영남대학교 법학연구소
「영남법학」 제45호 (2017.12) 295~321면.
Yeungnam Univ. Law Journal
Vol.45 (December. 2017) pp.295~321.

집단소송제도 재검토
- 법이론의 관점에서 -

우 세 나* · 양 천 수**

< 목 차 >

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 민사소송제도의 법이론적 기초
Ⅲ. 현대사회의 구조변동과 사익의 공익화
Ⅳ. '공익적 사익'을 보장하기 위한 수단으로서 집단소송제도
Ⅴ. 우리 집단소송제도의 현황과 문제점
Ⅵ. 집단소송 활성화를 위한 과제 - 결론을 대신하여

Ⅰ. 서 론

우리 법체계는 그 동안 민사소송법학이 이룩한 성과를 반영하여 이미 지난 2000년 이후 몇몇 사안에 관해 집단소송제도를 도입하였다.[1] 그렇지만 실무에서는 이러한 집단소송을 좀처럼 이용하지 않았다. 최근에 와서야 법원은 집단소송을 허가하고 인용하기 시작하였다.[2] 그렇다면 그 이유는 무엇 때문일까? 절차적인 측면에서 집단소송을 이용하는 게 쉽지 않게 되어 있다는 점이 한 가지 이유가 될 것이다. 그렇지만 더욱 근본적인 이유로는 우리 민사소송제도가

* 주저자 · 국립공주대학교 인문사회과학대학 법학과 부교수 · 법학박사
** 교신저자 · 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사

1) 이에 관해서는 함영주, "집단소송에 관한 연구", 고려대학교 대학원, 법학박사 학위논문, 1998; 정동윤 · 함영주, 「증권관련집단소송제도의 도입과 기업의 대응방안」, 한국상장회사협의회, 2004; 우세나, 「집단분쟁과 집단소송제도」, 세창출판사, 2007; 김정환, "미국의 복합소송제도와 그 도입가능성", 고려대학교 대학원, 박사 학위논문, 2011 등 참고.

2) 이에 관해서는 김윤진, "도이체방크 ELS투자자 집단소송 첫 승소", 「MK News」, 2017.1.20. 참고.

집단소송과 친하지 않다는 점을 꼽을 수 있다. 왜냐하면 우리 민사소송제도는 사적자치에 기반을 두어 개인소송을 기본으로 하는 소송제도로 설계되었기 때문이다. 달리 말해, 우리 민사소송제도는 자유주의 법체계의 산물인 것이다.[3] 이러한 근거에서 집단소송을 제기한다는 것은 여전히 우리에게 낯설다. 그렇지만 자유주의 법체계가 오늘날 여러 측면에서 한계에 부딪히고 있는 것처럼,[4] 개인소송을 원칙으로 하는 민사소송은 현대사회에서 발생하는 다양한 집단적 법적 분쟁에 효과적으로 대응하기 어렵다. 무엇보다도 현대사회에서 공익과 관련된 법적 분쟁을 해결하는 데 한계를 지닐 수밖에 없다. 집단소송제도는 바로 이러한 문제를 해결하기 위해 설계된 것이다. 이 글에서는 집단소송제도의 법이론적 배후근거를 추적하면서 오늘날 집단소송제도가 어떤 의미를 지니는지, 어떤 기능을 수행해야 하는지를 검토하고자 한다.

Ⅱ. 민사소송제도의 법이론적 기초

먼저 논의의 출발점으로서 우리 민사소송제도가 어떤 법이론적 기초 위에서 체계화된 것인지 살펴보도록 한다.

1. 민사소송의 이념적 기초로서 사적자치

주지하다시피 실체법인 민법은 전형적인 근대법에 속한다. 자유주의 법모델의 대표적인 예에 해당한다.[5] 이를 증명하듯 민법은 '사적자치'(Privatautonomie)를 기본원리로 삼는다. 민법에 따르면, 권리주체는 자율적인 주체로서 계약을 체결할 수 있고, 이러한 계약은 민법이 규정하는 임의법규보다 우선하여 당사자를 구속한다.[6]

이러한 사적자치는 실체법인 민법이나 상법에서만 작동하는 것은 아니다. 사

3) 자유주의 법체계에 관해서는 이상돈, 「법철학」, 법문사, 2003, 단락번호 [5] "법체계의 발전과 절차주의화"; B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt/M., 1991, 51면 아래 참고.
4) 이에 관해서는 양천수 외, 「현대사회와 민사법의 구조변동」, 경인문화사, 2010 참고.
5) 이에 관해서는 양천수, 「민사법질서와 인권」, 집문당, 2013, 92면 아래.
6) 민법의 법철학적 분석으로는 양천수, 위의 책, 89면 아래 참고.

적자치는 민법을 절차적으로 구현하는 민사소송법에서도 작동한다. 물론 사적자치가 그대로 적용되는 것이 아니라, 민사소송에 적합하게 변용되어 제도화된다. 처분권주의와 변론주의를 내용으로 하는 당사자주의가 바로 그것이다.[7] 우리 민사소송법은 소송의 시작과 종료 그리고 소송물의 결정권한을 각 당사자에게 부여하는 처분권주의와 소송물의 기초가 되는 요건사실에 대한 주장책임을 각 당사자에게 부과하는 변론주의를 소송의 기본원리로 채택함으로써, 사적자치가 민사소송에서도 작동하고 있음을 보여준다. 따라서 우리 민사소송에서는 소송능력을 갖고 있는 자율적인 당사자가 소송의 중심이 된다. 민사소송은 이러한 자율적인 소송주체를 전제로 하여 구조화되고 운영된다.

2. 개인적 · 주관적 소송으로서 민사소송

민사소송이 사적자치에 기반을 두어 설계되었다는 점은, 민사소송이 자유주의에 바탕을 두고 있다는 점을 보여준다. 자유주의는 개인의 자유를 가장 우선적인 가치로 설정한다.[8] 이는 집단이 아닌 개인이 규범적 질서의 중심이 된다는 것을 시사한다. 그러므로 자유주의가 민사소송의 이념적 바탕이 된다는 것은, 민사소송제도가 개인을 중심으로 하여 설계되었다는 점을 뜻한다. 요컨대, 현행 민사소송제도는 개인소송을 기본으로 하는 것이다. 이를 반영하듯, 민사소송법은 원칙적으로 판결의 효력인 기판력은 소송당사자에게만 미치도록 하고 있다.[9] 이러한 근거에서 현행 민사소송법은 개인소송을 넘어서는 다수당사자 소송을 수행하기 위해서는 엄격한 요건이 충족될 것을 요구한다. 절차도 복잡하다.[10] 그 때문에 다수당사자 소송에 관한 부분은 민사소송법학에서 가장 접근하기 어려운 부분으로 인식되기도 한다. 개인소송이 아닌 다수당사자 소송은 예외로서 인정되는 것이다.

이와 동시에 현행 민사소송은 주관소송으로서 작동한다. 행정소송법학이 잘

---

7) 민사소송에서 변론주의가 갖는 이러한 의미에 관해서는 양천수 · 우세나, "민사소송에서 바라본 진실 개념: 법철학의 관점을 겸하여", 「민사소송」 제14권 제2호, 한국민사소송법학회, 2010.11, 33-65면 참고.

8) 이러한 자유주의에 대한 분석으로는 M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, second edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1998 참고.

9) 민사소송법 제218조 참고.

10) 민사소송법 제2절 및 제3절 참고.

