

발 간 등 록 번 호

11-1430000-100079-01



기술유출범죄 피해규모 산정기준 및 특허침해 손해배상범위 확대를 위한 법제도 개선 연구

2025. 9.



특 허 청

제 출 문

특 허 청 장 귀 하

본 보고서를 “기술유출범죄 피해규모 산정기준 및 특허침해 손해배상범위 확대를 위한 법제도 개선 연구” 최종보고서로 제출합니다.

2025년 9월 27일

- 주관연구기관명: 한국지식재산학회
- 연 구 기 간: 2025년 4월 28일 ~ 2025년 9월 27일
- 주관연구책임자: 손승우 상임고문(법무법인 율촌)
- 참여연구원

연 구 원: 정차호 교수(성균관대학교)

연 구 원: 김창화 교수(한밭대학교)

연 구 원: 임형주 변호사(법무법인 율촌)

연 구 원: 황선영 교수(부산대학교)

연구보조원: 강백서 연구원(중앙대학교)

연구보조원: 신민지 연구원(중앙대학교)

연구보조원: 장설경 연구원(성균관대학교)

목 차

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 필요성	2
제2절 연구의 범위와 방법	3
1. 연구의 범위	3
2. 연구의 방법	5

제2장 기술유출범죄 피해규모 산정기준 및 법제도 개선

제1절 기술유출범죄의 개요 및 현행 제도의 한계	8
1. 기술유출범죄의 정의 및 유형	8
2. 현행법상 피해규모 산정기준의 구조	13
3. 형사처벌·손해배상 관련 규정 개요	15
4. R&D 비용의 인정 현황 및 쟁점	19
제2절 국내 기술유출범죄 피해규모 산정 현황 분석	21
1. 기술유출 관련 판결 및 사례 분석	21
2. 피해규모 산정 및 처벌 수준 분석	30
3. 시사점 및 법제도 개선 사항	38
제3절 주요 경제범죄의 현황 분석	39
1. 경제범죄의 현황 및 산정기준	39
2. 자본시장법상 과징금 및 부당이득 산정 규정 신설	42
3. 시사점 및 법제도 개선 사항	45
제4절 해외 주요국의 관련 제도 및 판례 분석	46
1. 미국	46
2. 유럽 주요국	65
3. 중국	70

4. 일본	95
5. 한·중·일 부정경쟁방지법상 영업비밀 처벌 조항 비교	99
제5절 법제도 개선 및 기술유출수사 지원체계 방안	101
1. 피해규모 산정기준 개선 방안 검토	101
2. 기술유출수사 지원체계 방안	106
3. 영업비밀보호법 개정 방안	114

제3장 특허·영업비밀 침해 손해배상 산정시 R&D 투자비용 인정 등 관련 제도 개선

제1절 주요국 특허법의 손해배상액 산정 법리	122
1. 한국	122
2. 미국	132
3. 중국	139
4. 일본	154
5. 유럽통합특허법원(UPC)과 손해배상법리	160
제2절 R&D 비용의 정의 및 세부 내용 구분: 지식재산권법적 고찰	168
1. 서론	168
2. 연구개발비의 개념과 구분	168
3. 연구개발비의 회계처리와 법적 성격	169
4. R&D 투자비용의 산정 및 고려 요소 도출	170
제3절 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서 연구개발비 반영 여부	185
1. 한국에서의 연구개발비 공제	185
2. 독일에서의 연구개발비 공제	187
3. 미국에서의 연구개발비 공제	188
4. 일본에서의 연구개발비 공제	189
5. 중국에서의 연구개발비 공제	192
6. 소결	196
제4절 영업비밀 사건에서의 연구개발비 반영	197
1. 한국	197
2. 미국	198
3. 중국 영업비밀 사건에서 연구개발비 고려	201

4. 소결 및 시사점	202
제5절 영업비밀 침해소송에서 R&D 비용의 손해액 산정 반영 및 특허 손해배상 범위 확대를 위한 제도적 방안	203
1. 영업비밀보호법 개정 방안	203
2. 세법상 R&D 세액공제 증빙의 활용방안	206
3. 특허법 등에서의 손해배상 법리의 추가 개선 방안	214

제4장 결론

결론	230
----------	-----

표 목 차

〈표 1〉 민사사건 분석 내용	22
〈표 2〉 형사사건 분석 내용	27
〈표 3〉 자산 관련 손해배상 청구 시 법원 판단 경향 요약	30
〈표 4〉 민사 판결 손해배상 금액 산정 방식	31
〈표 5〉 주요 기술가치 평가방법	31
〈표 6〉 美 영업비밀 침해로 인한 피해 금액 산정 기준	32
〈표 7〉 미국의 기술 유출 피해 금액 산정 주요 판례 분석	33
〈표 8〉 미국 기술 유출 피해 금액 산정기준과 국내와의 차이점	34
〈표 9〉 분석 대상 민사 판결 손해배상 금액 분포	34
〈표 10〉 분석 대상 형사 판결 형량 분포	37
〈표 11〉 경제사범 형사사건 처리현황	40
〈표 12〉 산업스파이와 영업비밀 절도 비교	47
〈표 13〉 손해의 분류	48
〈표 14〉 손해액 산정 방법 비교	50
〈표 15〉 손해액에 따른 범죄 단계의 결정	55
〈표 16〉 중국 반부정당경쟁법상 영업비밀 침해행위 유형	72
〈표 17〉 중국 반부정당경쟁법상 영업비밀 조항 신·구 비교	73
〈표 18〉 중국 반부정당경쟁법상 민사 및 형사책임 조항 신·구 비교	73
〈표 19〉 중국 반부정당경쟁법상 행정책임 조항 신·구 비교	74
〈표 20〉 중국 형법상 영업비밀 유출 시 처벌 형량 비교	78
〈표 21〉 한·중·일 영업비밀 처벌 조항 비교	100
〈표 22〉 미국 연방양형위원회의 연방양형가이드라인(USSG) § 2B1.1(C)	104
〈표 23〉 특허침해 손해배상액 산정모델의 핵심 영향 요인	109
〈표 24〉 발명진흥회와 기술보증기금의 특허평가 모델 및 사용 평가 데이터 비교	111
〈표 25〉 한국발명진흥회와 기술보증기금의 특허관련 평가요인 비교	111
〈표 26〉 손해배상 제도 도입 시 검토 사항(안)	119
〈표 27〉 제128조 제2항 제1호 및 제2호에 의한 일실이익 산정방법	124
〈표 28〉 통계치 이익률을 적용한 사례	128

〈표 29〉 미국 상표사건에서의 통계치 이익률 적용 사례	129
〈표 30〉 중국 법원이 침해자 이익 산정에서 통계치 이익률을 적용한 사례	143
〈표 31〉 중앙법원과 지역/광역법원의 관할	163
〈표 32〉 원가계산서 예정가격 산출식	171
〈표 33〉 2025년 행정안전부 학술연구용역 인건비 기준단가	171
〈표 34〉 2025년 적용 SW 기술자 평균임금	172
〈표 35〉 연구시설·장비비 등 연구개발비 사용용도 계상 기준	173
〈표 36〉 (예시) 연구시설 구축계획서의 각 항목별 주요 내용	174
〈표 37〉 원가계산서 예정가격 산출식	176
〈표 38〉 원가접근법 산출식	177
〈표 39〉 원가접근법 종류 및 방법	177
〈표 40〉 (예시) 로열티공제법 모델Ⅱ 적용	181
〈표 41〉 영업비밀 침해행위에 대한 현행 양형기준(2025)	205
〈표 42〉 손해액 입증 관련 회계정보	208
〈표 43〉 침해자 이익 혼합산정 개정방안	217
〈표 44〉 통계치 이익률을 적용한 사례	218
〈표 45〉 미국 상표사건에서의 통계치 이익률 적용 사례	218
〈표 46〉 침해자 이익에서의 증명책임 명확화	219
〈표 47〉 기여도 적용 대표 판결	220

그림 목 차

〈그림 1〉 평가정보체계(지식재산(IP-Hub) 체계도	113
〈그림 2〉 미국법상 특허침해 손해배상의 산정 방식	134
〈그림 3〉 로열티공제법에 의한 기술가치평가 절차	179
〈그림 4〉 로열티공제법 산출식	180
〈그림 5〉 로열티공제법에 기반 기술가치평가 개요도	180
〈그림 6〉 시장접근법 산출식	183
〈그림 7〉 시장접근법에 의한 기술가치평가 절차	184
〈그림 8〉 전문가 사실조사 주요 개선사항	216

요 약 문

본 연구는 기술유출범죄 및 특허·영업비밀 침해 사건에서 피해규모와 손해액이 실질보다 과소 산정되는 구조적 한계를 극복하고, 기술보호 및 공정한 보상체계 확립을 위한 법제도 개선 방향을 제시하였다. 현행 제도하에서는 기술(영업비밀)유출의 피해액 산정 기준이 불명확하여 처벌 수준이 낮고, 특허침해 사건의 손해배상 역시 기업의 R&D 투자 규모에 비해 현저히 낮은 수준에 머물러 있다. 이는 기술혁신을 위한 투자 유인을 약화시키고, 결과적으로 국가 기술경쟁력에도 부정적 영향을 미친다.

본 연구는 미국·독일·중국·일본 등 주요국의 기술유출 및 지식재산 침해 관련 판례와 법제도 운영 사례를 국내와 비교 분석함으로써, 국내 법제의 한계를 실증적으로 평가하였다. 주요국의 판례에서는 영업비밀 침해에 따른 손해액 산정 시 R&D 비용, 기회손실, 침해자의 부당이득을 폭넓게 인정하고 있으며, 수사 및 재판 단계에서 전문평가기관의 감정제도를 활용하여 기술가치를 정량화하고 있음을 확인하였다. 이러한 비교법적 접근은 우리 제도의 개선 방향과 실질적 입법 대안을 도출하는 기초자료로 기능하였다. 특히 제2장 제5절에서는 기술유출범죄에 대한 피해규모 산정체계와 수사지원 제도의 개선방안을, 제3장 제5절에서는 영업비밀 침해소송에서 R&D 투자비용을 손해액에 반영할 수 있는 법리적 근거 및 특허 손해배상 범위 확대 방안을 구체적으로 제시하였다.

1. 기술유출범죄에 대한 피해규모 산정체계와 수사지원 제도의 개선방안

첫째, 피해규모 산정기준의 개선 측면에서는 ① 정량적 추정 방식, ② 정액 추정 방식, ③ 권리 귀속 불명한 경우 감액, ④ 영업이익 직접 비교 등으로 구분되지만, 일관된 기준의 부재로 사건별 편차가 크게 나타나고 있다. 객관적 피해규모 산정 기준의 마련이 시급하며, 미국의 예를 참고하여 피해규모에 비례한 처벌 체계를 구축해야 한다.

둘째, 기술유출수사 지원체계 구축을 위해 수사기관이 기술가치 및 피해규모를 객관적으로 평가할 수 있도록 ‘기술평가기관(예: 발명진흥회, 기술보증기금 등)’을 지정·활용하는 방안을 제시하였다. 이를 통해 수사 초기단계부터 피해액의 객관적 산정이 가능해지고, 법원의 판단에도 실질적 영향을 줄 수 있는 구조적 기반이 마련된다.

셋째, 법제도 개선의 방향으로 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘영업비밀보호법’)의 개정을 통해 전문기관 감정절차의 법제화를 제안했다. 다만, 중국 법제에서 찾아볼 수 있는 “법정손해배상제도”의 경우 국내 법체계 내에서 실효성이 담보되지 않는 이상 도입에 신중히 할 필요가 있다. 우리 실정에서는 합리적 실시료(합리적 로열티)를 손해액의 하한으로 삼는 입법 대안을 병행 검토할 수 있다. 본 보고서는 분야별 차등, 또는 시장자료의 신뢰도에 따른 하한율을 규정하는 방안을 제시하고 있다. 이 접근은 과다

배상 우려를 낮추면서도 실제 손해 산정이 곤란한 사건에서도 예측가능한 최소한의 보상 수준을 제도적으로 보장한다는 점에서, 우리나라의 재판실무 및 산업 구조와의 정합성이 높다. 이러한 제도적 개선은 피해기업의 입증부담을 경감하고, 기술탈취 행위에 대한 억제력을 제고할 수 있는 법정책적 수단이 될 수 있다.

2. R&D 비용의 손해액 반영과 특허 손해배상 범위의 확대

제3장 제5절의 분석 결과, 미국·중국 등 주요국은 영업비밀 침해소송에서 R&D 비용을 손해액에 직접 포함하거나, 부당이득 차감 항목으로 포섭하는 사례가 다수 존재함이 확인되었다. 반면 우리나라에서는 연구개발비를 손해로 인정한 판례가 극히 드물어, 기술개발비의 회수가 어렵다는 기업의 구조적 불만이 지속되어 왔다. 이에 본 연구는 R&D 비용을 손해액으로 반영하기 위한 법리적·제도적 근거를 제시하였다.

첫째, 법제도 개선의 방향으로는 「영업비밀보호법」의 개정을 통해 피해액 산정 시 R&D 투자비용 반영의 명문화를 제안했다. 여기에는 피해회사의 개발비용을 범죄 구성요건에 직접 반영하는 방법과 법 제14조의2 손해액 추정 규정을 개정하여, 침해된 영업비밀을 재생산하는 데 소요되는 연구개발비와 기타 비용을 침해자의 이익액으로 간주하거나 추정할 수 있도록 근거를 두는 방법 등을 제시했다.

한편, R&D 투자비용의 인정 요인으로 ① 침해기술의 독자개발 가능성, ② 피해기업의 장기간 연구 및 투자비용 규모, ③ 침해기업의 이익 및 불법행위 기간, ④ 기술개발의 대체가능성 등이 도출하였으며, 법원은 이들 요소를 종합적으로 고려하여 연구개발비 인정 여부를 판단할 수 있다.

둘째, 세법상 R&D 세액공제 증빙자료를 손해배상 입증자료로 활용할 수 있도록 「조세특례제한법」과의 연계 방안을 검토하였다. 이를 통해 회계기록 기반의 객관적 입증이 가능해지고, 손해산정 절차의 투명성이 제고된다. 본 연구는 연구개발비용을 손해액으로 인정받기 위해 기업이 준비해야 할 회계자료를 제시했다.

셋째, 특허 손해배상 범위의 확대를 위해 징벌적 손해배상 규정의 실효성을 높이고, 법원이 기초적 통계치(산업평균 이익률, 표준로열티율 등)를 활용하여 산정할 수 있도록 하는 제도 개선이 필요하다. 또한 ‘한국형 증거개시제도’의 도입은 피해자가 침해자의 회계자료와 이익 규모를 효과적으로 입증할 수 있게 하여, 실질적 손해배상체계를 구축하는 데 핵심적 역할을 행할 것으로 평가된다.

SUMMARY

This study aims to overcome the structural limitations that lead to the systematic underestimation of damages in cases involving technology leakage crimes and patent or trade secret infringements, and to propose legislative and institutional reforms for establishing a fair compensation system and effective technology protection. Under the current legal framework, the criteria for calculating damages from technology (trade secret) leakage remain ambiguous, resulting in relatively lenient penalties; likewise, damages awarded in patent infringement cases are far below the scale of corporate R&D investment. This weakens incentives for technological innovation and, ultimately, undermines national technological competitiveness.

Through a comparative analysis of judicial precedents and institutional practices in major jurisdictions—including the United States, Germany, China, and Japan—this study empirically evaluates the limitations of Korea’s current legal framework. In those countries, courts recognize a broader range of damages in trade secret infringement cases, including R&D costs, opportunity losses, and the unjust enrichment of infringers. Moreover, expert appraisal systems are actively used during investigation and trial stages to quantify technology value. Such comparative insights serve as a foundation for deriving concrete policy directions and legislative reform proposals in Korea.

Notably, Chapter 2, Section 5 discusses improvements to the damage assessment and investigative support systems for technology leakage crimes, while Chapter 3, Section 5 presents legal grounds and specific measures for reflecting R&D investment costs in damages and expanding the scope of patent compensation.

1. Improvement of Damage Assessment and Investigative Support Systems for Technology Leakage Crimes

First, regarding the improvement of damage assessment standards, current practices—such as (1) quantitative estimation, (2) fixed-sum estimation, (3) partial reduction in cases of unclear ownership, and (4) direct comparison of business profits—lack consistency, leading to wide variation across cases. Establishing objective and standardized criteria for calculating damages is therefore urgent. The study recommends adopting a penalty system proportionate to the scale of damages, modeled after the U.S.

approach.

Second, to strengthen investigative support, the study proposes designating and utilizing technology appraisal institutions (e.g., the Korea Invention Promotion Association, the Korea Technology Finance Corporation) to assist investigative authorities in objectively assessing technology value and damage amounts. This institutional framework would enable objective damage estimation from the early stages of investigation and provide a more reliable evidentiary basis for judicial decision-making.

Third, the study recommends amending the Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act to introduce a formalized expert appraisal procedure. However, the “statutory damages system” found in China’s legal framework should be introduced cautiously, given its limited practical feasibility within Korea’s judicial context. Instead, the study proposes adopting a reasonable royalty model as the minimum threshold for damage estimation. Specifically, it suggests establishing differentiated minimum compensation rates by sector or by the reliability of available market data. This approach mitigates concerns about excessive damages while ensuring predictable minimum compensation even in cases where precise quantification is difficult. Such reform would alleviate the evidentiary burden on victimized companies and strengthen the deterrent effect against technology misappropriation.

2. Reflection of R&D Costs in Damage Assessment and Expansion of Patent Compensation Scope

The analysis in Chapter 3, Section 5 reveals that in major jurisdictions such as the United States and China, courts frequently include R&D costs directly in damage calculations or treat them as deductible elements from the infringer’s unjust enrichment. In contrast, Korean courts have rarely recognized R&D expenditures as compensable losses, leading to persistent dissatisfaction among companies that find it difficult to recover development costs. This study thus provides legal and institutional justifications for recognizing R&D costs as part of compensable damages.

First, it recommends explicitly amending the Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act to include R&D investment costs in the calculation of damages. Two alternative legislative approaches are proposed: (1) incorporating the victim company’s development costs directly into the elements constituting the offense, or (2) revising Article 14-2 (presumption of damages) to allow R&D and other reproduction costs required to recreate the misappropriated trade secret to be presumed or deemed as the infringer’s profit.

Additionally, the study identifies key factors that courts may consider when determining whether to recognize R&D expenses, including (1) the feasibility of independent development by the infringer, (2)

the scale and duration of the victim's R&D investment, (3) the magnitude of the infringer's profit and the duration of the unlawful act, and (4) the substitutability of the technology.

Second, to enhance evidentiary transparency, the study explores linking 「Special Tax Treatment Control Act」 with damage assessment procedures so that tax documentation used for R&D tax credits can serve as objective evidence in civil litigation. This would enable accounting-based verification and improve procedural reliability. The study also outlines the accounting data companies should prepare to substantiate R&D-related damages.

Third, to expand the scope of patent damages, the study emphasizes the need to enhance the effectiveness of punitive damages provisions and to institutionalize judicial use of fundamental statistical indicators—such as industry-average profit margins and standard royalty rates—in damage calculations. Furthermore, introducing a “Korean-style discovery system” would allow victims to obtain the infringer's accounting records and profit data more effectively, thereby laying the foundation for a more substantive and equitable compensation framework.

제1장

서론

제1절 연구의 배경 및 필요성

제2절 연구의 범위와 방법

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 필요성

새 정부는 ‘공정한 성장’을 국가 발전의 핵심 비전으로 제시하며 ‘기술 역량’을 미래산업의 주축으로 삼아 글로벌 선도 국가로 도약하겠다는 전략을 발표했다. 그러나 이러한 전략의 지속가능성은 혁신의 결실인 ‘기술’이 정당하게 보호되고 보상받는 제도적 기반이 마련돼 있을 때에나 비로소 담보될 수 있다. 정부와 수사기관은 기술유출로 인한 국가적 피해를 막기 위해 관련 법과 제도를 지속적으로 강화해 왔다. 최근에는 영업비밀 유출 범죄에 대한 법정형 상향과 양형기준 개정 등 처벌 수위가 높아졌으나, 실제 재판 과정에서는 여전히 기대에 미치지 못하는 수준의 처벌이 이루어지고 있다.

처벌 기준이 실효성을 가지려면 무엇보다 기술유출로 인한 피해 규모를 정확히 산정하는 체계가 뒷받침되어야 한다. 현재 우리나라에서는 기술유출 사건 발생 시 검찰이 자체적으로 피해액을 산정하지만, 그 기준이 모호해 판결에 잘 반영되지 못하고 있다. 실제 2015년부터 2023년까지 기술유출 유죄 판결문 중 피해액이 기재된 사례는 전체의 약 4.6%에 불과하며¹⁾, 대부분의 사건에서 구체적 피해액 산정 없이 처벌이 이루어지는 실정이다. 피해 규모를 고려하지 않은 처벌은 범죄의 중대성을 충분히 반영하지 못해 기술유출에 대한 억제 효과가 떨어질 우려가 있다.

이와 함께 특허침해에 따른 손해배상 산정에도 한계가 지적된다. 현행 특허법은 침해로 인한 손해액 산정 시 “실제 입은 손해”나 “합리적 로열티” 등을 규정하지만, 첨단 기술 개발을 위해 기업이 투입한 막대한 연구개발(R&D) 비용을 온전히 반영하기에는 부족한 실정이다. 법원에서 인정되는 특허침해 손해액은 피해 기업의 청구액 대비 평균 12% 수준에 불과하고²⁾, 약 80%의 사건에서 법원이 구체적 계산보다는 재량에 따라 “상당한 손해액”만을 인정하고 있는 것으로 알려졌다.

이처럼 현행 제도에서는 기술 침해로 인한 피해액이 실제보다 과소 산정되어 피해 기업이 입은 경제적 손실을 다 회복하지 못하며, 이는 기업의 기술개발 의욕 저하로 이어질 우려가 있다. 기술유출 시도의 증가와 국가 차원의 대응 강화도 이러한 연구의 필요성을 뒷받침한다. 2019년부터 2023년까지 산업기술 및 영업비밀 유출 사건이 총 589건 발생하였고, 기술유출 범죄 기소율이 2011년 11.2%에서 2024년(8월 기준) 21.5%로 약 두 배 상승하였다. 이는 기술유출 범죄에 대한 수사과 기소가 그만큼 적극 이루어지고 있음을 보여준다. 이러한 상황에서 피해 규모를 명확히 산정하여 가해자에게 상응하는 책임을 묻는 일이 더욱 중요해졌다.

1) 박형관·박미량, “기술유출범죄 양형기준에 관한 연구”, 2022년 대검찰청 용역연구과제, 2023, 42면.

2) 2016.1.1.~2022.12.31. 기술침해 관련 민사 판결문 385건 분석 결과 손해배상액 평균값은 380,271,689, 중앙값은 87,423,609원이고, ‘법원이 정하는 상당한 손해액 인정 방법’이 80%를 차지했다. 박성수, “통계적 판례 분석에 기초한 기술 침해 손해배상 제도 연구”, 중앙대학교 박사학위논문, 2023.

한편, 주요국들은 지식재산 침해에 대한 강력한 보호체계를 구축하여 기술유출을 엄격히 처벌하고 피해자 구제를 강화하고 있다. 예를 들어 미국은 기술유출(영업비밀 침해) 사건에서 피해액 규모에 따른 세분화된 양형기준을 적용해 피해 규모가 클 경우 최대 15년의 실형까지 선고할 수 있으며, 민사 영역에서도 징벌적 손해배상과 광범위한 증거개시제도(Discovery)를 통해 실제 손해에 가까운 배상을 도모하고 있다.³⁾ 독일은 침해로 인한 이익액 산정을 통해 높은 수준의 손해배상을 인정하고⁴⁾, 중국은 고의적 침해에 대한 징벌적 배상제 도입과 권리자의 입증부담 경감 등을 통해 기술보호를 강화하였다.⁵⁾ 일본 역시 “지식재산 입국” 정책 아래 특허법 등을 정비하여 침해에 대한 처벌과 배상을 강화해 왔다.⁶⁾ 주목할 만한 점은 미국과 중국 등 주요국의 영업비밀 침해 사건에서, 손해액 산정의 일환으로 연구개발(R&D) 비용의 전부 또는 일부를 인정한 다수 판례가 확인된다는 것이다. 이에 비해 우리나라에서는 영업비밀 사건에서 연구비를 손해액으로 인정한 사례가 거의 없다는 점에서, 비교법적 관점에서 중요한 시사점을 제공한다. 이러한 국제적 추세에 비추어 볼 때, 우리나라도 기술유출 및 특허침해로 인한 피해 산정을 객관화하고 관련 법·제도를 정비함으로써 기술보호 수준을 한층 높일 필요가 있다.

따라서 본 연구에서는 이러한 문제를 해결하는 방안을 모색하고자 한다. 첫째, 기술유출 범죄로 인한 피해 규모를 객관적으로 평가하는 산정기준을 정립하여, 피해 규모에 상응하는 형사 처벌이 이루어질 수 있도록 관련 법·제도의 개선 방향을 제시한다. 둘째, 영업비밀 유출 사건에서 피해기업의 연구개발 비용까지 손해액에 포함할 수 있는 법적 근거와 기준을 마련하고, 나아가 피해기업이 입은 손해를 충분히 보상받을 수 있도록 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘영업비밀보호법’)과 특허법 등의 법제도적 개선 방안을 구체화한다. 이를 통해 기술유출 및 특허침해로 인한 피해에 대한 공정하고 합리적인 보상·처벌 체계를 구축할 수 있을 것이다. 궁극적으로 이는 첨단 기술에 대한 기업의 투자 의욕을 보호하고 기술유출 범죄에 대한 억지 효과를 강화하는 데 기여할 것으로 기대된다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

본 연구의 목적은 기술유출 사건에서 피해 규모에 비해 지나치게 낮게 산정되는 손해배상액과 미흡한 형사처벌의 문제를 개선하기 위한 제도적 대안을 제시하는 데 있다. 우리나라에서는 기업의 막대한 연구개발(R&D) 투자에도 불구하고 기술유출이나 특허침해 발생 시 인정되는 손해배상액이 실질적인 피해 수준에 미치지 못한

3) 박희주, “미국의 징벌적 손해배상제도와 시사점”, 「소비자정책동향」 통권 제93호, 한국소비자원, 2018; 이나라·심지은, “특허침해소송에서 증거수집제도의 실효성 강화를 위한 연구”, 「지식재산연구」 제12권 제1호, 한국지식재산연구원, 2017.

4) Harguth, A. & Carlson, S., *Patent in Germany and Europe*, Wolters Kluwer: Philadelphia, 2011.

5) 국가지식재산위원회, 「중국 지식재산권 환경 변화 및 대응 방향(안)」, 국가지식재산위원회 심의자료, 2015.

6) 김민배, “일본의 지적재산전략과 기술보호 정책”, 「지식재산연구」 제5권 제3호, 한국지식재산연구원, 2010.

다는 비판이 지속되어 왔다. 이에 따라 피해자에 대한 충분한 보상과 억지 효과의 제고가 절실히 요구된다.

본 연구는 크게 두 가지 분석 축으로 구성된다.

첫째, 기술유출 범죄의 피해규모 산정기준 및 법·제도 개선 방향을 중심으로 한다. 국내에서 발생한 영업비밀 유출 사건을 비롯한 기술탈취 사례의 처벌 현황을 분석하고, 형사재판에서 피해액 산정이 이루어지는 방식과 그 한계를 검토하였다. 분석 결과, 기술(영업비밀) 유출 사건의 손해액 산정 시 기업의 R&D 투자가 실질적으로 반영되지 않으며, 피해 규모 산정의 불명확성이 오히려 가해자에게 유리하게 작용하는 구조적 문제가 존재함을 확인하였다. 반면, 주요 경제범죄에서는 피해금액 기준이 비교적 명확히 확립되어 중대한 처벌이 이루어지고 있어, 기술유출 범죄의 양형체계 개선에 시사점을 제공한다.

또한 미국, 프랑스, 독일, 영국, 중국, 일본 등 주요국의 입법 및 판례 동향을 비교·분석하여 국내 제도의 한계를 보완할 수 있는 방안을 모색하였다. 특히 미국은 「통일영업비밀법(Uniform Trade Secrets Act, UTSA)」 및 「연방영업비밀보호법(Defend Trade Secrets Act, DTSA)」에 따라 징벌적 손해배상(Punitive Damages) 및 선고전조사제도(Pre-Sentence Report, PSR) 등을 통해 기술가치를 양형에 반영함으로써 피해액 산정 및 처벌의 실효성을 제고하고 있다.

이를 토대로 본 연구는 국내 실정에 적합한 피해규모 산정기준 개선 방안을 제시하였다. 수익접근법·원가접근법 등 현장에서 활용되는 손해산정 방법론의 한계를 분석하고, 피해기업이 입증에 어려움을 겪는 직접손해와 기회손실을 보다 충실히 반영할 수 있는 복합적 산정모형을 논의하였다. 특히 수사 단계에서의 피해규모 입증에 지원하기 위해 미국의 PSR 제도 및 국내 기술평가 전문기관과의 협력체계 구축 방안을 제안하였다. 나아가, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘영업비밀보호법’) 개정을 통해 기술탈취 피해에 대한 실질적 배상 근거를 명문화하고, 법정손해배상제도의 도입 여부를 포함한 종합적 제도 개선 방향을 검토하였다.

둘째, 본 연구는 영업비밀 침해 및 특허침해 사건에서 손해배상액의 현실화 방안을 도출하는 데 초점을 맞춘다. R&D 투자비용의 반영 여부는 기업의 기술개발 노력과 성과에 대한 정당한 보호와 직결되지만, 현재 우리나라에서는 ‘상당한 손해액’이라는 추상적 기준에 의존하여 산정되고 있어 기술투자의 기여도가 충분히 반영되지 못하는 한계가 있다.

미국에서는 영업비밀 침해소송에서 R&D 비용뿐 아니라 향후 수익 가능성까지 손해로 산정하는 사례가 다수 존재하나, 국내에서는 R&D 비용 자체를 손해로 인정한 판례가 극히 드물다. 예외적으로 서울고등법원 2019나2049039 판결에서 일부 R&D 비용을 손해로 인정한 사례가 있으나, 대다수 사건에서는 증거 부족이나 판단 기준의 불명확성을 이유로 배제되고 있다. 이에 본 연구는 미국·중국 등 주요국의 판례를 분석하여 R&D 비용을 손해액에 직접 또는 간접적으로 반영할 수 있는 법적 논리와 근거를 제시하였다. 아울러 기업이 투자한 R&D 비용을 체계적으로 증빙할 수 있도록 「조세특례제한법」상 연구개발비 세액공제 제도의 활용 가능성도 검토하였다.

한편, 연구개발비 반영은 주로 영업비밀 침해 사건에서 인정되는 경향이 있는 만큼, 특허침해 사건에서는 R&D 투자 외의 요소를 중심으로 손해배상 증액 방안을 탐색하였다. 비록 최근 「특허법」 및 「영업비밀보호

법」의 개정을 통해 최대 5배의 징벌적 손해배상이 가능해졌으나, 실제 재판에서는 여전히 낮은 수준의 배상액이 산정되고 있다. 그 원인은 손해액 산정기준의 불명확성과 피해 입증의 구조적 제약에 있다.

이러한 한계를 극복하기 위한 핵심 제도로 증거개시제도(Discovery)의 도입이 주목받고 있다. 동 제도는 법원의 명령에 따라 침해자의 회계자료·매출내역·계약서 등 실질적 손해 입증에 필요한 정보를 확보할 수 있게 하며, 특히 외부에서 피해 규모 파악이 어려운 특허 및 영업비밀 침해 사건에서 결정적 역할을 수행한다. 제도의 부재는 곧 정당한 피해보상의 부재로 이어져 기술 기반 경제의 발전을 저해하는 요인으로 작용한다. 최근 국회에서는 이른바 ‘한국형 증거개시제도’의 입법화를 추진하고 있으며, 이는 특허법·하도급법 등 6개 법률을 통합하여 법원이 기술탈취 사건에서 직권으로 증거를 조사할 수 있도록 하는 내용을 골자로 한다.⁷⁾

해외 주요국은 이미 권리자 보호 강화를 위한 입법을 확대하고 있다. 미국은 징벌적 손해배상과 디스커버리 제도를 통해 간접손해까지 반영하고 있으며, 독일은 침해자의 이익을 기준으로 하는 높은 배상체계를, 중국과 일본은 손해액 추정의 완화와 입증책임 경감 규정을 도입하고 있다. 이에 본 연구는 국내외 판례 및 제도 동향의 비교를 통해 손해배상액 현실화를 위한 법리적 개선 방안과 원고의 증명책임 완화 방안을 제시하였다.

종합하면, 본 연구는 기술유출에 대한 형사적 제재 및 특허침해에 대한 민사적 구제수단의 개선을 통해 기술투자 규모에 상응하는 적절한 보상이 이루어지도록 하는 것을 궁극적 목표로 한다. 이는 곧 ‘기술주도 성장(technology-driven growth)’과 ‘공정한 성장(fair growth)’을 실현하기 위한 실천적 정책 대안으로서 의의를 갖는다.

2. 연구의 방법

본 연구는 기술유출 피해규모 산정기준 및 특허침해 손해배상 범위 확대를 위해 다음과 같은 방법으로 체계적인 자료 수집과 전문가 자문을 병행하였다.

첫째, 문헌조사를 통한 해외 입법례 비교 및 정책 분석

국내외 논문, 정책 보고서, 인터넷 공개자료 등을 폭넓게 수집하여 관련 제도 현황 및 문제점을 파악했다. 비교법적 연구를 통해 미국, 독일, 일본, 중국 등 주요국의 관련 입법례 및 판례를 분석하여 손해액 산정구조, R&D 투자비용 인정 법리 등 시사점을 도출하였다. 특히 우리나라 기술유출 범죄의 피해 규모, 처벌 수준, 연구개발비 적용 여부 등에 대한 판례를 중심으로 분석하였다.

둘째, 전문가 자문 및 실무 검증

특허법원 판사, 지식재산 전문 변호사 등 소송 실무 전문가를 대상으로 인터뷰 및 자문 진행했다. 또한 기업이 피해액, 연구개발비 등을 회계적 관점에서 체계적으로 입증할 수 있는 방안을 찾기 위해 관련 전문가의 의견을 청취하였다.

7) 김세훈, “기술탈취 방지 6법 추진하는 민주당...이재명 대통령 공약 ‘한국형 디스커버리’ 도입되나”, 「경향신문」, 2025.7.1일자. <<https://www.khan.co.kr/article/202507011553011#ENT>> 최종 검색 2025.7.8.

셋째, 전문기관 협업을 통한 손해액 산정 체계 마련

한국발명진흥회 평가관리본부와의 협업을 통해 기술 손해액 산정 및 R&D 투자금에 대한 정량적 평가 기준을 정립하기 위해 자문을 병행하였다. 또한 필요한 경우 기술보증기금 중앙기술평가원 등이 기존에 실시한 바 있는 손해액 산정 시범사업에 대해서도 자문을 구하였다.

제2장

기술유출범죄 피해규모 산정기준 및 법제도 개선

- 제1절 기술유출범죄의 개요 및 현행 제도의 한계
- 제2절 국내 기술유출범죄 피해규모 산정 현황 분석
- 제3절 주요 경제범죄의 현황 분석
- 제4절 해외 주요국의 관련 제도 및 판례 분석
- 제5절 법제도 개선 및 기술유출수사 지원체계 방안

제2장 기술유출범죄 피해규모 산정기준 및 법제도 개선

제1절 기술유출범죄의 개요 및 현행 제도의 한계

1. 기술유출범죄의 정의 및 유형

가. 기술유출범죄 정의

기술유출범죄는 기업의 산업기술을 부정한 방법으로 외부로 유출하는 범죄행위를 말한다. 기술유출에서 의미하는 ‘기술(技術)’은 재산으로 보호할 만한 경제적 가치가 있고 외부로 유출될 경우 상당한 피해가 발생하는 중요 정보이다.

그리고 ‘유출(流出)’이란 귀중한 물품이나 정보가 불법적으로 국가나 조직의 밖으로 나가 버림 또는 그것을 내보냄이라는 의미를 가지고 있다.⁸⁾ 다시 말해, ‘유출’은 불법임을 알고 있거나 인식하고 있는 사건이나 사고, 의도적이거나 고의적인 행위에 쓰이며,⁹⁾ 귀중한 정보가 불법적으로 원래 보유 권한이 있는 조직의 밖으로 나가기만 해도 유출에 해당한다.¹⁰⁾

여기서 ‘정보’는 재산으로 보호할 만한 경제적 가치가 있는 것으로서, 영업비밀보호법상 영업비밀은 설계도면, 노하우, 생산공정과 같은 ‘기술정보’와 고객정보, 원가정보, 사업계획과 같은 ‘경영정보’를 모두 포함하며, 그 요건으로 비공지성, 경제적 유용성,¹¹⁾ 비밀관리성을 요구한다.¹²⁾ 반면 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」(이하, ‘산업기술보호법’이라 한다.)상 산업기술과 국가핵심기술은 기술상 정보만을 의미하며, 산업기술은 비공지성, 경제적 유용성, 비밀관리성을 고려하지 않고 지정, 고시, 공고, 인증된 기술을 보호 대상으로 한다는 차이점이 있다.¹³⁾

8) 국립국어원 표준국어대사전, “유출”, <<https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do>>, 최종검색 2025.4.4.

9) 한국위험관리센터, [유출과 누출 용어정의], 2018.5.2. <<https://www.greenwhistle.net/%EC%9C%A0%EC%B6%9C%EA%B3%BC-%EB%88%84%EC%B6%9C-%EC%9A%A9%EC%96%B4%EC%A0%95%EC%9D%98/safety/chemical/>>, 최종검색 2025.4.4.

10) ‘유출’은 영업비밀을 그 비밀 보유자가 지정하거나 이동을 승인한 장소 밖으로 내보내는 행위를 의미한다.

11) 영업비밀 요건 중 경제적 유용성과 관련하여, 법원은 ‘동종업계에 알려지지 아니한 정보’인지, ‘원고만이 가진 기술’인지에 따라 독립된 경제적 이익과 경제적 가치를 판단하는 기준이 두드러지며, 원고가 ‘상당한 비용이나 노력을 투입’한 경우에 해당 정보에 독립된 경제적 가치가 있는 것으로 판단하는 경향이 높다. 특허청, “국내 영업비밀 관련 민·형사 판결문 분석”, 특허청 산업재산분쟁대응과, 2023, 27면.

12) 기업 등은 시장환경, 기술발전 속도, 모방의 용이성 등을 고려하여 기술정보를 보호하기 위해 영업비밀과 특허를 조합하여 활용한다. 사법정책연구원, “기술 유출 범죄의 심리방식과 양형에 관한 연구”, 사법정책연구원 연구총서 2025-02, 2025, 12면.

13) 이순옥, “산업기밀 유출사건의 처리현황 및 판례에 대한 연구”, 「형사소송 이론과 실무」 제12권 제2호, 한국형사소송법학회, 2020, 324면; 박웅신, “기술유출 범죄에서 피해금액 산정에 대한 연구”, 「법이론실무연구」 제11권 제4호, 한국법이론실무학회, 2023, 재인용.

해당 기술이 비밀로 관리하는 **영업비밀**에 해당하는 경우 그 기술을 부정 취득하거나 이를 사용, 공개하는 행위, 비밀유지의무를 위반하여 사용하거나 공개하는 행위 및 그러한 사실을 알고도 취득, 사용, 공개하는 행위가 범죄행위가 될 수 있다. 또는 국내외에서 기술적, 경제적 가치가 높거나 성장 잠재력이 높아 해외로 유출될 경우 국가의 안전 및 국민 경제에 큰 악영향을 줄 우려가 있어 별도로 지정된 **산업기술** 또는 **국가핵심기술**을 국내 혹은 외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적으로 절취, 기망, 협박 등 부정한 방법으로 기술을 취득하거나 기술에 대한 비밀유지의무를 위반해 유출, 사용, 공개하는 행위 및 그러한 행위를 소개·알선·유인하는 행위가 범죄행위가 될 수 있다.

나. 기술유출범죄 유형

(1) 영업비밀 절취 등

영업비밀보호법은 절취, 기망, 협박, 산업스파이, 부정한 인력스카웃¹⁴⁾ 등으로 영업비밀을 취득(부정취득행위) 또는 그 취득한 영업비밀을 사용¹⁵⁾하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것 포함)하는 행위를 금지하고 있다. 따라서 영업비밀을 사용하지 않더라도 기업으로부터 빼내는 행위 자체¹⁶⁾에 대해 손해배상 책임을 인정할 수 있다. 서울고법은 “영업비밀은 그 속성상 알려지지 않아야 가치를 가지는 것이므로 실제로 사용되든 사용되지 않든 상관없이 영업비밀 보유자 이외의 타인에게 공개되는 것만으로 재산적 가치가 감소되는 것으로서 부정하게 영업비밀을 취득하고 공개했다면 … 손해배상을 청구할 수 있다”고 판시하였다.¹⁷⁾

다음으로 계약관계 등으로 영업비밀을 유지해야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위 및 그러한 사실을 알고도 취득, 사용, 공개하는 행위를 금지하고 있다. 여기서 비밀유지의무자는 회사의 임원, 연구원, 종업원과 같이 근로계약관계에 있는 자뿐만 아니라 실시권자 등과 같이 라이선스계약에 의하여 영업비밀을 유지해야 할 의무가 있는 자를 포함한다. 또한, 그 의무는 재직 중뿐만 아니라 퇴직 후, 그리고 계약 중 또는 계약 종료 후에도 적용된다. 다만 이들의 행위가 침해를 구성하기 위해서는 ‘부정한 이익을 얻거나’ 또는 ‘그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로’ 그 영업비밀을 사용 또는 공개해야 한다.

14) 부정한 인력스카웃은 합법적인 범위를 벗어나 법적으로 문제가 될 수 있는 방식으로 경쟁사의 핵심인력을 빼가는 행위로, 비밀유지계약 위반, 불공정경쟁, 영업비밀 침해 등으로 이어질 수 있다.

15) “영업비밀의 ‘사용’은 영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 상품의 생산·판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구·개발 사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특정이 가능한 행위를 가리킨다. 그리고 영업비밀인 기술을 단순 모방하여 제품을 생산하는 경우뿐 아니라, **타인의 영업비밀을 참조하여 시행착오를 줄이거나 필요한 실험을 생략하는 경우 등과 같이 제품 개발에 소요되는 시간과 비용을 절약하는 경우 또한 영업비밀의 사용**에 해당한다.” 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다34981 판결.

16) “영업비밀의 ‘취득’은 문서, 도면, 사진, 녹음테이프, 필름, 전산정보처리조직에 의하여 처리할 수 있는 형태로 작성된 파일 등 유체물의 점유를 취득하는 형태로 이루어질 수도 있고, 유체물의 점유를 취득함이 없이 **영업비밀 자체를 직접 인식하고 기억하는 형태로 이루어질 수도 있고, 또한, 영업비밀을 알고 있는 사람을 고용하는 형태로 이루어질 수도 있는바, 어느 경우에도 사회통념상 영업비밀을 자신의 것으로 만들어 이를 사용할 수 있는 상태**가 되었다면 영업비밀을 취득하였다고 보아야 할 것이다. 따라서 회사가 다른 업체의 영업비밀에 해당하는 기술정보를 습득한 자를 스카우트하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 회사는 그 영업비밀을 취득하였다고 보아야 할 것이다.” 대법원 1998. 6. 9. 선고 98다1928 판결.

17) 서울고등법원 2006. 11. 14. 선고 2005나90379 판결.

또한, 최근에는 정당한 권한 없이 또는 허용된 권한을 넘어 타인의 영업비밀을 훼손·멸실·변경하는 것을 금지하여 해킹 등으로 영업비밀을 훼손, 멸실, 변경하는 행위 등을 처벌할 수 있도록 그 대상이 확대되었다.¹⁸⁾

「영업비밀보호법」 제2조

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. “영업비밀 침해행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

- 가. 절취(竊取), 기망(欺罔), 협박, 그 밖의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위(이하 “부정취득행위”라 한다) 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위
- 나. 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
- 다. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
- 라. 계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
- 마. 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
- 바. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

제9조의8(영업비밀 훼손 등의 금지) 누구든지 정당한 권한 없이 또는 허용된 권한을 넘어 타인의 영업비밀을 훼손·멸실·변경하여서는 아니 된다.

(2) 영업상 주요자산 유출 등

기술유출범죄에서 보호되는 기술이 비공지성, 경제적 유용성, 비밀관리성이라는 요건을 모두 충족하는 경우 영업비밀로 보호받을 수 있으나, 대부분의 사례에서 위 요건을 충족하기는 쉽지 않다. 다만, 기업이 가진 기술이 영업비밀 요건을 충족하지는 못하더라도 해당 기술이 영업상 주요한 자산에 해당할 수 있으며, 그러한 경우에는 업무상 배임으로 처벌할 수 있다.¹⁹⁾

대법원은 “회사 직원이 경쟁업체 또는 스스로의 이익을 위하여 이용할 의사로 무단으로 자료를 반출한 경우에 업무상배임죄가 성립하기 위하여는, 그 자료가 **영업비밀에 해당할 필요까지는 없다고 하더라도** 적어도 그 자료가 불특정 다수인에게 공개되어 있지 않아 보유자를 통하지 아니하고는 이를 통상 입수할 수 없고, 그 자료의 **보유자가 자료의 취득이나 개발을 위해 상당한 시간, 노력 및 비용을 들인 것으로** 그 자료의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있는 정도의 영업상 주요한 자산에 해당하는 것이어야

18) 제18조(벌칙) ③ 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 제9조의8을 위반하여 타인의 영업비밀을 훼손·멸실·변경한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처한다.

19) 업무상배임죄는 영업비밀 유출 사건에서 영업비밀의 요건을 충족하지 못해 법률상의 영업비밀로 인정받지 못하는 경우 형사 처벌의 공백을 메우는 역할을 한다. 특허청, 앞의 보고서, 61-62면.

한다.”²⁰⁾고 판시하여 영업비밀의 정도에 이르지 않는 아니하더라도 일정한 요건에 부합하는 경우 **영업상 주요 자산**으로 인정하여 업무상배임죄의 객체로서 보호하고 있다.

그 외에도 회사직원이 영업비밀 등을 적법하게 반출하여 반출행위가 업무상배임죄에 해당하지 않는 경우라도, 퇴사 시에 영업비밀 등을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있음에도 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 이를 반환하거나 폐기하지 아니하였다면, 이러한 행위 역시 퇴사 시에 업무상배임죄의 기수가 된다.²¹⁾

(3) 산업기술 절취 등

산업기술보호법은 산업기술의 유출 및 침해행위를 금지하면서 그 행위 유형을 다음과 같이 규정하고 있다.

첫 번째 유형은 “절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 대상기관의 산업기술을 취득하는 행위 또는 그 취득한 산업기술을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것 포함)하는 행위(제1호)”이다. 이 유형은 부정한 방법, 즉 절취·기망·협박 등의 방법으로 산업기술을 취득, 사용, 공개하는 행위를 말한다. 산업기술은 특허 또는 영업비밀 형태로 존재할 수 있는데, 이 경우에는 영업비밀로 존재하는 산업기술을 대상으로 하고 있다. 산업기술보호법은 산업기술과 국가핵심기술을 특별히 대상으로 하고 있다는 점에서 산업기술에 대한 침해행위에 대해서는 산업기술보호법이 우선 적용된다고 할 수 있다. 그리고 이 법은 영업비밀보호법상 영업비밀이 되기 위해 요구되는 비공지성과 비밀관리성 요건을 반드시 요구하지 않는다는 점에서 영업비밀보호법보다 완화된 기준을 규정하고 있다. 그런데 금지되는 유출행위에는 부정한 방법으로 ‘공개’하는 행위나 비밀유지의무자의 행위 등을 포함하고 있어서 산업기술 중 ‘비공지성’의 산업기술을 대상으로 하고 있다. 그러나 이 법은 영업비밀보호법상 ‘비밀관리성’을 요구하지 않으므로 비공개된 기술자료를 부정한 방법으로 취득, 사용, 공개하게 되면 처벌할 수 있다는 점에서 영업비밀보호법과 다르다고 할 수 있다.

두 번째 유형은 “제34조의 규정 또는 대상기관과의 계약 등에 따라 산업기술에 대한 비밀유지의무가 있는 자가 대상기관의 산업기술을 유출하거나 그 유출한 산업기술을 사용 또는 공개하거나 제3자가 사용하게 하는 행위(제2호)”이다. 동법 제34조에서는 대상기관의 임·직원이나 국가핵심기술을 다루는 실무자, 분쟁조정업무를 수행하는 자 등의 비밀유지의무를 부여하고 있다. 또한, 대상기관과의 기술양도, 라이선싱 등과 같은 계약을 체결하면서 자연스럽게 해당산업기술에 대한 비밀유지의무를 부여받은 자도 동 행위의 대상이 될 수 있다.

세 번째 유형은 “산업기술에 대한 비밀유지의무가 있는 자가 산업기술에 대한 보유 또는 사용 권한이 소멸됨에 따라 대상기관으로부터 산업기술에 관한 문서, 도화(圖畵), 전자기록 등 특수매체기록이나 원시코드 등의 반환이나 산업기술의 삭제를 요구받고도 이를 거부 또는 기피하거나 그 사본을 보유하는 행위(제3호)” 그리고 “산업기술에 대한 접근 권한이 있는 자가 산업기술을 지정된 장소 밖으로 무단으로 유출하거나 목적 외로 사용·공개하는 행위(제4호)”이다. 이러한 행위는 주로 퇴사를 앞둔 임직원에 의해 이루어진다. 대상기관의 임직원이 재직 중에 산업기술을 취급하는 업무를 한 경우에는 일정한 비밀유지의무가 발생하며, 회사는

20) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도3915 판결, 대법원 2022. 6. 30. 선고 2018도4794 판결.

21) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017도3808 판결.

퇴직을 앞둔 자에게 산업기술과 관련된 일체의 자료를 반환하거나 자택이나 제3의 장소에 보관 중인 자료를 삭제할 것을 요구하게 된다. 그런데 이러한 요구를 받고도 이를 거부 또는 기피하거나 그 사본을 보유하게 하면 동법상 침해행위가 된다.

네 번째 유형은 “제1호부터 제4호까지에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알고 그 산업기술을 취득·사용·공개하거나 산업기술을 취득한 후에 그 산업기술에 대하여 제1호부터 제4호까지에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알고 그 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위”이다. 이 행위는 선의 취득과 관련된 것이다. 산업기술을 부정한 방법으로 취득한 자로부터 해당 기술을 정당한 거래의 방법으로 취득한 선의의 제3자, 즉 산업기술이 부정한 방법으로 취득되었다는 것을 모르는 자에게는 산업기술 침해의 책임을 묻지 않는다. 그러나 부정하게 취득된 사실을 알고 해당 산업기술을 취득하는 경우, 또는 산업기술을 먼저 취득한 이후에 해당 기술이 부정하게 취득되었다는 사실을 알고 그 기술을 계속 사용하거나 공개하는 행위는 침해가 될 수 있다.

다섯 번째 유형은 “제1호부터 제4호까지에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 취득·사용 및 공개하거나 산업기술을 취득한 후에 그 산업기술에 대하여 제1호부터 제4호까지에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위”이다. 이 행위는 부정취득 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 취득, 사용, 공개하는 행위를 대상으로 한다. 여기서 ‘중대한 과실’이란 거래상 요구되는 주의의무를 현저하게 태만하여 부정취득행위의 사실을 알지 못하는 것을 말한다. 예를 들면, 거래 관계에서 잘 알지 못하는 사람으로부터 대상기관의 산업기술 자료를 통상의 수준보다 현저히 낮은 가격으로 매매 제안이 있는 경우에, 매수자가 이상한 점에 대해 아무런 확인을 하지 않고 해당 기술을 취득하였다면 중과실이 있다고 볼 수 있다. 즉 매수자가 조금만 주의를 기울였다면 산업기술이 부정한 방법으로 취득되었다는 사실을 알 수 있었다면 중대한 과실이 있다고 볼 수 있다.

여섯 번째 유형은 국가핵심기술을 부정한 방법으로 승인받은 뒤 수출하거나, 부정한 방법으로 승인을 받거나 허위신고 후 대상기관을 해외 인수·합병하는 행위이다.

일곱 번째 유형은 “산업기술 관련 소송 등 대통령령으로 정하는 적법한 경로를 통하여 산업기술이 포함된 정보를 제공받은 자가 정보를 제공받은 목적 외의 다른 용도로 그 정보를 사용하거나 공개하는 행위”이다. 이 행위의 예를 들면, 산업기술 관련 특허 소송이나 산업기술의 유출 및 침해에 관한 소송을 수행하는 변호인, 법무법인의 직원 등이 대상기관으로부터 제공받은 관련 기술자료 정보를 그 소송 목적 외의 다른 용도로 사용하거나 제3자에게 공개하는 행위가 포함될 수 있다. 또한, 이 규정은 국가핵심기술 관련 정보가 공공기관에 대한 정보공개청구 제도를 통해 공개되어 유출됨으로써 발생할 수 있는 국가적인 피해를 방지하기 위한 목적도 있다.

「산업기술보호법」 제14조

누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 대상기관의 산업기술을 취득하는 행위 또는 그 취득한 산업기술을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함)하는 행위

2. 제34조의 규정 또는 대상기관과의 계약 등에 따라 산업기술에 대한 비밀유지의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 대상기관에게 손해가 발생하는 것을 알면서도 유출하거나 그 유출한 산업기술을 사용 또는 공개하거나 제3자가 사용하게 하는 행위
3. 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알고 그 산업기술을 취득·사용 및 공개하거나 산업기술을 취득한 후에 그 산업기술에 대하여 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알고 그 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위
4. 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 취득·사용 및 공개하거나 산업기술을 취득한 후에 그 산업기술에 대하여 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위
5. 제11조제1항의 규정에 따른 승인을 얻지 아니하거나 부정한 방법으로 승인을 얻어 국가핵심기술을 수출하는 행위
6. 국가핵심기술을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 제11조의2제1항에 따른 승인을 받지 아니하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 승인을 받아 해외인수·합병등을 하는 행위
- 6의2. 국가핵심기술을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 제11조의2제5항 및 제6항에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 신고를 하고서 해외인수·합병등을 하는 행위
- 6의3. 제34조 또는 대상기관과의 계약 등에 따라 산업기술에 대한 비밀유지의무가 있는 자가 산업기술에 대한 보유 또는 사용 권한이 소멸됨에 따라 대상기관으로부터 산업기술에 관한 문서, 도화(圖畵), 전자기록 등 특수매체기록의 반환이나 산업기술의 삭제를 요구받고도 부정한 이익을 얻거나 그 대상기관에 손해를 가할 목적으로 이를 거부 또는 기피하거나 그 사본을 보유하는 행위
7. 제11조제5항·제7항 및 제11조의2제7항·제9항에 따른 산업통상자원부장관의 명령을 이행하지 아니하는 행위
8. 산업기술 관련 소송 등 대통령령으로 정하는 적법한 경로를 통하여 산업기술이 포함된 정보를 제공받은 자가 정보를 제공받은 목적 외의 다른 용도로 그 정보를 사용하거나 공개하는 행위

최근 산업기술보호법을 개정하여 산업기술을 유출하거나 목적 외로 사용·공개하는 행위 등을 “소개·알선·유인하는 행위”를 규제 대상으로 추가하여 소위 ‘기술유출브로커’를 처벌할 수 있는 근거를 마련하였다.

2. 현행법상 피해규모 산정기준의 구조

기술유출 범죄는 경제적 이득을 목적으로 하는 범죄의 성격이 두드러지므로, 기본적으로 범죄로 인한 피해규모, 피고인이 취득한 경제적 이익, 피해 회복 여부 등이 범죄 피해의 주요 판단 요소가 되어야 한다.

그러나 기술유출범죄는 갈수록 그 경로와 수법이 다양화·지능화·전문화 되고 있으며, 은밀하게 이루어지는 탓에 이를 적발하거나 증거를 확보하는 것이 쉽지 않아 그 피해 규모는 점점 증가하고 있다.²²⁾ 현실적으로 유출된 기술의 가치를 객관적으로 산정하기 어려울 뿐만 아니라, 특허와 달리 공개가 되지 않는 영업비밀의 경우 그 피해액 규모와 불법적 이익의 범위를 추산하기도 어렵다. 또한, 기술 자체의 무체성에 더하여, 기술 가치 평가의 방법으로 주장되는 방법이 매우 다양하고, 그 피해 규모 산정에는 ‘미래 손실’에 관한 예

22) 강민우·이승윤·이상덕, ““한 번만 당해도 회사 망해”...치 떨리는 기술유출 기법, 위장 취업·유령 법인까지 지능화”, 『매일경제』 2025.5.25.일자, <<https://www.mk.co.kr/news/society/11326032>>, 최종검색 2025.5.28.

측이 이루어져야 하는 점 등 현실적으로 피해액의 명확한 산정은 어렵다.²³⁾ 또한 현행법상 기술 유출로 인한 피해액을 산정하는 전문기관과 기준의 부재로 피해액이 반영되지 않는 것이 현실이다.²⁴⁾

손해액 심리가 필수적인 특허권을 비롯한 지식재산권 침해 손해배상 사건에서도 손해액을 객관적으로 산정하기가 어렵다는 한계로 인하여 ‘손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다’는 규정(특허법 제128조 제7항, 저작권법 제126조 등)을 두고 있고, 상당수의 사안에서 위 규정에 따라 손해액을 인정하는 실정이다.²⁵⁾

가. 수익접근법

수익접근법은 해당 기술이 가지는 경제적 수명 동안 창출할 수 있는 수익을 책정해서 해당기술의 가치를 평가하는 방식으로, 새로운 기술자산을 창출하거나 구축하는 비용과 관계 없이 해당 기술자산이 지니는 소득 창출력에 주안점을 두고 있다. 수익접근법에 의해 기술가치를 평가하기 위해서는 기술의 경제적 수명, 현금 흐름, 할인율, 기술기여도를 고려해야 한다.

통상 영업비밀 피해를 당한 회사들은 이와 관련한 손해액 산정과 관련하여 수익접근법을 활용한다. 손해배상의 전보적 기능 즉, 침해행위자의 침해행위가 없었더라면 원고가 원래 있었을 상태로 회복시켜 주는 것과 침해행위자의 부당한 이익을 반환하는 점에 입각하여 손해액과 관련해서 차액설을 취할 경우, 그 산정에 있어 가장 기본이 되는 방식은 수익접근법이라고 할 수 있다.

다만, 수익접근법의 경우에는 기술의 경제적 수명, 매출예상액 산정 시에 평가자의 주관이 개입될 여지가 있는 바, 이로 인한 추정오류 발생이라는 한계가 있다. 대다수의 기술유출 피해 회사들이 자체적으로 발표하는 피해액이 천문학적인 액수인 이유는 이와 같은 주관의 개입으로 인한 것으로 볼 수 있다.

나. 비용접근법

기술자산의 개발이나 획득에 소요된 비용을 확정함으로써 기술자산의 가치를 평가하는 방법이다. 즉, 영업비밀에 해당하는 기술을 개발하는데 소요된 유무형 자원의 가치를 합산하여 가치화하는 방법으로, 계산이 비교적 간단한 장점이 있지만, 영업비밀은 이를 활용하여 기업의 생산활동을 전개하고 이를 통해 수익을 창출

23) 2015년부터 2023년 1월까지 기술유출로 1심에서 유죄 판결을 받은 496건을 분석한 결과, 법원이 피해액을 산정해 적시한 판결은 한 건도 없었으며, 피해액이 적힌 23건(4.6%)은 장비 절도 등 직접적인 피해액이 있는 경우였다. 박형관·박미량, 앞의 보고서, 42면; 영업비밀 유출 피해를 입은 기업들이 법원에 손해배상 청구를 할 때 손해배상금을 과다하게 청구하거나, 적절한 손해액을 계산하지 못하거나, 손해액 입증에 실패하는 경우가 상당하다. 특허청, 앞의 보고서, 51면.

24) 법원 관계자는 “해당 기술의 가치와 유출에 따른 손실액, 피해 기업의 매출에서 차지하는 비중, 미래 발생할 손실 규모 등 객관성을 담보할 수 있는 기준에 따라 공정하게 산정해야 하는데, 판사가 참고할 산정 기법이나 기준 등이 없는 것이 현실”이라고 지적했다. 변종국·장은지, “기술유출 유죄 496건 중 피해액 반영 ‘0건’”, 『동아일보』, 2024. 2.16.일자, <<https://www.donga.com/news/Economy/article/all/20240208/123442658/1>>, 최종검색 2025.5.28.

25) 지식재산 사건의 기술적 어려움으로 인해 사건 심리가 장기간 소요되는데, 피해액을 세밀하게 심리하는 경우 양형심리 부담이 가중되고 형사재판이 장기화될 우려가 있음을 이유로 들고 있다. 양형위원회, “지식재산·기술침해범죄 양형기준 수정안 설명자료”, 2024.1. 10-11면.

해 내는데 그 존재 목적이 있는 것이기 때문에 단순히 기술 그 자체의 개발비용을 영업비밀 유출에 따른 손해액이라고 보는 것은 오히려 손해액을 축소시키는 단점이 될 수 있다.

다. 시장접근법

시장에서 거래되고 있는 유사자산의 거래가격을 비교·검토하여 산출하는 방법이지만, 이를 위해서 비교가 능한 거래시장이 존재해야 하며 비교가능한 유사한 자산이 존재해야 한다는 점, 더 나아가 비교가능한 자산의 거래실적과 가격정보가 필요하다.

시장접근법은 비교대상 기술의 거래정보를 기초로 평가하므로 미래상황에 대한 여러 가지 복잡한 가정 및 추정을 필요로 하지 않으며, 수익접근법보다 평가기간을 단축할 수 있고, 유사한 자산의 실제 시장거래를 기초로 평가하기 때문에 기술거래 시장의 현 상황에 대한 반영이 가능하다. 다만 현재 시장에 대한 평가를 중심으로 하고 미래 시장에 대한 평가는 제외되어 있으므로 해당기술의 가치가 개발사 입장보다 낮게 책정될 가능성도 존재한다.²⁶⁾

3. 형사처벌·손해배상 관련 규정 개요

가. 영업비밀보호법

(1) 형사처벌

영업비밀 침해에 대해 강력한 형사적 제재를 부과하고 있다. 동법 제18조 제1항에서 “부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서 취득·사용 또는 제3자에게 누설한 자는 15년 이하의 징역 또는 15억 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정한다. 그리고 동조 단서에서 “벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억 원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.²⁷⁾ 한편, 동조 제2항에서는 국내 침해에 대하여 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금을 별도로 규정하고 있다.

2019년 영업비밀보호법은 침해행위의 유형을 구체적으로 규정하였다. 기존에는 ‘영업비밀을 취득, 사용하거나 제3자에게 누설한 자’를 징역 또는 벌금형에 처하였는데, 개정 법률에서 이를 구체화하여 유사 사례까지 포섭할 수 있도록 하였다. 동법 제18조 1항에서 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에 손해를 입힐 목적으로 ① 영업비밀을 취득 또는 사용하거나 제3자에게 누설하는 행위, ② 영업비밀을 지정된 장소 밖으로 무단으로 유출하는 행위, ③ 영업비밀보유자로부터 영업비밀을 삭제하거나 반환할 것을 요구받고도 이를 계속 보유하는 행위를 포함하였다.

26) 박웅신, 앞의 논문, 137-138면.

27) 미국의 경우, 기술유출범죄의 형량의 범위를 결정함에 있어 손실액에 따라 범죄 단계가 달라지므로 손실액의 판단은 필수적이다. 그리고 기술 유출 범죄의 손실액을 정함에 있어 실제 발생한 손해, 의도된 손해, 이익금(손해가 있으나 이를 증명하기 어려운 경우) 중 하나를 손실액으로 인정할수 있고, 그 판단에 있어 판사에게 광범위한 재량이 주어지며 엄격한 증거가 아닌 합리적 증명만으로도 충분하다. 사법정책연구원, 앞의 보고서, 407면.

「영업비밀보호법」 제18조

- ① 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.
 1. 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에 손해를 입힐 목적으로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위
 - 가. 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설하는 행위
 - 나. 영업비밀을 지정된 장소 밖으로 무단으로 유출하는 행위
 - 다. 영업비밀 보유자로부터 영업비밀을 삭제하거나 반환할 것을 요구받고도 이를 계속 보유하는 행위
 2. 절취·기망·협박, 그 밖의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위
 3. 제1호 또는 제2호에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알면서도 그 영업비밀을 취득하거나 사용(제13조제1항에 따라 허용된 범위에서의 사용은 제외한다)하는 행위
- ② 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 5억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다. <개정 2019. 1. 8.>
- ③ 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 제9조의8을 위반하여 타인의 영업비밀을 훼손·멸실·변경한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처한다. <신설 2024. 2. 20.>
- ⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <신설 2013. 7. 30., 2024. 2. 20.>
 1. 제9조의7제1항을 위반하여 원본증명기관에 등록된 전자지문이나 그 밖의 관련 정보를 없애거나 훼손·변경·위조 또는 유출한 자
 2. 제9조의7제2항을 위반하여 직무상 알게 된 비밀을 누설한 사람
- ⑥ 제1항과 제2항의 징역과 벌금은 병과(併科)할 수 있다.

(2) 손해배상

영업비밀보호법은 영업비밀침해 행위에 대하여 침해행위를 조성한 물건 등의 폐기·제거청구권과 손해배상 청구권 및 신용회복청구권 등을 인정하고 있다. 한편 2019년 개정 영업비밀보호법에서 악의적인 영업비밀 침해행위에 대하여 손해액의 3배 이내에서 손해배상액을 인정할 수 있는 규정을 신설하였고, 최근 법 개정으로 5배의 범위에서 배상액을 정할 수 있도록 증액하였다. 구체적으로 손해배상액을 산정함에 있어서 법원은 침해자의 우월적 지위 여부, 고의의 정도, 피해규모,²⁸⁾ 침해자가 얻은 경제적 이익, 침해행위의 기간 및 횟수, 침해자의 피해구제 노력의 정도 등 제반 사정을 고려해야 한다.

「영업비밀보호법」 제14조의2

- ① 부정경쟁행위, 제3조의2제1항이나 제2항을 위반한 행위 또는 영업비밀 침해행위로 영업상의 이익을 침해당

28) 미국의 경우, 영업비밀 관련 기술유출범죄에서 법원이 손실 예상치를 판단하기 위해 해당 정보의 개발 비용 또는 범죄로 인한 해당정보의 가치 하락을 고려하고 있다.

한 자가 제5조 또는 제11조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 영업상의 이익을 침해한 자가 그 부정경쟁행위, 제3조의2제1항이나 제2항을 위반한 행위 또는 영업비밀 침해행위(이하 이 항에서 “부정경쟁행위등침해행위”라 한다)를 하게 한 물건을 양도하였을 때에는 다음 각 호에 해당하는 금액의 합계액을 손해액으로 할 수 있다.

1. 그 물건의 양도수량(영업상의 이익을 침해당한 자가 그 부정경쟁행위등침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 그 부정경쟁행위등침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량을 뺀 수량) 중 영업상의 이익을 침해당한 자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘지 아니하는 수량에 영업상의 이익을 침해당한 자가 그 부정경쟁행위등침해행위가 없었으면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액
 2. 그 물건의 양도수량 중 영업상의 이익을 침해당한 자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘는 수량 또는 그 부정경쟁행위등침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량이 있는 경우 이들 수량에 대해서는 영업상의 이익을 침해당한 자가 부정경쟁행위등침해행위가 없었으면 합리적으로 받을 수 있는 금액
- ② 부정경쟁행위, 제3조의2제1항이나 제2항을 위반한 행위 또는 영업비밀 침해행위로 영업상의 이익을 침해당한 자가 제5조 또는 제11조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 영업상의 이익을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 것이 있으면 그 이익액을 영업상의 이익을 침해당한 자의 손해액으로 추정한다. <개정 2011. 6. 30.>
- ③ 부정경쟁행위, 제3조의2제1항이나 제2항을 위반한 행위 또는 영업비밀 침해행위로 영업상의 이익을 침해당한 자는 제5조 또는 제11조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 부정경쟁행위 또는 제3조의2제1항이나 제2항을 위반한 행위의 대상이 된 상품 등에 사용된 상표 등 표지의 사용 또는 영업비밀 침해행위의 대상이 된 영업비밀의 사용에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 금액을 자기의 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다. <개정 2011. 6. 30.>
- ④ 부정경쟁행위, 제3조의2제1항이나 제2항을 위반한 행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 손해액이 제3항에 따른 금액을 초과하면 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 영업상의 이익을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없으면 법원은 손해배상 금액을 산정할 때 이를 고려할 수 있다. <개정 2011. 6. 30.>
- ⑤ 법원은 부정경쟁행위, 제3조의2제1항이나 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.
- ⑥ 법원은 제2조제1호차목의 행위 및 영업비밀 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제5조 또는 제11조에도 불구하고 제1항부터 제5항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 5배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다.
- ⑦ 제6항에 따른 배상액을 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.
1. 침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부
 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
 3. 침해행위로 인하여 영업비밀 보유자가 입은 피해규모
 4. 침해행위로 인하여 침해한 자가 얻은 경제적 이익
 5. 침해행위의 기간·횟수 등
 6. 침해행위에 따른 벌금
 7. 침해행위를 한 자의 재산상태
 8. 침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

영업비밀의 부정취득과 관련하여, 법원은 “영업비밀을 부정취득한 자는 취득한 영업비밀을 실제 사용하였는지에 관계없이 부정취득행위 그 자체만으로 영업비밀의 경제적 가치를 손상시킴으로써 영업비밀보유자의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌다고 보아야 한다”²⁹⁾고 판시하고 있으며, “이때 영업비밀이나 영업상 주요 자산인 자료 등을 취득함으로써 얻는 이익은 영업비밀 등이 가지는 재산가치이고, 재산가치는 영업비밀 등을 가지고 경쟁사 등 다른 업체에서 제품을 만들 경우, 영업비밀 등으로 인하여 기술개발에 소요되는 비용이 감소되는 경우의 그 감소분과 나아가 영업비밀 등을 이용하여 제품생산에까지 발전시킬 경우 제품판매 이익 중 영업비밀 등이 제공되지 않았을 경우의 차액으로서 그러한 가치를 감안하여 시장경제원리에 따라 형성될 시장교환가격”³⁰⁾으로 보고 있다.

나. 산업기술보호법

(1) 형사처벌

법 제36조에서, 원칙적으로 산업기술을 부정한 방법으로 유출 및 침해한 자에 대하여 해외유출 및 침해의 경우 15년 이하의 징역 또는 30억원 이하의 벌금에 처하며(제2항), 국내유출 및 침해의 경우에는 10년 이하의 징역 또는 10억원 이하의 벌금에 처하되(제3항), 징역형과 벌금형을 병과할 수 있으며(제8항), 미수범과 예비·음모한 자의 경우에도 처벌할 수 있다(제37조). 특히, 국가핵심기술의 경우 법 제36조 제1항에서 “국가핵심기술이 외국에서 사용될 것을 알면서 제14조 제1호부터 제12호까지의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 이 경우 65억원 이하의 벌금을 병과한다.”라고 규정하고 있다. 즉 '국가핵심기술'이 '해외'로 유출될 것을 알면서 제14조 제1호부터 제12호에 해당하는 행위를 한 경우에는 3년 이상의 유기징역, 즉 형량의 하한선을 정하는 방식으로 강력하게 처벌하고 있다. 또한, 제14조 행위 중 적법한 경로로 취득한 산업기술 정보의 목적 외 사용행위(12호)와 중과실에 의한 침해(13호)에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3억원 이하의 벌금에 처한다(법 제36조 4항). 이 경우에는 제3항의 조항이 적용되지 않지만 제1항 및 제2항의 적용은 받게 된다.

그리고 비밀유지의무를 규정한 제34조의 규정을 위반하여 비밀을 누설하거나 도용한 자는 5년 이하의 징역이나 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

「산업기술보호법」 제36조

- 제36조(벌칙)** ① 국가핵심기술을 외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적으로 제14조제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 이 경우 15억원 이하의 벌금을 병과한다.
- ② 산업기술을 외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적으로 제14조 각 호(제4호를 제외한다)의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자(제1항에 해당하는 행위를 한 자는 제외한다)는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다.

29) 대법원 2011.7.14. 선고 2009다12528 판결 등 참조.

30) 대법원 2017.9.26. 선고 2014다27425 판결 등 참조.

- ③ 제14조 각 호(제4호·제6호·제6호의2 및 제8호는 제외한다)의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 10억원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 제14조제4호 및 제8호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3억원 이하의 벌금에 처한다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지의 죄를 범한 자가 그 범죄행위로 인하여 얻은 재산은 이를 몰수한다. 다만, 그 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.
- ⑥ 제34조의 규정을 위반하여 비밀을 누설하거나 도용한 자는 5년 이하의 징역이나 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ⑦ 제1항부터 제3항까지의 미수범은 처벌한다.
- ⑧ 제2항부터 제4항까지의 규정에 따른 징역형과 벌금형은 이를 병과할 수 있다.

(2) 손해배상

산업기술의 유출 및 침해행위를 함으로써 대상기관에 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 2019년 개정에 따라 산업기술 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우 법원이 손해로 인정되는 금액의 3배의 범위에서 배상액을 정할 수 있도록 하는 징벌적 손해배상제도가 도입되었는데, 최근 법 개정으로 5배의 범위에서 배상액을 정할 수 있도록 증액하였다.

「산업기술보호법」 제22조의2

- ① 제14조에 따른 산업기술의 유출 및 침해행위(이하 이 조에서 “산업기술침해행위”라 한다)를 함으로써 대상기관에 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다.
- ② 법원은 산업기술침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 다음 각 호의 사항을 고려하여 손해로 인정되는 금액의 5배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다.
 - 1. 산업기술침해행위를 한 자의 우월적 지위 여부
 - 2. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
 - 3. 산업기술침해행위로 인하여 대상기관이 입은 피해 규모
 - 4. 산업기술침해행위를 한 자가 해당 침해행위로 인하여 취득한 경제적 이익
 - 5. 산업기술침해행위의 기간·횟수 등
 - 6. 산업기술침해행위에 따른 벌금
 - 7. 산업기술침해행위를 한 자의 재산상태
 - 8. 산업기술침해행위를 한 자의 피해구제 노력의 정도

4. R&D 비용의 인정 현황 및 쟁점

연구개발(R&D) 투자비용은 신제품 개발, 기존 제품 개선, 새로운 기술이나 프로세스의 연구를 목적으로 지출하는 비용을 말하며, 미래 성장과 장기적 경쟁력 확보를 위한 중요한 투자이다. R&D 비용은 연구비와 개발비로 구분된다. 연구비는 새로운 지식을 얻기 위해 연구에 소요되는 비용이며, 개발비는 연구를 통해 얻

은 지식을 바탕으로 실제 제품이나 서비스를 만드는 과정에 소요되는 비용이다. R&D 비용을 회계처리하는 경우 **연구비**는 장래의 경제적 이익이 확실하지 않으므로 **비용으로 구분**하며, **개발비**는 경제적 이익을 가져올 가능성이 높으므로 **무형자산으로 구분**한다.

기업 재무제표에서 연구개발비는 연구 및 개발 비용, 인력 비용, 장비 및 자산 투자 등으로 구성되며, 다음과 같은 요소를 포함한다.

- 재료비: 연구 및 개발 과정에서 필요한 재료 및 소모품 비용
- 인건비: 연구원, 엔지니어 및 기타 관련 직원의 급여와 복리후생비
- 장비 및 시설비: 연구개발을 위한 장비 구입 및 유지비용, 실험실이나 테스트 시설의 임대료
- 외부 서비스 비용: 외부 연구기관이나 컨설턴트 지불 비용
- 기타 관련 비용: 특허 출원 비용, 연구 관련 출장비 등

미국, 영국, 일본과 같은 해외 주요국들은 기술유출 피해액을 산정하는 기준을 마련하고 이를 형량에 적극 반영하고 있다. 특히, **미국은 피해액을 직접 산정해 반드시 양형에 반영하도록 명문화**되어 있어 피해액 산정 방법에 대한 노하우가 축적되었고, 기술 가치 평가와 거래를 민간 기관이 주도하므로 그 시장도 발달해 있다.

그러나 한국 법원의 경우 손해가 발생된 것은 인정되더라도 손해액을 정밀하게 산출하기 곤란하다고 하여 실제 피해액을 산정하여 적시한 판결은 한 건도 없다('15~'23 기준). 그리고 손해액 산정기준으로 R&D 비용을 포함하여 고려하는 경우는 기술 침해로 인해 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 어려운 경우로 볼 수 있다.

〈춘천지방법원 원주지원 2015가합5640 판결〉

- 원고는 이 사건 도면 등의 개발을 위하여 지출한 연구개발비와 피고 B 등이 이 사건 도면 등 반출하고 이를 이용하여 동종 제품을 제작·판매함으로써 얻은 피고 회사의 영업이익을 합산한 금액을 원고의 손해액으로 보아 이를 근거로 손해배상 청구
 - 원고는 2003년경부터 2009년경까지 연구개발실의 직원들에게 지급한 급여 합계액과 경상연구개발비를 합산한 867,226,660원을 이 사건 도면 등의 개발을 위하여 지출한 연구개발비로 보아야 한다고 주장하나,
 - 피고 B 등이 반출한 이 사건 도면 등이 2003년경부터 2009년경까지의 기간 동안 원고가 연구개발한 자료의 전부에 해당한다는 사실을 인정할 증거가 없는 이상, 갑 제9호증의 기재만으로는 원고가 이 사건 도면 등의 개발을 위하여 위와 같은 돈 전부를 지출하였다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 또한 피고 B 등이 피고 회사의 제품을 설계·제작함에 있어 이 사건 도면 등을 참고하기는 하였으나, 제품을 제작·판매함에 있어서는 이 사건 도면 등 외에도 다른 부분의 기여가 있을 수밖에 없으므로, 피고 회사가 얻은 영업이익 전부를 원고의 손해로 인정할 수는 없다.
- ☞ 이러한 점을 고려하면 이 사건은 결국 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 해당한다고 할 것이므로, 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정하기로 한다.

또한 법원은 상당수의 사건에서 유출된 자료들에 대한 R&D 비용을 곧바로 시장교환가격으로 보기 어렵다는 이유에서 기술유출로 인한 이익은 R&D 비용이 아닌, ‘액수 미상’의 시장교환가격으로 볼 뿐, 판결문에서 손해액과 이득액의 구체적 금액을 명시하지 않고 있다. 또한 피해액을 특정하지 못하면 실제 피해액이 크지 않다고 추정하는 경향이 있다.³¹⁾

그러나 기술유출범죄, 특히 다양한 기술정보들이 비밀로 관리되는 영업비밀의 특수성을 고려할 때 유사한 기술정보의 거래가 존재하기 어렵다는 점, 미래 수익 예측 과정과 사업의 결과물에서 영업비밀의 기여도를 산정하는 과정에서 변수들이 모두 예측 변수인 점, 현재까지 법원이 기존 기술가치평가 기준에 따라 산정된 영업비밀의 가치를 침해자가 얻은 재산상 이득으로 인정한 사례가 없는 점 등을 감안하면³²⁾, 미국, 중국과 같이 R&D 비용을 손해배상액 산정에 포함할 수 있도록 법령으로 명시하는 방안에 대한 검토와 함께 피해 규모를 합리적으로 산정할 수 있는 기준과 구체적인 가이드라인 마련이 시급하다.

제2절 국내 기술유출범죄 피해규모 산정 현황 분석

1. 기술유출 관련 판결 및 사례 분석

기술유출범죄는 우리나라 핵심 산업기술의 해외 유출과 기업의 경쟁력 약화를 초래하는 심각한 경제범죄이다. 특히 최근 들어 첨단기술 분야에서의 기술유출 사건이 빈발하면서, 이에 대한 적절한 피해규모 산정과 처벌 수준의 결정이 중요한 과제로 대두되고 있다.

그러나 현재 우리나라의 기술유출범죄 피해규모 산정 체계는 여러 한계를 보이고 있다. 민사사건에서는 손해액 산정의 어려움으로 인해 법원의 재량에 의한 정액 배상이 주를 이루고 있으며, 형사사건에서는 구체적인 피해규모 산정 없이 처벌이 이루어지는 경우가 대부분이다. 이러한 상황은 기술유출범죄에 대한 억제 효과를 제한하고, 피해기업의 실질적 구제에도 한계를 보인다.

이에 본 절에서는 국내 기술유출범죄 사건의 판결례를 체계적으로 분석하여 현행 피해규모 산정 방식의 실태와 문제점을 파악하고, 향후 개선 방향을 제시하고자 한다. 이를 위해 민사 및 형사사건의 주요 판결례를 분석하여 피해규모 산정 및 처벌 수준의 현황을 살펴보고, 보다 객관적이고 합리적인 피해규모 산정기준을 모색할 것이다. 기술유출범죄의 피해규모 산정 현황을 파악하기 위해서는 실제 법원에서 어떠한 방식으로 손해액을 인정하고 처벌을 결정하고 있는지에 대한 구체적인 분석이 선행되어야 한다. 본 항에서는 최근 주요 기술유출 관련 민사 및 형사사건의 판결례를 분석하여, 현행 피해규모 산정 방식의 실태와 특징을 파악하고자 한다.

31) 허정현·이채율, “산업기밀 유출범죄 처벌의 실태와 실효성 제고에 관한 논의”, 『한국산업보안연구』 제12권 제1호, 한국산업보안학회, 2022, 277면.

32) 양재석, “기술유출범죄 재판절차 및 법제 개선방안” 사법정책연구원·국가지식재산위원회 공동 콘퍼런스 자료집 발표문, 2024.12.18, 100면; 사법정책연구원, 앞의 보고서, 413면 재인용.

가. 민사사건 판결 및 사례 분석

〈표 1〉 민사사건 분석 내용

사건번호	주요 내용
서울중앙지방법원 2022.10.28. 선고 2018가합575330	• 원고는 위 불법행위로 인한 원고의 구체적인 손해액은 피고 F가 2016.12.9.부터 2022.4.22.까지 판매한 침해 제품의 수량 858,173개(피고 E는 경사지붕용 방수시트의 경우 전부 피고 F에 매도함)에 원고 제품의 2014, 2015, 2016년 평균 개당 한계 이익의 평균값 5,562원을 곱한 금액인 4,773,158,226원(= 858,173개 × 5,562원)이라고 주장함 • 다만, 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 매우 어려운 경우 구체적인 손해액을 알 수 없다면 민사소송법 제202조의2에 따라 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있는바(대법원 2021.6.30. 선고 2017다249219 판결), 앞서 든 증거들, 갑 제33호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하여 원고의 손해액을 335,882,572원으로 정함 가) 피고 B, C, D가 유출한 자료는 제품 생산 설비의 설계도, 생산라인 구성에 관한 도면, 공장 건축물 설계도면, 생산라인 구성에 관한 도면, 생산 설비 운전에 관한 자료 등이므로, 피고 E에서 경사지붕용 방수시트 사업을 시작할 당시 위 자료들을 사용하여 공장 건설 및 설비 배치, 최초 제품 생산 시점을 앞당길 수 있었던 것으로 보임 나) 실제 피고 E는 설립 후 약 1년 만에 경사지붕용 방수시트인 ‘I’ 제품을 출시하였는바, 피고 유출 자료가 없었더라면 피고 E가 정상적으로 가동하여 첫 제품을 출시하기까지 걸리는 시간이 상당히 증가하였을 것으로 판단됨 라) 한편 피고 E가 피고 F를 통하여 2016.12.9.부터 2022.4.22.까지 판매한 피고 방수시트의 수량은 총 814,765개이고, 이는 매월 약 12,534개(= 814,765개 ÷ 65개월, 1개 미만 버림)를 판매한 셈으로 1년으로 환산하면 약150,408개(= 12,534개 × 12개월)가 됨 마) 원고가 제출한 손익계산서에 따르면, 원고 경사지붕용 방수시트의 2014, 2015, 2016년 평균 개당 한계 이익의 평균값은 5,562원이고, 달리 위 손익계산서가 조작된 것이라고 볼 만한 자료는 없음. 비록 2017년 이후로는 원고 경사지붕용 방수시트의 개당 한계 이익이 감소하였기는 하나, 원고는 경쟁업체인 피고 E가 2016년 12월경부터 경사지붕용 방수시트를 염가에 판매하면서 원고의 판매 가격도 하락하게 되어 한계 이익이 감소하였다고 주장하고 있고, 피고 E 제품의 출시 시기를 고려하면 원고의 위 주장은 수긍할 만함 바) 원고 경사지붕용 방수시트의 시장 점유율은 2016년 약 43.28%, 2017년 약 38.52%, 2018년 약 38.64%로 2016, 2017, 2018년 평균 시장 점유율은 약 40.15%임 따라서 피고 E가 경사지붕용 방수시트를 판매함으로써 감소한 원고 제품의 수량을 산정함에 있어, 피고 E의 판매 수량에 위 시장점유율을 반영할 필요가 있음 사) 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 위 피고들의 위 불법행위와 상당 인과관계가 있는 원고의 손해액은, 위 피고들이 피고 유출 자료를 이용함으로써 제품 생산을 앞당긴 1년 동안 원고가 피고 방수시트로 인해 판매하지 못한 판매 수량에 개당 한계 이익을 곱한 금액으로 산정함이 타당함 따라서 피고 E가 1년간 판매한 경사지붕용 방수시트의 평균 수량 150,408개에 원고 경사지붕용 방수시트의 개당 한계 이익의 평균값 5,562원 및 원고의 평균 시장점유율 40.15%를 곱하여 원고의 손해액을 335,882,572원(= 150,408개 × 5,562원 × 40.15%, 원 미만 버림)으로 정함
서울중앙지방법원 2025.2.21. 선고 2020가합609007	• 원고는, 기술보증기금이 원고 설계도 및 이에 체화된 ALD 장비 기술의 시장 가치가 6억 4,300만 원이라고 평가하였음을 이유로, 원고의 손해액으로 6억 4,300만 원이 인정되어야 한다고 주장함(다만 명시적 일부 청구로 5억 원의 손해배상을 구하고 있다). 살피건대, 기술보증기금은 2024.11.18.경 ‘D’를 구성하는 이 사건 특허 및 원고 설계도를 포함한 전체 설계도 및 기술적, 영업적 노하우 일체의 가치를 2020.12.29. 기준 합계 6억 4,300만 원이라고 평가하였음은 앞서 본 바와 같으나, 위 평가 금액은 평가 시점, 사업화 주제, 미래의 경제적 상

	황, 산업의 제반 여건 등의 변화에 따라 변동될 수 있는데다가(갑 제28호증 6쪽 참조), 원고 설계도는 'D'의 전체가 아니라 본체의 챔버부에 관한 것으로, 장비의 제어부(소프트웨어 포함)와 전기 장치는 포함하고 있지 않으므로(갑 제31호증 참조), 위 6억 4,300만 원 전액을 원고의 손해액으로 인정할 수는 없음 - 피고들의 피고들 설계도 작성 행위로 인한 원고의 손해액을 10,000,000원으로 정함 ① 피고 C의 원고 설계도 유출 행위로 인한 원고의 손해는 원고 설계도의 경제적 가치 상당 이라고 할 수 있음 이와 관련하여, 앞서 본 바와 같이 기술보증기금은 'D'를 구성하는 이 사건 특허 및 원고 설계도를 포함한 전체 설계도 및 기술적, 영업적 노하우 일체의 가치를 2020.12.29. 기준 합계 6억 4,300만 원이라고 평가하였고, 한편 감정평가법인 M이 2020.12.경 원고의 이 사건 특허를 포함한 2개의 특허에 대하여 감정평가를 한 결과, 위 2 개 특허의 가치가 합계 4억 원이라고 평가한 바 있음 ② 원고 설계도는 'D' 본체의 주요 부분인 챔버부에 대한 설계도인데, 챔버부는 ALD 장비에서 반응 가스가 공급되고 반응에 의해 웨이퍼상 증착이 이루어지는 공간으로서, ALD 장비에서 단순한 기능을 수행하는 다른 기계적 부분(로드락, 가스 박스 등에 비하여 기술적으로 훨씬 중요한 부분에 해당함 한편, 원고 설계도에 포함되지 않은 전기 장치, 제어부도 각각 구동 및 작동을 위한 장치 및 운전 조건을 제어하는 부위로서 ALD 장비에서 중요한 부분에 해당하되, 원고 설계도의 경제적 가치를 평가함에 있어 이러한 사정도 함께 고려하여야 함
서울중앙지방법원 2022.2.11. 선고 2017가합58939433)	- 이 사건은 손해가 발생한 것은 인정되나, 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 밝히는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 해당하므로, 민사소송법 제202조의2에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 아래 각 사정을 종합하여, 피고 E의 원고에 대한 손해배상액을 1,000만 원으로 정함 ③ 이 사건 교육 및 기술 개발 계약상 기술 개발비는 5,500만 원임 피고 E가 위 계약에 따라 수행하는 과제는 6시그마 교육, SPC, 통계학, 밸브 개발, N 2.0 데이터 자동화 소프트웨어 개발 컨설팅, 전장용 광 측정 기기 고도화 작업으로 여러 항목임 - 원고가 구하는 바에 따라, 이 사건 소장 부분 송달 다음 날인 2018.1.4.부터 위 피고가 이행 의무의 존재 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2022.2.11.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있음 [원고는 선택적으로 USB 유출 행위가 업무상 배임, 채무불이행에 해당함을 전제로 한 손해배상 청구를 하나, 그 청구권이 인정된다고 하더라도 산업 기술 침해로 인한 손해배상의 범위를 초과하지 아니하므로 별도로 판단하지 아니함]
수원지방법원 성남지원 2020.10.30. 선고 2017가합40780634)	- 피고들의 행위는 영업비밀보호법 제2조 제1호 (가)목이 정한 부정경쟁행위에 해당하되, 영업비밀보호법 제14조의2 제1항에서는 부정경쟁행위를 한 자가 부정경쟁행위를 하게 된 물건을 양도한 때는 양도 수량에 침해당한 자의 단위 수량당 이익액을 곱한 금액을 손해액으로 산정하도록 하고 있음 - 하지만 이 사건에서 보건대, 갑 제61 내지 81호증의 각 기재만으로는 원고가 주장하는 바와 같은 피고 F의 판매 수량, 원고의 단위 수량당 이익액의 기준이 되는 마진율이 36.2%에 이른다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 원고의 자산으로 유출된 것으로 보는 것은 소스코드인데 전체 제품 중 위 소스코드가 차지하는 비중을 정확히 산정하는 것은 사실상 불가능함 따라서 이 사건 손해배상액을 영업비밀보호법 제14조의2 제1항에 의하여 산정하기는 곤란하다고 봄이 상당함 가) 영업비밀보호법 제14조의2 제5항은 '영업비밀 침해행위에 관한 소송에서 손해가 발생한 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다'고 규정하고 있음. 이 사건 손해배상액 산정에 영업비밀보호법 제14조의2 제2항을 적용하기 어려운 점은 앞서 본 바와 같고, 달리 영업비밀보호법 제

	<u>14조의2의 다른 조항 적용에 관한 주장·증명도 없는 이상, 영업비밀보호법 제14조의2 제5항에 따라 손해액을 인정할 수밖에 없음</u> • 이에 따라 계산한 원고의 손해액의 합계는 82,436,400원(= 26,480,475원 + 55,955,925원) ① N: 26,480,475원(= N 판매가 125,000원 × 판매량 5,934대 × 영업이익률 5.1% × 기여율 70%). ② O: 55,955,925원(= 150,000원 × 14,629대 × 영업이익률 5.1% × 기여율 50%)
서울중앙지방법원 2020.5.8. 선고 2018가합57748035)	• 살피건대, 피고 B 이 2017. 8. 14. 피고 공사와 인버터 스택 조립체 168개, 초퍼 스택 조립체 24개를 4,020,725,043원에 공급하는 내용의 이 사건 구매 계약을 체결하고, 이에 따라 피고 공사에게 스택 조립체 등을 공급한 사실은 앞서 본 바와 같으나, <u>위 인정 사실만으로는 원고가 4,020,725,043원 상당의 손해를 입은 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없음</u> • 원고의 주장을, ‘영업비밀보호법 제14조의2 제1항에 의하여 피고 B 이 피고 공사에게 양도한 물품의 수량에 단위 수량당 이익액을 곱한 금액이 손해액으로 추정되는데, 그 금액이 4,020,725,043원’이라는 취지로 선행하더라도, <u>위 4,020,725,043원은 물품의 수량에(단위 수량당 이익액이 아닌) 단위 수량당 판매가액을 곱한 금액에 해당하고, 위 단위 수량당 판매가액에는 재료비, 노무비, 유통비 등 제반 비용이 포함되어 있어 이를 단위 수량당 이익액과 동일시할 수는 없으므로, 위 4,020,725,043원을 손해액으로 추정할 수는 없음</u> • 이 사건 도면 및 기술에 대한 권리가 원고와 피고 B 에게 공동으로 귀속되는 점, 이 사건 구매 계약이 일반 경쟁입찰 방식으로 진행된 점을 고려할 때, 사안의 성질상 피고 B의 영업비밀 침해 행위로 인한 이익액을 산정하기가 극히 곤란하다고 인정됨 따라서 <u>이 법원은 민사소송법 제202조의2, 영업비밀보호법 제14조의2 제5항에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사 결과에 기초하여 상당한 손해를 인정하기로 함</u> • 앞서 본 인정 사실 및 앞서 든 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉, ① <u>모듈형 IGBT 스택 조립체의 개발은 일정한 수립 및 관리, 부품 선정, 부품 배치 및 설계, 도면의 작성 및 스택 조립체의 조립, 성능 시험 등의 과정이 유기적으로 결합하여 이루어지므로, 일부 과정에서 원고 또는 피고 B 중 일방이 주도적인 역할을 하였다고 하더라도 전체적으로는 그 역할이 균등한 비중을 차지하였다고 봄이 합리적인 점, ② 이 사건 도면 및 기술이 원고와 피고 B에게 공동으로 귀속되는 이상, 원고가 단독으로 이 사건 도면 및 기술을 이용하여 모듈형 IGBT 스택 조립체를 제작·판매하는 것 또한 불가능할 것으로 보이는 점 및 그 밖에 모듈형 IGBT 스택 조립체의 개발에 들인 시간, 노력 및 비용, 피고 B의 영업비밀 침해 경위 및 정도, 원고와 피고 B의 관계, 영업비밀 침해 행위가 지속된 기간 등 제반 사정을 종합하면, 피고 B의 영업비밀 침해 행위로 인하여 원고가 입은 손해액은 2억 원이라고 봄이 상당함</u>
서울중앙지방법원 2018.8.24. 선고 2015가합57673836)	• 피고 E 이 반출한 12,460개의 반출 파일 반출 행위로 인하여 원고가 입은 손해는 12,460개의 <u>반출 파일의 재산 가치 상당액인 약 72억 원임</u> 이에 원고는 피고 E, B, C에게 그중 일부인 10,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 배상을 구함 • 피고 E 의 12,460개의 반출 파일 반출 행위, 87개의 전달 파일의 전달 행위, Insertion Loss 정리 파일의 사용 행위로 인하여 원고가 입은 손해는 <u>위 각 행위의 대상인 자료들의 재산 가치 상당액이라고 봄이 타당함</u> • 그런데, 원고의 이러한 손해들은 손해가 발생한 사실은 인정되나 <u>그 구체적인 손해 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란하다고 보이므로, 이 법원은 민사소송법 제202조의2, 구 영업비밀보호법 제14조의2 제5항에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정하기로 함</u> • 나아가, 앞서 본 기초 사실에 갑 제16, 43호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 피고 E의 87개의 전달 파일의 전달 행위 및 Insertion Loss 정리 파일의 사용 행위로 인하여 원고가 원고 청구 금액 10,000,000원을 넘는 손해를 입었으리라는 것을 넉넉히 인정할 수 있음

	① 피고 E 이 G에게 전달한 87개의 전달 파일은 프로브 및 소켓 등의 제작 도면 등으로, 특히 제작 도면을 사용할 경우 <u>단기간에 프로브와 소켓을 제작할 수 있어 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있음</u> ② 피고 E 이 사용한 Insertion Loss 정리 파일 역시 원고가 개발한 프로브 모델에 대하여 Insertion Loss 값을 프로브의 외형 치수별로 쉽게 알아볼 수 있도록 정리한 파일로서, 이 파일이 있을 경우 Insertion Loss 값에 대응하는 프로브를 고가의 장비를 이용하지 않고도 해당 모델을 선정할 수 있고, 위 정리 파일을 만드는 데 원고의 상당한 비용과 시간이 소요되었을 것으로 보임 • 위 피고들이 그 이행 의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2018.8.24.까지는 <u>민법이 정한 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있음</u>
부산지방법원 2016.2.3. 선고 2014가합5381 판결 ³⁷⁾	• 피고 B 등의 영업비밀 침해 행위로 인하여 그동안 원고가 입은 영업상의 손해, M의 영업상 이익 및 기타 <u>영업비밀의 유출에 따라 장래 발생할 수 있는 유·무형의 손해들을 고려하면, 피고 B 등의 불법 행위로 인하여 원고가 입은 손해액은 적어도 15억 원 상당이므로</u>, 피고 B 등은 공동하여 원고에게 위 15억 원을 지급할 의무가 있음 • 이 사건의 경우 피고 B 등의 영업비밀 침해 행위로 인하여 원고가 손해를 입은 사실은 인정되나, 그 손해액을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에 해당한다고 할 것이므로, <u>영업비밀보호법 제14조의2 제5항에 따라 그 손해액을 산정하기로 함</u> • 그러므로 살피건대 ... (중략) ... 피고 B 등이 설립한 M은 2011년 5,357,012원, 2012년 159,452,783원, 2013년 400,631,218원의 영업이익을 올린 점, 피고 B 등이 원고에 근무하면서 영업비밀과 무관하게 취득한 개인적인 노하우 등도 M의 제품 설계 및 제작, 영업에 기여하였을 것으로 보이는 점, 피고 B 등의 영업비밀 침해 행위는 원고의 매출액 감소에 주요 원인이 된 것으로 보이긴 하나, 그 무렵 원고의 기술력 한계로 인하여 거래처를 확보·유지하지 못한 원인도 작용한 것으로 보이는 점, 피고 B 등이 취득한 도면의 기술적인 내용은 이미 특허나 실용신안 혹은 관련 분야의 범용 기술 등으로 업계에 알려진 부분이고, 피고 B 등이 제작한 설비는 주문 제작에 따른 제품인 점을 감안하면, 피고 B 등이 열풍 용착기 등을 제작하는 데 있어서 이 사건 기술 정보가 고도한 것이었다거나 결정적인 것이었다고 보기는 어려운 점, 그 밖에 <u>침해의 태양, 침해된 영업비밀의 개수, 이 사건 기술 정보의 이용의 정도 등을 종합하면, 영업비밀보호법 제14조의2 제5항에 따라 피고 B 등이 배상해야 할 원고의 손해액은 2억 원으로 정함이 상당함</u>
서울고등법원 2021.12.23. 선고 2020나2032402 판결 ³⁸⁾	• 피고 B의 기술자료 유용행위로 인하여 원고가 입은 영업상의 손해를 고려하면, 피고 B의 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해액은 적어도 5억 원 상당이므로, 피고 B는 원고에게 위 5억 원을 지급할 의무가 있음 • 이 사건의 경우 피고 B의 기술자료 유용행위로 인하여 원고가 손해를 입은 사실은 인정되나, 그 손해액을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 매우 어려운 경우에 해당한다고 할 것이므로, <u>구 독점규제법 제57조에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정함</u> • 그러므로 살피건대 ... (중략) ... 피고 B는 2015. 12.부터 2017. 12.까지 피고 H 등에 라인당 18억 9,000만 원에 총 28라인의 메탈리제이션 장비를 납품하여 판매대금 합계 529억 2,000만 원 상당의 이익을 얻은 점, 피고 B가 원고와의 협업관계를 기초로 입수한 매뉴얼 첨부도면을 사용함으로써 피고 제품 개발에 소요되는 시간과 비용을 상당히 줄이게 된 점, 다만 매뉴얼 첨부도면의 기여도는 피고 B의 제품판매이익의 10%를 넘는다고 보기 어려운 점, 그 밖에 <u>침해의 태양, 침해된 기술자료의 개수, 매뉴얼 첨부도면 이용의 정도 등을 종합하면, 구 하도급법 제35조에 따라 피고 B가 배상해야 할 원고의 손해액은 5억 원으로 정함이 상당함</u> • 나아가 구 하도급법 제35조 제2항에 따른 징벌적 손해배상을 고려하여, 피고 B는 태양광 스크린 프린터의 자체 개발에 착수하여 수급업자인 원고와 경쟁관계에 있게 된 원사업자로서 원고에게 손해가 발생할 수 있다는 점을 충분히 인식하였고, 취득한 경제적 이익이 상당한

	<u>반면 피해구제를 위한 노력을 하지 않은 점 등을 고려하여 손해액의 2배인 10억 원을 배상액으로 정함</u> • 위 피고가 그 이행 의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2021. 12. 23.까지는 <u>민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있음</u>
서울중앙지방법원 2023.8.10. 선고 2020가합548737 판결 ³⁹⁾	• 피고의 영업비밀 침해행위로 인하여 원고가 입은 영업상의 손해를 고려하면, <u>피고의 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해액은 30억 원 상당이므로</u>, 피고는 원고에게 위 30억 원을 지급할 의무가 있음 • 이 사건의 경우 피고의 영업비밀 침해행위로 인하여 원고에게 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에 해당하므로, <u>영업비밀보호법 제14조의2 제5항에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정함</u> • 그러므로 살피건대 … (중략) … 피고가 2016년경 총 66대의 VTS를 C에 납품하면서 지급받은 돈은 73,801,700,000원이었던 점, 피고가 고의 내지 중과실로 원고의 영업비밀을 무단 사용한 사실 자체는 인정되고 원고로서는 적어도 영업비밀 사용에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 손해는 입었다고 볼 수 있는데 <u>통상적으로 정밀기기제조업, 전기장비 제조업, 기타 기계 및 장비 제조업 등의 경우 기술거래에 따른 로열티는 해당 기술의 사용에 따른 매출액의 3%에서 4%의 범위에서 결정되는 것으로 알려져 있는 점</u>, 피고는 원고의 영업비밀을 사용함으로써 설계에 소요되는 시간과 비용을 상당 부분 절약하는 이익을 주로 얻은 것으로 보이는 점, 그 밖에 <u>침해의 태양, 침해된 영업비밀의 개수, 영업비밀 사용의 정도 등을 종합하면, 영업비밀보호법 제14조의2 제5항에 따라 배상해야 할 원고의 손해액은 30억 원으로 정함이 상당함</u> • 위 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 다투어 볼 만하다고 여겨지는 이 판결 선고일인 2023. 8. 10.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 <u>소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있음</u>

33) 서울중앙법원 2022.2.11. 원고일부승 선고, 2022.3.5.자로 확정.

34) 원,피고 모두 항소하여, 항소심인 수원고등법원 2023.9.14. 선고 2020나24263 판결로 2023.10.7. 확정됨. 항소심에서 손해배상액 산정 법리에 관하여 달리 판시한 바 없음.

35) 원,피고 모두 항소하여, 항소심인 서울고등법원 2021.9.9. 선고 2020나2016653, 2020나2038875 판결에서 1심의 판결을 번복하여 피고 B에 대한 영업비밀 침해행위의 성립을 부정하였음. 이에 원고가 상고하였으나 대법원 2024. 11.20. 선고 2021다278931, 2021다278948 판결에서 상고를 기각하여 확정됨. 항소심에서는 영업비밀 침해행위의 손해배상액에 관하여는 추가로 판시한 바 없음.

36) 원,피고 모두 항소하여, 항소심인 서울고등법원 2021.12.23. 선고 2018나2053246 판결에서 1심에서 손해액을 총액 1,000만 원으로 판시했던 것과 달리 항목별로 손해액을 구분하였으나, 손해액 산정 법리는 동일함(영업비밀보호법 제14조의2 제5항, 민사소송법 제202조의2에 따른 손해액 인정).

37) 피고 항소하였으나, 항소심인 부산고등법원 2016.8.111. 선고 2016나1021 판결에서 피고 항소를 기각하여 확정됨.

38) 대법원 2022다207448 사건으로 상고심 진행 중.

39) 원,피고 모두 항소하였으나, 항소심인 서울고등법원 2023나2042776 사건에서 2025.1.21. 강제조정되어 확정됨.

