

*

**

I. 서론

II. 지식재산권법상 법정손해배상
제도의 현황과 그 한계

III. 징벌적 손해배상제도의 도입
필요성

IV. 결론

불법행위법상 손해배상제도는 손해의 공평·타당한 분담을 이상으로 하여 피해자의 손해를 전보하기 위한 것이다. 이러한 피해자의 손해를 전보하여 불법행위가 없었던 상태로 회복하고자 하는 전보 기능은 불법행위법의 주된 기능이라고 할 수 있다. 그러나 정보화 시대로

◆ 투고일: 2019. 5. 15. 심사완료일: 2019. 6. 11. 게재확정일: 2019. 6. 24.

* 이 논문은 저자의 박사학위 논문 중 일부를 수정, 보완하여 제출하는 것을 밝힙니다.

** 과학기술연합대학원대학교 선임행정원, 법학박사.

대변되는 현대사회의 복잡·다양화는 불법행위법의 전보 기능만으로는 합리적인 손해배상액의 산정을 어렵게 하고 있다. 피해자로서는 민사소송법상 기본원칙에 따라 각종 증명책임을 부담하여야 함은 물론, 절대 짧지 않은 소송 기간을 통해 얻게 되는 손해배상액이 기대에 미치지 못하는 소액인 경우가 대부분이기 때문에 실질적으로 손해배상을 받는 것이 없다고 인식하게 되고, 이는 곧 소송 포기로 이어지게 되는 요인으로 작용하게 된다. 이러한 불합리한 상황은 특히 무체재산권이라는 특수성으로 인하여 일반 불법행위보다 손해액 증명이 상대적으로 훨씬 어렵게 다가오는 지식재산권 침해의 경우에 더 빈번하게 발생할 수밖에 없다.

이에 우리 지식재산권 법제는 이러한 불합리한 현실에 대한 해결방안을 모색하던 중 손해액 추정 규정과 상당한 손해액 인정 규정에서 한발 더 나아가 법정손해배상제도를 도입하게 되었다. 이 제도는 손해배상의 실효성을 보장할 뿐만 아니라 장래의 침해를 억제한다는 점과 지식재산권 침해사건은 실손해 증명이 쉽지 않으며 민사소송 시 받을 수 있는 배상액이 충분하지 못하다는 지적을 고려한 제도이다. 그러나 현행 지식재산권법상 법정손해배상제도가 이러한 지적에 대한 해결방안의 역할을 충실하게 수행하고 있는지 의문이다. 여전히 손해배상의 실효성 보장과 피해자에 대한 충분한 손해배상에 대해서는 회의적인 시각이 우세하며, 장래의 침해를 억제하는 기능보다는 전보배상의 기능에 더 치중하여 운용되고 있는 것은 아닌지 하는 의구심을 가질 수 없다.

이러한 문제의식을 바탕으로 먼저, 현행 지식재산권법상 법정손해배상제도의 현황과 문제점에 대한 간단한 검토를 바탕으로 불법행위법상 패러다임 변화의 필요성에 대해 검토해 보고자 한다. 이는 지식재산과 관련된 사건뿐만 아니라 민사사건의 쟁점은 점점 더 복잡·난해해진 현

대사회 속에서 ‘회복’의 관점에 의한 전보배상의 원칙을 고수하는 것에 대해 재고할 필요성이 있다고 생각되기 때문이다. 또한 불법행위법상 패러다임 변화의 필요성에 대한 검토를 바탕으로 징벌적 손해배상제도의 도입 여부에 대해 검토하고자 한다. 이는 현행 법정손해배상제도가 장래의 침해에 대한 억제기능은 고사하고 현실적인 전보배상액이라도 충실하게 보상해 줄 수 있는 제도로 운용되고 있는지에 대한 회의적인 시각에서 출발하며, 이에 대한 개선방안의 하나로 지식재산 관련 분야에 징벌적 손해배상제도의 도입을 긍정적으로 검토할 수 있을지 살펴보기 위함이다. 다만, 징벌적 손해배상제도는 과도한 ‘손해배상액 산정’에 대한 큰 우려를 안고 있다. 따라서 징벌적 손해배상제도의 도입을 위해서는 산정된 손해배상액에 대해 좀 더 명확한 근거를 제시할 수 있고, 양 당사자를 포함한 일반 국민의 수긍 가능성 또한 높이는 방안에 대한 논의가 전제되어야 할 것이다. 이에 대한 구체적 도입 방안으로 ‘시민의 민사재판 참여’에 대해 논의함으로써 현행 지식재산권법상 법정손해배상제도의 개선방안에 대해 제안해 보기로 한다.

1.

가.

우리 민법은 제393조에서 채무불이행으로 인한 손해배상의 범위와 관련하여 통상의 손해이든 특별한 사정에 의한 손해이든 간에 실제 권

리자가 입은 실손해배상을 원칙으로 하는 한편, 이러한 원칙을 불법행위에 의한 손해배상에 준용하고 있다(민법 제763조). 그러므로 지식재산권 침해로 인한 불법행위의 경우에도 지식재산권자등이 손해배상을 받기 위해서는 자기가 입은 실제 손해를 증명하여야 하는데 무체재산권인 지식재산권 침해로 인한 실제 손해를 증명하는 것은 매우 어려운 것이 사실이다.

이에 우리 지식재산권법은 민법상 실손해배상을 원칙으로 하면서도 손해액 증명의 어려움을 경감하기 위하여 몇 가지 특칙을 규정하고 있다. 특히 ‘한미자유무역협정’¹⁾을 계기로 신설된 법정손해배상제도는 저작권 및 상표권 침해사건은 실손해 증명이 쉽지 않다는 등의 지적을 고려하여 실손해의 산정이 어려울 때 대체 형량이 가능하도록 도입을 결정한 것이다.²⁾ 미국에서의 법정손해배상(statutory damages)이란 보통법상의 손해배상과 구별되는 개념으로 법률의 규정에 따라 인정되는 손해배상을 말한다. 즉, 법률의 규정에 따라 권리침해가 인정되는 경우에 일정한 요건이 충족된다면 일정액 또는 일정 범위의 액수를 법원이 손해배상액으로 부과할 수 있도록 하는 제도이다.³⁾ 이하에서는 우리 지식재산권법상 법정손해배상제도의 현황에 대해 간단히

1) 한미자유무역협정(韓美自由貿易協定, United States - Korea Free Trade Agreement) 또는 약칭 한미 FTA(KORUS FTA)는 대한민국과 미국이 양국 간 무역 및 투자를 자유화하고 확대할 목적으로 체결한 자유무역협정(FTA)인데, 정식 명칭은 “대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(Free trade agreement between the United States of America and the Republic of Korea)”이다. 2006년 2월 3일, 양국이 한미 FTA 협상 출범을 공식 선언한 후, 2007년 4월 2일, 14개월간의 긴 협상을 마치고 최종 타결하였다. 이후 2011년 11월 22일에 한미 FTA 비준안이 대한민국 국회 본회의를 통과하였으며, 2012년 3월 15일 0시를 기준으로 발효되었다(이하 ‘한미 FTA’라 한다).

2) 외교통상부, 「한·미 FTA 상세설명자료」, 2011, 154면.

3) 최경진, “법정손해배상제도의 도입에 관한 연구-한미자유무역협정에 따른 민법과의 조화를 중심으로”, 「중앙법학」 제13집 제3호, 중앙법학회, 2011, 212면.

검토해 보기로 한다.

법정손해배상제도는 ① 실손해배상의 청구와 법정손해배상의 청구를 임의로 선택할 수 있는지, ② 법정손해배상액의 하한 및 상한 규정의 여부 등의 특징에 따라 그 운용상의 성격을 파악할 수 있다. 예를 들어, 당사자가 실손해배상과 법정손해배상을 임의로 선택하여 청구할 수 있으면서 그 하한이 규정되어 있어 일정 금액 이상의 배상이 보장될수록 사실상 ‘징벌적 손해배상(punitive damages)’에 해당하는 결과를 가져올 수 있다. 이와 달리, 법정손해배상의 청구를 실손해액의 증명이 곤란한 경우로 한정하고 그 하한이 규정되어 있지 않다면 이는 실손해배상에 대한 ‘보충적 성격’을 가지게 될 것이다.⁴⁾

우리 지식재산권법상 법정손해배상제도(저작권법 제125조의2, 상표법 제111조)는 실제 손해액에 갈음하여 임의로 선택하여 청구할 수 있지만, 손해액 산정에서는 상한만을 규정하고 하한은 규정하고 있지 않으므로 ‘징벌적 성격’과 ‘보충적 성격’이 병존하는 ‘혼합형 성격’의 제도로 볼 수 있을 것이다.

저작재산권자등이 저작권법 제125조의2 제1항의 법정손해배상을 청구하기 위해서는 ① 침해행위가 일어나기 전에 그 저작물 등이 등록되어 있어야 하며(저작권법 제125조의2 제3항),⁵⁾ ② 행위자가 고의

4) 조영선, “저작권 침해로 인한 법정손해배상-개정 저작권법 제125조의 2에 대한 검토-”, 『법조』 제61권 제4호 (통권 667호), 법조협회, 2012, 128면.

5) 이 규정은 저작권 침해소송의 제기요건으로 저작물이 등록되어 있을 것을 요구하는 미국 연방 저작권법의 태도와 유사하다(17 U.S.C. 제412조 : 침해에 대한 특정

또는 과실로 권리를 침해하여야 한다. 다만, 저작권법 제125조 제4항은 등록되어 있는 저작권 등을 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정하고 있다. 위 ①, ②의 요건이 충족된 경우, ③ 저작재산권자들은 사실심의 변론이 종결되기 전까지 실제 손해액이나 저작권법 제125조 또는 제126조에 따라 정해지는 손해액에 ‘갈음하여’ 법정손해배상을 청구할 수 있다.

상표법상 법정손해배상을 청구하기 위해서는 ① 상표권자의 등록상표를 사용하였을 것이 요구된다. 즉, 사용 중인 등록상표에 기초하여 서만 법정손해배상을 청구할 수 있다.⁶⁾ 판례⁷⁾도 불사용 상표권에 기

구제의 선결요건으로서의 등록); 저작물의 사전등록 요건에 대하여, 저작권법 제125조 제4항에서 등록된 저작권 등에 대한 침해의 경우 침해자의 과실을 추정한다고 규정하고 있는 것 외에는 기타 저작권침해로 인한 손해배상과 관련하여 저작물의 등록을 요구하고 있지 않은 점, 저작물 등록이 아직 우리나라에서는 보편적이라고 할 수 없다는 점을 들어 법정손해배상 청구의 행사요건으로 저작물의 등록을 요구하는 것은 우리 저작권법 체계와 정합성이 떨어지고 현실과도 괴리된 것이어서 부당하다는 견해(조영선, 앞의 논문, 134면)가 있다. 그러나 이 견해에 대해 법정손해배상제도는 저작권법이 규정하고 있는 권리침해로 인한 구제방법 중의 하나일 뿐이며 권리자의 손해액 산정의 증명 부담을 덜어 보다 쉽게 구제받도록 하는 제도이지 권리의 발생 여부를 결정하는 것이 아니라는 점, 즉, 법정손해배상의 방법으로 권리를 구제받기 위하여 다른 구제방법에 비하여 엄격한 ‘저작물의 사전등록’을 요구한다고 하더라도 이는 저작권법상의 여러 가지 구제방법 중 하나일 뿐이므로 저작권법상 체계적인 문제를 가진다고 보기는 어렵다는 견해(성준호, “법정손해배상에 관한 일고-저작권법 제125조의 2의 규정을 중심으로-”, 『외법논집』 제37권 제2호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2013, 162면)가 있다. 이에 대한 소견으로는 후자의 견해가 타당하다고 생각된다.

