

현대형 소송의 문제점과 그 대책*

- 계쟁이익의 집산화·확산화에 따른 해결방안을 중심으로 -

이 정 환

법학박사(민사소송법 전공), 서해대학교 부동산컨설팅과 강사, (전)원광대학교 법학과 강사

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 현대형 소송의 특성
- III. 현대형 소송의 문제점
- IV. 현대형 소송의 대책(당사자적격의 문제를 중심으로)
- V. 결론

I. 서론

현대사회는 에너지자원의 거대한 개발을 배경으로 하여 많은 분야에서 기술혁신이 있었고, 그 덕분에 사람들의 생활수준도 크게 향상되었다. 그러나 그 개발과 기술혁신은 인류가 일찍이 경험하지 못하였던 해악을 생활 속에 창출하였고, 그 결과 사람의 신체 및 생활환경에 심각한 피해를 끼치게 되었다. 그 피해도 신기술의 개발 능력이 있는 거대기업에 의한 경우가 많으므로 집단적·다발적이며 광역에 걸쳐 일어나기 쉽고, 이와 같은 유형의 분쟁은 꽤 현대적이라는 뜻에서 이를 현대형 분쟁이라고 부를 수 있다.¹⁾

이러한 종류의 소송사건은 그 대상이 되는 분쟁의 복잡화·전문화·거대화를 반영하여 종래의 매대대금청구 혹은 대여금반환청구 등을 전형으로 하는 전통적인 소송사

* 투고일 : 2014.5.11, 완료일 : 2014.6.7, 게재확정일 : 2014.6.15

1) 三ヶ月章, 民事裁判の動向と今後の課題, 新實務民訴講座 I, 日本評論社, 1982, 6頁.

건에는 없는 특질을 가지고 있어 전통적인 민사소송이론으로는 해결하기 어렵다는 문제의식을 공통적으로 갖는다는 점에서 '현대형 소송(modern litigation)'이라고 일컫고 있는 것이다.²⁾

현대형 소송이라고 불리우는 것에는 공해의 다수 피해자가 손해배상이나 금지를 구하며 제기하는 공해소송, 약해의 다수 피해자가 손해배상 등을 구하며 제기하는 약해소송, 지역주민이 개발에 의한 환경파괴를 방지하기 위하여 공사의 금지를 구하며 제기하는 환경소송, 소비자가 개별적으로는 소액이지만 대량의 소비자 피해의 구제를 구하며 제기하는 제조물책임소송 등의 소비자소송, 의료 환자가 의료사고에 의한 손해배상을 구하며 제기하는 의료과오소송 등이 있다.³⁾

하지만 이러한 현대형 소송에서 이들 모두에 공통하는 특질을 추출하는 것은 곤란·불가능하지만, 몇몇의 유형에 공통하는 요소가 있는 것을 부정할 수는 없다. 즉, 피해자가 결집력이 약한 소액 다수의 피해가 발생되고, 피고가 국가·공공단체·기업 등으로 원고인 일반 소시민과의 분쟁에 있어서 증거가 편재되어 있어 강자와 약자라는 실질적 불평등관계가 형성되어 양당사자의 완전한 평등을 전제로 하는 종래의 민사소송을 적용하기 어려운 점이 생기게 되었다.

또한 종래의 법원의 역할은 양당사자의 중간에서 공정한 심판자의 역할만 하였으면 충분하였지만, 현대형 소송에서 법원은 판단작용 뿐만 아니라 입법의 잘못과 행정적 과오에 기인한 경우에도 중립적 제3자인 법원의 판단역할이 절실히 필요하게 된다.⁴⁾

이러한 공통성을 갖는 현대형 소송은 소송의 국면에서 종래의 전통적인 소송과는 질적·양적 차이가 있으므로 소송절차 또는 소송법이론에 새로운 대응을 요구하고 있고, 그 적용에도 대폭적인 수정 내지 새로운 제도의 병행실시가 요구된다고 할 것이다.

이에 본고에서는 현대형 소송이 전통적인 절차나 이론에 어떠한 영향을 미치는지, 현대형 소송이 부담하는 역할과 특징에는 어떠한 것이 있는지, 이에 동반되는 문제점을 살펴본다.

이를 토대로 이러한 문제점을 극복하기 위해 여러 방안들이 논의되고 있지만, 현대형 소송에서 나타나는 문제점에 대한 대책을 본고에서 모두 다루기에는 그 범위가 너무 광범위하기 때문에 본고에서는 계쟁이익이 집단화되고 확산됨에 따라 발생하는 당사자적격의 문제를 극복하기 위한 대책을 중점적으로 논하고자 한다.

2) 강현중, 현대형소송, 사법연구자료, 법원행정처, 1988, 322면.

3) 徳田和幸, 現代型訴訟の役割と特質, 民事訴訟法の争点(青山善充·伊藤眞, 編), 有斐閣, 1998, 55頁.

4) 박희만, 현대형 소송에 관한 연구, 강원법학 제19권, 강원대학교법학연구소, 2004, 104면.

II. 현대형 소송의 특성

1. 서

민사소송은 전통적으로 민법·상법 등의 실체법에 의해 규율되는 대등한 주체간의 생활관계에서 발생하는 분쟁에 관하여 두 당사자를 대립적으로 관여시켜 당사자가 주장하는 사실에 법률을 적용하여 재판하는 절차라고 이해되지만, 현대형 소송은 기본적으로 이러한 원칙 이외에도 다음과 같은 특성을 가지고 있다.

2. 당사자의 호환성 상실

현대형 소송에서는 원고측이 피고의 대규모적인 활동에 의하여 같은 종류의 손해를 받거나 손해를 받을 염려가 있는 시민(소비자, 주민, 환자 등)이 되기 쉽고, 피고측은 국가, 공공단체, 기업, 의사 등과 같은 대규모적인 조직적 활동을 하는 조직체이기 쉬운 것처럼 당사자간의 호환성이 없다. 민사소송에서는 사인이 원고·피고의 어느 위치로도 되는 것이 통상이지만, 현대형 소송에서는 그 대상이 되는 분쟁의 실질을 반영하여 원고로 될 자가 구조적으로 고정화된 것이다.⁵⁾

이처럼 당사자의 호환성 상실은 소송절차에서는 소위 약자 내지는 소수자 대 강자라는 당사자 지위의 실질적인 불평등으로 나타나고, 절차보장 특히 당사자 평등의 원칙 내지는 무기평등의 원칙(Grundsatz der Waffengleichheit)이 실질적으로 보장되지 못한다.⁶⁾

3. 경쟁이익의 집단화·확산화

공해·약해소송, 환경소송, 소비자소송 등에서는 개인적인 이익뿐만 아니라 집단적·확산적 이익이 문제되는 경우가 많다. 예컨대 환경소송에서는 개인의 이익보다는 환경이라는 집단적인 이익의 보호에 중점이 있고, 소비자소송에서는 개별적으로는 소액이지만 확산된 이익이 문제되는 경우가 있다.

또한 이런 종류의 소송에서는 당사자 특히, 원고측이 현저하게 다수인 경우가 많

5) 新堂幸司, 現代型訴訟とその役割, 基本法學 8, 弘文堂, 1983, 310頁.

6) 徳田和幸, 앞의 논문, 56頁.

아 이들에 대한 판결은 당사자뿐만 아니라 사실상 이해관계 혹은 동종의 문제를 안고 있는 관계자에도 파급적 효력이 미치게 된다.

따라서 현대형 소송은 종래와 같은 원고·피고 이극구조(二極構造)보다는 비정형적인 다극적 구조(多極的 構造)를 갖게 된다.⁷⁾

4. 법적용작용의 재량화

현대형 소송은 형식적으로는 손해배상청구소송 또는 금지청구소송 등 불법행위소송이 통상적이지만, 실질적으로는 종래의 소송과 비교하면 사안의 해명에 있어 최첨단의 자연·과학적인 전문지식을 필요로 하는 경우가 많고, 과실이나 인과관계 등의 요건사실의 존부를 판단하기 위해 고려해야 할 요인이 복잡할 뿐만 아니라 어떤 내용의 권리가 인정되는지도 상당히 유동적이고, 개개의 사건에서 법원의 판단에 위임된 경우가 많다.

또한 현대형 소송에서 바라는 구제는 과거에 생긴 손해의 회복뿐만 아니라 앞으로 생길 손해를 방지하기 위한 침해행위의 금지가 중심문제로 되고, 손해의 성질이 가시적이고 정형적인 것으로 명확한 것에서부터 미시적이고 인식곤란한 불특정다수에 이르는 미량의 것이나 정신적인 것으로까지 확대되는 경향이 있어⁸⁾ 법원이 그 침해행위를 금지하는 처분을 함에 있어서 그에 관한 실체법상 명확한 기준이 없으므로 법관의 재량적 판단의 범위가 크게 넓어질 가능성이 있다. 심리의 결과 침해행위의 금지청구가 받아들여지면 당사자뿐만 아니라 제3자에도 광범위하게 영향을 미칠 경우에 따라서는 국민생활에 영향을 준다.⁹⁾

5. 소결

앞에서 살펴본 것처럼 현대형 소송은 전통적인 소송과는 달리, 당사자의 호환성이 상실되어 소송절차 내에서 당사자 지위의 실질적인 불평등이 나타나고, 경쟁이익이 집단화되고 확산화되면서 종래의 이극구조 보다는 비정형적인 다극적 구조를 갖게 되어 집단적인 이익보호에 중점을 두어야 하며, 사안의 전문성·복잡성·유동성 및 손해의 성질이 장래발생 가능성, 정신적인 것으로까지의 확대 등으로 법관의 재량적

7) 新堂幸司, 앞의 논문, 305頁 以下.

8) 천병태, 현대형소송과 그 기능에 관한 연구, 법학연구, 부산대학교법학연구소, 2000, 87면.

9) 강현중, 앞의 논문, 326~327면.

판단의 범위가 크게 넓어질 가능성이 있는 등 많은 특징을 가지고 있다.

이러한 차이를 정도의 문제로 볼 것인지, 아니면 질의 문제로 볼 것인지는 별론으로 하더라도 현대형 소송이 전통적인 절차나 이론에 상당한 영향을 미친 것은 확실하다. 예컨대 선정당사자제도의 확대요구라든가, 증명책임분배의 새로운 시도와 논의, 증거수집절차의 확충(특히, 문서제출명령제도의 명문화), 소송에 갈음하는 분쟁해결제도(ADR) 등의 도입이 그것이다.

그렇다면 이상에서 살펴본 현대형 소송의 특성에 따라 발생하는 문제점은 무엇인가를 살펴볼 필요가 있다.

Ⅲ. 현대형 소송의 문제점

1. 증거의 구조적 편제

현대형 소송은 구조적으로 당사자가 고정화되어 호환성을 상실하게 되는데, 이러한 당사자의 호환성 상실은 소송절차에서는 당사자지위의 실질적인 불평등, 절차보장이 실질적으로 보장되지 못한다는 문제점이 있다. 특히, 원고측은 주장·증명을 위한 자료가 충분하지 않고, 소송에 필요한 자료나 중요한 증거가 피고측에 구조적으로 편제하는 현상이 뚜렷한 것이 현대형 소송에 공통하는 것이고 이 불평등을 어떻게 해소할 것인지가 문제된다.

이러한 불평등의 해소와 관련하여 증명책임의 분배를 중심으로 증명책임을 누구에게 부담시키는 것이 타당한가에 관한 많은 학설과 논란이 있어 왔다. 그럼에도 불구하고 보통의 경우 법률효과를 받고자 하는 자가 증명책임을 지는 것¹⁰⁾이 증명책임의 분배에 있어서 가장 오랜 역사를 갖는 전통적인 기본원리라 할 수 있다. 하지만 현대형 소송에서는 피해자의 힘만으로는 손해의 발생과 원인 사이의 인과관계의 증명이 극히 어렵고, 피해자에게 인과관계의 모든 과정을 증명하도록 요구하는 것은 사실상 피해자에 대한 구제를 거부하는 것이 되는 결과가 될 것이다.¹¹⁾

그리하여 현대형 소송에서 증거의 구조적 편제에 따른 극복방안으로¹²⁾ 증명책임

10) 대법원 1985.8.13. 선고, 85다카372 판결(민사소송상의 입증책임의 분배에 관한 일반원칙에 따르면 원고가 입증책임을 부담하도록 되어 있으므로, 역시 의료과오소송에서도 원고, 즉 환자가 의사의 의료행위상의 과실과 그 과실에 의한 손해의 발생을 입증하여야 한다).

