

## 중소기업 진흥과 대기업과의 상생을 위한 법적 제도 지원 방안

남 성 준 (뉴저지, Rutgers 주립대 경영대 조교수, 시카고대 경영학 박사)

B. Moon (Northwestern Law School LLM)

최근 정부는 중소기업 상생과 진흥을 위한 제도를 개선하기 위해 노력하고 있다. 재래시장 상권의 기업형 수퍼마켓의(SSM) 등록을 제한하고, 납품가를 원자재 비용에 연동시키는 제도를 추진하고 있다. 삼성 LG 같은 대기업들도 협력업체 지원을 늘리고 현금 결제를 활성화하는 등 대책을 세우고 있는 중이다. 이러한 대책들이 중소기업들의 어려운 상황을 단기적으로 도와줄 수 있는 있겠지만, 중소기업의 장기적인 생산성 향상, 성장 발전에 도움이 될 지는 의문이다. 중소기업과 대기업의 상생이 힘든 근본적인 원인은 중소기업이 대기업에 대항할 힘이 없기 때문이다. 따라서 중소기업이 힘을 키울 수 있는 법적 제도 개선이 중소기업과 대기업간의 근본적인 문제에 대한 대책이라 할 것이다. 하지만 지금까지의 중소기업 진흥 정책은 기술 담보 지급 보증, 최소 자본금 폐지, 우수 중소기업 발굴 및 표창 등의 방식이었다. 그러나 중소기업의 문제는 자금조달만의 문제가 아니라 지적 재산권 보호 미비, 분쟁 시 법적 권리 보호와 같은 좀 더 법적 제도의 한계에 있다. 따라서 중소기업의 대기업에 대한 법적 대항력을 높여주고, 지적 재산권의 법적 보호, 분쟁 시 효율적인 법률 서비스 같은 법적 제도의 뒷받침이 절실하다. 또한 더 다양한 경로로 투자를 받을 수 있도록 회사 구조를 유연하게 만들어 줄 상법 개정도 필요하다. 본 보고서에서는 중소기업 진흥 방안으로 다음과 같은 네 가지 제도를 제안하고자 한다; 1. 유한 책임회사 도입, 2. 비지니스(상사) 법원 독립, 3. 적극적 피해보상제도 도입, 4. 행정부의 소송 참여,를 제안하고자 한다.

### 1. 유한 책임 회사 도입

중소 기업에서 자금이 부족해서 사업이 진척되지 않는 경우도 많지만, 지분구조와 이익배분, 경영권 유지 등 다른 문제가 복잡하게 얽혀있어, 투자를 하겠다고 해도 투자를 받기 곤란한 때도 많

다. 기본적으로 벤처 창업은 기술은 있으나 돈이 없는 사람과 돈은 있으나 기술이 없는 사람이 동업하여 이익을 나누는 것이다. 이 구조를 유연하게 만들어주고 세금 부담을 줄여주는 것이 중소기업 창업 육성에 필수적이다.

우리나라의 대부분의 중소기업은 주식회사이다.<sup>1)</sup> 하지만, 주식회사는 우리나라 대기업 같이 대규모 자본을 모아서 운영하기에 적합한 구조로 몇몇 소수의 투자자와 기술자의 동업 형태의 중소기업에는 너무 부담스러운 면이 있다. 우선 이익 배분의 경우 주식회사는 투자지분에 의해서만 일어날 수 있어, 돈이 없이 기술과 시간을 기여한 기술자나 경영자에게는 이익배분을 쉽게 해 줄 수 없다. 예컨대 주식을 그냥 무상으로 주면 증여세를 내야 한다. 또한 주식회사에서는 주주총회, 이사회 회의록, 공시의 의무 등 영세한 중소기업에게 부담이 될 수 있는 장치들이 의무화되어 있다. 주식회사는 규모와 관계없이 운영을 위한 고정비용이 지출되어야 하는 것인데, 규모가 작은 주식회사에게는 큰 부담이 되는 것이다.

합자회사나 합명회사 같은 구조는 있으나, 이들의 경우 무한 책임 사원이 꼭 있어야 해, 법적 책임을 일정 한도로 한정할 수 없고, 세법상 이중과세(회사 자체에 대한 법인세와 사원에 대한 소득세의 이중과세)로 실익이 크지 않아 기업가들이 선호하는 기업 유형이 아니다. 이러한 문제를 해결하고자 여러나라에서 위의 두가지 문제점의 일부 또는 전부를 배제한 새로운 기업 형태를 도입하였다. 그 대표적인 예는 미국의 합자조합(LP), 유한책임조합(LLP), 유한 책임회사(LLC), 독일의 유한합자조합과 합동회사, 일본의 합동회사(일본판 LLC), 유한책임사업조합(일본판 LLP)등이다.<sup>2)</sup>

