

집단적 분쟁해결을 위한 독일 단체소송제도 연구

梁 碩 完*

目 次

- I. 문제의 제기
- II. 단체소송(Verbandsklage)의 의의
- III. 단체소송제도와 대표당사자소송(class action)제도의 비교
- IV. 단체소송제도의 종류
- V. 민사법상의 단체소송
- VI. 민사법상 단체소송제도의 법적 성격
 - 1. 민사법상 단체소송의 법적 성격
 - 2. 금지(유지)청구권의 법적 성격
- VII. 민사법상 단체소송의 소송상 취급
 - 1. 처분권주의, 변론주의의 제한가능성
 - 2. 기판력의 주관적 범위
- VIII. 단체소송의 최근의 동향
 - 1. 단체소송제도의 성과와 남용위험성
 - 2. EU 내에서의 의의
- IX. 결론

I. 문제의 제기

현행 우리나라 민사소송법상 집단분쟁에 대한 대처방안으로서는 불완전하기는 하지만, 선정당사자 제도와 임의적소송담당 제도가 있다.

선정당사자 제도는 공동소송으로 제소하거나 제소당하는 복수의 공동소송인이 그 중의 1인을 선정당사자로 선임해서 그가 자기의 이름으로 공동소송인 전원을 위하여 소송하고

* 濟州大學校 法政大學 法學科 教授

그 판결의 효력은 공동소송인 전원에게 미친다는 제도이지만, 이 선정당사자 제도는 공동소송인의 각자가 선정당사자 선임이라는 수권절차를 밟아야 한다. 그로 인하여 첫째, 선정당사자는 선정에 의한 개별적인 수권이 있어야 총원을 위하여 소송수행을 할 수 있게 되므로, 이 제도는 비교적 거액의 피해를 입은 특정다수인의 피해자에게는 활용가능성이 있으나 불특정다수의 소액피해자에게는 이용가능성이 그다지 없다. 둘째, 집단피해자의 일부가 선정당사자 제도를 활용하여 판결을 받았다 해도 선정당사자를 뽑는데 참여하지 않은 다른 피해자에게는 그 효력이 미치지 않게 된다. 셋째, 공동의 이해관계를 갖는 자 중에서 선정하여야 하기 때문에 제3자를 선정당사자로 뽑을 수 없고, 집단적 이익을 보호하기에 적합한 자가 선정당사자로 되어야 한다는 등 자격상 제한이 없으므로 집단소송을 하기 적합한 소비자단체, 환경보호단체를 선정당사자로 내세울 수 없을 뿐만 아니라 선정당사자가 상대방과 공모하여 배신행위를 하는 것을 견제할 장치가 마련되어 있지 않다.¹⁾

임의적소송담당이라 함은 권리주체인 자 본인이 그 의사로 제3자에게 소송수행권을 부여하고, 이에 기하여 제3자가 본인(이른바 소송신탁자)을 위하여 소송수행을 하는 것을 말한다. 임의적소송담당 제도를 무제한하게 인정한다면 변호사대리의 원칙(민사소송법 제80조 제1항 본문)을 잠탈할 염려와 신탁법 제7조의 소송신탁금지의 취지에 저촉될 우려가 있다. 그리하여 법률이 명문으로 이를 인정할 예로는 선정당사자(민사소송법 제49조), 추심위임배서의 피배서인, 금융기관의 연체대출금의 회수위임을 받은 성업공사에 그치고 있다. 그러나, 임의적소송담당을 지나치게 제한할 것이 아니라 변호사대리의 원칙이나 소송신탁의 금지를 회피, 잠탈할 염려가 없고, 또 이를 인정할 합리적 이유가 있을 때에는 임의적소송담당을 확대 허용하는 것이 바람직할 것이다.²⁾

따라서 선정당사자 제도나 임의적소송담당 제도로서는 급격히 고도산업사회로 발전하면서 더욱 가속적으로 거대화하는 소액소비자의 피해나 광범한 지역에 걸치는 다수의 환경공해피해자의 집단분쟁에 대처하기에는 불충분하다. 즉 오늘날 대량생산, 대량소비의 경제패턴아래에서는 대량소액의 피해가 부단히 발생하므로 그 수호되어야 할 이익이 확산되어 있고, 소액이며 집단적인 것(diffuse, fragmented and collective interests)이 특색인데, 개인중심의 분쟁을 대상으로 하는 전통적인 개인주의적 절차법의 법리에 의하여서는 대처하기 어렵다.

그리하여 기업으로부터의 소비자들, 공해로부터의 개인들, 정부의 전횡으로부터의 일반

- 1) 이시윤, "집단소송과 입법론", 부동산법학의 제문제(김기수교수 화갑기념논문집), 1025쪽 이하 ; 정동윤, "미국의 대표당사자소송", 집단소송의 법리, 재판자료 제149집, 52쪽 이하 ; 김홍규, "분쟁의 집단화현상에 대한 대처방안으로서 집단분쟁처리를 위한 특별소송법의 제정에 관하여", 민사재판의 제문제 제7집, 401쪽 ; 구연창, "공해소송과 다수당사자", 다수당사자소송연구, 법무자료 제90집, 193쪽 등 참조
- 2) 정동윤, 민사소송법(제4전정판), 1997, 198쪽 ; 이시윤, 민사소송법(신정3판), 1997, 150쪽 ; 김홍규, 민사소송법(제3판), 1994, 161쪽 ; 방순원, 민사소송법(상), 1987, 173쪽 ; 대법원 1984. 2. 14, 83 다카 1815 판결

시민의 대량소액의 피해를 일괄구제하는 사법적 방안을 모색하기에 이르렀는데, 그 바탕은 우선 전통적인 개인주의적 소송관을 벗어나야 한다는 것이며, 아울러 거대한 정부의 관료조직의 횡포나 월권적 개입을 불러들이지 않으면서 집단이익의 수호를 위하여 효율적인 구제를 지향해야 한다는 데 있다.

불이익을 받은 사람이 다수 발생한 경우에 있어서 민사분쟁의 해결에 관한 집단소송제도로서는 미국법에 있어서의 대표당사자소송(class action)제도³⁾와 독일의 단체소송제도⁴⁾가 우리나라에서도 이미 많이 소개되고 있다. 최근 소비자보호의 요청에 대한 관심이 고조되고, 특히 장차 예정되고 있는 민사소송 관계법의 개정⁵⁾에 즈음하여, 집단소송의 취급에 관한 논의가 이미 시작되고 있는 것⁵⁾등에 비추어 볼 때, 우리나라의 민사소송법에 관하여 커다란 영향을 미치고 있는 독일 민사소송 관계법에 있어서의 단체소송제도에 관하여 특히 검토해 놓는 것도 뜻있는 일이라고 사료된다.

이와 같은 관점에 기하여, 이 논문은 독일법의 단체소송제도를 연구하기 위한 서설로서 단체소송제도의 개요를 파악하기 위하여 여태까지 이루어져 온 논의를 개관하고 검토하는 것을 목적으로 한다. 먼저, 단체소송 제도의 의의 및 단체소송제도와 대표당사자소송(class action)제도와와의 차이, 그리고 단체소송의 종류에 관하여 검토를 하고, 다음으로 민사법상의 단체소송의 개요, 법적 성격 및 문제점 등에 대하여 검토한 후, 마지막으로 우리나라 법제에의 도입 가능성에 관한 실마리를 찾아 보고자 한다.

II. 단체소송(Verbandsklage)제도의 의의

단체소송(Verbandsklage)이라 함은 일정한 자격을 가지는 단체가 소비자분쟁이나 공해 환경분쟁의 영역에서 직접 불이익을 받은 私人을 대신하여 소송을 제기하는 것을 인정하는 제도이다.

본래 민사소송 제도는 민사분쟁을 법적으로 해결하기 위하여 만들어진 제도이다. 그렇지만, 민사소송제도는 누구에게나 모든 분쟁에 관하여 소를 제기할 권리를 부여하고 있지는 않다. 즉 민사분쟁의 당사자로 될 수 없는 자가 소를 제기한 경우까지도 법원이 이에 대하여 심리를 거부할 수 없다고 하는 경우에는 소송의 지연을 초래하고 신속하게 분쟁을

3) 법무부, 미국집단소송의 발전, 법무자료 제91집, 1쪽 이하 ; 법무부, 다수당사자소송연구, 법무자료 제90집, 1쪽 이하 등

4) 법무부, 독일단체소송에 관한 연구, 법무자료 제94집, 1쪽 이하

5) 김홍규, 전제논문, 399쪽 이하 ; 오석락, "환경소송의 현대적 과제", 인권과 정의 1991년 7월호, 10쪽 ; 이시윤, "집단소송에 대한 입법론적 고찰", 인권과 정의 1991년 7월호, 21쪽 ; 우리나라 법무부는 집단소송에 대처하기 위한 가칭 「집단분쟁처리절차법」을 제정하기 위하여 1990년 12월 6일 법무자문위원회 내에 민사특별법 제정 특별분과위원회를 설치한 바 있다.

해결 할 수 없게 만든다. 그렇게 된다면, 법원은 정작 본안판결을 해야 할 필요가 있는 사건에 정력을 집중할 수 없는 결과, 충분한 심리를 거쳐 판단을 할 수 없게 만들어 버릴 것이다. 더욱이 이와 같은 소에 대해서까지도 상대방이 반드시 응소하지 않으면 안된다고 하는 경우에는 원고의 자의적인 소의 제기에 의하여 상대방은 응소의 번거로움에 시달리는 불이익을 당하게 된다.

여기에서, 누구나 민사소송제도를 이용하고자 하는 경우에는 정당한 이익 내지 필요성이 인정돼야 한다는 요청이 생긴다. 그리하여 민사소송법은 법원이 모든 민사분쟁 가운데에서 그 요건을 문체삼아 심리하고, 분쟁을 해결할 기준으로서 본안판결을 내려야 할 가치가 있는 분쟁을 선별해 내는 기준을 마련하였다.

그 기준의 하나는, 민사소송절차가 개시되기 위해서는 일정한 구체적인 권리가 침해되었다는 주장이 전제돼야 한다는 것이다. 이 기준이 소송의 객체에 대한 소의 이익, 즉 협의의 소의 이익이라는 개념으로 집약된다. 또 다른 기준은 소를 제기할 수 있는 자는 원칙적으로 자기가 가지고 있는 권리가 타인에 의하여 침해되었다고 주장하는 자이어야 한다는 것이다. 이 기준은 소송의 주체에 대한 소의 이익, 즉 당사자적격이라는 개념으로 집약되게 된다.

이 가운데, 당사자적격이라 함은 일반적으로 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 구할 수 있는 자격을 말한다.⁶⁾ 구체적으로는 당해 청구를認容하는 판결에 의하여 보호받을 만한 법적 이익의 귀속자⁷⁾가 당사자적격을 가지는 원고, 즉 정당한 원고이고, 청구인용판결을 받음으로써 원고의 법적 이익이 보호되는 관계에 있는 상대방⁸⁾이 당사자적격을 가지는 피고, 즉 정당한 피고가 된다. 당사자적격을 가지지 않는 자가 소를 제기한다고 하더라도 실제심리가 이루어질 수는 없고 각하되게 된다.

그러나, 시대가 바뀌고 경제가 발전함에 따라 민사분쟁의 규모도 질적, 양적 양면에 걸쳐 확대되는 현상이 나타났다. 그 결과, 전술한 당사자적격의 문제를 그대로 적용하는 데는 적합하지 않는 경우가 발생했다. 그 하나의 예로서 이른바 제1차 석유위기에 즈음하여, 일본 山形縣 鶴岡市 및 그 주변의 소비자 합계 163명이 석유연맹 및 원매업자를 상대로 생산조정과 석유가격협정 때문에 부득이 비싼 정유를 구입하지 않을 수 없게 된 것을 이유로 하여, 그로부터 발생한 손해의 배상을 청구한 사건이었다.⁹⁾ 원고측은 석유연맹이 수입원유처리량의 할당을 결정 실시한 것 및 석유원매 12社가 5회에 걸쳐 석유제품의 가격인상협정을 체결 실시한 것을 청구원인으로서 주장하였다.