11) 정동운·유병현, 민사소송법, 법문사, 2010, 518면.

12) 증거의 구조적 편제를 극복하기 위하여 개정민사소송법에서는 문서제출의 의무의 일반의무화,

경감론(개연성설, 사실상의 추정론, 일응의 추정론, 표현증명, 증명도의 경감, 간접반증이론 등),¹³⁾ 증명책임전환론,¹⁴⁾ 증명방해론, 증명책임없는 당사자의 해명의무,¹⁵⁾ 모색적 증명¹⁶⁾ 등 여러 문제가 논의되고 있다.

또한 증거의 수집과 제출에 관하여 증거보전에 증거개시적인 기능도 부여하려는 연구가 행하여지는 외에 입법론으로는 미국법의 discovery(증거개시)제도의 도입 등도 주장되고 있다.

2. 당사자 적격의 문제

현대형 소송에서 계쟁이익의 집단화·확산화는 역으로 보면 개인적 이익이 희박하다는 것을 의미하고, 소송물인 권리관계에 관하여 실체적 이익을 기초로 하는 전통적인 당사자적격론을 엄격히 적용하면 누구도 당사자적격이 인정될 수 없는 경우가 발생한다. 또한 상당히 다수의 당사자가 각자 개별적으로 소를 제기하는 것이 적절할지도 문제된다.

그리하여 학설에서는 종래의 당사자적격론을 재검토하여 현대형 소송 등에 관하여는 종래의 선정당사자제도나 공동소송론에서는 대응할 수 없는 점이 있음을 문제점으로 지적한다.

현대형 소송에서 당사자적격의 문제와 관련된 논의와 대응방안 등에 관한 자세한 사항은 후술할 IV. 현대형 소송의 대책에서 다루기로 한다.

당사자본인신문의 보충성폐지, 증권관련 집단소송에 있어서 직권증거조사제의 강화 등이 이루어졌다.

- 13) 현대형 소송 중 의료과오소송에서의 증명책임경감에 대한 자세한 내용은 이정환, 의료과오소송에서의 증명책임경감론, 의생명과학과 법 제7권, 원광대학교법학연구소, 2012.6, 151~182면 참조.
- 14) 자세한 내용은 이정환, 의료과오소송에서의 증명책임전환론, 의생명과학과 법 제8권, 원광대학교법학연구소, 2012.12, 59~88면 참조.
- 15) 피정현, 입증책임 없는 당사자의 해명의무, 연세대학교박사학위논문, 1992 참조. 입증방해는 입증책임 없는 당사자가 사실관계해명에 협력하지 않는 소극적 태도를 취하는 경우에 증거평가과정에서 그에게 불이익을 인정하려는 방안이다. 그런데 당사자에게 적극적 활동을 할 의무가 인정되는 경우에만 법원은 당사자의 소극적 태도를 불이익하게 평가할 수 있다. 따라서 입증책임 없는 당사자에게 해명의무를 인정하여 적극적 활동을 요구하는 것은 입증방해에 대한 제재를 가하는 명확한 근거를 제시하는 것이다. 다만, 입증책임 없는 당사자의 해명의무는 사실진술에 대한 책임과 증거제출에 대한 책임을 포함하는 개념이고, 증명방해는 증거제출에 대한 소극적 태도에 제재를 가하려는 것이다.
- 16) 피정현, 모색적 증명, 고시연구 제26권 제12호, 고시연구사, 1999 ; 전병서, 민사소송법강의, 법문사, 2003, 524면 참조.

3. 법원의 기능과 역할의 확대

현대형 소송은 특성상 사안의 해명에 있어 개개의 사건마다 법원의 판단에 위임된 경우가 많고, 법관의 재량적 판단의 범위가 넓어질 가능성이 높으며, 국가 또는 공공단체의 당부가 쟁점이 될 가능성이 크다. 그 결과 법원으로서도 어느 정도 정책적 판단이나 장래를 위한 판단을 한다는 입장에 서게 되고, 행정상 내지는 입법상의 대응이 필요한 공공적인 요소가 포함된 경우가 많다.

그러므로 이런 쟁점의 사회화현상에 법원이 어떠한 재량적 판단과 어떠한 대응을 해야 할 것인지가 문제되고, 전통적 민사소송의 고유한 사법적 기능과는 다른 준입법적·준행정적 기능과 역할의 수행이 요청된다.¹⁷⁾ 그리하여 우리나라의 현대형 소송에서도 미국의 그것과 같이 사법부의 한계 및 법원의 준입법적 기능과 역할이 문제될 가능성이 크다.

법원이 현대형 소송을 어떻게 다루어야 할 것인가에 관하여는 견해가 대립되는데, 그 대립은 주로 현대형 소송에서의 법관의 역할 혹은 법관과 당사자의 관계에 관한 것이다.

먼저 법원주도의 입장에서는 현대형 소송에서 법관의 적극적 역할을 기대하는 입장으로 현재 미국법원의 태도가 이에 속한다. 이 견해는 현대형 소송이 기존의 권리관계로 파악하기 힘든 권리 내지 법의 새로운 형성에 특징이 있다고 보아 법원 내지 법관에 의한 법 형성 내지는 법 창조를 중시하는 입장이다.¹⁸⁾ 현대형 소송은 헌법적 가치에 대한 침해가 문제되고 그 침해도 개인에 의하여 이루어지는 것이 아니고 대규모 조직에 의하므로 당사자구조도 비정형적이고 소송과정에 따라 변화하기 쉽다. 따라서 법원은 그와 같은 복잡한 소송과정을 조직화하고 적극적으로 판결을 형성하여야 하고, 필요에 따라서는 스스로 전문적 지식도 넓혀야 할 뿐만 아니라 때로는 정책의 계획자 내지 관리자가 되어야 한다. 그러므로 현대형 소송에 대한 판결은 광범위한 영향력을 갖고, 경우에 따라서는 사회의 구조적 개혁도 요구되므로 법원의 적극적이고 비공식적인 활동이 요구된다고 한다. 미국의 현대형 소송은 법원의 적극적 개입의 필요성과 재량이 넓고, 소송에 의하여 기존회사제도를 개혁하고 그 구제방법이 특이하다는 점에서 소송법상의 새로운 문제를 제기하였다고 할 것이다.¹⁹⁾

이와 대립되는 견해는 신당사자주의적 입장이다. 이 견해는 법원주도의 절차형성

17) 上原敏夫, 現代型訴訟, 民事訴訟法の基本法理(小島武可, 編), 有斐閣, 1988, 27頁 以下.

18) 小島武可, 公共訴訟の理論, 民訴雜誌 23號, 1983, 1頁; 田中成明, 新實務民事訴訟講座 I, 日本評論社, 1981, 49頁.

19) 미국의 현대형 소송에 대해서는 小林秀之, アドバンス民事訴訟法, 日本評論社, 2007, 71~100頁.

이 당사자의 자율적·적극적 소송활동을 억제할 위험이 있으므로 법원 내지 법관의 개입을 최소한에 그치게 하는 당사자주의적 소송구조에 의한 대심적 소송활동을 기대하는 입장으로 '신당사자주의'가 이에 속한다. 신당사자주의이론에 의하면 소송에서 당사자들이 공격과 방어를 거듭하는 것을 소송전 또는 소송외에서 당사자들의 분쟁과정 또는 교섭과정의 연장으로 파악하므로 소송전 또는 소송외에서 당사자를 지배하던 사적자치의 원칙이 소송과정에도 적용되어야 한다고 한다.²⁰⁾ 신당사자주의는 소송전 또는 소송외에서 사적자치의 원칙에 따른 당사자들의 교섭과정이 의견의 대립 또는 여러 가지 이유로 교착상태에 빠져 그 교섭과정을 다시 회복하기 위하여 당사자는 소송을 제기한다고 한다. 그러므로 법원은 당사자간 사적자치를 다시 회복시킬 수 있는 절차보장을 해주어야 하고 그 절차보장을 이룩하기 위해서는 민사소송을 법관과 당사자 사이의 관계를 수평관계로 재구성하여야 한다는 것이다. 신당사자주의에서 소송의 주역은 당사자가 되지만 법원도 당사자 사이의 대등변론을 보장하기 위한 장치로서 당사자 사이의 힘의 불균형을 바로 잡아야 한다는 점에서 매우 중요한 구실을 한다고 할 것이다.²¹⁾

4. 재판의 장기화

소송의 지연은 통상의 소송에서도 언급되지만, 현대형 소송에서는 특히, 당사자의 호환성 상실, 계쟁이익의 집단화·확산화, 법적용작용의 재량화 등 전통적인 소송과는 다른 여러 가지 특성으로 인하여 재판이 장기화되는 문제가 있다.

그리하여 학설에서는 적절한 임시구제절차를 설치할 필요가 있음이 주장되고 있다. 또한 현대형 소송에서는 판결에 의하지 않고 소송상의 화해에 의한 해결이 많은 것도 재판의 장기화와 무관하지 않다.

IV. 현대형 소송의 대책(당사자적격의 문제를 중심으로)

1. 서

20) 井上治典, 訴訟手續內ルールとその特質Ⅱ, これからの民事訴訟法, 日本評論社, 1984, 11頁, 237頁.

21) 이에 관한 보다 자세한 내용은 강현중, 앞의 논문, 324~326면 참조.

현대형 소송은 살펴본 바와 같이 전통적인 소송형태와는 다른 특징과 문제점을 안고 있고, 이에 대한 대책도 마련되어야 한다.

본고에서는 현대형 소송의 특징과 문제점 중, 특히, 경쟁이익의 집단화·확산화에 따른 해결방안을 중점적으로 검토하고자 한다.²²⁾

현대형 소송은 대등한 주체간의 분쟁을 대립하는 두 당사자가 재판하던 전통적인 소송과는 다른 특성을 보유하고 있어 종래의 관리처분권 여부로 당사자적격자를 인정하려는 전통적인 당사자적격이론과는 다르게 적용 및 상대화가 고려되어야 할 것이다.

우리나라의 현행 민사소송법상 현대형 소송의 문제점을 대응할 수 있는 수단으로는 공동소송제도나 선정당사자제도 등의 조문을 두고 있으나 많은 문제와 한계를 지니고 있다.

이에 우리나라의 학계 및 실무에서는 현대형 소송의 해결책의 하나로 집단소송제도에 대한 논의가 활발하게 진행되고 있고, 입법론으로 미국형으로 Class Action(대표당사자소송)이나 독일형의 단체소송(Verbandsklage)의 도입여부가 문제되고 있다. 집단소송제도에 대한 입법화 노력은 1990년대 초부터 시작되어 1996년 법무부가 발표한 집단소송법시안을 중심으로 지속적으로 이루어졌지만, 각 분야의 이해관계가 상이하고 입법에 관한 관심이나 이해관계자들의 반발의 정도도 상이하여 그 입법화에 차질이 많은 점은 입법추진이 중단된 것에서 증명된다.²³⁾

물론 우리나라의 현행 민사소송법상에는 집단적 분쟁을 해결하기 위한 소송제도로서 오랜 논의 끝에 미국의 대표당사자소송제도를 계수하여 '증권관련 집단소송법²⁴⁾'을 2005년 1월 1일부터 시행하고 있지만(자산총액 2조원 이상의 법인, 자산총액 2조원 미만의 법인에 대하여 주가조작을 제외한 손해배상소송은 2007년 1월 1일부터 시행), 아직까지는 정착되지 못하고 유명무실하다는 지적이 있다.²⁵⁾ 또한 독일

22) 당사자의 호환성 상실에 따른 증거의 구조적 편재의 문제, 법적용작용의 재량화에 따른 법원의 기능과 역할의 확대 문제에 대한 논의는 III. 현대형 소송의 문제점에서 간단하게 살펴보았지만, 보다 심도있는 검토는 다음 기회로 미루고자 한다.

23) 이시윤, 집단소송에 대한 입법론적 고찰, 인권과 정의, 대한변호사협회, 1991.7, 25면(약관규제법, 부정경쟁방지법, 환경법 등 제한된 법 분야에 국한하여 도입할 것이지 이를 함부로 확대 도입하는 것은 바람직하지 않다고 한다).

