

중국 저작권법의 손해배상제도에 관한 고찰

구효영*

- I. 서론
 - II. 중국 저작권법의 역사와 현황
 - 1. 중국 최초의 저작권법
 - 2. 중국 저작권법의 손해배상제도 개정 내력
 - III. 중국 저작권법의 손해배상 표준 분석
 - IV. 우리나라에 주는 시사점
 - V. 결론
- 1. 현행법 제49조 해석
 - 2. 현행법 제49조 개정의 필요성
 - 3. 개정안 제76조의 주요 내용
 - 4. 개정안 제76조에 대한 의견

* 중국정법대학(中國政法大學) 박사 연구생.

초록

중국은 차세대 시장경제에서 지식재산권의 중요성을 제시하고 지식재산권 보호 강화의 필요성을 강조하고 있다. 이에 2011년에 저작권법도 전면개정을 공식화하였고, 2012년에는 3차례에 걸쳐 개정 초안을 수정한 후, 2014년에 개정안을 발표하였다. 이번 전면개정의 중점 내용 중 하나로서 저작권의 보호를 강화하기 위해 저작권 손해배상액을 산정하는 방법을 제고 하였다. 권리교역비, 즉 우리 저작권법에서 말하는 권리자가 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 청구할 수 있다는 규정을 신설하였고, 법정손해배상액을 50만 위안(RMB) 이하에서 100만 위안(RMB) 이하로 상향 조정하였을 뿐만 아니라 중국 상표법 및 특허법과 같이 저작권법에도 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 본 논문에서는 중국 저작권 손해배상제도를 분석하고, 논쟁이 되는 부분을 검토하여 중국의 저작권 보호 강화의 방향을 고찰하였다.

주제어

중국저작권법, 손해배상표준, 저작권거래비용, 법정손해배상, 징벌적 손해배상

I. 서론

중국은 최근 중화인민공화국 저작권법(이하 “중국 저작권법”이라 함) 제정 이래에 최초로 전면개정을 앞두고 있다. 1990년도에 법령을 공포한 뒤 2001년과 2010년에 두 번의 개정을 거쳤다. 첫 번째 개정은 WTO 가입을 위해 개정되었고, 두 번째 개정은 중·미 지식재산권 분쟁에 관한 WTO의 재정을 이행하기 위한 개정이었다. 두 번의 개정은 모두 WTO에 의한 수동적인 일부 개정에 불과했다. 이미 디지털 환경에 들어선 현대에서 과거에 머무르고 있는 중국의 저작권법은 저작권을 충분히 보호하고 장려하기에는 부족한 점이 많았다. 이에 2010년 제2차 개정 이후, 이듬해 7월에 저작권법 제3차 개정 준비에 돌입하였다. 그 결과 국가저작권국은 2012년 3월, 7월, 10월에 총 세 차례에 걸쳐 중국 학계 및 전문가들의 의견을 모아 수정하여 중화인민공화국 저작권법 개정 초안(이하 “개정 초안”이라 함)을 발표했다. 2014년 6월 6일, 지난 2012년 12월에 국무원에 제출된 개정 초안의 최종 수정안인 〈중화인민공화국 저작권법(개정 초안 심사원고)〉(이하 “개정안”이라 함)¹⁾을 중국정부망(中國政府網) 사이트에 공개 발표하였다. 이번 개정은 중국 정부가 주동적으로 전면개정하였으며, 시장경제 발전과 사회 현상에서 발생하는 모순을 해결하고자 저작권의 내용과 귀속, 신탁 관리, 등기 등 저작권법의 집행을 강화하고, 저작권 보호를 위해 징벌적 손해배상 도입, 손해배상액 제고 등 관련 제도를 정비함에 그 목적을 두었다.

2018년 3월, 중국의 제13회 전국인민대표대회에서 중국 총리 리커창(李克強)은 인터넷 환경은 새로운 경제 성장의 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. 중국공산당 중앙위원회와 국무원에서는 〈지식

1) 中華人民共和國中央人民政府, “中華人民共和國著作權法(修訂草案送審稿)”, 中國政府網, 〈http://www.gov.cn/foot/2014-06/06/content_2695611.htm〉, 검색일: 2014.6.6.

재산권 재판 분야의 개혁 혁신 강화에 관한 몇 가지 의견)²⁾을 발표하였는데 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. 또 지식재산권의 특징에 따라 관련 정신적 손해배상과 그 규제는 법률규범으로 다루어 주어야 한다고 발표했다.

이와 같은 중국의 변화는 제4차 산업혁명 시대에 들어서면서 지식재산권의 가치가 더욱 증가하고 동시에 지식재산권 관련 분쟁이 빈번하게 발생하고 있기 때문이다. 중국에서는 특히 저작권 관련 분쟁이 해를 거듭할수록 증가하고 있는데,³⁾ 이는 현행법으로는 권리자의 저작권을 충분히 보호하고, 침해를 예방 또는 억제하지 못하고 있기 때문이다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 중국은 이번 전면개정을 통해 저작권 보호 역량 및 보호 수준을 제고 하였다. 그중 한국에서도 논의되고 있는 저작권법상의 징벌적 손해배상 제도가 도입되었다.

이에 본 논문에서는 현행법의 손해배상제도의 문제점을 분석하여 개정의 필요성을 파악하고, 보완된 부분과 신설된 권리고역비, 즉 우리 저작권법에서 말하는 권리자가 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액(이하 “통상사용료 상당액”이라 함)을 손해액으로 청구할 수 있다는 규정과 징벌적 손해배상제도 도입에 대한 배경을 분석하고 중국의 저작권 보호 강화를 위한 제도적 발전 방향을 고찰하고자 한다.

2) 《关于加强知识产权审判领域改革创新若干问题的意见》은 2017년 11월 20일, 시진핑 총서기 주재로 제19기 中央全面深化改革领导小组 제1차 회의를 열어 이 중요 문건을 심의 의결했다. ‘의견’은 당 중앙에서 나온 최초의 지식재산권 재판을 위한 기념비적인 강령 문건으로, 2018년 2월 27일 중국공산당중앙위원회와 국무원에서 발표하였다.

3) 最高人民法院民三庭(知識產權審判庭), “2018年中国法院知识产权司法保护概况”, 人民法院网, 〈<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/06/id/4017608.shtml>〉, 검색일: 2019. 6. 6.

II. 중국 저작권법의 역사와 현황

1. 중국 최초의 저작권법

중국 역사상 최초의 저작권법은 청나라 말기인 1910년 12월 18일 공포, 시행된 대청저작권율(大清著作權律)이다. 대청저작권율은 중국 저작권법의 효시로서 “저작권”이라는 용어를 최초로 사용한 법률이다. 본 율법에서는 저작권을 출판권이자 복제권이라고 명시하였고, 저작권의 권리 주체와 객체의 법률관계를 확립하였다. 대청저작권율은 통례(通例), 권리 기한, 보고의무, 권리 제한, 부칙 등 총 5장 55조로 비교적 완전한 체계를 갖췄다. 그러나 1911년 신해혁명과 함께 대청저작권율은 충분히 실시도 해보기 전에 정부가 뒤집혔다. 민국 시기에 들어서면서 민국 법률이 아직 협정되지 않아 민국 단체를 반대하는 조항을 실효시키고 그 외의 법률은 그대로 사용하였다. 대청저작권율은 그렇게 1915년까지 임시로 시행되었다.⁴⁾

중화민국 수립 후 미국과 일본의 압박으로 북양(北洋) 정부는 <1915년 민국 저작권법>(1915年民國著作權法)을 반포했으나 1915년 민국 저작권법은 대청저작권율을 초고로 신설, 삭제, 개정의 방법으로 완성된 것이다. 1928년, 1915년 민국 저작권법 개정 후 1928년 민국저작권법(1928年民國著作權法)과 중화민국 저작권법 시행세칙(中華民國著作權法施行細則)을 반포하였다. 1928년 민국저작권법은 독일과 일본법 내용을 대량으로 도입하였고, 1915년 민국 저작권법과 비교해 보면 저작권 내용과 등기제도 등이 추가되었을 뿐 대청저작권율의 범위를 벗어나지 않는다.⁵⁾

향후 몇 차례의 개정을 통해 국민당 정부는 반세기가 넘도록 대청저작권

4) 語和(Yu Hua), “我國歷史上的第一部著作權法-〈大清著作權律〉簡論”, 歷史教學, 1995, 6. 15. 17頁.

