

韓國 集團訴訟制度的 效率性을 爲한 法經濟學的 小考: 科學的 理解 및 生産的 研究方向的 提示*

金 一 仲**

오랜 논란 끝에 국내증권시장의 투명성을 제고시킨다는 목적으로 제정된 「證券關聯集團訴訟法」이 2005년부터 시행되고 있다. 아직 국내에서 가시화되고 있지는 않으나, 그 기본 속성상 증권시장의 다양한 이해당사자들에게 광범위하고 심대한 영향을 끼칠 수 있는 이 법제에 대한 정확한 이해를 돕는 데 본고의 목적이 있다. 집단소송제도는 “다수에게 소액피해를 야기하는 위법행위의 억지력 제고”라는 측면에서 법집행상의 강한 장점을 갖고 있다. 반면, 濫訴로 대표되는 몇 가지 부작용의 우려도 낳고 있다. 그럼에도 불구하고 현재까지의 국내논의는 대개 찬성과 반대로 나뉘어, 외국문헌을 부분적으로 인용하거나 이론 또는 실증적으로 기초검증작업을 거치지 않은 주장을 선언적으로 제기하는 등 아직은 초보단계를 벗어나지 못하고 있다는 인상을 준다. 예컨대, 남소억제책으로 제기되는 정책제안들도 상당수 단기처방에 그치는 경우가 많다. 본고는 그간 법경제학계에서 축적되어 온 기본 이론들을 바탕으로 집단소송제도의 두 측면을 중립적이고 가급적 평이하게 설명해봄으로써, 향후 학계는 물론 법조계, 기업, 금융 당국, 나아가 연구기관이나 시민단체 간 좀더 생산적인 토론과 본격적인 연구를 촉발시키는 데 일조하고자 한다.

핵심주제어: 집단소송, 남소, 증권시장 투명성, 법경제학, 최적통제방식, 소익검토
경제학문헌목록 주제분류: K130, K410

I. 서론: 제도에 대한 과학적 이해의 중요성

“코스닥 11개 기업 곧 상장폐지 ……기업들의 감사보고서가 속속 발표되면서 증권시장에서 퇴출되는 기업들이 늘고 있다. 회계법인들이 집단소송제 도입으로

* 『한국경제연구』의 편집진과 심사자분들, 줄고를 읽어 주신 숙명여대 신도철 교수님, 서울대의 김건식·윤진수 교수님, 그리고 자료수집을 도와 준 김진호 군에게 감사한다. 본 연구는 숭실대학교 교내연구비 지원에 의해 이루어졌다.

** 숭실대학교 경제학과, 전화: (02) 820-0553, E-mail: ijk@ssu.ac.kr

논문투고일: 2006. 1. 18 수정일: 2006. 2. 17 게재확정일: 2006. 2. 28

회계감사를 강화하면서 감사의견 부적정, 의견거절 등을 내고 있기 때문이다”(매일경제신문, 2005. 3. 23).

위 인용은 2005년 초 시행되기 시작한 증권관련집단소송제도의 영향력이 곧바로 코스닥시장에서 발휘되었음을 단적으로 보여 주는 예이다.¹⁾ 부실감사의 책임을 우려한 회계법인들이 전에 없는 엄격한 감사를 시작했다는 의미이다.

시장경제체제에서는 기업활동의 자유를 최대한 보장해야 한다. 즉, 불필요한 정부의 사전적(ex-ante) 개입이나 간섭을 가능한 한 줄여야 한다. 그러나 첨단 기술, 환경오염, 대량생산, 대량소비, 정보확산, 신제품출현, 시장개방, 신금융거래, 밀집주거 시대에 기업은 광범위한 제3자들에게 피해를 야기할 수도 있다. 일찍이 1938년 도입된 미국의 집단소송제도 역시 이 같은 우려가 큰 설득력을 발휘한 결과물이었다. 가령 상대적으로 우월한 자금력이나 정보력을 가진 기업에 비하여 열악한 상황에서, 소송비용의 부담 및 입증의 어려움 등으로 개별 피해자들은 권리구제를 포기할 수 있다는 주장이 반영되었다.

우리 나라에서도 기본적으로는 이렇게 개인주의적 절차법의 성격을 갖는 민사적 구제시스템에 의해 문제를 해결하기 힘들기 때문에 집단소송제도를 도입하자는 논의가 시작된 것이다. 다수의 피해자로 구성된 집단이 모두 직접 소송에 참여하지 않아도 그 대표성을 인정받은 일인 또는 수인의 대표자(‘대표당사자’)에 의하여 소송이 진행된다. 하지만 소송에 참여하지 않은 구성원도 소송결과에 혜택을 받게 된다. 가해자들로서는 그만큼 손해배상의 부담이 늘게 된다. 따라서 과실 또는 악의적으로 손해를 입힌 경우, 다수에 대한 배상의 책임이 생겨 그러한 위법행위에 대한 억지력(deterrence)을 창출한다. 즉, 기업은 이런 배상책임을 의식하여 평상의 기업활동에서 사전적 배려를 할 것이라는 기대를 할 수 있다(김정호·박양균, 2000; 법무부, 2001; 대한변협, 2003; 정동윤·함영주, 2004 등). 바로 이러한 배경하에서 드디어 작년부터 증권관련집단소송법을 시행하게 된 것이다.²⁾

1) 그 밖에 거래소시장에 대한 우려도 보도되었다. “코스닥시장에 이어 거래소시장에서도 감사의견 거절로 퇴출 위기에 몰린 기업들이 속출하고 있다. ……최근 집단소송제 도입으로 회계감사법인들이 감사를 엄격히 진행하고 있어 감사의견 거절 등으로 증시에서 퇴출되는 기업이 대폭 늘어날 가능성이 높다……”(한국경제신문, 2005. 3. 25). 이어 4월 중순에 들어서는 기업들이 과거의 분식회계 사실을 속속 밝혔다(예: 기아자동차 2003년 9,972억 원, 대한항공 2003년 719억 원 등).

2) 연혁적으로 민사소송법 및 행정소송법의 특별법으로서 그 시안작성은 1990년 12월로 거슬러 올라간다. 6년 후 법무부 시안이 발표되었으나 입법화에 이르지 못하였다. 하지만 다

이하 본문에서 상술되겠지만 이 집단소송제도는 그 명칭상 일면 흡사하게 생각되는 기존의 소송제도들과 다르다. 예컨대, 공동소송제도(민사소송법 제65조)는 궁극적으로 개개의 당사자가 소송을 한다는 차원에서, 선정당사자소송제도(민사소송법 제53조)는 선정당사자가 선정자들 모두로부터의 수권이 필요하다는 이유에서, 주주대표소송(상법 제403조)은 주주가 자신의 이익이 아닌 회사를 위하여 이사를 상대로 책임을 묻는 소송이라는 점에서, 나아가 독일식의 단체소송(Verbandsklage)은 피해자 스스로가 아닌 시민단체 등이 대표당사자가 된다는 점에서 차별된다(정동윤·함영주, 2004, pp. 41~42; 이규호, 2001, pp. 70~75).

집단소송이 원칙적으로 여러 장점을 갖고 있음에도 불구하고, 국내에서는 이 집단소송으로부터 야기될 부작용이 많이 지적되고 있다. 특히, 濫訴(frivolous suit)가 집중적인 우려를 낳고 있다. 만약 이 우려가 현실화된다면, 집단소송제도는 본래의 목적을 달성하기보다는 증권시장과 법원, 나아가 정치권을 “泥田鬪狗의 場”으로 만들어 버릴 소지가 크다. 기업의 생산활동 및 자금조달활동은 심각하게 위축될 것이다. 그럼에도 불구하고, 남소의 존재가능성과 그 효과적 억제책에 대한 주장들이 부정적 견해를 표방한 외국문헌만을 부분적으로 인용한다든지, (자세히 후술되듯) 이론 또는 실증적으로 기초검증작업을 거치지 않은 사실을 선언적으로 제기하는 등 아직은 시작단계를 벗어나지 못하고 있는 듯하다. 나아가 남소억제책으로 제기되는 정책제안들도 상당수 단기처방에 그치는 경우가 많다.

본고의 일차적 목적은 그 기본 속성상 다양한 이해당사자들에게 광범위하고 심대한 영향을 끼칠 수 있는 이 법제에 대한 정확하고 과학적인 이해를 돕는데 있다. 그간 법경제학계에서 축적되어 온 기본 이론들을 바탕으로, 집단소송제도가 갖는 핵심 속성을 중립적이고 가능한 한 평이하게 설명한다. 이상의 목적을 위해 본고는 다음의 순서로 구성된다. 우선 제II절에서는 이 법제의 골격과 나아가 향후 잠재적으로 가질 수 있는 파급효과의 유형을 개관한다. 특히, 현재까지 국내에서 진행된 긍정론 및 부정·신중론 등을 정리함으로써, 우리의 논의수준을 시급히 진일보시켜야 한다는 필요성을 확인한다. 이어 제III절에서는 “위법행위의 억지”라는 차원에서 집단소송제도가 갖는 경제학적 의미를 좀

음 해 1997년 외환위기에 직면하여 세계은행과 국제통화기금이 경제지원의 조건 중 하나로 증권관련집단소송제도의 도입을 요구했다. 이를 계기로 우선 대량소액다수의 증권투자 집단에 국한한 집단소송제도의 도입에 관하여 정부와 국회에서 논의를 거듭한 끝에 2003년 12월 국회를 통과하여 2005년부터 시행에 들어간 것이다(김홍규, 2004, pp. 4~5).

더 근본적으로 고찰한다. 대부분의 부정·신증론에서 쉽고 때로는 다소 소홀히 인정되는 것과는 달리, 집단소송의 효율성 함의는 그보다 매우 크다는 사실이 강조될 것이다.

반면, 제Ⅳ절에서는 집단소송이 가질 수 있는 제반 부작용들을 개관하되, 제일 빈번히 지적되는 남소의 속성에 대해서 특히 집중적으로 검토한다. 남소의 존재가능성 자체는 평이한 법경제학 이론만으로도 설명할 수 있다는 사실이 부각될 것이다. 남소의 모든 원천을 이 小考에서 파악하기는 역부족이겠으나, 제Ⅳ절의 개관은 향후 문제의 정확한 진단과 처방을 위해 매우 유익할 것으로 판단된다. 마지막으로 제Ⅴ절에서는 필자 나름대로 생각해 온 향후 중요한 연구의 방향을 세 가지로 구분하여 제시한다. 국내에서 중립적이고 더욱 생산적인 토론의 장을 마련하기 위함이다.

Ⅱ. 증권관련 집단소송의 광범위한 파급효과 및 관련 국내논쟁들

1. 증권관련집단소송법의 개요와 파급효과

이하에서의 논의를 돕기 위해, 첫째 <그림 1>을 통해 도입된 증권관련집단소송법의 골격을 간략히 검토한다. 의외로 매우 다양한 집단 및 계층이 이 법의 운용과 연관되어 있다. 마찬가지로 이 법의 영향을 받는 경제주체도 매우 광범위하게 퍼져 있다. 현재 증권관련집단소송법은 총 6장 63조로 구성되어 있다. 제1조에서 그 목적을 “유가증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제하고 이를 통하여 기업의 경영투명성을 높이기 위하여……”라고 명시함으로써 잠재적 원고가 되는 투자자들, 그리고 잠재적 피고가 되는 유가증권 발행기업이 모두 직접적인 이해당사자가 된다. 나아가 <그림 1>에 표시된 대로 이 모든 절차의 궁극적인 목적은 “증권시장의 증진”에 있으므로, 증권시장의 수많은 종사자들 역시 이 법의 영향을 장기적으로 받게 될 것이다.

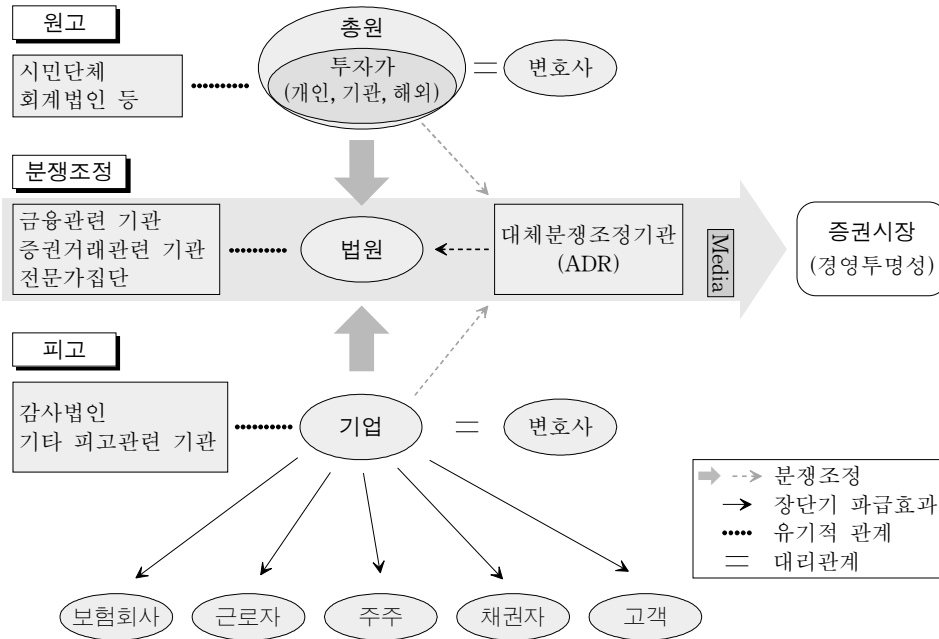
법의 적용범위는 제3조에 명기되어 있다. 다음의 네 가지에 해당하는 손해배상청구에 집단소송을 제기할 수 있다. ① 증권거래법 제14조의 규정(유가증권 신고서, 사업설명서의 허위 기재)에 의한 손해배상청구, ② 증권거래법 제186조의5의 규정에 의하여 사업보고서, 반기보고서 및 분기보고서에 준용되는 동법 제14조의 규정에 의한 손해배상청구, ③ 증권거래법 제188조의3(제188조2의 미

공개정보의 이용) 또는 제188조의5의 규정(188조의4의 시세조작)에 의한 손해 배상청구, ④ 증권거래법 제197조의 규정(감사인의 부실감사)에 의한 손해배상 청구이다. 사실 증권거래법에는 이 외에도 몇 가지 주요한 불법행위에 대한 피해배상 책임을 묻고 있다(제V절 후술 참조). 따라서 증권관련집단소송법의 적용범위가 향후 확대될 가능성이 있지만, 현재의 위 네 가지 적용범위만 보더라도 유가증권 발행기업이나 감사기업의 매우 다양한 행위들이 소송대상으로 될 것이다.

