

CLS LAW REVIEW Vor-Jurist

[Essays on Legal Issues]

Oksun Kim

- The Meaning and Scope of Participation Rights in the Search and Seizure Procedure of Digital Information -Focusing on the Supreme Court's 2011Mo1839 full bench decision as of July 16, 2015 -

Jieun Kim

- A Critical Analysis on the Act on the Punishment of Child Abuse Crimes and The Plans of Effective Protection

Jinah Oh

- A suggestion on The Lowering of Juvenile Age in Juvenile Law and Modification of Juvenile Justice System: Focused on Juvenile Delinquents Aged 10-13 (Chokbeop-Sonyeon)

Taemin Park

- Utilization of Designs on Shape and Pattern Adding New Pattern and Color

Kyuhwan Shim

- The Introduction of an Abstract Normative Control to Necessitate Legal Development

Eunseok Choi

- Unlimited Liability of One-Man Company

[Vor-Jurist Regulations]

Mina Lee

CLS LAW REVIEW Vor-Jurist

- 형사법
- 디지털증거의 압수·수색 과정에서 참여권의 의의와 인정 범위 - 2015.7.16, 2011모1839 전원합의체 결정을 중심으로 - 김옥선
- 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 관한 비판적 검토 및 실효적 대책의 제고 ... 김지은
- 소년법상 소년연령의 인하와 보호처분의 정비 - 촉법소년을 중심으로 - 오진아
- 지적재산권법
- 형상·모양 디자인에 모양·색깔 추가 디자인의 이용관계 박태민
- 공법
- 추상적 규범통제의 도입 필요성과 법제화 방향 심규환
- 민사법
- 1인 주식회사에서 무한책임의 인정 최은석
- 규 정 집
- VOR-JURIST 규정집 이미나
- 학술지 VOR-JURIST 운영규정

제8호 / 2016

충남대학교 법학전문대학원
CLS Law Review 편집위원회

“Vor-Jurist”는
충남대학교 법학전문대학원
로리뷰를 중심으로,
‘예비법률가’들이 쓴 글을 소개하는
책임니다.

발 간 사

충남대학교 법학전문대학원 로리뷰는 올 해로 제8호 학술지 Vor-Jurist를 발간하게 되었습니다. 본 지는 법학전문대학원 안에서 이루어지는 학술적 고민들이 다듬어져 세상에 빛을 볼 수 있는 창구 역할을 담당하고 있습니다. 앞으로도 본 지를 통해 법학 전반과 사회 현상에 대한 고민들이 나누어질 수 있기를 바랍니다.

이번 제8호 Vor-Jurist에서는 민사, 형사, 공법 및 지적재산권 분야 등 다양한 분야의 논문들이 수록되어 있습니다. 각 편집위원들의 전공과 삶의 경험이 다양해짐에 따라 주제의 범위와 논의의 평면 또한 넓어지고 있습니다.

변호사로서의 역량을 다지면서도 본 지에 논문을 기고하기 위하여 로리뷰 구성원들이 별도로 많은 노력을 기울여주셨습니다. 학술적 논의의 세계는 그 깊이와 생소함 때문에 초심자에게 많은 어려움을 가져다줍니다. 그럼에도 편집위원들은 법학 테두리 내에서 훌륭하게 본인들의 사고를 발전시키며 소정의 성과를 이뤄냈습니다. 편집장으로서 진심으로 감사의 말씀을 전합니다.

바쁘신 와중에도 저희 로리뷰 편집위원들의 길잡이가 되어주셔서, 많은 조언과 함께 심사를 맡아주신 충남대학교 법학전문대학원 교수님들께 진심으로 감사드립니다. 특히 로리뷰의 지도교수님으로서 많은 지원과 관심을 가져주신 맹수석 교수님께 감사드립니다. 교수님들의 지도와 애정 어린 관심 덕분에 본 지의 훌륭한 결과가 나올 수 있었습니다.

또한 본 지를 사랑해주시는 원우 여러분들께 감사의 말씀을 드립니다. 학술적 성취는 개인에게만 국한되는 것이 아니라, 그 성취를 나누는 모두에게 전해지는 것입니다. 본 지의 결과가 토대가 되어 학내의 다양한 논의들이 활성화되기를 기대합니다. 마지막으로 제가 로리뷰에 지원하며 마음에 담았던 글로 원우들께 인사와 격려를 보냅니다. 앞으로도 학내 다양한 논의와 생각들을 담을 수 있는 로리뷰, 발전하는 로리뷰가 되겠습니다. 감사합니다.

子曰,

學而時習之, 不亦說呼.

有朋自遠方來, 不亦樂呼.

人不知而不慍, 不亦君子呼.

공자께서 말씀하셨다.

배우고 때때로 익히면 어찌 기쁘지 아니한가.

벗이 있어 멀리서 찾아오니 어찌 즐겁지 아니한가.
사람들이 알아주지 않아도 섭섭해하지 않으니 어찌 군자가 아니라.

2016. 12. 6.
충남대학교 법학전문대학원 로리뷰 편집장 고 배 민

축 사

안녕하십니까?

본원의 역사와 함께하고 있는 전통의 로리뷰 2016년 Vor-Jurist 발간을 진심으로 축하드립니다. 우리 충남대학교 법학전문대학원은 ‘실력 있는 법조인’, ‘정도를 걷는 법조인’ 양성이라는 교육이념의 실현을 목표로 치열하게 정진해 나가고 있습니다. 이를 위해서 우리 교수진들은 체계적인 커리큘럼을 바탕으로 하는 열정적인 강의뿐만 아니라 각 전문분야에 해당하는 학회활동의 지도교수로서 적극적으로 참여하고 있습니다. 교수진의 적극적인 지도에 호응하여 우리 대학원생들도 전공 강의만을 수강하는데 그치지 않고, 관심분야에 대한 탐구심으로 각종 학술대회에 적극적으로 참여하여 우수한 성적으로 입상을 하고 있습니다.

해마다 치열해지는 변호사시험으로 인하여 자칫 단순히 합격률만을 높이기 위해 편향적인 학사관리가 되기 쉬워지는 안타까운 상황에 놓여있음에도 불구하고, 우리 충남대학교 법학전문대학원은 흔들리지 않고 교육정상화를 이루어 나가면서 교수진과 대학원생들 간의 깊은 학문적 교류를 통해서 전문 법조인으로서의 실력과 함께 사제지간의 정(情)도 함께 나누고 있습니다.

로리뷰의 Vor-Jurist 역시 2009년 법학전문대학원 개원 이후 매년 끊임없이 기획부터 논문 작성 및 편집 그리고 발간에 이르기까지 로리뷰 구성원들의 자율적인 활동으로 이루어지고 있습니다.

금년에 발간되는 논문들은 헌법 분야에서 “추상적 규범통제의 도입 필요성과 법제화 방향”, 지적재산권 분야에서 “디자인의 이용관계”, 형사법 분야에서 “소년법상 소년연령의 인화와 보호처분의 정비”와 “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 관한 비판적 검토 및 실효적 대책의 제고”, 형사소송법 분야에서 “디지털증거의 압수·수색과정에서 참여권의 의의와 인정 범위” 그리고 회사법 분야에서 “1인 주식회사에서 무한책임의 인정” 을 그 주제로 하여 다양한 분야에서 전문적인 내용을 담았습니다.

학사 과정을 훌륭히 따라 가면서도 이렇게 다양한 전문분야에 대한 논문을 작성한다는 것이 보통의 능력이나 의지로는 무척이나 힘든 일이라는 것을 잘 알고 있습니다. 그렇기에 로리뷰 구성원들 개개인이 얼마나 열정적으로 노력했는지 충분히 알 수 있으며, 이렇게 논문을 발간하는 결실을 맺게 되어 진심으로 고맙습니다.

1994년 이후 두 번째로 더웠다는 올해 여름의 폭염에도 불구하고 이렇게 빛나는 성과를 맺어준 고배민 편집장을 비롯한 편집위원들의 헌신에 감사하며, 로리뷰 지도교수로서 애정과 지원을 아끼지 않으신 맹수석 교수님께도 감사드립니다.

다시 한 번 전통 있는 로리뷰의 2016년 제8호 Vor-Jurist 발간을 진심으로 축하하며, 발간을 위해 애쓰신 모든 분들께 감사의 말씀을 드립니다. 앞으로도 끊임없는 정진과 발전을 부탁드립니다.

2016. 12. 6.

충남대학교 법학전문대학원 원장 손 중 학

Contents

I 발간사 / 고배민

I 축 사 / 손종학

- 디지털증거의 압수·수색 과정에서 참여권의 의의와 인정 범위
..... 김옥선 9
- 「아동학대범죄의 처벌등에 관한 특례법」에 관한 비판적 검토 및 실효적
대책의 제고 김지은 29
- 형상·모양 디자인에 모양·색깔 추가 디자인의 이용관계
..... 박태민 55
- 추상적 규범통제의 도입 필요성과 법제화 방향 심규환 77
- 소년법상 소년연령의 인하와 보호처분의 정비 오진아 95
- 1인 주식회사에서 무한책임의 인정 최은석 123

디지털증거의 압수·수색 과정에서 참여권의 의의와 인정 범위

- 2015.7.16. 2011모1839 전원합의체 결정을 중심으로 -

김옥선(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

요 약

과학기술의 발달은 범죄현장에서도 예외가 없어 디지털증거의 중요성은 점점 확대되고 있는 추세이다. 그럼에도 불구하고 디지털증거에 대한 규정과 논의가 활발하지 않았으나 디지털증거 압수·수색에서 피압수자측의 참여권을 전 과정에서 인정하여야 한다는 대법원 2011모1839결정은 각종 논의의 시발점이 되었다. 2011모1839결정은 디지털증거의 특성을 무시하여 실무상 혼란을 초래했다는 의견이 다수이다.

이에 대하여 본 논문에서는 합리적인 참여권의 범위를 설정하기 위하여 디지털 저장매체 자체를 수사기관으로 가져오거나 이미징 한 저장매체의 사본을 수사기관으로 가져와 범죄사실에 관련된 정보를 분석하는 과정의 법적성질을 고찰하고 수사기관에서 행하여지는 압수·수색을 단계별로 분석하여 참여권의 보장범위를 제시하였다.

이러한 구체적인 단계에서의 참여권의 보장범위 제시는 참여권의 궁극적인 목표인 피고인의 방어권 보장을 위한 첫걸음이 될 것이다.

* 주제어 : 디지털증거, 압수·수색, 참여권

I. 서론

II. 대법원 2015. 7. 16. 2011도1839 결정의 쟁점

1. 대상 사건의 사실관계
2. 결정요지
3. 문제점

III. 디지털증거의 압수·수색 절차와 성질

1. 실무상 디지털 증거의 압수·수색 절차
2. 디지털 증거 분석의 법적 성질

IV. 디지털증거 압수·수색의 참여권의 의의와 범위

1. 압수·수색의 참여권의 의의
2. 디지털증거 압수수색 개별 절차에서 참여권의 범위

V. 결론

I. 서론

현대인들은 아침에 눈을 떠 스마트폰으로 날씨를 확인하고 출·퇴근 시 교통카드 단말기에 교통카드를 태그하고 직장에선 컴퓨터로 업무를 보며 밤에 잠들기 직전까지 태블릿 PC로 이메일을 체크하는 등 디지털기기와 떼려야 뗄 수 없는 생활을 하고 있다. 이러한 현상은 각종 범죄현장에서도 마찬가지이어서 교통사고시의 블랙박스, 살인 현장의 CCTV, 횡령·배임 사건의 엑셀장부파일 등과 같이 디지털 증거의 중요성은 계속 커지고 있는 추세이다.

디지털 증거의 중요성을 인식한 각계의 요청으로 국회는 2011년 형사소송법 개정을 통하여 전통적 증거와는 다른 디지털 증거의 특성을 반영하여 형사소송법 제106조 3항과 4항의 규정을 신설하였다. 이러한 노력에도 불구하고 아직 디지털증거의 특성에 맞는 제도가 미비 된 것이 현실이다. 특히 디지털증거 압수·수색에 있어 피압수자의 참여권에 대하여는 제대로 된 논의가 이루어지지 않고 있었다.

이에 대하여 대법원은 2015. 7. 16. 2011모1839 전원합의체 결정으로 디지털 증거가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 일련의 과정에서 참여권을 보장하지 않은 경우 압수·수색은 위법하다고 판단하였다. 대법원의 결정은 디지털 증거의 특성을 무시하여 수사의 진행을 방해한다는 비판적 견해들이 있다.¹⁾

본 논문에서는 2011모1839결정의 참여권과 관련한 쟁점을 살펴보고 디지털 증거가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력 하는 일련의 과정에서 예외 없이 참여권 보장을 인정하는 디지털증거의 특성을 간과한 대법원 결정의 문제점을 알아보고 합리적인 대안을 제시하고자 한다.

합리적 대안을 제시하기 위한 선결문제로서 디지털증거 압수·수색의 절차를 유형화하고 각 유형별로 참여권 보장의 필요 여부를 고찰하겠다. 수사기관으로 가져온 디지털증거의 선별과정단계의 법적성질에 대한 대답되는 견해들이 존재하는데 견해 선택에 따라 참여권의 인정범위가 달라지므로 이를 개별적으로 고찰하고 바람직한 견해를 제안한다.

마지막으로는 실무절차의 각 단계마다 참여권의 범위를 설정함으로써 피의자의 인권보호와 실제적 정의 추구 사이의 균형을 잡을 수 있는 법률 해석기준을 제시하겠다.

1) 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의신동향 통권 제48호, 검찰청, 2015.

최성필, 디지털증거의 증거능력, 형사소송법학회및독일형사법연구회 공동학술대회자료집, 형사소송법학회및독일형사법연구회, 2015.

조광훈, 전자정보의 압수수색절차에서 참여권의 범위와 한계, 法曹, 법조협회, 2015.

II. 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 결정의 쟁점

1. 대상 사건의 사실관계²⁾

가. 검사 갑은 J회사의 배임혐의 사건을 수사하는 과정에서 2011. 4. 25. 압수·수색영장을 발부받아 같은 날 14:10경부터 19:00경까지 압수·수색을 실시하여 혐의사실과 관련된 전자정보가 저장된 저장매체를 피압수자측의 동의를 얻어 압수하였다.

나. 2011. 4. 26. 검사 갑은 대검찰청 디지털포렌식센터에 이 사건 저장매체를 인계하면서 자료분석을 의뢰하였고, 대검찰청 디지털포렌식센터 소속 사법경찰관은 2011. 4. 27. 10:40경부터 15:10경까지 피압수자가 참여한 가운데 이 사건 저장매체의 봉인을 해제하였다. 그 후 피압수자에게 통지하지 않은 상태에서 이 사건 각 저장매체에 저장되어 있는 전자정보를 모두 대검찰청 원격디지털공조시스템에 이미징하여 저장하였다(이하 '이 사건 1 처분').

다. 검사 갑은 대검찰청 디지털포렌식센터로부터 이 사건 각저장매체를 돌려받아 2011. 5. 2. 피압수자에게 이를 반환하고, 피압수자와 그 변호인에게 통지하지 않고 2011. 5. 3.부터 2011. 5. 6.까지 대검찰청 원격디지털공조시스템에 저장된 전자정보를 다시 별도의 하드디스크에 다운로드하여 저장하고(이하 '이 사건 제2 처분'), 2011. 5. 9.부터 2011. 5. 20까지 위와 같이 하드디스크에 저장된 정보에 관해 검색을 실시하고 이 부분을 출력하여 검토하였다(이하 '이 사건 제3 처분').

라. 하드디스크에서 피압수자의 약사법위반 등 혐의사실과 관련된 자료를 발견한 검사 갑은 이를 특수부에 통보하였고, 이에 검사 을은 2011. 5. 26. 압수·수색영장을 발부 받아 같은 날 하드디스크 자체를 압수하였다(이하 '이 사건 4 처분').

마. 검사 을은 이 사건 4 압수처분 이후 피압수자와 그 변호인에게 통지하지 않고 위 하드디스크에 저장된 전자정보를 문서로 출력하였다(이하 '이 사건 5 처분').

바. 2011. 5. 27. 검사 갑은 피압수자측을 배임 혐의로 기소한 후, 재판 진행 과정에서 피압수자측과 변호인으로부터 두 차례에 걸쳐 이 사건 제3 처분에 의하여 출력한 문서가 기재된 압수목록을 교부하여 달라는 요청을 받았으나 응하지 않았다.

2) 수원지방법원 2011.10.31. 2011보2결정.

2. 결정요지³⁾

본 결정에서는 제2·3처분의 위법성이 제1처분에 영향을 주는지에 대하여 다수의견과 별개의 의견이 존재하는 등 대립이 있었으나 본 논문에서는 디지털 증거 압수·수색과 그 참여권을 중심으로 살펴보겠다.

가. 디지털 증거 압수·수색의 원칙과 예외

대법원은 “수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야”한다고 결정하여 디지털 증거 압수·수색의 원칙을 규정하고 있다.

또 한 예외적으로 “저장매체 자체를 직접 반출하거나 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징 등 형태(이하 복제본이라 한다)로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 압수·수색하는 것은 현장의 사정이나 전자정보의 대량성으로 관련 정보 획득에 긴 시간이 소요되거나 전문 인력에 의한 기술적 조치가 필요한 경우 등 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여” 디지털 증거 압수·수색을 허용하고 있다.

나. 디지털 증거 압수·수색의 참여권

디지털 증거 압수·수색의 참여권에 대하여는 “저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태(이하 ‘복제본’이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’라 한다)나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참

3) 대법원, 2015.7.16. 2011도1839결정.

여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다"라고 결정하였다.

다. 제1처분에 대한 판단

갑 검사가 이 사건 저장매체에 저장되어 있는 전자정보를 압수·수색함에 있어 저장매체 자체를 자신의 사무실로 반출한 조치는 제1 영장이 예외적으로 허용한 부득이한 사유의 발생에 따른 것이고, 제1 처분 또한 준항고인들에게 저장매체 원본을 가능한 한 조속히 반환하기 위한 목적에서 이루어진 조치로서 준항고인들이 묵시적으로나마 이에 동의하였다고 볼 수 있을 뿐만 아니라 그 복제 과정에도 참여하였다고 평가할 수 있으므로 제1 처분은 위법하다고 볼 수 없다.

라. 제2·3처분에 대한 판단

제2·3 처분은 제1 처분 후 피압수자에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 제1 영장 기재 혐의사실과 관련된 정보는 물론 그와 무관한 정보까지 재복제·출력한 것으로서 영장이 허용한 범위를 벗어나고 적법절차를 위반한 위법한 처분이다. 제2·3 처분에 해당하는 전자정보의 복제·출력 과정은 증거물을 획득하는 행위로서 압수·수색의 목적에 해당하는 중요한 과정인 점, 이 과정에서 혐의사실과 무관한 정보가 수사기관에 남겨지게 되면 피압수자의 다른 범익이 침해될 가능성이 한층 커지게 되므로 피압수자에게 참여권을 보장하는 것이 그러한 위험을 방지하기 위한 핵심절차인데도 그 과정에 참여권을 보장하지 않은 점, 더구나 혐의사실과 무관한 정보까지 출력한 점 등 위법의 중대성에 비추어 볼 때, 비록 제1 처분까지의 압수·수색 과정이 적법하다고 하더라도 전체적으로 제1 영장에 기한 압수·수색은 취소되어야 할 것이다.

3. 문제점

대법원은 디지털증거의 압수·수색영장 집행의 전 과정에서 피압수자측의 참여권이 보장되어야 한다는 결정을 내렸고 특히 본 논문의 중심 주제인 이미 압수된 저장매체

의 정보의 탐색과정에서의 참여권에 대하여도 예외 없이 피압수자측의 참여권이 보장되어야 한다고 판시하고 있다.

이러한 대법원의 결정은 디지털 증거의 성격과 실무를 무시하였다는 비판을 피할 수 없다. 디지털 증거의 특성 특히 대량성과 비가시성 그리고 전문성은 디지털 증거의 압수·수색시 유체물 증거와는 다른 접근방법을 요구한다. 유체물증거의 경우 직접 육안으로 범죄 사실과 관련된 증거들은 훑어보고 압수·수색의 장소에서 압수물을 특정할 수 있다. 하지만 저장매체에 저장된 정보 중에서 증거적 가치가 있는 정보를 취득하기 위해서는 정보저장매체를 육안으로 살피어 증거를 특정 하는 것은 불가능하고 전문적인 기술을 이용한 파일별로 개별적 접근을 통하여야 특정 범죄와의 관련성 판단할 수 있다.

파일별로 개별적인 접근을 통한 관련성을 판단하는 경우에도, 저장매체에는 대량의 정보⁴⁾가 저장되어 있기 때문에 유체물증거와 비교하여 많은 시간이 요구된다. 수사기관은 수사의 신속한 진행을 위하여 저장매체의 복제본을 만들어 여러 수사관들에게 정보를 탐색하고 분석하게 하고 있다. 복제본을 만들 때마다 피압수자측의 참여를 요구한다면 수사의 현저한 지연을 가져오게 된다.

피압수자의 측면에서 생각해 볼 때, 막대한 시간이 소요되는 탐색의 과정에 참여권을 이유로 각 단계마다 피압수자의 참여가 간접적인 방법으로 강제될 경우의 피압수자의 인신을 구속하는 제도로 악용될 소지가 있다. 피압수자가 참여권을 포기해 압수·수색 단계에서 참여하지 않을 수 있다. 그 경우 오랜 시간 변호사를 고용할 능력이 되는 피압수자의 경우 변호인을 통하여 참여권을 행사할 수 있으나 그렇지 못한 피압수자는 참여권을 실질적으로 보장받을 수 없는 불평등이 발생한다.

또한 기업의 저장매체의 경우 기업의 영업에 당장 필요로 하는 경우 예외 없는 피압수자의 참여권 보장은 수사기간의 장기화를 가져오고 결국 그 피해는 피압수자가 오롯이 지게 된다.

이에 대하여 디지털 증거 분석의 성질을 따라 디지털 증거 분석이 이미 압수·수색 영장의 실행 종료이후의 단계라면 피압수자의 참여권 보장이 요구되지 않을 것이다. 하지만 대법원의 결정을 존중하여 디지털 증거 분석이 압수·수색영장의 실행 중 일 부라면 디지털 증거 분석의 단계를 나누어서 어디까지 참여권이 보장되는 것이 절차적 진실과 실제적 진실의 조화를 이룰 수 있는지 고찰해겠다.

4) 개인이 사용하는 컴퓨터의 용량이 1TB(약 300페이지 책 약 41억권)를 상회하고 있으며 기업에서 사용하고 있는 서버의 용량은 더 방대하다.

III. 디지털 증거 압수 · 수색의 절차와 성질

1. 실무상 디지털 증거의 압수 · 수색 절차

수사기관의 디지털 증거의 압수 · 수색은 형사소송법 219조와 제106조 제3항에 따라서 원칙적으로는 저장매체에 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 압수하는 방법으로 행하여진다. 그러나 범위를 정하여 출력 · 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기 어려운 경우에는 저장매체 자체를 압수할 수 있다.

이에 따라 수사기관에서는 크게 3가지 방법으로 디지털증거의 압수 · 수색을 절차를 이행하고 있다.

(i) 압수 · 수색 장소에 있는 정보저장매체 등에서 영장 기재 혐의사실과 관련한 정보만을 수색하여 이를 복사 또는 출력하는 방법, (ii) 압수 · 수색 현장에서 저장매체를 이미징하여 사본을 확보하여, 수사기관의 사무실에서 영장 기재 혐의사실과 관련된 정보를 이미징한 사본에서 검색하고 출력하는 방법, (iii) 정보저장매체 자체를 현장에서 가지고 와 수사기관의 사무실에서 이미징하고, 그 증거사본을 확보한 다음 원본은 피압수자에게 반환하고 사본을 이용하여 영장 기재 혐의사실과 관련된 정보를 검색하여 이를 출력하는 방법이 있다.⁵⁾

(i)의 경우 이미 압수 · 수색 영장에 의한 모든 절차를 완료하였으므로 더 이상 참여권과 관련하여 문제되지 않지만 (ii), (iii)의 경우에 어느 단계부터 압수 · 수색 영장 실행행위의 종료로 보느냐에 따라 참여권 보장의 범위가 달라지므로 (ii), (iii)의 법적 성질을 알아보도록 하겠다.

2. 디지털 증거 분석의 법적 성질

저장매체 자체를 수사기관으로 가져오거나 이미징 한 저장매체의 사본을 수사기관으로 가져와 범죄사실에 관련된 정보를 분석하는 것의 법적 성질은 피압수자의 참여권을 보장의 범위를 설정하여 주므로 본 장에서는 디지털 증거 분석의 법적 성질에 대하여 알아보겠다.

5) 최성필, 전계논문, 16-17면.

가. 수색설

수사기관으로 저장매체를 압수해오거나 이미징 한 저장매체를 압수해서 수사기관으로 가져와 범죄사실과 관련된 정보를 탐색하는 행위는 압수수색영장의 집행과정의 일부인 수색으로 보는 견해를 수색설이라 한다.⁶⁾ 이 견해에 의하면 압수수색절차의 종료시점은 범죄사실과 관련된 정보를 탐색을 통해 특정하여 압수할 때이다.⁷⁾

수색설에 따르면 디지털 저장매체를 탐색하는 것은 수색에 해당하므로 이 단계에서는 피압수자의 참여권이 보장되어야 한다. 피압수자의 참여권이 보장되지 않은 상태에서 취득한 증거는 위법수집증거이므로 원칙적으로 그 증거능력이 부정된다.⁸⁾

나. 수색·검증설

일반 유체물 증거물에 대한 압수·수색영장을 집행하는 방법은 일반적으로 범죄혐의와 관련된 증거에 대한 수색을 마친 후 압수를 실행하는 방법으로 행하여지는 것에 비하여 디지털증거의 압수·수색의 경우 수사기관은 전자기록을 이미징 등의 방법으로 복사하고 그 이후 검색을 통한 수색을 한다. 이러한 경우 일단 압수·수색의 영장이 필요하다(형사소송법 제219조, 제106조).

그 이후 디지털 저장매체에 저장되어 있는 정보를 확인하기 위해서는 컴퓨터 조작 기술이나 소프트웨어를 사용하여야 한다. 이러한 점 때문에 정보를 확인하기 위해서는 그 행위가 사실을 발견함에 필요한 행위이므로 압수·수색 영장 외에도 검증영장이 필요하다고 보는 견해가 수색·검증설이다.(형사소송법 제219조, 제139조).⁹⁾

이 견해에 따르면 디지털 저장매체에 저장되어 있는 정보를 확인하기 위한 절차에는 검증영장이 요구되고 이러한 과정에서 피압수자측의 참여권이 보장되지 않을 경우 취득된 디지털증거는 위법증거로서 그 증거능력이 부정되어야한다.¹⁰⁾

6) 오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문(1997), 80-81면.

7) 이완규, 전개논문, 7면.

8) 최성필, 전개논문, 25면.

9) 조국, “컴퓨터 전자기록에 대한 대물적 강제처분의 해석론적 쟁점”, 한국형사정책학회, 형사정책 제22권 제1호(2010. 7.), 105-106면.

10) 조국, 전개논문, 109면.

다. 압수물 확인행위설

형사소송법 제106조 제3항은 압수의 목적물이 컴퓨터 저장매체 등인 경우의 집행방법을 정하고 있는 규정으로서, 복제물을 제출받거나 예외적으로 저장매체 자체를 압수하는 것을 압수의 집행방법으로 볼 수 있다. 따라서 이러한 행위가 있으면 압수행위가 있는 것으로 압수·수색영장의 집행의 종료로 볼 것이다.

그 이후에 압수된 디지털 저장매체 탐색하거나 이미징하는 것은 이미 종료된 압수행위에서 취득한 압수물의 확인행위에 지나지 않으므로 그 과정에서 피압수자측의 참여권을 보장하지 않더라도 위법한 증거의 수집이 되지 않는다고 보는 견해가 압수물 확인설이다.¹¹⁾

라. 대법원의 입장

대법원(2011도1839)은 “저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정 역시 전체적으로 하나의 영장에 기한 압수·수색의 일환에 해당한다고 보고 있으며 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수자측에게 참여의 기회를 보장하여야 한다”고 판단하고 있다.

대법원은 압수된 디지털 저장매체 탐색하거나 이미징하는 것을 압수·수색영장의 실행과정의 일부로 보고 있다. 따라서 위 절차에서 피압수자측의 참여권이 보장되지 않고 취득한 증거는 위법수집증거로서 원칙적으로 그 증거능력이 부인될 것이다.

마. 검토

수색설과 수색·검증설 의하면 저장매체 자체나 이미징한 사본에서 정보를 찾는 것은 수색이나 검증에 해당하므로 피압수자의 참여권이 보장되어야 한다고 판단하고 있으며, 대법원 역시 수사기관의 사무실에서 이루어지는 탐색의 경우 역시 압수·수색영장의 집행과정의 일부로 보아 피압수자의 참여권이 보장되어야 한다고 결정하였다.

우리의 형사소송법은 일반 유체물의 압수·수색의 참여권에는 규정이 있으나 디지털증거의 압수·수색에는 규정이 따로 존재하지 않으므로 일반 유체물의 압수·수색의 참여권의 규정을 디지털 압수·수색에도 적용하고 있다. 2011년 형사소송법개정을

11) 이완규, “디지털 증거 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 법조(2013. 11. Vol.686), 64면.

통하여 디지털 증거의 압수·수색에 대한 규정을 신설하면서 디지털 증거에 대한 참여권 규정을 따로 재정하지 않은 입법자의 취지를 고려해 볼 때 일반 유체물 압수·수색의 참여권 규정을 사용하는 것이 타당하다. 또한 법문의 해석과 기존의 유체물 증거 압수·수색의 참여권과의 형평성을 고려해 볼 때, 디지털증거의 압수·수색에도 동일한 참여권의 법리가 사용되어야 한다. 일반 유체물의 참여권의 경우 압수물을 수사기관의 사무실로 가지고 와서 그 내용을 탐색하는 경우에는 이미 집행이 끝난 경우에 해당하므로 피압수자의 참여권이 보장되는 영역이 아니다. 이러한 균형성을 고려해 볼 때 수색설, 수색·검증설 및 대법원의 견해의 적용은 무리가 있다.¹²⁾

수사단계에서 압수수색 절차에 피압수자의 참여권을 예외없이 보장하는 것은 수사의 효율성 및 보안성의 측면에서 바람직하지 못하며 결국 수사를 통한 실체적 진실의 발견을 어렵게 한다.¹³⁾

따라서 이미 수사기관에 디지털 증거를 가져와 분석하는 과정은 이미 압수수색영장의 집행은 압수물을 수사기관으로 가져올 때 종료되었고 분석의 과정은 압수물의 확인행위에 지나지 않는다고 보는 것이 타당하다. 압수물확인행위설을 따른다면 수사기관에서의 정보매체의 탐색은 압수물의 확인행위에 지나지 않고, 피압수자의 참여권보장이 문제되지 않으므로 수사의 신속성을 담보할 수 있을 것이다.

디지털증거의 대량성이라는 특성으로 인하여 별건수사나 압수가 문제될 경우, 별건 압수의 목적물은 제106조 제3항의 관련성의 요건을 충족시키지 못하므로 제308조의 2에서 규정하고 있는 위법수집증거 배제의 원칙을 사용하여 증거능력을 인정하지 않는 방식으로 별건 압수·수색의 문제는 해결할 수 있다.

압수물 확인행위설에 의하면 저장매체 자체를 압수해 오거나 이미징한 단계에서 압수는 종료되므로 그 이후의 정보 검색행위는 압수물의 확인행위에 지나지 않으므로 피압수자의 참여권이 보장되지 않는 경우에도 위법한 증거의 취득이라고 볼 수 없어 그로 인해 취득한 증거에는 증거능력이 있을 것이다.

하지만 대법원은 전원합의체 결정으로 수사기관에서의 탐색을 영장의 집행과정의 일부로 판단하고 있으므로 대법원의 결정이 변경되지 않는 한 이러한 해석이 적용될 여지는 없을 것이다.

12) 최성필, 전계논문, 31면

13) 최성필, 전계논문, 30-31면

Ⅳ. 디지털증거 압수·수색의 참여권의 의의와 인정범위

1. 압수·수색의 참여권의 의의

압수·수색과 관련하여 검사·피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다(형사소송법 제219조, 제121조). 압수·수색의 참여권을 보장하는 것은 절차의 공정성을 확보하고 집행을 받는 자의 이익을 보호하기 위한 것으로 영장을 집행 하에는 미리 집행의 일시와 장소를 참여권자에게 통지하여야 한다(형사소송법 제219조, 제122조)¹⁴⁾. 제122조의 후단에는 피압수자측이 참여의 의사를 표시한 경우 피압수자측의 통지를 하지 않아도 됨을 규정함으로써 참여권은 절대적 공익적 요건이 아닌 포기가 가능한 사익적 요건으로 해석할 수 있다.

전체적인 법규정을 살펴볼 때 수사기관의 압수수색단계에서의 피압수자의 참여권은 압수·수색절차의 공정성을 확보함으로써¹⁵⁾ 공판의 당사자인 피압수자가 앞으로 이어질 수사과 결과적으로는 공판 절차에서 자신의 방어권을 행사하기 위한 수단으로 해석된다. 따라서 방어권의 행사를 위한 범위 내에서는 피압수자측의 참여권이 보장되는 것이 타당하다.

특히 디지털증거의 경우 대법원은 2011도1838 결정에서 피압수자측의 참여권을 혐의 사실과 무관한 디지털증거가 수사기관에 의해 다른 범죄의 수사의 단서 내지 증거로 위법하게 사용되는 등의 별건 수사의 위험성을 방지하기 위한 수단으로 해석하고 있다. 영장의 기재된 사건이외의 다른 사건의 증거를 압수수색하는 별건수사를 제한하고 있는 것은 피압수자가 미리 예측하고 방어를 준비하고 있는 자신의 범죄사실외의 다른 범죄를 추궁 받는 것은 피압수자측의 방어권을 무력화 시킬 수 있기 때문이다. 결국 별건수사의 위험성을 지적하고 있는 대법원의 결정의 궁극적인 목적도 피압수자측의 방어권의 보장으로 해석할 수 있다.

2. 디지털증거 압수수색 개별 절차에서 참여권의 범위

디지털 압수수색 절차에서 참여권의 보장 범위를 설정하기 위하여 절차의 단계별로 참여권의 필요성을 고찰할 필요가 있으므로 III에서 살펴본 것과 같이 형사소송법 제106조 제3항에서 규정한 예외적 방법의 절차를 좀 더 구체적으로 검토하여보기로 한다.

14) 이재상·조균성, 「형사소송법」, 박영사, 2016, 315-316면.

15) 이재상·조균성, 전제서, 315-316면.

참여권보장이 문제되는 실무상 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수수색의 방법은 크게 두 가지로 나눌 수 있다.

첫째로 압수수색현장에서 정보저장매체 자체를 압수하여 외부로 반출하는 경우, (i) 압수수색현장에서 정보저장매체 자체를 봉인 한 후 압수하여 수사기관 사무실로 옮기는 단계(검찰의 경우, 디지털 포렌식 센터), (ii) 정보저장매체의 봉인의 해제와 이미징을 하는 단계, (iii) 이미징한 자료를 디지털 포렌식 센터 증거사본 보관시스템에 업로드하는 단계, (iv) 정보저장매체의 피압수자측에 환부 또는 가환부하는 단계, (v) 디지털 포렌식 담당 수사관이 보관 시스템에 접근한 후 저장된 증거사본에 대한 파일 검색, 탐색, 분석, 파일 추출하는 단계, (vi) 분석이 완료된 자료는 디지털 포렌식 센터의 원격 디지털 공조시스템에 업로드를 하는 단계, (vii) 디지털 공조시스템에서 전자정보의 검색하는 단계, (viii) 해당사건과 관련성 있는 전자정보의 복사 또는 출력하는 단계, (ix) 사건이 종결된 후 데이터 삭제(폐기)하는 단계로 진행된다.

두 번째로 압수수색현장에서 정보저장매체 전체를 이미징하여 사본을 외부로 반출하는 경우는 (i-i) 압수수색현장에서 정보저장매체 전체를 이미징하는 단계 이후에는 첫 번째 방법의 절차와 같이 진행되므로 (i-i)는 따로 검토하고 나머지는 위의 절차와 함께 다루어도 무리가 없으므로 통합하여 고찰하겠다¹⁶⁾.

가. 피압수자측의 참여권보장이 필요한 범위

(i) 압수수색현장에서 정보저장매체 자체를 봉인 한 후 압수하여 수사기관 사무실로 옮기는 단계(검찰의 경우, 디지털 포렌식 센터) 이미 실무에서도 피압수자측을 참여하게 하고 있고¹⁷⁾ 유체물증거의 압수수색절차의 경우에도 현장에서의 압수수색의 피압수자측의 참여권을 인정하고 있는 사실과의 형평성을 고려해 볼 때, 피압수자측의 참여권을 인정하는 것이 타당하다.

(i-i) 압수수색현장에서 정보저장매체 전체를 이미징하는 단계의 경우, 역시 압수수색현장에서의 영장의 집행단계이며 정보저장매체의 전부를 확보할 수 있는 방법으로 이루어지는 압수수색이므로 피압수자측은 어떠한 저장매체가 이미징되는지를 파악하고 있어야 앞으로의 형사절차에서 방어권을 적절히 행사할 수 있으므로 피압수자측의 참여권을 보장하는 것이 옳다.

실무에서도 본 절차는 이미징 방법으로 증거사본을 만드는 과정에 해당하므로 디지털 증거의 증거능력 부여 요건인 무결성의 입증을 위하여 피압수자를 참여시키고 이

16) 조광훈, 전계논문, 304면.

17) 최성필, 전계논문 33면

미징 파일의 해쉬값을 생성하여 피압수자측에 확인과 서명을 받고 있으므로¹⁸⁾ 실무에서도 문제가 생기지 않는다.

(ii) 정보저장매체의 봉인의 해제와 이미징을 하는 단계는 앞서 살펴 본 (i-i)의 단계와 장소가 압수수색의 현장에서 수사기관으로 달라진 것에 불과하므로 참여권이 인정되어야 한다.

(iv) 정보저장매체의 피압수자측에 환부 또는 가환부하는 단계는 피압수자측의 참여가 당연 전제되는 것이므로 참여권의 보장을 논의할 필요가 없다.

나. 피압수자측의 참여권보장이 요구되는 단계

(iii) 이미징한 자료를 디지털 포렌식 센터 증거사본 보관시스템에 업로드하는 단계는 피압수자가 이미 이미징 단계에서 참여하여 무결성이 보장된 파일을 수사의 편의를 위하여 시스템에 보관하는 것에 해당하므로 일반 증거물의 압수·수색 단계에 비교하자면 압수한 서류를 사본으로 만드는 것에 불과하므로 피압수자측의 방어권의 행사와 관련이 적어 참여권이 보장이 필요하지 않다.

(v) 디지털 포렌식 담당 수사관이 보관 시스템에 접근한 후 저장된 증거사본에 대한 파일 검색, 탐색, 분석, 파일 추출하는 단계의 경우 참여권의 범위의 산정에 가장 문제가 되는 부분이다.

수사과정의 대부분의 시간이 투자되는 부분으로 2011모1839 결정의 사건의 경우 이미징 사본을 이용하여 추출된 파일의 내용을 검색하는데 11일이 소요되었다¹⁹⁾. 디지털증거의 비가시성 때문에 파일의 제목을 바꾼다면 파일을 검색하여 증거를 확보하는 것은 불가능하므로 파일을 하나씩 열어 그 내용을 확인하는 과정에서 막대한 시간이 필요하다. 디지털증거의 전문성과 관련하여 파일이 암호화되어 있거나 숨겨져 있다면 암호를 해독하거나 숨겨져 있는 파일을 찾아내는데 많은 시간이 요구될 것인데 이러한 모든 과정에서 피압수자를 참여시키는 것은 수사의 장기화를 가져온다. 앞서 문 제점에서 지적한 바와 같이 수사의 장기화는 피압수자측의 신분의 불안정을 가져오므로 피압수자측의 방어권을 실질적으로 침해하는 결과를 초래한다.

대법원은 별건수사를 방지하기 위하여 피압수자측의 참여권을 보장하여야 한다고 판단하였다. 별건수사는 피압수자측의 참여권의 보장이 아닌 형사소송법 제106조 3항의 관련성의 요건으로 통제가능하며 관련성이 없는 증거의 경우 위법증거배제원칙이 적용되어 증거능력을 부여하지 않는 것이 수사의 효율성은 물론 수사를 신속하게 종

18) 최성필, 전계논문 34면

19) 최성필, 전계논문, 35면

결할 수 있게 하므로 피압수자측의 방어권 실질적인 보장에 도움을 줄 것이다.

(vi) 분석이 완료된 자료는 디지털 포렌식 센터의 원격 디지털 공조시스템에 업로드를 하는 단계의 경우는 수사의 편의와 증거의 절차적 적법성을 획득하기 위한 기술적인 방법에 불과하며 이미 증거가 특정된 경우에 해당하므로 피압수자측의 참여권이 인정되지 않아도 된다.

(vii) 디지털 공조시스템에서 전자정보의 검색하는 단계 역시 압수·수색 영장의 실행이 종료된 이후의 수사편의를 위한 절차로서 피압수자측의 참여권은 보장되지 않아도 무방하다.

(viii) 해당사건과 관련성 있는 전자정보의 복사 또는 출력하는 단계에서 복사·출력이 되는 대상의 경우 이미 특징이 완료되었기 때문에 더 이상 참여권에 대한 논의가 필요하지 않다.

(ix) 사건이 종결된 후 데이터 삭제(폐기)하는 단계는 이미 피압수자의 방어권이나 별건수사의 위험성이 존재하지 않으므로 참여권이 보장되지 않아도 된다.

3. 소결

피압수자측의 참여권보장의 궁극적 목적은 피압수자의 방어권 보장이다. 따라서 피압수자의 방어권 보장이 필요한 범위 내에서 참여권이 보장되어야 한다. 또 한 디지털 증거의 압수·수색에 있어서 피압수자측의 참여권보장의 범위를 설정하는데 있어서 기존 유체물 증거 압수·수색의 규정을 사용하고 있으므로 기존 유체물 증거의 압수·수색의 절차와의 형평성을 고려하여 참여권의 범위를 설정하여야 한다.

(i) 압수수색현장에서 정보저장매체자체를 봉인 한 후 압수하여 수사기관 사무실로 옮기는 단계, (i-i) 압수수색현장에서 정보저장매체 전체를 이미징하는 단계, (ii) 정보저장매체의 봉인의 해제와 이미징을 하는 단계, (iv) 정보저장매체의 피압수자측에 환부 또는 가환부하는 단계에서는 피압수자측의 방어권을 보장하기 위하여서나 절차상의 내제된 특성으로서 피압수자측의 참여권이 인정되어야 할 것이다.

(iii) 이미징한 자료를 디지털 포렌식 센터 증거사본 보관시스템에 업로드하는 단계, (vi) 분석이 완료된 자료는 디지털 포렌식 센터의 원격 디지털 공조시스템에 업로드를 하는 단계, (vii) 디지털 공조시스템에서 전자정보의 검색하는 단계, (viii) 해당사건과 관련성 있는 전자정보의 복사 또는 출력하는 단계, (ix) 사건이 종결된 후 데이터 삭제(폐기)하는 단계에서는 수사의 편의를 위한 기술적 절차이거나 이미 증거의 특정된 이후의 행위이므로 피압수자측의 방어권과 큰 관련이 없으므로 참여권이 보장되지 않아도 무방하다.

(v) 디지털 포렌식 담당 수사관이 보관 시스템에 접근한 후 저장된 증거사본에 대한 파일 검색, 탐색, 분석, 파일 추출하는 단계의 경우 수사 시 가장 오랜 시간이 투자되고 핵심적인 부분으로 참여권 보장과 관련하여 많은 논의들이 존재하나 참여권을 인정할 시 수사의 장기화로 많은 폐단이 발생한다. 이는 결국 피압수자측의 방어권 보장에도 악영향을 끼친다. 별건압수의 경우 제106조 제3항의 관련성의 규정으로 통제하여 위법증거배제법칙으로 증거능력을 부정하면 요증사실을 증명하기 위한 증거로 사용할 수 없으므로 이 단계에서는 따로 피압수자측의 참여권을 인정하지 않아도 된다.

V. 결론

우리 생활에 밀접하게 사용되는 디지털 기기는 범죄 현장에서도 예외가 없어 디지털 기기로서 형성된 디지털증거의 중요성은 날이 증가하고 있는 추세이다. 형사소송법 제106조 3항과 4항은 디지털증거의 압수·수색 절차를 규정하고 있으나 세부적인 절차는 규정하고 있지 않아 실무상 많은 혼란이 발생하고 있다.

특히 디지털증거 압수·수색에서 피압수자측의 참여권을 전 과정에서 인정하여야 한다는 2011도1839 결정은 디지털증거의 특성을 고려하지 못한 결정으로 수사의 효율성을 저하시켜 수사의 장기화를 가져와 오히려 참여권의 궁극적인 목적인 방어권 보장을 방해할 것이다.

우선적으로 디지털 저장매체 자체를 수사기관으로 가져오거나 이미징 한 저장매체의 사본을 수사기관으로 가져와 범죄사실에 관련된 정보를 분석하는 것의 법적 성질에 대하여 살펴보았는데 대립되는 학설들 중 압수물확인행위설을 따른다면 수사기관에서의 정보매체의 탐색은 이미 종료된 압수·수색의 실행과정에서 취득한 압수물의 확인행위에 지나지 않으므로 피압수자의 참여권보장이 문제되지 않아 수사의 신속성을 담보할 수 있을 것이다. 하지만 이에 대하여 대법원은 2011도1839결정을 통하여 이를 압수·수색영장의 실행과정의 일부로 보았으므로 대법원의 결정이 변경되지 않는 한 이러한 해석이 적용될 여지는 없을 것이다.

피압수자측의 참여권보장의 목적은 피압수자의 방어권의 보장이므로 방어권의 보장이 필요한 범위 내에서 참여권이 인정되어야 하고, 디지털증거의 압수·수색에 대하여 기존 유체물 증거 압수·수색의 규정을 사용하고 있으므로 기존 유체물 증거의 압수·수색의 절차와의 형평성을 고려하여야 한다.

(i) 압수·수색현장에서 정보저장매체자체를 봉인 한 후 압수하여 수사기관 사무실로 옮기는 단계, (i-i) 압수수색현장에서 정보저장매체 전체를 이미징하는 단계, (ii)

정보저장매체의 봉인의 해제와 이미징을 하는 단계, (iv) 정보저장매체의 피압수자측에 환부 또는 가환부하는 단계에서는 피압수자측의 참여권이 인정되어야 할 것이다.

(iii) 이미징한 자료를 디지털 포렌식 센터 증거사본 보관시스템에 업로드 하는 단계, (vi) 분석이 완료된 자료는 디지털 포렌식 센터의 원격 디지털 공조시스템에 업로드를 하는 단계, (vii) 디지털 공조시스템에서 전자정보의 검색하는 단계, (viii) 해당사건과 관련성 있는 전자정보의 복사 또는 출력하는 단계, (ix) 사건이 종결된 후 데이터 삭제(폐기)하는 단계에서는 참여권이 보장되지 않아도 무방하다.

(v) 디지털 포렌식 담당 수사관이 보관 시스템에 접근한 후 저장된 증거사본에 대한 파일 검색, 탐색, 분석, 파일 추출하는 단계의 경우 수사 시 가장 오랜 시간이 투자되고 핵심적인 부분으로 참여권 보장과 관련하여 많은 논의가 존재하나 참여권을 인정할 시 수사의 장기화로 많은 폐단이 발생하므로, 별건 압수의 경우 제106조 제3항의 관련성의 규정을 사용하여 위법증거배제법칙으로 규율할 것이지 이 단계에서 피압수자측의 참여권을 인정할 것은 아니다.

새로운 증거형태인 디지털증거의 압수·수색의 참여권의 보장과 그로 인하여 증거능력 제한에 대한 다양한 논의가 진행되고 있다. 형사소송법상 당사자주의에 의하더라도 무기평등에 있어 검사보다 열악한 지위에 처해있는 피고인의 권리를 보호하기 위하여 꼭 필요한 논의임이 틀림없다.

하지만 디지털증거의 특성을 고려하지 못한 참여권의 보장은 참여권의 궁극적인 목적인 피고인의 방어권을 실질적으로 약화시키는 결과를 가져올 수 있다. 또한 디지털 증거 압수·수색에 대한 참여권의 규정이 따로 없고 일반유체물의 참여권 규정이 적용되는 이상 기존의 유체물 증거 압수·수색의 참여권의 조화 역시 무시할 수 없다. 이를 위해서는 입법을 통하여 디지털 증거 압수·수색 참여권의 문제를 해결해야 한다.

Ⅰ 참고문헌

1. 단행본

- 배종대, 이상돈, 정승환, 이주원, 「신형사소송법」, 홍문사, 2011.
신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014.
이재상·조균성, 「형사소송법」, 박영사, 2016.

2. 논문

- 곽병선, “디지털 증거의 압수수색절차상 문제점과 개선방안”, 법학연구 제51집, 2013, 249-265면.
권영섭, “실태조사를 통해 본 디지털 증거수집의 문제점과 개선방안”, 법학연구 제49집, 2013, 한국법학회, 387-407면.
권오걸, “디지털증거의 개념·특성 및 증거능력의 요건”, IT와 법 연구 제5집, 경북대학교 IT와 법연구소, 2011, 291-318면.
김성룡, “전자정보에 대한 이른바 ‘별건 압수·수색’”, 형사법의 신동향 통 권 제49호, 검찰청, 2015, 106-158면.
김슬기, “미국에서의 정보저장매체의 압수·수색에 관한 연구”, 법학연구 제25권 4호, 연세대학교 법학연구원, 2015, 143-168면.
김윤섭, 박상용, “형사증거법상 디지털 증거의 증거능력”, 형사정책연구 제26권 제2호, 한국형사정책연구원, 2015, 165-214면.
서태경, “형사소송법 제106조 제3항 단서에 따른 수사기관의 압수에 관한 검토”, 법학논총 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2015, 159-195면.
손지영, 김주석, “디지털 증거의 증거능력에 대한 판단에 관한 연구”, 사법정책연구원 연구총서 2015-08, 사법정책연구수원, 2015, 1-181면.
오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997.
이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의신동향 제48호, 검찰청, 2015, 90-158면
_____, “디지털 증거 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 법조 제62권 제11호 통권 제686호, 법조협회, 2013, 91-162면.
이윤제, “디지털 증거 압수·수색영장의 집행에 있어서의 협력의무”, 형사법연구 제24권 제2호 통권 제51호, 한국형사법학회, 2012, 303-334면.

- 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 법학연구 제41집, 한국법학회, 2011, 317-336면.
- 조국, “컴퓨터 전자기록에 대한 대물적 강제처분의 해석론적 쟁점”, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010, 99-123면.
- 조성훈, “디지털증거와 영장주의”, 형사정책연구 제24권 제3호 통권 제95호, 한국형사정책연구원, 2013, 111-149면
- _____, “전자정보의 압수수색절차에서 참여권의 범위와 한계”, 법조 제64권 제12호 통권 제711호, 법조협회, 2015, 291-335면.
- _____, “정보저장매체 등의 압수·수색에서 참여권”, 저스티스 통권 제151호, 한국법학원, 2015, 271-300면.
- 최성필, “디지털증거의 증거능력”, 형사소송법학회 및 독일형사법연구회 공동학술대회자료집, 형사소송법학회 및 독일형사법연구회, 2015, 10-68면.

「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 관한 비판적 검토 및 실효적 대책의 제고

김 지 은(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

요 약

2016년 8월 2일 고작 4살밖에 되지 않은 여아가 친모의 학대로 인해 온몸에 멍이 든 채 사망하는 사건이 있었다. 아동에 대한 학대와 폭력은 더 이상 가정 내의 문제로 치부하기에는 너무도 끔찍한 사회적 문제이다. 아동학대는 아동의 대항력 부재로 인해 피해아동이 사망이나 중상해에 이르는 경우가 많고 신체적 피해가 경미하다고 해도 그로 인한 정신적 고통이 아동의 성장과정에서 장기간 지속될 수 있는 점에서 일반 폭력사건에 비해 한층 더 심각한 문제를 안고 있다.

아동학대 범죄로 인해 고통 받는 피해아동들을 보호하기 위한 절차적 법률인인 “아동학대 범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제12341호, 2014년 1월 28일 공포, 9월 29일 시행)”이 마련되어 아동학대 문제에 대한 본격적인 사회적 규제가 시작되고 여러 관련 부처가 협력하여 일을 처리할 수 있게 되었지만 여전히 구성요건상의 문제, 형사절차상의 문제 등 보완해야 할 점들이 산재해있다.

본 논문에서는 시행된 지 이제 2년이 되어가는 아동학대처벌법의 쟁점들을 검토하고 이에 대한 개선방안들을 모색해 볼 것이다. 동 특례법이 피학대 아동들을 위한 실효성 있는 보호 장치가 되기 위해서는 인적·물적 인프라 구축, 학대행위자들을 위한 교정교육의 확충, 국가와 지역사회의 재정적인 지원등이 필수적이다. 학대피해아동을 보호하는 것은 헌법적인 권리를 보장해야하는 국가적인 의무임과 동시에 인권보장을 위해 노력해야하는 우리 모두의 사회적인 책임이다. 동 특례법은 정부의 실천의지와 문제의식을 갖춘 국민들의 관심을 통해 조금만 더 보완된다면 우리의 미래인 아동들의 인권을 보호할 수 있는 실효적인 법률로써 제기능을 다할 수 있을 것이다.

* 주제어 : 아동학대, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동복지법, 아동학대, 아동인권, 실효성, 원가정보호, 인프라 구축, 교정교육

I. 들어가는 말

II. 특례법의 주요내용에 대한 판단

1. 아동학대 범죄구성요건
2. 특례법의 가중처벌
3. 신고의무 및 신고의무자 범위 확대

III. 특례법의 절차법적 조항에 대한 판단

1. 검사선의제, 조건부 기소유예, 검사의 결정전 조사
2. 임시조치, 보호처분
3. 피해자변호사제도

IV. 정책의 효율성 제고

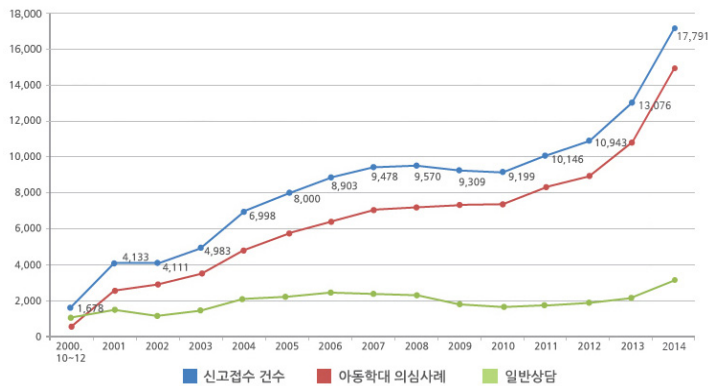
1. 치료와 교육을 통한 재범방지
2. 후견인제도의 일반적 확대
3. 인프라 구축

V. 맺음말: 아동의 인권에 대해서

I. 들어가는 말

우리 사회는 그동안 자녀를 자신의 소유물로 생각하는 부모의 잘못된 인식과 모든 체벌을 훈육의 일부로 용인하여 국가적인 개입을 불허했던 유교적 문화의 영향 아래 아동에 대한 잔혹한 학대를 방치해왔다. 현재 아동학대의 사례는 헤아릴 수 없이 많고 그 수가 해마다 증가하고 있는 형편이다. 보건복지부의 통계에 따르면, 전국의 아동보호 전문기관을 통해 접수된 아동학대 신고접수 건수는 2001년 4133건에서 2014년 17791건으로 급격하게 늘어났으며, 신고접수 건수 중 아동학대 의심사례 역시 이에 비례하여 가파르게 상승했다.

〈표 1〉 아동학대통계¹⁾



이처럼 아동학대의 수가 크게 늘어나고 있는 실정²⁾에도 불구하고 그동안은 아동학대에 관한 독자적인 법률의 제정 없이 아동복지법에서 아동학대에 관한 일부규정을 두고 있었다. 1961년 제정된 아동복지법은 1981년 아동복지법으로 변경된 후, 17차례의 개정을 거친 것이지만 아동이라는 인격체를 중심으로 구성된 것이라기보다는 아동을 보호대상으로 간주하고 있으며, 학대행위자의 처벌 등에 관한 부분은 다른 법률에 맡기고 있어서 아동학대에 대처하는 법률로서 적절하지 않은 것으로 평가³⁾받고 있었다.

1) 아동학대통계, 중앙아동보호전문기관, 2016.

2) 우리나라의 경우 학대행위로 사망한 아동의 수에 대해 'iceberg 척도'를 사용해서 피학대아동의 수치를 추정해보면 그 규모는 보건복지부가 발표하고 있는 아동학대 사례 건수의 5배 이상이 된다고 한다(성희자, “아동복지법상 아동학대 처벌 규정에 대한 연구”, 사회과학연구 제29집 제4호).

3) 정웅석, “아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 의의와 향후과제”, 피해자학연구 제22권 제1호, 2014.