- 6) 이는 등록주의(상표법 제82조)를 원칙으로 하는 우리 상표 제도 하에서 사용주의적인 요소를 가미한 것으로 상표법의 보호 대상이 되어야 하는 것은 피상적인 표장 그 자체라기보다는 사용을 통해 당해 표장에 화체된 상표권자들의 업무상 신용이라는 점을 반영한 것이라고 할 수 있다(김석준, “상표법상 법정손해배상에 관한 비교법적 고찰 - 고의의 차별적 취급 및 사용요건의 강화를 중심으로-”, 『안암법학』 통권 제42호, 안암법학회, 2013, 519-520면).
- 7) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2007다22514 판결은 “상표법 제67조 제2항, 제5항은 같은 조 제1항과 마찬가지로 불법행위에 기한 손해배상청구에 있어서 손해에 관한

초한 손해배상 문제와 관련한 판결에서 손해액의 추정과 손해 발생의 추정은 다르다는 전제하에서 불사용 상표의 경우 영업상 손해가 발생하지 않으므로 상표권자가 등록상표를 사용하고 있음을 주장·증명할 필요가 있다는 입장이다.⁸⁾ ② 같거나 동일성 범위 내의 침해일 것이 요구된다. 따라서 유사한 범위 내의 상표권 침해행위에 대해서는 법정 손해배상을 청구할 수 없다고 할 것이다. 판례도 이와 같이 해석하고 있다.⁹⁾ 이러한 해석은 우리 상표법이 동일범위 내의 침해인 상표위조

피해자의 주장·입증책임을 경감하는 취지의 규정이고, 손해의 발생이 없는 것이 분명한 경우까지 침해자에게 손해배상의무를 인정하는 취지는 아니므로, 상표권 침해행위로 인하여 영업상의 이익이 침해되었음을 이유로 위 규정에 따라 영업상 손해의 배상을 구하는 상표권자로서는 스스로 업으로 등록상표를 사용하고 있음을 주장·입증할 필요가 있으며, 여기에서 등록상표를 사용하고 있는 경우라면 등록상표를 지정상품 그 자체 또는 거래사회의 통념상 이와 동일하게 볼 수 있는 상품에 현실로 사용한 때를 말하고, 지정상품과 유사한 상품에 사용한 것만으로는 등록상표를 사용하였다고 볼 수 없다.”라고 하였다.

- 8) 또한 침해자의 위조에 의한 침해행위 이전에 상표권자등의 등록상표의 사용이 있어야 할 것이며 그 사용의 정도는 불사용 취소심판에서 그 취소를 면할 수 있는 정도의 사용이 있어야 한다. 따라서 법정손해배상청구권을 얻기 위한 명목상의 사용은 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다. 그리고 등록상표는 등록된 대로 등록된 지정상품에 한하여 사용해야 정당한 사용으로 인정된다. 그러므로 동일성의 범위를 넘어 유사한 표장만 사용한 경우에는 자기의 등록상표의 사용으로 인정해 줄 수 없을 것이다. 판례도 유사한 사례에서 상표권자가 등록상표를 지정상품 중 일부와 유사한 상품에 사용하였을 뿐 지정상품 자체, 또는 거래사회의 통념상 이와 동일하게 볼 수 있는 상품에 현실로 사용하여 제품을 생산·판매하는 등의 영업활동을 하였다고 인정할 수 없어 상표권의 침해로 상표권자에게 영업상의 손해가 있었다고 보기 어렵다고 판시(대법원 2009. 10. 31. 선고 2007다22514, 22521 판결 참조)한 바 있다.
- 9) 대법원 2016. 9. 30. 선고 2014다59712, 59729 판결은 “舊 상표법(2014. 6. 11. 법률 제12751호로 개정되기 전의 것) 제67조의2 제1항은 ‘상표권자는 자기가 사용하고 있는 등록상표와 같거나 동일성이 있는 상표를 그 지정상품과 같거나 동일성이 있는 상품에 사용하여 자기의 상표권을 고의나 과실로 침해한 자에 대하여 손해액의 추정 등에 관한 제67조에 따른 손해배상을 청구하는 대신 5천만 원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있고, 이 경우 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 상당한 손해액을 인정할 수

행위와 유사범위 내의 상표권침해를 구별하지 않고 같은 법적 구제를 인정하고 있는 것과 달리¹⁰⁾ 법정손해배상의 대상을 동일성이 있는 범위로 국한함으로써 나타나는 현상이다.¹¹⁾ ③ 침해자의 고의나 과실이 있을 것이 요구된다. 우리 상표법상 법정손해배상 청구에는 고의나 과실에 따른 경중을 두지 않고 대등하게 규정하고 있으며 미국 연방 상표법에 등장하는 의도적 침해나 고의(willful)라는 용어는 사용하지 않고 있다.¹²⁾ 침해자의 고의 또는 과실에 대한 증명책임은 원고

있다'는 취지로 규정하고 있다. 이는 위조 상표의 사용 등으로 인한 상표권 침해 행위가 있을 경우에 손해 액수의 증명이 곤란하더라도 일정한 한도의 법정 금액을 배상받을 수 있도록 함으로써 피해자가 쉽게 권리구제를 받을 수 있도록 하는 예외적 규정이므로, 그 적용요건은 법문에 규정된 대로 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 상표권자가 이 규정에 따른 손해배상을 청구하려면 상표권 침해 당시 등록상표를 상표권자가 실제 사용하고 있었어야 하고 침해자가 사용한 상표가 상표권자의 등록상표와 같거나 동일성이 있어야 하며, 동일성 요건을 갖추지 못한 경우에는 통상의 방법으로 손해를 증명하여 배상을 청구하여야지 위 규정에서 정한 법정손해배상을 청구할 수는 없고, 이러한 법리는 서비스표의 경우에도 동일하게 적용된다.”라고 하였다.

- 10) 이와 달리, 미국은 일반적인 상표권 침해행위와 상표위조행위를 구별하고, 후자에 대해서만 법정손해배상제도를 적용하는 등 법적 구제를 달리하고 있다. 상표법상 법정손해배상제도 도입 배경이 된 ‘한미 FTA’ 협정문에서도 상표위조행위만을 대상으로 하고 있다. 입법 시 참고한 미국 연방 상표법에서는 위조상표에 대한 정의를 별도로 두고 있는데 침해받은 표장과 위조된 표장이 같거나 실질적으로 구별할 수 없는 것을 말한다(미국 연방 상표법 제34조 및 제35조(15 U.S.C. 제1116조 및 제1117조)); 이하, 미국 상표법은 “특허청, 『TMS(한·미·일·유럽·중국) 상표법 비교, TMS 상표법 원문과 번역문 제3권 미국상표법』, 2013.”을 참고하였다.
- 11) 김원오, “상표법상 법정손해배상 청구요건과 손해배상액의 결정”, 『법학연구』 통권 제47집, 전북대학교 법학연구소, 2016, 556-557면.
- 12) 이렇게 고의와 과실을 동등하게 취급하는 것이 타당한가에 대해서는 의문이 있을 수 있다. 현행 법정손해배상제도에 있어서 청구 자체의 인정 여부에 관해서는 고의와 과실을 구별할 실익은 크게 없으나, 상표권 침해에 따른 형사상 책임(상표법 제230조(침해죄))은 침해자의 고의가 있는 경우에 한하지만, 민사상 손해배상 책임은 침해자의 고의는 물론 과실이 있는 경우에도 인정될 수 있다는 점에서 구별의 실익이 있다. 또한 현행법제 하에서도 법정손해배상액을 산정할 때의 고려요소로서 단순 과실인 경우와 고의는 차별적으로 취급될 수밖에 없으며, 더욱이

가 부담하는 것이 원칙이나, 등록상표임이 표시된 타인의 상표권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 그 상표가 이미 등록된 사실을 알았던 것으로 추정되므로(상표법 제112조) 실질적으로 증명책임이 피고에게 전환되어 있다고 할 수 있다.¹³⁾ ④ 상표법상 법정손해배상 청구는 상표법 제109조에 따른 손해배상을 청구하는 것에 대신하여 선택적으로만 청구하여야 한다. 상표법 제109조에 따라 손해배상을 청구한 상표권자등이 소정의 요건을 충족하는 경우라면 법원이 변론을 종결할 때까지 그 청구를 법정손해배상 청구로 변경할 수 있다.¹⁴⁾

저작권법 제125조의2의 규정에 따라 객관적으로 “침해된 저작물 수”¹⁵⁾를 기준으로, 주관적으로 침해자의 “영리목적의 고의”¹⁶⁾ 유무

고의적인 상표위조행위에 대한 차별적 취급에 관한 논의를 고려한다면 양자를 구별하여 취급할 필요성은 충분히 인정된다고 할 것이다(김원오, 앞의 논문, 559-560면).

- 13) 김원오, 앞의 논문, 559면; 다만, 불사용 상표에 한해서는 상표권자가 침해자의 과실을 증명해야 한다고 보는 것이 타당하다는 견해로 김석준, 앞의 논문, 522면.
- 14) 반대로 법정손해배상 청구에서 상표법 제109조에 따른 손해배상청구로 변경하는 것 또한 부정할 이유는 없을 것이다(민사소송법 제262조(청구의 변경) ① 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다. 다만, 소송절차를 현저히 지연시키는 경우에는 그러하지 아니하다).
- 15) 같은 저작물에 대하여 복수의 침해행위가 있었다 하더라도 손해액 산정에서는 1개의 침해저작물에 대한 1개의 법정손해배상 청구가 가능할 뿐이다. 대법원도 같은 저작물에 대한 반복된 침해는 포괄하여 하나의 침해가 구성된다고 보고 있다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도12131 판결 참조). 이러한 견해에 의하면 같은 저작물에 대하여 반복적인 침해가 이루어진 경우에 동일한 침해자에 의하여 하나의 저작물에 침해가 가해진 이상 저작재산권자등은 침해의 횟수나 시기와 관계없이 1개의 법정손해배상만을 청구할 수 있을 것이며 법정손해배상액 산정에서도 1개의 저작물에 대한 침해로만 평가될 것이다(성준호, 앞의 논문, 163면).
- 16) 영리목적의 고의 침해에 의한 증액요건이 전보배상을 원칙으로 하는 대륙법계

를 기준으로, 법원은 변론의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 상당한 손해액을 산정하여야 한다.

상표법은 법정손해배상액의 상한만을 규정하고 하한이 존재하지 않는 점, 법원이 상당한 손해액을 인정하는 재량권을 가지고 있는 점은 저작권법과 다르지 않다. 다만, 저작권법(침해된 저작물의 수)과는 달리 법정손해배상을 적용할 수 있는 객관적 기준과 영리목적의 고의 침해의 경우의 상한 가중규정과 같은 주관적 기준에 관한 규정은 존재하지 않는다. 특히 객관적 기준의 부재는 '위조 상표를 여러 개의 상품에 사용한 경우' 해석상 논란의 소지가 있다.

가

실제 손해액 증명이 가능한 경우에도 법정손해배상을 임의로 선택하여 청구할 수 있는지가 문제 될 수 있다.

저작권법 제125조의2 제1항 법문을 그대로 해석하면 침해로 인하여 권리자가 입은 실제 손해액, 침해자가 거둔 그 이익의 액(저작권법 제125조 제1항), 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액(저작권법 제125조 제2항)의 배상 청구와 법정손해배상의 청구 사이에 아무런 선후관계나 우열관계를 두고 있지 않다. 그러므로 저작재산권자들은 실제 손해액과 법정손해배상 중 임의로 선택하여 청구할 수 있다.¹⁷⁾

체계 아래에서 과연 타당한가에 대한 의문이 제기된다. 그러나 영리목적의 고의 침해의 경우에 대한 증액 규정은 단순한 고의를 넘어 그 침해가 '영리를 목적'으로 하였다면 그로 인해 발생하는 침해자의 이익의 정도가 더욱더 높게 평가될 수 있기 때문이며, 이는 침해자의 이익의 액을 손해액으로 추정하고 있는 저작권법 제125조 제1항의 취지와도 그 큰 틀을 같이 한다고 할 수 있다. 따라서 이는 실질적 손해액에 가깝도록 손해액을 산정할 수 있게 하는 보충적 규정이라고 보아야 할 것이다(성준호, 앞의 논문, 163면).

17) 조영선, 앞의 논문, 132면; 이처럼 실제 손해의 증명이 가능한 경우에도 임의로

상표법 제111조 또한 실제 손해에 대한 증거가 곤란한 경우에만 법정손해배상을 청구할 수 있다는 제한을 두고 있지 않다. 따라서 상표권자들은 증명 곤란 여부를 불문하고 법정손해배상을 임의로 선택할 수 있는 것으로 해석된다.¹⁸⁾

우리 저작권법은 제126조에서 손해의 발생 사실은 인정되나 같은 법 제125조에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 규정하고 있고, 또한 같은 법 제125조의2에서 실제 손해액이나 같은 법 제125조 또는 제126조에 갈음하여 법정손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있어 양 규정 간의 조화가 문제 될 수 있다.¹⁹⁾

법문을 검토해 보면, 저작권법 제126조에 따라 같은 법 제125조의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우에 법원이 손해액을 산정할 수 있으며, 같은 법 제125조의2는 이에 갈음하는 법정손해배상의 청구

선택하여 법정손해배상을 청구할 수 있다고 해석하게 된다면 동 규정은 법정손해배상의 성격을 징벌적 배상으로 볼 수 있는 근거가 될 것이다. 왜냐하면 우리나라 법체계가 전통적으로 취하고 있는 실손해배상 주의, 즉 전보적 성격으로만 해석한다면 법정손해배상은 실제 손해액의 증거가 곤란한 경우에 대한 보충적 규정의 의미로 해석되어야 더 체계에 부합할 것이기 때문이다(봉영준, “법정손해배상의 법적 성질”, 『재산법연구』 제33권 제2호, 한국재산법학회, 2016, 113-114면).