둘째, 직접 당사자(피해자·가해자)의 범위를 보자. 우선 원고에 대해, 법의 제2조는 ‘총원’을 “유가증권의 매매 그 밖의 거래과정에서 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 손해의 보전에 있어서 공통의 이해관계를 가지는 피해자 전원”으로 정의하고 있다. <그림 1>에서 보듯 일단 상당히 많은 숫자의 개인투자자들이 포함될 것이며, 점차 국내기관투자자나 해외투자자들도 포함될 것이다. 향후 집단소송의 운용에 있어서는, 특히 후자들의 역할이 커질 것으로 예측된다. 나아가 법 제37조는 기관력의 범위를 규정하고 있다. 앞서 얘기한 대로 확정판결은 미리 해당 집단소송의 총원으로부터 빠지겠다는 제28조에 명기된 ‘제외신고(opt-out)’를 하지 아니한 모든 구성원에 대하여도 그 효력이 미친다. 사실 이 조항이 집단소송의 핵심 조항이라고 볼 수 있다. 결국 많게는 동시에 수천, 수만 명의 투자자들이 관련될 수 있다.

셋째, 잠재적 피고그룹을 보자. 법 제3조에서 규정한 상장법인 및 협회등록법인이 되, 부칙에 의해 2년간은 자산규모 2조 원 이상으로 국한하고 있다. 하지만 2007년 이후에는 이 자산규모 제약이 없어질 가능성이 크다(제V절 후술 참조). 앞서 제3조의 설명에서 나왔듯이 <그림 1>의 피고그룹에는 부실감사를 실시한 감사법인도 포함된다. 서론의 모두에 소개된 대로 코스닥과 거래소시장에서 작금 회계감사가 엄격해지는 현상은 이미 시작된 감사법인들의 이 법에 대한 민감한 대응이라고 해석될 수 있다.

<그림 1>에서 표시된 것처럼 집단소송의 원고와 피고 모두에게 변호사 선임을 의무화하고 있다(제5조). 후술되듯 미국에서는 집단소송의 부작용을 논할 때 변호사들의 적절치 못한 행동들이 자주 지적되고 있다. 향후 한국에서 그러한 부작용을 최소화하기 위한 건설적 논의들과는 별도로, 어쨌든 집단소송에서 차지하는 변호사의 역할과 변호사업계에서 집단소송이 갖는 비중은 결코 적지 않을 것으로 예측된다. 필요한 경우 원고측 변호사는 회계법인이나 시민단체와도 연계하여 소송대리활동을 할 것이다.



〈그림 1〉 증권집단소송의 광범위한 관련 주체들 및 파급효과

비슷한 맥락에서 <그림 1>의 금융감독기관도 집단소송과 밀접한 관계를 갖게 될 것이다. 특히 제12조 제3항에 의하면, 법원은 손해배상청구의 원인이 되는 행위를 감독·검사하는 감독기관으로부터 손해배상청구 원인행위에 대한 기초조사자료를 제출받는 등 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다. 따라서 후술되듯, 금융감독기관은 동일한 위법행위를 억지하는 본연의 임무에서 집단소송과 대체 또는 보완하는 기능도 하게 될 것이다.

<그림 1>의 원편에 표시되어 있는 증권거래관련 기관, 피고관련 기관, 기타 각종 전문가집단도 마찬가지이다. 우선 증권거래관련 기관은 직접적으로 소송 절차의 일부분을 구성하고 있다. 제7조 제4항에 의해 법원은 소장 및 소송허가 신청서가 제출된 사실을 한국증권거래소 또는 한국증권업협회에 즉시 통보하고, 그들은 일반인들에게 공시해야 한다. 물론 소송허가결정의 통보 역시 같은 과정을 거쳐야 한다(제19조). 하지만 이 직접적인 기능 외에도 일단 집단소송이 본격적으로 시작되면 이들 증권거래관련 기관은 항상 그 추이를 세심히 지켜보아야 하는 위치에 있게 될 것이다. 피고관련 기관도 마찬가지이다. 가령 동종업체 간의 인수합병 등으로 촉발된 사건의 (다수 기업의) 피고에 대해서는 관련 증권회사나 심지어 당해 업종 사업자단체도 소송의 진행에 참여해야만 하는 상

황이 생길 것이다. 대개 제30조의 직권증거조사, 제32조의 문서제출 명령, 제33조의 증거보전 등과 관련하여 유기적 관계를 갖게 될 것이다.

〈그림 1〉의 Media(언론매체)도 집단소송에 민감할 것이다. 우선 직접적으로는 제10조 제2항의 소재기의 광고 및 대표당사자 선임, 제18조의 소송허가결정의 고지는 전국을 보급지역으로 하는 일간신문에 게재하도록 되어 있다. 그러나 언론의 역할 중 이것은 극히 일부분에 지나지 않는다. 향후 미국에서처럼, 집단소송이 시작되기 전 충원을 구성하기 위해 원고측 잠정 변호사가 언론기관에 내보내는 광고성 공지를 우리는 자주 접할지도 모른다. 나아가 소송개시부터 화해, 최종재판에 이르기까지 언론의 보도는 금융시장에 적지 않은 영향을 줄 수 있다. 〈그림 1〉의 가운데 위치한 대체분쟁조정(Alternative Dispute Resolution)기관 역시 활발한 기능을 할 수 있다. 상대적으로 고비용의 정식 소송절차보다는 당사자 모두 대체적인 조정기관을 선호할 수 있기 때문이다. 이미 국내의 여러 기관에서 이 ADR 기능에 관심을 갖고 있는 듯하다.

〈그림 1〉의 하단부에는 아직 국내에서는 큰 관심을 받지 못하고 있으나, 향후 집단소송제도 일반 및 특정 집단소송 결과가 갖는 파급효과가 심대할 것으로 예상되는 이해당사자들의 대표적 예를 열거하고 있다. 피고기업의 주주, 채권자, 근로자에 대해서는 더 이상의 설명이 필요 없을 듯하다. 증권관련 집단소송에서도 물론 그렇지만, 만약 집단소송의 대상이 일반 불법행위(tort) 등으로 확대된다면 피고기업(또는 산업)이 생산하는 상품의 고객들도 품질, 가격 등을 통해 직접적인 영향을 받게 될 것이다. 집단소송에 의한 피제소라는 위험을 겨냥한 보험상품들도 활발히 개발될 것이다. 하지만 미국의 경험에서 보듯 보험산업은 집단소송의 빈도와 배상액의 정도에 따라 예상하지 못한 타격을 받을 수도 있다.

마지막으로 〈그림 1〉 가운데에는 ‘집단소송의 처음부터 끝’까지 감독하고 심리하는 법원이 있다. 여느 민사소송보다 집단소송에서 법원의 역할은 상대적으로 매우 크다. 그야말로 집단소송의 허가부터 최종 배상액의 분배절차까지 관장해야 한다. 본고의 이하 절들에서 후술될 집단소송의 제반 부작용에 관한 논쟁 및 그 제도개선 논의의 중심에는 늘 법원의 역할과 연관되어 있으므로, 여기에서는 일단 ‘집단소송의 합리적 운용의 핵심은 법원의 올바른 인식과 정확한 판결이다’라는 결론만 제시한다.

2. 미국의 대표당사자소송

국내법조계에서 주로 ‘대표당사자소송(Class Action)’이라고 불리우는 미국 집단소송은 전 소절에서 잠시 소개된 우리의 법이 가장 많이 참고한 제도이다. 역사적으로 가장 오래되었을 뿐만 아니라,³⁾ 이후 제Ⅲ절 및 제Ⅳ절의 논의에서 보듯 집단소송의 경제적 의미, 제도적 문제들, 특히 남소문제의 개선 등에 관한 연구와 토론이 미국에서 가장 집중적이고 정교하게 이루어져 온 것이 사실이다. 이러한 연구결과의 상당 부분은 향후 우리의 집단소송제도의 운용에도 직결되는 함의를 갖고 있으므로, 본항에서는 대표당사자소송 절차적 특성의 골격을 간략히 설명한다.⁴⁾ 이는 향후 관련연구를 하는 경제학도들도 반드시 숙지해야 하는 내용이라 판단된다.

미국 집단소송의 근간은 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedures, 이하 FRCP) 제23조이다. FRCP 제23조는 모든 실정법 분야의 대표당사자소송을 관할하며, 우리 나라처럼 증권관련 소송에 관하여 별도의 절차를 두지는 않는다. 제23조에 의하면 대표당사자소송이 허용되기 위해서는 두 단계의 요건을 갖추어야 한다. 첫째는 Rule 23(a)(*Prerequisites to a Class Action*)에 의한 여섯 가지의 선결조건을 만족시켜야 하는 단계이고, 둘째는 Rule 23(b)(*Class Actions Maintainable*)가 규정하는 세 가지 소송형태 중 하나에 해당해야 한다는 단계이다.

우선 여섯 가지 선결조건 중 두 가지는 판례와 학설에 의하여 정립된 묵시적 요건이다. ① 뚜렷이 구별되는 집단(definable class)이 존재해야 하며, ② 대표당사자는 그 집단의 구성원이어야 한다. Rule 23(a)에 명시적으로 정해진 나머지 네 가지 요건은 다음과 같다. ③ 다수성(numerosity) 요건으로서, 당사자가 다수가 아니라면 일반적인 공동소송으로서 얼마든지 피해를 구제받을 수 있기 때문이다. ④ 공통성(commonality) 요건으로서, 구성원들의 청구 사이에 사실상 또는 법률상 공통성이 존재해야 한다는 의미이다. ⑤ 전형성(typicality)이라 불리우는 데, 대표당사자의 청구 내지는 항변이 그 집단 전체의 청구 내지는 항변의 전형성을 띠어야 한다. ⑥ 대표의 적절성(adequacy of representation) 요건인데, 대표당사자(및 대리변호사)가 집단의 이익을 적절하고 공정하게 대변해야 한다는

3) 1938년 입법과 그 이후의 개정과정에 관한 자세한 연혁은 Hensler *et al.*(2000, Ch. 2)을 참조할 수 있다.

4) 이하의 논의는 주로 “Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedures”(Hensler *et al.*, 2000, <Appendix A>), 정동윤·함영주(2004, 제2장), Coffee(1995) 등을 참조하였다.

필요조건이다.

다음으로 Rule 23(b)는 위 단계를 통과한 소송이 다음 세 가지 중 어느 하나에 해당되는 소송이어야 한다고 규정한다. ① 구성원들 사이의 이해상충의 방지를 위해 필요한 집단소송으로서, 개별 소송을 진행할 경우 서로 모순되는 판결이 나올 수 있거나(Rule 23(b)(1)(A)), 판결에 참여하지 않은 구성원들의 권리를 침해할 가능성이 있을 때(Rule 23(b)(1)(B)) 해당된다. ② 유지청구적 또는 확인청구적 구제(injunctive or declaratory relief)를 위한 집단소송이다(Rule 23(b)(2)). ③ 집단구성원들이 동일한 손해를 입었을 때 손해배상(damages)을 청구하는 소송(Rule 23(b)(3))이다.

미국의 대표당사자소송에서 가장 큰 비중을 차지하는 소송유형은 위 세 번째의 손해배상소송이다. 남소위험 등 본고에서 다룬 대부분의 주체들은 바로 이 유형의 소송에 관련되어 있다. 증권관련 위법행위, 불법행위(tort), 및 제반 경제법위반으로 야기된 피해에 대해 배상을 묻는다. 위낙 적용 위법행위의 범위가 광범위하므로 Rule 23(b)(3)에서는 추가적인 요건을 명시하고 있다. 즉, 대표당사자소송에 의한 해결방법이 다른 방식에 비해 ‘우세(predominance)’하고 ‘우수(superiority)’해야 한다는 조건을 달고 있다.

Rule 23(c)(*Determination by Order Whether Class Action to Be Maintained*)는 법원의 공지, 판결, 기판력 등을 규정하고 있다. 그 중 Rule 23(c)(2)는 위 Rule 23(b)(3)에 해당하는 집단소송 구성원들에게 주어지는 이른바 ‘제외신고(opt-out)’ 권리를 설명하는데, 제외신고를 한 구성원들은 해당 소송으로부터 빠질 수 있다. 이어 Rule 23(b)의 첫 두 가지 유형의 대표당사자소송에서는 기판력이 모든 구성원에게 적용되지만, 세 번째 유형의 손해배상소송에서는 제외신고를 한 구성원은 판결의 효력이 미치지 않는다는 점을 명시하고 있다(Rule 23(c)(3)). 우리의 증권집단소송과 거의 같은 속성을 갖는 소송이 Rule 23(b)(3)의 손해배상소송이라는 점을 재확인시켜 주는 조문이다.

3. 그간 국내논쟁들의 정리 및 추가적 숙고

필자는 본고에 소개된 국내연구문헌⁵⁾ 외에 증권집단소송 도입결정 이전과

5) 필자가 본고에서의 생각을 다듬는 과정에서 그 동안 도움을 받았던 국내연구는 김정호·박양균(2000), 이규호(2001), 정동윤·함영주(2004), 전국경제인연합회(2004), 김홍규(2004) 등이다. 본질적으로 경제학도인 본 연구자로서는 미국의 대표당사자소송을 주로 참고하여 제정된 우리의 증권집단소송제도의 법적·연혁적 측면을 이해하는 데 큰 도움을 받았다.

이후에 발표된 십수 편의 글도 읽어 보았다. 그들은 학술적 연구논문이라기 보다는 대개 공청회자료, 언론매체의 사설 및 기사, 몇몇 관련기관 홈페이지에 탑재된 컬럼, 기타 회의자료 등이었다. 쉽게 짐작하듯, 이 문헌 및 글들은 집단소송 도입의 장점을 주장하는 그룹과, 다른 한편으로는 집단소송이 야기할 수 있는 부작용을 우려하는 그룹으로 대분할 수 있었다. 특히 후자의 경우, 증권관련 집단소송법이 도입된 지 채 일 년도 되지 않은 상황이었는지 아직은 한국에서의 어떤 구체적 증거를 제시하는 연구결과는 없었다고 판단된다.

