

증권집단소송 허가의 요건 및 절차

— 미국의 경험과 사례를 참고하여 —

김지홍*

I. 들어가는 말

말 많던 증권 관련 집단소송법(이하 '증권집단소송법')이 2004년 1월 20일 국회를 통과하여 2005년 1월 1일부터 시행되고 있다.¹ 남용에 대한 우려가 많았지만, 시행 2년 반이 지난 2007년 6월 현재까지 증권 집단소송은 단 한 건도 제기되지 않았다. 일각에서는 이를 놓고 있으나마나 한 제도라면서 증권집단소송법의 실효성에 대한 의문까지 제기하고 있다.²

우리 법상 집단소송요건이 미국의 그것에 비하여 다소 엄격하고, 미국과 같이 광범위한 증거확보절차(discovery)가 인정되지 않는 등 현행법상 일정한 한계가 있는 것이 사실이다.³ 그러나 이것만으로 증권집단소송제도의 실효성 자체에 의문을 제기하는 것은 아직 선부른 감이 있다. 증권집단소송법이 시행된 것은 2005년부터이지만, 2006년 말까지는 자산총액이 2조 원 이상인 기업에만 적용되는 것이 원칙이었고, 그것도 이 법 시행 후 행하여진 행위에 대하여만 제기가 가능했다.⁴ 하지만 2007년부터는 자산 규모에 관계없이 모든 상장기업이 집단소송의 대상이 되었고, 적용가능한 불법행위 기간도 점차 늘어나고 있어 집단소송이 제기될 가능성이 커지고 있다.

이를 놓고 재계에서는 다시금 집단소송의 남용과 그에 따른 기업의 부담 증가에 대해 우려를 표하고 있다.⁵ 매년 40여 개의 기업이 제소를 당해 1,760억 원의 소송비용이 들 것이라는 예측을 내놓는가 하면,⁶ 상장법인의 임원배상책임 보험가입비율이 2003년 31.6%에서 2005년 34.4%로 늘면서 그에 따른 보험료지출이 증가했다고 한다.⁷ 하지만 증권집단소송제도에는 간과할 수 없는 순기능이 분명 있

* 법무법인 지평 변호사

- 1 증권집단소송제도의 도입에 대한 찬반론과 논거에 관하여는 김진모, "증권 관련집단소송의 제정방향", 증권 관련집단소송법제정공청회(자료집)(2001); 전국경제인연합회, 증권 관련집단소송제도 도입의 문제점과 과제, 2001. 8. 14면 이하 참조.
- 2 법률신문, 2006. 3. 6, 김백기, "증권집단소송법 있으나마나"; 국민일보, 2006. 9. 12, 김찬희, "소버지던체소송, 허라는 건지 말라는 건지".
- 3 법률신문, 김백기, 앞의 글; 이데일리, 2005. 3. 17, 황현이, "집단소송에 대한 5가지 오해" 참조. 미국과 한국의 법제상 증권집단소송의 구체적 차이점은 본문 II.항에서 상세하게 살핀다.
- 4 증권집단소송법 부칙 제2-3항.
- 5 파이낸셜 뉴스, 2007. 1. 17, 노종섭, "중소기업을 우울하게 하는 2가지 제도"; 이데일리, 2007. 1. 31, 박호식, "상장사협의회, 7월 증권집단소송 대비 세미나".
- 6 조세일보, 2005. 2. 2, 안미나, "집단소송제 연간 40개 기업 피해액 1760억 달할 것".
- 7 매일경제신문, 2005. 5. 31, 홍종성, "집단소송제 무섭긴 무섭군".

다. 증권 관련 불법행위로 피해를 입은 소액 다수의 투자자들을 효과적으로 구제할 수 있을 뿐만 아니라 기업경영 과정, 나아가 증권시장의 투명성을 제고할 수 있다는 긍정적 효과가 있다.⁸ 한 언론 보도에 따르면, 2005년부터 2006년 상반기 사이에 분식회계 사실을 고해성사한 기업의 숫자가 129개에 이른다고 한다.⁹ 과거의 분식회계 사실을 자진신고하면 형사처벌이나 행정제재를 면해 주겠다는 감독당국의 정책적 조치가 직접적 원인이었지만,¹⁰ 증권집단소송법 시행에 따른 집단소송의 우려도 이 같은 고해성사를 낳은 중대한 이유 중 하나였다. 증권집단소송법의 제정만으로도 '기업의 경영투명성 제고'라는 목표를 어느 정도 이룬 것이다.¹¹ 증권집단소송의 폐해를 가장 심각하게 겪고 있다는 미국이 여전히 이 제도를 유지하고 있는 것도 이러한 중대한 순기능 때문이다.¹²

결국 과제는 어떻게 부당하고 불필요한 집단소송을 억제하는 동시에 소액다수의 투자자 보호와 기업경영의 투명성 제고라는 입법목적을 달성할 수 있는가 하는 점이다. 이는 집단소송 허가와 대표당사자 및 소송대리인 허가의 각 요건과 절차를 어떻게 해석하고 적용하는가 여부에 달려 있다. 집단소송은 우리 법제에 아주 생소한 개념인지라 이에 관한 선례나 깊이 있는 논의를 찾아보기 힘들다. 하지만 우리 증권집단소송법은 미국 법제를 모델로 하였으므로,¹³ 100년 가까운 미국 집단소송법의 역사와 논의를 구체적으로 살펴보는 것이 우리 법을 이해하고 적용하는 데 중요한 출발점이 될 수 있다.¹⁴ "꿀이 회수를 건너면 탕자가 된다"라는 말처럼 미국법을 계수한 것이 사실이지만, 한국과 미국은 법률제도와 문화가 현격히 다르기 때문에 미국의 이론과 선례를 한국에 기계적으로 적용하는 것은 자칫 뜻하지 않게 탕자를 생산할 우려가 있다. 따라서 이 글에서는 미국의 사례와 논의를 우리 법제와 기업의 관점에서 검토하여 우리 증권집단소송 및 대표당사자·소송대리인 허가의 요건 및 절차를 올바

로 해석·적용하는 방향을 제시해 보고자 한다.

- 8 증권집단소송제가 궁극적으로 우리 경제를 건강하게 만들 것이라는 논의는 김주연, "증권집단소송제의 운용방식과 이에 따른 긍정적 효과," 상정형 제44호(2001. 9), 8면 참조.
- 9 김태윤, "(단독입수) 고해성사한 129사 '면죄부,'" 이코노미스트 870호(2007. 1. 9).
- 10 한국경제신문, 2006. 9. 12, 김용준, "윤용로 증선위 상임위원 '과거분식 연내 해소해야 감리 면제'".
- 11 증권집단소송법은 "유가증권의 거래과정에서 발생한 집단적 피해를 효율적으로 구제하고 이를 통하여 기업의 경영투명성을 높이기 위하여" 제정되었다. 동법 제3조 참조.
- 12 "미국 내 증권 관련 집단소송 제기건수는 1990년대 후반 이후 연평균 200건 수준"에 이르고 전체 집단소송 건수 가운데 60% 가량이 화해하며, 화해금액은 평균 2,700만 달러(약 260억 원)에 이른다고 한다. 한국경제신문, 2006. 3. 2, 김수연, "미 집단소송 연 200여 건...화해비용 260억 원 부담". 미국 증권 집단소송의 폐해에 관하여는 아주 많은 연구가 이루어졌는데 그 대표적 연구로는, Thomas W. Willing et al., An Empirical Analysis of Rule 23 To Address the Rulemaking Challenge, 71 N. Y. U. L. Rev. 74 (1996)와 John C. Coffee, Jr., Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation, 106 Colum. L. Rev. 1534 (2006) 등이 있다. 하지만 미국 법원은 여전히 "증권 집단소송이 증권규제 영역에서 주주대표소송만큼 중요한 예방적 기능을 하고 있다"라면서(Dolgow v. Anderson, 43 F. R. D. 472, 487 (D. C. N. Y. 1968), granted summary judgment rev'd 438 F.2d 825), 증권집단소송에 대한 소송허가를 비교적 관대하게 내주고 있다고 한다. Charles A. Wright, et al. 7AA Fed. Prac. & Proc. Civ. 3d §1781 참조. 미국에서는 증권집단소송제도에 관한 찬반 논의가 광범위하고 심도 있게 이루어지고 있다. 이를 정리하고 우리나라의 실정에 비추어 검토하는 것도 매우 중요한 과제 중 하나이다. 다만 이 글에서는 시간과 지면의 제약상 원론적 논의를 가능한 한 배제하고, 실무상 겪게 되는 구체적 문제를 해결하는데 그때그때 필요한 만큼 검토하기로 한다.
- 13 유병헌, "증권 관련집단소송법 제정안에 대한 검토," 상사법연구 제20권 제4호(2002), 113면; 장덕조/김기호, "증권 관련집단소송법안의 검토," 민주법학 제24호(2003), 369면 참조. 지면의 제약상 상세한 논의는 생략하겠지만, 심하게 말하면 한국의 증권집단소송법은 미국법을 발췌번역한 수준에 가깝다.
- 14 우리나라에서도 Lexis나 Westlaw와 같은 미국 인터넷 검색서비스의 이용이 점차 늘고 있는 만큼, 검색 편의를 돕기 위해 미국자료는 이들 서비스가 따르는 Blue Book (18th Ed. 2005)에 맞추어 인용한다.

II. 미국 증권집단소송제도와 한국 증권집단소송제도의 비교

1. 미국법상 증권집단소송 허가 및 대표당사자·소송대리인 허가요건

미국법상 증권집단소송 및 대표당사자·소송대리인 허가요건은 연방민사소송규칙(FRCP, Federal Rules of Civil Procedure)과 1995년도 증권소송개혁법(PSRA, Private Securities Litigation Reform Act)에 나누어 있다. 본디 모든 집단소송은 연방민사소송규칙을 따랐는데, 증권집단소송이 남용되고 있다는 비판을 받으면서 증권집단소송에만 적용되는 특별요건이 증권소송개혁법으로 추가된 것이다.¹⁵

연방민사소송규칙상 집단소송이 허용되려면, 이 규칙 제23조 (a)항이 요구하는 네 가지 전제요건을 갖추어야 하고, 동조 (b)항이 정하는 세 가지 소송 유형 중 하나에 해당하여야 한다. 즉 ㉠ 공동소송이 사실상 불가능할 정도로 당사자의 숫자가 많아야 하고(이른바 numerosity요건), ㉡ 사실상 또는 법률상 쟁점이 집단의 총원에 공통되어야 하며(이른바 commonality요건), ㉢ 대표당사자의 청구 또는 항변이 총원의 전형적인 청구 또는 항변이어야 하고(이른바 typicality요건), ㉣ 마지막으로 대표당사자는 총원의 이익을 공정하고도 적절하게 보호할 수 있어야 한다(이른바 adequacy요건). 한편 증권집단소송은 통상 동 규칙 (b)항 (3)호의 소송유형이 문제되는데, 동 조항은 ㉠ 구성원 사이에 공통된 사실상 또는 법률상 쟁점이 개개의 구성원들에게만 영향을 미치는 개별 문제를 압도해야 하고(이른바 predominance요건), ㉡ 집단소송이 다른 권리구제수단보다 분쟁을 공정하고도 효과적으로 해결할 것을 요구한다(이른바 superiority요건).

이에 더하여 증권소송개혁법은 대표당사자 및 소송대리인에 관한 요건을 엄격히 하고 있다. 집단소송이 변호사에 의하여 주도되는 것을 막기 위하여,

집단소송을 제기한 자를 대표당사자로 곧바로 선정하는 대신 집단소송 제기 사실을 미 전역에 공고하고 대표당사자를 희망하는 다른 피해자들로부터 신청을 받아 신청인들 중에서 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 자를 법원이 선임하도록 하였고,¹⁶ 직업적 원고(professional plaintiff)에 의한 남소를 막기 위해 과거 3년 동안 5회 이상 증권 관련 집단소송의 대표당사자가 되었던 자는 원칙적으로 대표당사자가 될 수 없도록 하였다. 한편 분쟁에서 가장 큰 금전적 이해관계를 가진 자를 대표당사자 적격자로 추정하면서, 그러한 자가 “총원의 이익을 공정하고 적절히 보호할 수 없다는 사실”이 입증되는 경우 반복될 수 있도록 하였다. 소송대리인은 대표당사자로 임명된 자가 지명되 법원의 승인을 받게 하여 부적절한 소송대리인 선임을 막고 있다.

2. 한국법상 증권집단소송 허가 및 대표당사자·소송대리인 허가요건

우리 법에는 미 연방민사소송규칙 제23조와 같이 집단소송을 일반적으로 허용하는 규정이 없다. 대신 증권집단소송법으로 연방민사소송규칙의 요건과 증권소송개혁법의 추가요건을 종합하여 하나로 규율하고 있다.

법 제12조는 1 구성원이 50인 이상이고 이 구성원 보유 유가증권 합계가 피고 회사 발행 유가증권 총수의 1만분의 1 이상일 것, 2 법률상 또는 사실상 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것, 3 증권 관련 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적 수단일 것을 요구하는데, 4 요건은 연방민사소송규칙상 numerosity요건을 구체화한 것이고,

15 1995년도 증권소송개혁법의 입법취지와 개요는 김건식/송옥렬, 미국의 증권규제, 홍문사, 2001, 409-413면 참조. 미 의회의 입법취지를 직접 살펴보면 H. R. Conf. Rep. No.104-369 (1995), reprinted in 1995 U.S.C.A.N p.730 참조.

16 15 U. S. C. §77z-1(a)(3).

㉞ 요건은 동 규칙상 commonality요건과 predominance요건을, ㉟ 요건은 동 규칙상 superiority요건을 정리한 것이라고 볼 수 있다.¹⁷

법 제11조 제1항은 대표당사자가 “증권 관련 집단소송으로 인하여 얻을 수 있는 경제적 이익이 가장 큰 자 등 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 구성원”일 것을 요구하는데, 이는 미 연방 민사소송규칙상 typicality조건과 adequacy조건, 그리고 증권소송개혁법상 대표당사자요건을 종합한 것에 가깝다. 다만 미국법이 3년 이내에 5회 이상 집단소송의 대표당사자가 될 수 없다고 하는 반면, 우리 법은 이를 3년 이내 3회 이상으로 이를 엄격히 하였고 소송대리인마저 원칙적으로 3년 이내에 3회 이상 증권집단소송을 대리할 수 없도록 하고 있다.¹⁸

3. 한·미 양국 제도의 차이점

이상 간단히 살펴본 것처럼 한국의 증권집단소송의 허가요건과 대표당사자·소송대리인 허가요건은 미국의 그것과 아주 흡사하다. 하지만 몇 가지 간과할 수 없는 중요한 차이가 있다. 첫째, 청구의 종류에 관한 제한 여부이다. 미국은 집단소송으로 제기할 수 있는 청구의 종류(cause of action)에 아무런 제한이 없어¹⁹ “집단적 피해가 야기된 사건이면 어떠한 종류의 불법행위에 따른 소송이든 관계없다.”²⁰ 반면 우리 법은 제3조에 열거된 특정한 손해배상청구소송만 집단소송의 방법으로 할 수 있게 하고 있다.²¹ 따라서 “법문에 열거되지 아니한 증권 관련 집단분쟁(예컨대 증권사 전산시스템의 고장으로 인한 투자자의 집단적 피해)”은 집단소송이 허용되지 않는다.²² 둘째, 미국에서는 상장 여부와 관계없이 집단소송이 가능하나, 한국의 경우 주권상장법인 혹은 협회등록법인이 발행한 유가증권에 관한 분쟁만 집단소송이 가능하다.²³ 단정적으로는 이야기할 수 없으나 이러한 집단소송의 적용대상에 관한 제한은 피고의 방어능력, 법원의 소송부담, 기타 집단소송 남용의

우려를 상당 부분 불식시킨다고 하겠다.

