

證券關聯集團訴訟과 比例的 責任(Proportionate Liability)에 관한 小考*

—도입여부와 추가부담재판에 관한 고찰을 중심으로—

崔 文 僖

(강원대 법대 전임강사)

【초 록】

2005년 1월 1일 증권관련집단소송법(“집단소송법”)이 시행되었다. 집단소송법에 관해서는 제정 논의시부터 줄곧 참여한 의견대립이 있어 왔지만, 제도가 시행된 현재에는 이것이 이해관계자들에게 미치는 영향과 관련된 논의가 필요할 것이다. 이러한 차원의 논의의 중핵에 해당하는 것 중 하나가 비례적 책임이라 할 수 있는데, 근래 집단소송법의 도입과 더불어 비례적 책임의 도입도 동반되어야 한다는 의견들이 개진되어 왔다.

연대책임은 손해전보와 위법행위 억지에 충실할 수 있지만, 이 목적을 위해서 반드시 연대책임 형태를 취해야만 하는 것은 아니다. 더구나 연대책임은 귀책비율이 낮은 피고에게는 지나친 부담이 될 수 있을 뿐만 아니라, 연대책임의 운용비용이 결과적으로 투자자들에게 전가되는 수가 있으므로 투자자측에게도 반드시 유리한 정책인 것만도 아니다.

이 글은 위와 같은 문제점을 고려할 때 연대책임을 수정하여 비례적 책임을 도입하는 것을 고찰하고 있다. 먼저 제도 도입의 기초 작업으로 비례적 책임을 도입한 미국법의 개요를 간단히 살펴보고 있다. 주로 적용범위와 요건, 귀책비율의 결정, 집행불능시 추가부담재판 문제를 다루고 있다.

이어서 우리나라에 비례적 책임의 도입시 고찰할 사항을 항목별로 나누어 서술하고 있는데, 이 중 중요한 사항만 간추리면 다음과 같다. 먼저 비례적 책임을 인정하기 위해서는 반드시 입법이라는 형식을 취해야 하는가, 즉 현행법 하에서 실무상 또는 해석론상 비례적 책임을 허용할 여지는 없는지 고찰한 후, 비례적 책임을 인정하기 위해서는 입법을 통할 수밖에 없음을 논급하고 있다. 다음에 비례적 책임을 도입했을 때 집행불능 부분이 있을 경우에 미국법과 같은 추가부담재판을 허용할 것인지 고찰하고 있다. 추가부담재판은 비례적 책임에 충실할 경우 법리적 근거가 박약할 뿐만 아니라, 정책적 측면, 헌법적 측면, 소송법적 측면, 소송경제적 측면에서 볼 때 허용하지 않는 것이 바람직하다고 하고 있다. 마지막으로 비례적 책임을 도입할 경우 법체계적 관점에서 고려해야 할 사항들을 다루고 있다. 비례적 책임을 집단소송에서만 인정할 것인지, 비례적 책임에 관한 근거규정을 어느 법에 둘 것인지, 집단소송의 모든 청구유형에 적용할 것인지 고찰하고 있다.

맺음말에서는 비례적 책임 도입의 전망과 향후 연구과제를 제시하고 있다. 비례적 책임의 도입이 법원의 역할, 증권관례, 보험시장에 미치는 영향을 전망하고 있으며, 향후 연구과제로서 손해배상액 제한과의 비교 연구, 추가부담재판에 대한 본격적 논의의 필요성을 강조하고 있다.

주제어 : 증권관련집단소송법(집단소송법) / 증권관련집단소송(집단소송) / 사적증권소송개혁법 / 비례적 책임 / 연대책임 / 추가부담재판

【차 례】

I. 머리말

II. 사적증권소송개혁법상 비례적 책임의 개요

1. 입법배경과 취지
2. 인적 적용범위 및 행위요건

3. 귀책비율 결정
4. 집행불능과 추가부담

III. 비례적 책임의 도입여부와 고려사항

1. 총 설
2. 도입의 논거
3. 현행법상 비례적 책임의 허용여부
4. 적용범위 및 행위요건
5. 귀책비율 결정
6. 집행불능시 추가부담재판
7. 법체계적 관점에서의 고려사항

IV. 맺음말

I. 머리말

도입 논의 당시부터 세간의 이목을 집중시키고 열띤 논의를 불러일으켰던 증권관련집단소송법(이하 “집단소송법” 또는 “법”)이 바야흐로 올해 1월 1일 시행되었다.¹⁾ 머지않아 코스닥 상장회사의 불공정거래 행위와 관련해 처음으로 증권관련집단소송(이하 “집단소송”)이 제기되는 사례도 등장할 전망이다.²⁾ 그 동안 집단소송에 관해서는 많은 논의가 이루어져 왔음은 주지의 사실이지만, 이 논의들은 주로 집단소송의 도입 필요성, 남소 방지 또는 제소 인센티브 증대를 위한 제도개선, 과거분식 처리의 유예여부에 관한 사항들을 다룬 것이었다. 일부에서는 집단소송법의 개별 규정에 대한 해석론을 개진하고 실무상 문제점들을 검토하기도 하였다.³⁾ 이 쟁점사항들에 관해서는 현재까지도 각계, 특히 기업·회계법인측과 투자자양측에 상이한 문제의식이 자리잡고 있으나,⁴⁾ 이 지면을 통해 각 견해의 당부에 관한 논의를 재차 시도하는 것은 불필요할 뿐만 아니라 유익하지도 않으리라 본다. 집단소송이 시행된 현재에는 기존의 논의들에서 나아가 집단소송이 제기된 경우 당사자들에게 미치는 현실적 영향을 분석하고 이에 대한 대책을 수립하는 것이 필요하다. 이러한 관점에서 집단소송의 도입과 더불어 우리 증권거래법상 연대책임 규정(제14조 등)의 재고를 요청하는 목소리는⁵⁾ 이즈음에 시의적절한 문제제기일 것이다.⁶⁾

현행법상 집단소송의 피고가 될 수 있는 자는 회사·회사의 이사·인수인·자신의 의견이 기재되는 것에 동의하고 내용을 확인한 자·공인회계사·변호사 등이다.⁷⁾ 우리 법이 명시하고 있지는 않지만 이 주체들 사이의 책임의 성질은 부진정연대책무이고,⁸⁾ 부실감사행위에 대해서는 특히 명문으로 연대책임을 규정하고 있다(증권거래법 제197조, 주식회사의외부감사에 관한법률 제17조 제4항). 연대책임하에서는 손해배상책임이 인정된 피고라면 누구든지 원고에게 손해액 전부를 배상해야 하고, 원고로서는 누구든지 자신이 원하는 자를 상대로 집행을 구할 수 있다.

다수의 피고들에게 연대책임을 부담시키는 정책은, 투자자들을 보다 두텁게 보호하려는 투자자에 대한 손해전보(compensation)와 배상주체들의 위법행위 억지(deterrence)를 강조하는 차원에서는 일응 수긍할 수 있다. 그러나 후술하듯 투자자의 손해전보와 위법행위 억지력을 기하기 위해서 반드시 연대책임 정책을 취해야 할 것은 아니다.⁹⁾

한편, 책임주체에 미치는 영향 및 그 파급효과를 직시할 때에는 다음 몇 가지 점에서 연대책임의 불합리성이 보다 분명해진다. 우선, 원고가 손해발생에 가장 큰 기여를 한 자가 아니라 가장 자력이 풍부한 자를 상대로 소송을 제기하거나 이들에게 집행을 한다면 귀책사유

나 귀책비율 여하를 불문하고 배상자력이 풍부한 자가 손해액을 전부 배상해야 할 수 있다.10) 이 때 회사와 거래관계에 있는 자(인수인, 회계법인, 변호사)들은 자신들의 배상책임 위험을 커버하기 위한 비용을 그들이 제공하는 업무가격에 반영시킬 것이다.11) 회사의 이사들도 배상책임을 부담할 수 있다는 염려 때문에 회사로 하여금 임원배상책임보험(Directors' & Officers' Liability Insurance; 이하 "D&O 보험")에 가입시켜 줄 것을 요구하거나, 보상한도가 종전보다 더 높은 보험에 가입해 줄 것을 요구하게 될 것이다.12) 배상주체들의 책임위험 증대에 따라 보험료는 더 높아지거나 보험가입 자체가 더 어려워질 수도 있다.13) 이처럼 연대책임 제도하에서는 그렇지 않은 제도에 의할 때보다 높은 제도운용비용이 소요되며 이 비용은 집단소송의 예상수혜자인 투자자들도 나누어 부담하게 된다.14) 더 나아가 연대책임에 의하면 거액의 배상금을 이사가 모두 부담하게 될 가능성도 있는데, 이것은 회사지배구조 측면에서도 재고할 필요가 있다. 지나치게 높은 책임위험 때문에, 회사로서는 사외이사를 영입하는 데 어려움을 겪을 수 있고,15) 이들을 영입하기 위해 보험가입 비용 등 더 많은 비용을 지출해야 하기 때문이다.16)

이 글에서는 이같은 문제점에 비추어 증권거래법상 연대책임규정의 개정 필요성을 검토하고자 한다. 다만, 여러 배상주체들 중에서 이사의 책임에만 한정해서 살펴보기로 한다.17) 논의의 순서는 다음과 같다. 먼저, 증권소송에서 연대책임(joint and several liability)의 문제점을 처음으로 직시하고 "비례적 책임"(proportionate liability)18)을 도입한 미국의 1995년 사적증권소송개혁법(Private Securities Liability Reform Act of 1995; 이하 "PSLRA")의 비례적 책임에 관한 규정의 개요를 살펴본다(II). 이어서 미국의 비례적 책임에 관한 제 규정에 대한 이해를 바탕으로 우리나라에서 비례적 책임을 도입할 것인지 여부와 도입시 고찰해야 할 사항을 항목별로 검토한다(III). 마지막으로 비례적 책임의 도입과 관련된 향후 전망과 추후 연구과제를 제시하면서 글을 맺는다(IV).

II. 사적증권소송개혁법상 비례적 책임의 개요19)

1. 입법배경과 취지

미국에서는 증권법상 손해배상책임에 관련된 피고가 다수인 경우, 이 공동피고들은 법률 규정20) 또는 판례21)에 의해 연대책임을 부담하였다. 공동피고에는 발행회사나 회사의 이사와 같은 "1차적 위반자"(primary violator)뿐만 아니라, 회계사·법률회사·은행 기타 증권사기에 소극적으로 가담한 "2차적 위반자"(secondary violator)도 포함되어 있었다.