18) 법정손해배상제도는 실손해에 대한 증명 부담을 덜어주고 증명의 정도를 경감시켜 주는 기능 외에, 더욱 신속한 구제가 가능하도록 하는 기능도 가지고 있다. 또한 상표위조행위에 의한 상표권 침해 사실이 증명된 이상 상표권자들이 입은 손해액을 구체적으로 증명하지 않더라도 법정손해배상을 청구할 수 있고, 오히려 실손해에 대한 증명 곤란 여부와 무관하게 선택하여 청구할 수 있다는 데에 본 제도의 실익이 있다(김원오, “상표법상 법정손해배상제도의 위상정립과 입법론적 과제”, 『지식재산연구』 제11권 제1호, 한국지식재산연구원, 2016, 23면).

19) 성준호, 앞의 논문, 164면.

에 대하여 상당한 손해액을 산정할 수 있게 된다. 결국, 저작권법 제126조는 ‘저작권법 제125조에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때’ 적용되어야 할 것이지, 충분히 손해액을 산정할 수 있는 경우에는 본조에 따른 재량에 의한 손해배상을 인정하여서는 안 될 것이다. 그리고 저작권법 제125조의2에 따른 법정손해배상은 ‘저작재산권자등의 별도의 청구’가 있어야 하며 법정손해배상을 청구하는 경우에는 법원은 같은 법 제126조에 따른 재량에 따른 손해액 산정은 할 수 없다고 할 것이다.

상표법 제110조 제6항도 저작권법 제126조와 같이 법원의 재량에 의해 손해배상액을 인정할 수 있도록 특례를 규정하고 있다. ① 법정손해배상의 경우에는 상표위조행위에 한정하여 적용되지만, 상표법 제110조 제6항(상당한 손해액 인정)은 유사범위를 포함한 상표권침해 전반에 적용된다. ② 법정손해배상은 상표권자등의 선택적 청구가 있어야 판단할 수 있고 그 상한이 법정 되어 있지만, 상표법 제110조 제6항의 경우는 원고의 청구와 무관하게 법원이 재량적으로 인정할 수 있고 손해액의 상한은 법정 되어 있지 않아 법원의 재량의 폭이 상대적으로 넓다. ③ 상표법 제110조 제6항의 보충적 성격으로 인하여 손해액을 증명하는 데 필요한 사실을 밝히는 것이 사실의 성질상 극히 곤란할 때만 적용할 수 있지만, 법정손해배상은 이러한 요건의 제약 없이 상표권자등의 주관적 선택으로 적용된다. ④ 법정손해배상은 그 법적 성질상 법원이 손해배상액 산정에 있어 침해 억제 또는 예방을 위한 징벌적 성격을 고려한 판단도 가능하지만, 상표법 제110조 제6항의 경우에는 실손해배상 원칙의 범위 안에서 규율되어야 한다는 제약을 벗어나기 어려울 것이다.²⁰⁾

20) 김원오, 앞의 논문(각주 18), 15면; 상표법 제110조 제6항은 ‘증거에 의해 증명’을 함으로써 사실인정을 한다는 민사소송의 전형에서 벗어난 조항이므로 같은 조 제1항, 제3항, 제4항에 보충적으로 적용되어야 하고 이 조항을 활용하는 비율이

법원에 의한 법정손해배상액 인정과정과 기준은 상표법 제110조 제6항과 크게 다르지 않으며, 법원으로서의 비교적 자유로이 합리적인 방법을 채택하여 상당한 손해액을 산정할 수 있는 여지가 있다. 그러나 양자는 제도 본질상의 차이는 물론 적용대상과 요건 면에서 여러 가지 분명한 제도적 차이점이 있고 상호보완적으로 운용될 수 있는 여지가 충분히 있으므로 차별적 제도로써 적절하게 운용하는 것이 바람직할 것이다.²¹⁾

2.

우리 저작권법은 ① 법정손해배상 청구의 기준인 침해된 저작물의 수를 산정하는 기준은 규정하고 있지 않다. 침해물의 수를 산정하는 명확한 기준의 부재는 침해물의 수에 따라 결정되는 법정손해배상 청구의 기준에 혼란을 초래하고, 이는 곧 법정손해배상액 산정에도 직결되므로 어떠한 기준으로 침해물의 수를 산정하느냐에 따라 결정되는 법정손해배상액은 크게 달라질 수 있을 것이다. 또한 저작권법은 ② 법정손해배상액의 상한만을 규정하고 있을 뿐 손해액 결정 시 고려사

증가하는 현상은 법원이 손해액에 대한 충분한 심리 대신 재량에 의한 손해액 산정의 안이함에 익숙해진 결과일 수 있다는 비판적 시각(조영선, “상표권침해에 대한 구제 법리의 재검토-경과실 감액을 중심으로-”, 『법조』 제62권 8호 (통권 683호), 법조협회, 2013, 51면)도 있으며, 반대로 현실적인 지식재산권 사건에서는 증거조사의 결과에 의한 증명에 의해서만 손해액 증명을 인정할 경우 원고가 증명실패로 패소할 확률이 일반 민사사건보다 훨씬 높은 것이 사실이며 따라서 손해액 추정조항과 같은 여타의 증명책임 경감조항만으로는 이러한 어려움을 제대로 해소하기 어려우므로 ‘상당한 손해액 인정 조항’의 역할은 상당히 중요하며 앞으로 그 역할을 더 확대할 필요가 있다는 견해(박준석, “지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 ‘상당한 손해액’의 인정에 관하여”, 『인권과정의』 제438호, 대한변호사협회, 2013, 87면)도 있다.

21) 김원오, 앞의 논문(각주 18), 20면.

항에 관한 규정은 두고 있지 않다. 이에 따라 법원이 법정손해배상으로 인정하는 액수가 일관되지 않고 자의적일 수 있다는 비판에서 벗어날 수 없을 것이다. 그 밖에 ③ 법정손해배상액의 하한 규정의 부재가 타당한지에 대하여는 견해가 대립²²⁾하고 있으나, 하한선을 정할 경우 합리적인 손해배상액과는 지나치게 괴리가 크고 오히려 불합리를 초래할 우려가 있으며,²³⁾ 새로운 제도의 도입으로 인한 충격을 완화하고 합리적인 손해배상액을 책정하려는 정책적 판단이 반영되어 있다고 할 수 있으므로 하한 규정의 부재가 문제된다고 보기는 어렵다고 판단된다.

상표법은 ① “자기가 사용하고 있는 등록상표와 같거나 동일성이 있는 상표를 그 지정상품과 같거나 동일성이 있는 상품에 사용하여”라고

22) 원고인 저작재산권자들을 두텁게 보호하고 침해행위에 대한 예방적 기능에 도움이 된다는 점 등을 근거로 하한을 규정하는 것이 타당하다는 견해(정충원, “저작권법상 법정손해배상제도의 도입에 대한 소고”, 『지식재산연구』 제5권 제2호, 한국지식재산연구원, 2010, 149면), 법관의 재량권 남용방지, 당사자의 예측 가능성 및 법적 안정성 보장, 소권의 남용을 방지하는 차원에서 실질적 의미의 하한선을 두는 것이 타당하다는 견해(차상욱, “저작권법상 법정손해배상의 비교법적 고찰”, 『법학논고』 제47집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 357면), 기본적으로 하한을 정하는 것이 필요하지만, 그로 인하여 과도한 배상의 우려가 인정되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 법원이 정해진 하한선 이하로도 손해배상액을 감액할 수 있도록 하여야 한다는 견해(이종구, “한미 FTA의 이행에 따른 미국의 법정손해배상제도의 도입과 그 한계”, 『산업재산권』 제23권, 한국산업재산권법학회, 2007, 638면)와 법정손해배상제도는 본질적으로 침해행위에 대한 예방적 기능보다 손해액 증명 곤란을 해소하기 위해 마련된 제도라는 점, 굳이 하한을 규정함으로써 법정손해배상제도의 징벌적 기능을 강조할 이유가 없다는 점, 원고가 법정손해배상액의 하한을 청구하는 경우 피고로서는 달리 다룰 방법이 없어 재판 청구권마저도 침해할 우려가 있다는 점, 하한선을 책정할 경우 침해행위와 손해사이의 비례성을 현저히 흔들 수 있다는 점 등을 근거로 하한 규정의 부재가 타당하다는 견해(오승중, 『저작권법』, 제4판(전면개정판), 박영사, 2016, 1596면)가 대립하고 있다.

23) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 「한·미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법 설명자료」, 2011, 43면.

만 규정하고 있을 뿐, 법정손해배상액의 한도를 적용할 수 있는 객관적 기준을 명확히 규정하고 있지 않다. 이는 침해자가 위조 상표를 여러 종류의 지정상품에 사용한 경우 각각의 상품별로 법정손해배상 청구가 가능한 것으로 해석될 수 있으므로 해석상 문제 될 수 있다.²⁴⁾ 또한 ② 상표법에서도 법정손해배상액 결정 시 고려해야 할 사항에 관한 규정을 두고 있지 않은 것은 저작권법에서와 같은 즉, 법원의 자의적인 손해액 결정일 수 있다는 비판에서 벗어나기 어려울 것으로 보인다. 그 밖에 ③ 법정손해배상액의 하한을 규정하는 것이 타당하다는 견해도 있으나, 저작권법에서 살펴본 바와 같이 하한 규정의 부재가 문제 된다고 보기는 어렵다고 판단된다. 다만, ④ 저작권법에는 ‘영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우’ 법정손해배상액의 상한을 가중하는 규정을 명시하고 있는 것과 달리, 상표법에만 고의적 상표위조 행위에 대해 상한 가중규정을 두고 있지 않은 점은 의문이다.

3. 가

이상에서 지식재산권법상 법정손해배상제도의 현황과 문제점에 대하여 살펴보았다. 저작권법 제125조의2에 명시된 법정손해배상 규정의 법적 성격은 ‘징벌적’ 성격과 ‘보충적’ 성격이 혼합된 형태로 볼 수 있음을 살펴보았으며, 실손해 증명이 가능한 경우에도 법정손해배상을 임의로 선택할 수 있음도 검토하였는데, 이는 저작권법 제125조에 의한 손해액 산정이 어려운 경우에만 적용되어야 하는 법관의 재량에

24) 물론, 위조 상표를 여러 종류의 상품에 사용한 경우와 한 종류의 상품에 사용한 경우를 같이 취급한다면 이 또한 형평성의 원칙에 부합하지 않는 해석일 수 있지만, 그렇다고 여러 종류의 상품 각각에 법정손해배상을 인정하게 되면 과잉청구를 용인하게 되는 문제 또한 발생할 수 있다는 점도 고려하여야 할 것이다(김석준, 앞의 논문, 530면).

의한 손해액 인정 규정인 같은 법 제126조와는 차이가 있었다. 또한 저작재산권자등이 법정손해배상을 청구하는 경우에는 법원은 저작권 법 제126조에 따른 손해액 산정은 할 수 없다고 할 것이다.²⁵⁾

또한 상표법상 법정손해배상제도의 내용은 저작권법과 크게 다르지 않으나 몇 가지 특색이 있음을 살펴보았다. 저작권법상 법정손해배상 제도와 비교해 볼 때, 상표법상 법정손해배상제도는 ① ‘등록상표의 사용’을 요건으로 한다는 점, ② 상표권 침해행위의 범위가 제한된다는 점, ③ 저작권법과는 달리 법정손해배상 산정에 관한 기준이 명시되어 있지 않은 점, ④ 영리목적의 고의 침해 시 법정손해배상액 상한을 증액하는 규정이 존재하지 않는다는 점 등의 특색이 있었다. 다만, 법정손해배상액의 하한을 규정하지 않은 점은 같으며, 그 밖에 법정손해배상제도의 법적 성격, 실손해 증명이 가능한 경우의 법정손해배상 인정 여부, 법원의 재량에 의한 상당한 손해액 인정 조항과의 관계에 서는 저작권법에서 살펴본 내용과 크게 다르지 않았다.