위의 회사 형태 중 특히 미국의 유한책임회사(Limited Liability Corporation, 이하 L.L.C.)는 미국 중소기업의 절반 이상이 선택하는 가장 보편적인 회사 형태이다. 1977년 미국 와이오밍주에서 시작된 이 회사 형태는 조합과 주식회사의 장점을 결합하였다. 미국의 대부분 주에서 이 LLC를 채택하여 중소기업뿐만 아니라 컨설팅회사, 법무법인, 의료법인, 벤처투자회사, 헤지펀드, 부동산 투자회사, 금융투자상품으로도 널리 쓰이고 있다. 이는 조합과 주식회사의 장점을 결합한 형태의 회사이다. 이 회사 형태의 큰 장점 중 하나는 법인세가 없다는 것이다. 세법상 회사로도 조합으로도 인정받을 수 있기 때문에 대부분 조합원으로서 개인 소득세에 근거해서 세금을 낸다. 그리고 유한책임회사에서는 사원의 이익배분과 의결권을 따로 정할 수 있다. 예컨대 A는 돈을 내고, B는 기술을 제공해서 반반 이익 배분을 할 수 있다. 그리고 기업 창업에 대한 기여를 돈이 아니라, 기술, 자신의 시간, 노력을 인정해서 앞으로 일을 하겠다는 미래의 약속을 기반으로 사원의 지분을 인정할 수 있다. 따라서 자본금을 댈 수 없는 우수한 기술을 갖고 있는 기술자가 마음만 먹으면 자금을 대는 투자자와 쉽게 창업을 할 수 있다.

---

1) 2007년말 기준 주식회사 95.2%, 유한회사 3.6%, 합자 및 합명회사 1%, 2008년 국세 통계연보 (8-1-2 법인세 신고현황).

2) 정대익, 상법개정안상 새로운 기업 유형에 대한 검토, 상사법연구 제 28권 제 3호 (2009).

하지만 우리나라도 2009년 5월 28일개정상법이 공포되었으나, 2008년 10월 21일 정부가 국회에 제출한 개정안(회사편)과에 비해 많은 부분이 누락되었다. 특히 합자조합과 유한책임회사가 빠져, 회사형태를 다양화하려는 입법 취지가 퇴색하게 되었다. 하지만 원래 정부안에서도 법인세 면제 혜택, 인적자원 출자(노무출자)가 없어 유한책임회사가 도입된다고 하더라도 중소기업들이 혜택을 보기 힘든 구조였다.<sup>3)</sup> 미국이 활발한 창업 활동은 위에서 언급하였듯이 세금과 자유로운 출자가 보장된 유연한 유한책임회사 제도가 기반되어 있기 때문이다. 일본도 2005년 회사법을 개정하면서 LLC를 도입하였으나 세금은 회사로 간주하여 법인세를 낸다는 점에서 미국의 법인세 감면 혜택을 보지는 못하였다. 중국, 아랍에미리트도 유한 책임회사를 도입하거나 도입을 추진하였다.<sup>4)</sup>

투자자가 수천 수만명에 이르는 대기업과 2-3명 투자하는 중소기업이 동일한 잣대로 회사법을 적용하기에는 제약이 따르고, 한계가 있을 수 밖에 없다. 미국의 유연한 유한 책임 회사 제도를 한국에도 도입하여 중소기업의 창업을 돕고, 육성할 필요가 있다. 중소기업 정책은 당장 물고기를 잡아주는 것이 아니라 물고기를 잡을 수 있도록 법적 제도를 정비하는 데 초점이 맞추어져야 한다. 중소기업이 일단 성장하도록 세금과 규제의 짐을 더는 제도적 뒷받침이 필요하다. 중소기업의 성장을 위해 미국과 같이 법인세 혜택, 인적자원 출자가 가능한 유한책임회사법이 국회에서 조속히 통과되기를 기대한다.

## 2. 전문적인 비즈니스 법원의 설립

사업을 하는 데 있어서 가장 필요한 것은 법을 잘 지키고, 상호 신뢰를 바탕으로 사업을 하는 것이다. 그런데 한국은 필요 이상으로 상대방이 신뢰할 수 있는지를 알아보는데 시간과 노력을 쏟아야 한다. 그 이유 중 하나는 문제가 생겼을 때 법정에서 시비를 가리는데 너무 많은 시간과 자원이 소모되기 때문이다. 또한 손해를 배상받더라도 손해액만을 청구할 수 있기에 정말 필요한 일이 아니면 법정까지 가지 않는 게 다반사다. 우리나라 중소기업들은 분쟁이 있을 경우 이를 대부분 공정위에 탄원하거나 민사가 아닌 형사 사건으로 해결하려 한다. 피해를 보더라도 민사의 경우 피해자가 그 피해를 입증해야 하고, 시간도 더 오래 걸리기 때문이다. 그러니 피해를 보아도 법원을 통하지 않고 이를 청와대에 진정을 넣는 등의 방식으로 하소연한다. 특히 법률 사건에 투입할 자원이 부족한 중소기업들은 대기업의 불평등 관행이나 불공정 거래에 대해서 속수무책으로 당하는 경우도 많았다. 기술을 빼앗기고, 계약과기로 큰 손해를 입고도 손해를 배상 받을 길을 찾기가 어렵다. 손해를 보았어도 이를 입증하기가 힘들고 사안이 복잡하면 판사의 전문성 부족으로 문제

3) 송인방·양영석, “지식기반산업시대 새로운 법적 기업유형의 창출과 착근방안”, 산업경제연구 제 21권 제 2호 2008년 4월.