5) 楊華權(YangHuaQuan), 『中國著作權觀念的歷史解讀』, 北京大學出版社, 2016年, 113 頁.

을을 기반으로 한 저작권법을 사용해 왔다. 이같이 대청저작권을 중국 저작권역사에 큰 영향을 미치고 있다. 비록 현재의 중화인민공화국 저작권법은 대청저작권들과 본질적인 다른 점이 있지만, 대청저작권들은 중국 역사상 최초의 저작권법이기 때문에 영향이 없다고는 할 수 없다.⁶⁾

1978년 개혁개방을 실행하고 1988년 덩샤오핑은 “과학기술은 제1의 생산력”이라는 저명한 논단을 제시하였고, 개혁개방 요구에 맞게 〈중화인민공화국 상표법〉, 〈중화인민공화국 전리법〉을 잇따라 제정했고, 1990년 〈중화인민공화국 저작권법〉을 통과시켰다.⁷⁾

2. 중국 저작권법의 손해배상제도 개정 내력

중화인민공화국의 저작권법은 1990년 9월 7일 제정되어 1991년부터 시행되었다. 중국 저작권법은 총 6장으로 구성되었고, 제5장의 제45조부터 제50조까지 법률책임에 관하여 6개 조항으로 저작권 침해행위에 관한 규정이 입법되었다. 제45조에서는 침해행위는 상황에 근거하여 침해중지, 원상회복, 공개사과, 손해배상 등의 민사책임을 저야 한다고 규정하였다. 그리고 저작권자의 이익을 침해하는 총 8개의 침해행위를 나열하였다. 제46조에서는 민사책임뿐만 아니라 행정적 처벌을 할 수 있다고 규정하고 저작권자의 이익과 사회공공의 이익을 침해하는 총 7개의 행위를 열거하였다. 손실에 대한 배상 책임을 규정하였으나 손해배상액의 산정방법은 규정된 바 없다.

(1) 제1차 개정(2001년)

중국은 1985년 〈파리조약〉, 1992년 〈베를린조약〉과 〈세계저작권협약〉을 체결했다. 이후 WTO에 가입하기 위하여 2001년 중국 저작권법을 최초로

6) 語和(Yu Hua), “我國歷史上的第一部著作權法-〈大清著作權律〉簡論”, 歷史教學, 1995, 6. 15. 19頁.

7) 楊華權(YangHuaQuan), 『中國著作權觀念的歷史解讀』, 北京大學出版社, 2016年, 158頁.

개정했다. 중국 저작권법이 제정되고 10년 만에 첫 개정이었다. 중국의 끊임 없는 노력으로 사회, 경제, 문화 등 다방면으로 거대한 성장을 이뤄 냈고 저작권의 국제적 형세에 걸맞게 개정을 추진하였다. 그중 저작권 보호를 위한 손해배상액 산정방법도 신설하였다. 제1차 개정을 통해 제5장의 법률책임은 법률책임과 집행조치(法律責任和執法措施)로 개정하고 제46조에서는 11개의 침해행위를 나열하고 그에 따른 민사책임을 규정하였고, 제47조에서는 8개의 침해행위를 나열하고 민사책임뿐만 아니라 침해자의 행위가 공공의 이익을 해하면 행정적 책임을 지고, 또한 범죄로 성립되면 형사책임도 지어야 한다고 규정하였다. 제48조에서는 저작권 침해에 대한 손해배상액 산정방법을 규정하였다. 제1항에서 저작권 및 저작인접권⁸⁾이 침해되면 침해자는 권리자의 일실효익에 따라 배상을 해야 하고, 일실효익을 산정하기 어려운 경우 침해자의 부당이익에 따라 배상하는 것으로 규정하였다.⁹⁾ 이는 손해배상의 기본 원칙인 실손해배상으로, 이 원칙은 TRIPs 협정 Article 45의 요구에 따른 원칙이다.¹⁰⁾ 실손해배상에는 재산 피해와 정신적 피해가 포함되는데, 저작권은 무형의 재산으로서 추상적이다 보니 증거 확보와 정확한 피해 금액 입증에 어려움이 있다. 그리고 이어서 손해배상액에는 권리자가 침해행위를 제지하기 위해 지급한 모든 비용을 포함한다고 규정하였다. 여기서 말하는 모든 비용은 침해행위를 입증하기 위한 조사과정에서 발생한 비용과 변호사 비용 등을 실손해배상액에 포함하는 것이다. 제2항에서는 손해배상액 산정방법으로 제1항에서 제시한 권리자의 일실효익 또는 부당이익을 확정할 수 없는 경우 인민법원에서 침해행위 정황에 근거하여 50만 위안(RMB) 이하의 손해배상을 판결할 수 있다고 규정하였다. 이는 법정손해배상의 성격을 가

8) 중국 저작권법(2010년)에서는 저작인접권(著作隣接權)을 저작권 유관권리(著作權有關權利)라고 한다.

9) 중국 저작권법(2001년) 제48조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다. 저작권 또는 저작인접권에 침해가 있으면, 침해자는 권리자의 일실효익에 따라 배상한다. 일실효익을 계산하기 어려우면 침해자의 불법적인 이득에 따라 배상받을 수 있다. 배상액은 권리자가 침해행위를 제지하기 위해 지출한 합리적인 비용이 포함된다.

10) 冯晓青(FengXiaoQing)·杨利华(YangLiHua), “我国《著作权法》与国际知识产权公约的接轨《著作权法》第一次修改研究”, 河南城政法管理幹部學院學報, 2002年 第5期, 20頁.

지고 있는 규정으로, 중국의 지식재산권 영역에서 법정손해배상의 내용은 2000년 <최고인민법원의 컴퓨터 온라인 저작권 분쟁 사건 재판의 법률 적용에 관한 몇 가지 문제 해석>¹¹⁾에서 최초로 규정되었다. 제8조 인민법원은 배상 책임을 판결하여 명령할 수 있다고 규정하였다. 이후 2001년 저작권법 제1차 개정을 통해 저작권법뿐 아니라 중국 상표법에도 법정손해배상제도가 도입되었다.¹²⁾

“최고인민법원의 저작권 민사분쟁 사건 재판의 법률 적용에 관한 몇 가지 문제 해석”(이하 “저작권 분쟁 법률적용해석”이라 함)¹³⁾ 제25조에 따르면 법정손해배상은 권리자의 일실회익 또는 침해자의 부당이익을 입증할 수 없을 때 적용할 수 있다는 전제 조건이 있다. 그리고 법정손해배상액 산정은 그 근거로 제시된 침해행위 정황, 침해대상, 침해행위의 성격, 침해행위에 따른 결과 등을 종합적으로 고려한다는 것이다. 이는 법정손해배상제도를 통하여 권리자의 손실을 충분히 배상하기 위함이다.¹⁴⁾

11) 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》，法释[2000]48号，“최고인민법원의 컴퓨터 온라인 저작권 분쟁 사건 재판의 법률 적용에 관한 몇 가지 문제 해석”은 이미 실효되었다.

12) 袁秀挺(YuanXiuTing)·凌宗亮(LingZongLiang), “我国知识产权法定赔偿适用之问题及破解”, 『同系大學學報(社會科學版)』, Vol. 25 No.6(2014), 118頁.

