

현행 단체소송 제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구*

— 공익소송의 활성화를 중심으로 —

최 광 선**

목차

I. 서론	IV. 현행 단체소송의 문제점과 개선방안
II. 단체소송의 개념과 특징	V. 결론
III. 단체소송에 관한 비교법적 검토	

I 국문초록 I

이 논문에서는 우리나라에 도입된 단체소송에 대하여 살펴보았다. 개략적인 제도의 모습을 살피면서 대표적인 사례를 통하여 단체소송의 실재를 검토하였다. 이를 바탕으로 현행 단체소송의 성질과 활용방안을 논하였다. 단체소송의 제소권은 단체가 가지는 고유한 권리로서 법률과 법원의 허가에 따른 제한을 받는다. 단체소송은 정관에 정한 목적에 따라 단체가 성질상 수행할 수 있는 소송에 제한되며, 현행법상 소비자단체 등 비영리법인이 수행하게 된다. 대표당사자소송과 달리 단체소송은 단체가 스스로 이익을 추구할 수 있는 소송이 아니라 항상 타인을 위하여 소송을 수행하는 모습을 취하게 되므로 공익소송에 부합하는 모습을 가진다.

* 본 논문은 전남대학교 2021년도 중견연구자 지원사업에 따라 연구비 지원을 받아 작성되었습니다.

** 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사

논문접수일 : 2022. 2. 4., 심사개시일: 2022. 2. 7., 게재확정일 : 2022. 2. 23.

단체소송이 공익소송에 이바지하기 위해서는 대표당사자소송과의 관계 설정이 중요하다. 대표당사자소송은 대표당사자가 직접 소송을 통하여 얻는 것이 있기 때문에 기본적으로 사익에 친하다는 점을 고려하면 사익과 공익의 조화를 위해 대표당사자소송과 단체소송이 각자 역할을 할 수 있도록 하여야 한다. 그런데 단체소송에서 단체에게 손해배상청구권을 인정하는 점은 신중해야 한다. 단체에게 어떤 손해가 있는지, 손해배상이 귀속되어야 하는 정당한 근거가 있는지 의문이기 때문이다. 단체는 금지·유지청구권 행사를 기본으로 하되, 손해배상이 필요하다면 개인이 일반 민사소송을 하든 대표당사자소송으로 하든 별도의 손해배상청구를 하도록 하여 단체소송과 대표당사자소송을 병합시키는 방안도 검토해 볼 수 있다.

단체소송의 활성화를 위해서는 체계상 맞지 않는 소송허가 제도를 폐지하고 예방적 금지(또는 중지)청구까지 범위를 확대할 필요가 있다. 이 점은 선행연구에서 많이 지적되었던 사항이다. 본 논문에서는 여기서 더 나아가서 단체소송은 분야를 한정하지 않고 단체 고유의 목적에 맞는 분야에서는 위법행위의 금지와 중지를 청구할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 제안하였다.

단체소송은 유럽식 제도로써 단체가 발달하기 시작한 19세기부터 논의가 시작되어 오늘날에 이르고 있다. 독일, 프랑스 같은 유럽 주요 국가는 미국식 대표당사자소송 제도에 거부감을 가지고 있었고 제외신고 방식과 같이 직접 소제기하지 않은 자에게 기판력을 미치게 하는 것은 처분권주의에 반한다고 판단하는 것으로 보인다. 그러나 우리나라의 경우 제외신고 방식이 이미 증권관련 집단소송법에 입법화 되어 있는데, 소의 제기, 소송물의 특정, 소의 종결을 당사자에게 기회를 주면 족하다. 따라서 대표당사자가 먼저 소를 제기하고 구성원들은 제외신고를 할 기회를 부여받으면 재판청구권의 본질적인 내용이 침해되었다고 보기는 어렵다고 생각한다.

단체소송은 소비자 분야, 개인정보 분야 뿐 아니라 보건, 환경, 차별시정 문제 등까지 확대시켜 공익소송에 이바지 하도록 함이 바람직하다. 이를 위해서는 최근 실무상 문제가 되고 있는 소송비용 문제를 입법상 개선할 필요가 있다. 공익소송은 소외되고 힘없는 자들을 위한 소송임에도 소송비용의

패소자 부담원칙을 엄격히 적용한다면 소송의 장애사유로 기능하여 재판청구권 행사에 부담을 느끼는 수준에 이를 수 있다. 그렇게 된다면 이는 국민의 재판청구권의 본질적인 내용을 침해하게 된다. 따라서 공익소송, 특히 단체소송에 있어서는 소송비용의 패소자 부담원칙을 수정할 필요가 있다.

주제어 : 단체소송, 대표당사자소송, 공익소송, 소송허가, 소송비용

I. 서론

분쟁은 예측할 수 없는 여러 방면에서 발생한다. 가까이 있는 사람들 사이의 사소한 다툼부터 대부분의 국민이 피해를 입은 사건까지 다양한 영역에서 많은 사람들이 분쟁에 연루된다. 민사소송법은 이러한 분쟁을 소송으로 해결할 수 있는 절차를 마련하여 법적 안정성과 합목적성을 도모하고 있다. 그런데 민사소송법은 주로 원고와 피고의 1대1 분쟁을 기반으로 하여 한정적인 수의 당사자가 개입하는 모델을 전제로 설계되어 있다. 이는 효율적 분쟁해결을 위하여 당연한 결과였다. 애초에 민사소송법이 일본에서 계수된 시절에는 다수당사자의 분쟁이라고 하더라도 통상공동소송을 위시하여 한정적인 당사자들이 절차에 개입하는 것을 전제로 민사소송법이 입법되었기 때문이다. 따라서 소송을 통한 분쟁의 해결은 특정된 원고와 피고를 중심으로 진행되는 것이 당연하였다.

그런데 영미법계 또는 대륙법계의 선진국에서는 당사자적격이 한정된 사건을 넘어선 다수당사자 사건에도 관심을 가지기 시작하였다. 1930년대 미국에서는 대표당사자소송이 입법화되어 소송에 직접 관여하지 않는 구성원들이 기판력을 받도록 연방민사소송규칙이 정비되었고, 유럽에서는 미국의 대표당사자소송 제도의 정비

이전에 이미 유력한 단체들로 하여금 단체가 스스로 당사자적격을 가지도록 하는 단체소송이 발전되었다. 이는 사회가 발전하고 분쟁이 복잡해지면서 나오는 당연한 결과로서 분쟁의 당사자가 소송을 진행 중인 원고와 피고를 넘어서 사회의 다양한 구성원이 분쟁에 연루된다는 점을 시사한다고 하겠다. 우리나라의 경우도 소송의 발전 단계에서 예외는 아니어서 1990년대 이후로 집단적 분쟁해결에 관한 입법의 시도가 있는 이래 2005년에 증권관련 집단소송법에 대표당사자소송과 2006년에 소비자기본법에 단체소송이 각각 시행되었다. 이후에 추가로 2011년 개인정보 보호법이 제정되면서 개인정보 단체소송이 도입되었다.

문제는 집단적 분쟁해결을 해결하기 위한 특별한 소송인 대표당사자소송과 단체소송이 우리나라에서 생각보다 활성화되지 못하고 있다는 점이다. 물론 이러한 소송은 사회에 미치는 파급효과가 크기 때문에 소송사건 수라는 정량 지표만으로 평가하기 어려운 측면이 있다. 지금까지 증권 분야나 소비자 분야에서 사회적으로 의미 있는 사건들이 진행되고 심지어 증권관련 집단소송은 대법원에서 확정판결이 선고되어 소송절차를 종결한 사례가 있기도 하였다.¹⁾ 소비자 단체소송은 소비자단체를 중심으로 연구자, 실무자들이 참여하여 제도의 활성화를 도모하고 있다. 우리나라에서는 이제 대표당사자소송과 단체소송이 정착하는 단계에 있으므로 좀 더 성숙한 제도가 될 수 있도록 꾸준히 점검할 필요가 있다고 하겠다.

본 논문에서는 단체소송의 활성화에 초점을 맞추어 논의를 진행하고자 한다. 증권관련 집단소송은 손해배상청구와 관련하여 어느 정도 성과를 거두었고 소송허가와 본안소송 모두 최종 확정판결이

1) 최광선, “집단소송제도의 확대가능성 및 그 전제 조건에 관한 검토”, 사법 제53호, 사법발전재단, 2020.9., 104-105면.

나왔으며 분배절차의 경험도 축적되는 등 가시적인 성과가 있었다.²⁾ 반면 단체소송은 본안소송은 물론이고 소송허가를 받은 사건 수조차 많지 않으므로 제도를 활성화시킬 필요가 더 크다고 보인다. 특히 단체소송이 공익소송에 이바지 할 수 있는 부분을 고민해 보고자 한다. 우선 우리나라 단체소송의 개략적인 내용을 먼저 살펴보고 문제점에 대하여 살펴본다. 이를 바탕으로 단체소송의 본질에 대하여 고찰하고 공익소송의 활성화를 위한 바람직한 운영방안을 설정한 후 개선점을 제시한다. 단체소송은 독일의 단체소송(Verbandsklage)을 모티브로 도입한 것이 분명한 바, 비교법적인 검토도 추가한다.

II. 단체소송의 개념과 특징

1. 현행법에 규정된 단체소송의 일반론

단체소송은 특정한 단체가 당사자가 되어 그 단체가 대표하는 다수의 구성원을 위하여 침해행위의 금지, 그 밖에 작위 또는 부작위를 청구하는 소송형태로 정의할 수 있다.³⁾ 현재는 소비자기본법과 개인정보 보호법에 단체소송이 규정되어 있다. 두 개의 법률 모두 단체소송에 관한 편재는 동일하다. “단체소송의 대상 등, 전속관할, 소송대리인의 선임, 소송허가신청, 소송허가요건 등, 확정판결의 효

2) 함승완, “증권관련 집단소송의 진행과 관련한 몇 가지 쟁점들”, BFL 제43호, 서울대학교 금융법센터, 2010. ; 함승완, “증권관련 집단소송의 분배절차와 관련한 몇 가지 쟁점들”, BFL 제54호, 서울대학교 금융법센터, 2012.

3) 이시윤, 『민사소송법』 제15판, 박영사, 2021, 772면. ; 정영환, 『신민사소송법』 (개정신판), 법문사, 2019, 1001면.

력, 「민사소송법」의 적용 등” 순으로 규정되어 있다.

우선 “단체소송의 대상 등”에 관한 규정에서는 단체소송의 주체가 되는 단체의 열개가 적시되어 있다. 세부적으로 보면 「소비자기본법」과 「개인정보 보호법」의 내용이 조금 다르게 되어 있다. 단체소송의 주체로서 「소비자기본법」상의 소비자단체와 「비영리민간단체 지원법」상의 비영리법인이 규정되어 있는 점은 두 법이 모두 동일하지만 소비자 단체소송에는 한국소비자원, 대한상공회의소, 중소기업협동조합중앙회, 전국 단위의 경제단체로서 대통령령이 정하는 단체가 추가되어 있다는 점에서 차이를 보인다. 소비자 단체소송 및 개인정보 단체소송을 수행할 수 있는 단체는 어느 경우든 관계 법률에 따라 등록하여야 하고 일정한 인적, 물적 요건을 갖추어야 한다.⁴⁾⁵⁾ 정책적인 이유로 소비자 단체소송에서 일정한 공신

4) 소비자기본법 제71조는 다음과 같이 단체의 요건을 규정한다.

1. 제29조의 규정에 따라 공정거래위원회에 등록된 소비자단체로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 단체
 - 가. 정관에 따라 상시적으로 소비자의 권익증진을 주된 목적으로 하는 단체일 것
 - 나. 단체의 정회원수가 1천명 이상일 것
 - 다. 제29조의 규정에 따른 등록 후 3년이 경과하였을 것
2. 제33조에 따라 설립된 한국소비자원
3. 「상공회의소법」에 따른 대한상공회의소, 「중소기업협동조합법」에 따른 중소기업협동조합중앙회 및 전국 단위의 경제단체로서 대통령령이 정하는 단체
4. 「비영리민간단체 지원법」 제2조의 규정에 따른 비영리민간단체로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 단체
 - 가. 법률상 또는 사실상 동일한 침해를 입은 50인 이상의 소비자로부터 단체소송의 제기를 요청받을 것
 - 나. 정관에 소비자의 권익증진을 단체의 목적으로 명시한 후 최근 3년 이상 이를 위한 활동실적이 있을 것
 - 다. 단체의 상시 구성원수가 5천명 이상일 것
 - 라. 중앙행정기관에 등록되어 있을 것
- 5) 개인정보 보호법 제51조는 다음과 같이 단체의 요건을 규정한다.
 1. 「소비자기본법」 제29조에 따라 공정거래위원회에 등록된 소비자단체로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 단체

력 있는 단체가 소송의 주체로 규정되어 있다는 점이 특징이다. 또한 법조문의 표제는 “단체소송의 대상 등”이라고 되어 있으나 여기에는 소송의 주체 뿐 아니라 소송의 목적, 즉 소송물에 관하여도 규정하고 있다. 두 개의 법률 모두 권리침해 행위의 금지·중지를 구하는 청구를 단체소송의 내용으로 삼고 있는 것이다. 따라서 소송의 주체 및 소송의 내용이 법률에 의하여 제약이 되어 있는 형국이다. 소제기 사유를 본다면, 소비자 단체소송은 소비자기본법 제20조에 규정된 소비자권익증진 관련 기준을 위반할 때 소제기할 수 있음에 반하여 개인정보 단체소송은 개인정보 보호법상의 집단분쟁 조정의 거부 또는 불수락의 경우에 소제기할 수 있도록 되어 있다.

단체소송은 전속관할의 대상이며, 두 종류의 단체소송 모두 원칙적으로 “피고의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳, 주된 사무소나 영업소가 없는 경우에는 주된 업무담당자의 주소가 있는 곳의 지방법원 본원 합의부의 관할에 전속한다.”라고 규정되어 있다. 또한 단체소송의 원고는 반드시 변호사를 소송대리인으로 삼도록 되어 있고 피고에게는 변호사강제주의가 채택되어 있지 아니하다. 이는 증권관련 집단소송법 제5조가 원고와 피고 모두 변호사강제주의를 채

-
- 가. 정관에 따라 상시적으로 정보주체의 권익증진을 주된 목적으로 하는 단체일 것
 - 나. 단체의 정회원수가 1천명 이상일 것
 - 다. 「소비자기본법」 제29조에 따른 등록 후 3년이 경과하였을 것
 - 2. 「비영리민간단체 지원법」 제2조에 따른 비영리민간단체로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 단체
 - 가. 법률상 또는 사실상 동일한 침해를 입은 100명 이상의 정보주체로부터 단체소송의 제기를 요청받을 것
 - 나. 정관에 개인정보 보호를 단체의 목적으로 명시한 후 최근 3년 이상 이를 위한 활동실적이 있을 것
 - 다. 단체의 상시 구성원수가 5천명 이상일 것
 - 라. 중앙행정기관에 등록되어 있을 것

택하고 있는 점과 대비를 이룬다. 단체소송에 있어서는 원고와 피고의 정보력, 전문성의 격차가 있기 때문에 원고에게는 변호사를 강제시키는 것으로 보이지만 변호사강제주의의 취지상 변론을 변호사의 주도로 하라는 것이므로 원·피고의 정보력과 경제력은 변호사강제주의와는 별 다른 관련이 없다. 변론의 전문성은 당사자들이 아닌 변호사에게만 있기 때문이다. 따라서 원고에게만 변호사 강제주의를 인정하는 편면적 제도는 실익도 크지 않고 제도의 혼란만 가져온다고 보인다.