대신 주로 “집단소송의 장점은 존재한다” 또는 “물론 기업의 위법행위가 방지되어서는 안 될 것이다”라는 식의 전제를 단 후, 곧바로 “그러나 외국의 경우 ~한 사례도 있었다” 내지는 “한국에서 ~한 부작용이 우려된다” 식으로 내용이 구성되어 있었다. <그림 1>에서 보았듯이 집단소송은 기본적으로 국가경제에 큰 파급효과를 미칠 수 있는 잠재성을 갖고 있는 제도이다. 따라서 향후 이 분야에 관한 본격적 연구자들에게 도움을 주고자, 본항에서는 이들 글들로부터 이제까지 필자가 파악한 ‘긍정론’과 ‘부정론’을 간략히 요약한다.⁶⁾

먼저 긍정론으로서, 확고히 선을 그을 수는 없으나 대체로 시민단체, 일부 학자, 법무부, 변호사협회 등에서 찾아볼 수 있다. 한 마디로 전통적인 민사소송만으로는 사회 전체적인 관점에서 해결하기 힘든 신유형의 사건들에 대처하기 위한 제도로서 집단소송의 효과를 강조한다. 다수인이 관련된 소송을 한 번의 소송절차로 일괄하여 확정함으로써 생기는 유익성을 지적한다. 한편 기업으로서도 유사한 소송을 반복함으로써 초래되는 시간과 소송비용의 낭비를 방지할 수 있다는 주장이다. 배상책임을 의식하여 기업활동의 투명성과 합법성이 제고되어, 장기적으로 투자가 증대되고 우리 기업의 경쟁력이 강화된다는 결론을 내림으로써, 집단소송의 도입에 적극적이다. 그럼에도 불구하고 필자 판단으로는 이 긍정론에서는 집단소송이 원칙적으로 갖는 장점을 좀더 정치하게 그리고 충분히 부각시키지 못했다는 아쉬움을 남기고 있다. 한편 이들 중에도 “그러나 남소방지 등에는 유념해야 한다”는 식의 원칙론적인 경계문구는 대개 포함되어 있다. 다만 발생할 수 있는 부작용들에 대해서 더 이상 체계적으로 고민한 흔적은 그리 강하지 않다.

특히, 정동윤·함영주(2004)는 미국의 제도, 한국의 입법과정, 한국의 기존 법제와의 연관성 등을 이해하는 데 매우 유익한 연구였다. 외국의 문헌들을 읽는 것만으로는 얻기 힘든 한국적 상황의 이해에 유익하였다.

6) 이미 언급한 대로 아직은 확고한 연구를 바탕으로 한 주장이 아닌 의견개진 수준이며, 무엇보다도 글들 간 내용의 중복이 많으므로 일일이 글의 출처를 밝히지는 않는다.

다음은 집단소송의 도입에 부정적인 견해들이다. 역시 명쾌히 선을 그을 수는 없으나, 보통 재계단체들, 학자 일부, 일부 언론기관 등이 여기에 해당한다. 초기에는 주로 도입을 반대하였고, 도입이 결정된 2003년 이후에는 집단소송을 매우 제한적으로 운용해야 한다는 기조가 대부분이다. 잘 살펴보면 이들 부정·신중론도 크게 세 가지로 구분할 수 있을 듯하다. 어찌면 이들은 우리 모두가 시급히 파고들어야 할 연구·정책과제일 수 있다. 따라서 이 세 가지를 간략히 지적한 후, 향후 국내연구의 촉진과 지식시장에서의 논리경쟁 활성화를 위해 필자에게 원론적으로 다가오는 의문을 몇 가지씩 제기해 본다.

(1) 제도속성 자체의 부적절성

이는 집단소송이라는 제도 자체가 작금 우리의 경제체제에 적절하지 않다는 주장이다. 대표적으로 한 논평자는 “집단소송은 과도한 司法介入이자 官治이다”라는 주장을 개진한 바 있다. 역시 비슷한 맥락에서, 증권관련집단소송제도를 시장에 대한 국가의 개입을 강화시키고, 일부 단체의 집단행동을 쉽게 만들어 주기 위한 제도로 규정하는 주장도 존재한다. 증권시장에서의 위법행위를 적발하고 처벌하려면 “기존 금융 당국의 노력을 배가시키면 된다”는 대안도 제시된다. 이에 더하여 집단소송은 기존 민사소송의 기관력 원리에 위배된다는 주장도 대두된다. 마지막으로 “증권집단소송제도로 인해 기업의 위법행위에 대한 예방효과가 높아 보이지 않는다”는 주장으로써 제도의 부적절성을 지적하기도 한다.

시장경제 내에서는 타인에게 피해를 주는 위법행위 역시 계속 발생한다. 필자는 평판(reputation)메커니즘 등으로써 그 외부효과를 상당 부분 시장 내에서 자율적으로 내부화시킬 수 있다고 믿지만, 불행히도 그렇지 못하는 경우도 존재한다고 믿는다. 그래서 정부가 존재하는 것이다. 재산법, 계약법, 불법행위법 등 상대적으로 친시장적인 私法메커니즘으로서 이를 통제할 수도 있고, 금융당국이 事前的으로 規制하는 방식도 존재한다. 따라서 문제의 핵심은 어떤 방식이 외부효과의 내부화에 더 상대적으로 우월한가이다. 이런 맥락에서 무조건 ‘집단소송은 곧 과도한 관치’라는 등식보다는, 다른 통제방식(예: 금융감독원의 규제)에 비하여 비효율적이며 불공정하다는 과학적 근거를 좀더 제시해야 하지 않을까 싶다.

더불어 본절의 제1~2항의 논의와 현행 법제에 의하면, 집단소송하에서 판결의 효력이 무차별적이지도 않을 뿐만 아니라 제외신고를 할 수 있으므로 재판

받을 권리도 확보되는데, 그래도 기존 민사소송관례와 크게 상충되는가의 질문에 좀더 체계적으로 답해야 된다고 본다. 마지막으로 집단소송제도가 위법행위에 대한 억지력을 갖지 않는다는 주장은 매우 의미심장한 결론이다. 만약 그렇다면 부적절성은 명약관화하다. 하지만 정말로 억지력이 부재한지에 대한 근거는 찾아보기 힘들다.

(2) 집단소송제도 운용의 불완전성으로부터 파생되는 부작용들

집단소송에 대한 부정론을 피력하는 글들에서 가장 많은 지면을 차지하는 내용들이다. 거의 빠지지 않고 대두되는 부작용은 ‘남소(frivolous 또는 nuisance suit)’이다. 즉, “전혀 터무니 없는 소제기 또는 소익이 없는(meritless) 집단소송이 급증할 것”이라는 예측과, “기업은 소제기 사실만으로 부담을 느껴 화해를 원한다”는 우려이다. 이와 관련하여 “집단소송의 95%가 재판보다는 화해로 끝나며, 그 화해액의 상당 부분은 원고가 아닌 변호사가 차지한다”는 주장도 매우 자주 인용되면서, “집단소송은 파라치를 양산한다”는 결론으로 이어지곤 한다. 더 나아가 “사건의 대부분이 화해로 끝날 경우 종국판결까지 가는 사건도 거의 없을 것이기 때문에 종국판결의 내용이 무엇일지 예측불능하다”라는 주장도 눈에 띄었다.

먼저 적지 않은 숫자의 저자들은 문맥상 ‘소송증가=남소’라는 잘못된 정의를 사용하는 듯했다. 범경제학적으로 볼 때, 단순한 소송증가는 그 동안 포기했던 권리구제행위가 가시화되는 과정이며, 그 결과 위법행위에 대한 억지력을 가질 수 있을 것으로도 이해할 수 있다. 일단 남소를 제대로 정의하더라도 의문은 여전히 남는다. 원·피고가 최소한의 합리성을 갖고 있다고 전제할 때, 과연 남소의 원천은 무엇일까? 그 정의상 재판으로 가서 원고가 패소할 확률이 거의 확실한데, 집단소송의 피고가 된다는 사실만으로 기업은 곧바로 화해로 갈 것인가? 집단소송의 처음부터 끝까지 적극적인 역할을 하도록 법으로 명시한 법원은 이 과정에서 전혀 구실을 못할 것인지에 대한 숙고도 필요하다고 믿는다. (역시 남소의 근원과 직결되는 문제로서) 다시 원·피고 및 법원이 갖고 있을 최소한의 합리성을 전제했을 때, 화해를 많이 해서 종국판결의 불확실성이 커진다는 위의 마지막 주장보다는, 대개는 최종판결의 기대치에 근거하여 화해가 이루어진다는 추론이 좀더 경제학적으로 타당하지 않을까 하는 자연스런 반문도 생긴다. 이 모든 가설들은 심각히 그리고 속히 검증되어야 할 부분이다.

한편 9할 이상이 화해로 끝난다는 부작용론도 재고가 필요하다. 주지하듯, 미

국이나 심지어 한국에서 민사사건이 재판까지 가는 경우는 대개 1할 미만이다. 더군다나 전통적인 법경제학 이론에 따르면, 재판까지 가는 것보다 화해로 분쟁을 종결시키는 현상에는 확실히 사회적으로 효율성 함의가 내포되어 있다. 원고배상액의 상당 부분이 변호사에게 돌아간다는 부분도 무조건 비판할 일만은 못된다. ‘적어도’ 그 일부분은 가령 정부관료조직이 그 책무로서 해야 할 위법행위의 시정작업을 대신 수행한 대가라고 생각하는 것은 무리인지에 대한 반문도 생긴다. (정확히 동일한 제도는 아니나) 가령 “2005년 4월부터 시행된 공정거래위원회의 신고포상금제는 법집행의 효율성을 제고시키는 효과와는 무관한 역시 파라치양산 정책에 지나지 않는가?”라는 질문도 해 봄직하다.

더욱 중요한 사실로서, 과연 집단소송에서 승소하면 위 주장대로 변호사만을 위한 잔치가 될까? 2002년까지 10년 동안의 매우 방대한 자료로써 미국 집단소송에서의 원고변호사 수임료가 배상액에서 차지하는 비율의 평균은 20%를 좀 넘을 뿐이며, 그 비율은 배상액 규모가 커질수록 줄어든다는 사실을 밝혀 낸 권위 있는 중진학자들의 최근 연구결과는 과연 어떻게 해석해야 하는지 의아스러워진다.

(3) 현실론적 반대·유예론

세 번째 부정·신중론은 문자 그대로 현 경제의 실제상황에 비추어 나오는 주장들이다. “한국의 경제발전 정도로 보아 시기상조”라는 그나마 중장기적 진단부터 “현 경기침체 상황에서 집단소송은 기업활동의 위축을 더욱 부추킬 것”과 같은 단기적 유보론까지 다양하다. 또한 “오랜 관행으로 굳어진 분식회계에 대한 배상책임은 상당기간 유예시켜야 한다”는 주장이나, “처음 도입기에는 일정 수준 이상의 자산규모를 갖는 기업에게만 적용”해야 한다든지, “충원도 일정 수준 이상의 지분을 갖고 있어야 한다”는 등의 다분히 경과조치적(phase-in) 제안들이 많다.

처음 두 가지 부류의 부정론에 비하여, 이 세 번째 반대의견들에 대해서는 다음 두 가지 이유에서 필자가 학술적으로 할 수 있는 말이 상대적으로 많지 않다. 첫째, 이제는 경제학적 추론이 더욱 힘들기 때문이다. 경기가 좋지 않아 기업활동에 주는 충격을 단기적으로나마 좀 경감시켜 주는 것이 좋은지, 아니면 하루라도 빨리 예외 없이 실시하여 <그림 1>에서 설명된 증권시장의 투명성을 확보하는 것이 훨씬 더 현명한지의 여부에 대해서는 그저 추측 이외에는 필자에게 현재 어떤 경험적 근거도 없다(아마 이런 제약은 다른 논평자들도 마찬

가지로 당면하는 것들이라 믿는다). 둘째, 분식회계의 유예기간 등에 관한 이러한 논의는 정치적으로 흐를 가능성이 크기 때문이다. 요컨대 상대적으로 이런 논점들에 관해서는 법경제학도의 공헌가능성이 별로 크지 않은 것 같다. 다만 이 시점에서 필자가 할 수 있는 말은 만약 부정·신증론이 행어나 이미 ‘특정 그룹화’할 수 있는 잠재적 피고를 위한 임시대응책적인 처방으로만 집중된다면, 그 결과는 향후 그 잠재적 피고들에게도 좋지 않을 수 있다는 사실이다. 근시안적 접근만 하다보면 잠재적 피고들에게 정작 부작용이 클 수 있는 핵심 요소들에 대한 관심과 정책개발 노력이 저하될 수 있기 때문이다.

이상으로 그간 섭렵한 세 가지 유형의 부정·신증론을 정리한 후, 그 각각에 대해 갖고 있던 필자 나름대로의 의문 내지는 반대논리들을 기초적인 법경제학 논리로서 제기해 보았다. 큰 확신이 있어서라기보다는 이미 언급한 대로 본격적인 국내연구의 촉진과 논리경쟁의 활성화를 위해서였다. 기실 제법 많은 수의 연구자들이 상당기간 진지한 노력을 기울여야 일부 명쾌한 답변이 가능할 것이다. 그 기초작업으로서 본고의 이하에서는 집단소송에 관한 과학적 이해를 돕기 위한 논의를 좀더 해 보려고 한다.

우선 제Ⅲ절에서는 법집행에서 집단소송이 갖는 경제학적 의미를 좀더 근본적으로 고찰한다. 대부분의 부정·신증론에서 쉽고 간략히 인정되는 것과는 달리, 집단소송의 효율성 함의는 꽤 크다는 것이 필자의 잠정적인 판단이다. 그러나 같은 맥락에서 제Ⅳ절에서는 제일 빈번히 지적된 남소의 근본원인에 대해서도 법경제학적으로 검토한다. 마지막으로 본고의 제Ⅴ절에서는 반드시 그리고 시급히 이루어져야 할 본격적인 연구의 방향을 짚어 본다.

Ⅲ. 집단소송의 기능에 관한 법경제학적 이해

1. 집단소송이 갖는 원칙적 효율성

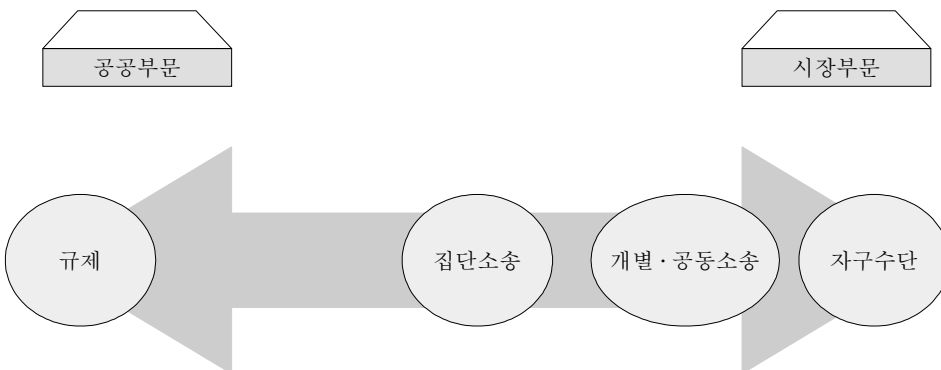
(1) 불법행위에 대한 최적 통제방식

시장의 위법한 행위를 통제(억지)하는 최적 제도에 관한 논의는 오랫동안 이루어져 왔다. 왜냐하면, 해당 행위를 통제하는 제도들은 상호 대체적(substitutable)이거나 또는 다중적(polycentric)이기 때문이다. 주지하듯 이 논의에는 그 제도를 집행하는 기관의 선택문제도 당연히 포함된다. 저자마다 그 표현과 다루

는 제도의 범주가 조금씩 다르지만 결국 특정 문제가 되는 행위에 관한 법을 어떻게 집행하는 것이 가장 효율적인가에 대한 탐구였다는 점에서 공통된 주제를 다루어 온 것이다.

