 상황이 있어야 한다.²²⁵⁾ 불법행위의 불법소득액이 비교적 크거나 경위가 엄중하지 않으면 범죄를 구성하지 않는다.²²⁶⁾

다. 지식재산권 침해죄의 주관적 요건 분석

지식재산권 침해죄의 객관적 요소와 달리, 지식재산권 침해죄의 주관적 측면은 오직 고의가 있을 뿐이다. 즉, 과실로 지식재산권 침해죄가 구성될 수는 없다. 행위자가 고의적인 상황에서만 지식재산권 침해죄가 성립될 수 있다.

라. 벌금의 적용

지식재산권 범죄 분야에서, 중국 형법 제213조는 “등록상표 소유자의 허락없이 동일한 상품 또는 유사한 상품에 그 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 부착한 경우, 경위가 엄중한 경우”를, 같은 법 제214조는 “허위등록상표임을 알면서 상품을 판매한 경우, 판매액이 비교적 큰 경우”를, 제215조는 “타인의 등록상표의 표지를 위조, 무단 제조하거나 위조 또는 무단 제조된 표지를 판매한 경우, 경위가 엄중한 경우”를, 제216조는 “타인의 특허를 사칭한 경우”, 제217조는 “영리를 목적으로 하기 저작권 또는 저작권 관련 권리를 침해한 정황 중 하나가 있고, 위법 소득액수가 비교적 크거나 기타 엄중한 경위가 있는 경우”를, 제218조는 “영리를 목적으로 이 법 제217조 규정의 권리침해 복제품을 판매한 경우, 위법소득액수가 거대하거나 기타 엄중한 경위가 있는 경우”와 제219조 “다음의 상업비밀 침해행위 중 하나에 해당하며, 경위가 엄중하거나 경위가 특히 엄중한 경우”의 지식재산권 침해행위는 벌금형을 규정하고 있다. ‘지식재산권 침해 형사안건 처리에 관한 구체적인 법률 응용 몇 가지 문제에 관한 최고인민법원, 최고인민검찰원의 해석(2)²²⁷⁾ 제4조²²⁸⁾의 규정에 근거하고, 벌금의 액수는 일반적으로 위법소득의 1배 이상 5배 이

224) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용.

225) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

226) 张明楷, 「刑法学(第五版)」, 法律出版社, 2016, 820~830面.

하, 또는 불법경영 액수의 50% 이상 1배 이하에 따라 확정하게 된다.²²⁹⁾

3. 징벌적 손해배상과 형사책임의 관계

가. 징벌적 손해배상과 형법의 필요성²³⁰⁾ 이념과의 관계

지식재산은 사적 권리이지만, 지식재산권 침해 범죄는 중국 형법에서 ‘재산의 침해죄’가 아니라, ‘사회주의 경제 질서 파괴죄(破坏社会主义经济秩序罪)’로 분류된다.²³¹⁾ 즉, 지식재산권은 재산권의 속성을 근본으로 하며, 또한 경제 또는 문화 정책의 색채가 짙다. 형법이 보호하는 객체는 지식재산권의 경제 또는 문화 정책 배후의 ‘경제질서’에 치중하고, 민법(침해법)이 보호하는 객체는 ‘재산’ 자체에 치중하기 때문일 것이다.²³²⁾ 따라서 중국 형법은 침해행위가 사회경제 질서를 파괴하는 정도에 이르러야만 처벌을 한다. 이로 인해 그 외 영역의 불법행위의 경우 범죄는 아니지만 사회적 유해성이 어느 정도 있는 행위를 규제하기 어려운 법적 공백이 발생하였다.²³³⁾

지식재산권은 사적 권리를 근본적인 속성으로 하며, 지식재산권을 침해하는 행위는 우선 지식재산권자의 사적 권리를 침해하는 것이며, 극소수의 상황이 엄중한 상황에서만 진정으로 ‘시장경제 질서를 침해’하는 문제와 관련된다. 죄의 유무의 모호한 회색 지대에 있는 지식재산권 침해행위를 ‘시장경제 질서 침해’까지 죄의 속성을 이르게 한다면, 지식재산권 보호를 위한 형법의 과도한 개입이 문제될 것이다. 이는 오히려 지식재산권이라는 사인의 권리 즉, 지식재산권법의 사법

227) (법석[2007] 6호)(《最高人民法院, 最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》, (法释[2007] 6号. 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용.)

228) 지식재산권 침해 형사사건 처리 법률을 구체적으로 응용하는 몇 가지 문제에 관한 최고인민법원 최고인민검찰원의 해석(2) (법석[2007] 6호)(《最高人民法院最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》, (法释[2007] 6号), 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용.)

제4조: 지식재산권을 침해한 범죄에 대하여 인민법원은 범죄의 위법소득, 불법경영액, 권리자에게 초래한 손실, 사회위해성 등 상황을 종합적으로 고려하여 법에 따라 벌금을 선고하여야 한다. 벌금 액수는 일반적으로 위법 소득의 1배 이상 5배 이하, 또는 불법 경영 액수의 50% 이상 1배 이하에 따라 확정한다.

229) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022

230) 张明楷, “网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心”, 人民检察, 2014(09), 6~12面.

형법의 필요성(必要性/谦抑性)이란 형법이 일정한 규칙에 의거하여 처벌 범위와 처벌 정도를 통제하는 것을 말한다. 즉 다른 법률을 적용하여 모종의 위법행위를 억제할 수 있고 합법적 권익을 보호할 수 있을 때 이를 범죄로 규정할 수 없다. 어떠한 범죄행위를 억제할 수 있을 정도로 가벼운 제재방법을 적용하더라도 합법적 권익을 보호할 수 있을 때에는 무거운 제재방법을 규정하지 말아야 한다.

231) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

232) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

233) 冯晓青·罗娇, “知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计”, 中国政法大学学报(2015年第6期), 26~27面.

속성을 약화시키는 결과를 초래한다. 따라서 형법은 범죄를 구성하는 기준을 관대하게 해석하는 것이다.²³⁴⁾ 다만, 물론 형법의 필요성은 불법행위를 방임하거나 불법행위자를 처벌하지 않는 것을 의미하는 것이 아니다. 즉, 불법행위자와 불법행위자를 형벌로써 처벌하는 대신 다른 조치를 취함으로써 형벌을 대체하는 것이다. 징벌적 배상제도는 이 지점에서 이용할 수 있는 효과적인 방법일 것이다. 범죄행위가 모호한 지대에 있는 지식재산권 침해행위에 대하여 손해배상보다 더 가혹한 징벌적 배상책임을 부과함으로써 즉, 민사경제적 징벌의 방식을 통하여 형벌을 대체하고 징벌의 기능을 실현할 수 있다.²³⁵⁾

나. 징벌적 손해배상과 형사적 손해배상제도의 조화

중국에서 형사적 손해배상제이란, 법원이 사법재결을 통하여 범죄자에게 그 범죄로 인한 손해에 대하여 피해자를 대상으로 배상 또는 보상을 하도록 명령하는 형사사법제도를 의미한다.²³⁶⁾

앞서 검토한 바와 같이 중국 지식재산권법에 징벌적 손해배상제도가 전면적으로 도입되었다. 여기서 생각해 보아야 할 점은 징벌적 배상제도와 형사적 손해배상제도의 법적 조화 문제인데, 주로 다음이 두 관점에서 제시된다. 첫째, 지식재산권을 침해한 범죄에 대해 형사부대민사소송(刑事附带民事诉讼)을 제기할 수 있는지 여부가 문제가 된다. 둘째, 만일 지식재산권을 침해한 범죄가 형사부대민사소송을 제기할 수 있다면 징벌적 배상을 선고할 수 있는지 여부가 문제가 된다.²³⁷⁾

(1) 지식재산권 침해범죄에 대한 형사부대민사소송 제기 가능 여부

중국 형법 제36조 제1항 및 형사소송법 제101조, ‘〈중화인민공화국 형사소송법〉 적용에 관한 최고인민법원의 해석’ 법석[2021] 1호 제1조와 제157조 규정에 근거하여 형사손해배상의 적용은 다음의 요건을 만족시켜야 한다.²³⁸⁾ 범죄는 인신권리(人身权利)를 침해하는 범죄와 재물(财物)을 훼손하는 내용의 범죄이어야 하고, 손실은 정신적 손실을 제외하고 물질적 손실에 국한된다.²³⁹⁾

234) 吴汉东, “知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用”, 法学评论, 2021(03), 24-25面.

235) 冯晓青·罗娇, “知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计”, 中国政法大学学报(2015年第6期), 26面.

236) 武小凤, 「冲突与对接——刑事和解刑法制度研究」, 中国人民公安大学出版社, 2008, 96面.

237) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

238) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

239) ‘최고인민법원의 형사부대민사소송 범위문제에 관한 규정(법석[2000] 47호, 2015년 폐지)《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》(法释[2000] 47号에 따르면 물질적 손실은 피해자가 범죄행위로 인해 이미 입은 실제 손실과 필연적으로 입은 손실을 말한다(심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총

따라서 형법과 형사소송법에 따르면 재물의 훼손으로 인한 물질적 손해에 대해서만 형사부대소송을 제기할 수 있다. 재물에 대한 이해, 사법해석 또는 법원의 의견에 의해 해석되지 않는다. 재물에 대하여, 주로 두 가지 관점이 존재한다. 만자. 재물이란 유형재산을 가리키며, 지식재산권은 무체재산권으로서 유체재산권과 달리 훼손이란 말이 존재하지 않고 침해란 말에 속한다. 따라서 지식재산권 사안은 지식재산권이 무체재산권이므로 “재물이 훼손되어 물질적 손실을 입은” 상황에 속하지 않기 때문에 형사부대민사소송을 제기할 수 없다고 주장한다. 다른 한편, 지식재산권이 유체재산권이라면 지식재산권을 침해하는 범죄는 재물 훼손을 내용으로 하는 범죄이므로 형사부대민사소송이 적용될 수 있다는 주장도 존재하고 있다.²⁴⁰⁾

실무에서 사법기관은 권리자의 형사부대민사소송의 인정 여부에 대해 소극적인 인정에서 적극적인 인정으로 전환되었다. 2016년에 발표한 ‘지식재산권 침해 형사안건 심리에 관한 몇 가지 문제에 대한 저장성 고급인민법원 형사재판 제2정의 해답’에서 피해자가 부대 민사소송을 제기하는 것은 적절하지 않다고 명시한 바 있다.²⁴¹⁾ 그러나 최근 들어 실무면에서 법원의 태도가 점차 바뀌어 2020년 이후 최고인민법원,²⁴²⁾ 저장성고급인민법원(浙江省高级人民法院),²⁴³⁾ 장쑤성고급인민법원(江苏省高级人民法院),²⁴⁴⁾ 최고인민검찰원(最高人民检察院)²⁴⁵⁾이 지식재산권 형사안건에 대하여 부대민사소송을 제기하는 지도의견을 발표한 바 있다. 실무적으로 일부 지역의 사법기관들은 안건별로 지식재산권 형사안건에 대한 부대민사소송을 시도하고 있다.²⁴⁶⁾²⁴⁷⁾

제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용).

240) 冯晓青·罗娇, “知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计”, 中国政法大学学报(2015年第6期), 43面.

241) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

242) 최고인민법원은 2020년 4월 15일 발표한 ‘지식재산권 사법보호 전면 강화에 관한 의견(《关于全面加强知识产权司法保护的意見》)’에서 ‘삼합일(형사, 행정, 민사)’ 재판 메커니즘을 심도 있게 추진하고 지식재산권 형사, 행정, 민사 교차 사건을 적절히 처리하여 지식재산권 사법보호의 전체 효능을 제고한다(심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용.).

243) 2021년 1월, 저장성 고급인민법원은 ‘지식재산권 사법보호 업무 전면 강화에 관한 저장성 고급인민법원의 실시의견(《浙江省高级人民法院关于全面加强知识产权司法保护工作的实施意见》)’을 발표하면서 ‘형사 단속 역량을 확대…권리자가 법에 따라 형사 부대 민사소송을 제기하도록 유도하라’고 요구하였다(심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용.).

244) 2021년 4월, 장쑤성 고급인민법원은 ‘장쑤성 고급인민법원 상업비밀 침해 민사분쟁 사건 심리 지침(개정판)(《江苏省高级人民法院侵犯商业秘密民事纠纷案件审理指南(修订版)》)’을 발표하여 ‘상업비밀 침해 범죄 형사 자소, 공소 사건 중 자소인 또는 피해자가 즉시 형사 부대 민사소송을 제기하도록 탐색하고 민사 배상 문제를 함께 해결하라’고 요구하였다(심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022 재인용.).

245) 2022년 3월, 최고인민검찰원은 ‘신시대 지식재산권 검찰업무 전면 강화에 관한 최고인민검찰원의 의견(《最高人民检察院关于全面加强新时代知识产权检察工作的意見》)’을 발표하면서 ‘지식재산권 종합사법보호를 전면적으로 추진한다…형사부대민사소송을 탐색하여 전개하고 종합보호의 질적 효과를 제고하라’고 요구하였다(심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022에서 재인용.).

246) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

247) 2021)浙0281刑初352号.

(2) 형사부대민사소송을 제기할 수 있는 경우, 징벌적 배상을 선고할 수 있는지 여부

중국에서 지식재산권 침해죄에 대해서는 형사부대민사소송을 동시에 제기할 수 있다.²⁴⁸⁾ 사법해석(2021) 4호 제6조²⁴⁹⁾의 규정에 따라, 동일한 침해행위로 이미 행정벌금이나 형사벌금을 부과받고 집행이 완료되어 피고가 징벌적 배상책임의 감경 또는 면제를 주장하는 경우, 인민법원은 인정하지 않으나, 전항에서 일컫는 배수를 확정할 때 종합적으로 고려할 수 있다.²⁵⁰⁾ 따라서 사법해석에 의하면 지식재산권을 침해한 범죄의 형사부대민사소송에서 징벌적 배상을 선고할 수 있다.

형사책임은 처벌을 원칙으로 하고 민사책임은 손해의 전보를 원칙으로 한다. 그러나 이러한 원칙이 형사책임과 민사책임의 완전한 대립을 의미하는 것은 아니다.²⁵¹⁾ 징벌적 손해배상제도는 민사책임에 형사책임의 기능 일부가 포함된 것이다. 민사책임의 보상기능을 발휘하는 ‘이미 실제로 입은 손해’와 ‘필연적으로 입은 손해’ 양자가 형사부대민사소송 절차를 통해 주장될 수 있다. 따라서 형사책임의 ‘징계기능’을 발휘하는 징벌적 배상이 형사부대민사소송 절차에서 주장되지 못할 이유가 없다.²⁵²⁾

다. 형사/행정 벌금을 부과받았으므로 징벌적 배상책임을 감경 또는 면제할 수 있는지 여부

동일한 지식재산권 침해행위로 인해, 이미 행정처분 또는 벌금형을 부과받은 경우, 이러한 사실이 징벌적 손해배상액을 결정하는 데 영향을 미치는지 여부가 문제된다. 즉, 징벌적 배상과 징벌적 책임의 관계에 관한 것이다. 징벌적 책임은 공법상의 개념으로, 구체적으로 형사처벌과 행정처벌을 포함하는 것으로 해석한다.²⁵³⁾ 형법에는 저작권 침해죄, 침해복제품 판매죄, 등록상표 도용죄 등 지식재산권 침해죄를 규정하고 있다.²⁵⁴⁾ 행정처벌법에는 또한 행정기관에 지식재산권

248) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

249) “인민법원이 법에 따라 징벌적 배상의 배수를 확정할 때에는 피고의 주관적 과실의 정도, 침해행위의 경위의 엄중한 정도 등 요소를 종합적으로 고려하여야 한다. 동일한 침해행위로 이미 행정벌금이나 형사벌금을 부과받고 집행이 완료되어 피고가 징벌적 배상책임의 감면을 주장하는 경우, 인민법원은 인정하지 않으나, 전항에서 일컫는 배수를 확정할 때 종합적으로 고려할 수 있다.”(사법해석(2021) 4호 제6조).

250) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

251) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

252) 冯晓青·罗娇, “知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计”, 中国政法大学学报(2015年第6期), 44面.

253) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022

254) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022

을 침해하는 행위를 조사하여 처리할 수 있는 권한을 부여한다. 따라서 행위자가 지식재산권을 침해하는 행위를 했다면 형사처벌, 행정처벌, 민사책임까지 모두 부담하여야 할 것이다. 형사 벌금, 행정 벌금, 민사 징벌적 배상은 모두 행위자에게 금전 지급을 요구할 수 있다.²⁵⁵⁾

사법해석(2021) 4호 제6조의 규정에 의하면 “형사, 행정상의 벌금은 행위자가 부담하여야 할 민사상 징벌적 배상을 면할 수 없다”.²⁵⁶⁾ 세 가지 모두 징벌적이어서 침해행위의 재발을 예방하는 기능을 수행하지만, 징벌적 배상금은 국가가 아닌 권리자에게 귀속되며 권리자의 권리옹호를 장려한다는 부분은 행정적, 형사적 처벌로는 달성할 수 없다. 물론 행위자가 이미 공법상의 처벌을 받았기 때문에 민사안건의 징벌적 배상금은 적당히 감경될 수 있다.²⁵⁷⁾

라. 부담한 징벌적 배상책임에 대하여 양형의 정황으로 형사처벌을 감경 또는 면제할 수 있는지에 대한 검토

일부 학계에서는 지식재산권 피침해자가 징벌적 손해배상이라는 민사절차를 선택했다면 형사 책임을 묻지 않는 것으로 해석한다. 나아가 행정처벌과 징벌적 손해배상의 절차가 병존한다면 선후관계를 따져 먼저 제기한 소송절차를 적용해야 한다고 한다.²⁵⁸⁾ 그러나 이러한 일부의 주장은 ‘민법전’의 규정을 위반하는 것이다. 나아가 사법해석(해석[2021] 1호) 제276조 제2항 규정은 “피고인이 피해자에 대한 손해배상”을 법원에서 형량 정상으로 고려할 수 있도록 규정하고 있다.²⁵⁹⁾

255) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

256) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

257) 欧阳福生, “侵害知识产权惩罚性赔偿数额的确定——谈《民法典》第1185条适用的困境”, 电子知识产权, 2020(10), 83면.

258) 和育东·石红艳·林声焯, “知识产权侵权引入惩罚性赔偿之辩”, 知识产权, 2013(03), 54~59面.

259) ‘중화인민공화국 형사소송법’ 적용에 관한 최고인민법원의 해석(법석[2021] 1호)(最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释(法释[2021] 1号).

제276조 인민법원은 피고의 법정형량경위의 유무를 심사하는 외에, 사건 상황에 근거하여 형량에 영향을 미치는 아래의 정상을 심사하여야 한다.

- (1) 안건의 원인;
- (2) 피해자의 과실 유무 및 과실 정도, 갈등 격화에 대한 책임 여부 및 책임의 대소;
- (3) 피고인의 근친족이 피고인의 체포에 협조하였는지의 여부;
- (4) 피고인의 평소 표현, 죄를 뉘우치는 태도의 유무;
- (5) 장물 반환, 배상 반환 및 배상 상황;
- (6) 피고인이 피해자 또는 그 근친의 양해를 얻었는지의 여부;
- (7) 양형에 영향을 미치는 기타 상황.

4. 소결

2013년 상표법에 징벌적 손해배상제도가 도입된 이후 징벌적 손해배상의 성격에 대한 논란이 끊이지 않고 있다. 2021년 민법전과 해당 사법해석(사법해석[2021] 4호)이 시행됨에 따라 징벌적 손해배상 민사책임설이 어느 정도 인정되었다. 즉, 민사 주체는 동일한 행위로 인하여 민사 책임, 행정책임과 형사책임을 부담해야 할 경우, 행정책임 또는 형사책임의 부담은 민사책임의 부담에 영향을 미치지 않는다. 징벌적 손해배상제도가 형사·행정 책임으로부터 독립된 제도임을 인정하였다. 징벌적 손해배상과 형사·행정적 책임의 관계에 대하여 피해자가 징벌적 배상이라는 민사절차를 선택하였다면 형사·행정 책임을 부담하지 않아도 된다는 주장이 있다. 2021년 민법전 및 사법해석(사법해석[2021] 4호)에 따르면, “동일한 침해행위로 이미 행정벌금이나 형사벌금을 부과받고 집행이 완료된 피고가 징벌적 배상책임의 감면을 주장하는 경우, 인민법원은 이를 인정하지 않으나, 전항에서 말하는 배수를 확정할 때 종합적으로 고려할 수 있다”.²⁶⁰⁾ 그러나 종합적인 고려에 포함되는 구체적인 요소들에 대한 사법해석은 구체적인 설명이나 지도적인 사례를 제시하지 못하였으며, 사법실무에 있어서도 사법적 사례가 부족하였다. 따라서 징벌적 손해배상과 형사·행정 책임의 관계에 대한 논쟁은 실무적인 측면에서 ‘종합적 고려’의 요소를 어떻게 판단하느냐로 옮겨갈 수 있다. 또한 사법해석(2021) 제1호의 규정에 따라 피고인의 배상 상황은 형량에 영향을 미치는 경우로 할 수 있다.²⁶¹⁾ 사법해석에는 형량에 영향을 미치는 정도에 대해 구체적인 설명이나 지도적인 사례를 제시하지 않는다. 따라서 징벌적 손해배상이 형사형량에 미치는 영향의 정도는 이론계와 실무계에서 논의되는 새로운 방향일 수도 있다.

260) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

261) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

III 소결

중국은 최근 국제적 지위의 상승과 경제성장에 따라 소비자 보호 분야에서 징벌적 손해배상 제도를 적극적으로 도입하고 그 적용 범위도 확장하는 추세에 있다. 중국은 이미 1993년에 소비자권익보호법(消費者權益保護法)을 시작으로 계약법(合同法), 식품안전법(食品安全法), 불법행위법(侵權責任法), 관광법(旅遊法), 상표법(商標法) 등에 규정되었고 2015년에는 식품안전법을 개정하여 징벌적 손해배상책임을 강화하였다. 또 앞으로도 징벌적 손해배상제도를 도입하는 개별 법규가 점차 확대될 추세에 있고 심지어는 입법이 추진 중인 민법전에 일반규정으로 도입하는 방안도 거론되는 상황이다. 중국의 징벌적 손해배상제도에 대해서는 다양한 시각에서 그 평가가 이루어지고 있는데 우선 개별 법률에 의해 제한된 분야에만 인정되는 형식을 취하고 있다. 그러므로 징벌적 손해배상이 인정되는 영역을 보다 확대하여 이를 적용하여야 한다는 견해가 제기되고 있다. 또한 배상액의 산정에 대해서는 지나치게 과다하다는 견해와 지나치게 과소하다는 견해가 서로 대립되고 있다. 마지막으로 적용요건에 대해서는 법률마다 서로 일치하지 아니하여 혼란을 야기한다는 견해가 존재한다.

중국의 경우 우리와 유사하게 대륙법계 국가이면서 개별 법률의 형태로 징벌적 손해배상을 도입하고 있다. 다만 우리와 유사하게 징벌적 손해배상의 적용영역과 배상액의 산정, 적용요건의 혼란 등의 문제 제기가 이루어지고 있음을 알 수 있었다.

법·제도 연구
지식재산 침해행위에 대한 형사책임에 관한 연구
- 징벌적 손해배상제도 도입과 형사책임 -

제4장

우리나라에서의 징벌적 손해배상제도 분석

- I. 현행법상 징벌적 손해배상제도
- II. 지식재산법상 불법행위에 대한 구제수단
- III. 지식재산법상 징벌적 손해배상제도
- IV. 지식재산 침해행위에 대한
민사책임과 형사책임 검토

제4장

우리나라에서의 징벌적 손해배상제도 분석

I 현행법상 징벌적 손해배상제도

1. 도입 현황

우리 민법의 손해배상제도는 실손해의 전보를 주된 목적으로 하여 손해의 공평하고 타당한 분담이라는 지도원리를 제도의 이상으로 삼고 있다.²⁶²⁾ 그러나 기존의 손해배상제도에 대해서는 소비자 피해 사건의 경우 등과 같이 불법행위자의 악성이나 불법행위에 대한 비난 가능성이 높은 다양한 현대적 불법행위에 대하여 가해자를 처벌하고, 유사한 불법행위의 재발을 억제 또는 예방하는 기능이 제대로 작동할 수 없다는 점이 한계로 지적되었다. 즉, 불법행위 책임은 손해의 전보를 목적으로 하므로 통상의 손해를 손해배상의 범위 한도로 규정하고 있다. 그런데 악의적인 불법행위의 경우에는 가해자의 처벌과 유사한 불법행위의 재발 억제를 위해 영미법계의 징벌적 손해배상제도에 대한 도입 가능성이 논의되었다.²⁶³⁾

우리나라에서 징벌적 배상에 대한 논의는 1980년대에 시작되었고, 1999년 무렵부터 본격적으로 논의되었다. 민법에 도입할지의 여부에 대해서는 오랜 논의가 계속되다 2009년경 논의가 유보된 데 비해 특별법 분야에서는 2011년 하도급거래공정화에 관한 법률을 시작으로 여러 법²⁶⁴⁾에서 도입되어 운영되고 있다.²⁶⁵⁾

논의 초기에는 징벌적 손해배상제도의 도입 자체에 대한 반대의 견해가 주류를 이루었다.²⁶⁶⁾ 반대 견해의 주된 논거는 대륙법계 국가로서 근대법 정립과정에서 확립된 민사별과 형사별의 구별 원칙이 적용되어야 한다는 점, 원고에게 우발적 이익을 제공할 가능성이 있어 징벌적 손해배상제도를 남용할 우려가 있다는 점 등이었다.²⁶⁷⁾ 이와 같은 반대론에도 불구하고, 2011년 하도

262) 박윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 450~451면.

263) 권인희, “특허법상 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 소고”, 법학논총 제27집, 송실대학교 법학연구소, 2012, 2면.

264) 우리나라에서는 “하도급 거래 공정화에 관한 법률, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률, 파견근로자보호 등에 관한 법률, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 개인정보보호법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 대리점거래의 공정화에 관한 법률, 제조물책임법” 등에서 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있다(윤선희, 「특허법(제6판)」, 법문사, 2019, 758면).

265) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 159면.

266) 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 징벌적 배상제도 참고자료, 2006. 7, 29~57면(김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 205면 재인용.).

급거래 공정화에 관한 법률에 우리나라 최초로 징벌적 손해배상제도가 도입되었다. 즉, 같은 법 제35조는 “원사업자의 부당한 하도급대금의 결정 금지행위 등을 위반하여 손해를 입은 자가 있는 경우 실손해의 3배를 넘지 않는 범위”에서 배상책임을 인정하였다. 그 이후 가습기 살균제 사망 사건,²⁶⁸⁾ 폭스바겐 배기가스 조작 사건(VW-Abgasskanda)²⁶⁹⁾ 등을 계기로 악성이 높은 가해자의 불법행위로 인한 피해가 발생한 경우 적절한 배상과 더불어 가해자에 대한 처벌과 유사행위의 억제에 대한 사회적 관심 역시 다양한 분야에서 지속적으로 높아지고 있다.²⁷⁰⁾

현행법상 징벌적 손해배상제도는 특별법에서 운영되고 있는데, 공정거래 분야, 개인정보보호, 지식재산보호, 소비자의 피해구제, 환경 분야, 차별금지 분야, 공익신고자 보호 분야에서 총 18개의 법률에 도입되었다.

표 3 | 현행법상 징벌적 손해배상제도

분야	법률명	조문	가해자의 주관적 요소	실손해 기준 배상액 상한	배상액 산정 시 고려사항
공정거래	하도급거래 공정화에 관한 법률	제35조	고의/과실	3배	있음
	가맹사업거래의 공정화에 관한 법률	제37조의2	고의/과실	3배	있음
	대리점거래의 공정화에 관한 법률	제34조	고의/과실	3배	있음
	대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률	제40조의2	고의/과실	3배	있음
	대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률	제35조의2	고의/과실	3배	있음
	독점규제 및 공정거래에 관한 법률	제56조	고의/과실	3배	있음
	축산계열화사업에 관한 법률	제34조의2	고의/과실	3배	있음
개인정보 보호	개인정보보호법	제39조	고의/중과실	3배	있음
	신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률	제43조	고의/중과실	3배	있음
	정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률	제32조	고의/중과실	3배	있음
지식재산 보호	특허법 (실용신안법)	제128조 (제30조)	고의	3배	있음
	상표법	제110조	고의	3배	있음
	디자인보호법	제115조	고의	3배	있음
	부정경쟁방지법	제14조의2	고의	3배	있음
소비자	제조물책임법	제3조	고의	3배	있음

267) 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 205면.

268) 가습기 살균제를 사용한 사람들의 폐에서 섬유화 증세가 일어나 신고된 사망자만 1,740명, 부상자 5,902명에 달하는 피해자가 나온 화학 재해이다.

269) 2015년 9월 폭스바겐 AG 그룹의 디젤 배기가스 조작을 둘러싼 일련의 스캔들이다.

270) 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 205면.

분야	법률명	조문	가해자의 주관적 요소	실손해 기준 배상액 상한	배상액 산정 시 고려사항
보호					
환경보호	환경보전법	제19조	고의/중과실	3배	있음
차별금지	기간제 및 단기간근로자 보호 등에 관한 법률	제13조	명백한 고의	3배	없음
공익신고자보호	공익신고자 보호법	제29조의2	고의/과실	3배	있음

※ 출처: 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 207~208면을 참고하여 저자 재작성.

2. 특징

가. 특정 분야의 개별 목적 달성을 위한 제한적 도입

현재 징벌적 손해배상제도를 도입한 18개 법률의 입법형식은 모두 개별법의 형식으로 징벌적 손해배상을 규정하고 있다. 최근 일반 규정을 통한 전면적인 징벌적 손해배상의 도입에 대한 산업계나 실무계의 요구가 증가함에 따라 학계에서도 일부 검토되고 있다.²⁷¹⁾ 그러나 지금까지의 현행 법률은 모두 특별법에서 징벌적 손해배상제도를 도입하고 있다.

나. 주관적 심리상태 요건의 상이

원칙적으로 불법행위법에서는 행위자의 고의와 과실 간의 차이는 없으나, 불법행위법의 영역에서도 고의와 과실에 차이를 두는 경우도 있다.²⁷²⁾

그러나 형법은 행위자의 악성을 중요시하기 때문에 원칙적으로 고의범을 처벌하고 과실범의 경우 예외적으로 처벌한다. 따라서 형법에서는 고의와 과실이 각각 의미를 가진다.²⁷³⁾ 징벌적 손해배상제도가 가해자의 불법행위에 대한 처벌을 목적 중 하나로 하고 있으므로, 이러한 목적을 달성하기 위해서는 가해자의 고의나 과실, 악의와 같은 주관적 심리상태가 손해배상의 결정 여부에서 중요한 기준이 된다. 이러한 이유로 우리나라에서 징벌적 손해배상제도를 도입한 현행 법률에서는 모두 가해자의 고의, 과실, 중과실 등 주관적 심리상태를 규정하고 있으나, 세부적으로는 차이가 있다.²⁷⁴⁾

271) 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 209면.

272) “민법 제765조에 의하여 배상의무자는 불법행위로 인한 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있지만, 그 손해가 고의나 중대한 과실에 의한 것인 때에는 이와 같은 경감청구를 할 수 없다”(김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 209면 각주 14 재인용.).

