

증권집단소송과 기업의 대응전략



김재호
본회 전문위원

I 제도의 시행과 기업의 준비상황

2005년 1월 1일부터 증권집단소송법이 시행되었으며, 이로 인하여 주권 및 코스닥 상장법인 등 약 1,600개사가 그 적용대상이 된다.

이 중에서 직전사업년도 말 현재 자산규모 2조원 이상의 법인부터 우선 적용되는데 이에 해당하는 회사는 총 82개사로 이들 기업들의 평균 자산규모는 12조 5천억이며, 이들 기업에 대한 외국인투자자들의 평균 지분율은 33.3%에 달하는 것으로 나타났다.

한편, 2000년부터 2004년까지 우리나라 증권시장에서의 공시실태에 대한 현황을 사유별로 보면, 발행공시가 4,916건, 수시공시가 14,919건 및 정기공시는 1,598 건 등 총 2만 1,000여 건이 공시되었으며, 이 중 집단소송의 대상이 되는 정기보고서(사업보고서 등)의 오류정정비율은 평균 24.6%로 상당히 높은 것으로 나타났으며, 이들 중 증권거래법 및 외감법의 위반으로 관계당국으로부터 제재를 받은 회사는 34개사, 49건으로 나타났다¹⁾.

이러한 내용을 종합해 보면 지금과 같은 공시 및 회계관행이 지속될 경우 상장법인 등이 증권집단소송에 피소될 가능성은 매우 높은 것으로 분석된다. 그럼에도 불구하고 증권집

단소송의 적용대상이 되는 주권·코스닥 법인의 준비상황은 아주 미흡한 것으로 조사되었다.

한 설문조사의 결과에 따르면, 회계·법률 등 전문인력의 확보상황은 전체 평균으로 변호사 1.5명, 공인회계사는 1.1명에 불과하여 전체적으로 준비에 미흡한 것으로 나타났다²⁾. 또한 주권상장법인 3개사 중 1개사만이 임원배상책임보험(D&O)에 가입(655개사 중 225개사, 34.4%)하고 있는 것으로 조사되었다.

이 중 자산 2조원 이상의 기업은 90%가 임원배상책임보험에 가입하였으나, 규모가 작은 회사는 가입비율이 저조한 것으로 조사되었으며, 이들 보험에 가입한 225개 주권상장법인이 부담하는 보험료는 641억원으로 보험사고 발생시 보험회사로부터 받는 보험금은 2조 6,941억원에 이른 것으로 조사되었다³⁾.

증권집단소송에 대한 전망

증권집단소송법이 시행된 후 1년여가 지났지만 아직까지 소송이 제기된 사례는 한건도 없다. 아직까지 증권집단소송이 제기되지 않은 이유는 여러 가지가 있겠지만 무엇보다도 과거부식 등에 대하여 그 적용시기를 2년간 유예하였고, 과

1) 윤승한, “증권집단소송제도 도입과 감독정책”, 『증권관련집단소송법 도입에 따른 기업의 대응방안』, 2005.4. 한국증권선물거래소, 16면 이하
2) 윤승한, 전게자료 17면
3) 한국상장회사협의회, “주권상장법인 임원배상책임보험 가입현황”, 보도자료, 2005.6.

거분식을 자진해서 고백할 경우에는 감리를 면제하는 조치를 취하는 등에 따른 일시적인 현상으로 분석된다.

따라서 증권집단소송법이 본격적으로 시행되는 2007년부터는 어떠한 상황이 발생될 지는 아무도 자신 있게 예상할 수는 없는 실정이다.

증권집단소송이 제기되면 일단 소가 제기되었다는 사실만으로도 해당기업에는 심대한 영향을 미칠 것으로 예상된다.

앞에서 살펴본 바와 같이 우리나라 증권시장에서는 사업보고서 등 정기보고서의 허위 또는 부실기재 이외에 불공정거래의 건수가 상당한 부분을 차지하고 있어 이러한 분야에 증권집단소송이 제기될 가능성이 높을 것으로 예상된다.

구체적으로는 사업보고서의 허위기재, 불공정거래행위, 부실감사 등의 순으로 증권집단소송이 제기될 가능성이 높을 것으로 예상되며, 집단소송에 영향력을 행사하는 주주나 단체로서는 기관투자자, 외국인주주 및 시민단체 등을 들 수 있을 것이다.

