

# 逸失利益과 逸失收益에 관한 損害賠償制度

玄 大 浩\*

## 차 례

- I. 서 설
- II. 손해배상제도와 그 법리구성
  - 1. 개 관
  - 2. 민법 제390조와 제393조에 의한 손해배상제도
  - 3. 민법 제750조와 제763조에 의한 손해배상제도
- III. 일실이익의 손해배상과 그 범위
  - 1. 계약위반에 기초한 손해배상청구
  - 2. 불법행위에 기초한 손해배상청구
- IV. 일실수익의 손해배상과 그 범위
  - 1. 손해배상의 성립요건
  - 2. 손해배상의 범위확정
- V. 결 론

\* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

## I. 서 설

오늘날 산업의 발달은 사람의 육체적 노동에 의존하는 경제에서 사람의 정신적 노동에 기반을 둔 경제로 이동하고 있고, 이러한 변화에 수반하여 사람의 노동력의 가치평가와 그 원상회복에 관심이 높아져 왔다. 즉 교통사고를 비롯하여 광산사고, 산업재해사고, 의료과오 등 사람의 생명이나 신체에 대한 침해로 가져오는 이른바 인신사고로 인하여 사망하거나 부상한 피해자에 대하여 가해자로 하여금 얼마만큼을 금전으로 배상하도록 하는 것이 적절한가 하는 것은 법정책뿐만 아니라 그 사회의 경제적·사회적 여건과도 긴밀한 관련성이 있는 문제이어서 법이론이나 재판실무에서 어려운 과제에 해당된다.<sup>1)</sup> 또한 최근 정보사회의 도래로 유형적인 유체재산에서 무형적인 지적재산에 기반을 둔 경제로 가치의 중심이 이동하고 있어서 지적재산권의 가치평가와 그 원상회복에도 관심이 높아져 왔다. 즉 지적재산권이 가지는 경제적 가치의 급상승과 지적재산권의 보호형태가 다양화·복잡화됨에 따라 침해가 빈번하게 발생하여 원상회복에 대한 법정책적인 고려와 실무상 그 배상액의 산정이 중요한 현안으로 등장하고 있다.

우리 나라에서도 이러한 산업환경의 변화에 직면하고 있으며, 특히 사람의 생명, 신체 등에 대한 침해로 인한 재산손해와 지적재산권의 침해로 인한 재산손해에 대한 원상회복의 방법으로 손해배상제도가 중요한 의미를 가질 뿐만 아니라 산업에도 중대한 영향을 미치고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 나라의 손해배상제도에 있어서 입법과 재판실무 등에서는 모호한 문제점이 발견된다. 즉 우리 나라의 손해배상제도에서는 입법상의 오류로 인하여 그 법리구성에 혼란을 초래하고 있어서 법조항과 실무사이에는 극복할 수 없는 문제점들이 나타나고 있으며, 또한 일실수익과 일실이익의 배상제도에 대한 체계화와 그 법리가 확립되어 있지 아니하여 그 배상청구와 배상범위 등에 관련해서도 혼란이 야기되고 있다.

그러므로 이 연구에서는 일실수익과 일실이익에 대한 손해배상제도를 체계화하고자 하는데, 이를 분석함에 있어서 민법의 손해배상제도를 우선적으로 검토하지 않을 수 없다. 즉 민법의 손해배상제도에 대한 문제점과 개선방안을

1) 김종배, 일실이익의 산정방법과 산정기준, 재판자료 제21집, 법원행정처, 27면.

살펴보고, 이를 바탕으로 일실회익의 배상제도(특히 지적재산권의 침해행위 또는 계약위반에 기초한 손해배상제도)와 사람에 대한 침해로 인하여 발생하는 일실회익의 배상제도를 체계화하는 시도를 하고자 한다.

## II. 손해배상제도와 그 법리구성

### 1. 개 관

#### (1) 손해란?

우리 나라에서는 통상 손해와 손실을 구별함이 없이 사용하는 것이 일반적이나, 유럽법에서는 과도한 책임을 제한하는 원칙으로 손실(harm/loss)과 손해(damage)를 구별하고 손해는 법적으로 다룰 수 있는 것으로 다루고 있다. 미국의 경우에도 불법행위에 관한 제2 리스테인먼트에서 손해(injury)란 법적으로 보호되는 법익의 침해라고 정의하고 있다. 따라서 여기서 손해란 재산, 권리 또는 사람에 대하여 야기한 법적으로 보호받을 수 있는 손실로 정의할 수 있다.<sup>2)</sup>

#### (2) 일실회익과 일실회익이란?

##### 1) 일실회익의 개념

일실회익(loss of profits)이란 장래에 얻을 수 있는 것으로 기대되었던 이익이 방해에 의하여 얻지 못하게 됨으로써 발생한 손해를 말한다. 이는 장래 이익획득의 가능성에 기초하여 침해의 원인이 없었다면 장래 얻을 수 있었을 이익의 상실로 파악할 수 있다. 구체적으로 일실회익은 사물의 통상의 경과에 따라 또는 특별한 사정에 따라 이미 행하여진 설비나 준비에 따라 개연성을 가지고 기대할 수 있었던 이익이고, 침해행위가 없었다면 권리자가 얻을 수 있었던 일종의 소극적 손해에 해당된다. 우리 나라의 민법에서는 일실회익의 배상에 대하여 특별한 조항을 마련하지 아니하고 그 배상여부와 배상범위에 대하여는 침묵하고 있다. 즉 민법 제390조와 민법 제393조에서 손해배상의 요건과 배상범위에 관한 일반원칙만을 밝히고 있어서 일실회익의 손해

2) Christian Von Bar, The Common European Law of Torts(Volume Two), Oxford University Press, 2000, p.6~8.

배상과 그 범위에는 다소간 모호하다(불법행위에 기초한 일실효익의 배상청구에서도 민법 제750조와 민법 제763조만을 규정하였다). 독일의 경우 민법 제252조에서는 『배상되어야 할 손해에는 일실효익도 포함된다. 사물의 통상적 경과에 비추어 또는 특별한 사정, 특히 행하여진 시설이나 준비조치에 비추어 개연적으로 기대될 수 있었던 이익은 일실된 것으로 본다』라고 하여 명시적인 조항을 마련하여 이와 같은 논란을 일소하였다.