273) 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 209면.

다. 실손해 배수로 징벌적 배상액의 상한 제한

개별 법률에서 징벌적 손해배상을 도입한 경우 현행 법률에서는 모두 그 배상액을 실손해의 3배로 제한하고 있으며, 이는 제도의 남용 가능성을 억제하기 위한 취지이다. 즉, 최대 배상액의 제한이 없다면, 과도한 징벌적 손해배상액으로 인하여 원고가 우발적 이익을 얻을 수 있으므로 소송이 남발될 가능성이 존재한다. 따라서 소송 당사자뿐만 아니라 판결을 내려야 하는 법원에 부담이 된다는 점과 피고가 기업인 경우 과도한 손해배상액의 위험으로 인하여 기업의 경제활동을 위축시킬 수 있는 점 등을 감안한 것으로 보인다.²⁷⁵⁾

라. 징벌적 손해배상액 산정에 필요한 열거적 사유

현행 법률 중 “기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률” 외에 징벌적 손해배상제도를 도입한 법률에서는 징벌적 손해배상액을 산정하는 데 필요한 일정한 고려사항을 각각 규정하고 있다.²⁷⁶⁾ 특허법 제128조 제9항에서는 1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부, 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, 3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해규모, 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익, 5. 침해행위의 기간·횟수 등, 6. 침해행위에 따른 벌금, 7. 침해행위를 한 자의 재산상태, 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도 등으로 징벌적 손해배상액을 산정하는 데 필요한 요소를 나열하고 있다.

II 지식재산법상 불법행위에 대한 구제수단

1. 손해배상청구

가. 금전배상원칙

손해배상의 방법으로는 原狀回復主義와 金錢賠償主義가 있다. 원상회복주의는 손해를 발생케 한 원인이 된 사건이 일어나지 않았더라면 존재하고 있었을 상태를 회복 즉, 돌이키는 것을 말하

274) 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 209면.

275) 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 210면.

276) 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 210면.

고, 금전배상주의는 손해를 금전으로 어림잡아 계산하여 채무자 내지 가해자에게 그 금액을 지급케 하는 배상방법이다.²⁷⁷⁾ 우리 민법은 금전배상주의를 원칙으로 하고 있다(민법 제763조 및 제394조).²⁷⁸⁾ 여기서 금전배상이란 손해를 금전 지급에 의하여 전보함을 의미한다.²⁷⁹⁾ 재산적 손해뿐만 아니라 정신적 손해의 배상(위자료)도 금전으로 평가해서 배상하게 된다.²⁸⁰⁾

지식재산권 침해행위는 민사상 불법행위를 구성하기 때문에 지식재산권자는 민법 제750조에 의한 불법행위에 대한 손해배상청구를 할 수 있다. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률은 부정경쟁행위 등에 대한 손해배상책임(동 법률 제5조)과 영업비밀 침해에 대한 손해배상책임(동 법률 제11조)에서 규정하고 있다.

특허법 제128조는 손해액의 추정만을 규정하고 있고, 손해배상청구권의 행사는 민법 제750조에 의한다.²⁸¹⁾ 해당 특허법의 규정은 민법 제750조의 특칙이고,²⁸²⁾ 통설은 이와 같은 특칙의 존재 이유에 대하여 특허권은 목적물을 사실상 지배하는 권리가 아니어서 침해행위가 어디에서든지 쉽게 이루어지며, 이를 신속하게 적발하는 것이 어렵고, 권리 자체가 무형적인 것을 대상으로 하기 때문에 침해 여부의 판단이나 손해액의 산정이 쉽지 않다는 점을 들고 있다.²⁸³⁾ 이러한 손해배상액 산정에 관한 특별규정은 실용신안법 제44조(특허법의 준용), 상표법 제67조(손해액의 추정 등), 디자인보호법 제64조(손해액의 추정 등), 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제14조의2(손해액의 추정 등) 등에서도 동일한 취지로 수용되었다.²⁸⁴⁾

저작권법 또한 제125조(손해배상의 청구) 및 제126조(손해액의 인정)에서 입증부담을 경감하기 위하여 손해액 산정에 관련된 규정을 두고 있다.²⁸⁵⁾

한편, 법정손해배상제도란 민사소송에서 원고가 실제 손해를 입증하지 않은 경우에도 사전에 법에서 정한 일정한 금액을 법원이 원고의 선택에 따라 손해액으로 인정할 수 있는 제도를 말하는데, 한미 FTA에서 합의한 바에 따라 그 이행을 위한 2011. 12. 2.자 개정 저작권법 제125조의2(법정손해배상의 청구), 및 상표법 제67조의2(법정손해배상의 청구)에서 각각 도입하였다.²⁸⁶⁾

277) 곽윤직, 「채권총론(민법강의 3)」, 박영사, 2006, 108면.

278) 이는 원상회복을 원칙으로 하고 금전배상을 보충적인 것으로 하여 널리 예외를 인정하고 있는 독일 민법과 구별된다(곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 250면).

279) 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008, 1577면.

280) 곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 448면.

281) 윤선희, 「특허법(제4판)」, 법문사, 2010, 806면.

282) 조영선, 「특허법(제3판)」, 박영사, 2011, 464면.

283) 정상조·박성수, 「특허법 주해 I」, 박영사, 2010, 143면.

284) 정상조·박성수, 「특허법 주해 II」, 박영사, 2010, 144면.

285) 이해완, 「저작권법(제2판)」, 박영사, 2012, 875면.

286) 이해완, 「저작권법(제2판)」, 박영사, 2012, 881면.

나. 원상회복 인정 여부

판례는 “민법 제763조에 의하여 불법행위에 준용되는 민법 제394조가 금전배상의 원칙을 규정하고 있으므로, 법률에 다른 규정이 있거나 당사자가 다른 의사표시를 하는 등 특별한 사정이 없는 이상 불법행위자에 대하여 원상회복청구는 할 수 없다”고 판시한 바 있다.²⁸⁷⁾ 즉, 불법행위의 효과로서 ① 법률의 규정이 있거나, ② 당사자 간의 합의 또는 ③ 특별한 사정이 있으면 원상회복이 인정된다고 해석할 수 있다.

1) 법률의 규정에 의한 원상회복

법률의 규정에 의하여 원상회복에 의한 손해배상을 청구할 수 있다. 법률의 규정에 의하여 원상회복이 인정되는 예로는 명예훼손에 관한 민법 제764조를 들 수 있다. 본 조에서는 명예훼손에 관한 손해배상의 방법으로서 “명예회복에 적당한 처분”을 규정하고 있다. 본 규정에 대해 학설은 이를 원상회복으로 보고 있고, 이에 대한 이견이 없다.²⁸⁸⁾

우리나라에서 인격권 및 그에 기한 침해금지청구 인정 여부에 관하여는 현행 민법은 아무런 명문 규정을 두고 있지 않지만, 학설과 판례는 인격권에 기한 침해금지청구권을 인정하고 있다.²⁸⁹⁾²⁹⁰⁾ 즉, 대법원은 “인격권은 그 성질상 일단 침해된 후의 구제수단(금전배상이나 명예회복 처분 등)만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 인격권 침해에 대하여는 사전(예방적) 구제수단으로 침해행위 정지·방지 등의 금지청구권이 인정된다.”²⁹¹⁾고 판시하며 인격권에 대하여 침해금지청구권을 인정하였다. 그러나 인격권에 기한 금지청구권이 언제나 인정되는 것은 아니고, 금지에 의해 발생하는 가해자 측의 불이익과 피해자 측의 이익의 형량 또는 침해의 결과로 얻게 되는 가해자 측의 이익과 피해자 측의 불이익을 형량하여 침해행위의 위법성이 승인되는 경우에 인정된다는 이른바 “이익형량론”을 그 인정요건으로 제시한 것으로 이해된다.²⁹²⁾

또한 지식재산권 침해의 경우 각각의 법률에서 “손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 신용을 회복하는 데 필요한 조치”를 명할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 특허법 제131조(특허권자 등의 신용회복), 실용신안법 제30조(특허법의 준용), 저작권법 제127조(명예회복 등의 청구), 상

287) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결.

288) 신국미, “손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입”, 한양법학 제29권, 한양법학회, 2010, 395면.

289) 윤철홍, “인격권침해에 대한 사법적 구제”, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1996, 224면.

290) 대법원 1998. 10. 11. 선고 85다카29 판결; 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614 판결; 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다17851 판결.

291) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614 판결.

292) 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위 -불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-”, 정보법학 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011, 213면.

표법 제69조(상표권자등의 신용회복), 디자인보호법 제66조(디자인권자등의 신용회복), 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제6조(부정경쟁행위 등으로 실추된 신용의 회복) 및 제12조(영업비밀 보유자의 신용회복) 등 개별 법률에서 명예 및 신용회복청구를 규정하고 있다.²⁹³⁾

2) 당사자의 합의

당사자 사이에 특약이 있는 경우에는 금전으로 배상하지 않고 다른 방법에 의하여 배상할 수 있다(민법 제763조 및 제394조).²⁹⁴⁾ 즉, 당사자가 다른 방법에 의하여 손해를 배상하기로 약정하였다면 그 약정이 강행법규 등 사회질서에 반하지 않는 한 그 약정에 의한 배상방법에 따라 손해를 배상하여야 한다. 다만 불법행위의 경우에는 채무불이행의 경우와 달리 그러한 약정이 있는 경우는 흔치 않을 것이다.²⁹⁵⁾

3) 법률의 규정이 없는 경우 원상회복의 인정 여부

앞서 본 바와 같이 금전배상을 원칙으로 하는 우리 민법에서는 원상회복에 의한 배상은 당사자 간의 합의가 있거나 법률에 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 인정된다. 그렇다면 우리 민법상 당사자 간의 합의 또는 법률의 규정이 없는 경우에도 원상회복이 인정될 것인가에 관하여 논의가 있다.²⁹⁶⁾ 학설은 해석론에 의하여 원상회복을 인정하고 있다. 그 근거로 첫째, 민법 제394조의 금전배상원칙이라는 것이 그 자체로서 완벽한 법이론이 아닐 뿐만 아니라 오히려 배상 의무자의 편의를 고려한 규정이고, 둘째, 또한 본조가 강행규정은 아니기 때문에 이를 예외없이 꼭 따라야하는 점은 아니라는 점, 셋째, 민법 제394조를 규정한 입법자의 의사를 유추하여 본다면, 입법자가 금전배상을 원칙으로 정한 의도가 나름의 타당한 이유에 의한 것인 경우, 여기서 이러한 타당한 이유가 적용될 수 없는 경우에 까지 원상회복을 부인하는 것은 아니라고 한다.²⁹⁷⁾ 구체적으로 ‘타당한 이유가 적용될 수 없는 경우’란 금전배상만으로 불충분하며 원상회복의 집행이 곤란하지 않고, 채무자에게 가혹하게 될 소지도 없는 경우이다.²⁹⁸⁾

293) 기타 법률에 규정에 의하여 원상회복이 인정되는 경우는 광업법상 원상회복이 있다.

광업법 제77조(배상 방법) ① 손해배상은 금전으로 한다. 다만, 배상 금액에 비하여 너무 많은 비용을 들이지 아니하고 원상으로 회복할 수 있는 경우에는 피해자는 원상회복을 청구할 수 있다.

② 배상의무자가 원상회복을 신청한 경우에 법원은 적당하다고 인정하면 제1항 본문에도 불구하고 금전 배상 대신에 원상회복을 명할 수 있다.

294) 박윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007, 447면.

295) 박윤직, 「民法注解(債權(11))」, 박영사, 2012, 252면.

296) 신국미, “손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입”, 한양법학 제29권, 한양법학회, 2010, 397면.

297) 신국미, “손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입”, 한양법학 제29권, 한양법학회, 2010, 397면). 유사한 취지로는 박수근 외3, “손해배상의 방법에 대한 비교법적 고찰”, 비교사법 제19권 제1호, 한국비교사법학회, 2012, 72면 이하; 윤진수, “損害賠償의 方法으로서의 原狀回復: 민법개정안을 계기로 하여”, 비교사법 제10권 제1호, 한국비교사법학회, 2003, 101면 이하.

2. 금지청구 가능성

가. 법률의 규정에 의한 금지청구권

지식재산권법에서의 금지청구권은 물권적 청구권²⁹⁹⁾이 물권의 배타성으로부터 나오는 것과 마찬가지로 각 지식재산권의 배타성으로부터 나온다. 또한 금지청구권은 현재 또는 장래의 침해에 대하여 행사하는 점에서 과거의 침해에 대하여 행사하는 손해배상청구권과 다르고, 지식재산권 침해에 대한 구제수단으로써 가장 유효하고 직접적인 것이다.³⁰⁰⁾

특허법 제126조(권리침해에 대한 금지청구권등), 실용신안법 제30조(특허법의 준용), 상표법 제65조(권리침해에 대한 금지청구권등), 디자인보호법 제62조(권리침해에 대한 금지청구권등), 저작권법 제123조(침해의 정지 등 청구), 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등) 및 제10조(영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권 등) 등에서 각각 규정하고 있다.

나. 불법행위에 대한 금지청구권 인정 여부

손해배상은 그것이 금전배상의 방법이든 원상회복의 방법이든 사후적인 손해전보에 의한 구제방법이다. 그렇다면 피해자의 피해가 확대되기 이전에 또는 피해가 발생하기 이전에 가해자에 대하여 불법행위의 중지 또는 금지를 청구함으로써 손해의 확대 또는 손해의 발생을 예방할 수 있는지에 관하여 학설이 대립한다.³⁰¹⁾ ① 불법행위제도는 위법행위로부터 이미 발생한 손해의 전보를 목적으로 하는 것이다. 따라서 현재 진행 중인 위법행위의 배제·정지 내지 장래에 있을 위법행위의 예방청구권 등은 불법행위로부터는 직접 생길 수 없다고 하는 견해,³⁰²⁾ ② 불법행위를 이유로 손해의 배상을 인정하면서 그 손해를 발생케 한 위법행위를 배제·예방할 수 없다면 이는 불법행위제도의 취지에 어긋나므로 마땅히 그러한 침해의 배제·예방을 청구할 수 있어야 한다는 견해,³⁰³⁾ ③ 이 문제는 근본적으로 이론의 문제가 아니라 입법정책의 문제라고 하는 견해³⁰⁴⁾가 있다.³⁰⁵⁾

298) 신국미, “손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입”, 한양법학 제29권, 한양법학회, 2010, 397면. 유사한 취지로는 박수곤 외 3, “손해배상의 방법에 대한 비교법적 고찰”, 비교사법 제19권 제1호, 한국비교사법학회, 2012, 72면 이하; 윤진수, “損害賠償の方法으로서의 原狀回復: 민법개정안을 계기로 하여” 비교사법 제10권 제1호, 한국비교사법학회, 2003, 101면 이하.

299) 불법행위에 의하여 물권을 침해한 경우 불법행위에 의한 손해배상청구권과는 별개로 물권의 본질적 효력으로서 물권적 청구권에 의하여 방해배제 내지 방해예방의 청구를 할 수 있다(곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 258면).

300) 김기영, “제126조(권리침해에 대한 금지청구권 등)”, 「특허법 주해 II」(정상조·박성수 공편), 박영사, 2010, 3면.

301) 곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012, 256면.

302) 김재형, 김증한.

303) 김기선, 남윤봉, 송오식, 권영중, 김차동.