나. 형사사건 판결 및 사례 분석

〈표 2〉 형사사건 분석 내용

사건번호	주요 내용
대법원 2022.6.9. 선고 2021도3231 판결	- 피고인 A는 B 연구소의 전직 연구원으로, 퇴직 시 연구소의 기술자료를 무단으로 유출하여 중국 기업 I 사와의 컨설팅 계약에 활용한 혐의로 산업기술의 유출 방지 및 보호에 관한 법률 위반죄, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외누설 등)죄, 업무상 배임죄로 기소됨 - 법원은 피고인에게 징역 1년, 집행유예 2년을 선고하며, 피해자가 상당한 시간과 비용을 들인 연구와 노력을 헛되게 하고, 관련 분야의 건전한 경쟁과 거래 질서를 심각하게 저해한 점, 그럼에도 피고인은 범행을 부인하고 있고 피해자로부터 용서받지 못한 점을 불리한 정상으로, 이 사건 범행으로 인하여 피해자가 입은 손실의 구체적인 규모는 확인되지 않는 점, 형사처벌을 받은 전력이 없는 점, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등을 유리한 정상으로 양형에 참작함
대전지방법원 2021.10.20. 선고 2019노3551 판결	- 피고인 A, B가 자신들이 근무하던 회사(피해 회사)의 영업비밀 자료를 취득하여 경쟁사(G 사)로 이직하려 한 사건으로, 업무상 배임죄 및 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외누설 등)죄로 기소됨 - 법원은 피고인들에게 각 징역 1년, 집행유예 3년을 선고하며 보호관찰을 받을 것과 160시간의 사회봉사를 명함 법원은 피고인들이 각 초범이고, 이 사건 각 범행을 저지르게 된 경위 등에 다소 참작할 만한 사정이 있는 것으로 보이며, 피해 회사와 직접적인 경쟁 회사에 취업하여 피해 회사의 영업비밀을 유출함으로써 피해 회사에 상당한 경제적 손실을 가하였는지는 명확히 밝혀지지 않은 점, 피고인들이 각 잘못을 인정하고 반성하지 않으며, 이 사건 각 범행 일로부터 4년이 경과하였음에도 피해 회사와 합의하거나 피해를 변제하지 아니한 점 등을 양형에 참작함
울산지방법원 2021.5.7. 선고 2020노737 판결	- 피고인 A는 피해자 회사의 연구소장으로서 VIP 시스템 관련 영업비밀을 국내외에 누설하고, 회사 노트북의 자료를 개인 USB 에 저장한 혐의로 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 누설 등)죄, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외누설 등)죄, 업무상 배임죄로 기소되었음 - 법원은 피고인에게 징역 6월, 집행유예 2년을 선고하며, VIP 시스템 관련 영업비밀은 피해 회사가 오랫동안 축적해 온 경험과 노력이 담긴 핵심 기술인데, 피해 회사에서 그 관리 업무를 담당하였던 피고인이 자신의 이익을 위해 이를 국내 및 국외에 누설하여 그 죄질이 무거운 점을 불리한 정상으로, 피고인은 처벌받은 전력이 전혀 없고, 이 사건 각 범행으로 인해 피고인이 취득한 경제적 이익이나 피해자 회사의 손실이 현실화된 것으로는 보이지 않는 점, 피고인이 피해자 회사에서 연구소장의 직책을 맡아 실질적으로 퇴직할 때까지 회사를 위하여 나뉘 성실하게 근무한 것으로 보이는 점 등을 유리한 정상으로 양형에 참작함
서울고등법원 2020.2.14. 선고 2019노2563 판결	- 피고인 A는 C 주식회사에 입사하여 반도체 기판 사업 부문에서 근무하였고, 반도체 기판 마케팅 부서의 부장으로 근무하다가 퇴사하였음 피고인 B는 일본 무역회사인 D 주식회사에 입사하여 위 회사의 한국 영업소에서 근무하며 일본 반도체 기판 제조 회사인 E 주식회사의 한국 에이전트 업무를 담당하다가 퇴사하였음 피고인들은 C 주식회사(피해 회사)의 60볼 반도체 기판 관련 영업비밀을 일본 E사에 누설한 혐의로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄(인정된 죄명 업무상 배임), 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외누설 등)죄로 기소되었음 - 법원은 피고인 A에게 징역 1년 6월, 집행유예 2년을, 피고인 B에게 징역 1년, 집행유예 2년을 선고하며, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)(인정된 죄명 업무상 배임)건에 대해서는 피고인들이 피해 회사의 영업비밀을 누설·취득한 행위로 인하여 얻었다고 볼 수 있는 영업비밀의 재산 가치를 구체적으로 인정할 별다른 증거가 없고, 검사가 제출한 증거들

	<u>만으로 위와 같은 영업비밀이 가지는 재산 가치 상당액 또는 피해 회사가 입은 손해가 위 공소사실 기재와 같다거나, 피고인들이 취득한 이득액이 적어도 5억 원 이상이라는 구성 요건 사실이 합리적인 의심 없이 증명되었다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없기에 무죄로 판결함</u>
대구지방법원 2019.9.27. 선고 2019노379 판결	• 피고인 A, B는 피해 회사 입사 후 중국 회사 F로의 이직을 위해 공모하여 피해 회사의 D 제품 관련 영업비밀(개발 자료, 배합비 등)을 무단으로 취득하고, 이를 F 회사에 제공하여 사용 및 누설한 혐의로, 피고인 A는 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외누설 등)죄, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 누설 등)죄, 업무상 배임죄로, 피고인 B는 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외누설 등)죄, 업무상 배임죄로 기소되었음 • 법원은 피고인 A에게 징역 1년 6월 및 벌금 1,500만 원, 집행유예 3년을 처하고, 피고인 B에게 징역 1년 및 벌금 1,000만 원, 집행유예 2년을 처하며 피고인들이 침해한 피해 회사의 영업비밀은 피해 회사가 많은 비용과 노력을 들여서 취득한 영업 자산인 점, 피해 회사와 합의되지 않아 피해 회사가 피고인들의 처벌을 원하는 점을 불리한 정상으로, 피고인들이 범행을 시인하면서 반성하는 점, 피고인들의 범행으로 피해 회사가 직접적인 매출 감소의 피해를 입었다고 볼 만한 자료는 없는 점, 피고인 A가 피해 회사를 위하여 5,000만 원을 공탁한 점, 피고인 A는 1회 이종 벌금형 전과 외에는 처벌받은 전력이 없고, 피고인 B는 초범인 점, 피고인들에게 부양가족이 있는 점 등을 유리한 정상으로 양형에 참작함
서울남부지방법원 2021.8.11. 선고 2020고단5463 판결	• 피고인 A는 피해 회사 기술연구소 소장으로서 의약품 자동 포장 기계 설계 업무 등을 총괄하였으며, C 주식회사에서 기술연구소 소장으로서 의약품 자동 포장 기계 설계 업무를 총괄하였음. 피고인 B는 피해 회사 기술연구소 직원으로서 의약품 자동 포장 기계 설계 업무를 담당. 피고인 C 주식회사는 검사 장비 제조업 등을 목적으로 설립된 법인임 • 피고인 A, B는 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 누설 등), 업무상 배임, 피고인 C 주식회사는 업무상 배임 혐의로 기소됨. 법원은 피고인 A, B에 각 징역 8월, 집행유예 2년, 각 사회봉사 40시간에 처하고, 피고인 C 주식회사에는 벌금 500만 원에 처함 • 법원은 피고인들은 피해 회사가 비용과 노력을 들여 개발·보유하고 있는 영업비밀을 유출한 다음, 이를 기화로 유사한 기계의 제작을 획책하였는바 그 죄질이 좋지 않은 점, 그럼에도 업무상 배임죄의 경우 합리성 없는 변명으로 일관하며 자신들의 잘못을 반성하지 않는 점 등은 피고인들에게 불리한 정상으로, 피고인들에게 동종 내지 벌금형을 초과하는 전과는 없는 점, 피고인들로부터 기계 제작을 의뢰받은 업체가 피해 회사에 영업비밀 사용 사실을 알려 다행히 유출된 영업비밀에 따른 기계의 제작 등의 행위는 이루어지지 않은 점, 일부 범행을 인정하며 반성하는 점 등을 양형에 참작함
대법원 2019.12.12. 선고 2019도14411 판결	• 피고인 A는 중국 북경시에서 종묘회사 'B 유한공사'를 운영하는 대표로, 피해 회사의 연구소장 C로부터 K 양배추 품종의 부계 원종을 취득한 혐의로 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외 누설 등)죄로 기소되었음 • 법원은 피고인 A를 징역 1년, 집행유예 2년에 처하며, 이 사건 공소사실 중 2013.7. 경, 2014.6. 경, 2016.7. 경 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외 누설 등)의 점은 각 무죄. 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외 누설 등)의 점의 경우, 피해 회사에서 개발한 영업비밀인 원종 등을 부당하게 취득한 행위에 대한 직접 증거만으로는 해당 공소사실이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 이를 인정할 증거가 없어, 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하였음 • 법원은 피고인이 취득한 피해 회사의 원종은 피해 회사가 오랜 시간 많은 비용과 노력을 들여서 취득한 중요한 영업 자산인 점, 원종을 국외로 유출하려 한 행위는 종자 주권을 위협할 여지가 있는 행위로서 그 죄책이 가볍지 아니한 점, 영업비밀이 외부로 유출되지 아니하고 회수되어 실제 사용되거나 누설되지 아니한 점을 양형에 참작함

서울중앙지방법원 2018.11.29. 선고 2018고단1334 판결	• 피고인 A는 피해자 E 주식회사의 전 영업부 차장으로, 동료 J(기술개발부 부장), I(생산부 이사)와 공모하여 회사의 영업비밀을 중국 합작회사에 유출한 혐의로, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 국외누설 등)죄, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(정보통신망 침해 등)죄, 업무상 배임죄로 기소되었음 • 법원은, 피고인에게 <u>징역 1년 4월</u>을 선고하면서, 영업비밀 침해 행위는 침해 행위자가 그러한 침해 행위에 의하여 공정한 경쟁자보다 '유리한 출발' 내지 '시간 절약'이라는 우월한 위치에서 부당하게 이익을 취할 수 있다는 점에서 그 죄책이 무거운 점, 피고인이 J 와 공모하여 침해한 이 사건 영업비밀 및 주요 자산 자료는 피해자 회사가 오랫동안 쌓아온 경험과 노력으로 축적한 것이었던 점, 피고인은 이 사건 범행이 발각된 이후에 중국에서 4 년이 넘는 기간 동안 귀국하지 않았던 점, <u>이 사건 영업비밀 자료 등을 직접 유출한 행위자는 J이고, 위 영업비밀 자료 중 상당 부분은 J가 업무 수행 과정에서 그 개발에 어느 정도 기여했던 것으로 보이는 점</u>, 피고인은 1994년경 도로교통법 위반죄로 벌금 100만 원을 선고받은 이외에 별다른 형사처벌 전력이 없는 점 등을 양형에 참작함
수원지방법원 2017.6.7. 선고 2016노5741(분리) 판결	• 피고인 A, B, C, D는 O 주식회사(피해 회사)의 (전직) 직원들로, 회사의 영업비밀을 유출하거나 부당하게 보관한 혐의로, 피고인 A, B, C, D는 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 누설 등)죄, 업무상 배임죄, 피고인 E는 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀 누설 등)죄로 기소되었음 • 법원은, 피고인 A에 <u>징역 1년, 집행유예 2년</u>, 피고인 B에 <u>징역 8월 집행유예 2년</u>, 피고인 C에 <u>징역 8월 집행유예 2년</u>, 피고인 D에 <u>벌금 300만 원</u>, 피고인 E는 무죄를 선고하였음 • 법원은 영업비밀이 경쟁회사 등에 의하여 실제 이용되었다거나, 실제 피해가 매우 크다고 보이지 않고, 피고인들이 확정적 고의 또는 목적을 가지고 범행하였다고 단정할 자료가 없다는 점을 유리한 정상으로 참작하여 양형하였음 또한 일부 피고인의 경우 피해 회사 퇴사 후 피해 회사 계열사로 이직하면서 가져온 피해 회사의 영업비밀인 파일을 다른 피고인에게 송부할 당시, <u>해당 파일이 피해 회사의 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되는 정보임을 인식하고 있었다고 인정하기 부족하다는 점을 들어 무죄를 선고받음</u> • 또한 법원은 검사 측의 증거만으로는 위 각 자료가 불특정 다수에게 공개되지 않은 것이고, <u>피해 회사가 상당한 시간, 노력 및 비용을 들여 취득, 개발한 것 또는 그 자료의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있는 것으로 피해 회사의 영업비밀, 또는 적어도 피해 회사의 영업상 주요 자산에 해당함을 인정하기 부족하다는 점을 이유로 해당 기소사실은 무죄로 판단함</u>
수원지방법원 2021.11.12. 선고 2020노4816 판결	• 피고인 A, B, C는 LED 특허경쟁력 1위로 평가받은 발광다이오드 생산업체인 피해회사에 입사하여 근무하다가 피해회사의 경쟁회사인 I에 가명을 사용하여 입사하여 피해회사의 산업기술과 영업비밀을 유출한 혐의로 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 위반, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(영업비밀국외누설등), 업무상배임죄로 기소되었음 • 법원은 피고인 A에게 <u>징역 2년, 집행유예 3년</u>, 피고인 B에게 <u>징역 1년 6월, 집행유예 3년</u>, 피고인 C에게 <u>징역 1년 2월, 집행유예 2년</u>에 처하도록 하였음 • 법원은 피고인들은 피해회사의 보안절차 및 서약에도 불구하고, 보안절차를 회피하여 피해회사의 영업비밀 등을 유출하여 그 죄책이 가볍지 않고, 특히 피고인 A는 이 사건 범행과정을 주도하여 그 죄책이 무거운 점을 불리한 정상으로, 피고인들이 유출한 자료들은 대부분 피해회사의 보안상 중요등급으로 분류된 자료는 아닌 것으로 보이고, <u>I가 그 자료들을 활용하여 피해회사에 피해가 구체적으로 현실되었다고 볼 자료는 드러나지 않는 점</u>, 피고인 A는 이중 범죄 벌금형으로 1회 처벌받은 전력이 있을 뿐이고, 피고인 B, C는 초범인 점을 유리한 정상으로 고려하여 양형에 참작함

2. 피해규모 산정 및 처벌 수준 분석

앞서 살펴본 판결례 분석을 바탕으로, 기술유출범죄 사건에서 실제로 인정된 피해규모의 분포와 그 산정 방식을 보다 구체적으로 분석하고, 형사사건에서의 처벌 수준을 체계적으로 검토한다. 또한 국내 산정기준과 미국의 산정기준을 비교 분석하여 현행 제도의 한계점과 개선 방향을 모색한다.

가. 피해규모 산정 방식

앞서 분석한 민사 판결례를 종합해 보면, 현행 피해규모 산정방식에는 다음과 같은 특징이 나타난다. 우선, 손해 발생 인정은 명확하나, 손해액 산정은 별도로 판단한다. 대부분 사건에서 손해 발생은 인정되지만, 정확한 액수 산정은 어렵다고 판단한다. 이에 따라 영업비밀보호법 제14조의2 제5항과 민사소송법 제202조의2를 근거로 법관이 정액 손해액을 정한다. 정량적 산정(단위이익 × 수량 × 기여율)은 가능한 경우에만 적용한다. 판매수량, 이익률, 기여율이 객관적으로 산정 가능한 경우에는 정량 계산 방식을 채택하는 반면, 기여율이 불명확하거나 공동 소유인 경우에는 정량 산정이 곤란하여 정액배상으로 전환하는 경우도 있다.

시장점유율 및 경쟁사 매출 등을 간접지표로 활용하는 경우도 있다. 경쟁사 판매수량에 시장 점유율을 곱해 피해 수량 추정하거나, 유출 정보로 인한 경쟁사의 매출·이익 상실을 근거로 피해액을 판단하는 편이다. 유출 자료의 경제적 가치 자체에 근거한 손해액 산정도 있다. 기술보증기금 평가, 감정평가법인 자료 등을 참고하되, 유출 범위나 정보의 핵심성에 따라 감액한다. 증명 부족 또는 권리 불명확 시 손해액이 대폭 감액되는 경향이 있다. 기술의 독창성, 핵심성, 유사 기술 존재 여부 등을 종합적으로 고려해 감액을 판단하며, 공동 개발 자료일 경우 단독 피해 주장이 어렵다고 판시하는 경우가 존재한다.

〈표 3〉 자산 관련 손해배상 청구 시 법원 판단 경향 요약

※ 비교: 1.가.항 판결 분석

항목	손해배상 금액 산정 방식
손해액 산정 원칙	명확한 계산 불가능 시 → 정액 또는 상당액 인정
산정 방식	정량 (수량 × 이익률 × 기여율) 또는 정액(정황 감안)
기여율 판단	감정 결과 또는 감식인 의견이 결정적
소유권 불분명한 자료 제출 시	손해액 감액 사유
증거자료 부족 시	법원이 '상당한 금액'을 인정하는 방식 채택

특히 정황에 따라 ▲정량적 추정 방식 ▲정액 추정 방식 ▲권리 귀속 불명확한 경우 감액 ▲영업이익을 직접 비교하는 등 법원에서 채택한 손해배상 금액 산정 방식이 상이하다.

〈표 4〉 민사 판결 손해배상 금액 산정 방식

※ 비교: 1.가.항 판결 분석

구분	적용 사건	손해배상 금액 산정 방식
정량적 추정 방식	2018가합575330, 2017가합407806	단가, 이익률, 점유율을 바탕으로 산정
정액 추정 방식	2015가합576738, 2017가합589394, 2020가합609007, 2018가합577480	정황에 따라 최소 보상 수준으로 법원이 재량 결정
권리 귀속 불명확한 경우 감액	2018가합577480, 2020가합609007	유출 정보의 소유권 불명확, 공동 소유 시 손해액이 크게 줄어듦
영업이익을 직접 비교	2014가합5381	유출한 자의 실제 신규 법인 수익을 기준으로 간접 추정

나. 국내 및 미국 산업기술 유출 피해 금액 산정기준

이러한 국내 현황의 문제점을 더욱 명확히 파악하기 위해, 기술유출 피해액 산정에 있어 선진적 체계를 갖춘 미국의 사례와 비교 분석해 보았다. 「산업기술 유출 피해 금액 산정 기준에 관한 연구: 미국 판례 분석을 중심으로」(2024)⁴⁰⁾에 따르면 국내에서는 손해액을 산정하기 위한 객관적인 기준 및 자료가 부족하여 법원의 재량하에 정액을 인정하는 경우가 많다. 한편 산업통상자원부고시 ‘기술평가기준 운영지침’ 제36조에 따르면 기술가치 평가 시 3가지 접근법 가운데 한 가지를 근간으로 다양한 방법을 혼합하여 적용할 수 있다고 명시하고 있다.

국내에서는 주로 수익접근법을 기반으로 기술 유출의 피해 금액을 산정하고 있지만, 구체적인 산정기준과 방법이 마련되지 않은 상태에서 기술의 경제적 수명, 유출로 인한 매출 감소, 시장점유율 등을 추정하는 것은 산정기준의 모호성으로 인해 평가자의 주관성이 개입될 수 밖에 없고 이를 통한 산정 결과는 법원에서 받아들여지지 않고 있다. 다만, 위 국내 판결 7건의 피해 금액 판단에 비추어보았을 때, 수익접근법과 비용접근법을 일부 활용한 경우도 찾아 볼 수 있다.

〈표 5〉 주요 기술가치 평가방법

기준	정의	국내 판결 반영 여부
① 수익접근법 (Income approach)	- 기술이나 제품이 경제적 수명 동안 창출할 수 있는 수익을 바탕으로 기술의 가치를 평가하는 방법 - 기술을 개발하여 독점적으로 사용하는 사업이	2018가합575330(판매수량 × 단위이익 × 시장점유율로 손해액 계산 → 미래 수익 기반 평가 방식에 해당) 2017가합407806(제품 판매량 × 단가 × 이

40) 강욱·이상학, “산업기술 유출 피해 금액 산정 기준에 관한 연구: 미국 판례 분석을 중심으로”, 「한국산업보안연구」 제14권 제2호, 한국산업보안연구학회, 2024.

	창출하는 부가가치를 측정하기 위해, 해당 기술이 창출할 미래 현금 유입액에서 신규 투자액 등을 차감하여 기술가치를 평가함	익률 × 기술 기여율 → 실현된 수익에 기초한 손해 산정) • 2014가합5381(수익접근법의 표준적인 계산 방법(DCF 등)을 사용하진 않았지만, 피고가 기술을 사용해 벌어들인 수익을 간접 근거로 삼아 손해액을 추정했다는 점에서 수익접근법과 유사)
② 시장접근법 (Market approach)	- 평가 대상 기술 자산과 유사한 기술의 최근 거래 가격을 기반으로 기술의 가치를 산정하는 방법 - 유사한 기술에 대한 신뢰할 수 있는 거래 자료가 존재하고, 시장에서 거래 가격이 공정하게 결정되는 경우 가장 직접적이고 체계적인 평가 방법으로 간주되지만, 유사한 기술의 거래 자료가 거의 없는 경우 실제 적용에는 많은 제약 따름	• 위 국내 판결 7건 가운데 해당 사항 없음
③ 비용접근법 (Cost approach)	- 대상 기술이 보유하는 미래 용역 창출력을 얻기 위해 필요한 금액을 산출하여 기술의 미래 효익을 측정하는 방법 - 이 접근법에서 기술의 가치는 평가일 현재의 동일한 기술을 생산하거나 입수하기 위해 필요한 투입 비용과 같음	2020가합609007(기술보증기금의 감정평가서를 통해 해당 기술의 재현 비용 또는 개발비용을 참조하였으나, 법원이 전면 수용하지 않고 일부만 반영) 2017가합589394(정형화된 비용접근법(재현비용 계산 등)을 사용하지는 않았으나, 법원이 기술자료 유출로 인한 손해를 판단할 때 그 자료가만 들어지는 데 들어간 시간·노력·비용(=개발비 개념)을 고려하여 정액 손해액을 인정했다는 점에서 비용접근법에 유사한 접근 방식 활용)

※ 출처: 강욱·이상학, “산업기술 유출 피해 금액 산정 기준에 관한 연구: 미국 판례 분석을 중심으로”, 「한국산업보안연구」 제14권 제2호, 한국산업보안연구학회, 2024, 110면 및 표 내용 중 판례 원문.

또한 이 논문은 미국에서 피해 금액을 산정할 때의 3가지 기준을 제시하고, 한국에서도 해당 기준을 도입해야 한다고 역설하고 있다. 산업기술 유출 피해 금액 산정 방식에 있어 ① 실제 손해액(Actual loss), ② 부당이득(Unjust enrichment), ③ 로열티 기준(Reasonable royalty) 3가지 기준을 제시하고 있다.

〈표 6〉 美 영업비밀 침해로 인한 피해 금액 산정 기준

기준	정의	국내 판결 반영 여부
① 실제 손해액 (Actual loss)	- 피해자가 유출로 인해 실제로 입은 매출 감소나 수익 손실을 기준으로 산정 - 유출이 없었더라면 얻었을 합리적 수익을 추정해 손해액으로 인정 [예시] 기존 고객 이탈, 납품 중단, 단가 하락 등으로 인한 손익차 손해	2018가합575330(피고의 실제 판매량 × 원고 이익률 × 시장점유율로 손해액을 추정) 2020가합609007(실제 손해액이 피해 금액 산정 시 고려되었으나, 입증 자료 부족으로 인해 구체적 금액 산정 없이 법원의 재량에 의한 정액배상으로 마무리되었기 때문에 간접적인 적용에 그침)

② 부당이득 (Unjust enrichment)	• 침해자가 유출된 기술이나 정보로 인해 얻은 이익(매출, 비용 절감 등)을 환수 • 피해자의 손해가 입증되지 않더라도 침해자의 이익 자체를 손해액으로 간주 가능 • [법적 목적] 피해자 보상 + 침해자 제재(억제 효과)	• 2017가합407806(피고가 제품을 판매하면서 얻은 이익 중 원고 기술 기여도만큼 추정 손해액 산정)
③ 로열티 기준 (Reasonable royalty)	• 피해자와 침해자가 정상적인 거래를 했다고 가정할 때 지불했을 가상의 기술 사용료(로열티) 산정 • 실제 기술이전 사례, 업계 관행, 기술의 시장성 등을 기준으로 추정 • 손해·이익이 모두 입증되지 않을 경우 유용한 가정 기반 추정 방식	• 위 국내 판결 7건 가운데 해당 사항 없음

※ 출처: 강욱·이상학, “산업기술 유출 피해 금액 산정 기준에 관한 연구: 미국 판례 분석을 중심으로”, 『한국산업보안 연구』 제14권 제2호, 한국산업보안연구학회, 2024, 114-115면.

미국 R&D 기술유출 피해 사례의 해당 판례를 분석한 결과 ▲원가접근법 ▲수익접근법 ▲시장접근법을 활용하여 R&D 비용을 산정하였다.

- (1) [원가접근법 사례] Epic v. TCS, Syntel v. Trizetto는 명확히 Epic/Trizetto가 자체적으로 기술 개발에 쓴 비용을 기준으로 산정하였다.
- (2) [수익접근법 사례] Appian v. Pegasystems, Xiaorong You 사건에서는 시장 점유/부당이득 측면에서 수익을 환산하여 손해액 결정하였다.
- (3) [시장접근법 사례] DuPont v. Kolon은 유사 점유 기술을 통한 시장 침투 및 거래 사례 중심으로 시장접근법적 판단이 있었던 것으로 분석된다.

〈표 7〉 미국의 기술 유출 피해 금액 산정 주요 판례 분석

판례명	산정방식	분류이유	R&D 비용 산정 관련 언급
Tesla, Inc. v. Tripp	원가접근법	Tesla가 정보 유출로 인한 장비 교체, 보안 강화 등 실제 투입 자원 중심으로 피해주장	자체 비용 항목을 피해액으로 계산
Appian Corp. v. Pegasystems Inc.	수익접근법 (로열티공제법 유사)	부당이득(매출)을 기준으로 피해액 산정	총 20억 달러 손해배상 중 상당 부분이 로열티/시장 점유율 기반
DuPont v. Kolon Industries	시장접근법	유사 기술을 통해 시장 점유율 침해 및 거래 사례 비교	시장 점유율 및 거래 피해 중심으로 판단 추정
Epic Systems Corp. v. TCS Ltd.	원가접근법	Epic의 기술을 사용해 개발 비용을 회피한 점을 기준으로 손해 산정	Epic이 동일 기술 개발에 투입한 비용을 기준으로 피해액 산정

Syntel Sterling v. Trizetto Group	원가접근법	Trizetto의 개발비를 회피한 손해 추산	개발비에서 클라이언트 후원분 제외, 자체투자 기준
U.S. v. Xiaorong You	수익접근법	기술 유출로 시장 점유 및 수익 창출 기도	중국 시장 점유율 및 예상 매출 기반 수익 추정

※ 출처: 강욱·이상학, “산업기술 유출 피해 금액 산정 기준에 관한 연구: 미국 판례 분석을 중심으로”, 『한국산업보안 연구』 제14권 제2호, 한국산업보안연구학회, 2024, 116-119면.

한편, 한국과 미국의 산업기술 유출 피해 금액 산정기준을 비교했을 때 ▲손해액 산정 방식 ▲로열티 방식 ▲전문가 감정 반영 ▲징벌적 배상 ▲입증 부담에 있어 차이점이 존재한다.

〈표 8〉 미국 기술 유출 피해 금액 산정기준과 국내와의 차이점

기준	한국	미국
① 손해액 산정 방식	정액 손해 혹은 실제 이익 추정 중심	다양한 방식 혼용, 감정인 활용
② 로열티 방식 ⁴¹⁾	거의 활용되지 않음	자주 활용됨
③ 전문가 감정 반영	일부 판결에서 기술보증기금 감정 참고(2020가합609007)	적극 반영
④ 징벌적 배상	있음 (최대 5배)	있음 (최대 3배 이상)
⑤ 입증 부담	피해자 중심, 입증 곤란 인정 시 법원 추정(제202조외2 등)	침해자 전환 가능

다. 피해규모 산정 및 처벌 수준 현황

(1) 민사사건 인정 손해배상 금액 분포

- 전체 평균 인정액: 약 6.21억원(9건 기준 산술평균)
- 최고 인정액: 30억원
- 최저 인정액: 1천만원

〈표 9〉 분석 대상 민사 판결 손해배상 금액 분포

손해배상 금액 분포	건수	비율(%)	주요 사례
30억원 이상	1건	11.1%	30억원(서울중앙지법 2020가합548737)
10억원-30억원	1건	11.1%	10억원(서울고등법원 2020나2032402)
3억원-10억원	1건	11.1%	3.36억원(서울중앙지법 2018가합575330)

41) 유출 기술이 정당하게 사용되었더라면 지급했을 사용료를 추정하여 손해를 산정하는 방법이다.

5천만원~3억원	3건	33.3%	8,244만원(수원지법 성남지원 2017가합407806) 2억원(부산지법 2014가합5381), 2억원(서울중앙지법 2020가합577480)
1천만원~5천만원	3건	33.3%	1천만원(서울중앙지법 2020가합609007), 1천만원(서울중앙지법2017가합589394), 1천만원(서울중앙지법2015가합576738)
합계	9건	100.0%	—

(2) 손해배상산정 방식별 인정 금액 현황

① 정량적 산정 방식(2건)

- 서울중앙지방법원 2018가합575330: 3.36억원

산정방식: 피고 판매수량(150,408개) × 원고 한계이익(5,562원) × 시장점유율(40.15%)

특징: 구체적 판매수량, 이익률, 시장점유율이 객관적으로 산정 가능한 경우 적용

- 수원지방법원 성남지원 2017가합407806: 8,244만원

산정방식: N제품(26,480,475원) + O제품(55,955,925원) = 82,436,400원

세부계산: 판매가 × 판매량 × 영업이익률(5.1%) × 기여율(N제품 70%, O제품 50%)

② 정액 추정 방식(6건)

- 서울중앙지방법원 2020가합548737: 30억원

고려사항: 피고가 66대의 VTS 납품으로 738억 원 상당 매출을 올린 점, 업계 통상 로열티(3~4%) 적용 가능성, 설계시간·비용 절감 효과, 침해의 태양, 영업비밀 사용 정도, 침해된 영업비밀 개수 등을 종합

- 서울고등법원 2020나2032402: 10억원

고려사항: 피고가 원고 기술자료를 이용하여 28라인의 장비 납품(매출 529억원 상당, 개발시간·비용 절감 효과, 기여도 10% 한정, 침해의 태양·자료 개수·이용 정도를 종합

- 서울중앙지방법원 2018가합577480: 2억원

고려사항: 공동 개발 기여도의 균등성, 단독 사업화의 불가능성, 개발에 투입된 시간, 노력, 비용, 영업비밀 침해행위의 경위 및 정도, 당사자 간의 관계, 침해행위 지속 기간

- 부산지방법원 2014가합5381: 2억원

고려사항: 피고들의 개인 노하우 기여, 원고의 기술력 한계로 인한 거래처 확보·유지 실패, 취득 도면의 기술 내용이 이미 업계에 알려진 부분, 해당 기술정보가 고도하거나 결정적이지 않은 점, 침해의 태양, 침해된 영업비밀 개수, 기술정보 이용의 정도

- 서울중앙지방법원 2017가합589394: 1천만원

고려사항: 전체 기술개발비 5,500만원 중에서 USB 유출과 관련된 부분의 비중, 파일의 보호가치, 활용

가능성 등

- 서울중앙지방법원 2015가합576738: 1천만원

고려사항: 경쟁상 이익 제공, 고가 장비 대체 효과 및 원고의 상당한 개발비용 투입, 파일의 실제 업무 사용 확인, 파일 사용 후 즉시 제품 제조·판매 시작으로 인한 시간·비용 단축 효과, 피고의 사업규모

- 서울중앙지방법원 2020가합609007: 1천만원

고려사항: 기술보증기금의 전체 기술가치 평가 6억4,300만원 중 원고 설계도는 일부에 해당, 감정평가 법인의 특허가치 평가 4억원, 원고 설계도에 포함되지 않은 부분도 기술적으로 중요한 부분에 해당함

③ 권리 귀속 불명확한 경우 감액(2건)

- 서울중앙지방법원 2018가합577480: 2억원

감액사유: 공동 개발 자료로 인한 권리 공동 귀속

- 서울중앙지방법원 2020가합609007: 1천만원

감액사유: 전체 기술 중 일부(칩버부)만 해당, 제어부·전기장치 미포함, 기술보증기금 평가 6.43억원에 서 98.4% 감액

④ 영업이익 직접 비교(1건)

- 부산지방법원 2014가합5381: 2억원

산정방식: 침해자(M사)의 실제 영업이익(2011년 535만원, 2012년 1.59억원, 2013년 4억원) 등을 기준으로 간접 추정

(3) 형사사건 피해규모 산정 현황

① 피해규모 산정 체계의 부재

피해규모 미확인을 감형 요소로 활용하는 판결 경향: 분석된 10건의 형사 판결 중 대부분에서 법원은 구체적인 피해액 산정을 하지 않고, 오히려 "손실의 구체적인 규모가 확인되지 않는 점"을 양형 참작 요소로 활용함

② 법원의 피해규모 관련 판시 사례

- 대법원 2021도3231: "이 사건 범행으로 인하여 피해자가 입은 손실의 구체적인 규모는 확인되지 않는 점"을 유리한 정상으로 참작

- 대전지방법원 2019노3551: "피해 회사에 상당한 경제적 손실을 가하였는지는 명확히 밝혀지지 않은 점"을 양형 참작

- 울산지방법원 2020노737: "피고인이 취득한 경제적 이익이나 피해자 회사의 손실이 현실화된 것으로는 보이지 않는 점"을 유리한 정상으로 참작
- 대구지방법원 2019노379: "피고인들의 범행으로 피해회사가 직접적인 매출감소의 피해를 입었다고 볼 만한 자료는 없는 점"을 유리한 정상으로 참작

(4) 형사사건 형량 수준 분석

① 전체 처벌 수준 현황⁴²⁾

2019-2022년 실행 선고율: 10.6%

2022년 영업비밀 해외유출 범죄 평균 형량: 14.9개월

2024년⁴³⁾: 2022년 대비, 구속율 4.9% 증가(20%→24.9%), 기소율 8.8% 증가(11.2%→20%), 실행 선고율 12.6% 증가(11%→23.6%), 무죄율 3.3% 감소(17.6%→14.3%)

② 분석 대상 형사판결 10건(피고인 총 20명)의 형량 분석

평균 형량: 약 1년 1개월(집행유예 포함, 무죄·벌금형 제외)

집행유예 선고율: 85% (17건/20건)

실행 선고율: 5% (1건/20건)

〈표 10〉 분석 대상 형사 판결 형량 분포

형량 구분	건수 ⁴⁴⁾	비율(%)	주요 사례
징역2년, 집행유예	1건	5%	수원지법 2020노4816 피고인A
징역1년6월, 집행유예	3건	15%	서울고법 2019노2563 피고인A, 대구지법 2019노379 피고인A, 수원지법 2020노4816 피고인B
징역1년2월, 집행유예	1건	5%	수원지법 2020노4816 피고인C
징역1년, 집행유예	7건	35%	대법원 2021도3231 피고인A, 대전지법 2019노3551 피고인A·B, 서울고법 2019노2563 피고인B, 대법원 2019도14411 피고인A, 수원지법 2016노5741 피고인A, 대구지법 2019노379 피고인B
징역8월, 집행유예	4건	20%	서울남부지법 2020고단5463 피고인A·B, 수원지법 2016노5741 피고인B·C
징역6월, 집행유예	1건	5%	울산지법 2020노737 피고인A

42) 대검찰청, “기술유출 범죄, 더 이상 ‘숨방망이 처벌’ 없다.”, 대검찰청 보도자료, 2023.6.13.일자, <<https://eiec.kdi.re.kr/policy/materialView.do?num=239648&pg=&pp=20&topic=C>>, 최종검색 2025.5.28.

43) 대검찰청, “국가핵심기술 반드시 지킨다, 기술유출범죄 척결에 과학수사 역량 집중”, 대검찰청 보도자료, 2025.5.25 일자, <<https://spo.go.kr/site/spo/ex/board/View.do?cbIdx=1403&bcIdx=1080737>>, 최종검색 2025.5.28.

실형	1건	5%	서울중앙지법 2018고단1334 피고인A (징역1년4월)
벌금형	1건	5%	수원지법 2016노5741 피고인D (벌금300만원)
무죄	1건	5%	수원지법 2015고단4690 피고인E ⁴⁵⁾
합계	20건	100%	—

③ 주요 사례 형량 및 양형 이유

- 집행유예 선고의 주요 양형 이유

- (i) 피해 현실화 미인정: 대부분의 사례에서 ‘손실이 현실화되지 않은 점’ 참작
- (ii) 손실 규모 미확인: "손실의 구체적인 규모는 확인되지 않는 점" (대법원 2021도3231)
- (iii) 직접적 피해 부재: "직접적인 매출감소의 피해를 입었다고 볼만한 자료는 없는 점" (대구지법 2019노379)

- 피해규모와 형량의 괴리

20명 모든 피고인에 대해 법원이 구체적인 피해액을 산정하지 않으며, 피해규모와 무관하게 집행유예 위주의 처벌을 선고하고 있는 것으로 보인다.

다. 소결

분석 결과, 국내 기술유출범죄 피해규모 산정은 객관적 기준의 부재로 인해 일관성이 부족하고, 형사처벌 수준도 피해규모와 연동되지 않는 문제점을 보이고 있다. 특히 미국과 비교할 때 ① 로열티 방식의 활용 부족, ② 전문가 감정 활용의 한계, ③ 징벌적 배상 제도의 부재 등이 주요 차이점으로 나타났다. 이러한 문제점들을 해결하기 위해서는 보다 객관적이고 체계적인 R&D 투자비용 산정 방법론 마련이 시급하다.

3. 시사점 및 법제도 개선 사항

본 절의 분석을 통해 국내 기술유출범죄 피해규모 산정 현황의 주요 문제점과 개선 방향을 확인할 수 있었다. 첫째, 현행 민사사건에서는 구체적인 손해액 산정의 어려움으로 인해 법원의 재량적 정액 배상이 주를 이루고 있으며, 인정 손해배상액의 평균은 약 6.21억원으로 나타났다. 손해배상 산정 방식은 ① 정량적 추정 방식, ② 정액 추정 방식, ③ 권리 귀속 불명한 경우 감액, ④ 영업이익 직접 비교 등으로 구분되지만, 일관된 기준의 부재로 사건별 편차가 크게 나타나고 있다. 둘째, 형사사건에서는 대부분 구체적인 피해규모 산정 없이 처벌이 이루어지고 있으며, 오히려 “손실의 구체적인 규모가 확인되지 않는 점”을 감형 요소로 활용하는 경향을 보인다. 평균 형량은 약 1년 1개월이며, 집행유예 선고율이 85%에 달해 억제 효과가 제한적인

44) 개별 피고인(총 20명)을 기준으로 산정한 건수를 의미함

45) 수원지법 2016노5741 판결의 원심으로, 피고인E에 대한 무죄 선고 후, 검사가 항소하지 않아 확정됨

상황이다. 셋째, 미국과의 비교 분석 결과, 우리나라는 ① 실제 손해액, 부당이득, 로열티 기준 등 다양한 산정 방식의 부재, ② 전문가 감정 활용의 한계, ③ 징벌적 배상 제도의 활용 미흡 등의 문제점을 보인다.

이러한 문제점들을 해결하기 위해서는 다음과 같은 개선이 필요하다. 우선, **객관적 피해규모 산정 기준의 마련**이 시급하다. 본 보고서 제2장 제5절에서 제시한 R&D 투자비용 산정 방법론 등 체계적인 평가 기준을 도입하여 법원이 참고할 수 있는 공신력 있는 지침을 마련해야 한다. 이 과정에서 기술유출 사건을 담당하는 판사들이 첨단기술에 대한 전문성을 갖추기 어려운 현실을 감안하여, 법원이 기술유출 피해액을 판단할 수 있는 **공식 감정 규정**을 마련하거나 **전문 감정 기구**를 설치하는 방안도 함께 고려할 수 있을 것이다. 다음으로, 형사처벌과 피해규모의 연계성 강화가 필요하다. 영업비밀 사건은 주로 형사사건으로 시작하지만, 형사사건을 처리하는 수사기관과 형사 재판부는 시간 문제, 심리대상 과다 등의 문제로 인해 엄밀한 손해 산정이 매우 어렵다. 따라서 형사상 처단형의 산정은 민사상 경제적 ‘손해’라는 개념보다는 사회적 공공의 이익과 범죄 억제라는 형법의 목적에 부합하는 ‘피해’라는 개념으로 접근할 필요가 있으며, **미국의 예를 참고하여 피해규모에 비례한 처벌 체계를 구축해야 한다**. 이러한 개선을 통해 기술유출범죄에 대한 실효성 있는 대응체계를 구축하고, 우리나라 핵심기술의 보호와 기업의 경쟁력 제고에 기여할 수 있을 것으로 생각된다.

제3절 주요 경제범죄의 현황 분석

1. 경제범죄의 현황 및 산정기준

가. 경제범죄의 현황

경제범죄에 대한 통일된 개념적 정의는 없지만 선행 연구들에서 나타난 경제범죄에 대한 개념은 대부분 “초개인적, 사회적 법익 침해”를 기준으로 정의하고 있다.⁴⁶⁾ 전통적으로 경제범죄는 형사정책적으로 주로 기업 관련 범죄와 연결되어 다루어져 왔다. 그러나 기업범죄의 증가와 복잡해짐에 따라 단순히 개인의 위법행위에 형벌을 부과하는 방식으로는 이와 같은 구조적 범죄 현상을 충분히 제어하기 어렵다는 인식이 확산되었다. 따라서 현대적 관점에서의 경제범죄는 단지 사적 재산의 침해에 그치는 것이 아니라 경제 시스템 전반의 신뢰를 해치고 국민 전체의 경제적 안정과 질서에 위협을 가하는 행위로 이해되어야 한다. 경제범죄란 경제 활동의 기반이 되는 신뢰와 공정성을 훼손함으로써 사회적 혹은 초개인적 법익에 손상을 입히거나 경제적으로 핵심적인 지위·수단·방법 등을 부당하게 악용하여 중대한 재산상 피해를 초래하는 일련의 범죄행위를 포괄하는 개념으로 정의된다.⁴⁷⁾ 이러한 경제범죄를 저지르는 사람을 경제사범이라고 하는데 여기에는 통화위·변조, 유가증권위·변조, 「건축법」 위반, 「관세법」 위반, 「부동산등기특별조치법」 위반, 「부동산중개업법」 위

46) 정도희, “경제범죄의 개념과 대응방안 -기업 범죄를 중심으로-”, 「법학연구」 제26권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2018, 249면.

47) 옥필훈, “경제범죄의 실태에 관한 연구 -회사범죄, 지적재산권범죄, 산업스파이범죄를 중심으로-”, 「형사정책」 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006, 349면.

반, 「부정수표단속법」 위반, 「영업비밀보호법」 위반 등 77개 죄명을 위반하여 입건된 인원을 의미한다.⁴⁸⁾ 대표적으로 알고 있는 경제 관련 법률의 위반뿐만 아니라 「영업비밀보호법」을 위반하는 인원도 경제사범에 속한다.

대검찰청의 통계에 따르면, 경제범죄 관련 사건 접수 건수는 최근 몇 년간 급격한 증가세를 보였다. 2019년 95,805건이던 경제범죄 접수는 2020년 101,508건으로 증가했고, 다소 주춤했던 2021년(62,848건)과 2022년(68,595건)을 지나 2023년에는 80,895건으로 다시 상승하였다.⁴⁹⁾ 특히 2024년에는 101,107건으로, 역대 최고치를 기록하여 경제사범이 증가한 추세를 보인다. 처리사건의 경우에 2024년 기준으로 총 100,405건이 처리되었으며 이 중 불기소는 32,782건, 구공판은 10,723건, 구약식은 14,017건, 기타 처분은 42,883건에 달한다. 특히 구공판 및 구약식 건수의 점진적 증가는 경제범죄가 단순 종결되기보다는 정식 재판 절차로 넘어가는 사례가 많아지고 있음을 보여준다. 이는 범죄의 중대성, 사회적 파급력, 피해 규모가 전반적으로 증가하고 있음을 방증한다. 이와 같은 흐름 속에서 대한민국은 경제범죄에 대응하기 위해 제도적 장치를 지속적으로 강화해왔다. 그 핵심에는 1983년 제정된 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」이 있다. 이 법은 사기, 횡령, 배임, 공갈 등 형법상 재산범죄 중 일정 규모 이상의 피해를 발생시킨 경우, 형법보다 무겁게 처벌할 수 있도록 설계된 특별법이다. 이후 수차례의 개정을 거치며 벌금형 상향, 형량 하한 도입, 적용범위 확대 등의 조치를 통해 처벌 실효성이 강화되었다.

〈표 11〉 경제사범 형사사건 처리현황

(단위: 명)

구분		2019	2020	2021	2022	2023	2024
접수		95,805	101,508	62,848	68,595	80,895	101,107
처리	계	93,090	96,994	75,724	65,566	78,938	100,405
	구공판	8,492	8,519	7,028	7,091	9,604	10,723
	구약식	14,226	14,086	10,926	10,703	13,317	14,017
	불기소	45,030	49,203	20,683	19,857	22,756	32,782
	기타	25,342	25,186	37,087	27,915	33,261	42,883

※ 출처: 대검찰청, “경제사범 처리현황(2024년)”, 대검찰청 사전정보공표대상, 2025.03.27.일자, <https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1740>, 최종검색 2025.6.30.

나. 경제범죄의 처벌 및 산정기준

사기, 횡령, 배임, 영업비밀 침해, 공갈은 모두 경제범죄로 해당하며 「형법」과 「특정경제범죄 가중처벌 등

48) 대검찰청, “경제사범 처리현황(2024년)”, 대검찰청 사전정보공표대상, 2025.03.27.일자, <https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1740>, 최종검색 2025.6.30.

49) 국가통계연구원에 따르면, 세계 주요 도시에서 코로나19 이후 범죄는 재택제한의 영향으로 인해 살인을 제외한 모든 유형의 범죄가 감소하는 경향을 보였다. 따라서 해당 수치도 코로나19의 영향을 받았을 가능성이 존재하여 감소하는 추세를 보인 듯 하다. 박형민, “코로나19 이후 범죄발생의 변화”, 한국의사회동향, 2021, 1면.

에 관한 법률(이하 특정경제범죄법)», 「영업비밀보호법」에 따라 처벌된다. 경제범죄는 국민 경제와 신뢰 질서를 해치는 중대한 행위로 간주되고 피해 금액이 클수록 처벌수위가 높아진다.

「특정경제범죄법」 제3조

- ① 「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제347조의2, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다. <개정 2016.1.6., 2017.12.19.>
1. 이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
 2. 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역
- ② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.

경제범죄는 모두 공통적으로, 일정 기준 이상의 이득이 발생할 경우 「특정경제범죄법」 제3조에 따라 동일하게 가중처벌된다. 이 조항은 사기, 공갈, 횡령, 배임 등 다양한 경제범죄에 적용되고 범죄의 재산적 이득액에 따라 처벌형량이 높아진다.

첫째, 사기죄는 「형법」 제347조에 따라 규율된다. 사람을 기망하여 재물을 교부받거나 재산상 이익을 취득한 경우에 적용되고 기본적으로 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다. 그러나 피해 규모가 클 경우 「특정경제범죄법」 제3조 제1항에 따라 가중처벌이 적용된다. 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상의 이익의 가액(이득액)이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우 3년 이상의 유기징역, 50억 원 이상인 경우 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처해지며, 벌금형이 함께 병과될 수 있다.

둘째, 횡령죄는 「형법」 제355조 제1항에 규정되어 있으며 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 경우에 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처해진다. 이와 별도로 업무상 지위를 이용한 횡령은 「형법」 제356조에 따라 ‘업무상 횡령’으로 보아 10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해지며, 역시 「특정경제범죄법」 제3조 제1항에 따라 피해 규모가 5억 원을 초과할 경우 가중처벌 대상이 된다.

셋째, 배임죄의 경우 「형법」 제355조 제2항에서 규정하고 있으며, 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 손해를 가한 경우에 적용된다. 일반적인 배임은 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 해당하고, 업무상 배임의 경우에는 형법 제356조가 준용되어 10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금이 부과된다. 마찬가지로 배임으로 인한 이득액이 5억 원 이상일 경우 「특정경제범죄법」 제3조에 해당하여 가중처벌의 대상이 된다.

넷째, 공갈죄는 「형법」 제350조 및 제350조2에 규정되어 있으며 사람을 협박하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 경우 성립한다. 기본적으로는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금이 부과

된다. 하지만 공갈로 인한 이득액이 5억 원 이상이면 「특정경제범죄법」 제3조 제1항에 따라 가중처벌이 적용된다.

다섯째, 영업비밀 침해죄는 「영업비밀보호법」 제18조 이하에서 다루어진다. 영업비밀 침해는 업무상배임죄와도 연관이 있는데, 회사 임직원이 영업비밀이나 영업상 주요한 자산인 자료를 적법하게 반출하여 그 반출한 행위가 업무상배임죄에 해당하지 않더라도 퇴사 시에 그 영업비밀 등을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있음에도 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 이를 반환하거나 폐기하지 않았다면 업무상배임죄에 해당한다.⁵⁰⁾ 따라서 영업비밀 침해는 「영업비밀보호법」 제18조에 따른 처벌, 「형법」 상 배임죄와 업무상배임죄의 구성요건을 충족하는 경우 10년이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금, 「특정경제범죄법」 제3조까지도 적용되어 가중 처벌될 수 있다. 아울러 영업비밀 침해는 기술유출과 직결되므로, 국가적 차원의 경제안보 문제로 인식되며 국외 유출 시에는 「산업기술보호법」 등에 따라 추가적인 처벌도 가능하다. 영업비밀 침해의 경우 「영업비밀보호법」 제18조에서 “15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있다. 이득액에 따른 벌금을 부과하도록 되어있어 벌금형을 정하기 위한 이득액의 산정이 필수적이다.⁵¹⁾ 실제로 대법원 판례에서는 영업비밀로 취득함으로써 얻는 이익은 “그 자료가 가지는 재산가치 상당”이고, 그 재산가치는 영업비밀을 가지고 경쟁사 등 다른 업체에서 제품을 만들 경우 그 영업비밀로 인해 기술개발에 소요되는 비용이 감소되는 경우의 그 감소분 상당과, 나아가 그 영업비밀을 이용해 제품생산까지 발전시킬 경우 제품판매이익 중 그 영업비밀이 제공되지 않았을 경우의 차액 상당으로서 그러한 가치를 감안해 시장경제 원리에 의하여 형성될 시장교환가격으로 봐야한다고 하였다.⁵²⁾

2. 자본시장법상 과징금 및 부당이득 산정 규정 신설

가. 과징금 제도 도입

‘24년 1월 19일 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하, 자본시장법)」 개정을 통해 불공정거래 행위에 대한 처벌을 강화하는 내용을 담았으며 주요 내용으로는 과징금 제도의 도입과 부당이득 산정방식을 법제화하였다.⁵³⁾ 불공정거래로 얻은 부당이득의 최대 2배에 해당하는 금액까지 과징금을 부과할 수 있도록 하는 내용이다.⁵⁴⁾ 만약 부당이득이 존재하지 않거나 그 산정이 객관적으로 곤란한 경우에는 최대 40억 원까지 과징금을 부과할 수 있도록 규정되었다. 과거에는 이와 같은 불공정거래 행위에 대하여 형사처벌만이 가능한

50) 대법원 2016.6.23. 선고 2014도11876 판결.

51) 안성수, “형사상 영업비밀 침해에 있어서 이익과 손해액 산정 -올바른 양형기준의 정립과 관련하여-”, 「정보법학」 제11권 제1호, 한국정보법학회, 2007, 5면.

52) 대법원 1999. 3. 12. 선고 98도4704 판결.

53) 금융위원회, “추가조작 등 자본시장 불공정거래에 대한 처벌이 대폭 강화됩니다”, 금융위원회 보도자료, 2024.1.18일자, <<https://www.fsc.go.kr/no010101/81508?srchCtgr=&curPage=&srchKey=&srchText=&srchBeginDt=&srchEndDt=>>, 최종검색 2025.6.1.

54) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제429조의2.

구조였으나, 형벌 중심의 대응방식은 법원의 유죄 확정까지 상당한 시간이 소요될 뿐만 아니라, 엄격한 증거 요건으로 인해 기소율 자체가 낮은 한계가 존재하였다. 이러한 문제점을 해소하기 위해 도입된 이번 제도는 향후 보다 신속하고 실효성 있는 행정적 제재를 가능케 할 것으로 보인다. 또한, 과징금 제도의 남용을 방지하고 형벌과의 조화를 꾀하기 위해 과징금 부과 절차가 함께 마련되었다. 금융위원회는 원칙적으로 검찰로부터 불공정거래 혐의자에 대한 수사 및 처분 결과를 통보받은 이후 과징금을 부과하도록 하였으며 이는 동일 행위에 대한 중복 제재의 가능성을 최소화하기 위한 장치로 볼 수 있다. 다만, 예외적으로 금융위원회가 먼저 검찰에 혐의를 통보하고 이후 검찰과의 협의가 이루어진 경우, 통보 이후 1년이 경과한 경우에는 검찰의 수사·처분 결과를 기다리지 않고도 과징금 부과가 가능하다.

다만 이 경우에도 일정한 제한은 존재한다. 예컨대, 1년이 지났더라도 기소중지와 같이 수사가 지연될 만한 합리적인 사유가 있거나 과징금을 먼저 부과하는 것이 향후 검찰의 최종 처분과 충돌할 가능성이 있는 상황에는, 검찰의 요청에 따라 과징금 부과가 보류될 수 있다. 이는 과징금 제도가 형사절차와 충돌하지 않도록 하고, 자의적 제재를 예방하기 위한 절차적 안전장치로 해석할 수 있다. 이처럼 과징금 제도의 신설은 자본시장 내 공정성 확보를 위한 규제 체계의 다원화를 의미하며, 기존 형사처벌 중심의 단선적 접근을 보완함으로써 자본시장법 집행의 실효성과 유연성을 동시에 확보하고자 한 입법적 진전으로 평가된다.

「자본시장법」 제429조의2, 시행령 제380조

- 불공정거래 행위에 대한 과징금 제도를 도입하여, 부당이득의 최대 2배(부당이득이 없거나 산정이 곤란한 경우 최대 40억 원)까지 과징금 부과 가능
- 기존에는 불공정거래에 대해 형사처벌만 가능하였으나, 기소율이 낮고 법원의 확정판결까지 장기간 소요되는 문제가 있었음
- 형벌과 과징금의 조화로운 운영을 위해 금융위원회가 원칙적으로 검찰의 수사·처분 결과를 통보받은 후 과징금 부과
- 금융위원회가 불공정거래 혐의를 검찰에 통보한 후 검찰과 협의된 경우 또는 1년이 경과한 경우에는 검찰의 수사·처분 결과 없이도 과징금 부과 가능
- 단, 기소중지 등 수사·처분이 지연될 합리적 사유가 있거나, 검찰이 과징금 부과가 최종 수사·처분과 배치될 우려가 있다고 요청하는 경우는 예외

나. 부당이득 산정 규정 신설

과징금 도입과 더불어 부당이득액 산정기준을 법제화하였는데 ‘부당이득액’의 산정방식과 개념을 명확히 규정하였다. 개정된 규정에 따르면, 부당이득액이란 위반행위를 통해 직접적으로 얻은 총수입에서 해당 거래에 소요된 총비용을 차감한 금액, 즉 총수입에서 총비용을 공제한 차액을 기준으로 산정된다. 이는 단순히 형식적 수익이 아닌, 실제 경제적 이익을 반영한 실질 기준으로서, 과징금 부과 및 형사처벌 수위 결정의 기준으로 활용된다.⁵⁵⁾

55) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제442조의2.

그간 부당이득액의 산정에 관한 법적 기준이 명확하지 않아, 처벌 대상자의 이득 산정에 대한 이견과 법적 다툼이 빈번히 발생해 왔다. 특히 유죄가 인정되더라도, 부당이득 규모에 대한 판단이 불확실할 경우, 실질적인 처벌 수위가 낮아지거나 제재가 무력화되는 문제가 있었다. 그러나 '24년 1월 19일 개정을 통해 법령상 산정기준이 구체화됨에 따라, 실제 위반행위로 취득한 경제적 이익에 상응하는 처벌이 가능해졌다는 점에서 중요한 제도적 진전으로 평가된다.⁵⁶⁾

해당 규정은 부당이득액의 유형을 세분화하여 실현이익, 미실현이익, 회피손실의 세 가지로 정의하고, 각 유형별로 총수입에서 총비용을 공제하는 방식으로 계산하도록 하고 있다. 또한 위반행위의 유형에 따라 차별화된 산정방식이 적용되도록 하였는데, 예를 들어 미공개중요정보 이용, 시세조종, 부정거래 등 각각의 행위에 맞는 계산방식을 마련하였다. 아울러 위반행위 자체뿐만 아니라, 그 동기나 목적과 직접적으로 연관된 거래로 인해 발생한 이익도 부당이득에 포함되도록 하였다. 예컨대, 유리한 합병비율을 유도하기 위해 위반행위를 한 경우, 그 합병 거래에서 지분율이 변경되면서 취득한 이익도 포섭되도록 하여, 다양한 유형의 경제적 편익을 광범위하게 부당이득의 범주로 규율할 수 있도록 하였다. 또한 위반행위와 제3자의 행위, 시장 외부요인 등이 결합하여 발생한 경우에도 보다 합리적인 부당이득 산정이 가능하도록 기준이 마련되었다. 종전에는 불공정거래와 직접 관련이 없는 외부요인이 개입하는 경우, 위반행위로 인한 실질적 이득을 분리하여 평가하기가 어려워 제재 실효성이 저하되는 문제가 있었다. 이에 따라 해당 규정은 위반행위와 외부요인의 영향력을 각각 구분하여 반영하는 차등적 산정방식을 도입하였다.

예를 들어 외부요인으로 인한 시세 변동이 위반행위로 인한 시세 영향력을 전부 상쇄한 것으로 판단되는 경우에는, 외부요인이 발생하기 이전 시점을 기준으로 부당이득을 산정하도록 하였다. 반면, 외부요인의 시세 변동이 위반행위에 준하는 영향력을 미친 것으로 인정되는 경우에는, 외부요인에 따른 시세 변동분 중 50%만 반영하여 부당이득액을 산정하도록 규정하였다. 이는 시장 상황과 불공정거래 간 인과관계를 정교하게 평가할 수 있는 기초를 제공하며, 경제적 이익의 귀속 경로를 보다 현실적으로 반영한 합리적 개선방안이라 할 수 있다. 이처럼 부당이득액의 명확한 정의와 유형별 산정기준의 도입은 자본시장 불공정거래에 대한 대응체계를 실질적으로 보완하는 조치이며, 제재의 예측가능성을 높이고, 시장질서 교란행위에 대한 실효적 억지력을 확보한 것으로 판단된다.

「자본시장법」 제442조의2, 동법 시행령 제388조의2

- 부당이득액은 위반행위로 얻은 총수입에서 총비용을 공제한 차액으로 산정
- 부당이득액은 위반행위로 인해 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 포함하며, 과징금·형사처벌 등의 기준이 됨
- 실현이익, 미실현이익, 회피손실로 구분하여 각각 위반행위로 인한 총수입에서 총비용을 공제하는 방식으로 산정

56) 금융위원회, “주가조작 등 자본시장 불공정거래에 대한 처벌이 대폭 강화됩니다”, 금융위원회 보도자료, 2024.1.18일자, <<https://www.fsc.go.kr/no010101/81508?srchCtgr=&curPage=&srchKey=&srchText=&srchBeginDt=&srchEndDt=>>, 최종검색일 2025.6.1.

- 미공개중요정보이용, 시세조종, 부정거래 등 위반행위 유형별로 산정 방식을 마련하여 다양한 경제적 이익을 부당이득액에 포함할 수 있도록 함
- 유리한 합병비율 산정을 위한 위반행위 시, 합병거래에서 지분을 변경을 통해 얻은 이익도 부당이득액으로 간주됨
- 위반행위와 외부요인이 복합적으로 작용하는 경우, 외부요인의 영향을 고려하여 시세 변동분 반영 비율을 차등적으로 적용
- 외부요인에 의해 시세 변동이 위반행위의 효과를 완전히 상쇄한 경우, 외부요인 발생 전까지의 시점을 기준으로 부당이득액 산정
- 외부요인의 시세 변동이 위반행위의 영향과 유사한 경우, 외부요인 발생 이후의 시세 변동분의 50%만 반영하여 부당이득액을 산정

3. 시사점 및 법제도 개선 사항

경제범죄 분야에서는 범죄의 구조적 특성과 피해의 중대성을 고려하여 이득액이나 피해금액에 따라 처벌 수위와 행정제재를 차등 부과하는 법제를 지속적으로 발전시켜 왔다. 「특정경제범죄법」은 피해금액이 5억 원 이상일 경우 가중처벌이 가능하고 2024년 개정된 「자본시장법」은 과징금 제도와 부당이득 산정기준을 마련하였다. 과징금 제도는 불공정거래로 얻은 부당이득의 최대 2배에 해당하는 금액까지 과징금을 부과할 수 있도록 하였다. 만약 부당이득이 존재하지 않거나 그 산정이 객관적으로 곤란한 경우에는 최대 40억 원까지 과징금을 부과할 수 있도록 규정하였다. 또한 부당이득액의 구체적 산정 기준을 법률과 시행령에 명문화하여 위반행위 유형에 따라 실현이익, 미실현이익, 회피손실 등을 구분하고 각 항목별로 총수입에서 총비용을 공제하는 방식으로 규정함으로써 제재 기준의 명확성과 실효성을 제고하였다.

이러한 경제범죄 대응의 핵심은 부당이득액의 구체적 산정기준을 마련하여 객관적인 처벌 기준을 제시하고 형사처벌뿐 아니라 과징금 등 다양한 수단과 연계하여 실효성을 확보하는 데 있다. 이득액 산정은 단순한 형량 결정을 넘어 해당 범죄 구조를 인지하고 대응하는 기준점으로 기능한다는 점에서 그 의미가 크다. 반면, 기술유출범죄의 경우 그 피해가 중대함에도 불구하고 피해규모 산정이나 손해액 산정에 대한 명확한 기준은 여전히 부재한 실정이다. 현행 「영업비밀보호법」이나 「산업기술보호법」에서는 일정한 형량 기준이 존재하지만 손해나 이득의 산정기준은 정립되어 있지 않다. 대법원 또한 영업비밀의 가치를 기술개발비의 감소분이나 판매이익 차액 등으로 평가할 수 있다고 보았으나 이는 사후적 추론에 의존한 정성적 판단이며 사전 예측 가능성을 보장하지 못한다. 따라서 경제범죄 분야에서와 마찬가지로 기술유출범죄에도 피해규모와 손해액 산정 기준을 제도적으로 마련할 필요가 있다. 단순히 형벌을 강화하는 방식이 아니라 기술유출로 인해 가해자가 얻은 이익이나 피해자가 입은 손해를 정량적으로 반영할 수 있는 산정기준을 수립해야 한다. 「자본시장법」이 실현이익, 미실현이익, 회피손실 등으로 부당이득을 유형화하고 위반행위별 산정 방식을 마련한 것처럼 기술유출범죄 역시 각각의 유형을 반영한 정량적 기준이 필요하다.

경제범죄 대응 방식은 이득 환수 중심의 실익 기반 제재로 전환되고 있다. 이는 단순한 법집행을 넘어 사회 전반의 경제질서를 지키는 국가의 대응역량을 보여주는 척도이다. 이제는 특허침해, 영업비밀 침해 등 기

술유출범죄에도 동일한 기준을 적용해야 한다. 기술이 침해되었다는 사실 자체보다 그로 인해 발생한 경제적 손실과 구조적 피해를 실질적으로 반영할 수 있는 피해규모 산정 기준이 마련되어야 하고, 이는 형벌과 손해배상의 정당성을 확보하고 기술보호정책의 실효성을 강화하는 기초가 될 것이다.

제4절 해외 주요국의 관련 제도 및 판례 분석

1. 미국

가. 관련 법률

(1) 통일영업비밀보호법(Uniform Trade Secret Act, UTSA)

미국은 각 주에서 존재하는 영업비밀보호법에 통일성을 부여하기 위해 모델법으로서 통일영업비밀보호법을 만들었다. 이는 개별 주법의 가이드라인이나 권고로서 기능할 뿐, 법적 효력을 발생하지 않으며, 이 때문에 주마다 일부 내용이 다를 수도 있고, 구체적 사안에서 해석이나 적용이 달라질 수도 있다. UTSA는 영업비밀을 ① 현실적 또는 잠재적으로 독립된 경제적 가치를 가지며, 일반적으로 알려져 있지 않고, 그 공개 또는 이용으로부터 경제적 가치를 얻을 수 있는 그리고 제3자에 의하여 정당한 수단으로는 쉽게 획득할 수 없으며, ② 비밀성을 유지하기 위하여 상황에 맞는 합리적인 노력이 기울여지는 정보로써, 공식, 양식, 편집물, 프로그램, 장치, 방법, 기술, 공정 등이 포함될 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁷⁾

UTSA는 민사적 구제 조치를 규정하고 있는데, 이에는 금지청구, 손해배상, 변호사 비용 등이 포함된다. 먼저, 영업비밀이 실제로 침해되었거나 침해될 우려가 있는 때에는 금지청구를 할 수 있도록 하고, 예외적인 경우에는 합리적인 로열티 지급을 조건으로 영업비밀을 사용하도록 허가하고 있다.⁵⁸⁾ 다음으로, 영업비밀 보유자에게 손해배상을 청구할 수 있도록 하고, 영업비밀 침해로 인한 실질적 손실, 실질적 손실을 계산할 때 포함되지 않았던 영업비밀 침해로 인한 부당이득, 합당한 로열티, 징벌적 손해배상 등을 피해 금액의 산정 근거로 할 수 있도록 하고 있다. 마지막으로, 법원은 고의 또는 악의로 영업비밀을 침해한 자에 대하여 합당한 변호사비용을 승소자에게 지급할 것을 명할 수 있도록 하고 있다.⁵⁹⁾

「UTSA」 제3조

- (a) 영업비밀 침해(Misappropriation) 사실을 알았거나 알 수 있는 사유가 발생하기 전에 중대하고 불리한 입장의 변화가 금전적 손해배상을 불공평하게 만드는 경우를 제외하고 원고는 영업비밀 침해에 대한 손해배상

57) UTSA § 1(4).

58) UTSA § 2.

59) UTSA § 4.

을 청구할 수 있다. 손해에는 영업비밀 침해로 인한 실제 손실(Actual Loss)과 실제 손실을 계산할 때 포함되지 않은 영업비밀 침해로 인한 부당이득(Unjust Enrichment)이 모두 포함될 수 있다. 다른 방법으로 산정된 손해 대신, 영업비밀을 무단으로 공개하거나 사용한 자에 대해 합당한 로열티(Reasonable Royalty)의 책임을 부과함으로써 영업비밀 침해로 인한 손해를 산정할 수 있다.

(b) 고의적이고 악의적인(Willful and Malicious) 영업비밀 침해가 존재하는 경우, 법원은 (a)항에 따른 배상액의 2배를 초과하지 않는 범위에서 징벌적 손해배상(Exemplary Damages)을 판결할 수 있다.

(2) 산업스파이법(Economic Espionage Act, EEA)

미국 의회는 1996년 영업비밀보호를 강화하기 위해 영업비밀 침해에 대한 형사적 제재를 규정하는 산업스파이법⁶⁰⁾을 제정하였다. 산업스파이법은 영업비밀 침해행위에 대한 형사처벌(벌금, 징역, 몰수)의 대상이 되는 행위를 다음과 같이 ‘산업스파이(economic espionage)’와 ‘영업비밀절도(theft of trade secrets)’로 구분하여 처벌하고 있다.⁶¹⁾

〈표 12〉 산업스파이와 영업비밀 절도 비교

구분	적용대상	처벌
산업스파이	영업비밀을 침해하여 외국 정보, 외국 기업 등에 이익을 제공한 자	(개인) 15년 이하의 징역 또는 500만 달러 이하의 벌금
		(단체) 1,000만 달러 또는 침해된 영업비밀로 취득한 이익의 3배 이하의 벌금
영업비밀절도	주(州)간 또는 국제통상에서 사용되었거나 사용될 상품 또는 서비스와 관련된 영업비밀을 침해하여 영업비밀 보유자가 아닌 자에게 이익을 제공한 자	(개인) 10년 이하의 징역 또는 25만 달러 이하 또는 이득과 손실을 고려한 벌금
		(단체) 500만 달러 이하의 벌금, 관련된 재산이나 이득 몰수

특히, 산업스파이법에 의해 영업비밀 절도 관련 죄목으로 선고 또는 유죄 인정 협상 등으로 종결된 사건의 경우에는 실제 산업스파이 범죄나 영업비밀 절도 범죄가 이루어지지 않아 탈취에 이르지 않은 경우에도 해당 영업비밀의 절도로 피해 회사가 입었을 피해액을 법원에서 산정하고 이를 양형에 반영하는 등 엄중히 처벌하고 있다. 다만, 피고인이 배심원재판을 받을 권리를 포기하여 사법절차의 경제성을 더해준다면, 유죄인정합의를 통해 정식재판요구권 및 항소권 제한을 받아들이는 경우 형기는 대폭 감량되는데, 그런 경우에도 33개월, 24개월 등의 징역형으로 최종 마무리된다. 또한 산업스파이법은 벌금 이외에도 영업비밀절도범죄의 재산이나 이익을 몰수하도록 하는 등 기술유출의 대가인 모든 물질적·비물질적 이득까지 몰수 대상으로 확대하고 있다.

60) 18 U.S.C. Ch. 90, Part I.

61) 김혜정, “미국 영업비밀보호법(Defend Trade Secrets Act)의 주요내용 검토 및 시사점”, Issue & Focus on IP, 2016.12.29, 6면.

(3) 영업비밀보호법(Defend Trade Secret Act, DTSA)

2016년 연방 의회는 영업비밀 침해에 대한 연방 차원의 민사적 구제수단을 제공하는 「영업비밀보호법」을 제정하였다. 이는 영업비밀 침해 시 당사자가 연방법원에 직접 제소할 수 있도록 허용한 최초의 법이며, 영업비밀에 대한 연방 차원의 보호가 형사적 조치에서 민사적 조치로 확대되었다. 또한, 영업비밀의 정의와 부정이용 행위에 대한 확대를 통해 영업비밀의 보호 범위를 넓히고, 영업비밀 침해로 인한 민형사상 제재 수위를 올려 영업비밀 보호 수준을 강화하였다.

DTSA는 영업비밀의 범위를 ‘패턴, 계획, 편집물, 프로그램 장치, 공식, 디자인, 프로토타입, 방법, 테크닉, 절차, 프로그램 또는 코드 등 모든 형태와 유·무형에 관계없이 재정적, 상업적, 과학적, 기술적, 경제적, 공학적 정보’로 광범위하게 인정하고 있다.⁶²⁾ 또한 DTSA는 손해액 산정과 관련하여, 실질적 손실(Actual Loss)과 부당이득(Unjust Enrichment)에 대한 손해, 합리적 로열티를 포함할 수 있도록 하고, 영업비밀의 무단 사용이 의도적이고 악의적인 경우, 징벌적 손해(손해액의 2배를 초과하지 않는 금액)를 부과하도록 정하였다.⁶³⁾ 이 외에도 DTSA는 기업이나 단체가 영업비밀을 부당하게 침해한 경우 최고 500만 달러 또는 취득한 영업비밀을 통해 얻은 이익의 3배 이내에 해당하는 금액 중 큰 금액을 벌금으로 부과하도록 하고 연구 및 설계 비용과 영업비밀 재생산 비용도 포함하도록 정하는 등 처벌 수위를 강화하였다.⁶⁴⁾

(4) 계약법

계약법상 손해배상원칙은 일반손해만 해당되지만, 예견가능성의 법리를 통해 특별손해도 손해배상 범위에 포함될 수 있다.⁶⁵⁾ 계약위반 발생 시 적용되는 손해배상원칙은 '공정하고 합리적으로 볼 때 해당 행위 자체에서 자연적으로 발생하였다고 생각되는 손해(제1 배상원칙)' 또는 '합리적으로 볼 때 양 당사자가 계약체결 시에 계약위반의 개연적인 결과로서 예상하였다고 생각되는 손해(제2 배상원칙)'를 배상하게 하는 것이다. 즉 해당 행위에서 직접적이고 자연적으로 발생하는 '일반손해'가 아닌 특별손해의 경우 '예견가능성의 법리'에 따라 합리적으로 개연적이고 예상이 가능하여야만 손해배상의 범위에 포함된다.

〈표 13〉 손해의 분류

구분	주요 내용
일반손해 (general damage)	가동능력의 상실이나 위자료와 같이 정확한 계산이 불가능하고, 추측이 불가피한 손해를 의미하며, 특별히 주장하지 않아도 무방
특별손해 (special damage)	정확한 계산이 가능한 적극적 손해와 변론종결 시까지의 일실이익을 포함하며, 주장과 입증이 요구됨

※ 출처: 이우영, “영미 불법행위법상의 예견가능성 법리”, 「서울대학교 법학」 통권 제148호, 서울대학교 법학연구소, 2008.

62) 18 U.S.C. § 1836.

63) 18 U.S.C. § 1836(b)(3)(B)–(D).

64) 18 U.S.C. § 1832(b).

65) 김영희, “미국 불법행위법상 손해 개념”, 「민사법학」 제61호, 한국민사법학회, 2012.

나. 민사절차에서의 손해액 산정

(1) 산정기준

(가) 실질적 손실(Actual Loss)

실질적 손실은 영업비밀 침해로 인해 피해자가 입은 직접적인 경제적 손실을 의미하며, 손해회복을 위해 피해자에게 적절한 보상을 제공하는 것이 목적이다.⁶⁶⁾ 실질적 손실은 일반적으로 창출하지 못한 판매량과 이로 인해 발생하지 못한 판매 수익에 대한 손실은 ‘판매 손실(Lost Sales)’ 또는 순수입에 대한 손실인 ‘이익 손실(Lost Profits)’로 평가되며, 영업비밀의 유출로 해당 비밀의 전반적인 가치가 상실된 경우, 연구개발 비용이 평가 기준이 된다.⁶⁷⁾ 실질적 손실은 영업비밀의 유출로 인해 원고가 얻을 수 있었던 매출이나 이익이 피고에게 이전되거나, 시장 가격 하락으로 인한 손실, 피해를 복구하기 위해 증가된 비용 등을 포함한다. 이는 피고의 행위로 인해 원고가 얻을 수 있었던 잠재적 이익에 대한 상실을 의미하며, 원고의 이익 손실과 영업비밀 유출 사이에 직접적인 인과관계가 증명되지 않으면 고려되지 않는다.⁶⁸⁾

(나) 부당이득(Unjust Enrichment)

부당이득은 침해자가 영업비밀을 통해 얻은 부당하게 얻은 이익으로 피고가 얻은 부당한 이익에 초점을 맞추고 있다. 부당이득은 영업비밀의 사용만이 아닌 다양한 요인에 기인할 수 있어, 하나의 방법으로는 측정할 수 없고, 상황의 특성을 다방면으로 고려해야 한다.⁶⁹⁾ 기술 개발 과정에서의 비용을 절약하여 얻는 경제적 이익인 기술개발 과정에서 회피된 개발비용(Avoided Development), 혁신적인 기술을 통해 제품 또는 서비스 품질을 향상시켜 얻는 가치인 상업적 가치(Commercial Advantage), 경쟁사보다 먼저 시장에 진입하여 얻는 이익인 선발 이익(Head-start Benefit)과 같은 요소들이 주로 평가되며, 잠재적인 수익성, 시장 점유율 증가, 시가총액 증가 등 잠재적 요소들도 고려된다.⁷⁰⁾

(다) 합리적 로열티(Reasonable Royalty)

합리적 로열티는 영업비밀을 사용하는 대가로 피고가 원고에게 지급하는 합리적인 사용료를 의미하며, 실질적 손실이나 부당이득을 기반으로 손해배상 산정이 어려운 경우에 적용된다.⁷¹⁾ 관련 법에서 실질적 손실을 산정하기 어려운 경우에 합리적 로열티를 손해배상의 척도로 사용할 수 있도록 규정하고 있어 피해 금액 산정의 기준을 넓히는 역할을 하며, 피해자에게 공정한 보상이 이루어질 수 있도록 한다. 합리적 로열티를

66) 강욱·이상학, 앞의 논문, 114-115면.

67) Mark A. Lemley, Distinguishing lost profits from reasonable royalties, 51 Wm. & Mary L. Rev., 655 (2009).

68) 윤해성·임유석, “해외의 기술유출 피해액 산정제도 연구”, 『한국산업보안연구』 제14권 제1호, 한국산업보안연구학회, 2024.

69) 전우정·정유경, “기술 영업비밀 해외유출 방지 대책에 관한 연구: 양형기준 개선을 중심으로”, 『법조』 제73권 제1호, 법조협회, 2024.

70) Eric S. Tautfest, Temptations to take: misappropriation of trade secrets, damages and remedies, 7 Computer L. Rev. & Tech. J. 117 (2002-2003).

71) Zelin Yang, Damaging Royalties: An Overview of Reasonable Royalty Damages, Berkeley Tech. L. J, 29:647, 2014.

산정하는 대표적인 방법으로는 가상 협상 방법이 있으며, 원고와 피고가 영업비밀 사용에 대해 합의했을 때의 가상 협상을 통해 산출되는 금액을 바탕으로 합리적 로열티 금액을 평가한다. 이 외에도 기존 로열티가 존재할 경우 이를 참고하여 산정액에 반영할 수 있으며, 영업비밀이 사용되어 발생한 이익 또는 비용 절감을 바탕으로 산정하는 분석적 방법과 미래 수익을 현재가치로 환산하는 할인 현금 흐름 분석(Discounted Cash Flow Analysis) 등이 산정 방법에 적용된다.⁷²⁾

(라) 징벌적 손해배상(Punitive Damages)

징벌적 손해배상은 ‘고의적이고 악의적인’ 침해에 대해 부과되는 손해배상으로, DTSA와 UTSA에서 특정 조건 하에 징벌적 손해배상을 적용하여 원고가 입은 실제 손해액 외 추가적인 배상을 받을 수 있도록 정하고 있다. 징벌적 손해배상의 목적은 피고의 불법 행위에 대해 강력한 처벌을 가하여 경고 메시지를 전달하고 유사한 행위를 방지하는 데 있다. 이러한 법적 조치는 영업비밀 보호의 중요성을 강조하고 기업이 영업비밀을 철저하게 보호하도록 유도하는 데 의의가 있다.

(2) 산정 방법

영업비밀 침해 사건의 손해액 산정 방법에는 전후비교법, 기준치법, 가상판매량법 등이 활용되고 있다.⁷³⁾ 전후비교법은 손해 발생 전후의 이익을 비교하여 손해액을 산정하고, 기준치법은 손해가 발생한 기업과 유사한 기업의 이익을 기준으로 손해액을 산정하며, 가상판매량법은 손해가 발생하지 않았더라면 발생했을 판매량을 추정하여 그에 따른 이익을 계산한다.

〈표 14〉 손해액 산정 방법 비교

방법	구분	주요 내용
전후비교법 (Before and After Method)	장점	- 원고의 이전 활동은 원고의 과거 회계 기록에서 파악할 수 있으며, 계산의 다른 구성요소보다 일반적으로 분쟁의 대상이 될 가능성이 적음 - 원고의 활동은 계산이 이루어진 날짜와 가까운 날짜까지 원고의 과거 회계 기록에서 파악할 수 있음
	단점	원고의 매출 수준에 영향을 미칠 수 있는 다른 요소들(예: 계절성, 비정상적/비반복적 요소, 생산 능력 고려 사항, 시장 점유율 등)을 고려하고 이러한 요소들이 어떻게 고려되었는지를 입증해야 함
기준치법 (Yardstick or benchmark method)	장점	유사한 기업을 기준으로 하여 손해가 발생한 기업의 이익을 직접 산정하는 것보다 수월하게 손해액을 산정할 수 있음
	단점	- 원고의 운영이 사용된 ‘기준’과 충분히 유사하다는 것을 입증해야 함 - 원고의 실적이 선택된 기준과 다를 수 있는 다른 요소들을 고려하고 어떻게 고려되었는지 보여주어야 함

72) 강욱·이상학, 앞의 논문, 115면.

73) 법무법인(유) 올촌, 산업기술유출 범죄 연구용역, 2023.9, 59면.

가상 판매량법 (But for or Sales Projection Method)	장점	• 손해가 발생하기 이전의 재무, 예산 등을 바탕으로 계산하기 때문에 비교적 적은 시간과 비용이 들어감
	단점	• 손해액을 정확히 계산하기 어렵고 실제 판매량과 오차가 있을 수 있기에 다른 방법들과 함께 사용되어야 하며, 법원에서 인정받지 못할 수 있음

※ 출처: Shawn D. Fox, Calculating Damages in Misappropriation of Trade Secrets Matters, Sikich (2016).

(3) 관련 판례

(가) Appian Corp. v. Pegasystems Inc.⁷⁴⁾

Appian은 Pegasystems가 Appian의 전 직원과 공모하여 Appian의 소프트웨어 사본을 유출하고 그 정보를 사용하여 자체 제품을 만들어, 영업비밀을 탈취하였다고 주장하면서 소송을 제기하였다. 배심원단은 Pegasystems가 Appian로부터 부당하게 영업비밀을 취득하여 이용함으로써 버지니아 영업비밀법과 버지니아 컴퓨터범죄법을 위반하였다고 판단하였으며, Pegasystems의 ‘고의적이고 악의적’ 행동에 대하여 Appian에게 20억 3600만 달러를 지급하도록 판결하였다. 피해 금액의 산정은 Appian가 Pegasystems의 부정한 행위로 인해 입은 매출 감소, 고객 이탈 등 직접적인 경제적 손실을 평가하여 포함하였고, Pegasystems가 Appian의 영업비밀 등 기술을 부당하게 사용하여 얻은 부당한 이익 및 이를 통해 회피한 기술개발 비용, 라이선스 비용과 Appian가 향후 입을 수 있는 잠재적 손실과 평판 손실 등을 추정하여 산정되었다.

(나) DuPont v. Kolon Industries⁷⁵⁾

DuPont은 Kolon이 자사의 Kevlar 생산 기술과 관련된 영업비밀을 불법적으로 취득하고 사용한 것에 대해 손해배상을 청구하였다. 1심 법원은 Kolon이 DuPont에서 근무했던 전직 직원을 고용하여 149개의 영업비밀을 악의적으로 취득했고, 이에 따라 DuPont에 9억 1990만 달러의 손해를 배상하라고 판결하였으나, 항소를 거치면서 2015년 손해배상금을 2억 7500만 달러로 합의하였다. 법원은 먼저, DuPont의 Kevlar 생산 기술이 영업비밀로서 보호받을 중요한 경제적 가치가 있는가를 평가하였는데, 해당 기술이 공공에 알려지지 않았고, DuPont이 이 기술을 보호하기 위해 상당한 노력을 기울였다는 점을 통해 이를 확인하였다. 손해 배상액은 영업비밀을 도용함으로써 얻은 경제적 이익으로 하였으며, 이는 Kolon이 영업비밀을 사용하여 제품을 개발하고 시장에 출시함으로써 얻은 수익과 영업비밀을 도용하지 않고 자체적으로 기술을 개발했을 경우 발생했을 비용을 전문가 증언 등을 통해 구체적으로 평가하여, Kolon이 절감한 비용을 손해 배상액으로 하였다. 또한, Kolon의 불법행위로 인해 DuPont이 잃게 될 시장 점유율, 경쟁 제품이 시장에 등장함에 따라 DuPont의 제품 가격 하락, 유출된 기술을 보완하여 새로운 기술을 개발하는데 지출해야 할 추가 연구개발 비용 등 미래에 예상되는 손해도 배상액에 포함하였다.

74) Court of Appeals of Virginia, No. 1399-22-4, July 30, 2024.

75) No. 12-1260, 4th Cir. Apr. 3 (2014).

(다) Syntel Sterling Best Shores Mauritius, Ltd. v. The TriZetto Group, Inc.⁷⁶⁾

TriZetto는 Syntel이 자사의 소프트웨어, 도구, 가이드 및 매뉴얼과 관련된 영업비밀을 침해하여 불법적으로 사용하였으며, 이를 통해 부당한 이익을 얻었다고 주장하였다. 법원은 TriZetto가 제기한 손해배상 청구를 TriZetto의 실질적 손실, Syntel의 부당이득, 합당한 로열티로 구분하였으며, Syntel이 TriZetto의 104개의 영업비밀을 침해하여 TriZetto에게 2억 8,485만 5,192 달러를 지급하라고 명령하였다. 특히, 법원은 부당이득을 Syntel이 영업비밀을 도용함으로써 얻은 이익 또는 절감한 비용으로 산정될 수 있다고 보고, Syntel이 TriZetto의 영업비밀을 도용하지 않고 자체적으로 동일한 결과를 얻기 위해 소요되었을 비용을 회피 비용으로 정의하였다. 또한, 법원은 손해배상액을 Syntel이 영업비밀을 도용함으로써 회피한 연구개발 비용을 계산하여 손해 배상액을 산정하였는데, TriZetto의 Facets 소프트웨어 개발에 소요된 5억 달러에 기초하여 Syntel이 도용한 영업비밀로 인해 절감한 연구개발 비용을 손해 배상액으로 산정하였다. 그리고 법원은 뉴욕주 법에 따라 합당한 로열티 손해 배상액으로 1억 4,242만 7,596 달러를 추가로 산정하여 지급을 명령하였다.

(라) Epic Systems Corp. v. Tata Consultancy Services(TCS) Ltd.⁷⁷⁾

TCS는 Epic의 고객인 Kaiser Permanente와 협력하여 Epic의 소프트웨어를 테스트하고 지원하는 작업을 수행하던 과정에서, Epic의 UserWeb 포털에 부정하게 접근하여 수천 개의 문서를 다운로드하고 이를 통해 Epic의 소프트웨어와 TCS의 소프트웨어를 비교하는 분석 보고서를 작성하는 등 해당 정보를 활용하여 미국 시장에 진출하려 하였다. 법원은 TCS가 Epic의 영업비밀을 도용했다고 판단했으며, 비교분석을 통해 얻은 이익에 대한 보상적 손해배상 1억 4000만 달러, 기타 기밀정보를 사용해 얻은 이익에 대한 보상적 손해배상 1억 달러, 부정행위에 대한 징벌적 손해배상 7억 달러로 총 9억 4000만 달러를 지급하라고 명령하였다. 이후 법원이 징벌적 손해배상 한도를 적용하여 2억 8000만 달러로 감액하여 5억 2000만 달러를 Epic에 지급하도록 판결하였다. 특히, 법원은 Epic의 건강 기록 소프트웨어가 의료 산업에서 주요 기술로 활용되어, TCS가 Epic의 기술에 부정하게 접근하여 얻은 이익이 단순한 금전적 가치 이상의 중요한 의미를 가진다고 판단하였으며, 이를 바탕으로 TCS가 불법적으로 획득한 기술정보를 통하여 얻은 이익과 이러한 이익이 초래한 Epic의 피해를 평가하였다. 또한, TCS가 불법적으로 획득한 기술정보를 사용하여 Epic의 시장 위치를 직접적으로 약화시키고, Epic이 미국 시장에서 잃을 수 있는 잠재적 매출과 시장 점유율을 고려하여 직접적인 이익과 손해뿐만 아니라 미래의 기회비용까지 손해배상 산정의 주요 요소로 고려하였다. 그 외에도 Epic의 기술개발에 투입된 연구개발 시간과 비용, 추가 연구개발 비용, Epic의 평판에 미치는 영향도 피해 금액 산정에 반영하였다.

(마) Tesla, Inc. v. Martin Tripp⁷⁸⁾

Tesla는 자사의 기가팩토리에서 근무하던 직원 Martin이 회사 재직 중에 제조 공정과 관련된 기밀정보 및

76) No. 21-1370 (2d Cir. 2023).

77) No. 19-1613 (7th Cir. 2020).

78) 487 F. Supp. 3d 953.

영업비밀을 탈취하고 언론에 허위로 제공하였다고 주장하였다. Martin은 비밀유지의무를 가지고 있었으나 2018년 5월 27일경부터 언론에 기밀정보를 유출하기 시작하였고, 2018년 6월 19일 고용이 종료되었다. 이후 Tesla는 Martin의 행위로 인해 입은 피해 금액을 다음과 같이 산정하여 청구하였다. 먼저, Martin이 비밀유지 의무를 위반한 이후 기간 동안(약 3주) 받은 임금 7,385달러를 피해 금액으로 산정했으며, Martin의 행위를 조사하기 위해 Tesla가 Nisos 그룹에 지급한 249,494달러도 피해 금액으로 산정하는 한편 조사에 참여한 Tesla 직원의 시간 비용 12,425달러를 손해배상에 포함하였다. 또한 Martin의 기밀정보 유출로 인해 특정 기사가 게시된 후 Tesla 주가가 하락한 점을 분석하여 주가 하락으로 인해 감소한 시장가치 1억 6700만 달러를 손해배상 금액으로 포함하였다. 그리하여 Tesla가 Martin에게 요청한 손해 배상액은 총 1억 6726만 9304달러로, 법원은 1차 판결에서 Martin이 기밀정보를 무단으로 유출하여 언론에 제공한 사실을 인정하였으며, 이후 주가 하락에 대한 증거 부족하다고 판단하였고, Martin은 항소를 거쳐 Tesla에게 40만 달러를 지급하기로 최종 합의하였다.

(바) UNITED STATES v. Xiaorong You⁷⁹⁾

중국제 미국 시민권자인 You는 2012년부터 2018년까지 조지아주 애틀랜타에 있는 Coca-Cola와 Eastman Chemical Company에서 화학자로 일하였는데, 그녀의 주요 업무는 코카콜라 음료 캔에 사용되는 화학 코팅을 테스트하는 것이었다. 그런데 오랜 기간 동안 음료 캔 코팅에는 비스페놀 A("BPA")가 포함되어 있어서 코카콜라는 더 안전한 "BPA 프리" 코팅을 만들어 사용하고자 했다. 그래서 6개의 화학 회사(Akzo-Nobel Coatings, Inc., PPG Industries, Inc., Valspar/Sherwin Williams, ToyoChem, BASF Corp., Dow Chemical)가 BPA 프리 제품을 개발하여 코카콜라를 비롯한 여러 음료 제조업체에 판매하려 했고, 이 회사들은 자사 제품을 보호하기 위해 코카콜라와 비밀 유지 계약을 체결한 사실이 있었다. 그녀는 이러한 제품에 접근할 수 있는 몇 안 되는 코카콜라 직원이었었는데, 그녀는 화학적 코팅제 기술인 '무비스페놀(BPA-free) 기술' 관련 비밀정보를 불법적으로 취득하였고 이를 기반으로 하여 중국에 BPA-free 코팅 회사를 설립하여 중국 정부와 중국 국영 기업인 Weihai Jinhong Group의 지원을 받으려 하였다.

You는 해당 비밀정보를 개인 저장장치로 옮긴 후 중국에서 경쟁업체 Weihai Jinhong Group("WJG")를 설립하려는 계획을 실행하던 중 BPA-free 코팅 기술에 대한 유출 행위가 미국의 국가 경제 안보에 위협이 될 수 있는 행위로 간주되어 FBI에 체포되었다.

2021년 4월, 13일간의 재판 끝에 연방 배심원단은 You에게 18 U.S.C. § 1832 (a)(5)와 (a)(3)상의 영업비밀 도난, 도난된 영업비밀의 소유, 18 U.S.C. § 1831(a)(3)와 18 U.S.C. § 1831(a)(5)상의 경제스파이 행위 및 공모 및 18 U.S.C. § 1343에 따른 전신 사기(wire fraud) 위반 혐의로 유죄를 선고하고, 영업비밀 권리자들이 개발과정에서 쓰인 최소 개발비용인 \$119,600,000만큼의 손해를 입게 할 의도 및 지식을 가지고 있었던 것으로 판단하였다. 테네시주 동부지방법원은 You의 유죄 혐의에 대하여 '양형지침(United States Sentencing Guidelines, 이하 U.S.S.G.)'을 참고해 징역 기간을 고려하였고, '실질적 손해(actual loss)'는 없지

79) 2:19-CR-00014-1-JRG-CRW, 2 (Sep 11, 2024).

만 '의도된 손해(intended loss)'가 있다고 판단하였다. 법원은 You가 2021년부터 2027년까지 7년 동안의 이익에 대하여 전문가 증언과 피해자(원고)의 피해액 규모를 계산하고 이에 대한 범죄 등급을 책정하도록 하는 '선고전조사리포트(Pre-sentence Report)'의 가이드라인에 근거하여 You의 이 사건의 의도된 손해(intended loss)를 \$121,800,000로 추정하였는데, 다음과 같은 요소들이 종합적으로 고려되었다. 먼저, 중국 내 BPA-free 코팅 시장의 전체 규모를 기준으로 연간 매출을 추정하고, 중국 국영 기업이 해당 기술을 도입함으로써 점유할 수 있는 시장 비율을 계산하여 피해 금액에 포함하였다. 또한, 해당 기술을 개발 비용 1억 2000만 달러 등을 종합하여 You의 불법적으로 취득하려 했던 경제적 이익을 기반으로 피해 금액을 산정하였다. 형사적으로 선고전조사리포트 결과에 따라 You에게 41단계 수준의 범죄 등급이 산정되었고 법원은 168개월의 징역형과 출소후 3년 간의 집행유예 및 \$11,494의 배상금 등을 포함하여 총 \$201,100를 지급하도록 판단하였다.

한편, 제6항소법원은(United States v. You, 74 F.4th 378, 384-85 (6th Cir. 2023)) You가 의도된 손해 계산에 대한 전문가 증언이 공정하지 않았으며 형량 결정을 위한 손해액 추정 및 범죄 등급 산정 과정이 불합리하다고 주장, 항소한 것에 대해 "손해액 산정에 관하여 음료 캔 제조업체의 60%가 중국 국영 기업이고 그 중 1%만이 BPA-free 기술을 활용하고 있다는 점", "You의 영업비밀 도난으로 얻어질 수 있는 최대 매출액은 매년 \$1,740,000에 불과한 점 등을 이유로 PSR에 의해 추정된 금액이 합리적(reasonable)이지 않다"고 판단하였다.

이후, 이 사건은 다시 미국 제6순회 항소법원으로부터 테네시 동부지방법원(United States District Court, Eastern District of Tennessee) 환송되었고, 지방법원은 양 당사자로부터 "의도된 손실"에 대한 의견서를 받은 뒤, 최종적으로 1억 2,180만 달러의 예상 매출 추정치에 25%의 이익률을 적용하여 You가 의도한 손실액을 30,450,000달러로 (합리적으로) 추산하였고, 그 판단의 주요 논거로 법원이 의도한 손실을 추산하는 궁극적인 목표는 "합리적이어야 하며, 이는 (1) 계산 방법의 특정(식별) 및 사용, (2) 방법에 대한 설명, (3) 방법의 일관된 적용을 통해 달성된다"라고 설명하였다.

다. 형사절차에서의 손해액 산정

(1) 양형 가이드라인(United States Sentencing Guideline, USSG)⁸⁰⁾

(가) 연방형사소송규칙 Rule 32(d)(1)

연방형사소송규칙 Rule 32(d)(1)⁸¹⁾에 따르면 **선고전조사보고서(PreSentence Report, PSR)**은 양형 가이드라인을 적용하여 작성하도록 권고하고 있다. PSR은 피고인이 유죄판결을 받은 뒤 최종 선고(Sentencing) 전에 보호관실이 작성하여 판사에게 제출하는 보고서이다. 이 보고서에는 **피고인의 범죄 행위와 관련된 사실, 범죄로 인한 피해 및 손해액, 피고인의 가족, 교육, 직업, 건강, 정신 상태 등 배경 정보, 재범 위험성 및 사**

80) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2024, <<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2024/GLMFull.pdf>>, 최종검색 2025.7.8.

81) Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 32. Sentencing and Judgment.

회복귀 가능성, 양형 가이드라인(Sentencing Guidelines)에 따른 권고 형량 등이 담긴다. 이 PSR은 형량 결정에 있어 판사에게 매우 중요한 참고자료가 된다.

해당 규정에 따르면, 법원은 PSR 작성 과정에서 양형 가이드라인의 적용 가능한 모든 지침과 양형위원회의 정책 성명서를 확인하여야 하고, 피고의 범죄 수준과 범죄 경력 범주를 계산하여 선고 결과와 범위를 명시해야 하며, 양형 가이드라인 범위를 벗어나는 근거인지 확인해야 한다. PSR에 근거하여 법원은 피해액을 산정하나, 일반에는 공개하지 않는다.⁸²⁾ 중요 영업비밀을 탈취하고자 하였으나 모의에 그쳐 피해 회사의 영업에 실질적인 피해로 나타나지 않은 상태에서도, 범죄가 모의에 그치지 않고 이행되었다면 발생하였을 ‘피고인이 의도했던 피해액’을 법원이 산정하고 이를 양형에 반영할 수 있다. PSR은 일반에 공개되지 않기 때문에 피해 회사의 피해액 산정 근거가 명확히 드러나지 않아, 피고인들이 이에 대해 이의를 제기하는 경우가 많다.

(나) Part B - 기본 경제 범죄

미국 양형위원회의 가이드라인 매뉴얼 제2장 범죄행위, Part B는 일반적인 경제범죄에 해당하며 § 2B1.1은 절도, 횡령, 장물 관련 범죄, 재산 손상 또는 파괴, 사기 및 기만, 위조 등에 대한 양형을 제시하고 있다. 기본적인 범죄 수준은 피고가 이 지침에 언급된 범죄로 유죄 판결을 받았고, 그 유죄 판결을 받은 범죄의 법정 최고 징역형이 20년 이상인 경우에는 7이고, 그 외의 경우에는 6이다. 특정 범죄 수준은, 손실액에 따라 다음과 같이 정해질 수 있는데, 손실액이 6,500달러를 초과하는 경우 범죄의 수준이 다음의 표와 같이 증가한다.

〈표 15〉 손해액에 따른 범죄 단계의 결정

구분	손실(최대 적용)	단계의 증가
(A)	6,500달러 또는 그 이하	증가하지 않음
(B)	6,500달러 이상	2 단계 증가
(C)	15,000달러 이상	4 단계 증가
(D)	40,000달러 이상	6 단계 증가
(E)	95,000달러 이상	8 단계 증가
(F)	150,000달러 이상	10 단계 증가
(G)	250,000달러 이상	12 단계 증가
(H)	550,000달러 이상	14 단계 증가
(I)	1,500,000달러 이상	16 단계 증가

82) CRIMINAL RULE 32(e)(2)·(f). PSR은 매우 민감한 개인정보와 수사자료를 포함하기 때문에, 피고인, 피고인의 변호인, 정부(검찰) 등 엄격히 제한된 범위 내에서만 공유됩니다.

(J)	3,500,000달러 이상	18 단계 증가
(K)	9,500,000달러 이상	20 단계 증가
(L)	25,000,000달러 이상	22 단계 증가
(M)	65,000,000달러 이상	24 단계 증가
(N)	150,000,000달러 이상	26 단계 증가
(O)	250,000,000달러 이상	28 단계 증가
(P)	550,000,000달러 이상	30 단계 증가

이 표에서 “손실(loss)”은 실제 손실과 의도된 손실 중 큰 쪽을 의미한다. 이익(gain)은 법원이 범죄로 인해 발생한 이익을 손실의 대체로 사용할 수 있으나, 손실이 존재하지만 합리적으로 산정할 수 없는 경우에 한한다. 가이드라인의 목적상 “실제적 손실(actual loss)”은 범죄로 인해 발생한 합리적으로 예측 가능한 재산적 손해를 의미하고, “의도된 손실(intended loss)”은 피고인이 고의로 가하려 한 재산적 손해를 의미하며, 발생이 불가능하거나 가능성이 낮은 의도된 재산적 손해도 포함되고, “금전적 손해(pecuniary harm)”란 금전적 손해 또는 금전으로 쉽게 측정 가능한 손해를 의미하고, “합리적으로 예측 가능한 재산적 손해(reasonable foreseeable pecuniary harm)”란 피고인이 알고 있었거나, 상황상 합리적으로 알 수 있었어야 하는 범죄의 잠재적 결과로 발생한 재산적 손해를 의미한다.

범죄가 (i) 10명 이상의 피해자를 포함하거나; (ii) 대량 마케팅을 통해 저질러졌거나; 또는 (iii) 한 명 이상의 피해자에게 심각한 재정적 어려움을 초래한 경우에는 2단계가 증가되고, 5명 이상의 피해자에게 심각한 재정적 어려움을 초래한 경우에는 4단계가 증가되며, 25명 이상의 피해자에게 심각한 재정적 어려움을 초래한 경우에는 6단계가 증가한다. 또한 범죄가 영업비밀 탈취와 관련이 있으면서, 피고인이 해당 영업비밀이 미국 외로 보내질 것을 알고 있거나 의도한 경우에는 2단계가 증가하고, 해당 범죄가 외국 정부, 외국 기관, 또는 외국 대리인에게 이익을 줄 것임을 알고 있거나 의도한 경우에는 4단계가 증가하며, 결과적인 범죄 단계가 14 미만인 경우에는 14로 증가한다.

(2) 손해액 계산(Loss Calculation)⁸³⁾

미국 양형위원회의 Office of General Counsel(이하 OGC라 한다.)은 양형기준의 이해와 적용을 돕기 위해 기본 지침서(primer)들을 작성하여 게시하고 있다. 범죄와 관련된 손실액에 근거한 범죄 단계 증가를 규정하는 양형기준 § 2B1.1(b)(1)의 손실에 대해서도 기본 지침서를 작성하여 게시하고 있으며, 아래에서 이에 대하여 살펴본다.

83) Office of the General Counsel, Loss Calculation under § 2B1.1, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/primers/2022_Primer_Loss.pdf, 최종방문>.

(가) 손실 계산 개요

일반적으로 지침은 “손실”을 “실제 손실과 의도된 손실 중 큰 금액”으로 정의한다. 이 손실 금액은 특정 공제 항목으로 인해 감소될 수 있다. 특정 범죄 유형에는 손실 계산에 적용되는 “특수 규칙”이 적용되며, 손실 금액에 대한 공제 항목이 적용되지 않을 수 있다. 모든 경우에 있어 이자 등 특정 항목은 손실 계산에서 제외된다. 법원은 “손실에 대한 합리적인 추정을 할 뿐이다.⁸⁴⁾ 추정은 이용 가능한 정보에 기반해야 하며, 법원은 다양한 요소를 고려할 수 있다. 특히, 손실 계산은 배상금과 구분되며, 금액이 동일하지 않을 수 있다. 손실은 모든 관련 행위를 기반으로 계산되며, 해당 범죄에 직접적으로 기인한 손실에 한정되지 않는다. 법원은 동일한 범죄의 다수 피해자로부터 발생한 손실 금액을 지침 범위 계산 시 합산해 왔다. 이는 손실 금액이 각 피해자가 겪은 다양한 피해를 반영하기 때문이다. 또한, 관련 행위 규칙에 따라, 타인의 행위로 인한 특정 손실도 손실 계산에 포함되어야 한다. 타인의 행위로 인한 손실은 피고인이 “공동으로 수행하기로 동의한” 범죄 활동의 범위 내에서 합리적으로 예측 가능했을 경우에만 피고인에게 귀속될 수 있다.

① 실질적 손실

실질적 손실은 “범죄로 인해 발생한 합리적으로 예측 가능한 금전적 손해”로 정의된다. 피고인이 개인적으로 재산적 이익을 얻지 않았더라도 손실 가중 요소가 적용될 수 있다. 금전적 손해가 합리적으로 예측 가능한 경우란 “피고인이 알고 있었거나, 상황상 합리적으로 알 수 있는 범죄의 잠재적 결과인 손해”를 의미한다. 피고인의 행위로 인해 직·간접적으로 발생한 모든 합리적으로 예측 가능한 손실은 손실 계산에 포함되어야 한다. 예를 들어, 대출 기관이 해당 대출을 제2차 대출 기관에 판매할 가능성이 높다는 것을 피고인이 알고 있음에도 불구하고, 자신의 직업과 소득에 대한 정보를 사기적으로 허위 진술하여 모기지 사기를 저지른 경우, 피고인은 해당 은행들이 디폴트 위험을 부담하게 했다고 법원이 판단하여, 각 대출의 미상환 원금 손실은 합리적으로 예측 가능했다고 하였다.

실질적 손실에 관한 소송에서 가장 자주 다루지는 문제 중 하나는 해당 손해가 실제로 “합리적으로 예측 가능했는지” 여부이다. 실질적 손실이 합리적으로 예측 가능했는지를 판단할 때, 법원은 해당 손실이 피고의 행위에 대한 인과적 연관성을 가져야 한다고 판단해 왔다. 한 사례에서 피고는 직원들의 급여에서 의료 혜택으로 사용될 예정이었던 자금을 유용하고, 해당 직원들의 건강 혜택과 관련된 허위 진술을 한 혐의로 유죄 판결을 받았다. “실질적 손실”은 직원들이 제기한 미지급 의료 청구액의 총액을 기준으로 계산되었다. 그러나 제7항소법원은 기록상 피고의 혜택 관련 허위 진술과 사건에서 발생한 의료 청구로 인한 손실 사이에 인과적 연관성이 없다고 하면서 1심 판결을 뒤집었다. 마찬가지로 제6항소법원은 피고가 건물 건설 과정에서 저지른 사기와 이후 건설 대출의 디폴트 사이에 합리적인 연관성이 없기 때문에 대출 손실을 피고에게 귀속시킬 수 없다고 판단했다.

합리적 예견 가능성 문제는 모기지 사기 맥락에서 특히 주목을 받았다. 예를 들어, 제8항소법원은 피고가 주택 시장 침체를 “합리적으로 예견할 수 없었다”는 주장을 기각했다. 자주 인용되는 한 사례에서 피고는 명

84) United States v. Sullivan, 765 F.3d 712, 716 (7th Cir. 2014).

시된 구매자의 순자산과 소득을 과대평가한 신청서를 통해 다수의 모기지 대출을 취득했으며, 이는 디폴트와 후속 강제경매로 이어졌다. 지방법원은 실제 손실을 12건의 모기지 미상환 원금 잔액과 해당 부동산의 이후 판매 가격 차이로 계산했다. 피고는 정부가 손실 금액이 정상적인 시장 조건이 아닌 자신에게 전적으로 귀속된다는 점을 입증하지 못했다고 주장했지만, 제8항소법원은 “적절한 기준은 시장 요인이 손실 금액에 영향을 미쳤는지 여부가 아니라, 시장 요인과 그로 인한 손실이 합리적으로 예측 가능했는지 여부”라고 판결했다. 다른 여러 항소법원도 주택 시장 침체가 예측 불가능했다는 이유로 피고의 손실 금액을 감액해야 한다는 주장을 거부했으며, 대신 예측 가능성 분석은 미상환 원금 손실 계산에만 적용되고 담보물의 미래 가치에는 적용되지 않는다고 판결했다.

투자 손실 사건에서 제8항소법원은 “합법적인 시장 요인과 사업 비용”으로 실제 손실을 감액하는 것을 거부하며, § 2B1.1에서 요구하는 순손실 분석은 피고가 피해자에게 가치 있는 것을 이전했는지 여부에 초점을 맞추며, 피해자의 총 손실이 시장 요인에 의해 영향을 받았는지 여부는 고려 대상이 아니라고 설명했다. 제8항소법원은 피고의 사기 범죄로 인한 손실을 추정할 때 피해 영향 진술서를 제출한 모든 투자자의 총 손실 금액을 계산한 지방법원의 판단이 명백한 오류가 아니라고 판결했다.

② 의도된 손실

지침은 의도된 손실을 “피고가 고의로 가하려 한 재산적 손해”로 정의한다. 피고의 주관적 의도는 의도된 손실 판단과 관련된다. 의도된 손실에는 “발생할 수 없거나 발생 가능성이 낮은 의도되적 금전적 손해”도 포함된다. 예를 들어, 정부 수사 작전이나 보험 사기 사건에서 청구액이 보험 가치를 초과한 경우, 피고가 의도했지만 실제로 초래할 수 없었던 금전적 손해도 의도된 손실에 포함된다. 법원이 실질적 손실을 계산하기 전에 의도된 손실에 의존할 필요는 없다. 실제로 일부 경우, “증거 측면에서” 의도된 손실을 계산하는 것이 더 쉬울 수 있다. 그러나 실제적 손실이나 발견 전에 실제로 발생한 손실은 의도된 손실 계산에 포함된다. 즉, 이 범주들은 상호 배타적이지 않으며, 전체적인 의도된 손실을 계산하기 위해 결합될 수 있다. 법원은 피고가 적발되지 않은 경우 손실이 어떻게 되었을지를 고려해 왔다. 예를 들어, 정부 장애 혜택과 관련된 사건에서 제8항소법원은 피고가 62세까지(퇴직 자격을 얻을 수 있는 나이) 장애 혜택을 수령할 의도를 가졌다는 이유로 지방법원이 손실을 계산한 것이 명백히 오류가 아니라고 판단했다. 제8항소법원은 “지방법원은 추가적인 고의 증거 없이도 피고가 퇴직 때까지 불법 혜택을 계속 수령할 의도를 가졌다고 합리적으로 결론지을 수 있다”고 밝혔다.

의도된 손실의 산정은 종종 사실에 따라 달라지는 문제이다. 법원이 해당 재산의 명목 가치 전체를 기준으로 의도된 손실을 계산할지, 아니면 더 낮은 금액을 기준으로 할지 결정하는 것은 피고가 해당 재산의 전체 금액을 위험에 빠뜨리려는 의도를 가졌는지, 또는 실제로 무모하게 위험에 빠뜨렸는지 여부에 달려 있다. 예를 들어, 제11항소법원은 의료 사기 사건에서 의도된 손실 금액이 특정 피고가 보상 세부 사항을 알고 있었는지 여부에 따라 달라진다는 점을 인정했다: 보상 세부 사항을 알고 있던 피고의 경우 의도된 손실은 낮은 보상 가능 금액이었고, 해당 지식을 갖추지 못한 피고의 경우 의도된 손실은 더 높은 청구 금액이었다.

③ 손실 계산과 18 U.S.C. § 3553(a) 요소

United States v. Hilgers⁸⁵⁾의 법원은 18 U.S.C. § 3553(a) 요소를 손실 계산에 적용하는 문제를 분석하였다. 판사는 선고전조사보고서상의 손실 계산이 ‘너무 추측적’이라고 결론지었고, 지침상 손실을 0으로 판단했지만, ‘우리는 핵심 영역을 벗어났기 때문에 지침을 무시하고’ 피고인에게 5년을 선고했다 — 적용 가능한 지침 범위보다 3년 이상 상향 조정된 변동이다. 항소심에서 제9항소법원은 “지방법원이 발생할 수 있는 큰 잠재적 손실을 고려한 것은 합리적이지 않았다”고 강조했으며, “피해자의 잠재적 손실”은 중요한 제3553(a) 요소라고 지적했다. 다른 법원들도 제3553(a) 요소의 적절한 검토에는 피고인이 초래한 손실을 고려하는 것이 포함된다고 제안했다.

(나) 대체적 방법으로서의 이익

지침은 법원이 “손해가 발생했지만 합리적으로 산정할 수 없는 경우에만 범죄로 인한 이익을 대체적 손해 측정 기준으로 사용하도록” 지시한다.⁸⁶⁾ 법원은 이익을 “각 피고인의 책임 정도를 대신하는 기준으로 사용할 수 없으며”, 가능한 경우 손해를 적절히 산정해야 하지만, 손해를 산정할 수 없는 경우 이익을 옵션으로 고려할 수 있다.⁸⁷⁾ 그러나 “손실이 전혀 없는 경우”에는 이익을 근거로 형을 선고할 수 없다. 이는 계산 불가능한 손실과는 다르다.

(다) 손실 추정

① 개요

위에서 논의된 바와 같이, 법원은 “손실에 대한 합리적 추정을 하면 된다.”⁸⁸⁾ 법원은 이용 가능한 정보를 바탕으로 이 추정을 수행하며, 선고 판사는 증거를 평가하는 법원의 독특한 위치 때문에 “적절한 존중을 받을 권리가 있다.” 정부는 피고인에게 귀속되는 손실을 증거의 우세로 입증해야 하며, 선고 판사의 손실 계산에 대한 사실적 판단은 상급 법원에서 명백한 오류 기준에 따라 검토된다.⁸⁹⁾ 그러나 손실 계산 방법은 새롭게 검토된다.⁹⁰⁾ 일부 항소법원들은 선고 법원이 선고 전 보고서에서 추정적으로 합리적인 사실에 근거한 손실 계산이 피고인이 해당 사실을 반박하지 못할 경우 “명백한 오류”를 범하지 않는다고 판시한 바 있다.⁹¹⁾

지침은 자문적이지만, 선고 판사는 손실 금액과 “합리적인 추정”에 대한 사실적 판단을 내려 증거 요건을 충족시켜야 한다. 법원이 이를 이행하지 않으면 손실 계산은 무효가 된다.⁹²⁾ 그러나 법원은 손실 계산의 절차적 오류가 형량에 영향을 미치지 않는 경우 명확한 오류가 없다고 판단해 왔다.⁹³⁾

85) 560 F.3d 944, 947–48 (9th Cir. 2009).

86) United States v. Jimenez, 946 F.3d 8, 14 (1st Cir. 2019).

87) United States v. Gallant, 537 F.3d 1202, 1240 (10th Cir. 2008); United States v. Vrdolyak, 593 F.3d 676, 681 (7th Cir. 2010); United States v. Armstead, 552 F.3d 769, 778 (9th Cir. 2008).

88) United States v. Melgen, 967 F.3d 1250, 1265 (11th Cir. 2020).

89) United States v. Nicolescu, 17 F.4th 706, 721–22 (6th Cir. 2021).

90) United States v. Alfaro, 30 F.4th 514, 518–19 (5th Cir. 2022).

91) United States v. Chalker, 966 F.3d 1177, 1194 (11th Cir. 2020).

92) United States v. Newton, 76 F.4th 662, 674 (7th Cir. 2023).

93) United States v. Karie, 976 F.3d 800, 804–05 (8th Cir. 2020).

이러한 원칙에 따라 법원은 손실을 추정하기 위해 다양한 접근 방식을 적용해 왔다. 예를 들어, 파산 사건에서 법원은 파산 절차에서 면책되려는 금액과 파산 법원에 숨긴 금액을 모두 사용해 왔다. 피고들이 주택 소유주들을 유인해 수행하지 않은 리모델링 비용을 충당하기 위해 주택을 재융자하도록 한 사건에서는, 특정 가격 수준 이상의 재융자 작업에서 발생한 총 수입을 합산하고 노동 및 재료 비용을 차감하는 방식으로 손실을 추정했다. 피고가 주 세금을 회피하기 위해 차량을 사기적으로 등록한 사건에서, 각 차량에 대한 부과된 세금과 부과되지 않은 세금을 합친 금액은 주에 대한 손실의 합리적인 추정액으로 인정되었다.

선고 법원은 손실을 계산하기 위해 더 다양한 증거를 고려할 수 있다. 예를 들어, 법원은 다음과 같은 증거에 의존해 왔다:

- 제보자로부터 제공된 정보를 바탕으로 한 기업 조사관의 간접 증언;
- 다중 현금 도난 사건에서 피고인의 계좌로 입금된 현금;
- 피고인의 재판 증언; 및
- 대표 표본을 기반으로 한 통계적 추론법

피고인이 지방법원의 손실 계산에 이의를 제기하려면 중대한 부담을 지고, 해당 계산이 단순히 부정확한 것이 아니라 “허용 가능한 계산 범위를 벗어난 것”임을 입증해야 한다. 선고 판사는 또한 경쟁 가능한 방법 중 하나를 선택할 수 있다.

② 관련 요인

위에서 언급된 바와 같이, 손실 추정치는 이용 가능한 정보를 기반으로 하며, “상황에 따라 적절하고 실현 가능한” 다양한 요인을 고려해야 한다. 선고 판사는 손실 추정 시 일반적인 요인을 고려할 수 있으며, 이는 “범죄의 범위와 기간, 유사한 운영으로 발생한 수익” 등이 포함된다. 구체적인 고려 요인은 적용 지침에 명시되어 있으며, 그중 일부는 아래와 같다.

