「저스티스」 통권 제184호(2021. 6), 147~189면 https://doi.org/10.29305/tj.2021.06.184.147

집단소송의 소송허가요건 및 금전배상에 관한 연구*

서울대학교 법학전문대학원 교수 전 원 열

논 문 요 지

제소대상 위법행위의 영역을 한정하지 않은 일반 집단소송법의 제정논의가 활발하다. 대량의 소액 피해가 종종 발생하는 현대 사회에서 집단적 권리구제절차를 마련할 필요성은 크다. 그런데 현재 발의된 법안들이 제소대상을 한정하지 않는 '일반 집단소송'의 의미를 정확히 인식하고 있는지는 의문이다. 대표적 법안인 법무부안은, 증권관련집단소송법의 소송허가절차·분배절차를 거의 똑같이 가져오고 있다.

그러나 이러한 입법제안은, 증권관련집단소송과 일반 집단소송 사이의 차이를 인식하지 못한 데에서 비롯한 것이다. 원래 집단소송절차에서는, 당해 피해자 집단(클래스)의 성격을 어떻게 정의하고 파악하는가가 핵심사항이다. 그 성격규정 작업 즉 미국의 클래스 인증과 한국의 소송허가 결정 작업 중에서, 기존의 증권관련집단소송은 가장 쉬운 영역만을 다루는 것이다. 대상영역이 확대되어 일반 집단소송이 되면, 도대체 총원이 누구누구인지를 정확히 알 수 없다는 확인가능성의 문제가 발생하고, 공통성·적합성·효율성의 요건 판단도 한층 어려워진다. 지배성 등 다른 요건도 문제된다.

많은 일반 집단소송 사건에서는 개별 구성원 숫자도 모른 채로 소를 제기하고 배상판결을 선고해야 하므로, 권리신고 등 분배절차에서도 많은 비용과 혼란이 초래될 수밖에 없다. 따라서 금전 분배단계에서 증권관련집단소송과 일반 집단소송 간의 차이는 더욱 두드러지며, 이 단계에서 비로소 구성원 해당 여부를 증거로써 심리·판단하는 작업을 하게 된다. 때로는 금전을 원고에게는 전혀 지급할 수 없는 경우도 발생한다. 이런 지급불가의 경우에 법무부안은 피고에게 돌려주라고 간단히 정하고 있으나, 집단소송법의 목적과 기능을 충분히 고민한 후에 정해진 것인지 의문이다.

집단소송은 불법행위법의 기능 중 방지기능에 초점을 맞춘 제도이며, 따라서 "원고에게 주는 것"이 중요한 것이 아니라 "피고로부터 받아내는 것"이 중요한 제도이다. 이로써 부정적 외부효과를 내부화하여 사회 전체적으로 자원의 효율적 배분을 달성하려는 제도가 집단소송이다. 따라서 단순히 피고에게 돌려준다고만 정할 것이 아니라, 사이프레스 원칙의 도입 등을 검토해야 한다. 미국의 집단소송절차는 연혁적으로 법원의 큰 재량에 터잡아 판례법으로 출발했고, 제정법으로 만들어진 후에도 법원의 큰 재량 하에서 작동하고 있는 제도이다. 요컨대 집단소송제도의 필요성은 절실하지만, 그 도입을 위해서는 현재의 논의수준을 넘어서는 더 깊은 토론이 있어야 한다.

검색용 주제어: 집단소송, 증권관련집단소송, 확인가능성, 공통성, 지배성, 방지기능, 법관의 재량

* 논문접수: 2021. 4. 8. 심사완료: 2021. 4. 13. 게재확정: 2021. 5. 10.

* 이 연구는 서울대학교 신임교수 연구정착금으로 지원되는 연구비에 의하여 수행되었음.

Ⅰ. 서론

1. 집단소송 도입논의의 상황

공장식 제품생산이 인류사회에서 시작된 지는 이미 200년이 넘었고, 20세기부터는 균질화된 서비스의 대량공급도 상업적으로 이루어져서, 현대는 그야말로 대량생산·대량소비의 시대이다. 이런 사회에서는 한 공장의 오염배출이 다수에게 영향을 미친다든지, 한 명의 생산자·판매자가 공급·배출하는 제품·용역·공해가 수천 내지 수십만의 시민에게 도달하는 상황이 일상화되어 있다. 이런 상황 하에서, 피해자 개인더러 위법행위자를 상대로 각자 알아서 소를 제기하라고 하는 기존의 수백 년 된 소송제도는 제대로 기능하기 어렵다.[1)]

한국에서는 동일 원천에서 발생하는 다수 피해자들을 구제하려는 소송절차로서 이미, ① 자본시장에서 다수 소액투자자들에게 발생하는 피해를 구제하기 위한 증권관련집단소송법이 제정되어 2005.1.1.부터 시행되었고, ② 소비자기본법에 기한 소비자단체소송 제도가 2008.1.1.부터 시행되었으며, ③ 개인정보보호법의 개정에 따른 개인정보단체소송 제도가 2011.9.30.부터 시행되고 있다. 그러나 위 ①은 증권거래에 따른 피해만 구제대상으로 삼고 있으며, ②, ③은 그 소제기주체가 법령에서 정한 '단체'에 한정되고 또한 구제수단으로서 —금전 손해배상청구가 아니라— 금지명령만을 구할 수 있어서 그 효용이 크지 않다. 이에 수년 전부터, 미국의 클래스 액션(class action)을 모델로 하여, 제소대상 위법행위의 범위제한이 없고 금전배상을 구할 수 있는 일반적 집단소송[2)]을 제정하려는 시도가 이

1) 한국의 현행 민사소송제도가 다수자 사이의 쟁점이 복잡한 사건을 제대로 처리하지 못하고 있다는 점에 대해서는 많은 사람이 동의한다. 가령 모성준, "집단소송제도 도입 전 다수 당사자 소송의 실무운영방안", 이화여자대학교 법학논집 제24권 제4호(2020), 37면은, 현행 제도가 "권리구제의 실효성에 있어서도 상당히 열위에 있고", 그래서 당사자들이 "우리의 민사소송제도와 법원을 선택하지 않고 외면하는 단계에 이르렀다."고 말한다.

2) 여기서 '집단소송'이라는 용어에 관하여 짚고 간다. 한국에서는 미국의 class action에 대한 번역어로서 —이미 시행 중인 증권관련집단소송법을 비롯하여— '집단소송'이라는 용어가 일반적으로 사용되고 있다. 하지만 '집단'은 여럿이 모여서 모임을 이룬 것을 의미하는 단어일 뿐, "class"라는 단어의 의미를 제대로 전달하지 못한다. 즉 집단이라는 개념은 그 내포가 적어서 외연이 아주 넓으므로, 영어 단어에 대응시켜 보자면 group도, mass도, gathering도, community도, colony도, mob도 모두 집단이다. 반면에 class란, 사람들의 모임 중에서도, 그들 간에 공통된 성격(property or attribute)을 가지고 있어서 다른 사람들과 類型에 있어서 구별되는 것을 가리킨다. 특정 사건에서 이 '클래스'를 어떻게 정하느냐에 따라서, 참여하지도 않은 소송의 판결로써 자신의 소제기권을 박탈당하는 사람의 범위가 결정되므로 클래스의 성격 및 범위의 파악은 클래스 액션의 핵심문제이다. 요컨대 클래스라는 단어의 의미를 살릴 수 있는 번역어가 필요한데 '집단'은 그에 적합하지 않다. 집단소송보다는 대표당사자소송이라고 하는 편이 —몇 음절 더 길더라도— 낫지 않을까 생각되기도 하지만, 이 용어 역시, 공통적 성격을 가진 사람들 중에 일부만 대표당사자가 된다는 점을

어지고 있다.

2016년 5월 ~ 2020년 5월의 제20대 국회에서도 집단소송에 관한 다수의 법률안이 발의되었다가 회기종료로 모두 폐기되었다.[3][4] 그 다음의 21대 국회에서도 다시 일반적 집단소송의 입법이 활발히 시도되고 있다. 2020.9.28.에는 법무부가 '집단소송법안'을 입법예고하였다(이하 "법무부안"이라고 한다).[5] 위의 여러 법률안들은 일반적으로 ㉠ 제소대상 위법행위의 보편적 확대, ㉡ (특정 단체가 아닌) 일반인에게 소제기를 허용, ㉢ 금전지급 청구의 허용 등을 내용으로 하고 있으며, 종종 ㉣ 징벌적 손해배상제의 도입 내지 ㉤ 국민참여재판 제도 도입을 포함하고 있다.[6]

2. 현재 논의들의 문제점

그런데 발의된 위 법안들을 살펴보면, —모든 법안제출자들이— '일반 집단소송'은 기존의 증권관련집단소송 제도를 그 대상범위를 확대한 것이라고만 인식하고 있는 것 아닌지, 즉 그 "대상범위 확대"가 제도의 요건 및 효과 자체에 어떤 본질적인 차이를 가져오고 어떤 문제를 야기하는지에 대해서는 충분히 인식하지 못하고 있는 것 아닌지 염려스럽다.

가령 여러 법안들 중 가장 대표적인 것이라고 할 '법무부안'을 보자. 이 법안은 증권관련집단소송법의 내용을 거의 그대로 가져오고 있다. 증권관련집단소송법에 없던 '소송전 증거조사절차'와 '국민참여재판'이 법무부안에 제4,5장(제43~97조)으로 삽입된 것을 제외

강조할 뿐 'class'의 의미를 반영해 내는 말은 아니다.
이상과 같은 용어상의 한계를 염두에 둔 채로, 본고에서는 미국의 class action을 모델로 하여 한국에서 논의 중인 그 소송제도를, 한국의 기존 용어사용법에 따라 '집단소송'이라고 칭하기로 한다. 다만 아래에서 보듯이, 본고에서는 미국의 상황을 설명함에 있어서 —그냥 집단소송이라고만 하면 다수자가 소송상 결합되는 미국의 여러 제도들, 가령 Multidistrict Litigation 같은 것들이 묶여서 연상될 우려가 있으므로— 문맥상 '클래스 액션'이라고 발음대로 표기한 경우들이 있다.

3) 기존 관련법률의 개정안을 포함하면 무려 26건의 집단소송 관련 법안이 발의되었다.

4) 이들은 대체로 미국의 class action을 모델로 한 것이지만, 그 외에도 —미국의 class action을 변형하여 각자 만들어낸— 다른 각국의 여러 형태의 집단소송을 모델로 한 법안들도 있다. 가령 프랑스·일본·브라질의 2단계 소송제도를 모델로 한 것, 독일의 대표확인소송법(Gesetz zur Einführung einer Musterfeststellungsklage)을 모델로 한 것 등이 있다. 함영주, "집단소송제의 발전경과와 우리나라 집단소송법의 개선방향에 대한 검토", 사법 제53호, 사법발전재단(2020), 146면 이하 참조. 독일의 대표확인소송법은 표본확인소송법으로 번역하기도 하는데, 이에 관한 추가설명은 호문혁, 민사소송법(14판), 법문사, 2020, 939면 참조.

5) 이와 같이 법무부가 입법예고한 '집단소송법안'에 대한 공청회가 2020.12.1.에 열렸다. (https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156424430; 2021.3.28.방문).

6) 이런 법률안들에 대하여 경제계는, 이 법안들이 증명책임을 지나치게 경감하고 자료제출거부권을 인정하지 않으며 소송허가요건을 너무 완화했다는 등의 비판을 하면서, 이는 원고에게 편향되게 유리한 법안이고 경제계 전반에 큰 충격을 줄 것이라는 등의 반발을 하고 있다. https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2020/12/01/2020120102033.html 참조 (2021.3.28.방문).

하면, 증권관련집단소송법의 제1,2,3,4장의 총칙, 소의 제기 및 허가절차, 소송절차, 분배절차가 일반 집단소송법 법무부안의 제1,2,3,6장으로 거의 그대로 옮겨져 있다. 새로 삽입된 '제4장 소송전 증거조사절차'는 증거절차의 이슈이고 '제5장 국민참여재판'은 시민들의 직접참여 허부의 이슈라서, 둘 다 집단소송절차 고유의 문제는 아니므로, 법무부안의 집단소송절차에 관한 규정내용은 증권관련집단소송법의 것과 사실상 똑같다고 할 수 있다.

그러나 일반 집단소송은 증권관련집단소송제도로부터 '단순히 대상범위를 확대하는' 것 이상의 의미를 가진다. 아래에서 상세히 보겠지만, 증권관련집단소송에서는 피고의 위법행위로 손해를 입은 사람(소송에서의 개개 구성원)이 누구인지는 소제기 전부터 이미 전산상 기록되어 있고, 그리고 (피고행위가 증권의 시장가격에 미친 영향의 정도가 밝혀지고 나면) 각자의 손해액이 얼마인지가 곧바로 정해진다. 반면에 일반 집단소송에서는, 피고의 당해 위법행위로 인하여 손해를 입은 원고가 누구누구인지가 소제기시는 물론 판결선고시에도, 그리고 판결확정 후에 권리신고를 받은 다음에도 명확하지 않은 경우가 많다. 배상액의 분배에서도 많은 문제가 발생한다. 따라서 '일반 집단소송'이 제기되는 경우에는, 과연 그것을 집단소송법의 적용을 받는 사건으로 취급해야 할지를 판단함에 있어서, 원고범위의 불명확 및 분배에서의 난점을 미리 고려해야만 하고, 결론적으로 소송허가요건이 충족되었는지 여부의 판단이 훨씬 어려워진다.

3. 본고의 논의주제의 한정

법무부안뿐만 아니라 현재 집단소송절차에 관한 논의들 중 다수는, 기존의 한국의 민법 및 민사소송법이 제대로 감당하지 못하고 있던 여러 주제들(징벌적 손해배상, 증거조사절차의 미비, 디스커버리[7]의 도입 여하, 국민참여재판 실시 여하 등)을 모두 뭉뚱그려서 뒤섞어서 논의하고 있다. 그러나 제대로 분석하려면 하나하나 뜯어서 보아야 한다. 본고에서는 징벌적 손해배상, 디스커버리 등 증거조사절차, 그리고 국민참여재판에 관한 논의를 제외하고, 집단소송절차 고유의 문제로만 논의를 한정한다.

집단소송절차에 한정하더라도, 이슈는 아주 많다. 집단소송에서는 스스로 제외신고(opt-out)를 하지 않는 한 피해자가 자동으로 기판력을 받는 원고가 되어버리기 때문에, 집단소송제도는 민사소송의 대원칙 즉 사적자치 및 처분권주의 등에 대한 심중한 침해라는 점[8]이 가장 먼저 대두하는 검토주제일 터이다. 그러나 여기서는 (각국의 집단소송 도입사례에서 보듯이) 제도의 필요성이 워낙 크기 때문에 절차상의 사적자치에 대한 일정한 제약

7) 미국 소송절차에서의 證據開示節次(discovery)를 가리킨다. 본고에서는 그냥 '디스커버리'라고 한다.
8) 同旨: Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., C.H.Beck (2011) §24 Rn 5.

이 허용됨을 전제로 하여, 입법상의 현실적 문제는 어떤 구체적인 제도설계를 해서 그 대원칙에 대한 침해를 최소화할 것인가에 있다고 보고, 본고에서는 이 문제는 건드리지 않기로 한다. 그리고 앞에서 제기했듯이, 집단소송절차의 이슈들 중에서도 —증권관련집단소송법과 대비하여— 소송허가요건 및 금전분배절차를 분석해 보면, 논의 중인 집단소송의 핵심 난점이 드러나리라고 생각되므로, 본고는 여기에 집중하고자 한다.

4. 논의의 순서

아래에서는 우선, 집단소송에서 소송허가의 의미와 그 허가요건에 대해서 살펴보고, 법무부안이 '소송허가요건'으로서 요구하고 있는 공통성·적합성·효율성의 존부 판단이 —증권관련집단소송과 대비할 때— 일반 집단소송에서 왜 훨씬 어려워지는지를 분석한다(II). 그 다음으로 증권관련집단소송과 달리 일반 집단소송에서는 화해로든 판결로든 피고로부터의 배상금이 확정되고 난 후에 행해지는 '분배절차'에서도 어려움이 가중되는데, 왜 그런 어려움이 발생하는지, 이를 극복하기 위한 방안으로 어떤 것이 있고 미국에서는 어떤 시도가 있었는지를 살펴본다(III). 여기까지 논의하고 나면, 우리는 근본으로 돌아가서, 과연 집단소송이란 무엇을 위한 제도인가, 그 판결을 하는 판사는 누구이며 어떤 임무를 부여받고 있는가, 그 소송대리인과 대표원고는 무엇을 하는 사람인가라는 집단소송의 본질의 문제를 검토하지 않을 수 없게 될 것이다(IV). 그 후에 본고를 마무리하기로 한다(V).

Ⅱ. 소송허가요건의 검토

1. 집단소송에서 소송허가(클래스 인증)의 중요성

원래 집단소송절차에서는 당해 피해자들의 집합을 어떻게 도려내어 정확한 범위를 파악하는가가 첫 번째로 등장하는 문제이다. 이들이 단순한 군중·군집이 아니라 —클래스(class)로서— 단일 소송에서의 공동원고[9]가 되려면, 공통적인 특정한 性格(property or

9) 미국의 연방소송규칙 §23는, 원고가 1인 혹은 적은 숫자이고 '피고' 쪽이 집단(class)이 되는 형태의 집단소송도 가능함을 전제로 입법되어 있으나(§23(a)), 현실의 class action은 모두 원고 쪽이 class인 소송이며, 한국의 법무부안도 원고 쪽이 집단일 것을 전제하고 있으므로, 본고는 원고 쪽이 집단인 경우만을 취급하기로 한다.

attribute)을 가져야만 하기 때문이다.