또한, 아동학대 사건이 발생하면 피해아동에 대해서는 아동복지법에 의한 행정처분적 아동보호서비스가 제공되고, 학대행위자에 대해서는 대부분의 경우 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘가정폭력처벌법’이라고 약칭한다)등의 별도의 법률적 조치가 취해져왔기 때문에 기존 법만으로는 신속한 피해아동보호가 이루어지기 어려웠고 피해 아동보호와 가해자 조치가 연계적으로 진행되지 않아 실효성이 담보되지 못했다.

하지만, 2012년 8월에 발생한 이른바 ‘소금밥 사망사건’⁴⁾ 및 2013년 10월에 발생한 이른바 ‘울산계모사건’⁵⁾과 같은 아동학대 치사사건은 아동학대에 대한 국민적인 분노를 일으켜 아동학대를 심각한 사회문제로 인식하고 이에 대한 사회적 개입의 필요성을 인정하게 만들었다. 이에 2013년 12월 31일 국회는 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘아동학대처벌법’이라고 약칭한다)의 제정 및 아동복지법의 개정안을 의결하였고 이 법률들은 2014년 9월 29일부터 시행되고 있다.

아동학대처벌법은 총 6장 전문 64개조와 부칙으로 구성되어 있고, “아동의 양육은 가족구성원 차원의 과제일 뿐만 아니라 아동의 건강하고 조화로운 성장은 우리 사회의 밝은 미래의 전제가 된다는 점에서 사회구성원 모두의 관심과 사랑이 필요하며, 아동에 대한 학대행위는 성장 단계에 있는 아동의 정서 및 건강에 영구적인 상처를 남길 수 있다는 점에서 그 대상이 성인인 경우보다 엄격한 처벌과 교화가 필요한 대상이라 할 수 있으므로, 이에 아동학대범죄에 대한 처벌을 가중하고 아동학대범죄가 발생한 경우 긴급한 조치 및 보호가 가능하도록 제도를 마련하여 아동학대에 대한 강력한 대처와 예방을 통해 아동이 건강한 사회 구성원으로 성장하도록 하는 것”⁶⁾이라고 입법 목적을 명시하고 있다. 동법의 특징을 살펴보면, ‘아동학대범죄’ 개념을 사용하여 아동학대가 범죄라는 점을 인식시키고 있다는 점, 아동의 보호자와 아동학대 신고의무자에 대해 학대행위에 대한 가중처벌규정을 두어 국가적 형사처벌 의지를 명확하게 드러냈다는 점, 아동학대사건의 사법처리과정에서 아동보호전문기관과 사법기관의 개입을 강화했다는 점, 피해자변호사제도나 피해자보호명령제도의 도입 등을 통해 피해아동 보호를 위한 제도적 장치를 마련했다는 점 등이다.⁷⁾

이처럼 아동학대는 이제 가정이라는 밀실에서 벗어나 사회적으로 공론화되어 특례

4) 당시 10세의 의붓딸에게 소금 3숟갈을 넣은 소금밥을 강제로 먹여 전해질 이상으로 숨지게 한 사건으로 2013년 11월 서울 고등법원은 학대치사죄로 기소된 계모에 대한 항소심에서 제1심과 같이 징역 10년을 선고했다(“10세 딸에 소금밥 고문… 징역 10년, 8세 아들 하루종일 매질… 징역 8년”, 경향신문, 2013. 11. 21).

5) 울산계모사건은 계모가 의붓딸을 맨손과 맨발로 폭행하여 갈비뼈 16개를 부러뜨려 사망에 이르게 한 사건이다(“울산 계모사건 사형구형사건 전말, 다시봐도 ‘끔찍’...단지 소풍가고 싶단 아이를..”, 이투데이, 2014.3.12).

6) 법제사 위원회, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법안 심사보고서, 2013. 12. 30.

7) 강동욱, “아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토”, 법학논총 제21권 제1호, 2014.

법까지 제정된 상태이다. 하지만 동법은 내용적, 절차법적인 문제점들이 있고, 실질적인 실효성에 대한 비판도 적지 않다. 일련의 아동학대 사망사건으로 인한 여론의 악화에 떠밀려 제정된 졸속 입법이라는 비난은 사건이 터질 때마다 땀질식 처방을 할 것이 아니라 동법의 실효성에 관한 비판적인 검토를 바탕으로 한 전향적 개선을 통해 해결되어야 할 것이다. 본고에서 시행된 지 이제 2년이 되어가는 동 특례법의 쟁점이 되는 내용을 확인하고 관련 전문가들의 견해와 해외의 입법례와의 비교법적 검토 등을 통하여 해결방안들을 생각해 볼 것이다.

II. 특례법의 주요 내용에 대한 판단

1. 아동학대 범죄 구성요건

가. ‘아동학대’ 개념

아동학대처벌법이 규율하고 있는 학대범죄의 가해자와 피해자와의 관계가 부모와 자식간의 관계처럼 특수한 관계임을 감안한다면, 범죄구성요건적으로 사회통념상 훈육의 범위에 포함되는 제재를 배제할 수 있는 입법적인 장치가 고려되어야 한다.⁸⁾ 아동학대 처벌법이 특례법으로서의 의의를 확보하기 위해서는 기존의 법체계가 해결하지 못한 부분을 다루거나, 새로운 구성요건을 가지거나, 구성요건이 보다 구체적이고 한정적이어야 한다. 이는 아동학대처벌법의 적용에 있어 적정성과 직결된 문제이기도 하다.

아동복지법은 제3조 제7호에서 “보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것”을 아동학대로 정의하고, 아동학대를 4가지 유형으로 구분하여 규정하고 있다.⁹⁾ 동법은 범죄구성요건으로서 정서적 가혹행위, 정서적 폭력, 특히 외상을 수반하지 않는 정서적 학대의 내용을 어떻게 구성할 것인지에 대한 어려움이 있었다. 정서적 학대는 외부적·객관적으로 인지되기 어렵고 형사처벌의 대상이 되기에 너무 모호하고 지나치게 범위가 넓어 죄형법정주의의 요청에 따른 명확성의 원칙에 반할 가능성이 크다.¹⁰⁾

8) 김성규, “아동학대에 관한 형법적 대응의 의미와 과제”, 형사정책 제27권 제1호, 124면.

9) 원혜옥, “아동학대의 개념 및 실효적인 대책에 관한 검토”, 법학연구 제18권 제4호, 41-42면.

10) 이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향”, 저스티스 통권 제134호, 2013, 8면.

아동학대처벌법은 결과적 가중범과 상습범을 제외한 범죄구성요건을 독자적으로 규정하지 않고 아동복지법상의 아동학대의 내용을 그대로 사용하였기 때문에 아동복지법상의 금지행위에 대해서 제기되어온 형법의 보충성 원칙과 명확성 원칙 위반은 아동학대처벌법에서도 여전히 문제가 된다. 아동학대처벌법 역시 정서적 학대행위가 무엇을 의미하는지, 유기와 방임의 개념의 차이점이 무엇인지 구체적으로 제시하지 않고 있는 것이다. 미국의 경우 ‘아동학대 및 방임’을 규정¹¹⁾하는데 있어 아동에게 피해를 끼치는 부작위행위까지 포함하는 광의의 개념으로 아동학대를 정의하고, 아동학대나 방임이 일어났는지에 대한 판단기준으로 ‘아동에게 위해가 있었거나 아동이 심각한 위협에 놓여있는 경우’라고 제시하여 아동학대여부의 근본적인 기준을 마련했다. 일본의 아동복지법은 제34조 제1항 제4호의1에서 ‘만15세 달하지 않은 아동에게 문전이나 또는 도로 기타 이에 준하는 장소에서 노래, 유희 기타 연기를 업무로 시키는 행위’, 제4호의 2에서 ‘아동에게 오후 10시부터 오전 3시까지 문전이나 도로 기타 이에 준하는 장소에서 물건의 판매·배포·전시 혹은 수집 또는 일의 제공을 업무로서 행하는 만 15세에 달하지 않은 아동을 당해 업무를 행하기 위해 풍속영업 등… 전화이성소개영업에 해당하는 영업 등의 장소에 출입시키는 행위’라고 기술하는 등 아동학대 금지행위를 구체적으로 범주화하여 규정하고 있다.¹²⁾ 이와 같은 외국의 입법례를 살펴보면, 현행 아동복지법의 규정이 더욱 명확해져야 하고, 아동학대 유형의 다양성을 고려하여 아동학대특별법 시행령에 아동학대의 구체적 태양을 규정¹³⁾하는 작업이 필요하다는 것을 알 수 있다.

특례법에 대한 또 다른 비판 중 하나는 아동복지법이 아동복지에 관한 국가정책 방향이나 복지에 관련된 행정적 조치를 주로 규율하는 법률인데 아동학대범죄에 대한 내용을 규정한 형사특별법인 아동학대처벌법에 아동복지법상의 개념을 범죄구성요건으로 그대로 차용했다는 점이다.¹⁴⁾ 이와 같이 적용목적이 상이한 법의 구성요건을 그대로 차용하는 것은 법적용의 실효성에 있어 문제가 될 수 있다. 법 규정들은 법의 입

11) 아동학대 및 방임은 규정상 적어도 다음의 두가지 요소를 충족해야 한다. 첫째, 부모나 양육자가 행하였거나 행하지 않은 어떤 최근의 행위로 말미암아 아동의 사망, 심각한 신체적 또는 정신적 위해, 성적학대 또는 착취가 일어난 경우, 둘째, 행하였거나 행하지 않은 행위로 인하여 아동에게 심각한 위해가 일어날 수 있는 긴급한 위험상태가 초래되었을 경우.

12) 최영진, 전계논문, 352면, 365면.

13) 일본의 아동학대의 방지 등에 관한 법률 제2조 제4호는 “아동에 대한 현저한 폭언 또는 거절적 대응, 아동이 동거하는 가정에 있어서 배우자(사실혼 배우자 포함)에 대한 폭력(신체에 대한 불법적인 공격인 생명 또는 신체에 위해를 가하는 행위나 그에 준하는 심신의 위해한 영향력을 미치는 언동을 말함), 그 외의 아동에게 현저히 심리적 충격을 주는 언동을 하는 것”이라고 정서적 학대에 대해 구체적으로 기술하고 있다(류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 형사정책 제27권 제1호, 2015.4).

14) 김슬기, 전계논문, 208면.

범목적성을 최대한으로 달성하기 위하여 구성되기 마련인데 동 특례법과 같은 차용은 법의 합목적성에 위배된다. 특례법의 목적인 아동보호와 아동의 건강한 사회구성원으로서의 성장을 위한 독자적인 구성요건을 규정할 때까지 우선 아동학대에 대해서는 아동복지법을 활용하고 아동학대범죄에 관해서는 아동학대처벌법으로 규율하여 아동학대와 아동학대범죄의 구분을 시도하고¹⁵⁾, 최종적으로는 아동학대처벌법과 동일·유사한 목적을 가진 외국의 입법례들을 연구하여 이를 바탕으로 아동복지법·형법등과 독립된 범죄구성요건을 만들어야 한다. 이와 같은 변화는 특례법에 차용된 범규정들의 개정에 따라 도미노식으로 동 특례법이 바뀌는 불편을 없애 입법목적에 맞는 장기적인 제도를 만들어 낼 수 있을 것이다.

나. 주체의 한정

아동복지법 제3조 제7호가 아동학대의 주체를 ‘보호자를 포함한 성인’으로 정하고 있는 것과 달리 아동학대처벌법은 제2조 제4호에 ‘아동학대범죄란 보호자에 의한 아동학대로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다’고 규정하여 아동학대범죄의 주체를 아동복지법 제3조 제3호¹⁶⁾에 따른 보호자로 한정하고 있다. 즉, 아동학대처벌법은 보호자가 아닌 성인에 의한 아동학대범죄에는 적용되지 않는다.

이에 대하여 보호자가 미성년인 경우에도 아동학대가 발생할 가능성이 있으므로 굳이 성인으로 한정할 필요가 없고, 학대행위자 유형의 통계¹⁷⁾에서 보듯이 부모에 의한 아동학대가 가장 큰 비중을 차지하기 때문에 아동학대처벌법이 적용되는 아동학대는 동법 제2조 제2호에서처럼 ‘보호자’로 한정하여 규정하는 것이 타당하며, 보호자 외 성인의 아동학대에 관해서는 일반 형사절차에 의해 처리하면 되기 때문에 행위주체를 보호자로 제한하여도 무방하다고 보는 견해도 있다.¹⁸⁾

그러나 보호자에 의한 아동학대와 일반인에 의한 아동학대를 구분할 타당한 이유를 찾기 어렵고, 형벌최소화의 원칙에 따라 일반인에 의한 아동학대에 대한 사법처리에도 모든 사정¹⁹⁾을 종합적으로 판단하여 아동학대처벌법의 보호사건과 같이 처리할 수 있

15) 고명수, 전계논문, 52면.

16) 아동복지법 제3조 제3호는 친권자, 후견인, 아동을 보호·양육·교육하거나 그러한 의무가 있는 자 또는 업무·고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호·감독하는 자를 보호자로 규정하고 있다.

17) 2014년 학대행위자와 피해아동과의 관계를 살펴보면 학대행위가 부모에 의해 발생한 경우가 6020건(82%)이 었고, 부모외의 경우는 1317건(18%)였다 (전국아동학대현황보고서, 중앙아동보호전문기관).

18) 정용석, “아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 의의 및 향후과제”, 피해자학 연구 제22권 제1호, 2014.4

는 길을 열어두는 것이 바람직할 것이다. 또한 현행법을 따르자면 아동학대가 일어났을 때 신고를 받고 출동한 사법경찰관들은 어느 절차에 따라 사건을 처리할 것인지 판단하기 위해 학대행위자와 피해자의 관계에 대해 우선적인 규명이 필요한데 실제로 현장에서 이를 파악하기는 쉽지 않은 일이며, 피해아동의 보호를 위해서는 학대현장에서의 신속한 조치가 최우선되어야함에도 학대행위자와 피해아동의 관계에 따라 달라지는 처리절차는 상당한 혼란을 초래시킬 우려가 있다.²⁰⁾ 따라서 아동학대처벌법의 주체를 '모든 학대행위자'로 확대하여야 한다. 이를 통하여 아동에 대한 학대범죄가 발생한 경우 가해자에 대한 판단의 필요 없이 동 특례법을 통한 통일적인 법적보호조치를 취할 수 있을 것이다.

2. 특례법의 가중처벌

아동학대처벌법은 제안이유에서부터 아동학대범죄에 대한 처벌을 가중하기 위한 특례법임을 명시하고 있으며, 아동학대치사, 아동학대중상해, 상습범 및 신고의무자의 아동학대에 대한 가중처벌을 규정하고 있다. 형법에서는 학대치사의 경우 '3년 이상의 징역'에 처하도록 하고 있는 것(제275조 제1항)에 비해 아동학대처벌법에서는 아동학대범죄를 범한 사람이 아동을 사망에 이르게 한 때에는 '무기 또는 5년 이상의 징역'에 처하도록 규정(제4조, 아동학대치사)하고 있다. 또한 아동의 생명에 대한 위협을 발생하게 하거나 불구 또는 난치의 질병에 이르게 한 때에는 '3년 이상의 징역'에 처하도록 규정(제5조, 아동학대중상해)하고 있는데 이는 형법상의 상해치사죄(제295조 제1항)의 법정형과 동일하며, 중상해죄(제285조)의 법정형인 '1년 이상 10년 이하의 징역'보다 훨씬 가중된 것이다.²¹⁾ 그러나 아동학대에 대한 반감이 아무리 높아도 타당한 법적 근거 없이 죄형의 균형성까지 무시하면서 형량을 높이는 것은 바람직한 일이 아니다.

가. 상습범에 대한 가중처벌

가해자가 아동의 빈약한 방어능력을 이용하여 학대행위가 이루어진다는 점 때문에 아동학대에 대해 중한 처벌이 필요하다는 견해도 있다. 하지만 이처럼 아동학대에 대한 형법적 대응을 긍정적으로 보는 입장에서도 응보형주의가 아닌 목적형주의에 입각하여 형법적인 규제가 예방적 효과를 가질 수 있다고 본다. 아동학대를 별도로 범죄화하

19) 아동학대의 정도, 가해자와 피해아동의 관계, 사건의 정도나 내용, 피해아동이 처한 사항 등.

20) 강동욱, "아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토", 2014, 171면.

21) 강동욱, "아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토", 2014.

는 이유는 아동학대가 결코 용납될 수 없는 행위라는 점을 각인하고 아동학대의 문제에 대한 규범의식을 고양시키기 위함이다.²²⁾ 하지만 범죄에 대한 가중처벌이 필연적으로 범죄의 양을 줄이는데 기여하는 것은 아니라는 것인 범죄학의 일반에 속한다.²³⁾ 따라서 아동학대범죄에 대한 가중처벌도 객관적·합리적인 근거에 바탕을 둔 균형적 입법이어야 한다. 동 특례법은 앞서 범죄구성요건적 문제점 부분에서 살펴보았듯이 아동학대죄를 새로운 범죄유형으로 창설한 것이 아니라 기존의 상해죄나 폭행죄 또는 강간죄 등의 구성요건이 보호자에 의해 아동학대로 발현된 경우를 범죄화하고 있다. 또한 동법 제4조의 아동학대치사죄와 제5조 아동학대중상해죄를 제외하고는 아동학대범죄를 가중처벌하고 있는 규정도 없다. 이를 통해 특례법이 아동학대에 대한 별도의 형사제재를 목적으로 하기보다 기존의 법제가 보다 효과적으로 작용하도록 법적 근거를 부여하고 있다고 보는 것이 타당하다.²⁴⁾

따라서 아동학대에 대한 가중처벌이 동 처벌법의 특유한 성격에 비추어 볼 때 효과적인 방지책이 되는지 검토해 볼 일이다. 아동학대의 대부분이 가정에서 이루어지고 있는 현실에서 일회적이고 막연한 가중처벌은 가정의 붕괴만을 가져올 뿐 피해아동을 실질적으로 보호할 수 없다.²⁵⁾ 아동학대처벌법 제6조의 상습법에 관한 규정을 포함하여 우리나라는 상습법에 대해 가중처벌하려는 입법의지가 강한데, 이러한 태도는 상습이라는 행위자 요소가 형벌이라는 수단에 의해서만 처리되는 문제점을 낳는다. 상습법에 대해 무조건 형을 가중하는 것보다, 상습법의 특성을 고려한 성행교정을 통해 학대의 상습성을 치료하는 것이 더욱 합리적²⁶⁾이다. 행위책임을 우선시하는 형벌보다 행위자에 착목하는 보안처분이 상습법 규정의 취지에 부합되고, 더욱이 원가정보호를 중시하는 아동학대처벌법에서는 상습법에 대한 가중적인 형벌부과 대신 학대행위자의 상습적 학대 성향을 교정할 수 있는 다양한 제도의 도입이 우선되어야 한다.

나. 아동학대 신고의무자에 대한 가중 처벌

동법 제7조는 아동학대 신고의무자가 보호하는 아동에 대하여 아동학대죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중하도록 하고 있다. 신고의무자의 경우 업무의 특성상 피해아동에 대한 보호가 보다 강력하게 요구되는데 오히려 학대행위를

22) 김성규, “아동학대에 관한 형법적 대응의 의미와 과제”, 형사정책 제27권 제1호, 123-124면.

23) 이무선, 전계논문, 63면.

24) 김성규, 전계논문, 117면.

25) 고명수, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제정에 대한 형법적 고찰”, 서울법학 제22권 제2호.

26) 이재상, 형법각론, 70면.

했다는 점에서 그 불법성이 크다고 보아 가중처벌한 것으로 판단된다.

신고의무자는 아동의 양육과 보호를 직업으로 하고 있어 아동을 보호하고 아동인권을 존중해야 할 의무가 일반인의 경우보다 더 강력하고, 평소에 다수의 아동을 관리하기 때문에 아동학대 위험성도 크다. 이들이 가정문제에 대한 불간섭, 아동학대에 대한 인식부족, 신고 후의 신변위협에 대한 두려움, 조사과정에서 감당하게 될 위험부담 때문에 신고를 하지 않거나 신고를 지체하게 되면 피해아동의 고통은 더욱 커지며, 학대 휴유증 역시 장기적으로 나타나 치료와 재활에 많은 시간과 노력이 필요할 것이다. 따라서 아동학대의 조기발견을 위해 신고의무자들의 신고를 강화하고 강제할 수 있는 법적조치를 마련한 것은 꼭 필요한 조치²⁷⁾였다고 생각한다.

문제가 되는 점은 아동학대치사죄와 아동학대중상해죄를 제외하고 보호자가 아동학대범죄를 저질렀을 때에는 가중처벌 하지 않고, 신고의무자가 보호아동에 대한 아동학대범죄를 저지른 경우에만 가중처벌하는 근거가 명확하지 않다는 것이다. 보호자와 신고의무자는 아동의 보호자로서의 지위가 동일한데 이들을 서로 다르게 취급할 이유가 분명하지 않다. 또한 신고의무자들은 그들이 처해있는 근무환경과 아동보호의 상황이 각기 다를법한데 일률적으로 형을 가중하고 있는 것은 형벌의 적정성을 결여한 죄형법정주의 위반이라고 볼 수 있다. 교육교직원의 인력이 매우 부족하고 근무환경이 열악한 아동보육현실을 무시한 채 사회적 여론에 따라 가중처벌한다면 오히려 아동보호에 심각한 문제점을 초래²⁸⁾할 수 있다.

동법 제7조의 삭제가 어렵다면 신고의무자에 대한 일률적인 가중처벌이 아니라 우발적·일회적인 경우와 악의적·상습적인 경우를 구분하는 등 구체적인 유형을 나누어 차등 처벌하는 규정²⁹⁾으로의 개정이 필요하다. 하지만 이러한 법 개정을 통해서 언급했던 형벌의 적정성을 결여한 죄형법정주의의 위반이 치유될 것이라고 볼 수 없다.

3. 신고의무 및 신고의무자 범위 확대

아동학대처벌법은 2014년 1월 28일 개정으로 삭제된 아동복지법 제25조³⁰⁾ 아동학대 신고의무와 절차규정을 대신하여 제10조³¹⁾를 통해 신고의무자를 확대하고 아동학

27) 최영진, 전계논문, 366면.

28) 강동욱, 전계논문, 177-178면.

29) 문영희, “학대피해아동의 보호를 위한 법정책적 개선방안”, 법학논총 제38권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2014, 175면.

30) 아동복지법 제25조 제2항에는 아동학대신고의무자를 제1호부터 제22호까지 규정하고 그 직무상 아동학대를 알게된 경우 신고의무를 부과하였다.

31) 아동학대처벌법은 제10조 제2항 제22호, 제23호를 두어 신고의무자를 추가하고(아이돌봄

대의 의심이 있는 경우까지 신고의무를 발생시키며, 신고를 하지 않은 경우 부과되는 과태료를 상향하고 있다. 신고의무자들의 신고율을 높여 신고를 통한 조속한 조치를 통해 아동학대가 더 심각해지는 것을 방지하기 위한 규정이다

하지만 신고가 과도하게 이루어질 경우 불필요한 형사법적 개입을 만들고 오히려 가정보호에 역효과를 낼 수 있다. 또한 사법자원의 적재적소 투입을 어렵게 만들어 결국 사법기관으로 하여금 피해아동을 위한 보호조치에 소극적이게 하여 형해화된 규정을 만들 수 있는 문제점³²⁾도 있다. 언급했던 것처럼 동 특례법은 범죄구성요건의 명확성이 부족하고 구체적 유형화가 되어있지 않아 사건이 발생하였을 때 신고대상인지 판단하기 어려울 때가 왕왕 있을 것이다. 신고의무자로 추가된 사람들은 신고의무의 확대로 인해 혼육과 아동학대범죄를 판단하는 데에 혼란과 부담을 줄 것이다. 신고를 하지 않았을 때 부과되는 과태료의 상황은 무조건적 신고를 유도하는 결과를 낳을 것이고, 넘쳐나는 신고는 원가정 보호에 해로울 수밖에 없다. 선결적으로 해결되어야 할 문제점인 법규정의 명확성을 해결하지 않은 채 의무조항만을 추가·확대하는 것은 바람직한 법 개정이 아니다. 최종적으로 신고의무와 신고의무자는 범국민적으로 확대되어야 한다. 그러나 그것은 특별법의 근간이 되는 범죄의 구성요건을 명확히 하고, 법적책임은 지는 의무자들이 과도한 부담 없이 법규를 지킬 수 있는 환경이 조성된 후 밟을 수 있는 절차적 단계이다.

III. 특례법의 절차법적 조항에 대한 판단

1. 검사선의제, 조건부 기소유예 및 검사의 결정 전 조사

현행 소년법 절차에서는 검사가 경찰이 송치하거나 직접 인지한 소년사건을 수사하고 소년보호절차 또는 소년형사절차를 진행할 것인지에 대해 판단하는 검사선의주의를 택하고 있다.³³⁾ 소년법을 모방한 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 시스템을 차용한 아동학대처벌법 역시 검사선의제를 도입하였고 이에 대해 법원선의제³⁴⁾로

지원법 제2조 제4호에 따른 아이돌보미, 아동복지법 제37조에 따른 취약계층 아동에 대한 통합서비스지원 수행인력), 직무를 수행하면서 아동학대범죄를 알게 된 경우나 그 의심이 있는 경우로 신고 대상을 확대하였다.

32) 고명수, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제정에 대한 형법적 고찰”, 서울법학 제 22권 제2호.

33) 박영규, “검사선의주의의 개선방안”, 소년보호연구 제26호, 2014.

34) 검찰이 소년법을 가정 법원에 송치한 후 보호 처분을 할지 기소할지 여부를 법원이 결정하

의 전환 논의가 제기되고 있다. 이들은 검사가 직무성격상 보호처분보다 형사처분을 선호하며, 미결구금상태의 소년이 검사의 결정에 따라 형사부에 송치된 후 다시 소년부에 송치되는 경우 불리한 처우를 받을 수 있음을 지적한다.³⁵⁾ 또한 가정폭력사건에서 검사선의제는 적극적 형사처벌을 회피하게 되는 문제점이 있고³⁶⁾, 가정법원이 가정문제를 보다 전문적으로 다룰 수 있으므로 검사가 아닌 법원이 사건을 판단하여 결정해야 한다고 주장한다. 하지만 소년법상의 검사건의제와 법원선의제가 모두 원칙적으로 비행소년의 처벌이 아닌 보호에 목적을 두고 범죄소년에 대해 형사처분을 피하고 가능한 보호처분을 함으로써 교육과 보호에 의한 개선을 지향하고 있었던 것처럼, 어느 제도를 택하여도 동 특례법이 목적으로 하고 있는 아동의 보호와 건강한 사회구성원으로서의 성장에 가장 합치되는 처분이 공통적으로 도출될 것이라고 생각한다.

검사의 재량으로 기소유예를 하면서 사실상의 보호처분을 부과하는 조건부 기소유예제도³⁷⁾에 대해서는 헌법상의 적법절차 원칙(제12조 제1항)과 재판을 받을 권리(제27조 제1항)에 위배된다는 비판³⁸⁾이 제기된다. 형사처벌을 하지 않는 조건을 부과하는 주체는 권력분립의 원칙이나 일반예방의 효과 등을 고려할 때 법원이어야 한다³⁹⁾는 이유에서 이다. 또한 사법처리과정에서 사건을 아동보호사건으로 처리할 것인지, 형사사건으로 처리할 것인지에 대한 판단을 검사의 판단에만 전적으로 맡긴다는 것은 법률적 관점에 의한 판단에 치중한 결과를 낳을 우려⁴⁰⁾가 크다는 의견도 있다.

마지막으로 아동학대처벌법은 제25조 검사의 결정 전 조사 규정을 두어 검사가 아동학대범죄에 대하여 아동보호사건 송치, 공소제기 또는 기소유예 등의 처분을 결정하기 위하여 필요하다고 인정하면 아동학대행위자의 경력, 생활환경, 양육능력이나 그 밖에 필요한 사항에 관한 조사를 요구할 수 있도록 하였다. 이미 검사에게 막강한 수사권한이 주어진 상태에서 결정 전 조사권한을 주는 것이 지나친 권한의 집중을 가져오고 법원의 조사제도를 무력화 할 수 있다는 우려⁴¹⁾도 있지만, 이 규정을 통해 검사 재량의 최소화화 사건 처리의 전문성의 향상과 내실화에 기여할 것⁴²⁾으로 보인다. 이

는 원칙.

35) 오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 형사정책연구 제74권, 2008, 16-17면.

36) 이호중, “가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 10년의 평가”, 형사정책연구 제19권 제3호, 2008, p.148~149.

37) 아동학대처벌법 제26조 조건부 기소유예제도는 검사가 아동학대범죄를 수사한 결과 각호의 사유를 고려하여 필요하다고 인정하는 경우 아동학대행위자에 대하여 상담, 치료, 또는 교육 받는 것을 조건으로 기소유예할 수 있다는 규정이다.

38) 최병각, “소년법개정과 소년사법의 건전한 육성”, 2007, 1095-1096면.

39) 김슬기, 전개논문, 224면.

40) 강동욱, “아동학대범죄 피해아동의 보호를 위한 법·제도적 보안 방안”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, 60면.

41) 최종식, “제6차 소년법개정의 문제점에 대한 고찰”, 2008, 365-370면.

제도의 공정성을 위해서 소년사법상 소년사건 검사의 결정전 조사 처리규정(법무부 훈령 제876호)과 같이 아동학대사건 조사운영 전반에 관한 구체적이고 상세한 절차적 규정⁴³⁾을 두어 보완하는 것으로 족하다.

2. 임시조치, 보호처분

아동학대가 발생한 가족의 기능회복과 아동이 안전하게 보호받을 수 있는 환경조성을 위해서 아동학대처벌법상의 임시조치와 보호처분을 적극적으로 활용해서 학대행위자를 변화시키기에 적절한 처우를 시행해야 한다.⁴⁴⁾

아동학대처벌법상의 임시조치⁴⁵⁾중 특히 5호는 학대행위자에 대한 개입을 강제하고 인식의 변화를 이끌어 낼 수 있는 처분으로 상담 및 교육을 위한 다양한 프로그램을 개발하고 시행할 필요가 있다. 또한 7호 조치인 ‘경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치’는 학대행위자에 대한 가장 강력한 임시조치로 피해자에 대한 위험이 존재하며 재발위험성이 명백히 예견되는 상황에서 의미있는 조치가 될 것이다. 언급한 임시조치들은 가정내 폭력행위를 처벌하는 과정에서 꾸준히 문제로 언급되었던 사항들을 고려하여 명문화한 것으로 그 의의가 인정된다. 또한 아동학대처벌법은 임시조치 위반시 과태료가 아닌 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금 또는 구류에 처함(제59조 1항)으로써 실효성이 확보되고 적극적인 현장대응을 가능하게 하였다. 다만, 전체 임시조치의 상당부분에 해당하는 5호 조치에 대한 제재수단이 규정되어 있지 않다는 점이 아쉽다. 제재수단이 규정되어 있지 않다면 가해자에 대한 상담과 교육이 제대로 실현되기 어렵다고 보이기 때문이다. 아동학대전문기관 종사자들은 5호 조치의 위반에 대해서도 제재조치를 명문화하여 실효성을 확보하도록 주장하고 있다.⁴⁶⁾ 가해자의 처벌보다 피해아동의 건강한 회복이 더욱 중요하며, 형사사법이 일정부분 회복적·치료

42) 이승현, “한국개정소년법상 소년의 권리보장”, 2008, 146-148면.

43) 고명수, “아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제정에 대한 형법적 고찰”, 서울법학 제22권 제2호.

44) 원혜옥, “아동학대의 개념 및 실효적인 대책에 관한 검토”, 법학연구18, 2015.

45) 아동학대처벌법은 제19조에서 다음 7가지의 유형을 임시조치로 규정하고 있다. 1. 피해아동 또는 가정구성원(가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조 제2호에 따른 가정구성원을 말한다. 이하 같다)의 주거로부터 퇴거 등 격리, 2. 피해아동 또는 가정구성원의 주거, 학교 또는 보호시설 등에서 100미터 이내의 접근금지, 3. 피해아동 또는 가정구성원에 대한 전기통신기본법 제2조 제1호의 전기통신을 이용한 접근금지, 4. 친권 또는 후견인 권한 행사의 제한 또는 정지, 5. 아동보호전문기관등에서의 상담 및 교육위탁, 6. 의료기관이나 그 밖의 요양시설에의 위탁, 7. 경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치.

46) 원혜옥, 전계논문, 48-49면.

적 기능을 할 수 있다는 점을 고려할 때 이러한 주장은 특례법 개정에 있어 적극 반영될 필요가 있다.

기존에는 아동보호전문기관이 학대행위자인 부모로부터 아동을 격리·보호 조치를 취할 때 부모가 친권을 이유로 아동의 인도를 요구하면 이에 대응할 수 없었다. 이 문제를 해결하기 위해 특례법은 제36조 제1항 제3호의 보호처분으로 피해아동에 대한 친권 또는 후견인의 권한 행사를 제한 또는 정지할 수 있게 했다. 아동학대의 대부분이 가정 내에서 발생하고 있다는 현실을 반영한다면 친권제한은 국가가 친자관계에 개입하여 아동을 보호할 수 있는 여러 수단 중 가장 강력한 보호수단이다.⁴⁷⁾ 이 제도를 효과적으로 운용하기 위해서는 친권행사의 제한에 관한 처벌기준과 범위, 친권제한이 정당화될 수 있는 상황의 판단기준에 대하여 구체적인 규정을 마련해야 할 것이다.

아동학대범죄가 대부분 부모에 의해 이루어진다는 특성을 고려하면 가해자에 대한 형사처벌보다 보호처분을 활용하는 것이 더욱 바람직하다. 피해아동이 학대에 대한 신고와 진술을 용이하게 할 수 있으므로 가정의 내밀한 문제의 신속한 발견과 피해아동에 대한 적절한 보호가 가능해질 것이다. 다만, 아동학대범죄에 맞는 재범위험성 평가 도구를 개발하고 보다 효율적인 보호처분 프로그램을 마련할 필요가 있다. 이와 같은 노력 없이는 동법의 보호처분은 징역형에 의한 가정파단을 막기 위한 경미한 형사법적 제재로밖에 인식될 수 없을 것⁴⁸⁾이다.

3. 피해자변호사제도

형사피해자가 변호사의 조력을 받을 권리는 헌법 제27조 제5항에 근거한 헌법상 기본권으로 해석된다. 아동학대처벌법은 동법 제16조⁴⁹⁾에서 피해아동을 위한 법적부조로서 피해자변호사제도를 규정하였다. 따라서 현재 아동학대범죄사건의 처리절차에 있어 피해아동에게 변호사가 선임되어 있지 않다면 검사는 일정한 경우에 피해자국선 변호사를 선임하도록 되어 있다. 피해자 국선변호사 제도는 절차상 독자적인 권리실현이 불가능한 피해아동의 보호 측면에서 보면 상당히 획기적인 진전이다.⁵⁰⁾ 또한 2014년 9월 29일부터 2015년 8월 31일까지 11개월간 신청 접수된 아동학대범죄 사건 921

47) 진도왕, “피학대아동에 대한 법적보호: 민법상 친권제한제도를 중심으로”, 법학연구 제18집 제4호, 2015, 4면.

48) 고명수, 전계논문, 37-38면.

49) 아동학대처벌법 제16조(피해아동에 대한 변호사 선임의 특례): 아동학대범죄사건의 피해아동에 대한 변호사의 선임 등에 관하여는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제27조를 준용한다.

50) 강동욱, “피해자국선변호사제도의 현황과 확대·개선방안”, 법학연구 제17집 제1호, 2014.

건 중 911건이 피해자국선변호사제도를 이용한 바 활용을 역시 매우 높다.⁵¹⁾

그러나 피해아동 스스로가 권익을 보호할 능력이 없으므로 피해아동의 보호자의 경제적 능력에 따라서 변호사의 선임여부가 결정되며, 국선변호사의 선임요건⁵²⁾ 역시 엄격하다는 점 등 보완해야 할 점도 없지 않다. 아동학대 사건이 발생할 경우 사선변호사가 선임되지 않는 모든 경우에 피해아동의 개인적인 사정과는 무관하게 피해자국선변호사를 선정하도록 하는 필요적 피해자변호사제도를 법제화할 필요가 있다. 필요적 국선변호사 선정사유에 해당하는 경우 피해자 의사에 상관없이 국선변호사의 조력을 받도록 하는 것은 피해아동의 헌법상 권리를 법적으로 보장해 주는 것이며, 이는 피해자가 아동이라는 특성상 수사기관이나 피해자 지원기관의 설명이 있다 해도 국선변호사제도에 대한 이해나 변호사의 필요성에 관해 정확히 알기 어렵다는 점을 고려한 제안이다. 또한 피해자가 국선변호사제도를 잘 활용할 수 있도록 수사기관으로 하여금 단순한 서면 고지 이외에 직접 피해자에게 내용에 대한 설명을 하는 추가적 의무를 부과하는 것도 필요하다. 마지막으로 피해자가 원하는 경우에는 다른 검찰청의 국선전담변호사나 국선변호사명부에 등재된 변호사뿐만 아니라 국선변호사로 등재되어 있지 아니한 변호사도 신청된 변호사의 동의하에 선택 가능하도록 하여야 한다.⁵³⁾ 이를 통해 피해자의 사정을 더 잘 아는 변호사를 통해 변호 받을 수 있는 기회가 주어질 것이고 피해자들이 자신의 권리를 적극적으로 보호할 수 있는 환경이 조성될 것이다.

IV. 정책의 효율성 제고

1. 치료와 교육을 통한 재범방지

아동학대에 대한 형법적 대응은 아동보호를 위한 가장 강력한 강제수단으로 생각될 수 있지만 동시에 아동의 이익을 침해하는 측면도 가지고 있다. 형벌은 물리적 제재로

51) 강동욱, “아동학대범죄 피해아동의 보호를 위한 법·제도적 보완 방안”, *홍익법학* 제17권 제1호, 2016, 63면.

52) 피해자 국선변호사 선정대상은 1. 미성년자인 피해자에게 법정대리인이 없는 경우, 2. 미성년자인 피해자의 법정대리인이 신체 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 경우, 3. 성폭력특별법 제3조부터 제9조까지 및 제15조(제3조부터 제9조까지의 미수범으로 한정한다)에 해당하는 범죄로 피해를 입은 경우 4. 피해자가 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제5조·제6조 또는 그 미수범에 해당하는 범죄로 피해를 입은 경우 등이다(검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙 제8조 2항).

53) 강동욱, “피해자국선변호사제도의 현황과 확대·개선방안”, *법학연구* 제17집 제1호, 2014.

서 강력한 수단이지만 피해아동의 보호를 목적으로 할 때에 가장 유효한 수단이 될 수는 없다. 가해자에 대한 처벌에 비중을 두는 만큼 아동의 보호와 아동의 복지 실현은 멀어지게 된다. 아동학대 행위자가 학대행위를 훈육의 일종으로 여긴 자신의 과오를 확인하게 하고 재차 잘못을 범하지 않도록 하는 교육적 환경과 재사회화의 계기가 필요하다. 형벌은 행위자에 대한 일방적인 비난을 표현하는 것이 아니라 행위자로부터 이해와 응답을 구하는 쌍방향적인 의사소통이 되어야 한다.⁵⁴⁾ 아동학대의 발생원인은 다양하고 복잡적이기 때문에 피해아동의 환경을 종합적으로 고려하여 적절한 교육과 치료가 이루어져야한다.

가. 가해부모에 대한 교육 및 치료

우리가 피해자인 아동을 가해자인 보호자로부터 분리하는 데에만 치중한다면 부모의 부양가능성과 양육 가능한 가정환경을 상실케 하여 결국 아동의 권익을 침해한다. 아동에게만 초점을 맞추다 보면 피해아동이 가족 내에 있다는 사실⁵⁵⁾을 잊기 쉽다. 아동의 최선의 이익을 위해서 부모에게 일차적인 양육책임이 있고 부모가 책임을 다할 수 있도록 공적원조가 필요하다. 아동학대 피해자인 아동에 대한 효과적 보호서비스가 가해자의 재범방지와 분리되어서는 안된다⁵⁶⁾는 것은 동일한 맥락에서 이해될 수 있을 것이다. 아동복지적 관점에서 원가정으로의 회복을 최우선에 두고 문제를 해결하고자 하는 동 특례법의 입법취지를 고려해 볼 때 피해자의 보호와 가해자에 대한 조치를 연계하여 동시에 진행하는 것은 바람직한 일이다.

지난 2014년의 아동학대 사례 가운데 100076건인 30%가 학대행위자의 부적절한 양육태도와 양육지식 및 기술의 부족을 특징으로 한다.⁵⁷⁾ 부모의 양육태도에 문제가 있는 경우 재학대가 발생할 가능성이 높고 다음세대로 전승되어 아동학대가 되풀이되는 악순환적인 과정을 밟게 되므로 대체방안이 필요하다. 학대행위자의 양육태도를 개선하기 위해 부모교육을 강제로 이수하도록 하는 등의 방안을 마련하여 부모책임을 강화⁵⁸⁾하는 것이 중요하다. 양육태도의 문제와 지식부족은 교육을 통해서 교정될 수 있으므로 아이를 양육하는 부모들에게는 아이들이 성장하여 성인이 될 때까지 지속적인 교육프로그램을 이수시키는 것이 바람직하다. 부모의 교육프로그램이수가 확인이 되

54) 김성규, 전계논문, 130면.

55) 정익중, “아동방임의 제조명: 방임의 사회적 방임을 넘어서”, 동광 107호.

56) 김성규, 전계논문, 125-126면.

57) 아동학대통계, 중앙아동보호전문기관, 2015.

58) 정익중, “아동학대사망사례를 통해 본 우리나라 아동보호체계의 현황과 과제”, 국회입법조사처 세미나자료집, 2013, 40-41면.

어아만 아동양육에 대한 국가적 보조금을 지급하는 등의 조건부 재정지원도 부모교육 강제에 대한 효과적인 유인책이 될 수 있을 것이다.

아동학대처벌법 제정 이전에는 학대행위자에 대한 강제적인 서비스 수강명령이나 치료에 대한 강제적 범조항이 없었고 학대행위자의 동의가 있는 경우에 한해 심리상담과 치료비등이 지원되었다.⁵⁹⁾ 이와 달리 동법 제8조1항에서 법원이 아동학대행위자에 대하여 유죄판결을 내릴 때(선고유예는 제외) 200시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 아동학대 치료프로그램의 이수명령을 병과할 수 있도록 한 것은 학대행위의 재발방지를 위해 학대행위자에 대한 예방과 치료가 무엇보다 중요하다는 판단에서 나온 입법결과이다. 다만 법원이 선고유예판결을 하는 경우에도 학대행위자에 대한 수강명령과 이수명령을 부과하여 성행교정의 기회를 주는 것이 바람직하다.⁶⁰⁾ 그리고 학대행위자가 법에 규정된 의무화된 치료·상담·교육 등에 성실하게 응하지 않을 경우 아동전문기관장의 요청에 따라 앞의 서비스 이수를 강제하거나 법적 제재를 가할 수 있도록 구체적인 규정을 두어 학대행위자의 부모와 가족의 교화와 개선이 효과적으로 이루어지도록 해야 한다.⁶¹⁾ 최종적으로는 이러한 수강명령과 이수명령이 법원의 결정으로 인해 선택적으로 병과되기보다 명확한 법적기준을 통해 성행의 문제가 있는 학대행위자에게 필수적으로 병과되어야 할 것이다.

나. 아동학대사태에 관여하는 자에 대한 교육

아동학대처벌법이 시행된 후 법원을 포함한 사법기관 종사자들이 아동학대에 적극적으로 관여할 수 있게 되었다. 이에 따라 판사, 검사, 변호사, 경찰 등의 역할이 더욱 중요해지고 있으며, 이들의 아동학대에 관한 지식과 아동의 권리에 대한 심층적 이해가 요구된다. 피해아동들의 대다수가 부모 및 보호자인 가장 신뢰했던 어른들로부터 학대를 받았기 때문에 이들의 조사 및 치료과정에 관여하는 모든 어른들은 피해아동의 심리적 특성을 이해하고 아동의 권리를 존중해야 한다.⁶²⁾ 특히 동 특례법에 의하면 아동보호전문기관의 상담원이 미처 현장에 가지 못하는 경우 사법경찰관이 먼저 현장에 출동하여 사건을 조사하고 아동보호전문기관에 그 내용을 통보하고 상황에 따라 검사에게 송치하도록 규정되어 있어 사법경찰의 역할과 판단이 중요해졌으므로 사

59) 최영진, 전계논문, 367면.

60) 강동욱, “아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토”, 법학논의 제38권 제2호, 2014, 180면.

61) 강동욱, “아동학대범죄 피해아동의 보호를 위한 법·제도적 보완 방안”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, 67-68면.

62) 이은주, “아동학대보호체계의 변화와 개선방안”, 한국가족복지학 제20권, 한국복지학회, 2015, 71면, 73면.

법경찰관들에게 아동학대에 대한 교육을 충실히 시켜야 할 것이다.⁶³⁾ 범죄피해자인 아동이 동특례법에 대한 신뢰를 잃지 않도록 처음 피해아동을 대하는 관련업무자들의 역할이 중요하다.

아동학대처벌법은 제48조와 제49조에 미국의 ‘소송후견인’제도와 유사한 ‘보조인’과 ‘국선보조인’제도를 규정하여 절차과정에서 아동의 이차적 피해를 방지하고 있다. 피해 대아동에 대한 조사과정에서는 아동이 자신의 이익을 최우선할 수 있도록 후견인제도가 활성화 되어야 하고, 보조인이 이와 같은 역할을 수행해야 할 것이다. 그러나 아동 학대처벌법 제48조가 규정하고 있는 보조인은 정신의학적·심리학적 측면의 전문가가 아니어서 아동의 일반적 특성은 물론 피해대아동의 정신적·심리적 특성을 이해하기에 부족하다. 이들을 위한 특별한 교육프로그램을 개발하여 시행할 필요가 있다.⁶⁴⁾ 정부와 지자체는 아동학대범죄에 관여하는 자들을 위한 교육프로그램의 연구에 재정적인 지원을 아끼지 말아야 한다. 이러한 교육프로그램을 통해 참조 가능한 통일된 매뉴얼이 만들어지고 이는 아동학대범죄의 피해자 보호를 위한 가장 실질적 정책의 역할을 할 것이다.

2. 후견인제도의 일반적 확대

우리나라는 미성년후견인과 성년후견인을 민법에 규정하여 피후견인의 복리를 위한 법적책임을 명시하고 있다. 하지만 이러한 후견인 제도는 미성년후견인인 경우 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없을 때에 개시되며, 성년후견인인 경우 가정법원의 성년후견개시심판이 있어야만 한다. 또한 이들 후견인으로 선정되거나 후견인의 선정을 하는 데 있어서 강력한 권한을 행사하는 사람들은 아동들의 친족이다. 즉, 대부분의 아동들은 친권자만이 후견인의 역할을 하며, 친권자가 없는 경우는 상당수가 친족의 후견을 받게 된다. 이것은 아동들이 법적으로 보호받을 수 있는 범주가 오로지 가족과 혈연집단으로 경계 지어진다는 것을 의미한다. 하지만 가족이 점점 핵가족화 되어가고, 이웃사촌이라는 말이 무색해지는 요즘 이러한 제도만으로는 아동들의 복리는 차치하고, 이들의 건강한 성장조차 기대하기 어렵다. 아동들이 오로지 소수의 친권자, 혹은 친족들에 의해서만 양육되는 경우에 아동학대는 외부에서 발견하기가 더욱 어렵고 아동들은 본인들이 학대받는다는 사실조차 자각하기 힘들다.

아동들이 다른 환경과 소통할 수 있는, 또한 아동에 대한 학대를 객관적인 눈으로

63) 허남순, “한국 아동학대 범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 의미와 과제”, 19면.

64) 원혜옥, 전계논문, 57-58면.

조속하게 발견할 수 있는 시스템으로 후견인제도의 일반적 확대를 고려해 볼 수 있겠다. 가톨릭교회는 오랜 관습으로 대부·대모제도를 두고 있다. 대부·대모는 세례를 받는 이와 영적 가족 관계를 맺고 신앙생활을 돕는 남녀 후견인을 지칭하는 말이다. 이들은 친족관계를 따지지 않고 대부모의 자격으로 임무를 수행할 적성이 있는 사람이 선택된다. 가톨릭교회의 대부모처럼 아동들이 건강한 성인으로 성장할 수 있도록 이들을 돕는 또 다른 부모인 사회적 후견인이 필요하다. 이러한 사회적 후견인제도는 학대아동에서부터 일반아동에게까지, 지역사회에서 전국에까지 점차적으로 시행될 수 있을 것이다. 이를 통해 아동에 대한 사회적 책임을 함께 분담할 수 있다고 본다.

3. 인프라 구축

지난 2013년 10월 계모가 의붓딸의 머리, 가슴, 허리 등을 수차례 때리고 화상을 입히는 등의 학대행위를 하고 결국 갈비뼈가 부러진 채 사망한 사건이 일어났다.⁶⁵⁾ 이 사건의 경우 2개의 아동보호전문기관이 22차례나 개입을 시도하였으나 아동보호체계의 제도적인 허점과 소극적인 대처로 인해 피해아동의 사망을 막지 못했다.⁶⁶⁾ 이 사건 이후 제정된 아동학대처벌법은 아동학대 범죄에 대해 아동보호전문기관, 수사기관, 그리고 법원이 개입할 수 있는 명시적인 근거를 규정하고 있다.⁶⁷⁾

문제점은 동법의 시행으로 아동학대의 신고건수는 증가⁶⁸⁾하고 있지만 국가의 아동보호 사업은 여전히 인적·물적 인프라가 부족하고 행정적·제도적 지원도 충분하지 못하다는 것이다.

아동학대의 예방과 발견·처벌에 있어 법의 가장 중요한 역할은 아동의 건전한 양육이 가능한 환경조성에 있다.⁶⁹⁾ 그러한 측면에서 주된 처분 중 하나가 원가정보보호이며, 다른 하나는 피해아동을 보호하는 것이다. 원가정보보호의 조치가 이루어지는 경우 해당 가정에 대한 아동보호전문기관이나 수사기관의 지속적·집중적인 관찰이 필요할 것이며, 이를 위해서는 전문적인 인력 등의 인프라 구축이 선행되어야 한다. 2014년 아동학대사례 10027건 중에서 당해에 종결되지 못하고 계속하여 서비스 지원 등의 장기적인 개입이 진행된 사례는 7661건으로 전체의 76.4%였다. 이는 피해아동의 상황

65) 연합뉴스, 2013. 10. 30. <<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0006569357>>

66) 원혜옥, 전계논문, 33면.

67) 이무선, 전계논문, 52면.

68) 아동학대처벌법이 시행된 2015년 아동학대 신고건수는 1만 7791건으로 전년대비 36%가 증가했다.

69) 김성규, 전계논문, 115면.

이 개선되고 있지 않다는 점을 나타내며 피해대아동을 위한 보호시설의 확충이 필요함을 보여준다. 현재 우리나라에서는 피해아동을 학대행위자로부터 분리하여 안전하게 보호하기 위한 학대피해아동쉼터가 운영되고 있고, 이곳에서 피해아동은 숙식과 생활지원, 상담, 치료, 교육 등을 제공받을 수 있다. 하지만, 2014년 12월 31일을 기준으로 전국적으로 운영되고 있는 쉼터의 수는 35개, 상근 보육사는 84명, 상근 보육사는 84명, 상근 임상심리치료 전문인력은 경기와 충북에 2명 뿐이다. 중앙아동보호전문기관을 포함하여 55개의 아동보호전문기관에서 보건복지부 추산 약 909만명의 아동을 보살피고 있으며, 상담원들의 평균근무시간은 11시간, 최대 14시간에 달한다.⁷⁰⁾

보다 질 높은 서비스와 피해아동의 지속적인 보호를 위해서는 아동보호전문기관의 증설과 전문 인력의 확충이 시급하다.⁷¹⁾ 또한 학대행위자에 대한 실질적 상담과 교육을 위해 아동보호전문기관들이 외부 전문가들을 적극 활용할 수 있도록 재정적인 지원도 충분해야 한다.⁷²⁾ 재정적 지원을 효과적으로 달성하기 위해 피해아동을 의무적으로 지원하도록 관련 예산편성을 의무화 하는 규정을 현행 「범죄피해자보호기금법」 상 법제화하는 것도 방법이 될 것⁷³⁾이다.

피해아동을 분석⁷⁴⁾해보면, 7~12세의 아동이 전체의 40.3%로 스스로에 대한 방어능력이 현저히 떨어지는 초등학교에 대한 아동학대 문제가 심각하다. 더욱 우려스러운 것은 생존 자체가 온전히 보호자에 의해 좌우되는 0~3세의 영아에 대한 학대 역시 13.2%에 달하고 있다는 사실로, 영아에 대한 정서적 학대나 방임의 경우 가시적으로 드러나는 상처가 없어 발견이 어렵고 연령이 낮아 의사표시를 하는데 한계가 있어 아동의 성장 및 발달에 치명적인 결과를 낳을 수 있다는 점이다. 따라서 검진항목에 아동학대 의심 지표를 추가한 필수적 영유아 건강검진제도를 이용하여 아동학대를 조기 발견하고 개입하여야 할 필요성⁷⁵⁾이 있다. 일정 반경 안에 있는 신생아, 영유아들에 대한 가정방문⁷⁶⁾을 강화하고 양육서비스를 확대 지원하며, 학대 위험이 높은 아동을 지원하기 위한 드림스타트⁷⁷⁾, 희망복지지원단⁷⁸⁾, 사회복지관 등과 협력하여 지역사회

70) 2015년 아동보호전문기관 실태조사 (2016. 8. 5. 방문) <<http://betterfuture.kr/archives/9616>>.

71) 원혜옥, 전계논문, 39-40면.

72) 최영진, 전계논문, 367면.

73) 강동욱, 아동학대범죄 피해아동의 보호를 위한 법·제도적 보안방안, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, p.73~74.

74) 2014년 피해아동 연령은 1세미만이 2.6%, (263건), 1~3세 12%(1207건), 4~6세 13.4%(1347건), 7~9세 18.6%(1865건), 10~12세 21.0%(2107건), 13~15세 23%(2309건), 16~17세 9.3%(929건)으로 집계되었다(중앙아동보호전문기관).

75) 2014년 전국아동학대보고서, 129면.

76) 영국의 경우 가정방문 서비스를 전 국민을 상대로 한 보편적 서비스로 제공하며, 미국의 경우는 주로 저소득층을 대상으로 한다. 우리나라에서 가정방문 서비스를 보편적 서비스로 도입한다면 찾아가는 복지서비스의 대표적 유형이 될 것이다(정익중, 2011).

를 기반으로 한 지지 체제를 구축해야 한다.⁷⁹⁾ 아동학대를 방지하기 위한 입법은 국가의 입법기관의 역할이지만, 아동학대범죄는 발생장소가 사적 영역인 경우가 많고 또 피해자가 적극적으로 피해사실을 신고하기 어렵기 때문에 보다 적극적인 개입을 위해서는 찾아가는 서비스가 가능한 자치단체의 역할이 중요할 수밖에 없다. 지자체별로 아동학대범죄를 신속하게 발견할 수 있는 부서를 만들어 정기적인 방문조사를 하고, 정부는 지자체간 아동학대피해자 부조능력에 차이를 줄이기 위해 전략적 재정지원을 해야 한다.

현재 아동학대사건에 대한 정확한 조사와 피해아동에 대한 보호체계를 강화하기 위해서는 지역사회와 유관기관과의 협력체계 구축이 시급하다. 구체적으로 아동이 속한 교육기관과 사법기관, 의료기관 간의 협력을 통해 정보공유의 네트워크를 강화시키고, 아동학대 관련전문가들에게 협력과 관련된 내용을 교육하며 서비스 제공과정에서 활발히 공조할 수 있도록 하는 등의 방법이 있다.⁸⁰⁾ 이와 같은 협력체계는 피해아동에 대한 다각적인 접근을 가능하게 하여 이들의 보호에 보다 효율적인 방안을 제시할 것이다.

아동학대에 대한 형사적 개입은 궁극적으로 행정에 의한 복지적 개입을 용이하게 하는데 의미를 가져야 한다. 즉 문제해결을 위해 현존하는 사회적 자원을 적극적으로 활용해야 한다. 아동학대처벌법이 예산상·절차상의 이유 때문에 피해아동들에게 충분한 보호를 제공할 수 없다면 동 특례법은 단순히 형법규정을 가중하기 위한 법률이 될 뿐이다. 아동학대처벌법의 시행은 충분한 예산이 확보되고 철저한 사후관리준비를 통해 타당성을 확보해야 한다.⁸¹⁾ 물적 인적지원이 부족한 상태에서의 특례법의 제정과 실행은 법과 현실의 괴리만을 넓혀 무의미한 입법의 가중이었다는 비판을 피하지 못할 것이다.

77) 취약계층 아동에게 맞춤형 통합서비스를 제공하여 아동의 건강한 성장과 발달을 도모하고 공평한 출발기회를 보장함으로써 건강하고 행복한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 지원하는 사업.