24) 자세한 사항은 김학기, 증권관련집단소송에서의 당사자 및 이해관계인에 관한 연구, 원광대학교박사학위논문, 2006 참조.

25) 증권관련 집단소송법은 증권 거래에서 발생한 집단적 피해를 효율적으로 구제하기 위해 2005년 시행된 이후 8년 동안 소송건수는 5건에 그쳤다. 화해허가결정을 받은 진성TEC사건을 제외한 4개 사건은 모두 소송허가신청 단계에서 계류 중이다. 증권관련 집단소송이 유명무실하게 된 것은 청구원인을 과도하게 제한했기 때문이라고 한다(국회입법조사처와

의 단체소송제도를 소비자단체소송에 도입하는 형식을 갖추었으나(2006년 9월 27일 개정, 2008년 1월 1일부터 시행), 현재의 민원형 집단분쟁을 해결하기에는 미흡한 실정이다.

한편 일본의 경우는 현재 현대형 소송의 해결책의 일환으로 대규모소송과 선정당사자제도의 보완을 통하여 그 해결을 시도하고 있으나 큰 효과를 거두고 못하고 있는 실정이고, 우리나라 보다도 훨씬 먼저인 1975년부터 미국의 대표당사자소송을 염두에 두고 다수의 대표당사자소송법안을 마련하였으나 여러 이해관계로 말미암아 아직도 입법을 하지 못하고 있는 실정이다.

이에 우리나라의 현행 법제상 대응수단으로 적용되고 있는 선정당사자제도 및 공동소송제도 등을 중심으로 그 한계와 문제점을 검토하고, 일본, 미국, 독일 등의 법제를 바탕으로(당사자적격을 중심으로) 그에 대한 극복방안과 대책을 모색해 보고자 한다.

2. 현행 법제상의 문제점과 그 한계

1) 공동소송제도

현행 공동소송제도²⁶⁾는 1대 1의 개별소송의 병합으로 구성되어 있고, 또 어느 때나 원고측과 피고측이라는 이면적 분쟁을 기본적 전제로 하는 점에서 현대형 소송과 같이 다면적 당사자분쟁의 통일적 해결의 요청에 부응하지는 못한다.²⁷⁾

또한 공동소송제도에 있어서는 수많은 피해자가 모두 원고로서 법정에 출석하여야 하고, 공동소송인 독립의 원칙이 지배함으로 법원은 일일이 개별 원고에게 소환장을 보내야 하고, 원고 각자의 소송수행 활동여하에 따라 소송의 결과도 상이하게 발생한다. 그러므로 소송자료의 통일, 소송진행, 공동소송의 강제 등이 불가피하여 집단분쟁의 일거해결이 불가하다.²⁸⁾ 그리고 소액 피해자들의 소송참가가 소극적인

서울대 금융법센터가 공동으로 개최한 '금융소비자보호의 법적 과제와 전망' 세미나 내용 중 김주영변호사, 금융소비자보호의 법적 과제와 전망, 2013. 4. 12).

26) 민사소송법 제65조는 소송의 목적되는 권리나 의무가 수인에 대하여 공통된 때 또는 동일한 사실상, 법률상 동종의 원인에 기한 때에는 그 수인이 공동소송인으로 당사자가 될 수 있다고 규정하고 있다. 하지만 대부분의 공동소송은 개개의 소송으로 진행되다가 병합하는 경향이 강하다.

27) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2012, 641면.

28) 이는 집단분쟁의 해결을 위해 마련된 것이 아니고, 단지 민사소송에 있어서 소송사안이 공통적인 다수당사자의 소송수행의 편의를 위하여 마련하고 있는 제도에 불과하다고 한다(김

경우에는 분쟁해결의 적절한 해결수단이 되지 못한다.²⁹⁾

더구나 청구내용이 필수적 공동소송에 해당하는 경우에는 소송당사자가 되기를 꺼리는 자가 있는 한 분쟁사안을 일괄적으로 해결할 수 없는 한계가 있다.³⁰⁾ 특히, 필수적 공동소송의 당사자추가 규정은 일부 당사자가 빠져서 소송자체가 성립될 수 없는 경우만을 피해보자는 배려에서 제정된 것이므로 현대형 소송의 해결책으로 주장되는 집단소송을 허용하는 것과는 거리가 멀다.³¹⁾

단, 만약 민사소송법에 본격적인 집단소송이 도입된다면 공동소송제도에 관한 조항과 관련된 특칙조항(예컨대, 집단소송의 허용기준, 소송의 심리절차, 대표당사자적격, 판결의 효력 등에 관한 사항)을 마련하여 입법화하는 방법은 가능할 것이다.³²⁾

2) 선정당사자제도

선정당사자제도³³⁾는 각각의 피해자인 선정자가 개별적으로 선정당사자에게 수권을 하여 선정당사자가 소송을 수행하게 하는 임의적 소송담당의 하나이다. 이는 공동의 이해관계가 있는 사건에 관하여³⁴⁾ 공동으로 소송을 하려고 하는 당사자가 여러명 있는 경우³⁵⁾ 그 다수자 중에서 하나 또는 수인을 선출하여 그 선출된 자가 다른 사람을 위하여 소송을 수행하는 자격을 취득하고 그가 다른 사람을 위하여 소송을 수행하여 판결이 나면 그들 대표자로 선출한 다른 사람들도 그 판결의 효력을 받는 제도를 말한다(민사소송법 제53조 이하). 법원으로서의 대표자로 선정된 1인 또는 수인에게만 서류를 송달하면 되므로 사무의 번잡을 덜 수 있고, 분쟁당사자로

해룡, 환경관련 집단소송제의 필요성과 도입방안, 외법논집 제16집, 한국외국어대학교법학연구소, 2004.8, 58~59면).

29) 김철용, 집단소송의 법제와 현황, 자치연구 제13호, 한국지방자치연구소, 1994.3, 1면.

30) 김해룡, 위의 논문, 59면.

31) 이시윤, 앞의 책, 664면.

32) 이시윤, 앞의 책, 681면 ; 오재창, 공익관련 집단소송제 도입방안, 저스티스 통권72호, 한국법학원, 2003. 10면.

33) 선정당사자제도는 공동의 이해관계를 가진 여러 사람이 법인이던 사단이나 재단의 실체를 갖추지 못하여 당사자능력을 인정받을 수 없는 경우(민사소송법 제52조), 이들 가운데에서 모두를 위하여 당사자가 될 한 사람 또는 여러 사람을 선정하여 그가 받은 판결의 효력이 선정자 모두에게 미치도록 하는 제도이다(동법 제53조). 선정당사자는 선정자의 소송대리인이 아니다. 선정당사자의 자격의 유무는 당사자적격의 문제이므로 직권조사사항이다(김해룡, 앞의 논문, 60면).

34) 대법원 1997.7.25. 선고, 97다362 판결 ; 대법원 1999.8.24. 선고, 99다15474 판결 ; 대법원 2007.7. 12. 선고, 2005다10470 판결.

35) 대법원 1994.5.24. 선고, 92다50232 판결.

서는 시간이 있거나 능력이 있는 자에게 소송을 맡김으로써 일일이 법정에 출석하지 않아도 되어 편리하다.³⁶⁾

그러나 선정당사자제도는 다수의 공동소송인 중의 1인 또는 수인에게 공동소송인 각자가 소송수행권을 신탁적으로 수권하는 절차가 필요한데 현대형 소송의 경우는 피해자가 수천, 수만명에 이르는 경우가 흔히 있을 수 있으므로 그 피해자들로부터 일일이 수권을 받는다는 것은 사실상 불가능하다.³⁷⁾ 또한 집단피해자 중 일부가 선정당사자제도를 이용하여 판결을 받았다 해도 그 효력은 선정자와 선정당사자에게만 미칠 뿐, 선정자군에 포함되지 않은 다른 피해자에게는 효력이 미치지 않아 결국에는 분쟁도 부분적이고 미봉적인 해결에 그치는 데 문제점을 안고 있다. 게다가 선정당사자제도는 기본적으로 공동소송으로 할 것을 간편하고 효과적으로 하게 하자는 취지의 제도이므로 공동의 이해관계의 범위는 민사소송법 제65조의 공동소송의 요건을 충족하는 사건으로 제한된다.

그러므로 변호능력이 부족하고 경제적 여유가 없는 선정당사자들이라면 구체적 분쟁해결에 적절한 변론을 기대하기 어렵다. 또한 집단적 이익을 보호하기에 적합한 자가 선정당사자로 되어야 한다는 등 자격제한이 없으며 선정당사자가 상대방과 약합하여 배신행위를 하는 것을 방지하는 견제책이 없다.³⁸⁾

그러므로 이 제도로서는 고도산업사회에서 발생하는 현대형 소송을 대처하기가 불충분하다. 이는 현행법이 개인중심의 분쟁을 대상으로 제정되어 있고, 법원의 기구나 조직도 이에 따라 구성되어 있기 때문이다.³⁹⁾

3) 법인의 당사자적격성

현행 민사소송법 제52조는 자연인·법인과 같이 법인격 없는 사단이나 재단에 대하여도 당사자능력을 인정하고 있다. 다만, 이 법 조항에서 당사자능력 있는 사단이란 계속적인 목적을 추구하고 있는 단체로서 그 구성원 개인의 가입탈퇴 여부와 무관하게 지속적으로 존속하고, 내부적으로 단체의 의사결정과 업무수행기관이 구성되어 있고 대외적으로 단체를 대표할 대표자가 있을 것을 요건으로 해석되므로⁴⁰⁾

36) 오재창, 앞의 논문, 10~11면.

37) 김홍규, 집단소송의 법리, 법학논총, 이화여자대학교법학연구소, 1999, 264~265면 ; 정동윤, 미국의 대표당사자소송, 집단소송의 법리 재판자료 149집, 법제처, 1991.7, 52면.

38) 구연창, 공해소송과 다수당사자소송, 법무자료집 제90집, 법무부, 1987, 193면. ; 김철용, 앞의 논문, 1면 ; 이시윤, 앞의 논문, 24면.

39) 설계경, 환경관련 집단소송제도에 관한 입법론적 고찰, 법제논단, 법제처, 2006.2, 7~11면.

40) 이시윤, 앞의 책, 140면.

이와 같은 조직체가 구성되지 아니한 소액 다수의 피해자는 이를 활용할 수 없다는 입장이 문제점으로 지적되고 있다.⁴¹⁾

또한 민사소송법이 규정하고 있는 바가 단체가 그 스스로의 권리·의무에 침해 받았을 경우에 소송상 당사자적격이 있다는 것일 뿐, 예컨대 침해 피해자로서 원고적격을 인정하게 되는 근거규정은 아니라는 점이다. 즉, 단체의 당사자적격에 관한 이 규정은 집단소송에 있어 필수적 사항인 원고적격의 문제와는 사실상 무관한 사항이라 할 것이다.⁴²⁾

3. 세계 각국(일본, 미국, 독일)의 동향

1) 일본의 경우

(1) 대규모소송과 선정당사자제도의 보완

일본의 경우도 현대형 소송에 대한 대비책으로 미국의 대표당사자소송을 염두해 두고 오래 전부터 다수의 대표당사자소송법안을 마련하였으나⁴³⁾ 입법에 이르지 못하였고,⁴⁴⁾ 최근에는 선정당사자제도를 정비하여 집단적 피해를 막으려는 해결책을 마련하고 있다. 1996년 일본 개정민사소송법 제30조 제3항에서 “계속 중인 소송의 원고 또는 피고와 공동이익을 가진 자로서 당사자가 아닌 자는 그 원고 또는 피고를 자기를 위해서 원고 또는 피고로 될 자로서 선정할 수 있다”라고 규정하였는데 일반적으로 이 절차를 “추가적 선정”이라고 한다.⁴⁵⁾ 이 제도에 의하면 이미 계속 중

41) 오재창, 앞의 논문, 10면.

42) 김해룡, 앞의 논문, 61면 ; 설계경, 위의 논문, 711면(법인격 없는 사단이라도 현대형 소송에서의 집단분쟁 등을 다룰 수 있는 당사자적격을 인정하여야 할 것이라는 논리에서 별도로 단체소송제도의 도입이 필요하겠는가 하는 견해도 있을 수 있으나, 단체소송제도에 있어서의 핵심적 사항은 단체에게 원고적격의 인정에 관한 문제임을 강조한다).