보여주듯이, 소송제도는 크게 주관소송과 객관소송으로 구분할 수 있다.[11] 주관소송이 당사자의 주관적 이익을 구제하기 위한 소송이라면, 객관소송은 법질서의 객관적 이익을 회복하기 위한 소송이라고 말할 수 있다. 이를테면 위헌·위법적인 법질서를 회복하기 위해 제기하는 소송이 객관소송인 것이다. 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 문제 삼는 위헌법률심판, 그 중에서도 독일에서 인정하는 추상적 위헌법률심판이 가장 대표적인 객관소송이라고 말할 수 있다.[12] 그렇지만 우리 법체계는 민사소송뿐만 아니라 행정소송에서도 주관소송을 원칙으로 삼고 있다.[13] 따라서 원칙적으로 소는 당사자가 자신의 주관적 이익을 구제받기 위해 제기할 수 있다. 이러한 이유에서 현행 민사소송법학과 행정소송법학은 소의 이익이나 당사자적격을 소송요건으로 인정한다.[14] 소의 이익이 있는 경우에만 당사자는 적법하게 소를 제기할 수 있는 것이다.

3. 사익을 실현하는 소송으로서 민사소송

민사소송은 주관소송으로서 당사자가 갖는 소의 이익을 구제하기 위해 진행되는 것이라면, 이때 말하는 이익이란 무엇을 뜻하는가? 이익을 크게 공익과 사익으로 구분하면, 민사소송이 목표로 하는 이익은 전통적으로 사익으로 이해되었다. 따라서 민사소송은 사익을 실현하는 소송으로 파악되었다. 민사소송이 목표로 하는 이익이 사익이라는 점은 다음과 같은 근거를 통해 논증되었다. 첫째, 민사소송은 사인 간에 발생하는 법적 분쟁을 해결하기 위해 진행된다. 둘째, 민사법의 기본원리인 사적자치가 민사소송에서도 적용된다. 셋째, 민사소송의 소송요건인 소의 이익은 민사법적 권리를 기초로 한다는 것이다.[15] 이러한 근거에서 민사소송은 사익을 실현하는 소송으로 이해되었고, 이러한 이해방식은 지금도 여전히 지배적인 것으로 보인다.

그렇지만 민사소송이 사익만을 추구하는 소송이라는 이해방식은 오늘날에는

11) 박정훈, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006, 140면 아래 참고.
12) 이에 관해서는 최희수 외, 「추상적 규범통제제도에 관한 고찰」, 헌법재판소, 2011 참고.
13) 박정훈 교수에 따르면, 비교법적으로 보면 오히려 객관소송이 더욱 일반적이다. 박정훈, 앞의 책, 140면 아래 참고.
14) 우세나·양천수, "민사소송에서 소의 이익에 관한 몇 가지 문제: 법이론의 관점에서", 「영남법학」 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017.6, 243-272면 참고.
15) 우세나·양천수, 위의 논문, 255면.

더 이상 유지하기 어렵다고 생각한다. 왜냐하면 현대사회가 구조변동을 겪으면서 공익과 사익의 경계가 점점 희미해지고 있고, 동시에 사익의 공익화 현상이 등장하면서 민사소송이 구제하고자 하는 이익 중에는 공익이라고 부를 수 있는 경우도 출현하고 있기 때문이다. 이에 발맞추어 민사소송에서도 종전의 개인소송과는 구별되는 새로운 소송형태가 등장하여 자리매김하였다. 집단소송이 바로 그것이다.

Ⅲ. 현대사회의 구조변동과 사익의 공익화

1. 〈 국가-사회 이분론 〉

앞에서 전통적인 이해방식에 따르면, 민사소송은 사익을 실현하는 소송이라고 규정하였다. 이는 공익과 사익이 개념적으로 구분된다는 것을 전제로 한다. 물론 이를 부정하는 견해가 없지는 않지만,[16] 공익과 사익을 개념적으로 구분하는 것은 특히 대륙법 전통에서는 오랜 역사를 지니고 있다. 이러한 <공익-사익 이분론>은 이른바 <국가-사회 이분론>과 밀접한 관련을 맺고 있기 때문이다.

<국가-사회 이분론>은 전체 사회가 국가영역과 사회영역으로 구분된다는 것을 말한다.[17] 이러한 <국가-사회 이분론>은 이미 로마시대에서 그 원형을 찾아볼 수 있고, 가장 본격적으로는 시민사회가 형성되기 시작한 근대 이후에서 발견할 수 있다. 이 같은 <국가-사회 이분론>은 법체계와 관련하여 특히 의미를 지닌다. <국가-사회 이분론>은 국가영역과 사회영역에 각각 다른 법과 원리가 적용된다고 보기 때문이다. 이를테면 국가영역은 공법이 규율하는 반면, 사회영역은 사법이 규율한다. 또한 국가영역은 기본적으로 민주주의와 법치주의가 지배하는 반면, 사회영역은 사적자치가 지배한다. 이를 독일의 사회철학자 하버마스(J. Habermas)는 국가영역은 '공적자치'가, 사회영역은 '사적자치'

16) 대표적으로 공공선택이론이 이러한 주장을 한다. 이에 관해서는 조홍식, "민주주의와 시장주의", 「법학」 제45권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2004.12, 324-393면 참고.

17) 이 문제에 관해서는 전병창, "구성주의의 관점에서 본 국가와 사회의 2분법적 구분의 변화", 한서대학교 대학원, 박사 학위논문, 2012.2. 참고.

가 지배한다고 말하기도 한다.[18]

이렇게 전체 사회가 국가영역과 사회영역으로 구분되면서, 이익 개념 역시 각 영역에 걸맞게 분화된다. 국가영역에서 법이 보장해야 하는 이익이 공익이라면, 사익은 사회영역에서 법이 보장해야 하는 이익인 셈이다. 이렇게 공익-사익 구분론은 <국가-사회 이분론>과 밀접한 관련을 맺는다.

2. 현대사회의 구조변동과 〈 국가-사회 이분론 〉의 해체

그렇지만 현대사회가 구조변동을 겪으면서 이러한 <국가-사회 이분론>은 해체된다. 현대사회가 점점 더 복잡해지고 다양해지며 전문화되면서 전체 사회를 국가영역과 사회영역으로 구획했던 사고방식이 도전을 받게 된 것이다.[19] 특히 현대 체계이론이 지적하는 것처럼, 현대사회가 다양한 기능적 하부체계로 분화되면서 <국가-사회 이분론>은 점점 더 해체되고 있다.[20] 국가영역은 정치체계, 사회영역은 경제체계, 교육체계, 학문체계, 종교체계, 의료체계 등으로 분화되면서 사회의 다양성이 가속화되고 있는 것이다. 이로 인해 정치체계의 영향력도 약화되고 있다. 과거 정치체계는 국가를 대변하는 영역으로서 강력한 힘을 발휘하였다. 절대왕정국가가 잘 보여주듯이, 정치체계는 전체 사회를 조종하고 통제하였다. 사회영역은 정치체계보다 열등한 지위에 놓였다. 그렇지만 전체 사회가 다양한 영역으로 분화되면서 정치체계의 지위 및 영향력 역시 약화되었다.[21] 이에 반비례하여 사회영역의 힘이 강화되었는데, 그 중에서도 경제체계의 영향력이 제고되어 이제는 정치체계를 압도할 지경에 이르게 되었다. 이처럼 현대사회가 구조변동을 경험하면서 전체 사회를 국가영역과 사회영역으로 이원화하는 사고방식은 점점 더 해체되고 있다.

---

18) J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M., 1992, 제3장 참고.

19) 이를 법사회학의 관점에서 분석하는 G. Teubner, “Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht”, in: *Zeitschrift für die Rechtssoziologie*, 1998, 10면 아래 참고.

20) 체계분화에 관해서는 우선 게오르그 크네어 · 아민 낫세이 / 정성훈 (옮김), 「니클라스 루만으로의 초대」, 갈무리, 2008, 149면 아래 참고.