대법원은 부정경쟁행위에 해당하지 않는 위법행위에 대하여 불법행위의 일반적 효과로서 불법행위의 금지청구권이 인정될 수 있음을 판시하였다.³⁰⁶⁾ 동 결정에 따른 불법행위의 효과로서 금지청구권이 인정되기 위한 요건은 ① 고의에 의한 불법행위, ② 계속·반복적 침해 등 금전배상의 실효성 부존재, ③ 금지행위로 인한 피해자의 이익과 가해자의 불이익의 형량하여 피해자의 이익이 더 큰 경우이다.³⁰⁷⁾

금지청구권은 손해배상청구권과 마찬가지로 법익침해와 의무 위반에 대한 민사법적 구제수단이지만, 손해배상청구권과는 다르게 침해행위의 유책성이 필요하지 않고,³⁰⁸⁾ 또한 손해배상이 충분한 구제수단으로 작동할 수 없는 경우에 기능한다는 점에서 손해배상법의 보완적 역할을 담당하므로 그 의의가 있다.³⁰⁹⁾

III 지식재산법상 징벌적 손해배상제도

1. 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 의견

지식재산 분야에 있어 징벌적 손해배상에 대한 논의는 2010년부터 특허청의 주도하에 권리자의 보호 및 침해에 대한 예방을 위해 본격적으로 시작되었다. 학계, 실무계, 산업계와 논의를 거듭하여 2019년 1월 8일 개정 특허법을 시작으로 상표법, 디자인보호법, 부정경쟁방지법 및 저작권법에 각 지식재산권 침해에 대한 징벌적 손해배상제도를 전면적으로 도입하였다.

징벌적 손해배상제도에 대한 도입에 있어 찬반양론이 있었는데, 부정적인 입장들의 근거는 기본적으로 현행 민사법체계와 조화가 어렵다는 것이며, 긍정하는 입장은 무체재산권의 특성과 손해액 입증의 어려움을 근거로 제시한다.³¹⁰⁾ 구체적으로는 현행 특허권 침해에 대한 손해배상액

304) 곽윤직.

305) 곽윤직, 『民法注解 債權(11)』, 박영사, 2012, 256면.

306) 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541 결정.

307) 송오식 교수는 동 결정에 따른 불법행위의 효과로서 금지청구권이 인정되기 위한 요건을 “① 민법상 불법행위를 구성하는 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어려울 것, ② 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우, ③ 그 침해행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 반복되는 경우”로 보고 있다(송오식, “불법행위의 효과로서 금지 및 예방청구권: 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541 결정”, 법학논총 제31권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 547면).

308) 김천수, “한국 불법행위법에 관한 최근 입법 논의”, 민사법학 제57권, 한국민사법학회, 2011, 10면.

309) 김상중, “불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안”, 민사법학 제55권 제1호, 한국민사법학회, 2011, 221면.

310) 이해완, “저작권법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 산업재산권 제58호, 한국지식재산학회, 2019, 398-399면.

산정 방식은 특허권 보호에 미흡하지만, 징벌적 손해배상제도를 채택하고 있지 않은 당시 우리나라 법제에서 이를 특허법에 도입하는 것은 어렵다는 주장이 있었다.³¹¹⁾ 또한 당시 사법체계에 어긋나기 때문에 징벌적 손해배상제도를 수용하지 않는 것이 합당하다는 주장과 함께 미국의 특허법 개혁안에서 의도적 침해를 명확히 규정하고 엄격히 적용하여 징벌적 손해배상 적용의 남용을 방지하려는 시도 또한 있었다.³¹²⁾ 또한 기술의 발전단계를 고려했을 때 징벌적 손해배상제도가 우리 기업과 국민의 보호에 실효적인가에 대한 의문도 제기되었다.³¹³⁾

또한 징벌적 손해배상제도의 도입 필요성을 긍정하는 입장에서 논거로 주장한 사안 중에 저작권법에서는 법정손해배상제도가 도입되어 있고, 이러한 제도를 통해 침해 억지적인 효력 또는 징벌적 측면이 있기 때문에 또다시 저작권법 내에 징벌적 성격의 징벌적 손해배상제도가 들어올 필요는 없을 것이라는 평가도 존재했다.³¹⁴⁾ 이뿐만 아니라 민사책임과 형사책임을 구분하고 있는 우리 법체계상의 문제, 전보배상을 원칙으로 하고 있는 민법과의 정합성 문제, 소송 당사자가 예측하지 못한 과도한 배상액으로 인한 문제, 이로 인한 부당이득의 문제, 제도 자체의 위헌 가능성 문제 등을 논거로 제시하기도 한다.³¹⁵⁾

그럼에도 불구하고, 우리나라에서는 하도급법 등에서 징벌적 손해배상제도를 두고 있으며, 지식재산권법 영역에서도 필요하다는 주장이 힘을 받아 도입되기에 이르렀다.

2. 지식재산 분야에서의 징벌적 손해배상 규정 도입

징벌적 손해배상이란 “가해자의 불법행위로 인한 손해를 피해자에게 배상하는 경우에, 일정한 가중 사유가 존재하는 경우 피해자에게 발생한 실질적인 손해를 넘는 손해배상을 하도록 명하는 손해배상제도”를 말한다.³¹⁶⁾ 다른 표현으로는 가해행위로 피해를 입은 당사자가 실제로 입은 손해의 단순한 전보를 넘어 나아가 금전적 불이익을 가해자에게 부담시키는 제도로도 설명될 수 있다.³¹⁷⁾

311) 안원모, “특허권침해로 인한 손해액의 산정에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 335면.

312) 배대현, “‘가득 차면 기울고 넘어진다’는 미국의 특허 손해배상 법리 -Grain Processing Corp. v. American - Products Co. 사건판결에서 얻는 교훈-”, 상사판례연구 제23집 제3권, 한국상사판례학회, 2010, 296면.

313) 복진오, “지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 연구”, 지식재산21 통권 제111호, 특허청, 2010, 50면.

314) 이러한 논의는 2017년 저작권법 학자 다수가 참여한 ‘미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구’에서 도출된 의견이다(이해완, “저작권법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 산업재산권 제58호, 한국지식재산학회, 2019, 402~403면).

315) 최나진, “징벌적 손해배상과 법정손해배상: 우리나라 민법과 양립가능성”, 경희법학 제51권 제3호, 경희법학연구소, 2016, 283면(나강, “개정 특허법상 손해배상 규정체계에 관한 소고 -산실된 징벌적 손해배상 규정을 중심으로-”, 법학연구 제30권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2019, 528면 재인용.).

316) 김명엽, “징벌적 손해배상제도의 도입과 개선에 관한 연구”, 일감법학 제34호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 65면; 이해완, “저작권법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 산업재산권 제58호, 한국지식재산학회, 2019, 367면.

원칙적으로 불법행위로 인한 손해배상은 피해자가 손해를 입었을 경우, 피해자가 받은 손해만을 전보하는 것이다.³¹⁸⁾ 반면, 징벌적 손해배상은 가해자의 행위가 고의, 악의, 기망, 중과실 등과 같이 특별한 사정이 가중될만한 사유가 있는 경우에 현실적으로 입은 손해를 초과하여 손해배상액의 지급을 구할 수 있는 것이다.³¹⁹⁾

가. 특허법상 징벌적 손해배상 관련 규정

손해배상청구권이란 특허권자 또는 전용실시권자가 타인의 고의 또는 과실에 의하여 자기의 특허권이 침해되었을 경우에 그 침해한 자에 대하여 침해로 인해 받은 손해를 배상청구하는 권리를 말한다. 이 규정은 민법 제750조 불법행위에 근거한 규정이므로, 특허침해로 인한 손해배상 청구권은 민법의 일반원칙에 따라 ① 침해자의 고의 또는 과실, ② 침해행위의 존재, ③ 침해행위로 인한 손해의 발생 그리고 ④ 침해행위와 손해발생 사이에 인과관계가 요구된다.³²⁰⁾ 그러나 이와 별개로 특허권의 특수성을 고려한 손해배상의 특칙이 있다. 즉, 과실의 추정, 생산방법의 추정, 손해액의 추정이 존재하고, 이 중 손해액의 추정과 관련하여 특허법 제128조 규정에 따라 손해액의 산정기준을 제시하고 있다. 즉, 판매 수량만 확인하면 권리자의 원가계산기준에 의하여 손해액을 쉽고 적정하게 산정하여 이를 손해액으로 추정한다거나, 침해자가 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 손해액으로 추정한다거나, 그 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액을 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 등이다.³²¹⁾

특허법 제128조 제2항~제7항
<p>② 제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도하였을 때에는 다음 각 호에 해당하는 금액의 합계액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 그 물건의 양도수량(특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량을 뺀 수량) 중 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘지 않는 수량에 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액 2. 그 물건의 양도수량 중 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의

317) 윤선희, 「특허법(제6판)」, 법문사, 2019, 758면.

318) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022

319) 김상찬·이충은, “징벌적 손해배상제도의 도입을 위한 비교법적 고찰”, 법학연구 35집, 한국법학회, 2009, 165면(이해완, “저작권법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 산업재산권 제58호, 한국지식재산학회, 2019, 367면 재인용).

320) 윤선희, 「지적재산권법(19정판)」, 세창출판사, 2022, 136면.

321) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

특허법 제128조 제2항~제7항

수량을 뺀 수량을 넘는 수량 또는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량이 있는 경우 이들 수량(특허권자 또는 전용실시권자가 그 특허권자의 특허권에 대한 전용실시권의 설정, 통상실시권의 허락 또는 그 전용실시권자의 전용실시권에 대한 통상실시권의 허락을 할 수 있었다고 인정되지 않는 경우에는 해당 수량을 뺀 수량)에 대해서는 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액

③ 삭제

④ 제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 추정한다.

⑤ 제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 그 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다.

⑥ 제5항에도 불구하고 손해액이 같은 항에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대해서도 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없을 때에는 법원은 손해배상액을 산정할 때 그 사실을 고려할 수 있다.

⑦ 법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제2항부터 제6항까지의 규정에도 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

이러한 규정에 따라 손해액이 실시료 상당액을 초과하는 경우 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 법원은 침해자에게 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우 이를 참작할 수 있으며, 또한 손해액 입증에 곤란한 경우에는 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수도 있다.³²²⁾

2019년 개정 특허법(법률 제16208호, 2019. 1. 8., 일부개정, 시행 2019. 7. 9.)에 따라 특허권 또는 전용실시권을 침해한 행위가 고의적인 경우에는 그 침해행위에 대한 손해액의 3배의 범위에서 징벌적 손해배상제도가 도입되었다.³²³⁾

특허법 제128조 제8항, 제9항

⑧ 법원은 타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항에도 불구하고 제2항부터 제7항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다.

⑨ 제8항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부
2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해규모

322) 윤선희, 「지적재산권법(19정판)」, 세창출판사, 2022, 137~138면.

323) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

특허법 제128조 제8항, 제9항
4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익 5. 침해행위의 기간·횟수 등 6. 침해행위에 따른 벌금 7. 침해행위를 한 자의 재산상태 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

이 때 법원은 타인이 특허권 또는 전용실시권을 침해한 행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항에도 불구하고 제2항부터 제7항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 인정할 수 있도록 하였다. 특히 제8항에서는 ① 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부, ② 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, ③ 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해 규모, ④ 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익, ⑤ 침해행위의 기간·횟수 등, ⑥ 침해행위에 따른 벌금, ⑦ 침해행위를 한 자의 재산상태, ⑧ 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도를 고려해야 한다고 규정하고 있어 징벌적 손해배상을 적용함에 있어 고려해야 하는 사항을 나열하고 있다.

나. 상표법, 디자인보호법 및 부정경쟁방지법상 징벌적손해배상 규정

상표법 제110조 제7항 내지 제8항
⑦ 법원은 고의적으로 상표권자 또는 전용사용권자의 등록상표와 동일·유사한 상표를 그 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용하여 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자에 대하여 제109조에도 불구하고 제1항부터 제6항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다. ⑧ 제7항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <ol style="list-style-type: none"> 1. 침해행위로 인하여 해당 상표의 식별력 또는 명성이 손상된 정도 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 3. 침해행위로 인하여 상표권자 또는 전용사용권자가 입은 피해규모 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익 5. 침해행위의 기간·횟수 등 6. 침해행위에 따른 벌금 7. 침해행위를 한 자의 재산상태 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

디자인보호법 제115조 제7항 내지 제8항

- ⑦ 법원은 타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항부터 제6항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다.
- ⑧ 제7항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.
1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부
 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
 3. 침해행위로 인하여 디자인권자 또는 전용실시권자가 입은 피해규모
 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
 5. 침해행위의 기간·횟수 등
 6. 침해행위에 따른 벌금
 7. 침해행위를 한 자의 재산상태
 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

부정경쟁방지법 제14조의2 제6항 내지 제7항

- ⑥ 법원은 제2조제1호차목의 행위 및 영업비밀 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제5조 또는 제11조에도 불구하고 제1항부터 제5항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다.
- ⑦ 제6항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.
1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부
 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
 3. 침해행위로 인하여 영업비밀 보유자가 입은 피해규모
 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
 5. 침해행위의 기간·횟수 등
 6. 침해행위에 따른 벌금
 7. 침해행위를 한 자의 재산상태
 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

3. 징벌적 손해배상에 대한 우리나라에서의 논의

새로운 제도에 대해 징벌적 배상 이외에 증액배상 혹은 가중배상이라는 용어로 혼용되기도 하는데, 본고에서는 징벌적 배상이라는 단어를 사용한다.

가. 고의적 침해일 것(제8항)

특허법 제128조 제8항에 따르면 침해가 고의적인 것으로 인정되는 경우 제2항 내지 제7항에

서 산정된 금액의 3배 범위 내에서 배상액을 증액할 수 있다고 표현하고 있다. 여기서 고의란 결과의 발생을 인식·인용하면서 행위하는 심리상태 일체를 의미한다.³²⁴⁾ 본 조에서의 고의는 일반적 의미의 고의보다 유연하고 넓은 주관적 용태를 포섭하기 위한 것이라고 한다.³²⁵⁾ 즉, ① 결과의 발생을 인식·인용하면서 행위하는 심리상태라는 일반적 의미의 고의는 물론, ② 거기에 부정적인 의도가 더해져 비난 가능성이 높거나, ③ 미필적 고의처럼 결과의 인식 정도가 상대적으로 낮은 심리적 용태를 모두 염두한 것으로 볼 수 있다.³²⁶⁾

나. 증액배상의 고려요소들(제9항)

제9항의 요소들은 제8항의 주관적 용태와 결합하여 전체적인 비난 가능성의 크기를 결정하게 된다.³²⁷⁾

표 4 | 우리나라의 증액요소와 미국의 증액요소(Read 요소)의 비교³²⁸⁾

제128조 제9항	미국의 Read 요소	비고
침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부	피고의 규모 및 재정상태	강자인 피고가 약자인 권리자를 무시한 경우 등을 상정함
2. 고의 또는 손해발생의 우려를 인식한 정도	의도적 모방, 선의의 믿음, 사건의 경합성	증액배수 결정에 가장 중요한 요소가 될 것임
3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해규모	-	Read 9개 요소에는 없으나, 많은 판결에서 피해규모를 고려하였음. 다만, 피해규모가 알려진 경우에만 적용하여야 하며, 따로 피해규모를 산정하는 것은 소송경제상 바람직하지 않을 것임
4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익	-	침해자의 경제적 이익이 알려진 경우에만 적용하여야 하며, 따로 이익을 산정하는 것은 소송경제상 바람직하지 않을 것임
5. 침해행위의 기간·횟수 등	피고행위의 기간	피고의 침해행위를 의미함. 1년 이하의 반증액적, 4년

324) 이에 대해 “우리 민사소송법상의 증명책임의 분배에 대한 법률요건분류설에 의하면 권리근거규정의 요건 사실은 권리자가 증명하여야 하기 때문에 특허권자가 침해자의 특허침해행위가 고의적인 특허침해행위에 해당한다는 것과 자신이 주장하는 손해배상액정도는 법관에게 확신을 심어줄 정도인 본증에 의하여 증명하여야 할 것이며, 이에 비해 침해자는 자신의 행위가 고의적인 행위가 아니라는 것과 특허권자가 주장하는 손해배상액의 증액정도가 적절하지 않다는 것에 대하여 법관으로 하여금 의심을 품을 수 있을 정도인 반증으로 증명하면 될 것”이라고 해석하기도 한다(이주환, “우리 특허법상 증액손해배상제도의 도입과 실무적 운영방안 -미국 특허법상 증액손해배상제도와 비교를 중심으로-”, 산업재산권 제60호, 한국지식재산학회, 2019, 127면).

325) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

326) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호 대한변호사협회, 2020, 163~164면.

327) “주관적 용태는 미필적 고의에 해당하더라도 침해자가 우월적 지위를 악용하였거나, 침해로 인한 권리자의 피해가 크거나, 침해로 인한 권리자의 피해가 크거나, 침해기간이 길거나 횟수가 많은 경우 등에는 이러한 요소가 없는 단순 고의 침해보다 더 높은 배상책임을 지울 수 있을 것이며, 반대로 높은 비난가능성을 띤 고의 침해라 하더라도 제9항의 증액요소가 결합되지 않거나 적게 결합된 경우에는 낮은 손해배상액을 부과할 수 있을 것이다”(조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 174면).

328) 최승재, 「징벌배상 도입 등 특허법, 부정경쟁방지법 주요개정 사항에 대한 판단기준 및 효과분석 연구」, 특허청, 2019, 8~9면.

제128조 제9항	미국의 Read 요소	비고
		초과는 친증액적으로 판단될 가능성 높음
6. 침해행위에 따른 벌금	-	미국에서는 특허권 침해에 대해 형사벌이 없음. 벌금 외에 다른 형사처벌이 존재하는 경우 그것도 고려되어야 함
7. 침해행위를 한 자의 재산상태	피고의 규모 및 재정상태	피고의 증액배상액을 지급할 여력을 고려하여야 함
8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도	피고의 구제행위	위해동기 및 은닉의도는 우리 요소와 상응하는 것이 없음

1) 침해행위를 한 자의 우월적 지위(제1호)

증액배상제도를 도입한 법률 중 특허법과 부정경쟁방지법에 규정되어 있다. 즉, 기술 등 지식 재산의 거래 과정에서 대기업 등에 의한 중소기업 등의 기술 탈취를 감안한 내용으로 생각할 수 있을 것이다.³²⁹⁾

2) 고의 또는 손해발생의 우려를 인식한 정도(제2호)

다양하게 평가될 수 있는 고의의 양과 질이 배상액 증액에 있어 구체적·개별적으로 반영되어야 함을 규정하고 있다. 이는 제9항의 나머지 고려요소들과 결합하여 증액배상의 최종 규모를 결정하는 공통요소로 파악될 수 있다.³³⁰⁾

3) 침해행위로 인하여 권리자가 입은 피해 규모(제3호)

손해의 객관적인 규모뿐만 아니라 손해가 동일한 금액이라도 피해자의 영업 규모에 따라 실제 입은 피해의 규모가 다를 수 있다. 따라서 본 호는 시장에서의 경쟁력 상실, 투입한 연구개발 비용의 손실, 인적자원의 유출, 시장에서의 회복 곤란성 등 금전적으로 평가가 어려운 손해들을 손해배상액 산정 시 고려할 수 있도록 규정하였다.³³¹⁾

4) 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익(제4호)

특허법 제128조 제4항은 “권리를 침해한 자가 그 침해에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 특허권자가 받은 손해의 액으로 추정한다.”라고 규정하여 침해자의 이익을 권리자의 손

329) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 173면.

330) 본호에 대해 제128조 제8항의 고의적 침해와 중복이라는 해석(제8항은 고의의 존재 그리고 본 호는 고의의 정도를 의미하는 것이라 평가하는 입장으로 나누어진다(조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 173면).

331) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 173면.

해로 추정하는 규정을 두고 있다. 생산능력이나 시장지배력 등에서 권리자보다 우월한 자가 침해 를 하는 경우 손해배상 이후에도 여전히 상당한 이익을 보유할 가능성이 있다. 따라서 본 호에 따라 침해로 인하여 얻은 경제적 이익 가운데 제4항에 의해 배상되지 못하는 부분도 개별적 사정 에 따라 증액 배상으로 추가적으로 회수할 수 있는 가능성이 있다.³³²⁾

5) 침해행위의 기간·횟수 등(제5호)

본 호는 침해에 대한 비난 가능성을 측정할 수 있는 가장 객관적인 계량지표로 평가된다.³³³⁾

6) 침해행위에 따른 벌금(제6호)

침해자가 침해행위로 인하여 형사처벌로 이미 금전형을 받았다면, 동일행위에 민사처벌로서 징벌적 금전배상을 추가로 명하는 것은 침해자에게 이중적 경제적 부담을 지울 우려가 있다. 따 라서 ‘이미 선고된 벌금의 규모’ 등을 감안하여 증액배상의 여부나 규모를 정함으로써 필요에 따 라 이중처벌을 피할 수 있다.³³⁴⁾

7) 침해행위를 한 자의 재산상태(제7호)

법원이 침해자의 재산상태를 전혀 고려하지 않고 징벌적 배상을 하는 경우 침해자를 경제적, 사업적인 재기 불능의 상태로 만드는 등의 결과를 초래할 수 있다. 동일한 금액이라도 침해자의 재산상태에 따라 침해행위의 억제 효과는 매우 다를 수 있다.³³⁵⁾

8) 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도(제8호)

본 호는 침해자에 대한 비난 가능성은 측정할 수 있는 계량지표이다. 침해행위를 한 자의 피 해구제의 노력이란, 침해자가 침해소송이 제기되자 스스로 제조 및 판매를 중단³³⁶⁾하는 경우뿐 만 아니라 침해물품을 회수하는 경우까지도 포함한다.³³⁷⁾

332) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 173면.

333) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 173면.

334) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 174면. 다만, 이 경우 “실무상 특허권 침해에 대해 벌금형을 부과하지 않는 경우에는 실효성이 적다.”라는 지적이 있을 수 있다(김성기, “특 허 침해 손해배상액 3배 증액 입법: 고의의 인정과 증액 고려요소”, 산업재산권 제60호, 한국지식재산학회, 2019, 45면).

335) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 174면.

336) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 174면.

337) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 174면.

4. 징벌적 손해배상 규정의 도입 후 지적되는 문제점

학계 등에서 징벌적 손해배상에 대한 문제점으로 지적되고 있는 사항은 다음과 같다. 첫째, 고의의 기준이 제시되고 있지 않은 점, 둘째, 법원이 특허법 제128조 제9항의 각호에 해당하는 기준에 구속이 되어야 하는 문제, 셋째, 특허권 침해행위에 대해 형사처벌하고 있는 우리 법제에서 징벌적 손해배상이 이중처벌에 해당할 여지가 있다는 점이다.³³⁸⁾ 또한 징벌적 손해배상제도를 도입한 다른 특별법들은 소비자, 노동자, 중소기업 등 사회적 약자 또는 공익의 보호와 관련이 있다. 그러나 특허침해에 대한 징벌적 손해배상제도는 특허권자라는 권리자를 보호한다는 데 큰 차이가 있다.³³⁹⁾

5. 기타 징벌적 손해배상의 도입에 관한 논의

가. 산업보안 관련 법

특허법 등 지식재산권법상 징벌적 손해배상제도를 하도급법에서도 도입하고자 하는 주장도 있다. 즉, “수급사업자에게 발생한 손해가 아닌 원사업자가 그 기술자료의 유용으로 얻은 이익액을 손해액으로 추정하여 그 손해액의 3배 이상 10배 이하의 제재적 손해배상의 의무”를 부과하여 실효성 있는 징벌적 손해배상 규정이 될 수 있다는 의견도 제시되고 있다.³⁴⁰⁾

나. 저작권법

저작권법상 저작인격권을 제외한 저작재산권은 배타적 권리로 저작권자의 허락없이 저작물을 무단으로 이용할 경우 저작재산권 침해가 성립된다. 이는 민법상 불법행위에 해당하므로 침해자는 권리자에 대하여 민법 제750조의 손해배상책임을 지게 된다. 그러나 저작권은 일반 재산권과 달리 침해를 파악하기 쉽지 않고, 이에 따라 그 손해액이 얼마인지 판단하는 것이 어려운 일이다. 이에 따라 저작권법은 제125조와 제125조를 통해 손해액을 어떻게 판단해야 하는지 기준을 제시하고 있다.³⁴¹⁾

338) 심현주 외2, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 -한중 양국의 비교를 중심으로-”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.

339) 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020, 175~176면.

340) 강지현·최경미, “산업보안 관련법상 재산권보호 제고방안 연구: 국가핵심기술 권리 제한에 대한 보상과 징벌적 손해배상제도를 중심으로”, 한국산업보안연구 통권 제8호, 2015, 228면.

341) 이해완, “저작권법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 산업재산권 제58호, 한국지식재산학회, 2019, 364~365면.

한편, 현행 저작권법상 모든 저작권 침해는 형사처벌 가능하여 일부에서는 형사처벌을 무기로 한 이른바 ‘합의금 장사’ 등 부작용이 상존하고 있다는 지적에 따라 저작권 침해 중 경미한 경우³⁴²⁾에는 형사처벌을 배제하도록 하는 저작권법 전부개정(안)이 제시된 바 있다.³⁴³⁾ 즉, 모든 저작권 침해 유형에 대한 형사처벌은 온라인·플랫폼 창작 시대에 활발한 저작물 이용의 위축 요인이 되고 있으며 국민들의 저작권에 대한 부정적 인식 형성에도 일조하고 있다는 판단 때문이다.

또한 저작권은 침해액이 소액이라 민사소송으로 실질적 배상을 받기 어려운 경우가 많아, 저작권법 개정을 통해 법원이 일정한 사항을 고려하여 배상액을 손해액의 3배 범위 내에서 산정할 수 있도록 하고 있다. 여기서 일정한 사항이란 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, 저작재산권자가 입은 피해 규모, 침해자가 얻은 경제적 이익, 침해자가 받은 형사처벌 정도, 침해의 기간·횟수 등, 침해자의 재산상태, 침해자의 피해방지 및 피해구제 노력 등이다.

표 5 | 저작권법 전부개정(안) 신규대조표

현 행	개 정 안	비 고
제136조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. 1. 저작재산권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조에 따른 권리는 제외한다)를 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자	제136조(벌칙) ① ----- ----- ----- ----- ----- 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 저작재산권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조 및 제98조의5에 따른 권리는 제외한다)를 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자 가. 영리를 목적으로 또는 상습적으로 침해한 경우 나. 침해행위에 의하여 권리자가 받은 손해액 또는 침해자가 받은 이익액이 100만원 이상인 경우 다. 상업적인 목적으로 배포 또는 공중송신될 예정이나 아직 배포 또는 공중송신되지 않은 저작물등(공개상영 중인 상태에서 아직 일반 공중을 위한 복제물의 배포나 공중송신이 이루어지지 않은 영상저작물을 포함한다)을 그 사실을 알면서	[개정내용] 경미한 저작권 침해 형사처벌 대상에서 제외(제136조)

342) (다음 요건에 모두 해당하는 경우) △비영리적이고 비상습적 침해 △이득액 또는 피해금액 100만 원 미만 △상업적 목적 배포 또는 공중송신될 예정인 저작물임을 알지 못함 △권리자의 중단요구 받고 즉시 침해행위 중단하였을 것.

343) 문화체육관광부, “저작권법 전부개정(안) 주요내용”, 의견수렴 공청회 참고자료, 2020.

현 행	개 정 안	비 고
<p>2. (생 략) ② (생 략) (<u>신 설</u>)</p> <p>제125조(손해배상의 청구) ① ~ ③ (생 략) (<u>신 설</u>)</p>	<p><u>복제·배포하거나 공중송신한 경우</u> 라. <u>전송의 방법으로 침해한 경우로서 피해자로부터 침해사실을 특정한 중단요구를 받았음에도 불구하고 정당한 사유 없이 즉시 그 침해행위를 중단하지 않고 계속한 경우</u></p> <p>2. (현행과 같음) ② (현행과 같음) ③ <u>영리를 목적으로 또는 상습적으로, 타인이 저작재산권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조에 따른 권리는 제외한다)를 공중송신의 방법으로 침해하는 행위를 방조한 자는 그 침해행위를 한 자가 제1항 제1호 각목의 어느 하나에 해당하지 않는 경우에도 형법 제32조 제1항에 의한 중범으로 처벌한다.</u></p> <p>제125조(손해배상의 청구) ① ~ ③ (현행과 같음) ④ <u>법원은 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작권격권, 실연자의 인격권 및 초상등재산권을 제외한다)의 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항부터 제3항까지 및 제126조의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다.</u> ⑤ <u>제4항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.</u> 1. <u>고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도</u> 2. <u>침해행위로 인하여 저작재산권자 등이 입은 피해 규모</u> 3. <u>침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익</u> 4. <u>침해행위에 따라 침해자가 받은 형사처벌의 내용과 정도</u> 5. <u>침해행위의 기간·횟수 등</u> 6. <u>침해행위를 한 자의 재산상태</u> 7. <u>침해행위를 한 자의 피해방지 노력의 정도</u> 8. <u>침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도</u></p>	<p>[개정내용] 저작권침해사건 민사 구제 실효성 강화를 위해 배수배상제도 도입 (제125조) - 침해가 고의적인 경우 손해액의 3배 이내에서 배상액을 정할 수 있도록 규정(제4항) - 배상액 산정 시 고려해야 할 사항 마련(제5항)</p>

IV 지식재산 침해행위에 대한 민사책임과 형사책임 검토

1. 징벌적 손해배상제도와 형사책임

우리 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법 및 부정경쟁방지법에서는 그 침해가 고의적인 경우에는 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 않는 범위에서 징벌적 손해배상을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 징벌적 손해배상의 도입으로 인해 기존 형사책임과의 관계를 재조명해볼 필요가 있어 보인다. 즉, 특허법 제225조 제1항에서는 “특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.”, 실용신안법 제45조 제1항에서는 “실용신안권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.”, 상표법 제230조에서는 “상표권 또는 전용사용권의 침해행위를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.”, 디자인보호법 제220조 제1항에서는 “디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.”, 부정경쟁방지법에서는 제18조 제1항에서는 영업비밀 국외로의 침해에 대해 “영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.”, 제2항에서는 영업비밀 국내 침해에 대해 “제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 5억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있으며, 제3항에서는 부정경쟁행위 침해에 대해 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 사항을 표로 정리하면 아래와 같이 정리할 수 있을 것이다.³⁴⁴⁾

이처럼 기존 지식재산권 침해에 대한 형사처벌 조항을 가지고 있음에도 불구하고 징벌손해배상제도가 도입됨에 따라 지식재산권 침해에 대한 책임이 과도한 것이 아닌가 하는 의문을 제기해 볼 수 있다.³⁴⁵⁾

344) 부정경쟁방지법상 징벌적 손해배상의 책임은 모든 부정경쟁행위에 적용되지 않고, 영업비밀 침해행위에만 한정한다는 특징이 있다(조용순, “기술보호 관련 법류에서의 징벌적 손해배상제도에 대한 고찰: 특허법, 영업비밀보호법, 산업기술보호법, 하도급법, 상생협력법을 중심으로”, 중소기업연구 제42권 제1호, 한국중소기업학회, 2020, 26면).

345) 상생협력법의 경우 2018년 개정안에서 기술자료 유용 시 위탁기업은 발생한 손해의 10배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 지도록 하는 10배 징벌적 손해배상제도에 대한 법안이 만들어지기도 했다(조용순, “기술보호 관련 법류에서의 징벌적 손해배상제도에 대한 고찰: 특허법, 영업비밀보호법, 산업기술보호법, 하도급법, 상생협력법을 중심으로”, 중소기업연구 제42권 제1호, 한국중소기업학회, 2020, 38면).