4) 중국의 합자조합과 유한책임 조합을 도입하였다. 이에 관해서는 김주, “중국의 새로운 기업형태에 대한 연구-1인 유한책임회사의 유한 조합기업을 중심으로”, 동북아법제연구서, 2006년 pp.49-65.

를 이해시키고 설명하는데 어려움을 겪는 경우가 비일비재하다.

미국은 지적 재산권이나 공정 거래법의 일부 사안에서는 악의적인 가해자에게 손해액의 3배 청구가 가능하고, 소비자 보호법을 어긴 악덕 기업의 경우 천문학적 징벌적 벌금을 부과하기도 한다. 미국에서 상호 신뢰가 높은 이유는 문제가 생기면 처벌을 크게 받기 때문이다. 그래서 애초에 법적인 문제를 일으키지 않도록 노력하고, 법을 잘 준수한다. 이러한 법적 제도와 전문 비즈니스 법원이 중소기업의 협상력을 키우고 대기업과의 상생을 가능하게 하는 기반이다.

우리나라 국민들은 검사들이 다루는 사건의 절반 정도가 소액 채무 변제에 대한 사건들이다. 2005년 접수된 전체 민사 본안1심사건 분석에 따르면 전체의 73%에 해당하는 83만건이 법인에 의해 제기되었고 이중 71%가 금융회사의 채권 추심을 위해 소액 심판사건을 제기한 사건들이다.<sup>5)</sup> 결국 국가 법률 서비스에 필요한 제한된 인적 물적 자원이 이러한 단순 채무 불이행 일을 처리하는데 소비되고 있다. 따라서 정작 중요한 사건도 법정에 가서 판결이 나기까지 보통 2-3년이 걸리는 경우가 많다. 이렇게 시간이 많이 걸리니 소송을 하기보다 피해를 보더라도 손해를 감수하는 경우가 많다. 따라서 중소기업의 법적 문제 해결을 신속하고 전문성을 가지고 처리할 수 있도록 법인들의 거래를 따로 전담할 비즈니스 법원을 독립시킬 필요가 있다.

미국은 비즈니스 법원이 독립되어 있는 것은 아니지만, 실제적으로는 델라웨어 주 법정이 비즈니스 법정 역할을 하고 있다. 미국의 상장회사의 50% 이상, Fortune 500회사들의 63%가 델라웨어 주에 등록되어 있다.<sup>6)</sup> 주 수입의 20%가 이 기업들의 프랜차이즈 세금에서 나올 정도이다.<sup>7)</sup> 물론 뉴욕 및 다른 주에서 설립하는 것보다 비용도 적게 든다. 하지만, 이러한 회사들이 모여드는 더욱 중요한 이유는 비즈니스하기 편한 회사법과 비즈니스 생리를 잘 아는 판사들이 델라웨어 법원에 모여 있기 때문이다. 이들의 전문성과 경험은 미국 최고 수준이며 세계적으로도 정평이 나 있다. 델라웨어주에 등록된 회사는 법적 문제로 소송이 나도 경영진이 법원에 직접 갈 필요가 없고, 서류상으로 처리할 수 있다. 경영자가 할 수 있는 활동에 제약이 적고, 기업을 확장하는데 있어 제한 규정이 거의 없다.

한국에는 이미 행정법원과 특허법원이 독립되어 있다. 하지만 정작 경제의 핵심인 기업활동을 전담하는 비즈니스 (상사) 법원은 없다. 우리나라도 중소기업의 법적 문제를 잘 해결할 수 있는 전문성이 있는 비즈니스 법정을 독립하여 운영해야 한다. 중소기업과 대기업간의 분쟁은 법을 잘 지키고 이를 강제하는 제도를 손질하여 그런 일이 없도록 사전에 제도를 정비하는 일이 우선이다.

물론 이를 해결하기 위해서는 장기적으로 사법시험과 사법연수원 제도 및 로스쿨과 법관의 재교육 제도를 심도 있게 개혁해 나가야 한다. 그러나 현재 우리나라 법원의 법관 임용, 인사, 승진

5) 김두열, “경제성장을 위한 사법적 기반의 모색(I): 민사 소송의 현황과 정책 과제”, KDI 정책연구시리즈 2007-02.

6) <http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>

7) [http://finance.delaware.gov/publications/fiscal\\_notebook\\_07/Section02/sec2page24.pdf](http://finance.delaware.gov/publications/fiscal_notebook_07/Section02/sec2page24.pdf)

시스템에서는 법관이 비즈니스 전문성을 쌓기가 힘들다. 그래서 키코 사건 같은 복잡한 사안이 있으면 그 소송 자체보다 우선 비즈니스를 이해하는데 많은 시간과 자원을 소비해야 한다. 따라서 신속하고 효과적인 법 집행을 기대하기 어렵다.