그런데 연대책임에 의하면 사기행위에 관여한 정도가 낮은 자가 책임 전액을 부담하게 되어서 사외이사와 같은 자에게는 가혹한 면이 있었다.22) 또한 원고는 공동피고 중 누구든 자력이 풍부한 자, 예컨대 회계법인을 겨누어 소송을 제기할 인센티브가 있었고, 피고가 된 자는 귀책비율과 상관없이 전 손해액을 배상할 위험을 감수해야 했다.23) 일단 피고가 되면 방어를 위해 막대한 소송비용을 부담해야 했을 뿐만 아니라 패소하면 전 손해액을 배상할 위험 때문에, 피고들은 원고가 제시하는 화해에 응할 수밖에 없었다. 이 때문에 실제 2차적 행위자의 범위반 여부가 불확실하더라도 무모한 소송이 제기되었고, 피고가 된 자는 손해발생에 기여한 과실 정도가 낮더라도 높은 금액의 화해에 응하게 되었다.24)

회계법인 등 상대적으로 사기행위에 관여한 정도가 낮은 피고들은, 귀책비율이 낮아도 거액책임을 부담할 위험에 처하였고 화해압력을 받고 있었기에 연대책임 규정의 개정을 선두에 서서 요구하였다.25) 연방의회는 2차적 위반자가 부담하는 소송비용과 화해압력이 비단 그들뿐만 아니라 투자자에게도 나쁜 영향을 미친다는 점을 인식하였다. 회계사들은 감사보수 인상을 통해서, 혹은 소송위험이 높은 회사와는 거래하지 않는 방법에 의해 자신들이 지

출한 소송비용과 화해비용을 고객에게 전가하게 되는데, 투자자들은 이 비용의 일부를 떠안게 된다는 것이다.²⁶⁾

위와 같은 문제점을 인식하고 의회는 1995년 사적증권소송개혁법(PSLRA)을 제정하여²⁷⁾ 일정한 범주의 피고에 대해서는 연대책임을 적용하지 않고 귀책비율에 응한 비례적 책임을 부담시키는 것을 허용하기에 이르렀다.²⁸⁾ 이하에서는 비례적 책임과 관련된 규정들을 구체적으로 살펴보기로 한다.²⁹⁾

2. 인적 적용범위 및 행위요건

비례적 책임에 관해서는 1934년 증권거래소법에서 상세히 규정하고, 1933년 증권법은 1934년 증권거래소법의 규정을 준용하게 되어 있다.³⁰⁾

(1) 적용범위

책임주체와 관련하여, 1934년 증권거래소법상의 비례적 책임은 그 법에 따라 제기된 사적 소송에서의 모든 피고에게 적용되며,³¹⁾ 1933년 증권법상의 비례적 책임은 그 법에 따라 제기된 사적 소송에서의 사외이사(outsider director)에게 적용된다(1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(10)(C); 1933년 증권법 Sec.11(f)(2)(A)). 이 때 사외이사의 개념은 SEC가 정하는 규칙에 의한다(1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(10)(D); 1933년 증권법 Sec.11(f)(2)(B)).

1933년 증권법 제11조에 기한 소송³²⁾에서 사외이사에 대해서만 비례적 책임 부담을 허용한 이유는, 사외이사에게는 특히 연대책임을 부담시키는 것이 가혹하고 연대책임을 부담시키게 되면 회사로서는 사외이사를 영입하기 어렵게 된다는 점을 참작하였기 때문이었다.³³⁾ 위 규정에 따라 사외이사는 부실표시를 발견하는데 “due diligence”를 하지 않았거나 과실로 부실표시를 알지 못한 경우에는 비례적 책임을 부담한다.

(2) 행위요건

피고가 증권법 위반을 “알면서”(knowingly) 행한 경우가 아니어야 한다(1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(2)(A); 1933년 증권법 Sec.11(f)(2)(A)). 1934년 증권거래소법은 어떠한 경우가 “증권법 위반을 알면서” 한 행위인가에 관해 정의규정을 두고 있다.³⁴⁾

이에 따르면 (i) 중요사실에 대한 허위표시 또는 오인을 유발하는 기재누락과 관련해 소송이 제기된 경우: (I) 피고가 알면서 당해 허위표시를 했거나 기재누락에 의해 피고의 중요사실 중 어느 하나가 허위가 된다는 사실을 알면서도, 오인을 유발하지 않도록 하는 데 필요한 사실의 기재를 누락하였고, (II) 피고가 그 부실표시 또는 기재누락을 합리적으로 믿은 경우, (ii) 위 (i)의 행위에 근거한 소송이 아니라 하더라도, 피고가 증권법 위반에 해당한다는 사실과 상황을 알면서 증권법 위반행위를 했다면 “증권법 위반을 알면서” 행위한 것이다.

위 규정에 따라 허위표시나 기재누락(“부실표시”)에 기인한 소송에 있어서는, 연대책임을 부담하게 되는 피고는 실제 그 부실표시를 한 자에 한정될 것이고, 나머지 피고는 위반행위에 깊이 관여했다 하더라도 비례적 책임만 부담하게 된다.³⁵⁾

“알면서” 위반행위를 한 피고는 종전과 같이 연대책임을 부담한다(1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(2)(A)). “알면서” 한 경우가 아니면 비례적 책임이 적용되므로, “reckless”하게 위반행위를 한 피고도 비례적 책임만 부담한다(1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(10)(B)).

3. 귀책비율 결정(determination of responsibility)³⁶⁾

(1) 사실 확정

피고들이 비례적 책임을 부담하는 때에는, 공동피고들이 손해에 기여한 정도를 정확히 판단

하는 것이 무엇보다 중요할 것이다. 이에 따라 1934년 증권거래소법은 법관 또는 배심원으로 하여금 i) 피고들이 증권법을 위반했는지 여부, ii) 원고의 손해에 원인을 제공했거나 (cause) 기여한(contribute)(이하 양자를 “기여한”으로 통칭) 모든 자들의 총 과실(total fault)에 대한 피고의 귀책비율, iii) 피고가 알면서 증권법 위반행위를 했는지 여부에 관한 사실을 확정할 것을 규정하고 있다((A)항).

(2) 귀책비율 결정시 고려사항

원고가 받을 총배상액과 손해에 기여한 피고들의 총 배상액에 대한 귀책비율을 정해야 한다 ((B)항).

“알지 않고” 위반행위를 한 피고가 있는 때에는 귀책비율 배분(fault allocation)이 극히 중요하다. 그런데 1934년 증권거래소법에서는 귀책비율을 정하기 위한 지침을 그다지 구체화하고 있지는 않고, 원고가 입은 손해에 기여한 자의 행위의 성질, 위반행위와 손해간의 인과관계의 성질과 비율을 고려하도록 하고 있다((c)항).

위반행위에 연관된 자들의 행위는 그 성질 면에서 차이가 있을 것이다. “reckless”하게 위반행위를 한 자는 비난가능성 면에서 고의의 위반행위자(willful wrongdoers)보다 귀책비율이 낮을 것이고, 귀책비율이 낮으면 부담하게 될 책임액도 낮게 된다.³⁷⁾ 이와 같이 “Scienter”의 단계화를 통해 귀책비율을 정하게 되므로, 비례적 책임은 귀책비율과 책임을 연관시키게 되고, reckless하게 위반한 행위자가 부담하게 될 책임액은 상당히 감소될 것이다.

4. 집행불능과 추가부담(uncollectible share)³⁸⁾

(1) 추가부담재판의 필요성

증권법 위반행위임을 “알지 않고” 위반한 피고는 귀책비율에 응해서만 손해배상책임을 부담한다. 그리하여 공동피고들 중 파산 등에 의해 배상자력이 없게 된 자가 있으면 원고는 배상액을 전부 전보받지 못할 위험에 처하게 된다. 공동피고들이 모두 “알지 않고” 위반행위를 한 경우에는 더욱 그러할 것이다. 이러한 경우 손해 전액을 전보받지 못하는 원고의 입장을 고려하여, 법은 비례적 책임을 부담하는 피고에게 그의 귀책비율을 넘어서 추가로 배상책임을 부담시키는 의무에 관한 규정을 두고 있다.

(2) 절 차

최종판결 후 6월이 경과한 후에도 배상액의 전부 또는 일부를 받지 못한 원고의 신청(motion)이 있으면 법원은 비례적 책임을 부담하는 자들에게 미이행된 배상부분을 추가로 부담하게 한다((A)항).

그런데 추가부담재판 신청을 위한 기간으로 최종판결 후 “6월”의 기간을 정한 것에 대해서는, 소액투자자들이 추가부담소송을 제기하기에는 짧은 기간이라는 비판이 있다.³⁹⁾

(3) 추가부담의 요건

비례적 책임을 부담하는 피고는 다음 두 가지 경우에 추가로 배상할 의무가 있다.

첫째, 원고의 재산 규모가 일정 수준 미만이고, 원고가 입은 손해액이 원고의 재산 중 일정 비율 이상인 경우이다. 즉 원고측에서 “최종판결의 판결액이 원고의 순재산(net worth)⁴⁰⁾의 10% 이상이고, 원고의 순재산이 200,000달러 미만”임을 입증한 경우에는, 원고가 배상받지 못한 부분에 대해서 피고 전원이 연대해서 배상해야 한다((A)(i)). 미이행된 배상액에 관해서 다시금 “연대책임”이 작동한다. 이 때 유의할 점은, 비례적 책임을 부담하는 자가 판결액에 대해 바로 연대책임을 부담하는 것은 아니고, 각 피고는 귀책비율에 응해 각별로 비례적 책임을 부담한 후, 미이행 부분에 대해서 연대책임을 부담한다. 이러한 예외규정을 둔 이유는 손해를 전부 전보받지 못할 위험을 안은 소액투자자를 보호하기 위함이다.⁴¹⁾

원고가 입은 손해액이 원고의 재산에서 차지하는 비율을 피고의 추가책임부담과 연관시키는 것에 대해서는, 소액투자자가 하나의 증권법 위반행위 때문에 자산 중 상당부분을 잃는 경우를 상정하기가 어렵다는 이유로 비판이 가해지고 있다.42) 또한 원고의 재정상태를 피고의 추가부담 요건으로 규정한 것에 관해서는, 헌법상 평등원칙에 반한다는 점, 원고의 순자산의 범위에 대해 분쟁이 일 수 있다는 점, 원고 구성원들을 200,000달러 미만인 원고들로 구성된 그룹과 그렇지 않은 그룹으로 나누게 된다는 점 때문에 의문을 표시하는 견해가 있다.43)

둘째, 위 첫 번째 범주에 속하지 않는 원고들이 완전 배상을 받지 못한 때에는, 비례적 책임을 부담하는 피고가 원래 책임비율에 의해 부담해야 할 책임액의 50%까지 추가로 부담하도록 규정하고 있다((A)(ii)). 추가되는 금액은 피고들의 귀책비율에 따라서 각 피고들에게 할당된다.

위 두 가지 중 어느 경우든 추가부담액의 총액이 원고가 이행받지 못한 배상액을 초과할 수 없음은 물론이다((A)(iii)).

(4) 추가부담자의 구상권(right of contribution)44)

집행불능 부분에 대해 추가로 배상한 자는 구상권을 행사할 수 있다. 이 때 구상권 행사의 상대방은, 원래 집행불능 부분을 배상할 의무가 있는 자, 연대책임을 부담하는 자, 귀책비율보다 낮은 비율로 추가로 배상한 자이다.

III. 비례적 책임의 도입여부와 고려사항

1. 총 설

앞서 미국의 비례적 책임에 관한 규정을 개략적으로 살펴보았다. 미국법에 대한 고찰에 비추어 볼 때 우리나라에서 비례적 책임을 도입함에 있어서는 다음 사항들에 대한 검토가 필요하다. 우선 비례적 책임 도입의 논거이다. 이를 손해전보와 위법행위억지 관점에서 살펴본다(2.). 다음으로 비례적 책임을 인정하기 위해서는 반드시 입법을 해야만 하는지, 달리 말하면 현행법하에서도 판례나 해석론으로 비례적 책임을 인정할 여지는 없는지 검토한다(3.). 이어서 비례적 책임의 적용범위와 행위요건(4.), 배상주체들 사이의 귀책비율 결정문제(5.)를 서술한다. 집행불능 부분이 있을 경우에 미국법에서처럼 배상의무자들에게 추가배상의무를 부담시킬 것인지에 관해서는, 원고 투자자에 대한 손해배상 충실이라는 관점과 비례적 책임의 도입 의의 및 법체계적 관점 중 어느 것에 중심을 둘 것인가에 따라 첨예하게 의견이 대립될 수 있는 문제이다. 그리하여 우리 법에도 추가부담재판을 규정하는 것이 바람직한지의 문제를 다룬다(6.). 마지막으로 비례적 책임을 도입할 경우 고려해야 할 몇 가지 법체계적 문제를 다룬다(7.).45)

2. 도입의 논거

비례적 책임의 도입론에 관해서는 다음 두 가지 관점에서 의문을 표시하는 견해가 있을 것이다.46) 첫째, 비례적 책임에 의하면 손해를 입은 투자자가 손해를 전부 전보받지 못할 위험에 빠진다는 점이고,47) 둘째는, 비례적 책임 때문에 배상주체에 대한 위법행위 억지력이 약화되지 않는가 하는 점이다. 이 두 가지 의문을 검토해 봄으로써 비례적 책임의 도입 논거를 살펴보기로 하자.