원고가 소장에서 묘사한 "공통의 이익"을 가진 다수인이 미국법상으로는 '클래스(class)'이고 한국법[10]상으로는 '총원'이다.[11] 이러한 클래스가 존재하고 이들의 피해가 단일 소송에서 판단받는 것이 적절한지를 판정받는 일이 미국에서는 '클래스 인증'이라는 이름으로, 한국에서는 '소송허가'라는 이름으로 행해진다.[12] 집단소송에서 "공통의 이익"을 묘사하여 위와 같이 총원(클래스)을 도려내는 작업이 극히 중요한 이유는, 그 총원의 정의에 의하여 소송의 윤곽이 결정되고 피고의 의무의 범위가 정해지기 때문이며, 그 총원의 정의에 의하여 (집단소송에 참가하지도 않은 채로) 향후 소제기권을 상실하는 피해자의 범위가 결정되기 때문이다. 다른 한편으로 피고의 입장에서는, 그 총원의 정의에 의하여 향후 그 문제로 다시는 고민하지 않아도 되는 안전영역이 정해진다.

2. 증권관련집단소송과 일반 집단소송 간의 차이

현대 사회에서 집단소송이 제기될 수 있는 상황은 아주 많이 상정해 볼 수 있다. 많고 많은 집단소송의 사례들 중에서 증권관련집단소송의 영역은, "總員을 定義하고 이로써 그 構成員을 파악하는 문제"에 있어서는 판단이 '가장 쉬운' 영역이다. 대상영역이 확대되어 일반 집단소송이 되면, 그 총원의 정의 및 구성원의 파악이 —때로는 비교할 수조차 없이— 무척 어려워진다는 점을 '법무부안'은 정확히 인식하지 못하고 있는 듯하다.

구체적인 사례를 들어서 위 차이를 살펴보자. 가령 최근에 판결이 확정된 씨모텍 증권집단소송사건[13]에서 법원이 소송허가결정[14]에서 기재한 "총원의 범위"는 다음과 같다. "주

10) 기존의 증권관련집단소송 및 현재의 여러 일반 집단소송법안들을 가리킨다.

11) 본고에서는 문맥에 따라 '클래스'와 '총원'이라는 두 용어를 모두 사용하기로 한다.

12) 부연설명하자면, 한국에서 '소송허가결정'이라고 부르는 판단작업의 핵심은 —그 허가에 필요한 구성원 숫자, 기재사항·첨부서류 등의 다른 형식요건을 갖추었느냐가 아니라— 과연 그 쟁점 및 배상청구가 "집단소송으로서 취급되기에 적절한가"의 판단이며, 그 적절성 판단의 핵심은 대표원고가 주장하는 (실질적으로는 원고대리인이 주장하는) "당해 집단의 총원이 클래스로서의 성격을 가지는지" 여부에 대한 판단이다. 이 판단을 두고서, 미국은 '클래스 인증'(class certification)이라고 표현하고, 한국은 '소송허가'라고 표현한다. 위 두 표현은 실질적으로 서로 대응한다고 말할 수 있으므로, 이하에서는 문맥에 따라 이 두 가지를 병용한다. 하지만 미국의 클래스 인증이 한국의 소송허가와 반드시 동일한 것은 아니라는 점도 지적해 둔다. 가령 미국에서는 애초부터 —소제기 의사 없이— 화해로 진행하겠다고 하여 클래스 액션 화해안(settlement class action)을 만들어 온 경우에도 법원이 이에 대해 클래스를 인증하는 결정을 해 줄 수 있다. '클래스 액션 화해'에 관해서는 아래 II.4.(1)의 마지막 각주 참조.

13) 코스닥 상장기업이던 ㈜씨모텍의 유상증자에 참가하여 주식을 매수한 투자자들이 이 회사가 상장폐지되자 동부증권㈜을 피고로 삼아서 2011.10.13.에 제기한 증권관련집단소송이다. 소제기 후 9년만에 2020.2.27. 대법원 2019다223747 판결의 선고로써 최종확정되었다. 이 사건은 증권관련집단소송 제도가 도입된 후 대법원에서 본안판결이 선고된 최초의 사건이다.

14) 서울남부지결 2016.11.29. 2011카기2010.

식회사 씨모텍이 2011. 1. 28. 별지1 기재 유상증자[15]를 통하여 발행한 기명식 보통주식을 발행시장에서 취득하여 주권매매거래정지일인 2011. 3. 24.까지 계속하여 보유한 자(유통시장에서 취득한 주식 또는 기존 주식을 함께 보유하다가 위 기간 중에 처분한 경우에는 먼저 취득한 주식을 먼저 처분한 것으로 의제하여 계산한 결과 위 유상증자에 참여하여 취득한 주식이 2011. 3. 24.까지 남아 있는 자일 것)."

한국거래소(KRX)가 운영하는 코스피·코스닥 시장에서의 주식거래는 모두 전산기록이 남아 있으므로, 위 정의에 해당하는 사람 즉 구성원(member)이 누구누구인지는 '全員' 전산상 확인된다. 즉 증권관련집단소송에서는 특정 거래를 한 사람이 누구인지가 이미 모두 전산상 기록되어 있으므로, 구성원 하나하나를 소제기시부터 이미 확인(identify or ascertain)할 수 있다.

반면에 일반 집단소송에서 소장·판결서에 기재되는 "총원의 범위"에 의해서는 —아래 3.의 사례들에서 보듯이— 그 구성원이 누구누구인지를, 하나하나 특정할 방법이 없다. 대부분의 일반 집단소송에서는, 총원의 범위를 정의한 후에도 그 구성원이 누구누구인지를 —소제기시는 물론, 소송종결 후에까지도 그리고 분배가 종료될 때까지도— 확인하지 못하기가 쉽다. 피해자 全員에 대한 전산거래자료가 남아 있는 경우는 거의 없기 때문이다.

이렇듯 구성원이 누구누구인지를 도대체 정확히 알 수 없는 일반 집단소송에서는, 그 클래스 인증 즉 소송허가의 요건에 관한 판단이 증권관련집단소송에 비하여 더 어려워진다. 그렇기 때문에, 미국에서도 연방민사소송규칙(이하 "FRCP") 제23조[16]의 소송허가요건, 즉 클래스 인증 요건을 둘러싸고 많은 논쟁과 판례가 있는 것이다.[17] 클래스 인증이 어렵기 때문에, 미국에서는 그 인증에 있어서 —아래 IV.3.에서 보듯이— 판사의 역할이 아주 중시된다.[18]

---

15) 이 문구는 법원 결정문을 그대로 옮겨온 것이며 '별지 1 기재 유상증자'를 따로 설명하지는 않는다.

16) 현재 미국연방법원의 클래스 액션에 적용되는 법은 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure; FRCP) 제23조이다. 條로 번역하기는 하지만, FRCP의 각 조는 각각 몇 페이지에 달하는 상세한 내용의 규율인 때가 많다.

17) 미국에서 class action은 1980년대에 가장 활발했다고 말할 수 있다. 1990년대 중반부터 이에 대한 염려가 등장했고, 이에 따라 1998년에 클래스 인증에 대해 독립하여 불복할 수 있다고 정한 FRCP §23(f)이 입법되었으며, 2005년에 남용방지를 위한 Class Action Fairness Act (CAFA)가 통과되었다. 그 후 미국 법원이 클래스 인증단계에서 본안에 관한 다소간의 증명을 요구하는 등 인증요건이 까다로워졌다고 평가된다. Robert H. Klonoff, "The Decline of Class Actions", 90 Wash. U. L. Rev. 729, 747 (2013) 참조. 사건이 줄었다고 해도, 미국에서 class action은 여전히 활발해서 2006~2007년간에 —주법원 사건을 제외하고— 연방지방법원 전체가 승인해 준 클래스 액션 화해는 688건이며, 화해금액은 330억 달러에 달한다. 330억 달러 중 변호사비용으로 지급된 몫이 50억 달러였다. 이에 관한 상세한 실증적 분석으로, Brian T. Fitzpatrick, "An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards", Journal of Empirical Legal Studies Vol 7, Issue 4 (2010. 12), 811ff. 참조.

18) Chris Brummer, "Sharpening the Sword: Class Certification, Appellate Review, and the Role of the Fiduciary Judge in Class Action Lawsuits", 104 Colum. L. Rev. 1042, 1043

일반 집단소송에서 정확한 구성원 파악이 안 된다는 점에 관하여, 향후 법무부안이 통과됨을 가정할 때 실제로 제기될 수 있는 집단소송 사례를 놓고 검토해 보자. 아래의 사례 세 가지는 실제로 미국에서 집단소송이 진행되었던 사안내용을 간략화하고 일시·장소 등을 수정한 것이다.

3. 사례의 제시

<사례1>[19]

A회사는 "웨슨오일"(Wesson Oils)이라는 식용유를 2021.9.2.에 새로 출시하면서 "100% 천연성분"이라고 광고했고, 제품의 라벨에도 이렇게 기재하였다. 그러나 사실은 위 식용유는 유전자변형(GMO)을 가한 콩과 옥수수에서 추출한 것이었다. 이 식용유는 대형마트·온라인판매·소매점 등 각종 유통경로를 통해 (2022.3.3.에 제품이 유통망에서 모두 수거될 때까지) 10만병이 판매되었다. 웨슨오일이 GMO 곡물의 추출유임을 알게 된 소비자들 중 60명이 모여서 2022.4.4.에 집단소송을 제기하였다.

이 집단소송에서 원고는 총원의 定義를 "2021.9.2.의 웨슨오일 출시 후부터 2022.3.3.의 제품 수거시까지 유통망의 종류를 불문하고 웨슨오일을 한국 내 유통망에서 구매한 사람"으로 기재하였다. 집단소송 진행과정 및 판결후 분배절차에서, 위 10만병 판매 중에서 구매자가 확인된 판매병수가 3만병이고 그 구매자 명단으로 2만명이 확인되었으며, 나머지 7만병의 구매자는 확인되지 않았다.

<사례2>[20]

F회사는 전자제품을 판매 및 대여(lease)하는 회사로서 직영점포 20개 및 프랜차이즈 점포 50개가 있다. F회사가 "F" 명의를 붙여서 제작하여 대여하는 노트북(laptop) 컴퓨터에는 PC관리 프로그램으로 "PC Rental Agent"가 깔려 있는데, 실은 이 프로그램을 통해 F회사가 각 사용자 화면의 스크린샷, 키 스트로크, 웹캠 이미지 등을 수집할 수 있다. 프랜차이즈 점포 중의 하나인 G로부터 노트북컴퓨터를 대여받아서 사용하던 H(개인)가 어느 날 위와 같은 정보수집 사실을 알게 되었고, H의 주도로 F 및 G를 피고로 삼은 집단소송이 제기되고, 통신비밀보호법[21] 위반에 따른 손해배상이 청구되었다.

이 집단소송에서 원고는 총원의 정의를 "F회사의 컴퓨터를 구매하거나 임차한 한국 내 거주자로서, 고객 자신의 동의 없이 'PC Rental Agent' 또는 기타의 장치·소프트웨어를 통해서, 자

(2004).

19) 미국의 Briseno v. ConAgra Foods, Inc., 844 F.3d 1121 (9th Cir. 2017)의 사건내용에 터잡은 것이다.

20) 미국의 Byrd v. Aaron's Inc., 784 F.3d 154 (3d Cir. 2015)의 사건내용에 터잡은 것이다.

21) 미국의 실제 사건에서 주장된, 한국의 통신비밀보호법에 대응하는 미국 연방법률은 Electronic Communications Privacy Act of 1986("ECPA"), 18 U.S.C. § 2511이다.

신의 개인정보, 통신내용 및 이미지가 인터셉트되거나 사용되거나 공개되거나 접근되거나 감시되거나 전송된 사람"으로 기재하였다.[22]

<사례3>[23]

L회사, M회사는 둘 다 1950년대부터 석면이 함유된 건축자재들을 생산하여 판매하여 왔다. 그 제품군에 속하는 것은 지붕용 슬레이트, 지붕단열재, 천장 방음재, 바닥재, 배관단열재 등이다. 1970년대에 석면이 폐암을 유발하는 물질임이 처음 밝혀진 이후 위험 경고가 점차 증대하자 드디어 2007.7.3. 한국 정부는 '석면관리 종합대책'을 확정하여 2009년부터 석면제품의 제조 및 사용을 전면 금지하였다. 그 후 각 지방자치단체의 석면지붕개량공사 지원사업 등으로 석면 슬레이트 지붕의 철거가 차례로 진행되고 있기는 하지만, 과거에 설치된 석면제품들은 2021년 현재 곳곳에 남아 있다. 석면에 노출되었던 사람에게 —물론 의학적으로 문제없는 미량에 대한 단시간의 노출은 제외하고— 폐암 발병의 잠복기는 대개 20~30년으로 알려져 있으므로, 가령 2008년에 L,M이 생산한 석면 슬레이트로 건축시공을 하던 건축노무자에게는 그로 인한 폐암이 최장 대략 2038년까지 발병할 수 있다.[24] 과거에 건축노무자 등 직업적으로 석면제품에 노출되었던 사람들 중 60명이 모여서 2022.4.4.에 L,M의 두 회사를 상대로 집단소송을 제기하였다.

이 집단소송에서 원고는 총원의 정의를 "L회사, M회사를 상대로 석면이 발암물질임을 이유로 이미 소를 제기한 적이 없는 사람으로서, 과거에 한국 내의 직업활동상 석면제품에 노출되었던 사람"이라고 기재하였다.

4. 총원의 특정문제

(1) 위 사례들의 경우

한국 법률가의 기존의 사고방식으로는 누가 원고인지가 하나하나 특정되어야만, 소송이 성립하고 각자의 손해액을 계산하여 피고에게 배상을 명할 수 있을 것이고, 또한 분배계획을 세울 수 있을 거라고 생각될 수도 있을 것이다. 그러나 위 사례들에서 구성원을 정확히 특정하기는 어렵다.

〈사례1〉과 같은 소비재의 결함에 따른 집단소송에서 —최종소비자 전원이 회원제 매장의 회원이어서 구매내역이 전산기록에 남아 있는 비현실적인 상황이 아닌 이상— 구성원

22) 미국의 실제 사건에서는 클래스가 두 그룹으로 나뉘어 정의되었는데, 위 정의는 첫째 클래스의 정의를 옮긴 것이다. 둘째 클래스에서는 다른 프랜차이스 점포들도 피고로 삼았고, ECPA위반 뿐만 아니라, 프라이버시 침해, 각 위반행위의 교사·공모 등도 청구원인으로 삼았다.

23) 미국의 Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997)의 사건내용에 터잡은 것이다.

24) 민법 제766조 제2항의 '불법행위일로부터 10년'의 시효는 특별법 등으로 배제되어, 민사책임의 발생에는 문제가 없다고 가정한다.

전원을 판명해 낼 방법은 없다. 전원의 파악은 차치하고, 소송종료 후에 (자신이 당해 총원에 속한다고 주장하는) 권리신고자의 眞否 파악이라도 쉬우면 다행이지만, 그것도 용이하지 않다. 가령 권리신고자가 웨슨오일 구매사실이 기재된 신용카드 전표라도 제출하면 다행이겠으나, 그런 정도로 확실한 증빙을 갖춘 구성원은 많지 않을 터이고, 실제 구매자 중 다수는 최종적으로 불분명 상태로 남을 터이다.

소송개시의 단계, 즉 소송허가절차에서는 (권리신고를 받는 단계가 아직 아니므로) 구성원의 숫자를 파악하기가 더욱 어렵다. 집단소송법의 목적을 볼 때, 소제기 단계부터 구성원이 몇 명인지 누구인지를 심리·판단할 수는 없기 때문이다. 집단소송법이라는 것은, 공통의 피해자들을 대표하는 누군가가 소를 제기하여 판결을 받으면 그 피해자들 전원으로 하여금 그 판결의 혜택 및 구속을 받도록 하는 제도이고, 개개인이 그 총원(클래스)에 속하는지 여부는 그 집단소송의 판결선고 또는 화해성립 후에, 그 개개인들이 권리신고를 하는 단계 혹은 나중에 별소를 제기하는 단계에서 판단해 준다는 제도인 것이며, 소송허가단계에서 구성원 해당 여부를 일일이 판단하고 있으면 이미 제도의 효용을 상실해 버린다.

〈사례2〉가 그나마 구매자(임차인) 기록이 남아 있을 가능성이 높은 사례이고, 실제 그 미국 사건에서 소송 중에 —디스커버리 절차를 통해서— F회사가 스크린샷, 키 스트로크, 웹캠 이미지를 들여다볼 수 있었던 고객의 숫자를 파악하였는데 이는 895명이었다. 그러나 미국의 실제 사례들 중에서 이와 같이 구성원이 파악되는 것은 예외적이다. 〈사례3〉은 〈사례1〉과 비교하더라도 구성원 개개인을 파악하기가 더 어렵다.

위 사례들 각각의 총원 정의를 좀 더 구체적으로 비교해 보자. 〈사례1,2〉와 〈사례3〉 사이에도 차이가 발견된다. 〈사례1〉에서 허위광고에 속아서 원하지 않는 식용유를 구매 및 섭취(섭취사실은 구매로써 추정함)하였다는 사실 자체를 피해로 보고 있으므로, —구성원을 하나하나 거명할 수는 없을지라도— 실제 피해사실이 (과거의 사실로서) 존재한다. 〈사례2〉에서도 (F의 감시행위가 개별적으로 증명되지 않더라도) 'PC Rental Agent'가 깔려 있어서 F의 감시가능 상태에 처했었고 따라서 손해배상을 구할 실체적 권리를 가지는 895명은 특정된다. 그러나 〈사례3〉에서는, —가령 석면 비노출 일반인의 폐암발생률이 10만명당 80명이고 석면제품 노출자[25]의 폐암발생률이 10만명당 800명으로서 10배 높다고 할 때— 석면노출사실 자체만으로 (폐암발생 없이) 곧바로 L,M 회사에게 손해배상을 구할 수 있는 실체적 권리를 가진다고 보기는 쉽지 않으며, 따라서 사례3에서는 실체적 권리자의 범위 문제와 구성원의 개별 파악 문제가 모두 발생한다. 바꾸어 말해서, 과거 석면노출사실은 있지만 질병의 발병 없이 천수를 누리다가 간 사람(또는 미래에 그럴 사람)이 원고

25) 가령 건설자재인 석면제품을 100시간 이상 직접 취급한 사람을 노출자로 본다고 가정하자.

가 될 수 있는 '피해자'인가라는 의문이 곧바로 제기될 수 있다.

