

## 집단이익소송으로서의 「환경·소비자소송」의 법리

양 석 완

제주대학교 법정대학 법학부 교수

### Legal principles of environmental suits & consumer suits as class action

Yang Seok-wan

#### I. 문제의 제기

오늘날의 경제사회는 그 구조가 점차 복잡해짐에 따라 환경피해나 소비자 피해와 같이 하나의 사건이나 사고로 인하여 다수의 피해자가 생기는 경우가 늘어나고 있다. 그런데 원고와 피고 두 당사자를 전제로 하는 현재의 소송구조는 이러한 다수인의 피해를 효과적으로 구제하기에 적합하지 못하다. 따라서 학계와 실무계에서는 이러한 소액다수의 사회분쟁에 따르는 현대형소송에 있어서의 피해를 소송상의 수단으로서 효과적으로 구제할 수 있는 방안을 모색하고 있다.

현대형소송에는 여러 가지가 있지만, 공해·환경침해의 금지소송(이하에서는 환경금지소송이라고 하고, 동종의 목적으로서

의 행정소송을 포함하는 것에는 환경보호소송이라고 한다)이나 부정경쟁행위, 독점금지법위반행위, 무효인 약관의 사용행위 등 소비자를 해하거나 해할 우려가 있는 행위의 금지소송(이하에서는 소비자금지소송이라고 하고, 동종목적으로서의 행정소송을 포함하는 경우에는 소비자보호소송이라고 한다)은 그 전형적인 하나의 유형으로 고찰된다. 그리하여, 이와 같은 소송을 어떻게 처리하는가 하는 것은 현대의 소송법학에 있어서 매우 중요한 과제이고 종래의 전통적인 소송법이론에도 커다란 영향을 미치지 않을 수 없는 문제이다.

독일이나 프랑스 등에서는 특별입법에 의하여, 이른바 단체소송이라고 하는 형태로 소비자금지소송 등이 어느 정도까

지 인정되고 있다. 우리나라에 있어서는 이런 유형의 법률은 없지만, 법무부는 2000년부터 기업지배구조 개선을 위하여 증권관련 집단소송제의 도입을 검토 중에 있으며,<sup>1)</sup> 이보다 앞서 집단소송에 대처하기 위한 가칭 '집단분쟁처리절차법'을 제정하기 위하여 1990년 12월 6일 법무부 법무자문위원회 내에 민사특별법 제정 특별분과위원회를 설치한 바 있고, 2001년에 들어서는 입법작업을 서두를 움직임을 보이고 있다.

이에, 이 논문은 환경금지소송을 전제로 하여 이러한 소송이 과연 어떠한 권리·이익을 보호하려고 하는 것인가를 검토하고, 다수인에 의한, 경우에 따라서는 불특정 다수인에 의한 집단의 고유한 이익이라고 하는 것을 소송에 의하여 보호·실현할 필요성과 허용성을 승인해야 할 것인가를 논하고자 한다. 아울러 그와 같은 소송을 '집단이익소송'이라고 이름붙이고, 종래의 전통적인 '개별이익소송'과는 다른 새로운 소송유형으로 파악하여 소송법상 집단이익소송을 어떻게 취급해야 하는가를 모색하고자 하는데 그 목적을 두고 있다.

현행 실정법은 개별적인 권리능력자와 그에 대한 권리·이익의 개별적인 귀속을 기본적인 전제로 하는 것이므로, '집단이익소송'과 같은 소송유형을 구상하더라도 그에 따라 처리될 수 있는 사건이 과연 존재하는가 하는 것 자체가 문제이다. 그렇지만 새로운 범주를 구성하여 전 법역에 걸쳐 그 범주에 해당하는 것이 무엇인지를 찾아나가게 된다면 실마리가 풀릴 것으로 본다. 또한 이와 같은 새로

운 소송유형과 그 처리방법을 확립해 놓는다면, 그 소송을 이용하여 그와 같은 범주에 해당하는 권리·이익의 범창조가 이루어질 수 있는 것도 고려해야 할 것이다.

## II. 당사자적격·소의 이익에 관한 이론

### 1. 분쟁관리권 이론

#### 1) 이론전개

이 논문에서 다루는 문제를 보다 잘 이해하기 위하여, 먼저 집단적 분쟁으로서의 환경소송, 소비자소송에 있어서의 당사자적격과 소의 이익에 관한 두 가지 이론을 검토하기로 한다.

그 하나가 분쟁관리권 이론이다.<sup>2)</sup> 다수 당사자분쟁 가운데, 「분쟁원인이 공통하고 이익이 일체로 되고 있는 것, 즉 일부 당사자의 이익만이 개별적으로 회복되고 하는 것은 있을 수 없는 것이 특징인」 분쟁에 대하여는 그 일체화된 이익을 가장 잘 지킬 수 있는 자를 당사자적격자로 뽑는 일이 중요하다. 이를 당사자적격의 적극적 기능이라 한다.

그리하여 이러한 유형의 분쟁에 관하여 소 제기 전에 분쟁해결 행동을 현실로 구체적이고 지속적으로 하여 온 자가 존재하는 경우에는 그러한 자가 '분쟁관리권'이 있고, 그 분쟁관리권을 기초로 하여 당사자적격을 인정하는 것이 타당하다. 환경보호소송을 예로 든다면, 환경과 괴행위에 의하여 직접적으로 생명, 신체, 정

1) 『한겨레신문』(2000. 10. 28.), 3면

2) 伊藤眞, 『民事訴訟の當事者』, 1980, 113면 이하

신에 침해를 받지 않는 자라 하더라도 분쟁과정에서 일정한 역할을 수행하여 왔던 자라면, 분쟁관리권, 즉 당사자적격을 인정할 수 있다. 또한 분쟁과정에 하등 관여하지 않았던 자에게는 분쟁관리권은 인정되지 않지만, 그러한 자라 하더라도 자기의 개인적 이익에 관한 관리처분권 또는 법적 이익은 인정되므로 그에 기한 당사자적격이 부정되지 아니한다.

