

증권관련집단소송법에 대한 민사소송법적 고찰*

오 정 후

(한림대 법학부 전임강사)

【초 록】

2003년 12월에 증권관련집단소송법이 입법절차를 통과하여 2005년부터 시행된다. 이 법은 스스로 민사소송법의 특별법임을 천명하였으나 이 법의 절차는 우리 민사소송법의 기본 원칙과 구조에 맞지 아니하여, 법이 지금의 상태대로 시행되면 해석상·운영상 심각한 문제를 일으키리라 우려된다.

이 법의 절차는 미국의 class action을 본뜬 것인데, 절차를 형성할 때 우리나라 법 체계와 미국 법 체계의 차이점, 특히 양국의 민사소송제도의 차이점이 충분히 고려되지 아니하였다. 거의 모든 조문에서 우리나라 민사소송법에 어긋나는 점이 나타나는데, 가장 문제가 되는 것은 이른바 ‘소송허가’제도이다. 증권관련집단소송이 일반 민사소송과 다른 점은 대표당사자의 당사자적격이다. 그러므로 증권관련집단소송법의 가장 중요한 임무는 대표당사자에게 당사자적격을 인정하기 위한 요건을 정하는 것이다. 증권관련집단소송법은 이 문제를 이른바 ‘소송허가’라는 제도를 두는 것으로 해결하려 하는데, 이것은 우리나라 민사소송의 전체 구조에 맞지 아니한다. 근본적으로 이 제도는 증권관련집단소송법이 본으로 삼은 미국의 제도를 잘못 도입한 것으로, 미국 법의 관점에서도 문제가 있다. 제외신고제도는 반드시 필요한 것이나, 이 제도 관련 규정이 민사소송의 여러 제도를 충분히 검토하지 아니하고 만들어져 잘못된 부분과 부족한 부분이 많다. 그 밖의 소송 관련 규정도 일일이 다시 검토하여야 한다. 분배절차는 기존 민사소송법과 민사집행법의 절차와는 완전히 다른, 새로운 절차이다. 그런데 현재 법 조문의 내용이 부족하여 새로운 절차를 만들고 시행하기 힘들 것이다.

주제어: 증권관련집단소송법 / 당사자적격 / 대표당사자참가 / 제외신고 / 분배절차 / class action

【차 례】

I. 머리말

II. 증권관련집단소송법에 대한 민사소송법적 고찰

1. 증권관련집단소송법의 구성에 관하여
2. 이른바 ‘소송허가’절차에 관하여
3. 제외신고제도 관련 규정에 관하여
4. 증거조사 관련 규정에 관하여
5. 그 밖의 소송절차 관련 규정에 관하여
6. 분배절차에 관하여

III. 맺음말

I. 머리말

2003년 12월 22일에 증권관련집단소송법이 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행된다. 2000년 10월 16일에 증권관련집단소송법제정에관한청원이 있을 후 또 한 차례의 청원과 세 차례의 법안 제출을 거쳐 드디어 법이 제정된 것이다. 그 동안 학계에서도 증권관련집단소송법의 제정을 둘러싸고 논의가 활발하게 이루어졌다. 그런데 세 개의 증권관련집단소송법안에서 제시한 절차 자체에 관한 검토는 놀랍게도 거의 이루어지지 아니하였다. 실체법 분야의 학자들이야 절차 문제에 그리 관심을 가지지 아니하겠지만, 민사소송법학자들도 이 법안의 절차 자체에 대한 의견을 거의 발표하지 아니하였다. 글쓴이는 지난 해 말에 세 번째 증권관련집단소송법안의 절차에 대하여 글을 썼으나, 그 시점이 법안의 국회 통과 직전이어서 입법 과정에 글쓴이의 의견이 반영되기를 기대할 수 없었다. 다행히 글쓴이가 지적하였던 문제점 가운데 몇 가지는 고쳐졌으나,¹⁾ 그것은 지엽적인 문제점들이었고, 절차 전체의 틀은 크게 바뀌지 아니하였다. 그래서 2005년부터 시행될 증권관련집단소송법의 절차에 대하여 민사소송법학의 관점에서 다시 글을 쓰게 되었다.

증권집단소송법에 대한 의견을 피력할 때의 바른 순서는, 먼저 증권관련집단소송을 도입할 필요가 있는지와 그로써 당면한 문제점을 적절하게 해결할 수 있는지를 검토하고, 그 결과 증권관련집단소송을 도입하여야 한다고 판단되면 구체적으로 그 절차를 어떻게 형성할 것인지 논의하는 것이다. 그러나 글쓴이가 증권관련집단소송법에 관한 연구를 시작하였을 때 이미 두 개의 법안이 국회에 제출되어 있었고 곧이어 세 번째의 법안까지 제출되어, 증권관련집단소송 도입의 타당성을 검토하느라 절차에 대한 연구를 시작하기도 전에 법안이 통과되지 아니할까 하는 우려가 앞섰다. 그래서 순서를 뒤바꾸어 증권관련집단소송법 도입의 타당성을 절차법의 입장에서 연구하는 것은 후일의 과제로 남겨두고 당시 국회에 제출되어 있는 법안의 절차 자체를 서둘러 검토하기 시작하였다. 그리고 부족한대로 그 글을 마무리하자마자 입법 과정도 끝났기 때문에 통과된 법의 절차에 대하여 곧바로 다시 글을 쓰기 시작하였고, 그 참에 첫 글의 모자라는 점을 조금이나마 보완하려 한다.

II. 증권관련집단소송법에 대한 민사소송법적 고찰

증권관련집단소송법 스스로 그 목적이 민사소송법에 대한 특례를 규정하는 것임을 밝혔고(증권관련집단소송법 제1조. 이하 법 제1조와 같이 표기함) 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민사소송법에 의한다(법 제6조)는 점도 명시하였으니, 증권관련집단소송법이 민사소송법의 특별법²⁾이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 이 당연한 사실을 여기서 강조하는 것은, 증권관련집단소송법을 만든 사람들이 일반법인 민사소송법의 기본 원칙과 구조, 개념 등을 알고 있었는지조차 의심스러울 만큼 이 법의 절차가 민사소송법에 어긋나기 때문이다. 아래에서는 증권관련집단소송법의 문제점을 1. 증권관련집단소송법의 구성, 2. 이른바 ‘소송 허가’절차, 3. 제외신고 관련 규정, 4. 증거조사 관련 규정, 5. 그 밖의 소송절차 관련 규정, 6. 분배절차 관련 규정의 범주로 나누어 고찰한다.

1. 증권관련집단소송법의 구성에 관하여

증권관련집단소송법은 제1장 총칙, 제2장 소의 제기 및 허가절차, 제3장 소송절차, 제4장 분배절차, 제5장 시행규칙, 제6장 벌칙 및 부칙으로 이루어져 있다.

(1) 소송이란 소로써 개시되어 판결로써 끝나는 일련의 절차³⁾이다. 소의 제기는 소송을 개시하는 당사자의 소송행위로서 소송절차의 일부이다. 따라서 ‘제2장 소의 제기 및 허가절차’를 ‘제3장 소송절차’에서 따로 떼어 독립한 하나의 장으로 만들 수 없다. 참고로 민사소송법

은 ‘제2편 제1십의 소송절차’ 아래 ‘제1장 소의 제기’를 두어, 소의 제기에 관한 규정이 소송절차편에 속해 있다.

(2) ‘제4장 분배절차’라는 부분은 이 법 스스로 선언한 목적에 어긋난다. 위에 쓴 바와 같이 법 제1조와 법 제6조는 이 법이 민사소송법의 특별법임을 선언하였는데, 법 제4장의 조문은 증권관련집단소송이 종료한 뒤의 문제에 관한 것이므로 민사집행법에 관한 특례라고 볼 수 있다. 그렇다면 법 제1조와 법 제6조의 문언을 각각 ‘이 법은... 민사소송법과 민사집행법에 대한 특례를 정하는 것을 목적으로 한다’, ‘이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민사소송법과 민사집행법에 의한다’고 고쳐야 할 것이다.4)

(3) 아마 이 법을 처음 보는 사람은 제5장에서 이르러 가장 놀랄 것이다. 법률에 장 하나를 따로 두어 ‘시행규칙’이라는 제목을 붙이고 ‘이 법의 시행에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다’는 조문 하나를 둘 필요가 있을까? 이러한 입법 형식이 이상하다는 점 외에도, 근본적으로 법률에 ‘이 법의 시행에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다’는 조문을 둘 필요가 없다. 헌법 제108조에서 ‘대법원은 법률에서 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다’고 하여 대법원에 규칙제정권을 부여하였으므로, 대법원은 소송절차에 관하여 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 규칙을 제정할 수 있다. 따라서 개개의 법률에 ‘이 법의 시행에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다’는 조문을 둘 필요가 없다. 절차법의 일반법인 민사소송법과 민사집행법은 특정한 사항을 대법원규칙에 위임하는 규정은 여럿 두었으나,5) 법 제59조와 같이 시행규칙을 제정할 권한은 대법원에 부여하는 규정은 두지 아니하였다. 그러나 그런 규정이 없다고 하여 대법원이 민사소송법과 민사집행법에 관련된 규칙을 제정할 수 없다고 생각할 사람이 있을까? 대법원이 규칙제정권에 의하여 제정한 규칙 가운데 대표적인 것들이 바로 민사소송규칙과 민사집행규칙이다. 따라서 법 제5장은 삭제하여야 한다.6)

2. 이른바 ‘소송허가’절차에 관하여

법 제7조부터 제26조는 이른바 소송허가절차에 관련된 조문이다. 간단히 말하면, 이 법에 의한 소를 제기하는 사람은 소를 제기하면서 ‘소송허가신청서’를 법원에 제출하고 법원은 일정한 요건이 갖추어졌는지 심사하여 ‘소송허가결정’을 하고 아울러 ‘대표당사자’를 ‘선임’한다. 아마도 법은 증권관련집단소송의 특수성에 비추어 특별히 이런 절차를 둔 것이리라. 그러나 이 절차는 민사소송의 기본 구조에 어긋난다는 심각한 문제점이 있고, 여러 조문들이 서로 앞뒤가 맞지 아니하는 경우도 있다.