이 사건의 경우에는 석유가격인상에 의하여 직접 손해를 받았다고 주장하는 소비자 자신에 의하여 소가 제기되고 본안판결이 내려졌기 때문에, 종래의 당사자적격의 이론의 범

6) 정동윤, 전계서, 191쪽 ; 이시윤, 전계서, 145쪽

7) 정동윤, 전계서, 193쪽 ; 이시윤, 전계서, 146쪽

8) Ibid.

9) 日 最判 1989. 12. 8. 民集 43卷 11號 1259面

위에서 처리될 수 있는 문제로서 분쟁이 해결되었다. 그러나 이를 자세히 살펴보면, 이와 같은 손해배상청구의 소가 제기되는 경우는 흔하지 않을 것으로 보인다. 즉 소비자는 석유가격의 인상에 따라 손해를 받는 경우가 있더라도 그 손해액은 비교적 소액에 그치므로 소 제기를 단념하는 수가 많을 것이다.

또한, 다른 분야에 있어서도 예컨대, 보통계약약관에 관한 문제가 있다. 보통계약약관이란 은행거래, 보험계약 등에 있어서 개별적으로 체결되는 계약의 내용을 이를 만한 것으로서 미리 정형적으로 정해지고 있는 조항을 말하지만, 이 보통계약약관의 내용이 부당한 경우에는 약관에 기하여 계약을 체결하지 않으면 안되는 많은 사람들이 손해를 입을 것으로 보인다. 그러나, 이 경우에 있어서도 불이익을 받는 각자의 손해 자체는 비교적 소액인 경우가 많기 때문에 소를 제기하거나 소송을 수행하는 것의 번거로움 등을 예상한다면, 손해를 받은 자가 실제로 소를 제기하여 상대방의 책임을 추궁하는 것은 거의 기대할 수 없을 것이다.

민사소송제도는私人이 침해된 권리 또는 법률관계에 관하여 제기한 소에 대하여 소송을 통하여 구제하여 주는 것을 그 직접적인 기능으로 하고 있지만, 아울러 간접적으로는私人이 제기하는 개개의 소송을 통하여 사법에 있어서의 질서를 유지한다고 하는 기능을 수행하는 것이라고 할 수 있다. 그런데, 손해를 받는 자가 비교적 다수인 데도 불구하고, 각자가 받는 손해액이 비교적 소액인 경우에는 직접손해를 받은 자 자신이 소를 제기하는 것은 실제로는 그다지 많지 않을 것이다.¹⁰⁾ 또한 거래를 하는 자끼리 알고 있는 경우라든가, 동일한 입장에 있는 자인 경우에는 그 사이에 분쟁이 일어난 경우에도 소를 제기하여 소송절차에 의한 구제를 바라는 것에는 저항을 느끼게 되므로 그러한 수단을 취하기를 주저하는 경우가 실제상 많을 것으로 보인다. 즉 개별적 소 제기에 의하여서는 소송에 드는 노력, 시간, 비용면에서 감당할 수 없으며 막강한 가해기업이나 단체 앞에서 무력하여 대결이 안된다. 그 결과로서 위법한 상태는 시정되지 않은 채 방치되고, 소송에 의하여 사법 질서, 즉 부당한 법적 상태가 시정될 기회는 보장되지 않게 돼 버린다. 가령 어느 피해자 한 개인이 승소판결을 받았다 하더라도 나머지 피해자들의 문제는 해결되지 않은 채 그대로 남는다는 것이다. 이는 또한 장래 동일한 원인에 기하여 손해를 받는 자가 다수 나타날 위험이 제거되지 않는 결과를 초래한다.

그리하여 독일법은 이상과 같은 피해를 없애기 위하여 일정한 경우에는 손해를 받은, 또는 받을 우려가 있는 개인과는 별개인 다른 단체에 대하여 소송을 수행할 자격을 부여하였다. 이것이 단체소송, 즉 Verbandsklage라고 불리는 제도이다. 이 독일법의 단체소송제도는 私法, 특히 경제법의 영역에 있어서는 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 및 보통계약약관법(Gesetz zur Regelung des Rechts der

10) 정규상, "현저한 소액다수피해자의 법적 구제방법에 관한 연구", 재산법연구 제8권 제1호, 79쪽 이하 참조; 권오승, "소비자보호와 단체소송", 인권과 정의 1991년 7월호, 28쪽 이하 참조

Allgemeinen Geschäftsbedingungen) 등에서 명문으로 인정되고 있다.¹¹⁾ 또한 공법의 영역에 있어서는 자연보호, 환경보호의 요청 등에서 최근 단체소송제도의 도입에 관한 논의가 활발하게 이루어져,¹²⁾ 1991년 1월 1일부터는 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz)이 마련되고 있다.¹³⁾ 독일에 있어서 이와 같이 경제법의 영역에서 단체소송이 법제화되게 된 것은 그 나라에서 일찍부터 동업자단체(Gilde)가 결성되어 법의 보호를 받아 온 전통에 기인한다고 볼 수 있다. 아울러 그들 단체에 의한 사회적·경제적 질서형성의 기능이 중시되고 있는 징표이기도 하다.¹⁴⁾

Ⅲ. 단체소송제도와 대표당사자소송(class action)제도의 비교

미국법의 대표당사자소송(class action)제도란 공통의 소송원인을 가지는 class, 즉 다수의 권리자의 집단을 위하여 class member의 1인 또는 수인이 대표자가 되어 소를 제기하고 그 판결의 효력이 승소, 패소에 불구하고 class member 전원에게 미친다고 하는 제도이다.¹⁵⁾

class action제도도 다수의 자가 손해를 받기는 하지만, 그 손해액이 비교적 소액인 경우에 있어서의 분쟁해결 수단의 하나라는 점에서 독일의 단체소송제도와 같은 성질을 띠고 있으나, class action제도와 단체소송제도와는 다음과 같은 몇가지 점에서 차이가 있다.¹⁶⁾

첫째로, class action제도에 있어서는 대표당사자로서 소를 제기하는 것은 손해를 받거나 손해를 받을 우려가 있는 다수의 자 가운데 1인이다. 즉 소를 제기하는 대표자 자신도 손해를 받던가, 또는 받을 우려가 있을 것을 필요로 한다. 이에 대하여, 단체소송제도에

11) Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971, S. 7f ; Skouris, JuS 1982, S. 102

12) Bender, Die Verwaltungsklage, DVBl, 1977, S. 170f ; Bettermann, Die Grenzen der Grundrechte, 2. Aufl., 1976, S. 27

13) 오석락, 독일환경책임법의 연구, 1993, 1쪽 이하 ; Rapsch, Konfliktbewältigung mit verfassungswidrigen Mitteln? Wasserverbandliches Schiedswesen zwischen Wunsch und Realität, NVwZ 1993, 534ff.

14) Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in : von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1985, S. 285f.

15) 송상현, "미국 Class Action 소고", 서울대 법학 제21권 제1호, 1980, 103~114쪽 ; 이재후, "미국의 집단소송과 시민소송", 법무부 법무자문위원회 논설집 제4집, 1980, 278쪽 이하 ; James, Hazard & Leubsdorf, Civil Procedure, 4th ed., 1992, § 10, 20ff. 참조

16) Vgl. Harald Koch, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme, Frankfurt a. M. 1976. ; 河村好彦, 團體訴訟制度研究序說, 法學研究 65卷 9號, 62~63面

있어서는 소를 제기하는 것은 단체 자신이고, 단체는 손해를 받은 자의 대표자로서 소송을 수행하는 것이 아니라, 손해를 받은 자와는 별개 독립의 주체로서 소송을 수행할 자격을 가진다. 또한 손해에 관해서도, 단체 자신이 손해를 받을 필요가 반드시 있어야 하는 것은 아니다. 따라서 미국에서는 개인이 중심이 되어 개인의 이익실현을 주된 목적으로 하는 집단소송이 발달하였는데 반하여, 독일에서는 단체가 중심이 되어 공공의 이익실현을 주된 목적으로 하는 단체소송이 발달하였다.¹⁷⁾

둘째로, class action제도에 있어서는 손해를 받은 자들 중에서 일정한 방법에 의하여 대표당사자가 선출될 수 있다면 좋다. 그리고 대표당사자에 의하여 대표되는 class는 그 구성원의 하나하나에 이르기까지 특정되어 있을 필요는 없고 전원의 범위가 명확히 확정되어 있으면 된다.¹⁸⁾ 즉 손해를 받은 다수자가 하나의 단체로서 조직될 필요는 없다. 또한 대표자는 다른 member로부터 대리권을 수여받을 필요도 없다. 이에 대하여, 단체소송의 경우에는 소를 제기할 자격이 있다고 인정되는 단체는 하나의 단체로서 조직되지 않으면 안되고, 특히 그 단체는 권리능력이 있을 것을 요한다. 아울러 그 단체는 단체로서 사회적 활동을 하고 있을 것을 필요로 한다.

셋째로, class action제도는 주로 현실로 불이익을 받은 다수의 자에게 발생한 손해에 대하여, 그 배상을 청구하는 등의 방법으로 다수자를 사후적으로 구제하는 것에 중점을 두고 있다고 할 수 있다. 이에 대하여, 단체소송제도는 보다 일반적인 공익에 관한 요청으로부터 손해가 구체적으로 발생하던가, 특히 발생하기 이전의 단계에서 나타나는 추상적인 위험에 대하여 그 금지를 청구하는 등의 방법으로 다수자를 사전에 구제하는 것에 중점을 두고 있다고 할 수 있다. 예컨대, 부당한 보통계약약관이 작성되고 제시되었다고 하는 것 자체로부터 나타나는 계약당사자 이외의 일반인에 관한, 보다 추상적인 위험을 금지한다고 하는 방법으로 사전에 제거하는 것을 주된 목적으로 한다.

넷째로, class action제도에 있어서는 제소된 사건에 대한 판결의 효력은 그 소송의 당사자가 승소한 경우뿐만 아니라 패소한 경우에 있어서도 이해관계인에게 미친다. 또한, 그 판결의 효력은 실제로 소를 제기한 자뿐만 아니라 그 class에 속하는 자 전원에게 미친다. 즉 어떤 자가 소 제기 사실을 알지 못하는 경우라 하더라도 그가 class에 속하고 있다고 인정되는 경우에는 그에 대해서도 판결의 효력은 미치게 된다. 이에 대하여 단체소송제도에 있어서는 이 판결의 효력의 주관적 범위에 관한 문제는 판결의 효력을 편면적으로 확장한다고 하는 기술에 의하여 처리되고 있다. 이 점에 관해서는 후술한다.

이와 같이 동일한 다수의 이해관계인에 관한 분쟁의 해결을 목적으로 하는 소송제도라 하더라도 독일의 단체소송제도와 미국의 class action제도와는 많은 차이점이

17) 심종언, "다수피해자의 집단적 구제를 위한 소송에 관한 연구", 전남대 대학원 박사학위논문, 1982, 95~97쪽

18) 예컨대, 일정한 기간내에 피고회사의 승용차를 구입한 자라는 정도로 한정하더라도 무방하다. - 정동윤, "미국의 대표당사자소송 - 그 운용실태와 도입상의 문제점", 법무자료 제149집, 67쪽

있다. 즉 class action제도는 개인주의적 법문화 내지 사법부 중심의 법문화의 소산으로서 집단적 분쟁처리에 있어서도 어디까지나 분쟁에 대한 개인적 이해관계가 있는 자가 주동이 되어 그가 대표당사자가 되어서 집단분쟁을 통하여 이미 발생한 개개인의 피해의 사후구제인 손해배상청구를 효과적으로 처리하는 절차로서 발전시킨 제도이다. 그리고 단체소송제도는 단체주도형 법문화 내지 입법부중심의 법문화의 소산으로 부정경쟁행위의 방지나 무효인 약관의 사용중지 등 다수자에게 피해를 발생시키는 위법행위의 금지(유지)나 사전예방을 효과적으로 처리하는 절차로서 발전시켰다.¹⁹⁾

또한, 독일에 있어서도 미국의 class action제도가 소개되고 있음은 물론이고,²⁰⁾ 독일에서 집단소송제도를 창설할 당시에도 class action제도의 도입이 적극적으로 논의되었으나²¹⁾ 결국 그 도입이 부정되었다고 하는 것²²⁾으로부터도 양쪽 제도의 간극(間隙)을 엿볼 수 있다. 단체소송의 제도는 독일 외에 프랑스, 덴마크, 이스라엘, 네델란드, 스웨덴, 폴투갈, 이스라엘, 그리고 러시아와 폴란드 등 사회주의국가에서도 인정되고 있다.²³⁾

IV. 단체소송제도의 종류

먼저, 단체소송(Verbandsklage)에 있어서의 단체(Verband)가 무엇을 뜻하는가. 단체란 보통 다수인이 장기간에 걸쳐 공통의 목적을 위해 결합하고 하나의 조직된 의사에 따르는 집단이라고 할 수 있는데, 그러한 의미에서 헌법상의 집회·결사의 자유에서 말하는 結社(Verein)와 같은 의미로 풀이될 수 있다.²⁴⁾

단체소송 제도는 크게 두가지로 나누어진다. 하나는 민사법상의 단체소송이고, 다른 하나는 공법상의 단체소송이다.