분쟁관리권이론이 주로 논의되는 주안점은 다수인에 관계되는 환경금지소송이나 행정소송의 경우이지만, 아직 실체권이 확립되지 않고 있는 영역, 이른바 생성 중의 실체권에 있어서는 특히 중요성을 띠고 있다. 여기서는 아직 권리가 확립되고 있지 않으므로 본래적인 이익의 귀속주체가 확정되지 않는 분쟁이 소송을 통하여 확정된다고 하는 형태로 나타나고 있다. 이는 당사자적격자라고 인정되어 분쟁을 소송의 장으로 끌어 올리는 것이 권리확립의 제일 보라고 보기 때문이다.

또한 분쟁관리권자가 받은 판결의 효력의 주관적 범위에 관해서는, 어떠한 자가 자기 고유의 이익을 가지고 있는 경우에도 그 자가 소송 전에 그의 고유한 이익의 실현에 대하여 다른 자에게 의존하고 있는 경우, 즉 '분쟁과정상의 의존관계'가 있는 경우에는 분쟁관리권자가 받은 판결은 유리, 불리를 불문하고 고유한 이익을 가진 자에게도 미친다. 다만, 고유한 이익을 가진 자가 나름대로의 이유에 기하여 별도의 분쟁해결행동을 취하고 있던 경우에는 분쟁과정이 복수가 되므로 일정한 분쟁관리권에 기한 소송수행의 결과는 다른 분쟁과정에 속한 자에게는 미치지 않는다고 풀이된다.

## 2) 비판

분쟁관리권에 대하여는 여러 가지 점에서 비판이 따르고 있다. 그 비판의 중심은, 원래 당사자적격자는 특정한 청구에 관하여 그 존부가 결정되는 것인데도 분쟁관리권 이론에서는 어떠한 청구를 전제로 하여 그 이론을 정립하고 있는가가 명확하지 않다. 소송물인 권리관계가 특정되고 그 권리관계의 주체와 분쟁관리권자와의 관계가 명확하지 않는 한, 그 당부를 논하기 어렵다고 보기 때문이다.

집단적인 분쟁은 집단을 형성하는 다수인을 공동주체로 하는 권리·이익이 소송물인가, 아니면 각 개인이 가지는 개별적 권리가 소송물인가 하는 점이 문제가 되고, 후자라고 하는 경우 1인만의 권리가 소송물인 경우에도 타당한 이론인가, 또는 복수인의 개별적 권리가 동시에 訴求되고 있는 경우(이른바 集束的 집단소송)의 이론인가 하는 점이 명확하지 않다. 자기의 개별적인 권리를 침해받는 자에게 전통적인 이론에 의하여 인정되고 있는 당사자적격은 이 분쟁관리권에 의하여 상실되지는 아니 하므로, 그러한 의미에서는 적격자가 확대될 뿐이라는 주장이 나오고 있고, 또한 분쟁관리권자가 받은 판결은 분쟁과정상의 의존관계가 결여되고 있지 않는 한, 개별적인 당사자적격자에게도 그 효력, 즉 기판력이 확장된다는 주장이 나오고 있다. 이들의 주장에서 본다면, 각 개인에 귀속하는 권리를 소송물로 풀이하는 것으로도 보이지만, 그와 같이 단정해도 되는가는 의문이 있다. 그 후, 豊前火力発電所 3) 3) 日本 最高裁 1985. 12. 20. 判例時報 1181 號 77面

3) 日本 最高裁 1985. 12. 20. 判例時報 1181 號 77面

이 분쟁관리권을 부정하는 판시를 하는 등의 벽에 부딪혀, 분쟁관리권 이론이 재검토되기에 이르렀다.

즉 행정소송에 관해서는 종래의 분쟁관리권 이론이 그대로 타당하지만, 통상의 민사소송 특히 환경금지소송에 분쟁관리권 이론이 수용되도록 하기 위해서는 종래의 이론을 다소 수정하지 않을 수 없었다. 그리하여 환경권을 주민 개인의 권리라고 풀이하는 견해를 바탕으로 분쟁관리권자는 그와 같은 환경권의 주체인 각 주민으로부터 수권을 받음으로써 임의적 소송당당자의 자격을 취득한 자로 파악하게 되었다.<sup>4)</sup> 그 결과 실무에의 수용은 용이하게 되었는지 모르지만, 민사소송에 관한 한, 분쟁관리권은 당사자자격의 직접적인 기초가 되는 것은 아니라고 인식되었다.

후술하는 바와 같이, 다수인에 의한 집단 자체가 고유의 권리 내지 이익을 가지고 있는 것을 인정하고, 그것이 집단이익을 옹호하는 것을 직접 목적으로 하는 소송이라는 점을 고려한다면, 그에 관한 당사자자격의 이론에 분쟁관리권 이론을 활용하는 방향도 있지 않을까 하는 아쉬움도 있다.

## 2. 본질적 집단소송이론

### 1) 이론전개

또 다른 하나는 본질적 집단소송이론이다.<sup>5)</sup> 이에 따르면, 다수인에 영향이 있는 행정처분에 관하여 다투는 경우나 환

경·공해사건에 있어서의 금지청구의 경우 등은 문제가 되는 이익 자체가 집단적으로 실현되어야 의미를 갖는 경우이고, 이와 같은 경우에는 그 소송상의 주장도 집단적으로 행하여지지 않으면 소의 이익이 인정되지 않는다. 이와 같은 경우를 가려켜 본질적 집단소송이라고 한다. 여기서는 다수인이 일정한 집단적 이익을 주장하고 있다는 사실에 의하여 소의 이익이 그 기초를 이루게 된다. 더욱이 다수인이 원고가 되지 않더라도, 일정하게 조직된 단체가 있고 그 단체가 유일한 원고로서 소송을 하게 되는 경우에도 마찬가지다. 또한 본질적 집단소송에 있어서의 원고적격은 적절한 소송수행의 가능성이라고 하는 관점에서 결정되어야 하고, 이를 위해서는 분쟁관리권의 이론의 채택을 검토해야 한다고 한다.