먼저 첫 번째의 의문과 관련해서는, (연대책임을 부담시킬 때에 비해) 비례적 책임에 의할 때 피해자에 대한 손해전보에 충실하지 않게 될 위험은 제한된 상황에서만 발생한다. 우선 피고가 모두 자력이 있는 경우라면 배상재원의 면에서 비례적 책임이 연대책임보다 원고에게 더 불리하지 않다. 피고 전원으로부터 귀책비율에 따른 배상액을 모아 손해 전액을 배상

받을 수 있기 때문이다.48) 피고 중에 배상자력이 있는 자가 아무도 없을 때는 연대책임에 의하든 비례적 책임에 의하든 피해자가 배상을 받지 못하기는 마찬가지이다.

두 정책의 차이는 피고 중에 배상자력이 없는 자가 일부 있는 경우에 비로소 드러난다. 예컨대, 손해발생에 10%의 기여를 한 피고가 배상자력이 없는 경우, 비례적 책임에 의하면 원고는 이 피고의 부담부분인 10%에 해당하는 금액을 배상받지 못한다. 그리하여 연대책임 하에서라면 공동피고들이 떠맡는 “무자력 피고”의 위험을 비례적 책임의 세상에서는 원고가 떠안게 되는 것이다.49)

비례적 책임하에서 원고가 배상을 받지 못할 위험은, 비례적 책임의 열개를 어떻게 짜느냐에 따라 감소시킬 수 있다. “증권법 위반을 알고서 한” 행위자에 대해서는 연대책임을 유지하는 미국법의 태도처럼, 일정한 유형의 행위자, 예컨대 고의행위자에 대해서는 여전히 연대책임을 부담시키는 것도 그 중 하나라고 할 수 있다.50) 문제는 연대책임을 부담하는 피고가 배상자력이 없거나, 피고 전원이 비례적 책임을 부담하는 자들인데 그 중 일부가 배상자력이 없는 경우이다. 이러한 경우에는 원고가 배상을 받지 못할 위험은 높아진다. 그러나 이러한 제한적인 상황을 가정하여 피고들의 책임을 어느 경우에도 연대책임으로 하는 정책이 옳은가는 의문이다.

두 번째의 의문에 관해서는 비례적 책임이 피고들에 대해 위법행위 억지력을 약화시키는 효과가 그다지 분명하지 않다는 점을 언급할 필요가 있다.51) 귀책비율에 비해 지나치게 큰 배상액을 부담시키는 것이 오히려 더 억지력을 발휘하지 못할 수도 있다.52) 나아가 위법행위의 억지기능을 하는 것은 손해배상책임 등의 책임규정뿐만 아니라, 피고의 평판(reputation)에 대한 염려53) 등 성문법 외의 규범(soft norm)54)도 있다. 이러한 규범의 존재 때문에 피고들은 여전히 위법행위를 하지 않을 인센티브를 갖고 있다.

마지막으로 연대책임에 의해 피고들에게 거액의 배상액을 부담시키는 정책이, 오히려 원고 투자자에게 불리하게 영향을 미치는 경우도 있을 수 있음을 언급할 필요가 있다. 배상액이 거액에 달하는 경우에는, 특히 배상주체의 “귀책”여부가 첨예하게 다투어지는 상황이라면 더욱 더, 법원이 거액책임을 부담시키는 것이 피고에게 가혹하다고 판단하여 배상책임 자체를 아예 부정하는 사태도 일어날 수 있기 때문이다.55)

3. 현행법상 비례적 책임의 허용여부

(1) 입법의 필요성 검토

이 글은 집단소송에서 다수의 배상주체들의 배상책임을 비례적 책임으로 규정하는 것에 관한 시론이다. 그런데 비례적 책임을 인정하기 위해서 반드시 입법을 통해야만 하는지에 관해서는 논급할 필요가 있다. 우리 법의 해석론이나 근래의 법원의 판결에 비추어 볼 때, 입법이 없이도 법률의 해석이나 판결을 통해 비례적 책임을 부담시킬 수 있거나, 결과적으로 비례적 책임과 같은 효과를 인정할 여지가 있다는 입론이 있을 수도 있기 때문이다.

아래에서는 먼저 다수의 배상주체들간의 책임을 연대책임으로 정하고 있는 규정에 의한 손해배상책임을 다룬 판례를 분석하고, 이 판례에 따를 때 현행법상으로도 비례적 책임을 허용할 수 있는지 살펴본다. 이어서 현행법의 해석론으로서 배상주체들에게 비례적 책임을 부담시키는 것이 가능한지 여부를 검토한다.

(2) 판결을 통한 비례적 책임의 허용여부

다수의 배상주체들이 연대책임을 부담하도록 규정한 예로는 민법상 공동불법행위자의 책임(민법 제760조)56)과 다수 이사들의 손해배상책임(상법 제399조, 제401조)을 들 수 있다. 먼저 공동불법행위자의 손해배상책임을 살펴보기로 한다. 우리 하급심 판례57) 중에는 공동

불법행위자가 피해자에 대해 배상할 책임범위를 손해전액 중 일부에 한정하는 것이 있다. 이 사건에서 법원은 공동불법행위자 중 “한 가해자가 손해에 기여한 정도가 다른 가해자인 피고에 비해 낮다는 점, 손해배상소송의 기본이념인 손해의 공평분담”이라는 관점에서 볼 때, 피해자에 대해 그 피고의 책임부분은 전 손해의 30%로 봄이 상당하다고 판시하였다.⁵⁸⁾ 그러나 대법원은 원심을 파기하고 가해자가 연대책임을 부담하도록 하였다.⁵⁹⁾ 이후에도 우리 대법원 판례는 공동불법행위에서 한 가해자의 과실이 가공한 정도가 경미하더라도, 피해자에 대해 손해전액을 연대해서 배상한다는 점을 밝히고 있다.⁶⁰⁾ 이렇듯 공동불법행위자의 연대책임 영역에서는 대법원 판례는 비례적 책임을 허용하고 있지 않다.

한편 이사의 손해배상책임 영역에서는 우리 판례는 책임액을 제한하는 판시를 함으로써, 비례적 책임을 허용하는 것과 유사한 결과를 보여주고 있다. 우선 하급심판례이기는 하지만, 삼성전자 주주대표소송 사건⁶¹⁾에서 법원은 “...회사가 수임인인 이사의 업무수행과 관련해 행한 행위로 직접 손해를 입은 경우에, 회사는 사업의 성격과 규모, 이사의 업무내용과 회사의 배려정도, 이사의 임무위반의 태양, 이사의 회사에 대한 공헌도 기타 제반사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도⁶²⁾ 내에서만 이사에 대해 손해배상을 구하는 것이 상당하다...”고 하면서, “...당시 피고들이 삼성전자의 핵심 경영진으로서 삼성전자의 이윤창출에 많은 기여를 하게 된 점을 종합하여 보면 손해공평부담원칙상 피고들의 손해배상책임은 제한하는 것이 상당하다⁶³⁾...”라고 판시하였다.⁶⁴⁾ 위와 같은 하급심 판례의 태도는 이사의 손해배상책임 사건을 다룬 최근의 대법원 판결에서도 견지되고 있다.⁶⁵⁾ 이 판결에서 대법원은 “이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다”⁶⁶⁾라고 판시하였다.

요컨대 상술한 판례들은 위임인인 회사가 수임인인 이사에 대해 손해배상청구를 하는 경우에, 수임인의 지위나 그 동안의 위임사무 처리내용, 이사의 회사에 대한 공헌도 등 제반사정을 고려하여 손해배상책임액을 제한할 수 있음을 보여주고 있다.

위 판례들은 “피고 이사 전체”의 “전 손해배상액”을 정함에 있어서 책임액을 제한하고 있다. 그런데 이 판례들의 판시와 같은 방식의 책임제한이 가능하다면, “배상주체 전원”의 배상액을 “일괄적으로” 제한하는 것에서 나아가, 이 논지를 확장하여 “각 배상주체별”로 “귀책비율”이나 “회사에 대한 기여도”⁶⁷⁾가 상이하므로 “배상주체별로” 책임제한 비율을 각기 달리 정하여 실제 책임분담액을 정하는 것도 허용되어야 한다는 주장도 있을 수 있다. 판례가 판시하고 있는 책임제한의 취지나 귀책비율과 형평의 관점에서 보면, 오히려 각 배상주체별로 책임을 제한하는 편이 더 바람직하다고 할 수 있기 때문이다.⁶⁸⁾

만일 책임제한을 판시한 상기 판례의 취지를 “확대 해석”하여, 법원이 각 배상주체별로 책임제한의 비율을 달리 정하고 이에 따라 각 배상주체에게 상이한 정도의 배상책임을 부담시키는 것이 허용된다면, 이는 사실상 비례적 책임을 도입한 것과 유사한 효과를 가져올 것이다. 그러나 다수 배상주체들의 책임을 연대책임으로 구성하고 있는 규정하에서 법원이 이러한 식의 판결을 내릴 수 있는가에 관해서는 의문이 제기될 것이다. 이러한 식으로 확대 해석하는 것은 법문에서 “허용되지 않는 유추”에 해당한다고 볼 여지가 다분하다. 성질상 부

진정연대채무는 다수의 채무자가 동일 내용의 급부에 관해 각각 독립해서 “전부”의 급부를 해야 하는 채무이기 때문이다.⁶⁹⁾ 결국 법원에서 이러한 식의 판결을 내릴 수 있는가 하는 점은 현행법의 해석론으로 비례적 책임을 부담시키는 것이 허용되는가의 문제로 귀착된다. 이 문제는 다음 항에서 고찰해 보기로 한다.

(3) 해석에 의한 비례적 책임의 허용여부

입법을 통하지 않고도 현행법의 해석론에 의할 때 비례적 책임을 허용할 수 있지 않는가라는 주장이 있을 수 있다. 왜냐하면 연대채무를 채무부담방식이라는 측면과 채무의 부담범위라는 측면으로 구분해 본다면, 부담방식은 연대로 하더라도 부담범위는 손해배상책임액 전부가 아닌, 일부에 한정시킬 수 있다고 보이기 때문이다.

우선 손해를 입은 투자자 원고측에서 배상주체 각자에게 진 손해를 분할하여 손해의 일부에 대해서만 이행을 청구하는 것이 허용되는지 살펴보자. 이와 같이 배상주체 전원에게 각별로 전체 채무의 일부씩만 청구하는 것은 채권자에 의한 연대의 면제에 해당한다. 연대채무의 속성상 원고측에서 이와 같이 청구하는 것이 허용됨은 물론이다. 채권자측에서 나서서 연대의 면제를 하는 것이 불가능하다고 볼 수는 없을 것이다. 이 때 연대의 면제는 민법상의 규율을 따르면 된다.⁷⁰⁾ 이와 같은 경우에는 비례적 책임은 현행법의 해석에 의할 때에도 허용된다고 볼 수 있다.

한편 법원에서 각 배상주체가 배상할 책임액을 각자의 귀책비율에 따라 분할하고 분할된 일부 책임에 대해서만 배상하도록 판결하는 것은 허용되는가. 앞에서 살펴본 공동불법행위자의 책임에 관한 대법원 판결의 취지에 충실하면 채권자측에서 분할하여 청구하지 않는데도 불구하고 법원에서 이러한 판결을 내릴 수는 없을 것이다.

결국 다수의 배상주체들의 책임을 연대책임으로 규정하고 있는 현행법하에서는, 채권자측에서 분할청구하는 경우와 같이 아주 제한적인 경우에만 비례적 책임이 허용된다고 할 수 있고, 비례적 책임을 일반적으로 허용하기 위해서는 입법을 통할 수밖에 없다.

4. 적용범위 및 행위요건

(1) 서

미국법에서 비례적 책임은 1933년 증권법에 기한 소송에서는 사외이사, 1934년 증권거래소법에 기한 소송에서는 “증권법 위반을 알지 못하고” 위반행위를 한 피고에게만 적용된다. 우리 법에서 비례적 책임을 도입함에 있어서는 인적 적용범위와 행위요건을 어떻게 정할 것인가를 고찰해야 할 것이다.