공법상의 단체소송은 공법상의 처분을 대상으로 한다. 이것이 문제로 되는 영역은 다수에 걸치고 있다. 예컨대, 비행장이나 장거리도로 등 대규모 시설의 설치허가와 관련된 행

19) 정규상, "미국의 소비자 Class Action과 독일의 Verbandsklage에 관하여 -독일에 있어서의 도입 및 논의를 중심으로-", 법무자료 제149집, 98쪽 참조

20) 미국의 class action에 대하여는 「역사상 사회적으로 가장 유용한 구제수단의 하나」라는 긍정적인 평가(Pomerantz, New Developments in Class Actions -Has Their Death Knell Been Sounded?, 25 Bus. Law, 1259 (1970))와 함께 「합법적인 공갈수단」이라는 부정적인 평가(Handler, The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Anti-Trust Suits, 17 Colum. L. Rev. 1, 9 (1971))가 내려지고 있다.

21) Fricke, GRUR 1976, S. 684

22) Vgl. 2. Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium der Justiz, März, 1975

23) Vgl. Wlodyka, Verbandsklage im Zivilprozess der Osteuropa-händer, ZJP 96, 25(1983)

24) Faber, Die Verbandsklage im Verwaltungsklage, 1972, S. 2 ; Skouris, Über die Verbandsklage im Verwaltungsklage, JuS 1982, S. 101

정처분, 또는 산림법이나 수산업법과 같은 영역에 있어서의 행정처분 등을 들 수 있다.

공법상의 단체소송이라는 개념은 또 2가지 종류로 세분되고 있다.²⁵⁾ 하나는 利己的團體訴訟(egoistische Verbandsklage)이라 불리는 제도이다. 공법상의 처분에 의하여 직접 불이익을 받은 자가 실제로 존재하는 경우에는 그가 개별적으로 직접 소를 제기할 수 있는 것은 물론이다. 그러나, 개별적인 소에 갈음하여 그와 같은 자를 구성원으로 하는 단체가 각자의 권리를 한데 모아 소를 제기하는 경우도 상정할 수 있는데, 이를 이기적단체소송이라 한다. 예컨대, 고속도로건설 허가가 난 경우에, 이에 대하여 인근 주민이 소음공해를 이유로 건설허가취소청구를 구하는 경우를 들 수 있다. 이 경우에 인근 주민은 자기에게 불이익이 발생하고 있다고 주장하고 있으므로, 각자가 건설허가의 취소청구를 구하는 것은 종래의 당사자적격에 관한 논의를 전제로 한다고 하더라도, 자기가 가지는 당사자적격으로서 당연히 인정되는 것이다. 이와 함께, 이들 주민을 구성원으로 하는 단체가 주민에 갈음하여 소를 제기할 수 있게 하는 것이 이기적단체소송제도이다.

여기서, 경제법 영역에서는 물론 공법으로서의 행정법 영역에서도 그들 단체가 단체구성원의 집단적 이익을 보호하기 위하여 단체의 이름으로 소송을 제기할 수 있는가 하는 점이 문제가 된다. 이를 긍정하는 견해는 결사의 자유에 관한 기본권 규정을 들고 있다.²⁶⁾ 그러나, 독일에서는 현재 이를 직접 인정하는 규정은 없다. 또한, 이와 같은 규정을 명문으로 두는 것에 관해서도 반대론이 우세하다.²⁷⁾ 그 이유는, 이와 같은 경우에는 각 개인에게 소를 제기할 자격을 인정한다면 그것으로 충분하다고 하고, 각 개인에 의하여 소를 제기하는 것이 각자의 경제적 이유 등에 의하여 곤란한 경우에는 소송구조 등 다른 제도에 의하여 그 경제적 부담을 덜어 준다면 족하고, 이를 논거로 하여 단체소송을 인정할 필요는 없다는 데 있다. 판례 역시 실정법상의 근거가 결여되었다는 이유로 직능단체의 단체소송에서의 원고적격을 부인한 바 있다.²⁸⁾

공법상의 단체소송의 다른 하나의 종류로는 利他的團體訴訟(sog. "ideelle" Verbandsklage oder altruistische Verbandsklage)이라 불리는 제도이다. 이는 공법상의 처분이 있는 경우에, 단체의 구성원이 공법상의 처분에 의하여 직접 불이익을 받지 않는 경우라 하더라도, 특정한 단체에 그 공법상의 처분에 대한 불복의 소를 제기할 자격을 인정하는 데 있다. 예컨대, 특정한 지역에 결성되었던 원자력발전소의 건설에 반대하는 환경보호단체가 다른 지역에 건설되고 있는 원자력발전소의 건설이 그 주변환경을 파괴한다는 것을 이유로 하여 건설불허가처분의 소를 제기할 수 있는 경우를 말한다. 이와 같은

25) 김남진, 공익소송으로서의 다수당사자소송, 법무부 법무자료 제90집, 31쪽 이하

26) Faber, a.a.O., S. 49f.

27) Bettermann, AöR Bd. 99 (1974), S. 501f. ; Scholz, in : Maunz/Dürig, GG, 5. Aufl., 1980, Art. 9 Rdn. 43f.

28) DVBl. 1958, S. 391 ; BVerwGE 54, 211(219f) ; BVerwG, NJW 1980, S. 1911 = DÖV 1980, S. 649

소송제도를 인정하는 경우에는, 그 단체는 행정의 적법성에 대하여 행정을 감시하는 자의 입장에 서게 된다.²⁹⁾

공법상의 이타적인 단체소송제도를 인정할 것인가의 여부에 관하여는 환경보호운동 및 자연보호운동이 활성화됨에 따라 최근 활발하게 논의되고 있다.³⁰⁾ 이타적단체소송을 긍정 하는 견해는 행정에 있어서의 집행상의 欠缺(Vollzugsdefizit)을 논거로 한다. 여기에서 집행상의 흠결이라 함은 특히 환경법 분야에서 관계규범의 집행이 불충분하게 집행 또는 통용되고 있음을 뜻하며, 따라서 그러한 결함을 단체소송을 통하여 제거할 필요가 있다는 것이다.³¹⁾ 즉 행정청은 갖가지 이유에 기하여 본래 집행해야 할 법규를 집행하지 않는 경우가 많은 이상, 행정청을 감시해야 할 역할로서 단체가 기능해야 한다는 데 있다. 그러나, 이와 같은 긍정적인 견해에 대하여는 과연 어떠한 자격을 가지는 단체에 소 제기의 자격을 부여할 것인가가 불명확하다는 점과 함께, 사법권은 본래 국민 개개인의 권리 보호와 분쟁 해결을 목적으로 하는 바, 단체에 이같은 소 제기의 자격을 인정하는 것은 사법권의 범위를 넘어 행정권에 대한 부당한 간섭이 된다는 견해도 강하게 제기되고 있다.³²⁾ 즉 집행상의 흠결을 제거, 보정함에 있어서 과연 단체소송이 적합한가에 대한 懷疑가 나타나고 있다. 집행상의 흠결을 보정함에 있어서는 사법적, 재판적 통제 보다는 행정적 통제, 행정절차의 정비 등이 보다 유효하지 않겠는가 하는 것이다. 전술한 이기적단체소송이 다수설 및 판례에 의하여 받아들여지지 않는다고 할 때, 이타적단체소송이 거부반응을 일으키고 있음은 어렵지 않게 짐작된다. 판결례로서는 1969년 10월 23일의 Lüneburg 上級行政法院의 결정에서 드러나고 있다. 사안은 지방자치단체의 조례로 정한 건축상세계획에 대하여 자연보호단체 2군데가 행정법원법 제47조가 정한 규범통제절차에 따라 그 무효확인을 청구한 사건인데, 자연보호단체 등에는 그 무효확인소송을 제기할 수 있는 자격이 인정될 수 없다는 것이다.³³⁾

이타적단체소송의 法典化에 관하여는 연방법 차원에서는 찾아볼 수 없다. 다만, 1976년의 정부宣明(Regierungserklärung)에 있어서는 일정한 단체에 대한 소 제기권을 인정

29) 단체소송을 이기적 단체소송과 이타적 단체소송으로 나눈은 독일에서의 일반적 경향이라 할 수 있다. Vgl. Skouris, Verletztenklagen und Interessenklagen im Verwaltungsklagen, 1979, S. 217f. ; ders., JuS a.a.O., S. 101 ; Pietzner/Ronellenfitsch, Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozess, 6. Aufl., 1987, S. 105f.

30) 김남진, 전개논문, 29쪽 이하

31) Reh binder, Grundfragen des Umweltrechts, ZRP 1970, S. 250ff. ; ders., ZRP 1976, S. 157f. ; 宮崎良夫, 行政訴訟の法理論, 1984, 57面 以下

32) Weyreuther, Verwaltungskontrolle durch Verbände ?—Argumente gegen die Verwaltungsgerichtliche Verbandsklage im Umweltrechts, 1975 ; Ule/Laubinger, Gutachten B zum 52. DJT, 1978, S. 99ff. ; Skouris, JuS a.a.O., S. 103f. ; Breuer, Wirksamer Umweltschutz durch Reform des Verwaltungsverfahrens — und Verwaltungsprozessrecht ? NJW 1978, S. 1558f.

33) NJW 1970, S. 773 ; VGH Mannheim, NJW 1980, S. 1811

하는 것이 적당한가 아닌가를 고려할 필요가 있다는 구절이 포함되어 있다.³⁴⁾ 즉 자연경관보호의 영역에 있어서의 단체소송(행정소송)은 1976년에 입법된 연방 자연경관보호법(Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege)에서는 채용되지 않고, 그 후 1984년의 개정작업에서도 연방법으로서의 도입은 실현되지 않았다.

그러나, 州法 차원에서는 이타적 단체소송제도의 도입이 활발하게 이루어지고 있다. 州法을 본다면, Bremen(1979년, § 44 BremNatSchG), Hessen(1980년, § 36 HeNatG), Hamburg(1981년, § 41 HmbNatSchG), Berlin(1983년, § 39a NatSchGBln), Saarland(1987년, § 33b SNG) 등 5개 주에 이어, 통독 후 1990년을 전후하여서는 Brandenburg(§ 65 BbgNatSchG), Sachsen(§ 58 SächsNatSchG), Sachsen-Anhalt(§ 52 NatSchG LSA), Thüringen(§ 46 VorThürNatG, 但 잠정법) 등 4개 주를 합하여 모두 9개 주에서 도입되고 있다.³⁵⁾ 이 가운데, Brandenburg와 Sachsen 주에서는 단체소송에 있어서의 자연보호단체의 소 제기권을 이미 기본법(헌법) 차원으로 보장되고 있다(Art. 39 Verfassung des Landes Brandenburg, Art. 10 Verfassung des Freistaates Sachsen).

단체소송을 도입한 주법은 세부적으로 다르긴 하지만, 연방 또는 주의 자연경관보호법이나 이에 기한 법령에 위반한 행정처분을 취소하고, 적합한 행정처분의 의무이행을 구하는 소송에 대하여, 연방자연경관보호법 제29조에 따라 인가된 자연보호단체에 단체가 자기의 권리를 침해당하는 것을 요건으로 하지 않고도,³⁶⁾ 소 제기권을 인정하고 있다. 연방 자연경관보호법 제29조는 동법에 기한 금지의 해제처분, 사업안의 계획확정 등의 행정절차에 있어서 자연보호단체에 참가권, 구체적으로는 의견을 진술하고 관계 전문가의 감정서를 열람할 권리를 부여하는 전제요건으로서 단체의 인가에 관한 것을 규정한 것이다. 소 제기권의 요건으로서의 단체의 인가는 원칙적으로 각 주에 맡겨지고 있지만, 복수의 주에 걸친 내용의 연방 계획 및 조치에 관한 행정절차와의 관계에서는, 인가는 연방의 환경·자연보호·원자력安全省에 의하여 이루어진다(동조 제4항).