법경제학에서 이루어진 이에 관한 대표적 연구만 소개하면, Ellickson(1973, 1991)은 ‘사회통제시스템(system of social control)’, Shavell(1984, 1993)은 ‘법집행의 최적구조(optimal structure of law enforcement)’, Posner(1992, Ch. 13)은 ‘공적 통제방식의 선택(choice in methods of public control)’, Lessig(1998)은 ‘규제형태들의 조합(how to mix modalities of regulation)에 관한 탐구’ 등의 용어를 쓰면서 분석한 연구들이다. Kim(2002)은 이러한 법경제학 연구들은 결국 규제의 관찰에 있어서 ‘제도효율성의 순위(efficiency in institutional ordering)’에 관한 논의였다고 명명한 바 있다.⁷⁾ 후술되듯 이러한 통제방식에 관한 논의는 분쟁해결 방식과도 직결된다.

〈그림 2〉는 후술되는 기존 연구문헌들의 틀에 따라 동일한 가해행위에 대해 어떤 식으로 통제 내지는 내부화시킬 수 있는지를 매우 간략히 하나의 스펙트럼상에 표현한 것이다. 먼저 오른쪽에는 시장부문을 표시하고 있는데, 다양한 자구수단(self-help)들이 존재한다. 피해(harm)에 대하여 시장 내에서 해결한다는 의미이다. 가령 Ehrlich and Becker(1972)가 분석하고 있는 평판(reputation), 자기보호(self-protection) 등이 이러한 통제메커니즘에 속한다. 천재지변과 같이 가해자를 특정화하기 힘든 위험에 대하여 잠재적 피해자가 들게 되는 자가보험



〈그림 2〉 피해(Harm)를 일으키는 위법행위에 대한 다양한 통제방식

7) 이런 논의는 결코 추상적인 것이 아니다. 이 선행연구들의 핵심 결과를 필자가 국내에 실제로 응용해 본 예는 김일중(1995, 1997a, 1997b, 1998) 및 김일중·박성규(2006) 등을 참조할 수 있다.

(self-insurance)도 넓게 보아 여기에 해당한다. 이른바 가장 시장친화적인 제도들이라고 할 수 있다.

오른쪽에서 두 번째 위치한 개별·공동소송(Individual/Joint Litigation)도 시장에 가까운 제도이다. 물론 소송제도에는 정부기관인 법원이 개입되나, 대체로 가해자에 의한 피해가 발생한 이후 소송에 이른다는 차원에서 사후적으로(ex-post) 개입하므로 시장활동의 자율성을 상당 부분 인정하고 있는 것이다. 이러한 속성을 가장 잘 반영하는 구체적 통제수단이 普通法 내지는 私法, 즉 재산법·계약법·불법행위법 등이다. 이들은 시장에서 활동하는 각 경제주체들 간의 가장 긴요한 재산권들(property rights)을 규정하는 도구이다. 확실한 재산권 설정이 되어 있으므로 이를 위반하지 않는 한 시장거래의 자발성과 창의성은 대부분 유지된다. 앞서 자구수단의 예로서 보험을 꼽았으나, 만약 잠재적 가해자가 자신의 공장으로부터의 오염배출 사건이 이웃주민에게 미칠지도 모를 피해에 대비해 보험을 들었다면 그것 역시 이러한 소송제도의 결과로 간주될 수 있다. 법원에서 선고될 배상책임을 예상했을 것이기 때문이다.

한편 <그림 2> 스펙트럼에서 왼쪽으로 갈수록 공공부문(Public Sector)에 속한다. 여기에 규제(Regulation)는 넓은 의미의 ‘통제’라기보다는 흔히 우리가 사용하는 ‘정부·행정규제(administrative regulation)’ 수단을 의미하는 협의의 개념이다. 정부규제는 대체로 실제 피해가 발생하기 이전, 심지어 경제주체의 어떤 행위(act) 이전에 개입하는 속성을 띤다. 그래서 학자들은 흔히 ‘사전(ex-ante)규제’라는 표현을 쓴다. 예를 들어, 증권거래의 경우 각종 기준준수·공지의무·신고·허가 등을 의무화하는 규제들이다. 그리고 위반하면 벌칙을 부과하는 시스템이다. 그 결과 당연히 민간활동의 자율성이나 창의성을 심하게 제약할 수 있으므로 오른쪽의 시장부문으로부터 가장 멀리 떨어진 통제방식이다.

본고의 주제인 집단소송(Class Action)은 <그림 2>에서 비교적 오른쪽에 위치하고 있다. 정부규제보다 훨씬 시장부문에 가까운 통제방식이라고 필자가 판단하는 이유에 대해서는 다음 소절에서 좀더 상세히 설명한다. 다만 여기서 거듭 강조하고 싶은 사실은 동일한 외부효과의 내부화 또는 동일한 피해의 역지를 위해 우리가 고안할 수 있는 통제방식의 선택폭은 생각보다 매우 넓다는 점이다. <그림 2>에서는 편의상 그 중 네 가지만을 표시했으나, 그 숫자는 훨씬 많으며, 각 방식이 지니는 효율성 함의가 상황에 따라 달라질 수 있다는 점이다. 따라서 정책입안가는 이 점을 숙고하여 항상 최선의 제도를 선택하려는 노력을 경주해야 한다.

(2) 집단소송 대 사전규제: 운용효율성에서의 상대적 비교우위

바로 앞서 인용한 연구들은 저마다 다루었던 다양한 위법행위의 종류 또는 실정법들에서 어떤 선택을 해야 하는가에 대한 분석을 하고 있다. 필자 판단으로는, 각 통제방식이 갖는 장단점에 대해서 큰 줄기 쟁점에서는 상당 부분 의견의 일치를 보인 것도 사실이다. 특별히 본 소절에서는 <그림 2>의 ‘행정규제와 보통법 간의 선택(choice between regulation and common law)’ 문제에 대한 연구들을 종합하여 기술한 Posner(1992)의 주장을 소개한다.⁸⁾ 이어 10년 전 이미 이 분야의 이론개발에 큰 획을 그은 Shavell(1984)의 주장을 추가적으로 간략히 소개한다. 더욱 복잡한 상황을 상정한다든지, 다른 세부형태의 통제방식을 논한 이론연구들도 존재하지만, 본고에서는 이 두 학자의 설명만을 통해서도 집단소송제도가 원칙적으로 갖는 효율성 함의를 체계적으로 이해하기에는 충분하다고 판단한다.

Posner(1992, pp. 367~368)는 정책입안가가 항상 다음의 두 가지 공적 통제의 방식을 놓고 고민해야 한다고 역설한다. 그 하나는 행정부에 의해 수행되는 규제방식이며, 다른 하나는 개인의 권리설정 바탕을 둔 보통법 시스템이다. 민간의 위법행위를 규제한다는 의미에서 그는 후자를 ‘司法規制(judicial regulation)’라고도 칭하였다. 그리고 그 선택을 하기 위해 특정 상황에서 두 가지 방식이 갖는 장단점을 비교해야만 한다고 설명한다.

먼저 보통법은 규제기능에서 두 가지 주요 특성을 갖는다. 첫째, 그 운용에 있어서 정부관료에 대한 의존도가 극소화되고 주로 민간(피해자와 변호사)의 역할이 매우 크다. 둘째, 위법유인에 대한 억지력은 다름 아닌 피해자에게 배상해야 한다는 사실로부터 발생한다. 반면, 사전적이고 직접개입하는 정부규제는 규제기관의 종사자와 같은 관료에 절대적으로 의존할 수밖에 없다. 또한 배상 책임을 통한 억지효과보다는 피해를 미연에 방지하는 데 주력한다. 예컨대, 공해 등의 문제를 관할하는 Posner의 불법방해원리(nuisance rule)는 소송을 통해 가해자로 하여금 피해자에게 직접 금전보상하거나 기타 불법방해제거를 명하게 함으로써 향후 가해자의 불법방해유인을 통제하는데, 정부규제에 해당하는 청정공기법에서는 규제자들이 공해배출기준 등을 만들어 잠재적 가해자의 준수 여부를 감독한다.

8) 주지하듯, 이 저서는 세계적으로 가장 유명한 법경제학 종합서이며, Cooter and Ulen(2004)과 더불어 대학(원)에서 가장 널리 사용되는 지침서이다.

두 방식이 갖는 차이점을 편의상 이렇게 단순화시켜 보면 정부규제에 비하여 보통법 책임원리가 열악해지는 상황들이 분명히 존재한다. 특별히 만약 위법행위의 피해액이 작아서 소송비용을 감당할 수 없다면 보통법 내지 민사법은 그 본연의 임무를 달성할 수 없다. 따라서 이 경우 정부의 직접규제가 위법행위의 억지력 차원에서 우월성을 갖게 된다.

Posner(1992, p. 369)는 반대로 정부규제가 극도로 열악해질 수 있는 경우도 크게 세 가지로 나누어 설명한다. 첫째, 정부규제는 대체로 그 운용비용이 더욱 높다는 것이다. 보통법의 책임원리는 피해가 실제로 발생한 다음에야 그 기능이 시작된다. 반면, 정부규제는 항상 집행되어야 하기 때문이다. 이러한 의미에서 그는 정부규제는 ‘연속적(continuous)’이라 표현했다. 둘째, 보통법의 운영자, 즉 법관이 상대적으로 갖는 정치적 중립성도 지적한다. 이에 반하여 규제기관들의 관료들은 특정 규제의 집행결과에 따라 정치적으로 보상이나 불이익을 받을 가능성을 더 크게 갖고 있다. 셋째는 정보의 문제로서, 만약 위법행위로부터의 피해를 규제기관에 적극적으로 알리게 만드는 유인을 만들어 내지 못한다면, 규제기관은 심각한 정보부재의 어려움에 처하게 된다는 점이다. 그렇게 되면 무엇이 문제인가를 파악한다든지, 규제위반자를 적발하기도 쉽지 않게 된다는 것이다.⁹⁾

결국 정부규제에 비하여 보통법이 우월해질 수 있는 가능성은 매우 크다. 그럼에도 불구하고 앞서 지적한 소액사건은 여전히 약점으로 남는다. Posner는 그 약점의 핵심으로서 법원인지세, 변호사선급금 등 소송비용에서 차지하는 고정부분을 지적한다. 따라서 이 고정부분을 다수가 분담할 수 있다면 그들의 체소유인을 제고시켜, 결과적으로 가해자의 왜곡된 유인을 교정할 수 있게 된다. Posner는 이를 막대한 행정비용을 수반하지 않고도 ‘司法시스템의 錯誤費用(error costs of legal system)’을 효과적으로 줄이는 작용이라고 명명했다(1992, p. 569). 오랜 기간 이런 소액사건을 결합하여 소송에 있어서 규모의 경제를 실현하려는 여러 시도가 있었는데, 현대의 집단소송은 이의 전형이라는 결론을 내린다(1992, p. 570).¹⁰⁾

9) 앞서 제II절 제3항에서 집단소송의 부정론 중 하나가 “집단소송은 파라치를 양산한다”는 것이었다. 흔히 논평자들에게 간과되곤 하지만, 법경제학에서 부정할 수 없는 명제의 하나는 “성공적인 법의 집행을 위해서는 어떤 형태로든 ‘파라치’가 필요하다”는 것이다. 따라서 정작 문제는 “어떤 파라치가 효율적인가”에 있다고 필자는 평소 믿는다.

10) 물론 그는 집단소송이 그 기능을 다하지 못할 가능성에 대해서도 인지하고 있다. 구체적으로 두 가지 상황을 간략히 지적하였는데, 첫째는 피해액이 지나치게 적어 그나마 체소에 있어서 규모의 경제를 실현하려는 유인조차 생기지 않을 때이고, 둘째는 변호사의 기

한편 법경제학에서 이론모형의 대가인 Shavell(1984)은 일찍이 규제 대 책임 원리의 선택을 결정하는 네 가지 요소를 지적함으로써 일면 이 분야 연구의 지평을 연 바 있다. 그 중 세 번째 요소가 바로 위법행위자가 과연 향후 제소될 확률이 얼마나 되는가였다(Shavell, 1984, p. 363).¹¹⁾ 만약 그 확률이 낮다면 위법행위자의 책임으로부터 벗어날 수 있기 때문이다. Shavell은 제소확률을 낮추는 가장 대표적 상황으로서 피해가 ‘넓게 퍼질 때(widely dispersed)’로 규정했다. 그리고 이 상황을 극복할 수 있는 제도로서 집단소송을 꼽았다.

이상의 짧은 논의만 보더라도 소규모 피해를 불특정 다수에게 발생시키는 위법행위에 대한 억지수단으로서 집단소송의 효율성은 담보된다는 것이 필자의 판단이다. 당사자의 경제유인에 의한 직접참여와 제3자의 사전적 개입을 극소화한다는 차원에서 집단소송제도는 정부규제보다 분명히 ‘친시장적’이다. 물론 제Ⅳ절에서 후술되듯, 집단소송제도는 잘못 운용될 경우 부작용의 가능성을 갖는다는 것이 이론적으로도 충분히 인정된다. 그럼에도 불구하고 제Ⅱ절 제3항을 정리하면서 필자가 강하게 갖게 되었던 의구심 한 가지를 여기서 간략히 피력하고자 한다. 1990년대 이후 한국 사회의 대표 화두 중 한 가지는 규제개혁이었다. 그만큼 우리 사회에서 규제가 갖는 부작용이 컸기 때문이다. 굳이 ‘공공선택이론’이나 ‘규제의 경제이론’을 여기서 논하지 않더라도, 불완전 정보·무지·거래비용 증가·재량권 남용·지대추구행위·부패 등 그 부작용의 종류는 이루 헤아릴 수 없다.