두 종류의 단체소송 모두 소송허가 제도를 채택하고 있다. 소송허가는 본안소송 이전에 단체소송의 요건을 갖추었는지를 평가하는 단계로 보인다. 소송허가를 신청할 때 신청서에는 소비자 단체소송에는 “금지·중지를 구하는 사업자의 소비자권의 침해행위의 범위”를 개인정보 단체소송에는 “정보주체의 침해된 권리의 내용”을 기재하여야 한다. 실무상으로도 원고가 단체소송을 개시할 때는 소장 과 소송허가신청서라는 두 종류의 서면을 법원에 접수하여야 한다. 이때 소송허가신청서에는 단체소송을 수행할 수 있는 주체인지를 소명하는 자료가 첨부되어 있어야 한다. 이미 많은 학자들이 지적하고 있는 것처럼 단체소송의 소송허가는 체계정합적으로 맞지 않아 보인다.⁶⁾ 소송허가는 미국 대표당사자소송에서 집단인증(certification)을 차용한 것으로서 유럽식 단체소송에서는 찾기 어려운 제도이다. 미국식 대표당사자소송은 법원의 집단인증을 통하여 단체성을 인정받는데 비하여 유럽식 단체소송은 사전에 법률에 정한 등록을 통해서 단체성을 인정받고 있기 때문에 애초에 단체소송에서 소송허가는 본연의 역할을 기대하기 어렵다. 가사 소송허가라는 제도를 염

6) 同擘 서희석, “소비자 단체소송제도의 발전적 확대방안-집단적 소비자피해의 구제를 위한 소송제도의 정비-”, 사법 제53호, 사법발전재단, 2020.9, 81면.

두에 둔다고 하더라도 소송요건의 범주에서 얼마든지 해결될 수 있다.⁷⁾ 개인정보 보호법에서는 소송허가 요건을 단순히 분쟁조정위원회의 조정을 거부하거나 결과를 수락하지 않았다는 점만을 요구하고 있어 소송허가를 구하는 실익이 더욱 충분하지 않다.⁸⁾ 소비자기본법에서 소송허가사유로서 “물품 등의 사용으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 등 다수 소비자의 권익보호 및 피해예방을 위한 공익상의 필요가 있을 것”으로 규정하고 있어 사실상 본안소송의 소의 이익과 구별되지 아니한다.⁹⁾ 소비자 단체소송에서 공익상의 필요를 소송허가 단계에서 소명하라는 의미로 해석할 수 있는데 이는 본안소송에서 판단되어도 충분하고 보인다.

확정판결의 효력에 대하여도 두 종류의 단체소송이 같은 조항을 가지고 있다. ‘원고의 청구를 기각하는 판결이 확정된 경우 이와 동

7) 소비자기본법 제74조 제1항이 정하는 소송허가요건은 다음과 같다. 1호는 단체소송에 고유한 소의 이익으로 포섭하여도 무방하며 2호, 3호는 형식적 요건으로 보인다.

1. 물품등의 사용으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 등 다수 소비자의 권익보호 및 피해예방을 위한 공익상의 필요가 있을 것
2. 제73조의 규정에 따른 소송허가신청서의 기재사항에 흠결이 없을 것
3. 소제기단체가 사업자에게 소비자권익 침해행위를 금지·중지할 것을 서면으로 요청한 후 14일이 경과하였을 것

8) 개인정보 보호법 제55조 제1항이 정하는 소송허가요건은 다음과 같다.

1. 개인정보처리자가 분쟁조정위원회의 조정을 거부하거나 조정결과를 수락하지 아니하였을 것
2. 제54조에 따른 소송허가신청서의 기재사항에 흠결이 없을 것

9) 소의 이익은 주관적 측면에서 원고가 청구를 함에 있어서 정당한 이익을 가지는가(원고적격), 객관적 측면에서 청구에 대하여 법원이 판단을 행할 구체적 실익이 있는가(판단의 구체적 이익 내지 필요성)의 문제로 압축될 수 있다. 이영무, 『행정구제법』(제2판), 동방문화사, 2021, 392면. 위 소비자기본법 조문에서 언급된 공익상 필요는 소의 이익에 있어서 객관적 측면에 포섭될 수 있다고 보인다.

일한 사안에 관하여는 단체소송을 제기할 수 있는 다른 단체는 단체소송을 제기할 수 없다.’, “다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 판결이 확정된 후 그 사안과 관련하여 국가 또는 지방자치단체가 설립한 기관에 의하여 새로운 연구결과나 증거가 나타난 경우 2. 기각판결이 원고의 고의로 인한 것임이 밝혀진 경우”라고 규정하고 있다. 이를 보면 단체소송은 편면적 기판력을 가지는 제도라고 평가할 수 있다. 그런데 이는 주주총회결의 무효나 취소에서 보는 편면적 제3자효와는 성질을 달리한다. 회사관계소송의 경우에는 인용판결의 경우 제3자에게 효력을 미치고 기각판결의 경우 제3자에게 효력을 미치지 않는데 비하여 단체소송에서는 인용판결에 대하여는 언급이 없고 기각판결의 경우에는 제3자에게 효력을 미치기 때문이다. 개인적으로는 이런 형식의 기판력 조항이 필요한지는 의문이다. 편면적 기판력이 인정되는 이유는 판결 효력이 제3자에 대하여 확장되기 때문이다. 단체소송 역시 회사관계소송처럼 대세효가 중요하다면 인용판결의 경우에 기판력이 확장됨이 타당하다. 그런데 두 종류의 법률에 회사관계소송과는 반대로 편면적 기판력을 역전시켜 규정한 것은 판결의 효력 확장으로 인한 대세효도 제대로 반영하지 못하고 단체소송을 수행할 수 있는 다른 단체들의 재판청구권만을 방해하는 결과를 초래한다. 따라서 단체소송에 특유한 기판력 조항은 단체소송의 남용 방지에 초점을 두고 설계되었다는 것 외에는 달리 설명하기 어렵다.¹⁰⁾

단체소송에 관하여 “특별한 규정이 없다면 민사소송법이 준용된다”는 공통점도 가진다. 기판력, 중복제소금지 원칙 등 일반적인 민사소송법의 법리가 적용된다는 의미이다. 또한 단체소송에서도 민

10) 전병서, “소비자 단체소송에 있어서 단체의 제소권-그 이론적 근거 및 앞으로의 과제”, 법조 58권 12호 통권 639호, 법조협회, 2018, 118면.

사집행법상의 보전처분 규정이 적용되는데 아쉽게도 소송허가 결정이 내려진 이후에야 보전처분이 가능하도록 되어 있다. 보전처분은 밀행성과 긴급성이 주요한 특징인데 소송허가 이후에 보전처분이 본래의 기능을 발휘할지 의문이다. 그리고 단체소송의 본안이 금지·중지청구이기 때문에 보전처분의 내용은 사실상 임시의 지위를 정하는 가처분의 형식으로 진행¹¹⁾될 수밖에 없으므로 보전처분의 이용 범위도 제한적이다.

2. 현행법에 규정된 단체소송 제소권의 성질

현행법상 단체소송의 핵심은 단체가 금지·중지청구권을 행사하는 것이다. 이는 종래의 민사법상의 청구권 행사와는 차원을 달리한다. 일반적인 민사소송상 금지·중지청구권은 권리침해를 받거나 받을 우려가 있는 자가 스스로 행사해야 함에 비하여 단체소송의 금지·중지청구권은 직접 권리침해를 받는 자가 행사하는 권리는 아니기 때문이다. 따라서 단체의 제소권이 어떠한 성질을 가지는지 논의되었다.

단체의 제소권 성질에 대하여는 크게 보면 법정소송담당 이론에 따른 접근법과 고유권에 따른 접근법으로 나뉘고 있는 것으로 보인다. 법정소송담당 이론에 따른 접근에서 보면 단체가 법원의 허가를 얻어 소송수행을 하는 것에 중점을 둔다.¹²⁾ 법원의 후견적 개입을 통해 남소를 방지하겠다는 취지를 고려하자는 의미로 보인다. 이와는 조금 다른 각도에서 보는 견해도 있다. 소비자(또는 개인정보주체)가 원칙적으로 금지청구소송을 수행해야 하지만 소비자단

11) 법원행정처, 『소비자단체소송해설』, 2007, 43면.

12) 이시윤, 앞의 책, 161면.

체가 개별소비자(또는 개별 개인정보주체)를 대신하여 소송을 수행한다는 의미로 해석할 수도 있다.¹³⁾ 원래 소제기를 할 수 있는 자는 개인인데 법률에 의하여 소송수행할 수 있는 자의 범위를 단체로 확장한 제도로 보는 것이다. 반면 고유권에 따른 접근에서 보면 단체가 스스로 단체소송을 수행할 수 있다고 본다.¹⁴⁾ 결국 단체소송의 목적인 금지청구권의 귀속주체가 단체 구성원 개개인이 아니라 단체 자체가 된다는 점을 전제로 한다. 단체소송에서 단체에게 금지·중지청구가 명시적으로 개개인들에게 인정된 청구권이 아닌 점, 단체와 구성원 사이에 반드시 위임관계에 있어야 하는지 의문이어서 단체와 구성원 사이의 관계가 명확히 정리되기 어려운 점, 단체소송이 법률에 의하여 창설된 것으로 봄이 상당하다는 점 등을 근거로 한다.

단체소송의 제소권 문제는 단체소송의 중주국인 독일에서조차도 완전히 정리된 주제라고 보기 어렵다. 단체소송을 받아들인 일본은 물론 우리나라에서도 아직 그 근거에 대한 견해 대립이 지속되고 있다. 따라서 단체소송의 제소권은 별도의 연구논문을 통하여 보다 심도 있는 검토가 필요하다. 그럼에도 본 논문에서는 간략하게나마 제소권의 성질을 정리하고자 한다. 앞서 살핀 것처럼 단체소송에는 민사소송법이 적용되는데 단체소송의 제소권의 성질이 먼저 규명되어야 민사소송법의 적용 범위가 보다 명확해지기 때문이다.

단체소송의 제소권에 관하여 국내외적으로 많은 다툼이 있지만 이를 어느 하나의 확설만으로 설명하기는 어렵다. 애초에 단체소송이라는 개념이 원고와 피고의 1대1 소송을 전제로 하는 일반적인

13) 鹿野採穂子, “消費者団体によ差止訴訟の根據および要件について”, 立命館法学 292号, 2003.6, 171頁.

14) 임선숙, “소비자단체소송”, 민사법연구 14권 1호, 대한민사법학회, 2006, 117면.

민사소송 체계에서 도입된 제도가 아니기 때문이다. 따라서 현행 법률의 내용을 살펴 성질론을 고찰하는 것이 타당하다고 생각한다. 우선 단체소송에서 법원의 허가에 의한 소송담당을 주장하는 견해는 단체소송의 본질에 어울리지 않는다. 이 견해는 증권관련 집단소송의 소송허가와 같은 차원에서 논의하고 있는 것이 특징인데 이는 증권관련 집단소송과 단체소송의 차이를 간과하였다. 증권관련 집단소송의 소송허가는 집단인증을 통하여 당사자적격을 확장하는 것으로서 소송허가가 집단인증의 역할을 하는데 비하여 단체소송의 소송허가는 단체소송의 소송요건적 성질을 가지므로 당사자적격의 확대와 별다른 관련성이 없다는 점은 단체소송 제도의 일반론을 살필 때 검토한 바 있다. 결국 증권관련 집단소송과 단체소송의 소송허가는 남소의 방지 수단이라는 점 외에는 별다른 공통점이 없다. 그렇다면 권리관계의 주체가 아닌 제3자인 단체가 관리처분권을 가지기 때문에 단체가 당사자적격을 가지는 것인가? 이는 단체소송은 법정소송담당에 해당하는가라는 질문으로 치환된다. 그런데 이 역시 타당하지 않다. 법정소송담당이 성립하려면 권리관계의 주체자의 권리관계에 대하여 소송담당을 받은 제3자가 소송을 수행할 수 있어야 한다. 소비자는 사업자에게, 개인정보주체는 개인정보 처리자에게 어떤 청구권을 가지고 있고 이 권리를 관계 법률이 정한 단체가 그대로 행사할 수 있어야 한다는 의미이다. 소비자 단체소송에서는 소비자 개인이 각자 사업자에게 소비자기본법에 정한 기준을 위반하였다는 이유로 금지·중지청구를 할 수 있는지 조문상 명확히 드러나지 않고 있다. 실무상으로는 소비자 개개인이 금지·중지청구하는 것을 막기는 어려워 보이지만 소비자기본법에 그와 같은 권리가 명시적으로 드러나 있지 않아 논란이 있을 수 있는 것이다. 문제는 개인정보 보호법이다. 여기서는 소비자 단체소

송과는 달리 개인정보주체가 개인정보처리자에게 어떤 청구권을 가지는지와는 전혀 관계없이 분쟁조정위원회의 결정에 대한 거부 또는 불수락으로 침해행위의 금지·중지청구를 인정하고 있다. 그렇다면 법정소송담당의 전제조건인 권리관계 주체의 권리가 분명하지 않기 때문에 단체소송을 온전히 법정소송담당으로 보기 어려운 것이다.

