

2019년 제1회 한국민사소송법학회 학술대회
/ 공동주최: 전북대학교 법학전문대학원

신진학자 발표대회

- 일 시: 2019년 2월 23일(토) 13:30 ~ 18:00**
- 장 소: 전북대학교 법학전문대학원(진수당) 361호**
- 주 최: 한국민사소송법학회/전북대학교 법학전문대학원**

2019년도 제1회 한국민사소송법학회 학술대회 / 공동주최: 전북대학교 법학전문대학원

□ 신진학자 발표대회

□ 일 시: 2019년 2월 23일(토) 13:30 ~ 18:00 (등록 및 접수 13:00 ~)

□ 장 소: 전북대학교 법학전문대학원(진수당) 361호

□ 일 정:

시 간	진 행 내 용
13:00 ~ 13:30	등록 및 접수
13:30 ~ 13:40	개회사: 한충수 교수 (한국민사소송법학회 회장) 개회사: 김학기 교수(전북대학교 법학전문대학원장)
13:40 ~ 13:50	이호원 교수 정년기념논문증정식
	제1, 2 세션 사회 : 이충상 상임조정위원(서울중앙지방법원)
13:50 ~ 14:40	발제: 박태신 교수(전북대학교) - “판결서 이유기재 생략에 관한 소고” 토론: 최미영 판사(전주지방법원)
14:40 ~ 15:30	발제: 이현종 변호사(김앤장 법률사무소) - “불법행위 손해배상청구소송의 소송물에 관한 검토” 토론: 강구욱 교수(한국외국어대학교)
15:30 - 15:50	Coffee Break
	제3, 4세션 사회 권혁재 교수(경북대학교)
15:50 ~ 16:40	발제: 최광선 교수(전남대학교) - “집단소송과 관련된 국회입법 및 대법원 판례의 동향과 그 시사점” 토론: 강태원 교수(대구대학교)
16:40 ~ 17:30	발제: 정성윤 변호사(정부법무공단)

	- “구로분배농지 민사재심 사건에 관한 몇 가지 쟁점” 토론: 장완규 교수(용인송담대학교)
17:30 ~ 18:00	종합토론
18:00 ~ 18:10	폐회
18:20 ~	만찬

오찬 및 만찬 장소:

가. 오찬: 한국관(비빔밥), 주소: 전라북도 전주시 덕진구 기린대로 425 ☎ 063-272-9229

나. 만찬: 수라운(한정식), 주소: 전라북도 전주시 덕진구 백제대로 528 ☎ 063-228-2002

참가회비: 20,000원 (식사비 포함)

주제발표

판결서 이유 기재 생략에 관한 소고

사회: 이충상 상임조정위원(서울중앙지방법원)

발제: 박태신 교수(전북대학교)

판결서 이유 기재 생략에 관한 소고

전북대학교 법학전문대학원 박 태 신

1. 서론

민사소송은 원칙적으로 소장을 제출함으로써 시작되어(소의 제기) 변론을 거쳐 소송이 종료되는데, 당사자의 행위가 아니라 종국판결에 의하여 종료되는 경우 판결내용을 확정된 후 판결서(판결원본)를 작성하게 된다. 판결은 재판장이 판결원본에 따라 주문을 읽고, 필요한 경우 이유를 간략히 설명하는 방식으로 선고하는데, 이러한 선고로 판결의 효력이 생긴다(민사소송법 제205조, 제206조, 이하 ‘법’이라 한다).

판결서에는 당사자와 법정대리인, 주문, 청구취지 및 상소취지, 이유, 변론종결일(무변론일 경우에는 판결선고일), 법원을 적고 판결한 법관이 서명, 날인한다. 그리고 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장 및 공격방어방법에 관한 판단을 적는다(법 제208조제1, 2항).¹⁾²⁾ 다만, 제1심 판결 중 무변론판결이나 당사자가 변론기일에 출석하지 않아 자백한 것으로 보는 경우의 판결, 공시송달로 기일통지서가 송달되고 당사자가 변론기일에 출석하지 않은 경우의 판결에는 청구를 특정함에 필요한 사항과 상계의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다(법 제208조제3항). 따라서 원칙적으로 판결서에는 이유가 기재되어야 하고, 그 이유에는 당사자의 주장 및 공격방어방법에 관한 판단을 표시하여 당사자가 자신의 주장이나 공격방어방법이 받아들여졌는지, 받아들여지지 않았다면 왜 받아들여지지 않은 것인지를 알게 하여 재판에의 승복 여부를 결정할 수 있어야 한다.

만약 이유를 밝히지 않거나 이유에 모순이 있으면 상고이유가 되고(법 제424조제1항제6호), 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관한 판단을 누락하면 재심사유가 된다(법 제451조제1항제9호).³⁾

- 1) 1960. 4. 4. 법률 제547호로 제정되어 1960. 7. 1. 시행된 구 민사소송법 제193조제1항은 제3호에서 ‘사실과 쟁점’을, 제4호에서 ‘이유’를 기재하도록 규정하고, 제193조제2항은 ‘사실과 쟁점의 기재는 변론에서 한 당사자의 진술에 의하여 그 요지를 적시하여야 한다.’고 규정하였다. 이와 같은 사실과 쟁점의 적시는 법원의 판결서 작성에 큰 부담과 소송촉진의 역행을 초래한다는 비판이 있어 1961. 9. 1. 법률 제706호로 일부 개정되고 같은 날 시행된 구 민사소송법은 제193조제1항에서 ‘사실과 쟁점’을 삭제하고, ‘이유의 기재에서는 주문이 정당함을 인정할 수 있는 한도에서 당사자의 주장과 기타 공격 또는 방어방법의 전부에 관하여 판단을 표시한다.’는 내용으로 제2항을 개정하였다고 한다. 그리고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되고 2002. 7. 1. 민사소송법 제208조제2항은 ‘판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시한다.’고 규정하여 법률상 의미가 없는 주장 등에 관한 판단까지 실시하지 않아도 되도록 하였다. 사법연수원, 2017 민사실무 II, 제197-199쪽 참조
- 2) 그밖에 민사판결서 작성방식의 변화에 관해서는 대법원 사법정책연구원(연구책임자 양시훈) ‘판결에 대한 국민의 이해를 높이고 이를 알릴 수 있는 방안에 관한 연구’, 2015, 제44쪽 [표3-1] 민사판결서 작성방식 개선경과 참조
- 3) 그러나 대법원은 “판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하면 충분하고 당사자의 모든 주장이나 공격·방어방법에 관하여 판단할 필요가 없다(민사소송법 제208조). 따라서 법원의 판결에 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않더라도 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없다. 설령 판결에서 실제로 판단

그런데 다음에서 보는 바와 같이 관련법령은 일정한 경우 판결서를 작성함에 있어 판결이유를 생략할 수 있는 특례를 규정하고 있다. 따라서 이와 같이 판결서에 있어 주문과 더불어 매우 중요한 이유를 생략할 수 있게 하는 것이 타당한지 여부에 관하여 검토한다.⁴⁾

2. 판결 이유 제시의 의미 및 방법

가. 판결 이유 제시의 의미

판결에서 주문은 재판의 결론에 해당하고, 이유는 사실관계 확정 및 법률적용을 어떻게 하여 그러한 결론에 도달했는지를 설명하는 과정에 해당한다고 볼 수 있다. 판결을 한 법원이 왜 그러한 결론을 내렸는지는 판결이유를 알지 못하고서는 정확히 파악하기 어렵다. 당사자 입장에서 본다면 당해 판결에 불복한 것인지는 판결 이유를 검토하지 않고서는 제대로 결정할 수 없으므로, 판결이유 제시는 불복 여부에 대한 의사결정의 기초자료를 제공한다는 의미를 갖는다고 볼 수 있다.⁵⁾ 또한 당사자가 판결에 불복하여 상소하였을 경우 상급법원에게 판결이유는 하급심 재판의 당부를 판단하는 자료로서 기능하므로, 판결이유 제시는 상급법원에 심리의 기초자료를 제공한다는 의미를 갖는다. 한편, 법 제216조제2항에 따르면 상계로 대항한 액수에 한해 자동채권의 존부에 관하여 기판력이 생기므로 판결이유에 상계에 관한 판단이 있는 경우에는, 판결이유가 그 범위에서 기판력의 범위를 정하는 기능을 한다.⁶⁾

그리고 판결을 하는 담당법관은 제시할 판결 이유를 정리하면서 자신의 결론을 정리하거나 심증의 변화를 겪기도 하고, 이에 따라 때로 변론재개를 하기도 한다. 따라서 판결 이유 제시는 당해 재판에서 결론 도출과정의 객관성과 공정성을 담보하는 역할도 한다.⁷⁾⁸⁾

또한 재판에 있어 당사자는 청구취지를 이유 있게 하는 청구원인을 기재해야 하는 것과 마찬가지로 당사자의 청구에 대한 답변인 판결에서 결론인 주문에 대한 이유를 제시하는 것은 당사자의 재판청구에 대한 의무 이행의 기능을 한다고 볼 수 있다.⁹⁾

을 하지 않았더라도 주장이 배척될 경우임이 분명한 때에는 판결 결과에 영향이 없어 판단누락의 잘못이 있다고 할 수 없다.(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800, 42817, 42824, 42831 판결, 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803 판결 등)”고 판시하여 재심사유가 되는 판단누락의 범위를 좁히고 있다.

- 4) 그 외 결정과 명령(법 제224조제1항 단서)에는 이유 기재 생략할 수 있고, 소송촉진 등에 관한 특례법 제31조제2항 단서는 배상명령의 이유는 특히 필요하다고 인정되는 경우가 아니면 적지 아니한다고 규정하고 있으며, 가사소송법 제39조제3항은 라류 가사비송사건에는 이유를 적지 않을 수 있다고 규정하고 있으나 본 발표문에서는 민사판결서로 논의를 한정한다.
- 5) 따라서 판결 이유는 국민의 알 권리의 대상이 된다고 볼 수 있다. 이시윤, 신민사소송법 제10판, 박영사, 2016. 제617쪽 및 제619쪽도 이러한 취지로 서술하고 있다.
- 6) 사법연수원, 2017 민사실무 II, 제5-6쪽에서는 판결서의 본질적 기능으로 소개하면서 이를 각 ‘당사자에 대한 보고적 의의’, ‘상급심의 심리기초를 형성’, ‘판결확정 후 판결 효력범위의 명확화’라고 명칭하고 있다.
- 7) 사법연수원, 2017 민사실무 II, 제6쪽은 이를 판결서의 부수적 기능의 하나로 서술하고 있는데, 판결이유를 제시하지 않아도 된다면 결론도출과정의 정밀성이나 합리성에 대한 반추는 감소될 것이므로 이러한 기능은 상당 부분 퇴색될 것이다.
- 8) 한종열, 판결서의 이유기재, 판례월보 제271호, 판례월보사, 1993, 제25-26쪽은 자유심증주의를 채택하고 있는 우리 민사소송제도에서 자유심증주의의 한계인 법관의 자의 유무를 판단하기 위해서는 판결이유 제시가 필요하다고 주장한다.
- 9) 청구와 의무부과라는 법적논증이론에 따른 설명은 박종현, 심리불속행 상고기각판결에서 이유 기재 생략 제도의 위헌성 검토, 공법학연구 제12권제2호, 한국비교공법학회, 2013, 제362-364쪽 참조

이러한 의미에서 판결 이유 제시는 원칙적으로 판결의 본질적 사항이라 할 수 있을 것이다.

나. 판결이유 제시의 방법

이유제시의 방법은 구술이나 서면교부의 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다. 법(제206조, 제208조)은 이유가 기재된 판결원본에 의해 판결을 선고하고, 필요한 경우 이유를 간략히 설명하므로 서면을 통해 이유를 제시하는 것을 원칙으로 하고 있다고 볼 수 있다. 다만, 뒤에서 보는 바와 같이 소액사건심판법 제11조의 2는 판결서에 이유를 기재하지 않을 수 있고, 판결을 선고할 때 이유의 요지를 구술로 설명하여야 한다고 규정하므로 예외적으로 구술을 통한 제시가 인정되고 있다고 볼 수 있다. 그러나 구술로 설명하여 제시하는 방법은 이유제시 유무의 확인이나 판결이유의 보존의 측면에서 서면을 통한 방법보다는 불완전한 방법이라고 볼 수 있을 것이다. 그 외에도 녹음이나 녹화파일을 제시하는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이나, 현재 민사 관련법령에 규정된 바는 없다.

3. 판결서 이유 기재 생략의 배경 및 문제점

위에서 본 바와 같이 판결의 본질적 구성요소라고 할 수 있는 판결이유의 기재를 판결서에서 생략할 수 있게 한 것은 판결서 이유 기재에 상당한 시간과 노력이 소요되기 때문이다. 이는 재판지연의 한 요소로 작용하고, 결국 헌법 제27조제3항이 기본권으로 규정하고 있는 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 결과를 초래한다. 따라서 판결서의 이유 기재를 생략하여 판결서 작성의 부담을 경감함으로써 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 목적에서 이유 기재 생략 제도가 도입되었다고 볼 수 있다.

그러나 헌법 제27조가 규정하는 재판을 받을 권리는 신속한 재판뿐만 아니라 공정한 재판을 받을 권리도 포함하고 있다. 즉, 공평하고 적정한 재판을 받을 권리도 재판청구권의 한 내용인데, 이는 판결 이유를 알지 못하고서는 판단할 수 없다. 따라서 이유 기재 생략이 신속한 재판을 받을 권리를 보장할지는 몰라도 공정한 재판을 받을 권리를 침해함으로써 결과적으로 재판을 받을 권리를 침해하는 결과를 초래할 문제가 있다.¹⁰⁾

한편, 공정한 재판을 받을 권리를 보장하려는 목적에서 판결서에서 판결이유의 기능이 침해되지 않는 경우에도 모든 판결에서 이유 기재를 하도록 한다면 한정된 사법자원으로 재판의 신속을 꾀하기 어렵게 되어 신속한 재판을 받을 권리를 침해하게 되어 결과적으로 재판을 받을 권리를 침해하게 될 것이다. 즉, 재판을 받을 권리의 내용인 신속한 재판을 받을 권리와 공정한 재판을 받을 권리는 일정 범위에서 서로 긴장관계에 있으므로 적절한 조화를 도모해야 할 것이다. 이하에서는 판결서 이유 기재 생략에 관한 특례를 살펴보고, 그 타당성에 관해 검토한다.

10) 헌법재판소는 공정한 재판을 받을 권리에 대해 “이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302 결정, 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57 결정 등 참조)”고 판시하여 주로 공평에 치우쳐서 실시하고 있다. 그러나 공정이라는 개념은 공평뿐만 아니라 적정도 포함하는 개념이고, 헌법에 규정된 적법절차원칙을 절차의 적법성뿐만 아니라 절차의 적정성까지도 보장하는 것으로 파악하는 것(헌재 1998. 5. 28. 96헌바4 결정)에 비추어 보아도 재판의 적정은 공정한 재판을 받을 권리에 포섭된다고 할 것이다.

4. 판결서 이유 기재 생략에 관한 특례

가. 항소심판결의 제1심 판결 인용(법 제420조)

법 제420조는 항소심 판결은 제1심 판결이 법 제208조제3항에서 규정한 무변론판결, 자백간주판결, 공시송달에 의한 판결이 아닌 경우에는 판결이유를 적을 때 제1심 판결을 인용할 수 있다고 규정하고 있다. 통상 ‘이 부분에 관하여 이 법원이 실시할 이유는 아래와 같이 일부 내용을 추가하거나 고치는 것 외에는 제1심 판결의 OO 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.’라고 기재하고 그 아래에 고치거나 추가하는 부분을 기재한다.

나. 소액사건의 판결서

소액사건심판법 제11조의2 제2항은 “판결을 선고함에는 주문을 낭독하고 주문이 정당함을 인정할 수 있는 범위 안에서 그 이유의 요지를 구술로 설명하여야 한다.”, 같은 조 제3항은 ‘판결서에는 민사소송법 제208조의 규정에 불구하고 이유를 기재하지 아니할 수 있다.’고 각 규정하고 있다. 법 제208조가 판결서에 이유를 기재하도록 하면서 제206조가 필요한 때 이유를 간략히 설명할 수 있다고 규정함에 반해 소액사건심판법은 이유의 요지를 구술로 설명할 것을 의무로 규정하면서 판결서에 이유를 기재하지 않을 수 있다고 규정하여 법과는 반대로 설명은 의무로, 이유 기재는 재량으로 규정하고 있다.

다. 심리불속행, 상고이유서부제출로 인한 상고기각판결서

상고심절차에 관한 특례법 제5조제1항은 대법관 3명 이상으로 구성된 소부에서 재판하는 경우 소송기록접수통지를 받은 날부터 20일 이내에 상고이유서를 제출하지 않거나¹¹⁾ 원심법원으로부터 상고기록을 받은 날부터 4개월 이내에¹²⁾ 상고심절차에 관한 특례법 제4조¹³⁾에 따라 심리를 하지 않고 판결로 상고를 기각하는 경우 그 판결서에 이유를 적지 않을 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제2항은 위 각 상고기각판결은 선고가 필요하지 않고, 상고인에게 송달함으로써 효력이 생긴다고 규정하고 있다.¹⁴⁾ 심리불속행, 상고이유서부제출로 인한 상

11) 법 제429조, 제427조

12) 상고심절차에 관한 특례법 제6조제2항

13) 제4조 (심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각 호의 어느 하나의 사유를 포함하지 아니한다고 인정하면 더 나아가 심리(審理)를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각(棄却)한다.

1. 원심판결(原審判決)이 헌법에 위반되거나, 헌법을 부당하게 해석한 경우
2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 경우
3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원 판례와 상반되게 해석한 경우
4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원 판례가 없거나 대법원 판례를 변경할 필요가 있는 경우
5. 제1호부터 제4호까지의 규정 외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 경우
6. 「민사소송법」 제424조제1항제1호부터 제5호까지에 규정된 사유가 있는 경우

② 가압류 및 가처분에 관한 판결에 대하여는 상고이유에 관한 주장이 제1항제1호부터 제3호까지에 규정된 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 경우 제1항의 예에 따른다.

③ 상고이유에 관한 주장이 제1항 각 호의 사유(가압류 및 가처분에 관한 판결의 경우에는 제1항제1호부터 제3호까지에 규정된 사유)를 포함하는 경우에도 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 제1항의 예에 따른다.

1. 그 주장 자체로 보아 이유가 없는 때
2. 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때

고기각 판결을 하는 경우에 판결이유를 기재하는 예는 거의 없는 것으로 보인다. 통상 심리불속행으로 인한 상고기각 판결서에는 이유 부분에 ‘이 사건 기록과 원심판결 및 상고이유를 모두 살펴보았으나, 상고인들의 상고이유에 관한 주장은 상고심절차에 관한 특례법 제1항 각호에 정한 사유를 포함하지 아니하거나 이유가 없다고 인정된다. 이에 같은 법 제5조에 의하여 상고를 모두 기각하고 상고비용은 원고가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다’라고 기재한다.¹⁵⁾

5. 판결서 이유 기재 생략에 관한 외국의 입법례 등

가. 미국

미국 Federal Rules of Civil Procedure(FRCP) Rule 52 (a) Findings and Conclusions (1) In General¹⁶⁾은 비배심재판이나 조연적 배심재판의 경우 법원은 사실인정과 결론을 별도로 진술하여야 하고, 이러한 사실인정과 결론은 증거조사가 끝난 후 법원이 등록한 의견서나 메모에서 언급될 수 있다고 규정한다. 여기서 사실인정이 이유에 해당하거나 포함될 수 있을 것이다.¹⁷⁾

그리고 배심재판의 경우 배심원들이 평결로 사실인정을 하므로 배심원들에 의해 주문이 결정되지만, 배심원들이 결정한 주문에 따라 서기가 판결을 작성, 등록하므로 별도의 판결이유가 없다고 한다. 다만, 판사가 배심원들의 평결을 따르지 않는 경우 그 이유를 제시하는 것이 보통이나 이런 경우는 거의 없다고 한다.¹⁸⁾

나. 독일

독일 민사소송법(Zivilprozessordnung, ZPO)은 당사자가 구두변론종결일부터 2일까지 상소를 포기하거나 판결에 대해 상고하지 않을 것이 명백한 때에는 이유를 기재하지 않아도 되고(ZPO 제313조a), 결석판결, 인낙판결, 포기판결에 대해서는 이유 기재가 필요하지 않다는 내용을 규정하고 있다(ZPO 제313조b 제1항). 또한 상고심 판결서 작성에 있어서도 절차하자에 대한 당사자의 이의가 절대적 상고이유에 따른 것이 아닌 한 이를 받아들이지 않는다면 이유를 기재할 필요가 없다(ZPO 제313조b 제1564조).¹⁹⁾

다. 일본

일본 민사소송법 제253조제1항은 판결서에 이유를 기재하도록 규정하고 있고, 이유기재를 생

14) 심리불속행기각제도의 연혁과 내용에 대해서는 박종현, 위 논문(주 9) 제353쪽 이하 참조

15) 이는 일본 최고재판소의 상고불수리결정의 이유와 매우 유사하다. 하상익, 프랑스, 독일, 일본의 상고심의 민사판결서 작성 방식, 사법 제44호, 사법발전재단, 2018, 제195쪽 참조

16) In an action tried on the facts without a jury or with an advisory jury, the court must find the facts specially and state its conclusions of law separately. The findings and conclusions may be stated on the record after the close of the evidence or may appear in an opinion or a memorandum of decision filed by the court. Judgment must be entered under Rule 58.

17) 김도훈, 재판에서의 이유 기재 생략에 관한 고찰, 법학연구 제15집제3호, 인하대학교 법학연구소, 2012, 제694쪽, 각주 20)

18) 이재홍, 우리나라와 외국의 판결서 작성방식과 그 개선방안, 법조 제46권제9호, 법조협회, 1997, 제171-172쪽

19) 이재홍, 위 논문(주 18) 제175-176쪽; 김영철, 독·불·미·영·일의 판결문 작성방식, 법조 제41권제5호, 1992, 제61쪽; 하상익, 위 논문(주 15) 제172쪽

략할 수 있다는 조문은 없다. 그러나 일본 민사소송법 제254조제1항은 피고가 구술변론에서 원고 주장사실을 다투지 않고 방어방법도 제출하지 않은 사건, 피고가 공시송달로 소환을 받고 구술변론기일에 불출석하여 원고의 청구를 인용하는 사건은 판결원본에 의하지 않고 선고할 수 있다는 선고방식의 특칙을 두고 있다. 이어 제254조제2항은 이 경우 판결서 작성에 갈음하여 판결을 선고한 구술변론기일 조서에 당사자와 법정대리인, 주문, 청구와 이유요지를 기재하도록 하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 제374조제2항은 소액사건에 제254조를 준용하고 있다. 다만, 원고는 통상소송절차와 소액소송절차 중 선택할 수 있고, 이에 대해 피고는 제1회 구술변론기일 종결 전까지 통상소송절차로 이행을 청구할 수 있다. 법원도 소액소송절차에 따르는 것이 적당하지 않은 사건이라고 판단하면 직권으로 통상소송절차로 이행하는 결정을 한다(제373조).²⁰⁾

6. 이유 기재 생략의 타당성에 관한 검토

가. 제1심 판결을 인용한 항소심 판결서

제1심 판결을 인용한 항소심 판결서는 제1심 판결의 판결이유를 인용하여 제시한 것이므로 판결 이유 기재 생략한 것은 아니라고 볼 수도 있다. 항소인이 항소심에서 제1심에서 한 주장 및 공격방어방법을 그대로 반복하는 경우에는 그와 같이 제1심 판결의 이유를 그대로 인용하더라도 별다른 문제는 없을 것이다. 그러나 항소인이 항소를 하면서 항소이유로 제1심과는 다른 주장 및 공격방어방법을 제시하거나 제1심에서 제시한 주장 등에 더하여 새로운 주장 및 공격방어방법을 추가한 경우에는 이에 관하여도 이유를 제시해야 할 것이다. 위에서 본 바와 같이 통상 제1심에서 한 주장 및 공격방어방법에 대한 판단이 제1심과 동일한 경우에는 제1심 판결의 해당 부분을 인용하고, 이에 더해 항소심의 판단을 추가하는 방법으로 이유를 제시하므로 이러한 경우에도 문제는 없어 보인다. 그런데 항소심에서 다투면서 제1심에서 한 주장 및 공격방어방법 외에 새로운 주장 및 공격방어방법을 추가했는데도 이에 관한 추가 이유를 제시하지 않고 제1심 판결의 이유를 인용한다고만 기재한 경우에는 새로운 주장 등에 관한 이유 제시가 없으므로 이는 이유를 밝히지 않은 것에 해당할 것이다. 그러나 이는 항소심 판결에 제1심 판결 이유를 인용할 수 있도록 한 것에 연유한 것이라기보다는 항소심 판결이 이유를 기재하지 않은 것이다. 이러한 점에서 항소심 판결이 제1심 판결 이유를 인용할 수 있도록 한 것은 소송경제나 재판의 신속에 이바지하면서도 이유 기재를 생략하는 문제를 초래하지 않으므로 타당하다고 보인다.

나. 상고이유서 부제출로 인한 상고기각판결서

이는 법이 정한 형식적인 사유로 인해 상고기각을 하는 경우이므로 따로 기재할 실질적인 판결 이유가 없을 것이다. 따라서 이 경우에는 판결 이유를 기재하더라도 상고장에 상고이유에 관한 기재가 없고, 법이 정한 20일 내에 상고이유서의 제출이 없었다는 점 외에는 판결 이유 기재를 생략하게 했다는 점에 문제는 없어 보인다.

20) 김상영, 민사단독사건의 판결이유 기재생략에 대하여 - 입법예고된 민사소송법개정법률안 제208조제3항에 대한 비판적 고찰, 부산법조 제18호, 부산지방변호사회, 2000, 제51-54쪽; 김도훈, 위 논문(주17) 제695-696쪽; 유해용, 민사 항소심 판결의 작성 방식개선을 위한 제안, 법조 제54권제4호, 법조협회, 2005, 제191-192쪽

다. 소액사건의 판결서

제1심에 접수된 민사 본안사건 중 소액사건은 2015년 702,273건, 2016년 686,407건, 2017년 774,440건²¹⁾으로 연간 70만 건 전후이다.²²⁾ 그런데 이런 소액사건에서 패소한 당사자는 판결서에 이유가 없어 자신이 패소한 이유를 알 수 없어 당사자들이 승복하기 어렵고, 국민들의 재판받을 권리가 침해된다는 취지의 문제제기가 꾸준하다.²³⁾

이에 여러 차례 헌법재판소에 소액사건심판법 제11조의2제3항의 위헌을 다투는 헌법소원이 제기되었으나 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 판결서의 작성 방식 내지 기재사항에 대한 특례를 규정하고 있는 것에 불과하여 그 자체만으로써 그 어떤 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈을 가져온다고 보기 어렵고, 이는 구체적인 소송사건의 재판절차에 있어 판결을 성립시키기 위한 준비행위로서의 판결서 작성에 관하여 적용되는 법규범으로서 법원의 재판이라는 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미칠 수 있게 되므로, 이 사건 법률조항 자체로 인하여 청구인의 기본권이 직접 침해되고 있다고 할 수 없다”는 이유로 심판청구를 각하하였다.²⁴⁾

다만, 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마19 결정에서 반대의견은 소액사건을 판결을 선고하면서 담당판사가 판결이유의 요지를 구술로 설명하지 않은 부작위가 위헌이라는 의견을 제시하면서 다음과 같이 이유를 밝혔다.

“민사판결의 선고는 재판장이 판결원본에 따라 주문을 낭독함으로써 이를 하는 것이고, 판결이유의 설명 내지 제시는 그 이유가 필요적으로 기재되는 판결서를 당사자에게 송달하는 과정을 통해 이루어진다. 이에 비하여 소액사건의 판결을 선고할 때 주문의 낭독과 함께 재판장이 이유의 요지를 구술로 설명하도록 하는 것은 이 사건 법률조항에 의하여 소액사건 판결서에 이유 기재를 생략할 수 있는 점을 고려하여 통상의 민사판결과 경로는 다르더라도 반드시 소송당사자에게 판결의 주문을 뒷받침하는 이유를 직접 제시하도록 한 것이다. (중략)

그런데 우리 헌법 제27조 제1항은 국민의 ‘재판받을 권리’를 기본권으로서 보장하고 있는바, 이러한 재판청구권은 그것에 내재하는 효율적인 권리구제 내지 권리보호의 요청으로부터 ‘청문청구권’이라는 절차적 기본권을 포함하고 있다. 이러한 청문청구권은 법원에서의 법적 청문을 보장하는 권리로서 법적 분쟁의 당사자가 법원의 결정 이전에 판단근거가 된 사실관계와 법률관계에 관하여 진술할 기회를 가질 권리를 본질로 하는바, 이러한 진술권이 효율적으로 행사되도록 하기 위해 청문청구권은 그 내용에 있어 ‘정보를 구할 권리’, ‘진술할 권리’, ‘진술한 내용의 고려를 요구할 권리’의 3가지 실현단계로 구성되어 있다. 이 중 특히 진술한 내용의 고려를 요구할 권리에 대응하여 당사자의 주장을 고려하여야 할 법원의 의무는 법원이 당

21) 2016. 11. 29. 대법원규칙 제2694호로 일부개정되고 2017. 1. 1. 시행된 소액사건심판규칙 제1조의 2가 소가 3천만 원 이하의 사건을 소액사건으로 규정하여 소액사건의 범위가 확대되어 2017년 소액사건 접수건수가 다소 늘어났다.

22) 민사본안사건 1,078, 2016년 1,048법원행정처, 2018년 사법연감, 제552쪽 민사사건 접수·처리 총괄(표5) 참조

23) 2019. 2. 5. 연합뉴스, 판결이유 없는 소액판결문...“승복 어려워”; <http://www.yonhapnewstv.co.kr/MYH20190205007300038/>, 2010. 1. 24. SBS 뉴스, ‘이유’는 묻지 마라?... 법조계, 소액사건 ‘푸대접’; https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1000701554 등

24) 헌재 2012. 7. 24. 2012헌마576, 헌재 2011. 6. 28. 2011헌마312, 헌재 2006. 7. 4. 2006헌마702, 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마19 등

사자의 주장을 인식하고 고려했다는 것이 충분히 드러나도록 판결에 이유를 제시할 의무를 통해 구체적으로 표현되고 있다. 이처럼 법원에게는 헌법상의 재판청구권에서 유래하는 판결이유 제시의무가 부과되어 소액사건의 경우 판결 선고시 이유를 설명하도록 한 소액사건심판법 제11조의2 제2항에 구체화되어 있다 할 것이다. (중략)

판결이유의 제시 내지 설명은 이미 내부적으로 확정된 판결내용을 단지 외부에 알리는 행위로서 이 사건 부작위와 같은 이유 설명의무 불이행의 하자는 당해 판결의 내용에 반영되어 있다고 볼 수 없으므로 이에 대하여는 상소를 통한 구제가 적절하다고 보기 어렵다. 소송당사자의 입장에서 볼 때 소액사건의 판결 선고시 재판장이 이유를 구술로 설명하지 아니함으로 인하여 판결의 주문을 뒷받침하는 이유를 알지 못하게 된다면 재판결과에 승복할지 여부를 쉽사리 결정하기 어렵고, 그 결과 더 이상 소송을 계속하고 싶은 마음이 많지 않더라도 판결이유의 설명 내지 고지만을 따로 청구할 법령상의 근거가 뚜렷하지 않는 터에 부득이 그 이유를 알기 위한 목적만으로 상당한 시간과 비용이 소요되는 항소의 길을 택할 수밖에 없으며, 또 판결결과에 불복하여 항소를 한다 하더라도 적절한 항소이유를 개진할 수 없는 등 소송수행상의 어려움을 겪을 수밖에 없게 된다. 다른 한편 승소한 당사자라 하더라도 자신이 구체적으로 어떠한 이유로 승소했는지 알 수 없는 데 따른 사실상의 불이익을 입게 될 것이 틀림없다(원고 승소라면 자신이 내세운 수개의 청구 또는 청구원인 중 어느 것이 받아들여진 결과인지, 일부가 인용되었으면 그 연유는 어떠한지, 피고가 주장한 항변에 대한 법원의 판단은 무엇인지 등을, 피고 승소라면 상대방인 원고가 내세운 청구원인 자체가 이유 없다는 것인지 아니면 피고의 항변이 받아들여진 결과인지, 또 수 개의 항변 중 어떤 것이 어느 범위에서 받아들여진 것인지 도무지 알 길이 없다).”

위 반대의견도 소액사건심판법 제11조의2 제3항은 법원의 재판이라는 구체적인 집행행위를 매개로 기본권에 영향을 미치므로 직접성을 결여하였다는 점에 대해서는 긍정하고 있고, 다만 이유 설명의무가 이행되지 않은 부작위는 위헌이라는 취지이다. 그 이유로 재판청구권은 청문청구권이라는 절차적 기본권을 포함하고 있고, 청문청구권은 ‘진술한 내용의 고려를 요구할 권리’를 한 내용으로 하며 이 권리에 대한 법원의 의무가 판결이유제시의무인데, 소액사건이 아닌 사건에서는 판결서에 이유 기재의무로, 소액사건에서는 이유설명의로 구체화되므로 재판청구권에서 도출되는 이유제시의무를 이행하지 않은 부작위는 위헌이라는 것이다.

