

2006年 8月
碩士學位論文

證券關聯集團訴訟制度에 관한 研究

朝鮮大學校大學院

法學科

曹 訓 相

證券關聯集團訴訟制度에 관한 研究

A Study on the Securities Class Action System

2006年 8月 日

朝鮮大學校大學院

法學科

曹 訓 相

證券關聯集團訴訟制度에 관한 研究

指導教授 梁 東 錫

이 論文을 法學 碩士學位申請 論文으로 提出함

2006年 4月 日

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

曹 訓 相

曹訓相의 碩士學位 論文을 認准함

委員長：朝鮮大學校 教授 (印)

委員：朝鮮大學校 教授 (印)

委員：朝鮮大學校 教授 (印)

2006年 5月 日

朝鮮大學校 大學院

目 次

<i>ABSTRACT</i>	iii
第1章 序 論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍 및 方法	3
第2章 美國의 證券關聯集團訴訟制度	5
第1節 美國의 證券關聯集團訴訟의 意義	5
1. 概 念	5
2. 沿 革	6
3. 美國內 集團訴訟 現況	9
第2節 美國의 證券改革 立法	12
1. 1995년 證券訴訟改革法(PSLRA)	12
2. 1998년 證券訴訟統一基準法(SLUSA)	15
3. 2005년 集團訴訟公正化法	17
第3節 證券集團訴訟의 節次	18
1. 證券集團訴訟의 開始	18
2. 證券集團訴訟의 審理	34
3. 證券集團訴訟의 終了	39
第3章 우리나라 「證券關聯集團訴訟法」에 대한 檢討	46
第1節 證券關聯集團訴訟法の 意義	46
1. 證券關聯集團訴訟法の 制定經緯	46
2. 證券關聯集團訴訟의 概念	47

3. 證券關聯集團訴訟의 長·短點	50
第2節 集團紛爭의 解決制度	55
1. 選定當事者制度	55
2. 共同訴訟	56
3. 株主代表訴訟	56
第3節 證券關聯集團訴訟法の 內容	58
1. 證券關聯集團訴訟法の 許可節次	58
2. 訴訟節次	65
3. 分配節次	70
第4章 證券關聯集團訴訟法の 實效性提高方案	71
第1節 證券關聯集團訴訟法の 活性化方案	71
1. 適用對象行爲 擴大	71
2. 訴訟代理人的 受任制限 廢止	72
3. 訴訟費用負擔의 緩和	73
第2節 濫訴防止方案	75
1. 訴狀記載要件의 強化	75
2. 訴訟許可時 實體的 判斷 審理	76
3. 比例的 責任 導入	77
第3節 實效性確保方案	78
1. 殘餘分配金の 處理	78
2. 訴訟代體的 紛爭解決 方式의 導入	79
3. 法院의 準備	80
第5章 結 論	82
參 考 文 獻	86

ABSTRACT

A Study on The Securities Class Action System

Cho Hoon Sang

Advisor : Prof. Yang Dong Suk Ph.D.

Department of law,

Graduate School of Chosun University

A securities-related class actions bill has taken effect in January 2005. The purpose of this bill is to effectively protect the interests of a class that have been damaged in securities transactions and to enhance corporate transparency.

Securities-related class action is defined as one or several persons bringing a claim on behalf of a group of individuals for damages sustained in the course of securities dealings. Securities-related class actions are limited to the following circumstances : falsification of stock certificates, business proposals, business reports, and semi-annual or quarterly reports ; use of unofficial information for internal trade ; manipulation of market-conditions ; and fraudulent audits.

The primary benefit of allowing securities-related class action lawsuits is that the result of the lawsuit will bind those who have not actually participated in the lawsuit, thereby providing an efficient means of giving relief to a larger class. Secondly, a class action protects the rights of minority investors. Though the amount of damage to a single investor may be minimal and the cost of litigation against a corporation prohibitive, thus precluding any incentive for investors to litigate individually, the class action offers a method of relief for a class of investors. Finally, a class action system will deter corporate wrongdoing and

encourage transparency, which will eventually encourage greater investment into the corporation.

To prevent abuse, securities-related class actions are limited by the following requirements : the injured class must be a group of 50 or more persons ; the class must hold at least 1/10,000 of the total number of securities issued by the defendant corporation ; relevant legal or factual issues must be common and important to all members of the class ; and the lawsuit must be an adequate and efficient means of fulfilling the rights of, and protecting the interests of, the class members.

According to the new legislation, lead plaintiffs and lead counsels may not qualify in their leading roles if they have participated in at least three securities-related class actions within the last three years as lead plaintiff or lead counsel. In the United States, the restriction is slightly less stringent, limiting lead plaintiffs to no more than five securities-related class actions within any three year period. These restrictions, both in the United States and South Korea, are clearly an effort to curb frivolous claims that can be brought in a habitual manner. The significant difference between the restrictions of the new legislation and that of its counterpart in the United States is that Korea's new law applies the restriction to both lead plaintiff and lead counsel, whereas the Reform Act in the United States only applies the restriction to lead plaintiffs.

There is no rational basis for the restriction on lead attorneys. An attorney is only permitted to bring three securities-related class actions during any three year period. This restriction, in effect, allows inexperienced lawyers rather than lawyers that are experienced in securities class actions to be responsible for class action suits. Consequently, this will impede the efficient execution of class actions, and most importantly, will impractically limit the plaintiff's choice of lead counsel. Furthermore, in contrast to the development of professional securities class action law firms in the United States that significantly contribute to the development of the stock market, there striction prohibits the creation of any sort of class action

law firm in Korea.

Additionally, our bill requires that a class must hold at least 1/10,000 of the total number of securities issued by the defendant. Such a requirement does not further the overall purpose of a securities-related class action system which is to allow a class of shareholders whose individual interests may be small compared to the interest of the class as a whole, to initiate a law suit as an adequate means of reparation for a class so numerous. And the other restrictions in our securities class action bill prevent our class action system from protecting the interest of a class that have been damaged in securities transactions.

Finally, I suggest that many restrictions articles in our securities-related class actions bill should be abolished in order to activate our securities class action. And the abuse of securities class action should be deterred in order to protect many innocent corporations.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

집단소송 도입에 관한 논의는 1990년대 초반부터 진행되어 1996년 미국식 집단소송(Class Action)과 독일식 단체소송(Verbandklage)을 종합한 집단소송법 시안을 마련한 바 있다. 한편, IMF 외환 위기로 인하여 세계부흥개발은행(IBRD)으로부터 차관을 도입할 당시 그 차관의 부대조건으로 정부는 증권관련 분야에서 미국의 Class Action과 같은 형태의 집단소송을 도입하기로 약속한 바 있다. 그 후 오랜 논의 결과 소송대상을 증권거래법상의 일부 손해배상책임으로 한정된 증권관련집단소송법이 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행되었다. 그러나 법이 시행된 지 3개월이 지나지 않아서 과거 회계분식에 대한 증권집단소송법의 적용을 2년간 유예하는 법률개정안이 통과되었다. 이는 기업들이 분식회계에 대한 면책을 강력히 요구하고, 소송대란의 가능성을 집중 부각시킴으로써 과거분식회계의 유예가 가능하게 되었다.¹⁾ 그래서 동 법의 시행되기 전부터 집단소송의 단점이 언론을 통하여 집중적으로 부각되었고 사회적인 관심의 중심에 서서 시련을 맞게 되었다.

집단소송은 미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 ‘연방규칙’이라 함) 제23조를 근거로 하여, 집단(class)으로 묶을 수 있는 정도로 이해관계가 밀접한 다수의 구성원에게 손해가 발생하거나 발생할 염려가 있는 경우에, 그 구성원을 위하여 그 중 1인 또는 수인이 대표당사자가 되어서 소송을 수행하고, 이에 대하여 별도의 제외신고(opt-out)를 하지 않는 한 그 판결의 효력이 모든 구성원에게 미치도록 하는 제도이다. 이 제도는 다수의 당사자가 관련된 소송에서 동일 또는 유사한 소송이 반복되는 것을 회피하려고 하는 소송경제(judicial economy)의 촉진과 재판의 효율성이라는 요청에 의해서 영미법의 판례를 통하여 발전되어 왔다.

복잡한 현대사회에서 발생하는 집단적 분쟁을 해결하기 위한 제도는 각 나라마다

1) 2004. 8. 27. 매일경제신문 사설; 2004. 12. 9. 매일경제신문 사설; “소송 휘말리면 기업경영 끝장”, 2004. 12. 30. 매일경제신문 3면.

다르게 발달되어 왔는데, 이를 대별하면 미국에서 발전되어 온 집단소송과 독일에서 발전되어 온 단체소송이 있다. 그 중 미국의 집단소송은 집단구성원 개개인이 입은 손해액이 아주 경미하여 개별적으로 소제기를 기대하기 어려운 경우에 집단의 대표자가 소송을 수행하고, 그 판결의 효력은 구성원 전체에게 미치게 함으로써 소액청구권자인 구성원의 권리를 효율적으로 보호함과 동시에 1회의 판결을 통하여 기업에게는 동일한 청구원인으로 제기되는 소송에서 벗어날 수 있게 하고 법원에게는 상호모순되지 않는 판결을 할 수 있도록 하는 유익한 제도이다.

미국의 집단소송은 연방규칙 제23조의 개정 이후 소비자, 환경, 증권 등 각 분야의 집단분쟁을 해결하는데 널리 활용되었다. 그래서 집단소송제도가 피해자들에게는 사적피해를 구제하는 유용한 수단이 되었으나, 한편 기업들에게는 무서운 감시자의 역할을 하여왔기 때문에 이 제도에 대한 찬반논쟁은 오랫동안 계속되어 왔다. 그리하여 연방규칙 제23조의 개정에 참여하였던 Benjamin Kaplan이 “연방규칙 제23조의 범위와 장점 및 단점을 완전히 이해하기 위해서는 한 세대 정도가 걸릴 것이다”²⁾라고 말한 것처럼 집단소송의 근거규정인 연방규칙 제23조에 대한 논쟁은 법원과 변호사들 사이에 계속되었다. 집단소송은 점증하는 소비자, 환경, 의료, 인종차별 등 공공의 영역에서 분쟁을 해결하는 유용한 수단이 되었음에도 불구하고, 한편으로는 ‘프랑켄슈타인이라는 괴물’(Frankenstein monster)³⁾이라고 비난을 받기도 하였고, 이 논쟁은 소송에서 빈번히 신랄함과 독설로 이어지는 등 감정에 치우쳐 사실(fact)과 환상(fantasy)을 구분하는 것을 어렵게 만들기도 하였다.⁴⁾ 이러한 갈등과 논쟁을 거치면서 발전을 거듭하여 온 결과, 집단분쟁을 해결하는 중요한 제도로 정착되었다. 미국의 증권집단소송은 1995년 증권소송개혁법의 제정을 계기로 남소방지를 위한 대책이 등장하였고, 그 후에도 남소 방지와 연방관할의 확대를 위한 개혁 입법들이 수차례 이루어졌으며, 최근 2005년 2월에 집단소송공정화법이 통과되었다. 이러한 노력들을 통하여 미국의 증권시장이 세계에서 가장 영향력이 크고 동시에 투명한 시장으로서 세계의 자본

2) Professor Benjamin Kaplan, Reporter, Advisory Committee on the Civil Rules, 1966.

3) 프랑켄슈타인남작(Mary shelley작의 동명소설의 주인공)이 만든 괴물로서 스스로를 파멸에 이르게 한다. 이 용어는 Lumbard 판사가 Eisen v. Carlisle & Jacpuelin, 391F. 2d 555, 572(2d Cir. 1968)에서 처음 집단소송을 지칭하는 의미로 사용하였다.

4) Arthur R. Miller, "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights : Myth, Reality, and The Class Action Problem", 92 HVLR 664, 1979, pp.664-665.

을 끌어 모으는 역할을 할 수 있게 하였고 또한 피해자들의 피해회복을 위한 손해배상소송을 가능하게 하였다.

우리 법은 미국의 집단소송제도를 모델로 하였다. 다만 남소방지를 위한 보완책을 마련한다는 명목하에서 미국집단소송보다 더 많은 제한규정이 삽입되었다. 즉 대표당사자는 과중한 인지액과 각종 소송비용을 미리 마련하여야 한다. 그리고 증권집단소송의 적용범위는 증권거래법상의 4가지 유형으로 한정하였으며, 청구의 원인이 된 행위 당시를 기준으로 구성원의 보유 유가증권의 합계가 피고 회사의 발행 유가증권의 총수의 1만분의 1이상일 것을 요구하고, 3년에 3건으로 원고측 변호사의 소송대리행위를 제한하고 있다. 한편 변호사도 비용을 부담하고 각종 위험을 감수하면서 소송수임을 하지 않을 것이기 때문에 증권집단소송은 고위험 소송(high risk litigation)이 될 가능성이 크다. 따라서 이 법에 의한 소송제기를 활성화할 수 있는 요소들을 살펴보고 아울러 남소방지방안 및 실효성을 확보할 수 있는 방안을 논의하기로 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

증권관련집단소송법은 미국의 집단소송을 모델로 한 것이므로 미국의 집단소송제도의 판례와 법안 그리고 집단소송의 요건 등에 관하여 검토하여 우리나라 법을 살펴보고자 한다. 먼저 미국의 증권집단소송을 전체적으로 검토해보고 다음으로 새로 제정된 우리 법의 쟁점들에 대하여 검토한다. 그리고 우리 법의 실효성을 확보하기 위한 방안과 아울러 개선되어야 할 부분을 연구한다.

제1장에서는 연구의 목적과 범위를 제시하고, 제2장에서는 미국의 집단소송이론을 전체적으로 살펴본다. 집단소송의 역사와 도입과정, 집단소송현황, 1955년 증권소송개혁법, 1998년 증권소송통일기준법과 2005년 집단소송공정화법 등 개혁입법을 검토하고 증권집단소송의 개시, 심리, 종료 등 소송의 절차의 순서를 논의한다.

제3장에서는 우리나라 증권관련집단소송법을 살펴본다. 먼저 동 법의 제정경위와 개념 및 장·단점을 검토하고, 기존의 집단분쟁의 해결제도와 증권집단소송의 허가절차, 소송절차, 분배의 내용을 검토한다.

제4장에서는 우리나라에서 집단소송의 실효성을 높이기 위한 방안을 찾아본다. 첫째, 집단소송을 활성화하는 방안으로서 법의 적용대상행위 확대, 소송대리인의 수임제한 폐지, 소송비용부담의 완화 등을 논의한다. 둘째, 남소방지방안으로서 소장기재요건의 강화, 소송허가시 실체적 판단 심리, 비례적 책임 도입 등을 활용하는 방안을 살펴보고, 마지막으로 법의 실효성 확보방안으로서 잔여분배금의 처리, 소송 대체적 분쟁 해결 방식의 도입, 법원의 준비 등에 대하여 검토한다. 제5장은 결론으로서 이상에서 살펴본 증권관련 집단소송의 문제점을 정리·분석하고 그 실효성 제고방안을 제시함으로써 보다 효율적이고 합리적인 집단소송제도로 발전하는데 기여하고자 한다.

제2장 미국의 증권관련집단소송제도

제1절 미국의 증권관련집단소송의 의의

1. 개념

미국 민사소송법상 class action(집단소송)은 원인이나 쟁점을 공통으로 한 다수인의 집단(class) 중에서 그 집단을 대표하는 대표자가 집단구성원 전원의 이익을 위하여 소송을 수행하도록 하는 제도이다. 그에 따라 집단의 구성원이 별도로 제외신청(opt-out)을 하지 않는 한 당해 판결의 효력은 집단구성원 전체에 미친다. 집단소송에서는 대표로 나서는 자가 전체의 이익을 적절히 대표할 수 있다고 인정되면 집단에 속하는 개개인의 제외신청이 없는 한 당연히 수권이 있는 것으로 보기 때문이다. 이러한 집단소송제도는 연방규칙 제23조에 근거를 두고 있다.⁵⁾

이에 대하여 증권집단 소송이 법원과 기업에게 너무 많은 부담을 주고 특히 변호사들이 보수를 목적으로 가치 없는 소송을 제기하고, 그 결과 구성원에게는 아주 작은 금액의 보상이 주어진다는 비판이 제기되었다. 따라서 미국 의회는 소송의 남용으로 부터 기업을 보호하기 위해서 1995년 증권소송개혁법을 제정하여 변호사가 아닌 투자자에게 소송의 주도권을 넘겨주려고 하였다 그래서 법정으로의 선착순 경쟁(race to the courthouse)에 의해 대표원고를 선임했던 과거의 관행에서 벗어나서 법원이 대표원고의 적합성(adequacy)을 기준으로 대표원고를 선임하였다.⁶⁾

미국의 증권집단소송을 규율하는 법률은 다음과 같다. 우선 집단소송의 인가를 받기 위한 요건을 규정한 연방규칙 제23조가 있다. 그리고 증권집단소송의 폐해를 시정

5) 정윤모·손영락, 「증권집단소송과 투자자보호」, 한국증권연구원, 2001, 41면.

6) Cendant, 182 F.R.D. at 144-145; Ravens v. Iftikar, 174 F.R.D. 651, 654(N.D. Cal. 1997) : 증권소송개혁법이 법정으로의 선착순 경쟁을 완전히 제거한 것은 아니다. 소장을 먼저 제출한 원고는 주장하는 청구의 잠재적 집단구성원에게 소장의 내용과 피해기간을 통지하여야 할 의무가 있는바(U.S.C. §78u-4(a)(3)(A)), 처음으로 소장을 제출하는 원고는 소송에서 가장 큰 경제적 이익을 획득하기 위한 노력을 하기 때문에 대표원고의 지위의 경쟁에서 유리한 위치를 갖는다.

하기 위해 증권분야에서 개별적으로 입법화 한 것으로 1995년 증권소송개혁법(The Private Securities Litigation Reform Act of 1995), 1998년 증권소송통일기준법(Securities Litigation Uniform Act of 1998), 2002년의 사르뱅-옥슬리법(Sarbanes-Oxley Act of 2002)⁷⁾, 2005년의 집단소송공정화법(Class Action Fairness Act of 2005) 등이 있다.⁸⁾

2. 연 혁

가. 집단소송의 기원

오늘날 집단소송은 영국의 형평법 법원의 관습(chancery practice)에 기원을 두고 있으며, 다수당사자소송의 병합을 위한 형평법상의(equitable) 제도인 남소방지소장(the bill of peace)으로부터 시작되었다.⁹⁾ 집단소송의 기원에 대하여 824년 초반 영국의 교회 심판절차록(the Reports of Ecclesiastical Proceeding)에 기재된 바에 의하면 특정 부락이 벌레나 해충으로 집단피해가 발생하면 이에 대한 중지 및 구호를 위한 형사소추절차를 단체소송(group litigation)이라 하였으며, 그 후 보통법에 흡수되면서 오늘날의 집단소송의 효시가 되었다.

집단소송이 미국의 독특한 문화배경 아래에서 발전은 하였지만, 그 기원은 영국의 집단소송에서 비롯되었으므로 이 제도가 미국에 처음 도입되었을 당시에는 형평법 분야에서만 인정되었다. 1833년에 집단소송은 미연방형평법(Equity Rule) 제48조¹⁰⁾에 최

7) 이 법률은 원고들이 증권범죄사건을 변론하는 것과 피고의 소각하신청에서 생존하는 것을 더 쉽게 만들지는 않고, 그 대신 다음의 사항을 포함하여 주주들에게 유리한 몇 개의 조항이 들어 있다.

1. 위반행위를 발견한 날 이후의 2년 또는 위반행위가 있는 날 이후의 5년까지 소를 제기할 수 있도록 시효기간을 연장했다.
2. 5년 동안 주요한 재무회계감사 문서와 이메일을 보존할 것을 요구하고, 그러한 문서를 파기한 자는 10년형에 선고할 수 있게 하는 조항을 두었다.
3. CEO와 CFO에게 재무보고서의 내용을 증명하도록 하였다.
4. 고용자에 대한 소 제기와 보복을 입증하기 위한 내부고발자의 자격을 확대하였다(이상복, 「증권범죄와 집단소송」, 삼우사, 2004, 107면).

8) 최정식, "증권집단소송제도에 관한 법적연구", 연세대학교 박사학위논문, 2005. 7, 28면.

9) Oritz v. Fiberboard Corp., 119 S. Ct. 2295 (1999).

초로 성문화되기에 이르렀으며, 동 규칙은 1848년 뉴욕주의 Field법전에 수록되었고, 1849년 제1차 개정에 이어 1912년 연방형평법규칙 제38조로 이어져 왔다.

나. 연방규칙의 탄생과 개정¹¹⁾

1938년에 이르러 “연방규칙”(Federal Rule of Civil Procedure, ‘FRCP’) 제23조의 제정으로 연방법원에서의 집단소송제도의 유용성을 확장하게 되고, 형평법상 소송은 물론 보통법상 소송에서도 이용하게 되었다.¹²⁾ 동 규칙에서는 집단소송의 유형을 ‘true class action’(다수자가 소송물에 관하여 합유적으로 이해관계를 가짐), ‘hybrid class action’(동일한 권리관계에 관하여 수개의 청구가 심판되는 경우), ‘spurious class action’(각자 독립한 이해관계자가 동일소송에 병합된 경우)의 세 가지로 나누었으나 적용상 많은 혼란을 가져왔고,¹³⁾ 이 규칙은 소송의 중복방지나 사법제도의 효율성에 너무 치우쳐 소송경제를 꾀하려는 집단소송의 본래의 목적을 달성할 수 없다는 비판이 제기되었다.¹⁴⁾

그리하여 집단소송을 개념적이고 자의적인 3분법에 의하여 구분한 것에 불만을 가진 연방 입법자들은 1966년에 종전에 개별적 유형으로 규정하고 있는 방식을 일반적 규정으로 개정하여 집단소송제도의 이용을 확대하는 방향으로 연방규칙 제23조를 개정하였다. 한편 1966년의 개정에 의하여 집단 구성원의 법률관계 외에 또 다른 요건을 부가한 결과 동 규칙 제23조의 적용의 한계를 정하는 것이 실무상 상당히 어려웠고, 또한 법원도 집단소송 판결의 구속력에 대하여 결정적인 영향을 미치는 집단 구성원의 이익을 적절하게 대표하는 문제 및 구성원에게 통지하는 문제에 관심을 두게 되었다.¹⁵⁾

10) 동 규칙 제48조는 “양당사자 가운데 당사자 일방이 너무 많아 이들 전원을 재판당사자로 병합하는 것이 명백히 불편함과 동시에 심리의 과중한 지연이 있는 경우, 수소법원은 그의 재량으로 전원을 재판당사자로 하는 것을 면제하고 서로 대립하고 있는 이해관계를 충분히 대변할 수 있는 원고 및 그 다수에 합당한 피고를 확정하여 재판을 진행시킬 수 있다. 다만 이때의 판결은 비참가자의 권리나 청구의 침해없이 이루어져야 한다.”고 규정되어 있었다(박민영, “미국 Class Action 제도의 현황과 문제점”, 법무자료 제149집(1992), 법무부, 242면).

11) 김용찬, “증권관련집단소송제도에 관한 연구”, 한국외국어대학교 석사학위논문, 2003. 10, 23-25면.

12) 정윤모·송영락, 앞의 책, 42면.

13) 송상현, “미국 Class Action의 제고”, 서울대학교 법학 제21권 1호, 1980. 12. 104면.

14) 정윤모·송영락, 앞의 책, 43면.

1966년 개정규칙이 시행된 이후에 집단소송의 운영에 관하여는 상반되는 평가가 행하여지고 있다. 어떤 이는 이를 가리켜 ‘프랑켄슈타인과 같은 괴물’(Frankenstein Monster)이라고 비난하고, 또 어떤 이는 이를 ‘빛나는 기사’(Shining Knight)라고 찬양하고 있다. 규칙개정 직후에는 집단소송에 대한 지나친 기대 때문에 그 제도가 남용되었고, 이것은 집단소송제도 자체에 대한 부정적인 분위기를 조성하였다. 그리하여 그 다음 단계에서는 집단소송의 이용이 극히 저조하게 되는 국면을 맞이하였다. 그러나 이러한 제도의 운영은 집단소송제도가 본래 의도하였던 소비자보호라든가 소송경제 등의 목적을 외면하는 것으로서 바람직하지 못한 사태의 발전이어서 다시 집단소송제도를 활성화하려는 경향이 나타났다.¹⁵⁾

다. 증권민사소송의 개혁을 위한 법률정비

일반적으로 소송을 제기하기 위해서는 손해의 원인이 되는 행위에 대한 손해배상책임의 근거규정이 필요한데, 미국에서는 증권관련집단소송의 경우 대부분 1933년 증권법 및 1934년 증권거래법의 규정을 근거로 하고 있다.¹⁷⁾ 그런데, 동 증권법 및 증권거래법에 근거한 증권관련집단소송이 일부 남용되고 있다는 기업 및 의회의 지적에 따라 동 법률들을 개정하는 “1995년 증권소송개혁법”(Private Securities Litigation Reform Act of 1995, ‘PSLRA’)이 만들어지게 되었다. 그러나 증권관련집단소송의 지나친 남용을 막기 위한 1995년의 증권소송개혁법의 취지에도 불구하고 증권집단소송이 연방법의 엄격한 규제를 피하여 연방법원에서 주법원으로 이전하는 결과가 발생하자, 이러한 주법원에서의 도피를 규제하기 위해 “1998년 증권소송통일기준법”(Securities Litigation Uniform Standard Act of 1998, ‘SLUSA’)¹⁸⁾을 제정하였다. 이후, 2002년의 사르뱅-옥슬리법(Sarbanes-Oxley Act of 2002)¹⁹⁾, 2005년의 집단소송

15) 강태원, “집단소송에 관한 입법론적 고찰”, 연세대학교 박사학위논문, 1992, 24면.

16) 정동윤, “미국의 대표당사자소송-그 운영 실태와 도입상의 문제점-”, 법무자료 제149집, 법무부, 1991, 61면.

17) 정윤모·손영락, 앞의 책, 57면.

18) 이용희, “미국의 집단소송제도와 증권관련집단소송법안의 몇가지 점에 관한 고찰”, 서울대학교석사학위논문, 2002, 38면; 정윤모·손영락, 앞의 책, 43면.

19) 김화진, “미국의 회계증권 소송증권소송개혁법률이 우리나라 기업들에 미치는 효과”, BFL 제15호, 2004. 5, 서울대학교 금융법 센터, 65-68면; 김화진, 「소유와 경영」, 박영사, 2003 각 참조.

공정화법(Class Action Fairness Act of 2005) 등이 있다. 이하에서는 1995년 증권소송개혁과 집단소송통일기준법, 집단소송공정화법을 살펴보기로 한다.

3. 미국내 증권집단소송 현황

가. 소제기 현황

아래 <미국내 증권집단소송 현황> 그래프는 현재 미국내 증권집단소송 분야의 Research 기관으로 잘 알려진 Stanford Securities Class Action Clearinghouse에서 발표한 것으로 1993년부터 2005년 말까지 해마다 연방법원에서 제기된 증권사기집단소송의 숫자를 나타낸다. 이에 따르면, 1995년 개혁법 제정 이후 연방법원에서의 증권사기집단소송은 감소세를 보였으나, 1998년에 다시 1995년 이전 수준으로 증가하였다.²⁰⁾



<미국내 증권집단소송 현황>²¹⁾

2001년부터 4년간은 새로운 유형의 증권집단소송이 제기된 점이 주목할 만하다. 2001년에는 300여개 이상의 “공개공모 배당소송(IPO allocation lawsuit)”이 제기 되었

20) 이세인, “증권관련집단소송제도 운영에 관한 제안”, 한국기업법학회 기업법연구 제19호 제4호, 2005, 395-397면.

21) <http://securities.stanford.edu>

는데, 이 소송에서는 일반적으로 원고가 신규상장회사 또는 증권사(underwriter)를 대상으로 이들이 특정 공개공모 주식의 분배에서 있어서 미공개 행위에 관여했다고 주장하였다.²²⁾ 미국에서는 주식시장이 하락세일 경우 증권집단소송이 증가하는 경향이 나타나는데, 2001년에 미국의 증권집단소송이 크게 증가한 것도 주식시장의 하락에 그 원인 있다고 분석된다. 특히 나스닥에 신규 상장된 기업들을 대상으로 증권집단소송이 많이 제기되었는데, 이는 벤처, 기술기업의 거품 붕괴 이후 높은 가격에 나스닥에 신규상장된 기업들의 주가가 특히 크게 하락했기 때문이다.²³⁾

2002년에는 투자은행(investment bank)과 개인 애널리스트(individual analyst)들이 독립적이지도 않고, 객관적이지도 않는 보고서를 발행했다는 주장을 하는 “애널리스트 소송”이 40여개가 제기 되었다.²⁴⁾ 아래의 <소송별 현황>은 2001년부터 2004년까지 연방법원에서 제기된 공개공모 배당소송, 애널리스트 소송, 뮤추얼 펀드소송의 숫자를 보여준다.

(단위 : 건)

	2001년	2002년	2003년	2004년
뮤추얼펀드 소송	-	-	18	21
애널리스트 소송	5	40	18	1
공개공모 배당소송	312	1	-	-
일 반	180	230	186	213

<소송별 현황-표 1>²⁵⁾

많은 학자들이 1995년 개혁법은 단기간의 영향력만 행사 했을 뿐 증권집단소송의 남소를 막는데 크게 기여하지 못했다고 결론짓고 있다. 위의 공개공모 배당소송에서 언급한 바와 같이 설명에서 잠시 언급하였듯이 미국 증권집단소송은 특정 법률의 제

22) Elaine Buckberg, Todd Foster, and Sterphanie Plancic, Recent Trends in Securities Class Action Litigation : 2003 Update, Washington DC, The Bureau of National Affairs, 2004.