단체소송이 법률에 정해진 경우에만 인정된다는 점, 개개인에게 별도의 권리가 전제되지 않는다는 점을 감안하면 단체소송의 제소권은 단체의 고유권적인 성격을 가지고 있다고 보인다. 그렇다면 단체의 고유권으로만 볼 수 있을 것인가. 이 점도 분명하지 않은 측면이 있다. 이는 현행법 체계에서 단체소송은 법원의 소송허가를 받도록 하고 있기 때문이다. 독일이나 일본과 같은 경우에는 특별히 소송허가, 즉 미국식 대표당사자소송에서의 집단인증과 같은 제도를 취하고 있지 않기 때문에 고유권설로 구성하여도 특별히 이론상의 문제점은 없다. 반면 우리나라의 경우는 독특한 소송허가 규정이 있기 때문에 이를 고려한 해석이 필요하다. 단체소송의 소송허가가 입법론적으로는 불필요하다는 점은 별론으로 하고 단체소송의 수행에 있어서 법원의 허가라는 제약을 받는 점에서 단체에게 부여된 특수한 제소권으로 설명할 수 있다고 보인다.¹⁵⁾ 이렇게 보면 단체소송에 있어서 전소에서 패소한 경우 다른 단체에게 패소판결의 효력이 미치는 부분을 보다 수월하게 설명할 수 있게 된다. 단체의 제소권이 단체의 고유한 권리이지만 법률에 의하여 제약될 수

15) 同旨 함영주, “소비자 단체소송의 법적 성질과 집단분쟁해결 시스템의 구축방향”, 법조 58권 6호 통권 633호, 법조협회, 2009, 116면. ; 집단적 이익을 보호하기 위하여 실체법상의 청구권이나 실체법상의 주체를 수반하지 않는 특수한 제소권으로 보는 견해는 전병서, 앞의 논문, 117면.

있는 권리라는 의미이다. 즉 단체의 제소권은 단체가 보유한 고유한 권리이지만 법원의 허가와 법률의 규정에 의하여 제약이 가능한 특수한 권리로 보는 것이 타당하다.

사건을 덧붙이면 단체소송의 소송허가는 정체불명의 제도로써 폐지되어야 한다. 남소의 목적을 달성하기 위해서라면 현행 민사소송법이나 상법에도 존재하는 담보제공명령 제도를 이용하면 족하고, 소송허가를 통하여 심사하는 내용은 단체소송의 특수한 소송요건으로 포섭시켜도 충분하며, 필요하다면 중간판결을 이용하여 단체소송의 고유한 소송요건을 선제적으로 판단할 수 있다고 생각한다.

단체소송의 제소권의 성질을 검토해서 얻는 실익은 무엇인가? 법정소송담당설과 고유권설은 이론상으로 기판력, 중복제소금지 원칙에서 차이를 보일 수 있다. 법정소송담당설이라면 원칙적으로 단체소송의 효력이 개개인에게 미쳐 중복제소금지의 효과가 발생할 여지가 있으며, 확정판결 기판력이 개개인에게 미치는 것으로 볼 수도 있다. 고유권설 또는 특수한 고유권설이라면 단체의 고유한 제소권을 인정하는 셈이므로 단체와 개인의 소 사이에는 중복제소금지, 기판력 등과 같은 법리가 적용될 가능성이 적어지게 된다.¹⁶⁾

3. 단체소송의 구체적인 사례

소비자 단체소송은 2008년부터 시행됐지만 엄격한 소송요건과 절차 탓에 제도가 시행된 이래 2022년 1월 15일 현재까지 8건 정도의 소 제기에 그치는 등 활용이 저조하고 소송 지연 등의 문제점이 지적되었다.¹⁷⁾ 이 중 2건은 사업자의 자진시정으로 소 취하, 2건은

16) 전병서, 앞의 논문, 117면.

17) 대한민국 정책브리핑, <https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148894482> (최종방문, 2022. 1. 30.)

원고패소, 4건은 소송이 진행 중이라고 한다.¹⁸⁾ 그 중 현재까지 소송이 진행 중인 사안을 소개하려고 한다. 여기서는 자세한 판례의 평석¹⁹⁾은 별도로 논문에 맡기고 단체소송이 어떤 내용을 쟁송으로 하는지에 대하여 간략히 살펴보고자 한다. 해당 사안은 서울중앙지방법원 2017. 8. 31. 선고 2015가합27144 판결이다.²⁰⁾

원고인 A 소비자단체(이하 원고)는 B 이동통신사(이하 피고)를 상대로 다음 세 가지의 금지청구를 구하는 단체소송을 진행하였다. 피고는 ① 이동통신서비스 계약자 본인이 팩스 또는 우편으로 이동통신사 서비스 해지신청을 한 경우 해지신청일로부터 14일 이내에 신분증 사본을 제출하지 아니하였다면 해지신청을 인정하지 않고 이동통신서비스를 정상 이용상태로 복귀시킨다(이용상태 복귀 금지). 또한 피고는 이동통신서비스가 개통되지만 하면 무조건 소비자의 청약철회를 거부하고 있다(청약철회 거부 금지). ② 통신판매로 이동통신서비스계약을 체결하는 소비자에 대하여 계약서를 받거나 이동통신서비스가 개통된 날로부터 7일 동안 법률에서 인정하는 철회권 행사를 인정하지 아니한다. ③ 방문판매 또는 전화 권유판매의 경우에는 14일 동안 법률에서 인정하는 철회권 행사를 인정하지 아니한다. ①에서는 약관을 통하여 사본이 제출되지 않을 경우 서비스를 정상이용으로 복귀시키도록 되어 있고 ②, ③에서는 약관이 없이 피고의 경영방침에 따라 철회권을 인정하지 않았다.

18) 서희석, 전제논문, 51면.

19) 이에 대한 평석으로는 이병준, “이동통신서비스계약에 대한 소비자 단체소송과 그 법적 쟁점 - 서울중앙지방법원 2017. 8. 31. 선고 2015가합27144 판결에 대한 평석 -”, 민사법학 제81호, 한국민사법학회, 2017.12., 229면 이하.

20) 이 소송은 서울고등법원 2018. 2. 2. 선고 2017나2051458 판결에서 항소기각되었고, 2022. 1. 31. 현재까지도 대법원에 계속 중이다.

이에 대하여 법원은 ①부분에 대하여 다음과 같이 판시하였다. 의사표시자가 불명확한 상태이므로 의사표시의 증명책임의 법리에 따라 해지의 의사표시가 증명되지 않은 것이어서 정당한 해지가 있다고 보기 어렵다는 취지로 판시하였다. 또한 해지 신청 후에는 일시정지 상태로 계속 두면 족하다는 원고의 주장에 대하여도 그 경우에도 여전히 회선 유지비용을 피고가 부담하게 되고, 회선을 다른 사람도 사용하지 못하는 상황이 되므로 원고의 주장이 이유없다고 보았다. 나아가 회선 유지에 대한 실비를 소비자에게 청구하지는 원고의 주장에 대하여도 비용 산정 기준이 사실상 없고 해당 번호를 원하는 잠재적 소비자에 대한 영업이 불가능하다고 한다. ②, ③부분에 대하여 다음과 같이 판시하였다. 청약철회권은 관련 법률에 따라 제한할 수 있다는 점을 전제하고 청약철회가 불가능한 경우 그 사실을 소비자가 알기 쉽게 표시하는 등의 소비자의 청약철회 등의 권리행사가 방해받지 않도록 방법을 강구하여야 한다. 그런데 증거조사 결과 피고가 청약철회 불가능에 대하여 소비자들에게 사전 안내한 사실을 인정하였다. 결과적으로 제1심 법원은 원고의 청구를 모두 기각하였고, 항소심에서도 같은 결과가 나왔으며 현재 상고심 계속 중이다. 이 사안은 해지의 의사표시의 유효성에 대한 쟁점, 청약철회권 행사의 한계 등과 관련하여 매우 의미있는 소송으로 보여진다. 향후 대법원 판례의 태도에 귀추가 주목된다고 하겠다. 소비자 단체소송의 경우 사건 수가 많지는 않지만 사회적으로 보면 의미있는 소송들이 진행 중이므로 입법적인 보완만 뒷받침되면 제도의 활성화를 기할 수 있어 보인다. 반면 개인정보 단체소송은 2022년 1월 30일 현재까지 이용실적이 전혀 없다.²¹⁾

4. 단체소송에 적합한 영역

가. 손해배상청구

일반론에서 언급하였듯이 단체소송은 법률이 정한 권리침해가 있을 경우 단체가 권리침해의 중지·금지청구를 구하는 소를 일컫는다. 단체소송은 우리가 가장 흔히 접하는 구제수단인 손해배상청구가 포함되어 있지 않다는 특징을 가진다. 그로 인하여 단체소송은 실효성을 의심받는 경우가 많으며, 경우에 따라서는 별개의 손해배상이 필요하기 때문에 구제절차의 지연이 지적되기도 한다.

그렇다면 단체소송에 손해배상을 추가시켜야 할 것인가? 단체소송을 먼저 도입한 독일이나 최근 우리나라와 비슷한 시기에 도입한 일본의 경우 단체소송에 손해배상청구를 직접 결부시키지는 않았다. 즉 단체가 직접 손해배상청구하는 방식을 인정하지는 않았던 것이다. 개인적으로는 손해배상의 귀속이 단체에 직접 귀속되는지 이론적으로 충분한 뒷받침이 되지 않았던 결과 대세적인 이론이 정립되지 않았기 때문이 아닌가 한다. 단체소송의 목적이 단체가 정관에 부합하도록 소송을 수행하는 것이므로 손해배상을 통하여 단체 자체의 재산을 증식하는 것이 단체소송의 목적에 부합하지 않기 때문이다. 또한 인적, 물적으로 정부에 등록할 수 있는 공신력 있는 단체이기 때문에 재정적인 안정성 및 지속가능성이 보장되므로 굳이 단체는 소송을 통해 이득을 추구할 필요도 없다. 나아가 독일의 경우에는 이익환수청구권이라는 별도의 제도를 통하여 사업자가 얻은 이익을 국고에 환수하는 제도가 있고 우리나라 및 일본에는 과징금 제도가 있어 독일의 이익환수청구권과

21) 주영선, “개인정보 보호법상 단체소송제도의 문제점과 개선방안”, 법학논총 제 41권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2021.2., 53면.

유사한 기능을 수행하고 있다. 이런 점을 감안하면 우리나라의 입법자는 단체소송 자체에 손해배상청구까지 추가할 필요가 있을지에 대하여 부정적으로 판단하였다고 보인다. 입법론으로 단체소송에 손해배상청구를 인정할지 여부에 대하여는 항을 바꾸어 1996년 법무부의 집단소송시안을 검토할 때 보다 자세히 논의하기로 한다.

나. 대표당사자소송

대표당사자소송이란 다수의 피해자들이 원인과 쟁점을 공통으로 하는 소액의 손해배상청구를 가지고 있는 경우에 그 피해자 집단의 대표자가 집단에 속하는 총원의 청구금액을 일괄하여 청구하거나 탈법행위 등의 금지 등을 청구하는 소송형태로 볼 수 있다.²²⁾ 강학상 대표당사자소송은 집단의 대표성을 가진 자가 먼저 집단인증을 받음으로써 소송에 직접 참여하지 않는 자에게 기판력을 확장시킨다는 점에 방점이 찍혀서 설명되고 있다. 그럼에도 현행 증권관련 집단소송법이나 이를 둘러싼 일부 개정안은 대표당사자소송의 방점을 손해배상청구에 두고 마치 집단소송은 손해배상청구인 것으로 설명하고 있다. 이는 대표당사자소송의 유래와 연혁을 도외시키고 실무상 손해배상청구가 다수를 차지한다는 현실에 입각한 해석론과 입법론이므로 근본적인 제도개선에 도움이 될지는 의문이다. 집단적 분쟁은 금전적 문제 뿐 아니라 차별금지 또는 중지를 비롯하여 다양한 분야에서 문제될 수 있기 때문이다.

대표당사자소송과 단체소송을 구별한다면 전자는 법원의 집단인증을 통하여 당사자적격과 기판력을 확장시키는 제도이고 후자는 이미 성립되어 등록된 단체를 통하여 단체의 구성원들을 위하여 소

22) 정동윤·유병현·김경옥, 『민사소송법』(7판), 법문사, 2019, 1033-1034면.

송을 수행시키는 제도로 볼 수 있다. 그렇다면 대표당사자소송은 집단을 인정받기 위하여 집단이 성립하기 전에 대표당사자가 법원으로부터 집단을 인정받는 데 중점을 둔다면 단체소송은 이미 법률에 의하여 인정된 단체라는 점에 중점을 둔다고 하겠다. 따라서 대표당사자소송과 단체소송은 목적과 취지가 달라서 병존할 수 있고 상호 혼용되어 사용될 수 있는 여지가 충분하다.

다. 공익소송

(1) 공익소송의 일반론

단체소송은 침해행위의 금지·중지청구이지만 그 효과가 제도 개선 또는 그에 준하는 효과를 발생시킨다. 단체소송의 경우 사업자의 위법행위를 금지시킴으로써 경제생활의 관행이 바뀌는 결과가 발생하거나 부당한 약관이 시정되는 결과를 초래한다. 이러한 모습은 방송매체에서 간혹 접할 수 있는 공익소송의 모습과 유사하지 아니한가?

공익소송이라는 표현은 일상생활에서 다양하게 사용되고 있으나 아직 실정법에서 명확하게 정의되지는 아니하였다. 유력한 선행연구는 공익소송을 “목적의식을 가진 공익법 운동단체 또는 공익변호사가 이제까지 적절한 법적 구제를 받지 못했던 확산이익에 대하여 새로운 법원의 판례를 이끌어내기 위하여 제기하는 소송”으로 정의한다.²³⁾ 또한 민주사회를 위한 변호사 모임의 공익소송 위원회 운영규칙 제2조는 “다중의 확산이익이 있는 소송으로서 소송을 통하여 약자 및 소수자의 인권보호, 시민권의 신장, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도

23) 이상돈, 『공익소송론』, 세창출판사, 2006, 18면.

를 개선하고 잘못된 법을 개정하며 국가권력의 남용을 방지하여, 민주사회의 발전과 정의로운 사회를 만드는데 도움이 되는 사건으로 위원회가 소송을 수행하기로 결정한 사건의 소송을 의미한다”고 규정하고 있다.

이러한 개념 정의를 기준으로 판단한다면 공익소송의 개념을 구성하는 핵심요소는 ① 공익법 관련 단체나 전문가, ② 법률의 개정이나 판례의 변경 등 제도 개선의 목적, ③ 확산이익이라고 할 수 있다.²⁴⁾ 그런데 이 핵심요소는 사실상 단체소송과 밀접한 관련성을 가진다. 단체소송은 정부에 등록된 단체만이 수행하기 때문에 공익소송의 주체와 단체소송의 주체는 사실상 유사하다. 공익소송은 소송의 주체가 법률에 정해지지 않는 않지만 사실상 공익을 목적으로 하는 단체나 개인이 주체가 되기 때문에 단체소송의 요건인 공익활동이 정관에 기재된 것과 유사한 효과를 낸다. 일반적으로 소비자단체 또는 비영리법인 등은 설립 당시에 주무관청의 감독을 받기 때문에 일방적인 영리추구를 목적으로 하기 어렵다. 어느 정도 공익을 실현하기 위한 목적으로 설립되기 때문에 단체소송은 공익소송과 친할 가능성이 높다.