표 6 지식재산 침해행위에 대한 우리법상 민사책임과 형사책임

	특허법	실용신안법	상표법	디자인보호법	부정경쟁방지법
민사책임 (징벌적 손해배상)	법원은 타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항에도 불구하고 제2항부터 제7항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다. (제128조제8항)	실용신안권자의 보호에 관하여는 「특허법」 제126조, 제128조, 제128조의2 및 제130조부터 제132조까지의 규정을 준용한다. (제30조)	법원은 고의적으로 상표권자 또는 전용사용권자의 등록상표와 동일·유사한 상표를 그 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용하여 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자에 대하여 제109조에도 불구하고 제1항부터 제6항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다. (제110조제7항)	법원은 타인의 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항부터 제6항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다. (제115조제7항)	법원은 제2조제1호 차목의 행위 및 영업비밀 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제5조 또는 제11조에도 불구하고 제1항부터 제5항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다. (제14조의2제6항)
형사책임	7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금(제225조) 반의사불벌죄	7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금(제45조) 반의사불벌죄	7년 이하의 징 또는 1억원 이하의 벌금(제230조)	7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금(제220조) 반의사불벌죄	15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금(제18조)

2. 우리나라의 징벌적 손해배상액의 판단 고려사항

지식재산권법에 징벌적 손해배상 규정이 도입되기 전에는 손해배상은 민법상 불법행위에 의한 손해배상에 관한 규정과 특별히 다르지 않았다. 즉, 민법 제750조에서 규정하는 불법행위 법리에 따라 원고가 주장 및 입증할 요건사실은 원고가 특허권자일 것, 침해자의 고의 또는 과실로 특허권이 침해되었을 것, 특허권 침해가 위법할 것, 침해자가 책임능력이 있을 것, 특허권자에게 손해가 발생하였을 것, 특허권침해와 손해 사이에 상당인과관계가 있을 것 등이다.³⁴⁶⁾ 그럼에도 불구하고, 지식재산권은 그 손해를 산정하는 것이 곤란하여 각 법에서 손해액을 추정하는 규정을 두고 있었다. 이후 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법 및 부정경쟁방지법에 징벌적 손해배상제도가 도입됨에 따라 일정한 경우 징벌손해액의 산정에 있어 고려해야 할 사항에 대해서 규정하게 되었다. 즉, 우리나라는 징벌손해배상액을 산정하는 데 있어 고려되어야 할 사항을 규정하고 있다. 특허법 제128조 제9항에서 제8항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 사항을 고려하여야 한다고 규정한다.

346) 배대현, “특허법상 손해배상체계가 일반 사법상 손해배상법리로부터 分岐하는 현실과 관련 법리 연구 -특허법상 징벌적 손해배상액 규정의 도입과 법적 쟁점을 중심으로-”, IT와 法연구, 경북대학교 IT와 법연구소, 2022, 3~4면.

특허법 제128조(손해배상청구권 등)

- ⑨ 제8항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2019. 1. 8.>
1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부
 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
 3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해규모
 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
 5. 침해행위의 기간·횟수 등
 6. 침해행위에 따른 벌금
 7. 침해행위를 한 자의 재산상태
 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

상표법 제110조 제8항에서는 제7항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 타법과는 달리 제1호에서는 ‘침해행위로 인하여 해당 상표의 식별력 또는 명성이 손상된 정도’를 규정하고 있다. 이는 상표법의 특성을 반영한 것으로 보인다.

상표법 제110조(손해액의 추정 등)

- ⑧ 제7항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2020. 10. 20.>
1. 침해행위로 인하여 해당 상표의 식별력 또는 명성이 손상된 정도
 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
 3. 침해행위로 인하여 상표권자 또는 전용사용권자가 입은 피해규모
 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
 5. 침해행위의 기간·횟수 등
 6. 침해행위에 따른 벌금
 7. 침해행위를 한 자의 재산상태
 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

디자인보호법 제115조 손해배상액이 추정 등에 관한 조항에서도 동일한 내용을 규정하고 있다. 즉, 제115조 제8항에서는 제7항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다고 규정하고 있으며, 각 사항을 나열하고 있다.

디자인보호법 제115조(손해액의 추정 등)

- ⑧ 제7항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2020. 10. 20.>
1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부
 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
 3. 침해행위로 인하여 디자인권자 또는 전용실시권자가 입은 피해규모
 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
 5. 침해행위의 기간·횟수 등
 6. 침해행위에 따른 벌금
 7. 침해행위를 한 자의 재산상태
 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

부정경쟁방지법 제14조의2 손해액의 추정 등에 관한 규정 제6항에서는 법원은 제2조제1호차 목의 행위 및 영업비밀 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제5조 또는 제11조에도 불구하고 제1항부터 제5항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다고 규정하며, 제7항에서 배상액을 정함에 있어 고려해야 할 사항에 대해서 나열하고 있다.

부정경쟁방지법 제14조의2(손해액의 추정 등)

- ⑦ 제6항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2019. 1. 8.>
1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부
 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
 3. 침해행위로 인하여 영업비밀 보유자가 입은 피해규모
 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
 5. 침해행위의 기간·횟수 등
 6. 침해행위에 따른 벌금
 7. 침해행위를 한 자의 재산상태
 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

그런데 이러한 배상액을 판단함에 있어 침해행위에 따른 벌금은 고려하는 것으로 규정하고 있는 데 반해 징역과 같은 형사책임에 관해서는 규정을 두고 있지 않다.

특허법	상표법	디자인보호법	부정경쟁방지법
1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부	1. 침해행위로 인하여 해당 상표의 식별력 또는 명성이 손상된 정도	1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부	1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부

특허법	상표법	디자인보호법	부정경쟁방지법
2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도	2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도	2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도	2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해규모	3. 침해행위로 인하여 상표권자 또는 전용사용권자가 입은 피해규모	3. 침해행위로 인하여 디자인권자 또는 전용실시권자가 입은 피해규모	3. 침해행위로 인하여 영업비밀 보유자가 입은 피해규모
4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익	4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익	4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익	4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
5. 침해행위의 기간·횟수 등	5. 침해행위의 기간·횟수 등	5. 침해행위의 기간·횟수 등	5. 침해행위의 기간·횟수 등
6. 침해행위에 따른 벌금	6. 침해행위에 따른 벌금	6. 침해행위에 따른 벌금	6. 침해행위에 따른 벌금
7. 침해행위를 한 자의 재산 상태	7. 침해행위를 한 자의 재산 상태	7. 침해행위를 한 자의 재산 상태	7. 침해행위를 한 자의 재산 상태
8. 침해행위를 한 자의 피해 구제 노력의 정도	8. 침해행위를 한 자의 피해 구제 노력의 정도	8. 침해행위를 한 자의 피해 구제 노력의 정도	8. 침해행위를 한 자의 피해 구제 노력의 정도

앞서 살펴본 바와 같이 징벌적 손해배상의 산정 시 고려해야 할 사항은 특허법, 상표법, 디자인보호법 및 부정경쟁방지법에서 대동소이하게 규정하고 있다. 다만, 상표법에 있어서 약간의 차이가 있지만, 이는 상표법의 특징을 반영한 것으로 보인다. 또한 부경법상 영업비밀 보유자에 대한 규정이 일부 차이 있는데, 이는 다른 권리들과 달리 권리자 및 전용실시권자가 존재하지 않기 때문이다.

또한 이들 규정에서 특이한 점은 각 법에서 규정하고 있는 8가 사항에 대해서 각 호의 사항을 고려하여야 한다는 의무규정 형식을 따르고 있기 때문에 징벌적 손해배상의 손해액을 산정함에 있어 이들 각 사항에 대해 검토를 해야 하는 것이다.

2. 타법의 규정과의 비교

가. 제조물책임법의 징벌적 손해배상제도

2018년 4월 19일 개정으로 제조물책임법 제3조제2항이 신설되어 징벌적 손해배상을 부과할 수 있게 되었다. 우리 법원의 판결에 따른 손해배상액이 일반의 상식 등에 비추어 적당한 수준에 이르지 못하여 피해자를 제대로 보호하지 못한다는 지적과 소액 다수의 소비자 피해를 발생시키는 악의적 행위의 경우에는 특히, 불법행위에 따른 제조업자의 이익은 막대한 반면 개별 소비자의 피해는 소액에 불과하여, 제조업자의 악의적인 불법행위가 계속되는 등 도덕적 해이가 발생하고 있다는 인식이 확산되고 있기 때문이었다.³⁴⁷⁾ 이에 따라 징벌적 손해배상제를 도입하여 제조

347) 김태선, “소비자보호를 위한 배액배상제도의 기능과 운용”, 중앙법학 통권 69호, 중앙법학회, 2018, 137면.

업자의 악의적 불법행위에 대한 제재와 장래 유사하거나 동일한 불법행위에 대한 억지력을 강화하고, 피해자에게는 실질적인 금전적 보상이 가능하도록 하였다.³⁴⁸⁾ 즉, 제조물책임법 제3조 제2항은 “제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다.”라고 규정하였다. 그리고 배상액에 대해서는 법원이 “고의성의 정도, 해당 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해의 정도, 해당 제조물의 공급으로 인하여 제조업자가 취득한 경제적 이익, 해당 제조물의 결함으로 인하여 제조업자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도, 해당 제조물의 공급이 지속된 기간 및 공급 규모, 제조업자의 재산상태, 제조업자가 피해구제를 위하여 노력한 정도”를 고려하여 배상액을 정하도록 하였다.

나. 하도급거래 공정화에 관한 법률의 징벌적 손해배상제도

2013년 5월 28일 일부개정된 하도급거래 공정화에 관한 법률은 징벌적 손해배상제도를 도입하였는데, 이러한 이유로 그동안 하도급거래의 공정화를 위해 여러 차례의 법률개정과 제도개선에 노력하였으나 그럼에도 불구하고 불공정 하도급 행위는 근절되지 않았다. 실제로 하도급 현장에서 이루어지는 위반행위는 적발이 어려운데다가 도급의 특성상 상대적 약자인 하도급업체를 보호하지 못하였다. 또한 코로나19의 확산 등 최근 세계경기 침체로 인해 중소기업이 판로확보에 어려움을 겪으면서 하도급으로 인한 어려움이 가중되었다. 이에 실손해배상 및 징벌적 손해배상의 적용대상을 넓히고자 하였다.

다. 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률의 징벌적 손해배상제도

2017년 10월 19일부터 시행된 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률은 제37조의2를 신설하여 가맹사업거래에 있어 일부 법 위반행위에 대하여 3배 한도의 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 이는 가맹본부의 일부 법 위반행위에 대해 징벌적 손해배상제도를 도입하며, 분쟁조정신청에 시효중단의 효력을 부여하는 것이다.

라. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률의 징벌적 손해배상제도

단시간근로자가 법정 근로시간 내 근로를 강요받는 경우가 많아 이를 시정하고자 단시간근로자의 초과근로에 대하여 할증임금을 도입하였다. 또한 현행 차별시정제도의 경우 임금 및 근로조

348) 김태선, “소비자보호를 위한 배액배상제도의 기능과 운용”, 중앙법학 통권 69호, 중앙법학회, 2018, 137면.

건의 보상 또는 원상회복 수준에 머물고 있어 사용자의 고의적이고 반복적인 차별행위에 대한 사전적 예방 효과가 미미하다는 평가이다.³⁴⁹⁾ 따라서 사용자의 고의적 또는 반복적 차별행위에 대해서는 노동위원회가 기간제 및 단시간 근로자에게 발생한 손해액의 3배 내에서 징벌적인 성격의 배상명령을 함으로써 차별을 근본적으로 차단하고자 하였다.³⁵⁰⁾

2014년 3월 18일부터 시행되고 있는 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제13조에 따르면 “조정·중재·시정명령의 배상액은 차별적 처우로 인하여 기간제근로자 또는 단시간근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한다.”라고 하면서 “다만, 노동위원회는 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

마. 지식재산권법과의 비교 및 시사점

지식재산권법 간 비교와 별도로 특허법, 하도급법, 대리점법, 가맹사업법, 제조물책임법이 규정하고 있는 법원이 증액손해배상액을 산정함에 있어서 고려할 수 있는 사항을 비교하였다. 그중 “침해행위에 따른 벌금(및 과징금)”이 형사책임과 관련이 되는 고려요소인데, 제조물책임법 제3조 제2항 제4호에서는 “해당 제조물의 결함으로 인하여 제조업자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도”라고 규정하여 다른 법에서 벌금에 한정한 것과 달리 형사처벌 전반의 정도를 고려하도록 규정하고 있다. 여기서 형사처벌이란, 형법 제41조에 따라 1. 사형, 2. 징역, 3. 금고, 4. 자격상실, 5. 자격정지, 6. 벌금, 7. 구류, 8. 과료, 9. 몰수를 의미한다.

특허법 제128조 제9항 제6호 규정의 쟁점은 첫째, 동 고려사항을 감경적 고려사항으로 볼 것인지 아니면 가중적 고려사항으로 볼 것인지의 여부이다. 그 이유는 특허법 제128조 제9항 제6호 법문에는 ‘벌금’이라고만 명시되어 있을 뿐이고, 이를 어떠한 방식으로 고려하여야 하는지에 대해서는 구체적으로 언급하고 있지 않기 때문이다. 우선 증액손해배상제도의 입법 경위와 이중 처벌금지의 원칙을 규정하고 있는 헌법에 근거하면, 형사처벌에 의하여 벌금형을 받은 경우에는 이를 감경요소로 고려하는 것이 타당하다는 견해가 있다.³⁵¹⁾ 이와 다른 견해로는 피고가 이미 형사처벌을 받았다면 가벌성이 있는 행위를 하였기 때문에, 피고의 행위에 내재하는 불법성이 크므로 이를 가중요소로 보아야 한다는 견해가 제기될 수 있다.³⁵²⁾ 나아가 특허법 제128조 제9항

349) 홍완식, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평론”, 경희법학 52권 2호, 경희대학교 법학연구소, 2017.

350) 홍완식, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평론”, 경희법학 52권 2호, 경희대학교 법학연구소, 2017.

351) 김성기, “특허 침해 손해배상액 3배 증액 입법: 고의의 인정과 증액 고려요소”, 산업재산권 제60호, 한국지식재산학회, 2019, 45면.

352) 특허법원 국제지식재산권법 연구센터, 「각국의 특허법상 증액손해배상제도와 우리나라 실무적 운영방안에 대한 검토」, 2020, 305면.

제6호 고려사항을 가중요소 혹은 감경요소로 나눌 필요가 없다는 견해 또한 제기될 수 있다. 이 견해는 침해자가 고액의 벌금을 선고받은 경우 죄질이 나쁘다고 판단하여 가중요소로 판단할 수 있고, 이와 함께 이중처벌을 배제하기 위하여 감경요소로도 판단할 수 있다고 한다.

두 번째 쟁점은 침해자가 특허침해로 인하여 벌금 이외의 형벌을 받은 경우는 어떻게 취급할 것인지의 여부이다. 이 쟁점 또한 특허법 제128조 제9항 제6호에서는 ‘벌금’이라고만 규정하고 있기 때문에 제기될 수 있는 문제이다. 앞에서 살펴본 형사실무에 의하면 특허침해로 인하여 자유형이 선고되는 경우가 드물다고 하더라도, 법규정상 문언에도 불구하고 자유형을 선고받은 경우 역시 고려사항으로 삼을 수 있다고 할 것이라는 의견이 있다.³⁵³⁾ 이렇게 판단하는 것이 8가지 고려사항을 제한적 열거사항이 아닌 예시적 열거사항으로 보아야 하는 입장에도 부합한다. 이러한 측면에서 향후에 특허법 개정을 통하여 특허법 제128조 제9항 제6호가 규정하는 ‘벌금’에 대해 형사처벌 전체로 문구를 개정해야 할 필요도 있다.