## 2) 일실수익의 개념

위에서 살펴본 것처럼 일실효익은 장래에 기대되었던 이익으로 사물의 통상의 경과에 따라 또는 특별한 사정에 따라 이미 행하여진 설비나 준비에 따라 개연성을 가지고 기대할 수 있었던 이익의 침해로 인한 재산손해인데 비하여, 일실수익(loss of earnings)은 사람의 사망, 상해 및 자유의 침해로 인하여 피해자가 제3자에게 노무를 제공할 의무에 따라 개연성을 가지고 기대할 수 있었던 이익을 침해한 것에 대한 재산손해라는 점에서 구별된다. 즉 일실수익은 사람에 대한 침해를 전제로 한 재산손해를 그 요소로 한다는 점에서 일실효익과 구별되고, 영·미법에서도 이익(profits)과 수익(earnings)은 동의어가 아니며 개인의 신체침해에 대한 일실수익은 손해배상의 요소나 산정에서 고려된다.<sup>3)</sup>

우리 나라에서는 일실효익과 일실수익의 개념을 혼동하여 사용하는 경우를 빈번히 발견할 수 있는데, 양자를 구별함이 없이 사용하는 것은 손해배상제도에 대한 체계화를 어렵게 한다. 이와 같은 용어사용의 혼란은 판례에서도 찾아볼 수 있지만, 비록 용어를 혼용하여 사용한다고 하여도 통상 인적손해의 산정에 있어서 치료비, 간호비, 장래비 등의 요소 중 하나로 일실수익을 보고 있다.<sup>4)</sup> 즉 우리 나라에서는 일실수익의 배상은 일반적으로 받아들이고 있지만 사람에 대한 침해로 반드시 일실수익의 배상을 가져오는 것이 아니라는 점에서 법이론상의 검토는 필요하다. 독일의 경우에는 일실수익에 대하여 입법적으로 해결하고 있는데, 독일민법 제845조 전단에서 『사망, 신체 또는 건강의 침해 및 자유의 침탈의 경우에 피해자가 법률에 기하여 제3자에 대하여 그의 가정

3) Robert L. Dunn, Recovery of Damages for Lost Profits, Lawpress Corporation, 5th edition, 2002, p.231.

4) 대판 1998.9.18, [97다47507]; 대판 1996.7.18, [94다20051]; 대판 1997.12.13, [96다46491] 등.

에서 또는 그의 영업에서 노무를 급부할 의무를 지고 있었던 때에는 배상의무자는 그 제3자에 대하여 정기금의 지급으로 일실된 노무에 대한 배상을 하여야 한다』고 규정하여 일실노무로 인한 배상청구를 명시적으로 인정하였다.

## 2. 민법 제390조와 제393조에 의한 손해배상제도

### (1) 손해배상의 성립요건

민법은 제390조에서 『채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다』라고 하여 고의 또는 과실·계약위반·인과관계 및 손해의 발생을 그 요건으로 규정하였다. 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다.

첫째, 고의 또는 과실이 요구된다. 우리 민법 제390조에서 특이한 점은 미국법과 달리(독일의 손해배상제도와 유사하게) 계약위반으로 인한 손해배상책임의 성립요건으로 당사자의 고의 또는 과실을 요건으로 하였다는 점이다. 미국의 경우에는 계약위반에 대하여 당사자의 유책성을 요건으로 하지 않았는데, 독일이나 우리 나라의 경우에는 비록 법조항에서 미국과 차별화되어 있지만 실무상으로는 계약상 의무이행이 계약내용에 부합하지 아니하거나 그 이행과정에서 발생하는 사유로 불이행하는 경우에 이행하는 자가 유책성이 없음을 증명해야 한다. 따라서 미국법과 우리 나라의 법사이에는 실무상 중대한 차이가 있다고 보기는 어렵다.

둘째, 계약위반이 요구된다. 계약위반이라는 요건은 당사자가 체결한 계약서 등에 명시적으로 또는 묵시적으로 합의한 사항을 위반한 경우를 의미한다. 이 요건과 관련해서 채권의 목적을 금전으로 환산할 수 있어야 하는가의 문제되는데, 우리 민법은 제373조에서 『금전으로 가액을 산정할 수 없는 것이라도 채권의 목적으로 할 수 있다』고 규정하였다.

셋째, 계약위반과 발생한 손해사이에는 인과관계가 요구된다. 이 경우 계약위반과 손해사이의 인과관계는 사실적인 인과관계가 아니라 규범적 가치판단이 개입된 법적인 인과관계가 요구된다. 판례도 민사분쟁에 있어서의 인과관계는 의학적·자연과학적 인과관계가 아니라 사회적·법적 인과관계이고, 그 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 입증되어야 하는 것은 아

니다 라는 입장이다.<sup>5)</sup> 종래 우리 나라의 통설<sup>6)</sup>에 의하면 이 경우 인과관계를 상당인과관계로 이해하고 위법행위와 손해사이에 상당한 인과관계를 요구한다.<sup>7)</sup> 아래에서 살펴보겠지만 통설은 인과관계를 포괄적으로 다루고 있다는 점과 민법 제393조를 상당인과관계에 기초한 것이라고 보는 점에서 문제가 있다. 즉 민법 제393조와 거의 유사한 내용인 일본민법 제416조는 독일민법 제249조에 대한 상당인과관계설과 무관하고 오히려 프랑스민법<sup>8)</sup> 및 영국의 판례(Hadley v. Baxendale사건)<sup>9)</sup>에서 유래된 것이라고 하여 통설은 비판을 받고 있다.<sup>10)</sup>

넷째, 계약위반에 의하여 실질적인 손해가 발생해야 한다. 이 경우 손해의 사실에 대한 증명은 확실해야 하나, 그 손해액은 추정적이거나 불확실하다고 하여도 허용된다.

## (2) 손해배상의 범위확정

계약위반에 의한 손해란 만약 계약위반이 없었다고 한다면 있었어야 할 이익상태와 계약불이행으로 인하여 발생하고 있는 현재의 이익상태사이의 차이로 파악할 수 있다.<sup>11)</sup> 따라서 재산권의 침해에 대한 손해라 함은 만약 가해원인이 없었다고 한다면 있었어야 할 이익상태와 가해가 이미 발생하고 있는

5) 대판 2000.3.28, [99다67147].

6) 또한 통설의 태도에 대하여 손해배상의 범위는 법적 책임범위에 관한 평가의 문제이므로 상당인과관계에 의한 설명은 적합하지 아니하다고 비판하고 규범적 위험성설을 주장하는 견해도 있다. 김형배, “과실 개념과 불법행위책임 개념”, 『민사법학』(합병호 제4·5호), 한국사법행정학회, 1985, 317면 참조.

7) 곽윤직, 『채권총론』, 박영사, 2002, 140면.

8) 프랑스 민법은 제1150조에서 고의(dol)에 의하지 아니한 채무불이행의 경우에 계약의 당시 예견할 수 있었던 손해에 대하여만 배상책임을 진다고 규정하여, 이른바 예견손해의 원칙을 선언하고 있는바 이는 프랑스법에 있어서의 전통적인 원칙으로 프랑스민법전의 다른 여러 분야에 있어서와 마찬가지로 민법전의 편찬자들이 Pothier의 학설을 계승한 것이라고 말해지고 있다. 양삼승, “손해배상범위에 관한 기초적 연구”, 박사학위논문(서울대학교 대학원), 1988, 22면.

9) Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145(1845).

10) 양삼승, “손해배상의 범위 및 방법에 관한 독일·일본 및 우리 나라의 민법의 비교”, 『민사법의 제문제(방순원선생 고회기념논문집)』, 1984, 83면.

11) 이 주장은 차액설에 따른 결과이고 우리 나라에서는 법익침해로 인하여 입은 구체적 인 불이익을 손해라고 하는 구체적 손해설이 대립하여 왔다. 독일에서는 차액설이외의 규범적 손해개념을 제창하는 학설이 주장되고 있고, 종래 우리 나라에서 판례와 통설은 차액설을 따르고 있다.

현재의 이익상태사이의 차이를 손해로 파악할 수 있다. 이와 같은 기본원칙에도 불구하고 손해배상의 범위확정은 여전히 모호하다. 따라서 민법전은 제393조에서 채무불이행으로 인한 손해배상의 범위확정에 대한 조항을 마련하여 손해배상의 산정에 대한 기준을 밝히고 있다. 한편, 미국의 경우에는 판례를 중심으로 발달하여 왔기에 대륙법계의 민법전처럼 손해배상의 성립요건이라는 도그마에 중점을 두기보다는 구체적으로 손해를 회복하는 실무상의 기준 설정에 관심을 가졌다. 즉 미국법은 손해배상의 회복을 규율하는 원칙으로 예견가능성(foreseeability), 근접원인(proximate cause) 및 합리적 확실성(reasonable certainty)<sup>12)</sup>이라는 기준을 활용하여 왔다(아래에서는 이들 산정기준을 중심으로 살펴보는데, 위에서 살펴본 손해배상의 성립요건에 해당하는 ‘손해의 발생’이라는 요건과 ‘합리적 확실성’이라는 요건은 사실 동일한 것이고, 손해의 산정기준에서 재차 다루는 이유는 이 요건이 주로 손해배상의 산정에서 문제되기 때문에 중첩적으로 다루었다).

#### 1) 예견가능성

민법은 제393조제1항과 제2항에서 손해배상의 범위확정에 대하여 규정하였는데, 제393조제1항에서는 『채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다』라고 규정하고 있고 제393조제2항에서는 『특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다』라는 규정을 마련하였다. 이와 같은 민법 제393조의 손해배상 범위확정은 유명한 영국의 Hadley v. Baxendale사건<sup>13)</sup>에서 나타난 계약 위반에 의한 일실이익 손해배상의 법리를 범조문화 한 것으로 알려지고 있다. 즉 민법 제393조는 일본민법 제416조를 모방한 것이고, 일본민법 제416조는 영국의 일실이익의 배상에 관한 유명한 Hadley v. Baxendale사건에서 나타난 일실이익의 손해배상법리를 도입하였다. 그런데 민법 제393조제2항에서 채무불이행에 의한 손해배상의 범위에 있어서 그 요건상 일본민법 제416조제2항과 달리 규정하고 있어서 이 조항의 타당성에 대하여 의문이 제기된다. 즉 민법 제393조제2항은 『특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다』라고 하고 있는데 비하

12) 합리적 확실성을 손해배상액 산정의 원칙으로 소개하는 견해도 있다. 이은영, 『채권총론』, 2000, 323~325면 참조.

13) Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145(1845).

여, 일본민법은 제416조제2항에서 『특별한 사정으로 인하여 생긴 손해라 하여도 당사자가 그 사정을 예견하거나 또는 예견할 수 있었을 때에는 채권자는 그 배상을 청구할 수 있다』라고 규정하고 있다. 우리 나라와 일본의 이들 조항을 비교해보면, 제2항에서 특별한 사정의 예견자가 일본민법은 ‘당사자’로 하고 있음에 반하여 우리 민법은 ‘채무자’로 되어 있다는 것이다. 그럼에도 불구하고 민법안심의록에 따르면 정부원안은 현행법(일본민법) 제416조와 동일하다고 보았다.<sup>14)</sup> 이와 같이 특별한 사정의 예견주체를 ‘당사자’로 하는 것과 ‘채무자’로 하는 것이 결코 같을 수 없는 것임에도 굳이 같다고 한 것은 당시 일본민법 제416조의 ‘당사자’를 통설이 ‘채무자’로 해석하고 있었기 때문이다.<sup>15)</sup> 그렇지만 민법 제393조제2항에서 예견주체를 채무자에 한정하고 있는 것은 Hadley v. Baxendale사건의 법리를 완전히 일탈한 것으로 입법상 오류에 해당된다는 점이다. 따라서 민법 제393조제2항의 ‘채무자’를 ‘당사자’로 개정해야 한다.<sup>16)</sup>

위에서 살펴본 민법 제393조제2항은 손해배상의 범위확정에 있어서 일본민법을 모방하여 Hadley v. Baxendale사건의 예견가능성이라는 기준을 도입하려고 한 것은 분명하다. 여기서 예견가능성은 계약위반의 소송에서 일실이익의 손해배상을 회복하고자 하는 경우 계약체결시 계약위반의 결과에 대한 자연적으로 기대되는 예상가능성이 있어야 하는지의 여부를 검토한다. 이 요건은 계약위반으로부터 발생하는 일실이익의 손해배상에 대한 유명한 영국의 Hadley v. Baxendale사건으로 회귀하는데, 오늘날 영·미법계의 법원은 대부분 이 사건으로부터 추출된 예견가능성을 여전히 준수하고 있다.<sup>17)</sup>

## 2) 상당인과관계(또는 근접원인관계)

다음으로, 손해배상의 산정기준에는 인과관계가 요구된다. 즉 가해자가 배

14) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 『민법안심의록(上)』, 1957, 235면.

15) ‘당사자’를 채무자로 규정한 입법은 만주민법 제380조도 그러하다. 정종휴, “손해배상의 범위규정의 구조”, 『손해배상법의 제문제(성간황적인박사회갑기념)』, 1990, 70면.

16) Hadley v. Baxendale사건에서 도입된 손해배상의 원칙과 이를 우리 입법에 도입하는 과정에 대하여는 현대호, “민법전과 지적재산권법의 손해배상제도에 관한 연구”, 『창작과 권리』, 세창출판사, 2002년 겨울호, 9~13면 참조.

17) 독일민법의 경우에 있어서는 예견가능성의 유무는 손해배상의 범위를 확정함에 있어서 원칙적, 적극적으로는 고려의 대상이 되지 아니하지만, 복잡한 우여곡절을 거쳐 소극적인 측면에서 과실상계의 사유로는 인정되고 있다. 양삼승, “불법행위로 인한 손해배상의 범위론”, 『법조』, 2000. 8(Vol.527), 96~97면.