확산이익(diffused interest)의 개념이 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 확산이익은 사회구성원 개개인에게 흩어져 있는 이익, 즉 권리주체에게는 매우 작은 이익인데 이들의 총합이 사회 전체로 보면 큰 이익이 되는 경우를 의미한다.²⁵⁾ 이러한 확산이익이라는 개념은 집단소송의 등장 배경과 유사한 측면이 있다. 집단소송 역시 소액·다수의 피해자를 구제하기 위해 나온 절차이기 때문이다. 확산이익은 개개인에게 흩어져 있는 이익이기 때문에 사회적으로 주목을 받

24) 이상돈, 앞의 책, 18면.

25) 이상돈, 앞의 책, 30면.

지 못하는 경우가 많고 제도를 통하여 구제받기에는 제도의 이용 장벽이 높기 때문에 현실에서는 법적으로 적절히 보호받지 못한 경우가 많다. 따라서 이러한 상황을 타개하기 위한 소송을 공익소송이라고 할 수 있겠다. 그렇다면 확산이익의 개념도 소액다수의 피해자 구제라는 단체소송의 이념에 부합한다고 할 수 있다.

(2) 공익소송의 구체적 사례

우리나라에서 공익소송의 효시는 1994년 망원동 수재 사건을 꼽는다.²⁶⁾ 1984년 9월1일부터 4일까지 내린 집중 폭우로 인하여 서울시 마포구 망원동 유수지의 수문상자가 붕괴되어 망원동 일대가 수해의 피해를 입었다. 이에 대하여 망원동 주민들이 서울시와 A사를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다. 이때 서울시의 망원유수지 일대의 시설물 점유·관리상의 하자, 1979년 배수관로를 연장하고 수문의 이설공사를 시행한 A사의 부실공사, 서울시 공무원의 수재발생 방지의무 태만을 문제삼았다. 서울민사지방법원 1987. 8. 26. 선고 84가합5010 판결에서는 수해가 “이미 설치된 인공공물인 망원유수지의 수문상자에 내재된 하자, 즉 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 하자로 인하여 발생”하였다고 판시하여 원고 일부 승소판결을 선고하였고 이후 무려 2,300가구에 달하는 가구들이 민사소송을 진행하여 승소 확정판결을 받았다.

이 사건은 그 동안 법적으로 대변되지 못하던 사회이익을 공익으로 구성하여 소송을 시작한 최초의 사례로 평가받는다. 그 이전까지 수재는 자연재해로서 국민들의 성금이나 정부의 지원금의 수혜 대상으로 생각했었는데 이는 자연재해를 하늘이 탓이고 운수소관

26) 황승흠, “집단분쟁의 법적 처리에 관한 연구-공익법운동과 공익소송 논의를 중심으로”, 법사회학연구 창간호, 2001, 125면.

으로 보기 때문이었다.²⁷⁾ 그러나 수해의 원인은 단순히 자연재해가 아니라 국가나 지방자치단체의 수해 피해방지의무의 해태여부가 법적으로 문제될 수 있었다. 수해의 피해는 가구마다 천차만별이었다. 생활의 터전을 잃은 가구도 있지만 단순한 시설 보수에 그치는 경우도 있어 피해의 수준이 흩어져 있어 결과적으로 확산이익의 개념에 부합하였다. 나아가 망원동 수재 사건은 전문가인 변호사 집단이 개입하여 수해로 인한 피해가 법적인 문제가 된다는 점을 피해 가구들에게 설득하였다. 전문가들만의 리그였던 법적 문제가 생활속으로 파고드는데 변호사들이 중요한 역할을 하였던 것이다. 이 판결 이후 국가 또는 지방자치단체의 재해방지의무에 대하여 경각심이 일어났고 법원의 배상판결을 통하여 사회문제가 법적 구제를 통하여 새롭게 인식되는 계기가 되었다.

4. 소결론

여기서는 단체소송의 기본적인 구조와 성질, 공익소송과의 관계, 단체소송의 대표적인 실제 사례를 살펴보았다. 이를 통하여 단체소송이 나아가야 할 방향을 살펴보기 위함이었다. 앞서 살펴보았듯이 현행 단체소송은 그 적용범위가 매우 협소하다. 소비자소송, 개인 정보보호소송에만 국한되는데다가 제소권자도 법률이 정한 단체로 한정되어 있고, 소송의 내용도 침해행위 등에 대한 금지·중지청구에 불과하기 때문이다. 소송허가를 통하여 소송을 신중히 진행하도록 도모하기도 하였지만 소송지연의 사유가 되기도 하여 단체소송의 설계가 지나친 남소방지에만 치우쳐 있다는 지적도 있다. 특히 손해배상청구와 별개의 제도로 규정되어 있어 실효성이 떨어진다

27) 황승흠, 앞의 논문, 125면.

는 지적도 있다.

그러나 소비자 단체소송은 사건 수가 적을지언정 매우 의미 있는 사건들이 존재한다. 소비자기본법상의 소비자보호에 관련된 기준을 위반한 사업자에게 금지·중지를 청구함으로써 잘못된 약관, 거래관행을 시정할 수 있는 역할을 한다. 이러한 역할은 개개인의 소비자에게 기대하기 어렵다. 거대한 대기업이 주류를 차지하는 사업자에 대하여 개개인의 소비자는 전문적인 지식도 충분한 자금도 기대하기 어렵기 때문이다. 이때 소비자단체가 소비자보호를 위하여 기여할 수 있는 소송 유형 중의 하나가 단체소송인 것이다. 만약 단체소송이 망원동 수재사건에 적용될 수 있다고 한다면 어느 시민단체 또는 변호사단체가 국가 또는 지방자치단체의 안전배려의무의 소홀을 주장하고 주의의무 해태를 중지 또는 금지하는 청구를 하는 모습을 생각해 볼 수 있다.

그렇다면 소비자 단체소송은 공익소송의 개념에 잘 부합하는 소송형태가 아닐까? 애초에 손해배상청구를 할 수 없게 되었으니 사실상 사익추구는 사실상 기대하기는 어렵게 되었고, 소비자단체가 소비자를 위하여 소송을 하는 것이니 공익소송에 있어서 확산이익을 보장하는데 적절한 수단으로 기능할 수 있게 된 것이다. 또한 앞서 살펴 본 소비자 단체소송의 실제 사례도 소비자 개개인이 직접 수행하기 어려운 약관이나 거래 관행 자체를 문제삼는 것이어서 소비자단체 또는 비영리단체의 존재 목적에 부합한다. 따라서 향후에는 단체소송이 소비자 분야, 개인정보보호 분야에만 국한되지 아니하고 사회공익 전반을 위한 제도로 기능할 수 있도록 설계되는 것이 바람직하다. 이러한 중간결론을 가지고 단체소송의 문제점과 개선방안을 도출해 보고자 한다.

Ⅲ. 단체소송에 관한 비교법적 검토

1. 서설

단체소송과 관련해서 주요 국가의 입법례를 살펴보고 시사점을 도출해 보기로 한다. 먼저 대표당사자소송이 광범위하게 사용되고 있는 미국의 사례를 살펴본다. 미국에서는 집단적 분쟁해결을 위한 다양한 제도를 마련하고 있으나 여기서는 미국 연방민사소송규칙 제23조를 위주로 살핀다. 그 이후 대표적인 대륙법계 국가인 프랑스 사례를 살펴본다. 프랑스는 2014년 소비자법에 단체소송의 성격을 가진 그룹소송 제도를 도입한 이후 꾸준히 적용범위를 확장해 왔다. 최근 제도의 활성화를 위한 국회 차원의 논의가 있었는데 우리나라가 참고할 만한 시사점은 없는지 검토해 본다. 독일과 일본의 사례는 선행 연구자료가 어느 정도 축적되어 있으므로 간략하게 살펴본다.

2. 미국의 사례

가. 제도의 개요

미국은 1842년 형평규칙(Equity Rule) 제48조에 처음으로 연방대표당사자소송을 규정하였는데 이 규정은 형평법 관련 소송절차에만 한정적으로 적용되었다. 그 이후 1938년 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure) 제23조에서 일반민사소송 전반에 적용되는 대표당사자소송이 규정되었으며 현재의 연방민사소송규칙 제23조는 1966년 개정된 내용을 바탕으로 한다.²⁸⁾

28) Richard D. Freer, 『CIVIL PROCEDURE』, 3rd, Wolters Kluwer, 2012. pp.767-768.

연방민사소송규칙 제23조(a)에서 대표당사자소송이 허용되기 위한 기본요건을 규정하고 있다. 집단의 구성원이 너무 많아 개별적인 공동소송을 실행하기 불가능할 정도일 것(다수성), 하나 이상의 공통적인 사실관계 또는 법률관계가 존재할 것(공통성), 대표당사자의 주장이 전체 구성원에게 전형적일 것(전형성), 대표당사자와 소송대리인이 구성원 전체의 이익을 적절히 대표할 것(대표의 적절성)이라는 요건을 모두 충족하여야 한다.²⁹⁾

연방민사소송규칙 제23조(b)에서 대표당사자소송의 유형을 규정하고 있다.³⁰⁾ 제23조(b)(1)(A)는 당사자들에 대한 판결의 결과가 다양하여 상대방 당사자에게 통일된 기준을 제시하지 못하는 것을 예방하기 위한 소송이고, 제23조(b)(1)(B)는 소송에 참가한 당사자들의 판결에 의하여 부재구성원의 이익을 침해하거나 권리행사를 방해하지 못하게 하여, 한정된 재원을 모든 구성원들이 합리적으로 배당받기 위한 소송이다. 제23조(b)(2)는 금지명령을 구하거나 상대방의 부작위가 위법하다는 확인을 구하는 유형의 소송이다. 제23조(b)(3)는 단체 구성원 전체에 존재하는 공통의 법률관계나 사실관계가 구성원 개인의 문제보다 우월하거나 대표당사자소송으로 처리하는 것이 다른 판결방법을 취하는 것보다 더 나은 경우에 해당하는 유형의 소송이다.

나. 우리나라에 주는 시사점

미국의 연방민사소송규칙을 보면 다음의 사실을 알 수 있다. 첫째 대표당사자소송은 특정한 소송물에만 국한된 것이 아니다. 실제

29) Richard D. Freer, op. cit., p.779

30) ROBERT H. KLONOFF, 『Class Actions and Other Multi-Party Litigation』 4th, in a nutshell, WEST, 2012, pp.74-75.

법상의 권리가 당사자에게 인정되면 연방민사소송규칙을 갖춘 경우 어떤 실체법상의 권리도 집단소송으로 진행 가능하게 설계되어 있다. 다시 말해 다수성, 공통성, 전형성, 대표의 적절성을 모두 갖추기만 하면 어떤 실체법상 청구권이든지 집단소송이 될 수 있는 것이다. 우리나라는 증권 분야에만 대표당사자소송을 규정한 것과는 대조적인 모습을 보이고 있다. 둘째 대표당사자소송은 손해배상 청구소송에만 국한되어 있지 않다. 제23조(b)에서 다양한 유형의 대표당사자소송을 규정하고 있는데 제23조(b)(3)은 손해배상청구소송이 주를 이루고 있지만 제23조(b)(2)와 같은 금지청구 또는 부작위위법확인을 구할 수 있도록 규정한다. 미국의 대표당사자소송은 우리나라의 증권관련 집단소송의 손해배상청구 뿐 아니라 단체소송의 금지·중지청구도 가능하도록 설계되어 있다. 유럽의 단체소송처럼 단체만이 소제기를 할 수 있는 제도는 아니지만 대표당사자로서 단체가 참여할 수도 있고 대표당사자는 단순히 손해배상만 청구하는 것이 아니라 분쟁을 해결하기 위한 다양한 소를 구상할 수 있다. 미국연방민사소송규칙 제23조는 집단소송이 불특정 다수의 피해자를 구제하는 것이 소송의 주요한 임무인 것이지 청구권의 성질, 구제의 종류에 대한 법적 판단과 같은 법형식은 부차적이라는 사고방식에서 도출된 결과로 보이는데 이는 우리나라도 참고할 만한 유용한 접근법으로 보인다.

3. 프랑스의 사례

가. 제도의 개요³¹⁾

프랑스는 2014년 3월 17일 소비자법에 그룹소송(action de groupe)³²⁾

31) 프랑스 그룹소송에 관하여는 국민의회(하원)에 제출된 다음의 보고서를 참조.
M. PHILIPPE GOSSELIN, MME LAURENCE VICHNIEVSKY, "RAPPORT D'INFORMATION

을 도입한 이래 지속적으로 적용범위를 확대하여 왔다. 2014년에 프랑스 최초로 도입된 그룹소송은 원래 국가로부터 인정된 전국적 수준의 소비자단체(적격소비자단체)만 이용하도록 엄격히 제한되어 있었다. 즉 다수의 소비자가 동일 또는 유사한 상황에서 피해를 입었을 때 적격소비자단체가 사업자의 주의의무 위반의 확인을 구하는 소를 제기한다. 법원은 사업자의 주의의무를 확인함을 물론 전체 피해의 규모를 확인하는 판결(책임에 관한 판결, Jugement sur la responsabilité)을 선고한다. 이 판결에서 판결이 적용되는 소비자들의 범위 및 절차진행 사항(판결의 공고, 그룹소송의 참여 방법과 기간, 배상의 조건 등)을 확정한다. 책임에 관한 판결이 선고된 이후 피해를 입은 개별 소비자들은 책임에 관한 판결을 토대로 별도의 절차에서 배상을 받을 수 있도록 소송을 진행한다.

그 외에도 간이한 그룹소송(action de groupe simplifiée)이 규정되어 있다. 이 절차는 피해자인 소비자가 일정한 수로 특정되어 일정 액수의 피해를 입은 경우를 상정하고 있다. 이 경우 판사는 사업자의 책임에 관한 판결이 선고된 이후 그가 정한 기간과 방법으로 사업자로 하여금 소비자에게 직접 배상하도록 하게 판결할 수 있

- La mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe -", N° 3085 ASSEMBLEE NATIONALE, 11 juin 2020, 여기서는 소송의 구조 및 현황, 개선방향에 관한 내용이 담겨 있다. 그룹소송의 구체적인 절차에 관하여는 Daniel MANGUY, 『L'ACTION DE GROUPE EN DROIT FRANÇAIS - Après la loi Hamon du 17 mars 2014』, Gazette du Palais, 2014.

- 32) action de groupe을 단체소송으로 번역하는 경우가 많다. 소비자단체가 1차적으로 소송을 주도하기 때문에 action de groupe이라는 제도만 보면 충분히 단체소송으로 번역 가능하다. action de groupe는 일반적인 단체소송 제도와는 달리 2단계를 절차를 취하고 있어서 단체소송과는 이질적인 부분이 있다. 또한 프랑스는 이 제도 이전에도 직업조합이라든가 비영리 사단에 의한 단체소송을 인정해 오고 있었으므로 종전의 제도와 구별할 필요가 있다. 집단소송으로 번역하는 사례도 있으나 이는 미국식 대표당사자소송과 구별에 혼란이 있을 수 있다. 따라서 프랑스의 2단계 구제방식의 소송은 그룹소송이라는 명칭으로 표현한다.