13) 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，法释[2002]31号，저작권 분쟁 법률적용해석은 중국인민법원에서 2002년 10월 14일에 공표하고 다음날인 10월 15일부터 시행하였다. 총 32개 조문의 사법 해석은 저작권 민사분쟁 안건을 정확하게 판결하기 위해 《중화인민공화국 민법통칙》，《중화인민공화국 계약법》，《중화인민공화국 저작권법》，《중화인민공화국 민사소송법》 등의 법률규정을 근거로 하여 제정하였다. 인민법원에 대해 저작권 민사분쟁 사건을 접수, 소송, 판결, 배상 등에서 법률 적용 문제를 규정하였다. 그리고 이전의 관련 규정과 본 해석에서 불일치하는 점은 새로운 해석을 기준으로 한다고 명시하였다.

14) 저작권 분쟁 법률적용해석 제25조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제1항 권리자의 일실회익 또는 침해자의 부당이익을 확정할 수 없을 때, 인민법원은 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 저작권법(2001년) 제48조 제2항의 규정에 따라 배상액을 확정할 수 있다.

제2항 인민법원은 배상액을 확정할 때 저작물의 종류, 합리적 비용, 침해행위 성질, 결과 등의 정황을 고려하여 종합적으로 확정한다.

제3항 당사자는 본 조항의 제1항의 규정에 따라 배상액을 합의해야 하고 이를 허가해야 한다.

(2) 제2차 개정(2010년)

중국은 2001년 제1차 개정 이후에도 인터넷의 급진적 발전으로 인하여 중국 저작권 보호제도의 문제들이 부각되었다. 이에 국가저작권국에서는 2007년부터 저작권법 제2차 개정에 관한 조사 연구를 시작하였다. 그러나 저작권 제도의 복잡성과 사회 각 방면에 밀접한 연관이 있는 저작권법을 대대적으로 개정하기에는 충분한 연구와 시간이 필요했다.¹⁵⁾

2001년 제1차 개정 이후 같은 해 12월 중국은 WTO에 가입하였다. 그러나 저작권법 제4조¹⁶⁾가 문제가 되었다. 직접적인 이유는 2007년 중·미 지식재산분쟁에서 시작되었다. 전문가들은 중국 저작권법 제4조가 〈베를린조약〉 제5조와 TRIPs 협정 제9조에 부합하지 않는다는 것이다. 중국 저작권법 제4조에서는 법률에 따라 출판, 보급이 금지된 저작물은 저작권법의 보호를 받지 못한다고 규정하고, 권리자의 저작권 행사는 헌법과 법률을 위반하지 않고 공공의 이익을 해치면 안 된다고 규정하였다. 저작권은 저작물의 완성으로부터 생겨나는 권리이다. 저작물을 출판하지 않더라도 저작물이 완성되면 저작권이 생기고 동시에 저작권법의 보호를 받을 수 있다. 이에 제4조의 논리가 불합리하여 2010년 저작물의 정의에 관한 “출판, 전송이 금지된 저작물은 저작권법의 보호를 받지 않는다”는 부분을 개정, 삭제하였다. 이에 2001년 제2차 개정에서는 중국 저작권법 제4조만 개정되었다. 저작권 침해 손해배상 규정은 제1차 개정에서 제46조부터 제48조까지 규정되었던 것이 제47조부터 제49조로 조항만 변경되었고, 그 내용은 같다.

(3) 제3차 개정의 배경(2012년)

1990년, 중국 저작권법이 제정된 이래 약 10년에 한 번의 주기로 총 2번의 개정이 있었다. 그러나 2번의 개정 모두 국제조직 가입을 위한 피동적 개정

15) 管育鷹(GuanYuYing), “关于《著作权法》第二次修改的一点看法”, 中國網, (<http://www.china.com.cn/news/comment/2010-02/25/content_19474790.htm>), 검색일: 2010. 2. 25.

16) 중국 저작권법(2001년) 제4조는 다음과 같이 규정하였다. 출판, 전파를 법으로 금지하는 저작물은 본 법의 보호를 받지 않는다. 저작권자가 저작권을 행사하는 것은 헌법과 법률에 위배되지 않으며 공공의 이익을 훼손해서는 안 된다.

이었다. 비록 제1차 개정은 최초 제정 후 10년이 지난 온라인 환경 및 사회 경제발전에 따른 개정이었지만, 제2차 개정은 국제 규정에 맞는 소폭 개정이었다. 즉 제1차 개정 이후에도 과학기술의 끊임없는 발전은 우리 사회에 많은 변화를 가져왔고, 그사이에 지식재산권의 가치는 무한히 성장하였음에도 불구하고 약 10년이 지난 2010년에 제2차 개정은 소폭의 조정이었기 때문에 중국의 저작권법은 2001년에 머물러 있다고 말할 수 있다.

실제로 지식재산권의 가치가 성장하면서 세계적으로 그 관련법이 중요해졌다. 이에 나라마다 저작권법에 대한 개정이 잦은 편인데, 미국의 경우 거의 매년 개정안이 제출되고 있고, 프랑스는 이미 네 번의 개정을 거쳤으며, 일본은 약 30여 년 동안 크고 작은 개정이 26번 있었다.¹⁷⁾ 우리나라 역시 1957년 한국 저작권법이 제정된 이래 31번의 개정이 있었다. 그러나 중국은 최초 제정 후 지금까지 두 번의 개정만 있었을 뿐이다.

2011년, 중국은 결국 주동적으로 저작권법의 전면개정을 공표하였다. 이번 제3차 개정은 중국 저작권법 체계에 있어 환골탈태라고 할 수 있을 만큼 매우 중요한 개정이고 그만큼 쉽지 않은 개정이라고 할 수 있다. 중국은 2010년 제2차 개정이 입법되었지만, 국가저작권국은 다음 해인 2011년 7월 곧장 제3차 개정 준비에 돌입하였다. 2012년 3월, 7월, 10월 총 3회에 나누어 개정 초안의 제1 원고, 제2 원고, 제3 원고 순으로 공표하고 공개적으로 의견을 모아 수정하였다. 2014년 6월 국무원은 국가저작권국이 제출한 개정안을 공표했다.

이번 3차 개정은 중국의 위탁시스템을 조정하고, 구체조치 강화에 중점을 두고 있다. 또 저작권 콘텐츠와 귀속, 저작권 위탁관리시스템, 저작권 등기와 보호 등 제도적 측면에서 조정하고 완비할 방침이다. 권리자, 소비자 그리고 사회 대중 등 저작권 영역에서는 다양한 주체가 존재하고, 주체들의 이익 형평을 위한 전면개정이라고 할 수 있다.

17) 吴汉东(WuHanDong), “著作权法第三次修改的背景, 体例和重”, 法商研究, 2012年 第4期, 1页.

III. 중국 저작권법의 손해배상 표준 분석

중국신문출판연구소에서 발표한 통계에 따르면 2018년 중국 온라인 저작권산업 시장규모는 7,423억 위안(RMB), 전년 대비 성장 폭이 16.6%에 달하였다.¹⁸⁾ 저작권산업 성장률을 보면 알 수 있듯이 현재 저작권산업은 중국의 국가경제발전에 있어 중요한 위치에 있다. 국가 경제에 직접적인 영향을 미치는 저작권을 보호하는 제도의 재정비는 매우 시급한 사안이고, 실제로 저작권 분쟁의 증가를 통해 저작권이 충분히 보호되지 못하고 있음을 알 수 있다. 2018년 7월 청도에서 열린 제4회 전국법원 지식재산권 심판 업무회의에서는 2013년부터 2017년까지 지난 전국법원에서 수리한 신규 지식재산권 민사, 행정 및 형사 안건은 총 81.3만 건에 달하며 판결 안건은 총 78.1만 건이 된다. 신규안건 중 1심 안건은 2013년도에 10만 건에서 2017년도에 21.3만으로 안건의 총수가 두 배로 증가하였다.¹⁹⁾ 2018년 4월 24일, 중화인민공화국 국가지식재산국 홈페이지에 발표된 “2017년 중국 지식재산권 보호 상황” 백서²⁰⁾에 따르면 2017년 전국지방법원에 접수된 민사 1심 안건은 201,039건이고, 판결은 192,938건이다. 그중 저작권 안건은 137,267건으로 전년 대비 57.8% 증가하였다. 민사 2심 안건은 21,818건, 민사 2심 판결은 20,525건이다. 재심은 77건, 재심 판결은 55건이다. 지식재산 민사안건은 총 503건으로 판결은 493건, 2심 안건은 15건, 재심은 452건이고, 대부분 판결이 확정되었다.²¹⁾

18) 张钦坤(ZhangQinKun), “中国网络版权产业发展报告(2018)解读”, 中国新闻出版广电报, 2019.4.29. 제T09판, 1页.