43) 대표당사소송법(안), 공명당(안), 동경변호사회(안) 등이 만들어졌으며 이들 법안들은 한결같이 미국의 대표당사자제도를 기본으로 하고 있는 점에 특징이 있고, 우리나라의 집단소송법 시안의 근간이 되었다.

44) 이에 대한 이유에 대하여는 대륙법계 법과의 조화나 재판청구권의 침해문제 때문인 것으로 설명한다. 그러나 일본 제계의 반발과 정당, 관청, 기업이나 기득권단체 시스템이 중요한 걸림돌이 된 것으로 보인다.

45) 川嶋四郎, 民事訴訟過程の創造的展開, 弘文堂, 2007, 69頁. 우리나라에서도 추가적 병합의 형태로 제3자가 스스로 기왕의 절차에 가입하여 종전의 원고측이나 피고측의 공동소송인으로 될 수 있도록 공동소송인의 추가제도를 확장시키는 것이 필요하다는 견해가 있다. 이 견해에서는 피참가인인 당사자와 합일확정관계의 제3자가 아니라도 쟁점공동인 관계일 때에는 참가할 수 있도록

인 소송이라고 하더라도 추가적 선정행위를 할 수 있도록 하여 선정당사자제도에서 제3자가 선정자로 참가하는 추가적 선정행위를 허용하였다. 그러나 이렇게 제도를 개선하였다고 하더라도 결국 선정행위라는 수권절차를 통하지 않으면 안 된다는 점에서 기존 선정당사자제도의 본질적인 한계를 극복할 수는 없는 방안이라고 할 것이다.

또한 1996년 6월 26일 공포된 일본의 개정 민사소송법 제6장에는 대규모소송에 관한 특칙으로 2개의 조문을 두고 있다. 즉, 제268조에서 수명법관은 당사자의 이의가 없는 경우에 법원 내에서 증인이나 당사자본인을 신문할 수 있게 하였고, 제269조에서는 대규모소송의 경우에는 합의체를 구성하여 5인으로 할 수 있다고 하면서 판사보는 3인 이상 합의체에 가담하거나 재판장이 될 수 없다는 제한을 하고 있다.

그러나 민소법 제268조에 대하여 5명이 합의를 하는 것은 심리를 더욱 어렵게 하고 재판지연의 우려가 있다는 것과 수명법관에 의한 신문이 남용되지 않아야 한다는 것, 재판소서기관의 증원을 전제로 하여야 한다는 비판이 있다.⁴⁶⁾

결국 이러한 특성을 감안하면 일본의 대규모소송의 특칙은 현대형 소송에 대한 대비가 아니라 다수당사자소송에 대한 대안 정도에 머물고 있다고 평가할 수 있다. 즉, 현대형 소송에 대한 해결은 특칙으로 민사소송법에서는 다수당사자소송에 대한 특칙을 규정하는 선에서 타협한 것으로 평가할 수 있다. 이처럼 현재 일본은 집단분쟁에 대하여 민사소송법에 그 근거조문을 마련하는 선에서 더 이상 진전되지 못하고 타협을 하고 있는 형태를 띠고 있다고 평가할 수 있다.⁴⁷⁾ 다만, 최근에 소비자단체 소송의 도입을 내용으로 하는 '소비자계약법의 일부를 개정하는 법률'이 2006년 5월 31일에 성립, 2007년 6월 7일부터 시행되었고, 일정한 요건을 갖춘 소비자단체 중 내각총리대신의 인정을 받은 적격소비자단체(특정비영리활동법인 또는 민법상 공익법인)에 한정하여 원고적격을 인정하여 소비자피해를 구제하고 있다. 하지만 다시 일본도 현대형 소송에 대응하기 위한 근원적인 단체소송의 도입을 추진 중이며 멀지 않아 입법을 할 것으로 예상된다고 하는 의견도 나오고 있다.

민소법 제83조(공동소송참가)의 확장운명을 입법론이나 해석론으로 고려하는 것이 집단불법행위 소송에서 의미가 있다고 한다(이시윤, 앞의 책, 664면). 우리나라의 이러한 견해는 일본의 추가적 선정제도를 염두하고 제안한 것으로 보여진다.

46) 柳田行三·始關正光·小川秀樹, 民事訴訟手續に關する檢討事項, に対する各界意見の概要(100), NBL No. 521, 39頁.

47) 오대성·강태원·함영주, 앞의 책, 42~44면.

(2) 현대형 소송에서의 당사자적격에 관한 학설의 논의

1) 소극설

현대형 소송의 등장에도 불구하고 실체법을 기초로 하는 종래의 당사자적격이론의 기본구조에는 변함이 없다는 견해로서 현대형 소송에 의한 전통적인 당사자적격이론 자체의 변용을 인정한다.

당사자적격은 현재 주장되고 있는 실체법상의 권리·의무를 기준으로 하여 그 주체인 자로 하여야 한다는 견해⁴⁸⁾와, 실체법상의 권리내용 여하에 따라 결정되어야 한다는 견해⁴⁹⁾ 등이 있다.

그러나 이 견해에 대하여는 전통적인 당사자적격이론으로 복잡하고 다양한 현대형 소송에 대응하여 유연하고 타당한 해결을 하기에는 무기력하다는 비판이 있다.

2) 일원적 긍정설

분쟁유형을 이원화하여 제재형 소송과 새로운 현대형 소송의 등장에 의한 전통적 당사자적격이론의 변용 자체는 긍정하지만, 현대형 소송의 입장에서 타당한 이론이 동시에 전통적 소송에서도 타당하기 때문에 전통적 당사자적격이론을 근간으로 하여 현대형 소송의 특징과 장점을 도입하자는 견해⁵⁰⁾이다.

이에 대하여 실제의 분쟁은 그렇게 단순하지 않고 복잡하게 얽혀 있기 때문에 현대형 소송이나 정책지향적 소송을 제재형 소송으로부터 분리하기가 어렵다는 문제점이 있다고 비판된다.

3) 다원적 긍정설

현대형 소송의 특질에 입각하여 전통적인 당사자적격이론의 변용을 적극적으로 인정하여 현대형 소송 특유의 유형화된 당사자적격이론을 적극적으로 긍정하자는 견해로서 기능과 역할, 해석론에 따라 다음과 같이 나뉜다.

① 분쟁관리권설

현대형 소송 중 특히, 환경소송에서 다수의 분쟁당사자가 갖고 있는 강한 이익의 일체성에 의한 당사자적격의 적극적인 기능을 근거로 하여 현대형 소송의 경우 소송

48) 中村英郎, 民事訴訟における制度と理論の法體系的考察, 民事訴訟論集 1卷, 成文堂, 1986, 63頁.

49) 上野泰男, 當事者關聯項目について, 民商 110卷, 4·5号, 1994, 85頁 以下.

50) 井上治典, 앞의 논문, 237頁.

제기전의 분쟁해결과정, 즉 교섭과정에서 상대방과 교섭하여 실질적인 주도권을 갖는 자에게 '분쟁관리권'을 인정하여 직접 피해를 입지 않는 실체법상의 권리·의무가 없는 자에게도 당사자적격을 인정하려는 견해⁵¹⁾이다.

이 견해에 대하여 '분쟁관리권'은 사실적 개념이기 때문에 그 범위가 명확한 것도 아니고, 법률의 규정 혹은 당사자로부터의 수권없이 제3자에게 소송수행권을 취득하게 할 근거가 없을 뿐만 아니라 당사자적격을 인정받은 주민단체에 찬성하지 않는 다른 주민들에게도 판결의 효력이 미치는 것은 절차보장 측면에서 문제가 있다는 비판⁵²⁾과 함께 일본최고재판소의 판결⁵³⁾이 있다.

② 단체소송활용설

소비자소송에 있어서 소비자단체의 임의적 소송담당에 의한 당사자적격의 취득을 인정하는 하나의 유형으로서 독일법의 단체소송을 해석론으로 인정하는 견해⁵⁴⁾이다.

이에 대하여는 법률에 의한 수권없이 해석론으로 독일의 단체소송상의 당사자적격을 인정하기는 어렵다는 지적이 있다.

③ 법정소송담당설

환경침해금지가처분소송에서 지역주민의 일부에 대하여 법정소송담당자로서 피해주민 전원을 위하여 가치분신청을 허용하여야 한다는 견해⁵⁵⁾이다.

이 견해에 대하여는 명문의 규정이 없이 법정소송담당을 인정하기가 어려운 현실적 문제가 있다고 비판된다.

4) 검토

현대형 소송의 특징을 근거로 하여 그 특유의 당사자적격이론을 구축하려고 본격적으로 시도한 이론은 '분쟁관리권설'이 시초였다. 하지만 이 견해에 대한 의문과 비판을 통하여 위와 같은 많은 학설들이 출현하였고, 각각의 견해마다 일면의 타당성은 있다.

51) 伊藤眞, 民事訴訟法の當事者, 弘文堂, 1978, 90頁; 伊藤眞, 紛争管理權再論, 紛争處理と正義, 有斐閣, 1988, 203頁 以下.

52) 小林秀之, 앞의 책, 100頁.

53) 日最高裁, 1985. 12. 20, 判示 1181号 77면(분쟁관리권은 법률의 규정 또는 당사자로부터의 수권 없이 소제기 전에 분쟁과정에서 상대방과 교섭한다는 근거가 없다).

54) 松原弘信, 當事者適格論の展開と現代型訴訟における變容, 民事訴訟法理論新講(上), 新堂幸司先生古稀祝賀論文集, 有斐閣, 1993, 819頁.

55) 松浦馨/新堂幸司/竹下守夫, 條解民事訴訟法, 弘文堂, 1986, 81頁.

하지만 분쟁관리권설은 분쟁당사자가 갖고 있는 이익에 대하여 일체성이 있는 다수당사자의 분쟁이라는 현대형 소송 특유의 이론을 구축하고, 실체법상의 관리처분권이나 법적 이익의 귀속주체 이외의 제3자에게 수권 내지 당사자적격을 부여하고, 분쟁관계상의 의존관계라는 관점에서 분쟁관리권자가 받은 판결은 관련 이익귀속주체에게 유리·불리를 불문하고 판결효가 미친다는 점은 명문화되어 있는 우리의 증권관련집단소송에서 대표당사자가 받은 판결이 구성원에게 미치는 점과 유사하다.⁵⁶⁾

2) 미국의 대표당사자소송(Class Action)

(1) 의의

대표당사자소송(Class Action)이란⁵⁷⁾ 다수의 소비자나 투자자들이 원인이나 쟁점을 공통으로 하는 소액의 손해배상청구권을 갖는 경우에 그 피해자집단(class) 중에서 대표자가 나서서 class에 속하는 총원의 청구금액을 일괄하여 소제기하고 법원의 허가를 받아야 하며 법원의 허가를 받은 대표자가 일거에 전체의 권리를 실현시키는 소송형태이다. 집단소송의 형태지만 개인주도형이다.

대표당사자소송에서 피해자들 중 그 소송의 효과를 받지 않겠다고 제외신청(opt-out)⁵⁸⁾을 한 사람을 제외하고는 대표당사자가 수행한 소송의 효력을 그대로 받게 되는 제도이다. 이러한 대표당사자소송은 구성원이 별도로 대표자를 선임하는 선임절차 또는 수권절차가 필요없다는 점⁵⁹⁾에서 선정당사자와 구별되고, 대표당사자소송을 수행하면 그 효력이 집단구성원 모두에게 그대로 미친다는 점에서 일정한 기

56) 김학기, 앞의 논문, 82~85면.

57) class action은 영미법의 equity에서 정하고 있는 공동소송의 요건을 완화하기 위하여 판례법이 발달시킨 것으로서 1966년에 개정된 미국연방민사소송규칙(Fed Rules Civ. Proc) 제 23조에 성문화되었다. class action은 금전청구가 일반적이거나[FRCP 23(b)(3)], 시민권소송 등 경우에 따라서는 공통된 쟁점에 관하여 보전처분이나 확인판결을 구하는 경우에도 가능하다[FRCP 23(b)(2)]. 그러나 class action이라고 하면 보통 전자를 의미하므로 이하에서는 이를 중심으로 살펴본다.

58) 신청이라는 용어는 당사자의 신청에 대하여 법원이 심사하여 받아들일지 여부를 결정한다는 의미이고, 신고는 그러한 신고로 당연히 제외가 인정된다는 의미를 띠어서 양자가 구별된다.