23) 이한득, “미국사례로 본 증권집단소송의 명암”, 주간경제 695호, 2002. 1. 23, 13면.

24) 2001년에는 약 5건, 2003년에는 약 18건이 제기되었다.

25) <http://securities.stanford.edu> 참조.

정보다는 주식시장의 동향에 큰 영향을 받는 것으로 보인다. 2000년대에 들어와서 공개공모 배당소송, 애널리스트소송, 뮤추얼 펀드 소송 등이 급증했던 것은 1990년에 존재했던 주식시장의 거품이 제거되고 2000년부터 2002년까지 주식시장이 하락세를 보이자 손해를 입었고 생각되는 많은 투자자들이 소를 제기한데 기인한 것으로 분석된다. 다시 상승세로 회복한 2003년의 주식시장에서는 증권집단소송이 1995년 개혁법 이후 평균 수준으로 돌아왔다고 보는 견해도 있다²⁶⁾

나. 합의 현황

미국 증권집단소송의 약 80%는 화해로 끝나며, 그 나머지는 대부분 기각되고 아주 적은 숫자만 법원의 최종판결을 받는다. 미국에서 증권집단소송이 중간에 합의로 끝나는 현상은 재판을 계속하는 것이 기업경영에 지장을 초래하고 증거개시절차에 의해 기업의 중요한 정보가 유출될 가능성이 있으며 최종판결에서 패소할 경우 경영자 개인들이 막대한 손해배상책임을 져야 하기 때문인 것으로 알려지고 있다.²⁷⁾

미국 Bureau of National Affairs(이하 “BNA”)가 2004년에 발표한 증권집단소송현황에 관한 보고서에 의하면 1995년 개혁법 제정 이후 합의된 사건들에 있어서 연평균 합의금액의 증가율은 연평균 투자자 손해액의 증가추세에 미치지 못하고 있다. 동 보고서에 의하면 평균적으로 투자자 손해액이 1% 증가할 때 합의예상금액은 0.4%정도 증가한다고 한다. 결국 투자자들이 받는 배상액은 그들의 손해액에 비하여 보았을 때 감소하는 추세인 것이다. 합의로 인한 평균배상액은 2002년과 2003년 투자자 손해액의 2.7%와 2.8%였는데, 이는 1996년의 7.2%에 비해 현저히 감소한 수치이다. 나아가 원고 대리인이 배상액의 약 3분의 1정도를 보수로 받고 있어, 실제로 원고들에게 돌아가는 배상액은 손해액의 2%정도에 지나지 않는다고 할 수 있을 것이다. 한편 피고 기업이 많은 자산을 가지고 있는 경우 회계법인이 공동피고로 되어 있는 경우, 우선 주나 선물 등 보통주 외의 주식에 관여된 경우 보다 높은 합의금액을 받는 것으로 나타났다.²⁸⁾

26) Elaine Buckberg, Todd Foster, and Stephanie Plancic, *op. cit.*

27) 이한득, “미국사례로 본 증권집단소송의 명암”, 주간경제 695호(2002. 1. 23)

28) Elaine Buckberg, Todd Foster, and Stephanie Plancic, *op. cit.*

제2절 미국의 증권개혁 입법

1. 1995년 증권소송개혁법(PSLRA)²⁹⁾

가. 입법의 목적

1990년대에 미국에서 연 평균 약 200여건의 증권집단소송이 제기되었는데 이는 전체 집단소송의 약 10%에 해당되고, 그 중 약 90% 가량이 화해로 결말이 났다. 원고가 소장을 제출할 때에 피고의 위법행위 내용을 특정하지 않고 증거개시절차를 통하여 피고의 위법사실을 찾기 위하여 많은 비용이 소요되는 개시절차를 남용하였고, 이 때문에 기업들은 소송비용을 과도하게 부담함은 물론 패소의 두려움 때문에 화해에 응할 수밖에 없었다. 그리하여 미국의회는 1995년 증권소송개혁법을 제정하여 변호사가 주도하는 소송(the lawyer driven suits)으로부터 피해자 구성원들이 주도하는 소송으로 전환을 시도하였다. 그리고 증권소송개혁법 이전의 소송은 피고의 위법행위에 상관없이 대부분 화해로 결말이 남으로써 실사 본안의 가치가 없다고 하더라도 원고 측 변호사와 직업적 원고(professional plaintiffs)들이 집단소송을 뒤에서 조종하면서 주주들의 희생의 대가로 상당한 이득을 챙겼다.³⁰⁾

따라서 증권소송개혁법은 원고집단과 의견이 가장 일치하고 변호사의 소송수행을 효과적으로 감독할 수 있는 1인 또는 수인의 대표원고를 선임하는 것을 목표로 하였다. 이러한 증권소송개혁법의 제정목적은 첫째, 예측정보의 면책범위를 넓혀주는 등 남소로부터 기업을 보호함이며 둘째, 예측공시를 하는 기업들에게 리스크의 기준을 제공하여 피소의 위험을 회피할 수 있도록 함으로써 시장의 효율성을 증진하려 함이며 셋째, 증권소송의 피고들 중 위법행위에 대한 가담정도가 낮거나 고의가 없는 사외이사나 감사인 등이 책임을 연대책임으로부터 비례책임으로 전환하였다.³¹⁾

29) 최정식, 앞의 논문, 34-36면.

30) Cendant, 182 F.R.D. at 144-145.

31) 김정수, 「현대증권법원론」, 박영사, 2002, 844-845면.

나. 주요 내용

(1) 대표원고와 소송대리인의 자격요건 강화

집단소송의 남용이 직업적 원고 때문이라고 판단한 의회는 대표원고를 법원이 선임하도록 하였다. 대표원고를 신청하는 구성원 중에서 집단구성원의 이익을 가장 적절하게 대표할 수 있는 자를 선임하도록 하였고, 특히 경제적 이익이 가장 큰 자를 최적대표원고로 추정하여 기관투자자가 대표원고가 되기를 원하였다. 그리고 대표원고로서 3년에 5건 이상의 소송에 관여한 자는 원칙적으로 소송참여를 제한함으로써 직업적 원고를 배제하려 하였고, 소송제기를 목적으로 증권을 구입한 자도 대표원고에서 배제하였다. 또한 소송대리인의 보수와 비용은 그 총액이 원고집단에게 실질적으로 보상된 배상총액에 대한 합리적인 비율을 초과할 수 없도록 하였다.³²⁾

(2) 미래예측정보³³⁾에 대한 면책

이전에 SEC(Securities and Exchange Commission, 증권거래위원회)에 제출된 서류에 한정하여 적용되던 면책범위를 구두의 정보, 언론매체 그리고 애널리스트 등의 자발적 공시까지 확대함으로써 그 보호영역을 넓혀주었다. 그리하여 기업으로 하여금 투자자를 위한 정보 제공자 역할을 수행하면서 동시에 피소될 위험을 회피할 수 있도록 안전항의 적용범위를 확대하였다.³⁴⁾

32) 노혁준, “증권투자자의 법적 구제와 그 한계-미국 사적증권소송개혁법(PSLRA of 1995)을 중심으로-”, 서울대학교 석사학위논문, 1998, 14-17면.

33) 미래예측정보란 발행인 또는 발행인을 대리하는 자가 회사의 장래에 대하여 제공한 예측적인 정보(predictive statement)를 말한다. 미래예측정보가 불확실하고 투자자에게 혼란을 줄 수 있다는 염려에도 불구하고 주가가 발행인의 미래전망, 성장가능성 등에 의해서 영향을 받기 때문에 예측정보(forward-looking information)의 공시문제가 논의되었다. 이에 따라서 SEC는 1933년 법 Rule 175조와 1934년 법 Rule 3b-5조에 명문화하여 자발적인 예측정보공시제도를 도입하였다. 그리고 미국 의회는 1995년 증권소송개혁법을 제정하면서 증권발행인은 안전항에 의해서 장래예측정보에 포함된 것과 다른 실제 결과를 가져올 수도 있는 중요한 사실에 대한 의미 있는 주의표시(meaningful cautionary statements)를 수반한 예측정보로부터 보호를 받도록 하였다. (최정식, 앞의 논문, 134-135면).

34) 증권소송개혁법은 1934년 법에 제21E조, 1933년 법에 제27A조를 안전항의 조항으로 각기 추가하였다. 증권소송개혁법상의 면책을 받기 위해서는 다음의 조건 중 하나를 만족하여야 한다. 첫째로 미래예측정보라는 사실이 표시되었고, 미래예측정보의 결과를 중대하게 변경시킬 수 있는 중요한 사실을 나타내는 의미 있는 주의정보(meaningful cautionary language)가 부가되었거나(의미 있는 주의정보기준), 둘째로

(3) 소장 기재요건의 강화

납소방지를 위하여 원고로 하여금 소장에 피고의 위법행위의 내용을 특정하도록 함으로써 무분별한 소장의 제출을 억제하였고 피고의 기망적 의도를 강하게 추정하는 사실을 적시하도록 하였다. 원고가 그러한 청구를 특정하지 못하면 피고의 소 각하신청(motion to dismiss)에 의하여 소 각하를 하거나 또는 증거개시절차를 중지시킴으로써 원고는 소송에서 청구원인을 특정 하는 것이 쉽지 않았고 또 입증의 어려움에 직면하게 되었다.

(4) 증거개시절차의 중지

원고가 소장에 피고의 위법행위의 구체적인 사실을 특정하지 못하거나 피고의 악의(scienter)를 강하게 추정하는 구체적인 사실을 제시하지 못할 때에는 피고는 소 각하신청을 할 수 있고, 법원은 피고에게 불리한 증거개시절차를 일시적으로 중지명령(stay of discovery)을 내릴 수 있도록 하였다. 그리하여 원고가 구체적인 피고의 위법행위의 내용을 알지 못한 채 소송을 제기할 수 없도록 하였다.

(5) 비례적 책임의 도입

사외이사나 회계사 등 피고회사의 위법행위에 대한 관여의 정도가 낮거나 고의가 없는 2차적인 책임자에 대하여는 과거에 연대책임에서 비례적 책임으로 전환함으로써 특정 피고의 풍성한 자금(deep pocket)을 겨냥한 소송의 남발을 방지하려고 하였다. 그러나 2차적인 책임자가 고의적으로 위법행위에 관여한 경우에는 여전히 연대책임을 부담한다. 다만 무모한(recklessness)한 행위는 비례적 책임을 부담한다.

(6) 손해배상액의 제한

제공된 정보가 중요하지 않거나(immaterial ; 중요성기준), 셋째로 미래예측정보가 잘못되었거나 투자자를 오도할 가능성이 있다는 실제적인 인식(actual knowledge) 하에 정보가 작성되었다는 사실을 원고가 입증하지 못하였을 것(실제적 인식기준) 중 어느 하나만을 충족하면 된다(최정식, 앞의 논문, 138면).

손해배상방식을 실제로 매도·매수시에 지급한 가격과 정확한 정보가 공시되었을 때의 시장가격인 정상가격(true value)과의 차액으로 산정하는 현실손해배상(out-of-pocket)방식을 사용하도록 하였고, 이 경우에 실제가치의 산정을 실제로 매도·매수한 가격과 당해 허위표시 또는 누락을 정정하는 정보가 시장에 유포된 날부터 시작하는 90일간의 평균거래가격 차이를 초과할 수 없도록 함으로써 허위공시와 상관없이 단순히 허위정보가 밝혀짐으로써 발생하는 일시적인 시장의 충격효과로 인한 주가변동은 고려하지 않도록 유예기간을 설정하였다.

2. 1998년 증권소송통일기준법(SLUSA)

가. 개설

1995년 개혁법이 시행되자 증권집단소송사건은 연방법원에서 주법원으로 몰리게 되었다. 원래 원고는 주법원이나 연방법원 중에서 하나를 선택하여 집단소송을 제기할 수 있었지만, 1995년 개혁법 시행 후에는 ①1995년 개혁법에서 규정한 대부분의 법률적 제한은 연방규칙에 따라 연방법원에 제기된 사건에만 적용되는 점, ②극소수의 주를 제외하면 주 법률상 향후전망표시에 대한 안전항 조항이 없어 기업에 대한 책임을 묻기가 쉬운 점, ③연방법에 비해 주법은 교사자와 방조자에 대한 손해배상청구권을 부여하고 있는 점, ④연방법보다도 제소기한이 장기인 점 등의 이유로 원고들이 증권집단소송을 주법원에 더 많이 제소하게 되었다.³⁵⁾

요컨대, 1995년 개혁법 시행 후 동 법이 요구하는 소송절차적 장애를 회피하기 위해서 종전보다 주법원에 증권집단소송이 더 많이 제기되었기 때문에 판례가 제대로 확립되어 있지 않은 주법으로 인하여 혼란이 생길 가능성이 있었고 주마다 다른 판결이 내려질 우려도 있었다. 이에 따라 1997년 초부터 미국의회는 집단소송의 원고측 변호인이 주법률과 주법원에 의존하여 연방법의 적용을 회피하지 못하도록 하는데 중점을 둔 새로운 입법을 시도하였고, 그 결과 1993년 증권법과 1934년 증권거래법을 일부 수정하는 “1998년 증권소송통일기준법(Securities Litigation Uniform Standards

35) 김용찬, 앞의 논문, 33-35면.

Act of 1998)“이 제정되게 되었다.³⁶⁾

나. 주요내용

(1) 연방법원의 배타적 우선권 인정

주의 제정법이나 보통법에 기한 집단소송은 일정한 증권의 매수 혹은 매도에 관하여 부실기재 또는 중요사실의 누락을 주장하거나 또는 피고가 시세 조종적, 사기적 책략이나 술책을 썼다고 주장하는 소송이 주법원이 제기된 경우에는 당해 소송이 계속되어 있는 지역의 연방지방법원으로 이송되어야 한다고 규정하고 있다(1933년 증권법 제16조(b),(c)항, 1934년 증권거래법 제28조 (f)항 (1),(2)호). 1933년 증권법에 근거한 청구에 대해 동시 발생하는 주의 관할권을 배제하여, 일정한 증권의 매매에 있어 사기적 술책을 포함하는 증권집단소송에 대해서는 연방법원이 우선적 관할권을 갖도록 한 것이다. 소송이 제기된 장소를 묻지 않고 모든 증권사기집단소송에서 주법에 근거한 청구의 제출이 금지되므로 전국거래소에서 매매되는 증권의 매매에 관련하여 사기라고 주장하는 연방집단소송에서 원고는 보충적 청구로서 주법원에 더 이상 제소할 수 없게 되었다.³⁷⁾

(2) 주법원에서 행해지는 증거개시절차의 정지

집단소송이 연방에서 주로 이전한 주된 이유는 주법원에서 증거개시절차(discovery)를 행하기 위해서이다. 의회는 주법원에서 증거개시절차가 행해지면, 피고 회사는 증거개시의 비용부담을 우려하여 결국 화해를 강요당하게 된다고 생각하였다.³⁸⁾ 그리하여 1998년 법은 각하신청의 심리를 위해 증거개시절차를 정지하고 있는 연방법원이 필요하다고 인정할 때에는 주법원에서 행해지고 있는 집단소송의 증거개시절차를 정지할 수 있도록 하였다.³⁹⁾

36) 정윤모·손영락, 앞의 책, 88면.

37) 정윤모·손영락, 위의 책, 89면.

38) 정윤모·손영락, 위의 책, 90면.

39) 1933년 증권법 제27조 (b)항 (4)호, 1934년 증권거래법 제21의 D조 (b), (c), (d)항.

(3) 악의(Scienter)

1995년 개혁법 시행 후 원고에게 요구되는 소답요건의 정도에 관하여 법원에 약간의 혼란이 있었다. 의회는 1995년 개혁법을 제정하면서 1934년 증권거래법상의 책임 기준을 변경하려 하지는 아니하였다. 그러나 어떤 연방지방법원은 1995년 개혁법이 악의 요건을 변경하는 것으로 해석하였다.

이 문제에 관하여 1998년 통일기준법은 명문으로 규정하고 있지는 않으나, 미연방 대법원은 Herman & Mclean v. Huddleston 사건에서 무모한 행위(reckless behavior)가 피고의 주관적 요건에 포함되는지에 관하여 명시적으로 그 판단을 유보하고 있다. 즉, 대법원은 무모함이 악의 요건을 충족하는지 여부에 대한 문제를 유보한다고 하였다.

3. 2005년 집단소송공정화법

집단소송공정화법(Class Action Fairness Act of 2005)은 주로부터 연방으로 집단소송을 이송할 권리를 인정하는 등 연방관할권을 확대하였다. 그리고 지방법원에 대해 Coupon화해에⁴⁰⁾ 대하여 엄밀한 조사를 요구하는 소비자소송의 권리법안을 만들었고 변호사보수를 청구할 때 쿠폰의 가치에만 변호사가 의존하는 것을 제한하였다. 그리고 집단소송의 청구금액이 500만 달러를 넘고, 어느 한 원고라도 피고와 다른 주에 거주하면 연방법원이 관할권을 갖도록 하였다.

그러나 이 법은 연방규칙 제23조의 청구나 유사한 주의 규칙에 의한 청구에는 적용되지만, 대표원고가 일반 공공을 위하여 대리하는 사적법무장관소송(Private Attorney

40) 쿠폰은 일반적으로 다른 증서에 부착되어 있는 증권으로 절취하여 독립적으로 사용 할 수 있는 것으로써 이자가 정기적으로 지불될 경우 채권에 부착되어서 이자가 지불될 때마다 절취하여 채무자에게 제시되는 것 또는 회수권, 상품을 구입할 수 있는 증서 등을 의미한다. 쿠폰화해는 주로 소비자 집단소송의 비현금 화해의 방식의 하나로서 피고가 구성원에게 쿠폰을 지급하여 당해 상품을 재구매할 경우에 일정한 비율로 할인을 하여 주거나, 또는 기타 방법으로 특혜를 주는 방식의 화해를 의미한다. 그러나 이러한 쿠폰화해는 과거의 피해자에게 반드시 혜택이 주어지는 것이 아니고, 할인의 방식으로 혜택을 주더라도 실제로 구성원이 이를 이용하지 않을 경우에는 이득이 없으며, 나아가 상품의 할인이 시장의 자유경쟁질서를 혼란시킨다는 비판이 있다. 또 쿠폰화해가 성립될 경우에 변호사의 성공보수의 산정의 기준이 예매하다는 문제점이 있다.

General Suits)⁴¹⁾에는 적용되지 않는다. 과거에 변호사보수는 쿠폰의 추상적인 가치를 근거로 산정하였으나 이 법은 당사자의 신청이 있으면 쿠폰의 정상가격을 전문가의 증언에 의해서 산정하고 실제로 교부받는 쿠폰의 가치만을 고려해서 가격을 산정하도록 하였다. 화해안에 쿠폰이 포함된 경우에 쿠폰으로 받는 손해배상의 비율은 변호사의 보수를 산정할 때에 참작하지 않고, 소송에 투입된 시간에 의해서 보수를 결정하도록 하였다. 따라서 쿠폰화해를 승인하기 전에 법원은 화해가 구성원에게 공정하고 합리적이며 적절한지를 판단하기 위한 심리를 반드시 개최하여야 하고, 또 화해안에 그 합리적인 판단의 근거를 기재하여야 한다.⁴²⁾

그리고 집단구성원이 법원에서 가까운 곳에 살고 있다는 이유만으로 그 구성원에게 더 많은 배상금을 제공하는 화해를 금지시켰으며 피고에게 집단구성원이 거주하는 모든 연방과 주의 관리에게 집단소송의 화해안이 제시된 10일 이내에 통지하도록 요구한다.⁴³⁾

제3절 증권집단 소송의 절차

1. 증권집단소송의 개시

41) 1977년 미국 California주 의회는 불공정경쟁법(Unfair Competition Law (UCL))이라하는 사업 및 전문가 법(Business and Professions Code section 17200-17209)을 제정하였다. 동 법의 section 17200은 불법의 불공정하거나 또는 책략적인 사업행위나 관행 그리고 모든 불공정하고 기망적이며 사실과 다른 오도하는 광고를 금지하고 있다. 이 법은 모든 사기적인 사업관행을 금지함으로써 소비자를 불공정행위로부터 보호하기 위한 목적으로 제정되었다. 그리하여 소매, 은행, 수금대행업, 신용보고, 보험 그리고 광고 등에서 불공정하거나 불법의 사업관행을 금지한다. 캘리포니아 대법원은 사적 영리회사에게 비록 회사원 고가 피해 당사자가 아니더라도 공공의 시민을 위하여 불공정경쟁법(UCL)하의 소송을 제기할 수 있는 당사자의 지위를 인정하였다. 그러므로 개인이나 기관이 집단인가와 같은 절차적이고 기술적인 장애물이 없이 집단소송과 비슷하게 진행되는 소송을 제기할 수 있다. 이 경우에 일반 공공(general public)을 위하여 소송을 제기하는 개인 또는 기관을 사적법무장관(private attorney general)이라고 한다.

42) 쿠폰화해로는 In re Domestic Air Transp. Antitrust Litig, 148 F. R. D. 297(N. D. Ga. 1993) (여행할인) ; New York v. Nintendo of America, Inc., 775 F. Supp. 676(S. D. NY. 1991) (비디오게임의 쿠폰) ; Ohio Pub. Interest Campaign v. Fisher Foods, Inc., 546 F. Supp. 1(N. D. Ohio 1982)(음식물 쿠폰) 등이 있다.

43) 최정식, 앞의 논문, 37-38면.

가. 집단소송의 제소요건

집단소송은 우선 집단인가를 받아야만 집단소송으로 유지될 수 있다. 만일 집단인가가 거절되면 개별소송으로 진행하거나 아니면 소송 자체를 포기하여야 한다. 따라서 집단소송으로서 자격을 갖추고 유지되기 위해서는 집단인가를 받아야하므로 그 인가요건을 규정한 연방규칙 제23조는 매우 중요하다. 동 규칙은 미국의 집단소송에 일반적으로 적용되는 민사소송규칙 요건으로 집단소송을 인가하기 위해서는 반드시 이를 충족하여야 한다.

연방규칙 제23조는 집단소송을 유지하기 위해서 충족되어야 하는 여러 요건들을 규정하고 있는데, 각 요건의 입증책임은 원고가 부담한다. 판례법상 인정된 연방규칙 제23조의 묵시적 요건(implicit requirements)은 모두 충족되어야 한다. 또 연방규칙 제23조(a)의 필수요건(또는 선결조건, prerequisites)이 모두 충족되어야 한다. 그리고 제기된 소송이 연방규칙 제23조(b) 다음 세 범주 하나에 해당된다는 것을 입증하여야 집단소송이 유지될 수 있다. 첫째로 연방규칙 제23조(b)(1)(A)는 다수의 개별소송이 있는 경우, 소송 상대방에게 상반되는 행동기준(inconsistent standards of conduct)이 나오는 경우이고, 연방규칙 제23조(b)(1)(B)는 기금이 소송의 모든 청구를 만족시킬 수 없는 한정기금과 여러 개별소송에서 실질적으로 각 집단구성원의 이익을 손상시키거나 저해하는 경우에 적용된다. 둘째로 연방규칙 제23조(b)(2)는 민권사건(civil rights cases)과 같은 확인적 또는 금지청구(declaratory or injunctive relief)를 하는 경우이다. 셋째로 연방규칙 제23조(b)(3)의 손해배상소송은 집단구성원에 공통되는 법률상 또는 사실상 쟁점이 개인적 쟁점을 압도하고, 집단소송에 의한 해결이 다른 소송제도보다 우월한 경우에 인정된다. 이하에서는 우리나라의 증권관련집단소송법과 관련하여 세 번째 범주에 한정하여 논한다.

(1) 연방규칙 제23조의 묵시적 요건

(가) 한정된 집단

집단의 정의(definition of the class)는 통지를 받을 구성원의 범위를 결정한다. 그

러므로 집단의 정의는 집단의 개략적인 윤곽으로서 특정 개인이 구성원에 해당 되는지를 구별할 정도면 족하다.⁴⁴⁾ 또 집단의 정의에는 지리적, 시간적 그리고 집단의 구성을 제한할 수 있는 객관적 기준이 포함되어야 한다. 법원이 집단을 심사하는 기준은 집단소송의 유형에 따라 다르다. 손해배상소송에는 집단구성원에 대한 통지가 필수적이므로 집단에 대한 상세한 정의가 필요하고, 반면에 침해예방소송이나 확인 또는 유지청구소송에서 집단의 정의는 통지를 반드시 하여야 하는 것은 아니므로 더 완화된 기준이 적용된다.

(나) 집단구성원인 대표원고

대표원고는 집단의 구성원이어야 한다. 이 요건의 근거는 공통성, 전형성, 대표의 적절성 등에서 찾기도 하고, 또는 연방규칙 제23조(a)나⁴⁵⁾ 소를 제기하려면 당사자적격(standing)이 있어야 한다는 미연방헌법 제3조 제2항 제1절에서 도출하기도 한다. 즉 대표원고가 집단구성원으로서 구성원과 똑같은 이익을 얻거나 피해를 입을 것을 요구한다. 그 까닭은 대표원고가 소송의 결과에 대한 개인적인 이해관계가 있어야만 충실하게 소송을 수행할 것이라고 믿기 때문이다.⁴⁶⁾

(다) 사건성이 있는 청구

원고의 청구가 현재 진행 중인 분쟁(live controversy)의 결과에 대하여 이해관계가 있어야 한다.⁴⁷⁾ 즉 소송당사자사이에 분쟁이 서로 대립하여 다투고 있어서 원고의 청구가 그 분쟁을 해결하기 위한 것이어야 하며, 단지 시험소송이어서는 안 된다. 연방 대법원은 대표원고의 청구가 집단인가를 받은 후 사건성이 결여되더라도(moot), 집단

44) Hilao v. Estate of Marcos, 103 F. 3d 767 (9th Cir. 1996).

45) 집단의 하나 또는 그 이상의 구성원은 집단을 대표하여 소를 제기하거나 피소될 수 있다.

46) Robert H. Klonoff, "Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell ", St. Paul, Mn, WestGroup, 1999, pp.16-17.

47) 의제성(Mootness)이라 함은 협의의 의미의 사건성이 결여된 경우로서 당사자 간의 대립성을 상실한 경우를 말한다. 예를 들면 시험소송에서는 사건이 의제적이라고 하여 사법심사를 거부한다. 그러나 이 의제성 이론은 양 대립당사자를 전제로 하는 것이므로 이와 성격이 다른 집단소송에 적용하기에는 무리가 있다. 소송을 담당하는 명의상의 당사자와 판결에 구속되는 익명의 집단구성원이 존재하는 집단소송의 경우에 명의상의 당사자만을 대상으로 하여 의제성 이론을 적용하는 것은 다른 집단의 구성원의 이익을 침해할 가능성이 높기 때문이다. (박민영, 앞의 논문, 255면.)

소송 그 자체가 사건성이 결여되는 것은 아니라고 판시하였다.⁴⁸⁾

(2) 연방규칙 제23조(a)의 필수요건

(가) 다수성(numerosity)(제23조 (a)항 (1)호)

집단의 구성원이 너무 많아서 공동소송이 비현실적인(impracticable) 경우에 1인 또는 수인의 구성원은 집단의 대표원고로서 집단을 대표하여 소를 제기하거나 피소될 수 있다. 따라서 공동소송에 의한 소송이 가능하면 집단소송은 허용되지 않는다. 그리고 다수성(numerosity)의 기준은 공동소송이 비현실적이거나 곤란한 정도를 의미하고 공동소송이 불가능할 정도까지를 요구하지는 않는다.⁴⁹⁾ 잠재적 집단의 규모(size of the potential class)에 관하여 연방규칙 제23조는 아무런 언급이 없으므로 각 사건마다 개별적으로 다수성을 평가하여야 한다. 구성원이 20명 이하인 집단이 인가된 사례도 있고 반면에 300명 이상인 집단도 다수성이 결여된 것으로 본 경우도 있다. 몇몇 법원은 25명의 구성원이나 그 이상이면 다수성을 충족한다고 판시하였다.

증권집단소송과 관련하여서는 주식공모의 경우 당해 유가증권을 직접 취득한 자는 물론 장내시장 또는 장외시장에서 거래한자라도 당해 유가증권의 공모와 관련한 신고서나 사업설명서의 허위표시 또는 누락 때문에 손해를 입은 자는 모두 포함하여 집단 구성원이 될 수 있다. 이 경우 공모유가증권의 직접취득자와 당해 발행인의 기발행 유가증권을 취득한 자를 구분하여 별도의 소집단을 인정할 수 있다. 이러한 집단구성원에는 국제화된 자본시장의 경우 외국인취득자나 거래자라도 이들 집단에 포함된다고 한다.⁵⁰⁾

집단의 존재에 대한 결정은 집단구성원들에 대한 소송계속의 통지 및 확보된 구제액의 분배와 판결효의 주관적 범위의 확정 등의 목적상 요구된다.⁵¹⁾ 집단의 구성원이 상당히 다수여서 그들 전원을 공동소송인으로 병합하는 것이 사실상 곤란할 정도라야 한다.

48) *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975).

49) *Robidoux v. Celani*, 987 F. 2d 931(2d Cir. 1993) ; *Roman v. Korson*, 152 F.R.D. 101(W. D Mich. 1993).

50) 김용찬, 앞의 논문, 39-42면.

51) 김홍엽, “미국 Class Action의 법리와 실제”, 재판자료 58집, 1992, 법원행정처, 715면.

(나) 공통성(commonality)(제23조 (a)항 (2)호)

집단구성원들 사이에 법률상 또는 사실상의 공통적인 문제가 있어야 한다. 다수인의 지위가 모두 정확하게 동일할 필요는 없고 같은 지위에 있는 것으로 족하다. 즉 모든 법률상의 쟁점이 전체구성원들에게 공통된 것을 요구하는 것은 아니며 단지 하나라도 중요한 공통의 쟁점(one significant common issue)이 존재하면 충분하다.