보다 근본적 차이로 광범위한 증거확보절차나 배심제도가 우리 법상 인정되지 않는다는 점을 들 수 있다. 미국 연방증권법상 집단소송사건 중 80% 가량은 합의로 종결되고 19% 정도는 본안심리 전 각하되며, 나머지 1% 정도만이 본안소송에서 심리 및 판결을 받는다고 한다.²⁴ 이렇게 화해비용이 높은 것은 소송비용이 워낙 많이 들고 배심원들이 기업 피고들에 대하여 불리한 심증을 갖는 경우가 많기 때문이라고 한다.²⁵ 피고로서는 집단소송이 제기되면 청구의 당부를 떠나 소 제기 사실만으로 화해를

17 미국법상 요건과 한국법상 요건이 사실상 동일하다는 것은 각 요건의 문구를 비교하는 것만으로도 충분히 알 수 있다.

18 이러한 소송대리인 제한조항은 증권집단소송제도의 취지, 나아가 한법상 재판받을 권리나 직업의 자유를 침해한다고 볼 여지가 큰데 이 점에 관하여는 소송대리인 허가 부분에서 구체적으로 살핀다.

19 Chales A. Wright, et al., 7AA FPP §1781.1. 참조.

20 김주영, “증권집단소송제의 운용방식과 이에 따른 긍정적 효과,” 상장협 제44호(2001. 9), 11면. 참고로 1995년 증권소송개혁법 제정 이후 대부분의 증권집단소송은 회계부정이나 내부자거래를 문제삼고 있다고 한다. 2005년도에 제기된 증권집단소송 중 89%는 회계서류의 허위기재를 문제삼았으며, 45% 가량은 내부자거래를 문제삼았다고 한다. CornerStone Research, Securities Class Action Filings 2005 : A Year in Review, available at <http://securities.stanford.edu>, p.16.

21 유가증권신고서·사업설명서의 허위 및 부실 기재증권거래법 제14조, 사업보고서·반기보고서 및 분기보고서의 허위기재(제186조의5), 미공개정보이용행위(제188조의3), 시세조작(제188조의5), 감사인의 부실감사(제197조)가 그것이다. 증권집단소송법 제3조 참조.

22 김주영, 앞의 글, 11면.

23 증권집단소송법 제3조 제2항. 이에 더하여 2006년 말까지는 허위공시나 분식회계에 대한 책임의 경우 자산총액 2조 원 이상인 기업으로 제한하였으나, 더 이상 이런 제한은 없게 되었다. 증권집단소송법 부칙 제3항 참조.

24 Elaine Buckberg et al., Recent Trends in Securities Class Action Litigation : 2003 Update, 5 Class Action Litig. Rep. (BNA) 304, pp.304-307 (Apr. 23, 2004), available at http://www.nera.com/image/200405BNA_Trends.pdf.

25 Unger v. Amedisys Inc., 410 F.3d 316, 322 (5th cir. 2005).

강요당하는 측면이 있다는 것이고, 그렇기 때문에 집단소송 허가요건에 대한 엄격한 심리가 요구된다. 반면 우리나라에서는 막대한 소송비용을 낳는 광범위한 증거확보절차가 인정되지 않는다. 배심제도도 인정되지 않는다. 따라서 본안심리 전 소송허가 단계에서 부당 제소 여부를 엄격히 걸러야 할 필요성을 미국과 동등하게 해석할 수는 없겠다. 뒤에서 살펴볼겠지만, 소송허가요건에 대한 심리는 결국 본안에 대한 심리와 중복되는 부분이 적지 않은데, 본안소송과 분리하여 소송허가요건만을 엄격히 심리하도록 하는 것은 자칫 이중 심리와 그에 따른 소송 지연, 비용증가의 역효과를 낳을 염려가 있다.²⁶ 물론 집단소송이 제기된 사실 하나만으로 소송을 당하는 기업과 경영진들에게는 적잖은 피해가 될 것이다. 따라서 명백히 부당한 남소는 초기에 제한할 필요가 있고, 이익형량을 통해 집단소송 허가요건을 적절히 해석하고 운용해야 한다.

III. 증권집단소송 허가요건

1. 구성원 50인 이상 · 발행유가증권 총수의 1만분의 1 이상 요건

증권집단소송을 제기하려면, “구성원이 50인 이상이고, 청구의 원인이 된 행위 당시를 기준으로 구성원의 보유 유가증권의 합계가 피고 회사의 발행 유가증권 총수의 1만분의 1 이상”이어야 한다.²⁷ 미국법이 구성원 수나 보유주식 수량에 대한 구체적 제한 없이 “공동소송이 비현실적일 정도로 당사자의 숫자가 많을 것”만 요구하는 것과 다르다.

증권거래법상 유가증권의 공모기준이 50인이라는 점을 감안하였다고 하는데,²⁸ 유가증권 공모기준과 집단소송의 필요성은 전혀 별개이므로 합당한 근거로 보기 어렵다.²⁹ 미국과 같이 법원에 재량권을 부여하고 구체적 사안에 따라 결정하도록 하는

것이 탄력적 · 합리적 운용방법이라고 생각된다.³⁰

어쨌거나 이 요건은 피고에 대한 구석명 혹은 증권거래소에 대한 사실조회 등을 통해 쉽게 소명될 수 있다. 다만 구성원 수나 보유주식 수가 위 수치를 넘는 게 확실하다면, 정확한 구성원의 숫자나 인적 사항 혹은 거래량까지 특정할 필요는 없겠다.³¹ 당사자의 특정을 요하는 공동소송과 달리 총원의 집단성만 확인하면 되기 때문이다.

2. 법률상 또는 사실상 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것

증권집단소송은 “법률상 또는 사실상 중요한 쟁

26 미국에서는 많은 소송이 본안심리 전 신청(이른바 pre-answer motion) 단계에서 종결된다. 예컨대 원고의 소장 기재사실이 모두 진실로 인정된다고 하더라도 법률상 청구요건을 충족하지 못한 경우(“failure to state a claim,” FRCP §12(b)(6)) 등 일정한 사유가 있는 경우에는 증거확보절차 및 본안심리 없이 소 자체를 각하한다. 우리 민사소송법도 소장각하(제254조)나 변론 없는 소각하(제219조)를 인정하지만, 미국과 같이 적극적으로 활용되고 있지는 않다. 각하결정을 내리더라도 본안심리까지 마친 후 하는 경우가 많다. 미국에서는 증거확보 및 본안심리에 막대한 비용이 들고 배심원에 의한 판단이 정확하지 않을 수 있기 때문에 가능한 한 법관에 의하여 배심원의 심리범위를 제한할 필요성이 있는 반면, 한국에서는 이러한 문제가 없으므로 한 번에 소송요건 및 본안요건을 심리하는 것이 보다 효율적이기 때문이다. 집단소송의 허가요건 역시 같은 맥락에 달아 있다.

27 증권집단소송법 제12조 제1항 제1호.

28 법무부, 증권 관련집단소송시안해설, 2001. 11. 25면.

29 많은 학자도 이에 반대한다. 이태중, “증권 관련집단소송법시안에 대한 토론(IV),” 증권 관련 집단소송법 제정공청회(자료집)(2001), 66면 이하; 유병현, 앞의 글, 129면; 한충수, “증권 관련 집단소송법의 허가요건과 허가절차상의 몇 가지 문제점,” 인권과 정의 제331호(2004), 161면 참조.

30 미국 판례 중에는 40명을 총원으로 한 집단소송을 허가한 경우가 있는가 하면, 350명에 대하여 집단성을 인정하지 않은 경우도 있다. 한충수, 앞의 글, 161면.

31 Nelson v. Craig-Hallum, 659 F. Supp 486 (D. Minn. 1987); Somerville v. Major Exploration, Inc., 102 F. R. D. 500, 503 (S. D. N. Y. 1984) 참조.

점이 모든 구성원에게 공통될 경우”에 한하여 허용된다.³² 중요한 쟁점이 구성원마다 다르다면 집단소송을 하더라도 개별소송을 구성원별로 다시 해야 하므로, 집단소송을 따로 할 이유가 없기 때문이다.

공통된 것은 ‘쟁점’이어야 한다. 공통된 것이 피고들과 다툼이 없는 사실이거나 청구원인의 법률상 요건이 공통되는 것만으로는 부족하다.³³ ‘중요한’ 쟁점의 공통을 요하므로 모든 쟁점이 공통될 필요는 없다. 구성원의 청구가 동일한 사실관계(common nucleus of facts)에 기초한 것이라면 이 요건이 충족될 가능성이 높는데,³⁴ 우리 법은 열거된 특정 불법 행위(예컨대 허위공시·시세조작 등)에 기한 집단소송만 허용하고 있기 때문에 우리 법상 이 쟁점이 문제될 가능성은 높지 않을 것으로 예상된다.³⁵

청구원인 중 중요 사실이 공통된다면, 각 구성원별로 청구원인에 약간의 다른 사실(some factual variations)이 존재하는 것만으로 집단소송을 막지 못한다.³⁶ 예컨대 피고들의 책임 유무에 대한 쟁점이 공통된다면 중요한 쟁점이 공통된다고 할 수 있고, 피해자별로 일일이 손해배상액을 계산하여야 한다는 것만으로 집단소송이 배제되지는 않는다.³⁷ 각 구성원의 증권거래 시기 및 금액 등이 구성원별로 다르다는 것도 집단소송허가에 장애가 되지 않는다.³⁸ 이러한 사실들은 기계적 계산이나 사실조회 등의 방법으로 쉽게 확정될 수 있기 때문이다.

3. 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합할 것

집단소송이 허가되려면 집단소송이 “총원의 권리실현이나 이익보호에 적합”하여야 한다.³⁹ 미국 법원은 ㉠ 개별적으로 소송할 경우 구성원들이 누릴 수 있는 혜택, ㉡ 집단소송 이전에 이미 구성원에 의하여 제기되어 진행 중인 소송의 유무·성격·진행 정도, ㉢ 당해 분쟁에 관한 소송을 하나의 법원에

집중시키는 것의 장점과 단점, ㉣ 집단소송을 택할 경우 예상되는 관리상 어려움 등을 고려해야 한다고 한다.⁴⁰ 우리 법 적용 시에도 충분히 고려할 만한 요소들이다. 바꾸어 말하면 당해 분쟁을 개별소송으로 해결하는 것에 대비한 집단소송의 장단점, 이미 진행 중인 관련 소송에 비추어 집단소송이 갖는 장단점을 감안해야 한다는 말이 되겠다.

증권분쟁에서는 특별한 사정이 없는 한 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하다는 것이 미국 법원의 중론이다.⁴¹ “㉠ 집단소송이 분쟁 전체의 복잡성과 부담을 줄여 주고, ㉡ 집단소송이 아니라면 많은 구성원, 특히 소액다수의 투자자는 사실상 법률적 구제를 받기 어려우며, ㉢ 다수의 소송을 여러 곳에서 진행하는 것은 불필요한 소송의 반복을 낳아 비효율적이고, ㉣ 공통된 법률적·사실적 쟁점이 단 하나뿐인 개별적 이슈, 즉 손해배상의 범위와 계산 문제를 압도하기 때문”이라는 것이

32 법 제2조 제1항 제3호.

33 Kase v. Salomon Smith Barney, Inc., 218 F. R. D. 149, 155-156 (S. D. Tex. 2003).

34 Rosario v. Livaditis, 963 F. 2d 1013, 1018 (7th Cir.1992).

35 In re Seagate Tech. II Sec. Litig., 843 F.Supp. 1341, 1351 (N. D. Cal. 1994). 미국 증권 집단소송에서도 통상 commonality와 predominance 요건은 크게 문제되지 않는다고 한다. 한충수, 앞의 글, 158-159면 참조.

36 In re VMS Sec. Litig., 136 F. R. D. 466, 474 (N. D. Ill. 1991).

37 Beale v. Edgemark Financial Corp., 164 F. R. D. 649, 658 (N. D. Ill. 1995).

38 Charles A. Wright, et al., 7AA Fed. Prac. & Proc. Civ. 3d §1781.1.

39 법 제2조 제1항 제3호.

40 In re Seagate Technology II Sec. Litig., 843 F. Supp. 1341, 1346 (N. D. Cal. 1994); In re DaimlerChrysler AG Secs. Litig., 216 F. R. D. 291, 300 (D. Del. 2003).

41 Levitan v. Mccoy, No. 00 C 5096, 2003 WL 1720047, at *2 (N. D. Ill. Mar. 31, 2003); In re HealthSouth Corp. Sec. Litig., 213 F. R. D. 447, 464 (N. D. Al. 2003); Gilbert v. First Alert, Inc., 904 F. Supp. 714, 719 (N. D. Ill. 1998).

다.⁴² 타당한 논리이다. 특히 우리 법상 집단소송은 상장법인·협회등록법인이 발행한 유가증권에 관한 분쟁에 국한하여 소액다수의 피해자가 전국에 산재할 것으로 예상되고, 그것도 범문상 열거된 특정 불법행위에 따른 손해배상청구에만 제한되는 만큼 더 더욱 설득력 있다. 구성원 다수가 고액을 투자한 기관투자자라는 사정만으로 집단소송의 우월성이 반복되지 않는다.⁴³ 피해자들이 고액을 투자한 기관투자자로서 개별소송을 할 의사와 능력이 있더라도 집단성과 쟁점의 공통성이 인정되는 이상, 다수의 개별소송을 하도록 하는 것보다는 하나의 집단소송에서 해결하도록 하는 것이 소송경제나 판결의 일관성 측면에서 우월하기 때문이다.

그렇다고 집단소송이 개별소송보다 항상 “총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적인” 것은 아니다. 구성원 전원에게 고지의 필요성, 소송허가요건 및 대표당사자요건에 대한 별도 심리의 필요성 등 분명 집단소송이 갖는 불편하고 비효율적인 점들이 있다. 미국에서 논란이 있는 것 중 하나는 구성원의 숫자가 지나치게 많으면 관리가 힘들므로 집단소송이 부적절하지 않은가 하는 것이다. 하지만 집단소송이 곤란할 정도로 구성원이 많다면, 개별소송으로 이들 모두를 해결하는 것은 더더욱 곤란할 것이다. 따라서 단지 구성원의 숫자가 너무 많다는 이유만으로 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하거나 효율적이지 않다고 할 수는 없겠다. 미국 법원도 “집단소송으로 관리하기에 곤란한 점이 있다고 하여 곧 집단소송을 불허해야 하는 것은 아니며, 이것이 다른 구제방법보다 구성원의 권리구제와 이익보호에 덜 효율적이고 덜 적합하다는 점이 확인되어야만 집단소송 신청을 기각할 수 있다” 라고 하였다.⁴⁴

피해자 중 외국투자자가 있는 경우에도 집단소송이 허용되는가 하는 문제도 있다. 독일 다이믈러벤츠사와 미국 크라이슬러사의 합병에 관하여 일부 미국의 투자자들이 집단소송을 제기하였는데, 원고

들이 적시한 총원에는 미국 투자자뿐만 아니라 독일 투자자들도 포함하고 있었다. 이에 대하여 델라웨어 연방지방법원은 외국투자자는 법정지로부터 지리적으로 멀리 떨어져 있을 뿐만 아니라 사용 언어가 달라 소송경과를 적절히 통지하기 어렵고, 많은 나라가 집단소송 판결의 기판력을 부정하고 있기 때문에 외국투자자들이 외국법원에 개별소송을 제기할 경우 중복소송의 우려가 있어, 외국투자자들에게는 집단소송이 개별소송보다 우월한 분쟁해결방법이 될 수 없다면서 미국 내 투자자로 구성원의 범위를 제한하여 집단소송을 허가하였다.⁴⁵ 이 쟁점에 관하여는 아직 미국에서도 심도 있는 논의가 이루어지고 있지 않은데, 이 판결의 논리는 많은 문제가 있다. 먼저 일부 국가들이 집단소송의 비참여 구성원에 대한 기속력을 인정하지 않는 문제는 비단 외국투자자와의 사이에서만 나타나는 것이 아니다. 비참여 국내투자자도 국내 집단소송 결과에 불만이 있는 경우 외국법원에서 같은 소송을 제기할 수 있다. 도리어 외국투자자들에게 집단소송의 혜택을 주지 않는다면 그들에게 외국법원에서 국내 기업을 상대로 별도의 소송을 제기하라고 강제하는 셈이 되는데, 이것은 분쟁의 일회적 해결이라는 집단소송법의 취지에 어긋난다. 국내투자자와 외국투자자를 어떻게 구분할 것인지도 어려운 문제이다.