59) class action의 경우는 주소·성명을 적어 특정하지 않고 예를 들어 “일정기간에 어느 택시를 이용한 승객”이라고 표시하여도 좋다는 점에서 선정당사자와는 다르며, 특히, 법원의 후견아래 집단소송의 구실을 하고 있다는 점에서 선정당사자제도와 근본적인 차이가 있다.

준하에 당사자들이 공동원고나 피고가 될 수 있는 것을 허용하는데 그치는 공동소송과 구별된다.⁶⁰⁾

대표당사자소송의 핵심은 기존의 민사소송일반원칙과 달리 피해를 입은 다수의 집단구성원이 자신의 권리행사를 적극적으로 하지 않아도 대표당사자의 소송결과에 따라 손해배상을 받을 수 있다는 점에 있다. 결국 이는 참가 또는 가입의 형태를 기본으로 하는 기존의 opt-in방식의 일반민사소송절차와 달리 적극적으로 해당 소송의 당사자가 되지 않겠다는 방식으로 벗어나지 않는 한 판결의 효력이 자신에게 미치는 opt-out방식이라는데 본질적인 차이가 있다.⁶¹⁾

(2) 요건(당사자적격)

모든 class action에 요구되는 공통의 요건으로서 ① class에 속하는 자가 다수이고 전원을 당사자로서 병합심리하기가 실천적으로 곤란하고(최소 30~40명 정도이상을 요구하고 있음), ② 그 class의 모든 구성원들에게 공통적인 법률상·사실상의 문제가 존재하고, ③ 대표당사자의 청구 또는 항변이 그 class의 구성원의 청구 또는 항변의 전형적인 형태이어야 하며, ④ 대표자가 그 class의 구성원으로서 그 class의 이익을 공정·적절하게 보호할 수 있는 인격적 신뢰가 있어야 한다.

따라서 대표자가 대표당사자소송(class action)으로서 제소하면 법원은 다음과 같은 사항을 판단하여야 한다. ① 집단(class)의 구성원 각자가 개별적으로 소송을 제기한다면 판결이 구구하게 되어 상대방이 행동기준을 정할 수 없게 되거나, ② 구성원의 개별적 소송결과가 그 소송의 당사자로 되지 아니한 다른 구성원의 이해관계를 임의로 처분해 버리게 되거나, ③ 그들의 이해관계 보호능력을 현저하게 손상 또는 방해할 염려가 있거나, ④ 상대방이 어떤 행위를 하였거나 이를 거부함으로써 집단 전체에 확정적 유지명령 또는 이에 준하는 확인적 구제수단을 부여함이 적당한 경우이거나, ⑤ 집단구성원에게 공통된 법률문제 또는 사실문제가 그 개별적 구성원에게 미치는 영향보다 압도적으로 비중이 커서 집단소송이 그 분쟁에 관하여 공정하고 능률적인 재판을 함에 있어서 다른 이용가능한 방법보다도 우수하여야 한다.

그러한 경우에 비로소 법원은 허가를 하게 된다(대표당사자소송으로 소가 제기되

60) 이시윤, 앞의 책, 671면.

61) 오대성·강태원·함영주, 집단소송제(대표당사자소송, 단체소송)의 도입방안에 관한 연구, 사법제도개혁추진위원회(연구용역보고서), 2005, 12면.

면 법원은 가능한 한 신속히 이를 대표당사자소송으로 유지할 것인지를 입증하여야 한다). 즉, 대표자에게 소송수행을 허용할 것인지의 여부를 법원이 직권으로 심리하여 결정하는 것이다.

법원은 허가하였다더라도 언제든지 부적법하다고 판단되면 집단소송의 지위를 상실시킬 수 있고, 특정쟁점 또는 특정당사자에 대한 관계에서만 집단소송을 유지할 수 있는 부분적 class action 명령도 가능하고, 집단 내에서 일부 구성원의 이해관계가 다른 구성원들의 그것과 상반될 경우에는 소집단(Subclass)으로 세분화할 수도 있다. 소집단이 class action의 요건을 갖추고 있으면 각 소집단의 대표자를 선정하도록 명령할 수도 있다.⁶²⁾

이처럼 대표당사자소송에서 법원 및 법관의 역할은 소송의 시작에서 종결까지 전 과정에 걸쳐 그 역할이 강하게 반영된다.

(3) Class Action(대표당사자소송) 통지

통지는 대표당사자소송의 구성원에게 가장 중요한 절차적 권리의 보장수단이다. 그리하여 헌법상 적법절차(Due Process)의 요청에 적합하게 통지받지 못한 결석구성원은 판결의 효력을 받지 아니한다.

따라서 일단 class action이 허가되면 법원은 최선의 통지방법을 강구하여 구성원들에게 소송통지를 하여 소송참가의 기회를 열어 주지 않으면 안 되며 이 통지를 받은 구성원은 법원에서 지정한 날까지 제외신청을 하지 않으면 판결은 승패를 불문하고 구성원 전원에게 미친다.

합리적인 노력을 하여도 소재가 확인되지 아니하는 구성원에게는 신문공고 또는 공시송달을 허용하여야 할 것이다.

(4) Class Action의 한계

대표당사자소송은 많은 장점이 있음에도 불구하고 다음과 같은 점이 문제점으로 지적된다.⁶³⁾

62) 박희만, 앞의 논문, 130~132면.

63) 박희만, 앞의 논문, 133~134면. 이러한 문제점에도 불구하고 브라질, 캐나다 등 적지 않은 국가의 호응을 얻어 이 제도는 확산되어 가고 있다. 우리나라는 살퍼본 바와 같이 현재까지는 증권관련집단소송제에 한정하여 도입하였다.

첫째, 대표당사자가 패소했을 경우 그 기판력이 소가 제기된 사실조차 알지 못하는 구성원에게 미치게 되어 구성원이 개인적으로 구제받을 수 있는 기회를 박탈하게 되는 불이익을 어떻게 구제할 것인가 하는 점이다.

둘째, 대표자로 나선 대표당사자가 구성원 전체를 위해 과연 유익한 소송수행을 할 것을 담보하는 보장방법이 현실적으로 있겠는가 하는 점이다. 따라서 대표당사자의 자격을 인정하는 문제가 가장 중요한 문제라 할 수 있다.⁶⁴⁾

셋째, 적법절차와의 관계에서 비록 소송참가의 권유를 받았지만 그 소송고지가 형식적일 수밖에 없는 현실적 한계 때문에 소송계속 사실을 전혀 알지 못하는 구성원이 소송결과에 승패에 불구하고 이에 복종해야 하는 것은 문제라 하지 않을 수 없다.

넷째, 대표당사자소송을 통해 그 구성원들이 받는 이익은 소액에 불과한데 비하여 원고소송대리인이 받는 소송비용은 엄청나게 크기 때문에 이에 대한 강한 비판이 일고 있다. 그러나 불법행위를 하면 배상책임이 커질 수 있다는 경각심을 기업에게 주어 결국 소비자를 보호할 수 있다는 장점이 있다.

3) 독일의 단체소송(Verbandsklage)

(1) 의의

독일의 단체소송은 미국의 class action과 같이 기존의 제도에서 전개된 것이 아니고 하나의 입법활동의 산물이다. 즉, 제정법이 개별분야마다 일정한 법인격 있는 단체에게 당사자적격을 부여함으로써 성립한 것이다. 따라서 형식상으로는 단일한 법인격있는 단체가 원고가 되고 집단이 원고가 되는 것이 아니라, 원고는 다수인으로 구성된 단체이기 때문에 집단소송으로서의 성격을 갖는다.⁶⁵⁾

단체소송에서는 개인의 주관적 권리를 실현하는 것보다는 객관적 권리, 즉 공공의 이익을 실현하는데 주안점을 두고 있는데, 단체소송에 관한 독립된 법률은 존재하지 않고, 부정경쟁방지법이나 금지청구법, 경쟁제한금지법, 상표법 등에서 개별적으로 규정하고 있을 뿐이다.⁶⁶⁾ 따라서 단체소송이라 하여도 구체적인 점에서는 소제기관

64) 이시윤, 앞의 책, 672면.

역사상으로 최초의 집단소송제도는 영국 형평법의 대표소송(Representative Action)에서 기원하였다고 한다(張松靑, 집단소송제도에 관한 연구, 성균관대학교박사학위논문, 2009, 39면). 우리나라는 소비자단체소송의 일부에 독일의 단체소송을 도입하는 형식을 갖추고 있다. 65)

66) 독일의 경우 행정소송분야에서는 연방차원에서 단체소송을 도입하려는 시도는 여러 번 했으

자 등과 관련하여 차이가 있을 수 있고, 제한적이고 개별적으로만 보호받을 수 있는 공공의 이익, 특히 소비자의 이익을 민사소송절차에서 보호하기 위한 모델로서 독일에서는 단체소송제도가 적용되고 있다.⁶⁷⁾

(2) 소제기권 있는 단체

독일의 단체소송은 결국 법률에 의하여 당사자적격을 확장한 것에 지나지 않는다. 즉, 법이 단체에 실제법상의 금지청구권을 주어 단체가 이를 행사하는 단체에 의한 법정소송담당이라고 할 수 있다. 이와 같은 독일의 단체소송은 실제로는 별로 이용되고 있지 않다. 그 이유는 단체소송의 소가가 고액일 경우, 패소되면 상대방의 변호사비용을 부담하여야 한다는 위험이 따르는데 소비자단체는 자금이 부족하여 소송비용을 낭비할 처지가 아니므로 제소에 신중을 기하기 때문이다.

소제기권 있는 단체에 대하여는 부정경쟁방지법(UWG) 제8조, 금지청구법(부작위소송법) 제3조, 시장법 제55조 제2항 등에 규정으로 명시하고 있다. 즉, ① 연방행정청에서 관리하는 목록에 기재된 인증기관, ② 영업상의 이익 또는 독자적인 직업상의 이익을 추구하는 권리능력 있는 단체, ③ 상공회의소 또는 수공회의소가 소제기권 있는 단체이다.

4. 현대형 소송의 대책

1) 집단소송제의 도입필요성

우리나라의 현행법상으로 현대형 소송에서 계쟁이익이 집단화되고 확산화 됨에 따라 적용할 수 있는 대응제도로는 공동소송제도, 선정당사자제도 등을 들 수 있을 것이나, 이러한 제도는 살펴본 바와 같이 많은 한계와 문제점을 보유하고 있어 현대형 소송을 대처하기에는 불충분하다. 이에 따라 우리나라 뿐만 아니라 세계 각국에서는 현대형 소송의 해결책의 하나로 집단소송제도를 들고 있다.

나 목적을 달성하지 못했고, 몇몇 주에서 자연보호법의 영역에서 공적으로 승인된 단체에게 원고적격을 부여하고 있다(임복규, 환경법분야에서의 단체소송, 재판자료 제94집, 2002, 241면).

67) BGH 2002, VIII ZR 253, 99(독일 단체소송관련 실제사례로 영업상의 이익을 추구하는 권리능력 있는 단체에게 당사자적격을 인정한 주된 판례다).

현대형 소송은 분쟁당사자의 수가 많은 반면 개개인의 피해액은 소액인 경우가 많다. 이러한 다수의 소액피해자들은 그 피해의 정도가 작고 흩어져 있는 반면 소송비용의 부담, 증명책임의 어려움 등 소송기술상의 부담이 과도하여 적극적으로 권리를 주장하기가 어려운 실정이다. 이렇게 흩어져 있는 피해자들의 권리를 모아 하나의 절차를 통하여 분쟁을 해결하도록 하게 된다면 소송경제에 기여함은 물론 공익에도 기여하게 된다.

또한 당사자지위의 실질적인 불평등으로 인하여 상대적으로 피해를 입게 될 개연성이 큰 다수의 피해자들이 직접 소송에 참여하지 않아도 그 대표성을 인정받은 대표자나 단체에 의하여 소송이 진행되면 그 소송결과의 혜택을 받게 되고 그 불평등도 해소될 것이다.