19) 中華人民共和國國家知識產權局, “五年来全国法院审结各类知识产权案件78.1万件”, 國家知識產權局, <<http://www.sipo.gov.cn/mtsd/1126124.htm>>, 검색일: 2018.7.11.

20) 中華人民共和國國家知識產權局, “2017年中国知识产权保护状况”白皮书发布, 1998년에 중화인민공화국전리국은 중화인민공화국 국가지식산권국으로 기관명을 변경한 뒤, 중국 지식재산권 산업 발전을 위해 매년 ‘중국 지식재산권 보호 상황’ 백서를 발표하고 있다.

21) 中華人民共和國國家知識產權局, “2017年中国知识产权保护状况”, 國家知識產權局,

지식재산의 가치가 증가하면서 관련 분쟁 사례가 급진적으로 증가되고 있다. 특히 저작권 침해 분쟁은 온라인 정보통신의 저작권 침해와 다양한 콘텐츠의 개발에 따른 오락산업의 새로운 유형의 저작권 침해 사례까지 나타나고 있다. 저작권 침해가 성립되면 침해자는 권리자에 대하여 손해배상책임이 따른다. 중국은 권리자의 손해액 입증의 어려움, 손해보다 낮은 배상액, 침해의 중복 발생 등의 문제점을 해결하기 위하여 손해배상액 산정방법을 제고하였다. 이에 본 장에서는 중국 저작권법(현행법)의 손해배상제도의 문제점을 분석하고 제3차 개정안의 주요 내용을 검토, 개정안에 대한 학계 및 전문가들의 의견을 분석해 보겠다.

1. 현행법 제49조 해석

중국 저작권법(이하 ‘현행법’이라 함) 제49조의 규정은 다음과 같다. 저작권 또는 저작인접권에 침해가 있으면, 침해자는 권리자의 일실이익에 따라 배상한다. 일실이익을 계산하기 어려우면 침해자의 불법적인 이득에 따라 배상받을 수 있다. 배상액은 권리자가 침해행위를 제지하기 위해 지출한 합리적인 비용을 포함한다.

권리자의 일실이익 또는 침해자의 부당이익을 확정할 수 없으면 인민법원은 침해행위의 정황에 따라 50만 위안(RMB) 이하의 배상을 판결한다.

(1) 권리자의 일실이익

현행법 제49조 제1항 첫 문장을 보면 “저작권 또는 저작인접권에 침해가 있으면”이라는 조건이 있다. 저작물에 대한 저작권 또는 저작인접권을 침해하면 손해배상을 청구할 수 있는데 그 전제 조건은 손실의 발생이다. 즉 제47조와 제48조에서 열거한 침해행위로 인하여 권리자에게 손실이 발생했을 경우는 손해배상을 청구할 수 있다. 저작권 분쟁 법률적용해석 제24조에 따

르면 권리자의 일실회익은 침해행위로 인하여 발생한 복제품 발행감소량 또는 침해복제품 판매량과 권리자가 발행했을 경우의 이윤을 곱하여 일실회익으로 산정한다. 발행감소량을 확정하기 어려우면 침해복제품의 시장판매량에 따라 확정한다고 규정하였다. 그러나 현실적으로 권리자의 발행감소량 또는 침해복제품의 판매량을 입증하기가 어렵다. 권리자의 복제품 발행이 감소될 수 있는 근거는 침해행위뿐만 아니라 시장환경에 따른 복제품의 가치요소도 포함되기 때문이다. 저작물의 잠재적 시장가치는 복제품 발행에도 영향을 미칠 수 있고, 권리자의 복제품 발행감소가 침해자의 침해행위로 인한 것이라고 단언할 수 없다는 것이다.

권리자의 일실회익에 따른 손해배상액 산정은 이론적으로 가장 합리적인 것은 하지만 일실회익을 명확하게 입증할 수 없어서 권리자에게 정당한 배상이 어려운 것이다.

(2) 침해자의 부당이익

중국 저작권법의 손해배상 청구에는 순서가 정해져 있다. 우선 일실회익을 손해배상으로 청구할 수 있는데, 만약 일실회익에 따른 손해배상액 산정이 어려우면 침해자가 침해행위로 얻는 소득 즉, 침해자의 부당이익을 손해배상액으로 청구할 수 있다. 현실적으로 침해자의 부당이익을 입증하는 것이 일실회익보다 더 어려운 손해배상청구 방법이다. 침해자가 침해행위를 통해 얻은 소득을 순수하게 증거자료로 제출하지 않을 것이고, 설령 타인의 저작물을 침해하여 얻은 이익이더라도 침해자의 금전적 또는 시간과 노력 등이 투자된 이익이라면 100% 침해행위로 얻은 부당이익이라고 판단할 수 없다. 침해자 역시 이익을 창출하고자 다방면으로 투자와 노력을 하였을 것이고 이와 같은 여러 가지 요소를 통해 얻은 소득 전부를 권리자의 실손해 범위에 포함될 수 있는 것인가에 대한 의문을 가진다.

다만 손해액을 산정할 때 권리자가 침해행위를 제지하기 위해 지출한 합리적인 비용, 즉 침해행위 정황 조사 및 증거 수집, 변호사 비용 등 침해가 발생하지 않았다면 권리자가 부담하지 않을 비용을 손해배상액에 포함하고 있다.

(3) 법정손해배상제도

중국은 지식재산권 보호를 위해 중국 저작권법 제1차 개정 시 법정손해배상제도를 도입하였다. 가장 최초의 법정손해배상제도는 최고인민법원이 〈최고인민법원의 컴퓨터 온라인 저작권 분쟁 사건 재판의 법률 적용에 관한 몇 가지 문제 해석〉에서 도입하였다. 이후 지식재산권 영역에서도 법정손해배상제도를 도입하였는데 저작권법에서의 도입이 그 효시라고 할 수 있다.²²⁾ 이 제도는 사법 집행에 있어 권리자의 합법적인 권익을 보호하고 충분한 보상을 이룰 수 있다는 데 중요한 역할을 하고 있다.

저작권법에서 법정손해배상제도는 권리자의 일실이익 또는 침해자의 부당이익으로 그 손해배상액을 산정할 수 없을 때는 인민법원은 침해행위 정황에 따라 50만 위안(RMB) 이하의 배상액을 판결할 수 있도록 규정하였다. 침해행위 정황이란 침해행위의 고의성 또는 악의성 등을 고려하여 최대 50만 위안(RMB) 이하의 배상액을 판결하는 것인데, 권리자의 실손해를 입증하기 어려운 점에서 중국 내 저작권 침해 분쟁에서 가장 많이 적용되고 있다. 그러나 법정손해배상은 침해행위의 정황에 따라 판사가 판단하기 때문에 판사의 재량권이 크게 작용한다. 중국의 침해 분쟁 소송사건에서 반드시 모든 사람에게 증거제시 책임이 있는 것은 아니다. 당사자들이 확실한 증거를 제시하지 않으면 침해 정황에 근거하여 판사 스스로 판결하게 되는데, 판사의 재량권이 남용될 수 있는 문제점과 공정한 판결 여부에 관한 심각한 불확실성을 가지게 된다.²³⁾

이와 같은 판결은 법정손해배상제도와 판사재량권에 의한 판결에 대한 혼란을 가져다주거나, 과도한 배상액이 확정될 수 있다. 증거 확보의 어려움이 있는 저작권 침해 분쟁에서 판사의 재량권과 법정손해배상이 충분히 구분될 수 있고, 제도의 궁극적인 목적과 기능을 명확히 하기 위해서는 손해배상제

22) 袁秀挺(YuanXiuTing)·凌宗亮(LingZongLiang), “我国知识产权法定赔偿适用之问题及破解”, 『同系大學學報(社會科學版)』, Vol. 25 No.6(2014), 118頁.