㉠ 공정 시장 가치(fair market value)

법원이 고려할 수 있는 첫 번째 요소는 “불법적으로 취득, 복사, 또는 파괴된 재산의 공정 시장 가치 또는 공정 시장 가치가 산정하기 어렵거나 피해의 정도를 적절히 측정하지 못하는 경우, 해당 재산을 대체하는데 드는 비용”이다. 손실의 합리적인 추산만 요구되지만, 법원은 공정 시장 가치를 결정할 때 “현실적이고 경제적인 접근 방식”을 활용해야 한다.⁹⁴⁾ 보험 보장 등과 같은 특정 서비스의 공정 시장 가치는 비용이나 보험료 가치로 결정될 수 있다.⁹⁵⁾ 도매 또는 소매 가치가 있는 물품의 공정 시장 가치는 일반적으로 사례별로 결정된다. 예를 들어, 제9항소법원은 진정한 소유주가 해당 물품을 도매 가격에 판매할 의도가 있었다면 손실은 도난 물품의 도매 가치로 결정되어야 한다고 판단했다.⁹⁶⁾ 반면, 해당 물품이 소매업체에서 도난당한 경우 법원은 “소매업체가 해당 상품을 판매했을 가격은 손실의 합리적인 추정치로 작용한다”고 판단했다.⁹⁷⁾

94) United States v. Ritchey, 117 F.4th 762, 766–67 (5th Cir. 2024).

95) United States v. Simpson, 538 F.3d 459, 463 (6th Cir. 2008).

96) United States v. Hardy, 289 F.3d 608, 613–14 (9th Cir. 2002).

법원은 손실 측정에 도매 가치나 소매 가치를 사용하는 것이 적절한지 판단하기 위해 의도된 피해자와 해당 상품이 판매될 시장 상황을 고려해야 한다.⁹⁸⁾ 손실이 변동될 수 있는 경우, 선고 판사는 사기 행위가 발생하거나 종료된 날짜를 기준으로 “공정 시장 가치”를 결정해 왔다.⁹⁹⁾ “공모의 종료 시점을 손실 계산의 적절한 날짜로 선택하는 것은 오류가 없다.”¹⁰⁰⁾

위에서 언급된 바와 같이, “공정 시장 가치를 결정하기 어렵거나 손해를 적절히 측정하지 못하는 경우”에는 대체 비용을 손실 추정에 사용할 수 있다. 예를 들어, 제11항소법원은 교회 소실로 인한 손해를 측정하는데 실제 현금 가치가 적절하지 않다고 판단했으며, 대신 대체 비용을 “피해자들이 잃은 것의 공정한 상당액을 돌려주는 효과적인 유일한 방법”이라고 하였다.¹⁰¹⁾

㉠ 개발 비용

영업비밀 또는 기타 독점 정보 도난의 경우, 공정 시장 가치를 추정하기 어려운 경우가 많으며, 이 경우 “해당 정보의 개발 비용 또는 해당 정보의 가치 감소액”을 사용할 수 있다.¹⁰²⁾ 그러나 정부는 여전히 해당 개발 비용이 실제 손실의 적절한 측정 기준이거나 피고가 해당 금액의 손실을 의도했다는 점을 입증해야 한다.¹⁰³⁾ 법원은 또한 “시도된 영업비밀 도난의 대상이 된 회사로부터 의도된 손실을 추정하기 위해 가상의 손실 이익을 사용하기도 했다.”¹⁰⁴⁾

㉡ 수리 비용

손상된 재산의 수리 비용도 손실을 추정하는 데 사용될 수 있다. 피고가 초래한 손상을 수리하기 위해 필요한 재산의 개선 비용도 손실에 포함될 수 있다. 예를 들어, 제5항소법원은 해커가 침입한 후 피해 기업의 컴퓨터 시스템에 대한 개선 사항이 필요한 수리 비용으로 손실 금액에 포함될 수 있다고 결론지었다.¹⁰⁵⁾ 일부 수리 비용 추정은 특정 범죄에 특화되어 있다.

㉢ 피해자 수 × 손실액

개별 피해자의 구체적인 손실을 쉽게 계산할 수 없는 경우, 형량 결정 법관은 피해자당 평균 손실 금액을 산정하고 이를 대략적인 피해자 수와 곱하여 총손실 금액을 산출하는 것이 적절하다. 피해자는 “실제 손실의 일부를 입은 사람” 또는 “범죄로 인해 신체적 상해를 입은 개인”으로 정의된다. 예를 들어, 신용카드 사기 사건에서 재판관은 평균 신용카드 한도를 사용된 카드 수와 곱하여 예상 손실을 추정했다.¹⁰⁶⁾ 또한 이러한

97) United States v. Wasz, 450 F.3d 720, 727 (7th Cir. 2006).

98) United States v. Qazah, 810 F.3d 879, 888–90 (4th Cir. 2015).

99) United States v. Harris, 83 F.4th 1093, 1098–99 (8th Cir. 2023).

100) Hart, 273 F.3d at 374.

101) United States v. Shugart, 176 F.3d 1373, 1375 (11th Cir. 1999).

102) USSG § 2B1.1, comment. (n.3(B)(ii)).

103) United States v. Pu, 814 F.3d 818, 824–27 (7th Cir. 2016).

104) United States v. Xu, 114 F.4th 829, 846 (6th Cir. 2024).

105) United States v. Lindsley, No. 99–11164, 2001 WL 502832, at *3–4 (5th Cir. May 3, 2001).

106) United States v. Mei, 315 F.3d 788, 792 (7th Cir. 2003).

추정에는 사기 피해를 인지하지 못한 피해자나 심지어 “사기 행위에 대한 만족을 표현한” 피해자도 포함될 수 있다.¹⁰⁷⁾

㉮ 증권 가치의 감소

범죄로 인해 발생한 “주식 증권 또는 기타 기업 자산의 가치 감소”는 손실 추정 시 고려될 수 있다. 지침은 증권 및 상품 사기 사건에서 실제 손실을 계산하는 방법 중 하나로 “수정된 해지 방법”을 규정하고 있지만, 법원은 “상황에 따라 적절하고 실행 가능한 방법”을 사용할 수 있다. 이 방법에 따르면, 법원은 사기가 발생한 기간 동안의 증권 또는 상품의 평균 가격과 사기가 시장에 공개된 후 90일 동안의 평균 가격 차이를 계산한 후, 그 차이를 발행된 주식 수와 곱한다. “실제 손실의 합리적인 추정치인지 여부를 판단할 때 법원은 계산에 범죄로 인한 것이 아닌 가치의 중요한 변화가 포함된 정도 등을 고려할 수 있다.” 주가 변동에 영향을 미칠 수 있는 변화의 예시로는 “경제적 환경의 변화, 투자자 기대치의 변화, 산업별 또는 기업별 새로운 사실, 조건, 또는 사건” 등이 있다.

(라) 손실에서의 제외 항목

① 이자, 금융 수수료, 연체료, 벌금 및 유사한 비용

손실 산정에서 “이자, 금융 수수료, 연체료, 벌금, 합의된 수익률 또는 기타 유사한 비용”은 제외되어야 한다고 규정하고 있다.

② 정부가 부담한 비용 및 피해자가 부담한 수사·기소 협력 비용

또한, 피고인에 대한 수사 및 기소 과정에서 정부가 부담한 비용이나 피해자가 협조를 위해 부담한 비용도 손실액 산정에서 제외된다. 반면, 은행이 자사 직원(피고인)을 조사하기 위해 부담한 비용은 손실로 인정될 수 있었는데, 해당 조사가 피고인의 행위에 대한 “즉각적인 대응”이었고, 정부의 기소를 지원하기 위한 목적이 아니었기 때문이다. 또한, 피해자에게 보험사가 보상한 금액은 손실액에서 제외되지 않았다. 이는 “단지 손실을 또 다른 피해자인 보험회사로 이전한 것에 불과하다”라고 보았기 때문이다.

(3) 관련 사례 - United States v. XU

중국 국가안전부 소속의 Xu Yanjun(쉬옌진)은 5년 동안 다수의 항공 회사로부터 산업스파이 행위와 영업 비밀 절도에 대한 공모 혐의로 유죄 판결을 받으며, GE Aviation으로부터 복합 팬 블레이드 기술 절도 또는 사기 시도 혐의로 산업스파이 행위 시도 혐의로도 유죄 판결을 받았다. 그리하여, Xu는 총 240개월의 징역형을 선고받았다. Xu는 항소를 제기하였으나, 항소법원은 원심판결을 유지하였다.

107) United States v. Curran, 525 F.3d 74, 80 (1st Cir. 2008).

(가) 사실의 개요

Xu는 2003년 중국의 해외 정보 활동을 담당하는 국가안전부(MSS)에 입사했으며, 외국에서 스파이 활동과 무역 비밀 및 기타 기밀정보 수집에 관여하였다. Xu는 계급을 올라 Jiangsu 성 제6국 부국장으로 승진했으며, 이 부서는 과학 기술 정보 수집을 담당하고, 중국의 산업 및 사이버 스파이 활동에 핵심적인 역할을 하였다. 부국장으로서 Xu는 외국 군사 및 상업 항공 기술 획득을 담당했다. 2013년부터 2018년까지 Xu와 다른 MSS 요원들은 미국을 포함한 외국 항공 전문가들을 중국으로 초청해 항공 관련 독점 정보를 훔치는 것을 목표로 강연을 진행했다. Xu는 초청자들의 여행 비용을 부담했으며, 강연을 마친 후 현지 엔지니어들에게 추가 지급금을 제공했다. Xu는 국영 항공 기업이나 난징 항공우주 대학교(NUAA)와 연관된 국내 항공 전문가들과 방문을 조정했다. 현지 전문가들은 방문 전 Xu와 만나 원하는 기술을 파악하고, 방문 기간 중 외국 전문가들과 만나며, 이후 획득한 정보를 분석해 그 가치와 추가 요청 가능성을 판단했다.

2017년 3월, GE 항공의 복합재 팬 블레이드 기술 전문가인 Zheng은 링크드인을 통해 연락을 받고 NUAA에서 강연을 요청받았다. 초대는 NUAA 국제협력교류처장이라고 주장한 천평으로부터 왔으며, Zheng은 2017년 5월 가족을 만나기 위해 중국을 방문하는 동안 강연을 진행하기로 동의했다. 천평은 NUAA가 여행 비용을 부담할 것이라고 전달하며, Zheng이 항공기 엔진용 복합 재료에 대해 강연해 주길 원한다고 제안했다. Zheng은 강연에 동의했지만, 자신이 수행한 업무를 논의하거나 GE의 독점 정보를 공유하지 못하도록 제한하는 기술 협약을 체결해야 한다고 언급했다. 그러나 Zheng은 이 초청 사실을 GE에 알리지 않았다. 여행 전, Zheng은 수출 통제 대상인 GE 항공 훈련 자료 5건을 무단으로 다운로드해 개인 컴퓨터에 저장했다. 중국에 도착한 후, 천평은 Xu를 “Qu Hui”라는 가명으로 소개하는 회의를 주선했고, 발표 후 Zheng에게 여행 경비와 발표 비용으로 3,500 달러를 지급했으며, Zheng은 이 금액이 실제로 Xu로부터 온 것임을 이해했다. 며칠 후 Zheng은 미국으로 돌아갔고, Xu는 추가 발표를 위해 다시 방문할 수 있도록 초청을 연장했다.

FBI는 2017년 5월 Zheng의 중국 방문에 대한 조사를 시작했다. 2017년 11월, FBI는 Zheng을 인터뷰했으며, Zheng은 조사에 협조하기로 동의하고 이후 기소 면제 협정을 체결했다. FBI의 지시에 따라 Zheng은 천평과 Xu에게 추가 교류 프로그램에 참여할 의사를 전달했다. Zheng은 Xu에게 그해 봄 GE가 유럽으로 가도록 요구했기 때문에 중국으로 여행할 수 없다고 하였다. Xu는 장소 변경에 동의했으며, 회의를 위해 Zheng에게 유럽으로 업무용 컴퓨터를 가져오라고 요청했다. 이전에 제공한 파일에는 “좋은 자료가 많이 들어있다”고 언급했다. Xu는 또한 Zheng에게 여행 전 해당 파일을 별도의 휴대용 저장 장치에 다운로드하도록 요청했다. 이는 Xu가 유럽에서 컴퓨터를 통해 파일을 접근할 수 없는 경우를 대비한 백업 조치였다. Xu는 난징 루오테와 기술정보 센터 직원으로 위장해 MSS 요원들과의 전화 메시지 채팅에서 암호명을 사용하며 유럽으로 여행했다. Zheng이 벨기에에서 만나자고 고집하자, Xu는 다른 GE 직원들에게 Zheng이 발견되지 않도록 커피숍에서 만나자고 제안했다. 2018년 4월, 벨기에 경찰은 FBI의 요청으로 Xu와 MSS 동료 Xu Heng을 체포했다. Xu는 즉각적인 기소로 미국으로 송환되었다. Xu의 체포 당시, 수사 당국은 그의 몸에서 데이터 저장용 빈 메모리 카드 다수, 메모리 카드 리더, 7,000 달러가 들어 있는 봉투를 압수했다. Xu

는 암호화된 하드 드라이브가 장착된 노트북과 별도의 빈 하드 드라이브를 소지하고 있었다. 수사관들은 Xu와 Heng으로부터 4대의 휴대전화를 회수했다. 휴대전화에서 정보를 추출한 후, 수사관들은 Xu의 정보 요원으로서의 업무와 외국 기업으로부터 영업비밀을 획득하려는 시도와 관련된 문서와 메시지를 발견했다. 그러나 Xu의 체포 직후 원격으로 삭제된 4번째 휴대전화에서는 정보를 얻을 수 없었다. 요원들은 또한 Zheng과 그의 가족 사진 수백 장을 회수했으며, 그 중 하나에는 GE의 복합 팬 블레이드 기술과 관련된 상세한 질문과 도면이 포함된 손글씨 메모가 있었다.

(나) 하급심 판결

2018년 4월, 오하이오 남부 지방법원의 연방 대배심은 Xu에 대해 다음과 같은 4개 혐의로 기소장을 제출했다: 18 U.S.C. § 1831(a)(5)를 위반한 산업스파이 행위 공모; 18 U.S.C. § 1832(a)(5)를 위반한 영업비밀 절도 공모; 18 U.S.C. § 1831(a)(1), (a)(4), 및 2를 위반한 절도 또는 사기로 인한 산업스파이 행위 시도; 및 18 U.S.C. § 1832(a)(1), (a)(4), 및 2를 위반한 절도 또는 사기로 인한 영업비밀 절도 시도. 첫 번째와 두 번째는 Xu가 2013년부터 2018년까지 지속된 포괄적인 음모에 가담한 혐의로 기소되었으며, 세 번째와 네 번째는 Xu가 2017년과 2018년에 GE의 복합 팬 블레이드 기술을 취득하려는 시도와 관련되었다.

재판 중 배심원은 중앙정보국(CIA)의 전직 대테러 담당 책임자이자 은퇴한 스파이인 제임스 올슨을 포함한 다수의 정부 증인으로부터 증언을 들었다. 올슨은 중국 정부, 중국 국영 기업, 국가안전부(MSS) 간의 관계를 증언했다. 올슨은 또한 중국의 간첩 전략, 특히 MSS가 전문가 교환 프로그램을 통해 외국 전문가들을 모집하는 방식, 그리고 정보 커뮤니티 내에서의 일반적인 정보 수집 기술에 대해 증언했다. 특히 올슨은 CIA와 MSS 요원들이 사용하는 '모집 사이클'을 포함한 정보 수집 기술에 대해 논의했으며, Xu의 Zheng에 대한 행동이 비밀 정보 수집 전술과 일치한다고 설명했다. 직접 심문에서는 올슨에게 Xu와 Zheng 사이의 통신 내용을 질문했으며, 특히 Xu의 요청이 정보 모집 사이클과 어떻게 연관될 수 있는지 질문했다. Xu는 이 질문에 이의를 제기했다. 그는 올슨의 증언이 연방 증거법규 704(b)에 따라 배제되어야 한다고 주장했다. 올슨이 Xu와 그의 공범들이 '행동한 내용'에 대해 증언했기 때문이다. 법원은 이의를 기각하고, 올슨이 최종 사실을 증언한 것이 아니라 경험에 기반한 의견을 제시했다고 판단했다. Xu는 나머지 증언에 이의를 제기하지 않았으며, 규칙 704(b)에 따른 지속적인 이의를 제기하지도 않았다. 올슨의 증언이 끝나고 3일 후, Xu는 규칙 704(b)에 따라 증언의 일부를 삭제해 달라는 신청을 제출했다. 법원은 이 신청을 기각했지만, Xu의 의도를 명시하는 것으로 보이는 전문가 의견을 배제하도록 배심원에게 지시할 것이라고 밝혔다. 배심원은 결국 Xu를 4개 혐의 모두 유죄로 판결했다.

형량 결정 시, 당사자들은 미국 형량 지침 § 2B1.1(b)(1)에 따라 Xu에게 귀속되는 손실 금액에 대해 이의를 제기했다. 보호관찰소는 GE의 추산에 따르면 엔진 한 대를 개발하는 데 1억 7백만 달러가 소요된다는 점을 근거로, 예상 손실액을 약 6천5백만 달러에서 1억 5천만 달러 사이로 계산했다. 이 계산은 범죄에 대한 24단계 조정과 262개월에서 327개월의 징역형을 초래했다. Xu는 이에 반대하였는데, 지침의 주석에만 등장하는 “의도된 손실”이라는 용어를 법원이 고려해서는 안 된다고 주장했다. 그는 해당 주석이 법원에 구

속력을 갖지 않으며, 법원이 의도된 손실을 고려한다면 적절한 측정 기준은 GE의 경쟁 우위나 시장 점유율 감소 가능성이어야 하며, 제트 엔진 연구개발 비용 9천8백만 달러가 아니라고 주장했다. 그러나 Xu는 “미래의 잠재적 ‘경쟁 우위’ 손실은 완전히 추측에 불과하다”며 의도된 손실은 0이어야 한다고 주장했다. 정부는 보호관찰관과 함께 지침에 따라 연구개발 비용이 의도된 손실의 적절한 추산치라고 동의했다. 또한 GE가 성공했고 중국이 계획대로 자체 복합 소재 팬 블레이드 엔진을 개발했다면 GE가 입었을 것으로 추정되는 시장 점유율 손실을 기반으로 한 대체 손실 계산도 제공했다. 이 계산은 GE의 2021년 연간 보고서에 공개된 판매 및 매출 데이터를 사용했으며, 2019년 730억 달러 규모의 항공기 엔진 시장에서 GE가 55%의 시장 점유율을 차지했다고 추정했다.

지방법원은 Xu가 GE에 금전적 손해를 입히려는 의도를 가졌다고 판단했다. 또한 GE의 연구개발 비용을 기반으로 손실 금액을 계산하는 대신, 법원은 GE의 시장 점유율에 대한 예상 미래 손실을 기반으로 손실액을 계산했다. GE의 보고서를 바탕으로, 법원은 상업용 항공기 엔진으로부터의 연간 이익을 기준으로 삼았다. 또한, 법원은 “Xu에게 공정성을 부여하기 위해, 계산 범위를 더 논리적인 결과로 제한했다.” 구체적으로 법원은 관련 시장에서 경쟁 제품이 해당 사업의 1% 이상을 차지하지 않을 것이라고 가정하고 손실을 단 한 해로 제한했다. 이 방법은 추정된 의도된 손실 계산액 50,094,000 달러를 산출했으며, 이는 22단계 증가(PSR 계산 대비 2단계 감소)와 지침 범위 210-262개월의 징역형을 의미한다. 지방법원은 Xu에게 240개월의 징역형을 선고했다.

2. 유럽 주요국

가. 유럽연합

유럽연합 영업비밀 지침(EU Trade Secrets Directive) 제14조에 따르면, 유럽연합 회원국은 피해자의 요청이 있을 때, 영업비밀의 불법 취득, 사용 또는 공개를 알고 있었거나 알 수 있었음에도 불구하고 이를 행한 침해자에게 영업비밀 소유자가 입은 실제 손해에 상응하는 배상금을 지급하도록 관할 사법 기관이 명령하도록 보장해야 한다. 유럽연합 회원국은 종업원이 고의 없이 영업비밀을 불법 취득하거나, 사용 또는 공개한 경우, 고용주에 대한 손해배상 책임을 제한할 수 있다. 손해 배상액을 산정할 때, 관할 사법 기관은 피해자가 입은 경제적 손실(손실된 이익을 포함), 침해자가 얻은 부당한 이익 등 모든 적절한 요소를 고려해야 하며, 적절한 경우 경제적 요소를 넘어 영업비밀 소유자에게 발생한 도덕적 손실(moral prejudice) 등 다른 요소도 고려할 수 있다. 적절한 경우, 관할 사법 기관은 침해자가 해당 영업비밀의 사용을 위해 허락을 요청했다면 지급되었을 로열티나 수수료 등을 최소한으로 고려하여 손해 배상액을 일괄 금액으로 책정할 수 있다. 또한, 유럽연합 영업비밀 지침 제14조는 영업비밀 침해로 인한 손해배상을 위해 침해 당사자의 인식, 고의 또는 최소한의 과실에 대한 증명을 요구한다. 하지만 유럽연합 영업비밀 지침은 최소 보호 조치를 규정하므로, 회원국은 영업비밀 침해에 대한 이러한 유형의 ‘불법행위 책임’을 포함할 의무가 없다. 유럽연합 영업비밀 지침은 고의적인 영업비밀 침해에 대한 조치(임시 또는 예방 조치 포함)를 규정하고 있다.¹⁰⁸⁾ 여기의 구

제수단에는 물품의 압수 및 물품과 문서의 파기가 포함된다. 또한, 영업비밀 지침은 특정 상황에서 사법 결정의 공표를 허용한다.¹⁰⁹⁾ 하지만 유럽연합 영업비밀 지침은 민사적 구제수단만을 다루고 있어 별도의 형사적·행정적 구제수단을 규정하지 않고 각 회원국의 법률에 맡기고 있다. 유럽연합 영업비밀 지침의 손해배상 제도는 유럽연합 내 지식재산권 집행에 관한 집행 지침(2004/48/EC) 제13조에 규정된 제도와 매우 유사하다. 따라서 일반적인 지식재산권 틀 내에서의 과거 사례와 경험으로부터 그 해석과 적용에 대한 중요한 교훈을 얻을 수 있다.

나. 영국

영국은 2018년 유럽연합(EU) 영업비밀보호지침(EU Trade Secrets Directive, (EU) 2016/943)의 개별 회원국에 적용되는 형태로 영국에서 적용, 집행되는 “영업비밀(시행 등의)규정 2018(The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018)”을 제정하였는데, 영국이 2020년 브렉시트(brexit)로 유럽연합을 탈퇴했음에도 동 규정은 여전히 유효하다. 동 규정은 기업에 대한 영업비밀의 가치를 인정하며, 특정 상황에서는 법률에 따라 특별 대우를 제공하여 공급업체, 직원 또는 정보를 취득한 타인이 귀하의 허가 없이 해당 정보를 사용하거나 반복하는 것을 방지할 수 있다.

한편, 최근까지 영국법에 따르면 영업비밀은 등록되지 않은 재산이기 때문에 그 자체로 도용될 수 없었다. 따라서 영업비밀과 관련된 소송은 주로 신뢰 위반이나 사기와 같은 관련 범죄를 중심으로 진행됐다. 이후 2023년 7월 제정된 “국가안보법 2023(National Security Act 2023)”은 외국 정부의 산업스파이 활동과 관련된 영업비밀 도용(trade secret misappropriation)을 다루며, 특정 상황에서 영업비밀을 취득, 복제, 기록 또는 보관하거나 영업비밀에 대한 접근권을 공개하거나 제공하는 무단 행위를 최대 14년의 징역형에 처할 수 있는 형사 범죄로 규정하고 있다.

기업의 영업비밀이나 산업기밀을 유출하는 과정에서 동반되는 행위가 형사법을 위반하는 형태로 나타날 수 있다. 동반되는 행위를 각각의 법률에서 범죄행위로 규정해 놓음으로써 다음과 같은 처벌이 가능하다.

- i. 자산을 훔쳐가는 행위는 Theft Act 1968 Section 1에 의해 7년 이하의 징역
- ii. 개인을 협박하는 행위는 14년 이하의 징역
- iii. 컴퓨터에 내장된 자료를 승인없이 반출하는 행위는 Computer Misuse Act 1990에 의해 접속만 한 경우는 2년 이하, 다른 범죄를 저지르기 위해 접속한 경우는 5년 이하, 자료 손상 목적으로 접근한 경우는 10년 이하, 심각한 피해 위험을 가져온 경우는 무기징역 이하로 처벌할 수 있다.

다. 독일

종래 독일에서의 영업비밀 침해에 관한 처벌은 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) 제17조부터 제19조에 따라 이루어졌는데, 부정경쟁방지법 내 영업비밀에 대한 규정은 그 보

108) EU Trade Secret Directive Art. 10(1) and 12(1).

109) Id. at Art. 15.

호가 충분하지 못하다는 비판을 지속적으로 받았다. 이에 유럽연합의 영업비밀 지침에서 요구하는 보호수준을 담보하고, 영업비밀의 불법적인 획득, 사용 및 공개에 대한 일치된 보호를 위하여 2019. 4. 18. 영업비밀 보호법(Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen)을 제정하여 시행하였다. 이 법의 시행으로 기존 부정경쟁방지법에 규정되어 있던 기술 유출범죄에 대한 처벌규정은 폐지되는 등 영업비밀에 대한 법적 보호가 형법 중심 시스템에서 민법 개념이 지배하는 영업비밀 보호를 위한 전담 법률로 바뀌게 되었다.¹¹⁰⁾ 영업비밀보호법의 목적은 영업비밀을 허용되지 않는 방식으로 취득, 이용, 공개하는 행위로부터 영업비밀 소유자를 보호하는 데 있다고 명시하고 있으며, 제2조에서는 영업비밀의 개념을 정의하고 있는데, 비공지성 및 경제적 유용성, 비밀관리성, 비밀 유지의 정당한 이익에 관한 내용을 제시하고 있다.

독일 뒤셀도르프 고등지방법원(15 U 6/20 (2021. 3. 11.))에 따르면, 원고와 피고는 “제조 및 유지관리 분야”에서 서로 경쟁관계에 있었는데, 원고의 직원으로 재직 중이었던 한 종업원이 “원심분리기 드럼의 (CAD) 도면”을 취득하여 피고에게 불법 양도하였다. 원고는 이러한 도면에 대한 접근으로 인해 피고는 제품 생산에 저렴한 가격과 빠른 서비스가 가능하게 되었다고 주장하였다. 이에 대해서 피고는 위 기술에 대한 역설계(reverse engineering)를 주장하였을 뿐만 아니라, 원고가 비밀유지에 필요한 합리적인 조치를 취하지 못한 점, 원고의 구체적인 정보를 사용하지 않은 점, 그리고 원고는 소송을 제기할 권리가 없는 점 등의 이유로 이 사건은 기각되어야 한다는 취지의 주장을 하였다. 이와 같은 양 당사자의 주장에 대해, 1심 법원은 ‘기술(CAD) 도면’이 영업비밀이라고 보았고 따라서 피고는 원고의 영업비밀을 침해한 것으로 판단하였는데, 위 기술도면의 일부는 역설계가 불가능할 뿐만 아니라 상업적으로도 가치가 있는 것으로 보고 ‘사용금지 명령’과 ‘정보제공 명령’을 내리는 판결을 하였다. 이 판결에 대해 피고는 항소하였는데, 2심인 뒤셀도르프 고등지방법원은 1심 피고의 영업비밀 침해사실 인정에 대한 판결내용을 확정하고, 1심 법원의 금지명령 구제, 정보제공 및 손해배상 청구 명령을 지지하였다. 이 사건은 독일 영업비밀의 정의(定意)에 대한 자세한 평가, 역설계에 대한 판단, 비밀보호의 ‘합리적인 단계’에 대한 법적 기준 및 영업비밀 권리의 소유권과 기간 등에 관한 시사점을 주고 있다.

라. 프랑스

프랑스는 2018년 EU 영업비밀보호지침을 수용하여 영업비밀보호법을 제정하였으나 형사적 처벌규정을 두고 있지 않다. 다만, 프랑스 형법 제226-13조는 “자신의 지위, 직업, 직무 또는 일시적 임무를 통해 알게 된 기밀 정보를 누설하는 자는 1년 이하의 징역 및 15,000유로 이하의 벌금에 처한다.” 규정하고 있고, 기술 유출 범죄들을 절도죄나 배임죄로 의율하여 처벌하고 있다.

프랑스 파리항소법원(18/04573 X v Aeroports de Paris; 쿠르 다펠 드 파리(2020. 1. 14.))에 따르면, 파리 공항 마케팅 부서에서 근무하는 한 직원이 여가 시간에 공항에서 서비스를 받을 수 없는 일부 여행객들이 이용할 수 있는 ‘대화형 스테이션’을 개발하였는데, 그녀는 공항 직원으로서 이 기술을 개발하지 않는 것

110) 인터넷 블로그 Chambers and Partners, <<https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/trade-secrets-2025/germany/trends-and-developments>>, 최종검색 2025.9.2.

으로 주장하였고, 국가 직무발명위원회(CNIS) 직무발명보상을 청구하였으나, 그녀의 기술은 특허를 받을 수 있는 발명이 아니라는 취지로 거절되었다. 그녀는 공항을 상대로 손해배상과 직무발명 보상을 청구하기 위해 소송을 제기하였으나, 1심 법원은 불공정 경쟁과 이미지 손상이라는 이유로 그녀의 주장을 받아들이지 않았다. 그녀는 항소하였고, 2심인 파리항소 법원에서는 그녀의 ‘대화형 스테이션’ 노하우는 불공정경쟁법에 따라 보호받을 수 있는 경제적 가치가 있는 것으로 인정하면서 법원은 노하우를 “경험으로부터 얻은 실질적인 정보의 패키지”로 정의하였다. 한편, 2000년대 초반, 파리 오를리 공항과 파리 샤를 드골 공항이 일부 인터랙티브 스테이션을 도입했었다. 그녀는 이와 관련된 기밀 정보에 접근할 수 있었고, 스테이션을 구축하여 이를 기반으로 솔루션을 만들게 되었다. 결국, 직원이 고안한 스테이션은 이전 스테이션보다 더 발전되었거나 좀 더 개선되기는 하였으나, 그것만으로 경제적 가치가 충분하지 않은 것으로 간주되었고(However, this was not considered sufficient to conclude that there was economic value in the idea), 직원의 항소는 받아들여지지 않아 1심 법원의 판단이 그대로 지지되었다.

이 사례는 노하우 개념의 한계와 특허 가능한 발명과 특허 불가능한 사업 방법의 교차점을 보여주고 있다. 이 사건은 또한 ‘노하우’에 대한 영업비밀 보호를 효과적으로 청구할 단계 및 절차 준수에 대해서도 중요한 시사점이 있는 것을 보여주고 있다. 그리고 이 사건은 위원회 규정(EU) 316/2014에 따른 ‘비밀유지’ 요건에 대한 법원의 해석은 해당 노하우가 영업비밀법 제2조(1)항(a)에 따른 보호 대상에서 제외될 가능성이 있는 것도 보여주고 있다.

마. 벨기에

벨기에의 영업비밀법은 앞서 살펴본 2016년 유럽연합(EU)의 영업비밀 지침(Trade Secrets Directive)을 수용하여 시행되는 법으로, 영업비밀을 정의하고 불법적인 취득, 사용, 공개에 대한 민사 및 형사적 제재를 규정하고 있다. 영업비밀 침해에 대한 손해배상은 ‘원상회복 원칙’에 따라 실제로 입은 손해를 보상해야 한다. 영업비밀 보유자가 입은 손해보다 더 많은 배상은 불가능하며, 반대로 더 적은 배상도 허용되지 않는다. 입증책임은 영업비밀 보유자에게 있다. 청구인이 침해로 인해 손해를 입었다는 어떠한 증거도 제시하지 못하면, 법원은 일반적으로 배상금을 지급하지 않거나(또는 배상금을 상징적인 1유로로 제한한다). 또한, 유럽연합 영업비밀 지침이나 이를 시행하는 벨기에 영업비밀법은 징벌적 배상금의 지급을 규정하지 않고 있다.

영업비밀 침해에 대한 손해배상은 손실된 이익과 발생한 비용을 기반으로 계산되거나 일괄 보상금으로 지급된다. 먼저, 손실된 이익은 영업비밀 소유자가 영업비밀의 부정 사용이 발생하지 않았다면 얻을 수 있었을 이익을 말한다. 이는 영업비밀 소유자의 이익률(영업비밀의 가치, 대체 가능한 제품의 존재, 영업비밀 보유자의 생산 능력 및 시장 내 경쟁 강도를 고려하여)을 기준으로 계산하거나, 영업비밀 보유자가 침해자와 라이선스 계약을 체결했다면 받을 수 있었을 로열티를 기반으로 계산할 수 있다. 영업비밀 소유자의 이익률 또는 로열티율은 침해량(즉, 취득하거나 공개된 영업비밀을 활용하여 제조되거나 판매된 제품의 수량)과 곱해야 한다. 발생한 손실은 영업비밀 소유자에게 영업비밀 침해로 인해 발생한 나머지 부정적 경제적 또는 비물질적 결과(예: 영업비밀 보유자의 독점적 지위나 명성에 대한 손상, 침해를 중단하기 위해 발생한 비용

등)를 말한다. 간접적 손해는 침해의 발견, 조사 및 집행에 소요된 비용(예: 전문가 수수료, 영업비밀 집행과 직접적으로 연관된 범위 내에서, 침해 발견 및 기소에 관련된 비용 등)을 포함한다. ‘도덕적 손해’는 상품 및 영업비밀 보유자의 신용 손상(독점적 지위 상실)에서 비롯된 손해, 고객 상실 보상, 독점 또는 독점적 지위 상실 가능성 등을 포함한다. 도덕적 손해나 명성 손상은 일반적으로 정량화하기 어려우며, 법원은 일반적으로 이러한 손해의 금액을 일괄 보상(Ex aequo et bono)으로 결정한다. 마지막으로, 손해배상은 일괄 보상 형태로도 지급될 수 있다. 집행 지침과 유럽연합 영업비밀 지침은 일괄 보상금이 일반적으로 부과되는 라이선스 보상금 또는 로열티를 참고하여 결정되어야 한다고 규정했다. 벨기에에서 유럽연합 영업비밀 지침 제 14조의 시행에 따라, 손해의 범위를 다른 방법으로 결정할 수 없는 범위 내에서만 일괄 보상금이 지급될 수 있다.¹¹¹⁾ 실제, 회원 국가 법원은 손해배상 허용 여부를 결정하는 데 여전히 상당한 재량권을 보유하고 있고, 법원 전문가의 임명을 통해 손해배상 금액을 계산하는 것이 일반적이다.

벨기에 브뤼셀 기업법원의 Kevlaer bv v. KDV, Elano nv, Finance 4 You bv, SVDL, Finaid bv, Business Court Brussels, (2020년 7월 29일) 사건의 기초사실 및 그 판단 내용을 살펴보면, A.L.과 K.V.D.는 2019년 ‘케블라(Kevlaer)’라는 보험 및 컨설팅 회사를 설립하였는데, 브뤼셀 기업법원은 분쟁으로 인해 A.L.가 케블라를 K.V.D.로부터 인수하도록 명령하였다. 한편, 직원 S.V.D.L.은 케블라의 고객목록(Customer lists - Confidential client lists) 전체를 복사했다는 혐의를 받았는데, 이는 케블라가 고용한 IT업체에 의해 나중에 확인되었고 A.L.회사는 S.V.D.L.을 해고하였다. 이후 K.V.D.는 새로운 이메일 주소로 고객에게 다시 연락을 취하면서 S.V.D.L.을 포함한 케블라의 전 직원 3명을 고용하였다. 이에 대해서 케블라는 K.V.D.를 상대로 고객과의 접촉을 5년간 중단할 것과 함께 고객당 2,000유로의 벌금을 청구하는 취지의 소송을 제기하였다.

이 사건에서 법원은 현재, 잠재 및 과거 고객이 포함된 고객목록은 보험업계 종사자가 쉽게 접근할 수 없었기 때문에 일단 영업비밀에 해당한다고 판단하였다. 이 사건의 쟁점이 되었던 고객목록은 이름, 주소, 전화번호 및/또는 이메일 주소와 같은 개인 정보가 포함되어 있었으며, 수천 개의 행과 여러 개의 열로 구성된 Excel 파일 형식으로 저장되고 있었다. K.V.D.는 자신의 개인적 지식과 공개된 정보를 바탕으로 고객목록의 일부를 재구성할 수 있었을 수 있지만, 그렇다고 해서 목록의 기밀성이 떨어지는 것이 아니므로 법원은 Kevlaer의 고객목록이 상업적 가치가 있다고 판단하였다. Kevlaer는 고객목록을 통해 여러 사람에게 보험 상품을 판매할 수 있었고, 해당 정보에 접근할 수 없는 보험 대리점에 비해 경쟁 우위를 확보할 수 있었다. 법원은 Kevlaer가 여러 개의 비밀 및 개인 비밀번호를 요구함으로써 정보 기밀 유지를 위해 합리적인 조치를 취하고 있었다는 점도 인정하였다.

그러나 법원은 아래와 같은 이유로 K.V.D.가 Kevlaer의 고객목록을 불법적으로 취득하였거나 사용하지 않았기 때문에 Kevlaer의 영업비밀 도용 주장을 받아들이지 않았다. 첫째, S.V.D.L.이 해당 사본을 제작할 당시에 여전히 고용 상태였을 뿐만 아니라 아무런 접근 제한이 없었고 고객목록 저장프로그램 또한 기본적으로 파일을 업로드하면 동일한 파일이 초기 소스(즉, 로컬 드라이브)에서 자동 삭제되도록 설정되어 있었던 점, 둘째, Kevlaer가 S.V.D.L.의 고객목록 사본 제공 사실을 입증하지 못한 점, 셋째로 Kevlaer는 전 사업 파

111) Article XI.336/5 of the Belgian Economic Code.

트너인 K.V.D.로부터 분쟁 이메일을 받은 고객들의 제한된 수의 메시지만 인용하고 해당 이메일이 5,145행 파일에 기재된 모든 개인 및 법인에게 발송되었다는 주장을 뒷받침할 구체적인 증거를 제시하지 못한 점, 넷째로 K.V.D.가 Kevlaer의 고객들에게 대량으로 접근하였거나, 고객 명단을 소지하고 판촉 활동의 목적으로 사용한 점 등의 이유로 이 사건 소송을 기각하였다.

위 사례에서 보듯, 벨기에 법원은 대체로 ‘고객명단’이 영업비밀 도용이 될 수 있는지 여부에 대해 받아들이지 않는 것으로 보이는데, 개별 고객 데이터가 온라인(예: LinkedIn)에서 공개적으로 이용가능한 출처에서 쉽게 찾아질 수 있는 등의 사유가 있기 때문인 것으로 보인다.

3. 중국

가. 관련 동향 및 관련 법률

(1) 관련 동향

2012년 제18차 중국 공산당 전국대표대회 이후, 중국은 지식재산권 보호를 국가 핵심 전략 과제로 격상시키고, 형사법 개정 및 사법해석 강화를 통해 영업비밀 보호 제도를 정비해 왔다. 특히 미·중 무역 분쟁의 결과로 2020년 체결된 「경제무역협정」에는 영업비밀 침해에 대한 형사처벌 절차 마련과 처벌 기준 설정이 포함되었고, 이는 중국 내부 법체계 정비에 직접적인 영향을 미쳤다. 이에 따라 최고인민법원은 2020년 「영업비밀 침해 민사사건 심리에 관한 법률 적용에 대한 일부 규정」¹¹²⁾을 공표하였고, 최고인민검찰원과 공안부는 「영업비밀 침해 형사사건 입건 및 기소 기준 수정 결정」을 발표하여, 부정한 수단으로 영업비밀을 취득한 경우 실제 사용 여부와 무관하게 형사처벌의 대상이 될 수 있음을 명확히 하였다. 또한 합리적 사용 허가료를 기준으로 손해액을 산정할 수 있도록 하여, 피해 입증에 어려운 영업비밀 유출 사건에 대한 실효적 대응을 가능하게 하였다.

이후 중국은 2021년 「지식재산권 강국 건설 강요(2021-2035년)」¹¹³⁾를 발표하며 영업비밀 보호 강화를 위한 법률 및 규정의 제·개정을 명시적 목표로 설정하였다. 같은 해 시행된 형법 개정을 통해 기존에 요구되던 ‘중대한 손실 발생’ 요건을 삭제하고, ‘중대한 사안(情节严重)’ 및 ‘특히 중대한 사안(情节特别严重)’이라는 ‘행위의 중대성’ 요건을 중심으로 입건 기준을 완화하면서 법적 대응 문턱을 낮추었다. 이는 침해로 인한 손해가 현실화되지 않았더라도 기술의 무단 반출 및 유출 행위 자체만으로 형사처벌이 가능함을 의미하며, 예방적 규제의 실효성을 높였다. 이어 2025년 발표된 「지식재산권 침해 형사사건 처리에 관한 법률 적용 문제에 대한 해석」은 입건 요건과 처벌 범위를 한층 확대하는 방향으로 제도를 발전시켰다.

통계에 따르면 2013년부터 2024년까지 중국 각급 인민법원과 검찰원은 약 6만 9,100건의 지식재산권 침해 형사사건을 공소 제기하였으며, 6만 4,600건의 1심 판결을 종결하였다.¹¹⁴⁾ 이는 중국이 지식재산권 보호를 단순한 민사 분쟁의 차원을 넘어 형사 사법의 중대한 과제로 다루고 있음을 보여준다. 또한, 상하이시 제

112) 关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定

113) 知识产权强国建设纲要(2021-2035年)

114) https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202504/t20250424_693977.shtml#1

3중급인민법원과 상하이지식재산 법원이 발표한 「2015-2023년 영업비밀 사건 심판 상황과 전형적 사례」 보고서에 따르면, 같은 기간 상하이시 제3중급인민법원은 영업비밀 형사사건 13건, 민사사건 265건을 처리하였다. 주요 쟁점은, 첨단 기술 산업을 중심으로 한 정보 유출 및 인력 이동이었으며, 특히 반도체, 바이오 의약, 전자정보, 신소재 등 중국 전략 산업 분야에서의 기술 침해가 두드러졌다. 형사사건의 경우 피고인 전원이 유죄 판결을 받았으며, 이 중 10명은 3~10년의 징역형을, 19명은 3년 이하 징역형 선고받았다.¹¹⁵⁾ 이와 같은 일련의 조치는 기술유출이 국가 산업경쟁력과 직접적으로 연결된다는 정책적 인식에서 비롯된 것으로, 중국이 영업비밀 보호 체계를 형사, 민사, 행정의 다층적 방식으로 구축하고 있음을 보여준다.

(2) 관련 법률

(가) 반부정당경쟁법¹¹⁶⁾

중국은 「반부정당경쟁법」에서 영업비밀은 “상업비밀(商业秘密)”로 명시하고, 제10조에서 정의 및 침해행위를 일괄적으로 규정하고 있다. 「반부정당경쟁법」 제10조 제4항은 영업비밀을 “공중에게 알려지지 아니하고, 상업적 가치를 가지며, 권리자가 이에 대해 합리적인 비밀 유지 조치를 취한 기술 정보 및 경영 정보”라고 정의한다. 실무상, 영업비밀이 성립하기 위한 일반적인 요건은 다음의 네 가지 요건이다. 즉, ① 비공개성(공중에게 알려지지 않은 정보일 것), ② 경제적 가치성, ③ 실용성, ④ 합리적인 비밀 유지 조치를 동시에 충족해야 한다고 해석된다. 이 중 비밀 유지 조치는 비공개성 요건의 확장 개념으로 이해되며, 이는 정보 소유자가 해당 정보를 비공개 상태로 유지하려는 주관적 필요에 기초하여 외부로부터 취한 객관적인 조치를 의미한다. 다시 말해, 비밀 유지 조치는 단순한 주관적 의지에 그치지 않고, 이를 외적으로 드러낸 행위이다. 비밀 유지 조치는 반드시 완벽할 필요는 없으나, ‘합리적’이어야 한다. 일반적으로, 합리적인 비밀 유지 조치에는 권리자가 해당 비공개 정보를 알게 될 수 있는 상대방에게 정보의 비밀성 범위 및 관련 비밀 유지 의무를 명확히 고지하는 조치가 포함된다. 또한, 공동 소유 관계에서는 각 공동소유자가 모두 해당 비공개 정보에 대해 비밀 유지 조치를 취해야만 합리적인 보호 조치가 성립된다는 것이 판례의 입장이다.¹¹⁷⁾

침해유형에 대해서도 「반부정당경쟁법」 제10조는 ‘경영자’와 ‘경영자 이외의 자’로 구분하여 규정하고 있다. 동조 제1항은 경영자의 영업비밀 침해행위 유형을, 동조 제2항은 자연인, 기타 법인의 영업비밀 침해행위 유형을 구분하여 규정하고 있는 것이 특징이다. 제10조 제1항은 경영자의 영업비밀 침해행위 유형을 ① 부정취득 행위 ② 부정취득한 영업비밀 사용행위, ③ 비밀유지의무를 위반한 부정공개행위, ④ 교사 행위 4가지 유형으로 분류하고 있다. 동조 제3항은 영업비밀 침해를 추정·간주하는 규정이다.

115) <http://sh.people.com.cn/n2/2024/0419/c134768-40816904.html>

116) 우리나라의 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 해당함

117) 最高人民法院(2014). 民三终字第3号

〈표 16〉 중국 반부정당경쟁법상 영업비밀 침해행위 유형

구분	내용
제10조 제1항	제10조 경영자는 아래에서 열거하는 영업비밀 침해행위를 하여서는 아니 된다. (1) 절도, 뇌물, 사기, 협박, 전자 침입 또는 기타 부당한 수단을 통해 권리자의 영업비밀을 취득하는 행위; (2) 전항의 수단으로 취득한 권리자의 영업비밀을 누설하거나, 사용하거나 타인이 사용하도록 허가하는 행위; (3) 약정을 위반하거나 권리자의 영업비밀 보호 요구를 위반하여, 자신이 보유한 영업비밀을 누설, 사용 또는 타인에게 사용하도록 허가하는 행위 (4) 타인으로 하여금 비밀유지 의무 또는 권리자의 영업비밀 보호 요구를 위반하도록 교사하거나, 유도하거나, 도움을 주어 권리자의 영업비밀을 취득, 공개, 사용하거나 타인에게 사용을 허용하는 행위
제2항	경영자 외의 기타 자연인, 법인 및 비법인 조직이 전항에 규정된 위법행위를 하는 경우에도, 영업비밀 침해로 본다.
제3항	제3자가 영업비밀 권리자의 직원, 전직원 또는 기타 단위나 개인이 전 항에 열거된 위법행위를 수행하고 있다는 것을 명백히 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 여전히 영업비밀을 취득, 누설, 사용하거나 타인으로 하여금 사용하도록 허락하는 경우 영업비밀을 침해한 것으로 간주한다.
제4항	본 법에서 말하는 ‘영업비밀’이란 공중에게 알려지지 아니하고, 상업적 가치를 가지며, 권리자가 이에 대해 합리적인 비밀 유지 조치를 취한 기술 정보 및 경영 정보를 말한다.

중국 「반부정당경쟁법」 제10조 제1항 및 제2항에 따라 영업비밀 침해행위가 발생한 경우, 제22조 제4항 민사책임은 다음과 같이 규정한다. “경영자가 이 법의 제7조, 제10조의 규정을 위반하였을 경우 권리자가 권리 침해로 인해 당한 실제손실, 침해자가 침해행위로 인해 취득한 이익을 확정하기 어려운 경우, 인민법원에서 침해행위의 정황에 근거하여 권리자에게 500만 위안 이하의 배상금을 지급하도록 판결할 수 있다.”고 명시하고 있다. 또한, 제26조는 행정처벌에 관한 조항으로 “경영자 및 기타 자연인, 법인, 비법인 조직이 본 법 제10조를 위반하여 영업비밀을 침해한 경우, 감독 검사 부서는 위법 행위의 중지를 명령하고, 위법 소득을 몰수하며, 10만 위안 이상 100만 위안 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 사안이 중대한 경우, 100만 위안 이상 500만 위안 이하의 벌금을 부과할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

한편, 형사책임과 관련하여 제38조는 “이 법의 규정을 위반하여 범죄를 구성할 경우 법에 의거하여 형사 책임을 추궁한다.”는 추상적 규정을 두고 있으며, 구체적인 구성 요건 과 처벌 수위는 중국 「형법」에 위임하고 있다.

〈표 17〉 중국 반부정당경쟁법상 영업비밀 조항 신·구 비교

내용	(구) 반부정당경쟁법	(신) 25.10.15시행 반부정당경쟁법	비고
영업비밀 침해 및 정의 조항	제9조	제10조	조문 번호만 변경/현행유지
민사책임 조항	제17조	제22조	징벌적손해배상 적용 범위 확대
행정책임 조항	제21조	제26조	중대한 침해의 경우 과징금(벌금) 하한액을 상향 조정 (100만원 이상 500만원 이하의 벌금)
형사책임 조항	제31조	제38조	범죄에 이르지 않는 경미한 행위의 경우 “치안관리처벌(治安管理处罚)”이 가능하도록 신설함

2025년 10월 15일부터 시행된 중국 「반부정당경쟁법」은 영업비밀의 정의 규정이나 영업비밀 침해에 관한 민사책임 조항 자체에는 실질적인 변화를 두지 않았다. 그러나 종전에는 ‘악의적인 영업비밀 침해’에 한정되었던 징벌적 손해배상의 적용 범위를 ‘고의적인 영업비밀 침해’까지 확대하여 책임범위를 넓혔다. 또한, 행정 처벌 조항인 제26조에서는 중대한 침해의 경우 과징금(벌금)의 하한액을 종전보다 두 배로 상향하였으며, 형사책임과 관련해서는 범죄에 이르지 않은 행위에 대해서도 “치안관리처벌”이 가능하도록 규정을 보완하였다.

〈표 18〉 중국 반부정당경쟁법상 민사 및 형사책임 조항 신·구 비교

책임유형	(구) 반부정당경쟁법	(신) 반부정당경쟁법
민사책임	제17조 경영자가 본 법의 규정을 위반하여 타인에게 손해를 가한 경우에는 법에 따라 민사책임을 부담하여야 한다. 경영자의 합법적 권익이 부정당경쟁 행위로 인해 손해를 입은 경우, 인민법원에 소를 제기할 수 있다. 부정당경쟁행위로 인해 손해를 입은 경영자의 손해배상액은 침해로 인해 발생한 실제 손실에 따라 확정한다. 실제 손실을 산정하기 어려운 경우에는 침해자가 침해로 얻은 이익에 따라 확정한다. 경영자가 악의적으로 영업비밀을 침해하고 그 정황이 중대한 경우, 산정방식에 따라 계산한 금액의 1배 이상 5배 이하의 범위에서 손해배상액을 확정할 수 있다. 손해배상액에는 또한 경영자가 침해행위를 제지하기 위하여 지출한 합리적인 비용이 포함되어야 한다. 경영자가 본 법 제6조 및 제9조의 규정을 위반하였고, 권리자가 입은 실제 손실이나 침해자가 얻은 이익을 확정하기 어려운 경우에는, 인민법원이 침	제22조 경영자가 본 법의 규정을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우, 법에 따라 민사책임을 부담하여야 한다. 경영자의 합법적 권익이 부정당경쟁 행위로 인해 손해를 입은 경우, 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 부정당경쟁 행위로 인해 손해를 입은 경영자의 손해배상액은, 침해로 인해 발생한 실제 손실 또는 침해자가 침해로 인해 얻은 이익에 따라 산정한다. 경영자가 고의로 영업비밀을 침해하고, 그 정황이 중대한 경우, 위 산정방식에 따라 계산한 금액의 1배 이상 5배 이하의 범위에서 손해배상액을 확정할 수 있다. 손해배상액에는 또한 경영자가 침해행위를 제지하기 위하여 지출한 합리적인 비용이 포함되어야 한다. 경영자가 본 법 제7조, 제10조의 규정을 위반하였고, 권리자가 입은 실제 손해 또는 침해자가 얻은 이익을 산정하기 어려운 경우에는, 인민법원이 침

	해행위의 정황에 고려하여 권리자에게 500만 위안 이하의 배상을 명할 수 있다.	해행위의 정황을 고려하여 권리자에게 500만 위안 이하의 배상을 명할 수 있다.
형사책임	제31조 본 법의 규정을 위반하여 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다.	제38조 본 법의 규정을 위반하여 <u>치안관리 위반행위를 구성하는 경우에는 법에 따라 치안관리처벌을 부과하고, 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다.</u>

〈표 19〉 중국 반부정당경쟁법상 행정책임 조항 신·구 비교

(구) 반부정당경쟁법 제21조	(신) 반부정당경쟁법 제26조
제21조 경영자 및 기타 자연인, 법인, 비법인 조직이 본 법 제9조를 위반하여 영업비밀을 침해한 경우, 감독 검사 부서는 위법 행위의 중지를 명령하고, 위법 소득을 몰수하며, 10만 위안 이상 100만 위안 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 사안이 중대한 경우, 50만 위안 이상 500만 위안 이하의 벌금을 부과할 수 있다.	제26조 경영자 및 기타 자연인, 법인, 비법인 조직이 본 법 제10조를 위반하여 영업비밀을 침해한 경우, 감독 검사 부서는 위법 행위의 중지를 명령하고, 위법 소득을 몰수하며, 10만 위안 이상 100만 위안 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 사안이 중대한 경우, <u>100만 위안 이상 500만 위안 이하의 벌금을 부과할 수 있다.</u>

(나) 형법

중국에서 영업비밀 침해죄에 대한 형사처벌은 「중화인민공화국 형법」의 관련 규정에 근거한다. 특히 2020년 12월 전국인민대표대회 상무위원회에서 통과된 「형법수정안(十一)」에 따라 형법 제219조의 영업비밀 침해죄 조항이 개정되었고, 개정 규정은 2021년 1월 1일부터 시행되었다. 이번 개정을 통해 영업비밀 침해죄는 입법 요건의 전환, 행위 유형의 확대, 개념 정의의 삭제 등 중요한 변화를 겪으며 규제 범위가 대폭 확장되었다.

첫째, 영업비밀 침해죄의 입건 기준은 ‘결과 중심(result-based)’에서 ‘상황 중심(circumstance-based)’으로 전환되었다. 기존에는 “권리자에게 중대한 손실을 초래한 경우”에만 범죄가 성립하였고, ‘특히 심각한 결과’를 초래한 경우에만 3년 이상 7년 이하의 유기징역이 가능하였다. 그러나 개정 이후에는 결과 요건이 아닌 ‘사안이 중대한 경우(情节严重)’에 해당하면 3년 이하의 유기징역을, ‘사안이 특히 중대한 경우(情节特别严重)’에는 3년 이상 10년 이하의 유기징역을 부과할 수 있도록 개정되었다. 이는 피해자의 손해 입증 부담을 완화하고, 입건 문턱을 낮추어, 영업비밀 보호의 실효성을 높인 조치라 할 수 있다.

둘째, 개정 「형법」은 뇌물 제공, 기망, 디지털 침입 등 부정한 수단을 통해 영업비밀을 취득하는 행위뿐만 아니라, 해당 정보가 영업비밀임을 알면서도 제3자에게 이를 사용하도록 허용하는 행위까지 형사처벌의 대상으로 명시하였다. 이러한 변화는 실제 실무에서 증가하는 디지털 침입에 대한 법적 대응 필요성을 반영한 것으로, 기존의 법적 공백을 해소하고, 「형법」과 「반부정당경쟁법」 간 규범적 연계를 강화함으로써 보다 일관되고 엄격한 영업비밀 보호체계를 구축하려는 입법 취지를 반영한다.

셋째, 기존 형법 제219조 제3항에 규정되어 있던 영업비밀의 정의가 삭제되었다. 과거에는 “공중에게 알려지지 않고, 권리자에게 경제적 이익을 가져다주며, 실용성이 있으며, 비밀 유지 조치를 취한 기술·경영 정보를 말한다”는 정의 규정이 존재했으나, 이는 1993년 제정된 「반부정당경쟁법」의 정의를 그대로 원용한 것이었다. 이후 침해행위의 다양화 및 고도화에 대응하기 위해 「반부정당경쟁법」은 2017년과 2019년 개정을 통해 영업비밀의 정의를 “공중에 알려지지 않고, 상업적 가치를 가지며, 합리적인 비밀 유지 조치가 취해진 상업 정보”로 확대하였다. 이에 따라 형법상 정의 조항은 삭제되고, 실체법인 「반부정당경쟁법」에 따른 해석에 위임되었다.¹¹⁸⁾

한편, 중국 「형법」 제7장 ‘지식재산 침해죄’는 제213조부터 제220조에 걸쳐 지식재산권 침해에 대한 형사처벌 규정을 두고 있으며, 이 중 영업비밀 침해에 대한 직접적인 형사처벌 조항은 제219조 및 제219조의1에 해당한다. 두 조항은 일반적인 영업비밀 침해와 해외에 불법적으로 영업비밀을 제공한 경우를 구분하여 처벌 기준을 규정하고 있다. 특히, 해외 유출의 경우 침해의 고의성과 행위의 중대성에 따라 보다 더 중한 형사처벌이 가능하다. 나아가, 「형법」 제111조는 별도로, 행위자가 해외 기관, 조직 또는 개인을 위하여 국가 기밀이나 중요 정보(영업비밀 중에서도 국가 안보 및 이익에 관련된 정보를 포함)를 절취, 탐지, 매수하거나 불법적으로 제공한 경우 법률에 따라 엄격히 형사처벌하도록 규정하고 있다.

① 제219조 : 일반적인 영업비밀 침해

중국 「형법」 제219조는 다음과 같이 규정하고 있다.

형법 제219조

다음 각 호 중 하나에 해당하는 영업비밀 침해행위를 하고, 중대한 사안인 경우, 3년 이하의 유기징역에 처하고, 벌금형 병과 또는 단독 벌금형에 처한다.

특히 중대한 사안인 경우, 3년 이상 10년 이하의 유기징역 및 벌금형에 처한다:

- ① 절도, 뇌물, 사기, 협박, 전자 침입 또는 기타 부당한 수단으로 권리자의 영업비밀을 취득한 경우
- ② 위와 같은 수단으로 취득한 영업비밀을 누설하거나 사용하거나 제3자가 사용하도록 한 경우
- ③ 비밀 유지 의무를 위반하거나, 권리자가 요구한 보안조치를 위반하여 영업비밀을 누설하거나 사용하거나 제3자가 사용하도록 한 경우

또한, 위의 행위임을 알고 있으면서도 그 영업비밀을 취득, 누설, 사용 또는 제3자에게 사용하게 한 자도 영업비밀 침해행위로 간주한다.

본 조에서 말하는 “권리자”란, 영업비밀의 소유자 또는 소유자의 허락을 받아 영업비밀을 사용하는 자를 말한다.

118) 刘湘康, 我国知识产权刑法的最新修正及其适用, 重庆大学学报(社会科学版), 2022年 第28卷 第2期, 235면.

중국 「형법」 제219조는 영업비밀 침해죄의 행위 태양을 크게 3가지로 구분하고 있다. 첫째, 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위(부정취득), 둘째, 부정취득된 영업비밀을 이용하거나 누설하는 행위, 셋째, 비밀유지 의무 또는 권리자의 요구에 위반하여 영업비밀을 누설하거나 사용하는 행위이다. 이 외에도, 제3자가 이미 발생한 침해행위를 인식하고도 영업비밀을 취득, 사용하거나 누설하는 경우 역시 형사처벌의 대상으로 규정하고 있다. 이는 영업비밀 침해행위를 직접 실행한 자뿐만 아니라, 그 침해행위로부터 이익을 얻는 악의적 수익자까지도 형사책임을 부담하도록 함으로써, 침해죄의 성립 범위를 폭넓게 설정하고 있다는 점에서 주목할 만하다.

또한, 중국 「형법」 제219조는 행위자가 고의로 영업비밀을 침해한 경우, 별도의 영리 목적이나 가해 목적이 없더라도 침해죄가 성립하도록 규정한다. 이는 우리나라 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제18조가 “부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적”이라는 특정한 주관적 요건을 요구하고 있는 것과는 뚜렷한 대조를 보인다. 즉, 중국은 영업비밀 침해의 단순한 고의만으로 범죄 성립이 가능하지만, 우리나라는 침해의 고의와 더불어 행위자의 부정한 목적성을 별도로 입증해야 한다. 이러한 점에서 중국 현행 형법은 영업비밀 침해죄의 성립요건을 우리나라보다 상대적으로 완화하고 있으며, 형사책임 인정 범위 또한 넓게 설정하고 있다.

② 제219조의1: 해외 영업비밀 유출

2020년 「형법」 개정을 통해 중국 형법상 최초로 해외 기관, 조직, 개인을 위한 영업비밀의 절취, 탐지, 매수, 불법 제공 행위를 처벌하는 조항이 신설되었다. 해당 범죄는 영업비밀 침해죄를 규정한 제219조에 이어 제219조의1에 별도로 규정되었는데, 이는 중국 형법이 영업비밀의 해외 유출을 독립적이고 정식의 규제 대상으로 명문화하였음을 의미한다. 「형법」 제219조의1은 해외로의 기술유출, 특히 산업스파이 행위에 대한 처벌을 강화하기 위한 입법 조치로 해석된다.

형법 제219조의1

해외 기관, 조직, 개인을 위해 영업비밀을 절취, 탐지, 매수 또는 불법적으로 제공한 자는 5년 이하의 유기징역에 처하고, 벌금형을 병과하거나 단독으로 부과할 수 있다. 중대한 사안인 경우, 5년 이상의 유기징역과 벌금형에 처한다.

영업비밀은 기업에 있어 단순한 지식재산권을 넘어 막대한 상업적 가치를 지닌 핵심 자산으로, 경우에 따라 기업의 존속 여부를 좌우하기도 한다. 그러나 이번 개정 이전까지 중국 형법에는 산업스파이 행위를 직접 처벌할 수 있는 조항이 부재하여, 관련 범죄에 대한 효과적인 형사 대응이 어려웠다. 이러한 입법 공백의 대표적 사례가 2010년 중국 사회에 큰 파장을 일으킨 ‘리오틴토(Rio Tinto, 力拓) 산업스파이 사건’이다. 당시 호주 국적의 화교 상인 후스타이(胡士泰) 등이 중국 철강기업 직원들을 매수하거나 금전적으로 회유하여

영업비밀을 불법 취득함으로써 약 20여 개 철강기업에 총 10.18억 위안의 막대한 손실을 초래하였다. 그러나 당시 형법에는 이를 직접 처벌할 수 있는 근거가 없어, 결국 ‘비국가 공무원 뇌물 수수죄’와 ‘영업비밀 침해죄’로 병합 기소되어 징역 7년에 그치는 처벌로 머무른 바 있다.¹¹⁹⁾

이러한 제도적 한계를 보완하기 위해 제219조의1은 첨단 산업기술의 국외 유출 및 국제적 산업스파이 행위에 대한 실효적 대응 수단을 제공하며, 국제 사회의 관련 입법 경향과도 보조를 맞추는 시의적 입법이라 평가된다. 이는 단순히 기존 처벌 공백의 보완을 넘어, 기술주권과 국가 안보의 관점에서도 중요한 의미를 지닌다고 평가한다.¹²⁰⁾

③ 제111조 : 국가 기밀 또는 국가 안보에 영향을 미치는 영업비밀의 해외 유출

「형법」 제111조는 “해외의 기관, 조직, 개인을 위하여 국가 비밀 또는 정보를 절취(도둑질), 탐지, 매수하거나 불법적으로 제공한 자는 5년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다. 사안이 특히 중대한 경우에는 10년 이상 유기징역 또는 무기징역에 처할 수 있다. 사안이 경미한 경우에는 5년 이하의 유기징역, 구류, 감시처분 또는 정치권리 박탈에 처한다.”라고 규정한다. 이 조항은 국가 기밀 또는 국가 안보에 직결되는 중요 영업비밀의 해외 제공 행위에 대해 엄격한 형사처벌을 부과하는 규정이다. 동 조항에 따르면 특히 중대한 경우, 예를 들어 1등급 기밀(절대 기밀)을 제공하거나, 2등급 기밀(기밀 등급) 3건 이상을 제공한 경우, 또는 그로 인해 심각한 피해가 발생한 경우에는 10년 이상의 유기징역 또는 무기징역까지 가능하다. 이는 국가 안보에 직결되는 고도의 정보 유출 행위에 대해 ‘무관용 원칙’을 반영한 것으로 평가된다. 반면, 제공된 국가 기밀이 3등급 기밀(비밀 등급)에 해당하고 심각한 결과가 발생하지 않았거나, 범죄 과정에서 행위자의 주관적 악의가 비교적 경미한 경우에는 5년 이하의 유기징역, 구류, 보호관찰 또는 정치권리 박탈 등이 선고될 수 있다. 이는 처벌 시 범죄의 경중과 행위자의 주관적 악의 정도를 함께 고려한 것이다.

또한, 국가기밀이 포함된 영업비밀을 해외에 제공한 경우에는 형법 제219조의1과 더불어 제111조가 함께 적용될 수 있으며, 이는 영업비밀이 단순한 경제적 자산을 넘어 국가 안보 자산으로 인식되고 있음을 반영한 것이다. 특히 이러한 범죄의 경우, 주형 외에도 정치권리 박탈, 재산몰수 등 부가형이 병과될 수 있어 처벌 강도가 매우 높다.

119) 2009년,在我国与澳大利亚力拓公司(Rio Tinto Group)进行铁矿石交易价格谈判时,该公司澳大利亚籍华裔商人胡士泰等人为力拓公司在中国铁矿石贸易中获取更多的销售利润,采取收买拉拢,金钱利诱的方式买通我国钢铁企业员工,非法窃取有关商业秘密,直接给我国钢铁企业造成 10.18 亿人民币的巨额损失。2010年 3月 29日,上海市第一中级人民法院以非国家工作人员受贿罪和侵犯商业秘密罪数罪并罚,判处胡士泰等人有期徒刑7年到14年不等。

120) 刘湘廉,我国知识产权刑法的最新修正及其适用,重庆大学学报(社会科学版),2022年 第28卷 第2期,233면.

〈표 20〉 중국 형법상 영업비밀 유출 시 처벌 형량 비교

조항	규제 대상	형량
제219조	국내 영업비밀 침해	3년 이하 또는 3~10년(사안의 중대성에 따라) 벌금 병과
제219조의1	해외 영업비밀 유출	5년 이하 또는 5년 이상(사안의 중대성에 따라) 벌금 병과
제111조	국가 기밀급의 영업비밀 해외 유출	5년 이상 10년 이하의 유기징역 특히 사안이 중대한 경우 10년 이상 유기징역 또는 무기징역 구류, 감시처분 또는 정치권리 박탈

(다) 사법해석

① 영업비밀 침해 민사사건 심리에 관한 법률 적용에 대한 일부 규정

(关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定)

2020년 8월 중국 최고인민법원은 영업비밀 침해 민사사건을 보다 정확하고 효율적으로 심리하기 위하여 「중화인민공화국 반부정당경쟁법」, 「중화인민공화국 민사소송법」 등 관련 법률 규정과 실무 경험을 반영하여 「영업비밀 침해 민사사건 심리에 관한 법률 적용에 대한 일부 규정(关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定)」(이하 ‘민사사건 사법해석’)을 공포하였다. 해당 사법해석은 최고인민법원 차원에서 포괄적으로 영업비밀 손해배상의 고려 요소를 정리한 규정으로, 「반부정당경쟁법」에 지나치게 추상적이고 모호하게 규정한 영업비밀 손해배상에 관한 재판 기준을 보완하고, 유사사건에 대한 판결 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

해당 사법해석은 손해배상과 관련하여 다음과 같은 중요한 내용을 포함하고 있다.

첫째, 「민사사건 사법해석」 제20조 제1항은 권리자가 영업비밀 사용 허락료(라이선스)를 참고하여 침해로 인한 실제 손해액 산정을 청구하는 경우, 인민법원은 허락의 성질, 내용, 실제 이행 상황 및 침해행위의 성질, 경위, 결과 등의 요소를 종합적으로 고려하여 이를 산정할 수 있도록 하였다. 이는 영업비밀의 상업적 가치 및 침해행위의 정황을 고려한 합리적 손해액 추정 기준을 제시한 것이다.

둘째, 「민사사건 사법해석」 제20조 제2항은 「반부정당경쟁법」 제17조 제4항에 따라 손해배상액을 산정할 경우에는, 영업비밀의 성질, 상업적 가치, 연구개발 비용, 혁신 수준, 경쟁우위 제공 가능성, 침해자의 주관적 과실, 침해행위의 성질, 경과, 결과 등의 요소를 함께 고려할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 실제 손해액 산정이 어려운 경우 법원이 재량으로 법정손해액을 판단할 수 있는 포괄적 요소를 제시하고 있다.

셋째, 「민사사건 사법해석」 제23조는 당사자가 확정된 형사 판결에서 인정된 실제 손해 또는 불법 수익을 기준으로, 동일한 영업비밀 침해행위와 관련된 민사 사건의 손해배상액 산정을 청구하는 경우, 인민법원이 이를 인정하여야 한다고 규정하고 있다. 이 조항은 형사판결과 민사판결 간의 연계성을 보장하고, 권리자의 중복 입증 부담을 경감하는 기능을 한다.

② 지식재산권 침해 형사사건 처리에 관한 법률 적용 문제에 대한 해석

(关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释)

2025년 4월 24일, 중국 최고인민법원(最高人民法院)과 최고인민검찰원(最高人民检察院)은 공동으로 「지식재산권 침해 형사사건의 처리에 관한 법률 적용 문제에 대한 해석 지식재산권 침해 형사사건 처리에 관한 법률 적용 문제에 대한 해석(关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释)」(이하 ‘형사사건 사법해석’)을 공포하였다.¹²¹⁾ 이번 형사사건 사법해석은 기존의 관련 해석을 통합, 흡수함으로써, 형사사건 실무에서의 통일성과 효율성을 높이고, 법적 기준의 일관성을 확보하여, 영업비밀 침해죄와 관련한 법적 기준을 명확히 하였다.

본 사법해석은 2025년 4월 26일부터 시행되었으며, 2021년 개정된 형법의 내용(범죄 유형의 확대, 성립요건 개선, 새로운 죄목 도입 등)을 반영하여, 형사 보호 강화를 통해 시장 질서를 수호하고 법의 실효성을 확보하고자 하는 의도를 뚜렷이 담고 있다.

나. 민사 절차에서의 손해액 산정

(1) 산정기준

(가) 실질적 손실 및 부당이득

중국 「반부정당경쟁법」 제22조 제3항은 “부정당경쟁 행위로 인해 손해를 입은 경영자의 손해배상액은, 침해로 인해 발생한 실제 손실 또는 침해자가 침해로 인해 얻은 이익에 따라 산정한다.”고 규정하고 있다. 즉, 「반부정당경쟁법」 규정에 따르면, 손해배상액의 산정은 ① 우선 실질적 손실을 기준으로 하며, ② 원고가 입은 실제 손실액을 산정하기 어렵다면, 피침해자가 침해행위를 통해 취득한 이익을 기준으로 한다.

피해자의 실질적 손실을 산정하는 방식에는 두 가지가 있다. 첫째, 권리자의 이익이 침해행위로 인해 감소한 경우, 손실된 이익을 기준으로 산정하는 방식이다. 둘째, 권리자가 침해행위로 인해 영업비밀 사용허락 기회를 상실함으로써 입은 손해를 기준으로 산정하는 방식이다.¹²²⁾ 한편 침해자가 침해행위로 취득한 부당이득을 기준으로 산정하는 방식에는 세 가지가 있다. 첫째, 제3자가 영업비밀을 이용하여 제품을 생산·판매한 경우, 침해자는 그에 따른 생산·판매 이익을 부당이득으로 본다. 둘째, 침해자가 영업비밀을 이용함으로써 연구개발 비용을 절약한 경우, 절약된 비용이 곧 침해자의 부당이득으로 본다. 셋째, 침해자가 영업비밀을 이용하여 시장 경쟁에서 유리한 지위를 점하고, 그 결과로 권리자가 시장 점유율을 잃게 된 경우, 그로 인한 이익 역시 침해자의 부당이득으로 산정할 수 있다.¹²³⁾ 다만, 이러한 방식으로 산정된 침해자의 부당 이득이 권리자의 손실과 일치하지 않는 경우가 발생할 수 있다. 권리자의 손실과 침해자가 얻은 부당 이득은 본질적으로 서로 다른 범주의 손해로, 전자는 손해배상액의 최소 하한선을 구성하고, 후자는 손해배상액의 최대

121) 기존에 있던 3개의 해석을 통합·흡수하면서도, 이전 세 개 해석은 동시에 폐지하여, 사법 실무에 적용의 통일성을 제공하고, 형사사건 처리의 효율성과 명확성을 높이며, 법적 기준의 일관성을 확보하고, 궁극적으로 혁신과 창조를 장려하는 양호한 법치 환경을 조성하고자 함

122) 张耕等, 商业秘密法, 厦门大学出版社, 2019, 255면.

123) 李扬, 反不正当竞争法基本原理, 知识产权出版社, 2022, 175면.

상한선을 구성하게 된다. 즉, 권리자의 손실액과 침해자가 얻은 부당이득 중 선택하여 산정할 수는 없으며, 후자는 전자를 초과할 수 없다.¹²⁴⁾ 이 때문에 법원은 영업비밀 권리자가 입은 실제 손실액과 침해자가 얻은 부당 이득액 사이에서 합리적 균형을 맞추어야 하며, 필요한 경우 권리자에게 합리적인 손해액 산정을 위한 증명 책임을 일부 면제할 수 있다. 예컨대, 「반부정당경쟁법 사법해석」 제9조 제2항은 “권리자가 침해자의 이익 산정에 필요한 구체적 수치나 자료를 제시할 수 없는 경우, 법원은 권리자가 입은 합리적인 손해액을 추정할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 법원은 영업비밀의 성질, 실제 경제적 가치, 침해자가 얻은 경쟁 우위 등을 종합적으로 고려하여 손해액을 추정한다.¹²⁵⁾

또한 제22조 제3항에서는 “손해배상액에는 경영자가 침해행위를 제지하기 위해 지출한 합리적인 비용도 포함되어야 한다”고 명시하고 있으며, 이때의 ‘합리적인 비용’에는 변호사 대리비, 공증비, 조사·검증비, 자문비, 당안(檔案) 조회비, 번역비, 교통비, 숙박비, 인쇄비 등 다양한 실비용이 포함된다.¹²⁶⁾ 실무상 인민법원이 이러한 합리적 비용을 손해배상액과 별도로 산정하여 판결하는 경우도 있으나, 대부분의 사례에서는 손해배상액과 합리적 비용을 통합하여 일괄적으로 배상액을 결정하는 경향이 더 강하다.¹²⁷⁾

(나) 허가사용료(Reasonable Royalty)¹²⁸⁾

허가사용료는 영업비밀을 사용하는 대가로 피고가 원고에게 지급하는 합리적인 사용료를 의미하며, 이는 실질적 손실이나 부당이득을 기반으로 한 손해배상 산정이 어려운 경우, 당사자의 청구에 의해 손해배상 산정기준으로 이용된다.¹²⁹⁾ 중국 최고인민법원의 「영업비밀 침해 민사사건 심리에 관한 법률 적용에 대한 일부 규정(关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定)」 제20조 제1항은 권리자가 영업비밀 허가사용료를 참조하여 침해로 인하여 입은 실제 손해를 산정해 달라고 청구하는 경우, 인민법원은 허락의 성질, 내용, 실제 이행 상황 및 침해행위의 성질, 정황, 결과 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 이를 인정할 수 있도록 규정하고 있다. 또한, 최고인민법원 「지식재산권 민사소송 증거에 관한 약간의 규정(关于知识产权民事诉讼证据的若干规定)」 제32조는 구체적으로 허가사용료를 계산할 때 법원이 고려해야 할 요소들을 구체적으로 규정하고 있다. 제32조에 따르면 “당사자가 지식재산권 의 합리적 배수를 참조하여 손해배상액을 산정해 달라고 주장하는 경우, 인민법원은 다음의 요소들을 고려하여 허가사용료 관련 증거를 심사·인정할 수 있다. (1) 허가사용료가 실제로 지급되었는지 여부 및 그 지급 방식, 사용허락 계약이 실제로 이행되었는지 또는 등록·기록되었는지 여부. (2) 사용허락의 권리 내용, 방식, 범위, 기간. (3) 피허락인과 허락인 사이에 이해관계가 존재하는지 여부. (4) 업계에서 통상적으로 인정되는 사용허락 기준”이다. 따라서 영업비밀의 상업적 가치는 해당 정보의 연구개발에 소요된 비용, 해당 영업비밀을 실시하여 얻을 수 있는 수익 규모, 침해

124) 张耕等, 商业秘密法, 厦门大学出版社, 2019, 255면.

125) 李扬, 反不正当竞争法基本原理, 知识产权出版社, 2022, 175면.

126) 孔祥俊, 商业秘密司法保护实务, 中国法制出版社, 2012, 200면.

127) 권영모·전정현, 반부정당경쟁법, 세창출판사, 2015, 296면.

128) 중국어 원문으로는 许可使用费로, 합리적 로열티(Reasonable Royalty)와 동일한 의미를 가지는 것으로 해석됨

129) Zelin Yang, Damaging Royalties: An Overview of Reasonable Royalty Damages. Berkeley Tech. L. J, 29:647. 2014.

로 인한 일실이익, 경쟁우위를 유지할 수 있는 시간 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 결정해야한다.¹³⁰⁾

아울러 허가사용료는 징벌적 손해배상액 산정 근거에도 기준이 될 수 있다. 최고인민법원의 「지식재산권 침해 민사사건 심리에 있어 징벌적 손해배상 적용에 관한 해석(关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释)」제5조 제2항은 “전항에서 말한 실제 손실액, 불법소득액, 침해로 인하여 얻은 이익을 모두 산정하기 어려운 경우, 인민법원은 해당 권리 허가사용료의 배수를 참조하여 합리적으로 확정할 수 있으며, 이를 징벌적 손해배상액 산정의 기초로 삼는다.”고 규정하고 있다.

(다) 법정손해배상

중국 「반부정당경쟁법」 제22조 제4항은 “경영자가 본 법 제7조, 제10조의 규정을 위반하였고, 관리자가 입은 실제 손해 또는 침해자가 얻은 이익을 산정하기 어려운 경우에는, 인민법원이 침해행위의 정황을 고려하여 관리자에게 500만 위안 이하의 배상을 명할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이는 실제 손해액이나 침해자가 얻은 이익을 객관적으로 산정할 수 없는 경우, 법원이 영업비밀의 성질, 상업적 가치, 연구개발 비용, 혁신 수준, 가져올 수 있는 경쟁우위, 그리고 침해자의 주관적 고의, 침해행위의 성격·정황·결과 등을 종합적으로 고려하여, 원고에게 최대 500만 위안 이하의 손해배상을 명할 수 있음을 의미한다. 즉, 「반부정당경쟁법」 제22조 제4항의 해석에 따르면, 법정손해배상은 임의적으로 적용할 수 있는 제도가 아니라, 관리자의 손실이나 침해자의 이익을 구체적으로 입증할 수 없을 때에만 최후적 수단으로 적용되어야 한다.¹³¹⁾

최고인민법원은 2009년 사법해석인 「현재 경제 상황하에서 지식재산권 심판 서비스 국면에 관한 몇 가지 문제에 대한 의견」¹³²⁾ 에서 “손해배상액 산정 시 증거규칙을 충분히 활용하여, 관련 상액 산정과 관련된 증거를 전면적·객관적으로 심사하고, 논리적 추론과 일상생활의 경험칙을 충분히 활용하여 해당 증거의 진실성·적법성·증명력을 종합적으로 심사·판단하며, 우월한 증거 기준을 적용하여 손해배상 사실을 인정하여야 한다. 당사자가 침해로 인한 손실 또는 침해로 인한 이익을 기준으로 배상액을 계산하도록 적극 유도하고, 가급적 단순히 법정손해배상 방식을 적용하는 것은 피해야 한다. 만약 침해로 인한 손실 또는 침해이익의 구체적인 금액을 입증하기는 어렵지만, 그 금액이 법정손해배상 최고한도를 명백히 초과함을 입증하는 증거가 있는 경우에는, 사건 전체의 증거 상황을 종합적으로 고려하여, 법정 최고한도를 초과하는 범위에서 합리적으로 배상액을 확정하여야 한다. 법률에 다른 규정이 없는 한, 법정손해배상을 적용할 때에는 합리적인 권리구제 비용을 별도로 포함하여 배상하여야 한다.”는 기준을 제시하고 있었다.

그럼에도 불구하고 실제 중국 재판 실무에서는 실질적 손해배상 계산 방식보다 법정손해배상 방식이 중국 영업비밀 침해 사건의 주된 손해배상 산정 방식으로 자리 잡았다. 학계 연구에 따르면, 지식재산권 침해 손해배상 사건의 90% 이상에서 법정손해배상이 적용된다.¹³³⁾ 또 일부 법원은 자체 재판 경험을 토대로, 실제 손실 침해이익을 기준으로 산정하는 사건은 드물고, 법정손해배상 적용이 일반화되어 있으며, 그 적용이 점

130) 권영모·전정현, 반부정당경쟁법, 세창출판사, 2015, 296면.

131) 张耕等, 商业秘密法, 厦门大学出版社, 2019, 254면.

132) 最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第16条.

133) 曹新明, 我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计, 现代法学 2019年第1期, 115면.

차 확산되는 경향이 있다고 밝히고 있다.¹³⁴⁾ 중국 최고인민법원이 발표한 ‘2016-2022년 중국 법원 10대 지식재산권 사건과 전형적인 지식재산 사건 50건’ 중에서도 15건의 영업비밀 민사사건 중, 판결문이 공개된 11건에서 손해배상 판결에 법정손해배상액을 적용한 사건이 9건으로 전체 81.8%를 차지한다.¹³⁵⁾ 이는 중국 법원이 실제 손해나 부당이득 산정 보다 법정손해배상을 선호하고 있음을 보여준다.

다만, 중국 「반부정당경쟁법」 제22조 제4항은 “원고의 실제 손해나 피고의 침해로 인한 이익을 산정하기 어려운 경우” 법원이 법정손해배상을 할 수 있도록 원칙적인 내용만 규정하고 있고, 마찬가지로 최고인민법원이 공표한 「영업비밀 침해 민사사건 심리에 관한 법률 적용에 대한 일부 규정(关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定)」 제20조 제2항에서도 “영업비밀의 성질, 상업적 가치, 연구개발 비용, 혁신 정도, 경쟁우위, 그리고 침해자의 주관적 과실, 침해행위의 성질·정황·결과 등의 요소”를 고려하도록 규정하고 있다. 따라서 영업비밀 침해 사건에서 법정손해배상액 인정 여부는 상당 부분 법관의 자유심증에 의존하게 되며, 법관에게 광범위한 재량권이 부여된다. 실무상 최고인민법원은 이러한 법정손해배상액을 산정함에 있어, 침해자의 주관적 과실의 정도, 침해행위의 반복성 및 규모, 고의성 여부 등 구체적인 사정을 고려하고 있다. 침해자가 악의적으로 권리를 침해하거나, 중복적으로 또는 조직적·규모화된 방식으로 침해행위를 한 경우에는 배상액이 법정 한도액에 근접하여 산정될 수 있으며, 반대로 피고가 자발적으로 사과하거나 권리 회복을 위한 구제 조치를 적극적으로 시행한 경우에는 감경 요소로 참작된다.¹³⁶⁾ 실제로 법원은 실무에서 “실제 손실과 침해 이익 모두 산정이 곤란한 경우”라는 적용 전제를 어떻게 인정할지, “침해행위의 성질, 정황”을 어떻게 구체적으로 평가할지 어려움에 직면한다. 이에 따라 중국 각 지방의 법원들은 「반부정당경쟁법」, 「사법 해석」보다 구체적인 법정손해배상 실무 집행 지침을 마련하여 적용하고 있다. 베이징, 장쑤, 상하이 등 일부 지역 고급인민법원은, 권리자가 소송에서 법정손해배상 적용을 직접 청구할 수 있도록 하되, 적용 사유와 산정 관련 요소를 명시하도록 요구한다.¹³⁷⁾ 예를 들면, 베이징시고급인민법원은 「지식재산권 침해 및 부정경쟁 사건의 손해배상에 관한 지도의견과 법정배상의 판단 기준」¹³⁸⁾ 제1.10부터 제1.12에 걸쳐 법정손해배상 적용 기준에 대해 규정하고 있다. 제1.10에서는 법정손해배상 적용은 “사안에서 제출된 증거로는 권리자의 실제 손실, 침해자의 이익, 허가사용료를 확정하기 어렵고, 그 밖의 합리적인 방법으로도 배상액을 확정하기 어려운 경우에는 법정손해배상을 적용할 수 있다. 원고가 법정손해배상 방식을 적용할 것을 명확히 청구하였으나, 피고가 이를 인정하지 않고, 권리자의 실제 손실·침해자의 이익·허가사용료 등에 관한 일정한 증거를 제출한 경우, 피고가 제출한 증거는 배상액을 확정하는 참고 자료로 삼을 수 있다.”고 하고, 제1.11에서 “원고가 법정손해배상 방법에 근거하여 직접 손해배상을 청구하는 경우, 법정손해배상을 적용하는 이유와 청구하는 배상액과 관련된 요소를 명시해야 한다.”라고 규정하면서, 제1.12에서 법정손해배상액 확정을 위해 “법

134) 上海市高级人民法院民三庭, 上海法院确定侵犯知识产权赔偿数额的司法实践, 人民司法 2006年第1期, 15면. <https://www.pkulaw.com/qikan/54fc2f09fbb1f15f2fbb8e7dc4038448bdfb.html>

135) 马一德·汪婷, 商业秘密法定赔偿的问题检视与应对, 电子知识产权 2024年第5期, 86면.

136) 孔祥俊, 商业秘密司法保护实务, 中国法制出版社, 2012, 199면.

137) 北京市高级人民法院《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》第 1.10~1.12条; 江苏省高级人民法院《关于知识产权侵权损害适用定额赔偿办法若干问题的指导意见》第2条 第1款; 上海市高级人民法院《关于知识产权侵权纠纷中适用法定赔偿方法确定赔偿数额的若干意见(试行)》第1条 第(2)项.

138) 北京市高级人民法院《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》

정손해배상액을 확정할 때에는 재판 기준의 일관성 원칙을 준수하고, 권리·행위·과실·결과·인과관계 등의 요소를 종합적으로 고려하여, 사건 간의 공통점과 차이점을 반영하고, 합리적으로 배상액을 확정해야 한다.”는 기준을 제시하고 있다. 최고인민법원이 2022년에 판결한(2022) 最高法院知民终147号民事判决书에서 원고는 법정손해배상 적용을 직접 청구했고, 최고인민법원이 이를 전액 인정한바 있다. 아울러 충칭·베이징 고급인민법원은 당사자가 사전에 합의하여 법정손해배상을 적용하는 것도 허용하고 있다.¹³⁹⁾ 베이징시고급인민법원은 「지식재산권 침해 및 부정경쟁 사건의 손해배상에 관한 지도의견과 법정배상의 판단 기준」¹⁴⁰⁾ 제1.21에 “당사자가 법에 따라 배상액 또는 배상액 산정 방법에 관하여 합의하고, 소송에서 해당 합의에 근거하여 배상액 확정을 주장한 경우, 이를 인정하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 영업비밀침해 사건에서 당사자가 손해배상액 산정방식 등을 사전에 합의하였고, 법률상 유효하다면 계약자유 원칙과 의사자치 원칙에 따라 법원이 그 합의를 존중한다는 의미이다.

따라서 현재 중국에서는 당사자가 합의 또는 선택한 경우, 법률·행정법규의 강행규정에 위반하지 않는 한, 법원은 대체로 법정손해배상에 기초한 배상을 인정하고 있으며, 손해배상액 또한 낮지 않은 수준으로 산정되고 있다.¹⁴¹⁾

(라) 징벌적 손해배상

「반부정당경쟁법」은 영업비밀 침해에 대한 징벌적 손해배상 제도를 명문화하였다. 동법 제22조 제3항은 “경영자가 고의로 영업비밀을 침해하고, 그 정황이 중대한 경우, 위 산정방식에 따라 계산한 금액의 1배 이상 5배 이하의 범위에서 손해배상액을 확정할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이에 따르면, 실제 손해액 또는 침해이익이 산정 가능한 경우, 이를 기준으로 1배 이상 5배 이하의 징벌적 배상액을 부과할 수 있고, 손해액 또는 침해 이익이 산정되지 않는 경우에는 법정손해배상액(최대 500만 위안)을 기준으로 1배 이상 5배 이하의 배상을 명할 수 있다.

이처럼 중국은 주관적 요건으로서 침해자의 '악의성'과, 객관적 요건으로서 '사안의 중대성'을 충족할 경우, 권리자의 청구에 따라 실손해액 또는 법정 기준을 기초로 징벌적 배상을 명할 수 있도록 하여, 영업비밀 침해에 대한 억지력을 실질적으로 강화하였다. 다만 '사안의 중대성'을 판단하는 것은 다소 추상적 개념이므로, 실무상 구체적 기준이 필요하다. 일반적으로 다음과 같은 상황 중 하나에 해당하는 경우, '중대한 상황'으로 인정될 수 있다. 첫째, 침해자가 권리자의 주식·지분 등을 보유한 자로서, 권리자와 밀접한 관계를 유지하다가 권리자의 영업비밀을 불법적으로 취득·사용·누설한 경우. 둘째, 침해자가 권리자와 고용관계, 용역관계, 위임관계, 파트너십, 합작관계 등 특정한 계약관계를 유지하던 중, 권리자의 영업비밀을 불법적으로 취득·사용·누설한 경우. 셋째, 침해자가 권리자의 영업비밀을 반복적으로 침해하거나, 동일하거나 유사한 수단으로 지속적으로 침해행위를 저지른 경우. 넷째, 침해자가 영업비밀을 침해하여 권리자에게 심각한 손해를 끼친 경

139) 重庆市高级人民法院关于印发《关于确定知识产权侵权损害赔偿数额若干问题的指导意见》的通知 第1条 第(1)项; 北京市高级人民法院《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》第1.21条.

140) 北京市高级人民法院《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》

141) 马一德·汪婷, 商业秘密法定赔偿的问题检视与应对, 电子知识产权 2024年 第5期, 91면.

우. 다섯째, 침해자가 영업비밀을 침해하여 권리자에게 중대한 경제적 손실을 발생하게 하거나, 권리자의 사업 운영에 심대한 영향을 미친 경우. 여섯째, 침해행위가 국가 안보, 공공이익에 심각한 영향을 미친 경우. 일곱째, 그 밖의 기타 중대한 사정이 존재하는 경우이다. 법원은 영업비밀 침해 사건에서 침해자의 주관적 고의, 침해행위의 구체적 상황, 권리자에게 발생한 손실의 정도, 사회에 미친 부정적 영향 등을 종합적으로 고려하여 징벌적 손해배상의 적용 여부를 판단해야 한다.¹⁴²⁾ 이는 징벌적 손해배상을 통해 경영자의 고의적·반복적 침해행위를 보다 효과적으로 규율하고자 하는 입법적 의지를 반영한 것이라 할 수 있다. 징벌적 손해배상 제도는 어디까지나 권리자의 권익 보호와 이익 균형을 위해 마련된 것으로, 권리자의 무제한적 청구 수단으로 오용되어서는 안된다. 따라서 법원은 징벌적 손해배상 제도의 남용을 방지하고, 적용 시 엄격한 제한과 요건을 충족시켜야 한다.

징벌적 손해배상은 손해 전보의 기능뿐만 아니라 행위 억제 기능도 가진다. 징벌적 손해배상의 처벌적 기능은 주로 침해자가 권리자에게 지급해야 하는 금전 배상액이 단순한 손실 보상의 범위를 넘어서는 데 있다. 따라서 행위자가 이미 형사절차에서 벌금형을 선고받았다 하더라도, 이는 징벌적 손해배상의 적용을 배제하는 사유가 될 수 없다. 이론적으로, 두 제도의 적용 범위는 상호 배타적이지 않으며, 병존 가능하다. 즉, 행위자가 이미 형사절차에서 형사 벌금형을 선고받은 경우에도 징벌적 손해배상 적용 요건이 충족된다면 여전히 징벌적 손해배상이 인정될 수 있다.¹⁴³⁾

(2) 입증책임 전환

「반부정당경쟁법」은 제39조는 영업비밀 침해 소송에서의 입증책임 전환을 명확히 규정하고 있다. 동법 제39조에 따르면 영업비밀 권리자가 초기 증거를 제출하는 경우, 침해 혐의자인 피고가 스스로 영업비밀을 침해하지 않았음을 증명하도록 입증책임 전환을 명확히 하였다. 이는 일반 민사소송법상의 입증책임 원칙과 달리, 권리자 보호를 실효적으로 강화하기 위한 특별규정으로, 영업비밀 보유자의 증명 부담을 경감하고, 실질적인 권리 구제를 도모하기 위한 제도적 장치이다.

원문	번역문
第三十九条 在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。 商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为： (一) 有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，	제39조 영업비밀 침해에 관한 민사재판 절차에서, 영업비밀 권리자가 주장하는 영업비밀에 대해 이미 비밀 유지 조치를 취하였음을 입증하는 초기 증거를 제출하고, 또한 해당 영업비밀이 침해되었음을 합리적으로 소명한 경우, 피침해 혐의자는 권리자가 주장하는 영업비밀이 본 법이 규정하는 영업비밀에 해당하지 않음을 증명하여야 한다. 영업비밀 권리자가 영업비밀이 침해되었음을 합리적으로 소명하는 초기 증거를 제출하고, 동시에 다음 각 호 중

142) 李扬, 反不正当竞争法基本原理, 知识产权出版社, 2022, 177면.

143) 李扬, 反不正当竞争法基本原理, 知识产权出版社, 2022, 178면.

且其使用的信息与该商业秘密实质上相同； (二) 有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露，使用或者 者有被披露，使用的风险； (三) 有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。	하나의 증거를 제공한 경우, 피침해 혐의자는 자신에게 영업비밀 침해행위가 존재하지 않음을 증명하여야 한다. (1) 피침해 혐의자가 영업비밀을 취득할 수 있는 경로나 기회를 가졌으며, 그가 사용한 정보가 해당 영업비밀 과 실질적으로 동일하다는 증거가 있는 경우. (2) 해당 영업비밀이 이미 피침해 혐의자에 의해 공개· 사용되었거나, 공개·사용될 위험이 있다는 증거가 있 는 경우. (3) 그 밖에 영업비밀이 피침해 혐의자에 의해 침해되었다 는 것을 보여주는 기타 증거가 있는 경우.
---	--

(3) 관련 판례

(가) 영업비밀 침해 사건 : 손해배상액 산정으로 연구개발비를 포함한 허가사용료¹⁴⁴⁾ 인정¹⁴⁵⁾

유모(俞某)는 X회사 에놀(烯醇)공정 작업장의 공정 책임자(車間主任)로 재직하던 중, 회사의 보안 규정을 위반하였다. X회사는 공정기술, 제품기술, 실험기술, 공급·판매자료 등을 ‘극비 자료’로 분류하고, 직원에게 재직 중은 물론 퇴직 후에도 비밀 유지 의무를 부과하였으며, 교육·내부망 공지·보안계약 체결 등 실질적 보안 조치를 시행하였다. 이후 F회사가 비타민 E 생산 프로젝트를 추진하면서 유모(俞某)와 접촉하였고, 유모(俞某)는 기술 판매 의사를 표시하였다. 유모(俞某)는 X회사에서 무단 복제한 기술자료를 F회사에서 적극적으로 활용하여, 공정 흐름도, 설비 조건도, 작업 지침서 등을 설계·작성하고, 이를 프로젝트팀에 보고하였다. X회사의 손실은 관련 연구개발비 약 17억 1,608.6만 위안, 허가사용료 손실 가치 약 16억 7,303.5만 위안, 보안조치 보완 및 추가 기술 투입 비용 약 89.88만 위안으로 산정되었다.

법원은 영업비밀 침해자가 침해하는 법익은 단순한 경제적 이익에 국한되지 않으며, 영업비밀로 인해 형성된 경쟁우위 및 국가 차원에서 보호할 가치가 있는 산업 경쟁력까지 포함된다고 보았다. 따라서 침해행위로 인해 발생한 손실의 범위에는 권리자의 경쟁우위 자체와 그로부터 발생 가능한 경제적 이익까지 모두 포함된다. 이러한 경쟁우위에 대한 침해는 경제적으로 다음 세 가지 측면에서 나타난다: 개발 비용의 손실, 현실적인 경쟁우위 약화, 미래 수익 기대의 손실이다.

본 사건에서 F회사의 비타민 E 제품은 아직 대규모 판매 전 단계였고, 실제 이익도 발생하지 않았으나, 피고인의 범죄행위는 이미 권리자의 시장 경쟁력과 미래 이익 기대치를 실질적으로 약화시킨 것으로 보아 손실 발생이 인정된다. 이에 법원은 일반적으로 영업비밀 침해 사건에서 4가지 손실 산정 방법, 권리자의 실질적 손실, 침해자의 이익, 허가사용료 기준, 영업비밀의 상업적 가치 가운데, 본 사건에 적합한 방식을 검토하였다:

본 사건에서는 H회사의 제품이 아직 시장에 출시되지 않았기 때문에 실제 판매이익을 기준으로 한 손실 산정은 불가능하다. 이에 감정기관은 제3의 방식인 ‘허가사용료 기준’을 채택하여, 구체적으로 연구개발비 + 이익률 × 잔여 사용기간의 공식을 적용하여 허가사용료 기준 손실 가치를 산정하였다. 특히 연구개발비는

144) 합리적 사용료(Reasonable Royalty)를 의미함

145) 浙江省绍兴市中级人民法院(2015). 浙绍刑终字 第874, 875号

허가사용료 손실 가치 평가의 주요 근거로 사용되었다.

본 사건은 피고인의 범죄행위로 인한 손실이 객관적으로 존재하며, 영업비밀 침해로 발생한 실질적 손해를 구체적으로 산정하기 어려운 상황에서 기술 허가 시 발생할 수 있는 기대 수익을 기준으로 한 산정 방식은 현실을 충실히 반영한 것이라고 평가할 수 있다.

(나) 영업비밀 침해 사건 : 손해액 산정시 연구개발비 인정 가능 시점 판단(영업비밀이 공중에 알려지거나 소멸되기 전까지만 인정)¹⁴⁶⁾

천모(陈某)등은 권리자의 제품 소스코드를 무단으로 사용하여 자사 제품을 개발한 뒤, 이를 시장에 출시하고 홍보하였다. 제품이 공개되기 전까지 권리자는 침해 사실을 알지 못한 채 해당 프로젝트에 연구개발 비용을 계속 투입하였다.

법원은 권리자가 영업비밀이 탈취 사실을 인지하지 못한 상태에서 프로젝트를 계속 완성하기 위해 연구개발 활동의 일환으로 적정한 비용을 투입한 비용은 비록 침해행위 발생 이후의 지출이라 하더라도 이 비용은 손실로 간주할 수 있다고 판단하였다. 다만, 영업비밀이 외부에 공개된 이후 발생한 추가 연구개발비용은 더 이상 손실 금액으로 산정될 수 없다고 판시하였다.¹⁴⁷⁾

(다) 영업비밀 침해 사건 : 손해배상액 산정 기준으로 감정평가, 업계자료 및 영업비밀의 경제적 가치, 침해자 수익 등 고려¹⁴⁸⁾

본 사건에서 원고 세닉스(圣奥化学科技有限公司, Sennics)는 피고 천모(陈某)와 산시상위화공유한공사(山西翔宇化工有限公司, 이하 ‘산시 상위’)가 2007년부터 “RT Pace”의 합성과 고무 방노제(노화방지제) 4020의 생산과 관련된 영업비밀을 부정 취득하여, 이를 이용해 자체 생산라인을 개조·구축하였다고 주장하였다. 해당 영업비밀에는 작업 절차, 재료, 제어 매개변수, 설계 배치 및 장비 등 기술 정보가 포함되어 있었다. 2018년 산시 상위가 영업비밀 침해죄로 형사 유죄판결을 받은 이후에도 침해행위는 중단되지 않았으며, 피고 천모(陈某)는 이후 원청진팅(运城晋腾)을 설립하여 계속해서 해당 영업비밀을 이용한 제품을 생산하였다. 이에 원고 세닉스는 침해행위의 중지 명령, 영업비밀을 사용하여 제작된 침해 생산 설비(이하 “침해 설비”)의 폐기 명령, 그리고 2억 154만 위안의 손해배상 등을 법원에 청구하였다.

최고인민법원은 저장성고급인민법원(江苏省高级人民法院)의 사실인정을 유지하면서, 영업비밀 침해가 있었다는 점과 손해배상액 산정이 적절하다는 점에 동의하여, 손해배상액 2억 154만 위안 배상을 명한 원심

146) 广东省深圳市中级人民法院(2017) 粤03刑终653号刑事裁定。

147) 손실 금액 산정은 ‘영업비밀의 존재’를 전제로 하며, 영업비밀의 ‘비밀성’은 그 가치의 지속성을 결정짓는다. 즉, 일단 비밀이 공개되면 해당 영업비밀은 더 이상 존재하지 않게 되며, 더 나아가 공개된 정보는 더 이상 ‘비밀’로서의 상업적 가치를 갖지 않는다. 따라서 이후에 추가로 투입된 연구개발비는 침해행위로 인해 발생한 손실로 볼 수 없다. 이는, 영업비밀이 공개되거나 소멸되는 시점에서 이미 침해로 인한 손해 결과가 모두 실현된 것이며, 그 이후 발생한 비용 손실은 침해행위와 인과관계가 없다는 뜻이다. 설령 권리자가 영업비밀이 이미 공개된 사실을 알지 못한 채 비용을 계속 투입했다고 하더라도, 이는 형법상 객관적 귀책 사유에 포함되지 않으므로, 이를 이유로 피고인의 형사책임 범위를 확대할 수는 없다. https://mp.weixin.qq.com/s/lxGqP5allgYpwRm4PR_ikg

148) (2022) 最高法知民终816号. <https://www.ciplawyer.cn/articles/152832.html>

판결을 인정하였다. 다만, 침해 설비 폐기 명령에 대해서는 재심이 필요하다고 보았다.

최고인민법원은 “본 사건에서 원고 세닉스는 해당 기술정보의 사용 허가 가치에 따라 손해배상액을 산정해야 한다고 주장하며, 렌칭(连城) 평가·감정 보고서 등을 제출하였다. 이에 대하여, 다음과 같은 요소를 종합적으로 고려할 때, 제1심 법원은 원고 세닉스의 손해배상 청구가 사실 및 법률에 근거가 있다고 판단하여 이를 지지하였다. 렌칭 평가·감정 보고서의 평가 의견에 따르면, 수익법을 적용하여 장쑤 세닉스(江苏圣奥)의 기술정보가 2012년 4월 21일 당시 보유한 시장 가치를 평가한 결과, 고무 방노제 4020의 전체 공정기술에 대한 사용 허가 가치는 2억 154만 위안으로 산정되었다. 이 사건의 기술비밀은 비교적 높은 상업적 가치를 가지고 있다. 원고 세닉스는 2012년부터 2020년까지의 재무 데이터를 통계하여, 관련 제품의 전체 평균 총 이익률이 약 30%에 달함을 확인하였다. 산둥 세닉스(山东圣奥)는 2001년부터 RT Pace 공정 및 4020 공정을 활용한 대규모 생산을 통해 시장 경쟁 우위를 확보하였고, 다수의 상을 수상하였다. 2008년 원고 세닉스 회사가 설립된 후, 산둥 세닉스는 관련 생산공정을 원고 세닉스에 이전하였다. 현재 원고 세닉스는 세계 최대의 고무 방노제 생산 기업 중 하나가 되었고, 이는 그들이 보유한 생산 공정, 작업 규정, 핵심 설비 구조 설계 및 생산 비용·에너지 소비 제어, 원재료 재활용, 무배출·무오염 등에서 형성된 기술 및 경쟁 우위와 밀접한 관련이 있다. 피고 천모(陈某)의 원청진팅회사는 설립 이후 침해행위를 업(業)으로 하였으며, 그 침해 규모는 크다. 피고 천모(陈某)의 원청진팅회사 웹사이트에 따르면, 그 주요 제품은 고무 방노제 4020과 중간체 RT Pace 등이며, 제품은 전 세계적으로 판매되고 있다. 제3자 상업 플랫폼, 침해자의 웹사이트, 홍보자료, 또는 법에 따라 공개된 관련 데이터 및 업계 평균 이익률 등은 침해로 인한 이익 상황을 판단하는 기초 자료가 될 수 있다. 그러므로 피고 천모(陈某)의 원청진팅회사 웹사이트의 홍보 내용은 손해배상액 산정 시 일정한 참고 가치를 가진다. 중국고무망(中国橡胶网)이 공개한 『중국 고무산업 100대 기업 명단』에 따르면, 피고 산시 상위는 2018년에 8.9억 위안에 달하는 고무 보조제 매출로 2018년 중국 고무산업 100대 기업에 선정된 바 있다. 앞서 설명한 바와 같이, 피고 천모(陈某)의 원청진팅회사는 설립 이후 피고 상위 회사와 높은 혼동 상태를 유지하고 있으므로, 피고 산시 상위의 고무 보조제 매출은 피고 천모(陈某)의 원청진팅회사의 관련 매출을 판단하는 참고 자료로 삼을 수 있다. 피고 천모(陈某)의 원청진팅회사는 그 수익 상황과 관련된 재무 장부 등 증거를 제출하지 않았다.”는 저장성고급인민법원의 손해배상액 판단을 그대로 인용하였다.

(라) 영업비밀 침해 사건 : 법정손해배상 적용¹⁴⁹⁾

피고 두모(杜某)는 2018년 9월 6일 원고 회사에 입사한 이후 2019년부터 세무 자문 업무를 담당하였고, 고객관리 및 고객 유치 등을 맡아왔다. 2020년 1월에는 세무팀 책임자로 승진하여 관련 업무를 수행하였다. 그러나 2020년 5월 피고는 퇴직 이후 다른 피고 뤼모(罗某)와 동업으로 원고의 영업범위와 동일한 새로운 원장부회사(云账簿公司)를 설립하여 운영해 왔다. 두 피고 두모와 뤼모는 원고의 영업비밀(고객정보)을 탈취하여 자신들이 설립한 회사의 이익을 위해 활용하였고, 원고에게 중대한 경제적 손실을 초래하였다. 이에 원고는 법원에 소를 제기하였다.

149) (2020) 粤0604民初21455号.

법원은 “중국최고인민법원 「영업비밀 침해 민사사건 심리에 관한 법률 적용에 대한 일부 규정」 제20조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다. “인민법원이 「반부정당경쟁법」 제17조 제4항에 따라 손해배상액을 산정할 경우, 영업비밀의 성질, 상업적 가치, 연구개발 비용, 혁신 정도, 경쟁 우위에 미치는 효과뿐만 아니라, 침해자의 주관적 과실, 침해행위의 성질, 경위, 결과 등 요소를 종합적으로 고려할 수 있다”. 본 사건에서 원고의 실제 손해액이나 피고가 침해행위로 얻은 이익은 명확히 입증되지 않았다. 이에 따라 법원은 원고의 영업비밀(고객정보)의 성질 및 상업적 가치, 피고인들의 침해행위의 성격, 주관적 과실 정도, 침해 기간 및 그 결과 등 요소를 종합적으로 고려하였다. 특히, 원고의 영업비밀인 고객정보는 총 18건이며, 피고인들은 원고가 침해 사실을 통지한 이후 일부 고객과의 거래를 취소·환불하고, 을 진행한 후, 해당 거래를 원고가 이어받아 처리한 점, 피고인들의 성공적인 거래에 따른 계약 금액 등 사정을 종합적으로 판단하여, 피고인들이 원고에게 경제적 손해 45,000위안(元)을 배상할 것을 명하였다.

본 사건은 실질적 손실 판단이 어려운 경우 법원이 법정손해배상액 범위 내에서 재량에 따라 손해액을 확정하는 사건이다.

(마) 영업비밀 침해 사건 : 징벌적 손해배상 적용¹⁵⁰⁾

원고 지리자동차의 계열사인 청두가오위안자동차유한공사(成都高原汽车工业有限公司)에서 약 40명의 고위 관리자 및 기술 인력이 경쟁사인 피고측 WM 모터¹⁵¹⁾로 30여명이 이직하였다. 2018년, 지리자동차는 피고 WM 모터가 이직한 직원들을 발명자로 하여 신에너지 자동차 새시 기술과 관련된 12건의 실용신안 특허를 출원하고, 이를 기반으로 EX 시리즈 전기차를 출시한 것을 발견하였다. 이에 지리자동차는 WM 모터 측이 자사의 기술비밀을 침해하였다고 주장하며, 21억 위안의 손해배상을 청구하였다.

중국 최고인민법원은 원고가 주장한 유출된 새시 기술 도면과 3D 모델 정보가 영업비밀의 요건(비공개성, 경제적 가치, 합리적 보호조치)을 충족한다고 보았다. 또한, 퇴직 직원들의 접근기록, 비밀유지계약, 시스템 통제 기록 등 간접 증거를 폭넓게 인정하였다. 법원은 피고의 기술인력 집단 스카우트 행위는 조직적이고 계획적인 기술 인재, 자원 유출로 의도된 영업비밀 탈취 목적의 부정경쟁행위로 임을 분명히 하였다. 법원은 WM 모터 측의 침해행위가 악의적이고 정황이 중대하다고 판단하였다. 법원은 「반부정당경쟁법」 제17조 제5항에 따라 2배의 징벌적 손해배상을 적용하였다. 이에 따라 최고인민법원은 총 6억 4천만 위안의 배상 판결을 내렸다. 손해배상 산정과정에서 WM모터의 주력 판매 모델인 EX5와 E5의 소비자 판매가격 평균인 17.52만 위안(약 2,750만 원)을 기준으로, 법원은 동시기 중국 내 신에너지차 대표 기업인 리샹(理想汽车)과 샤오펑(小鹏汽车)의 전기차 평균 총이익률(10.6~17.9%)을 참고하여, WM 측이 기술비밀 침해를 통해 얻은 이익을 산정하였다. WM 측은 타인의 기술비밀을 고의로 침해하여 관련 연구개발 비용을 절감하였고, 침해가 발생한 시기에는 중국 신에너지 자동차 산업이 뚜렷한 성장세와 수익성 향상 국면에 있었으므로, 이와 같은 업계 대표 기업의 총이익률을 기초로 삼되, 다소 높은 수치를 적용하여 이익률을 계산하였다. 그리고

150) (2023) 最高法知民终1590号.