(1) 먼저 ‘소송허가’라는 것은 있을 수 없다. ‘허가’라는 낱말의 뜻만 보아도 ‘소송’이 그 대상이 될 수 없다는 것은 명백하다. 민사소송법의 분야에서 예를 들면—우리나라 민사소송법은 상소에 관하여 허가제를 두지 아니하였지만—항소와 상고가 허가의 대상이 될 수 있고, 소송참가도 허가의 대상이다. 말하자면, 허가의 대상이 되는 것은 사람의 행위이다. 그런데 소송은 ‘소 제기로부터 판결에 이르기까지의 일련의 절차’이므로 소송 자체가 허가의 대상이 될 수 없다. 그러므로 굳이 허가라는 절차를 두고 싶다면 사람의 행위를 대상으로 삼아 ‘소제기허가’ 또는 ‘소송수행허가’라고 하여야 할 것이다.

(2) 먼저 ‘소제기허가’라는 절차를 둘 수 있는지 본다. 소를 제기하기 위하여 법원의 허가를 받아야 한다는 것은 이상하다. 부적법한 소이든, 터무니없는 청구를 하기 위한 소이든, 법원은 소를 제기하는 것 자체를 막을 수는 없고, 제기된 소를 각하하거나 청구를 기각할 수 있을 뿐이다. 그러므로 ‘소제기허가’라는 절차를 둘 수 없다.

(3) 반면 ‘소송수행허가’라는 절차는 언뜻 보기에 그럴싸하다. 증권관련집단소송이라는 것이

바로 한 사람 또는 몇 사람이 여러 사람을 위하여 당사자가 되어 소송을 ‘수행’하는 것이니 말이다. 그러나 ‘소송수행허가’라는 제도를 따로 둘 필요는 없다. 왜냐하면, 어떤 사람이 특정한 소송의 당사자가 되어 소송을 수행할 자격이 있는지는 민사소송에서 본래 심사하는 소송요건이기 때문이다. 이것이 바로 ‘소송수행권’ 또는—보다 널리 쓰이는 이름으로는—‘당사자적격’이다. 증권관련집단소송법의 대표당사자는 실제법상의 권리자라고 주장하지 아니하는 사람에게 예외적으로 당사자적격을 인정하는 경우인, 제3자의 소송담당에 속한다. 증권관련집단소송법이라는 특별법이 있든 없든 법원이 당연히 심사하는 소송요건인 당사자적격이 특별한 것이나 되는 양 특별법에 따로 절차를 두어 심사하도록 할 필요는 전혀 없다. 만약 증권관련집단소송에서의 당사자적격을 일반 민사소송에서와 달리 취급할 이유가 있어 당사자적격 심사에 관한 특칙을 두어야 한다고 하더라도, 증권관련집단소송법의 ‘소송허가’처럼 이론상 문제가 있고 번거롭기까지 한 절차를 두는 형식을 택할 필요는 없다.7)

(4) 이른바 ‘소송허가’제도의 재판형식이 결정인 것도 문제이다. 증권관련집단소송에서 본질적으로 문제가 되는 것은 소송요건의 하나인 당사자적격이다. 민사소송법에 의하면 소송요건이 갖추어지지 아니한 소는 판결로 각하하므로 소송요건 흠결에 대하여 기판력이 생긴다. 따라서 당사자적격이 갖추어지지 아니하여 소가 각하된 경우에 그것을 보정하지 아니하고 다시 같은 소를 제기하면 기판력에 저촉된다. 그러나 증권관련집단소송법은 ‘소송허가’ 여부를 결정으로 재판하도록 하였기 때문에 ‘소송불허가결정’에 기판력이 생기지 아니한다. 기판력이 생기는 재판은 원칙적으로 판결이고 실제관계를 중국적으로 해결하는 결정에는 기판력이 인정되는데,8) 증권관련집단소송법에 의한 ‘소송불허가결정’은 실제관계를 중국적으로 해결하는 결정이 아니기 때문이다. 나아가 법 제17조 제2항은 ‘불허가결정’이 확정된 때에는 소가 제기되지 아니한 것으로 본다고 하여 기판력이 생길 여지를 완전히 없애 버렸다. 그리하여 ‘불허가결정’이 확정된 뒤에 같은 사람이 같은 내용의 ‘소송허가신청’을 다시 하여도 그것을 막을 수 없고, 무익한 심사절차를 다시 한 번 거칠 수밖에 없게 된다.

(5) 그렇다면 당사자적격과 관련하여 특별법인 증권관련집단소송법에 일반법인 민사소송법의 특칙으로서 규정할 것은 무엇일까? 증권관련집단소송의 대표당사자는 자신의 권리뿐만 아니라 다른 사람들의 권리를 위하여 당사자가 되고자 하는 것이므로 민사소송법에 의하면 당사자적격이 없고, 따라서 그의 소는 각하될 것이다. 그러므로 증권관련집단소송법은 이러한 소가 예외적으로 각하되지 아니하고 법원의 심리와 재판을 받기 위한 요건을 정하여야 한다. 민사소송법 제53조에서 선정당사자가 예외적으로 본래의 당사자적격자와 병행하여 당사자적격을 가지게 되는 요건을 규정한 것처럼.

민사소송법 제53조의 내용은 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 어떤 경우에 선정당사자 제도를 이용할 수 있는가와 선정당사자를 정하는 방법이다. 증권관련집단소송법의 대표당사자 관련 내용에는 이 두 가지 외에 어떤 사람(들)이 대표당사자가 되어야 하는지 또는 될 수 있는지에 대한 것도 포함된다.

먼저 어떤 경우에 이 제도를 이용할 수 있는가에 대한 조문은 법 제3조9)와 법 제12조 제1항 제1호부터 제3호이다. 두 번째로, 어떤 사람이 대표당사자가 되어야 할지는 법 제9조 제2항 제1호, 법 제11조 제3항에 규정되어 있다. 법 제11조 제1항도 그에 관련된 조문처럼 보이기 하나, 법 제9조 제2항 제1호 및 법 제11조 제3항의 요건과 성격이 다르다. 이 두 조문은 직업적으로 대표당사자가 되어 증권관련집단소송을 하는 사람이 나타나는 것을 막기 위한 것이지만, 법 제11조 제1항은 대표당사자가 아닌 사람들의 이익을 보호하기 위한 조문으로 그들의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 사람이 대표당사자가 되어야 한다고

한다. 그리고 보다 근본적으로 법 제11조 제3항은 대표당사자의 요건이라고 보기 힘들다. 자세한 것은 아래 (9)에서 설명한다. 세 번째로 대표당사자를 정하는 방법을 본다. 법 제10조 제4항에 따르면 대표당사자는 법원이 결정으로 ‘선임’¹⁰⁾한다. 사법상의 법률분쟁에 관한 소송에서 법원이 당사자를 정한다는 발상은 너무 엉뚱하여 오히려 반박할 말을 찾기 힘들다. 사법의 가장 기본이 되는 원칙이 사적자치의 원칙이고 사법상의 분쟁에 관한 소송에도 사적자치의 원칙이 적용된다는 것, 법원은 중립적인 입장에서 양 당사자 사이의 분쟁에 대한 재판을 하여야지 어느 한 당사자가 소송을 잘 수행할 수 있도록 도와서는 아니 된다는 것과 같은, 지극히 원론적인 비판을 할 수밖에 없다. 물론 원칙이라는 것에 절대적인 가치가 있는 것은 아니고 원칙의 예외도 인정할 수 있다. 그러나 그러려면 예외를 인정할 만한 근거가 있어야 한다. 증권관련집단소송에 대하여 사법의 근본 원칙의 예외를 인정할 근거가 있는가? 증권관련집단소송법이 제정되기 전 세 개의 법률안이 국회에 제출되었는데, 어느 법률안에도 법원이 대표당사자를 정하도록 한 이유가 설명되어 있지 아니하다. 국회 법제사법위원회의 검토보고서에도 이 문제에 대한 언급은 전혀 없다. 굳이 이 문제와 조금이라도 관련이 있는 조문을 찾는다면, 위에서 언급한 법 제11조 제1항이 있다. 증권관련집단소송의 대표당사자는 ‘총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 구성원’이어야 하는데, 누가 그러한 구성원인지 판단하는 것도 쉽지 아니하므로 이 문제를 법원에 맡긴 것이라 생각된다. 그러나 이것이 사적자치의 원칙과 법관의 중립 원칙을 버리고, 법원이 사법상의 분쟁의 당사자를 정한다는 예외적인 제도를 도입할 근거라고 인정하기는 힘들다.

(6) 여기서 법 제11조 제1항과 관련하여 한 가지 짚고 넘어갈 문제가 있다. 국회 법제사법위원회의 법률안검토보고서는, 법 제11조 제1항은 증권관련집단소송의 ‘공익’적 성격을 감안하여 가장 많은 사람의 이익을 대변하고 투자자의 이익을 보호할 법적 의무를 지며 소송수행능력이 상대적으로 뛰어난 기관투자자 등이 대표당사자가 되도록 하려는 의도를 가지고 있다고 한다.¹¹⁾ 검토보고서는 다른 제도와 관련하여 두 번 더 ‘공익’이라는 용어를 쓴다. 증권관련집단소송이 ‘公益’을 위한 것인가? 결코 아니다. 증권관련집단소송에는 많은 사람의 이해관계가 걸릴 수 있으나, ‘많은 사람의 이익=公益’은 아니다. 증권관련집단소송법 제3조에서 보듯이, 이 법이 적용될 사건은 어디까지나 사법의 영역에 속하는 것이고 여러 사람의 私益에 관한 사건일 뿐이다. 증권관련집단소송이 ‘공익적 성격’을 가진다는 오해가 어디서 비롯되었는지 알 수 없으나, 앞으로 이 제도를 운영할 때 이러한 오해가 개입하여서는 아니 될 것이다.