상하는 손해는 가해행위로 피해자에게 준 손해이므로 가해행위와 손해의 발생과의 사이에는 상당한 인과관계가 있어야 한다.<sup>18)</sup> 여기서 상당성이라 함은 본질에 있어서 인과관계의 개연성을 말하는 것이므로 실제로는 통계적 빈도를 지칭하고 이 통계적 빈도는 결국 경험칙에 의존한다.<sup>19)</sup> 즉 손해배상의 산정기준으로 상당인과관계(내지는 근접원인관계)가 요구된다. 특히 미국법에서는 Hadley v. Baxendale사건의 법리와 함께 근접원인(또는 합리적 인과관계)을 요구하고 있는데, 미국법에서 근접원인은 일실이익을 회복하는 요건으로 피고의 위법행위에 의하여 야기된 손해에 대한 회복은 근접해야만 한다는 것이다. 이 원칙은 모든 보상적 손해배상에 적용되고, 소송원인이 계약이나 불법행위에 관계없이 동일하게 적용된다.

그런데, 손해배상의 성립요건에서 요구되는 인과관계와 손해배상의 산정기준에서 요구하는 인과관계사이에는 차이가 있다. 즉 인과관계는 이중적인 역할을 한다. 계약위반에 기초한 손해배상청구권이 성립하기 위해서 고의 또는 과실의 가해행위와 발생한 손해사이에 책임설정적 인과관계가 요구되고, 손해배상의 책임이 성립된 경우에 발생한 손해 중에서 어느 범위까지를 위반자에게 배상시킬 것인가의 판단문제에 대하여 책임충족적 인과관계가 요구된다. 환언하면 책임설정적 인과관계는 민법 제390조의 단계에서 심사되고, 책임충족적 인과관계(상당인관관계)는 민법 제393조의 단계에서 검토하게 된다.<sup>20)</sup> 이와 같은 인과관계의 이중적인 역할은 실무상에서는 구별하기가 어렵다.

### 3) 합리적 확실성

마지막으로, 손해의 산정은 그 피해가 합리적으로 확실한 것만을 배상받을 수 있다. 이 요건에 대하여 민법에서는 특별한 조항을 마련하지 않았지만, 실무상으로는 미국법과 차이가 없다(사실 성립요건에서 손해의 발생이라는 요건에 해당된다). 미국법에서 합리적 확실성은 일실이익의 손해배상에 대한 회복을 위한 요건으로 ‘합리적인 확실성’으로 손해를 증명해야 한다는 것이다. 계약에 관한 제2 리스테이트먼트 제352조에서도 『손해배상은 합리적인 확실성으로 성립된 증거의 범위를 넘어선 손실에 대해서는 회복할 수 없다』고 규정하고 있다. 여기서 ‘합리적인 확실성’의 원칙은 손해의 사실에만 적용되고,

18) 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2000, 502면.

19) 배대현, 『특허권침해와 손해배상』, 세창출판사, 1997, 144면 참조.

20) 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2000, 774면 참조.

손해액의 산정에는 적용되지 아니한다. 일실이익의 손해에 대한 사실증명은 이익을 얻을 수 있었다는 것에 대한 것이다. 따라서 손해의 사실에 대한 증명은 확실해야 하나, 손해액의 증명은 추정적·불확실적 또는 부정확적인 것도 허용된다.<sup>21)</sup>

### 3. 민법 제750조와 제763조에 의한 손해배상제도

#### (1) 성립요건

민법은 제750조에서 『고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다』라고 하여 불법행위로 인한 손해배상책임의 성립요건에 대한 일반원칙을 선언하고 있다. 민법 제750조는 유체재산권이든, 무형적인 지적재산권이든 또는 재산적 가치가 있는 정보이든 간에 모든 법익에 대하여 보호의 기초와 그 요건을 선언한 것에 해당된다.

첫째, 민법 제750조는 불법행위에 의한 손해배상을 청구하는 경우 고의 또는 과실에 의한 것임을 요구하고 있다. 따라서 배타적 법익은 통상 과실만으로 족하고 배타성이 없는 법익(예컨대, 순수한 경제적 이익에 대한 침해)은 원칙적으로 고의를 요건으로 한다. 독일의 경우에는 민법 제826조에서 『선량한 풍속에 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 사람은 그 타인에게 손해를 배상할 의무를 진다』라고 하여 명시적인 규정을 마련하고 있다. 우리 민법 제750조는 고의에 의한 불법행위와 과실에 의한 불법행위로 나누고 있는 것에 불과하고 양자사이의 차이를 인정하여 배상범위를 달리한 것은 아니다. 다만, 민법은 제765조제1항에서 『본장의 규정에 의한 배상 의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있다』라고 규정하고, 제765조제2항에서도 『법원은 전항의 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다』라고 하여 경과실의 경우 배상액을 경감할 수 있는 특별한 배려를 하고 있다.

둘째, 민법 제750조는 '위법행위'라고 하여 위법성을 요건으로 하고 있는데, 생명·신체·건강·자유·소유권 및 지적재산권과 같은 배타적 권리를 침해하는

21) Robert L. Dunn, op. cit., p.17.

경우 이들 법익의 침해는 그 자체로 위법성을 징표한다. 다만, 명예나 프라이버시 등과 같은 포괄적인 배타적 권리는 위법성을 증명해야 하고(예컨대, 프라이버시는 배타적인 인격권에 의하여 보호되는 법익이지만, 이 법익은 그 보호영역을 침해한 것으로 볼 수 있는지는 명확하지 아니하므로 고의에 의한 침해의 경우에도 위법성을 증명하여야 한다), 거래관계에 대한 부당한 간섭에 의한 경제적 손해도 위법성을 증명해야 한다. 여기서 위법성은 민법 제103조의 선량한 풍속위반과 기타 개인의 권리와 법익 보호를 목적으로 하는 법규가 그 판단기준이 된다. 이 요건은 일실회익의 배상을 포함하는 것인가가 명확하지 않다.

셋째, 민법 제750조는 '위법행위로 타인에게 손해를 가한 자'라고 하여 위법행위와 손해사이에 인과관계를 요건으로 하고 있다. 이 경우에 인과관계는 계약위반에 의한 손해배상청구와 동일하게 법적인 인과관계가 요구된다.

넷째, 민법 제750조는 침해결과로 '손해의 발생'을 요구하고 있는데, 다른 모든 요건을 갖추었다고 하여도 실질적인 피해, 즉 실질적 손해가 발생하지 않았다고 한다면 손해배상을 받을 수 없다.