이와 같이, 여기서의 단체소송은 사전 행정절차에의 단체의 참가를 전제로 하여, 거기서 자기의 의견이 받아들여지지 않은 단체에 의한 불복신청절차라는 성격을 띠고 있다. 이를 위해 단체가 행정절차에서 참가권을 행사하는 것을 소 제기의 요건으로 규정하고 있는 주도 있다(Hamburg, Saarland, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Thüringen). 이들 규정 중 가장 주목할 만한 점은 同法에 정해져 있는 단체소송을 제기함에 있어서 반드시 「권리의 침해」를 요하지 않는 점이다. 결국 이들 단체소송은 객관소송으로서의 성격을 가지는 것이라고 할 수 있다.³⁷⁾

34) Skouris, JuS 1982, S. 103

35) Bizer/Ormund/Riedel, Die Verbandsklage im Naturschutzrecht, Blottner, 1990, S. 1ff.

36) Hessen 주 이외는 명문으로 규정하고 있다. 그러나, 이들의 주법은, 아울러, 위법한 행정처분 등이 단체의 정관상 임무영역에 영향을 미치는 경우에 한정하고 있다.

이에 대하여, 민사법상 인정되는 권리에 관하여 불이익을 받거나 받을 우려가 있는 개인과는 별개의 단체에 대하여 소 제기 자격을 부여하는 제도가 민사법상의 단체소송 제도이다. 이하에서는 민사법상의 단체소송 제도에 범위를 한정하여 검토를 하고자 한다.

V. 민사법상의 단체소송

일반적으로 어떤 침해행위가 행하여졌거나 행하여질 우려가 있는 경우에, 이에 대한 민사법적 구제조치로서는 침해행위가 행하여질 우려가 있는 경우에는 이를 사전에 금지(유지)하게 하는 방법 및 침해행위가 실제로 행하여진 후에 그로부터 발생한 손해의 배상을 사후적으로 청구하는 방법 등 2가지가 있다. 민사법상의 단체소송이라 함은 일정한 자격을 가지는 단체가 소비자분쟁이나 공해 환경분쟁의 영역에서 직접 불이익을 받은 개인을 대신하여 소송을 제기하는 것을 인정하는 제도이다. 단체소송을 할 수 있는 단체는 원칙적으로 공익을 위한 단체로서 그 목적을 적절하게 수행할 수 있는 능력을 갖춘 것이어야 한다. 독일법에서 단체소송을 할 수 있는 단체에는 2가지가 있다.

하나는 법률의 규정에 의하여 단체소송을 할 수 있는 당사자적격이 인정된 경우이다. 독일법은 이미 1896년의 부정경쟁방지법(Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs) 제1조에서 부정한 선전행위를 행한 영업자를 상대로 하여, 동업자단체가 그 부정경쟁행위의 부작위청구소송을 제기할 수 있는 권능을 인정하고 있었다. 그리고 그러한 전통은 현재의 각종 경제법규에 이어지고 있다. 즉 현행의 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 제13조, 보통계약약관법(Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen) 제13조, 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 제35조, 경품법(Zugabeverordnung) 제2조, 할인법(Rabattgesetz) 제12조, 수공업법(Handwerksordnung) 제8조 등이 동업자단체에 대하여 구성원의 집단적이익을 보호하기 위한 소 제기 자격을 인정하고 있으며, 부정경쟁방지법 제13조 및 보통계약약관법 제13조 등은 부정경쟁 등 부정한 행위를 방지하는 것을 목적으로 자유경쟁의 촉진 및 소비자의 보호라고 하는 공익을 도모하기 위하여 소비자단체에 위법행위의 금지청구를 할 수 있게 하는 소송수행의 자격을 인정하고 있다.³⁷⁾

먼저, 부정경쟁방지법 제13조의 규정을 살펴 본다. 그 제1항은 「제4조(형법상 범죄로

37) 김남진, 전제논문, 43쪽

38) Urbanczyk, zur Verbandsklage im Zivilprozess, Diss. Erlangen-Nürnberg, 1981, S. 8f.
: Gilles, prozessrechtliche probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht ZZP 98, 1 (1985)

될 수 있는 광고), 제6조(파산자의 재산을 빼돌려 이를 매각하는 내용의 광고), 제6조의 c(사기적인 광고, 특정한 자에게만 유리하다고 생각될 우려가 있는 광고) 및 제12조(부정한 이익의 공여에 관한 규정)의 규정에 위반한 자에 대하여는 그 행위의 금지를 청구할 수 있다」고 하여, 부정한 광고에 대하여 금지청구를 할 수 있는 취지를 규정하고 있다.

제2항은 「제1조, 제3조, 제4조, 제6조에서 제6조의 e, 제7조 및 제8조의 경우에는 다음 각호에 정하는 자는 금지청구를 할 수 있다」고 한 다음, 제1호에서 제4호에 걸쳐 금지청구에 대한 소 제기권자를 규정하고 있다. 제1호는 「동일 또는 동종의 상품을 취급하는 경쟁자」를 규정하고 있다. 제2호는 「영업상 이익을 진흥하기 위한 권리능력을 갖는 단체」를 규정하고 있다. 이 단체는 경제단체(Wirtschaftsverband)를 말한다. 예컨대, 변호사협회, 부정경쟁방지회 등이다.³⁹⁾ 제3호는 「소비자이익을 계몽과 조언을 통하여 확보한다고 하는 취지가 정관에 목적으로서 기재되고 있는 권리능력있는 단체」를 규정하고 있다. 이 단체는 소비자단체(Verbraucherverband)라고 불린다.⁴⁰⁾ 제4호는 「상공회의소 또는 수공업회의소」이다.

또한, 보통계약약관법 제13조도 거의 같은 규정을 두고 있다. 즉, 보통계약약관법 제13조 제1항은 「제9조 내지 제11조에 의하여 무효가 되는 보통계약약관의 조항을 사용하거나 그 조항을 거래를 행하기 위하여 원용 또는 권유한 자에 대하여는 제2항 각호에 정하는 자가 그 행위의 금지를 청구할 수 있다」고 하고 있다. 그리하여 제2항에서는 이를 받아, 제1호는 「소비자의 이익을 계몽과 조언을 통하여 확보한다고 하는 취지가 정관에 목적으로 기재되고 있는 권리능력있는 단체로서, 그 직무에 관한 영역에 종사하고 있거나, 또는 구성원이 적어도 75인인 단체」를 규정하고 있다. 제2호는 「영업상의 이익을 진흥하기 위한 권리능력을 가진 단체」이다. 제3호는 「상공회의소 또는 수공업회의소」이다. 그 내용을 살펴 보면, 제1호에 있어서 이른바 소비자단체의 최저구성원의 수가 법정되고 있는 점이 다른 것 외에는, 보통계약약관법에 있어서도 부정경쟁방지법과 마찬가지로 규정되고 있다. 여기서, 보통계약약관법 제9조란 신의칙에 반하여 계약의 상대방을 부당하게 대우하는 보통계약약관은 무효로 한다는 취지의 일반조항이다. 제10조란 약관의 사용자가 청약에 대한 승낙이나 거절, 또는 급부의 제공에 대하여 부당하게 장기에 걸친 기간이나 부당하게 불확정한 기간을 유보한 경우 등에 있어서, 경우에 따라서는 그 조항이 무효가 될 수 있다는 취지의 규정이다. 제11조는 계약을 체결한 후 4월 이내에 인도되거나 제공될 예정인 상품 또는 급부에 대하여 대가의 인상을 예정하는 조항은 즉시 무효가 된다는 것 등에 관한 규정이다.

특히, 경쟁제한금지법 제35조는 그 제1항에서 「고의나 과실로 이 법률 또는 이 법률에 기한 Kartell局이나 항고법원에 의하여 행한 처분에 위반하는 자는 그 규정 또는 처분이 타인의 보호를 목적으로 하는 한, 그 위반으로 발생한 손해를 배상할 의무를 진다」고 하

39) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 15. Aufl., Art. 13, Rdn. 30f.

40) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 13, Rdn. 34ff.

고 있다. 아울러, 제3항에서 「영업상 이익의 진흥을 위한 단체는 그 단체가 민사상의 분쟁에 관하여 소를 제기할 수 있는 경우에는 제1항의 경우에 있어서 금지청구를 할 수 없다」고 하여, 영업상 이익의 진흥을 도모할 단체에 대해서만 소를 제기할 권리를 부여하고 있다.

이와 같은 위법행위가 행해지려고 하고 있는 경우에는 이들 단체는 그 구성원 또는 단체 자신이 손해를 받을 우려가 있는가 여부에 관계없이 모든 자의 이익을 위하여 소를 제기하는 것이 인정되고 있다.

다른 하나는 이와 같은 단체에 의한 금지소송에 관하여 명문의 규정이 없는 경우에 있어서도 명시적인 규정 유무에 관계없이, 이들 규정이 다른 영역에도 유추적용될 수 있는가? 이 문제에 대하여는 긍정적인 견해와 부정적인 견해가 대립하고 있다.

이에 대한 긍정적인 견해는 단체소송은 개인의 이익을 초월하여 집단의 이익을 주장하는 것을 목적으로 하는 것이므로 집단의 이익이 유지될 필요가 있다고 인정되는 경우에는 광의의 단체소송의 규정을 유추하여 단체소송을 인정할 수 있다고 한다.⁴¹⁾ 즉 법규의 규정에 의하지 않고 단체의 구성원이 그 소속단체에게 자기의 소송수행권을 임의적으로 부여함으로써 그 단체가 단체의 이름으로 소송수행권을 가지는 경우이다. 이른바 任意的소송담당의 하나이다. 이것은 구성원의 소송신탁에 의한 소송수행이 단체자신의 법률적 이익과 합치되는 경우에만 인정된다. 독일 판례는 釀造業組合이 고물상을 상대로 하여 조합원을 위하여 조합원소유의 맥주병의 소유권을 주장하는 것을 허용하였고,⁴²⁾ 변호사협회가 법률상담납용금지법에 위반되는 사례가 있는 경우에 소속변호사를 위하여 협회의 이름으로 금지청구권을 행사할 수 있다고 한다.⁴³⁾

그러나, 부정적인 견해는 집단의 이익이라고 하는 개념은 불명확하다는 것을 이유로 하여 이에 반대하고 있으며, 법에 명문이 있는 경우에 한하여 단체소송은 인정돼야 하는 것으로 풀이할 수 있다고 한다.⁴⁴⁾

다음으로, 일정한 위법행위가 행해진 경우에 있어서 사후적인 구제조치로서의 손해배상 청구에 관해서는 단체소송 제도는 어떻게 취급되고 있는가. 사후적인 구제조치로서 행해진 손해배상청구에 관하여 독일법에는 명문의 규정이 없다. 그러나, 단체는 단체 자신이 손해를 받은 경우에는 당연히 소를 제기할 수 있다. 또한 정관에서 인정되고 있는 경우에는 구성원의 승인에 기하여 행하여진 任意的소송담당도 인정된다고 일반적으로 풀이되고 있다.⁴⁵⁾

이에 대하여, 단체에 법률상 당연히 당사자적격을 인정하는 法定소송담당⁴⁶⁾을 긍정하게

41) Manfred Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, S. 19ff.

42) BGH, ZJP 69, 30

43) BGH 15, 315 ; BGH, NJW 1956, 591 ; BGH 48, 12

44) Bettermann, ZJP 85, S. 133ff.