법정손해배상제도는 손해배상의 실효성을 보장하고, 장래의 침해를 억제하며, 민사소송 시 받을 수 있는 배상액이 충분하지 못하다는 지적을 고려한 제도이다. 그런데 현행 법정손해배상제도가 그러한 지적에 상응하는 역할을 충실히 수행하고 있는지 의문이다. 2011년 12월, 저작권법과 상표법을 시작으로 법정손해배상제도가 우리나라에 도입

25) 저작권법상 법정손해배상제도는 ‘한미 FTA’의 협상 내용을 국내법에 반영하기 위하여 도입된 제도이기에 미국의 연방 저작권법에 많은 영향을 받은 것도 부인할 수 없지만, 미국의 연방 저작권법과는 달리 ① 손해배상액의 하한이 없으며, ② ‘선의 및 무과실’에 따른 감액 규정이 없고, ③ 법관의 재량에 의한 손해액 인정 규정과 병존하고 있는 차이가 있다. 또한 ④ 미국의 경우 ‘고의’의 경우 150,000달러까지 상한을 증액할 수 있으나, 우리나라 저작권법은 ‘영리를 목적으로 고의’인 경우에 5천만원까지 증액할 수 있으며, ⑤ 법정손해배상의 선택권 행사 기간이 확정판결 전까지인 미국과 달리, 우리나라는 사실심의 변론 종결 시까지인 차이가 있다. 다만, 등록된 저작물인 경우에만 법정손해배상을 청구할 수 있는 점은 같다.

되어 운용되기 시작한 지 적지 않은 세월이 흘렀음에도 불구하고 직접 법정손해배상액을 명한 판례는 하급심 판례를 포함하여 거의 찾아보기 어렵다. 상표법상 법정손해배상제도의 성립요건과 관련된 단지 몇 개의 판례만이 존재할 뿐, 직접 법정손해배상 규정을 적용하고 법정손해배상액의 범위 내에서 배상액을 산정하여 판결한 사례는 거의 없는 듯하다. 실무에서의 이러한 현상은 여전히 손해배상의 실효성 보장과 피해자에 대한 충분한 손해배상에 대하여 의문을 갖게 하고, 장래의 침해를 억제하는 기능보다는 전보배상으로서의 기능에 더 치중하여 운용되고 있다는 것을 방증(傍證)하는 것으로 보인다. 더욱이 피해자인 원고의 입장에서는 법정손해배상제도를 활용할 실익이 미미하다거나 거의 없다고 받아들여지고 있는 것은 아닌지 하는 의구심을 갖게 한다.

이하에서는 이러한 의구심을 바탕으로 불법행위법상 패러다임 변화에 따른 징벌적 손해배상제도의 도입 필요성에 대해 검토해 보고자 한다.

1.

가.

(1)

불법행위법에는 불법행위가 발생한 경우 이로 인하여 손해를 받은 피해자에게 무엇을 해 줄 것인가에 관한 ‘회복’의 문제와 어떻게 하면 불법행위를 감소시킬 것인가에 관한 ‘예방’의 문제가 있다. 불법행위

법의 목적이 무엇인가에 관하여 전자에 치중하는 관점을 ‘회복의 패러다임’, 후자에 치중하는 관점을 ‘예방의 패러다임’이라고 할 수 있다.

(2)

회복의 패러다임 관점에서 불법행위는 본래 존재하던 정의로운 상태 또는 형평의 상태를 파괴하는 행위로 보기 때문에 자신의 귀책사유로 타인에게 손해를 입힌 자는 이를 배상하여 불법행위로 파괴된 상태를 본래의 상태로 회복하는 것이 정의의 기본적 요청이라고 이해한다.²⁶⁾

본래 독일 불법행위법의 전통적인 입장에 따르면 불법행위법은 피해자의 손해를 전보하는 것을 출발점으로 하되 유책주의에 근거하여 과실이 없는 한 책임이 없다는 원칙을 선언하여 법적 주체의 행동 자유의 반경을 확보해 주는 데에 그 목적이 있다.²⁷⁾ 독일 민법이 손해배상에 관하여 완전 배상주의를 취하고 있는 점에서도 회복의 기능은 독일 불법행위법의 최종목적이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 대체로 대륙법계 국가들은 회복의 패러다임 관점에서 불법행위법을 바라본다고 할 수 있다.

(3)

불법행위법을 통하여 사회 구성원들에게 합리적인 사람의 행동과 다르게 행동하지 못하도록 바람직한 행위지침을 제시하고 그러한 행위로 나아갈 인센티브를 부여함으로써 불법행위를 예방한다는 관점을 예방의 패러다임이라고 한다.²⁹⁾

26) 이창현, “손해배상제도에 대한 몇 가지 단상-불법행위를 중심으로”, 『서강법률논총』 제6권 제1호 (통권 제11호), 서강대학교 법학연구소, 2017, 166면 참조.

27) 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점-예방과 회복의 패러다임을 중심으로-”, 『저스티스』 통권 제109호, 한국법학원, 2009, 80면.

28) 박동진, “손해배상법의 지도원리와 기능”, 『비교사법』 제11권 제4호 (통권 제27호), 한국비교사법학회, 2004, 304면 참조.

가해자가 초래한 손해보다 더 큰 책임을 부과하는 징벌적 손해배상 제도는 공동체적 관점에서 불법행위법을 바라보는 예방의 패러다임에 서는 정당화될 수 있다.³⁰⁾ 그러므로 이 제도를 운용하고 있는 영미법 계 국가는 대체로 예방의 패러다임의 관점에서 불법행위법을 바라본다고 할 수 있다.

(4)

불법행위법은 하나의 패러다임에 의하여 지배된다기보다는 상황에 따라 회복과 예방의 패러다임이 상호작용을 통하여 그 모습을 형성한다고 할 수 있다.³¹⁾ 결국, 하나의 패러다임으로 불법행위법 전체를 이해하려는 관점은 지양하여야 할 것이며,³²⁾ 다만, 어느 패러다임의 관점에 무게중심을 둘 것인지에 대한 문제로 접근하는 것이 타당할 것이다.³³⁾

우리나라 불법행위법의 기본적 목적은 발생한 손해에 대한 전보배상이라고 할 수 있으므로 우리나라는 ‘회복’의 패러다임에 무게중심을 두고 있다고 볼 수 있다. 그러나 불법행위법은 회복의 문제조차 온전히 해결하지 못하고 있는 것이 현실이다. 이에 지식재산권 분야에서는

29) 박동진, 앞의 논문, 309면 참조; 권영준, 앞의 논문, 77면.

30) 권영준, 앞의 논문, 101면.

31) 이미 손해배상제도 자체에는 전보적 기능과 함께 제재적 기능 및 이를 통한 손해 발생의 예방적 작용이 현실적으로 작동하고 있음을 인정해야 하는 경우가 많다(박동진, 앞의 논문, 307면).

32) “불법행위법은 종래 이미 발생한 분쟁의 사후처리라는 관점에서 전보 기능이 중시되어 왔으나, 사회의 복잡다기화로 점차 예방 기능이 강조되기에 이르렀고, 더 나아가 제재 기능의 도입이 진지하게 고려되고 있다. 타인의 생명 및 신체의 안전을 도의시킨 불법행위가 자행되는 작금의 상황에서 불법행위법은 피해의 회복 뿐만 아니라, 잔인한 불법행위의 재발 방지를 위해 적극적인 기능을 수행하여야 한다.”는 견해로는 이창현, 앞의 논문, 170면.

33) 권영준, 앞의 논문, 94면.

손해액 추정규정이나 상당한 손해액 인정 규정, 법정손해배상제도라는 특별규정을 도입함으로써 회복의 기능을 수행하기 위해 노력하고 있다. 그러나 이러한 정책적인 노력에도 불구하고 여전히 피해자로서는 실체법적, 절차법적 장애를 감수하여야 하고, 이를 감수하고 제기한 손해배상청구 소송의 결과 얻어지는 손해배상액이 기대에 훨씬 미치지 못하는 소액이라는 것에 실망할 수밖에 없는 것이 현실이며, 이는 결국 소송 포기로 이어지게 되는 요인으로 작용하게 된다. 이러한 불합리한 상황이 연출되는 주요요인은 우리 불법행위법이 회복의 패러다임에 너무 많이 치우쳐 있기 때문이라는 생각이 든다. 정책적인 피해구제의 일환으로 특별규정까지 도입하여 피해자의 손해회복에 노력하고 있음에도 불구하고 별다른 소득을 거두고 있지 못하는 지식재산권 관련 분야에서는 ‘예방’의 패러다임 관점에 좀 더 많은 무게중심이 이동되어야 한다고 생각된다.

현행 지식재산권법상 법정손해배상제도의 구체적인 개선방안을 모색하는 것의 일환으로 ‘회복’의 패러다임 중심에서 ‘예방’의 패러다임 중심으로의 변화가 필요하다면 그 논의의 중심에는 ‘징벌적 손해배상제도’가 있을 것이다. 우리나라 현행법상 지식재산권법을 제외한 일부 개별 법률에는 손해액의 3배까지 손해배상책임을 부담 지을 수 있는 ‘3배 배상제도’³⁴⁾가 도입되어 있다. 이하에서는 징벌적 손해배상제도

34) 이와 같은 배액 배상제도는 징벌적 손해배상제도의 하나로 이해되기도 하고, 이와는 다른 광의의 법정손해배상제도의 하나로 이해되기도 한다. 중요한 것은 양자 모두 가해자가 초래한 손해보다 더 큰 책임을 부과하는 것을 인정하고 있다는 것이다. 다만, 우리나라의 입법자들은 배액 배상제도(우리 개별 법률의 3배 배상제도)도 징벌적 손해배상제도의 하나로 이해하는 듯하다(개인정보 보호법 [시행 2016. 7. 25.] [법률 제13423호, 2015. 7. 24., 일부개정] 개정이유; 정보통신망법 [시행 2016. 9. 23.] [법률 제14080호, 2016. 3. 22., 일부개정] 개정이유; 제조물 책임법 [시행 2018. 4. 19.] [법률 제14764호, 2017. 4. 18., 일부개정] 개정이유 등 참조). 이하에서는 배액 배상제도도 징벌적 손해배상제도의 하나로 이해하고 논의를 전개하고자 한다.

도입의 필요성에 대해 간단히 검토하여 지식재산권법상 법정손해배상 제도에서 나타난 문제점에 대한 보완책으로서의 역할을 수행할 수 있을지 살펴보기로 한다.

(1)

(가)

징벌적 손해배상이란 가해자가 악의적으로 불법행위를 함으로써 피해자에게 손해를 입혔을 경우 피해자가 입은 실손해 이외에 추가로 징벌적 의미를 부가하여 배상하는 제도를 말한다. 즉, 고의의 불법행위를 범한 가해자를 처벌하고 장래에 있어서 가해자 및 제3자가 그와 유사한 행위를 하지 못하도록 억제하기 위하여 전보적 손해배상에 부가하여 부과되는 손해배상이다.³⁵⁾ 여기서 ‘징벌적’이라는 개념은 손해의 공평한 조정을 의미하는 ‘보상적’이라는 개념에 대응하는 개념으로 징벌적 손해배상은 전체 손해배상액 가운데 전보적 손해배상을 제외한 부분을 말하는 것이다.³⁶⁾ 그러므로 징벌적 손해배상은 손해의 보상을 목적으로 하는 것이 아니라, 가해자에 대한 처벌이나 제재를 주목적으로 하는 제도이다.³⁷⁾

()

징벌적 손해배상제도의 핵심적 기능은 처벌과 억지 기능이다. 즉,

35) 박창석, “징벌적 손해배상에 관한 비교법적 검토”, 『환경법연구』 제35권 1호, 한국환경법학회, 2013, 76면.

36) 윤동호, “징벌적 민사제재에 관한 연구”, 『형사정책연구원 연구총서』 04-20, 한국형사정책연구원, 2004, 11면.

37) 박창석, 앞의 논문, 78면 참조.

불법행위의 피해자에게 발생한 손해를 전보하는 것 이외에 악의적인 가해자를 응징하는 제재적 기능을 수행하고, 불법행위로 취득한 수익의 환수를 통하여 불법행위를 예방하는 기능을 수행한다.³⁸⁾ 부가적으로는 형사제재와 행정제재를 통해 다루어질 수 없는 영역에서 사인의 위법행위에 대한 소추를 가능하게 함으로써 사인에 의한 법 실현을 장려하는 기능도 있다.³⁹⁾ 또한 징벌적 손해배상은 전보적 손해배상에 포함되지 않거나 미미하게 산정되는 피해자의 정신적 고통에 대한 보상과 소송비용을 보상해주는 기능이 있다.⁴⁰⁾ 특히 피해자의 손해가 크지 않고 소송비용이 과다한 경우에 효과적이다. 전보적 손해배상을 감수하면서 이익추구를 위하여 불법행위를 감행하는 가해자를 효과적으로 제재할 수 있는 제도로 평가받고 있다.⁴¹⁾

()

1) 가 가

징벌적 손해배상이 인정되기 위해서는 원칙적으로 고의로 인한 불법행위여야 하며, 가해자의 고의행위에 비난가능성이 높은 경우에 징벌적 손해배상이 부과될 수 있다.⁴²⁾ 이를 인정하는 요건으로 비난가

38) 홍완식, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평론”, 『경희법학』 제52권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2017, 482~483면.