(2) 인적 적용범위

집단소송법의 여러 배상주체 중 비례적 책임의 인적 적용범위를 정하는 것이 필요하다. 특히 회사가 책임의 주체가 되어 있는 경우에는 그러하다.⁷¹⁾ 앞서 언급하였듯이 이 지면을 통해서는 문제제기만 하고, 상세한 논의는 다음 기회로 미루기로 한다.

(3) 행위요건

미국법에서는 “증권법 위반을 알면서 위반행위”를 한 배상주체에 대해서는 여전히 연대책임을 부담시킴을 살펴보았다. “알면서 위반행위를 한 피고”에게도 비례적 책임의 시해를 배뽀는 것은 제도의 취지에 어긋난다는 판단에 따른 것이다.

우리나라에서는 일반적으로 배상주체의 귀책사유를 “고의, 과실”이라는 2대 개념으로 구분 (또는 과실을 경과과실과 중과실로 다시 구분)하여 책임을 정하고 있다. 따라서 비례적 책임을 도입하게 되면 고의행위나 과실행위라는 기준에 의해 적용범위를 정하게 될 것이다.

다수의 배상주체에게 비례적 책임을 부담시킨다고 한다면 재판단계에서 각 배상주체의 귀책

비율이 확정될 것이다. 그리하여 귀책비율이 밝혀진 마당에 고의행위자에 대해서도 귀책비율에 응해서 책임을 부담시키는 것이 타당하지 않는가라는, 즉 비례적 책임의 적용범위에 포함시키는 것이 바람직하다고 보는 논자도 있을 수 있다. 일단 비례적 책임을 취했다면 이를 일관성 있게 적용하는 것이 논리적이지 않는가라는 주장일 것이다. 또한 과실행위만 비례적 책임의 적용범위에 포함시킨다면, 원고측 변호사는 가장 자력이 풍부한 피고를 겨냥하여 그 피고에게 고의가 있다는 식으로 변론하는 데 노력을 집중할 여지가 있고, 이러한 결과는 타당하지 않다는 주장도 있을 수 있다. 특히 과실행위인지 고의행위인지 불분명한 경우에는 더욱 그러할 것이다.

그러나 고의행위에도 비례적 책임을 일관성 있게 적용하자는 주장은, 고의행위와 과실행위의 준별에 의한 증권법상 위법행위 억지라는 논리 앞에서 자리를 양보하는 것이 바람직하다. 즉 고의행위에는 비례적 책임을 적용하지 않아야 할 것이다.

5. 귀책비율 결정

(1) 귀책비율 결정시 고려사항

미국법에서는 귀책비율 결정시 고려할 사항을 구체화하여 규정하지 않고 “손해와 위반자의 행위의 성질, 위반행위와 손해간의 인과관계... 등”이라고 규정하고 있을 뿐이다. 미국에서는 이렇듯 고려사항을 구체적으로 정하고 있지 않더라도 대부분의 소송이 화해로 끝나므로 그다지 문제가 표면화되지 않았을 수 있다.

한편 증권소송이 화해로 종결되는 빈도가 높지 않은 우리 소송실무에서는 귀책비율을 배분하는 절차에서 귀책비율을 정할 구체적 “지침”이 필요하다. 더욱이 우리 판례는 연대책임의 공동피고인 다수의 손해배상책임 주체(특히 다수의 이사들의 회사법상 책임)들의 책임을 판단함에 있어서, 다수의 행위나 여러 기간에 걸친 행위에 관해서 개별 피고들의 개별 행위에 대한 기여도를 고려하고, 행위별 또는 기간별로, 인과관계를 나누어 고찰하는 데 익숙하지 않기 때문에 더욱 그러하다.⁷²⁾ 집단소송이 제기된 경우, 위반행위가 여러 기간에 걸쳐 반복해서 이루어졌다면 어느 기간의 어느 행위에 대해 공동피고들이 관여했는지, 어느 정도 기여했는지에 대해 파악하는 작업이 귀책비율 결정에 수반되어야 할 것이다.

(2) 귀책비율 산정에 포함시킬 자의 범위

귀책비율을 정함에 있어서는 공동피고의 지위에 서지 않은 자의 귀책비율을 어떻게 고려할 것인가가 중요하다. 미국법에서는 귀책비율을 정함에 있어, 피고의 지위에 서지 않은 자(원고가 자의로 빠뜨렸거나 모르고 빠뜨렸거나 불문하고)의 귀책비율도 아울러 고려하는지에 관해서는 분명하지 않다.⁷³⁾

소송당사자도 아닌 자의 귀책비율을 정하는 작업은 난제이고, 또한 소송당사자가 아닌 자의 귀책비율도 포함시킨다면 원고에게 피고에서 빠진 자가 배상할 부분을 부담시키게 되는 결과를 가져온다는 점 때문에,⁷⁴⁾ 피고가 아닌 자에 관해서는 귀책비율 산정에서 제외하자는 주장이 있을 수 있다. 현행법상 공동피고의 입장에 선 자들이, 손해배상에 기여했음에도 불구하고 피고에서 빠진 자를 상대로 피고의 입장에 함께 서도록 하거나, 혹은 원고로 하여금 공동피고로 거명하도록 강제할 길은 없다. 공동피고의 보호를 위해서, 또한 원고로 하여금 되도록이면 손해발생에 기여한 자를 피고로 거명하도록 유도한다는 관점에서, 피고에서 빠진 자의 귀책비율도 함께 고려하도록 해야 할 것이다.

6. 집행불능시 추가부담재판

(1) 문제제기

미국법은 원고가 최종판결 후에도 배상받을 수 없었던 손해액에 관해서, 비례적 책임을 부

담하는 피고들로 하여금 비례적 책임분에 추가하여 배상의무를 부담하도록 규정하고 있다.75) 이것은 비례적 책임에 의해 손해를 전보받지 못한 투자자를 보호하기 위한 취지이다. 투자자의 손해전보를 중시하는 입장에서는 비례적 책임에 의해 원고가 배상받지 못하는 정도는 최소화되어야 함을 강조하고, 이러한 관점에서 추가부담재판은 필요하다고 볼 것이다.

한편 “비례적 책임”에 충실하려는 입장에서는 미국법의 추가부담재판을 허용하는 규정이 자못 논리모순인 것처럼 보일 수 있을 것이다. 또한 법리적으로 추가부담재판을 허용하는 것이 우리법에 비추어 타당한지에 관해서도 의문이 제기될 수 있다. 아래에서는 비례적 책임을 도입할 때에 원고 투자자측의 보호를 위해서 미국식의 추가부담재판 규정도 함께 도입해야 할 것인지에 관해 검토하기로 한다.

(2) 추가부담재판의 도입론76)

1) 법리적 측면

(가) 반대론

앞서 서술한 바와 같이 비례적 책임에 충실하려고 한다면 추가부담재판은 인정하지 않아야 한다고 하게 될 것이다. 추가부담재판은 과실책임 원칙이나 비례적 책임의 원리에 반한다고 보일 수 있기 때문이다. 귀책비율에 응해 원고가 부담할 비례적 책임을 정하고, 이에 따른 결과 원고가 배상받지 못한 부분이 있다고 하여 다시금 추가로 배상할 액을 정하는 재판은 하는 것이 위 원칙이나 원리에 반하는 까닭이다.77)

(나) 예상되는 반론78)

위 반대론에 대해서는, 민법상 연대채무에서 무자력자의 부담부분의 분담(민법 제427조 제1항) 규정을 유추하면 추가부담재판이 법리적으로 허용된다고 볼 수 있다는 반론을 예상해 볼 수 있다. 즉 연대채무자들간의 대내적 구상관계에서 연대채무자 중 1인이 구상권자에게 상환할 자력이 없는 때에는, 이 무자력자의 구상의무 부담부분은 구상권자 및 자력있는 다른 연대채무자가 각자의 부담부분에 비례하여 분담하므로, 추가부담재판도 법리적으로 허용된다는 논지가 성립된다는 입론이 있을 수 있다.

2) 정책적 측면

(가) 찬성론

미국법에서는 원고가 “자신의 순재산의 10% 이상 손해를 입었고, 원고의 순재산이 200,000달러 미만”임을 입증한 때에는 추가부담재판을 허용하고 있다.79) 이 미이행 배상액에 관해서는 피고 전원이 연대해서 배상하도록 하고 있다. 우리나라에서도 특히 소액투자자 보호나80) 자력은 낮되 증권투자에 대한 의존도는 높은 투자자의 신뢰 보호를 중시하는 입장에서는 추가부담재판의 필요성을 역설하는 주장도 제기될 수 있을 것이다.

(나) 반대론

미국법에서는 증권관련 소송에서 투자자의 생계보호 차원에서 추가부담재판을 인정하고 있다. 그러나 우리나라에서는 증권투자에서 손해를 입은 투자자의 경우보다 더욱 더 생계적 차원의 보호가 필요한 손해를 입은 자에 대해서도 추가부담재판을 허용하는 예가 없는데, 유독 집단소송에서만 이를 허용하는 것에 관해서는 의문이 제기되고 있다.81)

(3) 소 결

필자는 다음과 같은 이유에서 미국법에서와 같은 추가부담재판은 법리적 측면, 정책적 측면, 헌법적 측면 등 여러 관점에서 볼 때 타당성을 결한다고 본다. 추가부담재판 자체를 허용하는 점과 추가부담재판을 원고의 재정상태와 결부시키는 점 모두 그러하다. 아래에서 상

술한다.

1) 법리적 측면

법리적으로 볼 때 비례적 책임 원리에 충실하여 귀책비율에 응한 책임을 부담시킨다는 관점에서 보면 추가부담재판은 타당하지 못하다. 물론 앞서 살펴본 예상되는 반론처럼 추가부담재판의 근거를 민법 제427조 제1항의 구상권의 확장에서 찾을 수 있다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 연대채무자들 내부관계에서의 구상의무와, 비례적 책임을 부담하는 다수 채무자의 채권자에 대한 추가부담의무를 동일한 차원에서 파악할 수는 없다고 본다.

2) 정책적 측면

정책적으로 볼 때 미국법처럼 원고투자자의 재정상태를 추가부담재판과 결부시키는 것은 지극히 의문스럽다. 반대론에서 살펴본 것처럼 우리 법에서 손해를 입은 자의 재정상태 때문에 손해배상원리를 수정하는 예를 발견할 수 없기 때문이다. 피고의 귀책사유나 귀책비율이 아니라, 원고의 재정상태에 의거해서 피고가 종국적으로 부담할 손해배상액의 정도를 정하는 전례는 어디에서도 찾아보기 어렵다.

3) 헌법적 측면

투자자의 재정상태를 추가부담재판과 결부시키는 것은 헌법적 관점에서도 타당하지 못하다. 미국법에 따르면 원고의 순자산이 200,000달러 미만인 때에는, 비례적 책임을 부담하는 피고라 하더라도 원고가 이행받지 못한 배상액에 대해서 다시 연대책임을 부담한다. 그리하여 귀책비율이 단 1%에 지나지 않는 피고라 하더라도, 자신의 귀책비율 외에 나머지 99%에 관해서 모두 배상하여야 하는 경우도 발생할 수 있다. 이러한 결과는 비례적 책임을 채택하지 않은 것이나 마찬가지이다.