21) 이 문제에 관해서는 니클라스 루만 / 김종길 (역), 「복지국가의 정치이론」, 일신사, 2001 참고.

3. 공법과 사법의 상호교차

이렇게 <국가-사회 이분론>이 해체되면서 공법과 사법의 경계 역시 바뀌고 있다. 전통적으로 공법은 국가영역을 규율하는 법으로 그리고 사법은 사회영역을 규율하는 법으로 이해되었지만, 국가영역과 사회영역이 다양한 사회의 기능체계로 재편되면서 공법과 사법의 규율영역도 변하고 있는 것이다. 그러면서 공법이 사법화되고, 반대로 사법이 공법화되는 상호교차 현상도 출현하고 있다. 예를 들어, 광범위한 민영화 덕분에 과거 공법이 규율하던 영역이 사법이 규율하는 영역으로 바뀌었다. 이는 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 규율형식이 완전히 사법으로 바뀐 경우이다. 각종 공기업을 규율하는 법이 이러한 예에 해당한다. 둘째는 규율형식은 여전히 공법이지만, 내용적인 면에서 보면 사법의 원리가 적용되는 경우이다. 이를테면 행정처분이 아닌 계약이 주된 행정작용수단이 되는 행정사법영역을 들 수 있다.[22]

반대로 사법이 공법화되는 경향도 발견할 수 있다. 이는 크게 세 가지 법영역에서 발견할 수 있다. 첫째는 가족법 영역이다. 전통적으로 가족법은 가장 사적인 성격이 강한 법으로 인식되었다. 동시에 문화와도 가장 밀접한 관련을 맺는 법영역으로 인식되고 있다.[23] 그 때문에 가족법에서는 국가의 개입이 엄격하게 배제되었다. 그렇지만 가족관계에 대한 공적인 관심이 증대하면서 가족관계에 대한 국가적 통제 역시 증대하고 있다. 이를테면 헌법재판소가 가족법에 대한 헌법적 통제를 강화하는 것을 들 수 있다.[24] 둘째는 노동법 영역이다. 노동법이 규율하는 근로관계는 원래는 사적자치가 지배하는 고용관계로서 민법이 규율하고 있었다. 그렇지만 고용관계의 폐해가 늘어나고 이에 대한 사회적 관심이 제고되면서 고용관계와는 구별되는 근로관계가 형성되고, 이를 별도로 규율하기 위한 노동법이 등장하였다. 사적자치가 관철되는 고용관계와는 달리 노동법이 규율하는 근로관계에서는 사적자치가 제한된다. 근로관계의 공정성을 확보하기 위해 사적자치가 수정되고 있는 것이다. 이 때문에 노동법을 순수한 사법과는 구별되는 '사회법'으로 지칭하기도 한다. 셋째는 회사법 영역이다. 전

22) 이에 관해서는 김대인, 「행정계약법의 이해」, 경인문화사, 2007 참고.
23) 빈프리트 하세머, 배종대 / 윤재왕 (옮김), 「범죄와 형벌」, 나남, 2011, 5면.
24) 이에 관해서는 윤진수, "전통적 가족제도와 헌법: 최근의 헌법재판소 판례를 중심으로", 「법학」 제47권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2006.6, 149-188면 참고.

통적으로 회사법은 사법에 속하는 상법의 한 부분으로 인식되었다. 그 때문에 회사법 역시 사적자치가 지배하는 사법으로 파악되었다. 이 때문에 회사는 투자자 또는 주주의 사적 재산이라는 관념도 강하였다.[25] 그렇지만 회사법 영역에서 새롭게 이해관계인 중심설이 등장하면서 회사는 단순히 주주만의 소유가 아니라는 관념이 지배적인 것으로 떠오르고 있다. 심지어 이제는 회사법은 공법이라는 주장도 제시된다.[26] 이처럼 공법과 사법의 전통적인 경계가 허물어지면서 공법이 사법화되고, 반대로 사법이 공법화되는 경향이 지속적으로 등장하고 있다.

4. 사익의 공익화

이렇게 공법과 사법이 상호교차하면서 전통적인 공익과 사익의 경계 역시 무너지고 있다. 특히 사익이 공익화되는 경향이 증대하고 있다. 이때 말하는 사익의 공익화 경향은 규율형식의 측면에서는 여전히 사법이 보장하는 이익이지만, 내용적인 측면에서는 사익이라는 차원을 넘어서 공익으로 변모하는 현상을 뜻한다. 이러한 사익의 공익화 경향을 통해 등장한 이익을 '공익적 사익'이라고 부를 수 있을 것이다. 물론 여기서 공익이란 도대체 무엇인가, 라는 의문을 던질 수 있다. 이는 그 자체 심중한 문제로서 지면이 한정된 여기에서 정면으로 다룰 수는 없다. 다만 일단 공익이란 그 규율형식과는 상관없이 이와 관련된 이해관계인이 다수이고, 사회적 영향력이 크기 때문에 사적자치를 통해서만 해결할 수는 없는 이익이라고 볼 수 있을 것이다.[27] 이러한 공익과 관련된 법적 분쟁은 전통적인 사법의 해결책으로는 해결할 수 없다. 따라서 사적자치를 어느 정도 수정한 해결책이 제시되어야 한다.

---

25) 물론 엄격하게 보면, 회사가 법인격을 갖는 이상 이를 재산이라고 말할 수는 없다. 왜냐하면 법인으로서 회사는 재산처럼 소유의 객체가 되는 것이 아니라, 오히려 권리주체가 되기 때문이다.

26) 이에 관해서는 Kent Greenfield, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, Chicago · London: The University of Chicago Press, 2010, 29면 아래 참고.

27) 이에 관한 상세한 분석은 양천수, "공익과 사익의 혼융현상을 통해 본 공익 개념: 공익 개념에 대한 법사회학적 분석", 「공익과 인권」 제5권 제1호, 서울대학교 공익인권법센터, 2008.2, 3-29면 참고.

Ⅳ. '공익적 사익'을 보장하기 위한 수단으로서 집단소송제도

1. '공익적 사익' 보장 수단

그러면 이러한 '공익적 사익'은 어떻게 보장할 수 있는가? 앞에서도 언급한 것처럼, 사익은 원칙적으로 사적자치에 의해 설계된 법적 수단으로 보장되어야 한다. 이는 민사소송에서는 개인소송을 통해 이루어진다. 그러나 이미 여러 연구가 지적하고 있듯이, 주관적 개인소송은 이러한 공익적 사익을 보장하는 충분한 수단이 되지 못하고 있다.[28] 따라서 공익적 사익을 효과적으로 보장하기 위해서는 다른 보장수단이 강구되어야 한다. 법적으로 볼 때, 이러한 보장수단은 크게 실체법적 측면과 절차법적 측면으로 구분하여 고려할 수 있다.

1) 실체법적 보장수단

먼저 실체법적 측면, 특히 민사법적 측면에서는 다시 두 가지 방안을 모색할 수 있다. 첫째, 새로운 권리, 특히 집단적 권리를 인정하는 것이다. 이를테면 소비자권이나 정보안전권, 경관권 등과 같은 집단적 권리를 인정함으로써 이러한 권리와 관련을 맺는 이익을 공익으로 승인하는 것이다.[29] 둘째, 새로운 제재방안을 마련하는 것이다. 우리 민사법체계는 기본적으로 대륙법체계를 수용함으로써 손해배상 역시 발생한 손해를 전보하는 것에 초점을 맞추고 있다. 손해배상에 징벌적 성격을 부여하지 않는 것이다. 이에 연계하여 손해배상의 법적 근거가 되는 불법행위책임 역시 행위자를 징벌하는 기능은 수행하지 않는 것으로 이해된다.[30] 이러한 역할은 형사법이 수행하는 것으로 인식된다. 그렇지만 현대 자본주의 사회에서는 징벌적 성격을 갖는 손해배상, 즉 징벌적 손해배상을 인정하는 것이 공익적 사익을 침해하는 불법행위를 예방하는 데 더욱 효과적일

---

28) 이에 관해서는 우선 함영주, "집단분쟁에 대한 합리적 해결의 장으로서의 집단소송", 「사법행정」 제42권 제2호, 한국공법학회, 2001.2; 우세나, 앞의 책, 20면 아래 등 참고.