39) 징벌적 손해배상제도는 사인(私人)이 법 위반행위와 피해의 정도에 관한 정보를 값싸게 획득할 수 있는 상황 하에서 사인에게 법 집행의 유인을 충분히 줌으로써 적극적으로 권리구제에 나서게 하여 그 과정에서 법 위반행위의 억지 목적을 달성할 수 있을 때, 가장 효율적인 법 집행방법이 된다고 한다(김차동, “징벌적 손해배상제도 도입방안에 관한 연구”, 『법경제학연구』 제13권 제3호, 한국법경제학회, 2016, 374-375면).

40) 이점인, “현행 징벌적 손해배상제도에 대한 비판적 고찰”, 『동아법학』 제74호, 동아대학교 법학연구소, 2017, 52면 참조.

41) 홍완식, 앞의 논문, 483면.

42) 최나진, “징벌적 손해배상과 법정손해배상 : 우리나라 민법과 양립가능성”, 『경

능성을 가진 행위에는 가해자의 악의(malice), 사기적 또는 사악한 동기(fraudulent or evil motive), 의식적(conscious)이고 계획적(deliberate)인 타인의 권리 또는 이익의 무시라고 할 만한 객관적인 상황이 존재하여야 한다.⁴³⁾ 이 비난가능성의 정도가 징벌적 손해배상이 인정되는 요건 중 가장 중요한 요소이다.⁴⁴⁾

2)

현실적인 손해가 없는 ‘명목적 손해배상’ 만이 인정되는 경우에도 징벌적 손해배상을 인정할 수 있는지가 문제 된다. 미국 대부분의 법원에서는 징벌적 손해배상의 목적이 피해자에 대한 손실보상에 있는 것이 아니라 가해 행위자를 제재하여 동종행위의 재발을 억제하는 데 있다는 이유로 이를 인정하고 있다.⁴⁵⁾ 이와 같은 접근방식은 특히 피

회법학」 제51권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2016, 247면.

- 43) 따라서 지나친 부주의에 이르지 않은 정도의 단순한 부주의(mere inadvertence)나 착오(mistake), 판단의 착오(errors of judgement) 등에 대하여는 인정되지 아니한다 (이점인, 앞의 논문, 53면).
- 44) 최나진, 앞의 논문, 249면; 엘라배마 대법원은 *Green Oil Co. v. Hornsby*, 539 So. 2d 218, 223 (Ala, 1989) 사건 판결에서 피고의 행위에 대한 비난가능성은 배심원이 산정한 징벌적 손해배상이 초과했거나 부적절한지를 결정하는 데 있어서 필수적으로 고려되어야 할 것이라고 판시하고 있다.
- 45) *Ault v. Lohr*, 538 So.2d 454, 456 (Fla.1989) 사건 판결에서 배심원은 피고가 행한 폭행 상해(assault and battery)에 대하여 0달러의 전보 배상금과 5,000달러의 징벌적 손해배상금을 인정하였다. 플로리다 대법원은 보상적 손해 또는 실손해가 없는 경우에도 징벌적 손해배상의 부과가 적정하다고 인정되는 경우에는 유효하게 이를 부과할 수 있다고 판시하였다. 그러나 일부 법원에서는 징벌적 손해배상은 실손해의 합리적인 부분을 차지하고 있어야 하므로 형평법적인 구제(equitable relief)만으로 징벌적 손해배상의 부과는 허용할 수는 없다고 판시(*Nabours v. Longview Savings & Loan Association* 700 S.W. 2d 901, 903 (Tex. 1985))한 예도 있으며, 전통적으로 실손해는 소(訴)의 원인을 구성하는 요건이고, 전보적 손해배상의 부과는 징벌적 손해배상을 부과하면서 전제되어야만 한다고 판시(*W.R. Grace & Co. v. Waters*, 638 So.2d 502 (Fla.1994))한 예도 있다.

해자가 손해를 입었음을 증명하기 어려운 사안, 예컨대 명예훼손, 가려운 폭행 등에 있어서 매우 중요한 의미를 지닌다.⁴⁶⁾

()

징벌적 손해배상금을 부과하면서 얼마의 금액을 부과할지, 또 그 손해배상액을 어떻게 산정할지가 가장 중요한 쟁점이 될 수 있다.

손해배상액의 산정의 기준으로는 통상 당해 가해행위의 성격, 가해행위로 피해자가 입은 손해의 내용·정도, 당사자의 관계, 동 행위가 공공의 정의감을 위반한 정도 등을 들 수 있다.⁴⁷⁾ 또한 가해자의 재정능력과 소송비용, 그리고 가해자가 민사와 형사상 처벌받은 총금액을 함께 고려하고 가해자의 불법행위로 인하여 일어난 손해 또는 장래에 일어날 수도 있는 손해와 이로 인하여 피해자가 고통받은 손실 간의 비율, 즉, 실손해와의 합리적인 비율을 고려하여 징벌적 손해배상금을 산정한다.⁴⁸⁾

(2)

(가)

징벌적 손해배상제도의 도입을 반대하는 견해는 ① 가해자 측면에서, 가해자를 징계할 수 있다고 하지만 과도하거나 중복처벌이 될 수 있다는 점, ② 피해자 측면에서, 실손해액을 과도하게 초과하는 손해배상액은 우연에 의한 횡재를 얻게 하는 것이 되어 부당하다는 점, ③ 사회적 측면에서, 소송 남발의 우려가 있는 점, 징벌적 손해배상의 억제력은 증명되지 않았으며 이는 행정법 또는 정책적으로 해결해야 할

46) 이점인, 앞의 논문, 54면.

47) 이점인, 앞의 논문, 56면.

48) 최나진, 앞의 논문, 254-255면.

문제라는 점, ④ 법리적 측면에서, 형사정책적 목적을 민사책임과 연계하는 것은 부적절하다는 점 등의 논거를 제시하고 있다.⁴⁹⁾

()

징벌적 손해배상제도의 도입을 반대하는 견해에 대해, 찬성하는 견해는 ① 가해자 측면에서, 손해배상액이 과도하다는 반대론의 논거에 대해 손해배상액의 상한선을 설정하는 방법으로 얼마든지 과도한 배상을 제한할 수 있고 형벌과는 중복되지 않는다는 점, ② 피해자 측면에서, 피해자에게 우연한 횡재를 얻게 하는 것은 부당하다는 지적에 대해서는 소송에 따른 시간적, 경제적 비용을 보전해 주는 의미가 있다는 점, ③ 사회적 측면에서, 소송 남발의 우려에 대해서는 소(訴) 제기의 비율을 높이는 것은 재발 방지에 효과적이며 불법행위에 대한 억제 효과가 있다는 점, ④ 법리적 측면에서, 형사정책적 목적을 민사책임과 연계하는 것은 부적절하다는 지적에 대해서는 충분한 배상에 기여한다는 것은 민사법 고유의 제도이며 민법의 실손해배상원칙을 훼손하는 것은 아니라는 점을 논거로 징벌적 손해배상제도의 도입을 찬성하고 있다.⁵⁰⁾

()

징벌적 손해배상제도의 도입 시 가장 관심을 가지고 검토해야 할

49) 징벌적 손해배상제도가 현재의 우리 법체계에서 필요불가결한 의미가 있는지, 필요하다면 과연 제도로서 순조롭게 안착할 수 있을 것인지에 대해 의문을 제기하는 견해로 신영수, “징벌적 손해배상제도와 공정거래법-제도 도입의 타당성 분석을 중심으로-”, 『기업법연구』 제24권 제1호(통권 제40호), 한국기업법학회, 2010, 448면.

50) 징벌적 손해배상제도는 근대 이후 민사책임과 형사책임의 엄격한 분리를 다시 후퇴시키는 것이 아니라, 발전적 방향으로 재통합하는 진보라고 하는 견해로 김성돈, “징벌적 손해배상제도의 법이론적 문제점과 그 극복방안”, 『성균관법학』 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 295면.

논거는 과도한 손해배상액과 관련된 과잉금지원칙에 대한 우려라고 생각된다. 그러나 손해배상액의 상한선을 설정하고, 그 범위 내에서 구체적 타당성과 법적 안정성을 고려하여 객관적인 손해배상액을 산정할 수 있도록 일정한 기준을 설정한다면, 또한 손해배상액 산정방식에 관한 일반 국민의 이해와 신뢰를 증진하는 방안이 도입된다면 과도한 손해배상액에 대한 우려는 합리적으로 해결해 나갈 수 있을 것이다. 이하에서는 국내법에 도입된 징벌적 손해배상제도의 현황에 대한 분석을 바탕으로 그 개선방안에 대해 제안해 보고자 한다.

(3)

(가)

우리나라는 최초로 2011년 3월 29일, ① 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제35조에 ‘손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 부담시킬 수 있는 제도(이하 ‘3배 배상제도’라 한다)’를 도입하였고, 그 후 ② 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’이라 한다),⁵¹⁾ ③ 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 ‘신용정보법’이라 한다),⁵²⁾ ④ 「개인정보 보호법」⁵³⁾에서 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우의 3배 배상제도를 신설하였다. 또한 ⑤ 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 한다),⁵⁴⁾ ⑥ 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」(이하 ‘대리

51) 정보통신망법 제32조 제2항 : 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우 3배 배상제도 <신설 2016. 3. 22.>

52) 신용정보법 제43조 제2항 : 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우 3배 배상제도 <신설 2015. 3. 11.>

53) 개인정보 보호법 제39조 제3항 : 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우 3배 배상제도 <신설 2015. 7. 24.>

54) 기간제법 제13조 제2항 : 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차

점법'이라 한다),⁵⁵⁾ ⑦ 「제조물 책임법」⁵⁶⁾과 ⑧ 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 '가맹사업법'이라 한다)⁵⁷⁾에서도 3배 배상제도에 관한 규정을 신설하였으며, ⑨ 「과건근로자보호 등에 관한 법률」(이하 '과건법'이라 한다)⁵⁸⁾에서 기간제법의 3배 배상제도를 준용하고 있어 이에도 적용된다.

()

2018년 12월 7일, 특허권 또는 전용실시권 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 인정할 수 있도록 하되 침해행위가 고의적인지 여부에 대한 판단은 침해자의 우월적 지위 여부, 고의의 정도, 침해행위의 기간 및 횟수, 침해행위로 인하여 침해자가 얻은 경제적 이득의 정도 등을 고려하도록 하여 특허권 또는 전용실시권 침해에 따른 피해구제를 강화한 내용의 '특허법 일부개정 법률안(대안)'과 영업비밀의 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 인정할 수 있도록 하여 영업비밀 침해에 따른 피해구제를 강화하도록 하는 '부정경쟁방지법 일부개정 법률안(대안)'이 국회 본회의를 통과하였다.⁵⁹⁾

특허법상 3배 배상제도의 도입은 지식재산권 영역에 최초로 도입되

별적 처우가 반복되는 경우 3배 배상제도 <신설 2014. 3. 18.>

55) 대리점법 제34조 제2항 : 3배 배상제도 [법률 제13614호, 2015. 12. 22., 제정]

56) 제조물 책임법 제3조 제2항 : 3배 배상제도 <신설 2017. 4. 18.>

57) 가맹사업법 제37조의2 제2항 : 3배 배상제도 [본조신설 2017. 4. 18.]

58) 과건법 제21조 제3항 : 기간제법 준용 [전문개정 2006. 12. 21.]

59) 개정 특허법(법률 제16208호, 2019. 1. 8, 일부개정)과 부정경쟁방지법(법률 제16204호, 2019. 1. 8, 일부개정)은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행될 예정인데 2019년 1월 8일, 각 개정 법률이 공포되었으므로 2019년 7월 9일부터 시행될 예정이다.

는 징벌적 손해배상제도라고 할 것이어서 그 의미가 크다고 생각된다. 또한 이미 3배 배상제도가 도입된 개별 법률의 규정 형식을 참고하여 손해배상액 산정 시 고려사항을 함께 규정한 것은 바람직한 입법형식이라고 생각된다.