이 견해에 따르면, 환경권 내지 그에 기한 금지청구권이 주민 개개인에게 귀속한다고 하는 태도를 취하는 경우에도, 각 주민은 단독으로 그 권리를 소송상 행사할 수는 없게 되는 결과가 된다. 그렇다면, 그 실체권은 소 제기권에 어떤 종류의 제약이 있는 권리로서 승인되었다고 하는 셈이 된다. 실체법상 아직 권리로써 확립되고 있지 않는, 이른바 생성중의 권리에 대하여는 청구권이 존재한다고 주장될 뿐이고 소의 이익이 당연히 구비되고 있다고는 할 수 없다. 따라서 이 경우에는 원고의 어떠한 이익이 침해되고 있고 소송을 하는 것이 어떠한 필요가 있는가를 판단하여, 소의 이익의 유무를 결정하지 않으면 안된다고 한다.<sup>6)</sup>

4) 伊藤眞, “紛争管理權再論 -環境訴訟への受容を目指して-”, 『紛争處理と正義』, 1986, 203面

5) 谷口安平, “集團訴訟の諸問題”, 『新實務民事訴訟法講座Ⅲ』, 1987, 157面 이하

6) 谷口安平, “權利概念の生成と訴えの利益”, 『講座民事訴訟Ⅱ』, 1984, 172面 이하

환경권도 일종의 생성 중의 권리라고 할 수 있으므로, 다수인이 주장하고 있는 바가 곧 원고의 주장이라는 증표로 풀이될 수 있을지 모르지만, 원고가 소송물인 환경권은 원고 개인의 권리라고 주장하고 있는 경우에도 또한 다수인이 집단적 이익을 주장하는 것만이 소의 이익의 불가결한 요건이라고 해야 할 것인가.

## 2) 비판

여기서, 본질적 집단소송이론은 '어떤 종류의 청구권은 집단에만 귀속할 뿐이고 개개인에게는 귀속하지 않는다'고 하는 논의가 아닐까 하고 이해되기도 한다.<sup>7)</sup> 만일 그렇다고 한다면, 이것은 이른바 권리의 개인주의적 파악에 대한 이익제기이고, 마치 그 外延이 명확하지 않는 집단에 '법인격'을 부여한 것과 같은 효과를 이끌어 냈과 아울러, 그러한 종류의 법인에 대해서만 귀속하는 실체권을 구성하려는 시도이다. 따라서 이 견해는 개인에게 문제를 환원한다면, 권리를 구성할 수 없는 이익에 관해서도 집단으로서 구성함으로써 그것이 가능하게 된다는 의미에서 법원의 문호를 넓히게 된다는 긍정적인 평가가 있는 반면, 왜 개인의 권리가 상정될 수 없는가? 어찌하여 개인의 권리행사가 제한되어야 하는가 라는 점에 관해서는 논의의 여지가 있을 수 있다는 비판을 받고 있다.<sup>8)</sup>

본질적 집단소송이론도 당초의 분쟁관리권이론과 마찬가지로 집단적인 권리 내지 이익을 소송물로 하는 소송에 관한

논의라는 것을 언명하지 않고서 소의 이익에 관해서만 논의를 전개하는 것 같은 의문이 있고, 위 비판은 이 점을 지적한 것으로 볼 수 있다. 그러나 후술하는 바와 같이, '집단소송'이라고 하는 소송유형을 인정하고, 그러한 소송유형에 관한 소의 이익이나 당사자적격이론을 강구하려고 하는 경우에는 어느 정도의 다수인의 지지를 받고 있는 소송인가의 여부는 하나의 중요한 판단요소로 보아야 하고, 이러한 점에서 본질적 집단소송이론의 활용가능성을 엿볼 수 있다.

## III. 집단소송의 비교법적 검토

불이익을 받은 사람이 다수 발생한 경우에 있어서의 민사분쟁의 해결에 관한 집단소송제도로서는 미국법에 있어서의 대표당사자소송(class action) 제도와 독일법에 있어서의 단체소송(Verbandsklage)제도가 있다. 그 특징은 ① 적절한 당사자적격자가 나서야 하는 것이고, ② 입증에 엄청난 부담이 가며, ③ 법관의 보다 능동적 역할이 요청되고, ④ 판결결과가 시민사회에 엄청난 영향을 미친다는 점이다.

미국법의 대표당사자소송 제도란 공통의 소송원인을 가지는 class, 즉 다수의 권리자의 집단을 위하여 class member의 1인 또는 수인이 대표자가 되어 소를 제기하고 그 판결의 효력이 승소, 패소에도 불구하고 class member 전원에게 미친다고 하는 제도이다.<sup>9)</sup>

7) 高田裕成, "訴訟の利益・當事者適格-集團的利益をめぐる訴訟に焦點をあてた覺書き", 『ジュリスト』第971號, 214面

8) Ibid.

9) James, Hazard & Leubsdorf, *Civil Procedure*, 4th ed., 1992, §10. 20ff; 송상현, "미국 Class Action 소고", 『법학』 제21권 제1호, 서울대, 1980, 103~114쪽; 이재후,

독일법의 단체소송이라 함은 일정한 자격을 가지는 단체(Verband)가 공해 환경분쟁이나 소비자분쟁의 영역에서 직접 불이익을 받은 私人을 대신하여 소송을 제기하는 것을 인정하는 제도이다.<sup>10)</sup>

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 몇 가지 점에서 차이가 있다.<sup>11)</sup>

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 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 스스로가 반드시 손해를 입을 필요가 있어야 하는 것은 아니다. 따라서 미국에서는 개인이 중심이 되어 개인의 이익실현

을 주된 목적으로 하는 집단소송이 발달하였는데 반하여, 독일에서는 단체가 중심이 되어 공공의 이익실현을 주된 목적으로 하는 단체소송이 발달하였다.<sup>12)</sup>

둘째로, class action제도에 있어서는 손해를 받은 자들 중에서 일정한 방법에 의하여 대표당사자가 선출될 수 있다면 좋다. 그리고 대표당사자에 의하여 대표되는 class는 그 구성원의 하나 하나에 이르기까지 특정되어 있을 필요는 없고 전원의 범위가 명확히 확정되어 있으면 된다. 예컨대, 일정한 기간 내에 피고회사 의 승용차를 구입한 자라는 정도로 한정하더라도 무방하다.<sup>13)</sup> 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 일반적이고 추상적인 공익에 관한 요청으로부터 손해가 구체적으로 발생하던가, 특히