특히, 특허법 제128조 제9항 제6호 고려사항인 ‘침해행위에 대한 벌금’은 미국 Read 고려사항에 대응되는 것이 없다. 미국 징벌적 손해배상 모델법이 제시하고 있는 제3 고려사항인 불법행위로 인하여 피고가 지급하거나 지급할 벌금, 과료, 배상액, 부당이득액 중 벌금, 과료가 이에 해당되는 것으로 판단된다. 특히 특허법 제128조 제9항 제6호 고려사항과 관련하여서는, 침해자가 우리 특허법 제225조가 규정하고 있는 특허권침해죄 등으로 인하여 고액의 벌금을 납부하였다면, 이 고려사항은 손해배상액의 증액에 부정적인 요소로 작용하고, 손해배상액이 증액된다고 하더라도 소액의 증액손해배상액이 산정될 수 있도록 할 것이다.³⁵⁴⁾ 이런 측면에서 이 고려사항에는 우리 특허법상 증액손해배상제도의 도입에 있어서 법리적인 문제점의 하나로 지적되었던 우리 헌법이 규정하고 있는 이중처벌금지의 원칙의 위반에 대한 우려를 최소화하려는 입법자의 정책적인 의도가 있는 것으로 분석할 수 있다.³⁵⁵⁾ 따라서 우리 특허법 제128조 제9항 제6호 고려사항은 손해배상액의 증액에 대한 감경요소라고 판단하는 견해가 있다.³⁵⁶⁾ 다만 침해자가 침해행위로 인하여 고액의 벌금을 부담하였다고 하더라도, 벌금의 귀속주체는 특허권자가 아닌데, 이를 증액손해배상의 감경요소로 삼는다면 특허침해행위가 위중하다고 판단되어 고액의 벌금이 부과된 사안에서 오히려 특허권자에 대한 손해전보가 미흡해지는 결과가 발생할 수 있기 때문에,

353) 피고가 벌금 이외에 다른 형사처벌을 받았을 경우 이에 대한 처벌도 특허법 제128조 제9항 제6호 고려사항을 판단할 때에 검토하여야 한다는 견해에는, 세종대학교 산학협력단, “징벌배상 도입 등 특허법 부정경쟁방지법 주요개정 사항에 대한 판단기준 및 효과분석 연구”, 특허청연구용역보고서, 2019, 75면, 112면 참조.

354) 이주환, “우리 특허법상 증액손해배상제도의 도입과 실무적 운영방안 -미국 특허법상 증액손해배상제도와 비교를 중심으로-” 산업재산권 60권, 한국지식재산학회, 2019.

355) 세종대학교 산학협력단, “징벌배상 도입 등 특허법 부정경쟁방지법 주요개정 사항에 대한 판단기준 및 효과분석 연구”, 특허청 연구용역보고서, 2019, 107면; 김성기, “특허 침해 손해배상액 3배 증액 입법: 고의의 인정과 증액 고려요소”, 산업재산권 제 60호, 한국지식재산학회, 2019, 45면.

356) 세종대학교 산학협력단, “징벌배상 도입 등 특허법 부정경쟁방지법 주요개정 사항에 대한 판단기준 및 효과분석 연구”, 특허청 연구용역보고서, 2019, 197면.

침해자가 고액의 벌금을 납부하였다는 사정에 근거하여 손해배상액 증액 여부 및 증액 정도를 판단함에 있어서는 신중할 필요가 있을 것이다. 다만 우리 특허법상 특허권침해죄에 의하여 형사처벌을 받는 것이 드물기 때문에, 이 고려사항이 거의 활용되지 않을 것이라는 견해도 있다.³⁵⁷⁾

특허법	하도급거래 공정화에 관한 법률	대리점거래의 공정화에 관한 법률	가맹사업거래의 공정화에 관한 법률	제조물책임법
1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부				
2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도	1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도	1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도	1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도	1. 고의성의 정도
3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용 실시권자가 입은 피해 규모	2. 위반행위로 인하여 수급사업자와 다른 사람이 입은 피해 규모	2. 위반행위로 인하여 대리점이 입은 피해 규모	2. 위반행위로 인하여 가맹점사업자가 입은 피해 규모	2. 해당 제조물의 결함 으로 인하여 발생한 손해의 정도
4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익	3. 위법행위로 인하여 원사업자가 취득한 경제적 이익	3. 위법행위로 인하여 공급업자가 취득한 경제적 이익	3. 위법행위로 인하여 가맹본부가 취득한 경제적 이익	3. 해당 제조물의 공급 으로 인하여 제조업자가 취득한 경제적 이익
5. 침해행위의 기간·횟수 등	5. 위반행위의 기간·횟수 등	5. 위반행위의 기간·횟수 등	5. 위반행위의 기간·횟수 등	5. 해당 제조물의 공급이 지속된 기간 및 공급 규모
6. 침해행위에 따른 벌금 등	4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금	4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금	4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금	4. 해당 제조물의 결함 으로 인하여 제조업자가 형사처벌 또는 행정처분 을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도
7. 침해행위를 한 자의 재산상태	6. 원사업자의 재산상태	6. 공급업자의 재산상태	6. 가맹본부의 재산상태	6. 제조업자의 재산상태
8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도	7. 원사업자의 피해구제 노력의 정도	7. 공급업자의 피해구제 노력의 정도	7. 가맹본부의 피해구제 노력의 정도	7. 제조업자가 피해구제를 위하여 노력한 정도

357) 김성기, “특허 침해 손해배상액 3배 증액 입법: 고의의 인정과 증액 고려요소”, 산업재산권 제60호, 한국지식재산학회, 2019, 45면.

법·제도 연구
지식재산 침해행위에 대한 형사책임에 관한 연구
- 징벌적 손해배상제도 도입과 형사책임 -

제5장 결론

- I. 논의의 정리
- II. 연구의 한계 및 향후 연구과제

I 논의의 정리

근대법이 성립되는 과정에서 민사책임과 형사책임이 분화되어 대륙법계 국가에서 민형사 준별원칙은 근대법이 이룩한 중요한 성과로 인정받게 된다. 독일의 경우 19세기 후반 민사책임에 대한 징벌적 손해배상의 인정 여부에 관한 논쟁이 있었음에도 1900년 독일민법전이 시행되면서 징벌적 손해배상의 관념은 불법행위법 체계에서 배제되어 왔던 것이다.³⁵⁸⁾ 이에 비해 미국과 같은 보통법 체계에서는 징벌적 손해배상에 대한 불법행위에 대한 특징 중 하나로 인식될 수 있었다. 특히 미국에서는 19세기 공법과 사법의 엄격한 구별이라는 원칙과 충돌된다고도 볼 수 있는 선례에 근거하여 징벌손해배상제도를 운영해오고 있다. 또한 이러한 징벌손해배상을 통해 손해의 전보라는 특징 이외에 처벌을 통한 억지의 효과를 더해 지금까지 운영해오고 있다고 볼 수 있다.

우리나라는 전통적으로 민사상 전보배상의 원칙을 고수하고 있었기에 특허 등 지식재산권 침해가 발생한 경우 그 손해배상액이 미국에 비해 터무니없이 적다는 지적이 있었다. 이에 정당하게 실시하는 것보다 침해 후 사후에 적발된다 하더라도 오히려 더 유리할 수 있다는 논리마저도 가능했던 것이다.³⁵⁹⁾ 이러한 논리에서 우리나라에서도 징벌적 손해배상의 도입필요성이 논의가 되었으며, 2019년 특허법을 시작으로 징벌적 손해배상제도를 도입하여 운영하고 있는데, 그 구조는 기존의 특허권 등 권리침해에 대한 손해배상액 추정 규정에 더해 법원은 타인의 특허권 등(전용실시권 포함)을 침해한 행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항에도 불구하고 ... 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다고 규정함으로써 손해배상액을 조정할 수 있음을 규정하고 있다. 즉, 통상적 배상액에 대한 가중적 배상액, 전보적 손해배상액에 대한 징벌적 손해배상액으로 구별할 수 있다. 이러한 징벌적 손해배상제도는 형사별적 요소를 손해배상에 추가함에 따라 불법행위에 대한 장래에 대한 억지적 효과를 높이려는 의도를 가지고 있어 손해배상의 일반적 원칙에 비추어볼 때 전보적 배상이라는 성격과는 멀어지며, 손해를 전보하는 것과 손해의 전보에 징벌적 요소를 추가함으로써 전통적 개념의 손해배상 체계에 이중적 책임 부과라는 문제점을 남기게 된 것이다.³⁶⁰⁾

358) Volker Behr, Punitive Damages in American and German Law—Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 Chi.-Kent L. Rev. 105, 128 (2003)(김현수, “미국법상 징벌적 손해배상—근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로—”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012, 332면 재인용).

359) 최상필, “특허침해에 대한 새로운 민사적 구제방안”, 민사법의 이론과 실무 제24권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021, 320면.

360) 이에 따라 기존의 특허침해에 있어 손해배상책임에 있어 징벌적손해배상의 경우 “고의”인 경우 인정되고 있어 기존 손해배상 책임에서의 고의 또는 과실과의 해석상의 문제 등이 발생한다(배대현, “특허법상 손해배상체계가 일반 사법상 손해배상법리로 부터 分岐하는 현실과 관련 법리 연구”, IT와 法연구, 경북대학교 IT와 법연구소, 2022, 9~10면).

그런데 이러한 징벌손해를 인정하고 운영하는 데 있어, 우리나라는 한 가지 더 고려해야 할 사항이 있다. 즉, 민사상 징벌손해를 인정하는 이외에도 형사책임으로써 형사벌이 존재하기 때문이다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라는 높은 수준의 형사책임을 부과하고 있기에 고의로 타인의 특허를 침해하는 경우 징벌적 손해배상뿐만 아니라 형사책임도 높은 수준의 형사책임도 져야 하는 곤란에 빠지게 된다. 즉, 고의로 타인의 특허권을 침해한다면 엄격한 형사처벌을 받게 되므로, 가해자는 손해배상 이외에도 침해에 대한 벌을 받게 되고, 심지어 고의로 침해한 경우 징벌적 손해배상을 하는 경우에 형사처벌까지 받게 된다면 이중처벌 내지는 과잉처벌을 하게 되는 소지가 다분하게 된다.³⁶¹⁾

그렇기 때문에 징벌손해에 대한 손해액을 추정하는데 있어서 형사책임의 정도를 감안한다면 지, 역으로 형사책임을 정함에 있어, 특히 벌금을 부과하는 단계에 징벌적 손해배상액을 감안하는 것도 필요해 보인다. 이러한 문제와 관련해 징벌적 손해배상제도의 도입에 따라 특허법에서 형사처벌 규정을 삭제하자는 주장도 제기되기도 한다.³⁶²⁾ 즉 영미법상 징벌적 손해배상제도란 침해행위에 대하여 경제적 제재방법을 통하여 징벌적 효과를 꾀하는 것이기 때문에 손해에 대한 전보배상보다 높은 배수로 증액하여 손해배상을 하는 것이며, 이에 따라 징벌적 손해배상을 통해 징벌적, 억지적 효과를 발휘하는 경우에는 특허법상 특허권침해죄를 병존시키는 것이 법리적으로 모순된다는 것이다. 물론 이와 같은 주장이 가능할 수도 있지만, 기존의 형사처벌 체계를 가지고 있는 이상 이를 바로 폐지하기보다는 징벌적 손해배상을 적용하는 경우 형사처벌 조항과의

분야	법률명	주관적 요건	한도	대상
공정 거래	하도급거래 공정화에 관한 법률	고의, 과실	3배	기술자료 유용행위 부당한 발주 취소 등
	가맹사업거래의 공정화에 관한 법률	고의, 과실	3배	허위정보제공 상품용역 공급의 부당 중단 등
	대리점거래의 공정화에 관한 법률	고의, 과실	3배	구입 강제 경제상 이익제공 강요행위
	대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률	고의, 과실	3배	대규모 유통업자의 정당한 이유 없는 상품 반품 등
	독점규제 및 공정거래에 관한 법률	고의, 과실	3배	부당공동행위(담합) 등
	축산계열화사업에 관한 법률	고의, 과실	3배	축산계열화사업법 위반행위(허위·과장광고 등)
개인 정보	대·중소기업 상생협력촉진에 관한 법률	고의, 과실	3배	납품대금의 조정신청 등을 이유로 한 위탁기업의 보복조치 등
	개인정보보호법	고의, 과실	3배	개인정보의 분실, 도난, 유출 등
소비 안전	신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률	고의, 중과실	5배	신용정보의 분실, 도난, 유출 등
	제조물책임법	고의	3배	제조물 책임
노동	환경보건법	고의, 중과실	3배	환경유해인자로 인한 환경성 질환
	기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률	명백 고의	3배	차별적 처우의 반복
	파견 근로자 보호 등에 관한 법률	명백 고의	3배	차별적 처우의 반복

361) 최상필, “특허침해에 대한 새로운 민사적 구제방안”, 민사법의 이론과 실무, 제24권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021, 323면.

362) 배대현, “특허법상 손해배상체계가 일반 사법상 손해배상법리로부터 分岐하는 현실과 관련 법리 연구”, IT와 法연구, 경북대학교 IT와 법연구소, 2022, 39-41면.

관계를 고려해 일정한 경우에는 양자의 균형을 맞춰 징벌적 손해배상 내지는 형사처벌을 부과하는 것이 적당할 것으로 보인다.³⁶³⁾

따라서 구체적으로는 제조물 책임법 제3조 제2항 제4호와 같이 “침해행위로 인하여 침해한 자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도”로 개정하여 앞서 제기된 여러 가지 문제를 명문화할 필요도 있다. 즉, 침해자가 특허침해로 인하여 벌금 이외의 형벌을 받은 경우는 어떻게 취급할 것인지의 여부에 대한 여러 견해들이 존재하는바, 관련 조문에 대한 판례가 아직 나오고 있지 않은 상태에서 향후 법원의 명확한 판단기준을 제시하기 위해 각 지식재산권법 개정을 통하여 명문화하는 것이 바람직하다.

표 7 | 개정(안) 특허법 제128조 제9항(예시)

현행	개정(안) 1	개정(안) 2
⑨ 제8항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. 1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해규모 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익 5. 침해행위의 기간·횟수 등 6. 침해행위에 따른 벌금 7. 침해행위를 한 자의 재산상태 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도	⑨ 제8항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. 1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해규모 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익 5. 침해행위의 기간·횟수 등 6. <u>침해행위로 인하여 침해한 자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도</u> 7. 침해행위를 한 자의 재산상태 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도	⑨ 제8항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. 1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 3. 침해행위로 인하여 특허권자 및 전용실시권자가 입은 피해규모 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익 5. 침해행위의 기간·횟수 등 6. <u>침해행위로 인하여 침해한 자가 징역 또는 벌금을 받은 경우 그 형사처벌의 정도</u> 7. 침해행위를 한 자의 재산상태 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

363) 형사처벌규정이 명문화 되어 있는 우리 입법체계에서는 징벌적 손해배상제도의 도입이 반드시 필요한 것이라고 할 수는 없으며, 특허권 침해에 대한 손해액 배상을 정식 재판 절차가 아니라 합의에 의해 산정하는 현실까지 고려한다면 본 제도는 특별히 의미있는 제도라고 볼 수 없다고 보는 견해도 있다(최상필, “특허침해에 대한 새로운 민사적 구제방안”, 민사법의 이론과 실무, 제24권 제3호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021, 324면).