미국의 법과대학 교수인 Stephen Choi는 이미 우리나라의 법 제도 개선을 위해 상사특별 법원의 설치를 제안하고 있다.<sup>8)</sup> 그는 미국 델라웨어 법원과 같은 기업전담법원이 없기 때문에 한국법원이 재벌의 대리인 비용을 통제하지 못하고 있다고 보고 있다. 구체적으로 기업집단의 지배주주가 터널링 (회사의 수익의 사적인 이익을 위해 전용)을 하더라도 한국 법원이 이를 저지하는데 무능하였음을 지적하면서 이러한 문제를 해결하기 위해 기업전담 (비지니스) 법원의 설립을 제안하고 있다. 델라웨어 법원은 과거 100여년간 개별 사실관계를 깊이 파악하면서 문제가 있는 거래를 통제하였는데, 한국 법원은 델라웨어 법원의 태도를 본받을 필요가 있는 것이다.

우리나라의 법원이 전문성이 떨어지는 것은 크게 세가지 원인으로 볼 수 있다. 첫째, 법원에서 모든 민형사 사건들을 무작위로 판사들에게 배정하여 판사가 특정 분야에 대해 오랜 경험을 쌓기 힘들다. 미국의 델라웨어 법정은 자연적으로 비즈니스 (상사) 관련법을 오랜 기간 다루게 되어, 판사들의 경험이 풍부하여 어지간한 복잡한 사한도 공정하게 처리하리란 믿음을 가질 수 있고, 결과에 대해 예측가능성이 크다. 하지만 우리나라는 똑같은 사안도 어떻게 결과가 나올 지 불확실하며, 이로 인해 소송 당사자간에 더 많은 자원을 투자해야 한다. 일반적인 법무 사건을 담당하는 법관에게 전문적이고 복잡한 상사사건을 다룰 수 있다고 기대하는 것은 무리이다. 비즈니스 (상사) 법원이 독립되면 기업들의 사건만을 전문적으로 다루게 되어 우선 오래 기다리지 않고 신속한 판결을 기대할 수 있다. 그리고 판사들의 경험이 쌓여 전문성과 속도가 증대될 것이다. 따라서 중소기업이 피해를 보더라도 법원을 통해 보상받거나 중재를 요청할 기회가 대폭 확대될 것으로 기대한다.

둘째, 판사 임용 시 기존에 경영학이나 경제학적 기반이 있는 사람을 우대하거나 따로 뽑지는 않는다. 키코 사건처럼 복잡한 금융지식이 필요한 경우는 경영학을 전공했거나 금융가에서 일한 경험이 있는 판사가 맡는 것이 훨씬 효율적일 것이다. 미국의 로스쿨은 각기 다른 전공자들이 들어와 대학원에서 법을 전공했기에 경제학 전공이나 비즈니스 전공자가 많고, 이들이 활동할 수 있는 분야가 훨씬 넓다. Law and Economics는 엄연히 경제학의 한 분야로 자리잡고 있으며, 단적으로 노벨 경제학 수상자인 시카고대 Gary Becker교수와 연방법원 판사인 Posner 시카고대 법과대 교수는 서로 블로그를 공동 연재하는 등 서로 교류가 활발하다. 판사 임용 시부터 경제 경영학 관련자를 우대하여 이들이 비즈니스 법원으로 갈 수 있도록 제도 개선이 필요하다.

셋째, 현재 한국 법관은 사법시험과 사법연수원에서 경영학이나 경제학을 접할 기회가 거의 없다. 사법시험과 사법연수원은 기존 판례를 바탕으로 재판서를 작성하는 것을 교육목적으로 삼고

---

8) Stephen Choi, 2007, The Future Direction of Takeover Law in Korea, KDI 2007년 8월 10일 세미나 자료, p.32.

있기 때문에 새롭고 복잡한 기업사건을 해결할 수 있는 능력을 가진 법관을 양성하기에 한계가 있다. 2년 사법 연수원에서 경제학을 가르치지도 사법시험에서도 경제학이 빠져 더 이상 기본적인 경제학의 이론도 습득할 기회가 적다. 로스쿨 도입에 따라 앞으로는 회사법과 관련된 수업과 교육이 더욱 강화될 것이지만 기존 판사들도 미국과 같이 판사 재교육을 통해 경제 경영에 대한 이론과 지식을 학습하도록 유도할 필요가 있다.

요컨대 법원의 전문성을 살리고, 신속한 법률 서비스 지원을 위해 비즈니스 (상사) 법원을 독립시켜 관련 경험이 있는 판사를 임용 시부터 따로 뽑고 계속 그 법원에서 장기 근속하도록 하여 전문성을 키워야 한다. 기업들의 중요한 비즈니스 사안만 더 빠르게 처리하도록 하여 소송 시간 때문에 소송 자체를 포기하는 일이 없도록 해야 할 것이다.

### 3. 기술 유출을 막을 적극적 (징벌적) 보상제도

기술 유출로 인해 피해를 입은 한 중소기업인 (주) 마이크로페이스가 있었다.<sup>9)</sup> 위성과 관련된 최첨단 기술로 승부하여 유럽에 전량 수출하는 벤처회사였다. 기술 개발에 100억원이 넘는 자원을 투자했고, 2003년 기술로는 최고의 영예인 장영실상까지 받았던 유망한 기업이 기업 회생신청을 했다. 제품 양산과 수출을 대규모로 시작할 무렵 타 회사가 핵심 기술개발원들을 영입하여 유사품을 만들어 수출 오더를 가로챘기 때문이었다. 그 뒤 매출과 이익은 급속히 감소하고 경영진은 법정 소송으로 3년간 시간과 노력을 쏟았지만, 결국 기술 유출해간 회사 임직원은 무죄로 풀려났다.<sup>10)</sup> 우리나라에서 비슷한 기술 유출 사례뿐만 아니라 다른 손해를 입더라도 그 손해를 법원에서 배상받기는 무척 힘들다. 기술 유출과 같은 피해를 막을 법적 제도가 허술하며, 그런 일이 일어나도 처벌이 가벼워 가해자가 이를 두려워할 필요가 없다.