법 시행 초기단계에서는 일단 관망하는 추세를 보이고 있지만, 소규모의 형태라도 집단소송을 통해 가시적인 성과가 있는 사례가 발생할 경우 소송수요가 급증할 가능성도 배제할 수 없다.

규모가 작은 기업은 원고측이 증권집단소송을 제기하더라도 이를 배상할 자력이 없게 되거나 수익모델이 되기 어렵기 때문에 증권집단소송의 대상으로 삼을 실익을 느끼지 못하여 집단소송의 대상에서 제외한다는 이른바 딥 포켓 이론(Deep-pocket theory)에 따라 원고는 지급여력이 적은 소규모의 회사나 기업경영 여건이 어려운 회사에 대해서는 소송에서 승소하더라도 손해배상능력이 제한될 가능성이 크므로 오히려 소제기를 기피할 가능성이 크다.

그러나 한편으로는 피고(회사) 입장에서는 소규모기업일수록 소송에 대처하는 능력이 부족할 뿐 아니라 집단소송을 제기할 수 있는 요건을 갖추기가 쉽고 각종 공시나 보도자료 등을 이용하여 주가를 조작하는 행위의 경우 그 사실관계나

입증책임이 단순하여 소제기가 상대적으로 용이할 수 있으므로 유의하여야 한다.

미국의 사례에서 보면 일반적으로 주가가 하락하는 경우에 증권집단소송이 급증하는 경향을 보이고 있으며, 특정 로펌이 증권집단소송 사건의 50% 이상을 독점하고 있는데 우리나라에서도 이와 유사할 것으로 생각된다.

미국에서 증권집단소송을 촉발하는 주요 동기는 i)총당금의 급격한 증가, ii)경영실적발표의 현저한 수정, iii)합병의 실패, iv)내부지분의 급격한 변동, v)수정공시, vi)사의 이사나 외부감사인의 일시적인 대거 사임 등의 경우에 주로 증권집단소송이 제기되고 있다⁴⁾.

III 기업의 대응전략

기업이 증권집단소송에 피소되지 않도록 하기 위해서는 무엇보다 사전에 이를 예방하는 것이 최선의 방책일 것이다. 증권집단소송의 근본적인 대응방법은 기업의 투명성을 강화하는 것뿐이라고 할 수 있기 때문이다.

우리 기업들이 증권집단소송에 효율적으로 대비하기 위한 방안으로 i) 평상시의 예방활동, ii) 집단소송 제기 징후 발생시 대응방안, iii) 소제기 후의 대응방안, iv) 본안소송 단계에서의 대응방안 등으로 구분하여 각 단계별로 대응전략을 수립하는 것이 필요하다.

(1) 평상시의 예방활동

① 전사적인 대응전략 수립

전사적으로 대응전략을 수립하고 윤리경영, 정도경영, 투명경영을 실천하는 것이 필수적이다. 이를 위해서는 기업의 지배구조를 개선하여 주주중시 경영체제를 확립하는 것이 요구된다. 특히 경영자는 무엇보다도 기업의 투명경영을 위한

4) 김주영, "증권집단소송 사례분석 및 기업의 대응방안", 『증권관련집단소송법 도입에 따른 기업의 대응방안』, 2005. 4. 한국증권선물거래소, 84면~ 85면

내부통제시스템의 구축에 노력하여야 한다.

② IR의 활성화 및 상시적 운용체계 구축

증권집단소송을 제기하려면 고지비용 등 초기의 소송비용이 과다하게 소요되므로 소수주주나 중소법률사무소 등이 주도하여 집단소송을 제기할 가능성은 상대적으로 높지 않고 기관투자자나 국내외 펀드 등이 중심이 되어 소를 제기할 가능성이 높을 것으로 예상 된다⁵⁾. 그러므로 기관투자자나 국내외 펀드 등에 대한 IR을 활성화하고 상시적인 운용체제를 구축할 필요가 있다.

③ 공정공시 및 예측정보의 기재에 유의

공정공시(Fair Disclosure)사항에 대해서는 관련법률이나 규정의 취지 및 절차에 부합하도록 하고 회사의 사업전망 등 예측정보나 보도자료를 제공할 때는 각별히 유의하여야 하며, 증권거래법에서 정하는 절차에 따라 시행하여야 한다.