한국의 사회과학도들이 이런 주제로 그간 집필해 온 연구논문들의 숫자만 따져도 족히 수백 편이 넘을 것이다. 심지어 어쩌면 제Ⅱ절 제3항에서 집단소송제도에 대한 부정적 시각을 보인 학자나 논평자들 중에는 과거 자신들의 다른 글에서 정부규제의 폐해 역시 강하게 주장한 적이 있을지도 모른다. 최근 20여 년 이런 ‘탈규제의 규범’을 성숙시켜 온 한국 지식시장의 배경하에서, 필자가 조우했던 가령 “증권거래의 위법행위를 좀더 억지하려면 현행 금융규제 당국의 활동을 강화하면 된다”라는 주장은 설득력을 잃을 수밖에 없다. 위법행위에 대

회주의 가능성이다. 그러나 그는 이 두 가지가 집단소송이 갖는 효율성 함의를 크게 훼손시키는 것으로 간주하지는 않고 있다.

11) 다른 세 가지는 다음과 같다(Shavell, 1984, pp. 359~363). 첫째, 잠재적 가해자의 특정 행위가 초래할 위험성에 관한 정보에서 민간경제주체와 정부규제기관 중 누가 우위를 갖는가? 둘째, 잠재적 가해자는 자신의 위법행위로부터 야기될 피해를 배상할 능력이 있는가? 셋째, 정부규제와 책임원리를 운용하는 데 소요되는 행정비용은 각각 얼마나 되는가? 나아가 10년 후 다시 Shavell(1993)은 선택대상이 되는 통제방식에 세금제도 등까지 포함하여 이러한 논리를 확장시키고 있다.

한 다양한 통제방식이 갖는 비교우위에 대하여 진지한 고민을 거친 후 비로소 내놓는 좀더 균형되고 일관된 우리의 자세가 필요한 이유가 여기에 있다.

2. 최적 집단소송제도의 개념: 예시

앞 소절에서 보았듯이 집단소송이 갖는 효율성 함의는 대표적인 법경제학자들에 의해 일차적으로 인정되고 있다. 본 소절에서는 그렇다면 집단소송을 어떻게 고안해야 하는지 역시 향후 활발한 논의를 위한 개념정립을 한다는 차원에서 간략히 언급한다.

먼저 얼마나 용이하게 집단소송을 제소할 수 있는지를 나타내는 지수, 즉 ‘집단소송에의 접근성(accessability)’을 δ 라고 표시하자. δ 에는 실로 많은 종류의 금전적·비금전적 요소들이 포함될 것이다. 제II절의 논의에서 보았듯이 피해의 범주, 당사자적격, 대표 원고의 적격성 등 얼마나 쉽게 집단소송을 인가(certify)해 주는가를 결정하는 제도적 요소들이 핵심일 것이다. 나아가 소송 중 각종 공지의무, 증거제시의무, 화해의 허용조건, 변호사수임료규정 등도 집단소송에의 접근성에 영향을 미칠 것이다. δ 가 커질수록 당연히 집단소송의 제소건수는 증가할 것이다.

집단소송에의 접근성 δ 의 규모는 사회효율성과 직결된다. 법경제학에서는 어떤 법과 제도이든 두 가지 비용의 합을 극소화시킬 수 있도록 고안되어야 한다는 명제를 보편적으로 수용한다. 이른바 [행정비용(administrative costs)+착오비용(error costs)]이 극소화되는 방향으로 제정되어야 한다는 의미이다(Cooter and Ulen, 2004, p. 391). 즉, 집단소송의 고안자가 직면하는 문제는 다음과 같다.

$$\text{최적 집단소송제도: } \underset{(\delta)}{\text{Min}}[C_a(\delta)+C_e(\delta)].$$

여기서, $C'_a > 0$, and $C'_e \leq 0$.

먼저 행정비용 C_a 는 집단소송의 초기단계에서 완료까지 소요되는 넓게 정의된 제반비용이다. 시간, 노력 및 변호사수임료 등 당사자들이 지불하는 온갖 사적 비용은 물론, 법원의 운용 등에 필요한 공적 비용까지 포함한다. 집단소송에의 접근성을 쉽게 하면 단위기간당 집단소송 제소건수가 증가하므로 자연스럽게 총행정비용은 증가한다(즉, $C'_a > 0$). 이 관계가 <그림 3>에 나타나 있다.

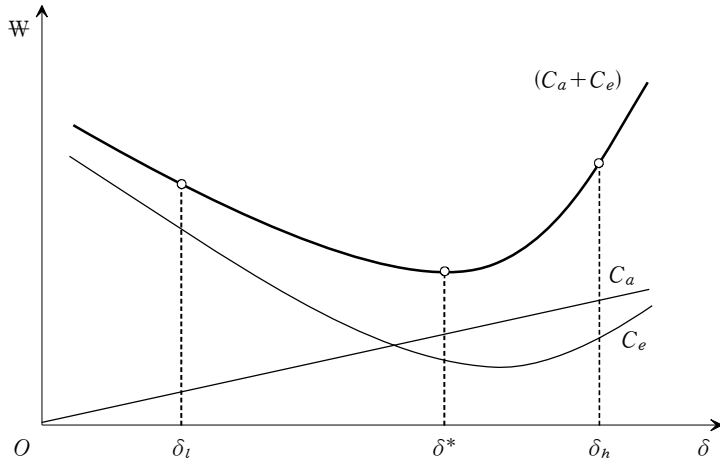
다음 착오비용 C_e 를 검토해 보자. 법경제학에서는 이를 위해 이른바 ‘완전구제(perfect remedy)’라는 개념을 자주 사용한다. 완전구제는 법원이 제소된 특정

사건의 내용은 물론, 애초에 효율적으로 만들어진 관련 실정법 내용을 완전히 인지한 후 내리는 판결로부터 원고가 얻게 되는 권리구제를 일컫는다. 예컨대, 감사기업의 부실감사를 이유로 집단소송이 제기되었다고 한다면, 법원이 이 사건의 사실관계를 완벽히 파악한 후 해당 실정법 규정(즉, 증권거래법의 제197조 등)에 따라 정확히 내린 손해배상액의 규모가 완전구제될 것이다. 그렇다면 바로 이 완전한 손해배상액 규모를 벗어나는 다른 어떤 판결도 착오비용 C_e 를 야기시킨다고 볼 수 있다. 효율적인 법이지만 제대로 적용하지 않았든지, 사실관계를 법관이 제대로 파악하지 않았든지, 아니면 둘 다 충족시키지 못해 내려진 판결일 것이기 때문이다.

그렇다면 법경제학에서는 왜 착오비용 C_e 를 가능한 한 줄이려고 하는가? 그 본질적인 이유는 착오비용이 경제주체의 생산활동에 왜곡된 영향을 미치기 때문이다. 앞서 부실감사의 집단소송 예를 다시 생각해 보자. 전혀 하지 않거나 너무 낮게 손해배상을 하면 부실감사는 계속될 것이다. 동시에 기업은 부실경영을 계속하게 된다. 따라서 C_e 는 생산의 사회적 효율성이 담보되지 못함으로써 발생하는 비용이다. 더불어 이런 상황에서는 투자가가 증권거래에서 취하는 각종 방어의 비용(defending costs)도 증가할텐데 이 역시 사회비용이다. 물론 일군의 법경제학자들은 과소배상함으로써 발생하는 피해자의 비효용(disutility)도 착오비용의 일부분으로 인식하는데, 그 대표적인 예가 Michelman의 “반도덕화비용(demoralization cost)”이다.¹²⁾

이제 착오비용을 δ 와 연계시켜 생각해 보자. 먼저 과소배상되어 착오비용을 초래하는 주요 이유는 (다른 조건이 일정할 때) 집단소송이 허용되지 않거나 매우 엄격히 운용되어 피고들이 적절히 제소당하지 않기 때문이다. 따라서 이 경우 앞서 정의한 집단소송의 접근성 δ 를 증가시킴으로써 착오비용을 감소시킬 수 있다($C'_e < 0$). 반대의 경우도 마찬가지이다. δ 가 과도하다면, 즉 너무 집단소송이 잦아지면 역시 감사기업 및 피감사기업의 경영활동을 왜곡할 것이고, 역시 착오비용을 증가시킬 것이다($C'_e > 0$). 남소의 부작용이 여기에 해당할 것이다.

12) 그는 반도덕화비용을 다음의 두 가지 비용의 합으로 정의한다. “첫째, 아무런 보상이 이루어지지 않는다는 사실로부터 피해당사자 및 그에 대한 동조자들(sympathizers)이 느끼는 비효용을 상쇄시켜 줄 만한 금액과, 둘째 피해자, 동조자 및 향후 비슷한 상황에 처할 수 있는 사람들이 이러한 반도덕화를 목격한 후 (경제유인이 왜곡되거나 사회동요가 발생하여) 미래 생산활동이 감소함으로써 발생하는 손실의 현재가치로서 구성된다”(Michelman, 1967, p. 1214).



〈그림 3〉 최적 집단소송제도의 개념(최적 δ^*)

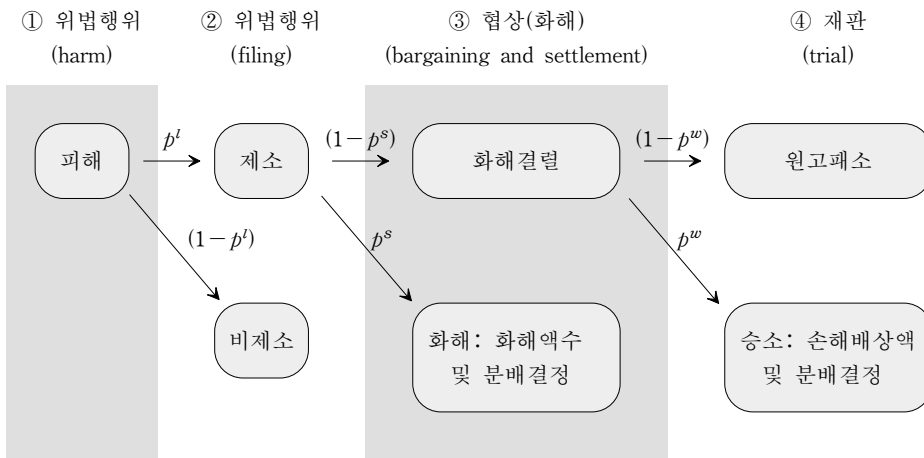
이상의 관계가 〈그림 3〉에 나타나 있다. C_e 는 δ 의 크기에 따라 처음에는 감소하다가 다시 증가하는 모습을 보이고 있다. 집단소송을 너무 엄격히 운용하여도, 또는 너무 관대하게 운용하여도 효율성이 떨어진다는 의미이다. 〈그림 3〉의 맨 위에 있는 U-자형 곡선은 행정비용과 착오비용의 합계를 구한 것이다. 그리고 이 총비용의 극소값을 갖게 하는 δ^* 가 표시되어 있다. 집단소송의 고안자는 바로 이 δ^* 에 맞는 제도를 찾아 내야 한다. 주지하듯 이 때에는 집단소송에의 접근성을 한 단위 더 늘렸을 때 추가로 증가하는 행정비용과 추가로 절감할 수 있는 착오비용이 같아진다($C'_a = -C'_e$). 더불어 앞서 소개한 집단소송에 대해 나뉘어진 국내논평자들의 견해들도 〈그림 3〉으로 표현할 수 있을 듯하다. 우선 집단소송의 옹호론자들은 국내상황이 δ_l (또는 원점)에 해당하였는데 이번 집단소송법의 도입을 통해 δ^* 를 이룰 수 있다고 믿는 것이다. 반대로 남소론으로 대표되는 부정·신증론은 현재의 집단소송법은 δ_h 에 이를 수 있다고 우려하는 것이다. 본고의 제Ⅲ절 제1항이 전자(δ_l)를 개념적으로 설명하였다면, 이하 제Ⅳ절에서는 후자(δ_h)관련 남소가능성을 짚어 본다. 물론 그 목적은 남소가능성의 원천을 파악하여 δ^* 에 이르고자 함이다.

IV. 집단소송에서의 남소가능성 및 그 해결의 모색방향

1. 집단소송과 제소확률의 증가에 대한 기초모형

〈그림 4〉는 Posner(1992)나 Cooter and Ulen(2004) 등 법경제학에서 가장 통상적으로 사용되는 소송과정(litigation procedure)을 간략히 표현하고 있다. 먼저 원고가 제소를 한 후, 증거개시 등 협상과정에 들어간다. 협상에 성공하면 화해가 이루어지고 실패하면 정식재판으로 들어간다. 때로는 상당한 시일이 소요되는 심리를 거친 후 원고의 승소 또는 패소가 결정된다. 원고가 승소하는 경우 구제방식은 다양하게 존재하지만, 논의의 편의를 위해 손해배상액(damages)으로 통일한다. 본 소절에서는 〈그림 4〉를 바탕으로, 역시 법경제학 강의에서 가장 보편적으로 쓰이는 모형으로서¹³⁾ 집단소송이 왜 제소확률을 높이는지 살펴본다. 즉, 제Ⅲ절의 표현을 빌자면, δ 가 커질수록 왜 집단소송의 건수가 증가하는지 검토한다.

제소(legal claim)에는 늘 원고의 비용이 소요된다. 합리적인 사람이라면 제소에 따른 기대편익이 기대비용을 능가해야 비로소 제소를 결심할 것이다. c_b 를



〈그림 4〉 민사소송의 단순화된 일반절차

13) 법경제학계에는 이미 별도의 남소모형도 존재하지만, (서론에서 밝힌 본고의 목적 및 성격상) 후술되는 제Ⅳ절 제2항 (2)에서는 바로 이 보편적 모형을 활용하여 남소발생 가능성과 관련된 핵심적 함의를 교과서수준으로 단순화시켜 보여 주려고 시도할 것이다.

원고(plaintiff)의 제소비용, L_p 를 원고가 제소로부터 기대하는 편익의 화폐가치라 정의하자. 화해(settlement)에 이를 경우 원고가 기대하는 주관적 기대편익의 화폐가치를 S_p , 제소 후 이렇게 화해에 이를 수 있다고 원고가 사전적으로 판단하는 확률을 p_p^s 라고 정의하자.