그런데 민사판결 선고는 당사자가 출석하지 않아도 할 수 있는데(법 제207조제2항), 소액사건에서 당사자나 대리인이 출석하지 않은 경우에는 담당판사가 이유 설명의무를 이행할 수 없어 이유제시의무를 이행할 수 없다.²⁵⁾ 법원사무관이 판결서를 받은 날부터 2주 이내에 판결서 정본을 송달하므로 소액사건이 아닌 경우에는 판결서에 기재된 이유로써 이유제시가 이루어지나, 당사자나 대리인이 선고기일에 불출석한 소액사건의 경우에는 판결서의 송달로도 이유제시가 이루어질 수 없다. 이를 두고 당사자나 대리인이 선고기일에 출석하지 않았으므로 이유제시가 이루어지지 않더라도 정당화될 수 있다고 주장할 여지도 있으나, 선고기일에 당사자나 대리인의 출석이 의무가 아니므로 당사자나 대리인의 불출석을 이유로 판결이유를 제시하지 않은 것이 정당화된다고 보기는 어렵다고 본다.²⁶⁾ 또한 이 경우에는 상고이유서 부제출로 인

25) 소액사건심판법 제11조의2 제1항은 소액사건의 판결은 변론종결 후 즉시 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 당사자가 변론기일에 출석한 경우 변론종결 후 즉시 판결을 선고하는 경우에는 이유설명 의무를 이행할 수 있을 것이다.

한 상고기각판결이나 항소심의 제1심 판결이유의 인용과 같이 판결서에 이유가 기재되지 않더라도 당사자가 사실상 이유를 알 수 있다는 등의 사정이 없으므로 실질적으로 이유제시가 이루어졌다고 볼 수 없어 당사자의 재판청구권이 침해되었다고 보아야 한다. 위 반대의견이 설시한 바와 같이 이러한 재판청구권의 침해로 인해 판결이유를 알 수 없는 소액사건의 경우 재판을 계속하려는 마음이 강하지 않아 판결이유가 제시되었더라면 그 결과에 승복할 수도 있었을 당사자가 판결이유를 몰라 결과를 납득하지 못한 결과 항소를 제기한다면, 소액사건의 제1심은 통과의례로 인식되어 사법불신이 조장되고 항소율도 높아져 결과적으로 소액사건의 최종적인 처리가 늦어져 소액사건의 신속한 처리를 목적으로 하는 소액사건심판법의 취지가 무색해질 수밖에 없을 것이다.²⁷⁾

따라서 변론종결 후 즉시 판결을 선고하거나 당사자나 대리인이 선고기일에 출석하여 담당판사가 이유설명의무를 이행한 경우에는 판결서에 이유기재를 생략할 수 있으나 그렇지 않은 경우에는 판결서에 이유를 기재해야 하는 것으로 법을 개정해야 할 것으로 본다.²⁸⁾²⁹⁾ 또한, 변론종결 후 즉시 판결을 선고하거나 당사자나 대리인이 선고기일에 출석하여 담당판사가 이유설명의무를 이행한 경우라도 당사자나 대리인이 이해하지 못할 수도 있으므로 그러한 경우에도 판결서에 이유를 기재해야 할 것이다.³⁰⁾³¹⁾ 이런 경우 사법자원의 효율적 배분이 어려워져

26) 일본과 같이 소액사건절차와 통상소송절차를 당사자가 선택할 수 있다면 판결이유 기재에 관한 권리를 포기하는 의미를 가진 당사자의 소액사건절차 선택에 의해 이유기재 생략이 정당화된다고 볼 수는 있을 것이다.

27) 김성태, 민사소액사건에 있어서 판결서 이유기재 생략에 관한 소고, 비교법연구 제17권3호, 동국대학교 비교법문화연구원, 제144쪽; 김도훈, 위 논문(주 17) 제704-705쪽도 같은 취지의 의견이다.

28) 다만, 판결이유의 요지를 기재하는 것으로 재판의 신속을 도모할 수 있을 것으로 본다. 이 경우 판결이유의 요지는 당사자의 주장을 인식하고 고려했다고 인정될 수 있는 정도여야 할 것이다. 판결이유의 요지는 현행법에서도 구술로 설명하여야 한다고 규정하고 있으므로, 구술로 설명하는 이유요지를 판결서에 기재하는 것이 커다란 업무부담을 추가하는 것이라고 보기는 어려울 것이다.

29) 이환승, 지정토론문 외국에서도 높이 평가받고 있는 우리나라 소액사건심판제도, 소액사건심판제도 개선을 위한 심포지엄 자료집, 서울지방변호사회, 2010, 제41-42쪽은 소액사건에 이유를 기재하라고 하는 것은 전 세계적으로 유례가 없다고 주장하나, 이는 우리나라의 소액사건은 소가 3천만 원 이하의 사건으로 하고 있어 다른 나라에 비하여 소액사건의 범위가 훨씬 넓은 점과 각국의 재판제도의 역사적 형성과정과 발전과정이 다를 수 있음을 간과한 주장으로 보인다(일본: 60만엔, 미국: 3,000 ~ 10,000 달러 사이로 각 주마다 상이(다만 테네시주는 25,000 달러), 영국: 잉글랜드와 웨일즈는 5천 파운드, 북아일랜드는 1천 파운드를 각 기준으로 한다), 나종갑, 소액사건심판제도 운용상의 문제점에 대한 소고, 소액사건심판제도 개선을 위한 심포지엄 자료집, 서울지방변호사회, 2010, 제15-20쪽 참조).

30) 김성태, 위 논문(주 27) 제149쪽은 변론종결 후 즉시 판결을 선고하여 양 당사자가 이유의 요지를 구술로 설명할 수 있는 경우에는 이유기재를 생략하도록 해야 한다고 한다. 그러나 소액사건의 경우 법률전문가가 아닌 당사자가 본인 소송을 하는 경우가 많아 구술로 이유의 요지를 들었다고 하더라도 이해하지 못할 가능성이 높다(김성태, 위 논문(주 27) 제145-146쪽 [표-3] 최근 5년간 제1심 민사 본안사건의 소액사건에서 변호사 선임건수(출처: 법원행정처, 사법연감 2013-2017)에 따르면 매년 소액사건에서 본인소송건수는 80%가 넘는다). 따라서 이 경우에도 당사자나 대리인이 이유의 요지를 이해하지 못했다면 판결서에 기재하여 다시 제시할 필요가 있어 보인다.

31) 당사자나 대리인이 이유의 요지를 이해하지 못했다더라도 법원은 이유제시의무를 다한 것이므로 또 다시 이유설명의무를 이행하라고 하는 것은 지나치다는 반론이 있을 수도 있으나, 구술을 통한 이유제시의 불완전성과 판결이유의 기능을 고려하면 구술을 통한 이유제시 후에 당사자나 대리인이 이유요지를 다시 확인하는 것은 보장되어야 할 것이다. 따라서 이 경우 법정에서 당사자나 대리인이 이유의 요지를 이해하지 못했다면 진술한다면 판결서에 이유를 기재하여 서면으로 제시하는 방법이 간명해 보인다. 그렇지 않다면 판결서 송달 후에 당사자나 대리인이 다시 이유를 확인하고자 할 경우 추가로 판결이유서를 청구하는 등의 제도를 생각해 볼 수 있는데(이재흥, 위 논문(주 18) 제192쪽은 판결선고는 청구를 특정할 수 있을 정도로 간략하게 작성한 판결서로 하고, 사건이 항소되거나 당사자가 신청하는 경우 판결이유보충서를 작성하여 판결서에 첨부시키는 방식의 판결이유보충서 제도를 제안하

신속한 재판의 저해라는 측면에서 재판청구권의 침해가 있을 수 있다는 반론이 예상된다. 그러나 신속한 재판의 구현은 공정한 재판을 받을 권리를 희생하여 이루어져서는 안 되고, 양가치의 적절한 조화 속에 이루어져야 할 것이다.³²⁾ 행정청이 행정처분을 하는 경우에도 예외적인 경우 외에는 처분의 근거와 이유를 제시하도록 하고 있고, 예외적으로 처분의 근거와 이유를 제시하지 않은 경우에도 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하도록 하고 있는데,³³⁾ 국민의 권리구제의 최후의 보루라고 할 수 있는 법원이 판결을 함에 있어 당사자의 요청에도 이유제시를 하지 않는 것은 부당하다고 본다.

라. 심리불속행 상고기각판결서

민사상고심 심리불속행기각률이 매해 상승하여 2017년에는 77.2%를 기록했다. 이에 따라 심리불속행기각판결에 대한 비판적인 견해도 계속되고 있는데, 주된 이유는 판결이유의 기재가 없는 것에 있는 것으로 보인다.³⁴⁾

심리불속행기각판결의 이유기재 생략에 관한 상고심절차에 관한 특례법 제5조제1항 중 제4항에 관한 부분 역시 여러 차례 헌법재판소에 위헌성을 다투는 헌법소원심판청구가 있었는데, 다음과 같은 이유로 모두 기각되었다.³⁵⁾

“앞서 본 바와 같이 특례법 제4조 및 제5조에서 규정하는 심리불속행제도는 남상고 사건에 대한 신속한 처리를 통하여 정당한 당사자의 재판을 받을 권리를 충실히 하기 위한 제도로써 그 입법취지 및 규정내용 등에 비추어 충분히 합리성이 인정된다. 이러한 입법취지 등을 고려하여 특례법 제5조 제1항에서는 판결에 이유를 기재하여야 한다는 민사소송법 제208조의 특칙으로서 심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 것이다. 또한 특례법 제5조 제1항은 심리불속행제도의 내용을 구성하는 절차적 규정으로서 헌법재판소는 앞서 본 바와 같이 이 부분 조항을 포함한 심리불속행제도에 대하여 여러 차례 합헌결정을 선고한 바 있다.

고 있다), 이는 판결서에 이유를 기재하는 것보다 더 번거롭고 업무부담을 가중하는 것이라고 본다. 한편으로는 선고기일에 판결선고를 녹화 또는 녹음하고, 당사자나 대리인이 판결서 송달 후 판결이유제시를 요구하는 경우 선고기일의 녹화 또는 녹음 파일의 해당사건 선고부분만의 파일을 추출하여 제공하는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다.

32) 나종갑, 위 논문(주29) 제24쪽은 소액사건 판결이유 기재 생략은 국민보다는 법원의 편익을 위한 제도로 보인다고 하면서, 소액사건은 상고가 제한되므로(소액사건심판법 제3조) 항소이유서 작성 및 항소심 변론을 위해 일반 민사변론사건보다 더 충실하게 판결이유를 기재할 필요가 있다고 한다.

33) 행정절차법 제23조

제23조(처분의 이유 제시) ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

② 행정청은 제1항제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

34) 심리불속행기각율은 2013년 51.7%, 2014년 54.5%, 2015년 60.7%, 2016년 70%였다. 이러한 심리불속행기각률의 상승은 파기율의 하락과 연관이 있어 보인다(민사본안사건 중 단독사건의 파기율은 2013년 6.0%, 2014년 5.6%, 2015년 5.9%, 2016년 4.3%, 2017년 3.9%이고, 합의사건 파기율은 2013년 11.0%, 2014년 11.0%, 2015년 10.5%, 2016년 7.8%, 2017년 6.4%이다. 법원행정처, 2018년 사법연감 제642-643쪽 참조). 2018. 3. 8. 법률신문 뉴스, 민사 상고심 심리불속행 기각률 77% ‘역대 최고’; <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=140752> 참조

35) 2007헌마88-255(병합), 현재 2018. 11. 29. 2016헌마875, 2015. 2. 26. 2013헌마574-816(병합), 현재 2012. 11. 29. 2012헌마664, 현재 2007. 7. 26. 2006헌마551 등

한편 심리불속행 상고기각판결에 이유를 기재한다고 해도, 당사자의 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는지 여부만을 심리하는 심리불속행 재판의 성격 등에 비추어 현실적으로 특례법 제4조의 심리속행사유에 해당하지 않는다는 정도의 이유 기재에 그칠 수밖에 없고, 나아가 그 이상의 이유 기재를 하게 하더라도 이는 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키는 것으로서 심리불속행제도의 입법취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

따라서 심리불속행 재판의 판결이유를 생략하도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분은 그 입법취지 등에 비추어 합리성이 인정될 뿐 아니라 이 사건에서 종전결과와 달리 판단하여야 할 아무런 사정변경도 없으므로, 이 부분 조항이 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 볼 수는 없다.“

그러나 현재 2007. 7. 26. 2006헌마551, 2007헌마88·255(병합) 결정³⁶⁾의 반대의견³⁷⁾은 심리불속행 상고기각판결에서 본안에 관한 심리를 하지 않으므로 본안에 관한 이유를 기재할 수 없는 것은 당연하지만, “심리불속행의 이유”는 기재되지 않으면 당사자는 자신이 주장한 상고이유가 왜 심리불속행사유에 해당되는지 알 수 없어 판결의 재심사유인 판단누락의 유무 등 적법 타당성을 살펴볼 기회가 원천적으로 차단되므로 재판청구권을 침해한다고 하였다. 또한 재판의 정당성과 권위는 합리적인 이유를 통한 국민의 설득이 있어야 가능하므로 아무런 이유 제시 없이 재판의 결과에 승복하라고 하는 것은 국민주권주의에 반하고, 헌법과 법률에 따른 재판은 법치주의의 핵심인데 이유 제시 없는 재판을 가능하게 하는 법률은 과연 재판이 헌법과 법률에 따라 이루어졌는지를 알 수 없게 하므로 법치주의에 반한다고 하였다. 그리고 다수의 의견에 대해 법원의 업무부담 경감은 인력이나 조직의 확충, 관할의 조정 등과 같은 제도의 개선을 통해 해결하여야 하고, 심리불속행대상 사건의 범위에 제한도 없는 상황에 더해 상고심판결은 불복할 수 없는 최종적인 판결이라는 점, 심리불속행이유의 요지만 구체적으로 기재하면 충분하므로 재판의 지연을 초래하지 않는 점, 이유 기재 생략은 재심청구권도 박탈하고 있는 점, 국민의 재판청구권을 침해한다는 비판을 받던 상고허가제나 이유제시 없는 심리불속행기각제도나 국민의 입장에서는 차이가 없는 점, 이유기재의 생략은 판결의 본질에 반하는 점 등에 비추어 이유 기재 생략은 재판청구권을 침해하는 것이며, 심리불속행 기각판결을 인지환급대상에서 제외하고 있는 민사소송 등 인지법 조항에 대한 합헌 이유와는 모순적인 이유를 제시하고 있다고 비판하였다.³⁸⁾³⁹⁾

36) 현재 2007. 7. 26. 2006헌마551, 2007헌마88·255(병합) 결정 이전의 심리불속행으로 인한 기각판결의 이유기재에 관한 헌법재판소 결정의 추이에 관해서는 박종현, 위 논문(주 9) 제356-357쪽 참조

37) 김희옥, 김종대, 송두환 재판관

38) 가. 이 사건 제5조 제1항의 문제점과 재판청구권의 침해

심리불속행 상고기각은 상고이유의 당부에 관하여 판단하기에 앞서 상고인이 주장한 상고이유에 민사소송법상의 적법한 상고이유가 실질적으로 포함되어 있는가를 검토한 후 이에 해당하지 않는다고 판단될 경우 본안에 관한 심리를 더 이상 속행하지 않은 채 상고를 기각하는 것이므로 심리불속행 상고기각 판결에서는 본안에 관한 이유를 기재할 수 없음이 자명하다. 따라서 이 사건 제5조 제1항에서 우리가 문제 삼는, 기재가 생략되어서는 안 될 “이유”란 상고사건의 본안에 관한 이유가 아니라 “심리불속행의 이유”를 의미하는 것이다.

그런데 심리불속행으로 상고를 기각하면서 그 이유를 기재하지 않는 경우 상고한 당사자로서는, 상고가 적법함에도 불구하고 상고사건에 대한 대법원의 중국적인 판단이 거부되었을 뿐 아니라 자신이 주장한 상고이유가 왜 심리불속행 사유에 해당되는지에 대해서도 아무런 이유를 제시받지 못한 채 패소의 확정판결을 받게 되는 것이므로 그 결론의 적법 타당성을 알 방법이 없고 심지어 판단유탈과 같은 재심사유가 있는지 여부조차 알 수가 없다.

결국 이 사건 제5조 제1항은 대법원의 심리불속행 상고기각 판결에 대해서 그 이유를 전혀 기재하지 않

을 수 있도록 함으로써, 그 판결이 과연 적정한 것이었는지, 혹시 상고인의 주장에 대한 판단을 누락 하였거나 잘못 판단한 점은 없는지 등에 대해 살펴볼 가능성을 원천적으로 차단하고 있으므로 상고인의 재판청구권을 침해할 소지가 생겨난다.

나. 국민주권주의와 법치주의 아래서의 재판

(1) 국민주권주의와 재판

헌법은 대한민국의 주권이 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 점을 명백히 선언하고 있다(제1조 제2항). 국가권력의 하나인 사법권 역시 국민으로부터 나오는 것이므로 현실적으로는 법관이 재판을 담당하지만 이념적으로는 국민으로부터 위임받은 권한을 법관이 행사할 뿐이다. 이것은 곧 국민이 국민의 이름으로 재판하고 재판을 받는다는 것을 의미하는 것으로 치자와 피치자의 동일성을 핵심 원리로 하는 민주주의 국가의 사법이념이기도 하다.

따라서 국민주권주의가 확립된 오늘날의 민주주의 국가에서는, 재판권을 행사하는 자가 치자로서 갖는 고유한 힘에 의해 재판했다는 이유로 그 재판이 정당화되거나 그 결과에 불복을 요구할 수 있는 권위가 인정되지는 않는다. 재판이 정당성을 확보하고 권위를 인정받기 위해서는 납득할 만한 합리적인 이유를 통해 국민을 설득할 수 있어야 하고 필요한 최소한도의 불복방법을 보장해 주어야 한다.

재판에서 당사자를 설득하기 위한 노력이 바로 이유의 제시이고 이러한 이유의 제시야말로 최소한의 불복방법을 보장해 주는 수단이 된다.

아무런 이유를 기재하지 않은 채 재판의 결론만을 선고하면서 선고와 동시에 재판이 확정되었으니 그 결과에 대해 승복하라고 요구하는 것은 일방적이고 권위주의적 권력관계를 기초로 한 과거의 전제군주 통치체제하에서라면 몰라도 근대민주주의 국가에서의 재판 이념과는 부합하지 아니하며 사법에 대한 국민의 불신을 초래하여 민주주의 국가의 사법제도의 존립 근거를 위협하게 될 우려마저도 없지 않다.

(2) 법치주의와 재판

재판은 법치주의의 핵심 제도로서 구체적인 사건을 놓고 거기에 헌법과 법률을 적용해 무엇이 법인가를 선언함으로써 분쟁을 해결하는 절차이다. 투표에 의한 표결이나 추첨 또는 일방적 지시 등을 통해서도 분쟁을 해결할 수는 있겠지만 법치주의하에서의 재판절차가 그와 같은 방법들과 본질적으로 다른 점은 헌법과 법률에 따라 결론이 도출된다는 점에 있는 것이다.

그런데 구체적인 재판에서 확정된 결론만 있고 그 결론에 이르는 이유가 없다면 그 재판이 헌법과 법률에 따라 판단된 것인지 여부를 알 길이 없다. 재판절차를 형성하는 법률이, 헌법과 법률에 따라 판단한 것인지 여부를 알 수 없도록 하는 재판을 허용하고 있다면, 재판절차를 형성하고 있는 그 법률은 법치주의의 원리에 반하는 법률이라고 하지 않을 수 없다.

또한 재판의 본질은 재판을 청구한 당사자의 주장에 대한 법원의 응답이며 그 응답이 바로 이유의 기재라 볼 수 있을진대, 이유를 제시하지 않아도 되는 재판을 해도 된다고 하면 그런 재판은 재판의 본질에 반해 부당할 뿐 아니라 그런 재판을 하는 법원으로서도 자신의 판단이 과연 헌법과 법률에 따라 적정하게 이루어진 것인지에 대해 스스로 검토할 계기가 줄어들게 되므로 자의적 판단에 빠질 위험성도 그만큼 커지게 된다.

결국 이유기재가 없는 재판이 가능하도록 한 이 사건 제5조 제1항은 헌법과 법률이 정한 바에 따라 재판이 이루어져야 한다는 법치주의원리에 따른 재판을 무의미하게 만들고 당사자의 주장에 대해 실질적으로 아무런 대답이 없는 재판을 가능하게 하는 것으로 재판의 본질에도 반하는 부당한 규정이다.

다. 다수의견에 대한 비판

(1) 다수의견은 이 사건 제5조 제1항의 입법취지를 남상고 사건을 신속하게 처리하여 정당한 상고인의 재판받을 권리를 충실히 하도록 하려는 것이라고 보고 있는데, 이는 곧 대법원의 업무 부담을 완화하여 사건 처리의 효율성을 높이려는 것으로 이해된다. 그러나 법원의 업무부담 경감은 인력이나 조직의 확충, 관할의 조정 등과 같은 제도의 개선을 통해 해결하여야 할 것이지 국민주권주의 아래서의 법치주의 이념에 반하거나 재판의 본질에 반하는 방법인 이유의 기재를 하지 않는 방법을 통해 해결할 일은 아니다.

(2) 모든 재판에서 반드시 이유기재가 있어야만 한다고는 할 수 없다. 아주 경미한 사건이거나 불복이 보장되는 하급심 재판에서는 신속한 재판을 위해 이유기재를 생략하더라도 재판청구권 침해의 문제는 생기지 않는다.

그래서 결정이나 명령 형식의 재판에서는 이유기재를 생략할 수 있도록 한 규정이 있어도 이를 위헌이라 볼 것은 아니고, 또 소액의 민사사건에 대한 판결이 이유기재를 생략하더라도 선고 시 그 이유의 요지가 구술로 설명되고, 그 사건의 항소심 판결에서는 이유기재가 생략될 수 없기 때문에 소액사건심판법 제11조의2 제3항이 국민의 재판청구권을 침해한다고 볼 것도 아니다.

그러나 상고심 판결의 경우는 다르다. 그 재판형식이 판결이고, 또 그 판결은 더 이상 불복을 할 수가 없는 최종적인 판결이다. 뿐만 아니라 심리불속행되는 상고사건의 범위에 대한 아무런 제한조치 없다. 따라서 아무리 중요하고 소가가 큰 사건이라 해도 그 사건의 성질이나 내용 기타 그 사건이 당사

앞에서 본 바와 같이 판결이유의 제시가 판결의 본질적 부분에 해당하므로 판결 이유를 제시하지 않는 것은 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 재판청구권을 침해하는 것으로 보아야 할 것이다.⁴⁰⁾ 심리불속행으로 인한 상고기각 판결의 경우 선고를 하지 않으므로⁴¹⁾, 결국 판결서에 이유를 기재하지 않으면 이유를 제시할 방법은 없을 것이다. 만약, 심리속행사유에 대한 내용이 충분히 구체화되어 있어 예측가능성이 있다면 판결서 이유 기재를 생략의 정당성을 그 범위 내에서 충족된다고 볼 여지도 있으나, 현재 상고심절차에 관한 특례법 제4조제1항에서 열거한 속행사유는 매우 추상적이어서 그 범주를 예측하기 어려워 보인다.⁴²⁾ 따라서 심리불속행으로 인한 상고기각판결에 이유를 적지 않을 수 있도록 규정한 법조항은 위헌

자에게 미치는 효과의 경중을 묻지 않고 일체의 이유기재가 없는 재판의 길을 열어놓고 있는 이 사건 제5조 제1항은 국민의 재판청구권을 침해하는, 명백히 부당한 입법이다.

(3) 심리불속행제도를 채택한다고 해서 심리불속행 판결에는 반드시 일체의 이유기재가 생략되어야 할 논리필연적 이유는 없을뿐더러, 판결 이유를 기재한다 해도 심리불속행하는 이유의 요지만 구체적으로 기재하면 되는 것이므로, 판결에 이유기재를 해야 한다고 해서 다수의견이 우려하듯이 신속한 재판을 저해하는 등의 공익을 해치지 않는다고 본다. 특히 심리불속행 판결에 대해서도 재심은 가능한 것이므로, 적어도 상고인이 판단유탈 등 재심사유가 있는지의 유무만은 판단할 수 있을 정도의 최소한의 이유기재는 필요한 것이다. 따라서 일체의 이유기재를 아니하여 재심청구권마저 행사할 수 없도록 하는 것은 명백한 재판청구권의 침해에 해당한다.

(4) 한편 ‘민사소송 등 인지법’ 제14조 제1항은 심리불속행 상고기각 판결을 인지액 환급 대상에서 제외하고 있는데, 다수의견은 심리불속행 상고기각 판결이 단순한 적법요건의 구비 여부에 대한 판단이 아니라 법률이 정한 상고이유가 있는지 여부를 실질적으로 판단하는 재판이며 원심판결의 내용에 대한 전면적인 재검토를 필요로 하는 판결이라는 점에서 그 정당성을 찾고 있다.

그러면서도 심리불속행 판결에 이유를 기재 않아도 된다고 할 때에는 반대로 심리불속행 기각 판결이 실제에 관한 중검토 없이 사건의 개요만 파악해 더 이상 심리를 속행할 필요가 없어 간략하고 신속히 종결처리되었다는 이유를 내세우는데, 이는 인지액 환급을 하지 않아도 된다는 이유를 제시할 때와는 모순되고 합리성이 없다. 따라서 인지액 환급을 안 해도 된다면 이유기재는 해 주어야 함이 타당하다.

(5) 심리불속행제도는 ‘구 소송촉진등에 관한 특례법’상의 상고허가제도가 국민의 재판청구권을 침해한다는 비난을 받고 폐지되면서 도입된 제도이다. 그러나 심리불속행 상고기각 판결이 모두 이유기재 없이 이루어진다면 상고허가제가 폐지되기 전이나 후나 국민 입장에서 별 차이가 없고, 따라서 여전히 재판청구권을 침해한다는 비난을 면하기가 어렵다.

(6) 다수의견은 대법원 판결이 비록 이유를 구체적으로 기재하지 않았더라도 그 속에는 특례법 제4조 소정의 심리불속행 제외사유에 관한 판단을 한 결과, 거기에 해당하는 점이 없었기 때문에 이유기재가 생략되었을 뿐이므로 이유 불기재가 되었다 해도 재판청구권을 침해한 것은 아니라는 판단에 바탕을 두고 있는 것으로 보인다. 그러나 그와 같은 판단은 재판을 담당하는 대법원이 할 성질의 것이 아니다. 그것은 재판 받는 당사자나 제3자가 해야 할 일이다. 만약 위와 같은 논거를 내세워 이유기재를 생략할 수 있다면 모든 기각판결이나 무죄판결에서도 이유기재가 생략될 수 있다는 입론도 가능한데 (즉 원고 주장의 모든 점이 이유 없다고 판단되었기 때문에 이유기재 없이도 청구기각 판결을 할 수 있고, 검사가 제기한 공소사실이 모두 인정되지 않았기 때문에 이유 실시할 필요 없이 무죄판결을 할 수 있다는 입론) 이것이 앞서 본 바와 같이 법치주의하의 판결의 본질에 어긋나는 부당한 것임은 말할 필요도 없다.

39) 헌재 2012. 11. 29. 2012헌마388, 헌재 2012. 11. 29. 2012헌마664, 헌재 2010. 12. 28. 2009헌바410 결정, 헌재 2009. 3. 26. 2006헌마1133 결정의 반대의견은 위 헌재 2007. 7. 26. 2006헌마551, 2007헌마88·255(병합) 결정의 반대의견을 요약하여 제시하고 있다.

40) 헌법 제37조제2항

41) 상고심절차에 관한 특례법 제5조제2항

42) 김도훈, 위 논문(주 17) 제703쪽도 같은 취지의 의견이다. 심리불속행으로 인한 상고기각 판결 3편과 채증법칙 위반으로 파기환송된 판결 1편을 비교하여 구체적으로 문제점을 분석한 논문으로 김진흥, 심리불속행 상고기각 판결의 문제점, 판례연구 13, 서울지방변호사회, 2000.; 법에 규정된 사유의 추상성에도 불구하고 대법원 판례를 통해 정형화가 이루어졌다면 그 범위에서 예측가능성이 확보된다고 볼 수도 있을 것이나 그러한 판례의 축적은 이루어지지 않은 것이 현실이다. 하상익, 위 논문(주 15) 제214-215쪽은 이러한 현실을 인정하는 전제에서 ‘대법원 판례해설’에 실린 대상판결의 법리의 적용요건 및 한계 등은 결국 심리속행사유이므로 이를 명시적으로 판결서에 기재하자고 제안한다.

이라고 본다.⁴³⁾

한편 위 헌재결정의 다수의견은 “현실적으로 특례법 제4조의 심리속행사유에 해당하지 않는다는 정도의 이유 기재에 그칠 수밖에 없”다고 하면서 그런 정도의 이유 기재는 결국 생략하는 것과 실질적으로 차이가 없다는 어조로 판시하고 있는데, 반대의견이 적절히 지적한 바와 같이 단순히 ‘심리속행사유에 해당하지 않는다’고만 기재해야 된다는 것이 아니라⁴⁴⁾ 당사자가 주장한 상고이유가 어떠한 점에서 심리속행사유에 해당하지 않는 이유의 요지를 기재해야 한다는 것이므로 이점에 있어 다수의견은 다소 사안의 본질을 벗어난 것으로 보인다.⁴⁵⁾

따라서 상고심절차에 관한 특례법 제5조제1항 중 심리불속행기각으로 인한 상고기각판결에 대한 이유 기재 생략과 관련한 부분은 개정되어야 한다고 본다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾⁴⁸⁾

7. 결어

이상에서 판결 이유 제시의 의미에 비추어 민사판결서 이유 기재 생략에 관한 특례의 타당성에 대해 살펴보았다. 이유 기재 생략에 관한 특례를 마련한 배경 및 목적에 대해서는 대부분 공감할 수 있을 것이나 그 목적을 위한 수단이 과연 합헌적이고 타당한 것인지는 역시 많은 의문과 비판이 제기되어 왔다. 목적의 정당성이 수단의 정당성까지 담보하지 못한다는 점은 명백한데도 그동안 사법부의 권위나 현실적 한계를 내세워 수단의 정당성 확보 노력을 소홀히 한 것은 아닌지 반추해 보아야 할 것으로 보인다. 그리고 심리불속행으로 인한 상고기각판결의 이유 기재 생략에 관한 헌법재판소 결정의 반대의견에서 개진한 인력이나 조직의 확충, 관할의 조정 등과 같은 제도의 개선을 통한 법원의 업무부담 경감 해결 노력이 얼마나 이루어졌는지도 되돌아보아야 할 것이다. 사법부 구성원들 입장에서는 나름대로 최선의 노력을 했는데도 비판만 이어진다는 서운한 감정이 들 수도 있겠으나, 결국 국민의 눈높이에 맞는 제도개선을 위한 노력이 더 필요한 시점이 아닌가 한다.

43) 박종현, 위 논문(주 9) 제364-365도 같은 의견이다. 이에 더해 박종현, 위 논문(주 9) 제365-366쪽은 본질적 내용 침해가 아니라고 보더라도 비례성원칙에 따른 심사를 하면 수단의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성 요건을 갖추지 못해 역시 위헌이라고 하는데, 타당한 견해라고 본다.

44) 이런 형식적인 기재는 위에서 본 바와 같이 현재도 이루어지고 있다.

45) 김진흥, 위 논문(주 42) 제361-362쪽은 심리불속행제도의 자의적 운영에 대한 우려를 씻기 위해 “대법원은 심리불속행 상고기각 판결을 함에 있어서 최소한 상고이유가 어째서 심리불속행 사유에 해당 하는가라도 밝혀 주었으면 한다”라고 서술하고 있는데, 이 역시 심리불속행으로 인한 상고기각 판결의 이유에 관해 혼동이 있는 것으로 보인다.

46) 심리불속행기각으로 인한 이유기재 생략을 넘어 심리불속행기각제도 자체의 존폐 등과 관련하여 상고심의 업무부담 경감을 위한 방안에 관해서는 여러 논의가 있어 왔으나 여기서는 그에 관한 논의까지는 확장하지 않는다.

47) 2018. 11. 23. 금태섭 의원이 의안번호 16775호로 대표발의한 상고심절차에 관한 특례법 전부개정 법률안은 심리불속행기각제도 대신에 고등법원의 상고심사부가 상고심사 및 결정을 할 수 있도록 하는 내용을 담고 있다. 위 개정안 제7조제1항은 “상고심사부는 상고이유가 없음이 명백한 경우에는 사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정을 한다. 이러한 결정을 할 때에는 구체적인 이유를 밝혀야 한다”고 규정하여 이유제시 의무를 명백히 규정하고 있다.

48) 하상익, 위 논문(주 15) 제215-216쪽은 법적으로 의미 있는 상고이유가 주장된 일부사건에 관해 예외적으로 짧더라도 불속행기각 이유를 기재하자고 제안하면서, 그 예로 다음과 같은 대법원 2016. 6. 9. 2016다12922, 12939 판결을 제시하고 있다. “이 사건 기록과 원심판결 및 상고이유를 모두 살펴 보았으나, 상고이유에 관한 주장은 상고심절차에 관한 특례법 제4조제1항 각호에 정한 사유를 포함하지 아니하거나 이유가 없다(망인 명의의 재산에 대한 특유재산 추정을 반복할 사유에 대한 증명책임은 피고에게 있고 그 증거가 있는지는 증거의 가치 판단 등 사실인정의 문제로서, 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 사실심의 전권에 속한다). 이에 관여 대법관의 일치된 의견으로 위 법 제5조에 의하여 상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.” 그러나 이 정도의 이유 기재라면 감내하기 어려운 정도로 법원의 업무부담 과중을 초래하는지 의문이다.