(7) 법원이 증권관련집단소송의 대표당사자를 정한다는 것은 미국의 제도에서 따온 것이다. 미국 증권법 제27조 a. 3. B와 증권거래법 제21D조 a. 3. B에 주도적 원고(lead plaintiff)¹²⁾를 정하는 절차가 있다. 그러나 이것은 우리나라 증권관련집단소송법의 대표당사자선정절차와는 다르다. 미국 증권법 제27조 a. 2. A에는 ‘대표당사자(representative party)로서 집단을 위하여 소송을 수행하고자 하는 원고’라는 표현이 있고, 제27조 a. 3. B에는 법원이 일정 기간 내에 주도적 원고가 되고자 신청한 사람들 중에서 class를 가장 적절히 대표할 수 있는 사람을 주도적 원고로 정하는 절차가 규정되어 있다. 미국 증권거래법 제21D조에도 같은 내용이 들어 있다. 즉 미국 법에 따르면 소를 제기하는 사람(들)은 일단 증권관련집단소송의 대표당사자이고, 이들과 일정 기간 내에 신청한 사람들 중에서 주도적 원고를 정한다. 반면 우리 증권관련집단소송법 제7조 제1항은 ‘증권관련집단소송의 대표당사자가 되기 위하여 소를 제기하는 사람’이라는 표현을 쓰고, 법 제2조 제4호에서 대표당사자를 ‘법원의 허가를 받아 총원을 위하여 증권관련집단소송을 수행하는 1인 또는 수인의 구

성원'이라고 정의한다. 소를 제기하는 사람은 아직 당사자가 아니고, 당사자가 '되기 위하여' 소를 제기한다는 것이다. 당사자가 없는 소와 소송¹³⁾이 있을 수 있을까? 미국 증권법과 증권거래법의 class action 제도를 약간 손질하기만 하면 우리나라에 도입할 수 있다고 생각하는 것 자체가 무리이지만, 일단 class action 제도를 도입하겠다고 결정하였으면 적어도 representative party와 lead plaintiff 개념을 모두 들여와서 '당사자 없는 소송'이라는 어처구니없는 상황이 발생하지 아니하도록 하여야 한다. 그러나 이것은 미국 제도를 그대로 도입할 경우 그렇게 하여야 한다는 뜻일 뿐이다. 법원이 여러 대표당사자 가운데에서 한 사람 또는 여러 사람을 주도적 원고로 정하는 제도가 미국에서는 문제없이 작동할지 모르나, 우리나라 민사소송의 근본 구조에는 맞지 아니한다.

(8) 증권관련집단소송법이 당사자 없는 소와 소송이라는 이상한 제도를 만들면서 동시에 법 제5조에서 변호사강제주의를 채택하였기 때문에 또 하나의 문제가 생겼다. 법 제8조 제2호에 의하여 원고의 소송대리인은 소장의 필수적 기재사항이다. 그렇다면 소를 제기하는 사람은 자신이 대표당사자가 될지, 되지 아니할지도 모르는 상황에서 소송대리인부터 선임하여야 한다는 말인가? 또 나중에 신청을 거쳐 대표당사자가 된 사람은 자신이 선임하지 아니한 소송대리인에게 소송을 대리시키거나 법 제26조 제2항의 절차를 밟아 소송대리인을 바꾸어야 한다는 말인가? 이 문제 역시 미국의 제도를 잘못 도입하여 생긴 것이다. 미국 증권법 제27조 a. 3. B. v.는 주도적 원고—정확하게는 가장 적절한 원고—가 class를 대표할 변호사를 선임하도록 한다. 미국 증권거래법 제21D조의 내용도 같다.

변호사강제주의와 관련하여 언급할 것이 세 가지 더 있다. 첫째, 법 제5조 제1항은 앞서 언급한 미국 증권법의 규정처럼 '원고와 피고는 변호사를 소송대리인으로 선임하여야 한다'고 한다. 그러나 변호사강제주의의 의미는, 당사자는 스스로 법원에 대하여 유효한 소송행위를 할 수 없고 반드시 변호사의 대리를 받아야 한다는 것, 곧 당사자의 변론능력을 제한하는 것이지, 변호사를 소송대리인으로 선임하는 것 자체가 아니다. 우리 민사소송법은 당사자의 변론능력을 제한하지 아니하므로 변호사를 소송대리인으로 선임하여도 당사자는 변론능력을 가진다. 따라서 증권관련집단소송법에 '당사자는 소송대리인을 선임하여야 한다'고만 하면, 일반법인 민사소송법에 의하여 당사자와 소송대리인 모두 변론을 할 수 있게 된다. 그러므로 이 조문은 '증권관련집단소송의 당사자는 법원에 대하여 소송행위를 할 때 변호사의 대리를 받아야 한다'라는 내용이 포함되도록 고쳐야 한다. 둘째, 증권관련집단소송법이 민사소송법과 달리 변호사강제주의를 채택하였고 증권관련집단소송에서 변호사의 역할과 중요성이 일반 민사소송에서보다 훨씬 클 개연성이 있다고는 하지만, 소장의 필수적 기재사항에 원고의 소송대리인이 포함된다는 것은 이상하다.¹⁴⁾ 소장의 필수적 기재사항은 누가 누구를 피고로 하여 어떠한 내용의 재판을 구하는지를 알 수 있도록 하기 위한 것이므로, 이와 무관한 소송대리인은 필수적 기재사항이 아니다. 증권관련집단소송에서의 소송대리인에게 특별한 요건을 요구한다면, 소송대리인은 민사소송법 제89조 제1항에 의하여 소송대리권을 증명하는 서면을 제출하여야 하므로 법 제9조 제3항에 의하여 필요한 진술과 법 제11조 제3항의 사실의 진술을 그 서면과 함께 제출하도록 하면 된다. 셋째, 법 제26조 제2항은 소송대리인을 변경하려면 법원의 허가를 받도록 하였다. 증권관련집단소송에서 소송대리인의 중요성이 일반 민사소송에서보다 크다고 하더라도, 소송대리인을 변경하는 데 법원의 허가를 받아야 한다고 할 이유는 없다. 법 제5조 제2항과 법 제9조 제3항, 법 제11조 제3항에 증권관련집단소송의 소송대리인이 갖추어야 할 요건이 규정되어 있다. 어떤 소송대리인이 이 요건을 갖추지 못하였으면 그의 대리는 무권대리가 되므로 대리에 관한 민사소송법의 규정

에 의하여 처리하면 되고, 당사자가 소송대리인을 선임 또는 변경하는 데 법원이 관여할 필요는 없다.

(9) 생각건대 이 문제는 우리나라 민사소송의 기본 구조에 맞지 아니한 ‘대표당사자선정—본래의 미국제도에서는 주도적 원고 선정—’이 아니고 ‘대표당사자참가’로 해결하여야 할 것이다. 한 명 또는 여러 명이 대표당사자로서 증권관련집단소송법에 의한 소를 제기하면 법원은 그 소가 일반적인 소송요건 및 위 (5)에서 열거한, 증권관련집단소송의 특수한 소송요건을 갖추었는지 심사하고, 소가 적법하면 소가 제기되었다는 사실과 함께 이 소송의 대표당사자가 되기를 원하는 사람은 참가신청을 할 수 있다는 것을 공고하도록 한다. 대표당사자가 되기 위한 요건, 곧 법 제9조 제2항 제1호의 요건과 법 제11조 제3항의 요건을 갖추어 참가신청을 한 사람은 대표당사자로서 소를 제기한 사람(들)과 함께 대표당사자가 되는데, 소송목적이 모든 대표당사자들에게 합일적으로 확정되어야 한다는 점에서 이 참가는 민사소송법 제83조의 공동소송참가와 비슷하다. 그러나 법 제23조에 의하여 대표당사자가 탈퇴(15)할 수 있다는 점에서 증권관련집단소송법의 대표당사자참가는 민사소송법 제83조의 공동소송참가와 다르다. 법원은 대표당사자로서 소를 제기한 사람이나 참가신청을 한 사람들 가운데 대표당사자의 요건을 갖추지 못한 사람이 있으면 그의 당사자적격을 부인하여 소를 각하하거나 참가를 허가하지 아니하는 방식으로 이 문제에 관여한다. 그러나 당사자적격과 참가요건의 심사는 일반법인 민사소송법에 의하여 법원이 당연히 하여야 할 일이므로, 증권관련집단소송법에 따로 규정할 필요가 없다. 참가의 결과 대표당사자가 여러 명이 되면 이들이 함께 소송을 수행할 수도 있을 것이고, 만약 대표당사자 가운데 한 명 또는 몇 명을 주도적 원고로 선정할 필요가 있다면 대표당사자들이 협의하여 결정하면 된다. 법원이 주도적 원고를 정하는 문제에 관여할 필요는 없다. 그리고 위에서 이미 언급한 법 제11조 제1항은 대표당사자 가운데 주도적 원고를 정하는 경우 고려할 사항이지, 대표당사자가 되기 위한 요건이 아니다.

법 제10조 제1항 제4호의 기간은 의미가 없다. 그것은 법 제18조 제1항 제9호와 법 제21조와의 관계 때문이다. 법 제18조 제1항 제9호와 법 제21조 제1항은 ‘구성원은 증권관련집단소송의 계속 중에 법원의 허가를 받아 대표당사자가 될 수 있다’고 하는데, 대표당사자가 되려는 사람을 위한 신청기간을 정하여 공고까지 하도록 하고서 다시 소송계속 중 언제든지 대표당사자가 될 수 있다고 하는 것은 앞뒤가 맞지 아니한다. 이처럼 법 제10조 제1항 제4호의 기간은 현재의 ‘소송허가’제도 아래에서도 문제가 있고, 대표당사자참가제도를 둘 때에는 더욱 그러하다. 민사소송법에 의하여 참가는 소송계속 중 언제나 할 수 있는 것이므로 참가신청기간을 두지 아니하는 것이 옳다고 본다.