물론 경제이론에서는 설사 화해에 실패하여 재판(trial)으로 가는 경우에 대해서도 이미 제소 이전부터 원고와 피고(defendant)는 각각 기대치를 갖고 있다고 전제한다. 우선 원고는 재판으로 갈 확률을 $(1-p_p^s)$ 로 생각할 것이다. 재판에서 선고될 손해배상액에 대해 원고(또는 피고)가 기대하는 가치를 $T_p(T_d)$ 라고 하자. 다음은 비용들로서, 화해에 이르는 원고(또는 피고)가 부담하는 비용을 $c_p^s(c_d^s)$ 라 하고, 재판과정에서 원고(또는 피고)가 부담하는 비용을 $c_p^t(c_d^t)$ 라 하자. 그렇다면 제소 이전 원고가 기대하는 재판의 주관적 순가치는 $(1-p_p^s)(T_p-c_p^t)$ 이다. 따라서 제소 이전 원고가 주관적으로 기대하는 제소의 가치는 식 (1)과 같다.

$$L_p = p_p^s(S_p - c_p^s) + (1 - p_p^s)(T_p - c_p^t). \quad (1)$$

식 (1)에서 가장 눈에 띄는 사실은 화해비용과 재판비용(c_p^s 와 c_p^t)이 낮을수록 원고가 부여하는 제소의 기대가치가 높아진다는 사실이다. <그림 4>에 나온 제소 여부에 대한 원고의 합리적 의사결정은 다음과 같이 이루어질 것이다.

$$L_p > c_p^t \Rightarrow \text{제소} : L_p < c_p^t \Rightarrow \text{비제소}. \quad (2)$$

애초에 $L_p = c_p^t$ 였다고 가정하자. 이제 제도의 변화에 따라 원고가 어떤 결정을 하는지 살펴보자. 식 (1)에 의하면 재판비용이나 화해비용을 감소시키면 L_p 가 높아져 $L_p > c_p^t$ 의 관계로 바뀌므로, 식 (2)에 의해 원고는 제소를 결심하게 될 것이다. 이와 같은 이유로, “분쟁조정비용이 낮아지면 소송빈도가 늘어난다”라는 가설이 범경제학에서 일반적으로 수용된다.

흔히 논평자들에 의해 주장되는 집단소송제도에 따른 소송빈도의 증가현상은 정확히 이상과 동일한 관점에서 설명할 수 있다. 전술한 대로 집단소송에 부정적인 글에서는 집단소송의 도입이 그저 소송제기확률을 높인다고 단정한 후 곧 바로 비판에 들어가곤 한다. 그러나 집단소송이 달성할 수 있는 규모의 경제효과는 매우 클 수 있다. 피해규모는 작지만 (매우) 다수의 피해자가 n 명이 발생하였다고 하자. 식 (1)에서 피해자 한 사람이 갖는 T_p 와 S_p 는 매우 작을 것이지만, c_p^s 와 c_p^t 는 상대적으로 매우 높을 수 있다. 자연스럽게 $L_p < c_p^t$ 이 되어 피해자는 개별적인 제소를 포기할 것이다. 개인적으로는 그것이 합리적인 결정이다.

그러나 집단소송이 허용되면 결과는 달라진다. 다수 n 명이 수천, 수만 명이 될 수도 있기 때문이다. T_p 와 S_p 는 n 배로 급증할 것이지만, c_p^s 와 c_p^b , 그리고 c_p^b 는 거의 변화가 없거나 설사 상승한다고 하더라도 그 증가율은 n 배에 훨씬 못 미칠 것이다. 마침내 식 (2)에서의 부등호가 완전히 역전될 것이다.

결국 개별적으로는 모두 포기했던 권리구제가 이제 집단소송으로서 가능하게 되는 것이다. 더욱 중요한 사실로서, 집단소송이라는 새로운 사후규제방식을 통해 다수의 제3자에게 피해를 외부화시켰던 가해자의 왜곡된 유인이 교정된다. 앞서 제III절에 소개된 Posner와 Shavell 주장의 핵심이 바로 이것이다. “집단소송은 그 개별 규모는 작으나 매우 다수에게 피해를 입혀, 그 총사회비용이 큰 위법행위를 억지하는 데 효율적”인 통제방식이다.

2. 집단소송의 남소가능성

(1) 미국 대표당사자소송의 부작용들에 대한 비판연구

제II절 제3항에서 요약된 것처럼, 집단소송의 부정론에서 가장 자주 지적되는 부작용이 집단소송의 남용과 관련된 현상들이었다. 하지만 국내부정론자들의 글을 보면 아직까지는 주로 미국 대표당사자소송 관련 소수 연구결과를 인용하면서 그 부작용만을 부각시키는 경향이 강한 편이다. 이렇게 국내연구의 한계를 지적하는 필자 역시 이 부작용들 각각의 심각성 및 국내에서 인용되는 연구 결과들의 신빙성을 완벽하게 검토하지는 못하였다. 그러나 다시 한 번 필자를 포함한 국내연구자들에게 향후 연구의 방향설정과 정교화를 꾀한다는 차원에서, 주요 부작용별로 이제까지 파악한 대표연구들을 간략히 소개한다.

우선 원고대리변호사와 피고의 담합문제이다(Krislov, 1990; Macey and Miller, 1995; Hay, 1996, 1997; Perino, 1997). 골자는 원고대리변호사가 원고의 이익보다는 자신의 수입료를 우선적으로 생각하여 너무 쉽게 피고와 화해에 이른다는 기회주의이다. 그런 맥락에서 원고총원의 구성원들이 원치 않는 화해로부터 제외될 수 있는 권리를 더욱 강하게 주어야 한다는 제안이 있다(Rutherglen, 1996). 나아가 구성원들이 원고변호사의 부적절한 행위에 대해 제소할 권리를 다양하게 주어야 한다는 주장도 있다(Koniak and Cohen, 1996).

다음은 법관의 부적절한 집단소송 관리를 지적한 연구들이다. 그 속성상 여러 가지 불완전한 정보 때문에 법원이 집단소송의 불완전한 감독자가 될 수밖에 없으며, 결과적으로 변호사의 심각한 대리인문제(agency problem)가 발생한

다는 논지이다(Resnik, 1982; Schuck, 1986). 특히, 적절한 변호사선임의 임무, 화해결과의 관리, 변호사수임료 배분의 결정 등에 이 불완전정보의 문제가 심각하다는 지적이다(Coffee, 1995; Silver, 1992). 이런 맥락에서 원고대리변호사의 적절한 선택을 위해 Macey and Miller(1991)는 법관의 좀더 적극적인 역할을 촉구한 바 있다.

이 비판론자들은 기본적으로 FRCP 제23조의 1966년 개정 이후 문제가 두드러졌다는 시각을 공유하고 있는 듯하다. “이후 변호사들은 들러리원고(token plaintiff)를 구하기만 하면 되었다”라는 강한 표현도 발견할 수 있다(Hensler *et al.*, 2000, p. 14). 저자들은 바로 이런 부정적 의견들이 미국에서 1995년 사적증권소송개혁법(Private Securities Litigation Reform Act)을 제정한 주요 배경이 되었다고 설명한다.¹⁴⁾

그렇지만 집단소송 부정론의 가장 큰 핵심을 이루는 것은 역시 제Ⅲ절 제3항에서 지적한 바, 집단소송의 피고가 되는 기업은 그 사실만으로 두려워하므로 재판보다는 곧바로 화해를 원한다는 주장이다. 이 주장들을 잘 요약한 Priest (1997, pp. 521~526)에 의하면, 원고들은 이 점을 악용하여 터무니 없는 사건으로 제소하고, 실제로 대부분의 집단소송이 화해로 끝난다는 사실이 부정론에서 자주 강조된다는 것이다. 예컨대, “[위법행위의] 증거가 없어도 ……피고들은 엄청난 압력 때문에 화해하려고 최대한 노력한다”(Fund and Wooster, 2000, p. 10)라는 Texas주 전직 검찰총장의 주장이 이에 해당한다. 이른바 집단소송을 통한 착취(extortion)론이다.

하지만 여기서 반드시 짚고 넘어가야 할 사항이 있다. 법경제학에서 가장 널리 통용되는 ‘남소’의 정의는 ‘訴訟益이 없는 소송’이다(Cooter and Ulen, 2004, p. 418). 그렇다면 재판으로 갈 때 원고가 패소할 확률이 거의 확실한데, 집단소송의 피고가 된다는 사실만으로 기업은 무조건 화해로 갈 것인가라는 의문을 제기하지 않을 수 없다. 환언하면 집단소송을 통한 착취라는 결과가 가능하려면, 도대체 남소가 이론적으로 가능한지를 확인해야 한다는 의미이다. 나아가 만약 가능하다면 그 주요 원천이 무엇인가를 먼저 규명하지 않으면 안 된다.

14) 이 법에서는 남소방지를 위해 증권민사소송의 소장기재요건 강화, 적절 대표 및 상습적 원고규제, 화해제도의 개혁 등 특칙을 마련하였다. 그러나 기존의 소개서들을 읽어 보면 그 억지효과는 확실하지 않은 것으로 보인다. 한편, 원고들이 1995년 연방법을 회피하려고 주법원에 제소하는 것을 막기 위해 1998년에는 증권소송통일표준법(Securities Litigation Uniform Standard Act)을 제정하였다. 이들 법에 관한 자세한 내용 및 연구문헌의 소개는 Hensler *et al.*(2000), Ch. 2; 정동윤·함영주(2004), pp. 13~38; 이규호(2001), pp. 77~93 등을 참조할 수 있다.

사실 이것이 문제의 핵심이다. 최소한 법경제학에서 가장 중요시 여기는 기준, 즉 제Ⅲ절의 ‘사회효율성’의 차원에서 보면, 이 남소의 존재가능성이 앞서 언급한 변호사의 과다수임료 등의 부작용보다 훨씬 심각하기 때문이다. 전자에 비하여 후자는 상대적으로 분배의 문제에 더 가깝기 때문이다. 그렇다면 과연 남소가 가능한 원인은 무엇일까? 가령 Hensler *et al.*(2000, pp.107~108)은 그 한 가지 원인으로 미국 배심원들의 소익에 대한 무관심을 지적하고 있다. 향후 이 원인에 관한 종합적이고 매우 체계적인 연구가 이루어져야 하겠으나, 다음 소절에서는 이미 설정한 제Ⅳ절 제1항의 간략한 모형으로서 또 다른 원인의 존재가능성을 검토해 보고자 한다.

(2) 남소를 가능하게 하는 요소: 이해를 돕기 위한 일례

전술한 대로 법경제학에서 주로 사용되는 남소란 소송의 당사자들이 판단할 때 ‘소익이 없는 소송’이다. 이를 앞서 제Ⅳ절 제1항에서 사용한 단순모형에 반영하면, 남소란 $T_p = T_d = 0$ 인 경우이다. 여기서 T_d 는 피고가 재판결과로부터 예상하는 손실의 기대치이다. 그렇다면 제소에 대해 원고가 부여하는 가치의 기대치를 나타냈던 식 (1)은 다음과 같이 변한다.

$$L_p = p_p^s(S_p - c_p^s) - (1 - p_p^s)c_p^t. \quad (3)$$

식 (3)에서 화해액의 기대치 S_p 가 (+)값을 갖지 않으면 L_p 은 결코 (+)가 될 수 없다. 식 (2)의 제소비용까지 고려할 때, 제소의 기대치가 (+)가 아니라면 당연히 제소를 포기해야 한다. 따라서 남소가 제기되기 위한 필요조건은 화해액이 상당히 커야 한다.

그러나 재판에서 확실히 패소할 원고에게 피고는 왜 화해액을 제시할까? 집단소송의 경우 전술한 대로 배심원의 무관심 내지는 무지가 지적되곤 한다. 그러나 기대치가 ‘계산’되고 있는 이 모형에서는 최소한 그러한 가능성은 배제된다. 여러 가지 이유가 제시되었지만, 본고에서는 원·피고 간 발생할 수 있는 가장 대표적인 비용의 비대칭성에 주목한다. 사실 이 비용의 비대칭성은 소송의 경제학에서 자주 등장하는 가설이다.

편의상 원고의 위험중립성을 가정하고, 원고가 판단하는 승소확률을 p_p^s , 승소하면 받을 손해배상액의 원고기대치를 A_p 라 하면, 원고가 재판결과로부터 기대하는 배상액의 값 $T_p = p_p^s A_p$ 로 표현할 수 있다. 마찬가지로 논리로 위험중립적인 피고가 재판결과로부터 기대하는 손실 $T_d = p_p^t A_d$ 로 표현된다.

다음 <부록>의 <A1>~<A4>에서 설명되듯, 양 당사자가 재판을 피하고 <그림 4>에 나온 화해를 함으로써 추가적으로 얻게 되는 이익, 즉 협조잉여(Cooperation Surplus: CS)는 다음과 같다.

$$CS = \{(c_p^t + c_d^t) - (c_p^s + c_d^s)\} + (p_d^w A_d - p_p^w A_p). \quad (4)$$

앞서 언급했던 비용의 비대칭성이 갖는 함의를 도출하기 위해 흔히 사용하는 내쉬협상해(Nash bargaining solution)를 적용해 보자. 주지하듯 이것은 당사자들이 협조를 통한 잉여의 절반씩 나누는 해이다. 내쉬협상해를 사용하면 원고가 화해할 때 얻게 되는 배상액은 식 (5)와 같이 표현할 수 있다. 재판으로 갈 때의 순기대배상액에 식 (4) CS의 절반을 더한 값이다.

$$(p_p^w A_p - c_p^t) + \frac{1}{2}[\{(c_p^t + c_d^t) - (c_p^s + c_d^s)\} + (p_d^w A_d - p_p^w A_p)]. \quad (5)$$

이제 집단소송의 피고 재판비용이 원고의 재판비용보다 크다고 가정하자(즉, $c_p^t < c_d^t$). 한편 (편의상) 화해비용에는 비대칭성이 존재하지 않으며, 원고와 피고는 재판결과에 대한 동일한 기대를 하고 있다고 가정하자. 이 경우 다음의 등식들이 성립한다: $c^s = c_p^s = c_d^s$, $p^w = p_p^w = p_d^w$, $A = A_p = A_d$. 따라서 식 (5)는 아래와 같이 단순화된다.

$$p^w A + \frac{1}{2}(c_d^t - c_p^t) - c^s. \quad (6)$$

원고와 피고 사이의 화해에 내쉬협상을 적용한다면, 결국 원고는 각종 비용들을 차감한 후 식 (6)의 액수만큼 차지해야 한다. 그런데 원고는 자신의 화해비용을 스스로 지불할 것이므로, 피고는 식 (6)에 더하여 c^s 를 지불해야 할 것이다. 결국 피고는 실제로 식 (7)에 나온 ‘내쉬화해액’ S_n 을 원고에게 지불해야 한다.

$$S_n = p^w A + \frac{1}{2}(c_d^t - c_p^t). \quad (7)$$

쉽게 이해되듯, S_n 의 첫째 항은 원고가 재판의 선고로부터 기대하는 배상액이고, 둘째 항은 피고와 원고가 ‘재판으로 갔더라면 지불했을’ 재판비용들 차이의 절반이다. 특히, 둘째 항이 매우 흥미롭다. 왜냐하면, 만약 재판비용도 동일했더라면 식 (7)에서 둘째 항은 0이 되어 $S_n = p^w A$ 가 될 것이다. 즉, 모든 종류

의 비용에 차이가 없다면, 제소를 하기 전 계산할 수 있는 내쉬화해액은 재판으로부터의 기대배상액과 정확히 일치한다.¹⁵⁾

이제 남소에 관한 매우 중요한 함의는 식 (7)에서 얻을 수 있다. 정의한 대로 만약 이 소송이 남소라면 $p^w A = 0$ 이다. 따라서 원고가 기대하는 내쉬화해액은 $S = 1/2(c_d^t - c_b^t)$ 로 단순화된다. 환언하면, 피고가 원고보다 더 높은 재판비용을 부담해야 하는 상황에서 원고는 소익이 없는 사건으로서도 그 재판비용의 차이 절반을 피고로부터 받을 수 있다는 기대를 가질 수 있다.

