

# 公益集團訴訟의 比較法的 研究

李圭鎬\*

## 차 례

- I. 머리말
- II. 공익집단소송의 의의
- III. 공익집단소송의 비교법적 고찰
  - 1. 미국의 부권소송(Parens Patriae Action)
  - 2. 영국 및 스웨덴 등 유럽의 공익집단소송
- IV. 공익소송제도의 도입방안
  - 1. 공익소송제의 도입범위
  - 2. 법리적 문제
  - 3. 경제적 문제
- V. 결 론

\* 光云大 法科大學 國際法務學科 助教授, 法學博士

## I. 머리말

우리나라에서는 증권관련집단소송법이 도입되어 2005년 1월 1일부터 자산 2조원 이상의 상장법인에 대해 시행되고 2조원 미만의 상장법인에 대해서는 2007년부터 시행된다. 이 제도의 남용을 우려하여 여러 가지 안전장치를 법에 마련하였다. 하지만 아직도 이 제도의 성패를 가늠하기란 용이하지 않다. 그럼에도 불구하고 집단소송법제를 증권거래법 이외로 확대하여 실시하고자 하는 움직임도 만만치 않다. 이와 관련하여 주의할 사항이 있다. 증권관련집단소송법은 미국식 대표당사자소송(class action)을 도입한 것이기 때문에 독일의 단체소송(Verbandsklage)<sup>1)</sup>이나 미국의 공익집단소송(부권소송; *parens patriae action*)과는 상이하다는 점이다. 이 가운데 대표당사자소송은 다수의 피해자 중 일인 또는 수인이 대표당사자로서 그 집단을 위하여 소를 제기하는 형태이고, 단체소송은 다수의 피해자의 구제를 위하여 일정한 단체가 소를 제기하는 소송유형이며, 공익집단소송은 본디 유지청구 및 손해배상청구 등을 위한 민사소송절차로서 피해 당사자의 개별적 수권 없이 국가나 행정청이 공익적 차원에서 소송을 수행할 수 있게 하는 제도적 장치를 뜻한다. 향후 집단소송제도를 확대하여 실시할 경우에 대표당사자소송 이외에 각국의 공익집단소송 및 독일의 단체소송 등의 법제도들을 함께 고려할 필요가 있다. 본고는 그 중에서도 미국식 공익집단소송제도-미국의 부권소송(*parens patriae action*)제도가 대표당사자소송절차의 존재에도 불구하고 미국에서 시행되고 있는 점에 착안하여 이 제도를 중점적으로 고찰하고자 한다. 다만 유럽에서도 공익집단소송제도를 채택한 나라가 있기 때문에 이들 나라의 제도도 함께 소개하여 비교법적 분석을 시도한다. 이 단계에서 영국의 공정거래청장에 의한 부작위청구의 소 및 스웨덴의 소비자옴부즈만제도 등을 고찰한다. 그런 다음 공익집단소

1) 독일의 단체소송제도를 개관하면 다음과 같다. 2001년에 제정된 부작위소송법(Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts und anderen Verstößen)은 유지청구 및 철회청구를 내용으로 함에 그치고 손해배상청구나 이익환수 등의 청구를 위해서는 이 법률의 단체소송을 허용하지 아니한다. 2004년 7월 3일 개정된 독일의 부정경쟁방지법(UWG)은 일정한 단체에 부작위청구, 제거청구 및 이익환수청구 등을 허용하고 있으나, 손해배상청구와 관련해서는 단체소송을 허용하지 아니한다. 그리고 경쟁제한금지법(GWB)은 부작위청구에만 단체소송을 인정하고 있다. 보다 자세한 내용은 이규호·송호영, 『소액다수 소비자피해구제의 실효성 제고방안: 공익소송 도입검토를 중심으로』, 공정거래위원회 연구용역 최종보고서, 2004. 12, 41~91면 참조.

송제도의 국내 도입방안에 대해 줄건을 피력한다.

## II. 공익집단소송의 의의

“집단소송(group action)”은 집단 총원의 피해에 대한 구제책을 구함에 있어 그 집단의 대표인 원고가 자신뿐만 아니라 법원에 출석하지 아니하는 집단 구성원 전체에 대한 판결을 구하는 제도적 장치다.<sup>2)</sup> 즉 집단소송은 집단적 피해 자군을 일거에 구제하는 소송상의 수단으로서 이들 다수의 청구를 일괄해서 소제기하기 쉽도록 하는 제도적 장치다.<sup>3)</sup> 따라서 진정한 의미의 집단소송이란 용어는 집단 구성원의 명시적인 동의 없이 대표에 의하여 제기된 소로서 집단 구성원 전체에 대하여 기판력이 생기는 판결을 구하는 제도적 장치를 의미한다.<sup>4)</sup> 이 경우에 그 대표가 원고적격을 가지게 되고 기타 집단구성원은 당사자로 간주되지 아니한다.<sup>5)</sup> 하지만 광의의 집단소송은 집단의 대표가 집단구성원에게 기판력이 생기지 아니하는 판결을 구하는 소송도 포함한다. 네덜란드 민법 제3:305a조 및 제3:305b조가 그 광의의 집단소송의 일례에 해당한다.<sup>6)</sup>

그리고 집단소송은 공익집단소송(public group action)과 사익집단소송(private group action)으로 나눌 수 있다.<sup>7)</sup> 공익집단소송(public group action)은 국가 기관 또는 지방자치단체의 대표에 의하여 제기된다. 예컨대 ombudsman이나 행정청이 제기하는 집단소송이 공익집단소송이다.<sup>8)</sup> 사익집단소송(private group action)은 집단의 구성원(대표당사자소송; class action) 또는 일정한 단체(단

2) Per Henrik Lindblom, Individual Litigation And Mass Justice: A Swedish Perspective And Proposal on Group Actions in Civil Procedure, 45 Am. J. Comp. L. 805, 820 (1997).

3) 김홍규, 『민사소송법』, 삼영사, 2004년, 704~705면; 강태원, “집단소송제도에 관한 입법론적 고찰”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 1992, 4~6면.

4) Lindblom, supra note 2, at 820.

5) Id.

6) Id.

7) Public group litigation을 “공적 집단소송”으로, 그리고 private group litigation을 “사적 집단소송”으로 번역하는 것이 적절한지 검토할 필요가 있다. 비영리단체에 공익을 위한 소송수행권을 허용하는 경우에 이를 공익소송으로 보아야 할 것인지 아니면 사익소송으로 보아야 할지 문제되는 경우에는 “공적 집단소송”, “사적 집단소송”으로 번역하는 것이 타당할 수도 있다. 하지만 기존의 언론매체를 통하여 국가가 공익을 위하여 제기하는 집단소송형태를 공익소송으로 지칭한 바 있어 기존의 여론 등을 통하여 이 개념이 환기되었기 때문에 편의상 “public group litigation”을 공익집단소송으로 번역한다.

8) Linblom, supra note 2, at 821.

체소송; organization actions)에 의하여 제기될 수 있다.<sup>9)</sup>

집단소송과 관련하여 미국에서는 공익소송제도의 일유형으로서 부권소송제도(parens patriae action)와 사익소송제도로써 대표당사자소송제도를 허용하고 있다.<sup>10)</sup>

그리고 유럽연합의 거의 모든 회원국에도 이미 집단소송제도가 존재한다.<sup>11)</sup> 하지만 일정한 요건을 충족하는 경우에만 그러한 소의 활용이 가능하기 때문에 이 소를 제기할 기회는 제한적이다. 그 집단소송은 주로 유지청구에 대해서 인정될 따름이다. 프랑스는 그 예외에 해당한다. 즉 프랑스에서는 손해배상 청구도 가능하다.<sup>12)</sup>

소비자의 권익을 보호하기 위한 부작위청구에 관한 유럽의회및이사회지침(이하 “유럽연합지침”으로 표시)이 승인되기 이전에 유럽 각국이 집단소송제도와 관련하여 취하는 입장을 정리하면 다음과 같다. 유럽연합위원회는 몇몇 회원국 중 집단적인 이익의 보호를 독립된 행정기관에 위임한 국가도 있다고 보고하였다.<sup>13)</sup> 즉 영국,<sup>14)</sup> 덴마크 및 아일랜드에서는 제한된 범위 내에서 공익 집단소송제도를 허용한다.<sup>15)</sup> 예컨대 영국의 공정거래청장(Director General of Fair Trading), 덴마크 및 스웨덴의 소비자옴부즈만(Consumer Ombusman), 아일랜드의 소비자사건처리위원회 위원장(Director of Consumer Affairs)이 이에 해당한다.<sup>16)</sup> 이 중 영국의 경우에는 최근 소비자단체에까지 당사자적격을 확대하였다. 유럽연합 회원국 중 8개국에서는 불공정하거나 금지하여야 할 상거래에 대하여 소비자보호단체가 법원에 유지청구를 제기할 소의 이익(locus standi)을 가지는 것으로 파악되었다.<sup>17)</sup> ( i ) 독일은 1909년, 1965년 및 1976년에, ( ii ) 그리스 및 스페인은 1991년에, ( iii ) 프랑스는 1988년 및 제1992년에,

9) Id.

10) 한국소비자보호원, 『소비자단체소송 및 집단소송에 관한 연구』, 연구보고서 88-04, 1988, 104~109면 참조.

11) Lindblom, *supra* note 2, at 820.

12) Id.

13) Christopher Hodges, 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 321, 323 (2001).

14) 후술하는 바와 같이 영국에서는 소비자관련사건에서 소비자단체에까지 공익소송의 당사자적격을 확대하였다.

15) Lindblom, *supra* note 2, at 822.

16) Green Paper Presented by the Commission: Access of Consumers to Justice and the Settlement of Consumer Disputes in the Single Market, COM (93) 576 final, 64.

17) Id.

(iv) 이태리는 1990년 및 1992년에, (v) 룩셈부르크는 1983년 및 1986년에, (vi) 네덜란드와 포르투갈은 1981년에 제정된 법률을 통하여 이러한 절차를 신설하였다.<sup>18)</sup> 그리고 벨기에에서는 1991년 이래 소비자보호단체와 행정청 양자가 집단적 이익의 법적 보호를 위하여 소를 제기할 권한을 가지게 되었다.<sup>19)</sup> 현재 시점에서 볼 때, 공익소송과 단체소송 양자를 허용하는 유럽국가의 예로는 영국, 벨기에, 네덜란드 및 스웨덴 등을 들 수 있다.<sup>20)</sup>

유럽연합위원회는 유럽연합지침을 제안하였는데,<sup>21)</sup> 1998년 5월 19일에 유럽의회와 이사회가 그 지침을 공포하였다. 동 지침 제8조에 따라 시행 후 30개월 이내에 즉 2000년말 까지 회원국들은 자국법에 이를 반영하도록 되어 있다. 따라서 이 지침에 따라 원고적격을 가지는 단체 또는 공적 기관은 소비자 관련 사건에서 부작위청구의 집단소송을 제기할 수 있게 되었다.<sup>22)</sup> 하지만 대표당사자소송제도는 이 유럽연합지침에서는 허용되지 아니하고 현재까지는 유럽에서 이 제도를 도입한 회원국은 전무하다. 그리고 여기에서 주의할 점은 이 지침이 집단소송의 제기권한을 소비자단체에 국한하지 않고 공적 기관에까지 수여하고 있지만, 유럽연합의 각 회원국이 양자 중 하나를 선택하거나 양자를 모두 채택할 수 있다는 것이다.

아래에서는 미국의 부권소송(Parens Patriae Action)제도, 영국의 공정거래청장에 의한 부작위청구의 소, 스웨덴의 소비자옴부즈만제도 등을 중심으로 개관한다.

### III. 공익집단소송의 비교법적 고찰

#### 1. 미국의 부권소송(Parens Patriae Action)

##### (1) 의 의

parens patriae action을 소개한 기존의 국내문헌에 따르면, 이 소송제도를

18) Id.

19) Id.

20) Id.

21) Geraint Howells & Rhoda James, *Litigation in the Consumer Interest*, 9 ILSA J. Int'l & Comp. L. 1, 44 (2002).

22) Id.

“국가후견소송”이라고 번역하였다.<sup>23)</sup> “*parens patriae*”란 용어를 “국가부권”개념으로 정의한 문헌도 발견된다.<sup>24)</sup> *parens patriae action*의 실제 내용을 살펴보면 이 제도는 주로 주정부에 의해 활용되는 제도임을 알 수 있다. 따라서 “국가”란 용어를 붙이기에는 어색한 점이 없지 않다. 또한 “후견”이라는 용어는 법정대리인의 개념에서 도출할 수 있는 것이기 때문에 당사자적격자인 주정부에 사용하기에는 부적절한 측면이 있다. “친권”이라는 용어를 사용하는 경우에도 우리나라 민법에 규정된 “친권자”라는 법정대리인의 개념과 혼동하여 주정부가 법정대리인의 지위에 있는 것으로 오해할 소지가 있다. 따라서 주정부가 당사자적격자로서 소를 제기한다는 점을 부각시키면서도 후견인의 지위에서 소를 제기한다는 점도 인식시킬 필요가 있는 바, 우리나라 실체법에서는 사용하지 아니하는 “부권”이란 개념으로 번역하는 것이 적절하다고 생각한다. 따라서 본고에서는 *parens patriae action*을 부권소송으로 번역하기로 한다.

대표당사자소송과는 달리 부권소송은 제정법상 요건을 충족할 필요가 없고 주의 법무부장관 등에 의하여 일방적으로 제기될 수 있다.<sup>25)</sup> 부권소송은 주(州)의 주민(住民)의 보건, 안전 및 복지를 보장하기 위하여 “준국가적인(*quasi-sovereign*)”<sup>26)</sup> 자격 하에서 행정부가 제기하는 소송유형이다.<sup>27)</sup> 미국 연방대법원에 따르면, 부권소송을 제기하기 위해서는 “주정부는 그 통치권과 관련된

23) 이문지, “미국의 반트러스트 국가후견소송(*parens patriae action*)”, 『경영법률』 제10집, 1999년, 431면.

24) 이종찬, “대리모계약의 효력과 『아이』에 대한 친권(하); 미국 뉴-저지주 지방법원 판결 소개”, 『법률신문』 제1892호, 1989. 11. 23.

25) Edward Winter Trapolin, Comment, Sued into Submission: Judicial Creation of Standards in the Manufacture And Distribution of Lawful Products--The New Orleans Lawsuit against Gun Manufacturers, 46 Loy. L. Rev. 1275, 1281(2000); Jack Ratliff, *Parens Patriae: An Overview*, 74 Tul. L. Rev. 1847, 1848 (2000).

26) 이문지, 앞의 논문, 432면에서는 “*quasi-sovereign interest*”를 “준주권적 이익”이라고 번역하였다. 주에는 주권적 이익(*sovereign interest*)이 존재하고 준주권적 이익이라는 개념은 이런 주권적 이익에 준하는 이익으로 해석할 수 있기 때문에 원문의 내용을 충실하게 살릴 수 있는 번역으로 보인다. 하지만 주에 주권적 이익이 있다고 볼 수 없기 때문에 “*sovereign interest*”를 “주권적 이익”으로 번역하기 보다는 “주가 공권력의 주체로서 가지는 이익”이라고 보는 것이 타당하다. 이러한 관점에서 “*quasi-sovereign interest*”이라는 것은 “주가 공권력의 주체에 준하는 지위로서 가지는 이익”이라고 번역하는 것이 가장 적절하다고 사료된다. 다만 번역한 용어가 지나치게 길어지는 측면이 있어 편의상 “준국가적 이익”으로 번역한다. 국가를 주권의 개념보다는 공권력의 주체라는 측면에서 이해하면 이러한 용어를 사용하는데 무리는 없다고 사료된다.

27) Ratliff, *supra* note 25, at 1850-53.