“미국의 집단소송과 시민소송”, 『논설집』 제4집, 법무부 법무자문위원회, 1980, 278쪽 이하

10) 양석완, “집단적 분쟁해결을 위한 독일 단체소송 제도연구”, 『법과 정책』 제3호, 제주대학교 법과 정책 연구소, 1997, 157쪽 이하

11) Vgl. Harald Koch, *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme*, Frankfurt a. M. 1976, S. 10f; 河村好彦, “團體訴訟制度研究序説”, 『法學研究』 第65卷 第9號, 62~63面

12) 심종언, 『다수피해자의 집단적 구제를 위한 소송에 관한 연구』, 박사학위논문, 전남대학교, 1982, 95~97쪽

13) 정봉운, “미국의 대표당사자소송 - 그 운용실태와 도입상의 문제점”, 『법무자료』 제149집, 법무부, 67쪽

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 경우 뿐만 아니라, 패소한 경우에 있어서도 이해관계인에게 미친다. 또한 그 판결의 효력은 실제 소를 제기한 자 뿐만 아니라 그 class에 속하는 자 전원에게 미친다. 즉 어떤 자가 소를 제기한 것을 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 기술적 처리에 의하고 있다.

이와 같이 동일한 다수의 이해관계인에 관한 분쟁의 해결을 목적으로 하는 소송제도라 하더라도 독일의 단체소송제도와 미국의 class action제도와 사이에는 많은 차이점이 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 집단 분쟁을 통하여 이미 발생한 개개인의 피해의 사후구제인 손해배상청구를 효과적

으로 처리하는 절차로서 발전시킨 제도이다. 그리고 단체소송제도는 단체주도형 법문화 내지 입법부 중심의 법문화의 소산으로 부정경쟁행위의 방지나 무효인 약관의 사용중지 등 다수자에게 피해를 발생시키는 위법행위의 금지(유지)나 사전예방을 효과적으로 처리하는 절차로서 발전시켰다.<sup>14)</sup>

또한, 독일에 있어서도 미국의 class action제도가 소개되고 있음은 물론이고,<sup>15)</sup> 독일에서 집단소송제도를 창설할 당시에도 class action제도의 도입이 적극적으로 논의되었으나,<sup>16)</sup> 결국 그 도입이 부정되었다고 하는 것<sup>17)</sup>으로부터도 양쪽 제도의 간극(間隙)을 엿볼 수 있다. 단체소송의 제도는 독일 외에 프랑스, 덴마크, 이스라엘, 네델란드, 스웨덴, 폴투칼 그리고 러시아와 폴란드 등 사회주의 국가에서도 채택되고 있다.<sup>18)</sup>

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

15) 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 (1971), 9)가 내려지고 있다.

16) Fricke, GRUR 1976, S.684

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

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

## IV. 집단이익과 집단소송

### 1. 환경권과 환경금지소송의 경우

소극적인 공해방지의 시대로부터 적극적인 환경보전의 시대로의 전환은 환경문제의 심각성을 실증하는 것으로서, 환경문제에 대한 우려는 그것이 국지적인 것이거나 지구적인 것이거나를 가릴 것 없이 이제 하나의 상식에 속하는 문제들로 발전하였다. 환경보전에 대한 국제적인 관심이 고조되고, 개인의 기본권으로서의 환경권 관념이 확립되고 있음에도 불구하고 환경오염피해는 오히려 증가일로로 치달고 있는 것도 또한 부인할 수 없는 사실이다.

환경문제의 심각성의 부각은 결국 환경문제가 가져오는 피해의 심각함을 뜻하는 것이어서, 환경보전을 위한 노력과 함께 당연히 고려되지 않을 수 없는 문제의 하나는 환경오염피해를 둘러싼 분쟁을 신속하고 합리적으로 해결함으로써 환경피해구제의 원활을 도모하는 일이라고 할 수 있다.

환경금지소송의 소송물인 금지청구권으로서는 소유권 등의 물권에 기한 방해배제·예방청구권, 인격권에 기한 금지청구권, 불법행위에 기한 금지청구권, 환경권에 기한 금지청구권 등을 들 수 있다. 앞의 세 가지의 경우에는 그 권리의 귀속주체는 각각 물권자, 인격권자, 불법행위에 의하여 침해된 권리·이익의 귀속자이고, 내용적으로는 그 권리주체 자신의 개인적인 이익을 보장하는 것이라고 본다. 따라서 그 권리주체가 한꺼번에 제소하는 경우에도 각자의 개별적 권리를 소송물로 하는 공동이익, 이른바 집속적

(集束的) 집단소송에 불과하다.

이에 대하여, 환경권이라고 하는 것을 인정하여 그 환경권에 기한 금지청구권을 소송물로 하는 경우에 관하여는, 그 환경권이 어떠한 성질·내용을 가진 권리이고, 어떠한 요건하에서 인정되며, 누구에게 귀속하는 권리로 풀이하는가가 문제된다. 한마디로 환경권이라고 하더라도 일반적 환경권과 개별적 환경권 등 여러 가지 종류가 있을 수 있고, 그 객체로도 자연적 환경권 뿐만 아니라 문화적 유산, 도로, 공원 기타 사회적 환경이라고 하는 것까지도 고려의 대상이 될 수 있으므로 일률적으로는 말할 수 없지만, 환경권의 제창자들이 주장하는 바에 따르면, 환경권은 다음과 같은 기본적 발상에서부터 인정되는 것이다. 즉 「대기, 물, 일조, 통풍, 자연의 경관 등은 어느 것도 사람의 생활에 불가결한 것이므로 당연히 부동산의 소유권과는 무관하고, 모든 사람에게 평등하게 분배되어야 한다. 이를 법률적으로 표현한다면, 환경은 만인의 공유에 속하고 공유자의 동의를 결여한 환경의 배타·독점적인 이용은 그 자체 위법하다고 볼 수 있다. 이러한 위법한 행위에 의하여 환경이 오염되거나 오염될 우려가 있는 경우에는 그 환경을 공유하는 지역주민은 구체적인 피해가 발생하고 있는가 여부를 문제삼지 않고서도, 곧바로 그 환경과괴행위를 금지하지 않으면 안된다」고 하는 '환경공유의 법리'에 기한 것이다. 또한, 환경공유라고 하더라도, 「여기서 말하는 공유상태는 재산법상의 공유 또는 준공유와는 그 취지를 달리하고 있고, 각자는 단지 지분을 가지는데 그치는 것이 아니라 각각 독립한 고유의 환경권을 가진 것으로 볼 수