따라서 이상과 같은 남소의 성격을 식 (3)에 반영하면, 남소를 제기하는 원고의 기대치 L_p^N 은 $1/2p_p^s(c_d^t - c_b^t) - p_p^s c^s - (1 - p_p^s)c_b^t$ 로 표현될 수 있다. 사실 바로 앞서 식 (6)을 도출할 때 $(T_p - T_d) = 0$ 이라는 가정을 사용했기 때문에, <부록>에 나온 화해·재판의 선택 의사결정을 다룬 식 (A5)에서 원고가 재판으로 갈 가능성은 거의 없다. 따라서 원고가 생각하는 화해로 갈 확률 p_p^s 를 1이라고 가정하면, 원고가 기대하는 이 남소의 가치 L_p^N 는 다음과 같이 단순화된다.

$$L_p^N = \frac{1}{2}(c_d^t - c_b^t) - c^s. \tag{8}^{16)}$$

식 (2)와 식 (8)을 함께 고려할 때 집단소송의 남소에 관한 다음의 세 가지 결론이 도출된다. 첫째, 남소를 가능하게 하는 근원은 재판비용의 차이이며, 그 차이가 클수록 남소의 빈도는 증가한다. 둘째, 다른 조건이 일정할 때 화해비용이 낮을수록 남소는 증가한다. 셋째, 다른 조건이 일정할 때 제소비용이 낮을수록 남소는 증가한다. 이 결론들은 향후 남소방지를 위한 정책개발의 핵심이 될 것으로 보인다.

3. 남소에 대한 대처방안

거듭 강조된 대로 남소인 집단소송은 심각한 비효율성을 야기한다. 그 과정에서 발생하는 비용의 대부분은 부의 이전(transfer)을 둘러싼 낭비(waste)일 뿐이다. 이런 맥락에서 지대추구행위의 비효율성과 정확히 일치한다. <그림 3>으로 설명하면, 만약 남소가 심각하다면 소송과 관련된 제반비용 C_a 는 비생산적

15) 나아가 이 경우 식 (1)의 L_p 는 $P^w A - P_p^s c^s - (1 - P_p^s)c^t$ 로 단순화된다. 이 식을 통해서도 c^s 나 c^t 가 작을수록 소송가치가 증가한다는 사실을 쉽게 재확인할 수 있다.

16) 이 결론이 도달하는데 사용된 가정을 다시 정리하면, $T_p = T_d = 0$, $S = S_n$ (식 (7)), $c^s = c_b^s = c_d^s$ 이다.

으로 소진되고, 소송당사자들에게 왜곡된 유인을 제공하여 착오비용 C_e 도 심각할 것이다. 즉, <그림 3>의 δ_h 에서 발생하는 현상들이다.

남소를 가능하게 만드는 요소는 전술한 단순모형에서 반영된 요소 이외에도 다양하게 존재할 수 있다. 그럼에도 불구하고 전 소절의 간단한 분석결과, 즉 “소익이 없는데도 제소할 유인이 충분히 있다”는 결론은 매우 큰 시사점을 제공한다. 집단소송 부작용의 근본원인은 본안에 대한 소익이 없는 사건(meritless case)이라는 주장(Berry, 1980; Alexander, 1991)과 정확히 맥을 같이 한다고 볼 수 있다.

이렇게 간단한 모형이라 하더라도 대처방안의 모색에 중요한 함의를 제공한다. 예컨대, 우선은 소송당사자들의 재판비용에 얼마나 차이가 있는지 다각도로 검토해야 한다. 만약 그렇다면 이 재판비용의 차이를 적절히 감안하는 제도의 고안을 생각해 볼 수 있다. 나아가 위 모형대로라면 화해비용을 다소 높이는 방법도 가능하다. 하지만 소익이 없는 경우에 한하여 화해를 상대적으로 어렵게 할 수 있는 법원의 차별적 방식이어야 할 것이다. 제소비용도 마찬가지이다. 이는 집단소송에서 집단소송의 인가 또는 허가(certification)과정의 제도개선에 연관된 문제들이다.

특히, 위 집단소송의 인가과정과 관련된 대책으로서 가장 확실한 방식으로서 적극적인 소익검토(merit inquiry)를 생각할 수 있다. 즉, 인과과정에서 법원이 당해 사건이 혹시 ' $T_p = T_d = 0$ '의 속성을 갖는지 적극적으로 검토해야 한다는 주장이다(Berry, 1980; Miller, 1996; Priest, 1997). 바로 이런 배경하에서, 집단소송의 별 제약 없는 인가과정이 남소를 증가시키는데 대한 논쟁이 가속화되었다(Willging *et al.*, 1996). 1990년대 중반에는 대세가 인과과정에 대해 부정적 시각쪽으로 흘러, 미국의 여러 법관들이 인과과정에서 사건의 소익을 좀더 적극적으로 검토하기 시작했다(Priest, 1997, p. 523).

그러나 미국에서는 역사적으로 인과과정에서의 소익검토에 대한 반대론이 만만치 않았다(Priest, 1997, pp. 546~547). 예컨대, 1971년의 Miller v. Mackey Int'l, Inc.(452 Fed 424, 5th Cir 1971) 사건에서 제5순회법원은 이 반대론을 분명히 천명한 바 있다. 이 사건의 제1심에서는 집단소송을 인가하지 않았는데, 항소심의 Wisdom 판사는 제1심에서 절차적인(procedural) 요소 이외에 실체적(substantive) 소익까지 고려하여 인가를 검토한 결과 같다는 이유로 결국 집단소송을 인가하였다. 이 판결은 3년 후 미대법원의 Eisen v. Carlisle & Jacquelin (417 US 156, 1974) 사건에서 재확인된 바 있다.

필자가 그간 파악한 바로는 1970년대 초반의 이 두 판결의 영향으로 인가과정에서의 소익검토에 대해서 미국 법원은 전반적으로 부정적이었다. 그러나 1990년대에 들어와 이 부정적 견해가 점차 완화되면서 판결에도 반영되기 시작하였다. 그 중에는 소익검토를 본안처럼 강하게 해야 한다는 주장도 제기되기 시작하였다. 사실 이 논쟁은 2000년대에 들어와서도 계속되는 듯하다. 집단소송의 전문연구자들 사이에서는 소익검토에 대하여 얼마나 인정해야 하는가의 원칙들이 이른바 ‘Strong-Form Rule’, ‘Weak-Form Rule’, ‘Super-Weak Rule’ 등으로 나뉘어 활발하게 논의되고 있다. 그럼에도 불구하고 남소를 우려하는 국내 논평자들의 글에서 이러한 소익검토에 관한 논의를 찾아보기는 힘든 것이 사실이다. <그림 3>의 δ^* 를 확보한다는 차원에서 필자는, 특히 이들 소익검토 논의가 갖는 효율성 함의를 국내에서도 정교히 검증하는 작업이 매우 시급한 것 같다. 우리의 노력 여하에 따라서는 집단소송의 장점은 살리되, 먼저 시행한 나라들의 각종 시행착오는 피할 수 있을 것이다.

V. 결론 및 생산적 연구방향의 제시

이상의 논의를 다음 세 가지로 종합할 수 있다. 첫째, 향후 국내에서 집단소송이 미칠 파급효과의 범주와 강도는 의외로 클 것이다(제Ⅱ절). 둘째, 집단소송 제도가 원칙적으로 갖는 효율성은 매우 클 수 있다고 판단된다(제Ⅲ절). 셋째, 동시에 필자는 제도운동을 잘못하면 남소를 비롯한 부작용을 야기시킬 수 있다는 점에도 수긍한다(제Ⅳ절). 따라서 집단소송의 장점을 극대화시키는 제도의 모색을 위한 진지한 토론과 연구가 절실하다.

그럼에도 불구하고 정교한 이론적 근거를 제시하거나, 특히 어떤 구체적 증거를 제시함으로써 검증가능한 주장을 전개하는 연구결과가 국내에서는 아직 본격적으로 시작되지 못한 상황이다. 가령 남소의 피해를 강조하고 그 억제책을 제시하는 글들에서 자주 거론되는 “집단소송 대상 기업규모가 커야 한다”거나, “다수성 요건으로서 구성원의 소유지분 비율 0.01%는 너무 낮다”든지, “개별 피해액이 커야 한다”는 식의 주장은 곰곰이 생각해 보면 논리적으로 별 설득력을 갖지 못한다. 반대로, 소송제기의 장벽을 최대한 낮추기 위해 “구성원 50인 이상의 요건을 폐기해야 한다”는 주장 역시 필자에게 설득력이 큰 주장으로 와 닿지는 않는다.

이상의 제안들은 유예조치에 지나지 않거나, 때로는 집단소송제도의 원칙에 오히려 위배되는 주장이 될 수도 있다. 제Ⅲ절에서 확인했듯, 집단소송이라는 통제방식은 “불특정 다수에게 끼치는 소액피해”를 겨냥할 때 그 효율성 함의가 가장 명백해진다. 통제하려는 위법행위의 범주를 늘 염두에 두는 원칙주의하에서 제도개선안이 모색되어야 한다. 이하에서는 필자가 그간 절실하다고 생각해 온 향후 연구주제들의 방향을 세 가지로 간략히 제시해 본다.

첫째, 시간이 소요되더라도 보다 근본적인 문제에 대한 탐구가 필요하다. 예를 들어, 제Ⅳ절 제2항에서 굳이 수식까지 사용하여 논의를 전개한 이유는濫訴의 가능성이 충분히 있으며 이는 사회적으로 낭비라는 사실을 부각하기 위함이었다. 그렇다면 우리가 우선적으로 주목해야 할 작업은 이 남소의 원천을 면밀히 찾아 내는 데 있다. 그 다음에는 이 원천을 어떻게 체계적으로 여과시키는가에 우리의 관심을 집중해야 한다.

가령 앞서 열거한 “집단소송 대상 기업규모가 커야 한다”는 정책제안은 앞으로 ‘기업의 위법행위와 남소의 동시 억지’라는 본연의 목표와는 전혀 별개의 방향으로 그 효과를 끼치게 될 것이다. 심지어 자산규모가 큰 회사들이 우선적으로 남소의 대상이 될 가능성도 결코 배제할 수 없는 듯하다. 물론 현재까지 이 보다는 진일보된 몇 가지 입법론적 제안이 나오고 있으나, 위 본연의 목표가 결여되어 자칫 잘못하면 (즉, 제Ⅳ절 제1항 논의의 맥락에서 소송의 기대가치를 ‘무차별적’으로 낮추어) 선의의 소송들까지 규제할 수 있다는 아쉬움을 갖게 된다. 따라서 제Ⅳ절 제3항 논의가 시사하는 바처럼, 남소억지를 위한 탐구에서는 ‘소익이 없는 사건 및 그에 대한 여과장치’에 있다는 사실을 가장 상위원칙으로 삼고, 이를 소제기의 사전 및 사후적으로 어떻게 법제화하고 집행할 것인가에 관한 江湖諸賢의 일관된 노력이 필요하다. 즉, ‘인가과정에서의 소익검토(merit inquiry)’에 관한 선행연구들의 면밀한 분석이 시급하다.

둘째, 실증분석들의 필요성이 절실하다. 제Ⅱ절 제3항에서 지적한 바와 같이, 집단소송에 관한 많은 주장들이 이론적으로도 공고하지 못한 것이 사실이지만, 특히 실증적 근거의 결여문제는 매우 심각한 듯하다. 따라서 (당연히 필자도 포함하여) 연구자들은 각종 가설의 검증작업에 주력해야 한다. 집단소송제도가 도입된 지 얼마 되지 않아 해당 사건들에 관련된 데이터의 축적은 좀 기다려야 한다. 그러나 기존 증권거래 관련자료들을 활용할 수 있는 차선책을 모색해야 한다. 이를 위해 실증분석 전문가들의 그야말로 ‘창의성’이 필요하다.

우선 위법행위의 규모, 위법행위의 유형, 피해자 규모, 소송건수, 배상액의 규

모, 화해율, 승소율, 소송기간 등에 관한 기초조사가 필요하다. 그를 바탕으로 집단소송제도가 기업활동이나 증권시장에 미칠 수 있는 여러 측면에서의 과급 효과에 관한 시뮬레이션이 시도되어야 한다. 많은 논평자들에 의해 비판받고 있는 변호사들의 과도한 수입료문제 역시 동일한 검증과정을 거쳐야 한다. 이러한 맥락에서 최근 Eisenberg and Miller(2004)의 실증분석은 우리에게 커다란 부러움과 시사점을 준다고 판단한다. 나아가 심층적인 사례연구도 병행되어야 한다. 제Ⅱ절 제3항에서 강조했듯이, 설사 외국의 사건을 연구하더라도 단순한 개요 소개나 자신에게 이로운 사실정황만을 부각시키는 수준을 벗어나, 전체 그림의 차원에서 상세한 법리분석 등을 수행해야 한다. 연구자들의 창의성이 거듭 절실히 요구되는 상황이다.

셋째, 더욱 장기적인 안목에서 이 법의 향후 진화방향에 대한 숙고작업도 필요하다. 구체적으로 법의 관할(jurisdiction)에 관한 준비작업을 서둘러 시작해야 한다고 믿는다. 주지하듯, 집단소송제도에 대한 수요는 향후 유가증권 투자자뿐만 아니라 일반소비자, 근로자, 인근주민 등 다양한 그룹으로부터 발생할 가능성이 크다. 왜냐하면, 이론적으로 그리고 경험적으로 볼 때 증권거래 이외에도 환경, 안전, 제조물책임, 보건, 노동, 일반서비스업, 정부서비스 등의 분야도 집단소송의 적용대상이 될 것이기 때문이다.