더욱 의문스러운 것은, 미국법은 원고의 재정상태를 추가부담재판과 결부시킴으로써, 원고의 재정상태 여하에 따라 각각의 원고들과 각각의 피고들을 차별 취급하고 있다는 점이다. 예컨대 순자산이 199,000달러이고 판결로 분배받은 배상액이 50,000달러인 원고 X1은, 귀책비율이 5%인 피고 Y로부터 배상액 50,000달러 전부를 배상받을 수 있다(연대책임의 적용).⁸²⁾ 이에 반해 순자산이 200,000달러이고 판결로 분배받은 배상액이 50,000달러인 원고 X2는,⁸³⁾ 피고 Y로부터 최대 3,750달러[$\{(Y의 귀책비율 5\% \times 50,000 \text{ 달러}) = 2,500 \text{ 달러}\} + \{\text{피고의 추가부담액 } 1,250 \text{ 달러}(Y는 당초 비례적 책임에 의한 부담액의 50\%까지 추가 부담)\}$]만 배상받을 수 있다(연대책임의 비적용). 결국 순자산의 차이가 1,000달러에 불과한 원고들간에 배상받을 금액의 차이는 46,250달러에 달한다.⁸⁴⁾ 이같이 원고들을 차별 취급하는 결과를 가져오는 입법이 타당한지는 의문이다.

미국법에 의하면 피고들도 불평등 취급을 받게 된다. 손해액, 피고의 위반행위 유형과 귀책비율 등 다른 사정이 모두 같다면, 유사한 사안의 다른 사건의 피고들은 같은 정도의 배상 책임을 부담하여야 할 것이다. 그러나 원고의 재정상태를 추가부담의 요건으로 고려함으로써 필연적으로 피고들도 차별 취급을 받게 된다. 피고들이 위반행위나 귀책비율 등 “자신이 관리할 수 있는 요소”가 아니라, 원고의 재정상태라는, 피고로서는 예측하기 힘든 “우연한 사정”에 의해 서로 다른 정도의 책임을 부담하게 된다는 점은 참으로 불합리하다고 하지 않을 수 없다.

이처럼 각각의 원고와 피고를 평등하게 취급하지 않는 정책을 취함에 있어서는 헌법적 차원에서 그 차별에 합리적 이유가 있어야 할 것이다. 주지하듯 우리 헌법재판소는 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법적 원리에 반하지 않으면서 정당한 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한가를 기준으로 “합리적 차별”인가 여부를 판단하고 있다.⁸⁵⁾ 헌법적 관점

에서 볼 때 재정상태 여하에 따라 투자자들을 차별하는 것이 집단소송법의 목적을 달성하기 위해서 “필요하고도 적절한” 조치라고는 보이지 않는다.

4) 소송법적 측면

민사소송법이나 집단소송법상의 기관력의 관점에서도 추가부담재판을 인정할 근거는 박약하다. 우리 민사소송법에서 재심절차를 제외하고는 확정판결의 기관력을 배제하는 것을 인정할 근거를 찾기는 어렵고 집단소송법에서도 그러하다. 법체계적으로 볼 때 민사소송법에는 근거규정이 없는데도 집단소송법에서만 이러한 재판을 규정하는 것, 또는 민사소송법에 근거규정을 둔다 하더라도 집단소송에 관해서만 추가부담재판을 허용하는 규정을 두는 것이냐 의문이 있다.⁸⁶⁾

5) 소송경제적 측면

집단소송이 개별 구성원의 다수의 개별청구를 하나의 절차에서 한꺼번에 해결함으로써, 동일 또는 유사한 소송을 줄이고 동일한 권리관계에 관해 모순된 판결이 생기는 가능성을 줄여 소송경제 도모를 목적으로 한다면, 추가부담재판을 허용하는 것은 집단소송법이 도모하는 소송경제의 목적에도 부합하지 않는다.

더욱이 미국법처럼 원고의 순자산에 추가부담재판의 요건으로 삼게 되면, 순자산의 크기에 관해 다툼이 생겨날 수 있고 이는 소송의 지연을 초래한다.⁸⁷⁾ 예를 들어, 2005. 2. 1. 증권거래법 제14조의 위반행위가 있었고 원고 투자자가 2005. 4. 1. 증권을 취득했으며, 2006. 1. 31. 소송이 제기되었고, 2008. 2. 1. 최종판결이 있었고, 2008. 8. 1. 추가부담소송이 제기되었다고 하자. 위반행위에서 판결시까지 3년의 기간이 소요되었다. 추가로 책임을 부담할 피고가 이 기간 동안 원고의 순자산의 가치에 관해서 원고가 제출한 대로 공인할 것을 기대하기란 쉽지 않을 것이다. (미국법의 기준에 의할 때) 200,000달러 미만인가의 여부는 피고의 책임부담에 상당한 영향을 미치기 때문이다. 특히 그 자산에 비상장주식같은 것이 포함되어 있어 가치평가가 어렵다면 더욱 그러할 것이다. 그리하여 순자산의 크기에 관해 법원에서 이를 확정하고 분쟁을 해결하는 데에 시간이 소요될 수 있음은 물론이다.

6) 구성원들간 이해관계 상충 측면

원고의 자산상태를 추가부담의 요건으로 하면, 원고들간에 이해상충의 문제를 야기할 수 있다. 우리 집단소송법은 대표당사자의 요건으로 “...집단소송으로 인하여 얻을 수 있는 경제적 이익이 가장 큰 자 등 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 자”라고 규정하고 있다(제11조 제1항). 여기서 “경제적 이익의 크기”는 예시적인 것 또는 법원이 대표당사자를 선임함에 있어서 하나의 판단기준에 지나지 않는다고 보므로,⁸⁸⁾ 이 사항이 대표당사자의 필수요건은 아닐 것이다. 그러나 이것이 고려 요소임에는 틀림이 없다. 이렇게 볼 때, 원고의 자산상태를 추가부담의 요건으로 결부시키면 대표당사자의 선임에도 영향을 미치게 될 수 있다. 왜 그런지 보자.

미국법에서 순자산이 200,000달러 미만인 원고는, 적어도 1인의 배상자력 있는 피고가 있기만 하면 피고들의 귀책사유나 귀책비율을 불문하고 손해 전액을 배상받을 수 있는 반면에, 순자산이 200,000달러 이상인 원고는 비례적 책임 부담자로부터 귀책비율에 따른 배상액의 50%까지만 추가로 배상받을 수 있으므로 손해 전액을 배상받지 못할 수도 있다. 그리하여 전자에 해당하는 원고는 자신이 받을 배상액이 후자의 범주에 속하는 원고의 그것보다 크므로 “경제적 이익”이 크다는 이유로 자신이 대표당사자가 되려고 할 수가 있다. 그러나 전자에 속하는 원고의 지분은 구성원의 전체 보유주식 중 극히 미미한 비율에 지나지 않는 반면, 후자의 원고의 범주에 속하는 자 중에는 보유주식 비율이 상당한 정도에 이르는 자가

있을 수 있다. 이러한 경우에는 대표당사자 선임과 관련하여 두 그룹간에 이해관계가 상충할 수 있다. 나아가 전자의 원고는 피고 중 자력있는 자가 있기만 하면 (이 자가 고의행위자이건 과실행위자이건 불문하고) 전액 배상을 받을 수 있기 때문에, 이 피고에 대해서만 승소하는 데 전력을 투입하려 할 인센티브가 있다. 반면 후자의 원고는 고의행위자를 비롯해 되도록이면 여러 피고들을 상대로 승소하는 데 노력을 기울일 인센티브가 있을 것이다. 위반행위의 입증책임이 원고측에 있는 미국법에서는, 순자산이 200,000달러 미만인 원고는 피고의 “위반행위 인식”(연대책임 부담의 요건)을 입증할 인센티브가 그렇지 않은 원고의 경우보다 낮을 것이다.⁸⁹⁾ 이렇듯 원고의 재정상태를 추가부담재판의 요건으로 규정하는 것은 구성원들간 이해관계의 상충을 야기할 우려가 있다는 관점에서 타당하지 않다.

7) 제도 도입의 실익 측면

마지막으로 추가부담재판을 허용하는 경우에는 비례적 책임을 도입한 의의가 반감될 것이라는 점을 언급할 수 있을 것이다. 한 배상의무자가 자력이 부족한 경우, 언제나 다른 배상의무자에게 추가부담을 하게 한다면 비례적 책임을 인정한 실익은 격감될 수밖에 없다.⁹⁰⁾

7. 법체계적 관점에서의 고려사항

미국에서는 주회사법상 다수의 이사들의 책임부담 형태가 연대책임이 아님에 반해, PSLRA의 제정 이전에 증권법상 다수의 배상주체들의 책임은 연대책임으로 규정되어 있었다. PSLRA에 의해 증권법상 연대책임을 일정한 요건하에 비례적 책임으로 수정하게 되었음은 상술한 바와 같다. 이에 비해 우리 상법에서 다수 이사들의 책임형태는 연대책임으로 규정되어 있다(상법 제399조, 제401조). 집단소송에서 다수의 배상주체들에게 비례적 책임을 도입함에 있어서는 법체계적 관점에서 상법상 이사들의 손해배상책임 규정에 관한 재고도 병행되어야 한다.⁹¹⁾

현재까지 비례적 책임의 도입 필요성을 주장하는 견해는 집단소송의 도입과 더불어 개진되어 왔다. 그러나 비례적 책임을 도입한다면, 오직 집단소송에 의한 증권거래법 위반책임을 묻는 경우뿐만 아니라, 집단소송에 의하지 않고 증권거래법에 의해 증권거래법 위반책임을 묻는 경우에도 비례적 책임을 적용하는 것이 법체계적 관점에서 바람직할 것이다.

비례적 책임을 도입하는 경우에는 집단소송법의 청구유형 전부에 관해 적용할 것인지, 아니면 청구유형 중 일정한 범위로 적용을 제한할 것인지 고려해야 할 것이다. 청구유형 중 비례적 책임을 허용할 경우 논란의 소지가 있는 것은 미공개정보 이용 및 시세조종 등 불공정거래행위(증권거래법 제188조의3, 제188조의5)일 것이다. 이 청구유형은 흔히 위반행위가 악질적인 것이라는 법감정이 있기 때문이다. 그러나 이 청구유형도 과실에 의해서 이루어진 경우라면 형평의 차원에서 비례적 책임의 적용범위에 포함시켜야 할 것이다.

비례적 책임을 도입할 때에는 어떤 형태로 어느 법을 통해 도입할 것인지 검토해야 할 것이다. 집단소송법이 절차법임을 고려할 때⁹²⁾ 여기에 실체법적 사항인 비례적 책임을 규정하는 방법에는 난점이 있다.⁹³⁾ 생각건대 집단소송에 의한 손해배상책임에 비례적 책임을 도입하면서, 아울러 집단소송에 의하지 않는, 증권거래법상 배상주체들간의 책임형태도 비례적 책임으로 개정하고 증권거래법에 비례적 책임에 관한 근거규정을 두어야 할 것이다.

IV. 맺음말

다수의 배상주체들간의 책임을 연대책임으로 할 것인가 비례적 책임으로 할 것인가 하는 점은, 배상주체와 투자자의 이해가 결린 문제일 뿐만 아니라, 나아가서는 집단소송의 소제기 인센티브, 화해의 성립여부에도 지대한 영향을 미칠 수 있는 중요한 문제이다. 그럼에도 불구하고 우리 집단소송법의 제정시에 이에 대한 충분한 논의가 이루어지지 않았던 것은 참으

로 아쉬운 점이다. 이에 필자는 미국법의 비례적 책임에 대한 고찰을 바탕으로, 우리나라에 비례적 책임을 도입할 필요성, 도입시 고려할 사항들에 관해 시론적으로 의견을 개진해 보았다. 이제 비례적 책임의 도입과 관련해 예상되는 반론을 간단히 살펴보고, 비례적 책임 도입의 전망과 추후 연구과제를 제시하며 이 글을 맺기로 한다.