더불어 현행의 소송제도에 의할 경우 다수의 피해자들이 반복적으로 소송을 제기하는 것을 막을 수 없어 하나의 쟁점에 대해 재판부에 따라 상이한 결과가 나올 가능성도 집단소송제도가 도입되면 동일한 쟁점에 대하여 분쟁을 일괄적으로 해결할 수 있어 사법자원의 낭비를 줄이고 법적 안정성을 증진시킬 수 있다. 또한 치열해지는 글로벌경제의 기업환경 속에서 국가경쟁력을 키우는 경영활동이 가능해 질 것이다.⁶⁸⁾

그러므로 현대형 소송의 문제점에 대한 극복방안 및 국가상호주의원칙에 의한 국민의 권익보호를 위해서라도 집단소송제도의 도입은 필수적이고 신중하게 준비한다는 명분만을 가지고 이 제도를 뒤로 미루는 것은 옳지 않다고 할 것이다.

이하에서는 법무부가 1996년부터 하나의 독립된 법안으로 발표하고 논의하여온 집단소송법시안의 주요내용과 도입여부에 관한 찬반의 대립을 살피고, 이를 종합하여 집단소송법(안)에 대한 개선방향을 제안하고자 한다.

2) 집단소송법시안의 주요내용

우리나라의 경우는 현대형 소송의 특성에 따른 해결책이 현행의 법제하에서는 해결하기가 어려운 문제가 있어 그 해결책의 하나로 집단소송에 대한 논의가 활발하게 지속되고 있고,⁶⁹⁾ '집단소송법시안'이란 이름으로 결실을 맺기에 이르렀다.⁷⁰⁾

68) 오재창, 앞의 논문, 21~22면(강신하, 앞의 논문, 8면 ; 이용철, 집단소송법 제정의 필요성과 입법방향, 인권과 정의, 대한변호사협회, 2000, 5~6면).

69) 집단소송제의 대표적인 입법례로 미국과 독일을 들 수 있으나, 그 외에도 프랑스, 영국, 캐나다, 호주, 러시아는 물론 중국마저도 이미 집단소송제를 실시하고 있는데, 문제는 국가상

이 시안은 그간 우리나라에서 다른 법안의 준비에 비하면 기간만 해도 상당히 오래 걸렸고, 집단소송법에 관한 자료축적이나 입법과정에 관한 회의록도 상세히 만들어 두었다는 점에서 매우 특별한 의의를 갖는다.

그 내용 중 당사자적격과 관련된 부분을 중심으로 하여 간략히 살펴본다.⁷¹⁾

(1) 집단소송의 대상

집단소송법 시안 제1조는 “공동의 이익을 가진 다수인에게 피해가 발생하거나 발생할 염려가 있는 경우 집단소송을 제기할 수 있다”고 규정함으로써 집단의 구성원이 될 자간에 사실상, 법률상 원인이 동일하거나 동종의 피해가 발생하는 경우 집단소송의 대상이 되는 것으로 되어 있다. 이 소송목적물의 공통성요건은 구성원 개인의 청구로는 너무 소액의 피해자를 묶어서 소송을 제기할 수 있는데 그 의의가 크다.

(2) 집단소송의 당사자적격·청구적격

법 시안 제10조 및 제11조는 집단소송의 당사자적격과 청구적격에 대해 규정하고 있다. 이는 집단소송이 허가될 수 있는 전제요건에 관한 것으로서 중요한 의미를 가진다. 집단소송의 당사자적격은 집단구성원 총원들의 이익을 공정하고 적절히 대표할 수 있는 자에게 집단소송을 제기할 당사자적격을 인정하고 있다(법 시안 제10조 제1항).

이와 같은 규정은 미국의 대표당사자소송에서 유래하는 것으로서, 소송의 직접당사자로 포함되지 아니한 구성원(The absent party)에게도 판결의 효력이 미치므로, 헌법상의 재판청구권이 보장되어야 한다는 원리를 배경으로 한다. 그러므로 법원은

호주의에 의하여 우리나라가 자국민을 보호하지 않으면 예컨대 집단소송제가 시행되고 있는 외국에서 자국민은 집단소송제를 통한 보호를 받기 어렵게 된다는 것이다. 그리하여 우리나라에서도 집단소송제의 도입은 필수적이라고도 한다(오재창, 앞의 논문, 8면).

70) 민사특별법제정 특별분과위원회 회의록, 법무부, 1995.11~1996.12. 물론 일본의 경우는 오히려 우리나라보다 훨씬 오래 되었으면서도 아직 입법을 하지 않고 있는 실정이다. 그 후 여러 시민단체들이 연대하여 집단소송법안을 만들어 2000년 10월 3인의 국회의원의 소개로 입법청원안을 제출한바 있다. 이 입법청원안은 현행 법체계와 부조화 등의 이유로 입법화의 결실을 보지 못하였다.

71) 김해룡, 앞의 논문, 67~72면 참조.

대표당사자가 공통의 쟁점사항에 관한 집단구성원의 대표성을 지니고 있는가의 여부를 엄격히 심사하는 것이 집단소송의 성공을 보장하는 중요한 요소이다.

이러한 측면에서 집단소송에서의 법원은 소송당사자로 되어 있지 아니한 가려져 있는 집단구성원의 보호자 내지는 일종의 수탁자로서의 지위에 있다고 할 것이고, 이는 곧, 집단소송이 공익소송의 의의를 지니는 중요한 요소라 할 것이다. 이를 위해 법원은 대표당사자나 구성원 등의 당사자능력여부를 직권으로 조사할 의무를 진다는 점에서 일반 민사소송의 경우와 상이성을 지닌다고 할 것이다. 현대형 소송에서 법원 내지 법관의 후견인 역할이나 적극적 관여제도가 확대되는 점도 이와 같은 점에 서이다.⁷²⁾

법 시안 제10조 제2항은 단체의 정관에 의하여 상시적으로 공익의 추구를 목적으로 하는 비영리법인으로서 법인의 구성 및 활동실적으로 보아 객관적으로 공익을 추구하는 임무를 수행할 수 있을 것, 법인의 목적을 지지하는 자에게 가입이 개방되어 있을 것을 요건으로 하는 단체들과 한국소비자보호원, 대한법률구조공단, 대법원규칙으로 정하는 법인에게 당사자적격을 부여하고 있다. 이 규정은 독일연방자연보호법 제29조 등에서 공익단체에게 환경오염방지를 위한 소송에 있어 원고적격을 인정한 소위 독일형 단체소송의 제도를 도입한 것으로 평가된다.⁷³⁾

법 시안 제10조 제3항은 더 나아가 집단소송의 공익추구 목적 및 소송에 참가하지 아니하는 당사자들의 권익보호를 위하여 대표당사자 및 대표단체의 소송대리인의 요건으로서 총원의 이익을 공정하고 적합하게 대리할 수 있는자인지, 즉, 대표당사자의 이익이 집단총원의 이익과 상충되지 않는지, 그리고 대표자가 집단총원의 이익을 유능하게 대표할 수 있는지의 여부를 심사한다.

(3) 집단소송의 허가

법 시안 제12조는 대표당사자 내지 대표단체가 허가를 신청하면 법원은 당사자적격 등을 심리하여 허가여부를 결정토록 규정하고 있다. 이때 법원은 직권으로 필요한 조사를 할 수 있으며, 피고 역시 이 허가절차에서 심문할 것이 의무화되어 있다. 허가의 요건으로는 구성원이 공동소송으로는 처리하기 어려운 정도의 상당한 다수일

72) 오재창, 앞의 논문, 11면.

73) 함영주, 집단소송에 관한 연구, 우리나라의 집단소송법에 대한 검토를 겸하여, 고려대학교박사학위논문, 1997.12, 174면.

것 그리고 구성원의 청구가 법률상 또는 사실상 주요한 쟁점을 공통으로 하여야 한다는 것이다. 이는 청구인에 공통된 법률상, 사실상의 쟁점이 구성원 각자의 개별쟁점보다 훨씬 지배적이고 우월하여, 그 쟁점이 해결되면 각 구성원의 개별적 쟁점을 소송의 결과에 별 영향을 미치지 않는 정도의 의미를 지니고 있는가 여부이다. 이때의 쟁점의 공통성은 모든 문제에 대하여 집단전체에게 공통일 것을 요하지 않고 하나의 쟁점이 공통이면 족하다고 할 것이다.

(4) 집단소송의 고지와 제외신고

법원은 집단소송의 허가결정이 확정되면 당사자, 법정대리인, 소송대리인의 명칭·주소·총원의 범위·청구취지와 원인의 요지, 제외신고의 기간과 방법, 제외신고유무에 따른 효과 등을 고지하여야 한다. 집단소송의 고지는 집단소송의 잠재적 청구인(당사자)에게 매우 중요한 의미를 갖는다. 만약, 집단소송에 제외신고를 하지 아니한 경우 소송의 기판력이 미치는 제도라는 점에서 이 고지절차의 중요성은 매우 크다.⁷⁴⁾

3) 집단소송제도의 도입여부에 대한 찬반의 대립⁷⁵⁾

(1) 찬성의 입장

집단소송제도의 도입을 찬성하는 입장은 기존의 제도로 해결하지 못하는 영역으로 소비자, 환경, 제조물, 의약품, 식품, 불량종자, 각종 개인신용정보 남용, 국가의 부당한 공권력 행사에 대한 억제방안 등을 예로 들며 이들에 대하여 보다 근본적이고 예방적인 방안으로 집단소송제를 도입하자는 입장이다.

집단소송제도의 도입을 찬성하는 입장에서는 집단소송제도가 도입되면 다음과 같은 장점이 있다고 한다. ① 집단소송이 개개의 청구액이 근소하여 소송으로 제기되기에는 소송경제상 어려우나, 사회적으로 중요한 문제인 경우에는 이를 해결할 수 있는 유일한 수단이다(권리실현의 곤란을 시정). ② 법원의 입장에서 집단소송은 확실한 소송부담 경감방안이다(법원 및 피고의 부담경감).⁷⁶⁾ ③ 집단소송이 제기되었

74) 함영주, 앞의 논문, 174면.

75) 오대성·강태원·함영주, 앞의 책(연구용역보고서) 참조 ; 함영주, 앞의 논문, 92~95면 ; 오재창, 앞의 논문, 16~20면.

다는 사실자체가 소송이 폭주할 것으로 예상되는 사안에서 책임의 범위를 사전에 확정할 수 있고, 장래 예상되는 배상액이 산정될 수 있으며, 회사정리절차와 연결되면 지속적인 손해배상의 부담에서 벗어날 수 있다. 또한 장래에 발생할 손해에 대하여 일정액수의 기금을 형성하는 조건으로 화해를 할 수 있는데 이는 원고나 피고에게 모두 불편함을 덜어준다(합법적인 면책의 도구 및 장래에 발생할 손해의 일괄타결).

④ 집단소송에 해당하는 사안이 개별소송을 여러 법원에 동시에 제기되면 가해자인 피고는 이에 대처할 수가 없다. 따라서 가해자의 입장에서는 집단소송이 제기되면 평판이나 신뢰도에 손상을 입은 면도 있으나 유사한 소송의 반복으로 인한 시간과 소송비용의 낭비를 방지할 수 있다(소송의 간소화).

이때 집단소송법은 민사소송법의 특별절차법이면서 범위를 한정하지 않는다는 점에서 일반 절차법으로 도입하거나, 개별 실체법에 몇 개의 근거조문(주로 단체소송)을 두는 방식이 주장되고 있다. 그 중에서는 미국의 대표당사자소송만을 하나의 시스템으로 도입하고 단체소송은 개별 실체법에 제한적인 규정을 두자는 입장과 일반 절차법으로서의 집단소송법에 미국식의 대표당사자소송과 독일식의 단체소송을 모두 포섭하자는 입장⁷⁷⁾이 있다.

(2) 반대의 입장

집단소송제의 도입을 반대하는 입장에서는 미국식이든 독일식이든 입법의 형태에 관계없이 기업운영에 부담을 주므로 반대한다는 견해와 기존의 소송시스템과 부딪히므로⁷⁸⁾ 선정당사자제도나 공동소송을 활용함으로써 보완할 수 있다는 주장으로 나

76) 미국의 경우 1990년 렌케스트 대법원장이 설치한 석면사건에 관한 임시위원회에 의하면 미 연방법원은 민사소송건수의 30%가 석면관련 사건이었는데 이 경우 대표당사자소송을 활용하면 법원의 업무량을 크게 경감할 수 있다고 하였다. 또한 독일의 경우도 노동조합이 사용자의 직장폐쇄에 대항하여 약 3만건의 소를 제기하여 각 법원이 1,000건의 소송을 처리했던 경험을 토대로 단체소송을 법원부담의 경감방안으로도 효용이 높았다고 한다.