있으므로 다른 공유자의 수나 성명, 지분 비율 등은 문제가 되지 않는다」고 할 수 있다.<sup>19)</sup>

그리하여, 지역의 각 주민이 각자 환경권을 가지고, 환경금지소송도 각자가 개별적 내지 공동으로 제기할 수 있다고 보지만, 그렇다고 하여 환경권을 그 귀속 주체인 각 주민의 개별적, 개인적인 이익을 내용으로 하는 것으로 보는 데에는 문제가 있을 것이다. 환경의 이용방법이 규칙에 위반함으로써 이미 위법이 되므로, 금지청구권의 발생에 관하여 주민에 대한 피해 발생을 요하는 것은 아니다. 또한, 그 주민 스스로에게 개인적인 피해가 없더라도 그 자는 환경권의 주체가 되고, 환경소송을 제기한 각개의 주민은 그 소송에 있어서 그 환경소재에 관한 자기의 이용이 방해받고 있다는 것뿐만 아니라, (또는 그러한 주장은 없더라도) 당해의 환경과피가 환경을 공유하는 다른 주민의 이용을 방해하는 것이라는 것을 주장할 수 있다고 보기 때문이다. 환경권은 그 요건·내용으로 보아 파괴될 우려가 있는 환경으로부터의 이익을 향유하고 있는 다수 주민 전원의 집단적 이익이라고 풀이할 수 있을 것이다. 그렇다면, 환경권은 각 주민의 개인적 권리·이익과 같은 성질로 보는 것도 아니고, 또한 그와 같은 개인적 이익의 총화와 일치하는 것으로 보는 것도 아니라고 할 수 있다.

학설 가운데는 환경권은 지역적, 집단적 권리이고, 입회권에 유사한 다수 주민의 총유권으로 보는 견해가 있다.<sup>20)</sup> 생각

건대, 총유설 쪽이 환경권의 집단성에 의해 설득력 있게 보이지만, 지역주민 사이에는 실제적 총합인이라고 할만한 특별한 인적 관계가 있는 것은 아니고, 그 구성원의 외연도 불명확한 것이 많으며, 또한 각 주민이 환경으로부터 향유하는 이익도 입회의 경우에 있어서의 사용 수익권과 같이 명확한 개인적 이익과의 결합보다 더 희박한, 집단적 권리 내지 이익이라고 보는 쪽이 타당하지 않을까 한다.

## 2. 집단이익의 존재성

환경과피가 비교적 좁은 범위에 미치는 경우에는 환경권에 기한 금지청구권을 가지는 주민의 수는 한정되고 있다고 할 수 없지만, 광범위하게 거주하고 있는 다수의 주민이 환경권을 가지고 있다고 볼 수 있는 경우에는 그 다수인에 의한 집단의 이익이라고 하는 것은 공익에 다름아니고, 사적 이익의 보호·실현을 목적으로 하는 민사소송의 대상일 수 없는 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있을 것이다. 소비자단체에 의한 단체소송의 목적이 소비자이익의 옹호라고 일컬어지는 경우에 있어서도 마찬가지로 문제가 된다. 전혀 활동하고 있지 않는 법인 등의 예외를 제외하고서도 소비를 하지 않는 자는 없으므로, 생각하기에 따라서는 모든 국민, 권리능력자는 소비자라고 할 수도 있기 때문이다.

분쟁관리권이론의 주장자 가운데는 「환경보호 등의 영역에 있어서는 시민 각개의 사익과 공익과는 질적으로 다르다고

19) 川村俊雄, “環境權論の原點”, 『不動産取引法・環境權の再檢討』, 1987, 101面 이하

20) 松浦馨, “環境權侵害差止假處分訴訟における當事者適格と合意確定の必要性”, 『實體

法と節次法の交錯(上)』[山本戶克己還歷記念], 1986, 292面 이하

는 보지 않는다. 일정한 환경침해가 특정한 시민에게 집중된다면, 사익에 대한 침해로서 나타나고(예컨대, 일조권 침해 등), 소음이나 대기오염의 경우에는 불이익을 받는 시민의 범위가 확대되게 된다. 이 경우에는 말하자면, 사익과 공익과의 중간 영역이라고 할 수 있다. 따라서 이 경우에도 다른 불특정 다수의 시민의 불이익과 비교하여, 특별히 고도의 불이익을 받는 시민이 존재한다(예컨대, 소음발생의 인근에 거주하거나 대기오염농도가 높은 지역에 거주하는 시민). 그런데, 자연보호지역의 보전과 같이 불특정다수의 시민의 이익만이 관계된 경우가 있다. 종래, 환경보호소송 가운데서 공익이라고 여겨지는 것은 그 불특정다수의 시민의 이익이다"라고 하여, 결국 「공익과 사익의 구별은 단계적이고 절대적인 것은 아니다」라고 설명된다. 여기서, 「시민 각자의 사익」도 아니고 「공익」도 아닌 ‘중간영역’이라고 일컬어지는 것은, 후술하는 시민에 의하여 구성된 집단고유의 (사적인) 이익(집단이익)으로 볼 수 있고, 또한 그와 같은 집단이익을 인정하는 경우에는 분쟁관리권이론에서 「공익」이라고 보는 경우도 집단이익으로 풀이할 수 있지 않을까 한다.