이해관계를 주장하여야 한다”고 판시하였다.<sup>28)</sup> 주정부의 이익은 “관할 내에 있는 개인과 단체에 대한 공권력의 행사”로 구성된다.<sup>29)</sup> 이것은 민사법과 형사법 양자를 집행할 권한을 포함한다.<sup>30)</sup>

“주법무부장관이 부권소송을 제기하는 경우에 시민을 위하여 주법무부장관이 제기한 구제책은 대표당사자소송의 구제책과 유사할 수 있다. 하지만 대표당사자소송과는 달리 시민이 스스로 그러한 소를 제기할 수 없다는 추정이 존재한다”.<sup>31)</sup>

담배소송에 관한 사례가 그에 해당한다. 그 사례에서 주법무부장관은 담배관련 질병을 치료함에 있어 주정부가 지출한 의료비용의 증가액을 배상받고자 여러 담배제조사를 상대로 제소하였다.<sup>32)</sup>

## (2) 대표당사자소송(class action)과의 차이점

대표당사자소송은 피해자 총원 중 일부 구성원이 대표당사자로 소송을 제기하여 일거에 피해자 총원의 권리를 실현하는 소송형태인데 반해 부권소송은 국가기관인 연방거래위원회나 주정부 등이 피해자를 대신해서 소를 제기하는 소송형태다. 하지만 주법무부장관은 피해자 총원을 위하여 대표당사자소송도 제기할 수 있다고 보는 것이 일반적 입장이다.<sup>33)</sup> 공정거래에 관한 한 사례에서 법무부장관이 적절한 대표당사자에 해당한다고 판시한 바 있다.<sup>34)</sup> 뉴욕주 남피구 소재 연방지방법원의 판사는 그러한 입장을 보편적으로 지지하면서 다음과 같이 판시하였다.

“연방법에 관련된 사안에서 주법무부장관이 대표당사자소송을 제기하지 못할 이유는 없다”.<sup>35)</sup>

28) Richard P. Ieyoub & Theodore Eisenberg, State Attorney General Actions, the Tobacco Litigation, and the Doctrine of Parens Patriae, 74 Tul. L. Rev. 1859, 1865 (2000).

29) Trapolin, supra note 25, at 1282.

30) Ieyoub & Eisenberg, supra note 28, at 1865 [citing Snapp, 458 U.S. at 601].

31) Beth S. Schipper, Note, Civil RICO and Parens Patriae: Lowering Litigation Barriers Through State Intervention, 24 Wm. & Mary L. Rev. 429, 449 (1983).

32) Lynn Mather, Theorizing about Trial Courts: Lawyers, Policymaking, and Tobacco Litigation, 23 Law & Soc. Inquiry 897, 910 (1998).

33) See, e.g., In re Sclater, 40 B.R. 594, 599 (Bankr. E.D. Mich. 1984).

34) See In re Antibiotic Antitrust Actions, 333 F. Supp. 278, 280 (S.D.N.Y.), amended by 333 F. Supp. 291 (S.D.N.Y.) and amended by 333 F. Supp. 299 (S.D.N.Y. 1971).

35) State Teachers Retirement Bd. v. Fluor Corp., 73 F.R.D. 569, 572 (S.D.N.Y. 1976).

텍사스 주의 상소법원도 텍사스 주의 기망적인거래관행법(Deceptive Trade Practices Act)에 따른 주법무부장관의 소비자보호소송을 진정한 대표당사자소송에서처럼 개별적 청구에 대한 제소기한의 중단을 요건으로 하는 “사실상 대표당사자소송”으로서 특징지었다.<sup>36)</sup>

### (3) 부권소송의 연혁

부권소송법리는 영국 보통법에서 유래하였다. 본래 이 법리는 국왕이 후견인 역할을 담당한데서 비롯된 것이다.<sup>37)</sup> 즉 영국 보통법상 왕권의 일부는 “국가의 아버지(father of the country)”로서의 지위에서 행사되었는데,<sup>38)</sup> 국왕은 스스로 보호할 수 없는 자 즉, 미성년자와 금치산자(incompetents)를 보호하고 대리하는 책임을 부담하였다.<sup>39)</sup> 국왕의 부권은 국왕이 거의 모든 것에 대한 전권을 가진다는 보통법상 포괄적인 특권(Prerogative Regis)이론으로부터 생겨났다.<sup>40)</sup> 이러한 국왕의 부권은 미국에 계수되는 과정에서 주 정부에 승계되었다.<sup>41)</sup> Curtis 교수가 언급한 대로,

“이 이론 하에서 국왕은 어떠한 불법행위도 행할 수 없다. 그는 결코 죽을 수 없다. 그리고 그는 외국과의 교섭에 있어서 국가의 대표다. 그 밖에 그는 입법부의 일부이고 군대의 수장이며 모든 법원에서 항상 현존하는 정의의 원천이고 명예의 원천이고 상거래의 중재자이며 교회의 수장이다.”<sup>42)</sup>

1722년 Eyre 대 Countess of Shaftsbury사건판결<sup>43)</sup>이 선고되기 전까지는 국왕의 부권은 한시적 심신상실자(lunatics)와 영구적 심신상실자(idiots)를 위하여 행사되었다.<sup>44)</sup> Eyre사건판결은 이 판결이 선고되기 100년 전에 이미 선

36) *Bara v. Major Funding Corp. Liquidating Trust*, 876 S.W.2d 469, 472-73 (Tex. App. 1994).

37) George B. Curtis, *The Checkered Career of Parens Patriae: The State as Parent or Tyrant ?*, 25 DePaul L. Rev. 895, 895 (1976); Lawrence B. Custer, *The Origins of the Doctrine of Parens Patriae*, 27 Emory L.J. 195, 195-96(1978).

38) Michael Malina & Michael Blechman, *Parens Patriae Suits for Treble Damages Under the Antitrust Laws*, 65 Nw. U. L. Rev. 193, 197 (1970).

39) Curtis, *supra* note 37, at 896-97; Custer, *supra* note 37, at 198.

40) Curtis, *supra* note 37, at 896.

41) *Hawaii v. Standard Oil Co. of California*, 405 U.S. 251, 257 (1972).

42) *Id.*

43) 24 Eng. Rep. 659 (Ch. 1722).

44) Custer, *supra* note 37, at 202-03.



고된 Beverley's Case 판결에서 언급한 대로 왕의 보호를 미성년자에게로 확대하였다.<sup>45)</sup> 유일한 문제는 1610년에 Coke경이 집필한 판례집의 Beverley's Case사건판결에서 사용된 “심신상실자(idiot)”란 용어를 “유아(enfant)”란 용어로 대체하였다는 점이다.<sup>46)</sup> 이러한 오류는 궁극적으로 1826년 판에서 교정되었다. 하지만 그 때까지 외형상 인쇄업자의 오류에 기초한 Eyre판결의 판시사항은 선례로서 정착되었다.<sup>47)</sup> 이렇게 비교적으로 한정적인 범위에서 적용되던 부권소송법리는 그 적용범위가 점차로 확대되었다. 1967년에 Fortas 대법관이 언급한 대로, 부권(parens patriae)이란 용어의 “의미는 명확하지도 않고 그 역사적 신뢰성도 의심스럽다.”<sup>48)</sup> 그 용어는 형평법상 실무에서 인용되었는데, 어린이의 재산권 및 신체를 보호할 목적으로 부모의 입장에서(in loco parentis) 소송수행할 주의 권한을 표현하기 위하여 사용되었다.<sup>49)</sup>

#### (4) 부권소송절차에 있어 주요쟁점

##### 1) 소송의 주체에 관한 쟁점

###### 가. 원고적격 및 대표

부권소송에 있어 원고적격자는 대체로 주정부(state)다. 하지만 반독점법과 관련해서는 주정부 외에 연방거래위원회(Federal Trade Commission)가 당사자적격을 가지는 경우가 있다.

추가 제기하는 소송에 부권 법리를 적용함에 있어 발생하는 첫 번째 문제는 누가 구체적으로 주의 시민들을 대표할 적절한 기관에 해당하는지 여부다.<sup>50)</sup> 최근의 대다수 사례에서 주의 법무부장은 주를 대신하여 대표 또는 관계인(relator)<sup>51)</sup>으로서 소를 제기하였다.<sup>52)</sup> 간혹 동일한 주정부내 다른 관료 또는

45) Beverley's Case, 76 Eng. Rep. 1118 (K.B. 1603).

46) Custer, supra note 37, at 203.

47) Id. at 203-04.

48) Ratliff, supra note 25, at 1850.

49) In re Gault, 387 U.S. 1, 16 (1967).

50) Jim Ryan & Don R. Sampen, Suing on Behalf of the State: A Parens Patriae Primer, 86 Ill. B. J. 684, 685 (1998).

51) Relator란 법률용어는 인민(People) 또는 법무부장관에만 소송수행권이 부여 되어 있는 경우에 인민 또는 그 법무부장관의 명의로 소를 제기하도록 허용되어 있는 이해관계인을 의미한다[Black's Law Dictionary (8th ed. 2004)].

52) See, e.g., Illinois ex rel. Hartigan v. Panhandle Eastern Pipe Line Co., 839 F.2d 1206

행정청이 주법무부장관과 공동으로 부권소송을 제기하는 경우도 있다. 예컨대 일리노이 주의 주무장관(secretary of state)<sup>53)</sup> 및 뉴욕 주의 사회복지부 장관(commissioner of the Department of Social Services)<sup>54)</sup> 등이 이에 해당한다.

주지사<sup>55)</sup> 또는 교육위원회(education commission)<sup>56)</sup>처럼 주의 기관이 주민의 대표로 허용한 사례들도 있다. 하지만 주지사 또는 교육위원회 등 주의 기관이 당사자로 기재된 경우에도 주의 법무부장관실이 그 소송을 수행하는 것이 일반적이다.<sup>57)</sup> 하지만 Alfred L. Snapp & Son, Inc. 대 Puerto Rico 사건<sup>58)</sup>에서 Puerto Rico의 노동부장관(secretary of labor and human resources)은 Puerto Rico 법무부장관의 참여 없이 소송관계인(relator)으로서 소송을 수행하였다.<sup>59)</sup>

반대로 제7순회구 연방항소법원은 일리노이주의 교육청(Illinois State Board of Education)이 지방교육청에 의한 인종차별에 대한 구제책을 청구할 부권을 흡결한다고 판시하였다.<sup>60)</sup> 이 판결은 주 교육청의 법정권한의 한계를 그 논거로 하였다.<sup>61)</sup> 기타 순회구의 법원들은 주의 군(county) 및 기타 정치적 하부조직이 당사자적격을 흡결한다고 판시하였다. 그 논거로서 그러한 소송수행권은 통치권의 주체가 행사하여야 하고 정치적 하부조직은 통치권의 주체가 아니기 때문이라는 이론을 들고 있다.<sup>62)</sup>

일리노이 주에서는 주가 당사자적격자(real party in interest)인 경우의 소송에서 주법무부장관만이 주를 대표할 수 있다.<sup>63)</sup> 따라서 부권소송은 주를 당사자적격자로 포함하고 있기 때문에 일리노이 주의 법무부장관 또는 그의 대리

---

(7th Cir. 1988)(일리노이 주의 법무부장관이 제기한 반독점법관련 소송).

53) In re Volpert, 175 B.R. 247, 252 (Bank. N.D. Ill. 1994).

54) Support Ministries for Persons with AIDS, Inc. v. Village of Waterford, New York, 799 F.Supp. 272, 275 (N.D.N.Y. 1992).

55) Nebraska ex rel. Nelson v. Central Interstate Low-Level Radioactive Waste Commission, 834 F.Supp. 1205, 1206 (D. Neb. 1993), aff'd 26 F.3d 77 (8th Cir. 1994).

56) In re Longo, 144 B.R. 305, 306 (D.M.D. 1992).

57) Ryan & Sampen, supra note 50, at 685.

58) 458 U.S. 592 (1982).

59) Ryan & Sampen, supra note 50, at 686.

60) Board of Education v. Illinois State Board of Education, 810 F.2d 707, 711-12 (7th Cir.), cert. denied, 484 U.S. 829 (1987).

61) Ryan & Sampen, supra note 50, at 686.

62) See, e.g., In re Multidistrict Vehicle Air Pollution M.D.L. No. 31, 481 F.2d 122, 131 (9th Cir.), cert. denied, 414 U.S. 1045 (1973).

63) In re Estate of Stern, 240 Ill. App. 3d. 834, 836, 608 N.E.2d 534, 536 (1st D. 1992).

인은 언제나 소송기록에 있어야 함은 자명하다. 주의 법무부장은 일반적으로 주 또는 주의 인민을 당사자로 표시할 것이다. 동일한 주정부의 기타 공무원·기구 또는 지방정부단체는 구체적 소송사건에 이해관계를 가지고 있다면 법무부장관측에 참가할 수 있다.<sup>64)</sup>

또한 법무부장은 행정청이 주 대신에 배상받을 수 있도록 법률에 의하여 수권 받은 경우에는 주 대신에 행정청을 당사자로 지정할 수 있다.<sup>65)</sup> 하지만 ① 특별수권을 받지 못한 주정부·지방정부의 행정청과 ② 주 법무부장의 참여 없이 소송을 수행하는 자는 부권소송에서 소송수행권을 가지지 못한다.<sup>66)</sup>

#### 나. 피고적격 및 대표

판례법에 따를 때, 부권소송에 있어서 연방정부, 연방기관 및 그 공무원의 경우를 제외하고는 피고적격자에 대한 논의가 활발하지 않다.<sup>67)</sup>

일리노이 주 소재 연방지방법원의 판결 중 두 사례에 따르면, 주정부는 연방정부를 상대로 제소할 부권법리상 적격을 가지지 아니한다고 판시하였다.<sup>68)</sup> 두 사례는 대체로 연방대법원의 Massachusetts 대 Mellon사건 판결을 그 근거로 하였다.<sup>69)</sup>

연방대법원에 따르면, 주의 시민은 역시 연방정부의 시민이고 연방정부와의 관계에서 부권법리의 토대위에 시민을 대표할 자는 주정부가 아니라 연방정부라고 판시하였다. 일리노이 주의 또 다른 사례도 또한 Massachusetts 대 Mellon사건판결을 인용하면서 “주정부는 연방정부를 상대로 소를 제기할 부권적 지위로서의 적격을 가지지 아니한다”고 판시한 Snapp사건판결의 각주에 의존하였다.<sup>70)</sup> 따라서, 대다수의 법원은 연방정부가 부권소송에서 피고적격을 흠결한다고 판시하였다.<sup>71)</sup>

하지만, 그에 대한 예외를 인정한 몇몇 사례가 있다. 제9순회구 연방항소법

64) Ryan & Sampen, *supra* note 50, at 686.

65) *Id.*

66) *Id.*

67) *Id.*

68) Illinois ex rel. Hartigan v. Cheney, 726 F.Supp. 219, 222-23(C.D. Ill. 1989); Illinois ex rel. Scott v. Landrieu, 500 F.Supp. 826, 828-29 (N.D. Ill. 1980).

69) 262 U.S. 447, 485-86 (1923).

70) Alfred L. Snapp & Son, Inc. v. Puerto Rico ex rel. Barez, 458 U.S. 592, 610 n. 16 (1982).

71) See, e.g., Kansas v. United States, 16 F.3d 436, 439 (D.C. Cir.), cert. denied, 513 U.S. 945 (1994).

원에 따르면, Massachusetts 대 Mellon 사건판결은 주가 연방제정법의 합헌성을 다투는 경우에 적용되고 주정부가 연방기관에 의한 연방제정법위반에 대해 연방제정법을 시행하고자 하는 경우에는 적용되지 아니한다고 판시하였다.<sup>72)</sup> 그 이후에 제9순회구 연방항소법원은 Snapp 사건판결을 토대로 그 예외에서 후퇴하는 것으로 보인다.<sup>73)</sup> 기타 법원들은 Snapp 사건판결이후에도 여전히 연방제정법의 위반을 방지하기 위하여 연방정부기구를 상대로 제소할 부권소송상 적격을 가진다고 판시하였다.<sup>74)</sup>

## 2) 소송의 객체에 관련된 쟁점

### 가. 준국가적 이익(quasi-sovereign interest)의 요건

부권 법리의 현대판은 Louisiana 대 Texas 사건판결에서 시작된다.<sup>75)</sup> 이 사건에서 Louisiana 주는 自州의 물품에 대한 입항을 금지한 텍사스 주의 검역규정을 무효화하기 위하여 소를 제기하였는데, 이 사건판결은 Louisiana 주에게 불리하게 판시하였다.<sup>76)</sup> 미국연방대법원은 당사자적격자가 주정부와 그 주의 주민이 아니라 뉴올리언스시의 상인이기 때문에 재판관할권을 부정하였다.<sup>77)</sup> 하지만 연방대법원은 그 판결문에서 주정부가 부권소송을 제기할 수 있는 요건인 “준국가적 이익(quasi-sovereign interest)”을 가질 수도 있다고 판시하였다.<sup>78)</sup> “준국가적”이란 용어는 연방상소법원을 때때로 혼란에 빠뜨리기에 충분할 정도로 이상한 개념 중 하나다.<sup>79)</sup> 그 용어의 정의를 적극적으로 밝히는 것은 어렵지만 그 용어의 개념이 포섭하지 아니하는 것을 설명하기란 용이하다. 개별적인 의료과오소송과 같이 시민을 보호하는 주정부의 이익과 무관한 사인의 청구는 그 개념에 해당하지 아니한다.<sup>80)</sup> 또한 복권사업의 운영과 같이 순수하게 사경제의 주체로서 주정부가 수행하는 소송은 그것에 해당하지

72) *Washington Utilities & Transportation Commission v. Federal Communications Commission*, 513 F.2d 1142, 1153 (9th Cir.), cert. denied, 423 U.S. 836 (1975).