토 론

최미영 판사(전주지방법원)

주제발표

**불법행위 손해배상청구소송의 소송물에
관한 검토**

사회: 이충상 상임조정위원(서울중앙지방법원)

발제: 이현종 변호사(김앤장 법률사무소)

불법행위 손해배상청구소송의 소송물에 관한 검토

변호사 이현종¹⁾

1. 서론

우리나라 대법원은 민사소송의 소송물에 관하여 구실체법설(구소송물이론)을 채택하여 실체법상의 권리 또는 법률관계로 파악하고 있다고 이해되는데,²⁾ 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물에 관하여는 소송물을 더 세분하여 손해의 항목에 따라 소송물의 달리하고 있다. 대법원은 일반적인 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서는 재산적 손해와 정신적 손해(위자료)에 관한 청구로 소송물을 구분하면서, 특히 인신사고로 인한 손해배상청구소송에서는 재산적 손해를 다시 적극적 손해와 소극적 손해로 구분하여, 모두 3개의 소송물, 즉 적극적 (재산상) 손해,³⁾ 소극적 손해, 그리고 정신적 손해에 관한 청구로 소송물을 구분하고 있다.

대법원은 스스로도 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 위와 같은 소송물 구분이 정치(精緻)한 논리적 결론이 아니라 소송 편의적 분류라고 판시하고 있는데,⁴⁾ 이러한 대법원의 입장에 대하여는 손해의 항목에 따라 소송물을 구분하는 것이 누구에게 어떤 편의가 있는 것인지부터 의문이다.

구실체법설에 대하여는 실질적으로 동일한 분쟁을 여러 개의 소송물로 세분함으로써 분쟁을 1회적으로 해결하지 못한다는 등 단점이 있고 이에 대해 비판하는 견해가 많음에도 대법원이 여전히 구실체법설을 견지하고 있는 이유에 대해, 진정한 권리자의 구제라는 구체적 정의를 실현하고 소송절차에서 공격방어의 대상이 되는 쟁점을 명확하게 하는 면에서 다른 학설보다 큰 장점이 있기 때문이라는 견해가 있다.⁵⁾ 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물을 손해의 항목에 따라 세분하는 것이 원고에게는 구제 범위를 확대하고 법원에게는 심리의 쟁점을 명확하게 하는 편의가 있다고 생각할 수도 있으나, 이제는 손해의 항목이 정형화된 손해배상청구소송에서 위와 같은 편

1) 본 발표문의 입장은 발표자 개인의 견해이며 본 발표자가 소속된 법률사무소의 견해와는 무관하다.
2) 정동윤, “소송물의 식별기준에 관한 대법원판례의 입장”, 고시계 제39권 제12호 (1994. 11.), 74-75는 “대법원판례의 주류적 입장은 실체법상의 적용법조가 달라지면 권리도 달라지고, 따라서 그 권리의 주장으로서의 소송물도 달라지는 것으로 풀이하고 있다. 이것은 실체법상의 권리의 주장을 소송물로 보는 견해이므로, 대법원판례의 주류적 입장은 구실체법설(구소송물이론)을 따르고 있다고 해석되며, 이 점에 관한 한 논자들 사이에 다툼이 없다.”고 설명하고 있다.
3) 본 발표문에서 다른 설명이 없다면, 적극적 손해나 소극적 손해는 재산적 손해를 구분한 것이다.
4) 예컨대, 대법원 1994. 6. 28. 선고 94다3063 판결은 “불법행위로 인한 손해배상에 있어 재산상 손해나 위자료는 단일한 원인에 근거한 것인데 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는 것에 지나지 아니한 것이”라고 판시하고 있다(밑줄은 발표자가 추가, 이하 같음).
5) 전효숙, “저작권침해소송의 소송물 -대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다22775 판결을 중심으로-”, 법학논집 제19권 제2호 (2014. 12.), 535.

의가 소송물을 2개, 3개로 세분함으로써 달성될 수 있는 것인지 의문이고, 이론적으로는 단일한 소송물을 편의에 따라 별개로 구분하는 것이 바람직한지는 더욱 의문이다. 소송물은 민사소송법상의 일련의 중요제도에 직접 관련이 있는 중핵적인 개념이므로,⁶⁾ 가급적 명확하고 일관된 이론을 유지할 필요가 있기 때문이다.⁷⁾

한편, 학설로는 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물에 관하여 손해 3개설(3분설; 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해), 손해 2개설(2분설; 재산적 손해, 정신적 손해) 또는 손해 1개설이 대립하고 있는데, 손해 1개설이 상대적으로 다수이다. 학계의 견해는 대부분 민사소송법 교과서의 소송물에 관한 부분에서 불법행위로 인한 손해배상청구소송을 소송물이론이 문제되는 대표적인 이행소송 유형 중 하나로 인용하면서, 손해의 항목에 따라 3개설을 취하는 판례에 대한 찬반을 중심으로 비교적 간략하게 제시되고 있고, 비교법적인 검토를 포함하여 불법행위로 인한 손해배상소송의 소송물을 상세하게 검토한 논문으로는 1979년부터 1984년까지 사이에 발표된 3건의 논문이 있다.⁸⁾

발표자는 평소 민사소송 실무를 경험하면서 구실체법설 또는 구소송물이론을 견지하고 있다고 평가되는 판례가 소송물의 범위를 지나치게 좁게 판단한다고 생각하여 왔고, 특히 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물을 손해의 항목에 따라 세분하는 것은 이론적인 근거나 실무적인 효익이 부족하다고 생각하였다. 이에 발표자는 본 발표문에서는 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물에 관한 판례의 입장을 비판적으로 검토하면서, 소송물이론 중 이원설의 관점에서 어떻게 소송물을 구성하는 것이 바람직할지에 관하여 견해를 제시해 보고자 한다.

2. 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물 동일성 판단기준

가. 소송물이론

1) 소송물의 개념

민사소송에 있어서 당사자가 정하는 소송의 객체(客體)를 소송물(訴訟物), 소송상의

6) 이시윤, 신민사소송법(제12판), 박영사 (2018), 244.

7) 다만, 소송물이론 중 상대적 소송물 개념은 소송물이 관계되는 모든 국면에 단일하거나 통일적인 소송물 구성에 반대한다.

8) 이시윤, “손해배상청구소송의 소송물”, 판례월보 제101호(1979. 2.) 114-123; 배기원, “손해배상청구의 소송물 -교통사고소송을 중심으로-”, 사법논집 제11집(1980), 280-310; 윤재식, “교통사고소송에 있어서 소송물과 주장 입증책임”, 재판자료 제20집(1984), 438-486. 그 밖에 저작권침해소송의 소송물에 관한 논문으로는, 앞서 든 전효숙, 529-556; 고윤석, “저작권인격권·저작권재산권의 각 권리에 기한 청구가 별개의 소송물인가? -대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다22775 판결-”, 비교법연구 제15권 제1호(2015. 4.), 215-239 등이 있고, 의료소송의 소송물에 관한 논문으로는 박태신, “의료소송에 있어서 소송물과 요건사실에 관한 연구”, 홍익법학 제12권 제2호(2011), 111-140 등이 있다.

청구 혹은 심판의 대상이라 한다.⁹⁾ 소송물은 민사소송에 있어서, 1) 절차의 개시면에서 ① 토지관할·사물관할, ② 청구의 특정과 그 범위를, 2) 절차의 진행과정에서 ① 청구의 병합, ② 청구의 변경, ③ 중복소송, ④ 처분권주의의 위배 여부를, 3) 절차의 종결과정에서 ① 기판력의 객관적 범위, ② 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지의 범위 등을 정함에 있어서 그 표준(기준)이 된다고 보고 있다.¹⁰⁾ 이러한 소송물 개념의 중요성은 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서도 다르지 않다. 특히 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물을 적극적 손해, 소극적 손해와 정신적 손해로 3분할 경우 개별적인 손해의 항목마다 소송물을 구분하여 민사소송 절차를 진행하여야 한다.

2) 소송물의 동일성 판단기준에 관한 여러 견해

소송물의 동일성 판단기준에 관하여는 여러 견해가 있는데, 일반적으로 구실체법설(구소송물이론), 소송법설(신소송물이론), 신실체법설, 상대적 소송물 개념이 소개되고 있고, 소송법설은 다시 이원설(이지설, 이분지설)과 일원설(일지설, 일분지설)로 구분되고 있다.¹¹⁾ 본 발표문에서는 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물 동일성 판단기준에 관한 입장을 설명하기 위하여 필요한 범위에서 소송물 이론을 정리하여 소개한다.¹²⁾

① 구실체법설은 소송상의 청구를 실체법상의 청구권과 동일시하는 입장에서 출발한다. 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장을 소송물로 보면서, 실체법상의 권리마다 소송물이 별개로 된다고 본다. 이와 같은 구이론은 청구원인을 이해하는 과정에서 이를 사회적, 역사적인 일련의 현상으로 보지 않고, 이보다 훨씬 좁게 실체법상의 권리발생 원인사실, 즉 청구법규나 형성법규의 요건사실로 좁혀 보고 있다. 이렇게 좁힌 청구원인사실을 기준으로 하여 소송물이 같은지 여부, 소송물이 여러 개인지 여부를 식별하게 된다.

9) 이시윤(주6), 244.

10) 황형모, “소송물이론에 관련된 비주류적 판례에 대한 평가와 소송물의 식별에 관한 실천적·시론적 검토”, 동아법학 제53호 (2011. 11.), 296.

11) 그 밖에도 소송물은 오로지 사실관계(청구원인사실)만에 의하여 구성되고, 신청(청구취지)은 소송물의 구성요소가 아니라고 보는 견해인 사실관계 일지설(청구원인 일지설, 핵심설)이 있다. 이에 관한 자세한 내용은 정동윤, “소송물론의 진화 -이론바 핵심설을 중심으로-”, 민사재판의 제문제 제23권 (2015), 759 이하 등 참조.

12) 소송물에 관한 여러 견해는 민일영 편집대표, 주석 민사소송법(IV) (강영수 집필부분), 한국사법행정학회 (2018), 61-66을 발췌 인용하였다. 그 밖에 소송물 이론에 관하여는 다수의 교과서 외에도, 김동현, “소송물의 동일성 판단기준에 관한 연구 -사실관계 획정을 중심으로-”, 고려대학교 대학원 박사학위논문 (2014. 12.), 8-124에 잘 정리되어 있다.

② 소송법설은 실체법상의 청구권 또는 형성권(형성원인)과 같이 실체적 각도에서 소송물을 정의하려고 하지 않고, 소송법적 요소, 즉 청구취지만으로, 또는 청구취지와 사실관계에 의하여 청구를 구성하여야 하며, 이에 의해 소송물의 단복(單複)·이동(異同)을 가려야 한다는 입장이다. 신소송물이론에서는 실체법상의 권리 존부의 확정판결은 재판과정에서 문제되는 것은 사실이지만, 이는 소송물이 이유있는지 여부를 가리는데 전제가 되는 법률적 관점 또는 재판이유 또는 공격방어방법에 지나지 않는다고 보게 되므로, 그 의미가 한 단계 격하된다. 소송법설은 이제는 다수설이 되었는데, 그 안에는 다시 두 개의 학설이 대립되어 있다.

②-1 이원설은 청구취지와 사실관계라는 두 가지 요소에 의해서 소송물이 구성된다는 견해로서, 우리 법제에 대응시키면, 청구취지와 청구원인의 사실관계가 소송물의 요소라는 입장이다. 다만 여기에서 말하는 청구원인의 사실관계는, 구이론처럼 실체법상 권리의 발생원인사실, 즉 개개의 법규의 요건사실로까지 좁혀서 보지 않고, 이보다 훨씬 넓은 사회적·역사적으로 볼 때 1개라고 할 수 있는 일련의 사실관계를 말하는 것이다.

②-2 일원설은 원고가 소로써 달성하려는 목적이 신청, 즉 청구취지에 선명하게 나타난다는 것에 착안한다. 신청, 즉 청구취지야말로 분쟁의 진실한 대상이므로 청구취지만 소송물의 구성요소라는 입장이다. 다만, 이와 같은 청구취지 일본설도 예외적으로, 청구원인의 사실관계는 금전채권이나 대체물채권에 관한 소송에 있어서는 청구취지가 하나인지 둘인지, 또 같은 것인지 아닌 것인지를 해석하기 위해서 참작해야 하며, 이와 같은 금전이나 대체물에 관한 소송에 있어서는 청구원인의 사실관계의 보충에 의해서 소송물이 특정된다고 본다.

③ 신실체법설은 소송법설의 영향을 받아 나타난 학설로, 전통적인 민법상 청구권의 개념 자체를 수정하고 수정된 의미의 새로운 실체법상의 청구권의 주장을 소송물로 파악하는 이론이다. 지금까지 전통적인 청구권에 관한 이론에서는 로마법의 Actio 사상의 영향을 받아 하나의 청구법규에서 하나의 실체법상의 청구권이 발생하는 것으로 보아왔고, 그렇기 때문에 지금까지는 청구법규가 실체법상의 청구권의 이동·단복을 가리는 기준이었다는 것이다. 그러나 청구법규는 급부를 요구할 수 있는 법적 지위의 존부를 판단할 때 한낱 결론을 도출하는 기능을 수행하는 것에 지나지 않고, 일정한 급부를 요구할 수 있는 법적 지위(또는 처분권) 자체를 청

구권으로 보아야 한다는 것이다. 따라서 청구법규가 아니라 급여 그 자체만이 민법상 청구권의 구성요소로 된다.

④ 상대적 소송물 개념은 소송물의 통일적 구성을 포기하고 다양하게 구성하려는 입장으로, 소의 병합과 소의 변경의 문제에서는 소송물을 넓게 보아 원고의 신청을 이유 있게 하기에 적합한 모든 사실이 소송물에 속한다고 하면서, 기판력의 범위에 관하여는 패소당사자의 보호를 위하여 사실관계도 신청과 함께 소송물의 단복을 가르는 기준이라고 본다. 이러한 점에서 판결의 대상은 절차의 대상보다는 좁다는 입장이다.

3) 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물에 관한 판례의 입장

대법원은 소송물을 실체법상의 권리 또는 법률관계로 파악하여 그에 의하여 동일성이 식별된다는 구소송물이론을 따라, 청구원인에 의하여 특정되는 실체법상의 권리나 법률관계에 의하여 소송물의 이동(異同) 또는 단복(單複)이 결정된다는 입장이다.¹³⁾ 다만, 대법원은 일부 소송유형에 관하여 소송 목적 내지 이익이 동일하다는 점 등을 근거로 소송물의 개념이나 동일성 판단기준을 실질적으로 판단하여야 한다고 판시하기도 한다.¹⁴⁾ 이와 관련하여 대법원이 개별 사안에 따라서는 때론 소송법설의 입장을 취하면서 법원의 역할 범위를 확대한 경우도 상당수 있다고 보는 견해도 있으나,¹⁵⁾ 아직 대법원이 소송물이론에 관한 구실체법설을 변경하였다고 보기는 어렵다고 생각된다.¹⁶⁾

판례에 의하면 특정 당사자 사이에서 동일하거나 중첩된 생활관계에서 발생한 배상책임의 법적 근거가 불법행위인지, 채무불이행인지에 따라, 또는 그 배상책임과 동일하거나 중첩된 지급책임이 손실보상이나 부당이득을 법적 근거로 한다면 각각의 배상청구 또는 지급청구는 소송물이 다르게 된다.¹⁷⁾ 대법원은 구 상법 제577조에 의한 손해

13) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 별개의견도 “종래 대법원은 민사소송에 있어서의 소송물을 청구원인에 의하여 특정되는 실체법상의 권리 또는 법률관계라고 파악하고, 그에 의하여 소송의 동일성 여부가 식별된다는 소위 구 소송물이론을 견지하여 왔”다고 인정하였다.

14) 예컨대, 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결은 “말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 한다”라고 판시하였다.

15) 류승훈, “판례와 함께 살펴본 소송물론의 현대적 과제”, 법학논고 제37집 (2011. 10.), 129.

16) 황형모, 298도 우리 판례가 일부 유동적이거나 변형적인 것도 있지만 기본적으로는 구실체법설의 입장을 취한다고 평가하는데 학설은 일치하고 있다고 설명한다.

배상청구와 불법행위에 의한 손해배상청구의 병합은 선택적(택일적)인 것이 명백하다는 취지로 판시하였고(대법원 1962. 6. 21. 선고 62다102 판결), “사용자가 복직의무를 이행하지 아니한 것이 채무불이행 또는 불법행위를 구성하는 경우, ... 위와 같은 사용자의 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권은 실제법상 근로계약에 기한 임금청구권과 별개의 청구권으로 존재하고 소송법적으로도 소송물을 달리”한다고 판시하였다(대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다69385 판결).

대법원은 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서는 실제법상의 청구권에 따라 소송물이 달라질 뿐만 아니라 동일한 위법행위로 인한 손해라고 하더라도 손해의 항목에 따라 소송물이 다르다고 판시한다. “생명 또는 신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상 의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한지의 여부는 각 손해마다 따로 판단하여야” 한다는 것이다.¹⁸⁾ 손해 항목 중 위자료는 피해자의 정신적 고통에 대한 금전적 평가라는 단일한 항목으로 계산되지만, 적극적 손해와 소극적 손해는 피해자의 피해 내용이나 수입 정도에 따라 복잡한 항목으로 계산되는데, 판례는 적극적 손해와 소극적 손해의 구체적인 금액을 산정하는 데 필요한 개별적인 손해 항목은 소송물의 동일성 판단 기준이 아니라 단일한 소송물인 청구를 이유 있게 하는 공격방법에 불과하다고 한다.¹⁹⁾

대법원은 위와 같이 불법행위로 인하여 피해자의 생명이나 신체가 침해된 인신사고의 경우에 적극적 손해, 소극적 손해 그리고 정신적 손해라는 손해 항목에 따라 소송물

17) 다만, 그 배상청구권이나 지급청구권이 실제법적으로 청구권경합관계에 있지 않고 법조경합관계에 있게 되면, 소송법적으로도 하나의 실제법상 청구권만 행사할 수 있게 되고, 소송물도 하나만 인정된다.

18) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결, 같은 취지로 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다20730 판결, 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다39080 판결, 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다63752 판결, 2002. 9. 10. 선고 2002다34581 판결, 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다32446 판결 등 다수. 다만, 생명침해 또는 신체상해로 인한 손해배상청구소송의 소송물을 재산상 손해와 위자료의 2개로 구분하였다고 볼 수 있는 판결(예컨대, 대법원 1969. 12. 30. 선고 69다259 판결, 대법원 1979. 4. 24. 선고 77다703 판결)이 있고, 이를 이유로 인신사고로 인한 손해배상청구소송의 경우 소송물에 관한 대법원 판례의 태도가 반드시 명백하다고 볼 수 없다는 견해도 있으나(배기원, 289-292; 윤재식, 457-459 참조), 이후 선고된 다수의 대법원 판결을 통해 이제 대법원의 손해 3개설은 확립되었다고 보인다.

19) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다2730 판결은 “불법행위로 말미암아 신체의 상해를 입었다고 하여 가해자에게 재산상 손해배상을 청구함에 있어서 소송물인 손해는 적극적 손해와 소극적 손해로 나누어지고, 그 내용이 여러 개의 손해항목으로 나누어져 있는 경우 각 항목은 청구를 이유 있게 하는 공격방법에 불과하므로, 불이익변경 여부는 개별 손해항목을 단순 비교하여 결정할 것이 아니라 동일한 소송물인 손해의 전체 금액을 기준으로 판단하여야 한다.”고 판시하였고, 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결은 “갱내사고로 다친 손해 중 전소에서 이미 소극적 재산상 손해로서 일실노임과 일실상여금을 청구하고 있는 사실이 분명하므로 이것과는 별도로 이 사건 소송에서 소극적 재산상 손해의 한가닥인 일실퇴직금을 청구하지는 못한다 할 것이다 왜냐하면 위의 전소와 이 사건 소송의 청구는 소극적 재산상 손해라는 동일소송물이기 때문이다.”라고 판시하였다.

이 별개로 성립한다는 소송물의 손해 3개설을 명확하게 확인하고 있는데, 이러한 손해 항목에 따라 소송물 구분은 다른 손해배상청구소송에서도 다르지 않을 것으로 보인다. 불법행위이든 채무불이행이든 손해배상청구소송에서 손해의 개념이나 항목은 기본적으로 민법 제393조, 제394조 등에 따라 판단되어야 하고, 불법행위로 인한 인신사고에 관한 손해배상청구소송에서만 특별히 적극적 손해, 소극적 손해와 정신적 손해의 항목 구분이 이루어지는 것이 아니기 때문이다. 따라서 대법원은 불법행위로 인하여 인적 피해가 아닌 물적 피해가 발생한 경우에도 정신적 손해에 대한 위자료 청구가 인정될 수 있다면 대법원은 손해 항목에 따라 소송물을 구분할 것으로 예상된다. 예컨대, 불법행위로 영업용 물건이 멸실된 경우, 대법원은 멸실된 물건의 교환가치(=시가)에 상당하는 적극적 손해, 멸실된 물건을 대체할 다른 물건을 마련하기 위하여 필요한 합리적인 기간 동안 그 물건을 이용하여 영업을 계속하였다더라도 얻을 수 있었던 이익인 휴업손해에 해당하는 소극적 손해, 그리고 위와 같은 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해에 관하여 각각 소송물이 별개로 구분된다고 인정할 것으로 보인다.²⁰⁾

나. 소송물이론으로서 구실체법설의 문제점과 이원설의 지지

발표자로서는 아직 소송물이론에 관한 본격적인 견해를 제시하기에 연구가 부족하므로, 먼저 구실체법설의 문제점에 관한 종래 논의를 인용하여 대법원이 취하고 있는 구실체법설에 대한 비판적인 입장을 제시하고, 이어 이를 대체할 만한 소송물이론으로 이원설을 지지하면서 그 근거를 간단하게 밝히고자 한다.

1) 구실체법설의 문제점

먼저 분쟁의 1회적 해결에 반하고 피고의 응소부담과 법원의 재판부담이 가중된다는 점이다.²¹⁾ 구실체법설은 실질적으로 같은 분쟁을 여러 개의 소송물로 세분(細分)하는 것을 허용하고, 따라서 분쟁의 일회적 해결의 요청에 반한다. 이것은 피고나 국가의

20) 대법원 2004. 3. 18. 선고 2001다82507 전원합의체 판결은 “불법행위로 영업용 물건이 멸실된 경우, 이를 대체할 다른 물건을 마련하기 위하여 필요한 합리적인 기간 동안 그 물건을 이용하여 영업을 계속하였다더라면 얻을 수 있었던 이익, 즉 휴업손해는 그에 대한 증명이 가능한 한 통상의 손해로서 그 교환가치와는 별도로 배상하여야 하고, 이는 영업용 물건이 일부 손괴된 경우, 수리를 위하여 필요한 합리적인 기간 동안의 휴업손해와 마찬가지로 보아야 할 것이다.”, “일반적으로 타인의 불법행위 등에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면, 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한 위자료를 청구할 수 있다.”고 판시하였다.

21) 김동현, “이지설에 따른 소송물의 재구성 -독일에서의 논의를 참고하여-”, 안암법학 제48권 (2015. 9.), 336-337. 같은 취지로 김흥규·강태원, 민사소송법(제4판), 삼영사 (2017), 243.

입장에서 보면 불편하고 비경제적이다.²²⁾ 특히, 소송을 당하는 피고로서는 원고가 법적 주장만을 달리해서 여러 차례 제소하는 것이 가능하기 때문에 같은 사건에 관하여 반복해서 응소해야 한다는 부담을 지게 된다. 이처럼 분쟁을 반복하는 것은 법원에게도 부담을 지우는 것이므로, 어느 관점에서 보더라도 바람직한 일이 아니다.²³⁾ 이와 같이 동일법률효과에 관한 분쟁을 법률적 관점 여하에 따라 여러 개의 소송으로 분할하여 별개의 소송으로 진행되는 것은, 강제응소를 당해야 하는 피고나 심판을 담당해야 하는 법원에게 이중의 시간·비용·노력의 소모를 강요하는 것으로서 소송경제에 반하며, 심판이 모순·저촉되는 결과도 배제할 수 없으며, 특히 같은 급여를 목적으로 하는 분쟁에 있어서는 모두 각각 승소판결을 받게 되어 이중의 집행권원이 작성되어 같은 급여에 관한 이중집행의 위험을 당면하게 된다.²⁴⁾

처분권주의와 관련되어서도 문제가 된다.²⁵⁾ 구실체법설에 따르면, 이행의 소에서는 주장하는 개개의 청구권, 형성의 소에서는 주장하는 형성권(형성원인)을 소송물이라고 보는데, 소송물의 특징은 원고의 책임이므로 원고는 실체법상 어떠한 성질, 어떠한 종류의 권리인가를 밝혀야 하며 법원은 이에 구속되어 심판하지 않으면 안 되고, 원고 주장의 권리와 다른 권리로 평가하여 인용하면 처분권주의 위배로 귀착된다.²⁶⁾ 이는 법률에 어두운 국민의 권익의 보호에 매우 치명적인 것이 된다. 법원이 원고가 특정한 법률적 관점에 구속되어 심판하여야 한다는 것은 재판에 있어서 당사자와 법원의 역할이나 그 분담관계의 무시이다.²⁷⁾

구실체법설은 이론적으로도 설명하기 어려운 점이 있다. 가령 교통사고로 부상을 당한 승객이 버스회사를 상대로 실체법상 불법행위와 채무불이행에 기하여 1,000만 원의 손해배상청구를 하는 경우, 구실체법설에 따르면 소송물은 불법행위에 기한 손해

22) 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제6판), 법문사 (2017), 263.

23) 호문혁, 민사소송법(제13판), 법문사 (2016), 115.

24) 이시윤, 253.

25) 김동현, 337.

26) 구실체법설에 의하더라도 소송물과 법률적 관점선택은 별개의 문제이다. 즉 당사자가 소송물을 특정하여 청구하고 있는 이상 그 소송물(내지 그 전제되는 법률관계)에 대한 법률적 평가는 소송물의 범위 내에서의 법률적 관점선택에 불과하다. 법원은 원고가 선택한 법률적 관점에 구속되지 아니한다(김홍엽, 302). 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다26035 판결도 “온라인 교육서비스 제공업체 갑 주식회사가 변경된 대리점계약을 체결한 대리점 사업자에게는 수수료로 정회원 1인당 1,300원을 지급하고 변경된 대리점계약을 체결하지 않은 대리점 사업자 을에게는 수수료로 정회원 1인당 1,100원을 지급하자, 을이 위와 같은 수수료 지급행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제1호의 ‘거래조건 차별’에 해당한다고 주장하며 차액 상당 손해배상을 구하는 소를 제기하였다가 기각판결을 받고 확정된 후 다시 위 행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제1호 후단의 ‘가격차별’에 해당한다고 주장하며 차액 상당 손해배상을 구하는 소를 제기한 사안에서, 후소가 전소판결과 소송물이 동일하여 전소판결의 기판력에 저촉되므로 허용될 수 없다고 판단한 다음, 부가적으로 위와 같은 수수료 지급행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제1호 후단의 ‘가격차별’에 해당한다고 단정할 수 없다.”고 판단하였다.

27) 이시윤, 254.

배상청구권의 주장과 채무불이행에 기한 손해배상청구권의 주장으로서 2개가 되어 청구의 병합이 있게 된다. 만일 이때 불법행위에 기한 청구는 이유 있고 채무불이행에 기한 청구는 이유 없다고 하면, 불법행위에 기한 청구가 이유 있으므로 원고는 그가 구하는 급부(1,000만 원)를 모두 달성함에도 불구하고, 법원은 원고의 청구를 일부는 인용하고 일부는 기각하여야 한다는 기이한 결론에 이르게 된다. 그리고 만일 불법행위에 기한 청구와 채무불이행에 기한 청구가 모두 이유 있다고 하면, 원고에게는 오직 하나의 급부(1,000만 원)밖에 인정되지 않는 것인데, 법원은 이중의 이행판결을 하지 않을 수 없게 되어 불합리하다.²⁸⁾

2) 이원설의 지지

가) 다른 소송물이론에 대한 비판적 검토

소송물 개념을 상대적으로 정립할지에 관하여 상대적 소송물이론을 지지하는 견해는, 소송이란 절차의 연속으로 각각의 단계에서 여러 가지 사정이 변화해 감에도 불구하고 소송개시시의 소송물을 소송종료시까지 일관되게 고수해야 한다는 통일성의 원칙은 타당하지 않다거나,²⁹⁾ 각각의 문제영역에 있어서 소송물개념의 효용이 상대화하고, 소의 제기시부터 판결이 이르기까지 소송물에 의하여 소송이 통일적으로 규율된다는 견해는 흔들리는 지경에 이르렀으므로 소송물이 기준으로서의 위치를 잃은 것은 아니나, 절대적 기준은 아니라고 이해되어야 할 것이라고 주장한다.³⁰⁾

이와 같이 소송물의 상대성을 강조하는 견해는 소송물의 개념이 소송절차의 각 국면에서 수행하는 역할을 명백히 한 공적이 있다고 할 수 있으나,³¹⁾ 민사소송에서 심판의 대상 내지 소송의 객체가 개별 국면에서 달라진다고 할 수는 없고, 다만 소송절차에서 소송물이 관련되는 여러 개별 제도마다 소송물 외에 해당 제도의 취지와 요건을 가변적으로 운용하는 것이 바람직하다고 할 것이므로, 만일 소송절차의 전체 국면에서 통일된 소송물 개념을 정립할 수 있다면 그렇게 하여야 할 것이다. 예컨대, 기판력의 범위에 관하여는 소송물을 기준으로 하는 객관적 범위 외에도 어느 시점의 판단으로서 규준력을 가지는가 하는 시적 범위, 그리고 기판력의 작용장면으로서 선결관계나 모순된 반대관계에 관한 합리적인 해석 및 적용을 검토할 수 있을 것이다.

28) 김동현, 337-338. 같은 취지로 전병서, 강의 민사소송법, 박영사 (2018), 80; 정동윤·유병현·김경욱, 263-264.

29) 김상수, 민사소송법(제2판), 법우사 (2015), 62-64.

30) 전병서, 85.

31) 정동윤·유병현·김경욱, 276.

다음으로 소송물은 오로지 신청만에 의하여 구성되고, 사실관계는 소송물의 구성요소가 아니라 일원설에 의하면 소송물의 단복(單複)이나 이동(異同)을 신청 내지 청구 취지만으로 결정할 수 없는 경우가 있다. 특히 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서의 원칙적이고 일반적인 청구취지인 일정 금액의 금전 지급을 청구하는 경우와 같이 금전 또는 대체물의 지급청구의 경우에는 같은 당사자들 사이에 같은 내용의 청구가 중복하여 성립할 수 있으므로, 신청만으로는 소송물의 개수(個數)나 동일성을 알 수 없다.³²⁾

일원설은 금전지급·대체물인도청구소송에 있어서, 청구취지에서 손해금인지 대여금인지 명시하지 않고 금액만 밝히는 등 단순하고 간단하여 판결신청이 한 가지뿐인지 두 가지 합산한 것인지, 또 같은 내용인지 아닌지의 해석을 위해 청구원인의 사실관계를 참작해야 하며, 이 경우에는 청구원인의 사실관계의 보충을 받아 비로소 소송물이 특정된다고 하여,³³⁾ 사실관계 내지 청구원인도 소송물의 동일성 판단에 기여한다고 한다. 하지만 이와 같은 금전지급·대체물인도청구소송에서 소송물의 개수나 이동을 판단하는 핵심적인 요소는 (신청 내지 청구취지보다) 사실관계 내지 청구원인이라고 할 수 있으므로, 신청과 사실관계가 함께 소송물을 특정하고, 다른 소송물과 구분하는 기준이 된다고 할 것이다.

다만, 다른 소송 유형에서는 이원설을 채택하면서도 절대권이나 법률관계의 확인의 소에 관하여는 청구취지만으로 소송물이 특정된다는 견해와,³⁴⁾ 위와 같은 절대권 등의 확인의 소에 관하여도 청구원인까지 참작하여 소송물을 정하여야 하므로 확인의 소에서도 어느 경우에도 이원설에 의하여 소송물을 특정하는 것이 타당하다는 견해가³⁵⁾ 대립하고 있다. 본 발표문에서는 절대권 등의 확인의 소의 소송물에 관한 논의가 주제에서 비켜 있고 발표자 스스로 소송물이론에 관하여 연구가 더 필요한 상태이므로 본 발표문에서는 최종적인 입장을 유보하고자 한다.

한편, 신실체법설은 소송법설에 의하여 단절된 실체법과 소송법의 관계를 다시 회복하려고 노력하면서, 소송법설이 이룩한 타당한 결론을 수용하였다는 점이 높이 평가되고 있지만, 새로운 포괄적인 청구권의 개념이 현행 실체법 체계와 맞지 않으며, 모든 소에 공통되는 소송물 개념과 직결된 실체법상의 청구권을 인정하기 어렵다는 난

32) 정동윤·유병현·김경욱, 266.

33) 이시윤, 247, 259.

34) 정동윤·유병현·김경욱, 280-281.