## (2) 손해배상의 범위확정

민법은 손해배상에 대한 책임의 성립요건에 대해서는 제750조를 마련하였고, 제763조에서 불법행위의 손해배상 범위에 대하여 민법 제393조 계약법의 손해배상의 범위확정을 준용하고 있다.<sup>22)</sup> 따라서 계약법과 불법행위법의 손해배상에 관한 범위는 적어도 우리 나라의 민법전에서는 동일하다. 과연 이와 같은 민법전의 입법방식이 타당한 것인가 라는 의문이 제기된다. 왜냐하면 독일은 손해배상에 대하여 민법 제249조제1항에서는 『손해배상의 의무를 부담하는 사람은 배상의무를 발생시키는 사정이 없었다면 있었을 상태를 회복하여야 한다』라고 하여 원상회복의무를 두고 있을 뿐이고, 일본도 손해배상의 범위확정에 대하여 계약법에 한정하여 민법 제416조에서 통상손해와 특별손해로 나누어서 배상범위를 확정하고 있기 때문이다. 이와 같은 민법 제763조의 입법방식이 타당한 것인가에 대해서도 다툼이 제기된다. 민법 제763조의 제정 당시 기록에 따르면 불법행위로 인한 손해배상에 관하여 채무불이행에 관한 초안 제384조와 동일하게 해석하는 것이 학설의 거의 일치되는 바이므로

22) 만주민법 제743조에서도 불법행위에 기한 손해배상에 이를 준용하고 있음을 지적하는 견해도 있다. 정종휴, 전제논문, 70면.

이를 명문화하기 위하여 동조를 준용규정에 포함시키게 되었다.<sup>23)</sup> 즉 채무불이행의 손해배상을 불법행위에 준용하게 된 것도 당시의 통설에 따른 결과이다.<sup>24)</sup> 민법 제393조제2항에서 특별손해를 ‘알았거나 알 수 있었던 때’ 라는 예견가능성에 기초하여 채무불이행의 손해배상책임을 불법행위의 손해배상에 이를 적용함은 타당하지 않다.<sup>25)</sup> 왜냐하면 불법행위의 경우에는 계약에 기한 채무불이행의 경우와 근본적으로 상황이 다르기 때문이다. 즉 채무불이행의 경우 쌍방당사자가 이미 특정되어 있어서 쌍방당사자사이에서 계약내용의 형성에 대하여 서로 협의하고 조정할 수 있으며, 그 과정에서 특별손해를 예견한다거나 예견할 수 있었다는 점 등은 문제가 될 수 있다. 이에 반하여 불법행위의 경우 실제로 불법행위가 발생되어 손해가 나타나기 전까지는 피해자가 특정될 수 없고, 따라서 가해자가 피해자에게 발생할 특별손해를 예견한다거나 예견할 수 있다는 것 등은 전혀 상정할 수 없다.<sup>26)</sup> 따라서 민법 제393조를 준용하고 있는 민법 제763조는 명백한 입법상의 오류에 해당된다. 즉 민법 제393조의 손해배상 범위확정은 계약법에 한정된 것이고 불법행위 손해배상의 범위확정이나 산정기준에 적용할 수는 없다.<sup>27)</sup> 결국 민법 제763조의 준용문구를 삭제하여 제393조제2항의 계약법 원칙이 적용된다는 오해를 회피해야 할 것이고, 이를 불법행위에 적용한 판례도 있는데 바로 잡아야 한다.

23) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 전게서, 451면.

24) 정종휴, 전게논문, 70면 참조.

25) Hadley v. Baxendale사건의 기준과 관련하여 계약에 관한 제2리스테이트먼트 제351조제1항에서 「손해배상은 계약당시 당사자가 위반의 결과로 예상할 수 없는 손실에 대하여는 회복할 수 없다」라고 하고, 제2항에서는 「(i) 사건의 통상적인 경과에 의한 경우 또는 (ii) 사건의 통상적인 경과를 벗어난 특별한 상황에서 그 결과를 위반시에 당사자가 알았어야 할 이유가 있는 경우 그 위반으로부터 야기되는 손실은 계약위반의 결과로 예상할 수 있는 것이다」라고 규정하고 있다. 그런데 계약에 관한 제2리스테이트먼트 제351조 (3)에서 「법원은 일실이익에 대한 회복의 배제에 의하여, 손실이 신뢰한 상황에서 발생한 것만의 회복을 허용하는 것에 의하여, 또는 부당한 배상을 회피하는 것이 정당하다라는 상황에 의하여 예견가능성이 있는 손실에 대한 배상을 제한할 수 있다」라고 규정하여 Hadley v. Baxendale사건의 주관적 기준을 부정하는 경우도 있다(Restatement of Contracts(second) §351, Comment a).

26) 양삼승, “민법 제393조를 준용하는 민법 제763조의 의미”, 『손해배상법의 제문제(성간황적인박사화갑기념)』, 1990, 98면 참조.

27) 김형배교수는 채무불이행과 같이 특별한 신뢰관계가 당사자간에 존재치 않는 불법행위에서 민법 제393조의 예견가능성을 배상범위의 결정기준으로 삼는 것은 불합리하며, 불법행위에서는 통상손해·특별손해의 구별은 인정할 수 없다라는 견해를 밝히고 있다. 김형배, 『민법연구』, 박영사, 1986, 329면.

결국 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상 범위확정에 관하여 민법 제763조에서 민법 제393조를 준용할 수 없도록 그 내용을 삭제하고, 불법행위로 인한 손해배상의 범위확정은 판례에 맡겨두는 것이 타당하다. 결과적으로 불법행위로 인한 손해배상의 산정기준은 계약에 한정된 예견가능성을 제외한 상당인과관계와 합리적 확실성이라는 요건이 요구되고, 그 내용은 계약에 기초한 손해배상의 산정기준에서 살펴본 것과 동일하다.

### III. 일실희익의 손해배상과 그 범위

#### 1. 계약위반에 기초한 손해배상청구

위에서 간략히 살펴본 것처럼 일실희익의 청구기초가 계약에 근거한 경우 민법 제393조에서 고의 또는 과실, 계약위반, 인과관계, 손해의 발생이라는 요건을 갖춘 때에만 손해배상을 받을 수 있다.

일실희익에 의한 손해배상의 산정기준과 관련해서도 민법 제393조제1항과 제2항에서 입법화되었지만, 특별손해의 예견주체는 채무자가 아니라 당사자로 바뀌어야 하고 이러한 차원에서 일실희익의 손해배상 범위는 통상적으로 예상할 수 있는 손해는 당연히 포함되지만 당사자가 특별히 인식하지 못한 손해에 대하여는 배상의무가 없다.

#### 2. 불법행위에 기초한 손해배상청구

##### (1) 민법 제750조에 의한 일실희익과 그 배상

일실희익에 대한 손해배상의 청구가 민법 제750조의 불법행위에 기초를 두고 있는 경우에는 무엇보다도 위법성의 요건과 관련해서 문제가 된다. 즉 일실희익의 침해가 위법한 것인가의 여부가 문제되고 결국에는 법원의 판단에 맡겨둘 수밖에 없으나, 우리 민법이 제750조에서 ‘권리침해(배타적 권리에 대한 침해)’라는 요건 대신에 ‘위법성’이라는 요건을 두었다는 점에서 다소 보호의 여지가 있다.