사업보고서나 유가증권신고서 등 공시서류나 재무제표의 작성시에 예측정보, 미래의 예상, 전망, 추정에 관한 언급(forward looking statement)을 하거나 기재할 경우에는 증권거래법 제14조 제2항의 규정에 따라 하되, i)당해 기재 또는 표시가 예측정보라는 사실을 명시하고, ii)예측 또는 전망과 관련된 가정 또는 판단의 근거를 명시하여야 하며, iii)당해 기재 또는 표시가 합리적 근거 또는 가정에 기초하여 성실하게 행해지도록 하여야 하며, iv)당해기재 또는 표시에 대하여 예측치와 실제 결과치가 다를 수 있다는 주의문구를 반드시 기재하여야 한다. 이러한 요건을 갖추어 기재 또는 표시하거나 공시한 경우에는 그 손해에 관하여 배상할 책임을 면할 수 있다.

④ 재무제표작성 및 공시의 신중

재무제표의 작성은 적절한 내부통제시스템 구축하고 충분한

시간과 인력을 투입하여 작성토록 하되, 채고자산, 매출채권, 감가상각비, 대손상각비 등 항목에 각별한 주의를 할 필요가 있다.

이들 항목은 당기순이익에 직접적인 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 기업별로 자사 실정에 맞는 중요 회계지표를 선정하여 수시로 점검하고, 관련항목별로 체크리스트를 작성하여 수시로 확인·점검하는 것도 필요하다. 아울러 관계회사의 주식 및 투자유가증권의 평가관련 사항 등 주석사항을 기재함에 있어서도 유의하여야 한다.

⑤ 공시·회계관련 내부통제시스템의 구축

내부통제관련 시스템은 공시부문과 회계부문으로 구분할 수 있다. 공시관련 내부통제시스템이란 관련사항과 관련된 기업의 중요한 정보를 공시책임자에게 집중하여 체계적으로 통제·관리함으로써 공시의 효율성을 도모하는 기업의 정보관리시스템을 말한다.

회계와 관련해서는 내부회계관리제도의 안정적 정착을 위해 한국상장회사협의회 등 관련기관⁶⁾과 공동으로 자율기준(Best Practice)인 모범규준의 제정을 위해 2005년 5월 17일 내부회계관리제도운영위원회를 동 협의회 내에 설치하고 내부회계관리제도 모범규준의 제정작업을 추진한 결과 2005년 6월 23일에 이를 제정·공표한 바 있다.

내부회계관리제도란 회사의 재무제표가 일반적으로 인정되는 회계처리기준에 따라 작성·공시되었는지의 여부에 대한 합리적 확신을 제공하기 위해 설계·운영되는 내부통제제도의 일부분으로써 회사의 이사회, 경영진 등 모든 조직구성원들에 의해 지속적으로 실행되는 과정을 의미하며, 재무제표를 작성하고 보고하는 재무보고체계의 신뢰성을 확보하기 위하여 기업내부에 설치하는 회계통제시스템(accounting control system)을 말한다.

그러므로 기업은 자사의 규모와 적용시기 등을 고려하여 내부회계관리제도의 운영에 차질이 없도록 미리 준비하는 것

5) 고창현·권오창, “증권관련집단소송제도와 대응방안”, 『감사 및 감사위원을 위한 특별연수교재』, 한국상장회사협의회, 2005, 107면

6) 내부회계관리제도운영위원회에는 한국상장회사협의회, 금융감독원, 코스닥상장법인협의회, 중소기업협동조합중앙회, 한국공인회계사회 등이 공동으로 참여하고 있다.

이 바람직하다.

⑥ 전담부서의 설치·확대 운영

내부통제시스템을 구축하고 법무·회계 등 전문 인력을 확보하여 집단소송에 대비하는 전담부서를 설치하고 증권집단소송의 대상이 되는 사업보고서등 정기보고서를 제출하기에 앞서 자체적으로 철저한 사전점검 및 검토를 취하는 것이 필요하다.