42 In re Livent, Inc. Noteholders Sec. Litig., 210 F. R. D. 512, 517 (S. D. N. Y. 2002).

43 Cromer, Finance Ltd. v. Berger, 205 F. R. D. 113, 133 (S. D. N. Y. 2001).

44 In re Home Stake Production Com. Secs. Litig., 76 F. R. D. 351, 375 (N. D. Okla. 1977); In re Theragenics Corp. Sec. Litig., 205 F. R. D. 687, 697-698 (N. D. Ga. 2002) 참조. 예상하는 구성원이 375만 명에 이르는 사안에서도 집단소송이 가능하다고 본 사례가 있고(Eisen v. Carlisle and Jacquelin, 391 F.2d 555 (2d Cir. 1968)), 같은 취지에서 4,150만 주에 달하는 주식의 거래에 관한 집단소송도 허가된 바 있다(In re Gulf Oil/Cities Service Tender Offer Litig., 112 F. R. D. 383, 385 (S. D. N. Y. 1986)).

45 In re DaimlerChrysler AG Secs. Litig., 216 F. R. D. 291, 300-301 (D. Del. 2003).

외국에 거주하는 개인이 국내기업의 주식에 소액·직접투자를 한 경우라면 문제될 것이 없지만, 최근 금융시장의 현실은 이와 많이 다르다. 직접투자보다 펀드를 통한 간접투자의 방식이 갈수록 선호되고 있는데, 펀드의 설립지와 운용지·간접투자자들의 거주지 중 어느 것을 기준으로 내국인과 외국인을 구별할 것인지 논란의 소지가 많다. 예컨대 국내투자자들만으로 구성된 역외펀드의 경우, 역외펀드의 설립지가 외국이라는 이유만으로 집단소송을 불허하는 것은 불합리해 보인다. 또한 해외에서 설립되고 운영되는 펀드들은 전문적 투자자이기 때문에 집단소송을 부정할 만큼 국내소송 경과를 따라가는 데 큰 어려움을 겪을 것으로 생각되지는 않는다. 나아가 구성원이 50인 이상이고 발행유가증권 총수의 1만분의 1 이상을 보유할 것을 명시적으로 요구하고 있는 우리 법하에서, 외국투자자들을 구성원에서 배제하는 것은 사실상 잔여 국내투자자들에 의한 집단소송마저 거부되는 결과를 낳을 염려도 있다.

따라서 투자자의 국적이나 소재지를 이유로 집단소송을 거부하는 것은 부적절하다고 본다. 다만 국내외 투자자들을 한 번의 집단소송으로 보호하는 것이 다른 분쟁해결수단에 비해 부적합하고 덜 효율적이라는 특별한 사정이 있다면 법문에 따라 불허할 수 있겠다. 이때에는 외국인투자자들의 지리적 분포와 구성, 전체 구성원 중 외국인투자자들이 차지하는 비중, 외국인투자자들의 의사, 그리고 외국에서 진행 중인 소송의 유무와 진행 경과 등이 감안될 수 있다. 실증적 연구와 심도 있는 논의가 필요한 대목이다.

4. 총원의 범위

(1) 총원의 범위 결정의 중요성

총원의 범위는 집단소송의 허가요건은 아니지만, 집단소송 허가과정에서 고려해야 할 중요한 문제이

다. 집단소송을 제기하는 자는 소장과 소송허가신청서에 총원의 범위를 기재해야 하고,⁴⁶ 법원도 소송허가시 소송허가결정서에 총원의 범위를 기재해야 한다.⁴⁷ 나아가 법원이 필요하다고 인정하는 때에는 직권 또는 신청에 의한 결정으로 총원의 범위를 변경할 수 있다.⁴⁸

확정된 집단소송의 판결은, 적극적으로 제외신고를 하지 않는 한 소송에 관여하지 아니한 다른 구성원들에게도 효력을 미친다.⁴⁹ 이는 비참여 구성원들의 헌법상 재판받을 권리를 침해하는 것이 아닌가 하는 논란을 낳는데, 그러한 점에서 총원의 범위를 어떻게 정하는가 하는 것은 중요하다.

나아가 총원의 범위는 집단소송 허가 혹은 대표당사자 허가 여부와 아주 밀접한 관계가 있다. 총원의 범위를 어떻게 규정하는가에 따라서 법률상 또는 사실상 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통되는지, 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적 수단인지, 대표당사자가 총원과 이해상충관계에 있는지 등이 달라질 수 있기 때문이다.

(2) 총원의 범위를 특정하는 방법

총원이란 “손해보전에 있어서 공통의 이해관계를 가지는 피해자 전원”을 말한다.⁵⁰ 우리 법상 집단소송은 주권상장법인 또는 협회등록법인이 발행한 유가증권의 매매거래로 인한 손해배상청구에 한 하고⁵¹ 구성원이 50인 이상일 것을 조건으로 하므로,⁵² 증권집단소송의 피해자는 상당수에 이를 것으로 예상된다.⁵³ 따라서 소장에 구성원 전원의 성명

46 법 제8조 제5호; 제9조 제1항 제4호

47 법 제15조 제2항 제4호

48 법 제27조 제1항

49 법 제37조

50 법 제2조 제2호

51 법 제3조 제2항

52 법 제2조 제1항 제4호

53 장덕조/김기호, 앞의 글, 388면

을 명기하는 것은 사실상 불가능하다. 선정당사자 소송이나 공동소송과 달리 새로운 형식으로 기재될 필요가 있는 것이다. 범도 이러한 점을 고려하여 총원의 '명단'이 아니라 '범위'만 특정하도록 하고 있다.

총원은 대체로 다음 요소들을 특정하는 방법으로 이루어질 수 있다.

㉠ 문제되는 유가증권 : 그 유가증권을 발행한 회사와 증권의 종류, 발행시기 등을 적시하면 될 것이다.

㉡ 피해의 원인이 된 유가증권의 매매 기타 거래과정⁵⁴ : 구성원이 해당 유가증권을 취득·처분·보유하게 된 사실을 말한다.

㉢ 거래기간 또는 보유시점 : 문제되는 행위가 일정기간 계속적으로 유가증권의 거래 또는 가격형성에 영향을 미친 경우, 그 기간 내 유가증권의 거래 등으로 피해를 입은 자들이 집단의 구성원이 된다.⁵⁵ 예컨대 사업설명서 허위기재에 따른 손해배상을 구하는 경우, 그 사업설명서의 공람일로부터 기재내용이 허위라는 사실이 시장에 알려지게 된 날까지가 된다.

㉣ 피고 및 피고 관련자 배제 : 비록 해당 유가증권에 관하여 해당기간에 거래한 것이 사실이라도 문제되는 불법행위에 직접 가담한 피고 등은 제외하는 것이 보통이다. 미국 실무에서는 피고 관련자들(예컨대 피고 가족, 피고가 대표이사로 있는 다른 기업 등)을 모두 배제한다. 이는 이들에게 법률상 손해배상청구권이 없어서라기보다 다른 구성원(대표당사자를 포함)과 이해관계가 대립할 가능성이 크기 때문으로 사료된다.

이중 "거래기간이나 보유시점"이 가장 심각하게 다투어진다. 이를 어떻게 설정하느냐에 따라 구성원의 수와 손해배상액이 크게 달라지기 때문이다. 피고는 가능한 한 이 기간을 짧게 단축하려 할 것이고, 원고는 가능한 한 길게 특정하려 할 것이다. 하지만 거래기간을 지나치게 길게 정하면, 자칫 집단소송 허가요건인 쟁점의 공통성이나 대표당사자 허

가요건인 적절성 요건을 깨뜨리는 결과를 초래할 수도 있다. 예컨대 문제 회사가 여러 차례에 걸쳐 허위공시를 하였고 그 내용과 문제점이 서로 달랐다면 이를 모두 아울러 하나의 총원을 구성할 경우, 중요한 쟁점이 공통되지 않거나 특정 시기에 분쟁 주식을 구매한 대표당사자와 다른 시기에 분쟁 주식을 매입한 구성원 사이에 이해관계의 충돌을 낼 수 있다. 따라서 원고의 입장에서는 총원의 범위를 적절히 설정하는 것이 집단소송 허가를 받는 데 중요하며, 법원은 이에 관한 적절한 소송지휘를 통해 집단소송에 따른 이익(회사의 소송을 통한 소액다수 피해구제)과 부작용(불필요한 기관력의 확장과 그에 따른 구성원들의 재판받을 권리 침해) 사이의 긴장관계를 해결하도록 노력해야 할 것이다.

(3) 작성 사례

실무상 편의를 돕기 위해 총원의 범위에 관한 미국의 기재 예를 살펴보면 다음과 같다.

1) 유가증권신고서 허위신고 사례

장밋빛 사업설명서를 내고 기업공개(IEO, Initial Public Offering)를 한 회사가 공모 직후 3주 만에 사업설명서에 기재한 사업을 수행할 능력이 없다는 발표를 하여 주가가 급락하고 6개월 만에 상장폐지된 사건에서 총원의 범위는 다음과 같이 허가되었다.⁵⁶

"1999년 11월 11일(공모일 : 필자 주)부터 2000년 1월 24일(사업수행능력 부재 사실을 공표한 날 : 필자 주) 사이에 공개시장에서 피고회사의 보통주를 매수한 모든 자(피고와 특정 피고 이해관계인 제외)로서 1934년 증권거래법 제10(b)조, 20(a)조 및 동 규칙 10b항을

54 법 제2조 제2호

55 장덕조/김기호, 앞의 글, 388면

56 Bell v. Ascendant Solutions, Inc., 422 F.3d 307 (5th Cir. 2005).

위배하여 이루어진 피고들의 허위 또는 기만적 발표에 손해를 입은 자들.”

2) 사기에 의한 이익취득

발행주식 총수의 3분의 2 찬성을 요하는 합병계획에 관한 결의사항 및 의결권 위임에 관한 통지를 주주들에게 발송하면서 발행주식 총수의 30% 이상을 소유한 대주주가 1주당 28달러를 합병대가로 받는 것에 찬성한다고 명기하였는데, 사실 이러한 합병계획과 주식평가는 주주들에게 대단히 불리한 것이었고 대주주가 이에 동의한 이유는 즉시 위 주식을 처분해야 하는 개인적 사정 때문이었는데도 이러한 사실을 고지하지 않은 채 의결권위임을 요청한 것은 증권 관련 사기라는 이유로 손해배상과 합병 무효가 구해진 사건에서 법원은 다음과 같이 총원을 승인하였다.⁵⁷

“1982년 7월 9일(합병대가지급 기준시점 : 필자 주) 당시 피고회사의 A종 주식을 보유하고 있었고 1982년 8월 11일자 합병계획에 따라 주식매수를 신청한 자들. 단 피고들과 그 가족, 그들에 의하여 지배되는 법인 및 계열사를 제외한다.”

IV. 대표당사자요건

1. 최근 3년간 3회 이상 증권 관련 집단소송의 대표당사자 또는 소송대리인으로 관여하지 않았을 것

“최근 3년간 3회 이상 증권 관련 집단소송의 대표당사자 또는 소송대리인으로 관여한 자는 증권 관련 집단소송의 대표당사자(가) 될 수 없다. 다만 제반 사정에 비추어 보아 (총원의 이익을 공정하고 적절히 대리하는 데) 지장 없다고 법원이 인정한 자는 그러하지 아니하다.”⁵⁸

미국 증권소송개혁법이 최근 3년간 5회 이상 집

단소송 대표원고가 될 수 없도록 한 것을 보다 엄격히 정한 것이다.⁵⁹

이 규정은 증권집단소송을 전문으로 하는 이른바 직업적 원고에 의한 남소를 방지하기 위함이다.⁶⁰ 미국에는 증권집단소송의 대표당사자만 전문적으로 하는 자들이 있다. 집단소송이 제기될 가능성이 높을 것으로 예상되는 기업들을 선별하여 소수의 주식을 사두었다가 분쟁이 발생하면 주주의 지위를 주장하며 집단소송을 제기하는 것이다.⁶¹

우리 법이 미국법과 다른 한 가지는, 미국에서는 원고 본인이 직접 대표당사자로 나선 경우뿐만 아니라 대표당사자의 임원이었던 경우도 감안하도록 하고 있는 반면 우리 법은 이에 관한 명시적 언급이 없다는 점이다. 법 제11조 제3항의 ‘대표당사자’를 ‘대표당사자의 임원’을 포함하는 것으로 해석하는 방법도 있겠으나, 이는 문리해석의 범위를 벗어나지 않는 것으로 사료된다. 따라서 다음에 살펴보는 대표적격성요건의 중대한 판단 자료로 삼는 것이 합당할 것이다. 예컨대 사실상 개인 기업과 다른 없는 회사의 대표이사가 회사명의로 개인명의를 번갈아 가며 소송을 제기하였다면, 직업적 원고의 성격이 강해 총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있는지 상당히 의심이 간다고 할 것이고, 반대로 대

57 Kas v. Financial General BankShares, Inc., 105 F. R. D. 453, 459 (D. C. C. 1985).

58 법 제11조 제3항.

59 15 U. S. C. §77z-1(a)(3)(B)(vi) 참조.

60 Paul A. Ferillo, et al., Still Refusing to Surrender: Strategies for Combating Class Certification in Securities Class Action Cases, 1332 PLI/Corp 435, p.448 (2002).

61 예컨대 Hanon v. Dataproducts Corp., 976 F.2d 497 (9th Cir. 1992) 사건에서 대표당사자 신청이 기각된 원고는 과거 이미 네 차례나 증권집단소송을 제기한 경험이 있었고, 피고 회사의 주식 단 10주를 실제 거래가격보다 훨씬 높은 비용을 지불하여 매수하였으며, 그 밖에도 피고 회사와 유사하게 집단소송을 당할 처지에 있는 7개의 회사 주식도 10주씩만 매수하였다. 전형적 직업적 원고의 사례이다.

기업의 비등기이사나 사외이사로서 대기업이 수행한 대표당사자 소송에 직접 관여한 바 없다면 특별히 문제될 게 없겠다.

“제반 사정에 비추어 보아(총원의 이익을 공정하고 적절히 대리하는 데) 지장 없”어 3년간 3회 이상 대표당사자 참여가 허용되는 피해자는 기관투자자가 대표적이다. 기관투자자들은 성격과 투자규모에 비추어 볼 때, 집단소송을 제기할 수 있는 위치에 있을 가능성이 높은 반면 집단소송을 남용할 위험성은 낮기 때문이다. 아래에서 상세히 살펴보는 것과 같이 대표당사자로 기관투자자를 선호하는 증권집단소송법의 취지에 부합하는 해석이다. 미국 법원도 “직업적 원고에 대한 제한 규정을 기관투자자들에게 기계적으로 적용할 수는 없다”라고 한다.⁶² 단 기관투자자라고 하여 무한정 집단소송을 허용할 수는 없다. 기관투자자라도 너무 많은 집단소송에 관여한다면, 이는 ‘투자’라는 기관투자자의 목적에 반할 뿐 아니라 차칫 개개의 소송에 소홀해져 총원의 이익을 공정하고 적절히 대리하지 못할 염려가 있기 때문이다.⁶³ 이 문제 역시 다음에서 살펴보는 ‘대표자 적격성’을 판단하는 하나의 요소로 고려하면 될 것이다.

2. 총원의 이익을 공정하고도 적절히 대표할 수 있는 구성원일 것

(1) 총설

대표당사자는 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 구성원이어야 한다.⁶⁴ 대표당사자가 수행한 집단소송의 판결이 비참여 구성원들에게도 효력을 미치고, 비록 법원의 허가가 필요하기는 하지만 대표당사자는 소 취하나 청구의 포기·화해 등을 할 수 있으므로, 총원의 이익을 공정하고 적절하게 대표할 수 있는 자를 대표당사자로 삼는 것은 집단소송의 성패를 좌우하는 가장 중요한 문제이다.