78) 경제적, 의료적, 정서적으로 복합적인 문제점을 안고 있는 대상자에게 복지 뿐만 아니라 보건, 교육, 주거, 고용 등의 다양한 서비스를 맞춤형으로 연계·제공하여 문제가 해결될 수 있도록 도움을 주는 전담조직.

79) 허남순, “한국 아동학대 범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 의미와 과제”, 22면.

80) 최영진, 전계논문, 368면.

81) 고명수, “아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제정에 대한 형법적 고찰”, 서울법학 제22권 제2호.

V. 맺음말 : 아동의 인권에 대해서

인권은 인간이 인간으로서 생존하기 위해 당연히 누려야 할 고유의 천부적인 권리이다.⁸²⁾ 인권은 예외나 정도의 차이 없이 보편적으로 주어지므로 아동의 인권 역시 본질적으로 성인의 인권과 다를 것이 없으나, 아동의 인권이 사회적으로 특수하게 다루어져야 하는 까닭은 아직 미성숙한 아동이 보호와 양육의 대상이며, 국가가 아동의 올바른 성장이 보장되도록 최소한의 침해적 요소를 방지해주어야 할 의무가 있기 때문이다. 따라서 아동인권은 아동이 인간으로서 동등한 권리 주체라는 성격과 아직 미성숙한 보호 대상이라는 성격이 균형을 이루어야 한다.⁸³⁾ 아동학대 문제를 처리할 때에도 피해아동을 단지 보호의 객체로 인정하는 것이 아니라 독자적인 인권의 주체로서 인정하는 법과 제도가 마련되어야 한다. 피해아동이 학대의 피해당사자인 동시에 사건 처리절차에 있어 직접적 영향을 받는 이해당사자임을 고려하여 피해아동의 의견 또한 충분히 참조되도록 법제화되어야 한다. 또한 우리가 피해아동을 독립한 인권의 주체로서 인정해야 한다고 하면서도 막상 구체적인 제도와 정책수립에 있어서는 어른의 관점에 맞춘 형식적 측면에만 치중하고 있는 것이 아닌지 유의해야 할 것이다.⁸⁴⁾ 우리는 법의 보호대상이 아동이라는 점, 즉 피해자가 성인이 되는 과정에 있다는 것을 항상 염두에 두어야 한다. 동법의 아동은 18세 미만인 사람으로 유아기부터 아동기, 소아기, 청소년기에 이르기까지의 발달과정을 구분하지 않고 있다. 그러나 이시기는 인간의 심리적·육체적인 변화가 가장 활발할 때이며, 각 시기별로 나타나는 특징 또한 분명하다. 동 특례법이 아동의 인권보호를 위한 최선의 역할을 할 수 있기 위해서는 연령별로 세분화된 구체적인 제도가 필요할 것이다.

우리는 아동학대처벌법을 통해 우리가 법적으로 보호하는 대상은 아동학대범죄의 피해 아동들이기 때문에 아동학대범죄사건에 해당되지 않는 학대의 피해아동들은 법적보호를 받을 수 없다는 사실을 알고 있다. 법의 보호 밖에 있는 피해아동들의 고통도 지속적이며 심각할 수 있으며, 형사사법처리되지 않는 경미한 학대를 받은 피해아동들에 대해서도 사회적 부조가 필요하다고 판단되면 그 즉시 국가나 지방자치단체에 의한 적절한 치료와 지원이 이루어질 수 있도록 관련규정을 두어야 한다.⁸⁵⁾ 특히, 방임과 정서적 학대로 인해 고통 받고 있는 아동들을 보호하기 위한 제도적인 장치 마련

82) 권영성, 헌법학원론, 285면 (2008).

83) 김종세, “아동인권과 아동학대”, 법학연구31, 2008, 47-76면.

84) 강동욱, “아동학대범죄 피해아동 보호를 위한 법·제도적 보안 방안”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, 62면, 74면.

85) 강동욱, “아동학대범죄 피해아동의 보호를 위한 법·제도적 보안방안”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, 69면.

이 시급하다.

아동학대의 사후처리뿐 아니라 사전예방을 위한 다양한 프로그램을 실행할 필요도 있다. 사전예방을 위해 실질적 학대행위가 발생하기 전이라도 위험원이 인정되는 경우에 원조를 위해 정부가 가정에 개입할 수 있도록 규정한 독일의 아동 및 소년원조법(Kinder-und Jugendhilfegesetz:KJHG)⁸⁶⁾을 참고하는 것도 좋겠다.⁸⁷⁾

아동학대처벌법이 입법과정에서 여론을 의식하여 다소 급히 진행되며 피해아동의 보호라는 측면보다 학대행위자의 처벌에 더 중점을 두었음은 유감스러운 일이다. 하지만 종래 아동훈육으로 치부되던 학대행위를 중대한 범죄로 인식하고, 국가가 적극적으로 피해아동을 보호하기 위한 법적 장치를 만들었다는 것은 희망적이며, 향후 동 법률의 부족한 점들은 더 많은 논의와 법 개정을 통하여 보완될 것이라고 생각한다. 여러 분야에서의 아동관련 연구와 현황에 대한 지속적인 조사⁸⁸⁾, 그리고 법적 제도적 대응방안에 대한 논의들은 아동학대에 대한 보다 나은 규정들을 만들어 낼 것이다. 이것은 유엔의 ‘아동권리에 관한 협약(United Nations Convention on the Rights of the Child: CRC)’⁸⁹⁾의 가입국인 우리나라가 아동의 권리수준에 대한 실효성 확보를 위해 적극적으로 노력해야만 하는 법적 의무이며, 천부적 권리인 아동의 인권을 적극적으로 보호해야 할 우리 모두의 천부적 의무이기 때문이다.

86) §1 Recht auf Erziehung, Elternverantwortung, Jugendhilfe (제 1조 양육권, 부모의 책임, 소년원조)

(3) Jugendhilfe soll zur Verwirklichung des Rechts nach Absatz 1 insbesondere (소년원조는 제1항의 권리를 실현하기 위해 특히)

3. Kinder und Jugendliche vor Gefahren für ihr Wohl schützen, (아동과 소년의 복지를 위해 위험으로부터 보호해야 한다.)

87) 원혜옥, 전계논문, 53-54면.

88) 아동학대현황보고서 발간은 아동학대를 효율적으로 예방하고 치료 및 그 대책을 마련하기 위한 중요한 업무이다. 중앙아동전문기관의 체계적인 자료수집과 관리는 아동학대에 대한 공식적인 자료를 산출할 수 있도록하여 효과적인 정책계획에 도움이 된다. 정기적인 실태 조사가 꾸준히 진행되어야 할 것이다.

89) 유엔 아동권리협약에서는 아동권리의 4대 일반원칙을 아동의 최선이익의 원칙, 무차별의 원칙, 생명존중과 발달보장의 원칙, 의사존중의 원칙등을 제시하고 있으며 인권조약으로서 는 가장 많은 가입국을 가지고 있다.

Ⅰ 참고문헌

1. 단행본

권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008.

이재상, 「형법각론」, 박영사, 2009.

2. 논문

강동욱, “아동학대범죄 피해아동의 보호를 위한 법·제도적 보안 방안”, 「홍익법학」 제17권 제1호, 2016.

_____, “아동학대행위의 처벌 및 이에 관한 법제의 검토”, 「법학논총」 제21편 제1호, 2014.

_____, “피해자국선변호사제도의 현황과 확대·개선방안”, 「법학연구」 제17집 제1호, 2014.

_____, “아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토”, 「법학논의」 제38권 제2호, 2014.

고명수, “아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제정에 대한 형법적 고찰”, 「서울법학」 제22권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014.

김무선, “소위 아동학대특례법의 법적쟁점 및 실효성 검토”, 「경희법학」 제50권 제1호, 2015.

김성규, “아동학대에 대한 형법적 대응의 의미와 과제”, 「형사정책」 제27권 제1호, 한국형사정책학회, 2015.

김슬기, “제정 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 검토”, 「법학연구」 제24권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 2014.

김종세, “아동인권과 아동학대”, 「법학연구」 제31집, 한국법학회, 2008.

류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 「형사정책」 제27권 제1호, 2015.

문영희, “학대피해아동의 보호를 위한 법정책적 개선방안”, 「법학논총」 제38권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2014.

박영규, “검사선의주의의 개선방안”, 「소년보호연구」 제26호, 2014.

성희자, “아동복지법상 아동학대 처벌규정에 대한 연구”, 「사회과학연구」 제29집 제4호.

- 오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 「형사정책연구」 제74권, 2008.
- 원혜옥, “아동학대의 개념 및 실효적인 대책에 관한 검토”, 「법학연구」 제18집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2015.
- 이승현, “한국개정소년법상 소년의 권리보장”, 2008.
- 이호중, “가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 10년의 평가”, 「형사정책연구」 제19권 제3호, 2008.
- 이무선, “소위 아동학대특례법의 법적 쟁점 및 실효성 검토”, 「경희법학」 제50권 제1호, 경희대 경희법학연구소, 2015.
- 이은주, “아동학대보호체계의 변화와 개선방안” 「한국가족복지학」 제20권, 한국복지학회, 2015.
- 이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향”, 「저스티스」 통권 제134호, 2013.
- 정웅석, “아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 의의 및 향후과제”, 「피해자학연구」 제22권 제1호, 한국피해자학회, 2014.
- 정익중, “아동방임의 재조명: 방임의 사회적 방임을 넘어서” 「동광」 107호.
- 진도왕, “피해아동에 대한 법적보호: 민법상 친권제한제도를 중심으로”, 「법학연구」 제18집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2015.
- 최병각, “소년법 개정과 소년사범의 건전한 육성”, 2007.
- 최영진, “아동학대에 관한 법적 대응방안”, 「법학연구」 제23권 제4호, 2015.
- 최종식, “제6차 소년법개정의 문제점에 대한 고찰”, 2008.
- 허남순, “한국 아동학대 범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 의미와 과제”, 2014.
- 보건복지부/중앙아동보호전문기관, 「2012 전국아동학대현황보고서」, 2013.

형상·모양 디자인에 모양·색깔 추가 디자인의 이용관계

- 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009후2968 판결 -

박 태 민(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

요 약

형상과 모양으로 이루어진 등록디자인과 유사한 디자인을 바탕으로 사용하고 추가로 모양과 색채를 더한 디자인이 등록디자인과의 관계에서 이용관계에 있는지 문제된 사안이다.

디자인의 본질에 대한 창작설, 영업설 및 수요설의 입장이 다르고 그에 따라 디자인 이용관계에 대한 의견도 각각 다를 수밖에 없다. 사안에서도 특허심판원과 원심법원에서 당사자들은 점층설과 절충설의 입장에서 이용관계에 대한 성부를 각각 주장하며 항변하였다.

이용관계는 그 태양에 따라서는 크게 두 가지로 부품완성형 이용관계와 형태요소부가형 이용관계로 나눌 수 있다. 세부적으로 성립하는 태양은 다음 네 가지로 (i) 선원디자인이 부품디자인이고 후원디자인이 그 부품을 포함한 완성품디자인인 경우, (ii) 선원디자인이 부분디자인이고 후원디자인이 그 부분을 포함한 완성품 또는 부품디자인인 경우, (iii) 선원디자인이 한 별 물품의 구성물품의 디자인이고 후원디자인이 그 구성물품을 포함한 한 별 물품의 디자인인 경우, (iv) 선원디자인이 형상만의 디자인이고 후원디자인이 형상과 모양 등의 결합디자인으로 나눌 수 있다.

이러한 다양한 이용의 태양에서 적용될 수 있는 디자인 이용관계의 요건을 디자인보호법의 목적과 학설을 바탕으로 우선 검토해보면 (i) 전체적으로 선원디자인과 후원디자인이 비유사일 것, (ii) 성원디자인의 요지 전부를 포함하고 있을 것, (iii) 선원디자인의 특징이 파괴되지 않고 그대로 이용되고 있을 것, (iv) 다른 구성요소와 구별되는 태양으로 포함되어 있을 것이라는 네 가지 요소로 볼 수 있다.

판례에서는 디자인 이용관계의 요건으로 (i) 후 디자인이 전체로서는 타인의 선 등록디자인과 유사하지 않지만, (ii) 선 등록디자인의 요지를 전부 포함하고 (iii) 선 등록디자인의 본질적 특징을 손상시키지 않은 채 그대로 자신의 디자인 내에 도입하고 있어, (iv) 후 디자인을 실시하면 필연적으로 선 등록디자인을 실시하는 관계에 있는 경우로 실시하고 있다.

학설과 판례에서 네 번째 요건에서는 차이가 있지만 선행하는 요건에 실질적인 내용이 이미 반영되어 강조되는 요건이라는 면에서 그 둘의 차이가 크다고 할 수는 없을 것이다.

대법판결은 디자인 이용관계의 개념을 정리하고 그 판단 기준을 제시하는 최초의 대법원 판결이라는 점에서 그 의미가 크다고 할 수 있다.

* 주재어 : 디자인 이용관계, 이용·저촉관계, 형상·모양 디자인

I. 사건개요

1. 피고의 등록디자인
2. 원고의 확인대상디자인
3. 사건 진행 경과
4. 당사자 주장 및 각 단계별 입장

II. 디자인 이용관계

1. 디자인보호법의 목적
2. 이용 · 저촉 관계
3. 디자인 이용관계

III. 이 사건 확인대상디자인 이용관계

1. 직물지에서 모양의 이용과 그 특수성에 따른 이용관계 판단방법
2. 형상 · 모양 디자인에 모양 · 색채 추가 디자인 이용관계 성립

IV. 결론

1. 대상판결의 의의
2. 대상판결의 평가

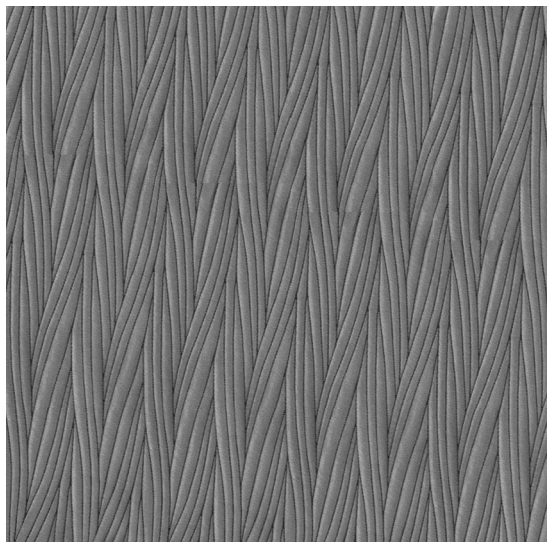
I. 사건 개요

1. 피고(피상고인)의 등록디자인

이 사건 피고의 등록디자인은 공지의 직물지 형상에 모양이 표현된 직물지의 형상과 모양의 결합을 디자인창작내용의 요점으로 하는 재질이 자카드 직물이며 표면에 다소 미세하게 엠보싱한 모양이 상·하·좌·우 연속 반복되는 커튼이나 이불 등의 원단으로 사용되는 디자인이다.¹⁾

위 등록디자인의 구체적인 형상과 모양은 아래 〈그림 1〉과 같다.

〈그림 1〉 등록디자인



2. 원고(상고인)의 확인대상디자인

이 사건 원고의 확인대상디자인은 공지의 직물지 형상에 표현된 직물지의 형상과 무늬모양 및 색채의 결합을 디자인창작내용의 요점으로 하는 재질이 합성섬유사이며 무늬는 상·하·좌·우 연속으로 연속 반복되는 주로 커튼용으로 사용되는 디자인이다.²⁾

1) 특허심판원 2009.04.02. 선고 2008당2980 심결 (별지1 출원일이 2007.10.22.이며 등록일은 2008.03.12.인 등록번호 제483945호).

위 확인대상디자인의 구체적인 형상과 모양은 아래 〈그림 2〉와 같다.

〈그림 2〉 확인대상디자인



3. 사건 진행 경과

가. 특허심판원의 심결³⁾

원고는 2008.10.07.에 피고를 상대로 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속하지 않는다고 취지로 소극적 권리범위확인심판을 청구하였다. 이에 특허심판원은 등록디자인과 확인대상디자인의 바탕은 그 모양이 동일·유사하여 보는 사람으로 하여금 느껴지는 전체적임 미감이 유사하다고 하면서 확인대상디자인의 실시를 위해서는 필연적으로 등록디자인의 실시가 전제되는 이용관계에 있다 하여 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속한다며 2009.04.02.에 심판청구를 기각하는 심결을 하였다.

2) 특허심판원 2009.04.02. 선고 2008당2980 심결 (별지2).

3) 특허심판원 2009.04.02. 선고 2008당2980 심결.

나. 원심법원의 판결⁴⁾

원고는 위 심결의 취소를 구하는 심결취소소송을 특허법원에 제기하였다. 이에 특허법원은 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속하기 때문에 이 사건 심결이 적법하다며 청구를 기각하는 판결을 하였다.

다. 대법원의 파기 · 환송판결⁵⁾

이에 다시 원고가 대법원에 상고하였고 대법원은 확인대상디자인이 등록디자인의 본질적 특징을 손상시키지 않은 채 그대로 자기의 디자인 내에 도입하고 있다고 할 수 없어 등록디자인을 이용하는 관계에 없다고 하며 이와 달리 본 원심판결에 법리를 오해한 위법이 있어 원심판결을 파기하고 다시 원심법원에 환송한다는 판결을 선고하였다.

4. 당사자 주장 및 각 단계별 입장

가. 당사자의 주장 및 논거

특허심판원에서 원고는 등록디자인은 그 출원 전에 공지된 비교대상디자인들과 모양이 유사하여 공지된 디자인이며 확인대상디자인은 공지된 디자인에 큼직한 나뭇잎들을 일정간격으로 배치하여 연속 반복되게 한 모양과 황색의 색채를 결합하므로 등록디자인과 서로 유사하지 않아 등록디자인의 권리범위에 속하지 않는다고 주장하였다.

이에 피고는 등록디자인과 확인대상디자인의 표면은 미세하게 엠보싱 된 자카드 직물을 소재로 사선을 서로 연결되게 하여 “V”자를 연상케 하는 모양의 문양을 연속 반복적으로 구성하여 그 표면이 서로 동일한 모양이며 확인대상디자인의 가공 공정이 먼저 “V”자형 문양으로 바탕을 이루는 직물지를 가공하고 2차로 그 표면에 나뭇잎 문양의 자수 또는 염색도안을 하는 2개의 공정으로 나누어져 양산하는 공정이므로 1차 공정이 등록디자인의 공정과 같다고 할 것이어서 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속한다고 주장하였다.⁶⁾

4) 특허법원 2009.07.27. 선고 2009허3466 판결.

5) 대법원 2011.04.28. 선고 2009후2968 판결.

6) 형상만의 디자인의 이용에 관한 학설 중 절충설의 입장을 가지는 주장이다. 상세한 내용은 노태정, 김병진, 『디자인보호법』 3정판, 세창출판사, 2009, 675면 참조.

특허법원에서 원고는 디자인의 이용관계 태양으로 부품디자인과 완성품디자인, 부분디자인과 완성품디자인, 구성물품의 디자인과 그 구성물품을 포함하는 한 벌 물품의 디자인, 형상만으로 구성된 디자인과 형상 및 모양 등의 결합디자인 등이 있는데, 이 사건 등록디자인과 확인대상디자인의 관계는 그 어디에도 포함되지 아니하므로 이용관계가 성립할 수 없다고 주장하였다.

또한 확인대상 디자인은 심결에서 판단한 바와는 달리 자카드 직기에 의해 직조되어 바탕과 나뭇잎 무늬, 색채가 동시에 생성되고 나뭇잎 무늬 밑에는 등록디자인과 같은 바탕이 아예 존재하지 아니하므로 등록디자인을 이용하는 것이 아니라고 주장하였다.⁷⁾

나. 특허심판원의 입장과 논거

우선 원고의 공지된 디자인 주장에 대해서는 등록디자인이 비교대상디자인들과 미감이나 인상이 서로 다른 비유사한 디자인이라고 하였다. 그리고 등록디자인과 확인대상디자인의 대상이 “직물지”라는 동일한 물품이고 확인대상디자인은 등록디자인의 바탕에 노란색으로 염색한 다음 그 위에 노란색 나뭇잎을 표현하고 있어 미세한 차이점은 있지만 기본적인 바탕이 같아서 거래사회의 소비자들로 하여금 같은 출처로 오인 혼동을 줄 수 있고,⁸⁾ 확인대상디자인이 등록디자인의 가공 공정과 같은 공정의 가공을 1차로 하고 2차로 나뭇잎 모양을 자수하거나 바탕을 염색하는 2개의 공정으로 나누어져 양산하고 있기 때문에 등록디자인과 동일 또는 극히 유사하다고 판단하였다.⁹⁾

다. 특허법원의 입장과 논거

특허법원은 “선등록디자인과 후 디자인(등록 여부는 상관없다)이 이용관계에 있다고 인정되는 경우에는 후 디자인이 선등록디자인의 권리범위에 속하게 된다.”고 하였다. 그러면서 실용신안에서의 이용관계의 법리를 가져와서 디자인의 이용관계에 적용하여 그 개념에 대해서 정의하였다. 특허법원은 디자인이 타인의 등록디자인을 이용한다고 함은 “디자인이 타인의 등록디자인이나 이에 유사한 디자인의 구성요소들을 본질적으로 손상함이 없이 그대로 받아들여 다른 구성요소와 결합함으로써 전체로서는 등록디자인과 유

7) 절충설의 관점에서 이용관계를 부정하는 주장이다.

8) 이용관계 성부에 관한 경업설 입장에서의 주장이다. 상세한 내용은 안원모, “직물지에서의 모양의 이용과 디자인 이용관계의 성립”, 『홍익법학』 제12권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, 388면; 노태정, 김병진, 전계서, 109면 참조.

9) 절충설의 입장이다. 상세한 내용은 노태정, 김병진, 전계서, 675면 참조.

사하지 아니한 별개의 디자인으로 성립하나, 등록디자인이 그 디자인에서 본질적 특성을 훼손함이 없이 독립성을 유지하여 다른 구성요소들과 구별되고 이 디자인을 실시하게 되면 필연적으로 등록디자인을 실시하는 관계에 있는 경우를 말한다.”고 하였다.

또한 디자인의 유사 여부는 외관을 전체적으로 대비 관찰하여 보는 사람으로 하여금 상이한 심미감을 느끼게 하는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 하였다. 이 경우에 사람의 주의를 가장 끌기 쉬운 부분을 요부로서 파악하고 관찰하여 심미감에 차이가 생기게 하는지 여부의 관점에서 결정하여야 하며 사용할 때뿐만 아니라 거래할 때의 외관에 의한 심미감도 함께 고려하여야 한다고 하였다.¹⁰⁾

특허법원은 확인대상디자인은 바탕무늬와 나뭇잎 모양의 무늬가 결합되어 그 전체적인 심미감이 등록디자인과 차이가 있어 유사하지 않지만 나뭇잎을 제외한 바탕 부분은 등록디자인과 거의 동일할 정도로 유사하며 그 본질적 특성을 잃지 않고, 그것만의 심미감을 여전히 가지고 있다고 하면서 결론적으로 확인대상디자인을 실시하게 되면 필연적으로 등록디자인을 실시하는 것으로 되므로 확인대상디자인은 등록디자인을 이용하는 관계에 있다고 하였다.

라. 대법원의 입장과 논거

대법원은 선원디자인과 후 디자인이 이용관계에 있는 경우 후 디자인은 선원디자인의 권리범위에 속하게 된다고 하면서 디자인 이용관계에 대한 개념을 정의하였다. 후 디자인이 선원디자인을 이용하는 관계란 후 디자인이 전체로서는 타인의 선원디자인과 유사하지 않지만, 선원디자인의 요지를 전부 포함하고 선원디자인의 본질적 특징을 손상시키지 않은 채 그대로 자신의 디자인에 도입하고 있어, 후 디자인을 실시하면 필연적으로 선원디자인을 실시하는 관계에 있는 경우를 말한다고 하였다.

그런데 확인대상디자인은 등록디자인의 모양과 유사한 모양이 일부 반복하여 이루어지다가 그 사이 사이에 큰 나뭇잎 모양이 위와 아래로 서로 엇갈리게 반복하여 이루어진 것이 혼연일체로 결합하여 하나의 디자인을 형성하고 있어서 등록디자인의 본질적 특징인 “V”자 모양이 상하좌우로 연속적으로 반복된 부분 중 상당한 부분이 손상되어 있으므로 확인대상디자인은 등록디자인의 본질적 특징을 손상시키지 않은 채 그대로 자기의 디자인 내에 도입하고 있다고 할 수 없어 등록디자인을 이용하는 관계에 있다고 할 수 없다고 하였다.¹¹⁾

10) 이용관계 성부에 관한 창작설 입장에서의 주장이다. 상세한 내용은 안원도, “디자인 이용관계의 본질 및 유형별 논점에 관한 연구”, 『법조』 59권 11호, 법조협회, 2010.11, 285면; 노태정, 김병진, 전계서, 109면 참조.

II. 디자인 이용관계

1. 디자인보호법의 목적

가. 법률의 규정

디자인보호법(2016.01.27. 법률 제13840호로 일부개정된 것) 제1조(목적)에서 “이 법은 디자인의 보호와 이용을 도모함으로써 디자인의 창작을 장려하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 하였다.

이에 의하면 디자인보호법은 디자인의 창작자에게 디자인의 보호에 관한 이익을 주고, 공중에게는 디자인의 이용에 관한 이익을 줌으로써 디자인의 창작을 장려하고, 이로써 산업발전에 이바지하려는 두 가지의 정책목표를 함께 가지는 산업입법으로 성격 지을 수 있다.

나. 학설

디자인보호법의 목적에 관한 이론적 해석으로서 세 가지 주요 학설이 있다.¹²⁾ (i) 창작설은 디자인의 본질을 창작으로 파악하여 디자인의 창작적 가치를 보호하는 것이 디자인보호법의 주목적이라고 한다. (ii) 영업설은 식별성을 디자인의 본질로 파악하여 상품의 개발에서 시장에서의 경쟁에 이르기까지의 산업활동 전반에 걸쳐 공정한 경쟁 질서의 형성, 즉 부정한 경쟁의 방지에 그 목적이 있다고 하는 견해이다. (iii) 수요설은 디자인의 본질적 가치는 시장에서 발휘되는 수요증대기능에 기초한 시장가치 내지 경쟁가치에 있는 것으로 파악하여 경제발전에 의한 산업발전이 주목적이라고 한다.

이 세 가지 학설은 이용관계의 성립에 있어서 선원디자인의 일부가 완성품인 후원 디자인과의 결합과정에서 감추어져 보이지 않는 경우에 선원디자인의 전부를 그대로 포함하고 있다고 볼 수 있는가에 대한 논쟁에서 주요한 기준이 되기도 한다.

11) 대법원 1999. 08. 24. 선고 99후888 판결 참조.

12) 노태정, 김병진, 전계서, 109-110면.

2. 이용 · 저촉 관계

등록디자인 상호간의 권리가 중복되는 경우는 이용과 저촉의 경우를 들 수 있다. 이용이란 후원의 권리를 실시하게 되면 선원의 권리를 전부 실시하는 것으로 되지만, 선원의 권리를 실시하여도 후원 권리의 전부 실시로는 되지 않는 관계이다. 저촉은 어느 쪽 권리를 실시하여도 상대방 권리를 전부 실시하는 것으로 되는 관계를 말하는 것으로 이용 구분하고 있다.¹³⁾

3. 디자인 이용관계

가. 법률의 규정

디자인보호법 제95조 (타인의 등록디자인 등과의 관계) ① 디자인권자 · 전용실시권자 또는 통상실시권자는 등록디자인이 그 디자인등록출원일 전에 출원된 타인의 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인 · 특허발명 · 등록실용신안 또는 등록상표를 이용하거나 디자인권이 그 디자인권의 디자인등록출원일 전에 출원된 타인의 특허권 · 실용신안권 또는 상표권과 저촉되는 경우에는 그 디자인권자 · 특허권자 · 실용신안권자 또는 상표권자의 허락을 받지 아니하거나 제123조에 따르지 아니하고는 자기의 등록디자인을 업으로서 실시할 수 없다.

② 디자인권자 · 전용실시권자 또는 통상실시권자는 그 등록디자인과 유사한 디자인이 그 디자인등록출원일 전에 출원된 타인의 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인 · 특허발명 · 등록실용신안 또는 등록상표를 이용하거나 그 디자인권의 등록디자인과 유사한 디자인이 디자인등록출원일 전에 출원된 타인의 디자인권 · 특허권 · 실용신안권 또는 상표권과 저촉되는 경우에는 그 디자인권자 · 특허권자 · 실용신안권자 또는 상표권자의 허락을 받지 아니하거나 제123조에 따르지 아니하고는 자기의 등록디자인과 유사한 디자인을 업으로서 실시할 수 없다.

③ 디자인권자 · 전용실시권자 또는 통상실시권자는 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인이 그 디자인등록출원일 전에 발생한 타인의 저작물을 이용하거나 그 저작권에 저촉되는 경우에는 저작권자의 허락을 받지 아니하고는 자기의 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인을 업으로서 실시할 수 없다.

13) 노태정, 김병진, 전계서, 672면, 677면.

나. 이용관계의 적용요건

적용되기 위한 요건으로 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인이, 그 디자인등록출원일 전에, 타인의 권리와, 이용·저촉관계에 있어야 한다.¹⁴⁾

다. 이용관계의 성립요건

디자인의 이용개념의 정의에 관한 견해를 보면 이용발명에서의 소위 그대로설이 타당하다는 전제 하에 디자인 이용의 개념을 정의하고 있다.¹⁵⁾ 그대로설은 구체적인 기술적 구성요소들을 이용해 추상적인 기술적 사상 이용의 의미를 파악하고 있다는 점에서 구체적인 디자인의 구성요소(물품의 형상·모양·색채)를 이용해 추상적인 미감의 이용 여부를 파악하고자 하는 디자인의 이용 개념과 어느 정도 부합하고, 이용의 본질적 개념에도 가장 잘 부합하는 이론이므로 디자인 이용 개념의 정의에도 적절한 이론인 것으로 평가된다.¹⁶⁾

대법원 1999. 08. 24 선고 99후888 판결에서는 “부분품과 그 부분품을 포함하는 완성품의 경우 그 대상 물품이 서로 다르나 완성품의 실시를 위하여서는 필연적으로 부분품에 관한 디자인의 실시가 전제될 수밖에 없어서 완성품 디자인이 부분품 디자인을 이용하는 관계에 있다면 완성품 디자인 중 부분품 디자인에 대응되는 디자인이 부분품 디자인과 동일 또는 유사한 것으로 인정되는 경우에는 완성품 디자인은 부분품 디자인의 권리범위에 속한다.”고 판시하였다.

디자인 이용의 개념을 이용발명에서의 그대로설(전부설)에 따라서 분석적으로 크게 나누어 보면, (i) 전체적으로 선원디자인과 후원디자인이 비유사일 것, (ii) 선원디자인의 요지 전부를 포함하고 있을 것, (iii) 선원디자인의 특징이 파괴되지 않고 그대로 이용되고 있을 것, (iv) 다른 구성요소와 구별되는 태양으로 포함되어 있을 것이라는 네 가지 요소로 볼 수 있다.¹⁷⁾

14) 노태정, 김병진, 전게서, 670면.

15) 안원모, 전게 논문(주 10), 273면; 각 설의 상세한 내용은 이은경, “이용발명과 관련된 문제에 대한 재고”, 『東泉 김인섭 변호사 회갑기념논문집 법실천의 제문제』, 박영사, 1996.12, 822-823면 참조.

16) 안원모, 전게 논문(주 10), 273면.

17) 안원모, 전게 논문(주 10), 275면.

1) 전체적으로 선원디자인과 후원디자인이 비유사일 것

특허에서 선 특허발명의 기술적 구성에 새로운 요소를 부가하여 별도로 특허성이 인정된 새로운 발명을 이용발명이라고 하는 것처럼, 디자인의 이용관계 역시 선원디자인의 구성요소에 새로운 구성요소를 가미하여 선원디자인과의 사이에 전체적으로 비유사인 디자인이 완성된 경우에 이용관계가 성립하게 된다. 만일 새로운 구성요소를 부가하였다고 하더라도 전체적으로 새로운 미감이 생기지 않았다면 이는 디자인 유사성의 문제이지 디자인 이용관계의 문제는 아니다. 디자인의 이용관계는 어디까지나 선원디자인과 후원디자인이 비유사임을 전제로, 즉 디자인의 유사관계가 적용되지 않는 영역에서 논하여지는 것이기 때문이다. 통상적인 침해소송에서는 디자인 이용관계에 관한 판단에 앞서 디자인의 유사여부가 먼저 논하여지고, 디자인이 유사하다고 판단되는 경우를 제외하고 나서 디자인이 전체적으로 비유사라고 판단되는 경우에 있어서 그 다음 단계로 디자인의 이용관계가 논하여지는 것이 순서일 것이다. 이는 디자인의 이용관계에 관한 판단이 디자인 유사판단의 외측에 있음을 보여주는 것이다.¹⁸⁾

2) 선원디자인의 전부를 포함하고 있을 것

후원디자인이 선원디자인의 전부를 포함하지 않은 경우에는 선원디자인의 일부 실시에 불과한 것이 된다. 만일 후원디자인이 선원디자인 또는 그것에 유사한 디자인의 구성요소 일부만을 자기의 구성요소로 하고 있는 것에 불과하고 기타의 구성요소를 변경한 경우에는 디자인의 이용관계는 발생하지 않는다. 여기서 선원디자인의 전부를 포함하고 있다는 것은 선원디자인의 요부를 전부 포함하고 있다는 의미로 해석하여야 하고,¹⁹⁾ 선원디자인의 요부를 전부 포함하고 있는 한, 요부가 아닌 부분을 상업적으로 일부 변경한 것에 불과한 경우에는 이용관계의 성립이 부정되지 않는다.²⁰⁾

이 부분 요건과 관련하여, 선원디자인의 일부가 후원디자인과의 결합과정에서 감추어져 보이지 않는 경우에 선원디자인의 전부를 포함하고 있다고 볼 수 있는가에 대한 논쟁이 있다. 또한 형태요소부가형의 이용관계에 있어서 선원디자인이 형상만을 도면에 표시하고 후원디자인이 여기에 모양이나 색채를 부가한 경우에 후원디자인이 선원디자인의 전부를 이용한 것으로 볼 수 있는가에 대한 논의가 있고 이것은 결국 형태요소부가형의 이용관계를 인정할 것인가와 연결되어있다.²¹⁾

18) 茶園成樹, “意匠の利用について”, 知的財産法研究(제44-3권, 129호), 専工業所有權法研究所(2004. 1), 2면 참조(안원모, 전계 논문(주 10), 276면에서 재인용).

19) 池端亨一, “利用の否定”, 三枝英二先生・小谷悦司先生 還暦記念 判例意匠法, 發明協會(2000. 2), 440면(안원모, 전계 논문(주 10), 276면에서 재인용).

20) 대법원 1999. 08. 24 선고 99후888 판결.

3) 선원디자인의 특징이 파괴되지 않고 그대로 남아 있을 것

디자인은 기능적 가치가 아니라 심미적 가치를 중시하는 것이므로 디자인의 이용관계 역시 심미적 가치가 이용되었는가의 점에서 파악되어야 한다. 선원디자인의 특징이 파괴되지 않고 그대로 남아 있다는 것은 선원디자인의 미감적 특징이 후원디자인에서도 간취될 수 있어야 함을 의미한다. 만일 후원디자인에서 선원디자인의 미감적 특징이 다른 요소와 혼연일체로 되어 이를 감지할 수 없다면 디자인의 이용관계는 부정된다.²²⁾

4) 다른 구성요소와 구별되는 태양으로 포함되어 있을 것

선원디자인의 특징이 후원디자인에서 다른 구성요소와 구별되는 태양으로 포함되어 있을 것이라는 요건은 이용관계의 판단에 있어 제3자의 예견가능성을 확보하기 위하여 필요한 요건이라고 할 수 있다. 즉 이용관계의 판단에서 대비 대상을 디자인권자가 자유롭게 선택할 수 있도록 하면 어떠한 디자인권과의 관계에서 침해가 문제로 되는가를 예견하는 것이 곤란하게 되고 법적으로 불안정한 상태에 놓여 지기 때문에, 대비 대상을 제3자가 예견가능한 경우로 한정하여야 하고, 그 경우가 바로 다른 구성요소와 구별되는 태양으로 포함되고 있어야 한다는 요건이다.²³⁾

라. 디자인 상호간의 이용관계의 태양

디자인 상호간의 이용에 있어서 이용관계는 크게 두 가지로 부품완성형 이용관계와 형태요소부가형 이용관계로 나눌 수 있고 더욱 세부적으로 성립하는 태양은 다음의 4가지가 있다. (i) 선원디자인이 부품디자인이고 후원디자인이 그 부품을 포함한 완성품 디자인인 경우, (ii) 선원디자인이 부분디자인이고 후원디자인이 그 부분을 포함한 완성품 또는 부품디자인인 경우, (iii) 선원디자인이 한 별 물품의 구성물품의 디자인이고 후원디자인이 그 구성물품을 포함한 한 별 물품의 디자인인 경우, (iv) 선원디자인이 형상만의 디자인이고 후원디자인이 형상과 모양 등의 결합디자인인 경우가 있다.²⁴⁾

21) 안원모, 전계 논문(주 10), 277면.

22) 寒河江 孝允・峯 唯夫・金井 重彦 編著, 意匠法コンメンタール, LexisNexis(2007), 387면 참조(안원모, 전계 논문(주 10), 277면에서 재인용).

23) 茶園成樹, 전계 논문, 7면(안원모, 전계 논문(주 10), 277면에서 재인용).

24) 노태정, 김병진, 전계서, 672-676면.

1) 부품디자인이 완성품디자인에 이용되는 경우와 구성물품의 디자인이 한 벌 물품의 디자인에 이용되는 경우

(i) 선원디자인이 부품디자인이고 후원디자인이 그 부품을 포함한 완성품디자인인 경우와 (iii) 선원디자인이 한 벌 물품의 구성물품의 디자인이고 후원디자인이 그 구성물품을 포함한 한 벌 물품의 디자인인 경우에는 물품이 서로 다르기 때문에 전체적으로 선원디자인과 후원디자인이 비유사가 될 수밖에 없고, 후원디자인이 선원디자인의 전부를 포함하여 전체가 그대로 드러나 선원디자인의 특징이 파괴되지 않고 그대로 남아 있을 경우에는 이용관계가 성립한다고 볼 수 있다.

그러나 부품 등 선원디자인의 일부가 완성품인 후원디자인과의 결합과정에서 감추어져 보이지 않는 경우에 선원디자인의 전부를 그대로 포함하고 있다고 볼 수 있는가에 대한 논쟁이 있을 수 있다. 전부를 그대로 포함한다고 볼 수 없다면 선원디자인의 이용관계는 부정될 것이고 전부를 그대로 포함한다고 볼 수 있다면 이용관계가 긍정될 것이다. 이와 관련하여 디자인보호법의 목적에 따른 학설들 사이에 아래와 같은 대립이 있다.

가) 창작설에 따른 경우

창작설은 디자인의 본질을 창작으로 파악하여 디자인의 창작적 가치를 보호하는 것이 디자인보호법의 주목적으로 부품의 형태가 창작물로서 보호가치가 인정되는 이상, 완성품디자인에서 부품디자인이 외부에 보여 지는 여부나 정도에 상관없이 보호되어야 한다고 한다. 이 설에서는 창작물인 디자인의 형태가치를 보호하기 위하여 디자인의 유통과정뿐만 아니라 조립장면과 사용장면도 함께 고려되어야 한다고 한다. 즉 디자인 발생의 근본은 창작에 있으므로 디자인권 침해사건에서도 창작의 요부를 파악하는 것이 선행되어야 하며, 부품의 형태를 창작한 자는 그 부품의 형태에 대한 보호를 구하고자 디자인등록을 하는 것이므로 완성품에 연결되기 전의 조립장면에서도 이용관계의 판단을 하여야 하고, 디자인의 사용이라는 측면에서 비록 완성품의 외관상 보이지 않는 부분이라도 부품디자인의 형태가치가 완성품에서 사용되고 있는 것은 틀림없으므로 디자인의 이용을 부인할 수 없다고 한다.²⁵⁾

나) 경업설에 따른 경우

경업설은 디자인보호의 근거를 당해 디자인에 관한 물품이 유통과정에 놓여 저 거

25) 노태정, 김병진, 전계서, 109면; 茶園成樹, “減速機付モーターを製造販賣することが意匠に係る物品を減速機とする意匠權を侵害しないとされた事例”, 發明(제100권 제12호), 發明協會(2003. 12), 103-104면 참조(안원모, 전계 논문(주 10), 285-286면에서 재인용).

래의 대상으로 되는 경우에 있어서 거래자수요자가 당해 디자인에 관한 물품을 혼동하여 잘못 물품을 구입하는 것을 방지하고자 하는 것에 있다고 본다. 이 설에서는 유통과정에서의 혼동방지를 디자인보호법의 주된 목적으로 해석하는 결과, 디자인권 침해의 유무 판단도 유통과정에 놓여진 구체적인 물품을 대상으로 하여야 하고, 만일 물품의 유통과정에서 거래자수요자가 외부에서 시각을 통하여 인식할 수 없는 물품의 감추어진 형상은 물품의 혼동 유무에 영향을 미치지 않으므로 침해판단에서 고려되어서는 안 된다고 한다.²⁶⁾

다) 수요설에 따른 경우

수요설은 디자인보호의 근거를 디자인이 가진 시각상의 수요환기기능에서 찾고자 한다. 즉 디자인은 시각적으로 수요자의 구매의욕을 자극하고 그로 인하여 물품의 수요가 환기되는 결과 물품의 생산 및 거래가 증대하는 산업상의 기능을 수행하게 되는 바, 디자인이 가진 그러한 기능을 보호하는 것이 디자인보호의 주된 목적이라는 것이다. 이 입장에서는 물품의 유통과정에서 보이지 않는 부분은 수요자를 시각적으로 자극하는 기능을 수행할 수 없으므로 디자인 보호의 대상에서 제외하여야 한다고 한다.²⁷⁾

2) 부분디자인이 완성품디자인에 이용되는 경우

(ii) 선원디자인이 부분디자인이고 후원디자인이 그 부분을 포함한 완성품 또는 부품디자인인 경우에는 이용관계가 성립한다는 견해²⁸⁾와 직접침해 여부를 판단하면 족하고 이용관계의 유무를 논할 실익이 없다는 견해²⁹⁾로 나누어진다.

이용관계가 성립한다는 견해는 (ii)의 경우에도 (i)과 같이 선원디자인이 부품디자인이고 후원디자인이 그 부품을 포함한 완성품 디자인의 관계와 유사한 것으로 보아 이용관계가 발생할 수 있다고 본다.

직접침해로 처리하면 족하다는 견해는 부분디자인의 유형이 부분 자체의 형태가 특징적인 경우에 완성품에서 부분 자체의 형태가 그대로 이용되고 있다면 이는 부분디자인의 동일·유사범위 내에서의 사용이므로 직접침해로서 처리하면 족하고, 부분의 배열관계(부분의 위치·크기·범위)가 특징적인 경우³⁰⁾에 완성품에서 부분의 배열관

26) 노태정, 김병진, 전계서, 109면; 茶園成樹, 전계 논문, 104-105면 참조(안원모, 전계 논문(주 10), 286면에서 재인용).

27) 노태정, 김병진, 전계서, 110면; 加藤恒久, “減速機モーター事件に見る意匠法の理念”, 牛木理一先生古稀記念 意匠法及び周邊法の現代的課題, 發明協會(2005.3), 137면(안원모, 전계 논문(주 10), 287면에서 재인용).

28) 김종석, “디자인의 이용관계”, 『대법원판례해설』 88호, 2011 상반기, 244면.

29) 안원모, 전계 논문(주 8), 376면.

계를 변경한 경우에는 부분디자인의 본질적 특징을 그대로 이용한 것이라고 볼 수 없으므로 이용관계가 성립하지 않아 논할 실익이 없다고 본다.

3) 선원디자인이 형상만의 디자인이고 후원디자인이 형상과 모양 등의 결합디자인인 경우

(iv) 선원디자인이 형상만의 디자인이고 후원디자인이 형상과 모양 등의 결합디자인인 경우에는 형상만의 디자인을 인정하는지 여부에 따른 학설에 따라 이용관계 성립 여부가 달라진다.³¹⁾

디자인보호법에서 디자인의 정의를 물품의 “형상·모양·색채 또는 이들의 결합”이라고 표현하여 물품 형태의 표현방법으로 형상·모양·색채의 다양한 결합을 예정하고 있고, 법상 형상만의 디자인이 인정되는 것으로 해석되는 점에 비추어 보아도 아래 긍정설에 따라 형상·모양·색채의 분리가능성을 인정하고, 따라서 형상·모양·색채 중의 일부 이용에 대하여도 이용관계를 긍정하는 것이 타당하다. 이 경우 이용관계 여부를 판단에 있어서는 부품완성품형 이용관계에서의 해석과 마찬가지로 후 디자인에 선원디자인의 특징적 형상이 그대로 이용되어 식별 가능한 형태로 남아 있을 경우 이용관계의 성립을 긍정하고, 만일 후 디자인에 새롭게 결합된 형상, 모양, 색채 또는 이들의 결합의 일부가 선원디자인의 그것과 혼연일체로 되어 미감상 구별될 수 없을 정도인 경우에는 이용관계의 성립을 부정하는 것이 타당하다.³²⁾

가) 긍정설(무색설)

물품의 형상·모양·색채는 각기 물품의 심미성에 영향을 미치는 요소이므로 이를 구분하여 평가할 수 있고, 결과적으로 형상·모양·색채 중 일부에 대한 이용관계의 성립을 긍정할 수 있다고 하는 견해이다. 이는 형상만의 디자인 인정여부와 관련하여 무색설의 입장에 부합하는 것으로 형상만의 디자인은 형상만이 특정된 것이고 모양이나 색채는 한정이 없는 디자인으로 보아야 한다는 견해와 같은 입장이다. 이 견해에서는 만일 부정설의 견해를 취하는 경우에 형상·모양·색채 중의 어느 하나가 다르면 이용관계가 성립하지 않으므로 출원인으로서의 형상·모양·색채의 결합에 관한 무수한 조합을 만들어 내어 이를 모두 등록하여야 하는데 이는 현실적으로 가능하지 않은 것이라고 비판한다.³³⁾

30) 상세한 것은 안원모, “부분디자인의 유사판단에 관한 연구”, 『산업재산권』 제29호, 한국산업재산권법학회, 2009.08, 113-115면 참조.

31) 노태정, 김병진, 전계서, 674 내지 676면.

32) 안원모, 전계 논문(주 8), 378-379면.

33) 안원모, 전계 논문(주 8), 377-378면.

나) 부정설(무모양1색설)

디자인의 형태요소인 형상·모양·색채는 혼연 융합하여 일체로 되어 성립되는 것이므로 형상·모양·색채 중 어느 하나가 다르면 디자인은 다른 것으로 평가하여야 한다고 한다. 이는 형상만의 디자인 인정여부와 관련하여 형상만의 디자인의 존재를 부정하고 여기에 반드시 일정한 모양이나 색채의 한정이 있는 디자인으로 해석하고자 하는 무모양 일색설과 같은 입장이다. 이러한 견해에서는 디자인의 형태요소인 형상·모양·색채 중 일부만의 이용은 디자인 형태의 일체성을 파괴하는 것이므로 이러한 이용관계의 성립을 부정하게 된다. 따라서 이러한 해석방식은 디자인의 이용관계를 엄격하게 해석하여 디자인의 모방을 어느 정도 허용하는 해석방식으로 디자인권자의 보호에는 불리한 해석방식이다. 이러한 해석방식은 과거 디자인의 모방을 어느 정도 허용하던 시대의 해석방식이라는 지적이 있다.³⁴⁾

다) 절충설

절충설적인 입장에서 형상·모양·색채의 구분 가능성을 인정하되 물품이 만들어지는 과정에 착안하여 형상을 먼저 만들고 그 위에 모양이나 색채를 부가하는 경우와 같이 형상·모양·색채가 순차적으로 생성되는 경우에는 형상·모양·색채의 구분이 가능한 것으로 보고, 그렇지 않고 형상·모양·색채가 프레스 기계 등에 의하여 압형의 방법으로 동시에 만들어지는 경우에는 형상·모양·색채의 구분 가능성을 부인하고자 한다.³⁵⁾

마. 이용·저촉 성립여부 판단과 그 문제

디자인보호법은 통상실시권 허여의 심판의 전제가 되는 이용·저촉관계 성립여부에 대하여 당사자간에 다툼이 있는 경우 그 여부를 어떻게 판단할 것인지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이용·저촉관계에 대한 다툼이 증가되는 추세에서 그 기준이 명확하지 않아 혼란이 증대되고 있지만 다양한 이용관계를 명확하게 모두 법으로 규율할 수는 없을 것이다. 학계에서 디자인 이용관계에 대한 연구가 진행되고 있지만 결국 디자인보호제도의 운용체계상 이용·저촉관계의 성립여부에 대한 유권적 판단은 권리범위확인심판에 의할 수밖에 없다.³⁶⁾

34) 안원모, 전계 논문(주 8), 377면.

35) 안원모, 전계 논문(주 8), 378면.

36) 노태정, 김병진, 전계서, 682면.

III. 이 사건 확인대상디자인에서의 이용관계

1. 식물지에서 모양의 이용과 그 특수성에 따른 이용관계 판단

가. 복합형 이용관계의 특수성

일반적인 형태요소부가형 이용관계의 태양에서는 형상·모양·색채의 각각을 단일요소로 분리하여 각 요소간의 부가에 따른 이용관계가 문제되었다. 하지만 이 사건 식물지에서의 모양의 이용은 선원디자인에서 형상과 모양의 디자인에 후원디자인에서의 모양과 색채의 디자인이 추가되는 경우로 단일 요소(모양)도 분해를 인정하여 이용관계를 이용할 것인지가 문제되는 경우이다. 이와 같은 경우는 (i) 형태요소부가형 이용관계(이용관계의 성립 여부)를 검토하는 외에 추가로 (ii) 부품·완성형 이용관계(형태의 일부가 후디자인에서 보이지 않는 경우에 있어서 이용관계의 성립 여부)라는 논점이 중복하여 결합된 문제로 나타나기 때문에 이중의 이용관계 판단에 따른 복합형 이용관계로서의 특수성을 가지고 있어 그 판단에 복잡한 측면이 있을 수밖에 없다.³⁷⁾

나. 대상판례의 이용관계 판단의 관점

이 사건 대상판례에서는 선원의 모양 디자인이 전체로서 부가되어 결합된 디자인이 아닌 일부만이 부가되어 추가된 디자인으로서 그 이용관계의 태양이 마치 선원디자인이 부품디자인이고 후원디자인이 그 부품을 포함한 완성품디자인인 경우에 있어서 부품디자인의 일부가 가려져서 위 II. 3. 라 1) 부품디자인이 완성품디자인에 이용되는 경우와 구성물품의 디자인이한 별 물품의 디자인에 이용되는 경우에서와 같이 디자인 보호법의 목적에 따른 학설 중에 수요설의 입장에 따라 그 판단을 한 것으로 보인다.

다. 대상판례의 이용관계 판단 기준

이 사건 대상판례의 판결요지에서 후 디자인이 선 등록디자인의 권리범위에 속하게 되는 경우로서 후 디자인이 선 등록디자인을 이용하는 관계에 있다고 할 수 있는 판단 기준에 대해서 다음 네 가지 요건을 말하고 있다. (i) 후 디자인이 전체로서는 타인의

37) 안원모, 전제 논문(주 8), 383면 참조.

선 등록디자인과 유사하지 않지만, (ii) 선 등록디자인의 요지를 전부 포함하고 (iii) 선 등록디자인의 본질적 특징을 손상시키지 않은 채 그대로 자신의 디자인 내에 도입하고 있어, (iv) 후 디자인을 실시하면 필연적으로 선 등록디자인을 실시하는 관계에 있는 경우이다.

이는 학설에서 제시하고 있는 이용관계 성립요건으로서 (i) 전체적으로 선원디자인과 후원디자인이 비유사일 것, (ii) 선원디자인의 요지 전부를 포함하고 있을 것, (iii) 선원디자인의 특징이 파괴되지 않고 그대로 이용되고 있을 것, (iv) 다른 구성요소와 구별되는 대양으로 포함되어 있을 것이라는 요건 중에서 마지막 네 번째 요건에서 차이가 있을 뿐이다. 대상판례와 학설의 마지막 네 번째 요건은 공히 앞선 세 가지 요건에 이미 포함되어 있는 내용을 다시 구체적으로 제시한 것으로 볼 수 있으며 내용상 중복되어 있는 사항이라 대상판례와 학설이 말하고 있는 요건에 차이가 다소 있더라도 중요한 의미를 갖고 있다고 보기는 어렵다.

다만 대상판례는 선 등록디자인과 후 디자인의 권리범위를 명확하게 확정하여 권리의 침해범위에 속하는지 여부를 판단해 주어야 하는 법원의 속성상 선 등록디자인과 후 디자인의 추상적 권리범위를 필연적 실시 관계라는 요건을 통해 더욱 명확히 하고자 하는 의지가 반영되어 있는 것이 아닌가 한다.

라. 대상판례의 이용관계 판단

이 사건 등록디자인과 확인대상디자인은 모양자체가 서로 달라 (i) 후 디자인이 전체로서는 타인의 선 등록디자인과 유사하지 않다는 요건을 충족한다. (ii) 선 등록디자인의 요지를 전부 포함하고 있다는 조건과 (iii) 선 등록디자인의 본질적 특징을 손상시키지 않은 채 그대로 자신의 디자인 내에 도입하고 있다는 조건에 대해서 대법원의 판결에서는 “확인대상디자인은 이 사건 등록디자인의 “V”자 모양과 유사한 모양이 일부 반복하여 이루어지다가 그 사이 사이에 큰 나뭇잎 모양이 위와 아래로 서로 엇갈리게 반복하여 이루어진 것이 혼연일체로 결합하여 하나의 디자인을 형성하고 있어서 이 사건 등록디자인의 본질적 특징인 위 “V”자 모양이 상·하·좌·우로 연속적으로 반복된 부분 중 상당한 부분이 손상되어 있”다고 하면서, 이 사건 등록디자인의 요부가 확인대상디자인에서 그대로 도입되어 있지 않고, 그에 따라 이 사건 등록디자인의 본질적 특징이 확인대상디자인에서 손상된 것으로 판단하고 있다. 마지막 요건으로서 (iv) 후 디자인을 실시하면 필연적으로 선 등록디자인을 실시하는 관계라는 측면에서 보자면 이는 확인대상디자인이 이 사건 등록디자인의 일부를 실시한 것에 불과하고, 그에 따라 이 사건 등록디자인의 미감적 특징이 확인대상디자인에서 간취될 수 없다는 의

미로 받아들일 수 있다. 이러한 해석은 이 사건 등록디자인에서 수요자들로 하여금 수요를 자극시키는 부분과 확인대상디자인에서 이러한 기능을 담당하는 부분이 서로 다르고, 이 사건 등록디자인에서의 수요를 자극시키는 기능이 확인대상디자인에서 차단되거나 상당한 정도로 훼손되었으므로 디자인의 이용관계가 성립될 수 없다는 논리로 유추하여 해석할 수 있다.

2. 형상 · 모양 디자인에 모양 · 색채 추가 디자인 이용관계 성립

이에 관하여 우리나라의 디자인 관련 책이나 논문에서 명확하게 언급하고 있는 것을 찾아볼 수 없으나, 대체로 부정적인 입장에 있는 것으로 볼 수 있을 것 같다. 즉, 위 이용관계의 태양에서 본 바와 같이 선원디자인이 형상만의 디자인이고 후원디자인이 형상과 모양의 결합디자인의 이용관계에 관하여, 부정설의 입장에 있는 경우에는 당연히 부정적인 입장일 것이고, 긍정설의 입장에 있는 경우에도 위와 같은 태양에 관하여는 전혀 언급을 하지 않고 있다.

일본에서는 이에 관하여 통상의 경우에는 이용관계가 성립하지 않는다는 견해가 있고, 형상과 모양의 결합디자인에 색채를 추가한 경우만 이용관계가 성립될 수 있다는 견해가 있을 뿐이다.³⁸⁾

IV. 결론

1. 대상판결의 의의

대상판결은 기존의 대법원 1999.08.24. 선고 99후888 판결을 바탕으로 해서 디자인 이용관계의 개념을 정리한 최초의 대법원 판결이라는 점에서 의의가 있다. 산업발전에 따라 디자인에 대한 중요도가 증가하고 그 권리범위에 대한 다툼이 증가하고 있는 이때에 대상판결이 향후 디자인 이용관계에 대한 판단에 하나의 기준을 제시하고 있다는 점에서 주목할 만하다.

38) 김종석, 전계 논문, 248-249면.