예를 들어 우리나라에 기술 유출로 10억원의 피해 사건을 고려해보자. 원고측 회사는 소송을 걸어 이길 확률이 50%이고 소송비용은 이기면 4억원, 지면 2억원이라고 하자. 따라서 승소시 6억원 (10억-4억), 패소시 2억원 (0원-2억)이고 승소확률이 반반이므로 기대수익은 2억원이다. 이는 피해 금액의 20%에 불과하다. 변호사 선임 비용은 최소한의 법정 소송비용만 인정해주기 때문에 실제 소송에서 보상 받기 힘들다. 피해자는 기술 유출이 일어나도 2-3년 시간과 노력을 들여보아야 실익이 없어 소송을 포기하는 편이 나을 것이다. 이러한 사실을 가해자도 알기에 피해를 주면서도 법을 두려워하지 않는다.

미국의 경우 지적재산권 침해시 3배 보상이 가능하다. 입증할 수 있는 피해가 실제 피해액보다 작고, 모든 피해 사건이 법원 소송이여지지 않으므로 피해자가 청구한 피해액보다 더 큰 보상으로 가해자가 위법할 유인을 크게 줄인다. 만약 3배 보상이 가능하다면 위와 같은 피해 사건시 10억

9) 강다영, “협업으로 도산위기 극복했죠”, 매일경제, 2009년 7월 22일.

10) 남성준, “특허 기술 가로채기 엄벌을” 중앙일보, 2010년 8월 25일.

원의 3배 30억원을 배상 받을 수 있을 것이다. 고액 소송으로 승소시 40% 즉 12억원 패소시 0원을 변호사가 가져가도 위의 경우보다 변호사의 기대 수입비용이 더 크므로 피해자는 쉽게 소송할 수 있다. 피해자 경우도 승소시 18억원 (30억-12억원) 패소시 0원이므로 기대수익이 9억원이다. 이는 피해받을 금액의 90%를 보상받을 수 있음을 의미한다. 그러므로 피해자는 소송을 걸 유인이 현저하게 커진다. 가해자 또한 기술 침해시 피해자가 소송할 위험이 크므로 미리 이러한 피해를 주지 않으려 할 것이다. 가해자의 기대 피해액은 30억원의 50%, 즉 15억원으로 실제 기술 침해로 얻은 이익 (10억원) 보다 크기 때문이다.

피해가 낮을 경우 피해 받은 금액 이상으로 보상한다는 것이 법리상 논란의 여지가 있다. 그러나 기술 유출 같은 피해를 100% 입증하기 어려우며, 모든 피해 사건이 법적 소송으로 가지 않기에 위와 같은 불법 행위를 줄이기 위해서는 실제 피해액 이상의 손해배상이 필요하다.

우리나라도 중소기업의 기술 유출과 대기업의 횡포를 막기 위해서는 적극적 (징벌적) 보상제도를 도입을 적극적으로 고려해 보아야 한다. 특히 효율성 증대 효과는 없고, 사회적으로 폐해를 일으키는 행위만 위법하다고 판단받는 확률이 100%가 아닌 한 징벌적 보상제도가 있어야 해당 행위를 억제하는 효과가 있을 것이다. 이러한 제도가 확립되어야 중소기업들이 기술개발을 마음놓고 하고, 대기업과도 대등한 협상을 할 수 있을 것이다.

영국과 미국은 고의에 의한 불법행위에 있어 악의적인 경우 징벌적 배상청구를 인정하였다. 원래 징벌적 배상청구는 불법행위에 대한 정신적인 손해배상의 일부로서 인정되었는데, 미국 연방 법률은 기존의 징벌적 배상청구가 불법행위의 경우에만 적용되는 것을 수정하여 계약관계가 있다고 하더라도 2배 내지는 3배 배상청구 제도를 도입하여 법규의 목적을 달성하고자 하고 있다. 특히 20세기 들어와서 미국 연방정부는 징벌적 배상청구의 한 종류인 2배 배상과 3배 배상을 다수 제정하였다. 미국의 이배배상과 삼배배상 제도가 중요한 역할을 하는 분야는 독점금지법, 무역법상 덤핑, 특허권과 상표권 침해, 소비자 금융에 있어 정보공개 의무 위반, 최저임금 및 초과 근무 수당 미지급 등이 있다.<sup>11)</sup>

또한 적극적 피해 보상을 위한 다음 방안으로 피해액 산정의 범위를 넓혀, 실제 보상받을 수 있는 피해액을 높이는 방법이 있다. 현재 법원에서는 납품할 수 있었는데 기술 유출로 납품을 못했을 경우 일어나는 피해액은 실제 피해액으로 산정하지 않는다. 또한 그것을 하지 않았으면 다른 일을 할 수 있었을 때의 기회 비용같은 부분은 인정하지 않는다. 실제 금융적으로 횡령같이 피해가 명백하지 않으면 인정받기 힘들다. 따라서 좀 더 넓은 범위의 피해액도 인정해서 불법 행위 시 가해자에게 더 큰 벌을 받도록 해야 불법을 할 유인을 줄일 수 있을 것이다.