73) *Nevada v. Burford*, 918 F.2d 854, 858 (9th Cir. 1990), cert. denied, 500 U.S. 932 (1991).

74) See, e.g., *Kansas ex rel. Hayden v. United States*, 748 F.Supp. 797, 802, *dism'd on other grounds on reconsideration*, 751 F.Supp. 1495 (D. Kan. 1990).

75) 176 U.S. 1, 19 (1900).

76) *Id.* at 1.

77) *Id.* at 19, 22.

78) *Id.*

79) Ratliff, *supra* note 25, at 1851.

80) See, e.g., *Bachynsky v. Texas*, 747 S.W.2d 868, 869-70 (Tex. App. 1988).

아니한다. 그리고 타주(他州)가 그 주의 경계선을 인정하도록 청구하기 위하여 대표하는 것과 같이 명백히 공권력의 주체로서 행한 주정부의 행위는 그것에 해당하지 아니한다.<sup>81)</sup> 일반적으로 불법행위는 특정 사인의 권리가 아니라 주 정부와 그 주의 주민의 이익을 총체적으로 위협하여야 한다.<sup>82)</sup>

그 이후의 사례들은 다양한 표현을 추가하였으나 원문구를 보다 명확하게 정의하는 데에는 실패하였다.<sup>83)</sup> Louisiana 대 Texas 사건 이후에 다수의 사례들은 그 부권의 범위를 환경,<sup>84)</sup> 주간 상거래(州間 商去來),<sup>85)</sup> 및 독점규제<sup>86)</sup> 등에 확대하였다. 그럼에도 불구하고 “준국가적”이란 용어의 정의는 여전히 불 명확하다.<sup>87)</sup>

White 대법관이 Snapp사건에 이 선례의 부권법리를 적용하고자 하였다.<sup>88)</sup> 이 사건에서 Puerto Rico는 1978년 동부해안의 사과수확과 관련하여 고용을 거부당한 Puerto Rico 주민인 노동자를 위하여 차별금지청구의 소를 제기하였다.<sup>89)</sup> White 대법관은 부권법리에 관하여 간단히 인용하고 거기에서 미사여구를 덧붙여 설명한 뒤 중국에는 판례법이 도움이 되지 않는다고 결론 내렸다.<sup>90)</sup> “준국가적 이익에 대한 포괄적인 정의도 예시적인 정의도 추상적이어서는 아니된다. [생략] …”<sup>91)</sup> 그에 따르면, 부권소송으로 허가된 사건의 공통적인 특징은 다음의 내용을 포함하는 것으로 결론 내렸다.

첫째, 주정부는 특정한 사인의 이익과는 별개로 이익을 이유로 다룰 수 있을 경우에만 준국가적인 이익을 가진다. 즉 주정부는 명목적인 당사자 이상이어야 한다.<sup>92)</sup>

둘째, 주정부는 주민 전체의 보건과 안녕 - 신체적인 안녕 뿐만 아니라 경제

81) Snapp, 458 U.S. at 602-03.

82) Id. at 607.

83) Ratliff, supra note 25, at 1851.

84) See, e.g., Georgia ex rel. Hart v. Tennessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907).

85) See, e.g., Pennsylvania v. West Virginia, 262 U.S. 553, 591-92 (1923).

86) See, e.g., Georgia v. Pennsylvania R.R., 324 U.S. 439 (1945).

87) Compare Pennsylvania v. West Virginia, 262 U.S. at 591-92 with Oklahoma v. Atchison, Topeka, & Santa Fe Ry., 220 U.S. 277 (1911).

88) 458 U.S. at 592.

89) Id. at 597-98.

90) Id. at 607-08.

91) Id. at 607.

92) Id.

적 번영을 포함 - 에 대한 준국가적 이익을 가진다.<sup>93)</sup>

셋째, 주정부는 연방체계내에서 자신의 합법적인 지위를 거부당하지 아니함에 있어 준국가적 이익을 가지고 그 州의 주민이 그 체계의 혜택을 받도록 확인함에 있어 준국가적 이익을 가진다.<sup>94)</sup>

넷째, 주정부는 그 주민 인구의 상당수에 대한 법익침해를 주장할 수 있을 경우에만 준국가적 이익을 가진다. 하지만 연방대법원은 법익침해를 입은 주민의 범위와 관련하여 정확하게 정의하려고 시도하지 아니하였다.<sup>95)</sup> 준국가적 이익은 정부의 이익, 정부가 사경제주체로서 가지는 경제적 이익(proprietary interest), 또는 주정부가 명목적 당사자로서 소송수행하는 경우의 사인의 이익이 아니다. 그것은 주정부가 州民의 안녕과 관련하여 가지는 일련의 이익으로 구성되어 있다. 그 개념을 광의로 해석할 때, 그것은 미국 연방헌법 제3조의 원고적격 요건을 충족하지 못할 정도로 모호하게 될 위험이 있다. 즉 준국가적 이익은 주정부와 피고 사이의 실제적 분쟁을 창출할 정도로 충분히 구체적이어야 한다.<sup>96)</sup>

### 3) 소송과정론과 관련된 쟁점-대표당사자소송과의 상관관계를 중심으로

원고의 대표당사자소송과 부권소송 사이에는 두 가지 주된 유사점이 존재한다. 하나는 당사자로 표시된 자가 법원에 공식적으로 출석하지 아니하는 자들의 권리를 대변한다는 점이다.<sup>97)</sup> 다른 하나는 전자의 결과로서 당사자로 표시된 자가 구하는 구제책의 수혜대상자들이 판결의 결과에 구속된다는 점이다.<sup>98)</sup>

이러한 유사점 때문에 부권적 지위에서 소를 제기하는 주정부가 대표당사자소송의 허가요건을 충족하여야 하는지 여부가 문제된다.<sup>99)</sup> 이 쟁점을 논의한 법원들은 그에 대해 부정적인 입장을 표명하였다.<sup>100)</sup> 따라서 이 부정설의 입장에서 부권소송에 대표당사자소송의 허가요건을 적용하지 아니하게 되는 경

93) Snapp, 458 U.S. at 607.

94) Id.

95) Id.

96) Id. at 602.

97) Hawaii, 405 U.S. at 266.

98) New York by Vacco v. Reebok International Ltd., 96 F.3d 44, 46-48 (2d Cir. 1996); Alaska Sport Fishing Association v. Exxon Corp., 34 F.3d 769, 773-74 (9th Cir. 1994).

99) See Fed. R. Civ. P. 23.

100) New York by Vacco, 96 F.3d at 46; In re Edmond, 934 F.2d 1304, 1313 (4th Cir. 1991).

우에는 어떠한 절차를 적용할지 여부가 추가적으로 문제된다.

가. 수해대상자의 소송참가 문제

첫 번째 문제는 소송의 수해대상자들이 소송참가할 권리를 가지는지 여부다. 그것은 권리로서의 소송참가(intervention as of right)를 할 것으로 예상되는 소송참가인이 기타 수단으로는 적절히 대변되지 못하는 상황에 주로 한정하여 권리로서의 소송참가를 인정하는 소송참가규정을 참조함으로써 해결될 수 있다.<sup>101)</sup> 일반적으로 주권의 문제와 관계된 정부기관에 의하여 대변되는 자들은 적절히 대리된 것으로 추정된다.<sup>102)</sup> 그들이 그 추정을 반복하거나 별개의 권리를 증명할 수 없는 한, 그들은 권리로서의 소송참가를 할 수 없다.<sup>103)</sup> 따라서 법원들은 통상적으로 수해대상자들이 당사자로서 소송참가하는 것을 허용해서는 아니된다.

나. 수해대상자의 제외신고 문제

제외신고(opting out)의 개념은 그것이 제정법에 규정되어 있는 경우에는 부권소송에 적용되었다. 특히 추가 부권적인 지위에서 제기한 반독점법관련 소송을 허가하는 개정 Clayton법은 소송수해자들에게 금전적 손해배상청구의 소에서 제외신고하여 별소를 제기할 기회를 부여할 것을 요건으로 하고 있다.<sup>104)</sup>

부권소송에서 제외신고할 권리가 제정법이나 규칙에 없는 경우에 이 쟁점의 해결은 보다 어렵게 된다. 대표당사자소송과 관련해서 연방대법원은 결석한 집단 구성원이 금전적 손해배상청구의 소가 제기된 사례에서 제외신고할 적법 절차상 권리를 가진다고 판시하였다.<sup>105)</sup>

하지만 부권소송에서 고려할 요인들은 대표당사자소송과는 상이하다. 대표당사자소송에서 대표당사자는 근본적으로 자원자이고 법원의 명령에 의하여 부여된 당사자적격이 없다면 집단 구성원을 대표할 적격을 가지지 못한다. 반면에 부권소송에서 주정부는 그 자신의 권리에 의거하여 소송을 수행하는 것이다. 이러한 권리에는 개개의 시민을 위한 구체책 등을 포함할 수 있지만, 주의 권

101) Fed. R. Civ. R. 24(a).

102) Edwards v. City of Houston, 78 F.3d 983, 1005 (5th Cir. 1996).

103) Keith v. Daley, 764 F.2d 1265, 1270 (7th Cir.), cert. denied, 474 U.S. 980 (1985);  
Environmental Defense Fund, Inc. v. Higginson, 631 F.2d 738, 740 (D.C. Cir. 1979);  
United States v. Olin Corp., 606 F.Supp. 1301, 1307 (N.D. Ala. 1985).

104) 15 U.S.C. § 15c(b)(2), (3).

105) Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797, 811-12 (1985).

리는 사건 또는 분쟁(case or controversy)이라는 요건을 충족하여야 한다.<sup>106)</sup>

주는 그 자신의 권리를 수행하고 있기 때문에 시민인 수혜자에게 별소제기의 기회를 부여할 것을 필수적 요건으로 하지 않더라도 적법절차에 반하지 않고 여러 법원들은 그에 동의하는 것으로 보인다. 최소한 두 법원은 사소(私訴)가 부권소송사건의 종료 이전에 제기되었다도 부권소송의 판결등록(entry of judgment) 이후에는 이 부권소송의 기판력에 의하여 그 사소는 각하된다고 판시하였다.<sup>107)</sup>

#### 다. 고지 문제

부권소송의 수혜자로서의 사인은 별도의 구체책을 구할 권리가 없을 경우에 아마도 소송의 고지를 받을 권리만을 가진다. 그들은 그 부권소송에서 법정에 출석하여 참가할 권리가 없기 때문에 소송단계의 초기에 소송고지를 요건으로 하는 연방대표당사자소송<sup>108)</sup>과는 달리 부권소송에서는 그러한 조기의 소송고지가 불필요한 것으로 보인다. 주가 Clayton 법 또는 소송고지 및 제외신고의 요건을 규정한 기타 법률에 따라 제소하지 아니하는 한, 중국판결 또는 화해 이전에 어떠한 방식으로 소송고지할지 여부는 법원의 재량에 속한다.<sup>109)</sup>

하지만 판결 또는 화해 이후에 주가 손해배상금을 받은 경우에 수혜자 개개인에게 고지하여 분배할 절차는 필요할 것이다.<sup>110)</sup> 그 고지방식은 법원의 재량에 속한다. 즉 수혜자에게 개별 통지로 할 필요는 없고 공고에 의한 고지로도 충분할 수 있다.<sup>111)</sup>

부권소송에서 적극적으로 참가할 수혜자의 권리의 제한을 긍정적인 시각에서 또는 부정적인 시각에서 이해할 수 있다. 부정설은 개별적인 소를 제기하고자 하는 당사자의 입장에서 개선될 수 있는 견해다. 왜냐 하면 수혜자들은 주정부보다는 자신에게 유리한 결과를 도출할 수 있다고 생각하기 때문이다.<sup>112)</sup>

106) Ryan & Sampen, *supra* note 50, at 689.

107) Alaska Sport Fishing Association, 34 F.3d at 773-74; United States v. Olin Corp., 606 F.Supp. at 1303, 1307-08.

108) See 5 Moore's Federal Practice § 23.67[3](3d ed. 1997).

109) Ryan & Sampen, *supra* note 50, at 689.

110) In re Edmond, 934 F.2d at 1313.

111) 15 U.S.C. § 15c(b)(1).

112) Note, Alaska Sport Fishing Association v. Exxon Corporation Highlights the Need to Take a Hard Look at the Doctrine of Parens Patriae When Applied in Natural Resource Litigation, 25 Env'tl. L. 897, 922-24 (1995).



하지만 긍정설의 입장에서는 수혜자의 권리를 제한함으로써 부권소송의 경우에 통상적인 대표당사자소송보다 신속하게 해결책에 도달할 수 있다는 점을 논거로 한다. 부권소송의 경우에는 대표당사자소송허가와 관련된 절차의 지연 및 누가 소송대리인으로서 소송사건을 주도적으로 대리할지 여부에 대한 다툼 등에 의하여 소송수행의 곤란을 겪을 개연성은 줄어든다.<sup>113)</sup>

그리고 주가 손해배상 외에 변호사보수의 상환을 받을 수 있지만, 정치적 압력에 의하여 사적 대표당사자소송의 대리인에서 발생할 수 있는 남용의 위험은 줄어들 듯 싶다.<sup>114)</sup>

더욱이 수혜자의 적극적인 소송참가가 바람직한 예외적인 경우에는 법원은 조기의 고지를 요구하거나 소송참가를 허가할 재량권을 행사할 수 있다.<sup>115)</sup>

#### 라. 주정부의 소송참가 문제

##### ① 의 의

주정부는 대표당사자소송이 동일한 소송물에 대하여 제기된 경우에 그 소송물에 대해 부권소송을 제기하였다면 그 주의 시민의 권리를 대변할 수 있는지 여부가 문제된다. 이 쟁점은 여러 사례에서 발생하였지만 주와 대표당사자 사이에 잠재적인 역할의 저축에 대하여 심도 있는 논의가 없었다.<sup>116)</sup>

계속중인 대표당사자소송에도 불구하고 自州의 시민을 대표하고자 하는 주정부는 다음 중 하나의 방안을 선택할 수 있다. 이에는 별소를 제기하는 것, 계속중인 소에서 그 주의 시민들을 소송탈퇴시키는 것, 소송참가하는 것 및 불공정한 화해에 이의를 신청하는 것 등이 포함된다.<sup>117)</sup>

##### ② 별소의 제기

주가 자주(自州)의 시민을 위하여 소를 제기하고자 하는 경우에 별소를 제기할 수 있다. 만약 그렇게 하는 경우에 사실심리전 병합에 관한 규정에 따라 주가 제기한 소는 대표당사자소송에 병합할 수 있다.<sup>118)</sup> 사건을 병합하는 경우에

113) H.R. Rep. 499, 94th Cong. 2d. Sess. at 6-7, U.S. Code Cong. & Admin. News, 1976, pp.2575-77.

114) Pennsylvania v. Budget Fuel Co., 122 F.R.D. 184, 186 (E.D. Pa. 1988).

115) Ryan & Sampen, supra note 50, at 689.

116) See, e.g., Davis v. Southern Bell Telephone & Telegraph Co., 149 F.R.D. 666, 671-72 (S.D. Fla. 1993).

117) Ryan & Sampen, supra note 50, at 689.

118) See, e.g., 28 U.S.C. § 1407.