다. 이때 해당 소비자들이 간이한 그룹소송에 따른 배상을 승낙하여야 한다.

이렇게 시작한 프랑스의 그룹소송은 기본적인 성질을 유지한 채 다양한 분야로 확장되었다. 2016년 1월 26일 내국 보건 시스템의 현대화에 관한 법률(*la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé*)은 보건 시스템 이용자 단체가 책임에 관한 판결을 구하여 보건 시스템 이용자가 재산 및 신체 손해를 배상받도록 하였다. 2016년 11월 18일 21세기 사법의 현대화에 관한 법률(*la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle*)은 근로 또는 채용 및 구직에 있어서 차별이 있을 경우 노조 등이 책임에 관한 판결을 구한 후 근로자가 경제적, 정신적 손해를 배상받도록 하였다. 나아가 2016년 11월 18일 21세기 사법의 현대화에 관한 법률에 의하여 환경 사건, 개인정보 보호사건에서도 그룹소송이 도입되었다. 환경보호 의무를 위반한 기업에 대하여 환경단체가 책임에 관한 판결을 구한 후 환경오염으로 인한 피해자들이 신체 및 정신적 손해를 배상받도록 하였다. 개인정보보호 분야도 마찬가지로 개인정보 처리자들의 주의의무 위반이 책임에 관한 판결을 통하여 확인되면 개인정보주체에게 재산적, 정신적 손해를 배상받도록 하였다.

이러한 그룹소송의 확대 입법에도 불구하고 프랑스 내부에서는 사건 수가 충분하지 않아 제도 도입의 성과가 불충분하다고 보고 있다. 그 이유를 프랑스 국민의회(하원)에 제출한 보고서에서 자세히 분석하여 기재하고 있다. 그룹소송의 당사자적격이 있는 단체의 수가 지나치게 적다는 점, 기업들이 평판 리스크 관리를 위하여 스스로 조심한다는 점, 그룹소송 외에도 다른 집합적 분쟁 해결을 위한 소권이 존재한다는 점(예를 들어 *aciton conjointe*, *aciton en*

representation conjointe etc.) 등을 들고 있는 것이다.³³⁾ 참고로 2020년 6월 11일 기준으로 소비자 그룹소송은 14건, 보건체계 그룹소송은 3건, 개인정보 그룹소송은 2건, 환경 그룹소송은 아직 없으며, 차별금지 그룹소송은 2건이 제기된 것으로 보고되었다.³⁴⁾

나. 우리나라에 주는 시사점

프랑스의 그룹소송에 관한 논의를 보면 다음의 사실을 알 수 있다. 첫째 유럽연합 지침 권고안의 영향을 받았으며 미국식 제도를 그대로 수입하지 않았다는 점이다. 이는 EU 집행위원회가 2013년 참가신고 방식(opt-in)을 권고하였다는 점에서 드러난다.³⁵⁾ EU는 기본적으로 제외신고 방식(opt-out)을 처분권주의 위반으로 판단하는 경향 또는 처분권주의에 친하지 않는 것으로 판단하는 경향이 있다. 적어도 소제기는 당사자의 의사에 바탕을 두어야 하는 것으로 추후 제외신고의 의사를 밝히는 것만으로는 부족하다고 보기 때문이다. 또한 유럽인권협약 제6조에서는 공정한 재판을 받을 권리를 규정하고 있는데 제1항 1문에서 당사자로 하여금 공개된 기일에 참석할 수 있어야 함을 규정하고 있으므로 부재 구성원의 기일 참석을 보장하지 않는 제외신고 방식은 유럽인권협약 제6조에 어긋난다는 해석론이 설득력을 얻었던 것으로 보인다. 이는 미국식 제도를 반드시 수용해야 하는가 또는 배척해야 하는가에 대한 문제가 아니라 유럽식에 맞도록 제도를 적용함에 있어 그동안의 법체계와 각종 규정을 철저히 검토한 후 집단소송 제도를 도입하였음을 우리에게 시사한다고 하겠다. 우리나라가 아직 집단소송제도를 수입하기 전

33) M. PHILIPPE GOSSELIN, MME LAURENCE VICHNIEVSKY, *op.cit.*, p.26-27.

34) M. PHILIPPE GOSSELIN, MME LAURENCE VICHNIEVSKY, *op.cit.*, p.13, 17, 20, 23.

35) 왕승혜, “프랑스의 소비자집단소송제도의 입법에 관한 연구”, 소비자법연구 3권 2호, 한국소비자법학회, 2017, 233면.

이라면 프랑스를 비롯한 유럽의 태도를 유력하게 참고했어야 할 것이다. 그러나 우리나라는 프랑스 보다 먼저 집단소송을 실정법으로 받아들였기 때문에 우리나라 고유의 방식으로 문제를 풀어나가는 것이 바람직하다. 물론 우리 단체소송을 비롯한 집단소송에 관한 추후의 법 개정이나 판례의 생성을 위하여 유럽식 모델을 참고할 필요가 있다.

둘째 프랑스도 그룹소송을 이용한 사건 수에 관심을 가지고 있다는 점이다. 물론 사건의 수가 적다고 해서 그 사회에 미치는 영향도 적다고 할 수 없다. 당사자의 수, 소가, 파급효과 등을 감안하면 1건의 소송이 사회에 경종을 울린 사례를 적지 않게 발견할 수 있었기 때문이다. 우리나라에서도 망원동 수재사건과 같이 자연재해에 대하여 국가의 주의의무를 일깨운 판례가 있었다. 그럼에도 적당한 제도의 이용은 사건 수로 포착되곤 한다. 사회가 지속적으로 발전하면서 분쟁이 다양해지고 복잡해지기 때문에 분쟁의 해결을 효율적으로 하기 위해 도입된 제도가 기대 이상으로 이용실적이 저조하다면 제도의 실재를 점검해 볼 필요가 있는 것이다. 프랑스 역시 사건 수가 충분하지 않더라도 제도 도입의 실익이 있음을 인정하고 있다.³⁶⁾ 그룹소송으로 인하여 사업자들이 평판 위험을 회피하도록 미리 주의의무를 기울인다는 평가를 하고 있기 때문이다. 이는 비단 프랑스에만 국한된 것은 아니고 우리나라에도 적용될 수 있다. 증권관련 집단소송이 도입되었을 때 회계법인의 감사보수가 증가했다는 연구결과가 있다.³⁷⁾ 이는 증권관련 집단소송 적용대상 기업

36) M. PHILIPPE GOSSELIN, MME LAURENCE VICHNIEVSKY, *op.cit.*, p.25-26.

37) 김상일·김경태, “증권집단소송제 도입이 감사보수에 미치는 영향”, 회계·세무와 감사연구 제55권 제1호, 한국공인회계사회, 2013.6, 31면. 여기서는 소송위험의 증가가 감사위험의 증가를 야기하여 감사위험을 억제하기 위하여 더욱 보수적인 감사를 실시하게 한 결과 상대적으로 높은 감사위험에 대한 대가로서 피감사

이 미리 내부통제상황을 점검하고, 회계처리기준 준수에 주의의무를 기울인다는 뜻으로 해석될 수 있었던 것이다. 제도의 규범력을 연구하는 법학계가 법리를 판단하는 것 이외에도 이미 경제계에서는 제도의 효익에 대하여 연구를 하고 있었다. 그럼에도 충분한 실적을 충족하지 못한다면 무엇인가 제도적 결함이 있을 개연성이 있는 것이어서 중간 점검을 하는 것은 제도의 실효성 제고를 위하여 유용한 접근이라고 생각한다. 프랑스에서도 위에서 언급한 보고서에서 제도의 활성화를 위하여 13가지의 중요한 제도 개선사항을 주문하고 있다.³⁸⁾

셋째 다른 소송법적인 제도와 균형을 도모하고 있다는 점이다. 위 보고서에서는 다음과 같이 그룹소송 외에도 발전된 소권 제도가 있다고 설명한다. 공동소권(action conjointe)은 소비자 단체로 하여금 소비자와 함께 소비자들의 집합적인 이익을 변호하고 배상하기 위하여 민사재판기관에서 소비자와 함께 제기하는 소이다(프랑스 소비자법 제621-9조). 이 소는 소비자가 먼저 소제기를 하여야 인정되고 이 공동소권의 기판력은 소비자에게는 인정되지 않는다. 공동대표소권(action en représentation conjointe)은 최소한 두 명의 소비자로 하여금 소비자 단체에게 위임하여 그 단체가 배상 청구를 하도록 하는 소권이다. 이 소권을 행사하기 전에 소비자는 반드시 소비자 단체에게 위임을 하여야 한다. 문제는 소비자 단체가 광고 등의 방법으로 위임을 요구할 수 없기 때문에 상당한 수의 소비자를 모으는데 한계가 있었다. 그런데 이러한 소송들이 발전을 거듭하여 2015년 파리 지방변호사회는 변호사 공동소권(avocats-actions-conjointes)을 도입하여 변호사가 공동소송을 제안할 수 있도록 한

대상 법인에 추가적인 감사보수를 요구한다고 한다.

38) M. PHILIPPE GOSSELIN, MME LAURENCE VICHNIEVSKY, op.cit., pp.67-68.

바 있다.³⁹⁾ 2016년에는 MySmartClub이라는 온라인 플랫폼으로 집합소송(action collective)을 수행하도록 피해자들을 모집하였다.⁴⁰⁾ 이와 같이 프랑스에서는 그룹소송이 달성하고자 하는 목적을 이룰 수 있도록 다양한 절차가 마련되어 있다고 한다. 그럼 우리나라는 어떤가? 프랑스의 2단계 구제절차에 대한 연구결과도 있고 실제로 의원입법안으로 제20대 국회에 제출되기도 하였다.⁴¹⁾ 그런데 우리나라에서는 같은 목적을 달성할 수 있는 현행 민사소송법상의 다른 구제수단에 관하여는 별다른 관심이 있는 것 같지 않다. 향후 우리나라에도 기존에 있는 제도가 2단계 구제수단과 어떤 관련성이 있는지 혹은 그에 상응하는 효과를 달성할 수 있는지에 대한 보다 실천적인 논의가 활성화되길 기대한다.⁴²⁾

4. 독일과 일본의 사례

가. 독일의 사례

독일의 단체소송은 민사소송법과 같은 일반법에 규정되어 있지 않고, 개별 법률에 산재하고 있다. 1909년 부정경쟁방지법에서 실정법상 최초로 규정된 것으로 보인다.⁴³⁾ 부정경쟁을 방지하기 위하여 모든 영업자 또는 영업상 이익 증진을 목적으로 하는 단체가 금

39) M. PHILIPPE GOSSELIN, MME LAURENCE VICHNIEVSKY, op. cit., p.27.

40) M. PHILIPPE GOSSELIN, MME LAURENCE VICHNIEVSKY, op. cit., p.27.

41) 남궁술, “프랑스 소비자법상 집단소송제도에 관한 연구”, 소비자법연구 3권 2호, 한국소비자법학회, 2017. : 2단계 구제절차에 관하여는 이학영 의원이 2018. 1. 19. 대표발의한 「소비자집단소송법안」이 있다.

42) 최광선, 앞의 논문, 135면. 2단계 구제절차는 우리나라에 완전히 새로운 제도는 아니며 선정당사자제도와 중간확인판결을 결합시킨 성격을 가진다. 따라서 민사소송법의 내용을 보완하여 설계하는 것도 가능하다.

43) 법무부, 『단체소송에 관한 연구』, 법무자료 제94집, 1980, 41면.

지청구를 할 수 있는 소제기권자가 될 수 있었다. 이후 보통계약약관법에서 소비자보호를 위한 목적으로 확대되었고, 카르텔 제한법인 경쟁제한금지법 등으로 확대되었다. 독일은 단체소송 이외에도 이익환수청구권을 도입하여 사업자가 경쟁제한으로 인하여 얻은 이익을 환수할 수 있는 제도가 마련되어 있다. 이때 소제기는 단체소송을 제기할 수 있는 단체이며 이익은 국고로 환수된다.

최근에는 자본시장분쟁의 표본절차에 관한 법률의 표본절차소송(Musterverfahren), 민사소송법상의 표본확인소송(Musterfeststellungsverfahren)이 도입되어 제도가 새로운 국면을 맞이하고 있다. 표본절차소송은 한시법으로 도입되었고 몇 차례 연장되어 2023년 12월 31일에 만료되는 것으로 변경되었다.⁴⁴⁾ 표본절차소송⁴⁵⁾은 자본시장 분쟁에서 허위정보 등으로 인한 투자자의 손해배상 사건이 다수 계속 중일 때 표본사건을 선정하여 고등법원에 제청하고 그 결정결과에 의하여 같은 쟁점의 다른 모든 사건들에게 기속력을 미치도록 하는 절차이다. 표본확인소송⁴⁶⁾은 법적으로 일정한 자격을 가진 소비자단체가 당사자적격을 가진 원고가 되어 고등법원에 확인의 소를 제기한다. 이때 소비자 10인 이상의 청구가 있어야 소비자단체가 소를 제기할 수 있다. 소비자와 기업 사이에 청구권이나 법률관계의 성립 또는 불성립을 위한 사실상·법률상 요건의 존재 또는 부존재를 별도의 확인의 소로 구한다. 이 확인의 소에서 다수당사자 사이의 분쟁에 관하여 통일적이고 효율적인 해결을 얻을 수 있다.

44) 그에 관하여는 다음의 사이트 참조(2022. 1. 30. 최종방문)

https://www.gesetze-im-internet.de/kapmug_2012/BJNR218210012.html

45) 김경욱, “독일 표본절차에 있어서 절차의 신속 및 간이화를 위한 방안”, 경영법률 25권 3호, 한국경영법률학회, 2015, 252-253면.

46) 정영환·이명민, “독일의 표본확인소송절차”, 법학연구 31권, 충북대학교 법학연구소, 2020, 368-369면.

고등법원에서 쟁점에 관한 확인판결을 받은 후 그 판결에 기속력을 부여하고 소비자가 개별적으로 지방법원에 별도의 손해배상청구의 소를 제기할 수 있게 하였다.

나. 일본의 사례

일본은 우리나라와 비슷한 법제로서 매우 오랫동안 집단소송에 관한 논의를 해 왔다. 일본은 매우 점진적으로 제도를 발전시켰다. 1996년 민사소송법의 개정을 통하여 선정당사자 제도를 보완하였다. 소송계속 중에도 공동의 이익이 있는 자 가운데서 선정당사자를 선임할 수 있도록 하여 추가적 선정 제도를 추가한 것이다. 이후 2007년에 소비자 계약법에 우리나라와 유사한 소비자 단체소송을 도입하였는데 소비자계약법에 위반하는 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시 금지청구를 구하는 형태의 단체소송이다.