행정법학에 있어서도, 행정작용을 둘러싼 이해상황을 추상적인 전체로서의 공익과 행정활동의 상대방으로 일컬어지는 자연인 또는 법인의 개인적 이익과의 두 가지 범주로 환원하고, 공통된 이해관계를 가지는 사회적 실체로서의 집단의 이익을 사상(捨象)해버리는 것을 의문시하는 견해가 유력하게 주장되고 있다.<sup>21)</sup>

21) 小早川光男, 『行政訴訟の構造分析』, 1990,

독일에서는 1965년 부정경쟁방지법 개정에서 소비자단체소송이 도입되고, 이에 의하여 소비자이익이 부정경쟁방지법의 보호법적으로 승인되는데 이르렀다고 풀이하는 견해가 지배적이지만, 그와 관련하여 그 소비자의 이익이 공익(öffentliches Interesse)인가, 집단이익(Gruppeninteresse)인가가 논의되고 있다. 공익과 집단이익을 어떻게 정의하는가가 문제되는데, 일설에 의한다면, 공익이란 공중(Allgemeinheit)이라고 불릴 정도의 다수인, 즉 국가소속원의 총체 또는 불특정다수인을 주체로 하는 이익이고, 집단이익은 긴밀한 결합이 있는 특정한, 또는 특정 가능한 다수인의 일치된 이익을 말한다. 이 견해에 따르면, 여기서의 소비자의 이익은 공익으로 보게 될 것이다. 또 다른 설에 의한다면, 공익을 질서에 관한 국가의 이익으로 풀이하고 다수인의 동종의 이익, 즉 일정한 지위나 역할을 담당하는 자로서 가지는 이익을 집단이익으로 본다. 이 설에 의하면, 부정경쟁방지법에 의하여 보호되는 소비자이익은 집단이익에 속한다고 보게 될 것이다.<sup>22)</sup>

독일의 어떤 학자는 이른바 사회학적 고찰방법(sozialrechtliche Betrachtungsweise)에 의해, 집단이익을 다음과 같이 승인하고 있다. 경쟁법의 영역에서는 개인의 이익침해를 확정할 수 없거나, 시간적으로 후에 행하여진다고 확정할 수 없는 경우가 종종 생긴다. 부정한 경쟁행위의 결과, 특정한 개인의 이익이 침해된 것이 명백

243면

22) 高田昌宏, “消費者團體の原告適格-ドイツ不正競争防止法上の消費者團體訴訟の理論的展開を手がかりとして-”, 『早稲田法學』第61卷 第2號, 71面 이하

해지기 전에 이미 다수의 시장 관계자가 그 이익을 침해당할 위험에 놓여 있고, 입법자는 그 상태를 방치할 수 없다고 생각하여 이익보호를 시간적으로 조기에 실현할 필요를 절감한다. 그리하여, 이를 위해서는 특정한 개인을 보호주체로 할 수는 없고, 영업자 내지 소비자를 전체로 하는 집단이 보호주체가 되어 문제의 실마리를 풀어내게 된다.<sup>23)</sup>

또 다른 학자도 부정한 선전행위나 무효인 약관의 사용에 의해 실제로 자기 재산에 대하여 직접 영향을 받은 소비자라고 하는 한정된 집단의 집합적 권리라는 것을 인정하고, 이 권리는 피해를 입은 소비자 집단에 귀속한다고 풀이하고 있다.<sup>24)</sup> 실제로 피해를 입은 자만의 집단으로 풀이한다면, 그 집단이 갖는 이익이 공익이 아님은 명확해질 것이다. 또한 이 견해에 따르면, 현실로 피해가 발생한 경우에 한하여 소비자의 집단적 이익을 인정하는 것으로 보지만, 현실로 피해가 발생하기 전이라도 소비자집단은 고유한 이익을 가지고 있다고 봐야 하므로 이 점에서는 찬성하기 어렵다.

이와 같이 집단 스스로가 가진 집단 고유의 이익인 「집단이익」은 공익이라고는 할 수 없으므로 사익에 해당하지만, 그렇다고 집단구성원의 개인적 이익의 집합물은 아니다. 집단이 고유하게 가지고 있는 이익으로서 그 구성원이 동종의 권리·이익을 가지는 수가 있더라도 그

들의 이익은 동일하다고는 볼 수 없고, 또한 어느 일방이 타방의 일부라고 할 수도 없다. 집단이익은 일반적으로는 금지청구권 등에 의하여 주장되지만, 손해배상청구권이 포함될 수도 있다. 그러나, 그것은 부정한 행위를 금지시키는데 필요한 비용의 배상청구권으로 풀이된다. 어떠한 집단이익과 개인적 이익의 관계가 이상과 같다면, 집단이익의 옹호를 직접 목적으로 하는 집단이익소송과 그 집단 구성원이 자기의 개인적 이익에 관한 소송은 소송물을 달리하고 있다고 보아야 할 것이다.

### 3. 소송유형으로서의 「집단이익소송」과 그 대상으로 하는 사건

정작 사회학적으로는 개인의 이익도 아니고 공익도 아닌, 어떤 집단의 고유한 이익이라고 하는 것의 존재를 인정할 수 있을까. 그렇다면 이와 같은 집단이익을 옹호하는 것을 목적으로 하는 소송을 원칙적인 「개인이익소송」과는 다른 특별한 소송유형으로서 인식하여 새로운 소송유형으로 승인해야 할 필요가 있다. 동일한 발상에서 본다면, 공익의 보호를 목적으로 하는 민사소송이 존재한다고 한다면, 「공익소송」이라고 하는 소송유형도 고찰되어야 하지만, 여기서는 생략하기로 한다.

그런데, 이와 같은 구상에는 다음과 같은 비판이 따를 것으로 예상된다. 즉 여기서 고려되고 있는 집단의 대부분은 조직성이 없고 그 구성원의 범위도 그 만큼 명확하지 않으므로 그와 같은 집단에 관하여는 권리능력을 인정할 수 없지만, 그렇다고 권리능력 없는 사단으로 볼 수도 없다. 법률상은 그와 같은 집단은 권

23) Wolf, *Die Klagebefugnis der Verbände*, 1971, S.16f

24) Gilles, "prozessrechtliche probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucher-verbandsklagen im deutschen Zivilrecht", *ZZP* 98 (1985), 1

리·이익의 주체일 수 없으므로 집단에 귀속하는 집단이익이라는 것을 소송물로 할 수 없고, 당사자능력도 인정되지 않으므로 집단 스스로가 당사자가 되는 것도 허용되지 않는다. 따라서 이념형으로서 집단이익소송을 인정하더라도 그에 해당하는 사건을 파악할 수 없으므로 무의미한 공론에 불과하다는 것이다.