35) 호문혁, 131-135.

점들 때문에, 신실체법설은 종래의 실체법상의 청구권 개념을 그대로 둔 채 소송물의 식별기준만을 바꾼 소송법설을 대체할 수는 없다고 본다.³⁶⁾

나) 이원설에 의한 소송물 특정 및 구분

소송물이론에 관한 논쟁이 민사소송의 목적이나 소송관에 관한 입장과 깊이 관련되어 있다는 견해가 있다.³⁷⁾ 한 견해에 따르면, 구실체법설은 소송물을 가능한 한 작게 구분함으로써 법원의 권한을 축소시키고 당사자의 지배권한을 확대하려는 자유주의적·개인주의적 소송관의 산물임에 반하여, 소송법설과 신실체법설은 실질적으로 하나의 분쟁은 가능한 한 1회에 해결함으로써 소송제도의 합리적 운영을 꾀하고, 소송제도가 가지는 사회적 의의를 강조하는 사회국가적·복지국가적 소송관과 관련되어 있다고 본다. 이 견해는 소송관의 문제를 도외시하더라도 소송물이론에 관한 문제는 궁극적으로 법정책적인 평가문제로 귀착된다고 보면서, 분쟁을 일거에 포괄적으로 해결할 수 있도록 넓은 소송물개념을 택하는 것은 같은 분쟁에 관하여 반복하여 국가의 사법기관을 이용하는 것을 방지하기 때문에 공익에 봉사하지만, 다른 한편 분쟁의 1회적 해결은 당사자의 사권 실현의 기회를 적게 하거나 배제하기 때문에 원고의 사익에 반한다고 한다. 이 견해는 위와 같이 상반되는 이익을 고려하여 소송물의 개념을 결정하여야 하므로, 양 이익을 적절하게 조화할 수 있는 이원설의 입장이 타당하다고 하는 바,³⁸⁾ 본 발표자도 기본적으로는 동일한 입장에서 이원설을 지지한다.³⁹⁾

불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물을 이원설에 따라 구성하면, 소송물은 원고가 소장과 주장서면에서 진술하는 신청과 사실관계, 즉 청구취지와 청구원인에 의하여 특정되고, 소송물의 단독이나 이동도 원고의 청구취지에 기재된 신청과 청구원인에 기재된 사실관계에 의하여 정해진다고 본다. 특히 불법행위로 인한 손해배상청

36) 김동현, 347-348; 호문혁, 127-128.

37) 류승훈, 113-122; 호문혁, 273-274. 그리고 최성호, 신 민사소송법, 동방문화사 (2012), 216-217은 소송물 논쟁이 소송관 외에 제도목적론, 소송고찰의 방법론 및 실체법과 소송법의 관계 파악 여하에 관계됨과 동시에 법원의 역할분담을 둘러싸고 정책과도 긴밀한 관계가 있다고 한다.

38) 호문혁, 273-274.

39) 송상현·박익환, 민사소송법(신정7판), 박영사 (2014), 242도 소송물 논쟁은 분쟁의 포괄적·일회적 해결이라는 공익적 필요와 당사자의 사권실현의 극대화라고 하는 사회적 요구의 대립이므로 소송정책적 측면에서 검토되어야 할 문제이며 시대사조의 변천과 법원의 임무에 대한 재평가에 따라 구소송물이론과 신소송물이론의 운명이 달라질 것이라고 하면서, 이제 우리 민사소송법이 집중심리방식을 채택한 만큼 법원의 기능과 법관의 임무가 사건 관리자적 성격으로 강화될 것이므로 앞으로 실무가 신소송물론에 따르게 될 것으로 보인다고 한다. 한편, 정영환, 신민사소송법, 세창출판사 (2009), 348-350도 민사소송법이 필연적으로 사회국가적·복지국가적 소송관에 기초하고 있다고 하면서, 이러한 소송관은 법원이 변론주의의 본질적 부분에 대한 침해가 되지 아니한다면 가능한 적극적인 관여를 가능케 한다고 한다. 소송물이론과 관련하여 헌법가치와의 합치성, 공익과 사익의 조화, 소송물의 소송법에서의 구체적인 기능의 타당성, 현행 민사소송법의 규정 등에 비추어 본다면 이원설이 타당하다고 한다.

구소송의 청구취지는 일반적으로 특정 금액의 금전을 지급하라는 형식으로 기재되므로, 청구취지에 기재된 청구금액이 어떤 위법행위에 의하여 발생한 피해자의 손해에 대한 적정한 손해배상액인지는 청구원인에 기재된 사실관계 내용을 반드시 참고하여야 한다.

불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 청구원인을 구성하는 사실관계는 가해자의 고의 또는 과실, 위법한 가해행위, 피해자의 손해 발생 및 그 손해와 가해행위 사이의 인과관계일 것인데, 소송물의 동일성을 판단하는 핵심적인 사실관계는 가해행위와 손해에 관한 부분이 될 것이다.

3. 개별적인 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물 특정

가. 청구취지에 의한 소송물의 특정

1) 청구취지의 의미

소장의⁴⁰⁾ 필수적 기재사항 중 하나인 청구취지는 원고가 당해 소송에 있어서 소로써 청구하는 판결의 주문 내용을 말하는 것으로서 소의 결론 부분이다.⁴¹⁾ 이는 청구의 원인에 대한 결론으로서 원고가 소로써 달성하려는 목적이 구체적으로 표현되며, 이에 의하여 원고가 어떤 주문의 판결을 구하는가가 표시되는 것이므로 그 내용·범위 등이 간결·명확하지 않으면 안 된다.⁴²⁾ 불법행위로 인한 손해배상청구소송과 같이 이행의 소에 관한 청구취지는 일반적으로 ‘피고는 원고에게 돈 1,000,000원 및 이에 대하여 2019. 1. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라’와 같이 이행명령을 구하는 취지를 간결하게 표시하여야 하고, 이행할 채무의 종류, 법적 성질, 발생원인 등을 나타내지 않는 간결한 표현을 사용한다.⁴³⁾

2) 불법행위의 법률효과

40) 민사소송법 제249조(소장의 기재사항) ① 소장에는 당사자와 법정대리인, 청구의 취지와 원인을 적어야 한다.

41) 다만, 대법원 1965. 4. 27. 선고 65다319 판결은 “준비서면에 「피고 학원은 원고에게 본건 토지에 관하여 서기 1956. 1. 3. 취득시효 완성에 인한 소유권이전등기 절차를 이행할 것을 예비적으로 청구함.»이란 표시가 예비적 청구취지의 표시인 것이고 그 표시를 청구취지란 제목 아래 별도로 표시하지 아니하였다 하여 청구취지를 표시하지 않은 것이라고는 할 수 없는 것이”라고 판시하였다.

42) 법원실무제요 민사소송(III)(개정판), 법원행정처 (2014), 12.

43) 법원실무제요 민사소송(III)(개정판), 13.

불법행위의 원칙적인 법률효과는 가해자가 피해자에게 피해자가 가해자의 위법행위로 입은 손해를 금전으로 배상하는 것이다(민법 제750조, 제763조, 제394조). 손해배상의 방법으로는 원상회복과 금전배상의 방법을 생각할 수 있으나, 법률에 다른 규정이 있거나 당사자가 다른 의사표시를 하는 등 특별한 사정이 없는 이상 피해자는 불법행위자에 대하여 원상회복청구는 할 수 없다.⁴⁴⁾ 따라서 다른 의사표시가 있으면 손해를 금전배상 이외의 방법으로 배상할 수 있는데, 여기에서 다른 의사표시라는 것은 가해자나 피해자 일방의 의사표시만으로 예외를 인정할 수 있다는 것이 아니라 가해자와 피해자 쌍방의 합의로 손해배상의 방법을 정할 수 있다는 것이다. 다만, 불법행위는 사전에 손해배상 방법에 관하여 특약을 해두기 어려운 특성이 있으므로, 불법행위로 인한 손해의 배상방법에 관한 합의는 대부분 불법행위가 발생한 후에 이루어질 것이다.⁴⁵⁾

민법 제764조는 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 불법행위 중 명예훼손의 경우에는 그 효과로서 ① 손해배상, ② 손해배상에 갈음하는 명예회복처분, ③ 손해배상 및 명예회복처분 등이 있을 수 있다.⁴⁶⁾ 또한, 불법행위의 직접적인 효과로서 피해자가 가해자에 대하여 사후적으로 손해배상을 청구하는 외에 사전에 미리 가해행위를 방지하도록 하거나 가해행위의 중도에 이를 중지하도록 할 수 있는 일반적인 금지청구권이 인정되는지에 관하여는 견해의 대립이 있으나,⁴⁷⁾ 판례는 인격적 법익의 침해행위나⁴⁸⁾ 부정한 경쟁행위에⁴⁹⁾

44) 대법원 1994. 3. 22. 선고 92다52726 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결 등
 45) 김용담 편집대표, 주석 민법[채권각칙(6)] (이연갑 집필부분), 한국사법행정학회 (2016), 273-274.
 46) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 전원재판부 결정은 “민법 제764조가 사죄광고를 포함하는 취지라면 그에 의한 기본권제한에 있어서 그 선택된 수단이 목적에 적합하지 않을 뿐만 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙이 정한 한계를 벗어난 것으로 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 없는 것으로서 헌법 제19조에 위반되는 동시에 헌법상 보장되는 인격권의 침해에 이르게 된다.”고 판시하면서, 다만 “① 가해자의 비용으로 그가 패소한 민사손해배상판결의 신문·잡지 등에 게재, ② 형사명예훼손죄의 유죄판결의 신문·잡지 등에 게재, ③ 명예훼손기사의 취소광고 등의 방법을 상정할 수 있다.”고 판시하였다.
 47) 유영선, “불법행위자로서 ‘부정한 경쟁행위’ 및 그에 기한 금지청구권의 성립 요건 등에 관하여 -대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정(공2010하, 1855)-”, 민사재판의 제문제 제23권(2015. 8.); 박시훈, “위법행위에 대한 금지청구권의 연구 -위법성 판단의 문제를 중심으로-”, 민사법학, 제71호(2015. 6.), 64-67; 최민수, “부정경쟁행위와 불법행위법상 금지청구권 -대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정-”, 법조 통권 676호(2013. 1.), 270-280 등 참조
 48) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다17851 판결은 “사람(종중 등의 경우에도 마찬가지이다.)이 갖는 명예에 관한 권리는 일종의 인격권으로 볼 수 있는 것으로서, 그 성질상 일단 침해된 후에는 금전배상이나 명예 회복에 필요한 처분 등의 구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해 전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 이와 같은 인격권의 침해에 대하여는 사전 예방적 구제수단으로 침해행위의 방지 등의 금지청구권이 인정될 수 있다.”고 판시하였다.
 49) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결은 “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의

대하여 금지청구권을 인정하고 있다. 이러한 금지청구권이 인정되기 위하여 위법행위와 피해자 구제의 필요성, 비교형량 등과 같이 금지청구권 인정 요건 외에, 손해 발생이 필요한지에 관하여는 추가적인 논의가 필요하지만, 이미 손해가 발생하였고 그 손해 확대나 추가 발생을 막기 위하여 위법행위의 금지가 유효적절한 수단이라고 인정된다면 손해배상과 함께 가해자에 대한 위법행위의 금지(禁止) 내지 부작위(不作爲) 청구가 인정될 수 있다고 본다.

3) 금전 지급 청구와 작위·금지 이행 청구의 소송물

불법행위 피해자는 가해자를 상대로 원칙적인 손해배상으로서 일정 금액의 금전 지급을 청구하면서 추가적인 요건을 주장·증명하여 명예회복에 적당한 처분이나 금지 청구를 할 수 있는데, 이때 금전 지급 청구와 처분·금지 청구가 동일한 소송물인지가 문제된다.

이와 같이 동일한 법률요건에 근거하여 복수의 실제법상 청구권이 병존적으로 또는 배타적으로 성립하고⁵⁰⁾ 이를 이행의 소로써 청구할 경우, 청구원인이나 사실관계를 보면 동일하지만 청구원인이나 신청은 같지 않기 때문에 소송물이론에 따라 소송물이 달라지게 된다.⁵¹⁾ 본 발표자가 지지하는 이원설에 따르면, 동일한 위법행위에 대한 구제조치라고 하더라도 그 신청 내지 청구취지의 내용은 금전 지급, 작위 또는 부작위 청구가 되므로, 각각 별개의 소송물이 성립한다고 본다.⁵²⁾

나. 청구원인에 의한 소송물의 특정

노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다. 이때 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.”고 판시하였다.

50) 예컨대, 민법 제406조에 따라 채권자 취소권을 행사하는 채권자는 수익자나 전득자에 대하여 원상회복의 방법으로서 원칙적으로 원물반환을, 예외적으로 가액배상을 청구할 수 있고, 매수인은 권리의 일부가 타인에게 속한 경우 민법 제572조에 따라 매도인에 대한 담보책임으로서 대금 감액 청구, 계약 해제, 그리고 손해배상청구를 병존적으로 또는 배타적으로 행사할 수 있다.

51) 사해행위 취소소송에서 원물반환청구와 가액배상청구를 동일한 소송물로 볼 수 있는지에 관하여는 긍정설, 부정설, 구분설이 대립하고 있고, 판례는 긍정설을 채택하고 있다. 신용호, ‘채권자가 피보전채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우, 전·후소의 소송물이 동일한지 여부’, 대법원판례해설 제93호(2013), 44.

52) 전효숙, 550은 저작인격권침해로 인한 손해배상청구와 명예회복 등 조치[저작권법 제127조(명예회복 등의 청구) 저작자 또는 실연자는 고의 또는 과실로 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다.]와의 관계에 관하여 양자는 소송물을 달리 한다고 한다. 다만, 그 근거로는 인격권 침해로 인한 손해배상 청구는 민법 제750조, 제751조에 근거하는 것이고 명예회복에 필요한 조치는 저작권법 제127조에 근거를 두고 있다는 점에서 찾고 있다.

1) 청구원인의 의미

소송물이론에서 의미가 있는 청구원인은 민사소송법 제249조 제1항의 소장의 필요적 기재사항인 청구원인이다.⁵³⁾ 소송물에 관한 논쟁 이전에 발생한 문제로서, 원고는 어느 정도의 사실을 청구원인으로서 적어야 하는가에 관하여 식별설(동일인식설)과 이유 기재설(사실기재설)의 대립이 있으나, 현재 학계에서는 소송물이론에 관한 견해와는 무관하게 식별설이 통설이다.⁵⁴⁾ 따라서 청구원인에는 청구취지에서 주장한 법률효과를 끌어내는 데에 필요한 사실관계를 기재하면 충분하고, 그것이 어떠한 법적 성질을 갖는지를 기재하거나 그 법적 성질을 전제로 그것에 맞추어 요건사실을 기재할 필요는 없다. 그리고 원고가 사실관계에 기한 법률효과를 법률적 용어로 표현하거나 법적 성질을 기재했더라도 이는 법원을 구속하지 않는다.⁵⁵⁾

2) 손해 항목의 구분 및 특정

불법행위로 인한 손해배상청구소송의 청구원인에 기재할 사실관계 중 손해 항목에 관한 내용이 소송물의 특징이나 개수에 어떻게 영향을 미치는지에 관하여, 특히 인신사고에 대한 손해배상청구의 소송물 판단기준에 관하여 판례는 적극적 손해, 소극적 손해 그리고 정신적 손해마다 별개의 소송물이 성립한다는 손해 3분설을 채택하고 있다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾ 따라서 판례에 의하면, 불법행위로 인한 손해배상청구소송을 제기한 원고는 적극적 손해, 소극적 손해 그리고 정신적 손해마다 손해액을 특정함으로써 소송물을 구분하여야 하고, 법원은 각 손해 항목마다 원고가 청구한 금액 범위 내에서 원고의 청구를 판단하여야 하며, 설령 심리한 결과 어떤 손해 항목에 관하여 원고가 청구한 금액보다 원고의 손해액을 더 많이 인정하더라도 판결 주문에서는 원고가 청구한 금액만큼만 인용할 수 있을 뿐이다.

53) 민사소송법 제249조(소장의 기재사항) ① 소장은 당사자와 법정대리인, 청구의 취지와 원인을 적어야 한다.

54) 송상현·박익환: 249-250; 이시윤, 271-272; 전병서, 11; 정동윤·유병현·김경욱, 85-86; 호문혁, 100 등

55) 전병서 11; 호문혁, 99.

56) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결 등

57) 대법원이 손해 3분설을 계속 유지하는 것은 이론적인 타당성이나 우월성에서 비롯된 것은 아니라고 판단하면서, 오랜 관행으로 3분설이 유지되어 온 점, 이 견해를 취하더라도 실무상 별 불편이 없었다는 점, 원고에게 손해를 분류해서 각각의 것을 별개의 소송물로 취급해 주는 것이 오히려 유리하다는 점이 작용하고 있는 듯하다는 견해로는 한충수, 민사소송법(제2판), 박영사 (2018), 219-220. 이 견해는 손해 1개설에 대하여, 합리적인 원고는 기초사실이 동일한 손해를 3분하여 제기하지 않는다는 점을 유념할 필요가 있다고 한다.

학설은, ① 손해배상청구에 있어서 적극적 손해·소극적 손해·위자료 등의 항목 분류는 생명·신체침해로 인하여 생긴 하나의 인적 손해를 금전적으로 평가하기 위한 원고의 분류 자료(공격방법)에 지나지 않으며, 손해 총액이 피해자의 주된 관심사이고 분쟁의 핵심이며, 손해배상사건의 비송적 성격과 위자료의 보충작용에 맞고, 나아가 원고가 손해 항목마다 별건으로 만들어 차례로 제소함으로써 피고로 하여금 여러 차례 응소 강제를 당하게 되는 폐단을 막기 위하여 손해 1개설이 타당하다는 견해,⁵⁸⁾ ② 손해 1개설은 재산적 손해와 정신적 손해는 근본적으로 다르다는 기본원칙을 무시한 이론으로, 아직 서구식의 법체계에 익숙하지 않은 일본이나 우리나라에서는 위자료의 보충작용이 이해될 수 있을지 모르지만, 피해자가 입은 재산상의 손해와 정신적 고통은 배상방법이 비록 금전지급으로 같지만 그 법적 성격이 전혀 다르고, 손해 3개설은 같은 재산상 손해를 다시 적극적 손해와 소극적 손해를 나누어서 그 각각의 배상청구가 다른 소송물이라고 보는 것은 지나치게 세분한 것으로서, 적극적 손해와 소극적 손해의 법적 성격에는 차이가 없고, 재산적 손해의 각 항목에 지나지 않으므로 하나의 소송물로 보는 것이 타당하므로, 손해를 재산적 손해와 정신적 손해로 나누어 그에 따라 소송물을 정할 것이라는 손해 2개설,⁵⁹⁾ ③ 기본적으로 손해를 분류하여 별개의 소송물로 구성한 뒤 각 소송물별로 처분권주의를 적용하는 것이 오히려 소송물에 따른 주장·증명의 범위의 명확화를 꾀할 수 있으며 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 비송적 성격은 각 소송물 범위 내에서도 얼마든지 가능하다 할 것이므로, 손해 3분설을 취하는 판례의 입장이 타당하다는 견해가⁶⁰⁾ 있다.

앞서 본 발표자는 소송물이론이 민사소송의 목적에 관한 견해와 깊이 관련되고 법정책적인 평가문제로 귀착된다는 입장에 동의하였는바, 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물에 관하여 어떤 견해를 채택하여야 할지도 재판실무의 상황을 참작한 법정책적인 고려에 의존할 수밖에 없다는 견해가 있고,⁶¹⁾ 본 발표자도 기본적으로는 이 견해에 동의한다.⁶²⁾

58) 류승훈, 136; 배기원, 298-299; 윤재식, 461; 이시윤, 321. 다만, 황형모, 327은 사람의 사상에 따른 손해배상청구의 소송물을 3분하는 것은 편의적인 분류인데, 분쟁의 1회적 해결을 위한 법원의 층원이 확충되어 집중심리를 심리할 수 있으면 소송물을 1개로 보는 것이 적절하다고 본다.

59) 호문혁, 376-377.

60) 김홍엽, 307-308.

61) 윤재식, 460.

62) 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물을 어떻게 파악하느냐에 따라 피해자의 권리행사의 보장, 가해자의 수차의 응소의 불편 등의 이해가 상반될 뿐만 아니라 법원의 부담에도 영향을 미치고, 이 문제를 해결하는 결정적 요인으로는 이론의 문제보다는 사건의 적정·공평·신속·경제적 해결이라는 실천적 고려가 더 중요하고 법현실의 상황변화에 따라 다른 입장을 취할 수도 있다고 생각된다고 하면서, 판례의 3분설이 적절하지 않다는 견해가 있다(황형모, 315). 그러나 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물을 실체법적 개념인 손해와 그 항목 구분에 따라 판단하는 판례나 학설의 입장을 검토함에 있어서 손해의 개념과 의미, 분류 등에 관한 민법의 이론을 고려하지 않을 수는 없다. 위 견해도 소송물이론에서 실천적 고려가 이론의 문제보다 상대적으로 더 중요하다는 입장이지, 이론의

불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 피해자가 민사소송을 제기하는 목적은 법원의 재판을 통해 가해자의 위법행위로 입은 손해를 보상받기 위한 것으로서, 손해배상청구소송을 제기한 원고가 관심이 있는 것은 전체로서의 손해액이지 항목별 손해액은 아닐 것이다. 재산적 법익 침해가 명목적인 경우에 그치는 일부 손해배상청구소송에서는 위자료액의 다과(多寡)가 핵심적인 쟁점이 되기도 하지만, 일반적인 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 현실적으로 이루어지는 다양한 변론활동은 최종적으로 법원 판결의 주문에서 인정되는 배상금액에 초점이 있다.

물론 피해자인 원고는 법원 재판에서 더 많은 손해배상액을 인정받기 위하여 적극적 손해와 소극적 손해를 구성하는 다양한 세부 항목의 인자를 주장·증명하고, 정신적 손해에 대한 금전적 보상인 위자료도 더 많은 금액을 인정받기 위하여 위자료 금액에 영향을 미치는 여러 사정을 주장·증명하기 위하여 노력한다. 반면에, 가해자인 피고는 법원이 인정하는 손해배상액을 줄이기 위하여 반대사실을 주장하고 반대증거를 제출하는 한편, 과실상계나 손익상계, 형평에 의한 배상금액의 감액 등을 변론한다.

예컨대, 대표적인 적극적 손해 유형인 물건의 멸실·훼손으로 인한 수리비 또는 교환가치를 산정할 때에 손해액 감정을 실시하고, 소극적 손해 유형인 휴업손해를 산정할 때에 대체물 확보나 수리에 필요한 합리적인 기간이나 그 기간 동안의 통상적인 영업이익이 얼마인지에 관하여 변론하게 된다. 인신사고로 인한 손해배상청구소송에서는 그러한 손해배상액 산정방법에 관한 변론이 더 복잡한데, 예컨대 적극적 손해를 산정하기 위하여는 기왕치료비 및 향후치료비, 보조구 비용, 개호비, 장례비 등의 다양한 요인이, 소극적 손해를 산정하기 위하여는 피해자의 사고 당시의 소득과 장래 증가 소득, 통계소득의 적용 여부, 구체적인 소득액, 세금이나 생계비 공제, 가동능력상실률과 기대여명, 가동기간, 가동일수 등의 다양한 요인에 대한 심리가 필요하다. 그리고 불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정하게 된다.⁶³⁾ 이와 같은 구체적인 손해배상액 산정에 필요한 여러 요소는 피해자가 신청한 청구취지 기재 금액을 이유 있게 하는 공격방어방법이지, 그 자체가 소송물은 아니다.

문제를 배제하거나 도외시할 수 있다는 입장은 아니라고 보인다.

63) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017다228083 판결 등. 일반적으로는 상해의 부위 및 정도, 후유장애의 부위 및 정도, 피해자의 나이, 성별, 직업, 재산 및 교육 정도 등 피해자 측 사정이 중심이 되지만, 가해자의 재산 및 교육 정도, 가해행위의 경위와 상황, 가해자의 고의 또는 과실의 정도 등과 같은 가해자 측 사정도 참작되고, 국민소득수준 및 통화가치의 변동 등의 사정도 고려되어야 한다. 그리고 가해행위의 직접 피해자가 아닌 근친자(近親者)의 위자료 액수를 정함에 있어서는 직접 피해자와의 관계, 그 근친자의 나이, 성별, 부양관계, 직업, 재산 및 교육 정도 등도 아울러 고려되어야 한다. 주석 민법[채권각칙(6)], 377.

불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 개별 손해 항목의 독립성이나 고유성은 손해 배상 액수의 산정에 관한 민사소송법 제202조의2 규정 및 특히 비재산적 법익 침해에 대한 위자료가 포함된 손해배상청구소송에서 위자료의 보완적 기능에 의하여 약화되고 있다.

민사소송법 제202조의2는 “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 이를 통해 단순한 증명도의 경감에 그치는 것이 아니라 손해액에 관해 일정 정도의 심증형성이 되지 않는 경우에도 법원의 자유로운 판단에 따라 상당한 손해액을 인정할 수 있게 되었다.⁶⁴⁾ 이 조항은 주로 단일한 손해 항목 내에서 구체적인 배상금액을 산정하는 단계에서 활용될 것이나, 적극적 손해와 소극적 손해를 엄격하게 구분하기 어려운 사례와 같이 전체 손해액을 산정하는 단계에서도 적용될 수 있을 것이다.

또한, 판례는 “법원은 위자료액을 산정할 때 피해자 측과 가해자 측의 제반 사정을 참작하여 그 금액을 정하여야 하므로 피해자가 가해자로부터 당해 사고로 입은 재산상 손해에 대하여 배상을 받을 수 있는지 여부 및 그 배상액의 다과 등과 같은 사유도 위자료액 산정의 참작 사유가 되는 것은 물론이다. 또한 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 증명 곤란 등의 이유로 손해액의 확정이 불가능하여 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다.”고 판시하여⁶⁵⁾ 이른바 위자료의 보완적·조정적 기능을 수긍하고 있으므로, 재산적 손해와 정신적 손해의 경계가 더욱 모호해졌다고 할 수 있다.

불법행위책임에 관한 일반 규정인 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있어 그 손해의 구체적인 내용을 규정하고 있지 않으나, 그 손해에는 재산적 손해뿐만 아니라 비재산적 손해도 포함된다고 해석된다. 재산 이외의 손해의 배상에 관한 민법 제751

64) 정동윤·유병현·김경욱, 548. 민사소송법 제202조의2 신설 이전에도 대법원은 “불법행위로 인하여 손해가 발생한 사실이 인정되는 경우 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 증거가 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하여야 하고, 경우에 따라서는 직권으로라도 손해액을 심리·판단하여야 한다.”고 판시하였다(대법원 1987. 12. 22. 선고 85다카2453 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다103451 판결, 대법원 2016. 11. 24. 선고 2014다81511 판결 등).

65) 대법원 1984. 11. 13. 선고 84다카722 판결, 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결, 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결 등

조 제1항⁶⁶⁾이나 생명침해로 인한 위자료에 관한 민법 제752조⁶⁷⁾의 규정은 민법 제750조의 손해에 재산적 손해만이 아니라 비재산적 손해 또는 정신적 손해도 포함되는 것을 주의적으로 규정한 예시적 조문이라고 보아야 한다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾ 재산적 손해와 정신적 손해, 또는 재산적 손해와 비재산적 손해의 구분은 단일한 위법행위로 인하여 발생한 손해를 손해배상액의 산정을 위하여 침해의 결과로 발생하는 불이익이 재산적인지에 따라 구분되는 것에 불과하다.⁷⁰⁾

불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 적극적 손해, 소극적 손해 그리고 정신적 손해의 구분은 동일한 위법행위로 발생한 손해의 구체적인 배상액을 산정하기 위한 실체법적 분류나 구성에 불과하므로, 그 손해의 구분이 소송물의 개수나 동일성 판단기준이 될 수 없다. 위법행위로 인하여 발생한 손해의 배상을 목적으로 하는 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 소송물의 판단기준에 관하여는 손해 1개설을 지지한다.

3) 가해행위에 관한 사실관계의 기재 정도 및 소송물에 미치는 영향

이원설에 따르면 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물은 원고가 기재한 청구취지의 신청과 청구원인의 사실관계에 의하여 특정되고, 소송물의 개수나 동일성 여부도 그에 의하여 결정된다. 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 사실관계 중 손해 부분은 정형화된 반면에, 교통사고와 같이 일부 사례를 제외한다면 가해행위 부분은 매우 다양하고 복잡하다. 소송물의 특징을 위하여 청구원인에 기재하여야 할 사실관계는 그 소송의 소송물을 다른 소송물로부터 구별하는 데 필요한 정도로 기재하여야 하지만, 이때 소송물의 동일성 판단기준이 되는 사실관계의 내용이나 범위가 반드시 명확한 것은 아니다.

66) 민법 제751조(재산 이외의 손해의 배상) ① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

67) 민법 제752조(생명침해로 인한 위자료) 타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여는 재산상의 손해 없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다.

68) 예컨대, 대법원 1965. 5. 25. 선고 65다292 판결은 “민법 제752조의 규정은 타인의 생명을 침해하는 경우에 한하여 위 조문에 예거한 신분관계에 있는 사람에 한하여 정신상 손해에 대한 손해배상책임을 인정하고 있는 취지가 아니고 타인의 생명침해의 경우 위자료청구권이 있는 사람과 피해법익을 예시적으로 규정한 것으로 해석하여야 하므로 자기의 생명침해 이외의 경우에도 직접 피해자가 아닌 부모 또는 배우자는 그의 아들이나 배우자의 신체상해에 대하여도 손해배상에 관한 원칙규정인 민법 제750조의 규정에 의하여 정신적 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다.”고 판시하였다.

69) 주석 민법[채권각칙(6)], 249.

70) 재산적 손해와 비재산적 손해의 또 다른 구별기준으로, 피침해법익에 따라 재산에 관하여 생긴 손해가 재산적 손해이고 생명·신체·자유·명예 등 비재산적 법익에 관하여 생긴 손해가 비재산적 손해라는 견해가 있다. 주석 민법[채권각칙(6)], 248.

소송물이론에서 이원설에 대한 비판도 여기에 집중한다. 사실관계란 모호한 개념을 소송물의 구성요소로 함으로써 그 한계 획정이 어려워 사실관계가 하나인지 둘인지, 같은지 다른지 구별하기가 힘들고, 또 자칫 이를 좁게 해석하면 권리의 발생원인사실과 같아져서 구소송물이론과 결론이 다를 바 없어지며, 신소송물이론을 채택하는 의미가 몰각될 수 있다는 것이다.⁷¹⁾ 하지만, 이원설에서 소송물의 판단기준이 되는 사실관계만이 불명확한 개념은 아니다. 추상적인 법규범에서 불확정 개념이나 일반조항에 대한 논리적, 체계적 해석이 요구되는 경우는 드물지 않다. 이원설을 지지하는 본 발표자가 앞으로 계속 연구하여야 할 주제이나, 이원설이 다수설 및 판례의 지위를 차지하고 있는 독일에서도 사실관계의 단위를 ‘고립된 역사적 개별현상’이라고 하여 좁게 잡는 견해와 자연적인 파악에 의하여 단일하게 나타나는 ‘전체적인 역사적 생활현상’이라고 하여 넓게 잡는 견해가 대립하고 있다⁷²⁾는 사실은 사실관계의 구체적인 내용이나 한계 획정이 결코 쉽지 않다는 것을 보여준다.

불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 가해행위의 태양이 매우 다양하다는 점에서 소송물의 구성요소인 사실관계 획정의 어려움은 더욱 가중되지만, 아래에서는 간단한 사례에서 문제 제기 수준의 의견을 시도해 보고자 한다.

먼저, 생명·신체·건강에 대한 가해행위의 경우에는 피해자마다 별개의 소송물이 성립한다고 보아야 한다. 동일 피해자의 생명 등에 대한 가해행위는 원칙적으로 시간, 장소를 기준으로 구분하되, 시간적, 장소적으로 접촉된 경우에는 단일한 가해행위로 볼 수 있을 것이다. 예컨대, 가해자가 피해자를 감금한 상태에서 폭행, 협박, 상해행위를 반복한 경우에는 감금상태에서 이루어진 일련의 가해행위는 단일한 소송물을 구성한다고 볼 수 있을 것이다.

명예·신용 등과 같은 인격권에 대한 가해행위의 경우에는 자연인이나 법인, 또는 단체와 같이 법익 주체마다 소송물이 별개로 성립하되, 동일한 피해자에 대한 가해행위는, 명예·신용이 회복되었다가 다시 침해되는 경우와 같이 인격권의 가해행위가 단절되었다고 볼 수 없는 한, 원칙적으로 단일한 소송물을 구성한다고 볼 수 있을 것이다. 일조(日照)나 소음·진동, 조망(眺望)이나 경관 등 생활이익이 침해된 경우에도 법익 주체마다 소송물이 별개로 성립하되, 동일한 피해자에 대한 가해행위는 원칙적으로 단일한 소송물을 구성한다고 볼 수 있을 것이다.

71) 이시윤, 246.

72) 호문혁, 120.