151) 피고: 威马汽车科技集团有限公司, 威马汽车制造温州有限公司, 威马智慧出行科技(上海)股份有限公司, 威马新能源汽车销售(上海)有限公司

2018년부터 2022년 1분기까지 WM의 EX 시리즈 누적 판매량은 8.17만 대로, 판매가격은 대당 17.52만 위안, 이익률은 20%, 해당 기술비밀의 기여율은 8%로 계산하여 총 6억 4천만 위안의 손해배상액을 확정하였다.

본 사건은 영업비밀 침해 사건에서 징벌적 손해배상을 적용한 대표적인 사례 중 하나이다.

(바) 영업비밀 침해 사건에 : 방조침해 및 민·형사 책임은 독립적임을 인정한 사건¹⁵²⁾

원고 삼모(三某) 회사는 벤젠디올(苯二酚)의 완전한 생산 공정 기술을 보유하고 있으며, 이에는 벤젠디올 분리기술을 포함한 네 가지 주요 기술 요소가 포함되어 있다. 피고 양모(杨某), 조모(曹某), 반모(潘某)는 모두 원고 회사의 직원으로 근무하다 퇴직 후 홍모회사(泓某公司)에 입사하였다. 또한, 피고 풍모(冯某)는 원고 회사의 벤젠디올 생산공정 개발 프로젝트에 장기간 참여하며, 특히 분리기술 개발을 주도하였다. 피고 풍모는 홍모회사의 실질적 운영자인 장모(张某)와 <기술제공에 관한 양해각서>를 체결하고, 자신이 보유한 벤젠디올 분리기술을 제공하였다. 홍모 회사는 이미 벤젠디올 생산 설비를 완공하였으나, 가동하지 않았으며, 그 생산 공정은 원고 회사의 공정과 실질적으로 동일하였다. 이에 원고 회사는 공안에 고소하였지만, 검찰은 “영업비밀 보유자에게 중대한 손실이 발생하지 않았다”는 이유로 피고 장모 등에게 불기소 처분을 내렸다. 이후 원고 회사는 민사소송을 제기하여 침해 중지 및 손해배상을 청구하였다.

법원은 첫째, “원고 회사가 주장하는 생산공정은 영업비밀에 해당하고, 일부 구성요소에 비록 공지된 기술이 포함되어 있더라도, 전체 공정이 산업화된 기술로 합리적 조합과 최적화된 배치를 통해 운영된다는 점에서 기술적 독창성과 경제적 가치를 가지므로 영업비밀 요건을 충족한다.”라고 판단하고, 둘째, “퇴직 후 비밀 유지 의무위반 및 제3자에게 영업비밀을 제공한 행위는 명백한 불법행위이고, 피고 양모, 조모, 반모는 비밀 유지계약을 위반하고, 자신들이 보유한 영업비밀을 홍모회사에 제공하였으며, 홍모회사는 영업비밀이라는 사실을 알면서도 이를 사용하였고, 장모는 해당 침해에 적극 가담하였으므로 홍모회사, 장모, 기타 피고는 공동불법행위자로 인정된다.”라고 설시하였다, 셋째, “풍모가 제공한 분리기술은 전체 생산 공정에 필수불가결한 핵심 부분이고, 설령 해당 기술이 공지기술에 속하더라도 침해 목적으로 기술을 제공한 행위는 방조침해에 인정된다”고 방조침해로서 책임을 부담하여야 한다고 판시하였다. 아울러 법원은 “형사절차와 민사절차에서의 판단 기준은 구별되어야 하는데, 형사사건에서 불기소 결정의 사유인 위법소득 “불법이익 50만 위안 미만”은 민사상 손해배상액 산정 기준에 영향을 주지 않는다. 형사와 민사의 입증기준·손해액 판단 기준이 다르며, 민사에서는 법원이 영업비밀의 상업적 가치, 침해행위의 성격과 경과를 종합적으로 고려해야 한다.”라고 판시하며, 법원은 법정손해배상액 최고한도인 100만 위안을 손해액으로 인정하고, 합리적 지출 비용 20만 위안도 추가로 인정하여 총 120만 위안을 배상할 것을 명하였다.

본 사건은 기술 일부만 제공했더라도 ‘방조침해’로 인정하였다는 점에서 큰 의미를 가진다. 피고 풍모는 전체 기술 중 일부만 제공했지만, 해당 기술이 공지 기술에 해당하더라도, 영업비밀 전체 구조 내 ‘불가결한 요소’일 경우 책임이 인정됨을 분명히 하였다. 향후 유사 사건에서 기술적 기여 범위와 침해 의도에 대한 판단 기준을 제공하였다는 것이다. 또한, 형사-민사 절차도 구분하였다. 설령 형사에서 불기소 처분되었더라도, 민사에서는 별도의 증명책임·손해 산정 기준을 적용해야 한다는 점을 명확히 하였다는 점에서 의미가 있는 판결이다.

152) https://finance.jschina.com.cn/ywjj/202503/t20250321_s67e01e36e4b0ed434077e4cd.shtml

다. 형사 절차에서의 손해액 산정

(1) 양형기준

중국 「형법」은 영업비밀 침해행위에 대해 범죄의 구성요건이 충족되면 형사처벌을 할 수 있도록 규정하고 있으며, 사안의 중대성에 따라 처벌 수위를 달리하는 것이 특징이다. 특히, 사안이 중대한 경우에는 기본적인 형사처벌이 가능하며, 그 중에서도 사안이 ‘특히 중대한 사안 경우’에는 가중처벌이 가능하도록 규정하고 있다.

원문	번역문
第十七条 侵犯商业秘密，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十九条规定的“情节严重”： (一) 给商业秘密的权利人造成损失数额在三十万元以上的； (二) 因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的； (三) 二年内因实施刑法第二百一十九条，第二百一十九条之一规定的行为受过刑事处罚或者行政处罚后再次实施，造成损失数额或者违法所得数额在十万元以上的； (四) 其他情节严重的情形。 侵犯商业秘密，直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产，倒闭的，或者数额达到本条前款相应规定标准十倍以上的，应当认定为刑法第二百一十九条规定的“情节特别严重”。	제17조 영업비밀 침해행위가 다음 각 호 중 하나에 해당하는 경우, 형법 제219조에서 규정한 "중대한 사안(情节严重)"으로 보아야 한다: ① 영업비밀 권리자에게 30만 위안 이상의 손실을 입힌 경우; ② 영업비밀 침해로 인해 발생한 불법이득이 30만 위안 이상인 경우; ③ 최근 2년 이내에 형법 제219조 또는 제219조의1에 따른 행위로 형사처벌 또는 행정처벌을 받은 후, 다시 해당 행위를 하여 손실액 또는 불법이득이 10만 위안 이상인 경우; ④ 기타 중대한 사안이라고 볼 수 있는 상황. 영업비밀 침해로 인해, 권리자가 심각한 경영상 어려움으로 파산 또는 도산에 이른 경우, 또는 손실액이나 불법이득액이 전항 각 기준의 10배 이상에 달하는 경우에는, 형법 제219조에서 규정한 "특히 중대한 사안(情节特别严重)"으로 보아야 한다.

「형사사건 사법해석」 제17조는 「형법」 제219조에서 규정한 ‘중대한 사안(情节严重)’ 및 ‘특히 중대한 사안(情节特别严重)’의 구체적 판단기준을 제시하고 있다.

(가) “중대한 사안(情节严重)”의 해석 기준

「형사사건 사법해석」 제17조는 “영업비밀 침해행위가 다음 중 하나에 해당하는 경우 「형법」 제219조에서 규정한 “중대한 사안(情节严重)”으로 인정된다.”라고 규정하고 있다. 해당 사법해석에서 의미하는 “중대한 사안(情节严重)”은 다음 4가지 경우이다.

- ① 영업비밀 권리자에게 30만 위안(약 5,600만 원) 이상의 손해를 초래한 경우
- ② 영업비밀 침해로 30만 위안 이상의 불법 소득을 얻은 경우
- ③ 2년 이내에 형법 제219조 또는 제219조의1 위반으로 형사 처벌 또는 행정 처분을 받은 후 재범하여, 10만 위안(약 1,800만 원) 이상의 손해나 불법 소득이 발생한 경우
- ④ 기타 중대한 사안에 해당하는 경우

(나) “특히 중대한 사안(情节特别严重)”의 해석 기준

「형사사건 사법해석」 제17조는 「형법」 제219조의 “특히 중대한 사안(情节特别严重)”에 해당하는 기준을 규정하고 있다. “특히 중대한 사안(情节特别严重)”에 해당하는 경우는 ① 영업비밀 침해로 인해 권리자가 심각한 경영난으로 파산 또는 도산에 이르게 한 경우, ② 손해 또는 불법 소득이 일반 기준의 10배 이상인 경우이다.

(2) 손해액 계산

(가) “손해액” 산정 기준

「형사사건 사법해석」 제18조는 영업비밀 침해 사건에서 손해액 산정의 구체적 기준을 명시하고 있다. 동조 제1항은 영업비밀의 합리적 사용 허가료, 권리자의 이익 손실, 영업비밀의 상업적 가치, 권리자가 지출한 구제 비용 등 네 가지 기준 가운데 하나 이상을 적용하여 손해액을 산정할 수 있도록 규정한다.

원문	번역문
第十八条 本解释规定的侵犯商业秘密“损失数额”，按照下列方式予以认定： (一) 以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露，使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定； (二) 以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露，使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成利润的损失确定，但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定； (三) 违反保密义务或者权利人有关保守商业秘密的要求，披露，使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成利润的损失确定； (四) 明知商业秘密是不正当手段获取或者是违反保密义务，权利人有关保守商业秘密的要求披露，使用，允许使用，仍获取，披露，使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成利润的损失确定； (五) 因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定。商业秘密的商业价值，可以根据该项商业秘密的研究开发成本，实施该项商业秘密的收益等因素综合确定。 前款第二项至第四项规定的权利人因被侵权造成利润的损失，可以根据权利人因被侵权造成产品销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润确定；产品销售量减少的总数无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定。商业秘密系用于服务等其他经营活动的，损失数额可以根据权利人因被侵权而减少的合理利润	제18조 본 해석에서 규정한 영업비밀 침해로 인한 “손실액”은 다음 각 호의 방식에 따라 산정한다： ① 권리자의 영업비밀을 부정한 수단으로 취득하였으나, 아직 이를 공개, 사용하거나 제3자에게 사용을 허락하지 않은 경우, 손실액은 해당 영업비밀의 합리적인 사용 허가료(라이선스료)를 기준으로 산정할 수 있다. ② 부정한 수단으로 영업비밀을 취득한 후, 이를 공개, 사용 또는 타인에게 사용하도록 허락한 경우, 손실액은 권리자가 침해로 인해 입은 이익 손실을 기준으로 산정한다. 단, 이익 손실액이 해당 영업비밀의 합리적인 사용 허가료보다 낮은 경우, 합리적인 사용 허가료를 기준으로 산정한다. ③ 비밀유지 의무 또는 권리자의 영업비밀 보호 요청을 위반하여, 보유한 영업비밀을 공개, 사용 또는 타인에게 사용하도록 허락한 경우, 손실액은 권리자가 입은 이익 손실을 기준으로 산정한다. ④ 해당 영업비밀이 부정한 수단으로 취득되었거나, 비밀유지 의무 또는 권리자의 보안 요청을 위반하여 공개·사용된 것임을 알고 있으면서도, 이를 취득·공개·사용 또는 타인에게 사용하도록 허락한 경우, 손실액은 역시 권리자가 입은 이익 손실을 기준으로 산정한다. ⑤ 영업비밀 침해로 인해 해당 비밀이 공중에게 알려졌거나 소멸된 경우, 손실액은 해당 영업비밀의 상업적 가치를 기준으로 산정할 수 있다. 상업적 가치는 해당 비밀의 연구개발 비용, 비밀을 실제로 사용하여 얻을 수 있는 수익 등 요소를 종합적으로 고려하여 산정한다. 전항 제2호부터 제4호까지의 경우, 권리자가 입은 이익 손실

确定。 商业秘密的权利人为减轻对商业运营，商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全，其他系统安全而支出的补救费用，应当计入给商业秘密的权利人造成的损失。	은 다음의 방식으로 산정할 수 있다: 침해로 인해 줄어든 제품 판매량 × 제품당 권리자의 합리적인 이익; 판매량을 정확히 산정할 수 없는 경우에는, 침해 제품의 판매량 × 제품당 권리자의 합리적인 이익. 또한, 해당 영업비밀이 서비스 등 기타 영업활동에 사용된 경우, 손실액은 침해로 인해 감소된 권리자의 합리적인 수익을 기준으로 산정할 수 있다. 영업비밀 권리자가 영업 운영, 사업 계획 손실을 줄이거나 컴퓨터 정보 시스템 또는 기타 시스템의 보안을 회복하기 위해 지출한 보완 비용은, 영업비밀 침해로 인한 손실에 포함되어야 한다.
--	--

「형사사건 사법해석」 제18조 제1항 제1호부터 제5호는 영업비밀 침해 사건에서 손해액 산정의 세부 기준을 제시하고 있다. 각 호의 내용을 살펴보면, 제1호는 불법 취득형으로, 도둑질, 뇌물, 사기, 협박, 전자 침입 등 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하였으나, 아직 공개·사용되지 않은 경우의 손해액은 합리적인 사용 허가료를 기준으로 산정하도록 한다. 제2호는 제1호의 불법 취득한 영업비밀을 사용한 경우로, 위와 같은 부정한 수단으로 취득한 영업비밀을 공개하거나 사용, 또는 타인에게 사용하게 한 경우 손해액은 원칙적으로 침해로 인한 이익 손실을 기준으로 산정하되, 이익 손실이 합리적 사용 허가료보다 낮을 경우에는 합리적 사용 허가료로 산정하도록 규정하였다. 제3호는 비밀유지의무 위반으로 취득한 영업비밀을 타인에게 사용하게 한 경우로, 손해액은 침해로 인한 이익 손실을 기준으로 산정한다. 제4호는 악의적 제3자 사용으로, 해당 정보가 불법 또는 위약한 방식으로 취득된 것임을 알면서도, 이를 공개하거나 사용하거나 타인에게 사용하게 한 경우로, 손해액은 침해로 인한 이익 손실을 기준으로 한다. 마지막으로 영업비밀의 비밀성 상실된 경우에는 손해액에 연구개발 비용, 비밀을 실제로 사용하여 얻을 수 있는 수익 등 요소를 종합적으로 고려하여 산정하도록 규정하고 있다.

「형사사건 사법해석」 제18조 제1항을 제1호부터 제5호를 세 가지 유형으로 정리하면 다음과 같다. 첫째, 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하였으나 아직 공개하거나 사용하지 않은 미사용, 미공개의 경우에는 합리적 사용 허가료를 기준으로 손해액을 산정하고, 둘째, 취득한 영업비밀을 공개하거나 사용한 경우, 즉 불법적, 위약적 또는 해당 정보의 불법성을 인지한 상태에서 이를 공개하거나 사용한 경우에는 침해로 인한 이익 손실을 기준으로 산정한다. 마지막으로, 침해행위로 인하여 영업비밀의 비밀성이 상실된 경우에는 연구개발 비용, 기대 수익 등 상업적 가치 요소를 종합적으로 고려하여 판단하도록 한다.¹⁵³⁾

한편, 「형사사건 사법해석」 제18조 제2항은 손해액 산정 기준이 수사기관에 대하여 ‘의무적’ 규정이 아니라 ‘재량적’ 규정이라는 점을 명시하고 있다. 이는 영업비밀 침해 범죄가 갖는 복잡성과 다양성을 반영하여, 수사기관이 해석의 취지를 참고하면서도 구체적 사안에 적합한 방식으로 손해액을 산정할 수 있도록 한 것으로 해석된다.¹⁵⁴⁾

153) <https://mp.weixin.qq.com/s/PBz9AJZ1lhtsNEE2aMonYQ>

154) https://mp.weixin.qq.com/s/IxGqP5allgYpwRm4PR_ikg

(나) 영업비밀 침해에 따른 부당이득 계산 방법

「형사사건 사법해석」 제19조는 영업비밀 침해행위에 따른 부당이득(위법소득액)의 산정방법을 규정하고 있다. 이에 따르면, 부당이득은 영업비밀을 공개하거나 제3자에게 사용을 허락함으로써 얻은 금전 또는 기타 재산상 이익의 가치, 또는 영업비밀을 사용하여 획득한 이익을 의미한다. 이러한 이익은 일반적으로 ‘침해 제품의 판매량 × 침해 제품 한 개당 합리적인 이익’이라는 산식을 통해 부당이득을 산정할 수 있다. 이는 침해 규모를 구체적으로 산정할 수 있는 정량적 기준을 제시한다는 점에서 의미가 있다.

원문	번역문
第十九条 本解释规定的侵犯商业秘密“违法所得数额”，是指因披露、允许他人使用商业秘密而获得的财物或者其他财产性利益的价值，或者因使用商业秘密所获得的利润。该利润可以根据侵权产品销售量乘以每件侵权产品的合理利润确定。	제19조 본 해석에서 규정한 영업비밀 침해에 따른 “위법소득액(부당이득)”이란, 영업비밀을 공개하거나 제3자에게 사용을 허락함으로써 얻은 금전 또는 기타 재산상 이익의 가치, 또는 영업비밀을 사용하여 획득한 이익을 말한다. 이러한 이익은 침해 제품의 판매량 × 침해 제품 한 개당 합리적인 이익으로 산정할 수 있다.

(다) 영업비밀 해외 유출의 형법 제219조의1 ‘사안이 중대한 경우’ 적용 여부

「형사사건 사법해석」 제20조는 영업비밀의 해외 유출이 형법 제219조의1에서 규정하는 ‘중대한 사안’에 해당하는지 여부를 판단하는 기준을 제시하고 있다. 이에 따르면, 해외 기관·조직·개인을 위해 영업비밀을 절취, 탐지, 매수 또는 불법적으로 제공한 경우, 그 행위가 「형사사건 사법해석」 제17조에서 열거한 사유에 해당하면, 이는 형법 제219조의1 ‘사안이 중대한 경우’에 해당한다.

원문	번역문
第二十条 为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密，具有本解释第十七条规定情形的，应当认定为刑法第二百一十九条之一规定的“情节严重”。	제20조 해외 기관·조직·개인을 위해 영업비밀을 절취, 탐지, 매수하거나 불법적으로 제공한 경우, 본 해석 제17조에서 규정한 상황에 해당하면, 형법 제219조의1에서 규정한 ‘사안이 중대한 경우(情节严重)’로 인정하여야 한다.

(3) 관련 사례

(가) 영업비밀 침해 형사 처벌 사건: 손해배상액 산정시 원가법, 양형 판단 기준 제시¹⁵⁵⁾

피고인 리샤오창은 인터넷상에 원고 회사의 영업비밀을 공개하였다. 이로 인해 원고 회사가 연구·개발한 기술정보의 비밀성이 상실되었고, 해당 기술정보는 더 이상 영업비밀로서의 가치를 유지할 수 없게 되었다.

155) 东莞市第二人民法院(2019) 粤1972刑初3865号

이에 법원은 사실관계에 기초하여 원고 회사가 명백한 손실을 입었다고 판단하였다. 법원은 “「최고인민법원 부정경쟁 민사사건에 관한 법률적용 해석」 제17조 제2항은 다음과 같이 규정한다: “침해행위로 인해 영업비밀이 공중에 공개되었을 경우, 그 손해배상액은 해당 영업비밀의 상업적 가치에 따라 산정한다. 상업적 가치는 그 기술의 연구개발 비용, 실현으로 인한 수익, 획득 가능한 이익, 경쟁 우위 유지 가능 기간 등을 고려하여 정한다”. 본 사건에서 관련 기술정보의 가치를 원가법(成本法)으로 평가하였고, 그 평가액은 330만 위안으로 산정되었다. 따라서 손해배상액을 330만 위안으로 인정한 것은 법률과 사실에 근거한 합리적 판단으로 타당하므로, 이에 반하는 피고인 측 변호인의 주장은 받아들이지 않는다. 양형 판단과 관련하여, 「최고인민법원·최고인민검찰원 지식재산권 침해 형사사건 법률적용에 관한 해석」 제7조 제2항에 따르면 “영업비밀 권리자에게 250만 위안 이상의 손실을 초래한 경우, 형법 제219조의 ‘특별히 중대한 결과를 초래한 경우’에 해당하며, 3년 이상 7년 이하의 징역과 벌금형에 처한다.”라고 규정하고 있다. 피고인 리샤오창은 영업비밀 침해를 통해 피해자에게 330만 위안의 손해를 입혔으며, 이는 위 해석에서 정한 ‘특별히 중대한 결과(特别严重)’에 해당한다. 따라서 법정 형량인 3년 이상 ~7년 이하의 징역형에 해당한다. 그러나, 피고인의 범행 동기는 과시(炫耀) 목적으로 금전적 이익을 취하려 한 것은 아니며, 범행을 자발적으로 인정하며 반성의 태도를 보였다. 또한, 원고 회사 또한 피고인을 용서(谅解)한 점을 고려하여, 법원은 형을 감경하고 집행유예”를 선고하였다.

(나) 국외 영업비밀 유출 사건¹⁵⁶⁾

피고 정모(郑某)는 2017년 8월부터 2020년까지 반도체 전문기업 C사에서 박막장치 엔지니어로 근무하다가 퇴직하였다. 퇴직 이후 피고는 모 정보회사에 “산업 자문 전문가”로 등록하고, 2021년 10월부터 이전 직장에서 습득한 기술 정보를 활용하여 경쟁업체에 유상으로 자문을 제공하였다. 2022년 2월, 피고는 외국 기업이 주주로 있는 국내 컨설팅회사와 전화 인터뷰를 진행하고, 이 과정에서 이전 직장의 내부 정보를 제3자에게 제공하여 2,062.40위안의 수익을 취득하였다.

상하이 푸둥법원은 피고가 중국 내 컨설팅 회사를 통해 정보를 제공하였고, 해당 영업비밀의 최종 수신자가 해외 법인임을 근거로, 본 사건을 “영업비밀 해외 유출”에 해당한다고 판단하였다. 또한, 법원은 검찰이 제시한 자료에 따라 피고의 전문성, 제공된 정보의 민감성, 피해 기업의 산업적 지위, 피고가 제공한 정보의 성질 등을 종합적으로 고려하여, 피고가 영업비밀의 해외 유출 가능성을 “알았거나 최소한 알고도 방조한 상태”인 “주관적 고의가 있었다”라고 판단하였다. 또한, 법원은 해당 영업비밀이 “국내외 산업 경쟁력에 중요한 영향을 미치는 핵심 정보”라는 점을 지적하며, 엄중한 처벌의 필요성을 강조하였다. 법원은 형법 제219조의 1을 적용하여 징역 2년 6개월 및 벌금 1만 위안을 선고하고, 불법 수익을 몰수하였다.

본 사건은 상하이 법원이 판단한 최초의 해외 영업비밀 유출 형사 유죄사건으로, 형법 제219조의 1을 실무에 적용하였을뿐만 아니라 “경외(境外)”의 해석 기준을 명확히 하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

156) https://m.thepaper.cn/kuaibao_detail.jsp?contid=27173871

4. 일본

가. 관련 법률

(1) 부정경쟁방지법

일본에서 산업기술 유출 방지를 위한 대표적인 법률은 「부정경쟁방지법(不正競争防止法)」이다. 동 법은 영업 비밀의 정의와 보호 요건을 규정하고, 영업비밀 침해행위를 ‘부정경쟁행위’의 하나로 열거하며, 이에 대한 민사상·형사상의 구제수단을 마련하고 있다. 부정경쟁방지법은 본래 민사적 구제를 중심으로 하는 법률이었으나, 2003년 개정을 통해 영업비밀 침해행위에 대한 형사처벌 조항이 최초로 도입되었다. 그 결과 단순 민사상 불법행위로 그치지 않고, 위법성이 중대한 행위 유형에 대해서는 형사범죄로까지 처벌할 수 있는 근거가 마련되었다.

일본 「부정경쟁방지법」상 영업비밀은 제2조 제6항에 “비밀로써 관리되고 있는 생산 방법, 판매 방법 기타 업무에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로서, 공공연하게 알려져 있지 않은 것”으로 정의된다. 다시 말해 비밀 관리성, 유용성, 비공지성의 세 가지 요건을 모두 충족해야 하며, 우리나라의 영업비밀 정의와 거의 동일하다.

또한, 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제4호부터 제10호는 영업비밀 침해 유형을 영업비밀의 부정취득, 부정개시 등으로 구분하여 규정하고 있다.

특히 일본은 2015년 부정경쟁방지법 개정을 통해 국외 유출행위에 대한 가중처벌 규정을 도입하여 일본 기업의 영업비밀을 해외로 유출하거나 해외에서 사용하는 경우, 형벌을 더욱 무겁게 부과하도록 규정하고 있다.

나. 민사절차에서의 손해액 산정

(1) 산정기준

(가) 제4조 : 손해배상 규정

일본 「영업비밀보호법」 제4조는 “고의 또는 과실로 부정경쟁을 하여 타인의 영업상 이익을 침해한 자는 이로 인해 생긴 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 제15조의 규정에 의해 동 조에 규정하는 권리가 소멸한 후에 그 영업비밀을 사용하는 행위로 인해 생긴 손해에 대하여는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 즉, 고의 또는 과실에 따라 부정경쟁행위를 행하여 타인의 영업상 이익을 침해한 자는 그로 인해 발생한 손해를 배상할 의무를 부담한다. 여기서 ‘고의’란 자기의 행위가 타인의 영업상 이익을 침해하는 결과를 만들어 낼 것이라는 점을 인식하면서 해당 행위를 행하는 심리상태, 과실이란 부주의해서 그러한 결과가 발생할 것을 인식하지 않은 채로 해당 행위를 행하는 심리상태를 뜻한다.¹⁵⁷⁾ 실제로 많은 부정경쟁행위의 경우, 부정경쟁에 의한 영업 이익의 침해 혹은 그 위험이 인정되면 과실의 존재를 인정하는 경우가 많다.¹⁵⁸⁾

또한, 제4조는 일본 「민법」 제709조의 불법행위에 따른 손해배상청구권을 배제하지 않으므로, 제4조에 의한 손해배상청구권이 단서에 의해 시효소멸된 경우에도 당해 부정경쟁행위가 불법행위를 구성한다면 민법상 불법행위에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있다. 다만, 부정경쟁방지법 자체에는 과실추정 규정은 없다.

157) 백운철·황홍익, 영업비밀보호에 관한 연구 - 일본을 중심으로 -, 법과정책연구, 第18輯 第4號, 2018, 95면.

158) 백운철·황홍익, 영업비밀보호에 관한 연구 - 일본을 중심으로 -, 법과정책연구, 第18輯 第4號, 2018, 95면.

(나) 제5조 : 손해액 추정 규정

기술유출행위로 인한 손해액의 입증책임은 그 청구를 실시하는 피해자 측에 있는 것이 원칙이다. 그러나 ‘부정경쟁’으로 인한 영업이익 침해에 따른 손해는 경제활동 과정에서 발생하기 때문에 입증이 어렵다. 이에 일본 부정경쟁방지법 제5조는 영업비밀과 관련한 일부 행위 중 손해액을 추정할 수 있는 규정을 두고 있다.

제5조 제1항은 “침해자가 양도한 물건의 수량에 피침해자가 그 침해의 행위가 없으면 판매할 수 있었던 물건의 단위 수량당의 이익의 액을 곱한 액수를 피침해자의 손해액으로 할 수 있다.”는 일실이익 산정방식을 도입하였다. 또한, 제5조 제2항은 “침해자가 침해행위로 받은 이익 금액을 손해 금액”으로 추정할 수 있다는 침해자 이익 기준의 추정 규정도 두고 있다. 그리고 제5조 제3항은 “부정경쟁에 의해 영업상의 이익을 침해된 자가 침해자에게 사용허가료에 상당하는 금액을 손해액으로 청구할 수 있다.”고 하여 사용허가료 상당액 청구 방식도 규정하고 있다.

(다) 제5조의2 : 입증책임 전환

2023년 부정경쟁방지법 개정에서 제5조의2 영업비밀 침해행위에 관한 추정 규정을 도입하여 영업비밀 기술에 대한 입증책임 전환이라는 법률 효과를 나타낼 수 있도록 하였다. 제5조의2는 “기술상의 비밀(생산방법 기타 정령에서 정하는 정보에 관한 것에 한한다. 이하 동 조에서는 같다)에 대해 제2조 제1항 제4호, 제5호 또는 제8호에서 규정하는 행위(영업비밀을 취득한 행위에 한한다)가 있었던 경우에, 그 행위를 한 자가 해당 기술상의 비밀을 사용한 행위에 의해 발생한 물건의 생산 기타 기술상의 비밀을 사용한 것이 명확한 행위로서 정령에서 정하는 행위(이하 동 조에서 ‘생산 등’이라 한다)를 한 경우에는 그 자는 각각 해당 각 호에서 규정하는 행위(영업비밀을 사용한 행위에 한한다)로서 생산 등을 한 것으로 추정한다.”라고 하여 부정취득된 영업비밀을 기반으로 한 생산 등이 명백히 확인되면, 피고가 해당 영업비밀을 사용하지 않았음을 스스로 입증하도록 규정하였다. 이로써 영업비밀 침해 피해자는 직접적인 사용 사실을 입증하지 않고도 손해배상 청구를 제기할 수 있게 되었다.

(라) 제9조 : 상당한 손해액 인정

일본 부정경쟁방지법 제9조는 “부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해와 관련된 소송에서 손해가 발생한 것이 인정되는 경우에, 손해액을 입증하는데 필요한 사실을 입증하기가 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 때에는, 법원은 구두 변론의 전 취지 및 증거조사의 결과에 의거하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 법원은 관리자가 손해액의 세부적 규모를 모두 입증하지 못하더라도, 사건의 전체적 정황과 증거조사 결과를 바탕으로 직권으로 손해액을 산정할 수 있다. 따라서 관리자는 완전한 입증이 어려운 경우에도 상당한 수준의 배상을 받을 수 있게 되었다.

다. 형사절차에서의 손해액 산정

(1) 산정기준

(가) 제21조 : 형사처벌

일본 「부정경쟁방지법」 제21조는 영업비밀 침해행위에 대한 형사처벌 조항을 두고 있으며, 자연인과 법인

의 형사처벌 기준을 구분하고 있다.

「부정경쟁방지법」 제21조에 따르면 “제2조 제4호부터 제10호까지 영업비밀을 부정취득, 사용, 누설한 자연인은 최고 10년 이하의 징역형 또는 2천만 엔 이하의 벌금형, 또는 징역형과 벌금형을 병과”할 수 있다. 이는 상품형태 모방 등 일반적인 부정경쟁행위에 대해 5년 이하의 징역 또는 5백만 엔 이하의 벌금을 규정하고 있는 것과 비교하면, 영업비밀 침해 행위에 대해 두 배 이상 강화된 형량을 부과하고 있다. 만약 영업비밀이 국외로 유출되는 경우 제2조 제4호부터 제10호까지의 행위를 한 자는 10년 이하의 징역이나 3천만 엔 이하의 벌금에 처하거나 병과하도록 하고 있다.

정리하면 일본 부정경쟁방지법 제21조는 영업비밀의 부정취득, 부정사용, 공개, 영득, 영득 후 부정사용, 공개, 재직자 부정사용·공개 등 기본적인 범죄 유형에 대해 10년 이하의 징역 또는 2천만 엔 이하의 벌금, 또는 징역형과 벌금형을 병과할 수 있도록 규정하고 있다. 반면, 일본 국외에서 사용할 목적으로 부정취득죄 또는 영득죄를 범한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 3천만엔 이하 벌금, 또는 징역형과 벌금형을 병과하도록 규정한다.

법인의 경우, 부정경쟁방지법 제22조에 따라 행위자가 국내에서 상기 행위를 한 경우에는 5억엔 이하, 국외에서 상기 행위를 한 경우에는 10억엔 이하의 벌금형에 처한다. 또한, 일본 국내외를 불문하고, 자연인 및 법인 여부에 관계없이 상기 행위로 인한 범죄수익은 몰수될 수 있다.

특히, 2015년 및 2023년 부정경쟁방지법 개정을 통해, 해외에서 이루어진 침해행위도 처벌할 수 있도록 하고, 국외법에 대해서는 가중처벌이 가능하도록 규정을 강화한 점이 특징이다. 국외법 처벌 범위 확대에는 해외에 영업비밀이 보관 또는 관리되고 있는 경우라도 그것이 일본 국내에 있어서 사업을 행하는 보유자의 것이라면 그 영업비밀을 침해하면 처벌대상이 되도록 하였다.¹⁵⁹⁾

(나) 제22조 : 양벌규정

일본 「부정경쟁방지법」 제22조는 법인의 대표자 또는 법인 또는 법인의 대리인, 사용인 그 외 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무와 관련하여 제21조 각호의 규정에 위반되는 행위를 한 경우, 행위자를 처벌하는 것과 동시에 그 법인 또는 개인도 벌금형을 부과할 수 있도록 하는 양벌 규정을 두고 있다.

라. 관련 판례

(1) 퇴직 직원의 영업비밀 침해¹⁶⁰⁾

플라스틱 병 제조용 금형 설계기술을 보유한 원고 회사가, 퇴직한 전 직원(피고)이 경쟁업체에 위 기술을 제공하여 유사 제품을 제조하였다고 주장하며 손해배상과 부정경쟁행위 금지를 청구한 사건이다. 피고는 재직 중 해당 기술에 대한 기밀정보를 접했고, 퇴사 직후 경쟁회사에 입사하여 원고 기술과 실질적으로 동일한 설계 정보를 사용해 금형을 제작하였다.

법원은 원고의 금형 설계 데이터가 비공지성, 유용성, 비밀관리성을 충족하여 영업비밀로 보호될 수 있다

159) 홍성삼, 일본의 영업비밀침해 처벌 강화연구, 2017, 제12권 제2호, 경찰학논총, 171면.

160) 平成15(ワ)7588.

고 인정하였다. 또한, 피고가 퇴직 직후 경쟁사에 입사하여 원고 기술과 실질적으로 동일한 설계 정보를 사용한 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제4호에 해당하는 영업비밀의 부정사용에 해당한다고 보았다. 이에 따라 법원은 부정경쟁방지법 제4조에 따른 손해배상 책임을 인정하고, 제5조 손해액 추정 규정을 근거로 산정하였다. 법원은 피고의 영업비밀 침해에 대해 민사상 책임을 물어 약 3,000만 엔의 손해배상을 명령하였으며, 영업비밀 사용 금지도 함께 명하였다.

본 판결은 영업비밀 침해에 관한 손해배상 책임과 추정 규정의 구체적인 적용을 보여주는 대표적인 사례로 평가된다.

(2) 경쟁사 이직 과정에서의 영업비밀 침해¹⁶¹⁾

피고인 A는 자신이 근무하던 전자부품 제조업체 B사에서 근무하던 중 영업비밀에 해당하는 고객사 정보, 거래 가격, 견적 내역 등을 외부 저장매체(USB)에 무단 복사한 후, 퇴직 직전에 자신이 이직한 경쟁업체 C사에 제공하였다. 피고인은 B사에서 기술영업직으로 근무하며 고객의 정보와 제품 견적 등의 핵심 정보를 관리해 왔고, 퇴직 직전에 다량의 데이터를 외부로 반출하였다. 검찰은 이 행위가 부정경쟁방지법 제21조 제1항(영업비밀 부정취득 등)에 해당한다고 보아 기소하였다.

법원은 피고인이 저장한 데이터가 경쟁사에서 즉시 활용 가능한 구조를 갖추고 있으며, 명백히 비밀관리성이 인정되는 파일에 해당한다고 판단하였다. 또한, 피고인의 행위가 고의적으로 이루어졌고, 이직한 C사 역시 해당 정보를 기반으로 영업활동을 개시하였다는 점에서 영업비밀 침해의 사회적 위험성 또한 중대하다고 보았다. 이에 법원은 피고에게 10억 2,300만엔의 손해배상, 징역 1년 6월, 집행유예 3년을 선고하였다.

이 판결은 퇴직 직전 직원에 의한 영업비밀 유출과 경쟁업체 이직 시의 법적 위험성을 명확히 경고한 사례에 해당한다.

(3) 일본 산업기술종합연구소(AIST) 영업비밀 침해¹⁶²⁾

일본 최대 공공 연구기관인 산업기술종합연구소(産総研, AIST) 소속 중국인 연구원이 자국 기업에 연구 데이터를 무단으로 유출한 사건이 발생하였다. 해당 연구원은 2018년 4월, 자신이 참여중이던 '불소 화합물'의 합성 기술에 관한 연구 데이터를 허가 없이 중국 기업에 이메일을 전송하였다. 그로부터 일주일 후, 해당 중국 기업이 넘겨 받은 연구 데이터를 바탕으로 특허를 출원하였다. AIST는 2023년 내부 조사를 거쳐 해당 연구원인 피고인을 해고하고, 같은 해 6월, 부정경쟁방지법 위반(영업비밀 공개) 혐의로 형사 고발하였다. 2025년 2월 도쿄 지방법원은 “연구원이 전송한 연구 데이터는 AIST의 설비와 장비를 이용해 공동으로 생성한 AIST의 연구성과이며, 미공지성, 비밀관리 상태를 충족하므로 '부정경쟁방지법상 영업비밀'에 해당한다고 판단하였다. 법원은 피고인에게 징역 2년 6개월, 집행유예 4년, 벌금 200만엔을 선고하였다.

이 사건은 일본 공공기관의 기술이 해외로 유출된 사안에 대해 형사처벌이 내려진 드문 사례로 주목받았다.

161) 平成29(ワ)29604.

162) <https://www.corporate-legal.jp/news/6033>

5. 한·중·일 부정경쟁방지법상 영업비밀 처벌 조항 비교

중국은 부정경쟁방지법 개정을 통해 영업비밀의 정의와 처벌 규정을 국제 기준에 부합하도록 수정하고, 침해행위의 범위를 새로운 유형(전자침입 등 추가)으로까지 확대하였다. 또한, 징벌적 손해배상제도와 입증책임 전환 규정을 도입함으로써, 민사적 구제 수단을 한층 강화하였다. 또한 2020년 형법 개정을 통해 외국을 위한 영업비밀 절취·제공죄(형법 제219조의1)를 신설하고, 법정 최고형을 10년까지 상향하는 등 대외 기술유출에 대한 형사적 대응을 강화하였다. 일본은 부정경쟁방지법을 통해 법인에 대한 벌금형 상한을 상향 조정함으로써 실효성 있는 제재를 가능하게 하였다. 또한, 민사소송에서는 비밀유지명령 제도를 통해 재판과정에서 영업비밀이 외부로 유출되는 것을 철저히 방지하며, 명령 위반 시 형사처벌을 병과하는 것이 특징적이다.

우리나라와 중국, 일본의 영업비밀 관련 규정을 비교할 경우, 영업비밀의 정의와 보호 대상의 유형은 큰 틀에서 세 나라 모두 유사하나 법제 구조에서는 차이가 존재한다. 우리나라는 국가적으로 중요한 산업기술의 해외 유출을 막기 위해 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」을 별도로 제정·운영하고 있는 반면, 중국과 일본은 부정경쟁방지법 내에 국외 유출관련 규정을 포함시켜 통합적으로 관리하고 있는 차이가 있다. 특히, 중국은 부정경쟁방지법에서 영업비밀 침해의 경우 경영자의 영업비밀 침해뿐만 아니라 기타 자연인, 법인의 영업비밀 침해까지 구분하여 침해자의 주체 및 행위의 성질에 따라 책임을 구분하고 있는 점은 우리보다 세분화된 규정을 두고 있으며, 행정적 보호수단까지 함께 마련하여 행정당국이 영업비밀 침해에 대해 직접 조사와 제재를 할 수 있는 구조를 갖추고 있다는 점이 특징적이다.

민사적 구제수단과 관련해서 세 나라는 모두 실제 손해액, 침해로 인한 부당이득, 라이선스료 등을 기준으로 피해액을 산정하여 배상하도록 하고 있다. 우리나라와 중국은 징벌적 손해배상을 도입하여 손해액의 최대 5배까지 배상명령이 가능하지만, 일본은 징벌적 손해배상 제도를 채택하지 않고, 실손해액 중심의 배상 체계를 유지하고 있다.

형사적 구제수단 측면에서, 영업비밀 침해는 기업 자산에 중대한 해를 끼치는 행위이므로, 세 나라 모두 형사처벌 대상으로 규율하고 있다. 다만, 처벌 요건과 양형 기준에는 차이가 존재한다. 특히 국외 유출의 경우 우리나라는 형법 제118조 및 산업기술보호법 제36조에 따라 최고 징역 15년형까지 가능하며, 국가핵심기술에 해당할 경우 특별법상 가중처벌이 가능하다. 중국은 형법 제219조 및 제219조의1에 따라 원칙적으로는 5년 이하 징역형이지만, 피해 규모가 크거나 외국 유출 관련 범죄일 경우 5년 이상 10년 이하 징역형을 선고할 수 있다. 특히, 중국은 부정한 수단으로 영업비밀을 취득한 경우 실제 사용 여부와 무관하게 형사처벌의 대상이 될 수 있도록 규정하여 우리보다 더 엄격한 형사처벌 규조를 두고 있다. 일본은 부정경쟁방지법 제21조에 따라 국외 유출 장소가 해외일 경우 벌금을 가중하고, 징역은 최대 10년까지 가능하다. 종합하면, 중국은 해외 기술유출을 단순한 경제범죄가 아니라 국가안보 문제로 인식하여 형법 개정을 통해 외국을 위한 기술 유출에 대한 가중처벌 규정을 별도로 신설하였다. 반면 우리나라와 일본은 법률적 틀은 다르지만, 국외 유출에 대한 가중처벌을 통해 공통적으로 엄정한 대응 체계를 갖추고 있다는 점에서 유사하다.

〈표 21〉 한·중·일 영업비밀 처벌 조항 비교

구분		우리나라	중국	일본
영업비밀 정의		• 공지되지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지며 상당한 노력으로 비밀로 유지된 기술 또는 경영상 정보	• 공중에 알려져 있지 아니하고 상업적 가치가 있으며, 권리자가 상당한 비밀유지 조치를 취한 기술 정보·경영 정보 등의 상업정보	• 사업 활동에 유용한 제조 또는 판매 방법 기타기술상 또는 영업상의 정보로서, 공적으로 알려져 있지 않고, 비밀로 관리되고 있는 것
영업비밀 침해요건		• 부정한 수단으로 영업비밀 취득(절취·기망·협박 등) • 부정 취득 영업비밀 사용·공개 • 계약 위반에 따른 영업비밀 사용·공개 • 부정취득임을 알거나 중대한 과실로 모르고 취득·사용·공개하는 행위 • 영업비밀 유지의무자가 허가 없이 영업비밀을 사용·누설하는 행위 • 제3자가 이러한 사정을 알고도 영업비밀을 취득·사용·누설한 경우 침해로 간주	• 절도, 뇌물, 사기, 협박, 전자 침입 등 부정수단으로 영업비밀을 취득하는 행위 • 취득된 비밀을 누설·사용하거나 타인이 사용하도록 하는 행위 • 비밀유지 의무를 위반하여 자신이 취득·관리하는 비밀을 누설·사용하거나 타인 사용에 제공하는 행위 • 타인이 비밀유지 의무를 위반하도록 교사·유인하거나 지원하여 비밀을 취득·누설·사용하게 하는 행위 등 • 사업자가 아닌 자의 위 행위도 영업비밀 침해로 간주	• 절도·사기·협박 등의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하거나 그 취득한 비밀을 사용 또는 공개하는 행위 • 부정취득된 것임을 알면서 취득·사용·공개하는 행위 • 영업비밀 보유자가 제공한 비밀을 부정한 이익 획득 또는 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 무단 사용·공개하는 행위 • 부당하게 공개된 비밀인 줄 알면서 취득·사용하거나, 비밀유지 의무 위반을 유도·방조하여 취득·사용하는 행위
민사책임	손해배상	• 침해로 손해를 입힌 자는 손해를 배상할 책임이 있음 • 법에 손해액 산정의 특칙(추정) 규정이 있음 • 침해자가 얻은 이익액을 피해자의 손해액으로 추정 • 피해자가 통상 받을 수 있는 사용료 상당액도 손해액 산정에 고려할 수 있음 • 실제 손해가 추정액을 초과하면 초과분도 청구 가능	• 침해로 인해 발생한 실제 손실 또는 침해자가 침해로 인해 얻은 이익에 따라 산정 • 권리자가 입은 실제 손해 또는 침해자가 얻은 이익을 산정하기 어려운 경우, 법원이 법정손해액 인정(최대 RMB 5백만 위안) • 고의적 침해이자, 중대한 경우 손해의 1~5배까지 징벌적 배상 규정 인정	• 고의 또는 과실로 부정경쟁행위로 타인의 영업상 이익을 침해한 자는 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있음 • 손해액 산정에 관한 간주규정이 있어, 침해자가 얻은 이익 상당액을 피해자의 손해로 간주
	입증책임	• 권리자가 침해대상 영업비밀이 특정될 수 있는 정보이며, 그 영업비밀에 대하여 합리적인 보호조치를 취하였다는 사실, 피고가 그 영업비밀에 접근하거나 접근할 가능성이 있다는 사실을 증명한 경우 피고에게 입증 책임이 전환됨	• 권리자가 해당 정보에 비밀조치를 했고 침해가 발생한 개연성을 1차 소명하면, 피고가 그 정보가 영업비밀 요건을 충족하지 못함을 입증해야 함	
형사책임		• 영업비밀의 부정취득, 사용, 공개, 제3자 제공 등 침해행위 • 국내 기업의 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국 기업에 제공할 목적으로 침해한 경우 가중처벌되며, 미수범(예비·음모 포함)도 처벌	• 영업비밀 침해행위 중 ‘중대한 손실’이 발생한 경우 형사처벌 • 영업비밀의 해외 유출은 별도의 가중 규정이 있음 • 실제 손해가 없더라도 고의 침해의 경우 형사처벌 가능	• 부정한 수단에 의한 영업비밀 취득(및 그 사용·누설)이나 비밀유지의무 위반에 의한 누설·사용 행위 • 미수범(예비·음모 포함)도 처벌

	비 정 형	• 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 행위를 한 자는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금 • 영업비밀 침해행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 5억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금 • 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 제9조의8을 위반하여 타인의 영업비밀을 훼손·멸실·변경한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금	• (국내) 영업비밀 침해행위를 하고, 중대한 사안인 경우, 3년 이하의 유기징역에 처하고, 벌금형 병과 또는 단독 벌금형. 특히 중대한 사안인 경우, 3년 이상 10년 이하의 유기징역 및 벌금형 • (해외) 해외 기관, 조직, 개인을 위해 영업비밀을 절취, 탐지, 매수 또는 불법적으로 제공한 자는 5년 이하의 유기징역에 처하고, 벌금형을 병과하거나 단독으로 부과. 중대한 사안인 경우, 5년 이상의 유기징역과 벌금형 • (국가기밀) 5년 이상 10년 이하의 유기징역. 특히 사안이 중대한 경우 10년 이상 유기징역 또는 무기징역, 구류, 감시처분 또는 정치권리 박탈	• (개인) 최고 10년 이하의 징역 및 1천만 엔 이하의 벌금이 부과 / 해외에서 사용하거나 해외에 제공할 목적인 경우 벌금 상한이 3천만 엔 • (법인) 범죄에 관여한 경우에는 별도로 최대 10억 엔(해외 관련 범죄의 경우) 또는 5억 엔(국내 범의 경우)
--	-------------	--	--	--

제5절 법제도 개선 및 기술유출수사 지원체계 방안

1. 피해규모 산정기준 개선 방안 검토

가. 피해액(이득액) 산정의 필요성 및 문제점

(1) 피해액(이득액) 산정의 실익

피해액 또는 이득액의 산정은 단순히 범죄의 구성요건 충족 여부를 넘어, 실제 법 적용과 양형 과정에서 중요한 실익을 가진다. 첫째, 영업비밀보호법 제18조 제1항 및 제2항에 따르면 영업비밀 침해 범죄로 벌금형을 선고할 때 재산상 이득액이 산정기준으로 작용한다. 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억 원 또는 5억 원을 초과하는 경우, 법원은 그 이득액의 2배 이상 10배 이하에 해당하는 벌금을 부과할 수 있다. 둘째, 산업기술보호법 제36조 제5항은 범죄행위로 얻은 재산 가액을 추징 대상으로 규정하고 있어, 이득액 산정이 추징 금액의 기준이 된다. 셋째, 특정경제범죄가중처벌법 제3조 제1항에 따라 이득액이 5억 원 또는 50억 원 이상일 경우 가중처벌의 근거가 되므로, 이득액 산정은 형량 결정에 직접적인 영향을 미친다.

아울러 이러한 엄밀한 입증을 요하는 구성요건적 의미의 이득액 산정 외에도, 양형기준에서 특별양형인자

및 일반양형인자로 고려될 수 있어 실질적 영향력이 크다. 한편, 영업비밀보호법 제14조의2 제2항은 침해자의 이익액을 피해자의 손해액으로 추정할 수 있도록 규정하고 있어, 손해배상 청구 과정에서도 피해액 입증에 용이하게 한다.

(2) 문제점

영업비밀 침해 사건에서 피해액(또는 이득액) 산정과 관련하여 여러 가지 문제점이 존재한다. 대법원은 “영업비밀을 취득함으로써 얻는 이익은 그 영업비밀이 가지는 재산가치 상당이고, 그 재산가치는 경쟁사 등 다른 업체가 해당 영업비밀을 이용하여 제품을 생산할 경우 기술개발 비용이 절감되는 부분과, 더 나아가 제품 판매이익에서 영업비밀이 제공되지 않았을 경우와의 차액 상당으로서, 이러한 가치를 고려하여 시장경제 원리에 따라 형성되는 시장교환가격”이라고 판시한 바 있다.

그러나 실제 사건에서는 기술유출이 제품생산 단계에까지 이르기 전에 적발되는 경우가 많아, 판례가 요구하는 ‘시장경제 원리에 의한 시장교환가격’을 입증하는 것이 매우 어렵다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 법원은 수사과정에서 피해회사가 제출한 자료를 토대로 산정된 감정평가금액에 대해, 그것이 일방적 자료에 불과하다는 이유로 증거능력을 인정하지 않는 경우가 많다. 둘째, 수사 단계에서 수집 가능한 자료에는 본질적 한계가 있으며, 특히 수사의 밀행성으로 인해 피의자 측의 주장이나 자료까지 확보하여 기록에 반영하기는 사실상 어렵다. 셋째, 피해액 산정을 위한 감정에는 상당한 시간이 소요되는 경향이 있어, 특히 구속 사건에서는 재판 과정 중 감정을 실시하기가 현실적으로 어려운 문제가 있다.

현행 제도의 한계를 극복하기 위한 **개선 방안**으로는 다음과 같이 고려할 수 있다.

첫째, 피해회사가 실제로 투입한 **개발비용을 범죄 구성요건에** 직접 반영하거나, 이를 **침해자의 이득액으로 간주 또는 추정**할 수 있도록 **입법적·규정적 장치**를 마련할 필요가 있다. 이러한 제도적 보완은 피해액 산정의 객관성을 높이고, 실질적인 손해 회복을 가능하게 할 것이다.

둘째, 수사와 재판 과정에서 피해액 또는 이득액을 보다 신속하고 정확하게 산정할 수 있도록 전문기관을 설립하거나 지정하는 방안을 검토할 필요가 있다. 아울러 표준화된 감정기준과 가이드라인을 마련하여 실무상 예측 가능성을 높이고, 감정 지연으로 인한 절차적 어려움을 최소화하는 것이 중요하다. 이를 통해 사건 처리의 신속성과 실효성을 동시에 제고할 수 있을 것이다.

나. 피해에 대해 적절한 보상이 가능한 피해규모 산정기준 개선 방안 검토

(1) 피해액(이득액) 산정의 제도화 방안 검토

피해액(이득액) 산정의 불명확성과 그로 인한 입증상의 어려움을 해소하기 위해, 외국 입법례를 참조한 제도 개선이 필요하다. 미국 DTSA(Defend Trade Secrets Act)에서는 영업비밀 절취와 관련하여 단체에 대해 500만 달러 또는 절취된 영업비밀의 가액의 3배 중 큰 금액을 벌금으로 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 이때 ‘절취된 영업비밀의 가액’에는 해당 영업비밀을 재생산하기 위해 소요되는 연구·설계 비용 및 기타 경

비 등이 포함된다. 여기서 “재생산(reproducing)”은 물건을 새로 찍어낸다는 의미가 아니라, 영업비밀이라는 ‘정보 그 자체’를 독자적으로 다시 만들어 내기 위해 필연적으로 들어가는 비용을 뜻한다. 즉 ‘재생산 비용’은 피고가 훔치지 않았다면 그 비밀을 처음부터 독자 개발로 다시 만들어 내는 데 들었을 비용(회피된 비용(avoided costs))을 말하며, 이는 손해액·벌금 산정에서 널리 쓰이는 회피비용 접근(avoided-costs approach)의 범주이다. 이는 절취로 인해 피고는 독자 개발에 들어갈 막대한 시간·비용을 ‘건너뛰는’ 이익을 얻게 되므로, 법은 이러한 ‘우회 이익’을 벌금 산정에 반영해 억지력을 높이려 했고, ‘재생산 비용’과 같은 회피된 개발비를 “절취된 영업비밀의 가치”에 포함시켰다. 재생산 비용에 포함되는 비용의 예로서 연구개발 인력·시간, 실험·검증·프로토타이핑, 공정·레시피·파라미터 확립, 소프트웨어·코드·알고리즘 재구현, 공정·설비의 시운전 및 품질·신뢰성 시험, 필요한 경우 인증·규제 시험 등 ‘정보를 다시 만들어 정확히 동등한 기능·성능을 확보하기 위해 불가피한 기술·설계 관련 지출이 있다. 그러나 일반적 영업·마케팅·판매비처럼 정보 그 자체의 재현과 직접 관련성이 희박한 후속 상업화 비용은 통상 ‘재생산 비용’의 핵심에 포함되지 않는다.¹⁶³⁾

또한 미국 연방양형위원회의 연방양형가이드라인(USSG) § 2B1.1(C)는 손실 추정치 산정 시 고려해야 하는 정보를 제시하고 있다. 우선 ‘불법적으로 취득하거나, 복사하거나 파괴한 재산의 공정시장 가치’를 고려할 것을 요구하고 공정시장 가치를 결정하는 것이 비실용적이거나 손해를 적절하게 측정하지 못한 경우에는 ‘피해자가 그 재산을 대체하는 데 드는 비용’을 고려할 것을 요구한다. 그리고 **영업비밀과 같은 독점 정보의 경우에는 ‘그 정보를 개발하는 비용 또는 그 정보의 가치가 범죄로 인해 감소한 금액’을 고려해야 한다.** 또한 United States v. Xu 사건은 범죄가 완성되지 않았기 때문에 실제로 발생하지 않았지만, 발생할 수 있었던 의도된 피해는 피고인이 의도적으로 입히려는 손실을 의미한다고 판시하며, 이 경우 개발비용을 고려하는 것이 타당하다’고 설명하였고, United States v. Yang 사건 판결은 절도(침해) 대상인 제품의 연구개발비용을 피해액으로 계산하였다. Syntel Sterling Best Shores Mauritius Limited v. The TriZetto Group, Inc. 사건 판결은 영업비밀보호법(Defend Trade Secrets Act, DTSA) 위반의 사안에서 손해배상에 포함되는 부당이득의 구체적 개념에 관해 명시하였다고 평가되는데, ‘부당이득의 또 다른 형태는 회피 비용이고, 회피 비용은 가해자가 해당 영업비밀을 사용하지 않고 동일한 결과를 달성하기 위해 발생했을 금액을 말한다’고 설명하였다.

결국, 미국도 손실의 규모를 산정하기 어려워 양형상 고민이 있었던 것으로 보이고, 피해자가 투입한 연구개발비용 또는 피해자가 이를 대체하는 데 필요한 비용 또는 경쟁자가 동일한 결과를 달성하기 위해 발생했을 비용을 산정하고 이를 양형기준으로 삼고 있는 점은 참고할 만하다. 우리나라도 이를 참고하여 양형기준 가중요소에 ‘피해자가 기술을 개발하기 위해 상당한 비용과 인력을 투입한 경우’, ‘취득한 영업비밀에 관한 데이터가 광범위한 경우’를 추가할 필요가 있다.

163) Baldo Vinti & Pinny Goldberg, *Key Developments in Trade Secrets Law* (Feb. 28, 2024).

〈표 22〉 미국 연방양형위원회의 연방양형가이드라인(USSG) § 2B1.1(C)

구분		가중요소
특별 양형 인자	행위	• 계획적·조직적 범행 • 피해자에 심각한 피해를 초래한 경우 • 산업기술보호법상의 산업기술 또는 국가·사회적으로 파급효과가 큰 영업비밀에 관한 범행 • <u>피해자가 기술을 개발하기 위해 상당한 비용, 인력을 투입한 경우</u> • 취득한 영업비밀에 관한 데이터가 광범위한 경우
	행위자/기타	• 동종 누범 • 비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자
일반 양형 인자	행위	• 유출된 영업비밀이 실제로 사용된 경우 • 피해규모가 큰 경우 • 취득·사용한 영업비밀을 누설한 경우 • 범행으로 인한 경제적 이익을 얻은 경우
	행위자/기타	• 동종 전과(집행 종료 후 10년 미만) • 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)

미국 양형위원회 양형지침(Sentencing Guideline)

(C) 손실의 추정. — 법원은 합리적인 손실 추정방안을 할 필요가 있다. 선고 판사는 증거를 평가하고 그 증거에 기초하여 손실을 추정하는 데 있어 독특한 위치에 있다. 이러한 이유로, 법원의 손실 결정은 적절한 존중을 받아야 한다. 18 U.S.C. § 3742 (e) 및 (f) 참조.

손실의 추정은 가능한 정보에 기초하여 이루어져야 하며, 상황에 적절하고 실행 가능한 한 다음과 같은 요소들을 고려해야 한다:

- (i) 불법적으로 취득, 복사, 또는 파괴된 재산의 공정 시장 가치; 또는 공정 시장 가치를 결정하기 어려워 피해를 적절히 측정하지 못하는 경우, 해당 재산을 대체하는 데 드는 비용.
- (ii) 독점적 정보(예: 영업비밀)의 경우, 그 정보를 개발하는 데 드는 비용 또는 범죄로 인해 그 정보의 가치가 감소한 정도.
- (iii) 손상된 재산을 수리하는 데 드는 비용.
- (iv) 피해자 수와 각 피해자에게 발생한 평균 손실을 곱한 금액.
- (v) 범죄로 인해 감소한 주식 또는 기타 기업 자산의 가치.
- (vi) 범죄의 범위와 기간, 유사한 작용으로 발생한 수익 등 보다 일반적인 요소들.

개발비용을 침해자의 이득액으로 간주 또는 추정할 수 있는 우리법의 개정 방안에 대해서는 제3장 제5절에서 구체적으로 제시한다.

(2) 피해액(이득액) 산정의 절차적 실효성 확보를 위한 지원 장치 마련

(가) 전문기관의 설립 및 지원

이전 판례 사안에서는 피해회사가 자체적으로 회계법인 등을 선임하여 감정을 진행하는 등으로 외부적으

로 볼 때 공정성을 담보하기 어려운 경우가 많았고 산정 방식 또한 객관적으로 보이기 어려웠다. 이를 개선하기 위해 피해액(이득액) 산정을 전문적으로 담당할 기관을 사전에 지정하고, 해당 기관이 표준적으로 요구하는 데이터를 피해회사가 제출하여 감정을 진행하도록 하는 체계를 마련할 필요가 있다. 기술평가에 대해 노하우가 있는 기존 기술평가기관 중 공공성을 갖춘 기관을 골라 영업비밀(핵심기술) 평가기관으로 지정할 수 있을 것으로 보인다. 이에 관한 상세한 제안은 아래에서 다루겠다.

(나) 표준 가이드라인의 마련

영업비밀의 가치를 평가하는 과정에서는 특정 기술 전체가 아닌 특정 문서가 평가 대상이 되는 경우가 많아, 사례별 기여도 산정 등에서 변수가 발생한다. 이러한 한계를 해소하기 위해 기술평가기관을 중심으로 영업비밀 문서 가치 평가를 위한 방법론을 연구하고, 실제 사례를 통해 적절한 데이터와 수치를 축적할 필요가 있다. 이를 바탕으로 표준화된 가이드라인을 마련한다면, 수사와 재판에서 피해액 산정이 보다 객관적이고 일관되게 이루어질 수 있고, 또한 피해기업의 증명 부담을 실질적으로 경감할 수 있을 것이다.

특히 미국의 양형지침(U.S. Sentencing Guidelines)은 범죄로 인한 손해액의 규모에 따라 세분화된 양형단계(offense level)를 설정하여, 재산범죄 내지 경제범죄의 중대성을 정밀하게 반영하고 있다. 법원은 손해액을 산정함에 있어 증거뿐 아니라 정황과 합리적 추정을 함께 고려하도록 하며, 영업비밀이나 기타 proprietary information의 경우에는 해당 정보를 개발하는 데 투입된 비용, 침해로 인해 발생한 시장가치의 감소 등을 함께 평가요소로 삼는다. 이처럼 손해액을 중심으로 양형의 기준을 구간별로 구체화한 점은, 우리나라의 영업비밀 침해사건에서도 시사하는 바가 크다.

우리나라는 이미 양형기준을 통해 주요 경제범죄에 대한 기준을 비교적 상세히 규정하고 있으나, 미국과 같이 손해액 구간별로 세분화된 양형체계까지는 아직 마련되어 있지 않다. 미국식 체계를 그대로 도입하는 것은 제도적·운용적 측면에서 어려움이 따르지만, 피해규모를 정량적으로 반영하는 구간별 양형의 방향성은 우리 실정에도 적합하다. 따라서 향후 법원은 영업비밀 침해 사건에서 피해액 산정 및 양형 판단의 객관성을 높이기 위하여, 기술평가기관이 제시하는 표준화된 가치평가 모형과 연동된 피해액 산정 가이드라인을 마련할 필요가 있다. 이는 사전적 예측가능성을 제고함과 동시에, 사건마다 상이한 기준과 입증 부담으로 인한 불확실성을 완화하는 실질적 개선방안이 될 것이다.

(3) 기타 개선점 제안(중국법 기준)

가) 법정손해배상 도입

우리나라 영업비밀보호법 제14조의2는 손해배상액의 추정을 허용하고 있으나, 실무에서는 손해 입증의 어려움으로 인해 실제 배상 수준은 낮은 편이다. 이에 비해 중국은 미국, 일본, 우리나라와 달리 「반부정당 경쟁법」 제22조 제4항을 통해 권리자의 실제 손해나 침해자의 이익을 산정하기 어려운 경우, 최대 500만 위안까지 법원이 정하는 법정손해배상을 인정함으로써 권리자 구제의 실효성을 크게 높이고 있다. 또한 징벌적 손해배상제도를 도입하여 침해행위의 정황, 기술의 시장 가치, 침해 규모 등을 종합 고려하는 법원의 재량

판단을 가능하게 하고 있다. 영업비밀 피해 규모가 상당하고, 실제 손해 산정이 어려운 현실을 감안할 때, 중국의 법정손해배상 산정 방식 도입을 고려할 필요성이 제기된다.

구체적인 내용은 아래 관련 법 개정 방안 부분에서 자세히 다루겠다.

(가) 행정처벌 보완

중국은 「반부정당경쟁법」 제26조를 통해 영업비밀 침해에 대하여 시장감독총국 등 행정기관이 직접 위법 행위 중지 명령, 몰수, 벌금 부과 등 제재를 할 수 있도록 규정하고 있다. 특히, 이번 개정법에서는 중대한 사안의 경우 벌금 한도를 최대 500만 위안까지 상향하여 실질적 억지력을 강화하였다. 아울러 공안(형사), 시장감독총국(행정), 법원 간 유기적 협조 체계를 바탕으로 민·형·행이 통합적으로 작동하도록 하는 점은 특징적이다. 반면 우리나라는 경찰, 검찰 중심의 형사처벌 구조에 집중되어 있으며, 행정당국의 역할은 상대적으로 미비하다. 따라서 향후 산업기술보호법 및 영업비밀보호법 개정에서 행정기관에 기술 유출 관련 조사 및 제재 권한을 부여하고, 산업부·공정위 등 유관 부처 간 정보 공유 및 공동 대응체계를 마련을 검토해 볼 수 있다. 특히, 기술 유출 통합 대응 협의체를 법률적으로 설치하여, 수사·행정·산업정책이 유기적으로 연결 되도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

(나) 형사처벌 규정 강화

중국은 형사처벌 규정을 「반부정당경쟁법」 제38조에서 형법에 위임하고 있으며, 형법 제219조 및 219조의1을 통해 국외 유출 및 외국 기관을 위한 영업비밀 침해에 대해 최고 10년형까지 부과할 수 있도록 구성요건과 양형기준을 구체화하고 있다. 특히 2020년 이후 형법 개정을 통해, 종전의 "중대한 손실" 요건이 아닌 "중대한 사안(情节严重)"으로 구성요건을 전환하여, 실제 피해 발생 여부와 무관하게 행위 자체에 대한 처벌이 가능하도록 조치한 점이 특징적이다. 반면 우리나라는 「영업비밀보호법」 제18조에 형사처벌 조항을 두고 있으나, 국외 유출, 산업기술의 전략적 가치, 침해 고의성 등과 관련된 세부 양형기준이 미비하고, 산업기술 유출 법률과 별도로 운영됨에 따라 제재의 실효성이 떨어진다는 지적이 제기된다. 이에 따라 우리나라도 영업비밀보호법에 중국과 같이 조직적·반복적 침해행위에 대한 별도 양형기준을 도입하는 등 형사처벌 규정을 보완할 필요가 있다.

2. 기술유출수사 지원체계 방안

가. 미국의 선고 전 조사제도(PSR) 도입을 위한 지식재산(IP) 가치평가 체계 논의 필요

미국 연방 양형기준(USSG)에서 손실액 계산은 범죄행위로 인한 피해 규모를 결정하는 중요한 요소이다.¹⁶⁴⁾ USSG는 손실액을 계산하기 위한 몇 가지 지침을 제공하고, 이는 형량 결정에 직접적인 영향을 미친다. 손실액은 피해자의 실제 손실뿐만 아니라, 범죄행위로 인해 발생할 수 있는 잠재적 손실까지 포함하여

164) United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2023.

계산한다.

또한 미국 법원은 기술유출 사건에서 손실액 산정을 위해 PSR 제도를 활용하고 있다. 즉 법원은 PSR(선고전 조사제도, Pre-Sentence Report), 전문가 의견 등을 고려하여 유출된 기술의 가치와 손실액을 평가하고, 그 금액에 따른 세분화된 양형기준에 따라 형량을 결정하고 있다. 앞서 언급한 Yanjun Xu(쉬옌진) 사건(Case No. 1:18-cr-043 Signed November 5, 2022) 사건에서 법원은 피고의 PSR(선고전조사보고서)에 나타난 피고인의 범죄사실, 범죄 전력, 사건 관련 배경지식 및 미국 보호관찰소(U.S. Probation Office)가 제시한 범죄 수준의 계산(손실액의 산정) 등과 같은 범죄 구성 요소들을 전체적으로 고려하여 손실액을 산정한 바 있다.¹⁶⁵⁾

한편, 미국의 법원은 연방 법전 제18편 제90장 제1836조의 (b)항 (3)목에서 제시된 합리적인 실시료에 대한 관련 규정은 다수 관할구역에서 수정 없이 채택되고 있으며, 원고로 하여금 실질적 손해 또는 합리적인 실시료 중 어느 것을 청구받을지를 선택할 수 있게 하고 있다. 또한, 미국의 법원은 기술유출(특히, 영업비밀 등) 손해배상 산정시 합리적인 실시료와 관련하여 1974년 *University Computing v. Lykes-Youngstown Corp.* 판례¹⁶⁶⁾와 1970년 *Georgia-Pacific Corp. v. U.S. Plywood Corp.* 판례를 그 판단기준으로 자주 인용하고 있는데, PSR과 같은 관련 기술 분야 전문가의 의견 및 형사법적인 절차를 활용하여 구체적인 기술유출 침해금액을 산정하고 있다.

165) 오하이오 남부 연방 지방법원은 피고인에 대하여 PSR을 미국 보호관찰소(U.S. probation Office)에 요청했으며, PSR에서는 원고(GE)로부터 영업비밀을 취득하는 데 성공하지 못했다는 점에 주목하여 원고 측이 제시한 보수적인 손실 추정액(conservative loss estimate), 개발의 총비용인 \$98,000,000을 의도된 손실액으로 인정했다. 법원은 동 보고서에서 명시한 피고인의 범행이 성공한 것은 아니었다는 점에 원고 측이 입었을 손해의 정확한 값을 파악할 수 없고, 법원은 PSR 손실액 계산 가이드라인을 바탕으로 합리적인 추정을 해야 한다고 밝혔다. 법원은 손실액을 합리적으로 계산하기 위하여 원고(GE)의 영업비밀 탈취로 인한 잠재적인 손실액을 매출액이 아닌 운용비용 등 경비를 제외한 실질적인 이익을 기준으로 판단했으며, 글로벌 시장에서 중국의 경쟁 제품이 약 1% 점유율을 차지했을 것으로 추정하여 총이익의 1%인 \$50,094,000을 손실액으로 결정했다.

166) 이 사건은 원고인 UCC가 소유한 'AIMESIII(자동 재고관리 평가시스템)'이라는 영업비밀 기술이 피고인 LYCSC에 의하여 부정하게 도용된 것을 다룬 사건으로, 제5순회항소법원(United States Court of Appeals for the Fifth Circuit)은 증거의 허용에 대해 상당한 재량권을 가지고 있는데(*Reuter v. Eastern Air Lines*, 226 F.2d 443(5th Cir. 1955)) 여기에는 전문가 증언의 허용도 포함된다. 설시하면서 UCC의 부사장이면서 소프트웨어 시스템 개발, 마케팅 가격 책정 등에 관한 전문가인 Josephson의 증언을 허용하는데 오류가 없다고 판단하였다. Josephson은 소프트웨어 시스템의 가격을 책정할 때, 1) 개발 비용, 2) 시스템의 장기적 잠재력(long-term potential), 3) UCC의 판매 목표치(sales objectives)와 같은 요소와 4) 이러한 시스템에 관한 현재 시장의 외부적 요소와 같은 내재적 가치(potential value)를 고려해야 한다고 증언하면서, 'AIMES III'에 대한 무제한 권리 매각 가치를 22만 달러로 추산한바 있다. 그리고 '22만 달러'라는 금액은 피고인 LYCSC에 의해서 반대 심문을 받았는데, LYCSC는 Josephson과 함께 그가 고려한 요소, 채택하지 않은 요소, 개발 비용 계산 방식 및 개발 비용의 2.5배라는 배수를 어떻게 도출했는지를 조사하였고, 최종적으로 법원은 이 금액에 대해서 LYCSC가 어떠한 불이익도 받지 않은 것으로 판단하였다. 한편, 법원은 이 사건에서의 '합리적 로열티율' 산정은 피고가 원고로부터 실제 얻은 가치를 측정하는 것이므로, 적절한 측정 기준은 피고가 영업비밀을 도용할 당시의 의도한 용도로 사용할 수 있도록 라이선스를 제공하는데 대한 공정한 가격으로 당사자들이 합의했을 금액으로 추정할 수 있다고 하면서 다음과 같은 5가지의 요소들을 고려해야 한다고 설시하였는데, 살펴보면 1) 당사자들의 경쟁적 입장의 결과적이고 예측 가능한 변화, 2) 과거 구매자 또는 라이선스 취득자가 지불했을 수 있는 가격, 3) 원고의 개발 비용과 원고의 사업에 대한 비밀의 중요성을 포함하여 원고에게 비밀이 갖는 총 가치, 4) 피고가 비밀을 사용하려고 의도한 용도의 성격과 범위, 5) 마지막으로, 특정 사건의 기타 고유한 요인이 당사자들의 합의에 영향을 미쳤을 수 있는데, 예컨대 대체 프로세스의 용이 가용성 등이 제시되었다. 이러한 요인들은 '특허침해'와 관련되어 합리적인 로열티 판단시 우리나라의 연구 문헌에서도 자주 인용되고 있는 *Georgia-Pacific Corp. v. US Plywood Corp.* 사건에서 열거하고 있는 15개의 요인들과 매우 흡사한 것을 알 수 있다.

한편, 미국에서 특허, 영업비밀 침해의 경우 손해액 산정과 관련하여 법에 명시하지 않고 있고, 공개되지 않아 정확한 절차를 파악하기 어려운 것이 사실이다. 그러나 위의 미국 법원의 사례에서와 같이 ‘영업비밀’을 침해당한 기업이 업계 전문가(또는 기술 지원팀의 부사장이나 기술 전문가 역할을 맡았던)와 같은 전문가 증언을 채택하여 해당 기술의 가치를 산정하고, 개발비용, 기술의 장기적 잠재력, 판매 목표치 등을 고려하여 법원이 합리적인 실시료를 추정하여 손해액을 산정할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 법원이 전문가의 도움을 받아 판단하고 있어 법원의 전문성(PSR, USSG, 손실액 계산 가이드라인)을 담보하거나 전문가를 활용(계산감정인)하는 별도의 전문기구나 해당 기술분야의 특화된 평가기관 등을 지정하여 운영하는 것에 대한 논의도 필요하다. 이하에서는, 우리나라의 지식재산 평가업무를 수행하는 지식재산처 지정 32개 발명 등의 평가기관에 대해 살펴보기로 한다.

나. 지식재산처 지정 32개 ‘발명 등의 평가기관’ 활용

(1) 현재 한국발명진흥회는 발명진흥법 제28조에 따라 지식재산처 지정 32개 ‘발명 등의 평가기관’¹⁶⁷⁾의 지식재산 평가업무에 관한 지도, 관리 업무를 수행하고 있다. 이와 같은 업무를 수행하기 위한 한국발명진흥회 내의 지식재산(지식재산(IP)) 평가관리부서는 주로 지식재산 기반의 담보, 보증 및 투자 등의 소위 ‘지식재산 금융(지식재산(IP) financing)’ 업무를 수행하고 있는데, 지식재산 평가업무가 투명하고 공정하게 수행될 수 있도록 지원하기 위한 조직으로 지식재산 평가보고서에 대한 표본조사 및 타당성 업무를 담당하는 ‘품질관리실’, 스마트5(SMART5) 등의 온라인 지식재산 평가시스템 개발 및 유지업무를 담당하는 ‘평가정보실’과 지식재산 금융평가보고서 작성에 소요되는 평가비용 지원 및 지식재산 사업화 업무 등을 수행하는 ‘평가지원실’의 3개 부서로 구성되어 있다.

(2) 한국발명진흥회(지식재산평가관리본부)에서는 위 32개 ‘발명 등의 평가기관’이 타당성 및 신뢰성 있는 지식재산 평가보고서 작성업무를 수행할 수 있도록 다양한 지식재산(IP) 평가모델 개발 및 교육프로그램을 통해 국내 지식재산(IP) 평가시장을 가이드하고 있다. 한국발명진흥회에서 개발한 최근의 주요 가치평가 모델들을 살펴보면, ‘지식재산(IP) 가치평가이드(2021)’, ‘지식재산(IP) 가치평가실무가이드(2022)’, ‘지식재산(IP) 가치평가 평가목적별 모델(2023)’, ‘특허침해 손해배상액 산정 평가 모델(2024)’ 등이 있다.

(3) 위 지식재산 평가모델 중 ‘영업비밀 및 기술유출 손해배상액’ 산정과 매우 관련성 또는 유사성이 있는 ‘특허침해 손해배상액 산정 평가 모델(2024)’에 대해 살펴보기로 한다.

특허침해 등에 따른 손해배상액 산정과 관련된 우리 특허법 규정(제128조 등)에 의하면, 해당 손해액에 대하여 해당 특허를 이용하여 사업을 하는 제조 판매업자가 특허권자인 경우에만 청구할 수 있는 성질의 손해

167) 지식재산처 지정 32개 ‘발명 등의 평가기관’에는 일반기업 12곳((사)중소기업기술혁신협회, (주)NICE디앤비, (주)웍스(주)이크레더블, (주)제이디리서치, (주)케이티지, 나이스평가정보(주), 주식회사 리다임그룹, 주식회사 주원아이피, 한국기술신용평가(주), 한국특허평가(주), 한국평가데이터(주)), 특허법인 8곳 (유미특허법인, 특허법인 다나, 특허법인 도담, 특허법인 시공, 특허법인 알피엠, 특허법인 영비, 특허법인 해안, 특허법인 (유한) 다래), 은행 5곳((주)국민은행, 농협은행, (주)신한은행, (주)우리은행, (주)하나은행), 보증기관 2곳(기술보증기금, 신용보증기금), 연구원 5곳(한국건설생활환경시험연구원, 한국기계전기전자시험연구원, 한국화학융합시험연구원, 한국과학기술정보연구원, 한국농업기술진흥원)이 있다.

인 일실이익과 특허권자라면 누구든지 청구할 수 있는 성질의 손해인 적정실시료 등 크게 두 가지 손해의 개념을 규정하고 있다. 보다 구체적으로는 ① 피해자 손해 산정방식, ② 침해자 이익 산정방식, ③ 해당 특허 사용에 따른 실시료 상당액, ④ 법원의 재량에 따른 손해배상액 산정 등 4가지 방식을 규정하고 있다.

이 방식에 따라 특허침해 손해액을 위 평가모델을 통해 산정하게 될 경우, 특허기술의 담보를 위한 금액 산출이나 거래를 위한 가격결정, 현물출자 등 기타 목적의 지식재산(IP) 가치평가와 달리 해당 특허기술을 침해자가 과거에 이미 사용했을 경우 기술수명의 적용과 할인율 등 주요 변수 적용에서 상당한 차이가 있을 수 있다. 이처럼 여타의 가치평가 목적에서는 해당 지식재산의 미래사용을 전제로 가치평가가 이루어지는데 반해, 지식재산 침해의 경우에는 해당 지식재산의 침해자가 손해배상액 산정시점 이전에 이미 부당사용한 실적이 있을 경우 일반적인 지식재산 가치평가 방법의 평가변수 추정방식을 조정하고 있는 것이 현재 ‘발명 등의 평가기’관의 실무의 실정인데,¹⁶⁸⁾ 이에 대해서는 영업비밀 손해액 산정에 보다 **“창의적이고 유연하게 배상액을 산정(every trade secret case requires a flexible and imaginative approach to the problem of damages)”**¹⁶⁹⁾하는 해외 사례, 특히 미국 사례에 비춰볼 때 좀 더 깊은 논의가 필요하다. 그리고 지식재산가치평가의 일반적인 4개의 분야, 즉 기술성, 권리성, 시장성 및 사업성 등 평가요인별 분석 시 중요한 확인 내용 중의 하나는 분석 내용들 간의 연결의 흐름의 정합성인데, 이 부분 지식재산 가치평가 실무상 매우 중요하게 다루고 있는 요소이다.

〈표 23〉 특허침해 손해배상액 산정모델의 핵심 영향 요인

구분	합리적 실시료에 영향을 미치는 핵심 요인	증감
특허권자	1) 특허권자가 비즈니스 보호를 위해 제3자에게 실시권을 허여하지 않고 폐쇄적 정책을 유지한 경우	+
	2) 특허권자와 침해자가 동일 시장에서 경쟁관계인 경우	+
	3) 특허권자가 연구개발비를 많이 지출한 경우	+
	6) 특허권자의 판매처의 규모 또는 시장점유율이 큰 경우	+
	7) 침해품의 출시로 인하여 특허권자가 불가피하게 가격을 인하할 수밖에 없었던 경우	+
침해특허	1) 침해된 특허 원천특허 여부	+
	3) 침해된 특허가 특허권자의 부수품 또는 보완재 판매에 기여하는 바가 큰 경우	+
	5) 바이오 특허 중 물질 특허인 경우	+
	6) 침해된 특허와 유사한 대체기술이 있는 경우	-
침해품	1) 침해품에 특허권자의 특허 이외에, 침해자가 추가한 중요한 성능 개선이 있는 경우	-
	2) 침해된 특허가 침해자의 부수품 또는 보완재 판매에 기여하는 바가 큰 경우	+

168) 한국발명진흥회, “IP가치평가실무가이드”, 2021, 44면.

169) Univ. Computing Co. v. Lykes-Youngstown Corp., 504 F.2d 518, 538 (5th Cir. 1974).

침해자	1) 침해자의 영업에 침해특허의 사용이 필수적인 경우	+
	2) 침해자가 침해특허의 장점으로 선전 광고를 했을 경우	+
시장	1) 침해된 특허의 사업화 가능성이 큰 경우	+
	2) 시장에서 특허권자 제품이 상당히 큰 성공을 거둔 상태인 경우	+
	3) 시장에서 특허권자 제품의 이익률이 높은 경우	+
	4) 시장 내 공급자가 특허권자와 침해자만 있는 경우	+

한편, 위의 지식재산 평가모델에서 ‘발명 등의 평가기관’이 수행하는 위 특허침해 손해배상액 산정 평가 모델(2024)의 주요 평가요소들에 대해 살펴보면, 특허침해의 최종적인 요인으로 17개의 핵심 영향 요인을 도출하여 열거하고 있다. 그리고 그 핵심 영향 요인들은 특허권자, 침해특허, 침해품, 침해자, 시장 등 5개 영역으로 대분류하고 있으며, 그 각각의 요인별로 증가요인과 감소요인을 구분하여 이를 바탕으로 산업별 평균 로열티율에 영향 요인별 가중치를 적용하는 방식을 취하고 있다. 위 모델에서 최종 도출된 특허침해 손해배상액 산정모델의 핵심영향 요인의 대분류 아래 각각의 하위 요인들에는, ‘특허권자’에 해당하는 영향 요인은 5개, ‘침해특허’에 해당하는 영향 요인은 4개, ‘침해품’에 해당하는 영향 요인은 2개, ‘침해자’에 해당하는 영향 요인은 2개, ‘시장’에 해당하는 영향 요인은 4개를 각각 예시하고 있는데, 위의 내용들을 표(表)로 정리하면 아래에서 보는 바와 같다.¹⁷⁰⁾

(4) 지금까지 ‘영업비밀 및 기술유출 손해배상액’ 산정에 시사되는 특허 손해배상액 산정에 따른 가액 평가모델의 주요 평가 요소들에 대해 살펴보았다. 그런데 특허침해에 따른 위 평가모델 및 특허 가치평가요소들은 전문가에 의한 정성적 평가방법에 의한 것이어서 많은 시간과 평가비용이 소요될 수 있다. 이에 대한 대안으로 지식재산 가치평가를 간이, 신속하게 할 수 있는 온라인 평가시스템이 있는데, ‘특허 가치평가’에 특화된 한국발명진흥회의의 온라인 지식재산 평가시스템인 ‘스마트5(SMART - System to measure, analyze and rate patent technology)’ 및 ‘스마트 빅스(SMART VIX)’와 기술보증기금의 ‘특허평가시스템(KPAS-Kibo Patent Appraisal System)’이 있다. 이 특허기술평가시스템에 대해 순차적으로 설명하기로 한다.

먼저, 객관적이고 정량적인 특허정보를 활용하여 한국, 미국, 유럽, 중국 및 일본의 등록특허 약 3백만개를¹⁷¹⁾ 바탕으로 해서 상대적인 우수성을 평가하는 온라인 특허평가서비스인 ‘스마트5(SMART5)’의 주요 평가요소들을 살펴보면, 전체 32개의 평가요인을 갖고 있다. 이어서 ‘스마트 빅스(SMART VIX)’는 AI, 빅데이터 기반의 평가시스템에 전문가가 참여하여 융합형 평가 모델로서, ‘발명 등의 평가기관’의 매출액 정보에 발명진흥회의 ‘특허가치평가시스템’의 로열티율, 할인율, IP의 경제적 수명 등의 평가정보를 융합하여 지식재산의 평가금액을 산정하는 모델이다.

170) 한국발명진흥회, “특허침해 손해배상액 산정 평가 모델”, 2024, 161면.

171) 2025년 9월말 현재, 스마트5에는 한국등록특허 1,371,991건, 미국등록특허 3,795,892건, 유럽등록특허 1,369,683건, 중국등록특허 5,799,921건, 일본등록특허 2,076,209건의 특허가 탑재되고 있는데 반해, 월 단위로 위의 IP5 국가의 등록특허가 매일 새롭게 등록, 갱신, 소멸되기 때문 스마트5에 의한 특허의 등급도 시간에 따라 변동될 수 있다.

이어서 기술보증기금의 ‘특허평가시스템(KPAS: Kibo Patent Appraisal System)’은 전문평가자의 평가데이터, 평가패턴 등을 빅데이터 및 딥러닝 기법으로 분석하여 특허의 평가등급 및 가치금액을 온라인상에서 자동 산출하는 시스템으로 ‘KPAS I’는 특허의 등급을 평가결과 AAA ~ C (staine 9등급 체계)로 자동산출하는 시스템으로 특허의 거래가능성을 제공하는데 비해서, ‘KPAS II’는 특허의 특허가치금액 자동산출하는 시스템으로 활용분야는 우수특허 선별 등 금융, 기술거래 등이다. 특히, ‘KPAS II’는 가치평가 핵심지표*를 빅데이터 분석과 딥러닝기법을 활용하여 산출하는 학습모형 구축하는 모형인데, 핵심지표: 기술의 경제적 수명, 할인율(사업화 위험프리미엄), 기여도(개별기술강도)가 있으며, 다수의 모형을 병렬로 구축하고 Random Sampling한 데이터를 활용하여 각기 학습을 진행한 후 결과값을 평균으로 산출하는 학습모형이 있다. 위 양 기관의 특허가치 평가방법론과 특허관련 평가요소를 비교하여 표(表)로 정리하면 아래에서 보는 바와 같다.

〈표 24〉 발명진흥회와 기술보증기금의 특허평가 모델 및 사용 평가 데이터 비교

구분		대상특허	평가방법	평가기법(평가로직)	사용 데이터
기관명	서비스명				
전문가 정성평가 (발명 등 평가기관)		국내·외 특허	전문가 정성평가 * IP가치평가 실무가이드	로열티공제법, 수익접근법, 비용접근법, 시장접근법	특허의 기술성, 권리성, 시장성, 사업성에 대해 정성평가
한국발명 진흥회	SMART5	IP5	자동평가	통계기법 [유럽, 미국, 일본] 다중회귀 [한국, 중국] 구조방정식	서지정보, 인용정보, 등록정보, 명세서정보, 행정정보
	SMART-VIX	한국	자동평가+ 전문가 정성평가	AI모델(로열티공제법)	서지정보, 인용정보, 등록정보, 행정·심판정보, 미국특허소송정보
기술 보증기금	KPAS- I	한국	자동평가	AI모델 (자체로직 -거래가능성 판단)	서지정보, 인용정보, 등록정보, 거래정보
	KPAS- II	한국	자동평가	AI모델 (수익접근법)	서지정보, 인용정보, 등록정보

〈표 25〉 한국발명진흥회와 기술보증기금의 특허관련 평가요인 비교

구분	판결번호	내용	비고
평가 요인	1) 독립항 길이 2) 청구항 계열 수 3) 독립항 수 4) 종속항의 평균길이 5) 분할출원·우선권주장 수 6) 해외 패밀리 국가 수 7) 등록 후 경과 연차 8) 우선심사 청구 여부 9) 의견서 제출 수	1) IPC 수 2) 독립청구항의 비율 3) 청구항 수 4) 평가일~만료일(일) 가치평가일로부터 특허 만료일까지의 기간 5) 출원일~등록일(일) 특허 출원일로부터 특허 등록일까지의 기간	기술보증기금의 지 표는 총 36개, 특 허지표는 우측에서 보는 바와 같이 12개가 있고, 비재 무지표 5개, 재무 지표 19개가 별도 로 있다.

10) 거절결정불복심판 수 11) 총 피인용 수 12) 선행문헌 중 논문/외국특허 수 13) 실시권자 수 14) 적극적 권리범위확인 인용 수 15) 조기공개 여부 16) 정보제공 수 17) 무효 심판 기각 수 18) 소극적 권리범위확인 기각 수 19) 발명의 설명 길이 20) IPC 수 21) 출원일과 피인용일 차이 22) 권리자 변동 수 23) 종속항 수 24) 피인용 특허의 인용문헌 중 논문/외국특허 수 25) 발명자수 26) 존속기간 연장등록결정 여부 27) 금융기관 질권설정 수 28) 적극적 권리범위확인 기각, 취하, 각하 수 29) 소극적 권리범위확인 인용, 취하, 각하 수 30) 정정심판 31) 무효 심판 인용·취하·각하 수	6) 출원 시 IPC 규모 7) 출원 시 IPC 활동도 8) 피인용 특허 지수 9) TCT 지수 10) 기술 다양성 지수 11) 특허 청구항 지수 12) 특허 영향력 지수	
--	---	--

(5) 위 설명에서 한국발명진흥회의 지식재산 가치평가와 관련된 조직, ‘발명 등의 평가기관’을 대상으로 하는 평가지원 업무 및 지식재산 평가 모델들을 살펴보았다. 본 보고서에서는 한국발명진흥회(지식재산평가관리본부)의 평가지원 조직 및 지식재산(IP) 평가모델 등을 준수하는 ‘발명 등의 평가기관’들을 **간접적으로** 활용하고, 국내 지식재산(IP) 평가 대상의 폭(幅)을 기술유출 및 영업비밀 등으로 넓히는 방안으로 한국발명진흥회와 협력하여 ‘기술유출(영업비밀, 특허 등) 손해액 산정 지원체계’를 구축하고, 그 이행을 위한 법적 토대를 마련할 것을 제안하고자 한다. 이와 같은 우리 환경에 맞는 ‘기술유출(영업비밀, 특허 등) 손해액 산정 지원체계’ 구축을 미국의 선고전 사전조사제도와 유사하게 운영할 경우, 영업비밀과 관련된 국내 형사사건뿐만 아니라 민사사건에서의 손해배상액 산정에 상당한 준거틀(frame of reference)를 제공하게 되어 법원의 판단에 실질적으로 많은 도움이 될 것이다.

다. 한국발명진흥회 지식재산평가관리시스템(일명 ‘지식재산(IP)-Hub’) 활용방안

(1) 앞서 언급한 바와 같이, 특허 및 영업비밀 침해소송 과정에서 경찰, 검찰의 수사 및 기소 과정과 법원의 심리절차 과정에서 필요한 피해액 및 손해액 산정을 지원할 수 있는 체계를 마련할 경우 지식재산처, 검찰청 등 관련 국가 기관들의 깊이 있는 논의가 필요하다. 이와 관련하여 한국발명진흥회 지식재산(IP)평가관리본부가 ‘특허 가치평가’ 관련 제반 업무를 관리, 운영하는 평가정보체계(지식재산(IP)-Hub)를 영업비밀 및 기술유출 평가업무에 응용, 활용하는 방안을 고려할 수 있다. ‘지식재산(IP)-Hub’의 전체적인 구성은 아래의 그림 1에서 보는 바와 같다.



〈그림 1〉 평가정보체계(지식재산(IP)-Hub) 체계도

현재 한국발명진흥회는 자체 평가정보 시스템인 지식재산(IP) 정보체계(일명 ‘지식재산(IP)-Hub’)를 구축하고 있는데, 여기에는 관련 지식재산 평가 데이터를 망라하는 데이터 베이스를 구축하여 ‘특허 인용주기’, ‘로열티율’, ‘할인율’, ‘산업기술요소’ 등과 같은 핵심 지식재산(IP) 평가변수 산정 준거데이터를 ‘발명 등의 평가기관’에 서비스하고 있다.

또한 지식재산평가관리시스템(지식재산(IP)-Hub)은 발명 등의 평가기관이 시장의 활성화된 참조자료를 바탕으로 신뢰성 높은 평가를 수행할 수 있도록 지식재산(IP) 평가데이터 등을 기반으로 가공된 평가변수 산정 준거데이터를 서비스하고 하고 있는데, 이러한 신뢰성 있는 평가데이터 기반의 지식재산(IP)가치평가 결과(보고서)를 침해액 산정의 기초자료로 활용하는 고도화 방안 및 중소기업의 영업비밀 손해배상산정에 필요한 지원이 가능한지에 대한 기술적 논의가 필요하다.

(2) 영업비밀 및 기술침해 산정을 타당성 있고, 신뢰성 있게 수행하기 위해서는 해당 기술분야에 활성화된 평가 정보를 제공할 수 있는 체계, 즉 ‘준거정보 데이터 LAB’ 과 같은 관련 평가데이터 운영이 선행되어야 하는데, 다양한 기술 분야에서 수집한 데이터를 분석하여 AI 평가모델인 한국발명진흥회의 ‘SMART 5’ 및 ‘SMART VIX’의 고도화된 다양한 준거 평가정보를 참고할 수 있다.

한편, **영업비밀 및 기술유출 손해액 산정에 필요한 평가데이터**와 관련하여, 영업비밀 및 기술유출과 관련한 핵심 변수의 준거데이터의 확보가 필수적인데, 이를 위해 영업비밀 및 기술침해의 손해배상 산정에 활용될 수 있는 데이터셋 기반 구축을 위해 다양한 신규 데이터를 발굴·수집 후 표준화·분석하는 것이 필요하다. 이를 위해서 이전에 있었던 특허 등 지식재산 평가, 거래, 재무, 금융 정보와 같은 기존 데이터에 더하여 영업비밀 및 기술유출에 필수적인 중소기업 기술정보, 국가 R&D 정보, 기술분야별 시장, 세무 및 공공 정보와 같은 추가적인 데이터의 확보가 필요하다. 그리고 영업비밀 및 기술유출에 대한 평가 데이터 품질관리를 통한 환류기반을 마련하기 위해 평가 데이터의 최신성, 정확성, 상호연계성 등을 담보할 수 있어야 하고, 이러한 평가 데이

터들에 대한 품질관리를 통해 영업비밀 및 기술유출과 관련된 손해배상액 산정에 유용한 통계 정보 제공할 수 있는 평가정보 품질관리 체계를 구축하는 것이 필요하다. 또한, 지식재산(IP)거래, 분쟁, 보유기업 데이터를 추가 학습한 영업비밀 및 기술유출에 관련된 거래 및 분쟁 가능성 예측 빅데이터 기반의 AI 모델을 개발함으로써 중소기업들의 기술분야별 영업비밀 및 기술유출 정보관리 등에 활용하는 것도 필요하다.

3. 영업비밀보호법 개정 방안

가. 영업비밀 손해액 산정 지원에 관한 규정 신설

(1) 유사 입법례

앞서 상술한 바와 같이, 영업비밀 침해 관련 민형사 사건에서 경찰, 검찰, 법원 등의 손해액 및 피해액 산정을 지원할 기관을 지정하고, 해당 기관의 전문적인 감정을 지원받기 위해서는 이에 대한 법적 근거가 필요할 것이다.

이와 관련한 유사 입법례로서 「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」상의 기술가치평가기관 지정에 관한 규정이 있다. 이 법은 ‘기술평가기관’ 지정·관리하고, 지정요건·절차를 규정하고 있다. 또한 민사소송에서 법원이 중립 전문가를 관여시키는 장치(전문심리위원·감정인 명부 및 운영 예규)를 정비해 왔는데, 소송 진행 단계에서 법원이 임명하는 중립전문가인 전문심리위원, 감정인 제도를 규정하고 있다. 또한 저작권법은 법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위하여 저작권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우 감정을 실시할 수 있도록 규정하고 있다(저작권법 제119조). **저작권 감정**의 경우, 예를 들면, 현재 프로그램 저작권 침해와 관련된 감정(유사도)의 경우 한국저작권위원회가 거의 대부분 감정촉탁기관으로 지정되어 진행되고 있고, 실무상 별다른 문제없이 잘 정착되고 있다. 동 위원회는 감정위원의 전문성 강화를 도모함과 동시에, 감정 결과에 대한 심의위원회의 검토 절차를 통해 감정의 품질을 제고하고 있다. 따라서 저작권위원회의 프로그램 저작권 침해 감정제도가 성공적으로 정착된 경위를 벤치마킹하여 전문평가기관 감정제도를 설계할 필요가 있다. 다만, 위 위원회는 손해액 산정이 아닌 침해 여부에 대한 감정을 주로 하고 있는 점이 다르다. 그리고 법원은 감정의 전문화, 신속화 등을 위하여 2025년부터 감정관리위원 제도를 신설하여 운영 중에 있다, 현재 **감정관리위원 제도**의 대상은 의료감정과 건설감정에 한정된다. 이 분야 사건의 경우 전문성이 매우 필요하면서도 감정사항 특징이 매우 어렵고, 경우에 따라서는 적절한 감정인을 찾기 어려워 소송지연의 원인으로 지목되어 법원 내 상임 전문심리위원(건설 및 의료)을 감정관리위원으로 지정하여 효율적인 감정절차에 활용하고 있다. 현재 지식재산 사건과 관련하여 상임 전문심리위원이 존재하지 않고, 사건 수를 고려할 때 이를 새로 도입할 가능성도 거의 없다. 다만 기술심리관 또는 기술조사관 등을 활용하여 감정관리위원제도를 운영할 여지는 있어 보인다.

최근 김동아 의원은 법원이 필요한 경우 손해액 산정에 필요한 감정을 「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」제35조에 따른 기술평가기관에 촉탁할 수 있도록 함으로써 손해액 추정을 합리적으로 도출하고자 영업비밀보호법 개정안(안 제14조의2 제6항 신설)을 발의했다.¹⁷²⁾ 동 개정안은 손해액 산정 전문기관으로

기술이전촉진법상 ‘기술평가기관’만을 제시하고 있으나, 이는 손해액 산정의 대상이 되는 기술유출 사건의 특성과 평가대상의 다양성을 충분히 반영하지 못한 아쉬움이 있다.

기술평가기관은 주로 기술거래나 사업화 가치평가에 초점을 두고 설계된 제도로서, 기술이 침해되었거나 유출된 상황에서의 영업비밀·특허 등 지식재산권 침해에 따른 경제적 손해 평가에는 본질적으로 한계가 있다. 기술거래 중심의 평가모형은 ‘거래 가능한 기술의 시장가치’를 기준으로 하므로, 기술침해로 인한 비시장적 손해(예: 연구개발 기회비용, 영업상 신뢰 손상, 기술 축적 손실 등)를 적절히 반영하기 어렵다.

앞서 상술한 바와 같이, 「발명진흥법」 제28조에 따른 한국발명진흥회 지식재산평가관리본부는 특허, 영업비밀, R&D 성과 등 지식재산 전반에 대한 평가 전문성과 공공적 신뢰성을 갖춘 기관으로, 산업통상자원부, 지식재산청 등과 연계된 기술가치평가, 특허분쟁 손해액 평가, IP 담보평가 등 공신력 있는 평가 체계를 운영하고 있다. 특히, 특허법원 및 지식재산전문법원의 감정촉탁 경험을 다수 보유하고 있고, 기술침해 사건에서 ‘권리의 침해와 경제적 손해 간의 인과관계’를 평가할 수 있는 인적·제도적 기반이 이미 구축되어 있다. 따라서, 손해액 산정의 객관성과 일관성을 확보하기 위해서는 발명진흥회 지식재산평가관리본부와 같은 지식재산 전문기관을 법문상 병기하거나, 평가기관의 범위를 ‘기술평가기관 및 지식재산평가기관’으로 확장하는 것이 합리적이다. 전문평가기관 감정제도의 법제화는 손해액 산정의 객관성과 전문성을 제고함과 동시에, 이를 수행할 전문 인력과 재원을 제도적으로 확보함으로써 공정하고 실효적인 피해구제 체계를 구축할 수 있다는 점에서 그 의의가 있다.

제도 설계에 있어 유의할 점은 손해액 감정이 본질적으로 회계적 판단에 기반한 감정행위라는 점을 명확히 인식하는 것이다. 실무상 일부 당사자가 기술전문가에게 손해액 산정을 의뢰하여 제출한 감정서의 경우, 기술적 분석은 정교하더라도 이를 뒷받침할 회계적 근거가 미비하여 증거가치가 현저히 낮은 사례가 빈번히 발견된다. 미국의 경우 특허나 영업비밀 침해소송에서 침해 여부의 판단에는 기술전문가의 전문가증언(expert testimony)이 활용되지만, 손해액 산정(damages calculation)에 대해서는 주로 회계전문가(accounting experts)의 증언제도를 활용한다. 따라서 제도 설계 시에도 기술적 이해를 갖춘 회계전문가가 감정을 담당하거나, 회계전문가가 중심이 되어 필요 시 기술전문가가 보조적으로 참여할 수 있는 구조를 마련하는 것이 타당하다. 기술전문성만을 중시하는 감정평가기관의 설계는 손해액 산정의 본질을 왜곡할 우려가 있어 바람직하지 않다.

(2) 신설 규정

영업비밀보호법 제14조의8을 신설하여 ‘영업비밀 등 손해액 산정 전문기관의 지정 등’에 관한 사항을 규정할 수 있다. 여기에는 손해액 산정 전문기관의 정의, 지정 요건, 업무·방법 및 절차, 독립성, 증거법적 효과, 자료제출, 비밀유지 등 규정이 고려되어야 한다.

우선, “손해액 산정 전문기관”은 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 손해액 또는 침해자의 이득액 산정을 중립적으로 수행하기 위하여 이 법에 따라 지정된 기관을 말하며, 지식재산처장은 일정한 요건을

172) (의안번호: 2209071) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안(김동아의원 등 14인), 2025.03.19. 제안.

갖춘 기관을 전문기관으로 지정할 수 있다. 전문기관이 갖추어야 할 요건으로는 공공성을 갖춘 기관이며, 기술평가 및 손해액 산정에 전문성이 있는 기관이어야 한다. 이를 위해 전문인력과 품질관리체계, 관련 설비를 갖추어야 한다. 또한 개인정보·영업비밀 보호를 위한 보안인증(ISMS 등) 체계를 갖추 필요가 있다.

둘째, 손해액 산정은 객관적인 기준으로 진행되어야 하므로 전문기관이 산정에 필요한 표준산정기준을 지식재산처장이 고시로 정하도록 할 필요가 있다. 여기에는 손실이익(Lost profit)과 침해자 이득(Disgorge-ment)의 산정방법, 합리적 로열티(Georgia-Pacific 유사 한국형 체크리스트), R&D 비용과 기여율 반영, 불확실성·시나리오·민감도 분석 등에 필요한 기본적인 기준, 방법 및 절차를 포함해야 한다.

그리고 손해액 산정은 법원과 수사기관이 하되, 당사자 요청 또는 직권으로 의뢰할 수 있도록 하며, 당사자는 소 제기 전이라도 대통령령이 정하는 바에 따라 전문기관의 사전산정을 신청할 수 있도록 한다. 원고·피고 등 분쟁 당사자는 전문기관 산정에 필요한 자료를 기한 내 제출하여야 하며, 정당한 사유 없이 불응할 경우 법원은 불이익 추정 등 대통령령이 정하는 제재를 할 수 있어야 한다.

전문기관 및 소속 산정은 당사자와 독립하여야 하며, 일정한 이해상충 사유에 해당하면 회피하여야 한다. 또한 전문기관은 산정과정에서 알게 된 비밀을 누설·사용하여서는 아니 되며, 위반 시 형사처벌 및 지정취소의 대상이 된다. 전문기관의 지정취소 및 시정명령 등에 관해서는 별도의 조문을 두는 것이 필요하다.

신설 조문안

영업비밀보호법 제14조의8(영업비밀 등 손해액 산정 전문기관의 지정 등)

- ① 지식재산처장은 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 손해액 또는 침해자의 이득액을 산정하는 업무에 관하여 전문성과 중립성이 있는 자를 손해액 산정전문기관(이하, “전문기관”)으로 지정할 수 있다. 전문기관은 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.
 1. 공공기관, 공익법인, 정부출연연구기관, 「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」에 따른 기술평가기관 등 공공성을 갖춘 기관일 것
 2. 회계·경제·법률·기술평가 및 손해액 산정 분야의 전문인력, 이해상충 방지체계, 품질관리체계 및 산정설비를 갖추 것
 3. 개인정보·영업비밀 보호를 위한 보안인증 체계를 갖추 것
 4. 그 밖의 대통령령으로 정하는 요건
- ② 전문기관은 지식재산처장이 고시하는 표준산정기준에 따라 손해액(이득액)을 산정한다.
- ③ 법원 및 수사기관은 당사자 신청 또는 직권으로 전문기관에 손해액 산정을 의뢰할 수 있다. 당사자는 소 제기 전이라도 대통령령이 정하는 바에 따라 전문기관의 사전산정을 신청할 수 있다.
- ④ 제3항에 따른 원고·피고 등 당사자는 전문기관 산정에 필요한 자료를 기한 내 제출하여야 하며, 정당한 사유 없이 불응할 경우 법원은 불이익 추정 등 대통령령이 정하는 제재를 할 수 있다.
- ⑤ 전문기관 및 소속 산정은 당사자와 독립하여야 하며, 대통령령으로 정하는 이해상충 사유에 해당하면 회피하여야 한다.
- ⑥ 전문기관은 산정과정에서 알게 된 비밀을 누설·사용하여서는 아니 되며, 위반 시 형사처벌 및 지정취소의 대상이 된다.
- ⑦ 지식재산처장은 전문기관에 대하여 지정취소·업무정지·시정명령 등 감독을 할 수 있다. [별도 조문]
- ⑧ 전문기관의 지정, 운영, 감독 등의 기준 및 절차에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나. 법정손해배상 제도의 도입 검토

(1) 법정손해배상 제도 개관

현행법상 법정손해배상 제도는 「상표법」 제111조(1억원 이하, 고의 침해 3억원 이하), 「저작권법」 제125조의2(1천만원 이하, 고의 침해 5천만원 이하)에서 찾아볼 수 있다.¹⁷³⁾ 이들의 공통된 특징은 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정, 즉 한-미 FTA의 국내 이행을 위하여 2011년 도입되었다는 점인데, 이에 따라 상표권 또는 저작권을 침해당한 권리자는 실손해 배상과 법정손해배상 중 하나를 선택적으로 청구할 수 있다.

법정손해배상 제도는 미국의 제도를 우리 법에 들여온 특수한 경우로서, 그 법적 성질을 검토하기 위하여 미국의 법정손해배상 제도를 검토할 필요가 있다. 미국에서는 저작권법상 법정손해배상의 목적 내지 기능에 관하여 손해입증이 곤란하여 실손해 전보목적으로 이를 도입하였으나 현재는 징벌적 성격을 갖는 것으로 이해되고 있다.¹⁷⁴⁾ 그러나 이와 같이 손해액을 법정하는 것은 실손해 배상이라는 우리나라의 손해배상 제도 원리와 조화되지 않는다는 점에서, 법정손해배상 제도는 「특허법」 제128조 소정의 상당손해액 형태의 손해배상 제도와 미국의 실손해 대체형 손해배상을 절충한 모델로 이해되는 것이 일반적이다.¹⁷⁵⁾

(2) 국내 법정손해배상 관련 판결 검토

「저작권법」상 법정손해배상 제도는 사실상 소액의 손해배상 사건에서 주로 활용되는 것으로 보인다. 그러나 실질적으로 운영의 효과가 있는지는 의문이다. 예컨대, 2019년을 기준으로 확정된 민사사건 판결 중 법정손해배상을 청구하여 일부라도 인용된 사건은 8건¹⁷⁶⁾으로 확인되는데, 이들 중 5건의 사건에서는 “수입 상실분 등 손해배상액 산정의 근거가 없어 법정손해배상액 적용이 곤란”하다는 논지로 법원에 의한 상당한 손해액이 인정되었고, 반대로 법원이 원고의 청구에도 불구하고 법정손해배상액을 적용하여 청구액의 10% 수준에 해당하는 금액을 손해액으로 산정한 사례 역시 존재한다.¹⁷⁷⁾ 그마저도 동일한 저작물에 대한 사건이 대부분인 것으로 보인다. 2023년의 판결을 검토하자면, 원고가 법정손해배상액을 주장한 사례 중 일부라도 인용된 사례는 12건으로 확인되나,¹⁷⁸⁾ 그 중 11건은 동일 저작물에 대한 동일 저작권자의 소송 제기였으며, 법정손해액으로 1,000만원을 청구하였으나 법원은 상당한 손해액으로 50만원의 손해액을 인정하였다.

173) 그밖에 「개인정보 보호법」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 등에 법정손해배상 제도가 있으나, 여기에서는 「상표법」 및 「저작권법」상의 개념만을 검토한다.

174) 봉영준, “법정손해배상의 법적 성질”, 「재산법연구」 제33권 제2호, 한국재산법학회, 2016, 109면.

175) 최경진, “새로 도입된 법정손해배상에 관한 비판적 검토 - 개인정보보호 관련법에서의 법정손해배상을 중심으로”, 「성균관법학」 제27권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2015; 오승중·성준호·손명지, “법정손해배상에 대한 연구”, 문화체육관광부 연구보고서, 2012, 92면.

176) 서울중앙지방법원 2019.01.25. 선고 2018가합557165 판결; 서울중앙지방법원 2019.01.25. 선고 2018가합557172 판결; 서울중앙지방법원 2019.02.01. 선고 2018가단5013441 판결; 서울중앙지방법원 2019.02.18. 선고 2014가합555536 판결; 서울중앙지방법원 2019.08.27. 선고 2018가단5036574 판결; 서울중앙지방법원 2019.10.18. 선고 2019나9391 판결; 서울중앙지방법원 2019.10.22. 선고 2017가단5128223 판결; 서울중앙지방법원 2019.11.15. 선고 2018가합546424 판결 등.

177) 서울중앙지방법원 2019.02.18. 선고 2014가합555536 판결.