일실희익의 배상에 관한 산정기준은 계약위반에 기초한 배상범위의 확정과 달리 상당인과관계와 합리적 확실성이라는 요건을 갖춘 손해에 한정하여 배상할 의무가 있다. 즉 예견가능성의 요건은 불필요하다.

## (2) 지적재산권법에 의한 일실이익과 그 배상

지적재산권의 침해에 대한 손해배상책임의 기초는 우선적으로 특허법, 저작권법, 상표법 등과 같은 해당 지적재산권법에서 두고 있는 손해배상책임의 조항이다. 또한 이들 조항과 함께 또는 별개로 민법 제750조의 불법행위에 의한 손해배상책임을 주장할 수 있다. 예컨대, 특허, 저작, 컴퓨터프로그램, 의장, 실용신안 등은 법률에 의하여 형성된 권리이고, 이들 법을 벗어나 민법 제750조에 의한 독자적인 보호를 받을 수 있지는 불확실하다. 그렇지만 지적재산권법에 의하여 배타적 권리로 보호되는 이상 자동적으로 이들 지적재산권의 침해는 민법 제750조의 불법행위에 해당되고 손해배상청구의 기초가 된다. 결국 지적재산권의 침해행위에 대한 일실이익의 손해배상을 청구함에 있어서 민법 제750조의 손해배상청구와 지적재산권법의 손해배상청구라는 2개의 청구기초가 성립한다.

### 1) 손해배상의 성립요건

민법 제750조의 불법행위에 의한 손해배상책임은 유책성·위법성·인과관계 및 손해의 발생이라는 4개의 성립요건을 갖추어야 하고, 지적재산권의 침해행위를 민법 제750조에 기초하여 일실이익의 배상을 청구하는 경우 이들 요건을 갖추어야 한다. 즉 지적재산권은 재산권의 하나이고 그 침해에 대해서는 재산권의 침해에 관한 불법행위의 이론을 원칙으로 하는 것은 당연하다.<sup>28)</sup> 그러므로 손해배상청구는 권리침해의 사실, 침해자의 고의 또는 과실이 있다는 것, 침해행위에 의하여 발생했다는 것(손해의 발생 및 인과관계) 그리고 손해의 액을 원고가 입증하는 것이 필요하고 손해의 대상은 침해와 상당인과관계에 있는 전손해라고 하는 것이다. 따라서 지적재산권법은 그 자체에서 고유한 손해배상제도를 가지고 있는 것이 아니다.<sup>29)</sup> 그렇지만 지적재산권은 무체재산권의 일종으로 그 침해사실을 포착하기가 어렵고, 침해에 대한 손해의 입증도 곤란하다. 따라서 지적재산권법은 민법전의 불법행위의 성립요건 중에서 그 요건을

28) 古城 春實, 特許·實用新案侵害訴訟における損害賠償の算定(1), 發明86卷 1號(1989), 42頁.

29) 저작권의 손해배상에서 동일한 주장하는 견해로 濱野英夫, 著作權(人格權, 隣接權も含む)侵害による損害賠償請求の特殊性と問題點(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996, 69頁 참조.

완화하고 있고, 특히 일실이익의 손해배상에 관련해서는 그 손해배상의 책임성립에 대한 근거조항과 구체적인 손해산정의 방법을 입법화하였다.<sup>30)</sup> 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다.

첫째, 유책성과 관련해서는 고의 또는 과실에 대한 입증이 문제된다. 민법 제750조 불법행위의 손해배상청구에 대한 성립요건은 지적재산권법에서도 적용된다. 따라서 지적재산권의 침해에 대한 책임도 과실책임에 기초를 두고 있다. 예컨대, 특허법 제128조, 실용신안법 제46조, 의장법 제64조, 상표법 제67조, 저작권법 제93조, 컴퓨터프로그램보호법 제32조, 반도체집적회로배치설계에관한법률 제36조, 부정경쟁방지법 제11조 및 제14조의2가 여기에 해당된다(단 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제19조제2항은 제외). 그렇지만 지적재산권이 침해된 경우 침해자의 고의 또는 과실을 입증하는 것이 항상 용이한 것은 아니므로 지적재산권법은 유책성을 간주하는 조항을 마련하고 있다. 예컨대, 특허법 제130조, 실용신안법 제46조, 의장법 제65조제1항, 상표법 제68조, 저작권법 제93조제4항, 컴퓨터프로그램보호법 제32조제2항을 들 수 있다. 다만, 등록된 지적재산권의 침해는 곧바로 과실이 있는 것으로 추정되므로 비교적 유책성을 인정하는 것이 용이하다.

둘째, 위법성은 배타적 권리를 침해한 경우 바로 위법성이 징표된다. 따라서 지적재산권법에 의하여 보호되는 배타적 특성의 권리를 침해한 경우 즉시 위법성은 인정된다. 다만, 여기서 ‘위법성’이라는 요건은 지적재산권법에 있어서 ‘권리침해’라는 것으로 구체화되는데, 지적재산권에 대한 침해행위는 직접적인 침해행위 외에도 간접적인 침해행위도 가능하다. 예컨대, 특허법 제27조 수입등의 행위, 실용신안법 제43조 수입등의 행위, 의장법 제63조 수입 등의 행위, 상표법 제66조 유사상표의 사용등의 행위, 저작권법 제92조제1항의 수입행위 등을 들 수 있다. 지적재산권법은 침해행위에 대한 입증책임을 완화하고 있는 경우도 있는데, 예컨대 특허법 제129조 생산방법의 추정을 들 수 있다.

셋째, 침해행위와 손해사이의 인과관계가 요구된다. 지적재산권의 침해행위와 손해사이의 인과관계는 민법의 불법행위와 비교하여 별다른 차이가 없이

30) 그 이유는 지적재산권과 같은 무형적 재산의 일실이익의 배상과 손해산정에 있어서 그 재산의 가치평가와 시장에서 차지하는 독점성 등을 고려하지 않을 수 없었고, 특히 단순히 판매량·판매가격 및 판매비용이라는 순수한 일실이익액의 산정방법만으로는 지적재산권의 침해로 인한 손해배상의 산정이 불가능하거나 곤란한 경우가 발생한다. 따라서 지적재산권법은 나름대로 일실이익의 배상근거와 일실이익의 산정방법(예컨대, 통상실시료의 배상, 침해자 이익의 손해로 추정, 손해상당액의 배상 등)을 마련하기에 이르렀다.