II 연구의 한계 및 향후 연구과제

징벌적 손해배상제도 이론을 발전시킨 미국에서는 징벌적 손해배상제도가 어느 정도의 기능을 수행하고 있는지에 대한 실증적 연구가 다수 수행되었다고 한다.³⁶⁴⁾ 이러한 연구의 주된 목적은 징벌적 손해배상제도의 주요한 목적 중 하나인 불법행위의 처벌과 억제 기능이 어느 정도 구현되고 있는지에 대한 평가였으나 이에 대해서는 확실한 결과가 도출되지 않았다고 한다. 이러한 주된 목적 외에도 징벌적 손해배상이 활용되는 정도와 배상액의 크기, 예측 가능성 등을 파악하고 배심에 의한 경우와 그렇지 않은 경우에 징벌적 손해배상의 산정이 어떻게 달라지는 지 등을 파악하기 위해서도 여러 실증적 연구가 수행된 바 있다.³⁶⁵⁾ 우리나라에서는 관련 판례 축적의 미비로 이러한 실증적 연구가 수행된 바 없다. 즉, 현재까지 지식재산 관련 증액배상 요건을 정면으로 판단한 사건은 상표 1건, 특허 1건 정도이며, 이 사건에서도 모두 고의적인 침해가 아니라고 보아 증액배상주장을 배척한 바 있다. 그 이후에도 지식재산 관련 징벌적 손해배상을 인정한 판례는 없는 것으로 파악된다. 향후 지식재산 관련 징벌적 손해배상을 인정한 판례가 좀 더 축적되면, 지식재산 분야에서의 징벌적 손해배상제도의 억지 기능 수행 여부, 배상액의 크기 등 실증연구를 추가적으로 해야 할 필요가 있다.

364) 대표적인 연구로 Theodore Eisenberg et al., “The Predictability of Punitive Damages”, 26 J.Legal Stud. 623 (1995); Theodore Eisenberg & Michael Heise, “Judge-Jury Difference in Punitive Damages Awards: Who Listens to the Supreme Court?”, 8 J. Empirical Legal Stud.325 (2011); W. Kip Viscusi, “The Blockbuster Punitive Damages Awards”, 53 Emory L.J.1405 (2004); W. Kip Viscusi, “The Challenge of Punitive Damages Mathematics”, 30 J. Legal Stud. 313 (2001); Theodore Eisenberg & Martin T. Wells, “The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer”, 3 J. Empirical Legal Stud. 175 (2006) 등이 있다(김정환, “징벌적 손해배상의 적절한 운영방안에 관한 연구”, 한국사법정책연구원, 2019, 31면 각주 159 재인용).

365) Catherine M. Sharkey, Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine 488 (New York University Law and Economics Working Paper, 2012) pp. 499~500.(김정환, “징벌적 손해배상의 적절한 운영방안에 관한 연구”, 한국사법정책연구원, 2019, 32면 각주 161 재인용).

참고문헌

[국내문헌]

- 가정준, “‘형사책임’과 ‘민사책임’의 역할과 그 한계”, 사법 통권 43호, 사법발전재단, 2018.
- 강지현·최경미, “산업보안 관련법상 재산권보호 제고방안 연구: 국가핵심기술 권리 제한에 대한 보상과 징벌적 손해배상제도를 중심으로”, 한국산업보안연구 통권 제8호, 2015.
- 곽윤직, 「民法注解 債權(11)」, 박영사, 2012.
- 곽윤직, 「채권각론(민법강의 4)」, 박영사, 2007.
- 곽윤직, 「채권총론(민법강의 3)」, 박영사, 2006.
- 권인희, “특허법상 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 소고”, 법학논총 제27집, 숭실대학교 법학연구소, 2012.
- 김기영, “제126조(권리침해에 대한 금지청구권 등)”, 「특허법 주해 II」(정상조·박성수 공편), 박영사, 2010.
- 김명엽, “징벌적 손해배상제도의 도입과 개선에 관한 연구”, 일감법학 제34호, 건국대학교 법학연구소, 2016.
- 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997.
- 김상중, “불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안”, 민사법학 제55권 제1호, 한국민사법학회, 2011.
- 김성기, “특허 침해 손해배상액 3배 증액 입법: 고의의 인정과 증액 고려요소”, 산업재산권 제60호, 한국지식재산학회, 2019.
- 김성돈, “징벌적 손해배상 제도의 법이론적 문제점과 그 극복방안”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013.
- 김정환(최나진), “징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2014.
- 김정환, “징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구”, 연구총서 2019-06, 사법정책연구원, 2019.
- 김준호, 「민법강의(신정4판)」, 법문사, 2004.
- 김천수, “한국 불법행위법에 관한 최근 입법 논의”, 민사법학 제57권, 한국민사법학회, 2011.
- 김태선, “소비자보호를 위한 배액배상제도의 기능과 운용”, 중앙법학 통권 69호, 중앙법학회, 2018.
- 김태선, 「징벌적 손해배상제도의 관련 쟁점 및 국내에서의 논의현황」, 한국법제연구원, 입법평가 회의자료집 12, 2012.
- 김현수, “미국법상 징벌적 손해배상 - 근대법 형성기 법리의 전개와 제한요소를 중심으로 -”, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012.
- 김현수, “현행 징벌적 손해배상제도 개선에 관한 고찰”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020.

- 김현수, 윤용석, 권순현, 장다혜, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평가”, 입법평가연구 12-24-22, 한국법제연구원, 2012.
- 나 강, “개정 특허법상 손해배상 규정체계에 관한 소고 - 신설된 징벌적 손해배상 규정을 중심으로 -”, 법학연구 제30권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2019.
- 문화체육관광부, “저작권법 전부개정(안) 주요내용”, 의견수렴 공청회 참고자료, 2020.
- 박성민, “저작권법 제140조의 영리목적과 상습성에 대한 형사법적 고찰”, 계간저작권 통권 제124호, 한국저작권위원회, 2018.
- 박성민, “징벌적 손해배상제도의 형사체계편입에 대한 비판적 고찰 -하도급법상의 적용제한을 중심으로-”, 홍익법학 제18권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위 -불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-”, 정보법학 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011.
- 박수곤·김진우·가정준·권철, “손해배상의 방법에 대한 비교법적 고찰”, 비교사법 제19권 제1호, 한국비교사법학회, 2012.
- 박준서, 「주석민법 채권각칙 6(제3판)」, 한국사법행정학회, 2000.
- 박형수, “특허침해에 대한 징벌적 손해배상의 판단기준-고의성 요건 및 배상액 산정 고려사항과 관련 하여-” LAW&TECHNOLOGY 제16권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2020.
- 박희주, “외국의 징벌배상 법제 및 사례 연구”, 정책연구 14-08, 한국소비자원, 2014.
- 배대현, “‘가득 차면 기울고 넘어진다’는 미국의 특허 손해배상 법리 -Grain Processing Corp. v. American Maize-Products Co. 사건판결에서 얻는 교훈-”, 상사판례연구 제23집 제3권, 한국상사판례학회, 2010.
- 배대현, “특허법상 손해배상체계가 일반 사법상 손해배상법리로부터 分岐하는 현실과 관련 법리 연구 - 특허법상 징벌적 손해배상액 규정의 도입과 법적 쟁점을 중심으로 -”, IT와 法연구, 경북대학교 IT와 법연구소, 2022.
- 법제처, 「법령 입안·심사 기준」, 2021.
- 복진요, “지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입 가능성에 관한 연구”, 지식재산21 통권 제111호, 특허청, 2010.
- 세종대학교 산학협력단, “징벌배상 도입 등 특허법 부정경쟁방지법 주요개정 사항에 대한 판단기준 및 효과분석 연구”, 특허청연구용역보고서, 2019.
- 송오식, “불법행위의 효과로서 금지 및 예방청구권 : 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정”, 법학논총 제31권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2011.
- 송오식, 「불법행위법(이론과 판례)」, 법률정보센타, 2012.
- 신국미, “손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입”, 한양법학 제29권, 한양법학회, 2010.
- 심현주·량샤오룽·이현희, “지식재산분야 징벌손해배상제도에 관한 고찰 — 한중 양국의 비교를 중심으로 —”, 법학논총 제39권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2022.
- 안원모, “특허권침해로 인한 손해액의 산정에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- 윤선희, 「지적재산권법(19정판)」, 세창출판사, 2022.
- 윤선희, 「특허법(제4판)」, 법문사, 2010.
- 윤선희, 「특허법(제6판)」, 법문사, 2019.
- 윤진수, “損害賠償의 方法으로서의 原狀回復: 민법개정안을 계기로 하여”, 비교사법 제10권 제1호, 한

- 국비교사법학회, 2003.
- 윤철홍, “인격권침해에 대한 사법적 구제”, 민사법학 16호, 한국민사법학회, 1996.
- 윤태영, “최근 일본에서의 징벌적 손해배상의 도입에 관한 논의”, 징벌적 손해배상제도에 관한 비교법적 검토 워크숍, 입법평가 회의자료집 14, 한국법제연구원, 2012.
- 이은영, 「민법 II(제3판)」, 박영사, 2002.
- 이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2005.
- 이의섭, 「영미법사례로 본 하도급법상의 징벌적 손해배상제도의 문제점 고찰」, 한국건설산업연구원, 2014.
- 이재목, “징벌적 손해배상제도에 관한 국내 입법의 현황과 문제점”, 홍익법학 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018.
- 이재상, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2008.
- 이재상, 장영민, 강동범, 형법총론 (제10판), 박영사, 2019.
- 이주환, “대만, 중국, 호주, 캐나다의 특허침해로 인한 증액손해배상제도”, 법학연구 제31권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2021.
- 이주환, “우리 특허법상 증액손해배상제도의 도입과 실무적 운영방안 - 미국 특허법상 증액손해배상제도와 비교를 중심으로 -”, 산업재산권 제60호, 한국지식재산학회, 2019.
- 이해완, “저작권법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 산업재산권 제58호, 한국지식재산학회, 2019.
- 이해완, 「저작권법(제2판)」, 박영사, 2012.
- 정상조·박성수, 「특허법 주해 I」, 박영사, 2010.
- 정상조·박성수, 「특허법 주해 II」, 박영사, 2010.
- 정혜련, “미국법상 징벌적 손해배상의 운용과 경제·상거래적 효과에 대한 고찰 - 연방대법원과 법경제학의 접근방식을 중심으로 -”, 안암법학 통권 53호, 안암법학회, 2017.
- 조영선, “특허침해로 인한 징벌적 배상의 실무상 운용방안”, 인권과정의 통권 492호, 대한변호사협회, 2020.
- 조영선, 「특허법(제3판)」, 박영사, 2011.
- 조용순, “기술보호 관련 법류에서의 징벌적 손해배상제도에 대한 고찰: 특허법, 영업비밀보호법, 산업기술보호법, 하도급법, 상생협력법을 중심으로”, 중소기업연구 제42권 제1호, 중소기업학회, 2020.
- 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008.
- 지원림, 「민법강의(제7판)」, 홍문사, 2009.
- 최나진, “징벌적 손해배상과 법정손해배상: 우리나라 민법과 양립가능성”, 경희법학 제51권 제3호, 경희법학연구소, 2016.
- 최상필, “특허침해에 대한 새로운 민사적 구제방안”, 민사법의 이론과 실무 제24권 제32호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021.
- 최승재, 「징벌배상 도입 등 특허법, 부정경쟁방지법 주요개정 사항에 대한 판단기준 및 효과분석 연구」, 특허청, 2019.
- 특허법원 국제지식재산권법 연구센터, “각국의 특허법상 증액손해배상제도와 우리나라 실무적 운영방안에 대한 검토”, 2020.

- 한태일, “징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 연구 - 도입 시 예상되는 문제점들과 도입방안을 중심으로 -”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2014.
- 홍완식, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평론”, 경희법학 52권 2호, 경희대학교 법학연구소, 2017.
- 한지영, “저작권법 개정안에서 징벌적 손해배상제도에 관한 소고”, 계간저작권 통권 134호, 한국저작권위원회, 2021.

[해외문헌]

- 高铭喧·马克昌, 「刑法学(第九版)」, 北京大学出版社, 2019.
- 张明楷, 「刑法学(第五版)」, 法律出版社, 2016.
- 金福海, 「惩罚性赔偿研究」, 法律出版社, 2008.
- 武小凤, 「冲突与对接——刑事和解刑法制度研究」, 中国人民公安大学出版社, 2008.
- 陈聪富, 「侵权归责原则与损害赔偿」, 北京大学出版社, 2005.
- 王靖雯, “劳动基准法中的惩罚性赔偿制度”, 石河子大学学报(哲学社会科学版), 2016(06).
- 张新宝·李倩, “惩罚性赔偿的立法选择”, 清华法学, 2009(04).
- 徐聪颖, “知识产权惩罚性赔偿的功能认知与效用选择——从我国商标权领域的司法判赔实践说起”, 湖北社会科学, 2018(07).
- 马培, “论惩罚性赔偿制度”, 复旦大学硕士论文, 2009.
- 金福海, “惩罚性赔偿不宜纳入我国民法典”, 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2003(02).
- 樊秀丽, “关于知识产权惩罚性赔偿的几个问题”, 广东石油化工学院学报, 2016.
- 朱丹, “知识产权惩罚性赔偿制度研究”, 华东政法大学 博士学位, 2013.
- 王利明, “论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则”, 政治与法律, 2019(08).
- 吴汉东, “知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用”, 法学评论, 2021(03).
- 方明, “论惩罚性赔偿与现代侵权法功能的嬗变”, 学海, 2012(02).
- 林广海·李剑·秦元明, “《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》的理解和适用”, 人民司法论坛, 2021(10).
- 冯晓青·罗娇, “知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计”, 中国政法大学学报 (2015年第6期).
- 吴巧新·张建国·陈添, “当前侵犯知识产权案件出现的新情况以及对策——以宁波市海曙区人民检察院近五年办理的案件为样本”, 法制与社会期刊, 2015(06).
- 张明楷, “网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心”, 人民检察, 2014(09).
- 欧阳福生, “侵害知识产权惩罚性赔偿数额的确定——谈《民法典》第1185条适用的困境”, 电子知识产权, 2020(10).
- 和育东·石红艳·林声焯, “知识产权侵权引入惩罚性赔偿之辩”, 知识产权, 2013(03).

[기타]

https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10206974

<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-297121.html>

<https://wiki.mbalib.com/wiki/%E4%BE%B5%E7%8A%AF%E7%9F%A5%E8%AF%86%E4%BA%A7%E6%9D%83%E7%BD%AA>

<http://www.ciplawyer.cn/html/spgdzs/20201218/146180.html>

<http://www.junhe.com/legal-updates/1765>

법·제도 연구

지식재산 침해행위에 대한
형사책임에 관한 연구
- 징벌적 손해배상제도 도입과 형사책임 -

발행일 2022년 12월
발행처 한국지식재산연구원
발행인 손승우
주소 서울시 강남구 테헤란로 131 한국지식재산센터 3, 9층
한국지식재산연구원
전화 02-2189-2600
홈페이지 www.kiip.re.kr
디자인/인쇄 (주)케이에스센세이션 02-761-0031

이용허락 유형	표시 마크	이용허락 범위
[제4유형] 제1유형 + 상업적 이용금지 + 변경금지	 공공누리 공공저작물 자유이용허락	- 출처 표시 - 비상업적 이용만 가능 - 변형 등 2차적 저작물 작성 금지

법·제도

법제분석

지식재산 침해행위에 대한
형사책임에 관한 연구



특허청

Korean Intellectual Property Office

대전 서구 청사로 189
Tel : 1544-8080 Fax : 042)489-0194
<http://www.kipo.go.kr>



한국지식재산연구원

Korea Institute of Intellectual Property

서울 강남구 테헤란로 131
Tel : 02)2189-2600 Fax : 02)2189-2694
<http://www.kiip.re.kr>

ISBN : 979-11-6884-081-2
DOI : 10.8080/P9791168840812