178) 서울중앙지방법원 2023.12.01. 선고 2022가합549154 판결; 2022가합555708 판결; 2022가합558363 판결; 2022가합558806 판결; 2022가합560434 판결; 2022가합560465 판결; 2022가합560748 판결; 2022가합561109 판결; 2022가합561857 판결; 2022가합562195 판결; 2022가합565255 판결 및 대구지방법원 2023.12.20. 선고 2023나311496 판결

이와 같은 점에서, 국내 법정손해배상 제도의 활용성은 극히 낮은 것으로 보인다. 다만 상표권 분야에서 눈여겨볼 만한 판결은 발견된다. 예컨대, 원고가 13,792,800원의 손해액을 주장하며 3배 배상으로 41,378,400원을 청구한 사안에서, 법원은 법정손해배상 규정을 적용하여 30,000,000원의 손해배상액을 선고한 판례가 존재한다.¹⁷⁹⁾ 즉, 3배 배상을 받아들이지는 않았으나 원고가 주장한 손해액보다 2배 이상 높은 금액을 법정손해로서 보전한 것이다. 다만 법정손해배상 제도에 관한 이렇다할 만한 리딩 케이스가 발견되지는 않는다는 점, 법정손해배상액을 청구하더라도 대다수의 사안에서는 법원에 의한 상당한 손해액이 인정되고 있다는 점 등에 미루어 볼 때 여전히 법정손해배상 제도의 이용이 활발하지 않은 것으로 보인다.

(3) 중국의 법정손해배상 제도 검토

앞서 설명한 바와 같이, 중국 특허법은 우리 법제와 달리 기술 침해에 대한 법정손해배상 제도를 두고 있다. 동법은 우리 「특허법」과 같이 손해액의 추정 규정을 두고 있으나 법원이 직권으로 법정손해액을 인정할 수 있도록 하며, 2020년 개정을 통하여 그 상한선을 3만 위안(한화 약 500만원) 이상 500만 위안(한화 약 8억 5,000만원) 수준으로 정하고 있다.¹⁸⁰⁾ 이 같은 법정손해배상 제도는 실무상 특허침해행위로 인한 권리인의 손실 및 침해자의 침해이익에 대한 입증이 어렵고 참고할 만한 특허 라이선스 사용료도 없을 경우 활용되나, 이미 제출한 증거에 따라 법원에서 침해로 인한 권리인의 손실이 필연적으로 법정 배상금보다 높다는 사실을 추정할 수 있을 경우 자유 재량권에 의해 법정 배상금 이상으로 손해배상 금액을 판결하는 경우가 존재한다.¹⁸¹⁾

중국 「반부정당경쟁법」에서도 중국 「특허법」과 마찬가지로 법정손해배상 제도가 도입되어 있다. 반부정당경쟁법 제22조 제4항은 “권리자가 입은 실제 손해 또는 침해자가 얻은 이익을 산정하기 어려운 경우에는, 인민법원이 침해행위의 정황을 고려하여 권리자에게 500만 위안 이하의 배상금을 판결할 수 있다.”고 규정하고 있다. 중국 최고인민법원은 이러한 법정손해배상액을 산정함에 있어, 침해자의 주관적 과실 정도, 침해행위의 반복성 및 규모, 고의성 여부 등 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 손해배상액을 판결하도록 지침을 두고 있다. 따라서 각급 법원은 권리자의 실제 손해액, 침해자가 얻은 부당한 이득, 합리적 허가사용료 등을 기준으로 손해액 계산이 어려운 경우, 법정손해배상 방식이 적용된다. 실제 영업비밀 침해 사건에서는 영업비밀 피해 규모가 상당하고, 실제 손해액 산정이 어려운 경우가 많아, 중국에서는 법정손해배상 제도를 적극적으로 활용하고 있다.

이와 같은 점에서 중국의 법정손해배상 제도는 우리 「특허법」 등 기술 관련 법제에 존재하는 ‘법원에 의한 상당한 손해액의 인정’제도와 맥을 같이한다고 이해할 수 있다. 다만, 중국 제도는 구체적인 금액의 상한선이 존재한다는 점에서 차별성을 가진다. 그러나 이러한 상한선과 관련하여 최고인민법원은 사법해석을 통해 “만약 침해로 인한 손실 또는 침해이익의 구체적인 금액을 입증하기는 어렵지만, 그 금액이 법정손해배상 최고한도를 명백히 초과함을 입증하는 증거가 있는 경우에는, 사건 전체의 증거 상황을 종합적으로 고려하

179) 서울중앙지방법원 2022.9.15. 선고 2021가합534018 판결.

180) 법무법인(유)광장, “중국특허법전면개정브리핑”, 2020. 뉴스레터 참조.

181) 최미란, “중국 특허 소송 배상금 책정 기준”, 2024.4.2일자, KOTRA 해외경제정보 Dream 기고문 참조.

여, 법정 최고한도를 초과하는 범위에서 합리적으로 배상액을 확정하여야 한다.”는 보완책을 제시하고 있다.

중국 「반부정당경쟁법」이 법정손해배상제도를 도입한 배경은 영업비밀 침해 사건에서 권리자가 직면하는 ‘입증 곤란’ 문제를 해결하기 위해서이다. 법정손해배상제도는 입증 요건이 낮아, 권리자가 실제 손실 및 침해 이익의 구체적 금액을 증명할 필요가 없다. 대신 권리자는 비밀유지 조치를 취했음을 입증하고, 침해행위와 일정한 손해가 존재함을 입증 증명하기만 하면 되므로, 권리자 입장에서 입증이 훨씬 용이하다. 또한, 법정손해배상액은 정밀한 계산을 요하지 않고, 다양한 요소를 종합적으로 고려하여 추정하면 되므로, 제도의 운영에 있어 융통성이 높고, 인정 방식도 상대적으로 단순·대략적이며·보수적이어서, 재판 효율성을 제고하는 데 기여한다. 이러한 이유로 중국 법원은 영업비밀 침해 손해배상 산정에서 법정손해배상 방식을 주요한 수단으로 활용하고 있다.¹⁸²⁾ 따라서 법정손해배상제도는 본질적으로 손해액 추정을 위한 하나의 방식에 불과하지만, 실무적으로는 널리 활용될 수 있으며, 지식재산권 침해 사건의 신속한 해결과 권리자 권익 보장에 일정한 긍정적 의미를 가진다. 그러나 중국과 우리나라의 소송 환경이 다르므로 이 제도를 「특허법」이나 「영업비밀보호법」에 도입할지 여부, 도입하더라도 어떤 방식으로 도입할지에 대해서 신중히 검토해야 할 것이다.

(4) 기술침해에 대한 법정손해배상 제도 적용 한계

지금까지 「특허법」, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 등 기술보호 제도에 대한 법정손해배상 제도 도입 논의는 찾아보기 어렵다. 이는 기술은 그 분야 및 특성에 따라 손해의 규모가 크게 다르다는 점에서 기인하는 것으로 보인다. 그러나 이 같은 상황은 저작물 및 상표권에 있어서도 크게 다르지 않을 것으로 보이는데, 기술침해에 대한 법정손해배상 제도 도입 검토와 논의가 필요한 시점이다.

다만 기술침해에 대한 법정손해배상 제도 도입을 위하여 5배 배상 제도와 관계 설정 및 법원에 의한 상당한 손해액 인정과의 차별성을 가져야 할 것으로 보인다. 앞서 국내 법정손해배상 제도는 미국의 경우와는 달리 징벌적 성격보다는 절충적 성격으로 이해하였는데, 이와 같은 관점에서 법정손해액과 5배 배상 제도는 양립할 수 있을 것으로 보인다. 한편 대부분의 손해액 산정이 법원에 의한 상당한 손해액 인정으로 귀결되는 실무에 비추어 법정손해배상 제도가 도입되더라도 그 실효성은 높지 않을 것으로 보인다. 특히 중국의 입법례와 같이 법원에 의하여 증거에 비추어 상당한 손해액을 인정하면서, 그 상한액을 정하는 방식의 입법례는 오히려 현행 제도의 상한선을 정하는 것으로, 기술 보호 확대 관점에서는 부정적일 것으로 보인다. 따라서 기술 침해에 대한 법정손해배상 제도의 도입은 신중하게 접근할 필요가 있다. 특히 관련된 입법 시도가 부재하고, 선행 논의 조차 없는 현 시점에서는 구체적인 도입 방안을 마련하기보다는 법정손해배상 도입을 위한 고려사항을 제시하고, 이에 따른 논의의 장을 개설하는 것이 보다 합리적인 접근 방안으로 보인다. 따라서 이하에서는 기술침해에 대한 법정손해배상 제도 도입 시 선행되어야 할 검토 사항을 제안하고자 한다.

182) 马一德·汪婷, 商业秘密法定赔偿的问题检视与应对, 电子知识产权 2024年第5期, 86면.

〈표 26〉 손해배상 제도 도입 시 검토 사항(안)

1. 입법의 타당성 검토
 - 실손해 보전이라는 국내 손해배상 제도와와의 균형 고려
 - 징벌적 손해배상 제도와와의 양립 여부 및 다른 손해액 산정방식과의 관계성 검토
 - 법원의 재량을 폭넓게 인정하되 상당한 손해액 방식과의 차별성이 필요
 - 법정손해액이 침해 억제 효과 및 최소한의 보전을 충족하는 수준이어야 함
2. 적용 요건 검토
 - 고의 요건에 관한 검토 또는 고의 침해 시 법정액에 대한 배액 배상 제도 검토
 - 입증 곤란, 소송 상대방의 비협조 등에 따라 손해액의 계산이 극히 어려운 경우 적용하는 방안 고려 가능
3. 상한액 또는 하한액 규정 여부
 - 손해액 산정에 관하여 구체적인 조항을 두고 있는 현행 법체계에 비추어, 법정손해배상의 상한액을 정하는 경우 오히려 법원에 의한 상당한 손해액 인정에 대한 상한선으로 작용할 수 있음
 - 반대로 하한액을 정하는 경우, 실손해에 비하여 과도한 손해배상을 해야 하는 상황이 우려되며 남소 우려 발생
4. 상한액 또는 하한액의 기준
 - 기술의 경우 그 분야와 특성에 따라 손해액이 큰 폭으로 상이하다는 점에서, 분야별로 상한액 또는 하한액을 차등 규정하는 방안을 고려할 수 있음
 - 또는 특정한 산정방식(ex. 합리적 실시료) 또는 특정 비율(ex. 3% 로열티율)을 하한액으로 규정하는 입법 방안을 고려할 수 있음

생각건대 현행 법체계, 기술침해에 대한 손해액 산정 규정과 입증 제도 및 5배 배상 제도 등이 비추어 법정손해배상 제도를 현행 「상표법」 또는 「저작권법」 또는 중국 전리법과 같은 형태로 도입한다면 입법의 실효성을 거둘 수 없을 것으로 보인다. 따라서 손해액을 법정하는 방식의 법정손해배상 제도를 도입하는 경우, 손해액의 최저한으로 여겨지는 합리적 실시료를 그 하한선으로 정하거나,¹⁸³⁾ 일정 수준의 실시료율을 손해액의 하한액으로 규정하는 방식 등 금액이 아닌 범위, 비율 또는 특정 개념을 상당한 손해액에 대한 하한선으로 정한다면 입법의 실효성을 강화할 수 있을 것으로 기대된다. 다만 이와 같은 입법은 법관의 자유심증주의에 따른 재량 영역과 간섭을 발생시킬 여지가 있고 국내 법체계와의 정합성이 다소 부족하다는 점에서, 충분한 사회적 합의와 관련 법리의 연구가 지속될 필요가 있다.

183) 김민기의원 대표발의, “특허법 일부개정법률안”, 2019.4.3.(의안번호 19551) 참조.

제3장

특허·영업비밀 침해 손해배상 산정시 R&D 투자비용 인정 등 관련 제도 개선

제1절 주요국 특허법의 손해배상액 산정 법리

제2절 R&D 비용의 정의 및 세부 내용 구분

: 지식재산권법적 고찰

제3절 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서
연구개발비 반영 여부

제4절 영업비밀 사건에서의 연구개발비 반영

제5절 영업비밀 침해소송에서 R&D 비용의 손해액
산정 반영 및 특허 손해배상 범위 확대를
위한 제도적 방안

제3장 특허·영업비밀 침해 손해배상 산정시 R&D 투자비용 인정 등 관련 제도 개선

제1절 주요국 특허법의 손해배상액 산정 법리

1. 한국

가. 특허권 침해에서의 손해

민법 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하여 불법행위로 인한 손해배상청구의 근거 규정을 마련하고 있다. 특허권의 침해는 제3자가 특허권자의 허락 없이 특허발명을 실시하거나 특허법 제127조가 규정하는 침해로 보는 행위를 하면 성립되며 침해자의 고의·과실, 위법성, 책임능력, 손해, 침해와 손해와의 인과관계 등 요건이 갖추어지면 불법행위를 구성하여 손해배상청구권을 발생시킨다(제128조 제1항).¹⁸⁴⁾ 민법에서 손해는 일반적으로, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 대한 침해로 인한 불이익, 즉 법익 침해로 인한 손실 또는 권리침해 그 자체로 이해된다.¹⁸⁵⁾ 다만, 손해의 개념에 대해서는 불법행위가 없었더라면 존재하였을 이익 상태와 불법행위가 발생한 현재의 이익 상태 간의 차이를 손해로 보는 차액설과, 불법행위로 인해 피해자가 입은 현실적·구체적인 손실을 손해로 보는 평가설로 대별된다.¹⁸⁶⁾ 종래의 통설과 판례는 차액설을 취하고 있고 특허권도 재산권이므로 차액설로 설명되지만, 특허권자가 특허기술을 직접 실시하지 않고 제3자에게도 실시를 허락하지 않은 경우, 침해로 인해 일정한 경제적 불이익이 발생한 것은 분명하더라도, 차액설에 근거하여 손해액을 산정하는 것은 어렵다.¹⁸⁷⁾ 이러한 경우 평가설에 입각한 손해액 산정이 유용한 것으로 이는 독일의 학자 노이너(Robert Neuner)의 손해 개념, 즉 배타적인 특허권이 침해로 인한 손해는 상실된 객관적 이용가치이며, 그 이용가치를 반영한 실시료 상당액은 최소한 배상되어야 한다는 것이다.¹⁸⁸⁾ 이 평가설을 적용한 법리가 특허법 제128

184) 조영선, 『특허법 3.1』, 박영사, 2023, 349면.

185) 김용섭, “특허권침해와 손해배상”, 『산업재산권』 제35호, 한국지식재산학회, 2011, 109-110면(“불법행위법상의 손해란 법적으로 보호할 만한 가치가 있는 이익에 대한 침해로 인하여 생긴 불이익(법익에 관하여 받은 불이익) 또는 권리침해 자체라고 보면서도”).

186) 최지선, 『법원의 특허침해 손해액 산정법 : 통계학적 분석과 기술가치평가 방법론 활용 가능성 검토를 중심으로』, 경인문화사, 2017, 22-23면.

187) 김용섭, 위의 논문, 110면(“종래의 통설과 판례는 차액설을 취하고 있으므로 특허권 침해의 경우에도 재산적 손해는 통상 차액설에 의해 파악하고 산정할 수 있다. 그러나 특허권자가 특허품을 스스로 제조·판매하지 않고 제3자에게 실시허락도 않고 있는 경우에는 특허권자가 침해로 인하여 어떤 경제적인 불이익을 입은 것은 사실이나 차액설에 따라 손해액을 산정하기는 어렵다.”).

188) 최지선, 위의 책, 24면(“독일에서 규범적 손해개념을 제창한 대표적 학자인 노이너(Robert Neuner)는 절대적인 특허권이 침해된 경우 손해는 침해로 상실된 객관적 이용가치라고 정의하며 그 정의에 따라 특허권의 이용가치를 채

조 제4항의 실시료 상당액에 의한 손해배상액 산정 법리이다.

나. 제128조의 구체적 적용

우리나라 지식재산권 법제는 권리자의 손해배상청구를 보다 용이하고 실효적으로 보장하기 위하여, 저작권법·특허법·상표법 등 각각 개별 법률에서 민법 제750조의 일반 불법행위책임의 특칙에 해당하는 손해배상 규정을 별도로 두고 있다.¹⁸⁹⁾ 특허법은 1990년 개정을 통하여 제128조를 신설하여 특허권자의 손해배상청구가 용이하게 되었다.¹⁹⁰⁾ 현행 특허법 제128조는 일실이익(제2항), 침해자 이익(제4항), 합리적 실시료(제5항), 고의 침해에 적용되는 증액 배상(제8항, 제9항) 및 기타 보완 법리(제6항, 제7항)를 포함하고 있다.

(1) 침해품의 양도수량에 의한 일실이익 산정(제2항)

일실이익은 특허권 침해가 없었을 경우 특허권자가 얻었을 이익을 의미하며, 이는 판매량 감소, 가격 하락, 비용 증가 등이 반영될 수 있다.¹⁹¹⁾ 특허법 제128조 제2항 제1호는 권리자가 침해자에게 제1항에 기한 손해배상을 청구하는 경우, 침해자가 침해품을 양도하였을 때에 그 양도수량에 권리자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량 당 이익액을 곱한 금액을 권리자의 손해액으로 할 수 있다고 규정하고, 제2호는 침해자의 양도수량 중 제1호에 따라 일실이익에 의해 산정되는 수량을 제외한 나머지 수량에 대해 합리적 실시료 산정할 수 있다고 규정한다. 제2항 규정은 기본적으로 특허권의 독점적 성격을 전제로 하여, 권리자의 실시능력 범위 내에서는 ‘침해자의 양도수량 = 권리자의 상실된 판매수량’으로 보아, 침해품의 양도수량에 특허제품의 단위 이익액을 곱한 금액을 손해액으로 산정할 수 있도록 한 것이다.¹⁹²⁾

화하고 있는 실시료 상당액이 최소한 배상되어야 한다고 주장하였다.”).

189) 김상중, “지적재산권 침해로 인한 손해배상책임: 손해배상법의 현대적 발전경향의 관점에서”, 『재산법연구』 제31권 제3호, 한국재산법학회, 2014, 254면(“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.”).

190) 박성수, 『특허침해로 인한 손해배상액의 산정』, 경인문화사, 2017, 26면(“중요한 것은 1990년 법이 제128조를 신설하여 손해액의 증명에 대하여 특허권자에게 많은 편의를 줌으로써 종래의 제156조 제2항이 일정한 요건 아래에서 침해자에게 금전손해배상을 면제해주었던 것과는 정반대로 금전손해배상의 청구를 매우 용이하게 해주는 것으로 바뀌게 되었다는 것이다.”).

191) 신혜은, “특허권침해에 대한 손해배상액의 산정”, 『경영법률』 제18권 제2호, 한국경영법률학회, 2008, 4면(“일실이익이란 문자 그대로 특허권자가 특허권 침해가 없었더라면(but for) 얻을 수 있었을 이익을 계산하는 것으로서, 판매의 감소, 판매가격의 저하, 비용의 증대가 고려될 수 있다.”).

192) 박성수, 위의 책, 212면(“특허법은 특허법 제128조 제1항의 특칙을 두어 특허권의 침해자가 침해제품을 양도(판매)한 때에는 그 양도수량에 특허권자의 제품의 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 특허권자의 손해액으로 삼을 수 있다고 규정하고 있는 것이다.”).

〈표 27〉 제128조 제2항 제1호 및 제2호에 의한 일실이익 산정방법

구분	제128조 제2항의 규정	설명
제1호 전반부	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	침해품의 양도수량 - 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량
제1호 중반부	특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘지 않는 수량에	특허권자가 생산할 수 있었던 수량 - 특허권자가 실제 판매한 수량
제1호 후반부	넘지 않는 수량	(침해품의 양도수량 - 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량) < (특허권자가 생산할 수 있었던 제품의 수량 - 특허권자가 실제 판매한 제품의 수량)
제2호	생략	침해품 양도수량에서 제1호에 따라 인과관계가 인정될 수 없는 수량에 대하여 합리적 실시료를 산정

※ 출처: 정차호·황성필·장태미, “특허법에서의 손해배상액 혼합산정 법리”, 『산업재산권』 제72호, 한국지식재산학회, 2022, 62-63면; 정여단, “지식재산권 침해로 인한 손해배상액 산정에서 기여도 법리 -특허권(기술 영업비밀 포함), 상표권 및 저작권을 중심으로-”, 성균관대학교 박사학위논문, 2023, 8-9면 참조.

(가) 침해행위를 하게 한 물건의 양도

구성요소완비의 원칙(all elements rule)에 따라, ‘침해행위를 하게 한 물건’이란, 특허청구범위의 모든 요소를 사용하고 있는 물건을 의미하고 제126조에서의 ‘침해행위를 조성하는 물건’의 표현과 본질적인 차이는 없다고 보고 있다.¹⁹³⁾ ‘양도’는 권리자의 허락 없이 생산, 수입, 대여한 물건을 양도하거나 재차 양도하는 행위도 해당하므로 침해품을 무단으로 생산, 판매하는 1차적 침해자와 침해품의 유통에 관여하는 2차적 침해자도 규정이 적용된다.¹⁹⁴⁾

(나) 침해행위가 없었더라면 권리자가 판매할 수 있었던 물건

‘침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건’에 특허발명을 실시하여 제조한 물건인 특허제품으로 한정되어야 하는지 또는 특허제품이 아닌 침해품과 경합관계가 인정되는 권리자 제품도 포함되는지에 대해서는 이견이 있다. 이와 관련하여, “특허발명의 무단 실시 그 자체가 권리자에게 손해라고 보는 이상 권리자에게는 항상 손해가 있는 것이고, 그 손해의 크기는 특허법 제128조에 의하여 평가하는 것이라고 새기면 비특허제품과 경쟁하는 침해제품에 의하여서도 손해를 인정함에 아무런 지장이 없다.”는 견해가 있다.¹⁹⁵⁾

193) 정차호·장태미, 『특허법의 손해배상론』, 동방문화사, 2016, 11면(“특허법 제126조 제2항에서는 ‘침해행위를 조성한 물건’이라는 표현을 사용하고 있는데, 이는 ‘침해행위를 하게 한 물건’의 의미와 차이가 없다고 본다.”).

194) 조영선, 앞의 책, 491면.

195) 박성수, 앞의 책, 225-226면.

(다) 단위수량당 이익액

‘단위수량당 이익액’과 관련하여 이익은 매출액에서 비용을 공제하여 산정되는데 어떤 비용을 공제할 것인가에 대하여 총이익설, 순이익설, 한계이익설 등 견해가 나뉜다. 판례는 이익액은 매출총액에서 제품을 추가로 생산할 때마다 증가하는 변동비용만을 공제한 금액이라는 한계이익설의 입장을 취하고 있다.¹⁹⁶⁾

(라) 합리적 실시료의 혼합산정

2020년 개정 특허법은 침해품 수량 중 제1호의 규정에 따라 인과관계가 성립되지 않는 수량에 대하여 합리적인 실시료에 해당하는 금액을 배상받을 수 있다고 규정한다. 이로써 일실이익에 의한 산정액과 실시료에 의한 산정액이 합쳐서 산정될 수 있는 ‘혼합산정’ 법리가 도입되었다. 이러한 법리는 법 개정 이전에도 이미 허용 가능하다는 주장이 제기되어 왔으며, 실제로 이를 허용한 판결도 확인된다.¹⁹⁷⁾ 제2호의 혼합산정 규정을 ‘생산능력 초과수량’이나 ‘권리자가 판매할 수 없었던 수량’처럼 침해자가 특허발명을 실시하였더라도 인과관계 단절로 인해 단위수량당 이익액 배상의 대상이 되지 않는 부분에 대해 상당한 손해를 보충적으로 인정하려는 데 그 목적이 있는 것으로 특허권 침해로 인해 침해자가 이득을 볼 수 있었던 상황을 방지하고 권리자의 권리를 더 적절히 보호할 수 있게 하는 것이라고 이해할 수 있다.¹⁹⁸⁾

(마) 증명책임

기본적으로 권리자가 제2항 제1호의 문언에 대한 증명책임을 부담하는 것으로 침해품의 양도수량, 특허권자 제품의 단위수량당 이익액, 특허권자의 생산능력 등을 증명하여야 한다. 다만, “침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량은 권리를 침해한 자가 증명하여야 한다.”고 생각된다.¹⁹⁹⁾

(2) 침해자 이익(제4항)

특허법 제128조 제4항의 규정은 다음과 같다. “특허권자 또는 전용실시권자가 고의 또는 과실에 의하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 추정한다.” 이는 특허권 침해자의 이익과 특허권자의 손해액이 같다고 추정하는 것이다. 침해자 이익액을 특허권자의 손해액으로 ‘추정’한다는 규정의 해석에 있어서 어려운 점은 침해자의 이익이 영업능력에서 비롯된 것, 특허발명이 제품의 일부에 불과한 것, 또는 실시허락을 통한 통상 이익 범위에 국한되어야 한다는 항변·증명이 있을 때, 그로 인해 추정이 번복되는지가 쟁점이 된다.²⁰⁰⁾ 하지만 특허

196) 대법원 2006.10.13. 선고 2005다36830 판결; 특허법원 2025.5.28. 선고 2024나10034 판결; 특허법원 2025.3.13. 선고 2022나2206 판결 등.

197) 정차호·황성필·장태미, 앞의 논문, 65면(“2020년 개정 특허법에 새롭게 명문화 된 일실이익 및 합리적 실시료에 의한 혼합산정은 법개정 전에도 가능했었다는 주장이 제기된 바있고, 혼합산정을 허용했던 판결도 검색된다.”).

198) 조영선, 앞의 책, 511면; 정차호·황성필·장태미, 앞의 논문, 65면.

199) 정차호·황성필·장태미, 위의 논문, 89면(“다만, 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량은 권리를 침해한 자가 증명하여야 한다.”).

200) 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 홍문사, 2020, 218면(“이러한 추정규정의 해석에 있어서 어려운 점은 침해자가 받

법은 ‘침해행위로 인하여 얻은 이익액’을 손해액으로 추정하고 있으므로 손해액은 침해행위와 인과관계가 인정되는 범위의 이익에 국한된다는 점은 논란의 여지가 없다.²⁰¹⁾

(가) 이익의 산정

일신허익 부분에서 설명한 바와 같이, 이익은 매출액에서 비용을 공제하여 산정되는 것으로 어떠한 비용을 공제하는가에 따라 손해배상액은 상당한 차이가 발생할 수 있다. 비용 공제와 관련하여 학설이 대립되는데 순이익설은 침해자의 전체 매출에서 모든 비용, 즉 고정비용과 변동비용을 공제한 순이익을 기준으로 하고 총이익설은 변동비용과 침해행위에 직접적으로 관련된 고정비용만을 공제한 이익을 기준으로 하며, 한계이익설은 원칙적으로 변동비용만을 공제한 이익을 기준으로 한다.²⁰²⁾ 한편, 한국의 학설과 판례는 명확한 근거 설명 없이 대부분 순이익설을 따르는 것으로 설명되기도 하지만 이러한 주장의 근거는 불분명하며, 최근 법률 실무에서는 한계이익설을 적용하는 사례가 더 많아지는 추세로 보인다.²⁰³⁾ 대법원은 상표권 손해배상을 위한 침해자 이익을 산정함에 있어서 순이익에 따른 판결을 허용하였고,²⁰⁴⁾ 영업비밀 침해 손해배상 사건에서는 침해자 이익을 산정함에 있어서 한계이익을 실시하였다.²⁰⁵⁾ 다만, 한계이익에 따른 손해배상액을 산정한 판례에서 기존의 순이익에 따른 판례를 폐기한 것은 아니라고 한다.²⁰⁶⁾ 어정쩡한 태도를 보인 판례라고 생각된다. 그리하여 하급심 법원에서는 순이익설 또는 한계이익설 모두 적용할 수 있어 적용방식에 따라 손해액 인정 규모에 상당한 차이가 발생하는 혼재된 양상이 나타나고 있다.²⁰⁷⁾ 순이익설을 따른 최근 판례는 주요국에서는 보이지 않는다.

(나) 증명책임

특허권자는 침해자의 이익을 증명하기 위하여 관련 증거를 제시하여야 한다. 다만, 특허권자가 침해자의 제품 생산에 들어간 비용을 주장하고 증명하는 것은 현실적으로 매우 어려운 경우가 많아서, 이러한 증명책임을 특허권자가 모두 부담하게 되면, 침해자 이익 규정의 추정이 무력화되어, 증명책임 완화를 도모한 입법

은 이익이 침해자의 영업능력의 결과로 인한 것이라거나 특허발명이 침해제품의 일부에 불과하다거나 또는 특허권자가 특허발명의 실시허락으로 통상 받을 수 있는 수익의 한도 내에서만 한정되어야 한다는 항변 및 입증을 하면 그러한 추정이 깨지는가의 문제이다.”).

201) 정상조·박준석, 위의 책, 219면(“우리 특허법은 ‘침해행위로 인하여 얻은 이익액’을 손해액으로 추정하고 있기 때문에 손해액은 침해행위와 인과관계가 있는 이익액의 범위 내로 한정된다고 하는 점에는 이론의 여지가 없다.”).

202) 박성수, 앞의 책, 275면(“순이익설(net benefit)은 침해자의 이익에서 모든 비용, 즉 고정비용(감가상각액, 일반관리비 등을 판매수량에 비례적으로 대응된 금액)과 변동비용(재료비, 판매비 등)을 공제한 것이고 총이익설(gross benefit)은 변동비용 외에 고정비용은 직접 필요하였던 비용만 (일반관리비는 불포함)을 공제하는 것이며, 한계이익설(marginal profit)은 원칙적으로 변동비용만을 공제한 것이다.”).

203) 박성수, 위의 책, 279면(“우리 나라의 학설과 판례는 그 논거에 관해서는 상세한 설명 없이 대부분 순이익설을 취하고 있다는 설명이 있는데 그 근거를 알기 어렵다. 오히려 최근의 실무의 경향은 한계이익설을 채택하는 태도가 다수라고 보인다.”).

204) 대법원 1997.9.12. 선고 1996다43119 판결.

205) 대법원 2014.12.24. 선고 2012다77761 판결.

206) 최지선, 앞의 책, 235면(“그러나 이렇게 한계이익에 따른 손해배상액을 산정이 적합함을 실시한 판례에서 기존의 순이익에 따르는 판례를 폐기한 것은 아니다.”).

207) 최지선, 위의 책, 236면(“하급심 법원에서는 그것이 순이익이든 한계이익이든 어느 판례든 사용할 수 있었고 그 결과 제1심 법원 판결에는 상당한 인용액의 차이를 가져올 수 있는 개념들이 혼재되어 사용되는 결과를 초래하고 있다.”).

취지에 반한다는 비판이 제기된다.²⁰⁸⁾ 이러한 비판에 따라 특허권자는 총이익만 증명하면 되고, 직접비를 제외하고 공제될 수 있는 경비에 대해서는 침해자가 주장·증명하여야 한다는 견해도 있다.²⁰⁹⁾

(다) 실무에서의 매우 쉬운 이익 산정

특허권자가 본인의 이익률을 증명하기도 어려운데, 침해자(타인)의 이익률을 증명하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 미국 특허법이 침해자 이익에 의한 산정을 1946년 법개정을 통하여 산정방법에서 삭제한 것도 그러한 어려움에 기인한다.²¹⁰⁾²¹¹⁾²¹²⁾ 그런데, 다행스럽게도 우리 법원은 통계치에서의 이익률을 인정하므로, 그 증명이 매우 쉬운 편이다. 즉, 국세청 고시 단순경비율 또는 한국은행의 업종별 변동비 비율 등의 통계치를 이용하여 침해자 이익을 손쉽게 산정하는 것이다. 그러므로, 침해자 이익의 산정에 있어서는 침해자의 매출액만 특정되면 침해자 이익은 거의 자동적으로 산정되는 것이다. 타인이 연구개발비를 투자하여 개발한 특허발명을 무임으로 활용(free riding)하는 경우, 침해자의 이익률이 통계치보다 더 높을 것이 쉽게 예상되므로,²¹³⁾ 통계치를 적용한다고 하여 침해자에게 가혹한 것은 아닐 것이다. 침해자의 이익률이 통계치보다 더 높을 것이나, 어차피 그 정확한 수치를 증명할 수 없는 원고는 별도의 노력 없이 이익률을 증명할 수 있다는 점에서 그 수치에 만족할 것이다. 그런 점에서 통계치 이익률은 양 당사자가 반대하기 어려운 상황적 근거를 가진다. 비록 해당 사안에 정확한 수치를 적용하는 것이 아니라는 단점에도 불구하고,²¹⁴⁾ 우리 법원이 실용적인 관점에서 통계치 이익률을 적용하는 것은 매우 바람직한 처사라고 생각된다. 한발 더 나아간다면, 법원이 통계치 이익률보다 더 높은 이익률을 적용하는 것이 가능할 것이다. 위에서 언급한 바와 같이, 타인이 연구개발비를 투자하여 개발한 특허발명을 무임으로 활용(free riding)하는 경우, 침해자의 이익률이 통계치 이익률보다 더 높을 것이 쉽게 예상되므로,²¹⁵⁾ 통계치 이익률보다 더 높은 이익률을 적용하는 것이 가능

208) 박성수, 앞의 책, 280면(“그러나 권리자가 침해자의 당해 제품에 관하여 직접 필요한 경비를 주장·증명하는 것은 현실적으로 곤란한 경우가 많아서 주장·증명책임은 권리자에게 완전히 부담시키는 경우에는 침해자 이익 규정의 추정을 받을 수 없게 되고 증명책임 경감이라는 특허법상 침해자 이익 규정의 입법취지에 반하게 된다는 비판이 있다.”).

209) 이상경, 『지적재산권소송법』, 육법사, 1998, 299면(“입증부담의 공평이라고 하는 관점에서 원고의 입증은 총이익으로서 족하고 순이익의 산출에 필요한 경비에 관하여서는 소극적 사실로서 피고가 주장·입증하여야 할 것이다.”).

210) H.R. Rep. No. 1587, 79th Cong., 2d Sess. 1-2 (1946), to accompany H.R. 5311 (“The object of the bill is to make the basis of recovery in patent-infringement suits general damages ... rather than profits and damages.”)

211) 92 Cong. Rec. 9188 (1946) (statement of Sen. Pepper) (“Experience has proven that it is such a difficult accounting matter to determine what the profit of the alleged infringer has been that there is almost always an interminable delay in connection with the recovery sought.”)

212) *Ellipse Corp. v. Ford Motor Co.*, 461 F. Supp. 1354, 1361 (N.D. Ill. 1978) (“Congress amended the statute in 1946 to eliminate recovery of profits “precisely because of the impossibility of apportioning profits to a piece or part of a larger entity.”).

213) Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, *Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases*, 100 B.U. L. Rev. 1999, 2066 & n.212 (2020) (무단 사용에 대한 무당이득은 통상 피고가 절약한 R&D 비용을 포함한다고 소개).

214) *Glattly v. Air Starter Components, Inc.*, 332 S.W.3d 620, 635 (Tex. App.—Houston [1st Dist.] 2010, pet. denied) (“Additionally, Ferguson used an average profit margin for all of Air Starter’s sales, not a profit margin associated with a particular product or customer.”)(평균치 사용을 경계한 예)/

215) OECD, *Generic Pharmaceuticals* (DAF/COMP(2009)39) 17-18 (2010) (“제약은 높은 가격-비용 마진을 가져 제네릭이 가격을 낮춰도 이익을 낼 여지가 크다”, 신약은 매우 높은 고정비(R&D)가 필요).

할 것이다. 그러한 사례로 미국의 상표사건인 *Ferrellgas v. Best Choice* (M.D.N.C. 2017) 판결이 예시된다. 해당 사건에서 법원은 일반적·관행적 평균 이익률이 20% 또는 25%라고 인정한 후, 실제로는 33%의 이익률을 적용하여 침해자 이익을 산정한 바 있다.

결과적으로, 법원이 통계치 이익률을 인정해 주는 태도로 인하여 원고는 대부분의 특허사건에서(일실이익 또는 합리적 실시료가 아닌) 침해자 이익에 의한 손해배상액 산정을 청구한다. 아래 표는 통계치 이익률을 적용하여 침해자 이익을 산정한 사례를 정리한 것이다.

〈표 28〉 통계치 이익률을 적용한 사례

연번	판결번호	내용	사용된 통계치
1	특허법원 2024. 1. 28. 선고 2021나1787 판결	침해제품(리바스티그민 패치) 매출에 “통계에 의한 공헌이익률”을 곱해 침해자의 이익을 산정	한국은행 「기업경영분석」의 업종별 ‘변동비/매출’ 비율(의료용 물질·의약품, 대기업) → 공헌이익률(=1-변동비율)로 전환하여 매출×공헌이익률로 계산 ²¹⁶⁾
2	특허법원 2024. 10. 31. 선고 2023나11276 판결	침해자의 이익을 산정하면서 “통계에 의한 공헌이익률을 곱하는 방법”을 긍정적으로 실시	업종별 ‘단순경비율’을 활용해 한계이익률(예: 92.4% → 7.6%)을 도출·적용
3	특허법원 2019. 7. 5. 선고 2018나2414 판결 (상표 사건)	원고는 침해자 이익 산정(110조 3항) 주장 법원은 상당한 손해액 산정(110조 6항)	국세청 고시 ‘단순경비율’을 이용해 침해자의 추정 이익을 계산(매출×(1-단순경비율)).
4	특허법원 2017. 11. 30. 선고 2017나1346 판결 (특허 사건)	침해자의 이익액을 산정하는데 곤란함이 있어 특허법 제128조 제7항에 따라 법원이 상당한 손해액을 인정	피고 재무자료상 영업이익이익률이 왜곡되거나 음수인 사안에서 국세청 고시 단순 경비율을 감안하여 영업이익이익률 11.6% 적용

(라) 미국에서의 통계치 이익률을 적용한 침해자 이익 산정

미국 특허법은 침해자 이익에 의한 손해 산정 방식을 삭제하여서(1946년), 그 후로는 침해자 이익에 의한 산정이 법적으로 인정되지 않는다. 그런데, 미국 상표법 제1117(a)조에 따라서는 여전히 침해자 이익(disgorgement)에 의한 산정이 가능하다.²¹⁷⁾ 그리고 그 침해자 이익 산정에 있어서 통계치 이익률을 활용한다. 아래 표는 미국 법원이 상표사건에서 통계치 이익률을 적용한 사례를 보여준다.

216) 법원은 이 통계가 신뢰할 만하다고 보고 피고가 반증하지 못하면 추정이 깨지지 않는다고 판시.

217) 15 U.S.C. § 1117 (a) Profits; damages and costs; attorney fees When a violation of any right of the registrant of a mark registered in the Patent and Trademark Office, a violation under section 1125(a) or (d) of this title, or a willful violation under section 1125(c) of this title, shall have been established in any civil action arising under this chapter, the plaintiff shall be entitled, subject to the provisions of sections 1111 and 1114 of this title, and subject to the principles of equity, to recover (1) defendant's profits, (2) any damages sustained by the plaintiff, and (3) the costs of the action.

〈표 29〉 미국 상표사건에서의 통계치 이익률 적용 사례

연번	판결이름	통계치	실제 적용
1	Ferrellgas v. Best Choice (M.D.N.C. 2017)	일반적·관행적 평균 이익률 20% 또는 25%를 적용한 사례들을 인용	33%
2	Sethness-Greenleaf v. Green River (N.D. Ill. 1995)	“general and customary average profit margin” ²¹⁸⁾	20%
3	Hospitality International v. Mahtani (M.D.N.C. 1998)	별도의 근거수치 제시 없음 형명에 따른 재량(15 U.S.C. § 1117(a))으로 25% 선택 ²¹⁹⁾	25%
4	Otis Clapp v. Filmore Vitamin (7th Cir. 1985)	판매가 대비 제조비용이 70%라는 피고 진술 해당 회계연도 적자(재무자료)	15%
5	KFC v. Lilleoren (W.D. Ky. 1993)	원고는 Otis Clapp 판결의 15%를 근거로 제시 통계치 미활용	10%
6	Revelry Vintners v. Mackay Restaurant (E.D. Wash.,)	레스토랑 업종의 산업 평균이익률을 증거로 인정	원고 이익률 수치 적용

(3) 합리적인 실시료(제5항)

제128조 제5항은 “제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 그 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다.”라고 규정하여 합리적인 실시료에 기초한 손해배상액 산정방법을 규정하고 있다. 침해자가 특허발명을 임의로 실시한 경우, 권리자는 적어도 그에 상응하는 실시료를 함으로써 손해를 입는 것이 명백하므로, 이러한 손해와 침해행위 사이의 인과관계는 비교적 용이하게 인정될 수 있다.²²⁰⁾ 또한, 제6항과²²¹⁾ 결합하여 합리적인 실시료를 최소한의 배상액이라고 인정하는 셈이다.

합리적 실시료를 책정하기 위해 고려하는 요소가 중요하다. 판례에서는 합리적인 실시료의 고려요소로 특허발명의 객관적인 기술적 가치, 당해 특허발명에 대한 제3자와의 실시계약 내용, 당해 침해자와의 과거의 실시계약 내용, 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 등을 제시하고 있다.²²²⁾

218) Sethness-Greenleaf, Inc. v. Green River Corp., Nos. 89 C 9203, 91 C 4373, 1995 WL 571415, at *4 (N.D. Ill. Sept. 21, 1995) (“the court will award plaintiff 20% of defendant’s gross sales, which is ‘the general and customary average profit margin sought by businesses.’”).

219) “subject to the principles of equity, plaintiff may recover (1) defendant’s profits, (2) any damages sustained by plaintiff, and (3) the costs of the action.”

220) 조영선, 앞의 책, 534면.

221) 특허법 제128조 제6항(“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.”).

222) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결.

합리적인 실시료의 증명책임은 특허권자가 부담하는 것으로 만약 특허권자가 관련 증명책임을 다하는 경우 법원은 산정되는 액수가 가상의 실시료보다 낮지 않도록 책정하여야 한다는 의견이 있다.²²³⁾ 미국 특허법이 합리적 실시료가 손해배상액의 최소한이 되어야 한다고 규정하는 점²²⁴⁾ 및 합리적 실시료보다 낮은 손해배상액은 실시계약보다 침해를 유도하게 된다는 점²²⁵⁾ 등에서 타당한 의견이라고 생각된다.

(4) 상당한 손해액 인정(제7항)

제128조 제7항은 “법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에서 손해가 발생된 것은 인정되거나 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.”라고 규정하여 증명이 곤란한 손해액은 법원에서 재량으로 산정하는 것을 인정하고 있다. 다시 말하면, 제128조 제1항 내지 제6항에 일실이익, 침해자 이익 및 합리적인 실시료에 의해 손해배상액을 증명하는 것이 극히 어려운 경우, 법원이 형평의 원칙에 따라 합리적인 손해액을 인정할 수 있도록 해주는 것이다.²²⁶⁾ 제7항은 특허권 침해의 경우에만 적용되는 일종의 특칙으로 일반 민사소송법에는 없는 규정인데 제7항이 입법되고 난 후, 대법원에서 이러한 법리를 불법행위에 관한 손해배상 청구소송에서도 적용하는 것을 긍정하여 일반 불법행위의 경우에까지 확대 적용하게 되었다.²²⁷⁾ 혹자는 법원이 상당한 손해액에 의한 산정을 남용한다고 지적한 바 있다.²²⁸⁾ 원고가 (예를 들어) 침해자 이익에 의한 산정을 청구하는 경우, 법원은 처분권주의에 따라 그 원고의 선택을 존중해야 함에도, 우리 법원은 그 선택을 외면하고 상당한 손해액에 의한 산정을 하고 있다는 점에서 그 지적은 타당하다고 생각된다.

(5) 증액 배상(제8항)

증액배상제도는 2019년 특허법에 처음 도입되었고 2024년 법개정을 통하여 최대 증액배수가 ‘3’에서 ‘5’

223) 정차호·장태미, 앞의 책, 140면(“필자는 실시료 상당액에 대한 증명책임은 특허권자가 부담하고, 특허권자가 그 책임을 다하는 경우 법원은 산정되는 액수가 가상의 실시료보다 낮지 않도록 책정하여야 한다고 생각한다.”).

224) 35 U.S.C. § 284 “Upon finding for the claimant the court shall award the claimant damages adequate to compensate for the infringement, but in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by the infringer ….”

225) Laura B. Pincus, The Computation of Damages in Patent Infringement Actions, *Harvard Journal of Law & Technology* Volume 5, 1991, at 124 (“While generally courts attempt to fix a royalty by determining what licensees and licensors would have agreed upon at the time of the hypothetical negotiation, often courts look to information subsequent to the hypothetical time of licensing. There would then be an incentive to infringe because the infringer would only lose that amount that he would have lost had he attempted lawfully to use the patent in the first place.”).

226) 박성수, “제128조 손해액의 추정”, 『특허법 주해Ⅱ(정상조·박성수 편저)』, 박영사, 2010, 258면(“손해액 증명의 어려움으로 인하여 법원이 인정해준 손해배상액의 규모가 현실적인 손해액에 미치지 못하는 경우가 많아서 법원으로 하여금 형평에 입각하여 손해액을 인정할 수 있도록 해주는 것이다.”).

227) 박성수, 앞의 책(특허법 주해Ⅱ), 260-261면.

228) 정차호·장태미, “특허법 제128조 제6항에 따른 법원의 재량에 의한 ‘상당한’ 손해액의 인정”, 『지식재산연구』 제10권 제2호, 한국지식재산연구원, 2015, 5면(“지나치게 많은 경우에서 법원이 제6항을 적용하고 있는데, 적용된 결과로 손해배상액이 크지 않다면 제6항은 특허권을 두텁게 보호하기 위한 본연의 목적을 달성하지 못할 뿐만 아니라 특허권자에게 오히려 피해를 입히는 독소조항으로 작용한다고 볼 수 있다.”).

로 높아졌다. 특허법 제128조 제8항은 “법원은 타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에는 제1항에도 불구하고 제2항부터 제7항까지의 규정에 따라 손해로 인정된 금액의 5배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있다”고 규정한다. 그에 따라 현행 제도는 ‘5배 증액제도’라고 칭할 수 있다. 동조 제2항부터 제7항까지의 규정에 따라 산정된 손해액(이하, ‘기초손해액’)에 증액배수를 곱하여 최종 손해배상액을 결정한다. 동조 제9항은 증액배상액을 판단할 시 고려요소를 규정한 것으로 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 정도이다. 증액배상제도는 영미법계에서 발전한 제도로, 한국에서는 비난가능성이 큰 불법행위에 대한 강한 민사적 제재의 사회적 수요에 기인하여 도입한 것이라 할 수 있다.²²⁹⁾ 2019년 특허법에 증액제도가 도입된 이래로, 특허법원이 2023나11276 판결인 특허사건에서 최초로 증액배수를 책정하였다. 적용가능 한 증액배수가 최대 ‘3’인 구 특허법이 적용된 해당 판결은 증액배수를 ‘2’로 결정하였다. ‘1’ 내지 ‘3’에서 결정될 수 있는 증액배수의 중간치가 결정된 것이다. 또 최근(2025. 8. 21.) 선고된 상표사건에서의 특허법원 2024나11402 판결은 증액배수 ‘1.5’를 적용하였다. 참고로, 두 사건에서 적용된 상표법에서의 최대 증액배수는 ‘3’이었다. 최대 3배 증액제도는 개정되었고, 특허법에서는 2024년 8월 21일부터, 상표법에서는 2025년 7월 22일부터 증액배수의 한도를 ‘3’에서 ‘5’로 상향하였다.

다. 소결

한국 특허법 제128조가 5배 증액제도를 규정하는 점에서, 한국의 특허권 보호에 관한 의지와 노력을 엿볼 수 있다. 대부분의 주요국이 특허법에 증액제도를 운영하지 않거나 거의 적용하지 않는 점, 증액제도를 운영하는 미국에서도 최대 증액배수가 ‘3’인 점 등을 감안하면, (중국의 6배 증액제도를 제외하고는) 주요국에서 유례가 없는 강한 증액제도를 운영하고 있다는 평가가 가능하다. 다만, 한국 특허사건에서는 ① 지나치게 낮은 기여도를 적용하는 사례가 많다는 점, ② 원고가 제대로 증명하지 않았다는 이유로 상당한 손해액에 따라 손해배상액을 산정하는 사례가 지나치게 많다는 점, ③ 자료제출명령제도, 생산방법 추정 규정 등이 존재함에도 불구하고 법원이 그러한 유효한 제도를 제대로 활용하지 않는다는 점 등의 문제점이 존재한다고 생각된다.

229) 이주환, “징벌적 손해배상제도에 대한 판결이 특허법상 증액손해배상제도의 실무적 운영에 주는 시사점”, 「연세법학」 제39호, 연세대학교 법학연구원, 2022, 70면(“우리나라에서 최초로 징벌적 손해배상제도가 도입된 하도급 거래 공정화에 관한 법률이 시행된 이후로, 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률, 대리점거래의 공정화에 관한 법률 등 많은 법률에 징벌적 손해배상제도가 도입되었다. 이들 법에 징벌적 손해배상제도가 도입되었고, 이들 법 이외의 많은 법에서도 징벌적 손해배상제도를 담은 법안이 국회에 계류 중인 중요한 이유는 사회적으로 비난가능성(culpability)이 있는 행위를 한 자에 대하여 ‘강한 민사적 제재’가 필요하다는 현실적인 요청에 기인하고 있다.”).

2. 미국

가. 특허권 침해 손해액 법리

1952년 이후로, 미국 특허법 제284조는 특허사건에서의 손해배상에 관하여 규정하고 있다.²³⁰⁾ 미국 특허법 제284조 규정은 다음과 같다.²³¹⁾

미국 특허법 제284조

- 청구인의 청구를 인용할 경우, 법원은 침해에 대한 충분한 손해배상을 명하여야 하고, 그 손해배상액은 침해자가 특허발명에 대한 합리적인 실시료 및 법원이 정한 이자 및 비용을 합한 금액보다 낮아서는 아니 된다.
- 배심원에서 손해액을 평결하지 아니한 경우, 법원이 이를 산정하여야 한다. 어느 경우라도 법원은 배심원에서 인정했거나 법원에서 산정한 금액의 최대 3배까지 손해배상 액수를 증액할 수 있다.

제284조는 특허권 침해에 대한 손해배상 원칙으로서 충분한(adequate) 보상을 하도록 규정한다. 특허권침해소송에서, 침해에 대한 손해배상의 산정에는 두 가지 방식이 있는데 첫째는 ‘합리적 실시료(reasonable royalty)’ 방식으로, 이는 특허법 제284조에 따라 침해가 인정되면 특허권자는 침해자가 특허발명을 실시한 대가로서 “침해에 대한 충분한 보상을 제공하는 손해배상, 최소 기준인 합리적 실시료 이상”을 받을 법적 권리를 갖는다.²³²⁾ 판례에서도 합리적인 실시료 산정방식이 손해배상의 최소 기준을 설정한다고 보고, “특허권자는 침해자가 특허발명을 실시한 대가로 합리적인 로열티 이상을 받아야 한다.”고 판시하고 있다.²³³⁾ 둘째는 ‘일실이익(lost profits)’ 방식으로, 특허권자가 침해행위가 없었더라면 추가적으로 실현할 수 있었던 매출과 이익이 존재함을 입증할 수 있는 경우에 인정되며 이는 특허권자의 실제 재무결과와 침해가 없었을 경우 기대할 수 있었던 가상의 성과 간의 차액으로 침해로 인해 특허권자가 입은 경제적 손해를 의미한다.²³⁴⁾ 특

230) John Skenyon et al., *Patent Damageds Law and Practice § 1:1*, The West Group (2024 Ed.) (“Since 1952, 35 USCA § 284 has governed the award of damages in patent cases.”).

231) 35 U.S.C. § 284 Damages

Upon finding for the claimant the court shall award the claimant damages adequate to compensate for the infringement, but in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by the infringer, together with interest and costs as fixed by the court.

When the damages are not found by a jury, the court shall assess them. In either event the court may increase the damages up to three times the amount found or assessed.

232) Stevan Porter & Michelle Rakiec, *IP Strategy, Valuation, and Damages*, LexisNexis (2015 Ed.) at 103 (“When patent property has been infringed, there are two alternative computational approaches to calculating damages. The first is the “reasonable royalty” approach. Upon a finding of infringement, the patentee is statutorily entitled to “damages adequate to compensate for the infringement but in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by the infringer.”).

233) *Bandag, Inc. v. Gerrard Tire Co.*, 704 F.2d 1578, 1583 (Fed. Cir. 1983) (“a reasonable royalty, when it can be determined, and which may be equivalent to an established royalty, is merely the floor below which damages shall not fall.”).

234) Stevan Porter & Michelle Rakiec, *supra*, at 103–104 (“The second approach is known as “lost profits.” A lost profits award may be granted when it is shown the infringed patentee would have made additional sales and profits were it not for the infringer's wrongdoing. The difference between the patentee's actual financial

허권자는 일실이익과 합리적인 실시료율 방식을 혼합산정하여 청구할 수 있다.²³⁵⁾ 예컨대 일실이익 산정이 가능한 경우라 하더라도, 특허권자가 침해자의 전체 매출 규모를 커버할 수 없을 때, 일실이익으로 포착되지 않는 나머지 부분에 대해서는 합리적 실시료가 적용된다.²³⁶⁾ 소위 혼합산정(hybrid calculation)이 허용되는 것이다.²³⁷⁾²³⁸⁾

미국에서는 특허사건에서 침해자 이익 방식으로 손해액을 산정하는 방식을 1819년에 처음 도입하였으나²³⁹⁾ 1946년 특허법 개정에서 소송 지연과 설득력 있는 증거 제시의 어려움을 이유로 침해자 이익 산정에 관한 해당 규정을 삭제하였다.²⁴⁰⁾ 다만 디자인특허법,²⁴¹⁾ 저작권법, 상표법²⁴²⁾ 및 통일영업비밀법²⁴³⁾ 등에서는 침해자 이익액 산정에 의한 손해액 산정이 여전히 허용되고 있다.

손해배상의 경제적 분석은 일반적으로 다음 네 가지 단계로 이루어진다. 첫째, 특허의 유효성, 권리행사 가능성, 침해 여부를 전제로 한다.²⁴⁴⁾ 둘째, 침해행위와 경제적 손해 간 인과관계를 평가한다. 이때 인과관계는 ‘but-for 테스트’를 통해 입증되며, 침해가 없었더라면 특허권자가 추가적인 이익을 실현했을 가능성이

results and the results it would have generated but-for the infringement represents the infringing party's economic injury.”).

235) John Skenyon et al., *supra*, at § 1:3 (“A patent owner may recover a mixed or split award, in which lost profits are used as a measure for some infringing sales, while a reasonable royalty is used as a measure for the remaining sales.”).

236) Stevan Porter & Michelle Rakiec, *supra* at 104 (“If lost profits are deemed an appropriate damage measure, but the patentee is unable to satisfy the full amount of sales made by the infringer, the quantum of infringement not captured in the lost profits accounting remains subject to reasonable royalties.”).

237) Jerry Hausman & Gregory K. Leonard, *Real Options and Patent Damages: The Legal Treatment of Non-Infringing Alternatives, and Incentives to Innovate* (2006), p. 2 footnote 3 (“A hybrid approach is often used as well in situations where not all of the infringing sales represented lost sales to the patent holder. In that case, a lost profits approach is used to calculate damages on the infringing sales that represent lost sales to the patent holder and a reasonable royalty approach is used to calculate damages on the remaining sales.”).
<https://economics.mit.edu/sites/default/files/2022-09/Real%20Options%20and%20Patent%20Damages%20The%20Legal%20Treatment%20of%20Non-Infringing%20Alternatives%2C%20and%20Incentives%20to%20Innovate.pdf>.

238) *Patent Infringement*, IPmetrics (“a hybrid approach featuring both a lost profits analysis and a reasonable royalty analysis is often utilized to calculate patent infringement damages.”). <https://ipmetrics.net/patent.html>.

239) 왕소려, “특허권침해로 인한 손해배상액 산정에 관한 연구”, 동의대학교 박사학위논문, 2019, 21면(“1819년 미국은 특허법 개정과정에서 부당하게 획득한 이익이라는 개념을 도입하였고 ...”).

240) 정차호·장태미, “침해자 이익액에 의한 손해배상액 산정: 특허법 개정방안”, 『법학논집』 제18권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 256면.

241) 정차호·장태미, 위의 논문, 256면; 미국 특허법 제289조(35 U.S.C. § 289) (“Whoever during the term of a patent for a design, without license of the owner, (1) applies the patented design, or any colorable imitation thereof, to any article of manufacture for the purpose of sale, or (2) sells or exposes for sale any article of manufacture to which such design or colorable imitation has been applied shall be liable to the owner to the extent of his total profit, but not less than \$250, recoverable in any United States district court having jurisdiction of the parties.”).

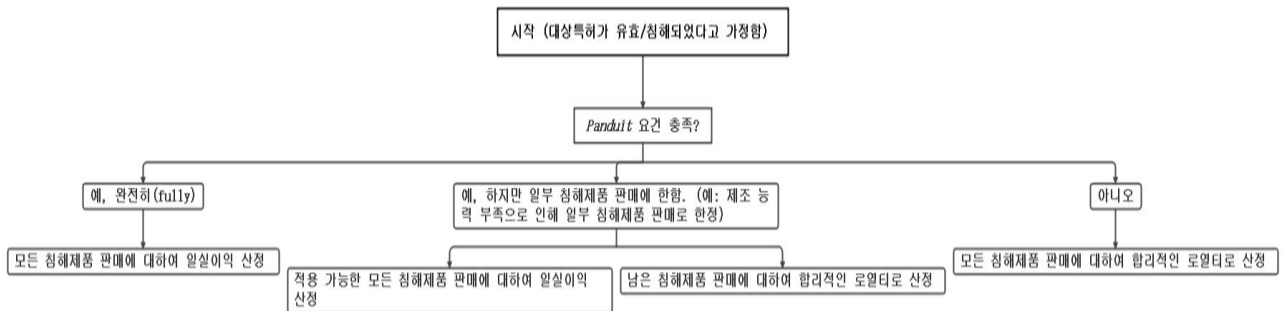
242) 정차호·장태미, 위의 논문, 256면; 미국 상표법 제1117조(15 U.S.C. § 1117(a)) (“When a violation of any right of the registrant of a mark registered in the Patent and Trademark Office, violation under section 1125(a) of this title, or a willful violation under section 1125(c) of this title, shall have been established in any civil action arising under this chapter, the plaintiff shall be entitled, ...subject to the principles of equity, to recover (1) defendant’s profits, (2) any damages sustained by the plaintiff, and (3) the costs of the action.”).

243) 정차호·장태미, 위의 논문, 256면; 미국 통일영업비밀법 제3426.3조(Uniform Trade Secret Act (UTSA) § 3426.3) (“remedies can include both the actual loss caused by misappropriation and the unjust enrichment caused by misappropriation that is not taken into account in computing actual loss.”).

244) Stevan Porter & Michelle Rakiec, *supra*, at 104 (“A first step in damage quantification requires acceptance of the assumption that the patent property in question is valid, enforceable, and infringed.”).

합리적으로 인정되어야 한다.²⁴⁵⁾ 셋째, 일실이익 또는 합리적 실시료 중 적절한 손해배상 산정방식을 선택한다. 인과관계가 입증되지 아니하는 경우 합리적 실시료 방식이 적용된다.²⁴⁶⁾ 넷째, 선택된 방식에 따라 구체적인 손해액을 산정한다.²⁴⁷⁾

미국 특허권 침해로 인한 손해액 분석의 흐름은 다음과 같다.²⁴⁸⁾



〈그림 2〉 미국법상 특허침해 손해배상의 산정 방식

나. 구체적 손해액 산정 법리

(1) 일실이익

특허권자가 일실이익에 기초한 손해배상을 청구하기 위해서는, 침해가 없었더라면(but for infringement) 자신이 침해제품의 판매를 직접 실현할 수 있었음을 증명하여야 한다.²⁴⁹⁾ 이러한 인과관계 판단기준을 일반적으로 ‘but-for 테스트’라고 한다. 이를 위한 법리가 최초로 1978년 *Pauit* 판결에서 최초로 제시되었는데 *Pauit* 테스트는 일실이익 산정에서 특허권자가 증명하여야 할 4가지 요건을 제시하였다.²⁵⁰⁾ 구체적으로 다음과 같다. ① 특허제품에 대한 수요(demand for the patented product), ② 인정 가능한 비침해 대체품의 부재(absence of acceptable noninfringing substitutes), ③ 수요에 대응하는 특허권자의 생산 및 판매능력(the manufacturing and marketing capability to exploit the demand), ④ 일실이익액(the amount of the profit he would have made).²⁵¹⁾

245) *Id.* at 105 (“The next analytical stage encompasses assessment of the presence of a causal economic link between the infringement and any financial harm experienced by the patentee, as well as evaluation of the appropriate measure of damages. For lost profits to be indicated as the appropriate measure, satisfaction of a “but for” test must be achieved, generally demonstrating that were it not for the infringing activity, the patentee would have made additional sales and profits.”).

246) *Id.* (“when patentee sales losses can be causally linked to infringement, lost profits are implicated, while the absence of such causality implicates reasonable royalties (since the fact of infringement statutorily entitles the patentee to a reasonable royalty).”).

247) *Id.* (“Finally, upon examination of economic causality and identification of the appropriate damage measurement theory or theories, quantification is undertaken.”).

248) *Id.* at 106 참조.

249) 이주환, “미국 특허법에서의 특허침해로 인한 일실이익 산정방법-시장점유율 원칙, 예견가능성 원칙, 시장가치의 원칙을 중심으로”, 「산업재산권」 제58호, 한국지식재산학회, 2019, 308-309면.

250) Dr. Eric M Becker, *Elements of Patent Damages*, Becker North, 2017, <<https://www.patentdamagesbook.com>>.

251) *Pauit Corp. v. Stahlin Bros. Fibre Works*, 575 F. 2d 1152, 1156 (Fed. Cir. 1978).

Panduit 테스트 요건을 모두 충족하면 모든 침해제품의 판매에 대하여 일실이익을 청구할 수 있고, 일부만 충족되는 경우 해당 부분은 일실이익으로, 나머지 판매분은 합리적인 실시료로 산정된다. *Panduit* 테스트 요건을 전혀 충족하지 못하면 모든 침해제품의 판매에 대하여 합리적인 실시료로만 청구할 수 있다. 실제로 권리자의 시장점유율을 근거로 피고양도수량 중 일부가 일실이익의 산정에서 제외되며 예를 들어, *WMS v. IGT* 사건에서 미국법원은 피고양도수량 중 75%에 대하여는 일실이익을 인정하고, 나머지 25%에 대하여는 합리적 실시료로 산정하였다.²⁵²⁾

특허권자는 일실이익에 관한 합리적 개연성과 그 액수에 대한 근사적을 제시하면 충분하며, 법원은 정확한 수치의 증명까지는 요구하지는 않는다.²⁵³⁾

(2) 합리적인 실시료

합리적인 실시료 산정방식은 인과관계에 대한 증명을 필요로 하지 않는데 미국의 특허소송에서 약 80%의 손해액 산정이 합리적 실시료 방식으로 산정되었다고 한다.²⁵⁴⁾ 합리적인 실시료 산정방식에는 여러 가지가 있는데 실무에서 대부분 가상협상(hypothetical negotiation) 방식을 적용한다. 가상협상을 전제로 한 손해배상 분석은, 적어도 일부는 *Georgia-Pacific* 사건에서 제시된 합리적 실시료 산정 요소들을 기초로 하고 있다.²⁵⁵⁾ *Georgia-Pacific* 방법이 제시한 15개 항목은 다음과 같다.²⁵⁶⁾²⁵⁷⁾ ① 확립된 실시료(Royalties patent-ee receives for licensing the patent in suit), ② 비교된 실시료(Rates licensee pays for use of other patents comparable to the patent in suit), ③ 라이선스의 성질과 범위, 예를 들면 전용실시권 또는 통상실시권; 지역 또는 판매처의 제한 또는 무제한(Nature and scope of license in terms of exclusivity and territory / customer restrictions), ④ 라이선서가 타인에게 발명을 사용하도록 라이선스를 허락하지 않거나, 특허의 독점권을 유지하기 위해 라이선서에 의해 확립된 정책과 마케팅 프로그램(Licensors established policy and marketing program to maintain patent monopoly by not licensing others to use the invention), ⑤ 라이선스와 라이선시의 상업적 관계(Commercial relationship between licensor and licensee, such as whether they are competitors or inventor and promoter), ⑥ 특허제품의 판매가 라이선시의 다른 제품 판매에 미치는 영향(Effect of selling the patented specialty in promoting sales of other products of the licensee; the existing value of the invention to the licensor as a generator of sales of his non-patented

252) 정차호·황성필·장태미, 앞의 논문, 87면; *WMS Gaming, Inc. v. International Game Technology*, 184 F.3d 1339, 1360-61 (Fed. Cir. 1999).

253) John Skenyon et al., supra, at § 1:8 (“The patent owner need only demonstrate a reasonable probability that it lost profits, and a reasonable approximation of the amount of lost profits, meaning that the amount of lost profits need not be proven with unerring precision.”).

254) 정차호·장태미, 앞의 책, 143면(“인과관계에 대한 증명이 필요하지 않다는 장점으로 인하여 미국의 특허소송에서는 합리적 실시료에 의한 손해액 산정이 전체의 약 80%의 사건에서 이용되었다.”).

255) John Skenyon et al., supra, at § 1:15 (“Almost always, a damages analysis using a hypothetical license negotiation will be based, at least in part, on the royalty factors set forth in the *Georgia-Pacific* case.”).

256) *Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp.*, 318 F. Supp. 1116, 1119-20 (S.D.N.Y. 1970), modified and affd, 446 F.2d 295 (2d Cir.); *Unisplay, S.A. v. American Electronic Sign Co., Inc.*, 69 F.3d 512, 517 n.7 (Fed. Cir. 1995).

257) 용어 번역은 정차호·장태미, 앞의 책, 148-155면 참조.

items; and the extent of such derivative or convoyed sales), ⑦ 특허권의 존속기간과 라이선스의 기간(Duration of patent and term of license), ⑧ 특허제품의 상업적 성공, 수익성 및 인기(Established profitability of the products made under the patent, its commercial success and its current popularity), ⑨ 선행기술에 대한 특허의 장점(Utility and advantages of patent property over old modes and devices), ⑩ 특허발명의 성격(The nature of the patented invention; the character of the commercial embodiment of it as owned and produced by the licensor; and the benefit of those who have used the invention), ⑪ 침해자 사용의 범위 및 가치(The extent to which the infringer has made use of the invention and the value of such use), ⑫ 동종업계에서 라이선서와 라이선시의 관행적인 수익 배분(The portion of profit or selling price customarily allowed for the use of the invention), ⑬ 특허발명에 기인하는 이익의 부분(The portion of realizable profit attributable to the invention as distinguished from nonpatented elements, significant features / improvements added by the infringer, the manufacturing process or business risks), ⑭ 자격을 갖춘 전문가의 의견 진술(Opinion testimony of qualified experts), ⑮ 라이선서와 라이선시가 합의하였을 실시료(Outcome from hypothetical arm's length negotiation at the time of infringement began).

합리적인 실시료는 실시료 기초(royalty base)에 실시료율을 곱하는 방식으로 산정이 된다.²⁵⁸⁾ 여기서, 실시료 기초는 ‘침해와 관련된 수익 풀’을 의미하며, 실시료율은 그 수익 풀에서 침해에 대해 보상할 만큼 충분한 비율을 의미한다.²⁵⁹⁾ 그러므로 합리적인 실시료를 산정함에 있어서 실시료 기초와 실시료율을 모두 결정하여야 하는데 가장 논란이 되는 것은 실시료 기준을 설정하는 방법론인데, 특히 쟁점 침해제품이 여러 기능이나 구성요소가 포함된 복잡 제품인 경우, 더욱 어렵다고 한다.²⁶⁰⁾

(3) 증액 배상(enhanced damages)

증액 배상(징벌적 손해배상, punitive damage)이란 용어는 1763년 영국법원에서 처음으로 인정되었고 그 후 미국에서 도입되어 발전하였는데 미국에서 처음으로 인정한 판례는 1784년 사우스캐롤라이나 법원의 *Genay v. Norris* 판결이고 1851년 연방대법원 *Day v. Woodworth* 판결에서 그 법체계가 정립되었다고 한다.²⁶¹⁾ 앞서 살펴본 바와 같이, 미국의 증액손해배상은 특허권 침해사건에서 법원의 재량으로 산정된 손해액의 최대 3배까지 손해배상액을 증액할 수 있는 제도로써, 그 근거 규정은 미국 특허법 제284조이다. 하지만

258) Eric Phillips & David Boag, *Recent Rulings on the Entire Market Value Rule and Impacts on Patent Litigation and Valuation*, 48 LES NOUVELLES 1, 1 (2013) (“This reasonable royalty is often expressed as a reasonable royalty rate multiplied by a royalty base (or alternatively as a lump sum).”).

259) Steven M. Amundson, *Apportionment and the Entire Market Value Rule Have Presented Problems in Practice When Determining the Value of a Patented Invention*, 23:1 Texas I.P. L. J., 1, 2 (2014). (“The royalty base corresponds to “the revenue pool implicated by the infringement,” while the royalty rate corresponds to “the percentage of that pool “adequate to compensate” for the infringement.”).

260) Ravi Mohan, *Analysis of the Entire Market Value Rule in Complex Technology Litigation: Arduous Royalty Base Determinations, Unjust Damage Rewards, and Empirical Approaches to Measuring Consumer Demand*, 27 Santa Clara High Technology Law Journal, 639, 643 (2011) (“The most prominent source of debate is the methodology used to set the royalty base. Determining the royalty base is not an easy task, especially for devices comprised of multiple features.”).

261) 오지용, 『손해배상의 이론과 실무』, 동방문화사, 2008, 15-16면.

특허법에는 증액배상이 구체적으로 어떤 경우에 적용되어야 하는지에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않고 구체적인 고려요소는 판례가 제시하고 있다.²⁶²⁾

미국 특허법에서는 특허권 침해행위에 비난받을 만한 악의(culpability or egregiousness)가 존재하는 경우, 법원이 증액손해배상을 인정할 수 있도록 하는 법리가 확립되어 있다. 고의침해는 그중 가장 전형적인 행위이다.²⁶³⁾ 미국 법원에서 고의침해를 근거로 한 증액손해배상의 인정은 사실판단과 법률판단을 엄격히 구별하는 미국 민사소송법의 기본 원칙에 따라서 두 단계 과정을 거친다. 침해행위의 고의 여부는 사실판단에 해당하므로 배심원이 이를 판단하고, 손해배상의 증액 여부는 법률판단에 속하므로 판사가 최종적으로 결정하도록 되어 있다. 다시 말하면, 배심원이 여러 증거를 고려하여 피고의 행위가 고의침해에 해당하는지 여부를 판단하고, 그 행위가 고의침해로 판단되면 판사가 손해배상액의 증액 여부와 그 증액배수를 결정한다.²⁶⁴⁾ 손해배상액의 증액 여부 및 증액배수를 결정할 재량권은 사실심을 담당하는 지방법원 판사에게 있으며, 연방합참소법원(CAFC)은 이에 대한 재량권을 갖지 않는다. CAFC의 역할은 연방지방법원이 해당 재량권을 남용했는지를 검토하는 것에 한정되며, 손해배상액의 증액 여부를 판단하지는 않는다.²⁶⁵⁾

고의침해의 인정요건과 관련하여, *Seagate*²⁶⁶⁾ 사건에서 CAFC는 고의침해에 대하여 객관적 침해위험(objectively reckless)과²⁶⁷⁾ 주관적 고의(subjective knowledge)를 모두 증명하여야 한다고 판시하였다(이하, ‘*Seagate* 테스트’).²⁶⁸⁾ 다시 말하면, 첫째, 특허권자는 “침해자의 행위가 유효한 특허권의 침해를 구성할 객관적으로 높은 가능성에도 불구하고 침해자가 행동했다는 것을 명확하고 설득력 있는 증거로 증명”해야 한다. 둘째, 특허권자는 명확하고 설득력 있는 증거를 통해 침해의 위험이 “피고 침해자에게 알려졌거나 알려졌어야 할 정도로 명백했다”는 점을 증명하여야 한다.²⁶⁹⁾ 하지만, 미국연방대법원은 2016년 *Halo* 판결에서 고의 침해를 판단함에 있어서 *Seagate* 테스트가 특허법 제284조에 따른 지방법원의 재량권 행사를 과도하게 제한한다는 이유로 *Seagate* 테스트를 폐기하고²⁷⁰⁾ “특허권자는 주관적 고의만을 우월한 증거로 증명하면 된다.”

262) 탁형엽, “특허권을 중심으로 한 미국의 지재산 손해배상 제도 연구”, 특허청, 2020, 80면(“가중 손해배상에 대하여 미국 특허법에는 법원의 재량으로 최대 3배까지 가중할 수 있다고만 규정되어 있을 뿐, 구체적으로 어떤 경우에 손해배상액이 늘어날 수 있는가에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않으므로, 그 구체적인 적용은 법원의 해석에 맡겨져 있다.”).

263) 탁형엽, 앞의 보고서, 82면(“미국 특허법에는, 침해자의 특허침해 행위에 비난가능성 또는 비난받을 만한 악성(culpability or egregiousness)이 존재한다면 법원은 가중 손해배상을 인정하여야 한다는 법리가 확립되어 있다. ... 고의침해(willful infringement)가 가중 손해배상이 인정되는 가장 전형적인 행위이다.”).

264) 탁형엽, 위의 보고서, 83-84면.

265) 탁형엽, 위의 보고서, 85면(“연방순회합참소법원은 사실심의 판단에 재량권 남용이 있었는지 여부를 심사할 뿐이고, 독자적으로 손해배상액의 가중을 판단하지는 않는다.”).

266) *In re Seagate Tech., LLC*, 497 F.3d 1360 (Fed. Cir. 2007).

267) *Id.* at 1371 (“hold that proof of willful infringement permitting enhanced damages requires at least a showing of objective recklessness.”).

268) *Halo Electronics, Inc. v. Pulse Electronics, Inc.* 136 S.Ct. 1923, 1926 (2016) (“The first step of *Seagate*—objective recklessness—is reviewed de novo ; the second—subjective knowledge—for substantial evidence; and the ultimate decision—whether to award enhanced damages—for abuse of discretion.”).

269) *Seagate*, 497 F.3d at 1371 (“Accordingly, to establish willful infringement, a patentee must show by clear and convincing evidence that the infringer acted despite an objectively high likelihood that its actions constituted infringement of a valid patent. ... If this threshold objective standard is satisfied, the patentee must also demonstrate that this objectively-defined risk (determined by the record developed in the infringement proceeding) was either known or so obvious that it should have been known to the accused infringer.”).

270) *Halo*, 136 S. Ct. at 1935-36 (“The *Seagate* test, in contrast, unduly confines the ability of district courts to

는 새로운 기준을 제시하였다.²⁷¹⁾

1992년 *Read* 판결에서 CAFC는 “증액 여부를 결정하는 데 있어 가장 중요한 결정은 모든 사실과 정황에 기초한 피고의 행위가 심각하다는 것”이라고 실시한 후,²⁷²⁾ 피고행위의 심각성을 판단할 수 있는 9개 요소를 제안하였다(이하, ‘*Read* 9개 요소’). (1) 침해자가 특허권자의 아이디어 또는 디자인을 의도적으로 복사했는지 여부; (2) 침해자가 특허의 범위를 조사하고 특허가 무효 또는 침해되지 않았다는 선의의 믿음을 형성했는지 여부; (3) 소송 중 침해자의 행위; (4) 침해자의 회사 규모 및 재정 상태; (5) 사건의 경합성(closeness); (6) 침해행위의 기간; (7) 침해자가 특허권자를 위한 구제 행위 여부; (8) 침해자의 침해 동기; (9) 침해자가 침해행위를 은닉하려고 시도했는지 여부.²⁷³⁾ *Halo* 사건 이후, 법원은 *Read* 9개 요소를 ‘형식적인 체크리스트’가 아닌 ‘유용한 지침’으로 활용하지만, 침해자의 행위가 심각한지 여부를 판단할 때 모든 상황을 종합적으로 고려하게 되었다.²⁷⁴⁾

(4) 소멸시효

미국의 경우, 특허법 제286조에서 특허권 침해에 대한 손해배상청구의 소멸시효기간을 6년으로 규정하고 있다.²⁷⁵⁾ 미국 특허법은 특허권자가 침해행위를 알았거나 알았어야 하는 경우 특정 기한 내에 침해소송을 제기해야 하는 소송 소멸시효를 규정하지 아니하고 침해소송 접수 전 6년 이내의 손해배상을 청구할 수 있는 제한 규정을 두고 있다.²⁷⁶⁾ 다시 말하면 6년의 소멸시효기간은 특허침해소송 제기일로부터 6년 이내의 손해배상청구를 제한하는 것으로 침해소송을 제기하는 것을 제한하는 것은 아니다.²⁷⁷⁾ 제286조의 6년의 소

exercise the discretion conferred on them. Because both cases before us were decided under the Seagate framework, we vacate the judgments of the Federal Circuit and remand the cases for proceedings consistent with this opinion.”).

271) *Id.* at 1934 (“patent-infringement litigation has always been governed by a preponderance of the evidence standard.”).

272) *Read Corp. v. Portec, Inc.*, 970 F.2d 816, 826 (Fed. Cir. 1992) (“The paramount determination in deciding to grant enhancement and the amount thereof is the egregiousness of the defendant's conduct based on all the facts and circumstances.”).

273) *Id.* at 827 (“(1) whether the infringer deliberately copied the patentee's ideas or design; (2) whether the infringer investigated the scope of the patent and formed a good faith belief that it was invalid or not infringed; (3) the infringer's conduct during litigation; (4) the infringer's size and financial condition; (5) closeness of the case; (6) duration of the infringing conduct; (7) remedial actions, if any, taken by the infringer; (8) the infringer's motivation for harm; [and] (9) whether the infringer attempted to conceal its misconduct.”).

274) *Stryker Corp. v. Zimmer, Inc.*, No. 1:10-CV-1223, 2017 WL 4286412, at *3 (W.D. Mich. 2017), *aff'd*, 745 F. App'x 167 (Fed. Cir. 2018) (“After *Halo*, courts use the *Read* factors ‘not as a formal checklist,’ but as ‘useful guideposts,’ in considering the totality of the circumstances to determine whether an infringer's conduct is egregious.”).

275) 35 U.S.C. § 286 Time limitation on damages, Except as otherwise provided by law, no recovery shall be had for any infringement committed more than six years prior to the filing of the complaint or counterclaim for infringement in the action.

276) *Giese v. Pierce Chemical Co.*, 29 F.Supp.2d 33, 38 (D.Mass.,1998) (“There is no statute of limitations in patent infringement actions, but there is a six-year damage limitation period.”).

277) *Leinoff v. Louis Milona & Sons, Inc.*, 726 F.2d 734, 741 (C.A. Fed.,1984) (“The only statutory time limitation on a patent infringement action is set forth in 35 U.S.C. § 286, which provides that one cannot recover damages for any infringement committed more than 6 years before the filing of a complaint. This limitation only restricts the extent one can recover pre-filing damages. It places no other limitation on the filing of an infringement action during a patent's 17-year term.”).

멸시효기간은 금지명령청구소송, 비침해확인소송 또는 무효확인소송에는 적용되지 아니한다.²⁷⁸⁾ 하지만 제 286조의 6년은 명시적인 계약으로 합의 하에 포기하거나 유예될 수 있고 유예기간은 법정기간 6년과 계약상 명시된 추가 손해배상기간에 발생한 침해행위에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 것으로 해석되기도 한다.²⁷⁹⁾ 6년의 소멸시효 기간은 직접침해 뿐만 아니라 유도침해 및 기여침해의 간접침해에도 적용할 수 있다.²⁸⁰⁾ 침해 혐의자가 침해소송 제기일로부터 6년 이내에 침해 혐의 기기를 제조, 사용 또는 판매하지 않은 경우, 특허권자는 손해배상을 청구할 수 없다.²⁸¹⁾ 다만, 특허권 침해 소송제기일로부터 6년 이상 전에 제조된 제품에 대하여도 제286조를 적용하여 손해배상을 청구할 수 없다.²⁸²⁾ 다만 6년 이상 전에 생산된 물건의 사용자 또는 판매자에 대해서는 손해배상청구가 가능하다.²⁸³⁾

특허권 침해소송에서 자신의 행위가 침해소송 제기일로부터 6년의 소멸기간 내에 발생하지 않은 사실의 증명책임은 피고가 부담한다.²⁸⁴⁾ 반면, 피고의 행위가 6년의 소멸기간 내에 발생한 사실의 증명책임은 원고가 부담한다.²⁸⁵⁾

3. 중국

2024년, 중국 최고인민법원은 신에너지차량채시(汽车底盘) 기술비밀침해사건에서 2배의 증액손해배상을 적용하여 총 6.4억 위안(약 1,200억원)의 손해액을 인정함으로써, 역대 지식재산권침해사건 중 최고액을 기록하였다.²⁸⁶⁾ 최근 중국은 법제도와 사법 실무에서 지식재산권 보호를 강화하는 경향을 보이고 있다. 중국

278) John Skenyon et al., *supra*, at § 1:24 (“Section 286 has no limiting effect on actions for injunctive relief brought by the patent owner. Section 286 has no limiting effect on declaratory judgment actions for non-infringement or invalidity, or on other claims against a patent owner.”).

279) *Id.* (“Section 286 can be waived or tolled by express contractual agreement of an accused infringer. Agreements to toll § 286's six-year damage recovery period are properly construed as allowing the potential plaintiff to recover damages for acts of infringement occurring during both (1) the six-year statutory period, and (2) a supplemental damage recovery period specified in the agreement.”).

280) A. Stucki Co. v. Buckeye Steel Castings Co., 963 F.2d 360, 363 (C.A.Fed. (Ohio), 1992) (“The six-year limitation on recovery of damages in a patent infringement action applies against direct infringers, and against those who may be indirectly liable for infringement through inducement or contribution.”).

281) Naxon Telesign Corp. v. Bunker Ramo Corp., 517 F.Supp. 804, 809 (D.C.Ill., 1981) (“If Stewart-Warner did not make, use or sell any allegedly infringing devices after 1970, no infringement by Stewart-Warner occurred by definition during the six-year period immediately preceding this action.”).

282) U.S. Air Conditioning Corp. v. Governair Corp., 216 F.2d 430 (C.A.10, 1954) (“Patent infringement action was barred by six-year statute of limitations as to articles manufactured more than six years before commencement of action.”).

283) 이승현·정차호, “특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효제도의 개선방안-특허법상의 독자적인 소멸시효 규정의 제시를 중심으로-”, 「성균관법학」 제30권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2018, 254면 각주 68 참조(“예컨대 6년 이상 전에 생산된 물건을 타인이 사용하는 경우에 특허권자는 생산자에 대하여 소송을 제기하여도 미국특허법 제286조에 따른 제한이 적용되어서 손해배상은 받지 못한다. 이 경우에 사용자(또는 판매자)에 대해서는 손해배상청구가 가능하다(ヘンリー幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 446頁 참조).”).

284) Bianchi v. Barili, 168 F.2d 793, 803 (C.A.9 1948) (“While we realize that the burden of proving that the infringement did not occur within the six-year term lies with the defendants Bianchi and Marlo ...”).

285) 이승현·정차호, 앞의 논문, 254면(“피고의 행위가 6년 기간 중에 발생한 사실에 대해서는 원고가 증명을 하여야 한다고 해석되었다.”).

286) (2023) 最高法院知民终1590号(“손해액: 637596249.6 위안 및 권리보호를 위한 합리적인 지출: 500만 위안”).

특허법은 1984년에 제정되어 1985년 4월 1일부터 시행되었으며, 현재까지 총 네 차례 개정을 거쳤다. 현재 적용 중인 특허법은 2020년에 개정되어 2021년 6월 1일부터 시행되고 있다. 2020년 개정을 통하여, 특허법은 법정 손해액의 범위를 본래의 “1만 위안 이상, 100만 위안 이하”에서 “3만 위안 이상 500만 위안 이하”로 증가하였고, 고의적 침해행위에 적용하는 ‘6배’의 증액제도를 도입하였다. 중국이 5배 증액제도를 도입, 운영하는 것으로 설명하는 자료가 많은데, 사실은 6배 증액제도를 운용하고 있다. 그 점에 대하여는 아래에서 상술한다.

가. 특허권 침해의 구제

특허법 제65조 규정에 따르면, 특허권 침해에 대하여 분쟁이 있는 경우, 당사자 간의 협상, 법원에 소 제기, 지방특허관리부서에 청구의 3가지 방법이 있다.²⁸⁷⁾ 지방특허관리부서는 침해사실이 인정되는 경우에 침해금지 조치를 명할 수 있는데 저작권법과 상표법에서 규정하는 행정관리부서가 벌금 등 조치를 명할 수 있는 행정조치 등의 권한은 없다.²⁸⁹⁾ 당사자의 청구에 따라, 지방특허관리부서는 특허권 침해 손해액에 대하여 조정을 진행할 수 있다. 다만, 손해배상액에 대한 조정이 결렬된 경우, 법원에 소송을 제기하는 사법구제가 가능하다. 조정을 청구하지 아니하고 직접 법원에 손해배상액 청구 소송을 제기할 수 있다.

중국은 4급2심제를 취하고 있고 법원은 기층법원, 중급법원, 고급법원, 최고인민법원 4개의 등급이 있다.²⁹⁰⁾ 지식재산권 사건의 1심은 주로 중급법원 또는 지식재산권 법원에서 관할권이 있다. 일부 사건의 1심은 최고인민법원이 지정한 기층법원이 관할권이 있다.²⁹¹⁾

전국적으로, 베이징, 상하이, 광저우, 하이난 4개의 도시에 지식재산권 사건을 전문적으로 담당하는 지식재산권법원을 설립하였고 최고인민법원 지식재산권법정 외에 26개의 지식재산권법정이 있다.

287) 专利法 第六十五条·未经专利权人许可, 实施其专利, 即侵犯其专利权, 引起纠纷的, 由当事人协商解决; 不愿协商或者协商不成的, 专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉, 也可以请求管理专利工作的部门处理。(“특허 권리자의 허락없이 그 특허를 실시한 특허권 침해행위로 분쟁이 발생하는 경우 당사자 간에 서로 협상하여 해결한다. 협상을 희망하지 아니하거나 협상이 이루어지지 아니하는 경우, 특허권자 또는 이해관계인은 인민법원에 소를 제기하거나 특허관리부문에 그 처리를 청구할 수 있다.”).

288) 국무원의 직속기관인 국가지식재산국은 베이징에 설치되어 있고 지방특허관리부서는 성(省), 자치구(自治区), 직할시(直辖市) 인민정부의 특허 업무를 관할하는 부서 및 특허 관리 업무가 많고 실질적인 처리 능력을 갖춘 지급시(地级市), 자치주(自治州), 맹(盟), 지구(地区)와 직할시의 구(区) 인민정부의 특허 업무 관할 부서를 말한다.(특허법 시행세칙 第九十五条·省, 自治区, 直辖市人民政府管理专利工作的部门以及专利管理工作量大又有实际处理能力的地级市, 自治州, 盟, 地区和直辖市的区人民政府管理专利工作的部门, 可以处理和调解专利纠纷。).

289) 王迁, 知识产权法教程, 中国人民大学出版社, 2025, 521页.

290) 특허법원, “각국의 특허침해소송에서의 손해액 산정방법에 관한 연구”, 특허법원 국제 지식재산권법 연구센터, 2017, 318면(“중국은 한국의 3심제와 달리 4급2심제를 취하고 있다. 법원은 기층법원과 중급법원, 고급법원과 최고인민법원의 4급으로 나누어지지만, ...”).

291) 最高人民法院关于第一审知识产权民事, 行政案件管辖的若干规定 第一条 发明专利, 实用新型专利, 植物新品种, 集成电路布图设计, 技术秘密, 计算机软件的权属, 侵权纠纷以及垄断纠纷第一审民事, 行政案件由知识产权法院, 省, 自治区, 直辖市人民政府所在地的中级人民法院和最高人民法院确定的中级人民法院管辖。

第二条·外观设计专利的权属, 侵权纠纷以及涉驰名商标认定第一审民事, 行政案件由知识产权法院和中级人民法院管辖; 经最高人民法院批准, 也可以由基层人民法院管辖, 但外观设计专利行政案件除外。

本规定第一条及本条第一款规定之外的第一审知识产权案件诉讼标的额在最高人民法院确定的数额以上的, 以及涉及国务院部门, 县级以上地方人民政府或者海关行政行为的, 由中级人民法院管辖。

第三条·本规定第一条, 第二条规定之外的第一审知识产权民事, 行政案件, 由最高人民法院确定的基层人民法院管辖。

나. 특허권침해소송에서의 손해액 산정

특허권 침해로 인한 손해배상은 보상적 배상, 징벌적 배상 및 법정 배상으로 나뉠 수 있다. 보상원칙은 또 다른 이름으로 ‘손실 보전 원칙’이라고도 하며, 권리자가 침해로 인해 입은 실제 손실을 보상하는 것을 목적으로 한다. 이와 관련하여, 특허법 제71조는 다음과 같이 규정한다. “특허권 침해로 인한 배상액은 특허권자가 침해로 인하여 받은 실제 손실 또는 침해자가 침해로 인해 얻은 이익에 따라 산정하며, 특허 권리자의 손실 또는 침해자 이익을 확정하기 어려운 경우에는 특허 라이선스 실시료의 배수를 참조하여 합리적으로 산정한다. 정당한 권리자의 손실규모 또는 침해행위를 한 자가 얻은 이익과 특허의 실시료를 모두 확정하기 어려운 경우에는 인민법원은 손해배상 유형, 침해행위의 성질, 침해 상황 등 그 구성요인에 따라 손해배상액을 3만위안 이상 500만위안 이하의 금액으로 정할 수 있다.”²⁹²⁾

(1) 산정방식의 순차 적용

일실이익과 침해자 이익의 산정방식은 권리자가 선택할 수 있고 이 2가지 방법으로 산정이 어려울 경우, 합리적인 실시료, 법정 배상 순서대로 손해액을 산정한다. 즉, “특허권 침해로 인한 손해의 증명이 어려운 경우, 법은 순차적으로 실제 손실, 침해자가 얻은 이익, 허락(라이선스) 사용료를 참고하도록 규정하며, 여전히 산정하기 어려운 때에는 법정배상을 적용한다.”²⁹³⁾ 그 표현에 따르면 일실이익 또는 침해자 이익에 의한 “손해의 증명이 어려운 경우” 실시료 산정이 가능한데, 일실이익, 침해자 이익에 의한 산정이 어렵다는 것을 원고가 증명해야 실시료 주장을 할 수 있다는 것인지, 아니면 원고가 그 두 산정이 어렵다고 주장하면서 실시료 산정을 요구할 수 있는 것인지에 대하여 의문이 제기된다. 일반적인 이해로는 “입증 불가능”까지 증명할 필요는 없지만, 최소한 ‘산정이 어려움(难以确定)’을 뒷받침할 자료·사정을 제시해야 할 것이다. 그 상태에서 원고가 실시료(또는 그 배수) 산정을 ‘요구·선택’할 수 있고, 법원이 순차 규정(실손→이익→실시료)을 적용해 판단하게 된다.²⁹⁴⁾ 달리 말하면, 실시료 산정을 요구하기 위해서는 그 전 단계에서 일실이익 또는 침해자 이익의 산정이 어려움(难以确定)’을 뒷받침할 자료·사정을 제시해야 한다. 이러한 순차적 적용의 범리를 중국에서만 발견되는 특이한 것이다. 이러한 이유 때문인지, 합리적 실시료의 사법적 적용률은 0.139%에 지나지 않았다고 한다.²⁹⁵⁾ 한국에서는 원고가 일실이익, 침해자 이익 또는 실시료의 3가지 산정방식 중 하나를 선택할 수 있다. 미국에서는 원고가 일실이익 또는 실시료의 2가지 산정방식 중 하나를 선택할 수 있다. 이러한 이유로 미국에서는 손해액 산정 방식으로 합리적 실시료가 적용되는 비율이 약 80%에 달할 정도로

292) 专利法 第七十一条 侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定;权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该专利许可使用费的倍数合理确定。.....

权利人的损失,侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的,人民法院可以根据专利权的类型,侵权行为性质和情节等因素,确定给予三万元以上五百万元以下的赔偿。

293) (2020) 最高法知民终1658号, 최고인민법원 지식재산권법정, 2021.7.21.

294) (2024) 最高法知民终370号, 最高人民法院知识产权法庭(2025年4月8日), 裁判文书公开页(引述专利法第七十一条) (“손해배상은 권리자의 실제 손실 또는 침해자의 이익에 따라 정하고, 그 산정이 어려우면 허락(라이선스) 사용료의 배수를 참조하며, 이들 모두가 어려우면 법정배상을 적용한다.”).

295) 李晶, “我国专利侵权损害赔偿合理许可费规则的适用完善”, 上海法学研究, 2023, 10 (02), 198页(“统计结果显示, 适用合理许可费规则的仅有 5 起案例, 合理许可费规则的司法适用率仅有0.139%, 法院支持诉请金额比例为71.85%.”).

매우 높다.²⁹⁶⁾ 이와 같은 관점에서 볼 때 합리적 실시료에 의한 산정의 법리는 중국에서는 거의 활용되지 않으며, 그 존재 가치 또한 미미한 것이라고 평가된다. 특허법 제71조 제3항의 규정에 따르면, 권리자가 침해행위를 제지하기 위하여 지급한 합리적인 비용도 손해배상액의 범위에 포함된다.²⁹⁷⁾

(2) 일실이익

일실이익의 구체적인 산정방식은 최고인민법원 특허분쟁사건 침해 관련 법률문제 적용에 관한 규정(이하 “사법해석”)의 제14조 1항에서 규정하고 있다. “권리자의 침해로 인한 실제 손해는 특허제품이 침해로 인해 감소한 판매 수량에 단위당 합리적인 이윤을 곱하여 산정할 수 있다. 권리자의 감소한 판매수량을 확정되기 어려운 경우, 침해제품의 시장 판매 총수에 단위당 특허 제품의 합리적인 이윤을 곱한 값을 권리자의 침해로 인한 실제 손해로 간주할 수 있다.”²⁹⁸⁾ 해당 규정에 따르면, 일실이익 산정은 특허제품에 대한 판매감소량에 의한 산정과 침해제품의 판매수량에 의한 산정 2가지가 된다. ① 특허제품이 침해로 인하여 감소한 판매량 × 특허제품의 합리적인 이윤; ② 침해제품의 판매량 × 특허제품의 합리적인 이윤.

(3) 침해자 이익

사법해석 제14조 제2항은 “침해자가 침해로 얻은 이익은 시장에서의 그 침해제품의 총 판매량에 매 침해제품의 이익을 곱한 값에 근거하여 산정할 수 있다. 침해자가 침해로 얻은 이익은 일반적으로 침해자의 영업이익에 따라서 산정하며, 침해행위를 주요 사업방식으로 운용하는 침해자에 대해서는 판매이윤에 따라서 산정할 수 있다.”고 규정하고 있다.²⁹⁹⁾ 이 규정에 의하면 침해자 이익의 산정 공식은 첫째, 침해제품의 총판매량 × 한 침해제품의 합리적 이익; 둘째, 일반적인 침해로 얻은 이익은 침해자의 영업이익에 따라 산정되며, 침해를 주요 사업으로 하는 침해자에 대해서는 침해제품의 판매이익이 산정될 수 있다.

여기에는 ‘영업이익’과 ‘판매이익’ 개념이 나오는데, 기업 재무제표상 이익의 개념에 판매이익·영업이익 및 순이익이 있기 때문이다. 판매이익은 총매출액에서 매출원가(제조원가 및 판매비용 포함), 제조판매, 세금 및 부가가치세 등을 공제한 것이고, 영업이익은 판매이익에서 관리·세무 등 비용을 공제한 것이고, 순이익은 영업이익에서 부가가치세 등 세금을 납부 후의 이익을 말한다.

하지만 판매이익은 기업의 재무보고서에서 자주 사용하는 용어가 아니며 일부 학자들은 서로 다른 전문서적에서 판매 이익율의 산정공식에 대하여 동일하지 않은 표현과 해석을 하고 있어 판매 이익율의 산정 공

296) 정차호·장태미, 앞의 책, 143면(“인과관계에 대한 증명이 필요하지 않다는 장점으로 인하여 미국의 특허소송에서는 합리적 실시료에 의한 손해액 산정이 전체의 약 80%의 사건에서 이용되었다.”).

297) 专利法 第七十一条 赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

298) 最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定 第十四条 第一款 专利法第六十五条(现行第七十一条)规定的权利人因被侵权所受到的实际损失可以根据专利权人的专利产品因侵权所造成销售量减少的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积计算。权利人销售量减少的总数难以确定的, 侵权产品在市场上销售的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积可以视为权利人因被侵权所受到的实际损失。

299) 最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定 第十四条 第二款 专利法第六十五条(现行第七十一条)规定的侵权人因侵权所获得的利益可以根据该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积计算。侵权人因侵权所获得的利益一般按照侵权人的营业利润计算, 对于完全以侵权为业的侵权人, 可以按照销售利润计算。

식을 표준·통일되어야 한다고 지적하기도 하였다.³⁰⁰⁾

판매이익으로 침해자 이익을 산정하는 금액은 영업이익으로 산정하는 금액보다 크며 이는 다른 침해행위에 대해 다른 이익으로 배상한다는 재판적 사고에 따른 것으로 침해를 주요 사업으로 영위하는 침해자에게 판매 이익에 따라 산정하는 것은 침해자의 주관적 과오를 충분히 고려한 것으로, 그 목적은 침해자를 제재하여 침해로 생존할 수 없도록 하는 것이다.

침해자 이익을 산정하기 위해서는 판매액에 이익률을 곱하게 된다. 그 침해자의 이익률을 산정하는 것이 여간 어려운 것이 아니다. 그런데, 한국 법원은 그 침해자의 이익률을 업계 평균 이익률로 대체한다. 업계 평균 이익률은 통계치로 구할 수 있다. 중국 법원에서도 그러한 사례가 발견된다.

〈표 30〉 중국 법원이 침해자 이익 산정에서 통계치 이익률을 적용한 사례

연번	판결번호	원고 주장	법원 인정
1	(2022) 最高法知民终 2898号	원고가 농약·화공 업종 15개 상장사의 2021년 평균 “총이익률 22.19%”를 제시하며 이 사건 제품 이익률 15% 적용을 주장	“업종 평균 이익률을 참조하는 것이 합리적”이라며 15% 이익률을 지지
2	(2024) 最高法知民终 370号	당사자들이 합리적 이익률 자료를 내지 못함	법원이 ‘가공업 평균 이익률’ + 피고의 자인 이익률(15-30%)을 참조하여 이 사건 제품의 이익을 산정
3	宁德时代(CATL) v. 塔菲尔(1심, 2021-06-15)	CATL(원고)가 공시한 2018·2019 연차보고서에서의 영업이익률의 평균값 = 27.18%:	법원이 27.18%를 참조하되 24%로 재량으로 낮춰 적용
4	(2019) 广东省高级人民法院 (‘삼성荧光粉’ 사건)	2014/2015 중국 LED 형광분말(荧光粉) 업계 평균 이익률	구체적인 수치는 미공개

(4) 실시료 배수

(가) 관련 법리

권리자의 손실 또는 침해자 이익을 확정하기 어려운 경우에는 특허 라이선스 실시료의 배수를 참조하여 손해액을 산정한다. 사법해석 제14조의 규정에 의하면 실시료 배수로 손해액 산정 시, 특허권의 유형, 침해행위의 성격 및 경위, 실시 허락의 성질, 범위, 기간 등 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.³⁰¹⁾

실시료 배수에 의한 산정방식은 중국 특허권 침해 손해배상 소송에서 그 적용례가 드문데, 이는 실무에서

300) 章斌权, “销售利润率计算公式应规范统一”, 工业会计, 2000年第9期, 24页(“1, 计算公式的表述形式和注释应统一。目前, 为了与国际接轨, 我国已制定了不少会计准则, 行业会计规定已逐步弱化。财务管理是否也同会计方面一样合拍, 即也由财政部对该类指标作出一个统一的表述, 使各行各业, 书刊编者均有所遵循, 而不致出现不同的表述和注释。”).

301) 最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定 2020년12월29일(“第十五条·权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定, 有专利许可使用费可以参照的, 人民法院可以根据专利权的类型, 侵权行为的性质和情节, 专利许可的性质, 范围, 时间等因素, 参照该专利许可使用费的倍数合理确定赔偿数额。没有专利许可使用费可以参照或者专利许可使用费明显不合理的, 人民法院可以根据专利权的类型, 侵权行为的性质和情节等因素, 依照专利法第七十一条第二款的规定确定赔偿数额。”).

활용 가능한 구체적 산정기준이 부재하기 때문이다.³⁰²⁾ 기존 판례에서는 비교 가능한 실시계약이나 기술양도 계약을 근거로 실시료를 산정하였으나, 비교 사례의 부족이나 계약 진실성에 대한 의문이 제기되는 경우가 많아 그 활용에 한계가 있다고 한다.³⁰³⁾ 한 연구 결과에 따르면, 2016년부터 2020년 사이에 특허법 제71조를 키워드로 삼아 수집한 3,586건의 민사판결 중, 합리적 실시료 방식이 적용된 사건은 단 5건에 불과하였으며, 합리적 실시료의 사법적 적용률은 0.139%에 지나지 않았고, 법원이 청구 금액을 인용한 비율은 71.85%로 나타났다고 한다.³⁰⁴⁾

베이징고등법원이 발표한 “지식재산권 및 부정경쟁 침해 사건 손해배상 산정에 관한 지도의견 및 법정손해배상 판결기준”은 “실시료를 참조하여 손해배상액을 산정하는 경우, 일반적으로 비교 가능한 합리적 실시료보다 낮아서는 아니 된다. 합리적인 실시료의 산정은 다음과 같은 요소를 종합적으로 고려할 수 있다. ① 실시허락계약의 실제 이행 여부 및 영수증·지급 증빙 등 증거의 존재 여부, ② 실시허락계약의 등기 여부, ③ 실시허락의 권리범위, 방식, 범위, 기간 등이 피소 침해행위와 비교 가능한지 여부, ④ 실시료가 소송, 인수합병, 파산, 청산 등 외부 요인의 영향을 받지 않은 정상적인 상업적 실시료인지 여부, ⑤ 권리자와 실시권자 간에 친족 관계, 투자 관계, 계열사 관계 등 이해관계가 존재하는지 여부 등이다.”³⁰⁵⁾

심천중등법원(深圳市中级人民法院)이 발표한 “지식재산권 민사 침해 분쟁에서 징벌적 손해배상 적용에 관한 지도의견”은 합리적인 실시료를 산정하는 경우 법원은 다음과 같은 요소를 고려할 수 있다고 규정하였다. ① 실시허락계약의 체결 여부 및 그 등기 여부, ② 실시허락계약의 실제 이행 여부와 지급 증빙의 존재 여부, ③ 실시허락계약의 대상, 허락 방식·범위·권한과 피소 침해행위 간의 관련성, ④ 권리자와 실시권자 간의 친족·계열 관계 등 특수이해관계 또는 상호 허락 등 특수 상업적 관계의 존재 여부, ⑤ 실시료가 파산 청산, 인수합병, 중대한 소송 등 외부 요인의 영향을 받았는지 여부 등이다.³⁰⁶⁾

이러한 지침들에서 제시된 고려 요소들은 공통적으로 실시허락계약의 참조 가능성을 중심으로 제시한 것

302) 詹映, “我国知识产权侵权损害赔偿司法现状再调查与再思考——基于我国11984件知识产权侵权司法判例的深度分析”, 法律科学 2020年第1期, 193页(“从上述法院给出的各种判决理由可以看出, ... 特别是在如何确定涉案知识产权在非法获利中的贡献率, 如何参考类似知识产权的许可费证据方面缺少法律依据或适用指南.”).

303) 李兆轩, “专利侵权损害赔偿计算体系与方法的重塑”, 国家检察官学院学报 2025年第3期, 170页(“在以往的司法裁判中, 法院通常通过可比许可协议, 关联技术合同等方式确定许可费数额, 但这类方法的局限性明显: 当缺乏可供比较的许可协议或协议真实性存疑时, 裁判依据即陷入困境.”).

304) 李晶, “我国专利侵权损害赔偿合理许可费规则的适用完善”, 上海法学研究, 2023, 10 (02), 198页(“本文通过裁判文书网, 以“2016年至2020年”为时间范围, 以“《中华人民共和国专利法》第六十五条”(即2020年《专利法》第71条)为检索关键词, 在不加以其他限定条件的情况下, 收集到民事判决书共计3586件。统计结果显示, 适用合理许可费规则的仅有5起案例, 合理许可费规则的司法适用率仅有0.139%, 法院支持诉请金额比例为71.85%.”).

305) 北京市高级人民法院关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准(“1.9【合理的许可使用费】参照许可使用费确定赔偿数额的, 一般不低于可比较的合理许可使用费。认定合理的许可使用费, 可以综合考虑下列因素: (1)许可使用合同是否实际履行, 有无发票, 付款凭证等相应证据; (2)许可使用合同是否备案; (3)许可使用的权项, 方式, 范围, 期限等因素与被诉行为之间有无可比性; (4)许可使用费是否为正常的商业许可费用而未受到诉讼, 并购, 破产, 清算等外在因素的影响; (5)许可人与被许可人之间是否存在亲属关系, 投资或关联公司等利害关系; (6)其他因素.”).

306) 深圳市中级人民法院关于知识产权民事侵权纠纷适用惩罚性赔偿的指导意见(试行) 2020년 11월 18일(“第13条 认定合理许可使用费时, 可考虑以下因素: (一) 有无签订许可合同, 许可合同是否备案; (二) 许可合同是否实际履行, 有无支付凭证; (三) 许可合同的对象, 许可的方式, 范围, 权限与被诉侵权行为的关联性; (四) 许可人与被许可人之间是否存在亲属关系, 关联关系等利害关系或交叉许可等特殊商业关系; (五) 许可费是否受到外在因素的影响, 如许可人或被许可人受到破产清算, 并购重组或涉及重大诉讼等。 (六) 其他因素.”).

으로, 주로 실시허락계약의 진실성과 실제 이행 여부, 계약상 약정한 실시료의 합리성, 실시허락의 성질과 피소 침해행위 간의 관련성 및 비교 가능성 등 요소들을 고려사항으로 하고 있다.³⁰⁷⁾

(나) 관련 판례

2017년 3월 22일 베이징지식재산법원은 서안서전제통무선네트워크통신주식회사(원고)가 소니모바일통신제품(중국)유한회사(피고)를 상대로 제기한 특허권침해소송 사건에서³⁰⁸⁾, 피고가 원고에게 경제적 손실 860여 만위안 및 합리적 지출 47여만위안을 배상할 것을 판결하였다.

원고는 피고가 생산·판매한 35종의 휴대전화가 자사의 특허발명의 청구항 1, 2, 5, 6을 침해했다고 주장 하였으며, 법원은 심리를 통해 침해사실을 인정하였다.

손해배상액 산정과 관련하여 법원은 원고와 제3자 사이에 체결된 특허실시계약 상의 실시료를 기준으로 다음과 같이 판단하였다. 우선 원고는 제3자와 체결한 4건의 특허실시계약을 제출하였고, 이 계약들에 명시된 특허실시료는 건당 1위안이였다. 다음으로, 피고가 제출한 중국 공신부 전신설비 인증센터의 자료(인증서 번호[2016]33)에 따르면, 2010년부터 2014년까지 피고가 통신설비 허가를 받은 침해제품 33종의 생산량은 총 2,876,391건으로 확인되었다. 법원은 이를 바탕으로 침해된 특허에 대한 총 실시료를 2,876,391위안 (2,876,391건 × 1위안/건)으로 산정하였다.

최종적으로 법원은 침해된 특허의 기술 분야, 획득한 과학기술 상훈, 국가표준으로의 채택 여부, 당사자 간 협상 과정에서의 과실 등을 종합적으로 고려하여, 원고가 청구한 실시료의 3배 산정 주장을 받아들여 손해배상액을 8,629,173위안으로 확정하였다. 이 외에도 법원은 변호사 비용, 제품 구입 비용, 공증 비용, 제품 검사 비용, 번역 비용 등 원고가 청구한 총 474,194위안의 합리적 지출을 모두 인정하여 전액 배상을 판시 하였다. 피고는 베이징고등법원에 항소를 청구하였는데 2018년 3월 28일 2심법원은 피고의 침해범위에 대해 1심 법원과 다른 판단을 하여 간접침해(도움침해)를 인정하지 않았고, 모든 피소된 휴대전화에 출하 검사 과정에서 특허 방법을 사용하는 것은 아니라고 명시하였다. 다만, 배상액에 대하여 별도의 설명없이 1심 법원의 판결을 인용하였다.³⁰⁹⁾

(5) 법정 배상

실제로 손해배상액을 인정할 때 97% 이상의 판결에서 판사가 법정 손해배상을 인정하고 있다고 한다.³¹⁰⁾ 2020년 특허법 개정에서 법적 배상의 한도를 인상한 것은, 종래의 법적 배상액이 낮아 권리자의 손실을 보상하기에 미흡하고, 침해행위를 효과적으로 억제하지 못하는 문제를 해결하기 위한 것이기도 하다.³¹¹⁾

307) 张占江, “知识产权惩罚性赔偿中合理许可使用费标准的理解及适用”, 2021년 4월 6일(“上述因素主要从许可协议的可参照性角度进行分析, 可概括为如下几方面: (1)许可合同的真实性及履行情况; (2)许可合同中许可费的合理性; (3)许可的性质及其与涉诉侵权行为的关联性, 可比性.”). <<http://www.haiwen-law.com/35/90>>

308) 北京知识产权法院 (2015)京知民初字第1194号.

309) 北京市高级人民法院(2017)京民终454号.

310) “侵犯专利赔偿绝非越高越好”, 中华人民共和国财政部, 2019년 1월 4일(“超过97%的案件都是由法官依据法定赔偿认定.”). <https://bgt.mof.gov.cn/zhuantilanmu/rdwyh/dbwyfc/dbfc/201901/t20190122_3127354.htm>

311) “惩罚性赔偿: 加强专利保护的制度创新”, 国家知识产权局, 2020년 11월 4일(“这次法定赔偿的上下限都进行了较大

2020년 특허법 개정 이후, 권리자가 특허권 침해로 인한 손해배상을 청구할 시, 일실이익과 침해자 이익의 산정 방식을 선택할 수 있다(양자의 순위를 제한하지 않음). 이 2가지 방식으로 산정이 어려운 경우, 합리적인 실시료, 법정 배상 순서대로 손해액을 산정한다. 현행 법상, 법정 배상은 3만원(약 600만원) 이상 500만원(약 9억 8천만원) 이하의 금액으로 정할 수 있다.³¹²⁾

상하이고등법원(北京市高级人民法院)에서 발표한 “지식재산권 침해분쟁에서 법정손해배상 방식을 적용하여 손해배상액을 산정에 관한 의견”에서 침해된 지식재산권의 권리가치, 침해의 구체적 정황, 침해로 인한 손해의 결과, 침해자의 과실 정도 등 요소들을 종합적으로 고려하여 법정배상의 손해배상액을 산정하여야 한다고 규정한다.³¹³⁾ 또한, “일실이익 또는 침해자 이익의 구체적 액수를 산정하기는 어려우나 해당 액수가 법정 배상의 최고한도를 초과한다는 점을 증명하는 증거가 있는 경우에는 법정 배상 방식을 적용해서는 아니 되며, 사건 전반의 증거 상황을 종합적으로 고려하여 법정 배상 최고한도를 넘어서는 합리적인 범위에서 손해배상액을 산정하여야 한다.”고 규정한다.