23) 李晏(LiYan)·馬凱(MaKai), “我国知识产权法定赔偿制度的反思与完善”, 『安徽电子信息职业技术学院学报』, Vol.17(2018), 79頁.

도의 개정 방향에 관하여 연구할 필요가 있다.

2. 현행법 제49조 개정의 필요성

2001년 중국 저작권법 제1차 개정 이후 2012년 제3차 개정안이 발표되기 전까지 중국 저작권법의 손해배상제도의 내용에는 변화가 없었다. 그러나 디지털 시대에 현행법의 손해배상제도는 그 목적을 충분히 발휘하지 못하고 있음을 중국 국내 저작권 침해 사례를 통해서도 충분히 알 수 있다. 상기에서 알아본 바와 같이 최근 5년간 전국 지식재산권 안건은 총 78.1만 건에 달하고 그중 저작권 안건은 대폭 증가하여 전국법원의 2017년 저작권 사례는 전년 대비 57.8% 증가하였다고 발표하였다.²⁴⁾ 이와 같은 결과는 현행법의 손해배상 제도가 현실적으로 적용률이 떨어질 뿐 아니라 실제로 권리자에게 충분한 보상이 이뤄지지 않고 있음을 보여 주고 있다. 이에 현행법의 손해배상 제도의 문제점에 대해서 분석해 보고자 한다.

현행법의 손해배상 제도가 문제가 되는 것은 우선 손해배상액 산정방법의 순서이다. 현행법에서는 일실이익, 부당이익 그리고 법정손해배상 순으로 손해배상액 산정방법을 청구하게 되어 있다. 그러나 이와 같은 순서는 불필요한 사회비용을 발생시킨다. 무체 저작물의 실손해액 입증에 어려운 것은 이미 우리가 겪고 있는 문제점인데 이를 위한 투자는 더 큰 손실을 불러일으키는 것이다. 다음으로 손해배상액의 합리성이다. 증거 확보 등의 어려움으로 권리자의 일실이익이나 침해자의 부당이익으로 권리자의 손해배상액을 산정하기 어렵고, 분쟁의 정황에 따른 판사의 판단으로만 판결하다 보니 불확실성이 다분하며 합리적인 보상이 이뤄진 것인지 또는 과잉 보상이 아닌지 판단하기가 어려운 것이다. 마지막으로 법정손해배상은 실무적으로 저작권 분쟁 사건에서 가장 많이 적용되고 있으나, 분명한 문제점이 존재한다.

첫째, 법정손해배상제도의 시초가 되는 미국 저작권법의 법정손해배상과

24) 中華人民共和國國家知識產權局, “五年來全國法院審結各類知識產權案件78.1萬件”, 國家知識產權局, <<http://www.sipo.gov.cn/mtsd/1126124.htm>>, 검색일: 2018.7.11.

비교해 보면 미국은 법정 손해액의 상한과 하한을 모두 설정했지만, 중국은 한국과 마찬가지로 상한에 대해서만 설정이 되어 있다. 하한의 필요성 여부에 대해 대립 되는 견해가 존재한다. 하한가를 두지 않은 것에 대한 긍정적인 견해는 법정손해배상은 판사의 재량권으로 산정되기 때문에 법정손해배상의 궁극적인 목적을 달성하기에 문제가 없는 것이다. 또 저작권 침해 범위가 전부가 아닌 일부만 무단 이용 등 침해가 발생했다면 하한가 설정은 침해자에게 과잉대응할 수 있다는 분석도 있다. 현재 저작권 침해 행위의 기본 환경은 인터넷 환경이다. 인터넷상에서의 저작권 침해는 불특정 다수로부터 대량으로 이루어지기 때문에 법정손해배상액의 하한가를 설정하게 되면 과잉대응의 문제가 존재하고, 권리자에게는 배상의 의미가 아닌 예상치 못한 이득의 발생을 안겨다 주는 꼴이 될 수 있다. 그러나 하한을 설정해야 한다는 견해도 존재한다. 하한가를 설정하지 않음으로 인해 판사의 재량권의 척도를 파악하기 어렵기 때문이다.

둘째, 법정 손해액 50만 위안(RMB) 이하의 타당성이다. 앞서 말한 바와 같이 현시대의 저작권 침해 행위는 환경은 인터넷 환경이다. 인터넷 환경에서의 저작권 침해행위는 과거와는 다르게 그 방법이 더욱 쉬워졌고 다양해졌으며, 불특정 다수로부터 동시에 침해를 받을 수 있는 특징이 있다. 또 저작물의 시장가치가 상승하였고, 시장경제를 이끄는 주축이 되었기 때문에 명확한 가치 환산은 더욱 어려워졌다. 이와 같은 환경에서 과거의 법정손해배상액인 50만 위안(RMB) 이하의 배상액은 권리자의 손실을 완전히 보상해 주기에는 턱없이 부족할 수 있음을 알 수 있다. 이에 저작물의 경제가치 변화에 따라 법정손해배상액도 상승해야 한다는 것이다.

셋째, 법정 손해배상의 적용 전제 조건이 권리자의 일실이익과 침해자의 부당이득액을 산정할 수 없을 때이다. 이는 권리자가 자신의 권리를 보호하기 위해 일실이익 또는 침해자의 부당이득액 산정을 위해 발생하는 사회적 비용은 비합리적 지출이라고 판단되는 것이다. 동시에 법정 손해배상 판결이 실제로 가장 많은 적용률을 보여 주고 있으나, 디지털 시대에 최대 50만 위안(RMB) 이하의 법정손해배상액은 낮은 배상액으로 그 손해배상의 기본

역할인 보상의 역할조차 못하고 있다는 것이다. 이는 침해행위의 재발을 도모하기 때문에 더욱 심각한 문제로 연결되고 있다.²⁵⁾

지금까지 현행법의 손해배상제도를 해석하고 그 문제점과 개정의 필요성을 분석해 보았다. 다음은 2014년 발표된 개정안 내용의 손해배상제도에 대하여 분석하고, 그중 징벌적 손해배상제도에 대한 중국 학계 및 전문가들이 지적하고 있는 개정안의 문제점을 살펴보겠다.

3. 개정안 제76조의 주요 내용

2014년 6월 국무원은 국가저작권국이 제출한 개정안을 공포했다. 개정안의 제76조 손해배상제도 규정은 다음과 같다.

저작인접권(著作隣接權)²⁶⁾의 침해에 대한 손해배상액 산정 시 권리자는 일일이익, 침해자의 부당이익, 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액의 합리적 배수 또는 100만 위안(RMB) 이하의 배상액을 선택하여 청구할 수 있다.

저작권 또는 저작인접권을 2회 이상 고의적으로 침해한 경우 인민법원은 전 항에서 산정한 배상액의 2, 3배를 배상액으로 확정할 수 있다.

인민법원에서 배상액을 확정할 때 권리자가 침해행위를 제지하기 위해 지출한 합리적인 비용을 포함해야 한다.

인민법원이 배상액을 확정하기 위해 권리자는 충분한 증거를 제시하고, 침해행위와 관련된 장부, 자료가 주로 침해권자에 의해 파악되는 경우에는, 침해행위와 관련된 장부, 자료의 제공을 명령할 수 있다. 침해자가 장부, 자료를 제공하지 않거나 허위 장부, 자료를 제공하면 인민법원은 권리자의 주

25) 楊興(YangXing), “完善我国《著作权法》第49条的思考-基于美国版权侵权法定赔偿金制度改革的启示”, 『暨南学报』, 2014年 第12期, 90页.

26) 저작인접권(著作隣接權)을 중국 현행법에서는 저작권 유관권리(与著作权有权利)라고 하였고, 개정안에서는 상관권(相關權)이라고 하였다.