(10) 법 제12조 제1항 제2호는 ‘법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것’이라고 하는데, 이것은 우리나라 민사소송에는 적합하지 아니한 표현이다. ‘쟁점’이라는 용어는 법률가들이 흔히 사용하는 것이나, 법 조문에 사용하기에는 너무 막연하다. 그리고 이 단계에서는 사용할 수 없는 용어이다. 이 법에 의한 소가 막 제기되어 이 소에 특수한 소송요건을 조사하는 단계, 곧 아직 본안심리를 시작하지도 아니한 단계에서 무엇이 ‘쟁점’이 될지 어떻게 알 수 있겠는가? 증권관련집단소송의 당사자적격을 특별히 인정하기 위하여서는 적어도 민사소송법 제65조의 ‘소송목적이 되는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고, 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인으로 말미암은 것인 경우’ 정도의 기준을 제시하여야 할 것이다.

(11) 법 제12조 제2항은 제1항 제1호의 요건이 사후적으로 불비된 경우에도 소 제기의 효

력16)에 영향이 없다고 한다. 이것은 이른바 ‘소송허가’제도를 전제로 한 규정이나, 그러한 제도를 두지 아니하고 당사자적격의 특칙을 두는 경우에도 의미가 있다. 원칙적으로 소송요건이 갖추어졌는지 판단할 때 기준이 되는 것은 사실심 변론종결시이나, 법의 의도가 이 요건 구비 여부는 소가 제기된 때를 기준으로 판단하려는 것이므로 이 요건에 대하여는 판단 기준시가 소 제기시라는 것을 밝힐 필요가 있다.

(12) ‘소송허가’라는 것이 있을 수 없으므로 법 제7조부터 제25조의 조문은 삭제하거나 당사자적격의 특칙과 대표당사자참가라는 절차에 맞게 바꾸어야 한다. 이미 위에서 언급한 부분도 있지만, 다시 정리한다.

먼저 법 제7조와 법 제9조, 법 제13조, 법 제14조, 법 제15조, 법 제29조에서 ‘소송허가’ 및 ‘대표당사자선임’과 관련된 부분은 삭제하여야 한다. 법 제9조 제2항은 법 제12조 제1항 제1호부터 제3호, 법 제11조 제3항과 함께 증권관련집단소송의 당사자적격에 대한 특칙으로 규정하여야 한다. 법 제10조는 이 법에 의한 소가 적법하면 소가 제기되었다는 사실과 일정한 요건을 갖춘 구성원은 대표당사자로 참가할 수 있다는 것을 공고하는 것으로 바꾸어야 한다. 법 제10조 제6항은 ‘대표당사자선임절차’를 삭제하면 의미가 없다. 이 문제는 민사소송법의 소송비용 규정에 따라 해결하면 된다. 법 제13조 제1항과 제2항은 민사소송법의 소송요건 조사절차와 맞지 아니하거나 불필요하므로 삭제하여야 하고, 제3항은 증권관련집단소송의 당사자적격을 규정하는 조문에 당사자적격 조사방법의 특칙으로 넣으면 될 것이다. 법 제14조 제1항의 ‘소송허가신청’이 여러 개 제출된 경우는, 같은 사건에 대하여 이 법에 의한 소가 여럿 제기된 경우로 바꾸어야 한다. 이 조문은 이 법에 의한 소가 제기된 후 그 사실을 공고하기 전에 이 법에 의한 소가 또 제기되는 경우에만 적용된다고 보아야 한다. 왜냐하면, 이 법에 의한 소가 제기되고 당사자적격을 인정받아 소 제기 사실이 공고된 후 이 법에 의한 소가 또 제기되면 같은 소송물에 의하여 소를 제기하는 것이므로 중복제소의 문제가 생긴다. 소 제기 사실이 공고되기 전에는 이 법에 의한 소가 제기되었고 당사자적격이 인정된 사실을 모르는 사람이 또 소를 제기할 수도 있으므로 법 제14조 제1항과 같은 조치가 필요할 것이다. 법 제14조 제2항과 제3항은 필요하지 아니하다. 법 제4조에서 증권관련집단소송은 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 법원이 전속적으로 관할하도록 하였으므로 이 법에 의한 여러 소가 각각 다른 법원에 제기될 가능성이 거의 없고, 또 설사 그런 일이 생긴다고 하더라도 피고의 보통재판적 소재지 관할법원이 아닌 법원에 제기된 소는 전속관할 위반이어서 관할법원으로 이송될 것이다. 법 제15조는 삭제하여야 하고, 제3항은 꼭 필요하다면17) 독립한 조문으로 두면 된다. 법 제15조 제3항을 삭제하지 아니하는 경우, ‘소송허가절차’를 따로 두지 아니하므로 이 조문을 법 제27조와 합쳐서 규정하여야 할 것이다. 법 제17조와 법 제18조, 법 제19조, 법 제21조, 법 제29조 제1호도 삭제하여야 한다. 법 제25조는 대표당사자 모두가 사망 또는 탈퇴하거나 법 제22조 제1항에 의하여 소송수행이 금지된 경우 다른 구성원이 대표당사자가 되어야 한다고 하는데, 증권관련집단소송을 수행할 대표당사자가 없다는 사실을 공고 또는 고지하라는 규정이 없다. 그 사실을 공고하지 아니하면 다른 구성원들이 어떻게 그 사실을 알 수 있다는 말인가? 이 법안에는 공고 또는 고지에 관한 규정이 불필요하게 많은데, 이처럼 꼭 필요한 경우에는 빠져 있다.18)

3. 제외신고제도 관련 규정에 관하여

법 제2조 제5호는 제외신고를 ‘구성원이 증권관련집단소송에 관한 판결 등의 기판력을 받지 아니하겠다는 의사를 법원에 신고하는 것’이라고 정의한다. 다른 사람이 수행하는 증권관련집단소송에 관련되지 아니하고 스스로 자기 권리를 실현하고자 하는 사람이 있을 수 있으므

로 이러한 제도는 반드시 필요하다. 그러나 지금 증권관련집단소송법의 제외신고제도는 민사소송법의 기본 제도와 맞지 아니한다.

(1) 민사소송법을 배운 사람이라면 누구나 법 제2조 제5호의 ‘기판력을 받지 아니하겠다는 의사’라는 표현을 보고 고개를 갸우뚱거릴 것이다. 이와 같은 잘못은 기판력을 바르게 이해하지 못한 데에서 나온 것이다. 기판력이란 형식적으로 확정된 판결이 후소법원에 대하여 가지는 구속력이다. 곧 기판력은 한 소송이 확정판결이나 이에 준하는 효력이 있는 조서 등으로 종료한 후 같은 소송물에 대하여 다시 소가 제기되거나 전소송물과 관련 있는 소송물에 대하여 소가 제기되었을 때 그 두 번째 소송에서 문제가 되는 것이고, 기판력의 작용은 후소법원이 전소의 확정판결과 다른 판단을 하지 못하도록 하는 것이다. 그러므로 어떤 사람이 특정 판결의 기판력이 미치는 인적 범위에 속하면 그가 원하든 원하지 아니하든 기판력이 미치고 그가 기판력이 미치는 인적 범위에 속하지 아니하면 미치지 아니하는 것이지, 그의 의사나 의사표시가 문제가 되지 아니한다. 따라서 그가 증권관련집단소송의 판결의 기판력을 받지 아니하려면 기판력이 미치는 인적 범위에서 벗어나야 한다. 따라서 법 제2조 제5호의 ‘제외신고’는 어떤 사람이 증권관련집단소송의 판결의 기판력이 미치는 인적 범위에서 벗어나겠다는 의사를 표시하는 행위이다.

(2) 그러나 ‘기판력이 미치는 인적 범위에서 벗어나겠다는 의사’라는 표현도 옳지 아니하다. 왜냐하면, 이것은 제외신고를 기판력에만 관련시키고 소송에서 생기는 다른 효과와의 관계는 고려하지 아니하기 때문이다. 제외신고를 한 구성원이 독자적으로 소송을 수행하기 위하여 증권관련집단소송이 종료하기를 기다려야 할 필요는 없지 아니한가? 그가 증권관련집단소송의 계속 중에 소를 제기하는 경우 그 소가 중복제소라고 하여서는 아니 될 것이다. 법 제28조 제2항도 증권관련집단소송의 계속 중에 구성원이 개별적으로 소를 제기하는 것을 허용한다. 또 증권관련집단소송법에 의한 소가 제기되기 전에 이미 독자적으로 소를 제기한 사람이 있을 수도 있다. 그러한 경우에 이 법에 의한 소를 중복제소라고 하여 각하하여서도 아니 될 것이다.¹⁹⁾ 그러므로 제외신고를 기판력과 관계에서만 정의하여서는 아니 된다.

(3) 그렇다면 제외신고를 어떻게 정의하여야 할까? 법 제2조의 용어들은 서로 관련되어 있으므로 제외신고 하나만을 달리 정의하는 것은 별 의미가 없다.