미국법원은 대표당사자의 적격을 심리할 때 다음과 같은 사항들을 고려한다.⁶⁵

ㄱ 대표당사자와 비참여 구성원들 사이에 이해 상반관계가 없을 것.

ㄴ 소송과정에 적극적으로 참여하고 비참여 구성원들의 이익을 보호할 의사와 능력이 대표당사자에게 있을 것.

ㄷ 능력과 열정, 그리고 경험이 있는 소송대리인이 대리할 것.

미국법은 이 밖에 명문으로 ㄹ “대표당사자의 청구 또는 항변이 총원의 전형적 청구 또는 항변”일 것도 요구하는데(*typicality*요건),⁶⁶ 우리 법은 대표당사자요건으로 이를 따로 명시하고 있지 않다. 하지만 우리 법을 해석함에도 이러한 *typicality*요건은 당

62 In re Vicuron Pharms., Inc. Sec. Litig., 225 FRD 508, 512 (E.D. Pa. 2004).

63 예컨대 In re Enron Corp. Sec. Litig., 206 F. R. D. 427, 444 (S. D. Tex. 2002) 사건에서, 남부텍사스 연방지방법원은 기관투자자가 동시에 다수의 증권집단소송에 관여하거나 대표당사자로 선정되는 것은 개별소송수행에 들일 수 있는 자원을 감소하게 하고 소송대리인에 대한 감독을 소홀하게 하는바 이는 증권소송개혁법의 목적에 반한다면서, 이미 여러 개의 집단소송에 관여하고 있는 기관투자자의 대표당사자 신청을 기각하였다. 반면 현재 진행 중인 것이 아니라 과거 3년간 7회에 걸쳐 증권집단소송의 대표당사자로서 소송을 수행했다는 것은 도리어 당해 집단소송을 적절히 수행할 능력이 있는 증거라면서 대표당사자 신청을 적극 허용한 사례가 있다. In re Gemstar-TV Guide Int'l, Inc. Sec. Litig., 209 F. R. D. 447, 454 (C. D. Cal. 2002).

64 법 제11조 제1항. 미국법은 FRCP §23(a)(4)과 15 U. S. C. 77z-1(a)(3)(B)(ii)(aa)에서 같은 내용을 요구하고 있다.

65 In re HealthSouth Corp. Sec. Litig., 213 F. R. D. 447, 460-461 (N. D. Al. 2003); Feder v. Electronic Data System Corp., 429 F.3d 125, 130 (5th Cir. 2005); In re Tyco Int'l Ltd. Sec. Litig., MDL No.00-MD-1335-B ALL CASES, 2000 U. S. Dist. LEXIS 13390, at *23 (D. N. H., Aug. 17, 2000); Kas v. Financial General BankShares, Inc., 105 F. R. D. 453, 461 (D. C. C. 1985), cert. denied 431 U. S. 954, 97 S. Ct. 2675 (1977).

66 FRCP §23(a)(3), (4).

연히 고려되어야 한다. 대표당사자의 청구나 주장 내용이 소송에 참여하지 않는 다른 구성원들의 그것과 다르다면, 대표당사자가 다른 구성원들을 위한 청구나 주장을 피는 데 소홀할 수밖에 없고 이는 총원의 이익을 공정하고 적절하게 보호하는 것이 아니기 때문이다.

위 고려사항들 중 ㉸은 소송대리인에 대한 허가 요건 부분에서 따로 살피기로 하고, 나머지 항목들을 하나씩 살펴본다.

(2) 대표당사자의 청구 또는 주장이 총원의 전형적 청구 또는 주장일 것

미국 법원은 대표당사자와 비참여 구성원들의 청구원인이 기본적으로 동일한 사실관계에서 비롯되고, 피고의 책임을 증명하기 위하여 유사한 법률상 주장을 하게 되면 족하다고 한다.⁶⁷ 대표당사자의 청구원인 사실이 다른 구성원의 그것과 완벽하게 동일할 필요는 없다.⁶⁸ 하지만 대표당사자의 법률상 주장이 다른 구성원의 법률상 주장과 잠재적 충돌의 우려가 있어서는 안 된다.⁶⁹

대표당사자와 다른 구성원의 청구원인이 얼마나 유사할 것인지 판단하는 일은 쉽지 않다. 장래의 본안심리과정에서 대표당사자가 어떠한 주장 혹은 입증을 할지 미리 알기 어렵고, 소송에 적극적으로 관여하지 않는 다른 구성원들의 이해관계와 공격방어 방법을 일일이 알기는 더 더욱 어렵기 때문이다. 따라서 대표당사자의 법률상·사실상 청구원인이 얼마나 다른 구성원의 그것과 일치하는가를 적극적으로 검토하기보다는 대표당사자가 제기할 것으로 예상되는 법률상·사실상 주장이 다른 구성원의 그것과 혹시 충돌할 가능성이 없는지 하는 소극적 관점에서 고려되는 것이 보통이겠다. 현실적으로 모든 비참여 구성원의 이해관계와 청구원인을 고려하는 것은 불가능하므로 복수의 대표당사자 신청이 있고 이에 관한 다툼이 있을 때에 비로소 그 범위 내에서

실질적 판단이 가능하겠다.

대표적인 예로 피고 회사가 대표당사자 신청인에 게만 주장할 수 있는 특별한 항변사유를 가지고 있다면 그 신청인은 대표당사자가 될 수 없다.⁷⁰ 자칫 그러한 개별적 항변이 소송의 주요 쟁점이 되어 다른 구성원들의 청구와 주장을 적절히 심리하지 못할 염려가 있기 때문이다.⁷¹ 특별한 항변사유는 주요한 쟁점이 될 염려가 있으면 족하고 궁극적으로 인용되어야만 하는 것은 아니다.⁷² 대표당사자 허가 단계에서 본안에 관한 쟁점을 판단하는 것 자체가 부적절할 뿐더러 중요한 것은 특정한 쟁점에 대한 승패 여부가 아니라 그에 관한 분쟁으로 말미암아

67 In re Ashanti Goldfields Sec. Litig., No. CV 00-0717 (DGT), 2004 WL 626810, at *13 (E. D. N. Y. Mar. 30, 2004); In re Lucent Techs., Inc. Secs. Lit., 194 F. R. D. 137, 2000 WL 628805, at *11 (D. N. J. 2000); Takeda v. Turbodyne Techs., Inc., 67 F. Supp. 2d 1129, 1136 (C. D. Cal. 1999).

68 Kas v. Financial General BankShares, Inc., 105 F. R. D. 453, 461 (D. C. C. 1985); In re Cendant Corp. Lit., 182 F. R. D. 144 (D. N. J. 1998)에서는, 집단소송제기자가 청구원인으로 삼는 법률규정과 자신이 청구의 기초로 삼고자 하는 법률규정이 다르고 두 규정상 일부 요건이 다르며, 손해배상의 방법과 분배과정에 이해충돌이 생길 수 있다는 이유로 집단소송제기자의 대표당사자 선정에 반대하면서 자신을 대표당사자로 선임해 달라는 신청에 대하여 "모든 구성원은 누구나 자신에게 가장 유리한 결과를 기대할 이익이 있지만, 법률이 대표당사자에게 요구하는 것은 그러한 이익에 대한 '적절한(adequate)' 대표일 뿐이고(최고의 대표가 아니라; 필자 주), 전쟁에서 모든 병사가 장군이 될 수는 없는 것"이라면서 이를 기각하였다.

69 In re HealthSouth Corp. Secs. Litig., 213 F. R. D. 447, 463 (N. D. Al. 2003).

70 15 U. S. C. 77z-1(a)(3)(B)(iii)(II)(bb) 참조. 이 조항의 상세한 내용은 아래 (3)항에서 다시 살펴본다.

71 McNichols v. Loeb Rhoades & Co., Inc., 97 F. R. D. 331, 334 (N. D. Ill. 1982); Gary Plastic Packaging Corp. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 903 F.2d 176, 180 (2d Cir. 1990), cert. denied, 498 U. S. 1025 (1991); Hanon v. Dataproducts Corp., 976 F.2d 497, 508 (9th Cir. 1992).

72 J. H. Cohn & Co. v. American Appraisal Associates, Inc., 628 F.2d 994, 999 (7th Cir. 1980).

총원의 다른 중요한 주장과 공격방어방법이 제대로 심리되지 않을 위험성 여부이기 때문이다.⁷³

(3) 대표당사자와비참여 구성원 사이에 이해상반관계가 없을 것

대표당사자가 비참여 구성원과 이해상반관계에 있어서는 안 된다. 이해상반관계 때문에 다른 구성원들의 이익을 공정하고 적절히 대표하지 않을 우려가 있기 때문이다. 이해상반관계가 현실적으로 존재하는 경우뿐만 아니라 잠재적으로 이해충돌의 가능성이 있고 어느 한쪽이 다른 한쪽을 위해 희생하지 않으면 안 되는 관계라면 족하다.⁷⁴

예컨대 *In re HealthSouth Corp. Secs. Litig.*, 213 F. R. D. 447 (N. D. Ala. 2003) 사건에서 피고회사는 허위정보를 공시하여 자신의 주가를 조작하였고, 그렇게 과대평가된 주가를 기초로 주식교환의 방식에 따라 제3의 회사를 합병하였다. 이 무렵 공개시장에서 피고회사의 주식을 매수한 투자자 일부는 ‘공개시장에서 피고회사의 주식을 매수한 자들’과 ‘위 합병과정에서 합병대가로 피고회사의 주식을 교부 받은 자들’ 모두를 총원으로 삼아 피고회사 및 임원들을 상대로 집단소송을 제기하였다. 이에 대하여 법원은 위와 같은 허위공시 후 합병 전 해당회사의 주식을 매수·보유하고 있던 자들은 제3회사와의 합병 과정에서 상당한 이익을 보았고(과평가된 해당회사 주식 교부 결과, 제3회사의 자산을 헐값에 산 셈이 되고 그러한 이익은 당시 주주들에게 귀속된다), 피합병 회사 주주들은 손해를 보았던바, 이 두 집단 사이에는 무시할 수 없을 정도로 크고 명백한 이해관계의 대립이 있어 이들 모두의 이익이 하나의 집단소송에서 공정하고 적절히 대표되기 힘들다는 이유로 집단소송허가신청을 기각하였다. 그 밖에 단기차익 거래(short term arbitrage)를 주로 하는 투자자와 장기 투자를 목적으로 하는 투자자들은 이해상충관계에 있다는 판례가 있고,⁷⁵ 합병계획을 승인한 이사는

합병계획을 다루는 집단소송을 대표할 수 없다는 판례도 있다.⁷⁶ 분쟁이 된 사안이 주주총회의 결의를 거친 것이라면, 그 사안에 동의한 주주와 반대한 주주 사이에는 이해상반의 위험이 있다는 판례도 보인다.⁷⁷

변호사인 주주가 스스로를 소송대리인으로 지정하면서 동시에 대표당사자 신청을 하는 것은 다른 구성원과의 이해충돌의 가능성 때문에 허용될 수 없다.⁷⁸ 집단소송의 소송대리인은 성공보수약정을

73 일례로 *Kas v. Financial General BankShares, Inc.*, 105 F. R. D. 453 (D. C. C. 1985) 사건을 살펴보면, 피고회사는 발행 주식 총수의 3분의 2의 찬성을 요하는 합병계획에 관한 결의 사항 및 의결권 위임에 관한 통지를 주주들에게 보내면서, 발행주식 총수의 30% 이상을 소유한 대주주가 1주당 28달러의 합병대가를 받는 데 찬성하고 있다고 명기하였다. 원고의 반대에도 불구하고 합병계획이 주주총회를 통과하자, 원고는 이러한 합병계획 및 주식평가는 주주들에게 대단히 불리한 것이었고, 통지서에 명기된 대주주는 즉시 위 주식을 처분하지 않으면 안 되는 개인적 사정 때문에 찬성한 것에 불과한데도 이러한 사실을 고지하지 않은 채 의결권 위임을 요청한 것은 증권관련 사기이자 이사의 충실의무위반이라고 주장하면서, 당시 위와 같은 위임요청서를 받은 모든 주주를 총원으로 하는 집단소송을 제기했다. 이에 대하여 워싱턴 연방항소법원은 합병에 찬성한 다수의 다른 주주들과 달리 원고는 기망적인 통지내용과 관계없이 합병에 반대하는 투표를 했기 때문에, 원고의 손해와 피고의 기망행위(기사 인정한다고 하더라도) 사이에 인과관계가 없다는 점이 중요한 쟁점이 될 수 있고, 이것은 원고에게만 특별히 해당하는 사유이므로, 원고는 typicality요건을 충족하지 못한다고 판단하였다.

74 *In re HealthSouth Corp. Secs. Litig.*, 213 F. R. D. 447, 460 (N. D. Ala. 2003); *Telecomm Tech. Servs., Inc. v. Siemens Rolm Communications, Inc.*, 172 F. R. D. 532, 544-545 (N. D. Ga. 1997); *Wyatt v. Poundstone*, 169 F. R. D. 155, 165 (M. D. Ala. 1995).

75 *In re Templeton Sec. Litig.*, No.98-6059 (S. D. Fla. Jul. 9, 2001).

76 *Wachovia v. Houser*, No.8:01-CV-1041-T-17MSS (M. D. Fla. Aug. 7, 2002).

77 *East Tex. Motor Freight Sys. Inc. v. Rodriguez*, 431 U. S. 395, 399-400, 405 (1977).

78 *Matassarini v. Lynch*, 174 F.3d 549, 559 (5th Cir. 1999); *Zylstra v. Safeway Stores, Inc.*, 578 F.2d 102, 104 (5th Cir. 1978).

하는 경우가 많은데, 대리인으로서 비록 구성원에게 가장 이익이 되지 않는다고 하더라도 최소의 비용으로 최대의 보수를 받는 선에서 분쟁을 마무리짓고 싶은 유혹을 받는다. 이는 비참여 구성원들의 이해관계에 명백히 반하는 것이다. 이러한 소송 대리인의 이해상반행위를 통제하는 것이 대표당사자의 임무인 만큼 그러한 자를 구성원 전체의 대표로 삼을 수 없다는 것이다.