〈사례3〉에서의 "과거 석면노출사실은 있지만 질병의 발병 없이 천수를 누리다가 간 사람"처럼, 총원 중 나머지 구성원들과 일응 공동의 이익을 가지지만 자신의 청구권이 現在化하지 않은 사람을 미국에서는 흔히 "미래-미래 원고(future future plaintiff)"라고 부른다. 즉 〈사례3〉의 석면의 직업적 노출자 중에서, 이미 발병하여 청구권을 주장하는 사람을 현재 원고(present plaintiff)라고, 아직 소를 제기하지 않은 그룹을 미래 원고(future plaintiff)라고 부르며, 그 중에서 피해가 드러나지 않는 (발병하지 않은 & 않을) 그룹을 미래-미래 원고(future future plaintiff)라고 부른다.[26] 〈사례3〉의 원래의 미국 사건[27]에서 연방지방법원은 당해 클래스가 인증요건을 갖추었다고 보았으나 상급심에서 그 인증이 번복되었다. 그러나 그 클래스 인증거부의 사유는 (아래 II.6.에서 보는) '지배성' 요건의 결여 및 이익충돌이었고, 미래-미래 원고(future future plaintiff)가 총원의 定義에 포함되어 있다는 점은 이유가 아니었다. 즉 미래-미래 원고가 포함되더라도 클래스로서 확인받는 것(ascertainability)은 가능할 수도 있다는 것이 미국 법원의 견해이다.[28]

(2) 소송허가요건으로서의 개별확인가능성

집단소송의 판결선고·화해성립 후에는 개별적 권리신고를 받아서 그 개개인이 구성원에 해당하는지를 심리·판단하는 작업을 해야 한다. 그런 판정을 하나하나 할 수 있어야 금전을 배분할 수 있다. 따라서 소송허가 단계에서는, 그 구성원 해당 여부를 '나중에 확인·판정할 수 있을지' 여부, 즉 '확인가능성'(ascertainability)이 심리되어야 한다. 즉 소송종

26) Jay Tidmarsh/ Roger H. Trangsrud, Complex Litigation and Its Alternatives, Foundation Press, 2018. p. 17. 참조.

27) Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997).

28) 하지만 미래-미래 원고가 미국의 클래스 액션에서 항상 클래스 인증을 받을 수 있는지는 불확실하다. 이 문제는 전형적인 소송절차로서의 클래스 액션과 화해절차로서의 클래스 액션 사이에도 차이가 있다. 1980년대 이전의 미국의 class action은 (적어도 표면적으로는) 판결을 구하여 소를 제기함에 따라 진행되는 것이었으나("litigation class actions"), 1980년대 중반 이후에 애초부터 화해를 목적으로 가해기업에게 통지하여 합의에 이르는 class action("settlement class actions")이 증가하기 시작하였다. 2000년 무렵에 이르면 후자의 유형이 전체 class action 중 약 1/4을 차지한다. 당연히, 후자의 경우에도 법원으로부터 클래스 인증을 받아야 한다. 〔하지만 "settlement class actions"이라는 용어를 —위의 좁은 의미로서가 아니라— 애초에는 판결을 구하여 소제기되었다가 소송진행 중 화해에 이르는 사안을 포함해서 사용하기도 한다.〕 집단소송이 법원판결절차로서 진행되는 경우에는 (아직 청구권이 현실화하지 않은) 미래-미래 원고를 포함하는 class의 정의를 인정해 주지 않지만, 화해절차로 진행되는 경우에는 미래-미래 원고를 포함하는 class의 정의를 인정해 주는 것이 미국의 대체적인 실무라고 한다. Jay Tidmarsh/ Roger H. Trangsrud, Complex Litigation and the Adversary System, Foundation Press, 1998. p. 550; Jay Tidmarsh(2018), p. 212 참조. 하지만 미래-미래 원고를 포함하여도 화해절차상 원고적격에 문제가 없다는 명시적인 연방대법원 판결은 없고, 이 문제는 여전히 불확실한 채로 남아 있다. 위 책 p. 213, fn.483.

료 후에 구성원의 확정을 어떤 증거로 그리고 어떤 절차로 행할 것인지가 미리 심리되고 그 타당성이 판단되어야 한다. 뿐만 아니라 정확하지는 않더라도 대략의 총원 숫자는 소송허가단계에서 파악되어야 한다. 분배계획의 작성에서도 대략의 총원의 숫자는 필요하다.

요컨대 대부분의 일반 집단소송에서는 —증권관련집단소송과 달리— 그 성격상 구성원의 인적사항 및 총원의 숫자를 정확히 알기가 어렵지만, 다른 한편으로는 나중의 그 '확인가능성'이 소제기 단계에서 이미 긍정되어야만 클래스 인증을 받을 수 있다. 미국의 연방항소법원도 "법원이 객관적인 기준에 따라 손쉽게 클래스 구성원(class members)을 확인할 수 없다면, 클래스를 인증할 수 없다."[29]라고 하거나, 구성원을 확인할(ascertain) "믿을 만하고(reliable) 관리상 실행가능한(administratively feasible)" 수단이 존재하지 않는 한, 클래스는 인증을 받을 수 없다고 판시하였다.[30] 하지만 이런 판시가, 개별 구성원 全員이 확인가능해야 한다는 의미는 아니어서, 〈사례1〉, 〈사례2〉의 해당 미국 사건에서 클래스는 종국적으로 인정되었고, 〈사례3〉에서는 —'지배성 요건'(II.6.)의 결여 및 이익충돌을 이유로 연방항소법원에서 클래스 인증이 번복되기는 했지만— 그 '구성원 확인가능성'에서는 문제가 없다고 판단되었다.

미국연방항소법원의 모든 집단소송 판결들 중에서 확인가능성 요건을 가장 엄격히 심사했다고 평가받는 판결이 Carrera v. Bayer Corp. 판결[31]이다. 이는, 건강상 혜택을 허위로 기재한 체중감량용 보충제(weight-loss supplement)를 구매한 플로리다 주의 소비자들을 대표하여 원고들이 제기한 집단소송 사건이다. 연방지방법원은 집단소송을 허가(즉 클래스를 인증)하였으나 이 판결을 연방제3항소법원이 뒤집었는데, 그 이유는 클래스의 구성원이 누구인지 용이하게 확인할 수 없다는 것이었다. 보충제 판매량에 비추어 다수의 소비자는 구매사실을 증명할 영수증을 소지하지 않고 있었다. 원고들은 클래스 구성원의 선서진술서(affidavits) 또는 회원제 약국의 고객카드에 의한 매출기록을 통하여 클래스 구성원의 신원을 확인할 수 있다고 주장하였다. 그러나 연방항소법원은, 구성원 스스로 작성하는 선서진술서는 허위 기재가능성이 있고, 회원카드로써 판명될 소비자의 숫자도 확인할 수 없다고 보았다.

이 Carrera 판결은 비판을 많이 받았고, 다른 연방항소법원들[32]은 Carrera 판결에 반대하면서 그런 엄격한 요건을 요구해서는 안 된다고 했다.[33] 게다가 연방제3항소법원 스

29) EQT Prod. Co. v. Adair, 764 F.3d 347 (4th Cir. 2014).
30) Carrera v. Bayer Corp., 727 F.3d 300 (3d Cir. 2013).
31) 727 F.3d 300 (3d Cir. 2013).
32) 제2, 6, 7, 9연방항소법원.
33) In re Petrobas Sec., 862 F.3d 250 (2d Cir. 2017); Briseno v. ConAgra Foods, Inc., 844 F.3d 1121 (9th Cir. 2017); Mullins v. Direct Digital, LLC, 795 F.3d 654 (7th Cir. 2015);

스로가 그 후의 판결에서는 확인가능성 요건을 완화하면서, Carrera 판결상의 요건은 너무 좁고, 모든 사건에서 적용되는 것은 아니라고 판시했다.[34] 〈사례1〉에 대응하는 미국 사건인 ConAgra 사건의 연방항소법원도, 원래 소송허가 단계에서 총원을 정의함에 있어서는 "객관적인 기준을 적시하여 범위가 특정될 수 있으면 된다."고 판단하면서 Carrera 판결을 배척하였다.[35]

총원을 구성하는 개개인의 확인가능성을 클래스 인증요건으로서 어느 정도 요구할 것인지는, 현재 미국에서도 확정되지 않고 뜨거운 쟁점으로 남아 있다.[36] 연방대법원은 아직 분명한 기준선을 제시하지 않고 있다. 미국 의회는, 금전배상형 집단소송[37]에 대하여 위 확인가능성 요건을 명문화하려는 시도로서, ① 클래스는 "객관적인 기준에 따라 정의되어야 한다"고 정하고, ② 클래스의 잠재적 구성원들이 그 클래스의 정의에 포섭되는지를 정하는, 그리고 클래스가 확보한 배상금을 클래스 구성원 다수에게 직접 배분할 것을 정하는, "신뢰가능하고 행정적으로 실행가능한"(reliable and administratively feasible) 메커니즘을 마련해야 한다고 정하는 법안을 마련하였던 바 있는데,[38] 이는 2017년에 하원을 통과하였으나 의회 회기 만료로 상원을 통과하지 못하고 폐기되었다.

(3) 구성원에 대한 고지 문제

위 〈사례〉들을 놓고 생각해 보면, 위에서 본 총원 특정의 곤란 문제는, 개개 구성원에 대한 '고지'의 곤란 문제와 직결됨을 알 수 있다.

법무부안을 비롯한 현재의 모든 법안들은 —사적자치 원칙에 대한 침해를 최소화하고 가능한 한 처분권주의에 충실하기 위하여— 당해 집단소송의 구성원에 포함되는 자가 除外申告(opt-out)를 하면 당해 집단소송판결의 효력을 받지 않고 자신의 소제기권을 남겨둘 수 있도록 하는 조항을 두고 있다. 그런데 이 제외신고는, 구성원 각자가 '당해 집단소송 제기 사실을 알아야만' 그런 신고를 할 수 있는 것이므로, 법무부안은 —제7조, 제10조, 제19조가 정하는 공고·공시 외에— 구성원들에게 소송허가결정을 '고지'하도록 하고(제18조 제1항), 그와 같이 고지받은 구성원은 제외신고 기간[39] 내에 제외신고를 할 수 있다고 정하였

Rikos v. Procter & Gamble Co., 799 F.3d 497 (6th Cir. 2015).

34) Byrd v. Aaron's Inc., 784 F.3d 154 (3d Cir. 2015). 이 사건에서 연방지방법원은 확인가능성(ascertainability) 요건이 충족되지 않았다는 이유로 소송을 불허가했으나, 연방제3항소법원은 이를 파기하고 집단소송허가를 하였다.

35) Briseno v. ConAgra Foods, Inc., 844 F.3d 1121, 1124 (9th Cir. 2017).

36) Jay Tidmarsh(2018), p. 154.

37) 아래 5.(3)의 미국 집단소송 유형 설명 참조.

38) H.R. 985, 115th Cong., 2017.

39) "법원은 제외신고 기간을 60일 이상으로 정하여야 한다"(법무부안 제28조 제1항).

다(제28조 제1~5항). 그런데, 구성원이 누구누구인지를 특정할 방법이 없다면 위와 같은 고지를 어떻게 하는가? 증권관련집단소송에서는 소제기 시점에 이미 총원이 누구누구인지가 곧바로 확정되므로 (증권계좌상의 기재주소와 현 주소가 불일치하는 일부 구성원 등 약간의 기술적인 문제를 제외하고는) 위 개별 고지에 별 문제가 없다.[40] 하지만 일반 집단소송에서는 소제기 단계에서는 물론이고 소송의 진행과정에서도 판결확정 후에도 우편 등의 개별 고지는 총원 중 일부에게밖에 발송할 수 없다(사건에 따라서는 총원 중 극소수에 대해서만 개별고지가 가능할 수도 있다).

고지에 관하여 법무부안 제18조 제1~3항은, "① 법원은... 소송허가결정이 확정되면... 구성원에게 고지하여야 한다. ② 제1항에 따른 고지는 구성원 모두에게 주지시킬 수 있는 적당한 방법으로서 대법원규칙으로 정하는 방법으로 하여야 한다. ③ 제1항에 따른 고지 내용은 전국을 보급지역으로 하는 일간신문에 게재하거나 전 국민에게 고지될 수 있도록 대법원규칙으로 정하는 방법으로 알려져야 한다."라고 정함으로써, 일간신문 게재 등으로 '고지'를 할 수 있는 것처럼 정하고 있다. 그러나 일간신문 게재만으로 구성원들이 소제기사실을 지득하기는 어렵다. 그렇다면 "적당한 방법"에 의한 고지란 무엇인지 고민스럽지 않을 수 없다. 즉 한편으로 소송허가결정 단계에서는 집단소송 제도의 취지상 개별 권리신고를 받아서는 안 되는 것이지만, 다른 한편으로는 그 단계에서 이미 최대한 많은 구성원을 파악하여야만 각 구성원들의 소제기권 침해를 최소화할 수 있다는 모순이 발생하는 것이다.

미국은 FRCP §23(c)(2)(B)가 제외신고형 클래스 액션에서의 통지(notice)에 관하여 정하고 있다.[41] 이 조항에 의하면, 그 통지는, 합리적인 노력으로써 확인(identify)될 수 있는 모든 클래스 구성원들에게 이루어지는 개별적 통지(individual notice)를 포함하여, 그러한 상황에서 현실적인(practicable) 최선의 것(the best notice)이어야 한다고 정하고 있다. 즉 여기서 통지(notice)가 구성원 전원에 대한 개별고지를 뜻하는 것은 아니지만, 적어도 "합리적인 노력으로써 확인가능한 모든 구성원"에 대해서는 개별고지를 해야 한

40) 증권관련집단소송법 제18조 제2항은 소송허가결정의 고지에 관하여 —법무부안과 똑같이— "구성원 모두에게 주지시킬 수 있는 적당한 방법으로서 대법원규칙으로 정하는 방법으로 하여야 한다."고 정하고 있다. 대법원규칙인 증권관련집단소송규칙 제15조는 이 고지를 통상우편 발송으로써 한다고 정하고(제1항), 법원이 대표당사자·피고·증권예탁원·증권거래소 등에 구성원의 성명·주소가 입력된 전자파일 제출을 요구할 수 있다고 정하며(제2항), 합리적 노력에 의하여도 주소 등을 확인할 수 없는 구성원에 대하여는 일간신문 게재로 구성원에 대한 고지를 한 것으로 본다고 정하였다(제3항).

41) FRCP §23(c)(2)가 전체 class action에서의 통지(notice)에 대해 정하고 있다. Class action 중에서도, 제외신고권 없는 class action(금지청구型)에 있어서는 §23(c)(2)(A)가 법원이 클래스에 대한 "적절한 통지"를 하라고 지시해야 한다고만 정하고 있다. 그러나 제외신고권 있는 금전배상형 class action에 있어서는 §23(c)(2)(B)가 더 엄격히 정한다. 참고로 미국의 class action 중에서 금전배상을 허용하는 제외신고형 class action과 금지청구만을 하는 非제외신고형 class action은 각각 거의 절반씩이다. 아래 II.5.(3)을 참조.

다는 것이다. 미국 실무는, 원고 쪽이 소송허가신청을 할 때 구성원들에 대한 고지계획을 제출하고 있고, 법원은 소송허가와 함께 고지계획을 즉시 시행하도록 정한다. 문제는 "합리적인 노력으로써 확인가능"하다는 것이 과연 무엇이냐이다.[42]

한국 법무부안처럼 "적당한 방법"에 의한 고지라고만 정한 집단소송법이 만약 제정되고 나면, 일선 법원으로서는 어떻게 소송허가결정을 고지해야 하는가 고민스럽지 않을 수 없다. 미국처럼 사전에 '고지계획' 등을 대표원고로부터 제출받아야 하겠지만, 그 고지계획의 내용과 수준이 어느 정도라야 집단소송이 본질적으로 내포한 소송상의 사적 자치의 침해가 최소화되었다고 볼지의 판단은 법원에 맡겨져 있는 것이다. 가령 총원의 숫자가 10만 명이라고 짐작되는데 소송허가결정의 고지를 1만 명에게밖에 할 수 없는 상황에서 (혹은 1~2%에게밖에 할 수 없는 상황에서) 한국의 법원은 소송허가결정을 과연 내릴 수 있을지 모르겠다.[43] 이런 부담이 전적으로 일선 법원에 지워진다면, 증권관련집단소송에서의 소송허가결정절차 지연 이상으로 일반 집단소송에서의 소송허가결정은 지연될 것이다.

5. 소송허가요건에 관한 법무부안과 미국 연방민사소송규칙 §23의 비교

(1) 들어가며

앞에서 본 총원의 확인가능성 문제는, 클래스의 定義와 직결되어 있다. 그리고 어떤 클래스로서 정의되는가에 따라, 그 클래스의 성격이라고 말할 수 있는 '공통성'이 존재하는지가 정해지고, 그 클래스를 적합하게 대표할 수 있는 (= 그 '공통성의 대표자'로서 적합한) 대표원고를 과연 정할 수 있게 되는지의 문제가 정해지며, 또한 효율적인 소송수행이 가능한지가 정해진다. 바꾸어 말하면, 총원 확인가능성, 공통성, 적합성, 효율성 등은 모두 연계되어서 소송허가요건을 구성한다. 이하에서는 한국에서 이 소송허가요건에 관한 논의가

42) 이 점에 관한 미국 연방대법원 판결로는 —좀 오래되었지만— Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974) 판결이 있다. 이 사건은 증권 관련 집단소송이었는데, 대법원은 —신문광고, TV광고, 팜플렛 등으로는 안 된다고 하면서— 개별 우편으로 통지해야 한다고 했다. 〔더 정확히는 "제1급 우편(first-class mail)"로 통지해야 한다고 했다. 미국에서 이는 우편물 중 편지·엽서·소포 등을 포함하는 우편이며, 제2급(신문·잡지), 제3급(대량일괄발송 광고), 제4급(서적) 등과 구별되는 개념이다. 이 판결이 1974년의 것이라서 이메일 등 현대적 고지방법이 논해지지 않았음을 유의.〕 물론 합리적 노력으로써 확인되지 않는 구성원들에 대한 언론매체광고 등은 별도로 해야 한다. 이 사건에서는 확인가능한 총원의 숫자가 200만명을 넘었다. 개개 구성원이 승소할 경우 받을 수 있는 배상액은 평균 70달러 정도였다. 고지비용으로는 31만5천 달러가 드는 사건이었다. Jay Tidmarsh(1998), p. 552. 참조.

