creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

**저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.**

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사학위논문

# 저작권법 제126조 규정의 해석론적·입법론적 개선방안

2022년 8월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공

손수정

# 저작권법 제126조 규정의 해석론적·입법론적 개선방안

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2022년 5월

서울대학교 대학원

법학과 지식재산 전공

손 수 정

손수정의 석사학위논문을 인준함

2022년 7월

| | |
|---|---|
| 위 원 장 | 박 준 석 (인) |
| 부위원장 | 권 영 준 (인) |
| 위 원 | 정 상 조 (인) |

# 요 약(국문초록)

2017년 11월부터 2021년11월까지의 최근 4년간 저작재산권 침해를 이유로 한 손해배상 인용판결 총 270개를 분석한 결과 법원이 저작권법 제126조를 적용한 판결의 수가 230개로 약 85%의 가장 많은 비중을 차지한 반면에 그 평균인용률은 약 23%로 낮았고, 저작권법 제125조 제2항을 적용한 판결의 수는 29개로 약 11%의 비중만을 차지하였으나 그 평균 인용률은 약 80%로 가장 높았다. 특히 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 경우 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제2항을 적용하였을 때의 인용률이 83%로 가장 높았던 반면에 법원이 이를 배척하여 저작권법 제126조를 적용한 경우의 인용률은 17%로 가장 낮았다. 이는 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 경우 법원이 저작권법 제125조 제2항을 적용하는지 제126조를 적용하는지에 따라 인용률이 달라질 수 있다는 것을 의미할 수 있다.

저작권과 같은 무형적 재산의 경우 침해가 발생할 때 그 손해를 증명하기가 매우 어렵기 때문에 저작권법 제126조에 의한 상당한 손해배상액 인정이 불가피한 면은 있으나 저작권법 제126조를 적용하여 인용한 판결이 약 85%나 되는데 그 평균인용율이 위와 같이 너무 낮으면 재판을 통한 저작권보호가 충분하지 못하다고 볼 수 있으며, 저작권자로부터 저작물 이용허락을 받아 정당한 대가를 지급하고 저작물을 이용하기보다는 손해배상금이 더 낮으니 이후 발각되면 배상을 하면 그만이라는 유혹에 흔들릴 수 있어, 이러한 판결의 영향으로 시장에서의 저작권에 대한 경제적 가치 평가 또한 낮아지는 악순환이 초래될 수 있다. 이에 본 논문에서는 법원이 저작권법 제126조를 적용한 판결들을 분석하여 저작권법 제126조를 적용한 판결비중이 85%나 되는 이유와 그 평균 인용율이 저작권법 제125조 제1항이나 동조 제2항을 적용한 판결들의 평균 인용율보다 낮은 이유등을 비교분석한 후, 법원이 저작권법 제126조를 적용하여 손해배상액을 산정할 때의 해석론적 입법론적 개선방안을 제시하였다.

법원이 저작권법 제125조 제2항을 적용할지 저작권법 제126조을 적용할지에 따라

당사자의 공격·방어방법이 달라지고 평균인용율에도 큰 차이가 나므로, 재판당사자가 소제기시 자신의 사건이 저작권법 제125조 제2항이 적용될지 저작권법 제126조가 될지에 대한 예측가능성을 제고하기 위하여 저작권자가 침해행위와 유사한 형태의 저작물 이용과 관련하여 저작물 이용계약을 맺고 이용료를 받은 사례 또는 피고가 원고 주장의 저작물 이용계약을 맺을 가능성이 있는 경우가 아니라면 저작권법 제126조의 '저작권법 제125조의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우' 로 보는 것이 타당하다. 그리고 저작권법 제126조에 의하여 손해배상액을 산정할 경우 그 참작요소가 되는 사항들에 대한 예측가능성 또한 제고할 필요가 있다. 또 그동안 유형물이 아닌 무형의 지적재산권 침해로 인한 손해배상의 특수한 사정을 적극적으로 고려하는데 소극적이었던 법원의 태도를 지양하고, 무형의 저작권침해로 인한 손해의 개념과 특성에 비추어볼 때 저작권법이 보호하고 있는 저작권의 배타적 효력에 의해 권리자에게 속했던 시장기회에 있어서의 잠재적 이용가능성을 포함한 배타적 이용권침해 자체로 인한 손해가 전보되어야 저작권법 제126조의 입법취지가 실현될 수 있으므로, 상당성이 인정될 경우 침해된 저작권의 시장에서의 잠재적 이용가능성을 포함한 시장가치를 최대한 반영하여 손해액을 증액시키는 요소들도 법원이 좀 더 적극적으로 고려할 필요가 있다.

그리고 우리나라 관계법령상 저작권의 가치평가는 수익접근법에 의하므로 저작권법 제126조를 적용할 때 이러한 가치평가방법의 참작 요소들을 고려하고, 한국 콘텐츠 가치평가센터의 가치평가결과와 가치평가지표에서 참작하고 있는 요소들을 참작할 것등을 해석론적 개선방안으로 제시하였다.

또 입법론적으로는 정확하고 객관적인 손해액 계산을 위해 일본 저작권법 제114의4의 감정인 설명의무규정과 저작권법 제129조의2의 효과적인 활용을 위한 일본의 전문위원지원규정의 도입을 제안하였다.

최근 고도의 기술발달로 인하여 메타버스 콘텐츠, VR·XR·AR콘텐츠, NFT콘텐츠 등 다양한 콘텐츠들이 경제활동과 산업의 주요 동력이 되고 있고, 따라서 그에 상응하는 저작권보호도 더욱 중요해지고 있으며 저작재산권 침해로 인한 손해배상액 산정은 신산업에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이에 상응하여 법원도 저작

권법 제126조를 적용하여 손해배상액 산정을 함에 있어서 당사자의 예측가능성 보장을 위한 기준의 명확성을 보완하고 저작권에 대한 객관적이고 정확한 가치평가산정과 시장에서의 저작권에 대한 경제적 가치평가를 보다 적극적으로 반영하여 할 필요가 있다.

**주요어** : 저작권법 제126조, 저작권법 제125조 제1항, 저작권법 제125조 제2항, 상당한 손해액 규정, 저작권침해손해, 저작재산권침해를 이유로 한 손해배상판결
**학 번** : 2019-29028

# 목 차

**제1장 서론----------10**

제1절 문제의 제기----------10

제2절 연구의 목적----------11

제3절 연구의 범위----------11

**제2장 저작권침해로 인한 손해의 개념----------12**

제1절 일반적인 민사상 손해의 개념----------12

1. 차액설과 구체적 손해설에 따른 손해개념----------12

2. 규범적 손해개념----------14

3. 판례의 입장----------15

제2절 저작권침해로 인한 손해의 개념----------16

1. 저작물의 개념----------16

2. 저작권침해의 특징----------17

3. 저작권침해로 인한 손해의 특성----------18

4. 저작권침해로 인한 손해의 분류----------23

5. 저작권법 제125조상 손해와 규범적 손해----------25

제3절 저작권침해로 인한 손해배상의 기능----------25

1. 일반적 손해배상법리의 수정의 필요성----------25

2. 저작권침해로 인한 손해배상의 기능----------28

**제3장 우리나라 저작권법상 손해배상규정----------28**

제1절 저작권법 제125조 제1항----------28

1. 입법취지----------28

2. 침해자 이익의 의미----------30

3. 법적 성격과 추정의 복멸----------33

4. 추정의 복멸사유----------34

5. 손해의 발생자체도 추정되는지 여부----------35

6. 저작권자의 침해자의 이익에 대한 입증책임----------37

7. 판례의 구체적인 손해배상액 판시----------37

제2절 저작권법 제125조 제2항----------40
1. 법적 성격----------40
2. 통상 받을 수 있는 금액의 의미와 산정기준----------43
3. 통상 받을 수 있는 금액에 대한 입증책임----------43
4. 통상 이용료 초과액----------43
5. 판례의 구체적인 손해배상액 판시----------46
6. 저작권법 제125조 제1항과 제2항의 관계----------46
제3절 저작권법 제126조----------47
1. 입법취지 및 입법경위----------47
2. 입법의 경위----------49
3. 법적 성격----------50
4. 저작권법 제126조의 보충적 성격----------52
제4절 저작권법 제125조의2 법정손해배상청구권----------53
1. 입법연혁 및 입법취지----------53
2. 미국과 중국의 법정손해배상과의 비교----------54
3. 저작권법 제125조의2 제4항과 저작권법 제126조의 차이점----------55
4. 저작권법 제126조와 저작권법 제125조, 제125조의2의 관계----------56
제5절 개정안 저작권법 제125조 제4항 징벌적 손해배상청구권----------56
제6절 현행 저작권법에 의한 손해배상산정의 개선필요성----------56
**제4장 해외동향----------59**
제1절 대륙법계의 저작권법과 영미법계의 저작권법----------59
제2절 일본----------61
1. 일본 저작권법상 손해배상관련 주요내용----------61
2. 저작권 침해소송의 증거수집절차강화----------63
3. 일본의 저작권침해를 이유로 하는 손해배상판결현황----------65
제3절 미국----------66
제4절 중국----------67
1. 중국 저작권법의 손해배상제도 개정 내력----------67
2. 2020. 11. 11. 개정 저작권법 손해배상규정의 내용----------69
3. 징벌적 손해배상제도의 도입(제54조 제3문)----------73

제5절 독일----------75
**제5장 저작권법 제126조에 의한 손해배상액 산정----------76**
제1절 저작권법 제126조를 적용한 판결과 인용률----------76
1. 분석대상 판결 ----------76
2. 법원의 각 법조항 적용비율분석----------77
3. 각 법조항 인용률 분석 ----------83
4. 종합 분석----------87
제2절 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 경우----------89
1. 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장한 경우----------89
2. 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장한 경우----------90
3. 유사한 컴퓨터 프로그램판결들의 경우----------=----------91
4. 검토----------94
제3절 제126조에 의한 손해액 산정시 고려사항 ----------95
1. 분석사항----------95
2. 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장한 경우----------96
3. 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장한 경우----------98
4. 손해액산정경로에 대한 구체적 설시가 없었던 경우----------101
5. 유사한 컴퓨터 프로그램 판결의 경우 ----------101
6. 소결 ----------104
제4절 저작권법 제126조의 개선방안----------104
1. 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 경우의 기준 보완--104
2. 참작사항들의 예측가능성 제고----------105
3. 증액요소들의 적극적 고려----------105
4. 무형자산평가기준에 의한 저작권 가치평가산정의 참작----------107
5. 한국콘텐츠진흥원의 가치평가모델의 지표와 결과참작----------112
6. 손해액산정근거조항의 명확한 설시----------116
7. 저작권법 제126조 참작사항의 구체적 설시----------117
8. 계산 감정인규정과 감정인 설명의무규정의 도입----------118
9. 저작권법 제129조의2의 활용과 전문위원지원규정의 도입----------120
**제6장 유사규정----------122**

제1절 민사소송법 제202조의2----------123
1. 자유심증주의의 원칙과 심증형성의 정도----------123
2. 2016년 민사소송법 제202조의2 신설----------125
3. 적용판례----------127
제2절 특허법 제128조 제7항----------128
1. 특허법 제128조 제7항의 내용 및 입법연혁----------128
2. 판례현황----------131
3. 기술가치평가등 정량적 방법에 의한 손해배상액의 산정----------139
제3절 상표법 제110조 제6항----------141
1. 입법취지----------141
2. 적용요건과 판결례----------143
3. 상법 제110조 제6항에 의한 산정시 고려사항----------145
4. 판례현황----------146
제4절 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항----------148
1. 입법취지----------148
2. 적용요건----------149
3. 적용효과----------149
4. 판결례----------150
**제7장 결론----------151**
**참고문헌----------152**
Abstract----------155
분석대상판결색인----------158

# 제1장 서론

## 제1절 문제의 제기

최근 고도의 기술발달로 인하여 메타버스콘텐츠, VR・XR・AR콘텐츠, NFT콘텐츠 등 다양한 콘텐츠들이 경제활동과 산업의 주요 동력이 되고 있고, 콘텐츠 사업이 이전보다 더 고부가가치사업으로 각광받고 있다. 그러나 이와 함께 현재 전세계적으로 온라인상 저작권침해가 크게 증가하고 있어 이에 대한 대책으로 해외국가들은 이러한 침해방지와 저작권보호를 위해 결단을 내려 저작권법을 개정하며 적극적인 보호를 시도하고 있다. 반면 우리나라의 경우 징벌적 손해배상규정과 추가보상청구권등 저작권보호를 강화하는 내용들이 추가된 2021년 1월 발의된 저작권법 전부개정안은 별 진전없이 아직 국회에 계류중에 있으며 법원의 저작권침해에 기한 손해배상인용판결의 상당수가 저작권법 제126조에 의해 손해배상액이 산정되고 있는데 그 인용율이 매우 낮아 재판을 통한 저작권보호도 충분하지 못한 실정이다.

재판을 통한 저작권보호가 충분히 이루어지지 못하면 이용자입장에서는 저작권자로부터 저작물 이용허락을 받아 정당한 대가를 지급하고 저작물을 이용하기 보다는 손해배상금이 더 낮으니 이후 발각되면 배상을 하면 그만이라는 유혹에 흔들릴 수 있으며, 저작재산권침해를 이유로 하는 인용판결의 인용액이 낮을 경우 이러한 판결의 영향으로 시장에서의 저작권에 대한 경제적 가치평가 또한 낮아지는 악순환이 초래될 수 있다. 이에 최근 4년간 법원이 저작재산권침해를 이유로 한 손해배상인용판결현황을 분석해보고, 인용율이 낮은 이유등을 분석해본 후 재판을 통한 저작권보호가 충분히 이루어지도록 하기 위해서 현재 법원이 저작권침해소송에서 가장 많이 적용하고 있는 저작권법 제126조의 해석론적 입법론적 개선방안을 고민해볼 필요가 있다.

## 제2절 연구의 목적

코로나사태로 인하여 2020년부터 언택트(Untact)문화가 더욱 활성화되었고 이를 위한 새로운 기술들의 급격한 발전과 함께 그러한 신기술들로 새롭게 창작되는 컨텐츠들이 무궁무진해졌다. 특히 메타버스라는 제3의 공간에서의 활동이 늘어나고 메타버스내인공지능과 결합한 다양한 콘텐츠들의 대량생산, 이러한 디지털 콘텐츠에 대한 경제적 가치를 인증하기 위한 기술인 NFT의 활성화등은 그만큼의 저작권 보호대상의 확장을 의미하며, 이러한 저작권 보호대상의 급격한 확장에 상응하여 그만큼의 저작권침해도 확장될 것이 예상된다. 그러한 다양한 저작권 침해시 발생하는 손해를 정당하게 보상함과 동시에 사전에 침해를 방지하도록 하기 위한 손해배상제도의 일반적 기능을 제대로 발휘할 수 있도록 하기 위해서는 법원이 저작권침해를 이유로 한 손해배상액을 산정할 때 객관적이고 정확한 기준에 의하여 손해배상액을 산정하는 것이 매우 중요하다.

이에 본 논문에서는 우리나라에서 재판을 통한 저작재산권보호가 충분히 보장될 수 있도록 하기 위해 어떠한 해석론적·입법론적 개선 방안을 강구해야 하는지를 제안하기 위하여 연구하였다.

## 제3절 연구의 범위

위 연구목적인 우리나라에서 재판을 통한 저작재산권 보호가 충분히 보장될 수 있도록 하기 위해 어떠한 해석론적·입법론적 개선방안이 필요한지 파악하기 위해 제2장에서는 우선 저작권침해로 인한 손해의 개념과 특성을 일반적인 민사상 손해개념과 비교하여 알아본 후, 저작권침해로 인한 손해배상소송에서는 일반 손해배상법리가 수정될 필요성이 있다는 점과 저작권침해에 대한 손해배상 기능이 잠재적 침해자로 하여금 저작권자로부터 적법하게 사용 허락을 받는 길로 나가도록 하는 강력한 유인 요소가 되어야 한다는 점에 대하여 알아본다.

제3장에서는 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익 추정규정, 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료 규정, 저작권법 제126조 재량에 의한 상당한 손해액 규정, 저작권법 제125조의2 법정손해배상규정, 개정안 저작권법 제125조 제4항 징벌적 손해배상규정등 우리나라 저작권법상 손해배상규정 전반에 대해서 알아본 후, 현행 저작권

법에 의한 손해배상산정의 문제점과 개선필요성에 대하여 살펴본다.

제4장에서는 최근 개정한 중국 저작권법상 손해배상규정과 최근 개정한 일본 저작권법 규정중 손해배상과 관련하여 미국 저작권법상의 손해배상규정등 우리나라 저작권법규정과 비교해볼 수 있는 해외동향에 대하여 알아보기로 한다.

제5장에서는 최근 법원의 저작재산권침해를 이유로 한 손해배상인용판결의 현황을 파악하기 위하여 2017년 11월부터 2021년 11월까지 최근 4년간 저작재산권침해에 기한 손해배상인용판결이 확정된 총 270개 판결을 연구대상으로 하여 저작권법 제125조 제1항 침해자이익추정규정, 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료규정, 저작권법 제126조 중 저작권자인 원고가 주장한 법조문 현황과 그에 대하여 법원이 적용한 법조문 현황 및 각각 그 때의 평균인용율을 확인하였다. 그리고 저작권법 제126조를 적용한 판결들이 "저작권법 제125조를 적용하여 손해액을 산정하기 어려운 경우"로 판시한 사유들과 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 참작한 요소들을 분석하여 저작권법 제126조를 적용한 판결들의 인용율이 낮은 이유에 대하여 분석한 후 저작권법 제126조의 적용에 있어서의 해석론적 입법론적 개선방안을 제시하였다.

제6장에서는 민사소송법 제202조의2, 특허법 제128조 제7항, 상표법 제110조 제6항, 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항등 유사규정들의 판결례를 분석하여 저작권법 제126조를 적용한 판결과 비교하였다.

# 제2장 저작권침해로 인한 손해의 개념

## 제1절 일반적인 민사상 손해의 개념

### 1. 차액설과 구체적 손해설에 따른 손해개념

손해의 개념에 관해 우리 민법은 명시적인 규정을 두고 있지 않고, 차액설과 구체적 손해설(현실적 손해설)등의 학설이 대립한다. 차액설은 만일에 가해 원인이 없었다면 있었어야 할 이익 상태와 가해가 이미 발생하고 있는 현재 상태와의 차이를 손해라고 보는 견해이다. 즉 불법행위가 없었을 경우의 피해자의 재산적·정신적 이익 상태와 불법행위에 의하여 현실적으로 발생한 재산적·정신적 이익 상태 사이의 차이이다. 대법원은 차액설의 입장에서 "불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 그것은 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해의 형태와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해의 형태로 구분된다." 라고 판시하고 있다.[1] 이러한 차액설에 의할 때, 손해는 침해행위로 인한 권리자의 사실상 재산상 손실이며, 침해행위 전후에 발생한 피해자의 총재산의 감소분(금전평가상의 차이)으로 산정된다.

그러나 이러한 자연적 개념인 차액설은 위자료를 포함하여 다양한 유형의 손해를 인식하는데에 어려움이 있다. 나아가 전법률적 관점에서 접근하는 차액설은 사회변동에 따라 예상치 못하게 발생하는 새로운 유형의 손해, 예컨대 가동 능력의 상실이 있었으나 구체적 소득 상실이 없어 피해자의 총 재산상의 차이가 없을 때 차액설로는 손해가 성립될 수 없게 된다. 차액설에 따르면 총 재산상의 차이가 없으므로 손해발생이 부정되어 그 배상책임의 문제도 원천적으로 발생하지 않는 것으로 이해해야 하기 때문이다. 또한 자연적 손해개념인 차액설에 의할 때 사회변동에 따라 예상치 못하게 발생하는 새로운 유형의 손해, 즉 피해자가 가동연한을 초과하여 노동능력 상실은 있으나 소득의 상실이 없어 총 재산상 차이가 없는 경우 등을 포섭하지 못하게 되는 문제점, 즉 손해개념에 내재되어 있는 가치 판단적 요소를 간과하고 있다는 비판 등이 제기되고 있다.

구체적 손해설은 피해자가 그의 법익에 대한 침해로 입게 된 불이익이 손해라고 정의한다. 즉, 피해자가 입게 되는 구체적 불이익 그 자체가 손해라는 것이다. 구체적 손해설은 차액설이 비재산적 손해에 관하여는 적절하지 않다는 이유를 든다.[2]

---

1) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결
2) 박창준, 現代社會에서의 損害賠償額 算定 法理의發展과 改善方案에 關한 硏究- 知識財産權 侵害 等에 對한 法定損害賠償制度를 中心으로 -, 충남대학교 대학원 박사학위 논문, 2019.2, 10면

이러한 구체적 손해설의 경우 법익에 대한 불이익이 어떤 특정 법익에 대하여 직접적으로 입은 불이익만을 의미한다면, 이러한 불이익의 발생과 결부되어 피해자의 재산 일반 내지 총재산에 초래될 수도 있는 결과손해는 손해파악에서 제외될 우려가 있다. 예컨대 인체와 같은 인격적 법익에 대하여 입은 불이익에 대해서도 부상과 같은 직접적인 손해외에 치료기간 중의 노동불능으로 인한 일실이익의 상실, 노동력의 일부 상실로 인한 향후의 일실이익등의 결과손해도 발생할 수 있다. 이처럼 법익에 대한 불이익으로서의 손해는 연속적으로 발생할 수 있는 것이므로, 손해개념은 이러한 손해들을 모두 파악할 수 있도록 정립되어야 하는 점에서 구체적 손해설이 파악하는 손해개념이 미흡하다는 견해가 있다.[3)]

이를 극복하기 위한 대안적 손해개념이 지속적으로 모색되는 과정에서 개별적인 사안마다 구체적 타당성을 도출해 낼 수 있는 도구로써 다음의 규범적 손해개념의 유용성이 강조되고 있다.[4)5)]

## 2. 규범적 손해개념

규범적 손해는 기존의 손해개념으로 피해자를 충분히 보호할 수 없는 경우, 차액설로 설명될 수 없는 예외를 설명하고[6)], '손해의 공평, 타당한 분담'이라는 손해배상제도의 목적을 실현하기 위하여 도입한 개념이다. 즉 규범적 손해론은 침해 전후 현실적 재산상 변화가 없으나, 전후 사정의 경과를 평가적으로 고찰한다면 재산상의 손해가 있는 것으로 다루어져야 한다는 입장이다.[7)]

규범적 손해가 인정되려면 두 가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 피해가 가해자에 의해서가 아닌 다른 방법으로 전보되어 피해자에게 재산적인 손실이 존재하지 않아

---

3) 서광민, 손해의 개념, 서광법학 연구 제6권, 140~141면
4) 박동진, 손해배상액의 산정,민사법학 제36호, 한국민사법학회, 2007, 543면.
5) 강신하, 저작권 침해로 인한 손해배상액 산정- 컴퓨터 프로그램 저작물을 중심으로 -, 인권과정의 Vol. 472(2018년 3월), 150면
6) 강신하, 앞의 논문, 150면.
7) 박현경, 컴퓨터 프로그램 저작물 침해 시 손해액 산정에 관한 판례연구 - 서울고등법원 2013. 4. 10. 선고 2012나68493 판결을 중심으로-, 東亞法學 第86號(2020년 2월), 동아대학교 법학연구소, 314~317면

야 하고, 둘째, 그러한 전보 때문에 가해자가 면책되지 않아야 하는 법적인 평가가 인정되어야 한다.[8] 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결은 “불법행위로 인한 일실이익손해를 피해자의 노동능력상실률을 인정 평가하는 방법에 의하여 산정할 경우, 피해자가 후유증에도 불구하고 종전과 같은 직장에서 종전과 다름없이 수입을 얻고 있다고 하더라도, 달리 특별한 사정이 없는 한, 피해자가 신체적인 기능의 장애로 인하여 아무런 재산상 손해도 입지 않았다고 단정할 수는 없고, 또한 피해자가 사실심의 변론 종결 시까지 종전 직장으로부터 종전과 같은 보수를 지급받았다고 하더라도, 그것이 사고와 상당인과관계에 있는 이익이라고는 볼 수 없어 가해자가 배상하여야 할 손해액에서 그 보수액을 공제할 것은 아니다.”라고 판시하였는데[9], 종전과 같은 직장에서 종전과 다름없이 수입을 얻고 있기 때문에 차액설에 의하면 손해가 인정되기 어려우나, 피해자가 신체적인 기능의 장애로 인하여 아무런 재산상 손해도 입지 않았다고 단정할 수는 없다고 판시한 점에서 규범적 손해의 관점에서 이해될 수 있는 판결이다.[10]

그러나 규범적 손해개념에 대해 가치판단의 구체적 기준을 제시해 주지 못해 손해의 윤곽을 잡을 수 없게 하는 공허한 개념이라는 비판이 제기되고 있다.[11]

## 3. 판례의 입장

대법원은 “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것”이라고 판시하고 있는데[12]우리나라의 판례는 원칙적으로 차액설을 따르고 있다.

그러나 차액설에 의하여 손해를 인정하기 어려운 사안, 예를 들어 불법행위에 의해 상해를 입고 노동능력의 일부를 상실하였으나 종전에 받던 보수와 동일한 보수를 지급받고 있는 경우, 대법원은, 피해자가 입은 일실이익의 산정방법으로 ① 소득

8) 송덕수, 채권법총론 제4판, 제3판, 박영사, 2018, 159면.
9) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결
10) 박창준, 앞의 논문, 11~12면
11) 강신하, 앞의 논문, 151면.
12) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결

상실설 또는 차액설(일실이익의 본질을 불법행위가 없었더라면 피해자가 얻을 수 있는 소득의 상실로 보아 불법행위 당시의 소득과 불법행위 후의 향후소득과의 차액을 산출하는 방법)과 ② 가동능력상실설 또는 평가설(일실이익의 본질을 소득창출의 근거가 되는 노동능력의 상실 자체로 보고 상실된 노동능력의 가치를 사고 당시의 소득이나 추정소득에 의하여 평가하는 방법)이 있다고 한 다음, 위 사안과 같은 경우는 "차액설의 방법에 의하여 일실이익을 산정하는 것은 불가능하고 평가설에 의하여 이를 산정하는 것이 합리적이고 정의와 형평에도 합당하다" 고 판시[13]하였다.[14]

## 제2절 저작권침해로 인한 손해의 개념

### 1. 저작물의 개념

저작권침해로 인한 손해의 개념을 확인하기 위해서는 먼저 저작권법에 의한 보호대상인 저작물(copyright works)의 개념부터 확인할 필요가 있다. 저작권법 제2조 제1호에서는 '저작물'의 개념에 대하여 '인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물'이라고 규정하고 있고, 대법원은 "저작물은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정의 창작적 표현물이어야 하므로, 저작권법 보호되는 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 표현한 창작적인 표현형식이다" 라고 판시하였다.[15]

즉 우리나라 저작권법과 판례상 저작물은 ① 인간의 사상 또는 감정에 관한 것이어야 하고, ② 창작성이 있어야 하며, ③ 그 창작성을 표현한 것이어야 한다. ① 인간의 사상 또는 감정에 관한 것이므로 사실상 사람이 관여한 것이면 거의 대부분이 이에 해당하고, ② 저작물이 되기 위한 창작성의 요건도 절대적 의미의 독창성을 말하는 것이 아니라 단지 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있을 것을 요하므로 저작권자 자신의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있으면

13) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결.
14) 권태상, 침해자의 이익과 규범적 손해 - 특허권 침해의 경우를 중심으로 -, 비교사법 제26권 3호 (통권 제86호), 2019년 8월, 한국비교사법학회, 57면.
15) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073·3080 판결.

족하다.

특히 ③과 관련하여 창작성의 '표현'은 그 방식을 불문하고 외부에서 인식할 수 있으면 되기 때문에 유형물에 고정될 것을 요하지 않는다는 점에서 미국 연방저작권법이 유형물에의 고정을 저작물이 되기 위한 요건[16]으로 요구하는 것과 차이가 있다. 이와 같이 유형물에 고정되지 않은 창작적인 표현도 저작권으로 보호되기 때문에 그 표현을 무단으로 모방하기가 더욱 용이한 측면이 있다.

## 2. 저작권침해의 특징

저작권은 정신적·무형적 재화로서 저작권침해발생시 유체물의 멸실·훼손과 같이 어떤 유형적 결과를 수반하지 않는 경우가 많다. 민법상 물권침해의 경우 침해행위로 인하여 권리자가 당해 부동산이나 동산을 제대로 활용하지 못하게 되는 외형이 분명히 발생하지만, 저작권이 침해된 경우 저작권자가 계속 저작권의 재산적 가치를 향유하는 데 적어도 직접적인 장애가 생기지는 않는다.[17][18]

그리고 저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물로서 관념적으로 존재하는 특성으로 인해 저작권자뿐 아니라 누구라도 그 저작물을 현실적으로 점유할 수 없고, 그 결과 누구라도 그 저작권자로부터 이용허락을 받았건, 받지 않았건 간에 동시에 이용하는 것이 가능하다. 또한 특별한 고가의 장비나 설비가 없더라도 타인의 저작물을 모방하여 무단으로 이용할 수 있기 때문에 그 침해가 용이하다. 이러한 상황은 저작권 침해행위가 발견되기 어렵게 하는 요인이 되고 또한 잠재적 침해자로 하여금 적법하게 사용허락을 받는 것보다 저작권 침해행위로 나아가도록 유인하는 요소로 작용하기도 한다.[19]

---

16) 17 U.S.C. §102(a)
17) 박준석, 지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 '상당한 손해액'의 인정에 관하여, 인권과 정의 Vol. 438(2013, 12월), 73면
18) 김상중, 지적재산권침해로 인한 손해배상책임; 손해배상법의 현대적 발전경향의 관점에서, 財産法硏究 제31권 제3호(2014, 11), 252~253면
19) 김종철, 저작재산권 침해로 인한 손해의 개념 및 손해배상 기능: 저작권법 제125조 제1항을 중심으로, The Journal of Law & IP 제8권 제1호(2018년 7월), 38면

그리고 특허권침해와 비교하였을 때 특허권도 저작권과 같은 지적재산권에 속하는 권리이지만, 특허권이 침해되려면 침해자가 해당 기술제품이나 모조품과 같은 유형물(有形物)을 통하여 실시(實施)를 해야 하는 반면에[20], 저작권침해의 경우 그러한 유형물을 통하지 않고도 무형적으로 무한정 침해가 가능한 특성이 있기 때문에 그 침해의 확인조차 어려운 경우가 많다.

## 3. 저작권침해로 인한 손해의 특성

저작권자는 그 자신이 직접 저작물을 이용하거나 더 나아가 그 저작물로부터 경제적 이익을 향유할 수도 있고, 아니면 타인에게 저작물 사용허락을 하거나 저작권을 양도하여 그 사용허락의 대가 또는 양도의 대가 등을 취득할 수도 있다. 어떤 경우이거나 저작권자는 다른 사람의 부당한 개입이나 간섭을 받지 않고 배타적으로 자신의 저작권을 행사하고 그로 인한 경제적 이익을 향유할 수도 있다. 그런데 만약 다른 사람이 저작권자의 허락을 받지도 않고 무단으로 그 저작물을 모방하거나 그 모방으로 경제적 이익을 취한다면 저작권자가 가지고 있는 이러한 배타적 권리의 이용가능성이 침해되고 이는 곧 그 저작권자의 그 저작물 이용과 결부되어 있는 시장기회가 상실되었다는 것을 의미한다. 저작권이 침해될 경우 저작권자는 이러한 시장기회에 있어서 배타적 이용권의 침해에 따른 불이익을 입게 된 것이고 그러한 불이익은 우선적으로 사회 생활상 경험에 의하여 사실적 관점에서 인식되는 불이익이다.

이러한 사회 생활상으로 인식된 불이익이 법적 관점에서 저작권 침해로 인한 저작권자의 손해로 파악될 수 있다. 저작권자의 시장기회에 있어서의 배타적 이용권은 저작권법이 보호하고 있는 이익이고 그에 대한 침해로 인한 불이익은 손해로서 법적 평가를 받는 것이기 때문이다. 이러한 손해개념의 관점에서는 손해배상의 범위가 상실된 시장기회라는 손해개념 범위내로 적절하게 제한된다. 결국 저작권침해로 인한 손해는 그 저작권자의 '시장기회에 있어서 배타적 이용권의 침해' 내지 '시장기회의 상실'이라고 말할 수 있다. 여기서의 배타적 이용권은 반드시 현실적 이용만을 의미하는 것이 아니라 잠재적 이용가능성을 포함하는 것이므로, 침해

20) 박준석, 앞의 논문, 82면

행위가 없었더라면 저작권자가 당해 시장기회에서 이익을 얻을 수 있었을 것인지, 권리자가 실제로 당해 시장기회에 있어서 이익을 얻고 있는지 여부는 손해를 인정하는데 있어서 고려 요소가 되지 않는다. 저작권자가 그 저작권을 취득하고 있는 한 일반적으로 그 저작권은 권리자에게 이득을 생기게 하는 것이고 저작권자가 그 저작권을 이용하여 경제적 수익을 향유할 시장기회는, 시장 폐쇄 등 특별한 예외적 사정이 없는 한, 일반적으로 개방되어 있다고 할 것이기 때문이다.

차액설에 의하면 저작권침해로 인한 손해란 저작권침해가 없었더라면 존재하고 있을 저작권자의 가상의 재산상태와 저작권침해가 발생한 현재의 저작권자의 재산상태 사이의 차액을 의미하게 된다. 그러나 이러한 차액설에 의하는 경우 저작권 침해가 발생하였음에도 불구하고, 저작권자의 손해를 인정하기 곤란한 다음의 상황들이 존재한다. 첫째, 침해자가 저작권자의 허락을 받지 않고 무단으로 그 저작권자의 음악 저작물을 사용하였는데 오히려 그 음악저작물의 인지도가 증가하였고 그 결과 그 저작권자가 저작권 관리회사로부터 받아오던 수입이 대폭 증가한 경우나, 차액설에 따르면 그 침해행위가 없었더라면 저작권자는 기존의 무명(無名) 저작물에 따른 낮은 금액의 사용료 상당 수입만을 얻었을 것인데 반해 현재 저작권자의 저작권료 수입은 오히려 증가하였으므로 결국 저작권자가 입은 손해란 없는 것이 된다. 저작권이 위법하게 침해된 사실이 분명한데도 불구하고 기존 저작권자의 손해를 인정할 수 없는 불합리한 결과를 초래하는 것이다. 둘째, 기존 저작물은 고품질· 고가로 제작· 판매되고 있었는데 그 저작권 침해자가 기존 저작물보다 조잡(粗雜)하게 침해 저작물을 제작하고 시장에 대량공급·염가판매하는 사례이다. 차액설에 의하면 이 경우 저작권자의 손해는 침해자로부터 그러한 저품질· 저가의 침해 저작물을 대량공급· 판매하는 행위가 없었더라면 존재하였을 저작권자의 재산상태와 그 침해행위가 발생한 이후 현재의 저작권자의 재산상태 사이의 차액을 의미하게 된다. 그런데 이 경우 저작권자가 기존의 고품질· 고가의 시장 영역을 벗어나거나, 그 시장 영역을 포기하고서 저품질· 저가의 시장으로 진출하였을 것이라고 쉽게 단정할 수는 없다. 따라서 고품질·고가의 기존 저작권자의 시장은 저품질·저가의 침해자 진입 시장에 의하여 아무런 영향을 받지 않는 경우도 상정될 수 있는 것이다. 이 경우에는 침해행위 전후에 있어서 저작권자의 재산상태 사이에 차이가 존재하지 않게 되므로 차액설에 따른 손해는 인정될 수 없다. 이는 저작권이 위법하게 침해된 사실이 분

명한데도 불구하고 저작권자의 손해를 인정하지 못하는 불합리한 결과라 할 것이다. 셋째, 저작권자가 저작권을 행사하지 않고 있는 경우, 즉 저작권자가 그 스스로 직접 저작물을 이용하거나 다른 사람에게 저작물 이용허락을 하는 등으로 그 권리를 행사하는 행위가 현실적으로 존재하지 않고 있는 경우이다. 이 경우 침해행위 전후에 있어서 저작권자의 재산상태의 차이 자체가 존재하지 않게 된다. 따라서 차액설에 따르면 이 경우 저작권자의 손해란 없는 것이 된다.

그러나 이 경우에 있어서도 저작권이 위법하게 침해된 것이 분명하고 저작권자에게 무언가 경제적 불이익이 가해진 것임에도 불구하고 아무런 손해를 인정할 수 없다고 하는 것은 불합리하다. 차액설에 따른 이러한 불합리한 결과와 달리, 우리 저작권법, 특허법, 상표법 등에서는 권리자가 그 권리행사를 하지 않고 있는 경우라 하더라도 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액 상당을 손해액으로 하여 배상청구할 수 있도록 규정하고 있다. 차액설로는 이러한 사용료 상당액 배상 규정을 설명하기 어려운 것이다.

앞서 언급한 바와 같이 저작권침해로 인한 손해를 '시장기회에 있어서 배타적 이용권의 상실' 내지 '시장기회의 상실'로 파악하게 되면 굳이 '침해행위가 없었다면'이라고 하는 가정적 상황을 전제로 할 필요가 없고, 그 가정적 상황을 전제로 한 침해행위 전후에 있어서 저작권자의 재산상태 사이에 차이가 발생하지 않더라도 침해행위로 인한 저작권자의 손해를 인정할 수 있다. 또한 저작권자가 현실적으로 그 저작권을 행사하지 않고 있는 경우라 하더라도, 그 침해행위로 인하여 시장기회에 있어서의 배타적 사용권이라는 저작권의 객관적 가치가 침해된 것이므로 저작권자는 침해자에 대하여 무단 이용된 시장기회의 객관적 가치 상당을 손해로서 배상청구 할 수 있게 된다.[21]

독일에서는 우리나라 저작권법 제125조 제1항에 상응하는 침해자 이익 반환형 손해배상과 저작권법 제125조 제2항에 상응하는 실시료형 손해배상을 정당화하려는 시도가 손해배상의 제재·예방기능을 중시하는 방향과 손해개념을 규범적으로 파악하는 방향, 이렇게 주로 2가지 방향으로 진행되었다. 현재는 손해개념을 규범적으로

21) 김종철, 앞의 논문, 42~44면

파악하는 관점이 더 중요하게 여겨지고 있는데, 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.[22]

1980년 Rudolf Kraßer는 시장기회(Marktchance)라는 개념을 이용하여 규범적 손해를 구성하였다. Kraßer는 먼저 부당이득의 관점에서 침해자가 취득한 것이 무엇인지 검토하였다. 그는 지식재산권 침해의 경우 보통의 물건과 달리 위법하게 생산된 제품의 유통을 중단시키면 그 지식재산권의 경제적 가치를 완전히 회복할 수 있다는 점을 지적하면서, 침해자가 취득한 것은 지식재산권의 이용(Nutzung)이 아니라 그 지식재산권의 배타적 효력에 의해 권리자에게 속했던 시장기회(Marktchance)라고 하였다.[23] 그리고 침해자가 시장에서의 수요를 충족시켜 시장기회를 소비하면 권리자의 시장기회는 동일한 범위에서 축소되는데, 이처럼 소비된 시장기회는 되돌릴 수 없으므로 침해자가 그 시장기회의 가액을 반환해야 한다고 하였다.[24] Kraßer는 이러한 분석을 손해배상에 대해서도 적용하였다. 즉 지식재산권이 권한 없이 이용되고 이로 인해 시장의 수요가 충족되면 권리자의 시장기회가 상실되어 회복할 수 없게 되므로, 권리자는 이익을 상실하였는지 여부에 관계없이 침해자에 의해 실현된 시장기회의 객관적 가치에 대한 배상을 청구할 수 있다고 하였다.[25]그리고 계약에 의해 지식재산권의 이용을 허락받을 때 지급하는 실시료는 권리자에게 유보되었던 시장에 진입하는 비용(Eintrittspreis)이므로 명확한 가치 기준이 되고, 침해자의 이익은 개별 사안의 특수성을 더 고려한 구체적인 가치 기준이 된다고 하였다. 또한 권리자가 시장기회를 이용하는 것이 가능하지 않았던 경우 이러한 실시료 상당액이나 침해자의 이익액에 의한 손해배상은 배상의 사고에서 벗어나 제재와 예방의 효과를 갖는다고 하였다.[26] 즉 그는 시장기회의 객관적 가치에 주목하여 손해 개념을 구성하였는데, 이러한 손해 개념은 피해자의 일실이익이라는 구체적 손해와 구별되는 별개의 개념이 된다. 이처럼 지식재산권 침해의 경우 손해 개념을 일실이익이라는 구체적 손해와 다르게 파악될 수 있다.

독일연방대법원의 판사였던 Melullis는, 지식재산권을 권한 없이 이용한 경우 손해

---

22) 권태상, 앞의 논문, 58면.
23) Rudolf Kraßer, “Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht” , GRUR Int 1980, 268.(권태상, 앞의 논문 재인용)
24) Kraßer(주 41), 268.(권태상, 앞의 논문 재인용)
25) Kraßer(주 41), 270.(권태상, 앞의 논문 재인용)
26) Kraßer(주41), 270.(권태상, 앞의 논문 재인용)

는 절대권과 이에 결합되어 그 권리자에게만 속하는 이용가능성을 침해한 것에 존재한다고 하였다.[27] 그러나 지식재산권의 침해의 경우는 유체물의 침해와 달리 원상회복이 일반적으로 불가능하다고 지적하면서, 지식재산권 침해로 인한 손해배상액 산정방법의 목적은 권리침해에 대한 배상으로 상응하는 것이 무엇인지를 탐구하는 것 또는 권리의 완전성의 침해를 적어도 가치 측면에서 제거하기 위하여 적절하고 필요한 것이 무엇인지를 정하는 것이라고 하였다.[28]

역시 독일연방대법원의 판사였던 v. Ungern-Sternberg는, EU 지침 제13조 제1항 제2문은 권리침해 그 자체를 같은 조항 제1문의 "실제 손해"로 보고 있다는 것을 나타내며, 이 조항에 따라 침해자가 취득한 불법적인 이익을 기준으로 손해배상액을 산정하거나 이용권한을 갖기 위해 지급했을 실시료를 기준으로 손해배상액을 산정하는 경우, 피해자의 구체적 손해가 존재할 것을 그 요건으로 요구하는 것은 손해배상책임이 권리자에게 구체적 손해가 발생했는지 여부에 의존하면, 권리자가 침해로 인해 구체적인 손해를 입지 않거나 이러한 손해를 증명할 수 없는 경우 지식재산권 침해에 대해 손해배상법에 의한 제재를 할 수 없게 되므로, 지식재산권을 실현하기 위한 구제수단이 위협적이어야(dissuasive, abschreckend) 한다는 지침 제3조 제2항에 위반되기 때문에 이치에 맞지 않는다고 한다.[29] 또한 이처럼 구체적 손해가 없더라도 권리 침해로 인한 손해를 인정하므로, 피해자가 손해배상에 의해 권리침해가 없었을 때보다 더 좋은 지위에 있게 되어서는 안 된다는 원칙도 인정되지 않는다고 한다.[30] 나아가 그는, 지식재산권 침해 그 자체가 손해를 발생시킨다는 사고는 독일법에서도 인정된다고 평가한다.[31] 2008년 독일 특허법 개정 당시 정부도 개정안을 의회에 제출하면서, 3가지 손해배상 산정방법이 실제적인 최소한의 손해를 요건으로 하지 않으며, 보호되는 권리의 침해에 의해 이미 손해가 발생한다고 하였다.[32]

---

27) Klaus-J. Melullis, "Zur Ermittlung und zum Ausgleich des Schadens bei Patentverletzung", GRUR Int 2008, 679, 682.(권태상, 앞의 논문 재인용)
28) Melullis(주 45), 682.(권태상, 앞의 논문 재인용)
29) Joachim v. Ungern-Sterberg, "Einwirkung der Durchsetzungsrichtlinie auf das deutsche Schadensersatzrecht", GRUR 2009, 461.(권태상, 앞의 논문 재인용)
30) v. Ungern-Sterberg(주 47), 462.(권태상, 앞의 논문 재인용)
31) v. Ungern-Sterberg(주 47), 462.(권태상, 앞의 논문 재인용)
32) RegE, BT-Dr 16/5048, S. 37.(권태상, 앞의 논문 재인용)

또한 v. Ungern-Sternberg는, 침해자의 이익에 따라 손해배상을 청구하는 것과 실시료 상당액에 의해 손해배상을 청구하는 것은 구체적 손해를 배상하려는 것이 아니므로, 손해배상의 의무를 부담하는 사람이 배상의무를 발생시키는 사정이 없었다면 있었을 상태를 회복하여야 한다고 규정한 민법 제249조는 의미를 갖지 않는다고 지적한다.[33] 나아가 배타적 권리를 권한 없이 이용하여 발생한 이익을 침해자에게 그대로 두는 것이 부당하다는 법적 사고는, 손해배상이 피해자의 재산적 손해를 초과할 수 있다는 결과를 포함한다고 지적한다.

지식재산권은 보통의 유체물과 다른 성격을 갖고 있다. 유체물에 대한 권리가 침해된 경우 보통 그 권리자는 유체물을 이용할 수 없다. 이에 반하여 지식재산권이 침해된 경우는 권리자가 여전히 그 지식재산권을 이용할 수 있다. 하지만 지식재산권을 침해한 물건이 시장에서 유통되어 시장의 수요를 충족시키면, 권리자가 자신의 지식재산권을 이용하는 것은 더이상 의미를 잃게 된다. 즉 지식재산권의 경우 보통의 유체물과 달리 그 이용가능성 자체가 아니라 시장에서 그 지식재산권의 가치를 실현하는 것이 가능한지 여부를 손해를 판단하는 기준으로 삼아야 할 것이다[34]

## 4. 저작권침해로 인한 손해의 분류

손해배상에 관한 손해 3분설에 의할 때 저작권침해로 인하여 저작권자에게 발생하는 손해에 대하여 ① 적극적 손해, ② 소극적 손해, ③ 정신적 손해를 생각해 볼 수 있다.

①의 적극적 손해란 피해자의 기존재산의 감소를 말하는데, 저작재산권침해로 인한 적극적 손해의 배상에 관하여는 저작권은 유체물에서와 같은 물리적 손괴 등을 생각하기 어려워[35]저작재산권 자체가 어떠한 손상을 입는 것은 아니므로 저작재산권 침해소송에 있어서 적극적 손해를 주장하는 것은 쉽지 않다.[36]

---

33) v. Ungern-Sterberg(주 47), 462.(권태상, 앞의 논문 재인용)
34) 권태상, 앞의 논문, 57~62면.
35) 오승종, 앞의 책, 1595면. 다만, 미술저작물과 같은 리품제작의 저작물의 경우는 예외로 보고 있다.
36) 박성수, 저작권침해와 손해배상액의 산정 -저작권법 제93조 제1항 및 제2항과 관련하여-, Law&

②의 소극적 손해(일실이익)는 저작권침해행위가 없었더라면 얻을 수 있었던 이익의 상실을 의미하는데, 우리나라 불법행위제도가 실제 손해액의 전보 및 원상회복을 기본으로 하고 있고 판례가 차액설을 기본으로 취하고 있어서 손해배상청구에서 중심이 되나,[37] 저작권침해가 없었더라면 얻을 수 있었던 이익을 산정하기 어려운 경우가 많다. 예컨대 컴퓨터프로그램 저작권자가 자신의 정품복제품을 스스로 제조, 판매하지 않기로 하거나, 제3자에게 이용허락도 하지 않은 경우에는 침해 전후에 권리자에게 사실상의 총재산상 감소가 없으므로 손해를 인정하기 어렵다. 설혹 손해가 인정된다 해도 인과관계의 입증도 쉽지 않다. 침해행위에 의하여 저작권자의 저작물 판매수량이 감소되었다는 것을 입증하려면, 침해 복제물을 판매하지 않았더라면 저작권자 자신의 저작물이 판매되었을 것이라는 입증하여야 하는데, 시장에 이와 유사한 경쟁저작물이 있는 경우 인정되기 어렵고, 그 외에도 시장여건의 변화, 소비자 기호의 변화, 광고비 투입, 침해자의 상업적 재능 등 다양한 변수가 존재하기 때문이다.

이러한 이유로 저작권에서는 제125조에 침해자의 침해행위로부터 얻은 이익을 손해로 추정하거나, 저작권자의 통상사용료 상당액을 손해액으로 청구할 수 있는 특칙을 두고 있고, 동법 제125조에 의한 손해액 산정이 어려운 때는 동법 제126조에 따라 법원이 변론의 전 취지 및 증거조사의 결과등을 참작하여 상당한 손해액을 산정할 수 있다고 규정하고 있는 것이다.[38]

## 5. 저작권법 제125조상 손해와 규범적 손해

앞서 지적재산권 침해시 발생하는 손해는 권리자의 '시장기회(Marktchance)의 상실'이라는 Kraßer의 견해에 의할 때 지적재산권이 제3자에 의해 침해되었더라도, 권리자 또한 여전히 권리행사가 가능하므로 일반재산권과 같은 일실이익이 발생되었다고 볼 수 없다. 대신 침해자가 침해행위로 시장에서 이익을 얻고 있다면, 이것

Technology 제2권 제3호(2006년 5월), 서울대학교 기술과 법센터, 76~77면.
37) 오승종, 앞의 책, 1595면
38) 박현경, 앞의 논문, 318~319면

은 권리자 입장에서는 그가 누려야 하는 이익의 상실(권리자가 시장에서 지적재산권의 가치를 누릴 기회를 빼앗은 것으로 시장기회가 상실되었다)로 곧 손해가 된다. Kraßer입장에서 권리자의 손해는 곧 침해자에 의하여 실현된 시장기회의 객관적 가치이며, 권리자는 이 이익액을 손해액으로 하여 청구하면 된다. 이것은 시장에서 침해자가 구체적으로 얻은 이익액 또는 시장진입을 위하여 권리자에게 유보된 통상실시료로 산정될 수도 있다. 앞서 보았던 Melullis의 견해처럼, 손해배상액 산정방법의 목적은 권리침해에 대한 배상으로 상응하는 것이 무엇인가를 탐구하는 것이라고 한다면, 우리 저작권법 제125조등에서 손해배상액 산정방법을 규정하고 있다는 것 자체가 그 손해를 규범적으로 판단하고 있음을 나타내는 것이다. 따라서 이 규정들이 단순히 저작권침해시 손해배상의 입증책임을 경감하기 위한 것에서 나아가, 저작권자 등 피해자가 받은 손해를 가치적으로 평가하고 이를 규범화한 것이라고 볼 수 있다.[39]

## 제3절 저작권침해로 인한 손해배상의 기능

### 1. 일반적 손해배상법리의 수정의 필요성

손해배상책임은 타인의 권리·법익에 대한 위법한 침해행위 이외에 이로 인한 손해의 발생을 요건으로 하며, 손해발생과 손해액은 피해자가 주장·입증해야만 한다. 이 같은 원칙은 저작권 침해행위의 경우에도 마찬가지이지만, 정신적·무형적 재화인 저작권에 대한 침해행위는 유체물의 멸실·훼손과 같이 어떤 유형적 결과를 수반하지 않는 경우가 많다. 오히려 침해로 인한 권리자의 불이익은 대체로 침해된 저작권을 통해 보장받고자 했던 수익의 기회, 즉 해당 지적재산권을 타인에게 실시하도록 허락함으로써 또는 스스로 실시하여 얻을 수 있었을 일실이익의 상실을 내용으로 하며, 따라서 권리자는 손해액 산정과 입증에서 곤란함을 당하게 된다.