이해관계의 충돌가능성이 반드시 경제적인 것에 국한될 필요는 없다. 예컨대 대표당사자 신청인이 피고 혹은 잠재적 피고와 가족 혹은 밀접한 혈연 관계에 있다면, 이 역시 대표당사자 결격사유가 될 수 있겠다.⁷⁹

대표당사자의 소송 전략과 비참여 구성원들의 그것이 다르다는 것만으로 이해관계의 충돌을 낳지는 않는다. 언제, 어느 법원에, 누구를 상대로, 어떠한 청구를 하는가는 소송 전략에 속한다. 따라서 집단소송의 피고로 삼을 수 있는 자를 피고로 삼지 않았다는 이유만으로 원고의 대표당사자 신청인자격이 박탈되는 것은 아니다. 다만 합리적인 이유 없이 승소가 가능성이 높은 잠재적 피고를 상대로 소송을 제기하지 않았다면, 그러한 사실은 원고의 대표당사자 적격에 의문을 품게 하는 하나의 이유가 되겠다.⁸⁰

대표당사자 신청인이 문제 회사의 주식을 여전히 보유하고 있는지도 문제된다. 증권집단소송은 문제된 불법행위에 관여한 이사, 감사 등 개인을 피고로 삼는 게 원칙이다.⁸¹ 하지만 많은 경우, 회사가 임원에게 업무 중 행위에 따른 책임에 관하여 면책을 약속해 주거나(indemnification agreement) 이에 갈음하는 임원책임보험 등을 가입하기 때문에 중국적으로 집단소송의 부담은 회사가 진다. 그러다 보니 더 이상 당해 회사의 주주가 아닌 '비주주-피해자'들은 최대한 많은 손해배상을 받는 것에만 관심을 갖는 반면, 당해 회사의 주식을 여전히 소유하고 있는 '주주-피해자'는 자신이 개인적으로 받게 될 손해배상액수도 중요하나 자신이 지분을 가지고 있는

회사가 중국적으로 부담할 손해배상액에 대하여도 이해관계를 갖는다. 총 배상금액이 커질수록 보유 주식의 가치가 떨어지거나 심할 경우 회사가 존폐의 위기에 처할 가능성이 있기 때문에 소송수행에 적극적이 되지 않을 우려가 있는 것이다. 따라서 대표당사자 신청인이 집단소송 제기 당시 여전히 문제 회사의 주식을 보유하고 있다는 사실은 대표당사자 허가에 부정적 요소가 되겠다.⁸² 하지만 주주-피해자라고 하여 무조건 대표당사자가 될 수 없는 것은 아니다. 상장회사 주식 몇 주를 우연히 가지고 있는 것만으로 실질적 이해충돌이 있다고 말하기는 어렵기 때문이다. 우리 법은 대표당사자 신청인에게 문제 회사의 주식 보유 여부를 공개하도록 명시적으로 요구하고 있지 않다.⁸³ 하지만 석

79 Kolin v. American Plan Corporation, No.CV-84-3183, 1986 U. S. Dist. Lexis 27057 at *8 (E. D. N. Y. Apr. 8, 1986).

80 In re Elec. Data Sys. Corp. Secs. Litig., 429 F.3d 125, 135 (5th Cir. 2005) 참조. 이 사건에서는 뉴저지주 정부가 대표당사자 신청과 동시에 집단소송을 제기하였는데, 문제된 피고 회사의 회계감사를 맡았던 회계법인을 피고로 삼지 않았다. 그러자 피고 회사에 투자하였던 다른 구성원들은 회계법인을 피고 명단에서 누락한 것은 뉴저지주의 대표당사자 적격을 상실시키는 것이라고 다투었다. 이에 대하여 법원은 뉴저지주가 회계법인을 피고에서 제외한 것은 자체 조사 결과 회계법인 역시 피고회사로에게 기망당한 것으로 밝혀져 회계법인을 피고로 삼지 않는 것이 소송전략상 유리하겠다는 판단에 따른 것이고, 단지 뉴저지주가 과거 같은 회계법인을 이용했다는 사실만으로 뉴저지주가 총원의 이익을 적절히 대표할 수 없는 것은 아니라고 판단했다.

81 예컨대 유가증권신고서 허위작성에 관한 책임은 신고자 본인과 신고 당시의 당해 법인의 이사 또는 실질적 지배자, 당해 유가증권신고서의 기재사항의 진실성 등을 보장한 공인회계사 등이 부담한다(증권거래법 제14조).

82 주주-피해자와 비주주-피해자 사이의 이해상반 문제와 이에 관한 처리방법에 관해서는 In re Seagate Tech, II Sec. Litig., 843 F. Supp. 1341, 1362-1364 (N. D. Cal. 1994)에 잘 정리되어 있다.

83 법 제9조 제2항은 단지 최근 3년간 대표당사자로 관여한 증권관련 집단소송내역과 당해 소송 수행을 위하여 관련 유가증권을 취득하지 않았다는 사실만 명기하도록 하고 있다.

명의 방법으로 대표당사자 신청인이 보유하고 있는 주식의 수량, 보유 경위 및 목적 등을 확인하여 실질적 이해상반관계 유무를 판단하는 것이 바람직하겠다.

(4) 소송수행에 적극적으로 관여하고 비참여 구성원들의 이익을 보호할 수 있는 의사와 능력이 있을 것

대표당사자는 집단소송진행에 적극적으로 관여하고 비참여 구성원들의 이익을 보호할 수 있는 의사와 능력이 있어야 한다. 대표당사자는 소송대리인이 총원의 이익보다 자신의 이익을 앞세우는 것을 방지할 책임이 있고, 나아가 총원의 의사와 견해를 수렴하여 총원의 이익을 최대한 확보해야 하기 때문이다.

1) 소송제도 및 과정에 대한 이해와 능력의 정도

미국에서 가장 많이 논란되는 것은 대표당사자가 소송내용과 진행과정을 얼마나 상세히 알고 있거나 알 수 있어야 하는가 하는 점이다. 일부 판례는 증권소송개혁법의 취지가 집단소송의 주도권을 소송대리인으로부터 대표당사자에게 회복시키는 것에 있으므로, 대표당사자는 소송과정을 통제할 수 있을 정도로 사건의 내용에 대하여 충분히 숙지하고 있어야 한다.⁸⁴ 이러한 입장에 따라 소 제기 전에 소장을 딱 한 번밖에 훑어보지 않았고 제소 내용조차 잘 모르고 있던 자에 대한 대표당사자 허가가 거부되었고,⁸⁵ 집단소송 제기 및 대표당사자 신청의 주요 경과를 모르고 있던 경우에도 대표당사자 적격이 부정된 사례가 있으며,⁸⁶ 일면 부지의 변호사에게 한 번의 면담도 없이 자기 명의로 소를 제기하도록 승낙한 자는 총원을 적절히 대표하기 어렵다고 한 판례도 있다.⁸⁷

반면 다른 법원은 증권소송개혁법 어디에도 대표당사자의 적격성 여부에 대하여 이와 같이 엄격한

심사를 하도록 요구하는 규정이 없고, 구성원들의 권리를 보호한다는 명분 아래에 사실상 그들이 집단소송에 참여할 수 있는 권한을 박탈할 우려가 있다고 지적한다.⁸⁸ 예컨대 원고가 이민자로 영어 구사능력이 다소 떨어진다고 하더라도 일상적 영어를 이해하는 정도만 된다면 대표당사자 업무를 수행하는 데 충분하다는 판례가 있다.⁸⁹

후자의 견해가 설득력 있다. 당사자는 법률적 지식과 전문성에서 변호사와 비교가 되지 않는다. 따라서 당사자에게 변호사의 소송수행을 실질적으로 통제하고 지휘할 수 있는 정도의 지식과 책임을 요구하는 것은 무리이다. 사건을 전달할 대리인 선임을 강제하고 다시 대리인의 행동을 일일이 감시하고 감독하라고 요구하는 것은 비효율적이다. 따라서 당사자가 분쟁 및 소송의 경과에 대하여 이해할 능력이나 관심이 현저히 부족하여 소송대리인이 총원의 이익에 반하여 소송을 수행하는 것을 막지 못할 위험이 있다면 대표당사자 선정을 기각해야 마땅하지만, 이를 넘어 대표당사자에게 특정 수준의 경험이나 전문성·지적 능력이나 경제적 능력 또는 사건의 법률적 쟁점에 대한 이해와 지식까지 적극적으로 요구하는 것은 부적절하다고 하겠다.⁹⁰

84 Berger v. Compag Computer Corp., 257 F.3d 475, 479 (5th Cir. 2001).

85 Levine v. Berg, 79 F. R. D. 95 (S. D. N. Y. 1978).

86 Pashek v. Arizona Board of Regents, 82 F. R. D. 62 (D. Ariz. 1979).

87 Norman v. Arcs Equities Corp., 72 F. R. D. 502 (S. D. N. Y. 1976).

88 In re HealthSouth Corp. Sec. Litig., 213 F. R. D. 447, 461 (N. D. Al. 2003); In re Elec. Data sys. Corp. Secs. Litig., 429 F.3d 125, 130 (5th Cir. 2005).

89 Surowitz v. Hilton Hotel Corp., 383 U. S. 363, rehearing denied, 384 U. S. 915 (1966).

90 In re Elec. Data sys. Corp. Secs. Litig., 429 F.3d 125, 130 (5th Cir. 2005)도 같은 입장이다.

2) 대표당사자 신청인의 정직성과 신뢰도

대표당사자 신청인의 정직성과 신뢰도(trustworthiness)도 대표당사자 적격심사 과정에서 문제된다.⁹¹ 예컨대 *Kline v. Wolf*, 702 F.2d 400, 403 (2d Cir. 1983) 사건에서 집단소송 신청인은 피고 회사의 연례보고서를 보고 그 주식을 사기로 결정했다고 진술했는데, 사실은 원고가 주장한 시점에 그러한 보고서가 나와 있지도 않았다. 이에 대하여 제2지구 연방항소법원은 “비록 원고의 진술이 단순한 착오의 결과일 수도 있지만, 이는 원고의 신뢰성에 심각한 의문을 제기한다” 라면서 그의 집단소송 허가신청 및 대표당사자 허가신청을 기각했다. *Zandran v. Joseph*, 102 F. R. D. 924, 933-934 (N. D. Ind. 1984) 사건에서는 신청인이 밝힌 피고회사주식의 거래 횟수, 보유 계좌 내역 등이 증권회사 담당 직원에 대한 심문 결과와 다른 것으로 밝혀졌다. 본인이 인정한 것보다 적어도 14회는 더 피고 회사의 주식을 거래하였고, 본인 명의 혹은 본인이 실질적으로 지배하고 있는 다수의 증권계좌가 더 있었던 것이다. 이에 대하여 법원은 원고의 신뢰성에 심각한 의문이 있다면서 집단소송허가를 기각하였다. 미 연방대법원이 잘 지적한 것처럼⁹² 총원의 이익이 집단소송 과정에서 얼마나 공정하고 적절히 대변될 수 있는가는 대표당사자의 성실성과 지혜, 그리고 진실성에 달려 있다. 단순히 법률적 이해관계의 충돌 여부를 넘어서는 것이다. 그런 점에서 정직성과 신뢰성에 심각한 문제가 있어 총원의 이익을 대리할 수 없다고 판단된다면 대표당사자 신청을 기각해야 한다. 다만 집단소송 신청인의 대표당사자 신청 기각은 다른 대표당사자가 없는 한 집단소송 허가신청에 대한 기각, 즉 총원에 대한 구제의 거절로 이어진다는 점에서 신중할 필요가 있다는 점 역시 염두에 두어야 한다.⁹³

3) 비신청 구성원들의 지지와 참여 여부

다른 구성원들이 대표당사자 신청인 혹은 그가 제기한 집단소송에 얼마나 적극적으로 지지·참여

하고 있는지도 고려대상이다. 워싱턴지구 연방항소법원은 대표당사자 신청인이 집단소송을 제기한 후 단 한 명의 주주도 별개의 대표당사자 신청이나 그 소송에 대한 지지·지원의 의사를 밝히지 않았고, 도리어 발행주식총수의 15%에 달하는 주식을 보유한 주주들이 이미 동일 사안에 대하여 별개의 소송을 진행하고 있으며 그들은 이 집단소송에 참여하지 않겠다는 의사를 분명히 밝힌 사안에서, 이러한 점들을 대표당사자 신청인이 대표당사자로 적격하지 않음을 증명하는 하나의 근거라고 보았다.⁹⁴

4) 집단소송 수행을 위한 주식 취득 여부

“당해 증권 관련 집단소송을 수행하기 위하여 또는 소송대리인의 지시에 의하여 당해 증권 관련 집단소송과 관련된 유가증권을 취득” 한 경우에는 대표당사자가 될 수 없다. 대표당사자의 요건으로 직접 명시되어 있는 것은 아니지만, 위와 같은 사실이 없다는 내용의 진술서를 제출하는 것이 집단소송허가신청 및 대표당사자 신청의 요건인 만큼,⁹⁵ 위와 같은 진술서를 제출하지 못하거나 그 내용과 다른 사실이 밝혀진 경우에는 대표당사자가 될 수 없다. 미국 증권소송개혁법도 동일한 내용을 요구하는데,⁹⁶ 직업적 원고나⁹⁷ 증권집단소송을 전문으로 하는 변호사들이 집단소송을 남용하는 것을 막고자 함이다.

91 *Savino v. Computer Credit, Inc.*, 164 F.3d 81, 86 (2d Cir. 1998).

92 *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.*, 337 U. S. 541, 549-550 (1949).

93 *Umbric v. American Snacks, Inc.*, 388 F. Supp. 265, 275 (E. D. Pa. 1975)

94 *Kas v. Financial General BankShares, Inc.*, 105 F. R. D. 453, 462-463 (D. C. C. 1985).

95 법 제9조 제2항 제1호, 제10조 제3항.

96 15 U. S. C. §77z-1(a)(2)(A).

97 직업적 원고에 의한 집단소송 남용의 사례는 위 IV. 1.항 참조.

(5) 집단소송결과에 경제적 이익이 가장 큰 자

법은 “증권 관련 집단소송으로 인하여 얻을 수 있는 경제적 이익이 있는 자”를 “총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 구성원”의 예로 들고 있다.⁹⁸ 대표자신청인이 복수일 때, 이 같은 경제적 이익 문제를 얼마나 비중 있게 해석하여야 하는지 문제가 있다.

미국 법은 집단소송으로 인하여 얻을 수 있는 경제적 이익이 가장 큰 자에게 대표당사자 자격이 있다고 추정하면서, 그에게 “총원의 이익을 공정하고도 적절하게 보호할 수 없거나 피고에게 그에게만 대항할 수 있는 특별한 항변사유가 있어 그에 의한 총원의 대표가 부적절하다”는 사실이 입증되는 경우 추정을 번복할 수 있도록 하고 있다.⁹⁹ 당사자가 변호사에게 끌려 다니는 것을 막기 위한 취지라고 한다. 소송 결과에 큰 이해관계를 가진 자라면, 적극적으로 소송에 관여하여 변호사를 효과적으로 감시·감독할 수 있을 것이라는 기대가 깔려 있다.¹⁰⁰

우리 법이 미국 법을 계수하면서 이와 같은 추정력 규정을 삭제하였다는 사실은 기계적 추정 대신 법원에 좀 더 넓은 재량권을 주었다는 것을 뜻한다. 소송결과에 대한 경제적 이익의 크기가 총원에 대한 적절한 대표가능성과 반드시 비례하는 것은 아닌 만큼, 위에서 살펴본 여러 가지 사정과 더불어 최적의 대표당사자를 선발하는 데 일단 기준으로 삼으면 족하겠다.

미국에서는 이 같은 추정의 혜택을 받기 위해 다수의 피해자가 결집하여 공동대표 당사자를 신청하는 경우가 많은데, 이 점에 관하여는 항을 달리하여 살펴본다.

(6) 공동대표당사자 선임을 둘러싼 문제들

1) 공동대표당사자 선임의 가부

대표당사자가 반드시 1인일 필요는 없다. 우리

증권집단소송법은 “대표당사자가 복수인 경우에는 (공동소송에 관한) 규정을 준용한다”라고 하여 복수의 대표당사자 선정 가능성을 열어 놓고 있다.¹⁰¹ 미국도 마찬가지이다.¹⁰²

2) 공동대표당사자 사이의 관계 문제

공동대표당사자 선정을 둘러싸고 미국에서 가장 격렬히 논의되고 있는 것은 공동대표당사자 신청인들 간에 당해 소송을 위한 인위적 결합을 넘어 일정한 관계가 있어야 하는가이다. 얼핏 생각하면 소송 전에 미리 알고 있거나 일정한 관계에 있는 자가 아니라면 공동으로 대표당사자 신청을 하지 않을 것 같다. 그러나 앞서 밝힌 것처럼 미국법이 경제적 이익이 가장 큰 자를 대표당사자로 추정하기 때문에 가장 큰 경제적 이익을 가진 대표당사자 그룹을 만들기 위해 일면식도 없는 자들이 공동대표당사자 신청을 하는 경우가 발생한다. 비록 미국과 같이 강력한 추정력을 부여하지는 않지만, 우리 법도 경제적 이해관계의 크기를 대표당사자 자격의 기준으로 명시하고 있기 때문에 법원의 적용에 따라 이러한 문제가 충분히 발생할 수 있다.

미국 판례는 갈리고 있다. 일부 법원은 아무런 사전관계(*pre-existing relationship*)도 없는 복수 당사자를 대표당사자로 임명하는 것은 본래 구성원 중 대

98 법 제1조 제1항

99 15 U. S. C. §77z-1(a)(3)(B)(iii).