2. 대상판결의 평가

결국 확인대상디자인에서 이 사건 등록디자인의 본질적 특징인 위 “V”자 모양이 상하좌우로 연속적으로 반복된 부분이 수요자의 수요증대 기능에 거의 기여하지 못한다는 것과 같고, 나뭇잎 모양의 추가와 황색의 채색으로 인하여 이 사건 등록디자인의 요부가 감추어져 그 미감적 특징을 간취할 수 없다는 것과 같은 의미이다. 그렇다면 대상판결의 결론은 비록 수요설의 입장을 명확히 밝힌 것은 아니지만, 전체적인 논리의 흐름은 수요설의 입장과 같은 것이라 할 수 있다. 그렇게 보면 이러한 쟁점에 대한 수요설적인 해석방식이 대상판결과 같은 사안에서도 타당한 결과를 도출할 수 있는 이론이라는 것이 뒷받침된 것이라고 할 수 있다.³⁹⁾

그리고 이 사건의 특징 중 하나는 선원디자인의 모양을 후원디자인모양의 일부로 도입하고 있는 점에서 기존의 형태요소부가형 이용관계에서 예상하고 있는 이용의 유형과 상이하다는 점이다. 이 때문에 부품-완성품형 이용관계에서 주된 논점으로 등장하고 있는 선원디자인의 일부가 후 디자인에서 감추어져 보이지 않는 경우에 이용관계가 성립하는지의 문제가 이 사건에서도 중요한 논점으로 등장하고 있다. 선원디자인의 본질적 특징 부분이 후 디자인에서 감추어져 있어 당해 부분이 후 디자인의 수요증대 기능에 역할을 하지 못하거나 그 기능이 상당한 정도로 약화된 경우에는 앞에서와 같이 수요설의 입장에서 디자인 이용관계를 부정하는 것이 타당하다. 대상판결의 결론은 이러한 논리방식과 크게 다르지 않은 것이고, 이 점에서 대상판결의 결론은 타당하다고 판단된다.⁴⁰⁾

39) 안원모, 전계 논문(주 8), 390면.

40) 안원모, 전계 논문(주 8), 391면.

Ⅰ 참고문헌

1. 단행본

노태정, 김병진, 「디자인보호법」 3정판, 세창출판사, 2009.

2. 논문

김종석, “디자인의 이용관계”, 「대법원판례해설」 88호, 2011 상반기.

——, “디자인권의 이용관계”, 「지적재산권」 제20호, 한국지적재산권법제연구원, 2007.

백인경, 우광재, “디자인의 유사 판단에 관한 소고”, 「법학연구」 49(1), 부산대학교 법학연구소, 2008.08.

안원모, “직물지에서의 모양의 이용과 디자인 이용관계의 성립”, 「홍익법학」 제12권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2011.

——, “디자인 이용관계의 본질 및 유형별 논점에 관한 연구”, 「법조」 59권 11호, 법조협회, 2010.11

——, “부분디자인의 유사판단에 관한 연구”, 「산업재산권」 제29호, 한국산업재산권법학회, 2009.08.

이은경, “이용발명과 관련된 문제에 대한 재고”, 東泉 김인섭 변호사 회갑기념논문집 법실천의 제문제, 박영사, 1996.12.

이정윤, “부품디자인과 부분디자인 디자인출원의 전략적 활용”, 한국디자인학회 2012 가을 국제학술대회, 2012.10.

3. 참조판례

대법원 2011.04.28. 선고 2009후2968 판결.

대법원 1999.08.24. 선고 99후888 판결.

특허법원 2009.07.27. 선고 2009허3466 판결.

특허심판원 2009.04.02. 선고 2008당2980 심결.

추상적 규범통제의 도입 필요성과 법제화 방향

심 규 환(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

요 약

최근 헌법재판소 소장은 추상적 규범통제의 도입이 필요하다는 의견을 밝혔다. 정치가 마비되어 사회적 분쟁해결 능력이 실종됨은 물론이고, 헌법적 가치마저 침해되고 있으므로 이를 보호하기 위한 헌법재판소 외연의 확장 필요성을 그 근거로 제시하였다. 추상적 규범통제에 관한 논의는 헌법재판소 개원 시부터 있었던 점, 현재 위헌법률심판(구체적 규범통제)의 기능이 정점에 달했다는 점, 정치적·사회적으로 추상적 규범통제를 도입하기 위한 여건이 형성되었다는 점을 고려했을 때, 지금이 동 제도 도입에 대한 논의를 펼치기에 적당한 시기이다. 따라서 본 논문에서는 (i) 현행 위헌법률심판의 한계를 알아보고, (ii) 추상적 규범통제를 통해 어떻게 그 한계를 보완할 수 있는지 확인해본다. 마지막으로 (iii) 독일의 추상적 규범통제와 우리나라의 제반여건을 고려하여 동 제도의 국내 도입 방향을 검토해보도록 한다.

위헌법률심판은 1988년 이래로 지금까지 우리나라의 실질적 법치주의를 향상시켰으며, 국민의 기본권 보호에 혁혁한 성과를 올렸을 뿐만 아니라 이에 부합하도록 국회의 입법 활동에 대한 방향까지 제시해왔다. 하지만 구체적 사건을 통하여 사후적으로만 기본권 보호가 가능하고 입법절차상의 위헌성을 심판할 수 없기 때문에, 현재 그 기능이 최고점에 도달하였다.

이러한 한계를 극복하기 위한 여러 제도 중 가장 적합한 것은 추상적 규범통제이다. 추상적 규범통제는 공포되어 성립된 법률이라면 재판의 전제성이 없더라도 심판할 수 있으므로 위헌법률심판의 재판의 전제성에서 비롯되는 한계를 극복할 수 있기 때문이다. 또한 추상적 규범통제는 형식상 또는 실질상의 위헌성을 이유로 다룰 수 있으므로 입법절차상의 위헌성도 심판이 가능하다.

한편 추상적 규범통제를 도입하기 위해서는 먼저 가장 성공적인 모델로서 여러 나라에 의해 계수되고 있는 독일의 추상적 규범통제를 검토할 필요가 있다. 그 다음으로 국내의 제반여건을 분석하여 우리 실정에 맞는 도입 방향을 모색해야 한다. 특히 제정권자의 범위 설정은 동 제도의 성패를 좌우하는 요건이므로, 일반 국민 및 지방자치단체에 대한 제정권 부여 여부에 대하여도 살펴보아야 할 것이다.

추상적 규범통제에 대한 연구는 약 30년에 가까운 기간 동안 진행되어 왔고, 그 제도의 장단점 및 도입으로 인한 파급효과 등에 대하여 이미 충분한 자료가 쌓여있다. 또한 헌법재판소의 경험도 동 제도를 안정적으로 운영하기에 부족함이 없다. 그러므로 이제는 결단을 내려야할 시기이다.

* 주제어 : 위헌법률심판, 구체적 규범통제, 추상적 규범통제, 독일의 추상적 규범통제.

I. 서론

II. 우리나라의 위헌법률심판

1. 구체적 규범통제의 채택
2. 구체적 규범통제의 성과
3. 구체적 규범통제의 한계

III. 추상적 규범통제의 국내 도입 효과

1. 추상적 규범통제 개관
2. 현행 위헌법률심판의 한계 극복
3. 국내 도입에 따른 예상 문제점

IV. 추상적 규범통제의 법제화 방향

1. 독일의 추상적 규범통제
2. 국내 제반여건과 제소요건의 설정방향
3. 지방자치제도와 제청권자의 범위
4. 입법안

V. 결론

I. 서론

최근 한 토론회에서 헌법재판소 소장이 개헌을 전제로 한 추상적 규범통제제도의 도입이 필요하다는 의견을 밝혔다.¹⁾ 정치는 이미 우리 사회에서 발생하는 다양한 분야의 소모적 논쟁과 갈등을 해결하는 역할을 하지 못하고 있으며, 이러한 갈등의 심화로 헌법적 가치마저 침해되는 이때에 이를 보호하기 위한 헌법재판소 외연 확장의 필요성을 근거로 들었다.²⁾

사실 추상적 규범통제 도입에 대한 논쟁은 1987년 헌법 개정 후 1988년 헌법재판소법을 근거로 헌법재판소가 개원하면서부터 시작되었다.³⁾ 이는 헌법재판소의 모델이 되었던 독일 연방헌법재판소와 달리, 위헌법률심판제도에서 추상적 규범통제를 제외하고 구체적 규범통제만을 도입한 것에서 비롯되는 구조적인 문제점을 예상할 수 있었기 때문이었다. 다만, 도입 초기에는 군사정권 하의 장식적·명목적 헌법에서 규범적 헌법으로 변화되어 가는 시기였기 때문에, 구체적 규범통제를 통해 실질적 법치주의가 실현되어 가는 모습으로 구체적 규범통제의 한계를 가릴 수 있었다.

하지만 민주주의가 성숙해질수록 정치, 인권 등의 헌법적 사항에 대하여 국민의 인식이 향상되었고, 이로 인하여 현재 국민은 자신들의 기본권 보호에서 더 나아가 기본권 강화를 요구하고 있는 실정이다. 이에 더하여 과거와 달리 사회국가 또는 복지국가에 대한 시대적 요구에 대응하기 위해 정부가 다양한 분야에서 방대한 양의 입법을 주도함으로써 입법부의 통법부화 현상이 가속화되고 있다. 따라서 기본권 강화에 대한 국민적 욕구는 향상되어 가는 가운데, 오히려 국회의 역할은 축소되고 정부 주도의 입법에 의하여 기본권 침해의 우려가 높아지고 있는 상황이므로 구체적 규범통제만으로 합헌성을 통제하는 것은 역부족이다. 일단 법률이 시행된 이후에 개별적인 구체적 사건에서 위헌성이 의심되어야만 심사에 들어가는 사후적 규범통제로서는 심사범위 및 심사량에서 기본권 보호에 미흡할 수밖에 없기 때문이다.

또한 위헌법률로 판명되면 이미 침해받은 이들의 구제, 해당 법률에 대한 개정 및

1) 헌법은 제111조 제1항 제1호에서 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판”이라고 규정함으로써 구체적 소송사건을 전제로 한 위헌법률심판만을 채택하고 있으므로 추상적 규범통제를 도입하기 위해서는 개헌이 선행되어야 한다.

2) 헌재소장 “사회갈등 해소 위해 ‘추상적 규범통제’ 도입 필요”, 연합뉴스, 2016. 3. 18. 기사 (연합뉴스, <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/03/18/0200000000AKR20160318074051004.HTML?input=1195m>, (2016. 7. 14. 방문)); 헌재소장이 언급한 ‘추상적 규범통제·재판소원’은 무엇?, 뉴스1, 2016. 3. 18. 기사 등(뉴스1, <http://news1.kr/articles/?2606892>, (2016. 7. 14. 방문)).

3) 김운용, “헌법재판과 추상적 규범통제”, 『서강법학연구』 제3권, 2001, 192면; 최희수·전학선·차진아, “추상적 규범통제제도에 관한 고찰”, 『헌법재판연구』 제22권, 2011, 252면.

대체할 새로운 법률의 제정⁴⁾ 등과 같은 사회적 손실비용도 발생하게 된다. 입법 당시 위헌논란이 있었음에도 불구하고 공포·시행된 후에 위헌법률심판을 통해 위헌판결을 받은 택지소유상한에관한법률, 토지초과이득세법이 대표적인 경우이다.⁵⁾ 따라서 이러한 구체적 규범통제의 한계를 보완하기 위한 한 가지 방법으로 법률 시행 초기에 위헌성을 심사하는 추상적 규범통제의 도입을 고려할 수 있다. 이러한 흐름에 의해 최근에 다시 추상적 규범통제 도입에 대한 논의가 활발해지고 있는 것이다.

따라서 본 논문에서는 (i) 우리가 시행하고 있는 구체적 규범통제가 당면한 한계는 무엇인지 알아보고, (ii) 추상적 규범통제 도입을 통해 그 한계를 어떻게 보완할 수 있는지 확인해본다. 그 다음으로 (iii) 독일의 추상적 규범통제를 모델로 하여 우리나라에 도입할 때, 어떠한 점을 고려하여 우리 실정에 맞도록 변형하여 도입해야 하는지를 검토해보도록 한다.

II. 우리나라의 위헌법률심판제도

1. 구체적 규범통제의 채택

위헌법률심판이란 상위법 우선의 원칙에 따라 의회에서 제정한 법률의 합헌성 여부를 심판하여 헌법에 위배되는 경우에는 그 법률의 효력을 일반적으로 무효화시키거나 해당 사건에서의 적용만을 배제하는 제도이다.⁶⁾ 입법부에 대해 헌법의 최고법성을 관철시키고 실질적 법치주의를 실현하는 기능을 하여 역사적으로 가장 먼저 발달된 헌법재판제도이며, 현대의 다수 국가에서 채택하고 있다.

우리나라는 1948년 제헌 헌법부터 위헌법률심판제도로써 구체적 규범통제만 채택하여 시행해오고 있다.⁷⁾ 9차에 걸친 개헌과정을 통해 심사를 담당하는 기관⁸⁾과 절차

4) 헌법재판소법 제45조 단서는 “법률 조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 사안에 따라서 위헌결정을 받은 법률조항이 포함된 법률 전체를 새로 제정해야 하는 경우가 발생한다.

5) 1989년 정기국회에서 토지공개념을 전제로 한 택지소유상한에관한법률, 토지초과이득세법, 개발이익환수에관한법률을 제정하였다. 해당 법률을 입법하는 과정에서부터 토지공개념 자체가 소유권에 위배되고 해당 법률이 재산권을 침해한다는 등의 위헌논란이 있었고, 결국 토지초과이득세법(헌재 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 결정)은 1994년에, 택지소유상한에관한법률(헌재 1999. 4. 29. 선고 94헌바37 결정)은 1999년에 각각 헌법불합치, 위헌판결을 받았다.

6) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2011, 1264-1265면; 허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2014, 195면; 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호, 2009, 76면.

에 있어서는 다소간의 변동이 있었지만, 구체적 규범통제라는 큰 틀은 유지하여 오고 있다. 구체적 규범통제는 심판 방식 내지 시기를 기준으로 분류하는 방식⁹⁾으로 구체적 소송사건에서 관련 법률의 위헌성이 의심되는 경우에 당사자가 법원에 제청신청을 함으로써 위헌여부를 심판받을 수 있는 제도이다.¹⁰⁾

2. 구체적 규범통제의 성과

이러한 구체적 규범통제제도는 1988년 이래로 근 30년간 헌법재판소에 의하여 일관되게 시행되어옴으로써 다음과 같은 유의미한 역할을 해왔다.

첫째, 우리나라의 실질적 법치주의 실현에 큰 기여를 하였다. 실질적 법치주의란 의회에서 제정된 형식적 법률에 의한 지배에 더하여 그 법률의 내용이 '정당'할 것까지 요청하는 것을 의미한다.¹¹⁾ 이러한 '정당'한 내용의 법률을 위해서는 최상위 규범인 헌법을 기준으로 법률의 내용을 판단·평가하는 과정이 필수적으로 요청되므로 위헌법률심판이 실질적 법치주의 실현의 핵심적 요소가 된다.

우리나라는 위헌법률심판을 1948년 제헌 헌법부터 시행하여 왔지만, 독재와 군사정권이라는 어두운 헌정사로 인하여 그 기능을 제대로 발휘하지 못하였기 때문에 형식적 법치주의에 머물렀다고 볼 수 있다.¹²⁾ 하지만 헌법재판소가 개원하여 활동한 이후로는 과거와 달리 많은 양의 위헌법률심판을 처리하면서 법률의 내용을 판단·평가할 수 있었기 때문에 실질적 법치주의를 실현하여 오고 있다.¹³⁾

둘째, 국민의 기본권 보호 효과를 가져왔다. 위헌법률심판은 헌법을 최상위법으로 하여 전체 규범의 통일성을 확보하는 객관적 소송으로의 성격을 갖는 동시에, 직접적으로 기본권을 침해받은 당사자를 구제함으로써 그의 기본권을 보호하는 주관적 소송으로서의 성격도 가지고 있다. 따라서 위헌법률심판이 활성화됨에 따라 국민의 기본권

7) 현재 우리나라는 위헌법률심판으로서 구체적 규범통제만 실시하고 있으므로, 본 논문에서 우리나라의 위헌법률심판을 언급하는 경우에는 구체적 규범통제의 의미로 사용한다.

8) 위헌법률심판을 담당했던 기관은 헌법위원회(제1, 4, 5공화국 헌법), 대법원(제3공화국 헌법), 헌법재판소(제2공화국 헌법, 현행 헌법)가 있다(장영수, 전게서, 1239-1243면).

9) 심판 방식 내지 시기에 의한 분류에는 구체적 규범통제 외에도 예방적 규범통제와 추상적 규범통제가 있다.

10) 장영수, 전게서, 1267면; 허영, 전게서, 56면.

11) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2014, 256면; 최희수·전학선·차진아, 전게 보고서, 3면.

12) 최희수·전학선·차진아, 전게 보고서, 3-4면, 245면.

13) 헌법재판소는 1988. 9. 1.부터 2016. 6. 30.까지 미제 37건을 제외한 총 858건의 위헌법률심판을 처리하였다(헌법재판소, <http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do>, (2016. 7. 20. 방문)).

보호도 강화되어 왔다.

셋째, 국회의 입법 활동에 대한 방향을 제시하여왔다.¹⁴⁾ 위헌법률심판은 법률의 내용 자체를 심판의 대상으로 삼기 때문에 헌법재판 중에서도 특히 입법 작용과 밀접한 관계를 지닌다.¹⁵⁾ 따라서 국회는 위헌법률심판에서 헌법재판소가 제시하는 기본권 제한에 대한 한계, 기준 등에 관한 법리를 바탕으로 입법 활동을 할 수 밖에 없다. 이러한 모습은 위헌법률제청건수 대비 위헌결정 비율의 감소 경향을 보아도 알 수 있다.¹⁶⁾

3. 구체적 규범통제의 한계

구체적 규범통제를 통해 이룩한 성취와 진보는 분명 주목할 만하다. 하지만 이와 동시에 재판의 전제성¹⁷⁾을 요구하는 것에서 기인하는 구체적 규범통제의 구조적 한계 또한 분명하게 드러났다.

먼저, 심판 대상의 범위에 공백이 발생한다.¹⁸⁾ 현실적으로 위헌성이 의심되는 모든 법률이 재판의 전제성을 갖출 수는 없다. 따라서 구체적 소송사건과 관련되지 않는 법률들의 경우에는 규범통제에서 벗어나게 되고, 이로 인하여 공백이 발생하게 되는 것이다. 대표적인 경우가 독일 연방헌법재판소의 낙태 사례이다.¹⁹⁾

다음으로 사후적으로만 기본권 구제가 가능하다는 한계가 있다. 구체적 규범통제는 사건이 발생한 이후에 권리를 구제받을 수 있는 구조이므로 법률이 공포되어 시행되기 전이나 시행 초기에 위헌성 심사를 하는 경우보다 기본권 구제에 있어서 부족함을 보인다.²⁰⁾ 또한 사후 교정을 위한 사회적 비용도 사전적 구제보다 많이 소요된다.

마지막으로 법률의 내용적 측면이 아닌 입법절차상의 합헌성을 확보하기 어렵다는

14) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 21면.

15) 장영수, 전계서, 1265면.

16) 이에 관하여 자세한 것은, 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 249-251면 참조.

17) 헌법재판소는 “재판의 전제성이라 함은, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당한 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다.”라고 하였다(헌재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정).

18) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 22면.

19) 독일 연방헌법재판소가 형법에서 낙태죄를 삭제하는 개정 법률에 대하여 위헌 결정을 한 사례이다. 낙태에 있어서 피해 당사자인 태아는 직접 소송을 제기 하는 것이 불가능하고, 임신부도 태아와 이해가 상반되는 자이기 때문에 소송을 제기하지 아니할 것이므로 재판의 전제성을 요구하는 구체적 규범통제를 통해서만 구제받을 길이 없게 된다. 독일의 경우에는 바이에른 주정부가 추상적 규범통제를 제청하여 위헌으로 결정되었다(최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 255-256면).

20) 조규범, “추상적 규범통제 도입 논의의 쟁점”, 2016, 1면; 차진아, 전계 논문, 89면.

한계가 있다.²¹⁾ 구체적 규범통제는 법률의 내용적 위헌성을 판단·평가하는 제도이므로 입법과정에서의 하자를 이유로 위헌 결정을 할 수는 없기 때문이다. 따라서 입법절차에서의 하자는 권한쟁의심판을 통해서 다룰 수밖에 없는데, 이와 관련하여서는 위헌법률심판과 권한쟁의심판의 구조적 차이로 인하여 미디어법 사건²²⁾처럼 권한침해는 인정하면서도 해당 법률에 대해서는 위헌 결정을 하지 못하는 모순적인 상황을 야기하는 문제가 있다.²³⁾

물론 이러한 한계점을 보완하기 위하여 위헌심사형 헌법소원심판(헌법재판소법 제68조 제2항)과 법령에 대한 헌법소원심판(헌법재판소법 제68조 제1항)이 가능하다. 그러나 위헌심사형 헌법소원심판²⁴⁾의 경우, 위헌법률심판에서 제청신청이 기각된 당사자들을 구제하는 것이 주된 목적이므로 위헌법률심판이 가지고 있는 한계를 그대로 내포하고 있다. 또한 법령에 대한 헌법소원의 경우에도, 헌법재판소가 그 심판대상에 있어서 보충성의 예외로서 ‘침해의 직접성’을 요구하고 있기 때문에 실질적으로 구제될 수 있는 사례가 적다.²⁵⁾ 이러한 보완장치들 역시 유사한 문제점을 드러내고 있다는 점에서 구체적 규범통제를 통해 도달할 수 있는 합헌성 통제는 정점에 달하였고, 이제는 추상적 규범통제를 통하여 실질적 법치주의의 수준을 한 단계 더 끌어올릴 때이다.²⁶⁾

21) 전정환, “추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰”, 『헌법학연구』 제1집, 1995, 307면.

22) 헌재 2009. 10. 29. 선고 2009헌라8 결정.

23) 차진아, 전계 논문, 89-90면; 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 22면, 256-258면.

24) 위헌심사형 헌법소원심판은 형식은 헌법소원심판이지만, 실질은 위헌법률심판에 해당하는 우리나라 특유의 제도이다. 이것은 헌법소원심판의 대상으로 법원의 재판을 인정하지 아니하고 위헌법률심판 제청권을 법원이 전담하는 우리 헌법재판제도의 특성 하에서 권리침해 당사자의 권리구제를 강화하기 위한 수단으로 도입되었다(성낙인, 전계서, 795면; 장영수, 전계서, 1273면).

25) 헌법재판소는 “법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하고, 여기서 말하는 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고, 법규범 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다.”라고 하였는데(헌재 1999. 5. 27. 선고 98헌마372 결정), 보통의 경우 집행행위를 수반하기 때문에 이러한 침해의 직접성을 충족시키기가 쉽지 않다.

26) 구체적 규범통제의 기본권에 대한 사후적 구제절차로서의 성격을 보완하기 위한 사전적 구제절차는 추상적 규범통제 말고도 청원, 대통령의 법률안거부권, 국가인권위원회의 권고, 입법예고 등이 있다. 그러나 청원의 경우에는 의회 내 다수에 의하여 통과된 법률이 청원에 의하여 개정·폐지되기 어렵다는 문제점이 있고, 대통령의 법률안거부권은 절차상 국회의 재의결에 의하여 거부권 행사의 효력이 저지될 수 있다. 또한 국가인권위원회의 권고는 구속력이 없고, 입법예고는 절차상에서 오는 반사적 이익일 뿐이라는 한계가 있다(장영수, 전계서, 528-529면; 조규범, 전계 보고서, 1-2면). 따라서 추상적 규범통제가 그 대안으로 가장 적절하며, 아래서는 이에 대해서만 논하도록 한다.

III. 추상적 규범통제의 국내 도입 효과

1. 추상적 규범통제 개관

추상적 규범통제는 구체적인 사건을 전제하지 않고 일정한 국가기관의 제청에 의하여 추상적으로 법규범의 위헌 여부를 심사하는 제도이다.²⁷⁾ 이 규범통제제도는 구체적인 규범통제와 대비했을 때, (i) 제소권자의 범위와 (ii) 심사대상의 범위가 보다 넓으며 (iii) 위헌결정의 효력이 다르다는 특징을 지닌다.²⁸⁾

따라서 추상적 규범통제는 법원이라는 사법적 중간단계를 거치지 않고 직접적으로 헌법을 수호하는 역할을 하며,²⁹⁾ 법률의 성립시(공포시)부터 위헌성 여부를 심판할 수 있으므로 사전적인 기본권 보호가 가능하다. 또한 구체적 규범통제와는 다르게 당사자의 권리구제라는 주관적 동기가 필요하지 않다는 점에서 헌법수호와 헌법의 법률에 대한 실질적 우위성 확보에 보다 효과적이다.³⁰⁾

2. 현행 위헌법률심판의 한계 극복

이러한 추상적 규범통제제도를 도입하게 되면, 위에서 검토해보았던 구체적 규범통제의 구조적 한계점을 극복할 수 있다.

추상적 규범통제는 공포되어 성립된 법률이라면 어느 것이라도 심판대상으로 삼아 위헌성 여부를 심판할 수 있다.³¹⁾ 구체적 규범통제처럼 해당 법률이 구체적 사건에서 그 재판의 전제가 되어야 한다는 제한이 없기 때문이다. 따라서 모든 법률에 대해 규범통제를 할 수 있게 되므로 첫 번째 한계점으로 지적했던 심판대상의 범위의 공백을 메울 수 있다.

또한 추상적 규범통제는 사전예방적 기본권 보호를 가능하게 한다. 위헌성이 의심되는 법률이 개인의 기본권을 실제로 침해하기 전에 그 위헌 여부를 판단하여 효력을 제거할 수 있는 기회를 제공하기 때문이다.³²⁾ 이에 따라 사후적 구체절차에 소요되는 사회적 비용도 감소시킬 수 있다.

27) 허영, 전거서, 57면; 전정환, 전거 논문(주 21), 303면; 차진아, 전거 논문, 77면.

28) 이에 관하여 자세한 것은, 차진아, 전거 논문, 78-79면 참조.

29) 김운용, 전거 논문, 193면.

30) 전정환, “독일에서의 추상적 규범통제제도(상)”, 『사법행정』 제35권 8호, 1994, 26면.

31) 이 점에서 법률의 공포 이전에 위헌 여부를 판단하는 예방적(사전적) 규범통제와 구별된다.

32) 전정환, 전거 논문(주 21), 308면; 차진아, 전거 논문, 83면.

한편 현행 위헌법률심판으로는 입법절차상의 하자를 다룰 수 없기 때문에, 이 문제에 대해서는 권한쟁의심판을 통하여 해결하여 왔다. 그러나 추상적 규범통제를 도입하게 되면 법률의 내용적 위헌성뿐만 아니라 입법과정에서의 위헌적 하자에 대해서도 판단·평가할 수 있게 되므로³³⁾ 권한쟁의심판을 통할 필요가 없게 된다. 또한 많은 비판을 받았던 ‘권한침해는 인정되지만 법률은 유효하다’는 모순적인 판결의 문제도 해결될 수 있다.³⁴⁾

3. 국내 도입에 따른 예상 문제점

구체적 규범통제의 대안으로서의 추상적 규범통제는 헌법을 정점으로 하여 법률의 합헌성을 통제함으로써 실질적 법치주의의 실현에 기여하고, 국민의 기본권 침해를 사전에 차단함으로써 기본권 보장에 이바지할 것으로 기대된다. 이러한 긍정적인 효과를 극대화하기 위해서는 일반적으로 언급되는 추상적 규범통제의 도입에 따른 예상 문제점을 살펴볼 필요가 있다.

우선, 의회 내 소수파에 의한 정치적 불복수단으로 전락하는 것을 우려할 수 있다. 의회에서 충분한 토론과 다수결을 거쳐 정당하게 성립된 법률에 대해서도 의회 내 소수파가 위헌성 여부보다는 정치적 이해관계에 따라 제청권을 남용할 수 있기 때문이다. 이러한 현상이 지속되는 경우, 민주적 정당성이 약한 헌법재판소에 의하여 입법사항이 결정되는 것이므로 대의제 민주주의 방식에 부합하지 않으며 다수결에 의한 의결이 무색해질 수 있다.³⁵⁾³⁶⁾ 또한 사실상 헌법재판소가 입법 작용을 하는 것과 다를 바 없으므로 권력분립의 원칙에도 어긋난다.

다음으로는 민중소송화를 통한 남용 가능성의 문제이다. 추상적 규범통제에 있어서 제소권자의 범위는 헌법개정권자의 결단에 의하여 정해지는데, 재판의 전제성을 요구하지 않는 특성으로 말미암아 기존 제소권자의 범위보다 넓어질 것은 분명하다. 따라서 그 범위가 과도하게 넓어질 경우에는 무분별하게 제소하는 사태가 발생할 수 있다.³⁷⁾

33) 전정환, 전계 논문(주 30), 30면.

34) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 284면.

35) 조규범, 전계 보고서, 3면; 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 266-268면.

36) 비단 소수파의 정치적 남용의 경우가 아니더라도, 사회적으로 찬반이 팽팽하게 대립하거나 다양한 의견이 존재하는 쟁점에 대해서도 마찬가지로 문제가 나타난다(김일환, “독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰”, 『헌법학연구』 제15권 제2호, 2009, 217-219면 참조).

37) 대표적인 예가 제청권자로서 정당법상 등록된 정당을 설정한 경우이다. 유권자의 여론에 민감한 정당의 특성상 자신의 지지기반과 결탁하여 추상적 규범통제를 오·남용할 수 있기 때문이다(최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 268면).

Ⅳ. 추상적 규범통제의 법제화 방향

추상적 규범통제의 성패는 앞서 살펴보았던 도입 시 예상되는 문제점을 얼마나 최소화 할 수 있는가에 달려있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 이를 국내 실정에 맞게 도입하기 위해서 이미 모범적으로 추상적 규범통제를 운영하고 있는 독일의 경우를 참고 사례로 활용할 수 있다.

1. 독일의 추상적 규범통제

독일의 추상적 규범통제는 19세기 중반의 에어후르트연방헌법부터 그 모습을 찾아볼 수 있으나 제대로 시행된 것은 바이마르 헌법에 이르러서였다.³⁸⁾ 현재는 크게 3가지 유형의 추상적 규범통제가 있는데, (i) 기본법 제93조 제1항 제2호의 통상의 추상적 규범통제절차, (ii) 연방헌법재판소법 제76조 제1항 제2호의 규범유효확인절차, (iii) 기본법 제93조 제1항 제2b호의 연방입법에 대한 필요성 통제절차가 그것이다.

우리나라의 경우 법원과 행정기관에게 법률이 위헌임을 이유로 자의적으로 그 적용을 배제할 수 있는 권한이 없으므로 규범유효확인절차는 도입이 어렵고, 연방입법에 대한 필요성 통제절차도 통상의 추상적 규범통제절차의 문제점을 보완하기 위해 1994년에 도입된 제도라는 점, 우리나라에서는 경합적 입법영역에 대한 명시적 규정이 없다는 점을 고려할 때, 역시 도입이 어렵다. 따라서 아래에서는 통상의 추상적 규범통제절차를 기준으로 살펴보도록 한다.

가. 제청권자

추상적 규범통제는 당사자의 신청에 의하여 절차가 개시되는데(신청주의),³⁹⁾ 제청권자로는 연방정부, 주정부, 연방의회 재적의원 3분의 1이상이 한정적으로 규정되어 있다(열거주의). 제청권자의 확장으로 인하여 동 제도가 민중소송화될 경우, 절차 진행이 피상화되고 헌법재판소의 기능이 저하될 우려가 있기 때문이다. 제청기간에 관한 규정은 없으므로 유효하게 성립된 법률을 대상으로 한다면 기간의 구애를 받지 않는다.⁴⁰⁾

38) 김운용, 전계 논문, 195-196면.

39) 전정환, 전계 논문(주 30), 26-27면.

40) 전정환, 전계 논문(주 30), 28-29면.

나. 제청사유

제청사유는 하위법이 상위법에 합치하는가 여부에 대한 견해차이 또는 의문이다. 여기서 견해차이는 두 주체간의 의견 불일치를 의미하는 반면에 의문은 단독적으로 위헌성을 의심하는 경우를 말한다. 다만, 어떤 주체 사이에서 혹은 어떤 주체가 그러한 견해차이 또는 의문을 가져야 하는지에 대한 규정은 없다. 하지만 이러한 견해차이 또는 의문은 단순한 학문적 의심이나 가설적 의심이 아니라 구체적인 것이어야 한다.⁴¹⁾ 즉 연방헌법재판소법 제76조 제1항은 청구권자가 그 법을 무효로 간주할 것을 요구하고 있다.⁴²⁾

다. 심판대상, 기준 및 범위

심판대상은 원칙적으로 연방법과 주법이다. 그 범위는 매우 넓게 해석되므로 헌법 제정자가 제정한 시원적 헌법, 대외적 효력이 없는 행정규칙, 그 밖의 외국법 및 국제조약법 등을 제외한 모든 법규범이 해당된다.⁴³⁾ 다만, 확정된 법규범을 대상으로 하는 동 제도의 본질상 형식적으로 입법절차가 완료되는 공포시를 기준으로 그 이후의 법규범만을 대상으로 한다.⁴⁴⁾

연방법이 심판대상인 경우, 기본법과 그 근저에 깔려있는 일반 원칙과 지도이념이 심사기준이 된다. 하지만 주법의 경우에는 위 기준에 더하여 연방법도 기준으로서 작용한다. 심사범위는 제청권자가 특정한 것에 한정되지 않고 모든 헌법적 관점에서 위헌성을 검토한다.⁴⁵⁾

2. 국내 제반여건과 제소요건의 설정방향

추상적 규범통제가 효과적으로 운영되고 있다고 하여 독일의 제도를 그대로 도입할 수는 없다. 우리나라와 독일 간의 정치적, 사회문화적 여건의 차이를 간과할 수 없기 때문이다. 따라서 추상적 규범통제를 우리 실정에 맞게 법제화하기 위해서는 국내 제

41) 김운용, 전계 논문, 199-201면.

42) 견해차이 또는 의문에 대하여 무효로 간주할 것까지 요구하는 연방헌법재판소법 규정에 대하여 독일 내에서 위헌 논란이 있다. 이에 관하여 자세한 것은, 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 49-53면 참조.

43) 이에 관하여 자세한 것은, 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 65-69면 참조.

44) 전정환, “독일에서의 추상적 규범통제제도(하)”, 『사법행정』 제35권 9호, 1994, 17면.

45) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 73-77면.

반여건을 분석한 후,⁴⁶⁾ 이를 제소요건 설정에 있어서 반영하여야 할 것이다.

가. 정치적 여건과 제소요건의 설정방향

1950년대 시작된 우리의 민주주의는 단기간에 많은 발전을 이루었지만, 의회 내에서 대화와 타협을 통하여 문제를 해결하는 방식이 완전히 정착되지는 못한 상태이다. 그리하여 정치적으로 민감한 사안에 대해서는 이해관계에 얽매어 무조건적인 대립을 보이는 경우가 많다. 따라서 추상적 규범통제가 도입된다면, 이러한 정쟁을 위한 수단으로 활용될 가능성이 높다.⁴⁷⁾

그렇다면 이러한 위험요소에도 불구하고 제청권자의 하나로서 일정 수의 국회의원을 인정해야 하는가의 문제가 발생한다. 하지만 다음과 같은 이유로 일정 수의 국회의원에게 제청권을 부여해야 한다. (i) 제청의 원인이 정치적 이해관계에서 비롯되었다고 하여도, 헌법국가에서 위헌의 의심이 드는 법률이 합헌성 심사를 받아야 하는 것은 당연하며, 의회 내에서 다수결을 가장한 다수파의 전횡으로부터 소수파를 보호함으로써 실질적 민주주의 실현에 기여할 수 있다.⁴⁸⁾ (ii) 지금처럼 권한쟁의심판을 통해 입법절차상의 하자를 다루는 것은 해당 법률의 무효를 선언하기 힘든 구조이므로 또 다른 분쟁의 불씨를 남겨놓게 된다.⁴⁹⁾ 하지만 추상적 규범통제는 입법절차상의 하자를 이유로 제청이 가능하므로, 소수파에게 제청권을 인정할 경우 입법절차에 관한 분쟁의 일회적 해결이 가능하게 된다.

다만, 의회 내 소수파에 의한 정치적 남용은 제소사유를 단순한 정치적 의견대립이 아닌 위헌에 관한 합리적 의심으로 엄격하게 정함으로써 최소화하여야 할 것이다.⁵⁰⁾

나. 사회문화적 여건과 제소요건의 설정방향

추상적 규범통제를 도입함에 있어서 국민의 정치적 수준 및 헌법재판소에 대한 신뢰의 정도도 고려해야 할 사항이다. 이 제도는 객관적 헌법질서의 보호효과에 더하여 합헌성 통제를 통한 기본권 보장의 효과를 지니고 있다.⁵¹⁾ 따라서 그동안의 민주화

46) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 288면.

47) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 289면.

48) 전정환, 전계 논문(주 44), 21면.

49) 예를 들자면 권한쟁의심판 결과에 승복하지 못한 여야의 정치공방, 해당 사안에 대한 국민의 분열, 헌법재판소에 대한 국민의 신뢰 저하 등이 있을 수 있다.

50) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 293-294면.

51) 차진아, 전계 논문, 83면.

경험을 통하여 성숙해진 국민의 정치의식과 기본권 보장에 대한 욕구를 바탕으로 국민들은 추상적 규범통제 도입에 긍정적인 것이다. 또한 국민들이 그동안의 헌법재판소 결정에 대하여 실질적 법치주의 실현과 기본권 보장에 기여했다는 평가를 내리며 신뢰를 보이는 점도 동 제도 도입에 긍정적으로 작용할 것으로 예측된다.⁵²⁾

그러나 제청권자에 일정 수의 일반국민을 포함시키기는 어렵다. 국민의 정치적 수준이 과거에 비하여 많이 성숙되었을지라도 전문적인 수준이라고 볼 수 없으며, 또한 집단의 특성상 이성에 의한 합리적 판단보다는 여론이나 감정에 치우치기 쉬우므로, 즉 민중소송화에 의한 남소의 우려가 있기 때문이다.

3. 지방자치제도와 제청권자의 범위

추상적 규범통제의 제소요건 중에서 가장 중요한 것은 제청권자의 범위라고 할 수 있다. 그것은 제청권자의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 추상적 규범통제의 부작용을 최소화시킬 수도, 제도 자체를 형해화시킬 수도 있기 때문이다.⁵³⁾ 그러므로 제청권자의 범위에 대하여 더 깊이 살펴볼 필요가 있다. 일반적으로 정부와 일정 수의 국회의원은 제청권자로 인정된다. 연방국가의 경우 대체로 주정부도 제청권자로 인정되고 있는데, 연방국가가 아닌 우리나라에서는 그 역할과 기능면에서 지방자치단체를 그것에 견주어 생각해 볼 수 있다. 그러나 제청권자로서의 지방자치단체에 관하여는 아직 명확한 입장이 정립되지 않은 상태이다.⁵⁴⁾

가. 현행 헌법상 지방자치제도

지방자치는 민주주의의 본질을 이루는 것 중 하나로서 현행 헌법 제117조와 제118조에서 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 1990년대 직접선거에 의하여 지방의회의원과 지방자치단체장이 선출되기 시작한 이래로 약 20년간⁵⁶⁾의 경험을 통해 많은 발전을 이루었고, 국가

52) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 289면.

53) 차진아, 전계 논문, 91면.

54) 제청권자로 지방자치단체를 인정하는 견해로는, 전정환, 전계 논문(주 21), 313-314면; 차진아, 전계 논문, 92-93면. 반대로 인정하지 않는 견해로는, 헌법연구 자문위원회, “헌법연구 자문위원회 결과보고서”, 2009, 282-283면.

55) 김상태, “지방분권의 헌법적 보장”, 『법학연구』 제49집, 2013, 280면.

56) 1991년 4월 지방의회가 출범하였고, 1995년 7월 지방자치단체장이 선출되었다(조홍석, “현행 지방자치제의 현실과 한계 그리고 개선방안”, 『한양법학』 제26권 3호, 2015, 235면의 각주 1)).

사무의 일부를 담당하며 국정운영에 있어서 상당한 비중을 차지하게 되었다. 하지만 이러한 발전과 확대된 역할에도 불구하고 현행 헌법의 조문은 2개에 불과하여 지방자치제도를 보호하기에는 역부족이다.

위 2개 조문에서는 자치사무와 자치입법에 관한 내용, 그리고 지방의회를 두고 지방자치단체의 종류와 지방자치단체장의 선거를 법률에 위임한다고 규정하고 있지만, 너무 포괄적이며 추상적으로 규정되어 있고⁵⁷⁾ 법령의 범위 안에서 또는 법률의 위임이라는 제한을 받고 있다. 이러한 포괄성·추상성과 제한은 그만큼 헌법적 사항인 지방자치제도가 의회나 정부가 제정한 법령에 의하여 침해받기 쉽다는 것을 뜻한다.⁵⁸⁾ 즉 지방자치제도에 관한 위헌적 법령의 제정 가능성이 높다는 것이다. 예를 들자면, 법령의 범위 안에서 조례를 제정했지만 추후 그에 관한 새로운 법령을 제정하여 조례를 무효화 시키거나⁵⁹⁾ 법령을 통하여 자치사무의 범위를 자의적으로 변경시키는 것 등이 있다.⁶⁰⁾

나. 제청권자로서의 지방자치단체

위헌적 법령으로 지방자치단체의 사무나 권한을 침해받은 경우, 이를 보호하기 위한 수단으로서 우선 권한쟁의심판을 떠올릴 수 있다. 그러나 권한쟁의심판은 피청구인의 처분 또는 부작위를 대상으로 하기 때문에 법령에 의한 직접적인 침해를 이유로는 청구할 수 없다는 문제점이 있다.⁶¹⁾ 결론적으로 지방자치제도는 민주주의의 본질적 요소로서 헌법에 규정된 사항임에도 불구하고 이것을 위한 헌법적 보호수단이 부족하다고 볼 수 있다.

이러한 상황에서 지방자치단체에게 추상적 규범통제 제청권을 부여한다면 앞서 말한 지방자치에 대한 위헌적 법령의 합헌성 통제와 보호수단의 공백을 효과적으로 메우는 것이 가능하다. 지방자치제도를 유명무실하게 만드는 법률로 의심되는 때에는 해당 지방자치단체가 직접 헌법재판소에 제청하여 해당 법률을 무효화시킬 수 있기 때문이다. 이러한 사항들을 고려해 보았을 때, 독일과 달리 지방자치단체도 제청권자로서 인정해야 할 것이다.

57) 조규범, “헌법상 지방자치조항의 개정방향”, 『공법학연구』 제11권 1호, 2010, 143-144면; 조홍석, 전계 논문, 237면.

58) 김상태, 전계 논문, 282면.

59) 조규범, 전계 논문, 143면.

60) 조홍석, 전계 논문, 237면.

61) 헌법재판소는 “법률에 대한 권한쟁의심판도 허용된다고 봄이 일반적이나 다만 ‘법률 그 자체’가 아니라 ‘법률제정행위’를 그 심판대상으로 하여야 할 것이다.”라고 하였다(헌재 2006. 5. 25. 선고 2005헌라4 결정).

4. 입법안⁶²⁾

앞서 살펴본 독일의 관련 규정과 국내 제반여건을 종합적으로 고려하여 추상적 규범통제에 관한 다음과 같은 입법안을 생각해볼 수 있다.

가. 제청권자와 제청사유

헌법재판소법 제4장 특별심판절차에 '제2절 추상적 규범통제'를 신설하고 '제47조의 2(추상적 규범통제의 제청) 법령이 헌법에 형식적 또는 실질적으로 위반되는지 여부에 관하여 다툼이 있거나 합리적 의심이 드는 경우에는 정부, 국회 재적의원 3분의 1 이상, 지방자치단체가 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.'고 하여 제청권자와 제청사유에 관하여 규정한다. 독일연방헌법재판소법 제76조 제1항 제1호⁶³⁾는 제청사유로서 규범의 무효에 대한 확신까지 요구하는 엄격한 제한을 가하고 있지만, 독일 내에서 이러한 제한에 대하여 위헌 여부가 논란이 되고 있다는 점⁶⁴⁾에서 '합리적 의심'의 정도로 규정하는 것이 합리적일 것이다.

나. 제청절차 및 심판절차

제청요건이나 절차에 관한 규정은 각 규범통제의 특성을 드러내는 반면에, 심판절차에 관한 규정은 헌법재판소에 의한 규범통제절차라는 점에서 공통적인 성질을 띠 수밖에 없다.⁶⁵⁾

먼저 제청권자와 제청사유를 제외한 제청절차에 대해서는 '제47조의 3(제청서의 제출) ① 제청기관이 전항의 제청을 하는 때에는 다음 각 호의 사항을 적은 제청서를 제출하여야 한다. 1. 제청기관의 표시 2. 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항 3. 위헌이라고 해석되는 이유 4. 그 밖에 필요한 사항 ② 제1항의 제청서의 심사에 관하여는 민사소송법 제254조를 준용한다.'라고 규정함으로써 위헌법률심판에만 존재하는 구체적 사건이나 제청신청권자인 당사자 부분 등을 제외하여야 할 것이다.

62) 헌법 개정을 통해 헌법재판소의 관장사항에 추상적 규범통제를 추가하는 것을 전제로 논의한다.

63) 독일연방헌법재판소법 제76조

① 기본법 제93조 제1항 제2호에 의한 연방정부, 지방정부 또는 연방의회 의원의 4분의 1의 청구는 다음의 경우에만 허용된다. 청구권자가 연방법 또는 지방법을,

1. 기본법 또는 기타의 연방법과의 형식상 또는 실질상 불합치를 이유로 무효라고 여길 경우

64) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 49-53면.

65) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 294면.

다음으로 심판절차 중 의견진술에 관하여 '제47조의 4(의견 제출) 법령의 해석에 있어서 제청기관과 다툼이 있는 기관은 헌법재판소에 그 해석에 대하여 의견서를 제출할 수 있다.'라고 규정함으로써 해당 결정에 대한 합리성을 제고하고 보편적 승인을 얻을 수 있도록 유도해야 할 것이다.⁶⁶⁾ 그 외의 심판절차는 성질에 있어서 위헌법률심판과 크게 다르지 않으므로 '제47조의 5(준용규정) 제45조 내지 제47조의 규정은 그 성질이 반하지 아니하는 범위 내에서 추상적 규범통제의 심판절차에 준용한다.'고 규정하면 될 것이다.

V. 결론

추상적 규범통제 도입 여부는 헌법재판소 출범 시부터 지금까지 지속되어온 논쟁이다. 약 30년에 가까운 기간 동안의 연구를 통하여 그 제도의 장단점 및 도입으로 인한 파급효과 등에 대하여 이미 충분한 자료가 쌓여있다. 그러므로 이제는 결단을 내려야 할 시기이다.

물론 현행 헌법에 규정되어 있는 구체적 규범통제를 통해서도 어느 정도 법률의 합헌성 제고와 기본권 보장을 강화하는 것이 가능하다. 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 그 효과는 이미 정점에 달했다. 또한 최근 헌법재판소 제도를 도입한 국가들이 구체적 규범통제만을 채택한 것과는 달리 상당히 오랜 기간 동안 헌법재판소를 운영해오고 있는 오스트리아, 독일, 스페인 등의 국가는 추상적 규범통제를 도입하여 함께 운영하고 있는 점도 동 제도 도입에 무게를 실어줄 수 있다. 이는 헌법재판소 운영 경험이 깊어질수록 추상적 규범통제의 부작용을 최소화하여 안정적으로 활용할 수 있음을 시사한다고 볼 수 있기 때문이다.⁶⁷⁾

한편 추상적 규범통제의 위험성을 낮추기 위해서는 제청권자의 범위 설정이 중요하다. 특별한 이견이 없는 정부 말고도 일정 수의 국회의원과 지방자치단체까지 제청권자에 포함시켜야 할 것이다. 일정 수의 국회의원은 의회 내 소수파의 보호와 입법절차상의 하자를 이유로 한 정쟁의 일회적 해결을 가능하게 할 것이고, 지방자치단체는 헌법적 사항인 지방자치제도의 형해화를 방지할 것이기 때문이다.

결국 본 논문은 헌법재판소의 경험이 추상적 규범통제를 안정적으로 운영하기에 부족하지 않으므로 그것을 도입하여 법규범의 체계성과 합헌성을 제고하여 국민의 기본권 보호를 강화하자고 말하는 바이다.

66) 독일의 경우 법령의 위헌 여부에 대하여 서로 대립하는 헌법기관들의 참여를 당사자에 준하는 방식으로 인정하고 있는데, 이러한 방식은 헌법재판소의 판단의 합리성 제고, 조정자 역할의 강화, 그리고 결정에 대한 보편적 승인 획득에 기여하고 있다고 평가되고 있다(최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 63-65면).

67) 최희수·전학선·차진아, 전계 보고서, 265-266면.

I 참고문헌

1. 단행본

- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2014.
 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2011.
 허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2014.

2. 논문

- 김상태, “지방분권의 헌법적 보장”, 「법학연구」 제49집, 한국법학회, 2013.
 김운용, “헌법재판과 추상적 규범통제”, 「서강법학연구」 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001.
 김일환, “독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰”, 「헌법학연구」 제15권 제2호, 한국헌법학회, 2009.
 전정환, “독일에서의 추상적 규범통제제도(상)”, 「사법행정」 제35권 8호, 한국사법행정학회, 1994.
 ———, “독일에서의 추상적 규범통제제도(하)”, 「사법행정」 제35권 9호, 한국사법행정학회, 1994.
 ———, “추상적 규범통제절차 도입에 대한 입법론적 고찰”, 「헌법학연구」 제1집, 한국헌법학회, 1995.
 조규범, “추상적 규범통제 도입 논의의 쟁점”, 「이슈와 논점」 제1156호, 국회입법조사처, 2016.
 ———, “헌법상 지방자치조항의 개정방향”, 「공법학연구」 제11권 1호, 한국비교공법학회, 2010.
 조홍석, “현행 지방자치제의 현실과 한계 그리고 개선방안”, 「한양법학」 제26권 3호, 한양법학회, 2015.
 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 「고려법학」 제55호, 고려대학교 법학연구원, 2009.
 최희수 등, “추상적 규범통제제도에 관한 고찰”, 「헌법재판연구」 제22권, 헌법재판소, 2011.
 헌법연구 자문위원회, “헌법연구 자문위원회 결과보고서”, 2009.

소년법상 소년연령의 인하와 보호처분의 정비

- 촉법소년을 중심으로 -

오 진 아(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

요 약

우리나라는 1958년에 소년법을 제정하여 보호주의의 이념 하에서 형법상 범죄행위를 하거나 그럴 우려가 있는 소년에 대해 보호처분을 내리거나 형사처분에 대한 특별조치를 행하고 있다. 지난 2007년의 소년법 개정에서는 만12세 이상 만20세 미만이었던 종래의 소년 연령이 만10세 이상 만 19세 미만으로 조정되었는데, 그 이하의 연령에서 일어나는 범죄에 대해서는 여전히 법률의 공백 상태에 놓여 있다는 점이 문제되고 있다. 이에, 본고에서는 소년연령의 인하에 대해 다시 한 번 검토해 보았다.

소년범죄의 동향을 살펴본 결과, 2008년 개정 소년법이 시행된 이후로 촉법소년의 범죄는 줄어들고 있지만 전체 범죄나 재범률이 10년 전보다 크게 증가하였고, 소년범죄는 다양화·흉폭화되는 경향을 보이고 있다. 이는 2007년의 소년법 개정이 소년범죄의 저연령화를 차단하고 저연령 소년범죄의 발생을 막는 효과는 보이고 있지만 소년법의 재범을 막기 위한 적절한 후속 조치가 마련되지 못한 결과라 생각된다. 즉, 소년연령을 추가적으로 인하하더라도 저연령 소년범에게 적합한 대응책을 마련할 필요가 있다.

소년연령을 인하하더라도 그 목적이 소년에 대한 엄벌주의에 있어서는 안 되며, 소년법의 목적인 소년 보호의 실현이라는 측면에 방점을 두어야 할 것이다. 특히, 보호처분은 저연령 소년범에게 적합한 방향으로 개선될 필요가 있다. 저연령 소년범에게는 1호 처분이 가장 적합하다고 생각되는데, 보호자 교육의 내실화와 소년법의 환경개선, 사법형 그룹홈의 활용을 통해 그 실효성을 제고할 수 있을 것이다. 또한, 8, 9, 10호 처분의 적용 연령의 상향 조정을 통해 소년법의 형사제재로서의 성격을 탈피해야 할 것이다.

* 주제어 : 소년연령 인하, 소년법, 촉법소년, 소년범죄, 소년범죄 동향, 소년법, 피해자의 권리, 보호처분.

I. 서론

II. 소년범죄의 동향

1. 소년범죄 발생 추이에 대한 분석
2. 소년범죄 유형과 재범률에 대한 분석
3. 소결

III. 현행 소년연령 하한의 문제점

1. 소년연령의 입법적 기준에 대한 검토
2. 소년범 측면의 문제점
3. 피해자 측면의 문제점
4. 소결

IV. 저연령 소년범을 위한 보호처분의 정비

1. 1호 처분의 실효성 제고
2. 형사제제 성격의 탈피

V. 결론

I. 서론

우리나라는 1958년에 소년법을 제정하여 형법상 범죄행위를 하거나 그럴 우려가 있는 소년에 대해 보호처분을 내리거나 형사처분에 대한 특별조치를 행하고 있다. 소년법을 통해 소년에게 특별한 처우를 하는 것은 소년을 ‘성인에 비해서 미성숙한 존재’라고 간주하고 있음에 기인한다. 소년을 미성숙한 인간으로 바라보기 때문에 교정이나 교육을 통한 소년의 개선 가능성을 높이 평가하여 처벌보다는 교화와 선도를 우선하는 것이다. 소년법 제1조에서 그 목적을 “소년이 건강하게 성장하도록 돕는 것”¹⁾이라고 밝히고 있듯, 우리나라 소년법은 보호주의(保護主義)²⁾를 기본 지도이념으로 하고 있다.³⁾

소년법의 적용을 받는 소년연령은 제한되어 있으며, 현재는 만10세 이상 만19세 미만을 그 대상으로 하고 있다. 이는 지난 2007년 소년법 개정 시에 조정된 것으로, 종래의 소년법에서는 만12세 이상 만20세 미만을 대상으로 하였다. 이러한 개정은 형사미성년자와 소년연령 인하에 대한 국민적 요구를 반영한 것이었다.⁴⁾ 개정을 전후로 하여 많은 논란이 있었으며, 특히 소년연령 하한의 인하에 있어서는 그 처우와 관련하여 추가적인 대책이 마련되어 있지 않다는 의견이 다수 있었다.⁵⁾

소년법이 개정된 지 채 10년이 지나지 않았음에도 불구하고, 지난해 전국을 떠들썩하게 했던 ‘용인 벽돌 사건’⁶⁾은 형사미성년자와 소년연령 인하 문제에 다시 불을 지폈다. 조사 결과 밝혀진 2명의 가해자는 만11세와 만9세의 초등학생이었다. 만11세인 가해자는 소년법상의 촉법소년에 해당되어 법원 소년부로 송치되었으나, 실제 돌을 던진 것으로 밝혀진 만9세인 가해자는 형법상의 형사미성년자는 물론 소년법상의 촉법소년에도 해당하지 않아 불기소 처분을 받았다.⁷⁾ 대중들은 가해자 없는 피해자가 생겨나는 상황에 법률의 공백을 느낄 수밖에 없었고, 가해 학생을 처벌하라는 온라인 서명운

1) 1958년 제정 이유에서는 그 목적을 “소년의 건전한 육성을 기하려는 것”이라고 밝히고 있다.

2) 소년을 처벌의 대상이 아닌 보호의 대상으로 보는 형사정책적 태도를 말한다.

3) 법무부, “소년보호와 인권”, 2009, 87면.

4) 형법 제9조 형사미성년자 연령 하한 인하 문제에 대해서는 2012년에 제19대 국회 강기윤 의원 등 9인의 의원에게 의해 개정안이 발의된 바 있다. 현행 14세를 12세로 조정하자는 법안이었으나, 지난 2016년에 임기만료로 폐기처리 되었다. (의안번호: 1903008)

5) 한숙희, “촉법소년 연령인하에 따른 가정법원의 역할과 과제”, 『형사정책연구』 제19권 제2호, 2008, 67면.

6) 2015년 10월 8일, 18층짜리 아파트 화단에서 박모(55·여)씨와 또 다른 박모(29)씨가 아파트 상층부에서 떨어진 벽돌에 맞아 50대 박씨는 숨지고 20대 박씨는 두개골 함몰 골절상을 입었다. 당초 캣맘 혐오범죄로 알려져 ‘캣맘사건’등 으로 언급되기도 했으나, 진상이 밝혀진 결과 초등학생들에 의한 벽돌투척사건으로 알려지며 ‘용인 벽돌 사건’으로 불렸다.

7) “‘캣맘’사건 11세 학생만 과실치사상 혐의 소년부 송치”, 연합뉴스, 2015. 11. 13. 기사, 수정 인용(2016. 8. 24. 방문).

동을 진행하기도 했다. 그러나 현재로서는 가해 학생을 처벌할 수 있는 법적 근거가 없는 형편이다.