그런데 일본은 2013년에 「소비자의 재산적 피해의 집단적 회복을 위한 민사재판절차의 특례에 관한 법률」을 통하여 소비자들이 실제법상 손해배상청구권을 행사할 수 있도록 제도를 정비하였다.⁴⁷⁾ 이 법률은 일반적으로는 브라질의 제도에 착안하였다고 설명⁴⁸⁾되고 있지만 실제 모습은 프랑스의 2단계 구조와 상당히 유사한 측면이 있다. 우선 소비자단체 중 법정요건을 갖춘 적격소비자 단체만이 소제기를 행사할 수 있다, 또한 적격소비자단체는 1단계의 소송에서 사업자가 상당 다수의 소비자에 대하여 이들에게 공통하는 사실상 및 법률상 원인에 기초한 금전지급의무가 있다는 점에 대한 확인을 구한다. 여기서 얻은 판결을 공통쟁점에 대한 확정판결이라

47) 中田邦博·鹿野菜穂子, 『消費者法の現代化と集团的權利保護』, 日本評論社, 2016. 375頁. 제도의 개요는 같은 책, 379-380頁 참조.

48) 横山 淳, “日本版 クラスアクションと金融商品取引法”, 大和總研調査季報, Vol.5. (2012), 106頁.

고 한다. 제2단계의 소송에서는 이를 바탕으로 대상소비자마다 개별쟁점을 심리하는 절차를 진행한다. 적격소비자단체의 간이확정 절차 개시신청에 따라 절차가 시작되어 대상소비자에게 수권을 촉구하기 위한 통지와 공고를 하게 되고, 이후 소비자들이 채권신고서를 작성하고 상대방이 이를 다룰 수 있다. 이후 법원은 당사자신문 및 증거조사 절차를 거쳐 간이확정결정을 내리게 된다.

다. 우리나라에 주는 시사점

프랑스와 비교해 보았을 때 독일과 일본에 대한 제도는 상대적으로 소개가 많이 되었다. 독일은 단체소송이 일찍이 발달했지만 집단소송에는 대단히 보수적인 국가였다. 유럽연합의 지침이 나온 이후 유럽의 선진국 중에서는 가장 늦게 표본확인소송을 도입하였던 것이다. 프랑스와 마찬가지로 독일 역시 미국식 제외신고 방식에는 거부감이 있어 참가신고 방식을 고수하고 있다. 유럽연합의 지침이나 유럽인권협약의 해석 등에 있어 제외신고 방식이 처분권주의에 반한다는 입장이 다수이기 때문으로 보인다.

제외신고 방식이 우리나라에서도 처분권주의 위반인지는 별개의 문제이다.⁴⁹⁾ 처분권주의란 절차의 개시, 특정, 종결을 당사자의 의사에 맡기는 것으로 소송물에 관련된 원칙이다. 따라서 소를 제기하거나 소를 변경하거나 소를 취하하는 때에 그 단위를 소송물로 하며 이때 당사자의 원칙을 가장 중요시 여긴다는 의미이기도 하다. 이 점을 해석할 때 유럽에서는 직접 소를 제기하지 않은 자에게 판결의 효력이 미치게 하는 것을 처분권주의에 위반되는 것으로 보는 것으로 보인다. 그런데 이러한 해석이 우리나라에도 절대불변적으로 인정되어야 하는가? 처분권주의는 당사자의 의사를 존중해 준

49) 자세한 내용은 최광선, 앞의 박사학위논문, 162면 이하.

다는 점이 핵심적인 법리로서 처분권주의의 발현 형태는 입법정책의 문제라고 생각한다. 다시 말해 소제기, 소송물의 특정, 소의 취하를 할 수 있는 기회가 당사자에게 보장되면 족하다는 의미이다. 모두가 같은 소장에 동시에 참여해야만 하는 것은 아니며 참여할 수 있는 기회만 보장되면 처분권주의의 범주에서 벗어나지 않는다. 제외신고 방식은 소제기를 모든 구성원이 하지 않지만 구성원에게 탈퇴의 기회를 보장하고 탈퇴한 구성원은 자유롭게 별소를 제기할 수 있다. 소제기 사실을 알고 탈퇴할 기회를 보장받았음에도 아무런 탈퇴표시를 하지 않은 구성원에게는 기판력이 미치는데 이는 구성원의 묵시적인 의사표시로 볼 수 있고 그런 구성원들에게 기판력을 미치게 하는 것은 얼마든지 입법정책의 영역에 포함된다. 이를 보면 독일은 우리나라에 비하여 지나치게 처분권주의를 좁게 해석하는 측면이 있다고 보인다.⁵⁰⁾ 현재 우리나라는 증권관련 집단소송에 제외신고 방식이 입법화 되어 있고 이를 도입한 이상 우리나라의 처분권주의는 더 이상 독일식의 엄격한 처분권주의에 국한된다고 볼 수는 없다고 생각한다.

그럼에도 독일은 다수당사자의 분쟁해결을 위하여 미국식 제도를 그대로 본받지 아니하고 자신들의 제도와 결합시켜 발전시켰다는 점을 알 수 있다.⁵¹⁾ 자본시장의 투자자를 위한 표본소송은 미국식 광역소송절차를 참조하여 도입하였으되 자본시장이라는 특수한 분야로 한정함과 동시에 한시법으로 도입하였다.⁵²⁾ 이후 신설한 표

50) Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., C.H.Beck, 2011, §24 Rn 5. 집단소송제도는 제외신고를 하지 않는 한 기판력이 집단구성원 전체에게 미치므로 민사소송의 대원칙인 사적자치 및 처분권주의 등을 심각하게 위반한다는 취지이다.

51) 최광선, 앞의 논문, 134면.

52) 김경욱, “집단분쟁해결을 위한 새로운 민사소송제도의 도입에 관한 소고”, 민사소송 제17권 2호, 한국민사소송법학회, 2013, 263면.

본확인소송은 단체소송의 특성을 살려 1차적으로 확인소송을 인정하였고 이후 개별적으로 소비자들이 손해배상청구의 소를 하는 2차적 소송을 인정하였다. 이는 EU 및 프랑스의 사례를 참조한 것으로 보이며, 민사소송법에 규정하고 있고 소비자 분쟁에 국한하고 있는 특징을 가진다. 향후 프랑스처럼 다른 분야로 확대될 수 있을지 지켜볼 필요가 있다.

일본은 소비자 단체소송의 활성화를 위하여 많은 노력을 기울였던 점을 참고할 필요가 있다. 매우 보수적이지만 차근차근 제도를 발전시켜 갔던 사례로 평가할 수 있겠다. 단체소송에 관한 연구는 충분히 축적되어 있었음에도 먼저 민사소송법에 규정된 선정당사자 제도를 보완하고 나서 소비자 단체소송을 도입하였고 이를 약간 확대하였다가 민사재판절차의 특례법 형식을 통하여 2단계 구조, 즉 제1단계는 공동의무확인소송 제2단계는 개별 소비자의 구제신청으로 제도를 구성하였던 것이다. 그런데 일본 역시 제도의 활성화에 난항을 겪고 있는 듯하다. 적격소비자단체가 제한적인데다가 참가신고 방식을 채택하였음에도 개별 소비자들의 참여율이 저조한 편이어서 제도의 개선이 논의되고 있다.⁵³⁾

이를 보면 우리나라의 제외신고 방식은 어느 정도 대표당사자소송 제도의 활성화에 도움이 되는 것으로 보이며 향후 손해배상의 산정방법, 분배절차의 정비 등이 중요한 과제로 남는다고 하겠다. 현행 민사법의 전보배상체계로는 집단소송의 손해배상청구 소송을 감당하기 힘들다. 소송의 당사자 수와 손해의 규모에 비추어 볼 때 기존의 차액설에 입각한 전보배상방식의 현행 재판운영으로는 신속하고 효율적인 재판이 사실상 불가능하다. 우리나라의 전보배상

53) HATA Takuya, "Collective Redress in Japan – Status Quo and Future Prospects", 민사소송 23권 3호, 한국민사소송법학회, 2019, 110면.

은 차액설에 기반하여 피해자 개개의 사정을 하나하나 고려하여 산정하여야 하므로 구성원의 수가 늘어갈수록 법관의 업무도 늘어나서 재판진행이 지연될 수밖에 없기 때문이다. 따라서 미국식의 근접배상방식(cy pres)의 도입이 필수적이라고 할 수 있다.⁵⁴⁾ 우리나라의 경우 민사소송법 제202조의2(손해배상 액수의 산정)가 2016년 도입되었는 바, “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.”라는 규정에 따라 차액설을 벗어나서 미국식 근접배상 방식과 유사하게 탄력적으로 배상을 할 수 있다고 생각한다.

IV. 현행 단체소송의 문제점과 개선방안

1. 서설

단체소송의 고유한 문제와 공익소송 활성화에 장애가 되는 요소를 분석한다. 이 부분에서는 단체소송의 문제점과 개선방안을 논의한다. 이를 위하여 단체소송 고유의 문제점을 먼저 살펴보고 개선점을 제시한다. 단체소송에 대하여는 이미 선행연구⁵⁵⁾도 많고 개선

54) 근접배상이론(cy pres doctrine)은 집단소송에서 피해집단 구성원이 어떤 이유로든 개인적인 보상을 받을 수 없을 때 차선이 집단에게 이익을 분배하는 수단으로 사용되고 있다. 분배문제에 있어서 법원은 주요 소인이 기초하고 있는 법적 구제수단에 상응하는 정도의 법률안과 가장 가깝고 효과적인 의도를 가진 배상 방식을 적용할 수 있다고 한다. 자세한 내용은 최광선, 『증권관련 집단소송 법제에 관한 연구』, 고려대학교 박사학위논문, 2016.8, 95면.

55) 오시영, “다수당사자소송의 발전과 전망-이른바 공익소송을 중심으로”, 민사소

사항도 상당히 주문되어 있는데다가 이를 반영한 법안도 발의된 적이 있어 비교적 간략하게 검토한다. 여기서 중요한 점은 공익소송의 활성화를 위하여 단체소송을 이용할 경우 실무상 중요한 문제인 소송비용에 관한 내용이다. 소송비용의 문제는 단체소송 고유의 문제는 아니지만 단체소송이 공익소송에 이바지 하고자 할 때 중요한 걸림돌이 되기 때문에 현재에도 법조계에서 비중있게 논의되고 있다.

2. 단체소송의 고유한 문제점 개선

단체소송의 문제점과 개선방안은 단체소송의 개념을 설명할 때 어느 정도 도출된 측면이 있다. 소송허가제도가 단체소송에 매우 이질적인 장치이므로 대표당사자소송처럼 실질적인 기능을 할 수 없다는 점, 단체소송에 관한 법률에 규정된 소송허가요건은 현행 법체계의 소송요건으로 충분히 흡수할 수 있다는 점, 남소 방지는 담보제공명령⁵⁶⁾으로 해결하면 되며 현 시점에서는 제도의 활성화가 더 중요한 명제라는 점 등을 근거로 하여 소송허가제도는 폐지함이 타당하다. 또한 금지·중지청구 이외에도 침해의 위협이 있는 경우 행사할 수 있는 예방적 청구의 도입도 검토할 필요가 있다. 사업자 등의 침해가 있어야 단체소송을 이용할 수 있다고 한다면 제도의 실효성이 떨어지므로 침해의 우려가 있는 경우까지로 확대함

송 16권 2호, 한국민사소송법학회, 2012. : 오재창, “공익관련 집단소송제 도입방안-집단소송법 시안에 관한 개요 및 개선방안을 중심으로”, 저스티스 통권 72호, 한국법학원, 2003. : 서종희, “독일의 집단적 피해자 구제를 위한 집단소송제도 도입에 관한 논의”, 소비자법연구 3권 2호, 한국소비자법학회, 2017.

56) 민사소송법 제117조 제1항에서는 원고가 대한민국에 주소·사무소와 영업소를 두지 아니한 경우에는 법원은 피고의 신청에 따라 원고에게 소송비용에 대한 담보를 제공하도록 명하여야 한다고 규정하고 있다. 이 조항을 보완해서 원고의 남소 우려가 있는 경우 법원이 담보제공을 요청할 수 있도록 규정하면 되지 않겠는가 한다.

이 바람직하다는 의미이다. 이미 침해가 발생한 경우에는 단체소송을 통한 구제의 실익이 떨어지는 경우가 있을 수 있다는 점도 참고할 필요가 있다. 소송허가의 폐지 및 예방적 금지청구에 대하여 제 20대 국회에서 유동수 의원안으로 도입이 검토된 바 있으나 아쉽게도 임기만료로 인하여 폐기되었다.⁵⁷⁾

3. 공익소송 활성화를 위한 제도의 정비 - 소송비용 제도의 개선을 중심으로

가. 소송비용의 일반론

공익소송 진행 중에 실무상 겪게 되는 가장 큰 문제점은 바로 소송비용이다. 공익소송이란 확산된 이익을 보호하기 위한 조치로서 제도의 개선을 이끌어 내기 위한 성격 가지는데 이는 필연적으로 확립되지 않은 법리, 법률의 부존재, 증거 수집의 곤란을 수반하게 된다. 확산된 이익은 개개인에게 분산되어 있기 때문에 사회에서 관심을 받기 쉽지 않고, 개인이 소송을 통하여 얻는 이익이 그다지 크지 않아 증거가 방치되어 있는데다가, 법적으로 보호받지 못하기 때문에 판례나 법률이 형성되어 있을 가능성이 크다. 따라서 승소의 필요성은 있지만 승소를 위한 제반 사정이 뒷받침 되지 않아 일반적인 소송에 비하여 승소가능성이 적다는 특징을 가진다.

공익소송에 있어서 소송비용의 패소자 부담원칙에 대한 비판은 2018년 이후에도 지속적으로 제기되었다.⁵⁸⁾ 소송비용은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속

57) 최광선, “집단소송과 관련된 국회 입법 및 대법원 판례의 동향과 그 시사점”, 민사소송 제23권 제1호, 한국민사소송법학회, 2019, 162면 이하.

58) 대한변호사협회, “공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄” 자료집, 2018.11.

하는 비용을 말한다. 이때 비용은 재판비용과 당사자비용으로 대별된다. 재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위하여 지출하는 그 밖의 비용이다.⁵⁹⁾ 당사자비용은 당사자가 소송수행을 위하여 스스로 지출하는 비용을 말한다. 당사자비용에는 당사자, 대리인이 기일에 출석하기 위한 여비, 일당, 숙박료와 대법원 규칙이 정하는 범위 안에서 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수가 포함된다.⁶⁰⁾ 우리나라는 패소자 소송비용 부담의 원칙을 취하고 있어 아무리 의미있는 공익소송이라도 전부 패소로 종결되면 소송비용은 패소자가 부담한다. 일부 패소한 경우라도 법원의 재량적 판단에 따라 정하되 승패의 비율만으로 정하는 것은 아니다.