우선 불법행위를 살펴보면 한국은 불법행위의 손해배상 범위를 상당인과관계가 있는 범위로 제한하는데 반해 영미법은 고의에 의한 불법행위는 모든 손해를 배상해야 하며, 과실에 의한 불법행

---

11) 田中英夫, 竹内昭夫, 法の實現における私人の役割. 1987, p.152.

위는 물리적 인과관계만 있으면 예견 불가능한 손해까지 배상해야 한다. 미국은 지적 재산권, 공정거래법, 소비자 보호법을 어기고 악의적인 해의가 밝혀질 경우, 천문학적인 피해보상을 청구한다.

뿐만 아니라, 현재 법원에서는 법정 소송비용 이상의 변호사 비용을 인정하지 않는다. 그래서 승소한 측이 소송비용을 실비로 패소한 측에 지급하거나, 성공보수의 활성화를 통해 피해액 보상을 실질적으로 높여줄 수 있다. 미국은 소송 비용을 실비로 인정해주며 성공 보수 또한 합리적인 수준까지 인정받는다. 그러므로 피고는 3배 보상뿐만 아니라 거액의 소송액수까지 물어주어야 해서 이러한 소송을 사전에 막으려는 노력을 하게 된다.

이를 바로잡기 위해서 장기적으로는 민법으로 2배배상과 3배배상을 도입하여 피해자의 권리를 구제할 필요가 있을 것이다. 현재 법체계와 법무부 및 대법원은 민법 개정안을 준비 중이지만, 아직 가시적인 결과를 도출해내지 못하고 있다. 개정안 중에서도 이러한 문제점을 인식하여 피해자와 채권자의 권한을 강화하는 부분이 그리 눈에 띄이지 않는다. 기본법인 민법 개정을 신중하하려는 취지는 인정하지만, 시민의 권리를 보호하는데 더 적극적일 필요가 있을 것이다. 따라서 경제부처가 주도적으로 선진 영미제도를 도입하여 2배배상과 3배배상 제도를 적극적으로 도입할 필요가 있을 것이다.

하지만 미국의 경우는 징벌적 보상이 남발되어 기업이 도산하는 등 부작용도 있으므로 국내 도입 시 점진적으로 도입하는 방안을 강구해보아야 한다. 경쟁법의 예를 들면, 적극적 담합(hard core cartel)은 일반적으로 효율성 증대 효과는 거의 없고 폐해만 있으며, 비밀리에 행해지기 때문에 적발 확률이 낮으므로 징벌적 보상이 필요하다는데 광범위한 합의가 있지만, 약탈적 가격책정(predatory pricing)이나 끼워팔기, 배타적 거래(exclusive dealing)와 같은 행위의 경우에는 과잉 집행을 하면 치열한 가격경쟁, 효율적 상품 구성, 관계 특정 투자의 제고 등을 저해할 위험이 있다. 미국에서 인정하는 3배 손해 배상을 무차별적으로 도입하는데 대해서는 신중할 필요가 있다. 중소기업의 경우 시장 지배력이 크지 않으므로 중소기업 과점이나 독점으로 인한 피해보다는 지적 재산권 보호가 더 절실함으로 지적 재산권 침해 시 3배 보상을 도입할 필요가 더 크다 하겠다. 민법 개정을 많은 시간과 노력이 소용되므로 일단 일정액 미만의 사건에 대하여 중소기업 특별법으로 적극적 손해배상을 도입하는 방안을 생각해볼 수 있다.

물론 “약자”의 소송이 원활히 이루어지지 않는 현 상황의 문제를 해결하기 위해서 징벌적 보상의 도입만으로 해결되지 않는다. 정부의 적극적인 개입도 필요하다. 다음 장에서 그 세부 사항에 대해 논의한다.