우선 법 제2조의 용어 정의에 어떤 문제가 있는지 본다. 법 제2조 제2호와 같이 총원을 ‘유가증권의 매매 그 밖의 거래과정에서 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 손해의 보전에 있어서 공통의 이해관계를 가지는 피해자 전원’이라고 정의하면, 총원은 유가증권의 매매 등에 의하여 손해를 입은 사람이라는 사실만에 의하여 정하여지고 그가 증권관련집단소송에 관련되는지는 기준이 되지 아니한다. 말하자면 제외신고를 한 사람도 여전히 총원에 속하고, 총원 중 제외신고를 하지 아니한 구성원들에게만 판결의 기판력과 소 제기의 효과 등이 미친다고 하게 된다. 그보다는 실제 손해를 입은 사람의 집단에서 제외신고를 한 사람을 뺀 나머지 사람들, 곧 증권관련집단소송과 관련이 있는 사람들만이 이 법의 총원이고 제외신고를 한 사람은 구성원이 아니며, 판결의 기판력과 소 제기의 효과 등은 총원에게만 미친다고 하는 것이 훨씬 명쾌하다. 그뿐만 아니다. 증권관련집단소송법은 명쾌하게 정리되지 못한 개념을 부주의하게 사용하여 혼란을 가중시킨다. 예를 들면, 법 제2조의 정의에 따라 제외신고를 한 사람도 총원에 속하고 구성원이므로 법 제31조에 의하여 법원은 제외신고를 한 사람도 필요하면 신문할 수 있다는 말인가? 심지어 법 제49조에 따르면 제외신고를 한 사람도 구성원이므로 소송 결과 얻은 금전 등의 분배를 받을 수 있다는 결과가 된다. 결국 법 제2조에 정의된 용어를 사용하면서 이러한 혼란을 피하려면, ‘구성원’이라는 용어를 쓸 때마

다 제외신고를 한 구성원이 포함되는지 아닌지를 명시하여야 한다는 결론이 나온다. 그러나 제외신고를 한 사람은 총원에 속하지 아니한다고 하면 개념상 명쾌할 뿐만 아니라 이러한 입법상의 번거로움도 없다.20)

이왕 이 법이 용어를 부주의하게 사용한 사례를 지적하기 시작하였으니 예를 한 가지 더 든다. 법 제27조 제3항과 법 제29조 제2호의 ‘구성원에서 제외된다’에 이르면 말문이 막힌다. 법 제2조 제3호에서 구성원을 ‘총원을 구성하는 각각의 사람’이라고 정의하고서 어떻게 ‘구성원에서 제외된다’는 표현을 쓸 수 있을까? 설령 이것을 선택하여 ‘총원에서 제외된다’라는 뜻으로 보더라도 법 제2조 제2호의 총원의 정의에 어긋난다. 위에서 제시한 것처럼 총원의 개념을 바꾸면 문제가 없지만.

(4) 따라서 법 제2조의 여러 용어를 새로이 정의하려면 총원의 정의부터 바꾸어야 한다. 우선 법 제2조 제2호에서 ‘피해’는 ‘손해’로, ‘손해의 보전에 있어서 공통의 이해관계를 가지는 피해자’는 ‘손해를 보전하기 위하여 주장하는 권리가 같은 종류의 것이고 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암은 것인 사람들’이라고 고쳐야 한다. 민법과 민사소송법에서는 ‘피해’라는 용어를 사용하지 아니한다. ‘이해관계’라는 용어는 민사소송법에서 사용하기는 하나 21) 이러한 경우에는 적합하지 아니하다. 이 경우에 ‘이해관계’와 같이 막연한 표현을 사용하면 총원의 범위를 확정하는 것이 어렵게 된다. 증권관련집단소송의 판결의 효력이 총원에게 미치므로, 총원의 범위는 가능한 한 명확하게 한정되어야 한다. 그러려면 적어도 위 2. (10)에서 법 제12조 제1항 제2호와 관련하여 서술한 것처럼 민사소송법 제65조의 ‘소송목적에 되는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고, 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인으로 말미암은 것인 경우’ 정도의 기준을 제시하여야 할 것이다.

그리고 총원과 증권관련집단소송의 관계를 정의에서 포함시켜야 한다. 그런데 이것이 매우 어렵다. 총원에게 이 법에 의한 소 제기의 효과와 판결의 효력이 미친다는 것이 총원과 증권관련집단소송의 관계인데, 이것은 총원을 정의하여야 비로소 논할 수 있는 효과이므로 이러한 효력을 이용하여 총원을 정의할 수는 없다. 그렇다면 총원을 제외신고를 하지 아니한 사람들로 정의하는 수밖에 없을 것이다. 정리하면 ‘유가증권의 매매 그 밖의 거래과정에서 여러 사람에게 손해가 발생한 경우 그 손해를 보전하기 위하여 주장하는 권리가 같은 종류의 것이고 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암은 것인 사람들 중 제외신고를 하지 아니한 사람들’22)이 된다.

(5) 총원을 위와 같이 정의하고 제외신고를 ‘총원에서 빠지겠다는 의사를 표시하는 것’이라고 하면 동어반복이 되므로 아니 된다. 지금으로서는 글쓴이도 ‘이 법에 의한 소송에 반대한다는 의사를 법원에 대하여 표시하는 것’이라는 정도의 의견밖에 제시할 수 없다. 이 문제에 관하여 민사소송법학자들께서 더 좋은 의견을 제시하시기를 기대한다.

(6) 그러면 법 제37조도 바꾸어야 한다. 총원이 제외신고를 하지 아니한 구성원들이므로, 확정판결의 효력은 ‘총원’에게 미친다고 하여야 한다. 법 제29조는 삭제하는 것이 낫다. 제1호는 위에서 본 바와 같이 불허가결정이라는 제도를 없애야 하므로 삭제되어야 하고, 제2호와 제3호의 경우 증권관련집단소송에 반대하는 사람에게 이 법에 의한 소 제기로 발생한 시효중단의 효력을 인정할 근거가 없다.

4. 증거조사 관련 규정에 관하여

(1) 법 제30조는 필요하지 아니하다. 민사소송법 제292조에 의하여 법원은 당사자가 신청한 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없거나, 그 밖에 필요하다고 인정한 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다. 그러므로 증권관련집단소송법에 특별히 ‘법원은 필요하다고 인정하는

때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다'는 규정을 둘 필요가 없다. 이러한 조문을 둔 것은, 민사소송법에 따르면 당사자의 신청에 의하여 증거를 조사하는 것이 원칙이고 직권증거조사는 보충적으로 하는 것인데, 증권관련집단소송에서는 직권증거조사가 보충적인 것이 아니고 원칙적인 것이라는 것을 나타내기 위한 것인 듯싶다. 그러나 법 제30조도 '필요하다고 인정하는 때'라고 하여 민사소송법 제292조와 같은 표현을 사용하였으므로 이 두 조문이 다르다고 볼 근거가 없다. 그리고 근본적으로 증권관련집단소송법에서 민사소송법의 예외를 인정하여 직권증거조사를 원칙으로 삼을 이유도 전혀 찾을 수 없다.

(2) 법 제31조는 법원이 필요하다고 인정하면 대표당사자와 구성원을 신문할 수 있다고 하는데, 대표당사자도 당사자이므로 대표당사자를 신문할 수 있다는 것을 따로 규정할 필요가 없다. 민사소송법 제367조에 의하여 당사자신문을 하면 된다. 그러나 대표당사자가 아닌 구성원을 신문할 수 있다는 것을 규정할 필요는 있을 것이다.

(3) 법 제32조 제1항은 '법원이 필요하다고 인정하는 때에는 문서의 제출을 명하거나 송부를 촉탁할 수 있다'고 하고, 제3항에서 '대표당사자와 피고는 법원에 제1항의 규정에 의한 문서제출명령 등을 신청할 수 있다'고 한다. 민사소송의 기본 원칙 가운데 하나인 변론주의에 의하여 당사자가 문서제출명령 등을 신청할 수 있고 또 신청하여야 하는 것인데, 이것을 제3항으로 놓고 법원의 문서제출명령 등을 제1항으로 둔 것은 명백한 잘못이다. 지금의 조문 구조에 따르면 직권에 의한 문서제출명령 등이 원칙이고 당사자의 신청은 보충적이라는 것인데, 증권관련집단소송법이 변론주의를 포기하고 직권탐지주의를 채택하지 아니하는 한 이렇게 할 수 없다. 그러나 증권관련집단소송법에 직권탐지주의를 채택할 근거가 없다. 증권관련집단소송의 판결의 효력이 총원에게 미친다는 특수성이 있기는 하나, 위 2. (6)에서 언급한 바와 같이 증권관련집단소송이 공익을 위한 것은 아니다. 법 제32조의 내용은—표현이 다르기는 하지만—결국 민사소송법의 서증 관련 여러 규정과 거의 같다. 다른 점은 제2항 제1호뿐이다. 꼭 필요하다면 이 조문은 남겨두어야 하겠지만, 그 밖의 조문은 필요하지 아니하다.

(4) 법 제33조는 도대체 어떤 의도에서 들어간 조문인지 모르겠다. 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정, 곧 증거보전의 필요성이 없는 경우에도 법원이 필요하다고 인정하는 때에는 증거보전절차를 실시할 수 있다는 것인데, 증거보전의 필요성 없이도 증거보전절차가 필요하다고 인정할 만한 경우가 어떤 것인지 법률안의 제안이유서도, 국회 법제사법위원회의 검토보고서도 설명하지 아니한다. 민사소송에서 어떤 사실이 요증사실인지 불요증사실인지는 그 사실에 대하여 양 당사자의 주장을 듣기 전에는 알 수 없다. 증거는 요증사실에 대하여서만 필요하므로, 어떤 사실에 대하여 증거조사를 실시할지는 양 당사자의 주장을 들은 다음에야 결정할 수 있다. 어떤 사실에 대하여 미리 증거조사를 하였는데 나중에 그 사실이 불요증사실로 확정되면 증거조사는 의미가 없게 되기 때문이다. 따라서 예외적으로 미리 증거를 조사하는 증거보전절차는 증거보전의 필요성이 있을 때에만 실시할 수 있고, 증거보전절차에서 얻은 결과는 나중에 쓰이지 아니할 수도 있는 것이다. 법 제33조에서 도대체 어떤 근거로 민사소송법의 예외를 인정하여 증거보전의 필요성이 없는 경우에도 증거보전절차를 실시할 수 있다고 하는지 알 수 없고, 증거보전의 필요성이 없는 데도 증거보전이 필요한 경우가 어떤 것인지도 알 수 없다.²³⁾

5. 그 밖의 소송절차 관련 규정에 관하여

(1) 법 제1조는 이 법의 목적이 유가증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제하고 이를 통하여 '기업의 경영투명성을 높이기 위하여' 민사소송법에 대한 특례

를 정하는 것이라고 한다. 하나의 법률, 그것도 소송절차에 관한 법률의 목적이 ‘기업의 경영투명성 제고’가 될 수 있을까? 이 제도를 시행함으로써 부수적 효과로 기업의 경영투명성이 높아지기를 기대할 수는 있을 것이나, 그것을 법률 자체의 목적으로 삼을 수는 없다. 그러므로 법 제1조에서 ‘기업의 경영투명성을 높이기 위하여’ 부분을 삭제하여야 한다.