100 미 의회 속기록은 “대표당사자 규정은 발행회사에 중요한 지분을 가지고 있는 자로서 총원의 이익과 가장 잘 맞는 자가 집단소송에 참여하고 원고 대리인의 선정 및 행동을 통제할 수 있는 가능성을 높이기 위한 것”이라고 하고 있다. H. R. Rep. No.104-369, at 32 (1995) reprinted in 1996 U. S. S. C. C.A. N. pp.730-731. 같은 취지로 Sakhvani v. Brightpoint, Inc., 78 F. Supp. 2d 845, 850 (S. D. Ind. 1999) 참조.

101 법 제20조

102 미국법은 “person or group of person”이 대표당사자가 될 수 있다고 한다. 15 U. S. C. 77z-1(a)(3)(B)(i) 참조.

표당사자를 선발하여 소송을 수행하도록 한 입법취지에 반하고, 법문상 말하는 “group of persons”이란 일정한 관계가 있는 집단(group)을 말한다고 한다. 따라서 공동대표당사자 신청인들 사이에 사전 관계가 없다면, 대표당사자 신청을 허가할 수 없다는 것이다.¹⁰³ 이 견해에 따르면, 대표당사자 신청인들이 가족 간이거나 투자관리를 공동으로 해왔거나 혹은 동일 투자회사가 관리하는 뮤추얼펀드나 연금 기금 등과 같은 관계가 있어야 한다.¹⁰⁴ 이에 대하여 다른 법원은 “group of persons”를 이같이 제한적으로 해석하는 것은 문리해석의 범위를 벗어난다면, 대표당사자의 다른 요건이 충족된다면 비록 사전에 아무런 관계가 없던 자들이라도 공동대표당사자가 될 수 있다고 한다.¹⁰⁵

생각건대 법률에 명문이 없음에도 공동대표당사자 신청인 사이에 일정한 관계가 있을 것을 요구하고, 그렇지 아니한 자들의 신청을 기계적으로 기각하는 것은 무리이다. 하지만 아무런 일면식도 없이 오직 보유주식총액을 늘리기 위해 결합한 자들을 공동대표로 임명하는 것은 소송의 원활한 수행, 소송대리인에 대한 적절한 통제 등에 방해가 될 가능성이 높다. 따라서 공동 대표당사자 신청인 사이에 효과적으로 집단소송을 수행할 수 있을 정도의 밀접한 관계가 있는지 여부는 중대한 고려요소가 된다. 다만 반드시 소송 이전에 일정한 관계가 있어야 할 필요는 없으며, 소송을 위해 결합하였더라도 공동대표 수행의 방법과 절차에 대하여 미리 합의하는 등 현재의 관계가 공동소송 수행에 적합하다면 공동대표도 가능할 것이다. 미국에서도 소수의 기관투자자와 개인투자자들이 사후에 조합을 결성하여 공동대표당사자 신청을 하는 것은 환영받는 분위기이다.¹⁰⁶ 법문에는 명시되어 있지 않지만, 공동대표당사자 신청이 있으면 그들의 관계가 무엇인지, 어떻게 공동대표로서 의사결정과 소송수행을 할 것인지 등에 관하여 석명하고 이를 감안하여 판단하는 것이 바람직하겠다.

3) 적정 공동대표당사자의 규모

또 하나 문제는 적정한 공동대표당사자의 규모가 어느 정도인가 하는 점이다.¹⁰⁷ 일부는 대표당사자의 숫자가 많을수록 변호사에게 휘둘릴 가능성이 적다면서 다다익선을 주장한다.¹⁰⁸ 다수를 공동대표로 하는 것이 총원의 다양한 이해관계를 대변하는데 적합하다는 견해도 있다.¹⁰⁹ 그러나 대표당사자의 수가 너무 많으면, 소송을 효과적으로 진행하거나 화해에 이르기 힘들고 소송대리인을 적절히 선

103 Tice v. Novastar Fin., Inc., 2004 WL 1895180, at *4 n.3 (W. D. Mo. Aug. 23, 2004); In re Conseco, Inc. Sec. Litig., 120 F. Supp. 2d 729, 733 (S. D. Ind. 2000); In re Donnkenney Inc. Sec. Litig., 171 F. R. D. 156, 157-158 (S. D. N. Y. 1997); In re McKessen HBOC Sec. Litig., No. 99-20743, 1999 U. S. Dist. LEXIS 20767 (N. D. Cal. Nov., 2, 1999); Sakhrani v. Brightpoint, Inc., 78 F. Supp. 2d 845 (S. D. Ind. 1999); In re Telxon Corp. Sec. Litig., 67 F. Supp. 2d 803, 813 (N. D. Ohio 1999) 참조. In re Network Assocs., Inc. Sec. Litig., 76 F. Supp. 2d 1017 (N. D. Cal. 1999) 판결은 “이런 투자자들이 공유하는 것은 변호사 밖에 없다”라고 하면서 의사결정 방법과 절차가 없는 다수를 공동대표로 임명하는 것은 입법취지에 반한다고 한다.

104 Sakhrani v. Brightpoint, Inc., 78 F. Supp. 2d 845, 847 (S. D. Ind. 1999).

105 In re Baan Com. Sec. Litig., 186 F. R. D. 214, 216 (D. D. C. 1999); In re Tyco Int'l, Ltd. Sec. Litig., 2000 U. S. Dist. LEXIS 13390, at *16 (D. N. H. Aug. 17, 2000); Yousefi v. Lockheed Martin Corp., 70 F. Supp. 2d 1061, 1067 (C. D. Cal. 1999).

106 Plumbers & Pipefitters Local 51 Pension Fund v. First BanCorp, 2006 WL 91597, at *1 (S. D. N. Y. Jan. 14, 2006); In re Flight Safety Techs., Inc. Sec. Litig., 231 F. R. D. 124, 129 (D. Conn. 2005); Malasky v. IAC/Interactive Corp., 2004 WL 2980085, at *4 (S. D. N. Y. Dec. 21, 2004); In re Cable & Wireless, PLC Sec. Litig., 217 F. R. D. 372, 376 (E. D. Va. 2003).

107 이 쟁점에 관해서는 In re Bann Co. Sec. Litig., 196 F. R. D. 214 (D. D. C. 1999)에서 잘 정리하고 있다.

108 D'Hondt v. Digi Int'l, Inc., 1997 WL 405668 *3 (D. Minn. Apr. 3, 1997).

109 In re Oxford Health Plans, Inc. Secs. Litig., 182 F. R. D. 42, 49 (S. D. N. Y. 1998).

입·감독하기도 어렵다.¹¹⁰ 지나치게 여러 명을 임명하는 것은 오히려 소송대리인을 자유롭게 풀어 주는 셈이 된다.¹¹¹ 미국 증권위원회(SEC)도 “대표당사자는 소송과 소송대리인을 효과적으로 관리할 수 있을 정도의 소수여야 한다” 라면서 3~5명을 적정선으로 제시하였다.¹¹² In re Bann 판결은 “강력하고 효과적이며 효율적이기 위해서는 작은 그룹이 낫다” 라면서 대표당사자의 규모는 합리적 기준에 따라 개별적으로 판단하여야 하되, 3명을 목표로 최대 5~6명을 넘어서는 안 된다고 하였다. 미국 판례 중에는 339명, 300명, 또는 92명에 의한 공동대표당사자 신청을 너무 숫자가 많다고 기각하거나 줄이도록 명한 경우가 있다.¹¹³

생각건대 사건의 내용과 복잡성, 구성원의 규모와 성격, 구성원 사이의 다양한 이해관계의 존재 여부와 그에 대한 개별 대표의 필요성, 다른 대표당사자 신청인의 존재 여부 및 적격요건 등 여러 제반 사정을 종합하여 “총원의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는” 숫자의 대표당사자만 허용해야 할 것이다. 구체적 수치로 적절한 규모를 제시하는 것은 이러한 개별적 판단결과가 누적된 후에야 가능할 것이다. 미국과 같이 소송지휘로 대표당사자의 규모 감축을 유도하는 것도 생각해 볼 만하다.

V. 소송대리인의 선정

1. 소송대리인 선정의 중요성

누가 소송을 대리하는가는 소송의 종류를 막론하고 중요한 문제이다. 변호사의 경험과 능력, 그리고 열정은 소송 결과에 중대한 영향을 미치기 때문이다. 게다가 변호사는 법률과 소송절차에 대한 지식과 경험이 당사자보다 우월하기 때문에 분쟁해결과 정 전반에 대한 당사자의 의사결정에 막대한 영향을 준다. 이러한 소송대리인의 중요성은 집단소송

에서 더욱 커진다. 집단소송의 결과가 제외신고를 하지 아니한 구성원 전체에 미치는 반면, 소송에 참여하지 않는 대다수의 구성원들은 소송대리인의 선정이나 지휘·감독에 사실상 아무런 영향도 줄 수 없기 때문이다.

집단소송에서는 변호사가 소송에 필요한 모든 비용을 선부담하고 승소하거나 피고와 합의가 되면, 그 금액의 일부를 성공보수로 받기로 하는 경우가 많다. 따라서 모든 비용을 부담해 가며 소송을 수행하는 변호사는 끝까지 진실을 밝혀 총원이 얻을 수 있는 최대의 배상액을 얻어 내기보다는 적은 비용으로 신속하고 확실한 이익을 누리고 싶은 충동을 느낀다. 또 화해 조건 중 당사자 회복 부분이 다소 불리하더라도 변호사 비용 및 보수에 대한 부분이 유리할 경우, 원고 측 소송대리인들이 무리하게 화해를 유도하는 경향이 있다고 한다.¹¹⁴ 물론 집단소송에서 화해는 법원의 허가를 받아야 하고 그전에 비참여 구성원들의 의견을 들어야 하지만,¹¹⁵ 이것만으로 화해 조건에 관한 협상과정에서 소송대리인이 권한을 남용하는 것을 막기는 어렵다는 것이 미국 학자들의 공통된 견해이다.¹¹⁶ 법원 역시 화해가

110 In re Advanced Tissue Sciences Secs. Litig., 184 F. R. D. 346 (S. D. Cal. 1998).

111 In re Advanced Tissue Scis. Sec. Litig., 184 F. R. D. 346, 351 (S. D. Cal. 1998).

112 In re Bann Co. Sec. Litig., 196 F. R. D. 214 (D. D. C. 1999)에서 SEC가 제출한 의견서 16-17면 참조위 판결 216-217면에서 재인용).

113 Chill v. Green Tree Financial Corp., 181 F. R. D. 398, 408-409 (D. Minn. 1998)(300명을 6명으로 감축) ; Tumolo v. Cymer, Inc., No.98-CV-1599 *2-4 (S. D. Cal. Jan. 22, 1999)(339명의 공동신청을 거부하고 7명의 신청을 인용함) ; Zaltzman v. Manugistics Group, Inc., No.S-98-1881, Mem. Op. and Or. at 9-14 (D. Md. Oct. 8, 1998)(92명 중 경제적 이익이 가장 큰 2명만 선정).

114 In re Oracle Sec. Litig., 829 F. Supp. 1176, 1179 (N. D. Cal. 1993).

115 법 제35조.

116 Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, The Plaintiff's

성립하면 사건부담이 줄기 때문에 화해의 성립에 이해관계를 가질 뿐 아니라 당사자들이 소송대리인을 통해 화해하겠다는 의사를 표시한다면, 명백한 문제가 없는 이상 이를 거부하기는 어렵다는 것이다. 특히 양측이 합의된 화해조건을 공동으로 제출할 경우, 그와 같은 화해에 이르게 된 구체적 경위와 사정을 법원이 제대로 알 수 없기 때문에 적절성 여부를 판단하기가 더 더욱 어렵다고 한다.¹¹⁷ 소송 과정에 참여하지 아니한 구성원들이 소송변호사의 활동에 구체적 의견을 밝히고 이를 통제하기 어렵다는 점은 두말할 필요도 없겠다. 따라서 총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있는 소송대리인을 선정하는 것은 집단소송에서 매우 중요하다.

2. 소송대리인 선정권한의 소재와 법원의 관여 범위

(1) 소송대리인 선정권한의 소재

소송대리인 선정권한은 원칙적으로 당사자에게 있다. 하지만 집단소송에서는 실질적 당사자(구성원) 중 일부만이 형식적 당사자(대표당사자)로서 소송대리인 선정에 관여하기 때문에 법원의 개입이 필요하다.

우리 법이 변호사강제주의를 채택하면서¹¹⁸ 소송대리인 요건을 명시한 법 제11조에 적합한 경우에만 한하여 집단소송을 허가하고¹¹⁹ 소송허가결정서에 원고 측 소송대리인을 명시하도록 하고 있는 것¹²⁰에 비추어 보면, 소송대리인 선정권한은 소 제기자에게 주되, 소송허가 또는 불허가의 방식으로 법원에게 개입할 권한을 준 것처럼 보인다.

하지만 소송대리인의 선정권한과 절차의 문제가 법문상 그리 명확하지는 않다. 소 제기자 외의 자를 대표당사자로 선정할 경우, 대표당사자에게 소송대리인을 새로 선임할 권한이 있는지 명확한 언급이 없다. 그렇다고 소 제기자와 소송대리인 사이의 소

송위임계약상 지위를 이전받을 수 있는지도 분명치 않다. 법은 대표당사자로 선임된 자로 하여금 소 제기자에게 인지액 상당의 금액을 반환하도록 하고 있을 뿐이다.¹²¹

생각건대 소 제기자의 소송위임계약상 지위를 대표당사자 선정자로 하여금 승계토록 하는 것은 아무런 법률상 근거도 없고 적절하지도 않다고 생각된다. 일면식도 없는 자들을 본인과 대리인으로 맺어 주고 소송을 수행하라는 것은 법률적 가부를 떠나 효율적 소송수행의 측면에서도 문제가 있기 때문이다. 따라서 법문상으로는 명백하지 않지만,¹²² 대표당사자로 선정된 자는 소송대리인을 새로 선정할 수 있고, 기존 소 제기자가 임명한 소송대리인을 자신의 대리인으로 선임할 의무는 없다고 하겠다. 미국 법도 같은 입장이다.¹²³

한편 법 제16조 제4항은 동일 분쟁에 관하여 복

Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform, 58 U. Chi. L. Rev. 1, 44-48 (1991).

117 Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, 앞의 글.

118 법 제5조 제1항.

119 법 제15조 제1항.

120 법 제15조 제2항 제2호.

121 법 제10조 제6항.

122 법 제26조 제2항은 상당한 이유가 있으면, 대표당사자가 법원의 허가를 받아 소송대리인을 해임 또는 추가선임할 수 있다고 하며, 제4항은 "소송대리인 전원이 사망 또는 사임하거나 해임된" 경우 대표당사자가 법원의 허가를 받아 소송대리인을 선임한다고 정하고 있다. 이러한 규정을 보면, 우리 법도 암묵적으로는 대표당사자 선정자에게 소송대리인 선임권한이 있음을 전제로 하고 있다고 할 수 있다.

123 "대표당사자는 법원의 허가를 조건으로 총원을 대표할 소송대리인을 선정·위임해야 한다." 15 U. S. C. 77z-1(a)(3)(B)(v) 참조. 증권소송개혁법에 이러한 조문을 명시한 이유는, 과거 미국 법원들이 최초로 집단소송 소장을 제출한 변호사를 총원의 대표자로 선정해 온 것에 대하여, 충분한 조사 없이 소장을 먼저 제출한 변호사에게 총원을 대표하도록 하는 것은 집단소송 남용방지과 총원의 이익보호라는 입법취지에 맞지 않는 비판이 많았기 때문이라고 한다. 장덕조/김기호, 앞의 글 380-381면.

수의 집단소송이 제기되어 병합심리되는 경우, 소 제기인·대표당사자 신청인 또는 대표당사자의 의견을 들어 법원이 “직접 소송을 수행할 소송대리인”을 정할 수 있다고 하여, 마치 당사자가 아닌 법원에게 소송대리인 선정권이 있는 것처럼 해석될 여지가 있다. 그러나 이는 병합심리절차에서 실질적으로 소송을 수행할 소송대리인을 개별소송의 소송대리인 중에서 지정할 수 있다는 의미이지 소 제기자, 대표당사자 선정자들과 소송대리인 사이의 소송위임 계약관계를 무시하고 법원이 전면에 나서서 소송대리인을 직접 선정할 수 있다는 의미는 아니라고 하겠다.