물건의 횡령이나 파손, 멸실과 같은 가해행위의 경우에는 물권이나 채권, 기타 재산권의 권리주체에 따라 소송물이 별개로 성립하되, 시간적·장소적으로 단일하거나 계속된 가해행위로 물건의 횡령 등이 발생하였다면 재산권의 개수나 이동(異同)은 원칙적으로 별개의 소송물을 구성하지 않는다고 보고자 한다. 대법원 판례⁷³⁾와 다수설⁷⁴⁾은 물건마다 소송물이 세분된다고 하고, 소수설⁷⁵⁾은 소송물을 하나로 보아야 한다고 한다. 다수설은 1개의 물건마다 권리의 성립을 인정하는 현재의 실정법질서 아래에서는 동일한 가해행위에 의하여 수개의 물건을 침해(손괴 또는 횡령)당한 경우에는 그 물건마다 손해배상청구권이 발생하고 소송물도 별개로 된다고 하지만,⁷⁶⁾ 시간적·장소적으로 접근한 가해행위로 인하여 복수의 물건이나 재산권이 침해되었다고 하여 피해 물건이나 재산권마다 소송물이 달라진다는 것은 분쟁 해결을 너무 복잡하게 하고 소송의 반복을 초래할 수 있다.⁷⁷⁾

4. 결론

본 발표자는 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물은 청구취지에 기재된 신청과 청구원인에 기재된 사실관계에 의하여 특정되고, 신청과 사실관계가 함께 소송물의 단복(單複)·이동(異同)과 같은 동일성 판단기준이 되어야 한다는 이지설을 지지하면서, 사실관계 중 손해 부분에 관하여는 손해 1개설을 지지한다는 입장을 밝혔다. 다만, 아직 사실관계 중 가해행위 부분에 관하여는 사실관계의 한계 확정 등에 관하여 명확한 입장을 정하지 못한 채, 일부 유형의 가해행위에 대한 문제 제기 수준의 견해를 밝혔다.

본 발표자가 이와 같이 발표자 본인의 명확한 입장을 정립하지도 못한 상태에서 감히 소송물이론을 검토한 것은 민사소송 실무에서 상당한 비중을 차지하는 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물을 손해마다 3분하고 있는 대법원 판례의 이론적·실무적 근거에 대하여 의문을 품었기 때문이다. 그런데 대법원 판례의 입장에 대해 손해 1개설을 대안적 견해로 제시하는 것은 어렵지 않았으나, 막상 이원설에 근거하여 불

73) 대법원 1969. 12. 16. 선고 65다2363 판결. 그리고 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다22775 판결은 “저작인격권이나 저작재산권을 이루는 개별적인 권리들은 저작인격권이나 저작재산권이라는 동일한 권리의 한 내용에 불과한 것이 아니라 각 독립적인 권리로 파악하여야 하므로 위 각 권리에 기한 청구는 별개의 소송물이 된다.”고 판시하였다.

74) 배기원, 297-299; 윤재식, 461-462. 저작권침해소송의 소송물에 관하여 저작인격권과 저작재산권은 각각 독립된 권리로 파악하여야 하므로 각각 별도의 소송물을 구성한다는 견해로는 고윤석, 235; 전효숙, 548이 있다.

75) 황형모, 327.

76) 배기원, 297-298.

77) 황형모, 327.

법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물의 구성요소 내지 동일성 판단기준이 되는 사실관계의 개념이나 내용을 제대로 제시하지는 못하였다. 본 발표문을 계기로 불법행위로 인한 손해배상청구소송의 소송물에 관하여 계속 연구하고, 이론적으로나 실무적으로 합리적인 대안을 고민할 것을 다짐한다.

[참고문헌]

- 민일영 집필대표, 주석 민사소송법(IV), 한국사법행정학회 (2018)
김용담 편집대표, 주석 민법[채권각칙(6)], 한국사법행정학회 (2016)
강현중, 민사소송법(제7판), 박영사 (2018)
김흥규·강태원, 민사소송법(제4판), 삼영사 (2017)
김상수, 민사소송법(제2판), 법우사 (2015)
김홍엽, 민사소송법(제7판), 박영사 (2018)
박재완, 민사소송법강의(제2판), 박영사 (2018)
손한기, 민사소송법(제2판), 흥문사 (2019)
송상현·박익환, 민사소송법(신정7판), 박영사 (2014)
이시윤, 신민사소송법(제12판), 박영사 (2018)
전병서, 강의 민사소송법, 박영사 (2018)
정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제6판), 법문사 (2017),
정영환, 신민사소송법, 세창출판사 (2009)
최성호, 신민사소송법, 동방문화사 (2012)
한충수, 민사소송법(제2판), 박영사 (2018)
호문혁, 민사소송법(제13판), 법문사 (2016)
법원실무제요 민사소송[III](개정판), 법원행정처 (2014)
- 고윤석, “저작인격권·저작권재산권의 각 권리에 기한 청구가 별개의 소송물인가? -대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다22775 판결-”, 비교법연구 제15권 제1호(2015. 4.)
김동현, “이지설에 따른 소송물의 재구성 -독일에서의 논의를 참고하여-”, 안암법학 제48권 (2015. 9.)
류승훈, “판례와 함께 살펴본 소송물론의 현대적 과제”, 법학논고 제37집 (2011. 10.)
박태신, “의료소송에 있어서 소송물과 요건사실에 관한 연구”, 홍익법학 제12권 제2호(2011)
배기원, “손해배상청구의 소송물 -교통사고소송을 중심으로-”, 사법논집 제11집 (1980)
윤재식, “교통사고소송에 있어서 소송물과 주장 입증책임”, 재판자료 제20집(1984),
이시윤, “손해배상청구소송의 소송물”, 판례월보 제101호(1979. 2.)
전효숙, “저작권침해소송의 소송물 -대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다22775 판결을 중심으로-”, 법학논집 제19권 제2호 (2014. 12.)
정동윤, “소송물의 식별기준에 관한 대법원판례의 입장”, 고시계 제39권 제12호 (1994. 11.)
황형모, “소송물이론에 관련된 비주류적 판례에 대한 평가와 소송물의 식별에 관한 실천적·이론적 검토”, 동아법학 제53호 (2011. 11.)
홍기문, “소송물이론에 관한 소고”, 민사소송:한국민사소송법학회지 vol 10-1 (2006. 5.)

토 론

강구욱 교수(한국외국어대학교)

주제발표

**집단소송과 관련된 국회입법 및 대법원
판례의 동향과 그 시사점**

사회: 권혁재 교수(경북대학교)

발제: 최광선 교수(전남대학교)

집단소송과 관련된 국회 입법 및 대법원 판례의 동향과 그 시사점

1. 서론

1. 논의 배경

우리나라에서 집단적 피해가 발생하면 어김없이 등장하는 주제가 집단소송의 확대이다. 집단소송이라는 용어는 일반 민사소송에서 당사자적격을 확대한 특수한 소송임에도 불구하고 언론에서는 여러 사람이 소를 제기하면 집단소송이라는 표현을 사용하는 것으로 보인다. 용어의 불분명한 사용을 바로 잡는 것은 별론으로 하더라도 집단소송의 개선이라는 용어가 자주 언급되는 것을 보면 법률전문가가 아닌 사람들이 보기에 우리나라에서의 집단적 분쟁해결 제도에 보완해야 할 점이 많음을 시사한다고 하겠다. 그러나 집단소송을 보는 시각의 차이는 여전히 매우 큰 것으로 보인다. 그 결과 증권관련 집단소송법(2005. 1. 1. 시행)과 소비자보호법(2007. 3. 28. 시행, 현재는 소비자기본법)에 각각 대표당사자소송과 단체소송이 도입된 이래 법률의 문제점을 개선하기 위한 입법은 거의 통과되지 못한 채 지금에 이르고 있다.

최근 발생한 가슴기 살균제 사건, 라돈 침대 사건, 자동차 주행 중 화재 사건 등에서도 불특정 다수의 피해자로 인하여 집단소송의 필요성이 대두 되었고 결국 법무부에서는 집단소송제 확대 도입 방안을 마련하였다. 법무부의 지원을 통하여 2018. 9. 21. 김종민 의원의 대표발의로 「증권관련 집단소송법 일부개정법률안」(이하 ‘김종민 의원안’)이 국회에 발의되기에 이르렀다.¹⁾ 그 내용은 현행의 증권관련 집단소송법을 개정하여 단일 집단소송법으로 확대하는 것으로서 제조물책임, 부당공동행위·재판매가격 유지행위, 부당 표시·광고행위, 개인정보침해행위, 식품안전, 금융소비자 보호 분야까지 적용대상을 확대하는 방안이다. 나아가 2018. 12. 13.에는 채이배 의원의 대표발의로 「집단소송법안」(이하 ‘채이배 의원안’)이 발의되기에 이르렀다. 이 외에도 대표당사자소송의 성격 또는 손해배상청구와 관련된 성격을 가지는 법안이 제20대 국회에 9건이 더 발의되어 있고 현재 모두 국회에서 심사 중에 있다. 대표당사자소송에 관련된 법안 이외에도 「소비자기본법」상의 단체소송에 관한 개정안도 제출되었는데 2018. 12. 27. 유동수 의원의 대표발의로 「소비자기본법 일부개정법률안」(이하 ‘유동수 의원안’)이 국회에 발의되었다.²⁾

이하에서는 국회에 제출된 법안에 대한 분석과 함께 대안을 제시하도록 한다. 집단

1) 법무부 홈페이지의 “법무부 열린장관실 -연설문” 부분의 선진법제포럼 개최사 참조(2018. 12. 13.) <http://www.moj.go.kr/minister/2086/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbwluaXN0ZXIIMkY4OSUyRjQyMDk1NCUyRmFydGNsVmllidy5kbyUzRg%3D%3D> (2019. 01. 30. 최종방문)

2) 법안의 구체적인 내용과 처리 일정에 대하여는 국회 의안정보시스템 참조 <http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do> (2019. 1. 30. 최종방문)

소송의 도입이 본격화 되면서 기존에는 집단소송의 남용에 대한 분석이 주종을 이루었지만 도입이 10년이 넘는 지금에서는 오히려 제도의 활성화에 대한 논의가 주종을 이루는 것으로 보인다. 아울러 법률의 시행에 있어 반드시 필요한 법원의 태도가 조금씩 나오고 있는 바, 관련 판례의 추이도 살펴보면서 시사점을 도출해 보기로 한다.

2. 개념의 정리

논의를 전개하기 전에 집단소송에 관한 용어를 정리해 둘 필요가 있다. 우선 법무부 사이트³⁾에서는 집단소송제를 “기업 관련 소송에서 소비자가 승소하면 동일한 피해를 입은 다른 피해자도 별도의 판결 없이 똑같은 피해구제를 받을 수 있는 제도”로 정의하고 있다. 이 용어의 정의는 실정법을 바탕으로 일반 국민을 쉽게 이해시키기 위한 자료로 보이지만 학문적으로는 논란의 여지가 있다고 생각한다. 첫째 집단소송의 개념은 주로 기업에 관계되었다고 할 수는 있지만 기업 관련 소송에만 국한된 개념은 아니기 때문이다. 원래 집단소송에서의 피고는 국가가 될 수도 있고 기업이 아닌 단체 또는 개인이 될 수도 있다.⁴⁾ 우리나라 현행 법률인 증권관련 집단소송법에는 회사와 그에 관계된 자, 소비자기본법에는 사업자를 대상으로 하고 있으므로 기업 관련 소송이라는 표현을 쓸 수는 있을 것이다. 그러나 개인정보 보호법 제51조에서는 단체소송의 대상을 비영리민간단체도 대상으로 삼고 있음을 참고할 필요가 있다. 둘째 대표당사자소송에서 제외신고 방식(opt-out)으로 인하여 기판력이 확대되는 경우가 많기는 하지만 별도의 판결이 없어도 피해구제를 받을 수 있는 여부는 입법에 따라 다를 수 있다. 우선 독일식 단체소송의 경우에는 손해배상을 별도로 청구해야 하는 구조로 입법되어 있으며, 일본과 프랑스식 집단소송의 경우에는 간이확정절차를 통하여 소비자들이 개별적으로 권리구제를 받을 수 있도록 되어 있기 때문이다.⁵⁾ 이를 본다면 법무부 사이트에서의 정의는 미국연방민사소송규칙의 대표당사자소송 중 제외신고 방식의 손해배상청구를 모델로 삼고 있는 것으로 보인다.

국내 유수의 교과서에서는 집단소송의 범주에 대표당사자소송과 단체소송을 포함시키고 있다.⁶⁾ 물론 이 두 가지 이외에도 다양한 유형의 집단적 분쟁해결을 위한 제

3) 법무부 홈페이지의 “법무뉴스 - 홍보자료 - 동영상” 부분의 2019.01.17. 집단소송제 도입간담회 참조 <http://www.moj.go.kr/moj/227/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTg4JTJGYXJOY2xMaXN0LmRvJTNGcGFnZSUzRDEIMjY%3D#close> (2019.01.30. 최종방문)

4) 1996년 법무부에서 작성한 집단소송법 시안에는 행정소송도 할 수 있도록 하여 국가가 피고가 될 수 있도록 하였다.

5) 최광선, “소비자 집단소송의 발전방향에 관한 제언”, (법학연구 제29권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2018.2.), 253-262면.

6) 이시윤, 「신민사소송법」(제12판), 박영사, 2018, 770-771면 ; 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법」(제6판), 법문사, 1025-1027면 ; 강현중, 민사소송법(제7판), 박영사, 2018, 841면. 통상공동소송을 집단소송으로 볼 것인지 의문이 있을 수 있으나 통상공동소송은 집단소송과는 구별할 필요가 있다고 생각한다. 왜냐하면 집단소송의 근본표지 중의 하나는 당사자적격의 확대에 있는데 공동소송의 경우는 구성원의 수가 많은 것 뿐 이지 전통적인 당사자적격의 이론이 그대로 적용되기 때문이다. 이 경우 선정당사자소송은 집단소송의 성격을 가진다고 볼 수 있을 것이다.

도들이 존재하지만 적어도 집단소송이라고 하면 대표당사자소송과 단체소송을 모두 포함시키는 것이 다수 견해로 보인다. 본 논문에서의 집단소송은 대표당사자소송과 단체소송을 포함하는 의미로 사용하고자 한다.⁷⁾ 이에 대하여 대표당사자소송을 집단소송으로 하고 단체소송은 집단소송과 별개의 개념으로 두는 유력한 견해도 있다.⁸⁾ 이는 피해자 자신이 당사자적격을 가지면 집단소송형, 피해자가 아니라 별개의 단체가 당사자 적격을 가지면 단체소송형으로 분류한다. 사건으로는 대표당사자소송이라는 용어가 소송의 본질을 더 잘 표현한다고 생각한다. 피해자의 구성원 중 하나가 집단을 대표하여 당사자가 되므로 집단보다는 ‘대표’에 방점이 찍히기 때문이다. 법률에서도 대표당사자라는 용어가 모두 사용되고 있으며 당사자들을 대표한다는 의미는 당사자적격의 확대를 보다 잘 반영한다. 집단소송은 대표당사자소송, 단체소송 이외에 2단계 구제절차, 선정당사자 제도, 독일의 Musterverfahren, 미국의 Multidistrict Litigation⁹⁾ 등도 모두 아우르는 개념으로 사용할 수 있다고 생각한다.

대표당사자소송이란 다수의 피해자들이 원인이나 쟁점을 공통으로 하는 소액의 손해배상청구를 가지고 있는 경우에 그 피해자 집단에서 대표자가 나와서 집단에 속하는 총원의 청구금액을 일괄하여 청구하거나 탈법행위의 금지 등을 청구하는 소송형태로 정의된다.¹⁰⁾ 현행 증권관련 집단소송이 이에 해당할 것이다. 반면 단체소송은 특정한 단체가 당사자가 되어 그 단체가 대표하는 다수의 구성원을 위하여 침해행위의 금지, 그 밖에 작위 또는 부작위를 청구하는 소송형태로 정의된다.¹¹⁾ 소비자 기본법과 개인정보 보호법상 단체소송이 이에 해당할 것이다. 이러한 개념정의를 바탕으로 [집단소송=대표당사자소송 + 단체소송]이라는 전제를 통하여 본 논문을 구성해 나가고자 한다.

II. 집단소송에 관한 입법 동향

1. 서설

제20대 국회에서 2019. 1. 31. 현재 발의된 법안은 앞서 언급한 김종민 의원안, 채이배 의원안, 유동수 의원안 이외에 다음과 같다.¹²⁾ 서영교 의원이 2016. 6. 1. 대표발

7) 미국의 class action 제도 이외에도 독일의 Musterverfahren 제도, 프랑스의 L'action de groupe 제도, 영국의 Group action 제도 역시 당사자적격 확장의 측면이 있으므로 집단소송의 범주에 포함된다고 하겠으나 본 논문은 현행법을 주로 다룬다.

8) 김홍엽, 「민사소송법」(제8판), 박영사, 2019., 1045면 ; 한충수, 「민사소송법」(제2판), 박영사, 2018., 723면.

9) 이 제도들에 대한 자세한 설명은 김경욱, “집단분쟁해결을 위한 새로운 민사소송제도의 도입에 관한 소고”, (민사소송 제17권 2호, 한국민사소송법학회, 2012.)

10) 강현중, 전게서, 842면 ; 이시윤, 전게서, 771면 ; 정동윤·유병현·김경욱, 전게서, 1025면.

11) 정동윤·유병현·김경욱, 전게서, 1027면. 함영주, “소비자단체소송의 법적 성질과 집단분쟁해결 시스템의 구축 방향”, (법조 제58권 제6호, 통권633호, 법조협회, 2009.) 여기서는 현행 소비자단체소송의 법적 성질을 기본적으로 법정소송담당으로 보되, 대표당사자소송의 요소를 일부 받아들인 것으로 해석한다.

의한 「소비자집단소송법안」(이하 ‘서영교 의원안’), 박영선 의원이 2016. 7. 26. 대표발의한 「집단소송법안」(이하 ‘박영선 의원안’), 채이배 의원이 2016. 8. 26. 대표발의한 「증권관련 집단소송법 일부개정법률안」(이하 ‘채이배 의원안2’), 박주민 의원이 2017. 2. 2. 대표발의한 「소비자의 권익 보호를 위한 집단소송법안」(이하 ‘박주민 의원안’), 김경협 의원이 2017. 6. 27. 대표발의한 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 위반행위 손해배상사건 집단소송법안」(이하 ‘김경협 의원안’), 함진규 의원이 2017. 7. 21. 대표발의한 「증권관련 집단소송법 일부개정법률안」(이하 ‘함진규 의원안’), 전해철 의원이 2017. 8. 1. 대표발의한 「공정거래법 집단소송법안」(이하 ‘전해철 의원안’), 백혜련 의원이 2017. 11. 30. 대표발의한 「집단소송법안」(이하 ‘백혜련 의원안’), 이학영 의원이 2018. 1. 19. 대표발의한 「소비자집단소송법안」(이하 ‘이학영 의원안’)이 그에 해당한다. 2018. 11. 16. 「개인정보 보호법」에 기존의 단체소송 이외에 대표당사자소송의 성질을 가지는 집단소송을 도입하는 법안(이하 ‘이재정 의원안’)이 국회에 발의되었다.

제19대에 제출된 법안들에 대하여는 선행연구가 있으므로 여기서는 제20대 국회에서 발의된 증권관련 집단소송상의 대표당사자소송과 관련된 김종민 의원안, 채이배 의원안과 소비자기본법과 관련된 유동수 의원안에 관하여 살펴본다.¹³⁾ 참고로 소비자집단소송법안에 관한 이학영 의원안은 종래의 집단소송의 모습과 다른 점이 있으므로 살펴보기로 한다.

주요법안을 분류한 기준은 다음과 같다. ① 김종민 의원안은 대표당사자소송에 관하여 증권분야를 넘어 확대 적용을 예정하고 있다. 그러나 구체적인 적용범위, 즉 청구권 조항을 적시하고 있어 제한된 범위의 손해배상청구권을 통하여 대표당사자소송을 실현할 수 있다. 김종민 의원안 이외에도 서영교 의원안, 박주민 의원안, 김경협 의원안, 이재정 의원안 등도 특정한 손해배상청구권을 전제로 법안을 구성한다. 다수의 법안들이 김종민 의원안처럼 적용범위와 손해배상청구권의 종류를 다양화하는 방식으로 구체범위를 확대하려는 경향을 가지고 있다. ② 채이배 의원안은 대표당사자소송에 관하여 특별히 손해배상청구권 조항을 적시하지 아니하였다. 따라서 어떤 청구권이든 집단적 피해만 있다면 원상회복·손해전보·손해배상을 구할 수 있다. 채이배 의원안 이외에도 박영선 의원안, 백혜련 의원안 등도 특정한 손해배상청구권과 관계없이 법안을 구성한다. 다만 채이배 의원안만 2019. 1. 31, 현재 유일하게 대표당사자소송 이외에 책임확인소송이라는 개념을 도입하여 대표단체가

12) 본 논문에서는 현행법상 집단소송이 도입된 법률을 중심으로 논의한다. 이학영 의원이 2017. 01. 12. 대표발의한 개인정보 보호법 일부개정안이 있으나 이재정 의원안과 대동소이하고 위에 언급한 소비자집단소송과 관련한 이학영 의원안이 의미가 있으므로 특별히 검토하지 아니한다.

13) 제19대 국회에서 발의된 법안에 대한 분석으로는 서희석, “의원발의 집단소송법안 비교 : 제19대 국회 제출법안의 특징과 과제”, (입법과 정책 제8권 제1호, 국회입법조사처, 2016.); 제20대 국회에서 제출된 소비자집단소송(2018. 1. 31.까지)과 제19대 국회에서 발의된 단체소송에 대한 분석으로는 최광선, 전개논문, 276면 이하.

금전지급 의무 등에 관한 확인의 소를 제기할 수 있도록 하였다. ③ 이학영 의원안은 소비자계약에 대하여 적용범위를 한정하고 있으나 특정한 손해배상청구권을 전제로 하지 않는다. 이학영 의원안은 2019. 1. 31, 현재까지 유일하게 대표당사자소송도 아니고 단체소송도 아닌 이른바 2단계 구제수단을 입안하였다는 특징을 가진다. ④ 유동수 의원안은 단체소송에 대한 개선안이다. 종래의 소비자단체소송의 요건을 개선하여 단체소송의 활성화를 도모하였다. 유동수 의원안은 손해배상청구권의 성질을 가지는 대표당사자소송과는 관계없이 순수하게 단체소송에 대한 개선안으로 법안을 구성한다.

2. 주요법안의 내용에 대한 검토

가. 적용 청구권을 특정한 대표당사자소송 - 김종민 의원안에 대한 검토

이 법안은 법무부가 공식적으로 집단소송법에 대한 개정 의지를 천명한 이후에 법무부의 지원을 받아 제출된 법안이므로 그 의미가 매우 크다.¹⁴⁾ 김종민 의원안은 일부개정안이지만 법률명을 집단소송법으로 변경하고 있다. 이는 단순히 증권관련 분야를 넘어 그 확대를 예정하고 있는데 이 법안은 법률의 적용범위, 즉 손해배상 청구권의 종류를 확대하는 점이 가장 큰 특징이다. 집단소송의 정의를 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 중의 1인 또는 수인이 대표당사자가 되어 수행하는 손해배상청구소송이라고 정의하고 있다는 점이 이를 뒷받침한다. 김종민 의원안의 집단소송은 앞에서 개념정의한 바에 따르면 대표당사자소송의 성격을 가진다고 하겠다.

현행 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’)에는 다음과 같이 6종류의 손해배상청구에만 증권관련 집단소송이 인정된다. 증권신고서 등 발행 시장과 관련된 보고서에 관한 거짓기재(제125조), 사업보고서 등 유통시장과 관련된 보고서에 관한 거짓기재(제162조), 미공개중요정보 이용행위에 대한 책임(제175조), 시세조종행위에 대한 책임(제177조), 부정거래행위에 대한 책임(제179조), 회계감사 보고서의 부실기재(제170조)에만 한정되어 있다. 김종민 의원안은 현행법에 불건전 영업행위로 인한 손해배상(제85조), 공개매수자 등에 대한 배상책임(제142조), 주요 사항보고서 등의 거짓기재(제161조, 제162조)까지 적용범위를 확대하였다.

가습기 살균제 사건 및 주행 중 자동차의 화재 사건 등의 영향을 받아서인지 「제조물 책임법」에 따라 제조물의 결함으로 생명·신체 또는 재산상의 손해가 발생한 경우에도 적용하도록 하였다. 그 외에도 다수의 법률에서 집단소송(대표당사자소송)의 도입여부가 논란이 되었던 내용을 대거 포함시켰다. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「개인정보 보호법」, 「신용정보의 이용

14) 법무부 홈페이지의 “법무부 열린장관실 - 연설문” 부분의 선진법제포럼 개최사 참조(2018. 12. 13.) <http://www.moj.go.kr/minister/2086/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbWluaXN0ZXII MkY4OSUyRjQyMDk1NCUyRmFydGNsVmllldy5kbyUzRg%3D%3D> (2019. 1. 30. 최종방문)

및 보호에 관한 법률」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「위치 정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」, 「식품위생법」, 「건강기능식품에 관한 법률」 가운데 자주 사용되는 손해배상청구의 근거조항을 대상으로 삼고 있다. 기존에 논란이 되었던 공정거래영역, 개인에 관련된 정보영역, 식품에 관련된 영역 등을 모두 포함하고 있는 것이다. 대표당사자소송이 집단소송이라는 명칭을 사용하여 그 범위가 확대됨에 따라 피해자의 제외신고 보장을 위하여 소송허가신청서 제출 및 소송허가결정의 통보대상은 확대될 필요가 있는데 김종민 의원안은 이 부분도 반영하였다.

전속관할에 관한 개선을 하겠다는 점도 주목할 만하다. 현행 증권관련 집단소송법은 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원 본원합의부를 전속관할로 하고 있다. 이 조항을 그대로 따른다면 공동피고가 토지관할에 따른 지방법원이 달라지는 경우 항상 별소를 제기하여 병합하여야 한다는 문제가 발생한다. 예를 들어 경기도 성남시 분당구에 소재한 회사에서 시세조종 및 분식회계를 했고 서울 영등포구에 소재한 회계법인에서 그 회사에 대한 부실감사를 한 경우를 가정해 보자. 증권관련 집단소송의 소송허가를 받기 위해서는 회사와 회계법인을 관할하는 지방법원 본원합의부가 달라서 항상 각 지방법원 본원합의부에 소를 제기한 후 병합에 관하여는 직근 상급법원의 판단을 받아야 한다(증권관련 집단소송법 제14조 제2항). 이는 재판을 매우 지연시키는 처사로서 개정요구가 많았다.¹⁵⁾ 이 점에 대하여 김종민 의원안은 피고의 보통재판적 요건을 삭제함으로써 원고가 소 제기하는 지방법원의 본원합의부도 관할로 포함시키고 있다. 원고는 손해배상청구로서 금전지급청구를 하는 것이니 원고의 소재지도 관할법원이 되는 것이다. 이론상으로는 보통의 민사소송에서는 피고의 보통재판적이 기본적인 토지관할¹⁶⁾이라고 하겠으나 실무상 대표당사자소송에서는 불특정 다수의 잠재적 원고를 대표당사자가 대리하는 것이므로 집단소송의 특색을 반영한 것으로서 타당한 입법이라고 생각한다.

소송대리인의 선임 요건을 개정하여 변호사의 미선임을 이유로 소송절차가 지연되는 것을 방지하였다. 피고 측의 변호사 선임의무를 삭제하였고 원고 측 소송대리인의 경우 최근 3년간 3건 이상 집단소송에 소송대리인으로 관여한 경력이 있는 경우 대리인에서 배제되는 규정을 삭제하였다. 집단소송은 배상액의 규모가 크고 범리가 복잡한데다 피고의 경제활동에 영향을 지대하게 미치므로 사실상 변호사 선임을 할 수 밖에 없다. 피고 측은 대부분 기업일 것이므로 굳이 법적인 무기대등의 원칙을 선언할 필요는 없다는 점을 고려한 것으로 보인다. 그러나 변호사강제주의는 변론 능력에 관한 것으로서 재력 및 증거의 소재 유무와 직접적인 관계가 없다고 생각한

15) 서울중앙지방법원 2010. 12. 31. 선고 2010가합1604 판결에서는 피고를 로얄뱅크오브캐나다만을 피고로 하여 소를 제기하였으나 추후 추가연계증권의 발행회사인 한화증권을 예비적 피고로 추가하는지 여부가 문제가 되었다. 로얄뱅크오브캐나다는 서울중앙지방법원, 한화증권은 서울남부지방법원이 전속관할을 가졌기 때문에 곧바로 병합이 되지는 않고 직근상급법원의 관할지정이 필요한 상황이었다.

16) 이시윤, 전거서, 106면.

다. 반면 원고 측 대리인의 수입건수에 따른 대리권 배제규정 삭제는 사건 수라는 현실적인 요소가 대리권의 배제로 연결되어야 하는 명확한 논리적 근거가 없다는 점에서 타당하다고 생각한다.

현행 증권관련 집단소송법은 구성원이 보유하고 있는 증권의 합계가 피고회사의 발행 증권 총수의 1만분의 1이상 일 것을 요구하고 있다. 이 요건은 증권관련 집단소송의 남소를 우려하여 규정된 사안인데 실제 남소의 우려가 많이 해소되어 그 필요성이 약화되었다고 볼 수도 있다. 대표당사자소송의 경우 원고는 피해를 증명하면 손해배상을 받을 수 있다는 기본원칙에 입각하여야 하는 것이지 원고의 자격이 되는 데 별도의 요건이 되는 것은 자연스럽지 못해 보인다. 흔히 주주대표소송과 그 요건이 비교되기도 하는데 주주대표소송은 주주가 회사를 대신하여 소 제기를 하는 것으로서 소수주주권의 근거가 필요하므로 요건을 규정하고 있는 것이다. 대표당사자소송의 근거가 되는 청구권은 불법행위로 인한 손해배상청구권이므로 불법행위의 일반 요건에 따라 손해배상을 받으면 족한 것이지 원고의 자격을 사실상 제한하는 방식의 입법은 타당해 보이지 않는다. 소송허가절차는 집단소송의 성질을 가지고 있는지 여부를 판단하면 족하기 때문이다. 이 점에서 김종민 의원안이 타당한 지적을 하였다.

나. 적용 청구권을 특정하지 않은 집단소송 - 채이배 의원안에 대한 검토

채이배 의원안도 기존 법률의 적용범위를 넓히고 있다. 채이배 의원안은 김종민 의원안과는 달리 특정한 법률의 손해배상청구권에 한정하지 않는다는 특징을 가지고 있다. 특히 안 제2조의 “집단소송”이라는 개념 정의를 다음과 같이 별도로 하고 있다. 집단소송이란 “공통의 이익을 가진 다수인에게 피해가 발생한 경우에 그 다수인을 위하여 그 중의 1인 또는 수인이 대표당사자가 되어 원상회복·손해전보·손해배상을 구하거나 대표단체가 책임의 확인을 구하는 소송을 말한다.”고 규정하고 있다(안 제2호 제1호). 그러면서 책임확인소송이라는 개념을 추가하였다. 책임확인소송이란 “상당한 다수의 구성원에게 발생한 재산적·신체적·정신적 피해에 대하여 그 구성원에게 공통되는 사실상·법률상 원인에 기초하여 개개의 구성원의 사정에 의하여 그 금전의 지급청구에 이유가 없는 경우를 제외하고 상대방이 그 구성원에게 금전을 지급하거나 원상회복을 할 의무를 부담한다는 확인을 구하는 소송을 말한다.”고 규정하고 있다(안 제2조 제7호).

아울러 대표당사자 뿐만 아니라 대표단체도 규정하여 대표당사자소송과 대표단체소송을 결합하였다. 대표단체란 “총원을 위하여 책임확인소송 절차를 수행하는 단체를 말한다.”고 규정한다(안 제2조 제5호). 이는 1996년 법무부 집단소송법 시안에서 규정한 대표단체소송의 개념을 차용한 것으로 보인다. 이에 대하여는 긍정적인 평가를 하는 견해가 많다.¹⁷⁾ 집단소송이라는 개념이 당사자적격의 확대를 구성한

것으로서 단순히 피해자 개인만을 대상으로 한 것이 아니라 구성원을 대신하여 단체에게 법률에 따라 직접적으로 당사자적격을 수여한 것은 공인된 단체의 사회적 책무를 감당하게 하는 것으로서 의미가 크다고 생각한다.

현행 증권관련 집단소송법이나 김종민 의원안에 따르면 같은 자본시장법상의 손해 배상청구라고 하더라도 증권관련 집단소송법에 법정된 조항은 증권관련 집단소송으로 진행할 수 있는 반면 법정되지 않는 조항은 일반 민사소송으로 진행할 수밖에 없는 것이어서 사실관계가 밀접히 관련되더라도 당사자의 선택과 관계없이 별개의 절차를 이용해야만 하는 상황이 발생할 수 있었다. 그러나 채이배 의원안처럼 적용대상을 한정하지 않는다면 모두 집단소송을 이용하든 아니면 집단소송을 이용하지 않고 공동소송을 이용하든 당사자의 선택에 맡겨지게 된다. 분쟁의 1회적 해결을 위하여 보다 타당한 것이다.

채이배 의원안은 인지대에 관하여 특별한 규정을 두고 있다. 현행 증권관련 집단소송법은 5천만원을 인지액의 상한으로 하고 있으나 항소심과 상고심에 대하여 보다 명확히 할 필요성이 있다는 주장이 제기된 바 있고, 이번 채이배 의원안에서는 항소심과 상고심의 인지대 상한이 명확히 2천만 원으로 규정됨과 동시에 1심 인지대의 상한도 현행 5천만 원에서 1천만 원으로 하는 방안이 제시된 것이다. 이 역시 국민의 재판청구권 보장이라는 측면에서 타당성이 있다고 생각한다.