#### 4. 정부(행정부)의 적극적 소송 참여를 통한 지원

우리나라에서 많은 비즈니스 사건들이 민사가 아닌 형사 사건으로 고발되는 경우가 많다. 채무



를 변제하지 않아도 이를 채무 불이행에 따른 민사 사건으로 해결하는 것이 아니라 돈을 갚을 생각이 없는데 돈을 빌렸다면 사기 사건으로 고소하는 것이다. 왜냐하면 민사사건으로 해결하려면 손해를 피해자가 입증해야 하고 시간도 오래 걸리는 반면, 형사 사건으로 고소하면 검사가 그 피해사실을 대신 입증해주고, 이를 기반으로 합의를 압박하면 단기간에 해결할 수 있기 때문이다. 한마디로 민사 시스템의 붕괴로 인해 국가 권력에 기대지 않고 기본적인 채무조차 해결하기 어려운 나라이다. 영미법에 비해 기본적으로 우리나라의 채권자는 권한이 상당히 약하다. 민법상 채권자는 대체로 계약상의 채권자와 불법행위법상의 채권자로 나뉘는데, 먼저 계약 채권자의 권한을 살펴보면 채권자가 국가의 힘을 빌리지 않고 스스로 권리를 집행하는 자력구제가 사실상 금지되어 있다. 또한 미국과 달리 1심법원에 대한 항소와 2심법원에 대한 상고가 무제한 가능하기 때문에 분쟁 발생 시 해결까지 채권자의 권리 구제에 긴 시간이 소요된다. 무제한적인 상소와 항고가 경제 성장을 저해한다는 지적도 제기되고 있다.<sup>12)</sup> 한마디로 영미법에 비해 채권자의 권한이 약하다.

이를 해결하기 위한 방법으로는 첫째, 정부(행정부나 공정위)에서 피고의 피해 입증을 도와주는 것이다. 일반인은 불법행위나 채무불이행으로 손해를 입어 민사재판을 할 때 피해자는 관련 정보를 수집할 권한과 능력이 부족한 것이 일반적이다. 그래서 관련된 형사 재판이나 행정 재판 또는 행정부의 행정행위를 이용하여 정보를 수집한 뒤 이를 자신의 재판에 이용한다면 손해를 구제받는데 중소기업들이 큰 도움을 받을 것이다. 예를 들어 지적재산권이 침해된 경우 누가 침해했는지 조차 알기 힘들지만, 관계 당국이 이를 적발하여 행정제재를 한 경우 행정제재라는 행정행위를 이용하여 민사상 입증을 한다면 피해 입증이 더 객관적이며, 피해자가 일일이 가해자를 조사하는 어려움을 덜어줄 수 있다. 이와 비슷한 논리로 행정부의 규제와 민사소송을 상호보완적으로 운영한다면 사회후생이 높아질 것이라는 논리는 예전부터 주장되어 왔다.<sup>13)</sup>

미국 연방법률은 행정부가 제기한 민사소송과 형사소송이 확정될 경우, 관련 피해자가 확정판결을 이용하여 자신의 손해를 구제받을 수 있도록 하고 있다. 예를 들어 연방 반독점법인 Clayton 법 5조 (a)항은 행정부가 제기한 민사소송과 형사소송이 확정될 경우, 관련 피해자는 확정판결을 이용하여 자신의 손해를 구제받을 수 있도록 하고 있다. 구체적으로 피해자는 자신의 손해배상 소송에서 행정부가 제기한 소송의 확정판결을 일응의 증거(prima facie evidence)로 제출할 수 있는 것이다.<sup>14)</sup> 미국은 한국식의 행정소송과 일치하는 제도가 없으므로 미국 행정부가 제기한 민사소

12) Simeon Djankov, Rafael LaPorta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, Courts, the Lex Mundi Project, *Quarterly Journal of Economics*, 2003.

13) Shavell, A model of optimal use of liability and safety regulation, *Rand Journal of Economics*, Vol. 15, No. 2, 1984. 이 논문에서 Shavell은 다수의 피해자가 발생하는 사고에 대해 정부는 정보가 부족하고, 사인은 다수이므로 집단행동의 문제점 때문에 소를 제기할 유인이 없으므로 이 둘을 동시에 사용하여 규제 목적을 달성해야 한다고 주장하고 있다.

14) 田中英夫·竹内昭夫, 法の實現における私人の役割, 1987, p.95.

송과 형사소송을 한국의 행정소송으로 보아도 되기 때문에 행정소송의 확정판결을 이용하여 관련 피해자의 권리를 구제하는 것이다.

한국 역시 행정소송의 확정 판결을 이용하여 권리를 구제할 수 있다. 민사소송에서는 행정부의 자료와 소송자료 및 재판서를 이용하여 재판할 수 있다. 그러나 이는 그리 많이 이용되지 않고 있는 실정이다. 행정소송과 민사소송의 상호보완이 이루어지지 않는 점에 대해서는 더욱 살펴보아야 하겠지만, 현재로서는 급한대로 개별 법률에서 특별조항으로 확정 행정소송에 추정력을 부여하여 소비자와 피해자 및 중소기업에 구제할 필요가 있을 것이다.

둘째, 정부의 적극적 소송 참여 방안으로 행정부의 증인 참여(amicus curiae) 제도의 도입을 들 수 있다. 민사소송 단계에서 행정부가 직접 증인으로서 참여하여 피해를 입은 소비자와 피해자를 구제할 수 있는 방법이 미국에서는 존재한다. amicus curiae라는 제도로서 이 제도는 당사자 이외의 제삼자가 사건의 해결에 유용한 의견과 자료를 제출하여 재판을 돕는 것이다. 이는 한국의 소송참가제도와 비슷하기는 하지만, 소송참가를 하기 위해서는 직접적인 이해관계가 있어야 하는데 반해 amicus curiae는 직접적인 이해관계가 없어도 민사소송에 참여하여 소송을 도울 수 있다.<sup>15)</sup> 이 가운데 특히 행정부가 참여하는 것을 주목할 필요가 있는데, 행정부가 소비자나 피해자의 민사소송에 증인으로서 참여하여 서면을 제출하거나 자료를 제출한다면 피해자와 소비자의 권리는 더욱 확실하게 구제될 수 있을 것이다. 현재 한국은 이러한 제도가 존재하지 않다. 민사소송에서는 양 당사자만이 참여해야 한다는 민사소송법상의 당사자주의에 지나치게 집착하여 피해자의 권리를 구제하는 데에는 무기력하다. 개별법령에서 소비자나 피해자를 위해 정부가 의견과 문서 및 자료를 제출하는 것을 규정하는 방식으로 amicus curiae를 도입할 필요가 있을 것이다.