()

현행법상 개별 법률에 도입된 배액 배상제도는 기존의 손해배상에 관한 규정만으로는 고의적이고 반복적인 침해행위에 대한 사전적 예방효과가 미미하다거나 기존의 법정손해배상제도만으로는 재산적 피해 보전의 어려움 및 피해방지의 실효성에 의문이 제기되고 있는 것이 현실임을 고려하여 징벌적 손해배상제도를 도입하였다고 한다. 이 제도를 도입함으로써 가해자의 악의적 불법행위에 대한 징벌 및 장래 유사한 행위에 대한 억지력을 강화하고 피해자에게는 실질적인 보상이 가능하게 하고자 하였다. 또한 손해액의 3배 이내라는 상한선을 설정하고 배상액 결정 시 고려하여야 할 사항을 명시함으로써 합리적이고 객관적인 손해배상액이 산정될 수 있도록 규정한 것은 과잉금지원칙 위반으로 인한 위헌에 대한 우려도 어느 정도 참작한 규정의 형식을 취하고 있다고 판단된다.

이러한 이유와 규정의 형식을 바탕으로 생각해 보면 현행 지식재산권법상 법정손해배상제도의 개선방안의 하나로 징벌적 손해배상제도는 그 역할을 충분히 담당할 수 있을 것으로 판단된다.⁶⁰⁾ 다만,

60) 결국, 저작권법에 징벌적 손해배상을 도입할 것인가의 여부는 법 이론의 문제라기보다 법 정책적 판단의 문제라 할 것이다. 그동안 저작권법이 피해자의 손해액 증명책임을 경감시키는 등 피해자의 권리 보호를 위한 입법적 노력을 하여 온 것은 사실이지만, 이에도 불구하고 실무상 여전히 저작권 피해자에 대한 현실적 구제가 제대로 이루어지지 않고 있다는 것은 주지의 사실이다. 이러한 배경에서 기존의 제도에서 더 나아가 징벌적 손해배상 등 새로운 제도의 도입이 필요하다는 주장이 제기되고 있다(김종철, “저작권 침해에 대한 손해배상액 산정에 관한 연

‘BMW 차량 화재 사건’ 신문 기사⁶¹⁾의 내용에서도 언급되었듯이 현

구”, 「계간 저작권」 113호 (29권 1호), 한국저작권위원회, 2016, 44면 참조). 나아가 민사적 법 집행제도를 행정적 제재수단과 형사처벌 등 공법적 법 집행 제도에 못지않은 사후적 구제수단으로 강화하기 위해서는 징벌적 손해배상제도의 도입이 필요하다는 주장도 있다. 김차동, 앞의 논문, 374~375면 : “사후적 제재수단 중에는 징벌적 손해배상과 같은 민사적 구제수단은 물론, 과징금·과태료 부과처분과 같은 행정적 제재수단과 벌금·징역형과 같은 형사처벌이 더 있다. 그중 어떤 사후적 제재수단을 통해 권익을 보호해야 할 것인가 또는 어떤 사후적 제재수단을 조합하여 권익을 보호해야 할 것인가라는 쟁점은 각 사후적 법집행수단이 갖는 집행 비용 및 집행 효과상의 비교우위를 상호 비교하면서 특정 사후 제재수단을 채택하거나 아니면 그들을 조합할 수밖에 없다. 그래서 징벌적 손해배상제도는 사인(private person)이 법 위반행위와 피해의 정도에 관한 정보를 값싸게 획득할 수 있는 상황에서 사인에게 법 집행을 유인을 충분히 줌으로써 적극적으로 권리구제에 나서게 하여 그 과정에서 법 위반행위의 억지 목적을 달성할 수 있을 때 가장 효율적인 법 집행방법이 된다. 손해배상이란 민사적 법 집행제도가 다른 공적 법 집행보다 비교 우위를 점할 수 있는 일정한 조건에서는 피해 보상적 기능 이외에도 가해자에게 현실 손해 이상의 배상액 지급을 명해 가해자가 동종의 행위를 반복하지 못하도록 함과 동시에, 유사한 입장의 예비 법 위반행위자들이 감히 법 위반행위로 나아가지 못하게 하는 것은 적정하고도 꼭 필요한 법 집행방법이다.”

- 61) BMW發 징벌적 손해배상제, 與野 도입 논의 ‘활활’, 홍영표 ‘제조물 책임법’상 징벌적 손해 강화해야, 박순자 ‘자동차 관리법 개정안 적극 검토’, 후반기 국회 정무위·국토위서 관련 논의 불붙을 듯.

‘불타는 자동차’라는 오명을 뒤집어쓴 BMW의 늑장 리콜이 ‘징벌적 손해배상제도’ 도입 논의에 불을 지피고 있다. 홍영표 더불어민주당 원내대표는 7일 오전 국회에서 열린 원내대책회의에서 “최근 잇따른 BMW 화재로 국민 불안이 커지고 있다.”며 “제조물 책임법’상 징벌적 손해배상제에 관한 내용을 대폭 강화해야 한다고 밝혔다. 홍 원내대표는 이날 “미국은 차량 결함에 따른 사고의 피해액 8배 이상을 배상하게 하고, 집단 소송을 통해 기업에 엄격한 배상책임을 묻는다.”며 해외 사례를 들어 국내법상 실효성 있는 배상을 기대하기 어렵다는 점을 지적했다. 20대 후반기 국회 국토교통위원장을 맡은 박순자 한국당 의원이 지난 6일 기자회견을 열고 ‘징벌적 손해배상제’와 ‘결함에 대한 입증책임 전환’ 도입을 국회 차원에서 적극 검토하겠다고 밝힌 것이다. 박 의원은 국토교통위 소관 법률인 ‘자동차 관리법’을 개정해 자동차 제작사에 한해 제조물 책임법상 징벌적 손해배상 한도인 손해액 3배보다 더 무거운 책임을 지도록 하고, 차량 결함에 따른 사고 발생 시 운전자나 차량 소유자가 아닌, 차량 제작사가 결함이 없다는 점을 증명하

재 도입된 3배 배상제도만으로는 침해행위에 대한 사전적 예방효과와 재산적 피해 보전의 어려움 및 피해방지의 실효성을 기대하기에는 턱없이 부족하다는 것이 지적되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 실효성 있는 실질적인 징벌적 손해배상제도가 운용되기 위해서는 제도 본연의 기능을 수행하면서도 헌법상 과잉금지원칙에 위반되지 않을만한 적절한 손해배상액의 산정비율을 설정하는 것이 필요할 것이다.

적정한 억지력을 달성하기 위해서 실증적 연구를 통해, 때에 따라서는 현행 3배 배수 배상을 10배 배상으로 상향 조정하는 등 적절한 수준으로 끌어올리거나, 아예 그 상한을 철폐하는 것도 고려해 보아야 한다는 견해⁶²⁾가 있다. 이러한 견해는 징벌적 손해배상제도의 효율성 측면에서 타당하다고 생각한다.⁶³⁾ 다만, 제도의 효율성을 강조한 나머지 헌법상 보장된 재산권 침해의 문제는 없는지에 대한 검토를 간과해서는 안 될 것이다.

생각건대, 헌법과의 조화를 요구하는 징벌적 손해배상액의 최대한

도록 하겠다는 계획이다. 정부위원장을 맡은 민병두 민주당 의원은 아주경제와 통화에서 “2016년 폭스바겐 디젤 차량의 배출가스 조작 사태 당시 폭스바겐이 징벌적 손해배상제가 있는 미국에선 선제적으로 타협안을 제시했다.”며 제도 도입의 필요성을 강조했다. 아주경제, 2018. 8. 8., <<http://www.ajunews.com/view/20180807175552883>>, (2018. 8. 15. 방문).

62) 김차동, 앞의 논문, 395면; 징벌적 손해배상제도의 상한을 상향 조정해야 하는 논거로 징벌적 손해배상제도가 작동하지 않는 원인을 ① 소송비용(특히, 인지세 등), ② 3배의 범위, ③ 사안의 특수성에 대한 고려, 세 가지를 제시하면서 3배의 배상 범위는 피해자가 해당 제도를 이용할 유인(誘因)이 되기 어려우므로 그 배상의 범위를 10배 이상으로 확대할 필요가 있다는 견해로 이동우, “집단소송제와 징벌적 손해배상 제도”, 『참여사회』 2017-10월호(통권249호), 참여연대, 2017, 18-19면 참조.

63) 국회에서의 입법 동향을 살펴보면, 2018년 12월 7일, 국회 본회의 심의에서 원안 가결된 ‘특허법 일부개정 법률안(대안)’의 상정으로 ‘대안반영폐기’ 결정된 일부 ‘특허법 일부개정 법률안’에는 징벌적 손해배상액의 상한을 10배로 설정하여 제출된 것도 있었다(‘특허법 일부개정 법률안(의안번호-2013961)’), 홍의탁 의원 대표 발의(2018년 6월 21일), 이 법률안은 ‘대안반영폐기(2018년 11월 29일)’ 되었다.

도는 현행 개별 법률에서 채택하고 있는 3배 배상에, 다시 3배를 허용하더라도 위헌성의 문제는 발생하지 않을 것으로 생각한다. 이와 관련하여서는 미국 연방대법원의 판례가 시사하는 바가 크다. 미국 연방대법원은 '*State Farm v. Campbell* 사건'⁶⁴⁾에서 전보배상과 징벌적 배상과의 비율이 1자리 수의 승수비율(single-digit ratio)을 넘는 금액은 실제로 거의 적법절차를 준수하지 않은 것이라고 판결하였다.⁶⁵⁾ 그렇다면 1자리 수의 승수비율을 초과하지 아니하는 실제 손해의 9배 내지 10배의 손해를 부담시키더라도 그로 인하여 재발 방지·억제 기능을 담당하는 공익이 가해자의 사익보다 절대 적지 않다고 보아야 할 것이다. 따라서 실제 손해의 10배까지 징벌적 손해배상액의 상한을 상향 조정하더라도 징벌적 손해배상제도의 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 그리고 양쪽 법익의 균형성 등의 요소를 모두 충족하므로 재산권 보장이라는 기본권을 제한하는 입법으로서 정당성이 인정된다고 할 것이다.

또한 우리가 여기서 간과해서는 안 되는 부분이 있다. 바로 실손해액의 10배 이내에서의 손해배상액 산정방식이다. 이하에서는 합리적이고 일반적으로 수궁 가능한 손해배상액 산정방식에 대한 구체적 도입방안의 하나로 시민의 민사재판 참여 방안에 대해 검토해 보고자 한다.

64) *State Farm Mutual Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 419 (2003).

65) 동 판결을 근거로 징벌적 손해배상액의 상한은 10배 정도가 적정할 것이라는 견해로 이접인, 앞의 논문, 74면.

2. :

가.

우리나라는 형사재판 1심에 한하여 국민참여재판 제도를 도입하여 운용하고 있을 뿐, 민사재판에 관하여는 참심제는 물론 배심제도 도입하고 있지 않다. 그런데 최근 사법제도 개혁을 논의하는 대법원 산하 사법발전위원회에서 “민사재판에도 국민참여재판 제도를 도입해야 한다.”라는 내용의 건의문을 다수의견으로 채택했다는 보도⁶⁶⁾는 민사재판에 시민의 참여 방안의 도입이 필요하다고 생각하던 차에 실로 고무적이라고 하지 않을 수 없다. 사법발전위원회는 “민사 국민참여재판을 실시하고 배심 조정을 제도화해야 한다.”라는 내용의 안건을 의결하고 현재 형사재판으로 제한된 국민참여재판 제도를 민사재판으로 확대할 것을 주장했다. 국민참여재판 제도는 사법의 민주적 정당성을 강화하고 사법부에 대한 국민의 신뢰를 증진하는 데 기여하고 있으며, 이런 제도적 장점은 민사재판 절차에서도 기대할 수 있다는 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 대법원 사법발전위원회의 의견은 시민의 민사재판 참여에 대해 어느 정도 공감대가 형성되어있다는 것을 방증(傍證)한다. 이제 남아 있는 문제는 구체적인 도입 방안이라 할 것이다. 이하에서는 시민의 민사재판 참여 방식의 하나로 배심제와 참심제에 대해 검토해 보고, 비교법적으로 미국과 독일, 일본의 사례를 간단히 살펴 우리나라에 적합한 시민의 민사재판 참여 방식을 도출하기로 한다.

66) 파이낸셜뉴스 2018. 6. 28., <<http://www.fnnews.com/news/201806271722003910>> (2018. 8. 15. 방문).

67) 한국경제 2018. 6. 29. A29면, <<http://news.hankyung.com/article/2018062867891>> (2018. 8. 15. 방문).