베이징고등법원(北京市高级人民法院)에서 발표한 “지식재산권 사건 손해배상 산정 관련 ‘손해계산 지침(Guidelines)’”은 “법정 배상을 적용하여 영업비밀 침해에 대한 손해배상액을 산정할 시 영업비밀의 시장가치, 즉 영업비밀의 종류, 연구개발(研發) 비용, 혁신 수준, 경쟁우위 유지 기간, 양도료·실시료 등 실제 또는 예상 수익, 침해행위의 성질·지속 기간·범위 및 결과 등의 제반 요소를 종합적으로 고려할 수 있다.”고 규정한다.³¹⁴⁾

일부 법원은 일실이익, 침해자 이익 또는 실시료의 구체적 액수를 산정할 수 없는 경우에, 소송에 제출된 증거를 바탕으로 일실이익이나 침해자 이익의 액수를 포괄적으로 산정하기도 하는데 이를 재량적 배상(酌定賠償)이라고 한다.³¹⁵⁾ 이는 한국의 상당한 손해액 산정과 상응하는 것이며,³¹⁶⁾ 법정 배상과는 구별되는 개념이다. 최고인민법원의 판사는 재량적 배상을 “일부 손해 산정 자료가 증거로 증명된 경우, 법원이 사건 사정을 참작하여 나머지 필요한 데이터를 재량으로 산정하여 공정·합리적인 배상액을 산정하는 방식이다. 따라서 이는 법정 배상과는 달리, 기존의 손해액 산정 방식(실제 손실·침해이익·실시료 기준)을 보완하는 변통적 방식이며, 별도의 제4의 손해배상 방식은 아니다.”라고 설명하기도 하였다.³¹⁷⁾

幅度的提升, 主要还是为了解决以往长期以来存在的司法判赔额较低, 不足以弥补权利人损失并有效遏制侵权的问题。”).
<https://www.cnipa.gov.cn/art/2020/11/4/art_2198_154569.html>

312) 중국 특허법 제71조 제2항.

313) 关于知识产权侵权纠纷中适用法定赔偿方法确定赔偿数额的若干问题的意见(试行), 2010년 8월 10일(“5, 适用法定赔偿方法确定赔偿数额时, 一般综合以下因素酌定赔偿数额:(1) 被侵犯知识产权的权利价值;(2) 侵权情节;(3) 侵权损害后果;(4) 侵权人过错程度;(5) 其他应予考虑的因素.”).

314) 北京市高级人民法院, 关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准, 2020년 4월 21일(“8.6【侵犯商业秘密赔偿的考量因素】适用法定赔偿确定侵犯商业秘密的赔偿数额时, 可以综合考虑商业秘密市场价值, 即商业秘密的种类, 研究开发成本, 创新程度高低, 可保持竞争优势的时间, 转让费, 许可使用费等实际收益或预期收益, 被诉行为的性质, 持续时间, 范围及后果等因素.”).

315) 丁文严·张蕾蕾, “知识产权侵权惩罚性赔偿数额的司法确定问题研究”, 知识产权 2021年第二期, 78页(“法院在不能确定实际损失, 侵权获利或获许可使用费具体数额时, 根据在案证据概括计算实际损失或侵权获利的数额, 从而可以确定一个概括的惩罚性赔偿的基数。这种损失计算方法也被称为裁量性赔偿.”).

316) 특허법 제128조 제7항(“법원은 특허권의 침해로 인해 특허권자 또는 전용실시권자에게 손해가 발생한 것은 인정하나, 그 손해액을 증명하기 위한 필요한 사실을 증명하는 것이 그 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 변론 전체의 취지와 증거조사 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”).

법정 배상 제도는 손해액 입증이 곤란한 상황에서 권리자의 부담을 완화하기 위한 보충적 장치로서 원래 징벌적 성격은 없으나, 법원이 배상액을 산정할 때 침해행위의 성질·정황을 고려하도록 규정함으로써 징벌적 손해배상의 고려요소와 일정 부분 중첩되는 문제가 발생할 수 있다. 이러한 경우, 법정 배상은 징벌적 배상의 성격도 내포하게 된다.³¹⁸⁾

(6) 증액 배상

중국 특허법은 고의침해에 적용되는 증액제도(징벌적 배상)도 도입하고 있는데 일실이익, 침해자 이익, 합리적인 실시료의 방식으로 산정한 금액에 1배 이상 5배 이하의 배수를 곱하여 증액배상의 손해액을 산정한 다.³¹⁹⁾

(가) 관련 법리

중국은 특허법에서 2020년 법 개정을 통하여 고의침해 행위에 적용되는 5배 증액제도를 도입하였다. 중국 특허법 제71조 제1항 제3호는 “특허권을 고의적으로 침해하고 정황이 심각한 경우에는 위의 방법에 따라서 결정된 금액의 1배 이상 5배 이하로 손해배상액을 결정할 수 있다”라고 규정하고 있는데 증액제도를 적용함에 있어서 주관요건인 ‘고의’와 객관요건인 ‘정황이 심각한 경우’를 구성요건으로 하고 있다.

최고인민법원 지식재산권침해민사사건의 심리에서 징벌적 손해배상 적용에 관한 해석(이하 증액배상 사법 해석) 제3조는 지식재산권 사건에서의 기본적인 ‘고의’ 판단기준을 제시하였다. “고의인정은 지식재산권을 침해당한 객체의 유형, 권리 상태와 관련 제품의 인지도, 피고와 원고 또는 이해관계자 간의 관계 등 여러 요소를 종합적으로 고려해야 한다.”³²⁰⁾ 이 규정에서 열거된 고의침해에 해당하는 경우는 다음과 같다. (1) 원고 또는 이해관계자에게 통지 또는 경고를 받은 후에도 피고가 침해행위를 계속하는 경우; (2) 피고 또는 피고의 법정대표자/관리자가 원고 또는 이해관계자의 법정대표자, 관리자 또는 실질적인 지배자인 경우; (3)

317) 丁文严·张蕾蕾, 前掲论文, 80页(“时任民三庭领导将“裁量性赔偿方法”定义为“是在计算赔偿所需的部分数据确有证据支持的基础上, 人民法院根据案情运用裁量权, 确定计算赔偿所需要的其他数据, 从而确定公平合理的赔偿数额”。因此, 裁量性赔偿不属于知识产权领域三种法定侵权损害赔偿方式之外的第四种计算方式, 而是尊重客观事实对实际损失, 侵权获利证据获取和最终核算的变通。”).

318) 刘建玲·王革生, “专利侵权法定赔偿与惩罚性赔偿的界限与衔接——以本质属性为分析路径”, 国家法官学院科研部. 人民法院为服务新发展阶段, 贯彻新发展理念, 构建新发展格局提供司法保障与民商事法律适用问题研究——全国法院第33届学术讨论会获奖论文集(下), 国家法官学院科研部, 2022, 1960页(但该条亦将侵权行为的性质和情节作为法院酌定法定赔偿额的考量因素, 因“侵权行为的性质”与惩罚性赔偿所要求的“故意”, “侵权行为的情节”与惩罚性赔偿所要求的“情节严重”存在包含与被包含关系。于此情形下, 法定赔偿的考量因素与惩罚性赔偿的法定因素发生部分重叠, 从而使法定赔偿具备了惩罚性赔偿的性质。).

319) 专利法 第七十一条 对故意侵犯专利权, 情节严重的, 可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。(특허법 제71조 고의로 특허권을 침해하고 정황이 심각한 경우에는 전술한 방법에 따라 확정된 금액의 1배 이상 5배 이하의 범위에서 배상액을 결정할 수 있다.).

320) 最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释 第三条 对于侵害知识产权的故意的认定, 人民法院应当综合考虑被侵害知识产权客体类型, 权利状态和相关产品知名度, 被告与原告或者利害关系人之间的关系等因素。对于下列情形, 人民法院可以初步认定被告具有侵害知识产权的故意: (一) 被告经原告或者利害关系人通知, 警告后, 仍继续实施侵权行为的; (二) 被告或其法定代表人, 管理人是原告或者利害关系人的法定代表人, 管理人, 实际控制人的; (三) 被告与原告或者利害关系人之间存在劳动, 劳务, 合作, 许可, 经销, 代理, 代表等关系, 且接触过被侵害的知识产权的; (四) 被告与原告或者利害关系人之间有业务往来或者为达成合同等进行过磋商, 且接触过被侵害的知识产权的; (五) 被告实施盗版, 假冒注册商标行为的; (六) 其他可以认定为故意的情形。

피고가 원고 또는 이해관계자와 노동, 서비스, 협력, 라이선스, 유통, 대행 또는 대리관계가 존재하고 침해된 지식재산권과 접촉한 적이 있는 경우; (4) 피고와 원고 또는 이해관계자가 사업상 거래를 하거나 계약 체결 등을 목적으로 협상을 진행하면서 침해된 지식재산권과 접촉한 경우; (5) 피고가 등록 상표의 불법 복제 또는 위조행위를 한 경우.

중액배상 사법해석 제4조는 ‘정황이 심각한 경우’에 대하여 “법원은 지식재산권 침해 정황의 심각성을 판단할 때 침해의 수단과 빈도, 침해행위의 지속기간, 지리적 범위, 규모 및 결과, 소송 중 침해자의 행위 등의 요소를 종합적으로 고려하여야 한다. 침해정황이 심각한 경우는 다음과 같다. (1) 침해로 행정처벌을 받거나 법원 판결에 책임을 부담한 후 동일하거나 유사한 침해행위를 다시 실시하는 경우, (2) 지재권 침해를 업으로 하는 경우, (3) 침해 증거를 위조, 파기 또는 은닉한 경우, (4) 보전명령을 이행하지 아니하는 경우, (5) 침해를 통해 막대한 이익을 얻거나 권리자에게 막대한 손해를 입힌 경우, (6) 침해행위가 국가 안보, 공공이익 또는 개인 건강을 위해하는 경우”라고 규정하고 있다.³²¹⁾

중국은 중액배상액 산정 시 “최종 손해배상액 = 기초손해액 + (기초손해액 × 중액배수)”의 산정공식을 사용하고 있다.³²²⁾ 여기서 기초손해액은 일실이익, 침해자 이익, 합리적인 실시료 방식으로 산정된 손해액을 말한다.³²³⁾ 여기서의 중액배수의 한도가 법 규정에 의해 5인 것이다. 그러므로, 최종 손해배상액은 기초손해액의 6배가 될 수 있다. 그런 점에서 한국 및 미국 방식과 비교하여서는 중국은 6배 중액제도를 운영한다고 평가할 수 있다.

사법 실무에서 중액 손해배상을 적용하기 위한 전제조건은 일반적으로 법률이 정한 방식(즉, 일실이익, 침해자의 이익 또는 실시료의 배수)에 따라 하나의 기초손해액을 확정할 수 있어야 한다는 점이다. 앞에서 언급한 재량적 배상의 방식으로 산정한 손해배상액은 중액 손해배상의 기초손해액으로 산정될 수 있다. 다만, 법정 배상으로 산정된 손해배상액이 중액배수의 기초손해액으로 될 수 있는지 여부에 대해서 여러 견해가 있

321) 最高人民法院于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释 第四条 对于侵害知识产权情节严重的认定, 人民法院应当综合考虑侵权手段, 次数, 侵权行为的持续时间, 地域范围, 规模, 后果, 侵权人在诉讼中的行为等因素。被告有下列情形之一的, 人民法院可以认定为情节严重: (一) 因侵权被行政处罚或者法院裁判承担责任后, 再次实施相同或者类似侵权行为; (二) 以侵害知识产权为业; (三) 伪造, 毁坏或者隐匿侵权证据; (四) 拒不履行保全裁定; (五) 侵权获利或者权利人受损巨大; (六) 侵权行为可能危害国家安全, 公共利益或者人身健康; (七) 其他可以认定为情节严重的情形。

322) 最高人民法院于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释的理解和适用 六, 关于基数的确定 需要指出的是, 填平性赔偿数额即基数和惩罚性赔偿数额应当分别单独计算。也就是说, 如果惩罚性赔偿的倍数确定为1倍, 那么被诉侵权人承担的赔偿总额应当为填平性赔偿数额加上惩罚性赔偿数额之和, 即为基数的两倍。(진보적 손해배상액인 기본 손해배상액과 징벌적 손해배상액은 별도로 산정해야 한다. 즉, 징벌적 손해배상의 배수가 1로 설정된 경우 침해 혐의자가 부담해야 하는 총 손해배상액은 기본 손해배상액에 징벌적 손해배상액을 더한 금액의 합계, 즉 기본 손해배상액의 2배가 된다.)

〈北京市高级人民法院于侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿审理指南〉 3.1【赔偿总额】 适用惩罚性赔偿确定的赔偿总额为基数及基数与倍数乘积之和。权利人为制止侵权行为所支付的合理开支另行计算。(징벌적 손해배상을 적용하여 결정되는 총 배상액은 기준액과 기준액과 배수의 곱을 합한 금액이다. 권리가 침해자를 중단하기 위해 지불한 합리적인 비용은 별도로 계산되어야 한다.)

323) 最高人民法院于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释 第五条 人民法院确定惩罚性赔偿数额时, 应当分别依照相关法律, 以原告实际损失数额, 被告违法所得数额或者因侵权所获得的利益作为计算基数。该基数不包括原告为制止侵权所支付的合理开支; 法律另有规定的, 依照其规定。前款所称实际损失数额, 违法所得数额, 因侵权所获得的利益均难以计算的, 人民法院依法参照该权利许可使用费的倍数合理确定, 并以此作为惩罚性赔偿数额的计算基数。

다. 다수 의견은 법정 배상을 적용할 시 침해자의 주관적 악의도 고려요소 중의 하나인데 이는 증액배수의 고려요소와도 중첩되는 부분이 있어서 법정 배상액은 증액 배상의 산정기초가 될 수 없다는 의견이다.³²⁴⁾

(나) 관련 판례

2023년 최고인민법원 지식재산법정에서 심리한 2심 판결에서, 1심 법원의 합리적인 실시료 배수를 적용하여 손해액을 산정한 후, 일정 부분의 손해배상액에 대하여 증액배수를 적용하여 판결한 손해배상액을 취소하고 침해자 이익의 산정방식을 적용하여 원고의 손해배상액 청구를 전부 인용하였다.³²⁵⁾ 2심에서 취소하였지만, 1심에서 특허실시료 배수의 방식을 적용하여 일반 손해배상액을 산정하고, 특허권 고의침해가 인정된 기간의 일반 손해배상액에 대하여 증액배수를 적용하여 최종 손해배상액을 산정한 것은 혼치 않은 사례이므로 아래에서 간단히 소개하고자 한다.

원고 미국회사는 중국회사 1, 2를 상대로 “내인성 글루카나제 STCE 및 내인성 글루카나제를 함유한 셀룰라제 제제(内切葡聚糖酶STCE和含有内切葡聚糖酶的纤维素酶配制品)” 특허발명 권리침해를 사유로 상하이 지식재산법원(1심법원)에 특허권 침해금지 및 손해배상액 1850만위안 및 합리적인 비용 150만위안을 청구하였다.³²⁶⁾ 원고는 침해자 이익의 방식으로 손해배상액 산정을 청구하였지만 1심법원은 증거불충분으로 침해자 이익이 충분히 확정되지 않는다고 보아 특허 실시료 배수의 방식으로 손해배상액을 산정하였다. 1심 법원은 원고가 제출한 당해사건 특허발명과 관련된 ‘DNA서열라이선스계약’의 실시료율 2%를 기준으로 관련 특허의 유형, 침해행위의 성질 및 경위, 특허권 실시허락의 성격 등의 요소들을 종합적으로 고려하여, 3배의 배수를 적용하여 실시료율 6%를 기준으로 손해배상액을 산정하였다. 또한, 증액배상을 규정한 민법전이 2021년 1월 1일부터 시행되었고, 침해행위가 약 5년간 지속되었으며 피고들의 판매규모가 막대하여 원고의 시장점유율과 수익에 막대한 손실을 초래한 점들을 고려하여, 2021년 1월 1일 이후의 침해행위에 대하여 5배의 증액배수를 적용하였다. 1심법원은 최종적으로 1000만위안(약20억원)의 손해배상액을 인정하였다.

하지만 2심법원은 1심판결은 침해자 이익 산정에 필요한 일부 요소들을 합리적으로 확정하지 않은 상태에서 원고의 침해자 이익 주장이 근거가 부족하다고 판단하고 실시료 배수를 적용한 산정 과정에서 부분적 추정을 하여 손해배상액을 산정한 것은 부당하다고 판단하였다. 또한, 확정된 증거를 기초로 침해자 이익의 방식으로 산정한 손해액이 원고청구액을 초과하였으므로 원고의 손해배상액을 전부 인용하였다. 1심에서 적용한 증액배상 주장도 같은 이유로 적용하지 않는 것으로 판단하였다.

대상 판결을 “침해자가 소송 과정에서 허위 진술 등 불성실한 행위를 한 경우, 법원은 권리자의 권리구제에 소요된 합리적 비용을 산정함에 있어 이를 고려요소로 삼을 수 있다.”는 취지에서 최고인민법원지식재산 법정 설립 5주년 100대 대표사례에 선정되기도 하였다. 하지만 본 연구에서는 1심판결에서 제시한 실시료

324) 朱理, “专利侵权惩罚性赔偿制度的司法适用政策”, 知识产权 2020年第8期, 32页(“虽然立法史明确表明, 将法定赔偿作为惩罚性赔偿计算基础的兼容模式已经被放弃, 且目前各知识产权专门法或者修改草案均将惩罚性赔偿制度与法定赔偿区隔开来, 不以通过法定赔偿方式确定的赔偿数额作为惩罚性赔偿的计算基础, 但是在理论和实践中仍存有争议。”); 丁文严·张蕾蕾, 前揭论文, 80页, 84页.

325) 最高人民法院 (2021) 最高法知民终2480号.

326) 上海知识产权法院(2017) 沪73民初712号.

배수 적용 후 증액배수가 적용된 부분을 중점으로 다루었다. 요약하면, 중국에서는 실시료율을 곱하여 실시료를 산정하는 장면에서 일반적인 합리적 실시료율에 증액배수를 곱하여 실시료율을 결정하고, 그 후 그렇게 산출된 실시료에 다시 고의침해에 대한 증액배수를 곱할 수 있다. 대상 사안에서는 앞의 장면에서는 3배, 뒤의 장면에서는 5배의 증액배수를 곱하여 최종적으로는 15배를 곱한 결과를 초래하였다. 이런 측면에서 중국이 15배 이상의 증액제도를 운영하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

다. 증명책임

중국 특허법에서 증명책임에 관한 규정을 별도로 마련하지 않고 있고 민사소송법 제67조 규정의 “주장하는 자가 증명”하는 원칙에 따라 특허권 침해사실과 손해배상액의 증명책임은 원고 권리자에게 있다.³²⁷⁾ 아울러, 손해배상액 산정 방식에 따라 권리자가 증명해야 할 내용이 달라진다. 일실이익의 손해 산정 방식의 경우, 권리자는 특허제품의 합리적 이윤과 침해행위로 인한 매출 수량 감소의 인과관계를 증명하여야 하고, 침해자 이익 방식에서는 침해자의 판매량 및 이윤을 증명해야 한다. 합리적 실시료 방식의 경우에는 유효한 실시계약을 제시하여야 하고, 해당 계약이 국가 지식산업권에 등록되었는지, 실제로 이행되었는지를 증명해야 한다.³²⁸⁾ (중국에서 특허발명의 실시허락계약이 오랜 역사를 가진 것이 아니므로) 비교가 될 수 있는 유효한 실시계약을 제시하기 어렵다는 점이 실시료에 의한 산정을 어렵게 할 것이다.³²⁹⁾ 또, 많은 실시허락계약이 비밀유지규정을 두고 있어서 해당 실시허락계약을 알기도 어렵고 공개하기도 어려운 점도 또 다른 이유일 것이다.³³⁰⁾ 미국에서도 비교 가능한 실시계약을 제시하는 것이 어렵다고 한다.³³¹⁾

하지만 일실이익의 경우, 매출에 관련된 요소가 많은 관계로 특허제품의 감소된 매출량과 침해행위와의 인과관계를 증명하기 어렵고, 침해자 이익의 경우는 매출·이익을 등 핵심 장부자료가 침해자의 지배 하에 있고, 영업비밀로 보호되는 경우도 있어, 침해로 인한 이익을 증명하는 직접적 증거를 획득하기가 어렵다.³³²⁾ 실시

327) 民事诉讼法 第六十七条 当事人对自己提出的主张, 有责任提供证据.

328) 冯佳瑶, “专利侵权损害赔偿额确定中的证明责任分配”, 法制博览, 2021年第一期, 50页(“在专利侵权损害案件中, 不同的损害赔偿额计算方法要求权利人对不同的事进行举证. 在实际损失方法中, 权利人需就单件产品的合理利润以及侵权行为与销售额减少之间的因果关系进行证明; 侵权获利方法中, 权利人需证明侵权人的销量及其利润; 对于合理许可费, 权利人应提供有效的许可合同, 并应就合同是否在国家知识产权局已备案以及合同是否已实际履行进行举证.”).

329) 布鲁斯, “从专利实施人到专利权人, 中国企业正在蜕变”(知产力网, 2022. 11. 24.)(“2017—2021年…备案的专利实施许可合同仅为13,495份…许可备案专利占授权专利比例不到2%.”)(2017—2021년 특허 실시허락 ‘등록’ 건수는 13,495 건에 불과, 허락시장 자체가 얇음 → 비교대상 계약 희소).

330) 姚兵兵, “标准必要专利许可谈判困境纾解”(中国知识产权网, 2024년 1월 3일)(“由于现实中客观存在当事人与第三人之间相关协议保密条款的限制和约束, 不能有效且充分收集到决策所需要的重要信息.”)(현실적으로 당사자와 제3자 간 관련 계약의 비밀유지 조항이 제한·구속으로 작용하여, 의사결정에 필요한 중요한 정보를 효과적이고 충분하게 수집할 수 없다.).

331) Bill Miras & Ava Giannella, *Performing a License Agreement Comparability Analysis in Patent Litigation*, Stout (2024) (“The attention paid to license agreements is not undue — a carefully performed license analysis can make or break a reasonable royalty damages opinion — if not under the Daubert standard, then in the eyes of a finder of fact or on appeal.”).

332) 何培育·蒋后蒙, “论专利侵权损害赔偿数额认定的证明责任分配”, 知识产权, 2018年第7期, 52—53页(“在对实际损失中因果关系的事实认定过程中, 由于介入因素众多, 难以确定专利产品的减少与侵权行为之间存在事实上的因果关系, … 由于记载侵权利润的账簿, 资料不仅因证据距离问题难以被原告获取, 更常被侵权人视为商业秘密并受到保护, 因此能够以其他途径获取证明侵权合理利润的直接证据更为稀少.”).

료 배수 산정방식도 비교가능한 실시료계약의 제시가 어려움이 있어, 권리구제의 당사자들은 법정 배상을 청구하는 경우가 많아지고, 법원도 법정 배상을 통하여 손해액을 결정하려는 경향을 보이고 있다.³³³⁾

라. 자료제출명령제도

원고가 어느 정도 객관적인 자료(수치)를 제시하면, 법원이 피고에게 관련 자료를 제출하도록 명령하고, 피고가 관련 자료를 제출하지 않거나 제출된 자료가 부실한 경우, 법원은 원고가 제시한 자료에 의한 수치를 토대로 손해배상액을 산정할 수 있다. 원고의 증명책임을 완화하는 제도라고 평가된다.

중국은 2015년 최고인민법원의 “민사소송법 적용의 해석”(민사소송법 해석)에서 자료제출명령제도(书证提出命令制度)를 도입하였다.³³⁴⁾³³⁵⁾ 특허법에서도 자료제출제도 관련 규정이 있는바 그 핵심 규정이라고 할 수 있는 제71조 제4항은 다음과 같이 규정한다.

중국 특허법 제71조 제4항

- 인민법원은 배상액 확정을 위하여, 권리자가 이미 최대한의 입증을 하였고, 침해행위와 관련된 장부·자료가 주로 침해자가 장악하고 있는 상황에서, 침해자에게 침해행위와 관련된 장부·자료 제출을 명령할 수 있다; 침해자가 제출하지 아니하거나 허위 장부·자료를 제출하는 경우, 법원은 권리자의 주장과 제공된 증거를 참조하여 배상액을 인정할 수 있다.³³⁶⁾

최고인민법원의 “특허권 침해 분쟁 사건 법률적용에 관한 여러 문제의 해석Ⅱ(특허법 해석 Ⅱ)” 제27조 규정에 따르면, 침해로 인한 권리자의 실제 손실을 확정하기 어려운 경우, 법원은 특허법 규정에 따라 권리자에게 침해자 이익에 관한 1차적 증거 제출을 요구하고, 관련 장부·자료가 침해자가 장악하고 있는 경우, 침해자에게 해당 장부·자료 제출을 명령할 수 있으며, 정당한 이유 없이 자료 제출을 하지 아니하거나 허위 자료를 제출할 시 권리자의 주장·증거에 따른 침해자 이익의 인정이 가능하다.³³⁷⁾

333) 何培育·蒋启蒙, 前揭论文, 50页(“当事人常因证据问题而放弃举证并主动选择法定赔偿, 同时法官出于诉讼经济考虑, 也倾向于通过法定赔偿直接作出判赔。”).

334) 包冰锋·颜菱昕, “专利侵权诉讼中的书证提出命令制度”, 福建江夏学院学报, 2023,13(06), 54页(“自2015年书证提出命令制度正式创设以来, 专利权人的举证能力得到了很大程度的提高, 书证提出命令制度也成为破解证据偏在局面的有力武器.”).

335) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释 第一百一十二条 书证在对方当事人控制之下的, 承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的, 人民法院应当责令对方当事人提交, 因提交书证所产生的费用, 由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的, 人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。

336) 专利法 第七十一条 第四款 人民法院为确定赔偿数额, 在权利人已经尽力举证, 而与侵权行为相关的账簿, 资料主要由侵权人掌握的情况下, 可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿, 资料; 侵权人不提供或者提供虚假的账簿, 资料的, 人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。

337) 最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二) (2020년 수정) 第二十七条 权利人因被侵权所受到的实际损失难以确定的, 人民法院应当依照专利法第六十五条(现第七十一条)第一款的规定, 要求权利人对侵权人因侵权所获得的利益进行举证; 在权利人已经提供侵权人所获利益的初步证据, 而与专利侵权行为相关的账簿, 资料主要由侵权人掌握的情况下, 人民法院可以责令侵权人提供该账簿, 资料; 侵权人无正当理由拒不提供或者提供

특허법 해석Ⅱ 제27조 규정은 특허법 제71조 제4항의 규정과 체계적으로 연동되면서도 차이가 존재한다. 먼저, 증명방해의 전제조건으로 특허법은 권리자의 ‘최대한의 증명’을, 특허법 해석Ⅱ는 ‘침해자 이익에 관한 1차적 증거 제공’을 요구하고 있다. 둘째, 방해행위에 있어서, 특허법은 침해자의 ‘제출하지 아니하거나 허위 장부·자료의 제출’ 행위를 규제하는 반면, 특허법 해석Ⅱ는 ‘정당한 이유 없이’라는 적용조건을 배치하였다. 셋째, 증명방해의 적용결과로 특허법은 ‘권리자의 주장과 제공된 증거를 참조하여 배상액을 인정’하고, 특허법 해석Ⅱ는 ‘권리자의 주장과 제공된 주장·증거에 따른 침해자 이익을 인정’하는 것이다.³³⁸⁾

증명방해의 법리에 따르면, 증명책임을 부담하지 않는 상대방이 일정한 주관적 요건에 부합하여 증명방법을 은닉·폐기하거나 그 이용을 방해하여, 증명책임을 부담하는 당사자가 해당 증거를 활용할 수 없어 자신의 증명책임을 다할 수 없게 된 경우, 만약 종래의 증명책임 분배 원칙에 따라 증명책임을 부담하는 당사자에게 불리한 사실주장을 받아들이도록 한다면 이는 불공정한 결과를 초래하게 되므로 사실인정에 있어서, 증명책임을 부담하는 당사자의 사실주장에 대하여 당해 당사자에게 유리한 방향으로 조정할 수 있는 것이다.³³⁹⁾

따라서, 증명책임을 있는 당사자가 최대한 증명한 기초 하에 법원에 자료제출명령을 신청하여 법원이 이를명한 경우, 상대방이 정당한 이유 없이 불응하거나 허위자료를 제출하는 경우, 증명방해가 성립될 수 있다.

한 조사에 따르면, 특허권 분쟁 소송에서 자료제출명령 제도의 적용률(0.017%, 5건)은 증명방해 규칙의 적용률(0.085%, 25건)에 비해 현저히 낮은 것으로 나타나고 있는데, 권리자들이 증거 수집에 어려움을 겪을 때 증명방해 규칙을 상대적으로 더 선호하는 것으로 보인다.³⁴⁰⁾

중국의 사법 실무에서는, 대부분 법원이 직접 침해자에게 제품판매와 관련된 데이터, 장부 제출을 명하고, 극히 일부분의 사건에서만 권리자의 주장 또는 신청에 따라 자료제출명령을 내린다고 한다.³⁴¹⁾ 또한, 증명방해 규칙을 적용하여 지재권 손해배상을 인정한 사건의 수는 상대적으로 적지만, 증명방해 규칙을 적용하여 권리자가 승소한 사건에서 50% 이상의 사건에서 법정 손해배상 방식을 적용하여 배상액을 인정하고 있다고 한다.³⁴²⁾

虚假的账簿, 资料的, 人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。

338) 孟晓丽, “知识产权损害赔偿证明妨碍规则的实践省思与路径优化”, 安庆师范大学学报(社会科学版), 2024年第43卷第6期, 107页(“第一, 从规范目的来看, 知识产权专门法中明确规定证明妨碍规则, 其目的在于确定知识产权侵权损害的赔偿数额, 在一定程度上可以解决知识产权侵权损害赔偿低的难题。第二, 从启动方式看, 现有法律规范大多规定了法院责令侵权人提供与侵权行为有关的账簿, 资料, 但仅有《商业秘密规定》明确了法院责令需要权利人的申请启动。第三, 从妨碍行为表现看, 现有法律规范均规定了侵权人不提供, 或者提供虚假的账簿, 资料, 但《专利法解释二》《商业秘密规定》还对该妨碍行为设置了一个适用前提, 即无正当理由。”)。

339) 邓昭君·余洪春, “论证明妨碍规则在知识产权侵权诉讼中的适用”, 最高人民法院.全国法院第25届学术讨论会获奖论文集: 公正司法与行政法实施问题研究(上册), 2013, 501-502页(“证明妨碍, 又称举证妨碍, 证据妨碍, 主要是指“不负举证责任之当事人, 在具备一定的主观要件(如故意, 过失), 将证明方法毁灭, 隐匿或妨害其利用, 使举证责任之当事人因无法利用该证据而尽其举证责任, 此时如依原来举证责任分配的原则, 使负证明责任之当事人承受败诉之事实主张, 将产生不公平之结果, 从而在事实之认定上, 就负举证责任人之事实主张, 作对其有利之调整”)。

340) 包冰锋·颜菱昕, 前揭论文, 54页(“2015年2月4日《民诉法解释》施行起至2023年7月1日, 共产生29368份涉及专利权纠纷的判决书, 而其中仅有5份判决书适用书证提出命令制度, 占文书总量的0.017%。相比之下, 适用证明妨碍规则的判决书达25份, 适用率为0.085%, 是书证提出命令制度适用率的5倍。可见, 书证提出命令制度自创立以来在专利侵权诉讼中的适用率并不高, 相较而言, 当专利权人深陷举证困境时仍然更偏向于适用证明妨碍规则。”)。

341) 孟晓丽, 前揭论文, 108页(“法院责令侵权人提交有关销售数据, 财务账册等, 仅有少量案件系法院基于权利人主张或申请后适用”)。

342) 孟晓丽, 前揭论文, 109-110页(“法院在认定侵权人构成证明妨碍后, 有五成多案件直接适用法定赔偿确定赔偿数额... 但是, 我国每年适用证明妨碍规则确定知识产权损害赔偿数额的案件极少”)。

(1) 자료제출명령 불응에 대한 제재로 원고 청구액 전부 인용한 *Synthes v. 대박의료(大博医疗)* 최고인민법원 사건³⁴³⁾

(가) 사실 관계

대상 판결의 특허발명은 의료기기 분야의 “대퇴골 골절 치료용 장치”에 관한 것으로, 원고 Synthes는 스위스 회사로 해당 특허발명의 특허권자이다. 피고 대박의료는 중국의 상장회사로 의료기기 생산을 업으로 하고 있다. 원고는 피고가 제조·판매한 “A형 대퇴골용 잠금형 골수강내정”이 당해 사건 특허발명의 권리를 침해하였다고 주장하면서 법원에 침해금지 및 손해배상 청구의 소를 제기하였다.

최고인민법원은 피고에게 침해 제품의 판매데이터 및 관련 증빙서류를 제출할 것을 명령하였으나 피고는 대부분의 자료를 찾을 수가 없다는 이유로 2014년 판매데이터 사본만 제출하였다. 최고인민법원은 이러한 피고의 행태를 증거제출방해로 인정하고, 이러한 경우 법원은 특허법 제71조 제4항에 따라 원고의 주장과 증거를 참고하여 배상액을 인정할 수 있음을 명시하였다.

(나) 1심법원의 손해배상액 산정³⁴⁴⁾

원고는 피고의 침해로 인한 이익(침해자 이익)을 산정하기 위한 3가지 산정 방식의 자료를 다음과 같이 제출하였다. ① 피고의 주요 유통업자 온라인몰의 42일간 판매량과 매출액으로 침해제품의 연수익을 산정한 자료, ② 피고 주요 유통업자 온라인몰에서의 침해제품의 총매출액을 피고 주요 유통업자의 외상(트라우마) 관련 제품 매출액이 피고의 연평균 매출에서 차지하는 비율로 나눈 뒤, 다시 피고 외상 제품의 연도별 평균 총이익률을 곱하여 산정한 자료, ③ 피고가 증권신고서(招股说明书)에 공시한 정보를 기초자료로 하여, 산정한 피고의 침해제품의 제조·판매로 인한 이익. 1심법원은 이러한 방식들이 정확한 피고의 침해자 이익을 ‘정밀하게’ 산출할 수 없다고 보아 채택하지 않고, 원고가 특허실시료에 대한 증거자료도 제출하지 않아, 특허법 법정손해배상 한도(당시 100만위안)를 최대치로 적용하여 100만위안의 손해배상을 판시하였다.

(다) 최고인민법원의 손해배상액 산정

최고인민법원은 원고가 제시한 3가지 산정 방식 중, 2번째 방식을 채택하고 구체적인 상황에 따라 수치를 조정하여 피고의 침해자 이익을 산정하기로 하였다.

또한 피고는 의료기기(3등급) 생산·판매 데이터를 법에 따라 모두 기록·보존해야 하고 자신이 보유한 자료를 근거로 침해제품의 판매금액, 이윤율 등을 정밀하게 산정하여 증명할 수 있음에도 법원의 제출 명령을 거부하여 자료를 제공하지 않았고, 원고의 증거들을 종합적으로 취합하여 추산한 침해자 이익이 2,000만위안 이상이므로, 법원은 증거제출방해 규칙을 적용하여 원고의 주장과 증거에 따라 침해자 이익을 산정할 수 있는 특허법 해석Ⅱ 제27조의 규정을 제시하면서, 원고가 침해자 이익의 방식으로 산정한 2,000만위안의 손해배상 청구를 전액 인용하였다.

343) 最高人民法院 (2021)最高法知民终148号.

344) 湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01民初428号.

(라) 자료제출명령 불응의 불이익은 피고가 부담

최고인민법원은 “원고가 침해자 이익의 산정방식으로 손해배상액을 산정할 것을 주장하였고, 침해 규모에 관한 사실에 대하여 이미 1차적 입증을 마쳤고, 피고는 정당한 이유 없이 침해 규모의 기초사실에 관한 관련 증거자료 제출을 거부하여, 침해자 이익 산정을 위한 기초사실을 정확히 확정할 수 없게 하였으므로 그에 상응한 결과를 부담하여야 하는 것으로, 피고의 ‘침해자 이익 산정에서의 쟁점 특허의 기여율 고려’ 항변은 고려할 필요가 없다.”고 실시하였다.

이 판결은 2021년 11월 3일 선고된 판결로, 2가지 점에서 큰 반향을 일으켰는데 하나는 판결된 손해배상액이 상당히 컸다는 점이고, 다른 하나는 최고인민법원이 최종심 판결에서 증명방해 규칙을 적용하여, 특허권 침해 손해배상에서 오랫동안 존재해 온 ‘증명 곤란’이라는 난제를 효과적으로 완화하였다는 점이다. 이 판결을 통하여 법원은 피고의 자료제출 거부로 인해 원고의 손해액 입증이 어려운 장기적 난제를 효과적으로 해결하였고, 특허권 보호를 강화하려는 사법부의 의지가 돋보이기도 하였다.³⁴⁵⁾ 이 판결은 중국 법원이 증거제출을 회피하는 피고에 대해 엄정한 태도를 취하여 원고 주장한 청구액을 전부 인용한 대표적 사례로, 이후 손해배상액 산정 시 증거제출방해 규칙의 적극적 적용을 알리는 계기가 되었다고 평가되기도 한다.³⁴⁶⁾

4. 일본

가. 특허권 침해의 구제

일본에서도 손해액의 증명책임은 원고에게 있으며, 원고가 손해액을 입증하지 못할 경우 청구가 기각된다는 점은 우리 제도와 동일하다.³⁴⁷⁾ 일본 민법 제709조는 “고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는 이로 인해 발생한 손해를 배상할 책임을 부담한다.”고 규정하여 불법행위로 인한 손해배상청구에 관하여 규정한다.³⁴⁸⁾

1959년 개정 특허법은 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구권 외에, 특허법 제102조에 특허권 침해에 대한 손해배상 특칙을 신설함으로써 특허권자의 적절한 손해배상액을 확보하고 민법적 구제수단을 보완하였다.³⁴⁹⁾ 당시, 일본 특허법 제102조 제1항은 민법상 불법행위에 기한 손해배상액의 입증 곤란을 해소하기 위

345) 雷艳珍, “拒不提供侵权产品账簿资料, 全额支持权利人的赔偿请求”, 2021년 11월 5일(“该案判决彰显了人民法院对关系民生的重点领域加大知识产权保护力度的坚强决心, 也体现出中国法院平等保护国内外权利人的司法态度.”).

〈<http://ipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-1638.html>〉

346) 穆豪亮, “举证妨碍规则在专利侵权民事纠纷案件中的适用—(2021) 最高法知民终148号案”, 2022년 2월 8일(“结合本案, 笔者认为, 在专利侵权民事纠纷案件中, 积极适用举证妨碍规则, 有利于推动证据持有者如实向法庭披露自己掌握的证据, 便于法庭查清案件关键事实, 规范控辩双方的诉讼活动.”).

〈<http://www.chinantd.com/Chinese/news-page.asp?id=5580>〉

347) 박성수, 앞의 책, 29면(“일본도 우리와 마찬가지로 손해액의 증명은 원고의 몫이고, 원고가 손해액을 증명하지 못하면 청구기각 판결을 받게 되는 것은 동일하다.”).

348) 民法 第七百九条 故意又は过失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は, これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

349) 배대헌, 앞의 책, 55면(“1959년 개정 특허법은 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구 권 외에 特許法 제 102조에 特許權侵害에 대한 損害賠償의 특칙을 신설하여 특허권자의 적정한 손해배상액의 확보를 통하여 특허권 침해의 민법적 구제방법을 강구하기에 이르렀다.”).

하여 침해자가 얻은 이익액을 특허권자의 손해액으로 추정하도록 규정하고(침해자 이익), 제2항은 권리자가 통상적인 실시계약을 통해 받을 수 있는 금액을 손해액으로 청구할 수 있도록 함으로써 손해평가 및 배상액 산정의 입증 곤란을 해결하며(실시료 상당액), 제3항은 침해자의 과실 정도를 고려하여 법원이 손해배상액 산정 시 이를 참작할 수 있도록 규정하였다.³⁵⁰⁾

나. 특허권 침해로 인한 손해액 산정 범위

일본 특허법 제102조의 제4항은 제1항(일신회의 및 실시료 상당액 혼합산정), 제2항(침해자 이익) 및 제3항(실시료 상당액)에서 규정한 방식으로 손해액 산정 시, 특허발명의 실시료는 특허권자 또는 전용실시권자와 침해자 가상합의 실시료를 참작할 수 있다고 규정한다. 그 규정은 다음과 같다. “법원은 제1항 제2호 및 전항에 규정된 특허발명의 실시에 대해 수령하여야 할 금전 상당의 금액을 인정함에 있어, 특허권자 또는 전용실시권자가 자기의 특허권 또는 전용실시권에 관한 특허발명의 실시 대가에 관하여, 당해 특허권 또는 전용실시권의 침해가 있었음을 전제로 특허권자 또는 전용실시권자와 침해자 사이에 합의를 한다고 가정할 경우에 특허권자 또는 전용실시권자가 얻게 될 그 대가를 참작할 수 있다.”³⁵¹⁾

(1) 일신회의 및 실시료 상당액 혼합산정

1998년 특허법 개정으로 신설된 제102조 제1항 일신회의 조항은 2019년 법개정을 통하여 일신회의와 실시료 상당액 혼합산정이 가능한 규정으로 개정되었다. 법 개정 후 제102조 제1항 규정에 따르면, ① 특허권자의 생산능력 범위 내의 판매량에 대해서는 특허권자의 단위당 이익 × 침해품 판매수량으로 일신회의를 인정하고, ② 생산능력 범위를 초과하는 판매량에 대해서는 특허발명 기회 상실에 따른 합리적인 실시료를 손해액의 산정에 포함한다. 특허법 제102조 제1항의 규정은 다음과 같다.³⁵²⁾³⁵³⁾

350) 배대현, 앞의 책, 56면(“일본 특허법 제 102조 제 1항은 민법상 不法行為에기한 損害 賠償額의立證困難을구제하기 위하여 침해자가 얻은 이익액을 특허권자의 손해액으로 추정하도록 규정하였고(推定型) 제2항은 특허권자의 손해평가 및 배상액산정의 입증곤란을 해결하기 위하여 통상적으로 실시계약을 통하여 받을 수 있는 금액을 특허권자가 받은 손해배상액으로 청구할 수 있도록 하였으며(實施料型) 제3항은 침해자의 경과실에 의하여 특허권을 침해한 경우에는 법원이 손해배상액의 산정에 이를 참작할 수 있다고 규정하였다.”).

351) 특허법 第百二条 4 裁判所は, 第一項第二号及び前項に規定する特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額を認定するに当たっては, 特許権者又は専用実施権者が, 自己の特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施の対価について, 当該特許権又は専用実施権の侵害があつたことを前提として当該特許権又は専用実施権を侵害した者との間で合意をするとしたならば, 当該特許権者又は専用実施権者が得ることとなるその対価を考慮することができる。

352) 특허법 第百二条 特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において, その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは, 次の各号に掲げる額の合計額を, 特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。

一 特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単…位数量当たりの利益の額に, 自己の特許権又は専用実施権を侵害した者が譲渡した物の数量(次号において「譲渡数量」という。)のうち当該特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた数量(同号において「実施相応数量」という。)を超えない部分(その全部又は一部に相当する数量を当該特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは, 当該事情に相当する数量(同号において「特定数量」という。)を控除した数量)を乗じて得た額

二 譲渡数量のうち実施相応数量を超える数量又は特定数量がある場合(特許権者又は専用実施権者が, 当該特許権者の特許権についての専用実施権の設定若しくは通常実施権の許諾又は当該専用実施権者の専用実施権についての通常実施権の許諾をし得たと認められない場合を除く。)におけるこれらの数量に応じた当該特許権又は専用実施権

일본 특허법 제102조 제1항

- 특허권자 또는 전용실시권자가 고의 또는 과실로 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 입은 손해의 배상을 청구하는 경우, 그 자가 침해행위를 조성한 물건을 양도한 때에는 다음 각 호에 해당하는 금액의 합계액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다.
 1. 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액에 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 양도한 물건의 수량(다음 호에서 ‘양도수량’이라 함) 중 해당 특허권자 또는 전용실시권자의 실시능력에 해당하는 수량(같은 호에서 ‘실시상응수량’이라 함)을 넘지 않는 부분(그 전부 또는 일부에 상당하는 수량을 해당 특허권자 또는 전용실시권자가 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우, 해당 사정에 상당하는 수량(같은 호에서 ‘특정수량’이라 함)을 공제한 수량)을 곱하여 얻은 금액
 2. 양도수량 중 실시상응수량을 넘는 수량 또는 특정수량이 있는 경우(특허권자 또는 전용실시권자가 해당 특허권자의 특허권에 대한 전용실시권의 설정이나 통상실시권의 허락 또는 해당 전용실시권자의 전용실시권에 대한 통상실시권의 허락을 할 수 있었다고 인정되지 않는 경우를 제외)에 있어서 이들 수량에 따른 해당 특허권 또는 전용실시권에 관해 특허발명의 실시에 대해 받았어야 하는 금액에 상당하는 금액

이 규정은 다음과 같이 설명될 수 있다. 손해액 = [(실시상응수량 한도내의 침해자의 양도수량 - 특정수량) × 권리자단위당이익 + [침해품 양도수량 중 권리자 생산능력 초과수량과 판매불가수량에 대한 각 실시료 상당액]³⁵⁴⁾

일본 특허법 제102조 제1항 제1호는 ‘피고 양도수량’을 우선 ‘실시상응수량’과 비교하여, 양도수량이 넘지 않으면 양도수량을 기준으로, 넘으면 실시상응수량을 기준으로 하도록 규정한다. 그 다음 단계에서 ‘특정수량(판매불가수처량)’을 공제하도록 되어 있다. 반면 일본 특허청의 해석은 실시능력을 초과하는 수량을 먼저 공제한 후 특정수량을 공제한다고 설명하는데, 이는 법 조문의 순서와 상충하여 계산 왜곡을 초래한다는 지적이 있다. 올바른 계산 방식은 피고 양도수량에서 특정수량을 먼저 공제한 뒤 그 결과를 실시상응수량과 비교하는 것이다.³⁵⁵⁾

이러한 제102조 제1항의 손해액 산정방식은 특허권자가 침해로 인하여 입은 손해를 최대한 보전함으로써 손해배상 이론의 “완전배상” 원칙을 충분히 구현하고, 지식재산권을 충분히 보호하려는 정책 목표에도 부합된다고 평가되기도 한다.³⁵⁶⁾

に係る特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額

353) 정차호·황성필·장태미, 앞의 논문, 78-79, 90-91면 번역본 참조.

354) 特許権侵害への救済手続, JPO(「損害額」=“(「実施相応数量の限度における侵害者の譲渡等数量」-「特定数量」) × 「特許権者等の単位あたりの利益」+「実施相応数量を超える数量又は特定数量に応じたライセンス相当額※」※特許権者等が侵害者にライセンスの許諾をし得たとは認められない場合には損害額が認定されない。”),
<https://www.jpo.go.jp/support/ipr/patent-kyusai.html>

355) 정차호·황성필·장태미, 앞의 논문, 80면(“두 수량을 양도수량에서 순차적으로 공제하는 계산식은 왜곡을 초래한다. 피고양도수량에서 특정수량을 먼저 공제한 후의 수량이 실시능력과 비교되어야 한다.”).

356) 胡晶晶, “论日本专利权‘所失利益’的法律性质: “可推翻之推定””, 知识产权, 2021年第3期, 94页(“该赔偿额最大程度地覆盖了专利权人因侵权而遭受的不利益, 既充分体现了损害赔偿理论的“完全赔偿”原则, 又符合充分保护知识产权的政策目标.”).

(가) 솔레노이드 사건³⁵⁷⁾

본 사건은 공유특허(솔레노이드)과 관련된 침해소송으로 2019년 법 개정 후 제102조 제1항을 적용한 최초의 사례이다.³⁵⁸⁾

쟁점은 특허법 제102조 제1항·제2항·제3항의 적용에 의한 손해액 산정 방식에 있다. 원고는 약 19.96억 엔의 손해배상을 청구하였으나, 법원은 최종 8,920만 엔을 인정하였다. 피고의 침해기간은 특허법 제102조 제1항 개정 전이나, 경과규정이 없어 구술변론종결 시점의 현행법(개정 후)을 적용하였다. 법원은 제102조 제1항·제2항·제3항을 적용하여 손해액 산정 후, 산정된 금액 중 가장 높은 제1항에 의한 손해액을 인정하였다.

법원은 제102조 제1항을 적용하여 손해액 산정 시, 단위수량당 이익을 ‘한계이익’으로 산정하였다. 다만 제품 성능 차이 등을 고려하여 한계이익의 95%를 감액하고 5%만을 인정하였다.³⁵⁹⁾ 또한 피고의 특정 거래 선과의 신뢰관계, 제품 성능 차이 등을 이유로 침해품 판매수량의 약 20%를 권리자가 판매할 수 없었을 ‘특정수량’으로 보아 산정에서 제외하였다. 또한 법원은 제외된 특정수량 중 라이선스 제공이 가능하다고 볼 수 있는 부분에 한하여 합리적 실시료 상당액을 가산할 수 있음을 명시하였다. 다만 성능 차이 등으로 라이선스가 불가능한 부분은 제외하였다.³⁶⁰⁾ 최종 법원이 적용한 손해액 산정 공식은 다음과 같다.

손해액=(침해총수량－특정수량)×단위한계이익×(1－감액율)+(라이선스 가능 특정수량)×합리적 실시료율

법원은 위 공식을 적용하여 8,920만엔을 손해액으로 인정하였다. 본 판결은 개정 후 제102조 운용의 구체적인 사례로서, 한계이익 중심의 산정, 추정 번복(대폭 감액), 특정수량 공제 및 실시료 가산을 종합적으로 적용한 점에서 학문적·실무적 의의가 크다. 또한 공유특허의 손해배상 산정에 관한 중요한 해석론을 제시하였다.

(2) 침해자 이익

일본은 1959년 특허법을 개정하면서 해당 취지의 규정을 신설하였다.³⁶¹⁾ 당시 공업소유권심의회는 “특허권자는 고의 또는 과실에 의해 특허권을 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 얻은 이익의 반환을 청구할 수 있다.”는 독일 민법의 준사무관리이론에 기반한 규정을 도입할 것을 제안하였으나, 침해자의 전체 이익 반환을 인정하는 것은 권리자가 입은 손해액의 규모와 무관하게 과도하게 가혹하며, 손해배상제도의 일

357) 知的財産高等裁判所, 平成30年(ネ) 第10034号.

358) 河合哲志, 令和元年改正後の特許法102条1項が適用された事例(知財高裁令和4年3月14日・平成30年(ネ) 第10034号, ソレノイド事件), 2023년 3월 15일(“本判決は, 令和元年改正後に, 102条1項 2号を適用した初の事例であると思われる.”). <<https://soei-law.com/patent/%e4%bb%a4%e5%92%8c%e5%85%83%e5%b9%b4%e6%94%b9%e6%ad%a3%e5%be%8c%e3%81%ae%e7%89%b9%e8%a8%b1%e6%b3%95%ef%bc%91%ef%bc%90%ef%bc%92%e6%9d%a1%ef%bc%91%e9%a0%85%e3%81%8c%e9%81%a9%e7%94%a8%e3%81%95%e3%82%8c/>>

359) 知的財産高等裁判所, 平成30年(ネ) 第10034号(“このように, 原告製品 2 は, 本件発明の従来技術の課題とされている, 耐食性を必要とする構成部材にメッキ処理を施したものであることや, 原告製品 2 は可変容量コンプレッサ容量制御弁であって, 制御弁としての機能及び動作性の点に強い顧客吸引力があるといえるから, 原告製品 2 の販売によって得られる限界利益の全額を控訴人の逸失利益と認めるのは相当ではないところ, 原告製品 2 が備える機能等や顧客誘引力等の本件諸事情を総合考慮すると, 事実上推定される限界利益の全額から 95%の覆滅を認めるのが相当である.”).

360) 知的財産高等裁判所, 平成30年(ネ) 第10034号(“これらの事情を総合考慮すると, 特定数量 2 割のうちライセンスの機会を喪失したといえる数量は, その半分に当たる譲渡数量の 1 割とするのが相当である.”).

361) 박성수, 앞의 책, 29면(“일본에서 1959년 특허법의 개정이 이루어지면서 침해자의 이익으로 손해액을 추정하며 실시료 상당액을 손해액으로 삼을 수 있게 규정된 것은 매우 큰 의미가 있는 것이었다.”).

반 원칙에도 현저히 반한다는 반대 의견이 제기되어 결국 현행 규정과 같이 ‘침해로 인한 이익액은 권리자의 손해액으로 추정한다’는 방식으로 확정되었다.³⁶²⁾ 일본 특허법 제102조 제2항은 “특허권자 또는 전용실시권자가 고의 또는 과실에 의해 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의해 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 있어서 그 자가 그 침해의 행위에 의해 이익을 받고 있을 때에는 그 이익액은 특허권자 또는 전용실시권자가 받은 손해액이라고 추정할 수 있다.”고 규정한다.³⁶³⁾

침해자 이익에 의한 손해배상액 산정 법리를 적용하기 위한 요건으로서 특허권자의 ‘실시’가 필요한가에 대한 문제가 제기된다. 종래의 다수설은 손해액을 추정하는 것에 있어서, 손해 발생의 사실까지 추정하는 것은 아니므로, 권리자 자신이 특허발명을 실시하고 있는 경우에만 적용할 수 있다고 해석하였다. 최근에는 특허권자가 발명을 실시하지 않아도 경쟁기술을 실시하여 취득한 이익이 특허권의 보호범위에 포함되므로 경쟁기술 실시만으로 충분하다고는 견해도 있다.³⁶⁴⁾ 다수의 경쟁품 존재나 (특허권자 이외의) 통상실시권자의 존재 등을 침해자가 입증하면, 애초에 침해자의 이익 전체가 특허권자의 손해라고 보는 인과관계가 희석되므로 그 추정이 복멸될 수 있다.³⁶⁵⁾

침해자 이익이 순이익을 의미하는지 총이익을 의미하는지에 대한 의견 대립이 있다. 종래의 다수설은 피고에 유리한 순이익으로 침해자 이익을 산정하였다.³⁶⁶⁾ 그러나 최근의 판례는 침해자 이익을 ‘한계이익’으로 보고, 특별한 사정이 없는 경우, 매출액에서 침해제품의 제조·판매에 전속적으로 소요되는 변동비용만을 공제하는 한계이익설을 취하고 있다.³⁶⁷⁾

(3) 실시료 상당액

1998년 개정 특허법 전에는 특허권 실시료 ‘통상 받을 수 있는 금액’을 손해액으로 산정하여 청구할 수 있다고 규정하였으나 1998년 개정에 의하여 ‘통상’이라는 용어를 삭제하여 법원은 통상 실시료에 국한하지

362) 김용섭, “특허권침해로 인한 손해배상액의 산정에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2008, 151면(“당시 공업소유권심의회는 “고의 또는 과실에 의하여 특허권 또는 독점실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 얻은 이익의 반환을 청구할 수 있다”는 독일 민법의 준사무관리이론에 따른 규정을 신설하여야 한다고 하였으나, 권리자가 입은 손해액의 다소에 불구하고 침해자의 이득전액의 반환을 인정하는 것은 침해자에게 너무 가혹하고 또 손해배상제도의 일반원칙에도 현저하게 반한다는 의견이 있어, 결국 현행규정과 같이 이익의 액은 손해의 액으로 ‘추정 한다’는 내용으로 정해지게 되었다고 한다.”).

363) 特許法 第百二条 2 特許權者又は専用実施權者が故意又は過失により自己の特許權又は専用実施權を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、特許權者又は専用実施權者が受けた損害の額と推定する。

364) 정차호·장태미, 앞의 책, 103면(“그러나 최근 특허권자가 당해 특허발명 자체를 실시하고 있지 않아도, 침해자와 스스로 경쟁기술을 실시해서 얻은 이익에 대해서도 특허권에 의한 법적 보호의 범위 내에 있는 이익에 등을 이유로 하여, 특허권자 등에 의한 경쟁기술의 실시로 충분하다는 견해가 등장하였다.”).

365) 特許權侵害への救済手続, JPO(“さらに、この規定の推定の効果は、侵害者が、多数の競合品の存在、通常実施權者の存在を立証することにより、覆されてしまう可能性はあります.”).

<<https://www.jpo.go.jp/support/ipr/patent-kyusai.html>>

366) 정차호·장태미, 앞의 논문, 272면(“종래의 다수설은 일본 특허법 제102조 제2항은 현실적으로 입은 손해를 배상하기 위한 제도이므로, 침해자의 순이익을 손해로 해석하는 순이익설을 취하였다.”).

367) 정차호·장태미, 위의 논문, 272면(“그러나 최근의 판례에서는 침해자 이익을 한계이익으로 보고, 침해제품의 제조·판매만을 위한 전용설비를 새롭게 투자하거나 종업원을 추가적으로 고용하는 등의 예외적인 사정이 없는 한 침해자의 매출액에서 원재료, 가공, 보존, 운송 등의 경비 중 해당 제품의 제조·판매만을 위한 변동비만을 공제하는 한계이익설을 취하고 있다.”).

않고 개별 사건의 제반 상황을 종합적으로 고려하여 산정하게 되었다.³⁶⁸⁾ 현재 일본 특허법 제102조 제3항의 규정은 다음과 같다. “특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실로 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여, 그 특허발명의 실시에 대하여 받을 수 있는 액에 상당한 액수를 자기의 손해액으로 보아 손해배상을 청구할 수 있다.”³⁶⁹⁾

2019년 일본 지적재산고등재판소가 심리한 ‘이산화탄소 함유 점성 조성물’ 특허권 침해사건에서,³⁷⁰⁾ 법원은 합리적 실시료율로 손해액 산정 시 고려하여야 할 네 가지 요소를 제시하였다. ① 대상 특허발명에 관해 실제 체결된 실시허락계약의 실시율 또는 그것이 명확하지 않을 경우 해당 기술 분야의 시장 평균 실시료율; ② 특허발명 자체의 기술적 가치, 즉 특허발명의 기술내용 또는 중요성, 대체 가능성; ③ 대상 특허발명을 해당 제품에 적용했을 경우의 매출 및 이익 기여도와 침해 형태; ④ 특허권자와 침해자 간의 경쟁관계 및 소송 과정의 구체적 사정 등.³⁷¹⁾

다만, 특허법 제102조 제4항은 제3항에서 규정된 금액을 초과하는 손해배상을 청구하는 경우, 손해액 금액이 가능한 것으로 규정한다. “제3항의 규정은 같은 항에 규정된 금액을 초과하는 손해배상 청구를 방해하지 아니한다. 이 경우에 있어서 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우, 법원은 손해배상액을 정함에 있어 이를 참작할 수 있다.”³⁷²⁾ 그러나, 이 조항은 실무상 적용사례가 적고, 일반적으로 연쇄적 침해를 주로 대상으로 한다고 한다. 연쇄적 침해란 제조업자, 도매업자, 소매업자 등 여러 시장 단계를 거치며 침해제품의 유통 과정에 따라 연대책임을 부담하는 경우를 말하는데 마지막 유통 단계에서 다수의 제품을 취급하는 소매업자나, 생산·영업 목적으로 특정 침해 장비를 사용하는 최종 사용자는 자신이 판매하거나 사용하는 물품이 타인의 특허권을 침해하는지 일일이 확인해야 한다면 과도한 부담이 되므로, 경과실 규정을 두어 이들의 영업 비용을 일정 부분 경감하고자 하는 것이다.³⁷³⁾

368) 毛映红, “日本专利侵权损害赔偿计算若干问题研究及对我国的借鉴”, 电子知识产权 2017年第6期, 82页(“1998年修改之前的《特许法》要求根据权利人许可实施专利“通常收取的费用”来计算赔偿额。... 因此1998年《特许法》修改时删去了上述规定中的“通常”二字, 法院在确定赔偿额时开始综合考虑各方实际情况而不再受通常的实施费用行情所限。”)。

369) 特許法 第百二条 3 特許権者又は専用実施権者は, 故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し, その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を, 自己が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる。

370) 知的財産高等裁判所 平成30(ネ)10063号

371) 知的財産高等裁判所 平成30(ネ)10063号(“したがって, 実施に対し受けるべき料率は, ①当該特許発明の実際の実施許諾契約における実施料率や, それが明らかでない場合には業界における実施料の相場等も考慮に入れつつ, ②当該特許発明自体の価値すなわち特許発明の技術内容や重要性, 他のものによる代替可能性, ③当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様, ④特許権者と侵害者との競業関係や特許権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して, 合理的な料率を定めるべきである。”)。

372) 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ったときは, 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。

373) 张鹏, “日本专利侵权损害赔偿数额计算的理念与制度”, 知识产权, 2017年第6期, 97页(“一般来说, 该款规定主要是针对“连锁侵权”(即侵权者可能处于不同市场阶段, 包括上游制造商, 中游批发商, 零售商等, 他们随侵权产品的流转而连带地承担侵权责任)情况下, 在末端流通环节经营多种产品的零售商, 以及以生产经营为目的使用某一侵权器械进行生产的最终用户, 如果要求他们对于自身销售的商品, 或使用的器械是否侵犯他人专利权逐一进行确认的话, 将是过重的负担, 因此通过轻过失的规定在一定程度上降低了其经营成本。”)。

(4) 상당한 손해액 산정

일본 특허법 제105조의 3은 특허권 침해소송에서 손해 발생이 인정되는 경우, 손해액 증명이 극히 어려운 경우, 재판소가 구두변론의 취지 및 증거조사 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정한다.³⁷⁴⁾ 한편, 일본 민사소송법 제248조의 규정에 의하면 일반 불법행위에 대하여 손해액 성질상 손해액의 증명이 어려운 경우, 법원이 재량으로 손해액을 인정할 수 있다. 특허법 제105조의 3은 특허권 침해로 인한 손해의 특성을 고려한 특칙규정이라 할 수 있다.³⁷⁵⁾ 당해 규정은 손해액의 증명을 용이하게 하기 위하여, 확신을 얻은 사실뿐만 아니라 재판관의 합리적 판단에 따라 상당한 개연성이 있다고 인정되는 사실까지도 고려함으로써, 실질적인 손해배상의 실현을 도모하는 데 그 목적이 있다고 한다.³⁷⁶⁾

5. 유럽통합특허법원(UPC)과 손해배상법리

가. 유럽통합특허법원

(1) 유럽통합특허법원의 설립

1973년 뮌헨에서 체결된 유럽특허협약(EPC, European Patent Convention, 이하 EPC)에 의하여 설립된 유럽특허기구(European Patent Organization)는 발명보호 업무를 담당하고 있고, 동 기구의 행정위원회(Administrative Council)는 입법기능을, 유럽특허청(European Patent Office, 이하 EPO)은 특허심사 등의 행정집행기능을 각각 담당하고 있다.³⁷⁷⁾

유럽특허청은 EPC를 법적 근거로 단일화되고 통일화 된 절차 및 심사과정을 통해 유럽 특허 등록 업무를 수행하여 성공적이라는 평가를 받아왔다.³⁷⁸⁾ 하지만, 특허출원인이 유럽 특허출원을 하면 유럽특허청의 심사를 거쳐 특허결정이 내려지고 각국 특허청에 등록하여 개별 국가별로 독립된 특허권을 등록하여 그 나라에서만 특허권을 가지게 된다.³⁷⁹⁾ 각 회원국 법원에서 침해 및 무효심도 분리적으로 이루어져 매우 큰 비용과 많은 시간이 소요되었다.³⁸⁰⁾ 비용의 절감, 절차적 중복성과 예측가능성 향상을 위하여 단일특허(Unitary Patent)제도 도입과 유럽통합특허법원(Unified Patent Court, 이하 UPC) 설립이 추진되었다.

374) 特許法 第百五條の三・特許權又は専用実施權の侵害に係る訴訟において、損害が生じたことが認められる場合において、損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上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。

375) 정차호·장태미, 앞의 책, 241면(“따라서 동 규정은 민사소송법 제248조의 적용 여부를 떠나서, 특허권 침해로 인한 손해의 특성을 고려하여 상당한 손해액을 인정하기 위한 특칙규정인 것이다.”).

376) 정차호·장태미, 앞의 책, 241-242면.

377) 특허청, 해외지식재산권보호 가이드북-EU, 한국지식재산보호협회, 2013, 33-34면.

378) 김성기, “유럽 통합 특허법원의 설립과 발족”, 「산업재산권」 제52호, 한국지식재산학회, 2017, 255면.

379) 정극원, “유럽 통합특허법원의 개원과 우리나라에서의 시사점”, 「유럽헌법연구」 제44호, 유럽헌법학회, 2024, 81면(“기존의 특허출원 절차에 따르면 특허출원인이 유럽특허출원을 하면 유럽특허청(European Patent Office, EPO)의 심사를 거쳐 특허결정이 내려지면 각국에서 등록 절차를 밟아 개별 국가의 특허를 받고 그 나라에서만 특허권을 가지는 것인데”).

380) 김성기, 위의 논문, 257면(“2017년부터는 EPO에서 허여하는 특허가 종전과 같은 국내특허의 다발(bundle)이 아니라, 마치 미국특허가 미국 각주에서 모두 효력을 가지듯, EU 전체에서 효력을 갖는 단일 특허(Unitary Patent)가 되고, 이 특허에 관한 분쟁은 더 이상 국내법원이 아니라 유럽 통합 특허 법원 조약(Unified Patent Court Agreement)에 따라 설립되는 단일법원 체계에 따라 특허침해와 무효 여부, 손해 배상액 결정 및 침해금지, 특허 라이선스 등14)을 판단하게 된다.”).

단일특허제도는 개별 회원국에서 별도의 등록 절차를 거치지 않고, 단 하나의 특허로 단일특허협정 가입국 전역에서 동시에 효력을 발생하게 하는 제도로, 유럽특허청을 통한 방식 및 실체심사 절차는 기존의 유럽특허 출원과 동일하지만, 등록에 있어서는 각각 국가별로 개별 등록을 거치는 것이 아니라 단 한 번의 등록만으로 모든 회원국에서 특허의 보호를 받을 수 있다는 점에서 차별화된다.³⁸¹⁾

(2) 유럽통합특허법원의 구조

2023년 6월 1일 정식 출범한 UPC는 2심제이다.³⁸²⁾ UPC는 단일특허 및 옵트아웃(opt-out)되지 않은 기존 유럽특허에 대한 침해·무효 사건 등에 대해 심리한다. 다만, 회원국 특허청에서 직접 부여한 국내 특허에 대해서는 관할권을 가지지 않는다.³⁸³⁾ UPC는 협정 체결국 국내 법원을 대체하여 유럽특허(단일특허 및 기존 방식의 유럽특허 포함)를 둘러싼 분쟁에 관하여 전속 관할권(exclusive jurisdiction)을 가진다. UPC의 출범과 함께 시행된 유럽단일특허는 EU 규정 제1257/2012호에 근거하여 창설된 제도로, 개별 회원국의 특허 등록 절차 없이 유럽연합(EU) 회원국 전체에 일률적으로 효력을 미치며, 이에 관한 특허권 관련 분쟁은 유럽통합특허법원이 전속적으로 관할한다.

유럽통합특허법원에 관한 협정(Agreement on Unified Patent Court, 이하 UPCA) 제32조에 따른 UPC의 관할 사건은 다음과 같다.³⁸⁴⁾ ① 특허 및 추가보호증명(Supplementary Protection Certificate, 이하 SPC) 침해·침해 예방 소송 및 실시권 관련 반소를 포함한 관련 반소; ② 특허 및 SPC 비침해확인소송; ③ 보전처분 및 금지명령 소송; ④ 특허취소소송 및 SPC 무효확인소송; ⑤ 특허취소소송 및 SPC 무효확인소송의 반소; ⑥ 공개된 유럽특허출원의 보전처분으로 인한 손해배상소송; ⑦ 특허등록 이전의 발명 사용 또는 선사

381) 정극원, 위의 논문, 81면(“단일특허란 개별국에 각각의 등록 절차 없이 단 하나의 특허로 단일 특허협정에 가입한 회원국 전체에서 동시에 효력을 발생하게 하는 것으로서, ... 단일특허제도는 유럽특허청을 통해 방식 및 실체심사를 진행하는 기존의 유럽특허 출원 절차와 같지만, 등록 절차에 있어서 각각의 국가별로 등록을 진행하는 것이 아닌 한 번의 등록으로 모든 회원국에서 특허의 보호를 받는 것이다.”).

382) Agreement on a Unified Patent Court (2013/C 175/01) Article 6 The Court.

1. The Court shall comprise a Court of First Instance, a Court of Appeal and a Registry.

383) 정극원, 앞의 논문, 82면(“회원국 특허청에 직접 받은 특허에는 관할권이 없지만”).

384) Agreement on a Unified Patent Court Article 32 Competence of the Court

1. The Court shall have exclusive competence in respect of:

- (a) actions for actual or threatened infringements of patents and supplementary protection certificates and related defences, including counterclaims concerning licences;
- (b) actions for declarations of non-infringement of patents and supplementary protection certificates;
- (c) actions for provisional and protective measures and injunctions;
- (d) actions for revocation of patents and for declaration of invalidity of supplementary protection certificates;
- (e) counterclaims for revocation of patents and for declaration of invalidity of supplementary protection certificates;
- (f) actions for damages or compensation derived from the provisional protection conferred by a published European patent application;
- (g) actions relating to the use of the invention prior to the granting of the patent or to the right based on prior use of the invention;
- (h) actions for compensation for licences on the basis of Article 8 of Regulation (EU) No 1257/2012; and
- (i) actions concerning decisions of the European Patent Office in carrying out the tasks referred to in Article 9 of Regulation (EU) No 1257/2012.

용에 관한 소송; ⑧ EU 규정 제8조에³⁸⁵⁾ 따른 실시권 보상청구소송; ⑨ EU 규정 제9조에³⁸⁶⁾ 규정된 업무 수행과 관련한 EPO의 결정에 관련된 소송 등이다.

UPC 판결의 효력은 UPCA를 체결 비준한 모든 회원국에 미치며,³⁸⁷⁾ 제1심법원은 하나의 중앙법원

385) REGULATION (EU) No 1257/2012 Article 8 Licences of right

1. The proprietor of a European patent with unitary effect may file a statement with the EPO to the effect that the proprietor is prepared to allow any person to use the invention as a licensee in return for appropriate consideration.
2. A licence obtained under this Regulation shall be treated as a contractual licence.

386) REGULATION (EU) No 1257/2012 Article 9 Administrative tasks in the framework of the European Patent Organisation

1. The participating Member States shall, within the meaning of Article 143 of the EPC, give the EPO the following tasks, to be carried out in accordance with the internal rules of the EPO:
 - (a) to administer requests for unitary effect by proprietors of European patents;
 - (b) to include the Register for unitary patent protection within the European Patent Register and to administer the Register for unitary patent protection;
 - © to receive and register statements on licensing referred to in Article 8, their withdrawal and licensing commitments undertaken by the proprietor of the European patent with unitary effect in international standardisation bodies;
 - (d) to publish the translations referred to in Article 6 of Regulation (EU) No 1260/2012 during the transitional period referred to in that Article;
 - (e) to collect and administer renewal fees for European patents with unitary effect, in respect of the years following the year in which the mention of the grant is published in the European Patent Bulletin; to collect and administer additional fees for late payment of renewal fees where such late payment is made within six months of the due date, as well as to distribute part of the collected renewal fees to the participating Member States;
 - (f) to administer the compensation scheme for the reimbursement of translation costs referred to in Article 5 of Regulation (EU) No 1260/2012;
 - (g) to ensure that a request for unitary effect by a proprietor of a European patent is submitted in the language of the proceedings as defined in Article 14(3) of the EPC no later than one month after the mention of the grant is published in the European Patent Bulletin; and
 - (h) to ensure that the unitary effect is indicated in the Register for unitary patent protection, where a request for unitary effect has been filed and, during the transitional period provided for in Article 6 of Regulation (EU) No 1260/2012, has been submitted together with the translations referred to in that Article, and that the EPO is informed of any limitations, licences, transfers or revocations of European patents with unitary effect.
2. The participating Member States shall ensure compliance with this Regulation in fulfilling their international obligations undertaken in the EPC and shall cooperate to that end. In their capacity as Contracting States to the EPC, the participating Member States shall ensure the governance and supervision of the activities related to the tasks referred to in paragraph 1 of this Article and shall ensure the setting of the level of renewal fees in accordance with Article 12 of this Regulation and the setting of the share of distribution of the renewal fees in accordance with Article 13 of this Regulation. To that end they shall set up a select committee of the Administrative Council of the European Patent Organisation (hereinafter 'Select Committee') within the meaning of Article 145 of the EPC. The Select Committee shall consist of the representatives of the participating Member States and a representative of the Commission as an observer, as well as alternates who will represent them in their absence. The members of the Select Committee may be assisted by advisers or experts. Decisions of the Select Committee shall be taken with due regard for the position of the Commission and in accordance with the rules laid down in Article 35(2) of the EPC.
3. The participating Member States shall ensure effective legal protection before a competent court of one or several participating Member States against the decisions of the EPO in carrying out the tasks referred to in paragraph 1

387) 정극원, 앞의 논문, 83면("유럽 통합특허법원의 결정은 유럽통합특허협정(United Patent Court Agreement, UPCA) 체결 비준국 영토에서 적용된다.").

(Central Division), 다수의 지방법원(Local Division) 및 광역법원(Regional Division)으로 구성되어 있으며, 항소심법원은 하나를 두었다.³⁸⁸⁾ 또한, UPC는 EU법을 적용·준수하여야 하며, EU법의 올바른 적용과 통일적 해석을 보장하기 위하여 필요한 경우에는 유럽연합재판소(Court of Justice of European Union, 이하 CJEU)에 EU법의 법률 해석을 요청할 수 있고 CJEU의 판단은 UPC에 대하여 구속력을 가진다.³⁸⁹⁾

제1심 중앙법원의 본원은 프랑스에 있고, 뮌헨과 런던에 각각 본원을 두어, 일반적으로 지역법원과 광역법원이 다루게 될 침해소송은 다루지 않는다.³⁹⁰⁾ 항소심법원은 법률심이자 사실심의 기능을 겸하며 룩셈부르크에 소재하고 있다.³⁹¹⁾ 제1심 중앙법원과 지역/광역법원의 관할은 다음과 같다.

〈표 31〉 중앙법원과 지역/광역법원의 관할

구분	원칙	반소, 사건 이송, 관할 변경 등
중앙법원	무효 및 비침해 확인 (UPCA § 33④)	• 침해소송에 대한 무효반소 시 무효반소를 중앙법원에 이송하거나 침해소송까지 이송 가능(당사자 동의 필요)(UPCA § 33③) • 광역법원의 3개 이상 지역에서 침해발생→ 피고의요청에 따라 중앙법원으로 이송(UPCA § 33②) • 중앙법원에서 무효소송이 진행중이면 침해소송을 중앙법원에 제기 가능(UPCA § 33⑤)
지역/광역법원	특허권침해 금지·예방 소송, 가처분, 금지명령, 손해배상 등 (UPCA § 33①)	• 침해소송에 대한 무효반소 시 지역, 광역법원에서 무효를 판단하려면 기술판사 필수 배정(UPCA § 33③) • 침해소송 제기 시 중앙법원의 비침해확인소송은 당연 중지(UPCA § 33⑥)

※ 출처: 특허청, “유럽시장에 진출하는 우리 기업이 알아야 할 유럽 단일특허, 통합특허법원 제도”, 특허청 기타 간행물, 2023, 8면.

나. 손해배상 관련 법리

(1) 법리적 구조

UPCA 제68조는 특허권 침해로 인한 손해배상액 관련 규정으로 지식재산권 집행에 관한 지침(Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, 이하 IPRED) 제13조³⁹²⁾ 기반으로 구성되어 거의 동일한 내용으로, EU법에 따

388) 특허청, 앞의 책, 460면(“통일 특허 법원의 구성으로서, 제1심법원은 하나의 중앙부(Central Division)와 다수의 지방부(Local Division) 및 지역부(Regional Division)로 나눌 수 있으며, 항소심법원은 하나를 둔다.”).

389) Agreement on a Unified Patent Court Article 21 Requests for preliminary rulings
As a court common to the Contracting Member States and as part of their judicial system, the Court shall cooperate with the Court of Justice of the European Union to ensure the correct application and uniform interpretation of Union law, as any national court, in accordance with Article 267 TFEU in particular. Decisions of the Court of Justice of the European Union shall be binding on the Court.

390) 이류리나, “유럽연합 단일특허제도의 최근동향 및 시사점”, IP Report, 한국지식재산연구원, 2016, 8면.

〈https://www.kiip.re.kr/board/data/view.do?bd_gb=data&bd_cd=3&bd_item=0&po_no=12287〉

391) 정극원, 앞의 논문, 83면(“항소법원인 2심 법원은 법률심인 동시에 사실심으로 등기소와 함께 룩셈부르크에 소재하고 있다.”).

392) DIRECTIVE 2004/48/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 29 April 2004

라 해석된다.³⁹³⁾ 제68조의 규정은 다음과 같다.³⁹⁴⁾

제68조 손해배상액 산정

1. 법원은 침해 사실을 인식하였거나, 합리적으로 인식할 수 있었음에도 특허권을 침해한 자에 대하여, 피해자의 청구에 따라, 침해행위로 인해 실제로 피해자가 입은 손해에 상당하는 배상액을 지급하도록 명령하여야 한다.
2. 피해자는 가능한 당해 특허권 침해가 발생하지 아니한 경우에 있었을 상태로 회복되어야 한다. 침해자는 침해행위를 통해 이익을 얻어서는 아니 된다. 다만, 배상액은 징벌적 성격이 아니어야 한다.
3. 법원이 손해배상액을 산정함에 있어서 다음과 같은 사항을 고려하여야 한다.

on the enforcement of intellectual property rights Article 13 Damages

1. Member States shall ensure that the competent judicial authorities, on application of the injured party, or order the infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in an infringing activity, to pay the rightholder damages appropriate to the actual prejudice suffered by him as a result of the infringement.

When the judicial authorities set the damages:

- (a) they shall take into account all appropriate aspects, such as the negative economic consequences, including lost profits, which the injured party has suffered, any unfair profits made by the infringer and, in appropriate cases, elements other than economic factors, such as the moral prejudice caused to the rightholder by the infringement;

or

- (b) as an alternative to (a), they may, in appropriate cases, set the damages as a lump sum on the basis of elements such as at least the amount of royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorisation to use the intellectual property right in question.

2. Where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity, Member States may lay down that the judicial authorities may order the recovery of profits or the payment of damages, which may be pre-established.

393) Roya Ghafele&Rasmus Kamstrup Bogetoft, "Using patent valuation methods to assess damages in patent infringement cases under the Unified Patent Court", World Patent Information 52 (2018), at 4 ("Ignoring for now the fundamental principles of EU law, this in particular means that the UPCA's damages provisions have to be interpreted in accordance with the Intellectual Property Rights Enforcement Directive, Directive 2004/48/EC (IPRED). Of main relevance in the IPRED is article 13, of which the UPCA's article 68 is close to a facsimile.").

394) Agreement on a Unified Patent Court Article 68 Award of damages

1. The Court shall, at the request of the injured party, order the infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in a patent infringing activity, to pay the injured party damages appropriate to the harm actually suffered by that party as a result of the infringement.
2. The injured party shall, to the extent possible, be placed in the position it would have been in if no infringement had taken place. The infringer shall not benefit from the infringement. However, damages shall not be punitive.
3. When the Court sets the damages:
 - (a) it shall take into account all appropriate aspects, such as the negative economic consequences, including lost profits, which the injured party has suffered, any unfair profits made by the infringer and, in appropriate cases, elements other than economic factors, such as the moral prejudice caused to the injured party by the infringement; or
 - (b) as an alternative to point (a), it may, in appropriate cases, set the damages as a lump sum on the basis of elements such as at least the amount of the royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorisation to use the patent in question.
4. Where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in the infringing activity, the Court may order the recovery of profits or the payment of compensation.

- (a) 피해자가 입은 손실이익을 포함한 경제적 불이익, 침해자가 얻은 부당이익, 적절한 경우 침해행위로 인해 피해자가 겪은 정신적 손해와 같은 비경제적 요소 등 모든 적절한 요소를 고려하여야 한다.
- (b) (a)호의 방식을 대신하여, 적절한 경우에는 침해자가 해당 특허 사용에 대한 허락을 받기 위하여 지급했어야 할 실시료 또는 수수료의 금액을 기준으로 하여 일괄 보상액으로 산정할 수 있다.
4. 침해자가 특허권 침해행위를 인식하지 못하였거나, 합리적으로 인식할 수 없었던 경우, 법원은 침해자의 이익 반환 또는 보상금 지급을 명할 수 있다.

제68조는 손해배상액 산정에 있어 최소한 네 가지의 방식을 규정하고 있다. 권리자의 경제적 손실(일실이익), 침해자의 부당이득(침해자 이익), 정신적 손해 등 다양한 요소를 종합적으로 고려하도록 규정하고 있다. 또한, 대체적 산정방식으로 침해자가 정당한 실시허가를 받았다면 지급했을 실시료(합리적인 실시료) 등을 기준으로 일괄(lump sum) 배상액 산정방식을 허용하고 있다.³⁹⁵⁾ 한편, 고의성이 인정되지 않는 침해의 경우에는 침해자의 이득 반환 또는 보상금 중 법원이 적절한 방식을 명령할 수 있다. 징벌적 손해배상은 명시적으로 금지하고 있다.

(가) 단독 손해배상청구권

UPCA 제32(1)(a), (f)의 규정에 따라 단독 손해배상청구권을 허용하고 있는데 침해판결 이후에도 UPC가 독립적 손해배상청구 사건을 관할할 수 있도록 허용한다. 2025년 1월 16일 관할권 문제를 다룬 *Fives v REEL* 사건에서 UPC 항소법원은, UPC 아닌 국내 법원에서 판단한 침해판결 후에도 UPC에 손해배상액을 결정하기 위한 소송을 제기할 수 있다고 판시하였다.³⁹⁶⁾ 또한, 대상 유럽특허가 해당 시점에 아직 만료되지 않은 한, UPCA가 2023년 6월 1일 발효되기 전에 발생한 특허권 침해행위에도 적용된다는 점을 명확히 하였다.³⁹⁷⁾ 이 판결의 결과로 향후 UPC에 제기되는 소송 건수가 크게 증가하고 UPC의 중요성은 더욱 커질 것으로 전망하고 있기도 하다.³⁹⁸⁾

(나) 소멸시효

UPCA 제72조는 손해배상 청구권의 소멸시효를 규정한다. “모든 금전보상 청구는 청구자가 마지막 침해행

395) Roya Ghafele & Rasmus Kamstrup Bogetoft, *supra*, at 4 (“According to litra b, in appropriate cases, the court may use an alternative, and set damages as a lump sum that is at least equivalent to the royalties or fees that would have been due if the Infringer had requested authorization to use the patent in question.”).

396) UPC-Court of Appeal UPC_CoA_30/2024; APL_4000/2024 (“Conclusion 83. The Court’s competence (or jurisdiction) includes a separate action for determination of damages after a national court has established the existence of an infringement of a European patent and an obligation in principle for the infringer to pay damages.”).

397) *Id.* (“The Court has jurisdiction to decide on acts of infringement committed before the entry into force of the UPCA on 1 June 2023, as long as the European patent invoked has not yet lapsed at that date.”).

398) “Jurisdiction for independent actions for the determination of damages before the UPC (UPC_CoA_30/2024; APL_4000/2024)”, *osborneclarke*, 7th May 2025.

<https://www.osborneclarke.com/insights/jurisdiction-independent-actions-determination-damages-upc-upcco-302024-apl40002024?utm_source=chatgpt.com>

위를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 5년 이내에 제소하여야 한다.”³⁹⁹⁾ 즉, 소멸시효의 기산점은 침해사실을 안 날이며, 그 5년을 경과하면 청구권이 소멸한다. UPC 침해소송의 소멸시효 법리는 침해행위 개별 원칙을 따르고, 소멸시효 기간이 5년이므로, 소송 제기일로부터 5년까지의 기간에 대하여만 손해배상을 청구할 수 있고, 그 5년을 경과한 침해에 대하여는 손해배상을 청구할 수 없다.⁴⁰⁰⁾

① 소멸시효 사건: LD Düsseldorf, 2025-04-10, UPC_CFI_50/2024

법원은 UPCA 제72조의 기산점을 “청구를 정당화하는 마지막 사실(last fact)”로 본 영문·불문 문언을 근거로 해석했다. 따라서 시효는 “마지막 사실”이 발생한 때부터 5년 내 제기되어야 한다. 본 건에서는 원고가 침해를 입증하기 위해 의존한 2023-06-20의 ‘테스트 구매’를 마지막 사실로 보아 5년 시효는 2023-06-20부터 진행되므로 시효 만료가 아니라고 판단했다.

② 소멸시효 사건: UPC 발효 이전의 행위에 적용

뮌헨 지방부(Local Division)는 UPCA 발효 이전의 침해기간에 대해서도(제72조 5년 제한을 고려하면서) 손해배상 산정이 가능하다고 확인했다. 즉, UPC 출범 이전의 침해분이라도 ‘5년 제한’ 범위 내라면 손해배상 산정에 포함될 수 있음을 확인한 것이다. 그러므로, 예를 들어, 마지막 침해행위가 있었던 날로부터 딱 5년이 되는 날 소송을 제기하였다면, 그 소송은 소멸시효의 견지에서 적합한 것이되, 손해배상은 침해행위의 마지막 날에 대하여만 산정된다. 달리 말하면, 침해행위는 매일 새롭게 발생하고, 그 매일의 행위에 대해 개별의 소멸시효가 적용되므로, 그 날 이후 5년이 경과하면 그 날의 행위에 대하여는 소를 제기할 수 없다고 보아야 하는 것이다.

(2) 관련 판례

(가) Panasonic v Guangdong OPPO⁴⁰¹⁾(실제 손해)

2024년 11월 22일 UPC 만하임 지방법원(Local Division Mannheim)은 Panasonic Holdings Corporation(이하, Panasonic)이 자사의 4G 표준필수특허에 대한 침해를 이유로 Guangdong OPPO Mobile Telecommunications Corp. Ltd. 및 그 유럽 법인(이하, OPPO)을 상대로 제기한 소송에 대해, 특허침해를 인정하고 손해배상 및 정보제공 등 청구 전부를 인용하는 판결을 선고하였다. 본 판결은 UPC의 첫 번째 FRAND 관련 판결이다.⁴⁰²⁾

399) Agreement on a Unified Patent Court Article 72 Period of limitation

Without prejudice to Article 24(2) and (3), actions relating to all forms of financial compensation may not be brought more than five years after the date on which the applicant became aware, or had reasonable grounds to become aware, of the last fact justifying the action.

400) Dominik Woll, Period of limitation under the UPCA, 2022. 9. 21. (“Turning to the specific way of calculation of the limitation period under Art. 72 UPCA, claims for financial compensation must not be asserted more than five years after the date on which the applicant became aware of the last fact justifying the action.”).

<<https://www.bardehle.com/en/ip-news-knowledge/ip-news/news-detail/period-of-limitation-under-the-upca>>.

401) UPC LD Mannheim, CFI_210/2023.

402) Matthieu Dhenne, “First UPC FRAND decision: Amours à l’Italienne (Panasonic v. Oppo)”, Wolters Kluwer,

① 사건의 개요

원고 Panasonic은 피고 OPPO가 4G 통신기술과 관련된 표준필수특허를 침해하였다고 주장하면서, 유럽 내 다수 국가에서의 스마트폰 및 스마트워치 판매 행위에 대한 금지청구, 손해배상청구, 정보제공청구, FRAND 관련 반소 등에 대한 대응을 청구하였다. 피고는 특허무효를 주장함과 동시에 FRAND 방어 및 반소를 제기하였다.

② 손해배상 법리의 적용

법원은 UPCA 제68조 제1항의 규정을 근거로 원고의 잠정 손해배상액(provisional damages) 250,000유로의 청구를 인용하였다. 그 이유로 소송비용만 하더라도 336,000유로이므로 청구액을 초과하기 때문이라고 설시하였다.⁴⁰³⁾

(나) Oerlikon v Bhagat⁴⁰⁴⁾(명예훼손손해 인정)

2024년 11월 4일, 통합특허법원 밀라노 지방법원(Local Division Milan)은 Oerlikon Surface Solutions AG가 제기한 유럽특허권침해 사건에서 손해배상, 금지청구, 정보제공청구 등을 인정하는 판결을 선고하였다.

① 사건의 개요

원고 Oerlikon은 피고 Mr. Bhagat 및 그의 회사가 자사의 유럽특허를 침해하였다고 주장하면서 금지청구 및 손해배상을 청구하였다. 피고는 특허무효 주장을 포함한 방위에 나섰으나, 법원은 침해를 인정하고 원고 청구의 대부분을 인용하였다.

② 도덕적 손해에 대한 배상 인정

법원은 ITMA 국제 박람회에서의 전시행위에 대해 침해행위가 발생하였음을 인정하면서, 이로 인해 원고 Oerlikon의 기업 이미지에 최소한의 명예훼손손해(reputational damage)가 발생하였다고 판단하였다. 이는 금전적 손해와는 구별되는 비자산적 손해(non-asset damage)로 분류되며, UPCA 제69조 및 IPRED 제13조 제3항 제a호에 근거하여 손해배상의 대상이 된다고 설시하였다.⁴⁰⁵⁾

2024년 12월 20일("UPC local division of Mannheim gives us a lesson of polyamory with the first UPC FRAND decision (November, 22, 2024, Panasonic v. Oppo).").

<<https://patentblog.kluweriplaw.com/2024/12/20/first-upc-frand-decision-amours-a-litalienne-panasonic-v-oppo/>>

403) UPC LD Mannheim, CFI_210/2023 ("182 Soweit die Klägerin vorläufigen Schadensersatz in Höhe von 250.000 € begehren, war dem nach Art. 68(1) EPGÜ, Regel 119 VerfO vorliegend schon deshalb stattzugeben, weil allein die Gerichtsgebühren iHv. 336.000 € diesen Betrag übersteigen.").

404) UPC LD Milan, CFI_240/2023.

405) *Id.* ("11.5. The Court finds that: - with respect to the an, albeit limited to the exhibition at the fair, the tort must be deemed proven, as outlined above; - with respect to the quantum, the tort resulted in at least minor reputational damage to Oerlikon's image.

11.6. On this point it should be recalled that moral damage is covered by Art. 69 UPCA among the items of reparable damage (in terms entirely in line with the express provision of Article 13, paragraph 3, letter a),

법원은 해당 침해가 이루어진 ITMA 전시회가 세계 최대 규모의 박람회로, 4년마다 개최되며 1,600개 이상의 업체와 44개국 이상에서 온 10만여 명의 참관객이 참여한 행사였다는 점을 근거로, 피해의 확산 가능성과 상징적 손해의 무게를 중시하였다.⁴⁰⁶⁾

위와 같은 사실 관계 및 법리를 종합적으로 고려한 결과, 법원은 도덕적 손해에 대해 잠정적 손해배상금(interim award of damages)으로 15,000유로의 지급을 명하였다.⁴⁰⁷⁾

제2절 R&D 비용의 정의 및 세부 내용 구분: 지식재산권법적 고찰

1. 서론

연구개발(R&D) 비용은 기업의 기술혁신과 경쟁력 확보를 위한 핵심적 지출이지만, 회계처리방식에는 회계기준마다 차이가 있다. 한국 채택 국제회계기준(K-IFRS, 본질적으로 국제회계기준[IFRS])은 연구단계와 개발단계로 지출을 구분하여 연구비용은 비용으로, 개발비용은 요건충족 시 자산으로 처리하도록 규정한다. 이에 반해 미국회계기준(US GAAP)은 연구개발(R&D) 활동의 특성상 대부분의 비용을 발생 시 즉시 비용으로 처리하는 원칙을 택한다. 본 보고서는 회계학적 관점에서 R&D 비용의 개념과 구성요소를 검토하고, K-IFRS·IFRS·US GAAP 간 회계처리 상의 차이점을 비교하고 분석한다. 이를 위해 국내외 학술연구와 회계실무서, 회계기준서 및 정부기관 자료 등을 인용하여 종합적이고 중립적인 시각으로 논의를 전개한다.

2. 연구개발비의 개념과 구분⁴⁰⁸⁾

연구개발비는 일반적으로 기업이 새로운 제품, 서비스, 공정 등을 개발하기 위해 지출하는 비용을 말한다. 회계기준에서는 통상 연구개발비를 두 단계로 구분하는데, ‘연구’(Research) 단계와 ‘개발’(Development) 단계가 그것이다. 연구단계는 새로운 과학적 또는 기술적 지식을 얻기 위한 독창적이고 계획된 조사활동으로, 미래 경제적 효익이 불확실하여 이 단계의 지출은 발생 즉시 비용으로 처리된다. 반면 개발단계는 연구 결과 또는 다른 지식을 응용하여 새로운 제품이나 공정을 설계하거나 개발하는 활동을 뜻하며, 이 단계의 지출은 일정 조건을 충족할 경우 무형자산으로 인정(자산화)될 수 있다. 요컨대 연구개발비의 회계처리는 연구단계 지출은 당기 비용으로, 개발단계 지출은 요건 충족 시 자산(무형자산)으로 처리하는 이원화된 구조를

Directive 2004/48/CE, on the enforcement of intellectual property rights). This is a category of nonasset damage and also includes reputational damage.”).

406) *Id.* (“11.7. That being said, the ITMA trade fair was held for seven days and is the most important trade fair in the world, organised every four years, with the participation of more than 1,600 exhibitors from 44 countries and over 100,000 visitors.”).

407) *Id.* (“For all the above reasons, the Court: ... 4. orders Bhagat Textile Engineers to pay to Oerlikon Textile GmbH & CO KG provisional damages in the amount of EUR 15,000.00.”).

408) KPMG, ASC 730 Handbook: Research and development (2023), pp.896–900.

가진다. 이러한 구분에 따라 연구개발비에는 연구원 인건비, 연구장비 비용, 시제품 제작비, 기술자문비 등 다양한 항목이 포함될 수 있다.

K-IFRS·IFRS는 연구비용과 개발비용을 구분하는 명확한 원칙을 제시하며, 연구비는 비용으로, 개발비는 특정 기준 충족 시 무형자산으로 인식하도록 규정한다.⁴⁰⁹⁾ 미국회계기준 ASC 730은 대부분의 R&D 비용을 발생 시 비용으로 인식하도록 하며, 개발비용의 자산화를 허용하지 않는다.⁴¹⁰⁾ 그러한 차이로 인하여, 비용을 줄이려는 노력, 자본을 증대하려는 노력이 있을 수 있다. 이에 대해 서란주 논문은 다음과 같이 설명한다.⁴¹¹⁾

“연구개발지출은 비용화 회계처리와 자본화 회계처리가 가능하다. 이에 연구개발지출의 비용화 회계처리는 경영자로 하여금 지출되는 비용을 줄여 이익을 증대시키려는 유인을 갖게 하여 연구개발지출에 부정적인 영향을 미친다. 반면 자본화 회계처리는 연구개발지출 수준에 영향을 미치지 않는다는 가정 하에 가치관련성의 연구가 진행되어 오고 있다. 그러나 연구개발지출을 자본화한 기업이나 경영자는 자본화된 연구개발지출에 대한 손상 등의 발생 시 기업이나 경영자의 명성 등을 고려하여 연구개발지출이 실패로 끝나는 것을 방지하기 위해 오히려 과도한 연구개발지출의 유인이 존재할 수 있다는 주장이 제기되고 있다.”

연구개발비의 위와 같은 정의와 구분은 법률 분야 논의의 전제가 된다. 특히 손해배상 산정에서 문제되는 것은 연구개발비의 성격이 제품의 단위 생산에 직접 연동되는 변동비인지, 아니면 생산량과 무관하게 발생하는 고정비인지의 구별이다. 일반적으로 재료비나 직접노무비와 같은 비용은 생산량에 비례하는 변동비인 반면, R&D 투자비용은 특정 제품의 추가 생산과 직접 연결되지 않는 경우가 많아 고정성 경향이 큰 간접비용으로 취급된다. 이하에서는 이러한 회계적 성격이 손해배상 법리에서 어떻게 반영되는지 살펴본다.

3. 연구개발비의 회계처리와 법적 성격

회계적 측면에서 연구개발비는 위에서 본 바와 같이 연구단계 비용은 전액 비용화되고 개발단계 비용은 조건부 자산화된다. 국제회계기준(IFRS)과 한국이 채택한 국제회계기준(K-IFRS)은 개발단계 지출의 자산인식 요건을 엄격히 두고 있다. 이를테면 개발활동의 결과물이 향후 경제적 효익을 가져올 것이 높은 개연성이 있고, 기술적·재무적으로 완성 가능하며, 원가를 신뢰성 있게 측정할 수 있어야 개발비를 무형자산으로 계상할 수 있다. 이러한 요건을 충족하지 못하면 개발단계 지출도 비용으로 처리되므로, 실무적으로 상당수의 연구개발비는 손익계산서상의 비용(판관비 등)으로 남게 된다. 이는 기업회계에서 연구개발비가 단기간에 비용으로 인식되고, 특정 제품의 단위당 원가에 직접 대응하지 않는 특성을 보여준다. 법적 측면에서 손해배상 산정 시 연구개발비의 취급은 위 회계처리와 맞물려 고정비나 변동비냐의 문제가 된다.

특허권 침해로 인한 일실이익을 계산하는 경우를 예로 들면, **우리 대법원과 실무 판례**는 일관되게 ‘한계이익(공헌이익)’ 개념을 적용하여 침해로 인한 이익을 매출액에서 변동비만 공제하여 산출하고 있다. 즉 **생산**

409) IFRS Foundation, IAS 38 Intangible Assets (2019), paras. 54-67.

410) Financial Accounting Standards Board, ASC 730-10-25-1, in FASB Accounting Standards Codification (2023).

411) 서란주, “연구개발지출의 회계처리방법이 연구개발지출수준에 미치는 영향에 관한 연구”, 『국제회계연구』 제59호, 한국국제회계학회, 2015, 147면.

증대와 직접적으로 연동되지 않는 일반관리비, 감가상각비, 연구개발비와 같은 고정성 비용은 공제하지 않음으로써, 침해행위가 없었다면 지출하지 않았을 추가비용만을 고려한다는 것이다. 이러한 접근은 침해로 인해 증가한 비용이 아닌 부분까지 손해액에서 공제하는 것은 부당하다는 논리에 기반한다. 따라서 연구개발비는 통상 개별 제품의 생산량 증감에 따라 즉각 변동하지 않는 기간고정비로 이해되며, 손해배상 계산에서 원칙적으로 이익 공제항목에 포함되지 않는다. 다만 연구개발비용 중에서도 특정 침해제품을 생산하기 위해 직접적으로 추가로 투입된 비용이 입증된다면 변동비로 고려될 여지가 있지만, 대부분의 연구개발 투자는 기왕에 발생한 고정투자 성격을 갖는다. 결국 회계상 간접비인 연구개발비는 법적 손해배상 산정에서도 고정비 성격으로 다뤄질 때가 많다.

물론 현실에서는 비용 항목 구분이 명확하지 않을 수 있으며, 일부 준변동비용이나 공통비용의 배분 문제가 생길 수 있다. 예컨대 여러 제품에 공통으로 투입된 연구 인프라 비용을 특정 제품의 손해액 산정에 얼마나 반영할지 등이 쟁점이 된다. 이러한 경우 법원은 회계 전문가의 감정 등 전문증거를 통해 개별 사안에 맞는 판단을 내리고자 노력하고 있으며, 필요 시 연구개발비의 공통비 배분비율 등에 대한 당사자 주장·입증을 종합적으로 고려한다. 그러나 기본적인 원칙으로서, 지식재산권 침해로 인한 손해배상 산정에서는 연구개발비를 비롯한 고정비용은 피해자의 이익 산정에서 공제되지 않는 방향으로 해석되는 경향이 뚜렷하다.

4. R&D 투자비용의 산정 및 고려 요소 도출

가. R&D 비용 추정 고려 요소

(1) 원가계산서

R&D 비용 추정은 구체적인 원가계산서를 바탕으로 R&D 활동의 적정 비용을 추정 가능하며, ▲인건비와 직접비 ▲인력규모 등을 기준으로 R&D 비용을 추정한다. 구체적인 원가계산서가 존재하는 상황에서 ▲인건비와 직접비 내역이 존재하는 경우 ▲인건비 내역만 존재하는 경우 ▲인력규모만 존재하는 경우 등 사안별로 산출방식에 따라 검토가 가능하다. 실질 참여인력 규모와 R&D 수행기간(참여율)은 연구활동의 특성에 의해 결정되는 사안으로써, R&D 비용 추정에 중요한 지표로 확인되므로, 해당 내용을 반드시 R&D 비용 추정 고려 요소로 확인이 필요하다.

〈표 32〉 원가계산서 예정가격 산출식

구분		산출방식
A. 인건비와 직접비의 내역 존재	a. 인건비	$\sum_{\text{참여인력}} \text{실지금액} * \text{참여율}$
	b. 직접비	$\sum_{\text{세부비목}} \text{세부비목별단가} * \text{세부비목별물량}$
	c. 간접비	$(a+b) * \text{간접비율}$
	d. 기준단가	$a + b + c$
B. 인건비 내역 존재	a. 인건비	$\sum_{\text{참여인력}} \text{실지금액} * \text{참여율}$
	b. 기타경상비	$a * (\text{기타경상비}/\text{인건비})$
	c. 기준단가	$a + b$
C. 인력규모 존재	c. 기준단가	$(1\text{인당연구비단가}) * (\text{평균참여율}) * (\text{인력규모})$

※ 출처: KISTEP, R&D 원가계산서 예정가격 산출식

행정안전부에서 발표한 2025년 연구용역 인건비는 2024년 연간 소비자물가 상승률 2.3%를 반영하여 연구용역 인건비 기준 단가를 설정하였다. 연구용역 인건비 단가는 2025년 기준단가이며, 2026년 이후의 단가 산출은 상기 단가를 기준으로 “연도별 소비자물가 등락률”(통계청 발표)을 반영하여 산정한다. 인건비 기준 단가는 1개월을 22일로 하여 연구용역 참여율 50%로 산정한 것이며, 연구용역 참여율을 달리하는 경우에는 기준단가를 증감시킬 수 있다. 인건비 현금은 총 사업비 현금의 40% 이내에서 계상 가능하고, 인건비 기준 단가는 수행기관의 급여기준에 따른 당해 연도 사업기간 동안의 급여총액(4대 보험과 퇴직급여충당금의 본인 및 기관 부담금 포함, 1년 미만인 자는 월 평균급여액 기준)을 해당 과제 참여율에 따라 계상하되, 총연봉의 100%를 초과할 수 없다.

〈표 33〉 2025년 행정안전부 학술연구용역 인건비 기준단가

등급	계상 기준
책임연구원	월 3,705,904원
연구원	월 2,841,638원
연구보조원	월 1,899,539원
보조원	월 1,424,702원

※ 출처: 행정안전부 훈령·예규·고시, 2025년 학술연구용역인건비 기준단가 알림

SW사업에서 SW 기술자 인건비는 소프트웨어진흥법 제46조(적정 대가 지급 등) 제4항 ‘소프트웨어기술자의 인건비 기준’을 사용하고 있으며, SW 기술자 평균임금은 전년 대비 4.2% 증가하였다. SW사업에서 SW 기술자 인건비 평균값을 고려하여 활용 가능하며, 수·발주자 간 자율적 협의에 의해 유연하게 적용할 수 있다. SW 기술자 평균임금은 기본급, 제수당, 상여금, 퇴직급여충당금, 법인부담금(4대 보험)을 모두 포함한 결과이며, SW 기술자 평균임금은 소프트웨어진흥법 제46조(적정 대가 지급 등) 제4항 ‘소프트웨어기술자의 인건비 기준’을 지칭하였다. 일평균 임금은 월평균 임금÷‘24년 평균근무일수(20.6일), 시간평균임금은 일평균임금÷8시간으로 각각 산정하고, 월평균 근무일수는 휴일, 법정공휴일 등을 제외한 업체가 응답한 근무일의 평균이며, 이는 개인의 휴가 사용 여부와는 무관하다.

〈표 34〉 2025년 적용 SW 기술자 평균임금

구분	월평균임금 (M/M)	일평균임금 (M/D)	시간평균임금 (M/H)	포함직무
IT기획자	11,597,656	562,993	70,374	
IT컨설턴트	9,706,020	471,166	58,896	정보보호컨설턴트
업무분석가	8,997,359	436,765	54,596	
데이터분석가	7,751,183	376,271	47,034	
IT PM	9,145,473	443,955	55,494	
IT아키텍트	10,147,745	492,609	61,576	SW아키텍트, 데이터아키텍트, Infrastructure아키텍트, 데이터베이스아키텍트
UI/UX기획 개발자	6,727,260	326,566	40,821	UI/UX기획자, UI/UX개발자
UI/UX디자이너	5,176,203	251,272	31,409	
응용SW개발자	6,943,457	337,061	42,133	빅데이터개발자, 인공지능개발자
시스템 SW개발자	6,099,042	296,070	37,009	임베디드SW개발자
정보시스템 운용자	10,154,626	492,943	61,618	데이터베이스운용자, NW엔지니어, IT시스템운용자
IT지원기술자	5,058,021	245,535	30,692	
IT마케터	11,056,617	536,729	67,091	SW제품기획자, IT서비스기획자, IT기술영업
IT품질관리자	9,692,094	470,490	58,811	
IT테스터	3,570,557	173,328	21,666	
IT감리	10,351,376	502,494	62,812	
정보보안 전문가	9,857,100	478,500	59,813	정보보호관리자, 침해사고대응전문가

※ 출처: 한국인공지능·소프트웨어산업협회, 2025년 적용SW기술자 평균임금 공표.

연구장비 및 재료비는 해당 연구개발 사업에 1개월 이상 사용할 수 있는 기기·장비와 부수기자재(해당 연구수행과 관련 없는 개인용 컴퓨터 등 제외), 연구시설의 설치 및 구입 비용을 계산한다. 연구장비 및 재료비 기준은 실소요 경비를 계상하며, 시약·재료구입비 및 시험분석료, 전산처리 및 관리비 등과 시제품·시작품·시험설비 제작경비가 사용용도에 해당된다. 연구장비 및 재료비로 불인정 받는 경우는 해당 연구에 기여치 않은 재료비 및 기자재 구입비(해당 연구개발과제 종료1개월 전 구입 의뢰하여 연구종료 후 도착한 경우 포함)가 해당되나, 계속 연구과제로서 다음 연도에 실제 사용이 확인된 경우는 인정한다.(연차실적·계획서, 연구개발비 사용실적보고서 등에 구입내용을 명기하여야 함) 또한 정부 연구기관 공통 기자재 및 시설유지보수비, 공통연구환경 구축비는 불인정 받으며, 연구와 무관한 범용성 기자재(프린터, 복사기, 개인용 컴퓨터 등OA 기기), 내부기자재 임차비 및 일괄흡수 전산처리비 등도 불인정한다.

〈표 35〉 연구시설·장비비 등 연구개발비 사용용도 계상 기준

구분	계상 기준
연구시설·장비비	- 연구개발기관이 보유 또는 생산하여 자산으로 등록하는 연구시설·장비에 대하여는 구입가로 계상하여야 함 - 연구개발기관의 장은 연구시설·장비에대하여 연구개발과제(연구개발과제가 단계로 구분된 경우에는 해당 단계를 말함) 종료일2개월 전까지 구입·설치또는 임차를 완료(검수완료)하여야 함 - 기관이 생산·판매하거나연구개발과제가 시작되기 전부터 소유·임차·사용대차하고있는 연구시설·장비 또는 연구 개발과제가 시작된 후 구입·임차·사용대차하고 있는 연구 시설·장비에대하여 연구 시설·장비구입·설치비를구입가 의20퍼센트 내에서 현물로 계상하여야 함 이 경우 연구 시설·장비 구입 완료일이 연구개발과제 시작일의5년 이 내이어야 하고, 영리기관의 자체규정에 따라 계상된 내용 연수 만료일이 현물로 계상한 연도의 말일 이후이어야 함 - 하나의 연구시설·장비에대하여 여러 개의 연구개발과제 에서 현물로 계상한 경우에 그 금액의 합이 해당 연구시설·장비의 구입가를 초과하여서는 아니 됨 - 국가연구개발사업으로 구축한 연구시설·장비를 연구개발 과제에 현물로 계상한 경우에 해당 연구 시설·장비는연구 시설·장비종합정보시스템(ZEUS)에 등록되어야 함 - 연구개발과제가 시작되는 날 전부터 소유·임차·사용대차하고 있는 부지·시설·장비에대하여 연구인 프라조성비를 현물로 계상
연구재료비	- 생산·판매하거나 연구개발과제가 시작되기 전부터 소유하고 있는 시약·재료에 대하여 연구재료 구입비를 현물로 계상하여야 함 - 연구개발과제 관리비는 해당 연구개발과제 수행을 위하여 필요한 전산처리 및 관리비로 실 소요금액으로 현금 계상 하되, 기관전체 전산처리 및 관리비는 계상할 수 없음

※ 출처: KITSTEP, 연구개발비 사용용도 및 계상 기준 가이드라인

만약 원가계산서가 구체적이지 않은 경우 기존에 진행되었거나 진행 중인 유사 R&D의 평균 과제비를 분석하여 조사대상 R&D 과제에 적용하는 유사사례추정법을 활용하는 경우도 있다. 유사사례추정법은 비교대상군(유사R&D 사례)의 정보로 평균과 산포에 대한 정보를 동시에 제시함으로써 추정결과의 정밀도를 파악하는 데 활용된다. 일반 기업의 유사R&D 사례와 국가과학기술지식정보서비스(NTIS)를 모두 활용하여 비교대상R&D를 조사하고, 수집된 R&D를 규모별로 분류하여 도수분포를 바탕으로 R&D 규모를 추정 후 연간

투자규모를 계산하고, 조사 대상 R&D의 적절한 비용 규모를 조사 대상 R&D의 연구개발 비용과 비교한다.