집단전체에 공통점이 없는 경우에는 동 규칙 제23(c)(4)에 규정된 하부집단(subclasses)으로 나뉘어 질 수 있으며 그러한 하부집단은 다시 하나의 집단으로서 요건을 갖추어야 한다. 증권거래법 제14조에 의거하여 유가증권신고서와 사업설명서의 허위 기재나 누락의 경우, 이는 유가증권의 모집·매출과 관련하여 당해 유가증권을 취득한 모든 자에게 공통적이라고 할 것이다.⁵²⁾

(다) 전형성(typicality)(제23조 (a)항 (3)호)

이는 대표당사자들의 청구나 항변이 그 집단의 청구나 항변의 전형적인 것이어야 한다는 것이다. 집단대표들과 단체구성원들 사이에 주장 및 방어에 있어 상호대립성이 있어서는 안 된다는 것인데, 대립성의 결여를 확보하기 위한 요건으로 대표당사자 및 기타 참가자들의 청구 또는 항변이 하나의 사건에서 파생된다든지 동일한 법적 이론에 근거한 경우이면 충분하다. 그러나 비참가 구성원들의 청구 및 항변이 완전히 일치한다든지 실질적으로 동일한 필요는 없다. 이 요건 역시 지정된 대표자가 전체집단을 적절하게 대표할 수 있어야 한다는 요건의 단순한 부가적 특징에 지나지 않는다. 유가증권신고서나 사업설명서의 기재내용에 관하여 대표당사자가 자신의 청구가 집단전체의 청구의 전형적인 것이라고 하기 위해서는 사업설명서의 기재 내용이 허위이거나 오해를 유발시키는 것이고, 그 허위표시가 그들이 취득한 주식의 가격을 인위적으로 상승시켰음을 입증하여야 한다.

전형성의 요건은 넓게 해석되어야 한다. 손해액의 크기, 유가증권의 거래 규모나 거래방법 또는 거래에 영향을 미친 구체적인 자료 등에 있어서 차이가 있더라도 청구의 전형성은 인정된다고 한다.⁵³⁾

52) 공통성의 요건과 관련한 판례로는 Blackie v. Barrack, Nos 판결(9th Cir. 1975. 9. 25)이 있다.

증권소송과 관련한 전형성에 대한 판례의 입장을 보면, 피고회사가 공개한 3개의 보고서 중 세번째 보고서가 첫번째와 두번째의 보고서의 내용을 상당히 포함하고 있는 경우 위 세번째 허위보고서를 믿고 주식을 구입한 나머지 집단구성원 전체의 청구와 동일 유사한 것으로 전형성의 요건을 갖추었다고 볼 수 있다고 하며,⁵⁴⁾ 대표당사자 중 일부가 다른 집단구성원들과 달리 피고가 공개한 거짓자료들에 전적으로 의지하지 아니하고 증권전문가 등을 포함한 전문가 집단에 자문을 구한 뒤 주식을 매입하였다고 하더라도 전형성 요건을 갖추었다고 보고 있다.⁵⁵⁾

반면에 최초 상장을 할 당시 주식시장 대행회사로부터 직접 주식을 구입한 대표당사자는 주식이 공개된 후 공개시장에서 주식을 매수한 다른 집단 구성원들과 사실적, 법률적인 입지가 같다고 보기 어려워 전형성을 인정할 수 없다고 한다.⁵⁶⁾

(라) 대표의 적절성(adequacy of representation)(제23조 (a)항 (4)호)

대표당사자는 집단의 이익을 공정하고 적절하게(fairly and adequately) 보호하여야 한다. 집단소송의 판결이 당사자로서 법원에 출석하지 아니하는 구성원들에 대하여도 구속하는 것이므로 지정된 대표자들이 비참가구성원들의 이익의 적절한 보호자가 되어야 한다. 지정된 대표자가 집단과 공동의 목표 내지 유사한 법률상 또는 사실상의 입장을 함께 하는 경우라면 집단의 이익을 공정하고 적절히 보호할 수 있는 것으로 인정된다. 따라서 최소한 대표자 중 1인이 집단의 구성원이어야 한다. 만약 법원으로서 제기된 소송이 집단소송으로 유지가능한지의 여부를 판단하기에 앞서 지정된 대표자의 대표성이 부족하다고 인정되는 경우에는 소송을 각하하든지 개별소송으로서 소송의 계속을 허용하든지, 기존의 대표자들에 의해 적절하게 보호받을 수 있는 구성원들의 집단으로 제한하든지, 대표자의 수를 늘리게 하는 등 적절한 조치를 취할 수 있다.⁵⁷⁾

대표자들은 집단구성원으로부터 대표권한을 명시적으로 위임받을 필요는 없으나 그들이 대표하려고 하는 집단의 이익과 충돌 또는 상반하는 이익을 가져서는 안 된다.

53) In re Activision Securities Litigation, N.D. Cal. 1985. 5. 10.

54) Green v. Wolf Corp. (1968 CA2 NY) 406 F. 2d 291, 9 ALR Fed 100, cert den 395 US 977.

55) Bresson v. Mckinnon Secur. Inc (1988, SD NY) 118 F.R.D. 339, CCH Fed Secur. L Rev. 93617.

56) Jacobs v. Texasgulf, Inc. (1967 DC NY) 42 F.R.D. 595.

57) 이용희, 앞의 논문, 51면.

만약 충분한 대표성이 확보되도록 상당한 주의가 취해지지 않으면 비참가구성원은 후소에서 판결이 헌법상의 적법절차에 위배되었다는 이유로 판결효의 적용을 피할 수 있다고 공격할 수 있게 되어 전소에서의 집단소송의 효율성과 경제성이 무효화하게 된다. 한 사람의 대표자라도 그 자신이 또는 그의 대리인이 집단의 다른 구성원들의 권리를 소추 또는 방어하기 위한 동기유발 재원과 품성을 가지고 있다면 족하다.

판례가 대표당사자의 적절성을 부인한 경우로는 대표당사자와 변호사가 부자지간이라면 그들과 집단구성원 간에 이해충돌이 생길 위험이 높은 경우, 대표당사자가 주주대표소송과 집단소송을 모두 제기한 경우에 대표 당사자의 주된 관심은 주주대표소송에 있고 집단소송은 부수적인 관심만 있는 경우, 대표당사자의 변호사가 법원의 두 번에 걸친 문서제출요구를 무시하는 등 법원의 소송 진행에 신속하게 반응하지 아니한 경우, 대표당사자가 피고의 이사회구성원이나 경영진과 밀접한 관련이 있는 것으로 밝혀진 경우 등이다.

(3) 연방규칙 제23조 (b)항의 유지조건

연방규칙 제23조 (b)항은 집단소송과 동 조 (a)항에 열거한 전제조건을 충족하는 외에 제23조 (b)항에서 세분한 각 호가 적어도 하나라도 적용되는 경우에 집단소송으로 유지될 수 있다고 규정하고 있다. 연방규칙 제23조 (b)항 (1)호는 구하는 구제방법의 법적 효력에, (2)호는 구하는 구제방법의 유형에, (3)호는 집단소송방법의 절차적 및 경제적 우위성에 초점을 맞추고 있는데,⁵⁸⁾ 우리나라 증권관련집단소송법의 경우에는 그 청구원인을 한정하고 있으며 또한 손해배상소송의 유형으로 규정하고 있어 연방규칙 제23조 (b)항 (3)호의 유형에 해당한다고 할 것이므로 제3호의 내용을 간략히 살펴보기로 한다.

(가) 압도성

58) 연방규칙 제23조 (b)항 (3)호는 손해배상집단소송이 “집단구성원에게 공통되는 법률상 또는 사실상의 쟁점이 각 개인에게 영향을 미치는 쟁점을 압도하여야 한다. 그리고 분쟁의 공정하고 효율적인 해결을 위한 방법으로서 집단소송이 다른 방법에 의한 분쟁의 해결책보다 우월하여야 한다.” 라는 요건이 인정될 경우에 집단소송은 유지된다고 한다.

연방규칙 제23조 (b)항 (3)호와 자문위원회의 권고안은 압도성에 대한 정의를 내리지 않았다. 압도성의 범주는 단순히 공통의 법적 또는 사실적인 쟁점의 존재를 제시하는 것보다는 더욱 엄격하다는 점에 대하여 일반적으로 동의하고 있으나, 구체적으로 무엇을 압도성의 요건에 포함시킬 것인가에 관하여는 의견이 일치하지 않고 있다. 어떤 법원은 공통 쟁점의 판단이 전체 소송을 해결할 필요는 없지만, 그 쟁점의 해결이 적어도 전체 소송을 해결하는데 실마리가 된다면 공통의 쟁점이 압도한다고 하였고, 다른 법원은 공통의 쟁점의 해결을 통하여 전체소송의 해결이 실질적으로 진척된다면 공통의 쟁점이 압도할 수 있다고 하였다.

그러나 다른 법원은 여전히 압도성의 정의를 쟁점의 양과 질로 한정하는 시도에 수긍하지 않고 그 대신 사건의 실질적인 진행사항을 사실심법원이 검토하여 결정하여야 한다고 하였다. 그리고 개별적인 손해산정의 근거에 의해서 배상액을 산정하더라도 그것이 압도성을 배척하지는 않는다고 하였다. 예를 들면 계약위반으로 자신의 회사를 상대로 제소한 보험대리인의 집단소송에서 각 구성원들의 손해액이 개별적인 근거에 의해서 산정되더라도 공통쟁점의 압도성에 위배되지 않는다고 하였다. 하지만 손해액의 산정이 너무 복잡하면 집단인가를 거부할 수도 있다. 그리고 개별적인 손해계산은 특별사법보좌관(special master)이나, 준법관 또는 행정담당관(magistrates)에 의하여 이루어질 수 있고, 책임의 유무와 손해액의 쟁점을 결정하기 위한 분리된 배심을 이용하는 등 여러 가지 수단이 사용될 수도 있다.⁵⁹⁾

(나) 우월성

연방규칙 제23조 (b)항 (3)호의 손해배상소송은 압도성 이외에도 분쟁의 공정하고 효율적인 해결을 위한 방법으로 집단소송이 다른 방법과 비교하여 우월할 것을 요구한다. 이에 따라 우월성 여부를 판단함에 있어서 ①개별소송을 수행하거나 항변함에 있어서 집단구성원의 이해관계 ②집단구성원에 의해서, 또는 집단구성원을 상대로 이미 시작된 분쟁에 관해 소송의 정도와 내용 ③특정법원에서 소송을 하는 것이 바람직한 것인지 여부 ④집단소송의 유지 및 관리상의 어려움 등을 고려하여야 한다.

59) Robert H. Klonoff, *op. cit.*, pp.71-73.

(4) 대표원고의 요건

증권소송에서 변호사들은 명목상 대표(figurehead)⁶⁰⁾의 이름을 빌려서 소송을 제기하고, 손해배상금을 낮추려고 하는 피고들에게 화해를 강요하는 위협소송(strike suits)을 제기하여 왔다는 비난을 받아왔다. 그리하여 미국의회는 남소로부터 기업을 보호하기 위하여 1995년 증권소송개혁법을 제정하여 변호사가 주도하는 소송으로부터 투자자가 주도하는 소송으로 전환시켰다.

증권소송개혁법은 원고집단과 가장 의견이 일치하며 변호사의 소송수행을 효과적으로 감독할 수 있는 1인 또는 수인의 원고를 대표원고(lead plaintiff)로 선임하도록 하였고, 법정에서의 선착순 경쟁에 의해 원고대표를 선임했던 과거의 관행에서 벗어나서 가장 적합하다고 법원이 판단하는 자를 선임하도록 하였다.⁶¹⁾ 또한 증권소송개혁법의 제안자들은 증권소송개혁법 이전의 대표원고 조항이 집단변호사로 하여금 가치 없는 소송을 쉽게 제기하는 것을 허용하는 점을 우려하여 개선하려고 하였다. 즉 집단구성원들이 변호사를 효과적으로 감시할 것을 기대하였지만 구성원들이 시간과 노력을 낭비하면서 변호사를 감시할 인센티브가 없을 뿐 아니라, 감독을 위해 필요한 지식과 이해도 부족하여 효과적인 감독이 이뤄지지 않았기 때문에 그 역할을 대표원고가 수행하기를 원하였다.

소장을 제출한 자는 20일 이내에 보급범위가 광범위한 전국적인 상업 간행물이나

60) 대표원고를 입장티켓(admission ticket) 또는 포섭된 인형(solicited puppets), 직업적 원고(professional plaintiff)등으로 명명되기도 하였는데, 그 의미는 당시에 다수의 대표원고가 변호사에 의해 고용된 명목상의 원고이었기 때문이었다.

61) 미국법은 소를 제기하는 자가 일단 대표당사자(representative party)이고 이들과 일정기간 내에 신청한 사람 중에서 법원이 주도적 원고(lead plaintiff)를 정한다. 따라서 대표당사자는 집단을 위하여 소송을 수행하고자 하는 원고이므로 미국에서 ‘소송을 제기하는 자’는 아직 당사자가 아니고 당사자가 ‘되기 위하여’ 소를 제기하는 것이다. 그리고 우리의 대표당사자는 법원의 허가를 받아야 하므로 허가를 받지 못한 원고나 대표당사자는 존재할 수가 없다. 그러나 미국은 법원의 허가를 받지 않아도 대표당사자(representative party)가 존재하며 소송수행에 관여한다. 이러한 관점에서 보면 우리 소장과 소송허가신청서에 ‘소를 제기하는 자’를 기재하도록 하고 있으나 그는 법원의 허가를 받지 못하였으므로 당사자가 아닌데도 소장의 필수적 기재요건이 되는 이상한 결과가 된다. 결국 우리 법의 대표당사자와 미국의 대표원고는 그 개념이 다르다. 또 미국에서는 법원이 대표원고를 선정할 뿐이지 그 나머지 원고의 자격을 박탈하는 것은 아니다. 그러나 우리 법은 변론병합시에 소송을 수행할 대표당사자와 소송대리인을 지정하면 그 나머지 대표당사자와 소송대리인은 자격을 상실하게 된다(오정후, “증권집단소송법에 대한 민사소송법적 고찰” 증권법연구 5권 1호, 2004, 한국증권법학회, 264-265면.).

전자서비스를 통해 당해 원고 집단의 구성원에 해당하는 자에게 일정사항을 담은 공고를 하여야 하며 동 공고에는 당해 소송에서 주장하고 있는 권리주장의 내용과 주장하고 있는 집단구성기간(class period)을 표기하고, 잠재적인 구성원들이 60일 이내에 대표원고신청을 할 수 있다는 사실을 알리도록 하였다.

법원은 위 통고가 게재된 날로부터 90일 이내에 통고에 따른 당해 집단의 구성원의 신청 등을 검토하여 집단구성원의 이익을 가장 적법하게 대표할 수 있는 자라고 판단되는 자를 대표원고(most adequate plaintiff)로 지정하여야 하는 바, 1995년 개혁법에 따르면 첫째, 소장을 제출한 자 또는 위 통고에 따라 신청한 자 둘째, 법원의 결정에 의해 당해 집단 구성원 중 금전적 이해관계가 가장 큰 자 셋째, 연방규칙 제23조의 요건을 충족하는 자가 적법한 대표원고로 추정된다.

나. 일반소송절차

미국의 민사소송의 개략적인 절차는 다음과 같다. 사건이 사실심리재판(trial)에 도달하기 전에 소답(pleading), 증거개시(discovery), 사실심리 이전의 협의(pretrial conference), 신청(motion)의 단계를 거친다. 미국의 제1심 소송절차는 소답으로부터 시작되는데, 소답(pleading)이란 당사자의 주장을 기재한 서면을 교환하는 절차 또는 그 서면 자체를 말한다. 원고가 처음에 소장을 제출함으로써 소송이 시작되고, 법원은 소환장을 원고에게 교부하며, 원고가 소환장과 소장 부분을 피고에게 송달한다. 송달을 받은 피고는 법정기간 내에 답변서(answer)를 제출하여야 한다. 원칙적으로는 답변서의 제출로 소답절차는 종료되고 재답변서(reply)는 법원의 허가가 있는 경우에만 제출이 가능하다.

소장(complaint)은 청구원인을 법률적으로 구성할 필요는 없고, 청구원인이 되는 사건이나 거래행위를 특정하면 된다. 소장은 상대방에게 소송의 일반적인 내용에 관한 통지를 한다는 정도의 의미가 있다. 그리고 연방규칙이 제정되기 이전의 소답절차는 엄격한 기술성과 형식성을 요구하였고 쟁점형성의 중요한 기능을 수행하였으나, 연방규칙제정 이후의 소답절차는 상대방에게 자신의 청구를 특정할 수 있다는 사실을 통지하면 형식적인 요건을 갖춘 것으로 간주하고,⁶²⁾ 쟁점을 형성하는 기능은 증거개시

62) 미국 Rule 10b-5의 증권사기소송에서 소답기준(pleading test)은 피고의 심리상태(state of mind)인 scie

절차 등을 통하여 이뤄지므로 그 중요성이 반감되었다.⁶³⁾

소답절차가 종료되면 심리이전의 단계(pretrial)에 들어가서 증거개시절차가 행하여지고, 소송의 진행에 관한 협의와 쟁점 확정·증거조사의 준비 등을 위한 심리이전의 협의(pretrial conference)가 이루어진다. 보통은 심리이전의 단계에서 대부분의 사건이 대체적 분쟁해결방식(ADR)⁶⁴⁾에 의해 종결된다. 심리이전의 단계가 종료되면 본안소송절차인 사실심리재판(trial)로 넘어가서 종국 판결(final judgement)이 이루어진다.

미국민사소송절차는 심리이전의 단계과 사실심리재판으로 크게 구분되는데, 사건의 90% 가량이 심리이전의 단계에서 화해로 해결된다. 그런데 증거개시절차라는 당사자 주도의 사실발견절차를 통하여 화해에 이르므로, 심리이전의 단계에서 증거개시절차는 매우 중요하다. 우리의 변론준비절차에 해당되는 pretrial에서 증거개시절차를 통하여 사건의 실재를 파악하고 쟁점이 해결된다. 이 증거개시절차에서는 당사자에게 증거조사권을 부여하고 있으므로 상대방 당사자나 제3자는 반드시 응하여야만 한다. 그러나 증거개시절차가 당사자주도로 이루어진다는 점에서 악용의 소지가 많으므로 이를 적절히 통제하여야 하고 법원은 각종 증거제출의 마감기한(cut-off)을 설정한다. 그리고 사실심리이전의 협의(pretrial conference)를 통하여 사건을 통제와 협의를 진행한다. 이러한 효율적인 준비절차를 진행하기 위하여 사건관리시스템(case management)⁶⁵⁾을 운영하기도 한다.⁶⁶⁾

nter를 원고가 입증하여야 한다. scienter에 recklessness의 포함여부는 논쟁의 대상이지만, 일반적으로는 포함되는 것으로 본다. 그리고 동기와 기회만으로 scienter를 충족시키는지 등에 관하여 각 항소법원간에 견해가 엇갈린다.

63) 김영태, “미국 민사소송에서의 집중심리제도”, 외국사법연수논문(11) 재판자료 65집, 1994. 12, 법원행정처, 372면.

64) 대체적 분쟁해결방식(Alternative Dispute Resolution)은 법정 외에서의 사적인 분쟁해결의 절차로서, 중재, 조정, 중립적 사전 평가, 약식배심심리(summary jury trials), 소심리(mini-Trials) 등과 관련되어 있다(최정식, 앞의 논문, 134면).

65) 미국에서 복잡한 사건은 법원이 소송초기에 사건에 적극적으로 관여할 필요성과 효과적인 사건관리와 통제가 필요하다는 인식이 일치하여서 법관이 사건관리를 하는 ‘case management’가 일반화되었다. 법원은 표준기간(time standard)을 설정하여 증거개시절차를 포함한 소송의 중요단계의 마감기한(cut-off)을 정하고 있다. 그리하여 각 사건관리시스템에서는 각 사건의 진행경로(track)에 적용될 기간제한(time limit)을 두고, 증거개시절차의 종료, 중요한 신청의 처리 및 본안심리의 마감기한을 설정하여 적용하도록 하고 있다. 이런 방법을 통하여 조기의 확정적 심리기일의 지정과 엄격한 연기방지정책을 통하여 사건을 관리한다.

66) 김영태, 앞의 논문, 360-361면.

(1) 소답요건

(가) 개관

증권소송개혁법은 다음과 같이 규정하고 있다. 어떤 중요사실에 대한 허위표시 또는 누락을 원인으로 하는 소송에서 그 소장에 오해를 불러일으켰다고 주장하는 개별 표시와 그 표시가 오해를 유발한 이유를 특정하여야 하고, 만일 그 표시와 누락에 대한 주장이 어떤 정보와 믿음에 의해 형성되었다면 그러한 믿음을 형성한 모든 사실을 특정하여 기재하여야 한다(1934년법 제21D조(b)(1)). 그리고 피고가 어떤 특정의 심리 상태에서 행동하였음을 입증하는 경우에 한하여 원고가 금전적인 손해를 배상받을 수 있는 소송에서, 당해 피고가 특정 심리상태에서 행동하였다는 강력한 추론을 불러일으키는 사실을 소장에 특정하여 기재하여야 한다(동법 제21D조 (b)항 (2)호).

연방규칙 제9조 (b)항이⁶⁷⁾ “사기 또는 과실에 대한 주장에 있어서 사기 또는 과실을 형성하는 상황을 특정하여 기재하여야 한다.”라고 규정하는바, 증권소송개혁법에서 이 특정성의 요건을 더욱 강화하였다. 그런데 이 요건에 대한 법원들의 해석이 통일되지 않음으로서 피해자구제에 문제가 있다는 비판이 제기되었다. 특히 항소심 법원이 연방규칙 제9조(b)를 서로 상이한 기준으로 해석하여 왔기 때문에 이 문제를 증권소송개혁법에서 해결하려고 시도하였다.⁶⁸⁾ 그리하여 1934년법 제21D조(b)(2)의 심리상태의 증명에 관하여는 1970년대 초 이후 제2항소법원이 심리상태에 관한 가장 엄격한 기준인 강한 추론(strong inference)을 요건으로 하여 혐의 사실을 구체적으로 특정하고 이 혐의사실이 반대로 피고의 사기적 의도가 있었다는 강한 추론을 불러일으키는 것이어야 한다고 판시하였다.⁶⁹⁾

강한 추론이란 피고가 사기를 행하려는 동기와 기회를 가지고 있었다는 사실을 주장하거나 또는 피고의 의도적인 비행(conscious misbehavior)이나 recklessness(무모함)⁷⁰⁾을 나타내는 강력한 정황증거가 되는 사실들을 주장하는 것이다. 결과적으로 증

67) Rule 9(b) Fraud, Mistake, Condition of the Mind.; In all averments of fraud or mistake, the circumstances constituting fraud or mistake shall be stated with particularity. Malice, intent, knowledge, and other condition of mind of a person may be averred generally.

68) H. R. Conf. Ref. No. 104-369, at 41(1995).

69) Shieds v. Citytrust Bancorp, Inc., 25 F. 3d 1124 (2d Cir. 1994).

70) recklessness는 ‘통상의 주의의무를 과도하게 결여한 경우’ 또는 ‘부실표시가 너무 분명하여 회사가 그

권소송개혁법의 조항은 연방규칙의 해석과 관련하여 가장 엄격하게 해석을 한 제9항 소법원과 제2항소법원의 견해를 결합하여 더 엄격하게 소송요건을 강화하여 남소를 방지하려고 하였다.⁷¹⁾

(나) 강화된 소답기준

미국 연방규칙 제9조(b)는 소답의 기준을⁷²⁾ 규정하고 있는데, 원고가 사기 또는 악의의 정황을 구체적으로 특정 못하면 피고는 연방규칙 제12조(b)에 의해서 소각하신청(motion to dismiss)을 할 수 있다. 그러므로 SEC의 Rule 10b-5소송에서 원칙적으로 원고는 피고에게 scienter가 있었다는 정황증거를 기재하여야 한다. 그러나 실제로 구체적인 적시가 곤란한 경우가 많아서 법원이 완화하여 주고 있다. 한편 1995년 증권소송개혁법에서는 소송의 남용을 억제하기 위하여 소답요건을 한층 더 강화하였다. 즉 1934년법상의 사기를 청구원인으로 하는 손해배상소송의 소장에는 ①오해를 야기한 진술 ②그 진술이 오해를 야기하는 이유 ③만일 청구가 원고의 믿음에 근거한다면, 그 믿음의 형상에 영향을 미친 구체적 사실 ④피고가 고의를 가지고 행동하였다고 강하게 추정하는 구체적인 사실 등을 특정하여야 한다. 그 후 항소법원들은 scienter, 정보와 신뢰의 소답, 동기와 기회 등에 관하여 서로 상이한 판결을 하고 있다.⁷³⁾

사실을 충분히 알 수 있었음에도 불구하고 그 사실을 알지 못한 경우'를 말한다. 이는 “무모함” 또는 “중과실”이라고 번역하는데, 본 논문에서는 원문 그대로 recklessness라고 기재하기로 한다(김건식·송옥렬, 앞의 책, 325면 각주 68)).

71) 노혁준, 앞의 논문, 73-76면.

72) 소답기준이라 함은 정식 사실심리절차 이전에 쟁점을 명확히 할 목적으로 당사자간의 교환하는 서면 또는 그러한 절차를 의미한다. 연방규칙에서 사실의 적시는 단순히 소송 상대방에게 청구에 대한 방어를 시작할 수 있도록 청구의 성격에 대한 일반적인 사항만 기술하는 것으로 충분하지만(pleading notice), 연방규칙 제9조(b)는 예외적이다 (김건식·송옥렬, 앞의 책, 328면 각주 77), 78)).

73) 항소법원들 사이에 연방규칙 제9조(b)에 대한 해석이 일치되지 않았고, 증권소송개혁법에는 피고의 심리상태에 관한 강화된 소답기준은 포함하고 있으나, ‘필요한 심리상태’에 관한 정의가 없으며, 사기의 강한 추정을 보여주는 특정한 방법을 제시하지도 않았다. 또한 입법과정에서도 의회의 의도를 확실하게 밝히지 않음으로써 명확한 기준을 알 수도 없었다. 제2, 제3 항소법원은 동기와 기회의 주장은 scienter를 충분히 입증한다고 판시하였다. 제9항소법원은 제2항소법원보다 더 강한 소답기준을 요구하였는데, 동기와 기회만으로는 사기의 강한 추정을 충족시키지 못하고 원고는 실제적인 의도를 강하게 보여주는 recklessness 이상을 의미하는 특정사실을 기술하여야 한다고 하였다. 제1, 제6, 제11 항소법원들은 동기와 기회만의 주장은 사기의 요건을 충족시키지 못하고, 보충되는 사실들이 뒷받침될 때에만 이러한 주장을 고

(2) 증거개시절차

(가) 개관

증거개시절차(discovery)는 당사자들에게 소송의 입증자료를 확보하게 하여 주는 중요한 소송절차이다. 이 증거개시절차는 사건을 정확히 평가하여 화해를 유도하며, 일방 당사자에게 소송의 패배를 자인하게 하는 역할도 한다. 그리고 변론 중 기습적인 주장이나 증거의 제출을 저지하여 사실을 왜곡할 위험을 막고, 쟁점을 둘러싼 모든 증거를 기일 전에 당사자에게 조사할 수 있도록 함으로써 집중적이고 효율적인 재판진행을 가능하도록 하여 준다.⁷⁴⁾

(나) 집단소송의 증거개시절차

집단인가결정 이전에 증거개시절차를 허용할 것인지의 여부는 법원의 재량이다. 법원이 소답절차만으로 집단인가를 결정할 수 있으면 증거개시절차를 허용하지 않는다.

그리고 집단소송을 다루는 법원들은 인가의 쟁점이 사건의 본안과 밀접히 연결된 경우에는 사건의 본안과 연관된 조사를 수행한다. 그러므로 청구의 실체적 내용에 관한 증거개시절차가 연방규칙 제23조(a)의 요건의 충족 여부를 결정하기 위하여 필요할 수도 있다. 즉 법원은 다수성, 대표자의 적절성 및 전형성, 집단 한정범위의 적절성, 공통 쟁점의 존재 및 우월성 등의 쟁점을 증거개시절차에서 다룰 수가 있다. 그리고 법원은 증거개시절차에 필요한 시간, 중간개시절차가 집단인가를 결정하는데 도움이 될 가능성, 증거개시절차가 지나치게 부담이 되는지 등을 고려하여 증거개시절차의 범위를 정한다. 또한 변호사의 보수나 기타 비용약정과 변호사의 적절성 및 집단인가의 요건에 대하여도 증거개시절차를 허용할 수 있다.⁷⁵⁾

(다) 증거개시절차의 중지

려할 것이라고 하였다. 최정식, 앞의 논문, 98-102면.

74) 강일원, “미연방민사소송절차에 있어 증거개시절차”, 민사재판의 제 문제 8권(1994), 757면.

75) Robert H. Klonoff, *op. cit.*, pp.99-102.

원고가 청구를 구체적으로 특정하지 않으면 피고는 소각하신청(motion to dismiss)을 할 수 있고, 이 신청에 대한 결정이 내려질 때까지 증거개시절차의 진행의 중지를 요구할 수 있다. 법원은 증거를 유지하기 위하여 증거개시절차가 반드시 필요하거나, 증거개시절차의 중지가 일방 당사자에게 부담한 피해를 주는 경우를 제외하고는 피고의 소각하신청이 있으면 증거개시절차를 법원의 재량에 의해 중지할 수 있다.⁷⁶⁾ 그러나 특별히 사기의 죄질이 나쁘고, 주주대표소송처럼 다른 소송에서 피고가 원고 또는 조사기관에게 이미 자료를 넘겨준 경우에는 증거개시절차의 중지를 허용하지 않는다.