29) 집단적 권리에 관해서는 James Crawford, "The Rights of Peoples: "Peoples" or "Government"?", James Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford: Clarendon Press, 1988, 55-67면; Will Kymlicka, "The Good, the Bad, and the Intolerable: Minority Group Rights", *Dissent*, Summer, 1996, 22-30면 등 참고.

30) 불법행위법의 성격과 기능에 관해서는 권영준, "불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점: 예방과 회복의 패러다임을 중심으로", 「저스티스」 제109호, 한국법학원, 2009.2 참고.

수 있다. 바로 이러한 근거에서 우리나라에서도 징벌적 손해배상 도입논의가 지속적으로 이루어지고 있다.[31] 이를 반영하듯 정보통신망법과 개인정보보호법은 3배 배상을 최대한도로 하는 징벌적 손해배상을 제도화하고 있다.[32]

2) 소송법적 보장수단

나아가 소송법적 측면에서 공익적 사익을 보장하는 수단을 강구할 수 있다. 이에 관해서는 우선 행정소송을 보장수단으로 생각할 수 있다. 왜냐하면 행정소송이야말로 공익을 보장하는 대표적인 소송제도로 볼 수 있기 때문이다. 그렇지만 다음과 같은 이유에서 행정소송은 공익적 사익을 보장하는 효과적인 수단이 될 수 없다. 두 가지 이유를 거론할 수 있다. 첫째, 행정소송, 그 중에서도 취소소송을 중심으로 하는 항고소송은 행정처분을 그 대상으로 한다. 하지만 공익적 사익은 주로 민사법상 행위, 이를테면 법률행위나 불법행위와 같은 사실행위에 의해 침해되는 경우가 많다. 둘째, 현행 행정소송 역시 기본적으로 법률상 이익이 침해되는 것을 전제로 한다.[33] 법률상 이익을 소송요건으로 취급하고 있는 것이다. 그런데 행정소송법학의 지배적인 학설과 판례에 따르면, 이때 말하는 법률상 이익은 주관적 공권을 기본으로 한다. 요컨대, 행정소송 역시 객관소송이 아닌 주관소송을 기본으로 삼고 있는 것이다. 이러한 근거에서 행정소송은 공익적 사익을 보장하는 적절한 수단이 될 수 없다.

그러므로 공익적 사익을 적절하게 보장하기 위해서는 새로운 소송제도를 모색할 필요가 있다. 이는 다시 두 가지 측면으로 나누어 고찰할 수 있다. 첫째는 기존에 정립된 민사소송법 도그마틱을 수정하는 것이다. 이를테면 민사소송의 기본원리를 당사자주의에서 협동주의로 바꾸거나 증명책임의 분배기준을 바꾸는 것을 거론할 수 있다.[34] 둘째는 기존의 소송제도와는 구별되는 별도의 소송제도를 고안하는 것이다. 개인적·주관적 소송과는 구별되는 집단소송제도가

---

31) 이에 관해서는 최나진, “징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰”, 고려대학교 대학원, 박사 학위논문, 2014 참고.
32) 정보통신망법 제32조 제2항 및 개인정보보호법 제39조 제3항 참고.
33) 예를 들어, 행정소송법 제12조 참고.
34) 이에 관해서는 양천수·우세나, “민사소송법상 증명책임분배론에 대한 법이론적 고찰: 레오 로젠베르크의 규범설을 중심으로 하여”, 「중앙법학」 제10집 제3호, 중앙법학회, 2008.10, 7-36면 참고.

바로 그것이다.

2. 공익소송제도로서 집단소송제도

이렇게 보면 집단소송제도는 공익적 사익을 보장하고 실현하는 소송제도, 달리 말해 공익소송제도라고 말할 수 있다.[35] 따라서 집단소송제도는 단순히 집단적이고 분산적인 손해를 효과적으로 보장하기 위한 수단에 그치는 것이 아니다. 이는 공익을 실현하기 위한 중요한 소송법적 수단인 것이다.[36] 그러므로 집단소송제도를 사익, 바꿔 말해 집단이기주의를 관철하기 위한 수단으로 취급하는 것은 타당하지 않다. 같은 맥락에서 이를 인정하면 기업활동에 중대한 장애를 초래해 경제활동에 방해가 될 것이라는 사고방식도 재고할 필요가 있다. 오히려 경제체계를 공정하게 재편하는 데, 개인정보를 보장하고 이를 건전하게 이용할 수 있도록 도모하는 데 적절한 수단이 된다는 점을 명심해야 한다. 이러한 맥락에서 오늘날 공익소송으로서 집단소송제도가 더욱 활성화될 수 있도록 제도적 설계를 해야 한다.

3. 집단소송의 유형

주지하다시피 집단소송은 크게 두 가지 유형으로 나눌 수 있다. 영미법에서 발전한 '대표당사자소송'(class action)과 독일법에서 성장한 '단체소송'(Verbandsklage)이 그것이다.[37] 대표당사자소송은 대표당사자라는 개인을 중심으로 하면서 이러한 개인이 획득한 판결의 효력을 소송과 관련이 있는 모든 이들에게 집단적 · 자동적으로 확장시키는 소송이다. 이에 반해 단체소송은 공익을 대변하는 단체가 공익을 보장하기 위한 소송을 수행하도록 하는 소송이다. 대표당사자소송이 주관적 · 개인적 소송에 바탕을 두면서도 이를 집단적으로 확장시킨 것이라면, 단체소송은 사적인 개인과는 구별되는 공적인 단체를 내세워 공익을 실현하도록 하고 있다. 이 점에서 전자가 민사법의 이념적 기초가 되는

35) 공익소송에 관해서는 김태호 외, 「공익소송 제도의 현황과 개선방안」, 사법정책연구원, 2017 참고.

36) 집단소송을 법철학적 견지에서 분석하는 연구로는 Jack B. Weinstein／함영주(옮김), 「집단소송을 통한 정의실현」, 법원공보사, 2001 참고.

37) 이에 관한 상세한 분석은 우세나, 앞의 책, 29면 아래 참고.

자유주의를 발전적으로 수용하고 있다면, 후자는 자유주의와는 구별되는 공동체주의 또는 공정주의를 이념적 기초로 삼고 있다고 말할 수 있다. 그 점에서 전자는 자유주의가 강한 영미법의 전통을, 후자는 사회국가적 복지주의가 강한 대륙법의 전통을 잘 보여준다. 물론 이 중에서 대표당사자소송이 개인에게 발생한 손해를 효과적으로 보장하는 수단으로 더 적합하다. 그 만큼 남용될 가능성도 더 높다. 이 때문에 집단소송에 비판적인 진영은 대표당사자소송보다는 단체소송을 선호하는 경향이 강하다. 이를 반영하듯, 우리 법체계는 한편으로는 두 가지 유형의 집단소송을 모두 수용하면서도, 대표당사자소송보다는 단체소송을 더욱 많이 제도화하고 있다.