현행 소년법상 소년법의 대상이 되는 ‘반사회성이 있는 소년’은 범죄소년, 촉법소년, 우범소년으로 나뉜다.⁸⁾ 범죄소년은 “죄를 범한 소년”을 의미하고 형법 제9조(형사미성년자)⁹⁾에 근거해 14세 미만은 그 대상으로 삼지 않는다. 즉, 14세 이상 19세 미만의 자가 범죄소년에 해당한다. 촉법소년은 “형벌 법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만인 소년”을 의미하고, 우범소년은 “그의 성격이나 환경에 비추어 앞으로 형벌 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는” 10세 이상 19세 미만의 소년을 뜻한다(소년법 제4조 제1항). 이와 같이 소년법의 적용을 받는 소년의 범위는 10세 이상 19세 미만이고 형법은 14세 이상을 그 대상으로 하기 때문에 14세 이상 19세 미만의 소년에게는 소년법이나 형법이 적용된다. 그러나 촉법소년은 형사미성년자에 해당하기 때문에 소년형사사건의 대상에서는 당연히 배제되고 소년보호사건으로만 처리되며,¹⁰⁾ 촉법소년에도 해당하지 않는 10세 미만의 소년이 범죄를 일으킬 경우에는 아무런 법적 조치도 이루어지지 않는다.

이처럼 현행 소년연령과 국민 법 감정은 여전히 큰 괴리가 있는 것으로 보인다. 형사미성년자나 촉법소년에도 해당하지 않는 어린 소년에 의한 잔혹 범죄는 비단 ‘용인 벽돌 사건’만의 이야기가 아니다. 겉으로 드러나지 않는 소년들에 의한 흉악 범죄들이 지금 이 순간에도 일어나고 있다. 더욱이, 보호주의로 인해 보장되고 있는 소년의 인권에 비해 상대적으로 도외시되는 피해자의 지위와 권리 역시 문제되고 있다.

이에, 본고는 현행 소년법상의 소년연령 인하 문제에 대해 다시 검토해보고자 한다. 먼저 현재 소년범죄의 전체적인 동향을 통해 2007년 소년연령 인하의 효과와 최근 소년범죄의 특징을 살펴보고, 현행 소년연령 하한으로 인해 발생하는 문제점에는 어떤 것이 있는가를 지적한 후, 저연령 소년범에게 적합한 보호처분의 개선 방향에 대해 이야기하겠다.

II. 소년범죄의 동향

소년연령 하한의 인하를 논하기에 앞서, 먼저 시행된 2007년 개정 소년법의 소년연령 인하로 어떤 결과가 나타났는지 검토해보고자 한다. 이하에서는 개정 소년법의 시

8) 한국소년법학회 편저, 『소년법』, 세창출판사, 2006, 21면.

9) 형법 제9조(형사미성년자) 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

10) 박찬걸, “형법상 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계”, 『소년보호연구』 제22호, 2013, 198면.

행 전과 시행 이후 현재까지의 소년범죄 발생 추이를 비교하여 소년연령 인하의 효과를 알아보았다. 이와 더불어 범죄 유형별 동향과 재범률 분석을 통해 현재 소년범죄에 적절한 대응이 이루어지고 있는지를 살펴보았다.

자료는 법원행정처의 「사범연감」, 대검찰청의 「범죄분석」, 법무연수원의 「범죄백서」, 통계청의 통계 등을 활용하였으며, 개정 소년법 시행¹¹⁾ 전의 통계는 12~19세의 소년을 대상으로 하고, 그 이후부터는 10~18세의 소년을 대상으로 하고 있다.

1. 소년범죄 발생 추이에 대한 분석

가. 전체 소년범죄 발생 추이

2005년부터 2014년까지 10년간의 소년범죄 발생 추이를 나타내는 <표 1>을 살펴보면, 소년범죄가 매해 증감을 반복해 뚜렷한 경향성을 찾기는 어렵다. 그러나 10년 전(2005년)과 비교할 때 2014년의 범죄율이 크게 증가하였으며, 소년범죄는 전체적으로 증가 추세에 있는 것으로 볼 수 있다.¹²⁾ 동기간 성인범죄율이 점차 줄어드는 추세를 보이는 것과는 대조적이며, 전체 범죄에서 소년범죄가 차지하는 비율인 소년비 역시 10년 전에 비해 다소 증가하였다.

그런데, 개정 소년법 시행 이후인 2008년부터의 추이를 살펴보면, 소년범죄와 그 범죄율이 전반적으로 꾸준히 하락하고 있다는 점을 확인할 수 있다. 2008년에는 소년법 개정으로 인해 소년연령이 확대되어 소년범죄가 예년에 비해 급격하게 증가한 모습을 보이고 있지만, 이는 일시적 증가로 보인다. 이후로는 꾸준한 감소세를 보여 2014년의 소년범죄자는 77,594명으로 2008년의 126,213명에 비해 2/3 수준으로 크게 낮아졌다. 마찬가지로 성인범죄율과 비교한 소년비도 2008년 5.9%에서 2014년 4.0%로 크게 하락한 모습을 보이고 있다. 이러한 점으로 미루어볼 때, 소년법 개정으로 인한 효과가 꽤 크게 나타나고 있다고 말할 수 있다. 물론 다른 여러 요인들을 배제할 수는 없지만 소년법 개정이 전체 소년범죄 감소에 긍정적인 영향을 끼쳤다고 해석할 수 있다.

11) 개정 소년법 시행 2008.6.22.

12) 저출산의 영향으로 소년법상의 소년연령에 해당하는 인구가 크게 줄고 있으므로, 소년범죄 수보다는 소년범죄율을 기준으로 보는 것이 보다 정확하다. 통계청의 '1세별 주민등록인구' 통계에 따르면, 10~18세에 해당하는 소년은 2008년 6,196,697명에서 2014년 5,280,968명으로 약 90만 명이 줄었다.

〈표 1〉 소년범죄 인원, 소년범죄율 및 소년비 현황(2005~2014년)¹³⁾ (단위: 명(%))

연도	소년범죄	소년범죄율 ¹⁴⁾	성인범죄율	소년비 ¹⁵⁾
2005	59,679	989.2(100.0)	4,736.5(100.0)	3.2
2006	63,159	1034.2(104.5)	4,586.2(96.8)	3.5
2007	81,800	1326.9(134.1)	4,814.1(101.6)	4.2
2008	126,213	2038.2(206.1)	5,144.1(108.6)	5.9
2009	123,347	1994.1(201.6)	5,069.0(107.0)	5.8
2010	101,596	1654.3(167.2)	4,462.4(94.2)	5.4
2011	100,032	1660.2(167.8)	4,374.3(92.4)	5.3
2012	104,808	1796.8(181.6)	4,387.3(92.6)	5.5
2013	88,762	1581.1(159.8)	4,520.3(95.4)	4.5
2014	77,594	1440.4(145.6)	4,338.3(91.6)	4.0

나. 소년보호사건 연령별 추이

〈표 2〉의 연령별 소년보호사건 처리 건수를 보면, 연령별로 소년범죄가 얼마나 발생하고 있는지를 짐작해볼 수 있다.¹⁶⁾ 통계에 따르면, 매해 18세 미만(16~17세)의 보호소년이 가장 많고 16세 미만(14~15세)이 그 뒤를 잇고 있는 것을 확인할 수 있다. 개정 소년법 시행 이후로 14세 미만 촉법소년의 대상이 확대되어 촉법소년에 의한 범죄가 크게 늘어난 것처럼 보이고, 그 이후 촉법소년의 구성비는 점차 줄어들고 있다. 특히 주목해야 할 부분은 2005년에 비해 2014년에는 촉법소년의 대상이 훨씬 확대되었음에도 불구하고 절대적인 수는 물론 구성비도 약 4.4%p 정도로 크게 줄어들었다는 점이다. 아직까지는 소년법이 개정된 지 채 10년이 지나지 않아 추이를 파악할 정도로 충분한 데이터가 쌓이지 않았다고 볼 수도 있지만, 소년법 대상연령 인하로 인한 범죄 예방 효과가 꽤 크다고 해석할 수 있다.

13) 법무연수원, 『범죄백서』, 2015, 548면.

14) 범죄율은 해당 인구 10만명당 범죄자 수, () 안은 2005년을 기준으로 한 지수

15) 소년비 = $\left(\frac{\text{소년범죄}}{\text{소년범죄} + \text{성인범죄}} \times 100 \right)$

16) 경찰이나 검찰단계의 통계는 촉법소년에 해당하는 14세 미만을 바로 법원으로 송치하여 상당수가 누락될 가능성이 있어 법원행정처 『사법연감』의 보호소년 연령별 통계를 활용하였다. 때문에, 〈표 2〉의 인원은 소년보호사건으로 접수되어 소년법 제32조 제1항의 처분을 받은 자만을 대상으로 하고 있으므로 그 범위가 전체 범죄 발생 건수보다는 적다는 점을 유의해야 한다.

〈표 2〉 보호소년 연령별 누년비교표(2009~2014년)¹⁷⁾ (단위:명(%))

연령 연도	합계	14세 미만	16세 미만	18세 미만	19세 미만
2005	21,135(100.0)	3,417(16.2)	6,403(30.3)	7,991(37.8)	3,324(15.7)
2006	20,241(100.0)	3,175(15.7)	6,594(32.6)	7,596(37.5)	2,876(14.2)
2007	26,874(100.0)	4,104(15.3)	8,940(33.3)	10,176(37.9)	3,654(13.6)
2008	30,222(100.0)	4,486(14.8)	10,016(33.1)	12,102(40.0)	3,618(12.0)
2009	35,819(100.0)	5,299(14.8)	11,662(32.6)	14,833(41.4)	4,025(11.2)
2010	32,416(100.0)	4,290(13.2)	10,546(32.5)	13,260(40.9)	4,320(13.3)
2011	35,072(100.0)	3,924(11.2)	11,443(32.6)	14,861(42.4)	4,844(13.8)
2012	36,150(100.0)	5,071(14.0)	11,970(33.1)	14,613(40.4)	4,496(12.4)
2013	31,952(100.0)	4,334(13.6)	9,241(28.9)	13,434(42.0)	4,943(15.5)
2014	24,529(100.0)	2,894(11.8)	7,085(28.9)	10,013(40.8)	4,537(18.5)

2. 소년범죄 유형과 재범률에 대한 분석

가. 범죄 유형에 대한 분석

소년 형법범죄를 크게 강력범죄(흉악), 강력범죄(폭력), 재산범죄 기타 소년 형법범죄로 구분하여 2005년부터 2014년까지의 유형별 인원과 구성비를 살펴보면, 전체 소년 형법범죄 중 가장 큰 부분을 차지하는 유형이 재산범죄임을 알 수 있다. 2014년에 전체 소년형법범죄 중 재산범죄는 57.4%로 절반 이상을 차지하고 있다.

한편, 소년범죄가 사회문제로 대두될 무렵부터 그 흉폭화와 조직화 경향도 함께 지적되었고 그러한 추세는 현재까지 지속되고 있는 것으로 보인다. 특히 강력범죄(흉악)이 큰 폭으로 늘고 있는 것을 〈표 3〉을 통해 확인할 수 있다. 강력범죄(폭력)은 그 구성비는 줄었으나 전체 소년형법범죄가 크게 늘어난 점을 고려하여 그 숫자를 비교해 본다면, 역시 다소 증가하였다고 볼 수 있다. 즉, 소년범죄가 전반적으로 흉폭화 경향을 보이고 있다고 생각된다.

기타 형법범죄의 경우, 2005년 구성비는 2.5%에 그친데 반해 2014년에는 그 구성비가 6.9%에 달하고 소년법 수도 크게 늘고 있어 소년 형법범죄가 점차 다양화되고 있는 것으로 보인다.

17) 법원행정처, 사법연감, 2015, 686면.

〈표 3〉 소년 형법범죄 유형별 인원 및 구성비 현황(2005~2014년)¹⁸⁾ (단위: 명(%))

연도	형법범죄계	강력범죄 (흉악) ¹⁹⁾	강력범죄 (폭력) ²⁰⁾	재산범죄	기타 형법범죄
2005	45,866(100.0)	1,460(3.2)	18,532(40.4)	24,743(53.9)	1,131(2.5)
2006	47,170(100.0)	1,920(4.1)	16,661(35.3)	27,309(57.9)	1,280(2.7)
2007	56,802(100.0)	1,967(3.5)	21,675(38.2)	31,708(55.8)	1,452(2.6)
2008	75,433(100.0)	3,316(4.4)	31,878(42.3)	37,540(49.8)	2,699(3.6)
2009	87,787(100.0)	3,847(4.4)	32,423(36.9)	48,249(55.0)	3,268(3.7)
2010	78,056(100.0)	3,665(4.7)	27,264(34.9)	43,599(55.9)	3,528(4.5)
2011	78,456(100.0)	4,049(5.2)	28,193(35.9)	42,851(54.6)	3,363(4.3)
2012	86,170(100.0)	3,609(4.2)	32,267(37.3)	46,044(53.3)	4,250(5.2)
2013	73,075(100.0)	3,489(4.8)	21,843(29.9)	43,707(59.8)	4,036(5.5)
2014	63,145(100.0)	3,158(5.0)	19,352(30.6)	36,271(57.4)	4,364(6.9)

나. 재범률에 대한 분석

〈표 4〉를 보면 2014년을 기준으로 검찰단계의 소년범 중에서 1범 이상 전과를 가진 소년은 38.3%임을 확인할 수 있다. 같은 기간 전체 범죄자의 재범률인 46.5%에²¹⁾ 비하면 낮은 수치이다. 그러나 10년 전인 2005년의 소년범의 재범률은 약 30.4%로 2014년의 재범률보다 크게 낮았고, 특히나 6범 이상 재범의 비율이 2005년 2.3%에서 2014년 9.0%로 크게 증가한 것으로 볼 때, 현재 소년범들에 대한 재범방지책이 제대로 기능하지 못하고 있는 것으로 보인다.

〈표 4〉 소년범 전과 현황(2005, 2014년)²²⁾ (단위: 명(%))

구분	계	없음	1범	2범	3범	4범	5범	6범 이상
2005	59,679 (100.0)	41,549 (69.6)	8,255 (13.8)	4,061 (6.8)	2,305 (3.9)	1,345 (2.3)	775 (1.3)	1,389 (2.3)
2014	77,567 (100.0)	47,915 (61.7)	9,853 (12.7)	5,244 (6.8)	3,429 (4.4)	2,329 (3.1)	1,778 (2.3)	7,019 (9.0)

18) 법무연수원, 앞의 보고서, 553면.

19) 살인, 강도, 방화, 성폭력.

20) 폭행, 상해, 협박, 공갈, 약취와 유인, 체포와 감금, 폭력행위 등(손괴·강요·주거침입, 단체 등의 구성·활동 등).

21) 검거된 형법범죄자 중 전회처분이 있는 재범자의 비율은 2005년 53.2%에서 2014년 46.5%에 이르기까지 전반적으로 감소추세를 보이고 있다(대검찰청, 앞의 보고서).

22) 법무연수원, 앞의 보고서, 518면.

3. 소결

소년범죄 발생 현황에 대해 분석한 결과, 성인범죄가 전체적으로 감소 추세에 있는 것과는 반대로 소년범죄는 10년 전에 비해 증가한 것으로 보인다. 그러나 2008년부터 개정 소년법이 시행되어 소년연령이 인하된 이후로는 전체 소년범죄는 감소세를 보이고 있고 특히, 촉법소년에 해당하는 10~13세의 보호소년도 크게 줄었다. 이러한 점으로 미루어 보아 소년법 대상연령 인하로 인한 범죄 예방 효과는 꽤 크게 나타나고 있다고 해석할 수 있다.

한편, 소년법의 범죄 유형을 분석한 결과, 강력범죄가 증가하고 있어 소년범죄의 흉폭화 경향이 심화되고 있다. 또한 기타 형법범죄도 크게 늘고 있어, 소년범죄가 다양화되고 있다고 보인다. 재범률의 경우에도 점차 높아지는 추세를 보여, 전반적으로 증가세에 있음을 확인할 수 있었다. 특히, 6범 이상의 재범이 크게 늘어난 것으로 미루어 짐작컨대, 소년법에 대해 적절한 대처가 이루어지지 않고 있는 것으로 보인다.

요약하자면, 2008년 개정 소년법 시행 이후 촉법소년의 범죄는 줄어들고 있지만 전체 범죄나 재범률이 10년 전보다 크게 증가하였고, 소년범죄는 다양화·흉폭화 되는 경향을 보이고 있다. 이는 2007년 소년법 개정이 소년범죄의 저연령화를 차단하고 저연령 소년범죄 발생을 막는 효과는 보이고 있으나, 소년법의 재범을 막는 데에는 효과적인 대응책을 마련하지 못한 결과라 생각된다.

Ⅲ. 현행 촉법소년 연령 하한의 문제점

2007년 소년법 개정 전후로 저연령 소년에 의한 학교폭력과 그로 인한 피해 학생의 자살 등이 심각한 사회문제로 떠올랐으나, 종래의 연령 기준으로는 가해소년을 귀가조치시킬 수밖에 없었을 뿐 아니라 어떠한 사후대책도 할 수 없었기에 크게 문제가 되었다. 이러한 사회적 문제를 떠나서도, 학계에서는 소년법에 대한 보호와 피해자의 권리 확대를 이유로 촉법소년의 연령 하한을 두지 말거나 낮춰야 한다는 주장²³⁾이 꾸준히 제기되어왔다. 또한 헌법재판소 결정례의 보충의견에서도 “12세 미만의 소년은 범죄행위를 하더라도 어떠한 형사적인 처분이나 제재로부터 면책되고, 그 결과 가해자가

23) 김기두, “소년법상 제반 문제점과 개정방향”, 『청소년범죄연구』, 제3집, 1985, 12면; 임안식, “미국에서의 소년법 처우”, 『형사정책연구 소식』, 제21호, 1984, 13면 이하; 최종식, “소년법상 보호처분에 관한 연구”, 강원대학교 박사학위 논문, 1996, 103면, 196면(장영민, “소년법상의 제 연령 기준에 관한 일 고찰”, 『법학논집』 제9권 2호, 2005, 85면에서 재인용).

12세 미만일 때에는 피해자로서는 가해자에 대한 어떠한 처벌도 구하지 못한 채 모든 피해를 감내해야만 하는 부당한 처지에 놓이게 된다.”는 점을 지적하며, 소년연령의 하한을 두지 말 것을 제안하기도 했다.²⁴⁾ 이러한 시대사회적 배경과 오랫동안 쌓인 논의들이 2007년 소년법 개정을 견인하였고, 소년연령의 하한은 12세에서 10세로 낮아지게 되었다.²⁵⁾

그러나 현재에도 기준연령 이하의 소년범죄로 인한 문제점들은 상존하고 있다. 소년범죄 발생과 관련한 공식 통계자료들이 대부분 소년법상 소년연령에 해당하는 소년만을 대상으로 하기 때문에 10세 미만의 소년범죄 숫자를 명확히 파악하기 힘들지만, ‘용인 벽돌 사건’을 비롯하여 이따금씩 들려오는 마스크의 보도를 통해 현행 촉범소년 하한 연령으로 규제하지 못하는, 만10세 미만 소년에 의한 범죄가 꾸준히 발생하고 있음을 알 수 있다. 이하에서는 우선 현행 기준을 검토한 후, 가해자인 소년범과 피해자 각각의 관점에서 현행 소년연령 하한이 내포하고 있는 문제에 대해 살펴보고자 한다.

1. 소년연령의 입법적 기준에 대한 검토

가. 소년연령의 제정 배경

1958년 소년법 제정당시의 입법이유서에는 소년연령의 하한을 정한 입법적 배경에 대한 설명이 나와 있지 않다. 다만 우리 소년법이 미국의 표준소년법을 모방한 일본의 신소년법을 참조하여 제정되었고,²⁶⁾ 광복과 연이은 6.25전쟁으로 법제정을 위한 연구진의 인력이 풍부하지 못하였던 것을 감안할 때 이러한 연령설정과 관련해서는 일본의 형법과 소년법을 참고한 것이라고 추측해 볼 수 있다.²⁷⁾

24) 헌법재판소 2003. 09. 25, 선고 2002헌마533 전원재판부 결정, 재판관 진효숙의 보충의견.

25) 당시 연령인하 찬성론자들은 ① 일반적으로 초발비행의 시기가 빠른 소년일수록 비행이 상습화될 위험성이 높은 점, ② 소년의 정신적, 육체적 발육 정도가 과거보다 빨라졌고 12세 미만의 요보호성을 인정할만한 소년이 늘어가는 추세에 있다는 점, ③ 위험한 행위를 저지른 소년에 대해 비행의 조기발견과 조기처우가 중요하다는 점 등을 근거로 삼았고, 반대론자들은 ① 우리나라 소년사법제도가 초발비행자에 대한 조기대응을 실효적으로 뒷받침할 수 있는 기반을 갖추고 있는지 의문이 제기되는 점, ② 소년법상 보호처분의 확대는 정당화될 수 없다는 점, ③ 12세 미만 소년에 대해서는 낙인효과를 가중시키는 사법기관에 의한 개입보다는 복지행정형 개입이 적절하다는 점들을 근거로 삼았다(한숙희, 앞의 논문, 67면).

26) 김용우, 「소년법개론」, 상린, 2007, 195면.

27) 김성돈·강지명, “「형법」상 형사미성년자 연령 설정과 「소년법」상 소년보호처분제도와와의 관계”, 2012, 3면.

나. 2007년 소년연령 개정 이유

2007년의 소년법 개정에서는 촉범소년과 우범소년의 하한 연령이 12세에서 10세로 인하되었다. 개정 이유서에서는 그 연령 인하의 이유에 대해 “청소년의 성숙 정도, 청소년보호법 등 다른 법률과의 통일성, 소년법 연령이 낮아질 뿐 아니라 범행내용도 사회적으로 문제가 되는 경우가 적지 아니하여 촉범소년 및 우범소년의 하한 연령을 낮출 필요가 있음.”이라고 밝히고 있다. 또한 소년연령 인하의 기대 효과에 대해서는 “연령 인하를 통해 현재 범죄를 저질러도 아무런 법적 조치를 받지 아니하는 만10세와 만11세의 소년에 대하여 이 법을 적용할 수 있게 됨에 따라 이 법에 따른 교화·선도 등이 가능하게 됨.”이라고 서술하고 있다.²⁸⁾ 즉, 소년연령의 인하는 촉범소년들을 처벌하겠다는 의지가 아니라 국가로부터 피해자를 보호함과 동시에 저연령 청소년 범죄에 조기에 개입하여 재범률을 줄이고 보호와 선도를 하겠다는 소년법상의 이념을 표현한 것이다.²⁹⁾

다. 검토

소년법의 대상을 확대하여 보호와 선도를 통해 소년법상의 이념을 충실히 하고자 했던 2007년의 개정 이유는 타당하다. 그러나 그 법적 ‘보호’의 테두리 안에 10세 미만의 소년법을 배제하는 이유는 다소 불명확하다. 소년연령에 제한을 두지 않고 모든 소년을 대상으로 보호의 테두리를 확장하는 것이 실질적으로 소년보호의 이념을 더욱 잘 실현하는 일이기 때문이다. 오히려 현행 소년연령은 소년의 보호에 한계를 설정하고 있을 뿐이다. 또한, ‘소년법의 연령이 낮아지고 범행내용이 사회적으로 문제가 되어 사법적 개입을 통해 그 해결 가능성을 높여야 한다.’는 개정 이유는 10세 미만의 소년 범죄에도 해당되지 않을 이유가 없다. 소년법의 주요 목적인 ‘소년보호’의 실현을 위해서는 물론, 소년의 재사회화를 통한 재범 방지라는 사회방위적 기능을 생각하더라도 소년법의 하한연령은 낮아질 필요가 있다고 생각된다.

28) 국가법령정보센터, (<http://law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=81983&lsId=001662&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>)(2016. 8. 24. 방문).

29) 정재준, “형사미성년자의 연령 인하 문제를 위한 제언”, 『한국형사법연구』 제24권 제1호, 2012, 54면.

2. 소년법 측면의 문제점

가. 비행의 상습화와 재범의 위험성

초발비행의 시기가 빠른 소년일수록 비행 상습화의 위험성이 높고, 이러한 연소자의 치료를 위해서는 조기발견과 조기처우가 중요하다.³⁰⁾ 그러나 소년연령의 하한이 10세로 정해져 있는 이상, 10세 미만의 소년법에 대해서는 적절한 초기 대응이 어려울 수밖에 없고, 저연령 소년법에 대한 방치는 결국 범죄의 상습화나 재범을 효과적으로 차단하지 못할 가능성이 높다.

특히 10세 미만의 저연령 소년법을 그냥 방치할 경우 가장 걱정스러운 점은 소년 스스로가 가해행위에 대해 제대로 반성하기가 힘들다는 점이다. 가해자가 범죄경향을 극복하고 재기하기 위해서는 자신이 행한 범죄행위에 대해서 책임을 느끼고 책임을 지는 것이 꼭 거쳐야 하는 하나의 과정이다.³¹⁾ 그런데, 소년법의 규율을 받지 못하는 상황에서는 소년법이 스스로 자신의 가해 행위가 초래한 결과에 대해 책임을 느끼기 어려우며, 피해자의 고통을 제대로 알기도 어렵다. 이러한 반성의 결여는 소년의 재범 방지에도 장애가 된다.

법적 절차 속으로 들어오는 것은 저연령 소년법에게 반성의 계기를 만들어 줄 수 있다. 소년법원에서는 저연령 소년범죄에 대해 사안이 극히 경미하다는 이유로 보호처분이 아니라 심리불개시결정을 하거나 불처분결정을 하는 경우가 많다. 그러나 심리불개시나 불처분결정이 내려진다고 하더라도 소년법 제19조에 의해 소년부 판사가 “소년에게 훈계하거나 보호자에게 소년을 엄격히 관리하거나 교육하도록 고지”할 수 있는 가능성이 존재한다. 이는 사실상 소년부판사가 소년을 보호자의 품으로 돌려보내면서 보호자에게 소년에 대한 보호, 교육의무를 일깨워주는 수준의 것일 뿐이다.³²⁾ 그렇지만, 적어도 공권력에 의한 사법절차를 경험하며 소년법은 물론, 그 부모에게도 반성의 계기를 마련해준다는 점에서 의미가 있다.

나. 성장발달권의 침해

소년연령의 하한은 만10세 미만 소년법의 성장발달권을 침해할 여지가 있다. 성장

30) 김동림, “소년법의 문제점과 입법에 관한 논의”, 『형사정책』 제12권 제1호, 2000, 114면.

31) 마에노 이쿠조, “피해자와의 관련으로 보는 일본에 있어서의 소년법 개정”, 『소년보호연구』 제11호, 2008, 51면.

32) 김용우, 앞의 책, 221면.

발달권은 우리 헌법상 명문의 규정으로 보장된 권리는 아니지만,³³⁾ ‘UN 아동권리선언’ 등의 국제 선언이나 조약을 통해 보장되고 있다. 소년의 성장발달권 보장을 위해 적극적으로 노력해야 할 과제중의 하나가 바로, 소년의 성장발달의 저해 요인이 되는 비행으로부터 소년을 멀어지게 하는 것, 이미 비행에 빠진 소년에 대해서 비행극복을 가능케 하는 조건을 준비하는 것이다.³⁴⁾

소년연령 인하에 반대하는 입장에서는 10세 미만의 소년에게는 사법적 개입보다는 가정에서의 교육과 복지행정형 개입이 더 적합하다고 주장한다. 그러나 소년법 중에는 가정에서의 교육이 불가능 한 소년이 상당수 존재하고 있기 때문에 그 성장발달권 보장을 위해서는 저연령 소년법도 법적 절차 속으로 끌어들이는 것이 더 유효한 대처라고 생각된다.

아래의 <표 5>에서 확인할 수 있듯이 소년법의 경우에는 편부, 편모 가정이 꽤 높은 비율을 차지한다. <표 5>는 검찰단계의 ‘소년법 보호자별 인원 및 구성비 현황’ 통계인데, 이에 따르면 편부나 편모, 부모가 없는 소년법의 비율이 전체 소년법의 약 25%에 달한다. 해마다 우리나라 전체 이혼율이 증가하고 있는 것은 사실이나, 동기간 우리나라 전체 가구 대비 한부모가구는 9%³⁵⁾ 내외밖에 되지 않는다. 즉, 보호자의 부재로 소년이 제대로 보호받기 어려운 환경에 놓인 경우, 소년범죄가 더욱 많이 발생한다고 해석할 수 있다.

<표 5> 2014년 소년법 보호자별 인원 및 구성비 현황³⁶⁾ (단위:명(%))

계	실부모	편부	편모	부모 없음
70,050(100)	52,772(75.3)	7,774(11.1)	7,163(10.2)	2,341(3.3)

이밖에도, 부모 모두와 함께 살고 있는 경우라도 심화된 핵가족화와 맞벌이가구의

33) 우리헌법에서도 인간다운 생활을 할 권리를 규정한 제34조 제1항, 국가의 청소년 복지향상을 위한 정책실시 의무를 규정한 동조 제4항, 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다는 것을 규정한 제37조 제1항 그리고 포괄적 기본권인 행복추구권을 규정한 제10조의 여타 규정을 통해 간접적으로 아동의 성장·발달권을 도출해볼 수 있다. (황성기, “아동의 권리에 관한 제문제”, 『아동권리연구』 제1권 제2호, 1997, 71면).

34) 민영성, “소년의 성장발달권의 보장과 실효적 형사재판절차참가”, 『법학연구』 제47권 제1호, 2006, 200면.

35) 통계청, 인구주택총조사, 한부모 가구 비율 참조. 2015년의 한부모가구 비율은 9.5%이다. 한부모가구는 일반가구 중 한부(모)와 미혼자녀로만 구성된 가구를 뜻해 10~18세만을 대상으로 하는 소년법과는 그 모집단이 상이하여 다소간의 차이는 존재할 것으로 보인다. (통계청, http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1578, (2016. 8. 22. 방문)).

36) 법무연수원, 앞의 보고서, 583면.

증가로 소년들이 제대로 된 양육을 받지 못하는 경우 역시 상당수 존재한다. 또한, 소년을 교육할 자질이 없는 부모도 상당수 있을 것이라고 생각된다. 부모가 있더라도 갈등가족 또는 기능가족의 경우에는 대개 부모와 소년은 서로 적대적인 경우가 많고 소년의 범죄에 대해 그 원인을 상대에게 귀인하는 방어귀인이 많으며, 그 결과 부모와 소년 간에는 갈등이 심화되기도 한다.³⁷⁾

1호 처분과 관련해 위탁보호위원의 등장과 보호자 교육에 대한 입법 등은 소년범들이 보호자로부터 제대로 된 보호를 받지 못하는 경우가 많다는 점과 이를 입법부에서도 충분히 인지하고 있다는 사실의 방증이라 할 수 있다. 1988년에 개정된 소년법에서는 1호 처분이 주로 감호능력이 없는 보호자에게 다시 비행소년을 돌려보냄으로서 그 이전의 상태로 복귀시키는 기능만 하게 된다는 비판을 일부 수용하여³⁸⁾ “보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁”으로 개정(제32조 제1항 제1호)된 바 있다. 또한 2007년 소년법 개정 당시 제269회 국회 법제사법위원회에서 소년법 일부개정법률안의 보호관찰처분에 따른 부가처분으로서 보호자의 특별교육에 관한 조항(제32조의2 제3항)을 신설하면서, “어린 아이들이 비행을 저지르는 것이 부모 교육이 소홀하고 가정교육을 제대로 안 해서……, 거의 95% 이상이 결손가정이나 부모 관심 소홀입니다. 그래서 부모의 관심을 촉구한다는 취지에서 그런 조항을 넣었습니다.”³⁹⁾라고 그 도입 배경을 밝힌 바 있다.

실제로 제대로 가정에서 보호받을 수 없는 소년범들이 다수 있고, 그러한 사실을 잘 알고 있음에도 불구하고 만10세 미만 소년범들의 교화를 가정의 손에 맡기는 것은 국가가 단순히 소년범을 방치하고 범죄에 다시 내모는 것과 다름없으며, 이는 소년범에 대한 성장발달권의 침해이다. 또한, 그러한 가정의 문제를 복지행정형 개입으로 어느 정도 해결할 수 있다고 하더라도 그러한 개입은 어디까지나 사전적 예방에 불과할 뿐이고, 이미 발생한 범죄에 대한 대처로는 부족하다. 이러한 점에서 사각지대에 놓여 있는 만10세 미만 소년범들이 사법적 절차를 통해 제대로 된 보호를 받을 수 있는 가능성을 열어주고 제대로 성장할 수 있도록 하기 위해서라도 소년연령의 인하가 필요하다고 보인다.

37) 천정환, “1호 처분인 소년위탁보호위원론”, 『교정복지연구』 제39호, 2015, 216면.

38) 김동림, 앞의 논문, 109면.

39) 제269회 국회(정기회), 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회), 2007.11.20. 소위원장 이상민, 법무부 보호국장 이상도 발언내용(강경래, “소년비행과 부모의 책임”, 『소년보호연구』, 제16권, 2011, 1면에서 재인용).

3. 피해자 측면의 문제점

가. 피해자 재판절차진술권 침해

만10세 미만의 소년범죄로 인한 피해자는 국가로부터 어떠한 보호도 받지 못하므로 헌법상의 권리가 상당히 침해될 수밖에 없는데, 그 중 하나가 피해자 재판절차진술권의 침해이다. 피해자의 재판절차진술권이란 피해자가 법정에서 구두 또는 문서로 자신이 범죄로 인해 받게 된 정신적, 물질적인 피해와 고통에 대해 진술할 수 있는 권리를 말한다.⁴⁰⁾ 사건의 당사자인 피해자가 주체로서 소송에 관여하지 않는다면 재판 절차로부터 소외감을 느낄 수밖에 없는데, 피해자의 재판절차진술권은 피해자를 소송의 객체가 아닌, 주체로서 재판에 참여할 수 있도록 한다. 피해자는 법정에서 자신이 받은 고통이 얼마나 큰 것인지, 가해자를 어떤 방법으로 처벌해 주었으면 좋겠는지에 대해 의견을 피력하는 과정을 통해 절차상의 소외감을 느끼지 않게 될 뿐만 아니라, 진술 그 자체로서 피해감정을 완화할 수도 있다.⁴¹⁾ 이러한 피해자의 재판절차진술권은 헌법 제27조 제5항에 명시되어 있는 헌법상의 권리이기도 하다.⁴²⁾

불과 10년 전만 하더라도 피해자가 소년사건 절차에서 배제되는 것은 당연시되었고, 오직 비행소년의 권리에만 관심이 집중되어 있었다. 2000년대에 피해자학의 발달로 피해자의 지위에 관한 반성적 고려가 이루어지면서 피해자는 형사재판절차에서 비로소 그 모습을 드러내기 시작했다. 같은 맥락에서 2007년에 소년사건 절차에도 피해자 진술권에 관한 규정(소년법 제25조의2)과 형사화해제도의 도입에 관한 규정이 신설되었고, 피해자의 지위에 관해 많은 정책적 변화가 있었다.⁴³⁾⁴⁴⁾

그렇지만 현행 소년연령은 이러한 피해자의 권리를 충실히 보장하지 못하게 한다.

40) 류병관, “미국 소년사법에 있어 범죄피해자권리 등장에 따른 논의”, 『소년보호연구』 제17호, 2011, 222면.

41) 류병관, “범죄피해자 진술권의 성격 및 내용에 관한 연구”, 『형사정책』 제20권 제2호, 2008, 217면.

42) 헌법 제27조 제5항 피해자진술권 규정의 취지는 법원이 형사재판을 함에 있어서 피해자의 진술을 청취하여 적절하고 공평한 재판을 하여야 한다는 것을 뜻할 뿐만 아니라, 이에 더 나아가 형사 피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 보장해 준 것이다. (헌법재판소 전원재판부 1989.4.17. 88헌마3 결정.)

43) 류병관, 앞의 논문(주 40), 214-215면.

44) 비교적 최근까지도 인권보장이라는 형사소송법의 이념 하에서 피고인은 확고한 법적 지위를 획득하게 된 반면, 피해자는 형사절차 내에서 소송의 ‘객체’로 전락하여 소외된 존재가 되어 왔다. 해외에서는 1950년대부터 피해자학이 급속히 발전했으나 우리나라는 2000년대 들어서야 세계형법학의 동향을 수용하여 본격적인 피해자학 연구를 시작했고, 2007년에 이르러서야 형사소송법 개정을 통해 피해자의 진술권을 강화했다(류병관, 앞의 논문(주 41), 202면).

가해자가 10세 미만이라면 소년재판절차가 개시되지 못하고, 피해자는 재판절차진술권을 가질 기회조차 갖지 못하는 상황에 놓이게 되기 때문이다. 소년법은 가해자가 ‘소년’이라는 점을 고려하여 특별 조치를 행하지만, 피해자의 입장에서 생각해본다면 가해자가 성인인지 소년인지에 관계없이 동일 범죄로 입는 피해는 동일하다. 그러나 현행 소년법은 그 피해의 경중에 관계없이 만10세 미만 소년범죄 사건을 법적 절차의 대상에서 완전히 배제하여 피해자의 헌법상 권리를 침해하고 있다. 다시 말해, 현재 촉법소년 연령 하한은 피해자의 지위에 대한 고려 없이 소년의 보호에만 치중하여, 상대적으로 피해자의 권리를 부당하게 침해하고 있다.

한편, 피해자의 재판절차진술권의 확대는 피해자뿐만 아니라 소년범에게도 긍정적인 영향을 끼칠 수도 있다는 의견도 있다. 피해자의 의견진술은 피해자에게는 피해감정을 회복할 수 있는 기회를 제공할 뿐만 아니라, 가해소년에게는 피해자의 피해감정을 직접적으로 알게 한다는 데에서 보다 효과적인 교육 수단으로 작용할 수 있기 때문이다. 더 나아가 피해자진술권의 행사는 소년범에게 진정으로 뉘우칠 수 있는 기회를 주어 법정이 소년을 동정하게 할 수 있으며, 소년범의 사과, 배상, 사회봉사 등을 통해 피해자 및 사회와의 화해에 도움을 줄 수 있으므로 소년의 재활에 더욱 도움이 된다는 의견도 있다.⁴⁵⁾

나. 국가의 기본권보호의무 위반

헌법 제10조의 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”는 규정, 제37조 제1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 규정, 제30조의 “범죄피해자의 국가구조청구권”의 내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다. 그리고 국가는 이 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 안 된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 과소보호금지라는 헌법상의 원칙을 준수하여야 한다.⁴⁶⁾ 이를 근거로 국가는 국민의 생명·신체를 보호하기 위한 수단으로 국가는 형벌 법규를 제정하여 범죄를 예방하고, 이미

45) Stephanos Bibas & Richard A. Bierschbach, “Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure”, 114 Yale L.J. 85, 2004, p. 87.; Robert Mosteller, “Victim Impact Evidence: Hard to Find the Real Rules”, 88 Cornell L. Rev. 543, 2003, pp. 548-549 (류병관, 앞의 논문(주 40), 224면.에서 재인용).

46) 헌법재판소 2003. 09. 25, 선고 2002헌마533 전원재판부 결정, 재판관 전효숙의 보충의견.

범죄가 발생한 경우에는 형벌권의 행사를 통해 국민을 보호한다.

그러나 현행 소년연령은 이러한 국가의 기본권보호의무를 충실히 하지 못하게 한다. 소년범에게 보호처분을 부과하는 것은 그 행위의 반사회성을 제거하고 소년을 건전하게 육성하기 위함이다. 그런데, 범죄행위자가 단순히 10세 미만이라는 이유로 보호처분을 내리지 않는다는 것은 사실상 국가가 범죄자를 방치하는 것이며, 단순히 범죄 행위자의 나이에 근거하여 범죄 피해자에 대해 보호의 정도를 부당하게 차별하는 것에 지나지 않는다.⁴⁷⁾

더욱이, 이러한 기본권의 침해 문제는 단순히 피해자의 차원을 떠나서, 사회 전체의 안전을 생각하더라도 문제된다. 소년법을 통한 소년범의 보호는 우선적으로 그의 성행을 교정하고 사회화시키는 데에 그 목표가 있는 것이지만, 부수적 역할로서 일반예방의 기능이나 사회 방위적 기능도 하기 때문이다. 소년범에게 교육을 하고, 재사회화시켜 재범률이 낮아지는 것은 장기적 관점에서 사회의 보호와 정의 실현에 기여하게 된다. 즉, 10세 미만 소년범죄에 의한 범죄 피해자에 대한 기본권의 보호는 물론, 국민 전체의 기본권 보호를 위해서도 소년연령의 인하가 필요하다.

4. 소결 - ‘소년 보호’와 ‘피해자 권리 보호’의 조화

그런데, 소년법의 본래 성질인 소년의 보호라는 이념과 피해자의 권리보장에는 본질적으로 대립하는 측면이 존재한다. 두 이념은 상호 충돌할 수밖에 없기 때문에, 상반된 목적을 달성을 위해서는 두 이념의 양보와 절충이 필요하다.

일각에서는 피해자의 권리를 확대한다는 명분이 자칫 소년범에 대한 엄벌주의 즉, 가해소년에 대한 보복적 형벌을 합리화하는 도구로 작동할 가능성이 있으므로 이에 대한 경계가 필요하다는 주장이 제기되기도 한다. 그러나 우리나라 소년법제의 이념인 보호주의의 이념이 실무에서 잘 실현된다면 그러한 우려를 불식시킬 수 있을 것이다. 즉, 소년의 연령이 확대되더라도 처벌 자체가 엄하게 내려지는 것이 아니라 소년의 보호를 위해 적합한 처분이 이뤄진다면 소년 보호와 피해자 권리 확대 모두를 조화롭게 이뤄낼 수 있을 것이다.

다행스럽게도 최근 우리나라의 검찰과 법원 단계의 소년범 처리 현황을 보면, 소년범에 대해 응보의 개념에서 접근하고 소년범에 대한 처분을 강화하기 보다는 관대한 처분을 내리는 경우가 많음을 확인할 수 있다. 특히, 2008년에 소년연령이 한 차례 인하되었음에도 불구하고 소년범에 대한 관대한 처분의 경향은 더욱 강해지고 있다.

먼저, 소년범에 대한 검찰의 처리는 크게 기소, 불기소, 소년보호송치 등 3가지로

47) 헌법재판소 2003. 09. 25, 선고 2002헌마533 전원재판부 결정, 재판관 전효숙의 보충의견.

구분해볼 수 있는데, 2014년에는 불기소가 54.2%로 절반 이상을 차지하고 있고, 소년 보호송치가 32.5%로 그 뒤를 잇고 있다. 또한, 기소가 된 경우더라도 벌금형을 부과할 수 있는 구약식의 비율이 3.9%로 전체 기소 건 중 상당히 많은 부분을 차지하고 있다. 소년범죄의 경우 성인범죄에 비하여 기소율이 비교적 낮은 반면, 기소유예 등 불기소 비율이 상대적으로 높은 것이 특징이며, 10년 전에 비해 이러한 경향이 더욱 뚜렷해졌다. 이는 소년범에 대한 관대한 처분, 선도정책 등의 영향으로 분석된다.⁴⁸⁾

〈표 6〉 2014년 소년범 검찰처리 현황⁴⁹⁾ (단위: 명(%))

계	기소			소년보호송 치	불기소	기타
	소계	구공판	구약식			
72,947 (100)	7,037 (9.6)	4,191 (5.7)	2,846 (3.9)	23,740 (32.5)	39,548 (54.2)	2,622 (3.6)

다음으로, 〈표 7〉의 법원의 소년보호사건 처리 현황을 살펴봐도 소년범에게 관대한 처분이 확대되고 있음을 확인할 수 있다. 법원의 소년범에 대한 처리는 소년보호사건과 소년형사사건으로 이원화되어 있는데,⁵⁰⁾ 소년보호사건에 대해서는 보호처분, 불처분, 심리불개시, 형사법원 송치 등의 결정을 내릴 수 있다. 2014년의 보호처분 현황을 보면, 2005년에 비해 불처분이나 심리불개시 결정을 내리는 비율이 상당히 높아진 것을 확인할 수 있다. 이 역시, 소년범에 대해 보다 관대한 처분이 내려지고 있다는 것을 의미한다.

〈표 7〉 소년보호사건의 처분 현황 (2005, 2014년)⁵¹⁾ (단위: 명(%))

구분	계	보호처분	불처분	심리불개시	기타
2005	24,303 (100)	21,135 (87.0)	1,228 (5.1)	1,758 (7.2)	182 (0.7)
2014	34,600 (100)	24,529 (70.9)	2,543 (7.3)	5,669 (16.4)	1,859 (5.4)

48) 법무연수원, 앞의 보고서, 586면.

49) 법무연수원, 앞의 보고서, 587면.

50) 우리나라는 검사선의주의를 채택하여, 검사가 송치된 소년을 보호사건으로 다룰 것인가 형사사건으로 다룰 것인가에 관한 일차적 결정권을 행사하여, 검사가 기소할 경우에는 소년형사사건으로, 소년법원으로 송치할 경우에는 소년보호사건으로 처리된다(김용우, 앞의 책, 260면).

51) 법무연수원, 앞의 보고서, 600면.

한편, ‘기타’의 비중 역시 크게 늘어 소년법에 대해 형사법원 송치 결정이 크게 늘어난 것으로 해석할 여지가 있다. 그러나 <표 8>의 소년형사공판사건 재판결과 현황을 보면 ‘소년부 송치’가 이를 웃돌 정도로 더욱 크게 늘어난 것을 확인할 수 있다. 또한 전체 소년형사재판에서 ‘소년부 송치’ 결정이 차지하는 비율이 58.3%로 상당수를 차지하고 있어, 역시 소년에 대한 관대한 처분의 기조가 유지되고 있음을 확인할 수 있다. 특히, 그 구성비에 있어 집행유예 처분 비율은 2005년 28.5%에서 2014년 11.3%로 크게 줄어들었고 소년부 송치는 같은 기간 36.4%에서 58.3%로 크게 늘어 집행유예를 대신해 소년부 송치로 처분이 옮겨간 것으로 보인다. 이는 소년법을 집행유예로 그쳐 방치하는 것이 아니라 소년법상의 보호처분을 통해 그 성행을 교정하고자 하는 의도가 반영된 것이라 생각된다.

<표 8> 제1심 소년형사공판사건 재판결과 현황 (2005, 2014년)⁵²⁾ (단위: 명(%))

구분	계	사형	무기	정기형	부정기형	집행유예	벌금	소년부송치	기타
2005	4,296 (100)	-	-	18 (0.4)	659 (15.3)	1,223 (28.5)	420 (9.8)	1,565 (36.4)	411 (9.5)
2014	3,574 (100)	-	-	14 (0.4)	634 (17.7)	405 (11.3)	110 (3.1)	2,082 (58.3)	329 (9.2)

살펴본 바와 같이, 피해자의 권리 확대와 소년연령의 인하가 자칫 소년법에 대한 엄벌주의 경향을 이끌 것이라는 우려는 기우에 불과하다. 2008년에 한 차례 소년연령이 인하되었음에도 불구하고, 소년법에 대한 관대한 처분은 그 전에 비해 오히려 더욱 강화되었다. 소년연령이 추가적으로 인하되더라도 지금과 같은 관대한 처분 경향이 더욱 강화되고 소년법을 직접 대면하는 경찰, 검찰, 법원에서 우리나라 소년법의 이념이 보호에 있다는 점을 잊지 않고 소년 보호의 실현을 위해 노력한다면, 소년연령 인하를 통해 소년의 보호와 피해자의 권리 보호를 조화롭게 실현할 수 있을 것이다.

Ⅳ. 저연령 소년법을 위한 보호처분의 정비

저연령 소년범죄를 보다 효과적으로 예방하고 적절한 후속 조치를 행하기 위해서는 소년연령의 인하가 필요하지만, 소년연령 인하에 반대하는 입장에서는 우리나라 소년

52) 법무연수원, 앞의 보고서, 605면.

사범의 행형이나 제도가 소년연령 인하를 뒷받침 할 수 있는 풍토가 되지 않았다는 의견이 있었다.⁵³⁾ 특히, 2007년의 소년법 개정 시에 소년연령 인하의 찬성 측과 반대 측 모두 비행소년에 대해 효과적으로 조기처우를 할 수 있는 방안을 마련하고, 조기처우에 따른 낙인효과를 방지할 수 있는 대책 마련이 필요하다는 데에 의견이 일치했다.⁵⁴⁾

소년법에서는 소년의 비행성의 해소를 위한 적극적인 사법적 조치와 더불어 생활환경 등에 중대한 결함이 있는 소년에 대해서는 적극적인 원조 등을 함으로써 소년을 건전하게 육성 하고자 하는 복지적 기능 또한 매우 중요한 요소이다.⁵⁵⁾ 즉, 소년법은 사법적 기능과 복지적 기능을 모두 가지고 있는데, 구체적인 보호처분을 함에 있어 두 기능은 반드시 복합적으로 나타나며 다만 어느 쪽에 무게를 실는가에 따라 보호처분의 성격이 달라진다. 저연령 소년법의 성행 교정에 효과적이면서 동시에 낙인효과를 피하기 위해서는 복지적 기능에 중점을 둔 보호처분이 마련되어야 할 것이다.

그러나 우리나라의 소년법제는 현재까지도 저연령 소년범에게 적합한 보호처분을 제대로 마련하지 못하고 있다. 2007년 소년법 개정을 통해 종래 7종류이던 보호처분을 10종류로 확대하여 보호처분의 다양화를 꾀하였으나,⁵⁶⁾ 대상 소년들 각각의 다양한 환경과 성행에 맞춘 처분을 내릴 수 있을 만큼의 내용이 담겨 있지는 않다. 특히, 저연령 소년범에게 효과적으로 대응할 수 있는 보호처분이 마련되어 있지 않다는 점과 앞서 살펴본 것처럼 소년법의 재범률이 좀처럼 줄어들지 않고 있다는 점에서 보호처분의 재정비는 필수적이라고 생각된다. 이하에서는 저연령 소년에게 적합한 보호처분의 정비 방향에 대해 이야기해보고자 한다.

1. 1호 처분의 실효성 제고

지금까지의 많은 선행 연구를 통해서 초등학생 이하의 저연령 소년범의 경우에는 가족과 관련된 문제가 비행에 많은 영향을 끼치는 것으로 드러났다.⁵⁷⁾ 그렇기 때문에 저연령 소년범에게 가장 적합하고 유효한 처분은 “보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁”하는 1호 처분일 것이다. 여기서 말하는 보호

53) 김동립, 앞의 논문, 115면.

54) 오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 『형사정책연구』 제19권 제2호, 2008, 13면.

55) 박상열, “6호 처분을 중심으로 본 소년보호처분의 현황과 문제점”, 『소년보호연구』 제15호, 2010, 195면.

56) 종래의 7가지 처분은 유지하고 부수적 처분이던 수강명령(2호 처분)과 사회봉사명령(3호 처분)을 독립된 보호처분으로 신설하였으며, 1개월 이내의 소년원 송치(8호 처분)라는 소위 쇼크구금을 도입했다.

57) 가족적 요인과 소년 비행과의 관계에 대한 더 자세한 내용은, 전영실·기광도, “저연령 소년의 비행실태 및 대책”, 『연구총서』 2009권 8호, 2009, 22-28면 참조.

자라 함은 법률상 감호교육의 의무 있는 자 또는 현재 감호하는 자를 말하며, 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁한다는 것은 소년에게 보호자가 없거나 보호자가 있더라도 그 보호자가 소년을 교정할 능력이 부족한 때에 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 위탁하는 것을 말한다.⁵⁸⁾ 소년범은 보호환경과 보호자의 개선의지가 양호한 경우에는 보호자에게, 보호환경이 좋지 않거나 보호자의 개선의지가 없을 경우에는 위탁되어 보호감호를 받게 된다. 이러한 1호 처분이 저연령 소년범의 교정에 보다 효과적으로 작용하기 위한 개선방안에는 어떤 것이 있는지 살펴보겠다.

가. 보호자 교육의 내실화

부모에게는 자녀가 범한 비행은 물론 그 이후의 재범 방지에도 일정 정도의 책임이 있으며, 그러한 역할을 해줄 것에 대한 사회적 기대가 있다. 또한, 부모의 적극적인 노력 없이는 자녀의 변화 또한 기대할 수 없다는 것도 분명하다.⁵⁹⁾ 부모가 소년범의 교정 과정에 참여하는 것은 아동의 건전한 사회적, 정서적 발달을 촉진시키는 것은 물론, 이후 부모들로 하여금 아동의 반사회적 행위와 비행위험을 감소시키려는 노력을 하게 만든다.⁶⁰⁾

2007년 소년법 개정 당시 이러한 필요성이 고려되어, 보호자교육과 관련된 조항이 신설된 바 있다.⁶¹⁾ “소년부 판사는 가정상황 등을 고려하여 필요하다고 판단되면 보호자에게 소년원 소년분류심사원 또는 보호관찰소 등에서 실시하는 소년의 보호를 위한 특별교육을 받을 것을 명할 수 있다.”라고 소년법 제32조의2에 보호자 교육 규정을 마련하였고, 그 실효성을 확보하기 위해 동법 제71조에서는 “정당한 이유 없이 특별교육 명령에 응하지 아니하면 300만 원 이하의 과태료를 부과한다.”고 규정하고 있다.⁶²⁾ 이 규정에 따라 보호처분이 결정된 소년의 부모에 대해서 소년부 판사가 가정상황 등을 고려하여 필요하다고 판단될 때에는 소년의 보호를 위해 보호자 특별교육명령을 부과

58) 박상열, 앞의 논문, 198면.

59) 강경래, 앞의 논문, 25면.

60) 김혜정, “저연령소년의 범죄대책을 위한 소년형사사법정책의 정비방안”, 『보호관찰』 제14권 1호, 2014, 157면.

61) 보호자 책임의 근거와 한계를 명확히 법제화하는 추세는 비단 영·미권의 국가들뿐만 아니라 유럽연합에 가입된 프랑스는 물론 독일 등과 같은 유럽 여러 나라들의 소년범죄와 관련된 공통적인 대응전략이다. (노정환, “외국의 소년사법정책에 있어서 보호자교육의 입법화 추세 및 사회내 처우로서의 활용현황 개관”, 『법조』, 제57권 제6호, 2008, 264면.)

62) 법률 제12890호, 2014.12.30., 일부개정을 통해 종래 100만 원이던 과태료 금액이 300만 원으로 상향 조정 되었다.

할 수 있게 되어 소년비행에 대한 부모의 책임을 간접적이지만 명문화 하였다.⁶³⁾ 이러한 입법적 조치는 부모에게 기대되는 1차적 양육담당자로서의 역할에 대한 책임을 묻는 것으로, 부모를 사건의 주요 관계자로 끌어들이는 기능을 하고 있다.

그러나 우리나라의 특별교육명령이 재범방지책으로 제대로 기능하기 위해서는 보다 다양한 교육 프로그램을 개발할 필요가 있다. 가정의 문제는 다양한 이유를 원인으로 하여 발생하는데, 그러한 원인들에 대한 조사가 선행되지 않은 일률적인 교육이 지닌 한계는 분명하다. 개개의 원인을 파악하고, 그 원인을 해결할 수 있는 교육 프로그램을 제공하는 것이 단순히 과태료를 부과하는 것보다 부모의 교육방식을 개선하고 그 참여 의지를 높이는 방안이 될 것이다.

더불어, 보호자에게 감호위탁을 명하는 1호 처분을 부과할 경우 복지적인 관점에서 소년범이 처한 환경 개선이 병행되어야 한다. 다른 요인이 있는 경우 부모의 양육태도만을 개선하는 것으로는 소년의 문제행동이 중단된다고 볼 수 없기 때문이다.⁶⁴⁾ 예컨대, 양육태도 이외에도 거주 지역의 환경이나 가정 형편 등의 경제적 문제로 인한 환경의 영향이 있을 수도 있다. 이러한 사정을 고려하여 소년범과 그 부모가 직면한 가정의 문제를 파악하고 그 개별적 요구를 반영하여 필요한 복지기관과 연결해 주는 등의 조치도 환경개선에 유효하게 작용할 수 있을 것이다.

나. 사법형 그룹홈의 활용

보호자에게 자녀를 올바른 방향으로 이끌 수만 있는 의지가 있고 문제되는 환경의 개선 가능성이 있다면, 저연령 소년범에게는 1호 처분의 보호자 감호가 가장 적합할 것이다. 그러나 보호자가 있더라도 소년범을 감호하기에 심한 결격 사유가 있거나, 그 환경이 적합하지 않은 경우, “보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁”하는 1호 처분이나 “아동복지법”에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁”하는 6호 처분이 차선으로 고려될 수 있다.

실무계에서는 소년범죄의 대다수가 기능이 상실되거나 붕괴된 가정으로부터의 비행으로 시작되었으며, 가정에서의 보호력이 떨어진다는 현실을 고려하여 그를 대신해 소년들을 보호하고 관리·감독하는 것이 소년범들의 재범을 방지할 수 있다고 주장한다. 가정법원의 소년부 판사들을 중심으로 소규모 사회내 시설인 그룹홈(청소년 회복센터)의 활용이 증가하고 있다. 이러한 그룹홈은 명문의 규정은 없으나 1호 처분의 일환으로 이용되어왔다. 그룹홈은 지역사회 내에 있는 일반 가정집에서 6~10명 정도의 소년

63) 강경래, 앞의 논문, 2면.

64) 강경래, 앞의 논문, 30면.