채이배 의원안의 특징은 적용대상의 확대 뿐 만 아니라 책임확인소송의 도입에도 있다. 이 소송은 소송허가의 대상이 되도록 하고 있는데 1996년 법무부 집단소송법 시안¹⁷⁾에서 규정한 대표단체소송과는 양상이 다르다. 대표단체의 개념은 시안에서 차용하였지만 책임확인소송은 시안에서 차용한 것이 아니다. 책임확인소송과 유사한 모습은 제20대에 제출된 다른 법안인 소비자집단소송법에 관한 이학영 의원안에서 공통의무확인소송과 유사점을 찾을 수 있다. 이학영 의원안에서는 공통의무확인소송을 다음과 같이 정의한다. “소비자계약과 관련하여 또는 사업자가 제공하는 재화나 용역 또는 시설로 다수의 소비자에게 피해가 발생하거나 다수의 소비자가 사업자로부터 채무이행의 청구를 받은 경우, 사업자가 다수의 소비자에게 공통적인 금전채무를 부담하거나 다수의 소비자가 사업자에게 공통적인 금전채무를 부담하지 않는다는 확인을 구하는 소송”을 말한다고 한다. 이학영 의원안의 공통의무확인소송은 소비자계약이라는 범주로 국한하는 것을 제외하고는 책임확인소송과는 집행력이 없는 확인소송이라는 점에서 공통된다. 물론 이학영 의원안의 공통의무확인소송은 소송허가와 관련이 없지만 책임확인소송은 소송허가의 대상이 된다는 점에서 차이를 보인다.

17) 함영주, “우리나라의 집단분쟁현황과 집단소송법시안에 대한 고찰”, (안암법학 제7권, 안암법학회, 1998.), 435-436면 ; 장송청, “집단소송제도에 관한 연구 - 한국법과 중국법의 비교를 중심으로”, (성균관대학교 박사학위논문, 2009.), 218면.

18) 법무부 민사특별법제정특별분과위원회, “집단소송법 시안 해설”, 1996.12.

채이배 의원안의 책임확인소송은 소송허가의 대상이 됨과 동시에 원상회복·손해전보·손해배상 유형의 소송과 관련하여 경합의 규정을 두고 있음이 특징이다. 이미 손해배상청구와 관련하여 소송허가가 내려졌다고 하더라도 대표단체에 의한 책임확인 소가 제기되었다면 손해배상청구에 관련한 소송허가 이후의 절차는 정지될 수 있다(안 제14조 제3항). 이는 책임확인소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적 수단이라는 공익상의 필요가 있을 것을 요건(안 제12조 제1항 제5호)으로 하는 점을 기초로 하고 있는 것으로 보인다. 이 부분에 대하여는 별도로 항을 나누어 법안의 문제점 검토 부분에서 충분히 살펴보기로 한다.

채이배 의원안에서 대표당사자는 금전지급청구소송(원상회복, 손해전보, 손해배상)을, 대표단체는 책임의 확인소송을 진행하는 구조로 되어 있으며 이 경우 두 가지 종류의 소송 모두에 대하여 법원이 소송허가로 감독한다. 현행 법률은 소송허가결정에 대하여 불복하는 경우 집행정지의 효력을 부여하고 있다(증권관련 집단소송법 제6조, 민사소송법 제447조). 반면 채이배 의원안은 명시적으로 민사소송법의 특칙으로서 소송허가결정에 대한 즉시항고에 집행정지의 효력을 배제하고 있다(안 제15조). 이는 소송허가절차의 신속한 절차진행에 상당한 도움을 줄 것으로 보인다.¹⁹⁾ 다만 소송허가결정에 대하여 법원이 당사자에게 담보를 제공하고 항고에 대한 결정이 있을 때까지 원심재판의 집행을 정지시키도록 명할 수 있도록 하여 소송허가에 관한 1심 결정이 사실상 최종결정의 효력을 가지는 것을 방지하도록 하였다.

채이배 의원안은 집단소송의 소송절차에서 민사소송법상의 증거법칙에 어느 정도의 수정을 가함과 동시에 법원의 소송지휘권을 강화하였다(안 제32조, 제33조). 대표당사자와 대표단체의 청구원인 사실 주장에 대하여 개략적인 주장을 인정하고 상대방에게 답변 또는 해명의무를 부과시켰다. 증거의 구조적 편재를 시정하기 위한 시도로 평가를 할 수 있다. 이에 대한 실효성을 강화하기 위하여 법원의 석명에 대한 성실한 답변을 하지 않거나 불응하는 경우 대표당사자 또는 대표단체의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. 아직 증거개시제도가 도입되지 않은 상황에서는 최선이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 채이배 의원안은 문서제출명령의 특례도 인정하고 있다(안 제34조, 제35조). 그러나 제출거부가 인정되는 범위가 민사소송법에 따라 제출을 거부할 수 있는 문서 이상으로 인정되고 있고 제재 수단도 당사자 소지의 문서는 민사소송법이 규정한 “당사자의 증명할 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.”는 정도로 기재되어 있어 현행 민사소송법보다 더 강력한 수단이라고 평가

19) 전영준, “증권관련집단소송 허가절차 개선방안 - 허가결정에 대한 즉시항고제도의 개선을 중심으로 -”, (경제개혁 이슈, 경제개혁연대, 2016.5.), 8-9면.

20) 형태가 유사한 민사소송법 제349조, 제350조에서 “상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.”의 의미에 대하여 법정증거설, 자유심증설, 절충설과 같은 학설대립이 있다. 판례는 일관되게 자유심증설로 해석하고 있으며 채이배 의원안의 경우에도 민사소송법과 같은 양상으로 학설대립과 판례의 해석론이 진행될 것으로 보인다.

하기는 어렵다. 다만 채이배 의원안은 정당한 이유없이 문서제출명령을 거부하거나 검증감정의 목적물의 현상보전명령에 불응한 자는 과태료에 처해질 수 있도록 하고, 이 과태료의 제재를 받은 자가 정당한 이유없이 응하지 않은 경우 법원은 30일 이내의 감치를 선고할 수 있도록 하였다(안 제69조).

채이배 의원안은 안 제39조에서 “피고가 고의 또는 중과실로 위법행위를 하여 손해가 발생한 경우에는 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 책임을 진다.” 라고 규정하고 있다. 이는 징벌적 손해배상의 근거조항으로 보이는데 실제법에 해당하는 내용으로서 절차법인 민사소송법에 규정되는 것이 체계정합성에 부합되는지 의문이 제기될 수 있다. 다만 이는 안 제1조의 내용을 살펴볼 필요가 있는데 “이 법은 공통의 이익을 가진 다수의 피해자가 발생한 집단적 분쟁을 효율적으로 처리하고 개별적인 소송에서 나타나는 사법구제의 한계를 극복하기 위하여 집단소송에 관하여 민사소송법에 대한 특례를 정하는 것을 목적으로 한다.” 라고 되어 있다. 징벌적 손해배상의 도입 제안은 아마 안 제1조에서 적시한 것처럼 “사법구제의 한계를 극복” 하는데 방법을 둔 것으로 보인다. 이에 대하여 논란이 있을 수 있는데 집단소송법안이 과연 사법구제의 한계를 극복하는데 중점을 둘 것이냐 아니면 민사소송법에 기반을 두고 집단적 분쟁을 효율적으로 처리하는데 중점을 둘 것이냐에 따라 징벌적 손해배상을 보는 입장이 달라질 것으로 예상된다.

다. 2단계 구제절차를 도입한 소비자집단소송 - 이학영 의원안에 대한 검토

이학영 의원안은 종전에 논의되어 오던 집단소송과는 양상을 달리한다. 미국식 대표당사자소송이나 독일식 단체소송이 아니라 최근 일본과 프랑스가 도입한 2단계 구제절차를 시도하였다는 특색을 가진다.²¹⁾ 이학영 의원안은 소비자와 사업자에 체결되는 계약에 적용되는 점에서 적용범위가 특정되어 있지만 특별히 어떠한 손해배상청구권을 전제로 하고 있지 않다는 점에서 적용범위가 특정되어 있지 않다. 따라서 소비자계약 관련 분쟁이거만 하면 그것이 채무불이행이든 불법행위이든 묻지 않고 금전채권의 존부를 확인할 수 있는 것으로 보인다. 사업자가 소비자에 대한 금전채무의 부담을 확인하는 판결이 확정되면 소비자가 직접 참여하여 사업자로부터 배상을 받는 구조로 되어 있다. 이학영 의원안은 공통의무확인소송과 채권확정절차라는 2단계로 구성되는 것이다.²²⁾

21) 프랑스의 제도에 관하여는 남궁술, “프랑스 소비자법상 집단소송제도에 관한 연구”, (소비자법연구 제 3권 제2호, 한국소비자법학회, 2017.) Daniel MANGUY, “L’ACTION DE GROUPE EN DROIT FRANÇAIS - Après la loi Hamon du 17 mars 2014”, Gazette du Palais, 2014. ; 일본의 제도에 관하여는 서희석, “일본의 소비자집단소송법 개관”, (민사소송 제22권 제1호, 한국민사소송법학회, 2018.), 中田邦博·鹿野菜穂子, “消費者法の現代化と集团的權利保護”, 日本評論社, 2016.

22) “공통의무확인소송”이란 소비자계약과 관련하여 또는 사업자가 제공하는 재화나 용역 또는 시설(이하 “재화등”이라 한다)로 다수의 소비자에게 피해가 발생하거나 다수의 소비자가 사업자로부터 채무이행의 청구를 받은 경우, 사업자가 다수의 소비자에게 공통적인 금전채무를 부담하거나 다수의 소비자가 사업자에게 공통적인 금전채무를 부담하지 않는다는 확인을 구하는 소송을 말한다.

공통의무확인 소를 제기할 수 있는 자는 법안에 규정된 단체로 제한된다. 이는 소비자기본법상 단체소송을 제기할 수 있는 자와 일치하며 소비자 개인이 소 제기를 할 수 없다는 특징을 가진다. 나아가 현행법에서 보이는 소송허가 규정이 없다. 애초에 국가가 단체소송을 제기하기 위한 등록제도를 운영하는 것은 검증받지 않는 단체의 무분별한 소를 막기 위한 것이므로 별도의 소송허가는 불필요하다는 지적이 유력했다. 이학영 의원안은 공통의무확인소송에서 피해자의 수, 쟁점의 공통성, 피해자의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적 수단인지 여부를 소송에 관한 본안 판단의 참조요소로 삼고 있다는 점이 이를 뒷받침한다고 보인다(안 제6조).

이학영 의원안은 공통의무확인 청구를 인용하는 확정판결에 대하여 신고소비자에 대하여 그 효력이 미친다고 제안하고 있다. 일반적으로 민사소송법상 기판력의 주관적 범위는 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인 등에게 미치고(민사소송법 제218조 제1항), 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 판결은 그 다른 사람에 대하여 미치지 못하여 있다(민사소송법 제218조 제3항). 예외적으로 법률이 특별한 규정을 두어 판결의 효력을 일정 범위에 제3자 또는 제3자 일반까지 확장시켜 법률관계의 확실적 해결을 도모하고 있다.²³⁾ 이학영 의원안도 민사소송법상의 기판력의 범위에 예외를 두어 단체의 공통의무확인소송의 판결의 효력이 발생한 이후 이를 바탕으로 사업자에 대하여 금전지급청구를 하려는 소비자에 대하여 공통의무확인소송의 판결의 효력(기판력)을 확장시키고 있는 것이다. 다만 이학영 의원안은 공통의무확인 소를 기각하는 판결이 확정된 경우에는 기판력이 미쳐 다른 단체가 동일한 사안에서 별개의 공통의무확인 소를 제기할 수 없음이 원칙이다(안 제9조).²⁴⁾ 이 부분에 대하여도 항을 바꾸어 자세히 검토한다.

이학영 의원안은 증권관련 집단소송법에서 채택하여 시행 중인 분배절차를 인정하지 않는다. 분배절차는 총액이 특정된 상태에서 소송비용, 변호사보수, 분배비용을 공제하고 구성원들에게 배상액을 분배하는 방식이다. 반면 이학영 의원안은 공통의무확인소송이 종결된 이후 채권신고절차를 진행하여 먼저 소비자들의 개별적인 수권으로 신고를 받는다. 그 이후에 채권확정재판절차가 진행되어 신고소비자표가 작성된 후 채권확정결정을 통하여 피해자인 소비자들의 사업자에게 갖는 채권·채무의 존부 및 내용이 확정된다(안 제3장). 이학영 의원안은 특례조항으로서 공통의무확인소송에서 피해자의 범위가 확정되어 있고 피해액이 동일하다면 개별적으로 채

“채권확정절차”란 공통의무확인소송의 결과를 전제로 법원에 대한 채권신고에 기초하여 이루어지는 재판 절차로서 피해자가 피고인 사업자에게 갖는 채권 또는 채무의 존부 및 내용을 확정하는 일련의 절차를 말한다.

23) 이시윤, 전거서, 669면.

24) 안 제9조 제2항에는 다음과 같은 예외를 두어 기판력 적용의 예외를 인정한다. 새로운 연구결과가 나타나거나 원고 단체의 고의로 기각판결을 이끌어 낸 경우는 기판력이 미치지 아니하여 소를 제기할 수 있다.

권액 지급판결을 할 수 있다는 규정도 마련하고 있다(안 제10조).

라. 소비자보호법상 단체소송 - 유동수 의원안에 대한 검토

유동수 의원안은 법무부가 집단소송에 대한 개선방안을 발표한 이후인 2018. 12. 27. 국회에 제출된 법안이다. 제19대·제20대 국회에서 대부분의 집단소송의 개정법안들은 손해배상청구 규정의 확대에 초점을 맞추고 있거나 대표당사사소송의 성격을 보완하는데 중점을 두고 있지만 유동수 의원안은 드물게 단체소송을 보완하는데 중점을 두고 있어 주목할 만한 가치가 있다.

이 법안은 단체소송의 대상을 확대하였다는데 의미가 있다. 소비자기본법은 증권관련집단소송과는 달리 소비자침해행위의 금지·중지를 구하는 소송으로서 특정한 실체법 청구권의 근거를 가지고 있지 않다. 다시 말해 사업자가 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하고 그 침해가 계속되기만 하면 소비자기본법에 정한 단체가 소비자침해행위의 금지·중지를 구할 수 있는 것이다. 그런데 유동수 의원안은 단체소송의 요건을 현행법상 직접적이고 계속적인 침해의 경우로 한정하고 있는 부분을 개선할 필요성을 제시하였다. 이 법안은 직접적 침해의 요건을 삭제하고 침해가 계속성 있는 경우는 물론 현저한 침해가 예상되어 다수 소비자의 권익 보호 및 피해예방을 위한 공익상의 필요가 있는 경우까지 확대하였다(안 제70조 제1항 본문). 이른바 예비적 금지청구를 인정한 것으로 기존에 학계에서 요구해 오던 사항이다.²⁵⁾ 또한 단체소송의 주체를 확대하여 기존의 공정거래위원회에 등록된 소비자단체, 한국소비자원 등에서 소비자단체의 협의체까지 확대하였다(안 제70조 제1항 제1의2)

전속관할 규정에 대하여도 개선안을 제시하여 현행법상 사실상 피고의 주된 사무소에 상응하는 곳의 지방법원 본원합의부의 관할에 한정하던 것을 소비자권익 침해행위지도 전속관할에 포함시켰다(안 제72조 제1항). 증권관련 집단소송에서 문제되었던 전속관할의 문제가 단체소송에서도 그대로 문제될 수 있는 점을 참조한 것으로서 소비자의 권리구제의 편의성을 고려한 것으로 보인다.

유동수 의원안에서 가장 중요한 점은 단체소송에 있어서 소송허가를 생략했다는 점이다. 사실 단체소송을 제기할 수 있는 단체 및 유동수 의원안에서 새로이 포함된 단체 역시 예외없이 행정기관에 등록을 하도록 되어 있다. 다시 말해 단체소송을 제기할 수 있는 단체가 되려면 정부가 요구하는 물적·인적 요건과 활동요건을 모두 갖추어야 한다. 결국 단체에 등록을 요구하는 이유는 심사를 받은 자격이 있는 단체만이 파급력이 큰 단체소송을 다루어야 한다는 정책적 요구 때문으로 보인다.²⁶⁾

25) 이명민, “소비자단체소송에 관한 연구”, (고려대학교 박사학위논문, 2014). 170면.

그런데 단체소송에 왜 소송허가가 필요한가? 아마도 대표당사자소송과의 형평성 때문이 아닌가 하는 추측을 해 볼 수도 있다. 그러나 이는 대표당사자소송과 단체소송을 충분히 이해하지 못한데서 나온 결론이 아닌가 한다. 대표당사자소송은 대표당사자가 전체 피해자를 위하여 소송을 수행하는 것인데 대표당사자는 정말 전체 피해자인 총원을 대표할만한 자격이 있는지를 어디서도 심사받을 적이 없으므로 남소의 우려가 있는지 여부 및 진정한 대표성 가지는지 여부 등을 법원으로부터 심사받을 필요가 있는 것이다. 미국의 class action이 대표적인 예시가 된다. 반면 단체소송은 이미 정부로부터 사전에 감독을 받기 때문에 미국의 class action에서 집단인증(certification)을 별도로 받는다면 정부와 법원으로부터 동시에 통제를 받는 결과가 된다. 따라서 단체소송에서의 남소여부는 곧바로 법원의 본안에서 판단받으면 족하게 되는 것이다. 나아가 증권관련 집단소송의 소송허가와 달리 단체소송의 소송허가는 작위 또는 부작위를 구하는 청구이다. 손해배상청구와는 달리 더욱 긴급성이 요구되는데 비하여 이론적으로도 이중의 규제가 되는 소송허가를 인정할 필요가 없다.²⁷⁾

현행법에서는 단체소송에서 소송허가가 보전처분까지 연결되는 치명적인 결함이 있다. 보전처분은 매우 심각한 침해가 있고 긴급한 사정이 있을 경우 발령함이 일반²⁸⁾이며 단체소송에서는 소비자권익행위의 잠정적 금지·중지를 구하는 임시의 지위를 정하는 가처분이 주로 사용된다.²⁹⁾ 현행법에 따르면 소송허가 결정이 있고 나서야 보전처분을 할 수 있도록 되어 있는데(소비자기본법 제76조) 소송허가 결정에 많은 시간이 소요되는 점을 감안하면 사실상 단체의 구성원 개인명으로 보전처분을 제기하도록 하는 결과를 초래한다. 다행히 유동수 의원안에서는 소송허가제도를 삭제함으로써 이러한 불합리를 해소하고자 하였다.

3. 각 의원안의 문제점

가. 김종민 의원안

김종민 의원안은 앞서 검토했듯이 많은 장점을 가진 법안이다. 그러나 이 법안은 근본적으로 청구권 조항을 열거하는 형식으로 규정되었기 때문에 새로운 유형의 손해배상청구에는 항상 뒤쳐진다는 문제점이 발생한다. 적용범위를 확대하기는 하였지만 여전히 안 제3조 제1항 본문 “다음 각 호의 손해배상청구에 한정하여 제기할 수 있다” 고 규정하고 있기 때문이다.

26) 이영규, “소비자단체소송”, 법과 정책연구 제12집 제3호, 한국법정책학회, 2012.9., 1316면.

27) 김희동, “소비자단체소송에서의 소송허가제도에 관한 고찰”, (경제법연구 제7권 2호, 한국경제법학회, 2008.), 111면 ; 오대성, “소비자기본법상의 단체소송의 문제점과 그 개선방향”, (법학논총 제23권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2016.), 229면.

28) 김홍엽, 「민사집행법」(제5판). 박영사, 2019., 4121413면.

29) 법원행정처, 「소비자단체소송해설」, 2007., 43면.

나아가 같은 법률에서도 손해배상청구권이 여러 개 있는데 그 중 일부만이 김종민 의원안에 규정되어 있는바 같은 법률을 위반하였음에도 어느 청구권은 집단소송에 포함이 되고 다른 청구권은 집단소송법에 포함이 되지 않는 문제가 발생한다. 예를 들어 제조물 책임법 제3조에서 제조업자는 제조물의 결함으로 생명·신체 또는 재산에 손해를 입은 자에게 손해를 배상할 의무가 있음을 규정하고 있다. 그러나 제조물에 대하여만 발생하는 손해에는 적용이 없다. 판례는 제조물에 대해서만 발생한 재산상의 손해에는 제조물 자체에 발생한 재산상 손해 뿐만 아니라 제조물의 결함 때문에 발생한 영업 손실로 인한 손해도 포함된다³⁰⁾고 하여 결국 제조물 책임법에 따른 손해배상청구의 대상이 되지 않고 민법상 계약책임이나 하자담보책임에 따라 처리된다는 결과에 이르게 된다.³¹⁾ 그렇다면 제조물의 결함에 의하여 그 제조물을 이용하는 자의 신체의 손해가 발생함은 물론 제조물도 파괴되고 그로 인하여 영업도 하지 못하였다면, 제조물 책임법 제3조 부분은 대표당사자소송으로, 민법 부분은 일반 민사소송으로 각각 진행해야 한다는 문제가 발생한다.³²⁾

결국 청구권의 한정적 열거는 입법이 구체적이고 명확함과 동시에 입법기술상 타협이 가능하다는 장점은 있지만 항상 새로운 손해배상청구에는 뒤처지게 되고 하나의 사건에서 여러 개의 청구권을 행사할 수 있을 때 분쟁의 1회적 해결에 반할 수 있다는 문제가 항상 내재되어 있다.

나. 체이배 의원안

체이배 의원안은 김종민 의원안의 한계점이었던 특정한 청구권의 적용을 극복했다는 장점이 있다. 종전의 입법안들에서는 대표당사자소송과 단체소송을 완전히 다른 제도로 보아 단체소송을 개별법인 소비자기본법과 개인정보 보호법에서만 별도로 두었던 것을 이제 하나의 법률에서 규율하려는 시도를 했다는 점도 돋보인다. 그러나 이 법안은 책임확인소송이라는 개념을 반드시 도입했어야 하는지, 대표단체의 역할이 정립이 되었는지에 관하여 의문이 있다.

우선 체이배 의원안의 책임확인소송은 국내에서는 이학영 의원의 공통의무확인소송, 외국에서는 일본과 프랑스의 2단계 구제절차와 유사점을 가진다. 이학영 의원의 공통의무확인소송은 우선 법률상 자격이 있는 단체가 먼저 가해자의 손해배상 의무를 확인하는 것을 목적으로 한다. 공통의무확인소송에서 단체가 승소한 이후에 소비자가 개별적인 신고를 하여 손해배상을 받을 수 있도록 하자는 취지이다. 어차피

30) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다4824 판결 ; 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다26593판결 등

31) 주석민법 : 채권각칙(편집대표 김용담), 한국사법행정학회, 2016.6., 492면(이현종 집필).

32) 同誌 김주영, “증권관련집단소송의 시행경험과 시사점”, (한국민사소송법학회 동계학술대회, 2018.), 17-18면.

이학영 의원안은 대표당사자소송이 전혀 사용되지 않았고 소비자의 개별신고를 통하여 간이하게 손해배상에 관한 재판을 받는 것이 목적이다. 그렇다면 공통의무확인소송은 향후에 있을 채권신고절차의 1단계 역할을 하며 이후 채권확정에 관한 재판이 집행권원으로서 2단계 역할을 한다.

채이배 의원안의 책임확인소송은 이학영 의원안의 공통확인소송과 전혀 다르다. 대표단체가 총원을 위하여 책임확인소송만을 하도록 되어 있음에도 채이배 의원안은 이학영 의원안의 채권신고절차 대신 현행법상의 분배절차를 따르도록 되어 있다. 따라서 채이배 의원안의 책임확인의 소가 대표단체에 의하여 제기되었다고 하더라도 책임확인의 소는 집행력을 가질 수 없고, 채권을 확정시키는 효력도 가지지 못한다. 아울러 대표단체가 분배절차에서 특별히 가지는 지위가 없으므로 결국 대표당사자에 의한 이행의 소(원상회복·손해전보·손해배상)의 성질을 가지는 집단소송이 별도로 진행되어야 피해자들이 배상을 받을 수 있을 것으로 보인다. 따라서 책임확인소송은 2단계 구제절차의 전제로서의 확인소송의 성격을 가지지 못한다고 생각한다. 그런데 안 제14조 제3항을 보면 대표당사자에 의한 집단소송 허가 결정이 있더라도 책임확인소송에 대한 소송허가 결정을 할 수 있고 이 경우 대표당사자에 의한 소송절차는 정지될 수 있다. 이를 보면 책임확인소송은 대표당사자의 이행청구만 지연시키는 결과를 초래할 위험이 높다. 채이배 의원안에서 대표단체에 책임확인소송을 인정할 실익이 있을지 의문이다.

결국 책임확인소송은 2단계 구제절차가 주된 구조를 이루는데 2단계 구제절차가 독일의 단체소송과는 결을 달리하기 때문이 아닌가 한다. 독일의 단체소송은 개별 피해자의 손해배상청구와는 관계없이 사업자의 작위 또는 부작위를 구하는 소송이다. 법무부 시안의 단체소송은 독일의 단체소송에 단체가 직접 손해전보 등을 청구할 수 있는 기능까지 갖추어 놓은 제도였다. 반면 채이배 의원안의 대표단체는 책임확인소송만을 할 수 있을 뿐이어서 독일의 단체소송은 물론 법무부 집단소송 시안의 단체소송과 같은 역할을 하지 않으므로 대표당사자소송과 단체소송을 결합해 놓은 실익이 상당히 감소하게 된다.

이 외에도 채이배 의원안 제39조는 징벌적 손해배상의 근거를 마련하고 있다. 현행의 전보배상이 실질적으로 당사자의 피해를 회복하는데 부족한 측면이 있어 보이므로 개인적으로 징벌적 손해배상 자체를 반대하지는 않는다.³³⁾ 상당수의 법률에 징벌적 손해배상조항이 입법화되어 있는 것도 현실이다.³⁴⁾ 그런데 집단소송에 관한

33) 징벌적 손해배상에 관한 연구로는 최나진, “징벌적 손해배상제도에 관한 비판적 고찰”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2014. 6.

34) 현재 하도급거래공정화에 관한 법률, 기간제 및 단시간 근로자 보호등에 관한 법률, 파견근로자보호등에 관한 법률, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 개인정보보호법, 대리점 거래의 공정화에 관한 법률, 제조물책임법, 저작권법 등에 징벌적 손해배상제도가 도입되어 있다. 이에 대한 소개로는 김성호, “징벌적 배상제도의 도입에 관한 민사법적 연구”, 조선

일반법, 즉 소송법에 실체법의 내용이 포함되는 것이 체계정합성에 맞는지에 대하여는 여전히 의구심이 든다. 안 제1조에 따르면 이 법안은 민사소송법의 특례를 정하는 것을 목적으로 한다고 되어 있기 때문이다. 채이배 의원안처럼 집단소송법에 따라 손해배상청구소송을 진행하면 무조건 징벌적 배상을 청구할 수 있도록 하는 것이 정당한지 아직 충분한 검토가 되지 않았다고 생각한다. 징벌적 손해배상을 일반화시킨다면 손해배상의 일반법인 민법에 그 근거규정을 두는 것이 타당하다.

다. 이학영 의원안

이학영 의원안은 우리나라에서 최초로 2단계 구제절차의 도입을 시도하였다는 점에서 의의가 있다. 2단계 구제절차는 대표단체가 1단계에서 사업자의 손해배상의무를 확인하면 개별 소비자가 참가하여 2단계에서 간이한 방식으로 배상을 받는 절차를 의미하는 것으로 보인다.³⁵⁾ 미국식 대표당사자소송이 주로 대표당사자의 집단인증(소송허가), 분안판결, 분배절차(강제집행) 순으로 이어지는 것과 비교된다.

문제는 대표당사자소송이 이미 도입된 나라에서 2단계 구제절차까지 도입을 해야 되는 실익이 있는지 여부이다. 대표당사자의 분배절차는 판결에서 총배상액이 산정되므로 피고로부터 이를 받아서 구성원에게 분배하는 절차이다.³⁶⁾ 따라서 집행절차에 있어 피고가 다룰 여지가 상대적으로 적다. 반면 2단계 구제절차는 원고단체가 먼저 채권신고를 하지만 신고는 개별소비자가 직접 하여야 한다. 특히 피고는 신고된 채권의 내용을 인부기간 내에 인부(認否)를 하여야 하므로 채권확정절차에서 다룰 수 있는 여지가 있다. 물론 안 제25조에서 피고가 특별한 이유 없이 채권의 확정을 지연시키는 경우 채권확정절차법원이 결정으로 각하를 할 수 있도록 했지만 실무상 특별한 이유 없이 지연시키는 것인지 분명하지 않다. 또한 신고한 소비자 각각을 대상으로 인부절차를 진행하기 때문에 피고가 주장할 수 있는 이의사유도 매우 다양할 것으로 보인다. 따라서 2단계 구제절차는 집행절차에서 지연의 위험성이 상대적으로 크다고 보인다.

2단계 구제절차는 완전히 새로운 제도인가? 현행법상으로 선정당사자와 중간확인판결 제도를 이용하면 매우 유사한 효과를 얻을 수 있다.³⁷⁾ 굳이 실익을 따진다면 선정당사자는 공동의 이해관계를 가진 자 중에서 선정되는 것이기 때문에(민사소송법 제53조) 소비자단체가 직접 선정당사자가 되지 않는다. 소비자 중에서는 공동의 이해관계를 가질 수는 있지만 소비자단체는 소비자계약을 통하여 직접적으로 피해를

대학교 대학원 박사학위논문, 2018.8., 132면 이하.

35) 서희석, “일본에서 소비자집단소송제도의 창설”, (고려법학 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014.), 30면.

36) 최정식, “증권집단소송의 분배절차와 분배잔여금처리의 고찰”, (법학논총 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008.8.), 245면.

37) 최광선, 전개논문, 282-283면.

입지는 않았기 때문에 공동의 이해관계를 가진다고 보기 쉽지 않다.³⁸⁾ 그렇다면 선정당사자 제도를 손질하여 소비자단체를 선정당사자로 삼을 수 있도록 한다면 오히려 기존 법체계 내에서 훌륭한 대안이 만들어지는 것이 아닌가 한다.

라. 유동수 의원안

유동수 의원안은 소송허가 제도를 폐지하고 예비적 금지청구를 도입하는 등 단체소송의 엄격한 요건을 완화하는 법안이다. 이 법안 자체에 대하여 특별히 지적할 사항은 없다. 그러나 단체소송은 손해배상청구를 할 수 없는 것이 제도적 한계로 인식되고 있다. 다시 말해 소비자 단체소송의 경우 소비자가 결국 구제를 받으려면 금전적으로 보상 또는 배상을 받아야 하는 것인데 금지청구·중지청구만으로는 소비자가 궁극적인 만족을 받지 못한다는 것이다. 사실 이학영 의원안도 이러한 난점을 타개하기 위하여 2단계 구제절차에서 소비자가 손해배상을 받을 수 있는 절차를 포함시킨 것이다.

단체소송에서 손해배상청구를 할 수 있다고 한다면 청구권자는 단체인가? 아니면 단체구성원인가? 단체에게 손해배상청구의 당사자적격을 준다면 금전손해배상을 받은 경우 단체 스스로 배상의 귀속주체가 되는지 의문이다. 특히 단체가 어떠한 손해를 받는지에 대한 근거가 없다. 예를 들어 소비자 단체소송이라면 제품의 하자로 인하여 생명·신체에 손해가 발생하였을 경우 이는 소비자 개개인에게 발생한 것이지 단체에게 손해가 발생한 것은 아니다. 그렇다고 단체에게 정신적인 손해가 발생하였는지도 의문이다. 이런 관계로 독일에서는 단체소송에 있어서 손해배상청구도 도입되어 있지 아니하다.³⁹⁾ 이 점은 우리나라에게도 적용가능하다고 생각한다.⁴⁰⁾

단체소송에서의 손해배상청구의 경우에는 대표당사자소송 제도의 도움을 받을 수밖에 없다고 생각한다.⁴¹⁾ 이재정 의원안의 경우 단체소송을 규정하고 있는 개인정

38) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다10470 판결. 여기서는 공동의 이해관계를 고유필수적 공동소송이나 소송의 목적인 권리·의무가 공통인 경우에만 국한시킬 것이 아니라 널리 다수자 서로 간에 공동소송인이 될 관계에 있고 주요한 공격방어방법을 공통으로 하는 경우로 본다.

39) 이명민, 전계박사논문, 109면.

40) 물론 단체소송에 실효성이 없으면 사실상 대표당사자소송에 흡수된다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 단체소송의 금지청구, 중지청구도 나름대로의 고유 영역이 있다고 생각한다. 2008년에 경제정의실천연합 등 시민단체가 SK브로드밴드를 상대로 약관에서 회사가 취급위탁이라는 명목으로 소비자 동의 없이 개인정보를 제3자에게 제공하는 행위를 금지해 달라는 단체소송을 제기한 바 있다. 이에 대하여 서울남부지방법원이 소송허가결정을 한 바 있고 이후 공정거래위원회, 방송통신위원회의 중재로 SK 브로드밴드가 약관을 변경하여 사건이 종결되었다. 단체소송은 손해배상청구를 흡수하여 대표당사자소송과의 관계를 모호하게 하는 것 보다 소송지연의 요소를 제거하여 독자적인 영역을 개척하는 것이 더 바람직하다고 생각한다. 단체소송은 위 SK 브로드밴드 사건과 같이 부정한 약관을 시민들이 통제하는 주요한 수단이 될 수 있다.