⑦ 과거분식의 유예기간 내에 해소와 감리면제조치의 활용
증권집단소송의 유예기간 내에 공시 및 회계처리방법을 적극 활용하는 방법을 고려하여야 한다. 당국이 제사하는 과거분식의 유예요건에 해당하기 위해서는 i)법 시행일(2005. 1. 1) 전에 회계기준에 위반한 분식이 있을 것, ii)법 시행일 이후 재무제표 작성시 그대로 지속되거나 또는 개선되어 실질에 맞는 방향으로 분식이 이루어질 것, iii)위의 사항이 2006년 말 결산일이 도래하는 재무제표나 감사보고서에 기재되어 제출되었을 것 등의 요건을 갖추어야 한다.

그러나 이러한 경우에도 집단소송에 의한 소송만이 허용되지 않을 뿐, 통상의 회계분식에 기초한 손해배상청구소송까지 유예되는 것은 아니다.

한편, 2004년 12월 31일 이전의 분식회계에 대하여 2006년 12월 31일까지 전기요류수정 손익처리 등 실질에 맞는 방향으로 수정·공시한 경우 증권선물위원회가 관련사항에 대한 감리를 실시하지 않을 수 있도록 조치하였으므로 과거분식이 있는 경우에는 이를 적극 활용하는 것이 바람직하다(외부감사 및 회계 등에 관한 규정 제48조 제2항 제4호).

⑧ 이사회 운영방식의 개선

기존의 이사회 운영방식이나 이사회 의사록의 기재방식을 전면 재검토하여 이사회에서 논의하는 의안에 대하여 현실적인 논의와 검토가 이뤄지는 방향으로 이사회의 운영방식을 개선하여야 한다.

이사회 의안에 대한 찬성, 반대, 재검토의견, 수정의견 등 개별의견에 대하여 의사록에 기재할 경우 충분한 논의경과

및 의안 승인에 대한 이유 및 근거를 기재하여야 한다. 재무제표 승인을 위한 이사회, 유가증권 공모발행을 위한 이사회 등의 경우 특히 유의하여야 하고, 이사회의사록 등에 그 기록을 남겨두도록 하여야 한다.

⑨ 임직원에 대한 교육 및 보고체계 확립

회사 내의 CEO 및 임직원을 대상으로 체계적인 교육·연수·홍보를 실시하여 증권집단소송에 대한 이해를 증진하고 임직원들의 경각심을 고취하여 적극적으로 대처하는 자세가 필요하다.

특히 내부정보의 관리와 보고체계를 확립하여 공시사항을 공정하고 신속히 전달하는 보고체계를 점검하고 개선하는 것이 필요하다.

⑩ 미공개정보의 통제 및 자사주 취득시 유의

시세조종 등 불공정거래행위와 관련하여 특히 자사주의 취득 및 처분에 유의하여야 한다. 자사주신탁을 이용하는 경우 회사가 이를 직접 취득하는 것이 아니지만 수탁기관에 의한 자사주의 매수 또는 매도 등 처분의 의사결정에 회사가 관여해서는 아니 된다.

시세조종의 경우 그 행위에 가담한 임직원들도 연대책임을 지게 되며, 미공개정보이용행위의 경우에는 자신이 직접 매매한 경우뿐만 아니라 타인에게 정보를 제공하여 매매하도록 한 경우에도 책임이 있다는 것을 인식하여야 한다.

회사가 내부자거래를 한 경우에는 회사 이외에 그 행위에 가담한 임직원 등도 연대하여 배상책임을 지게 되므로 회사는 미공개된 주요 정보를 통제하고 내부자거래에 대한 통제장치를 마련하는 것이 필요하다.

⑪ 임원배상책임보험의 가입

기관투자자 및 주요주주 등을 특별 관리하고 임원배상책임보험(Directors & Officers Insurance)에 미리 가입해둘 필요가 있으며, 어떠한 사건이 발생할 경우에는 전문 로펌 등에 자문을 구하는 것이 필요하다.

(2) 소송 제기 징후 발생시의 대응전략

① 증권집단소송 제기의 징후로 의심해야 할 사항

증권집단소송의 제기 징후로 의심할 만한 경우는 i) 금감원에 의한 감리(일반감리 및 특별감리) 결과나 이에 대한 공표가 있는 경우, ii) 회사의 비리 또는 위법사실에 대한 수사 또는 보도가 있는 경우, iii) 회사에 대한 주주 또는 국회, 법원, 검찰 및 감독기관 등 제3자의 질의 또는 자료공개요청이 있는 경우 등을 들 수 있다.