(2) 적절한 법원의 관여 범위와 수준

법은 원고 측 소송대리인은 “총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있는 자”이어야 한다면서,¹²⁴ “(당해) 증권 관련 집단소송의 대상이 된 유가증권을 소유하거나 그 유가증권과 관련된 직접적인 금전적 이해관계가 있는 등의 사유로 인하여 (당해 집단소송) 절차에서 소송대리인 업무를 수행하기에 부적절하다고 판단될 정도로 총원과 이해관계가 충돌”되거나¹²⁵ “최근 3년간 3건 이상 증권 관련집단소송에 대표당사자의 소송대리인으로 관여한 자”는 소송대리인이 될 수 없다고 하고 있다.¹²⁶ 법원은 소 제기인 혹은 대표당사자신청인을 대리한 소송대리인이 이러한 요건에 맞지 않는다고 판단되면, 그러한 자를 소송대리인으로 지정한 신청을 기각하는 방법으로 소송대리인 선정에 관여할 수 있다.

3년간 3회 초과 집단소송 대리금지의 요건과 같이 명백한 기준의 경우는 논란의 여지가 적지만,¹²⁷ 소송대리인이 “총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있는지” 여부와 같은 추상적 기준은 법원이 소송대리인 선정에 얼마나 적극적으로 개입할 수 있는지 논란을 낳는다. 총원의 이익에 위배될 것

이 분명하지 않는 한 대표당사자 선정자의 의사를 존중해야 하는지, 아니면 집단소송의 공공적 성격을 중시하여 법원이 보다 적극적으로 적격 유무를 판단해야 하는지 문제되는 것이다. 나아가 소송대리인 요건을 충족하지 못한다고 판단할 경우, 어떻게 새로운 소송대리인을 선정하는가의 문제도 있다.

최근 미국에서는 대표당사자를 제치고 법원이 직접 나서서 입찰의 방법으로 소송대리인을 선정하는 경우가 종종 있는데, 이를 둘러싼 논의는 당사자의 자율권과 법원의 감독기능 사이의 충돌과 균형의 문제를 고민하는 데 많은 시사점을 준다. 미 법원이 비공개입찰의 방법까지 동원하면서 소송대리인 선정에 나선 데에는 역사적 이유가 있다. 많은 경우 증권 피해자들이 변호사를 찾는 게 아니라 변호사들이 피해자들을 찾아 집단소송을 제기하였고, 그 과정에서 변호사들이 자신이 선정한 피해자가 대표당사자가 되도록 하기 위해 다른 신청인에 대한 인신공격을 서슴지 않는 등 많은 폐해가 있어 왔기 때문이다.¹²⁸ 그 결과, 일부 판사들은 대표당사자 선정의 문제와 소송대리인 선임의 문제를 분리시켜 소송대리인을 경쟁 입찰을 통해 법원이 직접 뽑으려 한 것이다.¹²⁹

그러나 경쟁입찰에 의한 소송대리인 선임도 여러

124 법 제1조 제2항.

125 법 제5조 제2항.

126 법 제1조 제3항. 소송대리인의 각 요건에 관한 상세한 검토는 아래 V. 3. 참조.

127 소송대리인 자격요건으로 이러한 기계적 제한을 두는 것이 적절한지 논란의 여지가 많은데, 이 점은 아래 V. 3. (3)에서 따로 살펴본다.

128 소송대리인 선정의 문제점을 둘러싼 미국 내 논의는 Jill E. Fisch, *Aggregation, Auctions, and Other Developments in the Selection of Lead Counsel under the PSLRA*, 64-SUM Law & Contemp. Probs. p.53 · p.64에 잘 정리되어 있다.

129 입찰방식으로 원고 측 소송대리인을 선임한 판례는 무수히 많은데, 그중 중요 판례로 거론되는 것들만 열거해 보면 다음과 같다. In re Lucent Techs, Inc. Sec. Litig. 194 F. R. D. 137 (D. N. J. 2000); Sherleigh Assocs. LLC v. Windere-Durable Holdings, Inc., 184 F. R. D. 688 (S. D. Fla.

문제를 초래한다.¹³⁰ 먼저 총원의 이익을 가장 잘 대변할 수 있는 대리인을 입찰의 방법으로 선발하는 것 자체가 어려운 일이다. 변호사의 능력이나 경험, 열정 등은 쉽게 수치화할 수 없고 입증도 곤란하므로 입찰과정에서 제대로 심사하기 어렵기 때문이다.¹³¹ 이렇게 소송대리인 선임기준이 추상적이고 주관적일 수밖에 없기 때문에 법원이 아무리 공정하게 심사하더라도 공정성에 대한 의심을 잠재우기 어렵다. 나아가 정책적으로도 바람직하지 않다. 소송의 신속하고 철저한 수행을 위해서는 소송 전에 충분한 조사와 연구가 이루어져야 한다. 이는 주로 소 제기자가 선임한 변호사들이 자신이 그 사건을 수임·수행할 것이라는 기대 아래에 자신의 비용과 위험으로 한다. 그런데 입찰 방식이 고착화되어 소 제기에 관여하더라도 소송대리인이 되지 않을 가능성이 높으면, 변호사들이 이러한 소송 준비에 소극적이 되지 않을 수 없다.¹³² 보다 근본적으로 공정한 심판자의 역할을 수행해야 할 법원이 당사자를 제치고 전면에서 나서서 일방 당사자의 소송대리인을 적극적으로 선정해 주는 것이 적절한지도 문제가 아닐 수 없다.

이에 제3지구 연방항소법원은 법원이 입찰의 방법으로 원고 측 소송대리인을 선임하는 것은 불가하다고 밝혔다.¹³³ 제3지구 연방항소법원으로부터 연구를 의뢰받은 특별연구팀도 대표당사자의 소송대리인 선임은 경영판단의 법칙(Business Judgment Rule)을 적용하여 최대한 존중되어야 한다고 결론지었다.¹³⁴

우리 법상으로도 아주 타당한 지적이다. 법이 법원에게 부여한 것은 2차적 감시·감독권한일 뿐 직접적 선정권한은 아니고, 법원이 직접 소송대리인을 선임한다고 하더라도 더 나은 대리인을 선정할 수 있다는 보장이 없는 만큼 일단 총원의 이익을 공정하고 적절하게 대표할 것으로 판단되는 자를 대표당사자로 선정하였다면, 그러한 대표당사자가 내린 소송대리인 선정 결정 역시 존중해야 마땅하다.

그런 점에서 대표당사자 신청인이 누구를 소송대리인으로 내세웠는가는 대표당사자 신청인의 적격성을 심사하는 데 중요한 고려요소가 된다고 하겠다.

대표당사자가 선정한 소송대리인이 이렇게 보수적이고 제한적인 입장에 비추어도 부적절하면 어떻게 할 것인가. 일부 미국 학설은 일단 대표당사자에게 소송대리인을 다시 선임할 기회를 주어야 하지만, 그래도 적절한 자를 선임하지 못하거나 하지 않으려면 법원이 직접 나서서 입찰할 수 있다고 한다.¹³⁵ 그러나 앞서 살펴본 것처럼 법원이 일방 당사자의 소송대리인을 직접 임명하는 것은 문제를 해결하기보다 복잡하게 만들 염려가 있으므로 허용되기 어려운 견해이다. 따라서 대표당사자에게 소송대리인 적격을 갖춘 새로운 대리인을 선임하도록 명하고, 그럼에도 적격자를 소송대리인으로 내세우지 못한다면 집단소송허가 자체를 기각하는 수밖에 없을 것이다. In re Razorfish, Inc. Sec. Litig., 143 F. Supp. 2d 304, 310 (S. D. N. Y. 2001) 역시 당사자가 선정한 대리인이 부적절하더라도 법원이 직접 나서서 입찰할 수는 없으며, 당사자에게 다른 대리인을 선임하도록 허용해야 한다고 하였다. 법률이 법원에

1999); In re Shareholders Class Actions, 96 F. Supp. 2d 780 (N. Dn Ill. 2000); In re Cendant Corp. Litig., 182 F. R. D. 144 (D. N. J. 1998); Wenderhold v. Cylink Corp., 188 F. R. D. 577 (N. D. Cal. 1999)

130 법원이 주관하는 경쟁입찰방식에 의한 소송대리인 선임의 장·단점에 관한 실증적 연구 및 이론은 James L. Tuxbury, A Case for Competitive Bidding for Lead Counsel in Securities Class Actions, 2003 Colum. Bus. L. Rev. 285 (2003)에 잘 정리되어 있다.

131 Jill E. Fisch, 앞의 글, p.53·p.83 참조.

132 Jill E. Fisch, 앞의 글, pp.93-94 참조.

133 In re Cendant Corp. Litig., 264 F.3d 201, 271 (3d Cir. 2001).

134 Ashe P. Puri, "And the Winner Is... Interpreting the Lead Plaintiff and the Lead Counsel Provisions of the Private Securities Litigation Reform Act of 1995," 47 Vill. L. Rev. 491, 494-495 (2002).

135 Ashe P. Puri, 앞의 글, p.528.

“서로 생판 모르는자들 사이에 ‘억지결혼(shot gun marriage)’을 시킬 권한”을 준 것은 아니라는 것이다. 정확한 비유이다.

3. 소송대리인 적격 판단기준과 고려사항

(1) 총원의 이익을 공정하고 적절히 대리할 수 있을 것

소송대리인 적격은 소송대리인의 경험과 능력, 소송수행의지, 보수조건 등을 보고 판단한다.¹³⁶ 증권집단소송 수행의 경험과 능력뿐만 아니라 일반 소송수행의 경험과 능력도 함께 살펴야 하며, 법무법인이나 합동법률사무소가 선임된 경우에는 법인이나 사무소뿐만 아니라 구체적으로 당해 소송을 수행할 담당변호사의 경험과 능력도 고려해야 한다. 보수조건은 총원의 이익과 대리인의 이익이 일치되는 것이 가장 바람직하겠다.¹³⁷

누가 먼저 집단소송허가를 신청하였는가는 소송대리인 선정 시 고려해서는 안 된다. 과거 미국 법원들은 가장 먼저 소장을 제출하는 변호사를 소송대리인으로 선임하는 관행이 있었다고 한다. 이는 ㉠ 충분한 사실관계에 대한 조사 없이 소송부터 제기하게 만들고, ㉡ 고객이 변호사를 찾기보다 변호사가 잠재적 피해자를 찾아 나서게 하였으며, ㉢ 그러다 보니 변호사의 능력이나 자질에 대한 고려 없이 집단소송의 대리인이 결정되는 문제를 낳았다고 한다.¹³⁸ 우리 법의 운용과정에서도 참고할 만한 경험이다.

(2) 총원과 이해관계의 충돌이 없을 것

소송대리인의 업무를 수행하기 부적절하다고 판단될 정도로 총원과 이해관계가 충돌되는 자는 증권집단소송의 소송대리인이 될 수 없다.¹³⁹ 법은 그 예로 당해 집단소송의 대상이 된 유가증권을 소유

한 경우와 그 유가증권과 관련된 직접적·금전적 이해관계가 있는 경우를 들고 있다.¹⁴⁰ 열거되지 않은 사유라고 하더라도 소송수행이 부적절할 정도의 이해충돌을 낳는다면 소송대리인 선임을 허가하지 말아야 한다. 단순히 문제의 주식을 보유하고 있다는 사실만으로는 부족하며, 그러한 보유 사실이 소송수행을 부적절하게 할 정도의 이해충돌을 낳아야 한다. 직접보유뿐만 아니라 간접투자의 방식으로 보유하고 있는 경우도 포함하겠다. 그 밖에 문제가 된 공시서류를 작성하거나 문제된 합병거래를 자문하는 등 소송결과에 따라 피고 회사로부터 구상 또는 손해배상을 당할 염려가 있는 자는 소송대리인이 될 수 없다.

(3) 최근 3년간 3회 이상 증권집단소송의 원고 측 소송대리인을 하지 않았을 것

“최근 3년간 3건 이상의 증권 관련 집단소송에 대표당사자의 소송대리인으로 관여하였던 자”는

136 미국법원은 소송대리인 적격을 판단하는 기준으로 i) 신청 법무법인의 경험과 당해 증권집단소송을 수행할 능력, ii) 당해 집단소송을 직접 수행할 변호사의 경험과 능력, iii) 변호사 과실(malpractice)에 대한 책임보험 가입여부와 부보범위, iv) 신청 법무법인이 요구하는 성공보수의 비율, v) 변호사 보수지급의 구체적 조건 등을 제시하고 있다. In re Well Fargo Sec. Litig., 156 F. R. D. 223 (N. D. Cal. 1994) 참조.

137 Sherleigh Assocs. LLC v. Windmere-Durable Holdings, Inc., 184 F. R. D. 688 (S. D. Fla. 1999) 판결은 성공보수조건의 수임계약이 총원의 이익과 변호사의 이익을 일치시키는 가장 좋은 방식이라고 하였다. 성공보수약정이 변호사를 성공으로 이끄는 동인이 되는 것은 사실이다. 그러나 앞서 살펴본 것처럼 자칫 조급하거나 변호사 비용에 대한 보상조건이 좋은 화해를 이끌어 낼 우려가 있다는 점을 항상 염두에 두어야 한다.

138 Conference Report on The Private Securities Litigation Reform Act of 1995, H. R. Rep. No.104-369, p.33 (1995), reprinted in 1995 U. S. C. C. A. N. 730, p.732.

139 법 제5조 제2항.

140 이 조항 역시 미국 증권소송개혁법의 15 U. S. C. 77z-1(a)(8)를 수계한 것이다.

“제반 사정에 비추어 (총원의 이익을 공정하고 적절히 대리)하는 데 지장이 없다고 법원이 인정” 하는 경우를 제외하고는 증권 관련집단소송의 원고 측 소송대리인이 될 수 없다.¹⁴¹

증권집단소송의 대표당사자를 3년간 3회 이상 하지 못하도록 하는 것에 대응하는 규정으로, “소송의 대부분이 소송대리인에 의하여 주도될 가능성이 높다는 점을 고려하여 대표당사자 외 소송대리인에게도 동일한 제한을 규정함과 동시에 집단소송의 남용 방지 등을 위해 그 횟수를 제한하려는 것”이라고 한다.¹⁴²

집단소송 남용의 위험성은 소송대리인이 과거 집단소송을 몇 차례 대리하였는지가 아니라 어떠한 근거로 소송을 제기하였고 어떻게 소송을 수행하였는가에 달려 있다. 일반인이 생업과 관계없이 집단소송에 매달린다면 직업적 원고로 집단소송 남용의 위험이 있다고 볼 여지가 크지만, 소송을 ‘업’으로 하는 변호사가 원고 측 입장에서 과거에 집단소송을 몇 차례 대리하였는가를 가지고 남소의 위험을 판단한다는 것은 자칫 헌법상 보장된 직업선택의 자유와 재판받을 권리를 침해할 우려가 있다.¹⁴³ 즉 변호사의 입장에서 볼 때, 피고 측 소송대리는 횟수의 제한 없이 수임할 수 있는 반면 원고 측만 수임 횟수가 제한된다는 것은 부적절하다. 당사자의 입장에서 보면, 피고 측은 과거 집단소송 방어의 경험이 많은 대리인을 이용할 수 있는 반면 원고 측은 늘 집단소송의 경험이 적은 대리인을 찾아야 하는데, 이는 부당한 차별이다. 나아가 집단소송을 당하는 기업이나 국가경제 전반의 입장에서조차 반드시 유리한 것은 아니다. 경험이 없는 자만 증권집단소송을 수행할 수 있게 하는 것은 자칫 불필요한 집단소송이나 비효율적 소송수행을 낳을 수 있기 때문이다. 미국법에는 이러한 제한 규정이 전혀 없다. 오히려 앞에서 본 것처럼 증권집단소송에 대한 경험과 전문성의 보유는 원고 측 소송대리인이 되기 위한 주요 요건이다. 과거 증권집단소송 경험이 있다

는 이유로 소송대리인 선정을 거부한 예는 찾아볼 수 없다.