(1)

배심제는 비법률가인 일반 시민으로 구성된 배심원단이 법률전문가인 법관과 분리되어 재판에서의 사실문제에 관해 결정권을 행사하는 제도로, 주로 영미법계 국가에서 채택하고 있다. 배심원들은 직업 법관과 독립하여 사실문제에 대한 평결을 내리고, 법관은 법률문제를 제외한 사실판단의 평결 결과에 구속된다.⁶⁸⁾ 배심원단은 보통 무작위로 구성하며 담당하는 사건은 특정 사건에 국한된다. 또한 재판 결과에 공동으로 참여하거나 의결권을 가지고 있지는 않은 특징이 있다.⁶⁹⁾

징벌적 손해배상액을 산정하는 방식 중의 하나로 배심제의 도입을 주장하는 견해가 있다. 특히 이 견해는 불법행위자의 반사회성에 착안하여 부가하는 징벌적 손해배상의 경우에는 지역사회가 가지는 윤리관이나 가치관이 크게 관련되어 있으므로 그것을 가장 잘 체현할 수 있는 사람은 당해 사회의 구성원을 들 수밖에 없다고 한다.⁷⁰⁾

(2)

참심제란 직업 법관과 일반 시민이 혼합하여 재판부를 구성하는 제도로써 혼합된 재판부가 사실문제와 법률문제를 판단한다. 참심제의 장점은 일반인을 판결의 결론이 도출되는 과정에 직접 참여하게 함으로써 국민의 재판에 대한 신뢰를 높이는 기능과 판결에 일반인의 건전한 상식을 반영하는 기능을 한다는 점이다.⁷¹⁾ 참심제에 참여하는 자

68) 대법원, 사법발전을 위한 향후 추진 과제 [보도자료], 2003년 1월, 3면.

69) 김상준, “국민의 사법참여·배심제의 쟁점을 중심으로”, 배심제·참심제의 한국적 실현, 참여연대 공익법센터·사법감시센터, 2003, 10면.

70) 이점인, 앞의 논문, 74-75면.

71) 대법원, 앞의 보도자료, 2면.

의 구성과 선발에는 일정한 작위적인 요소가 반영되며 담당하는 사건은 일정한 임기 중에 배당되는 심리에 계속 참여하게 된다. 또한 재판 결과에 공동으로 참여하며 직업 법관과 동등한 의결권을 가지고 있다는 특징이 있다.⁷²⁾

징벌적 손해배상제도에 국한하는 것은 아니지만, 시민의 민사재판에의 참여 방식은 참심제의 방식이 타당하다는 견해가 있다. 이 견해는 오늘날 민사사건의 쟁점은 비약적으로 발전하는 과학기술·산업기술 등과의 결합으로 일반인의 상식으로는 접근할 수 없을 만큼 복잡하게 되었고, 복잡다기한 분쟁을 해결하기 위해서는 관련 쟁점 분야의 전문가가 참여하는 것이 타당하며, 효율적이고 적절한 분쟁해결을 위해서는 전문지식 영역 간의 융합적 접근방식이 필요하다는 점을 강조한다.⁷³⁾

(3)

(가)

미국의 민사재판은 배심제를 바탕으로 운용되고 있다. 즉, 소송 금액이 20달러를 초과하면 배심에 의한 심리를 받을 권리가 보유된다.⁷⁴⁾ 다만, 실제 배심재판이 이루어지는 사건의 비중은 크지 않다. 그런데도 배심재판을 받을 ‘가능성’이 있다는 사실만으로도 전체 사건에 미치는 영향은 대단히 크다고 할 것이다. 배심재판이 존재한다는 사실 그 자체가 소송당사자, 잠재적 소송당사자, 변호사 등이 자신들의 사건이 배심재판에서 처리될 경우 승패의 가능성을 가늠해 보는 기

72) 김상준, 앞의 발표자료, 10면.

73) 김용진, “시민의 민사재판 참여 방안 - 독일의 참심제 도입 방안을 중심으로-”, 『법학논총』 제20집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2013, 471면.

74) 미국 수정헌법 제7조.

준으로 작용하고 있고, 그것은 그들이 소송을 제기하고, 사건을 수임하며, 화해를 시도하는 데 있어서의 의사결정에 영향을 미치게 되기 때문이다.⁷⁵⁾

미국에서도 민사배심제도의 폐지 또는 배심원 권한의 축소를 주장하는 견해가 있다. 이는 주로 상당한 전문적 지식이 필요하고 사안이 복잡한 민사소송에서 과연 배심원들이 그 소송의 쟁점과 사실관계를 정확하게 이해하고 평결할 수 있겠는가에 관한 우려를 그 근거로 한다.⁷⁶⁾ 이러한 주장은 아래에서 보는 바와 같이 경청할 필요가 있다고 생각된다.

()

독일의 경우 시민이 사법절차에 참여하는 유형에는 3가지가 있다. 첫 번째 유형은 일반 시민이 상식을 바탕으로 사법절차에 참가하는 형태이다. 일정한 일반요건만 갖추면 누구나 형사재판의 명예 법관이 될 수 있는 자격을 갖는다. 두 번째 유형은 특수한 지식을 가진 자가 명예 법관으로 되는 경우로 보통 노동사건, 상사재판부, 사회보장사건 등의 영역에서 명예 법관으로 활동하게 된다. 세 번째 유형은 재판 외에서 또는 심리가 시작되기 이전에 참여하는 조정인 또는 평화 법관으로 분쟁당사자가 서로 양보하여 합의점을 찾을 수 있도록 도와주는 것이다.⁷⁷⁾

독일의 명예법관 제도를 우리나라의 경우와 비교하면 전문지식이 없는 일반인이 형사절차에 참여한다는 점에서는 공통적이다. 다만, 독일의 경우 민사재판에 참여하는 전문가를 ‘법관’으로 참여시키고 또

75) Valerie P. Hans, *Business on Trial : The Civil Jury & Corporate Responsibility*, Yale University Press, 2000, at 11.

76) *Id.* at 15.

77) 김용진, 앞의 논문, 461면.

조정전치주의를 채택하고 있다는 점에서, 전문가 참여를 ‘위원’ 형태의 심리보조자로 참여시키며 조정전치주의를 채택하고 있지 않은 우리나라의 경우와 본질적인 차이가 있다.⁷⁸⁾

()

일본에서 시민이 민사재판에 참여하는 것으로 간이재판소에서의 사법위원이 있다. 사법위원은 간이재판소에서의 민사소송 사건의 처리, 특히 소액소송 사건의 처리에 큰 역할을 하고 있다고 평가되고 있다.⁷⁹⁾ 사법위원은 법원이 필요하다고 인정하는 때에만 이용되며, 화해를 권고하거나 심리에 관여하여 의견을 말하는 것으로 재판에 참여한다. 즉, 사법위원은 재판을 보조하는 것이지 재판에 관여하는 것은 아니므로 배심원이나 참심원과 다르다.⁸⁰⁾

(4) 가

이상에서 살펴본 바와 같이, 배심제는 기본적으로 일반 시민 중 무작위로 선출된 배심원단을 중심으로 재판에 참여하는 방식이므로 일반인의 ‘상식’을 기초로 판단하는 법률적 쟁점을 해결하기 위해 적합한 제도이다. 따라서 미국에서 민사배심제도의 폐지 또는 배심원의 권한을 축소하자는 주장의 논거로 “전문적 지식이 필요한 복잡한 민사소송에서 일반적 상식에 기초한 배심원들이 그 소송의 쟁점과 사실관계를 정확하게 이해하고 평결할 수 있겠는가”에 대한 우려도 일단 타당하다. 이와 달리, 참심제는 직업 법관과 일반 시민이 혼합하여 재판부를

78) 김용진, 앞의 논문, 461-462면.

79) 김상수, “일본에서의 민사재판과 국민참여”, 『서강법률논총』 제5권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2016, 75면.

80) 김상수, 앞의 논문, 72-73면 참조.

구성하는 제도로써 혼합된 재판부가 사실문제와 법률문제를 판단하는 제도이다. 참심원은 그 선발 과정에서부터 전문적인 지식을 가지고 있는 자를 그 대상으로 한다.

비교법적인 검토를 통하여 미국은 기본적으로 배심제에 기반을 두고 있고, 독일은 참심제에 기반을 둔 시민의 민사재판 참여 방식이 채택되고 있음을 알 수 있다. 이와 달리 일본은 민사재판과 관련하여 배심제 또는 참심제를 도입하고 있지 않으며, 단지 재판을 보조하고 의견을 제시하는 정도의 사법위원 제도를 운용하고 있다.

이상의 검토를 바탕으로 우리나라에 적합한 ‘시민의 민사재판 참여 방식’은 무엇인지에 대해 살펴보려고 한다.

우리나라에 적합한 시민의 민사재판 참여 방식에 관한 논의는 징벌적 손해배상제도의 ‘손해배상액 산정’ 문제로부터 출발하였고, 징벌적 손해배상액의 상한을 10배까지 상향 조정하는 것을 주장하면서 그 전제로 제안하였다. 즉, 단순히 상한을 상향 조정하는 것에 그치는 것이 아니라 그 상향된 범위 내에서 산정되는 손해배상액에 대한 국민적 신뢰를 높일 수 있는 방안을 모색하는 방향으로 다음과 같은 시민의 민사재판 참여 방식을 도입하여야 할 것이다.

먼저, 시민의 민사재판 참여 방식으로 ‘참심제’의 도입을 원칙으로 제안한다. 오늘날 대부분 민사사건의 쟁점은 일반인의 상식으로 해결하기에는 불가능하다고 해도 과언이 아닐 정도로 난해해졌기 때문이다. 다만, 참심제는 민사사건 중 비법률적 사실관계를 이해하고 이를 분석하여 평가할 수 있는 영역으로 제한하는 것이 타당할 것이며, 대표적으로는 ‘지식재산권 침해 사건’, ‘제조물 책임 사건’ 등을 생각할 수 있을 것이다.⁸¹⁾ 시민의 민사재판 참여제도를 도입하려는 가장 큰

이유는 사법의 민주적 정당성을 강화하고 사법부에 대한 국민의 신뢰를 증진하는 데 있다고 할 것이다. 이러한 취지를 달성하기 위해서는 판결 결과가 도출되는 과정에 쟁점 분야의 전문적 지식을 가지고 있는 전문가를 법관과 동등한 자격으로 참여하게 함으로써 국민의 재판에 대한 신뢰를 높이는 것이 필요할 것이다. 다만, 민사사건 중에서도 전문가의 전문적 지식보다는 일반인의 상식이 필요한 분야에서는 ‘배심제’를 도입하여 운용하는 것이 바람직할 것이다. 특히 대법원 사법발전위원회가 지적한 바와 같이 국민의 건전한 상식이나 정의 관념을 반영할 필요가 있는 ‘대규모 개인정보침해 사건’과 같은 경우가 이에 해당할 것이다.

결국, 시민의 민사재판 참여 방식을 어느 한 가지 방식으로만 결정하는 것보다는 ① 전문가의 ‘전문적 지식’을 바탕으로 쟁점을 해결하는 것이 타당한 분야인지, ② 일반인의 ‘상식’을 기준으로 판단하는 것이 타당한 분야인지에 따라, ①의 경우에는 참심제를, ②의 경우에는 배심제를 도입하는 것이 바람직할 것이다.

.

불법행위의 효과로서 손해배상이란 불법행위로 인하여 피해자에게 발생한 손해를 전보하여 불법행위가 없었던 상태로 회복하고자 하는 것이며, 이러한 전보 기능은 불법행위법의 1차적 기능이다. 그러나 현대사회가 점점 복잡·다양한 사회로 나아가고 있는 현실 속에서 종래의 불법행위법의 전보 기능만으로 합리적인 손해배상액을 산정하는 것은 한계상황에 이르렀다고 할 것이다. 특히 무체재산권이라는 특성

81) 김용진, 앞의 논문, 468면.

이 있는 지식재산권에 대한 침해행위는 어떠한 유형적 결과를 수반하지 않는 경우가 대부분이기 때문에 지식재산 권리자는 손해액 산정과 증명에서 어려움에 직면하게 된다. 반면, 침해자는 지식재산권 무단 사용에 따른 실시료 지출의 절약과 영업이익의 증가라는 재산상 이익을 향유하게 된다. 이렇게 타인의 지적창조물에 대한 무임승차가 별다른 제재 없이 확대된다면 산업상의 창작이나 영업적 표지를 외부에 공개하도록 하되, 독점상태의 승인 및 그로 인한 이윤 창출의 기회 보장을 통하여 창작 의욕을 제고하고자 하는 지식재산권 제도의 목적과 기반은 크게 흔들리게 될 수밖에 없을 것이다.