(2) 연구시설 구축비용 추정

연구시설 구축비용은 계획서에 명시되어 있는 구축예정시설물 목록과 시설물별 세부 구축계획서로 구성되어 있으며, ▲일반사항 ▲시설물 개요 ▲층별 개요 ▲시설구축비용계획 ▲설계도 등이 포함된 내용을 확인한다. 일반사항 항목은 구축하고자 하는 시설명, 구축위치, 용도 등 연구시설물에 대한 기본적인 정보 등을, 개요 항목은 비용 추정에 고려되는 연면적 및 건축면적 등 시설면적 정보와 외부마감, 건축물 형식 등 구조적 정보를 포함한다. 구축예정시설물에 대한 비용을 용지보상비, 공사비, 시설부대경비, 예비비의 항목으로 나누어 제출하며, 연구시설 구축계획서와 과학기술적 타당성 분석에 근거하여 구축예정시설물에 대한 예정가격을 추정한다.

〈표 36〉 (예시) 연구시설 구축계획서의 각 항목별 주요 내용

구분		주요 내용				
연구시설 구축계획서의 일반사항 항목	시설명	예) 연구소1, 연구소2, 연구소3			사업명	예) 00연구개발시설
	시설구축 총사업비	예) 500억 원			전체사업비	예) 2,000억 원
	시설구축 사업기간	예) 2020~2022년 (총2년)			전체사업기간	예) 2020~2024년
	부지위치(주소)	예) 00시00구00동00-00번지				
	지역/지구	예) 계획관리지역				
	시설용도	예) 교육 및 연구시설				
	층수(지하,지상)	예) 지하1층, 지상4층				
	부지면적	예) 90,000㎡(전체부지면적)				
	건축면적	예) 6,000㎡(건축시설3동)				
	연면적	예) 30,000㎡				
	주차대수	예) 150대				
연구시설 구축계획서의 시설물 개요 항목(건폐율, 용적률, 구조/마감, 주차대수 등의 내용도 포함됨)	시설물명	예) 연구소1	예) 연구소2	예) 연구소3	...	합계
	부지위치				...	
	층수(지하,지상)	예) 지하1, 지상4			...	
	부지면적(㎡)	예) 10,000㎡	예) 10,000㎡	예) 10,000㎡	...	예) 30,000㎡
	건축면적(㎡)	예) 2,000㎡	예) 2,000㎡	예) 2,000㎡	...	예) 6,000㎡
	연면적(㎡)	예) 10,000㎡	예) 10,000㎡	예)10,000㎡	...	예) 30,000㎡
연구시설 구축계획서의 층별 개요 항목	지하1층	예) 주차장, 화장실, 계단, 기계실, 공조실, 전기실				
	지상1층	예) 사무실, 휴게실, 화장실, 계단, 엘리베이터				
	지상2층	예) 사무실, 연구실1, 화장실, 계단, 엘리베이터				

	지상3층	예) 연구실2, 화장실, 계단, 엘리베이터
	지상4층	예) 연구실3, 화장실, 계단, 엘리베이터
총사업비	용지보상비	용지구입비
		지장물보상비
	공사비	부지조성공사비
		토목공사비
		건축공사비
		기계/전기/통신/소방
		조경공사비
		부가가치세
	시설부대경비	설계비
		감리비
		조사 및 측량비
		각종 영향평가비
		부가가치세
	예비비(10%)	용지보상비+ 공사비+ 부대비
	총계	

※ 출처: 조달청, 연구시설 구축계획서 예시

(3) 연구시설 공사비용 추정

연구시설 건축공사비를 추정하는 방법 중 유사사례 분석을 통해 분석하는 방법은 시설물의 특성에 따라 다양한 방법을 사용할 수 있으나, 조달청에서 발간하는 「공공시설물 유형별 공사비 분석」보고서⁴¹²⁾와 국가 종합 조달시스템인 나라장터의 입찰공고 등을 활용하는 것이 객관적인 비교 방법이다. 조달청은 자체 발주한 공공건축물의 단위당 공사비 등을 수요기관에 제공하고, 기본계획 수립·개략공사비 산정 등 시설공사 발주 관련 업무에 참고자료로 활용 가능하도록 하며, 설계 및 원가관리, 물가변동, 제도개선 등의 객관적 통계자료 제공과 더불어 효율적인 시설사업 관리에 활용될 수 있도록 「공공시설물유형별 공사비 분석 보고서」를 발간하였다. 해당 보고서는 공사발주가 보편화된 공공건축물을 대상으로 공사의 빈도 및 규모 등을 감안하여 공사 유형별로 단위 면적당 공사비, 공종별 공사비, 세부공종별 공사비, 공사원가구성, 주요 건설자재 투입을 분석항목으로 제공하며, 각 유형별 2-3건 공사 비용을 제시하고 있다. R&D 투자비용 산정을 위해서는 ① 원가계산서 기반 산정, ② 연구시설 구축비용 추정, ③ 연구시설 공사 비용 추정 등 다양한 요소들이 종합적으로 고려되어야 한다. 특히 원가접근법은 매출이나 수익이 발생하지 않은 초기 연구개발 단계의 기술 평가

412) 2018년 이후 별도 책자는 발간하지 않고 있으며, 해당 정보는 공사비정보광장 사이트(<http://pcae.g2b.go.kr>)에서 확인 가능함.

에 가장 적합하며, 수익접근법과 시장접근법은 상용화 단계의 기술에 활용할 수 있다. 이러한 방법론들은 다음의 종합적 검토를 통해 기술유출범죄 피해규모 산정 기준으로 구체화 될 수 있을 것이다.

〈표 37〉 원가계산서 예정가격 산출식

분석항목	주요 내용	활용 대상
단위면적당 공사비	공사유형에 대한 단위당 공사비 분석	- 예산편성 사업계획
공종별 공사비	건축물을 구성하는 건축, 설비, 전기, 통신, 부대시설 등 공종별 공사비	- 적정공사비 추정 - 기본설계 계획
세부공종별 공사비	건축물을 구성하는 세부공정(가설공사, 기초공사, 철근공사, 미장공사 등)에 대한 공사비 분석	- 주계약자 공동계약 - 상세설계 계획
공사원가구성	재료비, 노무비, 경비 등 원가구성 요소에 대한 공사비 분석	- 예정가격의 적정성 - 원가계산제도 개선
주요 건설자재 투입	철근, 레미콘 등 주요 건설자재에 대한 투입비 및 투입량 분석	- 자재 소요량 추정 - 자재 수급여건 검토

※ 예정가격작성기준(회계예규)에 따라 작성된 조사금액(부가가치세 포함)을 기준으로 분석되었으며, 설계비, 토지보상비, 공사감리비 등 시설부대경비는 포함하지 않음 국가연구장비활용종합포털(제우스)

나. R&D 투자비용의 산정 방법

(1) 원가접근법(비용접근법)

대검찰청은 기술유출 범죄의 피해액 산정 후 형량 반영과 관련하여, ‘기술 유출 피해금액 산정 등에 관한 연구 보고서’⁴¹³⁾에서 유출 및 탈취된 기술의 피해액 산정 기준 적용에 대해 원가접근법을 사용하였다. 동 보고서는 기업이 받을 수 있는 피해액과 기술가치의 감소 등을 정확하게 평가하기는 어렵다고 인정했으며, ‘원가접근법을 중심으로 피해액을 산정하되, 기술가치의 감소나 기업이 받게 된 피해액 등도 양형에 참고하는 건 가능할 것’이라고 제언하였다. 법원은 피해 기업이 주장하는 피해액을 그대로 받아들일 수 없기 때문에 피해액 산정을 위해 참고할 공신력 있는 기준이 필요하다는 입장이며, 해당 사건을 담당하는 판사가 첨단기술에 대한 전문성을 갖추기 어려운 현실을 감안해 법원이 기술 유출 피해액을 판단할 수 있는 공식 감정 규정을 마련하거나 감정 전문기구를 두는 방법도 거론하였다. 원가접근법은 아직 매출이나 수익이 발생하지 않은 초기 연구개발 단계의 기술을 개발하는 데 실제로 투입된 비용(예: 인건비, 장비, 재료비 등)을 합산하여 가치를 산정하는 방법이다. 미래 현금흐름 예측이 어렵거나 시장에서 거래사례가 부족한 경우에는 원가접근법이 가장 적합하며, 기술의 완성도가 낮거나, 대체기술이 많아 시장에서의 차별성이 크지 않은 경우에도 주로 사용하였다. 예를 들어 어떤 기업이 신약 후보물질을 개발하는 데 5년간 인건비 20억, 실험장비 10억, 재료비 5억, 기타 비용 5억 등 총 40억원을 투입했다면, 이 기술의 원가접근법 상 평가는 40억원으로 평가가

413) 변종국, “검찰 “기술개발에 든 비용 기준으로 유출 피해액 계산해야””, 『동아일보』, 2024.2.8.일자, <<https://www.donga.com/news/Economy/article/all/20240208/123442389/1>>, 최종검색 2025.5.28.

가능하다. 만약 현재 동일 기술을 개발하려면 인건비 상승 등으로 50억 원이 든다면, 대체원가법을 적용해 50억원으로 평가할 수 있다.

원가접근법은 대상기술을 개발하는 데 투입된 비용을 기초로 기술의 가치를 산정하거나(역사적원가법), 동일한 경제적 효익을 가진 기술을 개발(대체원가법), 동일한 기술을 개발하기 위해 투입되는 원가를 추정하여 가치 산출(재생산원가법) 등으로 구분한다.

- (가) [역사적원가법] 대상기술을 개발하는 데 투입된 과거의 제반 비용을 합산하여 가치를 평가하는 방법이며, 대상기술을 개발하는 데 소요된 비용을 산출할 수 있을 때 사용
- (나) [대체원가법] 평가 시점에서 대상기술과 동일한 효용(유용성)을 가지는 대체기술을 개발하여 완성하는 데 소요되는 총원가를 의미하며, 현재의 기술로 대상기술의 효용을 재생하는 원가
- (다) [재생산원가법] 대상기술과 동일한 과학적 연구, 디자인 및 개발방법을 사용하여 동일한 기술을 개발하여 완성하는 데 소요되는 총원가를 의미하며, 대상기술의 정확한 복제물을 건설하거나 구입하는데 소요되는 원가

원가접근법에는 ▲기술개발비용 ▲재생산원가 ▲대체원가 등에 대한 상세한 원가 정보가 필요하며, 역사적 원가법, 재생산원가법, 대체원가법 등에 의해 산출된 원가(최종적으로 합산된 비용)에 기회비용, 진부화 요인, 시장수요 변동 등을 가감하여 가치를 산출할 수 있다.

〈표 38〉 원가접근법 산출식

기술의 가치 = 원가 + 기회비용 - 기능적 진부화 - 경제적 진부화
--

※ 출처: 「기술평가기준 운영지침」(산업통상자원부고시 제2016-114호, 2016. 6. 16. 일부개정) 제39조

〈표 39〉 원가접근법 종류 및 방법

구분	고려사항	내용
역사적 원가법	과거 투입비용 항목	항목 구분 내역은 그대로 인정
	과거 투입비용	- 과거에 기술개발을 위해 투입된 비용을 산출할 수 있는 경우에 사용 - 대상기술을 개발하기 위해 투입되었던 비용을 가능하면 항목별로 확인 - R&D 사업 등에서 대상기술이 일부 포함되는 경우에는 전체R&D 투입비용에서 대상기술의 비중을 이용하여 재산정
	가치의 감소분	기능적 진부화 및 경제적 진부화로 인한 가치 감소분을 차감
	기회비용	개발비용을 대상기술 개발에 투자함으로 인해 여타 기회에 투자하지 못함으로써 상실하는 이익의 크기

재생산 원가법	과거 투입비용항목	항목 구분 내역은 그대로 인정
	평가 시점에 재생산할 경우 예상 투입비용	- 대상기술을 재생산하기 위해 평가 시점에 제반 비용항목을 재투입 한다고 가정할 경우 예상되는 소요금액 - 단, 특정 비용항목이 과거에는 투입되었으나 평가 시점의 연구 개발 단계에서는 투입되지 않는 것으로 변경되었을 경우는 평가 시점에 대체 투입되는 항목을 기준으로 비용금액 산정
	가치의 감소분	기능적 진부화 및 경제적 진부화로 인한 가치 감소분을 차감
	기회비용	개발비용을 대상기술 개발에 투자함으로 인해 여타 기회에 투자하지 못함으로써 상실하는 이익의 크기
대체 원가법	투입비용 항목	대상기술의 효용을 재생하기 위한 투입비용 항목 선정
	대체원가 산정	- 평가시점에서 대상기술과 동일한 효용(유용성)을 가지는 대체 기술을 개발하여 완성하는데 소요되는 총원가 산정 - 현재 입수 가능한 원재료, 생산방법, 디자인 등의 적용 가능
	가치의 감소분	기능적 진부화 및 경제적 진부화로 인한 가치의 감소분 차감
	기회비용	개발비용을 대상기술 개발에 투자함으로 인해 여타 기회에 투자하지 못함으로써 상실하는 이익의 크기
가치의 감소분	기능적 진부화	대체기술의 등장에 따른 수요 감소로 환산
	경제적 진부화	기술자산의 내용연수기간 동안의 진부화율을 통해 환산 가능

※ 출처: 「기술평가기준 운영지침」(산업통상자원부고시 제2016-114호, 2016. 6. 16. 일부개정) 제93조

(2) 수익접근법(로열티공제법)

수익접근법(이하 로열티공제법)은 기업이 대상기술을 보유하지 못하여 제3자로부터 라이선스하는 경우를 가정하고, 대상기술의 경제적 수명기간에 라이선스비용으로 지급해야하는 로열티의 현재가치를 기술의 가치로 추정하는 방법이다. 로열티공제법을 통해 R&D 투자비용을 추산하고자 하는 이유는 유사 R&D 사례의 기술가치평가 가치 산정액을 기준으로 해당 R&D 결과물이 상용화 되었을 경우 가치 산정을 통해 R&D 투자비용을 유추하고자 한다. 로열티공제법은 기술의 경제적 수명기간에 추정된 로열티 수입을 현재가치로 환원하여 가치금액으로 산출하기 때문에 수익접근법으로 분류되기도 하며, 기술시장에서 거래된 거래사례의 로열티율을 참조하기 때문에 시장접근법으로 분류된다. 기술거래시장에서 비교 가능한 거래 사례 자료가 다수 존재해야만 로열티공제법으로 업종별 로열티율 통계를 활용할 수 있으며, 대상기술과 비교하여 동일하거나 유사한 기술거래 로열티율을 기준값으로 설정하고, 대상기술과 비교기술 간 속성의 차이를 비교·분석한 결과에 근거하여 기준 로열티율을 조정하여 산출한다.



〈그림 3〉 로열티공제법에 의한 기술가치평가 절차

※ 출처: 한국산업기술진흥원(산업통상자원부), 「기술평가 실무가이드」, 2021.2.26.

로열티공제법은 기술요소법 기반의 가치산정 방법으로 대상 기술의 경제적 수명기간 동안 기술사업화를 통해 발생할 미래 경제적 이익을 적정 할인율을 적용하여 현재가치로 환산한다. 다만, 기술가치평가를 위한 산식을 적용하기 위해서는 기술성, 권리성, 시장성, 사업성 분석 등 정성적 분석결과에 근거하여 기술의 경제적 수명(기술수명 영향요인 평가), 할인율(기술사업화 위험프리미엄 평가), 기술기여도(개별기술강도) 등의 추정을 위한 각각의 평가항목에 대한 점수화가 필요하다. 또한, 정성적 분석을 반영하여 기술의 경제적 수명, 매출액, 현금흐름, 할인율, 기술기여도 등 평가요소를 아래 그림과 같이 추정되어야 한다.

$$V_r = \left(\sum_{t=1}^n \frac{CF_t}{(1+r)^t} \right) * \text{기술기여도}$$

- n: 대상기술의 경제적 수명을 고려한 현금흐름 추정기간
- t: t년도
- CF_t: t년도 현금흐름
- r: 할인율
- 기술기여도: 사업가치 중 기술이 기여하는 비율(산업기술요소 * 기술의 비중 * 개별기술강도)
- 기술의 비중: 대상기술 제품(서비스)을 구성하는 전체 기술 중에서 대상 기술이 차지하는 비중

〈그림 4〉 로열티공제법 산출식

※ 출처: 「기술평가기준 운영지침」(산업통상자원부고시 제2016-114호, 2016.6.16. 일부개정) 제 38조



〈그림 5〉 로열티공제법에 기반 기술가치평가 개요도

※ 출처: 한국산업기술진흥원(산업통상자원부), 「기술평가 실무가이드」, 2021.2.26.

〈표 40〉 (예시) 로열티공제법 모델 II 적용

- 대상기술: 000 구조의 레일 및 이를 구비한 창호(IP담보용 기술가치평가)
 □ 업종: C2511(금속 문, 창, 셔터 및 관련 제품 제조업)
 □ 기업규모: 비상장 중기업

① 기술의 경제적 수명(모델 II)

– IPC 분류: E05D(Q1 4년, Q2 9년, Q3 16년)

– 기술의 경제적 수명 = $Q1 + (Q2 - Q1) * \left\{ \frac{(\text{획득값} - \text{최소값})}{(\text{기준값} - \text{최소값})} \right\}$

$$= 4 + (9 - 4) * \left(\frac{47 - 20}{60 - 20} \right) \approx 7\text{년}$$

② 매출액 추정

– 사업주체의 2010~2019년 동안의 매출실적을 기반으로 매출 규모 및 성장성 검토

– 사업주체의 과거 매출실적과 관급 창호공사의 성장성, 경쟁업체의 매출 성장성, 제품수명주기 특성을 반영하여 추정

구분	1차년도	2차년도	3차년도	4차년도	5차년도	6차년도	7차년도
	'21.01-12	'22.01-12	'23.01-12	'24.01-12	'25.01-12	'26.01-12	'27.01-12
추정 매출액	13,807	14,618	15,048	15,269	15,381	13,843	12,459
전년 대비 성장률	11.8%	5.9%	2.9%	1.5%	0.7%	-10.0%	-10.0%

③ 최종 로열티율

가. 합리적 로열티율

– C25(금속가공제품 제조업: 기계 및 가구 제외) 업종의 업종별 로열티 통계값의 Q2인 3.0%를 기준 로열티율로 설정

– 조정계수2: 27점

구분	평가항목	평점				
		1	2	3	4	5
기술성 속성	혁신성		○			
	파급성		○			
	전망성			○		
	차별성			○		
	대체가능성			○		
시장성·사업성 속성	시장경쟁강도				○	
	시장 성장전망			○		
	수요민감도				○	
	생산용이성	○				
	수익성		○			
획득값(점수)		27점				

– 합리적 로열티율: $2.93\% (= 2.5\% + (3.0\% - 2.5\%) * (27 - 10) / (30 - 10))$

나. 지식재산 보호비중: 84.0%

다. 최종 로열티율(=합리적 로열티율×지식재산 보호비중): 2.46%(=2.93%*84.0%)

④ 로열티 수입

－ 추정 매출액에 최종 로열티율을 곱하여 로열티 수입 산정

⑤ 법인세비용: 법인세법 제55조와 지방세법 제176조의 주민세를 포함하는 세율 적용

⑥ 할인율(현가계수)

－ 할인율 결정(C25111(금속 문, 창, 셔터 및 관련 제품 제조업))

자기자본비용	CAPM+ 규모프리미엄(중기업)	기술사업화위험프리미엄	합계
	8.52%	5.10%	13.62%
타인자본비용	6.12%		
자기자본비율	53.98%	타인자본비율	46.02%
WACC	12.47% = (13.62% × 53.98%) + (6.12% × 46.02%) × (1 - 0.1576)*		

* 경제적 수명기간 동안 로열티 수입에 대한 평균 법인세율

－ 현가계수 산출: $\frac{1}{(1+\gamma)^t}$

⑦ 지식재산 유효성: 57.5%

구분		평가 항목	점수
권리성	권리안정성	신규성 또는 진보성 무효 가능성	2.5
		기타 요인에 의한 무효 가능성	2.5
	권리보호 가능성	해당 제품(서비스) 보호 가능성	3.5
		국내외 지식재산 포트폴리오 구축의 적절성	2.5
	권리행사 용이성	침해 발견 및 입증 용이성	3.5
		권리행사 제한 가능성	2.5
지식재산 거래시장성		분쟁 및 라이선스 활성화도	2.5
		특허출원 활성화도	3.5
지식재산 유효성			23/40=57.5%

⑧ 기술의 가치: 로열티 수입의 현재가치 합계에 지식재산 유효성을 곱하여 산출

－ 기술가치 산출

구분	1차년도	2차년도	3차년도	4차년도	5차년도	6차년도	7차년도	합계
매출액	13,807	14,618	15,048	15,269	15,381	13,843	12,459	100,425

최종 로열티율	2.46%							
로열티수입	339	359	370	375	378	340	306	2,467
법인세	53	57	59	61	61	53	45	389
세후 로열티수입	287	302	310	315	317	287	261	2,079
현재가치수	0.8891	0.7905	0.7029	0.6250	0.5557	0.4941	0.4393	—
로열티수입 현재가치	255	239	218	197	176	142	115	1,341
로열티수입 현재가치 합계	1,341							
지식재산 유효성	57.5%							
기술가치	771							

※ 1차년도는 2021년 1월 1일부터 2021년 12월 31일까지이며, 이후에도 동일한 기준으로 사업화년도 적용

(3) 시장접근법

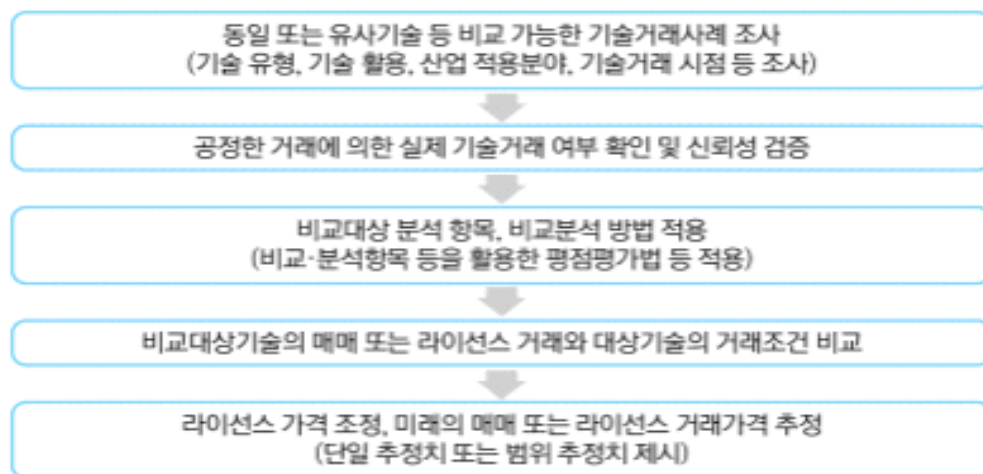
시장접근법은 기술평가기준 운영지침 제37조에 따라 대상기술과 동일 또는 유사한 기술이 활성시장에서 거래된 사례에 근거하여 대상기술과 거래사례의 비교·분석을 통하여 상대적인 가치를 산정하는 방법을 말한다. 실제 시장에서의 거래사례에 근거하여 대상기술의 가치를 추정하는 방법이므로 ‘시장거래사례비교법’으로도 불리며, 실제 시장에서의 거래사례란 독립적인 제3자의 입장에서 공정한 거래로서 비교할 수 있거나 기준이 될 수 있는 기술의 거래를 의미한다. 다만, 시장에서 동일기술 혹은 유사기술에 대한 거래사례가 없을 경우에는 적용할 수 없고, 거래사례가 매우 적은 경우에는 적용이 제한적이며 가치를 산출하는 데 객관성을 확보하기 어렵다는 한계가 있다.

로열티절감 모델	이익배분 모델
$V = \sum_{t=1}^n \frac{S_t * R - C_t}{(1+r)^t}$ · V: 기술가치 · n 기술의 경제적 수명 · S_t: t의 매출액 · r: 할인율 · R: 로열티율 · C_t: t기의 법인세	$V = \sum_{t=1}^n \frac{P_t * 0.25 - C_t}{(1+r)^t}$ · V: 기술가치 · n 기술의 경제적 수명 · P_t: t기의 세전 영업이익 · r: 할인율 · C_t: t기의 법인세

〈그림 6〉 시장접근법 산출식

※ 출처: 한국과학기술정보연구원, 시장접근법 기술가치평가(https://starvalue.or.kr/itechvalue/wsp/royalty1/royalty_info.jsp)

시장접근법은 대상기술과 동일 또는 유사한 기술이 활성화시장에서 거래된 정보 및 통계에 근거하여 대상 기술과 거래사례의 비교·분석을 통하여 상대적인 가치를 산정하는 방법⁴¹⁴⁾으로써 대상 기술과 유의한 차이가 있을 때에는 차이를 적절히 조정할 필요가 있다. 시장접근법의 전제조건은 ▲비교 가능한 기술의 활발한 거래시장의 존재 ▲비교 가능한 기술의 과거 거래실적의 존재 ▲거래정보에 대한 접근 가능성 ▲거래 당사자가 자유의사에 의해 거래하는 시장의 특성을 가져야 한다. 더하여 기술을 비교할 수 있으려면 우선 ▲기술 또는 제품이 동일 또는 적어도 유사해야 하며 ▲수익성, 시장점유율, 신기술의 영향, 시장 신규 참여에 대한 장벽, 법의 보호범위, 경제적 수명기간 등에서도 조건이 유사해야 한다. 시장접근법을 통한 가치 평가 시 유의해야 할 사항으로는 독립적인 당사자들 사이에서 발생하는 공정한 거래를 반영하는 것이 시장이고, 이러한 시장이 기술의 가치를 가장 잘 반영하기 때문에 기술평가 시에 시장접근법을 우선 적용해야 한다. 또한, 기술시장이 일반적인 상품시장과는 달리 기술제공자의 의지에 따라 움직이는 판매자 위주의 시장(Seller's market)이라는 점에서 시장접근법은 실질적으로 평가 자료를 경쟁관점에서 비교하기가 어렵다는 문제가 있다.⁴¹⁵⁾



〈그림 7〉 시장접근법에 의한 기술가치평가 절차

※ 출처: 한국산업기술진흥원(산업통상자원부), 「기술평가 실무가이드」, 2021.2.26.

414) Robert F. Reilly, "The valuation of proprietary technology", Strategic finance, Jan 1998.

415) Robert F. Reilly, "The valuation of intangible assets and intellectual properties", Buyouts & Acquisitions, Jan/Feb 1988, pp.24-30.

제3절 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서 연구개발비 반영 여부

1. 한국에서의 연구개발비 공제

가. 일실이익 산정과 연구개발비

특허권 침해로 인한 손해액 산정 방식 중 대표적인 것은 특허권자의 일실이익을 배상하는 방법이다(특허법 제128조 제2항). 일실이익은 침해가 없었다면 특허권자가 얻을 수 있었을 추정 이익을 의미하며, 일반적으로 “침해로 잃은 판매수량 × 특허권자 단위당 이익액”의 공식으로 계산된다. 여기서 단위당 이익액을 산출할 때, 판례는 위에서 본 한계이익 개념에 따라 매출액에서 해당 제품의 변동비만 차감하고 고정비는 차감하지 않는다.⁴¹⁶⁾ 다시 말해 특허제품의 생산·판매에 직접 연동되는 재료비, 직접노무비, 판매수수료 등만 비용으로 인정되고, **연구개발비나** 일반관리비, 설비감가상각비 등은 공제 대상에서 제외된다.⁴¹⁷⁾

일본의 특허권 침해 손해배상에서도 유사한 접근이 확인되는데, 판례상 “여기서 말하는 한계이익은 매출에서 변동비를 공제한 금액이며, 인건비 등 고정비는 원칙적으로 공제되지 않고, 또한 개발비도 반드시 전부 고려되는 것은 아니다”라고 한다.⁴¹⁸⁾ 이는 한계이익 산정에 **연구개발비를 포함한 고정비를 통상 제외**함을 보여준다. 미국의 경우도 특허권자가 *Panduit* 요건⁴¹⁹⁾ 등을 충족하여 일실이익(*lost profit*)을 청구할 때, 이익 계산에서 고정비용은 공제하지 않는 것이 일반적이다.⁴²⁰⁾ 결국 특허권자의 일실이익을 산정할 때 연구개발비는 고정투자(*fixed investment*) 또는 매몰비용(*sunk cost*)로 간주되어, 개별 침해품 판매에 따른 이익 계산에서는 제외되는 것이 국제적 공통 경향이다.⁴²¹⁾

나. 침해자로부터 얻은 이익 산정과 연구개발비

특허법은 또 다른 손해배상 산정방법으로 침해자가 얻은 이익을 고려하는 방식을 두고 있다(특허법 제128조 제4항). 이는 침해자가 침해행위로 올린 이익액을 특허권자의 손해로 추정하는 규정으로, 일종의 부당이득(*disgorgement*)적 성격을 지닌다.⁴²²⁾⁴²³⁾ 이때 쟁점은 침해자의 매출액에서 어떤 비용을 공제하여 ‘이익’을

416) 대법원 2006.10.13. 선고 2005다36830 판결. 구 의장법 제64조 제1항의 ‘단위수량당 이익액’은 “침해가 없었다면 판매할 수 있었을 것으로 보이는 제품의 단위당 판매가액에서 추가로 지출하였을 것으로 보이는 단위당 비용을 공제한 금액”이라고 판시(=변동비만 공제하는 한계이익 개념).

417) 특허법원 2018.11.30. 선고 2017나1315 판결(단위수량당 이익액은 특허권자 제품의 단위당 판매가액에서 생산·판매를 위하여 추가로 지출될 단위당 비용(변동비)을 공제한 금액(=한계이익)”이라고 적시. 즉 재료비·직접노무비·판매수수료 등은 공제되나 R&D·일반관리비·감가상각 등 고정비는 공제되지 않음이 전제됨).

418) 지식재산고등재판소 대합의(知財高裁・特別部) 平成30年(ネ)第10063号, 令和元年6月7日 판결(“R&Dセンターの研究員の件費が…製造販売に直接関連して追加的に必要となったということとはできない。…控除すべき経費とみるのは相当ではない。”)。

419) *Panduit Corp. v. Stahlin Bros. Fibre Works, Inc.*, 575 F.2d 1152 (6th Cir. 1978).

420) Mark A. Lemley, *Lost Profits and Reasonable Royalties*, Stanford Law School (2025) (working paper), <https://law.stanford.edu/index.php?webauth=document=publication%2F258897%2Fdoc%2Fslspublic%2FLemley+Lost+Profits.pdf> (last visited Sept. 24, 2025).

421) Sara Amoroso, *The Hidden Costs of R&D Collaboration*, European Commission Joint Research Centre, IPTS Working Paper No. 02/2014 (Oct. 21, 2014), <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/system/files/2014-10/JRC90991.pdf>.

산출할 것이나이며, 여기에도 고정비용 문제가 등장한다. 우리 대법원은 침해자 이익액의 공제비용에 대하여, 특허권자 일실�이익의 경우보다는 넓게 인정할 여지가 있다고 하면서도 주로 변동비 위주로 해석하는 입장을 보여왔다.⁴²⁴⁾ 즉 침해품 생산·판매와 직접 관련된 비용만 공제한다는 원칙은 유지하되, 경우에 따라 침해자의 판매관리활동 등에서 추가로 소요된 일부 비용을 고려할 여지를 남겨둔 것이다.

일본 특허법 제102조 제2항 역시 침해자의 ‘이익’을 권리자의 손해액으로 추정하며, 일본 법원은 매출에서 변동비와 개별적 고정비(침해품에 특정할 수 있는 비용)만 차감하도록 운용하고 있다.

독일에서는 2000년 연방대법원의 *Gemeinkostenanteil* 판결 이후 이 문제에 대한 명확한 기준이 세워졌는데, 침해로 인한 매출에서 일반적 총괄비용(Gemeinkosten)은 공제할 수 없고 **오직 개별 제품에 직접 귀속되는 비용만 공제**하도록 하였다.⁴²⁵⁾ 다시 말해 전사적 범위의 연구개발 투자나 본사 관리비 등은 공제 불가하고, 오직 침해제품 생산에 전적으로 사용된 기계 임차료 등만 공제 인정된다.⁴²⁶⁾ 이러한 독일식 접근은 침해자 이익 산정에서 연구개발비 같은 간접비용의 공제 여지를 거의 차단함으로써, 결과적으로 권리자에게 유리한 높은 손해액 산정을 가능케 했다.

앞에서 살핀 바와 같이, 특허권 침해소송에서 일실�이익이나 침해자 이익을 산정하면서 관련 비용을 공제하는 장면에서, 연구개발비는 공제되지 않는다. 다만, 합리적 실시료를 산정하는 장면에서 실시료율을 결정하는 여러 요소 중 하나에 포함될 여지는 있을 것이다. 이하에서는 한국 법원의 태도를 살펴본다.

다. 한국 법원의 태도

한국 법원은 지식재산권 침해 사건에서 일반적으로 ‘한계이익(매출액－변동비용)’을 손해추정의 기준으로 삼는다. 이때의 변동비용은 침해로 인하여 추가로 소요된 비용을 의미한다.⁴²⁷⁾ 고정비(fixed cost)는 생산량의 변화에 따라 변동되지 않는 비용을 말한다.⁴²⁸⁾⁴²⁹⁾ 일반적으로, 연구개발비는 생산량과 무관한 고정간접비

422) 김두진, “공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 손해배상제도 도입방안 연구”, 한국법제연구원, 2007, 17-18면, <<https://repository.klri.re.kr/bitstream/2017.oak/3976/1/40505.pdf>>.

423) Pamela Samuelson & Mark P. Gergen, The Disgorgement Remedy of Design Patent Law, 108 Cal. L. Rev. 183 (2020), <<https://www.californialawreview.org/print/the-disgorgement-remedy-of-design-patent-law>>.

424) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다75002 판결; 2006. 10. 13. 선고 2005다36830 판결 등.

425) Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Supreme Court] Nov. 2, 2000, Case No. I ZR 246/98 (Ger.).

426) Tagungsband „Patentverletzung in der Praxis“ (2019), Folie „Welche Kosten sind abzugsfähig?“ (Univ. Ostbayern, Patenttag) (“Keine Gemeinkosten. Keine Produktentwicklungskosten (laufender Betrieb wird vorausgesetzt).”).

427) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다75002 판결(“상표권자 혹은 전용사용권자로서는 침해자가 상표권 침해행위로 인하여 얻은 수익에서 상표권 침해로 인하여 추가로 들어간 비용을 공제한 금액, 즉 침해자의 이익액을 손해액으로 삼아 손해배상을 청구하거나 혹은 상표권자가 다른 사람에게 침해기간, 침해수량 등에 상응하는 상표의 사용을 허락하는 데 대한 통상적인 대가를 손해배상액으로 청구할 수 있다.”).

428) Francesco Mazzi, et al., Exploring investor views on accounting for R&D costs under IAS 38, Journal of Accounting and Public Policy Volume 41, Issue 2, March–April 2022 (“A fixed cost is a cost or an expense that does not change, independent of how much is produced. Typical fixed costs are marketing costs, R&D costs, cost of ...”).
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0278425422000072?utm_source=chatgpt.com>.

429) Adam E. Szymanski, *Make America Innovate Again: Construing Patent Box Proposals in View of A Policy Mix Approach*, 7 Cybaris An Intell. Prop. L. Rev. 249, 266 (2016) (“R&D activity often incurs high fixed costs and economies of scale ...”).

로 분류되어 한계이익 계산에서 공제하지 않으며, 손해배상액에도 반영되지 않는다.

라. 국가연구용역 기준

국가연구개발사업 연구개발비 사용 기준(2025), 제5조(직접비와 간접비의 사용·용도) 제1항은 “법 제13조제3항제1호에 따른 직접비는 인건비, 학생인건비, 연구시설·장비비, 연구재료비, 연구활동비, 연구수당, 보안수당, 위탁연구개발비, 국제공동연구개발비, 연구개발부담비로 사용할 수 있다”고 규정한다. 연구개발비에 해당하는 연구시설비, 연구재료비, 연구활동비, 연구수당 등이 모두 직접비에 포함되지 않는 것이다. 연구개발비가 간접비에 해당하고 직접비에 포함되지 않는다는 점에 대하여는 다른 견해를 보인 문건이 발견되지 않는다. 다만, 해당 제품의 생산에 직접 귀속된다는 점을 증명하는 경우에는 공제가 가능할 것이다.⁴³⁰⁾ 이론적으로는 그러하나, 실무에서 실제로 공제가 허용된 사례는 아직 없는 것으로 생각된다.

2. 독일에서의 연구개발비 공제

가. 독일 연방대법원(BGH) 2006년 9월 21일 판결, I ZR 6/04(침해자 이익 산정 시 연구개발비 공제 불가)

대상 사건에서 피고는 침해자 이익 산정 시 일반 경비(Gemeinkosten), 특히 개발 및 초기 비용, 미판매 재고에 대한 자재비 및 완성 비용을 공제해야 한다고 주장했다.⁴³¹⁾ 대상 판결은 특허권 침해로 인한 침해자 이익 반환 방식에서 공제 가능한 비용의 범위를 명확히 하였다.

(1) 원칙

원칙적으로 판매 수익에서 변동비(variable costs), 즉 생산량과 판매량에 따라 달라지는 제조 및 판매비만 공제할 수 있다.⁴³²⁾

430) Bundesgerichtshof, Urt. v. 2.11.2000 – I ZR 246/98, GRUR 2001, 329 (Gemeinkostenanteil) (“Gemeinkosten nur abgezogen werden, wenn und soweit sie ausnahmsweise den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können.”). “총괄비(Gemeinkosten)는 예외적으로 그 비용을 침해제품(권리침해 대상 물건)에 직접 귀속시킬 수 있는 경우에 한하여, 그리고 그 범위에서만 공제될 수 있다.”

431) DM – entgegengetreten. Sie hat die Auffassung vertreten, dass bei der Ermittlung des Verletzergewinns über die vom Sachverständigen anerkannten Kosten hinaus auch die anteiligen Gemeinkosten berücksichtigt werden müssten. Dies gelte insbesondere für Entwicklungs- und Anlaufkosten in Form eines Anteils der Arbeitskraft des Geschäftsführers (142000 DM), für Materialkosten für nicht verkaufte Ware und Ausschuss (105000 DM) sowie für Fertigstellungskosten für unveräußerte Lagerbestände (17400 DM).

432) variablen (vom Beschäftigungsgrad abhängigen) Kosten für die Herstellung und den Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Gegenstände abzuziehen sind. Fixkosten sind nur abzuziehen, wenn sie ausnahmsweise den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können, wobei die Darlegungs- und Beweislast beim Verletzer liegt (vgl. BGHZ 145, 366 [372f.] = GRUR 2001, 329 = NJW 2001, 2173 – Gemeinkostenanteil).

[25] (2) Diese Grundsätze hat das BerGer. zu Recht auf die Ermittlung des Verletzergewinns

(2) 공제할 수 있는 고정비

고정비(fixed costs)는 침해품에 예외적으로 직접 귀속될 수 있는 경우에만 공제 가능하며, 이에 대한 증명 책임은 침해자에게 있다.

(3) 고정비를 공제하지 않는 이유

법원은 고정비를 공제하지 않는 이유를 다음과 같이 설명했다. 고정비까지 무제한으로 공제하면 침해자는 자신의 고정비에 대한 기여이익(Deckungsbeitrag)을 유지하게 되어 손해배상의 목적에 위배되기 때문이다. 또한, 침해자는 권한 없는 사무 관리(§ 687 II BGB)를 한 것으로 간주되므로, 지출된 비용이 피해자의 불법적 이득과 직접적으로 상응할 때만 공제할 수 있다.⁴³³⁾

3. 미국에서의 연구개발비 공제

가. 기본 원칙: 연구개발비 공제 불가

미국에서도 일실회익을 산정함에 있어서, “일실회출액에서 해당 매출을 발생시키기 위해 권리자(피침해자)가 실제로 들였을 증분비용(incremental or avoided costs)”을 공제하도록 요구한다.⁴³⁴⁾ 이 비용은 연구개발비와 같은 ‘고정비(fixed costs)’가 아닌, 제품 생산에 직접 관련된 비용, 즉 변동비만 포함하는 것이다.

나. 미국에서의 합리적 실시료 산정: Georgia-Pacific 15 요소

미국에서는 합리적 실시료를 산정함에 있어서 조지아퍼시픽 15개 요소를 고려한다.⁴³⁵⁾ 그 15 요소 중 하나가 침해자가 특허발명을 사용함으로써 절약한 비용이다.⁴³⁶⁾ 그러나, 특허권자가 해당 기술을 개발하는 데 소요된 R&D 비용이 간접적으로 협상력, 특허의 가치, 실시료를 산정에 영향을 줄 수는 있지만, 판결문이나 실무에서 연구개발비 자체를 합리적 실시료 산정에 직접 반영한 구체적 사례는 확인되지 않는다.

433) die Herstellung und den Vertrieb einen Deckungsbeitrag zu seinen eigenen Gemeinkosten hätte erwirtschaften können (vgl. BGHZ 145, 366 [373] = GRUR 2001, 329 = NJW 2001, 2173 - Gemeinkostenanteil). Der Berücksichtigung der Gemeinkosten stehe außerdem entgegen, dass sich der Verletzer im Verhältnis zum Verletzten so behandeln lassen müsse, als habe er im Rahmen einer angemessenen Geschäftsführung i.S. von § 687 II BGB gehandelt. Aufwendungsersatz könne er daher nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer

434) The Sedona Conference, Commentary on Monetary Remedies in Trade Secret Litigation, 24 SEDONA CONF. J. 349, 374 (2023) (“Lost profits are then calculated by subtracting incremental or avoided costs from the lost revenue. Incremental or avoided costs are the costs associated with producing and selling the claimed lost sales volume... an obvious example of an incremental cost is material used to produce a product. Other production costs, as well as certain selling and marketing expenses, may also be incremental.”).

435) Georgia-Pacific Corp. v. U.S. Plywood Corp., 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970).

436) “9. The utility and advantages of the patented property over the old modes or devices, if any, that had been used for working out similar results.”

다. 당사자 주장 사례: MEDTRONIC v. AXONICS 사건⁴³⁷⁾

대상 사건에서 피고(Axonics)는 해당 제품을 시장에 출시하기 위해서는 연구개발비가 추가로 소요되는 비용이므로 그 비용이 공제되어야 한다고 주장하였다.⁴³⁸⁾

그러나, 법원은 공제되는 비용은 추가로 판매되는 개별 제품을 위해 필요한 비용임을 전제로 한 후, 주어진 증거에 따르면, 개별 제품의 생산, 판매로 인하여 연구개발비가 증가하는 것은 아니므로, 공제할 수 없다고 판단하였다.⁴³⁹⁾

4. 일본에서의 연구개발비 공제

가. 일본의 2019. 6. 7. 知財高裁 탄산 화장품 캔 사건⁴⁴⁰⁾

(1) 사건 개요

대상 사건은 탄산 화장품 용기(캔) 관련 특허권 침해에 관한 사건으로, 핵심 쟁점은 손해액 추정 시 “한계 이익설(marginal profit)” 기준으로, 공제가 가능한 비용의 범위가 무엇인가가 다투어졌다.

(2) 법원의 판단

법원은 한계이익 계산 시 “침해 제품의 생산·판매에 추가적으로 발생한 비용(additional expense)”, 즉 변동비용(variable cost)만 공제할 수 있다고 설명한 후, 원재료비, 외주가공비, 운송비 등만 공제되고, 인건비, 관리비(간접비) 및 연구개발비(R&D) 등은 “직접 관련성 부족”을 이유로 공제에서 제외하였다. 판결문은 “외주 연구비 일부는 추가 비용으로 공제할 수 있지만, 대다수의 R&D 관련 비용은 침해 제품과의 직접 연관성이 명확하지 않다”고 설시하였다.⁴⁴¹⁾

437) MEDTRONIC, INC.; Medtronic Puerto Rico Operations Co.; Medtronic Logistics, LLC; Medtronic USA, Inc., Plaintiffs, v. AXONICS MODULATION TECHNOLOGIES, INC., Defendant., 2023 WL 5273213 (C.D.Cal.).

438) MEDTRONIC, INC.; Medtronic Puerto Rico Operations Co.; Medtronic Logistics, LLC; Medtronic USA, Inc., Plaintiffs, v. AXONICS MODULATION TECHNOLOGIES, INC., Defendant., 2023 WL 5273213 (C.D.Cal.) (“In Axonics' view R&D costs are ‘incremental’ because R&D costs are additional monies needed bring a product to market.”).

439) “But Dr. McDuff's incremental profit margin analysis focuses on profit that is earned on each additional product sold. Dkt. 192-1 at 18. Dr. McDuff does not ignore R&D costs, but rather concluded based on the evidence that R&D costs do not increase with each product sold, and therefore do not impact the incremental profit margin.”

440) 知的財産高等裁判所 平成30年(ネ)第10063号 令和元年6月7日判決.

441) 知的財産高等裁判所(特別部) 平成30年(ネ)第10063号, 令和元年6月7日判決(「二酸化炭素含有粘性組成物」事件)(「控訴人コスメプロは, 外注の試験研究費として37万8880円を控除すべきであると主張するところ, Z B 2の9②及び③に係る試験は平成26年11月に行われたものであり, 同年1月に販売された被告製品18の防錆, 防カビ試験に関するものであると認められる(弁論の全趣旨)。よって, 上記試験に係る費用(合計3万8880円)は同製品の製造販売に直接関連して追加的に必要となったものといえるから, 同製品の売上高から控除すべき経費に当たる。これに対し, その余の試験費(Z B 2の9のCに係るもの)は…明らかではないから, その試験費が被告製品1, 14, 15及び18の製造販売に直接関連して追加的に必要となったということとはできない。」).

나. 일본 지재고재 미용기구 사건 대합의 판결

(1) 사건 개요

특허권자(원고)는 ‘피부 미용 롤러’에 관한 2건의 특허권(특허 제5356625호 등)을 보유하고, 피고의 미용기구 제품 9종이 그 특허권을 침해했다고 주장하며 손해배상을 청구했다. 1심인 오사카지방법원(2018.11.29. 판결)은 그중 하나의 특허권 침해를 인정하고 손해배상 일부를 인용했고, 원·피고 쌍방이 항소했다.

(2) 연구개발비 관련 판단

2020년 2월 28일 지식재산고등재판소(대합의부)는 손해액 산정에 관한 중요한 법리를 판시하였다. 이 판결은 특허법 제102조 제1항의 “단위당 이익액”을 해석하면서, 특허권자의 제품 한 단위당 이익은 “판매가에서 해당 제품의 생산·판매를 위해 **추가로 소요되는 비용만** 공제한 금액(한계이익)”이라고 판시했다. 즉, **원고의 연구개발(R&D) 투자나 일반관리비 등 고정비용은 공제 대상이 아니며**, 침해가 없었더라면 얻을 수 있었던 일실이익에서 제외되지 않는다는 취지이다. 이로써 법원은 이익 산정 시 ‘한계이익설’을 취하고, R&D 비용까지 공제하는 ‘순이익설’을 배척하였다. 그 결과 연구개발비도 제품 단위이익에 포함되어 특허권자의 손해액(일실이익) 산정에 반영되므로, 침해로 인한 손해액이 더 크게 인정될 수 있다.

(3) 판단 근거 및 의미

지재고등재판소 대합의는 “특허권자의 제품이 침해품과 시장에서 경쟁관계에 있다면, 침해가 없었을 경우 그 판매로 얻을 수 있었던 이익을 추정한다”는 특허법 제102조 제1항의 해석을 명확히 하였다. 특히 이익 산정에서 R&D 투자비용이나 설비투자비 등을 공제하지 않도록 함으로써 특허권자의 실질적 손해를 충분히 반영하도록 한 것이다. 이는 2019년 특허법 개정 전후의 일본 판례 경향을 반영한 것으로, 이전까지 논쟁이 있던 ‘고정비용 공제 여부’를 대합의 판결로 정리했다는 점에서 의의가 크다. 이 판결(令和2年(ネ)第10003号)은 연구개발비 등이 투입된 발명이라도 침해로 인한 손해액 산정 시 그 비용이 공제되지 않음을 명확히 하여, 침해에 대한 배상액을 높이고 특허권 보호를 강화하는 계기가 되었다.

다. 2019년 일본 지재고등재판소 대합의 판결(이산화탄소 함유 점성조성물 사건)

(1) 사건 개요

원고는 피부팩 등에 사용하는 “이산화탄소 함유 젤 조성물” 관련 두 건의 특허권을 보유하고 있었고, 피고들이 해당 탄산팩 제품을 제조·판매하여 특허권을 침해했다고 주장하며 손해배상을 청구했다.

(2) 사건 이력

1심인 오사카지방법원(2018.6.28. 판결)은 침해를 인정하면서, 특허법 제102조 제2항에 따른 손해액 추정을 받아들이고(피고의 침해로 인한 이익액을 손해로 추정) 피고들의 반증을 불인정하였다. 또한 예비적으로 동조 제3항의 합리적 실시로 상당액도 산정하여, 피고별로 그중 높은 금액을 손해배상으로 인정하였다. 피고

들이 이에 불복하여 항소했고, 2019년 6월 7일 지재고등재판소 특별부(대합의부)가 판결을 선고하였다.

(3) 연구개발비 공제 불허

대합의부는 특허법 제102조 제2항의 “침해로부터 얻은 이익”을 산정하는 방법을 상세히 판단했다. 법원은 침해품의 매출액에서 생산·판매에 직접 소요된 변동비만을 공제한 금액을 이익으로 보아야 한다고 설명하였다. 이 사건에서 피고들은 침해품 제조를 위한 재료비, 방부·방곰팡이 시험비용 및 제품별 프로모션비용 등 일부를 제조원가로 공제하도록 주장했고, 법원은 그와 같은 직접적인 제품 관련 비용의 공제는 인정하였다. 그러나 그 외 인건비나 일반 광고선전비 등 광범위한 비용에 대해서는, 침해제품과 직접 연관되었는지가 불분명하거나 생산증가에 따라 추가로 투입된 비용이라고 보기 어려워 공제를 불허하였다. 달리 말해, 피고가 투자하지 않은 연구개발비나 고정적 경비는 침해로 인한 이익 산정에서 공제되지 않았다. 그 결과 이 사건 손해배상액은 피고 제품의 매출에서 재료비 등 최소한의 직접비용만 뺀 높은 이익률을 기준으로 산정되었다.

(4) 판단 근거 및 의미

본 판결(平成30年(ネ)第10063号)은 침해자 이익액 추정(특허법 102조2항) 및 합리적 실시로 산정(102조3항)에 관한 최초의 지재고등재판소 대합의 판단으로서, 침해자의 이익의 산정에서 통상적인 기업 활동의 고정비나 연구개발비는 반영되지 않는다고 본 것이다. 특히 법원은 침해품 제조·판매로 “추가로 필요했던 비용만” 인정함으로써, **침해자가 특허기술을 무단 사용함으로써 절감한 R&D 비용을 공제하지 않았다.**⁴⁴²⁾ 이는 침해자가 얻은 부당이득을 폭넓게 손해배상에 반영하여 특허권자의 구제를 충실히 하려는 취지이다. 이 판결 이후로 일본 실무에서는 침해자의 영업이익률 산정 시 R&D비용이나 감가상각비 등의 공제 주장이 받아들여지기 어렵다는 인식이 확고해졌다. 다만 예외적으로 연구개발비가 특정 제품에 직접 연동됨을 증명하면 공제될 수 있는 여지가 있을 뿐이다.⁴⁴³⁾ 2019년 지재고재 대합의 판결이 “침해자가 증명하지 못한 비용은 공제하지 않고, 이익 전부를 권리자의 손해로 추정”한다는 법리를 정립함에 따라, 피고가 어떤 연구개발비가 해당 제품의 생산, 판매에 귀속된다는 점을 증명해야 한다는 점이 명확해졌다. 이에 따라, 향후에는 연구개발비가 비용으로 공제될 가능성이 더 낮아졌다고 평가할 수 있다.

442) 知的財産高等裁判所 特別部 平成30年(ネ)第10063号(令和元年6月7日判決) (“R&Dセンターの研究員の人件費が…直接関連して追加的に必要となったということとはできない。…控除すべき経費とみるのは相当ではない。”). 연구개발센터의 연구원 인건비는 직접 관련되어 추가로 필요했다고 볼 수 없으며, 따라서 공제해야 할 경비로 보는 것은 타당하지 않다.

443) 知的財産高等裁判所 特別部 平成30年(ネ)第10063号(令和元年6月7日判決) (“外注の試験研究費…被告製品18の防腐・防カビ試験…直接関連して追加的に必要となったもの…控除すべき経費に当たる.”). 외주 시험 연구비 중 피고 제품 18의 방부 및 곰팡이 방지 시험에 직접 관련하여 추가로 필요한 경우에는 공제해야 할 경비에 해당한다.

5. 중국에서의 연구개발비 공제

가. 중국 특허법 제71조⁴⁴⁴⁾

중국 특허법 제71조

- ① 특허권 침해의 배상액은 권리자가 침해행위로 인하여 받은 실제 손실 또는 침해자가 침해행위로 인하여 얻은 이익에 따라 확정한다; 권리자의 손실 또는 침해자가 얻은 이익의 확정이 곤란한 경우, 해당 특허허가사용료의 배수를 참고하여 합리적으로 확정한다. 고의적인 특허권 침해에 대해서, 상황이 심각한 경우, 위의 방법으로 확정된 액수의 1배 이상 5배 이하의 배상액을 확정할 수 있다.
- ② 권리자의 손실·침해자가 얻은 이익 및 특허허가사용료 모두 확정하기 곤란한 경우, 인민법원은 특허권의 종류·침해행위의 성질 및 상황 등의 요소에 근거하여 3만 위안 이상 500만 위안 이하의 배상을 확정할 수 있다.
- ③ 배상액에는 권리자가 침해행위를 제지하기 위하여 지급한 합리적 비용도 포함되어야 한다.
- ④ 인민법원은 배상액 확정을 위하여, 권리자가 입증책임을 다하고, 침해행위와 관련된 장부·자료가 주로 침해자가 장악하고 있는 상황 하에서, 침해자에게 침해행위와 관련된 장부·자료의 제출을 명령할 수 있다; 침해자가 제출하지 않거나 또는 허위 장부·자료를 제출하는 경우, 인민법원은 권리자의 주장과 제공된 증거를 참고하여 배상액을 판정할 수 있다.

중국 특허법 제71조의 규정에 따르면, 손해배상액은 우선적으로 권리자가 침해로 인해 입은 실제 손실을 기준으로 산정하여야 하며, 실제 손실을 산정하기 어려운 경우에는 침해자가 침해 행위로 인해 얻은 이익을 참조할 수 있다. 침해자 이익은 관련 매출액에서 관련 비용을 공제하여 구한다. 연구개발비를 비용에서 공제할 수 있는지 여부가 쟁점이 될 수 있다.

나. 법원의 태도

중국 최고인민법원 지식재판정은 “손해배상은 침해 행위로 인해 특허권자가 입은 연구개발(研發) 비용, 시장 점유율 감소, 거래 기회 축소 등의 손실을 대상으로 하며, 손해배상액은 특허권자의 실제 손실 규모 또는 침해자의 이익 규모를 기준으로 산정할 수 있고, 그 과정에서 침해 제품의 판매 가격, 판매 수량, 이익률, 특허 기여도 등 요소를 고려해야 한다”고 실시한 바 있다.⁴⁴⁵⁾⁴⁴⁶⁾ 침해자 이익을 산정함에 있어서 매출액에서

444) 중국 특허법 제71조(“第七十一条 侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定;权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的, 参照该专利许可使用费的倍数合理确定。对故意侵犯专利权, 情节严重的, 可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。

权利人的损失, 侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的, 人民法院可以根据专利权的类型, 侵权行为的性质和情节等因素, 确定给予三万元以上五百万元以下的赔偿。

赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

人民法院为确定赔偿数额, 在权利人已经尽力举证, 而与侵权行为相关的账簿, 资料主要由侵权人掌握的情况下, 可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿, 资料;侵权人不提供或者提供虚假的账簿, 资料的, 人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。”).

445) “合法来源抗辩成立可视情判令使用者负担维权合理开支”, 最高人民法院知识产权法庭, 2024.01.18. (“损失赔偿针对的是侵权行为给专利权人在研发成本, 市场份额, 交易机会等方面造成的损失, 可根据专利权人的实际损失大小或侵权人的获利情况进行计算, 需要考虑到被诉侵权产品的售价, 数量, 利润率, 专利贡献度等因素”). “손해배상은 침해

관련 비용을 공제하기도 하지만, 매출액에 영업이익을 또는 한계이익률을 곱하기도 한다. 그러한 이익률을 결정함에 있어서, 피고의 연구개발비를 절감한 결과 더 높은 이익률을 가졌을 것이라고 볼 수 있을 것이다.⁴⁴⁷⁾ 이러한 내용을 실시한 살충제 사건의 판결에 대하여는 아래에서 상세히 살핀다.

다. 기여도 산정에서 연구개발비 고려

심리에서 특허권자가 R&D 비용을 제출하면, 법원은 이를 기술의 혁신성과 결합해 특허의 시장 기여도를 판단할 수 있다.⁴⁴⁸⁾ 연구개발비가 기여도 산정을 위한 직접적인 지표는 아니나, 해당 특허발명의 가치, 중요성이라는 직접지표를 말해주는 간접지표의 역할은 할 수 있다고 생각된다. 예를 들어, 2020년 베이징고등법원(北京市高级人民法院)에서 발표한 “지식재산권 사건 손해배상 산정 관련 ‘손해계산 지침(Guidelines)’”은 “권리자의 실제 손실과 침해자 이익을 산정할 때는 증거 규칙을 적용하여 우월 증거 기준을 채택하고, 지적재산권의 시장가치, 기여율 등 합리적인 요소를 고려해야 한다.”고 규정한다.⁴⁴⁹⁾

라. 특허의 가치평가에서의 연구개발비 고려

2022년 베이징고등법원의 “지적재산권 침해 민사 사건에 대한 징벌적 배상 적용을 위한 심리 지침”에서도 “침해자 이익을 기준으로 징벌적 배상 기준을 결정할 때, 사건의 구체적인 상황을 고려하여 권리자의 지적재산권이 상업적 가치에 기여한 정도 또는 비율을 적절히 반영하여 지적재산권의 기여도를 합리적으로 결정해야 한다.”고 규정하면서 특허 기여도의 판단요소 중의 하나로 연구개발비용과 시장가격상향을 제시하였다.⁴⁵⁰⁾ 즉, 특허기술의 **연구개발비용**과 시장성이 특허가치 판단의 중요한 요인이 될 수 있다.

특허가치를 판단할 때 R&D 비용이 상당한 역할을 한다는 의견이 많다. 실제로 실무·학술 자료는 특허가치 평가 요소로 “권리의 창작성·가치” 외에 **연구개발 비용**을 명시적으로 언급한다. 특허 기술의 가치를 높일수록 더 큰 배상을 인정해야 한다는 취지에서, 특허의 창안에 투입된 R&D 비용과 실시실태를 고려하여 손해액의 기초를 잡을 수도 있다.⁴⁵¹⁾

행위로 인하여 특허권자가 연구개발비용, 시장 점유율, 거래 기회 등에서 입은 손실을 대상으로 하며, 특허권자의 실제 손실 규모 또는 침해자의 이익 상황에 따라 산정할 수 있다. 산정 시에는 침해된 특허 제품의 판매 가격, 판매 수량, 이익률, 특허 기여도 등을 고려해야 한다.” <<https://ipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-2742.html>>.

446) (2021) 最高法知民终1406号

447) 최고인민법원 살충제 사건: (2022)最高法知民终2898号.

448) 国家知识产权局, 2017年中国专利调查报告, 2018(“특허권자 유형별로도 연구개발비 지출 규모와 출처에 차이가 있으며, 이러한 연구개발비 투입이 특허 개발과 권리 행사에서 기여도 판단의 중요한 요소로 작용한다.”). <<https://www.ii.re.kr/base/board/read?boardManagementNo=25&boardNo=3309>>.

449) 北京市高级人民法院, 关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准, 2020년 4월 21일(“1.7【实际损失和侵权获利的确定】 确定权利人的实际损失和侵权人的获利, 应当运用证据规则, 采取优势证据标准, 考虑知识产权的市场价值, 贡献率等合理因素.”).

450) 北京市高级人民法院关于侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿审理指南, 2022년 4월 25일(“3.11【知识产权的贡献度】 按照侵权获利方法确定惩罚性赔偿基数时, 应根据案件具体情况, 适当考量权利人知识产权对于商业价值的贡献程度或者比例, 合理确定知识产权贡献度.”).

3.12【知识产权贡献度的考量因素】 确定知识产权对商业价值的贡献度, 可以根据案件具体情况, 综合考虑以下因素: (2)权利客体的创作研发成本及市场价格情况.”).

451) “浅议专利侵权诉讼中赔偿数额的计算及证明责任”, 知产力, 2022.10.22.(“专利价值越高, 获得的赔偿数额越高, 专利

그러나 R&D 비용을 배상금 산정의 명시적 기초로 삼는 것은 여전히 논의 중인 사안이며, 실제 적용 시 허용되는 범위와 방법에 대해서는 법원·학계에서 신중한 접근이 요구된다.

마. 최고인민법원 살충제 사건: (2022)最高法知民终2898号⁴⁵²⁾

(1) 사건 개요

싱가포르 농업회사(원고)가 중국 화공회사 등 피고 4인을 상대로 살충제 관련 발명특허(중국 특허번호 02815924.1, 발명명칭 “냉아미노벤조아마이드(邻氨基苯甲酰胺)를 이용한 절지동물 살충”) 침해로 인한 손해 배상을 청구한 사건이다. 1심 법원(허난성 정저우시 중급인민법원)은 피고들의 특허권 침해를 인정하고 경제 손해 190만 위안 및 합리적 비용 10만 위안 지급을 명령했으나,⁴⁵³⁾ 원고는 배상액이 너무 낮다며 항소했다. 2심 최고인민법원은 한 피고의 이익률을 15%로 상향 적용하여 침해자 이익을 622.5만 위안으로 산정함으로써 배상액을 대폭 증액하였다.

(2) 침해자 이익 산정 방식

법원은 피고의 침해로 인한 이익을 산정하는 방식을 택했다. 구체적으로, 피고 화공회사가 침해 제품을 약 10개월간 제조한 사실을 인정한 후, 해당 제품이 살충제 중간체로서 월 8.3톤 생산되고 단가가 50만 위안/톤임을 고려했다. 여기에 법원이 인정한 이익률 15%를 적용하여 침해자 이익을 계산했다. 그 결과 622.5만 위안(=8.3톤×10개월×50만 위안×15%)을 산출하고, 다른 피고들의 연대책임 부분을 포함해 총 662.5만 위안의 손해배상을 명령했다.

(3) 연구개발비용 고려

2심에서 원고는 피고의 이익률이 15%는 되어야 한다고 주장하며, 업계 평균 이익률(22.19%) 자료와 함께 피고는 특허발명을 무단 이용함으로써 자체 연구개발(R&D) 비용을 들이지 않았으므로 이익률이 높게 형성된다고 강조했다. 피고는 “우리는 연구개발비용 없이 제품을 만들어 판매했기 때문에 순이익률이 3~4%에 불과하다”고 주장했으나, 법원은 피고가 핵심 증빙자료(회계장부 등) 제출을 거부하여 증거제출 방해로 간주하고 이 주장을 배척했다. 나아가 침해자는 연구개발비를 지출하지 않아도 되므로 그만큼 이윤이 높아진다는 점을 고려하여, 원고 측이 제시한 15% 이익률이 합리적 근거가 있다고 판단하였다.⁴⁵⁴⁾ 결국 법원은 피고가 연구개발비를 들이지 않고 이익을 취한 점을 고려요소로 삼아 이익률을 산정함으로써, 권리자의 손해배상 청구액 50% 이상의 배상액을 인정하였다.

侵权诉讼中, 通常可根据以下因素衡量专利权权利价值: 1) 专利技术的创造性, 即, 专利的类型以及专利技术对相关领域的影响力; 2) 专利技术的研发成本, 实施情况; 3) 专利使用许可的种类, 时间, 范围。”。

〈<https://www.zhichanli.com/p/612114314>〉.

452) 〈<https://ipeconomy.cn/dongtai/8621.html>〉.

453) 河南省郑州市中级人民法院(2022)豫01知民初字第947号民事判决.

454) “某化工公司作为侵权人, 无需支出研发成本. 综合考虑上述因素, 某新加坡私人公司主张15%的利润率不存在明显不合理因素, 本院予以支持。”

“피침해 제품을 제조한 해당 화공회사는 연구개발비를 지출할 필요가 없었다. 이러한 제반 요소를 종합적으로 고려할 때, 신설 기업(싱가포르) 측이 주장한 15% 이익률은 현저히 불합리하지 않다, 법원은 이를 인정한다.”

(4) 평가

피고(침해자)의 이익을 근거로 손해배상액을 산정하는 경우, 매출액에서 관련 비용을 공제해서 이익을 산출하기도 하지만, 매출액에서 이익률을 곱하여 이익을 산출하기도 한다. 그 이익률을 구함에 있어서, **피고가 연구개발비를 절약하였으므로, 해당 매출의 이익률은 업계 평균 이익률보다 더 높아야 한다는 주장이 충분히 가능하다.** 대상 판결에서는 연구개발비가 산정에 직접 반영되지는 않았으나, 연구개발비 절약이 이익률에 영향을 미칠 수 있음이 인정되었다.

바. 최고인민법원 멜라민 사건: (2020)最高法知民终1559号, (2022)最高法知民终541号

(특허권 침해 및 영업비밀 침해 관련 병합 사건)⁴⁵⁵⁾

(1) 사건 개요

중국 최대의 멜라민(三聚氰胺, 일명 “蜜胺”) 생산업체인 쓰촨 진샹 세뤄 화공회사(원고)가, 자사 멜라민 생산공정 관련 핵심 특허와 영업비밀을 공동개발자인 피고들이 무단으로 유출·사용하여 생산설비를 구축하고 제품을 판매한 데 대해 손해배상을 청구한 사건이다. 원고는 10여 년간 거액(수억 위안대)을 투입한 끝에 멜라민 생산기술을 개발하였는데, 피고 측은 이를 불법 취득하여 자체 R&D 투자 없이 생산라인을 완성하고 영업이익을 얻었다. 1심 법원(쓰촨성 청두시 중급인민법원)은 영업비밀 침해를 인정하고 피고들에게 총 5,000만 위안 배상을 명했으나,⁴⁵⁶⁾ 원·피고 모두 불복하여 항소했다.

(2) 손해배상 산정 방식

2심 최고인민법원은 원고의 청구를 전부 인용하여, 피고 기업들과 관련자들이 연대하여 총 2.18억 위안(특허권 침해에는 1.2억원 위안, 영업비밀침해에는 9800만 위안)의 경제손해 및 합리적 지출을 배상하고, 침해에 사용된 생산설비의 폐기 및 침해 제품의 판매중지를 명령했다. 이처럼 이례적으로 막대한 배상액(약 2억 위안대)이 인정된 것은, 해당 기술이 갖는 상당한 시장가치와 연구개발비 투자, 그리고 피고들의 악의적 행태(비밀 유출자와 수익자의 공모) 등을 두루 고려한 결과이다.

특허소송 판결의 판결문을 대부분 공개하지 않고, 대상 판결문도 직접 구하지는 못하였다. 그래서 구체적인 손해액 산정의 과정을 알 수가 없다. 다만, 영업비밀 산정과 관련하여, 연구비용은 앞의 사실관계에서 원고의 청구사유에서 막대한 투자비용, 수년간의 연구에 대해서 말하고 있고, 구체적인 침해자 이익 산정에 있어서는 피고 중 하나의 총이익율을 적용한 액수가 2.8억 위안, 동규모 제3자 회사의 총이익율을 적용한 액수가 3.03억 위안, 청구한 9800만 위안보다 액수가 크고 피고들이 이에 대한 반증을 하지 않았다는 등 이유를 들고 있다.

(3) 연구개발비 고려

이 사건의 핵심기술은 원고 회사가 “**막대한 자금을 투자하고 10여 년의 연구개발을 거쳐 얻어낸 성과**”로서 회사가 세계 1위 생산자가 되는 기반이 되었다. 그런데 피고들은 “자체적인 연구개발비의 투입 없이 불법으

455) <<https://ipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-2328.html>>.

456) 四川省成都市中级人民法院(2017)川01民初2948号民事判决.

로 취득한 영업비밀을 사용하여 **낮은 비용으로 시장에 진입**하여 원고의 시장을 잠식했기 때문에, 법원은 이러한 부당한 이득에 제동을 걸 만큼 충분히 높은 배상액을 산정할 필요가 있다고 보았다. 실제 판결문에서도 **“피고는 실질적인 R&D 비용을 들이지 않고 원고의 기술비밀을 활용하여 원고 시장에 큰 충격을 주었다”**는 점을 지적하고, 기술가치와 피고의 고의성을 종합적으로 고려하여 법정 최고 수준의 배상액이 책정되었다.

(4) 평가

대상 판결은 특허권과 영업비밀에 대한 연구개발 투자비용의 간접적 회수가 가능하도록 판결한 사례로 평가된다. 특히 본 판결은 개인 피고(전 임직원)에 대해서도 공동으로 거액 배상을 부담하도록 하여, 향후 R&D 성과를 악용하거나 유출하는 행위에 강력한 경고를 주었다는 점에서 의의가 크다. 대상 판결도 침해자 이익을 산정하면서, 원고가 해당 기술을 개발하기 위해 막대한 연구개발비를 투입한 점을 언급, 고려하였다.

사. 학자의 견해: 중국과학원 인펑린 교수의 주장⁴⁵⁷⁾⁴⁵⁸⁾

인펑린 교수는 중국에서의 특허권 침해에 대한 손해배상액 평균은 10만 위안 이하이며, 특허출원 건당 평균 연구개발비는 44만 1천 위안이라고 설명한 후, 첫째로는 중국 내의 연구개발을 특허보호에만 의존하면 이익을 내지 못하는 구조라는 점을 지적하고, 나아가 이러한 딜레마에 대한 근본적인 해결책은 특허권 침해에 대한 **손해배상액이 연구개발비보다 높아야** 한다고 주장한 후, 마지막으로, **법원이 법정배상방식을 적용함에 있어서 연구개발비를 중요한 참고자료로 활용해야 한다고 촉구**하였다.⁴⁵⁹⁾ 중국은 독특하게, 특허법에서도 법정배상을 허용하는데, 법정배상액을 산정함에 있어서 연구개발비를 고려하는 것은 충분히 가능하며, 나아가 바람직하다고 생각된다. 그러나, 일실이익, 침해자 이익, 실시로 산정에 있어서 연구개발비가 반영되는 것은 여전히 어렵다고 생각된다.

6. 소결

이상에서, 한국, 미국, 일본, 중국 등 국가의 특허권 침해소송에서 비용을 공제하는 장면에서 연구개발비가 공제되는지 여부를 살펴보았다. 앞에서 살핀 바와 같이, 특허권 침해소송에서 일실이익이나 침해자 이익을 산정하면서 관련 비용을 공제하는 장면에서, 연구개발비는 공제되지 않는다. 연구개발비까지 공제하는 것은 결국 ‘순이익’을 산정하는 것인데, 순이익을 적용하는 주요국의 사례는 발견되지 않는다. 연구개발비는 고정투자(fixed investment) 또는 매몰비용(sunk cost)로 간주되어, 개별 침해품 판매에 따른 이익 계산에서는 제외되는 것이 국제적 공통 경향이다.⁴⁶⁰⁾ 다만, 다음의 두 상황에서는 연구개발비가 고려될 수 있다.

457) “知识产权损害赔偿认定难, 怎么解?”, 中央人民政府, 2016.04.25.

〈https://www.gov.cn/xinwen/2016-04/25/content_5067499.htm〉.

458) 중국과학원 대학 법학 및 지식재산권학과와 인펑린(尹峰林) 부교수.

459) “尹峰林认为, 要破解这一困局, 根本之策就是专利侵权赔偿数额要高于专利技术研发成本, 人民法院可以在适用法定赔偿计算方式时将研发成本作为重要参考因素。”

460) Sara Amoroso, The Hidden Costs of R&D Collaboration, European Commission Joint Research Centre, IPTS Working Paper No. 02/2014 (Oct. 21, 2014), <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/system/files/2014->

첫째, 합리적 실시료를 산정하는 장면에서 실시료율을 결정하는 여러 요소 중 하나에 포함될 여지는 있을 것이다. 실시료율을 결정하기 위해 다양한 요소를 검토할 수 있으므로 그 와중에 연구개발비와 고액이었음을 주장하여, 실시료율을 높여야 한다고 주장할 수 있을 것이다. 다만, 그 연구개발비가 실시료율 산정에 직접 적용되는 것은 아니고 재판부가 여러 사정을 종합적으로 고려하는 과정에서 간접적으로 적용될 수 있는 것이다.

둘째, 매출에서 관련 비용을 공제하는 방식이 아니라, 관련 이익률을 곱하는 방식이 적용되는 경우, 그 이익률이 업계의 평균 이익률보다 더 높아야 한다는 주장이 충분히 가능할 것이다. 피고가 연구개발비를 절약하였으므로, 해당 매출의 이익률은 업계 평균 이익률보다 더 높아야 한다는 주장이 충분히 가능하다. 중국 최고인민법원 살충제 사건((2022)最高法知民终2898号)에서는 연구개발비가 침해자 이익의 산정에 직접 반영되지는 않았으나, 연구개발비 절약이 이익률에 영향을 미칠 수 있음이 인정되었다.

결론적으로, 위 두 가지 예외적 장면에서 연구개발비가 간접적으로 적용 또는 고려되는 경우를 제외하고는, 특허권 침해에 대한 손해배상액을 산정하는 장면에서는 연구개발비가 적용, 고려되지 않는다는 것이 살펴본 주요국의 공통된 법리이다.

제4절 영업비밀 사건에서의 연구개발비 반영

1. 한국

제2장에서 살펴본 바와 같이, 국내 법원은 다수의 사건에서 유출된 자료에 투입된 R&D 비용을 곧바로 시장교환가격(시장가치)로 평가하기 어렵다는 이유로, 기술유출로 인한 이익을 R&D 비용이 아닌 ‘액수 미상’의 시장가치로만 파악하고 판결문에 손해액·이득액의 구체적 금액을 명시하지 않는 경향이 있다. 특히 손해의 발생은 인정하되 구체적 액수의 증명이 곤란한 사안으로 보아, 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 종합해 법원의 재량으로 손해액을 정하는 방식이 빈번하다. 이때 피해액 자체가 특정되지 않으면 실질 피해가 크지 않다고 보려는 심증이 형성되는 부작용도 나타난다.

한국 법원의 실무를 보면, 2015~2023년 기간 공개된 사례를 기준으로 손해가 발생했다는 점은 인정되지만 정밀 산출이 곤란하다는 이유로 재량산정에 의존한 판시가 이어졌다. 예컨대 춘천지방법원 원주지원 2015가합5640 판결은, 원고가 주장한 2003~2009년 연구개발비 8억 6천여만 원 전부를 유출 도면 개발비로 단정하기 어렵고(증거 부족), 피고 측 제품의 영업이익 전부를 원고 손해로 보기도 곤란하다는 점을 들어, 손해 발생은 인정하되 구체 액수는 사안의 성질상 입증 곤란한 경우로 보아 종합사정을 참작해 상당하다고 인정되는 금액을 재량으로 정하였다.

아울러 수사 단계에서 피해회사가 제출한 일방 자료에 기초한 감정평가는 신빙성·객관성 한계로 증거능력·증거가치가 낮게 평가되는 일이 적지 않다. 수사기관 역시 밀행성·시간제약 탓에 피의자 측 자료까지 균형 있게 수집·기록화하기 어렵고, 그 결과 법원이 참고할 수 있는 중립적·표준화된 산정 기초 데이터가 부

10/JRC90991.pdf.

족하다는 구조적 문제가 남아 있다.

영업비밀보호법은 손해액 산정의 곤란성을 완화하기 위하여 손해액 추정 제도(제14조의2) 및 징벌적 손해배상 상향(최대 5배) 등의 규정을 도입·강화하였으나, 실무상 침해자의 이익·양도수량·단위이익 등 추정요건에 부합하는 객관적 데이터의 확보 및 제출 역량이 뒷받침되지 않는 한, 해당 규정의 실효성은 제한적일 수밖에 없다. 이러한 한계는 연구개발비를 손해액에 포함시키려는 시도에서도 동일하게 나타난다. 피해기업이 개발비 내역, 연구활동 기록, 간접비 배분 기준, 프로젝트별 원가집계 등 회계적 근거자료를 충분히 입증하지 못하는 현실적 제약과 함께, 법원이 신뢰할 수 있는 평가기준 역시 정립되지 못하고 있다.

더욱이, 침해자가 연구개발을 생략함으로써 절감한 비용·시간을 침해자의 이익으로 볼 수 있는 근거 규정으로서 법 제14조의2를 원용한 판례는 극히 제한적이다. 앞서 언급한 바와 같이 현재로서도 개발비용은 고려한 손해액 산정은 가능하지만 증거가 부족한 경우가 많다. 실제 민사사건에서도 개발비용을 주장하면서 서증으로 주로 연구진에 대한 인건비 지급 내역을 제출하는 경우가 많은데, 해당 연구진이 주장된 기간 동안 해당 영업비밀에만 전념하였는지 등을 증명하지 못하는 경우가 다반사이다. 형사인 경우에도 마찬가지로 모습이 나타나고 있다. 한편, 다만, 영업비밀 침해사건이 아닌 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조 제1호 (가)목 관련 사건에서 대법원은 개발비 자체를 피해자의 손해로 직접 인정하기보다, 부정경쟁행위를 통하여 개발을 생략함으로써 절감된 비용·시간을 침해자의 이익(또는 그 구성요소)으로 보아 손해로 추정한 바 있다.⁴⁶¹⁾

이와 같이, 연구개발비가 영업비밀 침해에 따른 손해액으로 쉽게 인정되지 않는 배경에는 입증상의 문제 외에도 법원의 경험 부족 및 특허와 영업비밀의 속성 차이를 충분히 구별하지 못한 채 개발비를 ‘사전 지출된 비용’으로 간주하여 침해로 인한 ‘발생 손해’와는 성질이 다른 것으로 보는 경향도 일부 작용하고 있는 것으로 추정된다.

이런 여러 가지 이유로 최근 정부는 연구개발비를 손해액 산정의 기본 항목으로 인정하고, 정부 R&D 과제비 정보의 보조적 활용을 가능케 하는 제도 개선 방안을 예고한 바 있으며, 이에 따라 향후 구체적인 운용 방식과 입증 기준의 정립이 중요한 과제로 남아 있다.

2. 미국

가. Epic Systems Corp. v. Tata Consultancy Services (2016) 사건

(1) 사건 개요

원고는 의료정보 소프트웨어 기업인 Epic Systems이었으며, 피고는 Tata Consultancy Services 및 Tata America International(이하 ‘TCS’)이었다. TCS 직원이 Epic의 영업비밀(소스코드, 고객 비교분석자료 등)을 무단으로 다운로드하여 자사 제품에 사용하여 원고의 영업비밀을 침해한 것으로 판단되었다.

461) 부정경쟁행위금지청구등소[부정경쟁방지법 제14조의2 제2항에 의한 손해액 산정] 대법원 2022.4.28. 선고 2021다310873 판결.

(2) 원고 전문가의 증언

Epic측 전문가는 연구개발비 약 \$306 million을 “비교분석자료(comp. analysis)”의 기반으로 제시하였다.

(3) TCS의 부당이득(disgorgement of unjust enrichment)

배심원이 140백만불을 부당이득으로 인정하였고, 하급심은 “비교 분석 스프레드시트”를 통해 TCS가 Epic의 개발 노력과 내부 지식을 무단 활용한 점을 인정하고, **해당 연구개발비기 TCS의 부당이득임**을 인정하였다.

(4) 의의

이 사건은 **미국 영업비밀 소송에서 연구개발비가 부당이득 산정에 반영된 대표적 사례**이다.

나. PPG v. Jiangsu 사건

PPG v. Jiangsu 사건에서 법원은 **절약된 연구개발비에 상응하는 금액을 부당이득(unjust enrichment)으로 인정**하고 손해배상을 명령하였고, 나아가 해당 영업비밀의 사용금지를 명령하였다.⁴⁶²⁾ 피고는 그 두 명령이 이중회복(double recovery)에 해당한다고 주장하였다. 연구개발비에 상응하는 금액을 배상하였으니, 그 영업비밀을 사용할 수 있어야 한다는 주장이다. 그러나, 법원은 손해배상은 과거행위에 대한 것이고, 사용금지는 미래사용에 대한 것이어서 중복적이 아니라고 설명하였다.⁴⁶³⁾ 타당한 설명이라고 생각된다. 손해배상은 과거행위에 대한 것, 침해금지는 미래행위에 대한 것이라는 구분은 매우 중요하다. 그러므로, 선고 전의 기간에 대한 침해금지명령은 이론적으로 가능하지 않은 것이다.⁴⁶⁴⁾⁴⁶⁵⁾ 피고가 해당 영업비밀을 적법하게 구매하는 경우, 통상 원고는 연구개발비 이상의 가격을 요구하게 된다. 그런 견지에서 연구개발비에 상응하는 금액을 배상하게 하면서, 별도로 침해금지를 명령하는 것이 타당할 수 있다고 생각된다.

다. VIA v. ASUS 사건

VIA v. ASUS 사건에서 원고(VIA)가 피고(ASUS)의 영업비밀 침해에 대한 손해배상을 청구하였으며, 원고측 전문가가 피고의 ‘절약된 연구개발비(avoided R&D costs)’를 근거로 손해배상액을 산정한 것에 대하여 피고가 그 산정방법의 부당함에 대해 주장하였으나, 법원은 피고의 그 주장을 받아들이지 않았다.⁴⁶⁶⁾

462) PPG Industries Inc v. Jiangsu Tie Mao Glass Co. Ltd, 47 F.4th 156, 161–63 (3d Cir. 2022).

463) Id. at 164.

464) Canton Steel Roofing Co. v. Kanneberg, 51 Fed. 599, 600 (N.D. Ohio 1892) (“The right to an injunction rests, not on past infringements, but on anticipated and threatened infringements.”).

465) Matthew C. Darch, *The Presumption of Irreparable Harm in Patent Infringement Litigation: A Critique of Robert Bosch LLC v. Pylon Manufacturing Corp.*, 11 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 103, 104 (2013) (“The patent holder files a lawsuit seeking damages for past infringement and an injunction to prevent future infringement.”).

466) VIA Techs., Inc. v. ASUS Computer Int'l, No. 14-CV-03586-BLF, 2017 WL 3051048, at *6 (N.D. Cal. July 19, 2017) (“With respect to Defendants' second challenge, Plaintiffs argue that Ms. Bennis's methodology is reliable because courts have upheld damages models for avoided R&D costs that relied on a plaintiff's records where there is indicia of their reliability. ... The Court finds that neither of the grounds advanced by Defendants warrants exclusion of Ms. Bennis's testimony.”).

라. 기타

(1) 그 외 절약된(avoided, saved) 연구개발비를 피고의 부당이득으로 본 사례로는 *Caudill Seed v. Jarrow Formulas* 판결이 있다.⁴⁶⁷⁾

(2) 학술논문의 평가

이와 관련한 논문에 따르면, 영업비밀 침해 사건에서 피고의 부당이득을 기준으로 손해배상액을 산정함에 있어서, 많은 법원들이 연구개발비 절감비용(avoided costs)을 부당이득으로 포함한다고 설명한다.⁴⁶⁸⁾ 한 법원도 여러 지역에서 법원들이 절약된 연구개발비를 손해배상액으로 산정하였음을 인정하고 있다.⁴⁶⁹⁾ 다만, 미국의 모든 주들이 연구개발비를 부당이득으로 인정하는 것은 아니며, 예를 들어, 뉴욕주는 인정하지 않는다고 한다.⁴⁷⁰⁾

마. 소결

Healthplan v. Dixit 사건에서 원고측은 해당 프로그램을 개발하기 위해 투입된 비용의 상세자료를 제출하였다.⁴⁷¹⁾ 결국, **영업비밀 소송에서의 관건은 원고가 제출하는 연구개발비 자료가 상대방의 탄핵을 극복하고 법원으로부터 인정받을 수 있는지 여부가 될 것이다.** 한 회사의 연구개발비가 여러 프로젝트를 위해 섞여서 지출되는 경우, 해당 영업비밀에 대한 비용을 구별해 내기가 어려울 것이 예상된다. 작은 벤처기업에서 하나의 프로젝트에만 연구개발비가 투입된 경우에는 연구개발비를 증명하기가 용이할 것이다.

미국의 영업비밀 소송에서 원고가 연구개발비를 증거로 제출하였으나, 법원이 그 증거를 채택하지 않은 사례로는 *Epic Systems v. Tata* 판결,⁴⁷²⁾ *Kaplan v. Dalton* 판결,⁴⁷³⁾ *Kaplan v. Dalton* 판결⁴⁷⁴⁾ 등이 예시된다. 미국 영업비밀 소송에서 원고 연구개발비는 그 자체로 자동 채택되지 않으며, (i) 피고가 실제로 얻은

467) *Caudill Seed & Warehouse Co., Inc. v. Jarrow Formulas, Inc.*, 53 F.4th 368, 392 (6th Cir. 2022).

468) David S. Almeling, Walter Bratic, Monte Cooper, Alan Cox & P. Anthony Sammi, *Disputed Issues in Awarding Unjust Enrichment Damages in Trade Secret Cases*, 19 Sedona Conf. J. 667, 687 (2018) (“In many courts, unjust enrichment can also include any ‘avoided costs,’ such as a defendant’s increased savings related to its avoiding development of its own technology.⁶² These savings may reflect research and development (R&D) that the defendant avoided, as well as the shortened time to production that the defendant experienced as a result of misappropriating the trade secret.”).

469) *Healthplan Servs., Inc. v. Dixit*, No. 8:18-CV-2608-SDM-AAS, 2021 WL 4927434, at *5 (M.D. Fla. May 27, 2021), report and recommendation adopted, No. 8:18-CV-2608-SDM-AAS, 2021 WL 4926752 (M.D. Fla. July 22, 2021) (“Several circuits have awarded damages in the form of avoided research and development costs when the defendant gains a head start in the development and competition by using misappropriated trade secrets.”).

470) *Id.* fn. 62 (“Not all courts permit recovery of avoided costs in trade secrets cases. See *E.J. Brooks Co. v. Cambridge Security Seals*, 2018 N.Y. LEXIS 1080 (N.Y. Ct. App. May 3, 2018) ...”).

471) *Healthplan Servs., Inc. v. Dixit*, No. 8:18-CV-2608-SDM-AAS, 2021 WL 4927434, at *6 (M.D. Fla. May 27, 2021), report and recommendation adopted, No. 8:18-CV-2608-SDM-AAS, 2021 WL 4926752 (M.D. Fla. July 22, 2021) (“Dennis Prysner, the Senior Vice President for Healthcare Reform at HealthPlan, submitted an affidavit detailing the work done by HealthPlan to develop the ExchangeLink® system.”).

472) *Epic Sys. Corp. v. Tata Consultancy Servs. Ltd.*, No. 14-cv-748-wmc, 2016 WL 1466579, at *2–5 (W.D. Wis. Apr. 14, 2016).

473) *Order, Kaplan, Inc. v. Dalton Educ., LLC*, No. 19-cv-452-jdp, slip op. at 10–12 (W.D. Wis. Aug. 11, 2020).

474) *E.J. Brooks Co. v. Cambridge Sec. Seals*, 31 N.Y.3d 441, 451–55, 105 N.E.3d 301, 307–09 (2018).

이익과의 인과·대응관계가 입증되거나, (ii) 법률상 허용 범위(예: DTSA의 비중복 부당이익) 안에 들어와야만 사용이 가능하다. 그렇지 않으면 배척·배제된다.⁴⁷⁵⁾

3. 중국 영업비밀 사건에서 연구개발비 고려

가. 중국 영업비밀 소송: 하(郝)모씨 사건⁴⁷⁶⁾

원고 회사의 종업원이었던 하모씨(피고)가 원고회사의 철도차량 제어시스템에 관한 기술문서를 무단 복제 및 게시하였다. 영업비밀 침해가 인정된 후, 법원은 “**손해금액은 해당 기술의 연구개발비 및 이용 수익을 종합하여 산정할 수 있다**”고 설시하였다.⁴⁷⁷⁾ 실제로 원고는 218만 위안의 연구개발비를 손해액으로 제시하여, 해당 비용이 영업비밀 침해로 인한 손해로 직접 인정되었다.

나. 중국 영업비밀 소송: 양이타이(盎亿) 사건⁴⁷⁸⁾⁴⁷⁹⁾

원고 양이타이(盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司)의 지질·미생물 관련 영업비밀을 피고가 침해했음이 인정되었다. 최고인민법원은 “**해당 영업비밀의 개발에 소요된 비용**(감사보고서 등으로 형성된 자료)과 외부에 라이선스하여 얻은 매출 수익은 법원이 손해배상액을 산정하는 데 있어 중요한 근거로 활용될 수 있다”고 설시하였다.⁴⁸⁰⁾ 즉 영업비밀 개발비용(연구개발비)이 객관적·감사된 보고서 형태로 제출되면, 손해배상액 산정 시 중요자료로 활용할 수 있음을 명확히 확인했다.

다. 형사사건에서의 형량기준에 연구개발비 반영

상해시 검찰원 제3분원의 관계자는 영업비밀침해 형사사건에서 형량기준이 되는 중대손실을 인정함에 있어서 **연구비용으로 범죄금액을 인정하는 것이 합리적이라고 제시**하기도 하였다. “타인의 영업비밀이 침해를 통해 외부에 완전히 공개되어 일반 대중이 접근 가능한 상태가 되었으나, 실제 사용 현황이 발견되지 않아 침해자가 경제적 이익을 실현하지 못하였고 권리자에게도 구체적인 이익 손실이 발생하지 않은 경우, 이는 이른바 ‘공개형’ 영업비밀 침해의 전형적 양상으로 평가된다. 이러한 경우에는 영업비밀 자체의 상업적 가치 또는 해당 정보의 개발에 투입된 연구개발비용을 기준으로 범죄로 인한 손해액을 산정하는 것이 보다 합리적이라 할 것이다.”⁴⁸¹⁾

475) Syntel Sterling Best Shores Mauritius Ltd. v. TriZetto Grp., Inc., 68 F.4th 792, 813–15 (2d Cir. 2023).

476) “检察机关知识产权保护典型案例”, 最高人民检察院, 2025.04.23.

〈https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202504/t20250423_693691.shtml〉

477) “根据相关司法解释的规定, 损失数额可以根据该项商业秘密的研究开发成本, 实施该项商业秘密的收益综合确定。结合本案实际情况和相关证据, 将经审计确认的218万余元研发成本费用作为损失数额的认定标准。”

478) “商业秘密侵权案件赔偿数额的认定”, 中国律师网, 2023.10.17.

〈<https://acla.org.cn/info/8eae532f70914943a0ecfc866249e63c?utm=>〉

479) 最高人民法院 (2021)最高法知民终1363号.

480) “法院就参考了类似微生物油气勘探服务项目专项审计报告中的利润率, 最终认可了盎亿泰公司的请求赔偿金额。最后, 在案涉商业秘密侵权被公开的案件中, 开发案涉商业秘密的成本(形成的审计报告)以及对外许可使用销售收入可以作为法院认定赔偿金额的重要依据。”

481) “侵犯商业秘密罪中‘重大损失’之认定”, 中国人民共和国最高人民检察院, 2020.04.09. (“笔者认为, 作为刑事犯罪中

실제로, 최초의 인공지능 분야 영업비밀 침해 사건에서, 담당 검사는 유사 사건의 판례 검색 결과와 대상 사건의 기술비밀 연구정황을 참고하여 합리적인 실시료의 산정 기준을 확정하고, 대상 사건의 2개의 기술정보의 실시료를 약 230만 위안으로 평가하고 범죄금액으로 인정하였다.⁴⁸²⁾

4. 소결 및 시사점

특허권 침해소송에서 손해배상액을 산정하면서 연구개발비를 고려, 반영한 사례는 발견되지 않는다. 심지어, 연구개발비는 공제의 대상도 아니다. 그러나 영업비밀 침해소송에서 손해배상액을 산정하는 장면에서는 다수의 미국 법원 및 중국 법원이 연구개발비를 손해배상액 산정의 근거로 삼는다는 점을 확인하였다.

특허권 침해소송에서는 피고의 불법행위(침해)와 손해와의 인과관계가 인정되어야 그 인정되는 만큼 손해액이 산정된다. 그에 반해, 영업비밀 침해소송에서는 피고의 불법행위(침해)로 인해 원고가 해당 영업비밀을 취득하게 되므로, 그 영업비밀이라는 자산의 가치를 평가하게 되고, 그 와중에 연구개발비가 직접적으로 고려될 수 있는 것이다. 앞서 본 장 제2절 ‘R&D 비용의 정의 및 세부 내용 구분’에서 상술한 바와 같이, 기술의 가치평가에 있어서 (시장접근법, 수익접근법 외에) 비용접근법이 통용되듯이, 연구개발비가 반영될 수 있는 것이다.

한편, 미국과 중국 등의 판례에서는 연구개발(R&D) 투자비용을 손해액의 일부로 인정한 바 있다. 이를 통해 손해액 산정 시 고려해야 할 여러 중요한 요소들을 도출할 수 있다.

손해액 산정에 있어서 R&D 투자 비용 인정 시 고려 사항

- ① 해당 기술 침해 경위 및 현재까지의 정황
- ② 피해기업이 해당 기술을 독자적으로 개발하기 위해 상당 기간에 걸쳐 연구개발과 수정 등을 통한 성과(관련 특허 등록, 신제품인증, 우수기술 보유기업 지정 등)가 이루어지고, 이를 위해 상당한 비용이 소요되었는지 여부
- ③ 침해기업이 해당 기술을 자체 개발할 일정한 전문성을 보유했는지 여부
- ④ 침해기업이 다른 경로로 해당 기술개발 관련 내용을 습득하는 것이 가능한지 여부
- ⑤ 침해기업이 해당 기술을 통해 상당한 정도의 이익을 얻었다고 볼 수 있는지 여부
- ⑥ 침해기업의 불법행위 기간
- ⑦ 피해기업과 침해기업의 관계 또는 그 행위의 비난 가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 비용 산정 가능

侵犯商业秘密罪认定重大损失时，虽然按照专利法的计算方式需要注意一定的排位顺序，但毕竟刑民有分，因此，在刑事案件中，应完善相关规定，明确根据侵犯商业秘密的手段类型，具体案件的证据情况，损失认定的择重处罚等原则进行选择。对“披露型”侵犯商业秘密以商业价值的研发成本认定。对于完全披露他人商业秘密导致公众知悉但未发现使用的情形，既不存在侵权人获利也不存在权利人必然发生的可得利益损失，该方式常用于“披露型”侵犯商业秘密的犯罪模式。此时根据商业秘密的自身价值或者研发费用来认定犯罪数额更为合理。”)

〈https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202004/t20200409_458340.shtml〉

482) “打造法治化营商环境·检察护企在行动|全国首例人工智能领域侵犯商业秘密案背后的检察履职故事”，中华人民共和国最高人民检察院，2024.08.02. (“承办检察官通过参考类案检索情况和本案技术秘密研发情况，确定了计算合理许可使用费的标准，从而认定犯罪金额。经评估，涉案两项技术信息的合理许可使用费共计230余万元。”)。

〈https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/202408/t20240802_662274.shtml〉

중소벤처기업부가 기술탈취에 대한 손해배상액을 산정하면서 연구개발비를 반영하겠다는 점을 발표한 바 있다. 구체적으로 2025년 9월 10일 중소벤처기업부는 관계부처 합동으로 '공정한 시장질서 확립을 위한 중소기업 기술탈취 근절 방안'을 발표하며, 현행 특허법과 상생협력법 등에서 손해배상액이 피해를 충분히 반영하지 못하는 문제를 개선하고자 기술개발에 투입한 비용도 기본 손해로 인정할 수 있도록 손해액 산정기준을 개선하겠다고 밝혔다. 피해기업과 유사한 정부 R&D 과제 연구개발비 정보를 활용하는 방안도 마련하고, 법원이 손해액 산정을 전문기관에 촉탁할 수 있는 법적 근거도 마련한다고 했다. 이와 함께 기술보호 정보 제공 온라인 플랫폼을 통한 데이터 통합 관리도 추진한다고 명시했다. 여기서의 기술탈취는 주로 영업비밀 유출을 말할 것이다. 그렇다면, 기술탈취에 대한 손해배상액을 산정하면서 연구개발비를 적용, 고려하는 것이 (위에서 살펴본 미국, 중국의 사례에 의하면) 충분히 가능하다. 다만, 연구개발비 반영이 이중회복(double recovery)에 해당하는지, 과다한 배상이 되는지에 대한 점검이 필요할 것이다.

제5절 영업비밀 침해소송에서 R&D 비용의 손해액 산정 반영 및 특허 손해 배상 범위 확대를 위한 제도적 방안

1. 영업비밀보호법 개정 방안

가. 영업비밀 침해소송에서 R&D 비용의 손해액 산정 반영 필요성

우리나라에서는 영업비밀 사건에서 연구개발비를 손해액으로 인정한 사례가 거의 없다. 특허권 침해를 비롯한 영업비밀 유출로 인한 손해배상 산정에서도 연구개발비를 비롯한 고정비용은 피해자의 이익 산정에서 공제되지 않는 방향으로 해석되는 경향을 보인다.

반면, 앞서 해외 사례에서 살펴본 바와 같이 특허권 침해소송에서는 손해배상액 산정 시 연구개발비가 고려되거나 공제된 사례가 발견되지 않으나, 영업비밀 침해소송에서는 **미국과 중국의 다수 법원이 연구개발비를 손해배상액 산정의 근거로 인정하고** 있음을 알 수 있다.

특히 미국의 DTSA(Defend Trade Secrets Act)에서는 영업비밀 절취와 관련하여 단체에 대해 500만 달러 또는 절취된 영업비밀의 가액의 3배 중 큰 금액을 벌금으로 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 이때 '절취된 영업비밀의 가액'에는 해당 영업비밀을 재생산하기 위해 소요되는 연구·설계 비용 및 기타 경비 등이 포함된다. '재생산 비용'에 대해서는 앞서 제2장 제5절 및 제3장 제2절에서 상세히 다루고 있다.

Defend Trade Secrets Act – Section 1832(b)

(b) 제(a)항에 기술된 행위를 범한 단체는 5백만 달러 또는 그 단체가 영업비밀의 절취로 인해 피해를 본 영업비밀(trade secret)을 재생산하는 데 드는 연구·설계 비용 및 기타 경비를 포함하여, 그 절취된 영업비밀(trade secret)의 가치의 3배 중 보다 큰 액수 이하의 벌금에 처한다.

또한 미국 양형위원회 양형지침은 합리적인 손실 추정을 위하여 불법적으로 취득·복사·파괴된 재산의 공정시장가치, 영업비밀 개발비용, 손상된 재산의 수리 비용, 피해자 수와 피해액 평균, 주식이나 기업 자산 가치의 감소, 범죄의 범위와 기간 등을 고려하도록 규정하고 있다(U.S. Sentencing Guidelines Manual § 2B1.1).⁴⁸³⁾ 이러한 규정들은 피해액 산정에 있어 보다 구체적이고 실질적인 기준을 제시한다는 점에서 우리 법제에도 시사점을 제공한다.

나. 영업비밀보호법 개정 방안

위의 논의를 토대로 영업비밀보호법에 연구개발비용을 고려할 수 있는 반영 방안은 다음과 같다.

- (1) 피해회사의 개발비용을 범죄 구성요건에 직접 반영하는 것이다. 즉, 단순히 재산상 이득액이라는 추상적 개념 대신, 침해된 영업비밀을 재생산하는 데 소요되는 연구개발비와 기타 제반 비용을 구성요건에 명시하는 방안이다. 이를 통해, 예컨대 침해된 영업비밀의 재생산 비용의 10배가 15억 원 또는 5억 원을 초과하는 경우, 그 생산비용의 2배 이상 10배 이하의 벌금을 부과하는 식으로 제도화할 수 있다.
- (2) 영업비밀보호법 제14조의2 손해액 추정 규정을 개정하여, 침해된 영업비밀을 생산하기 위해 소요되었던 연구개발비와 기타 비용을 침해자의 이익액으로 간주하거나 추정할 수 있도록 근거를 명확히 두는 방법이다.
- (3) 동조 제5항에서 상당한 손해액을 인정함에 있어 연구개발비를 고려할 수 있다는 취지를 명시적으로 추가하는 방안이다. 이를 통해 법원은 피해액 산정 시 개발비용을 직접 참작할 수 있게 된다.
- (4) 대법원 양형위원회의 지식재산·기술침해범죄 양형기준을 개정하여, 양형인자 중 ‘침해자의 경제적 이

483) U.S.S.G. § 2B1.1 — Loss (Application Note 3(C))

The estimate of the loss shall be based on available information, taking into account, as appropriate and practicable under the circumstances, factors such as the following:

- (i) The fair market value of the property unlawfully taken, copied, or destroyed; or, if the fair market value is impracticable to determine or inadequately measures the harm, the cost to the victim of replacing that property.
- (ii) In the case of proprietary information (e.g., trade secrets), the cost of developing that information or the reduction in the value of that information that resulted from the offense.
- (iii) The cost of repairs to damaged property.
- (iv) The approximate number of victims multiplied by the average loss to each victim.

Department of Justice

- (v) The reduction that resulted from the offense in the value of equity securities or other corporate assets.
- (vi) More general factors, such as the scope and duration of the offense and revenues generated by similar operations.

익' 또는 '피해금액'을 판단할 때 개발비용을 직접 고려할 수 있도록 규정하는 것이다. 이는 실무에서 양형의 일관성과 합리성을 제고하는 데 기여할 수 있다.

이러한 개선안은 피해회사의 개발비용을 입법적·제도적으로 반영하게 하며 피해액 산정의 객관성을 높이고, 수사·재판 단계에서의 불필요한 입증 부담을 완화하는 효과를 가져올 수 있다. 동시에 침해행위에 대한 실질적 제재를 강화하여 영업비밀 보호의 실효성을 제고하는 데 중요한 역할을 할 것이다. 다만 4번째 제안안과 관련하여 R&D비용을 침해자의 이익으로 추정하기 위해, 양형인자 중 '침해자의 경제적 이익' 또는 '피해금액' 판단 시 개발비용을 직접 고려하도록 양형기준을 개정하는 것의 실무적 적용 가능성을 살펴볼 필요가 있다.

〈표 41〉 영업비밀 침해행위에 대한 현행 양형기준(2025)

유형	구분	감경	기본	가중
1	국내침해	6월 - 1년6월	10월 - 3년	2년 - 5년
2	국외침해	10월 - 3년	1년6월 - 5년	3년 - 8년

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	· 실제 피해가 경미한 경우 · 범행가담 또는 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우 · 영업비밀이 외부로 유출되지 아니하고 회수된 경우 · 미필적 고의로 범행을 저지른 경우	· 계획적·조직적 범행 · 피해자에 심각한 피해를 초래한 경우 · 국가·사회적으로 파급효과가 큰 영업비밀에 관한 범행
	행위자/ 기타	· 청각 및 언어 장애인 · 심신미약(본인 책임 없음) · 자수, 내부고발 또는 조직적 범행의 전모에 관한 완전하고 자발적인 개시 · 처벌불원 또는 실질적 피해 회복	· 동종 누범 · 비밀유지에 대한 특별한 의무가 있는 자
일반 양형 인자	행위	· 소극 가담 · 영업비밀의 관리를 소홀히 한 경우	· 유출된 영업비밀이 실제로 사용된 경우 · 피해규모가 큰 경우 · 취득·사용한 영업비밀을 누설한 경우 · 범행으로 인한 경제적 이익을 얻은 경우
	행위자/ 기타	· 진지한 반성 · 형사처벌 전력 없음 · 상당한 피해 회복	· 동종 전과(집행 종료 후 10년 미만) · 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)

위 양형기준에서 양형인자 중 행위에서 “피해규모가 큰 경우” 또는 “범행으로 인한 경제적 이익을 얻은 경우” 다음에 “(개발비용을 고려)”를 추가하는 것을 고려해 볼 수 있다. 다만, 피해규모 및 경제적 이익을 산

정함에 있어서 다양한 고려 요소들이 있는데, 그중 개발비용만 별도로 괄호에 넣어야 할 만큼 중요한 요소 인지는 의문이 있을 수 있다. 이 연구가 모델로 삼는 미국의 경우에도 영향기준에 직접 기재되어 있지 않고, 별도의 해당 조문에 대한 주석서에서 설명을 하고 있다. 따라서 위와 같은 기준을 삽입한다고 해도 이를 양형기준표에 직접 넣는 것보다는 부록 내지 별책 등의 형태로 영업비밀 손해액 및 상대방의 경제적 이익을 산정하는 방식을 상세히 설명하면서 개발비용을 강조하는 형태의 모습으로 작성하는 것이 실무적으로 적절해 보인다.

2. 세법상 R&D 세액공제 증빙의 활용방안

가. 조세특례제한법상 연구개발비 세액공제 제도

(1) 서설

우리나라는 기업의 연구·인력개발을 촉진하여 기술을 축적하고 우수한 인력 확보를 용이하게 함으로써 기업의 대외경쟁력을 향상시키고 성장잠재력을 확충하기 위해 조세지원제도를 갖추고 있다. 해당 제도는 내국법인이 지출한 ‘신성장·원천기술 연구개발비’와 ‘국가전략기술 연구개발비’, ‘일반연구·인력개발비’에 대한 세액공제 제도로 기업이 연구개발 및 인력개발을 위한 비용 중 대통령령으로 정하는 비용을 해당 과세연도의 법인세 또는 소득세(사업소득에 대한 소득세만 해당)에서 공제하여 주는 제도(조세특례제한법 제10조제1항)이다.

이는 국가의 발전과 미래성장을 위하여 국가가 세금의 징수를 일부 포기하는 제도이므로 제도의 적용과 대상에 대하여 매우 엄격한 검토 절차를 제도화한 것이다. 따라서 그 제도의 도입 목적과 취지는 다를지라도 국가가 엄격하게 검증하는 연구개발비 세액공제 제도상의 검토된 연구개발비용을 영업비밀 유출 범죄의 손해배상액 산정과정에서 요구되는 기업의 적정 연구개발비로 활용 가능성을 긍정적으로 검토할 필요성이 있다.

우리나라 「조세특례제한법」(이하, ‘조특법’이라 한다.)에서는 기업이 연구개발비 세액공제를 신청할 때 연구개발계획서, 연구개발보고서, 연구노트 등을 반드시 작성·보관하도록 규정하고 있다. 이러한 세제용 증빙자료는 기술개발 과정과 투자 규모를 객관적으로 기록하기 때문에, 지식재산 침해 시 손해배상 입증자료로도 활용할 수 있을 것이다. 예컨대, 미국 연방법원은 영업비밀 침해 시 침해행위를 금지하고 피고에게 전보배상 및 징벌적 손해배상을 명할 수 있는데, 기업이 체계적인 연구노트와 보고서를 갖추어 두면 법정에서 R&D 투자액과 개발 과정을 입증하여 손해 규모 산정에 도움이 된다.⁴⁸⁴⁾ 따라서 정부는 조특법상 기업이 연구개발비 세액공제를 받을 때 연구개발계획서, 보고서, 연구노트 등 관련 R&D 비용 관련 증빙서류의 작성·보관을 의무로 규정하고 있다는 점을 활용하여 영업비밀·특허 침해 손해배상 산정에도 적극 활용할 필요가 있다.

(2) 영업비밀 연구개발비의 증명자료로서 활용 가능성

조특법 제10조 이하 규정은 기업이 자체 연구개발에 소요된 비용에 대해 세액공제를 받도록 하고 있다. 세액공제율은 기업 규모와 과세연도에 따라 차등 적용되며, 이를 위해 기업은 연구 및 인력개발비 발생현황

484) 예를 들어, PPG v. Jiangsu Tie Mao (3d Cir. 2022) 사건에서 항소법원은 수십 년간 축적된 연구개발비 기록을 근거로 한 부당이득(회피비용) 산정을 승인하여 2,641만 달러 손해배상 판결을 유지하였다.

을 연구개발비 명세서(별지 제3호서식 등)에 작성하여 신고해야 한다. 2019년 개정된 조특법 시행령에 따라, R&D 세액공제 신청 기업은 ① 연구개발계획서, ② 연구개발보고서, ③ 연구노트 등 증빙서류를 작성·보관할 의무가 생겼다. 이들 서류에는 연구과제 명칭, 수행 내용, 투입 인원·기간, 개발 성과 등이 상세히 기록되어야 하며, 조세당국은 과세표준 신고 시 이를 요구할 수 있다. 또한 작성된 증빙자료는 해당 과세연도 종료 후 5년간 보관해야 하며, 세무조사나 소송 시 필수적인 증거로 활용된다. 예를 들어 국세청 안내자료에는 연구계획서 등 서식을 포함한 여러 사전심사용 서식이 제공되고 있으며, 기업은 이를 기반으로 회계장부와 대조하여 꼼꼼히 기록을 남겨야 한다.

이러한 문서는 연구기간, 비용·인력 투입 내역, 실험결과 등을 상세히 담고 있으므로, 분쟁 시 실제 연구개발 투자액을 입증하고 기술의 독창성을 뒷받침하는 증거로 활용할 수 있다. 예를 들어, 미국에서는 제3순회 항소법원이 영업비밀침해 사건에서 원고의 R&D 비용을 피고의 부당이득 산정의 기준으로 인정했다. PPG vs. TMG사(China-based manufacturer)의 Opticor™ 영업비밀 침해 사건에 대한 판결에서 법원은 “개발단계에서 소요된 비용을 피고가 절감한 비용의 대리치(代理値)로 삼을 수 있다.”라고 판시했다.

이처럼 R&D 관련 지출 자료는 (1) 원고의 손실(기회비용) 증명 및 (2) 피고의 절감 이득(불법이득) 측정에 모두 기여한다. 국내에서도 법원이 손해배상액 산정에 필요한 자료 제출을 명령할 수 있음을 고려할 때, 기업은 세액공제용 기록을 체계적으로 관리하여 분쟁 시 충분한 증거로 제시할 준비가 필요하다.