장에 근거하여 손해배상액을 판결할 수 있다.

(1) 손해배상청구 방법 선택 가능

손해배상액 산정방법을 선택할 수 있다는 것이다. 현행법에서는 권리자의 일실이익, 침해자의 부당이익, 법정손해배상의 방법으로 순서에 따라 청구할 수 있었다. 그러나 개정안에서는 순서를 없애고, 권리자가 선택하여 청구할 수 있게 규정하였다. 이는 저작권 침해 분쟁 시 일실이익 또는 부당이익을 입증하기도 어려운데 그것을 입증하기 위해 발생하는 사회적 비용이 증가하고 있다는 것과 만약 일실이익 또는 부당이익을 입증한다면 신설된 통상사용료 상당액으로의 손해배상액 산정방법은 무용지물이 된다. 이와 같은 과정은 권리자에게 상당히 불리하게 적용되기 때문에 순서를 없애고 선택으로 개정된 것이다.²⁷⁾

(2) 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당한 액

이번 개정을 통해 저작권법에도 특허법, 상표법의 허가비용(許可費用)과 통상사용료 상당액을 손해배상제도로 규정하였다. 침해로 인하여 저작권을 양도 또는 사용허가를 했을 때 마땅히 받을 수 있는 수익을 실손해액으로 산정하는 방법이다. 중국은 유럽연합과 그 회원국들의 입법 양식에 따라 독립적인 산정방법으로 통상사용료 상당액을 신설하였다. 관련 계약서 등을 근거로 그 손실에 대한 비용을 유추할 수 있어서 권리자의 일실이익 또는 침해자의 부당이익보다는 객관적으로 손해배상액을 산정할 수 있다는 장점이 있다.²⁸⁾

(3) 법정손해배상제도 변화

권리자의 합법적인 권익을 보호하고 강화하기 위해 침해행위에 대한 법정

27) 王迁(WangQian) 외 2인, “知识产权侵权损害赔偿：问题与反思”, 『知识产权』, 2016年 第5期, 35页.

28) 上同.

손해배상액을 상향 조정하였다. 현행법에서의 법정손해배상제도의 적용은 일실이익 또는 부당이익을 확인할 수 없을 때 인민법원이 침해행위의 정황을 근거로 50만 위안 이하의 배상을 판결할 수 있다고 하였으나, 권리자의 권리를 보호할 뿐만 아니라 침해가 발생하지 않도록 예방하기 위하여 법정손해배상액 50만 위안(RMB) 이하의 배상액을 100만 위안(RMB) 이하의 배상액을 청구할 수 있도록 상향 조정하였다. 이는 중국의 저작권 침해행위 분쟁에서 침해행위에 따른 손실에 대한 정확한 증거 확보가 어려워져 주로 침해행위 정황에 따라 판사가 손해배상액을 확정하는 법정손해배상제도가 100%에 가깝게 적용²⁹⁾ 되고 있기 때문이기도 하다.

(4) 징벌적 손해배상제도 도입

중국 저작권법 손해배상제도의 가장 큰 문제점은 증거 확보가 어렵고 배상액이 낮아서 저작권을 보호하고 침해를 예방, 억제하거나 위협하지는 못하고 있다는 것이다. 민사소송에서 손해배상의 궁극적인 기능은 권리자의 일실이익에 대한 실손해배상이다. 실손해배상은 손실에 대한 배상의 기능만 있을 뿐 침해를 억제하거나 징벌하는 기능이 없어 저작권 보호에 부족함이 있다. 저작권 보호에 신뢰가 쌓이지 않는다면 권리자의 창작 활동을 장려할 수 없고 이는 곧 국가의 경제력과도 직결되는 문제이다. 날로 악의적으로 반복되는 저작권 침해행위를 억제하거나 위협하기 위해서 징벌적 손해배상제도를 도입하였다. 신설된 징벌적 손해배상제도 2회 이상 고의침해와 전항의 산정방식의 2배에서 3배까지 손해배상액으로 산정할 수 있는 조건에 대한 논쟁이 있다. 논쟁이 되는 근거는 다음 절에서 자세히 설명하도록 하겠다.

29) 曹新明(CaoXinMing), “我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计”, 『现代法学』, 第41卷第1期(2019), 115页.

4. 개정안 제76조에 대한 의견

(1) 법정손해배상액

현행법과 비교하여 개정 초안에서는 법정손해배상액을 50만 위안(RMB)에서 100만 위안(RMB)으로 상향하였다. 이는 엄격한 법적 책임 시스템과 권리 침해 행위의 억제를 위한 입법 추세를 보여 주고 있다. 그러나 법정손해배상액의 하한을 설정하지 않은 것에 대하여 여전히 의견이 분분하다. 하한을 설정하면 침해자에게 과잉대응 할 수 있다는 것과 하한을 설정하지 않아서 판사의 재량권의 척도를 파악하기 어렵다는 것이다.

법정손해배상제도는 기본적으로 권리자의 일실이익과 긴밀한 연관성을 가지고 있다. 법정손해배상의 기본 원칙은 권리자의 손실에 대한 전부 보상으로 법정손해배상이 징벌성이 아닌 보상성을 가지고 있음을 설명하고 있다. 그러나 법정손해배상제도는 침해행위의 정황에 따라 즉, 침해 저작물의 가치, 시장경제력, 통상사용료 상당액, 침해행위 등을 기초로 판결하다 보니 판사 재량으로 판결되는 것이 일반화가 되어가고 있고, 유사 사건에 대한 배상액이 일치하지 않는 현상들이 발견되고 있다.³⁰⁾ 이에 학계에서는 법정손해배상의 적용 조건, 징벌적 기능의 구유 여부, 법정손해배상액 산정 표준, 법정손해배상 판결 시 권력의 가중치 등이 논의되고 있다.³¹⁾

(2) 징벌적 손해배상의 조건

징벌적 손해배상의 조건으로 ‘2회 이상’과 ‘고의침해’가 제시되었다. 중국 민법에서 고의는 중대과실과 같은 개념인데, 민법에서 과실은 일반과실과 중대과실로 나뉜다. 중대과실, 즉, 고의는 침해자가 자신의 행위가 초래할 수 있는 결과를 충분히 예상하면서 그 결과가 발생되도록 그냥 두는 심리상태라고 해석하고 있다.³²⁾ 고의에 대한 법적 효력이 있는 정의를 찾아보기는

30) 袁秀挺(YuanXiuTing)·凌宗亮(LingZongLiang), “我国知识产权法定赔偿适用之问题及破解”, 同济大学学报(社会科学版), 2014년 12월 Vol. 25 No.6, 120页.

31) 朱玛, “知识产权法定赔偿制度的反思与完善”, 『科技管理研究』, 2016年第12期, 147页.

어렵다. ‘고의’에 대한 판단 표준을 분명히 알고 있는 사실(明知)로 삼고 있는데 침해자의 침해행위는 매우 주관적인 상태이기 때문에 ‘고의’침해를 인정하여 분명하게 가려내기에 어려움이 있다. 이에 징벌적 손해배상제도가 과도하게 사용될 수 있다는 점을 주의해야 한다.

‘2회 이상’의 조건은 침해행위의 중복 발생을 의미한다. 그러나 ‘2회 이상’의 중복 발생에 대한 명확한 표준을 제시하지 않아 논쟁이 되고 있다. 우선 ‘2회 이상’에서 ‘2회 이상’의 표준이 동일 저작물에 대한 고의침해가 2회 이상인 것인지, 서로 다른 저작물에 동일 침해자가 2회 이상 고의침해 한 것인지에 대하여 명확하게 구분되어 있지 않다. 그리고 2회 이상을 어떻게 증명할 것인가에 대한 의견도 분분하다. 저작권 침해 행위에 대한 증명은 본래 어려운 점을 가지고 있는데, 고의적 침해가 2회 이상이나 아니냐에 대한 구분은 원고(原告)에게 더 큰 부담감을 가져다주는 것으로 볼 수 있다. 마지막으로 비록 1회의 고의적 침해이지만 그 침해 크기가 막대하여, 그 침해 정도가 사회 질서에도 영향력을 미친다면 배상과 위협, 징벌의 성질을 가지고 있는 징벌적 손해배상 청구를 배제할 수는 없다.