사범을 수용하여 관리, 감독하는 것을 일컫는데, 보호처분으로 명문으로 규정되어 있지는 않으나 실무에서는 1호 처분이나 6호 처분을 통해 그룹홈으로의 배치를 결정하는 방식으로 활용되고 있다. 그룹홈은 미국, 영국, 캐나다, 일본 등에서도 이미 도입되어 있으며, 많은 선행연구를 통해 그 재범 억제 효과가 입증된 바 있다. 그 장점으로 ① 구금형의 폐단을 극복하는 구금형의 대안으로서 기능할 수 있다는 점, ② 사회와의 유대감 지속과 지역사회 자원 활용 등 지역사회 내에서의 교정 효과를 극대화한다는 점, ③ 가정이 불안정한 소년범들에게 효과적인 보호관찰로 기능할 수 있다는 점, ④ 소규모로 이루어짐으로써 범죄자 개개인에 대한 처우의 다양성을 확보할 수 있다는 점 등이 꼽히고 있다.⁶⁵⁾

이러한 그룹홈은 보호자의 보호를 받기 어려운 저연령 소년범에게 적합한 처분이 될 수 있을 것이라고 생각된다. 보통 50여 명을 대상으로 대단위로 이루어지는 6호 처분(소년보호시설 송치)보다 소규모의 그룹홈 형태가 가족기능을 보완하기에 용이하여, 일종의 대안가정의 역할을 할 수 있기 때문이다. 또한, 소규모로 운영되기 때문에 소년범마다 제각기 다른 연령, 발달 수준 등의 특성이 반영된 개별적 보호활동이 가능하다는 점에서도 저연령 소년범에게 적합한 사회내처우로 이용될 수 있다.

얼마 전까지만 해도 사범형 그룹홈이 범제화되어 있지 않아 열악한 재정 등으로 문제를 빚었으나, 최근 입법을 통해 청소년 복지 시설로 인정되어 그 지원책이 열렸다.⁶⁶⁾ 그러나 저연령 소년범에게 적합한 위탁보호형태로 운영되기 위해서는 그 기간과 운영방법 등에 있어서 개선이 필요하다. 특히, 1호 처분의 기간은 6개월에서 최대 1년이기 때문에 그룹홈에서의 지속적인 보호가 어렵다는 점이 문제가 된다. 사실상 부모에게서 제대로 보호를 받지 못하기 때문에 위탁 보호를 하게 되는 것인데, 6개월에서 1년을 지내는 것은 소년범의 상황에 따라 짧을 수도, 길 수도 있는 기간이다. 일괄적으로 규정할 것이 아니라, 개별 상황에 맞는 상대적 정기처분⁶⁷⁾으로 전환하여 맞춤형 감호가 필요하다고 생각된다.

또한, 1호 처분의 위탁 감호를 받게 되는 보호공공제의 강제적 수요자로서 보호소년의 입장에 대한 고려도 필요하다.⁶⁸⁾ 부모가 아닌 자에게 감호 위탁할 경우에는 위탁위원이나 보호소를 선택할 수 있도록 해야 한다. 현재는 보호소년에게는 선택권이 없고, 단순히 법원에서 지정하는 방식으로 매칭이 이루어지고 있다.⁶⁹⁾ 그러나 이는 수

65) 박선영, “소년사범을 위한 소규모 그룹홈의 활성화 방안”, 『교정담론』 제8권 제1호, 2014, 27-31면 요약 인용.

66) 청소년복지 지원법 일부개정법률안(의안번호: 1917633)

67) 천정환, 앞의 논문, 230면.

68) 천정환, 앞의 논문, 234면.

69) 천정환, 앞의 논문, 234면.

요자의 입장을 완전히 배제하는 것으로, 최소한 법원에서 몇 가지를 제안하고 부모와 함께 혹은 소년 스스로 보호소를 결정할 수 있는 정도의 선택권을 보장해야 할 것이다. 더불어, 실제로 보호소에 있는 소년들로부터 피드백을 받는 등, 보호소에 대한 평가를 시행하여 수요자의 입장에서 보호소나 위탁위원회에 대한 자격을 검토하는 것이 필요하다.

2. 형사제재 성격의 탈피 - 8, 9, 10호 처분의 적용 연령 상향

소년법을 확대 적용하기 위해서는 근본적으로 소년사범의 형사제재 성격의 탈피를 통해 소년법을 형사제재로 바라보는 시각을 바꿀 필요가 있다. 보호처분에서의 ‘보호’가 의미하는 바는 소년 자신의 보호이지 사회의 보호를 의미하는 것이 아니기 때문이다. 보호처분의 주된 목적은 소년법 이념에 따라 소년의 건전한 육성에 있으며, 사회방위는 그 부수적 효과 또는 반사적 효과로서 기대할 수 있는 것에 불과하다.⁷⁰⁾ 물론 소년법상의 보호처분은 형사제재의 일종이라는 점을 완전히 부인할 수는 없다. 그러나 형사제재의 일종이라고 생각하게 될 경우에는 그에 따른 보호소년에 대한 낙인효과를 피할 수 없다.⁷¹⁾ 보호처분을 형사제재로 보지 않고 복지적 처분, 교육적 성격의 처분으로 볼 수 있기 위해서는 보호처분의 신고기관, 신고절차, 보호처분의 내용, 집행기관, 집행방법 등에 있어 근본적인 변화가 필요하다.⁷²⁾

특히, 교육적 처분과 가장 괴리가 있는 것이 사실상 구금으로 볼 수 있는 ‘소년원 송치’와 관련된 처분으로, 8호(1개월 이내의 소년원 송치), 9호(단기 소년원 송치), 10호(장기 소년원 송치) 처분이 이에 해당된다. 10호 처분은 그 대상을 12세 이상으로 규정하고 있으나, 8호와 9호 처분의 경우에는 그 대상이 10세 이상으로 되어 있어서 10세의 소년범도 단기간의 소년원 송치가 가능하다. 물론, 실무에서 실제로 저연령 소년범에게 해당 처분을 부과하는 경우는 극히 드물 것으로 예상되지만 절대적으로 구금 가능 연령이 너무 낮은 상태라 생각된다.

유엔아동권리협약(UNCRC: The United Nations Convention on the Rights of the Child) 제32조에서는 아동의 최소형사책임연령에 대해서 “아동의 감성(Emotional), 정신(Mental) 그리고 지능(Intellectual)의 성숙에 기반을 두고 최소 형사책임 연령을 정하여야 한다.”라고 하면서 2002년 각계 분야 전문가들의 의견을 토대로 만 12세로 적용할 것을 권고하였다.⁷³⁾ 우리나라의 경우 형사미성년자 연령은 14세로 국제 기준에

70) 한국소년법학회 편저, 앞의 책, 263면.

71) 박영규, “소년법의 인권에 관한 고찰”, 『소년보호연구』 제28권 제1호, 2015, 108면.

72) 오영근, 앞의 논문, 21면.

부합하고, 세계 각국과 비교해보았을 때도 그리 높거나 낮은 연령은 아니다. 그러나 우리나라 소년법 상의 소년원 송치를 사실상 구금으로 볼 때, 구금 가능연령은 10세로 낮아진다. 이는 UNCRC의 권고안에도 부합되지 않을 뿐만 아니라, 다른 나라의 형사 처벌 연령과 비교하더라도 다소 낮은 편에 속한다.

물론, 소년원은 비행에 대한 응보보다 교육적 기능에 초점을 맞추고 있으므로 실제 구금을 목적으로 하는 소년교도소와는 그 성격이 다르다는 것은 분명하다. 또한 최근 소년원이 형사제재로서의 성격을 탈피하기 위하여, 각급 학교로 이름을 바꾸고 교정공무원 이외의 교과교육교사를 채용하는 등의 교육이념을 실현하는 데에도 무게중심을 두고 있다. 하지만 이러한 노력에도 불구하고 그 본질이 구금이라는 것에는 변함이 없다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾ 소년연령을 인하하더라도 소년원 송치 처분만큼은 저연령 소년에게 부과될 수 없도록, 종래의 촉법소년 연령대로 만12세까지 상향조정할 필요가 있다.

V. 결론

지금까지 소년연령의 인하와 그 과제에 대해 살펴보았다. 앞서 2007년 소년법 개정을 통해 소년연령이 12세에서 10세로 인하되었고, 현재까지는 촉법소년에 의한 범죄가 차츰 줄어드는 모습을 보이고 있다. 그러나 소년연령이 인하되었음에도 여전히 그 하한 연령 이하에서 일어나는 범죄에 대해서는 법률상의 공백 상태에 놓여 있다. 이로 인해 생겨나는 소년법과 피해자 측면의 문제는 해결되지 못할 수밖에 없다.

또한, 소년연령의 인하에도 불구하고 재범률은 줄지 않는 모습을 보여, 그 재범을 막기엔 현행 소년법상의 보호처분이 그다지 효과적이지 못하다고 생각된다. 소년연령을 한 차례 더 인하하거나 그 하한을 두지 않고 소년법을 보호할 필요성은 분명하지만 저연령 소년범의 효과적인 재범 억제를 위해서는 아직까지 개선해야 할 점이 산재해 있다. 특히 소년법상 보호처분이 저연령 소년범에게 적합한 방향으로 적용될 수 있도록 정비가 필요하다. 이러한 개선이 함께 이루어지지 않는다면, 소년연령의 확대는 재

73) Article 10(32) of the CRC “States parties are encouraged to increase their lower MACR to the age of 12 years as the absolute minimum age and to continue to increase it to a higher age level.” (정재준, 앞의 논문, 37면에서 재인용).

74) 김성돈·강지명, 앞의 보고서, 29면.

75) 법률 제13524호, 2015.12.1., 일부개정 이유에서도 “현행법에 따라 범죄를 저지른 소년에게 내려지는 보호처분 중 소년원 송치는 기본적으로는 소년의 개선과 교화를 주목적으로 하는 점에서 형벌과는 차이점이 존재하나, 결국은 범죄행위에 대한 처벌로서 형벌인 구금과 유사한 성격을 가진다 할 것임.”이라고 밝히고 있어 소년원 송치가 구금의 성격을 가진다는 점을 분명히 하고 있다.

범을 억제하지 못하고 단지 소년범에 대한 처벌의 확대에 그칠 뿐이며 소년의 보호라는 소년법상의 이념을 달성하지 못하는 결과를 낳게 될 것이다.

소년은 국가의 미래를 좌우할 소중한 재목들이라는 관점에서 보면, 소년범죄는 단순히 한 가정이나 피해자에 국한하여서만 생각할 문제가 아니다. 소년이 올바르게 건강하게 성장할 수 있기 위해서는 사회 전체의 노력이 필요하다. 해외에서는 소년사범의 중요성을 충분히 인식하고 이에 대한 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 우리나라도 소년범죄를 사회 문제로 인식하고 2007년의 소년법 개정을 통해 많은 변화를 꾀하였지만, 아직도 갈 길이 멀어 보인다. 소년법이 소년의 보호라는 이념을 더욱 잘 실현할 수 있기 위해서는 우리나라의 상황에 적합하도록 법과 제도를 꾸준히 바꾸어 나가야 할 것이다.

Ⅰ 참고문헌

1. 단행본

- 김용우, 「소년법개론」, 상린, 2007.
 법무부, 「소년보호와 인권」, 2009.
 법무연수원, 「범죄백서」, 2015.
 법원행정처, 「사법연감」, 2015.
 한국소년법학회 편저, 「소년법」, 세창출판사, 2006.

2. 논문

- 강경래, “소년비행과 부모의 책임”, 「소년보호연구」, 제16권, 2011.
 김혜정, “저연령소년의 범죄대책을 위한 소년형사사법정책의 정비방안”, 「보호관찰」 제14권 1호, 2014.
 김성돈·강지명, “「형법」상 형사미성년자 연령 설정과 「소년법」상 소년보호처분제도와의 관계”, 2012.
 김동림, “소년법의 문제점과 입법에 관한 논의”, 「형사정책」 제12권 제1호, 2000.
 노청환, “외국의 소년사법정책에 있어서 보호자교육의 입법화 추세 및 사회내 처우로서의 활용현황 개관”, 「법조」, 제57권 제6호, 2008.
 류병관, “미국 소년사법에 있어 범죄피해자권리 등장애 따른 논의”, 「소년보호연구」 제17호, 2011.
 ———, “범죄피해자 진술권의 성격 및 내용에 관한 연구”, 「형사정책」 제20권 제2호, 2008.
 마에노 이쿠조, “피해자와의 관련으로 보는 일본에 있어서의 소년법 개정”, 「소년보호연구」 제11호, 2008.
 민영성, “소년의 성장발달권의 보장과 실효적 형사재판절차참가”, 「법학연구」 제47권 제1호, 2006.
 박상열, “6호 처분을 중심으로 본 소년보호처분의 현황과 문제점”, 「소년보호연구」 제15호, 2010.
 박선영, “소년사범을 위한 소규모 그룹홈의 활성화 방안”, 「교정담론」 제8권 제1호, 2014.
 박영규, “소년법의 인권에 관한 고찰”, 「소년보호연구」 제28권 제1호, 2015.
 박찬걸, “형법상 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계”,

「소년보호연구」 제22호, 2013.

오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 「형사정책연구」 제19권 제2호 2008.

장영민, “소년법상의 제 연령 기준에 관한 일 고찰”, 「법학논집」 제9권 2호, 2005.

전영실·기광도, “저연령 소년의 비행실태 및 대책”, 「연구총서」 2009권 8호, 2009.

정재준, “형사미성년자의 연령 인하 문제를 위한 제언”, 「한국형사법연구」 제24권 제1호, 2012.

천정환, “1호 처분인 소년위탁보호위원론”, 「교정복지연구」 제39호, 2015.

한숙희, “촉법소년 연령인하에 따른 가정법원의 역할과 과제”, 「형사정책연구」 제19권 제2호, 2008.

황성기, “아동의 권리에 관한 제문제”, 「아동권리연구」 제1권 제2호, 1997.

1인 주식회사에서 무한책임의 인정

최은석(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

요 약

2001년 상법 개정으로 1인 주식회사의 남용에 관한 우려는 더욱 커졌다. 그럼에도 그에 대한 적절한 대응은 되고 있지 않다. 회사법이 더이상 개념법학적인 정태적인 학문에 그치기를 거부하고 현실의 문제를 해결하는 수단이 되어야 한다는 관점에서 본다면, 현재의 법상태는 1인 주식회사의 문제를 적절히 다루고 있지 못하다고 생각된다. 우선 1인 주식회사의 문제에 대한 실마리는 유한책임의 채택만 향유하고 유한책임이 의도하는 자본집중이라는 효용은 창출하지 못한다는 점과 그 실체는 대개 개인 기업과 같은 1인 주주가 所有하는 기업인데, 개인기업과는 달리 무한책임을 인정하는 것이 정의관념에 반하지 않은가 하는 데에서 찾을 수 있다. 양자는 유한책임의 존재 근거로 여겨지는 자본집중과 소유와 경영의 분리로 연결된다. 1인 주식회사에 자본집중의 효과가 없다는 점은 1인 주주에 대한 무한책임 부과와 정당성을 부여해주고, 소유와 경영의 분리로 인해 부여되었던 유한책임이 지배권을 계기로 그 존재근거를 상실한다는 점은 1인 주주의 무한책임 발생의 구체적 계기를 만들어준다. 결국 1인 주주의 소유자책임으로 귀착하여 경영에의 관여 여부와 무관하게 무한책임이 인정되게 된다. 다만, 주식회사의 물적 회사라는 속성으로 인해 자본에 관한 사항으로 그 책임이 제한된다.

한편, 주주의 유한책임은 누구도 타인의 채무에 대해 책임지지 않는다는 생각, 소위 분리원칙(Trennungsprinzip)에 근거한다는 견해가 있는데, 역사적 고찰은 사실(史實)은 그와 다르다는 점을 보여준다. 그리고 1인 주식회사의 문제는 法人인 形式과 個人인 前法律的 實體의 乖離에서 오는 문제로서 실체에 따라 개인법적 변용이 있을 수 밖에 없기 때문에 사실(史實)은 법리적 근거도 가진다. 또한 이러한 무한책임은 회사법의 기능적 관점에서도 정당화되는데, 대리인 비용의 분석을 통해 1인 주주의 행위가 채권자를 보호하는 방향으로 유도됨을 알 수 있다. 이러한 검토를 근거로 간략하게 입법적 대안을 제시하였다. 1인 주주에서 지배권의 공유를 통한 지배주주의 무한책임 형태로 발전하는 계기가 되었으면 한다.

* 주제어 : 1인 주식회사, 무한책임, 유한책임, 지배주주, 소유자 책임

I. 서론

1. 1인 주식회사의 문제점
2. 1인 주식회사의 문제에 대한 접근방법

II. 현행법의 규제 시스템과 다른 대안들

1. 현행법의 규제 시스템
2. 다른 대안들

III. 무한책임 부과와 인정 근거

1. 기존의 논의
2. 법인성과 구성원의 유한책임의 관계
3. 무한책임 인정의 근거

IV. 입법적 대안의 검토

1. 입법적 대안의 제시
2. 지배주주의 충실의무 책임론과의 관계

V. 결론

I. 서론

1. 1인 주식회사의 문제점

2001년 상법 개정으로 1인 주식회사의 설립이 제도적으로 가능해졌다. 그러나 1인 주식회사는 회사법의 여러 제도와 갈등을 야기하고 있다.

가령 2011년 상법 개정으로 제169조에서 회사의 사단성 요건을 삭제하고 법인성 요건만 남겼지만,¹⁾ 1인 주식회사의 사단성 문제는 해결되지 않았다. 왜냐하면 사법상의 법인에는 사단법인과 재단법인 두 종류만 있을 뿐인데,²⁾ 주식회사가 재단법인이 아니라면 사단법인일 수 밖에 없기 때문이다. 이와 관련 1인 주식회사의 사단성을 긍정하려는 견해로 종래 잠재적 사단설이 있다.³⁾ 잠재적 사단이란 말은 바꿔 말하면 현재는 사단이 아니라는 것이다. 결국 잠재적 사단설은 1인 주식회사의 법적 성질이 무엇인지는 밝히지 못하고 사단이 아니라고 하고 있음에 다름아니다.

또한 회사법상 의사결정·업무집행절차와 관련해 판례는 1인 주식회사에 대한 회사법상 규제 위반을 사실상 용인하는 입장이기도 하다. 예컨대 영업양도에서 요구되는 주주총회의 특별결의가 필요없다든지,⁴⁾ 이사의 자기거래에 대한 승인이 불필요하다든지,⁵⁾ 또는 이사회에 결의 없이 주주총회를 개최하였거나,⁶⁾ 정당한 소집권자 아닌 자에 의해 소집된 경우,⁷⁾ 심지어 주주총회를 실제로 개최한 일이 없이 의사록만 작성된 경우⁸⁾에도 주주총회 결의의 효력을 인정한다.⁹⁾

게다가 1인 주식회사인지 여부를 실질주주를 기준으로 판단¹⁰⁾하고 있기 때문에 판

1) 그러나 회사의 설립행위의 법적 성질에 관해 여전히 합동행위로 보는 것이 다수설이다. 그런데 1인의 행위만 존재하는 1인 주식회사의 설립이 합동행위인지는 약간의 의문이 든다.

2) 회사법상 사단의 의미를 어떻게 보든 사법상 법인은 사단법인 아니면 재단법인이다.

3) 1인 주식회사의 사단성과 관련한 검토는 김재형, “1인회사의 사단성과 1인주주의 유한책임에 관한 검토”, 『기업법연구』 제13권, 2003, 56-61면 참조.

4) 대법원 1974. 4. 23. 선고 73도2611 판결.

5) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002다20544 판결.

6) 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다8702 판결.

7) 대법원 1967. 2. 28. 선고 63다981 판결.

8) 대법원 1976. 4. 13. 선고 74다1755 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다73020 판결 등.

9) 1인 주식회사에서 주주총회나 이사의 자기거래에 대한 이사회의 승인에 관한 절차를 준수하지 않은 것에 대해 대법원은 수용적인 태도를 보인 반면, 후술하는 바와 같이 법인격 부인의 사례에서는 동일한 행위에 대해 부정적으로 모순되는 평가를 내리고 있다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결). 이처럼 법인격 형해화의 징표되는 행위의 유효성을 인정하는 것은 문제가 있다고 생각된다.

10) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다73020 판결.

례준칙의 적용범위는 절대 좁지 않다. 한편 학설은 이러한 태도를 소규모회사에서의 구체적 타당성을 고려한 것¹¹⁾이라거나 주주의 출석기회 보장의 취지¹²⁾라는 등의 이유로 긍정하는 것이 통설이다. 그외 이사회 승인에 의한 주식의 양도제한이 1인 주식회사의 경우에 적용되는지에 관해서는 학설이 대립하고 있다.

형사책임에 있어서도 1인주주가 주주총회 소집 등 상법상 절차를 거치지 않고 특정인을 이사의 지위에서 해임하고 그 내용을 법인등기부 등본에 기재되게 하였다 하더라도 공정증서원본부실기재죄에 해당하지 않는다.¹³⁾

이러한 통설과 관례의 태도의 가장 큰 문제점은 1인 주식회사의 의사결정과 업무집행의 진실성과 신용정보의 정확성을 담보할 장치를 제거함으로써 채권자를 포함한 제3자의 이익을 심각하게 침해할 가능성이 있다는 점이다.

그러나 1인 주식회사와 가장 갈등을 일으키는 영역은 유한책임 제도라고 본다. 2001년 개정 전에도 마찬가지이지만, 개정 후에도 1인 주식회사의 남용 가능성에 대해 더욱 경계하는 견해들이 있어왔고, 그 통제에 대한 여러 대책들이 제시되어 왔다.

사실 유한책임 제도 자체가 여러 가지 면에서 문제점이 지적되지만,¹⁴⁾ 1인 주식회사와 관련하여 유한책임의 혜택 부여를 재고하게 만드는 문제로는, 회사법상 규제의 잠탈 및 그로 인해 파생되는 분쟁,¹⁵⁾ 회사의 재무정보 등이 공시되지 않음으로 인한 정보의 비대칭성 또는 부족한 자본으로 발생하는 채권자 피해, 세금포탈, 주주의 개인 재산과 회사재산의 뒤섞임, 주식양도를 제한한 정관에 반한 주식의 양도 가능성 등을 들 수 있다.

결국 1인 주식회사의 특수성을 고려한 전반적인 독자적 규율의 필요성을 검토할 필요가 있다고 생각되나 여기서는 유한책임의 문제에 한정하여 살펴본다.

11) 강덕미, "1인회사와 주주총회소집절차상의 하자" in 상사판례연구1, 박영사, 1996, 471-472면.

12) 최완진, "[상사중요판례연구] 1人會社에서의 株主總會의 召集과 決議", 「고시연구」 제32권 제6호, 2005, 157면.

13) 대법원 1996.6.11. 선고 95도2817 판결.

14) 가령 불법행위책임, 피용자의 임금채권, 법인격에 관한 의도적인 오표시에 대한 책임, 무모한 투자결정의 문제 등을 생각할 수 있다. Paul Halpern, et al., "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law", *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 30 No. 2, 1980, pp.149-150.

15) 양동석, "1인회사 설립과 유한책임의 제한", 「비교사법」 제8권 제1호, 2001, 672면.

2. 1인 주식회사 문제에 대한 접근방법

1인 주식회사의 남용 문제는 그것이 회사법 전체의 기능과 위상에서 어떠한 좌표에 있는지와 연관하에서 고려하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 구성원의 유한책임은 법인의 핵심적 특징 중 하나라거나¹⁶⁾ 주식회사의 근간이라고 보기 때문에¹⁷⁾ 그로부터 파생된 문제를 대증적(對證的) 요법으로 해결함은 또 다른 문제를 초래할 가능성이 크기 때문이다.

회사법의 기능이란 자본시장의 성장을 통해 경제발전을 지원한다든가 특정한 정책 목적 실현을 위한 수단으로 보는 관점을 말한다.¹⁸⁾ 19) 전 세계적으로 회사법의 패러다임이 그러한 방향으로 변화하고 있는데 우리나라에서 회사법의 기능적 역할에 대한 인식은 미흡하다고 한다.²⁰⁾ 회사법의 기능적 역할을 강조한다면, 1인 주식회사의 문제는, 주주의 유한책임에 관한 상법(이하 상법은 법령명 생략) 제331조의 해석에 대한 법리로 풀기보다는, 동 법조가 1인 주식회사의 폐해에 대해 얼마나 잘 대응하는가의 관점에서 보아야 한다고 말하는 것이 된다.²¹⁾

한편 회사법의 기능적 관점에서 대리인 비용(agent cost)이 중요한 분석요소로서 고려된다. 여기에는 기업에 관련된 세 가지 종류가 있다. 첫째는 기업의 소유자와 고용된 경영인 사이의 갈등, 둘째는 지배적 소유자와 그렇지 않은 소유자와의 갈등, 셋째는 기업 및 소유자와 기업과 계약관계에 있는 당사자들간의 갈등이다.²²⁾ 1인 주식회

16) Reinier H Kraakman, "The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach", Oxford University Press on Demand, 2009, p.5.

17) 손주찬, "株主의 無限責任", 『법조』 제25권 제4호, 1976, 1면.

18) 김건식, 『회사법 연구』, Vol. I 도서출판 소하, 2010. 또는 문맥에 따라 상업활동과 조직에 대한 수요로 인해 발생하는 현실적인 문제들에 관한 각국 회사법의 유사한 대응과 그러한 대응의 원인에 관한 경제학적 분석의 관점을 의미한다. Reinier H Kraakman, "The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach," p.4 참조

19) 한편 회사법의 기능과 목적은 구별해야 될 것으로 생각된다. 규범적 차원에서 회사법의 목적은 전체로서의 사회 이익에 봉사한다는 것에서 출발하여 좀더 구체적으로 주주이익의 극대화를 말한다. 주주이익의 극대화를 통해 전체적인 사회복지를 증진시키는 것을 의도하기 때문에 여기서 주주이익이란 주주만의 이익을 의미하는 것이 아니라, 기업과 거래하는 모든 당사자의 이익을 의미한다. Reinier H Kraakman, "The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach," p.5.

20) 김건식, 회사법 연구 Vol. I, 14, 20-26면.

21) Ibid. pp.20-30 참조. 우리나라에서의 이러한 접근은 과거 우리 회사법이 현실과 유리되어 작동하지 않는 법으로서 존재하였음에도 상법학은 정태적인 이론적·개념적 논설에 머물렀던 점을 반성하고, 새로운 법리의 수용에 소극적인 법원의 태도를 고려하여 입법적 설득력을 갖춘 실증적 연구가 필요함을 강조한 것이라고 생각된다. 그러나 법학에 다양한 관점을 도입하는 것은 바람직하지만, 법해석학에 의한 뒷받침이 없다면, 다른 실증적인 사회과학과 구분되는 독자성이 없을 것이다.

사에서 유한책임의 문제는 마지막 세번째 카테고리에 속한다. 그러므로 채권자와의 관계에서 대리인 비용을 최소화하는 방향으로 기업 및 소유자의 행동을 통제·유도한다는 관점이 이 문제의 해결에서 유용할 것이다.

그런데 만약 기능적으로 타당한 결론이 기존의 법체계·법해석에 부합한다면, 그것은 추가적인 정당화 근거에 불과하다. 하지만, 기존의 법체계·법해석에 부합하지 않는다면, 새로운 법리에 의해 그 결론이 정당화되거나 또는 법적으로 수용할 수 없는 결론이 될 것이다. 그러므로 1인 주식회사의 문제를 해결함에 있어 먼저 현재의 법상태를 고려한 분석이 필요하다.

이하에서는 현행법의 태도를 포함하여 주주 유한책임의 폐해에 대한 기존의 대응방안들은 어떤 것들이 있는지 살펴본다. 그리고 1인 주주의 무한책임 인정의 타당성을 살펴보고, 그 요건·효과의 입법적 대안을 제시할 것이다.

II. 현행법의 규제 시스템과 다른 대안들

1. 현행법의 규제 시스템

우리법은 주주의 유한책임 남용에 관해 지배주주나 경영진의 행동을 규제함으로써 간접적으로 통제하는 방법과 직접적으로 주주의 유한책임을 부인하는 두 가지 방법을 병용한다. 그러나 간접적인 행위규제를 통한 통제는 궁극적으로 지배주주에게 손해배상책임 등의 채무를 부담시킴으로써 그 이행이 보장될 수 있기 때문에 책임규제가 얼마나 실효성이 있는가가 관건이 된다.

가. 행위규제

여기에는 경업금지규정(제397조, 제408조의9), 이사와 회사와의 거래제한(제398조, 제408조의9, 제542조의9), 회사에 대한 이사의 손해배상책임(제399조), 이사의 위법행위의 유지(留止) 청구권(제402조),²²⁾ 이사의 선관주의 의무 규정(제382조 제2항, 민법

22) Reinier H Kraakman, "The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach", p.36. 여기서 고용된 경영인과 기업의 갈등은 언급되지 않았음을 유의할 필요가 있다고 생각한다. 기본적으로 고용된 경영인인 이사와 기업의 이해관계 대립 상황을 전제로 하는 구도를 취하는 우리 법의 해석에 있어 고려해야 할 부분이기 때문이다.

23) 청구권자가 감사 또는 100분의 1 이상의 주식을 가진 주주이므로 1인 주식회사의 경우는

제681조) 등²⁴⁾ 외에도 이사의 충실의무 규정(제382조의3), 회사의 기회 및 자산 유용 금지(제397조의2), 업무집행지시자 등의 책임(제401조의2), 재무제표 등의 비치·공시의무(제448조), 정관 등의 비치·공시의무(제396조), 감사 및 감사위원회 제도(제409조 이하, 제542조의10 내지 13) 및 이익배당 규제(제462조 이하), 소수주주권(제366조, 제403조, 제466조, 제477조, 제542조의6)²⁵⁾ 등 수많은 규정이 있다.

상기 규정들은 모두 지배주주²⁶⁾와 경영진에 관련된 대리인 문제(agent problem)를 통제하기 위한 제도들이고, 사실 회사법이 수행하는 두 가지 일반적인 역할 중의 하나가 그것을 해결하는 것이다.²⁷⁾ 그러므로 위 규정들의 해석에 있어서 대리인 문제의 관점에 기초를 두어야 한다. 이하에서는 위 규율들을 편의상 대략적인 유형으로 나누어 간략히 살펴보기로 한다.

1) 이사의 거래를 제한하는 유형의 통제

여기에는 자기거래 제한(제398조, 제408조의9, 제542조의9), 경업금지의무(상법 제397조, 제408조의9), 회사의 기회 및 자산 유용 금지(제397조의2) 등이 해당된다.

1인 주식회사와 관련해 이사와 회사의 거래제한 규정을 해석함에 있어서, 사실상 회사의 영업이 이사의 개인영업에 불과한 경우에는 회사와 이사의 이해상반관계가 없으므로 이사회에 승인을 요하지 않는다고 해석하는 이른바 승인불요설²⁸⁾은 취하기 어렵다. 왜냐하면, 1인 주주인 이사는 처음부터 대리인(agent)이고 본인(principal)-대리인(agent)의 이해관계가 일치하는 경우가 아니기 때문이다. 앞서 본 바와 같이 1인 주식회사의 유한책임 문제는 세번째 유형의 대리인 문제로서 회사 외부인과의 관계에서 고찰해야 한다. 따라서 외부인과의 이해관계가 일치하는 경우가 아니라면, 이사회의 승인이라는 통제를 받는다고 해석하여야 할 것이다.²⁹⁾ 경업금지의무의 경우도 마찬가지

거의 의미가 없다.

24) 박세화, “지배주주의 의무와 책임에 관한 연구” 박사학위 논문, 연세대학교, 1997, 29-30면. 참조.

25) 다만, 소수주주권은 1인 주식회사의 문제에는 적용이 없다고 할 것이다.

26) 대리인 문제에 있어서 지배주주는 소수주주나 채권자와 대비되는 내부자(insiders)이다. Reinier H Kraakman, “The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach,” p.35.

27) Ibid.

28) 천경훈, “改正商法상 自己去來 제한 규정의 해석론에 관한 연구”, [Interpreting Amended Regulations on Self-dealing under the Korean Commercial Code.], 『저스티스』 제131호, 2012, 62-63면 참조.

29) 현행 상법은 제389조 제1호 후단에서 이사 등의 자기거래에 대해 10% 이상의 지분을 가진 주요주주를 대상자에 포함시켰다. 대(大)는 소(少)를 포함한다는 논리해석상 1인 주주의 자기 거래에서도 이사회의 승인을 요한다고 봄이 타당하다.

지이다.³⁰⁾ 또한 이사회에 승인을 받은 경우에도 회사에 손실이 발생하였을 때 1인 주주가 이사가 아닌 경우 책임을 부담시킬 방법이 있는지 의문이다.

회사의 기회 및 자산 유용 금지 규정을 강행규정으로 보아 당해 이사의 경우에는 총주주의 동의로도 책임을 면할 수 없고, 감면될 수도 없다고 해석하는 견해³¹⁾가 있다. 이러한 해석은 1인 주식회사의 경우에도 적절한 통제로 작용하므로 타당하다고 생각한다. 그러나 지배주주가 행위주체로 명시되어 있지 않다.

2) 이사에게 배상책임을 물리는 유형의 통제

여기에는 회사에 대한 이사의 손해배상책임(제399조)과 업무집행지시자 등의 책임(제401조의2) 중 회사에 대한 부분이 해당될 수 있다. 즉 회사에 대한 손해배상책임을 인정함으로써 간접적으로 1인 주주를 포함한 지배주주의 행동을 통제할 수 있는 여지가 있다. 그러나, 1인 주식회사의 경우에는 그 한계가 있다.

대부분의 1인 주식회사에서 감사가 1인 주주의 친·인척 또는 직원(자회사의 직원 포함)이 선임되는 현실과 감사가 주주총회에서 선임되고 언제든지 해임될 수 있는 점(제409조 제1항, 제415조 및 제385조)을 고려할 때 제399조와 제401조의2에 따른 손해배상책임을 추궁할 주체가 사실상 없다. 특히 자본금 10억원 미만의 회사³²⁾로서 감사를 선임하지 아니한 경우(제409조 제4항)에는 더욱 그러하다. 다음으로 1인 주주가 이사가 아닌 경우에는 추가적인 어려움이 있다. 왜냐하면, 업무집행지시자로서의 책임

이사회 승인이라는 메커니즘이 실질적으로 작동하지 않는 문제는 1인 주식회사를 특수성을 고려하여 입법적으로 해결할 일이다.

30) 가령 1인 주주가 이익이 많이 나는 거래는 자기의 명의로 하고, 손실이 날 가능성이 있는 거래는 회사의 명의로 함으로써 외부자와의 관계에서 대리인 문제를 발생시킨다.

그런데 경영행위의 승인기관 문제에 있어, 자기거래금지와 달리 직접적으로 출자자의 이익을 보호하려는 면이 강하기 때문에 주주총회의 승인사항으로 해야 한다는 견해가 있다. 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2015. 각주 4.

통상의 주식회사에서는 주주총회를 승인기관으로 하는 것이 바람직하더라도 1인 주식회사에서는 같은 효과를 거둘 수 없음을 알 수 있다. 이런 점에서도 1인 주식회사를 통상의 주식회사와 달리 규율할 필요가 있음을 느낄 수 있다.

31) Ibid. p.988.

32) 2015년도말 기준 전체 주식회사 561,569개 중 자본금 10억 원 이하의 주식회사는 554,305개(98.71%)이다. (국세통계 조기공개 자료 참조)

〈http://stats.nts.go.kr/early/major_detail.asp?year=2016&catecode=A04002#〉 (2016. 8. 18. 마지막 방문)

대법원의 등기 자료를 기준으로 하였을 때는 2015년도말 기준으로 전체 주식회사 수는 855,110원이고 자본금 10억 원 이하의 주식회사는 820,409개(95.94%)이다. (대법원 인터넷 등기소 법인등기 통계 자료 참조. 〈<http://www.iros.go.kr/pos1/pfrontservlet?cmd=PCMS6GetBoardViewC&menuid=001010002&boardTypeID=32&category=&searchSelect=&keyWord=&LPage.CurrentPage=1&boardID=1829>〉 (2016. 8. 18. 마지막 방문))

을 지우려면, “지시³³⁾하거나 집행한 업무”라는 요건이 충족되어야 하는데 외부인이 어떤 특정한 업무에 대한 내부적인 지시의 존재를 입증한다는 것이 쉽지 않기 때문이다.³⁴⁾ 그리고 영향력 행사의 의미에 대해, 견해 대립³⁵⁾이 있지만, 부당한 영향력의 행사로 해석하든 사실상의 영향력 행사로 해석하든, 업무에 대한 관여없이 의결권을 행사한 경우에는 책임을 묻기 어렵다.³⁶⁾

3) 내부 정보의 공개를 통한 통제

재무제표 등의 비치·공시의무(제448조), 정관 등의 비치·공시의무(제396조)와 감사 및 감사위원회 제도(제409조 이하, 제542조의10 내지 13)가 여기에 해당한다. 이러한 유형의 통제는 주주 유한책임의 전제로서 본질적인 것이다.³⁷⁾ 하지만 열람권자가 주주와 회사채권자로 되어 있어서 거래관계에 들어서기 전의 교섭당사자는 배제되는 문제가 있다.³⁸⁾ 또한 공개되는 정보의 정직성과 유용성을 담보하기 위한 외부회계감사가 수반되지 않는다는 중대한 허점이 있다.³⁹⁾ 그런데도 오히려 규제개혁이라는 미

33) 지시의 의미에 관하여는 통상적·관행적이어야 한다는 견해와 1회적인 지시로도 충분하다는 견해의 대립이 있다. 김동근, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 『기업법연구』 제9권, 2002, 568면.; 허덕희, “회사의 업무집행에 대한 지배적 지위남용의 규제”, [A Study on the Regulation Abuse by Controlling Position to Management of Corporation.], 『법과 정책』 제19권 제2호, 2013, 445면.

34) 김동근, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 571면.

35) Ibid. pp.564-565.; 김대연, “업무집행지시자 등의 책임”, 『기업법연구』 제4권, 1999, 251면.; 송종준, [특집:상법의 분야별 논점연구]업무집행지시자 등의 책임, 『고시연구』 제26권 제8호, 1999, 49-50면.; 허덕희, “회사의 업무집행에 대한 지배적 지위남용의 규제”, 443-444면; 정찬형, 상법강의(상), 1012면.

36) 김건식, 회사법 연구 Vol. I, 73-74면.

37) Andrew Hicks · Say H Goo, “Cases and Materials on Company Law”, Oxford university press, 2008, p.150.

38) 주주의 유한책임 문제에서 비자발적 채권자를 자발적 계약 채권자와 구별할 필요성의 주된 논거가 자발적 채권자는 사전에 상대방의 채무불이행 가능성을 고려한 교섭 가능성이 있었지만, 비자발적 채권자는 상대방의 리스크에 따라 계약조건을 교섭할 가능성이 없었다는 점이다. Richard A Posner, “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”, The University of Chicago Law Review, Vol. 43 No. 3, 1976, p.506.

열람권자를 주주와 회사채권자로 제한한다면, 자발적 채권자도 비자발적 채권자와 마찬가지로 사전에 리스크를 반영한 교섭가능성이 제한된다. 그렇다면 주주가 자발적 채권자에게도 무한책임을 부담하는 것이 균형이 맞다.

39) 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제2조 및 동 시행령 제2조에 의하면, 자산총액 120억 원 이상, 또는 자산총액이 70억 원 이상이고 부채총액이 70억 원 이상이거나 종업원 수가 300명 이상인 회사, 또는 주권상장법인이 그 대상이다.

2015년말 국세청 통계(각주 참조) 기준으로 전체 주식회사 수는 561,569개인데 반해 외부감사대상 주식회사의 수는 24,951개(4.44%)로 매우 미미한 수준이다. 금융감독원 보도자료

명하에 2015년부터 자산총액 기준을 100억 원에서 120억 원으로 상향하여 외부감사 대상을 축소하는 개정이 이루어졌다.

4) 이사의 직무상 보호의무 부과에 의한 통제

이사와 회사는 위임 관계에 있어 직무 수행 시 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다(제382조 제2항, 민법 제681조). 그리고 제382조의3에 충실의무가 규정되어 있다. 그러나 이 규정들은 지배주주의 행동을 규범적으로 구속하지 못한다. 왜냐하면, 충실의무는 그 주체가 이사로 한정되어 있고, 주주와 회사는 위임관계에 있지 아니하므로 선관주의의무가 적용되지 않기 때문이다. 1인 주주가 이사인 경우에도 이사가 통상적인 상황(a solvent firm)에서 회사채권자에 대한 충실의무를 부담한다고 보기 어렵기 때문에⁴⁰⁾ 한계가 있다. 다만, 입법에 의한 방법으로 지배주주의 충실의무는 주주 유한 책임 남용에 대한 유력한 통제수단이 될 수 있다.⁴¹⁾

5) 자본금 유지 원칙에 의한 통제

이익배당 규제(제462조 이하), 전액납입·전부이행주의(제305조), 액면미달발행의 제한(제330조), 법정준비금의 적립(제458조, 제459조) 등이 여기에 해당한다.⁴²⁾

나. 책임규제

여기서는 1인 주주에게 직접적으로 채권자에 대한 책임을 부담시킴으로써 그의 행동을 통제할 수 있는 규제들을 살펴본다. 이 부류에 해당하는 것으로는 이사의 제3자에 대한 책임(제401조), 업무집행지시자 등의 책임(제401조의2), 국제기본법상 과점주주의 2차 납세의무 등 개별법상의 규제와 법인격 부인론이 있다.

료 참조(2016. 1. 21. 게시).

〈http://www.fss.or.kr/fss/kr/promo/bodobbbs_view.jsp?seqno=19164&no=64&s_title=외부감사&s_kind=title&page=1〉 (2016. 8. 18. 마지막 방문)

40) 김건식, 회사법 연구 Vol. I, 78-79면.

41) Ibid. pp.72-74.; 송호신, “지배주주의 권리와 책임”, [Rights and Liabilities of Controlling Shareholder.], 『한양법학』 제23권, 2008, 278-280면.

42) 정찬형, 상법강의(상), 624면.

1) 이사의 제3자에 대한 책임

이 책임은 주주가 이사인 소규모 회사에서 법인격부인론의 기능을 대체할 수 있다.⁴³⁾ 판례는 통상의 거래행위에 대한 채무불이행에는 적용하지 않고, “이사의 직무상 忠實 및 善官義務 위반의 행위로서 위법성⁴⁴⁾이 있는 경우”에 고의 또는 중과실에 의한 임무 해태(懈怠)를 인정한다.⁴⁵⁾ 1인 주주가 대표이사인 경우에는 제389조 제3항 및 제210조에 의해 제3자에게 회사와 연대하여 손해배상책임을 부담하기 때문에, 제401조는 1인 주주가 대표이사가 아닌 이사인 경우에 의미가 있다.

대리인 문제의 관점에서 보면, 전술한 세가지 유형 - 주주와 고용된 경영진, 지배주주와 소수주주, 기업 내부인과 외부인 - 이 모두 포섭된다. 왜냐하면, 통설⁴⁶⁾과 판례⁴⁷⁾ 모두 제3자는 회사 이외의 모든 자를 의미한다고 보고, 주주를 제3자에 포함시키기 때문이다. 대리인 문제의 해결 가능성의 확장이라는 측면에서도 통설의 태도는 타당하다.⁴⁸⁾ 다만, 1인 주주의 책임 문제를 다룸에 있어서는 제3자에 주주가 포함되는지

43) Ibid. p.1018.

제401조가 유래한 일본의 경우에는 아주 널리 활용되어 법인격 부인의 법리와 유사한 기능을 하고 있지만, 우리나라는 그에 미치지 못한다. 김진식, “주주의 직접손해와 간접손해 - 이사의 제3자에 대한 책임을 중심으로 -”, 『서울대학교 법학』 제34권 제2호, 1993, 297면.; 채동현, “상법 제401조 제1항 소정 주식회사 이사의 제3자에 대한 손해배상책임을 인정 여부”, 『대법원판례해설』 제40권, 2002, 671-672면.

44) 판례의 태도가 분명하진 않으나 회사가 아니라 제3자에 대한 관계에서 위법성을 의미한다고 보는 견해가 있다. 김진식, “주주의 직접손해와 간접손해 - 이사의 제3자에 대한 책임을 중심으로 -”, 299면.

45) 대법원 1985. 11. 12. 선고 84다카2490 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다 95982 판결 등.

46) 정찬형, 상법강의(상), 1023-1024면.

47) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결, 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다 29661 판결 등. 다만, 판례는 손해를 직접손해와 간접손해로 구분하여 전자는 손해의 개념에 포섭되지만, 후자는 손해가 아니라고 본다. 이러한 구분은 비단 제401조의 손해 개념에 국한된 것은 아니고, 판례는 민법 제35조(법인의 불법행위능력)의 손해에도 적용한다(대법원 1999. 7. 27. 선고 99다19384 판결),

48) 제3자의 범위에 주주를 포함시키면 주주가 회사채권자에 우선하여 변제받는 결과가 되고, 회사가 손해를 배상받음으로써 주주의 손해는 간접적으로 보상되기 때문이라거나, 또는 이른바 불법행위특칙설에 입각하고 있다고 판례를 이해하는 견해가 있다. 그리고 이에 대해서 주주 대표소송(제403조)과 제3자에 대한 이사의 책임(제401조)은 그 요건이 달라 제3자에 주주를 포함할 실익이 있다거나, 제401조의 책임은 불법행위와는 다른 법정책임이라는 근거로 판례의 태도를 비판한다. 정찬형, 상법강의(상), 1023면. 및 안동섭, “이사의 제3자에 대한 책임”, 『법률신문』 제2533호, 1996.

하지만, 판례의 실질적인 이유가 현실적인 타당성에 있으면서 설시는 법리의 측면만을 기재한 사안이라면, 그같은 접근이 유용하다. 그러나, 이 사안에서 판례는 순수하게 법리적 측면에서 해결하는 것으로 보인다. 왜냐하면 제401조의 해석에서 손해의 개념에 포함되지 않기 때문이라고 명시적으로 그 이유를 밝히고 있을 뿐만 아니라, 민법 제35조 제1항이 적

여부는 문제되지 않는다. 이처럼 제401조의 책임을 대리인 문제를 규율하는 장치로 이해하면, 이사의 경과실 책임을 면책시킨 불법행위의 특칙이라거나,⁴⁹⁾ 간접손해의 경우에만 적용된다는 특수불법행위책임설⁵⁰⁾은 취할 수가 없다. 이사와 제3자간에 불법 행위 등과 같은 아무런 법적 관계가 없어 기존의 법리로 해결하기 어려운 상황을 이해 하려는 시도가 대리인 문제의 핵심이기 때문이다.

그러므로 이 책임의 또 하나의 의미는, 다수설인 법정책임설에 따를 때, 이사의 회사에 대한 불법행위에 기초해 제3자의 청구권을 인정한다는 점이 될 수 있다.⁵¹⁾ 그리고 제3자가 회사에 대해 어떤 청구권을 가진다거나 회사에 손해가 발생할 것을 요하지도 않는다. 경제학 개념인 대리인 문제를 아직 법리로 구현하지 못한 상황이라는 점을 고려하면 제401조의 규정 형태는 매우 과격적이고 포괄적이라고 할 수 있다.⁵²⁾

하지만, 우리 판례는 사실상 제3자에 대한 불법행위가 성립하는 경우로 적용범위를 한정하는 느낌이다. 다만 고의·중과실은 회사에 대한 충실 및 선관의무 위반으로 판시하고 있다.

가령, 대법원 1985. 11. 12. 선고 84다카2490 판결에서는“회사의 경영상태로 보아 계약상 채무의 이행기에 이행이 불가능하거나 한 것을 예견할 수 있었음에도 이를 감추고 상대방과 계약을 체결하고 일정한 급부를 미리 받았으나 그 이행불능이 된 경우”를 제401조의 책임이 성립하는 예로 들고 있다. 하지만 이 경우는 제3자에 대한 직접적 불법행위 책임을 인정하여도 무방하다고 여겨진다.⁵³⁾ 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다65579 판결에서는 대우자동차 분식회계 사건에서 분식회계에 가담한 이사들에게 대출채권자인 은행에 대한 제401조에 따른 책임을 인정하고 있다. 그리고 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다77743 판결은 코스닥 등록업체 읍서널 캐피탈의 이사가 악의·중과실로 부실공시를 하였는데, 그러한 사실이 알려지지 않은 상태에서 선의로 주

용되는 재개발조합의 조합장에 대한 조합원들의 손해배상 청구소송에서도 동일한 이유를 설시하며 청구를 배척하기 때문이다. (대법원 1999. 7. 27. 선고 99다19384 판결)

이러한 상황이라면 손해의 개념에 대한 법리를 새로 제시하지 않고서는 법원의 태도를 바꾸기는 힘들 것이다. 이와 유사한 상황은 후술하는 법인격 부인의 법리나 주주의 무한책임 인정 문제에서도 나타난다.

49) 안동섭, “이사의 제3자에 대한 책임”에서 이사가 복잡한 업무를 신속히 처리할 수 있도록 경과실을 면책시킨 규정으로 이해하는 것이 불법행위특칙설이라고 한다.

50) Ibid. 특수불법행위책임설은 간접손해 한정설을 취한다고 설명한다.

51) 정찬형, 상법강의(상), 1022면.

52) 김진식, “주주의 직접손해와 간접손해 - 이사의 제3자에 대한 책임을 중심으로 -”, 297면.

53) 대법원 1997. 4. 11. 선고 97도249 판결에서는 “피고인이 … 자금사정이 악화되어 부도가 발생할 것을 예상할 수 있었던 시기 이후에도 계속하여 차용금 명목으로 금원을 차용하거나 공사 도급계약을 체결함에 있어서는 그 차용금이나 공사대금을 변제할 의사나 능력이 없었다 할 것으로서 그 부분 행위에 대하여는 사기죄의 범의를 인정할 수 있다 할 것이 [다]” 라고 판시하고 있다.

식을 취득한 매수인에게 이후 주가하락으로 인한 손해의 배상을 제401조에 근거해 인정한다. 그런데 이사가 고의·과실로 허위의 재무제표와 감사보고서를 작성·공시하였다면 불특정 다수인에 대한 위법행위가 성립한다고 생각된다. 마치 허위의 사실을 홍보하여 불특정 다수인에게 매매대금이나 기부금 상당의 손해를 발생시키는 것이 불법행위가 되는 것과 유사하다.

다만, 직접적으로 불법행위에 관여하지 아니한 속칭 바지사장에 대한 책임을 묻는 용도로는 실익이 있을 수 있다.⁵⁴⁾ 바지사장이 실제 업무집행을 하지 않기 때문에 제398조 제3항 및 제210조에 의해 책임을 묻기 힘든 경우라도, 업무집행을 하지 않은 그 사실 자체가 충실 및 선관의무 위반이 되어 제401조에 의한 책임을 인정할 수 있기 때문이다.

제401조의 책임은 좀더 유연하게 활용될 수 있는 가능성에도 불구하고 통상의 채무불이행에는 적용이 없고 실질적으로 불법행위 책임에 한정된다는 점, 1인 주주가 이사가 아닌 경우에는 적용할 수 없다는 점 그리고 경과실에 면책의 효과를 부여하는 점에 1인 주주의 유한책임 남용의 통제에는 한계가 있다.

2) 업무집행지시자 등의 책임

업무집행지시자 등의 제3자에 대한 책임 부여를 통해 1인 주주의 행위를 통제할 수 있다. 이로써 지배주주인 1인 주주에게 제399조 및 제401조의 책임이 확장된다. 입법의 의도를 고려한다면, 업무집행지시자 등의 책임은 회사의 지배권을 가지는 자에게 그에 상응하는 책임을 묻는 것이므로 지배주주의 충실의무 이념의 발현형태라고도 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 오히려 주식에 의한 지배를 요구하지 않는 점에서는 그보다 더 확장된 책임형태라고 할 수 있다. 그러므로 동조의 지시·집행·영향력 등은 지배권에 기초한 포괄적인 개념으로 유연하게 해석할 필요성도 있어 보인다. 그러나 기본적으로 지시나 집행에 기초한 행위책임이라는 점, 업무집행지시자인 경우에는 이사의 책임을 전제로 성립한다는 점⁵⁶⁾에서 1인 주주의 유한책임 남용을 근본적으로 해결하기는 어려워 보인다. 또한 제399조 및 제401조의 책임의 확장형태이므로 해당 조항이 가지는 사실상 및 해석상의 한계도 그대로 가지고 있다.

54) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다70044 판결 참조.

55) 이에 반대하는 견해도 있다. 김재범, “주주 충실의무론의 수용”, [The Introduction of Shareholders “Duty of Loyalty - in connection with directors” duty of loyalty.], 『비교사법』 제22권 제1호, 2015. 주 34 참조.

56) Ibid. pp.188-189.

3) 개별법상의 규제

회사의 채무에 대해 지배주주에게 추가적인 책임을 부여하는 법률에는 다음과 같은 것들이 있다.

국세기본법 제39조 제2호에 의하면 50%를 초과하는 지분을 가진 주주는 제2차 납세의무를 부담한다. 완전 무한책임은 아니며, 미변제된 회사의 조세채무에 대해 의결권 있는 주식의 지분비율까지 추가적인 책임을 부담한다.

자본시장 및 금융투자업에 관한 법률 제162조 제1항 제1호 및 제2호는 주식을 취득한 자가 허위공시로 인해 손해를 입은 경우 이사 및 업무집행지시자 등에게 배상을 청구할 수 있음을 명시하고 있다. 동법 제174조 제1항 제2호 및 제175조에서는 주요주주에게 내부자거래 행위로 타인에게 가한 손해의 배상책임을 인정한다. 폐지된 증권거래법 제58조 제1항에서 증권회사의 이사·감사의 고의·과실로 제3자에게 손해를 입힌 경우 최대주주도 연대하여 책임을 부담하도록 했으나, 현재의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률은 제64조 제2항에서 금융투자업자가 법령·약관 등에 위반한 행위를 하거나 업무를 소홀히 하여 투자자에게 손해를 발생시킨 경우에 임원의 연대책임만을 인정하고 있다.

상호저축은행법 제37조의3 제2항에서는 과점주주가 경영에 영향력을 행사하여 부실을 초래한 경우에 예금 등과 관련된 채무에 대해 상호저축은행과 연대채무를 인정한다.

그러나 이와 같은 규정들은 독자적인 목적하에 규정된 것이어서 지배주주의 책임을 일반화하기 위한 논거로 볼 수는 없다.⁵⁷⁾

4) 법인격 부인론

법인격 부인론은 미국법에서 유래하여 회사와 사원과 법인격을 구분하는 모든 나라에서 공통적으로 인정되고 있다고 한다.⁵⁸⁾ 그러나 그 요건을 제시하는 것이 가장 어려운 점으로 꼽힌다.

우리나라의 경우도 법인격 부인의 요건에 관한 다양한 학설들이 주장되고 있으며, 판례⁵⁹⁾와 같이 법인격의 남용과 법인격의 형해화로 이분하는 것이 다수의 견해라고 한다.⁶⁰⁾ 그러나 판례의 태도가 이분설의 입장인지 더 나아가 통설이 의미하는 법인격 부인론을 수용한 것인지는 분명하지 않다고 생각한다. 이분설을 처음으로 실시했다고

57) 송호신, “지배주주의 권리와 책임”, 276-277면.

58) 정찬형, 상법강의(상), 450면.

59) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결.

60) 김정호, “법인격부인”, in 株式會社法大系 I, 법문사, 2016, 177-178면 참조.

평가되는 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결을 인용하면 다음과 같다.

회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나, 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다.

여기서 회사가 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하다고 보려면, 원칙적으로 문제가 되고 있는 법률행위나 사실행위를 한 시점을 기준으로 하여, 회사와 배후자 사이에 재산과 업무가 구분이 어려울 정도로 혼용되었는지 여부, 주주 총회나 이사회를 개최하지 않는 등 법률이나 정관에 규정된 의사결정절차를 밟지 않았는지 여부, 회사 자본의 부실 정도, 영업의 규모 및 직원의 수 등에 비추어 볼 때, 회사가 이름 뿐이고 실질적으로는 개인 영업에 지나지 않는 상태로 될 정도로 형해화되어야 한다.

또한, 위와 같이 법인격이 형해화될 정도에 이르지 않더라도 회사의 배후에 있는 자가 회사의 법인격을 남용한 경우, 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있으나, 이 경우 채무면탈 등의 남용행위를 한 시점을 기준으로 하여, 회사의 배후에 있는 자가 회사를 자기 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있고,⁶¹⁾ 그와 같은 지위를 이용하여 법인 제도를 남용하는 행위를 할 것이 요구되며, 위와 같이 배후자가 법인 제도를 남용하였는지 여부는 앞서 본 법인격 형해화의 정도 및 거래상대방의 인식이나 신뢰 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.