주정부와 대표당사자는 주의 시민과 구성원을 공동으로 대변하기 위하여 공동으로 소송수행하거나 소송수행책임을 분리하는 명령의 등록을 구할 수 있다.<sup>119)</sup>

하지만 (i) 그 사건들이 서로 상이한 주에서 제기되거나 아니면 (ii) 하나의 소는 주법원에, 다른 하나의 소는 연방법원에 제기된 경우에는 그 사건들을 병합할 수 없다. 그러한 상황에서는 그 중 하나의 법원은 다른 사건의 결론이 나기 까지 그 절차를 정지하여야 하거나 소를 각하하여야 할 수도 있다.<sup>120)</sup> 양소가 계속중이라면, 먼저 등록된 판결이 다른 소의 판결에 대하여 기판력을 가질 수 있다.<sup>121)</sup>

### ③ 제외신고

주는 자주(自州)의 시민을 위하여 대표당사자소송에서 제외신고할 권리가 있기 때문에 후소가 정지되거나 각하될 위험을 회피하거나 대표당사자소송의 판결의 기판력에 구속되지 아니할 수 있다. 하지만 주정부가 제외신고하기 전에 수소법원이 대표당사자소송을 허가하는 명령을 내린 경우에 대표당사자는 주의 시민들을 비롯한 총원을 대표할 권리를 가지는 것이 통례다. 그러한 대표당사자소송허가명령이 자주(自州)의 시민을 대신하여 제외신고하는 주정부의 소송행위에 어떠한 효력을 미치는지 여부는 아직 실증되지 아니하였다. 따라서 가장 안전한 방식은 주정부가 별소를 제기하는 것과 아울러 주정부의 소송수행권을 명백하게 하기 위하여 대표당사자소송에 참가한 다음 제외신고하는 것이라고 주장하는 이도 있다.<sup>122)</sup>

### ④ 소송참가

#### (i) 대표당사자소송 허가 이전 단계

주가 대표당사자소송허가 이전에 대표당사자소송에 참가하였다면 주정부는 대표당사자로서의 적절성을 가지는 것으로 통상 추정되어야 하고 법원은 주정부가 통상적으로 준국가적 이익을 가지고 있는 사안에 대하여 주정부가 自州의 시민을 대표하여 소송수행하는 것을 존중하여야 한다.<sup>123)</sup>

119) Ryan & Sampen, *supra* note 50, at 689.

120) 17 A. C. Wright, A. Miller & E. Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4247 (2d ed. 1988 & 1997 supp).

121) See 18 Moore's *Federal Practice* §131.40[3][e][iii] (3d. ed. 1997).

122) Ryan & Sampen, *supra* note 50, at 689.

123) *Id.* at 690.

(ii) 대표당사자소송 허가 이후 단계

주정부가 대표당사자소송허가 이후에 참가하려고 하는 경우에는 법원은 사인이 대표당사자로 되는 것을 허가할 수 있다.<sup>124)</sup> 따라서 사인이 주정부의 소송참가가 없었다면 대표당사자로서의 적절성을 가졌더라도 공익보호의 관점에서 주가 사인보다 대표당사자로서 우월한 때에는 주는 대표당사자의 변경을 신청할 수 있다.<sup>125)</sup>

⑤ 불공정한 화해에 대한 이의신청

경우에 따라서는 주의 이익은 자주(自州)의 주민을 위하여 소송을 수행하는 것보다는 불공정한 화해로부터 자주(自州)의 주민을 보호하는 것에 국한될 수 있다. 이러한 사례에 해당하는 경우에 주는 여러 대처방안을 가진다. 하나의 방안은 주가 주민들을 위하여 단순히 이의신청을 제기하고<sup>126)</sup> 보다 유리한 화해조건을 교섭하는 것이다. 또한 주는 화해판결(settlement judgment)에 대하여 항소할 권리를 보전하기 위하여 공식적인 소송참가를 고려할 수도 있다. 그 밖에 제외신고기간이 만료되지 아니하였다면 주는 주민들이 별도로 구제받을 수 있도록 주민을 대신하여 화해로부터 제외신고할 수 있다.<sup>127)</sup>

(5) 적용범위

1) 의 의

부권법리(the doctrine of parens patriae)에 따르면, 주정부는 주민의 보건, 안녕 및 복지에 대한 준국가적인 이익을 보호하기 위하여 그 주의 시민 대신에 소를 제기할 수 있다.<sup>128)</sup> 전형적으로 이러한 권한은 환경 및 독점규제의 법집행의 맥락에서 사용된다.<sup>129)</sup> 하지만 주 법무부장관은 담배회사에 대한 소송사건과 같은 대량불법행위사건에서도 이 권한에 의거하여 소를 제기하였다.<sup>130)</sup> 최근에 주정부는 대표당사자소송(class action)을 통하여 적극적으로

124) Fed. R. Civ. P. 23(a).

125) In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation, 115 F.3d 456, 457-58 (7th Cir. 1997).

126) Fed. R. Civ. P. 23(e).

127) Ryan & Sampen, supra note 50, at 690.

128) Ratliff, supra note 25, at 1847.

129) Id.

130) Id.

대량불법행위소송을 제기하고 있다는 사실은 널리 알려져 있다.<sup>131)</sup> 주 정부가 담배회사를 상대로 소에서 승소판결을 받은 후<sup>132)</sup> 그 송무영역을 총기,<sup>133)</sup> 납 성분의 페인트,<sup>134)</sup> 및 보건의료단체<sup>135)</sup>에까지 확대하였다. 이러한 소송에서 주 정부는 주정부에만 해당하는 법률원인을 주장한다. 즉 “준국가적 이익”이 있는 경우에 부권소송을 제기할 수 있다. 이하에서는 부권소송이 허용되는 분야를 검토한다.

## 2) 담배관련 불법행위소송

담배회사에 대한 불법행위소송에서 텍사스 주 동지구소재 연방지방법원은 후견적 지위에서 의료보조금의 상환을 위하여 제소할 주정부의 권리를 인정하였다.<sup>136)</sup> Texas 대 American Tobacco Co.사건에서 연방지방법원은 텍사스 주가 그러한 상황에 대하여 준국가적 권리를 행사하고 있다고 판시하였다. 이 사건에서 연방지방법원은 그 논거로서 두 가지를 제시하였다. 첫째, 주정부가 주민에게 의료보조금으로서 수백만 달러를 지출하였다는 것이다. 둘째, 주정부와 그 주민들이 의료보조제도에서 비용실효성을 확보하는데 있어 이해관계를 가진다는 것이다.<sup>137)</sup> 사건이 제1심에서 종결되었기 때문에, 이 판결에 대한 항소는 없었다. 제1심법원은 다음과 같이 판시하면서 엄격한 판결에서 다소 벗어났다.

“연방대법원판례에 따르면, 주정부는 전통적으로 부권소송을 제기할 수 있다. [중략] 본건에서 주정부는 단지 확립된 법이론을 꺼내 활용하였을 따름이다. 즉 본건에서 주정부는 당해제정법의 목적을 추구하기 위하여 그 법리를 사용하여 본건에서 관련된 불법행위를 시정하고자 한다”.

동법원은 텍사스 주가 부권법리를 근거로 대표당사자소송의 방식에 의하여 관계 사인을 대신하여 불법행위소송을 수행할 수 있는지 여부의 절차적 쟁점에 대해서는 언급하지 않은 채로 남겨두었다. 하지만 본건과 이와 유사한 사

---

131) Id.

132) Barry Meier & Richard A. Oppel Jr., In Wake of Mega-Verdicts, Role of Lawyers Examined, Times-Picayune (New Orleans), Oct. 17, 1999, at F 5.

133) Id.

134) Id.

135) David Segal, Drawing a Bead on HMOs: Blumenthal Lawsuit May Lead State Attorneys General Back into Battle, Wash. Post, Dec. 14, 1999, at E1.

136) Texas v. American Tobacco Co., 14 F. Supp. 2d 956, 962-65 (E.D. Tex. 1997).

137) Id. at 962-65.

건들은 총기, 페인트 및 보건의료단체와 관련된 불법행위소송에 명백히 시사하는 바가 있다.

### 3) 민 권

부권법리는 민권사건에서 일반적으로 승인되었다.<sup>138)</sup> 하지만 몇몇 사례의 판시내용은 Snapp사건판결이 요구한 요건에다 추가적인 요건을 덧붙였다. 즉 그것은 주민이 주정부의 관여 이전에 자신의 소송무능력을 입증하여야 한다는 점이다.<sup>139)</sup> Snapp사건판결의 주민의 “상당한 부분(substantial segment)”요건을 판단함에 있어서 법원은 직접적으로 영향을 받은 주민뿐만 아니라 묵과하는 경우에 유사한 차별에 받을 수 있는 모든 사인”을 고려할 수 있다.<sup>140)</sup>

### 4) 환 경

주정부는 그 경계선내의 모든 토지 및 대기에 대하여 준국가적 이익을 가진다. 그것은 그 주 소재의 산이 민둥산으로 되고 거주민이 깨끗한 대기환경 속에서 삶을 영위할 수 있는지 여부에 관하여 이해관계를 가지고 있다.<sup>141)</sup> 주는 “주 경계선 내의 천연자원”에 대한 주권적 이익을 가진다.<sup>142)</sup> 주정부는 그 이익을 보호하기 위하여 부권소송을 제기할 수 있다.<sup>143)</sup> 사소(私訴)를 금지하는 제정법에 따라 이 부권소송이 제기되는 경우에는 이 법리의 적용이 제한될 수 있다.<sup>144)</sup>

138) See, e.g., *New York et rel. Abrams v. 11 Cornwell Co.*, 695 F.2d 34, 38-40 (2d Cir. 1982), vacated, 718 F.2d 22 (2d Cir. 1983); *Massachusetts v. Bull HN Info. Sys., Inc.*, 16 F.Supp. 2d 90, 102 (D. Mass. 1998)(연령에 따른 차별사건); *New York v. Peter & John's Pump House, Inc.*, 914 F.Supp. 809, 811-14 (N.D.N.Y. 1996)(인종차별사건); *Support Ministries for Persons with AIDS, Inc.*, 799 F.Supp. at 275-79; *Pennsylvania v. Flaherty*, 547 F.Supp. 172, 174-75 (W.D.Pa. 1982)(여성과 흑인에 대한 경찰의 차별과 관련된 사안).

139) See, e.g., *11 Cornwell*, 695 F.2d at 38-40 (사적 구제책을 활용할 수 없다고 인정한 후에 부권소송을 허가한 사례); *New York et rel. Abrams v. Holiday Inns, Inc.*, 656 F.Supp. 675, 677-78 (W.D.N.Y. 1984).

140) *Bull HN Info. Sys.*, 16 F.Supp. 2d at 100.

141) *Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. at 237.

142) *Alaska Sport Fishing Association*, 34 F.3d at 773 (per curiam).

143) See *Sierra Club v. San Antonio*, 115 F.3d 311, 315 (5th Cir. 1997); *United States v. Hooker Chems. & Plastics Corp.*, 749 F.2d 968, 984 (2d Cir. 1984); *Lucas v. Planning Bd.*, 7 F. Supp. 2d 310, 329 (S.D.N.Y. 1998); *United States v. Olin Corp.*, 606 F. Supp. at 1305-06.

144) *Satsky v. Paramount Communications, Inc.*, 7 F.3d 1464, 1469 (10th Cir. 1993).

## 5) 소비자보호

소비자보호 영역에서 부권소송에 대한 판례법은 드물다. 그 중 다수의 사례에서 주정부가 정직한 시장을 보호하기 위한 이익<sup>145)</sup> 또는 주 내에서 사기를 방지하기 위한 이익<sup>146)</sup>을 가진다는 이론에 근거하여 부권소송을 가끔 허가하였다.<sup>147)</sup> 이러한 영역에서 부권소송을 허가한 사례의 다수는 파산사건과 연관되어 있다.<sup>148)</sup> 하지만 이러한 판례를 일회성에 그치는 판결로 보거나 그 적용 범위를 도산관련사건으로 한정할 명백한 이유는 없다.

하지만 연방사기및부패조직법(the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act of 1970; 이하 “RICO 법”이라 표시)<sup>149)</sup>과 관련된 사건은 다르다. 제2순회구 연방항소법원과 제7순회구 연방항소법원 양자는 RICO법에 관한 소송사건에서 부권의 개념을 부정하였다.<sup>150)</sup> Dillon 대 Combs사건에서 제7순회구 연방항소법원은 원고적격 문제에 기초하여 판시하였다.<sup>151)</sup> 그 법에 따르면 원고적격을 가지는 자는 연방정부 및 영업이나 재산에 손해를 입은 자이다.<sup>152)</sup> 그 법의 규정에는 주정부를 포함하지 아니하였기 때문에 주는 그 주민을 대표할 권한을 가지지 못했다.<sup>153)</sup>

145) New York ex rel. Abrams v. General Motors Corp., 547 F. Supp. 703, 705-07 (S.D.N.Y. 1982)(자동차변속기의 결함과 관련된 사안에서 부권소송을 허용한 사안).

146) In re Edmond, 934 F.2d at 1311-13.

147) Minnesota ex rel. Humphrey v. Ri-Mel, Inc., 417 N.W.2d 102, 112-13 (Minn. Ct. App. 1987) (헬스클럽이 소비자보호법을 위반하였다는 것을 이유로 한 부권소송을 허가한 사례); Bourland v. Texas, 528 S.W.2d 350, 358 (Tex. Civ. App. 1975).

148) In re Edmond, 934 F.2d at 1311-13 (주가 소비자를 보호하는데 준국가적인 이익을 가지고 있다고 판시한 사례); In re Taibbi, 213 B.R. 261, 270-71 (Bankr. E.D.N.Y. 1997)(주가 기망적인 영업관행에 의한 불공정거래로부터 주의 주민을 보호하는데 있어 준국가적인 이익을 가진다고 판시한 사례); In re Volpert, 175 B.R. at 256-57 (주가 주의 증권법을 집행하기 위하여 부권소송을 제기할 수 있다고 판시한 사례); In re Trujillo, 135 B.R. 674, 675-76 (Bankr. D.Colo. 1992)(주가 허위광고로부터 시민을 보호할 준국가적인 이익을 가진다고 판시한 사례); In re DeFelice, 77 B.R. 376, 380-81 (Bank. D. Conn. 1987)(주가 사기로부터 소비자를 보호하는데 있어 준국가적인 이익을 가진다고 판시한 사안).

149) 18 USC §§1961-1968.

150) Dillon v. Combs, 895 F.2d 1175, 1177 (7th Cir. 1990) New York ex rel. Abrams v. Seneci, 817 F.2d 1015, 1017 (2d Cir. 1987).

151) 895 F.2d at 1177.

152) 18 U.S.C. § 1964(c).

153) Dillon, 895 F.2d at 1177.

## 6) 공정거래

### 가. 연방법 제정전의 판례

우선, 주 정부가 부권 법리 하에 제소하기 위해서는 사인인 시민의 이해관계와는 별개로 자신이 어느 정도의 이해관계를 가지고 있어야 한다.<sup>154)</sup> 둘째, 정부는 상당수의 시민을 보호할 목적으로 대표하여야 한다.<sup>155)</sup> 이 요건은 공적 자원이 일부 제소인만을 돕기 위하여 낭비되지 않도록 보장한다.<sup>156)</sup> 예컨대 State ex rel. Barker 대 Chicago & A.R.Co. 사건 판결에 따르면, 공적 자금은 사인간 분쟁에 사용되어서는 아니 된다고 판시하였다.<sup>157)</sup>

원래 주 정부는 본질적으로 시민의 보건, 복지 및 안전을 보호하기 위한 치안유지자적 자격에서 판례법상 부권(parens patriae authority)을 행사하였다.<sup>158)</sup> 예컨대 부권에 의하여 주정부는 대기질 기준(air quality standard)을 강제하고 오염을 감소시키며 수로변경을 교정할 수 있었다.<sup>159)</sup> 법원들은 그러한 유형의 소송을 허가하였다. 왜냐 하면 법원들은 청구를 구하는 법적 복잡성과 시민들의 개별적인 미미한 이해관계 때문에 시민 스스로 사적으로 보호받을 수 있게 할 정도로 다수의 시민이 손해를 입거나 손해의 위협을 받았다고 인정하지 아니하였기 때문이다.<sup>160)</sup> 예컨대 Pennsylvania 대 West Virginia 사건 판결<sup>161)</sup>을 들 수 있다. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. Pennsylvania주와 Ohio주는 West Virginia 주의 천연가스 생산업체가 천연가스를 주 밖으로 운송하여 공급하기 전에 주정부에게 판매하도록 강제하는 West Virginia 주 법률의 위헌여부 문제를 제기하였다.<sup>162)</sup> Pennsylvania 주와 Ohio 주는 주 정부

154) Snapp, 458 U.S. at 607; West Virginia, 262 U.S. at 564.