45) Vgl. Fricke, GRUR 1976, S. 680ff. ; BGH MDR 1956 S. 154

46) 현행법상 인정되는 法定소송담당에는 담당자를 위한 법정소송담당과 被擔當者(권리의무의 귀속

된다면 손해를 받은 자 자신이 소를 제기할 수 없게 된다. 그렇게 되면, 그들이 가지고 있는 소를 제기할 권리가 상실돼 버리는 결과, 독일법에 있어서는 헌법상 재판을 받을 권리로부터의 요청으로서 중시되고 있는 審問請求權의 보장이 이루어지지 않게 돼 버리기 때문에 법정소송담당을 인정하지 않는 견해도 있다.⁴⁷⁾

VI. 민사법상 단체소송제도의 법적 성격

1. 민사법상 단체소송의 법적 성격

단체소송은 일정한 법인격을 가지는 단체에 당사자적격을 부여하는 것이므로 형식상으로는 단일한 법인이 당사자로 되어 있지만, 당사자는 다수인으로 구성되는 단체이기 때문에 집단소송으로서의 성격을 가진다. 이는 단체가 개인의 소송수행을 배후 내지 측면에서 지원하거나 원조하는 것에 그치는 訴訟扶助와는 구별된다.⁴⁸⁾ 다만 단체에 실체법상의 권리와는 분리된 소송법상의 소 제기권을 부여하는 것만으로는 부족하고 한걸음 더 나아가 적극적인 訴訟救助의 부여가 요청된다.⁴⁹⁾

그런데, 이 경우에 단체가 그 구성원인 타인의 권리에 관하여 당사자적격을 가지는가, 즉 이것이 제3자의 소송담당의 하나인가에 관하여는 견해가 갈린다. 통설은 단체소송이 단체자신에게 부여된 실체법상의 청구권을 행사하는 것으로 본다(後述), 그것은 제3자의 소송담당이 아니라고 한다.⁵⁰⁾ 이에 대하여, 일정한 단체가 금지청구를 할 수 있다는 부정경쟁방지법 등의 규정에 의하여 예컨대, 소비자보호단체는 그 스스로는 실체법상의 권리침해가 없음에도 불구하고 단지 불특정의 소비자집단의 '이익옹호자'의 역할을 맡고 있다는 사실만으로 소송상 자기의 이름으로 소 제기가 가능하게 된다. 이것은 곧 「제3자의 권리를 자기의 이름으로」 행사하는 것에 다름아니며, 제3자의 소송담당(법정소송담당)의 지위에 서게 되는 것으로서 일종의 「직무상의 당사자」에 준하는 자격을 지니게 된다고 한다.⁵¹⁾ 이는 단체 고유의 이익이 아닌 소비자의 이익보호의 목적을 법률이 소비자단체에게 금지청구소송의 권리를 부여하여 소 제기의 길을 터줌으로써 실현되는 데서 알 수

주체)를 위한 소송담당의 2가지 경우가 있는데, 집단적 피해자의 이익을 적절히 보호해 줄 수 있는 이른바 소비자보호단체나 환경보호단체에는 후자의 지위를 부여할 필요성이 있게 된다. - 오석락, 전계논문, 9쪽

47) Mertens, ZHR 138, S. 438ff.

48) 심종언, 전계논문, 56쪽

49) 오석락, 전계논문, 11쪽 - 소송구조의 본질에 관하여는 은혜설과 권리설(형식적 보장설), 사회보장설(실질적 보장설) 등이 대립되어 있으나 권리설이 통설·판례이다.

50) Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, §46II1

51) 오석락, 전계논문, 9쪽

있다는 것이다.

이와 같이, 단체소송이라고 하는 제도는 일정한 경우에 손해를 받거나 받을 우려가 있는 개인과는 별개의 다른 단체에 소송수행의 자격을 부여하는 제도이지만, 단체에 부여되는 이 자격이 어떠한 법적 근거에 기한 것인가에 관하여는 견해가 갈린다.

먼저, 단체위임설은 단체에 부여되는 소송수행 권한의 근거를 법이 국가에 갈음하여 단체에게 민사분쟁에 개입하는 권한을 위임한 것으로 파악한다.⁵²⁾ 즉 이 견해는 사법질서를 유지하는 책무는 원래 국가가 부담하고 있는 것이라는 관점에서, 개개인이 소송을 이용함으로써 간접적으로 사법질서의 유지 및 회복을 꾀하는 것이 기대될 수 없는 경우에는, 이에 대한 구제는 사법질서의 유지회복에 대하여 당초부터 책무를 부담하는 국가에 의하여 이루어져야 한다고 한다. 이와 같은 전제에 기하여, 단체는 국가가 본래 가지고 있는 공적인 직무권한을 위임받아 「전체로서의 법질서를 유지하는 자」, 또는 「공익의 수탁자」로서의 지위를 취득하게 된다. 따라서 단체소송의 주체로서 인정되는 단체는 공익을 보호하는 직무를 국가로부터 부여받았다고 하는 점에서 검찰관에 가까운 성격을 띠게 되는 결과, 이에 의하여 행하여지는 소송은 공적인 색채가 강하게 된다. 예컨대, 위법한 보통계약약관이 존재하고 그것이 사용될 우려가 있는 경우에는, 단체는 그 사용을 금지하게 할 의무가 주어지게 된다는 것이다. 또한 환경소송에 있어서는 환경과괴행위를 금지시키거나 환경보호단체로 하여금 私인에 대하여 환경과괴행위를 못하도록 조치를 취하는 데 그 특색이 있다.⁵³⁾

또한, 단체는 피해자들의 수권없이 소송수행하는 것이므로, 이는 국가의 금지청구권을 단체가 나서서 소송담당을 하는 것⁵⁴⁾이라고 한다. 연전에 일본에서는 소 제기전의 분쟁과정에서 상대방과 교섭을 행한 바 있고, 분쟁원인의 제거를 위하여 지속적으로 중요한 역할을 한 단체에는 소송물인 권리관계에 관하여 법적 이익이나 관리처분권이 없어도, 이른바 분쟁관리처분권을 취득한다고 보아 당사자적격을 갖는다는 견해가 나와 있으나(분쟁관리권설),⁵⁵⁾ 일본 판례는 법률상의 규정도 없고 당사자들로부터 수권을 받은 바도 없으므로 소송수행권을 취득하였다고 볼 근거가 없다 하여 당사자적격을 부인한 바 있다.⁵⁶⁾

이에 대하여, 단체의사설은 전술한 견해가 사법질서를 유지하는 책무는 원래 국가만이 지고 있다는 점을 비판한다. 즉 이 견해는 사적인 법률관계에 있어서 국가에 과해진 원래의 책무는 사법질서를 유지하고 사법질서에 대한 침해가 발생한 경우에 이를 제거하고 사법질서의 회복을 꾀하기 위한 是正수단이 공정하게 기능하도록 배려하는 데 있을 뿐이라고 한다. 그 是正을 구체적으로 어떠한 방법에 의하여 꾀할 것인가 하는 것은 입법자의

52) Jauernig, Zivilprozessrecht, 22. Aufl., 1988, §22III5

53) 김남진, 행정법의 기본문제 -附 관례평석-, 1990, 537쪽 이하 ; 김홍규, 전계논문, 402쪽 이하

54) Marotzke, ZJP 98, 160

55) 伊藤眞, 民事訴訟の當事者, 1978, 112面 ; 小島武司, "住民團體・消費者團體の當事者能力", 新實務民事訴訟講座 I, 279面

56) 日最判 1985. 12. 20, 判例時報 1181號, 77面

재량에 맡겨지고 있고, 입법자가 공적인 단체가 아니라 어디까지나 사적인 단체에 대하여 사법질서의 침해에 관한 시정을 맡긴다고 한다면, 이는 소의 제기를私人인 그 단체의 의사에 맡긴 것으로 풀이할 수 있다고 한다.⁵⁷⁾

이러한 특색으로 인하여, 단체소송은 사적 요소와 함께 공익적 요소를 가지고 있으며, 오히려 후자의 색채가 강한 일종의 공공이익소송으로서의 성격을 띠게 된다. 그리하여 단체소송과 같은 집단소송을 수행하는 자는 私設의 법무장관과도 같다.⁵⁸⁾

2. 금지(유지)청구권의 법적 성격

다음으로, 단체소송에 있어서 주장되는 금지(유지)청구권의 법적 성격에 관하여는, 이를 단체의 구성원이 본래 가지고 있는 권리의 法定소송담당에 기한 것이라는 견해⁵⁹⁾가 있고, 그밖에 순수한 소송법상의 권리라고 하는 견해⁶⁰⁾도 있다.

그러나, 통설적인 견해는 이를 반박하고, 단체가 가지고 있는 권리는 소비자를 보호하기 위하여 법이 단체에 특별히 부여한 실체법상의 부작위청구권으로 풀이하고 있다.⁶¹⁾ 그 이유를 보면 첫째, 부정경쟁방지법 제13조나 보통계약약관법 제13조의 규정이 개개의 단체의 구성원에 대하여 금지청구권을 부여하고 있지 않는 것이 문언으로 보아 명백한 이상, 금지청구권은 구성원이 가지는 본래적인 권리로는 볼 수 없고, 따라서 단체가 가지고 있는 금지청구권을 法定소송담당에 기한 것으로 볼 수는 없다고 한다. 둘째, 이들 단체가 소송외에 있어서도 화해계약을 체결하는 등으로 공익보호를 위하여 활동하고 있는 실정에 비추어 본다면, 단체가 가지고 있는 권리를 단지 소송법상의 권리로 좁혀버리는 것은 거래의 사실에 반한다고 한다. 셋째, 규정 條文의 문언이 청구권(Anspruch)이라는 용어를 사용하고 있는 점에 착안한다면 이를 실체법상의 청구권이라고 풀이하는 것이 자연스럽다고 하는 데 있다.

그리고 단체소송은 단체자신에게 부여된 실체법상의 청구권을 스스로 행사하는 것이므로, 그것은 제3자의 소송담당이 아니라고 하는 결과가 된다.⁶²⁾

그런데, 이와 같은 견해의 대립에 관하여, 최근에는 이같은 논의를 단지 개념의 차이에 불과한 것으로 보아 금지청구권을 실체법상의 청구권인가, 소송법상의 청구권인가를 결정하는 것 자체는 그다지 중요하지 않고, 이를 보다 기능적 목적론적으로 고찰하는 것이 중요하다고 하는 견해도 유력하게 주장되고 있다.⁶³⁾

57) Lindacher, ZZP 103, S. 403ff.

58) 김홍규, 전제논문, 403쪽 ; 小島武司, "クラス訴訟における代表の理論", 自由と正義 第26卷, 2面 以下

59) Habscheid, GRUR 52, S. 221f.

60) Hadding, JZ 1970 S. 310

61) Bettermann, ZZP 85, S. 113 ; Rosenberg/Schwab, a.a.O., S. 254

62) Rosenberg/Schwab, a.a.O., §46II1

또한, 1994년의 법 개정(제13조 제2항 1호 및 2호)에 의하여 단체의 소 제기권이 제한된 결과, 단체가 영업자인 개개의 구성원으로부터 수권을 받아 임의적소송담당의 형식으로 개인의 금지청구권에 관한 소를 제기하는 방식이 일부에서 이용되기 시작하고 있다.⁶⁴⁾ 이 방식에 따르면, 위반행위에 의하여 영향을 받은 영업자가 1인이더라도 구성원으로 되고 있다면, 더욱이 구성원 이외의 영업자로부터 개별적으로 수권을 받아 소 제기하는 것도 고려될 수 있다면, 단체는 소 제기할 수 있게 되지만, 이것은 개정법의 남용방지라고 하는 목적을 잠탈할지 모르므로, 임의적소송담당 방식의 소 제기를 일반법리에 의하여 규제할 필요가 있다는 지적도 있다.⁶⁵⁾

특히, 제13조 제2항 2호의 개정 규정은 단체소송의 기초이론에서 보더라도, 중요한 의미를 가지고 있다. 단체소송의 제도목적 내지 단체의 소 제기권의 본질을 이론적으로 어느 위치에 놓을 것인가, 단체 구성원의 이익과 단체의 소 제기권과의 관계를 어떻게 설정할 것인가, 예로부터 논의가 되어 온 바이지만,⁶⁶⁾ 이 개정 규정을 전제로 한다면, 구성원의 이익을 초월한 단체 고유의 이익을 상정하여 단체의 소 제기권의 기초로 한다는 견해나 단체소송을 공익 추구를 목적으로 하는 소송으로 파악하는 입장은 유지되기가 곤란하게 되었다고 보아야 할 것이다.