이에 대하여 “고의”침해에 대해서는 배수의 손해배상을 허용하고, 이 외에 모든 침해행위에 대해서는 최저 1만 위안(RMB)의 법정손해배상을 규정해야 한다는 의견도 있다. 권리자가 점점 더 복잡해지고 다양해지는 침해 유형에 대응할 수 있도록 충분한 도움이 되려면 그에 적절한 보상을 받아야 한다는 것이다.³³⁾

저작권 보호를 강화하기 위해 징벌적 손해배상의 제도 도입은 당연한 과제로 드러났지만, 징벌적 손해배상 제도의 도입을 좀 더 효과적으로 활용하고 과도한 배상을 방지하기 위해서는 그 조건에 대한 명확한 표준과 세밀한 조건이 제시되어야 할 것이다.

32) 刘君英(LiuJunYing), “论我国著作权惩罚性赔偿制度的合理构建…以《著作权法》(修改草案送审稿)为中心”, 科技展望, 2016/21, 254页.

33) 孙远钊(SunYuanZhen), “《著作权法》(修订草案送审稿)修改与完善建议”, 交大法学, 2014年 No.1, 19页.

(3) 징벌적 손해배상의 배수 배상제도

2배-3배수의 배수 배상제도에 대한 의견도 분분하다. 개정 초안에서는 징벌적 손해배상액의 산정 기준을 보상성 배상으로 규정하였다. 보상성 배상에는 일실이익, 부당이익, 통상사용료 상당액의 합리적 배수 및 법정손해배상이 포함된다. 일실이익, 부당이익, 통상사용료 상당액의 합리적 배수를 표준으로 하는 손해배상은 권리자 또는 상관 권리자의 손실에 상응하는 보상을 의미하지만, 법정손해배상액은 50만 위안(RMB) 이하에서 100위안(RMB) 이하로 상향 조정하면서 보상뿐만 아니라 위협의 성격을 가지게 되었다. 이는 징벌적 손해배상의 일부 성격과 중복되는 것이다. 게다가 현실적으로 법정손해배상은 판사 재량에 의한 판결이 빈번한데, 이와 같은 법정손해배상액을 징벌적 손해배상액 산정 표준으로 삼는다면 중복 배상이 될 뿐만 아니라 과도한 배상액 판결이 나올 수 있다는 점을 고려해야 한다. 중국 상표법에서는 징벌적 손해배상의 배상액 산정 표준에서 법정손해배상액을 배제하였다.

그리고 2에서 3배수가 합리적인가에 대한 의문이다. 중국 상표법(2019년) 또는 특허법(개정 초안)에서는 1배 이상 5배 이하의 배수를 규정하였는데, 개정 초안인 저작권법에서는 2에서 3배수 배상제도를 규정하였다. 중국 학계에서는 이와 같은 배상액 산정방법은 징벌적 손해배상액의 1배에서 2배수의 배상액이 존재하지 않는 것에 의문을 가진다. 징벌적 손해배상 제도의 도입은 침해자에게 경제적으로나 정신적으로 엄중한 처벌을 위한 것으로 보상성 손해배상보다는 배상액이 크게 산정되는 것은 당연한 논리이다. 이에 보상성 배상액이 1배 이상이라는 논리도 틀리지 않는다는 의견이다.³⁴⁾ 하지만 필자는 이 의견에 대해서는 다른 의견이다. 1배 이상이라는 것은 1배를 포함하는 것인데, 보상성 손해배상액보다 1배의 징벌적 손해배상액이 산정된다면 결국 손실에 상응하는 보상성 손해배상액과 다를 바 없다. 그렇다면 징벌적 손해배상액이 보상, 위협, 징벌 등을 위해 보상성 손해배상액보다 커야

34) 刘君英(LiuJunYing), “论我国著作权惩罚性赔偿制度的合理构建——以《著作权法》(修改草案送审稿)为中心”, 科技展望, 2016/21, 255页.

한다는 논리에는 맞지 않는 것이다. 상표법과 특허법에서는 1배 이상 5배 이하, 저작권법은 2에서 3배라고 규정하였는데, 배수 배상액을 확정할 때 지식재산권인 상표, 특허, 저작권의 유사 침해 사례 발생을 고려해서 배수의 수를 정하는 것도 중요하고, '이상, 이하', '초과, 미만' 등 그 배수의 범위를 명확히 제시하는 것도 중요하다고 여겨진다.

IV. 우리나라에 주는 시사점

우리 저작권 침해에 대한 손해배상액 산정방법은 하나, 저작권법 제125조 제1항 침해자의 이익을 손해액으로 추정한다는 규정이다. 이 방법은 금전적 손실에 대한 보상이기 때문에 가장 객관적이고 경제적인 방법이라고 할 수 있지만, 침해자의 이익을 입증하기 위한 증거 확보에도 어려움이 있고 침해자의 이익이 완전히 침해행위로 발생한 이익인지 그 관계를 입증하기에도 어려움이 있다. 게다가 권리자의 손해액이 침해자의 이익액보다 적다는 것이 입증되면, 초과이익에 대한 반환청구는 인정되지 않고, 침해자가 초과이익을 그대로 보유할 수 있도록 한다.³⁵⁾ 이에 현실적으로 권리자의 손해를 충분히 보상하지 못할뿐더러 침해자의 침해를 억지하지도 못하기 때문에 손해배상액 산정방법으로는 활용도가 떨어진다.

둘, 제125조 제2항은 통상사용료 상당액을 손해액으로 청구할 수 있도록 규정하였다. 이는 침해자가 권리자로부터 정당하게 이용허락을 받고 이용했을 경우 마땅히 지급해야 하는 비용을 손해배상액으로 산정하는 것인데, 정당하게 이용하거나 침해하거나 침해자에게 발생하는 비용은 같아서, 현실적인 불이익은 전혀 없다. 이에 권리자는 손해배상을 받을 수 있지만, 침해행위가 재발할 수 있는 여지가 충분히 남아 있다.

셋, 제125조의2에서는 법정손해배상을 저작물 등마다 1천만 원(영리를 목

35) 이해완, “저작권법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 『산업재산권』, 제58호(2019), 364면.

적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만 원) 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 규정으로 비록, 저작권등록이 점점 증가하는 추세이기는 하지만 저작권은 본래 특허, 상표 등과 다르게 어떠한 등록과정 없이 작품이 완성됨에 따라 생성되는 권리로서 저작권등록이 필수가 아닌 점에서 본 규정을 적극적으로 활용하는 것에 어려움이 있다.

넷, 제126조에서는 법원은 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려울 때 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 손해액을 인정할 수 있다고 규정되어 있다. 이는 법원에서 침해 상황을 참작하여 손해배상액을 인정할 뿐, 침해를 억제, 예방 또는 징벌하는 효과는 없다.

이와 같은 문제점은 권리자들에게 충분한 손해배상이 이뤄지지 못하고 있으며 동시에 저작권 침해를 충분히 억제하지 못하고 있다. 게다가 침해 탐지 등 침해가 발생하였을 때 권리자가 실질적으로 부담하는 비용이 손해배상액에 포함되어 있지 않다는 것이다. 이에 권리자들은 민사적 구제보다는 형사적 구제수단에 의존하고 있다는 것이다.³⁶⁾ 이와 다르게 중국은 현행법 제49조에 배상액에는 권리자가 침해행위를 제지하기 위해 지출한 모든 합리적인 비용을 지급한다고 규정되어 있다. 합리적인 비용이란 침해행위 정황 조사 및 증거 수집, 변호사 비용 등을 포함하는데, 이 비용 역시 침해가 발생하지 않았다면 권리자가 부담하지 않을 비용이기 때문에 손해배상액에 포함하고 있다.