② 대응요령

증권집단소송을 제기할 만한 징후를 포착한 경우에는 이를 i) 신속하게 상황을 CEO에게 보고하고, ii) 관련 자료의 확보, 파기 및 변개를 방지하며, iii) 사건파악을 위한 대응방안을 마련하고 필요시 전문가에게 자문을 구하도록 하며, iv) 구체적 대응방안에 따른 실행 등의 순으로 대처하면 된다.⁷⁾

소 제기의 징후가 포착되면 사건의 내용파악 및 대응방안 마련을 위해서는 i) 회사 내부에서 구체적인 사실관계와 관련자를 파악하고 사건의 원인과 경과 및 문제점등을 확인하여야 한다. ii) 상대방에 대하여 확인할 사항으로는 소 제기의 주도자가 누구인지, 내부 고발자가 있는지 여부, 정보입수의 정도와 손해의 규모 등을 확인하여야 하며, iii) 외부적 요인에 대해서는 사건에 대한 여론과 보도내용, 감독기관의 정책과 태도, 회사 이해관계자들의 의견 및 움직임 등도 확인하여야 한다. iv) 법적 책임의 유무, 책임의 상·하한선, 공략 포인트, 대응전략 등에 관하여 전문가에게 자문을 구하는 것이 좋을 것이다.

이 때 유의할 사항은 담당책임자 및 외부 자문그룹의 선정은 최대한 신속하게 하며, 사건·사고관련자들은 관련 자료와 철저히 분리할 필요가 있으며, 사건파악 및 대응방안의 마련 과정에서 작성된 문서 및 대화내용에 대하여 보안을 유지하여야 한다. 특히 사건·사고와 관련하여 수사·조사·재

판 등이 진행 중일 경우에는 신속히 상황을 파악하여 관련 자료를 입수하도록 한다.

(3) 소 제기 후의 대응전략

① 집단소송허가 심리단계에서의 대응방안

증권집단소송의 운영에 있어 가장 특징적이면서도 중요한 부분이 소송의 허가절차라 할 수 있다. 소송의 허가는 일반 민사소송의 경우와는 달리 단순히 형식적인 요건의 심사 그치는 것이 아니고 본안의 당부에 관한 판단도 상당부분 행하게 되므로 본안에서 승소할 가능성이 전혀 없는 소송은 법원으로 부터 소송의 허가를 받을 수 없게 된다. 법원이 집단소송에 관한 불허가 결정을 하게 되면 심리절차 없이 소송은 종결된다.

그러므로 피고입장에서 집단소송의 허가절차는 증권집단소송 절차를 통틀어 가장 결정적으로 영향력을 미칠 수 있는 중요한 절차이며, 기업의 신뢰도의 저하를 가져올 수 있는 절차이기도 하다.

그러므로 피고(회사)의 입장에서는 법원으로부터의 소송 허가결정이 나지 않도록 적극적으로 방어하여 소송의 각하 또는 기각 등의 결정을 하도록 하는 것이 필요하다.

대표당사자(lead plaintiff)의 부적절성과 관련해서는 과거의 투자경력 및 패턴 조사, 소송대리인이 주도하는 소송은 위법하다는 점을 부각하거나 원고별 공략으로 소를 제기할 수 있는 정족수를 공격하는 방법 등이 활용되기도 하며, 피해기간(class period)의 단축 또는 변경 등의 방법도 고려할 수 있다.

② 집단소송 허가요건 규정에 대한 이해

증권집단소송 사건은 다음의 요건을 충족하여야 법원으로부터 허가받을 수 있게 된다. 즉, ① 구성원이 50인 이상이어야 하고, 청구의 원인이 된 행위당시를 기준으로 이 구성원의 보유 유가증권의 합계가 피고회사의 발행유가증권 총수의 1만분의 1 이상일 것, ② 증권집단소송법 제3조 제1항 각호의

7) 이하 서석호, “증권관련집단소송에 대한 기업의 단계별 대응전략”, 『기업법무전문연수교재』, 한국상장회사협의회, 2005.9, 243면 참조

1에 해당하는 손해배상청구로서 법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것, ③ 증권집단소송이 총원의 권리실효이나 이익보호에 적합하고 효율적인 수단일 것, ④ 집단소송법 제9조의 규정에 의한 소송허가신청서의 기재사항 및 첨부서류에 흠결이 없을 것 등의 요건이다.