이에 대하여, 소비자 집단의 집단이익이라는 것을 인정하지만, 소비자의 집단에 권리능력이 없는 것을 고려하여 그 집단을 집단이익의 담당자로 삼는 것을 포기하고 권리능력이 있는 소비자 단체를 집단이익의 주체로 삼자는 견해가 있다. 그 이유는 「단체는 기존의 구성원의 保持 및 새로운 구성원의 획득을 위하여 모든 자의 이익에 공통되는 이익의 추구를 목적으로 할 필요가 있다. 따라서 단체의 활동은 정관에 의해 추구되는 이익의 집단적 국면으로 나아가게 된다. 여기서 단체의 이와 같은 본질적 지향과 법률이 보호하는 이익과는 일치하므로, 자연인의 경우와 마찬가지로 법률상 보호받는 이익은 단체의 고유한 이익으로 승인된다.»<sup>25)</sup> 그리하여, 법률상 보호받는 집단적 이익의 현실적 수익자는 집단구성원이므로, 현실적 수익자로서의 집단구성원(1인이라도 좋지만)이 단체에 귀속하는 경우에 비로소 법률상 보호받는 집단이익은 단체 고유의 이익이 된다고 본다.<sup>26)</sup> 이와 같이 단체소송은 법적으로 보호받는 이익의 주체가 그 이익의 침해에 대하여 권리보호를 청구할 수 있다고 하는 일반원칙의 발현에 다름아니므로, 명

문이 없는 경우에도 해석에 의하여 단체소송을 허용할 수 있다고 본다.<sup>27)</sup>

그러나, 위와 같은 견해에 대해서는 법적으로 보호받는 집단이익과 단체가 추구하는 이익이 같은 방향을 향한다는 것은 제소권자 선정시 입법자의 동기를 나타내 보이더라도, 법적으로 보호받는 이익은 단체 고유의 보호받는 이익이 된다고는 설명할 수 없다는 비판이 강하고, 이를 지지하는 자도 적지 않다.<sup>28)</sup>

결국 집단이익을 소송을 통하여 보호하기 위해서는 법률에 의하여 권리능력이 있는 단체에 제소권을 부여하고, 특히 그 단체에 금지청구권 등 실체적 권리를 인정하는 것이 더욱 확실한 방법이 됨은 물론이다.<sup>29)</sup> 현재 독일, 프랑스, 스위스 등에서는 특별법에 의하여 일정한 소비자 단체나 업계의 이익촉진단체에 단체소송의 제소권을 인정하고 있다. 그리하여 실체법적으로도 그 단체에 금지청구권 등 실체법상의 권리가 아울러 부여되고 있다고 풀이하는 견해가 지배적이다.<sup>30)</sup> 이웃 일본에서는 아직 이러한 형태의 단체소송을 인정한 법률은 없지만, 주주의 대표소송제기권(日商法 제267조 이하) 등은 일정한 회사의 소주주라고 하는 집단의 이익을 옹호하기 위한 소송으로 풀이할 여지도 있다.<sup>31)</sup> 우리나라 역시 그러하다.

27) Wolf, a.a.O., S.38ff.

28) 高田昌宏, 前掲論文, 79, 81面 参照

29) Münchener Kommentar zur ZPO Bd. 1 (1992) Vor § 50 Rn. 72

30) Bettermann, ZZZ 85, S.113 ; Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, S.254

31) 池田辰夫, “株主の代表訴訟の法構造”, 『阪大法學』 第149・150合併號, 225面 이하

25) Wolf, a.a.O., S.20

26) Wolf, a.a.O., S.25ff.

「집단이익소송」이라고 하는 소송유형을 구상하는데 있어서는 단체소송을 인정하는 법률이 제정되는 것이 바람직하지만, 그러한 입법이 이루어지기 위해서는 단체소송에 관한 기본 틀에 관한 기초적 연구가 필요하고, 그 바탕 위에서 단체소송의 전형이라고 하는 것을 고찰함과 아울러, 그에 관한 절차이론을 마련하는데 있을 것이다. 또한 단체소송에 관한 입법이 이루어진 경우의 사건에 관한 절차적 처리방법을 미리 검토해 놓는 것도 필요할 것이다. 법률로는 일정한 단체에 제소권을 인정하는 것을 규정할 뿐이고, 사건의 특수성을 고려한 절차규정의 특칙까지 정해 놓지는 않기 때문이다.

더욱이 특별법에 의하여 단체소송이 인정되는 한, 집단이익소송에 해당하는 사건은 존재할 수 없는가 하는 점도 검토를 요할 것이다. 우선 행정사건 소송 중 취소소송 등에 관하여는 집단에 귀속하는 실체권을 소송물로 제시해야만 하는 것은 아니다. 여기서 사건의 성숙성(처분성)이나 원고적격과의 관계에서 집단이익을 기준으로 하여 판단하는 것이 인정된다면, 법원의 문이 종전보다 더 넓게 열리게 될 것이다.

협회의 민사소송에 있어서도, 금지청구가 인정되기 위해서는 피고에게 부작위의무가 있다면 좋고, 그 의무에 대응하는 실체법상의 금지청구권이 원고에게 귀속하고 있다고 할 필요는 없다는 견해가 독일의 단체소송과의 관련하여서 주장되고 있다.<sup>32)</sup> 특히 이와 같은 주장은 단체소송 제기권이 부여된 단체가 소송을 제

기하는 경우에 이루어지는 것이고, 특칙규정이 없는 일본의 경우만 하더라도 독점금지법 제3조나 부당경품류 및 부당표시방지법 제3조, 제4조 그리고 부정경쟁방지법 제2조 등의 경우에, 위반자(피고)에게 민사법상의 부작위의무가 있다고 할 수 있을까 하는 점이 지적되고 있다.<sup>33)</sup> 우리나라도 또한 동일하다. 그러나, 환경권 등에서 미루어 본다면, 환경피해자의 부작위의무를 법적으로 인정할 권리가 없지는 않을 것이다. 그렇다면, 전술한 독일법의 이론도 반드시 무관하다고는 할 수 없다.