1. 집단소송법에 관해서는 제정논의 당시부터 시행에 이르기까지 기업이나 회계법인을 대변하는 측과 투자자측 등 이해관계집단 사이에 첨예하게 의견이 대립되어 왔음은 기술하였다. 이러한 입장의 차이는 법이 시행된 현재까지도 지속되고 있다. 그리하여 집단소송법과 더불어 비례적 책임의 도입을 논급하는 견해에 관해서는 거센 반론이 있을 수 있다. 이러한 반론은 현재 집단소송법에 투자자측에 제소인센티브를 주는 장치가 미흡하다는 등 투자자보호 장치가 미비되어 있다고 주장하는 논자들로부터 제기될 수 있을 것이다. 그러나 투자자보호 장치가 미흡하다는 주장의 당부는 차치하고, 만일 이러한 견해가 옳다면 그 문제의 해결은 절차적 장치의 보완을 통해서 이루어져야 할 것이다. 절차적 장치가 미흡하다고 해서, 거시적 차원의 “투자자보호” 관점을 도식처럼 “언제나” 적용하여 세부 문제에 대해 답하려고 시도하는 것은 결코 바람직하지 않다. 그렇다면 집단소송법상의 모든 문제는 “투자자보호” 아니면 “기업측의 이익 고려”라는 상이한 기준하에서만 판단될 것이고, 이러한 태도는 쟁점사항에 관한 법리적·정책적 차원의 논의의 진전에 방해만 될 것이기 때문이다. 역설적으로 “투자자보호”를 위한 관점에서 오히려 비례적 책임이 더 필요하다는 견해도 충분히 있을 수 있고, 이 점에 관해서는 앞서 논급한 바 있다.

2. 집단소송법의 운영에서도 그렇지만 비례적 책임을 도입하게 되면 법원의 역할은 더 증대되리라 보인다. 미국법의 개요에서 살펴본 바와 같이 비례적 책임제도하에서 법원은 사실확정, 공동피고의 귀책비율 결정, 화해시 판결액 감액 등 비례적 책임을 확정하는 절차 전반에 걸쳐 관여하게 되기 때문이다. 나아가 비례적 책임을 도입하면 각 피고의 귀책“여부”만 따지는 것이 아니라 구체적인 귀책“비율”까지 따지게 되므로 법원에서의 심리는 더욱 심도 있게 이루어질 것이다. 그리하여 실제관계에 더 부합되도록 피고들에게 책임을 분담시키는 판결이 내려질 것으로 보인다.

3. 현재 집단소송법이 시행됨에 따라 보험시장에서는 집단소송의 운영실태에 주목하고 이를 보험료 책정에 반영하려는 움직임이 보이고 있다. 이러한 움직임은 배상주체들이 부담할 책임액에 상당한 변화를 가져올 비례적 책임이 도입되는 경우에도 견지될 것이다. 그리하여 비례적 책임의 도입은 D&O보험이나 회계사 등의 전문직업인 배상책임보험의 보험시장에 영향을 미칠 것이다. 비례적 책임의 도입에 따라 보험제도의 운용에 소요되는 비용이 절감되리라 예상된다.

4. 손해배상주체가 부담할 배상액을 덜어 주는 방법에는, 비례적 책임뿐만 아니라 증권법 위반행위로 인한 손해배상액에 상한을 두는 방법이 있다.⁹⁴⁾ 비례적 책임의 도입을 고려함에는 손해배상책임액에 상한을 두는 제도와 비교하여 각각의 경우에 투자자와 피고에 미치는 영향을 비교·검토하는 연구가 필요하다 하겠다.

5. 앞서 살펴본 것처럼, 비례적 책임을 적용한 결과 집행불능 부분이 있는 경우 추가부담재판 문제에 관해서는 법리적 측면, 정책적 측면, 헌법적 측면, 소송법적 측면에서 상이한 견해가 있을 수 있다. 또한 추가부담재판은 민사소송법상 기관력과 관계에서도 흥미로운 주제라 하겠다. 따라서 위에서 열거한 다양한 관점과 민사소송법, 집단소송법의 체계적 관점에서 추가부담재판의 허용여부와 그 논거에 관해서 심도있는 논의가 이루어져야 할 것이다. 이 글이 그러한 논의의 장을 여는 데 단초의 역할을 하기를 기대한다.

참고문헌

- 강신섭, “증권관련집단소송의 전망과 대비책,” 『BFL』, 제8호, 서울대 금융법센터, 2004. 11.
- 곽윤직, 『민법주해[XIV](채권12)』 (정태운 집필), 박영사, 2005.
- 권순일, “공동불법행위책임의 법경제학적 분석,” 심당 송상현 선생 화갑기념논문집 『이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망』, 2002.
- 김건식, 『증권거래법』, 두성사, 2004.
- 김건식·김주영·신필중·윤세리·이상윤·이승환, “(좌담회)증권관련집단소송,” 『BFL』, 제8호, 서울대 금융법센터, 2004. 11.
- 서호석, “증권관련집단소송에 대비한 기업의 전략과 과제,” 증권관련집단소송 시행과 대응전략 세미나, 전국경제인연합회, 2005. 2. 1, Powerpoint 슬라이드.
- 신필중, “증권관련집단소송과 비례적책임 도입에 관한 소고—제107회 증권법학회 정기세미나 토의자료,” 한국증권법학회, 2005. 3. 26(미공간).
- 최문희, “주식회사 이사의 책임제한에 관한 연구,” 서울대학교 법학박사 학위논문, 2004.
- 彌永眞生, 『會計監査人の責任の限定』, 有斐閣, 2000.
- 上村達男, “公開株式會社における取締役の民事責任,” 『判例 タイムズ』, 제917호, 1996. 10. 25.
- 岩原紳作, “株主代表訴訟,” 『ジュリスト』, 第1206號, 2001. 8. 1~15.
- 岩原紳作, “大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(下),” 『商事法務』, 第1577號, 2000. 11. 15.
- 遠藤直哉, 『取締役分割責任論』, 信山社, 2002.
- 株主代表訴訟制度研究會, “企業統治に關する商法等の改正案要綱に對する意見,” 『商事法務』, 第1526號, 1999. 5. 25.
- Arlen, Jennifer and William Carney, “Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence,” 1992 U. Ill. L. Rev. 691.
- Avery, John W., “Securities Litigation Reform: The Genesis of the Private Securities Litigation Reform Act of 1995,” 51 Bus. Law. 335 (1996).
- Black, Bernard S., Brian R. Cheffins, and Michael D. Klausner, Outsider Director Liability, Stanford Law School Working Paper No. 250, Nov. 2003.
- Coffee, John C., Jr., “No Exit?: Opting Out, The Contractual Theory of the Corporations, and the Special Case of Remedies,” 53 Brook. L. Rev. 919 (1988)
- Cohn, Stuart R., “Demise of the Director’s Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions Through the Business Judgment Rule,” 2 Tex. L. Rev. 591 (1983).
- Cox, James D., “Private Litigation and Deterrence of Corporate Misconduct,” 60-AUT Law & Contem. Probs. 1 (1997).
- Cox, James D., Robert W. Hillman, and Donald C. Langevoort, Securities Regulation (1997).
- Langevoort, Donald C., “Capping Damages for Open Securities Market,” 38 Ariz. L. Rev.

639 (Summer 1996)

Langevoort, Donald C., "The Reform of Joint and Several Liability Under the Private Securities Litigation Reform Act of 1995: Proportionate Liability, Contribution Rights and Settlement Effect," 51 Bus. Law. 1157 (Aug. 1996).

Mednick, Robert and Jeffrey J. Peck, "Proportionality: A Much-Needed Solution To the Accountants' Legal Liability Crisis," 28 Val. Uni. L. Rev. 867 (Spring 1994).

Note, Proportionate Liability In 10b-5 Reckless Fraud Cases, 44 Duke L. J. 571 (Dec. 1994).

Olson, John F., "How to Really Make Audit Committees More Effective," 54 Bus. Law. 1097 (May 1999).

Palmrose, Zoe-Vonna, "The Joint & Several v. Proportionate Liability Debate: An Empirical Investigation of Audit-Related Litigation," 1 Stan. J. L. Bus. & Fin. 53 (1995).

Rice, Dennis T., "A Practitioner's View of the Private Securities Litigation Reform Act of 1995," 31 U. San Francisco L. Rev. 283 (Winter 1997).

Schwartz, Donald E., "In Praise of Derivative Suits: A Commentary on the Paper of Professors Fischel and Bradley," 71 Cornell L. Rev. 322 (1986).

The Korean Journal of Securities Law, Vol. 6, No. 1, 2005

A Study on the Proportionate Liability in the Securities Class Action

Choi, Moon Hee

ABSTRACT

Since January 1, 2005, Securities Class Action Act (The Act) has been in force. A heated debate on the Act has arisen between the accounting firms and the issuer community on one side and the plaintiffs (investors) bar on the other. It is more important, however, to discuss how the Act affect actually the two groups. A system of Proportionate Liability is the core of the discussion.

A joint and several liability system can be justified for the purpose of compensation and deterrence. Under this system, plaintiffs often sue the party or parties with the deepest pockets, instead of those who are most responsible for a loss. Indeed, although judges commonly find that a deep pocket defendant's liability is slight, the doctrine of joint and several liability subjects those defendants to liability for the full amount of damages. This lends support to the notion that deep pocket defendants are often sued primarily because other, far more culpable defendants have inadequate

funds. These developments were not without high social costs. The investors incur the cost in part, too.

This article deals with the introduction of a system of Proportionate, as opposed to joint and several, liability for defendants in securities class actions who are not found to have knowingly committed a violation of the securities laws. In most cases, under the system of proportionate liability, these defendants will now be liable only for the share of damages attributable to their percentage of responsibility for the injury.

Part II lays the basic foundation for a discussion on the system of proportionate liability. It describes an outline of the system of proportionate liability in the Private Securities Litigation Reform Act of 1995, including applicability of the system, determination of the responsibility, uncollectible share and additional liability.

Part III draws up the need for the system of proportionate liability, and several issues which should be discussed in introducing the system. The issues are as follows: Is it possible for co-dependants to be liable only for the share of damages attributable to their percentage of responsibility for the injury under current system? ; If all or part of the shares of the judgment of any covered dependant is not collectible against that dependant, shall each covered dependants be supplementarily liable for the uncollectible share? ; Whether the system of proportionate liability is applied only to the securities class actions or not?; For the systematic perspective, in which Act the provisions on the system are prescribed?

Part IV contains the conclusion of this article. First, it asserts the need for micro-narrative discussion in securities class action. Next, it looks out on the future effect of the system of proportionate liability. Lastly, it suggests two issues with which the researchers deal, such as capping damages, and uncollectible share and additional liability.

Key Words : Korean Securities Class Action Act, Korean Securities Class Action, Private Securities Litigation Reform Act of 1995 (PSLRA), Proportionate Liability, Joint and Several Liability, Uncollectible Share and Additional Liability

* 초고 단계에서 코멘트를 해주신 이제원 변호사와 증권법학회 관계자, 그리고 초고와 완성 단계에 두루 걸쳐 귀중한 정보와 교시를 주신 신필종 변호사께 깊이 감사드립니다.

1) 증권거래법의 위반행위 유형별, 회사의 자산규모별로 집단소송법의 적용시기에 차이가 있다(집단소송법 부칙 제3조).

행위 유형(법 제3조)	시행일 (자산규모별)	
	자산 2조원이상*	자산 2조원미만
<ul style="list-style-type: none"> ◆ 유가증권신고서·사업설명서의 허위 기재(증권거래법 제14조) ◆ 사업보고서(분기·반기보고서)의 허위 기재(증권거래법 제186조의5) ◆ 감사인의 부실감사 (증권거래법 제197조) 	2005.1.1.	2007.1.1.
<ul style="list-style-type: none"> ◆ 미공개정보 이용 및 시세조종 등 불공정거래행위 (증권거래법 제188조의3, 제188조의5) 	2005.1.1.	2005.1.1.

* 2004.9.말 기준으로 자산 2조원 이상인 회사는 82사이다. 금융감독원, 금융감독정보 제2005-06호 (2005.2.14.-2.18), 26면.

2) 매일경제신문, 2005. 3. 15, A1면·A15면.

3) 주목할 만한 문헌으로 김건식·김주영·신필중·윤세리·이상윤·이승환(이하 “김건식 외”), “(좌담회)증권관련집단소송,” 『BFL』, 제8호(서울대 금융법센터, 2004. 11), 7-32면; 이상윤, “집단소송에 있어서 판결의 효력,” 『BFL』, 제8호(서울대 금융법센터, 2004. 11), 43-54면; 박철희, “증권관련집단소송의 분배절차,” 『BFL』, 제8호(서울대 금융법센터, 2004. 11), 55-65면.