민사분쟁인 저작권 침해에 대한 효과적인 구제를 위해 우리 저작권법에서도 징벌적 손해배상의 도입에 관한 연구가 진행되고 있다. 그러나 중국은 제3차 저작권법 개정안의 손해배상제도에 이미 징벌적 손해배상제도를 도입

36) 上同, 366면.

하였다. 비록 2회 이상의 고의에 대한 정의와 2에서 3배수에 대한 논쟁이 있지만, 징벌적 손해배상제도의 도입은 확고하다. 이는 저작권 관련 분쟁이 빈번하게 발생하여 저작권 침해 행위를 억제하고 악의적 또는 고의적 침해를 징벌할 수 있고 동시에 권리자에게는 충분한 손해배상과 권리보호의 신뢰가 쌓여 창작 활동을 장려할 수 있기 때문이다. 이에 우리 저작권법 손해배상제도 연구에 있어서 중국의 저작권 보호 강화를 위한 변화를 주시할 필요가 있다.

V. 결론

인터넷과 과학기술의 발전은 시장경제의 핵심을 변화시켰다. 저작물들의 디지털화가 가속화되었을 뿐만 아니라 다양한 소비성향은 새로운 콘텐츠를 불러일으켰다. 디지털 저작물을 비롯하여 수많은 콘텐츠가 다양한 모습으로 시장에 뛰어들고 있다. 이같이 시장경제를 이끄는 디지털 저작물과 콘텐츠의 발전을 도모하기 위해서는 분명한 보호장치가 필요하다. 아시아에서 가장 큰 시장을 가지고 있는 중국에서 디지털 저작물 및 다양한 콘텐츠의 거래가 활발하게 이뤄지고 있지만, 저작권 침해에 대한 구제가 충분히 그 기능을 발휘되지 못하고 있는 것 또한 현실이다.

이에 중국은 시장경제에서 지식재산권의 중요성과 그 보호의 필요성을 매년 강조하고 있다. “개방적이고 혁신적인 아시아, 번영하고 발전하는 세계”라는 주제로 개최된 2018년 4월 아시아 보아오 포럼³⁷⁾에서 시진핑 중국 국가 주석이 기조연설을 하였는데, 기조연설에서 강조된 것 중에 중국의 시장 환경을 대대적으로 개선하고 지식재산권의 보호를 강화하면서 중국의 대외 개방은 반드시 완전히 새로운 국면을 맞이할 것이라고 발표하였다. 특히 지식재산권 보호 강화는 중국경제의 경쟁력을 북돋아 줄 것이고 중국 국내의

37) 매년 4월 중국 하이난다오 충하이시 보바오에서 개최되는 아시아지역 경제 관련 포럼.

외자기업의 합법적 지식재산권을 보호함과 동시에 외국 정부가 중국 지식재산권의 보호를 강화해 주기를 희망한다고 전하였다. 이는 중국도 저작권을 포함한 지식재산권의 권리를 보호하기 위해 정부에서 노력하고 있음을 보여준다.

저작권법의 근본적인 목적은 저작권을 보호하는 것뿐만 아니라 창작 활동을 장려하며 문화, 과학과 경제발전을 촉진하는 것이다. 저작권의 보호는 권리자에게 발생한 손실을 충분히 배상하여 꾸준한 창작 활동을 할 수 있도록 장려하고 동시에 단순히 침해에 대한 보상이 아니라 침해가 재차 발생하지 않도록 침해행위를 억제하는 것 또한 저작권을 보호하는 것이다. 중국 저작권법의 전면개정 내용 중 손해배상제도의 제고는 우리 저작권법의 손해배상제도 개선연구를 위해 상당한 시사점을 주고 있다. 특히 저작권법에 징벌적 손해배상제도를 도입한 것은 한국에서도 도입을 연구 중이기 때문에 참고자료가 될 수 있다고 본다.

참고문헌

〈단행본(중국)〉

楊華權(YangHuaQuan), 『中國著作權觀念的歷史解讀』, 北京大學出版社, 2016年

〈학술지(한국)〉

이해완, “저작권법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 『산업재산권』, 제58호(2019), 364면.

〈학술지(중국)〉

語和(Yu Hua), “我國歷史上的第一部著作權法-〈大清著作權律〉簡論”, 『歷史教學』.

冯晓青(FengXiaoQing) · 杨利华(YangLiHua), “我国《著作权法》与国际知识产权公约的接轨—《著作权法》第一次修改研究”, 『河南城政法管理幹部學院學報』.

袁秀挺(YuanXiuTing) · 凌宗亮(LingZongLiang.), “我国知识产权法定赔偿适用之问题及破解”, 『歷同系大學學報(社會科學版)』.

吴汉东(WuHanDong), “著作权法第三次修改的背景、体例和重”, 『法商研究』.

张钦坤(ZhangQinKun), “中国网络版权产业发展报告(2018)解读”, 『中國新聞出版廣電報』.

李晏(LiYan) · 马凯(MaKai), “我国知识产权法定赔偿制度的反思与完善”, 『安徽电子信息职业技术学院学报』.

楊興(YangXing), “完善我国《著作权法》第49条的思考-基于美国版权侵权法定赔偿金制度改革 的启示”, 『暨南學報』.

王迁(WangQian) 외 2인, “知识产权侵权损害赔偿: 问题与反思”, 『知识产权』.

曹新明(CaoXinMing), “我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计”, 『现代法学』.

朱玛, “知识产权法定赔偿制度的反思与完善”, 『科技管理研究』.

刘君英(LiuJunYing), “论我国著作权惩罚性赔偿制度的合理构建…以《著作权法》(修改草案送审稿)为中心”, 『科技展望』.

孙远钊(SunYuanZhen), “《著作权法(修订草案送审稿)》修改与完善建议”, 『交大法學』.

〈인터넷자료(중국)〉

中華人民共和國中央人民政府, “中華人民共和國著作權法(修訂草案送審稿)”, 中國政府網, (http://www.gov.cn/foot/2014-06/06/content_2695611.htm), 검색일: 2014. 6.6. 最高人民法院3庭(知識產權審判庭), “2018年中国法院知识产权司法保护概况”, 人民

法院网, <<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/06/id/4017608.shtml>> ,

검색일: 2019.6.6.

管育鹰(GuanYuYing), “关于《著作权法》第二次修改的一点看法”, 中國网, <http://www.china.com.cn/news/comment/2010-02/25/content_19474790.htm> , 검색일: 2010.2.25.

中華人民共和國國家知識產權局, “五年来全国法院审结各类知识产权案件78.1万件”, 知識產權局, <<http://www.sipo.gov.cn/mtsd/1126124.htm>> , 검색일: 2018.7.11.

中華人民共和國國家知識產權局, “2017年中国知识产权保护状况”, 知識產權局, <<http://www.sipo.gov.cn/gk/zscqbpx/1123565.htm>> , 검색일: 2018.4.25. 7頁.

A Study on the Compensation System of Chinese Copyright Law

KOO, HYOYOUNG

China has laid out the importance of intellectual property rights in the next-generation market economy and stressed the need to strengthen the protection of intellectual property rights. Thus, the Copyright Act was officially revised in 2011. After revising the draft revision three times in 2012, the revision was announced in 2014. As one of the main contents of the revision, the Act also enhanced the method for calculating the amount of copyright damages in order to strengthen the protection of copyrights. A new provision has been established that the rights of the right-hand person, speaking in our copyright law, can claim damages equivalent to the amount usually received by the exercise of that right. Not only did the statutory damages have been raised from under 500,000 yuan (RMB) to less than 1 million yuan (RMB), but also punitive damages have been introduced in copyright laws, such as the Chinese Trademark Act and the Patent Act. In this paper, I analyzed the Chinese copyright damages system and reviewed the disputed parts to consider the direction of strengthening copyright protection in China.

Keyword

China Copyright Act, Damage Standards, Copyright Transaction Costs, Legal Damage Compensation, Punitive Damage