또한 지적재산권은 편재성(遍在性)에 따라 수인에 의한 동시 사용이 가능하고, 따라서 권리자가 자신의 권리를 기존 형태로 여전히 활용하는 상황에서도 침해자에

39) 박현경, 앞의 논문, 320면.

의한 무단사용이 가능하다. 따라서 권리자는 타인에 의한 침해행위가 있었는지 여부, 침해행위로 인해 자신에게 어떠한 재산적 불이익이 발생하였는지를 확인, 주장·입증하기가 쉽지 않다.

반면 침해자는 권리자의 재산이 침해행위로 인해 어떠한 변경이 있었는지를 묻지 않더라도 지적재산권의 재산적·경쟁적 성격에 비추어 무단사용에 따른 실시료 지출의 절약과 영업상 수익의 증가라는 재산상 이익을 향유하게 된다. 더욱이 기술발전, 디지털환경, 무한한 시장 확대 등으로 저작권의 침해가 손쉽게 이루어지는 만큼 그 예방은 어려워질 수밖에 없고, 저작권 침해행위로 인한 수익의 결과마저 침해자에게 보유될 기회가 커지는 만큼 지적재산권의 침해행위도 조장될 우려가 높아지게 된다. 만약 이로 인하여 타인의 창작 활동에 대한 무임승차가 별 위험 없이 확대된다면, 산업상의 창작에 대하여 외부에 공개하도록 하되 독점상태의 승인과 이윤창출의 기회 보장을 통하여 창작의욕을 제고하려던 저작권 제도의 목적과 기반은 크게 흔들리게 될 것이다.

이런 이유에서 많은 나라에서는 지적재산권의 무단사용이라는 위법한 권리침해가 인정되는 한 피해자인 권리자에게 손해발생, 손해액의 주장·입증의 어려움을 완화해 줄 수 있는 법리를 발전시키지 않을 수 없었다.

이에 우리나라의 지적재산권 법제는 지적재산권 침해행위로 인한 권리자의 손해배상청구를 용이하게 실현할 수 있도록 저작권법, 특허법, 상표법 등 개별 법률에서 민법 제750조의 특칙에 해당하는 손해배상 규정을 마련하고 있다.

이들 특별규정은 각 법률에서 정한 순서에 따르면, ① 침해자가 침해행위를 하도록 한 물건을 양도한 경우 그 판매수량에 피침해 권리자의 이익률을 곱하여 배상할 일실이익의 산정기초로 활용한다는 규정(특허법 제128조 1항, 상표법 제67조 1항) ② 침해자가 침해행위에 의하여 얻은 이익을 침해된 권리자의 손해액으로 추정한다는 규정(저작권법 제125조 제1항, 특허법 제128조 2항, 상표법 제67조 2항), ③ 침해된 지적재산권을 타인으로 하여금 실시, 사용할 것을 허락하였더라면 권리자가 받을 수 있었을 실시료 상당액을 손해배상으로서 청구할 수 있도록 한 규정(저작권법

제125조 2항, 특허법 제128조 3항, 상표법 제67조 3항) 그리고 ④ 지적재산권 침해로 인한 손해의 발생은 인정되나 위의 규정들에 의하여 손해액을 산정하기 곤란한 경우 법원이 변론의 전 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 한 규정(저작권법 제126조, 특허법 제128조 5항, 상표법 제67조 5항)으로 구체화되고 있다. ⑤ 한미 FTA의 산물로서 신설한 법정 손해배상규정인 저작권법 제125조의2(‘저작재산권자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 실제 손해액이나 위 규정들에 의한 손해액을 갈음하여 각 저작물등마다 1천만원, 영리를 목적으로 한 고의의 침해에 대하여는 5천만원 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구’)와 상표법 제67조의2 (‘상표권자 또는 전용실시권자는 고의, 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 위 규정들에 의한 손해배상을 청구하는 대신 5천만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구’)가 있다. 이들 규정은 손해의 발생 여부와 정도를 묻지 않고 인정될 수 있다는 점에서 우리나라의 ‘실(實)손해배상 원칙’에 반한다고 비판, 지적되었지만, 최소한 저작물의 보호와 상표권 위조에 대하여는 “장래의 침해를 억제하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수”의 배상책임을 수립해야 한다는 취지에서 도입되기에 이르렀다.[40] ⑥ 그리고 마지막으로 2019년도부터 2020년에 걸쳐 특허법, 부정경쟁방지법, 상표법, 디자인보호법에 징벌적 손해배상제도가 전격적으로 도입되어 시행되었는데, 2021년에 저작권법 개정안에도 고의적 침해가 인정되면 저작권자가 손해액의 최대 3배 범위 내에서 징벌적 손해배상을 할 수 있도록 규정한 저작권법 제125조 제4항과 제5항으로 도입[41]되었다.[42]

---

40) 김상중, 앞의 논문, 252~255면

41) 저작권법 개정안 제125조(손해배상의 청구)

④ 법원은 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작인격권, 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.

⑤ 제4항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 침해행위로 인하여 저작재산권자등이 입은 피해 규모
3. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
4. 침해행위에 따라 침해자가 받은 형사처벌의 내용과 정도
5. 침해행위의 기간·횟수 등
6. 침해행위를 한 자의 재산상태
7. 침해행위를 한 자의 피해방지 노력의 정도
8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도.

42) 한지영, 저작권법 개정안에서 징벌적 손해배상제도에 관한 소고, 계간 저작권 2021 여름호, 126~127면

### 2. 저작권침해로 인한 손해배상의 기능

손해배상의 전보적 기능, 예방적 · 제재적 기능 등은 모두 공통적으로 정의를 지향하고 있고, 법 해석 및 법 정책에 있어서 서로 유기적으로 영향을 미치며 협력하는 관계에 있다. 그런데 저작권 침해의 특성이라는 관점에서 보면 저작권 침해에 대한 손해배상 기능은 더욱 중요한 의미를 갖는다. 저작권 침해의 특성, 즉 저작권은 그 침해가 용이하고, 침해로의 유혹이 상존하고 있으며, 저작권에는 인격성이 내재되어 있는 등의 사정에 비추어 보면 잠재적 침해자로 하여금 저작권 침해행위로 나갈 것이 아니라 적법하게 사용허락을 받는 길로 나가도록 하는 강력한 유인 요소가 있어야 한다. 저작권 침해에 대한 손해배상 기능이 적절히 발휘되어 그러한 적법행위로의 유인 기능을 다함으로써 비로소 저작권자 보호가 제대로 실현될 수 있다.[43]

# 제3장 우리나라 저작권법상 손해배상규정

## 제1절 저작권법 제125조 제1항

### 1. 입법취지

저작권법 제125조 제1항에서는 "저작재산권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리(저작인격권 및 실연자의 인격권을 제외한다)를 가진 자가 고의 또는 과실에 의하여 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자 등이 받은 손해의 액으로 추정한다"고 규정하고 있다.

43) 김종철, 저작재산권 침해로 인한 손해의 개념 및 손해배상 기능:저작권법 제125조 제1항을 중심으로, The Journal of Law & IP 제8권 제1호(2018년 7월), 44~45면

이 규정은 특허법 제128조 제4항과 같은 내용의 규정인데 그 입법경위와 문면에 비추어 볼 때 불법행위의 일반원칙의 적용을 전제로 권리자의 입증의 부담을 덜어 주기 위한 규정, 즉 민법상 불법행위로 인한 손해배상에 관한 특칙으로서 권리자의 손해액의 입증의 곤란을 덜어줌으로써 저작권자의 이익을 보호하려는 데 그 입법 취지가 있고, 손해배상의 관념을 변경한 것은 아니라고 해석하는 견해가 다수설[44]이이고, 권리자의 현실적인 손해액과 무관하게 침해자가 얻은 모든 이득을 환수하기 위한 준사무관리 규정으로 보는 견해, 규범적 손해개념을 도입한 것이라는 견해, 준사무관리적인 발상(이득의 환수)과 손해배상의 절충적인 규정이라는 견해 등이 있다.[45]

또한 제125조 제1항이 침해자의 이익을 저작권자의 손해액으로 추정하는 것은 저작권침해로 인하여 받은 이익을 모두 박탈하여 저작권자에게 되돌려 주기 위한 규정으로서 징벌적 요소를 포함하고 있는 것이라고 보는 견해도 있지만, 본래 영미법상 널리 인정되어 온 징벌적 배상이란 침해자의 고의나 사기 또는 폭행이 동반된 경우에 한해서 인정되는 것인데 반해서 우리 저작권법은 고의에 의한 저작권침해와 과실에 의한 저작권침해를 구분하지 않고 저작권침해의 모든 경우에 그러한 손해액 추정의 규정이 적용되는 것으로 하고 있기 때문에 과실에 의한 저작권침해의 경우에까지 징벌적 배상을 하도록 요구하는 것이라고 해석하기는 어렵고, 오직 저작권자가 자신의 저작권침해로 인해서 입게 된 실손해액을 입증하기가 곤란하다는 점을 고려해서 침해자의 이익액을 저작권자의 손해액으로 추정함으써 입증의 편의를 도모해 주기 위한 규정이라고 해석함이 타당하다.[46]

대법원 또한 저작권법 제125조 제1항과 같은 취지의 규정인 상표법 제110조 제3항(구 상표법 제67조 제2항)에 대하여 “상표법 제67조 제1항의 규정은 상표권자 등이 상표권 등의 침해로 인하여 입은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 손해의 액을 입증하는 것이 곤란한 점을 감안하여 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 상표권자 등이 입은 손해의 액으로 추정하는 것일 뿐이고, 상표권 등의 침해가 있는 경우에 그로 인한 손해의 발생까지를 추정하

44) 오승종, 저작권법, 박영사, 2020, 1600면
45) 김종철, “저작권침해에 대한 손해배상액산정에 관한 연구”, 계간 저작권, 2016(봄호), 33면
46) 정상조・박준석, 앞의 책 496면.

는 취지라고 볼 수 없으므로, 상표권자가 위 규정의 적용을 받기 위하여는 스스로 업으로 등록상표를 사용하고 있고 또한 그 상표권에 대한 침해행위에 의하여 실제로 영업상의 손해를 입은 것을 주장·입증할 필요가 있으나, 위 규정의 취지에 비추어 보면, 위와 같은 손해의 발생에 관한 주장·입증의 정도에 있어서는 손해 발생의 염려 내지 개연성의 존재를 주장·입증하는 것으로 족하다고 보아야 하고, 따라서 상표권자가 침해자와 동종의 영업을 하고 있는 것을 증명한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 상표권 침해에 의하여 영업상의 손해를 입었음이 사실상 추정된다고 볼 수 있다" 고 판시[47]하였고, 2001년 당시 저작권법 제125조 제1항과 같은 내용이었던 구 상표법 제67조 제2항과 저작권법 제125조 제2항과 같은 내용이었던 구 상표법 제67조 제3항, 저작권법 제126조와 같은 내용이었던 구 상표법 제67조 제5항의 입법취지에 대하여 같은 조 제1항 과 마찬가지로 불법행위에 기한 손해배상청구에 있어서 손해에 관한 피해자의 주장·입증책임을 경감하는 취지의 규정이고, 손해의 발생이 없는 것이 분명한 경우까지 침해자에게 손해배상의무를 인정하는 취지는 아니라 할 것이므로 상표권의 침해행위에도 불구하고 상표권자에게 손해의 발생이 없다는 점이 밝혀지면 침해자는 그 손해배상책임을 면할 수 있는 것으로 해석함이 상당하다." 고 판시[48]하였다. 판례도 저작권법 제125조 제1항의 입법취지에 대하여 지적재산권자의 주장·입증책임을 경감하기 위한 규정이라고 보고 있다고 볼 수 있다.[49]

## 2. 침해자 이익의 의미

저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익의 의미에 대하여 침해자가 침해로 얻은 매출액에서 제조원가를 뺀 금액을 의미한다는 총이익설, 침해자의 매출액에서 제조원가외에 해당 매출을 얻기 위한 비용전체, 즉 사무실 또는 공장 임차료, 직원 급여등 일반관리비도 공제한 금액이라는 순이익설, 침해행위만큼의 매출을 위해 추가 지출된 재료, 임금등 변동비용만 매출액에서 공제되고 침해행위가 없었더라도 지출되었을 차임등 고정비용은 매출액에서 공제되지 않는다는 한계이익설등의 대립이 있다.

47) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다43119판결
48) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003다62910 판결
49) 김종철, 앞의 논문, 33면

피해자의 입장에서는 만약 침해자의 침해행위가 없었더라면 얻을 수 있었을 재산상태가 바로 모든 비용을 공제한 순이익에 따라 산정될 것이며, 침해자의 입장에서는 침해물품을 생산, 판매하는 과정에서 소요된 비용이라는 점에서 변동비용과 일반관리비 등의 고정비용을 구분할 이유가 없다는 점에서 침해자의 매출액에서 모든 비용을 공제할 수 있다는 순이익설이 다수의 입장이다.[50]

대법원 판례는 1990년 당시 현행 저작권법 제125조 제1항과 동일하게 침해자 이익설을 규정한 구 상표법 제67조 제1항에 관한 판시에서 "상표권자가 상표법 제67조 제1항에 의하여 상표권을 침해한 자에 대하여 손해배상을 청구하는 경우에, 침해자가 받은 이익의 액은 침해제품의 총 판매액에 그 순이익률을 곱하거나 또는 그 제조판매수량에 그 제품 1개당 순이익액을 곱하는 등의 방법으로 산출함이 원칙이지만, 통상 상표권의 침해에 있어서 침해자는 상표권자와 동종의 영업을 영위하면서 한편으로 그 상표에 화체된 상표권자의 신용에 무상으로 편승하는 입장이어서, 위와 같은 신용을 획득하기 위하여 상표권자가 투여한 자본과 노력 등을 고려할 때, 특별한 사정이 없는 한 침해자의 위 순이익률은 상표권자의 해당 상표품 판매에 있어서의 순이익률보다는 작지 않다고 추인할 수 있으므로, 침해자의 판매액에 상표권자의 위 순이익률을 곱하는 방법으로도 침해자가 받은 이익의 액을 산출할 수 있고, 위와 같이 산출된 이익의 액은 침해자의 순이익액으로서, 그 중 상품의 품질, 기술, 의장, 상표 이외의 신용, 판매정책, 선전 등으로 인하여 상표의 사용과 무관하게 얻은 이익이 있다는 특별한 사정이 없는 이상 그것이 상표권자가 상표권 침해로 인하여 입은 손해액으로 추정된다고 보아야 한다." 고 판시하였는데, 이 판시에서 대법원이 일응 순이익이라는 표현을 사용하였으나 총 판매액에서 공제되는 비용의 구체적인 내용을 설시하지는 않았다.[51]

국민학교 교과서에 수록된 삽화에 대한 저작권침해가 문제된 사안에서 판례는 피고가 침해행위에 의하여 받은 이익은 저작권의 이용 그 자체가 아니라 침해자가 저작권을 이용한 결과로 얻은 구체적 이익을 의미하는데, 이는 매출액에서 매출원가

50) 김상중, 지적재산권침해로 인한 손해배상책임, 財産法硏究 제31권 제3호(2014, 11), 257면;정상조・박성수, 특허법 주해Ⅱ, 박영사, 2010, 227면~228면; 오승종, 앞의 책, 1603면;송영식 외 6인공저, 지적소유권법 하, 육법사, 2013, 2913면
51) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다43119판결

및 통상소요경비인 판매비 및 관리비를 공제한 영업이익을 기준으로 함이 상당하다고 판시하였고,[52] "편집저작권 침해로 인하여 피고들이 원고에게 배상하여야 할 손해액은 이 사건 침해저작물의 매출액에서 통상 소요되는 제작비와 인건비 등의 비용을 공제한 영업이익액에 위 침해저작물 중 원고의 저작부분이 차지하는 비율을 곱한 액수라고 봄이 상당하다"고 판시하였는데[53], 판례가 매출액에서 매출원가와 통상소요경비인 판매비 및 관리비, 즉 고정비용까지 공제한 점에서 순이익설의 입장이라고 볼 수 있다.[54]

그러나 대법원이 저작권법 제125조 제1항과 유사한 상표법 제67조 제2항에 관한 다른 판결에서 "상표법 제67조 제2항은 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 권리자가 받은 손해의 액으로 추정한다고 규정하고, 같은 조 제3항은 침해된 등록상표의 사용에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 권리자가 받은 손해의 액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 상표권자 혹은 전용사용권자로서는 침해자가 상표권 침해행위로 인하여 얻은 수익에서 상표권 침해로 인하여 추가로 들어간 비용을 공제한 금액, 즉 침해자의 이익액을 손해액으로 삼아 손해배상을 청구"할 수 있다고 판시[55]하였고,

의장권 등의 침해로 인한 손해액의 추정에 관한 "구 의장법(2004. 12. 31.법률 제7289호 디자인보호법으로 개정되기 전) 제64조 제1항 본문에서 말하는 단위수량당 이익액은 침해가 없었더라면 의장권자가 판매할 수 있었을 것으로 보이는 의장권자 제품의 단위당 판매가액에서 그 증가되는 제품의 판매를 위하여 추가로 지출하였을 것으로 보이는 제품 단위당 비용을 공제한 금액을 말한다"고 판시[56]하고 있으며, 순이익설은 권리자의 입장에서 비용을 이중으로 공제당하는 결과가 되어 부당하므로 일반 관리비등을 공제하지 않고 변동비만 공제하는 것이 타당하는 한계이익설이 유력하다.[57]

---

52) 서울민사지방법원 1992. 6. 5. 선고 91가합39509 제12부판결
53) 서울지방법원 1998. 5. 29. 선고 96가합48355판결
54) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 1205면(박성수 집필)
55) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다75002 판결
56) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다36830 판결
57) 이해완, 저작권법, 박영사, 2019, 1253면; 정상조・박성수 편, 특허법 주해(Ⅱ), 박영사, 2010, 229~231면(박성수집필); 김상중, 지적재산권 침해로 인한 손해배상책임, 재산법연구 제31권 제3호, 276

## 3. 법적 성격과 추정의 복멸

위 규정은 손해배상액 입증의 곤란함을 덜어주기 위하여 침해자가 얻은 이익액을 입증함으로써 이를 손해배상액으로 청구할 수 있도록 한 추정규정이며, 저작권자의 손해액이 침해자의 이익액으로 한정된다는 의미는 아니다.

이 규정의 추정의 법적 성질은 법률상의 사실추정으로서 그 추정의 전제 사실인 침해자의 이익액을 입증함으로써 그가 입은 실제의 손해액에 대한 입증이 없어도 그 이익액을 손해액으로 추정받게 되고, 침해자로서는 위 추정을 복멸하기 위해서는 반증이 아닌 본증으로 추정되는 사실, 즉 원고의 실제 손해액을 입증하게 하여야만 위 추정을 복멸할 수 있다.[58]

이에 대하여 이 규정은 사실상 추정으로 저작재산권자의 손해가 침해자의 이익에 비하여 적다는 적극적인 반증(간접반증)이 있으면 추정이 번복될 수 있다는 견해가 있으나,[59] 이 규정의 추정은 법률상의 추정중 법률상의 사실추정[60]이므로 이러한 추정의 복멸은 법관에게 의심을 품게 하는 정도의 반증이 아니라 법관을 확신시켜야 하는 본증에 의해 추정을 번복할 수 있다고 봄이 타당하다.[61]

저작권법 제125조 제1항의 법률상의 사실추정은 그 효과 주장자에 대하여는 증명주제의 선택권을 부여하는 것이며, 이를 복멸하고자 하는 상대방에게는 그 반대사실을 입증할 책임을 부담시킨다. 즉 권리자는 손해배상을 청구할 때 직접 침해행위와 인과관계가 있는 손해의 액을 증명할 수도 있고, 침해자의 이익액을 증명하여 이에 대신할 수도 있다. 이를 다투는 침해자는 침해행위에 의한 이익의 액의 증명을 진위불명의 상태로 몰고 가면 본 항의 추정을 면할 수 있는데 이는 추정의 복멸이 아니라 추정규정의 적용배제이고 이 경우 침해자가 내세우는 증거는 반증이다.

---

면

58) 강용석, 저작권침해와 손해배상의 범위, 계간 저작권(1998년 가을호), 16면.

59) 이해완, 저작권의 침해와 그 구제, 재판자료 제57집(1992), 법원행정처, 440면.

60) 박성호, 저작권법, 박영사, 2017, 752면.

61) 강신하, 저작권 침해로 인한 손해배상액 산정- 컴퓨터 프로그램 저작물을 중심으로-, 인권과 정의 472권(2018년 3월), 153~154면.

침해행위에 의한 이익의 액이 권리자에 의하여 증명된 경우에도 침해자는 침해행위와 인과관계가 있는 손해의 액의 부존재를 법관을 확신시킬 정도로 본증으로 증명하면 추정규정의 적용을 면할 수 있는데[62], 이것이 추정의 복멸이다.[63]

판례는 산악 관련 사진을 전문적으로 찍던 원고가 블로그에 산악사진을 업로드해 두었는데, 피고가 이를 임의로 다른 사진 3장과 함께 인쇄하고 피고의 상표를 부착한 티셔츠를 판매한 행위를 둘러싼 사건에서, 이 사건 원고의 입증에 의해 피고가 위 티셔츠 15,626장을 판매하여 약 1억 2천만원 상당의 이익을 얻었다는 사실이 드러났지만 법원은 "사진이 이 사건 티셔츠에 사용된 다른 사진들이나 이 사건 상표에 비하여 이 사건 티셔츠의 판매이익 증대나 판매력 향상에 크게 이바지하였음을 인정할 증거가 없는 이상, 피고가 이 사건 티셔츠를 판매하여 얻은 이익이 모두 이 사건 사진의 저작재산권을 침해하여 얻은 것이라고 볼 수는 없으므로, 저작권법 제125조 제1항에 의한 추정은 복멸되었고, 달리 이 사건 저작재산권의 침해로 인하여 원고가 입은 손해액을 산정할 자료가 없다"고 판단하였다.[64][65]

## 4. 추정의 복멸사유

손해의 발생이 저작권법 제125조 제1항의 추정규정을 적용하기 위한 전제조건이라고 한다면, 손해의 불발생이라는 주장은 부인이다. 한편 위 규정이 손해의 발생까지도 추정한다는 견해에 의하면 손해의 불발생은 추정복멸사유가 된다.

---

62) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다75002 판결에서 법원은 저작권법 제125조 제1항과 내용이 같은 구 상표법 제67조 제2항에 대하여, " 위 규정이 손해의 발생이 없는 것이 분명한 경우에까지 침해자에게 손해배상의무를 인정하는 취지는 아니므로, 침해자도 권리자가 동종의 영업에 종사하지 않는다는 등으로 손해의 발생이 있을 수 없다는 것을 주장·입증하여 손해배상책임을 면하거나 또는 적어도 그와 같은 금액을 얻을 수 없었음을 주장·입증하여 위 규정의 적용으로부터 벗어날 수 있다 "고 판시하면서, "원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고 회사가 닭고기를 공급하는 회사로서 업으로 통닭용 양념을 제조하여 판매한 바는 없고, 통닭용 양념의 공급선이나 판매망을 따로 갖춘 것도 아니며, 단지 양념 공급업 알선을 소극적으로 한 사실이 인정되므로 피고 주식회사 한국식품이 원고의 이 사건 등록상표권 또는 등록서비스표권을 침해하는 동종의 영업을 한다고 보기 어렵다고 보아, 피고 주식회사 한국식품의 이 사건 등록상표권 또는 등록서비스표권 침해에 관하여 상표법 제67조 제2항, 제3항을 적용하지 아니하였는바, 원심의 인정과 판단은 위 법리와 기록에 비추어 정당하고 거기에 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다."고 판시하였다.

63) 오승종, 앞의 책, 1602면.

64) 서울고등법원 2011. 7. 20. 선고 2010나85753판결.

65) 정상조·박준석, 앞의 책, 496면.

침해자가 얻은 판매이익은 항상 그 모두가 저작권의 침해만으로 인한 것은 아니며, 그 판매이익에 공헌하는 요인으로는 침해자의 자본, 영업능력, 선전광고, 제품의 품질, 제조기술, 상표, 디자인, 기업의 신용, 판매의 계열화등이 있다. 이러한 이익에 기여한 요인이나 경업관계에 있는 제3자의 존재 또는 권리자의 공급능력에는 한계가 있다는 사유등은 곧바로 추정복멸사유가 되는 것이 아닐, 그러한 요인이나 사유의 존재 때문에 권리자의 현실의 손해액이 추정액보다 적다는 것이 입증됨에 의하여 비로소 추정이 복멸된다.

이러한 추정복멸이 성공할 경우 침해자는 자신이 얻은 이익 중 일부만을 반환하고 나머지 이익은 그대로 취할 수 있게 된다. 이에 대하여는, 침해행위의 억제라는 목적론적 견지에서 침해자가 침해행위를 통하여 얻은 이익을 저작권자가 입은 손해액과 관계없이 전액 반환하게 하는 입법을 검토해보아야 한다는 견해[66]가 있다.[67]

## 5. 손해의 발생자체도 추정되는지 여부

위 규정의 법문이 침해자의 이익을 권리자의 '손해의 액으로 추정한다'고 규정하고 있는데, 이 규정이 손해의 발생까지고 추정하는지에 대하여 손해의 발생까지 추정하는 것은 아니라는 견해[68]와 위 규정이 저작재산권에 대한 보호규정임을 들어 손해의 발생까지 추정한다는 견해의 대립이 있다. 판례는 상표권침해사건에서 "상표권자가 위 규정의 적용을 받기 위해서는 그 상표권에 대한 침해행위에 의하여 실제로 영업상의 손해를 입은 것을 주장·입증할 필요가 있다고 판시하였다.[69] 다만 "상표법 제67조 제1항의 취지에 비추어 보면, 손해의 발생에 관한 주장·입증의 정도에 있어서는 손해 발생의 염려 내지 개연성의 존재를 주장·입증하는 것으로 족하다"고 하여 상당히 완화된 입장을 보이고 있다.[70]

생각건대 이 조항은 저작재산권자의 손해액에 대한 입증책임을 경감해 주어서 손

66) 정재훈, 저작권침해에 대한 손해배상-입법론을 중심으로-, 법조(1997년 3월)통권 제486호, 99면.
67) 오승종, 앞의 책, 1602~1603면.
68) 정재훈, 앞의 논문, 99면.
69) 대법원1997. 9. 12. 선고 96다43119판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다22722판결등
70) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다43119판결.

해배상청구권행사를 용이하게 하기 위한 규정이고, 손해의 발생이 없다면 손해액의 입증을 경감해 줄 필요도 없다는 점에서 손해의 발생은 저작재산권자가 입증하여야 함이 타당하다.[71]

## 6. 저작권자의 침해자의 이익에 대한 입증책임

저작권자가 저작권법 제125조 제1항에 근거하여 침해자의 이익액을 손해배상액으로 주장할 경우 그 침해자의 이익액을 피해자인 저작권자가 입증하여야 한다. 그런데 위 규정은 추정규정이므로 침해자가 권리자의 권리침해로 인하여 입은 손해가 침해자의 이익에 비하여 적다는 것을 입증하면 추정이 번복될 수 있다.[72]

저작권자 입장에서는 해당 침해물품 생산에 대한 제조원가, 관리비등의 자료를 확보하기가 어렵기 때문에 침해자의 판매총액에 권리자의 순이익률을 곱하여 저작권법 제125조 제1항의 침해자가 받은 이익을 입증하면 족하고 이에 침해자가 그 반대사실인 제조원가, 관리비용, 판매정책이나 선전등 침해자 자신의 기여사실을 입증하면 감액된다.[73]

다만 저작권자의 입장에서는 침해자의 이익액을 증명하는 것이 용이하지 않다. 따라서 피해자인 저작권자는 저작권법 제129조의2[74]의 정보의 제공에 관한 제도를 적

71) 신헌석, 저작재산권침해와 저작권법상 손해배상액 산정, 사법 1권 16호(2011년), 사법발전재단, 125~126면.
72) 이해완, 저작권법, 박영사, 2019, 1252~1254면
73) 정상조・박준석, 지식재산권법, 홍문사, 2020, 496~497면
74) 저작권법 제129조의2(정보의 제공)
① 법원은 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청에 따라 증거를 수집하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 다른 당사자에 대하여 그가 보유하고 있거나 알고 있는 다음 각 호의 정보를 제공하도록 명할 수 있다.
1. 침해 행위나 불법복제물의 생산 및 유통에 관련된 자를 특정할 수 있는 정보
2. 불법복제물의 생산 및 유통 경로에 관한 정보
② 제1항에도 불구하고 다른 당사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보의 제공을 거부할 수 있다.
1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자가 공소 제기되거나 유죄판결을 받을 우려가 있는 경우
가. 다른 당사자
나. 다른 당사자의 친족이거나 친족 관계가 있었던 자
다. 다른 당사자의 후견인
2. 영업비밀(부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률) 제2조제2호의 영업비밀을 말한다. 이하 같다) 또는 사생활을 보호하기 위한 경우이거나 그 밖에 정보의 제공을 거부할 수 있는 정당한 사유가 있는 경우
③ 다른 당사자가 정당한 이유 없이 정보제공 명령에 따르지 아니한 경우에는 법원은 정보에 관한 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

극 활용할 필요가 있다. 또한 침해자의 이익액이 손해액으로 제대로 기능을 발휘하도록 하기 위해서는 미국 저작권법에서 실손해 및 침해자의 이익을 청구할 수 있도록 하면서, 침해자의 이익을 증명함에 있어서는 침해자의 총수익만 증명하면 충분한 것으로 하고 있고[75]따라서 총수익에서 공제할 비용 등을 증명할 책임이 침해자에게 있게 되는데, 이러한 부분을 고려하자는 견해가 있다.[76]

## 7. 판례의 구체적인 손해배상액 판시

### 가. 침해자가 받은 이익의 산출방식

대법원은 현행 저작권법 제125조 제1항과 동일하게 침해자 이익설을 규정한 구 상표법 제67조 제1항에 관한 판시에서 "침해자가 받은 이익의 액은 침해 제품의 총판매액에 그 순이익률을 곱하거나 또는 그 제조판매수량에 그 제품 1개당 순이익액을 곱하는 등의 방법으로 산출함이 원칙이지만, 통상 상표권의 침해에 있어서 침해자는 상표권자와 동종의 영업을 영위하면서 한편으로 그 상표에 화체된 상표권자의 신용에 무상으로 편승하는 입장이어서, 위와 같은 신용을 획득하기 위하여 상표권자가 투여한 자본과 노력 등을 고려할 때, 특별한 사정이 없는 한 침해자의 위 순이익률은 상표권자의 해당 상표품 판매에 있어서의 순이익률보다는 작지 않다고 추인할 수 있으므로, 침해자의 판매액에 상표권자의 위 순이익률을 곱하는 방법으로도 침해자가 받은 이익의 액을 산출할 수 있고, 위와 같이 산출된 이익의 액은 침해자의 순이익액으로서, 그 중 상품의 품질, 기술, 의장, 상표 이외의 신용, 판매정책, 선전 등으로 인하여 상표의 사용과 무관하게 얻은 이익이 있다는 특별한 사정이 없는 이상 그것이 상표권자가 상표권 침해로 인하여 입은 손해액으로 추정된다고 보아야 한다." 고 하였다.[77]

---

④ 법원은 제2항제2호에 규정된 정당한 사유가 있는지를 판단하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 다른 당사자에게 정보를 제공하도록 요구할 수 있다. 이 경우 정당한 사유가 있는지를 판단하기 위하여 정보제공을 신청한 당사자 또는 그의 대리인의 의견을 특별히 들을 필요가 있는 경우 외에는 누구에게도 그 제공된 정보를 공개하여서는 아니 된다.

75) 미국 저작권법 § 504(a), (b)

76) 송영식 외 6 공저, 지적소유권법(하), 육법사, 2013, 779면.

77) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다43119판결

즉 ① 저작권을 침해하여 생산한 상품의 매출액×침해자의 순이익률, ② 저작권을 침해하여 생산한 상품 1개당 순이익률×해당 상품의 판매수량, ③ 저작권을 침해하여 생산한 상품의 매출액×저작권자의 순이익률 중 하나가 저작권법 제125조 제1항의 손해액으로 추정될 수 있다.

판례는 피고가 편집저작물인 초등학교 교과서에 수록된 삽화의 저작권자인 원고의 허락없이 피고가 이를 표준전과에 사용하고 원고의 성명을 표시하지 아니하여 원고의 저작권을 침해한 사안에서,

“피고가 침해행위에 의하여 받은 이익은 저작권의 이용 그 자체가 아니라 침해자가 저작권을 이용한 결과로 얻은 구체적 이익을 의미하는데, 이는 매출액에서 매출원가 및 통상소요경비인 판매비 및 관리비를 공제한 영업이익을 기준으로 함이 상당한 점, 동 법 제93조 제3항은 손해액의 입증의 곤란을 구제하기 위한 규정이라는 점, 손해를 입은 자는 그가 실제로 입은 손해액 이상을 전보받을 수 없다는 손해배상의 일반원칙 및 형평의 원칙 등에 비추어 볼 때, 위 저작권법 제93조 제2항, 제3항의 규정은 저작권의 침해를 당한 자는 침해자가 얻은 이익 또는 권리(저작권)의 행사로 인하여 통상 얻을 수 있는 이익을 선택적으로 구할 수 있다고 규정한 취지” 라고 판시하면서,

피고가 발행한 표준전과의 각 제품수불부 표지 및 내용, 각 계산명세서, 연도별 손익계산서와 출판계약서등을 종합고려하여 피고의 표준전과 총매출액을 각 년도별로 산정한 후, 각 년도별 총 원가 매출액에서 비용, 원가를 공제한 매출총이익을 산정한 다음, 그 매출총이익에서 판매비 및 관리비를 공제한 영업이익을 산정한 후,

원고가 구하는 1989년, 1990년, 1991년 3년간 원고가 입은 손해는 피고의 위 3년간의 영업이익에다가 표준전과 중에서 원고의 삽화가 차지하는 비율을 곱한 액수가 저작권법 제125조 제1항의 피해자의 이익금액이라고 판시하였다.

한편 대법원은 위 판결에서 원고가 그의 삽화가 전대됨으로써 통상 얻을 수 있는 금액도 산정하였는데, 이 통상손해는 원고가 지급받은 삽화료의 30퍼센트인 금

400,000원(금 1,200,000원× 30/100) 또는 정가에 판매부수를 곱한 액(총매출액)에 위 표준전과에서 원고의 삽화가 차지하는 비율인 1/15에 상응하는 비율인 0.04×2/15 (삽화가 차지하는 비율이 전면의 1/2일 경우 총매출액의 0.04×2/15가 된다)을 곱한 금310,781원{금58,638,045원(금26,959,200원+금18,596,925원+금13,081,920원)×0.04×2/15}으로 산정되었다.

이에 대법원은 저작권법 제125조 제1항에 의한 피해자의 이익액인 649,505원이 저작권법 제125조 제2항에 의한 원고가 통상 얻을 수 있는 금액인 310,781원보다 더 큰 사실을 두고 "원고는 통상 얻을 수 있는 금액보다 더 많은 손해를 입었으므로 피고는 원고에게 그 손해금 649,505원 및 이에 대하여 불법행위일 이후로서 원고가 구하는 이 사건 소장 송달 다음 날임이 기록상 명백한 1991.6.1.부터 이 판결선고일인 1992.6.5.까지는 민법 소정의 연 5푼의, 그 다음 날부터 완제일까지는 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 2할 5푼의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다"고 판시하였다.

## 나. 침해자의 기여부분의 공제

판례는 침해자의 판매이익에 침해된 당해 저작권뿐만 아니라, 침해자 자신의 지명도, 자본, 신용, 선전광고, 영업능력 등 여러 가지 다른 요인이 반영된 경우에는 그에 상응하는 부분을 이익액에서 공제하고 있다. 따라서 침해품의 판매 이익 중에서 당해 저작권의 기여도(기여율)를 곱한 금액이 저작권법 제125조 제1항에 의하여 저작권자가 받은 손해액으로 추정되게 된다.

대법원은 "구 저작권법 제93조 제2항(현행 저작권법 제125조 제1항)은 저작재산권자가 고의 또는 과실로 그 권리를 침해한 자에 대하여 손해배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 침해행위에 의하여 이익을 받았을 때에는 그 이익액을 저작재산권자가 입은 손해액으로 추정하도록 규정하고 있는바, 물건의 일부가 저작재산권의 침해에 관계된 경우에 있어서는 침해자가 그 물건을 제작·판매함으로써 얻은 전체 이익에 대한 당해 저작재산권의 침해행위에 관계된 부분의 기여율(기여도)을 산정하여 그에 따라 침해행위에 의한 이익액을 산출하여야 할 것이고, 그러한 기여

율은 침해자가 얻은 전체 이익에 대한 저작재산권의 침해에 관계된 부분의 불가결성, 중요성, 가격비율, 양적 비율등을 참작하여 종합적으로 평가할 수밖에 없다”고 판시하고 있다. 그리하여 “피고 등이 원고가 작곡한 이 사건 곡을 타이틀 곡으로 한 음반을 제작·판매함에 있어서 이 사건 곡이 80년대 초반의 인기곡이었다는 사정 이외에 가수의 인기도와 위 음반에 대한 홍보 등도 상당한 영향을 미친 사정 등을 고려하여 피고 등이 위 음반을 제작·판매하여 얻은 이익에 대한 이 사건 곡의 기여도는 30%로 봄이 상당하다”고 판시하였다.[78]

다만, 당해 저작권의 기여율에 관한 입증자료는 대부분 침해자인 피고가 보유하고 있을 것이므로 권리자로서는 저작권침해로 인하여 침해자가 얻은 이익 전액을 주장·입증하면 족하고, 침해자는 저작권이외에 판매이익을 가져온 기타 요인을 주장·입증함으로써 당해 저작권의 기여율을 낮출 수 있다.[79]

그리고 복제의 비율이나 이익에의 기여도에 관한 판단이 자의적인 손해액 산정의 편법으로 악용될 수 있는 위험도 있기 때문에 그 주장은 침해자의 반증에 의해서 충분히 뒷받침된 경우에 한정해서 받아들여져야 할 것이다.[80]

## 제2절 저작권법 제125조 제2항

### 1. 법적 성격

저작권법 제125조 제1항이 “그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다.”고 규정하고 있는 것과 달리, 저작권법 제125조 제2항은 “저작재산권자등이 고의 또는 과실로 그 권리를 침해한 자에게 그 침해행위로 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상응하는 액을 저작재산권자등이 받은

78) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2002다18244판결
79) 오승종, 앞의 책, 1605면
80) 정상조·박준석, 앞의 책, 499면.

손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.” 고 규정하고 있다.

이 규정의 법적 성격에 관하여 손해액 계산규정설과 손해 발생의제설의 대립이 있다. 손해액계산규정설은 저작권법 제125조 제2항도 제1항과 마찬가지로 손해액의 계산에 관한 규정이며 손해의 발생을 전제로 하여 사용료 상당액을 최저한도의 손해액으로 법정한 것이라고 보고 손해액 자체가 법정되어 있기 때문에 손해의 발생을 요건사실로 주장할 필요가 없고 저작권침해 및 사용료 상당액만 주장·입증하면 족하며 손해가 발생하지 않았다는 것이 항변사유가 된다고 한다. 이에 비하여 손해발생의제설은 저작권침해의 경우 손해액의 증명이 곤란한 것을 감안하여 저작권의 침해행위가 있으면 항상 최저한도 사용료 상당액의 손해가 발생하고 있는 것으로 간주하는 규정이라는 입장이다. 어느 설에 의하더라도 권리자가 침해사실과 사용료 상당액만을 입증하면 최소한 사용료 상당액을 손해로 배상받을 수 있는 점에서는 같으나, 권리자에게 손해가 발생하지 않았다는 사실을 항변으로 내세울 수 있는지에 관하여 차이가 있다.

손해액계산규정설과 손해발생의제설은 일본 특허법 제102조 제2항의 해석을 둘러싸고 나온 해석론들인데, 일본 특허법 제102조 제2항은 “특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실에 의하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 특허발명의 실시에 대하여 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 금전을 자기가 받은 손해의 액으로서 그 배상을 청구할 수 있다” 고 규정하고 있다. 그러나 우리 저작권법 제125조 제2항은 “저작재산권자등이 고의 또는 과실에 의하여 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에” 라고 달리 규정하고 있다. 따라서 일본 특허법 아래에서는 손해의 발생이 적용 전제요건이 아니라는 해석이 가능할지 모르나, 우리 저작권법은 받은 손해의 배상이라고 명시하고 있으므로 손해의 발생을 전제로 하고 있다고 해석하는 것이 타당할 것으로 보이므로 손해액계산규정설이 타당하다.[81]

또한 저작권법 제125조 제2항의 법적 성격에 대하여 반증이 허용되는 추정규정으로 볼 것인지, 반증이 허용되지 않는 간주규정으로 볼 것인지에 대한 학설의 대립

81) 오승종, 앞의 책, 1606~1607면.

이 있다.

대법원은 현행 저작권법 제125조 제2항과 동일한 내용으로 규정되어 있는 구 상표법(2001. 2. 3. 법률 제6414호로 개정되기 전의 것) 제67조 제2항에 대하여 "제67조 제2항은 같은 조 제1항과 마찬가지로 불법행위에 기한 손해배상청구에 있어서 손해에 관한 피해자의 주장·입증책임을 경감하는 취지의 규정이고 손해의 발생이 없는 것이 분명한 경우까지 침해자에게 손해배상의무를 인정하는 취지는 아니라 할 것이므로, 같은 법 제67조 제2항의 규정에 의하여 상표권자 등이 상표권등을 침해한 자에 대하여 침해에 의하여 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 상표권자등은 손해의 발생사실에 관하여 구체적으로 주장·입증할 필요는 없고, 권리침해의 사실과 통상 받을 수 있는 금액을 주장·입증하면 족하다고 할 것이지만, 침해자도 손해의 발생이 있을 수 없다는 것을 주장·입증하여 손해배상책임을 면할 수 있는 것"이라고 판시하였는바 추정규정설의 입장에 있다.[82]

그리고 저작권법 제125조 제2항의 성질과 관련하여, 이 규정이 일실이익의 배상을 전제로 한 규정이라고 본다면, 침해자가 본래 허락을 얻어 이용을 하였을 경우에 권리자에게 지불하였을 이익(일실사용료이익)을 전보하기 위한 것이라고 할 것이지만, 기본적으로 침해자측의 감액주장을 허용하지 않음으로써 권리자에게 안정적으로 최저한의 손해배상액을 확보케 하려는 점에 그 취지가 있다는 점에 비추어 보면, 통상 받을 수 있는 금액이 일실이익과 반드시 일치하지 않는 경우도 있을 수 있고, 따라서 실제의 일실사용료이익이 이 규정에 의한 금액보다 적은 경우라 하더라도 이 규정에 의한 금액을 보전해 준다는 점에서 이 규정은 민법상 손해배상에 관한 규정의 특칙으로서의 의미가 있다. 권리자는 자기가 얼마만큼의 손해를 받았는가에 관계없이, 다른 특별한 입증을 할 필요도 없이 통상의 사용료를 입증하여 손해배상액으로 청구할 수 있는 금액을 정하고 있는 것이며, 권리자가 통상의 사용료를 입증하여 청구하면 침해자는 특별한 사유가 없는 한 이를 지급하여야 할 의무를 부담한다. 이 규정의 실익은 권리자가 실제로 입은 손해가 얼마이든지 관계없이 통상의 사용료를 청구할 수 있다는 것이며, 권리자측에게 과실이 있다고 하더라도 감액이 허용되지 않는다는 점이다.[83]

82) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 1223~1227면(박성수 집필)

## 2. 통상 받을 수 있는 금액의 의미와 산정기준

저작권법 제125조 제2항의 통상 받을 수 있는 금액의 의미에 대하여, 판례는 "침해자가 저작물의 사용허락을 받았더라면 사용대가로서 지급하였을 객관적으로 상당한 금액"이라고 판시하면서, "저작권자가 당해 저작물에 관하여 사용계약을 체결하거나 사용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일응 그 업계에서 일반화되어 있는 사용료를 저작권 침해로 인한 손해액 산정에 있어서 한 기준으로 삼을 수 있겠지만, 저작권자가 침해행위와 유사한 형태의 저작물 사용과 관련하여 저작물사용계약을 맺고 사용료를 받은 사례가 있는 경우라면, 그 사용료가 특별히 예외적인 사정이 있어 이례적으로 높게 책정된 것이라거나 저작권 침해로 인한 손해배상청구 소송에 영향을 미치기 위하여 상대방과 통모하여 비정상적으로 고액으로 정한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 사용계약에서 정해진 사용료를 저작권자가 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액으로 보아 이를 기준으로 손해액을 산정함이 상당하다"고 판시하고 있다.[84]

## 3. 통상 받을 수 있는 금액에 대한 입증책임

저작권법 제125조 제2항의 법적성질에 대하여 판례의 추정규정설을 따를 때, 피해자인 저작권자가 통상 받을 수 있는 금액에 대한 입증책임이 있고, 침해자인 피고가 해당 금액이 비정상적으로 고액으로 정한 것이라거나 제3자의 이용료계약의 유추적용이 현저하게 불합리하다거나 그 사용료가 특별히 예외적인 사정이 있어 이례적으로 높게 책정된 것이라거나 저작권침해로 인한 손해배상청구 소송에 영향을 미치기 위하여 상대방과 통모하여 비정상적으로 고액으로 정한 것이라는 등의 특별한 사정에 대한 입증책임이 있다.

## 4. 판례의 구체적인 손해배상액 판시

83) 오승종, 앞의 책, 1606~1607면.
84) 대법원 2001. 11. 30. 선고 99다69631판결

### 가. 저작권자가 과거 유사한 형태의 이용허락계약을 맺은 적이 있는 경우

저작권 위탁관리업자인 원고가 사용허락을 받지 않고 이 사건 각 저작물을 복제하여 컴퓨터영상 가요반주기에 수록한 뒤 반주기들을 제조·판매한 피고를 대상으로 저작권 침해소송을 제기한 사안에서, 대법원은 "저작권자가 당해 저작물에 관하여 사용계약을 체결하거나 사용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일응 그 업계에서 일반화되어 있는 사용료를 저작권 침해로 인한 손해액 산정에 있어서 한기준으로 삼을 수 있겠지만, 저작권자가 침해행위와 유사한 형태의 저작물 사용과 관련하여 저작물사용계약을 맺고 사용료를 받은 사례가 있는 경우라면, 그 사용료가 특별히 예외적인 사정이있어 이례적으로 높게 책정된 것이라거나 저작권 침해로 인한 손해배상청구 소송에 영향을 미치기 위하여 상대방과 통모하여 비정상적으로 고액으로 정한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 사용계약에서 정해진 사용료를 저작권자가 그 권리의 행사로통상 얻을 수 있는 금액으로 보아 이를 기준으로 손해액을 산정함이 상당하다."고 판시하며, 원고의 주장대로 '실시료 상당손해액 조항'을 적용하여 손해액을 산정하되, 그 통상적 실시료율에 관해 원고가 주장한 자신 및 저작권 위탁관리업을 하는 K의 과거 실시료율 대신 사단법인 한국음악저작권협회의 실시료율을 적용한 원심파기를 파기하였다.

이 판례는 손해액 산정을 위한 '통상적으로 받을 수 있는 객관적으로 상당한 액' 결정을 위해 사용되는 준거값으로 업계 통상의 실시료와 원고의 계약 실시료 중 어느 쪽이 우선되어야 하는지를 설시한 판례라는 점에서 의의가 있다.[85]

### 나. 저작권자인 피해자와 제3자 사이의 저작물 이용허락계약이 존재하는 경우

85) 최지선, 앞의 논문, 175~176면.

저작권법 제125조 제2항과 거의 동일한 특허법 제128조 제3항에 관한 판례에서 대법원은 "특허법 제128조 제3항에 의하여 특허발명의 실시에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 결정함에 있어서는, 특허발명의 객관적인 기술적 가치, 당해 특허발명에 대한 제3자와의 실시계약내용, 당해 침해자와의 과거의 실시계약내용, 당해 기술분야에서 같은 종류의 특허발명이 얻을 수 있는 실시료, 특허발명의 잔여 보호기간, 특허권자의 특허발명 이용 형태, 특허발명과 유사한 대체기술의 존재 여부, 침해자가 특허침해로 얻은 이익 등 변론종결시까지 변론과정에서 나타난 여러 가지 사정을 모두 고려하여 객관적, 합리적인 금액으로 결정하여야 하며, 특히 당해 특허발명에 대하여 특허권자가 제3자와 사이에 특허권 실시계약을 매고 실시료를 받은 바 있다면 그 계약내용을 침해자에게도 유추 적용하는 것이 현저하게 불합리하다는 특별한 사정이 없는 한 그 실시계약에서 정한 실시료를 참작하여 위 금액을 산정하여야 하며, 그 유추 적용이 현저하게 불합리하다는 사정에 대한 입증책임은 그러한 사정을 주장하는 자에게 있다" 고 판시하였고,[86]

노래연습장을 운영하는 피고가 원고의 승낙을 받지 않고 원고가 신탁받아 관리하는 음악저작물이 녹음된 음반을 재생하는 방법으로 무단히 공중에게 공개하여 음악저작권자들의 공중권을 침해한 사안에서 법원은 "문화체육부장관의 승인을 얻어 시행하고 있는 원고의 저작물 사용료 규정을 보면, 노래연습장에서 사용되는 음악저작물의 사용료는 연주기계 1대당 월 금 5,000원으로 되어 있는 사실, 국내의 다른 노래연습장 경영자들의 대부분은 위 규정에서 정한 노래사용료를 원고에게 지급해 오고 있는 사실을 인정할 수 있고 반증없으므로, 피고는 원고에게 노래사용료를 지급함이 없이 음악저작물을 공연함으로써, 적어도 위 사용료 규정에 정해진 금액상당의 이득을 취하였다고 할 것이고, 그로 인해 원고는 위 금액 상당의 손해를 입은 것으로 추정할 것이다" 라고 판시하였다.[87]

### 다. 당해 산업분야에서 통상적으로 합리적이라고 인정되거나 관행적으로 인정되는 이용료율이 존재하는 경우

86) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006호 판결
87) 서울민사지방법원 1994. 6. 17 선고 93나42701 판결

법원은 “원고가 다음에서 보는 협회의 회원이 아니긴 하나, 이 법원의 사단법인 한국음악저작권협회에 대한 사실조회 회보에 의하면 … 문화공보부장관의 승인을 받아 위 협회가 제정한 음악저작물 사용료 규정 및 음악저작물 사용료 분배규정을 원고가 위 협회의 회원임을 전제로 하여 이를 적용하여 본다면, … 원고가 위 가요 ‘고독’을 위 가요드라마의 주제음악 및 배경음악으로 방영된 경우 받을 수 있는 방송사용료는 금 9,792원(72점×136원)정도라는 것인바, 위 가요사용료에 관하여 아무런 다른 증거가 없는 본건에 있어서 회원인 경우 분배되는 위 사용료가 비회원인 경우에도 일응 그대로 적용된다고 봄이 상당하다 할 것이어서, 이에 따르면 피고는 원고에게 위 가요의 무단방영에 따른 사용료로 금 9,792원을 지급하여야 할 의무가 있다.” 판시하면서 한국음악저작권협회 음악저작물 사용료 분배규정에 따라 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료를 산정하였다.[88]

## 5. 증거방법의 활용

저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료가 될 수 있는 관련 업계에 대한 자료는 각종 기관이나 사회단체 등에 사실조회를 통하여 증거방법으로 활용할 수 있다. 저작권위탁관리단체인 한국 음악저작권협회가 주무부처의 승인을 받아 제정한 음악저작물사용료규정에 의한 사용료에 대한 유력한 판단자료가 되고, 한국문예학술저작권협회가 회원들로부터 저작권을 신탁받아 관리하고 있는 소설들에 대하여 출판사들과 출판계약을 체결하면서 원고지 1매당 받은 이용료도 이에 해당한다.