(2) 법 제3조에서 한 가지 생각하여 볼 것이 있다. 법 제3조 제1항은 이 법에 의한 소를 제기할 수 있는 경우로 증권거래법 몇몇 조문의 ‘손해배상청구’를 든다. 소를 제기할 때 실체법의 특정 청구권을 주장하여야 할까? 소송물이론 중 구실체법설에 따르면 소송물과 실체법상의 청구권이 일치하므로 실체법상의 특정 청구권을 소로써 주장하는 것은 당연히 허용되며 또 주장하여야만 한다. 그러나 신소송물이론에 의하면 소송물은 청구취지만으로 또는 청구취지와 사실관계로 특정되는 것이고, 그렇게 특정된 소송상 청구에 어느 법규를 적용하여 재판할 것인가는 전적으로 법원의 몫이다. 그렇다면 신소송물이론의 입장에서는 실체법상의 특정 청구권을 주장하는 경우에만 이 법에 의한 소를 제기할 수 있다는 표현을 쓸 수 없다. 그렇다고 신소송물이론을 따르는 입장에서도 증권관련집단소송과 같은 특수한 절차를 이용할 수 있는 경우를 제한하지 아니할 수는 없다. 그러므로 법 제3조 제1항은 ‘이 법에 의한 소는 증권거래법 해당 조문의 사실에 터잡은 금전지급청구에 한하여 제기할 수 있다’라고 하여야 한다. 법 제3조 제2항에서도 ‘제1항에 의한 손해배상청구는... 매매 그 밖의 거래로 인한 것이어야 한다’를 ‘제1항의 금전지급청구는... 매매 그 밖의 거래에 터잡은 것이어야 한다’로 바꾸어야 한다. 법 제28조 제2항의 ‘증권관련집단소송의 목적으로 된 권리와 동일한 권리에 대하여 개별적으로 소를 제기’라는 부분도 ‘이 법에 의한 소로써 주장된 것과 같은 사실관계에 터잡아 개별적으로 소를 제기’라고 고쳐야 한다.

(3) 법 제4조의 ‘증권관련집단소송은... 전속관할로 한다’라는 문장에서 주술관계가 맞지 아니한다.²⁴⁾ 이것은 ‘증권관련집단소송은 지방법원본원합의부가 전속적으로 관할한다’ 또는 ‘증권관련집단소송은 지방법원본원합의부의 관할에 전속한다’라고 고쳐야 한다.

법 제39조에서도 ‘제1심 수소법원의 전속관할로 한다’를 ‘제1심 수소법원의 관할에 전속한다’ 또는 ‘제1심 수소법원이 전속적으로 관할한다’로 고쳐야 한다.

(4) 법 제26조 제5항에서는 ‘증권관련집단소송은 취하된 것으로 본다’는 부분이 잘못되었다. ‘소송’은 취하될 수 없다. 취하되는 것은 ‘소’이다.

(5) 법 제38조의 두 항은 별도의 조문으로 하여야 한다. 제1항은 상소취하에 관한 것이고 제2항은 상소를 제기하기 위하여 대표당사자가 되는 방법에 관한 것이므로 이것을 ‘상소의 취하’라는 제목 아래 함께 묶을 수 없다.

법 제38조 제1항은 상소를 취하하려면 법원의 허가를 받아야 한다는 규정이다. 그런데 상소 및 소의 취하, 화해, 청구포기(법 제35조)에 법원의 허가를 받아야 한다면 상소를 제기하는 경우에도 법원의 허가를 받도록 하여야 한다. 민사소송법 제56조와 제90조 제2항에 의하면 대리인이 특별수권을 받아야 하는 행위에 소의 취하, 화해, 청구포기, 상소취하 외에 상소제기가 포함된다. 증권관련집단소송의 대표당사자가 상소를 제기하는 것은 자신의 권리 외에 총원의 권리에 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하여 상소제기에도 법원의 허가를 받도록 하는 것이 옳다. 그리고 지금의 법 제38조에 의하면 증권관련집단소송의 피고도 상소를 제기하거나 취하하는 데 법원의 허가를 받아야 하는데, 대표당사자의 상소제기 또는 취하에만 법원의 허가를 받도록 하면 충분하다. 상대방이 상소를 제기하거나 취하하는 데 법원의 허가를 받도록 할 필요는 없다.

(6) 법 제60조부터 제62조의 ‘금품 또는 재산상의 이익’은 ‘재물 또는 재산상의 이익’이라고

고쳐야 한다. 이러한 경우 사용되는 형법의 용어가 그러하다. 그리고 법 제60조 제1항의 ‘다음의 구분에 따라 처벌한다’는 ‘다음 각 호의 규정에 따라 처벌한다’로 바꾸어야 한다.

(7) 이 법의 문제는 아니나, 국회 법제사법위원회의 법안검토보고서의 입증책임에 관한 대목이 하도 어이없어서 여기 언급한다. 입증책임처럼 중요한 문제를 판단할 때 이와 같이 황당한 견해가 개입하여서는 아니 될 것이기 때문이다. 2002년에 국회에 제출된 정부안 검토보고서의 항목 7. ‘입증책임에 관한 사항’ 전문을 아래에 인용한다.

동 법안은 집단소송청구시 불법행위에 대한 입증책임에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 않고 있는바, 증권거래법상 손해배상책임이 있는 위법행위에 대하여 집단소송을 허용하는 만큼 증권거래법관련 규정을 준용하여 소송을 당한 기업 등이 입증책임을 부담(미공개정보 이용행위 및 시세조작행위 제외)하여야 한다고 해석하는 것으로 보여짐.

이에 대하여는 권리를 주장하는 자가 모든 입증책임을 지는 것이 민사소송의 일반원칙이고, 입증책임을 피고에게 부여하는 경우 입증과정에서 기업의 영업비밀 등이 외부로 누출될 우려가 크며, 그로 인하여 이를 노린 악의적인 소송의 남발이 야기될 수 있으므로, 증권관련 집단소송을 청구하기 위하여는 원고가 청구원인 사실에 대하여 구체적인 입증을 하도록 규정하여야 한다는 반대 견해가 있음.

증권관련집단소송법에 특별히 입증책임을 규율하는 조문이 없는 것은 사실이다. 그러나 그것은 증권관련집단소송법이 입증책임 문제를 간과한 탓이 아니다. 절차법인 증권관련집단소송법이 입증책임을 규율하지 아니하는 것은 당연한 것이다. 입증책임은 실체법 규정에 의하여 분배되는 것이므로, 이 법에 의한 소송에서는 증권거래법의 해당 규정에 의하여 입증책임이 분배된다. 이것은 증권거래법을 ‘준용’하는 것이 아니다.

위 인용문의 반대의견은 ‘권리를 주장하는 자가 입증책임을 지는 것이 민사소송의 기본원칙’²⁵⁾이라고 하면서도 ‘원고가 청구원인사실에 대하여 구체적인 입증을 하도록 규정하여야 한다’고 하는데, 일반법인 민사소송법의 기본 원칙을 특별법에 왜 따로 규정하여야 한다는 것인지 이해할 수 없다. 특별법은 일반법에 대한 특칙을 규정하는 것이지, 일반법의 기본 원칙을 선언하는 것이 아니다.

그리고 증권거래법의 해당 규정을 적용할 때 민사소송법의 일반 원칙에 따라—자동적으로—입증책임이 분배되는 것이지, 위 인용문의 주장처럼 ‘기업 등이 입증책임을 부담하여야 한다’고 해석하는 것이 아니다. 증권거래법 제14조 제1항을 예로 들면, 제1문의 여러 요건사실에 대한 입증책임은 원고가 부담하고 제2문의 면책사유에 대한 입증책임은 피고가 부담한다.

6. 분배절차에 관하여

분배절차는 기존의 민사소송법과 민사집행법의 절차와는 완전히 다른, 새로운 절차이다. 그런데 증권관련집단소송법의 분배절차 관련 조문은 하나의 절차를 새로 만들기에는 부족하여, 이대로 법이 시행된다면 문제점이 속속 나타나리라 예상된다. 민사집행법에 대한 글쓴이의 얕이 모자라 이 글에서 분배절차를 깊이 있게 검토하지 못한다. 민사집행법을 연구하시는 분들께서 이 부분을 자세히 살펴 주시기를 바란다.

(1) 법 제40조 제1항은 ‘대표당사자는 집행권원을 취득한 때에는 지체 없이 그 권리를 실행하여야 한다’고 한다. 먼저 ‘권리를 실행한다’는 표현이 낯설다. 법학에서 권리를 ‘실현한다’는 표현은 사용하지만, 권리를 ‘실행한다’는 표현은 쓰지 아니한다. 실사 표현을 ‘권리를 실현’하는 것으로 고치더라도 이 조문의 의미는 여전히 불분명하다. 법 제40조의 ‘권리실행’은 강제집행에 의한 권리의 강제적 실현을 의미하는가, 아니면 패소자의 임의이행에 의한

권리실현도 포함하는가? 특히 소송상 화해로 소송이 종료한 경우에는 채무자가 임의이행하려 하는 경우가 많을 것이다. 대표당사자가 '권리를 실현하여야 한다'는 문언은 채무자의 임의이행을 포함한다고 보기에는 이상한 표현이다. 그리고 권리를 '지체 없이' 실현한다는 것도 이상하다. 당사자가 집행권원을 취득한 뒤 권리를 언제 실현하느냐는 당사자가 결정할 문제이고, 판결 등으로 확정된 채권의 소멸시효는 민법 제165조 제1항에 의하여 10년이므로 당사자는 그 기간 내에 언제든지 권리를 주장할 수 있다. 그러나 증권관련집단소송의 특성상 대표당사자가 집행권원을 취득한 뒤 오랫동안 권리를 실현하지 아니하는 것은 총원의 이익에 반할 수 있으므로, 대표당사자의 행위를 적절히 규제하기 위하여 특별 규정을 두는 것은 이해할 수 있다. 아무리 그렇다고 하여도 지금의 법 제40조 제1항과 같이 막무가내로 '지체 없이 실현하여야 한다'고 하는 것은 옳다고 볼 수 없다.