Ⅴ. 우리 집단소송제도의 현황과 문제점

1. 개관

앞에서 언급한 것처럼, 우리 법체계는 현재 집단소송제도로서 대표당사자소송과 단체소송을 모두 수용하고 있다. 전자의 예로는 증권관련집단소송을, 후자의 예로는 소비자 단체소송과 개인정보 단체소송을 들 수 있다. 요컨대, 증권관련 분쟁, 소비자관련 분쟁, 개인정보관련 분쟁을 해결하기 위해 집단소송을 도입하고 있는 것이다. 여기서 두 가지 시사점을 읽어낼 수 있다. 첫째, 증권관련 분쟁, 소비자관련 분쟁, 개인정보관련 분쟁은 분쟁과 관련을 맺는 당사자가 집단을 구성하고 이로 인해 이러한 분쟁과 관련을 맺는 이익도 집단적·분산적인 성격을 갖는다는 것이다. 둘째, 증권관련 분쟁, 소비자관련 분쟁, 개인정보관련 분쟁과 관련을 맺는 이익은 단순한 사익에 그치는 것이 아니라, 공익적 사익으로서 집단소송을 통해 해결할 필요가 있다는 것이다. 아래에서는 우리 법체계가 수용하고 있는 각 집단소송제도를 개관하면서 여기에 어떤 문제가 있는지 짚어보도록 한다.

2. 증권관련집단소송

1) 연혁

증권관련집단소송은 지난 2005년 1월 1일부터 시행되고 있는 “증권관련 집단소송법”이 규정한다.[38] 증권관련집단소송을 도입해야 한다는 논의는 이미 1990년대 말부터 활발하게 논의되기 시작하였다. 이에 1998년 11월에 “증권관련 집단소송에 관한 법률안”이 의원입법의 형식으로 제15대 국회에 제출되었다. 그렇지만 2000년 5월 제15대 국회의 회기가 만료되면서 자동폐기 되었다. 그 이후 제16대 국회에서 “증권관련 집단소송법안”이 다시 제안되면서 2003년 12월 22일에 국회 본회의를 통과하였고, 2004년 1월 20일에 증권관련 집단소송법이 공포되었다. 그리고 2005년 1월 1일부터 시행되기 시작하여 오늘에 이르고 있다.

2) 개념과 적용범위

증권관련 집단소송법에 따르면, 증권관련집단소송이란 “증권의 매매 또는 그 밖의 거래과정에서 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 중의 1인 또는 수인(數人)이 대표당사자가 되어 수행하는 손해배상청구소송”을 뜻한다.[39] 이러한 개념정의에서 두 가지 중요한 의미를 읽어낼 수 있다. 첫째, 증권관련집단소송은 ‘손해배상소송’이라는 점이다. 소송형태의 측면에서 보면, 이는 이행소송의 형태로서 진행된다. 둘째, 증권관련집단소송은 “증권의 매매 또는 그 밖의 거래과정에서 다수인에게 피해가 발생한 경우”를 대상으로 한다는 점이다. 이러한 이유에서 증권관련 집단소송법은 증권관련집단소송의 적용범위를 다음과 같이 한정한다.

먼저 증권관련집단소송의 소는 다음과 같은 손해배상청구에 한정하여 제기할 수 있다.[40] 첫째, “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제125조에 따른 손해배상청구”, 둘째, “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제162조(제161조에 따른 주요사항보고서의 경우는 제외한다)에 따른 손해배상청구”, 셋째, “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제175조, 제177조 또는 제179조에 따른 손해배상청구”, 넷째, “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제170조에 따른 손해배상청구”가 그것이다.

---

38) 증권관련집단소송에 관한 상세한 분석은 최광선, “증권관련 집단소송법제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원, 박사 학위논문, 2016 참고.
39) 증권관련 집단소송법 제2조 제1호.
40) 증권관련 집단소송법 제3조 제1항.

나아가 이렇게 증권관련집단소송에 의해 진행되는 손해배상청구는 "「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제9조 제15항 제3호에 따른 주권상장법인이 발행한 증권의 매매 또는 그 밖의 거래로 인한 것"으로 한정된다.[41]

요컨대, 증권관련 집단소송법은 증권관련집단소송의 적용범위를 다음과 같이 제한한다. 첫째는 이른바 자본시장법이 규정하는 손해배상청구를 목적으로 해야 한다. 둘째는 이러한 손해배상청구는 자본시장법이 규정하는 주권상장법인이 발행한 "증권의 매매 또는 그 밖의 거래로 인한 것"이어야 한다.

3) 대표당사자 선임절차

증권관련집단소송에서 가장 중요한 부분은 누가 대표당사자가 될 수 있는가 하는 점이다. 이에 관해 증권관련 집단소송법은 대표당사자의 선임권한을 법원에게 부여하고 있다. 뿐만 아니라, 법원이 내린 선임결정에 대해서는 당사자가 불복할 수 없도록 하고 있다. 예를 들어, 증권관련 집단소송법 제7조 제1항은 "대표당사자가 되기 위하여 증권관련집단소송의 소를 제기하는 자는 소장(訴狀)과 소송허가신청서를 법원에 제출하여야 한다."고 정한다. 나아가 증권관련집단소송법 제11조 제1항은 "대표당사자는 구성원 중 해당 증권관련집단소송으로 얻을 수 있는 경제적 이익이 가장 큰 자 등 총원의 이익을 공정하고 적절하게 대표할 수 있는 구성원이어야 한다."고 정한다. 그러면서 같은 법 제11조 제3항 본문에서는 "최근 3년간 3건 이상의 증권관련집단소송에 대표당사자 또는 대표당사자의 소송대리인으로 관여하였던 자는 증권관련집단소송의 대표당사자 또는 원고측 소송대리인이 될 수 없다."고 정한다.[42] 이러한 규정에 따라 법원은 증권관련집단소송의 소장 및 소송허가신청서를 접수한 날로부터 10일 이내에 증권관련 집단소송법 제10조 제1항이 정하는 증권관련집단소송에 관한 사항을 공고해야 한다.[43] 나아가 법원은 이러한 공고를 한 날부터 50일 이내에 증권관련 집단소송법 제7조 제1항에 따라 소를 제기한 자와 같은 법 제1항 제4호

41) 증권관련 집단소송법 제3조 제2항.

42) 다만 이는 대표당사자가 될 수 있는 자격을 불합리하게 제한하는 것이라는 비판이 제기된다. 이에 관해서는 김한종, "증권집단소송제도의 활성화방안에 관한 연구," 「홍익법학」 제10권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2009.10, 407-411면; 신종석, "증권관련집단소송에 관한 연구," 「법학연구」 제34집, 한국법학회, 2009.5, 310-312면 등 참고.

43) 증권관련 집단소송법 제10조 제1항.

에 따라 신청서를 제출한 구성원 중에서 같은 법 제11조가 정한 요건을 갖춘 자로서 “총원의 이익을 대표하기에 가장 적합한 자를 결정(決定)으로 대표당사자로 선임한다.”[44] 증권관련 집단소송법은 이렇게 법원이 내린 대표당사자 선임결정에 대해서는 불복할 수 없다고 정한다.[45] 그 만큼 대표당사자 선임에 관해 법원에 강력한 권한을 부여하고 있는 것이다.