이외에도 정부가 중소기업 육성을 위해 불법행위 시 효과적인 적발을 활성화할 수 있다. 정부의 불법 소프트웨어 단속 강화로 게임방 업주들이 정품 소프트웨어 구입이 급증해 소프트웨어 산업이 성장한 적이 있었다. 안철수 바이러스 연구소나 한빛소프트 같은 회사의 주가가 정부 단속 강화방침에 의해 상승하기도 했다.<sup>16)</sup> 지적 재산권 피해 적발을 위한 독립적인 경찰, 검찰 조직 확충도 고려할 수 있을 것이다. 하지만 현재 기술 유출의 경우 대기업은 국정원과 관계당국에서 조사와 관리를 하지만, 중소기업의 경우 사실상 그 대상범위가 방대하여 국가개입에 한계가 있으므로 현재 상황에서는 민사적 해결을 기대하는 수 밖에 없다. 하지만 위의 여러 가지 방법에 대한 실질적 효과에 대해서는 심층적인 연구가 더 필요할 것이다.

마지막으로 정부에서 중소기업 경영인들에 대한 법률 상식 교육을 제공할 필요가 있다. 한국에서 사업을 하는 사람이 체계적으로 사법제도와 어떤 법률적인 문제가 있을지를 배울 기회가 거의 없다. 중고등학교에서 법률 상식을 배우는 것도 아니고, 대학교에서 법학을 전공하지 않은한 기본적인 상법을 접해볼 기회조차 없다. 계약서를 제대로 살펴보지 않았던지, 계약의 내용이 추상적이

15) 田中英夫・竹内昭夫, 法の實現における私人の役割, 1987, p.99.

16) 이근우, “불법 소프트웨어 단속 강화, 한빛 소프트 한컴등 강세”, 매일경제, 2003/06/27.

고 명확하지 않아, 서로 다른 기대를 가지는 경우도 흔하다. 그래서 문제가 발생한 후에야 변호사를 찾아가니 해결하기 쉽지 않다. 사전에 어떠한 일이 일어날 수 있는지, 문제가 발생할 경우 어떻게 해결하는지를 미리 공부하고 알아두면 많은 문제를 사전에 예방할 수 있을 것이다. 뉴욕시 공공 도서관에서는 매주 중소기업인을 위한 세미나를 열고 있다. 회사 설립, 분쟁시 해결 방안, 특허를 제대로 보장받는 방법, 비즈니스 플랜작성에 대해 현직 변호사의 강의를 무료로 들을 수 있다. 실제 사례 중심으로 진행하며 다양한 주제로 배울 수 있어 젊은 창업자부터 70대 노인까지도 열심히 공부하는 모습을 쉽게 볼 수 있다. 우리나라도 주말에 법원에서 무료 법률 상식 강의를 한다면, 많은 중소기업 경영인들에게 큰 도움이 될 것이다. 또한 중고등학교에서 법률 수업을 강화하여 최소한 민법과 상법의 기본적인 개념, 소송 진행 절차에 대해 배우도록 할 필요가 있다. 특히 소규모 중소기업은 법률을 전공한 사원을 따로 둘 정도의 규모가 되지 않으므로 학생에 대한 법률 교육은 장차 이들이 취직할 중소기업에 큰 도움이 될 것이다. 가장 효율적인 중소기업 보호 방안이란 스스로 보호받을 수 있는 방법을 널리 배워서 사전에 이를 대비하는 것이다.

## 5. 결론

중소기업은 그 하나하나의 규모는 작지만, 우리나라 전체 수출의 32%, 생산의 50%, 고용의 88% (1,000만명)로 국민 경제의 절대적인 비중을 차지한다.<sup>17)</sup> 그러나 이들에 대한 지원 육성 대책은 자금 지원이나 일회성 이벤트 위주이었고, 법적 제도 개선에 대해서는 소홀했었다. 경제학 및 경영학도 대기업의 독과점, 정부의 시장 개입에 대해서는 많이 연구하였지만, 중소기업에 대한 정책, 법적 제도에 대한 연구는 상대적으로 부족하였다. 본 연구에서는 중소기업 육성 방안으로 1. 유한 책임회사 도입, 2. 비즈니스 (상사) 법원 독립, 3. 적극적 피해보상제도 도입, 4. 행정부의 소송 참여를 제시하였다. 앞으로 이들 분야에 대한 더 많은 실증적 연구와 다른 나라와의 법적 제도 비교 분석이 필요하다.

---

17) 중소기업청, 2005년 기준.