4) 투자자측에서는 사용자책임에 의한 민·상법상 불법행위 책임의 불인정, 고지비용 부담 등에 관한 원고측 보호장치 등 제도적 장치의 미비를 문제삼고 있다. 이에 반하여, 기업측에서는 입증책임이 피고에게 있는 등 법 자체가 투자자보호에 치우쳐 있다고 한다.

5) 강신섭, “증권관련집단소송의 전망과 대비책,” 『BFL』, 제8호(서울대 금융법센터, 2004. 11), 71면; 김건식 외, 전계 좌담회, 27면(신필중, 이상윤의 각 발언); 서호석, “증권관련집단소송에 대비한 기업의 전략과 과제,” 증권관련집단소송 시행과 대응전략 세미나(전국경제인연합회, 2005. 2. 1), Powerpoint 슬라이드, 21면.

6) 집단소송법이 투자자측에 제소 인센티브를 주기 위한 방향으로 개선되어야 한다는 일부 주장에 동의하더라도, 집단소송의 도입으로 손해배상주체들의 책임부담 가능성이 증대되었음을 부인하기는 어렵다.

7) 이외에 사실상 업무집행지시자·감정인·신용평가전문가·변리사·세무사 등이 규정되어 있다(증권거래법 제14조, 같은 법 시행령 제7조의4).

8) 김건식, 『증권거래법』 (두성사, 2004), 142면.

9) 이에 대해서는 후술하는 III. 2. 참조.

10) 그리하여 미국에서는 피고는 소송에서 패소할 위험이 낮더라도, 만일의 경우 패소하면 거액의 손해배상책임을 부담할 수 있다는 우려 때문에 원고와 화해할 수밖에 없는 사례가 많았다. 주로 회계법인들이 이러한 문제점을 호소를 해 왔다. Arthur Andersen & Co. et al., The Liability Crisis In the United States: Impact On The Accounting Profession – A Statement of Position 2 (Aug. 6, 1992) [John W. Avery, “Securities Litigation Reform: The Genesis of the Private Securities Litigation Reform Act of 1995,” 51 Bus. Law. 335, 362 (1996)에서 재인용]. 회계사의 책임과 관련하여, Robert Mednick and Jeffrey J. Peck, “Proportionality: A Much-Needed Solution To the Accountants’ Legal Liability Crisis,” 28 Val. Uni. L. Rev. 867, 875 (Spring 1994) 참조.

11) Donald C. Langevoort, “The Reform of Joint and Several Liability Under the Private Securities Litigation Reform Act of 1995: Proportionate Liability, Contribution

Rights and Settlement Effect,” 51 Bus. Law. 1157, 1160 (Aug. 1996)[이하 “Langevoort(1)”로 인용].

12) 집단소송법의 도입 이전에도 이미 경제위기 이후에 이사들이 실제 대표소송으로 피소되고 배상책임을 부담하는 판결이 등장하면서, 사외이사 후보자들은 회사에 대해 보험가입을 이사직 수락의 조건으로 내걸고 있다는 것은 널리 알려진 사실이다.

13) 彌永眞生, 『會計監査人の責任の限定』(有斐閣, 2000. 6), 49面.

14) Mednick & Peck, op. cit., p. 875; Zoe-Vonna Palmrose, “The Joint & Several v. Proportionate Liability Debate: An Empirical Investigation of Audit-Related Litigation,” 1 Stan. J. L. Bus. & Fin. 53 (1995).

15) John C. Coffee, Jr., “No Exit?: Opting Out, The Contractual Theory of the Corporations, and the Special Case of Remedies,” 53 Brook. L. Rev. 919, 927 (1988); Stuart R. Cohn, “Demise of the Director’s Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions Through the Business Judgment Rule,” 2 Tex. L. Rev. 591, 628 (1983).

16) 보험업계에 따르면 집단소송제 시행과 더불어 임원배상책임보험의 판매실적이 꾸준히 증대되어, 2004년 4월부터 10월까지 임원배상책임보험 거수보험료가 631억원에 달하였는데, 이는 2003년 같은 기간의 590억원에 비해 7% 증가한 것이다. 코리아리 미공간 자료. 보상한도가 가장 높은 보험에 가입한 삼성전자의 경우, 2003년까지 1000억원이던 보상한도를 2004년에 1500억원으로 늘렸다.

17) 회계사의 손해배상책임과 관련해서는 이미 다른 곳에서 논의가 이루어진 바가 있다. 다른 배상주체들의 손해배상책임을 어떻게 구성할 것인가에 관해서는 상세한 논의가 필요하겠으나, 이 글에서의 논리를 확대 적용해도 될 것이다.

18) 우리나라에서 “비례적 책임”이라는 용어가 쓰이는 것은 미국법의 “proportionate liability”라는 용어를 직역한 데 기인한 것으로 보인다. 이 원어는 다수 의무자에게 손해에 대한 귀책비율에 “비례”해서 책임을 부담시킨다는 점에 착안하면 “비례적 책임”이라 번역될 수 있다. 한편, 그렇게 귀책비율에 비례해 각 행위자가 실제 부담하는 책임이 “분할”된 책임이라는 점을 주시하면 “분할책임”이라 칭할 수 있을 것이다. 공동불법행위자의 책임과 관련해 “개별책임”이라 칭하는 예도 있다. 권순일, “공동불법행위책임의 법경제학적 분석,” 심당 송상현 선생 화갑기념논문집 『이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망』(2002), 328면. 일본 민법학에서는 공동불법행위자의 책임을 손해에 기여한 정도에 따라 분할해서 인정하는 관례가 있고 이에 동조하는 견해가 다수 있다. 학자들은 이렇게 분할된 책임을 지칭해서 “분할책임”이라는 용어를 사용하고 있다. 濱上則雄, 『現代共同不法行為の研究』(信山社, 1993), 192面; 能見喜久, “共同不法行為責任の基礎的考察(2),” 『法學協會雜誌』, 第94卷第8號(1985), 173面[遠藤直哉, 『取締役分割責任論』(信山社, 2002), 44面에서 재인용]. 배상주체들이 “연대”해서가 아니라 각자의 귀책비율만큼만 다른 배상주체들의 부담부분과 분할하여 책임을 부담하게 된다는 점을 강조하면 “분할”책임이라는 용어가 더 적절하다. 이것은 우리 민법학의 다수당사자간의 채권·채무관계에서 “연대채무”와 대응되는 용어로 “분할채무”라는 용어가 사용되고 있는 점(민법 제408조)에 비추어 볼 때에도 그러하다. 그러나 이 글에서는 일단 현재 흔히 사용되고 있는 예에 좇아 “비례적 책임”이라는 용어를 쓰기로 한다.

19) 이 항에서는 우리나라에서의 비례적 책임 도입여부와 추가부담재판 허용여부에 관한

논의의 기초작업으로 미국의 비례적 책임 제도의 개요를 살펴본다. 미국법에 관한 서술은 III.항의 논의에 필요한 범위 내에서 최소한에 그치며, 미국법의 적용 상황과 각 규정의 해석론이나 판례, 입법에 대한 평가에 관해서는 다른 논문으로 미루고 상세한 논의를 하지 않는다. 하나의 글에서 이 모두를 다루기는 어렵다는 현실적 제약이 있기 때문이다.

20) Securities Act of 1933(이하 “1933년 증권법”) Sec.11, Sec.15; Securities Exchange Act of 1934(이하 “1934년 증권거래소법”) Sec.20(a).

21) 1934년 증권거래소법 Sec.10 Rule10b-5 책임에 관해서 Herman & Maclean v. Huddleston, 459 U.S. 375 (1983).

22) Senate Report No. 98, 104th Cong., 1st Sess.(1995). Langevoort(1), op. cit., p. 1164.

23) James D. Cox, Robert W. Hillman and Donald C. Langevoort, Securities Regulation 616 (1997).

24) Langevoort(1), op. cit., p. 1159.

25) Langevoort(1), op. cit., p. 1159.

26) Langevoort(1), op. cit., p. 1161; Palmrose, op. cit., p. 53.

27) 이 법은 1933년 증권법과 1934년 증권거래소법에 추가 또는 수정할 조문을 나열하는 식으로 규정하고 있다.

28) 한편 SEC는 비례적 책임에 의할 때는 위반행위에 관련된 자의 책임은 제한하면서, 투자자가 보상을 받기가 상당히 어려워진다는 점을 비판하며 거세게 반대하였다. SEC 의장 Arthur Levitt의 증언, the Subcomm. on Telecomm. and Fin. of the House Comm. on Commerce 27-29(Feb. 10, 1995).

29) 비례적 책임에 관한 규정 중에는 화해가 이루어졌을 경우 구상권 소송을 금지하고, 화해하지 않은 피고의 판결액을 감액해 주는 규정도 포함되어 있다(1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(6)). 이 글에서는 III.항의 논의와 관련된 부분만 서술하는 차원에서 화해에 관한 규정은 언급하지 않는다.

30) 1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(1)-(10); 1933년 증권법 Sec.11(f)(2)(A)-(B).

31) SEC는 발행회사에 대해서는 비례적 책임을 적용하지 말 것을 주장하였으나 받아들여지지 않았다.

32) 등록신고서의 부실표시와 관련한 소송.

33) H.R. Conf. Rep. No. 369, 104th Cong., 1st Sess. 37 (1995), at 38; Rep. No. 98, 104th Cong., 1st Sess.(1995).

34) 1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(10)(A).

35) Avery, op. cit., p. 363.

36) 1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(3)(A)(B)(C).

37) Note, Proportionate Liability In 10b-5 Reckless Fraud Cases, 44 Duke L. J. 571, 595 (Dec. 1994).

38) 1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(4).

39) Langevoort(1), op. cit., p. 1171.

40) 순재산에 관해서는 법에서 정의를 내리고 있다. “(iii)...net worth shall be determined as of the date immediately preceding the date of the purchase or sale (as applicable) by the plaintiff of the security that is the subject of the action, and shall be equal to

the fair market value of assets, minus liabilities, including the net value of the investments of the plaintiff in real and personal property (including personal residences(1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(4)(A)(iii)).

41) 141 Cong. Rec. S17,934 (Dec. 5, 1995) (상원의원 D'Amato의 발언).

42) Langevoort(1), op. cit., p. 1171 주 61. 이러한 이유로 상원의원 Sarbanes는 10% 요건을 없애야 한다는 제안을 하였으나 받아들여지지 않았다. Langevoort(1), op. cit., p. 1171 주 61.

43) Dennis T. Rice, "A Practitioner's View of the Private Securities Litigation Reform Act of 1995," 31 U. San Francisco L. Rev. 283, 291-294 (Winter 1997). 이 비판과 우리나라에서의 합의에 관해서는 III. 6.에서 상세히 서술하기로 한다.

44) 1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(5).

45) 이 논점들 중에서 이 글에서는 비례적 책임의 도입여부와 추가부담재판의 도입여부에 초점을 맞추어 서술하고, 나머지 논점들에 관해서는 문제제기만 하고 상세한 논의는 다른 논문으로 미루기로 한다.

46) 우리나라에서는 아직까지 집단소송의 비례적 책임에 관한 논의가 본격적으로 전개되고 있지 않다. 그리하여 필자는 지면상으로는 비례적 책임의 도입 필요성을 언급하는 견해 외에 이에 반대하는 글을 알지 못하고 있다. 따라서 이 부분의 서술은 필자가 연대책임과 비례적 책임 각각이 원고와 피고에 미치는 영향을 고려하고, 미국에서 비례적 책임의 도입시 개진되었던 견해를 바탕으로 한 것이다.