43) 뿐만 아니라, 만약 위 II.4.(1)에서 언급한 '미래-미래 원고'를 총원에 포함하는 재판상 화해를 만약 한국 법원이 허용한다면(필자의 생각으로는 부정적임), 여기에서는 구성원 각자에 대한 고지 문제가 더욱 심각해진다. 미래-미래 원고들은 "사실상 불특정"의 수준을 넘어서 아예 대상자의 범위·숫자를 짐작조차 할 수가 없을 수도 있기 때문이다. Jay Tidmarsh(2018), p. 214 참조.

명료하고 충분한지를, 이를 미국의 클래스 인증의 요건과 비교해서 검토해 본다.

(2) 법무부안

법무부안 제12조 제1항은, 소송허가의 핵심적 요건으로서 "법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것"(제2호)과 "집단소송이 총원의 권리 실현이나 이익 보호에 적합하고 효율적인 수단일 것"(제3호)을 들고 있고,[44] 이 문구는 증권관련집단소송법 제12조 제1항 제2,3호와 똑같다. 요컨대 법무부안 제12조 제1항 제2호는 "공통성"(쟁점공통성)을, 제3호는 "적합성"과 "효율성"을 요구하고 있다.

과연 쟁점이 공통되어야 한다는 말은 무슨 말인가? 공통된 쟁점이 있기만 하면 일단 제2호 요건이 충족된다는 말인가? 또 제3호에서, 집단소송이 총원의 '권리실현'이나 '이익보호'에 적합하고 효율적이라는 말은 무슨 의미인가? 다수를 소수가 대표하기만 하면 적합성·효율성은 인정되는가?

(3) 미국 연방 민사소송규칙 §23

미국 연방민사소송규칙(FRCP) §23에 규정된 집단소송(class action)은 대개 §23(b)(1)(A) 유형, §23(b)(1)(B) 유형, §23(b)(2) 유형, §23(b)(3) 유형의 4가지로 나누어 설명함이 일반적인데, 그 중 마지막의 §23(b)(3)만 금전배상 유형이고 나머지는 비금전배상(금지명령; injunction) 유형이다.[45][46]

---

44) 제2,3호 외에도, 같은 항 제1호는 "구성원이 50인 이상일 것"을, 제4호는 "제9조에 따른 소송허가신청서의 기재사항 및 첨부서류에 흠이 없을 것"을 소송허가요건으로 들고 있으나, 이 두 가지 요건은 실제 사건에서 문제될 가능성이 거의 없으므로, 별도로 검토하지 않는다.

45) 미국의 집단소송으로서 금전배상을 구하는 class action 만 있는 것으로 막연히 생각하는 경우가 많지만, 본문 기재처럼, 미국의 class action 중에도 금지명령형 집단소송이 여러 유형으로 존재한다. 각 유형별 실제 비중을 보자면, 1992.7.1. ~ 1994.6.30. 사이에 종결된 class action을 대상으로 한 연구인 Federal Judicial Center, Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules, 1996, p. 7 ff.에 의하면, 금전배상 집단소송인 §23(b)(3)유형의 소송이 61%를 점하고, 금지명령 유형인 §23(b)(2)가 29%, §23(b)(1)(A)가 10%, §23(b)(1)(B)가 10%라고 한다. 그러나 1995년 법률(Private Securities Litigation Reform Act; PSLRA) 및 2005년 법률(Class Action Fairness Act of 2005)에서 금전배상 집단소송의 요건이 엄격해진 등의 이유로 현재는 그 제기건수가 과거보다는 상당히 줄었음이 일반적으로 인정되고 있다. 따라서 —여전히 사건수가 많기는 하지만— 현재 미국에서 금전배상형 집단소송과 금지명령형 집단소송의 각 제기건수는 대략 절반씩일 것으로 추측된다.

46) FRCP §23 중에서 §23(b)(3)만 금전배상 유형이고 나머지는 금지명령(injunction) 유형이라고 통상 설명되지만, FRCP §23의 문언을 보면 —유형별로 다르다고 해석되는— 금전배상 허용여부 및 제외신고권 유무에 대한 언급이 없다. 그래서 (드물기는 하지만) 법원들은 §23(b)(1) 및 §23(b)(2) 유형에서도 제외신고를 허용하거나 금전배상을 허용한 적이 있다. Jay Tidmarsh(2018)의 각주 296 & 412 참조.

위 4가지 유형 중 어느 것이든지 간에, FRCP §23의 클래스 액션에 해당하기 위한 일반 요건(=클래스 인증 요건)으로서 미국의 통설·판례는 아래의 6가지를 요구한다.[47] ① '클래스'임을 확인할 수 있어야 한다는 것(확인가능성; ascertainability), ② 대표원고가 클래스 구성원이어야 한다는 것(membership), ③ 클래스 구성원이 너무 많아서 모든 구성원들이 참여(joinder)하기란 비현실적일 것(多數性; numerosity), ④ 클래스에 공통된 법적·사실적 문제가 존재할 것(공통성; commonality), ⑤ 대표원고의 공격·방어방법이 클래스의 공격·방어방법의 전형일 것(典型性; typicality),[48] ⑥ 대표원고가 공정·적합하게 클래스의 이익을 보호할 것(적합성; adequacy). 이 중에서 ①,②는 FRCP §23에 명시되어 있는 것은 아니고 §23(a)의 본문에서 즉 'class'라는 단어와 'representative'라는 문구의 해석상 도출되는 것이라고 보고 있다. 그리고 ③~⑥은 FRCP §23(a)의 (1)~(4)가 명시하고 있다.

그런데 위 4가지 유형 중에서 제외신고형 클래스 액션(FRCP §23(b)(3))은 —이 유형이 바로 금전배상형으로서 한국 법무부안이 정하는 형태의 집단소송인데— 미국의 일반 클래스 액션에서 요구되는 위 ①~⑥의 요건에 더하여 클래스 인증요건으로서 다른 요건을 추가로 요구하고 있다. 즉 제외신고형 클래스 액션이 되려면, 클래스 구성원들간 공통된 쟁점이 지배적이고(predominated) 클래스 액션이 분쟁해결을 위하여 보다 우월한 수단(superior to other means)인 경우라야 한다고 정함으로써, ⑦ 지배성(predominance)과 ⑧ 우월성(superiority) 요건이 추가되어 있다.[49]

(4) 비교

앞에서 언급했듯이, 미국의 클래스 인증(class certification) 요건이 한국에서는 소송허가요건이다.[50] 그런데 한국의 집단소송법안들이 대개 미국 FRCP §23을 참조한 것임에도 불구하고, 그 소송허가요건은 미국의 클래스 인증 요건보다 축소되어 있다. 가령 법

47) Friedenthal/ Kane/ Miller, Civil Procedure 5th ed., West Academic, 2015, p. 713 etc; Jay Tidmarsh(2018), p. 191.

48) 전형성 요건에 대한 개괄적 설명은 Jay Tidmarsh(2018), p. 159 이하를 참조.

49) FRCP §23(b)(3)는 이 지배성 및 우월성 요건과 관련 있는 판단요소 4가지를 FRCP §23(b)(3)(A)~(D)로 다음과 같이 열거하고 있다.
(A) 클래스 구성원들이 별도의 소송에서 소제기나 항변을 개별적으로 통제할 경우에 가질 수 있는 그 구성원들의 이익.
(B) 당해 분쟁 관련하여 클래스 구성원이 원·피고가 된 기존 소송사건의 범위와 성격.
(C) 그 청구권들의 소를 특정 법원에 집중시키는 것이 바람직한지 여부.
(D) class action을 관리해 나갈 때 예상되는 어려움.

50) 클래스 인증 단계에서의 미국의 절차진행의 개요는 Jay Tidmarsh(1998), p. 550-551 참조.

무부안을 보면 (부수적 요건을 제외한 핵심요건은) 공통성·적합성·효율성뿐이지만, 앞에서 보았듯이 미국은 더 복잡한 클래스 인증요건을 요구하고 있다.

좀 더 구체적으로 한국 법무부안의 핵심 소송허가요건인 공통성·적합성·효율성(법무부안 제12조 제1항 제2,3호)을 FRCP §23과 비교해 보자. ㉠ 법무부안의 공통성 요건은 FRCP §23(a)(4)에 대응한다. ㉡ 법무부안 제12조 제1항 3호의 적합성은 —FRCP §23(a)(6)이 정하는 대표원고의 적합성이 아니라 사건의 적합성이므로— 이 적합성에는 정확히 대응할 FRCP 조항이 없다. ㉢ 법무부안의 효율성 요건에 정확히 대응하는 FRCP 조항도 없다. 다만 한국 법무부안의 적합성·효율성의 내용을 검토해 보면, 즉 법무부안 제12조 제1항 3호의 "집단소송이 총원의 권리 실현이나 이익 보호에 적합하고 효율적인 수단일 것"이란, FRCP §23의 위 ①~⑥의 요건들 중에서 ①,③,⑤를 합한 것이라고 설명할 수도 있겠다.

이렇게 놓고 보면, 공통성 및 (수단으로서의) 적합성·효율성만을 요건으로 정하고 있는 법무부안이 과연 필요충분한 규정을 하고 있는 것인지 의문이 생긴다. FRCP §23와 법무부안이 같이 정하고 있는 공통성 요건은 일단 검토대상에서 제외하기로 하고,[51] 아래에서는 미국이 금전배상형 집단소송에서 추가요구하고 있는 위 요건 중에서, '지배성' 요건에 집중하여, 節을 바꾸어서 상세히 검토해 보겠다.

6. 지배성 요건의 필요 여부

(1) 가상사례

아래와 같은 가상의 사례를 생각해 보자. 안개 짙은 서해안고속도로에서 2021년 8월의

51) 공통성 관련하여 본안쟁점 검토 문제가 있다. 소송허가요건을 판단하는 단계, 즉 소송허가결정을 내림에 있어서 본안의 쟁점을 과연 고려할 수 있느냐에 관해서는 한국에서 논란이 많다. 특히 한국의 증권관련집단소송의 소송허가절차에 너무 오랜 시간이 걸리는 점을 비판하면서, 소송허가 단계 즉 클래스 인증 단계에서는 본안에 관한 판단을 해서는 안 된다고 보는 견해가 많이 있다. 그러나 '쟁점의 공통성' 요건을 판단하려면, 원고의 주장 자체로써만이 아니라 그 주장을 증명하기 위한 공통의 증거가 존재하는지 그리고 그 증거가 어떻게 사용될지에 대한 분석이 소송허가단계에서 필요할 수 있다. 이 점은 미국에서도 마찬가지로 본다. 즉 연방대법원은 Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974) 판결에서 클래스인증단계에서 본안 승소가능성을 요구하는 하급심 판결이 타당하지 않다고 하였지만, Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338; 131 S. Ct. 2541 (2011) 판결에서는 클래스의 요건의 검토 즉 소송허가요건의 검토는 본안 판단과 "어느 정도 겹칠"(some overlap) 수 있다고 보았다. 대표적인 소송법 교과서도 이와 같이, 클래스 인증요건 검토는 본안에 대한 검토와 완전히 절연될 수는 없다고 본다. Friedenthal/ Kane/ Miller, Civil Procedure 5th ed., West Academic, 2015, p. 713. 2001년의 Szabo v. Bridgeport Machines, Inc., 249 F.3d 672 (7th Cir. 2001) 판결 이후에 클래스 인증단계에서 본안에 대한 심사를 어느 정도 하는 경향이 강해졌다는 점에 관해서는, Robert H. Klonoff, "The Decline of Class Actions", 90 Wash. U. L. Rev. 729, 747 (2013) 참조.

어느 날에 관광버스 등 10중 차량충돌사고가 발생하고 3명의 사망자와 10명의 중상자, 그리고 70명의 경상자 합계 83명의 사상자가 나왔다. 이들 중 일부가, 미리 고속도로를 통제하거나 고속도로 진입로에서 경고 표시를 하지 않은 한국도로공사 및 정부를 상대로 집단소송으로서 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하자.

위 교통사고는 동일 장소에서 동일 시간대에 발생한 것이고, 짙은 안개로 인한 제한된 가시거리가 사고의 직접 원인이었고, 피고의 사고예방조치 불이행에 따른 책임을 묻는 것이므로, 법무부안 제12조 제1항 2호의 '법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것'이라는 요건은 일응 충족된다. 그렇다면 이 교통사고 사건은 집단소송으로써 처리하기에 적합한 사건인가?

(2) 지배성 요건의 필요성

위 사건은, 개별 피해자들의 사고에의 기여도(과실비율), 치료기간, 치료비, 기존 소득, 노동능력상실률, 잔존노동기간, 차량수리비 등이 모두 서로 다르고, 따라서 공통쟁점보다는 개별쟁점이 더 큰 사례이다. 이런 경우에는 집단소송을 제기하는 것이 적절하지 않을 것이고, 집단소송은 허가되지 않아야 합당할 터이다.

미국 FRCP §23(b)(3)는 앞에서 보았듯이, 공통성 요건 외에도 지배성 요건을 요구한다. 즉 미국의 클래스 액션에서 금지청구 유형은 공통성만 요구하지만, 금전배상청구 유형은 공통성 외에도 그 공통성이 지배적이어야 한다고 요구한다. 위 교통사고 사례가 공통성 요건을 일응 충족한다는 점에는 그다지 이견이 없을 터이므로, 이 사례를 두고서 집단소송으로 진행되기에 적절하지 않다는 판단을 내리려면, 한국의 법무부안에 의할 경우 적합성·효율성 요건을 동원해야 할 것이다. 그러나 FRCP §23처럼 '지배성' 요건이 정해져 있다면 —더 애매하여 예견가능성이 떨어지는 적합성·효율성 요건으로 찾아갈 필요 없이— 곧바로 손쉽게 판단을 할 수 있다.

지배성 요건을 별도로 정해 둘 필요가 있다는 점은, 〈사례3〉의 원래 사건인 Amchem 판결을 들여다보더라도 드러난다. 이 사건에서 연방대법원은, 현재 원고와 장래 원고 간에 공통성은 있지만 지배성이 없어서 소송허가를 할 수 없다고 판단하였다.[52] 즉 연방대법원은, 석면이 결함 있는 제조물인지 여부, 석면회사들이 석면의 위험성에 관해 무엇을 알고 있었고 언제부터 알았는지 여하, 석면이 발병시킬 수 있는 질병의 경과가 어떠한지 등은 공통 쟁점이어서 공통성 요건이 충족되지만, 각 피해자들의 석면노출 시간의 길이 차이, 각자가 입은 傷病의 차이, 흡연이력의 차이, 의료비용 및 장래의료의 필요에서의 차이

52) Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997).

등은 개별적인 이슈이고, 이런 점 때문에 이 사건은 지배성 요건을 충족하지 못한다고 보았다.

(3) 공통성과 지배성의 관계 및 요건 명시의 필요성

물론, 공통성과 지배성이라는 위 두 요건은 서로 완전히 분리된 것은 아니며, 지배성 요건이란 그 쟁점의 '공통성이 얼마나 지배적인지'의 문제이다.[53] 그리고 공통성 및 지배성의 두 요건은 클래스의 성격에서만 문제되는 것이 아니라, 앞에서 본 총원의 특정 문제와도 관련된다.

그러나 요건들 간에 관련이 있다고 해서, 이들 요건을 하나로 뭉뚱그려 정해서는 안 되는 법이다. 요건을 통합시켜 버리면, 요건해당 여부의 판단이 점점 모호해지고 급기야 이른바 '원님 재판'에 이를 위험도 커진다. 어느 집단소송에서 쟁점들 중에 공통되는 것이 있더라도, 공통부분이 지배적이지 않으면 이는 집단소송에 적합한 사건이 아니다. 법무부안을 포함하여 한국의 집단소송 법률안들도 이 요건을 분리해서 정할 필요가 있다고 생각된다.

이에 대한 반대견해로서, (1) 법안 제12조 3호의 "집단소송이 총원의 권리 실현이나 이익 보호에 적합하고 효율적인 수단일 것"이라는 요건으로 위의 사례를 걸러내면 된다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 '적합성'이라는 말은 워낙 모호해서, 지배성(predominance)이라는 단어의 역할을 수행하기에는 적절하지 않다. 법률의 요건을 (가능한 범위 내에서는) 세분해 주어야 하는 이유는, 각 요건이 제 기능을 할 수 있도록 하기 위한 것이다. "적합", "효율적"이라는 단어는 원래 추상적이고 막연한 것이라서 여기에 의존해서 판결을 하라고 하면 수범자의 예측가능성은 떨어질 수밖에 없다. (2) 또 다른 견해는 한국 법률안의 공통성 요건("법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것")은 미국 연방민사소송규칙 §23(a)(2)의 공통성 요건과 §23(b)(3)의 지배성 요건을 모두 포함하는 것이라고 보기도 한다.[54] 법무부안 제12조 제2호가 "법률상 또는 사실상의 '중요한' 쟁점"이라고 표현했으므로 여기서 '중요한'이라는 단어가 위 사례를 걸러내 준다는 취지의 해석이다.[55] 그러나 '중요한'이라는 단어는 '적합' 또는 '효율' 이상으로 더 막연한 단어이다.

53) 지배성 요건이 공통성 요건과 강한 연관을 가진다는 점은, §23(a)(2)의 공통성 요건과 §23(b)(3)의 지배성 요건으로 이들 요건을 분리해서 정하고 있는 미국에서도 인정되고 있다. Jay Tidmarsh(2018), p. 191 참조.

54) 법원행정처, 증권관련집단소송 실무, 2005, 57면.

55) 송석은·정호열, "반독점 집단소송에 있어 지배성 요건의 판단기준", 성균관법학 제27권 제4호(2015), 152면. 역시 한국 증권관련집단소송법상 '중요쟁점의 공통성'이 미국 class action의 지배성 요건에 상응하는 것이라고 본다.