저작권법 제125조 제2항에 의한 손해액 산정은 입증의 간편함 때문에 실무에서 가장 많이 활용되고 있으나, 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료는 법이 손해액의 최저한도로 인정한 것일 뿐 권리자의 실제 손해액이나 침해자의 실제 이익에 미치지 못하는 경우가 많다.[89]

## 6. 저작권법 제125조 제1항과 제2항의 관계

88) 서울남부지방법원 1989. 12. 8. 선고 88가합2442판결 ; 오승종, 앞의 책, 1611면, 각주78)
89) 오승종, 앞의 책, 1611면.

2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정된 저작권법 이전의 구 저작권법 제93조에서는 제2항에서 ”권리를 침해한 자가 침해행위에 의하여 이익을 받았을 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자 등이 입은 손해액으로 추정한다”라고 규정하고 있었고, 제3항에서 “저작재산권자 등은 제2항의 규정에 의한 손해액 외에 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있었기 때문에 구법 제2항과 제3항의 금액 중 어느 하나를 선택적으로 청구할 수 있는지 여부에 대립이 있었다.

당시 대법원 판례는 이에 대하여 “제2항에 의한 금액과 제3항에 의한 금액 중 더 많은 금액을 한도로 하여 선택적으로 또는 중첩적으로 손해배상을 청구할 수 있다”고 보아왔다.[90]

반면에 당시 학설의 우세적인 견해는 구법 제93조 제2항과 제3항의 금액 중 어느 하나를 선택적으로 청구할 수 있는 것으로 해석하였다.

그러나 2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정이후 현행법 제125조 1항에 해당하는 구법 제93조 제3항의 “제2항의 규정에 의한 손해액 외에”라는 표현이 삭제되었으므로 저작권법 제125조 1항의 침해자이익액과 저작권법 제125조 제2항의 이용료상당액을 선택적으로 청구할 수 있고 중첩적으로 청구할 수는 없다고 봄이 타당하다.[91]

## 제3절 저작권법 제126조

### 1. 입법취지 및 입법연혁

저작권법 제126조는 “법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제125조의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정은 저작권법 제125

90) 대법원 1996. 6. 11. 선고95다49639판결[공1996, 2121]
91) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 1222~1223면(박성수 집필)

조에 의하여도 손해액의 입증이 어려울 경우 저작권 침해에 대한 손해액을 법관의 재량에 의하여 산정할 수 있도록 규정함으로써 저작권보호의 공백을 방지하기 위한 조항이다.

한국의 지적재산권 법제에 저작권법 제126조와 같은 재량에 의한 상당한 손해액 인정규정이 처음 도입된 것은 1998년 개정된 구 컴퓨터 프로그램 보호법에서였다. 종전까지 '손해액 추정조항' 과 '통상의 실시료 인정조항' 만 구비하고 있던 동법 제27조에 새로 제5항으로 "법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제3항 및 제4항의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다." 가 추가 규정되었고 2000년 컴퓨터 프로그램 전부 개정때 동법 제32조 제5항이 되었다.

이후 2001. 2. 3.에 특허법 제128조에 새로 제5항으로 "법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에 있어서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항 내지 제4항의 규정에 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다." 는 재량에 의한 상당한 손해액 인정조항이 추가규정되었고,[92] 특허법의 동 조항을 실용신안법 제30조 및 구 종자산업법 제86조 제2항, 구 의장법제64조 제5항 각각 준용하였다. 또한 상표법 제67조 제5항에서 새로이 "법원은 상표권 또는 전용사용권의 침해행위에 관한 소송에 있어서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항 내지 제4항의 규정에 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다" 라고 추가 규정하였고, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하, '부정경쟁방지법' ) 제14조의2에도 새로이 제5항에 "법원은 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위에 관한 소송에 있어서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한

92) 2021년 현재는 특허법 제128조 제7항에 "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." 로 규정되어 있다.

경우에는 제1항 내지 제4항의 규정에 불구하고 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다”고 추가 규정[93]되면서 우리 산업재산권법 전반에도 ‘상당한 손해액 인정조항’이 도입되었다. 또한 2009. 6. 9. 개정된 구 농산물품질관리법(현행 농수산물품질관리법) 제8조의5에서도 ‘상당한 손해액 인정조항’에 관한 특허법 제128조 제5항을 준용하였다.

처음 저작권법이 제정된 1957년에는 “민법 기타의 법령을 적용한다.”라고만 규정[94] 하고 있다가 점점 저작권자의 손해액 산정의 증명 곤란을 완화할 수 있는 방향으로 발전되어왔다.[95]원래 구 저작권법 94조에서는 저작재산권자의 허락 없이 저작물을 복제한 때에 그 부정복제물의 부수등을 산정하기 어려운 경우에 출판물의 경우에는 5,000부, 음반의 경우에는 10,000매로 추정한다는 규정을 두고 있었다. 이 규정에 대하여는 부수 추정치가 너무 높아 비현실적이며 외국에서는 이미 오래 전에 이런 규정이 폐지되었다는 등의 비판이 있었으나 저작권침해로 인한 손해액의 입증의 곤란한 경우가 많은 현실에서 저작권자의 권리구제에 도움이 된다는 이유로 계속 존치되고 있었다. 그런 와중에 지적재산권 전반에 위 상당한 손해배상규정이 도입되면서 위와 같은 다른 법률의 개정취지에 맞추어 유사한 규정을 도입하는 것이 저작권자등의 권리 보호의 측면 뿐만 아니라 다른 법률과의 균형을 이룬다는 측면에서 타당하다는 관점에서 저작권법에서도 2003년 개정으로 위 제94조의 내용을 그와 전혀 다른 ‘상당한 손해액 인정조항’으로 교체하였고[96] 이후 2006. 12. 28. 저작권법 전부개정으로 인하여 위 조항은 제126조로 위치가 변경되었다.

## 2. 입법의 경위

이러한 지적재산권법 전반에 저작권법 제126조와 같은 법원의 재량에 의한 상당한

93) 현재의 부정경쟁방지법 제14조의2 ⑤ 법원은 부정경쟁행위, 제3조의2 제1항이나 제2항을 위반한 행위 또는 영업비밀 침해행위에 관한 소송에서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항부터 제4항까지의 규정에도 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

94) 저작권법 [시행 1957. 1. 28.] [법률 제432호, 1957. 1. 28., 제정] 제62조(민법 기타 법령의 준용) 저작권을 침해한 행위에 대하여서는 본법에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 민법기타의 법령을 적용한다.

95) 박창준, 앞의 논문, 40면

96) 오승종, 앞의 책, 1613면

손해배상액 인정조항의 입법은 그보다 앞선 시기에 1999년 일본 특허법이 개정되면서 제102조 안에 존재하고 있던 '손해액 추정조항' 등과 '통상의 실시료 인정조항'에 추가하여 별도 조문인 제105조의3으로 '상당한 손해액 인정조항'을 신설하는등 일본 지적재산권 법률들의 손해배상관련 손해액 추정조항과 통상 실시료 인정조항에 추가하는 방식으로 상당한 손해액 인정조항이 각각 신설된 입법동향에 영향을 받은 것으로 보인다.

또한 일본의 위와 같은 지적재산권 법률들에서의 '상당한 손해액 인정조항' 신설은 1996년 일본 민사소송법 제248조에서 "손해가 발생한 것이 인정되는 경우이지만 손해의 성질상 그 손해액을 증명하는 것이 극히 곤란한 때에는, 법원은 구술변론의 전취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다."[97] 라고 규정하여 널리 민사사건 전반에서 입증 곤란시 상당한 손해액의 인정이 가능하도록 명문으로 허용한 것에 영향을 받았다. 이러한 점은 우리나라의 경우 2016년에 민사소송법 제202조의2를 신설하기 이전에 이미 지적재산권 법률전반에서 법원의 재량에 의한 상당한 손해배상인정규정이 있었던 것과 차이가 있다.

## 3. 법적 성격

한국의 민사소송에서 법관의 주요사실의 인정은 ① 증거에 의해 ② 증명하여야 한다는 원칙에 매우 충실하였다는 점에 비추어 볼 때 2016년 민사소송법 제202조의2가 신설되기도 전에 저작권법 제126조등 지적재산권법률 전반에서 법관의 재량에 의한 손해배상인정규정을 둔 것은 위 원칙에 대한 큰 예외라고 볼 수 있다. ①과 관련하여 과연 증거조사의 결과에 의하지 아니하고 '변론 전체의취지'만으로 사실을 인정할 수 있는지에 관하여, 독립적 증거원인설을 취하고 있는 일본, 독일과 달리 한국에서는 부정적 입장인 보충적 증거원인설이 다수설과 판례의 입장이었고, 그런 상황에서 ②와 관련하여 입증이 곤란한 결과 아직 증명 수준에 이르지 아니하였음에도 상당한 손해액을 인정한다는 것은 한국의 민사소송이 지켜왔던 위 대원칙을 일정 범위 내에서 벗어난 것이라는 큰 의의가 있다. 이미 ①과 관련하여 변론전

97) "損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる"

체취지에 대하여 독립적 증거원인설의 입장에서 위 대원칙과 다른 태도를 취한바 있는 일본에서보다 한층 더 중요한 가치를 가진다.[98]

저작권법 제126조의 법적 성격에 대하여 '상당한 손해액'이라는 문구의 의미를 민법이 규정한 대로 상당인과관계있는 손해액으로 해석한다면 저작권법 제126조는 확인적인 규정에 불과하여 무의미하게 된다. 이에 대해 학설은 본 규정이 민법상의 상당인관관계에 있는 손해액과 다른 손해액을 인정할 수 있다는 실체법적인 의미가 아니라 민사소송법상 자유심증주의에서 요구하는 증명도의 예외라는 절차법적인 의미로 이해하고 있는 견해가 있고,[99] 손해액의 산정은 법적 평가를 포함하는 것이며, 이 법적 평가에 있어서 판사의 재량을 긍정한 규정이라고 보는 견해가 있다.[100]

생각건대 저작권법 제126조와 거의 동일한 내용의 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제14조의2 제5항("법원은 부정경쟁행위, 제3조의2 제1항이나 제2항을 위반한 행위 또는 영업비밀 침해행위에 관한 소송에서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항부터 제4항까지의 규정에도 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.") 에 대하여 "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제14조의2 제5항의 규정은 2001. 2. 3. 법률 제6421호로 개정된 법률에서 비로소 신설된 조항이기는 하나, 개정 법률 부칙(2001. 2. 3.)에서 위 규정과 관련하여 별도의 경과규정을 두고 있지 않은 점, 위 규정은 손해배상의 성립요건에 관한 것이 아니라 손해액의 산정 방법에 관한 것으로서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에 그 손해액의 입증을 용이하게 하기 위하여 마련된 것에 불과한 점"이라고 판시한 점,[101] 입증책임의 경감규정인 저작권법 제125조에 의하여서도 손해액의 산정이 어려운 경우에 대한 규정인 점[102] 등에 비추어 입증책임을 경감하는 규정이라고 해석함이 타당하다.

---

98) 박준석, 지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 '상당한 손해액'의 인정에 관하여, 인권과정의 Vol. 438(2013, 12), 73면~81면
99) 박준석, 앞의 논문, 79면.
100) 송영식・이상리, 저작권법개설 제3판, 세창출판사, 2003, 315면
101) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다10439 판결
102) 박준석, 앞의 논문, 79면

대법원도 2011. 5. 13. 선고 2010다58728 판결에서 당시 저작권법 제126조와 그 내용이 거의 동일하였던 특허법 제128조 제5항에 대하여 "법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에 있어서 손해의 발생 사실은 입증되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 입증이 극히 곤란한 경우 특허법 제128조 제1항내지 제4항의 규정에 불구하고 같은 조 제5항에 의하여 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있으나, 이는 자유심증주의하에서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 함에 그 취지가 있는 것" 이라고 판시하였다.

## 4. 저작권법 제126조의 보충적 성격

저작권법 제126조에서 명문으로 '제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때'에 상당한 손해액산정조항이 적용되도록 규정하고 있는 점, '증거에 의해 증명'을 함으로써 사실인정을 한다는 민사소송의 전형에서 벗어난 조항인 점[103]등에 비추어 이 규정은 보충적으로 적용되어야 한다. 따라서 이 규정은 민법 제750조 또는 저작권법 제125조에 의하여 손해배상액을 산정할 수 없을 경우 적용되어야 바람직하다.[104]

판례는 "불법행위로 인하여 손해가 발생한 사실이 인정되는 경우에는 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 입증이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 입증을 촉구하여야 하고 경우에 따라서는 직권으로라도 손해액을 심리 판단하여야 한다" 고 입증촉구에 대한 적극적 석명권행사의무를 명시하였다.[105]

---

103) 하지만 현실에서는 여타 입증책임 경감조항들에 의한 지적재산권 침해의 손해배상청구는 벽에 부딪히는 경우가 아주 많다. 이것은 다름 아니라 위 경감조항들이 비록 권리자를 위해 약간의 법리상 변형을 인정하고 있지만 여전히 증거에 의해 '증명'을 요구하는 민사소송의 큰 틀에서 벗어나있지 않기 때문이다. 박준석, 앞의 논문, 86면.

104) 김종철, 저작권 침해에 대한 손해배상액 산정에 관한 연구, 계각 저작권 (2016년, 봄호), 34면;오승종, 앞의 책, 1613면.

105) 대법원 1987. 12. 22. 선고 85다카2453 판결

따라서 저작권법 제126조가 적용되기 위한 요건인 “손해가 발생한 사실은 인정되나 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때” 요건에 해당하려면, 저작권침해로 인한 손해가 발생한 사실은 인정되나 저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익과 제2항의 통상 사용액에 대한 입증이 없거나 부족할 때 이에 대하여 법원의 적극적 석명에 의한 입증촉구를 거쳤음에도 이에 대한 산정하기 어려울 때로 해석함이 타당하다.

## 제4절 저작권법 제125조의2 법정손해배상청구권

### 1. 입법연혁 및 입법취지

저작권법 제125조의2 제1항에서는 “저작재산권자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 사실심(사실심)의 변론이 종결되기 전에는 실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액을 갈음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다.” 고 규정하고 있고 제4항에서는 “법원은 제1항의 청구가 있는 경우에 변론의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다.” 고 법정손해배상청구권을 규정하고 있다.

이 규정은 저작권침해로 인하여 권리자가 입은 피해액 또는 침해자가 침해로 인하여 얻은 이익의 액을 입증하거나 산정하는 것이 쉽지 않기 때문에 저작권침해가 인정되는 경우에 권리자가 구체적인 손해를 입증하지 아니하고 법률에 미리 규정된 범위내의 손해배상을 청구할 수 있도록 하기 위함이다.

현행법의 기초가 된 한・미 FTA 협정 제18.10조 제6항에서는 “민사 사법절차에서 각 당사국은 최소한 저작권 또는 저작인접권에 의하여 보호되는 저작물 음반 및 실연에 대하여 그리고 상표위조의 경우에 권리자의 선택에 따라 이용가능한 법정손해

배상액을 수립하거나 유지한다. 법정손해배상액은 장래의 침해를 억지하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수이어야 한다.” 라고 규정하고 있다.[106]

이 규정은 한미자유무역협정을 이행하기 위하여 개정된 저작권법은 미국 저작권법상의 ‘법정손해배상(statutory damages)’ 제도를 한국 저작권법 체제에 도입된 것으로서[107], 권리자가 손해액을 증명하기 어려운 경우 미리 법령상에 손해액의 상한을 규정해 놓고 권리자로 하여금 실손해배상 대신 선택할 수 있도록 한 배상제도로서[108], 이 규정 또한 저작권침해의 특성상 구체적 손해금액의 입증이 어려운 사실을 감안하여 저작권자의 권리구제를 보다 용이하고 실효성있게 보장하기 위한 것이다.[109]

## 2. 미국과 중국의 법정손해배상과의 비교

저작권법 제125조의2가 미국 저작권법 제504조(c)의 법정손해배상규정과 거의 유사하나, 그 손해배상의 범위에 있어서 미국의 경우는 상한과 하한이 모두 규정되어 있으나 우리나라는 상한만 규정되어 있으며, 미국저작권법은 제504조(c)(2)에서, 피고가 자신의 행위가 저작권자의 권리를 침해하거나 위반하였다는 점을 알지 못하였고, 그렇게 믿을 만한 이유가 없었다는 점을 입증하면 법원이 200달러까지 법정손해액의 감액할 재량을 가진다고 규정하고 있으나, 우리 저작권법에서는 이와 달리 선의 침해(Innocent Infringement)의 경우 법정손해배상액을 감액하는 규정이 없다.[110]

---

106) ARTICLE 18.10: ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS “6. In civil judicial proceedings, each Party shall, at least with respect to works, phonograms, and performances protected by copyright or related rights, and in cases of trademark counterfeiting, establish or maintain pre-established damages, which shall be available on the election of the right holder. Pre-established damages shall be in an amount sufficient to constitute a deterrent to future infringements and to compensate fully the right holder for the harm caused by the infringement.”

107) 차상육, 저작권법상 법정손해배상의 비교법적 고찰, 법학논고 제47집(2014,8), 350면; 송영식 외 6인 공저 송영식 지적소유권법제 2판(하),육법사, 2014, 780면

108) 정상조・박준석, 앞의 책, 635면.

109) 이해완, 저작권법, 박영사, 2019, 1265면

110) 차상육, 앞의 논문, 370면

## 3. 저작권법 제125조의2 제4항과 저작권법 제126조의 차이점

저작권법 제125조의2 제4항에서는 “법원은 제1항의 청구가 있는 경우에 변론의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 이는 저작권법 제126조 규정과 매우 유사하다.

실제로 판례는 원고가, 제1 예비적으로 저작권법 제125조의2 제1항에 따라 피고가 영리를 목적으로 고의로 이 사건 게임에 대한 저작권을 침해하였으므로, 피고에게 최대 법정 손해배상액인 50,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하고, 제2 예비적으로 저작권법 제126조에 따라 피고에게 이 사건 게임에 대한 저작권 침해로 인한 손해배상으로 50,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한 사안에서, “저작권법 제125조의2 제4항은 ‘법원은 제1항의 청구가 있는 경우 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다.’라고 규정하고 있고, 제126조는 ‘법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.’라고 규정하고 있으므로, 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 피고의 이 사건 게임 사이트 개설경위, 운영기간 및 이용자 수, 단속 시까지 피고가 실제 취득한 것으로 보이는 이익, 피고의 이 사건 게임에 대한 저작권 침해행위에 대한 형사판결의 양형, 원고가 이 사건 게임의 사설 서버를 운영한 다른 사람들에 대하여 제기한 손해배상 사건에서 인정된 손해액 등을 비롯한 제반 사정을 참작하여 피고의 이 사건 게임의 저작권 침해로 말미암은 원고의 재산적 손해를 20,000,000원으로 정한다. 따라서 원고의 제1, 2 예비적 주장은 20,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 범위 내에서만 이유 있다.”고 판시하면서[111] 저작권법 제125조의2 제4항과 제126조에 의한 상당한 손해액규정을 적용함에 있어서 거의 같은 상당성으로 산정하고 있다.

그러나 법정손해배상인 저작권법 제125조의2 제4항에 의한 상당한 손해액 산정은 저작권침해에 의한 실제 손해 입증에 갈음하는 제도인 반면, 저작권법 제126조에 의한 상당한 손해액 산정은 저작권 침해에 의한 실제 손해입증을 보충하는 제도라

111) 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2018가합557172 판결

는 점에서 법적으로는 그 성격을 달리한다.[112)]

## 4. 저작권법 제126조와 저작권법 제125조, 제125조의2의 관계

저작권법 제125조의2에서 “사실심(사실심)의 변론이 종결되기 전에는 실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액을 갈음하여” 규정하고 있다. 따라서 저작권법 제125조 또는 제126조와 제125조의2와는 선택적 관계에 있다.

## 제5절 개정안 저작권법 제125조 제4항 징벌적 손해배상청구권

2020년 12월 국회에 발의된 저작권법 전부 개정안은 제125조 제4항에서 “법원은 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작인격권, 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.” 는 규정과 같은 조 제5항에 제4항에 따른 배상액을 산정시 고려할 사항으로 1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, 2. 침해행위로 인하여 저작재산권자등이 입은 피해 규모, 3. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익, 4. 침해행위에 따라 침해자가 받은 형사처벌의 내용과 정도, 5. 침해행위의 기간ㆍ횟수 등, 6. 침해행위를 한 자의 재산상태, 7. 침해행위를 한 자의 피해방지 노력의 정도, 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도를 추가 신설하였다.

이 규정의 입법취지에 대하여 문화체육관광부는 저작권침해사건 민사 구제 실효성 강화를 위해 배수배상제도를 도입한 것이라고 밝혔다.

## 제6절 현행 저작권법에 의한 손해배상액 산정의 개선필요성

2011. 9. 28.에서 2012. 9. 28.까지 1년간 전국의 1심 사건 (사건번호 가단, 가합)만

112) 이해완, 앞의 책, 1268면

을 대상으로 “저작권 + 손해배상”으로 검색한 결과를 대상으로 그 중 인용사건(일부인용포함) 60개 중에서 쟁점이 같거나 위자료만을 청구하는 등 분석이 불필요한 사건을 제외한 37개 사건만을 대상으로 그 적용범위 및 인용금액을 분석한 결과 37건 중 9건인 24.3%가 저작권법 제125조가 적용되었고, 나머지 75.7%가 저작권법 제126가 적용되었다. 그리고 전체 인용액 비율이 24.1%(총 청구금액 4,638,278,942원/총 인용금액 1,118,238,941원)였고, 저작권법 제126조를 적용한 75.7%판결의 인용액 비율이 18.7%(총 청구금액 3,076,554,196원/ 총 인용금액 575,642,752원)였다. 주로 저작권법 제 125조에 근거하여 청구취지가 주장되었으나 제126조로 처리된 사건이 많았고 그 인용율이 낮았다.[113]

또 서울중앙지방법원을 비롯한 우리나라 15개 각 지방법원에서 2000년 중순경부터 사회적 관심도가 높은 판결, 학술적 또는 선례적 가치가 있는 판결들을 각 법원 인터넷 사이트에 공시해오고 있는 ‘우리 법원 주요 판결’ 중 2015년 10월 말경 저작권침해로 인한 손해배상청구 사건 가운데 전부 또는 일부 인용된 판결이 약 12건이었고, 저작권법 제125조 제1항을 적용하여 손해액이 산정된 사건은 2건이었으며, 같은 법 제125조 제2항을 주장하여 손해액이 산정된 사건은 1건으로서, 동법 제125조가 적용된 판결은 25%(3/12)이고, 나머지 75%에 해당하는 9건은 저작권법 제125조 제1항 또는 제2항을 주장하였으나 증거부족 등을 이유로 하여 받아들여지지 않고 저작권법 제126조가 적용되었다. 그리고 위 12개 판결의 평균 인용율이 22.04%로 상당히 낮았고 그에 반비례하여 저작권자인 원고가 부담해야 하는 소송비용이 높았다.[114]

또 2010년 하반기부터 2013년 1월까지 사이에 선고된 지방법원 합의부(合議部) 이상의 사건들 중 ‘상당한 손해액 인정조항’을 수립하고 있는 우리 지적재산권 법률들에 근거하여 이루어진 손해배상 청구사건 중 저작권사건의 비중이 유독 높았고, 저작권 사건에서 ‘상당한 손해액 인정조항’을 활용한 비율이 75%(28건 중21건)로 특허·실용신안 사건에서의 당해 비율 50%(10건 중 5건)보다 높았다. 앞의 28건의 저작권 사건 중 법원이 저작권법 제125조 제1항을 적용하여 손해액을 산정한

113) 이규홍, 저작권법의 적용과 집행, 계간 저작권(2013 봄호), 78~79면.
114) 김종철, 저작권 침해에 대한 손해배상액 산정에 관한 연구, 계간 저작권(2016년 봄호), 36~40면.

판결은 2건이었고 저작권법 제125조 제2항을 적용하여 손해액을 산정한 판결은 5건이었다.[115]

위 분석결과들을 종합해보았을 때, 2010년부터 2015년경까지 우리나라의 경우 저작권침해에 기한 손해배상 인용판결의 약 70% 이상이 저작권법 제126조가 적용되어 손해액이 산정되었다고 볼 수 있고, 저작권법에 의해서 산정되는 손해액이 낮은 편이며, 저작권법 제126조가 적용되어 산정되는 손해액은 더 낮은 편이라고 볼 수 있다. 또 저작권법 제125조 제1항을 적용하여 손해배상을 인정할 증거가 없다는 이유로 제126조를 적용하여 손해배상을 인정한 사례가 다수[116] 발견되는 이유에 대하여 저작권법 제125조 제1항이 권리자로 하여금 입증책임의 부담을 덜어주기 위한 규정임에도 불구하고 그 역할을 다하지 못하고 있음을 나타낸다는 견해가 있었다.[117]

손해액의 적정함은 저작권보호와 직결되고 창작유인의 동기가 되는 해당 저작권의 경제적 가치와도 크게 연관되며, 문화와 관련 산업의 발전이라는 저작권법의 목적 달성여부와 연관되므로 매우 중요하다. 특히 침해가 용이한 저작권에 대하여 배상되는 손해액수가 시장에서의 경제적 가치보다 낮을 경우 침해자 입장에서는 저작권 침해가 발각되면 손해를 배상하면 그만이라는 생각을 하기 쉽기 때문에, 저작권침해를 이유로 한 손해액 산정에 있어서 저작권에 대한 시장에서의 경제적 가치가 반영되어야 할 필요성이 크다.

이에 우선 가장 최근인 2017년 11월부터 2021년 11월까지 4년 동안의 저작재산권 침해를 이유로 한 손해배상인용판결들의 현황을 상세하게 분석하여 지금도 저작권법상 손해액 규정들의 적용비율이 위와 같은지, 저작권침해에 대한 손해의 액을 입증하는 것이 곤란한 점을 감안하여 손해액의 입증의 곤란을 덜어줌으로써 저작권자의 이익을 보호하려는 입법 취지가 잘 실현되고 있는지, 그리고 우리나라 저작권침해에 기한 손해배상인용판결 중 약 70% 이상의 높은 비중을 차지하는 저작권법 제

115) 박준석, 앞의 논문, 82~86면.
116) 서울고등법원 2010. 3. 31. 선고 2008나99490판결, 서울중앙지방법원 2009. 11. 30. 선고 2009가합13853 판결, 서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고 2008가합117810 판결 등;신헌석, 저작재산권침해와 저작권법상 손해배상액 산정, 인권과 정의 438권(2013년), 136면
117) 신헌석, 저작재산권침해와 저작권법상 손해배상액 산정, 인권과 정의 438권(2013년) 136면.

126조를 적용한 판결들이 저작권법 제125조에 의하여도 손해액의 입증이 어려울 경우 저작권 침해에 대한 손해액을 법관의 재량에 의하여 산정할 수 있도록 규정함으로써 저작권보호의 공백을 방지하기 위함인 저작권법 제126조의 입법취지를 실현하면서 손해배상액을 적정하게 산정하고 있는지를 파악해볼 필요가 있다. 특히 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정한 판결들의 인용율이 전체 인용율보다 낮은 이유도 함께 분석해보고 그 개선방향을 검토할 필요가 있다.

그리고 이러한 검토후 고도의 기술발전과 함께 다양한 콘텐츠들이 생산되고 있는 4차 산업혁명시대에 맞는 문화와 관련 산업의 발전이라는 저작권법의 목적달성을 위한 저작권보호에 합당한 손해배상액 산정을 위한 개선방안을 고민해 볼 필요가 있다.

이를 위해 다음에서 우선 제외국들의 최근 개정 저작권법 규정을 중심으로 저작권법상 손해배상규정에 관한 해외 동향을 우선 살펴본 후, 우리나라의 저작권침해를 이유로 한 손해배상인용판결들을 분석하여 우리나라 저작권법 제125조 제1항과 동조 제2항, 동법 제126조를 적용한 저작권침해에 대한 손해액 산정현황을 파악해보기로 한다.

# 제4장 해외동향

## 제1절 대륙법계의 저작권법과 영미법계의 저작권법

영미법에 있어서의 저작권법의 정책목표는 자연인이든 법인이든 저작물을 창조한 저작자를 보호함으로써 저작자 개인의 이익보다 더 큰 사회적이거나 경제적인 목적을 달성하고자 하는 것이다. 따라서 영미법에 있어서 저작권은 궁극적으로 사회 일반의 복리를 증진하기 위한 수단이 된다. 즉 영미법에 있어서 저작자에게 배타적인 권리를 부여하는 것은 지적창작물의 생산 및 지적창작물에 대한 접근을 최대화하기 위한 수단에 불과하게 된다. 따라서 저작권자에게 부여되는 권리의 범위도 저작자가 사회적인 역할을 할 수 있도록 유도하기 위하여 필요한 것을 초과하여서는 안된

다. 영미법 국가의 저작권은 실용적인 근거에 바탕을 두고 있고 따라서 저작권은 가장 저렴한 비용으로 광범위한 유형의 저작물의 창조를 자극하기 위한 것이며, 새로운 저작물의 창작을 위하여 필요한 한도에서만 저작권에 의하여 보호하고자 한다.

대륙법에 있어서 저작물은 저작자 개인의 인격이 표현된 것으로 파악되고 따라서 저작자에 대한 대륙법의 시각은 보다 더 호의적인 성격을 가진다. 대륙법적 접근방법에 의하면 저작자는 저작물의 동일성을 유지할 수 있는 것과 같이(동일성 유지권) 저작물 자체에 대하여 일정한 연관관계를 주장할 수 있는 저작인격권을 가질 뿐만 아니라 자신의 지적 창작물을 통제하고 이용할 수 있는 권리를 가진다. 또한 보호를 받기 위한 창조물에는 개인의 노력이 반영되어야 하므로 자연인이 아닌 법인의 저작물을 보호하는 것을 주저하게 된다. 대륙법계 국가의 저작권은 자연법에 그 근거를 두고 있으므로 저작권은 권리 및 정의의 문제이며 저작권에 의하여 보호하는 것이 저작물을 사회적으로 가치있게 이용하는 것을 중대하게 해치는 경우에 한하여 저작권에 따른 보호를 제한 내지 부인하게 된다.

저작자보다는 사회 내지 일반 공중에 초점을 맞추는 영미법과 저작자 중심적인 대륙법의 접근방법은 그 차이점을 나타낼 뿐만 아니라, 저작권의 여러 원리를 설명하는데 각각의 장단점을 가지고 있다. 저작자에 치중하는 대륙법의 저작권법 체제에서는 저작권에 따른 보호의 정도가 높아지고, 저작자의 이익을 타인의 이익에 우선하는 경향에 있게 되고, 저작인격권을 인정하는 훌륭한 근거가 된다. 또한 방식요건의 역할에 대해서도 그 시각을 달리한다. 저작권이 동기를 제공하기 위하여 부여되는 영미법적인 시각에 의하면 방식요건(저작권의 표시, 등록 및 납본 등)은 저작권을 부여하기 위한 전제요건이 되는데, 이것은 저작권이 저작자 개인보다는 공익을 위한 것이라는 시각과 일치하게 된다.

양 법계의 이러한 접근방법의 차이에도 불구하고 양 법계의 구체적인 내용은 조화되어 가는 경향에 있다. 예컨대 영국은 1988년의 개정을 통하여 대륙법계 국가의 입법과 조화시키기 위한 내용을 많이 도입하였으며, 미국은 1990년 시각예술저작물의 저작권자에게 저작인격권을 인정하였다. 저작권을 비롯한 지적재산권의 전세계

적인 조화는 지적재산권은 국제적으로 보호될 필요성이 매우 높고 이에 따라 지적재산권에 관한 국제조약의 발달에 기인한다.[118][119]

## 제2절 일본

### 1. 일본 저작권법상 손해배상관련 주요내용

일본 저작권법 제114조 제1항에서는 "저작권자가 고의 또는 과실에 의해 자기의 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의해 자기가 입은 손해배상을 청구하는 경우에, 그자가 그 침해행위에 의해 작성된 물(物)을 양도하거나, 그 침해행위를 조성하는 공중송신(자동공중송신의 경우에는 송신가능화를 포함)을 한 경우에, 그 양도한 물(物)의 수량 또는 그 공중송신이 공중에 의해 수신됨으로써 작성된 저작물 또는 실연 등의 복제물(이하 '수신복제물'이라고 함)의 수량(이하 '양도 등 수량'이라 함)에, 저작권자 등이 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물(物)(수신복제물 포함)의 단위 수량마다 얻은 이익액을 곱하여 얻은 액을, 저작권자 등이 해당 물(物)에 관한 판매 기타 행위를 할 수 있는 능력에 따른 액수를 초과하지 않는 한도에서, 저작권자 등이 입은 손해액이라고 할 수 있다. 다만, 양도 등 수량의 전부 또는 일부에 상당하는 수량을 저작권자 등이 판매할 수 없다는 사정이 있는 경우에는 이러한 사정에 상당하는 수량에 상응하는 액을 공제하는 것으로 한다"고 규정하고 있고, 제2항에서 "저작권자 출판권자 또는 저작인접권자가 고의 또는 과실로 그 저작권, 출판권 또는 저작인접권을 침해한 자에 대하여 그 침해로 인해 자기가 입은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 자가 그 침해행위에 의해 이익을 받고 있는 때에는 그 이익액은 해당 저작권자 출판권자 또는 저작인접권자가 입은 손해액으로 추정한다."고 규정하고 있다. 또 제3항에서 " 저작권자 또는 저작인접권자는 고의 또는 과실로 그 저작권 또는 저작인접권을 침해한 자에 대하여 그 저작권 또는 저작인접권의 행사에 대해 받아야 하는 금전액에 상당하는 금액을 자기가 입은 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다."고 규정하

118) 저작자가 생존하는 경우에는 14년이 추가적으로 부여되었다.
119) 송영식 외 6인 공저, 앞의 책, 521~529면

고 있다.

그리고 일본 저작권법 제114조의5에서 “저작권 출판권 또는 저작인접권의 침해에 관한 소송에서 손해가 발생하였다는 것이 인정되는 경우에 손해액을 입증하기 위해 필요한 사실을 입증하는 것이 그 사실의 성질상 매우 곤란한 때에는 재판소는 구두변론의 전취지 및 증거조사의 결과에 근거하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.” 고 규정하여 우리나라 저작권법 제126조와 거의 유사한 내용의 상당한 배상액 산정 규정을 두고 있다. 1996년 일본 민사소송법 제248조( “손해가 발생한 것이 인정되는 경우이지만 손해의 성질상 그 손해액을 증명하는 것이 극히 곤란한 때에는, 법원은 구술변론의 전취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.” )에 상당한 손해배상규정이 신설된 것에 영향을 받아 1999년 일본 특허법 개정으로 일본 특허법 제105조의3으로 ‘상당한 손해액 인정조항’이 도입되었고, 이후 이에 따른 영향으로 2000년 일본 저작권법 개정때 이 일본 저작권법 제114조의5 상당 손해액 배상 규정이 신설되었다. 이러한 부분은 우리나라 저작권법 제126조 상당한 손해액 규정의 경우 2016년에 우리나라 민사소송법 일부개정으로 민사소송법 제202조의2( “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.” )가 신설되기 훨씬 전인 2003년 저작권법 개정때 종전까지 침해적 복제물의 부수(部數) 추정을 규정한 제94조의 내용이 상당한 손해액 규정으로 교체되어 도입된 부분과 차이가 있다.[120]

일본 저작권법 제114조의2에서 “저작자인격권, 저작권, 출판권, 실연자인격권 또는 저작인접권의 침해에 대한 소송에서 저작자, 저작권자, 출판권자, 실연자 또는 저작인접권권자가 침해행위를 조성한 것 또는 침해행위에 의해 작성된 것이라고 주장하는 물건의 구체적 태양을 부인하는 때에는 상대방은 자기행위의 구체적 태양을 분명히 하여야 한다. 다만 상대방에게 분명히 할 수 없는 상당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.” 라고 구체적 명시의무를 규정하고 있다.

120) 박준석, 앞의 논문, 75~77면

또 일본 저작권법 제114조의 3에서는 재판소로 하여금 “저작자인격권, 저작권, 출판권, 실연자인격권 또는 저작인접권의 침해에 대한 소송에서는 당사자의 신청에 의해 당사자에 대하여 그 침해행위에 대해 입증하기 위해 또는 그 침해행위로 인한 손해를 계산하기 위해 필요한 서류의 제출을 명할 수 있다”고 규정하여 침해행위 입증 또는 침해행위로 인한 손해계산을 위해 필요한 서류제출명령규정을 두고 있다.

일본 저작권법 제114의4에서는 “저작권, 출판권 또는 저작인접권의 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청에 의해 재판소가 해당 침해행위로 인한 손해를 계산하기 위해 필요한 사항에 대하여 감정을 명한 때에는 당사자는 감정인에 대하여 그 감정을 하기 위해 필요한 사항에 대하여 설명하여야 한다”고 규정하여 계산감정인에 대한 당사자의 설명의무를 규정하고 있다.

## 2. 2020년 저작권 침해소송의 증거수집절차강화

정보통신기술의 발전으로 인터넷상의 해적판 피해가 심각해지고, 창작자나 콘텐츠 산업에 회복하기 어려운 손해를 초래할 수 있는 문제가 발생함에 따라 일본은 인터넷상의 해적판 대책의 강화를 위한 리치 사이트(leech site) 등에 대한 대책으로 2020년 개정으로 저작권법 제113조 제2항에 URL 등을 제공함으로써 침해저작물 등의 타인에 의한 이용을 용이하게 하는 행위로서, 리치 사이트에 있어서 또는 리치 앱을 사용하여 행하는 것은, 해당 행위와 관련된 저작물 등이 침해저작물 등임을 알고 있었던 경우 또는 알 수 있었던 것으로 인정하기에 충분한 상당의 이유가 있는 경우(고의 또는 과실이 있는 경우), 저작권 등을 침해하는 행위로 간주된다(신법 제113조 2항)는 규정을 신설하였다.

개정전 저작권법 제114조의3 제1항에서 저작권 침해 소송에 있어서 재판소는 당사자의 신청에 따라 당사자에 대해 침해행위의 입증 또는 이에 의한 손해의 계산을 하기 위해 필요한 서류의 제출을 서류의 소지자에게, 제출을 거부할 정당한 이유가 있는 때가 아니면, 명령할 수 있다고 규정하고, 동조 제2항에서 이 절차에서 판단을 하기 위해 필요한 것으로 인정하는 때, 재판소는 서류의 소지자에게 그 제시를 요

구할 수 있다고 규정하였으며, 동조 제3항에서 해당 제시 서류를 개시하여 의견을 들을 필요가 있는 것으로 인정하는 때, 재판소는 당사자 등에게 이를 개시할 수 있다고 규정하였었다.[121]

2020년 개정법에서는 위 규정을 보완해 저작권 침해소송의 증거수집절차를 강화하기 위하여 개정법 제114조의3 제2항과 제3항에서 재판소는 사전에 실제의 증거 서류를 열람한 후에 서류 제출 명령을 낼지의 여부를 판단하는 것이 가능하도록 규정하고(신법 114조의3 제2항, 동 3항), 제4항에서 제2항의 경우에 전문적인 의견에 따른 설명을 들을 필요가 있는 것으로 인정하는 때에는 당사자의 동의를 얻어 전문위원에 대해 해당 서류의 개시를 할 수 있도록 규정함으로써[122], 재판소가 서류를

---

121) 개정전 일본 저작권법 제114의3 (서류의 제출등) 재판소는 저작자인격권 저작권 출판권 실연가인격권 또는 저작인접권의 침해에 대한 소송에서는 당사자의 신청에 의해 당사자에 대하여 그 침해행위에 대해 입증하기 위해 또는 그 침해행위로 인한 손해를 계산하기 위해 필요한 서류의 제출을 명할 수 있다. 다만 그 서류의 소지자에게 그 제출을 거부하는 것에 대한 정당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

② 재판소는 전항 단서에서 규정하는 정당한 이유가 있는지에 대한 판단을 하기 위해 필요하다고 인정하는 때에는 서류의 소지자에게 제시하게 할수 있다. 이 경우에는 누구도 제시된 서류의 개시를 요구할 수 없다.

③ 재판소는 전항의 경우에 제 항 단서에서 규정하는 정당한 이유가 있는지에 대하여 전항 후단의 서류를 개시하여 그 의견을 듣는 것이 필요하다고 인정하는 때에는 당사자등[ 당사자(법인인 경우에 있어서는 그 대표자) 또는 당사자의 대리인(소송대리인 및 보좌인을 제외한다). 사용인 그 밖의 종업원을 말한다. 제114조의6 제1항에서 같다.] 소송대리인 또는 보좌인에 대하여 해당 서류를 개시할 수 있다.

④ 전 3항의 규정은 저작자인격권 저작권 출판권 실연가인격권 또는 저작인접권의 침해에 대한 소송에서 해당 침해행위에 대하여 입증하기 위해 필요한 검증목적의 제시에 대하여 준용한다.

122) 第百十四条の三

裁判所は、著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権の侵害に係る訴訟においては、当事者の申立てにより、当事者に対し、当該侵害の行為について立証するため、又は当該侵害の行為による損害の計算をするため必要な書類の提出を命ずることができる。ただし、その書類の所持者においてその提出を拒むことについて正当な理由があるときは、この限りでない。

２　裁判所は、前項本文の申立てに係る書類が同項本文の書類に該当するかどうか又は同項ただし書に規定する正当な理由があるかどうかの判断をするため必要があると認めるときは、書類の所持者にその提示をさせることができる。この場合においては、何人も、その提示された書類の開示を求めることができない。

３　裁判所は、前項の場合において、第一項本文の申立てに係る書類が同項本文の書類に該当するかどうか又は同項ただし書に規定する正当な理由があるかどうかについて前項後段の書類を開示してその意見を聴くことが必要であると認めるときは、当事者等（当事者（法人27である場合にあつては、その代表者）又は当事者の代理人（訴訟代理人及び補佐人を除く。）、使用人その他の従業者をいう。第百十四条の六第一項において同じ。）、訴訟代理人又は補佐人に対し、当該書類を開示することができる。

４　裁判所は、第二項の場合において、同項後段の書類を開示して専門的な知見に基づく説明を聴くことが必要であると認めるときは、当事者の同意を得て、民事訴訟法（平成八年法律第百九号）第一編第五章第二節第一款に規定する専門委員に対し、当該書類を開示することができる。

５　前各項の規定は、著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権の侵害に係る訴訟における当該侵害の行為について立証するため必要な検証の目的の提示について準用する。（鑑定人に対する当事者の説明義務）

보고 판단하는 때에 전문위원의 지원을 받을 수 있도록 규정하였다. 이는 일본 특허법 제105조와 같은 제도라고 볼 수 있다.

법원은 원고의 신청에 따라 저작권침해 입증이나 그 손해액 계산을 위해 필요한 서류를 보유한 피고에게 제출명령을 할 수 있는데 제출명령을 내릴 필요성의 유무를 판단하기 전에 실제 서류를 볼 수 없으므로 제출명령의 가부를 적절히 판단할 수 없는 때도 있다. 또한, 피고는 법원이 제출명령을 할 필요성이 있다고 판단했어도 정당한 이유가 있는 경우는 서류 제출을 거부할 수 있다.

법원은 그 정당한 이유의 유무를 적절히 판단하기 위해 실제 서류를 볼 수 있지만, 전문성 높은 서류에 대해서는 그 내용을 충분히 이해할 수 없는 경우가 있다. 이러한 과제를 해결하기 위해 개정 일본저작권법에서는 2018년 일본특허법 등 개정과 마찬가지로 ① 법원이 서류제출명령의 필요성을 적절히 판단할 수 있도록 하고자 그 판단에 앞서 실제 서류를 볼 수 있도록 함과 함께, ② 전문성 높은 서류를 실제로 보고 판단할 때 전문위원의 지원을 받을 수 있도록 하였다. 즉, 개정 저작권법은 저작권침해소송에서 서류제출명령이 실효적으로 기능하도록 한다는 관점에서 절차 강화를 도모한 것이고,[123] 이를 통해 저작권자의 손해배상액 산정을 위한 자료 확보가능성을 높여 그렇게 확보한 객관적인 자료를 통해 입증이 어려운 저작권침해의 손해액에 대한 산정 가능성을 높임으로써 실질적으로 저작권보호를 강화하였다고 볼 수 있다.

## 3. 일본의 저작권침해를 이유로 하는 손해배상판결현황

일본의 경우, 저작권침해로 인한 손해배상이 인용된 89건의 사건을 조사한 결과, 우리 저작권법 제125조 제2항에 의한 통상 사용료 상당액규정과 유사한 일본 저작권법 제114조 제3항에 기하여 손해배상을 인정한 사례가 47건, 우리나라 저작권법 제125조 제1항에 의한 침해자 이익규정과 유사한 일본 저작권법 제114조 제2항에 기하여 손해배상을 인정한 사례는 20건, 우리나라 민법 제750조 일반 불법행위에 근거하여 손해배상을 인정한 사례가 6건, 저작인격권침해를 이유로 한 손해배상을 인

123) 권용수, COPYRIGHT ISSUE REPORT(2020, 10), 한국저작권위원회, 10~11면.

정한 사례가 9건, 계약위반에 의한 손해액을 인정한 사례가 7건으로서, 우리나라 저작권법 제125조 제2항에 의한 통상 사용료 상당액규정과 유사한 일본 저작권법 제114조 제3항 통상 사용료 상당액규정에 근거하여 손해액을 산정한 사례가 압도적으로 많았다고 한다.[124]

## 제3절 미국

미국에서의 저작권 침해자는 저작권자의 실제 손해와 침해자가 얻은 이익 또는 법정손해배상금을 지급하여야 한다. 저작권자는 최종판결전까지 언제든지 둘 중 하나를 선택하여 청구할 수 있으며 침해로 인하여 입은 실제 손해와 이러한 침해행위로부터 발생한 것으로서, 실제 손해액의 계산에서 참작하지 아니한 침해자의 이익을 배상받을 수 있다. 침해자의 이익을 산정할 때에는, 저작권자는 침해자가 얻은 총수입의 증거만을 제출하고, 침해자는 공제받을 수 있는 비용과 저작물 이외의 요인으로부터 발생한 수익부분을 증명하여야 한다.[125]

미국의 연방법률 제17편에 편제된 연방저작권법 제504조는 저작권 침해에 대해 배액배상이 아니라 일정한 상한과 하한을 정한 배상액을 실손해에 갈음하여 인정할 수 있도록 하고 있다.

구체적으로 (1) 저작권자의 실제 손해에 침해자의 추가 이익을 부가하여 인정하도록 하고(제504조(a)), (2) 실제 손해액의 입증책임을 경감하거나 전환하는 규정을 두고 있으며(제504조(b)), (3) 실손해에 갈음하여 일정한 상한과 하한을 정한 배상액을 인정하되 그 침해의 고의성에 따라 상한 또는 하한을 증액 또는 감액할 수 있고(제504호(c)), (4) 행위의 양태에 따라 사용료의 2배에 달하는 추가적인 배상을 하도록 하여(제504조(d)) 제재적 성격을 가진 배상까지 인정하고 있다.[126]

미국 저작권법은 법정 손해배상의 경우에 750달러라는 하한선을 규정하고 있으나

124) 作花文雄 詳解著作権法(3版), ぎょうせい(2000);오승종, 앞의 책, 1611면 각주80)에서 재인용
125) 장주영, 미국저작권판례, 육법사, 2017, 292~293면
126) 김태선, 미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고, 한국민사법학회, 민사법학 66호(2014, 3), 248면.

우리 저작권법 제125조의2에는 이러한 하한선에 관한 규정이 없다. 우리 입법자는 자칫 하한선을 책정할 경우 침해행위와 손해사이의 비례성을 현저히 흔들 수 있음을 우려하였기 때문이라고 한다. 즉 법정 손해배상액은 침해 건수가 아닌 침해된 저잘물 수를 기준으로 하는데, 온라인상에서의 침해는 일반적으로 많게는 수만 건의 저작물이 관련되는 경우가 있어, 하한선을 정할 경우 합리적인 손해배상액과의 괴리가 지나치게 커서 오히려 불합리를 초래할 우려가 있다는 것이다.[127] 그러나 법정 손해배상제도를 도입하면서 하한선을 설정하지 않은 것은 제도를 도입한 취지를 반감시키는 것이다.[128]

## 제4절 중국

중국의 제13기 전국인민대표대회 상무위원회는 2020년 11월 11일 제23차 회의에서 제3차 '저작권법' 개정안을 통과(2021. 6. 1. 시행)하였는데, 개정 저작권법에서는 침해 정도가 심각한 고의적 침해(고의성)에 대해서 실손해액의 최대 5배 범위내에서 배상하도록 하는 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 즉 중국은 비교법적으로 다른 국가와는 달리 징벌적 손해배상액의 최대 승수를 5배로 규정하여 저작권침해에 대한 강력한 규정을 마련하였다. 중국에서 징벌적 손해배상제도를 도입한 배경에 대하여 중국 장쑤성 고급인민법원 쑹쩬 판사는 2020년 10월 세미나에서 그동안 손해배상액이 높지 못하였고, 최근 중국 법원에서 배상액이 상승하였는데, 그 원인은 엄격한 지식재산 보호에 대한 인식의 공유, 지식재산의 엄격한 보호에 관한 사법 이념의 부합, 민사소송 증거규칙의 합리적 적용 및 손해배상 산정의 정교화(精巧化)를 중시한다고 주장하였다.[129]

### 1. 중국 저작권법의 손해배상제도 개정 내력

중국 저작권법은 1990년에 제정되어 2000년, 2010년에 각각 개정되었다. 이후 10년

127) 한・미 FTA이행을 위한 개정 저작권법 설명자료, 43면.
128) 송영식・이상정 공저, 저작권법 강의, 세창출판사, 2017, 298면.
129) 한지영, 저작권법 개정안에서 징벌적 손해배상제도에 관한 소고, 계간 저작권(2021, 여름호), 115~116면

만인 2020. 11. 11.에 중국 저작권법이 전면개정되었고, 2021. 6. 1.부터 시행되었다. 이번 개정은 신규 제도의 도입, 기존 제도의 변화를 통해 기술진보의 상황에 빠르게 대처할 수 있는 법률로 변모한 점에 의의가 있다.[130] 2020년 개정은 2012년 공개된 제3차 저작권법 개정안에 관한 수 차례의 의견수렴을 토대로 다듬어진 결과로 볼 수 있다.