(2) 법 제44조 제1항에는 '권리실현'으로 취득한 금액을 구성원에게 분배하기 전에 공제할 수 있는 비용 항목이 규정되어 있는데, 이 가운데 제1호와 제2호는 여기 규정될 항목이 아니다. 소송비용에 대하여서는 판결서에 본안에 대한 주문과 따로 주문을 내어 판단한다. 특히 증권관련집단소송의 경우 본안판결로 확정된 권리는 총원에게 속하지만, 소송비용을 패소자로부터 받을 권리는 소송을 수행한 사람만이 가진다. 그러므로 법 제44조의 '권리실현'의 대상은 본안판결로 확정된 권리뿐이고 소송비용은 아니라고 해석하여야 한다. 설사 대표당사자가 본안판결로 확정된 권리와 소송비용에 대한 권리를 함께 행사하여 두 가지를 합한 금액을 받더라도 이는 따로 취급하여야 하므로, 소송비용은 분배절차에서 받을 것이 아니다.²⁶⁾ 변호사보수는 각주 5)에 언급한 민사소송법 제109조에 의하여 대법원규칙이 정하는 범위 안에서 소송비용에 포함되므로, 그 범위에서는 소송비용으로 처리하고 그 범위를 넘는 부분에 대하여서만 법 제44조에 의하여 공제할 수 있다고 하면 된다. 위 (1)에서 말한 바와 같이 '권리실현'이라는 것이 무엇인지 분명하지 아니하므로 '권리실현비용'이 무엇인지도 알 수 없으나, 강제집행의 경우 채권자가 집행비용을 예납하여야 하고 예납한 비용은 민사집행법 제53조에 따라 집행에 의하여 우선적으로 변상받는다. 곧 집행에 의하여 취득한 금전 중에서 집행비용을 제외한 금액이 분배의 대상이 되는 것이다. 이것은 법 제44조가 규정할 대상이 아니며, 또 법 제44조의 표현처럼 공제할 수도 있고 하지 아니할 수도 있는 항목이 아니다. 제3호 분배비용은 증권관련집단소송의 경우에만 필요한 것이므로 이 법에 규정되어야 할 것이나, 이것도 절차비용이므로 '공제할 수 있다'고 할 문제가 아니고 우선적으로 공제하여야 할 비용이라고 생각한다.

(3) 분배계획과 관련된 구체절차는 법 제44조 제5항의 즉시항고밖에 없는데, 이 즉시항고도 변호사의 보수를 감액할 것인지에 관한 법원의 결정에 대한 것일 뿐이다. 분배계획 자체에 대하여 대표당사자 또는 다른 구성원이 이의할 수 있는 방법은 없다. 분배계획의 내용은 법원이 법 제46조에 따라 분배계획안을 인가하기 전에 변경하거나, 인가한 후 법 제48조에 따라 상당한 이유가 있다고 인정되는 때 변경할 수 있을 뿐이다. 법 제46조에 의한 변경을 할 때 심문할 사람도 분배관리인이고 제48조에 따른 변경에 대한 신청권자도 분배관리인이다. 구성원이 분배계획의 내용에 영향을 미칠 길이 전혀 없도록 한 증권관련집단소송법의 태도가 옳은가?

(4) 법 제40조 제2항에 따르면, 대표당사자는 권리실현으로 취득한 금액을 보관하여야 한다. 그러면 분배절차는 대표당사자가 그 금액을 보관하고 있는 상태에서 실시하는가, 아니면 분배관리인이 선임되면 대표당사자는 그 금액을 분배관리인에게 넘겨주어야 하는가? 증권관련집단소송법에는 이에 관한 규정이 없다. 분배관리인을 두고 분배절차를 실시하도록

하였으면 분배할 금액도 분배관리인에게 넘겨주도록 하거나 법원에 공탁하도록 하는 것이 옳을 것이다.

(5) 분배절차에 대한 규정은 법 제39조부터 법 제58조까지인데, 이 많은 조문 중에 분배 실시에 관한 규정은 하나도 없다. 법 제42조 제2항 제5호와 제6호에 따르면 분배계획에는 권리신고방법과 권리확인방법이 포함되어야 한다. 그러나 실제로 권리를 신고하고 확인하는 방법에 대한 규정이 없다. 이처럼 현실적으로 중요한 절차에 관하여 법률에 기준을 두지 아니하고 분배관리인이 전적으로 알아서 하도록 맡겨 두어도 괜찮을까? 증권관련집단소송의 구성원들은 집행권원을 가지고 있지 않으므로 민사집행법의 배당절차에서처럼 집행력 있는 정본을 요구할 수는 없다. 그러나 권리를 확인하기 위한 다른 기준을 마련할 수는 있을 것이다. 절차법을 공부하는 글쓴이로서는 이 점에 관하여 구체적으로 제시할 의견이 없다. 증권거래법과 증권거래실무를 깊이 아시는 분들께서 의견을 내시기를 바란다.

III. 맺음말

이처럼 민사소송법학의 관점에서 보았을 때 증권관련집단소송법의 절차 대부분과 조문의 대부분이 심각한 문제를 안고 있다. 특별법을 만들 때 일반법의 원칙과 제도를 이렇게 무시하고서 무엇을 얻기를 바라는가? 다른 나라의 제도를 우리나라에 도입할 때 그것이 우리나라의 기본 제도를 깨뜨리거나 우리나라 제도 안에 영원히 이물질로 남지 아니하도록 철저하게 연구하고 신중하게 작업하여야 한다는 것도 모르는 것일까? 증권관련집단분쟁이라는 작은 문제 하나를 해결하기 위하여 민사소송법의 기본 원리와 구조를 파괴하면 얻는 것보다 잃는 것이 훨씬 많다.

이 법이 내년부터 시행되는데 이 절차가 도대체 어떻게 운영될지 걱정이 태산 같다. 글쓴이가 또 하나 걱정하는 것은, 이 법의 규정대로 절차를 운영하면서도 아무런 문제의식을 느끼지 못하는 사람들이 있을지도 모른다는 것이다. 우리나라 민사소송제도의 기본 원칙과 구조를 모르면 증권관련집단소송법에서 무엇이 문제인지도 모르게 마련이다. 이 법이 시행되기 전에 고칠 수 있다면 이 법을 우리나라 민사소송제도에 맞게 완전히 뜯어고쳐야 한다. 그것이 불가능하다면 법을 고칠 때까지 법원이 이 제도를 조심스럽고 현명하게 운영하여 폐단을 최소화하기를 바란다.

The Korean Journal of Securities Law, Vol. 5, No. 1, 2004

Bemerkungen zu einem Gesetz über class action in bestimmten Wertpapiersachen -- vom Standpunkt des Zivilprozessrechts aus

Jung Hoo Oh

Zusammenfassung

Am Ende des letzten Jahres wurde ein Gesetz über "class action" in bestimmten Wertpapiersachen im koreanischen Abgeordnetenhaus verabschiedet und wird am 1. 1. 2005. in Kraft treten. Dieses Gesetz soll nach seinem eigenen Ausspruch ein Sondergesetz der Zivilprozessordnung sein, aber das Verfahren nach diesem Gesetz scheint so weit von dem der ZPO entfernt zu sein wie Korea von den USA.

Das Verfahren dieses Gesetzes wurde nach dem Modell der us-amerikanischen class action konzipiert, dabei sind die Unterschiede zwischen den beiden Rechtssystemen und vor allem den beiden Zivilprozessordnungen leider nicht so berücksichtigt worden, wie es eigentlich hätte sein sollen. Dieser bedauerliche Vorgang wiederum hat seinen Grund darin, daß den Befürwortern der Einführung der class action und dem Gesetzgeber grundlegende Kenntnisse und ordentliche Vorstellungen der koreanischen ZPO fehlten. Fast alle Vorschriften des Gesetzes bezeugen ihre Unkenntnisse. Es gipfelt im Institut der Zulassung zur Klageerhebung. Die Besonderheit der class action im Vergleich zum Verfahren der ZPO ist vor allem die Prozessaussetzung der sog. "representative party" also eine Prozessoraussetzung. Folglich mußte das Gesetz klarstellen, unter welchen besonderen Voraussetzungen ihr die Prozessaussetzung der class action anzuerkennen ist. Das Gesetz versucht jedoch, dieses Problem durch die Einführung des Zulassungsverfahrens zur Klageerhebung zu lösen, was im koreanischen Zivilprozess unvorstellbar und mit dem gesamten Zivilprozessverfahren nicht vereinbar ist. Nach meiner Ansicht würde es zu empfehlen, dieses mangelhafte Gesetz vor dem Inkrafttreten grundsätzlich zu überprüfen und, falls möglich, zu ändern. Zuerst mußte man sich in den geltenden koreanischen Gesetzen auskennen und dann die Möglichkeit der Einführung von fremden Instituten in unser System erwägen. Erst danach könnte man mit der Gesetzgebungsarbeit beginnen. Wenn es aber unmöglich ist und dieses Gesetz in jetziger Fassung in Kraft tritt, sollte das Gericht in Praxis sehr vorsichtig sein und Mißstände, die sicherlich auftreten werden, möglichst vermeiden.

* 이 논문은 한림대학교 교비연구비 지원을 받아 작성되었음.

1) 예컨대 법 제4조에서 증권관련집단소송의 관할법원을 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 법원의 지방법원본원합의부로 한 것, 법 제38조의 적용대상을 항소에서 상소 전체로 확대한 것, 법 제15조 제4항 등 몇 조문에서 즉시항고를 '즉시 항고'라고 띄어 썼다가 붙여 쓰도록 고친 것, 부칙 제1항에서 법의 시행일을 대통령령에 위임하였던 것을 2005년 1월 1일로 특정한 것 등.

2) 머리말에서는 일단 이렇게 표현하였는데, 아래 1. (2)에서 지적하는 바와 같이 증권관련 집단소송법은 민사소송법만의 특별법은 아니다.