47) 미국에서 비례적 책임에 의문을 표명하는 논자들은 다음과 같이 서술하고 있다. 즉 연대책임이 피고들에게 귀책비율 이상의 책임을 부담시키기는 하지만, 이는 무고한 투자자보호를 위한 형평상의 원리(equitable principles)에 입각하면 이해될 수 있다고 한다. 피고 중 무자력자가 있는 경우의 손실위험은, 손해를 입은 투자자와 위반행위를 한 피고들 중에서 후자가 부담해야 한다는 것이다. 발행회사가 파산한 경우와 같이 위반행위가 중대하고 피해 규모가 큰 사건에서는 비례적 책임이 투자자에게 상당히 악영향을 미치게 된다는 점을 간과할 수 없다고 한다. Avery, op. cit., p. 362 참조.

48) 물론 집행할 수 있다는 가정하에서 그렇다.

49) SEC 의장인 Arthur Levitt의 증언. The Subcomm. on Telecomm. and Fin. of the House Comm. on Commerce 27-29 (Feb. 10, 1995).

50) 나아가 미국법과 같이 집행불능한 부분에 대해서 다시 비례적 책임 부담자에게 추가부담을 시키게 하는 것도 원고가 배상을 받지 못할 위험을 줄이게 된다. 그러나 후술하듯 비례적 책임 도입시에 미국식의 추가부담 규정을 둘 것인지에 관해서는 보다 신중한 판단이 요청된다.

51) "연대책임"이 억지와 배상의 목적에서 효율적인지에 관해서는 민법상 불법행위책임 영역에서도 논쟁이 있어 왔다. 이에 관해서는 최문희, "주식회사 이사의 책임제한에 관한 연구," 서울대학교 법학박사 학위논문, 2004, 85-88면.

52) 장래의 잠재적 피고들이 자신의 귀책비율에 응해서만 책임을 부담하게 되리라 예상하는 경우와, 다른 자들의 잘못에 대해서도 자신이 책임을 부담하게 되리라 예상하는 경우(이 경우 다른 피고에 대해 구상권 소송을 제기할 수 있음은 물론이지만, 이는 일단 무시하기로 하자) 중 어느 경우에 의무를 더 잘 준수할 것인가? 후자의 경우에는 장래의 피고들은 자신이 의무를 잘 준수한다 하더라도 그렇지 않은 다른 자들의 배상액까지 부담하게 될 수 있기

때문에, 오히려 주의의무를 덜 기울일 수도 있을 것이다.

53) 이사에 대한 위법행위 억제력과 관련하여 Bernard S. Black, Brian R. Cheffins and Michael D. Klausner, Outsider Director Liability, Stanford Law School Working Paper No. 250, Nov. 2003, p. 40. 이러한 논리는 다른 배상주체들에게도 적용할 수 있을 것이다.

54) 흔히 들 수 있는 것은 “소송의 성가심(nuisance)”이며, 이것은 강력한 제재역할을 한다. Black/Cheffins/ Klausner, op. cit., p. 44; James D. Cox, “Private Litigation and Deterrence of Corporate Misconduct,” 60-AUT Law & Contem. Probs. 1, 35-36 (1997); John F. Olson, “How to Really Make Audit Committees More Effective,” 54 Bus. Law. 1097, 1104 (May 1999); 株主代表訴訟制度研究會, “企業統治に關する商法等の改正案要綱に對する意見,” 『商事法務』, 第1526號(1999. 5. 25), 10面. 이 외에도 “이사”로 하여금 의무를 준수케 하는 역할을 하는 장치에 관한 자세한 서술은, Black/Cheffins/ Klausner, op. cit., pp. 44-48. 이들은 평판이나 소송의 성가심 외에도, 이사의 전문가의식, 이사회 내 절차규범 등이 이사에 대한 위법행위 억지의 역할을 한다는 점을 언급하고 있다.

55) Donald E. Schwartz, “In Praise of Derivative Suits: A Commentary on the Paper of Professors Fischel and Bradley,” 71 Cornell L. Rev. 322, 335 (1986); 上村達男, “公開株式會社における取締役の民事責任,” 『判例 タイムズ』, 第917號(1996. 10. 25), 98面; 岩原紳作, “株主代表訴訟,” 『ジュリスト』, 第1206號(2001. 8. 1~15), 124-125面.

56) 증권거래법 제14조의 책임과 마찬가지로 이 책임의 법적 성질도 부진정연대채무라고 하는 것이 민법학의 다수설(자세한 것은 편집대표 곽윤직, 『민법주해[XIV](채권12)』(정태윤 집필)(박영사, 2005), 191-193면 참조)과 판례(대법원 1998. 6. 26. 선고, 98다5777 판결)의 태도이다.

57) 대구고법 1996. 11. 14. 선고, 96나939 판결.

58) 이 판결의 사안은 다음과 같다. 운전자 A가 국도를 운전하다 중앙선을 넘어, 마주 오던 B운전자의 차를 들이받아 B의 차가 도로 가장자리에 정차하게 되었다(1차사고). B의 차를 뒤따르던 C운전자가 B의 차를 피하지 못하고 B의 차를 충격하여(2차사고) B가 사망하고 가족들이 중상을 입게 되었다. 이에 B의 유족들이 A, C에 대해 손해배상청구를 하였다. 제1심에서는 A, C에 대해 전액 연대배상책임을 인정하였다. 그러나 제2심 법원은, 사고가 A의 중대한 과실로 발생했고, C는 과실이 작고 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 C의 부담을 30%로 본다고 판시하였다. 권순일, 전제논문, 326-327면.

59) 대법원 1998. 6. 12. 선고, 96다55631 판결.

60) 대법원 1998. 10. 20. 선고, 98다31681 판결(“...공동불법행위로 인한 손해배상책임의 범위는 피해자에 대한 관계에서 가해자 전원의 행위를 전체적으로 함께 평가해서 정해야 하고, 그 손해배상액에 대해서는 가해자 1인이 다른 가해자에 비해 불법행위에 가공한 정도가 경미하더라도 피해자에 대한 관계에서 그 가해자의 책임범위를 손해배상액의 일부로 제한하여 인정할 수 없다...”고 하고 있다).

61) 서울고법 2003. 11. 20. 선고, 2002나6595 판결.

62) 밀줄은 필자가 그은 것임.

63) 밀줄은 필자가 그은 것임.

64) 우리 판례와 같은 취지의 견해로는 岩原紳作, “大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(下),” 『商事法務』, 第1577號(2000. 11. 15), 13面.

65) 대법원 2004. 12. 10. 선고, 2002다60467·60474 판결.

- 66) 밑줄은 판결문 원문에 그어진 것임.
- 67) 물론 집단소송에서는 배상주체(특히 “이사”)의 “회사에 대한 공헌도”에 따라 배상액을 제한하는 논리는 타당하지 않을 것이다.
- 68) 같은 견해: 신필중, “증권관련집단소송과 비례적책임 도입에 관한 소고—제107회 증권법학회 정기세미나 토의자료”(한국증권법학회, 2005. 3. 26), 2면(미공간).
- 69) 채권자측에서 연대의 면제를 한 경우는 생각하지 않기로 한다.
- 70) 이에 비해 이사의 회사에 대한 책임(상법 제399조)이 관건인 경우에는, 연대의 면제가 책임의 일부면제에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 상법 제400조에 따라 총주주의 동의를 얻어야 할 것이다. 또한 대표소송 계속중에, 원고측에서 각 이사에게 책임을 분할해서 부담시키는 화해를 할 경우에는 법원의 허가를 받아야 할 것이다(상법 제403조 제6항).
- 71) 증권소송에서 법인에게 배상책임을 물리는 정책이 효율적인가에 관해서는 견해가 갈리고 있다. 법인에게 배상책임을 물리는 데에 찬성하는 견해는 법인에 대해 거액 책임을 부담 시킴으로써 경영자의 위법행위를 보다 효율적으로 통제할 수 있다고 한다. Reinier Kraakman, “Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls,” 93 Yale L. J. 857 (1984); Donald C. Langevoort, “Capping Damages for Open Securities Market,” 38 Ariz. L. Rev. 639 (Summer 1996)[이하 “Langevoort(2)”로 인용]. 이에 대해 반대론자들은 법인에게 손해배상책임을 과하는 것이 경영자의 “Last Period Problem” 때문에 비효율적이라고 한다. Jennifer Arlen and William Carney, “Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence,” 1992 U. Ill. L. Rev. 691.
- 72) 이러한 식의 고찰을 하고 있는 판례로는 大和銀行代表訴訟事件判決(제1심판결 大坂地判 第10民事部 2000. 9. 20. 선고), 『商事法務』, 第1573號(2000. 10. 5), 4면(판결문 전문 수록).
- 73) Langevoort(1), op. cit., p. 1165은 포함시켜야 한다고 한다.
- 74) 예컨대 원고가 과실로 위반행위를 한 A를 피고로 거명하지 않았고, A의 귀책비율이 10%라고 하자. A의 귀책비율도 귀책비율 총합에 포함시킨다면, 원고는 A의 귀책비율에 응해 A가 배상할 책임액을 배상받지 못하게 된다. 결국 피고가 되지 않은 자의 귀책비율도 귀책비율 결정에 반영시킨다면, 원고는 손해발생에 기여한 모든 자를 찾아내서야 할 것이다. 그러나 실제 사례에서 원고가 손해발생에 기여한 자를 피고로 거명하는 작업은 그다지 어렵지는 않을 것으로 보인다.
- 75) 1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(4).
- 76) 이 부분의 서술은 신필중 변호사의 교시로부터 많은 도움을 받았다.
- 77) 신필중, 전제자료, 3면.
- 78) 아직까지 우리나라에서는 비례적 책임에 관해서 심도있는 연구가 행해진 바가 없으며, 더욱이 추가부담재판에 관해서는 언급 자체가 이루어진 바가 없다. 그리하여 이 부분의 서술은 추가부담재판을 찬성하는 입장에서 제기할 수도 있는 주장을 예상하고 행한 것이다.
- 79) 1934년 증권거래소법 Sec.21D(f)(4)(A)(i).
- 80) 141 Cong. Rec. S17,934 (Dec. 5, 1995) (상원의원 D’Amato의 발언).
- 81) 신필중, 전제자료, 3면.
- 82) 이 때 다른 피고들로부터는 현실적으로 배상을 받는 것이 불가능하다고 가정하자.
- 83) 원고 X1보다 순자산이 1,000달러 많을 뿐이다.
- 84) 받을 배상액이 같음에도 불구하고 원고 X1은 원고 X2보다 13배 이상의 금액을 배상받

게 된다. 다른 사정은 모두 같다고 할 때 이 차이는 원고가 받을 배상액의 규모가 크면 클수록 더 벌어질 것이다.

85) 차별과 입법목적간에 합리적 근거가 있어야 한다는 것은 미국 헌법학에서도 마찬가지이다. Rice, op. cit., p. 293.

86) 신필중, 전계자료, 3-4면.

87) Rice, op. cit., p. 293.

88) 김건식 외, 전계 좌담회, 15면(김주영, 이상윤의 각 발언).

89) Rice, op. cit., p. 294.

90) 신필중, 전계자료, 4면.

91) 상법상 다수 이사들의 회사에 대한 손해배상책임(상법 제399조)을 비례적 책임으로 구성하는 시론에 관해서는 최문희, 전계논문, 105-115면.

92) 물론 우리 집단소송법에서 실제법적 사항을 담고 있는 예가 없는 것은 아니다. 예컨대 손해배상액의 산정규정(제34조)과 같은 것이 그러하다. 증권거래법의 손해산정규정을 따르지 않고 절차법에 이러한 규정을 둔 것에 대한 비판으로는 김건식 외, 전계 좌담회, 26면(신필중의 발언).

93) 김건식 외, 전계 좌담회, 27면(이상윤의 발언).

94) American Law Institute, Federal Securities Code §1708(c)&(e) Comment 1(1980). 이는 “증권법 위반임을 알고서 한 행위가 아닌” 등록신고서 부실기재 사건에서 회사피고에게는 총이익의 1%(최대치 100만달러)와 소득 중 큰 금액만큼, 개인(이사)피고에게는 10만달러와 소득 중 큰 금액을 배상액의 상한으로 하는 방법이다.