4) 증권관련집단소송 허가요건 및 절차

이뿐만 아니라, 증권관련 집단소송법은 증권관련집단소송 역시 법원의 허가사항으로 규정한다. 가령 증권관련 집단소송법 제12조는 “소송허가 요건”이라는 표제 아래 제1항에서 증권관련집단소송 사건은 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다고 정한다. 이에 따르면 첫째, “구성원이 50인 이상이고, 청구의 원인이 된 행위 당시를 기준으로 그 구성원이 보유하고 있는 증권의 합계가 피고 회사의 발행 증권 총수의 1만분의 1 이상”이어야 한다. 둘째, 증권관련 집단소송법 제3조 제1항 각 호가 규정하는 “손해배상청구로서 법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통”되어야 한다. 셋째, “증권관련집단소송이 총원의 권리 실현이나 이익 보호에 적합하고 효율적인 수단”이어야 한다. 넷째, 증권관련 집단소송법 제9조에 따른 “소송허가신청서의 기재사항 및 첨부서류에 흠이” 없어야 한다.

증권관련 집단소송법 제13조에 따르면, 증권관련집단소송의 허가절차는 다음과 같이 이루어진다. 먼저 제13조 제1항에 따르면, “대표당사자는 소송허가 신청의 이유를 소명(疎明)하여야 한다.” 다음으로 법원이 증권관련집단소송의 허가 여부에 관한 재판을 할 때는 증권관련집단소송법 제7조 제1항에 따라 “소를 제기하는 자와 피고를 심문(審問)하여 결정으로 한다.”[46] 이 경우 법원은 “손해배상청구의 원인이 되는 행위를 감독·검사하는 감독기관으로부터 손해배상청구 원인행위에 대한 기초조사 자료를 제출받는 등 직권으로 필요한 조사”를 할 수 있다.[47]

---

44) 증권관련 집단소송법 제10조 제4항.
45) 증권관련 집단소송법 제10조 제5항.
46) 증권관련 집단소송법 제13조 제2항.
47) 증권관련 집단소송법 제13조 제3항.

5) 직권증거조사 및 증거보전

증권관련집단소송은 일반 민사소송과는 달리 공익소송의 성격이 강해 직권주의적 요소를 강화하고 있다.[48] 예를 들어, 증권관련 집단소송법 제30조는 "직권증거조사"라는 표제 아래 "법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다."고 정한다. 또한 같은 법 제33조는 "증거보전"이라는 표제 아래 "법원은 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있지 아니한 경우에도 필요하다고 인정할 때에는 당사자의 신청에 의하여 증거조사를 할 수 있다."고 정한다. 이는 소송 전에 증거보전의 필요성이 있는가 여부와는 관계없이 증거조사를 할 수 있도록 한 독일의 독립적 증거조사절차를 도입한 것이다.[49]

3. 소비자 단체소송

1) 의의

소비자 단체소송은 독일의 단체소송을 받아들인 집단소송이다. 독일의 단체소송은 2004년부터 그 도입 여부가 본격적으로 논의되기 시작하였는데, 그 결과로서 소비자기본법을 통해 제도화되었다. 소비자 단체소송을 도입한 소비자기본법은 2008년 1월 1일부터 시행되기 시작하였다. 소비자기본법은 소비자 단체소송을 다음과 같이 규정한다. 소비자 단체소송이란 소비자기본법 제70조가 규정하는 각 호의 어느 하나에 해당하는 단체가 제기하는 소송으로서, 사업자가 소비자기본법 제20조가 규정한 내용에 위반하여 "소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하고 그 침해가 계속되는 경우 법원에 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송"을 말한다.[50] 여기서 증권관련집단소송과 소비자 단체소송의 차이가 나타난다. 증권관련집단소송이 손해배상소송이라면, 소비자 단체소송은 소비자권익침해행위의 금지 및 중지를 구하는

48) 직권주의에 관해서는 김정오 외, 「법철학: 이론과 쟁점」, 박영사, 2017, 246면 아래 참고.
49) 김경욱, "집단분쟁해결을 위한 새로운 민사소송제도의 도입에 관한 소고", 「민사소송」 제17권 제2호, 한국민사소송법학회, 2013.11. 참고.
50) 소비자기본법 제20조는 사업자가 소비자의 권익증진을 위해 준수해야 하는 다섯 가지 의무를 규정한다.

부작위소송인 것이다.

2) 단체의 자격

한편 소비자기본법 제70조에 따르면, 이러한 소비자 단체소송을 제기할 수 있는 단체는 다음과 같다. 첫째는 소비자기본법 제29조에 따라 공정거래위원에 등록한 소비자단체로서 다음과 같은 요건을 모두 갖춘 단체이다. 이때 말하는 요건이란 "정관에 따라 상시적으로 소비자의 권익증진을 주된 목적으로 하는 단체"이어야 하고, "단체의 정회원수가 1천명 이상"이어야 하며, 소비자기본법 제29조에 따른 등록을 한 후 3년이 경과한 단체여야 하는 것을 말한다. 둘째는 소비자기본법 제33조에 따라 설립된 한국소비자원이다. 셋째는 "「상공회의소법」에 따른 대한상공회의소, 「중소기업협동조합법」에 따른 중소기업협동조합중앙회 및 전국 단위의 경제단체로서 대통령령이 정하는 단체"를 말한다. 넷째는 「비영리민간단체 지원법」제2조의 규정에 따른 비영리민간단체로서 다음과 같은 요건을 모두 갖춘 단체를 말한다. 이때 말하는 요건이란 "법률상 또는 사실상 동일한 침해를 입은 50인 이상의 소비자로부터 단체소송의 제기를 요청"받아야 하며, "정관에 소비자의 권익증진을 단체의 목적으로 명시한 후 최근 3년 이상 이를 위한 활동실적"이 있어야 하고, "단체의 상시 구성원수가 5천명 이상"이어야 하며, "중앙행정기관에 등록되어" 있어야 하는 것을 말한다.

3) 소비자 단체소송 허가요건

증권관련집단소송과 마찬가지로 소비자 단체소송 역시 법원의 허가를 받아야 한다. 이에 소비자기본법 제74조는 제1항은 다음과 같이 소비자 단체소송의 허가요건을 정한다. 이에 따르면, 법원은 다음 세 가지 요건을 모두 갖춘 경우에만 단체소송을 허가할 수 있다. 첫째, "물품등의 사용으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 등 다수 소비자의 권익보호 및 피해예방을 위한 공익상의 필요가" 있어야 한다. 둘째, 소비자기본법 제73조에 따라 제출된 소송허가신청서의 기재사항에 흠결이 없어야 한다. 셋째, "소제기단체가 사업자에게 소비자권익 침해행위를 금지·중지할 것을 서면으로 요청한 후 14일이 경과"해야 한다. 이러한 요건을 모두 갖춘 경우에

비로소 법원은 소비자 단체소송을 허가한다.

4. 개인정보 단체소송

1) 의의

개인정보 단체소송은 2011년 3월에 제정되어 2011년 9월 30일부터 시행되기 시작한 개인정보보호법이 제7장에서 규정하고 있는 집단소송을 말한다.[51] 개인정보보호법 제51조에 따르면, 개인정보 단체소송이란 개인정보처리자가 같은 법 제49조가 정하는 "집단분쟁조정을 거부하거나 집단분쟁조정의 결과를 수락하지" 않는 경우에 같은 법 제51조가 정하는 단체가 법원에 "권리침해 행위의 금지·중지를 구하는 소송"을 말한다. 여기서 알 수 있듯이, 개인정보 단체소송도 소비자 단체소송과 마찬가지로 "권리침해 행위의 금지·중지를 구하는 소송", 즉 부작위소송이라는 형태를 취한다. 이 점에서 손해배상청구소송인 증권관련집단소송과 구별된다. 다만 개인정보 단체소송은 소비자 단체소송과도 차이를 보이는데, 개인정보 단체소송은 개인정보보호법 제49조가 규정하는 집단분쟁조정을 거칠 것을 전제로 하고 있다는 점이다.