또한 집단이익을 옹호하기 위한 소송은 급부소송이라야만 하는가도 문제된다. 예컨대, 아직 사용되고 있지는 않지만 사용될 예정인 약관이 있는데 그 내용이 무효라는 경우, 소비자 집단의 이익을 보호하기 위해 당해 약관의 무효확인소송을 적법하다고 인정할 여지는 없는 것일까. 그 약관을 무효로 하는 판결이 있더라도 또한 그 약관이 사용될 수가 있고, 그로 인하여 개개의 소비자가 피해를 입을 수 있지만, 약관사용자와 소비자 집단의 사이에 이루어진 소송상 무효판결의 사실상의 사용억지력과 구체적 피해를 받은 소비자의 개별소송에의 사실상의 영향력은 결코 적지 않으므로 그와 같은 확인소송을 적법시하는데 충분한 이유가 될 것으로 보인다.

더 나아가, 신탁이론 등의 원용에 의하여 수탁자를 집단이익의 주체로 보는 것도 고려될 수 있고, 보다 기본적으로는 개인적인 권리·이익밖에 인정하지 않는 실체법의 기본틀도 재검토해야 할 것이다.

32) 上原敏夫, “集團的救濟制度の基礎的研究”, 『一橋研究年報・法學研究』 第11號 134面 이하 ; 高田昌宏, 前掲論文, 87面 이하

33) Ibid.

## V. 결론 : 제언

생각건대, 우리나라의 법제가 기본적으로 독일의 법제를 계수하고 있으며, 우리나라의 민사소송 제도가 독일의 그것을 도입한 것이라는 점에 비추어 보면, 미국의 집단소송, 즉 대표당사자소송보다는 독일의 단체소송을 도입하는 쪽이 손쉬울 뿐만 아니라 바람직할 것으로 사료된다.

현행 우리나라 민사소송법상 환경·소비자 피해 등 집단분쟁에 대한 대처방안으로서는 불완전하기는 하지만, 선정당사자 제도와 임의적 소송담당 제도가 있다.

선정당사자 제도는 공동소송으로 제소하거나 제소당하는 복수의 공동소송인이 그 중의 1인을 선정당사자로 선임하면, 그가 자기의 이름으로 공동소송인 전원을 위하여 소송하고 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 특정다수의 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 한다

는 등 자격상 제한이 없으므로 집단소송을 하기에 적합한 환경단체, 소비자단체를 선정당사자로 내세울 수 없을 뿐만 아니라 선정당사자가 상대방과 공모하여 배신행위를 하는 것을 견제할 장치가 마련되어 있지 않다.<sup>34)</sup>

임의적 소송담당이라 함은 권리주체인 자 본인이 그 의사로 제3자에게 소송수행권을 부여하고, 이에 기하여 제3자가 본인(이른바 소송신탁자)을 위하여 소송수행을 하는 것을 말한다. 임의적 소송담당 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 자산관리공사에 그치고 있다. 그러나 임의적 소송담당을 지나치게 제한할 것이 아니라 변호사대리의 원칙이나 소송신탁의 금지를 회피, 잠탈할 염려가 없고 또 이를 인정할 합리적 이유가 있을 때에는 임의적 소송담당을 확대 허용하는 것이 바람직할 것이다.<sup>35)</sup>

34) 이시윤, “집단소송과 임법론”, 『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 ; 구연장, “공해소송과 다수당사자”, 『다수당사자소송연구』[법무자료 제90집], 193쪽 등 참조

35) 정동윤, 『민사소송법』, 법문사, 2000, 198쪽 ; 이시윤, 『민사소송법』, 박영사, 2000,

따라서 선정당사자 제도나 임의적 소송담당 제도로서는 급격히 정보기술산업 사회로 발전하면서 더욱 가속적으로 거대화하는 광범한 지역에 걸치는 다수의 환경 공해 피해자나 거대화하는 소액 피해자의 집단 분쟁에 대처하기에는 불충분하다. 즉 대량생산, 대량소비의 경제 패턴 아래에서는 대량 소액의 피해가 부단히 발생하므로 그 수호되어야 할 이익이 확산되어 있고, 소액이며 집단적인 것(diffuse, fragmented and collective interests)이 특색인데, 개인 중심의 분쟁을 대상으로 하는 전통적인 개인주의적 절차법의 법리에 의해서는 대처하기 어렵다.

오늘날처럼 집합적인 단체의 이익 내지 공공의 이익이 일반 사법체계 중에서 비중을 높이고 있는 때는 일찍이 그 예가 없었다. 산업과 시장경제 원리의 급속한 발달에 따른 환경오염피해자 보호와 소비자보호의 필요성은 일반 사법체계 분야에 있어서의 종래의 전통적인 개인주의적·자유주의적 원칙을 대폭으로 수정할 것을 강력히 요구하고 있는 것이다.

그리하여 공해로부터의 개인들, 기업으로부터의 소비자들, 정부의 전횡으로부터의 일반시민의 대량 소액의 피해를 일괄 구제하는 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 지향하는데 있다.

이러한 새로운 집단적·사회적 이익의 보호목적을 기존의 사법체계 중에서 어떻게 포섭시킬 것인가 하는 실체법상의 과제에 조응하여 소송법적 측면에 있어서도, 이상에서 살펴본 바와 같이 다양한 논의가 전개되기에 이르렀다. 그러나, 이러한 논의들은 그 중 어떤 것은 새로운 이익보호의 충격을 완화시키기에 급급한 나머지 지나치게 기존이론의 고수에 집착하는 경향이 있는가 하면, 어떤 것은 이와 반대로 지나치게 혁신적인 이론전개를 시도하는 것이 되어 기존이론과의 정면충돌을 피하기 어려운 점이 여전히 극복해야 할 과제로 남아 있다.

150쪽 ; 김홍규, 『민사소송법』, 삼영사, 1994. 161쪽 ; 방순원, 『민사소송법(상)』, 한국사법행정학회, 1992. 173쪽 ; 대법원 1984. 2. 14. 83 다카 1815 판결 (『법원공보』 제726호, 508~509쪽)