155) Louisiana v. Texas, 176 U.S. 1, 28 (1900).

156) State ex rel. Barker v. Chicago & A.R.Co., 178 S.W. 129, 138 (1915).

157) Id.

158) Susan Beth Farmer, More Lessons from the Laboratories: Cy Pres Distributions in Parens Patriae Antitrust Actions Brought by State Attorneys General, 68 Fordham L. Rev. 361, 366 (1999).

159) Tennessee Copper Co., 206 U.S. at 238-39; Kansas v. Colorado, 185 U.S. 125, 145-47 (1902); Missouri v. Illinois, 180 U.S. 208, 248 (1901); Louisiana, 176 U.S. at 22-23.

160) See, e.g., Tennessee Copper Co., 206 U.S. at 238-39; Kansas, 185 U.S. at 142; Missouri, 180 U.S. at 241; Louisiana, 176 U.S. at 28.

161) 262 U.S. 553 (1923).

162) Id. at 581.

재산에 대한 소유권자, 학교의 운영자 그리고 천연가스 소비자의 후견인 자격으로 제소하였다.<sup>163)</sup>

이 사건판결에서 미국 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

“각 주에 있어 소비자는 많은 도시 지역의 주민 중 대다수를 포함할 뿐만 아니라 각 주 인구의 상당부분을 차지한다. 그들의 보건, 편의 및 복지는 주간 경제거래에서 천연가스공급의 중단위협에 의하여 심각하게 위협받을 수 있다. 이것은 공중의 대표로서 주정부가 이해관계 있는 사인의 권리와는 상관없이 이해관계를 가지는 중대한 공익의 문제다. 그것은 단순히 관계가 미약하거나 윤리적인 이해관계가 아니라 직접적이고 법이 승인한 이익이다.”<sup>164)</sup>

따라서 부권에 따라 제소할 주정부의 권한은 법원이 반독점법의 위반시에 거래제한에 대하여 부권소송을 최초로 허용하기 50여년 전 시점인 Sherman 법의 통과시에 이미 확립되었다.<sup>165)</sup> 법원이 시민을 대표하여 거래제한 및 장애에 대하여 이익을 제기할 준국가적인 권한을 주정부에 일단 허가해 주면, 주정부는 기타 유형의 반독점법의 위반행위에 대해서도 그들의 판례법상 부권을 행사하고 확장하고자 하였다.<sup>166)</sup> 연방 반독점법위반에 관한 소송에서 주정부는 소비자의 권리를 대표하고 그들 대신에 금지처분적 구제책을 구하기 위하여 부권을 행사할 수 있으며<sup>167)</sup> 주의 전반적인 경제를 위하여 금지처분적 구제책을 구하고자 부권을 행사할 수도 있다.<sup>168)</sup> 하지만 1976년 Hart-Scott-Rodino 반독점개선법 (Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976; 이하 “HSRA”로 약칭함)<sup>169)</sup>의 제정 전에는 반독점법 위반행위에 대한 손해배상을 받기 위하여 판례법상 부권을 확대하려는 주 법무부 장관의 시도는 법원에 의하여 좌절되었다.<sup>170)</sup>

#### 나. 연방법에 따른 부권소송

부권소송제도에 대한 규정은 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976(이하 “HSRA”이라 표시) 및 Magnuson-Moss보증및연방거래위원

163) Id. at 591.

164) Id. at 592.

165) Pennsylvania R.R., 324 U.S. at 447; Louisiana, 176 U.S. at 23.

166) Pennsylvania R.R., 324 U.S. at 447-49.

167) Id.

168) Hawaii, 405 U.S. at 260 ; Pennsylvania R.R., 324 U.S. at 450.

169) Pub. L. No. 94-435, 90 Stat. 1383 (1976).

170) Hawaii, 405 U.S. at 253.



회개선법 등에서 찾을 수 있다.

① HSRA의 의의

HSRA는 주의 법무부장관이 자연인인 주민을 위하여 반독점법 관련 소송을 제기하도록 허용하기 위하여 Clayton 법을 개정하였다.<sup>171)</sup> 따라서 이 법은 반독점법 위반행위와 관련된 사건에서 주 정부의 관례법상 부권을 확대하였다.<sup>172)</sup> 이 법은 반독점법상 실체법적 책임을 개정하지 아니하였다. 대신에 이 법은 부권소송 활용에 대한 제한을 완화하였다.<sup>173)</sup> 종전에는 개개의 주와 미연방정부가 금지처분적 구제책을 구하기 위해서 또는 자신의 영업이나 재산에 대한 피해를 회복하기 위해서만 반독점법에 따라 제소할 수 있었다.<sup>174)</sup> 하지만 HSRA의 제정으로 주정부는 반독점법상 위반행위에 대한 손해배상청구소송에 있어 소비자를 직접적으로 대표할 권한을 가지게 되었다.<sup>175)</sup>

② HSRA의 내용

HSRA에 따르면, 특정 주의 법무부장관은<sup>176)</sup> 그 주에 거주하는 자연인의 후견인으로서 주의 이름으로<sup>177)</sup> 같은 법의 제1조 내지 제7조의 위반을 이유로 그들 재산에 대한 법익침해에 대하여<sup>178)</sup> 금전적 손해배상<sup>179)</sup>을 청구하는 민사소송을 제기할 수 있다.<sup>180)</sup> 손해의 입증,<sup>181)</sup> 손해배상의 분배<sup>182)</sup> 및 고지<sup>183)</sup>에 관한 절차적 요건을 확립한 HSRA의 조문들은 같은 법의 부권을 실효성 있게 하는 데 중요한 의미를 가진다. 주 법무부장관이 실제손해를 증명하고 부권소송사건에서 집단구성원인 모든 소비자에게 고지할 것을 그 요건으로 하였다면

171) HSRA, Pub. L. No. 94-435, sec. 301, §4C, 90 Stat. 1383, 1394 (codified at 15 U.S.C. §15c (1994)).

172) H.R.Rep. No. 94-499, at 9 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2578.

173) Id. at 9.

174) Farmer, supra note 158, at 376.

175) 15 U.S.C. §15c.

176) 15 U.S.C. §15g(1)(A)(1994).

177) Id. §15c (a)(1).

178) Id.

179) Id. § 15c (a)(2).

180) H.R.Rep. No. 94-499, at 9 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2578-79.

181) 15 U.S.C. §15d.

182) Id. §15e.

183) Id. §15c(b).

같은 법에 따른 부권소송은 같은 법 제정의 단초를 제공한 소비자관련 대표당사자소송만큼이나 실행가능성이 없게 되었을 것이다.<sup>184)</sup> 이러한 조문들은 보통 총원의 대표당사자와 구성원이 공통된 주장과 이해관계를 공유할 것을 요건으로 한 대표당사자소송에서 과감히 탈피하였음을 뜻한다.<sup>185)</sup> 하지만 HSRA에 따르면, 반독점법 위반행위에 대한 부권소송을 제기한 주정부는 통상적으로 그 소송상 청구에 대하여 이해관계가 없다. 왜냐 하면 그 행위로 인하여 직접적인 손해를 입지 않았기 때문이다. 그리고 주정부는 종종 소의 이익을 가지는 자들과는 다른 별개의 이익을 가진다.<sup>186)</sup>

1972년 Hawaii 대 Standard Oil Co. of California사건에서 연방대법원은 주정부가 Clayton법 관련사건에서 부권을 주장할 수 없다고 판시한 후,<sup>187)</sup> 연방의회는 주 법무부장관에게 그러한 권한을 수여하기 위하여 그 법을 개정하였다.<sup>188)</sup> 그러한 권한수여로 주 법무부장관은 그 자체로 실행가능한 개별적 청구를 보호할 수 있다.<sup>189)</sup>

HSRA의 제정 이후에 동일한 피고를 상대로 유사한 반독점법 위반행위로 인한 손해를 주장한 둘 이상의 소송이 거의 동시에 제기된 경우가 있었다. 이 경우에 하나는 부권소송이었고 그 밖의 것들은 소비자 대표당사자소송이었다. 이중 중복적인 손해배상을 반대하는 재야법조계<sup>190)</sup>와 재판의 효율성에 관한 우려 때문에 법원은 반독점법위반행위에 관련된 중복소송 중 어느 것을 병합 후에 허가할지 여부를 결정하여야 한다.<sup>191)</sup> 이 경우에 법원은 주민을 대신하여 주법무부장관이 제기한 제정법상 부권소송이 미국 연방민사소송규칙 제23조에 따라 제기된 대표당사자소송보다 우월하다고 결론내리면서<sup>192)</sup> 일반적으로는 연방의회의 의도를 존중하였다.<sup>193)</sup>

---

184) H.R. Rep. No. 94-499, at 11-15 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2581-85.

185) Fed. R. Civ. P. 23 (a).

186) H. R. Rep. No. 94-499, at 13-14 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2583.

187) 405 U.S. 251, 265 (1972).

188) Irving Scher, Emerging Issues under the Antitrust Improvements Act of 1976, 77 Colum. L. Rev. 679, 701-40 (1977).

189) 15 U.S.C. § 15c (b)(2).

190) 15 U.S.C. § 15c (a)(1) (1994).

191) See, e.g., Budget Fuel Oil Co., 122 F.R.D. at 186.

192) Id. at 185.

193) 122 Cong. Rec. 30,868, at 30,879 (1976).

③ Magnuson-Moss보증및연방거래위원회개선법

연방거래위원회는 Magnuson-Moss보증및연방거래위원회개선법(Magnuson-Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act) 제206조에 따라 위법한 거래실무로 인하여 피해를 입은 소비자를 위하여 손해배상 및 기타 법적·형평적 구제책을 구할 권한을 가진다.<sup>194)</sup> 이 규정은 유동적인 배상체계를 통하여 요청하지 않은 기금의 분배는 물론이고 총원 전체를 기준으로 한 손해배상액의 산정을 허용하는 것으로 보인다.<sup>195)</sup> 이 법은 소비자제품의 보증과 관련하여 위법한 거래관행에 대하여 소를 제기할 사적 권리를 창출하지만<sup>196)</sup> 이 규정에 따른 집단소송은 제한적인 제정법상 요건을 충족하여야 한다.<sup>197)</sup> 개인의 청구가 25달러를 초과하고<sup>198)</sup> 모든 청구의 소송목적의 값을 병합한 총액이 5만 달러를 초과하지 아니하는 한,<sup>199)</sup> 연방법원에 제소할 수 없다. 더욱이 이 소송을 제기하기 위해서는 최소한 100명 이상의 원고가 존재하여야 한다.<sup>200)</sup> 이 법은 소송을 통하여 배상받을 수 있는 상한선을 정하고 있고, 손해배상액 산정에 있어 법원의 재량을 폭넓게 인정하고 있다.<sup>201)</sup>

2. 영국 및 스웨덴 등 유럽의 공익집단소송

(1) 의 의

집단소송은 그 구제책의 유형에 따라 확인청구 및 부작위청구 뿐만 아니라 손해배상청구의 소 등을 포함할 수 있다.<sup>202)</sup> 손해배상청구와 관련하여 소송목적의 값은 매우 중요하다. 집단의 구성원 일인당 소송목적의 값이 개별소송을 통

194) 15 U.S.C.A. § 57 (b)(West Supp. 1976).

195) See H. R. Conf. Rep. No. 1606, 93d Cong., 2d Sess. 40-42(1974); S. Conf. Rep. No. 1408, 93d Cong., 2d Sess. 41 (1974).

196) 15 U.S.C. § 2310(d)(1).

197) Note, Development in the Law-Class Action, Conclusion: Reform of Rule 23 or Legislative Action ?, 89 Harv. L. Rev. 1523, 1534 (1976).

198) 15 U.S.C. § 2310(d)(3)(A).

199) Id. § 2310(d)(3)(B).

200) Id. § 2310(d)(3)(C).

201) Id. § 1640(a)(2)(b)(Supp. IV, 1974).

202) 네덜란드법은 집단소송으로는 손해배상청구를 제기할 수 없다고 명시적으로 규정하고 있다.

하여 얻게 되는 경제적 순익을 취득하는 것을 가능하게 한다면 그 청구를 개별 소송에 의하여야 함이 타당하다. 비용이 개별소송을 통한 경제적 이익을 초과하나 집단소송을 통한 경제적 이익을 초과하지 아니하는 경우에는 개별소송보다는 집단소송을 제기함이 타당하다. 그리고 집단소송에서 승소하더라도 경제적 손실을 생겨나는 경우라면 그 집단소송은 허용하지 아니함이 타당하다.<sup>203)</sup>

집단소송은 공익소송과 사익소송으로 나눌 수 있다. 공익집단소송(public group action)은 국가 또는 지방자치단체의 대표에 의하여 제기된다. 예컨대 ombudsman이나 행정청이 제기하는 집단소송이 공익소송이다.<sup>204)</sup> 사익집단소송(private group action)은 집단의 구성원(대표당사자소송; class action) 또는 일정한 단체(organization actions)에 의하여 제기될 수 있다.<sup>205)</sup>

그리고 유럽연합의 거의 모든 회원국에도 이미 집단소송제도가 존재한다.<sup>206)</sup> 하지만 일정한 요건을 충족하는 경우에만 그러한 소의 활용이 가능하기 때문에 이 소를 제기할 기회는 제한적이다. 그 집단소송은 주로 유지청구에 대해서 인정될 따름이다. 프랑스는 그 예외에 해당한다. 즉 프랑스에서는 손해배상청구도 가능하다.<sup>207)</sup>

유럽연합지침이 승인되기 이전에 유럽 각국이 집단소송제도와 관련하여 취하는 입장을 정리하면 다음과 같다. 유럽연합위원회는 몇몇 회원국 중 집단적인 이익의 보호를 독립된 행정기관에 위임한 국가도 있다고 보고하였다.<sup>208)</sup> 즉 영국,<sup>209)</sup> 덴마크 및 아일랜드에서는 제한된 범위 내에서 공익소송제도를 허용한다.<sup>210)</sup> 예컨대 영국의 공정거래청장(Director General of Fair Trading), 덴마크 및 스웨덴의 소비자옴부즈만(Consumer Ombusman), 아일랜드의 소비자사건처리위원회 위원장(Director of Consumer Affairs)이 이에 해당한다.<sup>211)</sup> 이 중 영국의 경우에는 최근 소비자단체에까지 당사자적격을 확대하였다. 유

203) Note, Developments in the Law-Class Actions, 89 Harv. L. Rev. 1356 (1976).

204) Lindblom, supra note 2, at 821.

205) Id.

206) Id. at 820.

207) Id.

208) Hodges, supra note 13, at 323.

209) 후술하는 바와 같이 영국에서는 소비자관련사건에서 소비자단체에까지 공익소송의 당사자적격을 확대하였다.

210) Lindblom, supra note 2, at 822.

211) Green Paper Presented by the Commission: Access of Consumers to Justice and the Settlement of Consumer Disputes in the Single Market, COM (93) 576 final, 64.

럽연합 회원국 중 8개국에서는 불공정하거나 금지하여야 할 상거래에 대하여 소비자보호단체가 법원에 유지청구를 제기할 소의 이익(locus standi)을 가지는 것으로 파악되었다.<sup>212)</sup> (i) 독일은 1909년, 1965년 및 1976년에, (ii) 그리스 및 스페인은 1991년에, (iii) 프랑스는 1988년 및 1992년에, (iv) 이태리는 1990년 및 1992년에, (v) 룩셈부르크는 1983년 및 1986년에, (vi) 네덜란드와 포르투갈은 1981년에 제정된 법률을 통하여 이러한 절차를 신설하였다.<sup>213)</sup> 그리고 벨기에에서는 1991년 이래 소비자보호단체와 행정청 양자가 집단적 이익의 법적 보호를 위하여 소를 제기할 권한을 가지고 되었다.<sup>214)</sup> 현재 시점에서 볼 때, 공익소송과 단체소송 양자를 허용하는 유럽국가의 예로는 영국, 벨기에, 네덜란드 및 스웨덴 등을 들 수 있다.<sup>215)</sup> 이하에서는 특히 영국과 스웨덴의 공익소송제도를 집중적으로 고찰한다.