요컨대 법무부안 제12조 제2호의 "중요한"이라는 단어가 지배성 요건을 가리키고 있다고는 생각되지 않는다. 지배성·우월성 요건은 "이미 확정된 공통 쟁점"이 구성원들 간에 지배적·우월적이어야 한다는 것이지, 공통쟁점이 "중요하지 않은 쟁점"이냐 "중요한 쟁점"이냐의 문제와는 다른 것이기 때문이다.

위와 같이 법무부안이 지배성 요건을 명시하지 않고 있고 그 외에도 미국의 금전배상 유형 집단소송이 요구하는 여러 요건을 빠뜨리고 있는 이유들 중의 하나는, 소송허가 판단의 어려움이 일반 집단소송에서 —증권관련집단소송에 비하여— 얼마나 더 가중되는지를 정확하게 인식하지 못하고 있기 때문이라고 생각된다. 법무부가 발표한 "집단소송법안 조문별 제정이유서"를 보면, '소송허가요건'에 관하여 입법추진과정에서 논의된 주요내용으로서 "원칙적으로 증권관련집단소송법의 규정을 바탕으로 함"이라고만 기재되어 있을 뿐이다. 마치 일반적 집단소송이 증권관련집단소송과 똑같은 식으로 작동하리라고 생각한 것으로 보인다.

한국의 증권관련집단소송에서는 하나의 자본시장법상 위법행위로 인하여 자본시장에서 손해를 입은 다수 소액투자자들이 소를 제기하기만 하면, 즉 쟁점이 공통되기만 하면, 그로 인한 피해는 그 증권거래로 인한 금전피해에 정확히 국한되므로 쟁점은 (공통적일 뿐만 아니라) 당연히 '지배적'인 것이 되므로, 이 요건을 따로 의식하지 않아도 된다. 그러나 위 교통사고 사례에서 보듯이, 일반 집단소송에서는 쟁점이 공통적이라고 하더라도 각 피해자에게 있어서 그 쟁점이 지배적이지 않을 수 있기 때문에, 집단소송이 되려면 '지배성' 요건이 필요한 것이다.[56] 바꾸어 말하면, 증권관련집단소송에서는 총원의 구성원 하나하나가 모두 애초부터 확인(identify)되므로, 그 적합성·효율성 및 중요한 쟁점 등의 요건이 담당할 역할이 적었지만, 일반 집단소송법이 제정되면 총원의 구성원을 미리 확인할 수 없고 나중의 분배단계에서 확인할 수밖에 없으므로, 위 공통성·적합성·효율성의 요건이 미리 면밀하게 판단되어야 하는 것이며, 지배성 등 구별해 낼 수 있는 요건은 별도로 정함이 타당하다.

(4) 배상액의 개별화·규모와 지배성 요건의 관련

배상액이 개별화된다고 해서, 집단소송으로서 곧바로 부적합해지지는 않는다. 증권관련집단소송의 경우에도 각 구성원의 손해액은 각자가 취득한 발행주식의 수에 의하여 달라지

56) 그러나 지배성 요건의 판단이 항상 쉬운 작업인 것은 아니다. 미국 법원들이 클래스 액션에서 지배성 내지 우월성 요건을 적용함에 있어서 일관성이 없다는 비판으로는 Christine P. Bartholomew, "The Failed Superiority Experiment", 69 Vand. L. Rev. 1295 (2016)를 참조.

므로 각각 다르다. 하지만 증권관련집단소송에서 그 손해액의 차이를 좌우하는 요소는 (대부분의 사안에서는) 각자의 '주식 수'밖에 없다. 반면에 人身損害와 같이 손해액의 차이를 좌우하는 요소가 다양할 경우에는 집단소송으로서의 적합성·효율성에 문제가 발생하기 시작하는 것이다.

미국의 경우를 보자. 연방법원들은 Smilow v. Southwestern Bell Mobile Systems Inc.[57] 판결이 "집단소송에서 손해배상액이 개별화된다는 점은 FRCP §23(b)(3) 하에서 거의 문제가 되지 않는다."고 판시하는 등, 그 개별화 자체가 문제가 아님을 인정하면서도, 클래스 인증을 위해서는 "총원 전체에 적용되는 손해액 계산 방식"이 있어야 한다고 보고 있다. 대표적인 판결이 McLaughlin v. Am. Tobacco co. 판결[58]인데, 여기서는 클래스 전체에 적용되는 손해액 계산 방식이 존재하지 않는다는 이유로 클래스 인증이 거부되었다.[59] 요컨대, 클래스 구성원들에 대한 금전배상액이 달라진다고 해서 —그 자체만으로는— 클래스 인증이 안 되지는 않으며, 특히 계산이 쉬울 경우에는 그러하다. 하지만, 개별적 배상액의 증명이 어려우면 클래스 인증이 어려울 수 있다.[60]

다음으로 —개별화가 아니라— 배상액의 규모가 큰 경우에도 소송허가요건과 관련한 문제가 발생한다. 예컨대 어떤 법원들은, 지배성·우월성 요건의 판단에 있어서 예상되는 배상액의 크기를 무시하지만, 다른 법원들은 개별적 배상액이 적은 사건이라야 집단소송이 허용된다고 보기도 한다.[61]

7. 소결

요컨대, 증권관련집단소송과 달리, 일반 집단소송에서는 소송허가요건의 충족 여부 판단, 즉 미국식으로 표현하면 클래스 인증 여부 판단이 훨씬 어려워진다. 현 법무부안은 —일반 집단소송과 증권관련집단소송의 차이를 충분히 인식하지 못한 채로— 소송성립요건을 너무 성기게 정하고 있다고 생각된다.

한편 소송허가는 사실상 사건의 결론을 좌우하는 중요한 판단이므로, 소송허가결정 후에 본안심리를 하는 중에라도 당해 사건이 집단소송으로서 적합한 것이 아니라고 판단되면, 나중에라도 법원이 철회할 필요가 있을 수 있다. 왜냐하면, 증권관련집단소송과 달리, 일

57) 323 F.3d 32 (1st Cir. 2003).
58) 522 F.3d 215 (2d Cir. 2008).
59) 위 판결은 Bridge v. Phx. Bond & Indem Co., 553 U.S. 639 (2008) 사건에 의해 폐기되었지만, 폐기 사유가 다른 점이어서, 위 판시에는 영향이 없다.
60) 게다가 다른 개별적 이슈가 있으면 클래스 인증은 더욱 어려워진다. Jay Tidmarsh(2018), p. 197.
61) 각 구성원의 배상액이 크면, 이는 그 구성원들에게 각자의 소를 개별적으로 통제할 이익(§23(b)(3)(A))이 생긴다고 보는 논리이다.

반 집단소송에서는 소송허가결정(≒클래스 인증)이 내려지더라도, 원고 총원의 범위나 총원 내의 공통성, 대표원고의 적합성·효율성 등이 그 후의 심리 중에 좀 더 명확해지면서, 소송허가가 부적절함이 나중에 드러날 수도 있기 때문이다. 그래서 FRCP §23는 클래스 인증을 한 법원이 나중이라도 언제든지 그 클래스 인증을 취소하거나 혹은 클래스 정의를 수정할 수 있다고 정함으로써 이 문제에 대처하고 있다(FRCP §23(c)(1)(C)).[62] 현재 법무부안은 이런 규정을 두고 있지 않은데, 이런 철회 내지 취소 조항을 두는 것도 검토해 보아야 한다.

Ⅲ. 금전배상에 관한 검토

1. 일반 집단소송에서 발생하는 각종 금전문제

(1) 분배절차 개요 및 구성원 개개인 불확정에 따른 문제

법무부안 제98~117조가 정하고 있는 금전배상의 분배절차의 개요는 다음과 같다. 이는 현행 증권관련집단소송법 제39~58조의 분배절차의 거의 똑같다. 피고의 자발적인 지급에 의해서든 강제집행에 의해서든 원고 측이 금전을 취득하고 나면(이하 피고가 내놓는 이 돈을 '토출금'이라 함), 법원의 감독 하에 절차가 진행된다. 우선 법원이 분배관리인을 선임하고(제100조; 대개 원고대리인이 분배관리인이 된다), 분배관리인은 분배계획안을 작성하며(제101조 1항), 분배계획안에는 권리신고의 기간·장소·방법 및 권리의 확인방법, 분배금 수령기간 등이 기재되어야 하고(제101조 2항), 분배관리인은 토출금에서 소송비용·변호사보수·분배비용 등을 제외한(제103조) 잔액을, 권리신고를 한 각 구성원에게 지급한다. 분배관리인은 잔여금을 공탁하며(제110조), 분배금의 수령기간이 지난 후 분배보고서를 법원에 제출한다(제111조). 신고기간 후의 권리신고자 등은 수령기간 후 6개월까지 공탁금 출급을 청구할 수 있고(제112조), 분배관리인은 위 공탁금 출급청구의 기간이 끝나면 법원에 분배종료보고서를 제출한다(제113조).

위의 분배절차 조문들은, 증권관련집단소송처럼 원고 총원이 한명 한명 모두 확인되어

62) 그래서 미국법원 중에는 드물지만 '소송허가 임시결정'만 하는 경우도 있다. 즉 최종 클래스 인증은 뒤로 미루고 임시결정(preliminary certification)만을 하고 이 상태에서 구성원에게의 고지 등 절차를 진행하여, 제외신고가 얼마나 들어오는지 소제기사실을 알게 된 이해관계인들로부터 법원에게로 어떤 신청이나 자료가 제출되는지를 보고 나서 최종 소송허가를 하겠다는 것이다. Jay Tidmarsh(1998), p. 551. 참조

있고 대다수가 권리신고를 하는 경우에는 비교적 적용에 무리가 없을 터이다.[63] 그러나 앞에서 보았듯이 일반 집단소송에서는 총원 중 다수가 확인되지 않을 수 있고, 또한 판결확정 후 구성원 해당 여부 확인과정에서 어떤 증거를 요구할지 등의 미결 문제들이 남아 있다. 이런 경우에는, 위의 분배절차 규정만으로는 —아래에서 보듯이— 분배가 원활하지 않을 수 있다.[64]

(2) 총 손해액의 산정곤란 및 분배상 자격확인의 곤란

앞에서 보았듯이 집단소송에서는, 판결선고시에 개별 원고별 배상액을 하나하나 판결에서 적시할 수 없음이 당연한데, 그렇다면 피고의 토출금 액수를 (원고별 배상액의 합계로써 산출해 낼 수 없으므로) 어떻게 산정할지의 문제가 발생한다. 증권관련집단소송에서는 "각 구성원의 주식 수 × 주식별 손해단가"로써 자동적으로 총 손해액 즉 피고가 토출해야 할 금액이 정해지므로, 이 토출금 판단에서 어려움이 없다. 그러나 일반 집단소송에서는 —피고의 위법행위사실이 인정되더라도— 과연 총 손해액을 얼마로 정해야 하느냐의 어려움에 곧바로 부닥친다. 여기서, 집단소송의 판결주문이나 화해사항에서 명해지는 피고의 지급액은 기존의 민법상 손해론에서 논해지던 손해액과 본질적으로 같은 것이냐 아니냐의 쟁점이 등장한다(이에 관해서는 아래 IV.1.에서 다시 언급하기로 한다).

토출금 액수결정의 난점만 있는 것이 아니다. 판결 단계에서 개별 구성원의 명단이 확정되지 않으므로, 일반 집단소송에서는 판결확정이든 화해성립이든 소송종료 후에 각각의 권리신고자 자격확인 '심사절차'가 필요하다. 가령 〈사례1〉이라면, 각자가 웨슨오일 구매자임을 어떤 증거에 의해서 인정해 줄 것인가? 몇 년 전 영수증을 누가 보관하고 있는가? 디스커버리 절차 없이 현재의 문서제출명령만으로 구매확인자를 몇 명이나 확인해 낼 수 있는가? 명백한 증거도 있겠지만, 애매한 증거도 많다. (판결확정 후에 분배관리인에 의하여 행해지는) 이런 사실심리 및 권리확정을 법관의 재판업무라고 보면, 집단소송절차는 유지될 수 없고, 파탄에 이르게 될 터이다. 분배관리인(미국에서 대개 원고대리인이 분배관리인이 되며, 한국의 현 증권관련집단소송 및 법무부안도 그것을 원칙으로 정하고 있다)에게 넓은 판단재량을 부여할 수밖에 없는데, 이렇듯 큰 판단재량을 원고를 대리한 변호사에게

63) 물론 현행 증권관련집단소송에서도 승소확정 후에 총원 중 일부가 권리신고를 하지 않고, 게다가 분배관리인이 미신고 구성원의 현재 연락처를 알지 못하여 일부 배상액이 남을 수는 있다.

64) 아래 (2)~(5)에서 검토하는 문제들 외에도, 집단소송의 금전배상에 관련하여 미국에서 논의되는 문제는 다양하다. 하나의 예를 들자면, 대표원고에게 (다른 구성원들에 비하여) 추가로 더 지급할지의 이슈가 있다. 미국에서는, 피고는 위법행위를 들추어 내도록 클래스 액션이 제기되려면, 대표원고들에게 인센티브로서 배상금을 추가로 지급하는 것이 허용되어야 한다고 봄이 일반적이며, 실제 사건도 종종 있다. 가령 Marek v. Lane, 571 U.S. 1003 및 그 원심판결인 Lane v. Marek, 696 F.3d 811을 참조.

부여한다는 점을 한국의 입법자들이 국민들에게 알리고 이해시켰는지, 그에 대한 사회적 의사합치가 현재 존재하는지 의문이다.

(3) 금전의 부족 및 잉여

그리고 앞의 사례들에서 예상할 수 있듯이, 구성원 중에 몇 명이나 권리신고를 해 올지는 미리 알 수가 없다. 그 권리신고자의 비율이 상당히 낮을 수도 있다는 점을, 판결 및 분배계획에서 미리 얼마나 고려해야 하는가?

① 가령 〈사례1〉에서, 법원이 웨슨오일 1병 구매당 2만 원의 손해배상을 하라는 판결을 선고하고, 구성원 자격을 인정해 줄 증거로 웨슨오일 구매가 기록된 구매영수증, 신용카드 전표 등 몇 가지를 예시해 주었다고 하자. 10만병이 판매되었으므로, 피고의 토출금은 20억원이다. 그런데 분배종료시까지 권리신고된 구매 병수가 총 3만병이라면, 권리신고자들에게 총 6억 원[65]의 지급을 완료한 후에도 토출금은 14억 원이 남으며, 이 남는 돈을 어떻게 처리할 것인가의 문제가 발생한다.

② 이러한 낮은 권리신고 비율을 미리 염려하여, 애초에 분배계획을 정할 때부터, 피고의 토출금보다 "전원의 권리신고가 있을 때 구성원들이 지급받을 총 배상액"이 훨씬 크도록 분배계획을 작성해도 될까? 가령 〈사례1〉에서, 권리신고의 비율이 50% 미만일 거라고 보고, 웨슨오일 구매 1병당 권리신고자에게 4만원씩을 지급하는 계획을 만드는 것이다. 이처럼 단위당 손해액으로부터 벗어난 —원고들 간의 비례만을 중시한— 분배계획을, 법무부안 제102조 2항은 이미 예정하고 있다. 즉 동항은 "권리신고 기간 내에 신고하여 확인된 권리의 총액이 분배할 금액을 초과하는 경우에는 안분비례(按分比例)의 방법으로 분배한다."라고 정하고 있다. 그런데 이런 비례적 손해배상을 전제하고 생각해 보면, 보다 근본적으로, 각 권리신고자들이 지급받는 배상금이 도대체 어떤 성격의 금전인가라는 문제가 등장한다. 즉 원래 토출금이 총원의 총 손해액의 합계라면, 위와 같은 분배계획은 각 구성원으로 하여금 각자의 손해가 아닌 배상액을 변제받도록 하는 셈이고, 이것은 기존의 한국 민법에서의 손해론, 특히 차액설과 부합하지 않는다.

위 ①의 상황에 관해서, 즉 남는 돈에 관해서는 아래 2.에서 자세히 본다. 위 ②에 관해

65) 토출금에서 먼저 공제되어야 할 소송비용·변호사보수·분배비용 등은 일단 무시한다.

서는, 보다 본격적인 손해론에 관한 논의가 필요하지만, 본고에서는, 간단히 미국은 집단소송에서 피고가 원고들(총원)에게 지급하는 배상금이 차액설에 기한 손해배상이라고 보지 않는다는 점을 지적하는 데에서 그치기로 한다(이에 대해서는 아래 IV.1.에서 다시 언급한다).

(4) 배상액이 아주 소액인 경우

전체 배상액은 수십억 원 이상의 거액이더라도, 피해 총원이 워낙 많아서 수만 명, 수십만 명이 되면, 개별적으로 귀속되는 금액은 2, 3만원에 불과하거나 더 적으면 몇 천원 수준이 될 수도 있다. 이런 경우에도 집단소송은 제기될 수 있고,[66] 또 제기되어야 한다.[67] 피해자 개개인의 몫이 적을 경우가, 개인의 소제기를 기대하기가 어려워서 집단소송의 효용이 잘 발휘되는 경우이기 때문이다. 그러나 권리신고에 따라 획득할 금액이 적어지면 적어질수록, 번거로운 권리신고를 하는 무릅쓸 피해자가 워낙 적어져서, 가령 총원 중 3~4%만 권리신고를 한다든지 하는 사태도 발생할 수 있다. 이런 경우에는 배상총액 중에 거액의 잔여금이 남아서, 그 처리 문제가 발생한다. 이에 대해서는 아래 2.에서 다시 본다.

(5) 손해배상액의 개별화와 이익충돌

집단소송 원고들의 손해액이 개별화될 수 있음은 앞의 II.6.(4)에서 보았다. 〈사례1〉에 있어서는, 웨슨오일을 구매한 소비자들에 대하여, 구매한 식용유 병수에 정확히 비례하는 손해액을 정할 수도 있을 터이고, —대략의 구매병수만 파악될 뿐 정확한 병수가 파악되지 않을 경우들을 대비한다면— 1병을 구매한 자, 2~4병을 구매한 자, 5~10병을 구매한 자, 10병 초과 구매자 등 몇 그룹으로 나누어서 배상액을 산출하는 간단한 표를 만들 수도 있을 터이다.