그러므로 집단소송이 제기되더라도 피고 입장에서 집단소송의 허가요건을 충족하였는지 여부를 검토하여 요건을 결할 경우 이의신청 등으로 대응할 필요가 있다.

③ 집단소송 불허가결정을 받기 위한 대응

i) 적극적인 증거신청

소송을 제기한 원고측의 대표당사자는 소송허가신청의 이유를 소명하여야 하며, 소송허가여부에 대한 재판에서는 소를 제기하는 자와 피고를 심문하여 결정으로써 하게 된다(법 제13조 제1항 및 제2항). 또한 법원은 재판을 함에 있어서 손해배상 청구의 원인이 되는 행위를 감독·검사하는 감독기관으로부터 손해배상청구 원인행위에 대한 기초조사 자료를 제출받는 등 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다(법 제13조 제3항).

소송허가요건의 구비여부는 법원의 직권조사사항이므로 피고(회사)측에서 허가요건의 구비여부에 관한 확인을 위해 원고 당사자 본인신문, 사실조회신청, 문서제출명령신청 등 적극적인 증거신청을 할 수 있다.

ii) 소 제기자의 요건 검증

소를 제기하는 자는 소송허가신청서에 당해 증권집단소송을 수행하기 위하여 또는 소송대리인의 지시에 따라 당해 증권집단소송과 관련된 유가증권을 취득하지 아니하였다는 사실, 최근 3년간 대표당사자로 관여한 증권집단소송의 내역 등을 첨부하여야 하므로 법 제12조에서 규정하고 있는 소송허가요건을 검증할 필요가 있고, 특히 구성원이 주식을 취득한 경위와 거래내역 및 과거 증권집단소송에의 간여 경력, 변호사나 대표당사자의 특별보수 약정유무 등을 검증할 필요가 있다.

iii) 대표당사자의 요건에 대한 검증

대표당사자는 구성원 중 그 증권집단소송으로 인하여 얻을 수 있는 경제적 이익이 가장 큰 자 등 총원의 이익을 공정

하고 적절히 대표할 수 있는 구성원이어야 하므로(법 제11조 제1항), 소가 제기되면 피고는 원고측 대표당사자로 선정된 자가 당해 집단소송으로 인한 경제적 이익이 가장 큰 자인지 여부와 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는지 여부 등을 검증할 필요가 있다.

‘경제적 이익이 가장 큰 자’는 대표당사자로서 지원하는 자가 많은 경우에 최적의 원고를 확정하는 기준을 예시한 것으로 집단소송의 공익적 성격을 반영한 것이며, 상대적으로 소송수행능력이 우수한 기관투자자를 염두에 둔 것으로 해석된다.

최근 3년간 3건 이상의 증권집단소송에 대표당사자로 관여했던 자는 대표당사자가 될 수 없는데 이 기간과 수임횟수를 제한한 것은 미국의 증권집단소송개혁법(PSLRA)의 규정을 참조한 것으로 미국의 3년간 5회 이상보다 더 강화한 것이다.

그러므로 기관투자자와 같이 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있더라도 이 요건에 해당될 경우 대표당사자가 될 수 없다.

iv) 원고 소송대리인의 요건에 대한 검증

증권집단소송에서의 원고측 소송대리인은 총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있는 자이어야 하며, 최근 3년간 3건 이상의 증권집단소송에 대표당사자 또는 대표당사자의 소송대리인으로 관여하였던 자는 증권집단소송의 대표당사자 또는 원고측 소송대리인이 될 수 없다(법 제11조). 그러므로 원고측 소송대리인이 총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있는 자인지 여부와 과거 증권집단소송에 직·간접적으로 간여한 경력 등 요건에 대하여 검증할 필요가 있다.