3) 이 글에서 이처럼 민사소송법의 개념이나 원칙 등을 언급하는 경우 관련 자료를 일일이 각주에 소개하지 아니한다. 이 글에서 다루는 것들이 기본적인 개념이어서 어느 한 분의 견

- 해라고 할 수 없고, 어느 민사소송법 교과서를 보아도 알 수 있는 것이기 때문이다.
- 4) 여기 제시한 법 제6조 수정 제안은 ‘(민사소송법을) 적용한다’라는 표현까지 함께 고친 것이다. 이러한 경우 ‘적용한다’가 아니고 ‘준용한다’ 또는 ‘의한다’고 하여야 한다. 그래서 ‘민사소송법과 민사집행법에 의한다’는 표현을 제안한 것이다.
 - 5) 예컨대 민사소송법 제109조 제1항은 ‘소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다’고 한다.
 - 6) 이런 불필요한 규정을 둔 것은 증권관련집단소송법만이 아니다. 민사소송 분야에서는 소액사건심판법을 예로 들 수 있다. 동법 제16조의 문언은 ‘이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다’로, 법 제60조와 똑같다. 소액사건심판법은 적어도 시행규칙이라는 한 조문을 두기 위하여 독립한 장을 두지는 아니하였다는 점에서 구성상 증권관련집단소송법보다 낫다고 할 수 있으나, 이러한 조문이 불필요하다는 점은 마찬가지이다.
 - 7) 증권관련집단소송법안이 본보기로 삼은 미국의 대표당사자소송(class action)에도 소송수행허가 또는 소제기허가 같은 제도는 없다. 미국의 대표당사자소송에서 문제가 되는 것은, 소가 제기된 후 대표당사자소송을 ‘유지(maintain)할 것인가’이다(미국 연방민사소송규칙 제23조(b) 참조).
 - 8) 이것은 우리나라 민사소송법학자들의 견해이다. 독일 학자들은 결정에 기판력을 인정하는 요건으로 확정되었을 것과 당해 소송 이외의 절차에도 영향을 미치는 재판일 것을 든다. 이 기준에 의하면 ‘소송불허가결정’에 기판력이 생길 여지도 있을 것이다. 그러나 아래에 쓴 바와 같이 증권관련집단소송법 제17조 제2항에 의하여 ‘불허가결정’에 기판력이 생길 여지가 없다.(독일 학설에 관하여는 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., § 152.1 참조.)
 - 9) 엄밀히 보아 법 제3조는 대표당사자의 당사자적격을 인정하기 위한 요건을 규정한 것은 아니다. 그러나 법 제3조에 언급된 경우에만 증권관련집단소송이 허용되므로, 이것도 대표당사자에게 예외적으로 당사자적격을 인정하기 위하여 고려하여야 할 조문이라고 할 수 있다.
 - 10) 법원이 소송의 당사자를 정한다는 발상 자체를 이해할 수 없지만, 그것을 ‘선임’이라는 용어로 표현하는 것은 더욱 이상하다. 대표당사자가 소송대리인처럼 ‘선임’된다는 말인가? 이전의 법안에는 ‘선정’이라는 용어가 사용되었는데 법에서 이것을 ‘선임’으로 바꾸어 법안에서보다 더 나쁘게 되었다.
 - 11) 이것은 정부가 발의한 두 번째 증권관련집단소송법안에 대한 검토보고서 17면에 있는 내용으로, 출처는 국회 홈페이지이다. 임태희 의원 등 34명이 발의한 세 번째 법안의 검토보고서에도 위 두 번째 법안 검토보고서의 내용이 첨부되어 있다.
 - 12) lead plaintiff에 대한 번역 예를 찾지 못하여 이 글에서는 일단 ‘주도적 원고’로 번역하였다. 영미법에 조예가 깊은 분들께서 보다 좋은 표현을 제안하시기를 기대한다.
 - 13) 그런데 법 제13조 제1항은 ‘대표당사자는 소송허가신청의 이유를 소명하여야 한다’고 하여 소를 제기한 사람을 대표당사자라고 부른다. 이것은 명백한 입법상의 잘못이다. 이전의 법률안에서 대표당사자를 ‘충원을 위하여 증권관련집단소송의 제기 그 밖에 이 법에 의한 절차를 수행하는 1인 또는 수인의 구성원’이라고 정의하였기 때문에 이러한 조문이 만들어졌는데, 입법 과정에서 대표당사자의 정의를 바꾸면서 이 조문을 바꾸지 아니한 것이다.
 - 14) 지방법원 이상의 법원 앞에서의 소송에 변호사강제주의를 채택한 독일 민사소송법도 소장의 필수적 기재사항에 소송대리인을 포함시키지 아니하였다. 독일 민사소송법 제253조

를 참조하라.

15) 법 제23조는 대표당사자의 '사임'이라고 한다. '선임'이라는 용어가 옳지 아니한 것과 마찬가지로 '사임'이라는 용어도 옳지 아니하다. 글쓴이는 대표당사자참가제도로 이 문제를 보아야 한다고 생각하므로 일단 '탈퇴'라는 용어를 사용한다. 그러나 '탈퇴'라는 용어에는 문제가 있다. 법 제24조에 의하면 대표당사자 전부가 '탈퇴'하는 경우도 있을 수 있다. 반면 민사소송법의 탈퇴에 의하여서는 이처럼 한쪽 당사자가 없는 상황이 생길 수 없다. 여러 학자들께서 '탈퇴'보다 더 좋은 용어나 더 좋은 제도를 찾아주시기를 기대한다.

16) 법 제12조 제2항의 문언은 '제소의 효력'인데, 2002년에 개정된 민사소송법에서 '제소'라는 용어를 '소 제기'로 바꾸었으므로 본문에 '소 제기의 효력'이라고 하였다.

17) 우리나라 민사소송의 구조에서 법원에 총원의 범위를 조정할 권한을 줄 수 있을까? 이것도 당사자가 할 일이고, 법원이 관여할 일이 아니다. 사건으로는 이러한 조문은 필요 없다.

18) 본문에 법 제24조의 '소송절차의 중단'과 '소송절차 수계'를 의도적으로 언급하지 아니하였다. 민사소송법 제238조에 의하여 소송대리인이 있는 경우에는 당사자의 사망 등으로 말미암아 소송절차가 중단되지 아니한다. 증권관련집단소송법은 변호사강제주의를 채택하였으므로 당연히 소송대리인이 있을 것인데, 대표당사자의 사망 등의 경우에 소송이 중단되도록 한 이유가 무엇일까? 증권관련집단소송법에 민사소송법 제238조의 특칙을 둔 이유가 법안이나 국회 법제사법위원회의 검토보고서에 나타나 있지 아니하다.

19) 미국 연방민사소송규칙 제23조(b)(3)(B)는, 법원이 class action으로 제기된 소를 유지(maintain)할 것인지 결정할 때 고려할 요건 가운데 하나로 class의 구성원(들)에 의하여 또는 대하여 이미 개시된 소송의 범위와 성격을 든다.

20) 증권관련소송법안이 본보기로 삼은 미국 연방민사소송규칙 제23조(c)(2)도 '총원에서 제외한다(. . . the court will exclude the member from the class if the member so requests by a specified date. . .)'는 표현을 쓴다.

21) 예컨대 민사소송법 제71조. 이 경우에는 '이해관계'라는 용어를 쓸 수 있다. 보조참가라는 제도 자체가 공동소송인이나 증권관련집단소송의 총원보다 훨씬 넓은 범위의 사람에게, 훨씬 다양한 원인으로 말미암아 인정되는 것이기 때문이다.

22) 개념을 하나 더 도입하면 명쾌하게 정리될 것이다. 예컨대 법 제2조 제2호에서 말하는 사람들 전원을 '피해자들'이라고 하고 '피해자들-제외신고자=총원'이라고 하면 이해하기 쉽다.

23) 참고로 독일 민사소송법 제485조 제2항은 증거보전의 필요성 없이도 미리 증거조사를 할 수 있다고 한다. 그러나 이것은 엄격한 요건 하에서 제한적으로만 허용된다. 허용되는 증거방법은 감정뿐이고, 입증사항은 ① 사람의 상태 또는 물건의 상태나 가치, ② 인적손해 또는 물적손해, 물건의 흠의 원인, ③ 이 흠을 제거하는 데 드는 비용으로 한정되며, 신청자가 이러한 사항이 확정되는 데 법률상 이익을 가져야 한다. 법률상 이익은 이러한 입증사항에 대한 감정을 통하여 소송을 방지할 수 있으면 인정된다. 증거보전의 필요성 없는 증거보전절차를 허용하려면 이 정도로 엄격한 규정이 있어야 한다. 법 제33조처럼 막연한 조문으로는 무엇을 어떻게 하겠다는 것인지 알 수 없다.

24) 이것은 이 법안만의 문제는 아니다. 민사소송법에도 이런 표현이 있다. 제453조 제1항은 '재심은 재심을 제기할 판결을 한 법원의 전속관할로 한다'고 한다.

25) 인용문의 원래 문언은 '권리를 주장하는 자가 모든 입증책임을 진다'인데, 이것은 옳지

아니하다. 입증책임은 실체법의 규정 자체에 의하여 분배되는 것이므로, 누가 무엇에 관한 입증책임을 부담하는가는 입법정책적 판단에 의하여 결정된다. 그래서 어떤 조문에 의한 청구권의 경우 주장자가 ‘모든 요건사실’에 대한 입증책임을 부담하고, 다른 조문의 청구권이 문제가 될 때에는 양 당사자가 입증책임을 나누어 부담하는 상황이 생긴다.

26) 만약 대표당사자가 증권관련집단소송의 판결을 집행권원으로 하여 집행한 결과 얻은 금액이 본안판결에 의하여 확정된 권리의 액수와 소송비용을 지급하기에 모자란다면, 민사집행법에 의한 배당절차를 실시하여 그 금액을 본안판결에 의하여 확정된 권리와 소송비용에 나누어주어야 한다. 그 다음 본안판결에 의하여 확정된 권리에 배당된 몫에 대하여 이법에 의한 분배절차를 실시하여야 한다.