## (2) 영국의 공익집단소송

집단에 의한 유지청구소송의 개념은 유럽연합의 법에 의하여 규율되는 유럽에 명백히 정착하였다. 오인광고지침 뿐만 아니라<sup>216)</sup> 소비자보호지침도 유지청구 절차에 대한 규정을 두고 있다. 유럽연합 내에서 다양한 전통을 토대로 하여 이러한 규정들은 소비자보호를 그 직무로 하는 공적 기구 내지 소비자보호단체에 원고적격을 마련하였다. 이러한 규정들이 명백히 양자택일인 경우도 있고<sup>217)</sup> 지침의 문구에 따라 회원국이 행정청뿐만 아니라 소비자단체에 원고적격을 부여하는 경우도 있다. 이러한 발전은 소비자부작위청구지침(Consumer Injunctions Directive)에서 그 절정에 달하였다.<sup>218)</sup>

영국은 소비자관련소송에서 당사자적격을 가지는 소비자단체에 대한 역사가 미천하다. 그 결과 영국에 있어 유럽연합지침을 시행하는 오인광고감독규정(Control of Misleading Advertisement Regulations)은 공정거래청장에게만 그러한 권한을 부여하였다.<sup>219)</sup> 마찬가지로 소비자관련계약의 불공정한 약관규

212) Id.

213) Id.

214) Id.

215) Id.

216) Council Directive 84/450, 1984 O.J. (L 250) 17-20.

217) 오인광고지침이 그 일례다.

218) Council Directive 98/27, art. 3, 1998 O.J. (L 166) 51, 52.

219) The Control of Misleading Advertisements Regulations, No. 915 (1988)(Eng.).

정(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations)도 원래는 공정거래청장에게만 그러한 적격을 수여하였다. 하지만 소비자단체는 이를 유럽법원에서 다투었고 노동당정부는 소비자단체 및 기타 일련의 단체에 당사자적격을 수여함으로써 그 사건을 화해하기로 하였다.<sup>220)</sup> 그래서 동규정 제12조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“(1) 공정거래청장 또는 제2항의 요건을 충족한 자는 소비자와 체결한 계약에서 불공정한 보통거래약관을 사용하거나 그러한 약관의 사용을 권유하는 자에 대하여 부작위청구(일시적 부작위청구 포함)를 신청할 수 있다.

(2) 제한적 원고적격자(qualifying body)<sup>221)</sup>는 다음의 요건을 충족하는 경우에만 부작위청구의 소를 제기할 수 있다.

(a) 그 자가 신청하기 최소한 14일 이전에 신청의사를 공정거래청장에게 통지한 때 또는

(b) 공정거래청장이 보다 짧은 기간 내에 그 신청에 동의한 때

(3) 이 규정에 따른 신청시에 법원은 적절한 것으로 보이는 약관내용대로 금지처분을 내릴 수 있다.

(4) 금지처분은 보편적으로 사용되는 특정 거래약관에 대해서 뿐만 아니라 특정인이 사용하거나 그 자가 사용하도록 권유한 유사한 내용의 약관 또는 유사한 효과를 발생하는 약관에 대해서도 내릴 수 있다.”

소비자유지청구지침을 시행하는 경우에도 유사한 접근방식을 채택하였다.<sup>222)</sup>

영국에서 공정거래청장은 소비자사건에 있어 소를 제기할 독자적인 권한을 가진다.<sup>223)</sup> 하지만 그것은 유지청구(留止請求; injunction)에 한정된다.<sup>224)</sup> 그런

220) See the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, No. 2083 (1999)(Eng.).

221) 정보보호청장(The Data Protection Registrar), 전력공급청장(The Director General of Electricity Supply), 가스공급청장(The Director General of Gas Supply), 북아일랜드전력공급청장(The Director General of Electricity Supply for Northern Ireland), 정보통신청장(The Director General of Telecommunications), 수자원청장(The Director General of Water Services), 철도청장(The Rail Regulator), 영연방에 있어 도량형과 관련된 정부당국, 북아일랜드 경제발전부(The Department of Economic Development in Northern Ireland), 소비자단체(Consumers' Association)가 이에 해당한다.

222) DTI Consultation paper, Injunctions Directive Implementation of Directive 98/27 EC on Injunctions for the Protection of Consumers' Interests, 19 (2000); Howells & James, supra note 21, at 46.

223) Harald Koch, Non-Class Group Litigation under EU and German Law, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 355, 362 (2001).

224) 영국의 1973년 공정거래법(Fair Trading Act of 1973) 제37조 참조.

데 이 제도는 간혹 활용될 따름인데, 그 이유는 (i) 인적 자원의 한계 및 (ii) 공정거래청이 충분히 재판외적인 감독활동을 할 수 있다는 사실에 기인한다.<sup>225)</sup> 이 제도는 정부가 사인의 이익을 대변한다는 점에서 심각한 여론의 비판을 받고 있다.<sup>226)</sup>

영국공정거래법에 따른 공정거래청의 대부분 권한은 2003년 4월 1일과 6월 20일에 시행된 기업법(Enterprise Act)에 의하여 폐지되었다.<sup>227)</sup> 2002년 제정된 기업법은 사소(private actions)를 장려하기 위하여<sup>228)</sup> 네 가지 중요한 사항을 신설하였다.<sup>229)</sup> 첫 번째 중요한 변화는 기업법에 따라 경쟁항소심판소(Competition Appeal Tribunal)가 공정거래청에 의한 침해결정의 채택에 이은 손해배상청구의 소를 심리할 수 있다는 것이다.<sup>230)</sup> 통상민사법원보다는 경쟁항소심판소에 이러한 기능을 부여하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 법원에서의 소송비용이 고액인 반면에 심판소를 통하여 신청을 제기하는데 드는 비용은 저렴하고 절차가 신속하게 처리될 수 있다고 정부는 믿었다. 둘째, 정부는 통상민사법원의 판사가 경쟁법에 대한 제한된 지식을 가지고 있을 위험이 존재한다는 점을 고려하였다. 따라서 정부는 전문가집단으로 구성된 경쟁항소심판소가 그러한 청구를 취급하는 것이 바람직하다고 생각하였다.

경쟁항소법원을 통하여 손해배상청구를 제기한 사건에 있어 절차는 전속적인 것이 아니다. 따라서 피해자는 원한다면 공정거래청의 결정 이전 또는 이후이든지 상관없이 통상의 민사법원에 그 소를 제기할 수 있다.<sup>231)</sup>

두 번째 중요한 변화는 기업법이 경쟁법을 위반한 기업체를 상대로 소비자를 대신하여 손해배상청구를 제기할 수 있는 메커니즘을 규정하고 있다는 점이다. 경쟁항소심판소에서 그러한 소를 제기할 것이다.<sup>232)</sup> 이것은 소비자가 반경쟁적인 행위로 인하여 직접적으로 피해를 입은 정도 및 그들에게 손해배상을 하는 방식과 같은 복잡한 문제를 야기한다. 어떤 경우에는 이것은 대표당

225) Office of Fair Trading (Britain), 1992 Annual Report.

226) Koch, *supra* note, 223, at 362.

227) <http://www.offt.gov.uk/Business/Legal+Powers/Fair+Trading+Act/default.htm> (last visited on December 5th, 2004).

228) Katherine Holmes, Public Enforcement or Private Enforcement ? Enforcement of Competition Law in the EC And UK, E.C.L.R. 2004, 25(1), 32 (2004).

229) *Id.*

230) *Id.*

231) *Id.*

232) *Id.*

사자소송에 근접한다.<sup>233)</sup> 이러한 쟁점에 대한 영국정부의 입장은 2001년 7월  
자문보고서에서 드러났다. 그 보고서의 내용은 다음과 같다.

“기업사이의 경쟁은 소비자를 보호한다. 효율적인 시장에서 소비자는 보다  
저렴한 가격에 보다 나은 제품과 용역을 취득할 수 있다. 경쟁이 왜곡되는 시  
장에 있어서 소비자의 권익은 침해된다. 소비자의 권익침해가 발생하는 경우  
에 소비자는 당연히 그에 대한 구제책을 구할 수 있어야 한다.”<sup>234)</sup>

### (3) 스웨덴의 공익집단소송

#### 1) 의 의

유럽각국은 대개 비슷한 형태의 집단소송제도를 두고 있는데, 특히 국가에  
의한 소비자보호차원에서 집단소송문제를 접근하는 나라로 스웨덴이 눈에 띈  
다. 스웨덴은 소비자보호를 국가의 책무로 생각하고서 이를 위한 기관으로  
1971년에 소비자옴부즈만(Konsumentombusman)을 설치하는 한편 별도의 소  
비자소송을 담당하는 특별법원(Marknadsdomstol)을 두고 있다. 소비자 옴부즈  
만은 손해배상청구의 소를 제기할 수 없다. 따라서 스웨덴에서는 옴부즈만에  
의한 대표당사자소송제도(grupptalan)의 도입을 위하여 Lindblom 법안이 제안  
되어 있다. 현재 스웨덴의 이 법안의 도입을 심각하게 고려하고 있다. 같은 스  
칸디나비아반도의 국가인 노르웨이도 민사소송법개정위원회에서 소비자옴부즈  
만에 의한 대표당사자소송제도의 도입을 검토하고 있다.<sup>235)</sup>

전술한 바와 같이 스웨덴에서는 소비자옴부즈만에 의한 공익소송제도가 인  
정되어 있고 이 제도적 장치를 통하여 공적 기관인 소비자옴부즈만이 소비자  
를 위하여 유지청구의 소를 제기할 수 있다. 다만 소비자옴부즈만은 손해배상  
청구의 소를 제기할 수 없다. 이하에서는 스웨덴에서 최근 심각하게 도입을  
고려중인 Lindblom법안을 고찰한다.

#### 2) Lindblom법안의 내용

Lindblom의 법안의 윤곽을 보면, 소송의 형태는 단체소송과 집단소송으로

---

233) Id.

234) Id.

235) Lindblom, supra note 2, at 805-831. 노르웨이에서는 단체들이 환경법영역에서 손해  
배상청구 뿐만 아니라 부작위청구를 할 수 있다(Id. at 821 & n. 39).



나뉘고 집단소송은 다시 공익집단소송과 사익집단소송으로 나뉜다. 법안은 소송관계자의 역할과 집단소송절차에서의 특수성 및 권리보호의 목적에 대해서 다루고 있으며, 개별문제로 집단이 승소시와 패소시의 소송비용에 관한 문제, 변호사의 수입료, 소송남발에 대한 조치, 시효 등을 규정하고 있다.

스웨덴 집단소송위원회(The Swedish Commission on Group Actions)는 Lindblom를 위원장으로 하여 1991년 스웨덴정부에 의하여 구성되었다. 1995년에 그 위원회는 스웨덴 법무부에 Grupprättegång Del A-C, SOU (Statens Offentliga Utredningar)라는 포괄적인 내용의 보고서를 제출하였다.<sup>236)</sup>

그 위원회의 연구용역사항(terms of reference)에 따라 특히 소비자법, 환경법 및 성별에 따른 임금차별분야와 관련하여 연구하였다. 그 위원회는 이러한 영역뿐만 아니라 기타 많은 법영역에서 집단소송을 제기하는데 어려움이 있다는 사실을 파악하였다. 따라서 집단소송에 관한 한, 그 위원회는 법원에의 접근을 개선할 명백한 필요성이 존재하는 것으로 이해하였다.<sup>237)</sup>

따라서 그 위원회는 통상소송절차의 보완책으로서 일반법원(general courts)에서 집단소송에 관한 새로운 법을 도입하여야 하고 노동법원과 하급심의 일반법원의 일부에 해당하는 지방법원(land courts)에서 활용할 수 있는 집단소송에 관한 특칙을 도입하여야 한다고 제안하였다.<sup>238)</sup>

그 법안은 사인들의 집단적인 청구를 목표로 하고 공익소송(general interest actions)”을 목표로 하지 아니한다.<sup>239)</sup>

이 법안의 주된 내용은 다음과 같다.

(i) ① 사인(대표당사자소송), ② 소비자 및 환경관련 사건에서는 특정단체(단체소송) 및 ③ 국가나 지방자치단체의 대표가 집단소송을 제기할 수 있다.<sup>240)</sup>

(ii) 일반법원 뿐만 아니라 환경보호및환경손해배상법(Environmental Protection and the Environmental Damages Acts)에 따라 지방법원(land courts)에 그리고 동등기회법(Equal Opportunities Act)에 따라 노동법원에 집단소송을 제기할 수 있다.

236) Id. at 824.

237) Id.

238) Id.

239) Id.

240) Lindblom은 집단소송을 제기할 수 있는 주체를 경쟁적인 시각에서 볼 것이 아니라 보완적인 대체제로 보아야 한다고 주장한다. 그는 어느 주체도 부담 전체를 질 자원을 가지고 있지 아니한다면서 그 임무를 분배하여야 한다고 주장한다. Id. at 827.

(iii) 집단소송은 특정구제책에 제한되지 아니한다. 따라서 부작위청구, 확인청구, 손해배상청구 등 모두 허용된다.

(iv) 집단소송은 다음의 요건이 충족된 경우에만 허용된다. 첫째, 개별소송이 보다 효과적으로 행해질 수 없거나 다른 방식으로(예컨대 시험소송의 형태로) 그러한 소송을 제대로 수행할 수 없는 경우이어야 한다(우월성의 요건). 둘째, 유지가능성(manageability)과 같이 집단소송을 위한 그 밖의 일정한 요건이 존재하여야 한다.

(v) 소송을 수행할 집단의 대표자 및 소송대리인의 적합성에 관한 엄격한 요건을 충족하여야 한다(대표의 적절성).

(vi) 집단소송의 판결은 집단의 총원에 기판력이 생긴다.

(vii) 원고 측에 있어 집단의 구성원은 절차의 일정단계 이전까지 탈퇴할 수 있고 그로 인하여 탈퇴한 구성원은 판결에 구속되지 아니한다.

(viii) 집단의 구성원은 탈퇴할 권리, 및 중요한 결정과 기타 절차적인 단계에 대하여 적절한 방식으로 통지받아야 한다(통지).

(ix) 집단의 구성원은 판결에 대한 상소할 권리를 가진다.

(x) 법원은 형식적인 쟁점과 실체적인 쟁점 양자에 관하여 소송을 적극적으로 지휘하여야 한다.

(xi) 집단의 대표자가 행한 소송상 화해가 집단의 구성원에게 구속력이 생기기 위해서는 법원의 허가를 받아야 한다.

(xii) 판결이후에 법원과 피고가 참가할 필요가 없는 특별배분절차 방식에 의하여 법원은 집단의 구성원간에 손해배상금을 분배할 권한을 가진다.

(xiii) 스웨덴에 있어 소송비용부담에 관한 통상적인 원칙(패소자부담원칙)은 집단소송에도 적용된다. 다만 원고를 제외하고는 집단의 여타 구성원은 일정한 상황 이외에는 소송비용과 보수에 대하여 부담하지 아니한다.

(xiv) 법원은 집단의 대표자(원고)와 소송대리인 사이에 변호사보수에 관하여 체결한 “위험부담계약”을 승인할 권한을 가진다. 하지만 동위원회는 미국형의 성공보수금체계의 도입을 반대한다. 그리고 동위원회는 집단소송을 재정적으로 뒷받침할 특별기금에 대하여 제한한 바 없다. 그래서 일정한 사례에서는 법률구조 및 소송비용보험으로 집단소송의 비용을 충당하게 될 것으로 예상된다.<sup>241)</sup>

---

241) Id. at 826.