77) 강현중, 민사소송법, 박영사, 2004, 152~153면 ; 이시운, 앞의 책, 681면 ; 정동윤·유병현, 앞의 책, 926면.

78) 특히, 국민의 재판청구권 또는 처분권주의에 위배된다고도 한다. 즉 권리자는 자기의 권리에 대하여 스스로 재판을 청구할 수 있어야 하고, 이를 제한하는 것은 처분권주의에 반한다고 주장한다. 이에 대하여 찬성의 입장에서는 제외신고를 할 수 있으므로 여전히 처분권을 인정하고 있다고 하고, 종전의 처분권주의가 변형되어 적용되는 것이지 이와 모순되는 것은 아니며 당사자로서 소송참가나 선정당사자의 추가적 선정 등의 제도만이 처분권주의에 부합하는 것은 아니라고 한다. 단, 집단소송에서는 당사자가 처분권능을 충분히 행사할 수 있도록 통지의 충실화, 구성원들이 제외신고 할 것이지 아닌지의 선택권보장, 그리고 제

된다. 후자는 일본과 같은 선정당사자제도의 보완이나 최근 독일의 표본소송절차(Musterverfahren)⁷⁹⁾와 같이 미국식을 가미하더라도 최소한 가입(opt-in)방식으로 변용하자는 입장이다.

집단소송제도의 도입에 반대하는 입장에서는 다음과 같은 점을 지적한다. ① 미국의 경우는 변호사 보수가 최소 승소금액의 10%~50%에 이르기까지 집단소송의 성공으로 평생수입이 보장되는 경우가 생기므로 기업형 변호사들에 의하여 집단소송이 남발되는 경우가 생긴다(납소의 우려).⁸⁰⁾ 그러나 찬성의 입장에서는 범시안은 소제기시 법원이 허가요건의 심사단계에서 당사자적격과 사안의 적정성 여부를 판단하고 변호사 보수도 한정하고 있으므로 납소의 가능성은 없다고 한다.⁸¹⁾ ② 집단소송이 제기되면 소송의 내용에 관계없이 기업이미지가 치명적인 손상을 입을 수 있기 때문에 이점에서 기업의 입장에서는 집단소송제도 도입을 반대한다(소송제기로 기업의 손실). ③ 대표당사자가 청구기각의 판결을 받은 경우에도 판결의 기판력이 소의 제기조차 알지 못한 집단의 구성원에게 미친다는 점이다(원고패소시 재판받을 권리의 침해). 그러나 이러한 문제는 집단소송이 제기된 경우 고지제도를 통하여 극복할 수 있고, 범시안 제62조에 의하여 대표당사자의 적극적인 소송진행을 요구하고 있다고 한다. ④ 법원의 역할과 기능에 대하여 권력분립 위반 및 법관의 업무과중이 문제이기도 하지만 제3자의 이익이 부당하게 침해될 수 있다는 문제가 있다고 한다. 그러나 법에서 규정한 범위 내에서 그 법의 목적을 실현하기 위하여 구체적인 규범 통제만을 행하는 한 행정부나 입법부의 권한을 침해한다고 할 수는 없다고 하고, 법원의 업무과중의 문제도 법원의 구조조정을 통하여 해결할 문제이지 집단소송에 해당하는 업무를 법원이 담당해서는 안된다는 근거가 되지 못한다고 한다.

외신고절차의 간소화 등을 보장하여야 할 것이라고 한다.

79) 이시윤, 앞의 책, 681면에서는 이를 '모델케이스소송'이라고 칭하고, 쟁점이 유사한 사건이 법원에 병행하여 계류되었을 때에 그 당사자끼리 효용성과 비용경제를 위하여 합심하여 표본소송을 정하여 놓고 최고법원의 판례를 받아내기로 합의를 하는 것이다. 표본소송의 판결이 나면 그 결과를 기다리던 나머지 소송은 다툼없이 끝을 내거나 최고법원의 판례에 의하여 재판을 받는다. 독일은 2005년 '자본시장투자자표본소송법'을 제정하였는데, 자본시장에서의 허위정보 등으로 인한 투자자의 손해배상사건에서 모델케이스를 설정하여 그 결과에 같은 쟁점의 다른 모든 사건이 기속을 받아 따라가게 하는 내용이다.

80) 김진모, 증권관련집단소송의 장단점, 법무부공청회자료, 2001, 3면.

81) 강신하, 집단소송과 납세자소송 등 공익소송관련 입법운동의 현황과 검토, 민변검토자료, 2001, 7면.

4) 집단소송법(안)에 대한 개선방향

법무부가 1996년 6월에 마련한 집단소송법 시안은 집단소송의 특별법을 제정함에 있어 미국의 대표당사자제도와 독일의 단체소송제도의 양 제도의 장점을 받아들이고 단점을 보완하여 하나의 독립된 “집단소송법”으로 민사소송법 및 행정소송법의 특별법으로서 단행법으로 제정하려는 의도였고, 이후에도 집단소송제의 도입방안에 관한 연구는 지속적으로 진행되어 왔다.

입법론으로 미국의 대표당사자제도(class action)와 독일의 단체소송제도의 도입은 다량·소액의 금전청구를 한데 묶어 거대화함으로써 사회적으로 큰 힘을 발휘하게 하는 역할을 유사한 다른 제도에 의해서는 같음할 수 없기 때문에 양 제도의 적절한 조합은 매우 긍정적이라고 판단된다.

당초의 집단소송법 시안에 대한 보다 진전된 연구로 2005년 발행한 사법제도개혁추진위원회의 연구보고서에서는 증권관련집단소송법을 폐지하고 그 내용을 ‘증권집단소송’이라는 명칭으로 법안에 삽입하고, 미국의 대표당사자소송제도를 모델로 하면서 독일의 단체소송제도를 가미하여 ‘단체소송’을 별도의 장으로 구분하였으며, 집단인증에 대한 재판을 중간판결로 하여 집단소송의 남발을 방지하고자 하는 조항의 변경 및 원고적격, 소송물 등에 대한 규정을 삽입하는 등 지속적인 발전방향을 모색하고 있는 것으로 보인다.

이를 종합하여 본고에서는 집단소송법 조항에 대한 부분적인 보완과 그 방법 등을 제시하고자 한다.

첫째, 집단소송의 허가(특히, 당사자적격과 적용범위 특정의 문제)와 허가 이후 집단소송의 고지 방법에 관한 부분이다.

집단소송의 허가문제는 무엇보다도 공통적인 쟁점의 파악과 대표당사자의 적정성의 문제라 할 것이고, 더 나아가 소송대리인의 신뢰성과 공정성의 문제라 할 것이다. 공통적인 쟁점을 파악하는데 있어서는 법원의 직권조사 및 심리권한을 강화할 필요가 있고, 집단소송의 허가 이후에도 집단소송의 고지방법과 관련하여 공시, 통지 및 일간지에 게재하는 방법 뿐만 아니라 라디오·TV 등 여러 가지의 방송매체의 활용도 법제화할 필요가 있을 것이다. 또한 법안이 집단소송의 적용대상 분쟁을 ‘다수인의 집단적 분쟁’이라고 하고, 이 집단적 분쟁을 ‘공통의 이익을 가진 다수인에게 피해가 발생하거나 염려가 있는 경우’라고 규정하였으나, ‘다수인’ 또는 ‘피해발생 염려’ 등의 개념을 구체화할 필요가 있다.⁸²⁾ 왜냐하면 개념이 구체적이지 못하여 집단소송을 이

용하려는 수많은 피해자들이 불안정한 지위에 놓이게 되고 제소를 하였다가 법원으로부터 요건불비로 각하됨으로써 엄청난 자원의 낭비를 초래하게 될 것이기 때문이다.⁸³⁾

둘째, 법원의 역할에 대한 명문화 부분이다.

법원은 현대형 소송을 처리함에 있어 소극적 방관자의 지위를 떠나 적극적으로 관여할 필요가 있는데, 현재의 법체계 등을 고려할 때 신당사자주의자들의 견해에 따라 민사소송을 소송과정에서 당사자의 역할분담을 중심으로 한 수평관계로 파악하여 법원이 분쟁의 실체형식에의 관여를 자제하는 대신 당사자 사이의 실질적 수평관계를 유지시켜 대등하게 다룰 수 있도록 사회적 약자 당사자에게 미국의 개시제도, class action과 같은 장치를 마련해 주고 사회적 강자에게는 설명의무와 같은 의무를 부과시키는 역할을 하는 것이 타당할 것이다.⁸⁴⁾ 이외에도 법원이 당사자간 특히, 집단소송의 상대방인 기업 등에게 화해를 이끌어 낼만한 강력한 무기가 거의 없으므로 이에 대한 제고방안의 검토,⁸⁵⁾ 대표당사자 및 단체의 소송회피에 따른 과징금의 부과⁸⁶⁾ 등에 대한 부분도 수정보완 및 검토·반영하여야 할 것이다.

셋째, 집단소송의 판결에 대한 효력의 문제이다.

82) 한편, 증권관련집단소송법 제12조에서는 구성원이 50인 이상이고 청구원인이 된 행위당시를 기준으로 이 구성원의 보유 유가증권의 합계가 피고회사의 발행 유가증권 총수의 1만분에 1이상이어야 한다고 규정하고 있다. 이에 대하여 허가요건의 구성원 50인이라는 일률적이고 기계적인 기준보다는 사안별로 경제적 측면과 지역적 분포 등을 고려하여 법원이 합리적으로 정하는 것이 바람직하다는 견해가 있다(한충수, 증권관련집단소송법의 허가요건과 허가절차상의 몇 가지 문제점, 인권과 정의 제331호, 대한변호사협회, 2004.3, 161면).

83) 김해룡, 앞의 논문, 89면 ; 오재창, 앞의 논문, 24면 참조.

84) 강현중, 앞의 논문, 346면.

85) 미국의 경우는 재판이 시작되기 전에 증거개시절차 등을 거쳐 화해를 하는 것이 대부분이고 대표당사자소송의 경우는 거의 대부분 화해로 종결된다고 하는데, 우리의 경우는 법형식상 그것이 그렇게 쉬운 일이 아니다. 그러므로 법원이 피고에 대하여 화해를 권고할 수 있는 법적인 근거 내지 권한을 활용할 수 있도록 일반소송에 비하여, 적어도 집단소송의 피고에 한정하여 피고가 패소하는 경우에 있어서의 소송비용부담 또는 손해배상책임이 인정되는 경우 부담하여야 하는 책임범위에 관하여 일반소송의 그것을 상당부분 초과하는 정도를 부과할 수 있도록 하는 근거가 법안에 반영되어야 할 것이라고 한다(오재창, 앞의 논문, 24면).

86) 실제 집단소송을 수행하는 단체들은 단 한 번의 대규모 사안에서 패소하는 경우 재기불능의 대정난에 빠질 수 있으므로 단체의 대표자로서는 소송을 극도로 꺼려 사실상 제소하지 않을 가능성이 높다. 더구나 법안에서는 소송비용을 국고금으로 체당이 가능하도록 하였지만 패소의 경우에도 소송비용을 면제한다는 것을 원칙으로 규정하지 않는다면 이러한 현상은 일어날 가능성이 높다고 할 것이다(오재창, 앞의 논문, 23면 ; 함영주, 앞의 논문, 187면).

법안에서는 집단구성원이 스스로 소송참가자의 지위에서 제외신청하지 않으면 판결의 효력이 미치는 제도로 경우에 따라서는 헌법상 재판받을 권리에 대한 심각한 침해가 될 수도 있다. 이에 사후적으로라도 개인이 집단소송이 제기된 사실을 몰랐다는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 기관력에 관한 규정의 적용을 배제하는 조치도 요구된다⁸⁷⁾고 할 것이다.

V. 결어

현대형 소송은 전통적인 소송과는 다른 여러 가지 특성과 문제점을 보유하고 있다. 당사자의 호환성이 상실됨으로 인하여 그 대상이 되는 분쟁의 실질을 반영하여 원고로 될 자가 구조적으로 고정화되어 있어 증거가 구조적으로 편재될 수밖에 없는 문제를 안고 있다. 또한 계쟁이익의 집단화·확산화로 인하여 당사자적격의 문제가 발생하고, 법적용작용의 재량화에 따라 법원의 기능과 역할이 확대되며, 이러한 현상들로 인하여 재판이 장기화될 우려가 있다.