2) 단체의 자격

개인정보보호법 제51조에 따르면, 개인정보 단체소송을 제기할 수 있는 단체는 다음과 같다. 첫째, "「소비자기본법」제29조에 따라 공정거래위원회에 등록한 소비자단체"로서 다음과 같은 요건을 모두 충족한 단체이다. 이때 말하는 요건이란 "정관에 따라 상시적으로 정보주체의 권익증진을 주된 목적으로 하는 단체"이어야 하고, "단체의 정회원수가 1천명 이상"이어야 하며, "「소비자기본법」제29조에 따른 등록 후 3년이 경과"한 단체여야 한다는 것이다. 둘째, "「비영리민간단체 지원법」제2조에 따른 비영리민간단체"로서 다음과 같은 요건을 모두 갖춘 단체이다. 이때 말하는 요건이란 "법률상 또는 사실상 동일한 침해를 입은 100명 이상의 정보주체로부터 단체소송의 제기를 요청"받은 단체여야 하고, "정

51) 이에 관해서는 우선 고형석, "개인정보침해와 피해구제에 관한 연구", 「법조」 제606권, 법조협회, 2007.3, 27면 아래 참고.

관에 개인정보 보호를 단체의 목적으로 명시한 후 최근 3년 이상 이를 위한 활동실적"이 있는 단체여야 하며, "단체의 상시 구성원수가 5천명 이상"이어야 하고, "중앙행정기관에 등록"되어 있는 단체여야 한다는 것을 말한다.

3) 개인정보 단체소송 허가요건

소비자 단체소송과 마찬가지로 개인정보 단체소송 역시 법원의 허가를 받아야 한다. 이에 개인정보보호법 제55조 제1항은 다음과 같이 개인정보 단체소송의 허가요건을 정한다. 이에 따르면, 법원은 다음 두 가지 요건을 모두 갖춘 경우에만 결정으로 단체소송을 허가할 수 있다. 첫째, "개인정보처리자가 분쟁조정위원회의 조정을 거부하거나 조정결과를 수락하지" 않아야 한다. 둘째, 개인정보보호법 제54조가 정하는 소송허가신청서의 기재사항에 흠결이 없어야 한다.

5. 문제점

지금까지 현재 우리 법체계가 도입하고 있는 집단소송제도를 개관해 보았다. 이미 살펴본 것처럼, 우리 법체계는 집단소송으로서 증권관련집단소송, 소비자 단체소송, 개인정보 단체소송을 제도화하고 있다. 증권관련집단소송이 손해배상청구소송의 형태를 취하고 있는 대표당사자소송이라면, 소비자 단체소송과 개인정보 단체소송은 부작위소송의 형태를 취하고 있는 단체소송이다. 그렇지만 이 글 서론에서 지적한 것처럼, 이렇게 우리 법체계가 도입하고 있는 집단소송은 여전히 활성화되고 있지 않다.[52] 그 이유는 다음과 같이 언급할 수 있다.

첫째, 우리의 집단소송은 엄격한 허가제를 취하고 있다는 것이다.[53] 이는 특히 증권관련집단소송에서 두드러진다. 증권관련 집단소송법이 증권관련집단소송의 허가요건을 엄격하게 규정하고 있을 뿐만 아니라, 그 동안 법원 역시 이를 허가하는 데 인색하여 증권관련집단소송을 이용하는 것이 쉽지 않았던 것이다. 나아가 소비자 단체소송과 개인정보 단체소송의 경우에는 단체소송을 제기

52) 이에 관해서는 함영주, 「증권관련집단소송제의 활성화 방안에 관한 연구」, 법무부, 2013; 최정식, "증권집단소송제도의 활성화를 위한 제언", 「법학연구」 제53집, 한국법학회, 2014.3, 311면 이하 등 참고.

53) 이에 관해서는 전영준, "증권관련집단소송 허가절차 개선방안: 허가결정에 대한 즉시항고 제도의 개선을 중심으로", 「경제개혁이슈」 2016-5호, 경제개혁연대, 2016.5, 1면 아래 참고.

할 수 있는 단체의 요건을 너무 엄격하게 한정하여 단체소송을 이용하는 것이 쉽지 않았다.

둘째, 우리가 제도화한 집단소송 가운데는 실제의 집단적 법적 분쟁을 해결하는 데 효과적인 수단이 되지 못하는 경우가 있다는 것이다. 이는 무엇보다도 개인정보 단체소송에서 찾아볼 수 있다. 이미 언급한 것처럼, 개인정보 단체소송은 부작위소송의 형태를 취한다. 이는 개인정보에 대한 권리를 침해하는 행위의 금지·중지를 구하는 소송이다. 그러나 현실적으로 볼 때, 개인정보를 침해하는 행위는 지속적으로 이루어지는 것이 아니라 순식간에 이루어진다. 그 때문에 개인정보 단체소송의 소를 제기하기 전에 이미 개인정보 침해행위가 종료된 경우가 다반사이다. 바로 이러한 이유에서 권리침해 행위의 금지·중지를 구하는 개인정보 단체소송은 개인정보 침해행위를 막는 데 효과적인 수단이 될 수 없다. 오히려 개인정보 침해행위를 억제하는 데는 징벌적 손해배상제도와 결합된 대표당사자소송이 더욱 효과적인 수단이 될 수 있다. 이 점에서 부작위소송 형태를 취하고 있는 개인정보 단체소송은 추후 손해배상청구소송으로 개정할 필요가 있다.

Ⅵ. 집단소송 활성화를 위한 과제 - 결론을 대신하여

지금까지 집단소송제도의 법이론적 기초를 살펴보고, 현재 우리 법체계가 이러한 집단소송제도를 어떻게 도입하고 있는지, 여기에 어떤 문제가 있는지 개관해 보았다. 앞에서 살펴본 것처럼, 현재 우리 법체계는 증권관련집단소송, 소비자 단체소송, 개인정보 단체소송에 대해 엄격한 허가주의를 채택하고 있고, 단체소송을 제기할 수 있는 단체의 요건도 엄격하게 규정함으로써 그 동안 집단소송이 좀처럼 활성화되지 않았다. 손해배상청구소송으로 제도화하는 것이 적합한 개인정보 단체소송을 부작위소송으로 제도화한 것도 문제가 없지 않다. 이는 우리 법체계가 여전히 집단소송제도에 거부감을 갖고 있다는 점을 시사한다. 그러나 자유주의에 기반을 둔 현행 민사소송제도가 현대사회에서 발생하는 각종 집단적 분쟁에 적절하게 대응하는 데 한계가 있다는 점, 집단소송이 사회영역에서 발생하는 공익적 분쟁을 해결하는 데 적합한 공익소송이 될 수 있다는 점에서 집단소송을 엄격하게 제한하고 있는 현행 제도는 개선할 필요가 있

다. 다만 이를 어떻게 개선하는 것이 바람직한지를 다루는 것은 앞으로 수행해야 할 연구과제로 남겨두기로 한다.

투고일 : 2017.11.30 / 심사완료일 : 2017.12.11 / 게재확정일 : 2017.12.15

[참고문헌]

권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점: 예방과 회복의 패러다임을 중심으로”, 「저스티스」 제109호, 한국법학원, 2009.2.

고형석, “개인정보침해와 피해구제에 관한 연구”, 「법조」 제606권, 법조협회, 2007.3.

김경욱, “집단분쟁해결을 위한 새로운 민사소송제도의 도입에 관한 소고”, 「민사소송」 제17권 제2호, 한국민사소송법학회, 2013.11.

김대인, 「행정계약법의 이해」, 경인문화사, 2007.

김윤진, “도이체방크 ELS투자자 집단소송 첫 승소”, 「MK News」, 2017.1.20.

김정오 외, 「법철학: 이론과 쟁점」, 박영사, 2017.