법적인 인과관계가 요구된다. 즉 지적재산권의 침해로 인한 손해배상으로 청구된 상실이익은 민법 제750조에 기초한 것으로 침해행위와 권리자의 손해와의 인과관계의 입증을 요구한다.<sup>31)</sup>

넷째, 침해행위로 인하여 실질적으로 손해가 발생하여야 한다. 따라서 비록 지적재산권의 침해를 했다고 하여도 실질적으로 손해가 발생하지 않았거나 침해로 인하여 생산한 침해품을 판매하지 않았다면 아무런 손해가 발생하지 아니한 것이다. 더 나아가서 지적재산권이라는 무형재산의 침해로 발생한 손해에 대하여 비록 손해가 발생했다고 하여도 그 배상액을 산정하는 것이 곤란한 경우가 있다. 예컨대, 특허법 제128조제5항, 의장법 제64조제5항, 상표법 제67조제5항, 컴퓨터프로그램보호법 제14조의2제5항에서 손해상당액에 대한 배상을 허용하여 민법 제750조 손해의 발생이라는 요건을 완화하고 있다.

## 2) 손해배상의 범위확정

지적재산권의 침해로 인한 일실이익의 범위확정은 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상의 범위확정과 마찬가지로 인과관계와 합리적 확실성을 필요로 한다. 먼저, 인과관계와 관련하여 특허권침해에 있어서 손해는 특허권침해의 결과이고 손해액은 침해가 없었더라면 유지될 상태와 침해 후 상태의 차액, 즉 특허권침해로 인한 전보금액을 말한다. 이 경우 특허권자는 침해행위와 손해사이에 상당한 인과관계를 입증함으로써 손해를 전보받을 수 있고, 법원은 특허권자와 침해자 이외의 다른 경쟁자가 없다는 점, 당해 물품에 대하여 경쟁·대체하는 물품이 없다는 점, 수요자가 공통이라는 점, 특허권자와 침해자 사이의 판매지역이 같다는 점, 특허물품에 대한 사회적 수요가 높았다는 점 등을 상당인과관계를 인정하는 기준으로 활용할 수 있다.<sup>32)</sup> 따라서 특허권 침해에 대한 손해배상의 범위를 정함에 있어서는 상당인과관계에 의한 규범적 판단과 특허권의 시장독점적 지배라는 특수한 사정이 반영된다. 미국의 판례는 인과관계의 입증에 대하여 특허권자에게 요구되는 것은 침해가 없었더라면 특허권자가 일실이익을 얻었을 것이라는 합리적 개연성으로 충분하다는 입장이다.<sup>33)</sup> 다음으로, 합리적 확실성의 요건도 지적재산권의 일실이익

31) 松本重敏, 工業所有權侵害訴訟における損害賠償請求の現状と問題點(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996, 3頁.

32) 배대현, 전제서, 148면.

33) Kaufmann. Co. v. Lantech, Inc., 17 USPQ 2d 1828(Fed. Cir. 1991).

손해배상의 청구에서 요구되고, 이 경우 손해사실은 확실해야 하나 그 배상액은 추정적이라고 하여도 허용된다.

한편, 지적재산권의 일실효익에 대한 배상에 있어서 지적재산권이 무형적 재산이라는 특성과 시장에서 가지는 특성(독점적 지위) 등으로 지적재산권의 침해에 대한 손해배상액의 산정은 대단히 어렵다. 따라서 지적재산권법의 손해배상책임 조항은 주로 손해배상액의 산정방법에 그 중심을 두고서 입법화되어 왔다. 즉 지적재산권법의 일실효익에 대한 산정방법은 대체로 4개의 방법, 즉 ‘순수한 일실효익액에 의한 산정방법’·‘통상의 일실효익액에 의한 산정방법’·‘일실효익 상당액에 의한 산정방법’·‘일실효익액 추정에 의한 산정방법’을 도입하였다.<sup>34)</sup>

#### IV. 일실효익의 손해배상과 그 범위

##### 1. 손해배상의 성립요건

일실효익에 대한 배상청구는 불법행위에 청구기초를 두고 있어서 민법 제 750조의 불법행위에 관한 성립요건을 갖추어야 한다. 따라서 고의·과실, 위법성, 인과관계 및 손해의 발생이라는 요건을 갖추어야 한다. 우리 나라의 판례에서는 일실효익의 배상은 인정하고 있지만, 그 배상범위에 대하여는 개별적인 사례를 통하여 확정하고 있다.

##### 2. 손해배상의 범위확정

일실효익 손해배상의 산정기준에서도 상당인과관계와 합리적 확실성이 요구된다. 이들 기준은 사람에 대한 침해에서 발생하는 개별적인 사례의 특수성에 따라서 구체화되는 모습에는 차이가 있다. 즉 대법원은 『일실효익은 피해자의 노동능력이 가지는 재산적 가치를 정당하게 반영하는 기준에 의하여 산정하여야 하는 것으로, 사고 당시 일정한 직업에 종사하여 소득을 얻고 있었던 사람은 특별한 사정이 없는 한 그 소득이 일실효익 산정의 기초가 되는 것이고, 특히 피해자가 세무당국에 신고한 소득이 있을 때에는 그 신고소득이 실제로 얻

34) 이들 산정방법에 관련된 지적재산권법의 분석은 현대호, 『지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안연구(연구보고서)』, 한국법제연구원, 2002, 68~137면 참조.

고 있었던 것과 다르다거나 아니면 그것이 일시적·우연적 사정에 의한 것으로 통상 얻을 수 있는 소득이 될 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 소득을 사고 당시의 소득으로 보고 이를 기초로 하여 일실수익을 산정하여야 한다.<sup>35)</sup>고 견해를 밝히고 있다. 이와 같은 대법원의 판례들을 통하여 일실수익의 산정기준은 특정되고 있는데, 이를 유형화하여 정리하면 다음과 같다.

첫째, 일실이익 산정의 기준은 피해자의 노동력이 갖는 재산적 가치를 정당하게 반영하여야 하므로 피해자의 실제수입 내지 세무서에 신고된 직업소득이 기초가 된다. 사고 당시 피해자가 직업소득이 없는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정부 노임단가인 일반 노동임금을 기준으로 그 수입을 책정하여야 한다.<sup>36)</sup> 만약 노임이 인상된 경우에는 사고 발생시부터 노임인상 이전까지는 사고 당시의 노임액을 기준으로 하고, 그 이후에는 인상된 노임액을 기준으로 일실이익을 산정하게 된다.