(3) 법원의 인가절차

(가) 개설

법원은 집단소송으로 소송이 제기되면 가능한 한 신속히 이를 집단소송으로 유지할 것인가를 명령으로 결정하여야 한다. 이러한 인가절차를 통하여 집단의 범위가 한정되고 대표당사자도 특정이 되면 실제적인 쟁점도 어느 정도 표시가 된다. 증권관련집단소송의 인가는 연방민사규칙 제23조의 규정에 의한다.

(나) 인가의 시기

연방규칙 제23조 (c)항 (1)호는 집단소송이 개시되면 가능한 한 신속히 집단소송으로 유지할 것인가를 결정하여야 하며, 그 결정은 본안결정 이전까지는 변경하거나 수정할 수 있다고 규정한다. 그리고 인가결정의 시기는 법원의 재량에 맡겨져 있으나, 다수의 법원은 소제기 후 약 30일부터 90일 사이에 집단인가여부를 결정한다.⁷⁷⁾

(다) 인가의 방법

연방대법원은 “연방규칙 제23조의 문언과 제정역사에 의하면 집단소송으로 유지되

76) 34년법 제21D조(b)(3)(B) Stay of Discovery : In any private action arising under this title, all discovery and other proceedings shall be stayed during the pendency of any motion to dismiss, unless the court finds upon the notion of any party that particularized Discovery is necessary to preserve evidence or to prevent undue prejudice to that party.

77) Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p.108.

는 한 법원은 본안청구에 대하여 미리 심사할 권한이 없다”고 하였다.⁷⁸⁾ 따라서 집단 소송이 유지요건을 충족하면 법원은 원고가 청구원인을 특정하여 적시하였는지 또는 청구가 인용될 수 있는지 등을 조사해서는 안 되고, 연방규칙 제23조의 인가요건의 충족여부에만 초점을 맞춰서 인가여부를 결정하여야 한다.

그러나 당해증거가 집단인가와 본안청구 양자에 관련되어 있으면 청구원인을 파악하지 않을 수 없다. 따라서 연방규칙 제23조의 공통성, 전형성, 다수성 및 적절한 대표성의 요건 충족여부를 결정하기 위하여 본안청구의 실체적 내용에 대한 조사가 필요하다. 제5순회법원은 집단인가에 관한 결정에 있어서 법원은 청구, 항변, 사실적 주장 및 적용할 실체법을 이해하기 위하여 변론 외의 상황을 고려하여야 한다고 하였다.⁷⁹⁾ 어떤 법원은 집단인가결정 전에 ‘성숙한(mature)’ 소송인지를 고려하여야 한다고 하였는데, 만일 미성숙한 사건이라면 법원이 집단인가의 적절성에 대한 평가를 할 수 없기 때문이다.⁸⁰⁾

집단인가여부를 결정하기 위해서는 연방규칙 제23조(c)에 의한 공정성심리(fairness hearing)를 반드시 거쳐야 하는 것은 아니지만 일반적으로 권장된다. 그리고 공정성심리를 할 때에 항상 증거의 제출이 허용되는 것은 아니다. 그리하여 어떤 사건에서는 증거조사를 위한 변론이 열리기도 하지만, 사실에 관한 다툼이 없는 대부분의 사건은 구두 주장만으로 공정성심리는 종결된다. 공정성심리시에 법원은 증인의 수 및 다른 증거의 수량을 제한할 수 있는 재량권을 가지며, 사실상의 쟁점에 관한 증거는 인가진술서, 약정서, 요청에 대한 답변서의 제출만으로 제한되기도 한다.⁸¹⁾ 그러므로 집단 소송의 인가여부 결정은 법원의 재량이지만, 그 재량권이 남용되면 결정은 항소심에서 파기될 수도 있다.

법원은 일정한 쟁점에 대하여 또는 일정한 당사자들에 대하여서만 집단소송으로 취급하는 인가를 할 수 있다. 이 경우 집단소송으로 취급받지 아니하는 개별당사자는 자신의 선택으로 동일소송에서 또는 개별소송에서 자신의 청구를 할 수 있다. 또한 법원은 집단을 가분하여 각 개별 소집단이 별도의 대표자 및 소송대리인을 확보하도록 인가할 수 있다. 이러한 소집단으로 재조정할 수 있는 능력은 대단히 복잡한 집단

78) Eisen v. Carlisle & Jacqueline, 417 U.S 156 (1974).

79) Castano v. American Tobacco Co., 84 F. 3d 734 (5th Cir. 1996).

80) Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p.113.

81) Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p.114.

소송의 운용에 있어서 특히 유용한 도구이다.⁸²⁾

(라) 인가의 성질

집단소송으로서의 인가는 종국적이 아니다. 따라서 인가된 집단소송의 진행 중 집단의 대표성에 있어 집단소송으로서 진행할 수 없음이 명백한 경우에는 집단소송으로의 취급을 배제하여야 한다. 예를 들면, 하자있는 물건을 구입한 100명의 구매자들을 대표하여 그 중 3명이 원고들이 되어 물건을 판매한 피고를 상대로 제소한 소송에서 법원은 집단소송으로 인가를 한 바 있으나 그 후 소송계속통지가 97명에게 행해지고 그 중 85명이 자신의 제외신청권을 행사한 경우 법원은 종전의 결정을 변경하여 집단소송의 주장을 배제하는 결정을 할 수 있다.⁸³⁾

(마) 인가결정의 중요성

집단소송의 일상에서 인가의 과정은 가장 중요한 단계이다. 집단소송이 인가되면 그것이 공표되는 것만으로 피고인 기업에 불리한 영향을 주므로, 대표당사자는 유리한 지위에서 피고와 협상할 수 있고, 사실심리에 들어가기 전의 단계에서 분쟁이 화해에 의하여 종료되는 수가 매우 많다. 더욱이 인가결정은 중간적 재판으로서 이에 대하여는 독립하여 불복할 수 없는 것이 보통이므로 인가결정의 중요성은 한층 더 증가된다.⁸⁴⁾ 인가절차의 목적은 원래 집단소송의 남용을 막는데 있었으나, 최근에는 피고 보호에 비중을 두고 있다고 한다.⁸⁵⁾

2. 증권집단소송의 심리

가. 통지절차⁸⁶⁾ 및 집단구성원의 제외신청과 가입신청

82) 김홍엽, 앞의 논문, 734면.

83) 김홍엽, 앞의 논문, 733면.

84) 정동윤, 앞의 논문, 71-72면.

85) 정윤모·손영락, 앞의 책, 50면.

86) 통지절차에 관한 상세한 내용은 김진모, “미국 집단소송제도에 관한 연구”, 해외연수검사연구논문집(1) 16-1집, 2001, 법무부, 298-300면.

(1) 연방규칙의 규정내용

연방규칙 제23조 (c)항 (2)호는 3가지 유형의 집단소송 중 (b)항 (3)호에 규정된 손해배상 집단소송의 경우에는 반드시 그 집단의 구성원에 대한 합리적으로 가능한 한 최선의 통지를 하도록 하고 있다. 다른 두가지 유형의 집단소송과 달리 위 유형의 집단소송에 대해서만 반드시 집단구성원에 대한 통지를 요구하고 있는 이유는 손해배상 집단소송의 경우 다른 유형의 집단소송과 달리 구성원들이 서로 매우 동질적이고 그 관계가 밀접하여 통지의 필요성이 매우 강력하다고 판단하였기 때문이다. 나머지 두가지 유형의 집단소송과 관련하여서는 법원의 재량으로 통지를 하도록 요구할 수 있게 되어 있는데,⁸⁷⁾ 보통 침해방지 혹은 유지·확인 청구를 하는 집단소송의 경우 한 사람이 소송목적 달성하면 다른 사람의 목적도 당연히 달성되는 경우가 많아서⁸⁸⁾ 개개인에게 통지를 함으로써 그들이 직접 재판에 참여할 기회를 부여하고 원하는 경우 제외신청을 할 기회를 제공한다는 통지 본래의 의미가 그다지 크지 않기 때문이다.

한편 집단소송에서의 통지가 중요한 의미를 갖는 또 하나의 이유는 법률이 요구하고 있을 뿐 아니라 헌법적인 적법절차 보장의 측면에서 요구되는 것이기 때문이다. 위 통지를 어떤 방식으로 하여야 하는가에 대하여는 법률에 아무런 규정이 없으므로 사안에 따른 가장 적절한 방법을 찾아야 한다. 집단구성원이 매우 많은 경우에는 우편을 통한 통지로서 충분할 것이고 합리적인 노력에 의하여도 확정할 수 없는 집단구성원에 대하여는 신문 등 언론기관을 통한 통지도 유효한 방법이 될 수 있을 것이다. 그러나 위 통지는 최선의 통지를 의미하기 때문에 만일 대상자를 확정할 수 있는 문건(예컨대, 주주명부, 세금납부자 명단, 물건의 소유자 명단 등)이 있는 경우 해당 문건에 나와 있는 모든 대상자에게 통지를 하여야 한다.⁸⁹⁾

(2) 통지의 비용

87) 연방규칙 제23조 (d)항(2)호.

88) Mullane v. Central Havover Bank & Trust Co., 339 U. S. 306, 70 S. Ct. 652, 94 L. Ed 865(1950).

89) 김진모, 앞의 논문, 299면.

통지서에 포함될 내용은 집단소송의 유형에 따라 다르나 손해배상 집단소송의 통지 사항에 대하여 연방규칙은 ①일정한 기일까지 신청을 하지 않으면 소송에 참가할 수 없다는 점 ②제외신청을 하지 않으면 승패를 불문하고 판결의 효력이 미친다는 점 ③제외신청을 따로 하지 아니한 자가 소송에 참가하기를 원하는 경우에는 반드시 변호사를 통하여야 한다는 점 등을 고지하여야 한다고 규정하고 있다.

다른 유형의 집단소송의 경우 어떤 사항을 통지하여야 하는가에 대한 명백한 규정이 없어 이것 역시 법원의 재량에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다.⁹⁰⁾

(3) 제외신청과 기입신청

위에 설명한 통지를 받은 집단구성원은 지정된 기일까지 자기를 집단에서 제외시켜 달라고 신청할 수 있다. 제외신청권은 손해배상 집단소송에 있어서만 인정되는데, 통지를 할 경우 ①일정기일까지 제외신청을 하는 구성원은 집단에서 제외된다는 사실 ②판결이 유리하건 불리하건 불문하고 제외신청을 하지 않은 모든 구성원에게 적용된다는 사실 ③제외신청을 하지 않은 구성원은 변호사를 통하여 소송에 참가할 수 있다는 사실을 통지서에 명시하여야 한다고 규정하고 있다(연방규칙 제23조 (c)항 (2)호). 기타 다른 집단소송에 있어 통지내용에 관하여는 법원의 재량사항이다.⁹¹⁾

제외신청을 하지 아니한 자는 집단구성원으로 남게 되며, 판결의 결과가 유리하든 불리하든 그 판결의 결과에 구속되는데, 제외신청절차를 취한 경우에 실제로 제외신청을 한 자의 비율을 보면 전체의 10% 이하에 그치고 있는 것으로 조사되었다고 한다⁹²⁾. 이러한 제외형태는 제외신고를 할 기회가 실질적으로 보장되었는가가 중요한 과제가 될 것이다.

나. 법원의 소송지휘

집단소송은 많은 집단구성원의 이해관계가 얽혀 있는 복잡한 법률관계의 양상을 띠고 있는데다가 그 집단구성원 전원이 법정에서 출석하여 자신의 이익을 위한 행동

90) 김진모, 위의 논문, 300-301면.

91) 정윤모·손영락, 앞의 논문, 51면.

92) 정동윤, 앞의 논문, 76면.

을 하지 아니하므로 법원은 언제라도 관련쟁점의 수많은 문제들을 규율하기 위한 강력하고 효율적인 소송 진행권한이 필요하다는 데 인식을 같이하고 있다. 이에 따라 연방규칙은 소송지휘를 위한 법원의 다섯가지 명령권한을 명시하고 있다. 이는 ①필요 없는 증거와 주장의 중복 및 혼동을 방지하기 위한 변론의 진행과정에 있어서의 명령권한 ②집단구성원의 이익을 보호하고 소송의 공정성을 증대시키기 위하여 소송의 어느 단계에서든 집단구성원에게 통지를 하여야 할 필요성이 있는 경우 통지의 대상 및 방법에 관한 명령 ③대표당사자나 참가인에 대하여 적절한 조건을 붙이는 것 ④소송수행에 참가하지 아니한 자와 관련한 항변이 있는 경우 이를 제거하도록 하는 명령 ⑤기타 유사한 절차상의 문제에 관한 것 등이다.⁹³⁾

이와 같이 광범위한 재량이 법원에 주어진 결과 몇몇 주법원에서는 손해배상의 산정과 관련하여 매우 특이한 결정을 한 바 있다. 예컨대 소비자피해사례에서 손해배상액을 산정하거나 피해자를 확정하는 것이 매우 어려울 경우 법원은 피고가 불법행위로 인하여 얻은 이익을 개략적으로 산정한 후 일정기간 동안 피고로 하여금 제품이나 서비스의 가격을 내리도록 명령하고 그렇게 함으로써 피해자와 동일한 위치에 있는 일반적인 소비자들로 하여금 보상을 받게 하는 방법이다.⁹⁴⁾

다. 손해의 산정

(1) 1995년 증권소송개혁법상 비례책임제도

종래 증권법령의 위반자는 실제 자신의 책임비율에 상관없이 전액의 손해배상책임을 지고 있었기 때문에, 증권소송은 변제능력이 있는 회계법인, 법무법인, 증권회사 등을 대상으로 제기되어 왔다. 1990년대 초까지 판례는 교사자나 방조자에 관해서도

93) 연방규칙 제23조 (d)항.

94) 보통 "fluid recovery" 또는 "cypres recovery"라고 불리는 것으로 캘리포니아의 주법원에서 주로 부당한 택시요금이나 감자칩 요금 등을 주장하며 집단소송이 제기된 경우 인용된 사례가 있다.(State v. Levi Strauss & Co., 41 Cal. 3d 460, 224 Cal. Rptr. 605, 715 P. 2d 564(1986) ; Daar v. Yellow Cab Co., 67 Cal. 2d 695, 63 Cal. Rptr. 724, 433 P 2d 732(1967).). 일반적으로는 McCall, Sturdevant, Kaplan & Hillebrand, Greater Representation for California Consumers - Fluid Recovery, Consumer Trust Funds, and Representative Actions, 46 Hast.L.J. 797(1995) 등 참조.

증권거래위원회 규칙 10b-5에 근거한 책임을 인정하였다. 그래서 교사자나 방조자는 사기에의 관여 정도가 비교적 가벼운데도 불구하고 연대책임원칙을 근거로 엄청난 책임을 부담해야 할 위험에 노출되어 있기 때문에 화해로 문제를 해결하려고 하는 유인이 있었다. 특히 사외이사에 대하여 연대책임을 지우는 것이 불공정한 결과를 초래하고 있다는 비판이 많았다.⁹⁵⁾

이에 따라 1995년 증권소송개혁법은 증권거래법상의 민사소송에서 연대책임을 배제하고, 각 피고는 각각의 책임비율(percentage of responsibility)에 따라 손해배상책임을 지도록 하였다.⁹⁶⁾ 이는 책임비율이 낮은데도 불구하고 자력이 있다는 이유만으로 소송이 제기되는 공인회계사, 변호사 등을 보호하기 위한 규정으로, 각 피고에게 충분한 자력이 있는 경우에는 원고에게 특히 불이익하게 되는 것은 아니다.

(2) 1995년 증권소송개혁법상 손해배상액의 제한

증권거래위원회 규칙 10b-5에 근거한 민사소송에서의 손해배상 산정방식으로는 대부분 현실손해배상방식⁹⁷⁾이 적절한 것으로 간주되어 왔는데, 이에 관해서는 시장이 정정정보에 과잉 반응하는 경우 그것을 피고에 부담지울 수 있게 된다는 비판이 제기되었다. 부실표시나 미공시가 시정되어 정확한 정보가 시장에 공시되었을 때 시장이 정보에 과잉 반응하는 충격효과(crash effect)가 발생할 수 있는데, 이 경우에는 정정정보의 공시에 의한 정보가격을 기준으로 하는 산정방식으로는 부실표시에 의한 손해를 넘는 배상을 피고에게 명령하게 된다.⁹⁸⁾

그래서 1995년 증권소송개혁법은 정보공시일의 시장가격이 과잉반응을 보인다는 인식에 근거하여, 원고가 증권의 시장가격을 지표로 손해배상을 청구하는 민사소송에서, 손해배상액은 '원고가 당해 증권의 매수 또는 매도를 위하여 지급 또는 수령한 적절한 가액과 당해 소송의 근거가 된 당해 허위 표시 또는 누락을 정정하는 정보가 시장에 유포된 날로부

95) 정운모·손영락, 앞의 책, 53-54면.

96) 정운모·손영락, 위의 책, 73면.

97) 보통법상의 사기로 인한 손해를 산정하는 방식으로서 피해자가 사기행위를 취소 또는 해제하지 않고 손해배상을 청구할 때, 사기를 당하여 증권을 매도한 자는 매도시에 수령한 금액과 매도된 증권의 거래 당시의 정상가격의 차액을 청구할 수 있다. 이 방식은 원고가 현실적으로 입은 손해를 배상하는 점을 중시하므로 설사 손해액 이상의 부당한 이익을 피고가 얻었더라도 그 부당이득까지 반환을 요구하지는 않는다. 최정식, 앞의 논문, 156-157면.

98) 정영락·손영모, 앞의 책, 75면.

터 90일간 해당 증권의 평균거래 가격과 차이를 초과하여서는 아니 된다'라고 규정하였다 (증권거래법 제21D조 (e)항).⁹⁹⁾ 다만 원고가 위 90일 기간의 종료 이전에 당해 증권을 매도하거나 재매수하는 경우에는 원고가 당해 증권의 매수 또는 매도를 위하여 지급 또는 수령한 적절한 가액과 당해 허위표시 또는 기재누락을 정정하는 정보의 유표 직후로부터 시작하고 원고가 당해 증권을 매도 또는 재매수한 날로 종료하는 기간 중의 당해 증권의 평균 거래가액과의 차이가 그 기준이 되게 한다.

위 규정은 90일간의 유예기간을 규정하여 배상액을 다른 시장요인이 아닌 사기에 의해 초래된 손실에 국한시킴으로써 배상액 산정의 불확실성을 제거하고 정확한 손해 배상금액의 산정에 기여하고자 하지만, 손해배상액의 상한을 설정하는 방법을 취하고 있기 때문에 결과적으로 손해배상액을 낮게 억제하는 효과가 있다고 한다.¹⁰⁰⁾

3. 증권집단소송의 종료

가. 서설

집단소송은 다수인의 이해가 관련되어 있다는 특성 때문에 소송 종료의 국면에서도 여러 가지로 특별한 규율을 받는다.

첫째, 대표당사자의 의사에 의하여 소송을 종료시키는 것이 허용되지 않는다. 즉 소의 취하나 소송상의 화해는 대표당사자 단독으로 할 수 없고 법원의 허가를 받아야 한다.

둘째, 집단소송에서 내려진 판결은 그 승패를 불문하고 집단구성원 전원을 구속한다. 대표당사자나 참가인으로서 소송에 실제로 관여하지 않는 구성원도 판결의 구속력을 받는다.

셋째, 집단소송은 판결이 선고되는 것만으로 모든 문제가 해결되지 않는다. 집단 전체에 대한 손해배상으로서 대표당사자가 받은 금액을 집단의 구성원에게 분배하지 않으면 안 되는데, 이 분배문제가 이론적으로나 실제적으로 큰 어려움을 제공한다.

넷째, 위 분배문제와도 관련되지만 집단전체를 위하여 스스로 노력한 대표당사자의

99) 증권거래법 제21D조 (e)항.

100) 정윤모·손영락, 앞의 책, 76면.

노고에 대한 보상과 대표당사자의 대리인으로서 활약한 변호사의 보수 등 비용의 책정 및 지급도 중요한 문제가 아닐 수 없다.¹⁰¹⁾

나. 소의 취하와 화해

(1) 일반적 집단소송¹⁰²⁾

대표당사자나 그 변호인이 자신의 이익을 위하여 집단구성원들에게 불리한 내용으로 화해를 하거나 소 취하를 하는 것을 방지함으로써 집단구성원들의 이익을 보호하기 위하여 연방규칙은 소송의 취하나 화해의 경우 법원의 허가를 받도록 하고 있다(연방규칙 제23조 (e)항). 그렇다고 하여 법원이 원·피고간의 화해협상에 직접 관여하지는 않으며 오직 합의가 이루어진 다음에야 그 결과가 공정한 조건들을 담고 있는지 집단구성원들의 이익을 위한 최선의 결정인지 여부를 판단하게 되고, 그 판단은 화해의 승인 혹은 불승인의 형태를 띠게 된다.

집단소송의 취하나 화해에 법원의 허가를 받도록 하는 데는 다음과 같은 이유가 있다. 첫째, 대표당사자를 상대방이 매수하거나 대표당사자가 배신하여 집단의 구성원들, 특히 당사자로 참여하지 않은 구성원들에게 피해를 끼치지 못하게 하기 위한 것이다. 둘째, 취하와 화해의 경우에는 피고측과 결탁한 원고측 변호사가 집단소송을 결정적으로 좌절시키거나 와해시켜 주는 대가로 큰 이익을 얻을 가능성이 있으므로 법원이 집단소송의 당사자들을 보호하는 후견적 역할을 하도록 한 것이다.¹⁰³⁾

법원 판단의 고려대상으로는 ①위 합의에 대하여 반대하는 집단구성원이 있는지의 여부 ②집단소송의 승소가능성 ③당해사건에서의 사실상·법률상 쟁점의 복잡성 ④소송을 통하여 회복 가능한 금액과 합의 금액과의 비교 ⑤소송이 계속될 경우 소요되게 될 비용 ⑥합의 금액을 분배하는 방법 및 성공적인 분배가능성 ⑦ 집단구성원들에 대하여 적절한 통지가 이루어졌는지의 여부 등이다.¹⁰⁴⁾

101) 정동윤, 앞의 논문, 80-81면.

102) 김진모, 앞의 논문, 303-304면.

103) 정윤모·손영락, 앞의 책, 54면.

104) 김진모, 앞의 논문, 303면.

제안된 합의 내용을 각 집단구성원들에게 통지하는 것은 의무적이다. 이와 같은 통지 및 법원의 허가가 매우 많은 비용과 시간을 들이기 때문에 당사자들이 집단소송의 인가 전에 서로 화해를 함으로써 위 법률을 회피하려는 경향이 있었으나 법원은 인가 전이라도 화해 혹은 취하를 하기 위해서는 법원의 허가를 받아야 하는 것으로 해석함으로써 이를 봉쇄하였다.¹⁰⁵⁾

(2) 1995년 증권소송개혁법상 화해제도 개선

미국에서 변호사보수의 계산방법으로 시간급방식¹⁰⁶⁾과 회복비율방식¹⁰⁷⁾을 일반적으로 쓰고 있지만, 시간급방식이 채용되는 경우에는 변호사에게 소송지연의 동기가 발생한다. 성공보수의 일종인 회복비율방식이 채용되는 경우에는 시간이 경과함에 따라 예상보수액의 증가분은 체감하기 때문에 소송대리인은 빨리 화해를 할 요인이 발생한다.

1995년 개혁법은 다음과 같은 사항을 법률에 정하였다(증권법 제27조 (a)항, 증권거래법 제21D조 (a)항).

①증권집단소송에서는 정당한 이유가 제시되지 않는 한 화해내용의 비공개를 금지한다. 여기서 정당한 이유란 당해 사항의 공표가 어떤 자에 대하여 직접적이고 상당한 해악을 초래하는 것을 의미한다.

②법원은 판결액 또는 화해액에 대한 합리적인 비율을 초과하는 변호사 보수·비용의 지급을 명할 수 없다.

③화해제안 또는 최종 화해내용의 공시에는 다음과 같은 사항이 포함되어야 한다. 즉, 제안된 화해의 총액 및 1주당 평균액, 원고가 승소할 경우 회복액 및 1주당 평균액, 요구된 변호사보수의 총액 및 1주당 평균액, 대표변호사의 성명·주소, 화해의 이유, 기타 법원이 요구하는 사항이다.

105) Baker v. America's Mortgage Servicing, Inc. 58 F. 3d. 321 (7th cir. 1995) 등 참조.

106) 시간급방식(Iodestar) : 미국 제3항소법원이 1973년에 고안한 방식으로서 변호사가 당해사건에 합리적으로 투자한 시간에 합리적으로 측정된 당해 업무의 시간당 비용을 곱하고, 폐소할 위험요소를 고려한 승수(multiplier)를 적용하여 변호사보수를 결정한다(최정식, 앞의 논문, 89면.).

107) 회복비율방식(percentage of recovery) : 원고 집단의 전체 배상금액에 변호사선임시에 미리 약정된 일정비율을 곱하여 보수를 산정한다(최정식, 위의 논문, 91면.).

이것은 화해에 불만을 가진 원고로 하여금 소송을 계속할 기회를 부여하고, 한편 과도한 변호사보수를 억제함으로써 변호사의 집단소송에 대한 통제를 약화할 목적으로 만든 규정이다. 1995년 개혁법은 회복비용방식의 채용을 법원에 명할 뿐이고, 판결액·화해액이 합리적인 비율이 어느 정도인가는 각 법원의 판단에 맡기고 있다. 또한 원고가 승소한 경우의 회복액을 공시하도록 하여 소송계속의 판단자료로 한 것은 주목할 만하다. 다만, 양 당사자가 이러한 점에 합의할 수 없었을 때에는 합의가 성립하지 않은 쟁점만을 공시하면 된다고 하고 있다.¹⁰⁸⁾

다. 판결의 기판력

(1) 연방규칙의 내용

연방규칙 제23조 (b)항 (1)호 또는 (2)호의 경우 집단소송결과 내려진 판결은 제외 신청을 한 자를 제외하고는 실제로 소송에 참가하지 아니한 집단구성원 전체를 기속하는 효력이 있다. 판결의 구속력은 그것이 집단에 유리하든 불리하든 일률적으로 미친다.¹⁰⁹⁾ 이는 민사소송법의 대원칙이라 할 수 있는 실제로 소송에 참가하지 않은 당사자에게 재판의 효력이 미치지 않는다는 기판력의 원칙에 대한 중대한 예외로서, 사건처리부담이 가중되고 있는 사법제도의 운영상 복잡소송의 지연과 비용을 회피할 수 있어야 한다는 인식을 반영한 것으로, 집단소송으로 진행되는 조건상 민사소송에 있어 당사자처분주의 하에서 개인의 통상적인 권리는 일면 사법효용의 요구에 희생된다는 타협을 대변하는 것이다.¹¹⁰⁾ 미국법원의 입장에서 보면 집단소송에서는 법원의 효율적인 소송진행과 재판의 중복을 방지하기 위한 소송경제적 측면을 위하여 집단구성원 전체가 재판에 직접 참가할 수 있는 헌법적 권리의 제한을 받게 되는 것을 의미한다.¹¹¹⁾

(2) 기판력의 제한

108) 정윤모·손영락, 앞의 책, 72면.

109) 연방규칙 제23조 (c)항 (3)호.

110) J. Friedental, M. Kane & A. Miller, "Civil Procedure(1985)", p.756.

111) 김진모, 앞의 논문, 304면.

법원의 판결이 있다 하더라도 ①대표당사자가 집단구성원 전체의 이익을 대표하는 게 부족하였다는 것을 입증하거나 ②집단구성원에 대한 통지가 불충분하였던 것으로 밝혀진 경우에는 그 집단구성원이 적법절차와 관련된 권리가 침해된 것으로 보아 재판의 효력이 미치지 않는다.¹¹²⁾ 1985년 미국 연방대법원은 집단소송의 기판력이 집단구성원에게 미치기 위한 네가지 요건을 선언한 바 있는데¹¹³⁾ ①집단구성원 전체가 통지를 받을 것 ②그 통지는 *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Company* 판례가 요구하는 조건을 모두 갖추었을 것¹¹⁴⁾ ③집단구성원이 제외신청을 할 기회를 충분히 부여받았을 것 ④대표당사자가 적절히 집단구성원의 이익을 대표하였을 것 등이 그것이다.¹¹⁵⁾

여기서 적절한 대표성은 두 가지 측면에서 판단된다. 첫째, 사실심 법원이 지정된 대표자가 집단구성원들을 적절하게 대표할 것인지를 정확하게 결정하는지 여부 둘째, 사실상 대표자가 집단구성원들의 이익을 대표하였는지의 여부이다.¹¹⁶⁾

라. 배상금의 분배

(1) 분배의 필요성과 구체적 분배절차 규정의 부존재

집단소송의 결과 집단전체에 대하여 손해배상을 할 것을 명하는 판결이 선고된 경우에는 이를 집행하여 집단구성원에게 분배하여야 한다. 집단구성원의 수가 많으면 집단에 속하는지 여부가 불확실한 경우가 많기 때문에 배상액의 산정 및 분배는 매우 어렵다. 법원은 일정하게 한정된 기금을 낭비하지 않으면서 저렴한 비용으로 피해자를 효율적으로 구제하는데 역점을 두고 있다고 한다.¹¹⁷⁾ 연방규칙에는 이와 관련하여 아무런 규정도 두지 않고 있다.