그러나 모든 원고에게 단일한 정액이 지급되는 사안 또는 증권관련집단소송처럼 주식 수에 따라 배상액이 간단히 정해지는 사안에서는 별다른 문제가 없겠지만, (일정한 토출금을 전제로 할 때) 배상액이 원고들 간에 혹은 원고 그룹들 간에 달라지는 사안에서는, 필연적으로 원고들 간의 이익충돌이 발생한다.[68] 가령 〈사례2〉에서 피고회사가 "PC Rental

66) 원고대리인은 총액의 일정비율을 받을 것이므로 —수만명, 수십만명의 관리비용이 과다해지지 않는 이상— 그에게는 소제기를 유도하고 소송을 대리할 충분한 유인이 있다.

67) 아래 IV.1.에서 보듯이 피고의 위법행위를 방지하기 위해서이다.

68) Charles Silver & Lynn Baker, "I Cut, You Choose: The Role of Plaintiffs' Counsel in Allocating Settlement Proceeds", 84 Virginia. L. REV. 1465 (1998) 참조. 이 논문은 "원고들 사

Agent" 프로그램을 통해 수집한 개인정보로는, 스크린샷, 키 스트로크, 웹캠 이미지 등이 있는데, ① 웹캠이 달린 데스크탑 PC에서는 위 3가지가 수집되고, ② 웹캠 미부착 데스크탑 PC에서는 스크린샷과 키 스트로크 정보만 수집되며, ③ 태블릿에서는 (화면 키보드여서) 스크린샷과 웹캠 이미지만 수집된다고 가정하자. 그러면 피해자들을 —장비의 임대기간에 따른 분류를 하는 것 외에도— 위 ①, ②, ③ 중 어느 장비를 임차했는지에 따라서 여러 그룹별로 나누어서 분배계획을 작성해야 한다. 이 때 ②그룹에서는 키 스트로크 정보가 금융거래정보 등이 침해될 수 있어서 훨씬 중요하므로 배상액이 커져야 한다고 주장할 터이고, ③그룹에서는 웹캠이 침해하는 개인정보 및 프라이버시가 훨씬 중대하므로 자신의 그룹에 대한 배상액이 더 커져야 한다고 주장할 터이다.

이러한 이익충돌을 명확하고 깨끗하게 해결하기는 무척 어려울 터이고, 결국에는 분배관리인(나아가서는 그 감독자인 법원)에게 상당한 재량권을 부여해야만 한다. 미국에서는 분배관리인의 이런 개별화된 분배를 돕기 위하여, 법원은 임시 사법보좌관(special masters), 醫師 위원회, 보험회사 등을 활용하여 배상기준을 설정하고 청구들을 평가하여 분배를 하도록 하고 있다.[69]

그리고 앞에서도 언급했지만, 배상액의 산정기준이 소송과정에서 심리·판단된다고 하더라도,[70] 배상기준의 요건에 해당하느냐 아니냐는 (가령 개별 구성원이 웨슨오일 몇 병을 구매한 사람인지 여부는) 소송과정에서 심리·판단될 사항이 아니다. 이는 피고가 내놓는 배상총액이 확정된 후에 분배계획에 따른 분배를 할 때 비로소 판단되는 쟁점이다. 즉 집단소송에서는 (통상의 민사판결과는 달리) 판결선고 후에 무색투명하고 단순한 집행의 문제만 남는 것이 아니라, 과연 각 구성원이 분배표상 어느 배상그룹에 속하는 것인지 개개 권리신고자의 자격이 심사·판단되어야 하는 문제가 남는다.

2. 분배곤란을 극복하기 위한 미국의 방안들 — 사이프레스 등

(1) 들어가며

위 III.1.(2)(3)에서 본 것처럼, 집단소송에서는 구성원 전원을 하나하나 파악할 수 없

이의 이익충돌 및 그와 연계된 손익교환(tradeoffs)은 모든 집단소송에서 피할 수 없는 점이다"라고 한다.

69) 원고들의 권리신고 후의 처리를 위한 이러한 기구들에 관한 설명으로는, Mark A. Peterson, "Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities", 53 Law & Contemp. Probs. 113 (Autumn 1990)을 참조.

70) 제102조 1항은 "분배의 기준은 판결 이유 중의 판단이나 화해조서 또는 인낙조서(認諾調書)의 기재내용에 따른다."고 하여, 분배의 기준은 소송과정에서 심리·판단될 것을 예정하고 있다.

으므로, 피고의 토출금 중 일부가 남는 경우가 많다. 경우에 따라서는 토출금 중에서 다액이 남는 경우도 종종 있다. 피해자 전원이 하나하나 파악되는 증권관련집단소송에서조차도(권리미신고로) 이런 잔여금이 일부 발생한다.[71] 하지만, 일반 집단소송에서는 총 토출금 중 과반 내지 대부분이 남을 가능성이 상당히 높다.[72]

경우에 따라서는, 1/n의 배상액이 개별 구성원에 대한 통지요금에도 미치지 못하는 등의 이유로 분배비용을 충당하지 못하는 일도 있을 수 있다. 이와 같이 토출금이 분배비용을 충당하기에 부족한 경우에 대해서 법무부안 제104조는 "분배하지 아니한다는 결정을 하여야 한다."고 정하고 있다. 그리고 토출금이 분배비용 이상이더라도 분배의 결과 잔여금이 남는 경우에 대해서, 법무부안 제114조는 이를 "피고에게 지급한다"고 정하고 있다. 이와 같은 비분배결정 및 피고반환은 당연한 것인지 여부를 검토해 보겠다.

잔여금에 관하여 앞의 〈사례1〉에 연속된 가상사례를 생각해 보자. 웨슨오일 소비자를 대표하는 60명의 원고와 1인의 소송대리인이 소송을 수행했다. 법원이 피고의 위법행위 및 배상책임을 인정하였고 피고 회사가 10억 원의 이득을 얻었음을 인정하였으며, 유사행위 방지를 위해서 법원이 피고회사에게 1병당 2만원으로 계산하여 20억 원의 배상을 명했다고 하자.[73] 20억 원 중 변호사 비용으로 15% 즉 3억 원을 공제하고, 기존 소송비용[74]으로 1억 원, 향후 분배작업비용으로 1억 원을 미리 공제하고 남는 15억 원이 10만병 구매에 대한 분배재원이 되었으며,[75] 그리고 10만 명 중에 3만 명의 구매자가 번거로운 권리신고 등을 거쳐서 4억2천만 원을 받아갔다고 하자. 나머지 10억8천만 원은 어떻게 처리할 것인가?

---

71) 지금까지 증권관련집단소송에서 분배절차가 모두 끝나서 분배종료보고서가 제출된 사건은 진성티이씨 사건(수원지판 2009가합8829) 도이치방크 사건(서울중앙지판 2012가합17061) 로얄 뱅크 오브 캐나다 사건(서울중앙지판 2010가합1604) 진매트릭스 사건(서울남부지판 2013가합107585)의 4개이다. 그 각 잔여금 액수에 관해서는 대법원의 증권관련집단소송 공고 웹페이지 중 각 분배종료보고서 참조. (https://www.scourt.go.kr/portal/notice/securities/securities.jsp; 2021.3.28. 방문).
위 4개의 사건들에서 토출금 중 피고에게의 반환금액이 차지하는 비중은 각각 15%, 0.3%, 2.7%, 17%이다.

72) 기존의 증권관련집단소송의 경험을 보면, 소송기간이 오래 걸려서 관심이 사그러들수록 권리신고자의 숫자가 줄어드는 현상이 관찰된다. 가령 II.2.(1)에서 본 씨모텍 사건의 경우 —구성원 하나하나가 이미 파악되어 있는 사건이었음에도 불구하고— 소제기부터 확정판결까지 7년 넘는 시일이 소요되자, 다른 증권관련집단소송 사건에 비하여 권리신고자의 비율이 많이 줄었다고 한다. 일반 집단소송에서는 증권관련집단소송에 비하여 권리신고자의 비율이 훨씬 낮을 것으로 예상된다.

73) 이런 배상이 명해지려면 3배배상 등 징벌적 배상이 입법되어야 한다.

74) 변호사비용을 별론으로 하더라도, 인지대·송달료 등으로 지출된 각종 비용 중에서, 소송비용분담비율만큼을 원고측이 부담해야 하므로, 이런저런 소송비용이 있을 수밖에 없다(가령 원고들이 50억 원을 청구하여 30억원이 인용되어서, 소송비용분담 비율이 원고2: 피고3이 되었다고 가정해 보라).

75) 1인당 1만2천 원밖에 되지 않으므로, 피해자들 중에서 1만2천 원 받으려고 분배기구를 검색하고 증빙서류를 제출하고 여러 신고사항들을 채워넣는 번거로운 작업을 하려는 사람이 몇 명이나 될지는 불확실하다.

(2) 미국의 분배방법 논의

앞에서 보았듯이, 개별 배상액이 분배비용을 충당하지 못하는 경우이든지 혹은 분배비용 이상이더라도 분배의 결과 잔여금이 남았든지 간에, 이런 잔여금에 대하여 법무부안 제114조는 단순히 "피고에게 지급한다."고 정하고 있다.[76]

이런 돈을 어떻게 처리할지에 관하여 미국에서는 장기간 많은 논의를 해 왔다.[77] 미국에서는 일찍이 1986년에 캘리포니아 법원이 이 잔여금 처리에 관해서는 4가지 처리방법이 있다고 설명했는데,[78] ① 피고에게 반환하는 방법, ② 정부기구나 자선단체 등에 기부하는 방법, ③ 소비자 일반을 위한 신탁기금(trust fund)를 설정하는 방법, ④ 권리신고를 한 원고들만 대상으로 추가로 배분하는 방법이 그것이다. 미국의 각 법원들은, 개별 사건마다 위 방법들 중 어느 쪽이 가장 합당한지를 심리하여 결정을 해 왔다. 미국의 실무상 거의 대부분의 집단소송은 화해로 종결되므로, 실제로는 화해당사자인 원고대리인과 피고회사가 협상을 하여 위 네 가지 방안 중의 하나를 선택하는데, 물론 피고는 '잔여금의 피고에게의 반환'을 선호하겠지만, 원고 쪽은 대체로 이를 피하려고 한다.[79] 이는 원고대리인에게 화해상 담합의 인상을 줄 염려가 있고, 또한 집단소송의 목표 내지 본질[80]에 잘 부합하지 않는다고 보기 때문이다. 실무상으로, 집단소송 화해상 피고의 책임총액에 상한이 설정되고, 더 이상 그 사건으로 인한 배상이 없을 것임이 확정된다면, 피고들은 기꺼이 피고반환을 포기한다고 한다.[81] 그래서 실무상 피고에게 그냥 반환하는 경우는 드물며, 더구나 (권리신고자의 숫자가 적어서 피고에게 잔여금을 반환하는 경우를 제외하고) 원고 구성원들에게 전혀 지급하지 않은 채로 피고에게 반환해 버리는 경우는 아주 드물다. 미국에서는 위 ②의 방안, 즉 관련 자선단체 등 사회단체에 대한 기부가 활발한데, 이에 대해서는

76) 거듭 말하거니와, 증권관련집단소송도 마찬가지의 "피고반환" 규정을 두고 있지만, 증권관련집단소송에서는 대부분의 원고가 파악되고 실제로도 권리신고의 비율이 비교적 높으므로 "피고반환"이 핵심이슈가 되지 않는다. 하지만, 일반 집단소송에서는 이 "피고반환" 문제가 두드러질 수밖에 없다.

77) 토출금 반환방법에 관해서는 미국에 참으로 다양한 사례들이 있다. 몇 가지만 예시하면 아래와 같다. 은행의 개인정보 판매 사건에서의 Mirfasihi v. Fleet Mortg. Corp. 356 F.3d 781 (7th Cir. 2004) 판결; 청바지 부당고가판매 사건에서의 State of California v. Levi Strauss & Co., 41 Cal. 3d 461 (1986) 판결; 철도요금 과다징수 사건에서의 Market St. Ry. Co. v. Railroad Commission, 28 Cal.2d 363 (Cal. 1946) 판결; 시내버스 요금 과다징수 사건에서의 Democratic Central Committee of the District of Columbia, Etal., Petitioners, v. the Washington Metropolitan Area Transit Commission, Respondent,d.c. Transit System, Inc., Intervenor, 84 F.3d 451 (D.C. Cir. 1996) 판결 등.

78) State v. Levi Strauss & Co., 41 Cal. 3d 460, 472, 715 P.2d 564, 571, 224 Cal. Rptr. 605, 612 (1986).

79) Jay Tidmarsh(2018), p. 450.

80) 아래 IV.2.의 논의를 참조.

81) Jay Tidmarsh(2018), p. 450, fn. 1065.

항을 바꾸어 아래 (3)에서 검토한다.

(3) 사이프레스 원칙

사이프레스 원칙이란, 원래 중세 이래 더 이상 원래의 목적을 충족할 수 없게 된 공익신탁을 처리하기 위해 발전된 영국 신탁법(trust law)의 한 원리였다. 즉 예컨대, 어느 교회를 유지하기 위해 신탁기금이 설립되었는데 교회가 불에 타버렸고 재건축을 하지도 않게 된 경우에, 법원은 그 신탁기금을 신탁자에게 돌려주어야 하는지, 정부로 귀속시켜야 하는지 혹은 유사한 공익목적(가령 인근 교회의 유지비용) 쪽으로 전환하도록 명해야 하는지를 결정해야 했다. 이 중에서, 원래 신탁 목적과 가장 가까운 인근교회 유지비용으로 기부하는 것을 사이프레스(cy pres)[82] 원칙이라고 불렀다. 이 용어가 20세기 후반 미국에서, 집단소송 맥락에서 다시 활발하게 사용되게 되었다.

사이프레스 원칙이 적용되어, 관련 자선단체·시민단체에 피고의 토출금이 지급된 사례는 많다. 예를 들면, In re Mexico Money Transfer Litigation 사건,[83] Six(6) Mexican Workers v. Arizona Citrus Growers 사건[84] 등이 대표적이다. 또한 In re Google Referrer Header Privacy Litigation 사건에서 캘리포니아 소재 연방지방법원은 6개의 관련기관에 돈을 나눠주었다.[85]

사이프레스의 옹호자들은 다음과 같은 3가지 타당근거를 댄다. 첫째, 사이프레스를 적용하지 않는다면, 원고가 부당 횡재를 얻든지 혹은 피고가 부당 횡재를 얻는다. 즉 미청구 잔액을 이미 배상을 받은 원고에게 주면 이들 원고에 대한 초과보상이 되며, 이를 피고에게 되돌려 주면 피고에 대한 억제조치가 아니다. 둘째, 미청구 잔액이 누구에게 귀속될지를

82) 프랑스 노르망디에서 사용하던 말로서 "cy pres comme possible"를 줄인 말이며, "가능한 한 가까이(as near as possible)"라는 의미이다.

83) 267 F.3d at 748-49.

84) 904 F.2d 1301, 1305 (9th Cir. 1990).

85) 이 사건은 불복 및 판결 경위가 복잡하다. 원고들은 Google이 그 검색엔진의 사용자가 입력한 검색어를 타 웹사이트의 소유자에게 공개함으로써 프라이버시를 침해하였다고 주장하였다. 이 사건은 850만 달러에 화해가 성립했는데, 구성원 숫자의 방대함 등을 고려하여, 320만 달러의 변호사 보수를 공제한 나머지 530만 달러를, 인터넷에서의 프라이버시 보호와 관련한 인식제고·연구지원을 하기로 한 6개의 기관의 몫으로 할당하였고, 연방지방법원은 이 기관들의 제안서를 검토하는 심문기일을 연 후에, 화해를 승인하였다(869 F.3d 737; 9th Cir. 2017). 위 승인결정에 대한 항소를 연방제9항소법원이 기각하였다(In re Google Referrer Header Privacy Litigation, 869 F.3d 737; 9th Cir. 2017). 연방대법원은 상고를 허가한 후 파기환송하였으나, 파기의 이유는 원고적격을 다시 심리해 보라는 것이었다(상고심에서는 다른 사건명으로 심리되었다; Frank v. Gaos, 139 S. Ct. 1041, 1046 (2019)). 최근 2020.6.5.에 파기환송심에서 연방지방법원은 원고적격 판단에 문제가 없었다고 판결을 선고하여(https://casetext.com/case/in-re-google-referrer- header-privacy-litig-4. 2021.3.28. 방문), 결국 위 6개 기관에게 돈을 나눠준 cy pres 화해는 정당하다고 보았다.