### 3) Lindblom의 평가

대표당사자소송은 다른 유형의 집단소송보다 민사소송법의 전통적인 개념에 친숙하다.<sup>242)</sup> 즉 대표당사자는 소송에 대하여 자신의 이해관계를 가지고 있고 집단의 구성원이다. 세 가지 집단소송의 유형에는 공익소송, 단체소송 및 대표당사자소송 등이 있다. 이 중 공익소송(public action)은 사회주의적 해결책인 반면에 단체소송(organization action)은 협동조합주의적 해결책(corporativistic solution)이다.<sup>243)</sup> 반면에 대표당사자소송은 개인주의적·자유시장지향적·자유주의적·자본주의적·사적인 해결책이다.<sup>244)</sup> 스웨덴의 대기업들은 자유롭고 실효성 있는 경쟁을 제고하기 보다는 독점적인 지위를 누렸기 때문에 비판받고 있다.<sup>245)</sup> 스웨덴에서 대기업측은 국가 및 노조와 긴밀한 협조관계를 가져왔는데, 이것은 스웨덴에 있어 오랜 전통이다.<sup>246)</sup> 대기업은 국가 및 노조를 어떻게 상대하고 그들에게 영향력을 행사하는지 알고 있다. 그러한 점에서 대표당사자소송제도는 대기업 입장에서는 영향력을 행사하기도 어렵고 예상하기도 어렵다는 단점이 있다. 그러한 측면에서 볼 때, 소기업의 최대조직이 스웨덴의 법안을 지지했다는 점은 일관성이 있다. 이러한 소기업의 경영인들은 보다 분권적인 영업방식에 익숙해져 있다.<sup>247)</sup>

### 4) Lindblom법안에 대한 각계 반응

(i) 스웨덴의 Lindblom법안에 대한 각계 반응은 유럽적 상황에서 전형적으로 예상할 수 있는 대로다. 동위원회는 법원, 변호사협회, 소비자 및 평등 옴보즈만, 환경보호를 위한 정부위원회, 노조, 대기업 및 소기업을 위한 대표단체 등 60여개의 공공기관과 사적 단체에 그 법안을 송부하여 의견개진을 구하였다. 간신히 과반수를 넘는 다수의견은 그 법안을 지지하였다. 하지만 유력한 소수의견은 그 법안에 반대하고 있다. 부정적인 견해의 다수(예: 법원과 대기업)는 새로운 형태의 절차를 도입할 필요성이 없다고 주장하고 있다. 법원에서 집단적인 청구를 제기할 수 없다는 증거가 불충분한 것으로 언급된다.<sup>248)</sup> 이

242) Id.

243) Id.

244) Id.

245) Id.

246) Id.

247) Id.

248) Id. at 828.

에 대해 Lindblom은 집단소송의 활용을 위한 우월성 요건이 존재하기 때문에 그 법안이 어떠한 손해를 가져올 수는 없을 것이라고 내다봤다.<sup>249)</sup>

그 밖의 비판은 세 가지 부류로 분류될 수 있다. 즉 그것은 (i) 집단 구성원을 고려한 비판, (ii) 피고를 고려한 비판 및 (iii) 법원과 사회의 입장을 고려한 비판 등이다. 집단 구성원이 처할 위험을 주장하고 있는 자가 주로 기업체의 대표라는 점은 중요하다.<sup>250)</sup> 판결이 집단 구성원들을 구속하는 것은 그들의 재판받을 권리를 침해하기 때문에 헌법에 반한다고 기업체 대표들은 주장한다. 이에 대해 Lindblom은 다음과 같은 반론을 제시한다.

(i) 집단 구성원은 절차와 화해안에 대해 통지받을 것이고, (ii) 그들은 탈퇴하거나 참가하거나 상소할 권리를 가질 것이며, (iii) 대표의 적절성을 충족하기 위한 엄격한 요건이 존재할 것이고, (iv) 법원에 의해 화해를 허가받아야 할 것이다.<sup>251)</sup> 따라서 집단 구성원의 헌법상 재판받을 권리는 침해되지 아니한다. 광범위한 기관력의 원칙은 전술한 보호장치 없이도 스웨덴의 기타 법영역에 이미 존재한다. 그런데 누구도 그것에 대해 이의를 제기하지 아니하였다.<sup>252)</sup> 더욱이 기본적인 개념은 헌법상 적법절차의 국가로 불리는 미국에서 승인된 것이다.<sup>253)</sup>

집단소송은 어느 누가 법원에 갈 기회를 박탈하지 아니한다. 반대로 그것은 개별소송이 비현실적인 상황-개별소송으로는 자신의 권리를 주장할 수 없는 청구-에서 추가적인(또는 유일한 현실적인) 대안을 제공한다.<sup>254)</sup>

피고에 대해 기관력은 위협이라기보다는 이점(利點)이 되는 것으로 이해되어야 한다. 즉 반복된 소송과 상호 모순되는 판결을 피할 수 있어서 집단소송은 양당사자의 비용을 절약하고 법원체계를 존중하게 할 것이다.<sup>255)</sup> 대표당사자소송이 법적인 공갈수단으로 사용될 우려가 있다는 주장은 오늘날 원고보다는 피고가 종종 대량불법행위소송에서 대표당사자소송을 선호한다는 사실에 의하여 무력화된다.<sup>256)</sup> 사실 그 위협은 법적 공갈이 발생할 것이라는 것이 아니라 화해가 총원이 아니라 피고에게 지나치게 유리할 수 있다는 데서 발생할 것이다. 하지만 집단구성원에게 화해안을 통지한 후에 판사가 그 화해안을 허가할 수 있다는 규정에 의하여 그러한 위협은 줄어든다.<sup>257)</sup>

---

249) Id.

250) Id.

251) Id.

252) Id.

253) Id.

254) Id.

255) Id. at 830-31.

256) Stephen B. Burbank & Linda J. Silberman, "Civil Procedure Reform in Comparative Context: The United States of America", 45 Am. J. Comp. L. 675 (1997).

257) Lindblom, supra note 2, at 829.

스웨덴에서 수십년 전의 미국처럼 이 법안을 비판하는 혹자는 집단소송을 도입할 필요성이 없고 예상되는 소송의 접수건수 - 매년 20건 -가 새로운 법을 제정하기에는 충분하지 않다고 주장하고 있다. 다른 이들은 그 수가 너무 많을 것이어서 법원에 지나친 부담을 줄 것이라고 주장하고 있다. 그리고 예컨대 법원행정처(Department for the Administration of the Courts)는 위의 상호 모순되는 두 가지 주장을 모두 내세우면서 그 법안의 도입을 반대하고 있다.<sup>258)</sup>

#### IV. 공익소송제도의 도입방안

##### 1. 공익소송제의 도입범위

소비자보호를 위한 공익소송제를 기타 법영역에서의 공익소송제보다 우선 도입할 필요가 있다. 그 근거는 어디에서 찾을 수 있을까? 유럽에 있어 집단소송이 발생하는 가장 중요한 실체법영역을 검토하는 것도 하나의 참고자료가 될 것으로 사료된다. 독일에서 단체소송은 개인의 사권을 실행하고자 하는 것이 아니기 때문에 절차적 법리에서 독특하고 예외적인 위치에 처해 있다.<sup>259)</sup> 이러한 예외적인 지위는 민사소송에 있어 단체소송에 관한 보편적인 개념 또는 규정이 없다는 점에 기인한 것이다.<sup>260)</sup> 오히려 단체의 제소권은 기업의 자율규제(business self-regulation), 소비자보호, 노동법, 산업재산권 및 환경보호에 관한 일정한 법률과 같은 특별법의 영역에서만 인정되고 있다.<sup>261)</sup> 그리고 유럽의 부작위지침(Injunction Directive)에서는 처음부터 그 적용범위를 소비자보호와 그 별표로 한정하고 아홉 가지의 특별지침을 열거하여 독자적인 공적 기관 또는 소비자단체에 의한 부작위청구의 소의 대상이 되는 구체적인 소비자권익의 위반유형을 지적하고 있다.<sup>262)</sup> 이 별표는 다음과 같이 세 가지 그룹으로 분류할 수 있다. 첫째, 오인하여 위험한 광고로부터의 소비

258) Id.

259) Koch, supra note 223, at 358.

260) Id.

261) Harald Koch, Group and Representative Actions in West German Civil Procedure, in German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal 27-40 (Erik Jayme ed., 1990).

262) Koch, supra note 223, at 358.

자보호다. 둘째, 방문판매 또는 원격판매와 같은 일정한 판매관행이다. 셋째, 소비자의 할부구매, 여행 및 공동이용 약관과 같은 분야에서 불공정한 거래약관관행이다.<sup>263)</sup> 이것은 집단적 구제책으로서 그 실체법적 적용범위가 협소한 것으로 보인다. 그리고 독일에 있어 최근 시행경험은 집단소송의 보다 보편적이고 진보적인 개념의 도입에 관하여 매우 유망한 것은 아니다. 하지만 한편으로는 유럽지침이 새로운 발전을 가져올 수 있다는 계기는 과소평가되어서는 아니된다.<sup>264)</sup> 유럽연합지침 제6조에서 유럽연합이사회는 3년 후 유럽의회에 시행결과 및 적용될 실체법분야의 확대가능성에 대하여 보고서를 제출하도록 되어 있다.<sup>265)</sup>

이러한 유럽에서 집단소송을 시행하는 중요한 분야의 하나로 소비자보호를 들 수 있는데서 알 수 있듯이 소비자보호 영역에서 공익소송제의 도입을 추진하는 것이 무난할 것으로 생각한다. 특히 공정거래확보라는 공익이 존재하는 경우에 이러한 소송의 활용이 가능한 것으로 한정할 필요가 있다. 그리고 소비자보호 영역뿐만 아니라 포괄적으로 입법하는 것이 타당하지 아니한가 하는 의문이 들 수 있다. 필자도 소비자, 환경, 제조물 등과 관련된 여타 집단소송을 포함하는 통일적인 집단소송법틀안을 도입한 후 그 특별영역으로 이 법률안에 대한 특별법으로 증권관련집단소송법틀안을 도입하는 것이 순리라는 입장을 취하고 있다.<sup>266)</sup> 이것은 단체소송과 대표당사자소송을 포괄하는 집단소송의 경우만을 의미할 뿐이고 국가나 국가기관이 당사자적격을 가지게 되는 공익소송제까지 포괄하는 의미는 아니다. 또한 이러한 필자의 신중론에도 불구하고 의원발의안(증권관련집단소송에관한법률안)을 수정보완한 정부안(증권관련집단소송법안)이 입법되어 2005년 1월 1일부터 시행되었다(증권관련집단소송법 부칙 제1조).

이러한 상황을 감안하여 필자의 입장을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 장기적으로 볼 때, 법무부가 입안한 집단소송법 시안을 도입하는 것이 타당하다는 입장에는 변화가 없지만 그 법적·경제적 효과를 예상하기 어려운 바, 증권관련 분야에 우선적으로 집단소송을 도입하였다. 즉 포괄입법보다는 개별입법이라는 방식을 채택한 것이다. 이러한 개별입법을 취한 이상, 그 분야를

263) See Eur. Parl. And Council Directive 98/27, 1998 O.J. (L 166) 51.

264) Koch, *supra* note 223, at 359.

265) See Eur. Parl. And Council Directive 98/27, 1998 O.J. (L 166) 51.

266) 이규호, “미국의 증권관련 대표당사자소송제도에 관한 연구”, 『법조』 532호, 2001. 1, 170면.

점차 확대시키는 방향에서 소비자보호를 한 분야로 고려할 수는 있을 것이다.

둘째, 법무부가 입안한 집단소송법 시안은 그 내용면에서 대표단체와 대표 당사자에게 원고적격을 주고 있다. 그리고 대표단체도 피고를 상대로 손해배상청구를 할 수 있도록 규정하고 있다. 유럽에서는 단체소송을 허용하는 것이 일반적인 경향이지만 부작위청구에만 한정하여 허용할 뿐이고 손해배상청구에 대해서는 부정적인 입장이다. 전통적인 대륙법계 국가의 관점에서 손해배상청구는 주로 개별적인 피해자에게 배상하기 위해 존재한다. 반면에 공익은 주로 규제 및 통제를 뜻하기 때문에 위반자와 효과적인 제재에 초점을 둔다.<sup>267)</sup> 따라서 단체의 손해배상청구의 소는 전통적인 민사책임과는 부합되지 아니하는 것처럼 보인다. 단체의 손해배상청구를 허용하는 프랑스와 그리스에 있어 손해배상청구의 개념은 피해자 개인에 대한 손해배상의 개념과는 상당히 다르다. “*dommage collectif*”의 개념은 다수의 사인의 청구의 단순한 누적을 의미하는 것이 아니라 정확히 산정하여 증명할 수 없는 명목적이거나 미미한 수준의 일괄지급액을 뜻한다.<sup>268)</sup> 이것은 통상적으로 위반에 대한 형사적인 절차의 맥락에서 행해진다.<sup>269)</sup> 하지만 최근에 단체가 제기한 민사소송에 있어 손해배상액이 점차 상승하게 되어 때때로 억지적이거나 징벌적인 손해배상(*peine privée*)의 성격을 띤다.<sup>270)</sup> 그리스에서 손해배상청구는 구체적인 손해의 산정 가능한 배상으로 인식되지 않기 때문에 단체에게 필연적으로 허용되는 것이 아니다. 오히려 단체는 통상 일시불을 지급받게 되는 비금전적인 무형적 손해에 대하여 소를 제기할 수 있고 그 금액은 비영리적인 목적으로만 사용되어야 한다.<sup>271)</sup> 아래에서는 소비자보호영역에서 공익소송제를 도입하는 경우에 예상되는 법적·경제적 문제를 논의한다.

## 2. 법리적 문제

### (1) 합헌성 여부

첫째, 공익소송제를 통하여 국가나 행정청이 사업자를 상대로 소송을 수행

267) Koch, *supra* note 223, at 360.

268) Id.

269) Id.

270) Id.

271) Id. at 361.

하는 것이 삼권분립의 원칙에 위반하는지 여부가 문제될 수 있다. 국가나 행정기관이 기업인 등의 사인을 상대로 소송을 수행하는 것은 기본적으로 사법부의 독립을 저해하거나 사법부의 권한을 침해하는 것이 아니다. 더욱이 공익소송제는 소비자의 권익이라는 사익뿐만 아니라 공익의 도모도 그 목적으로 하기 때문에 삼권분립의 원칙과는 무관하다고 할 것이다.

둘째, 소비자에 대한 후견적 기능과 관련하여 문제가 될 수 있다. 다수의 소액피해 소비자의 경우에 개별소송을 제기할 수 없을 뿐만 아니라 소송구조나 법률구조를 받기도 곤란할 것으로 예상된다. 공익소송을 허용하는 것은 오히려 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장하기 위한 것이며 헌법 제34조제2항에 기하여 국가가 부담하는 사회복지증진의무와도 무관하지 않다. 그리고 공익소송이 소비자의 재판받을 권리를 제고하는데 도움이 될 것으로 사료된다.

셋째, 공익소송이 소비자의 피해보상청구권 및 다른 재산권을 침해하는지 여부가 문제될 수 있다. 특히 국가나 행정청이 소송수행을 완료한 결과 소비자의 기대에 부응하지 못한 경우에 그러하다. 하지만 모든 피해자에게 기판력이 미치게 하기 전에 제외신고라는 제도적 장치를 두게 되면 구성원이 된 소비자의 경우에 자신의 재산권이 침해된다고 주장할 수 없다.

## (2) 민사소송법과의 저촉 여부

민사소송법과의 저촉여부에 관련하여 다음의 비판이 있을 수 있다.

(i) 공익소송제도는 실체법과 밀접한 관련성이 있기 때문에 피해자가 아닌 국가가 원고로 되는 것은 당사자적격에 문제가 있다. (ii) 원고의 범위확정, 손해액의 산정, 손해배상액의 분배 등에서 복잡한 문제가 발생할 수 있다. (iii) 국가소송제도와와의 상충문제가 생겨날 수 있다. (iv) 이행의 소에서 기판력이 일반적으로 확대되는 것은 법리상 문제이며, 특히 공익소송에 있어 패소시 당사자의 손해회복 기회를 박탈할 우려가 있다. (v) 소제기나 배상금분배에 법원의 허가를 받도록 하는 등 소송전반에 사법적극주의가 채택되고, 처분권주의·변론주의 등 소송의 기본원칙이 위반될 우려가 있다. 이에 대해서는 향후 보다 심도 있는 논의가 필요할 것이다.<sup>272)</sup>

272) 이규호·송호영, 앞의 연구보고서, 146~162면.



### (3) 사적 문제에 대한 국가관여의 타당성 여부

공익집단소송제도의 도입반대론자 중에는 사적 자치 및 시장원리를 존중하는 측면에서 사적 관계에 대한 국가개입은 최소화되어야 할 것이라는 견해 및 대표당사자소송과 같이 피해자가 직접 소송을 제기하는 제도를 우선 도입하고 보충적으로 공익소송 도입을 검토하는 것이 바람직하다는 의견 등이 있을 수 있다. 이에 대해서는 다음의 반론을 펼칠 수 있을 것이다.