2012년 당시에는 중국에 막 인터넷 보급이 활발해지며 디지털 사회로의 전환이 시작되는 시기였고, 일반인의 저작권 보호 인식 및 인터넷 문화가 미성숙했기 때문에 온라인 저작권에 관한 관심은 적은 편이었다. 그러나 의견수렴 과정 중 전문가들이 환경 변화에 따른 저작물의 범위 확대를 지속적으로 주장한 것과 그동안 중국 정부가 펼친 온라인 저작권 단속 활동인 "검망행동"[131]등을 통해 중국내 온라인 저작권 보호에 관한 의식이 점차 높아졌다.

2020년 저작권법 개정이 본격적으로 추진된 이유 중 또 하나는 최근 10년간 중국이 온라인 콘텐츠의 '소비국'에서 '생산국'으로 변화했다는 점이다. 2010년대 초반의 중국은 온라인 불법복제 및 해적판으로 인해 요주의 국가로 손꼽혔다. 그러나 "2018년 중국 온라인 저작권 산업 발전 보고서(中国网络版权产业发展报告(2018)"에 따르면 온라인 저작권 산업의 시장 규모는 2013년 약 2,158억 위안에서 2018년 7,423억 위안으로 3배 가까이 성장했다. 또한, 중국에서 온라인 콘텐츠의 종류도 다변화되고 있고[132], 새로운 유형의 온라인 저작권분쟁[133]도 심화되고 있다. [134]

---

130) 김송이, 중국 저작권법 3차 개정으로 보는 한국 저작권법 개정논의, C STORY 제26호(2021년 1월), 34~35면

131) 검망(剑网)행동은 국가판권국이 저작권 관련 부처 등과 함께 주요 저작물에 대한 침해단속, 모바일 앱(App) 저작권 보호, 전자상거래 플랫폼 감독 등을 추진하는 범부처 집행활동을 말함.

132) 중국 온라인 저작물 시장에서 가장 많은 비중을 차지하는 콘텐츠는 '뉴스', '게임', '동영상'이지만, 유튜브(Youtube), 틱톡(TikTok) 등 동영상 콘텐츠 중에서도 쇼트클립(short clip)과 라이브 방송 콘텐츠의 비중이 증가하는 추세라고 한다. 김송이, 중국 저작권법 개정, 10년 만에 성사되나?, 해외저작권보호동향 제34호(2021. 2.), 한국저작권보호원, 58~60면

133) 2019년 광둥성 고급인민법원에서 '온라인게임 중계권에 관한 저작권 침해를 인정'하였고, 중국 영화시장에서 역대 2위를 기록하며 흥행에 성공한 '유랑지구(流浪地球)'의 불법복제판 영화가 인터넷으로 빠르게 퍼진 상황에 대하여 중국 공안국이 직접 침해단속을 벌이고, 적발된 불법콘텐츠 유통업자에게 실형을 선고한 사례도 발생했다. 나아가, 중국 산전시 난산법원은 원고 텐센트사가 개발한 인공지능 드림라이터가 작성한 경제보도기사에 창작성이 있다고 보고 원고 텐센트사의 업무상 저작권을 인정하였다. 김송이, 중국 저작권법 개정, 10년 만에 성사되나?, 해외저작권보호동향 제34호(2021년 2월), 한국저작권보호원, 60면

134) 김송이, 중국 저작권법 개정, 10년 만에 성사되나?, 해외저작권보호동향 제34호(2021. 2.), 한국저작권보호원, 58~60면

2018년 3월, 중국의 제13회 전국인민대표대회에서 중국 총리 리커창(李克强)은 인터넷 환경은 새로운 경제성장의 구도를 만들고 생활방식의 변화를 가져왔으며 중국의 발전에 새로운 지표가 될 것이라 했다. 이에 중국 지식재산권 보호 강화와 지식재산권 침해행위에 대한 징벌적 손해배상 제도의 필요성과 실시를 강조하였다. 당 중앙에서 나온 최초의 지식재산권 재판을 위한 기념비적인 강령문건으로 중국공산당 중앙위원회와 국무원에서 2018. 2. 27.에 발표한 <지식재산권 재판 분야의 개혁혁신 강화에 관한 몇 가지 의견>을 통해 중국의 지식재산권 제도에 있어 침해행위에 대한 처벌이 약하고 침해가 쉬운 점, 중복 침해가 가능하고 악의적 침해와 같이 심각한 침해 정황이 있을 수 있어서 배상의 정도를 강화하여 징벌을 구현하고 배상액을 높여 그 손실을 보상할 뿐만 아니라 중복 침해가 일어나지 않도록 해야 한다고 전했다.

이와 같은 중국의 변화는 제4차 산업혁명 시대에 들어서면서 지식재산권의 가치가 더욱 증가하고 동시에 지식재산권 관련 분쟁이 빈번하게 발생하고 있는데도 불구하고, 개정전 저작권법으로는 권리자의 저작권을 충분히 보호하고, 침해를 예방 또는 억제하지 못하고 있기 때문이었다.[135]

## 2. 2020. 11. 11. 개정 저작권법 손해배상규정의 내용

개정전 저작권법은 제5장 제목을 '법률책임과 집법조치'로 규정하고, 2001년 1차 개정당시 신설된 저작권침해에 대한 구제방안으로서 20년간 그 내용이 유지되어 왔으나, 저작물의 디지털화에 따라 콘텐츠의 개발과 플랫폼의 성장은 새로운 저작권침해문제를 일으켰고 개정전 저작권법으로 충분한 손해배상과 권리보호, 효과적인 침해억제 기능을 하지 못하고 있었다. 이에 이번 3차 전면개정을 통해 제5장의 제목을 '저작권 및 저작권 관련 권리의 보호'로 변경하고 제50조에 기술적보호조치의 무력화 금지조항과 제51조에 권리관리정보의 삭제 및 변경등의 금지조항을 신설하였고, 개정전 제48조에서 저작권 침해행위가 행정단속에 발각되었을 경우에

135) 구효영, 중국 저작권법의 손해배상제도에 관한 고찰,지식재산연구 제15권 제1호(2020. 3), 한국지식재산연구원, 107~108면

‘벌금형으로 처벌할 수 있다’ 라고만 규정하고 구체적인 액수나 범위를 정하지 않았었다가 이번 개정으로 제53조[136]에서 행정단속에 발각되었을 경우 벌금 등 단속 규정의 구체성을 보완하고자 불법영업액을 기준으로 위법경영액이 5 만 위안(한화 약 9,322,000.00[137]) 이상인 경우 위법경영액의 1배 이상 5배 이하에 해당하는 금액의 벌금을 병과한다. 위법경영액이 없거나, 위법경영액을 계산하는 것이 어렵거나, 위법경영액이 5만 위안 미만인 경우에는 25만 위안(4,661만 원[138]) 이하의 벌금을 병과한다고 규정하였다.

### 가. 통상 사용료 규정 추가(제54조 제2문)

개정전 2010년 저작권법 제49조에서는 권리자의 실제 손실액을 손해배상청구할 수 있고 실제 손실액을 산정하기 어려운 경우 보충적으로 침해자의 부당이득을 손해배상액으로 산정할 수 있다고 규정하였으나, 개정 후 제52조에서는 침해자가 “그 침해행위로 권리자가 입은 실질적인 손실 또는 권리침해자가 얻은 위법소득”을 배상하여야 한다고 규정하여 권리자의 실제 손실액과 침해자의 이익을 선택적으로 청구

136) 다음 각 항에 해당하는 권리침해행위를 하는 경우 상황에 따라 이 법 제52조에 규정된 민사책임을 져야 한다. 권리 침해 행위가 공공이익에 손해를 끼치는 경우 저작권 주무부서는 권리침해행위를 중지하도록 명령하고, 그 행위자에게 경고를 주고 위법소득을 몰수하며, 권리를 침해한 복제품 및 권리를 침해한 복제품을 제작하는데 주로 사용된 재료 · 도구 · 설비 등을 몰수 · 무해화및 소각처리한다. 또한, 위법경영액이 5 만 위안 이상인 경우위법경앵액의 1 배 이상 5 배 이하에 해당하는 금액의 벌금을 병과한다. 위법경영액이 없거나, 위법경영액을 계산하는 것이 어렵거나, 위법경영액이 5 만 위안 미만인 경우에는 25 만 위안 이하의 벌금을 병과한다. 범죄를 구성하는 경우 법에 따라 형사책임을 추궁한다. (1) 저작권자의 허가없이 그 저작물을 복제 · 발행 · 공연 · 상영 · 방송 · 편집 · 정보 네트워크를 통하여 대중에게 중계하는 행위. 이 법에서 별도로 규정된 경우는 제외함. (2) 타인이 향유하는 독점 출판권 도서를 출판하는 경우 (3) 공연자의 허가없이 그 공연의 녹음 및 녹화 저작물을 복제 · 발행하거나, 정보 네트워크를 통하여 대중에게 공연을 중계하는 행위. 이 법에서 별도로 규정된 경우는 제외함. (4) 녹음 및 녹화 제작자의 허가없이 그 녹음 및 녹화 저작물을 복제 · 발행하거나, 정보네트워크를 통하여 대중에게 중계하는 행위. 이 법에서 별도로 규정된 경우는 제외함. (5) 라디오 · 텔레비전 프로그램을 허가없이 방송 · 복제하거나, 정보 네트워크를 통하여 대중에게 중계하는 행위. 이 법에서 별도로 규정된 경우는 제외함. (6) 저작권자 또는 저작권 관련권리자의 허가없이 기술적 조치를 고의로 회피하거나 기술적 조치를 파괴하는 행위. 기술적 조치를 회피 · 파괴할 목적으로 관련 장치 또는 부품을제조하거나, 수입하거나, 대중에게 제공하는 행위. 타인이 기술적 조치를 고의로 회피하거나 파괴하도록 기술 서비스를제공하는 행위. 다만, 법률 · 행정 법규에서 별도로 규정된 상황에 해당하는 경우는 제외함. (7) 저작권자 또는 저작권 관련 권리자의 허가없이 저작물 · 레이아웃 디자인 · 공연 · 녹음 및녹화 저작물 · 라디오 및 텔레비전에 관한 권리를 관리하는 정보를 고의로 삭제하거나 변경하는 행위. 저작물 · 레이아웃디자인 · 공연 · 녹음 및 녹화 저작물 · 라디오 및 텔레비전에 관한 권리를 관리하는 정보를 허가없이 삭제하거나 변경하는것을 알았거나 알았어야 하는데도 불구하고 대중에게 제공하는 행위. 다만, 법률 · 행정 법규에서 별도로 규정된 상황에해당하는 경우는 제외함. (8) 타인이 서명한 저작물인 것처럼 가품을 제작하거나 판매하는 행위.

137) 2021. 12. 28.자 하나은행 제공 환율기준

138) 2021. 12. 28.자 하나은행 제공 환율기준

할 수 있도록 변경하였으며, 2문에서 권리자의 실질적인 소실 또는 권리침해자가 얻은 위법소득을 계산하기 어려운 경우 보충적으로 통상 사용료를 청구할 수 있다는 규정을 신설하였다. 권리침해자가 얻은 위법소득을 계산하기 어려운 경우 보충적으로 통상 사용료를 청구할 수 있다고 규정한 점에서 우리나라 저작권법 제125조 제1항과 제2항이 선택적으로 적용되는 점과 차이가 있다.

저작권침해 분쟁에서 권리자의 실제 손실과 침해자의 부당이득에 대한 입증의 어려움으로 권리자가 합당한 손해배상을 받지 못한다는 문제가 제기되어 비교적 객관적인 권리사용료를 근거로 하는 손해배상액 산정방법을 도입하였다고 한다. 단, 우리나라 제125조 제3항[139]과 같이 손해액이 권리사용료를 초과한 경우에 초과한 부분을 배상하는 규정은 두지 않고 있다. 이에 대하여 손해액이 권리사용료를 초과했다는 사실은 실제 손실액의 근거가 될 수 있으므로 이 같은 경우 권리자의 실제 손실로 그 손해배상액을 청구할 수 있기 때문이라고 분석하는 견해가 있다.[140]

## 나. 법정손해배상액 상한의 증액 및 하한의 설정(제54조 제4문)

중국은 저작권침해가 발생하면 당사자의 침해 입증 부족 및 침해 정황을 고려하여 법원에서 법정 손해배상을 적용하는 판결이 일반화되어 있다고 한다. 권리자의 실제 손실 또는 침해자의 부당이득을 정확하게 계산하기 어려워 보편적으로 침해 정황을 살펴 법원에서 손해배상액을 정하는데, 개정 전 중국 저작권법에서는 50만 위안 이하의 배상액을 판결할 수 있다고 규정하고 있었다. 그러나 경제성장과 함께 저작물이 디지털화되면서 침해행위의 범위, 침해 횟수, 손실액 등이 상당하여 현행법으로는 권리자가 실질적으로 충분한 배상을 받지 못하는 경우가 허다했다. 이에 3차 개정을 통해 법정 손해배상액의 최고한도액을 50만 위안에서 500만 위안으로 대폭 상향 조정하였고, 최소한의 배상을 실현하고자 최저한도액 500위안을 추가하였다.

139) 저작권법 제125조 ③ 제2항에도 불구하고 저작재산권자등이 받은 손해의 액이 제2항에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대해서도 손해배상을 청구할 수 있다.
140) 구효영, 중국 저작권법 3차 개정 주요 내용 분석, 법제논단(2021,3), 123~124면

이러한 개정은 중국에서의 저작권침해 분쟁은 입증의 어려움, 권익보호를 위한 고액의 비용발생, 분쟁 해결의 장기화등의 문제로 법정 손해배상액으로 판결되는 경우가 더 많았는데, 개정 전 저작권법의 법정 손해배상제도는 2001년 1차 개정 당시 도입되어 약 20년 동안 괄목할 만한 경제성장을 이루었음에도 불구하고 법정 배상액의 한계로 충분한 배상이 되지 못한 점을 보완하기 위한 것이다.

우리나라 저작권법 제125조의2에서는 법정 손해배상을 저작물 등마다 1천만 원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다고 규정하였다. 법정손해배상액 산정은 정해진 손해액보다 정해진 범위 내에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있어서 침해를 억지하거나 예방할 수 있는 기능이 있다. 그러나 저작물 등이 침해행위가 일어나기 전에 등록이 되어 있어야만 적용받을 수 있는 규정인데, 저작권의 성립에 있어서 저작권 등록이 필수가 아닌 점에서 본 규정을 적극적으로 활용하는 것에 어려움이 있다.[141]

실제로 저작권자인 원고가 일실수익에 관한 증거가 없어 법정손해배상청구를 한 사안에서 법원은 저작재산권 침해를 인정하면서도 “저작권법 제125조의2 제1항에 의한 법정 손해배상을 청구하기 위해서는 침해행위가 일어나기 전에 저작물이 등록되어 있어야 하는데, 그러한 등록사실을 인정할 증거가 없다”는 이유로 법정손해배상청구를 기각하였고, 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 저작권법 제126조에 따른 상당한 손해배상액으로 200만원의 배상책임을 인정하였다.[142]

또한 우리나라 저작권법 제125조의 2의 경우 하한이 규정되어 있지 않아 최소한의 손해배상이 보장되지 않는 측면이 있는데, 하한규정이 없다가 4차 산업혁명시대에 디지털 저작물의 침해행위의 범위, 침해 횟수, 손실액등이 상당하여 현행저작권법으로는 권리자가 실질적으로 충분한 배상을 받지 못하는 경우가 많아 이번 3차 개정 때 법정손해배상규정의 하한을 설정한 중국의 개정은 우리나라의 경우에도 참작할 만한 사항이다.

---

141) 구효영, 중국 저작권법의 손해배상제도에 관한 고찰, 지식재산연구 제15권 제1호(2020. 3),한국지식재산연구원, 128면

142) 서울중앙법원 2014. 1. 22. 선고 2013가단114795 판결

## 3. 징벌적 손해배상제도의 도입(제54조 제3문)

지식재산 분야에서 중국은 2013년 최초로 상표법에 징벌적 손해배상제도를 도입한 이래 종자법, 부정경쟁방지법, 전리법(특허법)에도 이 제도를 도입하였는데, 2020. 5. 28. 제13기 중국 전국인민대표대회 제3차 회의에서 통과시키고 2021. 1. 1.부터 시행되는 중국 민법 제1185조는 고의로 타인의 지식재산권을 침해하고 그 정황이 심각한 경우 피침해자는 상응하는 징벌적 손해배상을 청구할 권리가 있다고 규정하여 징벌적 손해배상에 대한 법규를 마련함으로써, 사법 분야의 일반법인 민법전과 개별법률인 지식재산권법 모두 징벌적 손해배상제도를 도입하였다.

즉 중국에서 지식재산권에 대한 악의적인 침해행위에 대한 징벌적 손해배상은 지식재산권의 입법 및 사법 실무에 초점을 맞추고 있는 것으로, 2013년 상표법 3차 개정에서 상표법 제63조에서 징벌적 손해배상(최대 3배)을 도입한 것을 2019년 개정법에서 최대 5배까지 상향 조정하였다. 또한 2015년 개정된 '중화인민공화국 종자법(2016년 1월 1일 시행)' 에도 "…식물신품종권을 침해하고, 상황이 심각한 경우에는 이상의 방법으로 확정한 금액의 1배 이상 3배 이하의 손해배상을 청구할 수 있다." 라고 규정하였고, 2019년 개정된 '반부정당경쟁법(2019년 4월 23일 시행)' 제17조에는 영업비밀침해에 대해 최대 5배 징벌적 손해배상제도를 도입하였으며, 2021년 6월 1일부터 시행되는 전리법(특허법) 제71조에서도 징벌적 손해배상제도를 추가하였다.

제13기 전국인민대표대회 상무위원회는 2020년 11월 11일 제23차 회의에서 제3차 '저작권법' 개정안을 통과(2021. 6. 1. 시행)하였는데, 개정 저작권법에서는 침해정도가 심각한 고의적 침해(고의성)에 대해서 실손해액의 최대 5배 범위내에서 배상하도록 하는 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 즉 중국은 비교법적으로 다른 국가와는 달리 징벌적 손해배상액의 최대 승수를 5배로 규정하여 저작권침해에 대한 강력한 규정을 마련하였다. 중국에서 징벌적 손해배상제도를 도입한 배경에 대하여 중국 장쑤성 고급인민법원 쑹쩬 판사는 2020년 10월 세미나에서 그동안 손해배상액이 높지 못하였고, 최근 중국 법원에서 배상액이 상승하였는데, 그 원인은 엄격한 지식재산 보호에 대한 인식의 공유, 지식재산의 엄격한 보호에 관한 사법 이념의

부합, 민사소송 증거규칙의 합리적 적용 및 손해배상 산정의 정교화(精巧化)를 중시한다고 주장하였다.

사법 분야의 일반법률인 민법전에 징벌적 손해배상제도를 도입한 이외에도 개별법률인 지식재산권법 분야에 기존에 법정 손해배상제도 이외에 추가로 징벌적 손해배상제도를 도입하면서 배상액 규모를 최대 5배까지 상향 조정한 입법례는 비교법적으로 찾아보기 힘들다. 이는 중국에서 지식재산권 분야에서 전 세계적으로 더 이상 해적국이라는 오명을 씻어내고, 지식재산의 중요성을 국가적 차원에서 인식하면서 지식재산 선진국이라는 위상을 강화하려는 의도로 보인다.

다만, 징벌적 손해배상을 적용하려면 고의성 및 심각한 상황이라고 하는 2가지 요건을 충족하여야 하는데, 중국의 저작권 침해소송에서 실무적으로 징벌적 손해배상 여부 및 그 판단 요소에 관한 문제는 향후 중국 법원에서 커다란 쟁점이 될 것으로 예상된다. 이와 관련하여 중국 최고인민법원 2021년 사법해석 “지식재산권 침해사건 심리의 징벌적 손해배상 적용에 관한 해석” 제3조에 의하면, 지식재산권에 대한 고의적 침해 여부 판단에 있어서, 법원은 침해대상 지식재산권 객체의 유형, 권리상태 및 관련 제품의 지명도, 피고와 원고 또는 이해관계인의 관계 등을 종합적으로 고려해야 한다고 규정하고 있다.

특히 고의성 여부를 판단할 때, 피고가 원고 또는 이해관계인으로부터 통지, 경고를 받은 이후에도 계속 침해행위를 하고 있는지, 피고 또는 그 법정대리인, 관리자가 원고 또는 이해관계인의 법정대리인, 관리자, 실제 지배자인 경우, 피고와 원고 또는 이해관계인 사이에 업무상 거래가 있거나 계약을 달성하기 위하여 협상을 진행한 바 있고, 피침해자의 권리를 접촉한 적이 있는지, 피고와 원고 또는 이해관계인 사이에 노동, 노무, 합작, 허가, 판매, 대리, 대표 등 관계가 존재하고 피침해자의 지식재산권에 접촉한 적이 있는지, 피고가 불법복제, 등록상표 위조행위를 하는 등 고의성이 인정될 수 있는 경우가 있는지 등을 고려하여 판단하도록 규정하고 있다.

또한 위 해석 제4조에 의하면, 지식재산권 침해 상황의 심각성에 관한 판단을 하는 경우에 법원은 권리침해의 수단, 횟수, 침해행위의 지속기간, 지역적 범위, 규모,

결과, 침해자의 소송 중에서의 행위 등 요소를 종합적으로 고려해서 판단해야 한다고 규정하고, 특히 권리침해로 인하여 행정처벌이나 법원 판결로 책임을 져야 하는 것으로 인정된 후에도 다시 동일 또는 유사한 침해행위를 한 경우, 업으로서 지식재산권 침해를 한 경우, 권리침해에 대한 증거를 위조, 훼손 또는 은닉한 경우, 보전 처분에 관한 결정의 이행을 거부하는 경우, 침해로 인해 얻은 이익 또는 권리자의 손해가 거액인 경우, 침해행위가 국가안전, 공공이익 또는 신체 건강에 위해를 끼칠 우려가 있는 경우, 기타상황이 심각하다고 인정될 수 있는 경우라고 규정하고 있다.[143]

## 제5절 독일

독일저작권법은 1965. 9. 16.에 공포되어 1966. 1. 1.에 발효되었는데 이후 새로운 기술의 이용으로 인하여 보호되는 저작물의 내용과 권리의 내용이 보충, 확대, 대체되는 과정으로 개정이 이루어져 왔는데, 이러한 개정은 국내 자체적으로 저작권법 개정이 이루어지기보다는 유럽연합의 지침들을 수용해오면서 이루어졌다고 한다.[144]

독일 저작권법상 손해배상은 제97조 제2항에서 “고의 또는 과실이 있는 행위를 행한 자에게, 피해자에게 그로 인하여 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 손해액을 정하는 데에는 가해자가 권리의 침해로 얻은 이득이 고려될 수 있다. 손해배상청구권은, 침해자가 침해된 권리를 이용하기 위해 허락을 받았다면, 상당한 이용료로 지급하였어야 하는 액수를 기초로 손해배상청구권이 계산될 수 있다. 저작자, 학술출판물의 작성자(제70조), 사진가(제72조) 및 실연예술가(제73조)는 가해자에게 재산적 손해이외의 손해를 이유로, 형평에 합치되며 또한 그 범위내에서, 금전에 의한 배상을 청구할 수 있다.” 고 규정하고 있습니다.[145]

독일 저작권법 제97조 제2항 2문이 우리나라 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익 규정과 유사하고, 독일 저작권법 제97조 제2항 3문이 우리나라 저작권법 제125조

143) 한지영, 저작권법 개정안에서 징벌적 손해배상제도에 관한 소고, 계간 저작권(2021, 여름호), 115~118면
144) 박익환 번역, 독일 저작권법, 2010, 한국저작권위원회, 3면
145) 박익환 번역, 앞의 책, 56면

제2항 통상 사용료 규정과 유사하다고 볼 수 있습니다.

독일에서 특허권자가 위 침해자 이익액에 의한 손해배상산정을 주장한 비율은 약 75%인데[146], 이는 대만에서 특허권침해소송에서의 손해배상액 산정에 대한 2010. 4. 1.부터 2012. 3. 31.까지의 지적재산재판소 판결의 통계에서 특허권자가 침해자의 이익액에 의한 손해배상액 산정방식을 전체 37건 중 약 70%(26/37)의 비율로 가장 많이 주장한 비율과 유사하다고 한다. 독일에서도 예전에는 침해자 이익액 산정에 있어서 침해자가 간접비(overhead cost)를 만연하게 공제할 수 있어서 침해자 이익액이 많지 않게 되었고 그럼으로 인하여 특허권자가 침해자 이익액에 의한 손해배상액 산정을 선호하지 않았으나, 독일 연방대법원이 "Gemeinkostenanteil(proportion of overhead costs)" 사건에서 침해제품의 생산 및 유통에 직접적으로 관련된 간접비만 공제할 수 있다는 점 및 그 점에 대하여는 침해자가 증명책임을 부담한다는 점을 명확하게 하였고, 그 후부터는 독일에서 침해자 이익 법리가 특허권 보호에 충실하여 더 선호되게 되었다고 한다.[147]

# 제5장 저작권법 제126조에 의한 손해배상액 산정

## 제1절 저작권법 제126조를 적용한 판결과 인용율

### 1. 분석대상 판결

본 논문의 분석대상이 된 270개[148]의 판결은 2017년 11월부터 2021년 11월까지 4년 동안의 저작권침해를 이유로 한 손해배상인용판결들 중 저작권자의 정신적 손해

146) Alexander Harguth & Steven Carlson, supra, p. 217 ( "According to our experience, in almost 75% of all lawsuits seeking a court determination, damages are based on this framework." ).정차호・장태미, 침해자 이익액에 의한 손해배상액 산정: 특허법 개정방안, 이화여자대학교 법학논집 제18권 제3호 (2014, 3), 280면에서 재인용.

147) 정차호・장태미, 앞의 논문, 285면

148) 로앤비 판례검색사이트, 케이스노트 판례검색사이트, 대법원종합법률정보 판례검색사이트에서 2017년 11월부터 2021년 11월까지 4년 동안의 '민사' 판결 중 '저작권법 125조', '저작권법 126조', '저작권법 제125조의2' 를 키워드로 검색하였다. 일일이 수기로 검색 및 확인을 하였기 때문에 분석대상에서 제외된 판결들이 있을 수 있다.

만 인정한 판결과 저작권자의 재산적 손해발생자체를 부정한 판결을 제외하고 '저작재산권' 침해를 이유로 한 손해배상청구소송이 '전부 인용 또는 일부 인용' 된 판결을 추출한 후, 다수당사자 소송 중 인용금액이 별지에 기재되어 있고 판결문에 별지가 생략되어 있어서 인용금액을 확인할 수 없는 경우들은 제외하였고, 원고가 저작재산권 침해로 인한 손해와 정신적 손해를 함께 청구하여 저작재산권 침해로 인한 손해배상청구액을 별도로 확인하기 어려운 경우의 판결들을 제외한 판결들이다.

## 2. 법원의 각 법조항 적용비율분석

<표 1> 분석 대상 판결의 법원 적용 법 조항 분포[149]

| | 법원 적용 법 조항 | 개수 | 비율(%) |
|---|---|---|---|
| 1 | 저작권법 제125조 제1항 | 5 | 2 |
| 2 | 저작권법 제125조 제2항 | 29 | 11 |
| 3 | 저작권법 제125조의2 | 6 | 2 |
| 4 | 저작권법 제126조 | 230 | 85 |
| | 합계 | 270 | 100 |

위 <표 1> 분석 대상 판결의 법원 적용 법 조항 분포를 보면 이 논문 분석대상 270개의 판결 중 저작권법 제125조 제1항을 적용한 판결 수는 총 5개로서 약 2%였고, 저작권법 제125조 제2항을 적용한 판결은 총 29개로서 약 11%였으며, 저작권법 제125조의2 법정 손해배상규정을 적용한 판결은 총 6개로서 약 2%였다. 반면에 저작권법 제126조를 적용한 판결은 270개 중 총 230개로서 약 85%의 비율을 차지하였다.

세부적으로는 아래 <표 2> 저작권법 제126조를 적용한 230개 판결과 원고 주장 법 조항과의 관계를 보면, 이 저작권법 제126조를 적용한 230개의 판결 중 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하였는데 법원이 저작권법 제126조를 적용한 판결은 24개로서 전체 270개 중 약 9%였으며, 저작권법 제126조를 적용한 230개 중 약 10%에 해당하였고, 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였는데 법원이 저작권법 제126조를 적용한 판결은 162개로서 전체 270개 중 약 60%였으며 저작권법 제126조를 적용한 230개 중 약 70%로서 가장 많은 비중을 차지하였다.

149) 소수점 아래 반올림.

<표 2> 저작권법 제126조를 적용한 230개 판결과 원고 주장 법 조항과의 관계[150][151]

| | 원고 주장 법 조항 | 개수 | 비율 | 전체 비율 |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 저작권법 제125조 제1항 | 24 | 10 | 9 |
| 2 | 저작권법 제125조 제2항 | 162 | 70 | 60 |
| 3 | 저작권법 제125조의2, 제126조,기타 | 44 | 19 | 16 |
| | 합계 | 230 | 100 | 85 |

또 저작권법 제126조를 적용한 230개의 판결 중 원고가 저작권법 제125조의2 또는 제126조를 주장하였거나 저작권법 제125조와 제126조를 모두 주장한 경우 또는 주장하는 법조항이 불분명하거나 확인이 어려운 경우, 즉 원고가 저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익을 구체적으로 주장하지 못하거나 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료를 구체적으로 주장하지 못하였던 경우는 44개로서 약 19%의 비중을 차지하였는데 이 경우 법원은 거의 전부 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정하였고, 그 중 원고가 저작권법 제125조를 언급하지 않고 원고의 손해액 주장이 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익이나 제2항 통상 사용료로 선해하기도 어려운 29개의 판결이 있었는데, 이 경우 법원은 원고가 제출한 증거만으로는 저작권법 제125조의 규정에 따른 손해액을 추정하거나 산정하기 어렵다고 설시한 후 저작권법 제126조를 적용하거나,[152]저작권법 제125조의 규정에 따른 손해액을 추정하거나 산정하기 어렵다는 설시없이 바로 저작권법 제126조를 적용하였다.[153]

위와 같이 원고가 저작권법 제125조 제1항이나 같은 조 제2항의 통상 사용료를 분명하게 주장하지 못하고 있는 경우 법원이 전부 저작권법 제126조를 적용한 이유는 애초에 원고가 침해자이익이나 통상 사용료를 주장 및 입증하기가 어려운 사안인 경우도 있지만, 변론주의 원칙상 원고에게 침해자 이익이나 통상 사용료에 대한 주장・ 입증책임이 있는데, 원고가 침해자 이익이나 통상 사용료를 주장조차하지 않을 때 이에 대하여 법원이 적극적 석명권을 행사하기가 어렵기 때문이기도 하다. 법원이 불법행위에 기한 손해배상청구소송에서 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액의 입증을 하지 않고 있는 경우 법원의 적극적 석명의무를 인정하고 있으나,[154]간접사실이나 변론전체의 취지를 통해 저작재산권침해로 인한 사실이

150) 분석 대상 전체 판결 270개 중에서의 비율임. 소수점 아래 반올림.
151) 소수점 아래 반올림.
152) 서울중앙지방법원 2018. 12. 21. 선고 2018나28371 판결, 서울중앙지방법원 2019. 11. 29. 선고 2019나16818 판결, 서울중앙지방법원 2020. 2. 14. 선고 2018가합517075 판결 등.
153) 서울중앙지방법원 2020. 8. 11. 선고 2018가단5070918 판결 등.

인정된다고 하더라도 단지 손해액 추정으로 규정한 저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익이나 같은 조 제2항의 통상 사용료가 법원의 적극적 석명의 대상이 되는 손해액이라고 보기도 어렵다.

위 <표 1>과 <표 2>를 종합해보았을 때, 최근 4년간 저작재산권 침해를 이유로 한 손해배상 인용판결의 약 85%(230개, <표 1> 참조)가 저작권법 제126조를 적용하였으며, 그 중 약 70%인 162개(<표 2> 참조)판결 사안의 원고들이 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료를 주장하며 손해배상청구를 하였다.

<표 3> 분석 대상 판결의 원고 주장 법 조항 분포[155)156)157)158)159)]

| | 원고 주장 법 조항 | 법원 적용 법 조항 | 개수 | 비율(%) |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 저작권법 제125조 제1항 | 저작권법 제125조 제1항 | 5 | 2 |
| | | 저작권법 제125조 제2항 | 2[160)] | 0.7 |
| | | 저작권법 제126조 | 24 | 9 |
| | 합계 | | 31 | 11 |
| 2 | 저작권법 제125조 제2항 | 저작권법 제125조 제2항 | 29 | 11 |
| | | 저작권법 제126조 | 162 | 60 |
| | 합계 | | 191 | 71 |
| 3 | 저작권법 제125조의2 | 저작권법 제125조의2 | 6 | 2 |
| | | 저작권법 제126조 | 8 | 3 |
| | 합계 | | 14 | 5 |
| 4 | 저작권법 제126조 | 저작권법 제126조 | 1 | 0.4 |
| 5 | 불분명 또는 여러 개 | 저작권법 제126조 | 35 | 13 |
| 합계 | | | 270 | 100 |

154) 대법원 1987. 12. 22. 선고 85다카2453 판결 등.

155) 서울중앙지방법원 2020. 1. 10. 선고 2017가합544148 판결. 대전지방법원 2018. 11. 8. 선고 2017가합100141 판결도 원고가 저작권법 제126조를 주장하였으나, 원고가 저작권법 제126조를 주장하면서 재산적 손해와 정신적 손해를 함께 주장하였기 때문에 재산적 손해로 주장한 청구액을 별도로 확인하기 어려워 이 논문 분석대상판결에서 제외하였다.

156) 서울중앙지방법원 2017. 11. 24. 선고 2016나60722 판결과 서울중앙지방법원 2018. 2. 9. 선고 2017나67539 판결의 원고들은 "저작권법 제125조의2 또는 제126조"라고 주장하였으나, 저작권법 제125조의2는 저작권법 제126조를 갈음하여 주장하는 것이므로 이 경우 저작권법 제125조의2를 주장하는 경우로 포섭하였다. 서울서부지방법원 2019. 10. 17. 선고 2018가합36878 판결, 서울중앙지방법원 2019. 10. 18. 선고 2019나9391 판결, 서울중앙지방법원 2019. 10. 22. 선고 2017가단5128223 판결 사안에서 원고는 저작권법 제125조와 저작권법 제125조의2를 함께 주장하였는데, 저작권법 제125조의2는 저작권법 제126조를 갈음하여 주장하는 것이므로 이 3개의 판결도 저작권법 제125조의2를 주장하는 경우로 포섭하였다.

157) 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2018가합557172 판결의 경우 원고는 주위적으로 저작권 제125조 제2항을 주장하였고, 제1 예비적으로 저작권법 제125조의2 제1항을, 제2 예비적으로저작권법 제126조를 주장하며 손해배상액 50,000,000원을 구하였다. 본 논문에서는 제1예비적 주장인 저작권법 제125조의2를 기준으로 분석표에 포함시켰다.

158) 서울남부지방법원 2017. 12. 14. 선고 2016가합107968 판결과 서울서부지방법원 2018. 1. 26. 선고

그리고 위 <표 3>에 의할 때 원고가 저작권법 제125조 제1항의 침해자의 이익을 손해액으로 주장한 경우(31개)보다 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료를 손해액으로 주장하는 경우(191개)가 약 6배 이상 더 많았는데, 이는 원고인 저작권자의 입장에서 저작권침해를 이유로 하는 손해배상청구소송을 제기할 때 저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익을 주장하기보다는 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료를 주장하는 것이 더 용이하기 때문인 것으로 보인다. 저작권자인 원고입장에서 침해자 이익에 관한 입증자료인 매출자료, 비용자료 등의 대부분을 침해자가 보유하고 있고 소가 제기되기 전에 원고가 이를 확보하기 어렵기 때문이다.

원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하였으나 법원이 이를 배척하고 저작권법 제125조 제2항을 적용한 경우들(2개, <표 3> 참조)과 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하였으나 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용한 경우들(24개, <표 3> 참조)은 대부분 원고 입장에서 확보할 수 있는 자료 범위 내에서 침해자의 이익을 주장하였으나 그 자료들이 저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익을 입증할 수 있는 매출자료, 비용자료 등이 아니었고, 특히 피고가 침해저작물과 관련하여 지출한 비용자료가 없었기 때문이었다. 가령 예를 들어 서울남부지방법원 2017. 12. 14. 선고 2016가합107968 판결의 경우 원고는 매출액 전체가 손해액이라고 주장하면서 매출액 4,660만 원은 자료에 근거하여 주장하였지만 법원은 피고 회사의 이익액이 위 매출액에서 해당 사건 각 저작물을 출판 및 판매하는 과정에서 소요된 일체의 비용을 공제한 차액인데 기록상 피고 회사가 지출한 비용을 확인할 수 있는 자료가 전혀 제출되지 않았음을 이유로 저작권법 제125조 제1항에 의해 손해액을 산정할 수 없다고 판시하였고, 원고와 피고 보조참가인 사이의 출판계약서상의 인세 5%에 매출액을 곱한 금액을 통상 사용액으로 인정하여 저작권법 제125조 제2항에 의하여 손해액을 233만 원(= 4,660만 원 × 0.05)으로 산정하였다. 서울서부지방법원 2018. 1. 26. 선고 2017가단205335 판결의 경우 원고가 확보할 수 있는 자료의 범위 내에서 피고의 매출액이 5억 원 이상임을 확인할 수

2017가단205335 판결은 명시적으로 저작권법 제125조 제1항을 주장하지는 않았지만 피고의 '매출액'을 손해로 주장하였다. 서울중앙지방법원 2020. 7. 16. 선고 2017가합579755 판결의 경우 먼저 125조 1항에 따라 피고의 이익액으로서 원고의 손해액으로 추정되는 2,143,072,331원 (= 피고의 2015. 1. 1.부터 2019. 3. 31.까지의 매출액 6,665,504,132 – 위 매출액 × 2018년 귀속 단순경비율 67.8%)을 손해로 주장하였으나, 다음으로, 저작권법 제125조 제2항에 따라 이 사건 프로그램의 통상 사용료에 해당하는 39,600,000원(= 통상의 사용료 3,300,000원 × 12개)이 원고의 손해액이라고도 주장하였기 때문에 125조 제2항을 주장하는 판결로 포섭하였다.

159) 소수점 아래 반올림.

160) 서울남부지방법원 2017. 12. 14. 선고 2016가합107968 판결, 서울서부지방법원 2018. 1. 26. 선고 2017가단205335 판결

있었고 그 중 손해액의 일부로서 5천만 원을 어림잡아 청구하였으나, 법원은 이미 해당 저작권침해에 대한 약식명령문에서 확인할 수 있었던 원고에게 저작권이 있는 불법복제 프로그램 종류와 개수에 각 복제프로그램의 평균가를 곱한 금액을 저작권법 제125조 제2항의 손해액으로 산정하였다.

또 서울중앙지방법원 2017. 11. 15. 선고 2016가합529517 판결의 경우 원고들은 피고와의 저작권 양도계약 해지 이후 피고의 초과출판으로 인한 이익을 손해액으로 주장하면서 피고의 초과 출판으로 인한 매출액에 통상적인 서적 출판업에 적용되는 기준경비율인 18%를 곱하는 방식으로 피고의 이익을 산정하여야 한다고 주장하였는데, 이에 법원은 '피고의 매출액에 기준경비율을 곱한 금액'은 '이익'이 아닌 '경비'의 일종이며 설령 원고들의 위 주장을 이 사건 도서의 매출액에서 '주요경비' 및 '위 매출액에 기준경비율을 곱한 금액'을 공제한다는 의미로 선해한다고 하더라도 원고 제출 증거들만으로는 '주요경비' 부분을 확정할 수 없어 저작권법 제125조 제1항으로 손해액을 산정할 수 없다고 판시하였고 저작권법 제126조를 적용하여 ① 원고들은 이 사건 계약을 체결하면서 피고로부터 이 사건 도서의 정가를 기준으로 6% 내지 8%의 인세를 지급받기로 약정하였던 사실, ② 소득세법상 피고의 출판업에 적용되는 단순경비율은 95.3%이므로, 피고와 같은 소규모 출판업자가 얻는 통상적인 수익은 매출의 4.7% 정도인 점 등을 고려하여 매출액의 15%를 손해액으로 산정하였다.

그리고 서울중앙지방법원 2019. 9. 20. 선고 2018나55564(본소), 2019나13116(반소)판결의 경우 음반저작권자인 원고는 자신의 음반에 관한 권리 침해 행위로 인하여 피고들이 얻은 피고 음반의 매출액인 91,740,000원을 손해액으로 청구하였는데, 이에 1심 법원은 음반 CD 제작비용 등 각종 비용에 관하여 피고들의 별다른 주장 ·증명이 없으므로 91,740,000원이 원고의 손해액으로 추정된다고 판시하였으나, 2심 법원에서는 원고 주장의 피고 음반의 제작 및 판매를 위하여 지출한 비용 등을 공제한 후 실제로 얻은 이익에 대한 증명이 부족하다는 이유로 저작권법 제125조 제1항의 손해액 주장을 배척하였고, 저작권법 제126조를 적용하면서 ① 사단법인 AF에 따르면 피고 음반의 제작과 관련하여 그 공동실연자들에게 지급했어야 할 금액이 합계 4,795,110원으로 산정되는 점, ② 피고들이 주장하는 피고 음반 제작과 관련하여 지출한 비용의 합계가 44,604,542원에 이르는 점등을 참작하여 원고가 주장한 매출액 91,740,000원에서 ①의 4,795,110원과 ②의 44,604,542원을 공제한 금액에 가까운 5천만 원

을 손해액으로 인정하였다. 저작권법 제125조 제1항의 손해액에서 ②를 원고가 입증하지는 못하였지만 저작권법 제126조를 적용할 때 피고가 주장하는 ②를 공제되는 비용으로 참작한 것이다.

서울중앙지방법원 2018. 3. 21. 선고 2016가합563272 판결의 경우 저작권자인 원고 지브리는 '서울세관에 신고된 수량'에 '원고 지브리의 구매가격'을 곱한 금액을 저작권법 제125조 제1항의 손해액을 주장하였으나, 법원은 이 사건 상품의 가액이 원고 측의 구매금액과 모두 동일하다고 볼 수 없는 점, 피고가 세관에 신고한 물량 전부를 판매하여 이득을 얻었다고 단정하기도 어려운 점, 추정되는 이익액을 산정함에 있어서는 비용을 공제하여야 하는데 이를 산정할 자료가 없는 점, 원고가 주장하는 방식 외에도 소득세법상 단순경비율, 기준경비율 등을 이용하여 이익액을 추정해 볼 수 있지만 이와 같은 방법을 이용할 자료 역시 제출되지 않은 점 등을 이유로 원고의 저작권법 제125조 제1항의 손해액 주장을 배척하고 저작권법 제126조에 의해 손해액을 산정하였다.

이와 같이 저작권자인 원고 입장에서 저작재산권 침해를 이유로 하는 손해배상을 청구하는 경우 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익을 손해액으로 주장하는 경우 침해자의 이익에 관한 자료, 특히 침해행위로 인하여 지출한 비용에 관한 자료확보의 어려움으로 인하여 소제기 시에 청구금액을 주장하기도 어려워 약 11%(<표 3> 참조)의 원고들만이 저작권법 제125조 제1항을 손해액으로 주장하였고,[161] 재판 중에도 관련 증거확보가 어려워 그 중 약 2%(<표 1>, <표 3> 참조)의 판결만이 저작권법 제125조 제1항을 적용하였다. 즉 최근 4년간 판결들을 분석해보았을 때 우리나라 저작권침해소송에서 저작권자인 원고가 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익을 주장하는 것도 용이하지 않고, 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익을 입증하는 것은 더욱 용이하지 않다고 볼 수 있다.

이와 달리 저작권자인 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하는 경우는 최근 4년간 판결 중 약 71%(<표 3> 참조)를 차지하였던 점에서 저작권자인 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하는 경우 약 11%의 비율을 차지하였던 점과 비교하였을 때 원고 입장에서 저작권법

161) 이 11%의 원고들이 저작권법 제125조 제1항을 손해액으로 주장하였으나, 청구단계부터 피고가 침해행위 시 지출한 비용에 대한 자료를 거의 확보하지 못하였기 때문에 이 비용이 공제되지 않은 청구금액을 주장하였고 결국 공제되지 못한 침해관련 비용금액은 원고에게 소송비용의 부담으로 전가되었다.

제125조 제2항을 주장하는 것은 용이하다고 볼 수 있으나, 원고가 저작권법 제125조 제2항의 손해액을 주장해서 법원이 저작권법 제125조 제2항을 적용하는 경우의 비율은 약 11%(<표 3> 참조)에 불과하였던 점에 비추어 소송계속중 저작권자인 원고가 저작권법 제125조 제2항을 입증하는 것은 용이하지 않다고 볼 수 있다.

저작권법 제125조 제1항을 적용하여 손해배상을 인정할 증거가 없다는 이유로 제126조를 적용하여 손해액을 인정한 사례가 다수 발견되었던 양상은 2011년경 이전에도 우리나라에서 계속 지적되었었고, 저작권법 제125조 제1항이 권리자로 하여금 입증책임을 덜어주기 위한 규정임에도 불구하고 그 역할을 다 못하고 있다고 볼 수 있다.[162]

또한 최근 4년간 원고가 저작재산권 침해에 대한 손해로 저작권법 제126조만 주장한 경우가 1건[163] 있었는데(<표 3> 참조), 이와 같이 원고들이 저작권법 제126조를 거의 주장하지 않는 이유에 대하여, 제125조에 의한 입증 성공 시 청구취지 전액에 가까운 배상액이 산정될 수 있는 사안도 제126조로 가는 경우 그 배상액 범위가 축소되는 경향이 있다는 점이 제125조에 의한 손해배상을 주위적으로 구하는 이유 중 하나라는 지적이 있어 왔다.[164] 저작권법 제125조의 경우 침해자 이익이나 통상 사용료를 입증하면 그 금액을 전부 배상받을 수 있지만 저작권법 제126조의 경우 법원의 재량에 의하여 손해액 산정요소를 선택할 수 있고 그 산정요소에는 감액요소가 포함될 수 있기 때문에 저작권법 제126조를 주장할 경우 예상외의 감액요소의 참작과 감액의 폭으로 인하여 배상액 범위가 축소될 수 있다. 이러한 점 때문에 원고가 저작권법 제125조 제2항의 손해액을 주장한 사안에서 피고들이 원고 주장 손해액의 감액을 주장하기 위해 저작권법 제126조의 손해액을 주장하는 경우[165]가 있다.

## 3. 각 법조항 인용율 분석

### 가. 원고주장법조항 기준 인용율

162) 신헌석, 앞의 논문, 136면
163) 서울중앙지방법원 2017. 11. 24. 선고 2016나60722 판결과 서울중앙지방법원 2018. 2. 9. 선고 2017나67539 판결의 경우 원고가 저작권법 제125조의2와 저작권법 제126조를 모두 주장하였는데(저작권법 제125조의2는 저작권법 제125조 또는 제126조를 갈음하여 적용하는 것이므로 본 논문에서 이 두 판결은 저작권법 제125조의2를 주장하는 것으로 포섭하였다.) 이 두 판결 모두 저작권등록이 되어 있지 않아 저작권법 제125조의2 주장이 배척되었다.
164) 이규홍, 저작권법의 적용과 집행, 계간 저작권 26권 1호(2013년), 한국저작권위원회, 80면
165) 서울고등법원 2018. 11. 8. 선고 2018나2032669 판결

<표 4> 원고 주장 법 조항 기준 인용률

| | 원고 주장 법 조항 (저작권법) | 법원 적용 법 조항 (저작권법) | 개수 | 청구액합계 (단위: 원) | 인용액 합계 (단위: 원) | 인용률 (%) |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | 제125조 제1항 | 제125조 제1항 | 5 | 576,137,648 | 379,149,287 | 66 |
| | | 제125조 제2항 | 2 | 106,600,000 | 9,030,000 | 8 |
| | | 제126조 | 24 | 6,700,703,611 | 3,730,491,595 | 56 |
| | 합계 | | 31 | 7,383,441,259 | 4,118,670,882 | 56 |
| 2 | 제125조 제2항 | 제125조 제2항 | 27 | 3,102,862,840 | 2,623,857,840 | 85 |
| | | 제126조 | 162 | 44,184,059,573 | 7,612,848,588 | 17 |
| | 합계 | | 189 | 47,286,922,413 | 10,176,794,428 | 22 |
| 3 | 제125조의2 | 제125조의2 | 6 | 221,000,000 | 55,000,000 | 25 |
| | | 제126조 | 8 | 95,124,400 | 30,700,000 | 32 |
| | 합계 | | 14 | 316,124,400 | 85,700,000 | 27 |
| 4 | 제126조 | 제126조 | 1 | 20,000,000 | 10,000,000 | 50 |
| 5 | 불분명 또는 여러 개 | | 35 | 7,740,336,900 | 2,065,203,660 | 27 |
| | 합계 | | 270 | 62,746,824,972 | 16,456,368,970 | 26 |

위 <표 4> 원고 주장 법 조항 기준 인용률을 보면, 원고가 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제1항을 적용하여 손해액을 산정한 경우의 인용률은 약 66%였고, 법원이 이를 배척하고 저작권법 제125조 제2항을 적용하는 경우의 인용률은 약 8%로서 현저하게 낮았으며, 법원이 원고의 저작권법 제125조 제1항 주장을 배척하고 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정한 경우의 인용률은 약 56%로서 저작권법 제125조 제1항을 적용하는 경우보다 약 10%가량 낮았다.

그리고 원고가 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료를 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제2항을 적용하여 손해액을 산정한 경우의 인용률은 83%인 반면에 법원이 이를 배척하여 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정한 경우의 인용률은 17%로서 양자 간 인용률의 차이가 매우 컸다.

즉 아래 <표 5> 법원 적용 법 조항 기준 인용률에 의할 때 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제1항을 적용하는 경우와 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하는 경우의 인용률 차이가 10% 정도여서 법원이 저작권법 제126조를 적용하게 되면 인용률이 낮아진다고 명백하게 판단하기는 어렵지만, 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제2항

을 적용하는 경우와 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하는 경우의 인용률 차이가 매우 크다는 사실에 비추어 볼 때, 법원이 저작권법 제125조 제2항을 적용하는지 저작권법 제126조를 적용하는지에 따라 인용률 차이가 난다는 점을 도출할 수 있으며, 이는 곧 법원이 저작권법 제125조 제2항과 저작권법 제126조 중 어느 법조항을 적용하는지에 따라 인용률에 차이가 날 수 있음을 의미할 수 있다.