법인격 남용의 하위 유형으로서 형해화와 남용의 요건을 조금 달리하였다는 의미에서 이분설이라고 한다면 그 점은 맞다. 그러나, 두 유형의 요건을 분리하여 실시하고는 있지만, 결국은 위 첫 문단에서 나타나듯이 “신의성실의 원칙에 위반한 법인격의 남용”으로 귀착하고 있다. 그러므로 판례는 법인격의 형해화든 채무면탈 등의 목적으로 법인격을 이용한 경우든 법인격 남용의 형태로 이해한다고 생각된다. 게다가 사실에 의해 법인격 부인론이 적용된 것으로 논의된 판례 가운데 어떤 것도 “법인격을 부인”한다는 표현을 쓰고 있지 않다.⁶²⁾ 따라서 판례는 영미법상의 법인격 부인론을 그대로

61) 이러한 지위를 1인 주주는 처음부터 이미 갖추고 있다. 결국 1인 주식회사는 태생부터 1인 주주의 의사에 따라 법인격의 남용 내지는 형해화의 개연성을 잉태하고 있다.

62) 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1671 판결, 대법원 1989. 9. 12. 선고 89다카678 판결, 대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결, 대법원 2004.11.12. 선고 2002다66892 판결, 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다36130 판결, 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판

로 인정한 것이 아니라, 법인격은 부인하지 않으면서 별개의 법인격을 주장하는 것이 신의칙에 위반하는 권리남용이라는 입장이라고 볼 것이다.⁶³⁾ 법인격을 부인하면서 판례처럼 법인과 배후자 모두가 책임을 부담한다고 하기는 힘들 것이다.⁶⁴⁾

법인격 부인의 요건에 관한 그외의 학설로는 지배(형태)요건(formalities requirement)과 자본불충분(공정) 요건(fairness requirement)으로 구분하는 견해도 있는데, 지배요건은 '회사와 주주간의 완전한 이해의 일치' 또는 분신이론(alter-ego theory), 도구이론(instrumentality theory)을 의미하고, 자본불충분 요건은 법인격이 부인되지 않으면 형평에 어긋나게 됨을 의미하는데 그 대표적인 징표가 자본불충분이라는 것이다.⁶⁵⁾

법인격을 부인할 수는 없다는 전제에서, 회사의 독자적 법인격을 주장하여 책임을 부정하는 것은 민법 제2조 신의칙에 반하는 모순된 이의로써 무효(protestatio facto contraria non valet)이므로 책임실체파악을 할 수 있다는 견해도 있다. 배후자의 일정한 행위⁶⁶⁾가 병존적 채무인수의 추단적 의사가 있는 것으로 해석된다고 보는 것이다.

마지막으로 신의칙에 근거하여 사원에 의한 회사지배가 있을 것, 부정한 목적을 위하여 사원이 지배력을 행사하였을 것, 이로 인하여 회사채권자 등이 손해를 입었거나 입을 우려가 있을 것을 요건으로 주장하는 견해도 보인다.⁶⁷⁾

이처럼 적용요건을 정립하기 어려운 점과 법인격 형해화라는 주요사실을 오로지 간접사실로만 판단해야 한다는 점,⁶⁸⁾ 권리남용·신의칙이라는 일반조항을 근거로 기존의 법리에 따른 결과를 부정해야 한다는 부담 등의 이유로 아마도 우리 판례가 법인격 남용 사실 인정에 소극적이지 않나 생각한다. 이처럼 법인격 부인론은 1인 주주의 유한책임과 무한책임의 경계를 명확하고 안정적으로 설정해주시 못함으로써 1인 주주의 유한책임 남용 문제를 실질적으로 해결하지 못하고 있다.

결, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007다85980 판결, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다94472 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결 참조.

법인형해론을 최초로 언급한 판결인 대법원 1977. 9. 13. 선고 74다954 판결은 법인형해론의 채택 여부에 관한 판단을 유보한 채 그 사건에서의 사안이 법인격이 형해화되었다고 판단한 것이 잘못이라는 취지이다(대법원 1989. 9. 12. 선고 89다카 678 판결 설시 참조).

(63) 송호영, “法人格否認論의 要件과 效果”, [Tatbestand und Rechtsfolge des Durchgriffs.], 『저스티스』 제66호, 2002, 262면.

(64) Ibid.

(65) 정찬형, 상법강의(상), 450면.

(66) 송호영, “法人格否認論의 要件과 效果”, 265면. 1. 자기재산과 회사재산을 분리하지 않았거나, 2. 자신의 업무와 회사의 업무를 구분하지 않았거나, 3. 회사의 이익에 부합하지 않게 회사를 지배·조종하였거나, 4. 지배주주로서 회사의 사업규모에 비하여 현저히 부족한 자본을 출자하였을 경우를 든다.

(67) 권기범, “(상법)법인격 부인의 법리”, 『고시계』 제473호, 1996, 158면.

(68) 江頭憲治郎, “法人格否認論の形成とその法構造(二)”, 『法學協會雜誌』 90卷 1号, 1973, 101면.

2. 다른 대안들

지금까지 현행법상 가능한 지배주주의 통제장치를 살펴보았는데 각각이 나름대로의 한계를 가지고 있었다. 이에 여러가지 대응방안이 제시되고 있다. 크게 보면 현행법과 마찬가지로 행위규제의 측면과 책임규제의 측면으로 나눌 수 있다.

가. 행위규제 관련 대안

1) 정보공개 강화

주식회사 내부의 재무정보·사업정보 등을 공시하는 것은 주주 유한책임의 혜택을 부여하기 위한 전제조건으로서 가장 기본적인 것이다. 그 실효성을 담보하기 위하여 외부회계감사 제도 도입을 포함한 소규모 회사의 정보공개를 강화하자는 주장이 있다.⁶⁹⁾ 매우 수긍할만하다. 흔히 자발적 채권자에 대해서는 주주의 유한책임을 인정해도 불합리하지 않다는 논거로서 상대방의 채무불이행 위험을 고려하여 계약조건을 교섭할 가능성이 있다는 점을 든다. 즉 비용이 내부화되는 것이다.⁷⁰⁾ 그런데 그 채무불이행 위험을 평가하기 위한 정보를 공시하지 않는다면, 자발적 채권자에 대해서도 주주의 유한책임이 정당화될 수 없다.

자신의 이익을 위한 행위로 발생한 이익은 무제한으로 획득하면서 그로 인한 손실은 타인에게 전가하는 특권을 누리고자 한다면, 그 특권의 존재의의를 위해 필요한 범위 내의 사소한 불이익 정도는 충분히 감내하여야 할 것이다.

그러나 근본적으로는 1인 회사의 경우에 과연 주주 유한책임의 존재의의가 있는지 의문시된다.

69) 尾崎安央, “小規模株式会社における監査制度 - 有限責任制度との関係で -”, 『旬刊商事法務』 1402号, 1995, 40-42頁.

70) Richard A Posner, “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations,” pp.501-505.; Henry Hansmann·Reinier Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, The Yale Law Journal, Vol. 100 No. 7, 1991, pp.1919-1920.

2) 지배주주의 충실의무⁷¹⁾

지배주주의 충실의무(duty of loyalty)⁷²⁾를 입법에 의해 도입하려는 견해도 유력하게 주장된다.^{73) 74)}

지배주주는 인사권, 주주총회의 장악을 통해 사실상 회사의 업무에 막강한 영향력을 행사하고 회사의 의사를 결정하며, 모든 주주들의 출자를 자신의 의사에 따라 관리하고, 주주가 누릴 경제적 이익을 자신의 판단에 따라 결정한다.⁷⁵⁾ 즉 회사의 자산에 대한 물적(物的) 지배를 상실한 사원권으로서의 주주권이 주주가 지배권을 획득함으로써 사용권능을 가진, 기업에 대한 소유권으로 변질되게 된다.⁷⁶⁾

미국에서는 이러한 지배권 또는 주주가 경영을 지도하는 지위에 있을 때 충실의무를 포함한 수임인의 의무(fiduciary duty)가 부과된다고 한다.⁷⁷⁾ 이러한 지배권을 근거로 지배주주의 행위를 통제하려는 시도는 후술하는 유한책임의 근거 가운데 소유와 경영의 분리에 연결될 수 있다.

다만, 지배주주의 충실의무를 도입함에는 그 개념·적용요건의 불확실성을 해결하는 것이 필요하다.⁷⁸⁾ 새로운 범리를 선도적으로 이끌지 않는 우리 법원의 태도에 비추어 신의성실의 원칙과 비슷한 수준의 문구만으로는 실무에 적용될 가능성이 별로 없다고 할 것이다.

71) 충실의무 위반의 경우에 손해배상책임을 인정하게 된다면, 책임을 규제하는 측면으로 볼 수도 있지만, 거래행위를 무효로 한다거나 개입권을 인정하는 경우도 있을 수 있고, 행위에 대한 의무를 부과한다는 점에서 행위규제와 관련된 대안으로 분류하였다.

72) 충실의무의 원인인 duty of loyalty와 수임인의 의무인 fiduciary duty의 구별 및 충실의무의 개념에 혼동을 초래할 가능성에 대해 김재범, “주주 충실의무론의 수용”, 182면 참조.

73) Ibid.; 송호신, “지배주주의 권리와 책임.”; 육태우, “주주의 권리와 의무” in 株式會社法大系 I, 법문사, 2016, 677-678면.

74) 특히 폐쇄회사의 주주들은 지배주주인가 소수와 주주인가를 묻지 않고 서로 충실의무를 부담한다고 해석되므로 주주의 충실의무가 문제되는 것은 공개회사의 경우라고한다. 육태우, “주주의 권리와 의무,” 672면.

75) 송호신, “지배주주의 권리와 책임”, 260-264면.

76) Ibid. pp.261-262.

77) 김재범, “주주 충실의무론의 수용”, 193면.

78) Ibid. p.188.

나. 책임규제 관련 대안 등

1) 책임규제 관련 대안

주주에게 금전지급의무를 부담시켜 규제하려는 방법으로 다양한 견해들이 제시된다. 크게 보면 주주에게 일반적인 무한책임을 인정하려는 견해와 고의·과실에 기한 특정 행위에 대한 책임을 물어 금전적 배상책임을 부과하려는 견해가 있다.

지배주주의 충실의무를 인정하려는 견해와 발기인의 손해배상책임에 관한 제322조를 확장해석하여 주주권 남용의 문제를 해결할 수 있다는 견해⁷⁹⁾는 후자에 속한다.

전자의 부류에는 주주의 투자목적이 단순 투자인 경우는 주식보유량과 상관없이 유한책임을 인정하지만, 투자목적이 회사경영에 있거나 현실적인 영향력 행사인 경우에는 주주 유한책임의 원칙에 대한 예외를 인정하여야 한다는 견해,⁸⁰⁾ 폐쇄회사가 파산한 경우 5대 주주들은 채권자에게 무한책임을 부담하여야 한다는 견해,⁸¹⁾ 30% 이상의 지분을 가진 지배주주는 불법행위에 관하여 무한책임을 부담하여야 한다는 견해,⁸²⁾ 회사의 불법행위에 대해서 주주의 비율적 무한책임(a pro rata liability)을 인정해야 한다는 견해,⁸³⁾ 주식이 분산되지 않은 소규모 폐쇄회사의 주주는 무한책임을 부담해야 한다는 견해⁸⁴⁾, 판례상 인정되는 법인격부인을 명문화하여 요건을 정하자는 견해⁸⁵⁾ 등이 있다.

주주를 투자목적에 따라 구분하여 유한책임 인정 여부를 결정하자는 견해도 유한책임의 존재근거에 관한 근본적 의문에서 출발한 것으로 보인다. 하지만, 투자목적에 따른 구분은 현실적으로 언제나 구분 가능한 것이 아닐 수 있고, 사후적인 판단이 될 수밖에 없기 때문에 채권자 보호에는 한계가 있을 것이다. 제322조를 확장해석하는 것처럼 주주의 특정 행위에 대한 책임을 물으려는 시도는 고의·(중)과실, 임무해태 등의 요건이 충족되는 경우로 제한되기 때문에 주주의 유한책임이 문제되는 경우를 다

79) 서성호·김진환, “株主의 有限責任과 債權者保護에 관한 考察”, 『기업법연구』 제24권 제3호, 2010, 145-148면.

80) Ibid. p.151.

81) 박규찬, “법인격부인론의 새로운 대안”, [A New Alternative to Veil-Piercing.], 『기업법연구』 제28권 제2호, 2014, 181면 및 동 각주 8 문헌 참조.

82) Ibid. pp.201-202.

83) Henry Hansmann·Reinier Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts,” pp.1932-1934.

84) Paul Halpern, et al., “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law,” p.148.

85) 김원규, “연구논문(研究論文): 주주의 책임에 관한 소고”, 『상사판례연구』 제20권 제3호, 2007, 284-285면.

해결할 수 없다는 태생적 한계가 있다.

그외 5대주주나 30% 이상의 지분을 가진 지배주주에 대해 책임을 부과하려는 견해는 그 요건에 따랐을 때 규율대상이 되어야 할 지배주주가 누락되는 일이 없다는 점이 실증적으로 검증될 필요가 있다고 생각된다.⁸⁶⁾

2) 기타 대안들

주주의 유한책임을 직접적으로 규제하는 것은 아니지만, 그로 인한 부작용들을 해소하기 위해 주장되는 대안들이 있다. 회사의 불법행위 책임을 보상하는 책임보험 강제 가입제도를 도입하자는 주장,⁸⁷⁾ 종업원 지주제도를 적극 활용하여 경영참가 및 감시를 활성화하자는 주장⁸⁸⁾이 있고, 입법례로는 뉴욕주 사업법인법(New York Business Corporation Law) §630 (a)에서 비상장법인의 10대주주에게 임금채권 등에 대하여 추가적인 무한책임을 과하는 경우가 있다.⁸⁹⁾

III. 무한책임 부과의 인정 근거

주주 유한책임의 문제를 해결함에 있어서 현행법과 기존의 대안들은 일정한 한계가 있었다. 그러데 어떤 규제든 최종적인 이행의 담보는 책임부과의 형태로 될 수 밖에 없다. 그것은 전면적이든 부분적이든 주주 무한책임을 도입하려는 시도가 된다. 주금 납입의무 이외에 주주의 추가적인 책임을 부여하는 업무집행지시자 등의 책임, 법인격

86) 지배주주에 대해서만 책임을 부과하기로 하였다면, 지배주주가 아닌 자가 포함되는 일이 없도록 요건을 정하는 것도 필요할 것이고, 그 예외 요건이 제도의 허점(loophole)이 되지 않도록 방지하는 것도 필요할 것이다.

87) 정동윤, “논문: 주식회사의 법형태의 남용과 그 규제-법인격부인이론을 중심으로”, 『서울대학교 법학』 제12권 제3호, 1972, 164면.

88) 김원규, “연구논문(研究論文): 주주의 책임에 관한 소고”, 285-287면.

89) 원문은 다음과 같다.

(a) The ten largest shareholders, as determined by the fair value of their beneficial interest as of the beginning of the period during which the unpaid services referred to in this section are performed, of every domestic corporation or of any foreign corporation, when the unpaid services were performed in the state, no shares of which are listed on a national securities exchange or regularly quoted in an over-the-counter market by one or more members of a national or an affiliated securities association, shall jointly and severally be personally liable for all debts, wages or salaries due and owing to any of its laborers, servants or employees other than contractors, for services performed by them for such corporation. ...”

부인론은 이미 주주 무한책임이 현실적으로 반영된 형태이다. 이러한 주주 무한책임이 어떤 근거로 정당화될 수 있는지와 기존의 제도로 불충분하다면 어떤 형태의 무한책임을 어떤 요건하에서 부과할 수 있는지 살펴본다. 먼저 유한책임 제도를 채택하는 근거 및 무한책임 제도를 주장하는 각국의 견해를 살펴본다.

1. 기존의 논의

가. 유한책임을 주장하는 각국의 견해

1) 미국의 경우

법이론적인 근거로 법인은 별개의 인격체이기 때문에 법인의 채무에 대해 주주는 개인적으로 책임을 지지 않는다는 이른바 회사법인체 이론(Corporate Entity Doctrine)이 있었다. 반면 경제학적 관점에서는 다양한 논거들이 제시된다. ① 기업과 경영 및 다른 주주의 자산에 대한 모니터링 비용이 감소하여 분산투자를 할 수 있고 이로써 위험도 분산된다. 같은 맥락에서 직접적 경영 참여의 필요성을 감소시켜 경영의 중앙집권화가 가능해진다. 회사 입장에서는 위험분산의 효과로서 적은 비용으로 자금을 조달할 수 있게 한다. ② 기업 도산의 위험은 채권자와 주주 중에서 채권자에게 부담시키는 것이 리스크의 효율적 관리를 가능하게 한다. 왜냐하면 회사채권자의 대부분이 회사이므로 그 손실 역시 분산되고, 채권자는 주주보다 기업의 리스크를 평가하는데 더 적절한 지위에 있으며, 계약 체결시에 평가한 리스크를 가격이나 이자 등으로 반영할 수 있기 때문이다. ③ 주식의 자유양도를 촉진함으로써 경영자의 효율적인 경영에 대한 인센티브를 주게 되고, 주식투자의 비용을 감소시킨다. ④ 균일한⁹⁰⁾ 주가를 형성하게 되어 주주는 시장가격을 공정한 것으로 인정함으로써 조사·검토비용이 감소된다. ⑤ 주주와 채권자 쌍방에 유리한 거래를 용이하게 만든다.⁹¹⁾ ⑥ 최적의 투자결정을

90) 무한책임제도에하에서라면 각 주식의 가치가 균일하지 않다. 주주의 자산상태에 따라 그 가치가 달라지기 때문이다. Frank H. Easterbrook · Daniel R. Fischel, "Limited Liability and the Corporation", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52 No. 1, University of Chicago Law Review, 1985, p.96.; Paul Halpern, et al., "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law," pp.129-131.

91) Richard A Posner, "The Rights of Creditors of Affiliated Corporations," p.503. 원문은 다음과 같다.

Far from externalizing the risks of business ventures, the principle of limited liability in corporation law facilitates a form of transaction advantageous to both investors and creditors.

용이하게 만든다.^{92) 93)}

2) 독일의 경우

이른바 권리주체의 분리원칙(Trennungsprinzip)에 근거해 법률적으로 법인인 회사와 그 구성원은 서로 독립되어 있기 때문에 주주는 회사의 채무에 대해 책임을 부담하지 않는다고 한다.⁹⁴⁾ 영미법의 회사법인체 이론(Corporate Entity Doctrine)과 동일한 사고로 보여진다. 법윤리적 관점의 견해도 주장된다. 즉 독일의 경우 공무원은 고권적 영역에서는 과실에 대해 책임지지 않고 국고행위에 대해서 민법상 제한된 범위내에서의 책임만 부담한다. 정치가의 경우 잘못된 정책판단에 대해서는 자신의 고유재산으로 책임을 지는 일은 없고 다만 재선에 성공하지 못할 가능성이 있을 뿐이다. 노동자는 결과실에 의한 불법행위는 그 책임이 기업가에게 이전된다. 공무원, 노동자, 정치가가 이런 상황이라면 기업가에게도 유한책임이 인정되어야 한다는 주장이 있다고 한다.⁹⁵⁾

3) 일본의 경우

일본에서는 유한책임 제도의 근거로 소유와 경영의 분리에서 구하는 견해,⁹⁶⁾ 자본

그 의미는 유한책임으로 인하여 채권자가 추가적으로 부담하게 되는 리스크는 이자율 인상으로 반영되기 때문에 리스크 비용이 외부에 전가되는 일이 없다. 그리고 계약의 교섭시에 리스크의 부담을 조절하는 약정을 함으로써 이자율도 함께 조정되거나 당사자의 의사에 따라 유한책임제하에서도 무한책임을 부담하는 약정을 함으로써 리스크를 다시 주주에게로 이전할 수도 있다. 이런 형태로 당사자 쌍방에게 유리한 내용으로 교섭할 수 있는 가능성을 열어준다는 뜻이다.

92) 이상의 내용은 양동석, “주주의 유한책임원칙과 그 제한”, 『민사법연구』 제5권, 1996, 135면에 소개된 학설의 요지를 정리한 것이다. 김정호, “법인격부인”, 138-139면도 참조.

93) 분산된 포트폴리오를 보유하면 헷지효과로 인해 양(陽)의 net present value를 가진 프로젝트에 투자하는 의사결정을 할 수 있을 뿐만 아니라 그러한 프로젝트 중에 리스크가 큰(high-variance) 사업에도 투자할 수 있다는 의미이다. 만일 무한책임 제도하에서라면 양(陽)의 NPV를 가진 프로젝트라도 결과의 불확실성이 크다는(too risky) 이유로 거절될 수 있어 사회적 손실을 가져온다. Frank H. Easterbrook · Daniel R. Fischel, “Limited Liability and the Corporation,” p.97.

94) 조지현, “일반논문: 주주유한책임원칙의 제한-독일법상의 실체과약책임을 중심으로,” [Articles: Durchbruch der begrenzten Haftung der Aktionäre.], 『상사법연구』 제23권 제3호, 2004, 300면; 유주선, “1인 회사”, in 株式會社法大系 I, 법문사, 2016, 135면.

95) 권영애, “회사법에 있어서 유한책임의 문제 - 독일에서의 토론을 중심으로,” [Die mit beschränkter Haftung bezogene Probleme im Unternehmensrecht.], 『상사법연구』 제14권 제2호, 1995, 39-40면.

96) 주식회사의 발생 당초, 기업가적 성격을 많이 가진 소수의 주주가 직접 조합적으로 결합하여 스스로 경영을 담당함과 동시에 주주는 회사채권자에 대해 무한책임을 부담하는 것이었다. 그후 대규모화·복잡성이 증가된 기업의 영리활동을 조직적·계속적으로 수행하는 수

의 집중에서 구하는 견해, 주주와 채권자간 위험분배에서 구하는 견해가 주장되고 있다고 한다.⁹⁷⁾ 그외에 자본집중과 위험분산으로 이해하는 견해,⁹⁸⁾ 투자자의 입장에서, ‘리스크가 있지만 경제적 전망있는’ 사업에 대한 투자를 촉진하고, 기업·투자자·증권시장의 입장에서는 위험이 분산되고 비용이 절감되며, 경영자는 리스크를 두려워하지 않고 경영할 수 있는 등의 메리트를 가진다고 설명하는 견해도 있다.⁹⁹⁾

4) 우리나라의 경우

가) 독자적 법인격에서 구하는 견해¹⁰⁰⁾

이 견해가 우리나라의 다수설인 것 같다. 이 견해에 속한다고 보이는 견해 중 재산통합기능이라고 하는 개념을 통해 설명하려는 시도가 있다.¹⁰¹⁾ 법인설립절차에서 신규 인격의 형성을 통한 재산통합 및 지분과 기관의 인식이라는 조직법적 특유현상이 발생하는데, 신규 인격의 개입에 의한 격리 효과로 유한책임의 효과가 발생한다는 것이다. 그리고 인적 회사에서 무한책임이 인정되는 것은 출연자가 기관인 자기기관에 의한 자발적인 인수라고 설명한다.

단, 방법으로 주식회사제도가 가장 적당한 사회적·경제적 조직형태인 것이 역사적으로 실증되어 구성원의 수가 급속히 증대함으로써 모든 구성원이 회사경영에 적극적으로 관여하는 것은 기술적으로나 능력상으로 곤란하거나 불가능하여 기업의 소유와 경영의 분리가 불가피한 상황이 생기고 촉진되었다. 이렇게 주식회사를 구성하는 사원의 수가 증대하고, 기업의 소유와 경영의 분리가 촉진되어 일반 주주가 자신의 출자액 이상으로 손실을 부담하는 것을 거부하는 요구가 높아지게 된 것은, 주식투자가 본래 주주에 대하여는 투자액을 원본으로 그로부터 과실을 얻는 것을 목적으로 하는 이익추구행위라는 성질이 있는 이상, 경제적 합리성에서 유래하는 당연한 귀결이라고 할 수 있다. 그 점을 법률상 명확히 선언한 것이 주지하는 바, 1807년 프랑스 상법 제33조에 규정한 주주의 유한책임원칙이다.

西村丈治, “株式, 株主有限責任, 資本金および株主の危険負担の相互關係についての一考察”, 『経営情報研究: 摂南大学経営情報学部論集』 8卷 2号, 2001, 2-3頁.

97) 양동석, “주주의 유한책임원칙과 그 제한”, 139-140면.

98) 関俊彦, “株主有限責任制度の未来像”, 『旬刊商事法務』 1402号, 1995, 22頁.

99) 尾崎安央, “小規模株式会社における監査制度 - 有限責任制度との関係で -”, 39頁.

100) 오성근, “우리나라와 영국 회사법상 1인회사에 대한 규제 및 시사점”, 『기업법연구』 제21권 제1호, 2007, 117면.; 조지현, “일반논문: 주주유한책임원칙의 제한-독일법상의 실제 파악책임을 중심으로”, 300면.; 유주선, “1인 회사”, 135면.; 안택식, “연구논문(研究論文): 1인(人) 주식회사(株式會社)와 법인격부인(法人格否認)의 법리(法理)”, [Articles: One-Man Company and the Doctrine of Piercing the Corporate Veil], 『법조』 제52권 제3호, 2003, 94면.; 김정호, “법인격부인”, 139면.

101) 이중기, “일반논문: 조직법의 역할: “재산통합”과 “지분”, “기관”, “유한책임”의 실현”, [Articles: Role of Organization Law: Asset Pooling and Realization of Shares, Organs, and Limited Liability], 『홍익법학』 제16권 제1호, 2015.

나) 법인성과 물적 특성에서 구하는 견해¹⁰²⁾

이 견해는 주식회사가 법인격을 가진다는 점과 자본의 결합이라고 하는 물적 회사라는 데에서 주주의 유한책임의 근거를 찾는 견해이다.

다) 자본의 집중에서 구하는 견해¹⁰³⁾

일반적인 무한책임 원칙은 자본의 집중이 주식회사의 사회적 기능 및 실체와 모순되는 상황을 만들어 내는데, 이를 해결하는데 유한책임의 원칙이 필요하다는 견해이다. 그 요지는 다음과 같다. 첫째 기업의 자본은 고정·장기화되는데 투자자는 투자금을 유동화해야 한다. 이는 주식양도의 자유로 실현되는데 유한책임은 그 양도성을 촉진시킨다. 둘째 기업의 경영의사가 일원화되어야 하는데 그에 대한 지배권이 없는 소수주주에게 경영상의 결과에 대한 무한책임을 지울 수는 없다 그리고 셋째 기업의 위험·손실은 증대하는데, 한정된 지배력과 부담능력을 가진 사원에게 무한책임을 부과하는 것은 너무 버겁고, 그것은 대주주라고 해도 힘들만큼 기업의 위험은 커졌다는 것이다.¹⁰⁴⁾

라) 상법 제331조에서 구하는 견해¹⁰⁵⁾

주주는 회사에 대하여만 제331조에 의해 주식의 인수가액을 한도로 하는 출자의무만을 부담하기 때문에 유한책임이 인정된다는 견해이다.

마) 소결

우리 상법은 독일과 달리 인적 회사든 물적 회사든 가리지 않고 모두 법인으로 하면서¹⁰⁶⁾ 인적회사인 합명·합자회사에서 무한책임사원의 존재를 인정한다.¹⁰⁷⁾ 그러므

102) 서성호·김진환, “株主의 有限責任과 債權者保護에 관한 考察”, 136면.

103) 양동석, “주주의 유한책임원칙과 그 제한”, 141-145면.

104) 이 논거는 다소 의문이다. 왜냐하면, 이렇게 유한책임으로 인해 주주가 떠안지 않는 손실은 대개 채권자가 떠안을 것인데, 그 채권자들이 주주보다 더 많은 자산이 있다고 단정할 수 없다면 기업의 증대된 위험·손실이 주주만의 유한책임을 인정하는 이유가 되기에는 부족하다고 생각된다. 특히 증대된 위험만큼 늘어난 사업의 이익은 제한없이 획득한다는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

105) 정찬형, 상법강의(상), 707-709면.

106) 상법 제169조(회사의 의의) 이 법에서 “회사”란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다.

제170조(회사의 종류) 회사는 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사와 유한회사의 5종으로 한다.

107) 합명회사의 경우에는 상법 제212조(社員의 責任) 제1항 會社의 財産으로 會社의 債務를

로 우리 상법의 해석으로는 주식회사에 독립적인 법인격이 있기 때문에 구성원인 주주의 유한책임이 인정된다는 다수설은 받아들일 수 없다.¹⁰⁸⁾ 재산통합기능과 관련해 설명하는 견해도 주주가 자기기관인 경우를 설명할 수가 없다.¹⁰⁹⁾ 한편, 제331조를 근거로 하는 견해는 주주의 책임이 유한책임인 근거를 제공하는 것이고 유한책임이어야 하는 근거를 설명하는 것은 아니다. 결국 유한책임의 근거는 자본의 집중이라는 사회적 효용에서 구할 수밖에 없다고 본다. 이론적으로는 지분적 투자자와 채권적 투자자의 관계에서 채권적 투자자가 채권액을 한도로 유한책임을 진다면 지분적 투자자인 주주도 주금액을 한도로 유한책임을 져야한다고 볼 수 있다. 다만, 그 전제는 용어 자체에서 드러나듯이 주주가 소유자나 경영자가 아니라 지배권이 없는 투자자의 지위에 있어야 한다.

完済할 수 없는 때에는 各 社員은 連帶하여 辨済할 責任이 있다.

합자회사의 경우에는 동법 제268조(會社의 組織) 合資會社는 無限責任社員과 有限責任社員으로 組織한다 및 제269조(準用規定) 合資會社에는 本章에 다른 規定이 없는 事項은 合名會社에 관한 規定을 準用한다.

108) 조지현, “일반논문 : 주주유한책임원칙의 제한-독일법상의 실체파악책임을 중심으로”, 300-301면 참조.

109) 그외에도 개인법적 관계인 조합에서도 조직법상 특유한 요소로 지적인 지분의 인식이 나타난다. 이는 조직법상 특유한 요소라기 보다는 영리성에 수반하는 성질이 있기 때문이 아닐까 한다.

한편 이 견해는 지분권에 대한 물권적 성질을 근거로 통합재산에 대한 수익의 공유를 인정하고 수익자를 위해 통합재산을 관리할 기관의 필요를 인식하게 된다고 한다. 그리고 성질상 물건을 지배해 이익을 향유할 수 있다는 점에서 물권적이라 하고, 물권적이라는 점에서 대세적 효력, 즉 재산에 대한 권리라는 점에서 대세적이라고 한다.

이중기, “일반논문 : 조직법의 역할 : “재산통합”과 “지분”, “기관”, “유한책임”의 실현”, 605-606면.

하지만, 첫째 사원의 지분권이 물건을 지배하는 권리라 할 수 없고, 둘째 재산에 대한 권리이면 대세적 효력이 있는 것이 아니라, 누구에게나 배타적으로 주장할 수 있는 권리라야 대세적 효력이 있는 것인데 지분권은 그러한 배타성이 전혀 없다. 결국 법인의 기관의 필요를 인식하는 것은 적어도 출연자의 수익을 위한 관리의 필요 때문은 아니다.

그리고 무엇보다 재산통합기능을 중심으로 법인을 이해할 경우, 의도하든 의도치 않든 출연자와 기관 이외의 참여자인 종업원이나 타인자본 출연자의 이해를 도외시키는 사고의 프레임으로 작용할 우려가 있다.

또한 1인 주식회사의 경우에는 통합재산이라는 것은 존재하지 않으며, 재산통합기능이 조직법에만 특유한 것도 아니고, 유한책임에 있어서도 결정적인 근거도 아니라면 - 그 논문은 신규인격의 개입을 결정적인 요소로 본다 - 회사 설립절차를 법인격의 형성이 아닌 재산통합기능을 중심으로 이해해야할 충분한 이유가 있는지는 약간 의문스럽다.

나. 무한책임을 주장하는 각국의 견해

1) 미국의 경우

유한책임을 주장하는 견해와 달리 무한책임을 주장하는 견해는 그 대상과 형태가 다양하다. 그리하여 제시되는 근거가 동일한 효과를 뒷받침하는 것이 아니어서 일의적으로 무한책임을의 근거를 정리하기 곤란한 점이 있다.

가) 불법행위책임을의 경우에 무한책임을 인정해야 한다는 견해¹¹⁰⁾

불법행위 채권자는 사전에 교섭의 기회가 없으므로 계약 채권자와 구별해야 함을 전제로, 불법행위책임을의 경우 주주의 비율적 무한책임(a pro rata liability)을 인정함으로써 비용을 외부화하려는 주주의 시도를 막을 수 있다고 한다. 그리고 도산절차에서 계약상 채권을 불법행위 채권보다 후순위로 할 때 그 효과가 극대화된다고 한다.

이 견해의 특징은 공개된 회사의 소액주주에게도 예외없이 비율적 무한책임을 인정해야 한다는 데에 있다. 왜냐하면 소규모 폐쇄회사의 경우에만 무한책임을 인정할 경우 책임 회피의 수단으로 일부 주식만을 공개시장에 유통시킬 수 있기 때문이다.¹¹¹⁾

또한 엄밀하진 않지만 법경제학적 논리를 바탕으로 공개 회사에도 무한책임을 인정할 때의 비용이 크지 않을 것이라고 한다. 왜냐하면 오늘날 대부분의 주식은 아주 부유한 개인이나 기관이 대부분을 소유하고 있고, 비율적 책임(a pro rata liability) 및 분산 포트폴리오를 전제로 한다면 일반적인 개인이 파산에 이를 만큼 책임을 부담하는 경우는 거의 없을 것이기 때문이다. 이처럼 주주가 채무를 변제할 수 있는 한 그 회수비용은 크지 않을 것이라고 주장한다. 증권시장 왜곡효과의 비용도 분산 포트폴리오 구성에 의해 감소된다고 한다.

나) 소규모 폐쇄회사의 경우에 무한책임을 인정해야 한다는 견해¹¹²⁾

이 견해는 불법행위든 계약이든 소규모 폐쇄회사의 경우에는 무한책임을 인정하는 것이 타당하다고 본다. 기본적으로 보험시장 이론에 바탕한 법경제학적 논리이다. 가령 파산비용, 정보비용은 유한책임제에서보다 무한책임제에서 더 크고 소규모 폐쇄회사에서 그 차이가 최소화되는데, 그 비용은 이자율을 통해 주주에게 전가된다.¹¹³⁾ 그런데 무한

110) Henry Hansmann · Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts,"

111) Ibid. p.1895.

112) Paul Halpern, et al., "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law,"

책임제하에서 정보비용 중 소유자의 부(富)를 평가하는 비용이 너무 큰 경우,¹¹⁴⁾ 채권자는 유한책임제에서와 동일한 수익율을 요구하지만,¹¹⁵⁾ 소유자로부터의 회수가가능성이 있기 때문에 자기자본에 대한 균형 기대수익률은 훨씬 높다.¹¹⁶⁾ 그러므로 공개회사의 소유자는 유한책임제를 선택하는 것이 합리적이다라는 식으로 설명한다.¹¹⁷⁾

다) 법인 자회사의 채무에 대해 무한책임을 인정해야 한다는 견해¹¹⁸⁾

지배관계로 연결된 기업의 그룹에서 자회사의 채무에 대해 모회사의 책임을 인정하는 주장이다. 개인과 법인의 관계에서 인정되던 유한책임의 원칙을 아무런 고민없이 기업과 기업의 관계에까지 확장하는 것에 대해 반대한다. 그리고 특히 기업그룹을 구성하는 개별기업들이 단일한 형태의 사업을 수행하는 경우에는 유한책임을 인정할 근거가 없다고 주장한다.

2) 독일의 경우

독일의 경우 주식회사보다는 유한회사의 형태가 더 활용되고 있는데, 그 유한책임사원의 무한책임 인정근거와 관련한 논의가 있다.¹¹⁹⁾ 다만 유한책임사원의 추가적인 책임에 관한 근거규범을 찾는데 관심이 있는 듯하다. 판례는 1991년 Video 판결¹²⁰⁾에

113) 기본적으로 유한책임제에서 소유자들이 이자율을 통해 부담하는 비용이 무한책임제에서 보다 높다는 것이 전제된다. 그런데 무한책임제로 인해 추가되는 비용이 최소화되는 경우인 소규모 폐쇄회사의 경우에 무한책임제가 더 효율적이라는 것으로 이해할 수 있다. 엄밀하진 않으나 예를 들어 설명하자면, 최초에 유한책임제에서의 이자율비용이 100이고 무한책임제에서는 50이라고 가정하자. - 왜냐하면 유한책임으로 인한 위험비용이 이자율의 형태로 가산되기 때문이다 - 여기에 파산비용, 정보비용이 고려되면 이자율비용이 증가하게 되는데, 공개회사의 경우 유한책임제하에서 비용이 120으로 증가하고, 무한책임제하에서 150으로 증가한다면, 소규모 폐쇄회사의 경우 유한책임제하에서는 110이 되고, 무한책임제하에서는 100이 된다는 것이다.

114) 소유자가 매우 많은 공개회사가 이에 해당한다.

115) 소유자의 부를 평가하는 비용이 너무 크기 때문에 반대되는 증거가 나타나지 않는다면 그 부의 크기 자체를 별 의미없는 것으로 평가할 수 밖에 없는 상황을 말한다. 그러므로 소유자는 무한책임을 부담하면서도 유한책임의 더 높은 가격의 지불을 요구받게 된다.

116) 무한책임제에서는 회사의 채무불이행의 경우에도 유한책임제와 달리 소유자 개인 재산에 대해 책임을 물을 가능성이 여전히 존재하기 때문이다.

117) Paul Halpern, et al., "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law," p.135.

118) Phillip I. Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", *The Journal of Corporation Law*, Vol. 11 No. 4, 1986.

119) 이하는 유주선, "유한회사에서 콘체른책임과 사원책임", 『비교사법』 제13권 제2호, 2006, 295-305면의 내용을 정리한 것이다.

120) BGH DSr 1991, 1394

서 주식법에 명시된 기업결합법적 책임(Konzernhaftung)은 개인인 유한책임 사원에게도 유추적용될 수 있다고 함으로써 일반적인 형태로 무한책임을 인정할 가능성이 있었으나, 2001년의 Bremer Vulkan 판결¹²¹⁾로 확실하게 폐기되었다.¹²²⁾

가) 타인 재산을 관리하는 업무집행자의 지위에서 구하는 견해

사원의 입장에서 회사의 재산은 타인의 재산이기 때문에 사원이 업무집행에 관여하는 경우 타인재산의 관리자로서의 지위를 가진다. 그리고 그로 인한 주의의무를 위반하는 경우 책임을 부담하여야 한다고 한다. 그 근거로는 유한회사법 제43조¹²³⁾를 유추적용하려 한다.

나) 회사에 대한 의무를 과실로 위반한 데서 구하는 견해

유한회사와 사원 사이에 존재하는 멤버쉽적인 특별 법률관계에서 사원의 법적 책임의 근거가 있다는 견해이다. 그러한 특별관계에서 생기는 의무를 과실로 위반한 경우 사원은 회사에 대하여 손해배상책임이 있다.

121) BGH NJW 2001, 3622.

S. 3623. 유일 사원의 침해에 대한 종속된 유한회사의 보호는 주식법(§§ 291ff. AktG)의 기업결합법상의 책임 시스템을 따르지 않는다. 유일 사원은 유한회사법 제30조 이하의 의미에서의 자본의 유지 - 그에 대해 유한회사법 제43조 제3항의 범위에서 그 이사들도 책임을 진다 - 및 그 의미에서의 자산보호의 보증으로 책임이 제한된다. 즉 유한회사 유일 사원의 회사 재산과 사업기회에 대한 간섭[의 경우], 자신의 거래를 제쳐두[어야 하]고, 회사의 고유한 이익에 대한 적절한 고려를 해야만한다. 회사의 유일한 사원의 간섭의 결과 [가 상기한] 의무수준에 미치지 못하게 된다면, 종속 유한회사의 고유한 이익에 대한 ... 적절한 고려가 부족한 것으로 될 것이다.

122) 유주선, “유한회사에서 콘체른책임과 사원책임”, 288-295면., Karsten Schmidt, “Gesellschafterhaftung Und” Konzernhaftung “Bei Der Gmbh-Bemerkungen Zum” Bremer Vulkan “-Urteil Des Bgh Vom 17. 9. 2001”, *Neue Juristicshe Wochenschrift*, No. 49, 2001, S.3578. 참조.

유한회사의 유일한 사원의 책임은 회사의 자산보호를 침해하는 어떤 행위에 대한 과실에 종속된다는 태도를 취한 것이며, 기업결합에서 보이는 지배의 관점에서 책임을 부여하려는 태도를 버린 것이라고 Bremer Vulkan 판결을 해석하기도 한다. 유주선, “유한회사에서 콘체른책임과 사원책임”, 294면., Karsten Schmidt, “Gesellschafterhaftung Und” Konzernhaftung “Bei Der Gmbh-Bemerkungen Zum” Bremer Vulkan “-Urteil Des Bgh Vom 17. 9. 2001”, S.3581.

123) 업무집행자인 이사의 책임에 관한 규정이다. 업무처리에 있어 평균적 기업인의 주의의무를 이행해야 한다는 등의 내용이 명시되어 있다.

다) 회사와 다른 사원에 대한 충실의무 위반에서 구하는 견해

유한회사에도 회사와 다른 사원에 대한 충실의무가 존재하고 이 의무에 위배하여 회사의 이익을 침해했을 때 회사에 대하여 손해배상 책임을 진다고 본다.

라) 회사제도의 남용에서 구하는 견해

이 견해는 영미법상의 법인격 부인론과 유사하다. 다만 법인격을 부인하는 태도를 지양하고 분리원칙(Trennungsprinzip)이 후퇴해야 하는 사안에서 기존 규범의 해석을 통해 보충하려는 견해로서 다수설이다.

3) 일본의 경우

주주 유한책임으로 인한 자본의 무책임성을 경계하여 유한책임을 제한해야 한다는 견해들이 주장된다. 후쿠시마 원전사고를 계기로 불법행위에 대한 지배주주의 무한책임을 주장하는 목소리도 있다.¹²⁴⁾

법인주주와 개인주주를 구별하여 법인주주, 가령 50% 이상의 지분을 가진 지배 법인주주에 대하여는 입법적으로 주주평등원칙을 제한하여 무한책임을 부담시키자는 의견,¹²⁵⁾ 법인격 부인론의 틀에서 과소자본의 요건을 중시하여 과소자본의 원인을 제공하거나, 과소자본인 채로 사업활동을 계속하는데 참가한 대주주에게 직접적 무한책임을 물으려는 견해,¹²⁶⁾ 불법행위채권자 및 임금채권자에 대해 회사재산으로 변제할 수 없을 때 실질적 지배주주가 무한책임을 부담하여야 한다는 견해¹²⁷⁾ 등이 있다.

4) 우리나라의 경우

외국과 마찬가지로 주주의 무한책임을 인정하려는 다양한 시도가 존재한다. 우선 지배주주의 지배력에 상응하는 책임을 묻기 위한 방법으로 회사의 불법행위에 대해 회사가 파산에 이르지 않더라도 변제하지 못하는 채무에 대해서는 비율적 무한책임(a

124) 桜井徹, “企業不祥事と株主有限責任制: 東京電力福島第一原発事故に関わって《特別寄稿》”, 『社会科学論集 (The Social Science Review)』, 142卷 6号, 2014.

125) 関俊彦, “株主有限責任制度の未来像”, 26-27頁.

126) 並木和夫, “株主有限責任の原則の検討-過少資本の問題を中心として-”, 『私法』, 1987卷 49号, 1987, 184-185頁은 비자발적 채권자 및 그에 준하는 채권자를 임의적 채권자보다 우선하여 보호해야 한다고 하는데 반해, 後藤元, “株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任自己資本の水準から株主のインセンティブへ”, 2008卷 70号, 2008, 224-225頁에서는 과소자본을 주요 요건으로 하되, 현실적으로 계약체결 이후 주주의 사업활동을 예측한다는 것이 곤란하므로 계약채권자 역시 보호할 필요성이 있다고 본다.

127) 関俊彦, “株主有限責任制度の未来像”, 26-27頁의 각주 13 참조.

pro rata liability)을 부담하는 특별법을 제정하되, 공개회사를 포함하여 모든 주주에게로 확대하자는 견해가 있다.¹²⁸⁾ 그에 반해 계약책임과 불법행위 책임을 가리지 않고 유한책임을 인정해주는 근거가 결여되었을 때¹²⁹⁾ 지배주주의 책임을 인정하여야 한다는 견해가 있다.¹³⁰⁾

생각건대 주주의 무한책임을 인정하려는 근거는 사회적 효율성을 포함한 유한책임 제도의 존재의의 자체를 중시하는 견해와 지배주주의 지배권 남용에 좀더 방점을 두는 견해로 나눌 수 있다. 하지만, 지배권의 남용도 소유와 경영의 분리라고 하는 - 견해에 따라서는 유한책임을 존재의의로 여겨지는 내용에 귀착하기 때문에 결국 유한책임을 존재의의가 있느냐가 무한책임 인정의 열쇠가 된다.

이하에서는 1인 주식회사의 경우 무한책임을 인정할 수 있는 근거를 차례로 검토한다.

2. 법인성과 구성원의 유한책임의 관계

전술한 바와 같이 독일의 분리원칙(Trennungsprinzip)은 주주 유한책임의 주요 근거로 여겨진다. 법리적 측면에서 회사의 독자적 법인격은 유한책임의 강력한 근거로 생각될 수도 있다. 왜냐하면 타인의 채무를 내가 아무 이유없이 떠안는다는 것은 근대

128) 박세화, “지배주주의 의무와 책임에 관한 연구,” 4, 288-291면.

지배주주가 의결권행사를 통해 경영에 영향을 미치는 경우 외에도 지배주주의 지위를 이용하여 기업경영에 영향력을 행사하는 경우에는 그 영향력에 상응하는 책임을 부여하여야 한다는 견해(김원규, “연구논문(研究論文): 주주의 책임에 관한 소고”, 280-283면)도 기본적으로 지배권에 근거한다는 점에서 같은 범주에 포함될 수 있다. 그외 지배주주의 무한책임을 인정하려는 다른 시도(서완석, “일반논문: 지배주주와 주주유한책임원칙”, [Articles : Controlling Shareholder and Limited Liability.], 『상사법연구』 제23권 제3호, 2004, 445-456면)나 주주의 투자목적에 따라 구분하려는 견해(See supra note 80 at 19)도 여기에 포함된다.

129) 자본집중의 필요성이 없는 개인기업 또는 대규모 폐쇄회사, 자본집중의 필요가 있더라도 그 규모가 작아서 큰 리스크가 존재하지 않는 소규모 폐쇄회사, 기업규모와 위험이 크더라도 충분한 저력 또는 보험가입 등을 통해 위험에 대응하거나 전가할 수 있는 모회사가 대기기업인 경우 등이 있다.

130) 양동석, “주주의 유한책임원칙과 그 제한”, 148-151면.

소유와 경영이 분리되지 않은 1인 주식회사의 경우 입법적으로 무한책임을 인정하여야 한다는 견해(김재형, “1인회사의 사단성과 1인주주의 유한책임에 관한 검토”, 67-68면)도 1인 주식회사의 경우는 유한책임의 전제조건이 존재하지 않는다고 看做하여 무한책임을 부과해야 한다는 입장이므로 같은 범주에 포함될 것이다.

자본이 책임회피의 수단으로 법인격을 이용한 경우 종업원이나 회사채권자의 보호를 위하여 1인 주주나 법인주주의 유한책임을 재검토해야 한다는 견해(박진태, “일반논문: 1인회사의 입법적 과제”, [Articles : The Improvement of The System of The One Man Company.], 『상사판례연구』 제15권, 2003, 228면)도 이 부류에 포함될 수 있다.

사법에서는 생각할 수 없기 때문이다.

그러나 이러한 사고는 그 논리적 단순명료함에도 불구하고 역사적·법적 사실은 그와 같지 않다. 우선 영국과 미국의 주식회사법의 발달과정을 보면 법인의 유한책임이 당연한 것이 아님을 알 수 있다. 그렇기에 “회사가 법인격이 있다고 하여 당연히 주주의 유한책임이 도출되는 것이 아니라, 주주의 유한책임을 포함한 회사의 속성은 특정 회사의 설립과 운영을 정하는 법의 내용에 의존한다고 이해하는 것이 지배적이 되었고 주주에 관하여 회사채무에 대한 책임을 인정하는 데에 법인격 그 자체를 부인할 필요는 없고, 단순히 주주 유한책임을 부인하는 것으로 충분하다고 되어 오늘날에 이르고 있다”¹³¹⁾고 말할 수 있다.

그러므로, 법인성과 유한책임에 관한 논의가 서론에서 언급한 회사법의 기능적 관점에 비추어서는 불필요한 개념적 논의가 아닌가 생각될 수도 있다. 하지만, 성문법 국가에서 기능적 관점이 현재의 법상태와 부정합하다고 여겨질 수 있는 부분이 있다면 그에 대한 해명을 제시할 필요가 있다고 생각한다.

가. 법인성과 구성원의 유한책임의 분리

1) 영미의 발전과정

영국의 경우 1720년의 거품법이 입법에 의한 최초의 회사법이다. 거품법이 제정된 배경은 독점적 무역권을 대가로 영국정부의 채무를 인수한 남해회사가 그 채권과 자사의 주식을 교환하였는데, 수익이 부진하였으므로 신주를 발행하여 배당금을 지급하거나 주식매수대금을 무이자로 대여하는 등의 사기적 방법으로 주가를 부양하였다. 그러자 많은 유사회사들이 설립되어 주식투자의 광풍이 불었다. 이에 남해회사는 허가받지 않은 회사의 주식발행을 금지할 것을 정부에 요구하였는데 그것이 거품법이다. 거품법 제정 이후 그 입법의도가 알려지자 주가가 대폭락하였고, 결국 남해회사는 파산하였다. 이후 영국인들은 주식회사에 대한 강한 불신을 하게 되었다고 한다.¹³²⁾ 거품법은 1825년 폐지되었고 1844년 주식회사등기법이 제정되어 준칙주의로의 전환이 이루어졌다.¹³³⁾

131) 並木和夫, “株主有限責任の原則の検討-過少資本の問題を中心として-”, 181頁.

132) 최준선, “영국 주식회사제도의 발달 연구-19세기 주식회사제도의 발달지연과 특색”, 『기업법연구』 제27권 제2호, 2013, 32-34면.

133) Ibid. p.37. 거품법의 영향으로 주식회사의 설립이 어려워지자 거품법의 적용을 받지 않기 위한 목적으로 창안된 것이 회사설립증서(the Deed of Settlement)에 의한 계약에 의해 설립되는 비등기·비법인 회사이다. 이 형태의 회사가 크게 증가하였었는데 1844년 주식회사등기법 제정으로 회사설립증서를 등기함으로써 법인인 주식회사(joint stock company)

1844년 주식회사(등기)법에서는 주식회사제도의 핵심적 요소의 하나인 사원의 유한책임(limited liability)제도는 도입되지 아니하였다. …… 1855년 유한책임법(Limited Liability Act)이 제정됨으로써 현대적 주식회사의 속성이 마침내 법적으로 완결되었다. …… 오늘날에도 영국에서는 회사는 정관에서 주주의 유한책임을 명확하게 명시하여야 한다. … 유한책임법은 결과적으로 법인회사의 조합적 성격을 강화하는 계기가 되었다. 유한책임이 갖는 비윤리적 경영으로 대형 회사들은 주식회사제도의 활용을 기피하였다. 오히려 유한책임은 소유자가 회사를 전적으로 지배하고 있는 소규모 회사 및 주로 1인회사가 이용하는 회사형태로 전락하였다. 이는 영국이 다른 대부분의 유럽국가나 미국과는 달리 합자회사제도를 도입하지 않았었기 때문이다.¹³⁴⁾

또한 “그[Boyd Hilton¹³⁵⁾]는 유한책임제도가 정치 및 사회제도의 이성적 진보가 낳은 필연적인 산물이 아니라, 특정한 이념적 태도를 보유한 정부의 정책적 선택의 귀결이었다고 보아야 한다고 주장한다.”¹³⁶⁾ 이처럼 주식회사의 핵심 중 하나로 여겨지는 주주의 유한책임은 단지 입법의 결과이고 논리적 추론의 결과가 아닌 것이다.¹³⁷⁾

영국의 유한책임제도의 역사적 발전과정에서 근본적인 사상적 대립은 아담 스미스(Adam Smith)의 자유주의 경제론과 마르크스(Karl Marx)의 사회주의 경제론에 기반한다고 한다.¹³⁸⁾ 유한책임제도를 통해 노동자와 같은 중산층에도 자본의 투자기회를 부여함으로써 자본의 사회화를 이루는데에 기여한다는 것이 맑시즘의 사고인 반면, 아담 스미스는 유한책임제가 소유와 경영의 분리로 경영의 태만을 초래하긴 하지만 대

로의 전환이 인정된 것이다.

134) Ibid. pp.38-40에서 인용. 주식회사 제도와 유한책임이 별개로 도입되었다는 점 외에도 주식회사법 제정 이후 초기에 대형회사들은 주식회사제도의 활용을 기피하고 소유자가 회사를 전적으로 지배하는 소규모 회사나 1인회사가 유한책임제도를 이용하였다는 사실을 주목할만하다.

135) 아래 송병건 교수의 논문에서 번역된 인용문의 원본인 The Age of Atonement: The Influence of Evangelicalism on Social and Economic Thought의 저자.

136) 송병건, “비평 논문: 19세기 주식회사제도 도입의 지연 요인”, 『영국 연구』 제19권, 2008, 189면에서 인용.

137) 양동석, “1인회사 설립과 유한책임의 제한”, 685면.

138) 이성웅, “영국 기업법상 유한책임원칙의 성립”, 『法學研究』 제23권 제2호, 2015, 105면. Ibid. p.102. 실제로 유한책임 도입을 촉발했던 부류도 중산층이고 기업가나 자본가가 아니었다고 한다. 이 점은 전술한 바와 같이 기업가가 주도한 미국의 경우와 구별된다. 하지만 그 중산층이 오늘날 보통 생각하듯이 월급생활자가 아니라 rentier investors, 즉 토지나 채권 투자의 수익으로만 생활하는 상류층 또는 중산층을 의미하는 것이었고, 그 계층이 1830년대 이후 급격히 증가함에 따른 정치적 영향력 증대의 결과라고 한다. P. Ireland, “Limited Liability, Shareholder Rights and the Problem of Corporate Irresponsibility”, *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 34 No. 5, 2008, pp.841-844. 그렇다면 맑시즘적 이해도 재고의 여지가 있다고 보여진다.

자본을 요하는 사업(규모의 경제)에 잠재적 효용성이 있다고 생각하였다. 이는 자본시장이 상인자본에서 사회적 자본의 형태로 이행하는 사회의 변화와도 관련이 있다.¹³⁹⁾

미국은 대체로 영국보다 이른 19세기 전반에 유한책임제도가 도입되었지만, 영국과 마찬가지로 초기 산업화 이후에 경제적·정치적 압력에 의해 유한책임 제도가 마련되었고 법인격 개념의 자연스런 결론으로 도입된 것이 전혀 아니었다.¹⁴⁰⁾ 가령 메사추세츠의 경우 1829년 11월 수많은 기업들이 도산하던 상황에서 제조업자들의 유한책임제 실시에 관한 강력한 청원에 의해 1830년 2월 주주의 무한책임을 폐지하는 법률이 통과되었다.¹⁴¹⁾

그러나 이러한 유한책임 제도의 도입 결과로 대규모 자본 집적이 유발된 것은 아니라고 한다.¹⁴²⁾ 또 유한책임 제도를 도입한 1830년 이후 50년간 대부분의 회사는 소규모 회사인 점도 영국과 유사하다.¹⁴³⁾ ¹⁴⁴⁾

사상적으로는 유한책임제의 도입을 촉진한 민주주의(Jacksonian Democracy)의 영향으로 평가하기도 한다.¹⁴⁵⁾ 재산, 납세의무와 결부되지 않은 보통선거의 도입,¹⁴⁶⁾ 정부

139) 이성웅, “영국 기업법상 유한책임원칙의 성립”, 107면.

140) Phillip I. Blumberg, “Limited Liability and Corporate Groups,” p.595.

141) 1830년 이후 설립된 몇몇 법인은 매우 소규모였는데 유한책임제도가 시행된 이후에 법인 설립 특허 비용을 지출할 인센티브가 생긴 것이며 법인은 곧 유한책임을 의미하게 됐다. E. Merrick Dodd, “The Evolution of Limited Liability in American Industry: Massachusetts”, *Harvard Law Review*, Vol. 61 No. 8, 1948, p.1372.

142) Ibid. pp.1378-1379. 19세기 전반에도 몇몇의 Mill Company의 주식이 유통되긴 했지만, 동세기말까지도 주로 철도 증권 거래가 대부분이었고, 1890년대 투자는행이 산업자본과 결합하여 유가증권을 발행하기 시작하면서 비로소 일반 대중에 의한 대규모의 투자가 생겨났다고 한다.

143) Ibid. 이러한 상황은 영국의 경우와 유사하며, 결국 여러가지 이성적 논거에도 불구하고, 현실은 소규모 기업가의 영업활동상 리스크를 채권자에게 전가하려는 시도였다고 볼 수 있다.