가령 증권거래에만 국한하더라도 상대적으로 시급한 숙고를 요하는 관할의 문제가 있다. 여기에서는 두 가지 숙제만 제시한다. 주지하듯 제Ⅱ절 제1항에서 소개한 것처럼 현행 증권관련집단소송법 제3조의 네 가지 적용범위는 이미 증권거래법에서도 배상책임을 규정하고 있는 위법행위들이다. 첫째, 증권거래법에는 이 외에도 배상책임을 규정하는 다른 위법행위들이 존재한다.¹⁷⁾ 이들도 집단소송의 적용대상에 향후 포함시킬 것인지, 아니면 계속 제외시킬 것인지에 대한 논리적인 답이 요구된다. 둘째, 현행 증권거래법에는 상기 배상책임을 병과되어 있는 위법행위들의 유형 이외에도 과징금 및 벌칙만으로써 상당수의 위법행위를 규제하고 있다. 향후 이들로 발생하는 피해에 대한 집단소송 적용 여부의 문제 역시 연구자들의 진지한 고민을 기다리고 있다. 단순히 관례나 규범적 논리가 아닌, 특히 앞서 지적한 두 가지 방향의 실제 연구결과들을 토대로, 논리적이고 연속성을 갖는 법체계를 짜야 할 시기가 도래했다.

17) 증권거래법 제25조의3, 제189조의2 제5항, 제190조의2 제3항 등이 이에 해당한다. 기타 증권발행기업이 피고가 되지는 않지만 제58조, 제97조에서 임원이나 거래소의 배상책임을 규정하고 있다.

참 고 문 헌

- 김일중, 『규제와 재산권: 법경제학적 시각으로 본 정부 3부의 역할』, 자유주의 시리즈 제1권, 한국경제연구원, 1995.
- _____, 「갈등조정: 법경제학적 일고: 불법방해법을 중심으로」, 『경제학연구』 제45집 제3호, 1997a, 187~225.
- _____, 「한국의 안전규제」, 『한국법의 경제학』(김정호 편), 한국경제연구원, 1997b, 481~558.
- _____, 「불공정거래행위와 규제관할의 효율성: 공정거래법 제23조를 중심으로」, 『경제학연구』 제46집 제4호, 1998, 45~87.
- 김일중·김재홍, 「비대칭정보 하에서의 소송절차: 향후 실증분석의 토대를 마련하기 위한 연구」, 『계량경제학보』 제16권 제3호, 2005, 21~49.
- 김일중·박성규, 「정부의 공공사업 추진을 위한 ‘공용수용권’과 민간의 재산권 보호를 위한 ‘환매권’에 관한 경제학적 분석」, 『재정논집』 제20집 제2호, 2006, 127~168.
- 김정호·박양균, 『증권집단소송제도의 경제학』, 신회사법 시리즈 10, 자유기업원, 2004.
- 김홍규, 「증권관련집단소송제의 도입과 남소의 방지」, 『상장협』 제49호, 2004, 3~19.
- 대한변호사협회, 『증권관련집단소송법 정부안에 대한 의견서』, 2003.
- 법무부, 『증권관련집단소송법 시안 해설』, 2001.
- 이규호, 「증권관련 집단소송제도의 법적·경제적 분석」, 『규제연구』, Vol. 10, No. 2, 2001, 65~122.
- 전국경제인연합회, 『증권집단소송제 어떻게 보완되어야 하나』, 2004.
- 정동윤·함영주, 『증권관련집단소송제도의 도입과 기업의 대응방안』, 한국상장회사협의회, 2004.
- Alexander, Janet Cooper, “Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions,” *Stanford Law Review*, Vol. 43, 1991, 497~598.
- Bernstein, Roger, “Judicial Economy and Class Actions,” *Journal of Legal Studies*, Vol. 7, 1978, 349~370.
- Berry, Stephen, “Ending Substance’s Indenture to Procedure: The Imperative for

- Comprehensive Revision of the Class Action Damage Action,” *Columbia Law Review*, Vol. 80, 1980, 299~344.
- Coffee, John C., “Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action,” *Columbia Law Review*, Vol. 95, 1995, 1343~1465.
- Cooter Robert and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 4th ed., Boston, MA: Pearson Addyson Wesley, 2004.
- Ehrlich, Isaac and Gary Becker, “Market Insurance, Self-Insurance and Self-Protecton,” *Journal of Political Economy*, Vol. 80, 1972, 625~648.
- Eisenberg, Theodore and Geoffrey P. Miller, “Attorney Fees in Class Action Settlement: An Empirical Study,” *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, 2004, 27~78.
- Ellickson, Robert, “Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 40, 1973, 681~756.
- _____, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.
- Fund, J. and M. Wooster, *The Dangers of Regulation through Litigation*, Washington, DC: American Tort Reform Foundation, 2000.
- Hay, Bruce, “Contingent Fees and Agency Costs,” *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, 1996, 503~533.
- _____, “Asymmetric Rewards: Why Class Actions (May) Settle for Too Little,” *Hastings Law Journal*, Vol. 48, 1997, 479~509.
- Hensler, Deborah, Nicholas Pace, Bonita Dobmey-Moore, Beth Giddens, Jennifer Gross, and Erik Moller, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Monica, CA: Rand Institute for Civil Justice, 2000.
- Kim, Iljoong, “An Information-Saving and Efficient Nuisance Rule,” *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 158, No. 2, 2002, 514~527.
- Koniak, Susan P. and George M. Cohen, “Under Cloak of Settlement,” *Virginia Law Review*, Vol. 82, 1996, 1051~1280.
- Krislov, Clinton A., “Scrutiny of the Bounty: Incentive Awards for Plaintiffs in Class Litigation,” *Illinois Law Journal*, Vol. 78, 1990, 286~290.
- Lessig, Lawrence, “The New Chicago School,” *Journal of Legal Studies*, Vol. 27,

1998, 661~691.

Macey, Jonathan R. and Geoffrey P. Miller, "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform," *University of Chicago Law Review*, Vol. 58, 1991, 1~118.

_____, "A Market Approach to Tort Reform via Rule 23," *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, 909~917.

Martin, Denise N., Vinita M. Juneja, Todd S. Foster, and Frederick C. Dunbar, *Recent Trends IV: What Explains Filings and Settlements in Shareholder Class Actions?*, White Plains, NY: National Economic Research Associates, 1996.

Michelman, Frank, "Property, Utility, and Fairness: Comments on Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law," *Harvard Law Review*, Vol. 80, 1967, 1165~1258.

Miller, Geoffrey P., "Overlapping Class Actions," *New York University Law Review*, Vol. 71, 1996, 514~546.

Perino, Michael A., "Class Action Chaos?: The Theory of the Core and an Analysis of Opt Out Rights in Mass Tort Class Actions," *Emory Law Journal*, Vol. 46, 1997, 85~161.

Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Boston, MA: Little, Brown, and Company, 1992.

Priest, George L., "Procedural versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions," *Journal of Legal Studies*, Vol. 26, 1997, 521~573.

Resnik, Judith, "Managerial Judges," *Harvard Law Review*, Vol. 96, 1982, 374~448.

Rutherglen, George, "Better Late Than Never: Notice and Opt out at the Settlement Stage of Class Action," *New York University Law Review*, Vol. 71, 1996, 258~295.

Schuck, Peter, "The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example," *University of Chicago Law Review*, Vol. 53, 1986, 337~365.

Shavell, Steven, "Liability for Harm versus Regulation of Safety," *Journal of*

Legal Studies, Vol. 13, No. 2, 1984, 357~374.

_____, "The Optimal Structure of Law Enforcement," *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, 1993, 255~287.

Silver, Charles, "Unloading the Lodestar: Toward a New Fee Award Procedure," *Texas Law Review*, Vol. 70, 1992, 865~969.

Willging, Thomas E., Laural L. Hooper, and Robert J. Niemic, "An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges," *New York University Law Review*, Vol. 71, 1996, 74~185.

Woolley, Patrick, "Rethinking the Adequacy of Adequate Representation," *Texas Law Review*, 1997, 571~630.

부록: 제소된 사건에서 화해·재판의 선택

제소된 사건이 화해로 종결되는가, 최종재판까지 가는가의 문제는 법경제학의 오랜 탐구대상이었다. 이 주제를 논하기 위해서 연구자들은 주로 <그림 4>의 재판단계로부터 논리를 전개한다. 즉, 재판으로 갈 때의 기대편익과 기대비용을 우선 계산한다. 원고의 경우 재판으로부터 기대하는 순편익은 $(T_p - c_p^t)$ 이고, 피고가 기대하는 순손실은 $(T_d + c_d^t)$ 이다. 화해협상은 일종의 여과장치(filter) 역할을 하며, 전체 제소된 사건의 극히 일부만이 이를 통과하여 재판에 이르는 것이 법경제학의 기본 시각이다. 본문의 제II절 제3항에서 필자가 높은 화해율 자체를 곧바로 문제시 할 수는 없다고 지적한 이유가 바로 여기에 있다.¹⁸⁾

양 당사자가 화해(즉, 협조)를 하지 않았을 때의 순기대값을 합한 이른바 비협조가치(noncooperative value)를 식 (A1)과 같이 표현할 수 있다. 그러나 화해액 S 를 통해 재판을 피할 수 있다면 양 당사자의 협조가치(cooperative value)는 식 (A2)와 같다. 따라서 화해를 하면 협조잉여(cooperative surplus) CS 가 식 (A3)만큼 발생한다.

$$(T_p - c_p^t) - (T_d + c_d^t) = (T_p - T_d) - (c_p^t + c_d^t). \quad (A1)$$

$$(S - c_p^s) - (S + c_d^s) = -(c_p^s + c_d^s). \quad (A2)$$

$$CS = \{(c_p^t + c_d^t) - (c_p^s + c_d^s)\} + (T_d - T_p). \quad (A3)$$

$$CS = \{(c_p^t + c_p^t) - (c_p^s + c_d^s)\} + (p_d^w A_d - p_p^w A_p). \quad (A4)$$

식 (A3)에 의하면, 화해를 통한 잉여는 원고와 피고 사이에 존재하는 두 가지 차이(즉, 재판과 화해비용의 차이 및 재판결과에 대한 기대차이)를 합한 값이다.¹⁹⁾ 그런데 당사자들의 위험중립성을 가정하면 다음의 두 등식이 성립한다: $T_p = p_p^w A_p$ and $T_d = p_d^w A_d$. 따라서 식 (A3)의 협조잉여는 식 (A4)와 같이

18) 이제까지 법경제학에서는 화해에 이르지 못하는 이유로서 크게 두 가지 이론이 발전해 왔다. 첫째는 ‘차별기대가설(Different Expectations Hypothesis)’이고, 두 번째는 ‘비대칭정보가설(Asymmetric Information Hypothesis)’이다. 본문에서는 전자의 틀로서 설명하고 있으며, 두 가설에 관한 좀더 자세한 설명은 김일중·김재홍(2005)을 참조할 수 있다.

19) 사건이 재판으로 갈 때보다 화해로 끝날 때 소요되는 거래비용은 통상적으로 작으므로 $(c_p^t + c_d^t) - (c_p^s + c_d^s) > 0$ 의 부등식이 성립한다. 실제로는 재판비용의 크기가 매우 높으므로 많은 연구자들은 $(c_p^s + c_d^s) = 0$ 으로 가정하곤 한다. 이 경우 본문의 식 (A3)은 재판으로부터 기대하는 피고의 순손실과 원고의 순편익의 차이로 설명된다. 즉, $(c_p^t + c_d^t) + (T_d - T_p) = (T_d + c_d^t) - (T_p - c_p^t)$.

표현할 수도 있다(제IV절 제2항 (2)에서는 식 (A4)를 식 (4)로 사용).

식 (A3)을 통해 화해·재판의 선택에 관한 몇 가지 함의를 도출해 보자. 우선 식 (A3)이 (-)라면 당사자들은 재판을 선호할 것이고, (+)라면 화해의 여지가 존재한다. 따라서 구체적으로 다음의 세 가지 조건이 충족될수록 화해율은 높아질 것이다. ① 재판의 비용이 많이 소요될 때 (c_p^t 와 c_d^t 가 클 때), ② 협상이 쉬울 때(c_p^s 와 c_d^s 가 작을 때), ③ 소송당사자가 재판결과에 대하여 비관적으로(pessimistically) 예측할 때($T_d > T_p$)이다. 그러므로 다른 조건이 일정할 때, 재판 비용을 높이거나, 화해비용을 낮추거나, 소송당사자를 비관적으로 유도하는 어떠한 제도나 환경도 화해율을 높일 것이다. 같은 맥락에서 만약 집단소송의 특성이 이 중 하나에 해당하여 실제로 화해율을 높인다면 그 자체에 대해서는 곧바로 부정적 평가를 내릴 수는 없다. 소송당사자의 자연스런 경제적 반응이기 때문이다.

결국 <그림 4>의 화해·재판의 선택은 식 (A3)에 의해 다음과 같이 결정된다.

만약, $(T_p - T_d) < \{(c_p^t + c_d^t) - (c_p^s + c_d^s)\}$, 화해한다.

만약, $(T_p - T_d) > \{(c_p^t + c_d^t) - (c_p^s + c_d^s)\}$, 재판으로 간다. (A5)

식 (A5)를 통해 소송에 관한 다음의 유명한 명제를 재확인할 수 있다. “소송 당사자의 상대적 낙관주의(optimism, 즉 $T_p - T_d$)가 재판비용과 화해비용의 차이보다 클 때에는 화해를 통한 기대잉여가 (-)로 되어 결국 재판으로 갈 수밖에 없다”(Cooter and Ulen, 2004, p. 417).

[Abstract]

Efficient Implementation of Class Action in Korea:
A Law-and-Economics Essay for Its Scientific Understanding

Iljoong Kim

In Korea, the “Act of Securities-Related Class Action” was introduced in 2005 to enhance the transparency of the securities market. Class action by nature possesses a potentially nontrivial advantage in deterring the illegal activity imposing small harm to a great number of people. On the other hand, a group of commentators have been critical of it mainly due to a possibility of inducing frivolous suits. This paper intends to help correctly understand the economic effects of the Act, which are predicted to be broad in its scope and substantial in its magnitude. Based on the existing law and economics research on this issue, the paper evaluates the major arguments of the pros and cons, seeks for the optimal direction of the law’s evolution, and furthermore suggests indispensable research agenda in the imminent future.

Keywords: class action, frivolous suit, transparency of securities market, law and economics, optimal control, merit inquiry

JEL Classification: K130, K410