김정환, “미국의 복합소송제도와 그 도입가능성”, 고려대 법학박사 학위논문, 2011.

김태호 외, 「공익소송 제도의 현황과 개선방안」, 사법정책연구원, 2017.

김한종, “증권집단소송제도의 활성화방안에 관한 연구,” 「홍익법학」 제10권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2009.10.

박정훈, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006.

신종석, “증권관련집단소송에 관한 연구,” 「법학연구」 제34집, 한국법학회, 2009.5.

양천수, “공익과 사익의 혼융현상을 통해 본 공익 개념: 공익 개념에 대한 법사회학적 분석”, 「공익과 인권」 제5권 제1호, 서울대학교 공익인권법센터, 2008.2.

양천수, 「민사법질서와 인권」, 집문당, 2013.

양천수 외, 「현대사회와 민사법의 구조변동」, 경인문화사, 2010.

양천수 · 우세나, “민사소송법상 증명책임분배론에 대한 법이론적 고찰: 레오 로젠베르크의 규범설을 중심으로 하여”, 「중앙법학」 제10집 제3호, 중앙법학회, 2008.10.

양천수 · 우세나, “민사소송에서 바라본 진실 개념: 법철학의 관점을 겸하여”, 「민사소송」 제14권 제2호, 한국민사소송법학회, 2010.11.

우세나, 「집단분쟁과 집단소송제도」, 세창출판사, 2007.

우세나 · 양천수, “민사소송에서 소의 이익에 관한 몇 가지 문제: 법이론의 관점에서”, 「영남법학」 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017.6.

윤진수, “전통적 가족제도와 헌법: 최근의 헌법재판소 판례를 중심으로”, 「법학」 제47권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2006.6.

이상돈, 「법철학」, 법문사, 2003.

전병창, “구성주의의 관점에서 본 국가와 사회의 2분법적 구분의 변화”, 한서대 행정학박사 학위논문, 2012.2.

전영준, “증권관련집단소송 허가절차 개선방안: 허가결정에 대한 즉시항고제도의 개선을 중심으로”, 「경제개혁이슈」 2016-5호, 경제개혁연대, 2016.5.
정동윤 · 함영주, 「증권관련집단소송제도의 도입과 기업의 대응방안」, 한국상장회사협의회, 2004.
조홍식, “민주주의와 시장주의”, 「법학」 제45권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2004.12.
최광선, “증권관련 집단소송법제에 관한 연구”, 고려대 법학박사 학위논문, 2016.
최나진, “징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰”, 고려대 법학박사 학위논문, 2014.
최정식, “증권집단소송제도의 활성화를 위한 제언”, 「법학연구」 제53집, 한국법학회, 2014.3.
최희수 외, 「추상적 규범통제제도에 관한 고찰」, 헌법재판소, 2011.
함영주, “집단소송에 관한 연구”, 고려대 법학박사 학위논문, 1998.
_____, “집단분쟁에 대한 합리적 해결의 장으로서의 집단소송”, 「사법행정」 제42권 제2호, 2001.2.
_____, 「증권관련집단소송제의 활성화 방안에 관한 연구」, 법무부, 2013.
니클라스 루만 / 김종길(역), 「복지국가의 정치이론」, 일신사, 2001.
게오르그 크네어 · 아민 낫세이 / 정성훈(옮김), 「니클라스 루만으로의 초대」, 갈무리, 2008.
빈프리트 하세머, 배종대 / 윤재왕(옮김), 「범죄와 형벌」, 나남, 2011.

Jack B. Weinstein / 함영주(옮김), 「집단소송을 통한 정의실현」, 법원공보사, 2001.
James Crawford, “The Rights of Peoples: “Peoples” or “Government”?”, James Crawford (ed.), The Rights of Peoples, Oxford: Clarendon Press, 1988.
Kent Greenfield, The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities, Chicago · London: The University of Chicago Press, 2010.
J. Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt/M., 1992.
Will Kymlicka, “The Good, the Bad, and the Intolerable: Minority Group Rights”, Dissent, Summer, 1996.
B. Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, Frankfurt/M., 1991.
M. Sandel, Liberalism and the Limits of Justice, second edition, Cambridge:

Cambridge University Press, 1998.
G. Teubner, “Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht”, in: Zeitschrift für die Rechtssoziologie, 1998.

[국문초록]

집단소송제도 재검토
- 법이론의 관점에서 -

우 세 나* · 양 천 수**

이 글은 집단소송제도를 재검토하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 특히 법이론의 관점을 원용한다. 집단소송제도가 어떤 법이론적 기초 위에서 설계되었는지, 어떤 법적 성격을 지니고 있는지를 탐구한다. 우리 법체계는 이미 증권관련집단소송과 같은 집단소송제도를 수용하고 있다. 그렇지만 실무에서 집단소송은 거의 활용되고 있지 않다. 그 이유는 우리 민사소송제도가 기본적으로 자유주의에 바탕을 두고 있기 때문이다. 그 때문에 우리 민사소송제도는 주관적·개인적 소송을 원칙으로 한다. 그렇지만 이러한 주관적·개인적 소송으로는 현대사회에서 발생하는 집단적 법적 분쟁에 적절하게 대응하기 어렵다. 이러한 이유에서 집단소송제도가 도입된 것이다. 이러한 집단소송제도는 사적 이익을 해결하는 소송의 차원을 넘어서 공익소송의 성격도 지닌다. 바로 그 점에서 집단소송제도를 활성화하는 것이 필요하다. 현재 우리 법체계는 증권관련집단소송, 소비자 단체소송, 개인정보 단체소송을 도입하고 있다. 증권관련집단소송이 대표당사자소송을 수용한 것이라면, 소비자 단체소송과 개인정보 단체소송은 단체소송을 수용한 것이다. 그렇지만 이들 집단소송은 모두 엄격한 허가제를 취함으로써 실무에서 잘 활용되지 않고 있다. 이 글은 집단소송이 활성화될 수 있도록 집단소송에 관한 규제를 개선해야 한다고 주장한다.

주제어 : 집단소송, 공익소송, 민사소송, 증권관련집단소송, 소비자 단체소송, 개인정보 단체소송

* 주저자 · 국립공주대학교 인문사회과학대학 법학과 부교수 · 법학박사
** 교신저자 · 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사

[Abstract]

Class Action Lawsuit Revisited
- From a legal theoretical perspective -

Woo, Se-Na* · Yang, Chun-Soo**

This article aims to review the class action lawsuit system in South Korea. To do this, this article take a legal theoretical perspective. It explores the questions of what is the legal theoretical basis of the class action lawsuit system and what is its legal character. Our legal system has already accepted the class action lawsuit system such as securities related class action. However, This securities related class action is rarely used in legal practice. This is because our civil litigation system is based on liberalism. Therefore, our civil litigation system is based on subjective and individual lawsuits. However, such subjective and individual lawsuits are difficult to respond adequately to collective legal disputes that arise in modern society. For this reason, the class action lawsuit system has been introduced. It has the nature of public interest lawsuits beyond the scope of litigation solving private interests. That is why it is necessary to revitalize the class action lawsuit system today. Currently, our legal system is introducing securities related class action, consumer class action and personal information class action. While securities related class action is based upon the american class action system, consumer and personal information class action are related to the german “Verbandsklage” system. However, all of these class actions are not well utilized in legal practice by taking strict permits. This article argues that the regulations of the class action lawsuit system should be improved so that it can be activated in legal practice.

---

* Associate Professor at Kongju National University Department of Law · Ph.D. in Law
** Professor at Yeungnam University Law School · Dr. jur.

Key words : class action lawsuit, public interest lawsuit, civil litigation, securities related class action, consumer class action, personal information class action