144) 한 가지 미국의 특이한 케이스는 캘리포니아인데 1849년부터 1931년까지 비율적 유한책임제도(pro rata shareholder liability)가 있었다는 점이다. 내용은 조금씩 바뀌었지만 주주의 주식소유 비율에 따라 회사 채권자에게 직접적인 주채무를 부담하는 것이 골자다. 기본적으로는 회사 전체에 대한 채무가 아니라, 개별적인 각각의 채무에 대해 비율적인 책임을 부담하는 것이라고 한다. 즉 회사 전체의 채무가 5억 원이고 2억, 3억원의 개별 채권으로 구성되어 있다고 할 때 50%의 지분을 가진 주주에 대해 2억원의 채권자가 2억 원 전액을 청구할 수 있는 것이 아니라, 1억원을 청구할 수 있다는 것이다.

박세화, “지배주주의 의무와 책임에 관한 연구,” 각주 430.; Phillip I. Blumberg, “Limited Liability and Corporate Groups,” pp.598-599.

145) Peter Z. Grossman, “The Market for Shares of Companies with Unlimited Liability: The Case of American Express”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 24 No. 1, 1995, p.67.

146) 재산보유 조건은 1856년 노스캐롤라이나를 마지막으로 없어졌고, 납세의무조건도 몇 개주를 제외하고 전부 폐지됨으로써 보통의 백인 남성까지 유권자가 확대되었다. Stanley L Engerman · Kenneth L Sokoloff, “The Evolution of Suffrage Institutions in the New

의 경제에 대한 간섭을 최소화하는 자유 방임주의(Laissez-Faire)를 옹호하면서, 엘리트가 아닌 보통사람의 정부에의 참여 확대를 주장하는 잭슨 시기(Jacksonian era : 1830-1850)의 사상적 영향이라는 것이다. 왜냐하면 무한책임제일 경우 그 위험을 감당할 수 있는 극소수의 자산가만이 자본투자가 가능한데 반해, 유한책임제에서는 중산층도 정치참여의 확대 기조와 마찬가지로 자본시장에 참여할 수 있는 기회가 생기기 때문이라는 것이다.

2) 소결

영국과 미국의 유한책임 제도의 도입 역사를 보면 그것이 법이론적인 결과물이 아니라 경제적·사회적·정치적 역학 관계에 따른 정책 결정의 산물이었음을 알 수 있다. 사실 그 당시 주식회사의 법인성을 근거로 유한책임을 인정하자는 주장은 처음부터 나오기 어렵지 않았나 생각된다. 당시 영국이나 미국에서 법인 주식회사(corporation)의 권리의무는 의회가 승인하는 특허장(charter)의 내용에 달려있었다. 유한책임을 명시하는 경우도 있었고, 그렇지 않은 경우도 있었지만 영국은 대부분의 경우에 침묵하고 있었고,¹⁴⁷⁾ 미국은 메릴랜드와 같은 예외를 제외하면 직접적 무한책임이 보통이었다고 한다.¹⁴⁸⁾ ¹⁴⁹⁾ 즉 법인 주식회사(corporation)의 권리의무는 특허장의 내용에 따라 결정된다고 이해하던 상황에서 특허장(charter)이 법률(Act)로 이행되는 과정의 논쟁이었기 때문에 회사법인체 이론(corporate entity doctrine)¹⁵⁰⁾ 따위로 의회에서 논

World”, *The Journal of Economic History*, Vol. 65 No. 4, 2005, p.16 & Table 1, 2.

147) Phillip I. Blumberg, “Limited Liability and Corporate Groups,” p.580. 반대로 일반적으로 유한책임을 명시했다는 견해는 이성웅, “영국 기업법상 유한책임원칙의 성립”, 99면.

148) Phillip I. Blumberg, “Limited Liability and Corporate Groups,” p.588-589.

149) Ibid. pp.579-581. 다만, 특허장(charter)에서 유한책임에 관해 침묵하고 있는 경우에 유한책임이 인정되었느냐에 관하여 영국의 경우에는 17세기말까지는 적어도 주주의 직접적 무한책임은 사라졌다고 보는 견해가 유력하다. 그 견해에 의하더라도 주주의 간접적 무한책임은 여전히 인정되었다. 간접적 유한책임을 인정하는 메카니즘은 법인의 주주에 대한 금전납부의무 부과권이었고, 그 권리는 특허장(charter)에서 명시적으로 부정된 경우에는 인정되지 않았다. 그 결과 그 권리를 부정하는 내용을 특허장(charter)에 명시하는 것이 일반적이 되었다.

E. Merrick Dodd, “The Evolution of Limited Liability in American Industry: Massachusetts,” p.1359-1361. 미국은 Wood v. Dummer, 3 Mas. 308 (C.C.D.Me, 1824) 케이스에서 주주의 유한책임을 인정한 바 있고, 금전납부의무부과권에 대하여 메사추세츠의 경우는 특허장(charter)에 명시적 규정이 없는 한 인정되지 않았다.

사법적 판단에 있어서는 미국과 영국이 차이가 있었지만, 결국 주주의 유한책임 인정 문제는 특허장(charter)의 내용에 달린 것이었다. 이는 오늘날 주주의 유한책임 인정 여부가 회사법의 내용에 달린 것과 평행선에 있다고 보여진다.

150) 양동석, “주주의 유한책임원칙과 그 제한”, 135면 참조.

변할 수는 없었을 것이다. 게다가 19세기 전반까지만 해도 비록 산업화의 물결이 거세긴 했으나 대부분의 기업의 형태는 소규모의 조합적 형태였다.

그리고 유한책임 자체가 법인격을 전제로 하는 것도 아니었다.

영국의 경우 당시 대부분의 회사 형태였던 회사설립증서에 의한 회사들은 회사명 뒤에 “Limited”라는 단어를 붙이고 계약에 유한책임 조항을 씌움으로써 유한책임을 인정 받으려는 시도를 하는 것이, 그 법적 불확실성에도 불구하고, 확고한 상거래 관행이었는데 이처럼 비법인회사임에도 불구하고 사실상 특허장(charter)의 획득과 마찬가지로 유한책임의 이익을 확보하고 있었다.¹⁵¹⁾ 이러한 상황에서 법인이기 때문에 유한책임이 인정되어야 한다는 주장은 별로 설득력이 없었을 것이다. 또 미국의 경우에도 1786년에 뉴욕주에서 법인이 아니었던 철강제조업자 협회에 1년간 유한책임을 인정한 사례가 있다.¹⁵²⁾ 게다가 유한책임 제도 자체는 로마법에까지 연원을 두고서 중세의 조합적 계약체인 코멘다(Commenda)가 출연한 11세기 이탈리아에서부터 유래하여,¹⁵³⁾ 법인이라고 하는 테크닉이 발명되기 이전부터 존재해 왔다.

따라서 주식회사의 독립된 법인격을 전제로 구성원의 유한책임이라는 것을 설명할 수 있다고 하더라도 그들에게 유한책임을 부여할 것인지는 입법적·정책적 결정의 문제라고 할 수 있다. 즉 법인성과 구성원의 유한책임은 서로 다른 문제이다.

나. 1인 주식회사에서 법인성과 구성원의 유한책임의 갈등관계의 해소

앞서 본 바와 같이 법인성과 구성원의 유한책임은 별개이다. 그런데 설명 그렇다 하더라도, 한 법주체가 다른 법주체의 채무를 부담하는 관계를 어떻게 설명해야 하는지의 문제가 남는다.

주주의 무한책임과 회사의 법인성의 갈등은 주주가 회사채권자에게 직접 무한책임을 지는 상태에서 발생한다. 주주가 무한책임을 부담하더라도 간접적으로 회사에 대해 추가출자의무를 부담하는 형태라고 한다면, 채무자는 여전히 회사뿐이다. 그러므로 이때는 주식회사가 법인이라는 사실과 주주의 무한책임과의 갈등의 여지는 없어 보인다. 그러나 1인 주식회사에서 회사에 대해 추가출자의무를 부담하는 형태의 무한책임은 그 이행을 기대하기 어렵고, 채권자의 대위행사를 인정하더라도 절차만 더 번잡해지고 실효성을 떨어질 가능성이 있다. 여기서는 직접적 무한책임을 전제로 검토한다.

151) Phillip I. Blumberg, “Limited Liability and Corporate Groups,” p.582.

152) Oscar Handlin · Mary F. Handlin, “Origins of the American Business Corporation”, *The Journal of Economic History*, Vol. 5 No. 1, 1945, p.9.

153) 이성용, “영국 기업법상 유한책임원칙의 성립”, 96-97면. 코멘다(Commenda)는 익명조합과 합자회사의 기원이 된다.

1) 주주의 무한책임과 법인격의 본질의 관계

법인격 부인론이 시사하는 바와 같이 주주의 무한책임과 회사의 법인성의 관계는 법인과 그 배후 실체와의 관계의 문제이다. 이는 법인의 본질론에 관련된다. 법철학자 라드브루흐에 의하면,

자연인이든 법인이든 모든 인격의 「의제적」·인위적 성질에 관하여는 異論의 여지가 없다. 법인의 문제 - 의제된 인격이든 실재하는 단체인격이든 - 는 오히려 그 법률외적 실체(metajuristische Substrat)의 문제이다. 자연인의 배후에 인간이 있는 것처럼 법인의 배후에도 법에 先立하여 존재하고, 그것에 의하여 법의 인격성이 부여되는 前法律的 본체(vorjuristische Wesenheit)가 존재하는가 - 이것이 법인본질론의 중심문제이다.¹⁵⁴⁾

법인의 본질에 관해 주지하듯이 법인의제설, 법인실재설, 법인부인설이 존재한다. 그러나 어느 설이든, 즉 법인의 본체를 무엇으로 보든, 법인의 존재와 권리능력은 이미 법질서의 所與로 존재함을 인정한다.¹⁵⁵⁾ 사원의 유한책임·무한책임은 법인의 권리능력을 구성하는 법질서에 포함된다. 법인의 본질은 그 법질서, 구체적으로 여기서는 제331조(株主의 責任)의 내용을 형성하는 기초가 된다. 즉 법인의 본질은 주주의 책임문제에 관한 내용적 기초가 된다.

2) 法的 形式으로서의 법인과 前法律的 實體의 관계

인격이 법질서의 소산인 점은 자연인인 사람이든 법인인 사람이든 마찬가지이다. 노예는 인간이지만 인격은 아니었다. 그런 의미에서 자연인도 법인이다. 이러한 법인은 구체적인 개성이 사상(捨象)된 법적 형식이다.¹⁵⁶⁾ 법적 형식으로서의 법인에 귀속된 권리의무는 그 법인의 전법률적 본체인 구체적 개성을 가진 개인이나 단체 속에 공

154) Gustav Radbruch, 최종고 역, 『법철학』, 삼영사, 1993, 182-185면.

참고로 라드브루흐는 목적설의 관점에서 법인의 실체는 개개인의 목적을 초과하는 자기 목적을 가지는 목적론적 통일체로 결합된 그 목적에 봉사하는 개개인이라고 한다. 개인주의적 법률관에 기초한 사비니의 법인의제설에서는 상기의 법인의 특수목적, 즉 초개인적인 목적을 인정하지 않으며, 기에르케의 실재적 단체인(reale Verbandsperson) 이론은 초개인주의적 이론으로서 유기체적 성격을 떼어내면 초개인적 단체 목적을 주장하는 것이라고 한다. 브린츠의 목적재산설은 초인격적인 형태로서 순수히 객관적인 목적을 위한 재산 및 인간의 결합체를 의미한다고 한다. 이 세가지는 세 부류의 법인, 즉 자연인과 사단 및 단체, 재단 및 영조물의 자기목적설을 설명하는 것으로 병존적이라고 한다.

155) 박의근, “법인본질론에 관한 소고”, 『비교사법』 제22권 제4호, 2015, 1764면.

156) Gustav Radbruch, 법철학, 180-182면.

존한다.¹⁵⁷⁾

법인의제설에 의하면, 전법률적 실체인 단체의 개개 구성원이 법인의 권리능력의 근거가 되므로, 제331조의 주주는 주식회사의 권리능력의 기초가 된다. 따라서 법적 형식으로서의 주식회사가 부담하는 채무는 그 전법률적 사회에서는 주주 개개인에 의해 지탱된다. 제331조는 그 책임을 법질서 내에서는 주식의 인수가액으로 제한하는 역할을 하게 된다. 반면 법인의 본체를 단체로 보는 법인실제설에서는, 법인의 채무는 전법률적 실체인 단체 자체에 공존하고 그 구성원인 주주에까지 연결되지 않는다. 제331조는 그러한 주주에게 법질서 내에서는 주식의 인수가액까지 책임을 확장하는 기능을 한다.

한편 주의할 점은 법인의제설이나 법인부인설이 법인의 전법률적 실체인 團體가 존재하지 않는다고 본 것은 아니다. 다만, 법인의제설은 법질서 이전에 존재하는 단체가 법인의 권리능력의 근거가 될 수 없고, 자연인만이 그 근거가 될 수 있다고 본 것이며, 법인부인설은 단체성 이외의 다른 특징적 요소(목적재산, 관리자, 법인이익 향유자 등)에서 법인의 본질을 구하는 견해라고 한다.¹⁵⁸⁾ 그러므로 어느 견해도 법인의 전법률적 실체는 단체임을 전제로 한다. 이와 같이 법인본질론의 중심은 단체와 법인격의 문제이다.

3) 法人인 法的 形式과 個人인 前法律的 實體의 괴리

1인 주식회사는 전법률적 실체는 개인¹⁵⁹⁾인데 법적 형식은 법인인 경우이다. 이때 그 본체인 개인과 법인인 법적 형식의 관계는 어떠한가 문제된다.

이 경우는 법인의 법적 형식이 개인법적으로 변용될 수 밖에 없다. 개인인 본체는 처음부터 단체법적 형식을 다 충족시킬 수 없기 때문이다. 예컨대 가중된 의결정족수를 요하는 주주총회의 특별결의(제329조의2 제1항, 제360조의3 제2항, 제360조의16 제2항, 제374조, 제385조 제1항, 제415조, 제434조, 제438조, 제518조, 제522조, 제530조의3 제2항 등)는 1인 주식회사에서는 일반결의와 마찬가지로 특별결의로서의 의미가 전혀 없다. 또한 특별이해관계인의 의결권 제한에 관한 제368조 제3항도 1인 주식회사에서는 적용이 제한적이다. 가령 제399조에 따른 이사의 회사에 대한 책임은

157) 공존한다는 것은 법적 의미에서 동일한 권리의무를 가진다는 뜻은 아니다. 법적 형식은 실체인 개인이나 단체의 아바타(avatar) 또는 개인이나 단체가 걸친 옷과 같아서 아바타에 귀속된 것, 옷주머니에 들어온 돈은 옷을 입고 있는 자 즉 그 실체에도 연결된다는 의미다.

158) 박의근, “법인본질론에 관한 소고”, 1757-1759, 1763-1764, 1769-1771면.

159) 개인이 아니라 법인인 경우에도 이하의 논의는 유효하다. 왜냐하면 법인도 개인과 마찬가지로 단일한 주체이고 단일한 주체와 주체사이에는 항상 개인법적 관계가 적용되는 것이기 때문이다. 다만, 법인인 경우에 그 전법률적 실체는 한단계 더 뒤에 물러서 있을 뿐이다.

제400조에 의해 주주 전원의 동의로 면제될 수 있는데, 그때 1인 주주가 이사인 경우 또는 1인주주가 영업양도(제374조)의 상대방인 경우¹⁶⁰⁾ 등에는 의결 자체가 가능하지 않다.

이러한 개인법적 변용의 한계는 제3자 또는 법인 외부의 자와의 관계이다. 제3자에게 불리한 변용은 허용되지 않는다. 왜냐하면 제3자가 상대방의 정해진 법적 형식으로 부터 받는 이익을 박탈할 수는 없기 때문이다.

그러므로 1인 주주가 회사의 채무를 부담하는 것은 법적 형식이 실체를 반영하지 못한 한계에서 오는 당연한 결과라고 할 수 있다.

3. 무한책임 인정의 근거

주식회사의 법적 형태가 어떠해야 한다는 선험적인 명제 따위는 존재하지 않는다. 금과옥조처럼 여겨지는 주주의 유한책임¹⁶¹⁾도 마찬가지이다. 이는 역사적 사실로부터도 알 수 있다. 다만 우리가 기대하는 사회적 역할 내지 효용을 위해 유한책임이란 요소를 투입했다고 보는 것이 정확할 것이다. 그러므로 그 효용이 다하는 곳에서 주주의 유한책임은 더 이상 설 자리가 없다. 그것은 정당한 권리를 실현하지 못하게 된 채권자의 피눈물나는 희생하에 주어지는 것이기 때문이다.

유한책임 존재근거의 결여는 두 가지 관점에서 접근할 수 있다고 생각한다. 첫째는 유한책임을 인정할 사회적 효용이 존재하지 않는다는 관점, 둘째는 소유와 경영의 분리에서 유발된 유한책임이 소유와 경영의 일치를 의미하는 지배권에 의해 다시 배제되었다는 관점으로 구분할 수 있다.¹⁶²⁾ 본고에서는 두 관점을 결합하여 무한책임의 인정근거를 살펴보고 그에 기초해 입법적 대안을 제시한다.

160) 특별한 이해관계의 의미에 대해 통설은 특정 주주가 주주의 입장을 떠나서 개인적으로 가지는 이해관계의 의미라고 하며, 본문의 경우는 그 예시 중 두 가지이다. 정찬형, 상법강의(상), 852면.

161) 여기서 주주의 유한책임에 대해 좀더 생각해보면 사실상 주주는 아무런 책임도 지지 않는다는 것을 알 수 있다. 거의 유일한 의무인 주금납입의무도 주주가 되기 위한 요건이지 주주의 의무는 아니기 때문이다. 결국 의무는 없이 회사에 대한 권리만 보유하는 것이 작은 주식회사의 주주이다.

162) 위험의 외부화의 관점과 지배권의 관점에서 무한책임을 인정하는 것의 대비에 관하여는 서완석, “일반논문 : 지배주주와 주주유한책임원칙”, 411-414면. 참조.

지배주주의 무한책임을 인정하는 단방향의 접근에 더해 지배주주에게서 지배권을 박탈하고 유한책임을 인정하는 선택적 접근의 아이디어에 관하여는 P. Ireland, “Limited Liability, Shareholder Rights and the Problem of Corporate Irresponsibility,” pp.852-854. 참조.

가. 자본집중의 부재와 지배권 관점의 조화

1) 무한책임 부과의 정당성

유한책임의 사회적 효용은 여러 가지 면에서 제시되지만, 궁극적으로는 전술한 바와 같이 자본의 집중에 있다고 생각된다. 그리고 1인 주식회사에 유한책임이 의도하는 자본의 집중이 없다는 것은 명백하다. 이처럼 1인 주주는 유한책임의 혜택을 받을 자격을 개념적으로 애시당초 증명할 수 없다.¹⁶³⁾ 다만, 1인 주식회사를 의도하지 아니한 상황이 있을 수 있는데, 이에 대한 유예기간은 무한책임 부과의 조건으로 주어짐이 형평에 부합할 것이다. 그리고 유예기간이 경과하기까지 새로운 주주를 더 찾을 수 없었다면 사회적으로 그 사업에 유한책임의 혜택을 부여함이 적당하지 않음을 방증하는 것이라고도 할 수 있다.

2) 무한책임 부과의 계기

1인 주주에게 무한책임을 부과할 정당성이 있다고 하면 그 책임의 근거를 확정할 필요가 있다. 즉 일반적인 경우에서처럼 그의 행위에 대한 책임인가, 아니면 다른 무엇인가를 근거로 하는 책임인가의 질문이다.

만약 기업이 실체에 부합하는 법적 형식을 가진다고 하면 1인 주식회사는 대개 개인사업자(sole proprietor)와 동시될 수 있다. 개인사업자(sole proprietor)는 지배인 등과 같은 상업사용인을 사용함으로써 인해 발생한 계약상 채무에 대해서는 제한없이 계약상 책임을, 불법행위상 채무에 대해서는 선임·감독상 과실을 조건으로 사용자책임을 부담한다. 그런데 1인 주주는 그렇지 않다. 주주는 경영자가 아니기 때문에 다르다는 설명은 부족하다. 왜냐하면 개인사업자도 실제 경영은 자식이나 배우자, 또는 제3자가 하는 경우도 얼마든지 있기 때문이다.¹⁶⁴⁾ 즉 경영에의 관여라는 행위를 근거로 1인 주주의 무한책임을 인정하기에는 부족하다. 물론 경영에의 관여가 책임 부과의 계기가 될 수 없다고 말하는 것은 아니다.

다만, 우리가 1인 주주를 포함한 지배주주의 규제에 주목하는 이유는 단순히 그들이 그 지위를 남용하거나 남용할 가능성이 있다는 점 때문만은 아니기 때문이다.

근본적인 이유는 유한책임이 요구하는 효용은 주지 않으면서 이익은 모두 취하고 손실은 남에게 전가할 수 있다는 정의관념에 반하는 결과¹⁶⁵⁾ 때문인 것이다. 여기서

163) 안택식, “연구논문(研究論文) : 1인(人) 주식회사(株式會社)와 법인격부인(法人格否認)의 법리(法理)”, 109면.

164) 이때에도 개인사업자가 책임을 지는 것은 자신의 명의로 행위함을 허락함으로써 채무부담을 수락한 그의 의사에서 찾을 수 있다.

경영에의 관여 여부는 결정적이지 않다. 왜냐하면 1인 주주를 포함한 지배주주의 지분권은 더이상 단순히 수익에의 참여를 의미하는 지분권이 아니라 그 과정을 지배하는 소유권으로 이미 변질되었기 때문이다.¹⁶⁶⁾ 설령 경영에 관여하지 않았다 하더라도 그 기업의 소유자로서 존재하는 한, 자신의 소유물에서 발생한 책임을 남에게 전가한다는 것은, 설령 타인의 행위가 개입되어 그 타인이 독자적인 책임을 부담한다고 하더라도, 정의관념에 반한다는 것이다.

3) 소결

1인 주주의 무한책임은 자본집중이라는 사회적 효용의 부재에 그 정당성의 원천이 있고, 행위책임 또는 지배권에 기초한 일종의 소유자책임에 의해 부과의 계기가 마련된다.¹⁶⁷⁾ 무한책임 부과의 정당성이 존재하는 한, 경영에의 관여 여부는 문제되지 않는다. 그들의 행위에 대한 책임을 묻는 것이 아니기 때문이다. 따라서 그 자신의 행위에 의한 귀책사유가 있는 경우 외에도 1인 주주의 소유자책임에 근거해 무과실 책임을 부담한다.

다만, 주식회사의 물적 회사라는 특성, 지주회사의 문제, 회생절차에서 출자전환된 채권자의 문제, 계약채권자와 불법행위 채권자의 구별, 임금채권자의 특별취급 등 1인 주주의 무한책임의 제한 가능성이 언급될 수 있는 사안들이 있다. 다음 항에서는 이에 대해 검토한다.

나. 무한책임의 제한

1) 물적 회사 속성에 의한 제한

1인 주주의 무한책임은 주식회사가 물적 회사라는 특성에 의해 제한된다. 물론 1인 주식회사를 사원이 1인인 인적회사로 구성하는 것이 전혀 불가능한 것은 아니겠지만, 현행 회사법의 틀 내에서는 물적 회사라는 속성을 부여할 수 밖에 없다.

165) 경영에 관여한 경우에는 자신의 행위로 인한 손실에도 책임을 지지 않는다는 점에서, 경영에 관여하지 않은 경우에는 그럼에도 불구하고 채권적 투자자와 달리 경영으로 인한 이득은 전부 취한다는 점에서 1인주주의 무책임성과 물욕은 정의관념에 반한다.

166) 송호신, “지배주주의 권리와 책임”, 260-264면.

167) 그러나, 1인 주주가 아닌 지배주주의 경우에는 자본집중이라는 사회적 효용이 일부라도 존재한다는 점을 부정하기는 어렵다. 따라서 행위책임에 의해 무한책임을 묻는 것은 별도로 하더라도 지배권에 기초한 소유자책임에 근거해 일반적인 무한책임을 묻는 것은 사회적 비용이 더 클 수도 있다. 그러므로 이 경우에는 특별한 의무의 부과 또는 지배권의 남용에서 근거를 찾을 필요가 있다.

그러므로 1인 주주의 소유자 책임은 자본의 확충·유지에 관련된 사안에 국한되어야 한다. 그러나 단순히 사업상의 위험이 현실화되어 자본에 영향을 미친 경우에만까지 소유자 책임을 부담할 것은 아니다. 또 행위책임이 아니므로 1인 주주가 직접적으로 행위하지 아니한 경우, 채무불이행과 인과관계가 없는 경우에도 책임이 있다. 그러므로, 경영진의 자본 침해 행위를 묵인하거나 재무제표 승인 또는 자기거래의 추인 등으로 그 결과를 승인한 경우에도 1인 주주는 회사채권자에 대해 책임을 지는 것이 타당하다.

2) 지주회사의 문제

지주회사인 모회사에게 무한책임을 지울 것인가의 문제가 있다. 이 문제는 지주회사와 종속회사의 소수주주 및 채권자 보호라는 더 큰 틀에서 추가적으로 검토될 필요가 있는데, 일단은 1인 주주인 모회사의 무한책임을 부정할 필요는 없지 않은가 하는 생각이 든다.¹⁶⁸⁾ 1인 주주의 무한책임의 관점에서 보통의 모회사-자회사 관계와 달리 볼 이유가 없지 않은가 하는 생각이다.

3) 회생절차에서 출자전환된 채권자의 문제

사실 이 경우는 1인 주주보다는 지배주주의 사안이 될 경우가 많을 것이다.¹⁶⁹⁾ 주주이면서 사실상 채권자인 지배주주에 대해 무한책임을 물을 수 있을지가 문제된다. 회생절차는 법원의 감독을 받기 때문에 논의의 실익이 없다고 생각할 수도 있다. 하지만, Fast Track이라고 하여 회생의 가능성이 큰 기업에 대해 회생계획의 이행이 완료되기 전에도, 사실상 이행의 초기 단계에서 회생절차 종결 결정을 하여 법원의 손을 떠나는 경우가 많다. 이때 채권자인 지배주주는 회사의 경영엔 관심이 없고 채권의 회수에만 신경 쓰는 것이 보통이기 때문에 기업의 자본을 침해하거나 손해를 끼칠 행위를 할 유인이 크다. 따라서 이 경우에도 무한책임을 부과할 실익은 존재한다.

168) 금융지주회사의 경우에 유한책임을 인정할 근거가 결여되었음을 주장한 견해로는 김동훈, “일반논문 : 금융지주회사의 규제와 책임”, [Articles : Regulations toward and Responsibility of Financial Services Holding Companies.], 『상사법연구』 제20권 제4호, 2002, 338-340면. 참조.

169) 채권자가 1인뿐인 경우는 거의 없을 것이고, 여러 명인 경우에 그 중 1인에 대해서만 출자전환하는 회생계획안은 특별한 사정이 없는 한 채권자평등의 원칙에 반하기 때문이다.

4) 기타사항

그 외 많이 논의되는 내용은 계약채권자와 불법행위 채권자를 구분하여 취급할 것 인지와 임금채권자를 불법행위 채권자에 준하여 다루어야 할지 여부이다. 범경제학적 논리에도 불구하고 현실에 있어서는 채권자가 항상 유한책임의 조건을 내부화할 만큼 대등하거나 우월한 지위에 있지는 않다. 그리고 거래행위적 불법행위에 기한 채권과 계약상 채무불이행에 의한 채권은 동일한 사실의 양면인 경우도 많은데, 양자의 보호를 달리할 결정적 근거는 없다고 여겨진다.

다. 1인주주의 행위를 통제하는 수단으로서의 무한책임

여기서는 회사법의 기능적 관점이라는 면에서 지금까지 도출된 결론이 1인 주주가 채권자의 이익을 고려하는 방향으로 행위하도록 유도할 수 있는지, 즉 소유자와 채권자의 대리인 비용을 감소시키는지 검토한다. 먼저 1인 주식회사의 문제이기에 간소화되는 면이 있다. 첫째 연대 무한책임이든 비율적 무한책임이든 결과가 같으므로 구별할 필요가 없다. 둘째 정보비용 가운데 주주간 자산의 감시비용이나, 증권시장에서 불균일한 주가의 문제¹⁷⁰⁾도 고려할 필요가 없다.

1) 도덕적 해이

대리인 비용의 가장 큰 부분은 도덕적 해이다. 1인 주주는 회사의 운영에 직접적 이해를 가지고 있고 그 결정의 변경으로 인한 이익을 완전히 누릴 수 있어서, 채권자가 싫어할 만한 행동을 할 유인이 크다. 특히 유한책임제하에서는 채권자와의 계약시 예상되지 아니하였던 더 위험한 투자결정을 할 가능성이 커진다. 채권자에게 보상하지 아니하고 더 높은 수익률을 얻을 수 있는 가능성을 의미하기 때문이다. 또 신규차입으로 높은 부채비율을 만드는 행위도 채권자의 희생으로 주주가 이익을 보는 경우가 될 수 있다.¹⁷¹⁾ 도산신청의 시기와 관련한 도덕적 해이의 문제도 있다.¹⁷²⁾ 하지만, 무한

170) See supra note 90 at 21. 무한책임제하에서 주주의 자산의 크기가 다른 경우, 각 주주가 보유하고 있는 주식의 가치가 달라질 수 있다.

171) 藤田友敬, “株主の有限責任と債権者保護 (特集 現代法学展望 - 基本原理からのアプローチ-)”, 『月刊法学教室』 223号, 1999, 23頁 참조.

RJR Nabisco사의 LBO사례를 예로 든다. 주당 56 달러 정도였던 주식을 주당 109달러에 매수한 총액 311억 달러의 인수가로, 20세기 최대 금액의 인수사례이다. 위키피디아 (2016. 7. 1. 마지막 방문) <https://en.wikipedia.org/wiki/Leveraged_buyout> 참조.

공개매수 이전에 시장가로 24억 달러의 사채가 발행되어 있었는데, LBO 방식의 공개매수로 높은 등급을 상실하면서 그 가치가 2억98백만 달러로 하락했다. 주주가 얻은 모든

책임제한하에서는 그 가능성이 크게 줄어든다.

2) 파산비용

파산관재인은 파산법인 외에 1인 주주의 재산도 파산재단으로 파악해야 하므로 파산비용은 증가한다. 하지만, 채권의 회수가가능성도 함께 증가한다는 점에서 이와 같은 파산비용의 증가가 큰 의미가 있는지는 의문이다. 다만 무한책임제한하에서 개인 소유자산을 빼돌릴 유인이 증가하게 되는데, 실제로는 이것도 크지 않을 것이라는 것이 Hansmann과 Kraakman의 지적이다.¹⁷³⁾ 1인 주주의 소규모 폐쇄회사의 경우 대출을 이용하기 위해서는 일정 수준의 개인 자산을 보유하는 것이 현실적으로 필요하기 때문이라는 것이다. 그리고 기회주의적인 자산 이전에 대해서는 도산법에서 이미 규제하고 있기 때문이다.

3) 정보비용

어떤 책임제한하에서든 회사의 재산에 대한 감시비용은 달라지지 않고, 무한책임제한하에서 1인 주주의 재산에 대한 감시비용이 추가된다. 하지만, 무한책임제한하에서 소유자는 자신의 책임을 제한하기 위해 채권자들과 협상하고자 할 것이며, 그 과정에서 위협의 배분에 관한 정보가 더 제공되고, 기업활동의 모니터 능력이 강화된다.¹⁷⁴⁾ 1인 주주인 경우에는 협상비용도 크지 않을 것이다. 그외에도 채권자는 정보비용의 비대칭을 해결하기 위해 가격조정을 통해 그 비용을 전가하거나 할당(rationing)을 통해 위협을 제한할 수도 있다. 이처럼 정보비용의 차이가 크지 않다면, 소유자의 입장에서 더 낮은

이익이 채권자의 주머니에서 나온 것이라고 말할 수는 없지만, 채권자의 희생으로 주주가 이익을 얻은 것을 부정할 수는 없다고 한다.

172) Ibid. pp.23-24 참조. 회사가 채무초과의 상태에 있을 때, 진행 중인 어떤 프로젝트를 계속 진행할 것인지 결정함에 있어 즉각 청산함이 채권자에게 유리한 경우에도 유한책임으로 인해 주주의 기대수익률이 즉각 청산의 경우보다 더 높을 경우, 그 프로젝트를 계속할 유인이 생긴다고 한다. 채권자가 파산을 신청할 수 있다고 하더라도 기업의 재무정보를 외부에서 알기 어렵기 때문에 파산신청 여부에 관한 채무자의 재량의 여지가 있다는 것이다. 이 점은 도산신청의 경우뿐만이 아니라, 희생에서는 그 절차 진행 중에도 문제될 수 있다. 가령 수개의 진행 중인 건설현장이 있는 건설사가 희생절차를 신청한 경우 건설사는 향후 M&A나 실적, 행정제제 등의 면에서 유리하기 때문에 가급적 많은 현장을 유지하려는 유인이 있는 반면에 채권자의 입장에서는 확실한 현금흐름이나 이익이 예상되는 현장이 아니라면 즉각 중지하는 것이 유리할 수 있다.

173) Henry Hansmann · Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", pp.1910-1911.

174) Paul Halpern, et al., "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law", p.148.

이자율비용이 가능한 무한책임제를 선택하는 것이 더 효율적이다.¹⁷⁵⁾ 채권자의 입장에서도 전술한 도덕적 해이의 문제 때문에 무한책임제를 선택하는 것이 더 효율적이다.

4) 분산투자의 문제

유한책임에 관한 각국의 견해에서 소개한 바와 같이 유한책임제도의 효율성을 뒷받침하는 주요근거의 하나는 분산투자를 통한 위험분산이 가능하다는 점이다. 무한책임제하에서도 위험분산은 가능하지만 포트폴리오의 체계적 위험은 증가하게 된다. 그러나 1인 회사의 주식은 투자자가 아니라 대개 경영자가 보유한다는 점을 고려할 필요가 있다. 다르게 표현하면, 위험분산을 목적으로 여러 자산 중의 한 형태로서 보유하기 보다는 그 회사의 사업기회를 활용하기 위한 경영의 목적으로 보유하는 것이 일반적이라는 것이다. 즉 1인 주주의 경우는 대개 주식보유의 목적이 다르다. 그렇다면 분산투자를 통한 위험분산은 1인 주주의 무한책임을 인정하는데 별 의미있는 연관성이 있다고 보여지지 않는다.

IV. 입법적 대안의 검토

1. 입법적 대안의 제시

이상의 검토를 토대로 1인 주주의 무한책임에 관한 입법안을 다음과 같이 제시해 본다.

1인 주주의 무한책임

제1항 발행 주식을 자기 또는 타인의 명의로 전부 소유하고 있는 자(이하 이 조에서 “1인 주주”라고 한다)에게 다음 각호의 사유가 있는 경우, 회사가 변제할 수 없게 된 채무에 대하여 변제할 책임이 있다. 단 제4호의 경우 그 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못한 상대방에 대해 그 사유 발생 이후에 생긴 채무에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 가장납입 · 부적법한 이익배당 · 1인 주주 및 그 특수관계인¹⁷⁶⁾의 과도한 급여 수

175) See supra note 113 at 26.

176) 특수관계인의 범위에 대해서는 상법의 통일적 규율이라는 관점에서 제398조 각호에 준하여도 무방할 것이다.

령, 회사재산의 횡령, 기타 부당한 방법으로 회사의 재산을 유출한 경우

2. 중대한 허위의 재무제표를 고의 또는 과실로 작성 또는 사용한 경우

3. 회사의 사해행위가 인정되는 경우

4. 단기간에 회사의 자본에 비해 과도한 차입을 한 경우

5. 회사와의 거래, 영업행위 기타 배임행위로 회사에 손실을 끼친 경우. 1인 주주가 대표자 또는 업무집행자, 이사·집행임원 또는 주요 실질주주로 속한 조합, 단체 또는 법인이 행위한 경우에도 같다.

제2항 이사·집행임원 또는 피용인의 전항 각호의 행위를 승인 또는 묵인하거나 그 결과를 추인한 경우, 과실로 알지못한 경우에도 전항의 책임을 부담한다.

제3항 1인 주주가 경영에 관여한 경우 제1항의 책임을 부담한다. 1인 주주가 회사가 제공하는 사무실, 교통, 주거, 통신 기타 유무형의 이익을 취득·약속한 때에는 경영에 관여한 것으로 추정한다.

제4항 제1항의 책임은 발행 주식을 6개월¹⁷⁷⁾ 이상 전부 소유한 경우에 한하여, 그 소유 시점(始點)에 소급하여 발생한다.

제5항 제1항의 채무의 이행을 구하는 소송의 사실심 변론종결시까지 회사가 파산선고, 회생절차 개시 결정을 받는 경우 또는 집행가능한 재산이 없거나 채무액에 미달하는 경우, 강제집행이 주효하지 않은 경우에는 회사가 채무를 변제할 수 없게 된 것으로 간주한다.

위에서 제시된 요건들은 엄밀하게 정치(正置)된 것이라기 보다는 1인 주주의 무한책임이 인정되어야 할 상황의 범위와 그 방향성에 대해 예시한 수준이다. 기본적으로 소유자책임의 관점에서 통상적인 경영상의 행위는 배제하되, 가급적 회사의 자본과 관련된 행위를 위주로 제시하였다. 다만, 제3항에서 행위책임의 관점도 반영해 경영에 관여한 경우¹⁷⁸⁾를 포섭하였다.

항목별로 간략히 살펴보면, 제1호는 자본충실의 원칙을 침해할 수 있는 행위들을 고려하였다. 가장납입의 경우, 발기인의 납입담보책임(제321조 제2항)이나 납입가장죄(제628조)의 형사책임 등으로 통제할 여지는 있으나, 판례¹⁷⁹⁾가 기본적으로 가장납입의 효력을 인정하는 점을 고려하여 1인 주주의 책임사유에 포함하였다. 급여가 과도한 지는 회사 내 1인 주주의 지위 내지 직급에 대한 동종업계 유사한 규모 회사의 해당 지위 내지 직급의 평균적인 급여를 고려하여 판단할 수 있을 것이다.

177) 오성근, “우리나라와 영국 회사법상 1인회사에 대한 규제 및 시사점”, 118-119면의 영국 1948년 회사총괄법 제31조에 관한 내용 참조.

178) 모회사에 의한 완전 자회사의 페이퍼 컴퍼니 운영도 이에 포함될 것이다.

179) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2002다29138 판결 등.

제2호의 경우는 유한책임 혜택이 요구하는 가장 기본적인 대가를 불이행한 제재이다. 제3호 회사의 사해행위는 주로 1인 주주가 회사에 대한 강제집행을 면탈하려는 유인을 제거 하려는 것이지만, 도산절차에서 부인권 행사에 우선하여¹⁸⁰⁾ 채권만족이 가능하도록 하려는 의도도 있다. 그러나 이 점은 도산법의 추가 검토의 유보 하에 있다.

제4호는 회사의 재무상황이 어려워질수록 위험하지만(high variance), 수익이 큰(high return) 사업을 타인자본으로 수행하려는 유인이 커지고 그로 인해 기존 채권자의 이익이 침해될 수 있음을 고려한 것이다. 다만 어느 정도가 단기적이고 어느 정도가 과다한 차입인지에 관해 명확한 기준 설정의 어려움이 있고, 이는 확일적·정형적인 상거래에 큰 위협이 된다. 이 점을 추후 보완할 필요가 있다. 제5호는 지배주주 내지 이사의 충실의무의 유형으로 언급되는 것들 중 1인 주주에 적용될만한 사안을 적시하였다.

보호되는 채권의 범위는 제4호를 제외하고는 채권의 발생시점에 관계없이 사유가 있으면 무한책임이 발생하는 것으로 하였다. 왜냐하면 사유가 발생하기 전의 채권은 그 사유 발생으로 채권회수가 어려워지기 때문에 1인 주주의 무한책임을 인정할 필요가 있고, 그 이후에 발생한 채권은 무한책임이 인정된 이후의 채권이기 때문이다.

상기 제시안이 필자의 역량 부족으로 비록 거칠게 제시되어 있지만, 물적회사의 특성을 고려하여 1인 주주의 무한책임을 스케치했다는 데에 의의를 두고자 한다.

2. 지배주주의 충실의무 책임론과의 관계

우리 회사법은 이미 이사의 경업금지(제397조), 회사의 기회 및 자산의 유용 금지(제397조의2), 이사 등과 회사 간의 거래(제398조) 및 업무집행지시자 등의 책임(제401조의2)을 통해 적어도 소유와 경영이 분리되지 않은 소규모 회사에서는 지배주주의 충실의무 이념을 구현할 수 있는 제도가 도입되어 있다.

본고에서와 같이 1인 주주의 무한책임을 원칙적으로 인정하면서, 일정한 요건으로 제한하려는 시도는 1인 주주의 유한책임을 원칙적으로 인정하면서 지배주주의 충실의

180) 예컨대 회생절차에서 경영자관리인(Debtor in Possession) 상황인 경우, 부인권 행사를 기피할 유인이 있다. 그러나 회생절차 개시결정이 있으면 수익자나 전득자를 상대로 한 사해행위 취소소송은 회생절차가 종결할 때까지 중단되고(2010. 9. 9. 선고 2010다37141 판결), 새로운 채권자취소의 소는 제기할 수 없다. 비록 법원의 감독을 받는다 하더라도 부인권 행사 여부가 1인 주주였던 경영자관리인의 판단에 큰 영향을 받을 수 있다고 한다면, 이러한 상황은 채권자의 이익을 크게 침해할 수 있다.

이를 고려하여 수익자나 전득자가 1인 주주인 경우, 사해행위의 목적인 재산에 대해서도 부인권에 우선하여 만족을 얻도록 하려는 취지이다.

무 위반시 무한책임으로 확장하려는 방법과 중간 어느 지점에서 접칠 수 밖에 없다. 즉 위 일정한 요건을 지배주주의 충실의무 위반 요건과 같게 설정한다면 양자는 출발점은 달라도 그 효과에 있어서 동일할 수 밖에 없다. 이와 같은 규제의 착종현상(錯綜現象)은 대개 바람직하지 않을 것이다.

그러나 1인 주주의 무한책임 문제는 서론에서 언급한 바와 같이 기업 및 소유자와 회사채권자 사이에서의 문제이다. 반면, 지배주주의 충실의무는 기본적으로는 지배주주와 소수주주간의 문제이다. 지배주주의 충실의무로 주로 문제되는 경영금지, 회사기회유용, 소수주주 억압, 지배권 매각, 내부자 거래 등이 바로 그렇다. 또한 1인 주주의 무한책임은 자본집중과 지배권의 관점에서 회사채권자의 손해와 인과관계 없이도 인정되는 소유자책임이라면, 지배주주의 충실의무는 지배권의 존재만으로 인정되는 것이 아니라 회사 내지 소수주주의 이익침해와 인과관계 있는 일정한 행위에 기한 책임이다.

그러므로 양자가 동일한 요건에 의해 수렴하는 것은 불가능하다고 생각된다. 다만 어느 정도 교차하는 영역이 있을 수 있음은 부인할 수 없다.

V. 결론

30여년 전 우리 기업의 주요 문제점을 세 가지로 지적한 견해가 있었다. 첫째는 주식 소유의 집중, 둘째는 종업원의 이익에 대한 제도적 보장의 미비, 마지막은 경영자 통제의 제도적 장치의 작동 불량이었다.¹⁸¹⁾ 첫째 문제인 주식 분산을 달성하는 것은 회사법의 범위가 아니라고 했고,¹⁸²⁾ 종업원의 이익 보장은 당시보다 오히려 퇴보한 면도 있어 보인다. 마지막 회사법학자들이 앞장서서 떠맡아야 할 일이라고 한¹⁸³⁾ 세번째 문제가 얼마나 해결되었는지는 분명하게 답할 수 없지만, 현재에 더욱 중요해진 회사법학의 중요한 과제라고 생각된다.

현행법은 이사의 행위와 책임을 규제함으로써 간접적으로 통제하고 있고, 한걸음 더 나아가 제401조의2 업무집행지시자 등의 책임을 통해 지배주주의 책임을 물을 수 있는 방법도 열려있다. 그리고 법인격 부인론에 의한 책임 부과도 가능하다. 그러나 이와 같은 규제가 얼마나 잘 1인 주주의 문제를 해결하고 있는지는 의문이다. 법인격 부인론은 그 요건이 너무 추상적이어서 법원이 적극적으로 적용하길 꺼리고 있고, 업무집행지시자 등의 책임은 그 요건을 입증하기가 매우 어렵기 때문이다.

181) 김건식, *회사법 연구* Vol. I, 47-49면.

182) Ibid. p.48.

183) Ibid. p.49.

이에 1인 주주의 무한책임의 도입 가능성을 검토하고자, 우선 유한책임과 무한책임을 주장하는 각국의 견해를 살펴보았다. 그 중 독일의 분리원칙(Trennungsprinzip)과 같은 법해석은 법인성과 구성원의 유한책임의 역사적 발전과정에 비추어 타당하지 않음을 보였다. 그리고 1인 주주의 무한책임을 뒷받침하는 법해석으로 법인인 법적 형식과 개인인 전범률적인 실체에 괴리가 있을 때 법인인 법형식이 개인법적으로 변용될 수 밖에 없다고 주장하였다.

이어서 무한책임 인정에 대한 적극적 근거를 제시하였는데, 자본집중 부채의 관점과 지배권의 관점에서 접근하였다. 전자는 무한책임 부과의 정당성을 부여해주며, 후자는 구체적으로 무한책임을 부과해주는 계기가 될 수 있다. 그리고 지배권은 1인 주주의 소유자 책임의 형태로 나타난다고 보았다. 이러한 무한책임은 주식회사의 물적 회사라는 특성에 의해 자본 확충·유지에 관련된 사항으로 제한될 수 밖에 없었다. 그렇지 않으면 인적 회사 사원의 책임과 그 경계선을 구분하기 어려울 여지도 있기 때문이다. 그 다음으로 이러한 무한책임이 회사법의 기능적 관점에서 대리인 문제를 해결할 수 있음을 보였다. 즉 1인 주주의 행위를 채권자 보호의 방향으로 유도할 수 있었다. 마지막으로 이러한 검토에 근거해 입법안을 간략히 제시해보았다.

이렇게 기존의 무한책임 인정형태에 더해 새로운 무한책임의 형태를 도입하면 그 관계설정이 문제된다. 법인격 부인론의 원형태(prototype)¹⁸⁴⁾에 의한 책임과 업무집행 지시자 등의 책임은 1인 주주에 한해서는 본고가 주장하는 무한책임에 전부 포섭된다고 보여진다. 왜냐하면 경영에 관여한 1인 주주에 대해서도 무한책임을 부과하기 때문이다.

한편, 1인 주주의 경우에만 무한책임을 인정하는 경우 그 주주가 일부 주식을 타인에게 양도함으로써 적은 비용으로 무한책임을 회피할 수 있다는 비판이 제기될 수 있다. 이에 대해 비율적 무한책임(a pro rata liability)의 도입을 생각해볼 수 있다. 하지만, 1인 주주가 아닌 경우에는 지배권의 관점만이 남게되므로¹⁸⁵⁾ 결국 1인 주주의 문제도 모든 주주의 무한책임이 아니라 지배주주의 무한책임 문제이다. 전면적인 비율적 무한책임(a pro rata liability)보다는 지배주주의 무한책임 인정이라는 최종 목적과 관련지어 支配權의 共有라는 개념을 통해 지배주주에 한정된 제한적 비율적 무한책임(a restricted pro rata liability)을 인정하는 방향으로 전개할 가능성을 타진할 수 있지 않은가 한다. 본고에서 주장한 1인 주주의 무한책임이 이러한 지배주주의 무한책임 인정을 향한 징검다리로서 기여할 수 있기를 기대해본다.

184) 독일의 경우는 실체책임파악이 이에 해당할 것이다.

185) 1인 주주의 무한책임에 관한 자본집중과 지배권의 관점 가운데 주주의 분산으로 자본집중의 문제는 탈락하였으므로 지배권의 문제만 남게 된다. 그리고 지배권의 문제가 됨으로써 1인 주주의 문제가 회사채권자의 보호 문제에서 소수 주주의 보호 문제로도 확장된다.

Ⅰ 참고문헌

1. 단행본

- Hicks, Andrew · Say H Goo, “Cases and Materials on Company Law”, Oxford university press, 2008.
- Kraakman, Reinier H, “The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach”, Oxford University Press on Demand, 2009.
- Radbruch, Gustav, 최종고 역, 「법철학」, 삼영사, 1993.
- 강덕미. “1인회사와 주주총회소집절차상의 하자.” In 상사판례연구1, 박영사, 1996.
- 김건식, 「회사법 연구」, Vol. I 도서출판 소화, 2010.
- 김정호. “법인격부인.” In 株式會社法大系 I, 법문사, 2016.
- 유주선. “1인 회사.” In 株式會社法大系 I, 법문사, 2016.
- 육태우. “주주의 권리와 의무.” In 株式會社法大系 I, 법문사, 2016.
- 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2015.

2. 논문

- Blumberg, Phillip I., “Limited Liability and Corporate Groups”, The Journal of Corporation Law Vol. 11 No. 4, 1986.
- Dodd, E. Merrick, “The Evolution of Limited Liability in American Industry: Massachusetts”, Harvard Law Review Vol. 61 No. 8, 1948.
- Easterbrook, Frank H. · Daniel R. Fischel, “Limited Liability and the Corporation”, The University of Chicago Law Review Vol. 52 No. 1, University of Chicago Law Review, 1985.
- Engerman, Stanley L · Kenneth L Sokoloff, “The Evolution of Suffrage Institutions in the New World”, The Journal of Economic History Vol. 65 No. 4, 2005.
- Grossman, Peter Z., “The Market for Shares of Companies with Unlimited Liability: The Case of American Express”, The Journal of Legal Studies Vol. 24 No. 1, [University of Chicago Press, University of Chicago Law School], 1995.
- Halpern, Paul, Michael Trebilcock and Stuart Turnbull, “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law”, The University of Toronto Law

- Journal Vol. 30 No. 2, 1980.
- Handlin, Oscar · Mary F. Handlin, "Origins of the American Business Corporation",
The Journal of Economic History Vol. 5 No. 1, 1945.
- Hansmann, Henry · Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability
for Corporate Torts", The Yale Law Journal Vol. 100 No. 7, 1991.
- Ireland, P., "Limited Liability, Shareholder Rights and the Problem of Corporate
Irresponsibility", Cambridge Journal of Economics Vol. 34 No. 5, 2008.
- Posner, Richard A, "The Rights of Creditors of Affiliated Corporations", The
University of Chicago Law Review Vol. 43 No. 3, 1976.
- Schmidt, Karsten, "Gesellschafterhaftung Und" Konzernhaftung "Bei Der
GmbH-Bemerkungen Zum" Bremer Vulkan "-Urteil Des Bgh Vom 17. 9.
2001", Neue Juristicshe Wochenschrift No. 49, 2001.
- 권기범, "(상법)법인격 부인의 법리", 「고시계」 제473호, 고시계사, 1996.
- 권영애, "회사법에 있어서 유한책임의 문제 - 독일에서의 토론을 중심으로", 「상사
법연구」 제14권 제2호, 한국상사법학회, 1995.
- 김건식, "주주의 직접손해와 간접손해 - 이사의 제3자에 대한 책임을 중심으로 -",
「서울대학교 법학」 제34권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1993.
- 김대연, "업무집행지시자 등의 책임", 「기업법연구」 제4권, 한국기업법학회, 1999.
- 김동근, "상법상 업무집행지시자 등의 책임", 「기업법연구」 제9권, 한국기업법학회,
2002.
- 김동훈, "일반논문 : 금융지주회사의 규제와 책임", 「상사법연구」 제20권 제4호, 한
국상사법학회, 2002.
- 김원규, "연구논문 (研究論文): 주주의 책임에 관한 소고", 「상사판례연구」 제20권
제3호, 한국상사판례학회, 2007.
- 김재범, "주주 충실의무론의 수용", 「비교사법」 제22권 제1호, 한국비교사법학회,
2015.
- 김재형, "1인회사의 사단성과 1인주주의 유한책임에 관한 검토", 「기업법연구」 제
13권, 한국기업법학회, 2003.
- 박규찬, "법인격부인론의 새로운 대안", 「기업법연구」 제28권 제2호, 한국기업법학
회, 2014.
- 박세화, "지배주주의 의무와 책임에 관한 연구." 박사학위 논문, 연세대학교, 1997.
- 박의근, "법인본질론에 관한 소고", 「비교사법」 제22권 제4호, 한국비교사법학회,
2015.
- 박진태, "일반논문 : 1인회사의 입법적 과제", 「상사판례연구」 제15권, 한국상사판

- 레학회, 2003.
- 서성호·김진환, “株主의 有限責任과 債權者保護에 관한 考察”, 「기업법연구」 제24권 제3호, 한국기업법학회, 2010.
- 서완석, “일반논문 : 지배주주와 주주유한책임원칙”, 「상사법연구」 제23권 제3호, 한국상사법학회, 2004.
- 손주찬, “株主의 無限責任”, 「법조」 제25권 제4호, 법조협회, 1976.
- 송병건, “비평 논문 : 19세기 주식회사제도 도입의 지연 요인”, 「영국 연구」 제19권, 영국사학회, 2008.
- 송종준, “특집 : 상법의 분야별 논점연구업무집행지시자 등의 책임”, 「고시연구」 제26권 제8호, 고시연구사, 1999.
- 송호신, “지배주주의 권리와 책임”, 「한양법학」 제23권, 한양법학회, 2008.
- 송호영, “法人格否認論의 要件과 效果”, 「저스티스」 제66호, 한국법학원, 2002.
- 안동섭, “이사의 제3자에 대한 책임”, 「법률신문」, 법률신문사, 1996.
- 안택식, “연구논문(研究論文) : 1인(人) 주식회사(株式會社)와 법인격부인(法人格否認)의 법리(法理)”, 「법조」 제52권 제3호, 법조협회, 2003.
- 양동석, “1인회사 설립과 유한책임의 제한”, 「비교사법」 제8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001.
- , “주주의 유한책임원칙과 그 제한”, 「민사법연구」 제5권, 대한민사법학회, 1996.
- 오성근, “우리나라와 영국 회사법상 1인회사에 대한 규제 및 시사점”, 「기업법연구」 제21권 제1호, 한국기업법학회, 2007.
- 유주선, “유한회사에서 콘체른책임과 사원책임”, 「비교사법」 제13권 제2호, 한국비교사법학회, 2006.
- 이성웅, “영국 기업법상 유한책임원칙의 성립”, 「法學研究」 제23권 제2호, 2015.
- 이중기, “일반논문 : 조직법의 역할 : “재산통합”과 “지분”, “기관”, “유한책임”의 실현”, 「홍익법학」 제16권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2015.
- 정동윤, “논문: 주식회사의 범형태의 남용과 그 규제-법인격부인이론을 중심으로”, 「서울대학교 법학」 제12권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 1972.
- 조지현, “일반논문 : 주주유한책임원칙의 제한 -독일법상의 실제과약책임을 중심으로”, 「상사법연구」 제23권 제3호, 한국상사법학회, 2004.
- 채동헌, “상법 제401조 제1항 소정 주식회사 이사의 제3자에 대한 손해배상책임의 인정 여부”, 「대법원판례해설」 제40권, 법원도서관, 2002.
- 천경훈, “改正商法상 自己去來 제한 규정의 해석론에 관한 연구”, 「저스티스」 제131호, 한국법학원, 2012.

- 최완진, “[상사중요판례연구] 1 人會社에서의 株主總會의 召集과 決議”, 「고시연구」 제32권 제6호, 고시연구사, 2005.
- 최준선, “영국 주식회사제도의 발달 연구-19 세기 주식회사제도의 발달지연과 특색”, 「기업법연구」 제27권 제2호, 한국기업법학회, 2013.
- 허덕희, “회사의 업무집행에 대한 지배적 지위남용의 규제”, 「법과정책」 제19권 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013.
- 並木和夫, “株主有限責任の原則の検討-過少資本の問題を中心として-”, 「私法」 1987 卷 49号, 1987.
- 尾崎安央, “小規模株式会社における監査制度 - 有限責任制度との関係で -”, 「旬刊商事法務」 1402号, 1995.
- 後藤元, “株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任 自己資本の水準から株主のインセンティブへ”, 「私法」 2008卷 70号, 2008.
- 桜井徹, “企業不祥事と株主有限責任制: 東京電力福島第一原発事故に関わって 《特別寄稿》”, 「社会科学論集 (The Social Science Review)」 142卷 6号, 2014.
- 江頭憲治郎, “法人格否認論の形成とその法構造(二)”, 「法學協會雜誌」 90卷 1号, 1973.
- 藤田友敬, “株主の有限責任と債権者保護 (特集 現代法学展望 - 基本原理からのアプローチ -)”, 月刊法学教室 223号, 1999.
- 西村丈治, “株式, 株主有限責任, 資本金および株主の危険負担の相互関係についての一考察”, 「経営情報研究: 摂南大学経営情報学部論集」 8卷 2号, 2001.
- 関俊彦, “株主有限責任制度の未来像”, 「旬刊商事法務」 1402号, 1995.

2016 Lawreview 학술지

인쇄일 | 2017년 1월 일

발행일 | 2017년 1월 일

발행인 | 조영진

발행처 | 충남대학교 법학전문대학원

전화. 042-821-8507

팩스. 042-821-8881

e-mail. vorjurist@cnu.ac.kr

clsLawreview@gmail.com

편집인쇄 | 도서출판 이화 042-255-9708