이에 우리 법제는 지식재산권 분야에서 손해액 추정규정, 상당한 손해액 인정 규정 등을 도입하여 피해자의 증명 곤란을 타개하고자 노력하였으나, 여전히 권리자 보호에 허점을 드러내고 있었다. 그러던 중 ‘한미 FTA’의 산물로서 저작권법과 상표법에 법정손해배상제도가 도입되게 되어 현행법상 실손해의 산정이 어려울 때 대체 형량이 가능하게 되었다. 그러나 우리 지식재산권법상 법정손해배상제도가 ① 손해배상의 실효성을 보장하고, ② 장래의 침해를 억제하며, ③ 민사소송 시 받을 수 있는 배상액이 충분하지 못하다는 지적에 대한 해결방안의 역할을 충실하게 수행하고 있는지 의문이다. 여전히 손해배상의 실효성 보장과 피해자에 대한 충분한 손해배상에 대해서는 회의적인 시각이 우세하며, 예방의 기능보다는 회복의 기능에 너무 과도하게 치중하여 운용되고 있는 것은 아닌지 하는 의구심을 가지게 한다.

현행 지식재산권법상 법정손해배상제도의 구체적인 개선방안을 모색하는 것의 일환으로 ‘회복’의 패러다임 중심에서 ‘예방’의 패러다임 중심으로의 변화가 필요하다면, 그 논의의 중심에는 징벌적 손해배상 제도가 있을 것이다. 물론 징벌적 손해배상제도가 우리 대륙법계 법체계와 조화되기 어려운 점을 가지고 있는 것도 사실이다. 하지만 형식

논리에 얽매이기보다는 현행 3배 배상제도를 도입한 개별 법률의 규정 형식을 참고하여 일정한 상한을 설정하고 배상액 결정 시 고려사항을 명시하여 운용한다면, 피해자의 재산적 피해보상의 어려움이나 가해행위 재발 방지의 실효성 제고를 위한 해결방안의 하나로 충분한 역할을 할 수 있을 것이다. 다만, 현재 다른 분야에 도입된 3배 배상제도만으로는 제도의 실효성을 기대하기에는 턱없이 부족하다는 것이 지적되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 실효성 있는 징벌적 손해배상제도가 운용되기 위해서는 그 본연의 기능을 수행하면서도 헌법상 과잉금지원칙에 위반되지 않을만한 적절한 손해배상액의 산정비율을 설정하는 것이 필요할 것이다. 이를 위해 미국 연방대법원이 “*State Farm v. Campbell* 사건”에서 전보배상과 징벌적 배상과의 비율이 1자리 수의 승수비율(single-digit ratio)을 넘는 금액은 실제로 거의 적법절차를 준수하지 않은 것이라고 판시한 사례는 좋은 참고가 될 것이다. 이를 참고하여 실손해액의 10배까지 그 상한을 상향 조정하는 방향으로 징벌적 손해배상제도를 구축하고 운영해 나가야 할 것이다.

여기서 한 발 더 나아가, 합리적이고 일반적으로 수궁 가능한 손해배상액 산정방식에 대한 구체적 도입방안의 하나로 시민의 민사재판 참여 방식 중 ‘참심제’의 도입을 원칙으로 제안한다. 다만, 참심제는 민사사건 중 비법률적 사실관계를 이해하고 이를 분석하여 평가할 수 있는 영역으로 제한하는 것이 타당할 것이며, 대표적으로는 ‘지식재산권 침해 사건’, ‘제조물 책임 사건’ 등을 생각할 수 있을 것이다. 또한 민사사건 중에서도 전문가의 전문적 지식보다는 일반인의 상식이 필요한 분야에서는 ‘배심제’를 도입하여 운용하는 것이 바람직할 것이다. 결국, 시민의 민사재판 참여 방식을 어느 한 가지 방식으로만 결정하는 것보다는 ① 전문가의 ‘전문적 지식’을 바탕으로 쟁점을 해결하는

것이 타당한 분야인지, ② 일반인의 ‘상식’을 기준으로 판단하는 것이 타당한 분야인지에 따라 ①의 경우에는 참심제를, ②의 경우에는 배심제를 도입하는 것이 바람직할 것이다.

이상 검토한 바를 종합하여, 지식재산권 침해로 인한 손해배상액 산정 법리의 개선방안의 하나로 발생한 실손해액의 10배 이내에서 배상액을 산정할 수 있는 징벌적 손해배상제도를 도입하고, 그 10배 이내의 범위에서 배상액을 산정할 때에는 관련 지식재산권 분야의 전문가를 법관과 동등한 자격으로 손해배상액 산정에 참여하게 함으로써 사법부에 대한 국민의 신뢰를 증진할 수 있는 ‘참심제’의 도입을 원칙으로 제안한다.

< >

< >

오승중, 「저작권법」, 제4판(전면개정판), 박영사, 2016.

문화체육관광부·한국저작권위원회, 「한·미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법 설명자료」, 2011.

외교통상부, 「한·미 FTA 상세설명자료」, 2011.

특허청, 「TM5(한·미·일·유럽·중국)상표법 비교」, TM5 상표법 원문과 번역문 제3권 미국상표법, 2013.

Valerie P. Hans, Business on Trial : The Civil Jury & Corporate Responsibility, Yale University Press, 2000.

< >

권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점-예방과 회복의 패러다임을 중심으로-”, 「저스티스」 통권 제109호, 한국법학원, 2009.

김상수, “일본에서의 민사재판과 국민참여”, 「서강법률논총」 제5권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2016.

김상준, “국민의 사법참여-배심제의 쟁점을 중심으로”, 「배심제·참심제의 한국적 실현」, 참여연대 공익법센터·사법감시센터, 2003.

김석준, “상표법상 법정손해배상에 관한 비교법적 고찰-고의의 차별적 취급 및 사용요건의 강화를 중심으로-”, 「안암법학」 통권 제42호, 안암법학회, 2013.

김성돈, “징벌적 손해배상제도의 법이론적 문제점과 그 극복방안”, 「성균관법학」 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013.

김용진, “시민의 민사재판 참여 방안-독일의 참심제 도입 방안을 중심으로-”, 「법학논총」 제20집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2013.

김원오, “상표법상 법정손해배상제도의 위상정립과 입법론적 과제”, 「지식재산연구」 제11권 제1호, 한국지식재산연구원, 2016.

김원오, “상표법상 법정손해배상 청구요건과 손해배상액의 결정”, 「법학연구」 통권 제47집, 전북대학교 법학연구소, 2016.

- 김종철, “저작권 침해에 대한 손해배상액 산정에 관한 연구”, 「계간 저작권」 113호 (29권 1호), 한국저작권위원회, 2016.
- 김차동, “징벌적 손해배상제도 도입방안에 관한 연구”, 「법경제학연구」 제13권 제3호, 한국법경제학회, 2016.
- 박동진, “손해배상법의 지도원리와 기능”, 「비교사법」 제11권 제4호 (통권 제27호), 한국비교사법학회, 2004.
- 박준석, “지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 ‘상당한 손해액’의 인정에 관하여”, 「인권과정의」 제438호, 대한변호사협회, 2013.
- 박창석, “징벌적 손해배상에 관한 비교법적 검토”, 「환경법연구」 제35권 1호, 한국환경법학회, 2013.
- 박창준·김용진, “징벌적 손해배상제도와 시민의 민사재판 참여 방안”, 「경희법학」 제53권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2018.
- 봉영준, “법정손해배상의 법적 성질”, 「재산법연구」 제33권 제2호, 한국재산법학회, 2016.
- 성준호, “법정손해배상에 관한 일고-저작권법 제125조의 2의 규정을 중심으로-”, 「외법논집」 제37권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소 2013.
- 신영수, “징벌적 손해배상제도와 공정거래법-제도도입의 타당성 분석을 중심으로-”, 「기업법연구」 제24권 제1호 (통권 제40호), 한국기업법학회, 2010.
- 윤동호, “징벌적 민사제재에 관한 연구”, 「형사정책연구원 연구총서」 04-20, 한국형사정책연구원, 2004.
- 이동우, “집단소송제와 징벌적 손해배상 제도”, 「참여사회」 2017-10월호 (통권 249호), 참여연대, 2017.
- 이점민, “현행 징벌적 손해배상제도에 대한 비판적 고찰”, 「동아법학」 제74호, 동아대학교 법학연구소, 2017.
- 이종구, “한미 FTA의 이행에 따른 미국의 법정손해배상제도의 도입과 그 한계”, 「산업재산권」 제23권, 한국산업재산권법학회, 2007.
- 이창현, “손해배상제도에 대한 몇 가지 단상-불법행위를 중심으로”, 「서강법률논총」 제6권 제1호 (통권 제11호), 서강대학교 법학연구소,

2017.

- 정충원, “저작권법상 법정손해배상제도의 도입에 대한 소고”, 「지식재산연구」 제5권 제2호, 한국지식재산연구원, 2010.
- 조영선, “상표권침해에 대한 구제 법리의 재검토-경과실 감액을 중심으로-”, 「법조」 제62권 8호 (통권 683호), 법조협회, 2013.
- 조영선, “저작권 침해로 인한 법정손해배상-개정 저작권법 제125조의 2에 대한 검토-”, 「법조」 제61권 제4호 (통권 667호), 법조협회, 2012.
- 차상욱, “저작권법상 법정손해배상의 비교법적 고찰”, 「법학논고」 제47집, 경북대학교 법학연구원, 2014.
- 최경진, “법정손해배상제도의 도입에 관한 연구-한미자유무역협정에 따른 민법과의 조화를 중심으로-”, 「중앙법학」 제13집 제3호, 중앙법학회, 2011.
- 최나진, “징벌적 손해배상과 법정손해배상 : 우리나라 민법과 양립가능성”, 「경희법학」 제51권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2016.
- 홍완식, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평론”, 「경희법학」 제52권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2017.
- 대법원, “사법발전을 위한 향후 추진 과제 [보도자료]”, 2003년 1월.

< >

우리나라 현행 지식재산권법상 법정손해배상제도가 손해배상의 실효성을 보장하고 장래의 침해를 억제하며 민사소송 시 받을 수 있는 배상액이 충분하지 못하다는 지적에 대한 해결방안의 역할을 충실히 수행하고 있는지 의문이다.

이 논문은 이에 대한 개선방안의 하나로, 징벌적 손해배상을 받아들이기 위한 전제로 불법행위법상 패러다임의 무게중심을 ‘회복’의 관점에서 ‘예방’의 관점으로 이동할 필요성이 있음을 주장하였다. 또한 징벌적 손해배상제도의 본래적 기능과 역할의 실효성 제고를 위해 손해배상액의 상한을 실 손해액의 10배까지 상향 조정할 것을 제안하고 있다. 다만, 산정된 징벌적 손해배상액에 대해 좀 더 명확한 근거를 제시할 수 있는 방안의 마련이 전제되어야 할 것을 지적하고, 그 방안으로 ‘시민의 민사재판 참여 방안’의 도입을 주장한다. 시민의 민사재판 참여방식은 민사사건 중 비법률적 사실관계를 이해하고 분석·평가할 수 있는 영역에서 쟁점 분야의 전문가가 법관과 등당한 자격으로 재판에 참여하는 ‘참심제’의 도입을 원칙으로 제안하였다. 또한 전문적 지식보다는 일반인의 상식이 필요한 분야에서는 ‘배심제’의 도입을 주장하였다.

: 법정손해배상, 징벌적 손해배상, 민사재판참여, 참심원,
배심원

<Abstract>

A Study on the Improvement of Statutory Damages Compensation System for Intellectual Property Rights

Chang Jun PARK*

This paper argues that there is a need to move the center of gravity of the illegal act paradigm from the point of view of 'restoration' to the point of 'prevention' in order to accept the punitive damages. It also suggests that the punitive damages system be upgraded by 10 times of the amount of actual damages so that its original function and role can be enhanced even more. However, considering that one of the biggest concerns of the punitive damages system is the method of calculating damages, it can provide more clear grounds for the amount of damages calculated and promote understanding and trust of the general public including both parties. And the author suggests the introduction of the 'citizen's participation in civil trial' as a measure.

The Civil Participation Method of Civil trial would be

* University of Science & Technology (UST, in Korea), Doctor of Law.

resulted in the principle of introducing the layman judge system in which specialists in the field of disputes can participate in judicial proceedings concerning to understanding, analyzing and evaluating non-legal facts in civil cases. In addition, they could be equivalent to the introduction of 'juries' in areas that require common sense rather than expert knowledge. In conclusion, it is concluded that it is appropriate to decide the method of participation according to whether the expert's expert knowledge is needed to solve the issue of the civil affairs or whether the common sense is the field which needs the common sense.

Key Words: statutory damages, punitive damages, lay participation in civil trial, lay assessor, jury