또한 소송대리인은 증권집단소송의 대상이 된 유가증권을 소유하거나 그 유가증권과 관련된 직접적인 금전적 이해관계가 있는 등의 사유로 소송대리인의 업무를 수행하기에 부적절하다고 판단될 정도로 이해관계가 충돌되는 경우에는 원고측 소송대리인이 될 수 없다(법 제5조 제2항). 이는 소송대리인이 총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있어야 하며, 소송대리인의 이익이 집단구성원들과 이익이 상충되는

것을 배제하기 위함이다.

v) 소송허가요건 검증

증권집단소송의 허가요건으로 구성원이 50인 이상이어야 한다는 요건은 미국대표당사자소송의 다수성의 요건에 해당하는 판례를 우리 법의 기준에 맞추어 구체화한 것으로 증권거래법상 유가증권 공모의 기준이 50인 이상으로 한 것을 감안한 것인데 이는 소제기의 억제에 매우 강한 효력을 발휘할 것으로 보인다.

그러므로 구성원 50인 이상의 전체에 대하여 법 제9조 제2항에서 정하고 있는 소제기자의 요건에 해당하는지 여부에 대한 검증이 필요하다.

즉 구성원 전체가 50인 이상이고 청구의 원인이 된 행위당시를 기준으로 이 구성원의 보유 유가증권의 합계가 피고 회사의 발행유가증권 총수의 1만분의 1 이상이며, 법률상 또는 사실상 중요쟁점이 모든 구성원에게 공통되는지 여부, 증권집단소송이 충원을 위해 적합하고 효율적인 수단인지, 소송허가신청서의 기재사항 및 첨부서류에 흠결이 없는지 여부 등 소송허가요건에 적합한지 여부를 검증하는 것이 필요하다.

(4) 본안소송 단계에서의 대응방안

① 손해배상책임 인정의 중요성 요건 확인

본안소송 단계에서는 손해배상책임 인정을 위한 요건으로 허위기재 또는 중요한 사항의 누락(misleading information)이 없는지, 고의 또는 과실 등의 존재여부, 인과관계(causation)의 성립여부, 손해배상의 범위 등을 점검하여 이러한 요건을 충족하고 있는지 여부를 확인할 필요가 있다. 인과관계는 거래인과관계(Transaction Causation)와 손해인과관계(Damage Causation)로 구분하여 이를 확인·검증하는 것이 중요하다.

② 책임인정 요건별 대응

사업보고서 등의 허위기재 또는 중요한 사항의 기재

누락 등에 대해서는 원고가 이를 입증해야 하므로 피고(회사)입장에서는 허위기재나 누락사항을 부인(misrepresentation or omission)하거나 합리적 투자자가 유가증권을 매도 또는 매수하는 의사결정을함에 있어 영향을 줄만한 중요한 정보가 아니라는 주장(Materiality)을 하거나, 정보 전체를 볼 때 투자자를 Misleading 하지 않는다는 주장으로 대항할 수 있다.

고의 또는 과실에 대해서는 배상책임을 질자가 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하는 경우에는 책임이 면제되므로 피고가 이를 적극적으로 무과실을 입증해야 한다(증권거래법 제14조 제1항 단서).

손해배상액의 산정에 대하여는 증권거래법이 정하는 바에 따르는데 증권거래법 제15조에서는 [취득가액·처분가격 또는 변론종결시 가격]으로 하되 보충적으로 제반사정을 참작하여 표본적·평균적·통계적 방법이나 그 밖의 합리적 방법을 사용할 수 있다. 손해배상액의 산정과 관련하여 과실상계나 손익상계 등을 주장할 수도 있다.

③ 기타

회사의 법무팀과 자문변호사들 간에 충분한 정보나 의견의 교류가 필요하며, 소송대리인을 선임함에 있어서는 증권거래법과 민사소송 등 실무에 능통하면서 소송준비에 충분한 시간을 할애할 수 있는 변호사를 선임하는 것이 필요하다. 그리고 법원에 제출하는 증거서류는 제출가능여부, 제출할 것인지 여부, 제출범위, 제출시기 등을 면밀히 검토하여 전략적으로 대응하는 것이 요구된다.

증권집단소송은 기본적으로 법원이 주도하는 소송체제이지만, 그 내면에는 법원의 판결을 통한 경직된 해결보다는 상호간의 협조와 양보를 통한 화해적 해결을 도모하려는 성격이 강하므로 만일 피고(회사)측의 승소가가능성이 높으면 확정판결로 종결토록 하되, 그렇지 아니하다면 민사소송에서 인정하고 있는 화해·청구의 포기·인낙·조정·중재·협상 등 다양한 분쟁해결기법을 전략적으로 활용하는 방법도 고려해 볼 수 있다.