1990년 이전의 민사소송법은 소송비용은 각자 부담으로 하도록 되어 있었으나 그 이후에 패소자 부담의 원칙으로 변경되었다. 개정 취지는 승소자에게 소송이 상처뿐인 영광이 되지 않도록 하자는 것이었다.⁶¹⁾ 소송비용을 승패와 연결시켜 패소자에게 일종의 패널티를 부과하는 의미를 가진다. 1990년 개정 당시에는 이를 찬성하는 견해가 유력하였다. 그러나 패소자 부담의 원칙은 사회적 문제를 제기하는 공익소송에 있어서는 부당한 점이 있다. 공익소송은 패소의 위험을 무릅쓰고 하는 것인데 소송비용까지 부담하는 결과가 초래되어 패소자 소송비용 부담의 원칙이 실질적으로 공익소송을 위한 재판청구권의 제약 요소로 기능한다는 비판이 힘을 얻고 있다.⁶²⁾ 사건으로는 패소자 부담원칙을 다시 각자 부담의 원칙으로

59) 편집대표 민일영, 『주석 민사소송법(II)』, 한국사법행정학회, 2018., 10면(홍승면).

60) 편집대표 민일영, 앞의 책, 10면(홍승면).

61) 이시윤, 『신민사소송법』, 2015, 박영사, 669-670면. 종래의 소송비용 각자 부담원칙에서 소송비용 패소자 부담원칙으로 변경된 점을 평가한 것이다.

62) 대한변호사협회, “공익소송도 돈이 있어야 하나요? 공익소송 패소비용 제도개선

돌리는 것은 타당하지 않고 패소자 부담원칙의 예외를 공익소송에서 인정하는 방향으로 입법함이 바람직하다고 보인다.

소송비용과 관련된 민사소송법 조문은 다음과 같다.

제98조(소송비용부담의 원칙)

소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

제99조(원칙에 대한 예외)

법원은 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 상대방의 권리를 늘리거나 지키는데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다.

제100조(원칙에 대한 예외)

당사자가 적당한 시기에 공격이나 방어의 방법을 제출하지 아니하였거나, 기일이나 기간의 준수를 게을리 하였거나, 그 밖에 당사자가 책임져야 할 사유로 소송이 지연된 때에는 법원은 지연됨으로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 승소한 당사자에게 부담하게 할 수 있다.

제101조(일부패소의 경우)

일부패소의 경우에 당사자들이 부담할 소송비용은 법원이 정한다. 다만, 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있다.

대법원규칙인 「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」 제6조 제1항은 소송비용에 산입하는 것이 “현저히 부당”하다고 인정되는 경우에는 법원이 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있도록 하고 있다⁶³⁾. 그러나 판례는 “현저히 부당한 경우”를 “소송목적의 값, 보수 규칙 제3조 및 제5조에 의해 산정한 보수액의 규모, 소송의 경과와

을 위한 입법방안 모색 국회 토론회”, 2021. 3. 16-17면(박호균)

63) 「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」 제6조(재량에 의한 조정) ① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다.

기간, 소송종결사유, 사건의 성질과 난이도, 변호사가 들인 노력의 정도 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 보수규칙 제3조 및 제5조에 의한 산정액 전부를 소송비용으로 인정하여 상대방에게 상환을 명하는 것이 공정이나 형평의 이념에 반하는 결과를 가져오는 경우⁶⁴⁾로 해석하고 있음은 주지의 사실이다. 따라서 현행법상으로는 사건의 공익성이 변호사 보수 감액 사유로 명시적으로 인정된다고 보기 어렵다.

나. 패소자 부담원칙이 공익소송에서 문제된 사례

공익소송에서 소송비용의 패소자 부담원칙으로 인하여 피해를 받은 사례는 상당수 보고되고 있다. 이를 모두 소개하기는 어렵고 대표적인 사례를 소개하고자 한다.⁶⁵⁾ 이른바 신안군 염전 노예 사건 피해자인 지체장애인 8명이 국가배상청구를 제기했으나, 증명부족으로 1심에서 패소한 7명 중 4명은 장래 소송비용 부담으로 항소를 포기했고, 신안군은 최종 패소한 원고들 7명에게 변호사보수 690만원을 포함한 6,972,000원의 소송비용을 청구하여 패소한 당사자들이 비용을 부담하여 고통을 호소하였던 사례가 있다.⁶⁶⁾ 사건 1심 법원은 신안군의 소송비용 확정신청에 따른 청구액을 모두 인정하였으나, 항고심 법원(서울고등법원 2018라 20822 결정)은 1심 인정액을 75%로 삭감하였다. 그나마 소송비용이 대폭 감경되어 다행이지만 공익소송도 어쩔 수 없이 패소자 소송비용 부담의 원칙에서

64) 대법원 2007.4.26. 자 2005마1270 결정.

65) 에이블뉴스, “염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나”, 2018. 5. 3. (최종방문, 2022. 1. 30.) <https://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CateGoryCode=0014&NewsCode=001420180503175521193942> ;

66) 서울신문, “국가배상 소송에 패소한 ‘신안 염전노예’ 피해자에 소송비 감면”, 2018. 8.22. (최종방문, 2022. 1. 30.) <https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20180822500106>

벗어날 수는 없었다. 불법행위로 인한 손해배상청구에서는 자료가 가해자측에 있는 경우가 많아 피해자들의 증명이 어려운 경우가 많고, 가사 승소한다고 하더라도 과실상계 등의 법리로 인하여 피해자측 과실이 고려되는 경우도 있어 일부승소 판결이 확정되는 경우가 많기 때문에 항상 공익소송을 개시한 자는 현행법 체계에서는 항상 소송비용의 문제에 봉착하게 된다는 점이 확인되었다.

다. 패소자 부담원칙의 개선방향

최근 제21대 국회에는 이러한 문제를 해결하기 위한 앞서 살핀 민사소송법 제98조 단서에 다음과 같은 내용을 추가한 법안이 계속 중이다. “다만, 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원 규칙으로 정하는 사유가 있는 경우에는 고려하지 아니하다.” 또한 민사소송법 제99조의2를 신설하여 “공익소송에 해당하는 사건의 소송비용의 부담과 관련하여서는 법원이 패소자에게 소송비용을 부담하도록 하는 것이 부당하다고 여기는 경우 소송비용의 전부 또는 일부를 면제”하는 재판을 하도록 규정하여 공익소송을 활성화함으로써 사회적 약자의 권리구제 및 사회정의 실현에 이바지하고자 한다. 나아가 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 역시 검토할 필요가 있다. 국가를 상대로 하는 소송 중 공익소송의 경우에는 소송비용을 국민에게 전가시키는 것은 공익소송을 제약하는 처사로서 국민의 재판청구권의 중대한 제약이 될 수 있다고 보인다. 이 점을 반영하여 과거에도 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률의 개정안이 발의된 바 있다. 민사소송법의 소송비용 패소자부담의 원칙이 개정된다면 국가를 당사자로 하는 법률은 개정의 필요성이 반감되나 차선택으로서 의미가 있다. 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률은 국가소송과 행정소송을 대상

으로 하는데 행정소송법 및 민사소송법이 적용되고 행정소송은 특별한 규정이 없으면 민사소송법을 준용하게 되어 있다. 따라서 별도의 특칙이 없는 이상 민사소송법의 소송비용 패소자 부담의 원칙이 개정되면 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 전반에 적용되는 점을 주목할 필요가 있다.

공익소송 또는 공익성의 개념은 다양하게 정의되고 있으나 결국 다수의 이익, 공공성, 사회적 파급효과가 중요한 표지로 사용된다. 공익소송에 관하여 다양한 안이 연구되고 검토되었으나 법률에 규정되기 위해서는 더 많은 사회적 합의가 필요하다고 생각한다. 최선의 방법은 민사소송법과 같은 일반법에 공익소송에 관한 소송비용 부담에 관한 특칙을 규정하는 것이다. 이러한 특칙에는 남소의 우려가 무시하지 못할 수 있어 신중함이 요구된다. 공익소송으로 포장하여 의도적으로 소송비용을 감면받으려는 시도가 충분히 있을 수 있기 때문이다.

관건은 공익소송의 개념을 얼마나 정치하게 마련하여 입법에 반영하느냐의 문제로 귀결된다고 하겠다. 법률 또는 대법원 규칙에 공익소송의 개념을 정의하여 법적 안정성을 도모하는 시도가 필요하다고 보인다. 공익소송은 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 국가권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’을 통칭⁶⁷⁾한다고 할 수 있다. 공익소송은 장애인 인권, 정보인권, 표현의 자유, 권력 감시(정보공개청구 관련 소송), 노동·환경권 등과 같이 다양한 영역에서 발생하고 있다.⁶⁸⁾ 이러한 공익소송은 법원의

67) 사법개혁위원회, “국민과 함께하는 사법개혁: 사법개혁위원회 자료집(VII)”, 2005, 236면.

68) 대한변호사협회, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개

판결을 통하여 사회적 약자의 권리를 구제하는 것을 넘어서, 소송 결과와 무관하게 해당 사안에 대한 구체적인 논의와 인식 개선을 유도함으로써 사회적 공론화 과정을 촉발하는 기능을 수행하는 순기능을 가지고 있다.⁶⁹⁾ 공익소송을 명분으로 하여 남소 또는 악성 민원성 사건을 가지는 경우도 상정해 볼 수 있는 바, 담보제공명령과 같이 법원이 적절하게 남소여부를 통제할 수 있는 장치가 추가 되면 제도의 균형을 도모할 수 있다고 보인다.

4. 대표당사자소송과 관계 설정

앞서 대표당사자소송과 단체소송의 개념, 연혁 및 비교법적 사례를 살펴보았다. 두 제도 모두 기원이 다르고 쓰임새가 다르지만 소액다수의 피해자를 위하여 원래는 당사자적격이 없는 자가 법원의 허가(또는 인증)나 법률의 규정에 의하여 당사자적격이 인정되는 점에서 유사성을 가진다. 따라서 두 가지 제도를 혼용하여 사용하면 상호보완적인 효과가 있을 것이라는 짐작을 할 수 있다. 미국의 경우에는 대표당사자소송으로 집단적 분쟁해결을 도모하지만 그 범위가 넓어 단체소송의 성질을 가진 소송의 유형도 있음을 살펴보았다. 프랑스, 독일, 일본의 경우에는 단체소송이 발달한 나라였지만 최근 법률의 개정으로 인하여 대표당사자소송을 자국의 현실에 맞게 수정하였다는 점도 살펴보았다. 이를 보면 우리나라도 대표당사자소송과 단체소송의 혼합적 운영을 고려해 볼 필요도 있어 보인다.⁷⁰⁾

선 모색 토론회 자료집, 2020.

69) 김태호·김정환, 『공익소송 제도의 현황과 개선방안』, 사법정책연구원, 2016, 40-41면.

70) 법무부 집단소송법 시안에 대한 검토로는 다음의 논문을 참조. 장송청, “집단소

이미 1996년 법무부에서 마련한 집단소송시안(이하 법무부 집단소송법 시안)⁷¹⁾도 이와 같은 고려해서 출발하였다. 대표당사자소송과 단체소송을 모두 인정하였던 것이다. 나아가 제20대 국회에서 2018. 12. 13. 채이배 의원이 대표발의한 집단소송법안도 사실상 법무부 집단소송법 시안을 차용하였다. 따라서 법무부 집단소송법 시안은 여전히 논의의 실익이 있다고 할 것이다. 법무부 집단소송법 시안 제1조에서는 “이 법은 공통의 이익을 가진 다수인에게 피해가 발생하거나 발생할 염려가 있는 경우에 그 다수인을 위하여 그 중의 1인 또는 수인이나 법령이 정하는 단체가 그 다수인의 명시적인 의사에 의하지 아니하고 당사자가 되어 피해에 대한 원상회복·손해전보, 가해행위의 중지·예방, 위법의 확인, 의무이행 등을 구하는 소송을 제기하여 수행함으로써 다수인의 집단적 분쟁을 효율적으로 처리하기 위하여 민사소송법 및 행정소송법의 특칙을 규정함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 대표당사자소송과 단체소송을 동시에 인정하고 있다. “다수인을 위하여 1인 또는 수인”은 대표당사자소송을, “법령이 정하는 단체”는 단체소송을 염두에 둔 것이기 때문이다. 나아가 이 두 소송 모두 “원상회복·손해전보, 가해행위의 중지·예방, 위법의 확인, 의무이행 등을 구하는 소송”을 인정하고 있다는 점이 특징이다. 현행법은 대표당사자소송의 성격을 가지는 증권관련 집단소송은 손해배상청구만을 인정하고 단체소송은 침해행위의 중지·금지청구만을 인정한다는 점에서 차이를 보인다. 또한 법무부 집단소송법 시안은 현행법에서

송제도에 관한 연구-한국법과 중국법의 비교를 중심으로”, 성균관대학교 박사학위논문, 2009. 여기서는 대표당사자소송과 단체소송의 관계설정을 주된 내용으로 서술한다.

71) 이는 2020년, 2021년 추진하였던 법무부 집단소송법안과는 완전히 다른 내용이다.

상정하고 있지 아니한 행정소송에 있어서의 집단소송도 규정하고 있다는 특징이 있다.

이 법안은 대표당사자소송과 단체소송의 관계를 보여주는 사례라고 생각한다. 집단적 분쟁해결에 있어서 일반 개개인은 사익을 중심으로 권리구제를 할 수 있도록 하고, 공인된 단체는 공익을 중심으로 권리구제를 할 수 있도록 할 수 있기 때문이다. 단체소송을 중심으로 보면 단체는 법률로 인정하는 단체를 의미하고 주로 소비자단체를 비롯한 비영리단체를 중심으로 규정되어 있기 때문에 정관의 목적에 따른 내재적인 통제를 받게 되어 있다. 특히 비영리법인이라면 내부 구성원들에 대한 분배 또는 배당이 원칙적으로 인정되지 않기 때문에 영리법인과 같은 수익극대화를 추구하기 어렵다. 반면 일반 개인이라면 본인의 손해배상을 비롯한 사적인 권리구제에 중심을 둘 수밖에 없다.