Ⅶ. 민사법상 단체소송의 소송상 취급

1. 처분권주의, 변론주의의 제한가능성

단체소송의 목적, 즉 공익성과 관련하여 단체소송에 관해서도 처분권주의 및 변론주의가 그대로 적용될 수 있는가 하는 점이 문제가 된다. 처분권주의는 소송의 개시, 소송물의 특정, 소송의 종료에 관하여 당사자에게 주도권을 인정하는 원칙이고,⁶⁷⁾ 변론주의는 소송자료의 수집에 관하여 당사자에게 주도권을 인정하는 심리원칙이지만,⁶⁸⁾ 공익의 보호를 목적으로 하는 단체소송 제도가 이와 같은 당사자주의를 어느 정도 받아들일 수 있는가 하는 점이다.

63) Lindacher, ZJP 103, S. 397ff.

64) Hinz, Wettbewerbsklagen von Verbänden im Sinne des § 13 Abs. 2 UWG in gewillkürter Prozeßstandschaft, Festschrift für Piper, 1996, S. 263

65) Hinz, a.a.O., S. 266ff.

66) Lindacher, Zur Sonderprozeßnatur der lauterkeitsrechtlichen Verbands-und Konkurrentenklage sowie der Verbandsklage nach dem AGBG-Gesetz, ZJP 103, 397 ; Marotzke, Wolfgang, Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage, Mohr, 1992, S. 1ff.

67) 정동윤, 전게서, 304쪽 이하 ; 이시윤, 전게서, 418쪽 이하

68) 정동윤, 전게서, 311쪽 이하 ; 이시윤, 전게서, 425쪽 이하

먼저, 단체소송 제도가 손해를 받은 각 개인에 대한 손해의 구제라는 차원에서 그치는 것이 아니라, 더 나아가 자유경쟁질서를 유지하고 발전시키는 것을 목적으로 하는 점을 중시하여, 단체소송 제도에 있어서는 이같은 자유경쟁질서의 유지를 위해 처분권주의나 변론주의가 제한된다고 하는 견해가 있다. 이 견해는 다소의 차이는 있지만 전술한 단체소송의 법적 성격에 관하여, 단체는 국가와 동일한 의미의 공익의 대표자로서 소를 제기한다고 하는 견해를 전제로 하고 있다.⁶⁹⁾

처분권주의에 관하여, 단체는 소를 제기할 것인가의 여부를 선택할 권한은 있지만, 일단 단체에 의하여 소가 제기된 후에는 소송을 수행하는 단체의 대표기관은 그의 배후에 있는 수많은 피해자들의 청구권에 관하여 선량한 관리자의 입장에 놓이게 된다.⁷⁰⁾ 따라서 법원의 허가가 없으면 단체는 소를 취하할 수 없고 청구의 포기나 화해할 수도 없다고 한다.⁷¹⁾ 이 견해는 법원의 허가없이 행하여진 소의 취하나 청구의 포기 또는 화해는 무효라고 주장한다.⁷²⁾ 또한 변론주의에 관하여, 같은 이유로 자백도 법원의 허가를 받도록 제한되어야 한다고 한다. 더 나아가서, 통상의 민사소송에 있어서는 개별적, 구체적인 사실관계가 판결의 전제가 되므로 변론주의의 적용을 받지만, 단체소송의 경우에는 심리의 중심 대상으로 되는 것은 예컨대, 보통계약약관에서는 약관이 부당한가의 여부, 부정경쟁방지법에서는 특정한 광고가 부당한가의 여부에 관한 일반적인 평가이므로, 당사자는 예컨대, 부당하다고 추단되는 보통계약약관이 사용되고 있다는 것, 또는 거래를 하도록 권유받고 있다는 것만 입증한다면, 그 이상의 소송자료에 대하여는 변론주의가 후퇴한다고 주장하고 있다.⁷³⁾ 즉 처분권주의 및 변론주의의 제한과 법원의 후견적 개입을 강화할 필요가 있다고 한다.⁷⁴⁾

또한, 이와 유사한 견해로서는 보통계약약관에 관하여 2가지 경우로 나누어, 약관의 조항만을 일반적으로 심사할 때 그것이 위법한가의 여부가 판단될 수 있는 제11조의 경우에는 법원의 권한을 대폭 인정하여 변론주의를 배제한다는 데 대하여, 그 조항의 위법성이 그 시기에 있어서의 경제상태나 사회의 상황을 고려하여 종합적으로 판단해야 하는 제9조나 제10조의 경우에는 변론주의가 통상의 민사소송법과 같이 적용된다고 하는 견해도 있다.⁷⁵⁾

그러나, 이와 같은 주장에 대하여 유력한 견해는 이를 반박하고, 단체는 다수의 이해관계인이 잠재적으로 가지고 있는 소 제기권에 관한 권한을 법에 의하여 다수자로부터 자기의 권한으로서 할당된 결과, 소 제기권을 가지게 된다고 주장한다. 즉, 이 견해에 의하면, 일

69) Reinel, Die Verbandsklage nach dem AGBG, 1979, S. 136f.

70) 김홍규, 전제논문, 420쪽

71) 정동윤, 전제논문, 88쪽

72) Koch, KritV 1989, 332 Fn. 29

73) Reinel, a.a.O., S. 132ff.

74) 김홍규, 전제논문, 420쪽 이하

75) Eike Schmidt, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Reihe Alternativkommentare, S. 23f.

반적인 경우에는 사법질서의 유지는 보통은 자기의 권리가 침해될 당한 개인에 의하여 제기되는 소를 통하여 실현되지만, 이를 기대할 수 없는 경우에는 전체로서의 사법질서를 안정시키기 위하여 법은 단체에 대하여 소 제기권을 부여한다는 것이다. 그리하여 단체는 다른 영역에 있어서 위반행위가 확산되지 않도록 하는 것을 자기 자신의 이익으로 삼는 것이고, 그 이익을 보호하기 위하여 부여된 권한을 행사하는 데 있다고 한다. 이 견해는 단체소송의 법적 성격에 관하여, 단체는 국가와 같은 의미의 공익의 대표자로서 소를 제기하는 것은 아니라는 점을 강조하고 있다. 단체에 소 제기 권한을 부여함에 따라 사인간의 거래관계가 시정되는 이상, 국가는 사인간의 거래에 관하여 개입해서는 안된다고 하는 점에서, 유력설은 단체소송에 있어서도 통상의 민사소송의 경우와 같이 처분권주의, 변론주의가 원칙적으로 기능한다고 주장하고 있다.⁷⁶⁾

소 제기 자격의 심사를 법원의 직권에 의하여 행하는가, 당사자의 주도권(신청)에 의하여 행하는가에 관하여는,⁷⁷⁾ 소 제기 자격을 그 단체가 실체법상의 청구권을 가지고 있는가 여부와 관련지어 이해한다면, 직권에 의한 심리를 부정하고 당사자의 주도권(신청)에 의한 심리가 행해져야 한다는 견해도 주장되고 있다.⁷⁸⁾

그러나, 유력한 견해는 이에 대하여, 소 제기 자격의 심사는 직권에 의하여 행해져야 한다고 주장하고 있다.⁷⁹⁾ 즉, 이 견해는 부정경쟁방지법 제13조 제2항 및 보통계약약관법 제13조 제2항에 있어서 소 제기의 자격이 제한되고 있는 것은 입법자의 의사가 침해당할 우려가 있는 자기의 권리를 유지, 발전시키려고 하는 자의 이익 및 법원의 심리의 공정과 원할성의 확보라고 하는 이익에 있음을 고려한 다음, 공정한 거래의 보호라는 목적을 확보하기 위하여 소 제기 자격을 전문적인 지식이나 기술을 가진 것으로 인정되는 신뢰할 수 있는 단체 등에 제한한 것으로 파악한다. 그렇다면, 소 제기 자격을 가지는가의 여부는 공익에 관한 사항이므로 직권에 의한 심리가 행해져야 한다고 주장하고 있다.

76) Vgl. Leipold, Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen, in : Gilles (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung—Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozessrecht, 1983, S. 71 ; Ulmer, Brandner, Hensen, AGBG, Art. 15, Rdn. 1

77) 여기에서 주의할 점은 소송요건에 관한 조사는 각 소송요건이 가지는 공익성의 강도에 따라 결정되면서도 대부분 법원의 직권에 의하여 개시되지만, 그 소송요건의 존부의 판단자료까지 언제나 법원이 직권으로 수집하여야 하는 것은 아니라는 것이다. 예컨대, 권리보호의 자격·이익 또는 당사자적격 등은 직권조사사항이지만, 그 자료의 수집은 변론주의에 의한다. -정동윤, 전 개서, 353쪽 이하 ; 이시윤, 전 개서, 285쪽 이하

78) Staudinger/Schlosser, Art. 13 AGBG Anm. 4a dd.

79) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 13, Rdn. 40ff. ; Koch/Stübing, AGBG, 1977, Art. 13, Rdn. 22

2. 기판력의 주관적 범위

단체소송에서 단체가 받은 판결의 효력은 단체가 승소한 경우에는 단체 이외의 자에게도 확장된다. 그리하여 금지소송의 판결의 효력은 소비자에게 유리하게만 확장된다. 보통계약약관의 조항이 판결에 의하여 그 사용이 금지되었을 때에 만일 그 금지된 약관이 실제로 사용되면 상대방계약자인 소비자는 금지판결의 효력을 원용하여 그 약관을 무효로 할 수 있다(보통계약약관법 제21조). 이처럼 소비자에 의한 적극적인 원용행위를 통하여 소비자는 단체의 금지청구를 실효성있는 것으로 만든다.⁸⁰⁾

정작, 기판력의 주관적 범위에 관하여, 독일 민사소송법 제325조는 기판력은 원칙적으로 당사자간에만 미친다고 하는 취지로 규정하고 있다. 그러나, 이를 단체소송의 경우에 그대로 적용한다면, 예컨대, 단체가 위법한 보통계약약관에 관하여 금지를 청구하는 소를 제기한 경우에 그 청구가 인용되었다고 하더라도, 기판력은 단체와 약관의 사용자 사이에만 미치기 때문에 상대방계약자는 사용자에 대하여 판결의 효력을 주장할 수 없다고 하는 문제가 생긴다. 비록 상대방계약자는 판결이 존재한다는 것을 주장할 수 있더라도, 그것은 사실상의 효력밖에 지나지 않기 때문에 개별 구체적인 법적 분쟁을 초월한 선례로서의 효력을 나타내지는 않는다.

그리하여 단체소송 제도를 도입하는 데 있어서는, 단체소송의 판결의 기판력에 對世의 효력을 부여해야 한다는 견해가 주장되었다.⁸¹⁾ 그러나, 승소 패소를 불문하고 일반적인 대세적 효력을 부여하게 된다면, 단체가 패소한 경우에는 상대방계약자는 자기의 주장을 진술할 기회를 상실해 버리기 때문에 법적심문청구권이 보장되지 않는 결과가 될 것이다. 다만, 승소판결이라면 그 효력을 그들에게 확장하더라도 무방할 것이다.

결국 보통계약약관법 제21조는 「패소판결을 받은 보통계약약관의 사용자가 사용금지명령에 위반한 경우에는, 약관 가운데 당해 조항은 상대방계약자가 그 판결의 효력을 원용하는 경우에 한하여 이를 무효로 본다」고 하여, 상대방계약자가 단체와 약관의 사용자 사이의 사용금지판결을 원용한 경우에만 판결의 효력의 편면적 확장을 인정하고 있다. 다만, 여기서 제3자에 대하여 확장되는 판결의 효력이 기판력을 말하는가 여부에 관하여는 다툼이 있다. 이를 기판력의 확장으로 보는 견해가 다수이지만, 편면적으로 확장되는 기판력이라는 관념에는 무리가 있고 기판력의 확장에 의한 것이라고 하게 된다면 직권으로 고려하지 않으면 안되므로 보통계약약관법 제21조는 당사자의 원용을 제3자에 대한 판결효 확장의 요건으로 하고 있는 점에서, 그 확장은 기판력에 기한 것이 아니라 판결의 反射의 효력에 의한 것이라고 하는 견해도 유력하게 주장되고 있다.⁸²⁾

판결주문에는 위반된 약관의 조항이 기재된다. 보통계약약관법 제18조는 원고의 신청에

80) 법무부, 독일단체소송에 관한 연구, 법무자료 제94집, 1991, 362쪽 이하

81) Vgl. 2. Teilbericht der Arbeitsgruppe, a.a.O., S. 23, 33ff.