112) 법원은 종종 위 요건 중 어느 하나가 충족된 경우에는 다른 요건이 다소 미비하더라도 집단소송의 기판력이 미치는 것을 부인할 수 없다고 판시하는 경우가 있다(*Johnson v. American Airlines, Inc.* 157 Cal. App. 3d 427, 203 Cal Rptr. 638(1984)).

113) *Phillips Petroleum Company v. Shutts* 472 U. S. 797, 105 S. Ct. 2965, 86 L. Ed. 2d. 628(1985).

114) 339 U. S. 306, 70 S. Ct. 652, 94 L. Ed. 865(1950).

115) 김진모, 앞의 논문, 305면.

116) 김홍엽, 앞의 논문, 745면.

117) 정윤모·손영락, 앞의 논문, 56면.

(2) 실무상 분배절차

현재 미국에서 실무상 채택되고 있는 분배절차는 다음과 같다.¹¹⁸⁾

첫째, 법원은 연방규칙 제23조의 (d)에 의해 부여된 소송지휘권에 의하여 피고의 배상책임이 확정되었다는 내용 및 각 구성원은 손해배상의 청구를 할 수 있다는 내용을 구성원에게 통지하도록 명한다.

둘째, 법원은 구성원의 증명 가능한 손해총액을 확정한다. 집단구성원들의 서면신청 및 이를 뒷받침하는 증거자료가 제출되면 이를 인정하게 되고 청구권의 확정을 위하여 채권확인위원회라는 기구를 둘 수 있으며 채권확인절차와 관련된 이의에 대하여는 법원이 판단한다.

셋째, 청구총액을 확정된 뒤 승소금에서 제반 비용과 변호사 보수를 공제한 나머지 금액을 채권액에 비례하여 구성원에게 분배한다.

배상금의 분배가 집단소송의 커다란 장애로 된다는 비판이 있지만, 실증연구에 의하면 이것은 극복하기 불가능한 것은 아니라고 한다. 그리고 배상금액에 대한 변호사 보수의 비율은 구체적인 사건과 수임계약에 따라 상이하나 대략 15~20% 사이에 많이 분포하고 있다고 한다.¹¹⁹⁾

마. 변호사 비용

(1) 일반적 집단소송의 경우

집단소송의 경우 법원이 변호사비용부담판결을 할 권한이 연방규칙상에는 규정된 바 없지만 연방 및 주법원은 통상적으로 집단에 대하여 인용된 배상액 중에서 변호사 비용의 선고를 허용하고 있다. 이것은 “공동기금원리(common fund doctrine)” 즉 변호사를 고용한 원고가 모든 집단구성원들에게 혜택을 주는 공동기금을 취득함에 있어서 전체집단의 소송비용을 지급하도록 요구되어서는 아니된다는 이론적 근거 하에 법

118) 김진모, 앞의 논문, 305면.

119) 정윤모·손영락, 앞의 논문, 57면.

원의 형평법상의 권한(inherent equity powers)에 연유한다.¹²⁰⁾ 따라서 변호사의 소송 수행으로 인하여 전체집단이 혜택을 받는 경우에 법원은 전체집단에 대한 가치기여를 결정하고, 다음 비참가구성원들의 청구인용금액의 비율적 정도를 결정하여야 한다.¹²¹⁾

(2) 1995년 증권소송개혁법상 변호사 보수의 제한과 소권의 남용

1993년 증권법 제27조 (a)항 (6)호, 1934년 증권거래법 제21D조 (a)항 (6)호는 변호사의 보수 비용과 관련하여 변호사의 보수 및 비용은 판결액 또는 화해액에 대한 합리적인 비율을 초과할 수 없다고 규정하고 있다. 이것은 화해에 불만을 가진 원고로 하여금 소송을 계속할 기회를 부여하고, 한편 과도한 변호사보수를 억제함으로써 변호사의 집단소송에 대한 통제를 약화할 목적으로 만든 규정이다.

소권을 남용한 경우에는 원고(또는 피고)는 합리적인 범위 내에서 발생한 상대방의 변호사비용과 기타 소송비용까지 부담하여야 한다.¹²²⁾ 여기서 소권의 남용은 구체적으로 연방규칙 제11조 (b)항을 위반한 경우를 말하며 위 조항은 다음과 같은 사항을 확인하여야 한다고 규정하고 있다. 즉 소송당사자나 그 변호사가 법원에 제출하는 서류에 서명하는 행위는 동시에 ①그 소송행위가 상대방을 괴롭히거나 불필요한 지연이나 불필요한 비용을 초래하는 등의 부당한 목적을 위하여 수행되지 않았다는 것 ②청구, 항변 기타 법률적인 주장은 현행법에 근거하거나 또는 법개정에 관한 터무니없는 주장에 기초하고 있지 않다는 것 ③사실에 관한 모든 주장은 증거에 의하여 뒷받침되고 있다는 것 ④사실에 관한 모든 부인은 증거에 의하여 정당화된다는 것을 확인하는 행위라는 것이다. 이 중 특히 무익한 소송과 관련하여 중요한 요건은 ②와 ③이라고 할 수 있으며, 법원은 최종판단을 내리기 전에 반드시 소송당사자에게 연방규칙 제11조 (b)항의 위반사항이 없는지 조사하여 하며, 그 위반이 발견되는 경우에는 반드시 상대방의 소송비용을 부담시켜야 한다.¹²³⁾ 그러나 이 규정은 승소한 당사자의 소송비용을 항상 패소한 자에게 부담시키기 위한 것은 아니라는 점을 유의할 필요가 있다.

120) J. Cound, J. Friedenthal, A. Miller & Sexton, "Civil Procedure"(4th ed. 1985), p. 638.

121) 김홍엽, 앞의 논문, 774면.

122) 1933년 증권법 제27조 (c)항, 1934년 증권거래법 제21D조 (c)항.

123) 이용희, 앞의 논문, 98면.

원고가 입증 가능한 사실과 합리적인 믿음에 근거하여 소송을 제기하였으나 패소한 경우에는 상대방의 소송비용을 부담시킬 필요가 없다고 해석되고 있다.¹²⁴⁾

제3장 우리나라 「증권관련집단소송법」에 대한 검토

제1절 증권관련집단소송법의 의의

1. 증권관련집단소송법의 제정경위

우리 증권관련집단소송법은 미국의 집단소송(class action)에서 증권분야에 한정하여 도입한 것이다. 집단소송은 기업의 결함있는 제품을 구입한 피해자집단, 기업의 공장에서 분출되는 공해시설로부터 피해를 입은 인근 특정지역의 피해주민, 그리고 기업의 유가증권의 매매 기타 거래에서 발생한 불법행위로부터 손해를 입은 투자자들의 각 피해회복을 위하여 1인 또는 수인이 구성원의 명시적인 수권의사에 의하지 않고 피해자 전원을 대표하여 소송을 제기하여 수행함으로써 집단구성원의 피해를 효율적으로 구제하고 아울러 불법행위도 억제시키는 효과를 달성한다.

근래 우리사회의 환경이 복잡해짐에 따라서 소비자분쟁, 공해분쟁 등 집단적인 피해를 수반하면서도 피해의 입증이 용이하지 않은 현대형 분쟁이 자주 발생하고 있지만 기존의 소송제도로서 이를 해결하기에는 그 절차가 번잡하고 피해구제가 불충분하여 이러한 분쟁에 대한 신속하고 적절한 사법적 해결방법으로서 집단소송의 필요성이 제기되었다. 그리하여 1990년 12월 6일 전문가 12명으로 구성된 ‘민사특별법제정특별분과위원회’를 구성하여 약 5년 6개월에 걸쳐서 민사소송법 및 행정소송법의 특별법으로 집단소송법시안을 1996년 6월에 만들었다.¹²⁵⁾ 그러나 당시에 집단소송이 빈번히

124) 김건식·송옥열, 「미국의 증권규제」, 홍문사, 2001, 419면.

발생할 경우 기업에 부담이 클 것이라고 우려한 나머지 입법에 이르지 못하고 사장되었다.

그러던 중 1997년 말 외환위기와 경제위기에 직면하게 되었고 세계은행(IBRD)과 국제통화기금(IMF)에 차관을 요청하였을 때 이들 기관들은 한국경제의 위기 원인을 기업지배구조의 후진성과 기업경영의 투명성 부족으로 진단하고 차관의 조건으로 증권집단소송제도의 도입을 요구하였다. 이를 계기로 논의를 거듭한 결과 종래의 집단소송법시안과 달리 적용대상청구권을 증권관련 손해배상으로 한정한 미국식 class action 방식을 모델로 한 ‘증권관련집단소송법’을 마련하여 2004년 1월 20일 법률 제 7074호로 공포되었고, 2005년 1월 1일에 시행¹²⁶⁾되기에 이르렀다.¹²⁷⁾

2. 증권관련집단소송의 개념

증권관련집단소송법이란 유가증권의 매매 기타 그 밖의 거래과정에서 대기업을 분식회계, 부실감사, 허위공시, 주가조작, 내부자거래, 시세조정 등 불법행위로 말미암은 소액다수의 증권투자자의 손해를 피해자 중 1인 또는 수인의 구성원이 대표당사자가 되어서 손해배상소송을 수행하고, 그 판결의 효력은 구성원이 제외신고¹²⁸⁾를 하지 않

125) 1996년 법무부의 집단소송법시안은 그 적용대상을 환경, 소비자 등 모든 분야에 걸쳐서 손해배상청구는 물론 위법행위의 중지도 청구할 수 있으며, 단체도 대표당사자가 될 수 있도록 한 독일식 단체소송과 미국의 Class Action을 함께 포함하는 내용으로 구성되었다. 그 후 2000년에 시민단체가 주도한 의원입법안은 위 집단소송법시안과 별 차이가 없으나 그 적용대상을 증권거래법, 증권투자신탁업법, 증권투자회사법이 정한 위반행위로 인한 손해배상청구로 제한하고, 독일식 단체소송의 특성인 단체를 대표당사자에게 배제하였다.

126) *1996. 6. 법무부의 ‘집단소송법 시안’ : 국회 미제출

*1998. 11. 민주당의 ‘증권관련집단소송에 관한법률안’ : 제15대 국회 회기만료로 자동폐기

*2000. 11. 29. 국회의원 송영길 등 ‘증권관련집단소송에 관한법률안’ 제출

*2001. 12. 27. 법무부의 ‘증권관련집단소송법안’ 국회 제출

*2003. 6. 5. 한나라당의 ‘증권관련집단소송법안’ 국회 제출

*2003. 12. 22. 국회 본회의 통과

*2004. 1. 20. 공포(법률 제7074호)

*2005. 3. 10. 일부개정(법률 제7387호)

127) 최정식, 앞의 논문, 169-174면.

128) 제외신고라 함은 구성원이 증권관련집단소송에 관한 판결 등의 기판력을 받지 않겠다는 의사를 법원에 신고하는 것을 의미한다(법 제2조 제5호).

는 이상 피해자 전원(총원)에게¹²⁹⁾ 미치도록 한 민사소송법의 특별절차법이다.

그리고 유가증권의 모집 또는 매출을 할 때에 증권관리위원회에 제출하는 유가증권 신고서나 일반인에게 공람하는 사업설명서에 허위의 기재 또는 표시가 있거나 중요한 사항을 기재 또는 표시하지 않음으로써 유가증권의 취득자에게 손해를 끼친 때에는 그에 대한 손해배상책임을 부담한다. 또 분식결산된 법인의 재무제표 기재를 신뢰하고 증권을 매수한 투자자는 분식결산이 밝혀져서 그 법인이 부도가 나거나 또는 주가가 하락하여 입은 손해에 대하여 사업설명서를 작성한 기업과 임원, 그리고 서명한 공인회계사와 감사 등을 상대로 손해배상청구를 할 수 있다. 통상 증권거래는 증권발행기업이 매도인이 되고 증권매수인이 개인이 되는데, 증권거래의 특성상 증권발행기업과 많은 투자자와 사이의 매매계약에 의하여 거래가 이루어지고 분쟁도 발생한다. 그런데 이와 같은 분쟁에서 피해자들은 보통 소액투자자인 경우가 많아서 개별적인 소송을 제기하여 개인적인 피해회복을 하려고 하여도 손해배생액보다 소송비용이 더 크거나 또는 비슷하는 등 개별 소송으로 얻어지는 경제적 이익이 거의 없으므로 소송을 단념하는 경우가 대부분이다. 따라서 이와 같은 개개인의 피해액은 경미하지만, 피해자의 규모가 큰 경우에 피해자 개개인이 소송을 제기할 실익이 없어서 현실적으로 피해 구제가 매우 어렵다.¹³⁰⁾

기존의 민사소송절차에서 소액다수의 피해자에 대한 구제절차로서 선정당사자제도가 있다. 선정당사자제도는 공동의 이해관계가 있는 다수인이 선정당사자를 선정하여 그로 하여금 모두를 위하여 소송을 진행하도록 한다. 그러나 이 제도는 이해관계자들이 선정당사자에게 수권의사를 표시하여야 하고 소송비용도 부담하여야 한다. 그런데 피해자가 수만명에 이를 경우에는 각각의 피해자들이 수권행위를 하는 것이 매우 어렵고, 소송에 참가하지 않은 사람은 별도로 소송을 제기할 수 있어서 법원이나 피고 기업의 입장에서는 분쟁의 일회적 해결을 기대할 수가 없었다.

이러한 제도상의 문제점 때문에 다수당사자의 분쟁을 해결하기 위하여 증권집단소송이 도입되었다. 증권집단소송이 시행됨으로써 증권투자자들은 기업과 동등한 자격으로 집단소송을 통하여 효율적인 방법으로 피해회복을 할 수 있게 되었다. 다른 한

129) 총원이라 함은 유가증권의 매매 등 과정에서 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 손해 보전에 있어서 공동의 이해관계를 가진 피해자 전원을 의미한다(법 제2조 제2호).

130) 김홍규, “증권관련집단소송제의 도입과 남소의 방지”, 상정협 제49호, 2004. 3, 5-6면.

편 투자자들은 피해회복을 위하여 기업의 위법행위를 철저히 감시할 동기가 주어졌고 그 결과 증권발행기업의 불법행위에 대한 억제와 위법한 증권발행행위를 방지하는 효과를 달성하게 되었다.

그렇지만 기업들은 증권집단소송법의 도입을 적극적으로 반대를 하였다. 그 이유는 증권투자자들이 빈번하게 집단소송을 제기하여 기업의 대외적 신용을 추락시키고 또 변호사들이 보수만을 노리고 소송을 남발할 것을 우려하였기 때문이었다. 따라서 이 법의 도입과 아울러 소송의 남용을 차단하기 위하여 남소의 방지방안을 적극적으로 강구하였다. 그리하여 대표당사자와 소송대리인의 자격요건을 강화하여 소송참가의 기회를 제한하였고, 고지비용 및 감정비용을 예납하게 함으로써 과도한 소송비용을 부담하도록 하였으며, 직권증거조사 등 소송절차상의 특칙을 인정하였고 법원이 소송을 주도하면서 구성원을 보호하도록 하였다.

우리 증권관련집단소송법은 제1장 총칙에서 목적, 정의, 적용범위, 관할 등을 규정하고 있고, 제2장에서 소의 제기 및 허가절차, 제3장 소송절차, 제4장 분배절차, 제5장 시행규칙, 제6장 벌칙 순으로 구성되어 있다. 그 절차를 살펴보면 결정으로 재판되는 소송허가절차, 민사소송의 특칙으로 구성된 본안소송절차, 분배절차로 분류할 수 있다. 우리 증권집단소송법은 2004년도 말 자산총액이 2조원 이상 상장법인의 유가증권 신고서와 사업설명서의 중요사실의 부실기재, 사업보고서·반기보고서·분기보고서의 부실기재, 감사인의 부실기재는 2005년 1월 1일부터 집단소송의 대상이 되며, 자산 2조원 미만인 상장기업은 2년 후인 2007년 1월 1일부터 적용된다.¹³¹⁾

다만, 미공개정보이용과 시세조정행위 등 불공정거래 행위에 대하여는 상장기업은 자산규모와 상관없이 법 시행과 동시에 집단소송의 대상이 된다. 한편 분식회계에 대하여는 과거의 우리 기업의 관행이라는 점을 감안하여 2년간 적용하지 않기로 하였다 (법 부칙 제4항).¹³²⁾¹³³⁾ 한편 우리 증권관련집단소송에 관한 규칙은 2004년 12월 29일

131) 위반유형별 증권집단소송법 적용시기

위 반 유 형	시 행 일	
	자산 2조원 이상	자산 2조원 미만
<ul style="list-style-type: none"> • 유가증권신고서·사업설명서의 허위기재 • 사업보고서(분·반기보고서)의 허위기재 • 감사인의 부실감사 	2005. 1. 1	2007. 1. 1
<ul style="list-style-type: none"> • 미공개정보이용 및 시세조정 등 불공정거래 	2005. 1. 1	2005. 1. 1

에 제정되어 법의 미비점과 위임사항을 보충하여 규정하고 있다.¹³⁴⁾

3. 증권관련집단소송의 장·단점

가. 장점

(1) 기업의 자율성 보장과 불공정행위 방지

-
- 132) 부칙 제2항 및 제3항의 규정에 불구하고 손해배상청구의 원인이 된 행위가 다음 각 호에 해당하는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다.
1. 이 법 시행일 전에 결산일이 도래한 사업연도의 재무제표에 회계처리기준(「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제13조의 규정에 따른 기준을 말한다)을 위반하여 금액 등의 과대 계상, 과소 계상 또는 누락이 있을 것
 2. 제1호의 규정의 금액 등이 이 법 시행 후 재무제표 작성 시 그대로 반영되어 변동이 없거나 과대 계상된 금액 등의 감소, 과소 계상된 금액 등의 증가 또는 누락된 금액 등의 계상 등 실질에 맞는 방향으로 이루어질 것
 3. 제2호에 해당하는 금액 등을 2006년 12월 31일까지 결산일이 도래하는 사업연도의 재무제표에 포함하여 유가증권신고서등을 「증권거래법」 제8조·제12조·제186조의2 또는 제186조의3의 규정에 따라 금융감독위원회 또는 한국증권선물거래소에 제출하거나 일반인에게 공람하게 하는 행위일 것
- 133) 증권관련집단소송법 개정 관련 외부감사및회계등에관한규정 제48조제2항제4호를 신설하여 ‘과거 회계 기준 위반사항의 수정시’ 증권선물위원회가 관련사항에 대하여 감리를 실시하지 아니할 수 있도록 하였다. 적용요건은 다음과 같다.
1. 2004. 12. 31. 이전에 결산일이 도래한 사업연도의 결산재무제표에 해소되지 아니한 위반사항이 존재하였을 것.
 2. 2006. 12. 31.까지 결산일이 도래하는 사업연도의 재무제표(반·분기 재무제표 포함)에서 위반사항을 수정할 것.
 3. 기업회계기준에 따른 전기오류수정손익(前期誤謬修正損益, prior period error corrections) 처리 등 실질에 맞는 방향으로 수정할 것 : 기업회계의 기간손익을 계산함에 있어서 과년도(過年度)의 회계상 오류에 의하여 발생한 것으로, 전기 이전의 재무제표에 대한 오류의 수정사항에 속하는 손익항목을 말한다(금융감독원, “증권관련집단소송법 개정 관련 ‘과거 회계기준 위반사항의 수정시 감리 미 실시’ 세부지침 마련”, 보도참고자료, 2005. 4. 6).
- 134) 증권관련집단소송의 관할은 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원 본원 합의부의 전속관할로 한다(법 제4조)고 규정되어 있다. 그래서 피고가 법인, 이사, 회계사 등 다수인 경우에 각 피고들의 전속관할인 보통재판적 소재지 관할 지방법원에 소재지를 하여야 한다. 이러한 모순을 해결하기 위하여 입법론적으로는 유가증권 발행법인의 보통재판적 소재지의 전속관할로 하는 것이 타당하다. 좌담회 : 증권관련집단소송법 “BFL 제8호, 2004. 11, 서울대학교 금융법센터, 19면, 13-14면. 상당수의 대기업이 서울 등 대도시에 본점주소나 영업소가 있으므로 집단소송이 한 곳에 집중하면 전문재판부의 운영도 가능할 수 있어서 타당성이 있는 제안이다.

증권집단소송제도는 국가의 규제를 최소화하면서 시장의 자정기능을 담보하는 제도적 장치이다. 시장의 자율성을 강화하면서 동시에 기업의 경제활동의 자유가 남용되지 않도록 견제하고 보완하는 시스템이 마련되어야 하고, 그 시스템의 주체는 시장에서 기업과 포괄적 거래관계에 있는 투자자 및 소비자이어야 하는데, 이것을 가능케 하는 것이 집단소송제도이다. 미국의 경우, 시장의 자율성은 최대한 보장하면서 증권관련 불공정행위나 불법행위에 대해 민사상책임을 강도 높게 추궁함으로써 시장의 자정능력을 강화하고 있다.¹³⁵⁾

(2) 소액 다수 피해자의 실질적 구제수단

증권시장에서 발생하는 기업의 분식회계,¹³⁶⁾ 부실감사, 허위공시, 주가조작, 내부자거래와 같이 각종 불법 행위로 인하여 다수의 소액 증권투자자들이 피해를 입은 경우, 기존의 민사소송구조로는 소액의 집단피해자들이 손해배상청구의 소를 제기하기 어렵다. 예컨대, 회사의 허위공시를 사실로 믿고 주식을 거래한 다수의 소액 투자자들이 손해를 입기는 하였으나 그 개별적인 손해액이 적은 경우 많은 비용이 드는 사법적 구제수단을 적극 이용한다는 것은 사실상 불가능하며, 개별적으로 소송을 제기한다 하더라도 가해자와 피해자간의 힘의 불균형 때문에 실효를 거둘 수 없는 경우가 대부분이다.¹³⁷⁾ 증권집단소송은 투자자 전체가 하나의 집단을 구성하여 소송을 수행할 수 있도록 하고 있으므로¹³⁸⁾ 이러한 문제를 일거에 해결할 수 있는 수단이다.¹³⁹⁾

(3) 기업활동의 투명성을 통한 경쟁력의 강화

증권집단소송제도의 시행은 장기적으로 기업 이미지를 높이고 기업의 국제경쟁력을 높이는데 기여할 것이다. 증권집단소송이 제기된 기업은 소송이 제기된 사실만으로

135) 김준기·김선웅·박근용, “증권집단소송제의 도입에 대한 논의”, JURIST vol. 380, 2002. 5, 35면.

136) 분식회계란 정보이용자의 판단이나 의사결정을 오도하기 위해 고의적이고 계획적으로 사실 또는 회계 기록을 왜곡표시하거나 공시를 누락하는 행위를 의미한다.

137) 황동욱, 「증권관련집단소송 : 투자자들의 신무기」, 동현출판사, 2004, 21-23면.

138) 정윤모, “집단소송이 증권시장에 미치는 영향”, 증권 제109호, 2001, 한국증권업협회, 47면.

139) 김준기·김선웅·박근용, 위의 논문, 35면.

기업 이미지가 실추되는 등 막대한 피해를 입을 뿐만 아니라 패소할 경우 심각한 경제적 타격을 입게 되므로, 기업은 소송을 미연에 방지하기 위해서 경영상태를 투명하게 공개하고 정직하게 운영할 수밖에 없다. 합리적이고 투명한 기업경영은 기존의 투자자들의 불신을 불식시킬 수 있으며, 이로써 한국 기업의 대외신인도를 제고할 수 있을 것이다.

(4) 중복소송의 예방과 분쟁의 일괄적 타결

증권집단소송제가 없는 상태에서는 다수의 피해자들이 반복적으로 소송을 제기하는 것을 막을 수 없으며, 하나의 쟁점에 대해 재판부에 따라 상이한 결과가 나올 가능성도 배제할 수 없다. 그러나 증권집단소송제도가 시행됨으로써 직접 소송에 참가한 당사자는 물론 제외신고를 하지 않은 모든 관련자에게 기판력이 미치기 때문에 해당 분쟁과 관련된 소송절차를 1회에 해결함으로써 사법자원의 낭비를 줄일 수 있다. 또한 증권집단소송제도의 도입은 동일한 사안에 대하여 서로 다른 판결이 존재하게 되는 가능성을 방지하여 법적 안정성을 증진시킨다.¹⁴⁰⁾

나. 단점

(1) 제도남용의 가능성

소송전문 브로커나 변호사들의 선동에 의하여 소송외의 금전적 이익을 쟁길 목적으로 기업에 대한 위협을 하는 수단으로 증권집단소송이 남용될 가능성이 높고, 경쟁회사 등에 의한 악의적 소송도 배제할 수 없다. 실제로 미국에서는 대형회계법인이 증권집단소송에 휘말려 파산한 사례가 1980년대 자주 일어났으며, 그 부작용이 문제되어 1995년과 1998년 집단소송제에 대한 보완입법이 이루어졌다.

(2) 피소기업의 폐해

140) 황동욱, 앞의 책, 24면

증권집단소송이 제기되는 경우 그 사실만으로 당해 기업은 대외신뢰도에 심각한 타격을 입게 된다. 즉 피소사실만으로 주가 폭락, 장기간 소송에 따른 불확실성 증대로 인한 추가 자금조달 제약 등으로 기업의 존립이 위협을 받게 될 수 있다. 제소당한 회사는 소송비용이나 합의·화해비용 등 엄청난 소송경비를 부담하게 될 뿐만 아니라, 소송에 따른 임직원들의 업무 공백으로 정상적인 경영활동이 사실상 곤란하게 될 것이다.¹⁴¹⁾ 미국 상원보고서에 따르면 증권집단소송에 대응하기 위해 직원들이 투자하는 시간이 평균 1,000시간에 이른다고 한다. 집단소송은 소송금액이 큰 특성을 감안할 때 패소법인 및 관련회계법인의 도산이 우려된다.¹⁴²⁾

(3) 경영활동의 위축

증권집단소송은 소액주주의 피해에 관한 분쟁을 효과적으로 해결하기 위해 유용한 수단이다. 그러나 기능상 피해자인 주주 및 투자자 보호에 치중하게 되므로 소송의 제기는 기업의 경영활동은 물론 기업의 존립 자체마저 위협한다. 기업은 자칫 소송에 대한 대응으로 엄청난 시간과 비용의 추가발생 등으로 본연의 경영활동이 위축될 우려가 있다. 또한 경영자들은 집단소송에 휘말려 들지 않기 위하여 확실한 단기·실적 위주 사업에만 집착하고, 장기적이며 적극적인 경영활동을 주저하게 될 것이다.¹⁴³⁾

(4) 변호사의 이익을 위한 소송위임

증권집단소송제도는 소수의 전문변호사들에게만 이익이 될 뿐, 실제 투자자들에게는 현실적으로 별로 도움이 되지 않는다는 지적도 있다.¹⁴⁴⁾ 집단소송을 담당하는 변호사들은 화해로 인한 변호사보수만을 노리고 무리한 소송을 제기하는 경우가 많기

141) 전국경제인연합회, “증권관련집단소송제”, 2000. 10, 12면.

142) 이형규, “기업지배구조개혁의 미해결과제”, 상사법연구 제20권 제2호, 2001. 8, 한국상사법학회, 207면.

143) 전국경제인연합회, “기업지배구조 개선방안의 제문제”, 정책건의, 2000. 10, 12면; 이형규, 앞의 논문, 207면.

144) 집단소송이 도입되면 그 주도권은 변호사들이 쥐게 되며, 이러한 변호사를 감시해야 하는 원고, 즉 투자자들은 규모가 커질수록 소송의 진행과정을 알 수 없어 그러한 감시역할을 수행하기 어려우므로, 결국 집단소송은 주가하락에 대한 강제보험으로 전락되어 그 비용은 투자자들에게 전가된다는 지적도 있다(김정호·박양균, 「증권집단소송제도의 경제학」, 자유기업원, 2000, 36-49면).

때문에 기업의 경영투명성에 대한 감시기능과 투자자보호의 이념보다는 변호사 자신의 이익을 앞세울 우려가 있다.¹⁴⁵⁾

이상과 같이 증권집단소송제도는 분석회계, 부실감사, 허위공시, 주가조작 또는 내부자거래 등의 불공정 관행을 억제하여 기업경영의 신뢰와 투명성을 높이는 데 기여할 것이다. 기업의 부도덕이 목인되는 일이 비일비재하게 일어나는 현실을 감안할 때 집단소송의 도입은 분명 획기적인 개혁이라고 할 수 있다. 그러나 제도남용의 가능성, 피소기업의 폐해, 경영활동의 위축, 변호사의 이익을 위한 소송위임 등의 단점을 보완하여 부작용을 최소화하고 증권투자자의 보호에 실효성을 거둘 수 있도록 노력하여야 할 것이다.¹⁴⁶⁾ 특히 남소가 이루어지지 않도록 소송요건을 엄격히 하고, 법원의 사전·사후 감독과 주도적 역할이 기대되는 부분이다.¹⁴⁷⁾

제2절 집단분쟁의 해결제도

다수의 소액피해자들이 관련된 소송에서 이용할 수 있는 기존 소송제도로는 선정당사자(민사소송법 제53조), 공동소송(동법 제65조) 및 주주대표소송(상법 제403조) 등이 있다. 이 때문에 이미 유사한 제도가 있다는 이유를 들어 증권집단소송제에 반대하는 견해도 있다. 그러나 기존 소송제도는 본래 개별적인 분쟁해결수단으로 마련된 장치이므로 집단소송과는 차이가 있으며 소액·다수의 투자자들이 입은 피해를 일거에 집단적으로 구제하기에는 한계가 있다는 지적이다. 그러므로 집단소송제도의 특성을 이해하기 위해서는 기존 소송제도들이 과연 새로이 발생하고 있는 분쟁을 어느 정도 효과적으로 처리할 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다.¹⁴⁸⁾

145) 뉴욕의 국립경제연구소(NERA)는 지난 10년간 증시관련 집단소송을 분석한 결과, 원고측 투자자들은 피고측인 기업들로부터 받은 보상금은 주가폭락에 따른 손실금의 3.27%에 불과한 반면, 소송대행 변호사들은 보상액의 30%를 웃도는 건당 2백50만 달러의 수입료를 받은 것으로 조사됐다. SEC도 최근 보고서에서 “증시관련 집단소송제도에서 원고측 투자자들은 이겨봤자 1달러 잃고 7-14센트의 보상금을 받을 뿐”이라고 밝혔다(한국경제신문 2001. 4. 10. 1면).