<표 5> 법원 적용 법 조항 기준 인용률[166]

| | 법원 적용 법 조항 (저작권법) | 원고 주장 법 조항 (저작권법) | 개수 | 청구액 합계 (단위: 원) | 인용액 합계 (단위: 원) | 전체 인용율 (%) |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | 제125조 제1항 | 제125조 제1항 | 5 | 576,137,648 | 379,149,287 | 66 |
| 2 | 제125조 제2항 | 제125조 제1항 | 2 | 106,600,000 | 9,030,000 | 8 |
| | | 제125조 제2항 | 27 | 3,102,862,840 | 2,623,857,840 | 85 |
| | | 합계 | 29 | 3,209,462,840 | 2,572,975,840 | 80 |
| 3 | 제125조의2 | 제125조의2 | 6 | 221,000,000 | 55,000,000 | 25 |
| 4 | 제126조 | 제125조 제1항 | 24 | 6,700,703,611 | 3,730,491,595 | 56 |
| | | 제125조 제2항 | 162 | 44,184,059,573 | 7,612,848,588 | 17 |
| | | 제125조의2 | 8 | 95,124,400 | 30,700,000 | 32 |
| | | 제126조 | 1 | 20,000,000 | 10,000,000 | 50 |
| | | 불분명 또는 여러 개 | 35 | 7,740,336,900 | 2,065,203,660 | 27 |
| | | 합계 | 230 | 58,740,224,484 | 13,449,243,843 | 23 |
| 합계 | | | 270 | 62,746,824,972 | 16,456,368,970 | 26 |

## 나. 법원적용법조항 기준 인용률

<표 5> 법원 적용 법 조항 기준 인용률을 보면, 분석 대상 판결 중에서 법원이 저작권법 125조 제1항을 적용한 판결의 인용률은 약 66%였고, 저작권법 제125조 제2항을 적용한 판결의 인용률은 약 80%로서 가장 높았으며, 저작권법 제125조의2를 적용한 판결의 인용률은 약 25%였고, 저작권법 제126조를 적용한 판결의 인용률은 약 23%로서 가장 낮았다.

## 다. 인용액 중위수와 인용률 중위수 비교

인용률 평균을 낸 수치가 극단적인 수치에 영향을 받을 수 있는 가능성을 고려하여, 다음으로는 원고주장 법 조항·법원적용 법 조항 결합유형별로 인용액 중위수 및 인용률 중위수를 확인하여 아래 <표 6>으로 인용액 평균 및 인용률 평균과 비교하였다.

166) 소수점 이하 반올림

<표 6> 인용액 중위수와 인용률 중위수[167] 비교

| | 원고 주장 법 조항 (저작권법) | 법원 적용 법 조항 (저작권법) | 개수 | 인용액 중위수 (단위: 원) | 인용액 평균 (단위: 원) | 인용률 중위수 (%) | 인용률 평균 (%) |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | 제125조 제1항 | 제125조 제1항 | 5 | 43,377,399 | 75,829,857 | 87 | 66 |
| | | 제125조 제2항 | 2 | 4,515,000 | 4,515,000 | 8 | 8 |
| | | 제126조 | 24 | 28,500,000 | 155,437,150 | 29 | 56 |
| | 합계 | | 31 | | | | |
| 2 | 제125조 제2항 | 제125조 제2항 | 27 | 60,012,000 | 97.179,920 | 76 | 85 |
| | | 제126조 | 162 | 13,736,750 | 49,115,152 | 15 | 17 |
| | 합계 | | 189 | | | | |
| 3 | 제125조의2 | 제125조의2 | 6 | 4,000,000 | 9,166,667 | 13 | 25 |
| | | 제126조 | 8 | 1,800,000 | 3,837,500 | 24 | 32 |
| | 합계 | | 14 | | | | |
| 4 | 제126조 | 제126조 | 1 | 10,000,000 | 10,000,000 | 50 | 50 |
| 5 | 불분명 또는 여러 개 | | 35 | 7,000,000 | 59,005,819 | 20 | 27 |
| | 합계 | | 270 | | | | |

이 논문 분석 대상 판결 270개 중 원고 주장 법 조항 별 법원 적용 법 조항에 대한 인용액 중위수를 확인해본 결과, 원고가 저작권침해를 이유로 한 손해배상액 범위에 대하여 저작권법 제125조 제1항, 제2항, 제125조의2, 제126조 어떠한 조항을 주장하였든 법원이 이를 받아들여 손해액을 산정한 경우보다 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용한 경우의 인용액 중위수가 모두 낮게 나왔다. 이는 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 전반적으로 인용액이 낮아진다는 것을 의미한다.

다음으로 인용률 중위수를 확인해 본 결과 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제1항을 적용하였을 때의 인용률 중위수는 약 87%였던 반면에, 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하였을 때의 인용률 중위수는 약 29%로서 상당히 낮아졌다. 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제1항을 적용하였을 때의 평균 인용률이 약 66%였고, 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하였을 때의 평균 인용률 약 56%로서 평균 인용률도 더 낮아지긴 하였지만 그 정도가 큰 폭은 아니었으나, 인용률 중위수는 훨씬 더 큰 폭으로 낮아진 것이다.

167) 소수점 이하 반올림.

또한 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제2항을 적용하였을 때의 인용률 중위수는 약 76%였던 반면에, 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하였을 때의 인용률 중위수는 약 15%로서 역시 상당히 낮아졌다. 이는 평균 인용률이 낮아지는 정도(약 85%에서 약 17%)와 비슷하였다.

이와 같이 원고가 저작권법 제125조 제1항 또는 제2항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들이는 경우보다 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용한 경우 인용액 중위수 뿐만 아니라 인용률 중위수까지 훨씬 낮다는 점에 비추어 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 전반적으로 인용률이 낮아진다는 평가가 가능해진다.[168]

## 4. 종합분석 및 문제점

이상을 종합해 보았을 때, 우리나라에서 저작권자인 원고가 저작재산권 침해를 이유로 손해배상을 청구할 때 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익을 손해액으로 주장하는 것뿐만 아니라 입증하는 것도 용이하지 않으며, 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료를 손해액으로 주장하는 것은 침해자 이익을 손해액으로 주장하는 것보다는 용이하나 입증이 어렵다고 볼 수 있다. 그리고 저작권침해를 이유로 한 손해배상인용판결의 약 85 %의 비중을 차지하는 판결이 저작권법 제126조에 의한 법원의 재량에 의하여 손해액이 산정되고 있으나 그 인용률이 약 23%로 낮으며, 원고가 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제1항을 적용하여 손해액을 산정한 경우의 인용률이 약 66%였던 반면에 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정한 경우의 인용률은 약 52%로서 저작권법 제125조 제1항을 적용하는 경우보다 다소 낮았고, 특히 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하고 법원이 이를 적용한 경우의 인용률이 약 83%(<표 5> 참조)인 반면 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조 법원의 재량에 의하여 손해액을 산정한 경우의 인용률은 약 17%(<표 5> 법원 적용 법 조항 기준 인용률 참조)로서 매우 낮았다.

168) 다만 원고가 저작권법 제125조의2를 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조의2를 적용하여 손해액을 산정한 경우 인용률 중위수는 약 13%였던 반면, 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정한 경우 인용률 중위수는 24%로서 조금더 컸지만 유의미한 큰 차이는 나지 않았고 유사했다. 이는 저작권법 제125조의2와 저작권법 제126조 모두 변론의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정하고 있고, 실제로 법원이 두 규정을 적용할 때 상당성을 유사한 경로로 산정하고 있기 때문인 것으로 보인다.

즉 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때 법원이 저작권법 제125조 제2항을 적용하는지 제126조를 적용하는지에 따라 인용률의 차이가 크게 차이가 났다.

즉 현재 저작재산권 침해를 이유로 한 손해배상 청구소송에서 저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익은 저작권자인 원고가 주장 및 입증이 용이하지 않다는 점, 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료는 저작권자인 원고가 주장하기는 용이하다고 볼 수 있으나 입증이 용이하지는 않다는 점, 그리고 약 85%의 비중을 차지하는 판결들이 저작권법 제126조를 적용하고 있으나 그 인용률이 약 23%로 매우 낮은 점을 종합해 볼 때, 현재 저작권침해를 이유로 한 손해배상 소송실무에서 저작권법 제125조 제1항, 같은 법 제125조 제2항, 같은 법 제126조 모두 저작권자의 손해액 입증의 곤란을 덜어주고 저작권자를 보호하기 위함이라는 그 입법 취지를 제대로 실현하고 있다고 보기가 어렵다.

특히 저작권법 제126조를 적용한 약 85%의 판결인용률이 약 23%로 매우 낮고, 가장 많은 비중을 차지하였던 원고 주장 법 조항이 저작권법 제125조 제2항이고 법원 적용 법 조항이 저작권법 제126조인 약 60%(162건)판결의 인용률이 약 17%로 매우 낮은 것은 문제가 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 이는 저작권자가 생각하는 저작재산권의 경제적 가치와 법원이 판단하는 저작재산권의 경제적 가치 사이의 괴리가 매우 크다는 것을 의미한다고 볼 수 있고, 낮은 인용률로 인한 소송비용의 부담이 원고에게 전가되어 결국 저작권자인 원고는 저작재산권 침해를 이유로 하는 손해배상 소송을 통해 경제적 전보를 통한 저작권 보호를 제대로 받지 못한다는 것을 의미한다고 볼 수 있기 때문이다. 또한 저작권법 제126조를 적용한 판결의 인용금액이 실제 시장에서 매겨지는 저작권의 경제적 가치와 차이가 클 경우 판결의 사회에 대한 영향력을 고려할 때 창작의 유인을 통한 문화 및 관련 산업의 향상발전이라는 저작권법의 목적실현이 어려워질 수 있을 뿐만 아니라, 침해자 입장에서는 저작재산권 침해에 대한 손해액이 실제 시장가격보다 낮다면 저작권자와 정식으로 저작물 사용계약을 체결하고 정당한 대가를 지불한 후 저작물을 사용하기보다는 저작권자의 허락 없이 무단으로 사용하게 되는 유혹에 쉽게 흔들리게 되어 저작권침해가 더욱 증가하는 결과가 발생할 수 있기 때문이다.

이에 본 논문에서는 저작권법 제126조를 적용한 판결의 인용률이 낮은 이유에 대해서 “제125조의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우” 라고 판시한 사항들과 “제126조의

재량을 행사할 때 손해액 산정 시 고려한 사항들" 을 분석·종합해서 알아본 후 이에 대한 개선방안을 검토해보고자 한다.

## 제2절 제125조의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우

### 1. 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장한 경우

원고가 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익을 손해로 주장한 경우 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용한 23개 판결에서 법원이 제125조의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우로 판단한 사유로는 ① 공제되어야 할 침해행위 시 지출한 비용에 대한 입증부족이 가장 많았고, ② 원고가 주장하는 항목이 저작권침해로 인한 이익이라고 볼 수 없거나 무관한 경우(의정부지방법원 2018. 2. 13. 선고 2017가합53729 판결, 서울고등법원 2018. 12. 6. 선고 2017나2067811 판결), ③ 저작권 침해로 인한 이익이 원고 주장 항목의 일부분이거나 기여도에 따라 산정되어야 하는데 그 부분과 기여도를 산정하기 어려운 경우(서울중앙지방법원 2019. 8. 21. 선고 2016가합570867 판결, 서울동부지방법원 2019. 8. 27. 선고 2017가단111537 판결, 서울중앙지방법원 2020. 12. 18. 선고 2019가합526328 판결) 등이 있었다.

반면에 원고가 저작권법 제125조 제1항을 손해액으로 주장하고 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제1항을 적용하여 손해액을 산정한 판결은 5건이었는데, 이 중 서울중앙지방법원 2018. 2. 2. 선고 2016가합541296 판결 및 서울고등법원 2021. 4. 28. 선고 2020나2008256 판결과 서울중앙지방법원 2019. 10. 16. 선고 2018가합545933 판결은 원고와 피고 사이에 기존 저작물 사용관계가 있었으나 계약이 해지 또는 종료되었음에도 불구하고 피고가 이를 계속 사용하여 저작권침해가 문제된 사안들로서 원고는 기존 계약관계에서 받아왔던 수익자료들을 근거로 어느 정도 침해자 이익에 관한 자료들에 대하여 접근 가능성이 있었던 경우였다. 나머지 2건 중 수원지방법원 안산지원 2019. 10. 17. 선고 2019가합6819 판결은 피고가 이익금액을 인정한 경우였고, 서울중앙지방법원 2019. 11. 29. 선고 2017가합510749 판결은 과거 같은 사안으로 원고가 피고를 상대로 같은 내용의 민사 손해배상판결을 받은 바 있고 저작권법 위반에 대하여 형사판결도 존재하였기 때문에 원고가 관련 판결의 증거들을 통해 침해자 이익에 관한 자료 접근성이 어느 정도 있었고 피고의 제품이 원고 제품 형식과

유사하여 피고 제품 1개당 평균 판매단가에서 원고의 제품 1개당 제조원가를 공제하는 방식의 순이익계산이 가능한 경우였다.

## 2. 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장한 경우

원고가 저작권법 제125조 제2항을 손해액으로 주장하였을 때 법원이 저작권법 제126조를 적용한 162개의 판결 중 가장 많은 비중을 차지한 약 79개가 컴퓨터 프로그램 불법복제를 이유로 한 손해배상 인용판결이었다. 이 79개의 판결 사안에서 원고가 피고가 불법 복제한 컴퓨터 프로그램의 정가 상당액을 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료로 주장하였을 때, 해당 프로그램이 단일 모듈인지 풀모듈인지에 따라 저작권법 제125조의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우에 대한 판시 내용에 다소 차이가 있었다.

가. 침해된 프로그램이 단일 모듈인 경우 법원은 원고가 스스로 책정한 정가를 통상 사용료로 주장하였을 때 해당 프로그램이 시기와 상황에 따라 조정된 금액으로 판매하고 있고, 유통방식과 거래조건에 따라 다른 금액으로 판매된다는 점,[169] 원고들이 손해액으로 주장하는 위 정가에는 정품 구매자만을 위한 일정 기간 동안의 무상보증과 유지보수 등의 혜택이 포함되어 있는 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 프로그램이 시중에서 실제로 거래되는 가격은 원고들이 손해액으로 주장하는 정가에 미치지 못하는 것으로 보이고, 고객이 여러 개의 프로그램들을 함께 구입할 경우에는 통상 개별 프로그램의 가격의 합산액에 일정한 할인율이 적용되어 그 판매가격이 정해지는 점,[170] 다른 혜택을 포함시킨 상품을 판매하거나 근래에는 기간제 라이선스로 판매하는 점[171]등을 이유로 제125조 제2항에 따라 손해액을 산정하기 어렵다고 판시하였다.

나. 침해된 프로그램이 풀모듈인 경우, 대부분의 원고가 풀모듈의 각 모듈가액을 합산한 금액이 통상 사용료가 되어야 한다거나 최소한 가장 많이 사용되는 모듈의 가액합계가 통상 사용료가 되어야 한다고 주장하였는데, 이에 대하여 법원은 피고들이 복제한 프로그램은 용도별, 기능별로 만들어진 여러 모듈의 묶음으로 되어 있고 사용자가 그 수요와 필요성에 따

169) 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2052369 판결, 인천지방법원 2018. 12. 12. 선고 2017가단249898 판결, 서울고등법원 2019. 4. 11. 선고 2018나2063465 판결 등
170) 서울중앙지방법원 2018. 12. 6. 선고 2016나47781 판결
171) 수원지방법원 2019. 9. 26. 선고 2018가단514794 판결

라 모듈을 개별적으로 구매할 수 있도록 개개의 모듈별로 별도의 가격이 책정된 상태에서 판매되고 있는 점, 피고들은 원고와의 사이에 체결된 라이선스계약에 기초한 통상적인 설치 과정에 따라 개별 모듈별로 프로그램을 설치한 것이 아니라 제3자로부터 위 프로그램의 라이선스 보호를 무력화시킨 불법 복제물을 입수하고 이를 회사 사무실에 있는 컴퓨터에 다운로드 받은 점, 전체 모듈을 포함한 이 사건 프로그램들을 이용 내지 복제하게 된 이유는, 이 사건 프로그램들의 저작권 보호조치를 무력화한 복제물이 전체 모듈을 포함하고 있었기 때문에 이를 그대로 이용 내지 복제하였기 때문이고, 이 사건 프로그램들의 전체 모듈을 이용하려는 의도로 전체 모듈을 포함한 복제물을 이용 내지 복제한 것은 아닌 점,[172] 원고가 손해배상액으로 주장하는 각 금액은 이 사건 각 프로그램을 구성하는 개별 모듈의 정가를 산술적으로 합산하여 산출된 것으로, 실제 여러 모듈을 구입할 경우 통상 개별 모듈 가격의 합산액에 일정한 할인율이 적용되어 그 판매가격이 정해지는 점, 정품 프로그램의 판매가격에는 정품 구매자만을 위한 설치완료 후 일정 기간 동안 동안의 무상보증과 유지보수 내지 무상교육 등의 혜택이 포함되어 있는데 피고의 복제의 경우 이러한 혜택이 없는 점,[173] 크랙파일은 모든 모듈에 관한 기술적 보호조치를 무력화할 수 있는 특성을 갖는데 이러한 특성만을 이유로 모든 모듈 내지 주요 모듈을 기준으로 손해액을 산정한다면 손해액이 지나치게 커질 수밖에 없는 사정, 이 사건 프로그램의 하위 모듈 프로그램의 기능은 서로 중첩되는 경우가 있어 사용자로서 반드시 모든 프로그램을 사용할 필요가 없는 것으로 보이는 사정,[174] 국내에서 위 프로그램이 전체 모듈로서 판매되는 점에 관한 주장·입증이 없는 점 등을 이유로 들며 저작권법 제125조 제2항이 적용될 수 없는 경우라고 판시하였다.

## 3. 유사한 컴퓨터 프로그램판결들의 경우

가. ‘단일 모듈’의 경우 같은 원고의 유사하거나 동일한 프로그램이었음에도 불구하고 저작권법 제125조 제2항을 적용한 판결이 있는 반면 저작권법 제126조를 적용한 판결이 있었다. 같은 원고인 원고 오토데스크(Autodesk, Inc.)의 유사한 단일 모듈 프로그램이었음에도 불구하고 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2052369 판결, 수원지방법원 2019. 11. 13. 선고 2018가합25284 판결은 저작권법 제125조 제2항의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우로 보아 저작권법 제126조를 적용하였으나, 수원지방법원 2017. 11. 17. 선고 2016가합

172) 광주지방법원 2019. 10. 31. 선고 2018가합55802 판결
173) 서울중앙지방법원 2019. 8. 23. 선고 2017가합537577 판결
174) 수원지방법원 2021. 1. 28. 선고 2019나94045 판결

76516 판결과 인천지방법원 2018. 10. 19. 선고 2015가합58149 판결은 저작권법 제125조 제2항을 적용하였다. 또 같은 원고들인 원고 마이크로소프트 코퍼레이션(Microsoft Coporation)과 (주)한글과 컴퓨터의 같은 프로그램이었음에도 불구하고 서울중앙지방법원 2018. 12. 6. 선고 2016나47781 판결 등의 경우 저작권법 제125조 제2항의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우로 보아 저작권법 제126조를 적용하였으나, 서울중앙지방법원 2018. 11. 8. 선고 2017가합515553 판결에서는 저작권법 제125조 제2항을 적용하였다.

나. 유사한 '풀모듈 패키지 프로그램'인 경우에도 저작권법 제125조 제2항이 적용되는 경우와 저작권법 제126조가 적용되는 경우로 달라지는 경우가 있었다. 풀모듈 패키지 프로그램 저작권침해 소송 중에서 같은 원고인 지멘스 아이앤씨의 같은 NX프로그램에 대해서 부산고등법원 2018. 3. 22. 선고 2017나53593 판결 등에서는 저작권법 제125조 제2항의 규정에 따른 손해액 산정이 어려운 경우로 보아 저작권법 제126조를 적용하였지만, 수원지방법원 2017. 11. 17. 선고 2016가합76516 판결의 경우 법원은 저작권법 제125조 제2항을 적용할 수 있는 경우로 판시하였다.

위 부산고등법원 2018. 3. 22. 선고 2017나53593 판결에서 원고는 NX프로그램 1개당 가격을 풀모듈의 가액의 합계인 360,000,000원으로 주장하였는데 이에 대하여 법원은 "이 사건 프로그램의 풀 패키지는 상당한 고가이고, 통상 프로그램 구매자는 자신의 업무에 필요한 모듈을 선택하여 구매 및 사용하고 있으며, 원고들의 국내 판매대리점들도 구매자의 의사에 따라 개별 모듈 및 그 모듈로 구성된 버전을 판매하고 있고, 불법 복제하여 피고의 업무에 실제 이용한 프로그램과 같다고 볼 증거가 없고, 구입 시점이나 경위에 비추어 위 구매대금을 '저작권침해행위가 없는 상황에서 피고가 원고들의 프로그램을 적법하게 사용하기 위해 통상 지급하였을 대가'라고 보기도 어렵다"고 판시한 반면에, 수원지방법원 2017. 11. 17. 선고 2016가합76516 판결의 원고는 NX프로그램 1개당 가격을 풀모듈의 가액의 합계가 아닌 51,000,000원으로 주장하였는데 이에 대하여 법원은 저작권법 제125조 제2항의 "권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액이란 침해자가 프로그램저작물 사용 허락을 받았더라면 사용대가로서 지급하였을 객관적으로 상당한 금액을 말하고, 그 금액을 산정할 때에는 단위당 프로그램 저작물의 통상적인 사용대가에 침해자의 복제품 판매수량을 곱하여 계산하여야 할 것인바, 이에 따라 손해액을 계산하면" 원고 지멘스가 제시한 금액이 이에 해당한다고 판시하였다.

수원지방법원 2017. 11. 17. 선고 2016가합76516 판결문에 구체적인 사실관계가 나와 있지 않아 원고 지멘스의 NX프로그램이 어떠한 형태로 불법복제되었는지 정확히 파악하기는 어렵지만, NX프로그램은 풀모듈 패키지 프로그램으로서 인터넷에서 불법 다운로드받게 되는 경우 라이선스가 무력화된 풀모듈 전체를 복제하게 되므로 부산고등법원 2018. 3. 22. 선고 2017나53593 판결의 피고가 복제한 NX프로그램과 마찬가지로 라이센스가 무력화된 풀모듈 패키지 프로그램일 가능성이 크고, 원고가 주장한 '통상 사용료 금액의 차이'가 있었을 뿐인 것으로 보인다. 즉 수원지방법원 2017. 11. 17. 선고 2016가합76516 판결은 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료 인정 여부를 판단함에 있어서 모듈의 '피고의 업무와 관련 가능성'보다 원고가 주장한 '통상 사용료 금액의 적정성'에 더 중점을 두었던 것으로 보인다.

법원은 "저작권법 제125조 제2항이 규정하고 있는 '그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액'이라 함은 침해자가 저작물의 이용허락을 받았더라면 그 대가로서 지급하였을 객관적으로 상당한 금액을 말하는 것으로서, 저작권자가 침해행위와 유사한 형태의 저작물 이용과 관련하여 저작물 이용계약을 맺고 이용료를 받은 사례가 있는 경우라면, 그 사용료가 특별히 예외적인 사정이 있어 이례적으로 높게 책정된 것이라거나 저작권침해를 이유로 한 손해배상 청구소송에 영향을 미치기 위하여 상대방과 통모하여 비정상적으로 고액으로 정한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 이용계약에서 정해진 이용료를 저작권자가 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액으로 보아 이를 기준으로 손해액을 산정할 수 있고,[175] 저작권자가 그와 같은 저작물이용계약을 체결하거나 이용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일단 그 업계에서 일반화되어 있는 이용료를 손해액 산정의 기준으로 삼을 수 있다고 판시하고 있다.[176]

'사용료 금액의 적정성'도 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료 산정에 하나의 요소가 될 수 있으나 그 금액의 적정성이란 침해행위와 유사한 형태의 저작물 이용과 관련된 적정성을 의미하므로 금액의 고가 여부만으로 저작권법 제125조 제2항을 적용할지, 저작권법 제126조를 적용할지를 결정하는 것은 고가 여부가 업무 관련성보다 그 기준이 상대적이고

175) 대법원 2001. 11. 30. 선고 99다69631 판결 참조.
176) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다76733 판결 참조.

불확실하다는 점에서 당사자들의 예측 가능성을 저해할 수 있다.

## 4. 검토

분석대상 판결 270개 중에서 컴퓨터 프로그램 저작권침해를 이유로 하는 손해배상청구를 인용한 판결 중 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제2항을 적용한 판결[177]은 12개인데,[178] 이 판결들에서 법원은 원고가 제시한 정품가격이 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료에 해당한다고 판시한 반면에, 컴퓨터 프로그램 저작권침해에 기한 손해배상 청구를 인용한 판결 중 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용한 79개의 판결에서는 원고가 제시한 정품가격이 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료에 해당할 수 없다고 판시하였다.

특히 같은 원고의 유사하거나 같은 프로그램의 저작권침해소송의 경우 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때, 어떤 법원에서는 원고가 주장한 정가가 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료가 될 수 없어 제126조를 적용하고 다른 법원에서는 그 정가가 저작권법 제125조 제2항의 통상 사용료에 해당한다고 보고 원고가 주장한대로 저작권법 제125조 제2항을 적용하는 경우가 발생하고 있는데, 이와 같이 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때 법원의 적용조항의 차이는 그 자체로 재판당사자의 예측가능성을 저해하는 문제가 있다. 또 앞의 <표 4>에 의할 때 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 경우 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제2항을 적용한 경우의 인용률이 83%인 반면에 법원이 이를 배척하여 저작권법 제126조를 적용한 경우의 인용률이 17%인 점에 비추어 법원이 저작권법 제125조 제2항을 적용할 수도 있고 저작권법 제126조를 적용할 수도 있게 되는 문제는 원고가 어느 법원에 소를 제기하느냐에 따라 인용률의 현저한 차이로 이어질 수 있다는 것을

177) 저작권자인 원고가 복수이고 일부 원고에 대하여는 저작권법 제125조 제2항을 적용하고 다른 원고에 대하여는 저작권법 제126조를 적용한 판결의 경우 저작권법 제126조를 적용한 판결에 포함시켰다.

178) ① 수원지방법원 2017. 11. 17. 선고 2016가합76516 판결, ② 부산지방법원 동부지원 2018. 6. 14. 선고 2017가단211285 판결, 2017가단212639(병합) 판결, ③ 서울동부지방법원 2019. 5. 24. 선고 2018가단112773 판결, ④ 서울중앙지방법원 2019. 7. 11. 선고 2017가합517047 판결, ⑤ 서울중앙지방법원 2019. 8. 23. 선고 2016가합569263 판결, ⑥ 수원지방법원 안양지원 2020. 1. 2. 선고 2019가단101494 판결, ⑦ 인천지방법원 부천지원 2020. 2. 4. 선고 2019가단19308 판결, ⑧ 수원지방법원 여주지원 2020. 2. 6. 선고 2019가단50491 판결, ⑨ 창원지방법원 마산지원 2020. 2. 20. 선고 2019가단100519 판결, ⑩ 창원지방법원 마산지원 2020. 2. 20. 선고 2019가단100656 판결, ⑪ 서울중앙지방법원 2020. 7. 16. 선고 2017가합579755 판결, ⑫ 서울동부지방법원 2020. 9. 11. 선고 2019가단123619 판결.

의미할 수 있게 되는 문제점이 있으므로, 저작권법 제126조의 요건인 "제125조로 손해액을 산정하기 어려운 경우"에 대한 기준의 보완과 예측 가능성의 제고가 필요하다.

따라서 저작권법 제126조의 요건인 "저작권법 제125조를 적용할 수 없는 경우"의 해석 기준의 보완과 예측 가능성의 제고가 필요하다. 생각건대 판례가 "저작권법 제125조 제2항이 규정하고 있는 '그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액'이라 함은 침해자가 저작물의 이용허락을 받았더라면 그 대가로서 지급하였을 객관적으로 상당한 금액을 말하는 것으로서, 저작권자가 침해행위와 유사한 형태의 저작물 이용과 관련하여 저작물 이용계약을 맺고 이용료를 받은 사례가 있는 경우라면, 그 사용료가 특별히 예외적인 사정이 있어 이례적으로 높게 책정된 것이라거나 저작권침해로 인한 손해배상청구소송에 영향을 미치기 위하여 상대방과 통모하여 비정상적으로 고액으로 정한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 이용계약에서 정해진 이용료를 저작권자가 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액으로 보아 이를 기준으로 손해액을 산정할 수 있고[179], 저작권자가 그와 같은 저작물이용계약을 체결하거나 이용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일단 그 업계에서 일반화되어 있는 이용료를 손해액 산정의 기준으로 삼을 수 있다고 판시하고 있는 점에 비추어 볼 때,[180] 저작권법 제125조 제2항을 적용할 수 있는 경우를 원고와 피고가 실제로 저작물이용계약을 체결하였더라면 산정되었을 이용료에 해당되는 경우만으로 제한하여 해석함이 타당하다.

## 제3절 제126조에 의한 손해액 산정시 고려사항

### 1. 분석사항

본 절에서는 법원이 저작권법 제126조를 적용하여 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 산정할 때에 주로 어떠한 요소들을 참작하는지에 대하여 분석하고자 한다. 특히 저작권법 제126조를 적용한 판결의 인용률이 낮은 이유를 파악하기 위해 특히 인용률이 낮았던 판결들을 중점적으로 판례가 참작한 요소들을 분석하였다.

179) 대법원 2001. 11. 30. 선고 99다69631 판결 참조.
180) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다76733 판결 참조

## 2. 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장한 경우

가. 수원지방법원 성남지원 2019. 5. 10. 선고 2016가합204512판결은 D가 창작한 광고물을 양수한 원고가 피고는 인터넷 쇼핑몰의 제품 상세페이지에 해당 사건 광고물을 일반 공중에 노출되게 함으로써 원고의 저작권(전시권)을 침해한 사안이었다. 원고는 저작권법 제125조 제1항에 기하여 이 사건 광고물로써 홍보되는 이 사건 제품의 판매로 인한 이익을 손해액으로 주장하며 6억 원을 청구하였으나, 법원은 이 사건 광고물은 직접 매출을 발생시키지 못하고 이 사건 광고물이 이 사건 제품의 매출 증대에 어느 정도로 기여하는지를 알 수 있는 별다른 자료가 없는 점 등을 이유로 저작권법 제126조를 적용하였고, 이 사건 광고물의 제작에 지출한 총비용이 32,277,113원에다가 광고물 저작자의 고유한 창작 역량을 금전적으로 평가한 금액을 더하여 4천만 원의 손해액을 인정하였으며 그 인용률은 약 7%로 매우 낮았다. 이 판결에서 법원은 저작권법 제125조 제1항을 적용할 수 없는 사유로 제시하였던 이 사건 광고물이 이 사건 제품의 매출 증대에 기여한 정도, 즉 이 사건 광고물의 사용으로 인하여 피고가 얻은 이익은 저작권법 제126조의 산정요소로 참작하지 않았다.

나. 서울중앙지방법원 2020. 1. 30. 선고 2018가합568790 판결은 원고가 독점판매계약을 맺은 음향기기의 사진과 각 기기에 대한 영문 제품설명 부분을 번역하여 한 화면에 볼 수 있도록 편집한 게시물을 피고가 자신의 쇼핑사이트에 무단으로 게시한 사안이다. 이 판결에서 원고는 피고들이 이 사건 게시물을 사용한 기간 동안의 매출액이 2억 원 이상일 것으로 추정되고, 위 매출액이 피고들의 저작권 침해행위에 의하여 받은 이익이므로, 피고들은 200,000,100원을 배상하여야 한다고 주장하였으나, 법원은 피고들이 저작권 침해행위에 의하여 받은 이익은 이 사건 게시물을 피고들 쇼핑사이트에 게시한 기간 동안 이 사건 게시물을 게시하여 사용함으로 인하여 얻은 이익인데 매출액 전부를 피고들이 저작권 침해행위에 의하여 받은 이익으로 볼 수는 없고, 이 사건 쇼핑몰이나 피고들 쇼핑사이트에 이 사건 게시물을 게시하지 않았을 때와 비교하여 이 사건 게시물을 게시함으로 인하여 얻을 수 있는 매출액 증가분을 산정할 수 있는 자료도 없음을 이유로 이를 배척하였다. 이 사안

에서 원고는 이 사건 게시물 제작비용도 주장하였는데, 법원은 같은 업계에서 이 사건 게시물과 유사한 게시물의 제작에 관하여 일반화되어 있는 제작비용이 얼마인지 정하는 것은 쉽지 않다고 이를 배척하였다.

이후 법원은 저작권법 제126조를 적용하면서 피고 B가 세무서에 신고한 매출액이 2017년에 18,169,770원, 2018년에 38,804,353원이었던 점, 피고 C가 2018. 7. 16.부터 구매대행업 등을 영위하면서 세무서에 신고한 매출액이 2018년에 23,501,469원이었던 점, 피고들은 2018. 1.부터 2018. 8.까지 사이의 매출액 중 비용과 수수료 등을 제외한 이익은 18,783,211원 가량이라고 주장하고 있는 점 등을 참작하여 1500만 원의 손해액을 인정하였다.

위 판결은 앞의 가. 수원지방법원 성남지원 2019. 5. 10. 선고 2016가합204512판결과 유사한 광고기능을 하는 경우라고 볼 수 있는데, 위 가. 판결에서 법원은 저작권법 제126조를 적용할 때 해당 광고물이 해당 사건 제품의 매출 증대에 기여한 정도에 대하여 참작하지 않았으나, 이 나. 판결에서는 이 사건 게시물을 게시함으로 인하여 얻을 수 있는 매출액 증가분을 산정할 수 있는 자료가 없음을 이유로 원고의 저작권법 제125조 제1항에 의한 손해액 추정 주장을 배척한 후 저작권법 제126조를 적용함에 있어서는 이 사건 게시물이 매출에 영향을 준다는 점을 전제로 피고의 매출이익을 손해액 산정요소로 참작하였다.

반면에 위 가. 판결에서는 이 사건 광고물의 제작에 지출한 총비용이 32,277,113원에다가 광고물 저작자의 고유한 창작 역량을 금전적으로 평가한 금액을 더한 금액을 저작권법 제126조의 참작요소로 고려하였으나, 이 나. 판결에서는 원고가 이 사건 게시물을 제작할 때 지출한 인건비등 비용금액은 저작권법 제126조의 참작요소로 고려하지 않았다.

다. 위 가. 판결 및 나. 판결과 같이 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하면서 피고의 매출액을 손해액으로 주장할 때 비용을 공제하지 않은 채 주장한 점이 인용율이 낮은 이유 중 하나가 될 수 있는데, 보다 근본적으로는 원고 입장에서 피고가 지출한 비용에 관한 자료를 확보하기가 어렵기 때문인 것으로 보인다.

## 3. 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장한 경우

분석 대상 판결 중 162개로서 가장 많은 비중을 차지하였지만 인용률은 약 17%로 가장 낮았던 원고 주장 법조항이 저작권법 제125조 제2항이고 법원 적용 법조항이 저작권법 제126조였던 경우 중 컴퓨터 프로그램 저작권침해를 이유로 손해배상을 청구하는 경우 인용률이 특히 낮았다.

가. 수원지방법원 성남지원 2020. 6. 18. 선고 2019가단202008 판결의 경우 법원은 저작권법 제126조를 적용하면서 피고들이 이 사건 프로그램 없이 다른 컴퓨터 프로그램을 이용해 각자의 업무를 수행하고 있었던 것으로 보이므로 피고가 실제로 원고 회사에 요청하여 이 사건 프로그램의 정식 라이센스를 구매하여 사용하려고 하였다고 하더라도 그 구매 범위는 다른 프로그램을 이용하여 수행하기 어려운 부분 등 필요한 최소한의 범위에 그쳤을 것으로 생각되는 점 등의 사정을 고려하여, 손해액을 5,000,000원으로 산정하였고 인용률은 약 5%였다.

이 판결에서 법원은 "저작권법에서 저작권에 대한 침해 유형으로서의 '복제'란 저작물을 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하는 것을 의미할 뿐이지 그 실제 사용 여부나 사용 가능성까지 내포하고 있는 개념이 아니고, 컴퓨터 프로그램을 컴퓨터 하드디스크 드라이브(HDD) 등 보조기억장치에 설치하는 것은 저작권법 제2조 제22호의 영구적 복제에 해당하는 점" 을 이유로 피고가 컴퓨터 하드디스크 드라이브에 이 사건 프로그램이 무단으로 복제된 이상 그 후 프로그램이 실제 설치(install)되지 않았다 하더라도 원고의 이 사건 프로그램에 관한 복제권이 침해되었다고 판시하였으나, 저작권법 제126조 손해배상액 산정에 있어서는 실제 설치 여부나 사용 여부를 고려하였고 그 사용 여부를 고려함에 있어서 피고들이 기존에 가지고 있던 다른 프로그램을 이용하여 수행하기 어려운 부분 등 '필요한 최소한의 범위' 에 그쳤을 것이라는 점을 고려하였다.

나. 서울고등법원 2019. 1. 24. 선고 2018나2045252 판결의 경우 저작권법 제126조를 적용함에 있어서 피고 회사는 L회사의 'O' 제품을 72,000,000원에 구매하여 사용하고 있음에 비추어 볼 때, 피고 회사는 O에 포함된 고급 Surface 작업, 대용량 어셈블리 등의 기능을 사용하는 작업을 하고 있다고 보이고 위와 같은 기능을 사용하기 위해서는 이 사건 프로그램

중 기본 설계 모듈인 H 이외에도 아래 표의 ‘E 모듈명’ 항목 기재와 같은 모듈이 필요하고, H과 아래 표의 ‘E 모듈명’항목 기재 모듈의 사용료의 합계액은 87,447,000 원가량이 되었는데 정품 소매가격이 14,281,000원인 H모듈이 50% 할인된 가격으로 판매가격이 제안되는 경우도 있는 점을 고려하여 손해액을 45,000,000원으로 산정하였다.

다. 서울고등법원 2021. 4. 29. 선고 2020나2029307 판결의 경우 이 사건 원고의 G 프로그램은 풀모듈 패키지 프로그램으로서 G 프로그램의 ‘K’의 경우 라이선스 가격 외에 보수유지비까지 포함한 판매가로서 4,700여만 원에서 5,500만 원 정도까지 거래되고 있었으며, 피고 회사는 원고의 G 프로그램 중 ‘L/J/K’(버전/모델번호/제품명, 프로그램 표기 방식은 이하 같다) 1개를 2010년 이전에 28,000,000원에, ‘M/N/O’ 3개를 2010년 이전에 5,400,000원에, ‘M/P/Q’ 1개를 2013. 9.무렵 27,400,000원에 각 구매한 적이 있고, 피고 C도 2018. 3.까지 전자부품제조업체 업무용으로 원고의 G 프로그램 중 ‘S/J/K’ 1개를 2016. 7. 55,000,000원 정도에, ‘T/U/V’ 등 12개를 무렵 150,000,000원에 각 구매하였던 적이 있는 사안이었다.

이 사건 G 프로그램은 풀모듈 패키지 프로그램이기 때문에 피고들은 이 사건 복제로 인하여 과거에 구매하였던 모듈들을 모두 사용가능한 상태가 되었는데, 법원은 피고 C가 업무용으로 필요하여 55,000,000원에 구매하였던 원고의 G 프로그램 중 ‘S/J/K’ 1개를 절반보다 낮은 25,000,000원만 손해액으로 인정하였다.

라. 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2074000 판결의 경우 피고 회사의 업무 특성상 이 사건 원고의 프로그램 중 기본 모듈이 필요한 점, 원고가 이 기본 모듈을 15,600,000원에 판매하였는데 위 판매금액은 모듈 가격 13,601,000원에 1년간 유지보수비 2,062,600원을 더하고 일부할인을 받은 금액인 점, 피고들은 위 프로그램의 불법복제물을 설치하여 사용하였으므로 원고로부터 유지보수 등의 서비스를 제공받지 못하는 점 등을 고려하여 13,600,000원의 손해액을 인정하였다.

마. 서울고등법원 2019. 3. 28. 선고 2018나2064291 판결의 경우 피고 회사의 업무에 최소한도로 필요한 개별 모듈에 어떤 것들이 있는지 구체적으로 파악하기 어려우나, 적어도 피고 회사의 업무에 기본 모듈(I)이 사용되었을 것으로 보인다는 점을 참작하여 손해액을 산정하

였는데, 피고 회사의 업무와 해당 프로그램의 모듈들과의 관련성을 추가적으로 파악하여 관련 모듈의 합계액을 손해액으로 산정되었다면 손해액은 더 커졌을 가능성이 있다.

바. 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2052369 판결의 경우도 "기본적인 모듈로 구성된 프로그램은 35,000,000원이고, 피고는 측량기기, 자동차, 선박, 항공기용 항법장치, 통신기기, 지리정보 시스템용 기기 및 위 각 기기들의 소프트웨어 및 시스템의 제조 등을 목적으로 하고 있어 기본적인 모듈의 사용만으로도 위와 같은 내용의 목적을 달성할 수 있었을 것이므로" 35,000,000원을 손해액으로 산정하였는데, 피고의 위 업무와 관련되는 모듈의 가액을 합산하기 보다 기본적인 모듈의 가액으로만 손해액을 산정하였다.

사. 이상을 종합해 보았을 때 법원이 컴퓨터프로그램 저작권침해를 이유로 하는 재판에서 저작권법 제126조를 적용할 경우 피고의 불법복제 프로그램의 사용가능성을 필요최소한의 범위에 한정하는 점, 풀모듈 중 상당수가 피고의 업무와 무관할 수 있다는 점을 고려하는 점, 정식으로 구매하였다면 할인율이 적용될 수 있는 점을 고려하는 등 대부분 원고가 주장하는 손해액을 감액하는 요소들이고, 가령 피고가 풀모듈 프로그램을 복제하여 여러 모듈을 함께 사용함에 따른 업무효율의 증가나 추가적으로 얻을 수 있는 이익 등의 요소들은 거의 참작하지 않고 있음을 알 수 있다.

이는 민사소송에서 손해액은 원고가 입증해야 하는 주요사실로서 증거에 의해 증명되어야 인정되는 것을 원칙으로 하고 있는 점, 유형물이 아닌 무형의 지적재산권 침해로 인한 손해배상의 특수한 사정을 적극적으로 고려하는데 인색하였던 민사재판 실무 전반의 한계[181] 등의 이유 때문인 것으로 보인다. 그러나 저작권자의 손해액에 대한 입증책임을 덜어주고 저작권을 보호하기 위한 저작권법 제126조의 입증취지를 실현하기 위해서는 상당성이 인정될 경우 법원이 손해액을 증액시키는 요인들도 좀 더 적극적으로 고려할 필요가 있다.[182]

## 4. 손해액 산정경로에 대한 구체적 설시가 없었던 경우

181) 박준석, 앞의 논문, 81면.

182) 다만, 서울중앙지방법원 2018. 11. 8. 선고 2017가합515553 판결 등에서 피고가 불법복제가 발각된 이후 원고로부터 정품을 구매한 경우 법원이 이를 고려하여 책임제한단계에서 손해액을 감액하였는데, 이는 공평의 원칙과 이중배상을 방지한다는 측면에서 타당하다.

부산지방법원 2019. 8. 14. 선고 2018가단319791 판결의 경우 풀 모듈 중 원고 B가 자체적으로 선정한 국내에서 잘 팔리는 24개 모듈들의 가격 합계는 354,436,218원이었는데 "앞서 든 증거들과 이 사건 변론 과정에서 드러난 여러 사정들을 참작할 때, 이 사건에서 원고 B의 총 손해액은 60,000,000원" 이라고만 판시하였고, 수원지방법원 성남지원 2020. 11. 10. 선고 2020가합403538 판결의 경우 "변론의 전취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 손해액을 아래와 같이 산정한다" 고만 설시하여 왜 해당 금액이 손해액이 되는지 판단하기가 어려웠다.[183]

의정부지방법원 고양지원 2019. 11. 29.선고 2018가단94075 판결의 경우 법원은 "앞서 든 증거들 및 갑 제10 내지 13호증, 을 제4, 5호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합해보면, 이 사건에서 원고의 총 손해액은 150,000,000원(= 50,000,000원 × 3개)으로 정함이 타당하다" 고 판시하였는데, 이러한 경우에도 손해액 산정경로에 대한 구체적 설시가 없어 판결문만으로는 왜 이 금액이 손해액으로 산정되었는지 판단하기가 어려웠다.

## 5. 유사한 컴퓨터 프로그램사안이었으나 판시가 달랐던 경우

가. 서울고등법원 2019. 10. 24. 선고 2018나2035279 판결에서 법원은 "원심이 저작권법 제126조를 적용하면서 이 사건 프로그램 전체 모듈 중 피고 회사가 업무상 '사용' 하였을 것으로 보이는 8개 모듈의 사용료 합계 132,040,000원인 점 등을 고려하여 아래에서 보는 바와 같이 손해배상액을 54,000,000원으로 정하였는바, '손해배상 범위' 와 관련하여 저작권 제126조에 따른 손해배상액을 산정하면서 피고 회사가 이 사건 프로그램 152개 모듈 중 업무상 사용했을 것으로 보이는 모듈 8개의 사용료를 참작한 것이지, 이를 들어 '손해배상 책임' 과 관련하여서 이 사건 프로그램이 실제로 사용되어야 원고의 저작권 침해가 성립한다고 볼 것은 아니다. 나아가 피고들이 들고 있는 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다76733 판결 등은 저작권법 제125조 제2항과 관련된 내용이라 저작권법 제126조를 적용하여 손해배상의 범위를 정한 이 사건과 사안을 달리 한다" 고 판시하였다. 즉 법원은 컴퓨터 프로그램 불법복제의 경우 저작권법 제126조를 적용할 때 해당 프로그램과 피고의 '업무

183) 판결문을 기준으로 할 때이다. 재판진행과정에서 당사자들의 서면공방과 법원의 석명을 통해 재판당사자들은 어느 정도 예측했었을 가능성은 있다. 그러나 해당 판결에 대하여 당사자가 항소하였을 때 항소심법원이 판단할 때에는 여전히 어려움이 있다.

상 사용가능성’을 참작요소로 설시하고 있다.

그런데 유사한 컴퓨터 프로그램 불법복제 판결의 경우 저작권법 제126조를 적용할 때 이 업무사용가능성을 참작요소로 고려함에 있어서 다소 차이가 있었다. 서울중앙지방법원 2017.11.2. 선고 2015가합569761 판결의 경우 원고가 제출한 자료들만으로는 피고의 업무에 사용되는 기본 프로그램의 모듈이 다음과 같은 9개라고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 9개 모듈의 합산액이 손해액이 될 수 없다고 판시하면서 저작권법 제126조의 적용에 있어 피고의 업무와 원고의 프로그램과의 업무관련성 내지 사용가능성을 고려하였다.[184]

그리고 인천지방법원 부천지원 2018. 7. 6. 선고 2017가합101873 판결에서는 침해자의 사용가능성만을 이유로 손해액을 산정함은 부당하고, 침해자의 업무 내용과 밀접한 모듈을 기준으로 손해액을 산정함이 타당하며, 피고 회사의 업무와 밀접한 관련성이 인정되는 모듈이 무엇인지에 관하여 원고가 명확하게 입증하지 못하였음을 이유로 피고가 업무관련성을 자인한 모듈의 가격만을 손해액으로 참작하였다.

그러나 인천지방법원 2018. 10. 19. 선고 2015가합58149 판결의 경우 풀 패키지 프로그램의 가격으로 보이므로, 위 원고들 프로그램에 포함되는 일부 모듈의 가격은 그보다 상당히 낮을 것으로 보이는 점, 피고 G, H, I, J, K, L, M이 모든 모듈을 이용한 것으로 볼 만한 자료가 없고, 피고 E의 주된 업무가 모듈 전부를 활용해야 할 정도라고 단정하기도 어려운 점 등에 비추어 보면, ① 원고 B가 이 사건에서 복제권 침해행위로 인해 입은 손해액은 프로그램 1개당 20,000,000원, ② 원고 C가 이 사건에서 복제권 침해행위로 인해 입은 손해액은 프로그램 1개당 60,000,000원, ③ 원고 D가 이 사건에서 복제권 침해행위로 인해 입은 손해액은 1개당 40,000,000원이라고 판시하였는데, 이 판결에서는 모듈의 업무관련성을 구체적으로 참작하지 않았고 따라서 왜 이 금액이 손해액으로 산정되었는지 판단하기가 어려웠다. 수원지방법원 안양지원 2017. 12. 22. 선고 2015가합104492 판결에서도 원고 키사이트가 주장하는 판매가격은 모든 모듈이 포함된 풀패키지 가격으로 보이므로 일부 모듈의 가격은 그것보다 상당히 낮을 것으로 보이는 점, 피고가 불법으로 설치하여 이용한 프로그램이 어느 모듈을 포

184) 창원지방법원 2018. 2. 22. 선고 2016가합53015 판결의 경우 복제 프로그램을 실제로 사용하였는지 명확하지 않은 점이 감액적 요소로 참작되었다.

함하는지 알 수 없고, 피고가 모든 모듈을 이용한 것으로 보이지 않는 점 등에 비추어 손해액은 2억이라고 판시하였는데, 이 판결에서도 손해액을 산정함에 있어서 피고의 업무와 원고의 프로그램과의 업무관련성 내지 사용가능성을 손해액 산정요소로 설시하지 않았다.

나. 서울중앙지방법원 2021. 5. 14.선고 2019가합582311 판결에서 법원은 이 사건 프로그램의 정품가격이 이용자가 프로그램을 영구적으로 사용하는 것에 대한 대가로 책정된 것이므로 피고가 적발된 다음부터는 이 사건 프로그램을 더 이상 이용할 수 없게 된 점을 감액요소로 참작하였으나, 서울중앙지방법원 2021. 6. 18. 선고 2019가합547172 판결에서 법원은 무단사용기간에 대응하는 손해 부분에 한정하여 배상을 인정하게 되면 가해자는 저작권 침해행위가 발각된 경우에 소액의 손해배상만을 하면 무방하게 되어 위법한 복제행위가 만연하게 될 수 있으므로, 저작권 침해행위의 발각에 따라 불법 복제 프로그램 사용이 중단된 경우에 있어서는 당초 피고들의 의사에 따라 기한의 제한이 없는 영구사용 방식의 판매가격을 기준으로 손해액을 산정하여야 한다고 하면서 무단사용기간을 감액적 요소로 참작하지 않았다.

다. 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하고 법원이 저작권법 제126조를 적용한 풀모듈 패키지 컴퓨터 프로그램 저작권 침해 판결의 다수[185]가 정식으로 구매하였을 경우 일정한 할인율이 적용되는 점을 감액요소로 참작하였으나, 서울중앙지방법원 2019. 6. 28. 선고 2018가합504710 판결에서는 피고가 이전에 원고에게 의뢰하여 작성되었던 2차 견적서에 '공급가' 와 '제안금액' (할인금액)이 별도로 기재되어 있는데, 법원은 "할인금액은 장차 이용계약이 체결될 것을 전제로 원고가 개별 수요자의 상황에 따라 제안하는 가격이므로, 이 사건과 같이 프로그램의 불법 복제로 인한 손해액을 산정함에 있어서는 원고가 대외적·일률적으로 적용하는 공급가(1세트 24,132,000원)를 기준으로 함이 타당" 하다고 판시하면서 할인율을 감액요소로 고려하지 않았다.

라. 생각건대 저작권법 제126조를 적용함에 있어서 법원에 따라 참작요소에 차이가 있거나 참작을 하더라도 그 정도에 차이가 크면 유사한 사안인데도 인용액에 차이가 발생할 수 있고 예측가능성이 저해되는 문제가 발생할 수 있으므로, 이 부분에 대한 예견가능성의 제고

185) 서울고등법원 2019. 10. 24. 선고 2018나2035279 판결의 경우 피고 회사의 동종업체가 원고로부터 각 모듈을 구매할 때의 할인율이 개별 모듈의 합산액의 25% 내지 45%인 점을 참작하여 그 중간값인 35%의 할인율을 감액요소로 고려하였다.