82) Wassermann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, S. 972

따라 피고의 비용으로 약관의 사용자 또는 권유자의 명단과 함께 연방공보에 판결을 게재할 수 있는 것 등을 인정하고 있다. 또한 보통계약약관법 제20조는 소가 제기되었다는 것 및 판결이 연방Kartell廳에 등록되어 20년간 보존됨과 아울러, 누구든지 이를 열람할 수 있다는 취지를 규정하고 있다.

다만, 보통계약약관법은 공평의 견지에서 판결효의 편면적 확장에 대한 약관사용자 측의 대항수단으로서 제19조에 「특정한 규정을 사용하는 것이 금지된 보통계약약관의 사용자는 사용금지명령이 내려진 후에 연방보통법원 또는 연방최고법원의 共同部에서 동일한 법률행위에 관하여 그 규정의 금지가 인정되지 않는다는 취지의 판결이 내려졌다는 것 및 약관의 사용자에 대한 판결에 기하여 행하여지는 강제집행이 부당하게 그의 영업을 해치고 있다는 것을 이유로 하여, 민사소송법 제767조의 청구이의의 소로써 이의를 제기할 수 있다」는 규정도 두고 있다.

비교법적으로는 미국의 class action에서 보는 바와 같이, 대표당사자소송제도를 정면으로 채택하여 집단 자체에 대하여 기판력을 미치는 것으로 하는 대신, 기판력의 차단을 위한 제외신청(opting out)을 허용하는 것(The court will exclude him from the class if the member so requests by a specified date)도 참고가 되리라고 본다.

VIII. 단체소송제도의 최근의 동향

1. 단체소송제도의 성과와 남용위험성

독일의 단체소송에 있어서 우선 각종 이익보호단체가 소 제기권을 갖는다는 점에 문제점이 없는 것은 아니다.⁸³⁾ 가령 복수의 이익보호단체가 존재하는 경우 기판력과의 관계에서 그 처리기준(효력범위)을 정하기가 어려운 점이 없지 않겠고, 또한 이익보호단체의 소송수행능력에도 차이가 있을 수 있으므로 무턱대고 모든 이익보호단체에 대하여 소 제기권을 인정하는 것도 문제가 아닐 수 없다.⁸⁴⁾ 또한, 단체는 피해자들의 수권없이 소송수행을 하는 것이므로 집단피해자의 재판받을 권리를 침해할 수 있기 때문이다.

먼저, 부정경쟁방지법(GB) 제13조는 금지청구소송에 관하여, 1909년의 입법 당시부터 영업상의 이익의 촉진을 목적으로 하는 단체(영업이익촉진단체)에 소 제기권을 부여하고 있고, 특히 1965년의 개정에 의해 소비자단체에도 소 제기권을 부여하였다. 이 법률위반의 금지청구소송은 최근에는 1년에 1만건이나 새로이 제기되고, 그 반수 이상이 영업이익촉진단체의 소 제기에 의한 것으로 나타나고 있다.⁸⁵⁾ 이 영역에서는 단체소송은 제도로서

83) 上原敏夫, "ドイツの團體訴訟制度の動向", 一橋論叢 第117卷 第1號, 1面 이하에서 참조

84) 오석락, 전제논문, 10쪽

완전히 정착되었다고 봐도 좋을 것이다. 다만, 소비자단체의 소 제기는 자금 및 staff의 제약이 커서, 활발하지는 않다.

더욱이, 현실의 소송으로 되어 있는 것의 대반은 소규모 영업자가 행한 위법인 것이 명백한 행위, 그것도 많은 경우는 형식적인 위법행위이고,⁸⁶⁾ 법률에 저촉되지 않을 정도의 대규모 선전행위 등은 방치되고 있는 것이 많고, 법집행의 본연의 자세로서의 의문도 던져지고 있다. 특히, 변호사와 협동하여 사소한 (그러나 명백한) 위반행위를 적발하고, 단체소송의 소 제기권을 배경으로 위반자에게 경고를 발하여 위약금이 붙은 부작위의무를 승인하게 하고, 또한 경고 수수료로 고액의 금전을 거두는 것을 주된 임무로 하는 단체, 이른바 경쟁사단(Wettbewerbsverein)에 의한 제도의 남용이 문제가 되고 있다. 그 배경으로서의 위반자로부터 경고수수료를 거두는 것을 사무관리를 이유로 정당화하는 실체법 이론⁸⁷⁾도 다수 있기는 하지만, 단체소송제도 자체에도 여러 가지 의문이 제기되고 있는 것이 현상이다.

단체의 소 제기권의 남용문제는 1965년의 법 개정 직후는 주로 소비자단체의 형태로 설립된 단체에 의한 것이 문제로 되었지만, 소비자단체에 관해서는 단지 정관상의 목적으로서 소비자의 계몽·상담을 포함하는 것 뿐만 아니라, 실제로 그러한 활동을 하고 있는 것을 요한다는 해석이 판례이론으로 확립된 결과,⁸⁸⁾ 해결되었다. 그리하여, 그 후는 오로지 법률상, 영업이익추진단체로서 소 제기권을 가지는 경쟁사단에 의한 남용이 문제시되게 되고, 남용문제에 대응하여 부정경쟁방지법은 그로부터 10년간에 2회에 걸쳐 개정되고 있다.

먼저, 1986년 7월 25일의 개정법에서는 제13조 제5항이 신설되었다. 즉 「금지청구권은 그 행사가 모든 사정을 고려하여 남용적인 경우, 특히 그 행사가 오로지 위반자에 대하여 권리행사 비용의 상환을 구하는 청구권을 발생시키는 것을 목적으로 하고 있는 경우에는 행사할 수 없다.」 특히, 1994년 7월 25일의 개정법에서는 제13조 제2항 1호 및 2호가 개정되었다. 즉 「본법 제1조, 3조, 4조, 6조에서 6 c조까지, 7조 및 8조 위반의 경우에는 다음 사항의 금지를 청구할 수 있다. ① 동일한 시장에서 동종 또는 관련된 상품 혹은 서비스를 제공하고 있는 영업자. 다만, 금지청구권이 그 시장에 있어서의 경쟁에 상당한 영향을 미치는 행위에 관한 한에 있어서만 그러하다. ② 영업상의 이익을 촉진하는

85) Schriccker, Reformen im Recht des unlauteren Wettbewerb, ZPR, 1994, 430, 432f.

86) 예컨대, gasolin stand의 폐점시간에 관한 법규제 위반을 추궁하는 사례, 부동산 옥상의 광고에 관한 가격표시조례의 사소한 위반을 추궁하는 사례, 여행대리점이 공항사용료를 여행대금에 포함하지 않고 별도징수한 것을 문제로 하는 사례 등이 있다.

87) 이 해석을 확립한 판례로서 BGH, Urt. v. 15. 10. 1969, BGHZ 52, 393 ; BGH, Urt. v. 2. 3. 1973, BB 1973, 813이 있다. 특히, 원고로서는 제소 전의 경고 자체는 부당한 소 제기라고 하는 이유로 소송비용의 부담을 명백하게 되는 것(ZPO §93)을 피하기 위한, 실제로는 필수적인 행위이다.

88) BGH, Urt. v. 30. 6. 1972, BB 1972, 1291 = NJW 1972, 1988

것을 목적으로 하는 법인격있는 단체. 그 단체에 동일한 시장에서 동종 또는 관련된 상품 혹은 서비스를 제공하고 있는 영업자의 상당수가 속하고 있는 한에 있어서, 아울러 단체가 특히 그 인적, 물적, 자금적 장비에 따라 영업상의 이익을 촉진하는 그 정관상의 임무를 실제로 수행할 수 있는 한에 있어서, 더욱이 금지청구권이 그 시장에 있어서의 경쟁에 상당한 영향을 미치는 한에 있어서 그러하다.」

이들 개정 규정 가운데, 제13조 제5항은 전술한 경고비용 가동을 위한 소 제기의 남용을 직접 규제하는 것을 목적으로 하고 있고, 규제 대상은 단체소송에 한하지 않고 영업자 개인의 소송도 포함하고는 있지만, 실제로는 전술한 경쟁사단의 소 제기를 문제로 하고 있는 것은 명백할 것이다. 제13조 제2항 1호는 영업자 개인의 소 제기에 관하여 경쟁에 실질적으로 영향이 적은 형식적인 위반행위를 이유로 하는 것을 배제하는 취지이다. 동 2호는 특히 영업이익촉진단체의 소 제기권 자체를 한정하는 것이고, 구성원인 상당수의 영업자의 이익에 관계가 적은 위반행위에 대하여는 단체의 소 제기권을 부정하고, 나아가서는 동 1호와 마찬가지로 경쟁에 실질적으로 영향이 적은 형식적인 위반행위를 이유로 하는 소 제기도 배제하고 있다. 이것들도 경쟁사단의 소 제기를 규제하는 것을 직접적인 목적으로 하고 있다.

다음으로, 보통계약약관법 제13조는 약관의 사용 또는 권장의 금지를 구하는 소송(약관 규제소송)의 소 제기권을 소비자단체, 영업이익촉진단체, 상공회의소, 수공업회의소에 부여하고 있다(개인에게는 소 제기권이 없음). 이 규정에 의한 단체소송의 수는 보통계약약관법의 시행 후 약 10년간(1977년 4월부터 1987년 7월까지)에 제기된 소송은 66건으로 보고되고 있다.⁸⁹⁾ 그러나, 단체소송을 통하여 최상급심(연방보통법원)의 판례가 많이 나타나고, 중요한 점에서 보통계약약관법의 해석, 운용이 확고하게 된 것을 제도적인 성과로서 지적될 수 있다.⁹⁰⁾ 법원에 의한 심사의 전제로서의 약관 조항의 해석에 관하여, 개별소송에 있어서의 작성자불이익의 원칙에 의해서가 아니라, 거꾸로 고객에게 가장 불리한 해석을 기준으로 해야 한다고 하는 법리⁹¹⁾, 약관조항의 규제내용의 일부가 보통계약약관법에 위반하는 경우에 해당 조항 전체를 무효로 하는 것이 아니라 위반부분을 제외한 부분에 관하여 유효성을 인정하는 이른바 효력유지적 축소적용의 배제⁹²⁾, 금지를 명한 약관조항의 사용이란 당해 약관조항을 채용한 새로운 계약을 체결하는 것뿐만 아니라 피고가 기존의 계약을 이행함에 있어서 당해 약관조항의 유효성⁹³⁾을 주장하는 것도 포함한다는 해석⁹⁴⁾ 등이 대표적이라 할 수 있다.

89) Wolf/Horn/Lindacher, Kommentar zum AGB-Gesetz, 3. Aufl., 1994, Einl. Rdnr. 24 (Wolf).

90) Hensen, 20 Jahre AGB-Gesetz im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Festschrift für Brandner, 1995, S. 231ff.

91) BGH, Urt. v. 28. 04. 1983, NJW 1983, 1671=BB 1983, 1877.

92) BGH, Urt. v. 10. 1. 1974, BGHZ 62, 83 ; BGH, Urt. v. 6. 12. 1984, BB 1985, 483.

93) 보통계약약관법 제21조는 약관사용을 금지받은 피고가 금지명령에 위반한 경우에는 고객이 금지판결을 원용하는 한, 당해 약관조항은 무효로 본다고 규정하고 있다.

부정경쟁방지법과 같은 소 제기권의 남용문제는 보통계약약관법 제정 직후의 一例⁹⁵⁾를 제외한다면, 나타나지 않는 것 같다. 경쟁사단과 같은 영업이익촉진단체의 형태를 취한 단체의 소 제기는 보통계약약관법 분야에서는 이루어지지 않고 있다. 약관규제소송은 대부분의 경우 대기업이나 업계단체를 피고로 하지 않으면 안되므로, 소 제기를 威嚇수단으로 하여 위약금을 획득하는 것을 기대하기가 어렵기 때문이다. 또한, 소비자단체는 소비자의 계몽·상담활동을 하고 있는 단체의 상부단체이던가, 75인 이상의 자연인을 구성원으로 하여 거느리지 않으면 안된다고 하는 (부정경쟁방지법에는 없는) 보통계약약관법의 규정이 남용을 방지하는 역할을 하는 것인 지도 모른다.