<http://www.inews24.com/view/377581> (2019. 1. 30. 최종방문)

41) 전병서, “소비자단체소송에 있어서 단체의 제소권 - 그 이론적 근거 및 앞으로의 과제-”, (법조 제58권 제12호, 통권 제639호, 법조협회, 2009.). 130면. 여기서는 단체소송에서도 손해배상청구권을

보 보호법에 별도로 대표당사자소송도 추가하여 개인정보처리자의 개인정보 보호법 위반으로 인하여 다수인에게 피해가 발생한 경우 대표당사자가 개인정보 집단소송의 소를 제기할 수 있도록 하고 있다(안 제57조의3 등). 그렇다면 단체소송과 대표당사자소송은 별개의 법률로 둘 것이 아니라 단일 법률을 통하여 규율함이 체계의 일관성을 유지하는데 유리하다고 생각한다. 특수한 분야에만 적용한다든지 혹은 개별 법률의 특정한 청구권으로 한정한다든지 한다면 법률적용에 공백이 발생할 가능성이 높기 때문이다.

III. 집단소송의 소송허가에 관한 판례 동향

1. 서론

집단소송이 활성화되기 위해서는 법률의 뒷받침 못지않게 판례의 뒷받침도 필요하다. 최근 소송허가결정이 몇 건씩 나오고 있다는 점은 제도의 운영에 있어 고무적인 일이라고 할 수 있다. 비록 사건 수가 많지 않다고 하더라도 집단소송은 하나의 판결이 매우 큰 파급력을 가지고 있으므로 꾸준히 판례를 축적한다면 집단소송이 목적으로 하고 있는 집단적 피해를 효율적으로 구제하는데 이바지 할 것이라고 생각한다. 여기서는 집단소송의 소송허가에 대한 소송법상 쟁점을 위주로 논의하고자 한다.

2. 대법원 2015. 4. 9 자 2014마188 결정 및 2013마1052 결정에 대한 검토

가. 판시내용

이 결정은 현행법 시행 이후 처음으로 소송허가결정이 내려진 사안이다. 이 결정의 사실관계에서 재항고인들이 추가연계증권⁴²⁾의 만기 상환기준일에 기초자산인 A회사 보통주를 대량으로 매도한 것이 문제되었다. 이러한 매도행위가 기초자산의 주가를 인위적으로 하락시켜 상환조건의 성취를 방해한 것인지 아니면 기초자산인 A회사를 대량으로 매도했다고 하더라도 이 사건 추가연계증권을 매매·교환하거나 담보로 제공하는 등 적극적인 거래사실이 없는 것인지가 쟁점이 된 사안이었다.

이 결정에서 대법원은 다음과 같이 판시하였다. “특정 시점의 기초자산 가격 또는 그와 관련된 수치에 따라 권리행사 또는 조건성취 여부가 결정되거나 금전 등이 결제되는 구조로 되어 있는 금융투자상품의 경우에 사회통념상 부정하다고 인정되는

인정하는 이른바 단체 Class Action을 주장하고 있다.

42) 추가연계증권은 특정 기업의 주가나 주가지수에 연동하여 수익률이 결정되는 상품이다. 주가지수 상승시 투자자에게 일정한 수익을 얻을 수 있도록 하는 것부터 주가지수 등락구간별 수익률에 차이가 나게 하는 것 등 다양한 유형의 상품이 존재한다. 최광선, “증권관련 집단소송법제에 관한 연구”, (고려대학교 박사학위논문, 2016), 16면.

수단이나 기교 등을 사용하여 그 금융투자상품에서 정한 권리행사 또는 조건성취에 영향을 주는 행위를 하였다면, 이는 그 금융투자상품의 거래와 관련하여 부정행위를 한 것으로서 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 위반한 행위에 해당하고, 그 위반행위로 인하여 그 금융투자상품 투자자의 권리나 의무의 내용이 변경되거나 결제되는 금액이 달라져 투자자가 손해를 입었다면 그 투자자는 그 부정거래행위자에 대하여 자본시장법 제179조 제1항에 따라 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이다.” 이 내용을 보면 마치 손해배상을 청구할 수 있어야 소송허가를 받을 수 있는 것처럼 보인다. 실제로 판시사항에도 “특정 시점의 기초자산 가격 등에 따라 권리행사 또는 조건성취 여부가 결정되거나 금전 등이 결제되는 구조로 되어 있는 금융투자상품의 경우, 사회통념상 부정하다고 인정되는 수단 등을 사용하여 한 권리행사나 조건성취에 영향을 주는 행위가 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호를 위반한 부정행위에 해당하는지 여부(적극) 및 위반행위로 인하여 손해를 입은 투자자가 부정거래행위자에 대하여 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제179조 제1항에 따라 손해배상을 청구할 수 있는지 여부(적극)” 이라고 되어 있다.

나. 결정에 대한 검토

이해를 돕기 위하여 관련 자본시장법 조항을 첨부한다.

제178조(부정거래행위 등의 금지) ① 누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. **부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위**
2. 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위
3. 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 유인할 목적으로 거짓의 시세를 이용하는 행위

제179조(부정거래행위 등의 배상책임) ① 제178조를 위반한 자는 그 위반행위로 인하여 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 한 자가 그 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 입은 손해를 배상할 책임을 진다.

이 사건 결정을 보면 마치 소송허가는 손해배상청구의 당부를 판단하는 것처럼 되어 있는 것이다. 원심결정에서는 자본시장법 제178조의 부정한 수단을 좁게 해석하여 가사 A회사의 보통주를 대량으로 매도하였다고 하더라도 이 사건 추가연계증권을 매매·교환하거나 담보로 제공하는 등 적극적인 거래사실이 있는 정도가 되어야 부정한 수단이 된다고 보았다. 반면 대법원 결정은 자본시장법 제178조의 해석을 정리하여 금융투자상품의 매매 그 밖의 거래와 관련하여 행하여지는 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 일반적, 포괄적으로 금지하고 있

는 것으로 본 종래의 대법원 판결의 내용을 그대로 적용하였다. 이 점에 있어서는 대법원 결정이 해석상의 일관성도 있을 뿐 만 아니라 기초자산의 주가를 인위적으로 하락시켜 결국 주가연계증권의 상환조건의 성취를 방해한 것으로서 사실상 고의에 가깝게 주가연계증권의 투자자들에게 손해를 입힌 것이므로 구체적 형평에 있어서도 타당하다고 생각한다.

그런데 소송허가의 결정여부가 손해배상을 청구할 수 있는지 여부에 결정적인 영향을 받아야 하는 것인가? 먼저 현행 증권관련 집단소송법 내용을 살펴본다. 법 제12조에서는 소송허가의 요건을 규정하고 있다. 구성원이 50인 이상이고, 청구의 원인이 된 행위 당시를 기준으로 그 구성원이 보유하고 있는 증권의 합계가 피고 회사의 발행증권 총수의 1만분의 1 이상일 것, 법 제3조 제1항 각호의 손해배상청구로서 법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것, 증권관련집단소송이 총원의 권리 실현이나 이익 보호에 적합하고 효율적인 수단일 것, 소송허가신청서의 기재사항 및 첨부서류에 흠이 없을 것을 그 요건으로 하고 있다. 이 조항만 본다면 법 제12조의 각 호의 요건만 충족하면 소송허가 결정이 내려져야 하는 것으로 보인다. 그런데 판례처럼 손해배상청구 할 수 있는지 여부를 판단요소로 삼은 근거는 무엇일까? 판례에서 직접 언급하고 있지 않기 때문에 법조문을 더 살펴보면 법 제13조 제3항에 따라 소송허가의 재판을 함에 있어 손해배상의 원인행위에 대한 기초조사 자료를 감독기관으로부터 제출받아 직권으로 조사를 할 수 있다는 점, 법 제12조 제1항 제2호에서 손해배상청구가 법률상 또는 사실상 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통된다는 점을 판단하기 위하여 그리고 법 제12조 제1항 제3호에서 총원의 권리실현이나 이익 보호에 적합하고 효율적인 수단여부를 판단하기 위하여 그 공통 전제로서 손해배상청구가 성립될 개연성에 대한 판단이 선행되어야 하는 점을 생각해 볼 수 있다.

소송허가결정이 있는 경우 즉시항고에 집행정지의 효력이 있기 때문에 소송허가결정에서도 장기간의 재판이 불가피하다. 따라서 손해배상청구의 본안적 요소에 대하여 전혀 판단하지 아니하면 본안소송에서도 또 다른 장기간의 재판이 불가피하여 권리구제의 신속성에 전혀 이바지 하지 못하게 된다는 점도 판단요소가 되지 않았는가 한다. 소송허가결정에서 손해배상 여부의 일부까지도 먼저 판단해야 하는 정책필요성도 무시하기는 어렵다.

그러나 소송허가의 본래의 취지는 그 소송이 집단소송이라는 특수한 절차로 진행되어야 할 필요가 있는 것인지에 대한 판단⁴³⁾이므로 원칙적으로 본안소송에서 다투어질 손해배상책임의 성립, 손해배상액 등의 실체법적 문제는 소송허가요건의 심리대상은 아니라고 보는 것이 맞다. 또한 현행 증권관련 집단소송도 제12조에서 쟁점의

43) 법원실무제요., 「증권관련 집단소송실무」, 재판실무자료 2005-1, 2005., 55면.

공통성, 수단의 적합성 및 효율성을 들고 있지 손해배상의 인정여부와 같은 실체법적 요소를 규정하고 있지 아니하다. 또한 법 제13조 제3항 손해배상청구의 원인행위에 대한 조사를 할 수 있다고 규정할 뿐이지 손해배상청구의 성립여부에 대하여는 언급이 없다. 따라서 실제로 손해배상에 관련된 요소가 중요하다고 하더라도 이는 본안에서 판단할 문제이지 소송허가요건에서 판단할 문제는 아닌 것이다. 그럼에도 대법원 판례는 자본시장법 제178조의 부정행위에 해당여부에 대한 판단, 제179조의 손해배상청구 할 수 있는지 여부에 대하여 명시적으로 판단하였다. 이는 현행법 제13조에서는 대표당사자가 소송허가 신청의 이유를 소명⁴⁴⁾하여야 한다는 취지에도 맞지 않는다.

물론 이 결정은 손해배상책임의 성립 여부에 관하여 실체심리를 하지 않은 사안이므로 본안판단을 하지 않았다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이 결정은 비록 실체심리를 하지 아니하였다고 하더라도 피고의 행위가 자본시장법 제179조에 해당하지 않는다는 원심의 판단을 배척하였으므로 실질적으로 피고의 행위가 자본시장법 제179조에 해당하는 행위로 보는 결과를 초래한 것이다.

엄밀히 말하면 이 결정은 대법원이 아니라 원심이 오류를 범했다고 생각한다. 원심은 피고의 보통주 대량 매도 행위에 대하여 자본시장법상 부정한 수단인지를 판단할 필요가 없었다. 그 이유는 첫째 이미 대법원에서 부정거래행위에 대하여 일반적으로 적용하는 법리⁴⁵⁾가 있었기 때문에 원심에서는 원고의 주장이 대법원의 명시적인 판례에 어긋나지 않는 한 별도의 법리를 가지고 원고의 주장이 이유 없다는 판단을 하여서는 아니 된다. 다시 말해 법 제12조 제1항의 “법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것” 만 판단하면 되는 상황이었음에도 부정거래행위에 해당하는지 여부를 판단하여 손해배상청구권 자체를 판단해 버렸다. 둘째 원심이 부정거래행위에 대하여 독자적인 법률판단을 해버렸기 때문에 법률심인 대법원은 이러한 원심의 법률판단의 당부당을 따질 수 밖에 없었다. 이를 본다면 이 결정은 소송허가를 담당하는 사실심 법원에 대하여 시사하는 바가 크다고 생각한다. 향후에 사실심에서는 법 제3조 각 호의 손해배상청구권의 형식적 존부만 인정되면, 다시 말해 청구권의 각 요건사실이 즉시 조사할 수 있는 증거에 의하여 뒷받침되어 소명된다면 특별한 사정이 없는 한 관련된 소송허가의 요건을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.

44) 김홍엽, 전거서 606면 ; 이시윤, 전거서, 491면 ; 정동윤·유병현·김경욱, 507-508면. 소명이란 증명에 비하여 한 단계 낮은 개연성을 의미한다고 봄이 일반적이다. 이는 법관이 일단 확실할 것이라는 추측을 얻은 상태 또는 그와 같은 상태에 이르도록 증거를 제출하는 당사자의 노력을 의미한다. 증명도의 경감 외에 중요한 점은 즉시 조사할 수 있어야 한다는 점이다. 따라서 손해배상청구권의 형식적 존부를 뒷받침하는 각 요건사실들은 즉시 조사할 수 있는 증거가 전제가 된다. 예를 들어 소지 중인 문서, 재정 증인, 현장사진, 동영상 등이 이에 해당하고 감정이나 검증은 포함되지 않는다고 본다.

45) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도9933 판결 등.

3. 대법원 2016. 11. 4. 자 2015마4027 결정

가. 서설

이 결정은 주식회사 씨모텍에 관한 사건으로서 소송허가결정에 있어서 실무상 쟁점이 된 사항들을 매우 잘 정리한 결정이다.⁴⁶⁾ 결정에 관한 판시내용이 많아 지면상 모든 사실관계를 정리하기는 어렵고 자본시장법 쟁점도 포함되어 있으므로 본 논문에서는 소송법상 쟁점과 관련된 부분만 다루기로 한다.

이 결정은 판시사항은 다섯 가지로 기재되어 있으나 크게 세 가지의 쟁점으로 나누어 볼 수 있다. 1) 소송허가요건을 판단함에 있어 손해배상청구의 원인이 되는 행위 등에 관하여 심리할 수 있는지 여부 2) 총원의 범위를 확정하는 방법 3) 증권관련 집단소송법 제12조 제1항에 대한 해석론(‘피고 회사’의 의미)이 그것이다. 이를 차례로 살펴본다.

나. 손해배상청구권 성립여부 등이 소송허가절차에서 심리될 수 있는지

1) 판시내용

이 결정은 대법원 2015. 4. 9 자 2014마188 결정 및 2013마1052 결정에서 다루었던 소송허가 결정에 있어서 손해배상책임의 성립 여부가 심판대상인지 여부를 직접 확인하였다. 대법원도 소송허가의 특성을 증권관련 집단소송이 집단소송이라는 특수한 절차로 진행되어야 할 필요가 있는지 판단하는 절차로 보고 있다. 따라서 소송허가 절차에서 대표당사자가 소명해야 할 대상은 소송허가 요건이며 손해배상책임의 성립 여부 등은 원칙적으로 소송허가 절차에서 심리할 대상이 아니라고 한다. 다만 법 제12조 제1호에 규정된 “법 제3조 제1항 각 호의 손해배상청구로서 법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것”이라는 소송허가요건을 판단하는데 필요한 한도 내에서 손해배상청구의 원인이 되는 행위 등에 대하여 심리할 수 있다고 판시하였다.

2) 결정의 해당 쟁점에 대한 검토

이 판시 부분은 소송허가요건을 판단함에 있어서는 손해배상청구권에 대한 실체심리는 가급적 자제하겠다는 의미로 읽혀진다. 대법원은 이 사안⁴⁷⁾에서 자본시장법

46) 이에 대한 선행연구로는 전상범, “증권관련 집단소송의 소송허가요건”, (BFL 제83호, 서울대학교 금융법센터, 2017.5.) 참조. 여기서는 사건의 사실관계도 잘 정리하고 있다.

47) 본안소송의 소 제기자들이 이 사건 유상증자에서 신주를 인수함에 있어 피고가 증권인수인으로서 주식회사 씨모텍이 실시한 이 사건 유상증자의 증권신고서 등의 인수인 의견란에 최대주주인 주식회사

제125조 제1항 제5호에 따른 손해배상청구를 판단함에 있어서 피고의 책임은 본안에서 판단할 문제이고 손해배상청구권을 구성하는 그 자체는 명백히 법 제3조 제1항 각 호에 포함되지 않는 것이라고 볼 수 없다고 하였다. 이는 소 제기자의 주장 자체로 보아 법 제3조 각 호에 정한 적용범위에 속하는 손해배상청구에 포섭되면 족한 것이고 손해배상 성립의 인정여부는 향후 본안에서 판단해야 하는 것으로 보았다. 이 부분은 소송허가요건의 판단영역과 본안의 판단영역을 잘 구분한 것으로 타당하다고 생각한다.⁴⁸⁾

다. 총원의 범위를 확정하는 방법 및 정도

1) 판시내용

이 결정은 총원⁴⁹⁾의 범위에 대하여도 기본적인 법리를 실시하여 향후에도 계속 인용될 것으로 보인다. 여기서 총원을 둘러싼 쟁점은 그 개념이 아니라 허가결정서에 기재되는 총원의 범위를 어디까지로 정해야 할 것인지의 문제이다. 우선 대법원은 이 총원의 범위에 관한 기본원칙을 다음과 같이 실시한다. “증권관련 집단소송의 허가결정서에 기재하여야 하는 ‘총원의 범위’는 증권 발행회사, 증권의 종류, 발행시기, 피해의 원인이 된 증권의 거래행위 유형, 피해기간 등을 특정하는 방법으로 확정하되, 소송허가결정 확정 후 지체 없이 총원을 구성하는 구성원에게 소송허가결정을 고지하여야 하는 점을 고려할 때 관련 자료에 의하여 특정인이 구성원에 해당하는지를 판단할 수 있을 정도로 명확하여야 한다.” 이 판시 부분은 지극히 원칙적이다. 총원의 개념이 피해자의 전원으로 개념지워져 있기 때문에 명확히 판단되어야 한다.

문제는 증권관련 집단소송법의 적용 범위에 해당하는 주식 발행회사 등의 법령 위반행위로 인하여 문제가 되는 주식을 취득하였다가 이를 피해기간 동안 그대로 보유하지 않고 일부를 처분하였으나 손해배상을 구하는 주식이 언제 취득한 주식인지를 특정할 수 없는 경우에 어떠한 방법으로 특정할 것인지 문제된다. 크게 보면 먼저 취득한 주식을 먼저 처분한 것으로 의제하는 선입선출법과 나중에 취득한 주식을 먼저 처분한 것으로 의제하는 후입선출법이 있고 이를 절충한 방법들도 있다. 이 경우 대표당사자가 어느 방법을 선택하느냐에 따라 총원의 범위와 손해액의 규

나무이쿼티의 차입금의 자본금 전환 여부에 관하여 거짓의 기재를 신뢰하여 손해를 입었다는 취지의 주장을 한다. 이 주장이 자본시장법 제125조 제1항 제5호에 해당하는지 여부가 문제가 되었고 피고는 이때 이 조항에 따라 피고의 책임이 있는지 여부도 검토해야 한다고 주장하였다.

48) 同旨 전상법, 전개논문, 87-89면. 소송허가절차와 본안소송절차의 분리에 관한 학설과 미국의 사례를 정리하고 있다.

49) 증권관련 집단소송법 제2조에서 총원의 개념은 법 제 제2호에 증권의 매매 또는 그 밖의 거래과정에서 다수인에게 피해가 발생한 경우 그 손해의 보전에 관하여 공통의 이해관계를 가지는 피해자 전원을 의미한다고 정해 놓고 있다.

모에 차이가 발생할 수 있다. 그럼에도 대법원은 대표당사자가 선택한 방법에 특별히 불합리하거나 총원의 범위를 확정하는 것이 불가능하다는 등 특별한 사정이 없는 한 이를 존중하는 방식을 택한 것이다. 특히 현행 증권예탁결제제도 아래서는 특정된 증권이라고 하더라도 일단 예탁되기만 하면 다른 동종의 증권과 혼합되어 특정이 불가능하게 된다. 이를 감안하면 예탁기관에 예탁되어 있는 주식을 피해기간 중 일부 매도한 구성원이 있는 경우 선입선출법을 사용하여 총원의 범위를 확정하여도 무방하다고 판시한 것이다.⁵⁰⁾

2) 결정의 해당 쟁점에 대한 검토

이 쟁점은 법률이나 규칙에 특별히 정함이 없는 상황이었다. 진성티이씨 사건에서 총원의 범위가 특정된 사례와 비교해 볼 필요가 있다. 진성티이씨 사건은 불법행위의 발생일 이전에 주식을 취득하여 보유하고 있고, 불법행위 발생일 이후 불법행위가 공표되기 전에 주식을 취득하여 보유하고 있다면 불법행위 행위 공표일 이전에 주식을 일부 처분한 경우 어느 시점의 주식을 처분한 것인가가 문제되었다.⁵¹⁾ 진성티이씨 사건에서는 계산의 편의를 위하여 후입선출법을 사용하였다 처분시점의 주식이 언제 구입한 것이 정확한 것인지 특정이 어렵기 때문에 최근에 구입한 순서대로 가격을 산정한 것이다.⁵²⁾

총원의 범위는 결국 피해액수의 산정과도 직결되기 때문에 항상 대표당사자에게 재량을 주기는 어렵다고 생각한다. 대법원이 제시하고 있는 기준, 즉 특별히 불합리하지 않을 것, 총원 범위 산정이 불가능하지 않을 것이라는 개념은 추상적이지 않는가 한다. 앞으로 판례의 축적이 필요하다고 생각하며 경우에 따라서는 대법원 규칙을 통하여 구체화될 필요가 있다고 생각한다.

라. 증권관련 집단소송법 제12조의 해석론

1) 주요 판시내용- 증권관련 집단소송법 제12조 제1항에서 ‘피고 회사’의 의미

증권관련 집단소송법 제12조 제1항 제1호는 구성원이 보유하고 있는 증권의 합계가 ‘피고 회사’의 발행 증권 총수의 1만분의 1 이상일 것을 규정하고 있어, 문언만 보면 구성원이 보유하고 있는 증권을 발행한 회사만이 증권관련 집단소송의 피고가

50) 전상범, 전계논문, 92면. 이 사안은 발행시장 공시책임에 관련된 사안으로서 유통시장 공시책임에 관련된 진성티이씨 사건에 비하여 총원 및 손해배상액을 산출하는 것이 실무상 크게 어렵지는 않았다고 한다.

51) 함승완, “증권관련집단소송의 진행과 관련한 몇 가지 쟁점들”, BFL, Vol 43, 2010., 70면.

52) 함승완, 전계논문, 72면. 이 사안에서는 한국거래소에서 거래시각 순서대로 거래내역 정보를 보유하고 있을 뿐 특정 시점의 실질주주명세를 가지고 있지 않으므로 총원기간 개시시점의 실질주주와 그 보유주식수를 파악하는 것이 사실상 불가능했다고 한다.

될 수 있는 것처럼 해석될 여지가 없지 않다. 그러나 증권관련 집단소송법 제3조에 정한 증권관련 집단소송의 적용 범위에 속하는 손해배상청구의 상대방이 될 수 있는 자가 반드시 증권 발행회사에 한정되지 않는 점, 증권관련 집단소송법이 토지관할을 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원 본원 합의부의 전속관할로 규정하면서도(제4조) 동일한 분쟁에 관한 여러 개의 증권관련 집단소송의 소송허가신청서가 각각 다른 법원에 제출된 경우 관계 법원에 공통되는 바로 위의 상급법원이 결정으로 심리할 법원을 정하도록 규정함으로써(제14조 제2항) 동일한 분쟁에 관하여 증권 발행회사 외에도 증권관련 집단소송법 제3조에 정한 손해배상청구의 상대방이 될 수 있는 다른 채무자를 상대로 증권관련 집단소송이 제기될 수 있음을 전제하고 있는 점 등을 종합하면, 입법자의 의사가 증권관련 집단소송의 피고를 증권 발행회사만으로 한정하려는 것이라고 볼 수 없다. 따라서 증권관련 집단소송법 제12조 제1항 제1호에서 말하는 ‘피고 회사’는 문언에도 불구하고 ‘구성원이 보유하고 있는 증권을 발행한 회사’라고 해석함이 타당하다.

2) 결정의 해당 쟁점에 대한 검토

이 결정에서 보여준 증권관련 집단소송법 제12조 제1호, 제2호, 제3호의 해석론은 매우 합리적이라고 생각한다. 법 제12조 제1항 제1호의 문언 중 ‘피고 회사’라는 용어는 “구성원이 보유하고 있는 증권의 합계가 ‘피고 회사’의 발행 증권 총수의 1만분의 1 이상일 것”에서 나온 것인데 여기서 “발행 증권 총수”라는 용어로 인하여 ‘피고 회사’는 증권을 발행한 회사에만 해당하는 것인가 하는 의문이 제기된 것이다. 그러나 이러한 해석은 법 제3조에 규정된 손해배상청구권이 발행시장뿐만 아니라 유통시장 등 다양하게 적용되기 때문에 소송허가는 발행회사에 관련되어서만 할 수 있다는 것은 체계 모순적인 해석이 된다. 나아가 법 제14조 제2항에서는 관할이 경합하는 경우를 상정하고 있어 ‘피고 회사’를 증권을 발행한 회사로 한정할 수 없도록 하는데 힘을 실어주고 있다. 그 외의 사항에 대한 판시도 합리적이어서 특별히 언급할 내용은 없다. 그런데 이 조항은 아무리 대법원에서 합리적으로 해석하였더라도 폐지하는 것이 옳다고 생각한다. 손해배상을 청구하는데 주식을 현재까지도 보유하여야 한다는 요건은 재판청구권에 지나친 제약이 되기 때문이다. 이미 김종민 의원안, 채이배 의원안도 모두 폐지를 제안하고 있다.

4. 대법원 2018. 7. 5. 자 2017마5883 결정

가. 판시내용

이 결정은 (주)동양과 유안타증권에 관한 사건⁵³⁾으로서 이 결정에서 법원이 대표당

53) 원고 측(재항고인들)은 피고 (주)동양이 일반 공모 방식으로 발행한 제256 내지 258회, 제260 내지

사자로 선임한 자가 대표당사자로서 요건을 갖추지 못한 사실이 밝혀지거나 소송허가 절차에서 대표당사자들이 총원 범위 변경신청을 하였고 대표당사자들 가운데 일부가 변경 신청된 총원 범위에 포함되지 않게 된 경우 법원은 소송허가 결정을 내릴 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

원심은 구성원이 될 수 없는 자들을 대표당사자로 포함하고 있다면 법 제11조가 정한 대표당사자의 요건을 갖추지 못하였으므로 법 제12조의 소송허가 요건 충족을 더 살펴볼 필요 없이 소송허가 불허가 결정을 하였다. 그러나 대법원의 판단은 달랐다. “① 법 제2조 제1호에 의하면 대표당사자는 복수일 필요가 없고 1인의 대표당사자만 있어도 증권관련집단소송을 수행할 수 있는 점, ② 법 제10조 제4항에 의하면 법원이 법 제7조 제1항에 따라 소를 제기하는 자와 법 제10조 제1항 제4호에 따라 대표당사자가 되기를 위하여 신청서를 제출한 구성원 중 법에 정한 요건을 갖춘 자를 대표당사자로 선임할 수 있는 점, ③ 법 제15조 제3항에 의하면 법원은 총원의 범위를 조정하여 증권관련집단소송을 허가할 수 있는 점 등” 을 근거로 들어 다음과 같이 판시하였다.

대법원은 대표당사자의 요건을 갖추지 못한 자를 제외하고 증권관련집단소송의 소를 제기한 자 및 대표당사자가 되기를 위하여 신청서를 제출한 구성원 중 법에 정한 요건을 갖춘 자로서 대표당사자를 구성할 수 있는지 여부를 판단할 수 있다고 보았다. 그에 따라 증권관련 집단소송의 소송허가 신청이 법 제3조(적용 범위)와 제12조(소송허가 요건)의 요건을 갖추었는지 여부를 심리하여, 소송허가 신청이 위와 같은 요건을 갖추었다면 증권관련집단소송을 허가하여야 한다고 판시하였다.

나. 결정에 대한 검토

이 결정에서 대표당사자의 요건이 갖추어지지 않은 경우 소송허가 결정에 어떤 영향을 주는지가 다투어졌다. 법원의 대표당사자 선임 당시에 법 제11조가 정한 요건을 갖추지 못하였다는 의미는 이 사건에서 대표당사자가 총원 범위의 변경으로 인하여 구성원에 해당되지 않게 된 경우 곧바로 소송불허가 결정으로 연결되어야 하는지에 대한 문제였다. 원심은 대표당사자 중 1인이라도 구성원이라는 요건을 갖추지 못하면 소송허가를 할 수 없다는 입장이었다. 이는 법 제11조에 정한 대표당사자의 요건은 법 제12조의 소송허가요건을 판단하기 위한 전제로서 기능한다는 취지로 읽혀진다.

268회 회사채를 취득하여 보유하고 있는 사람들로서 이 사건에서 원고 측은 다음과 같이 주장한다. “이 사건 회사채의 증권신고서 및 투자설명서 등에는 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항이 기재 또는 표시되지 않았고, 이 사건 소 제기자들은 그로 인하여 손해를 입었다. 따라서 피고 유안타증권은 이 사건 회사채 발행·판매에 관하여 증권모집 주선인이자 투자설명서 교부자로서 자본시장법 제125조에 따라 손해배상책임을 부담한다.”

현행법은 대표당사자를 1명 이상으로 정의하고 있을 뿐(제2조 제2호) 반드시 대표당사자가 복수이어야 하는지, 대표당사자 중 일부가 총원의 범위 변경으로 인하여 구성원에 해당하지 않게 되면 소송허가를 할 수 없는 지에 대하여 아무런 규정이 없다. 앞서 언급했듯이 소송허가절차는 집단소송이라는 특수한 절차로 진행되어야 할 필요가 있는지 여부를 심리하는 절차이므로 대표당사자의 요건을 갖춘 자가 1인이라도 있다면 대표당사자에 관한 법 제11조의 요건은 충족하는 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 대표당사자 요건의 충족과 소송허가 요건의 충족은 완전히 별개의 사항으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

만약 대표당사자가 되기를 원하는 자 중에서 법에 정한 대표당사자 요건을 갖춘 자가 1인도 없다면 어떻게 할 것인가? 이 경우에는 곧바로 소송불허가 결정을 내려서는 안 될 것으로 보인다. 법 제6조에 따라 민사소송법을 준용할 수 있는데 우선 고려될 수 있는 조항이 민사소송법 제237조로 보인다. 이 조항은 일정한 자격에 의하여 자기 이름으로 남을 위하여 소송당사자가 된 사람이 그 자격을 잃거나 사망한 때에는 소송절차가 중단된다고 되어 있다. 이 경우 같은 자격을 가진 사람이 소송절차를 수계하도록 되어 있다. 민사소송법의 기본정신은 당사자가 1인인 경우 후발적 사유로 인하여 당사자의 지위를 상실하게 된다고 하더라도 소송절차의 중단과 수계절차를 이용하도록 한 것이다. 물론 소송대리인이 있는 경우에는 대리권이 존속하는 한 소송절차의 중단과 수계절차를 즉시 이용할 필요는 없다. 이러한 민사소송법의 태도는 증권관련 집단소송에도 적용가능한 것어서 대표당사자가 1인일 때 총원의 범위의 변경으로 인하여 구성원의 지위를 상실한 경우에도 곧바로 소송불허가 결정을 내린다는 소를 각하한다든지 할 필요는 없다고 생각한다. 심지어 증권관련 집단소송법에서는 원고 측에게는 변호사 선임이 강제(제5조)되어 있으므로 소송절차의 중단절차에 이를 필요 없이 법원은 원고 측 소송대리인에게 새로운 대표당사자를 지정하도록 하여 그 선임을 결정하면 될 것이다.

IV. 집단소송이 나아가야 할 방향

1. 1996년 법무부 시안이 주는 시사점

1996년 법무부 시안(이하 ‘시안’)의 내용에 관한 선행연구는 상당수 있었으나 증권관련 집단소송과 소비자 단체소송이 도입된 이후에는 이에 대한 활성화 제안과 남용우려에 대한 논의가 활발히 진행되었다. 여기서는 시안이 현재에도 주는 시사점에 대하여 간략히 살펴보도록 한다.

시안은 대표당사자소송과 단체소송을 모두 담고 있다는 특징이 있다. 시안 제1조는

“이 법은 공통의 이익을 가진 다수인에게 피해가 발생하거나 발생할 염려가 있는 경우에 그 다수인을 위하여 그 중의 1인 또는 수인이나 법령이 정하는 단체가 그 다수인의 명시적인 의사에 의하지 아니하고 당사자가 되어 피해에 대한 원상회복·손해전보, 가해행위의 중지·예방, 위법의 확인, 의무이행 등을 구하는 소송을 제기하여 수행함으로써 다수인의 집단적 분쟁을 효율적으로 처리하기 위하여 민사소송법 및 행정소송법의 특칙을 규정함을 목적으로 한다.” 고 규정하고 있다.

이를 보면 첫째 대표당사자 뿐만 아니라 대표단체도 금전지급청구(원상회복·손해전보·손해배상)를 청구할 수 있고 가해행위의 중지·예방, 위법의 확인, 의무이행 등을 구하는 소를 제기할 수 있다.⁵⁴⁾ 현행법상 대표당사자소송은 손해배상청구, 단체소송은 금지·유지청구라는 도식과는 완전히 다르다.