146) 이철송, “문제가 명확히 예상된다면 사전보완 감행 긴급”, 전경련 제474호, 2004. 5. 18면.

147) 대한변호사협회 토론회결과보고서, “집단소송법제정의 필요성과 입법방향”, 2000. 11. 30, 12-13면.

148) 박준선, “증권관련집단소송에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 2005. 2. 6-9면.

1. 선정당사자제도

선정당사자제이란 공동의 이해관계 있는 여러 사람이 공동소송인이 되어 소송을 하여야 할 경우에 그 가운데서 모두를 위해 소송을 수행할 당사자를 선출하여 그에게 소송수행을 맡기는 제도이다(민사소송법 제53조). 이는 선정자의 소송 수행권을 선정당사자에게 신탁시킨 관계이므로, 임의적 소송담당의 일종이다. 이 제도의 이용 여부는 공동의 이해관계를 가진 다수인들의 자유이며, 법원이 이를 강제할 수는 없다. 이 제도를 이용할 경우 모든 당사자가 일일이 법정에 출두하지 않아도 되어 편리하고, 소송 일부의 자가 사망하더라도 소송이 중단되지 않으며, 변호사를 선임하는데 드는 비용도 절약할 수 있다. 그리고 법원으로서도 대표자로 선정된 일부 자에게만 서류를 송달하면 되므로 간편하고도 효과적으로 소송을 수행할 수 있는 등 현행 민사소송법 체계 아래에서는 가장 효과적인 집단 분쟁의 해결방법으로 볼 수 있다.¹⁴⁹⁾

선정당사자제도를 집단소송과 비교해 보면, 양자 모두 대표당사자에 의하여 소송이 수행되고 그 판결의 효력은 선정자나 집단구성원 전원에 대하여 미친다는 점에서 유사하나, 선정당사자의 선정은 서면에 의한 개별적인 수권이 필요하며(민사소송법 제58조) 선정당사자도 일일이 주소·성명을 적어 특정되어야 하지만, 집단소송에서는 법원이 스스로 나서는 대표자에게 그 소송수행을 허가한 이상, 집단에 속하는 구성원의 제외신고가 없으면 당연히 수권이 있는 것으로 보며, 또한 집단 구성원의 주소·성명을 특정하지 않아도 된다.

따라서 불특정다수의 소액피해자가 발생하는 경우에는 선정당사자제도는 거의 이용 가능성이 없다고 할 수 있다. 또한 집단 피해자 중 일부가 선정당사자소송을 통하여 판결을 받았다 하더라도, 그 판결의 효력은 선정자와 선장당사자에게만 미칠 뿐, 그 선정자집단에 포함되지 않은 다른 피해자에게는 효력이 미치지 않는다. 뿐만 아니라 각 피해자가 선정자로 참여하여 소송비용을 부담하므로 불특정 다수의 당사자에 대한 적절한 구제가 될 수 없고 비효율적이다. 이러한 점이 선정당사자제도의 한계이다.¹⁵⁰⁾

149) 이시윤, 「新民事訴訟法」, 博英社, 2004, 632면.

150) 김성태, “소수주주 보호의 법리”, 울산대학교 사회과학논집, 2001, 9면.

2. 공동소송

공동소송은 1개의 소송절차에 수인의 원고 또는 피고가 관여하는 소송형태이다(민사소송법 제65조). 따라서 발행기업의 허위 유가증권신고서로 인해 투자자들이 손해를 입은 경우, 이들이 공동원고로 공시기업을 상대로 하여 손해배상소송을 제기할 수 있다.

이 제도에 의하여 각 공동소송인은 동일한 절차에서 병합하여 심판함으로써 공통된 쟁점에 관하여 심리의 중복을 피할 수 있고, 통일적인 해결을 도모할 수 있다. 이는 당사자에 대하여 노력과 비용을 절감시켜 줄 뿐 아니라 법원에 대하여도 중복 심리에 따른 수고를 덜어 준다.¹⁵¹⁾

공동소송은 크게 통상의 공동소송과 필요적 공동소송으로 나누어 볼 수 있다. 통상의 공동소송은 각 공동소송인과 상대방 사이에 합일확정의 필요가 없는 소송(동법 제66조)으로, 개별당사자 자신이 당사자로서 소송수행을 하므로 분쟁당사자 수가 많은 소송사건에는 절차가 매우 복잡하다. 특히 피해액이 경미하여 각 개인으로서는 독립하여 소송당사자가 되기를 꺼리는 당사자들에게는 적합하지 않다. 또한 소송자료의 통일이나 공동소송의 강제가 되지 않으므로 집단소송의 목표 중의 하나인 분쟁의 일괄적 해결에는 어려움이 있다.

반면 필요적 공동소송제도는 공동소송인 사이에 합일확정을 필수적으로 하는 공동소송이다(동법 제67조). 이에 해당하는 경우 소송당사자가 되기를 꺼리는 구성원이 있는 한 사안의 일괄적 해결을 도모할 수 없다는 문제가 있다.¹⁵²⁾

3. 주주대표소송

주주대표소송이란 이사의 책임을 추궁하기 위하여 소수주주가 회사를 위하여 제기

151) 이시윤, 앞의 책, 603면.

152) 김성태, 앞의 논문, 10면.

하는 소송(상법 제403조)으로서, 민사소송법상 제3자의 소송담당의 한 예이다. 이사와 회사간의 소송에 관하여는 감사가 소제기를 결정하고 회사를 대표하므로 회사 스스로 감사로 하여금 그 책임을 추궁하도록 하여야 하나, 이사와의 각별한 관계로 책임추궁을 하기 어려운 이유로 상법은 소수주주로 하여금 이사의 책임을 소에 의하여 추궁할 수 있도록 한 것이다.

또한 원고인 주주가 받은 판결의 효력은 회사에 미치게 된다. 이점에서 투자자보호를 목적으로 하는 집단소송과는 명확하게 구별된다.

그러나 주주대표소송제도는 주주가 회사를 대신하여 소를 제기하여 그 손해배상금을 회사에 반환시키는 것이어서 주주로서는 직접적인 이익이 없어 소를 제기할 동기 유발에 어려움이 있다. 이에 반해 집단소송은 손해배상금을 소를 제기한 자가 취득하므로 제소의 동기가 확실하며, 기업경영진의 전횡에 대한 억제효과를 가짐으로서 기업지배구조개선을 위한 기능을 할 수 있다.

기존의 소송제도 하에서는 위에서 본 바와 같이, 권리구제절차가 복잡하고 경제적·시간적 비용이 많이 들기 때문에 손해를 입은 소액투자자들이 스스로 권리주장을 포기하는 경우가 많다. 그리하여 근래 소액주주들의 주주대표소송 또는 행정청을 상대로 한 손해배상 소송을 위해 시민단체 등에서 신문광고, 캠페인 등을 통하여 원고를 모집하는 일이 잦아졌다. 이는 기존 소송제도가 본래 개별적인 분쟁 해결수단으로 마련된 장치이므로, 소액·다수의 투자자들이 입은 피해를 일거에 집단적으로 구제하기에는 어려움이 많기 때문이다. 이와 같이 집단적인 분쟁이 발생한 경우 1대 1의 당사자관계를 전제로 하여 분쟁을 해결하는 것을 주안으로 만들어진 전통적인 소송절차만으로는 적절한 해결이 도모할 수 없다. 이러한 배경에서 보다 효율적인 분쟁해결을 위해 집단소송제도가 도입되었다.¹⁵³⁾

이하에서는 우리 법을 법규정에 따라 논의를 전개하되 활성화방안과 동시에 남소방지방안과 관련된 부분을 더 자세히 논하고, 소송절차적인 부분은 간략하게 서술하는 방식으로 전개하려고 한다. 그리고 우리 법의 해석은 미국 증권집단소송의 이론을 의지할 수밖에 없어서 상당부분은 미국의 제도와 대비하여 논의하는 방식을 취한다.

153) 정윤모·손영락, 앞의 책, 17면.

제3절 증권관련집단소송법의 내용

1. 증권관련집단소송의 허가절차

가. 서론

증권관련집단소송과 일반민사소송의 가장 큰 차이점은 소송허가를 받아야만 비로소 집단소송을 유지될 수 있고, 그 효력이 발생한다는 것이다.

소송허가신청의 개략적인 절차는 다음과 같다. 대표당사자가 되기 위하여 소를 제기하는 자는 소장과 소송허가신청서를 동시에 법원에 제출하여야 하고, 소장 및 소송허가신청서가 제출된 사실을 법원이 한국증권거래소 등에 즉시 통보를 하여 일반인이 알 수 있도록 하였다. 그리고 법원은 소송허가요건의 충족 여부를 판단하고 다시 소송허가신청의 이유를 대표당사자로 하여금 소명하게 하여 그 사유가 타당한지를 판단한 다음 소송허가 여부를 결정한다. 아울러 법원은 대표당사자가 되기 위하여 신청한 자 중에서 총원의 이익을 가장 적절히 대표하는 자를 대표당사자로 선임한다.

소송허가신청이 경합된 경우에는 병합처리하고, 소송허가결정을 할 때에는 소송비용의 예납을 명하며, 허가결정이 확정된 때에는 구성원에게 지체없이 고지하여야 한다. 허가결정에 불복하는 피고와 불허가결정에 불복하는 대표당사자는 각자 즉시항고를 할 수 있다.¹⁵⁴⁾

나. 허가요건

우리 증권집단소송법은 집단소송의 허가조건으로 첫째, 구성원이 50인 이상이고 청구의 원인이 된 행위 당시를 기준으로 구성원의 보유 유가증권의 합계가 피고 회사의 발행 유가증권 총수의 10만분의 1이상일 것¹⁵⁵⁾ 둘째, 증권집단소송법의 적용 대상인

154) 최정식, 앞의 논문, 174-195면.

155) 지분보유율요건은 '1만분의 5'로 상향 조정할 필요가 있다는 견해가 있다. 여기에서 '1만분의 5'는 회계장부열람청구권의 행사요건과 동일하다. 증거자료수집을 위하여 원고들이 회계장부를 열람하는 경우와 같이 회계장부열람청구권은 소송제기를 위한 예비수단으로 활용되므로, 본안소송에 있어서는 최소한 그

법 제3조 제1항 각호의 손해배상청구로서 법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통된 것일 것 셋째, 증권관련집단소송의 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적인 수단일 것, 넷째로 소송허가신청서의 기재사항 및 첨부서류에 흠결이 없을 것을 요구한다(법 제12조), 다만 증권집단소송이 제기된 후 구성원의 숫자나 유가증권 보유요건을 충족하지 못하는 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없다. 이 소송허가요건은 법원이 소송허가를 결정할 때에 적용대상범위(법 제3조)와 대표자 및 당사자요건(법 제11조)과 함께 반드시 갖추어야 할 필수적인 요건으로서 이 중 어느 하나라도 충족하지 못하면 불허가결정이 된다.

다. 소송허가절차

대표당사자는 소송허가신청의 이유를 소명하여야 하고, 소송의 허가여부에 관한 재판은 소를 제기하는 자와 피고를 심문하여 결정으로 하며, 허가결정 재판을 함에 있어서 손해배상청구의 원인이 되는 행위를 감독·검사하는 감독기관으로부터 손해배상청구의 원인행위에 대한 기초조사 자료를 제출받는 등 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다(법 제13조). 집단소송의 허가여부를 결정하기 위해서 구술변론이 반드시 필요한 것은 아니지만 구성원의 이익과 관련하여 소를 제기한 자와 피고를 심문하도록 하였다. 허가결정이 확정되면 피고는 본안판결의 승패에 상관없이 소송이 진행된다는 사실만으로 추가하락 등 피해가 예상되므로 피고에게도 소송허가의 부당함과 예상되는 피해에 관한 의견을 진술할 수 있도록 피고를 심문한 후에 허가여부를 결정하도록 하였다.

(1) 소송허가신청의 병합

동일한 분쟁에 관하여 수개의 증권관련집단소송의 소송허가신청서가 동일한 법원에 제출된 경우에 법원은 병합심리하여야 하고, 동일한 분쟁에 관한 수개의 증권관련집단소송의 소송허가신청서가 각각 다른 법원에 제출된 경우에는 관계법원에 공통되는

이상의 지분율의 요건이 필요하다(전국경제인연합회, “증권집단소송제의 원활한 정착을 위한 보완과제”, 정책건의, 2004. 9. 3면).

직급상급법원은 관계법원이나 소를 제기한 자, 대표당사자 또는 피고의 신청에 의하여 결정으로 심리할 법원을 정하여 병합심리를 하도록 하였다.

소송허가신청을 병합하여 심리하는 경우에는 소를 제기하는 자, 대표당사자선임신청서를 제출한 구성원 또는 대표당사자의 의견을 들어서 소송을 수행할 대표 당사자 및 소송대리인을 법원이 정할 수 있다(법 제14조 제4항). 그리고 증권관련집단소송규칙 제23조는 소송을 수행할 대표당사자나 소송대리인은 병합된 사건 전체의 대표당사자와 소송대리인이 되며, 다른 대표당사자나 소송대리인은 그 지위를 상실하도록 규정하고 있다. 그 까닭은 병합된 집단소송의 대표당사자와 소송대리인이 집단 전체를 위하여 소송을 수행하면 되고, 그 나머지 소송을 수행하지 않는 대표당사자 및 소송대리인은 필요없기 때문이라고 한다.¹⁵⁶⁾

미국의 집단소송은 대표당사자나 소송대리인이 구성원들의 이해관계를 조정 내지는 협의하는 역할을 중시하여 복수의 대표당사자와 소송대리인을 인정하고 있다. 따라서 우리 법에서도 병합 이전의 대표당사자와 소송대리인의 자격을 그대로 유지하면서 구성원간의 이해충돌사안이나 협의가 필요한 사안에서 조정자역할을 하고, 다만 직접 법정에서 소송을 담당할 대표당사자와 소송대리인은 별도로 지정하면 될 것이다.¹⁵⁷⁾

(2) 소송허가 여부 결정

법원은 법의 적용범위(법 제3조), 대표당사자와 소송대리인의 요건(법 제11조) 그리고 소송허가요건(법 제12조)의 규정에 모두 적합한 경우에 한하여 결정으로 집단소송을 허가하고, 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 총원의 범위를 조정하여 허가결정을 할 수 있다. 소송허가 결정은 피고가 즉시항고를 할 수 있고(법 제15조), 소송불허가결정은 대표당사자가 즉시항고를 할 수 있으며, 법원의 직권에 의한 총원의 범위 조정결정에 대해서는 피고와 대표당사자가 즉시항고를 할 수 있다. 그리고 소송불허가결정이 확정된 때에는 소가 제기되지 아니한 것으로 보아서 소송이 종료되었음을 선언한다(법 제17조).

다만 허가결정이 확정된 후 본안심리 중 소송허가요건의 흠결이 밝혀지더라도 허가

156) 이승한, 증권관련집단소송규칙해설, 2005. 2. 1.

157) 같은 견해로는 이태중, 앞의 공청회 자료집, 69면.

결정에 대한 취소·변경결정을 할 수 없다.

(3) 총원의 범위조정

허가결정을 할 때 법원은 상당하다고 인정하는 때에는 총원의 범위를 조정하여 허가할 수 있도록 하였다(법 제15조 제3항). 그러나 법원이 단기간에 한정된 자료와 당사자신문만을 의지해서 사건본안의 실제적 내용을 파악하기가 어려울 뿐만 아니라, 총원의 범위가 축소되면 제외되는 구성원은 패소판결을 받은 결과가 되어서 제외된 구성원에게 매우 불리하고, 총원의 범위가 확장되면 피고의 손해배상 부담액이 증가될 가능성이 있다.¹⁵⁸⁾ 더구나 총원의 범위를 조정하는 권한이 남용되면 집단소송의 소제기권과 소송종결권을 법원이 행사하는 결과가 되고, 집단소송의 운명이 법원의 자의적 판단에 의해서 좌우될 수도 있으므로 법원은 그 권한을 신중하게 행사하여야 하고, 가능하면 대표당사자나 소송대리인에게 집단의 범위에 관한 법원의 의견을 제시하여서 대표당사자로 하여금 수정하도록 촉구하는 정도에 그쳐야 할 것이다.¹⁵⁹⁾

(4) 소송비용

소를 제기하는 자는 소장 및 소송허가신청서의 공고에 필요한 비용을 예납하여야 하고, 만일 공고비용을 예납하지 않는 경우에는 5일 이내의 기간을 정하여 공고비용

158) 소송수행 중에도 법원은 필요하다고 인정하면 직권 또는 신청에 의하여 결정으로 총원의 범위를 변경할 수 있으며, 이 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있다(법 제27조). 증권관련집단소송의 허가결정 이후 총원의 범위를 변경할 필요가 있을 때에는 법원은 후견적 입장에서 총원의 범위를 감축하거나 추가를 할 수 있고 총원의 증감 원인은 피해액의 상이성 여부, 피해발생기관의 연장, 구성원의 내부에서의 분쟁해결 방법에 대한 견해의 대립 등을 전제로 한다. 증권집단소송에서도 처분권주의가 전적으로 배제되는 것은 아니므로 법원은 대표당사자에게 총원의 범위에 대하여 보정명령을 내릴 수는 있더라도 직권으로 총원을 추가하는 결정은 할 수 없다는 주장과, 설사 법원의 직권 조정을 허용하더라도 법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점을 공동으로 하기가 곤란하다는 등의 이유가 있을 경우에 총원의 범위를 축소할 수 있도록 하는 정도에 그쳐야지 법원이 적극적으로 대표당사자가 지정한 총원의 범위를 확장할 수 있도록 하는 것은 타당하지 않다는 주장 등이 있다. 총원에서 제외된 구성원은 패소판결을 받은 결과가 되고, 총원을 추가하는 것으로 변경하는 것은 대표당사자에게는 통지비용 등의 부담을, 동시에 피고는 더 많은 손해배상을 부담할 수 있도록 할 수 있기 때문에 법원은 대표당사자나 소송대리인에게 적절한 총원의 범위를 제시하여 권고하는 정도에 그치는 것이 타당하다.

159) 함영주, "우리나라 집단분쟁현황과 집단소송법시안에 대한 고찰", 안암법학, 새창출판사, 1998, 433면.

을 예납할 것을 명하며, 위 기간 내에 공고비용을 예납하지 아니한 때에는 재판장은 명령으로 소장 및 소송허가신청서를 각하할 수 있다(동 규칙 제4조). 그리고 소송허가 결정을 하는 때에는 고지·공고·감정 등에 필요한 비용의 예납을 명하여야 하며(법 제16조), 법원이 소송허가결정 확정일로부터 상당한 기간을 정하여 비용의 예납을 명하고, 만일 위 예납명령을 이행하지 않으면 법원은 허가결정을 취소하고 불허가결정을 할 수 있다(동 규칙 제13조).

라. 고지와 제외신고

(1) 고지

고지 및 공고는 소송에 참여하지 않은 집단구성원이 소송의 중요한 사항에 대한 의사결정을 할 수 있도록 구성원과 대표당사자간 그리고 구성원과 법원간의 소송에 관한 정보와 의사소통을 원활하게 하기 위한 제도이다. 구성원에게 제외신고권을 보장하기 위한 소송허가결정의 고지(법 제18조)와 총원의 범위를 변경하하는 경우의 고지(법 제27조)는 구성원 모두에게 주지시킬 수 있는 적당한 방법으로 대법원규칙이 정하는 방법으로 하여야 하고, 아울러서 전국적으로 보급하는 일간신문에 게재하도록 하였다(법 제18조의 제2항, 제3항). 그리고 법원이 화해안에 대한 허가여부를 결정하기 전에 구성원에게 의견진술의 기회를 부여하기 위한 고지와(법 제35조) 총원의 범위 변경결정 시에 구성원에게 제외되는 자와 새로이 구성원이 되는 자에 대한 고지(법 제27조 제2항, 제3항)도 그 중요성을 감안하여 위와 같은 방식을 고지하도록 하였다.

대표당사자의 선임신청의 기회를 구성원에게 부여하기 위하여 소송을 제기한 사실의 공고는 전국을 보급지역으로 하는 일간신문에 게재하도록 하였다(법 제10조 제2항, 동규칙 제6조). 기타 나머지 대부분의 고지는 전자매체를 이용한 공고를 하도록 하였는데, 인터넷 대법원 홈페이지(www.scourt.go.kr)의 법원공고란에 공고하도록 하였다(증권관련집단소송예규 제8조).

(2) 제외신고

소송에 참가하지 않는 구성원(absent class member)의 선의의 피해를 예방하기 위해서 적법절차(due process)가 보장되어야 한다. 따라서 집단구성원은 소송이 제기된 사실, 소송허가결정, 화해의 내용 그리고 총원의 범위의 변경 등에 관한 적적하고 합당한 통지를 받을 권리가 있으며, 통지를 받은 후 제외신고를 하거나 또는 별소를 제기하여 그 판결의 기판력으로부터 벗어날 수 있어야 한다. 제외신고(opt-out)는 여효적 행정행위¹⁶⁰⁾로서 구성원이 판결의 효력에서 벗어나기 위한 직접적인 방법이며, 이 기간은 재정기간으로서 연장할 수 있다.¹⁶¹⁾

마. 소송당사자

우리 법은 집단소송의 원·피고는 반드시 변호사를 선임하도록 하는 변호사강제주의를 채택하였다. 집단소송은 그 특성상 복잡하고 장기간에 걸쳐 진행되는 소송으로서 실제로 소송을 수행하는 자는 소송대리인이다. 따라서 소송대리인은 집단소송에서 매우 중요한 역할을 담당한다. 소송대리인이 부적절하게 소송수행을 하거나 구성원과 이해충돌이 될 때에는 대표당사자는 법원의 허가를 받아서 소송대리인을 해임·추가선임 또는 교체할 수 있다. 그리고 법원은 집단소송을 진행함에 있어서 주도적인 역할을 맡는다. 즉 소송허가, 대표당사자의 선임 및 교체, 소의 취하 및 화해의 허가, 총원의 범위변경, 분배관리인의 선임과 분배계획의 인가 및 수정 등 소송의 중요한 권한을 가지고 있다.

한편 집단소송의 이해관계인으로서 소송에 참여하지 않는 집단구성원(absent party)이 존재한다. 집단구성원은 소송당사자는 아니지만 집단소송이 제기되었다는 사실, 소송허가결정, 화해결정, 분배시에 권리신고와 권리확인 등에 관하여 최선의 방법으로 통지를 받고 자신의 권리를 행사할 기회를 보장받아야 한다.

160) 법원에 재판을 청구하는 것과 이를 뒷받침하는 자료를 제공하는 당사자의 주장과 신청을 ‘취효적 소송 행위’라고 하고, 재판을 통하지 않고 직접적으로 소송상의 효과가 발생하는 것을 ‘여효적 소송행위’라고 한다. 여효적 소송행위는 소취하처럼 법원에 대한 행위도 있고 대리권 소멸통지와 같은 상대방에 대한 행위도 있으며 소송고지처럼 제3자에 대한 행위도 있다(전병서, 「민사소송법강의」 제4판, 법문사, 2002, 433면).

161) 증권관련집단소송법 시안 해설, 54면.

대표당사자는 구성원 중 그 증권관련집단소송으로 인하여 얻을 수 있는 경제적 이익이 가장 큰 자 중 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 구성원이어야 하며, 최근 3년간 3건 이상의 증권관련집단소송의 대표당사자로 관여하였던 자는 대표당사자가 될 수 없도록 하되, 다만 예외적으로 제반사정에 비추서 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표하는데 지장이 없다고 법원이 인정하면 그러하지 아니한다고 규정하고 있다(법 제11조). 그리고 대표당사자는 당해 증권관련집단소송을 수행하기 위하여 또는 소송대리인의 지시에 따라 당해 증권관련집단소송과 관련된 유가증권을 취득하지 않아야 한다(법 제9조 제2항 제1호).

법원은 소장 및 소송허가신청서를 접수한 날로부터 10일 이내에 소가 제기된 사실, 청구취지와 요건, 그리고 대표당사자가 되기를 원하는 구성원은 공고가 있는날로부터 30일 이내에 법원에 신청서를 제출하여야 한다는 사실 등을 전국을 보급지역으로 하는 일간신문에 게재하는 등 대법원규칙으로 정하는 방법에 의한 공고를 하고, 위 공고일로부터 50일 이내에 소를 제기하는 자와 대표당사자선임 신청서를 제출한 구성원 중 총원의 이익을 대표하기에 적합한 자를 결정으로 대표당사자로 선임하고, 위 선임 결정에 대한 불복을 금지하였다(법 제10조).

바. 화해

화해는 판결에 이르기 전에 소송당사자간에 협의에 의하여 사건을 종결하는 절차이다. 미국 집단소송의 90% 이상이 화해로 종결되고 있는 점에 비추어볼 때 화해는 사실상 집단소송의 최종절차로서 소송허가와 더불어 매우 중요하다. 그러므로 화해의 내용과 절차에서 구성원의 권익을 보호하기 위한 제반의 조치가 강구되어야 한다. 우리 증권집단소송에서 소의 취하, 소송상의 화해 또는 청구의 포기(이하 '화해'라고 함)는 법원의 허가를 받지 아니하면 효력이 없으며, 법원은 화해에 관한 결정을 하고자 하는 때에는 미리 구성원에게 이를 고지하여 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다. 그리고 화해심리를 위한 고지는 소송허가결정의 고지와 동일한 방식(법 제18조 제2항 및 제3항)으로 고지하도록 하였고, 당사자의 불출석으로 인한 소취하 간주(민소법 제268조)규정은 적용되지 않는다(법 제35조). 화해가 대표당사자나 소송대리인이 구성원의 의사와 상관없이 또는 구성원의 이익과 배치되는 내용으로 결정되어서는 안되므로

법원은 적극적인 관여를 하여 구성원을 보호하여야 한다.¹⁶²⁾

2. 소송절차

증권집단소송은 사안이 복잡하여 무변론 판결을 선고하는 것이 사실상 불가능하므로 대부분 변론준비절차에 회부될 것이고, 이 절차에서 소송허가요건의 심리, 당사자의 청구원인과 취지의 확인, 총원의 범위를 확정하기 위하여 관련기관에 구성원의 주주명부가 입력된 문서나 파일의 신청 등이 이루어질 것이다. 증권집단소송법은 일반 민사소송의 변론준비절차보다 강화된 법원의 직권증거조사와 당사자신문을 인정하고 있다.¹⁶³⁾ 그래서 변론준비기일에 당사자신문을 하고 법원이 직접 감독기관에 소송의 증거를 요청할 수 있다. 따라서 법원이 변론준비절차를 적극 활용하여 적극적으로 사건관리(case management)를 하면서 집단소송을 진행하면 사건의 해결에 도움이 될 것이다.¹⁶⁴⁾ 당사자는 소송촉진을 위하여 적시에 공격과 방어방법을 제출하여야 하고 만일 이를 어기면 실기한 공격방어방법이 되어서 각하될 수도 있다. 그리고 특정사실을 주장하거나 증거를 신청할 기간을 정할 수 있고 이 기간 내에 제출하지 않으면 공격방어방법을 금지하는 개정기간제도를 도입하였다.

가. 직권증거조사

162) 상소권의 포기에 관하여서는 소취하·화해 또는 청구포기의 제한규정인 법 제35조를 준용하고 미리 구성원에게 고지하여 의견을 진술할 기회를 부여해야 하고, 법원의 허가결정을 받지 못하면 효력이 없다. 만일 상소취하나 포기를 허가받지 않아서 당연히 항소를 함에도 불구하고 대표당사자의 과실로 불변기간을 도과한 경우에는 다시 30일의 기간 내에 구성원이 법원의 허가를 받아서 상소 목적으로 대표당사자가 될 수 있고, 허가일로부터 2주 이내에 상소를 반드시 하여야 한다(법 제38조).

163) 일반민사소송의 변론준비기일에 당사자신문은 원칙적으로 금지되어 있다.

164) 미국에서 복잡한 사건은 법원이 소송초기에 사건에 적극적으로 관여할 필요성과 효과적인 사건관리와 통제가 필요하다는 인식이 일치하여서 법관이 사건관리를 하는 ‘case management’가 일반화되었다. 법관은 표준기간(time standard)을 설정하여 증거개시절차를 포함한 소송의 중요단계의 마감기한(cut-off)을 정하고 있다. 그리하여 각 사건관리시스템에서는 각 사건의 진행경로(track)에 적용될 기간제한(time limit)을 두고, 증거개시절차의 종료, 중요한 신청의 처리 및 본안심리의 마감기한을 설정하여 적용하도록 하고 있다. 이런 방법을 통하여 조기의 확정적 심리기일의 지정과 엄격한 연기방지정책을 통하여 사건을 관리한다.