가 필요하다.

## 6. 소결

이상을 살펴보았을 때 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 '저작권법 제125조를 적용하기 어려운 경우'에 대한 해석이 법원마다 달라 원고가 어느 법원에 손해배상청구소송을 제기하는지에 따라 적용되는 법조가 저작권법 제125조인지 제126조인지 달라지게 되고 또한 이러한 결과가 인용률에 있어서도 크게 차이가 날 수 있는 등 예측가능성의 문제가 있었고, 또 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 고려하는 참작 요소들에 원고 주장의 손해액을 감액하는 요소들이 많았으며, 이러한 점들이 낮은 인용률을 초래하였다. 그리고 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 참작하는 요소들에 대해서도 법원마다 차이가 있었던 점이 예측가능성을 저해하는 측면이 있었다. 또한 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정할 때 손해액 산정경로의 구체적 설시가 없는 경우가 있어 왜 해당 금액이 손해액으로 산정되었는지에 대한 이해의 어려움이 있었다. 이에 다음에서는 이러한 저작권법 제126조 적용에 있어서의 문제점들을 보완할 수 있는 해석론적·입법론적 방안들을 제시하고자 한다.

# 제4절 저작권법 제126조의 개선방안

## 1. 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 경우의 기준 보완

판례는 "저작권법 제125조 제2항이 규정하고 있는 '그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액'이라 함은 침해자가 저작물의 이용허락을 받았더라면 그 대가로서 지급하였을 객관적으로 상당한 금액을 말하는 것으로서, 저작권자가 침해행위와 유사한 형태의 저작물 이용과 관련하여 저작물 이용계약을 맺고 이용료를 받은 사례가 있는 경우라면, 그 사용료가 특별히 예외적인 사정이 있어 이례적으로 높게 책정된 것이라거나 저작권 침해로 인한 손해배상청구소송에 영향을 미치기 위하여 상대방과 통모하여 비정상적으로 고액으로 정한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 이용계약에서 정해진 이용료를 저작권자가 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액으로 보아 이를 기준으로 손해액을 산정할 수 있고,[1] 저작권자가 그와 같은 저작물 이용계약을 체결하거

나 이용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일단 그 업계에서 일반화되어 있는 이용료를 손해액 산정의 기준으로 삼을 수 있다[2)]" 고 판시하고 있다.

따라서 법원은 원고가 저작권법 제125조 제2항으로 주장한 금액이 피고의 실제 이용가능성과 괴리가 있을 경우 저작권법 제125조 제2항을 적용하기 어려운 경우로 봄이 타당하고, 이용가능성과의 관련 없이 단지 이용료가 고가인지 여부만으로 판단하는 것은 지양함이 바람직하다.

## 2. 참작사항들의 예측가능성 제고

구체적 타당성 측면에서 모든 저작권 침해소송에서 저작권법 제126조를 적용할 때 같은 요소들만 참작해야 하는 것은 타당하지 않지만, 유사한 저작권에 대한 소송이고 유사한 침해 사안인 경우에는 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 어떠한 사항들을 참작하는지에 대한 예견가능성을 제고함이 타당하다. 왜냐하면 유사한 저작권에 대한 소송이고 유사한 침해 사안인 경우인데도 법원마다 특정사항을 감액요소로 참작하는지, 증액요소로 참작하는지, 아예 참작하지 않는지에 대한 판단이 달라지면 저작권법 제126조의 손해액증감에 대한 예견가능성과 저작권법 제126조를 적용한 판결에 대한 신뢰가 저해될 수 있기 때문이다.

## 3. 증액 요소들의 적극적 고려

앞부분에서 살펴보았던 무형의 저작권침해로 인한 손해의 개념과 특성에 비추어 볼 때, 저작권법이 보호하고 있는 저작권의 배타적 효력에 의해 권리자에게 속했던 시장기회에 있어서의 잠재적 이용가능성을 포함한 배타적 이용권침해 자체로 인한 손해가 전보되어야 저작권법 제126조의 입법취지가 실현될 수 있으므로, 상당성이 인정될 경우 침해된 저작권의 시장에서의 잠재적 이용가능성을 포함한 시장가치를 최대한 반영하여 손해액을 증액시키는 요소들도 법원이 좀 더 적극적으로 고려할 필요가 있다.

이 논문 분석 대상 판결 중 저작권법 제126조를 적용한 판결들을 분석해보았을 때, 법원이

저작권법 제126조를 적용할 때 손해액을 증액시키는 요소들보다 손해액을 감액시키는 요소들을 고려함에 더 적극적이었고 이러한 점들이 저작권법 제126조를 적용한 판결의 인용률이 낮아지는 주요 요인들이었다.

저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익과 제2항의 통상 사용료는 주요 사실로서 원고가 입증하여야 하지만 이에 대한 입증이 어려워 저작권법 제125조의 규정에 의하여도 손해액산정이 어려운 경우, 저작권법 제126조는 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 주요사실인 재산적 손해액이 증거에 의하여 증명되어야 한다는 민사소송법 원칙을 벗어나 입증책임을 경감함으로써 손해의 공평타당한 분담을 실현하여 저작권자를 보호하기 위한 특칙규정이다.[186]

그리고 저작권법 제126조에 의해 손해액의 입증책임을 경감하는 구체적 방법에는 증명도를 경감하는 방법 뿐만 아니라, 증거가 아닌 변론 전체의 취지만으로 손해액을 산정하는 방법도 포함될 수 있다.[187]

따라서 입증의 정도가 되지 않았다고 하더라도 그리고 변론 전체의 취지만 존재하는 경우라고 하더라도 상당성이 있는 증액 요소를 저작권법 제126조에 근거하여 적극적으로 고려할 수 있으며, 이를 통해 무형의 지적재산권 침해로 인한 손해배상의 특수한 사정 때문에 손해액을 입증하기가 어려워 저작권자가 합당한 손해액을 전보받지 못할 위험을 방지할 수 있고, 저작권법 제126조의 입증취지를 더욱 실현할 수 있다.

다만 저작권법 제126조가 법관에게 손해액 산정에 관한 자유재량을 부여한 것이 아니며, 증액 요소와 감액요소들을 포함하는 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 그와 같이 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정하여야 한다.[188]

그리고 법원이 최선의 노력으로 간접사실들을 탐색할 때 특히 다음의 4. 내지 5.의 객관적인 간접사실들을 주의깊에 탐색하여 손해액 산정에 고려할 필요가 있고, 해당 저작물의 시장

186) 서울중앙지방법원 2016. 8. 26. 선고 2016나8205 판결
187) 박준석, 앞의 논문, 78~80면
188) 서울중앙지방법원 2016. 5. 27. 선고 2016나11447 판결

가치와 관계되는 정량적 요소들을 더 참작할 때 해당 저작물의 시장가치와 근사한 손해액이 산정될 수 있으므로 가능한 한 정성적 사항들보다 해당 저작물의 경제적 가치평가 자료 등 정량적 사항들을 더 고려하는 것이 바람직하다.

## 4. 무형자산평가기준에 의한 저작권 가치평가산정의 참작

### 가. 우리나라 관계법령의 무형자산평가기준

무형자산의 평가방법에 대해서는 '감정평가에 관한 규칙' 제23조[189]에서 언급하고 있다. 감정평가에 관한 규칙 제23조 제3항에서 영업권, 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권, 전용측선이용권 및 그 밖의 무형자산의 가치나 기업가치를 평가할 때에는 수익환원법을 적용하도록 규정하고 있다. 실제적으로도 수익환원법은 무형자산의 가치추계에 있어 비교방식이나 원가방식보다 더 나은 시산가치를 제공하는 것으로 알려져 있다. 그러나 이론적으로는 무형자산의 평가에도 3방식이 모두 적용될 수 있다. 감정평가에 관한 규칙 제28조 위임에 의해 국토부장관이 정한 한국감정평가협회의 감정평가실무기준(국토교통부 고시 제2013-620호, 640-2.3)에 "수익환원법으로 감정평가하는 것이 곤란하거나 적절하지 아니한 경우에는, 거래사례비교법으로 감정평가할 수 있다" 라고 규정하고 있기 때문이다.

또한 지식재산기본법 제27조[190]에서는 정부는 지식재산에 대한 객관적인 가치평가를 촉진하기 위하여 지식재산 가치의 평가 기법 및 평가 체계를 확립하여야 하고

189) 감정평가에 관한 규칙 제23조(무형자산의 감정평가)
① 감정평가업자는 광업권을 감정평가할 때에 제19조제2항에 따른 광업재단의 감정평가액에서 해당 광산의 현존시설 가액을 빼고 감정평가하여야 한다. 이 경우 광산의 현존시설 가액은 적정 생산규모와 가행조건(가행조건) 등을 고려하여 산정하되 과잉유휴시설을 포함하여 산정하지 아니한다.
② 감정평가업자는 어업권을 감정평가할 때에 어장 전체를 수익환원법에 따라 감정평가한 가액에서 해당 어장의 현존시설 가액을 빼고 감정평가하여야 한다. 이 경우 어장의 현존시설 가액은 적정 생산규모와 어업권 존속기간 등을 고려하여 산정하되 과잉유휴시설을 포함하여 산정하지 아니한다.
③ 감정평가업자는 영업권, 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권, 전용측선이용권(전용측선이용권), 그 밖의 무형자산을 감정평가할 때에 **수익환원법**을 적용하여야 한다.
190) 지식재산기본법 제27조(지식재산의 가치 평가 체계 확립 등)
① 정부는 지식재산에 대한 객관적인 가치 평가를 촉진하기 위하여 지식재산 가치의 평가 기법 및 평가 체계를 확립하여야 한다.
② 정부는 제1항에 따른 평가 기법 및 평가 체계가 지식재산 관련 거래·금융 등에 활용될 수 있도록 지원하여야 한다.
③ 정부는 지식재산의 가치 평가를 활성화하기 위하여 관련 인력을 양성하여야 한다.

이러한 평가 기법 및 평가 체계가 지식재산 관련 거래·금융 등에 활용될 수 있도록 지원하여야 한다고 규정하고 있다.

그리고 국유재산법에서는 제4장의2에 지식재산 관리·처분의 특례를 별도로 규정하여 제65조의9[191]에서 지식재산의 사용허가등을 한 때에는 제32조 제1항 및 제47조제1항에도 불구하고 해당 지식재산으로부터의 매출액 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사용료 또는 대부료를 징수한다고 규정하고 있으며,[192] 동법 시행령 제4장의2에 지식재산관리처분의 특례를 별도로 규정하여 제67의8[193]에서 저작권을 비롯한 지식재산의 사용료기준에 대해서 상세히 규정하고 있는데, 국유재산법 시행령 제67조의8 제1항 제2호에서 저작권에 해당하는 국유재산법 제5조 제1항 제6호 나목에 대해서 총괄청이 지식재산을 이용한 제품의 매출액 또는 지식재산의 이용횟수 등을 고려하여 문화체육관광부장관과 협의하여 정한 기준에 의해 저작권의 사용료를 산정하도록 규정하고 있다.

---

191) 국유재산법 제65조의9(지식재산의 사용료 등)
① 지식재산의 사용허가등을 한 때에는 제32조 제1항 및 제47조 제1항에도 불구하고 해당 지식재산으로부터의 매출액 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사용료 또는 대부료를 징수한다.
② 동일인(상속인이나 그 밖의 포괄승계인은 피승계인과 동일인으로 본다)이 같은 지식재산을 계속 사용·수익하는 경우에는 제33조 및 제47조 제1항은 적용하지 아니한다.

192) 안정근, 무형자산평가에 관한 이론적 고찰 -소득접근법의 평가기법을 중심으로-, 학술지「지적과 국토정보」제45권 제1호(2015), LX한국국토정보공사, 210~212면.

193) 국유재산법 시행령 제67조의8(지식재산 사용료등의 산정기준)
① 법 제65조의9 제1항에 따른 지식재산의 사용료 또는 대부료(이하 “사용료등“이라 한다)의 산정기준은 다음 각 호의 구분에 따른다.
1. 법 제5조 제1항 제6호 가목의 지식재산: 별표 2의2
2. 법 제5조 제1항 제6호 나목의 지식재산: 총괄청이 지식재산을 이용한 제품의 매출액 또는 지식재산의 이용횟수 등을 고려하여 문화체육관광부장관과 협의하여 정한 기준
3. 법 제5조 제1항 제6호 다목의 지식재산: 별표 2의3
4. 법 제5조 제1항 제6호 라목의 지식재산: 제1호부터 제3호까지의 기준 중 해당 지식재산과 가장 유사한 지식재산에 적용되는 기준
② 제1항에도 불구하고 법 제65조의8제4항 후단에 따라 일반경쟁입찰로 사용허가등을 하는 경우 사용료등은 최고입찰가로 결정한다. 이 경우 제29조제6항을 적용하지 아니한다.
③ 법 제65조의11제2항에 따라 사용허가등을 갱신하는 경우 갱신된 사용허가등 기간의 사용료등은 제34조제2항에도 불구하고 제1항 및 제2항에 따른다. 다만, 법 제65조의11제2항 단서에 따라 사용허가등을 갱신하는 경우의 사용료등은 다음 계산식에 따라 산출한다.

| |
|---|
| 갱신하기 직전의 사용료등×제1항에 따라 산정한 갱신되는 기간의 사용료등÷제1항에 따라 산정한 갱신되기 이전 기간의 사용료등 |

제67조의9(지식재산 사용료등의 감면)
① 중앙관서의 장등은 법 제65조의10에 따라 사용료등을 감면하려는 경우 사용허가서 또는 대부계약서에 그 이용 방법 및 조건의 범위를 명시하여야 한다.
② 법 제65조의10제2호의 경우 그 사용료등의 감면비율은 다음과 같다.
1. 지방자치단체에 사용허가등을 하는 경우: 면제
2. 그 밖의 경우: 사용료등의 100분의 50

또한 문화체육부관광부고시 제2019-6호 공공저작물 저작권 관리 및 이용지침 제13조[194]에서는 저작권법 제24조의2 제1항 각호의 공공저작물에 대하여 이용료 징수가 불가피한 경우 그 이용료를 신탁해서 징수하거나 문화체육관광부장관이 허가한 신탁관리업자의 공공저작권 사용료 징수규정을 준용하여 직접 징수하도록 규정하고 있다.

위 공공저작권 사용료 징수규정에서 사용료를 구체적으로 확정한 규정에서 제시한 금액의 경우 일반 저작권사용료에 비하여 낮은 편이라고 할 수 있으나, 사용료를 구체적으로 확정하지 않고 일정한 기준을 고려하여 산정하도록 한 규정들이 제시한 기준들은 참작할 만한다. 공공저작권 사용료 징수규정 제3조(음악저작물의 전송서비스 사용료)에서는 제1항에서는 주문형 스트리밍(streaming) 서비스에 대한 전송 사용료는 (월정액 × 이용자 수 × 관리비율) 또는 (매출액 × 기여계수 × 관리비율) 중 많은 금액으로 할 것을 규정하고 있고, 공공저작권 사용료 징수규정 제5조 제1항의 경우 어문저작물 중 소설을 원작으로 한 프로그램을 국내외 복제·배포한 경우 사용료에 대하여 복제·배포방식에 따라 매출이나 공급금액을 참작하도록 규정하고 있다.

## 나. 무형자산 가치평가기법

저작권의 가치평가방법으로 일반적인 무형자산 가치평가 기법이 검토될 수 있다. 무형자산 가치평가 기법에는 비용접근법, 시장접근법, 수익접근법 등 세 가지 일반적인 기법이 있다.

### (1) 비용접근법

비용접근법은 지적재산권이 장래 기여능력을 대체할 금전적 가치를 계량화하는 기법을 개발하려고 하는 방법이다. 이러한 비용접근법은 다시 두 가지의 접근법으로

194) 공공저작물 저작권 관리 및 이용지침 제13조【이용료 징수】공공기관 등은 제11조 제2항 및 제3항의 사유로 한국저작권위원회에 저작권 등록된 저작물 중 운영상의 이유로 이용료 징수가 불가피한 경우에는 제14조에 따라 신탁하거나 문화체육관광부장관이 허가한 신탁관리업자의「공공저작권 사용료 징수규정」을 준용하여 직접 징수할 수 있다.

나뉘어진다. 하나는 지적재산형성비용을 추정하고 이를 축적하여 자산화하고 거기에 유효년수를 설정하여 감가상각 후의 가치를 구하는 것이다. 가령 소프트웨어에 대해서는 세법상의 상각년수는 5년이지만 기술진보의 속도를 고려하면 그것이 2, 3년 정도라고 보아야 한다. 경영 자문 회사에서는 통상 각 종류의 지적재산권에 관하여 개별·객관적으로 유효년수, 즉 내용연수를 추정하고 있다. 또 다른 하나는 비용구조를 지적재산권율 사용하는 경우와 사용하지 않는 경우를 비교하여 재취득가치를 추정하는 것이다.

대상이 되는 자산을 재작성하기 위해 필요한 비용 모두를 합계해서 평가액을 산출하는 방법인 비용접근법에 의할 때, 저작권의 경우 이러한 비용에는 원고료·회화대금(삽화나 기타 그림 획득을 위해 지불한 비용)등이 포함된다.[195]

이러한 비용접근법은 내부데이터의 축적만으로 평가가 가능하지만 어디까지나 비용의 추정이고 시장에 있어서의 가치를 반영하고 있지 않다는 한계가 있고, 상업화에 의한 이익, 투자 위험의 정도, 이익 증대 가능성등과 같은 평가에 없어서는 안될 요소의 검토가 미흡하다는 단점이 있다.[196]

### (2) 시장접근법

시장접근법은 유사지적재산권이 제3자사이에서 거래된 경우에 그 가치를 시장가치로 간주하는 것이다. 그런데 문제는 실제로는 아주 독특한 지적재산권의 유사거래는 상정하기가 어렵다는 문제가 있다. 또 그 정보가 외부로부터 입수될 가능성도 낮고 지적재산의 거래가 다른 자산과 조합하여 거래되는 일이 많기 때문에 순수한 지적재산의 가치의 평가는 이 방법으로는 곤란하다는 문제가 있다.

### (3) 수익접근법

수익접근법은 해당 지적재산권이 생성할 순경제적 이익(현금수취액에서 지출액을

195) Gordon V. Smith and Russell L. Parr저, ㈜테크밸류 역, 지적재산과 무형자산의 가치평가, 세창출판사, 2000, 381면.
196) Gordon V. Smith and Russell L. Parr저, 앞의 책, 381면.

공제한 것)의 현재가치를 추정하는 것이다. 이를 위하여 금전의 시간적 가치(time value of money) 라는 개념을 사용한다. 이론적으로는 문제가 없는 접근법이지만 실제로는 장래예측을 포함한 정보를 어느 정도 입수할 수 있는지의 문제와 캐쉬플로우중에 얼마의 비율이 지적재산권에 귀속할 수 있는지의 문제를 밝혀내야 하는 과제가 있으며,[197] 무엇보다 장래의 수익을 수치로 환산하는 것에는 객관적으로 설득력있는 합의가 필요한 부분이 있고 기술적으로도 어려운 부분이 있다.

#### (4) 소결

생각건대 비용접근법의 경우 저작권의 경우 비용과 저작권수익이 비례하지 않는 경우가 많으며, 시장접근법의 경우 유사한 시장이 형성되어 있지 않는 경우가 상당하므로 저작권이 생성할 경제적 가치를 현재가치로 평가하는 수익접근법을 원칙적으로 활용하고[198] 수익접근법에 의한 저작권에 대한 경제적 가치판단이 어려운 경우 비용접근법과 시장접근법으로 보완하는 것이 합리적이다.

### 다. 수익접근법에 의한 가치평가의 고려요소

수익접근법을 활용함에 있어서 중요한 기본요소는 경제적 가치의 정도, 경제적 이익의 지속기간, 경제적 이익이 앞으로 증가될 것이지 감소될 것인지 여부, 예측가능한 경제적 이익을 실현함에 있어 수반되는 위험요소등이다.[199]

수익접근법에 있어서 수입과 기여이익의 예측은 매우 중요한 요소로서, 시장접근법과 비용접근법에서는 대체적으로 미래의 경제적 이익의 규모, 시기, 증가경향, 지속기간이 명확하게 고려되지 않지만, 수익접근법의 경우에는 이러한 요소들을 구체적으로 검토해서 예측한다.

지적재산의 가치평가를 실시할 때 그 지적재산이 현재 활용되고 있는 용도와 잠재

197) 최병규, 지적재산권 가치평가와 거래에 대한 연구, 산업재산권 제10호(2001), 136~141면
198) Gordon V. Smith and Russell L. Parr저, ㈜테크밸류 역, 지적재산과 무형자산의 가치평가, 세창출판사, 2000, 320~321면.
199) Gordon V. Smith and Russell L. Parr저, ㈜테크밸류 역, 앞의 책, 267면.

적인 용도에 대해서도 고려해 볼 필요가 있으며, 경제적 이익을 가져다주는 지적재산의 새로운 이용분야가 있다면 그 부분에 대해서도 보아야 한다.

지적재산의 가치평가를 위해 수익접근법을 채택할 경우 현금흐름을 예측하는 데 있어 예상할 수 있는 확장이용이나, 그에 동반되는 위험이 고려되어야 한다. 장차 지적재산을 확장이용할 가능성이 있다면 거기에서 얻어지는 경제적 이익은 직접 현재가치 분석에 포함시킬 수 있다. 이러한 확장이용은 업계내에서 실시되는 경우도 있고 전혀 새로운 분야에서 실시되는 경우도 있다. 확장이용의 가능성이 있는 지적재산을 분석할 때 그 현재가치는 보통 기존 적용분야·논리적 확장분야·투기적 확장분야로부터 경제적 이익을 기초로 계산되는데, 여기서 기존 적용분야(established applications)는 지적재산의 상업적 성공이 이미 증명되어 있는 분야이고, 논리적 확장(logical extensions)이란 동종업계 내의 주변분야 제품이면서 기존의 지적재산과 현재는 관련이 없는 제품에 그 지적재산을 활용해 나가는 것을 말하는 것으로 일반저긍로 어떤 지적재산이 활용되었던 기존의 적용분야에 직접 관련된 제품이나 서비스에도 동일한 지적재산을 사용하는 경우를 말한다. 투기적 확장(speculative extensions)이란 지적재산을 전혀 다른 사업분야나 업계에 이용하는 경우를 말한다.

예를 들어 영화저작권의 기존 적용분야는 전국 영화관에서의 영화상영이고 그 확장이용분야로는 영화의 속편제작, 케이블TV에서의 방영, 영화음악 사운드 트랙, T셔츠·모자·인형등 기타 주변제품의 제작을 들 수 있으며, 영화저작권의 투기적 확장분야로는 테마공원, 음식점, 탐험여행등을 들 수 있다 [200]

## 5. 한국콘텐츠진흥원의 가치평가모델의 지표와 결과참작

### 가. 한국콘텐츠진흥원의 가치평가모델의 주요특성

2015. 12월 한국콘텐츠진흥원은 콘텐츠 가치평가 기관으로 지정되어 콘텐츠 가치평가 사업을 지원하고 있으며, 문화산업진흥기본법 제16조의2(가치평가기관의 지정

200) Gordon V. Smith and Russell L. Parr저, ㈜테크밸류 역, 앞의 책, 283~293면

등) 제1항에 근거하여 2016년 한국콘텐츠진흥원 부속기관으로서 콘텐츠 가치평가 센터가 설립되었다. 이 센터는 신청자들을 대상으로 콘텐츠 가치평가 서비스를 진행하고 신청자들이 그 서비스 결과를 토대로 금융기관이나 투자자들로부터 융자나 투자를 받을 수 있도록 도와주는 업무를 함과 동시에 우수한 콘텐츠들이 가치평가·금융에 의해 창업, 유통 및 거래로 이어지는 창조경제 생태계의 선순환 구축에 기여하고 있다.[201]

| 구분 | 기존(보유) 모형 | 신 모형 | 개선 |
|---|---|---|---|
| 지표 | 정성지표 비율이 정성·정량 혼합지표를 포함할 경우, 전체의 과반을 넘음 | 가능한 측정기준을 정량화하여 **정량 지표를 통한 평가 수행** | 정성지표 측정에 대한 평가자의 주관 개입 여지를 줄이고, 가치평가위원회를 통해 정성지표 평가·반영 |
| 속성 | 장르적 속성을 배제하고 모두 단일 지표 체계 안에서 평가 | **장르 내 다양성을 반영**하여 평가 | 장르 내 세부 장르 구분(ex, 일반 영화와 다양성 영화 구분) |
| 트렌드 | 트렌드 반영 체계가 갖추어져 있지 않음 | **트렌드 반영**이 가능하도록 평가 모형의 수정·보완 기능 강화 | 콘텐츠 산업의 트렌드 민감성 평가 반영 |
| 변수 | 시의적 데이터 반영 시스템 구축 미흡 | 모형의 설명력을 강화할 수 있도록 객관화된 산업정보 반영 | 다양한 산업정보를 반영하여 평가 모형의 신뢰도 제고 |

2015. 12. 23. 문화체육관관부장관 제출(국가지식재산위원회 의결), 콘텐츠 가치평가와 문화산업지식재산의 사업화 연계 방안(案)의 위 표[202]를 보면 콘텐츠 가치평가센터의 콘텐츠 가치평가모델은 정성지표 비율이 높았던 기존모형을 보완하여 가능한 측정기준을 정량화하여 정량 지표를 통한 평가수행을 목표로 하고 있고, 정성지표 측정에 대한 평가자의 주관개입 여지를 줄이기 위해 가치평가위원회를 통해 정성지표를 평가하여 반영하려고 하고 있다. 같은 장르내의 콘텐츠라고 하더라도 다양성을 반영하여 평가하도록 하고 있으며, 콘텐츠 산업의 트렌드 민감성을 평가반영하도록 하고 있고, 객관화된 다양한 산업정보 반영할 수 있도록 하고 있다.

201) 2015. 12. 23. 문화체육관관부장관 제출(국가지식재산위원회 의결), 콘텐츠 가치평가와 문화산업지식재산의 사업화 연계 방안(案), 1면
202) 2015. 12. 23. 문화체육관관부장관 제출(국가지식재산위원회 의결), 콘텐츠 가치평가와 문화산업지식재산의 사업화 연계 방안(案), 6면

콘텐츠 가치평가는 투자자가 투자를 검토하고 결정하는데 판단 근거 자료로 사용되는 투자용 가치평가와 보증서를 발급하는 보증기관과 은행의 대출 취급 기준이나 절차를 완화하여 영세 중소한 콘텐츠기업의 신용을 보강하는 데 주로 활용되는 융자용 가치평가로 구분되며, 투자용 콘텐츠 가치평가는 2021년 12월 기준으로 게임과 방송, 영화, 뮤지컬, 애니메이션(TV용), 웹툰, 콘서트 등 콘텐츠산업 7개 장르를 대상으로 하고 있고, 2022년에는 음악과 이러닝 콘텐츠 가치평가 서비스가 예정되어 있다.[203]

콘텐츠 가치평가센터가 콘텐츠 가치평가를 의뢰하는 콘텐츠 기업에게 작성해주는 콘텐츠 가치평가보고서에는 경제성 평가항목에 향후 일정기간동안 콘텐츠 제작사에 귀속되는 콘텐츠활용을 통한 추정매출액[204]이 제시되고, 콘텐츠의 경제적 가치의 주요 요인인 콘텐츠의 경쟁력이 다양한 항목으로 평가하는 내용이 포함되어 있다.

이러한 한국콘텐츠진흥원의 가치평가모델은 콘텐츠 제작을 위한 투자측면에서 주로 고려한 사업가치모델이므로 개별 저작권침해시를 기준으로 한 손해배상액 산정에 곧바로 적용하기에는 다소 어려움이 있으나, 콘텐츠진흥원의 콘텐츠 가치평가가 사업화하려는 문화상품이나 문화기술 또는 사업화된 문화상품이나 문화기술이 그 사업을 통하여 창출하는 가치를 시장에서 일반적으로 인정된 가치평가 원칙과 방법론에 따라 평가하는 것이고[205], 이때의 가치란 실제 측정치는 아니지만 재화와 용역의 교환과정에서 지불되는 가장 가능성이 높은 가격의 추정치 또는 재화와 용역의 보유에 따른 경제적 효익의 추정치를 말하므로[206], 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정할 때 해당 콘텐츠의 위 가치평가지표들과 평가결과들을 참작하면 시장가격에 보다 가까운 손해액 산정가능성이 높아질 수 있다.

## 나. 해외평가사례

203) 백승혁, 콘텐츠가치평가 기반 콘텐츠금융제도 표준화에 대한 고찰, 표준인증안전학회지 제12권 제2호(2022. 6), 33~34면
204) 예를 들어 방송프로그램 콘텐츠 제작프로젝트의 경우 평가대상 프로젝트로 인해 향후 3개년 동안 제작사에 귀속되는 방영수입 및 부가수입의 최저값과 최저값의 범위가 제시됨.
205) 2017. 12. 28. 제정 콘텐츠 가치평가서비스 운영지침 제2조 제2호
206) 콘텐츠 가치평가 서비스 운영지침 제2조 제3호

콘텐츠 산업의 강국 미국은 1990년부터 무형자산에 대한 가치평가를 도입하였으며 정부차원의 전문평가기관과 민간주도형 평가기관이 양립되어 있는데 콘텐츠 및 기술정보에 대한 높은 접근성과 가치평가에 필요한 각종 데이터가 축적되어 있어서 민간가치평가기관에 의해 활용되고 있다.

영국은 창조산업 발달에 따라 경제적 가치평가 방법론 개발을 시도하고 있는데, 창조산업 금융지원 프로그램 시범운영을 통해 가치평가에 대한 가능성과 방법론을 검토하고 있다.

<해외평가사례[207)]>

| 도입 | | 발전 | 현황 |
|---|---|---|---|
| 미국 | 1990년부터 무형자산에 대한 가치평가 도입 | 기술선점을 위한 연구개발에 대한 집중투자와 산출 전 연구 성과로 이전하는 과정에서 자본시장과 연결되어 가치평가이론 및 기법개발 | ▪ 정부차원의 전문평가기관과 대형전문평가회사, 회계사무소 등 민간주도형 평가기관 양립<br>▪ 콘텐츠 및 기술정보에 대한 높은 접근성과 가치평가에 필요한 각종 데이터가 축적되어 민간가치 평가기관에 의해 활용되고 있음 |
| 영국 | 창조산업의 발달에 따른 경제적 가치평가 방법론 개발 시도 | Stated preference techniques, Reveal preference techniques, Benefit and value transfer을 통해 측정시도 | ▪ 문화산업에서 주로 사용하는 가치평가 방법론은 매우 다양하지만 표준화된 방법은 아직 존재하지 않음<br>▪ 창조산업 금융지원 프로그램(Creative industry Finance Pilot Programme) 시범운영을 통해 가치평가에 대한 가능성과 방법론 검토 |
| 일본 | '제작위원회'방식을 통한콘텐츠 비즈니스 시스템 내 가치평가 방법론 주목 | 2009년 저작권법 개정에 따라 새로운 부가가치 창출을 위한 콘텐츠가치평가 방법의 정확성이 촉구되고 있음 | ▪ 객관적인 콘텐츠가치평가 방법은 확립되어 있지 않으나 다양한 방법적 접근시도<br>▪ 회계학적 접근과 지식재산권적 접근을 포괄하는 모형연구진행(2010년부터 콘텐츠가치평가 업무담당 전문 국가제도 시행)<br>▪ 경제산업성은 2014년, 콘텐츠 제작 투융자 활성화를 위한 콘텐츠가치평가 도입 방안 마련의 필요성 제시 |

일본은 2009년 저작권법 개정에 따라 새로운 부가가치 창출을 위한 콘텐츠가치평가방법의 정확성이 촉구되고 있는 상황에서 '제작위원회' 방식을 통한 콘텐츠 비즈니스 시스템 내 가치평가 방법론에 주목하고 있는데, 회계학적 접근과 지식재산권적 접근을 포괄하는 모형연구가 진행되고 있다.

207) 한국콘텐츠진흥원 콘텐츠가치평가센터 홈페이지(콘텐츠가치평가시스템 (kocca.kr))

### 다. 소결

위와 같은 콘텐츠 가치평가는 콘텐츠에 대한 시장에서의 경제적 가치에 근접한 평가를 시도하고 있다는 점, 앞부분에서 저작권침해로 인한 손해의 개념과 특성에서 살펴보았듯이 무형의 저작재산권침해시 저작권자에게 발생하는 손해는 불법행위에 의한 손해배상판결에서 우리나라 판례의 기본입장인 차액설에 의하거나 일실이익의 개념으로만 설명하기 어렵고, 저작권법이 보호하고 있는 저작권의 배타적 효력에 의해 권리자에게 속했던 시장기회에 있어서의  배타적 이용권침해자체로 보아야 하고 이러한 손해의 입증의 어려움을 덜어주기 위하여 저작권법 제125조 내지 제126조가 규정된 것이다. 따라서 저작권법 제126조를 적용함에 있어서 침해저작권에 대한 시장기회에 있어서의 잠재적 이용가능성을 포함한 그 저작권자의 '시장기회에 있어서 배타적 이용권의 침해' 내지 '시장기회의 상실'이 산정될 수 있도록 하여야 하는 점, 측정기준을 정량화하여 정량 지표를 통한 평가를 수행하려고 하고 있는 점, 정성지표 측정에 대한 평가자의 주관개입 여지를 줄이기 위해 가치평가위원회를 통해 정성지표를 평가하여 반영하고 있는 점, 같은 장르내의 콘텐츠라고 하더라도 다양성을 반영하여 평가하는 점, ④ 콘텐츠 산업의 트렌드 민감성을 평가반영하는 점, 다양한 산업정보를 반영하여 시의적으로 평가하고 있는 점 에 의의가 있으며, 법원이 저작권법 제126조를 적용하여 손해배상액을 산정할 때 콘텐츠가치평가의 평가지표들과 가치평가결과들을 참작한다면 해당 사건의 저작권의 시장적 경제가치와 근사해질 수 있고 또 이런 정보를 참작하여 산정된 손해배상판결은 다시 해당 저작권의 시장적 경제가치에 선순환을 가져올 수 있다.

그리고 콘텐츠 정보에 대한 접근성이 높을수록 그리고 가치평가에 필요한 각종 데이터가 많이 확보될수록 저작권에 대한 가치평가의 객관성과 정확성이 더욱 높아질 수 있으므로 이에 대한 가치평가자료들이 데이터베이스화되어 활용도가 높아질 수 있도록 정부차원의 지원도 필요하다.

## 6. 손해액 산정 근거조항의 명확한 설시

서울중앙지방법원 2018. 9. 4. 선고 2017가소7712215 판결에서 법원은 저작권법 제125조 제1항을 명시하고 있지만, 판시내용을 구체적으로 살펴보면 "피고는 원고의 저작권을 침해하였다 할 것이므로 저작권법 제125조 제1항에 따른 손해배상책임이 인정된다 할 것이다. 나아가 손해배상액에 관하여 보건대, 이 사건 변론전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여, 그 손해액을 3,000,000원으로 인정한다." 고 판시하였기 때문에, 법원은 손해배상책임의 범위, 즉 손해액의 산정을 위해서 저작권법 제125조 제1항을 적용하였다기보다 손해배상책임의 발생 근거조문으로 저작권법 제125조 제1항을 적용하였다고 볼 수 있다. 그리고 "이 사건 변론전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여, 그 손해액을 3,000,000원으로 인정하다" 고 판시하였기 때문에 실질적으로는 저작권법 제126조를 적용하여 손해배상액을 산정하였다고 볼 수 있다.[208)]

법원은 저작권침해를 이유로 한 손해배상인용판결에서 해당 판시가 저작권법 제125조 제1항에 대한 것인지, 같은 조 제2항에 대한 것인지, 제126조에 대한 것인지 구체적으로 명시할 필요가 있다. 왜냐하면 손해배상액의 범위에 관한 저작권법 제125조 제1항, 제2항, 저작권법 제126조는 각 규정의 내용에 비추어 각 조항마다 원고의 공격방법과 피고의 방어방법이 다르고, 무엇보다 저작권법 제126조에서 명시적으로 "제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때" 라고 규정하고 있기 때문에 저작권법 제125조에 의한 손해배상액 산정을 시도한 이후에 저작권법 제126조에 의한 손해배상액을 산정하여야 하므로, 원칙적으로 재판진행과정과 판결이유에서 저작권법 제125조 각 조항을 명시하여 적용여부를 검토하고 그 적용이 어렵다면 그 이유를 명시한 후에 저작권법 제126조의 적용여부를 검토함이 타당하다. 그래야만 손해배상액 범위에 관한 원고와 피고의 공격방어방법에 어려움이 없고 손해액에 대한 예측가능성이 더 보장될 수 있기 때문이다.

## 7. 저작권법 제126조 참작사항의 구체적 설시

판례는 "저작권법 제126조 규정에 따른 손해액 산정은 손해의 발생 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우에 증거조사의 결과와 변론전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 여러 정황 등 관련된 모든 간접사실들

208) 본 논문에서는 이 판결을 원고 주장 법조항의 확인이 어렵고 법원이 저작권법 제126조를 적용한 경우로 포섭하였다.

을 종합하여 손해의 액수를 판단할 수 있다는 것이고, 이러한 법리는 자유심증주의하에서 손해의 발생 사실은 입증되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 입증이 곤란한 경우 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 함에 그 취지가 있는 것이지, 법관에게 손해액의 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로, 법원이 위와 같은 방법으로 구체적 손해액을 판단함에 있어서는, 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 그와 같이 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정해야 한다는 것이다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결)" 라고 판시하고 있다.[209]

법원이 저작권법 제126조를 적용하여 손해액을 산정할 때 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 할 뿐만 아니라 탐색한 간접사실들 중 어떠한 간접사실들을 참작하였는지, 그 간접사실들을 어떻게 평가하였는지, 어떠한 경로에 의하여 손해액이 산정되었는지에 대하여 최대한 구체적으로 설시하여야 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액으로 인정될 수 있고 저작권 침해로 인한 손해배상판결에 대한 재판신뢰도 더 확보될 수 있다.

## 8. 계산 감정인규정과 감정인 설명의무규정의 도입

우리나라 저작권법 제119조 제1항에서 감정에 관한 규정을 두고 있지만, 감정사항을 1. 법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위하여 저작권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우, 2. 제114조의2에 따른 분쟁조정을 위하여 분쟁조정의 양 당사자로부터 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 경우로 한정하고 있고 저작권 침해 손해액 계산을 위한 감정인 규정을 별도로 두지 않고 있다. 그러나 저작권 침해 여부에 대한 감정뿐만 아니라 저작권 침해가 인정된 이후 저작권 침해로 인한 손해액에 대하여도 필요한 경우 감정을 실시하여 산정할 때 정확하고 객관적인 손해전보의 가능성이 커지고 그만큼 저작권보호가 강화될 수 있다.

계산 감정인 규정은 감정인 설명의무규정[210]과 함께 규정될 때 보다 효과가 있으므로 감

209) 서울중앙지방법원 2016. 5. 27. 선고 2016나11447 판결
210) 우리나라 특허법 제128조의2에서도 감정인에 대한 설명의무를 규정하고 있다.

정인 설명의무규정의 도입도 고려해볼 필요가 있다. 일본 저작권법 제114조의4는, 저작권자는 저작권 침해행위에 의한 손해의 계산을 하기 위한 감정을 신청할 수 있도록 하고, 당사자에게는 그 계산 감정인에 대해 당해 감정을 하는 데 필요한 사항에 대하여 설명할 의무를 부과하고 있다. 일본 민사소송법에 감정인 제도가 규정되어 있음에도 불구하고 일본 저작권법 및 특허법에서 별도로 계산 감정인 제도를 두고 있는 이유는, 문서제출명령 등에 의하여 문서가 제출된 경우에도 손해 계산을 위해 제출된 서류의 양이나 특성 때문에 회계 등전문가가 아니면 서류 내용을 신속히 이해하기 어렵고, 제출서류가 약식 표기된 경우나 컴퓨터로 정리된 데이터의 경우에는 제출 당사자로부터 설명을 듣지 않고서는 그 의미를 이해할 수 없으므로, 중립적인 제3자로 하여금 손해 계산에 필요한 문서를 확인하고 손해 계산에 필요한 사항을 법원에 보고하도록 함으로써 손해 입증의 신속 및 효율을 도모할 필요성이 제기되었기 때문이다.

위 규정에서 '손해의 계산을 하기 위해 필요한 사항'이란, 상대방의 판매수량, 판매단가, 이익비율, 재고수량 등을 의미한다. 저작권법 제129조의2 제1항에 의하면, 법원은 당사자의 신청에 의하여 저작권 침해 당사자에 대하여 증거 수집에 필요한 정보를 제공하도록 명령할 수 있지만, 그 정보제공명령에 의하여 문서가 제출되었다고 하더라도 그 침해자의 상당기간 계속된 경제활동 결과로 나타나는 다양한 종류의 장부, 전표, 기타 금융 자료들, 그것도 방대한 양으로 제출된 경우에 회계전문가가 아닌 법관이나 소송대리인이 그 자료를 신속·정확하게 파악해낸다는 것은 쉽지 않은 일이다. 특히 제출된 문서가 침해자만이 알 수 있는 약어나 고유의 표시로 기재되어 있는 경우에는 침해자로부터 별도의 설명을 들어야만 신속·정확한 분석을 도출해 낼 수 있다.

대다수의 저작권 침해사건에서 저작권법 제125조에 의한 배상액 주장이 인정받지 못한 채 저작권법 제126조에 의한 배상액이 인정될 뿐이고, 그 배상액도 권리자가 구한 청구금액에 훨씬 미치지 못하고 있는 이유가, 실무에서 저작권침해에 따른 손해 발생 사실이 인정되더라도 침해자 이익이나 통상 사용료가 입증되지 못하였거나 무형적 손해액의 인정의 어려움 때문이었으므로, 우리 저작권법에도 일본의 계산 감정인규정 및 당사자의 감정인에 대한 설명의무규정을 함께 규정하면 저작권법 제126조에 의해 적극적으로 수치화하기 어려웠던 무형적 손해액의 계산화 가능성을 높일 수 있다. 비록 우리 민사소송법에서도 감정 제도를 두고 있지만, 당사자의 감정인에 대한 설명의무와 손해계산을 위한 감정인 제도는 따로 규정하고

있지 않으므로, 저작권법에 위 계산 감정인 제도와 감정인 설명의무를 함께 별도로 규정함으로써 그 활용도를 높이는 효과를 가져올 수 있다.[211]

## 9. 저작권법 제129조의2의 활용과 전문위원지원규정의 도입

우리나라 저작권법 제129조의2(정보의 제공) 제1항에서는 법원은 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청에 따라 증거를 수집하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 다른 당사자에 대하여 그가 보유하고 있거나 알고 있는 침해행위나 불법복제물의 생산 및 유통에 관련된 자를 특정할 수 있는 정보, 불법복제물의 생산 및 유통 경로에 관한 정보를 제공하도록 명할 수 있다고 정보제공명령에 대하여 규정하고 있다. 또 동조 제2항에서는 정보의 제공을 거부할 수 있는 사유를 규정하고 있으며, 동조 제4항에서는 법원은 동조 제2항 제2호에 규정된 정당한 사유가 있는지를 판단하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 다른 당사자에게 정보를 제공하도록 요구할 수 있다고 규정하고 있다.

저작권법 제125조를 적용한 비율이 낮고 저작권법 제126조를 적용한 비율이 상당히 높은 이유가 저작권법 제125조가 입증상의 어려움 때문에 적용되지 않기 때문이며, 특히 저작권 침해 소송에서 권리자가 입은 피해액 또는 침해자가 얻은 이익액을 정확히 산정하는 것은 어려운 일이고, 침해자가 필요한 정보를 가진 경우 증거의 구조적 편재를 해소하고 실체적 진실에 접근하기 위해서는 법원의 개입에 의하여 손해 산정에 필요한 증거가 법원에 현출될 수 있도록 하는 제도가 필요한데, 외국 입법례와 조약과 달리 우리나라에서는 그간 이러한 증거조사제도가 미비했기 때문이라는 견해가 있어 왔다.[212]

한미 FTA 제 18.10조 제10항의 이행입법으로 2011. 12. 2.에 신설된 저작권법 제129조의2는 위와 같은 미비점을 보완하기 위해 침해자가 필요한 정보를 가진 경우 증거의 구조적 편재를 해소하고 손해 산정에 필요한 자료를 법원에 현출할 수 있도록 하기 위한 규정이고, 미국 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Procedure) 제26조의 증거개시(discovery) 관련 규정을 참고한 것으로 역시 증거개시제도와 유사한 성격을 가지는 우리 민사소송법상 문서제

211) 김종철, 저작권 침해에 대한 손해배상액 산정에 관한 연구, 계간 저작권(2016년 봄호), 45~47면
212) 이규홍, 앞의 논문, 85면

출명령 규정보다 문서제출의 범위를 보다 구체화하고 그 제출명령을 위반한데 대하여 제재 규정을 두고 있는 점에서 저작권분야의 특칙으로서의 성격을 가지고 있다.

저작권법 제129조의2 제1항에서 정보제공명령의 대상을 "1호. 침해행위나 불법복제물의 생산 및 유통에 관련된 자를 특정할 수 있는 정보, 2호.불법복제물의 생산 및 유통 경로에 관한 정보" 로 규정하고 있는데, 특허법 제132조 제1항에서 "해당 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료" 로 규정하고 상표법 제114조에서 "해당 침해행위로 인한 손해를 계산하는 데에 필요한 서류" 의 제출을 명하고 있는데 비하여 그 대상이 비교적 넓다. 특허법 제132조가 당해 침해행위로 인한 손해의 계산을 하는 데에 필요한 서류의 제출을 명할 수 있게 한 규정이고 기존의 침해행위의 입증을 위한 서류는 특허법 제132조의 대상이 되지 않는 것으로 해석하여 민사소송법 제344조를 통하여 제출신청하도록 하는 점에 비추어, 저작권법 제129조의2 제1항 2호에 손해의 계산을 하는 데에 필요한 서류를 포함하는 것으로 해석할 수 있고, 침해행위를 위한 입증을 위한 서류도 이에 포함되는 것으로 해석할 수 있다.[213]따라서 침해자측이 보유하고 있는 저작권법 제125조 제1항의 침해자 이익에 관한 자료 등 손해액 계산에 필요한 자료확보를 위해 저작권법 제129조의2를 적극 활용할 필요가 있다.

이와 더불어 앞서 설명한 최근 개정으로 일본 저작권법 제114조의3 제4항이 추가되어 제2항의 경우에 전문적인 의견에 따른 설명을 들을 필요가 있는 것으로 인정하는 때에는 당사자의 동의를 얻어 전문위원에 대해 해당 서류의 개시를 할 수 있도록 규정하였는데, 우리나라도 재판소가 서류를 보고 판단하는 때에 전문위원의 지원을 받을 수 있도록 하는 규정의 도입을 고려해볼 필요가 있다.

법원은 원고의 신청에 따라 저작권침해 입증이나 그 손해액 계산을 위해 필요한 서류를 보유한 피고에게 제출명령을 할 수 있는데 피고가 정당한 이유가 있다고 서류 제출을 거부할 경우 법원은 그 정당한 이유의 유무를 적절히 판단하기 위해 실제 서류를 볼 수 있지만, 전문성 높은 서류에 대해서는 그 내용을 충분히 이해할 수 없는 경우가 있으므로 전문위원 규정을 도입할 경우 손해액에 대한 증거수집절차가 강화될 수 있기 때문이다.

213) 이규홍, 앞의 논문, 85~86면.

# 제6장 유사규정

판례는 2016. 3. 29. 에 신설된 민사소송법 제202조의2에 대하여 특별법에 따른 손해배상에도 적용되는 일반적 성격의 규정이라고 판시하고 있다.[214] 그러나 민사소송법 제202조의2가 신설되기 이전인 2001. 2. 3. 특허법 개정으로 구 특허법 제128조 제5항(현행 특허법 제128조 제7항)을 규정하였고, 디자인보호법은 2013. 5. 28. 개정때 구 디자인보호법 제115조 제6항을 추가하였으며, 구 상표법 제67조 제5항(현행 상표법 제110조 제6항)은 2001. 2. 3.에 신설되었으며, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제14조의2 제5항은  2001.2.3.에 신설되었고, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제57조(현 공정거래법 제115조)는 2004. 12. 31. 개정때 도입되어 주로 지식재산권과 공정거래 분야의 개별 법률에서 손해의 발생원인사실은 인정되나 손해액의 증명이 극히 곤란한 경우 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기하여 상당한 손해액을 정할 수 있다는 소위 재량적 손해배상제도를 명문으로 규정하여 인정하고 있었다.

지식재산권 외의 분야에서 상당한 손해액의 산정을 인정한 경우로는 콘텐츠산업진흥법 제38조 제2항, 장애인차별금지 및 권리구제등에 관한 법률 제46조 제3항, 표시・광고의 공정화에 관한 법률 제11조등이 있고, 개인정보의 분실・도난・유출・위조・변조 또는 훼손된 경우의 손해배상청구와 관련하여는 개인정보보호법 제39조의2 제2항에서 법원이 변론전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 300만원 이하의 범위에서 상당한 손해를 인정할 수 있도록 규정하고 있고 이를 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제43조의 제2항에서 준용하고 있다.

독일 민사소송법 제287조 제1항과 일본 민사소송법 제248조에서도 같은 취지의 규정이 있고, 집단소송의 특성을 고려한 규정으로 우리나라 증권관련 집단소송법 제34조 제2항에서는 정확한 손해액의 산정이 곤란한 경우에 법원으로 하여금 제반사정을 참작하여 표본적・평균적・통계적 방법등으로 이를 정할 수 있도록 규정하고 있다.[215]

---

214) 대법원 2020. 3. 26. 선고2018다301336판결
215) 정동윤/유병현/김경욱 공저, 앞의 책 564면

다음에서는 우리나라 저작권법 제126조와 유사한 위 규정 중 민사소송법 제202조의2, 특허법 제128조 제7항, 상표법 제110조 제6항, 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항의 내용을 살펴본 후, 이들 규정을 적용한 판례현황에 대해서 저작권법 제126조를 적용한 판례현황과 비교하여 살펴보고자 한다.

## 제1절 민사소송법 제202조의2

### 1. 자유심증주의의 원칙과 심증형성의 정도

자유심증주의란 사실주장이 진실인지 아닌지를 판단함에 있어서 법관이 증거법칙의 제약을 받지 않고, 변론 전체의 취지와 증거자료를 참작하여 형성된 자유로운 심증으로 행할 수 있는 원칙을 말한다(민사소송법 제202조[216]).

심증형성의 자료가 되는 증거원인에는 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과 두 가지가 있다. 변론 전체의 취지란 변론의 일체성을 가리키는 경우도 있지만 여기에서는 증거원인으로서의 변론 전체의 취지가 문제된다. 이는 증거조사의 결과를 제외한 일체의 소송자료로서, 당사자의 주장내용・태도・주장입증의 시기, 당사자의 인간관계 그 밖의 변론 과정에서 얻은 인상등 변론에서 나타난 일체의 적극・소극의 사항을 말한다. 형사소송에 있어서는 증거재판주의(형사소송법 제307조)에 기하여 증거자료만이 증거원인이 되나, 민사소송에서는 증거자료와 함께 변론 전체의 취지도 증거원인이 된다.