둘째, 향후 예상소득에 대한 증명도는 합리성과 객관성의 범위 내에서 상당한 개연성 정도의 증명이면 족하다. 즉 일실수익은 피해자의 사상으로 인해 노동할 수 없거나 또는 노동능력이 상실됨으로써 장래 얻을 수 있는 수익이 감소된 재산손해인데, 일실수익의 본질과 관련해서 피해자가 얻을 수 있는 개개의 소득의 상실로 파악하는 ‘소득상실설(차액설)’과 노동능력의 상실 그 자체로 이해하는 ‘가동능력상실설(노동능력상실설, 평가설)’이 있다. 전자에 따르면, 피해자가 장차 얻지 못하게 된 구체적 소득이 일실손해 배상청구의 본질적인 주요사실이 된다. 한편 후자에 따르면, 사고 당시 피해자가 얻고 있었던 실제 소득은 피해자의 상실된 노동능력을 평가하기 위한 하나의 자료인 간접사실로 된다. 대법원은 어느 설에 따라서도 손해를 산정할 수 있지만, 어느 방법이 합리적이고 객관적으로 장래 가득수익을 반영하는가에 따라서 결정해야 한다는 입장이다.<sup>37)</sup>

셋째, 객관적인 자료에 의하여 장차 수익의 증가가 상당한 정도로 확실하게 예측할 수 있다면, 그 증가 수입도 산정의 범위에 포함된다.<sup>38)</sup> 이와 같은 특별한 사정이 없는 한 승진에 의하여 장차 증가될 보수는 통상손해에 해당한다고 볼 수 없으므로 이를 일실수입의 산정에 포함시켜서는 안 된다.<sup>39)</sup>

35) 대판 1999.5.25, [98다5661].

36) 대판 1995.2.24, [93다54286].

37) 대판 1986.3.25, [85다카538].

38) 대판 1999.8.24, [99다27293]; 대판 1998.2.13, [96다52236] 등.

39) 대판 1996.4.23, [94다446]; 대판 1996.2.23, [95다29383] 등.

넷째, 노동능력의 일부를 상실한 피해자가 사고 후 잔여 노동력을 가동하여 얻은 수입·임금에 부과될 소득세·치료비 등은 공제대상이 아니라고 한다. 그러나 생활비·휴업급여·여명기간 동안 필요한 입원치료비에 식대가 포함되어 있는 경우의 식비 등은 공제하여야 한다.

다섯째, 사고로 인한 피해자의 노동능력의 상실정도는 피해자에게 기왕에 존재하고 있던 장애와 당해 사고로 장애를 합쳐 현재의 노동능력 상실의 정도를 알아내고 여기에서 기왕의 장애로 인한 노동능력 상실의 정도를 감하는 방법으로 산정하게 된다. 그리고 노동능력 상실률의 판단은 피해자의 연령·교육정도·사고 당시의 직업의 성질과 경력·신체기능 장애정도·타직종예의 전업가능성과 그 확률 등을 종합하여 거래관념에 따라 법관이 규범적으로 결정하게 된다.<sup>40)</sup>

## V. 결 론

오늘날 사람에 대한 침해에 기초한 일실수익의 배상청구와 지적재산권의 침해행위(또는 계약위반)에 기초한 일실이익의 배상청구는 사회적·경제적으로 미치는 영향이 대단히 크고 그 원상회복을 위한 손해배상제도도 중요한 의미를 지니고 있다. 그런데, 우리 나라의 손해배상제도는 입법과정에서 오류를 포함하고 있어서 법해석으로는 해결할 방법을 찾기가 어렵다. 또한 우리 나라의 학계나 실무 등에서도 일실이익과 일실수익을 구별함이 없이 혼용해서 사용하는 경우가 종종 발견되는데, 이 역시 개선되어야 하는 문제에 해당된다.

먼저, 민법 제393조에서 손해배상의 범위확정과 관련하여 예견가능성의 기준을 입법화한 것이나, 입법과정에서 예견주체를 채무자로 하는 오류가 있으며 이를 당사자로 개정해야 한다. 또한 민법 제763조에서도 입법상의 오류가 발견된다. 즉 민법 제763조는 재산권 침해로 인한 손해배상의 범위확정에 민법 제393조의 계약위반으로 인한 손해배상의 범위확정을 준용하고 있는데, 민법 제393조제2항의 특별손해의 법리(“알았거나 알 수 있었을 때”)는 계약법에서 발달된 것이며 이를 벗어나 불법행위법에는 적용할 수 없다. 즉 민법 제763조는 민법 제393조의 준용문구를 삭제하여야 한다.

다음으로, 민법에서는 일실이익의 배상과 일실수익의 배상에 대하여 명시적인 조항을 마련하지 않았고 관례에 의하여 그 배상책임이 인정될 수 있다. 즉

40) 대판 1991.2.22, [90다11806].

일실효익의 청구기초가 계약에 기초한 경우 민법 제390조의 성립요건을 충족한 후 민법 제393조의 예견가능성 요건과 상당인과관계 그리고 합리적 확실성이라는 요건을 충족하였다면, 그 배상이 허용된다. 불법행위에 기초한 일실효익이나 일실수익의 배상은 민법 제750조의 요건을 갖춘 다음 상당인과관계 및 합리적 확실성이라는 기준을 충족한 경우에 손해배상을 받을 수 있다. 특히 지적재산권법에서 규정하고 있는 배상책임과 손해의 산정방법 등에 관련된 조항은 일실효익의 배상에 관한 것(인격권에 관한 것은 제외함)이고, 지적재산권의 무형적 특성이나 시장에서 차지하는 독과점적인 특성 등으로 일찍부터 입법과 판례 등을 통하여 그 재산손해의 배상이 구체화되어 왔다. 일실수익의 배상과 관련해서는 판례를 통하여 일실수익의 배상여부와 그 범위가 결정되어 왔는데, 일실수익의 배상은 일반적으로 인정되나 그 배상범위에 있어서는 상당인과관계 및 합리적 확실성의 요건을 갖추어야 하고 일실수익의 특성으로 인하여 일실수익의 구체적인 산정방법은 다양화되어 있다. 대법원의 판례에서 보듯이 일실수익의 배상에 관련해서는 지적재산권의 침해로 인한 일실효익 배상에 비하여 판례에 의존하는 측면이 강하고 그 산정방법에 있어서는 유형화가 용이하지 아니하다는 점을 발견할 수 있는데, 이는 사람이 가진 노동력의 가치평가에서 비롯되는 특수성에 의한 것으로 그 구체적인 산정방법은 학설 및 판례 등을 통하여 개발되어야 할 영역으로 판단된다.

## Damage Compensation System on the Lost Profits and Earnings

Hyeon, Dae-Ho\*

Today, a damage compensation system has important meaning as a means for recovery of property damage caused by a bodily injury inflicted on a person as well as by infringement on an intellectual property right, having material effect on industries.

Yet, our current laws make no distinction between such causes of damage and moreover, the provisions of the Civil Act concerning compensation for damage have defects in their legislative structure and are greatly dissociated from judicial practices.

To solve such problems, this study proposes an amendment of Articles 393 (2) and 763 of the Civil Act and conceptional separation between the loss of profits and the loss of earnings, focused on the building of a system for compensation of lost profits in regard of intellectual property rights and on the systematization of legal theories on lost earnings included in the existing judicial precedents.

---

\* Associate Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph. D in law