민사소송법에서는 당사자의 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없는 경우에 한하여 직권으로 증거조사를 할 수 있도록 규정하고 있으나(민소법 제292조), 증권집단소송법은 법원이 필요하다고 판단하면 당사자의 증거와 상관없이 원칙적으로 직권증거조사가 가능하도록 하였다(법 제30조). 증권소송은 공공소송이 아니므로 직권탐지주의를 도입할 수 없고, 다만 집단소송의 공익적인 성격을 감안하여 원칙적인 직권증거조사만을 채택하였다.¹⁶⁵⁾ 증권거래법 제15조 제2항에서 입증책임이 원고로부터 피고에게 전환되었고, 현대형 소송에서 입증책임을 완화하는 추세이므로 우리 법은 “상대방이 석명 등에 응하지 않는 경우에 석명을 구한 사실에 관한 대표당사자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다”는 내용의 특칙은 두지 않았다.¹⁶⁶⁾

나. 구성원 및 대표당사자의 신문

법원은 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 구성원과 대표당사자를 신문할 수 있다(법 제31조). 개정민사소송법은 당사자신문의 보충성을 폐지하고 당사자본인을 독립적인 증거방법으로 인정하였는바, 나아가 이 법 제31조는 구성원까지 신문할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 변론준비기일에 당사자 본인의 출석을 요구하므로 특히 변론기일을 열지 않는 사건에서 당사자 본인신문은 그 의미가 있다.

다. 문서제출명령

법원이 필요하다고 인정하는 때에는 소송과 관련된 문서를 소지하고 있는 자에 대하여 그 문서의 제출을 명하거나 송부를 촉탁할 수 있다(법 제32조) 문서제출의무가 면제되는 문서로서 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조 제3항¹⁶⁷⁾ 및 동법 제7조

165) 의원입법안 제32조는 직권탐지주의를 규정하고 있었는데, 이것은 당사자가 주장하지 아니한 주요사실 즉 법률효과를 발생시키는 법규의 직접 요건사실도 판단할 수 있어서 증권집단소송이 민사소송절차라는 점을 감안할 때 법 체계상 문제점이 있다. 따라서 우리 증권집단소송법은 직권탐지주의를 도입하지 않았다.

166) 의원입법안 제32조는 “법원이 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대해서도 판단할 수 있다”고 규정하여 직권탐지주의를 도입한 조항이다.

167) 국가안전보장에 관련되는 정보 및 보안업무를 관장하는 기관에서 국가안전보장과 관련된 정보분석을

제1항 각호의 사유가 있는 문서’와 ‘민사소송법의 규정에 의하여 제출을 거부할 수 있는 문서’로 한정하였다.

법원의 제출명령에 응하지 않은 자에게는 3천만원 이하의 과태료의 제재가 있다(법 제63조).¹⁶⁸⁾

라. 증거보전

증거보전은 미리 증거조사를 하지 아니하면 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있어야 하나(민사소송법 제375조), 증권관련집단소송법은 미리 증거조사를 하지 않으면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있지 아니한 경우에도 필요하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 증거조사를 할 수 있다(법 제33조).

마. 기판력

우리 증권집단소송의 확정판결은 제외신고를 하지 아니한 구성원에게 그 효력이 미치도록 하여 기판력의 주관적 범위를 확장하고 있다(법 제37조). 증권집단소송법상의 구성원은 소송당사자가 아니므로 특별히 법에서 인정한 권리 이외의 당사자로서의 권리가 인정되지 않는다. 그럼에도 불구하고 판결의 효력이 구성원에게 미치게 하는 이유는 구성원에게 일정기간 내에 제외신고를 할 기회를 부여하였기 때문이다(법 제28조). 전소 및 후소가 집단소송인 경우에는 대표당사자가 각기 다르더라도 총원의 범위가 동일하면 전소의 기판력은 후소에 미치고, 반대로 전소인 개별소송에서의 원고가 후소의 집단소송에 포함된 경우에는 원고는 전소에서 제외신고를 한 것으로 간주되므로 전소의 기판력이 후소인 집단소송에 미치지 않는다.

바. 변호사보수

목적으로 수집되거나 작성된 정보에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 제8조 제1항의 규정에 의한 정보목록의 작성·비치 및 공개에 대하여는 그러하지 아니한다.

168) 민사소송법의 제재에 대한 과태료가 500만원 이하로 규정된 것과 비교하면 증권집단소송법의 과태료는 더 강화되었다.

증권집단소송법은 소송허가신청서에 변호사보수에 관한 약정을 기재하도록 규정하고 있고, 분배시에 분배관리인이나 대표당사자 또는 구성원의 신청이 있는 경우에는 소송진행과정, 결과 등 여러 가지 사정을 참작하여 변호사보수를 법원이 감액할 수 있도록 하였다(법 제44조 제3항). 다만 이 경우 법원은 신청인과 대표당사자의 소송대리인을 심문하여야 하며, 위 감액여부결정에 대하여는 즉시항고 할 수 있다. 한편 법원은 변호사보수를 감액함에 있어서 변호사보수에 관한 약정, 소송의 소요기간과 사안의 난이도, 승소금액·권리실행금액·구성원에 분배되는 금액, 소송대리인의 변론내용, 소송대리인이 변론준비 및 변론에 투입한 시간, 그 밖에 변호사 보수의 적정성을 판단하기 위하여 필요한 사항을 고려하도록 하였다(동 규칙 제36조).¹⁶⁹⁾

변호사강제주의를 채택한 증권집단소송에서 소송의 인센티브는 작고 리스크만 크다면 소송을 수행할 변호사가 많지 않을 것이다. 변호사 보수기준은 일종의 가격협정으로서 경쟁을 제한하기 때문에 독점금지법위반에 해당되어 2000년에 기존의 대한변호사협회의 변호사보수기준에 관한 규칙이 폐지되었다. 따라서 변호사보수는 당해 사건마다 여러 가지 요건을 참작하여 결정될 수밖에 없으므로 보수의 상한만을 정하고 개별 사건의 보수는 법원이 합리적인 기준을 가지고 산정하는 것이 타당하다.¹⁷⁰⁾

사. 손해배상

증권관련 손해배상책임은 민법상의 불법행위책임의 특별법적인 성격을 가진다. 증권손해배상은 피해자와 가해자는 이미 정해져 있지만 손해배상의 당사자는 존재하지 않고, 또 정보의 불균형 때문에 증권시장에서 불공정거래가 발생하며 가해자의 책임을 구체적으로 특정하기 어려울 뿐만 아니라 그 피해액도 소액이어서 일반 민사소송

169) 소송비용에 관하여 우리 법은 패소자부담의 원칙을 취하고 있지만 승소자의 변호사보수 중 일부 대법원규칙이 정하는 한도 내에서는 소송비용에 산입하고 있다. 다만 증권집단소송에서는 동법 제44조 제1항 제1호에서 분배에서 제외되는 비용으로서 ‘소송비용 및 변호사보수’라고 규정함으로써 변호사보수를 대법원규칙에서 정하는 한도 내에서만 소송비용으로 인정하는 일반적인 체계와는 달리 규정하고 있어서 소송비용과는 별도로 변호사보수전액을 분배제외비용으로 인정한다.

170) 소송물가액의 5-10%를 보수로 받을 수 있도록 하고 그 이상을 받은 경우에는 형사처벌을 받도록 하는 주장도 있다(전삼현, “증권집단소송제 시행을 위한 보완과제”, 증권관련집단소송제 시행관련정책토론회 자료, 전국경제인연합회, 2004. 8. 26 토론회, 23면).

절차에 의한 해결보다 집단소송에 의한 해결이 더 효과적이다.¹⁷¹⁾ 증권관련집단소송법의 적용범위는 증권거래법 제14조의 규정에 의한 손해배상청구, 증권거래법 제186조의 5에 의하여 사업보고서·반기보고서 및 분기보고서에 준용되는 동법 제14조의 규정에 의한 손해배상청구, 증권거래법 제188조의3 또는 제188조의5의 규정에 의한 손해배상청구, 증권거래법 제197조의 규정에 의한 손해배상청구로 한정하고 있다(법 제3조). 즉 유가증권신고서와 사업설명서(예비사업설명서와 간이사업설명서를 포함) 중 허위 기재와 중요한 사항의 누락, 사업보고서·반기보고서 및 분기보고서의 허위표시나 중요사항의 누락, 미공개정보의 이용행위 또는 시세조정행위, 외부감사인의 부실감사를 증권집단소송의 대상으로 정하고 있다.

증권거래법상 위반행위도 일반 불법행위에 해당하면 민법에 의한 불법행위책임을 부담할 수도 있다.¹⁷²⁾ 그런데 일반 불법행위는 가해자의 고의 또는 과실과 인과관계를 입증하여야 하는데 그 입증이 매우 어렵다. 따라서 증권거래법 제14조 내지 제16조에 투자자를 보호하기 위한 특칙을 두고, 가해자의 고의와 과실, 가해자의 위반행위와 손해사이의 인과관계에 대한 입증책임을 피고에게 전환하고 있다.

우리 법은 손해배상액의 산정에 관하여 증권거래법 등에 특칙이 있는 경우에 그에 따르고, 위 특칙 및 증거조사에 의하여도 정확한 손해액의 산정이 곤란한 경우에는 제반사정을 참작하여 표본적·평균적·통계적 기타 합리적 방법으로 이를 정할 수 있다고 규정한다(법 제34조).

구체적 산정방법에 대하여 증권거래법상 규정되어 있는 다양한 유형의 손해배상책임을 모두 포괄할 수 있는 손해액 산정방법을 법조문화 하는 것은 사실상 불가능하다. 우리 재판실무는 주가조작의 경우에 법원이 당사자에게 주가조작이 없을 때의 정상가격을 제시할 것을 요구하고 감정의퇴를 병행하는 방법으로 손해배상액을 산정하고 있으나, 결국 주가 추세선¹⁷³⁾을 정하는 여러 가지 요소에 따라 구체적 산정액수가

171) 권중호 외, "증권손해배상책임의 실체법적인 정비", 증권거래소연구용역보고서, 사단법인 한국증권법학회, 2003. 11, Executive Summary II.

172) 민법 제750조의 불법행위 책임과 증권거래법 제14조의 책임은 서로 청구권경합관계로 본다(대판 1997. 9. 12. 96다 41991).

173) 추세는 주가가 어느 기간 동안 일정한 방향으로 움직이려는 속성이며, 추세의 방향을 알아낸다는 것은 바로 주가 예측의 문제이므로 매우 중요하다. 추세는 일정한 방향의 직선에 근접하면서 파도처럼 움직이는데, 일정한 범위 내에서 정점과 바닥을 형성하면서 파도처럼 움직이는 두 점을 연결한 것이 추세선이다.

달라질 수밖에 없다. 따라서 원칙적으로 법원에 의한 사실조회 및 감정 등을 통하여 손해배상액의 산정이 이루어져야 할 것이나, 그러한 방법으로도 손해배상액 산정이 불가능한 경우에 법원은 적지 않은 심리부담을 질 수밖에 없다. 이를 덜어 주기 위해 법은 인과관계를 떠나서 손해배상을 산정할 수 있는 몇 가지 방법을 예시하여 심리에 있어서의 보조적인 원칙을 인정함으로써 구체적 타당성이 있는 산정방법을 규정하였다.

3. 분배절차

가. 분배법원 및 분배관리인

분배관리인은 대표당사자의 신청 또는 직권으로 법원이 선정하게 되는데, 대표당사자의 소송대리인이 되는 경우가 대다수일 것이다. 분배법원은 제1심 수소법원이 된다(법 제39조).

나. 구체적인 분배절차

먼저 채무명의를 취득한 대표당사자의 강제집행에 의하여 권리가 실행되고(법 제40조), 법원은 분배관리인을 선임함과 동시에 별도의 기간을 정하여 분배관리인에게 분배계획안의 작성을 명한 후(법 제42조) 분배계획안을 인가한다(법 제46조). 다음으로 구성원에게 확정된 분배계획안을 고지하는 절차분배계획의 공고가 있을 후(법 제47조) 공고된 분배계획안의 기간 내에 권리신고를 하여야 하고 분배관리인의 확인에 대하여는 법원에 이의를 제기할 수 있도록 하고 있다(법 제49조, 제50조). 분배잔여금이 있으면 이는 피고에게 반환된다(법 제55조).

다. 소송비용 기타 변호사 비용 등의 부담문제

소송비용은 집단소송을 진행하는 데 소요되는 비용을 의미하는 것으로 인지액, 증거조사비용, 감정비용, 각종 고지비용 등이 포함된다. 이와 관련하여 소송비용 패소자 부담의 원칙을 선언하고 있는 민사소송법의 원칙을 그대로 유지할 것인지가 문제되었는데, 기존의 민사소송체계를 유지하는 것이 소송실무상 편리하고 위법행위로 인하여 패소한 자는 패소와 관련된 비용을 부담하는 것이 정의에 합치된다는 측면 등을 고려하여 법에서는 민사소송법상의 일반원칙과 같이 소송비용패소자부담원칙이 채택되었다. 기타 대표당사자와 원고 소송대리인 간의 변호사 비용은 분배계획안에 포함시켜 법원의 허가를 받도록 함으로써 과도한 변호사비용 지출로 인한 구성원의 피해를 줄일 수 있도록 하고 있다.¹⁷⁴⁾

제4장 증권관련집단소송법의 실효성제고방안

제1절 증권관련집단소송법의 활성화방안

1. 적용대상행위 확대

증권관련집단소송은 ①증권거래법 제14조의 규정에 의한 손해배상청구 ②증권거래법 제186조의 5에 의하여 사업보고서·반기보고서 및 분기보고서에 준용되는 동법 제14조에 의한 손해배상청구 ③증권거래법 제188조의 3 또는 제188조의 5에 의한 손해배상청구 ④증권거래법 제197조의 규정에 의한 손해배상청구에 한하여 제기할 수 있도록 하고 있다. 그러나 ①공개매수신고서, 공고, 공개매수설명서와 관련한 공개매수자의 배상책임(증권거래법 제25조의 3), ②수시신고의무 불이행자의 배상책임(증권거

174) 최병욱, "소액주주 보호방안으로서의 집단소송에 관한 연구", 조선대학교 석사학위논문, 2005. 8, 40-42면.

래법 제186조 제4항), ③자기주식취득·처분신고서의 부실기재자의 배상책임(증권거래법 제189조의 2 제5항), ④합병·분할·영업양수도 신고서의 부실기재자의 배상책임(증권거래법 제190조의2 제3항)에 관하여도 이를 허용하여야 할 것이다.¹⁷⁵⁾

그 이유로는 첫째, 증권투자자에게 제1차적 투자 판단의 자료로 사용될 수 있는 기업의 공개매수사항이나, 증권거래법 제186조 소정의 수시신고공시사항, 자기주식취득처분에 관한 사항, 합병·분할 등에 관한 사항 등에 관하여는 그 공시된 내용에 관한 투자자의 신뢰가 우선적으로 보호되어야 하고, 따라서 증권거래법에서도 이에 관하여 의무위반자의 손해배상책임을 명문으로 규정하고 있다는 점이다. 둘째, 증권관련집단소송법 제3조 제1항 제1, 2호에서 그 대상으로 허용하고 있는 것도 결국 투자자의 공시에 대한 신뢰를 보호하는 것인데, 앞서 본 나머지 것도 투자자의 공시에 대한 신뢰를 보호하고 있다는 점에서 전혀 차이를 둘 성질의 것이 아니라는 점이다. 셋째, 정보에 민감한 증권거래에 있어 법에 나와 있는 유가증권신고서나 정기공시에 해당하는 사업보고서 등의 부실기재로 인한 손해의 가능성보다는, 앞서 본 수시공시나 자기주식취득, 합병에 관한 사항 등에 관한 신고가 조작되어 피해를 입을 가능성이 훨씬 높후하여, 증권관련집단소송제도를 도입하면서 정작 필요한 부분의 손해배상청구는 제외하고 상대적으로 덜 중요한 손해배상청구에 관하여만 허용하면 본말이 전도된다는 점 등을 들 수 있다.¹⁷⁶⁾

2. 소송대리인의 수입제한 폐지

증권관련집단소송의 진행과 관련해서는 변호사 강제주의를 택하고 있다. 즉 변호사에 의한 소송대리 없이는 증권관련집단소송을 수행할 수 없다. 하지만 우리 법은 소송대리인의 소송참가를 될 수 있는 한 제한하려고 한다(법 제11조 제3항)¹⁷⁷⁾. 법문상의 자격

175) 이는 의원입법안에서 인정한 범위와 같은 것이다(김용찬, 앞의 논문, 102면).

176) 김주영, “증권관련집단소송법 시안에 대한 토론(VI)”, 증권관련집단소송법 제정 공청회 자료, 법무부, 2001, 110면.

177) 최근 3년간 3건 이상의 증권관련집단소송에 대표당사자 또는 대표당사자의 소송대리인으로 관여하였던 자는 증권관련집단소송의 대표당사자 또는 원고측 소송대리인이 될 수 없다. 다만, 제반사정에 비추어 보아 제1항 및 제2항의 규정에 의한 요건을 충족하는 데에 지장이 없다고 법원이 인정하는 자는 그러하지 아니하다.

요건은 소송대리인이 공정하고 적절하게 증권관련집단소송을 수행하는 것과 별 관계가 없는 내용이고, 소송대리인과 상대방의 관계는 변호사의 직업윤리로 규율하면 충분하다. 우리 법의 시행 단계에서 3년에 3건으로 변호사의 수임을 제한하는 것은 전문적인 증권로펌이나 전문변호사의 출현을 막고, 더욱이 우리 변호사들이 증권집단소송에 대한 대비를 하지 못하고 있다는 점을 감안하면 그 타당성이 의문시 된다. 전문화된 법원이 존재할 때에 국민이 합리적이고 효율적인 재판을 받을 권리를 보장받을 수 있듯이 소송대리인도 전문화되어야만 집단소송의 난해함과 복잡한 절차를 헤쳐가면서 피해자의 구제와 재판진행의 효율성을 달성할 수 있을 것이다. 또 증권집단소송의 대표당사자의 소송대리인으로 선임된 자는 그 후 소송수행금지사임·변경·해임·교체 등의 사정에 발생한 경우에도 최초 선임된 시점에 그 증권집단소송에 관여한 것으로 보므로(동 규칙 제5조 제2항), 대표당사자가 정당한 이유가 있는 경우에 사임하더라도 집단소송에 관여한 것이 되어서 불이익을 당하는 것은 타당하지 않다.

한편 피고측 소송대리인에게는 소송수임의 제한을 가하지 않고 원고측 소송대리인에게만 수임제한을 하는 것은 국가가 피고기업을 정책적으로 지원을 하는 것과 다름없고, 또 사적피해배상소송에서 무기의 대등원칙을 깨뜨리는 것이 된다. 특히 소액주주들의 피해구제를 위하여 전문변호사나 법인의 도움이 절실한 상황에서, 전문변호사의 선택권을 제한하는 것은 재판을 받을 국민의 권리의 침해하는 것이 될 수 있다.¹⁷⁸⁾

3. 소송비용부담의 완화

우리 법은 인지액을 민사소송등인지법에 의해 산출된 금액¹⁷⁹⁾의 2분의 1로 하고,

178) 최정식, 앞의 논문, 248면.

179) 제1심 소장에 첨부하여야 할 인지액은 다음과 같이 산출된다.

소 가	인 지 액
1000만원 미만	소가 × 0.005
1000만원 이상 ~ 1억원 미만	소가 × 0.0045 + 5000원
1억원 이상 ~ 10억원 미만	소가 × 0.004 + 55,000원
10억원 이상	소가 × 0.0035 + 555,000원

항소심은 1심 첨부 인지액의 1.5배, 상고심은 1심 첨부인지액의 2배

인지액의 상한은 5천만원으로 하고 있다(법 제7조 제2항). 소제기의 공고비용을 예납하여야 하고, 소송허가결정시에 고지·공고·감정 등에 필요한 비용을 예납하여야 한다. 만일 소제기의 공고비용을 기간 내에 예납을 하지 않을 때에는 명령으로 소장과 소송허가신청서를 각하할 수 있고, 소송허가결정시에 고지·공고·감정 등 필요한 비용의 예납명령을 이행하지 않으면 허가결정을 취소하고 불허가결정을 할 수 있다. 예납비용은 2회 이상의 구성원에 대한 고지비용과 2회 이상의 신문공고비와 예상감정료가 포함된다.

예를 들어서 소송가액이 200억원의 집단소송인 경우에 인지액은 약 3,500만원상당이 필요하고 집단구성원이 수천명 이상인 경우 고지비용과 감정료 등을 합하면 수천만원이상회할 것이다. 그리고 이 비용을 소제기단계에 미리 마련하여야 한다. 따라서 이러한 과중한 소송비용을 소액·다수의 피해자들이 마련하는 것이 쉽지 않기 때문에 남소방지라는 측면을 넘어서 소제기 자체를 불가능하게 만드는 요인이다. 더욱이 패소할 경우에 상대방의 소송비용도 부담할 가능성이 있으므로 대표당사자가 집단소송비용과 변호사보수 이외에 패소시에 상대방의 소송비용부담의 위험까지 안고 소를 제기하는 것을 기대하기는 매우 어려울 것이다.

한편 과거 의원입법안에서는 소송비용의 예납과 아울러 필요하다고 법원이 인정할 때에는 비용의 예납을 유예하고 국고금으로 채당할 수 있도록 하였고, 이 경우 유예된 소송비용은 상대방으로부터 직접 추심할 수도 있으며 소송비용 재판시에 당사자의 신청에 의해 유예된 소송비용의 일부나 전부의 지급을 면제할 수 있도록 하였다(의원입법안 제16조).¹⁸⁰⁾ 유예된 소송비용의 지급을 면제받을 경우 결과적으로 그 비용은 국고로 채당한 것이 된다. 국고에 의한 소송비용의 채당 및 지급유예가 부적절하다는 견해가 있다.¹⁸¹⁾ 하지만 원고의 소송비용이 국고로 채당되기 때문에 피고의 부담도 없고 법원의 인정을 통한 결정을 통해 합리적인 근거를 찾을 수 있으며 일반적인 민사적 손해배상과 달리 증권관련집단소송은 소액주주 보호라는 성격도 가지고 있다.

180) 1996년 집단소송법시안 제15조에서는 ‘법원이 사건의 대소, 대표당사자나 단체의 자력 기타 제반사정을 참작하여 필요하다고 인정하는 때’라고 예납유예 또는 국고금 채당사유를 예시하고 있다.

181) 원고는 패소하더라도 피고의 소송비용을 부담하지 않을 수 있지만 피고는 그런 혜택이 주어지지 않는 것은 소비자·환경피해의 경우와는 달리 증권관련 집단피해자들은 자기책임하의 투자자인 점을 고려할 때, 원·피고의 소송상 지위에 있어서 당사자 대등의 원칙의 예외를 인정해 줄 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 따라서 인지액의 경감 정도면 충분하지 소송비용의 유예해주고 실무상 거의 회수 가능성이 없는 국고금 채당까지 해주는 것은 부담하는 견해이다. 김정호, 앞의 논문, 117-118면.

그러므로 의원입법안처럼 비용예납의 유예 및 소송비용의 일부 또는 전부면제를 허용하고, 증권관련집단소송은 공익적 목적과 효과를 수반하는 것이고 그러한 소수주주의 보호는 부차적으로 기업의 투명성 제고에도 기여할 수 있으므로 인지액을 행정사건처럼 소가를 정액화하는 것이 이 법의 취지와도 어울릴 것이다.¹⁸²⁾

제2절 남소방지방안

1. 소장기재요건의 강화

미국 증권소송개혁법에 따르면 원고는 소답(pleading)절차에서 소장을 기재할 때에 오인을 야기하는 진술내용과 그 진술이 오인을 야기한 이유 등을 특정해야 하고, 책임부담 요건이 되는 주관적 상태에서 행동하였다는 강한 추정을 할 수 있는 사실도 특정해야 한다. 그리고 이와 같은 소장기재요건이 특정되지 않았다는 이유로 피고가 소각하신청을 제기하였다면 그 기간 동안 증거개시절차¹⁸³⁾는 정지된다. 미국은 이러한 소장기재요건을 강화함으로써 어느 정도 남소 방지에 효과를 거두었다고 한다.¹⁸⁴⁾

따라서 우리 법도 소장기재사항에 단순히 청구의 취지와 원인을 기재하여야 한다고 규정할 것이 아니라, 각 소송대상에 따라서 대표당사자가 소장에 피고의 불법행위의 내용을 구체적으로 특정하고 또 피고의 불법행위에 대한 고의나 사기를 강하게 추정할 수 있는 구체적인 증거를 제시하게 하고, 만일 대표당사자가 이러한 요건을 충족시키지 못하면 소송 초기에 소송불허가결정을 함으로써 위협소송으로부터 기업을 보

182) 최정식, 앞의 논문, 249면.

183) 미국의 증거개시절차(discovery)는 상대방에게 증인공술서, 증거물의 제출요구 등 권한을 부여함으로써 실질적인 소송의 증거와 쟁점을 법정에 현출할 수 있도록 하였다. 즉 당사자가 다른 당사자의 요청에 따라 그가 보관하고 있는 문서나 물건의 조사, 복사, 시험 등을 할 수 있도록 문서와 물건을 제출할 의무가 있다. 상대방이 불완전한 제출을 하였을 경우에는 법원의 명령을 얻어서 이를 강제할 수 있다. 미국식의 증거개시절차가 과도한 비용이 들어가는 단점이 있지만, 실제적 진실의 접근이 가능하고 남소방지에 도 효과가 있으므로 이 제도의 도입을 고려해 볼 가치가 있다(윤재윤, "미국의 민사소송상 증거개시절차의 운영현황과 우리의 도입가능성", 외국사법연수논집 제65집(11), 법원행정처, 1994. 12, 43-48면).

184) Adam C. Pritchard, *op. cit.*, pp.54-55.

호하여야 할 것이다. 즉 원고에게 피고의 위법행위에 대한 사기나 악의를 소송허가 신청단계에서 입증하도록 요구하고, 만일 원고가 이를 입증하지 못하거나 법관이 확신을 주지 못할 때에는 소송불허가결정을 함으로써 하찮은 소송과 변호사보수만을 노리는 소송을 조기에 차단함으로써 남소를 방지할 수 있을 것이다.¹⁸⁵⁾

2. 소송허가시 실체적 판단심리

소송허가여부에 대한 재판은 소를 제기하는 자와 피고를 심문하여 결정한다. 미국은 집단인가여부를 결정할 때에 공정성심리를 권장한다¹⁸⁶⁾. 그리고 집단인가결정을 함에 있어서 미국은 연방규칙 제23조의 인가요건만을 판단하는 것이 원칙이지만, 이 요건판단에 사건본안의 조사가 필요한 경우나 증거가 본안과 인가요건에 모두 필요한 경우에는 본안심리를 한다. 그리고 소답절차만으로 집단인가여부를 결정하기 어려운 경우 증거개시절차를 이용하여 집단인가의 요건인 전형성, 적절성, 공통 쟁점의 우월성 등을 심사한다.

그러므로 우리 법원이 소송허가심리를 형식적인 허가요건의 심사에 그치지 않고 청구원인을 특정하는 사실에 대한 구체적인 증거를 대표당사자에게 제시하도록 하고, 증인과 참고인들을 조사하거나 또는 이들의 진술을 들어서 소송의 실체를 파악한 후에 허가여부를 결정하여야 한다.¹⁸⁷⁾ 또 증거자료를 소지하고 있음에도 이를 제출하지 않을 경우에는 상대방의 주장사실을 인정하게 하거나, 자료의 제출책임을 부담하는

185) 개정안 : 제1항(소장기제사항) 청구의 취지와 원인에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 원고로 하여금 오해를 불러일으키게 한 피고의 행위, 2. 피고의 악의가 있었음을 추론케 하는 사실(전국경제인연합회, “증권집단소송제의 원활한 정착을 위한 보완과제”, 정책건의, 2004. 9. 9면).

186) 공정성심리를 할 때에 항상 증거의 제출이 허용되는 것은 아니다. 그리하여 어떤 사건에서는 증거조사를 위한 변론이 열리기도 하지만, 사실에 관한 다툼이 없는 대부분의 사건은 구두 주장만으로 공정성심리는 종결된다. 공정성심리시에 법원은 증인의 수 및 다른 증거의 수량을 제한할 수 있는 재량권을 가지며, 사실상의 쟁점에 관한 증거는 인가진술서, 약정서, 요청에 대한 답변서의 제출만으로 제한되기도 한다(최정식, 앞의 논문, 108면).

187) 현행법은 소의 제기시에 소장의 제출과 함께 소송허가신청서를 별도로 제출하는 방식을 채택하였다. 일부 견해는 소장의 기재요건을 강화할 것이 아니라 소송허가신청서의 허가신청원인(법 제9조 제6호)으로서의 집단소송을 제기하는 불법행위의 내용과 이러한 불법행위가 있었다고 판단하는 근거인 사실관계를 특정하도록 요구하고 법원은 이를 심리하여 소송허가 여부를 결정하도록 하는 것이 합리적이라고 한다(박준선, 앞의 논문, 109면).