특히, 조특법에 따른 세액공제 목적의 R&D 회계기록은 일정 수준 이상의 객관성과 신뢰성을 갖추고 있으며, 이를 통해 침해 사건의 손해액 산정에 활용할 수 있는 충분한 법적 기반이 마련될 수 있다.

나. 연구개발비용을 손해액으로 인정받기 위한 기업의 회계자료 준비

(1) 회계적 준비 사항

기업은 일상적인 회계 업무를 통해 R&D 비용을 관리·기록해야 한다. 회계기준에 따르면 연구단계 지출은 일반적으로 비용으로 처리되고, 개발단계 지출 중에 ‘무형자산’ 인식요건(미래 경제적 효익 창출 가능성 등)을 충족하면 개발비(무형자산)로, 그렇지 않으면 경상개발비(판매비와 관리비)로 회계처리한다. 실제 회계처리 예시로, 특정 개발 건의 연구재료비가 자산인식 요건을 만족하지 못하면 ‘경상연구개발비’ 계정으로 비용 처리하며, 인식요건을 충족하면 ‘개발비’(무형자산) 계정으로 자본화한다. 기업은 분개가 끝난 후 R&D 관련 계정(예: 연구비, 경상개발비, 개발비 등)과 결산서·손익계산서상 비용내역을 토대로 연구개발비명세서를 작성하여 세무 신고한다. 예를 들어, 국세청에서는 ‘연구개발비 명세서’ 서식 등을 제공하여 기업의 신고편의를 돕고 있다. 기업은 회계시스템에 R&D 예산과 지출을 코딩하여 자료를 별도로 관리하고, 연구개발계획서·보고서 등과 회계장부를 연계해 두면 증빙 신뢰성을 높일 수 있다. 영업비밀 침해 사건에서 R&D 투자비용을 손해액에 포함시키기 위해서는 다음과 같은 항목들을 회계적으로 명확히 정리·관리해야 한다.

(가) 연구개발비 분류 및 세부내역 기록

- 직접비: 연구원 인건비, 재료비, 외주 용역비, 감가상각비 등

• 간접비: 공통 관리비, 공용 설비비, 기타 배분되는 간접비용

※ 직접비/간접비는 연구과제별로 귀속 가능해야 하며, K-GAAP(일반기업회계기준) 또는 K-IFRS(한국채택국제회계기준)⁴⁸⁵⁾ 상에서 개별 프로젝트 단위의 원가 집계체계를 갖추는 것이 필요함

(나) 프로젝트 단위 R&D 비용 회계 추적 시스템 구축

ERP 등 회계시스템을 통해 연구개발비를 프로젝트별, 기간별, 항목별로 분류하고, 영업비밀 분쟁 발생 시 관련 프로젝트를 특정하여 총 투자비용을 산정할 수 있도록 해야 한다.

(다) 연구노트, 실험일지 등 비회계적 자료의 회계정보 연계

회계 장부상의 비용 외에도 연구노트, 기술회의록, 내부보고서 등 비용 집행의 실체를 입증할 수 있는 문서를 보완적으로 준비한다.

(라) 무형자산 처리 여부와 관련된 정책 정비

무형자산 인식 기준(K-IFRS 제38호) 하에서, 연구단계와 개발단계를 구분하고, 개발단계의 비용 중 자산화 요건을 충족하는 경우 자산으로 계상한다. 이때 비용처리된 R&D 투자도 손해액 산정의 대상이 되므로, 자산처리 여부와 관계없이 전체 R&D 투자 내역을 기록·보관해야 한다.

다. 특허 손해액 입증을 위해 준비해야 할 회계정보

특허침해 손해액은 일반적으로 침해 전후의 매출, 이익, 실시료, 기회손실 등을 중심으로 산정된다. 이에 따라 기업이 평소 준비해야 할 회계자료는 다음과 같다.

〈표 42〉 손해액 입증 관련 회계정보

구분	항목	설명
수익/비용 정보	침해 전·후 제품 매출, 단위당 이익	침해 전후 동일 제품 또는 유사 기술 제품군의 수익성 분석
	고정비/변동비 ⁴⁸⁶⁾ 구조 분석	공헌이익(기여이익) 방식 손해액 산정에 필요
기술 활용 정보	특허 기술 도입 전후 제품 원가/이익 비교	특허가 실제로 어떤 경제적 가치를 제공하는지 입증
기술 기여도	특허가 제품 내 차지하는 비중	제품 매출 중 특허 기술의 기여도 산정 기준, 내부 평가 자료 또는 외부 전문가 감정 가능
시장점유율/수요변화	침해 여부와 관련된 시장 지표	침해로 인해 고객 이탈, 점유율 변화 등을 수치화 가능해야 함

485) K-GAAP는 일반기업회계기준(Korean Generally Accepted Accounting Principles)으로 국내 기업, 특히 K-IFRS 적용 대상이 아닌 중소기업이나 비상장 기업 등이 재무제표를 작성할 때 따라야 하는 회계기준이다. K-GAAP는 비교적 상세하고 구체적인 규정을 제공하며, K-IFRS는 원칙 중심의 접근 방식을 취하여 기업의 자율성을 높이고 있다.

라. 특허침해 손해액 산정 기준화 가능성

향후 기업 회계정보를 특허침해 손해액 산정기준에 포함시키기 위해서는 아래와 같은 정보 항목화 및 기준화 작업이 가능할 것으로 판단된다.

(1) 제품 단위 원가 및 수익 자료의 구조화

ERP 시스템을 통해 제품별로 매출, 변동비, 고정비, 이익률을 정기적으로 산출한다.

(2) 특허 기술 적용 전후 경제적 가치 변화 추적

기술 도입 전후 생산성 향상, 원가절감 효과 등의 수치 기록을 추적한다.

관련 자료는 기술가치평가 보고서, 기술이전 계약서와 연계 가능하다.

(3) 특허 기여도 모델 마련

한 제품에 복수의 특허가 적용된 경우, 기술의 상대적 기여율 평가 기준이 필요하다.

이 경우 내부 기술 평가시스템을 두거나, 제3자 감정기관을 활용할 수 있다.

마. 세법적 관점에서 활용할 수 있는 제도

(1) 세액공제를 위한 R&D 비용에 대한 정리와 활용 가능

(가) 회계처리 현황

기업은 조세특례제한법(제10조, 제10조의2 등)에 따라 R&D 비용의 일정 비율을 세액공제로 환급받기 위해 연구개발비를 별도 관리하고 있어야 한다. 이에 따라 세무회계 시스템에 연구개발과제별 인건비, 재료비, 외주비, 감가상각비 등 직접비 항목을 분리하여 계상한다.

(나) 법적 근거

- 조세특례제한법 제10조 : 내국인이 수행하는 연구개발비에 대해 세액공제 허용
- 동법 시행령 제1조의2: 연구개발의 정의와 세액공제 제외 항목 규정
- 일반기업회계기준 제17장 및 K-IFRS 제38호: R&D 비용의 자산계상 또는 비용처리 기준 제공

(다) 영업비밀 침해 손해액 산정에의 활용 가능성

조세특례제한법상 세액공제를 위한 R&D 회계자료는 소송상 손해액 입증자료로 활용이 가능하다. 그 이유로서 연구개발비의 구체성, 신뢰성, 제3자 검증 가능성 확보 등을 들 수 있다. 과제단위로 명확하게 분류된 인건비·재료비는 손해액 산정의 기초자료로 바로 전환이 가능하다. 국세청 사전심사 자료, 연구노트 등은 개

486) 고정비는 건물 임차료, 인건비처럼 매출이 발생하지 않더라도 고정적으로 발생하는 비용이며, 변동비는 판매수수료, 포장비처럼 판매량에 따라 증가하거나 감소하는 비용을 말한다.

발 착수·종료 시점, 개발 난이도, 기술 핵심성 등을 증명하는 기술성 자료로도 활용할 수 있을 것이다.

(2) 세액공제 입증자료의 성격

(가) 작성 주체의 신뢰성

연구개발자료는 공제 신청을 위해 세법상 형식적·실질적 요건을 충족해야 하므로, 일반적인 회계자료나 주장보다 객관성과 사전성이 높다. 작성 주체가 기업 내부의 공식 문서로 보관·보고한 것임을 감안할 때 자체 신빙성을 인정받을 수 있다.

(나) 내용의 실질성

연구개발계획서 및 보고서에는 개발의 목적, 방법, 개발진 투입시간, 사용된 기술 정보, 성과물 등이 상세히 기술되어 있어야 한다. 연구노트는 기술개발의 진척도, 노하우, 내부 아이디어 발전과정 등을 구체적으로 증명할 수 있다.

(다) 연구개발비와 손해배상 산정의 연결성

손해액은 일반적으로 침해로 인해 입은 재산적 손해로 산정되며, 침해 대상 무형자산의 개발비용, 회피된 개발비, 또는 사용으로 인한 이익 등을 기준으로 할 수 있다. 따라서 연구개발에 소요된 비용 자료는 손해액의 하한선으로 추정 가능하며, 특히 ‘회피된 개발비(avoided costs)’ 또는 ‘투입 비용에 기반한 이익 추정’ 모델에 매우 유효한 자료로 활용할 수 있다.

바. 영업비밀 및 특허침해에 따른 손해배상 기준 마련과 기업의 대응 전략

정부의 영업비밀 및 특허 침해에 따른 손해배상기준을 수립하기 위해서는 결국 정확하고 객관적으로 입증 가능한 회계/세무 자료로부터 출발하는 것이 필요하다. 그리고 이는 기업들의 영업비밀 및 특허 침해에 대한 손해배상 소송을 위한 방향성과 일치해야 할 것이다.

첫째, 연구개발 기록의 완전성 확보가 필수적이다. 연구개발계획서·보고서·연구노트에는 프로젝트 개요, 개발 목표, 수행 결과를 상세히 기록해야 하며, 회계 전표나 지출 명세와 일치시켜야 한다. 연구비 명세서를 별도로 작성하여 개발별·항목별 비용을 투명하게 정리하면 손해배상 시 비용 근거로 활용 가능하다. 한국법원은 “영업비밀 보유자의 이익 침해로 인한 손해”를 증명할 자료를 주문할 수 있다”는 점을 고려하면, 평소 관련 자료의 생산·보관이 중요하다.

둘째, 기술별 증빙 체계화가 필요하다. 예를 들어 ‘소프트웨어 기술’은 소스코드 저장소·버전관리 로그·기술 문서, ‘제조기술’은 설계도면·시제품 샘플·성능시험 결과, ‘공정기술’은 공정도·시험데이터·표준작업절차서 등을 문서화해야 한다. 이를 통해 기술의 독창성과 개발 경위, 유지 비용 등을 입증할 수 있다.

셋째, 세무·회계·법무의 협업 체계화가 중요하다. 세액공제용 증빙은 K-IFRS 기준의 연구개발비 처리와도 연관되므로, 회계담당자는 법적 요구사항(예: 연구노트 보관)과 회계처리 기준을 모두 준수해야 한다. 아울러

리, 법무 담당자는 특허·영업비밀 침해에 대비해 IP 전략과 R&D 기록 보안을 병행 구축해야 한다.

미국 PPG 사례처럼 개발비용 자체를 손해배상액으로 환산할 가능성도 대비해야 하므로, 개발비용 축소 전략보다는 오히려 정당한 비용 산정 근거를 미리 갖춰두는 것이 유리하다.

끝으로, 해외 판례에서 보듯, 피해 기업이 전문가의 손해액 분석이나 경쟁사 내부자료 등을 법원에 제출하여 손해를 입증한 사례는 시사하는 바가 크다. 우리나라는 미국과 같은 광범위한 증거개시제도(discovery)가 아직 도입되지 않았기 때문에, 기업 스스로 기술·재무·시장 관련 자료를 체계적으로 축적·관리하는 노력이 소송의 성패를 좌우할 수 있다. 이에 따라 기술 보호 및 문서관리 수칙을 강화하는 한편, 분쟁 발생 이전 단계에서 국세청의 심사제도 등을 활용한 자료수집 심의나 내부감사를 통해 증빙의 불완전성을 사전에 점검하는 전략도 유효한 대응 방안이 될 수 있다.

사. 증빙자료의 종류 및 실무적 작성 권고

일반기업이 연구개발 및 인력개발비를 공제받기 위해 준비해야 할 주요 증빙자료는 다음과 같다.

- 연구개발계획서·보고서: 과제별로 개발 목표·방법·투입인력과 기간·예상 성과 등을 구체적으로 기재한다. 계획서는 연구 착수 전 작성하고, 보고서는 연구 완료 후 실적과 결과를 담는다.
- 연구노트: 연구진행상의 아이디어·실험 계획·결과 등을 연대기적으로 기록한다. 작성자와 일자를 명시하고, 사용기술·실험장비·재료, 실패 원인 등을 상세히 적어야 하며, 서명·승인 절차를 통해 무결성을 확보한다.
- 인력개발계획서·보고서: 인력개발비의 경우에도 연구개발계획서와 유사한 형식으로 작성하는 것이 좋다. 예를 들어 직원 교육·훈련의 목표, 내용, 투입시간과 인원, 성과 등을 계획서나 보고서로 기록하여 보관하면, 세액공제와 침해 대응 양면에서 활용할 수 있다.
- 인건비 및 경비 증빙: 급여대장, 출장비·교육비 등 경비 집행내역서, 재료비 영수증, 외주계약서 등 금전 지출을 증명하는 서류를 준비한다. 연구과제별 인건비·재료비 명세를 과제보고서와 연계하여 정리하면 회피개발비 산정 시 유용하다.
- 인력 현황자료: 연구원 등록현황, 업무분장표 등으로 R&D 전담인력과 역할을 증명한다. 특히 연구전담 부서가 인정된 경우 인력 개발비에 산입된 인원을 명확히 관리해야 한다.
- 내부보고서·회의록: 개발 진척사항 보고서나 기술회의 회의록 등 사내 내부자료를 증빙으로 활용할 수 있다. 이러한 문서는 연구개발 활동의 구체적 상황을 보여주어, 연구노트와 함께 기술개발 사실을 뒷받침한다.

기업은 위의 자료들은 모두 사전 준비하여 정리·관리해야 한다. 국세청의 연구·인력개발비 세액공제 사전 심사제도를 활용하면, 제출서류가 완비된 상태에서 절차를 진행할 수 있으므로, 가급적 사전심사를 받는 것도 권장된다.

아. 증빙자료의 법적 효력 및 역할

연구·인력개발비 관련 증빙서류는 법적 증거로서의 가치가 크다. 연구노트는 발명의 기초자료이자 진정한 발

명자 결정, 선사용권 입증, 영업비밀 보호수단 등으로 활용될 수 있다. 실제로 연구노트의 기록은 특허침해 심판·소송 과정에서 중요한 증거로 인정된다. 예컨대, 연구노트가 특정 기술의 개발 시점과 내용을 입증하면, 무단 사용된 특허·노하우의 권리자 및 개발 기여도를 밝히는 근거가 된다. 특히 전자연구노트는 타임스탬프·전자서명 등을 활용해 무결성을 확보하면 증거력이 강화된다. 즉 연구개발 관련 문서는 세무 감사용을 넘어 향후 영업비밀 침해나 특허 분쟁 시 피침해기업의 개발 노력과 기술 우선성을 입증하는 핵심 자료가 될 수 있다.

자. 손해액 산정에서의 활용 방안

무형자산(특허·영업비밀) 침해 손해배상 청구 시, 위 증빙자료는 손해액 산정의 기초자료로 유용하게 활용된다. 특허법 제128조 등은 권리자의 실손해를 보전하기 위해 잃어버린 이익, 침해자의 이익, 합리적 실시료 등 다양한 손해산정 방법을 규정한다. 예를 들어 침해자가 판매한 물건 수량과 권리자의 단위이익을 곱해 계산하는 잃어버린 이익 방식, 침해자가 얻은 순이익을 권리자의 손해로 보는 침해자의 이익 방식 등이 있다. 또한 피해자와 침해자 간 공동기여가 있는 경우, 개발비 비중 등으로 기여도를 산정해 피해액을 조정할 수도 있다. 이때 연구개발비용 자료는 손해액의 하한선이나 산정 근거로 활용할 수 있다. R&D에 투입된 인건비·재료비 등은 권리자가 침해로부터 입은 손해로 볼 수 있으며, 특히 침해자가 자체 개발을 회피한 회피된 개발비(avoided costs) 방식의 손해 추정에 유효하다. 대법원도 소프트웨어 개발비를 손해로 산정할 때는 실제 투입된 인력과 시간을 고려해야 한다고 판시했다.⁴⁸⁷⁾ 즉, 증빙된 연구개발비용은 최소 손해액으로 인정될 수 있으며, 이를 바탕으로 통상 이익률(공헌이익률) 등을 적용하여 추가 손실을 계산할 수 있다. 이밖에 연구성과를 활용한 예상 매출(이익을 추정) 방식 등에서도 과거 연구노력과 투자 데이터를 기초로 산정 근거를 마련할 수 있다.

차. 내부 대응 전략 및 권고사항

이상에서 살펴본 바와 같이, 기업이 세액공제를 위해 작성·보관한 R&D·인력개발 자료는 기술분쟁 대비의 핵심 자산이 된다. 따라서 기업 내부적으로는 세무·법무 협업 체계를 구축하여 R&D 관리와 IP 관리가 연계되도록 해야 한다. 구체적으로는 연구개발계획서·노트 작성 시 특허출원 일정, 기술이전 계획 등을 병기하고, 연구비 지출내역을 투명하게 관리하여 손해배상 소송 시 공격적·수비적 근거자료로 활용할 수 있도록 준비한다. 또한, 연구노트 등 주요 증빙자료는 기밀정보 보호대책 하에 체계적으로 보관하되, 분쟁 발생 시 증명력을 강화하기 위해 필요한 경우 공증이나 인증수단을 활용하는 방안도 검토할 수 있다. 나아가 필요시 세액공제 사전심사제도를 통해 자료체계를 점검받고, 과세와 기술보호 양측 요구를 충족하는 R&D 데이터베이스를 마련해 두는 것이 바람직하다. 결론적으로, 조특법에 따라 이미 준비된 연구·인력개발비 관련 증빙자료는 특허·영업비밀 침해 소송에서 침해 입증과 손해액 산정에 있어 유용한 증거가 된다. 기업은 세무 절세 차원을 넘어, 이러한 자료를 전략적으로 활용하여 기술분쟁에 대응하는 체계를 갖춰야 한다. 연구개발 투자 기록을 IP 전략과 통합관리함으로써 손해배상청구에 대한 방어력과 대응력을 높일 수 있다.

487) 대법원 2011.10.13. 선고 2011다 35395 판결.

하. (제안) 영업비밀 관련 연구개발비 관리 가이드라인 제정 및 보급

연구개발 세액공제를 위해 작성·보관된 연구개발계획서, 보고서, 연구노트 및 회계자료 일체는 그 자체로 지식재산 침해 소송에서 손해액 산정의 기초자료로 활용될 수 있다. 법원도 조세자료에 관하여 상당히 신빙성 있는 자료로 취급하고 있고, 특히 엄격하게 심사하고, 부정신고 등에 대한 형사처벌 등의 제재가 있는 경우 더욱 그러하다. 따라서 한국지식재산보호원의 손해산정 기준에 비추어 보더라도, 이들 자료는 회피된 연구개발비용, 합리적 로열티 산정, 기술 기여율 평가 등 다양한 손해산정 방식과 정합성을 갖추고 있다.

특히, 세법상 입증책임을 충족하기 위해 정형화되고 객관적 기준으로 작성된 자료이므로, 형사소송에서의 입증력 및 법적 신뢰성이 일반 내부자료보다 높게 인정될 수 있다. **국세청의 사전심사 가이드라인**에 따라 작성된 연구개발 세액공제를 위해 작성된 자료는 형식요건과 실질요건을 충족한 체계적인 증빙이라는 점에서 형사소송에서 손해액 산정의 객관적·신뢰성 있는 근거자료로 평가받고, 기업이 더욱 정교하고 설득력 있는 손해 주장을 가능하게 한다.

또한 국세청의 세부 심사 항목—예컨대 연구전담 조직 여부, 인건비 및 직접비의 적격성 검증 등—은 **기술 침해 관련 소송**에서 유용한 증거로 전환될 수 있다. 이는 곧 세법상 요건을 충족하는 과정에서 생성된 자료가, 영업비밀 침해나 특허권 침해 소송에 있어 효과적인 방어 및 공격의 기반 자료로 활용될 수 있음을 시사한다.

이러한 점에서, 연구개발비에 대한 세무 관리와 지식재산 보호 전략을 통합적으로 고려할 수 있는 「**영업비밀 관련 연구개발비 관리 가이드라인**」의 제정 및 보급을 검토할 필요가 있다. 해당 가이드라인은 다음과 같은 목표를 지닐 수 있다.

- 연구개발 세액공제 자료의 법적 활용도를 극대화
- 기술 탈취 및 영업비밀 분쟁 발생 시 신속한 대응을 위한 증거 인프라 사전 확보
- 기업의 무형자산 보호 및 손해배상 청구의 실효성 제고
- 세무와 법무, 기술 부문의 협업 기반 구축

따라서 정부와 유관 기관은 기업의 연구개발자료가 단순 세무 목적을 넘어 무형자산 보호의 핵심 증거 인프라로 기능할 수 있도록, 실무 중심의 가이드라인을 마련하고 기업 대상 교육 및 컨설팅을 강화해 나가야 할 것이다.

세액공제를 목적으로 하는 회계·세무 자료와 영업비밀 침해 사건에서 손해배상 산정을 위한 자료는 그 목적에서 차이가 존재한다. 그러나 양자의 목적이 다르다고 하여 전혀 활용될 수 없는 것은 아니다. 기업의 공정한 회계처리와 적법한 세금 납부를 위해 작성되는 회계자료와, 영업비밀 침해로 인한 손해를 객관적으로 수치화하여 합리적으로 산정하기 위한 자료는 모두 기업의 경제적 손실을 객관적으로 드러내고, 최대한 공정한 계산 결과를 도출한다는 점에서 공통점을 가진다. 따라서 영업비밀 침해 사건에서 손해배상을 산정하는 유일한 방법은 아닐지라도, 기업이 기업회계기준에 따라 재무제표에 이미 반영하고 외부감사를 통해 적정성을 인정받았으며, 국세청의 사전심사를 거친 재무자료를 활용하는 것은 충분히 고려할 수 있는 방안이다.

특히 연구·인력개발비 세액공제 제도는 단순히 세제 혜택을 위한 수단이 아니라, 연구개발 활동의 적격성과 비용의 적정성을 법률적 기준에 따라 엄격하게 검토받는 절차를 포함하고 있다. 국세청이 발간한 2024년 연구·인력개발비 세액공제 사전심사 가이드라인을 보면, 제2장에서 연구개발 활동이 실질적인 연구개발에 해당하는지 여부를 관련 법률을 근거로 세밀히 검토하고 있으며, 제3장에서는 연구개발비의 비용 적정성을 면밀히 판단한다. 따라서 이 제도는 세제 혜택을 받기 위한 절차에 그치지 않고, 이미 마련된 엄격한 검증 절차를 영업비밀 침해 손해액 산정 과정에서 보조적이고 객관적인 기준으로 활용할 수 있음을 보여준다. 다시 말해, 연구·인력개발비 세액공제 사전심사를 통해 적절하다고 인정된 금액은 최소한의 객관적 청구금액으로 손해배상 청구에 활용될 수 있다.

다만, 영업비밀 침해 사건에서 손해액 산정의 합리성을 높이기 위하여 새로운 회계자료의 표준화나 계정 과목 신설 등을 추진하는 것은 현실적으로 쉽지 않다. 회계기준의 변경은 기획재정부, 금융감독원, 국세청 등 여러 정부기관의 논의와 합의를 필요로 하며, 상당한 시간이 소요될 수 있기 때문이다. 따라서 단기간 내 실효성을 확보하기 위해서는 기존의 회계·세무 정보를 최대한 활용하고, 이를 영업비밀 침해 손해액 산정과 연계할 수 있는 구조를 마련하는 것이 바람직하다. 이 점에서 연구·인력개발비 세액공제 사전심사 제도를 손해배상 청구 과정과 연결하는 방안은 매우 유의미하다. 기업은 이미 존재하는 제도를 통해 조세 혜택을 누리는 동시에, 영업비밀 침해에 대비하여 객관적이고 검증된 수치를 사전에 확보할 수 있기 때문이다.

결국 세액공제 목적 자료와 손해배상 산정 목적 자료는 목적상 차이가 있음에도 불구하고, 기업의 손실을 객관화한다는 점에서 그 활용 가능성을 공유한다. 그리고 연구개발비 관련 자료의 축적과 관리체계는 분쟁 발생 시점에 임시적으로 마련될 수 있는 것이 아니라, 평시의 체계적 기록과 검증을 통해 사전에 확보되어야 한다. 이는 영업비밀 관련 손해액 산정의 신뢰성과 객관성을 담보하기 위한 필수적 기반이다. 따라서 연구·인력개발비 세액공제 사전심사 제도를 손해배상 산정에 참고할 수 있도록 가이드라인에 반영하는 것이 필요하며, 이는 영업비밀 침해 사건에서 손해액 산정의 객관성과 합리성을 제고하는 실질적인 대안이 될 것이다.

3. 특허법 등에서의 손해배상 법리의 추가 개선 방안

가. 증거개시제도 도입

우리나라 현행 법체계 내에서는 당사자가 증거를 효과적으로 수집할 수 있는 법적 수단이 부족하여 실제적 진실의 발견이 어렵다. 우리나라 민사소송에서는 변론주의 원칙에 의해 당사자가 자신의 주장을 입증할 책임을 지게 된다. 따라서, 당사자가 직접 증거를 수집·제출해야 하고, 법원도 원칙적으로 제출된 자료를 기초로 판결을 내리며, 증거가 부족할 경우 입증책임이 있는 쪽이 패소하게 되는 구조이다. 이때, 입증책임이 없는 당사자는 적극적으로 증거를 제출할 필요가 없는 구조적 한계가 있다. 민사소송법(제344조)에서 규정하고 있는 ‘문서제출명령 제도’에 기초하여 당사자 또는 제3자가 가진 문서를 법원 명령에 따라 제출하게 하는 절차가 있기는 하지만, 불이행 시 제재가 약해 실효성이 떨어진다는 평가⁴⁸⁸⁾를 받는다. 특히 대기업과 중소

488) 김형두, “새로운 법조양성체제 하에서 미국식 디스커버리의 도입 방안”, 『법학평론』 제9권, 서울대학교 법학평론

기업 간 정보력의 격차는 상대방에 대한 증거를 취득하기 어려운 ‘증거의 구조적 편재’ 및 ‘정보의 불균형’ 현상이 발생하여 결국 구조적인 불공정을 야기한다.

현행 ‘문서제출명령 제도’에 비교하여 미국 Discovery 제도는 본격적인 변론의 진행 전에 당사자 또는 당사자가 될 자가 소송에 관계되는 정보를 획득하고 보존하기 위하여 원칙적으로 법원의 관여 없이 당사자 주도로 서로 정보와 문서를 교환하는 절차이다. 이 제도는 영미법계 국가에서 유래한 것으로, 소송 당사자 간의 정보 비대칭을 해소하고 공정한 재판을 실현하기 위한 것으로서, 이 제도를 통해 쌍방 당사자가 증거로 사용될 자료에 대한 광범위한 접근을 허용함으로써 사실관계를 기초로 소송절차에서 공정한 경합이 이루어질 수 있도록 한다. Discovery 제도의 적용에 대하여 소송비용 증가, 제도의 남용 등에 대한 우려가 있는 반면, 이 제도를 활용하여 숨겨진 증거가 없어 재판이 공정해지고, 소송 전 조기 해결 가능성이 높아질 수 있다는 긍정적 측면이 크다. 이에 주요국에서는 이미 이 제도를 통해 기업 간 정보 비대칭을 해소하고 실질적인 피해자 보호를 실현하고 있다.

미국의 ‘Discovery 제도’는 많은 비용과 시간이 소요되는 반면 강력한 증거수집이 가능하다. 이 제도의 주요 법적 수단은 증언녹취(deposition), 질문서(interrogatories to parties), 자백요구(request for admissions), 신체 감정(physical examinations), 문서제출 요청(request for production of documents) 등이 있다.⁴⁸⁹⁾ 그리고, 당사자 간의 증거교환은 당사자의 청구 또는 항변에 관계된 범위 내로 한정하여 이루어지며 분쟁이 예상되는 경우 증거보전의 의무가 발생하고 비밀보호 명령을 신청한 경우 법원은 상대방 대리인에만 열람을 허용한다. 제출의무 불이행 시 소송이 각하되거나 관련 주장·항변이 삭제될 수 있다. 기간은 제소 이후 약 1~2년이 소요된다. 비용은 미국 특허침해소송의 비용이 평균 300만 달러라고 하면, Discovery에 소요되는 비용은 150만 달러에 이르며, 그 이상이 되는 경우도 많다.⁴⁹⁰⁾

한편, 영국은 절차 간소화 등 미국 제도를 부분적으로 보완한 ‘Disclosure 제도’, 독일과 일본은 법원이 주관하고 아울러 증거수집과 비밀 보호 이익 간의 균형을 도모하는 ‘전문가 증거조사제도’를 도입한 ‘Inspection 제도’와 ‘사증(査証) 제도’를 각각 운영하며,⁴⁹¹⁾ 중국은 공무원이 분쟁사건을 현장 조사하는 정부 중심의 강력한 ‘증거수집제도’를 운영 중이다.⁴⁹²⁾ 반면, 우리나라는 아직 충분한 증거개시 제도가 미비하여 지식재산 침해, 기술 탈취, 불공정 거래 행위 등에 대해 피해자가 침해 증거를 입증하지 못해 패소하는 경우가 빈번⁴⁹³⁾하다.

소송 과정에서의 자료 은닉을 차단하고 허위제출을 확인하기 위해 그간 국회는 비용이 많이 드는 미국형 제도가 아닌 ‘한국형 증거개시(K-Discovery)’ 제도 도입을 위한 법안발의를 추진하였쳐, 이를 위해 발의된 내용을 보면, 법원이 지정한 전문가가 현장을 조사하고 그 결과가 증거로 인정될 수 있도록 하는 ‘전문가 사실조사’ 제도, 법정 밖에서의 ‘증언 녹취’ 제도, 불리한 자료 파기 등을 하지 못하도록 하는 ‘자료보전명령’

편집위원회, 2019, 67-69면.

489) USLegal, Discovery Devices (<https://civilprocedure.uslegal.com/discovery/discovery-devices/>).

490) KEA, 한국기업을 위한 미국 DISCOVERY 가이드북, 2021.

491) 앞의 문서.

492) IPDaily, 中國, 특허분쟁에 강력한 ‘증거수집제도’ 도입… 국가지식산업권국(CNIPA) 행정결정, 2021.6.9.

493) 중대재해법·디스커버리제…규제 특수 준비하는 로펌 [스페셜리포트], 매경ECONOMY, 2025.9.16.,

제도 등 도입을 위한 특허법 개정안(김정호의원발의('24.8.)), 고동진의원발의('24.10.)), 서일준의원발의('25.1.)), 송재봉의원발의('25.1.)), 정진욱의원발의('25.8.))이 발의된 바 있다. 아울러, 당사자 증거수집 절차로의 '진술 녹취' 도입, 문서제출명령의 실효성 확보 등을 위한 민사소송법 개정안(정준호의원발의('24.8.)), 박범계의의원발의('25.4.)), 박주민의원발의('25.9.))도 발의되었다. 이같이 '한국형 증거개시' 제도가 이미 여러 차례 발의되고 있지만, 이해관계가 얽힌 일부 산업계의 반발로 실질적 논의 진전을 이루지 못했다. 지식재산처(구 특허청)은 반도체 업계와 관계 부처 이견을 조율하여 피고의 부담을 완화하기 위한 10가지 안전장치를 마련하였다.



〈그림 8〉 전문가 사실조사 주요 개선사항

정부의 경우, K-증거개시제도를 국가 중점 IP 정책 아젠다로 설정한 국가지식재산위원회는 정책 포럼 등을 개최하여 이해관계자들의 의견을 수렴하였으며,⁴⁹⁴⁾ 최근 산업통상자원부, 공정거래위원회, 중소벤처기업부, 지식재산처, 경찰청 등은 '산업경쟁력강화 관계장관회의'를 개최하고 한국형 증거개시 제도의 도입을 발표하였다.⁴⁹⁵⁾ 이는 소송 당사자가 상대방이 가진 자료와 증거를 요구하면 반드시 제출해야 하는 미국의 디스커버리 제도를 우리나라 실정에 맞게 적용한 것이다. 주된 골자는 기술자료·특허·영업비밀 침해 관련 손해배상소송에서 법원이 지정한 전문가가 현장을 조사해 그 결과가 증거로 인정될 수 있도록 하는 '전문가 사실조사 제도', '법정 밖에서의 진술 녹취', 불리한 자료의 파기를 금지하는 '자료보전명령 제도' 등이다.

신정부 출범 이후 여당은 '한국형 증거개시 제도'의 입법화를 추진하기로 했다. 특허법, 영업비밀보호법, 하도급법, 상생협력법, 제조물책임법, 실용신안법 등 총 6개 법률을 통합하는 형태로 법원이 기술탈취 사건에서 직권으로 증거를 조사할 수 있도록 하는 제도 도입을 구상 중이다.⁴⁹⁶⁾ 특허법 개정안에는 '전문가 사실조사', '법정 외 증인신문(미국 Deposition 유사제도)'와 '자료보전명령' 등이 포함되어 있다. 기술탈취 분야의

494) 이성용, "공정 경제 실현 핵심... 지재위, 'K-디스커버리' 도입 총력전 펼친다", 「특허뉴스」, 2025.7.4.일자, <<https://www.e-patentnews.com/13057>>, 최종검색 2025.7.7.

495) 이은희, "중소기업 기술탈취 뿌리 뽑는다... '한국형 증거 개시 제도' 도입", 「사례뉴스」, 2025.9.10.일자, <<https://www.caseneews.co.kr/news/articleView.html?idxno=18566>>, 최종검색 2025.9.15.

496) 김세훈, "기술탈취 방지 6법 추진하는 민주당... 이재명 대통령 공약 '한국형 디스커버리' 도입되나", 「경향신문」, 2025.7.1.일자. <<https://www.khan.co.kr/article/202507011553011#ENT>> 최종 검색 2025.7.8.

한국형 증거개시 제도 도입은 이재명 대통령의 공약사항이기도 하다. 공정경제를 실현하기 위해 한국형 증거개시 제도를 도입하여 중소기업 소송의 입증부담을 낮추고 기술탈취 행위 제재강화 및 전담지원체계를 마련하고자 하는 정책이다. 한국형 ‘증거개시 제도’는 정부의 강력한 의지와 국회의 입법 논의, 그리고 산업계의 높은 요구를 고려할 때 도입 가능성은 높을 것으로 기대된다. 특히, 특허와 영업비밀 침해 및 기술탈취 분야를 우선하여 도입되어야 할 것이다. 무형자산인 지식재산침해 손해배상 민사소송에서의 증거제출과 입증의 문제는 근본적으로 매우 어려운 사안이므로, 이 같은 법안들이 통과되어 ‘증거개시 제도’가 도입되면 피해자 입증책임 부담 해소는 물론 정보 불균형에 의한 불공정 경쟁구조 해소, 그리고 지식재산의 진정한 가치 구현에 많은 도움이 될 것이다.

나. 침해자 이익 산정에서의 혼합산정 명문화

우리 특허법 제128조 제2항은 일실이익 산정에 있어서 인과관계가 인정되지 않는 일부에 대하여는 합리적 실시료에 의한 산정이 가능함을 명시적으로 규정한다. 즉 소위 혼합산정이 가능한 것이다. 그 규정으로 인하여 침해자 이익 산정에 있어서 혼합산정이 가능한지 여부에 대해 의문이 제기된다. 혹자는 제2항이 일실이익만 규정하므로, 문언의 반대해석상 침해자 이익에는 당연히 혼합산정이 허용되지 않는다고 본다. 다른 자는 인과관계가 인정되지 않는 부분에 대해 혼합산정을 허용하는 제2항의 취지상 그 취지가 침해자 이익에도 적용되어야 한다고 본다. 필자는 전자의 해석이 문언해석에 부합하는 타당한 것이라고 본다.

한편, 일실이익에만 혼합산정을 허용하고, 침해자 이익에는 혼합산정을 허용하지 않아야 할 이유를 인정되기 어렵다. 그리고, 대부분의 특허권 침해소송에서 원고가 침해자 이익에 의한 산정을 선택한다는 실무를 감안하면, 침해자 이익에서 혼합산정을 허용할 필요성이 더 높다고 보아야 한다. 아래는 그러한 목적을 반영하는 특허법 개정안이다.

〈표 43〉 침해자 이익 혼합산정 개정방안

현행 특허법 제128조 제4항	개정방안
“제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 추정한다.”	(좌동) + 다만, 추정이 복멸된 침해품에 대하여는 제2항의 산정공식에 따른 혼합산정이 적용된다.

다. 통계치 이익률 이상의 적용

(1) 우리 법원의 통계치 이익률 인정

우리 법원은 침해자 이익을 산정하면서 개별 침해자의 실제 이익률을 적용하지 않고, 통계치 이익률을 적용하여 왔다.

〈표 44〉 통계치 이익률을 적용한 사례

연번	판결번호	내용	사용된 통계치
1	특허법원 2024.1.28. 선고 2021나1787 판결	침해제품(리바스티그민 패치) 매출에 “통계에 의한 공헌이익률”을 곱해 침해자의 이익을 산정	한국은행 「기업경영분석」의 업종별 ‘변동비/매출’ 비율(의료용 물질·의약품, 대기업) → 공헌이익률(=1-변동비율)로 전환하여 매출×공헌이익률로 계산 ⁴⁹⁷⁾
2	특허법원 2024.10.31. 선고 2023나11276 판결	침해자의 이익을 산정하면서 “통계에 의한 공헌이익률을 곱하는 방법”을 긍정적으로 실시	업종별 ‘단순경비율’을 활용해 한계이익률(예: 92.4% → 7.6%)을 도출·적용
3	특허법원 2019.7.5. 선고 2018나2414 판결 (상표 사건)	원고는 침해자 이익 산정(110조 3항) 주장 법원은 상당한 손해액 산정(110조 6항)	국세청 고시 ‘단순경비율’을 이용해 침해자의 추정 이익을 계산(매출×(1-단순경비율)).
4	특허법원 2017.11.30. 선고 2017나1346 판결 (특허 사건)	침해자의 이익액을 산정하는데 곤란함이 있어 특허법 제128조 제7항에 따라 법원이 상당한 손해액을 인정	피고 재무자료상 영업이익률이 왜곡되거나 음수인 사안에서 국세청 고시 단순 경비율을 감안하여 영업이익률 11.6% 적용

(2) 외국에서의 통계치 이익률 적용

이렇게 침해자 이익을 산정하면서 통계치 이익률을 활용하는 사례는 외국에서도 발견된다.

〈표 45〉 미국 상표사건에서의 통계치 이익률 적용 사례

연번	판결이름	통계치	실제 적용
1	Ferrellgas v. Best Choice (M.D.N.C. 2017)	일반적·관행적 평균 이익률 20% 또는 25%를 적용한 사례들을 인용	33%
2	Sethness-Greenleaf v. Green River (N.D. Ill. 1995)	“general and customary average profit margin” ⁴⁹⁸⁾	20%
3	Hospitality International v. Mahtani (M.D.N.C. 1998)	별도의 근거수치 제시 없음. 형평에 따른 재량(15 U.S.C. § 1117(a))으로 25% 선택 ⁴⁹⁹⁾	25%
4	Otis Clapp v. Filmore Vitamin (7th Cir. 1985)	판매가 대비 제조비용이 70%라는 피고 진술 - 해당 회계연도 적자(재무자료)	15%
5	KFC v. Lilleoren (W.D. Ky. 1993)	원고는 Otis Clapp 판결의 15%를 근거로 제시- 통계치 미활용	10%
6	Revelry Vintners v. Mackay Restaurant (E.D. Wash.,)	레스토랑 업종의 산업 평균이익률을 증거로 인정	원고 이익률 수치 적용

497) 법원은 이 통계가 신뢰할 만하다고 보고 피고가 반증하지 못하면 추정이 깨지지 않는다고 판시.

498) Sethness-Greenleaf, Inc. v. Green River Corp., Nos. 89 C 9203, 91 C 4373, 1995 WL 571415, at *4 (N.D. Ill. Sept. 21, 1995) (“the court will award plaintiff 20% of defendant’s gross sales, which is ‘the general and

(3) 평가 및 적용

위 사건들은 3가지 종류로 구분될 수 있다. 첫째, 통계치 이익률을 그대로 적용한 사례, 둘째, 통계치 이익률보다 낮은 수치를 적용한 사례(중국 3번 판결 등), 셋째, 통계치 이익률보다 높은 수치를 적용한 사례이다. 우리나라 법원은 모두 통계치 이익률을 그대로 적용하여 왔다. 그런데, 위 미국 1번 판결은 통계치 이익률 20-25%를 인정하면서도 실제 산정에서는 33%를 적용하였다.

우리 법원이 실용적인 관점에서 통계치 이익률을 적용하는 것은 매우 바람직한 처사라고 생각된다. 한발 더 나아간다면, 법원이 통계치 이익률보다 더 높은 이익률을 적용하는 것이 가능할 것이다. 위에서 언급한 바와 같이, 타인이 연구개발비를 투자하여 개발한 특허발명을 무임으로 활용(free riding)하는 경우, 침해자의 이익률이 통계치 이익률보다 더 높을 것이 쉽게 예상되므로,⁵⁰⁰⁾⁵⁰¹⁾ 통계치 이익률보다 더 높은 이익률을 적용하는 것이 가능할 것이며, 나아가 바람직할 것이다. 이러한 점이 실무적으로 적용되게 하기 위해서는 침해자 이익의 산정에 있어서 원고가 침해자의 매출을 증명할 책임을 부담하고, 피고가 그 매출에 대한 (변동)비용을 증명할 책임을 부담하도록 법을 개정할 필요가 있다.

위 미국 1번 판결(Ferrellgas v. Best Choice (M.D.N.C. 2017))에서 법원은 ① 피고가 공제비용을 증명하지 못하였다는 점, ② 상표법 제1117(a)조가 “원고는 피고의 매출만 입증하면 되고, 공제비용은 피고가 입증”하도록 규정한다는 점,⁵⁰²⁾⁵⁰³⁾ ③ 매출의 100%가 이익이라고 보는 것은 비상식적이라는 점, ④ 법원이 재량을 발휘할 수 있다는 점 등에 근거한 후, 통계치 20-25%를 참고하여 실제로는 33%의 이익률을 적용한 것이다. 그런 점에서 공제비용을 피고가 증명하도록 규정하는 것이 중요하다고 본다.

〈표 46〉 침해자 이익에서의 증명책임 명확화

현행 특허법 제128조 제4항	개정방안
“제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 추정한다.”	(좌동) + 그 이익액의 산정에 있어서 원고는 침해자의 매출액을 증명하여야 하며, 그 매출과 관련된 변동비용은 피고가 증명하여야 한다.

customary average profit margin sought by businesses.”).

499) “subject to the principles of equity, plaintiff may recover (1) defendant’s profits, (2) any damages sustained by plaintiff, and (3) the costs of the action.”

500) Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases, 100 B.U. L. REV. 1999, 2066 & n.212 (2020) (무단 사용에 대한 부당이익은 통상 피고가 절약한 R&D 비용을 포함한다고 소개).

501) OECD, Generic Pharmaceuticals (DAF/COMP(2009)39) 17-18 (2010) (“제약은 높은 가격-비용 마진을 가져 제네릭이 가격을 낮춰도 이익을 낼 여지가 크다”, 신약은 매우 높은 고정비(R&D)가 필요).

502) 15 U.S.C. § 1117(a) (“In assessing profits the plaintiff shall be required to prove defendant’s sales only; defendant must prove all elements of cost or deduction claimed.”)

503) Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co., 316 U.S. 203, 206 (1942) (“the plaintiff shall be required to prove defendant’s sales only; defendant must prove all elements of cost.”).

라. 기여도 정의 규정 신설

특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서 손해배상액을 소액으로 만드는 가장 중요한 이유 중 하나가 기여도가 지나치게 낮게 산정된다는 점이다. 법원은 기여도를 명확하게 정의하지 않은 채, 여러 요소를 종합적을 감안하면서 매우 낮은 수치를 적용하는 것이다. 기여도 수치를 낮추는 법리적 오류는 기여도를 해당 제품가격 중 대상 특허발명의 가치의 비율로 보는 것이다. 그러나, 정확한 기여도 정의는 해당 제품에 적용된 전체 특허발명의 가치 중 대상 특허발명의 가치이다.⁵⁰⁴⁾ 판매가 100만원 제품에 적용된 전체 특허발명의 가치가 20만원이고, 대상 특허발명의 가치가 5만원인 경우, 법원은 기여도를 5%로 판단하는 태도를 보이는데, 정확한 기여도 적용에 따르면, 25%(5/20)가 된다.

〈표 47〉 기여도 적용 대표 판결

연번	사건번호	특허발명	침해제품	기여도
1	특허법원 2025.3.13. 선고 2022나2206	부스덕트(Busduct)용 조인트 키트 관련 특허	대한전선의 부스덕트용 조인트 키트(부수품: 부스덕트, 부수용역: 설치·시공 포함)	10%
2	특허법원 2024.10.31. 선고 2023나11276	조리용기용 뚜껑 (진공 밀폐 관련 구조) 특허	피고의 진공냄비 제품 (조리용기)	20%
3	특허법원 2019.8.29. 선고 2018나1893	안전장치가 구비된 내솔 뚜껑 분리형 전기 압력 조리기	피고의 전기 압력 조리기 (전기압력밥솥 등) 제품군	4%
4	서울고등법원 2010.9.29. 선고 2009나112741	드럼세탁기의 구동부 구조 (직결 구동 DD 모터 관련)	대우일렉트로닉스 드럼세탁기(‘클라세’ 등 모델)	20%

마. 자료제출명령제도의 실효성 제고

(1) 현행 제도

우리 특허법 제132조가 자료제출명령 제도를 규정하고 있다.⁵⁰⁵⁾ 그 규정에도 불구하고 피고가 영업비밀 등의 이유로 관련 자료를 제출하지 않는 경우가 허다하다. 법원이 그러한 미제출에 대해 피고에게 실질적인 불이익을 부여하지 않는 것이 현실이기 때문이다.

504) 정차호·정여단, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정을 위한 특허발명의 기여도(apportionment ratio) 산정방법”, 성균관법학 제34권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2022.

505) 제132조(자료의 제출) ①법원은 특허권 또는 전용실시권 침해소송에서 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에게 해당 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 그 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니하다. ...

④ 당사자가 정당한 이유 없이 자료제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

(2) 주요국 제도

주요국에서는 원고가 어느 정도 객관적인 자료(수치)를 제시하면, 법원이 피고에게 관련 자료를 제출하도록 명령하고, 피고가 관련 자료를 제출하지 않거나 제출된 자료가 부실한 경우, 법원은 원고가 제시한 자료에 의한 수치를 토대로 손해배상액을 산정한다. 피고가 해당 자료가 영업비밀이라고 주장하는 경우에도 해당 자료의 제출을 명령하는 것이 일상적이다.

(3) 개정방안 = 영국방식 도입

우리 현행 규정이 주요국 규정과 유사하다. 즉, 해당 자료제출명령 제도는 규정의 불비로 인하여 작동되지 않는 것이 아니라, 법원의 소극적인 태도로 인하여 작동되지 않는 것이다. 그렇다면 현행 규정을 조금 더 적극적인 것으로 개정하면서 법원의 태도변화를 촉구할 필요가 있다.

영국 특허소송에서는 Civil Procedure Rules(CPR) Part 31 및 Practice Direction 57AD에 따라 자료제출(disclosure) 절차가 규정되어 있다. 법원은 자료제출 명령을 내릴 수 있으며, 피고가 이를 이행하지 않을 경우 “unless order”(이행하지 않을 경우 자동으로 청구가 인정되는 명령)를 발동할 수 있습니다. 주요 제재 조치에는 다음이 포함된다: ① 청구인 승소 판결(judgment in default), ② 불리한 추정(adverse inference), ③ 소송비용 전액 부담 명령. 관련 규정은 아래와 같다. 이와 유사한 규정을 우리 특허법에 도입할 수 있을 것이다.

(Practice Direction 57AD § 20)	실무지침 57AD 제20조
20. Sanctions for failure to comply with an order for disclosure 20.1 If a party fails to comply with an order for Extended Disclosure, the court may make such further orders as may be appropriate, including an order: (1) that the party may not rely on some or all of the documents; (2) that the party's statement of case be struck out; (3) that judgment be entered or particular issues decided against the party; or (4) for contempt of court.	20. 자료제출명령 불이행에 대한 제재 20.1 당사자가 확장된 자료제출(Extended Disclosure) 명령을 이행하지 않을 경우, 법원은 적절하다고 판단되는 추가 명령을 내릴 수 있으며, 여기에는 다음과 같은 명령이 포함될 수 있다: (1) 당사자가 일부 또는 전부의 문서에 의존하지 못하도록 하는 명령; (2) 당사자의 주장(statement of case)을 각하하는 명령; (3) 당사자에 불리하게 판결을 내리거나 특정 쟁점을 결정하는 명령; (4) 법정모독(contempt of court)에 대한 명령.

바. 실시료 상당의 금액에 관한 정기적·종합적·객관적 자료 마련

(1) 개요

(가) 법적 근거 및 연혁

「특허법」 제128조제5항은 “손해배상을 청구하는 경우 그 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다”고 규정하는 바, 특허 침해에 관한 손해배상 소송에 있어서 합리적 실시료를 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있

다. 한편 이와 같은 실시료 기반의 손해액 산정 규정은 「상표법」 제110조제4항, 「저작권법」 제125조제2항 및 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제14조의2제3항에서도 찾아볼 수 있다.

「특허법」상 손해액 산정 규정은 1990년 「특허법」 전부개정을 통하여 도입되었는데, ‘통상적 실시료’를 손해액으로 추정할 수 있도록 하는 규정 역시 이때 등장하였다. 이후 동 규정은 그 형태를 유지하다가, 2019년 개정에 의하여 침해자에게 청구할 수 있는 실시료 배상금액을 “통상적으로” 받을 수 있는 금액에서 “합리적으로” 받을 수 있는 금액으로 변경하였다. 이와 같은 손해액 산정 규정이 1990년 「특허법」에서 도입되었음에도 불구하고, 제정 「특허법」에서 실시료 방식의 손해액 산정 규정과 유사한 형태의 규정이 아래와 같이 존재한 바 있다.

제226조

재판소는 침해자에 대하여 실제로 발생한 이익 급 손해 또는 전조에 의한 이익 급 손해액의 대신으로 적당하다고 인정되는 손해액의 지불을 명할 수 있음.

전항에 의한 손해 배상액의 산정에 있어서 재판소는 좌기의 금액을 짐작할 수 있음

1. 특허된 기술, 방법에 의한 기계, 고안 급 생산품을 포함한 침해자가 판매한 특허된 식물 또는 물품의 총액의 2 내지 15%. 단, 짐작한 손해액은 발명 특허 및 식물 특허에 있어서는 금 1만 원 이상 실용 특허 및 미장 특허에 있어서는 금 4천 원 이상임을 요함.
2. 특허된 기계로 생산 또는 제조된 물품의 총 가격의 1 내지 5%.
3. 침해자가 제작 또는 사용한 특허품 기계 및 고안을 포함한 특허품의 가격의 5 내지 30%. 단, 짐작된 손해액은 발명 특허에 있어서는 금 1만 원 이상, 실용 특허 및 미장 특허에 있어서는 금 4천 원 이상임을 요함.

전2항에 의하여 짐작된 손해액은 형벌이 아니며 특허권자 또는 그에 의한 권리자는 차로 인하여 법으로 규정된 기타 구제 방법이 박탈되지 않음.

여기에서는 특허를 침해하여 생산 또는 제조된 물품 가격의 일정 비율을 손해액으로 할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 일종의 실시료 유사 개념을 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하되, “짐작된 손해액은 형벌이 아니며 특허권자 또는 그에 의한 권리자는 차로 인하여 법으로 규정된 기타 구제 방법이 박탈되지 않음”을 명시하고 있다. 이에 따라 제정 「특허법」 제226조 소정의 실시료 유사의 방식으로 산정된 손해액은 그 밖의 다른 방법으로 산정한 손해액보다 우선하지 않는 일종의 하한선으로서 작용할 수 있었을 것으로 보인다. 한편 상술한 바와 같이 실시료 방식의 손해액 산정 규정은 2019년 개정 이전까지 ‘통상적 실시료’라는 문언으로 규정되어 있었는데, 이에 따라 종래에는 해당 분야에서 일반적(통상적)으로 적용되던 실시료 요율에 의존하던 경향이 있었으나, ‘합리적 실시료’로 개정됨에 따라 당해 특허의 구체적·개별적 가치를 고려하게 되었다.⁵⁰⁶⁾

506) 황성필·정차호, “2019년 특허법 제128조 제5항의 개정으로 인한 ‘실시료(royalty)’ 산정방법의 변화 여부”, 「지식재산연구」 제15권 제4호, 한국지식재산연구원, 2020, 6-8면.

(나) 법적 성격

실시료 방식의 손해액 산정 방법은 특허침해에 관한 손해액의 최저한으로 이해된다.⁵⁰⁷⁾ 특히 「특허법」 제128조제6항은 “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”고 규정하고 있으며, 이후 2020년 개정된 「특허법」은 일실이익에 따른 산정 금액과 그 초과분에 대한 합리적 실시료를 합산한 금액을 손해액으로 할 수 있도록 하고 있다는 점에서 이점이 없을 것으로 보인다.

(2) 사례검토

(가) 관련 판결 현황

일부 선행연구는 실시료 방식의 손해액 산정 방법에 따라 산출된 손해액이 손해액의 최저한이어야 함에도 불구하고, 실제 손해배상 소송에서는 다른 방식, 특히 법원이 산정하는 상당한 손해액 방식으로 손해액을 산정한 경우의 기댓값이 이보다 낮은 현실을 지적하고 있다.⁵⁰⁸⁾ 따라서 이하에서는 실시료 방식의 손해액 산정 규정을 적용한 판례를 검토하고 시사점을 도출하기로 한다.

(나) 개별 사례 검토

대체로 판례는 실시료를 산정하기 위하여 침해대상 기술에 대한 기존의 실시 계약을 참고하고 있었던 것으로 보인다.⁵⁰⁹⁾ 대표적으로 원고가 침해 대상 기술에 관하여 다른 기업에 실시계약 체결한 사례에서 발견되는 실시료율을 적용한 판례들을 찾아볼 수 있는데⁵¹⁰⁾, 여기에서는 원고가 그간 다른 기업에 징수한 실시료를 통해 손해액을 산정하였다. 합리적 실시료를 적용한 것으로 보이는 사례들로서, 침해 대상 기술에 관련된 기존의 계약 사항을 기반으로 실시료율을 산정한 사례도 존재한다.⁵¹¹⁾ 한편, 원고가 다른 기업들에게 징수하는 실시료율이 다른 경우, 그중 가장 낮은 실시료율을 적용한 적용한 사례 역시 존재한다.⁵¹²⁾

위와 같이 통상적 실시료 방식이 아닌 합리적 실시료 방식의 경우, 기존의 계약 자료에서 벗어나 관련 산업계의 현황이 조사된 자료를 기반으로 실시료율을 산정한다는 것이 특징적이다. 특히 지식재산처⁵¹³⁾ 또는 산업통상자원부⁵¹⁴⁾ 발간자료 및 한국과학기술정보연구원의 시스템⁵¹⁵⁾을 참조하여 관련 업종의 평균 로열티

507) 조영선·박영규, “특허권 침해에 대한 합리적 실시료 산정방법에 관한 연구”, 특허청 연구보고서, 2020, 120면; 전효숙, “특허권 침해로 인한 손해배상액의 산정방법 - 특허법 제128조 제2항 및 제3항을 중심으로”, 「저스티스」 통권 제453호, 한국법학원, 1997, 31면.

508) 박성수, 앞의 논문, 2023, 177면.

509) 다만 「특허법」상 실시료 방식의 손해액 산정 규정 개정 이후의 판례 누적이 아직 이루어지지 않았다는 점에서, 향후 실시료 산정 시 법원의 실무 방식의 변화가 기대된다.

510) 서울중앙지방법원 2016.6.16. 선고 2015가합578109 판결; 서울중앙지방법원 2016.9.8. 선고 2015가합573203 판결. 동 사건들은 「특허법」 제128조제5항의 실시료 규정이 ‘합리적 실시료’로 개정되어 시행되기 이전에 변론이 종결된 사건이다.

511) 서울고등법원 2018.10.11. 선고 2015나2047271 판결; 서울중앙지방법원 2019.1.25. 선고 2017가합508623 판결.

512) 서울중앙지방법원 2018.12.13. 선고 2016가합502475 판결.

513) 임소진·심미랑·김송이·김규환, “지식재산분쟁 현황조사 연구 - 국내 특허 라이선스 실태조사”, 특허청·한국지식재산연구원 기초연구보고서, 2017.

율을 감안한 경우가 주목된다. 요컨대 합리적 실시료를 산정하기 위하여는, 침해 대상 기술에 관련된 과거의 실시계약보다는 당해 기술 분야에 대한 로열티 시장과 동업계의 실시료를 관행에 대한 검토가 필요할 것으로 보인다.

(다) 제도 운영의 한계 및 시사점

앞서 언급한 바와 같이 실시료 방식의 손해액 산정 방법은 손해액의 최저한이라는 점에서는 이견이 없으나, 현실적으로 실시료 규정은 ‘상당한 손해액’ 규정에 의하여 손해액의 최저한으로 작동하고 있지 못한 것으로 보인다. 이와 같은 점에서 실시료 규정의 실효성을 강화할 수 있는 입법적 대안의 마련이 필요할 것으로 보인다.

한편, 합리적 실시료 산정 과정에서는 일반적으로 동종업계의 시장 동향, 실시료 계약 현황 등을 감안하게 되는데, 이에 관련된 체계적이고 통합적인 데이터는 찾아보기 어렵고 일부 문헌에 의존하고 있다는 한계가 존재한다. 나아가 대부분의 판결에서는 실시료 산정 시, [매출액 * 실시료율 * 기술비중]의 형태로 손해액을 산정하고 있었는데, 이와 같은 산술적인 계산이 기술의 가치를 충분히 객관적으로 반영할 수 있는지는 의문이다. 물론 현행법상 ‘받을 수 있는 금액’을 손해액으로 할 수 있도록 규정되어 있으나, 로열티 현금흐름 기반의 시장접근법적 기술가치평가를 실시하고, 이 가액을 손해액 산정 과정에 참조할 수 있을 것으로 보인다는 점에서 합리적 실시료 산정 시 이와 같은 기술가치평가를 실시할 필요성도 제기된다.

(3) 합리적 실시료 산정의 객관성 및 타당성 확보 방안

(가) 검토사항

① 합리성 및 객관성 확보

앞서 검토한 일부 판례는 침해 대상 기술에 관련된 과거의 실시계약보다는 당해 기술 분야에 대한 로열티 시장과 동업계의 실시료를 관행에 대한 검토를 통하여 적정한 실시료율을 산정했다. 이와 같은 합리적 실시료 산정에 있어서 미국 Georgia-Pacific v. U.S. Plywood 판결⁵¹⁴⁾에 의하여 정립된 Georgia-Pacific Factors의 고려가 중요할 것으로 보인다.

514) 산업통상자원부, 「기술가치평가 실무가이드」, 2017.

515) 한국과학기술정보연구원, “STAR-Value”, <<http://www.starvalue.or.kr/itechvalue/wsp/main/main.jsp>>

516) Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970).

〈美 합리적 실시료 산정의 ‘Georgia-Pacific Factors’〉

1. 당해 특허권에 대한 (확립되거나 현재 받고 있는)실시료 액수
2. 유사 특허권에 대한 실시료 수준
3. 실시허락(실시지역, 판매대상)조건
4. 독점적 실시허락 존재 여부
5. 경쟁자 관계의 존재 여부
6. 특허발명이 실시권자의 다른 제품 판매에 미치는 영향
7. 실시권 존속기간 및 계약조건
8. 특허발명에 따른 수익률, 상업적 성공 여부 및 시장에서의 인지도
9. 기술의 우월성
10. 특허발명이 제품에 미치는 영향(가격 인상, 제조비용 절감, 판매량 증가 등)
11. 특허발명이 침해자에게 사용 가치가 있는지의 여부 및 사용한 범위
12. 동종업계의 실시료율 관행
13. 특허발명이 수익에 미친 영향
14. 전문가의 감정
15. 특허권자와 침해자가 실시계약을 체결하였을 경우 받을 수 있었던 실시료 수준

이 중 특히 1. 당해 특허권에 대한 확립되거나 현재 받고 있는 실시료 액수, 2. 유사 특허권에 대한 실시료 수준, 11. 특허발명이 침해자에게 사용 가치가 있는지의 여부 및 사용한 범위, 12. 동종업계의 실시료율 관행을 주로 반영하고 있다고 보인다.

다만, 이 경우 동종업계의 실시료율 관행, 계약 관행, 구체적인 가상 계약 검토 등을 수행할 때 비로소 합리적 실시료율을 도출할 수 있을 것이다. 이에 따라 현재까지의 판례는 발간 자료를 통하여 나름의 합리성을 갖추고자 노력하고 있는 것으로 보이지만, 로열티 계약 자료는 대체로 사인 간의 계약으로서 그 자료가 잘 공개되지 않고, 공개되더라도 구체적인 계약 사항을 확인하기는 힘들다는 한계가 있다. 따라서 로열티 계약 관련 정보 체계의 마련이 필요하다.

② 손해액의 최저한이라는 법적 성격 강조

앞서 언급한 바와 같이 실시료 방식의 손해액 산정 방법은 손해액의 최저한으로 이해된다.⁵¹⁷⁾ 그러나 선행연구에 따른 특허침해에 관한 민사소송 판례 분석 결과를 검토하자면, 통계적 관점에서 실시료 방식에 따라 손해액을 산정한 경우보다 그 밖의 방식으로 손해액을 산정한 경우 손해배상 인용액 또는 인용비율이 더 낮은 것으로 나타나는데,⁵¹⁸⁾ 현실적으로 실시료 방식의 손해액 산정 방법이 손해액의 최저한으로 작용하고 있지 못한 것으로 보인다.

해석론적 관점에서, 상당한 손해액 방식으로 손해액을 산정하는 경우라고 하더라도 실시료 방식에 의한 손해액 보다 낮은 금액을 산정할 수는 없다고 봄이 타당하다. 그러나, 학설상 이견이 없음에도 불구하고 이

517) 조영선, 앞의 보고서, 120면; 전효숙, 앞의 논문, 31면.

518) 정량분석을 실시한 선행연구로는 최지선, “특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2016, 80-82면; 박성수, 앞의 논문, 125면.

같은 법리가 현실에서 잘 적용되고 있지 않다는 점을 고려할 때, 입법론적 접근 역시 필요하다.

한편, 「특허법」 제128조제2항은 일실이익 방식에 따른 손해액 산정 시, 일실이익과 실시료 상당의 금액을 합산한 금액을 손해액으로 하여 청구할 수 있도록 규정함으로써 이른바 ‘혼합산정’의 법리를 명문화하고 있다. 요컨대 생산자의 능력 범위 내의 손해액은 일실이익 방법으로 산정하고, 이를 초과하는 범위의 손해액은 실시료 방법으로 산정하여 이를 합산하는 것이다. 이 같은 혼합산정 법리는 2020년 「특허법」의 개정으로 도입되었으며, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」에도 동일한 규정이 도입되었다. 따라서 실시료 방식의 손해액 산정 방법이 손해액의 최저한이라는 법적 성격을 강화하기 위해서는 혼합산정이 적극적으로 이용되어야 할 것이다. 다만, 제도 도입 이후 이렇다 할만한 판례가 누적되지 않았다는 점, 후속 개정이 필요하다는 점 등 일부 한계가 노출되므로,⁵¹⁹⁾ 혼합산정에 관한 지속적 판례 누적 및 연구가 필요한 실정이다.

(나) 제도 개선 방향성

① 실시료 기초자료 마련

영업비밀의 합리적 실시료가 실제 사건에서 적용되기 어려운 것은 영업비밀 자체가 극히 세분화되어 있어 거래의 대상으로 삼기가 매우 어려운 경우가 많기 때문이다. 예를 들어 특정 제품 등에 관하여 특허권자가 별도로 있고, 특정 제품을 생산하기 위한 설비를 제조하는 회사가 이를 제조하기 위한 구체적인 수치 등에 관하여 영업비밀로 주장을 하는 경우 해당 영업비밀에 대한 실시료율을 증명하는 것은 사실상 불가능에 가깝다. 다만, 이런 경우 해당 업계 및 해당 분야의 통상의 실시료율을 감안하여 재량손해를 산정하는 경우도 종종 있으므로, 그런 의미에서 실시료 산정을 위한 데이터 축적은 실무에 큰 도움이 될 것으로 본다.

기술보증기금은 ‘스마트테크브릿지’ 플랫폼을 통하여 기술이전 및 거래에 관한 업무를 수행하고 있고, 한국과학기술정보연구원도 ‘STAR Value 5.0’ 시스템을 통하여 기술가치평가를 수행하고 있다. 그밖에도 기술보증기금, 한국발명진흥회 등 기술의 평가기관은 다수의 로열티 기반 계약자료 및 가치산정 자료를 보유하고 있다는 점에서, 다수 기관에서 보유하고 있는 로열티 산정 기초자료를 데이터화하여 사용하는 방안을 모색할 필요가 있다.

이와 같은 다수 기관 보유 데이터를 집중하고 연계하기 위한 법적 방안으로서 「전자정부법」상 행정정보공동이용 제도, 「신용정보법」상 마이데이터 제도 등을 검토할 수 있으나, 이들은 개인정보를 포함한 특정 정보 주체의 정보를 유통 및 연계하는 차원의 제도라는 점에서 부적절할 것으로 보인다는 점에서, 「산업재산 정보의 관리 및 활용 촉진에 관한 법률」을 활용한 정보 이용 체계 마련이 타당하다. 동법은 산업재산 정보의 관리 및 활용을 촉진하는 데에 필요한 사항을 정함으로써 산업경쟁력을 강화하고 국민경제의 발전에 이바지하기 위하여 2024.2.6. 제정되었으나, 현행법은 산업재산 정보의 활용에 초점을 두고 있는 것으로 보인다. 이에 따라 동법은 기술이전 또는 기술사업화 관련 정보 등은 전혀 다루고 있지 않는데, 실시권은 등록 가능하다는 점에서, 적어도 등록된 실시권에 관한 정보는 데이터화하여 적극적으로 활용가능한 정보자산으로 전

519) 관련하여 정차호·황성필·장태미, “특허법에서의 손해배상액 혼합산정(hybrid calculation) 법리”, 「산업재산권」 통권 제72호, 한국지식재산학회, 2022; 조영선, “손해액 혼합산정을 둘러싼 특허법 제128조 제2항의 문제 검토”, 「고려법학」 통권 제107호, 고려대학교 법학연구원, 2022 등 참조.

환할 수 있을 것으로 보인다.

한편, 「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」 제7조는 기술이전에 관한 내용을 한국산업기술진흥원에 등록하도록 하고 있다. 따라서 이에 따른 로열티 산정의 기초자료 역시 상당할 것으로 보인다. 다만 문제는, 등록 대상 기관이 공공연구기관 또는 공공기관 지원을 받은 경우 및 산업기술연구조합에 한한다는 점이다. 따라서 이에 따른 로열티 관련 정보는 편향적일 우려가 있다. 또한 앞서 언급한 기술보증기금은 기술거래 기관으로서 상당한 양의 기술이전 체결 성과를 보이고 있으며,⁵²⁰⁾ 그밖에도 한국발명진흥회 및 한국과학기술정보연구원 등 기관에서 로열티 기반 접근을 포함한 기술가치평가를 다수 수행하고 있다.

이 같은 점을 종합하자면, 현재 존재하는 데이터들을 잘 연계하고 통합하여 이용할 수 있는 기반을 마련한다면, 합리적이고 객관적인 로열티 산정에 기여할 수 있는 기초자료를 마련할 수 있다는 것이다. 다만 이와 같은 작업은 다수 부처 및 기관의 협력을 전제로 수행 가능하다는 점에서, 입법론적 접근보다는 범부처 협의체를 구성하여 이해관계자 및 전문가의 논의를 수행하는 것이 우선시된다고 보인다.

② 실시료 규정의 법적 성격 명시

앞서 실시료 방식으로 산정된 금액은 손해액의 최저한이어야 한다는 점을 검토하였는데, 이 같은 법리를 명시하는 방안을 고려할 수 있다. 예컨대, 「특허법」 제128조 이하에 “법원은 손해배상액을 산정하는 경우 그 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액, 이자 및 소송비용을 합한 금액보다 적은 금액으로 산정해서는 아니 된다.”는 규정을 신설하는 방안을 검토할 수 있다.⁵²¹⁾

③ 영업비밀 관련 ‘통상적 실시료’ 규정 개선

「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」상 실시료 규정은 여전히 ‘통상적 실시료’에 머무르고 있는데, 이는 영업비밀의 특성상 거래가 활발하지 않고, 거래되더라도 그 사실이 드러나지 않는다는 점에서 실시료에 의한 손해액 산정이 어렵기 때문인 것으로도 해석된다. 그러나 같은 견지에서 ‘통상적 실시료’를 통한 손해액 산정은 더 어렵게 된다. 같은 영업비밀에 대한 다수의 계약이 존재할 가능성은 희박하고, 영업비밀이라는 점에서 ‘통상적’인 실시료 수준을 상정하기 어렵다. 따라서 영업비밀에 대한 통상적 실시료 규정은 그 실효성이 부족하고,⁵²²⁾ 침해 억제 효과 역시 미비할 것으로 보인다.⁵²³⁾ 오히려 ‘합리적 실시료’인 경우에는 유사한 내용의 기술에 관한 로열티 계약 체결 사례 등을 검토할 수 있다는 점에서 다양한 요인을 실시료 산정에 반영할 수 있을 것으로 보인다는 점에서 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제14조의2제3항에 따른 통상적 실시료 규정은 개정이 시급하다.

520) 2024년 기준 1,850건 수준으로, 지속적으로 증가하고 있다. 관련하여, 김철현, “‘스마트 테크브릿지’ 통한 중소기업거래 확 늘었다”, 「아시아경제」, 2025.5.21.일자, <<https://www.asiae.co.kr/article/2025052020053513797>>, 최종 검색 2025.7.30.

521) 관련 입법 시도로, 김민기의원 대표발의, “특허법 일부개정법률안”, 2019.4.3. (의안번호 19551) 참조.

522) 설민수, “영업비밀침해에 대한 손해배상의 실제와 개선 필요성-산정방식을 중심으로-”, 「지식재산연구」 제13권 제2호, 한국지식재산연구원, 2018, 82면.

523) 이규호, “영업비밀 침해행위에 대한 손해배상제도 연구”, 「중앙법학」 제21권 제1호, 중앙법학회, 2019, 11면.

제4장

결론

제4장 결론

본 연구는 기술유출범죄와 특허·영업비밀 침해 사건에서 피해규모와 손해액이 실제보다 과소 평가되는 문제를 해소하고, 기술보호와 공정한 보상체계 확립을 위한 법제도적 개선방향을 제시하였다. 현재 우리 제도는 피해액 산정 기준의 불명확성과 입증절차의 복잡성으로 인해 실효적 처벌과 보상이 이루어지지 못하고 있으며, 이는 기업의 연구개발 의욕을 약화시켜 국가 기술경쟁력 전반에도 부정적 영향을 미치고 있다.

이에 본 연구는 미국·독일·중국·일본 등 주요국의 기술유출 및 지식재산 침해 관련 판례와 법제 운용 사례를 비교·분석함으로써, 각국의 손해산정 기준과 감정제도, 그리고 R&D 비용 인정체계의 차이를 검토하였다. 주요국은 영업비밀 침해에 따른 손해액 산정 시 R&D 비용, 기회손실, 침해자의 부당이득을 폭넓게 반영하고 있으며, 수사 및 재판 과정에서 전문평가기관의 감정을 적극 활용하고 있다. 이러한 비교법적 분석을 토대로, 본 연구는 기술유출범죄의 피해규모 산정체계 및 수사지원 제도(제2장 제5절), 그리고 영업비밀 침해소송에서의 R&D 비용 반영과 특허 손해배상 범위 확장 방안(제3장 제5절)을 구체적으로 제시하였다.

우선, 기술유출범죄에 대한 피해규모 산정체계는 보다 명확하고 정합성 있는 기준으로 정립될 필요가 있다. 현행 제도는 사건별 편차가 크고 객관적 기준이 미비하여, 동일한 유형의 범죄임에도 법원이 인정하는 피해액의 차이가 크게 나타난다. 수사기관 또한 기술가치 평가에 일관된 지침을 적용하기 어려워, 피해 산정의 실효성이 제한되고 있다. 이러한 한계를 해소하기 위해서는 미국의 사례처럼 피해액 규모에 비례한 처벌체계를 마련하고, 정량적·정성적 평가요소를 통합한 종합적 산정기준을 확립해야 한다.

R&D 비용의 손해액 반영과 특허 손해배상 범위 확대 또한 실질적 피해회복체계 구축의 핵심 요소이다. 미국과 중국 등 주요국은 영업비밀 침해소송에서 R&D 비용을 손해액에 직접 포함하거나, 침해자의 부당이득 산정 시 차감항목으로 인정하는 등 기술개발 투자비의 실질적 보상을 제도화하고 있다. 반면 우리나라에서는 연구개발비를 손해로 인정한 판례가 극히 제한적이며, 이로 인해 기업이 기술개발비를 회수하기 어려운 구조적 불균형이 존재한다. 본 연구는 이에 대한 해법으로 피해기업의 연구개발비를 손해액에 반영할 수 있도록 법률상 명문 근거를 마련하고, 회계기록 및 재무자료를 통해 이를 객관적으로 입증할 수 있는 체계를 구축할 것을 제안하였다.

이와 관련한 법제도 개선의 방안으로는 「영업비밀보호법」의 개정을 통해 전문기관 감정절차를 명문화하고, 피해액 산정 시 R&D 투자비용을 반영할 수 있도록 하는 근거 조항을 신설하는 것이 핵심이다. 특히 법 제14조의2(손해액의 추정)에 ‘침해된 영업비밀을 재생산하는 데 소요되는 연구개발비 및 기타 비용’을 침해자의 이익액으로 간주 또는 추정할 수 있는 근거를 추가함으로써, 실질적 피해회복이 가능한 법적 토대를 마련할 필요가 있다. 나아가 우리 실정에 적합한 방식으로 합리적 실시료(Reasonable Royalty) 개념을 손해액 산정의 하한으로 설정하는 입법 대안을 병행 검토할 수 있다. 이는 과다배상 우려를 완화하면서도 실제

손해산정이 곤란한 사건에서 예측가능한 최소 보상수준을 제도적으로 보장함으로써, 산업 현실과 법원의 재량이 조화를 이루는 합리적 개선방안으로 평가된다.

또한 기술유출수사의 전문성과 객관성을 높이기 위해 전문기관 감정절차의 법제화가 시급하다. 수사기관이 기술가치와 피해규모를 합리적으로 평가할 수 있도록 ‘기술평가기관(예: 한국발명진흥회, 기술보증기금, 산업기술평가관리원 등)’을 지정·활용하는 방안을 제안하였다. 이를 통해 수사 초기단계부터 피해액의 객관적 산정이 가능해지고, 법원의 판단에도 실질적 영향을 줄 수 있는 근거가 마련될 것이다. 나아가 이러한 절차의 제도화는 수사기관의 기술 전문성 부족 문제를 보완하고, 피해기업과 법원이 공통으로 신뢰할 수 있는 산정자료를 확보하게 함으로써, 기술유출사건의 공정성과 예측가능성을 제고하는 데 기여할 것이다.

한편, 세법상 R&D 세액공제 증빙자료를 손해배상 입증자료로 활용할 수 있도록 「조세특례제한법」과의 연계를 강화하는 방안도 검토하였다. 이를 통해 회계기록 기반의 입증체계가 마련되면 손해산정 절차의 투명성과 신뢰성이 제고되고, 피해기업의 입증부담도 완화될 것이다. 향후 과제로, 정부와 유관기관이 기업이 실제로 활용 가능한 ‘연구개발비 관리 및 손해액 산정 가이드라인’을 제정·보급할 필요성이 제기된다. 이 가이드라인은 세액공제용 R&D 자료를 소송 증거로 활용할 수 있는 구체적 절차와 기준을 제시함으로써, 기업이 무형자산을 보다 체계적으로 관리하고 기술침해 발생 시 신속하고 설득력 있는 손해입증을 수행할 수 있도록 지원하는 역할을 할 것이다. 이는 연구개발비 세무관리와 지식재산 보호전략을 통합적으로 고려할 수 있는 제도적 기반을 마련한다는 점에서 중요한 정책적 의의를 갖는다.

아울러, 특허 손해배상제도의 실효성을 높이기 위해서는 법원이 산업평균 이익률, 표준로열티율 등 객관적 통계자료를 근거로 보다 합리적이고 예측가능한 손해액을 산정할 수 있도록 제도적 기반을 정비해야 한다. 또한 피해자가 침해자의 회계자료와 이익 규모를 효과적으로 입증할 수 있도록 하는 ‘한국형 증거개시제도’의 도입은 실질적 손해보상체계를 확립하는 데 근본적인 역할을 할 것이다.

이상으로, 기술유출 및 지식재산 침해로 인한 피해는 단순한 민사상 분쟁을 넘어 산업보호와 국가경제안보의 문제로 직결된다. 따라서 본 연구에서 제시한 개선방향—▲피해규모 산정기준의 객관화, ▲R&D 투자비용의 반영 근거 마련, ▲전문기관 및 감정절차의 법제화, ▲합리적 로열티 기반의 최소보상제도, ▲증거개시제도의 도입, ▲기업 가이드라인의 제정—은 기술유출 억제와 피해회복의 실효성을 동시에 확보하는 데 중추적 역할을 할 것이다.

이러한 법·제도적 개편이 실현된다면, 기술창출에 대한 정당한 보상과 불법침해에 대한 실질적 제재가 조화롭게 작동하는 지식재산 보호 패러다임의 전환이 가능할 것이다. 이는 단순한 법률 개정의 차원을 넘어, 기술투자의 선순환 구조를 촉진하고, “보호받는 혁신, 혁신을 견인하는 보호”라는 새로운 지식재산정책의 비전을 구체화하는 계기가 될 것으로 기대된다.

참고문헌

단행본

- 권영모·전정현, 『반부정당경쟁법』, 세창출판사, 2015.
- 박성수, 『특허법 주해 II』(정상조·박성수 편저), 박영사, 2010.
- _____, 『특허침해로 인한 손해배상액의 산정』, 경인문화사, 2017.
- 오지용, 『손해배상의 이론과 실무』, 동방문화사, 2008.
- 이상경, 『지적재산권소송법』, 육법사, 1998.
- 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 홍문사, 2020.
- 정차호·장태미, 『특허법의 손해배상론』, 동방문화사, 2016.
- 조영선, 『특허법 3.1』, 박영사, 2023.
- 최지선, 『법원의 특허침해 손해액 산정법: 통계학적 분석과 기술가치평가 방법론 활용 가능성 검토를 중심으로』, 경인문화사, 2017.

국내 학술지, 연구보고서 및 학술자료

- 강욱·이상학, “산업기술 유출 피해 금액 산정 기준에 관한 연구: 미국 판례 분석을 중심으로”, 『한국산업보안연구』 제14권 제2호, 한국산업보안학회, 2024.
- 국가지식재산위원회, 「중국 지식재산권 환경 변화 및 대응 방향(안)」, 국가지식재산위원회 심의자료, 2015.
- 김민배, “일본의 지적재산전략과 기술보호 정책”, 『지식재산연구』 제5권 제3호, 한국지식재산연구원, 2010.
- 김상중, “지적재산권 침해로 인한 손해배상책임: 손해배상법의 현대적 발전경향의 관점에서”, 『재산법연구』 제31권 제3호, 한국재산법학회, 2014.
- 김성기, “유럽 통합 특허법원의 설립과 발족”, 『산업재산권』 제52호, 한국지식재산학회, 2017.
- 김영희, “미국 불법행위법상 손해 개념”, 『민사법학』 제61호, 2012.
- 김용섭, “특허권침해로 인한 손해배상액의 산정에 관한 연구”, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2008.
- _____, “특허권침해와 손해배상”, 『산업재산권』 제35호, 한국지식재산학회, 2011.
- 김형두, “새로운 법조양성체제 하에서 미국식 디스커버리의 도입 방안”, 『법학평론』 제9권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2019.
- 김혜정, “미국 영업비밀보호법(Defend Trade Secrets Act)의 주요내용 검토 및 시사점”, 『Issue & Focus on IP』, 한국지식재산연구원, 2016. 12. 29.

- 대검찰청, 「기술 유출 피해금액 산정 등에 관한 연구」, 대검찰청, 2023.
- 박성수, “통계적 판례 분석에 기초한 기술 침해 손해배상 제도 연구”, 중앙대학교 박사학위논문, 2023.
- 박용신, “기술유출 범죄에서 피해금액 산정에 대한 연구”, 「법이론실무연구」 제11권 제4호, 한국법이론실무학회, 2023.
- 박형관·박미량, “기술유출범죄 양형기준에 관한 연구”, 2022년 대검찰청 용역연구과제, 2023.
- 박형민, “코로나19 이후 범죄발생의 변화”, 「한국의사회동향」, 2021.
- 박희주, “미국의 징벌적 손해배상제도와 시사점”, 「소비자정책동향」 통권 제93호, 한국소비자원, 2018.
- 백운철·황홍익, “영업비밀보호에 관한 연구 - 일본을 중심으로 -”, 「법과정책연구」 제18권 제4호, 한국법정책학회, 2018.
- 봉영준, “법정손해배상의 법적 성질”, 「재산법연구」 제33권 제2호, 한국재산법학회, 2016.
- 사법정책연구원, 「기술 유출 범죄의 심리방식과 양형에 관한 연구」, 사법정책연구원 연구총서 2025-02, 2025.
- 산업통상자원부, 「기술가치평가 실무가이드」, 산업통상자원부, 2017.
- 서란주, “연구개발지출의 회계처리방법이 연구개발지출수준에 미치는 영향에 관한 연구”, 「국제회계연구」 제59호, 한국국제회계학회, 2015.
- 설민수, “영업비밀침해에 대한 손해배상의 실재와 개선 필요성 - 산정방식을 중심으로 -”, 「지식재산연구」 제13권 제2호, 한국지식재산연구원, 2018.
- 신혜은, “특허권침해에 대한 손해배상액의 산정”, 「경영법률」 제18권 제2호, 한국경영법률학회, 2008.
- 안성수, “형사상 영업비밀 침해에 있어서 이익과 손해액 산정 - 올바른 양형기준의 정립과 관련하여 -”, 「정보법학」 제11권 제1호, 한국정보법학회, 2007.
- 양재석, “기술유출범죄 재판절차 및 법제 개선방안”, 사법정책연구원·국가지식재산위원회 공동 콘퍼런스 자료집 발표문, 2024. 12. 18.
- 양형위원회, 「지식재산·기술침해범죄 수정 양형기준 설명자료」, 양형위원회, 2024.
- 오승중·성준호·손명지, “법정손해배상에 대한 연구”, 문화체육관광부 연구보고서, 2012.
- 옥필훈, “경제범죄의 실태에 관한 연구 - 회사범죄, 지적재산권범죄, 산업스파이범죄를 중심으로 -”, 「형사정책」 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006.
- 왕소려, “특허권침해로 인한 손해배상액 산정에 관한 연구”, 동의대학교 박사학위논문, 2019.
- 윤해성·임유석, “해외의 기술유출 피해액 산정제도 연구”, 「한국산업보안연구」 제14권 제1호, 한국산업보안학회, 2024.
- 이규호, “영업비밀 침해행위에 대한 삼배배상제도 연구”, 「중앙법학」 제21권 제1호, 중앙법학회, 2019.
- 이나라·심지은, “특허침해소송에서 증거수집제도의 실효성 강화를 위한 연구”, 「지식재산연구」 제12권 제1호, 한국지식재산연구원, 2017.
- 이순옥, “산업기밀 유출사건의 처리현황 및 판례에 대한 연구”, 「형사소송 이론과 실무」 제12권 제2호, 한국형사소송법학회, 2020.
- 이승현·정차호, “특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효제도의 개선방안 - 특허법상의 독자적인 소멸시효 규정의 제시를 중심으로 -”, 「성균관법학」 제30권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2018.

- 이우영, “영미 불법행위법상의 예견가능성 법리”, 『서울대학교 법학』 통권 제148호, 서울대학교 법학연구소, 2008.
- 이주환, “미국 특허법에서의 특허침해로 인한 일실이익 산정방법 - 시장점유율 원칙, 예견가능성 원칙, 시장가치의 원칙을 중심으로 -”, 『산업재산권』 제58호, 한국지식재산학회, 2019.
- _____, “징벌적 손해배상제도에 대한 판결이 특허법상 증액손해배상제도의 실무적 운영에 주는 시사점”, 『연세법학』 제39호, 연세대학교 법학연구원, 2022.
- 임소진·심미량·김송이·김규환, 『지식재산분쟁 현황조사 연구 - 국내 특허 라이선스 실태조사』, 특허청·한국지식재산연구원, 2017.
- 전우정·정유경, “기술 영업비밀 해외유출 방지 대책에 관한 연구: 양형기준 개선을 중심으로”, 『법조』 제73권 제1호, 법조협회, 2024.
- 전효숙, “특허권 침해로 인한 손해배상액의 산정방법 - 특허법 제128조 제2항 및 제3항을 중심으로”, 『저스티스』 통권 제453호, 한국법학원, 1997.
- 정극원, “유럽 통합특허법원의 개원과 우리나라에서의 시사점”, 『유럽헌법연구』 제44호, 유럽헌법학회, 2024.
- 정도희, “경제범죄의 개념과 대응방안 - 기업 범죄를 중심으로”, 『법학연구』 제26권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2018.
- 정여단, 『지식재산권 침해로 인한 손해배상액 산정에서 기여도 법리 - 특허권, 영업비밀, 상표권 및 저작권을 중심으로 -』, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2023.
- 정차호·장태미, “침해자 이익액에 의한 손해배상액 산정: 특허법 개정방안”, 『법학논집』 제18권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014.
- _____, “특허법 제128조 제6항에 따른 법원의 재량에 의한 ‘상당한’ 손해액의 인정”, 『지식재산연구』 제10권 제2호, 한국지식재산연구원, 2015.
- 정차호·황성필·장태미, “특허법에서의 손해배상액 복합산정(hybrid calculation) 법리”, 『산업재산권』 제72호, 한국지식재산학회, 2022.
- 조영선, “손해액 복합산정을 둘러싼 특허법 제128조 제2항의 문제 검토”, 『고려법학』 통권 제107호, 고려대학교 법학연구원, 2022.
- 최경진, “새로 도입된 법정손해배상에 관한 비판적 검토 - 개인정보보호 관련법에서의 법정손해배상을 중심으로 -”, 『성균관법학』 제27권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2015.
- 최지선, “특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2016.
- 탁형엽, 『특허권을 중심으로 한 미국의 지재권 손해배상 제도 연구』, 특허청, 2020.
- 특허법원 국제지식재산권법연구센터, 『각국의 특허침해소송에서의 손해액 산정방법에 관한 연구』, 특허법원, 2017.
- 특허청, 『국내 영업비밀 관련 민·형사 판결문 분석』, 특허청 산업재산분쟁대응과, 2023.
- _____, 『유럽시장에 진출하는 우리 기업이 알아야 할 유럽 단일특허, 통합특허법원 제도』, 특허청 기타 간행물, 2023.
- 한국발명진흥회, 『IP가치평가 실무가이드』, 한국발명진흥회, 2021.
- _____, 『특허침해 손해배상액 산정 평가 모델』, 한국발명진흥회, 2024.
- 허정현·이채율, “산업기밀 유출범죄 처벌의 실태와 실효성 제고에 관한 논의”, 『한국산업보안연구』 제12권 제1호, 한국산업보안학회, 2022.

홍성삼, “일본의 영업비밀침해 처벌 강화연구”, 「경찰학논총」 제12권 제2호, 원광대학교 경찰학연구소, 2017.

황성필·정차호, “2019년 특허법 제128조 제5항의 개정으로 인한 ‘실시료(royalty)’ 산정방법의 변화 여부”, 「지식재산연구」 제15권 제4호, 한국지식재산연구원, 2020.

입법·정책 자료

김민기 의원, 「특허법 일부개정법률안」, 제20대 국회, 의안번호 제19551호, 2019. 4. 3.

해외문헌

Baldo Vinti & Pinny Goldberg, *Key Developments in Trade Secrets Law* (Feb. 28, 2024).

Bill Miras & Ava Giannella, “Performing a License Agreement Comparability Analysis in Patent Litigation,” Stout (2024).

David S. Almeling, Walter Bratic, Monte Cooper, Alan Cox & P. Anthony Sammi, “Disputed Issues in Awarding Unjust Enrichment Damages in Trade Secret Cases,” *Sedona Conference Journal* 19 (2018): 667.

Eric Phillips & David Boag, “Recent Rulings on the Entire Market Value Rule and Impacts on Patent Litigation and Valuation,” *Les Nouvelles* 48 (2013): 1.

Eric S. Tautfest, “Temptations to Take: Misappropriation of Trade Secrets, Damages and Remedies,” *Computer Law Review and Technology Journal* 7 (2002–2003): 117.

Financial Accounting Standards Board, ASC 730–10–25–1 (2023).

Harguth, A. & Carlson, S., *Patent in Germany and Europe*. Wolters Kluwer: Philadelphia, 2011.

IFRS Foundation, IAS 38 Intangible Assets (2019), ¶¶54–67.

Jerry Hausman & Gregory K. Leonard, *Real Options and Patent Damages*... (2006), 2 n.3. <https://economics.mit.edu/sites/default/files/2022-09/Real%20Options%20and%20Patent%20Damages.pdf>

John Skenyon et al., *Patent Damages: Law and Practice*, § 1:1 (West, 2024).

KPMG, ASC 730 Handbook: Research and Development (2023), 896–900.

Laura B. Pincus, “The Computation of Damages in Patent Infringement Actions,” *Harvard Journal of Law & Technology* 5 (1991): 124.

Mark A. Lemley, “Distinguishing Lost Profits from Reasonable Royalties,” *William & Mary Law Review* 51 (2009): 655.

Matthew C. Darch, “The Presumption of Irreparable Harm in Patent Infringement Litigation: A Critique of *Robert Bosch LLC v. Pylon Manufacturing Corp.*,” *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property* 11 (2013): 103.

OECD, *Generic Pharmaceuticals* (DAF/COMP(2009)39) (2010).

Pamela Samuelson & Mark P. Gergen, “The Disgorgement Remedy of Design Patent Law,” *California Law Review* 108 (2020): 183. <https://www.californialawreview.org/print/the-disgorgement-remedy-of-design-patent-law> (최종접속 2025-10-10).

- Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, "Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases," *Boston University Law Review* 100 (2020): 1999.
- Patent Infringement, IPmetrics. <https://ipmetrics.net/patent.html>
- Ravi Mohan, "Analysis of the Entire Market Value Rule in Complex Technology Litigation...", *Santa Clara High Technology Law Journal* 27 (2011): 639.
- Robert F. Reilly, "The Valuation of Proprietary Technology," *Strategic Finance* (Jan. 1998).
- Sara Amoroso, The Hidden Costs of R&D Collaboration, EU JRC WP 02/2014 (2014).
- Shawn D. Fox, Calculating Damages in Misappropriation of Trade Secrets Matters, Sikich (2016).
- Stevan Porter & Michelle Rakiec, IP Strategy, Valuation, and Damages (LexisNexis, 2015).
- Steven M. Amundson, "Apportionment and the Entire Market Value Rule...", *Texas Intellectual Property Law Journal* 23, no. 1 (2014): 1.
- United States Sentencing Commission, Guidelines Manual (2024). <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2024/GLMFull.pdf>
- USSC, Office of the General Counsel, Primer: Loss Calculation under § 2B1.1 (2022).
- Zelin Yang, "Damaging Royalties: An Overview of Reasonable Royalty Damages," *Berkeley Technology Law Journal* 29 (2014): 647.
- 孔祥俊, 《商业秘密司法保护实务》, 中国法制出版社, 2012.
- 邓昭君·余洪春, "论证明妨碍规则在知识产权侵权诉讼中的适用," 《全国法院第25届学术讨论会论文集(上)》 (2013): 501-502.
- 刘湘廉, "我国知识产权刑法的最新修正及其适用," 《重庆大学学报(社会科学版)》 28, no.2 (2022): 233-235.
- 李扬, 《反不正当竞争法基本原理》, 知识产权出版社, 2022.
- 李晶, "我国专利侵权损害赔偿合理许可费规则的适用完善," 《上海法学研究》 10, no.2 (2023): 198.
- 李兆轩, "专利侵权损害赔偿计算体系与方法的重塑," 《国家检察官学院学报》 3 (2025): 170.
- 马一德·汪婷, "商业秘密法定赔偿的问题检视与应对," 《电子知识产权》 5 (2024): 86-91.
- 孟晓丽, "知识产权损害赔偿证明妨碍规则的实践省思与路径优化," 《安庆师范大学学报(社会科学版)》 43, no.6 (2024): 107.
- 上海市高级人民法院民三庭, "上海法院确定侵犯知识产权赔偿数额的司法实践," 《人民司法》 1 (2006): 15.
- 王迁, 《知识产权法教程》, 中国人民大学出版社, 2025.
- 张耕等, 《商业秘密法》, 厦门大学出版社, 2019.
- 丁文严·张蕾蕾, "知识产权侵权惩罚性赔偿数额的司法确定问题研究," 《知识产权》 2 (2021): 78.
- 曹新明, "我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计," 《现代法学》 1 (2019): 115.
- 詹映, "我国知识产权侵权损害赔偿司法现状再调查与再思考," 《法律科学》 1 (2020): 193.
- 冯佳瑶, "专利侵权损害赔偿额确定中的证明责任分配," 《法制博览》 1 (2021): 50.
- 何培育·蒋后蒙, "论专利侵权损害赔偿数额认定的证明责任分配," 《知识产权》 7 (2018): 52-53.

국내 판례

대법원 2022. 6. 30. 선고 2018도4794 판결.
대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다34981 판결.
대법원 2017. 9. 26. 선고 2014다27425 판결.
대법원 2017. 6. 29. 선고 2017도3808 판결.
대법원 2016. 6. 23. 선고 2014도11876 판결.
대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다77761 판결.
대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다 35395 판결.
대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다12528 판결.
대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도3915 판결.
대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다75002 판결.
대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결.
대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다36830 판결.
대법원 1999. 3. 12. 선고 98도4704 판결.
대법원 1998. 6. 9. 선고 98다1928 판결.
대법원 1997. 9. 12. 선고 1996다43119 판결.
특허법원 2025. 5. 28. 선고 2024나10034 판결.
특허법원 2025. 3. 13. 선고 2022나2206 판결.
특허법원 2018. 11. 30. 선고 2017나1315 판결.
서울고등법원 2019. 나2049039, 2019나2049046(병합) 판결.
서울고등법원 2018. 10. 11. 선고 2015나2047271 판결.
서울고등법원 2006. 11. 14. 선고 2005나90379 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합565255 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합562195 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합561857 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합561109 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합560748 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합560465 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합560434 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합558806 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합558363 판결.
서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합555708 판결.

서울중앙지방법원 2023. 12. 1. 선고 2022가합549154 판결.
 서울중앙지방법원 2022. 9. 15. 선고 2021가합534018 판결.
 서울중앙지방법원 2021가합582789 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 8. 27. 선고 2018가단5036574 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 2. 18. 선고 2014가합555536 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 2. 1. 선고 2018가단5013441 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 11. 15. 선고 2018가합546424 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 10. 22. 선고 2017가단5128223 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 10. 18. 선고 2019나9391 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2018가합557172 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2018가합557165 판결.
 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2017가합508623 판결.
 서울중앙지방법원 2018. 12. 13. 선고 2016가합502475 판결.
 서울중앙지방법원 2016가합570379, 2017가합583716(병합) 판결.
 서울중앙지방법원 2016. 9. 8. 선고 2015가합573203 판결.
 서울중앙지방법원 2016. 6. 16. 선고 2015가합578109 판결.
 대구지방법원 2023. 12. 20. 선고 2023나311496 판결.
 춘천지방법원 원주지원 2015가합5640 판결.

해외 판례

A. Stucki Co. v. Buckeye Steel Castings Co., 963 F.2d 360 (Fed. Cir. 1992).
 Am. Sales Corp. v. Adventure Travel, Inc., 862 F. Supp. 1476 (E.D. Va. 1994).
 Bandag, Inc. v. Gerrard Tire Co., 704 F.2d 1578 (Fed. Cir. 1983).
 Bianchi v. Barili, 168 F.2d 793 (9th Cir. 1948).
 Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 246/98 (Nov. 2, 2000) (Gemeinkostenanteil), GRUR 2001, 329.
 Canton Steel Roofing Co. v. Kanneberg, 51 F. 599 (N.D. Ohio 1892).
 Caudill Seed & Warehouse Co., Inc. v. Jarrow Formulas, Inc., 53 F.4th 368 (6th Cir. 2022).
 E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Kolon Indus., Inc., 564 F. App'x 710 (4th Cir. 2014).
 E.J. Brooks Co. v. Cambridge Sec. Seals, 31 N.Y.3d 441, 105 N.E.3d 301 (2018).
 Ellipse Corp. v. Ford Motor Co., 461 F. Supp. 1354 (N.D. Ill. 1978).
 Epic Sys. Corp. v. Tata Consultancy Servs. Ltd., 980 F.3d 1117 (7th Cir. 2020).
 Georgia-Pacific Corp. v. U.S. Plywood Corp., 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970), *aff'd*, 446 F.2d 295 (2d

Cir. 1971).

Giese v. Pierce Chem. Co., 29 F. Supp. 2d 33 (D. Mass. 1998).

Halo Elecs., Inc. v. Pulse Elecs., Inc., 136 S. Ct. 1923 (2016).

Healthplan Servs., Inc. v. Dixit, No. 8:18-cv-2608, 2021 WL 4927434 (M.D. Fla. May 27, 2021), report and recommendation adopted, 2021 WL 4926752 (M.D. Fla. July 22, 2021).

In re Seagate Tech., LLC, 497 F.3d 1360 (Fed. Cir. 2007) (en banc).

Kaplan, Inc. v. Dalton Educ., LLC, No. 19-cv-452-jdp, slip op. at 10-12 (W.D. Wis. Aug. 11, 2020).

Leinoff v. Louis Milona & Sons, Inc., 726 F.2d 734 (Fed. Cir. 1984).

Medtronic, Inc. v. Axonics Modulation Techs., Inc., 2023 WL 5273213 (C.D. Cal. 2023).

Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co., 316 U.S. 203 (1942).

Naxon Telesign Corp. v. Bunker Ramo Corp., 517 F. Supp. 804 (N.D. Ill. 1981).

Panduit Corp. v. Stahl Bros. Fibre Works, Inc., 575 F.2d 1152 (6th Cir. 1978).

Pegasystems, Inc. v. Appian Corp., Record No. 1399-22-4 (Va. Ct. App. July 30, 2024).

PPG Indus., Inc. v. Jiangsu Tie Mao Glass Co. Ltd., 47 F.4th 156 (3d Cir. 2022).

Read Corp. v. Portec, Inc., 970 F.2d 816 (Fed. Cir. 1992).

Sethness-Greenleaf, Inc. v. Green River Corp., Nos. 89 C 9203, 91 C 4373, 1995 WL 571415 (N.D. Ill. Sept. 21, 1995).

Steves & Sons, Inc. v. JELD-WEN, Inc., No. 19-1397 (4th Cir. 2021).

Stryker Corp. v. Zimmer, Inc., No. 1:10-cv-1223, 2017 WL 4286412 (W.D. Mich. 2017), *aff'd*, 745 F. App'x 167 (Fed. Cir. 2018).

Syntel Sterling Best Shores Mauritius Ltd. v. The TriZetto Grp., Inc., 68 F.4th 792 (2d Cir. 2023).

Unisplay, S.A. v. Am. Elec. Sign Co., Inc., 69 F.3d 512 (Fed. Cir. 1995).

Univ. Computing Co. v. Lykes-Youngstown Corp., 504 F.2d 518 (5th Cir. 1974).

UPC Court of Appeal, UPC_CoA_30/2024; APL_4000/2024.

UPC Local Division Mannheim, CFI_210/2023.

UPC Local Division Milan, CFI_240/2023.

VIA Techs., Inc. v. ASUS Computer Int'l, No. 14-cv-03586-BLF, 2017 WL 3051048 (N.D. Cal. July 19, 2017).

WMS Gaming, Inc. v. Int'l Game Tech., 184 F.3d 1339 (Fed. Cir. 1999).

東京地方裁判所 平成15(ワ)7588号.

東京地方裁判所 平成29(ワ)29604号.

北京市高级人民法院 (2017)京民终454号.

北京知识产权法院 (2015)京知民初字第1194号.

四川省成都市中级人民法院 (2017)川01民初2948号.

广东省深圳市中级人民法院 (2017) 粤03刑终653号.

浙江省绍兴市中级人民法院 (2015) 浙绍刑终字第874, 875号.

知的財産高等裁判所 大合議(特別部) 平成30年(ネ)第10063号, 令和元年6月7日判決.

知的財産高等裁判所 平成30年(ネ)第10034号.

最高人民法院 (2014) 民三终字第3号.

最高人民法院 (2021) 最高法知民终1363号.

最高人民法院 (2021) 最高法知民终1406号.

最高人民法院 (2021) 最高法知民终148号.

最高人民法院 (2021) 最高法知民终2480号.

最高人民法院 (2022) 最高法知民终2898号.

最高人民法院 (2022) 最高法知民终816号.

最高人民法院 (2023) 最高法知民终1590号.

最高人民法院知识产权法庭 (2024) 最高法知民终370号.

河南省郑州市中级人民法院 (2022) 豫01知民初947号.

온라인 자료

Chambers and Partners, 「Trade Secrets 2025 – Germany, Trends and Developments」, Chambers Practice Guides, 2025, <<https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/trade-secrets-2025/germany/trends-and-developments>>, 최종검색 2025.9.2.

Office of the General Counsel, Loss Calculation under § 2B1.1, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/primers/2022_Primer_Loss.pdf>, 최종검색 2025.7.8.

United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2024, <<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2024/GLMFull.pdf>>, 최종검색 2025.7.8.

USLegal, 「Discovery Devices」, USLegal, <<https://civilprocedure.uslegal.com/discovery/discovery-devices/>>, 최종검색 2025. 9. 2.

강민우·이승윤·이상덕, “한 번만 당해도 회사 망해”...치 떨리는 기술유출 기법, 위장 취업·유령 법인까지 지능화”, 「매일경제」2025.5.25., <<https://www.mk.co.kr/news/society/11326032>>, 최종검색 2025.5.28.

국립국어원 표준국어대사전, “유출”, <<https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do>>, 최종검색 2025.4.4.

금융위원회, “추가조작 등 자본시장 불공정거래에 대한 처벌이 대폭 강화됩니다”, 금융위원회 보도자료, 2024.1.18 일자, <<https://www.fsc.go.kr/no010101/81508?srchCtgr=&curPage=&srchKey=&srchText=&srchBeginDt=&srchEndDt=>>>, 최종검색 2025.6.1.

김두진, 「공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 손해배상제도 도입방안 연구」, 한국법제연구원, 2007. [온라인] <<https://repository.klri.re.kr/bitstream/2017.oak/3976/1/40505.pdf>>

김세훈, “기술탈취 방지 6법 추진하는 민주당… 이재명 대통령 공약 ‘한국형 디스커버리’ 도입되나”, 「경향신문」, 2025.7.1.. <<https://www.khan.co.kr/article/202507011553011#ENT>> 최종 검색 2025.7.8.

- 김철현, “‘스마트 테크브릿지’ 통한 中企 기술거래 확 늘었다”, 『아시아경제』, 2025.5.21., <<https://www.asiae.co.kr/article/2025052020053513797>>, 최종검색 2025.7.30.
- 대검찰청, 「경제사범 처리현황(2024년)」, 대검찰청 사전정보공표대상, 2025.03.27., <https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1740>, 최종검색 2025.6.30.
- _____, “국가핵심기술 반드시 지킨다, 기술유출범죄 척결에 과학수사 역량 집중”, 대검찰청 보도자료, 2025.5.25., <<https://spo.go.kr/site/spo/ex/board/View.do?cbIdx=1403&bcIdx=1080737>>, 최종검색 2025.5.28.
- _____, “기술유출 범죄, 더 이상 ‘숨방망이 처벌’ 없다.”, 대검찰청 보도자료, 2023.6.13., <<https://eiec.kdi.re.kr/policy/materialView.do?num=239648&pg=&pp=20&topic=C>>, 최종검색 2025.5.28.
- 동아일보, 「검찰 “기술개발에 든 비용 기준으로 유출 피해액 계산해야”」, 동아일보, 2024. 2.8., <<https://www.donga.com/news/Economy/article/all/20240208/123442389/1>>, 최종검색 2025.5.28.
- 명순영·반진옥, “중대재해법·디스커버리제… 규제 특수 준비하는 로펌 [스페셜리포트]”, 『매경ECONOMY』, 2025. 9.16, <<https://www.mk.co.kr/news/economy/11420406>>, 최종검색 2025.9.16.
- 문화체육관광부 정책브리핑, 「중소기업 기술탈취 뿌리 뽑는다… ‘한국형 증거 개시 제도’ 도입」, 정책브리핑, 2025.9.10, <<https://www.korea.kr/multi/visualNewsView.do?newsId=148948911>>, 최종검색 2025.9.10.
- 微信公众号, WeChat Official Account, <https://mp.weixin.qq.com/s/IxGqP5allgYpwRm4PR_ikg>, 최종검색 2025.9.10.
- 微信公众号, WeChat Official Account, <<https://mp.weixin.qq.com/s/PBz9AJZ1lhtsNEE2aMonYQ>>, 최종검색 2025.9.10.
- 법무법인(유) 광장, 「중국 특허법 전면개정 브리핑」(뉴스레터), 2020.10.30., <<https://www.leeko.com/leenko/news/newsLetterView.do?lang=KR&newsletterNo=708>>, 최종검색 2025.9.2.
- 변종국·장은지, “기술유출 유죄 496건 중 피해액 반영 ‘0건’”, 『동아일보』, 2024.2.16.일자, <<https://www.donga.com/news/Economy/article/all/20240208/123442658/1>>, 최종검색 2025.5.28.
- 이류리나, “유럽연합 단일특허제도의 최근 동향 및 시사점”, 『IP Report』, 한국지식재산연구원, 2016. <https://www.kiip.re.kr/board/data/view.do?bd_gb=data&bd_cd=3&bd_item=0&po_no=12287> 최종검색 2025.9.2.
- 이성용, “공정 경제 실현 핵심... 지재위, 'K-디스커버리' 도입 총력전 펼친다”, 『특허뉴스』, 2025.7.4., <<https://www.e-patentnews.com/13057>>, 최종검색 2025.7.7.
- 이은희, “중소기업 기술탈취 뿌리 뽑는다…'한국형 증거 개시 제도' 도입”, 『사례뉴스』, 2025.9.10., <<https://www.casenews.co.kr/news/articleView.html?idxno=18566>>, 최종검색 2025.9.15.
- 특허뉴스, 「공정 경제 실현 핵심... 지재위, 'K-디스커버리' 도입 총력전 펼친다」, 특허뉴스(e-PatentNews), 2025.7.4., <<https://www.e-patentnews.com/13057>>, 최종검색 2025.7.30.
- 특허청·한국지식재산보호협회, 「해외지식재산권보호 가이드북 - EU」, 한국지식재산보호협회, 2013. <https://www.ip-navi.or.kr/upload_data/guidebook/guidebook2023_html/eu.html>
- 澎湃新闻 (The Paper), <https://m.thepaper.cn/kuaibao_detail.jsp?contid=27173871>, 최종검색 2025.9.15.
- 한국과학기술정보연구원, 「STAR-Value」, <<http://www.starvalue.or.kr/itechvalue/wsp/main/main.jsp>>, 최종검색 2025.9.15.
- 한국과학기술정보연구원, 「시장접근법 기술가치평가」, <https://starvalue.or.kr/itechvalue/wsp/royalty1/royalty_info.jsp>, 최종검색 2025.9.15.

- 한국산업기술진흥원·(주)티벨류·기술보증기금·한국과학기술정보연구원·한국발명진흥회, 「기술평가 실무가이드」, 2021. 2.26., 한국산업기술진흥원, <https://ktca.kr/bbs/board.php?bo_table=file&wr_id=30>, 최종검색 2025.9.15.
- 한국위험관리센터, [유출과 누출 용어정의], 2018.5.2., <<https://www.greenwhistle.net/%EC%9C%A0%EC%B6%9C%EA%B3%BC-%EB%88%84%EC%B6%9C-%EC%9A%A9%EC%96%B4%EC%A0%95%EC%9D%98/safety/chemical/>>, 최종검색 2025.4.4
- 한국인공지능·소프트웨어산업협회, 「2025년 적용 SW 기술자 평균임금 공표」, 2024.12.3., <<https://share.google/v1s3ofj6FE3rNujTX>>, 최종검색 2025.9.15.
- 한국전자정보통신산업진흥회, 「한국기업을 위한 미국 Discovery 가이드북」, 2021, <<https://share.google/dvYuzzy1wBFZjks8oX>>, 최종검색 2025.9.2.

기술유출범죄 피해규모 산정기준 및 특허침해 손해배상범위 확대를 위한 법제도 개선 연구

발행일: 2025년 9월

발행처: 특허청 산업재산보호정책과(www.kipo.go.kr)

대전광역시 서구 청사로 189

정보대전청사 4동

TEL. (042) 481-5967

이용허락 유형	표시마크	이용허락범위
[제4유형] 출처표시 + 상업적 이용금지 + 변경금지	    공공누리 공공 저작물 자유이용허락	- 출처표시 - 비상업적 이용만 가능 - 변형 등 2차적 저작물 작성 금지