이러한 점에 비추어 볼 때 이 조문은 삭제되는 것이 마땅하다. 그전이라도 법원이 운영상 폭넓은 예외를 인정하여, 사실상 남소의 의도나 우려가 있는 경우가 아닌 한 3년 이내라도 3회 이상 집단소송을 대리할 수 있게 하는 것이 바람직하겠다.¹⁴⁴

(4) 복수법무법인 또는 변호사 선정 문제

미국에서는 소송대리인 지정을 원하는 법무법인들이 각자 원고를 선택하여 소송을 제기하기도 하지만, 경쟁을 피하기 위해 공동대표당사자 신청을 하면서 그들로 하여금 복수의 법무법인을 소송대리인으로 선임하기도 한다.¹⁴⁵ 이에 대하여 미국 법원들은 과도한 소송비용과 불필요한 대리행위의 중복에 관한 우려를 제기한다. 게다가 복수 대표당사자에 복수 소송대리인이 선정될 경우, 소송수행을 위한 효율적 의사형성이 정말로 어려워진다는 점에서 부정적 입장을 취하는 경우도 있다.¹⁴⁶

구체적 사안에 따라 판단할 문제이다. 사건의 규모와 복잡성, 예상되는 업무량, 복수의 소송대리인을 선임하게 된 경위와 약정 내역 등을 고려하여 총원의 이익을 충분하고 효과적으로 대리할 수 있는지, 그리고 지나치게 많은 비용을 낳지는 않는지 여부를 신중히 검토해야 할 것이다.

141 법 제11조 제3항.

142 국회 법제사법위원회, “증권 관련집단소송법안 심사보고서,” 2003. 12. 15면.

143 국회 법제사법위원회도 이와 같은 헌법상 문제점을 지적하고 있다. 국회 법제사법위원회, 앞의 글 참조.

144 학자와 실무가 다수도 이 조문을 강력히 비판하고 있다. 장덕조/김기호, 앞의 글, 382면; 유병현, 앞의 글, 133면; 고창현, 증권 관련집단소송법사안에 대한 토론(VII), 법무부, 증권 관련 집단소송법제정공청회(자료집)(2001), 123면 이하 등 참조.

145 Jill E. Fisch, 앞의 글, p.78 참조.

146 Jill E. Fisch, 앞의 글, p.79.

VI. 소송 허가요건 및 대표당사자 · 소송대리인 요건에 대한 심리 절차상 문제점들

1. 집단소송요건 및 대표당사자 · 소송대리인 요건에 대한 심리와 입증의 정도

(1) 심리의대상과 범위

대표당사자는 소송허가신청의 이유를 소명해야 한다. 소송허가요건의 구비 여부와 대표당사자 신청인 적격 및 소송대리인 적격 여부가 심리의 대상이 될 것이다. 본안에 관한 사항은 심리 대상에서 제외된다. 소송허가단계와 본안심리단계를 나누고 있는 증권집단소송법의 취지에 반하기 때문이다. 따라서 본안에서 승소할 가능성이 어느 정도인지는 소송허가 여부에 영향을 미쳐서는 안 된다.¹⁴⁷ 미국 연방대법원도 “집단소송의 허가여부는 원고가 청구원인을 제대로 주장했는지 혹은 본안에 관하여 우세할 것인지 여부가 아니라 연방민사소송규칙 제 23조에 정하여진 요건을 충족하는지 여부일 뿐”이라고 하였다.¹⁴⁸

그렇다고 원고가 제출한 소장 및 소송허가신청서의 기재 내용을 모두 진실로 가정하고 집단소송 허가 여부를 판단해야 하는 것은 아니다. 이 점은 우리나라 법문이 대표당사자에게 소송허가신청의 이유를 소명하도록 한 것에서 분명하다.¹⁴⁹ 미국 법원들도 “집단소송 허가의 적부를 판단할 때, 신청서류에 기재된 주장 내용을 그대로 받아들여야 하는 것은 아니”라고 하고 있다.¹⁵⁰

따라서 본안이 직접적 심리대상이 아니더라도 사실상 본안에 관한 심리가 일부 이루어지는 경우가 많다. 본안에 관한 내용을 모르고는 집단소송 허가요건을 판단하기 어려운 경우가 있기 때문이다. 예컨대 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것이라거나 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에

적합하고 효율적 수단이라는 것은 원고의 청구원인 사실과 법률상 근거, 예상되는 피고의 방어방법 등을 모르고는 판단하기 어려울 수 있다. 따라서 미국 제5지구 연방항소법원은 “집단소송 허가신청에 대한 적절한 판단을 위해서는 원고의 청구원인, 피고의 항변 사유, 관련 사실 및 적용 실제 법률을 이해해야 한다”라고 하였고,¹⁵¹ 제7지구 연방항소법원은 “만약(집단소송허가) 요건의 심리가 본안과 일부 겹친다면, 판사는 그 범위 내에서 본안에 관하여 잠정적 심리를 해야 한다”라고 하였다.¹⁵² 하지만 일부 본안에 관한 심리가 이루어지더라도 동일한 내용에 관하여 본안 소송에서 새로이 심리를 해야 하며, 집단소송허가시 판단이 본안 판단을 구속하지는 못한다.¹⁵³

(2) 입증의 정도와 방법

집단소송 허가신청의 이유는 ‘소명’¹⁵⁴을 요한다.

147 Bell v. Ascendant Solutions, Inc., 422 F.3d 307, 311-312 (5th Cir. 2005).

148 Eisen v. Carlisle and Jacquelin, 417 U. S. 156, 178 (1974).

149 법 제13조 제1항.

150 Bell v. Ascendant Solutions, Inc. 422 F.3d 307, 311-312 (5th Cir. 2005); Gen. Tel. co v. Falcon, 457 U. S. 147, 160 (1982); Szabo v. Bridgeport Machines, Inc., 249 F.3d 672 (7th Cir. 2001). 우리 법에서는 너무 당연한 이야기일 수 있으나, 미국 민사소송절차상으로는 본안심리 전 소가 각하(dismissal for failure to state cause of action)되는 경우가 빈번하고, 이러한 본안 전 각하 단계에서는 소장에 기재된 사실을 모두 진실한 것으로 전제하고 판단하기 때문에 이러한 논의가 있는 것으로 보인다.

151 Castano v. Am. Tobacco Co., 84 F.3d 734, 744 (5th Cir. 1996).

152 Szabo v. Bridgeport Machs., Inc., 249 F.3d 672, 675-676 (7th Cir. 2001).

153 Unger v. Amdisys Inc., 401 F.3d 316, 323 (5th Cir. 2005).

154 “소명은 증명에 비하여 한 단계 낮은 개연성, 즉 대개 그럴 것이라는 추측 정도의 심증을 얻게 하는 입증행위 또는 그로 인하여 법원이 얻은 심증의 상태를 말한다.” 법원행정처, 법원실무제요(하), 1996, 340면.

소송 허가요건의 내용과 중요성에 비추어 이에 관한 심리는 심문을 여는 것이 마땅하고, 법도 소 제기자 및 피고에 대한 심문을 예정하고 있다.¹⁵⁵ 또 법은 필요한 경우 감독기관으로부터 손해배상청구원인행위에 대한 기초조사자료를 제출받는 등 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다고 하는데,¹⁵⁶ 증거조사방법은 열거된 방법에 국한되지는 않는다. 필요한 경우 구석명신청, 당사자 및 제3자에 대한 문서 제출 명령신청 등 다른 증거조사도 허용해야 할 것이다. 미국법원은 필요한 경우 제한된 범위 내에서 증거확보절차도 허용하고 있다.¹⁵⁷

소명이란 원칙적으로 '즉시 조사할 수 있는 증거'에 한한다. '즉시 조사할 수 있는 증거'란 시간적·장소적 관계에 있어 즉시 조사할 수 있는 상태에 있어 그 심리기간 내에 조사를 마칠 수 있는 증거를 의미하는데,¹⁵⁸ 이것이 증거방법까지 제한하는 것은 아니다.¹⁵⁹ 생각건대 법이 감독기관에 대한 자료조사 요청과 같이 짧지 않은 시간을 요하는 증거방법을 예정하고 있고, 가압류·가처분 심리와 달리 신속한 결정의 필요성이 높지 않은 반면 집단소송 허가결정은 비참여 구성원마저 구속하고 피고에게도 적잖은 영향을 주므로, 가능한 소 제기자·대표당사자 신청인 및 피고들에게 충분한 소명과 반론의 기회를 주는 것이 상당하다. 그렇다고 본안에 관한 심리와 같은 정도로 집단소송 허가요건을 심리하거나 소송지연의 목적으로 과도하게 소송허가요건의 존부와 대표당사자 요건을 다투게 하는 것은 경계해야 한다.

2. 집단소송 병합심리에 관한 문제

(1) 동일 분쟁에 관한 복수 집단소송의 병합심리

동일한 분쟁에 관하여 증권집단소송이 여럿 제기되면, 법원은 이를 병합심리해야 한다. 여러 개의 증권집단소송 허가신청이 각각 다른 법원에 제출된

경우, 관계 법원에 공동되는 직근상급법원이 심리할 법원을 정하며 병합심리시 법원은 소 제기자·대표당사자신청인 및 대표당사자의 의견을 들어 병합심리시 소송을 수행할 대표당사자 및 소송대리인을 정할 수 있다.¹⁶⁰

(2) 추가소제기의 허용한계

병합심리에 관한 첫 번째 문제는 동일 분쟁에 관하여 추가소송을 언제까지 허용할 것인가이다. 법문만 보면, 소송허가결정이 내려지기 전까지는 언제든지 새로이 집단소송 허가신청을 할 수 있는 것처럼 보인다.

그러나 앞서 본 것처럼, 소송 허가신청부터 법원의 허부결정까지는 적잖은 시일이 소요될 것으로 예상된다. 이렇게 장시간 동안 동일 사건에 대하여 복수의 집단소송 허가신청을 허용하는 것이 바람직 한지는 의문이다. 소송허가요건 및 대표당사자요건에 관한 심리 도중 새로 소송이 제기되면, 그 소송의 적법성과 소 제기자의 대표당사자 적격을 새로 심리해야 한다. 또한 그와 같은 새로운 신청서가 다른 법원에 제출되면, 경우에 따라서는 새로운 법원에서 소송허가조건 등을 처음부터 새로 심리해야 하는 사태까지 벌어질 수 있다. 나아가 대표당사자가 되기를 원하는 자는 집단소송제기 공고일로부터

155 법 제13조 제2항.

156 법 제13조 제3항. 지금까지 증권 관련 소송들은 대개 금융감독원이나 검찰의 조사 결과 허위공시 등의 사실이 밝혀진 경우, 그러한 조사결과를 송부촉탁받아 증거로 삼는 경우가 많았는데 그에 따른 규정으로 보인다.

157 Unger v. Amedisys Inc., 401 F.3d 316, 321 (5th Cir. 2005).

158 곽중훈, "보전소송에 있어서 소명," 재판자료 제45집 141, 법원도서관, 144면 참조.

159 곽중훈, 앞의 글, 151면.

160 법 제14조.

30일 이내에만 대표당사자 신청을 할 수 있도록 규정한 법 제10조 제1항 제4호의 의미를 퇴색한다. 위 기간 중 대표당사자를 신청하지 못하였다도 새로운 소송허가신청의 방법으로 언제든 대표당사자 자격에 도전할 수 있기 때문이다.

따라서 중복제소금지를 정한 민사소송법 제259조를 준용하여 소장이 피고에게 송달되고, 집단소송 제기 사실이 공고된 날 이후에 제기된 허가신청은 중복제소로 보아 각하하는 것이 어떨까 한다. 이를 부적법 각하한다고 하더라도, 위 공고 후 30일 이내에는 대표당사자 신청을 할 수 있고,¹⁶¹ 소송 계속 중에도 법원의 허가를 받으면 대표당사자가 될 기회가 있으며,¹⁶² 제외신고의 방법으로 기판력을 받지 않고 별소를 제기할 수 있으므로¹⁶³ 비참여 구성원의 절차권이 침해된다고 할 수는 없기 때문이다.¹⁶⁴

(3) 대표당사자 결정과 병합심리결정의 선후 관계

동일 분쟁에 관해 복수의 집단소송 허가신청이 접수된 경우, 대표당사자 선임과 병합심리 결정 중 어느 것을 먼저 하여야 하는가도 문제이다. 법은 이미 대표당사자가 선정되어 있더라도 병합심리결정을 하면서 사실상 소송을 수행할 대표당사자를 새로이 선정할 수 있도록 하고 있다.¹⁶⁵ 따라서 대표당사자 선정 이후에도 병합심리 결정을 할 수 있는 것처럼 보인다.

그러나 이와 병합심리를 한다면, 굳이 사건 별로 대표당사자를 선임할 이유가 없고 일단 여러 명을 선임한 다음 다시 최종대표를 뽑는 것도 이상하다. 따라서 동일 분쟁에 관하여 여러 개의 집단소송이 제기되고 이러한 사실이 대표당사자 선임 전에 밝혀졌다면, 마땅히 병합 여부를 먼저 결정하고 대표당사자를 선정해야 할 것이다. 미국법도 여러 개의 소송이 제기된 경우, 병합여부를 먼저 정하도록 한다.¹⁶⁶

앞서 살펴본 것처럼 최초로 제기된 집단소송의 소장이 피고에게 송달되고 제소 사실이 공고된 날

이후 제기된 허가신청을 중복제소의 원칙에 따라 금지한다면, 제소사실 공고일 전에는 대표당사자 선정이 이루어지기 힘들므로 대표당사자의 순차 선임 문제도 자동으로 해결된다.

3. 대표당사자 결정 및 소송허가결정에 대한 불복과 반복

(1) 대표당사자 결정에 대한 불복과 변경

대표당사자 결정에 대하여는 불복이 불가능하다.¹⁶⁷ 하지만 소송 계속 중이라도 법원의 허가를 받으면 추가적으로 대표당사자가 될 수 있으며,¹⁶⁸ “대표당사자가 총원의 이익을 공정하고 적절히 대표하고 있지 못하거나 그 밖에 중대한 사유가 있는 때”에는 법원이 직권 또는 다른 대표당사자의 신청에 의하여 그 대표당사자의 소송수행을 결정으로 금지할 수 있다.¹⁶⁹

161 법 제10조 제3항.

162 법 제21조 제1항.

163 법 제28조.

164 같은 맥락에서 유병현 교수는 “이미 증권업협회 등과 당사자에게 통지한” 시점을 기준으로 그 이후에 접수된 소 제기신청을 각하하여야 한다고 하는데, 증권업협회·증권거래소에 대한 통지(법 제7조 제4항)는 당사자에 대한 통지가 아니라는 점에서 이를 집단소송 계속의 기준시점으로 삼는 것은 부적절하지 않으나 생각된다. 유병현, 앞의 글, 132면 참조.

165 법 제14조 제4항.

166 15 U. S. C. §78u-4(a)(3)(B)(ii) 참조.

167 법 제10조 제4-5항.

168 법 제21조 제1항. 법무부는 대표당사자가 불성실한 소송수행을 할 때 다른 구성원들이 견제할 수 있도록 이러한 규정을 두었다고 설명하고 있다. 법무부, 증권 관련집단소송법시안해설, 2001. 11. 40면 참조. 이에 대하여 유병현 교수는 “이미 대표당사자를 선정하기 위하여 모집절차를 거쳤는데, 또다시 대표당사자 문제를 취급하는 것은 부적절”하므로 이 부분은 삭제되어야 마땅하다고 주장한다. 유병현, 앞의 글, 134면.

169 법 제22조 제1항.

(2) 집단소송 허가신청에 대한 결정과 불복

집단소송 불허가 결정에 불복하는 소 제기자는 즉시항고의 방법으로 다룰 수 있지만,¹⁷⁰ 집단소송

허가결정을 다투고자 하는 피고는 본안판결을 기다려 중국판결에 대한 항소의 방법으로만 소송허가결정의 효력을 다룰 수 있다.¹⁷¹

170 법 제17조 제1항.

171 민사소송법 제392조.