자가 자료를 은폐한 경우에는 미국의 증거개시절차와 유사하게 소송방해로 간주하여 강한 불이익을 줌으로써 허가심리를 실질적으로 사건의 실체를 파악하는 심리방식으로 진행하여 실체를 파악한 후에 소송허가여부를 결정하여야 할 것이다. 한편 미국의 분리심리방식처럼 소송허가결정시에는 손해배상책임유무를 심사하고, 그 후 본안소송에서는 손해액의 입증을 하도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.¹⁸⁸⁾ 따라서 허가심리를 실제적 본안심리의 예비심리로 활용하여서 청구원인에 대한 증거가 없는 기회주의 소송을 차단함으로써 남소를 방지하여야 할 것이다.¹⁸⁹⁾

3. 비례적 책임도입 검토

미국의 경우 이미 증권집단소송제도가 시행되는 상황에서 연대책임 및 입증책임의 전환으로 인해 1980~1990년대 남소 등의 부작용이 나타났으며, 이를 해결하기 위한 방안으로서 1995년 증권소송개혁법을 제정하여 연대책임 대신 비례책임제도를 도입하였다.¹⁹⁰⁾

미국에서 연대책임으로 인하여 원고는 피고 중 경제적 자력이 충분하거나(deep pocket), 사회적인 평판이 좋은 피고를 선택하여 손해배상을 청구하는 사례가 많았다. 따라서 위법행위에 대한 책임의 정도가 미약한 사외이사, 회계법인 또는 변호사 등을 대상으로 한 소송이 빈번하였다. 이러한 연대책임은 자기의 과실비율을 초과하여 책임을 부담하게 하므로 합리적인 방법이 아니다. 따라서 증권소송개혁법은 고의없는 피고의 행위에 대하여는 비례 책임을 부담하도록 하였다. 이러한 비례책임이 회계사, 변호사 등 피고에게는 자신의 과실비율만큼 책임을 부담하므로 유리하지만, 충분한 피해배상을 원하는 원고는 이 규정 때문에 충분한 배상을 받지 못하는 불합리한 면이 있다. 그리고 연대책임은 인수인이나 감사인에게 회사감독의 동기를 유발시켜서 사기

188) 미국이 인가결정에 대하여 10일 간의 중간항고(interlocutory appeals)를 허용하여 항소심으로 하여금 인가결정의 타당성여부를 심사하도록 하고 있다. 우리는 7일간의 즉시항고를 허용하여 소송허가결정의 당부에 대한 심사를 하도록 하고 있다. 특히 불허가결정은 소송의 종료를 의미하므로 불허가결정에 대한 대표당사자의 즉시항고에 대하여는 적극적으로 변론기일을 열어서 대표당사자의 주장을 심도 있게 심사한 후에 결정을 하여야 할 것이다.

189) 최정식, 앞의 논문, 250-251면.

190) 전국경제인연합회, “증권집단소송에서 손해배상책임과 항변-비례책임제도의 검토”, 2005. 6, 8면.

를 방지하도록 하는 긍정적인 효과를 가져다주며, 또 명성 있는 인수인이나 전문가들은 자신의 명성과 평판효과(reputation effect) 때문에 기업의 명성과 아울러 감시기능을 충실히 수행하도록 하는 동기를 제공한다. 그러므로 남소를 방지하기 위한 비례책임은 이와 같은 회사감독의 동기 유발책을 마련한 후에 도입을 고려하여야 한다.¹⁹¹⁾

한편 우리 증권집단소송에서 과도한 소송비용의 부담과 대표당사자와 소송대리인의 소송관여의 제한 등으로 소제기가 매우 어려운 상태에서 비례적 책임을 도입하면 위법행위에 관여정도가 크지 않은 피고에게는 유리하겠지만 피해자들은 어렵게 집단소송을 제기하여 판결을 받은 후에 배상을 받지 못할 수도 있다는 점을 감안하여야 한다. 그러므로 남소방지장치로서의 비례책임제의 도입은 필요하지만 각종 제한 규정의 폐지와 연계¹⁹²⁾하여 도입여부를 결정하여야 할 것이다.¹⁹³⁾

제3절 실효성 확보 방안

1. 잔여분배금의 처리

손해배상액이 분배절차에 따라 각 구성원에게 분배된 이후 잔여금이 발생하였을 경우 그 잔여금을 어떻게 처리하여야 하는지의 문제가 있다. 증권관련집단소송에서 원고측의 구성원들이 소액 다수의 피해자들이므로, 각 구성원의 입장에서 청구하는 손해배상액은 그리 크지 않을 수도 있다. 그리하여 소송이 원고측의 승소로 종결되었다고 구성원 중 손해배상액이 극히 소액에 불과하거나 또는 기대하였던 금액에 미치지 못하는 경우 이를 포기해 버릴 수도 있다. 따라서 법원과 분배관리인은 관리비용과 사법의 개입을 최소화하면서 보상받지 못한 구성원에게 최대한의 이익이 될 수 있

191) Choi, Stephen J., "The Evidence on Securities Class Actions", 57 Vanderbilt Law Review 1465, (October, 2004), p.1515.

192) 비례책임제를 도입하는 경우 증권거래법 제14조에 해당 조문을 삽입하는 형태로 개정하여야 한다. 한편 외감법 제17조 제4항은 명시적으로 연대책임을 규정하고 있다. 따라서 비례책임제도를 도입하기 위해서는 외감법 제17조 제4항을 개정하여 비례책임을 명시해야 한다.

193) 최정식, 앞의 논문, 251-252면.

도록 분배계획을 마련하여야 한다.

우리 법은 분배잔여금을 피고에게 반환하는 방식을 채택하고 있다(법 제55조). 증권 집단소송에서 피고에게 분배잔여금을 반환하는 취지는 손해액산정이 정확히 이루어진 것이 아니기 때문에 잔여금을 피고에게 반환하는 것이 타당하다고 보는 것 같다. 그러나 판결에 의해서 확정된 손해배상금을 다시 피고에게 반환하는 것은 타당하지 않으며, 불법행위자로부터 판결에 의해 받은 불법이익을 다시 그에게 반환하는 것은 불법행위를 조장하는 결과가 된다. 그러므로 분배잔여금이 남아 있는 경우에 그 잔여금을 피고에게 반환할 것이 아니라 공탁을 하고,¹⁹⁴⁾ 피해구성원으로 하여금 공탁한 금액을 출급하는 공탁물출급청구권의 소멸시효인 10년 동안 찾아가게 한 후 국고로 귀속하는 방법을 택할 수 있을 것이다. 경우에 따라서는 더 짧은 5년 정도로 공탁물출급기간을 정하여 피해자에게 반환을 하고, 그 후 국고귀속을 할 수도 있을 것이다.¹⁹⁵⁾

2. 소송대체적 분쟁해결방식의 도입

변호사보수를 포함한 소송비용의 부담은 일반 서민이 법적권리를 행사하는데 장애가 되고 있으며, 소송비용을 절약하기 위한 방안의 하나로서 소송대체적 분쟁해결방안이 모색되어 왔다. 또 이 방안은 승패가 명확한 재판보다 당사자 쌍방에게 더 큰 만족을 줄 수도 있다. 그리하여 미국에서는 “분쟁해결의 대체적 방식(alternative methods of dispute resolution : ADR)이 각종 분쟁의 해결수단으로 사용되기 시작해¹⁹⁶⁾ 일반민사소송과 상사중재 등에서 이용되어 왔다. 특히 증권분쟁에서 소송대체적 분쟁해결방식은 일정한 정도의 역할을 할 것으로 보여 지는데 그 이유는 증권분쟁 처리기관이 상담이나 고충처리업무를 병행함으로써 증권분쟁을 사전에 방지할 수 있고, 소송과 달리 개인 투자자에 대한 후견적 활동을 광범위하게 할 수 있으므로 분쟁해결을 지원할 여지가 많기 때문이다.¹⁹⁷⁾

194) 장덕조·김기호, “증권관련집단소송법안의 검토”, 민주법학(통권24호), 2003, 399-400면.

195) 최정식, 앞의 논문, 255면.

196) 홍복기 외, “소송대체적 증권분쟁해결제도의 발전방안”, 증권거래소 연구용역 보고서, 한국상사법학회, 2004. 12, 163-169면.

197) 김성태, “자율규제기관에 의한 증권분쟁해결제도”, 기업법연구 제8집, 한국기업법학회, 2001, 597-598

ADR은 집단소송에서 이 사법적 해결 이전의 분쟁해결의 수단으로 이용될 수 있다. 집단소송의 심리 이전 또는 증거개시절차 이전에 ADR이 이용될 가능성이 있으며, 설사 분쟁을 완전히 해결하지 못하더라도 사건의 일정부분을 해결하거나 쟁점을 줄이고 증거개시의 범위와 소송의 장단점을 알게 하여 줄 수 있다는 점에서도 가치가 있다. 미국의 불법행위에 대한 집단소송의 소송대체적 분쟁해결제도로서 피청구인이 주축이 되어서 결성한 ‘분쟁해결기구’(Claims Resolution Facilities : CRF)가 있다. 이 기구는 공공기관은 아니지만 법원의 주도하여 결성한 기구로서 청구인은 CRF로부터 배상을 수락하고 소송상의 권리를 포기하거나 제한을 받게 된다. 다른 기구로는 ‘분쟁해결센터’(Center for Claims Resolution : CCR)가¹⁹⁸⁾ 있다.

우리 집단소송에서 소송대체적 분쟁해결제도의 도입은 당사자에게는 과중한 소송비용을 절약하게 할 수 있고, 기업도 법정에 가지 않고 분쟁을 해결함으로써 손해배상액의 경감과 기업의 이미지보호를 할 수가 있으므로 유익할 것으로 보인다. 그러나 민간분쟁해결기구를 활용하기 위해서는 기구의 공익성과 전문성이 확보되어야 하고, 무엇보다 법원이 분쟁기구의 설립과 운영에 관여 하여야만 실효성이 확보될 것이다. 따라서 추후 민간분쟁조정기구를 활용할 수 있는 법적 근거를 마련하고 분쟁기구의 조정결과를 법원의 허가를 받아서 그 효력이 발생하도록 하는 방안을 적극 고려해 볼 필요가 있을 것이다.¹⁹⁹⁾

3. 법원의 준비

우리 법은 법원의 주도적인 역할을 전제로 하여 법이 제정되었다. 즉 소송허가권한, 총원의 범위변경권한, 대표당사자선임권한과 소송수행금지권한, 소송진행 중 새로운 대표당사자의 허가권한, 소송허가신청 병합시 소송을 수행할 대표당사자 및 소송대리인을 정할 권한, 화해 및 소송포기나 취하의 허가권한, 재판진행시 직권증거조사와 구

면.

198) 이 기구는 1988년에 석면관련 개인 상해 청구를 해결하기 위해 설립된 기관이다. 이 센터는 소송을 제기하지 않은 청구인이 청구를 하면 이를 조사하고 필요한 경우에 독립적인 의료검사를 실시하여 적절한 배상을 제시한다.

199) 최정식, 앞의 논문, 255-257면.

성원신문 증거보전 등의 권한, 손해배상액을 합리적 방법으로 산정할 권한, 변호사보수 감액권한, 분배시에 분배관리인을 선임하고 분배계획안의 인가권한, 권리확인권한 등 거의 모든 권한을 법원은 행사한다.

가. 특별재판부 설치

한편 집단소송의 기간이 상당히 장기간일 것이고 또 통지나 공고, 소송허가, 분배의 처리 등 업무를 일반민사사건과 병행하여 심리하는 것은 부적절하므로 파산부처럼 특별재판부를 설치하는 것이 집단소송의 전문화를 대비하기 위해서도 바람직하다.²⁰⁰⁾ 그렇게 함으로써 전문법관이 본안의 가치 있는 소송과 가치 없는 소송을 용이하게 구별할 수 있고 피고들 사이의 책임비율도 분별할 수 있을 것이다. 그리고 집단소송에 대한 축적된 경험과 지식은 화해의 가능성을 높이고 복잡한 집단소송을 잘 헤쳐 나가도록 할 것이다. 특히 소송허가 심리과정에서 피고를 괴롭히고 변호사보수만을 목적으로 제기되는 기회주의소송을 조기에 차단하여 남소를 방지하고 또 효율적인 재판의 진행을 가능하게 할 것이다.²⁰¹⁾

나. 중간판결의 적극적 이용

증권집단소송의 심리는 손해배상의 원인 사실에 대한 심리와 손해배상액에 대한 심리로 구분된다. 원인사실은 대개 감독관청이나 수사기관의 조사결과에 의존하기 때문에 그것에 대한 심리는 간단하고 시간도 적게 걸릴 것이다. 많은 비용과 시간을 요구하는 것은 손해액의 입증이다. 따라서 원인사실이 성립하지 않는다면 손해액의 입증도 하지 않게 하는 것이 당사자 모두에게 유리하다. 그런데 현재 공동소송의 사례를 보면 이 두가지의 과정이 분리되지 않고 혼합된 상태에서 이루어진다. 따라서 원인사실에 대한 법원의 판단을 모르는 상태에서 손해액의 입증이나 항변을 위해 비용과 시

200) 서울중앙지법의 경우에는 기업법 전담재판부나 파산부가 맡을 수도 있을 것이나, 상장법인이 많지 않은 지방법원 본원에서는 소송건수가 많지 않아서 특별전담부를 만들기가 쉽지 않을 것이라고 한다(전원영, “증권관련집단소송법 해설”, 인권과 정의 제345호, 대한변호사협회, 2005. 5, 69면).

201) Stephen J. Choi, *op. cit.*, pp.1517-18.

간을 투입해야 한다. 만약 원인사실이 없는 것으로 판결된다면 손해액의 입증을 위해 투입된 비용과 노력은 낭비가 되어 버린다.²⁰²⁾

중간판결제는 이런 문제를 해결해 줄 수 있다. 즉 재판의 초기에는 원인사실의 존재에만 심리를 집중해서 신속하게 결론을 내리고 그것을 중간판결로 하는 것이다. 손해액의 입증은 원인사실이 있다고 인정된 사건에 대해서만 진행하게 한다. 이 제도는 민사소송법 제186조에 규정되어 있기 때문에 증권관련소송법에서 그것의 적극적 활용을 선언만 해주면 될 것이다.²⁰³⁾

제5장 결 론

우리 증권집단소송법은 유가증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제하고 이를 통하여 기업의 경영투명성을 높이기 위하여 제정되었다. 그런데 이 법의 제정과정에서 집단소송에 대한 남소에 우려 때문에 소제기를 어렵게 하는 다수의 규정이 포함되어 실제로 증권거래과정에서 손해를 입은 투자자들이 소송을 제기하는 것이 결코 쉽지 않게 되었다. 따라서 동 법의 실효성에 대한 의문이 제기되고 있다.

이와 같은 제한규정을 살펴보면, 동 법의 적용대상행위를 법이 정한 범위로 한정하고 있고, 법의 적용대상기업도 일정규모의 자산기준으로 제한하여 그 범위를 지나치게 축소하고 있다. 이러한 제한규정들은 증권투자자로 인한 소액다수의 피해자를 구제하기 위해 제정된 이 법의 취지와 목적에 부합하지 않는다. 따라서 ①공개매수신고서, 공고, 공개매수설명서와 관련한 공개매수자의 배상책임(증권거래법 제25조의 3) ②수시신고의무 불이행자의 배상책임(증권거래법 제186조 제4항) ③자기주식취득·처분신고서의 부실기재자의 배상책임(증권거래법 제189조의2 제5항) ④합병·분할·영업양

202) 김정호, 앞의 논문, 250면.

203) 김주영, 앞의 공청회 자료, 111-114면.

수도 신고서의 부실기재자의 배상책임(증권거래법 제190조의2 제3항)에 관하여도 이를 허용하여야 할 것이다.

한편 우리 법은 대표당사자와 소송대리인이 가능한 한 집단소송에 참여하는 것을 억제하고 있다. 미국 집단소송이 대표당사자의 소송관여 횟수를 3년에 5건으로 제한하였는데, 우리 법은 처음 시행하는 단계에서 대표당사자의 소송관여 횟수를 3년에 3건으로 제한하고 있다. 더구나 원고측 소송대리인의 소송 참여제한은 증권집단소송을 전문소송의 영역으로 발전하는 길을 차단하고 나아가 국민의 변호사선택권을 제한하는 것이며, 사적소송에서 국가권력이 피고기업만을 보호하는 편향적인 태도로서 타당하지 않다. 장차 지나친 남소로 인하여 기업이 감당하기 어려운 처지에 이르거나 특별히 피고기업을 보호하여야 할 만한 사정이 발생하면 그 때 입법을 통하여 제한을 할 수도 있을 것이다. 그리고 효율적인 재판을 위해서 전문화된 법원이 필요한 것처럼 집단소송을 수행하는 변호사도 전문화될 때에 피해자가 효과적으로 구제받을 수 있고 소송의 진행도 원활하고 경제적으로 수행될 것이다.²⁰⁴⁾

소송비용의 부담은 남소방지의 측면과 적절한 소송의 유인을 제공하는 측면이 동시에 있는데, 집단소송이 소액다수의 피해자를 구제하려는 제도임을 감안하면 대표당사자에게 과도한 소송비용을 사전에 마련하도록 요구하고, 더욱이 패소시에는 피고측 소송비용까지 부담할 경우도 있으므로 이와 같은 과중한 소송비용의 부담은 집단소송의 제기를 어렵게 한다. 따라서 일정 한도 내에서 소액주주들의 피해회복이 가능하도록 하기 위하여 소송비용측면에서 국가적인 배려가 있어야 할 것이다. 그러므로 비용예납의 유예 및 소송비용의 일부 또는 전부면제를 허용하고, 인지액을 행정사건처럼 소가를 정액화하는 것이 바람직하다.

미국은 소장기재요건을 강화함으로써 어느 정도 남소 방지에 효과를 거두었다고 한다. 따라서 우리 법도 단순히 청구의 취지와 원인을 기재하여야 한다고 규정할 것이 아니라, 각 소송대상에 따라서 대표당사자가 소장에 피고의 불법행위의 내용을 구체적으로 특정하고 또 피고의 불법행위에 대한 고의나 사기를 강하게 추정할 수 있는 구체적인 증거를 제시하게 하고, 만일 대표당사자가 이러한 요건을 충족시키지 못하

204) 집단소송을 수행할 전문원고변호사나 법인이 형성되지 않으면, 그 값을 시민단체 등이 메울 것이고 그 경우에 집단소송을 성공적으로 수행하여 승소하면 시민단체에 성공보수(contingency fees)를 지급하여야 한다는 주장도 있으나 타당하지 않다. 개인적인 불법행위소송을 사회운동단체에게 맡기는 것은 옳지 않으며, 합리적이고 어렵지 않게 변호사들이 집단소송에 참여할 길을 마련하는 것이 타당하다. 증권집단소송의 영역은 공적영역과 사적영역을 공유하지만 공공소송은 아니다.

면 소송 초기에 소송불허가결정을 함으로써 위협소송으로부터 기업을 보호하여야 할 것이다.

한편 증권집단소송제도가 악용되어 기업을 위협소송의 희생물을 삼으면 기업의 정상적인 발전이 저해될 가능성이 큰 것도 사실이다. 따라서 가치없는 소송으로부터 기업을 보호해야 할 필요가 있다. 이를 위해서 소송허가심리를 강화하여 원고로 하여금 피고의 위법행위를 구체적으로 특정하게 하고 동시에 피고의 악의를 추정하게 하는 증거를 제시하도록 하고, 만일 원고가 피고의 위법행위를 구체적으로 특정을 하지 못하거나 피고의 위법행위를 추론할 수 있는 악의나 고의 등에 대한 증거를 제시하지 못하면 소송불허가결정을 내림으로써 피고를 보호하여야 할 것이다.

미국에서 비례책임이 회계사, 변호사 등 피고에게는 자신의 과실비율만큼 책임을 부담하므로 유리하지만, 충분한 피해배상을 원하는 원고는 이 규정 때문에 충분한 배상을 받지 못하는 불합리한 면이 있다. 한편 연대책임은 인수인이나 감사인에게 회사 감독의 동기를 유발시켜서 사기를 방지하도록 하는 긍정적인 효과를 가져다 준다. 우리 증권집단소송에서 과다한 소송비용의 부담과 대표당사자와 소송대리인의 소송참여의 제한 등으로 소제기가 매우 어려운 상태에서 비례적 책임을 도입하면 위법행위에 관여정도가 크지 않은 피고에게는 유리하겠지만 피해자들은 어렵게 집단소송을 제기하여 판결을 받은 후에 배상을 받지 못할 수도 있다는 점을 감안하여야 한다. 그러므로 남소방지장치로서의 비례책임제의 도입은 필요하지만 각종 제한 규정의 폐지와 연계하여 도입여부를 결정하여야 할 것이다.

우리법이 많은 문제점을 가지고 있고 이해관계자들의 타협에 의하여 만들어졌기 때문에 불완전하여 과연 이 법이 얼마나 실제로 활용될 것인가에 대한 의구심이 드는 것이 사실이다. 하지만 법 시행 이후 긍정적인 효과도 나타나고 있다. 기업들은 이 법의 시행을 계기로 기업지배구조의 개선을 위해서 투명한 회계관행의 수립과 회계담당자와 법률가의 총원²⁰⁵⁾ 등을 통하여 불법행위의 예방을 위해 노력하고 있다.²⁰⁶⁾ 이러

205) 교수와 변호사 출신이 상장기업 사외이사로 인기가 높아지고 있다. 특히 증권집단소송제도 시행에 따른 대응 차원에서 변호사를 신규 사외이사로 선임하는 상장사가 늘어나는 추세다. 사외이사의 직업은 증권집단소송제의 도입 등과 관련, 변호사 출신이 11.4%(279명)로 전년대비 0.5%포인트 증가했고 교수 출신은 23.3%(567명)로 1.2%포인트, 언론인은 1.6%(38명)로 0.2%포인트 각각 늘었다. 한국경제신문, "사외이사, 변호사출신 늘고 경영인 줄어", 2006. 4. 4, (www.hankyung.com).

206) 최근 언론보도에 의하면 삼성그룹(경제연구소)의 경우 집단소송에 대비하여 분식회계 전문가인 금융감독원의 기업회계팀장을 임원으로 영입한 사실이 있다. 그 외, 삼성SDI는 전 세계 사업장을 연결하는 월 단위 재무제표를 도입한 것으로 알려지고 있으며, 현대/기아차는 구매·경리 등 모든 재무거래에 온라인 결제를 의무화하였다고 한다. SK는 모든 문서의 공시 여부를 사전 검토토록 의무화하였고 포스코는 판

한 준비와 노력들을 통하여 결과적으로 우리 기업들이 증권사기 등의 위법행위를 스스로 차단하여 기업의 투명성을 확보하고 증권시장의 발달에 기여함으로써 얻어지는 이익은 기업과 투자자들이 함께 공유할 수 있을 것이다. 미국의 증권집단소송이 기업의 투명성과 투자자의 보호역할을 수행하여 온 것처럼 우리 증권집단소송이 증권시장의 선진화에 기여하며, 우리 실정에 적합하고 동시에 실효성이 있는 소송제도로 정착할 수 있는 방안을 모색하기 위하여 노력하여야 할 것이다.

런 부서장과 CFO가 사전 검토·협의하는 공시위원회를 설치한 것으로 알려지고 있다. 김화진, “분식회계 범위설정관련 법령의 정비”, 전국경제인연합회 증권집단소송사례연구회, 2005. 4. 14, 12면.

參 考 文 獻

I. 國 內 文 獻

【단행본】

- 김건식·송옥열, 「미국의 증권규제」, 홍문사, 2001.
- 김정수, 「현대증권법원론」, 박영사, 2002.
- 김정호·박양균, 「증권집단소송제도의 경제학」, 자유기업원, 2000.
- 김화진, 「소유와 경영」, 박영사, 2003.
- 이시윤, 「新民事訴訟法」, 박영사, 2004.
- 이상복, 「증권범죄와 집단소송」, 삼우사, 2004.
- 전병서, 「민사소송법강의」 제4판, 법문사, 2002.
- 정윤모·손영락, 「증권집단소송과 투자자보호」, 한국증권연구원, 2001.
- 황동욱, 「증권관련집단소송 : 투자자들의 신무기」, 동현출판사, 2004.

【논 문】

- 강일원, “미연방민사소송절차에 있어 증거개시절차”, 민사재판의 제 문제 8권, 1994.
- 강태원, “집단소송에 관한 입법론적 고찰”, 연세대학교 박사학위논문, 1992.
- 권중호 외, “증권손해배상책임의 실제법적인 정비”, 증권거래소연구용역보고서, 사단법인 한국증권법학회, 2003. 11.
- 김성태, “소수주주 보호의 법리”, 울산대학교 사회과학논집, 2001.
- _____, “자율규제기관에 의한 증권분쟁해결제도”, 기업법연구 제8집, 한국기업법학회, 2001.
- 김영태, “미국 민사소송에서의 집중심리제도”, 외국사법연수논문(11), 법원행정처 재판자료 65집, 1994. 12.
- 김용찬, “증권관련집단소송제도에 관한 연구”, 한국외국어대학교 석사학위논문, 2003. 10.
- 김정호, “증권관련집단소송제도에 관한 범경제학적 연구”, 숭실대학교 박사학위논문,

2003. 9.
- 김주영, “증권관련집단소송법 시안에 대한 토론(VI)”, 증권관련집단소송법 제정 공청회 자료, 법무부, 2001.
- 김준기 · 김선용 · 박근용, “증권집단소송제의 도입에 대한 논의”, JURIST vol. 380, 2002. 5.
- 김진모, “미국 집단소송제도에 관한 연구”, 법무부 해외연수검사연구논문집(1) 16-1집, 2001, .
- 김홍규, “증권관련집단소송제의 도입과 남소의 방지”, 상장협 제49호, 2004. 3.
- 김홍엽, “미국 Class Action의 법리와 실제”, 법원행정처 재판자료 58집, 1992.
- 김화진, “미국의 회계증권 소송증권소송개혁법률이 우리나라 기업들에 미치는 효과”, BFL 제15호, 서울대학교 금융법 센터, 2004. 5.
- 노혁준, “증권투자자의 법적 구제와 그 한계-미국 사적증권소송개혁법(PSLRA of 1995)을 중심으로-”, 서울대학교 석사학위논문, 1998.
- 대한변호사협회 토론회결과보고서, “집단소송법제정의 필요성과 입법방향”, 2000. 11. 30.
- 박민영, “미국 Class Action 제도의 현황과 문제점”, 법무부 법무자료 제149집, 1992.
- 박준선, “증권관련집단소송에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 2005. 2.
- 법원행정처 송무심의관 이승한, 증권관련집단소송규칙해설, 2005. 2. 1.
- 송상현, “미국 Class Action의 재고”, 서울대학교 법학 제21권 1호, 1980. 12.
- 오정후, “증권집단소송법에 대한 민사소송법적 고찰” 증권법연구 5권 1호, 2004, 한국증권법학회.
- 윤재윤, “미국의 민사소송상 증거개시절차의 운영현황과 우리의 도입가능성”, 외국사법연수논집 제65집(11), 법원행정처, 1994. 12.
- 이세인, “증권관련집단소송제도 운영에 관한 제안”, 한국기업법학회 기업법연구 제19호 제4호, 2005.
- 이용희, “미국의 집단소송제도와 증권관련집단소송법안의 몇가지 점에 관한 고찰”, 서울대학교석사학위논문, 2002.
- 이철송, “문제가 명확히 예상된다면 사전보완 감행 건요”, 전경련 제474호, 2004, 5.
- 이한득, “미국사례로 본 증권집단소송의 명암”, 주간경제 695호, 2002. 1. 23.
- 이형규, “기업지배구조개혁의 미해결과제”, 상사법연구 제20권 제2호, 한국상사법학회.

2001. 8,
- 장덕조·김기호, “증권관련집단소송법안의 검토”, 민주법학 제24호, 민주주의법학연구회, 2003.
- 전국경제인연합회, “기업지배구조 개선방안의 제문제”, 정책건의, 2000. 10.
- _____, “증권관련집단소송제”, 2000. 10.
- _____, “증권집단소송에서 손해배상책임과 항변-비례책임제도의 검토”, 2005. 6.
- _____, “증권집단소송제의 원활한 정착을 위한 보완과제”, 정책건의, 2004. 9.
- 전삼현, “증권집단소송제 시행을 위한 보완과제”, 증권관련집단소송제 시행관련정책토론회 자료, 전국경제인연합회, 2004. 8. 26 토론회.
- 전원영, “증권관련집단소송법 해설”, 인권과 정의 제345호, 대한변호사협회, 2005. 5.
- 정동윤, “미국의 대표당사자소송-그 운영 실태와 도입상의 문제점-”, 법무자료 제149집, 법무부, 1991.
- 정윤모, “집단소송이 증권시장에 미치는 영향”, 증권 제109호, 한국증권업 협회, 2001.
- 최병욱, “소액주주 보호방안으로서의 집단소송에 관한 연구”, 조선대학교 석사학위논문, 2005. 8.
- 최정식, “증권집단소송제도에 관한 법적연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2005. 7.
- 함영주, “우리나라 집단분쟁현황과 집단소송법시안에 대한 고찰”, 안암법학, 새창출판사, 1998.
- 홍복기 외, “소송대체적 증권분쟁해결체도의 발전방안”, 증권거래소 연구용역 보고서, 한국상사법학회, 2004. 12.

II. 外國 文獻

【단행본】

- Baicker-McKee, Steven & Janssen, William M. & Corr, John B., “Federal Civil Rules Handbook, Millenium Edition”, St. Paul. Mn. West Group, 2000.
- Friedenthal, Jack H. & Kane, Mary Kay & Miller, Arthur R., “Civil Procedure, Third Edition”, St. Paul. Mn. West Group, 1999.
- Klonoff, Robert H., “Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell”, St.

Paul, Mn, West Group, 1999.
Seligman, Joel & Louis Loss “Fundamentals of Securities Regulation, Fourth Edition”,
Aspen Law & Business, 2000.

【논문】

Choi, Stephen J., “The Evidence on Securities Class Actions”, 57 Vanderbilt Law
Review 1465, (October. 2004).
Lawrence J. Zweifach, & Samuel L, Barkin., “Recent Developments in The Settlement
of Securities Class Actions”, Pli Order No. B0-0113, Corporate Law and Practice
Course Handbook Series, (November 8-10. 2001).
Macey, Jonathan R. & Miller, Geoffrey P., “The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class
Action and Derivative Litigation : Economic Analysis and Recommendations for
Reform”, 58 U. Chi. L. Rev. 1, (Winter. 1991).