본고에서는 산업화 추세에 따라 향후 그와 같은 소송이 격증하리라고 예상되는 현대형 소송의 특징과 그 문제점, 그리고 이러한 문제점 중 계쟁이익이 집단화되고 확산됨에 따라 극복하기 위한 대책을 중심으로 검토하였다.

현행법상 현대형 소송에서의 이러한 문제점에 대응할 수 있는 제도로는 공동소송 제도, 선정당사자제도 등이 있으나, 살펴본바와 같이 많은 한계와 문제점을 보유하고 있어 불충분하기 때문에 일본, 미국, 독일의 법제를 근거로 그 해결책으로 집단소송 제도의 도입이 필요하다고 하였다.

법안이 만들어졌지만 많은 진통을 거듭하고 있는 상황이고, 현재까지도 입법화가 완료되지는 못하였지만 집단소송법의 시행은 초읽기에 들어갔다고 해도 과언이 아닐 듯 하다. 박근혜정부는 대선공약 중의 하나로 경제민주화를 내 걸었고, 이에 부응하는 차원에서 지난해 4월 24일 공정거래위원회는 청와대 업무보고에서 담합근절을 위해 “옵트아웃(opt-out)”방식의 집단소송법제를 도입하겠다고 밝혔다. 이는 현재 진통을 겪고 있는 대표당사자소송과 단체소송을 입법론으로 마련된 집단소송법법안을 말하는 것이라고 보여진다.⁸⁸⁾

87) 김해룡, 앞의 논문, 89면.

88) 하지만 이러한 집단소송법제에 대한 계획이 특별법의 제정인지, 아니면 개별법의 제정을

공정거래위원회의 이같은 계획이 향후 법개정으로 현실화되면 집단소송에서 특정 피해자 또는 피해 대표자가 승소할 경우 소송에 참여하지 않은 피해자도 손해배상을 받을 수 있게 될 것이다. 이에 대하여 공정거래위원회는 증권관련집단소송법상의 자격요건 및 허가요건도 다소 완화해 법원의 변호사 보수 감액권한, 집단소송 대리횟수 제한, 대표당사자의 자격요건 중 경제상 이익요건을 삭제하기로 했다고 발표했다. 아직 명확하게 정해진 것은 아니지만 정책적인 방향으로 집단소송법의 단일법으로의 도입은 현실로 다가왔다.

당초 집단소송법 시안과 연구보고서 등의 내용을 살펴보았지만, 입법론으로 미국의 class action 제도이나 독일의 단체소송제도의 도입을 우리나라에서 선호하는 이유는 다량·소액의 금전청구를 한데 묶어 거대화함으로써 사회적으로 큰 힘을 발휘하게 하는 역할을 할 수 있는 최상의 제도라고 판단하기 때문이다.

우리나라에서 집단소송을 입법화하는 경우 현재의 법안 보다 현실성이 있고 실효성이 높은 제도로 만들기 위해서는 당사자의 입장에서 이용이 쉽고 분쟁해결에 기여도가 높으며 분쟁해결이 일거에 해결될 수 있도록 더욱 체계적으로 보완되고 검토되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

국내문헌

- 강현중, 민사소송법, 박영사, 2004.
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2012.
- 전병서, 민사소송법강의, 법문사, 2003.
- 정동윤·유병현, 민사소송법, 법문사, 2010.
- 강신하, 집단소송과 납세자소송 등 공익소송관련 입법운동의 현황과 검토, 민변검토자료, 2001.
- 강현중, 현대형소송, 사법연구자료, 법원행정처, 1988.
- 구연창, 공해소송과 다수당사자소송, 법무자료집 제90집, 법무부, 1987.
- 김진모, 증권관련집단소송의 장단점, 법무부공청회자료, 2001.
- 김학기, 증권관련집단소송에서의 당사자 및 이해관계인에 관한 연구, 원광대학교박사학위논문, 2006.
- 김해룡, 환경관련 집단소송제의 필요성과 도입방안, 외법논집 제16집, 한국외국어대학교법학연구소, 2004.8.
- 김홍규, 집단소송의 법리, 법학논총, 이화여자대학교법학연구소, 1999.
- 김철용, 집단소송의 법제와 현황, 자치연구 제13호, 한국지방자치연구소, 1994.3.
- 박희만, 현대형 소송에 관한 연구, 강원법학 제19권, 강원대학교법학연구소, 2004.
- 설계경, 환경관련 집단소송제도에 관한 입법론적 고찰, 법제논단, 법제처, 2006.2.
- 오대성·강태원·함영주, 집단소송제(대표당사자소송, 단체소송)의 도입방안에 관한 연구, 사법제도개혁추진위원회(연구용역보고서), 2005.
- 오재창, 공익관련 집단소송제 도입방안, 저스티스 통권72호, 한국법학원, 2003.
- 이시윤, 집단소송에 대한 입법론적 고찰, 인권과 정의, 대한변호사협회, 1991.7.
- 이용철, 집단소송법 제정의 필요성과 입법방향, 인권과 정의, 대한변호사협회, 2000.
- 이정환, 의료과오소송에서의 증명책임경감론, 의생명과학과 법 제7권, 원광대학교법학연구소, 2012.6.
- 이정환, 의료과오소송에서의 증명책임전환론, 의생명과학과 법 제8권, 원광대학교법학연구소, 2012.12.
- 張松靑, 집단소송제도에 관한 연구, 성균관대학교박사학위논문, 2009.

- 정동윤, 미국의 대표당사자소송, 집단소송의 법리 재판자료 149집, 법제처, 1991.7.
- 천병태, 현대형소송과 그 기능에 관한 연구, 법학연구, 부산대학교법학연구소, 2000.
- 한충수, 증권관련집단소송법의 허가요건과 허가절차상의 몇 가지 문제점, 인권과 정의 제331호, 대한변호사협회, 2004.3.
- 함영주, 집단소송에 관한 연구, 우리나라의 집단소송법에 대한 검토를 겸하여, 고려대학교박사학위논문, 1997.12.
- 피정현, 입증책임 없는 당사자의 해명의무, 연세대학교박사학위논문, 1992.
- 피정현, 모색적 증명, 고시연구 제26권 제12호, 고시연구사, 1999.

외국문헌

- 徳田和幸, 現代型訴訟の役割と特質, 民事訴訟法の争点(青山善充・伊藤眞, 編), 有斐閣, 1998.
- 柳田行三・始關正光・小川秀樹, 民事訴訟手續に關する檢討事項, に對する各界意見の概要(100), NBL No, 521.
- 三ヶ月章, 民事裁判の動向と今後の課題, 新實務民訴講座 I, 日本評論社, 1982.
- 上原敏夫, 現代型訴訟, 民事訴訟法の基本法理(小島武可, 編), 有斐閣, 1988.
- 上野泰男, 當事者關聯項目について, 民商 110卷, 4・5号, 1994.
- 小島武可, 公共訴訟の理論, 民訴雜誌 23號, 1983.
- 小林秀之, アドバソス民事訴訟法, 日本評論社, 2007.
- 松原弘信, 當事者適格論の展開と現代型訴訟における變容, 民事訴訟法理論新講築(上), 新堂幸司先生古稀祝賀論文集, 有斐閣, 1993.
- 松浦馨/新堂幸司/竹下守夫, 條解民事訴訟法, 弘文堂, 1986.
- 新堂幸司, 現代型訴訟とその役割, 基本法學 8, 弘文堂, 1983.
- 伊藤眞, 民事訴訟法の當事者, 弘文堂, 1978.
- 伊藤眞, 紛争管理權再論, 紛争處理と正義, 有斐閣, 1988.
- 田中成明, 新實務民事訴訟講座 I, 日本評論社, 1981.
- 井上治典, 訴訟手續內ルールとその特質II, これからの民事訴訟法, 日本評論社, 1984.
- 中村英郎, 民事訴訟における制度と理論の法體系的考察, 民事訴訟論集 1卷, 成文堂, 1986.
- 川嶋四郎, 民事訴訟過程の創造的展開, 弘文堂, 2007.

[국문초록]

현대형 소송의 문제점과 그 대책

- 계쟁이익의 집산화·확산화에 따른 해결방안을 중심으로 -

이 정 환

서해대학교

현대형 소송에는 공해의 다수 피해자가 손해배상이나 금지를 구하며 제기하는 공해소송, 약해의 다수 피해자가 손해배상 등을 구하며 제기하는 약해소송, 지역주민이 개발에 의한 환경파괴를 방지하기 위하여 공사의 금지를 구하며 제기하는 환경소송, 소비자가 개별적으로는 소액이지만 대량의 소비자 피해의 구제를 구하며 제기하는 제조물책임소송 등의 소비자소송, 의료 환자가 의료사고에 의한 손해배상을 구하며 제기하는 의료과오소송 등이 있다.

이러한 현대형 소송에서 이들 모두에 공통하는 특질을 추출하는 것은 곤란하지만, 몇몇의 유형에 공통하는 요소가 있는 것을 부정할 수는 없다. 즉, 피해자가 결집력이 약한 소액 다수의 피해가 발생되고, 피고가 국가·공공단체·기업 등으로 원고인 일반 소시민과의 분쟁에 있어서 증거가 편재되어 있어 강자와 약자라는 실질적 불평등관계가 형성되어 양당사자의 완전한 평등을 전제로 하는 종래의 민사소송을 적용하기 어려운 점이 생기게 되었다.

종래의 법원의 역할은 양당사자의 중간에서 공정한 심판자의 역할만 하였으면 충분하였지만, 현대형 소송에서 법원은 판단작용 뿐만 아니라 입법의 잘못과 행정적 과오에 기인한 경우에도 중립적 제3자인 법원의 판단역할이 절실히 필요하게 된다.

이러한 공통성을 갖는 현대형 소송은 소송의 국면에서 종래의 전통적인 소송과는 질적·양적 차이가 있으므로 소송절차 또는 소송법이론에 새로운 대응을 요구하고 있고, 그 적용에도 대폭적인 수정 내지 새로운 제도의 병행실시가 요구된다고 할 것이다.

이에 본고에서는 현대형 소송이 전통적인 절차나 이론에 어떠한 영향을 미치는지, 현대형 소송이 부담하는 역할과 특징에는 어떠한 것이 있는지, 이에 동반되는 문제점을 살펴보고, 이를 토대로 이러한 문제점을 극복하기 위한 여러 방안들 중 계쟁

이익이 집단화되고 확산됨에 따라 발생하는 당사자적격의 문제를 극복하기 위한 대책을 중심으로 검토한다.

주제어 : 현대형 소송, 당사자적격, 집단소송제도, 대표당사자소송, 단체소송

Drawback and measure of modern lawsuit

– With solution as central figure according to collectivization and diffusion of lawsuit profit –

Lee, Jeong-Hawn

Sohae College

Majority of victim wants compensation for damages or prohibition and suing lawsuit for public nuisance, damage from agricultural chemicals wants compensation for damages and suing damage from agricultural chemicals, a local resident caused by development, wants to prohibit for preventing destruction of the environment and suing environmental lawsuit, relatively a little bit to consumer, wants majority of consumer's damage relief and suing product liability lawsuit, consumer lawsuit, and medical patient caused by medical accident wants compensation for damages and there is suing malpractice suit in modern lawsuit.

It is difficult to extract common things to all of those in this modern lawsuit, but it is undeniable to exist common element to several types. In other words, because the victim's damage is caused by weak unity of all sum, evidence is omnipresent to plaintiff the petty bourgeois for defendant which is in nation, public organization, and company, because there is practical, unfair relation between the strong and the weak, traditional civil suit which is subject to each directly person's total equality is hard to apply.

It is sufficient to play role as impartial judges in the middle of each directly person for traditional role of court, but the court is needed to not only judgment action but also neutral court's judgment action which comes from legislative mistake and executive error as the third party in modern lawsuit.

Because modern lawsuit having this community differs from traditional suit in situation of lawsuit, new action is demanded to judicial procedure or legal

procedure law theory, and swingeing modification or new action's concurrent operation would be demanded in its application.

Therefore, in this manuscript, we search how modern lawsuit affects to traditional procedure or theory and what modern lawsuit bears in the role and feature, search accompanied matter. On the basis of it, among several measures for those matters

The each directly person's problem which is caused by a lawsuit profit with collectivization and diffusion of lawsuit profit looks into overcoming measure as the central figure.

Key words : Modern lawsuit, the directly person, environmental class action, representative party lawsuit, group lawsuit