이러한 변론 전체의 취지만으로 당사자간에 다툼 있는 사실을 인정할 수 있는지, 아니면 증거자료에 보태어 사실인정의 자료로 쓰이는 보충적인 증거원인이 될 뿐인지 민사소송법상 학설의 대립이 있다. 독일・일본의 통설과 우리나라 일부 학설[217]

---

216) 민사소송법 제202조(자유심증주의)
법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.

217) 정영환, 신민사소송법, 법문사, 2019, 740~741면; 호문혁, 민사소송법 제14판, 법문사, 2021, 520면.;강현중, 민사소송법, 박영사, 2018, 480면

은 변론 전체의 취지에 증거원인으로서의 독립성을 인정하여 이것만으로 다툼 있는 사실을 인정할 수 있다는 독립적 증거원인설의 입장에 있으나, 변론 전체의 취지는 모호하고 이를 기록에 반영하여 객관화하여 놓기도 힘든 것이므로, 원심이 무엇을 변론 전체의 취지로 본 것인가는 상급심이 심사하기 곤란하며, 증거조사를 하지 않고 이것만으로 모든 사실의 인정을 가능케 한다면 변론 전체의 취지를 빙자하여 자의적이고 안일하게 사실인정을 할 우려가 있다는 점을 고려하여 민사판례[218]와 다수설[219]은 보충적 증거원인설의 입장에 있다[220].

자유심증주의하에서 민사소송법상의 증명은 한 점의 의심도 허용되지 않는 자연과학상의 논리적 증명이 아니라, 경험칙에 비추어 보통 사람이 일상생활에서 의심을 품지 않을 정도의 진실성의 확신을 뜻하는 역사적 증명이면 되는 것으로서,[221]우리나라의 학설[222]과 판례[223]는 사실을 확정할 때 통상인의 일상생활에 있어 진실하다고 믿고 의심치 않을 정도의 고도의 개연성[224], 즉 경험칙에 비추어 모든 종합증거와 변론 전체의 취지를 검토하여 십중팔구까지는 확실하다는 확신이 서면 된다고 보고 있다.

하지만 판례는 오래전부터 민사상 손해배상청구소송에서 증명도 자체를 경감하여 상당한 개연성이 있는 증명으로 충분하다고 판시해 왔다.[225] 장래 예측의 수입상의 손해에 관한 증명에 있어서 그 증명도는 과거 사실에 대한 증명의 경우보다 경감되어 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위내에 있어서 상당한 개연성 있는 증명이면 된다고 판시하였고[226], 공해로 인한 불법행위에 기한 손해배상청구소송에서 인과관계

---

218) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84누329 판결.
219) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2021, 532면; 김홍규・강태원 공저, 민사소송법, 삼영사, 2010, 490면;정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법, 법문사, 2020, 557면; 전병서, 기본강의 민사소송법, 홍문사, 2017, 424면
220) 다만 판례는 예외적으로 문서의 진정성립(형식적 증거력)과 자백의 철회요건으로서의 착오에 국한하여 변론전체의 취지만으로 인정하고 있다(대법원 1987. 7. 21. 선고 87므16, 대법원 2000. 9. 8. 2000다23013판결).
221) 정동윤/유병현/김영욱 공저, 앞의 책, 560~561면
222) 김홍규/강태원 공저, 민사소송법, 삼영사, 2010, 494면; 송상현/박익환 공저, 민사소송법, 박영사, 2014, 517면
223) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다72578, 72585판결; 대법원 2016. 9. 30 선고 2015다19117판결 등.
224) 증거의 우월로 족하다는 견해가 있다, 정동윤/유병현/김영욱 공저, 앞의 책, 561면
225) 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결
226) 대법원 1993. 3. 12. 선고 92다 36175 판결; 대법원 2003. 7. 25. 선고 2002다39616 판결; 대법원 2016. 9. 30. 선고 2015다19117 판결 등.

증명은 침해행 위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 증명을 하면 족하고 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 판시하였으며[227], 판례의 공해소송에서의 증명책임완화노력은 간접반증이론으로 발전하였다.[228] 또 손해발생사실은 인정되나 구체적인 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 어려운 경우, 법원이 증거조사의 결과와 변론전체의 취지에 의하여 밝혀진 간접사실을 종합하여 손해액수를 정할 수 있다고 판시하여 왔고, 2016년에 이러한 판례들의 입장을 참고하여 민사소송법 제202조의2가 신설된 것이다.[229]

## 2. 2016년 민사소송법 제202조의2 신설

대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951 판결 등 기존 판례와 독일 민사소송법 제287조 Ⅰ항과 일본 민사소송법 제248조를 참고하여 2016년에 민사소송법 일부개정으로 민사소송법 제202조의2가 신설되었다. 민사소송법 제202조의2에서는 "손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다." 고 규정하고 있다. 개정이유에서는 그 입법취지에 대하여 손해의 공평·타당한 분담원리를 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 손해액 증명을 완화할 필요가 있다고 밝히고 있다.[230] 손해의 성질상 그 증명이 아주 어려운 경우까지도 증명책임분배의 일반원칙에 따라 원고청구기각을 하는 것은 원고에게 부당하게 불이익을 주는 것으로서 구체적 정의에 반하므로 이러한 불공평함을 해결하기 위함이다.

이 규정의 법적 성질에 대하여 증명도를 경감한 것이라는 입장과 법원의 재량적 평가를 인정한 것이라는 입장의 대립이 있다. 증명도 경감설은 손해액 인정은 손해발생인정과 마찬가지로 사실증명의 문제라는 전제하에 사실인정을 위하여 일반적으

227) 대법원 1974. 12. 10. 선고 72다1774 판결; 대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결 등.
228) 정동윤/유병현/김영욱 공저, 앞의 책, 561면
229) 이시윤, 민사소송법, 박영사, 2021, 535~536면
230) 전병서, 기본강의 민사소송법, 홍문사, 2017, 428면

로 요구되는 증명도를 손해액 인정에 있어서 경감한 것이라고 본다. 재량평가설은 손해액 인정은 사실인정의 문제라기보다 법원에 의한 법적 평가의 성격을 가진 것이라는 전제하에 민사소송법 제202조의 2는 당사자간 공평의 견지에서 그 평가상의 재량을 확인 내지 부여한 것으로 이해한다. 증명도 경감설은 손해액의 인정도 사실증명의 문제이기 때문에 증명도 경감 이외에는 통상의 증명과 차이가 없어 일응의 심증에 이르기 위한 어느 정도의 증거가 필요한 반면, 재량평가설은 손해액의 인정을 사실인정의 문제가 아닌 법원에 의한 법적 평가로 보기 때문에 증거가 거의 없는 경우에도 손해액의 산정이 가능하게 된다. 그러나 이러한 재량평가설에 의할 때에도 법관의 자의가 허용되는 것이 아니기 때문에 증거자료, 변론전체의 취지, 경험칙, 논리적 정합성, 공평의 견지, 일반상식등에 비추어 상당하고 합리적인 것으로 인정되어야만 하고, 가능한 한 판결문에 인정근거를 기재하여야 하는 것으로 해석된다. 민사소송법 제202조의2의 입법취지를 고려할 때 재량평가설을 취한 것으로 보는 견해가 있다.[231]

판례는 민사소송법 제202조의2 신설전에도 채무불이행으로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생사실이 인정되고 그의 최대한도인 수액은 드러났으나 거기에는 당해 채무불이행으로 인한 손해액 아닌 부분이 구분되지 않은 채 포함되었음이 밝혀지는 등으로 구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론의 전취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무불이행과 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접 사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다고 판시한바 있고,[232] 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 여러 정황 등 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 손해의 액수를 판단할 수 있고, 이러한 법리는 자유심증주의하에서 손해의 발생사실은 입증되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 입증

231) 전원열, 민사소송법강의, 박영사, 2021, 369~370면
232) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951, 6968 판결

이 곤란한 경우 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 함에 그 취지가 있는 것이지, 법관에게 손해액의 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로 법원이 위와 같은 방법으로 구체적 손해액을 판단함에 있어서는 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고 그와 같이 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정해야 한다고 판시한 바 있다.[233][234]

생각건대 손해액은 당사자가 입증해야 하는 법률요건사실인 점, 민사소송법 제202조의2는 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951 판결등 기존 판례를 참고하여 신설되었고, 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우 원고청구기각을 하는 것은 구체적 정의에 반하므로 자유심증주의 원칙하에서 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 증명도·심증도를 경감한 규정이라고 봄이 타당하다.

## 3. 적용판례

법원은 임베디드 링크행위가 공중송신권 침해행위에 대한 방조에 해당한다고 보고 최종적으로 저작권법 제126조에 의하여 손해배상액을 산정한 사안에서, “이 사건 링크행위는 실질적으로 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중에의 이용제공의 여지를 더욱 확대시키는 행위로서 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중송신권(전송권) 침해행위에 대한 방조에 해당한다고 봄이 타당하다(따라서 이와 일부 배치되는 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결등의 견해는 변경되어야 하고, 설령 그 판례의 취지에 따라 이 사건 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 볼 수 없다고 하더라도, 피고의 이 사건 링크행위는 부정하게 스스로의 이익을 꾀할 목적으로 타인의 시간과 노력 및 자본을 투입하여 이룩한 성과물의 명성 등에 편승하는 행위로서 법적으로 보호할 가치가 있는 원고들의 이익을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 봄이 타당하므로, 민법상의 일반 불법행위가 성립한다고 보아야 하고, 이

233) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결
234) 전병서, 앞의 책, 428면 각주 104)

사건에서는 그 경우 원고들이 그로 인한 구체적 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려워 법원은 민사소송법 제202조의2에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 인정할 수 있다 할 것이므로, 이 사건 결론에는 영향이 없다고 보인다)" 라고 판시하였는데, 설령 저작권침해에 해당하지 않더라도 민법상의 불법행위가 성립하게 되고 그로 인한 구체적 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려원 민사소송법 제202조의2가 적용되어 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액이 손해배상 액수로 인정되는데, 그 결론에는 저작권법 제126조를 적용하는 경우와 차이가 없다고 판시하였다.

또한 법원은 영업상 주요 자산 침해에 따른 손해배상청구사건에서 민사소송법 제202조의2를 적용하면서 "①기술을 개발하는데 2명의 연구인력이 투입되어 5개월의 개발기간이 소요되었고, 이 사건 ②기술을 개발하는데 2명의 연구인력이 투입되어 3개월의 개발기간이 소요되었다. 원고에게 이 사건 ①기술의 개발에 참여한 AD의 월 급여는 3,166,670원, 이 사건 J기술의 개발에 참여한 CV의 월 급여는 2,333,340원이다. 원고가 이 사건 ①, ②기술을 개발하는 데에 지출한 인건비를 월 급여 대비 약 70%로 산정하여 보더라도, 이 사건 ①기술의 경우 약 11,083,345원(=3,166,670원/월 × 5개월 × 70%)이(원고가 구하는 바와 같이 AD의 월 급여만을 기초로 한다), 이 사건 ②기술의 경우 약 4,900,014원(=2,333,340원/월 × 3개월 × 70%)이 개발비로 각 지출된 것으로 보인다." 는 점을 참작하여 " 위 피고들의 행위로 원고가 입은 손해는 10,000,000원으로 인정함이 상당하다" 고 판시하였다.[235)]

## 제2절 특허법 제128조 제7항

### 1. 특허법 제128조 제7항의 내용 및 입법연혁

특허법 제128조 제7항에서는 "법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소

235) 서울고등법원 2018. 1. 11. 선고 2014나2011824 판결

송에서 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" 는 규정하고 있다.[236)]

이 규정은 2001. 2. 3. 특허법이 법률 제6411호로 개정되면서 신설된 규정이다. 원래 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송에 있어서 그 손해액의 범위에 관한 증명책임은 피해자인 원고에게 있는 것이지만, 손해액 증명의 어려움으로 인하여 법원이 인정해 준 손해배상액의 규모가 현실적인 손해액에 미치지 못하는 경우가

---

236) 특허법 제128조(손해배상청구권 등) ① 특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실로 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 침해로 인하여 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다.
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.
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 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.
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
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

많아서 법원으로 하여금 형평에 입각하여 손해액을 인정할 수 있도록 해주기 위해 신설되었다.

일본특허법에 상당한 손해액 인정조항이 도입되기 전의 일본에서는 "침해자의 제품의 수요가 전부 특허권자의 제품으로 향하였을 것이라고 추인되지 않는" 경우로서 예를 들어 특허발명을 실시하지 않아도 동등의 작용효과를 갖는 경우나 경합제품이 있는 경우등에는 인과관계의 증명이 없다고 하여 청구를 기각하여 왔고, 침해자의 제품 중 특허발명의 실시부분이 일부에 지나지 않는 경우에 침해자에 특히 그 부분이 침해자 제품의 수요자의 구매동기를 형성하고 있다고 생각되지 않는 경우에도 청구를 기각하여 왔다. 그러나 불이익은 있지만 손해배상을 인정해줄 수 없다는 것은 부당하므로 일본은 독일 민사소송법 제287조 제1항 제1문[237]을 본받아 일본 민사소송법 제248조[238]에서 같은 내용이 규정된 후 일본 특허법에도 1999년 법개정 때 상당한 손해액 인정조항이 특허법 제102조 제5항[239]으로 도입하였고, 우리나라도 2001년 특허법 개정으로 같은 규정을 도입한 것이다.

이와 같이 손해 자체의 발생 사실은 인정되나 손해액 증명이 성질상 극히 곤란한 경우에 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 것은 차액설에 대한 상당한 정도의 수정으로 볼 수 있다.

그런데 우리 대법원 판례는 이 규정이 도입되기 훨씬 전부터 일반 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서도 손해의 발생이 인정되면 특별한 사유가 없는 한 법원이 손해액의 구체적인 산정에 노력하여야 하며 당사자의 증명이 없을 경우에는 가능한 범위까지 석명권을 행사하여서 손해액을 산정하여야 한다고 판시하여 왔고,[240]이러

---

237) 독일 민사소송법 제287조 제1항 제1문 "당사자들 사이에서 손해의 발생 여부 및 손해의 액수 또는 배상되어야 할 이익의 액수에 관하여 다툼이 있는 경우, 법원은 이에 관한 모든 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 재판한다." (§ 287 Schadensermittlung; Höhe der Forderung (1) Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.)

238) 民事訴訟法 第二百四十八条 損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。

239) 特許法 第百二条 5 第三項の規定は、同項に規定する金額を超える損害の賠償の請求を妨げない。この場合において、特許権又は専用実施権を侵害した者に故意又は重大な過失がなかつたときは、裁判所は、損害の賠償の額を定めるについて、これを参酌することができる.

한 태도는 매우 확고한 것으로 자리잡았다. 판례는 나아가 이 법리가 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우뿐만 아니라 부당이득금의 반환청구나[241]청산금 청구의 경우[242]및 유류분 반환청구의 경우에도[243]적용된다고 판시하고 있다. 게다가 경우에 따라서는 당사자의 주장・증명이 없는 경우에 직권으로 손해액을 심리 판단할 필요가 있다고 판시하고 있다.[244]다만 대법원은 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송에서 그 손해액의 범위에 관한 입증책임은 피해자인 원고에게 있는 것이므로 그에 대한 법원의 입증촉구에 대하여 이에 응하지 않을 뿐만 아니라 명백히 그 입증을 하지 않겠다는 의사를 표시한 경우에는 법원은 피고에게 손해배상책임을 인정하면서도 그 액수에 관한 증거가 없다는 이유로 청구를 배척할 수 있다고 판시하였다.[245]

그렇다면 이러한 판례가 이미 확고하게 자리를 잡고 있는 상황에서, 특허법 제128조 제7항으로 가능할 수 있는 영역과 실익에 대해 생각해 보게 되는데, 손해액에 대하여 법원이 당사자에게 석명을 명하거나 혹은 법원이 나서서 직권심리를 하더라도 손해액 계산을 위한 기초사실을 증명하기 어려운 경우에는 변론주의와 법률요건분류설에 의해 손해액을 인정할 수 없을 것이므로 이 규정은 그와 같은 경우에 의의를 가질 수 있다.[246]

## 2. 판례현황

### 가. 원고 주장조항과 법원 적용법조

(1) 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에 의하면 2009. 1. 1.부터 2015. 6. 30.까지 제1심 법원의 선고 사건 중 특허·실용신안권의 손해액이 일부라도 인용된 사건 67건의 판결 중 침해가 인정된 62개의 특허·실용신안 권리를 분석

240) 대법원 1961. 12. 7. 선고 60다853 판결 .
241) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다42892, 42908 판결.
242) 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000다5817 판결.
243) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다8878 판결.
244) 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결
245) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다57100 판결.
246) 정상조・박성수 공편, 특허법 주해Ⅱ,박영사, 2010, 258~263면

한 결과, 62건의 대상 가운데 원고가 손해액 산정 근거조항으로 특허법 제128조의 '양도수량 손해액인정 조항' 만을 주장한 경우는 12건(19.4%), '침해자 이익 손해액추정 조항' 만을 주장한 경우는 35건(56.5%), '실시료 상당손해액 조항' 만을 적용한 경우는 8건(12.9%)이었고, 선택적·예비적으로 둘 이상의 법조를 주장한 경우를 포함할 경우 '침해자이익 손해액추정 조항' 을 근거로 손해액 산정을 주장한 경우가 62건 가운데 41건이었고 가장 많은 비중인 66.1%에 달하였다고 한다.[247]

<특허권침해손해배상판결의 원고주장·법원적용법조 결합유형별 분포[248]>

| 원고주장법조 | 법원적용법조 | 사례수(건) | 비중(%) |
|---|---|---|---|
| 양도수량 | 양도수량 | 7 | 11.3 |
| | 법원재량 | 5 | 8.1 |
| | 합계 | 12 | 19.4 |
| 침해자이익 | 침해자이익 | 10 | 16.1 |
| | 법원재량 | 25 | 40.3 |
| | 합계 | 35 | 56.5 |
| 통상적 실시료 | 통상적 실시료 | 4 | 6.5 |
| | 법원재량 | 4 | 6.5 |
| | 합계 | 8 | 12.9 |
| 양도수량&침해자이익 | 양도수량&침해자이익 | 1 | 1.6 |
| | 합계 | 1 | 1.6 |
| 양도수량&실시료 | 통상적 실시료 | 1 | 1.6 |
| | 합계 | 1 | 1.6 |
| 침해자이익&실시료 | 통상적 실시료 | 1 | 1.6 |
| | 법원재량 | 4 | 6.5 |
| | 합계 | 5 | 8.1 |

<표 3> 분석 대상 판결의 원고 주장 법 조항 분포

| | 원고 주장 법 조항 | 법원 적용 법 조항 | 개수 | 비율(%) |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 저작권법 제125조 제1항 | 저작권법 제125조 제1항 | 5 | 2 |
| | | 저작권법 제125조 제2항 | 2 | 0.7 |
| | | 저작권법 제126조 | 24 | 9 |
| | 합계 | | 31 | 11 |
| 2 | 저작권법 제125조 제2항 | 저작권법 제125조 제2항 | 29 | 11 |
| | | 저작권법 제126조 | 162 | 60 |
| | 합계 | | 191 | 71 |
| 3 | 저작권법 제125조의2 | 저작권법 제125조의2 | 6 | 2 |
| | | 저작권법 제126조 | 8 | 3 |
| | 합계 | | 14 | 5 |
| 4 | 저작권법 제126조 | 저작권법 제126조 | 1 | 0.4 |
| 5 | 불분명 또는 여러 개 | 저작권법 제126조 | 35 | 13 |
| 합계 | | | 270 | 100 |

247) 최지선, 앞의 논문, 76면.
248) 최지선, 앞의 논문, 78면의 <표 3-3-1> 원고주장·법원적용법조 결합유형별 분포

이는 분석대상판결의 시기와 범위가 다르고 위 분석대상은 개별 권리들인 점에서 이 논문 분석대상판결 270개와 동일선상에서의 비교는 어렵지만, <표3> 분석 대상 판결의 원고 주장 법 조항 분포를 보면 이 논문 분석대상 판결 270개 판결 중 원고가 손해액 산정 근거조항으로 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익 조항을 주장한 경우는 31개로 약 11%의 비율을 차지하였고, 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료 조항을 주장한 경우는 191개로 약 71%의 가장 높은 비중을 차지하였는에, 이는 위 특허판결 분석논문에서 가장 많은 비중을 침해자 이익 손해액 추정조항이 차지한 것과 차이를 보인다.

특허재판에서 위와 같이 원고가 '침해자이익 손해액추정 조항'을 근거로 손해액 산정을 주장한 비중이 저작권재판에서의 비중보다 많은 이유에 대하여 생각해 보면, 저작권침해사건의 경우 저작권침해자인 피고가 침해저작물을 사용하여 매출이 발생하였을 경우 그 매출이 해당 저작권침해로 인하여 얻은 이익인지 불분명할 뿐만 아니라[249] 피고가 해당 저작권침해로 인하여 가시적으로 얻는 이익이 없는 경우[250]도 많은 반면, 특허침해사건의 경우 침해자인 피고가 대부분 침해특허를 실시하는 사업자로서 침해특허를 실시한 매출이 특허법 제128조 제4항의 "그 침해행위로 인하여 얻은 이익액"과 대부분 연관이 있고 비록 원고가 피고의 영업이익률에 대한 정보를 알기 어려워도 사업자인 피고의 소득세법 제80조 제3항, 소득세법 시행령 제143조 제3항 기준(단순)경비율을 곱한 금액을 청구액으로 주장할 수 있으며 이러한 원고의 청구에 대하여 피고가 공제할 비용에 대한 자료를 제출하지 않아 입증이 어렵다고 하더라도 원고가 단순경비율을 적용한 청구금액이 피고의 영업이익률을 고려한 상당한 손해액으로 인정하는 경우가 많기 때문인 것으로 보인다.[251]

반면, 2009년부터 2011년까지의 기간 중 특허권 침해에 대한 손해배상액을 산정한

249) 춘천지방법원 강릉지원 2017. 11. 29. 선고 2016가단54083 판결사안의 경우 카페건물의 건축저작권이 침해된 사안으로서, 피고가 원고 카페건물과 유사한 카페를 건축함으로써 고객이 더 늘었을 수는 있지만 이 사안과 같이 처음부터 원고 건물과 유사한 건물을 설계하고 건축하여 카페영업을 한 경우 그 카페영업매출과 피고 건물이 원고 건물과 유사하다는 점의 인과관계를 증명하기에는 어려움이 있다.

250) 인천지방법원 2018. 3. 8. 선고 2017가단202370 판결사안의 경우 피고가 원고가 촬영한 사진을 원고에 대한 비방물에 사용한 경우로서, 원고의 사진저작권은 침해되었으나 이로 인하여 피고가 얻은 이익은 상정하기가 어려운 경우이다.

251) 서울중앙지법 2013. 6. 7. 선고 2012가합68823 판결

20건의 1심 판결을 분석한 2012년 지식재산위원회 연구용역보고서의 아래 표의 결과에 대하여 침해자 이익 규정이 일실이익 규정보다 더 활발하게 적용되지 못하고 있으며 더욱 중요하게는 침해자 이익 규정을 적용하는 경우 인용액이 매우 낮다는 문제점이 있다는 판단과 함께 침해자 이익에 관한 특허법 제128조 제4항이 특허권을 두텁게 보호하고자 하는 본래의 의도를 살리지 못하고 있다고 보는 의견이 있었다. 252)

<손해액 산정 방법별 소송건수 및 인용액 비율253)>

| 구분 | 일실이익(제1항) | 침해자 이익(제2항) | 상당 손해(제5항) |
|---|---|---|---|
| 소송건수 | 6건 | 5건 | 9건 |
| 인용액/판매액 | 36.4% | 13.2% | 23.7% |

(2) 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에서 특허권침해손해배상판결 분석대상 62개 특허·실용신안 권리의 법원적용법조를 분석한 결과에 의하면, 법원이 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우가 38개로 61.3%의 높은 비중을 차지하였고, '침해자 이익 손해액추정 조항'만을 적용한 경우는 10건(16.1%), '양도수량 손해액인정 조항'만을 적용하여 손해액을 산정한 경우는 7건(11.3%), '실시료 상당손해액조항'만을 적용한 경우는 6건(9.7%), 그리고 침해제품의 유통형태에 따라 양도수량 손해액인정 조항과 침해자 이익 손해액추정 조항을 함께 적용한 경우도 1건(1.6%) 존재하였다고 한다.254)

이 논문의 위 <표 1> 분석 대상 판결의 법원 적용 법 조항 분포에서 이 논문 분석대상판결 270개 중 법원이 저작권법 제126조 재량에 기한 상당한 손해액 규정을 적용한 경우가 230개로서 약 85%의 비중을 차지한 점에 비추어 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에서 특허권침해손해배상판결 중 법원이 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우보다 비중이 더 컸으며, 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료규정이 두 번째로 큰 비중을 차지하였고 그 다음으로 저작권법 제125조의2를 적용한 판결이 6개였으며, 저작권법 제125조 제1항을 적용한 판결의 개수가 5개로서 가장 적어 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연

252) 정차호·장태미, 앞의 논문, 240면
253) "지재권소송에서 손해배상 산정의 적절성 확보방안"(지식재산위원회 연구용역보고서, 2012), 정차호·장태미, 앞의 논문 240면에서 재인용.
254) 최지선, 앞의 논문, 77면.

구>에서 침해자 이익 손해액추정 조항’ 만을 적용한 경우가 두 번째로 높은 비중을 차지한 것과 큰 차이가 있었다.

<표 1> 분석 대상 판결의 법원 적용 법 조항 분포

| | 법원 적용 법 조항 | 개수 | 비율(%) |
|---|---|---|---|
| 1 | 저작권법 제125조 제1항 | 5 | 2 |
| 2 | 저작권법 제125조 제2항 | 29 | 11 |
| 3 | 저작권법 제125조의2 | 6 | 2 |
| 4 | 저작권법 제126조 | 230 | 85 |
| | 합계 | 270 | 100 |

(3) 그리고 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에서 위 원고주장법조와 법원적용법조 간 결합유형의 분포를 정리한 결과표를 보면 ‘원고주장법조 침해자이익-법원적용법조 법원재량 조항’ 유형이 전체 62건 중 25건으로 40.3%를 차지하여 가장 많이 적용되는 법조 패턴인 것으로 나타났고, 다음으로 ‘원고주장법조 침해자이익-법원적용법조 침해자이익 조항’ 패턴이 10건으로 16.1%, 그리고 ‘원고주장법조 양도수량-법원적용법조 양도수량 조항’ 패턴이 7건으로 11.3%를 차지하였고, ‘원고주장법조 통상실시료-법원적용법조 통상실시료조항’ 패턴이 4건으로 6.5%, ‘원고주장법조 통상실시료-법원적용법조 법원재량조항’ 패턴이 4건으로 6.5%를 차지하였다.[255]

반면에 이 논문 분석대상판결인 최근 4년간 저작재산권 침해를 이유로 한 270개 판결의 원고주장 법 조항과 법원적용 법 조항 간 결합유형의 분포를 확인할 수 있는 <표3> 분석 대상 판결의 원고 주장 법 조항 분포를 보면, 원고주장 법 조항이 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료규정이고 법원적용 법 조항이 저작권법 제126조 법원재량 조항 유형이 전체 270건 중 162건으로 약 60%의 가장 많은 패턴을 보였고, 다음으로는 원고주장 법 조항이 불분명하거나 여러 개 또는 원고가 저작권법상 손해액규정을 주장하지 않았는데 법원이 저작권법 제126조 재량조항을 적용한 유형이 35개로 약 13%의 비중을 차지하였으며, 그 다음으로는 원고주장 법 조항이 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료규정이었는데 법원도 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료 규정을 적용한 유형이 24개로 약 11%의 비중을 차지하였고, 원고 주장 법 조항이 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익규정이고 법원적용 법 조항이 저작권법

255) 최지선, 앞의 논문, 78면.

제126조 법원재량규정이었던 경우는 24건으로서 약 11%의 비중을 차지하여 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에서의 비중과 차이가 있었다.

(4) 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에서 따르면 원고가 '양도수량 손해액인정 조항'을 주장하였는데 법원이 이를 그대로 받아들여 손해액을 산정한 경우 그 인용액 중위수가 약 2억 1천 9백여만 원인 반면, 법원이 원고의 '양도수량 손해액인정 조항' 주장을 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우 그 중위수는 1천 5백여만 원으로서 훨씬 낮았고, 원고가 '실시료 상당손해액 조항'을 주장하였는데 법원이 이를 그대로 받아들여 손해액을 산정한 경우 그 인용액 중위수는 약 2억 5천 5백여만 원이었던 반면 법원이 원고의 '실시료 상당손해액 조항' 주장을 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우의 중위수는 4천여만 원으로 역시 훨씬 낮았으며, 원고가 특허권침해로 인한 손해배상청구소송에서 가장 빈번하게 주장한 근거법조였던 '침해자이익' 조항의 경우, 법원이 원고의 주장법조를 그대로 받아들여 손해액을 산정한 경우(10건)의 인용액 중위수는 약 6천 6백여만 원이었는데 법원이 원고의 '침해자이익 손해액추정 조항' 주장을 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우(25건) 그 인용 손해액 중위수는 5천만 원으로서 다른 조항과 비교하여 양자 간의 격차가 작기는 하였지만, 법원이 원고의 주장법조를 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 한 경우 원고의 주장법조를 수용하여 손해액을 산정한 경우와 비교하여 그 중위수가 낮게 나타난 점은 다른 조항의 경우와 같았다고 한다. 즉 중위수를 기준으로 할 때 원고의 주장법조가 무엇이든 법원이 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우 인용손해액 규모가 더 작았으며, 그 격차의 정도를 살펴보건대 원고주장법조가 '양도수량 손해액인정 조항'이나 '실시료 상당손해액 조항'인 경우 '재량에 기한 상당손해액 조항' 적용시 그 인용손해액 규모가 현저히 낮게 나타난 반면 원고의 주장 빈도가 가장 높았던 '침해자이익 손해액추정 조항' 경우 법원이 원고주장법조를 수용한 경우와 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우 간에 손해액 인용규모의 격차가 상대적으로 적었는바, 그 격차는 특허법 제128조의 각 조항별로 차별적으로 나타났다고 한다.

그리고 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에서 인용률을 법

조의 결합유형에 따라 분석한 결과, 원고가 '양도수량 손해액인정 조항'을 주장하였는데 법원이 이를 그대로 받아들여 손해액을 산정한 경우(7건) 인용률 중위수는 약 40.7%였고, 법원이 원고의 '양도수량 손해액인정 조항' 주장을 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우(5건) 인용률 중위수는 37.9%로서, 앞서 인용액 분석과 달리 인용률은 큰 차이를 보이지 않았다.[256] 마찬가지로, 원고가 '실시료 상당손해액 조항'을 주장하였는데 법원이 이를 그대로 받아들여 손해액을 산정한 경우(4건)에 있어 그 인용률 중위수는 약 46.5%였고, 법원이 원고주장법조를 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우(4건) 인용률 중위수는 약 49.7%로 역시 양자간의 격차가 크지 않았다. 원고에 의한 주장빈도가 높았던 '침해자이익' 조항의 경우, 법원이 원고의 주장법조를 그대로 받아들여 손해액을 산정한 경우(10건)의 인용률 중위수는 약 78.0%였고, 법원이 원고의 '침해자이익 손해액추정 조항' 주장을 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우(25건) 인용률중위수는 약 59.2%로서, 다른 조항에 비해서는 격차가 좀 더 크지만 현저한 차이가 나지는 않았다. 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에서는 이와 같이 '재량에 기한 상당손해액 조항' 적용 사례에 있어 권리당 인용액은 타 조항 적용시보다 현저히 낮지만, 인용률의 경우 타 조항 적용시보다 낮지 않은 결과가 나온 이유에 대하여 '재량에 기한 상당손해액 조항' 적용 사례가 대체로 소액청구 사건에서 권리자를 보호해주기 위한 취지로 사용되었기 때문으로 판단된다고 분석하고 있다.

반면에 이 논문 연구대상판결 270개를 분석하여 원고주장·법원적용법조 결합유형별 인용액 중위수와 인용률 중위수 비교한 아래 <표 6> 인용액 중위수와 인용률 중위수 비교에 의할 때, 우선 인용액 중위수를 살펴보면 원고가 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익규정을 주장한 경우 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제1항을 적용한 경우(5건) 인용액 중위수는 43,377,399원 인반면 법원이 저작권법 제126

256) 특허법 제128조를 적용한 판결에 대한 분석 중 일응 제2항 또는 제3항을 적용하되 보충적으로 제5항을 함께 적용한 사건(서울중앙지방법원 2013.8. 23. 선고 2012가합76619 판결; 서울중앙지방법원 2013. 12. 20. 선고 2012가합68717 판결 등)이나 형식상 제5항에 의하여 손해액을 인정하였으나 사실상 제2항에 따른 산정방식에 의한 금액을 그대로 인정한 사건(서울중앙지방법원 2014. 4. 11. 선고 2012가합107636 판결)의 인용률(청구금액 대비 인용금액의 비율)은 평균 73%로 오히려 전체 사건의 인용률 평균보다 높았으나, 순수하게 제5항만에 의하여 산정된 사건의 인용률은 평균 44.9%로 전체 사건의 전체 사건의 인용률 평균보다 낮았다는 분석도 있다. 편집대표 정상조, 부정경쟁방지법 주해, 박영사(2020), 574면(염호준 집필)

조를 적용한 경우(24건) 인용액 중위수는 28,500,000원으로 상당히 낮아졌다. 또 원고가 저작권법 제125조 제2항 통상 사용료규정을 주장한 경우 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제2항을 적용한 경우(27건) 인용액 중위수는 60,012,000원 이었던 반면 법원이 저작권법 제126조를 적용한 경우(162건) 인용액 중위수는 13,736,750원으로 상당히 낮아졌는데, 이는 원고가 저작권법 제125조 제1항 침해자 이익규정을 주장한 경우 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하는 경우보다 그 낮아지는 정도가 더 컸다.

<표 6> 인용액 중위수와 인용률 중위수 비교

| | 원고 주장 법 조항 (저작권법) | 법원 적용 법 조항 (저작권법) | 개수 | 인용액 중위수 (단위: 원) | 인용액 평균 (단위: 원) | 인용률 중위수 (%) | 인용률 평균 (%) |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | 제125조 제1항 | 제125조 제1항 | 5 | 43,377,399 | 75,829,857 | 87 | 66 |
| | | 제125조 제2항 | 2 | 4,515,000 | 4,515,000 | 8 | 8 |
| | | 제126조 | 24 | 28,500,000 | 155,437,150 | 29 | 56 |
| | 합계 | | 31 | | | | |
| 2 | 제125조 제2항 | 제125조 제2항 | 27 | 60,012,000 | 97.179,920 | 76 | 85 |
| | | 제126조 | 162 | 13,736,750 | 49,115,152 | 15 | 17 |
| | 합계 | | 189 | | | | |
| 3 | 제125조의2 | 제125조의2 | 6 | 4,000,000 | 9,166,667 | 13 | 25 |
| | | 제126조 | 8 | 1,800,000 | 3,837,500 | 24 | 32 |
| | 합계 | | 14 | | | | |
| 4 | 제126조 | 제126조 | 1 | 10,000,000 | 10,000,000 | 50 | 50 |
| 5 | 불분명 또는 여러 개 | | 35 | 7,000,000 | 59,005,819 | 20 | 27 |
| | 합계 | | 270 | | | | |

즉 원고가 저작권법 제125조 제1항이나 제2항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 그대로 적용하는 경우보다 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용하였을 때 인용액은 상당한 폭으로 낮아졌으며, 그 낮아지는 정도는 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하였을 때와 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때가 비슷하였다.

다음으로 인용률 중위수를 살펴보면 원고가 저작권법 제125조 제1항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제1항을 적용한 경우 인용률 중위수는 약 87%였던 반면 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용한 경우의 인용률 중위수는 약 29%로 큰 폭으로 낮아졌다. 또 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하였을 때 법원이 이를 받아들여 저작권법 제125조 제2항을 적용한 경우의 인용률

중위수가 약 76%였던 반면에 법원이 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용한 경우의 인용률 중위수는 약 15%로 역시 큰 폭으로 낮아졌다. 이는 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구>에서 인용률을 법조의 결합유형에 따라 분석한 결과, 원고가 '실시료 상당손해액 조항'을 주장하였는데 법원이 이를 그대로 받아들여 손해액을 산정한 경우의 인용률 중위수(약 46.5%)와 법원이 원고주장법조를 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우의 인용률 중위수(약 49.7%)의 격차가 크지 않았고, 원고가 '침해자이익' 조항을 주장하였는데 법원이 원고의 주장법조를 그대로 받아들여 손해액을 산정한 경우의 인용률 중위수(약 78.0%)와 법원이 원고의 '침해자이익 손해액추정 조항' 주장을 배척하고 '재량에 기한 상당손해액 조항'을 적용한 경우의 인용률 중위수(약 59.2%)로서 다른 조항에 비해서는 격차가 좀 더 크지만 현저한 차이가 나지는 않았던 것과는 차이가 있다. 이는 논문 <특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구> 대상이었던 특허권침해인용판결과 달리 이 논문 저작권침해인용판결들 중 저작권법 제126조를 적용한 판결들이 전반적으로 인용율이 낮았기 때문인 것으로 분석된다.

## 3. 기술가치평가등 정량적 방법에 의한 손해배상액의 산정

특허권침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서 법원이 '재량에 기한 상당손해액 조항'에 대한 의존도가 높고 그로 인해 심증 형성경로를 파악하기 어려운 유형의 정성적 손해액 산정법이 빈번하게 사용한다는 평가가 있다.

손해액 산정과 같은 수리적이고 기술적인 실무의 영역에서 심증형성 경로마저 알 수 없는 다수의 특허권침해 손해배상 판결은 당사자의 예견가능성을 저해할 뿐만 아니라 손해액 산정법의 합리성에 관한 판단 자체를 불가능하게 하여 신뢰도 저하를 초래할 수밖에 없으므로 부득이한 경우로 제한하여 신중한 사용이 필요하며, 재량 조항에 기한 손해액 산정의 판결문에 있어 인용 금액의 논리적 도출과정을 합리적으로 이해할 수 있는 수준으로 체계적으로 기술하는 것이 지식재산 침해 손해액의 합리화를 위해 중요하다는 견해가 있다.[257)]

257) 최지선, 앞의 논문, 145~147면

대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다58728 판결에서 대법원은 원심이, 피고 회사가 원고의 전용실시권 등록기간 중에 대구광역시·경상북도 지역에서 이 사건 특허에 관한 실시권을 부여함에 따라 ① 신진종합건설 주식회사(이하 '신진종합건설'이라고만 한다)가 2007. 2. 2.(원심판결의 2007. 2. 5.은 오기로 보인다) 공사계약금액(공급가액)을 8억 2,000만 원으로 하는 군위 봉황지구 교량개체공사를, ② 주식회사 대림종합건설(이하 '대림종합건설'이라고만 한다)이 2007. 1. 31.(원심판결의 2007. 11. 12.은 오기로 보인다) 공사계약금액(공급가액)을 22억 원으로 하는 상주 국도25호선 도로공사를 각 시행한 사실을 인정한 다음, 그로 인해 원고가 입은 손해액은, 원고가 손해액으로 추정된다고 주장한 피고 회사가 위 전용실시권 침해행위로 얻은 공사이윤액을 인정할 만한 증거가 부족하고 달리 그 손해액을 추정할 수 있는 주장·입증이 없으므로, 특허법 제128조 제5항에 따라 산정하되, 그 금액은 피고 회사가 2004. 12. 7. 대림종합건설에 통상실시권을 부여하면서 대림종합건설로부터 수주한 도급금액(공급가액)의 5%를 실시료로 받기로 약정한 사실에 비추어 위 공사들 각각의 공급가액에 5%를 곱한 금액의 합계액으로 본다고 판단한 부분에 대하여,

"기록에 의하면, 원고는 이 사건 특허기술이 적용된 공사를 직접 수주받아 시공함으로써 이익을 얻고자 이 사건 전용실시권을 취득하였는데 피고 회사가 위 전용실시권을 침해하여 신진종합건설 등으로 하여금 위 각 공사를 수주하도록 한 후 이를 하도급받아 시공함으로써 원고가 위 각 공사를 수주받아 시공할 수 없게 된 사실을 알 수 있으므로, 피고 회사의 이러한 행위로 인하여 원고가 입은 손해는, 원심판시와 같이 특허법 제128조 제5항에 의하여 손해액을 산정할 수밖에 없다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 위 전용실시권 침해로 인하여 원고가 위 각 공사를 수주·시공하지 못함으로 인하여 얻지 못하게 된 이익을 기준으로 산정하는 것이 합리적이고, 위 2004. 12. 7.자 약정과 같이 피고 회사가 이 사건 특허기술이 적용되어 설계된 공사를 수주한 회사로부터 받기로 한 실시료를 기준으로 산정할 것은 아니다."라고 판시하면서 원심판결에는 불법행위로 인한 손해배상액의 인정에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 하였다.

이 판결에 대하여 일반적으로 특허법 제128조의 '재량에 기한 상당손해액조항'

을 적용함에 있어 손해배상액의 산정법에 관하여 법원에 광범위한 재량권을 인정하는 듯한 기존의 판례의 태도와 다소 다르게, 구체적인 사실관계에 비추어 간접사실 탐색의 의무, 합리적 평가의 의무, 그리고 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액 산정 의무를 구체적으로 적용하여 항소심의 손해액 산정법을 파기 환송한 사례라는 점에서 의의가 있다는 견해가 있다.[258]

또 특허침해에 따른 권리자의 손해 역시 시장에서 기대했던 수익의 상실로 현출되는 것인 점에 비추어 기술가치평가의 방법론과 법원의 특허침해 손해배상액 산정법 간의 연관성에 주목하는 연구들이 증가하고 있다. 한편으로 기술가치평가 방법론을 활용하여 손해배상제도를 개선하려는 연구들이 등장하였다. 다른 한 편으로 손해배상 방법론을 기술가치평가 방법론에 접목하려는 연구도 등장하고 있다.[259]

## 제3절 상표법 제110조 제6항(구 상표법 제67조 제5항)

### 1. 입법취지

상표법 제110조 제6항에서도 "법원은 상표권 또는 전용사용권의 침해행위에 관한 소송에서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 밝히는 것이 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항부터 제5항까지의 규정에도 불구하고 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다."라는 법원의 재량에 의한 상당한 손해액 배상조항을 규정하고 있다. 이 규정은 2001. 2. 3. 특허법과 함께 상표법이 법률 제6414호로 개정되면서 신설된 규정으로서 상표법 제110조 제1항 내지 제5항[260]의 규정 취지와 마찬가지로 권리의

258) 최지선, 앞의 논문, 191~195면
259) 최지선, 앞의 논문, 50~51면
260) 상표법제110조(손해액의 추정 등) ① 제109조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 상품을 양도하였을 때에는 다음 각 호에 해당하는 금액의 합계액을 상표권자 또는 전용사용권자가 입은 손해액으로 할 수 있다.
1. 그 상품의 양도수량(상표권자 또는 전용사용권자가 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량을 뺀 수량) 중 상표권자 또는 전용사용권자가 생산할 수 있었던 상품의 수량에서 실제 판매한 상품의 수량을 뺀 수량을 넘지 아니하는 수량에 상표권자 또는 전용사용권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 상품의 단위수량당 이익액을 곱한 금액
2. 그 상품의 양도수량 중 상표권자 또는 전용사용권자가 생산할 수 있었던 상품의 수량에서 실제 판

침해사실 및 손해의 발생사실이 인정되는 이상 손해액의 입증이 곤란한 경우라고 하더라도 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해액으로 인정할 수 있도록 함으로써 권리자의 입증의 부담을 완화하고자 하는 규정이다.[261]

판례도 "상표권자 등이 상표권 등의 침해로 인하여 입은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 손해액을 증명하는 것이 곤란한 점을 감안하여 상표권자 등이 입은 손해에 관한 피해자의 주장·증명책임을 경감하는 취지의 규정일 뿐이고, 상표권 등의 침해가 있는 경우에 그로 인한 손해의 발생까지를 추정하는 취지라고 볼 수 없다. 따라서 상표권자가 위 규정의 적용을 받기 위하여는 스스로 업으로 등록상표를 사용하고 있고 또한 그 상표권에 대한 침해행위에 의하여 실제로 영업상의 손해를 입은 것을 주장·증명할 필요가 있다. 다만, 위 규정의 취지에 비추어 보면, 위와 같은 손해의 발생에 관한 주장·증명의 정도에 있어서는 손해 발생의 염려 또는 개연성의 존재를 주장·증명하는 것으로 족하다고 보아야 하므로 상표권자가 침해자와

---

매한 상품의 수량을 뺀 수량을 넘는 수량 또는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량이 있는 경우 이들 수량(상표권자 또는 전용사용권자가 그 상표권자의 상표권에 대한 전용사용권의 설정, 통상사용권의 허락 또는 그 전용사용권자의 전용사용권에 대한 통상사용권의 허락을 할 수 있었다고 인정되지 아니하는 경우에는 해당 수량을 뺀 수량)에 대해서는 상표등록을 받은 상표의 사용에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액

② 삭제

③ 제109조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 경우에는 그 이익액을 상표권자 또는 전용사용권자가 받은 손해액으로 추정한다.

④ 제109조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 그 등록상표의 사용에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액에 상당하는 금액을 상표권자 또는 전용사용권자가 받은 손해액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.

⑤ 제4항에도 불구하고 손해액이 같은 항에 규정된 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대해서도 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 상표권 또는 전용사용권을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없을 때에는 법원은 손해배상액을 산정할 때 그 사실을 고려할 수 있다.

⑥ 법원은 상표권 또는 전용사용권의 침해행위에 관한 소송에서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 밝히는 것이 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항부터 제5항까지의 규정에도 불구하고 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

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. <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

261) 편집대표 정상조, 상표법주해Ⅱ, 박영사, 2018, 271면(염호준 집필).

동종의 영업을 하고 있는 것을 증명한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 상표권 침해에 의하여 영업상의 손해를 입었음이 사실상 추정된다고 볼 수 있다(대법원 1997. 9. 12. 선고 96다43119 판결, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2007다22514, 22521 판결참조).” 고 판시하면서 상표권자의 손해에 관한 주장・증명책임을 경감하는 취지의 규정이라고 보고 있다.[262]

## 2. 적용요건과 판결례

상표법 제110조 제6항에서는 법원은 “상표권 또는 전용사용권의 침해행위에 관한 소송에서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 밝히는 것이 사실의 성질상 극히 곤란한 경우”에 “제1항부터 제5항까지의 규정에도 불구하고” 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정하고 있다.

즉 적용요건이 “상표권 또는 전용사용권의 침해행위에 관한 소송에서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 밝히는 것이 사실의 성질상 극히 곤란한 경우”라고 규정하고 있어서, 저작권법 제126조에서 “손해가 발생한 사실은 인정되나 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때”라고 규정한 것과 다소 차이가 있다.

손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 밝히는 것이 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 침해자가 매입・매출 관계서류를 전혀 작성하지 않았거나 제출하지 않는 등의 경우가 있고,[263] 판례는 증거에 의하여 산정한 피고의 이익 금액에는 이 사건 등록상표권의 침해행위에 의하여 얻은 이익과 무관한 정상적인 영업이익 및 피고가 종래부터 구축한 영업망이나 경영수완에 의한 이익등의 기여요인에 의한 이익이 포함되어 있기 때문에 그 이익전부를 곧바로 침해행위에 의하여 얻은 것이라고 할 수 없지만, 달리 침해행위에 의하여 얻은 이익액을 인정할 증거가 없고, 이 사건 등록상표의 통상 사용료를 산정할 자료도 없어, 결국 피고의 이 사건 등록상표권의 침

262) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다45037 판결
263) 송영식 외 6인공저, 지적소유권법, 육법사, 2013, 294면.