그렇다고 ‘대표당사자소송은 사익, 단체소송은 공익’이라는 단순한 공식으로 제도를 재단할 수는 없다. 손해배상청구도 얼마든지 공익을 위하여 행사될 수 있고, 침해의 중지·금지청구도 얼마든지 사익을 위하여 행사될 수 있는 것이다. 대표당사자소송은 대표자가 적어도 집단의 구성원이기 때문에 본인의 피해를 배상받는 것도 겸하여 집단인증을 받아 다른 구성원의 피해를 배상받아 주는 형태이다. 대표당사자소송에서 금지청구 역시 본인이 차별받은 것을 구제함과 동시에 다른 구성원의 피해를 구제하는 것을 목적으로 삼는다. 따라서 본인의 권리를 바탕으로 타인의 권리까지 다투어주는 형식이다. 반면 단체소송은 애초에 단체가 목적으로 삼는 개개인과는 완전히 다른 법인격을 가진다. 소비자 단체소송에서 부당약관의 금지청구를 한다고 하더라도 소비자단체가 이동통신서비스를 직접 이용하는 것은 아니다. 따라서 단체소송은 항상 타인성이 전제가

되므로 단체가 결국 사회의 공익을 위하여 소송을 수행하는 형식이 주를 이룬다. 이를 감안한다면 대표당사자소송과 단체소송을 둘 다 겸용하여 제도를 설계하되 단체소송에서는 공익소송에 부합할 수 있도록 제도를 정비해 나가는 것이 필요하다고 생각한다.

그런데 법무부 집단소송법 시안에도 다소 불분명한 점이 있다. 법령이 정한 단체가 원상회복 또는 손해전보를 할 수 있도록 되어 있는데 이 문구만 봐서는 단체가 직접 원상회복 또는 손해전보의 대상이 되는지 분명하지 않다. 위에서 살펴본 단체소송의 사례를 보더라도 부당한 약관이 있는 경우 피해를 보는 자는 소비자 개인이지 소비자단체는 아니기 때문이다. 따라서 이 규정을 통하여 소비자 개개인의 손해를 대신 받아서 분배하는 것인지 분명히 할 필요가 있다. 물론 해석론으로 이를 가능하다고 할 수도 있다. 분배절차가 단체소송에서도 적용되기 때문에 결국 소비자들의 분배신청으로 배상을 받는 것이 가능하기 때문이다. 그러나 손해배상의 일 반환칙상 손해를 입은 자가 손해배상을 청구해야 하는 점, 단체소송을 법정소송담당으로 보기 어려운 점(고유권설의 입장) 등을 보면 구성원 개개인에 대한 손해배상청구가 되려면 법무부 집단소송 시안 보다 더 진전된 입법이 필요한 상황이다. 또한 단체에 직접 손해배상청구권을 인정할 필요가 없게 되는 대안도 존재한다. 단체소송에서 직접 개개인에게 손해배상을 받도록 하지 못한다고 하더라도 단체의 구성원 개개인이 대표당사자소송을 별도로 제기하여 병합시키면 되기 때문이다. 그렇게 되면 대표당사자소송에서 구성원들이 분배절차를 통하여 직접 손해배상의 귀속을 받을 수 있게 된다. 따라서 단체소송을 통하여 단체 이외의 구성원들에게 직접 손해배상을 귀속시킬 실익도 그다지 크지 않다.

V. 결론

이 논문에서는 우리나라에 도입된 단체소송에 대하여 살펴보았다. 개략적인 제도의 모습을 살피면서 대표적인 사례를 통하여 단체소송의 실재를 검토하였다. 이를 바탕으로 현행 단체소송의 성질과 활용방안을 논하였다. 단체소송의 제소권은 단체가 가지는 고유한 권리로서 법률과 법원의 허가에 따른 제한을 받는다. 단체소송은 정관에 정한 목적에 따라 단체가 성질상 수행할 수 있는 소송에 제한되며, 현행법상 소비자단체 등 비영리법인이 수행하게 된다. 대표당사자소송과 달리 단체소송은 단체가 스스로 이익을 추구할 수 있는 소송이 아니라 항상 타인을 위하여 소송을 수행하는 모습을 취하게 되므로 공익소송에 부합하는 모습을 가진다.

단체소송이 공익소송에 이바지하기 위해서는 대표당사자소송과의 관계 설정이 중요하다. 대표당사자소송은 대표당사자가 직접 소송을 통하여 얻는 것이 있기 때문에 기본적으로 사익에 친하다는 점을 고려하면 사익과 공익의 조화를 위해 대표당사자소송과 단체소송이 각자 역할을 할 수 있도록 하여야 한다. 그런데 단체소송에서 단체에게 손해배상청구권을 인정하는 점은 신중해야 한다. 단체에게 어떤 손해가 있는지, 손해배상이 귀속되어야 하는 정당한 근거가 있는지 의문이기 때문이다. 단체는 금지·유지청구권 행사를 기본으로 하되, 손해배상이 필요하다면 개인이 일반 민사소송을 하든 대표당사자소송으로 하든 별도의 손해배상청구를 하도록 하여 단체소송과 대표당사자소송을 병합시키는 방안도 검토해 볼 수 있다.

단체소송의 활성화를 위해서는 체계상 맞지 않는 소송허가 제도를 폐지하고 예방적 금지(또는 중지)청구까지 범위를 확대할 필요

가 있다. 이 점은 다수의 선행연구에서 지적되었던 사항이다. 본 논문에서는 여기서 더 나아가서 단체소송은 분야를 한정하지 않고 단체 고유의 목적에 맞는 분야에서는 위법행위의 금지와 중지를 청구할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 제안하였다.

단체소송은 유럽식 제도로서 단체가 발달하기 시작한 19세기부터 논의가 시작되어 오늘날에 이르고 있다. 독일, 프랑스 같은 유럽 주요국가는 미국식 대표당사자소송 제도에 거부감을 가지고 있었고 제외신고 방식과 같이 직접 소제기하지 않은 자에게 기판력을 미치게 하는 것은 처분권주의에 반한다고 판단하는 것으로 보인다. 그러나 우리나라의 경우 제외신고 방식이 이미 증권관련 집단소송법에 입법화되어 있는데, 소의 제기, 소송물의 특징, 소의 종결에 관하여 당사자에게 기회를 주면 족하다. 따라서 대표당사자가 먼저 소를 제기하고 구성원들은 제외신고를 할 기회를 부여받으면 재판 청구권의 본질적인 내용이 침해되었다고 보기는 어렵다고 생각한다.

단체소송은 소비자 분야, 개인정보 분야 뿐 아니라 보건, 환경, 차별시정 문제 등까지 확대시켜 공익소송에 이바지 하도록 함이 바람직하다. 이를 위해서는 최근 실무상 문제가 되고 있는 소송비용 문제를 입법상 개선할 필요가 있다. 공익소송은 소외되고 힘없는 자들을 위한 소송임에도 소송비용의 패소자 부담원칙을 엄격히 적용한다면 소송의 장애사유로 기능하여 재판청구권 행사에 부담을 느끼는 수준에 이를 수 있다. 그렇게 된다면 이는 국민의 재판청구권의 본질적인 내용을 침해하게 된다. 따라서 공익소송, 특히 단체소송에 있어서는 소송비용의 패소자 부담원칙을 수정할 필요가 있다.

참 고 문 헌

- 김태호·김정환, 『공익소송 제도의 현황과 개선방안』, 사법정책연구원 연구
총서 2016-20, 대법원 사법정책연구원, 2016.
- 김홍엽, 『민사소송법』 제10판, 박영사, 2021.
- 법무부, 『단체소송에 관한 연구』, 법무자료 제94집, 1980.
- 법원행정처, 『소비자단체소송해설』, 2007.
- 이시윤, 『민사소송법』 제15판, 박영사, 2021.
- 이상돈, 『공익소송론』, 세창출판사, 2009.
- 이영무, 『행정구제법』(제2판), 동방문화사, 2021.
- 정동윤·유병현·김경욱, 『민사소송법』(7판), 법문사, 2019.
- 정영환, 『신민사소송법』(개정판), 법문사, 2019.
- 편집대표 민일영, 『주식 민사소송법(II)』, 한국사법행정학회, 2018.
- 김상일·김경태, “증권집단소송제 도입이 감사보수에 미치는 영향”, 회계·
세무와 감사연구 제55권 제1호, 한국공인회계사회, 2013.
- 김경욱, “독일 표본절차에 있어서 절차의 신속 및 간이화를 위한 방안”, 경
영법률 25권 3호, 한국경영법률학회, 2015.
- _____, “집단분쟁해결을 위한 새로운 민사소송제도의 도입에 관한 소고”,
민사소송 제17권 2호, 한국민사소송법학회, 2013.
- 남궁술, “프랑스 소비자법상 집단소송제도에 관한 연구”, 소비자법연구 3
권 2호, 한국소비자법학회, 2017.
- 대한변호사협회, “공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안
에 관한 심포지엄 자료집”, 2018.
- _____, “공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선
모색 토론회 자료집”, 2020.
- _____, “공익소송도 돈이 있어야 하나요? 공익소송 패소비용 제도개선을
위한 입법방안 모색 국회 토론회”, 2021.
- 사법개혁위원회, “국민과 함께하는 사법개혁: 사법개혁위원회 자료집(VII)”,

2005.

- 서종희, “독일의 집단적 피해자 구제를 위한 집단소송제도 도입에 관한 논의”, 소비자법연구 3권 2호, 한국소비자법학회, 2017.
- 서희석, “소비자 단체소송제도의 발전적 확대방안-집단적 소비자피해의 구제를 위한 소송제도의 정비-”, 사법 제53호, 사법발전재단, 2020.
- 오시영, “다수당사자소송의 발전과 전망-이른바 공익소송을 중심으로”, 민사소송 16권 2호, 한국민사소송법학회, 2012.
- 오재창, “공익관련 집단소송제 도입방안-집단소송법 시안에 관한 개요 및 개선방안을 중심으로”, 저스티스 통권 72호, 한국법학원, 2003.
- 왕승혜, “프랑스의 소비자집단소송제도의 입법에 관한 연구”, 소비자법연구 3권 2호, 한국소비자법학회, 2017.
- 이병준, “이동통신서비스계약에 대한 소비자 단체소송과 그 법적 쟁점-서울중앙지방법원 2017. 8. 31. 선고 2015가합27144 판결에 대한 평석-”, 민사법학 제81호, 한국민사법학회, 2017.
- 임선숙, “소비자단체소송”, 민사법연구 14권 1호, 대한민사법학회, 2006.
- 장송청, “집단소송제도에 관한 연구-한국법과 중국법의 비교를 중심으로”, 성균관대학교 박사학위논문, 2009.
- 전병서, “소비자 단체소송에 있어서 단체의 제소권-그 이론적 근거 및 앞으로의 과제”, 법조 58권 12호 통권 639호, 법조협회, 2018.
- 정영환·이명민, “독일의 표본확인소송절차”, 법학연구 31권, 충북대학교 법학연구소, 2020.
- 주영선, “개인정보 보호법상 단체소송제도의 문제점과 개선방안”, 법학논총, 제41권 제1집, 전남대학교법학연구소, 2021.
- 최광선, “집단소송제도의 확대가능성 및 그 전제 조건에 관한 검토”, 사법 제53호, 사법발전재단, 2020.
- _____, “집단소송과 관련된 국회 입법 및 대법원 판례의 동향과 그 시사점”, 민사소송 제23권 제1호, 한국민사소송법학회, 2019.
- 함승완, “증권관련 집단소송의 진행과 관련한 몇 가지 쟁점들”, BFL 제43

- 호, 서울대학교 금융법센터, 2010.
- _____, “증권관련 집단소송의 분배절차와 관련한 몇 가지 쟁점들”, BFL 제54호, 서울대학교 금융법센터, 2012.
- 함영주, “집단소송제의 발전경과와 우리나라 집단소송법의 개선방향에 대한 검토”, 사법 제53호, 사법발전재단, 2020.
- _____, “소비자 단체소송의 법적 성질과 집단분쟁해결 시스템의 구축방향”, 법조 58권 6호 통권 633호, 법조협회, 2009.
- _____, “우리나라의 집단분쟁상황과 집단소송법시안에 대한 고찰-소의 제기과 허가절차에 대하여-”, 안암법학 7권, 안암법학회, 1998.
- _____, “집단분쟁해결을 위한 소송구조 개선방안”, (법무부 연구보고서, 2011).
- 황승흠, “집단분쟁의 법적 처리에 관한 연구-공익법운동과 공익소송 논의를 중심으로-”, 법사회학연구 창간호, 2001.
- HATA Takuya, “Collective Redress in Japan – Status Quo and Future Prospects”, 민사소송 23권 3호, 한국민사소송법학회, 2019.
- Richard D. Freer, CIVIL PROCEDURE, 3rd, Wolters Kluwer, 2012.
- Jack H. Friedenthal·M. Kay Kane·Arthur R. Miller, CIVIL PROCEDURE, 4th, WEST GROUP, 2005.
- ROBERT H. KLONOFF, 『Class Actions and Other Multi-Party Litigation』 4th, in a nutshell, WEST, 2012.
- Daniel MANGUY, “L’ACTION DE GROUPE EN DROIT FRANÇAIS - Après la loi Hamon du 17 mars 2014”, Gazette du Palais, 2014.
- M. PHILIPPE GOSSELIN, MME LAURENCE VICHNIEVSKY, RAPPORT D’INFORMATION - La mission d’information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe -, N° 3085 ASSEMBLEE NATIONALE, 11 juin 2020.
- Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., C.H.Beck, 2011.

鹿野採穂子, “消費者団体によ差止訴訟の根據および要件について”, 立命館法学 292号, 2003.6.

中田邦博・鹿野菜穂子, “消費者法の現代化と集团的權利保護”, 日本評論社, 2016.

横山 淳, “日本版 クラスアクションと金融商品取引法”, 大和總研調査季報, Vol.5. 2012.

<Abstract>

**A Study on the Problems and Improvement Plans
of the Current Association Action System
- Focusing on the Revitalization of Public Interest Litigation -**

CHOI, Kwangsun*

In this article, the Association action introduced in Korea is reviewed. While examining the outline of the system, the actual case of Association action was reviewed through representative example. Based on this, the nature and utilization of the current Association action were discussed. The right to file a Association action is a unique right of a association and is subject to restrictions by law and lawsuit permission of court. Association action is limited to litigation that can be carried out by a association according to the purpose set forth in the articles of association. Unlike Class action, Association action is not litigation in which a association can pursue its own interests, but always takes the form of litigation for others, so it has an appearance that conforms to public interest litigation.

In order to vitalize Association action, it is necessary to abolish the permission of action that is not systematically incompatible and to expand the scope of claims for preventive prohibition (or suspension). In this article, I suggested that it is required to allow the prohibition and suspension of illegal acts to be requested in the field suitable for the purpose of the association without limiting the field of association action.

It is desirable that association action contributes to public interest lawsuits by expanding not only to the consumer and personal information fields, but also to health, environment, and anti-discrimination issues. To this end,

* Chonnam National University, Professor

it is necessary to solve the problem of litigation costs, which has become a problem in practice. Even though public interest litigation is a lawsuit for the marginalized and powerless, if the litigation cost principle of the loser pays is strictly applied, it may lead to a level of burden in exercising the right of access to courts. If this happens, it will infringe on the essential content of the people's right of access to courts. Therefore, in public interest litigation, especially in Association action, it is required to revise the litigation cost principle of the loser pays.

Key Words : Association Action, Class Action, public interest litigation, permission of action, cost of litigation