그리하여, 이 영역에서는 부정경쟁방지법과는 달리 소비자단체가 대기업이나 업계단체를 상대로 소를 제기하고 소비자에게 불이익을 주는 약관조항의 시정에 성공하고 있는 사례가 눈에 띈다. 예컨대, 대규모 통신판매회사(Neckermann)에 대하여, 구입상품에 첨부된 보증서의 조항과 관련하여 하자의 보수 또는 불량품의 교환이 불가능한 경우에는 매수인에게는 계약의 해제나 대금감액청구권이 있음을 명시하지 않고 있다는 이유로 위 약관조항의 사용 금지청구가 인용된 사례가 보인다.⁹⁶⁾ 또한, 벤츠회사에 대하여, 새 자동차 구입계약약관 중의 이른바 시가조항(Tagespreisklausel)과 관련하여 보통계약약관법 제 9조 위반을 이유로 사용권장 금지를 명한 판결이 있다.⁹⁷⁾ 이 약관은 자동차업계의 3개 상부단체가 공동으로 작성하여 자동차판매업자에게 사용을 장려하면서, 한편으로 조건카르텔(Konditionenkartell)로서 경쟁제한금지법 제2조에 따라 연방Kartell廳에 신고하여 동청에 의하여 공고된 것이므로, 이와 같은 약관의 조항이 무효로 판단되었다는 것에 대한 사회적인 영향력은 매우 크다고 할 수 있다. 특히, 루프트한자 항공에 대하여, 항공기의 도착이 지연된 경우의 항공회사의 책임을 전면적으로 배제하는 약관조항의 금지를 구하는 소송에서 소비자단체가 승소한 사례가 있다.⁹⁸⁾ 전독일 여행대리점·여행주최자 연합에 대하여, 여행계약체결시에 여행비용의 전액지급을 의무로 하는 조항의 사용권장 금지를 명한 판결도 있다.⁹⁹⁾ 더 나아가서, 저축은행(Sparkasse)의 약관이 예금의 입금처리를 실제로 구좌에 불입된 날의 이튿날로 하고 있는 것을 무효로 한 판결¹⁰⁰⁾ 및 가재 도난 보험계약약관 중의 조항이 보험계약자에게 가혹한 손해방지의무를 부담시킨다는 이유로 무효라고 판단한 판결¹⁰¹⁾, 보험계약의 계약기간을 10년으로 하는 조항을 무효라고 판단

94) BGH, Urt. v. 11. 2. 1981, NJW 1981, 1511=BB 1981, 934 ; BGH, Urt. v. 13. 7. 1994, NJW 1994, 2693.

95) 上原敏夫, 前掲論文, 6面 註23 參照

96) BGH, Urt. v. 10. 12. 1980, NJW 1981, 867.

97) BGH, Urt. v. 7. 10. 1981, BGHZ 82, 21=NJW 1982, 331.

98) BGH, Urt. v. 20. 1. 1983, BGHZ 86, 284=NJW 1983, 1322.

99) BGH, Urt. v. 12. 3. 1987, BGHZ 100, 157=NJW 1987, 1931.

100) BGH, Urt. v. 17. 1. 1989, BGHZ 106, 259=NJW 1989, 582.

101) BGH, Urt. v. 16. 5. 1990, BGHZ 111, 278=NJW 1990, 2388.

한 판결¹⁰²⁾ 등은 감독관청의 인가를 받고 있는 약관 조항을 무효라고 한 것으로서 중요한 의의를 가진다.

참고로 공법적 영역이긴 하지만, 자연경관보호법이 도입된 州의 실적을 본다면, 현실로 제기된 소송의 수는 극히 적다. 사건 수가 가장 많은 곳은 Hessen주이지만, 그것도 1990년 초까지 가처분이나 증거보전 사건을 포함하여 50건 정도이고(Frankfurt공항의 서쪽 활주로 건설에 관한 사건이 대종을 이룸), 다른 주에서는 10건에도 미치지 않고 있다. 또한, 소 제기권의 전제인 인가를 받은 단체는, 주에 따라 다르긴 하지만, 그 수가 적어 어떤 주를 막론하고 10미만이다.¹⁰³⁾

단체소송 도입시에 즈음해서는 소송의 홍수에 의한 법원(행정법원)의 부담과중을 우려하는 목소리가 많았지만, 단지 기우에 그치는 것으로 드러나고 있다. 즉 단체의 인가제도가 전제됨으로 인해서, 부정경쟁방지법 등 다른 법 영역에서 야기되는 단체소송 제도의 남용문제는 당초부터 발생할 여지가 없게 되고 있다.¹⁰⁴⁾ 더욱이, 실제 사건 수는 얼마 되지 않더라도, 제도가 존재한다는 그 자체로 사전에 행정절차의 충실을 기하도록 하고 진행 중인 행정절차의 단계에서는 지역주민의 이익을 충분히 반영하게 하는 역할을 하고 있다는 평가도 나오고 있다. 즉 抑止力으로서의 단체소송 제도의 존재의의를 강조하고 있다.¹⁰⁵⁾

2. EU 내에서의 의의

먼저, 부정경쟁방지법 분야에서의 위와 같은 법 개정의 배경에는 단체소송의 남용문제에 대한 대응이라고 하는 국내적인 요인뿐만 아니라, EU 내에 있어서 독일에서만 부정경쟁행위의 적발이 엄하게 행하여지고 있는 점이 타국과 마찰을 일으켜, 상품·서비스의 자유로운 유통이라고 하는 EU의 기본이념과 충돌할 우려가 있다는 법정정책적 판단이나, 일반적인 규제완화의 흐름에 대한 배려도 있는 것으로 지적된다.¹⁰⁶⁾ 정작, 부정경쟁방지법 분야에서 1년에 1만건이나 되는 소송이 제기되는 곳은 독일 뿐이고, 다른 EU 諸國에서는 많아도 100건 정도에 그치고 있다.¹⁰⁷⁾ EU 내에서의 조화의 필요성은 실정법적인 측면에서도 명백하게 드러나고 있다. 新舊가격을 대비시킨 방법에 의한 선진행위, 즉 舊가격을 線을 그어 말소하면서 新가격을 표시하여 가격 하락의 폭을 알게 하는 광고 등을 금지하

102) BGH, Urt. v. 13. 7. 1994, BGHZ 127, 35=NJW 1994, 2693 und 2696

103) Bizer/Ormund/Riedel, a.a.O., S. 60ff.

104) 上原敏夫, 前掲論文, 9面

105) Bizer/Ormund/Riedel, a.a.O., S. 82

106) Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. B. T. Drucks. 12/7345 S. 4f. ; 上原敏夫, 前掲論文, 15面 註15

107) Schricker, Reformen im Recht des unlauteren Wettbewerb, ZPR, 1994, 432

고 있던 부정경쟁방지법 제6e조(1986년 개정에 의하여 신설된 규정임)가 EU법원(Yves Rocher 판결)에 의하여 로마조약 제30조에 위반된다고 판단되어¹⁰⁸⁾, 그 결과 1994년에 삭제되도록 몰아 넣은 것은 이를 잘 상징하고 있다.¹⁰⁹⁾ 이와 같이 본다면, 부정경쟁방지법 분야에서의 단체소송 제도는 지금까지 크게 활용되어 왔지만, 현재는 반성 내지 재고의 시기라고 할 수 있다.

다음으로, 보통계약약관법과 관련하여 본다면, 현대의 소비사회에 있어서 약관의 규제는 세계 각국의 공통된 중요한 과제이다. 그것은 EU의 중요한 소비자정책의 하나로, 소비자거래상 남용적인 조항에 관한 EC지령(1993년 4월 5일)으로 나타나고 있다. 이 지령 제7조는 구체절차에 관하여 다음과 같이 규정한다. 「① 가맹국은 영업자가 소비자와 체결한 계약상 남용적인 조항을 사용하는 것을 중지시키기 위하여 소비자 및 영업을 하고 있는 경쟁자의 이익에 있어서 적절하고 유효한 수단이 강구되도록 배려하지 않으면 안된다. ② 제1항에 규정된 수단은 가맹국의 국내법에 따른 소비자의 보호에 관하여 정당한 이익을 가진 자연인 또는 조직이 개개의 가맹국의 법규에 따라 법원 또는 관할 행정청에 신청을 하고, 이들 기관이 일반적인 사용의 관점에서 작성된 계약조항이 남용적인가의 여부를 판단하여, 만일 남용적일 경우에는 그와 같은 조항의 사용을 중지시키기 위하여 적절하고 유효한 수단을 취할 것을 요구할 수 있는 취지의 법규도 포함하지 않으면 안된다. ③ 제2항에 규정된 법적 수단은 개개의 가맹국의 법규에 따라, 동일한 일반계약조항 또는 유사한 조항을 사용하거나 그 사용을 권장하고 있는 동일 업종의 복수의 영업자 또는 단체에 대하여 개별적으로 혹은 일괄하여 행해질 수 있다.」

이 지령에 의해, 가맹 각국은 약관의 추상적인 통제절차를 마련할 의무를 지게 된다. 그리하여, 독일 단체소송은 이 지령의 요구를 충족하고 있는 것으로 이해되고 있고¹¹⁰⁾, 단체소송은 보통계약약관법 분야에서 국제적으로도 중요한 의의를 가진 제도가 되고 있다고 평가할 수 있다.¹¹¹⁾

그러나 공법의 영역에 속하기는 하지만, 자연경관보호법에 있어서는 특별법에 해당하던 유전자공학법(Gentechnikgesetz)이 1990년에 제정되었지만, 특별히 단체소송에 관하여 규정하고 있지는 않다. 여기서는 유전자공학 실시의 허가처분에 의한 인근주민의 개인적인 권리침해를 인정하는 것은 어려우므로, 단체소송을 도입하지 않는다면, 허가처분에 대한 법원의 통제가 불가능하게 되어 일방적으로 시행자에게 유리한 법적용을 초래하게 된다는 비판도 있다.¹¹²⁾ 똑 같은 문제는 EC지령에 기하여 1990년에 제정된 환경평가법(Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung)과의 관계에서도 발생한다고 볼

108) EuGH, Urt. v. 18. 5. 1993 Rs. C 126/91, GRUR 1993, 747

109) 上原敏夫, 前掲論文, 5面

110) Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., Art. 7 RiLi Rdnr. 5 u. 6.

111) 上原敏夫, 前掲論文, 8面

112) Bizer/Ormund/Riedel, a.a.O., S. 19f., 90f.

수 있어, 금후에도 단체소송을 둘러싸고 논의가 계속될 것으로 예상된다.

IX. 결론

이상으로 검토한 바와 같이, 단체소송의 제도는 독일에 있어서는 사적인 단체에 의한 공익적 요청에 기하여 위법행위의 시정에 커다란 역할을 하고 있다. 이러한 점에서 우리나라에 있어서도 부정경쟁방지법 외에, 환경법 내지 소비자보호법 등 공익적 요청이 강한 개별 법률에 당사자적격을 확장하여 이 제도를 도입한다면 유익할 것으로 보인다. 아울러, 지역변호사회 등에 이러한 권한을 부여하는 것도 고려해 볼만 하다.¹¹³⁾

그러나, 단체소송 제도의 발상지인 독일에 있어서조차 공익적 성격을 띠는 단체소송이기는 하지만, 단체가 소를 제기하기 위하여 단체 자신이 손해를 입을 필요는 없다는 점에서, 실제로는 이 제도가 남용되는 경우가 많고, 이에 대한 유효한 대책이 아직 완벽하게 서 있지 않다는 사실도 간과할 수 없다. 단체소송 제도를 우리나라법에 도입한다고 하더라도 그 폐해를 어떻게 제거할 것인가와 아울러 당사자적격 논의가 첫째의 문제이고, 또한 법원이 관여할 수 있는 범위와 관련하여 처분권주의, 변론주의를 어느 정도 지배하게 하는가 하는 점이 둘째의 문제이며, 판결의 효력이 미치는 범위와 관련된 소송상 취급을 어떻게 할 것인가가 셋째의 문제이다.

요컨대, 우리나라 민사소송법으로는 집단적인 분쟁을 처리하는 제도로써, 실질상 선정당사자 제도만을 규정하고 있을 뿐이다. 이 제도만 가지고는 소비자, 공해, 환경분쟁 등 다수 소액의 현대형 소송을 효과적으로 해결하는 데 미흡하다고 한다면, 문제해결의 실마리를 독일의 단체소송 제도에서 찾아 볼 수 있을 것이다.

113) 同旨 : 河村好彦, 前掲論文, 73面