첫째, 유럽의 집단소송, 특히 독일의 단체소송과 관련하여 손해배상청구의 도입에 대하여 부정적인 이유는 비영리단체가 사인의 손해배상을 청구하는 것을 사회주의적인 시각에 입각한 개정으로 받아들이기 때문이다. 하지만 필자가 지적한 바와 같이 비영리단체에 의한 사인 집단의 손해배상청구가 사인 집단의 개인적인 권리를 보장하기 위한 효율적인 제도적 장치인지 여부의 관점에서 접근하는 것이 타당하다. 마찬가지로, 국가가 사인간의 권리관계에 직접 당사자로 개입하는 것이 타당한지 여부도 이러한 맥락에서 접근할 필요가 있다. 소비자가 스스로 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 수 없는 실정인 경우에 일정한 수의 소비자의 요청이 있고 피해소비자 총원의 피해예상액이 일정액을 초과한다면 국가기관 내지 비영리단체라는 효율적인 수단 내지 집합적인 수단을 통하여 소를 제기할 수 있도록 하는 방안을 고려할 수 있는 것이고 또한 여기에서 국가 내지 행정청은 공정거래확보라는 공익을 위하여 제소할 것이기 때문에 사적 자치의 원칙에 반하는 것이 아니다. 다만 공정거래확보라는 공익의 개념을 포기하는 경우에 소비자보호를 위한 효율적인 집단소송제도로서 공익집단소송, 단체소송, 대표당사자소송 가운데 어떠한 제도를 어떻게 도입할 것인지 여부는 어디까지나 정책적인 판단의 문제로 남는다.

둘째, 대표당사자소송제도를 도입한 다음 공익소송제도의 도입을 논의하는 것이 타당하다는 반대론도 납득하기 어렵다. 대표당사자소송제도를 통하여 공정거래확보라는 반사적 이익의 효과를 달성할 수 있겠지만 이 경우에 공익은 소비자권익이라는 사익과 대등한 측면에서 고려될 수 없을 것이다. 미국에서 대표당사자소송제도를 도입한 뒤 그 문제점을 시정하기 위하여 공익소송제가 도입된 점을 감안할 때, 공정거래위반행위와 관련해서는 그 특수성을 고려하여 입법함이 타당할 것이고 이렇게 볼 때, 단체소송이나 대표당사자소송 보다 국가나 행정청에 의한 공익소송을 도입하는 것도 한 방안일 것이다.

공익소송제도는 대표당사자소송제도에 비해 대리비용이 적게 들고 대표당사자와 구성원 사이에 발생할 수 있는 이해관계의 저축도 방지할 수 있다. 그리고 공익소송제도가 대표당사자소송제도에 비해서는 공정거래확보라는 공익적 목적이 있기 때문에 기업의 자유경쟁을 촉진하는 측면이 있고 고액다수의 피해자가 발생한 경우에 대표당사자소송제도는 남용될 소지가 있으나 공익소송제도는 국가기관이 제소하는 관계로 오히려 남용될 소지도 줄어들 것이다. 또한 스웨덴의 경우에 공익소송 및 단체소송을 도입한 상태에서 대표당사자소송을 도입하려는 시도가 있는 점에서 알 수 있듯이 이는 어디까지나 정책적인 판단의 문제일 따름이다. 어떻게 보면 국가기관에 대한 신뢰도가 높아진다면 이러한 논의도 그 빛을 잃게 될 것으로 보인다. 그리고 공익소송을 단체소송에 비해 우선시하는 것은 (i) 국가나 행정청이 단체보다는 소송수행함에 있어 우월적인 위치에 있다는 점, (ii) 국가로부터 보조를 받는 비영리단체의 경우에 손해배상액 배분을 잘 할 수 있을지 의문이라는 점, (iii) 단체는 국가의 간접적인 통제를 받는다는 점, (iv) 단체소송이 사회적 비용의 증대를 가져온다는 점 등에서 타당한 측면이 있다. 또한 단체소송을 허용하더라도 소비자들이 현실적으로 제소한 단체가 소송수행권을 가지는 비영리단체인지 여부를 제대로 파악할 수 없는 상황에서는 부작위청구 이외에 손해배상청구까지 인정하는 단체소송관련 법안을 상정하기는 어려울 것으로 예상된다. 이러한 측면에서 공익소송제는 단체소송제보다는 소비자에 대한 인지도 및 신뢰도 측면에서 오히려 강점이 있다.

### 3. 경제적 문제

소비자보호를 위한 공익소송제는 소비자의 권익을 도모하고 공정거래를 확보하기 위한 제도이다. 피해를 입은 소비자에게 손해를 배상하여야 하는 것은 당연한 일이고 소액피해 소비자의 경우에 배상을 받지 못하게 되어 오히려 기업이 부당하게 이득을 취하는 면이 없지 않다. 이러한 점의 시정으로 인하여 기업활동이 위축된다는 것은 불안감조성에 불과하다. 그리고 공정거래확보라는 또 다른 목적을 가진 이 제도적 장치에 따라 공정한 거래를 하는 기업을 보호하게 되어 이 제도적 장치는 결국 자유경쟁을 돕는 시장친화적 도구다. 그리고 국가나 행정청이 이 소송을 수행하게 되므로 기업형 변호사에 의한 남용가능성도 미미할 것으로 예상된다.

## V. 결 론

본고가 우리 법체계에 적합한 소액다수 피해자의 구제모델을 개발하여 향후 법제화 과정에서 기초자료로 활용되고 소비자를 우선시하여 기업경영의 경쟁력을 높이는데 일조하는 자료로 활용되었으면 하는 바람이다. 본고와 관련하여 제기될 수 있는 몇 가지 법적·경제적 문제를 검토하여 필자의 의견을 재차 개진함으로써 결론에 갈음하고자 한다.

첫째, 유럽의 집단소송, 특히 독일의 단체소송과 관련하여 손해배상청구의 도입에 대하여 부정적인 이유는 비영리단체가 사인의 손해배상을 청구하는 것을 사회주의적인 시각에 입각한 개정으로 받아들이기 때문이다. 하지만 필자가 지적한 바와 같이 비영리단체에 의한 사인 집단의 손해배상청구가 사인 집단의 개인적인 권리를 보장하기 위한 효율적인 제도적 장치인지 여부에 해당 하는지 여부의 관점에서 접근하는 것이 타당하다. 마찬가지로, 국가가 사인간의 권리관계에 직접 당사자로 개입하는 것이 타당한지 여부도 이러한 맥락에서 접근할 필요가 있다. 소비자가 스스로 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 수 없는 실정인 경우에 일정한 수의 소비자의 요청이 있고 피해소비자 총원의 피해예상액이 일정액을 초과한다면 국가기관 내지 비영리단체라는 효율적인 수단 내지 집합적인 수단을 통하여 소를 제기할 수 있도록 하는 방안을 고려할 수 있는 것이고 또한 여기에는 국가기관 그 자체의 공익 즉 공정거래확보라는 공익이 존재하기 때문에 국가기관의 제소를 허용하더라도 사적 자치의 원칙에 반하는 것이 아니다. 다만 공정거래확보라는 공익의 개념을 포기하는 경우에 소비자보호를 위한 효율적인 집단소송제도로써 공익집단소송, 단체소송, 대표당사자소송 가운데 어떠한 제도를 어떻게 도입할 것인지 여부는 어디까지나 정책적인 판단의 문제로 남는다.

둘째, 공익소송은 기본적으로 대표당사자소송이지만, 그 주체가 정부기관이라는 점에서 차이가 있다는 주장이 있을 수 있다. 미국의 예를 떠올리는 주장이다. 이러한 주장에 따르면, 손해배상의 주체인 피해자에게는 집단적인 구제 절차를 막아놓고 정부가 먼저 하려는데 문제가 있다는 비판을 할 수 있다. 이러한 견해에 따르면, 대표당사자소송을 도입한 뒤 공익소송의 필요성이 생겨나는 경우에 보충적 의미에서 공익소송을 도입하면 될 것이라는 입장을 개진

하게 된다.<sup>273)</sup> 분명히 미국에 있어 공익소송에 해당하는 부권소송은 대표당사자소송으로 제기하는 경우도 있을 따름이고 전술한 바와 같이 전혀 다른 유형의 소송형태다. 따라서 단지 그 원고적격만 다를 뿐이고 나머지 부분에서는 대동소이하다는 점에는 찬동할 수 없다. 그리고 이미 전술한 바와 같이 미국에서 공익소송을 제기함에 있어서는 공익소송 특유의 요건이 존재함을 알 수 있다. 그리고 손해배상의 주체인 피해자에게 구제절차를 막아놓고 정부가 먼저 하려는데 문제가 있다는 비판에도 수긍할 수 없다. 물론 공익소송이 결국 소비자의 민사적 구제책을 강화하는 방안으로서만 도입하려고 한다면 일리 있는 비판이다. 하지만 이에 대해 다음과 같은 반론을 제기할 수 있다.

첫째, 필자가 구상하는 공익소송은 소비자권익이라는 사익뿐만 아니라 공정거래확보라는 공익에 대한 일정한 요건이 충족될 때 비로소 소를 제기할 수 있다는 점에서 그러한 비판으로부터 자유롭다. 미국의 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976의 입법제정사에서 보았듯이 공익소송이 추구하는 바는 공정거래위반행위로 인한 피해자에 대한 손해배상뿐만 아니라 가해자이익의 환수 및 향후 반경쟁적인 행위의 억제다. 이러한 입법제정사를 보더라도 필자의 주장이 타당하다.

둘째, 대표당사자소송제도를 도입한 다음 공익소송제도의 도입을 논의하는 것이 타당하다는 비판도 납득하기 어렵다. 대표당사자소송제도를 통하여 공정거래확보라는 반사적 이익의 효과를 달성할 수 있겠지만 이 경우에 공익은 소비자권익이라는 사익과 대등한 측면에서 고려될 수 없을 것이다. 미국에서 대표당사자소송제도를 도입한 뒤 그 문제점을 시정하기 위하여 공익소송제가 도입된 점을 감안할 때, 공정거래위반행위와 관련해서는 그 특수성을 고려하여 입법함이 타당할 것이고 이렇게 볼 때, 단체소송이나 대표당사자소송 보다 국가기관에 의한 공익소송을 도입하는 것도 한 방안일 것이다. 전술한 바와 같이 공익소송제도는 대표당사자소송제도에 비해 대리비용이 적게 들고 대표당사자와 구성원 사이에 발생할 수 있는 이해관계의 저축도 막을 수 있다. 그리고 전술한 바와 같이 공익소송제도가 대표당사자소송제도에 비해서는 공정거래확보라는 공익적 목적이 있기 때문에 기업의 자유경쟁을 촉진하는 측면이 있고 고액다수의 피해자가 발생한 경우에 대표당사자소송제도는 남용될 소지가 있으나 공익소송제도는 국가기관이 제소하는 관계로 오히려 남용될 소지도

273) 2004년 11월 29일 공익소송 관련 간담회에서 김상일 교수의 발언요지.

줄어든다는 점을 이미 지적한 바 있다. 또한 유럽의 스웨덴에서 볼 수 있듯이 공익소송 및 단체소송을 도입한 상태에서 대표당사자소송을 도입하려는 시도가 있는 점에서 알 수 있듯이 이는 어디까지나 정책적인 판단의 문제일 따름이다. 어떻게 보면 국가기관에 대한 신뢰도가 높아진다면 이러한 논의도 그 빛을 잃게 될 것으로 보인다. 그리고 공익소송을 단체소송에 비해 우선시하는 것은 공익소송을 수행함에 있어 우월적인 위치에 있고 국가로부터 보조를 받는 비영리단체의 경우에 손해배상액 배분을 잘 할 수 있을지 의문이라는 점, 국가의 간접적인 통제를 받는다는 점, 사회적 비용의 증대를 가져온다는 점 등에서 타당한 측면이 있다. 이 또한 단체소송을 허용하더라도 소비자들이 현실적으로 제소할 단체가 소송수행권을 가지는 비영리단체인지 여부를 제대로 파악할 수 없는 상황에서는 부작위청구 이외에 손해배상청구까지 인정하는 단체소송관련 법안을 상정하기는 어려울 것으로 예상된다. 이러한 측면에서 공익소송제는 단체소송제보다는 소비자에 대한 인지도 및 신뢰도 측면에서 오히려 장점이 있다.

셋째, 소비자보호와 관련된 분야에 우선적으로 도입하려는 취지를 밝힐 필요가 있다. 유럽에서 볼 수 있듯이 유럽연합지침은 소비자권익과 관련하여 집단소송을 우선적으로 인정하고 있다. 그리고 미국에서도 공정거래위반행위로 인한 소비자의 피해를 구제하기 위하여 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976을 도입하였다. 이렇듯 외국의 사례에서 비추어 볼 수 있듯이 소비자보호가 중요하다. 이러한 측면에서 소비자보호를 위한 공익소송제도의 도입추진을 검토할 필요가 있다.

넷째, 법체계 전반에 걸친 문제를 야기할 수 있으므로 중장기적으로 검토할 필요가 있다는 주장이 제기될 수 있다. 독일의 단체소송의 경우에 부작위청구가 실체법상 권리와 밀접한 관련성이 있음을 이유로 개별적인 특별법으로 규율하고 있다. 그리고 독일의 단체소송에서는 이익환수청구는 인정되되 손해배상청구는 인정하지 않고 있다. 결국 공익소송제도를 개별법으로 추진하여 도입할지 여부는 법정정책적인 판단의 문제로 된다. 그리고 우리나라도 대표당사자소송을 포괄적으로 도입하기보다는 증권관련분야에 개별적으로 도입하였다. 물론 필자는 장기적인 관점에서는 법무부가 입안한 집단소송법 시안을 도입하는 것에 찬동한다. 이러한 필자의 입장에서라도 공익소송은 예외가 된다.

다섯째, 공익소송은 중소기업에 막대한 피해를 가져올 수 있다는 비판이 있

을 수 있다. 하지만 소비자권익이라는 사익뿐만 아니라 공정거래라는 공익 양자를 공익소송의 목적으로 하는 한, 중소기업이 이 소의 대상이 되는 경우는 별로 없을 것이다. 다만 소비자의 입장에서는 중소기업으로부터의 피해구제가 더 어려운 게 현실이겠지만, 이 경우에는 국가기관이 소송을 수행하더라도 마찬가지일 것이다. 이는 다른 사전적 예방책을 마련하거나 소비자 개인의 구매 전략에 맡기는 수밖에 없을 것이다.

여섯째, 증권관련집단소송법의 시행결과가 필자가 구상하는 공익소송에도 지대한 영향을 미칠 수 있는 바, 이 공익소송제도를 도입함에 있어 증권관련 집단소송법의 시행에 따른 영향 등을 충분히 고려하여 중장기적으로 검토할 필요가 있다.

일곱째, 이 공익소송제의 성공적인 도입을 위해서는 여러 행정부처간 이해관계의 조율뿐만 아니라 사회적 여론도 무시할 수 없다. 따라서 공익소송 도입을 추진함에 있어서는 전체적인 사회적인 합의를 도출하는 노력을 충실히 할 필요가 있다.

**주제어** 부권소송, 부권 법리, 국가후견소송, 준주권적 이익, 준국가적 이익, 대표당사자소송, 단체소송, 소비자옴부즈만

## A Comparative Study on Public Group Litigation

Lee, Gyooho\*

Group litigation is divided into public and private group litigation. The latter is classified into class action and organization action. A representative example of public group litigation is *parens patriae* action in America.

The plain meaning of “*parens patriae*” is “parent of the country”. This concept is originated from the English common law, under which the king undertook to protect and act for minors and incompetents. The crown’s *parens* authority grew out of the sweeping common-law theory of “royal prerogative” by virtue of which he or she had authority over almost everything.

Under *parens patriae* doctrine, a state can sue on behalf of some or all of its citizens to prevent or repair harm to its quasi-sovereign interests. Sometimes, the *parens patriae* action appears to be similar to class action. However, the two procedures differ in that a state suing in a *parens patriae* capacity may not conform to class action certification requirements. The inapplicability of class action certification requirements, therefore, raises further questions of what procedures apply to *parens patriae* actions. In this regard, this Article explores issues related to, intervention by beneficiaries, opting out by beneficiaries, notice, and intervention by a state.

Following the discussion on the procedural issues related to *parens patriae* suits, the Article deals with modern case law pursuant to tobacco, civil rights, environment, consumer protection, and anti-trust. In particular, anti-trust *parens patriae* suits are explained through federal laws such as Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976, in addition to its case law.

Next, the Article provides an overview of English and Swedish public group litigation and, thereafter, the Article concludes that public group litigation for consumer protection need to be adopted into Korea.

|   |
|---|
| <b>KEY WORDS</b> <i>parens patriae</i> action, public group litigation, class action, organization action |
|---|

---

\* Professor, College of Law, Kwangwoon Univ., J. S. D.