결정하기 위한 비용이 —고지 및 분배의 비용을 포함하여— 잔액의 크기를 초과할 수도 있고, 그렇게 되면 금전분배 시도는 불가능하다. 셋째, 금전을 피고에게 되돌려 주는 것은 결과적으로 피고의 위법행위를 충분히 억제하지 못한다. 위와 같은 논거들에 기하여, 당해 소송의 목적과 일치하는 목표를 위해 활동하는 자선단체에 그 잔액을 지급하는 쪽이, 결국 금전배상을 받지 않게 된 피해자들(원고)에게 득이 된다는 주장이다.[86]

본래의 소송목적과 어느만큼 관련 있는 단체라야 사이프레스 기부의 대상이 되는가? 주장된 공익목적이 당해 소송의 목적과 아주 약간의 연계밖에 없는 일도 종종 있다. 예를 들어, 판사가 독성물질 관련 불법행위 사건(toxic-tort case)에서 남는 돈을 환경단체나 대학의 생물학과에 지급하는 결정을 하기도 하며, 때로는 판사들이 자기가 좋아하는 지역 자선단체에 지급하는 경우도 있다고 한다.[87][88]

어떤 경우에 사이프레스 원칙을 적용할 수 있는지에 관해 미국에서 확립된 기준이 있다고 보이지는 않는다. 일부 견해에 의하면, 애초부터 개별원고 귀속금액이 너무 적은 경우 혹은 이미 권리신고하여 받아간 구성원 외의 다른 구성원을 찾아내는 데에 비용이 너무 많이 들거나 현실적으로 불가능한 경우, 즉 잔여금 배분이 경제적으로 타당하지 않은 경우에만 사이프레스를 적용할 수 있다고 한다. 다른 견해에 의하면, 분배비용이 총 잔여금보다 적더라도 사이프레스를 적용할 수 있다. 미국법률협회(the American Law Institute)는 전자의 견해를 채택했다. 즉 화해 클래스 액션에서 토출금은, 그 화해에 참여한 피해자들에게 일단 분배되어야 하고, "잔액이 너무 적어서 개별적 배분이 경제적으로 타당하지 않게 될 경우에만" 사이프레스 분배가 허용된다고 권고하였다.[89]

3. 분배비용에 대한 법무부안의 문제점

증권관련집단소송에서는 '분배비용'이 많아야 기껏 몇 천만 원 수준으로 청구되고 있고, 사건에 따라서는 원고 소송대리인이 그냥 부담하고 법원에 따로 청구하지 않은 경우도 있다. 권리신고를 해 온 자가 구성원에 해당하는지의 판단이 단순하고 지급액도 계산식에 따

86) Jay Tidmarsh(2018), p. 450.
87) Jay Tidmarsh(2018), p. 449.
88) 더 나아가서 미국에서는, 제3의 단체가 아니라 클래스 구성원 중 일부(피해를 많이 입은 그룹)에게 몰아서 지급하는 것도 사이프레스라고 보는 논의까지도 등장했다.
89) Principles of the Law, Aggregate Litigation (American Law Institute 2010), §3.07. 하지만 미국법률협회는, 사이프레스를 허용하는 조그마한 추가적 예외를 만들어 놓기도 했는데, 그것은 "추가 배분을 불가능하거나 불공정하게 만드는 다른 특별한 사유"가 있을 경우가 그것이다. 그리고 미국법률협회는, 사이프레스가 허용되는 경우에도, 사이프레스 잔금의 수령자는 "당해 소송과 주제가 같아서 그 클래스가 추구하는 이익과 근접하는 주제"와 관련된 사람이어야 한다고 명시했다.

라 간단히 산출되기 때문이다. 즉 현행 증권관련집단소송에서는 —구성원 전원이 이미 파악되어 있고, 그 주소도 증권계좌상 이미 파악되어 있으므로— 분배비용이 그다지 많이 들지 않는다.

그러나 일반 집단소송에서는 그렇지 않다. 앞의 사례들에서 보듯이 —판결 선고 후의 단계에서— 권리신고자가 과연 구성원 자격자인지에 대한 개별적 심사가 분배관리인에 의해 수행되어야 한다. 그리고 가능한 한 최대한 다수의 구성원을 파악하여 개별고지를 하려면, 그러한 파악의 노력 및 고지작업에도 추가로 비용이 든다. 권리신고자를 증가시키려면 언론매체 광고 등을 여러 번 시행해야 할 터인데, 이렇게 고지를 위한 노력을 한다면 고지비용이 너무 늘어나서, 분배비용이 수억 원 이상 들게 된다. 그러면 곧 토출금을 소진해 버릴 수 있다.

그런데 법무부안을 보면, 분배비용이 소액이라고만 상정하여, 허점을 만들고 있다. 즉 법무부안은, ㉠ 토출금이 각종 비용[90]을 충당하고 남으면 분배를 하면 되고 ㉡ 토출금이 그 충당에 모자라면 피고에게 반환하면 된다고 정하고 있다(제104조 1,2항). 하지만 분배비용이 거액이라서, 분배만 하지 않으면 각종 비용을 충당한 후 잔여금이 발생하지만 분배를 하려면 한 푼도 남지 않고 오히려 모자라는 사안이 일반 집단소송에서는 자주 발생할 수 있다. 이런 사안 모두를 ㉡에 해당한다고 보아서 피고에게 반환한다면, 기껏 입법된 집단소송제도의 취지가 잠식될 우려가 있다. 요컨대, 법무부안은 —분배비용의 면에서— 일반 집단소송과 증권관련집단소송은 크게 다르다는 점을 간과했기 때문에, 제104조가 낳을 수 있는 문제점도 크게 인식하지 못하였다고 생각된다. 앞의 사이프레스 설명에서도 보았듯이, 피고의 토출금을 원고 구성원들에게 전혀 지급하지 않은 채로 피고에게 반환해 버리면, 이는 집단소송의 취지를 몰각시키는 것이다.[91]

Ⅳ. 집단소송의 본질

1. 불법행위법의 기능과 배상액의 의미

앞에서, 권리신고자가 일부에 불과하여 피해자 중 다수가 배상을 받지 못하는 경우라든지 혹은 더 나아가서 사이프레스 원칙이 적용되어 결과적으로 어느 피해자도 배상을 받지

90) 소송비용·변호사보수·권리실행비용·분배비용(제104조 제1항, 제103조 제1항).
91) 이런 식의 처리를 미국에서는 거의 하지 않는다.

못하는 경우가 미국의 집단소송에서는 종종 발생한다는 점을 살펴보았다. 일반 집단소송제도가 입법된다면, 한국에서도 이런 사태들을 충분히 예상할 수 있다.

그렇다면, 피해자가 권리구제를 받지 못하는 이런 소송제도를 미국에서는 왜 정당하다고 해서 유지하고 있는 것인지, 도대체 집단소송은 어떤 사회적 의미를 가지는 것인지를 생각해 보아야 한다.

집단소송에서 행사되는 실체적 권리는 대부분 (광의의) 불법행위에 기한 손해배상청구권이다. 불법행위법의 목적 내지 기능에 관한 설명으로서 수백 년 전부터 전통적으로 인정되어 온 것은, 그 불법행위로 인하여 생긴 피해자의 손해를 누가 얼마나 부담하게 할지를 정해 주는 '보상기능'이었다. 그러나 20세기 후반 이래 불법행위법의 목적·기능에 대한 논의의 중심은 위 '보상기능'으로부터 '방지기능', 즉 사고 내지 위법행위의 발생수준을 사회적 적정수준까지 낮추는 기능 쪽으로 많이 옮겨갔다.[92]

주지하듯이 방지기능을 불법행위법의 주요 기능으로 부각시킨 것은 미국에서 20세기 후반에 이루어진 일이었다.[93] 법경제학적 관점에서 볼 때 불법행위법은 사고의 방지비용[94]이 사고의 기대손실(= 사고확률 × 사고비용)보다 작은데도 그 사고방지노력을 하지 않는 경우에 과실을 인정하고 책임을 귀속시킴으로써, 사고의 총비용을 최소화하여 자원배분을 최적화하려는 것이라는 견해가 방지비용 이론이다. 여기서 중요한 점은, —피해자에게 배상을 한다는 점이 아니라— 법률위반자가 자신의 "위반행위의 비용을 내놓게 된다"는 점이다.[95]

이런 법경제학적 관점에서 볼 때에는, 피해자에게 배상을 해 주는 이유는 (손해의 전보 자체보다는) 불법행위법이라는 기제를 작동시키는 임무를 피해자에게 부여하기 때문이다.[96] 즉 사회적 적정수준까지 위법행위 내지 사고가 줄어들도록 하려면 가해자는 그에 부합하는 수준의 주의의무를 기울여야 하고, 이로써 피해자는 자신의 사회활동상 과도한

92) 박세일 등, 법경제학 재개정판, 박영사, 2019, 307면.

93) 참고로 독일은 전통적으로 보상기능(Ausgleichsfunktion)을 중시해 왔다. 불법행위법 등 책임법의 주된 목적은 손해를 입은 자에게 보상을 제공하는 데 있다는 것이다. 그러나 독일에서도 근래에는, 보상기능 못지않게, 방지기능(Präventionsfunktion)을 중시하는 견해들이 많이 등장하였다. Münchener Kommentar BGB Band6, 8. Aufl. München, 2015, Vor§823, Rn.43-47을 참조. 즉 현실적 손해에 대한 보상만을 제공해서는 위법행위를 회피하게 할 인센티브를 제공하지 못하기 때문에, 수배의 배상제도 등을 통해서 방지기능을 살려야 한다고 설명한다. 수익이 많이 남는 위반행위여서 가해자가 피해자의 피해액 이상의 이득을 얻는 경우에 더욱 그러하다는 것이다. 그리고 2018.11.1.부터 독일에서 시행 중인, opt-in 방식의 대표확인소송(Musterfeststellungsklage; ZPO §606)은 이런 인센티브를 제공하기에 부족하다고 지적되고 있다.

94) 정확히 말하면 단순 비용·편익이 아니라 한계비용·한계편익이라야 한다. 박세일 등, 앞의 책(주 92), 315면.

95) Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, 6th ed., Aspen, 2003, p. 586.

96) ibid., p. 584 ff.

주의를 기울이지 않게 되는 것이다.[97] 그런데 다수 소액피해의 경우에는 피해자가 소를 제기할 유인이 없다. 소제기의 시간적·비용적 부담을 고려하면, 소제기로써 얻을 수 있는 것이 너무 적거나 혹은 마이너스이기 때문이다. 여기서 집단소송 제도가 의미를 가지게 되는데, 집단소송에서는 변호사보수가 커져서 소를 제기하려는 변호사가 생기기 마련이므로 이런 인센티브가 대개 필요 없게 되는 것이다.

2. 집단소송절차의 의의 및 취지

요컨대, 집단소송이라는 것은 —코스 정리(Coase theorem)에서 말하는— 부정적 외부효과(external costs)를 그 해악을 유발하는 주체에게 내부화(internalize)시킴으로써 자원의 효율적 배분에 기여하려는 제도이다.[98] 이런 관점에서는, 원고들에게 배상금을 실제로 분배할 가능성이 없다고 해서 피고가 아무런 책임을 지지 않은 채로 소송을 종료하고 떠나게 되어서는 이 제도의 취지를 달성할 수 없다. 이런 경우에는 원고 구성원 개개인에게 돌아가는 몫이 없더라도 피고로부터 받아내는 작업을 해야 하며, 그래야 사회의 자원이 효율적으로 배분된다.

논의 중인 한국의 집단소송법의 이론적 배경도 마찬가지이다. 앞에서, 집단소송에서의 금전배상을 기존의 손해론 특히 차액설에 의하여 설명하기 어렵고, 잔여금 처리 이슈가 발생할 수밖에 없으며, 이 이슈는 증권관련집단소송보다 일반 집단소송에서 특히 심각해진다는 점을 보았다. 만약 우리가 일반 집단소송법을 그 필요성을 수긍하여 도입한다면, (기존의 손해론의 입장에서는 거북스러운 것이겠지만) 우리는 이와 동시에, 피해자들에게 정확한 손해액만큼 차액설의 지시대로 배상을 하는 일은 —피고에 대한 억지·방지라는 집단소송제도의 목표와 대비하여 볼 때— 그다지 중요하지 않다는 점까지도 수긍해야 하는 것이다.[99] 물론 손해전보라는 관점에서 보면 각 피해자에게 각자의 몫을 주는 것이 중요하겠지만, 위법행위 억지라는 관점에서 보면, 중요한 점은 피고로부터 그 돈을 받아낸다는 것이며, 그 돈이 피해자에게 가는지는 중요하지 않은 것이다.

그러나 집단소송절차라고 해도, 그 출발점은 개개 구성원들의 권리의 침해 및 그 권리침해에 대한 구제에 있다.[100] 따라서 분배관리인으로서는, 최대한 많은 배상청구 즉 권리신

97) ibid., p. 172-176.
98) 전원열, 민사소송법 강의, 박영사, 2020, 682면.
99) Jay Tidmarsh(2018), p. 448.
100) 권리침해의 구제절차임을 망각하고, 피고로부터 받아내는 점만 강조하면, 민사소송의 근본 문제에 부닥칠 수 있다. 즉 집단소송절차가 민사소송의 본질에 위배되는 것 아닌가라는 질문이다. 미국에서는 이 문제는 덜 중시되고 있는 것으로 보이고, 피고에 대한 억지효과라는 목표를 강조하여 집단소송에서의 원고 대리인은 "사적 검찰총장"(private attorney general)이라고 호칭되고 있다.

고가 이루어지도록 노력해야 함은 당연하다. 이를 위한 수단도 미국에서는 여러 가지로 강구되고 있는데, 하나의 예를 들면, 원고대리인의 보수를 토출금의 몇 퍼센트가 아니라 실제 권리신고된 액수의 몇 퍼센트로 정하는 방법 등이다.[101]

3. 법관의 재량

(1) 영미법계와 대륙법계

영미법계에서 —대륙법계와 달리— 일반적으로 판사가 큰 재량을 가지고 종종 입법적 역할을 한다는 점은 오래 전부터 인정되어 왔다.[102] 집단소송의 원형인 미국의 클래스 액션에서도, 판사는 광범위한 재량(broad discretion)을 가진다고 일반적으로 인정되고 있다.[103]

(2) 영미법상 집단소송의 연혁

영미법상 집단소송의 최초 모습은 12세기로 거슬러 올라간다고 설명되기도 하지만, 현대의 집단소송과 연결되는 소송형태는, 근대에 이르러 형평소송(equity court) 실무의 일부로서 등장하였다. 영국에서 당시 원고들은, 다수 피해자가 서로 다른 시점에 여러 소송을 제기하게 된다면 자신의 권리를 보장받지 못하게 될까 우려하였고, 또 피고들은 중복소송 및 서로 모순된 판결을 방지하고자 했다. 그래서 당사자들은 챈슬러(Chancellor)[104]에게 형평법상의 평화영장("bill of peace")을 발부하여 관련사건 모두를 해결하고 관련자가 진행 중인 사건의 당사자인지 여부에 관계없이 관련자 모두를 기속해달라고 요청하였다.[105] 즉 관련자 모두를 기속하는, 전면적 평화(global peace)를 가져오는 판결을 해달라고 당사자가 요청하고, 챈슬러가 이에 응하는 방식으로 클래스 액션의 모습이 형성되

101) Jay Tidmarsh(2018), p. 449.
102) 가령 양창수·전원열 역, 대륙법 입문, 박영사, 1994. 107-108면 참조.
103) 635 F.2d 1364 (8th Cir. 1980); Friedenthal/ Kane/ Miller, Civil Procedure 5th ed., West Academic, 2015, pp. 713, 732.
104) 영국의 재판제도와 관련하여 Chancellor라고 함은, 국왕에 의하여 형평법원(Court of Chancery)의 長으로 임명되어, 일반법원(common law courts)의 법관들이 수행하던 커먼로 재판과 별도의 구제를 명하던 재판관을 가리킨다. Chancellor를 일본에서는 —그곳의 최고위직 법관은 '최고재판소 판사'이므로— '대법관'으로 번역하는 예가 많으나, 한국에서 이 번역어는 적절하지 않아 보이고, 본고에서는 그냥 챈슬러라고 표기한다. 커먼로와 형평법 간의 관계 및 그 통합의 과정과 현황 등에 관한 상세한 설명은 Dan B. Dobbs/Caprice L. Roberts, Law of Remedies 3th ed. West Academic, 2018, pp. 45-126을 참조.
105) Jay Tidmarsh(2018), p. 140.

어 간 것이다. 원고가 형평법원에 소를 제기하여, 그룹이 너무 커서 공동소송이 사실상 불가능하다는 점, 그 소송물에 관하여 관련자 모두가 공통의 이익을 가지고 있다는 점, 대표원고가 불출석자의 이익을 적합하게 대변할 수 있다는 점[106]을 형평법원으로부터 인정받으면, 그는 관련자 모두에게 효력이 미치는 판결(decree)을 받아낼 수 있었다. 즉 위의 요건이 충족되면 그 소송은 대표소송으로서 진행되고 최종판결은 모든 당해 이해관계집단 구성원 모두를 구속하는 것이 되었다.[107]

19세기 미국의 형평법원 실무는 영국을 따라 하고 있었지만, 당시에 그런 판결의 효력이 이해관계인 전원에게 미치는지 아닌지는 그리 명확하지 않았다고 한다.[108] 다만 커먼로법원과 형평법원이 통합되기 전인 1921년에 연방 형평법원의 판결은 "판결(decree)이 유효하고 모순판결이 회피되려면, 당해 클래스(class) 전체가 그 판결에 의해 기속되어야 한다."라고 판시하는 등[109] 기판력의 확장을 법원 스스로가 필요에 따라 선언하고 있었다.

미국 연방대법원은 연방법원에 적용되는 민사소송규칙들을 19세기 초부터 수차례 제정·반포하고 있었는데, 1938년에 커먼로법원과 형평법원을 통합하면서 기존의 Federal Equity Rules와 Conformity Act를 통합하여 Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)를 제정하였다. 이 때 제23조에 class action 조항을 만들어 넣었고,[110] 이때부터 커먼로 사건에서도 이 제도를 이용할 수 있게 되었으며, 몇 차례 문구 개정을 거치면서 현재의 연방민사소송규칙 제23조로 이어지고 있다.[111][112]

(3) 한국 소송절차상 법관의 재량

위의 연혁에서도 알 수 있듯이, 클래스 액션은 형평법원이라는 특수한 권한을 가진 곳에서 판례법으로 시작되었고, 영미법계의 강력한 법관 재량권 하에서 발달해 온 제도이다.

106) 이 세 가지 점을 명시한 판결의 예가 영국 형평법원이 1805년에 선고한 Adair v. New River Co., 11 Ves.Jr. 429, 443-45, 32 Eng.Rep. 1153, 1158-59 판결이다(Friedenthal/Kane/Miller, Civil Procedure 5th ed., West Academic, 2015, p. 711에서 인용).

107) Friedenthal/Kane/Miller, Civil Procedure 5th ed., West Academic, 2015, p. 711.

108) 즉 동일 이해관계인이 일부 빠진 채로 (정확히 거명되지 않은 채로) 당사자적격을 인정하고 유효한 판결을 선고할 수 있다는 데에 그치는 것인지, 아니면 그 이상으로, 판결의 효력이 이름이 전혀 거명되지 않은 이해관계인에게 전면적으로 미친다는 것인지가 불확실하였다.

109) Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble, 255 U.S. 356 (1921).

110) 이 1938년법은 1937년에 제정되었다. 그러나 이렇게 class action의 근거조항이 만들어지고 나서도, 그 초기에는 적용이 활발하지 않았다고 한다.