해행위로 인한 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에 해당한다고 판시한 바 있다.[264][265]

그리고 판례는 원고가 구 상표법 제67조 제2항에 기하여 피고의 2016년 추정 매출액인 107,767,000원이 손해액으로 추정된다고 주장한 사안에서 "원고의 주장과 같이 피고의 매출액 전부를 구 상표법 제67조 제2항의 '이익액'으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원고가 제출한 피고의 추정매출액에 대한 자료와 피고가 제출한 손익계산서상의 매출액이 상이하여 제출된 증거들만으로는 피고의 구체적인 이익액을 산정하기에 부족하고, 피고의 침해행위로 인하여 원고들에게 상당한 손해가 발생하였음은 경험칙상 명백하므로 구 상표법 제67조 제5항에 따라 손해배상액을 산정하였다.[266]

또 판례는 원고가 구 상표법 제67조 제2항에 의하여 피고가 원고의 상표권을 침해하여 얻은 이익액을 손해배상액으로 청구한 사안에서, 피고가 침해기간동안 원고의 상표권을 침해하여 판매한 제품은 시가 110,806,382원 상당인 사실, 피고는 이 사건 상표가 부착된 주방용품을 수입한 후 수입단가에 약 55~59% 정도의 금액을 더한 가격에 이를 판매한 사실은 인정할 수 있으나, 피고가 위 판매가격에는 위 수입단가 외에 수입단가의 약 21% 정도인 수입비용, 기타 판매비용 등이 포함되어 있다고 다투고 있기 때문에, 상표법 제67조 제2항에 의하여 피고가 원고의 상표권을 침해하여 얻은 이익액을 정확히 산출하기는 어렵다는 이유로 상표법 제67조 제5항에 의하여 손해액을 산정하였다.[267]

판례는 원고가 서울세관장이 회신한 수출통관내역상의 피고의 매출액을 토대로 구 상표법 제67조 제3항의 '그 등록상표의 사용에 대하여 통상 받을 수 있는 금액을 청구한 사안에서, 서울세관장이 회신한 수출통관내역에는 중복 기재되어 있는 물품이 존재하고 이 사건 피고 제품 이외에도 화장품 등 이 사건 등록상표의 지정상품과 유사하지 아니한 상품들이 포함되어 있을 뿐만 아니라 부가가치세 과세표준 증

264) 대법원 2005. 1. 13. 선고 2002다67642판결
265) 편집대표 정상조, 상표법주해Ⅱ, 박영사, 2018, 271면(염호준 집필).
266) 서울중앙지방법원 2017. 8. 10. 선고 2016가합534229 판결
267) 서울고등법원 2013. 5. 9. 선고 2012나57066 판결

명만으로는 피고의 총 매출액에서 이 사건 피고 제품에 관한 매출액을 구별할 수 없는 점, 매출액이 기재된 부가가치세 과세표준 증명과 표준손익계산서, 일반과세자 부가가치세신고서의 내용이 서로 상이하여 피고의 정확한 매출액을 산출하기도 어려운 점을 들어 상표법 제67조 제5항에 의하여 손해배상액을 산정하였다.[268]

## 3. 상법 제110조 제6항에 의한 산정시 고려사항

판례는 피고가 해당 사건 표장을 부착한 상품의 수입, 판매 수량, 그 상품의 수입단가, 피고가 도매상에 판매하는 가격이 확인되었으나, 해당사건 등록상표권의 침해행위에 의하여 얻은 이익과 무관한 정상적인 영업이익 및 피고가 종래부터 구축한 영업망이나 경영수완에 의한 이익 등의 기여 요인에 의한 이익이 포함되어 있기때문에 그 이익 전부를 곧바로 침해행위에 의하여 얻은 것이라고 할 수 없어 구 상표법 제67조 제5항(현행 상표법 제110조 제6항)을 적용한 사안에서 그 증거조사 결과에 나타난 이 사건 등록상표의 인지도, 피고가 표장을 피고의 상품에 사용하게 된 경위, 원고와 피고의 사업 규모, 수요자와 유통 경로의 이동(異同), 기타 변론에 나타난 제반 사정등을 종합하여 원고의 손해액은 위에서 추산된 피고의 이익 중 60%에 해당하는 금액이라고 산정하였다.[269][270]

그리고 판례는 피고의 2016. 1. 1.부터 2016. 9. 30의 매출액 합계가 73,477,504원이고, 피고가 2016년 동안 합계 70,404,194원의 손실이 발생하였으며, 피고가 제출한 을 제6호증(기간별 손익계산서)의 기재에 따르더라도 피고가 2016년 중 손실을 공제하지 아니하고 이익이 발생한 월의 이익액만의 합계가 10,328,846원이고, 피고 주장의 손해액은 일반적으로 위 추정규정에 따른 이익액을 산정할 때 공제되지 아니하거나 그 사용용도가 불분명한 비용 합계 103,068,924원(= 접대비 18,949,420원 + 보험료 1,639,840원 + 지급수수료 39,337,111원 + 광고 선전비 40,670,028원 + 이자비용 2,472,525원)이 공제된 금원인바, 피고의 침해행위로 인하여 원고에게 발생한 손해는 2016년 1년 기간동안 피고에게 발생한 이익의 합계인 10,328,846원과 유사한

268) 특허법원 2019. 2. 22. 선고 2016나1967 판결
269) 대법원 2005. 1. 13. 선고 2002다 67642판결
270) 편집대표 정상조, 상표법주해Ⅱ, 박영사, 2018, 272면(염호준 집필)

10,000,000원으로 산정하였다.[271]

또한 판례는 피고가 이 사건 계약 종료 무렵 원고 측에 보유하고 있다고 통보하였던 재고품의 상당수가 그 후 원고 측의 조사 결과 남아 있지 않았고, 수사기관의 수사결과 피고가 위와 같이 실제로 판매한 것으로 밝혀진 제품의 내역도 피고가 원고 측에 통보한 위 재고내역과 일치하지 않는 점, 피고는 자신의 지배영역 내에 있는 이 사건 상표가 부착된 제품의 판매이익률이나 판매량, 재고의 변동경위 등 원고의 손해액을 인정하기 위한 기초 자료를 구체적으로 밝히지 않고 있는 점, 원·피고가 이 사건 계약에서 정한 통상 사용료인 월 11,000,000원은 적법한 상표의 사용을 전제로 당사자의 협상에 따라 정해진 것이어서 원고가 피고의 상표권 침해로 입은 손해액이 반드시 위 통상 사용료 상당액에 국한되는 것이 아닌 점 등 변론 과정에 나타난 제반 사정을 종합하여, 침해기간인 2010. 2. 1.부터 2010. 3. 29.까지 약 2개월동안 원고가 입은 손해의 액수는 50,000,000원으로 산정하였다.[272]

## 4. 판례현황

<2000. 1. 1.부터 2013. 2. 11.까지 공간(公刊)된 판결중 상표권이나 상품·영업표지 침해를 이유로 하는 손해배상판결분포 [273]>

| 적용 조문 | 건수 | 전체 건수에서 차지하는 비율 | 2000년~2005년 | 2006년~2013년 |
|---|---|---|---|---|
| 상표법 제67조 제1항 | 2 | 5.4% | 1 | 1 |
| 상표법 제67조 제2항 (또는 부정경쟁방지법 제14조의2 제2항) | 8 | 21.6% | 6 | 2 |
| 상표법 제67조 제3항 | 1 | 2.7% | 1 | |
| 상표법 제67조 제5항 (또는 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항) | 26 | 70.2% | 4 | 22 |
| 상표법 제67조 제4항 후단(경과실 감액) | 0 | 0% | | |

2000. 1. 1.부터 2013. 2. 11.까지 공간(公刊)된 판결례 가운데 로앤비 판례검색 시

271) 서울중앙지방법원 2017. 8. 10. 선고 2016가합534229 판결
272) 서울고등법원 2013. 5. 9. 선고 2012나57066 판결
273) 조영선, 앞의 논문, 49면.

스템을 통해 추출된 판례들 가운데 상표권이나 상품·영업표지 침해로 손해배상이 명해진 판결은 총 36건 중 구 상표법 제67조 제1항(현 상표법)을 적용하여 배상액을 산출한 것이 2건, 제67조 제2항(또는 부정경쟁방지법 제14조의2 제2항)을 적용한 것이 8건, 상표법 제67조 제3항을 적용한 것이 1건, 상표법 제67조 제5항(또는 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항)에 따라 법원이 상당한 손해액을 인정한 것이 26건으로 집계되었고, 위 표가 이를 도표로 나타낸 것이라고 한다.[274]

위 판결례들의 분석결과에 의하면 상표권 등 침해로 인한 손해배상 소송에서 '상당한 손해액 인정 조항'(현행 상표법 제110조 제6항, 구 상표법 제67조 제5항·부정경쟁방지법 제14조의2 제5항)의 적용 비율이 압도적으로 높다는 점과 근래로 올수록 그 경향이 점점 더 강해지고 있다는 점이 확인된다. 비록 위 분포표의 표본 판결수가 제한된 숫자이기는 하나 2000년대 중반 이전에는 상표법 제67조 제1항 내지 3항을 적용하여 손해액을 구체적으로 산정한 예들이 더 많았던 데 비하여 2000년대 후반에 들어서는 대부분의 사건에서 손해액이 상표법 제67조 제5항에 의해 산정되고 있다. 이와 같이 상표법 제110조 제5항(구 상표법 제67조 제5항·부정경쟁방지법 제14조의2 제5항)에 의해 손해배상액을 산정한 판결이 70%나 되는 현황에 대하여 변론주의의 한계를 감안하더라도 법원이 자칫 손해액에 대한 충분한 심리 대신 재량에 의한 손해액 산정의 안이함에 익숙해져 가는 것은 아닌가 하는 의견과 함께 대상이 된 판결례들 가운데 상표법 제67조 제4항 후단이나, 부정경쟁방지법 제14조의2 제4항 후단 경과실 감액 조항을 적용하여 피고의 손해배상액을 감액한 판결례는 거의 발견되지 않았으며, 손해배상액 산정과 관련하여 '침해자의 악의나 고의의 정도' 등을 고려하면서도 상표법 제67조 제4항 대신 같은 조 제5항을 적용하고 있는 판례[275]를 예시하며 상표법 제110조 제5항 후단(구 상표법 제67조 제4항 후단)이 마련한 경과실 감액 규정을 전혀 활용하지 아니하고 그 대신 상당한 손해액의 산정조항에 의존하는 실무의 태도는 재고되어야 하고, 상표권 침해의 특수성을 적절히 반영해 내기 위해서는 구 상표법 제67조 제4항 후단의 경과실 감액규정을 적극 활용함으로써 책임의 개별화를 도모하고 차등적 손해배상을 실현하는 것이

274) 조영선, 상표권 침해에 대한 구제 법리의 재검토-경과실 감액을 중심으로-, 法曹 683권(2013년8월), 48~49면.

275) 서울고등법원 2011. 12. 15. 선고 2011나66216 판결 : 판결문에는 '상표법 제67조 제4항에 의한 손해배상액의 산정'이라고 기재하고 있으나 그 내용에 비추어 '상표법 제67조 제5항에 의한 손해배상액의 산정'에 대한 오기임이 분명해 보인다. 조영선, 앞의 논문, 각주9

합리적이라는 견해가 있다.[276]

비록 분석대상판결의 선고시기와 분석대상판결수의 차이가 있고, 상표권침해를 이유로 하는 손해배상판결과 상품·영업표지 침해등 부정경쟁행위를 이유로 하는 손해배상판결을 합한 분포이긴 하나, 저작권법 제126조와 유사한 상당한 손해액 인정 조항을 적용한 판결이 가장 많은 비중을 차지하는 부분은 이 논문 연구대상 판결분포와 유사하다.

## 제4절 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항

### 1. 입법취지

법원은 부정경쟁방지법 제14조의3 제5항도 "손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항부터 제4항까지의 규정에도 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다."라고 저작권법 제126조와 유사한 상당한 손해액 배상을 규정하고 있다.

이 규정에 대하여 법원은 부정경쟁방지법 제14조의2 제2항 및 제2항의 보충적 규정으로서 부정경쟁행위에 기한 손해배상청구에 있어서 일실이익 상당의 영업상 손해에 관한 피해자의 주장·입증책임을 경감하는 취지의 규정이라고 판시하고 있으며,[277] 피해자가 손해의 발생 사실 자체는 입증하였으나 손해액을 증명하기 힘든 경우 피해자의 입증책임을 경감하기 위한 특칙 규정이지, 법관에게 손해액 산정에 관한 자유재량을 부여하는 규정이 아니므로 법원이 위 조항에 따라 구체적 손해액을 판단함에 있어서는 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 그와 같이 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정해야 한다고 판시하고 있다.[278]

---

276) 조영선, 앞의 논문, 51~58면.
277) 서울중앙지방법원 2018. 10. 4. 선고 2016가합36473 판결
278) 서울고등법원 2020. 5. 28. 선고 2018나2068927 판결

## 2. 적용요건

본 조항이 적용되려면 손해의 발생이 인정될 것과 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 것을 요한다.

(1) 법원은 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항이 부정경쟁행위가 있는 경우 그로 인한 일실이익 상당의 영업상 손해 발생까지를 추정하는 취지라고 볼 수 없으므로 손해배상을 청구하는 자가 위 규정의 적용을 받기 위하여는 실제로 일실이익 상당의 영업상 손해를 입은 것을 주장 · 입증할 필요가 있다고 하면서도, 위 규정의 취지에 비추어 보면, 위와 같은 손해의 발생에 관한 주장 · 입증의 정도에 있어서는 손해 발생의 염려 또는 개연성의 존재를 주장 · 입증하는 것으로 족하다고 보아야 하므로 손해배상을 청구하는 자가 침해자와 동종의 영업을 하고 있는 것을 증명한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 부정경쟁행위에 의하여 일실이익 상당의 영업상 손해를 입었음이 사실상 추정된다고 볼 수 있다고 판시하고 있다.[279]

(2) 법원이 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란하다고 판시한 예에는 영업비밀 침해사건에서 손해는 각 정보의 시장경제원리에 따라 형성될 가치 상당액인데 이러한 손해는 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 사실의 성질상 극히 곤란하거나 그 구체적인 손해액수를 입증하는 것이 성질상 곤란하다고 판시한 경우[280], 부정경쟁방지법상의 식별력·명성 손상으로 인한 무형의 손해는 손해의 성질상 구체적인 손해액을 입증하는 것이 곤란한 경우에 해당한다고 판시한 경우[281]가 있다.

## 3. 적용효과

실무에서는 제1항 내지 제4항에 따라 손해액을 산정하기 곤란한 경우 제5항에 따

279) 서울중앙지방법원 2018. 10. 4. 선고 2016가합36473 판결
280) 서울고등법원 2018. 4. 19. 선고 2017나2041055 판결
281) 특허법원 2017. 6. 29. 선고 2016나1691 판결

른 손해액의 인정이 폭넓게 이루어지고 있는데, 제5항에 따라 손해액을 인정함에 있어서 종래에는 손해액의 구체적인 인정근거를 밝히지 않은 채 단순히 결론만을 설시한 예가 많았으나, 최근에는 그와 같이 손해액을 인정하게 된 이유를 구체적으로 설시하는 사례가 점차 증가하고 있다고 한다.[282]

법원은 피고의 매출액, 피고의 부정경쟁행위등에 이르게 된 배경, 원고와 피고의 제품 및 영업의 동종성, 부정경쟁행위 등의 기간, 피고가 보여준 태도, 침해의 고의성, 기타 이 사건 변론에 나타난 제반사정을 참작할 수 있다.[283]

## 4. 판결례

대법원은 피고의 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차 목의 부정경쟁행위로서 거래과정에서 취득한 경제적 가치를 가지는 원고의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 피고의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용한 행위에 해당하거나, 같은 호 카목(현행 파목)의 부정경쟁행위로서 원고의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 원고의 경제적 이익을 침해하는 행위에 해당한 사안에서  원고가 이 사건 광고용역에 투입한 시간과 인건비의 대략적 규모, 원고의 이 사건 광고용역 수행 경위와 중단 경위, 피고가 위 정보 내지 성과를 이용한 정도 등을 종합하여 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항에 따른 상당한 손해액으로 5,000만 원을 산정한 원심[284]의 판단에 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항에 따른 손해액의 산정에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다고 판시한바 있다.[285]

# 제7장 결론

282) 정희엽, 부정경쟁행위로 인한 손해배상액의 산정-서울중앙지방법원 2012. 5. 15.선고 2011가합1779판결-, Law&Technology 제8권 제3호, 서울대학교 기술과법 센터(2012), 124면; 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법주해, 박영사(2020), 574면(재인용).
283) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법주해, 박영사(2020), 574면(염호준 집필).
284) 서울고등법원 2020. 2. 6. 선고 2019나2031649 판결
285) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결

이상에서 저작권 침해를 이유로 한 손해배상 인용판결 270개를 분석하여 저작권 침해에 대한 손해배상 현황을 살펴본 후, 판례가 어떠한 경우에 저작권법 제126조의 "제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때"로 보고 있는지, 그리고 저작권법 제126조에 의한 손해배상액을 산정할 때 어떠한 사항들을 참작하는지 살펴보았다. 분석결과 최근 4년간 약 85%의 많은 비중의 저작권 침해를 이유로 하는 손해배상 인용판결들이 저작권법 제126조를 적용하였고, 원고가 저작권법 제125조 제1항이나 같은 조 제2항의 손해액을 주장할 때 법원이 이를 그대로 받아들여 손해액을 산정할 때의 인용률 중위수와 이를 배척하고 저작권법 제126조를 적용할 때의 인용률 중위수에 상당한 차이가 있었다. 이러한 손해배상판결현황은 법원이 저작권법 제125조를 적용하는지 제126조를 적용하는지에 따라 인용률이 크게 달라질 수 있다는 의미가 될 수 있으며, 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 인용률이 전반적으로 낮다는 것을 의미하고, 결과적으로 저작권법 제126조의 입법취지가 제대로 실현되고 있다고 보기 어렵다. 또 저작권법 제126조의 요건인 저작권법 제125조로 손해액을 산정하기 어려운 경우의 판단기준이 판례들마다 차이가 있었고 법원이 저작권법 제126조를 적용할 때 참작하는 요소들과 참작시 고려 정도에 법원마다 차이가 있어 예견가능성이 저해되는 측면이 있었다.

최근 고도의 기술발달과 함께 콘텐츠가 매우 다양해지고 있기 때문에 그에 상응하는 저작권 보호도 더욱 중요해졌다. 이렇게 새롭게 출연하고 다양해지는 콘텐츠들의 저작권침해에 대한 손해액으로 침해자 이익이나 통상 사용료의 입증이 어려운 경우 저작권법 제126조가 이에 발맞추어 적절한 손해액을 산정할 수 있도록 저작권법 제126조의 해석론적・입법론적 개선이 필요하다. 저작권법 제126조를 적용함에 있어서 구체적 타당성을 확보하되 당사자의 예측 가능성 제고를 위한 기준의 정립과 저작권의 객관적이고 정확한 가치평가 산정을 위한 노력이 필요하고, 손해액을 감액하는 요소뿐만 아니라 손해액을 증액시키는 요소들에 대하여도 상당성이 인정된다면 적극적으로 참작하는 것이 필요하다. 또한 우리나라 관계법령상 저작권의 가치평가는 수익접근법에 의하므로 이러한 가치평가방법의 참작요소들을 고려하고, 한국 콘텐츠 가치평가 센터의 가치평가 모델에서 참작하고 있는 요소 및 결과 등 객관적인 자료들을 참작하여 손해액 산정의 객관성을 높일 필요가 있다. 또 입법론적으로는 정확하고 객관적인 손해액 계산을 위해 일본 저작권법상의 계산감정인 규정 및 감정인 설명의무 규정과 전문위원지원 규정을 도입하는 것을 고려해 볼 필요가 있다.

# 참 고 문 헌

## 1. 단행본

정상조・박준석, 지식재산권법, 홍문사, 2020

송덕수, 채권법총론, 제4판, 박영사, 2018

송영식 외 6인 공저, 지적소유권법, 육법사, 2013

오승종, 저작권법, 박영사,2016,

이해완, 저작권법, 박영사, 2019.

오승종, 저작권법 강의, 박영사, 2018,

정상조・박성수, 특허법 주해Ⅱ, 박영사, 2010

한국저작권판례집(10), 저작권심의조정위원회

정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007

정상조, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2020

정동윤/유병현/김경욱 공저, 민사소송법, 법문사, 2020

정영환, 신민사소송법, 법문사, 2019

전병서, 기본강의 민사소송법, 홍문사, 2017

김홍규/강태원 공저, 민사소송법, 삼영사, 2020

송상현/박익환공저, 민사소송법, 박영사, 2014

이시윤, 민사소송법, 박영사, 2019

전원열, 민사소송법강의, 박영사, 2021

송영식 이상정 황종환 이대희 김병일 박영규 신재호 공저 송영식 지적소유권법제 2판(하),육법사, 2014

Gordon V. Smith and Russell L. Parr저, ㈜테크밸류 역, 지적재산과 무형자산의 가치평가, 세창출판사, 2000

송영식 이상정, 저작권법강의, 세창출판사, 2017

## 2. 논문

박준석, 지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 '상당한 손해액' 의 인정에 관하여, 인권과 정의 Vol. 438(2013, 12월)

박창준, 現代社會에서의 損害賠償額 算定 法理의發展과 改善方案에 關한 硏究- 知識財産權 侵害 等에 對한 法定損害賠償制度를 中心으로 -, 충남대학교 대학원 박사학위 논문, 2019.2.

서광민, 손해의 개념, 서광법학 연구 제6권

박동진, 손해배상액의 산정,민사법학 제36호, 한국민사법학회, 2007,

강신하, 저작권 침해로 인한 손해배상액 산정- 컴퓨터 프로그램 저작물을 중심으로 -, 인권과정의 Vol. 472(2018년 3월)

박현경, 컴퓨터 프로그램 저작물 침해 시 손해액 산정에 관한 판례연구 - 서울고등법원 2013.4.10. 선고 2012나68493 판결을 중심으로-, 東亞法學 第86號(2020년 2월), 동아대학교 법학연구소

권태상, 침해자의 이익과 규범적 손해 - 특허권 침해의 경우를 중심으로 -, 비교사법 제26권 3호(통권 제86호), 2019년 8월, 한국비교사법학회

김상중, 지적재산권침해로 인한 손해배상책임; 손해배상법의 현대적 발전경향의 관점에서, 財産法硏究 제31권 제3호(2014, 11)

김종철, 저작재산권 침해로 인한 손해의 개념 및 손해배상 기능: 저작권법 제125조 제1항을 중심으로, The Journal of Law & IP 제8권 제1호(2018년 7월)

김종철, 저작권 침해에 대한 손해배상액 산정에 관한 연구, 계각 저작권 (2016년, 봄호)

박홍진. 저작권침해의 구제에 관한 연구. 법학연구 제19권(2005년 10월),

신헌석, 저작재산권침해와 저작권법상 손해배상액 산정, 사법1권16호(2011년), 사법발전재단

김용호, 저작권의 침해와 그 민사적 구제, 법학연구 제20권 제3호(2020년 9월),

정재훈, 저작권침해에 대한 손해배상-입법론을 중심으로-, 법조 46권3호(1997년3월), 법조협회

박성수, 저작권침해와 손해배상액의 산정 -저작권법 제93조 제1항 및 제2항과 관련하여-, LAW & TECHNOLOGY 제2권 제3호(2006년 5월), 서울대학교 기술과 법센터

한지영, 저작권법 개정안에서 징벌적 손해배상제도에 관한 소고, 계간 저작권 2021

여름호
차상육, 저작권법상 법정손해배상의 비교법적 고찰, 법학논고 제47집(2014,8)
이규홍, 저작권법의 적용과 집행, 계간 저작권 26권 1호(2013년), 한국저작권위원회
최지선, 특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구-통계학적 분석 및 온라인 기술가치평가시스템의 활용사례를 중심으로- , 서울대학교 박사학위논문, 2016
김태선, 미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고, 한국민사법학회, 민사법학66호(2014, 3)
안정근, 무형자산평가에관한이론적고찰 -소득접근법의평가기법을중심으로-, 학술지 「지적과 국토정보」제45권제1호(2015), LX한국국토정보공사
최병규, 지적재산권 가치평가와 거래에 대한 연구, 산업재산권 제10호(2001)
백승혁, 콘텐츠가치평가 기반 콘텐츠금융제도 표준화에 대한 고찰, 표준인증안전학회지 제12권 제2호(2022. 6)
정차호・장태미, 침해자 이익액에 의한 손해배상액 산정: 특허법 개정방안, 이화여자대학교 법학논집 제18권 제3호 (2014, 3),
정희엽, 부정경쟁행위로 인한 손해배상액의 산정-서울중앙지방법원 2012. 5. 15.선고 2011가합1779판결-, Law&Technology 제8권 제3호, 서울대학교 기술과법 센터 (2012)

Abstract

# The Interpretational and legislative improvement measures of Article 126 of the Copyright Act

SU JEONG SON
Intellectual Property Law
The Graduate School of Law
Seoul National University

According to an analysis of a total of 270 judgments acknowledging the damages due to copyright infringement over the past four years from November 2017 to November 2021, the court applied Article 126 of the Copyright Act, accounting for about 85%, The lowest acknowledgment rate of about 80%. In particular, when the Plaintiff insisted on Article 125 (2) of the Copyright Act, the acknowledgment rate when the court accepted it and applied Article 125 (2) of the Copyright Act was the highest at 83%, while the acknowledgment rate when the court rejected it and applied Article 126 of the Copyright Act was the lowest. This may mean that if the Plaintiff asserts Article 125 (2) of the Copyright Act, the acknowledgment rate may vary depending on whether the court applies Article 125 (2) of the Copyright Act or Article 126.

In addition, the fact that the court recently applied Article 126 of the Copyright Act to 85% of the judgments acknowledging infringement of copyright means that too many trials are calculated at the discretion of Article 126 of the Copyright Act. The fact that the court's acknowledgment rate is significantly lower than when Article 125 (1) or 125 (2) of the Copyright Act was applied means that the legislative purpose of Article 126 of the Copyright Act (to prevent a void in copyright protection by stipulating that damages for copyright

infringement can be calculated at the discretion of judges if it is difficult to prove the amount of damage even under Article 125 of the Copyright Act) isn't being realized properly, and in the end, it can mean that copyright protection through trial is not sufficient. And considering the influence of the judgment, it can mean that economic valuation of copyright in the copyright market can also be lowered.

Therefore, this paper analyzed the judgement of "if it is difficult to calculate the amount of damage under Article 125" and then suggested analytical·legislative improvement methods when the court applying Article 126 of the Copyright Act. In order to ensure the predictability of whether it will be calculated under Article 125 (2) of the Copyright Act or under Article 126 of the Copyright Act, it is necessary to establish interpretation standards to ensure predictability of when Article 125(2) will be applied and Article 126 will be applied. And considering the concept and characteristics of damages caused by intangible copyright infringement, since the legislative purpose of Article 126 of the Copyright Act can be realized when the damages due to infringement of exclusive use rights which belonged to the right holder by the exclusive effect of copyright protected by the Copyright Act, including potential availability in market opportunities, are compensated, not only the decreasing factors but also the increasing factors needs to be considered more actively. In order to strengthen the objectivity of calculating the amount of damage under Article 126 of the Copyright Act, it is necessary to reflect in detail the factors based on the value evaluation method of copyright and the value evaluation result of the value evaluation model of the Korean Content Assessment Center. Legislatively, it is necessary to consider introducing the provisions of Article 114-4 of the Japanese Copyright Act for accurate and objective calculation of damages and the provisions of supporting professional members of the Japanese Copyright Act in order to effectively utilize Article 129-2 of the Copyright Act.

With the recent development of advanced technology, various contents such as metaverse contents, VR, XR, AR contents, and NFT contents have become major drivers of economic activities and industries and Correspondingly, copyright protection is becoming more important. So the calculation of the amount of

damages caused by infringement of copyright can have a significant impact on the new industry. Accordingly, in calculating the amount of damages by applying Article 126 of the Copyright Act, it is necessary for the court to supplement the clarity of the criteria for guaranteeing the predictability of the parties, and to actively reflect the objective and accurate valuation of copyright and economic valuation of copyright in the market.

Key words: Article 126 of the Copyright Act, Article 125 (1) of the Copyright Act, Article 125 (2) of the Copyright Act, Substantial damages regulation, Copyright infringement damages, Judgments acknowledging the damages due to copyright infringement.
Student Number : 2019-29028

## 부록. 분석대상판결문색인

### 1. 법원이 저작권법 제125조 제1항을 적용한 판결

| | 판례번호 |
|---|---|
| 1 | 서울중앙지방법원 2018. 2. 2. 선고 2016가합541296 판결 |
| 2 | 서울중앙지방법원 2019. 10. 16. 선고 2018가합545933 판결 |
| 3 | 수원지방법원 안산지원 2019. 10. 17. 선고 2019가합6819 판결 |
| 4 | 서울중앙지방법원 2019. 11. 29. 선고 2017가합510749 판결 |
| 5 | 서울고등법원 2021. 4. 28. 선고 2020나2008256 판결 |

### 2. 법원이 저작권법 제125조 제2항을 적용한 판결

| | 판례번호 |
|---|---|
| 1 | 수원지방법원 2017. 11. 17. 선고 2016가합76516 판결 |
| 2 | 서울남부지방법원 2017. 12. 14. 선고 2016가합107968 판결 |
| 3 | 서울중앙지방법원2017. 12. 22. 선고 2015가단185012 판결 |
| 4 | 서울서부지방법원 2018. 1. 26. 선고 2017가단205335 판결 |
| 5 | 인천지방법원 2018. 3. 28. 선고 2015가단243070 판결 |
| 6 | 서울동부지방법원 2018. 5. 16. 선고 2017나25583 판결 |
| 7 | 부산지방법원 동부지원 2018. 6. 14. 선고 2017가단211285, 2017가단212639(병합)판결 |
| 8 | 서울중앙지방법원 2018. 8. 31. 선고 2017가합546892 판결 |
| 9 | 서울고등법원 2019. 3. 28. 선고 2018나2027568 판결 |
| 10 | 서울중앙지방법원 2019. 4. 25. 선고 2018가합520255 판결 |
| 11 | 서울동부지방법원 2019. 5. 24. 선고 2018가단112773판결 |
| 12 | 서울고등법원 2019. 6. 20. 선고 2016나2008396 판결 |
| 13 | 서울고등법원 2019. 6. 20. 선고 2016나2009818 판결 |
| 14 | 서울중앙지방법원 2019. 7. 11. 선고 2017가합517047 판결 |
| 15 | 서울중앙지방법원 2019. 8. 23. 선고 2016가합569263 판결 |
| 16 | 서울남부지방법원 2019. 11. 19. 선고 2019가단252091 판결 |
| 17 | 수원지방법원 안양지원 2020. 1. 2. 선고 2019가단101494 판결 |
| 18 | 서울남부지방법원 2020. 1. 8. 선고 2019가단257645 판결 |
| 19 | 인천지방법원 부천지원 2020. 2. 4. 선고 2019가단19308 판결 |
| 20 | 수원지방법원 여주지원 2020. 2. 6. 선고 2019가단50491 판결 |
| 21 | 서울남부지방법원 2020. 2. 13. 선고 2019가단256369 판결 |
| 22 | 창원지방법원 마산지원 2020. 2. 20. 선고 2019가단100519 판결 |
| 23 | 창원지방법원 마산지원 2020. 2. 20. 선고 2019가단100656 판결 |
| 24 | 서울중앙지방법원 2021. 4. 9.자 2019가단5207564 판결 |
| 25 | 서울중앙지방법원 2020. 5. 12. 선고 2019가단5102317 판결 |
| 26 | 부산지방법원 2020. 6. 10. 선고 2018가합42340 판결 |
| 27 | 서울중앙지방법원 2020. 6. 17. 선고 2018가합591769 판결 |
| 28 | 서울중앙지방법원 2020. 7. 16. 선고 2017가합579755 판결 |
| 29 | 서울동부지방법원 2020. 9. 11. 선고 2019가단123619 판결 |

### 3. 원고가 제125조 제1항 침해자이익을 주장하고 법원이 제126조를 적용한 판결

| | 판례번호 |
|---|---|
| 1 | 부산지방법원 동부지원 2017. 11. 15. 선고 2016가단206453,2016가단207111(병합)판결 |
| 2 | 서울중앙지방법원 2017. 11. 15. 선고 2016가합529517 판결 |
| 3 | 의정부지방법원 2018. 2. 13. 선고 2017가합53729 판결 |
| 4 | 부산지방법원 2018. 2. 21. 선고 2015가합41025 판결 |
| 5 | 서울중앙지방법원 2018. 3. 21. 선고 2016가합563272 판결 |
| 6 | 부산지방법원 2018. 4. 26. 선고 2016가단325464 판결 |
| 7 | 서울고등법원 2018. 12. 6.선고 2017나2067811 판결 |
| 8 | 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2017가합507514 판결 |
| 9 | 인천지방법원 2019. 3. 13. 선고 2018가단212770 판결 |
| 10 | 서울중앙지방법원 2019. 4. 24. 선고 2016가합570324 판결 |
| 11 | 서울중앙지방법원 2019. 8. 21. 선고 2016가합570867 판결 |
| 12 | 서울동부지방법원 2019. 8. 27. 선고 2017가단111537 판결 |
| 13 | 서울중앙지방법원 2019. 9. 20. 선고 2018나55564(본소), 2019나13116(반소) 판결 |
| 14 | 수원지방법원 안양지원 2019. 12. 12. 선고 2018가단103783 판결 |
| 15 | 특허법원 2020. 1. 7. 선고 2018나2407 판결 |
| 16 | 서울중앙지방법원 2020. 7. 3. 선고 2018가합515673 판결 |
| 17 | 서울중앙지방법원 2020. 7. 9. 선고 2018가합528464 판결 |
| 18 | 서울중앙지방법원 2020. 7. 14. 선고 2018가단5158757 판결 |
| 19 | 서울중앙지방법원 2020. 9. 16. 선고 2015가합557423 판결 |
| 20 | 서울고등법원 2020. 11. 26. 선고 2020나2013777 판결 |
| 21 | 서울중앙지방법원 2020. 12. 18. 선고 2019가합526328 판결 |
| 22 | 서울고등법원 2021. 6. 10. 선고 2020나2009433 판결 |
| 23 | 서울남부지방법원 2021. 8. 10. 선고 2019가단268232 판결 |
| 24 | 서울고등법원 2021. 8. 19. 선고 2020나2036862 판결 |

### 4. 원고가 저작권법 제125조 제2항을 주장하고 법원이 제126조를 적용한 판결

| | 판례번호 |
|---|---|
| 1 | 서울중앙지방법원 2017. 11. 2. 선고 2015가합569761 판결 |
| 2 | 수원지방법원 2017. 11. 14. 선고 2017나57929 판결 |
| 3 | 춘천지방법원 강릉지원 2017. 11. 29. 선고 2016가단54083 판결 |
| 4 | 서울중앙지방법원 2017. 12. 1. 선고 2017나47634 판결 |
| 5 | 서울중앙지방법원 2017. 12. 1. 선고 2017나48040 판결 |
| 6 | 서울중앙지방법원 2017. 12. 1. 선고 2017나63636 판결 |
| 7 | 서울중앙지방법원 2017. 12. 6. 선고 2016가합557154 판결 |
| 8 | 서울중앙지방법원 2017. 12. 13. 선고 2016가합571624 판결 |
| 9 | 서울중앙지방법원 2017. 12. 20. 선고 2016가합567748 판결 |
| 10 | 수원지방법원 안양지원 2017. 12. 22. 선고 2015가합104492 판결 |
| 11 | 서울중앙지방법원 2017. 12. 22. 선고 2017나52841 판결 |
| 12 | 서울서부지방법원 2018. 1. 9. 선고 2017나33081 판결 |
| 13 | 대전지방법원 2018. 1. 31. 선고 2015가합107636 판결 |
| 14 | 창원지방법원 2018. 2. 22. 선고 2016가합53015 판결 |
| 15 | 인천지방법원 2018. 3. 8. 선고 2017가단202370 판결 |

| | |
|---|---|
| 16 | 부산고등법원 2018. 3. 22. 선고 2017나53593 판결 |
| 17 | 서울중앙지방법원 2018. 4. 6. 선고 2017나62862 판결 |
| 18 | 서울서부지방법원 2018. 4. 13. 선고 2017나34466 판결 |
| 19 | 서울중앙지방법원 2018. 4. 13. 선고 2017가합537591 판결 |
| 20 | 전주지방법원 2018. 4. 13. 선고 2017나5443 판결 |
| 21 | 부산지방법원 2018. 4. 18. 선고 2017나9135 판결 |
| 22 | 서울고등법원 2018. 4. 19. 선고 2017나2017601 판결 |
| 23 | 수원지방법원 2018. 4. 24. 선고 2017나67834 판결 |
| 24 | 서울중앙지방법원 2018. 4. 25. 선고 2017가합546625 판결 |
| 25 | 서울고등법원 2018. 4. 26. 선고 2017나2066436 판결 |
| 26 | 부산지방법원 2018. 5. 3. 선고 2017나51990 판결 |
| 27 | 서울중앙지방법원 2018. 5. 4. 선고 2016가단5219382 판결 |
| 28 | 서울중앙지방법원 2018. 5. 4. 선고 2017가단5026570 판결 |
| 29 | 서울동부지방법원 2018. 5. 9. 선고 2017나25040 판결 |
| 30 | 53.서울중앙지방법원 2018. 5. 15. 선고 2016가단5314270 판결 |
| 31 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 1. 선고 2017나61562 판결 |
| 32 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 8. 선고 2016가단5050293 판결 |
| 33 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 12. 선고 2017가단5090861 판결 |
| 34 | 서울동부지방법원 2018. 6. 20. 선고 2017나27602 판결 |
| 35 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 22. 선고 2017가단5114163 판결 |
| 36 | 인천지방법원 부천지원 2018. 7. 6. 선고 2017가합101873 판결 |
| 37 | 수원지방법원 성남지원 2018. 7. 10. 선고 2017가단226901 판결 |
| 38 | 의정부지방법원 고양지원 2018. 7. 13. 선고 2016가합73347 판결 |
| 39 | 서울중앙지방법원2018. 7. 20. 선고 2015가단5380386 판결 |
| 40 | 서울동부지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017나27466 판결 |
| 41 | 서울고등법원 2018. 8. 23. 선고 2017나2073991 판결 |
| 42 | 서울중앙지방법원 2018. 8. 31. 선고 2018나9509 판결 |
| 43 | 서울중앙지방법원 2018. 9. 7. 선고 2018나3464 판결 |
| 44 | 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2052369 판결 |
| 45 | 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2074000 판결 |
| 46 | 서울중앙지방법원 2018. 9. 28. 선고 2017나79488 판결 |
| 47 | 서울중앙지방법원 2018. 9. 28. 선고 2017나79495 판결 |
| 48 | 서울중앙지방법원 2018. 10. 4. 선고 2017가합17837 판결 |
| 49 | 서울중앙지방법원 2018. 10. 11. 선고 2017가합521510 판결 |
| 50 | 서울중앙지방법원 2018. 10. 18. 선고 2018가합507023 판결 |
| 51 | 인천지방법원 2018. 10. 19. 선고 2015가합58149 판결 |
| 52 | 서울중앙지방법원 2018. 10. 25. 선고 2017가합537584 판결 |
| 53 | 서울중앙지방법원 2018. 11. 8. 선고 2016가합561948 판결 |
| 54 | 서울고등법원 2018. 11. 8. 선고 2018나2032669 판결 |
| 55 | 서울중앙지방법원 2018. 11. 8. 선고 2017가합515553 판결 |
| 56 | 의정부지방법원 2018. 11. 9. 선고 2018나204948 판결 |
| 57 | 서울서부지방법원 2018. 11. 9. 선고 2018가단216042 판결 |
| 58 | 서울중앙지방법원 2018. 11. 9. 선고 2018가합505157 판결 |
| 59 | 서울중앙지방법원 2018. 11. 9. 선고 2017가합554589 판결 |
| 60 | 서울중앙지방법원 2018. 11. 15. 선고 2017가합583693 판결 |
| 61 | 서울중앙지방법원 2018. 11. 15. 선고 2016나79542 판결 |
| 62 | 서울중앙지방법원 2018. 11. 16. 선고 2017나84183 판결 |
| 63 | 부산지방법원 2018. 11. 23. 선고 2018나45237 판결 |
| 64 | 수원지방법원 안산지원 2018. 12. 6. 선고 2017가합10029 판결 |
| 65 | 서울고등법원 2018. 12. 6. 선고 2018나2029779 판결 |

| | |
|---|---|
| 66 | 서울중앙지방법원 2018. 12. 6.선고 2017가합578295 판결 |
| 67 | 서울중앙지방법원 2018. 12. 6. 선고 2016나47781 판결 |
| 68 | 인천지방법원 2018. 12. 12. 선고 2017가단249898 판결 |
| 69 | 서울중앙지방법원 2018. 12. 14. 선고 2018가합521852 판결 |
| 70 | 서울고등법원 2018. 12. 20. 선고 2017나2031928 판결 |
| 71 | 대구지방법원 2018. 12. 20. 선고 2016가합207564 판결 |
| 72 | 서울중앙지방법원 2019. 1. 17. 선고 2017가합511377 판결 |
| 73 | 서울중앙지방법원 2019. 1. 17. 선고 2017가합534011 판결 |
| 74 | 서울서부지방법원 2019. 1. 17. 선고 2018가합33275 판결 |
| 75 | 서울고등법원 2019. 1. 24. 선고 2018나2045252 판결 |
| 76 | 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2018가합533275 판결 |
| 77 | 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2018가합557172 판결 |
| 78 | 서울서부지방법원 2019. 2. 1. 선고 2018가단214916 판결 |
| 79 | 서울중앙지방법원 2019. 2. 18. 선고 2014가합555536 판결 |
| 80 | 서울중앙지방법원 2019. 2. 18. 선고 2018가합525694 판결 |
| 81 | 서울고등법원 2019. 3. 28. 선고 2018나2064291 판결 |
| 82 | 서울고등법원 2019. 4. 11. 선고 2018나2063465 판결 |
| 83 | 서울고등법원 2019. 4. 23. 선고 2018나2062608 판결 |
| 84 | 서울고등법원 2019. 5. 9. 선고 2019나2000447 판결 |
| 85 | 서울남부지방법원 2019. 5. 17. 선고 2017가합112370 판결 |
| 86 | 수원지방법원 안산지원 2019. 5. 17. 선고 2018가단58878 판결 |
| 87 | 서울중앙지방법원 2019. 6. 19. 선고 2018가합530511 판결 |
| 88 | 서울중앙지방법원 2019. 6. 27. 선고 2019가소1167897 판결 |
| 89 | 서울중앙지방법원 2019. 6. 28. 선고 2018가합504710 판결 |
| 90 | 서울중앙지방법원 2019. 6. 28. 선고 2018나59016판결 |
| 91 | 서울서부지방법원 2019. 7. 3. 선고 2018가단214855 판결 |
| 92 | 서울고등법원 2019. 7. 4. 선고 2018나2064284 판결 |
| 93 | 부산지방법원 2019. 7. 10. 선고 2016가합51760 판결 |
| 94 | 서울중앙지방법원 2019. 7. 19. 선고 2018가합536687 판결 |
| 95 | 부산지방법원 2019. 7. 24. 선고 2018가합44957 판결 |
| 96 | 부산지방법원 2019. 8. 14. 선고 2018가단319791 판결 |
| 97 | 대구지방법원 김천지원 2019. 8. 16. 선고 2018가합15607 판결 |
| 98 | 서울고등법원 2019. 8. 22. 선고 2018나2075031판결 |
| 99 | 서울중앙지방법원 2019. 8. 23. 선고 2017가합537577 판결 |
| 100 | 서울중앙지방법원 2019. 8. 27. 선고 2018가단5036574 판결 |
| 101 | 서울북부지방법원 2019. 9. 18.선고 2019나31298 판결 |
| 102 | 서울중앙지방법원 2019. 9. 25. 선고 2018가합525236 판결 |
| 103 | 수원지방법원 2019. 9. 26. 선고 2018가단514794 판결 |
| 104 | 서울중앙지방법원 2019. 9. 27. 선고 2019나7456 판결 |
| 105 | 서울중앙지방법원 2019. 10. 18. 선고 2019나7449 판결 |
| 106 | 서울고등법원 2019. 10. 24. 선고 2018나2035279 판결 |
| 107 | 서울중앙지방법원 2019. 10. 25. 선고 2019나16825 판결 |
| 108 | 광주지방법원 2019. 10. 31. 선고 2018가합55802 판결 |
| 109 | 수원지방법원 2019. 11. 13. 선고 2018가합25284 판결 |
| 110 | 서울중앙지방법원 2019. 11. 15. 선고 2018가합584167 판결 |
| 111 | 수원지방법원 2019. 11. 28. 선고 2019가단520802 판결 |
| 112 | 수원지방법원 2019. 11. 28. 선고 019가단520796 판결 |
| 113 | 의정부지방법원 고양지원 2019. 11. 29. 선고 2018가단94075 판결 |
| 114 | 서울중앙지방법원 2019. 11. 29. 선고 2019나34687 판결 |
| 115 | 서울중앙지방법원 2019. 12. 13. 선고 2019나29401 판결 |

| | |
|---|---|
| 116 | 서울중앙지방법원 2020. 1. 10. 선고 2016가합565681 판결 |
| 117 | 수원지방법원 2020. 1. 16. 선고 2019나63669 |
| 118 | 서울중앙지방법원 2020. 2. 4. 선고 2018가단5027174 판결 |
| 119 | 부산지방법원 2020. 2. 6. 선고 2019나48424 판결 |
| 120 | 인천지방법원 부천지원 2020. 3. 19. 선고 2019가단11762 판결 |
| 121 | 서울중앙지방법원 2020. 5. 15. 선고 2019나40699 판결 |
| 122 | 서울중앙지방법원 2020. 5. 29. 선고 2019가합515090 판결 |
| 123 | 수원지방법원 성남지원 2020. 6. 18. 선고 2019가단202008 판결 |
| 124 | 서울중앙지방법원 2020. 9. 8. 선고 2019가단5028334판결 |
| 125 | 서울중앙지방법원 2020. 9. 10. 선고 2019가합557872 판결 |
| 126 | 부산지방법원 2020. 9. 16. 선고 2018가단315386 판결 |
| 127 | 수원지방법원 2020. 10. 20. 선고 2019나95581 판결 |
| 128 | 서울중앙지방법원 2020. 10. 21. 선고 2018가합571321 판결 |
| 129 | 수원고등법원 2020. 10. 22. 선고 2020나10837 |
| 130 | 인천지방법원 2020. 10. 23. 선고 2019나69097판결 |
| 131 | 서울중앙지방법원 2020. 10. 30. 선고 2019가합561024판결 |
| 132 | 서울동부지방법원 2020. 11. 4. 선고 2020나23884판결 |
| 133 | 수원지방법원 성남지원 2020. 11. 10. 선고 2020가합403538 판결 |
| 134 | 서울중앙지방법원 2020. 11. 12. 선고 2018가합588169 판결 |
| 135 | 서울서부지방법원 2020. 11. 12. 선고 2020나45169 판결 |
| 136 | 서울남부지방법원 2020. 11. 24. 선고 2018가단232540 판결 |
| 137 | 서울중앙지방법원 2020. 11. 27. 선고 2018가합553460 판결 |
| 138 | 서울남부지방법원 2020. 12. 1. 선고 2020가단227022 판결 |
| 139 | 서울중앙지방법원 2020. 12. 18. 선고 2019가합570455 판결 |
| 140 | 서울중앙지방법원 2020. 12. 18. 선고 2019가합582748 판결 |
| 141 | 전주지방법원 2020. 12. 18. 선고 2019가단31377 판결 |
| 142 | 서울중앙지방법원 2021. 1. 14. 선고 2019가합537632 판결 |
| 143 | 광주지방법원 2021. 1. 14. 선고 2020가단502182 판결 |
| 144 | 서울중앙지방법원 2021. 1. 15. 선고 2020나9311 판결 |
| 145 | 인천지방법원 2021. 3. 30. 선고 2020가단212162 판결 |
| 146 | 수원지방법원 2021. 4. 27. 선고 2020나70052 판결 |
| 147 | 서울고등법원 2021. 4. 29. 선고 2020나2029307 판결 |
| 148 | 울산지방법원 2021. 5. 13. 선고 2020나12950 판결 |
| 149 | 서울중앙지방법원 2021. 5. 14. 선고 2019가합582311 판결 |
| 150 | 서울중앙지방법원 2021. 6. 18. 선고 2019가합547172 판결 |
| 151 | 서울서부지방법원 2021. 7. 15. 선고 2019가합37038 판결 |
| 152 | 서울중앙지방법원 2021. 7. 23. 선고 2020나80570 판결 |
| 153 | 인천지방법원 2021. 8. 11. 선고 2020나64173 판결 |
| 154 | 서울북부지방법원 2021. 8. 17. 선고 2020나36992 판결 |
| 155 | 서울북부지방법원 2021. 8. 17. 선고 2020나37001 판결 |
| 156 | 서울남부지방법원 2021. 8. 18. 선고 2020가단204524 판결 |
| 157 | 서울고등법원 2021. 8. 19. 선고 2020나2045644 판결 |
| 158 | 광주지방법원 2021. 8. 20. 선고 2020나62111 판결 |
| 159 | 서울중앙지방법원 2021. 8. 20. 선고 2019가합558776 판결 |
| 160 | 광주지방법원 2021. 9. 8. 선고 2020가단520623 판결 |
| 161 | 서울동부지방법원 2021. 9. 10. 선고 2020나30325 판결 |
| 162 | 서울남부지방법원 2021. 10. 7. 선고 2020나64345 판결 |

## 5. 기타 126조를 적용한 판결

| | 판례번호 |
|---|---|
| 1 | 서울중앙지방법원 2017. 11. 24. 선고 2016나60722 판결 |
| 2 | 수원지방법원 성남지원 2018. 2. 2. 선고 2017가합402443 판결 |
| 3 | 의정부지방법원 고양지원 2018. 2. 8. 선고 2017가단83559 판결 |
| 4 | 서울중앙지방법원 2018. 2. 9. 선고 2017나67539 판결 |
| 5 | 서울중앙지방법원 2018. 3. 30. 선고 2017가단5143314 판결 |
| 6 | 서울중앙지방법원 2018. 4. 6. 선고 2017가단5063272 판결 |
| 7 | 서울중앙지방법원 2018. 4. 6. 선고 2015가합502591 판결 |
| 8 | 서울중앙지방법원 2018. 5. 4. 선고 2017가합549549 판결 |
| 9 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 1. 선고 2015가단5392051 판결 |
| 10 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 1. 선고 2016가단5086384 판결 |
| 11 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 27. 선고 2017가합556332판결 |
| 12 | 서울중앙지방법원 2018. 7. 13. 선고 2017가단5157665 판결 |
| 13 | 서울중앙지방법원 2018. 8. 20. 선고 2016가합508640 판결 |
| 14 | 서울중앙지방법원 2020. 8. 28. 선고 2018가합566046 판결 |
| 15 | 서울중앙지방법원 2018. 8. 31. 선고 2018가합512971 판결 |
| 16 | 서울중앙지방법원 2018. 9. 4. 선고 2017가소7712215 판결 |
| 17 | 서울중앙지방법원 2018. 11. 9. 선고 2017가합554589 판결 |
| 18 | 서울중앙지방법원 2018. 12. 21. 선고 2018나28371 판결 |
| 19 | 서울남부지방법원 2019. 4. 23. 선고 2017가단250107 판결 |
| 20 | 서울동부지방법원 2019. 4. 24. 선고 2018가합104687 판결 |
| 21 | 수원지방법원 성남지원 2019. 5. 10. 선고 2016가합204512 판결 |
| 22 | 서울고등법원 2019. 7. 18. 선고 2016나8574 판결 |
| 23 | 서울서부지방법원 2019. 9. 27. 선고 2018가단220782 판결 |
| 24 | 부산고등법원 2019. 10. 2. 선고 2018나57912 판결 |
| 25 | 서울서부지방법원2019. 10. 17. 선고 2018가합36878 판결 |
| 26 | 서울중앙지방법원 2019. 10. 18. 선고 2019나9391 판결 |
| 27 | 서울중앙지방법원 2019. 10. 22. 선고 2017가단5128223 판결 |
| 28 | 서울중앙지방법원 2019. 11. 29. 선고 2019나16818 판결 |
| 29 | 서울중앙지방법원 2020. 1. 10. 선고 2017가합544148 판결 |
| 30 | 서울중앙지방법원 2020. 1. 21. 선고 2018가단5126170 판결 |
| 31 | 서울중앙지방법원 2020. 2. 14. 선고 2019나48068 판결 |
| 32 | 서울중앙지방법원 2020. 2. 14. 선고 2018가합517075 판결 |
| 33 | 서울중앙지방법원 2020. 5. 26. 선고 2019가단5128890 판결 |
| 34 | 광주지방법원 2020. 6. 26. 선고 2019가단523404 판결 |
| 35 | 서울중앙지방법원 2020. 8. 11. 선고 2018가단5070918 판결 |
| 36 | 대구지방법원 김천지원 2020. 9. 3. 선고 2019가단35472 판결 |
| 37 | 서울고등법원 2020. 9. 3. 선고 2019나2053984 판결 |
| 38 | 서울중앙지방법원 2020. 11. 24. 선고 2018가단5065053 판결 |
| 39 | 대구지방법원 2020. 12. 18. 선고 2019가단112837 판결 |
| 40 | 대전지방법원 2021. 1. 14. 선고 2019가합103359 판결 |
| 41 | 서울고등법원 2021. 1. 28. 선고 2020나2008331판결 |
| 42 | 서울중앙지방법원 2021. 4. 9. 선고 2019가단5206240 판결 |
| 43 | 의정부지방법원 고양지원 2021. 6. 25. 선고 2019가합76231 판결 |
| 44 | 서울서부지방법원 2021. 7. 15. 선고 2020가합37911 판결 |

## 6. 법원이 제125조의2를 적용한 판결

| | 판례번호 |
|---|---|
| 1 | 서울중앙지방법원 2018. 4. 13. 선고 2017가단5055851 판결 |
| 2 | 수원지방법원 안양지원 2018. 4. 19. 선고 2017가단108439 판결 |
| 3 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 15. 선고 2017가단5032940 판결 |
| 4 | 서울중앙지방법원 2018. 6. 15. 선고 2017가단5105046 판결 |
| 5 | 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2018가합557172 판결 |
| 6 | 서울중앙지방법원 2019. 5. 17. 선고 2018나52633 판결 |