111) Friedenthal/Kane/Miller, Civil Procedure 5th ed., West Academic, 2015, pp. 711-713.

112) 1938년의 §23에는 금전손해배상을 구하는 소송유형이 입법되었으나 그 적용범위가 좁았다. 현재 미국 class action의 중심인 일반적인 목적의(general-purpose) 금전배상청구형 & 제외신고형 class action은 1966년에 도입되었다.

그래서 집단소송 제도는 "미국의 사법제도라는 특수한 시스템 하에서 만들어진, 지극히 미국적인 제도"라고 평가한 견해도 있다.[113] 대륙법계에 속하는 한국 사회에서, 집단소송에 있어서 요구되는 법관의 재량을 인정하는 사회적 합의가 현재 형성되어 있는지는 의문이다.

앞에서 언급했듯이 미국의 클래스 액션은 금전배상에 국한되는 제도가 아니다. 1960년대를 전후한 이른바 민권소송의 시대에, 미국 법원의 재량권 행사는 정점에 달했고, 금지청구 유형의 클래스 액션에서도 그러하였다. 연방대법원이 1896년의 Plessy v. Ferguson 판결을 파기하고 흑백분리교육이 위헌이라고 판결한 그 유명한 1954년의 Brown v. Board of Education of Topeka 판결도 클래스 액션으로 제기된 것이었다. 이 사건 및 그 후속 인종차별철폐 사건들에서 연방지방법원은 흑백교육통합 등을 위한 여러 구체적 명령을 내렸다. 이들은 대부분 클래스 액션이었고 그 사후 집행에서 여러 문제가 대두했는데, 이를 해결하기 위하여 —판결선고 후의 행위로서— 미국의 법관들은 자신이 발령한 구제명령이 받아들여지도록 하기 위하여 행정공무원 등 주요 관련자들을 만나서 협상을 하기도 했으며, 이런 협상은 법관의 권한범위 내의 것으로 이해되었다.[114]

금전분배계획을 짤 때에도 증권관련집단소송과 달리 일반 집단소송에서는 여러 요소를 고려하여 다각적인 계획을 작성할 필요가 발생할 터인데, —앞의 III.1.(2)에서 언급했듯이— 여기에는 분배관리인의 재량 및 이를 인가해 주는 법관의 재량이 필요하다. 가령 석면 피해 관련한 미국의 Ortiz v Fibreboard Corp. 판결[115]을 보자. 여기서는 신탁기금을 설립하여 해당 신탁기금으로 하여금 석면 노출 피해자들에게 피해보상금을 지급하도록 하였는데, 이 때 정확한 피해보상금액은 질병의 유형, 나이, 수입, 다른 피고의 책임 여부 등 세부적인 항목에 따라 변동 가능하도록 정하였다.[116] 개별 원고가 받아가는 돈에 대한 판단은 (법관이 아닌) 분배관리인이 행하였던 것이다. 또한 위 사건에서 신탁의 보상금 지급과 관련하여 불만이 있는 피해자에게는 조정, 중재 및 연방법원 판사 앞에서의 화해기일의 기회가 주어졌고, 그럼에도 여전히 불만이 가시지 않는 경우, 추가적 공판(trial)도 가능하도록 하였다. 또한 나중에 권리를 주장하여 등장한 사람들에 대해서는 피해배상액이 '인플레이션에 따라 상승하도록' 정하였다.

원래 —손해배상책임 유무의 판단이 변론절차를 통한 엄격한 법적 판단인 것과 달리— 손해액의 판정은 그 본질상 非訟的 성격을 띠고 있고,[117] 따라서 법관에게 일정한 재량을

113) 함영주, "미국 연방지방법원의 대표당사자소송운영의 경험을 통해 본 우리 집단소송제의 바람직한 운용 및 입법방안", 민사소송 12(1)(2008), 109면.
114) Jay Tidmarsh(2018), p. 445 참조.
115) 527 U.S. 815 (1999). Ortiz 사건의 다른 측면도 고려. 아래 주석 441, 188-490 및 관련 설명 참조.
116) Jay Tidmarsh(2018), p. 182.
117) 양창수, "손해배상의 범위와 방법", 민사법학 15권(1997), 211면 참조.

허용할 필요가 있지만, 특히 집단소송의 절차운영 및 분배계획에서는 한국이 지금까지 경험하지 못했던 막대한 법관재량이 부여되어야만 이 제도는 작동할 수 있다. 바꾸어 말해서, 집단소송법을 입법한다는 것은, 미국이 집단소송이 작동하는 배경으로 삼고 있는 법관의 광범위한 재량, 즉 판결선고 후의 사후집행 감독, 행정공무원 등 관련자와의 면담 및 협상, 다양하고 변동가능한 금전분배계획의 수립, 인플레이션에 따른 배상액 증가 결정, 잔여액의 자선단체에의 기부결정 중에서 상당부분을 한국도 수용함을 전제해야 하는 것이며, 따라서 집단소송의 입법 논의는 지금까지처럼 필요성과 막연한 절차개요만을 반복해서 토론할 것이 아니라, 앞에서 본 바와 같은 구체적 집단소송 사례들을 테이블 위에 얹어 놓고서, 여기서 실제로 어떠한 그리고 어느만큼의 재량을 법관 및 관여자들에게 부여할지를 논의하는 쪽으로 진행되어야 한다.

위와 같은 법관의 재량에 관한 검토를 하다 보면, 결국 다시, 집단소송이라는 제도는 왜, 무엇을 위해 존재하는 것인가, 법원은 어떤 역할을 하는 국가기관인가라는 질문으로 돌아가게 된다. 다시 말하지만, 집단소송은 개별원고의 피해의 회복에 주안점을 둔 제도가 아니다. 이는 코스(Coase)가 말하는 부정적 외부효과를 없애려는, 사회적 자원의 최적 배분을 꾀하려는 제도이다. 따라서 이런 사회정책을 실현하는 임무를 법원에 부여한다면, 그런 일을 할 수 있는 재량을 주어야 한다. 요구는 많이 하면서 재량을 주지 않으면 제도는 작동하지 않는다.

V. 결론

(1) 권리가 있는 곳에는 구제절차가 있어야 한다(ubi jus, ibi remedium). 소액이더라도 피해를 받은 사람은 그 피해액을 배상받을 수 있어야 한다. 그러나 집단소송은 여기서 멈추는 제도가 아니다. 피고가 부정적 외부효과(external costs)를 통한 부당한 이득을 누려서는 안 된다는 제도가 집단소송이다. 그런데 집단소송은, 한편으로는 부정적 외부효과를 내부화시킴으로써 자원의 효율적 배분에 기여하지만, 다른 한편으로는 —남용되는 경우에는— 기업활동에 위협을 가하고, 정치영역에서 해결되어야 할 문제를 사법(司法)의 영역으로 끌고 오는 것이 될 수도 있다. 따라서 한국 사회가 집단소송제를 입법함에 있어서는, 한편으로는 세세한 요건을 구비함으로써 남용의 위험이 없도록 하면서도, 다른 한편으로는 적정 소제기 건수를 끌어내고 신속한 판결을 선고할 수 있도록 제도를 세심하게 마련해야 한다.[118]

(2) 집단소송은 기업에게 불리한 제도인 것만은 아니다. 기판력이 관련 소비자 전부에게 미침에 따라, 그 집단소송에서의 판결 또는 화해가 있으면(실제로 미국에서는 거의 대부분의 집단소송이 화해로 종결된다[119]), 피고 기업은 그 이상의 책임으로부터 면제된다. 한국은 원래, 민사 소제기 건수 중에 화해종결건수의 비율이 미국에 비하여 무척 낮다. 증권집단소송에서도 화해 비율이 미국과 전혀 다르다. 일반 집단소송법이 제정되고 나서, 만약 대부분의 당사자들이 화해종결이 아니라 판결선고를 받기를 종전처럼 원한다면, 이 제도가 원활하게 작동할 것인지도 생각해 보아야 한다.

(3) 또한 집단소송 제도라는 것은 실체법과 동떨어져서 혼자 작동할 수 있는 절차법이 아니다. 특히 손해론과 관련하여 집단소송을 뒷받침하는 이론·명제들이 정리되지 않는다면, 위 소송제도의 시행에서 법관들의 소극성에 마주칠 수 있다. 절차법 중에서도, 현재의 증거법 규정들 하에서 일반 집단소송제가 원활하게 운영될 수 있는지 의문이다. 즉 디스커버리 같은 증거수집절차 없이, 현재의 문서제출명령 제도만 가지고서 대량피해 사건에서 피고 책임을 규명할 만한 증거를 조사하기는 무척 어려워 보인다.[120]

(4) 증권관련집단소송법이라는, 총원의 범위가 명확하고 구성원 하나하나가 소제기시에 이미 파악되어 있는 소송제도를 시행함에 있어서도, 한국 법원은 공통성·적합성·효율성의 소송허가요건을 심리 판단하느라고 수년씩 지체하여 위 제도를 무력화시킨 바 있다.[121] 그 소송허가결정에 너무 오랜 시간이 걸린다고, 즉 소송허가결정에 대한 불복절차 후에 다시 본안절차가 진행되어 총 6심이 장기간에 걸쳐 진행되는 것이 소제기를 단념시키는 쪽으로 작동한다고 하는 비판이 많다. 그런데 증권관련집단소송에 비하여 일반 집단소송에서는 공통성·적합성·효율성 등 소송허가요건의 판단이 훨씬 어려워진다. 일반 집단소송에서의 소송허가요건이 조금이라도 더 분명해지도록 정하지 않으면, 소송허가결정을 둘러싼 다툼은 증권관련집단소송에서보다 더 치열해질 것이고, 그렇게 되면 일반 집단소송제는 증권관

118) 同旨: Jay Tidmarsh(2018), p. 148.

119) 클래스 액션에 관한 미국 법원의 판례로 설명되는 것들 중 다수는, 1심 법원의 최종 지급판결에 대한 상급심 판단으로서가 아니라, 클래스 인증(certification)에 대한 불복절차 및 화해의 법원승인에 대한 불복절차에서 나온 것이다.

120) 그렇더라도, 디스커버리 제도는 당사자와 법원의 역할분담, 소제기와 법정기일 간의 먼 간격, 법정기일의 집중 진행, 엄격한 증거능력제도 등 미국의 기타 소송절차법과 밀접하게 결합된 제도여서, 이를 그대로 한국에 도입하기는 어렵다. 현재 한국의 디스커버리 도입론은 —면밀한 연구가 없는 채로의— 구호성 주장에 불과한 경우가 많다. 미국의 디스커버리 제도에 관한 기본적인 이해를 위해서는, Thomas A. Mauet/David Marcus, Pretrial, Wolters Kluwer, 2019, p. 191-342 참조.

121) 증권관련집단소송 제도의 무력화의 원인과 개선책에 관하여는, Wonyol Jon, "Activation of Securities Class Actions in Korea", Journal of Korean Law, Vol.19 No.1 (2020) 참조.

련집단소송제보다 현실에서 더 실패할 수도 있다.

다른 한편, 일반 집단소송에서는 증권관련집단소송에 비해 자신의 피해를 인식하지 못한 무관심한 구성원이 대폭 늘어나므로, 대리인 비용(agency costs)의 문제가 커지고, (증권관련집단소송과 비교하여 잠재 총원의 숫자가 엄청나게 커질 수 있어서) 피고 쪽에서는 승소가능성이 더 높더라도 만약의 패소시의 대재앙을 회피하기 위하여 화해를 강제당하는 부작용도 예상할 수 있다.[122]

(5) 앞에서 보았듯이, 일반 집단소송을 담당하는 판사는, 우리가 전통적인 법관상에서 생각하던 그런 판사(= 수동적인 관찰자형 판사)가 아니다. 일반 집단소송을 법제화한다는 것은, 대기업과 수십만·수백만 시민에게 영향을 미칠 수 있는 막강한 권한을 법원의 한 재판부에 부여하는 일이 될 수 있다. 한국 사회는 어떤 법원과 법관을 기대하고 있는가? 법원의 재량을 한편으로는 줄일 것을 지속적으로 요구하면서, (법원의 엄청난 재량을 전제하지 않고는 작동할 수 없는) 집단소송을 도입하면 사회의 여러 문제가 갑자기 해결될 수 있는 것처럼 생각하는 것은 아닌가? 우리는 집단소송에 너무 많은 기대를 걸고 있는 것은 아닐까?[123]

122) 이런 사실상의 강제당함을 두고서 일찍이 핸들러(Handler) 교수는, class action은 "합법화된 공갈"(legalized blackmail)이라고 말했다. Milton Handler, The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits — The Twenty-Third Annual Antitrust Revies, 71 Colum. L. Rev. 1 (1971) 참조.

123) 미국에서 금전배상 클래스 액션의 사건 수는 실제로 줄어들고 있고, 이 소송유형이 가지는 사회적 충격 및 중요성은 예전만 못하다. Robert H. Klonoff, "The Decline of Class Actions", 90 Wash. U. L. Rev. 729 (2013) 는 "FRCP §23(b)(3)(= 금전배상 클래스 액션)이 死文化된 것은 아니지만, 이를 기운이 펄펄 넘쳐 날뛰는 거인으로 묘사한다면 그것은 과장이다."라고 한다. 그리고 "한때 집단적 정의의 실현을 위한 '혁명적'인 수단이라 여겨졌던 클래스 액션 장치가 이제 냉대의 대상이 되었다."라고 표현한다.

〈참고문헌〉

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

박세일 등, 법경제학 재개정판, 박영사 (2019)
양창수·전원열 역, 대륙법 입문, 박영사, 1994.
전원열, 민사소송법 강의, 박영사, 2020.
호문혁, 민사소송법(14판), 법문사, 2020.
법원행정처, 증권관련집단소송 실무, 2005.

2. 논문

모성준, "집단소송제도 도입 전 다수 당사자 소송의 실무운영방안", 이화여자대학교 법학논집 제24권 제4호(2020).
송석은·정호열, "반독점 집단소송에 있어 지배성 요건의 판단기준", 성균관법학 제27권 제4호(2015).
양창수, "손해배상의 범위와 방법", 민사법학 15권(1997).
함영주, "미국 연방지방법원의 집단소송운영의 경험을 통해 본 우리 집단소송제의 바람직한 운용 및 입법방안", 민사소송 12(1)(2008).
_____, "집단소송제의 발전경과와 우리나라 집단소송법의 개선방향에 대한 검토", 사법 제53호, 사법발전재단(2020).

Ⅱ. 외국문헌

1. 단행본

Friedenthal/Kane/Miller, Civil Procedure 5th ed., West Academic, 2015.
Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., C.H.Beck, 2011.
Dan B. Dobbs/Caprice L. Roberts, Law of Remedies 3th ed. West Academic, 2018.
Thomas A. Mauet/David Marcus, Pretrial, Wolters Kluwer, 2019.
Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, 6th ed., Aspen, 2003.
Jay Tidmarsh/Roger H. Trangsrud, Complex Litigation and the Adversary System, Foundation Press, 1998 {Jay Tidmarsh(1998)로 표기}.

Jay Tidmarsh/Roger H. Trangsrud, Complex Litigation and Its Alternatives, Foundation Press, 2018 {Jay Tidmarsh(2018)로 표기}.

Federal Judicial Center, Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules, 1996.

H.R. 985, 115th Congress, 2017.

Münchener Kommentar BGB Band6, 8.Aufl., 2015.

Principles of the Law, Aggregate Litigation (American Law Institute 2010).

2. 논문

Christine P. Bartholomew, "The Failed Superiority Experiment", 69 Vand. L. Rev. 1295 (2016).

Chris Brummer, "Sharpening the Sword: Class Certification, Appellate Review, and the Role of the Fiduciary Judge in Class Action Lawsuits", 104 Colum. L. Rev. 1042 (2004).

Brian T. Fitzpatrick, "An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards", Journal of Empirical Legal Studies Vol 7, Issue 4 (2010. 12).

Wonyol Jon, "Activation of Securities Class Actions in Korea", Journal of Korean Law, Vol.19 No.1 (2020).

Robert H. Klonoff, "The Decline of Class Actions", 90 Wash. U. L. Rev. 729 (2013).

Mark A. Peterson, "Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities", 53 Law & Contemp, Probs. 113 (Autumn 1990).

Charles Silver & Lynn Baker, "I Cut, You Choose: The Role of Plaintiffs' Counsel in Allocating Settlement Proceeds", 84 Virginia. L. Rev. 1465 (1998).

Issues on Certification Requirements and Monetary Damage in Class Action

Wonyol Jon*

<Abstract>

After running 'Securities-related Class Action Act'("SCAA") since 2005, Korea is now under discussion of general-purpose class action, which is featured with monetary damage and opt-out system. Each of the parliament bills for the general-purpose class action, however, does not seem to have deliberated on the difference between SCAA and general-purpose class action.

Under the present securities-related class action in Korea, representative plaintiff (and the attorney) can already obtain the identities of every member of the class through electric data. That means there does not remain any issue with ascertainability in SCAA cases. In contrast, there is no way to obtain the identities of every member of class in most of general-purpose class action cases. This difference gives difficulties to the courts of general-purpose class action in deciding commonality, typicality, adequacy, predominance, etc.

This difficulty in general-purpose class action aggravates in the remedial phase. Korean judiciary has never encountered such cases that lack exact damages, and it always has thought that each plaintiffs should have damages calculated with individual factors. However, U.S. class action does not consider accurate individual damage to be important, and often treats the remedial phase with such tools as "cy pres". In essence, what is taken from the defendant is much more important than what is given to the plaintiffs in U.S. class action, because this system is for the purpose of efficient allocation of social resources by internalizing external costs. Therefore, such general-purpose class action requires much larger discretion of individual judges in judgments over requirements of certification and over remedial phase.

Conclusionally, Korea should have more discussions over the difference between securities-related class action and general-purpose class action before its enactment, and should reach a consensus over the extent of discretion given to judges in general-purpose class action system.

Keywords: Class action, Securities-related class action, General-purpose class action, Ascertainability, Commonality, Predominance, Discretion of judges

* Professor, School of Law, Seoul National University.