대표당사자소송이 사실 손해배상청구만으로 사용될 필요는 없다. 미국 class action은 연방민사소송규칙 제23(b)(1),(2),(3)의 세 가지 유형으로 나뉜다. 여기서는 금전적 손해배상청구 이외에도 금지적, 확인적 구제(action for injunctive or declaratory relief)를 구할 수도 있다.⁵⁵⁾ 반면 독일의 단체소송은 기본적으로 손해배상청구를 인정하지 않으므로 시안의 대표단체의 단체소송은 사실상 우리나라의 독자적인 시도라고 할 수 있다. 시안의 단체소송의 경우 법령이 정하는 단체가 직접 손해전보를 청구하여 분배절차까지도 이끌 수 있다는 점에서 매우 파격적인 시도라고 하겠다.

시안은 행정소송에 관하여도 적용된다. 대표당사자소송이든 단체소송이든 사인간의 영역이 아니라 공공 영역에도 집단소송이 적용된다는 의미이다. 이 점은 국가권력의 기본권침해에 대하여 민사상의 구제수단으로 기능한다는 점에서 매우 획기적인 시도라고 하겠다. 현재 제출된 의원안들은 대부분 사인간의 권리침해에 대한 손해배상과 그와 관련된 소송문제에 중점을 두고 있음에 비하여 시안은 이를 넘어 행정부의 권한남용도 소송으로 통제할 수 있는 근거를 마련한 것이다.

대표당사자와 대표단체가 제기할 수 있는 소의 종류가 같기 때문에 두 경우 모두 법원의 소송허가를 받도록 되어 있다. 현행 단체소송은 단순히 위법행위의 금지·중지만을 구하도록 되어 있음에도 소송허가를 그대로 두고 있어 단체소송에 대한 지나친 제약이 된다고 생각한다. 아울러 정당한 이유없이 문서제출명령을 거부하거나 검증감정의 목적물의 현상보전명령에 불응한 자는 과태료에 처해질 수 있다. 그런데 이 과태료의 제재를 받은 자가 정당한 이유없이 응하지 않은 경우 법원은 30일 이내의 감치를 선고할 수 있도록 하였다(시안 제66조).⁵⁶⁾ 현행 소비자기본법과

54) 이규호, “소액다수 소비자피해구제의 실효성 제고방안 : 공익소송 도입검토를 중심으로”, (공정거래위원회 연구용역보고서, 2004.12.), 106면. 한충수, “소비자보호를 위한 바람직한 집단소송 시스템”, (민사소송 제10권 제1호, 한국민사소송법학회, 2006.), 152면.

55) Richard D. Freer, 「Civil Procedure」 3rd edition, Aspen Publishers, 2012., p.767-768.

개인정보 보호법상의 단체소송에 관하여는 과태료, 감치 규정이 전혀 없고 현행 증권관련 집단소송법은 과태료를 마련하고 있지만 과태료 불이행시 감치규정은 없다. 제도의 실효성을 위하여 검토해 볼만하다고 생각한다. 채이배 의원안에도 반영되어 있음은 살펴보았다.

2. 제20대 국회에 계속 중인 법안의 개선방향

“II. 집단소송에 관한 입법 동향” 부분에서 제20대 국회에 계속 중인 법안의 개략적인 내용과 문제점에 대하여 이미 살펴 본 바 있으며 이를 바탕으로 개선방향을 제시한다. ① 집단소송은 가급적 특정한 영역 또는 특정한 청구권에 제한을 두지 않는 것이 좋다. 제한을 두게 되면 향후 새로운 형태의 손해배상에 있어 대응이 늦게 되고 경우에 따라서는 집단소송법의 적용에 공백이 발생하게 된다. 손해배상청구권은 실체법에 맡기고 소송절차에 관한 내용만 절차법에 맡기는 것이 타당하다.⁵⁷⁾ 미국 연방민사소송규칙의 class action의 경우에도 특정한 적용영역, 특정한 실체법적인 청구권에 대한 언급은 없다.⁵⁸⁾ ② 집단소송은 대표당사자소송과 단체소송을 함께 같은 법률에서 규정하는 것이 타당하다. 이는 단체소송을 별도로 둘 경우 손해배상과 유리되어 제도의 활성화에 제약요소로 기능하기 때문이다. 이 경우 단체소송은 손해배상과 관계없이 위법한 양약관 통제 등 위법행위의 유지청구·금지청구(예방적 금지청구)를 구하는 제도로 운영함이 바람직하며 단체소송에 관한 소송허가는 아예 삭제함이 바람직하다. 단체소송을 이용하여 신뢰받는 단체가 먼저 사업자의 위법사항을 지적하는 선례를 만들 수 있을 것이고 이를 보고 피해자들이 대표당사자소송으로서 손해배상청구의 소를 제기할 지 판단하게 될 것이다. 물론 대표당사자소송이 단체소송으로 인하여 지연되어서는 아니 된다. ③ 아직까지 2단계 구제절차는 우리나라에 시기상조라고 보인다. 2단계 절차를 도입했다고 평가받는 나라들의 사례가 충분히 축적되지 않았다는 점, 2단계 절차를 도입하지 않더라도 현행법(선정당사자제도와 중간확인의 소)을 통하여 같은 효과를 받을 수 있다는 점, 증권관련 집단소송에 대하여 의미있는 결정과 판결이 나오고 있어 대표당사자

56) 함영주, “집단소송에 관한 연구 - 우리나라의 집단소송법 시안에 대한 검토를 겸하여”, (고려대학교 박사학위논문, 1997), 209면. 체계정합성의 논란은 감수하더라도 민사집행절차의 실효성을 담보하는 수단으로서 과도기적 역할을 충분히 할 수 있다고 한다.

57) 최광선, 전계박사논문, 230면.

58) 채이배 의원안과 같이 특정한 손해배상청구권이 전제가 되지 않는 법안이 시행된다면 향후 대표당사자소송에서는 일반 민사소송과 같은 소송물 이론을 전개하기는 어려울 것이다. 판례가 주류적으로 따르는 구실체법설은 각 청구권별로 소송물을 인정하는 데 대표당사자소송에서는 이와 같은 논의를 지속하기 어렵기 때문이다. 예를 들어 채이배 의원안을 따를 경우 자본시장법 제125조의 손해배상청구권으로 소송허가결정 혹은 소송불허가결정이 내려졌는데 같은 사안에 대하여 다시 민법 제750조의 손해배상청구권으로 소송허가결정을 구할 수 있을까? 분쟁의 1회적 해결을 위한 집단소송에서는 후소로 소송허가를 구하기 어렵다고 생각한다. 다만 이 경우 소송허가가 판결이 아니라 결정으로 내려지므로 기판력이 발생하지 않는다는 이론적인 난점이 있다. 이러한 난점을 타개하기 위하여 소송물을 같은 것으로 볼 것인가 아니면 후소를 신의칙 위반으로 볼 것인가 등과 같은 이론적인 시도가 있지 않을까 한다.

제도가 정착되고 있다는 점 등을 감안하여야 한다. ④ 절차의 신속성을 담보할 수 있는 제도의 정비가 필요하다. 소송허가에 대한 불복에 원칙적으로 집행정지효를 부여하지 않는 채이배 의안이 대표적인 예라고 하겠다. ⑤ 증거의 구조적 편재를 시정하는 방안도 반드시 고려되어야 한다. 아무리 효율적인 소송절차를 완비한다고 하더라도 증거의 구조적 편재가 시정되지 않으면 승소판결을 받을 수 없게 된다. 승소판결을 받을 수 없으면 징벌적 손해배상도 별다른 가치가 없다. 채이배 의원안은 증거의 구조적 편재를 시정하려는 노력을 했다는 점에서는 타당하나 그 내용이 서증의 제출과 관련한 현행 민사소송법 해석상의 자유심증설을 넘지 못한다는 한계가 있다.

3. 소송허가와 관련한 판례의 해석론

“Ⅲ. 집단소송의 소송허가에 관한 판례 동향”에서 대법원이 증권관련 집단소송에 관하여 판단한 소송법적 쟁점을 살펴보았다.⁵⁹⁾ 대법원은 소송허가에 관하여 매우 의미있는 결정들을 내렸다. 우선 소송허가의 심판대상에 손해배상청구의 성립여부를 판단하여야 하는지 여부에 대하여 정리하였다. 최근의 결정에서 소송허가절차에서는 원칙적으로 손해배상청구의 성립여부를 판단할 수 없다는 점을 분명히 하였다. 앞으로는 원고 측에서 손해배상청구의 요건사실과 이를 뒷받침하는 즉시 조사 가능한 증거를 첨부한다면 법원은 원고 측의 주장이 증권관련 집단소송법이 정한 손해배상청구권에 형식적으로 포섭될 경우 손해배상청구의 성립여부까지는 판단하지 않고 향후 본안판결에 맡겨야 할 것이다. 법문언도 법률상 또는 사실상의 중요한 쟁점이 모든 구성원에게 공통될 것이라고 규정하고 있을 뿐이지 손해배상청구의 내용에 관한 언급은 없다. 이 점은 원심의 오류를 대법원이 잘 잡아 주었다고 생각한다.

대표당사자가 반드시 구성원 중에서 선임되어야 하는 점에는 별 다른 이론이 없을 것이다. 총원 범위의 변경으로 인하여 구성원의 지위를 상실하여 대표당사자 요건을 갖추지 못한다고 하더라도 이로 인하여 곧바로 소송불허가 결정을 하거나 소를 각하하여서는 안된다고 생각한다. 대표당사자의 요건은 소송을 진행하기 위한 요건이지 소송허가의 요건은 아니기 때문이다. 그런 점에서 대법원의 판단은 타당하다. 다만 대표당사자 전원이 구성원의 지위를 상실했더라도 민사소송법상의 소송절차 중단의 법리를 끌고 와서 생각해 보면 소를 각하하거나 소송불허가 결정을 내릴 필요는 없다고 생각한다. 증권관련 집단소송은 변호사 강제주의를 채택한 관계로 특별한 사정이 없으면 소송대리인이 존재하기 때문에 더욱 그러하다.

이러한 판례의 태도를 종합해 보면 소송허가요건을 판단함에 있어 가급적 법문언을 엄격하게 해석하고자 하는 경향이 보인다. 첫 소송허가결정이 내려지기까지 소송허

59) 아쉽게도 단체소송에 대하여는 대법원 판례가 나오지 않았기 때문에 향후에 연구하기로 한다.

가신청 및 소제기 이후 10년에 가까운 시간이 지나갔지만 향후에는 보다 빠른 시간 내에 판단이 내려지기를 희망한다. 실무상으로는 소송허가결정이 내려지면 본안판단에 사실상 영향을 주지 않겠느냐 하는 예측도 존재한다.⁶⁰⁾ 신속한 재판을 위해서는 재판부의 증원 등 물리적인 지원이 필요하지만 실제로 쉽지 않은 일이기 때문에 입법적인 지원이 중요한 상황이다. 앞서 언급한 채이배 의원안에서 소송허가결정에 대한 불복에 집행정지효를 배제하는 방법은 충분히 고려할 만하다.⁶¹⁾

V. 결론

현행의 집단소송에 대하여 이용률이 저조하다는 비판은 있지만 집단소송의 파급력을 감안하면 지금도 나름의 역할을 하고 있다고 생각한다.⁶²⁾ 증권관련 집단소송에서 소송허가 결정이 확정되어 의미있는 판례들이 나오기 시작했다는 점⁶³⁾도 매우 고무적이다. 나아가 2017년에 본안판결도 선고 및 확정⁶⁴⁾된 점을 보면 이제 우리나라에서 집단소송은 싹을 틔우기 시작한 것으로 보인다. 반면 단체소송은 아직 우리나라에 정착하려면 충분한 시간과 제도적 보완이 필요해 보인다.

집단소송을 활성화 시키는 궁극적인 이유는 소액다수 피해자의 효율적인 권리구제를 구하기 위함이라고 생각한다. 그런데 집단소송은 원고 측에는 일방적으로 유리하고 피고 측에는 일방적으로 불리한 것으로 인식되어 있는데 일응 타당한 측면이 있다. 제도가 도입된 이후 제대로 보완이 되지 않는 것은 그 동안 주로 피고 측이 되어 온 회사들의 반대가 극심했기 때문으로 보인다. 이를 본다면 피고 측을 일방적으로 힘으로 누르는 것은 불가능하고 정당하지도 않다고 생각한다. 향후에는 집단소송의 개선을 통하여 소액다수 피해자의 권리구제가 원활해지는 대신 그 상대방에 있는 회사들에게도 합리적인 범위에서 준범의무를 이행한 경우 손해배상책임에서 면제된다거나 책임이 감경될 수 있는 인센티브까지도 고려해야 하지 않을까 한다. 또한 소송절차에서 증거수집의 부분 역시 손질해야 할 필요가 있다. 현재까지 나온 입법안들은 손해배상청구권의 확대, 대표당사자소송절차의 개선에 주로 초점

60) Richard D. Freer, op.cit., p.801. 미국에서는 집단인증(class certification) 인용결정이 나면 사실상 원고 측으로 유리하게 화해가 이루어지는 경우가 많다고 한다. 집단인증이 되었다는 의미는 형식적으로 보면 단순히 대표당사자소송에 적합하다는 것을 확인받았지만 이는 사실상 본안에도 영향을 미치기는 것으로 보인다. 물론 미국은 증거개시제도로 인하여 변론기일이 시작되기 전에 어느 정도 승패소가 정하여지는 것이 일반적이지만 한국에서도 소송허가 요건이 모두 충족되었다면 그 과정에서 소명되었던 사실들이 본안판단에 사실상 영향을 주지 않을까 하는 예상을 할 수 있다.

61) 미국연방민사소송규칙 제23(f)도 집단인증에 대한 항소가 있더라도 별도의 중지명령이 없으면 자동적으로 절차가 정지되지 않는다.

62) 함영주, “집단분쟁의 해결을 위한 새 지평의 모색-분쟁해결방법과 분쟁관리자 권한의 선택과 집중 필요성을 중심으로”, 한국비교사법학회 동계학술대회 발표집 제3주제, 2018., 82면.

63) news1, “증권관련 집단소송 도입 14년 10건 불과해도 구제 한몫”, 2019. 01. 09.
<http://news1.kr/articles/?3517864> (2019. 01. 30. 최종방문)

64) 연합뉴스, “증권집단소송 도입 12년만에 첫 확정판결-도이치 은행 투자자 승소”, 2017. 07. 07.
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20170707122800004?input=1195m> (2019. 01. 30. 최종방문)

을 맞추었지 증거수집에 대한 개선안은 유기적으로 연계되지 못하였다. 앞으로 발의되는 법안에는 이 부분도 감안되기를 바란다.⁶⁵⁾

사실 집단소송은 우리나라 국민의 경제적 이익과 직결되는 문제로 부각되고 있다. 자동차 주행 중 발화사건에 있어서 집단소송이 활성화 되어 있는 외국과 비교하여 볼 때 같은 자동차 회사라도 우리나라 국민을 대하는 모습이 많이 다르기 때문이다. 결국 집단소송의 개선안은 결국 소액다수의 피해자를 위한 방향으로 진행되어야 하되 소송법, 실체법을 모두 고려하여 종합적인 대책을 마련해야 한다고 생각한다.

참고문헌

단행본

- 강현중, 「민사소송법」(제7판), 박영사, 2018.
김홍엽, 「신민사소송법」(제7판), 박영사, 2017.
이시윤, 「신민사소송법」(제11판), 박영사, 2017.
정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법」(제6판), 법문사, 2017.
정영환, 「신민사소송법」, 세창출판사, 2009.
법원행정처, 「소비자단체소송해설」, 2007.
_____, 「증권관련 집단소송실무」, 재판실무자료 2005-1, 2005,
한충수, 「민사소송법」(제2판), 박영사, 2018.

학위논문

- 김성호, “징벌적 배상제도의 도입에 관한 민사법적 연구”, (조선대학교 대학원 박사학위논문, 2018.)
이명민, “소비자단체소송에 관한 연구”, (고려대학교 박사학위논문, 2014.)
장송청, “집단소송제도에 관한 연구 - 한국법과 중국법의 비교를 중심으로”, (성균관대학교 박사학위논문, 2009.)
최광선, “증권관련 집단소송법제에 관한 연구”, (고려대학교 박사학위논문, 2016.)
함영주, “집단소송에 관한 연구 - 우리나라의 집단소송법 시안에 대한 검토를 곁하여”, (고려대학교 박사학위논문, 1997.)

학술논문

- 김경욱, “집단분쟁해결을 위한 새로운 민사소송제도의 도입에 관한 소고”, (민사소송 제17권 2호, 한국민사소송법학회, 2012.)
김희동, “소비자단체소송에서의 소송허가제도에 관한 고찰”, (경제법연구 제7권 2호, 한국경제법학회, 2008.)

65) 동지, 김주영, 전개논문, 18-19면.

- 고형석, “집단적 소비자피해의 효율적 구제를 위한 소송제도의 개선방안에 관한 연구”, (재산법연구 제32권 제4호, 한국재산법학회, 2016.)
- 남궁술, “프랑스 소비자법상 집단소송제도에 관한 연구”, (소비자법연구 제3권 제2호, 한국소비자법학회, 2017.)
- 서희석, “일본의 소비자집단소송법 개관”, (민사소송 제22권 제1호, 한국민사소송법학회, 2018.)
- _____, “의원발의 집단소송법안 비교 : 제19대 국회 제출법안의 특징과 과제”, (입법과 정책 제8권 제1호, 국회입법조사처, 2016.)
- _____, “일본에서 소비자집단소송제도의 창설”, (고려법학 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014.)
- 오대성, “소비자기본법상의 단체소송의 문제점과 그 개선방향”, (법학논총 제23권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2016.)
- 우세나·양천수, “집단소송제도 재검토”, (영남법학 제45호, 영남대학교 법학연구소, 2017.12.)
- 이명민, “독일 소비자단체소송의 민사소송법으로의 편입가능성”, (동아법학 제59호, 동아대학교 법학연구소, 2013.)
- _____, “독일 이익환수청구를 통한 의료소비자단체소송의 공적구제에 관한 고찰”, (동아법학 제70호, 동아대학교 법학연구소, 2016.)
- 이영규, “소비자단체소송”, (법과 정책연구 제12집 제3호, 법한국정책학회, 2012.9.)
- 전병서, “소비자단체소송에 있어서 단체의 제소권 - 그 이론적 근거 및 앞으로의 과제-”, (법조 제58권 제12호, 통권 제639호, 법조협회, 2009.)
- 전상범, “증권관련 집단소송의 소송허가요건”, (BFL 제83호, 서울대학교 금융법센터, 2017.5.)
- 전영준, “증권관련집단소송 허가절차 개선방안 - 허가결정에 대한 즉시항고제도의 개선을 중심으로-”, (경제개혁 이슈, 경제개혁연대, 2016.5.)
- 정선주, “집단분쟁의 효율적인 해결과 대량소송의 방지를 위한 대표소송제도의 신설”, (민사소송 제15권 2호, 한국민사소송법학회, 2012.)
- 정영수, “소비자단체소송에 관한 고찰”, (법조 제55권 제4호, 통권 제606호, 법조협회, 2007.)
- 한충수, “소비자보호를 위한 바람직한 집단소송 시스템”, (민사소송 제10권 제1호, 한국민사소송법학회, 2006.)
- 함영주, “소비자단체소송의 법적 성질과 집단분쟁해결 시스템의 구축 방향”, (법조 제58권 제6호, 통권633호, 법조협회, 2009.)
- _____, “소비자집단분쟁조정제도에 관한 고찰 - 절차법 체계정합성의 관점에서 본 집단분쟁제도”, (민사소송 제14권 제1호, 한국민사소송법학회, 2010.)
- _____, “프랑스 소비자단체소송법 제정의 의의와 시사점”, (민사소송 제20권 2호, 한국민사소송법학회, 2016.)

- 함승완, “증권관련 집단소송의 진행과 관련한 몇 가지 쟁점들”, (BFL 제43호, 서울대학교 금융법센터, 2010.)
- 최광선, “증권관련 집단소송법에서의 청구권경합”, (법학논총 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016.)
- _____, “소비자 집단소송의 발전방향에 관한 제언”, (법학연구 제29권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2018.)
- 최정식, “증권집단소송의 분배절차와 분배잔여금처리의 고찰”, (법학논총 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008.8.)

참고자료

- 김주영, “증권관련집단소송의 시행경험과 시사점”, (한국민사소송법학회 동계학술대회, 2018.)
- 이규호, “소액다수 소비자피해구제의 실효성 제고방안 : 공익소송 도입검토를 중심으로”, (공정거래위원회 연구용역보고서, 2004.12.)
- 함영주, “집단분쟁의 해결을 위한 새 지평의 모색-분쟁해결방법과 분쟁관리자 권한의 선택과 집중 필요성을 중심으로 ”, (한국비교사법학회 동계학술대회 발표집, 2018.)

외국문헌

- Jack H. Friedenthal·Mary K. Kane·Arthur R. Miller, 「Civil Procedure」 3rd ed., West Group 2004.
- Richard D. Freer, 「 Civil Procedure」 3rd edition, Aspen Publishers, 2012.
- Richard L. Marcus·Edward F. Sherman, 「Complex Litigation」, 6th ed., West Publishing Co. 2015.
- Daniel MANGUY, “L’ACTION DE GROUPE EN DROIT FRANÇAIS - Après la loi Hamon du 17 mars 2014“, Gazette du Palais, 2014.

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

참고사이트

<http://likms.assembly.go.k/>

국문초록

집단소송과 관련된 국회 입법 및 대법원 판례의 동향과 그 시사점

우리나라에서 집단소송은 증권관련 집단소송법(2005. 1. 1. 시행)과 소비자보호법(2007. 3. 28. 시행, 현재는 소비자기본법)에 각각 대표당사자소송과 단체소송이 도

입된 이래로 아직까지 충분히 활성화되지 아니하였다. 지나친 남용에 대한 우려로 인하여 여러 제약 요소들이 만들어져 입법 당시부터 제대로 기능하지 못한다는 비판이 많았다. 이에 대하여 다수의 개선안이 국회에 제출되었지만 그러한 입법은 거의 통과되지 못한 채로 지금에 이르고 있다. 최근 발생한 가슴기 살균제 사건, 라돈 침대 사건, 자동차 주행 중 화재 사건 등에서도 불특정 다수의 피해자로 인하여 집단소송의 필요성이 대두 되었고 결국 법무부에서는 집단소송제 확대 도입 방안을 마련하기에 이르렀다.

이 글에서는 먼저 집단소송의 개선과 관련되어 제20대 국회에 제출된 법안을 살펴 보기로 한다. 적용 청구권을 특정한 대표당사자소송, 적용 청구권을 특정하지 않은 집단소송, 2단계 구제절차를 도입한 소비자집단소송, 소비자보호법상 단체소송으로 분류를 하여 대표적인 법안들에 대한 장점과 단점을 검토한다. 그 다음 판례의 동향을 분석한다. 증권관련 집단소송에 대하여 최근 의미 있는 소송허가결정이 내려졌는데 여기서는 그 판례의 시사점을 분석한다. 이후 국회의 입법과 대법원 판례의 동향을 바탕으로 현재 논의되고 있는 집단소송에 대한 바람직한 방향을 제시하고자 한다.

사실 집단소송은 우리나라 국민의 경제적 이익과 직결되는 문제로 부각되고 있다. 자동차 주행 중 발화사건에 있어서 집단소송이 활성화 되어 있는 외국과 비교하여 볼 때 같은 자동차 회사라도 우리나라 국민을 대하는 태도가 많이 다르기 때문이다. 결국 집단소송의 개선안은 결국 소액다수의 피해자를 위한 방향으로 진행되어야 하되 소송법, 실체법을 모두 고려하여 종합적인 대책을 마련해야 한다고 생각한다.

핵심어 : 집단소송, 대표당사자소송, 단체소송, 소송허가, 증권관련 집단소송법

Abstract

Trend and Implications of Legislation and Supreme Court Precedents on Group Litigation

The Securities-Related Class Action Act in Korea was effected on January 1, 2005 in order to efficiently seek a relief for collective losses arising in the course of trading securities and Consumer Class Action in Framework Act on Consumeres was effected on March 28, 2007 in order to protect consumers' rights and interests. However, Securities-Related Class Action and Consumer Class Action are rarely used in lawsuit in Korea. It is because the requirements for The Securities-Related Class Action and Consumer Class Action are difficult to meet.

Although many legislations had been proposed to improve this situation, they were not made a success. Because companies were concerned about the abuse of litigation. In the recent cases of humidifier disinfectant incident, radon bed accident, and fire accident in the automobile, the necessity of class action has been raised due to many unspecified victims. In December 2018, the Ministry of Justice prepared a plan to improve class action system.

In fact, class action system is related to the economic interests of the people. Compared to foreign countries where class action system is activated in the case of fire accident in the automobile, automobile company is stingy about indemnification for the Korean people. This is because effective class action systems are not available in Korea. This article aims to review bills submitted to the 20th National Assembly and recent Supreme Court Cases. It is required to have a comprehensive system including substantive and procedural legislation.

key-words : group litigation, class action, two-tier stage proceeding, permission of action, securities-related class action,

토론

강태원 교수(대구대학교 법과대학)

토 론 문

최광선 교수님의 발표를 잘 들었습니다. 최근 국회에 제출되어 있는 다양한 법률안의 내용을 통해 집단소송제도를 확대 적용하려는 노력을 하고 있음을 알 수 있었고, 소송허가에 관한 판례의 동향도 자세히 알 수 있는 좋은 기회를 가질 수 있어서 깊은 감사를 드립니다.

집단소송제도는 지난 수십년 동안 민사소송법학계의 중요한 관심사 가운데 하나였다. 오랜 논의를 거쳐 1996년에 법무부의 시안이 마련되었는데, 이 시안은 미국식의 대표당사자소송과 독일식의 단체소송을 모두 흡수한 집단소송에 관한 단일법안이었다. 그 내용은 소송법적으로나 실체법적으로나 피해자들에게 굉장히 유리하고 편의로운 제도를 마련하려는 것이었다. 이에 대하여는 거센 반론이 제기되어 입법화에는 이르지 못하였다. 2000년 이후 개별법률로 증권관련집단소송과 단체소송을 하나씩 도입하여 오늘에 이르고 있다.

집단소송제도를 도입하면 이 제도가 남용될 수 있다는 것이 주된 반론의 내용이었는데, 막상 이 제도를 도입하여 시행한 이후 남용의 문제점은 부각되고 있지 않다. 오히려 대형사건들이 터질 때마다 집단소송이 개별적이고 예외적으로 인정되고 있는 한계를 느끼고, 일반적이고 포괄적으로 인정되면 이러한 사건들이 집단소송의 대상으로 되어 피해자의 구제 및 위법한 행위의 예방 등에 더욱 기여할 수 있었을 것이라고 생각하고 있었는데, 오늘 소개된 각종 법률안에 의하면 집단소송의 대상을 확대하고 청구의 유형을 다양화하려는 노력을 하고 있음을 확인할 수 있었다.

오늘 최교수님이 발표하신 대로 제20대 국회에 계속 중인 법안의 개선 방향 및 소송허가와 관련한 판례의 해석론에 대하여는 토론자도 기본적으로 견해를 같이 한다. 특히 증권관련집단소송법을 집단소송법으로 법률명을 변경하는 법무부안에서는 특정한 법률과 특정한 조문을 열거하여 집단소송을 특정한 영역으로 제한하려고 하고 있다. 깊이 고민하여 한정적으로 확장하려는 개정안을 마련한 이유가 있겠지만, 발표자와 같이 제한을 두지 않는 것이 좋을 것이라는 의견 및 그 논거에 동의한다. 발표 내용과 관련하여 세 가지 정도 질문하고자 한다.

발표문 IV. 2. “제20대 국회에 계속 중인 법안의 개선방향”을 보면, “㉔ 집단소송을 대표당사자소송과 단체소송을 함께 같은 법률에서 규정하는 것이 타당하다.”라고 되어 있다. 만약 2000년 이전으로 돌아가서 집단소송법을 어떻게 제정하여야 할 것이냐고 묻는다면 단일법으로 하는 것에 동의할 것이다. 그런데 개별법에서 대표당사자소송과 단체소송을 별도로 규정하여 지금에 이르렀는데, 굳이 제20대 국회에서 모든 집단소송을 흡수하여 단일법률로 합칠 필요나 실익이 있을까 의문이다. 그래서 상대적으로 널리 활용되고 있는 대표당사자소송을 일반화하도록 집단소송법을 개정하고, 각각의 단체소송을 개별적으로 규정한 관련법률을 유지하여 당분간은 이원화하여 운영하는 것도 괜찮지 않을까 생각한다.

둘째로, “㉕ 증거의 구조적 편재를 시정하는 방안도 반드시 고려되어야 한다.”고 의견을 제시한다. 집단소송제도를 논의한 초기에는 소액의 다수 피해자가 소송의 사각지대에 머무르고 있는 현상을 타개하기 위하여 이 제도의 도입을 논의한 측면이 있다. 그런데 일단 이 제도가 도입되면 소액의 다수 피해사건뿐만 아니라 고액의 다수 피해사건도 그 대상으로 될 수 있다. 민사소송법학계에서는 이미 현대형 소송에서 증거의 구조적 편재 현상을 지적하고, 이를 시정하기 위한 여러 가지 방향을 찾아왔다. 증거개시제도를 비롯하여 다양한 제도를 연구해왔는데 입법적으로 미진한 상황이다. 이러한 상황에서 집단소송에만 그 시정방안을 특별히 도입해야 하는지 아니면 민사소송법과 맥을 같이 하여 개선방향을 찾을 것인지 고민할만한 사항이다.

소액의 피해자만이 아니라 고액의 피해자도 집단소송의 원고가 된다면 집단소송법에서만 증거의 구조적 편재를 시정하는 예외 원칙을 도입하는 것이 타당한가의 의문이 든다.

마지막으로 전속관할에 관한 제4조의 개정과 관련하여 살펴본다. 개정안에서는 기존의 “피고의 보통재판적 소재지를 관할하는”을 삭제하고, “집단소송은 지방법원 본원 합의부의 전속관할로 한다.”고 한다. 발표문에서는 기존의 전속관할 규정에 따르면 피고가 복수로 될 경우 전속관할법원이 여러 개가 되고, 병합하기 위하여 직근 상급법원의 판단을 받아야 해서 재판을 매우 지연시키는 사유가 되어 개정요구가 많았기 때문이라고 적시하면서, 이는 타당한 입법이라고 평가한다. 이 개정안을 두 가지 시각에서 살펴보고자 한다. 우선, 개정안에 의하면 보통재판적과 특별재판적에 의한 관할이 모두 인정되고 이는 임의관할이다. 그러면 다수의 피고를 상대로 할 경우에 하나의 법원에서 또는 최초로 제기한 법원에서 병합하는 것을 쉽게 하려는 것으로 보인다. 그러나 앞으로 집단소송이 활성화되어 여러 군의 대표당사자들이 각자 집단소송을 제기할 경우도 있을 수 있다. 그럴 경우에는 토지관할권이 복수로 인정되므로 각각의 원고들이 다른 법원에 소를 제기하는 경우도 생길 수 있다. 복수의 법원에 집단소송이 제기되는 경우를 줄이고자 개정안을 마련하였는데, 이러한 상황이 생긴다면 개정안의 의미는 줄어들 수 있을 것이다. 그렇다면 복수의 법원에 집단소송이 제기되는 경우의 수를 줄이기 위하여 개정안과 같이 토지관할을 확대할 것이 아니라, 복수의 법원에 제기된 경우에 관한 제14조 제2항의 운영을 신속하게 하는 방안을 마련하는 것이 직접적인 해결방안이 아닐까 생각된다. 둘째로, 전술한 목표를 위하여 제4조를 개정하는 것이 합리적이라면 이 조문은 삭제하는 것이 낫지 않을까 생각한다. 개정안의 내용은 ① 지방법원 본원이므로 지원은 제외한다는 것이고, ② 합의부가 관할한다는 것이다. 본원과 지원의 관할을 나누는 법률이 법원조직법 외에 있는지 의문이고, 합의부 관할은 사물관할에 관한 대법원규칙에서 정하면 족한 사항이다. 그렇다면 개정 의도를 살린다고 하여도 개정된 조문은 법률조문으로서는 어색해보인다.

토론을 위하여 몇 가지의 질문을 드렸고, 오늘 좋은 발표를 들은 것에 다시 한 번 감사드린다.

주제발표

구로분배농지 민사재심 사건에 관한
몇 가지 쟁점

사회: 권혁재 교수(경북대학교)

발제: 정성윤 변호사(정부법무공단)

구로분배농지 민사재심 사건에 관한 몇 가지 쟁점

정 성 윤*

<目 次>

I. 서설	1. 기본적인 형태와 소의 이익
II. 사건의 경위 및 대법원의 판단	2. 문제의 제기
1. 사실관계	3. 재심의 이익 유무
2. 대법원의 판단	V. 재심청구와 통상의 민사상 청구의 병합
III. 재심의 심판대상	1. 문제의 제기
1. 재심의 의의와 성질	2. 견해의 대립
2. 재심의 구조와 소송물	3. 대법원의 판단
3. 재심판결에 대한 재심청구의 심판대상	4. 검토
IV. 재심의 소의 이익	VI. 결론

I. 서설

‘구로분배농지 사건’이란, 1961년 국가가 서울 구로동에 구로공단을 조성하기 위해 그 일대의 토지 약 30만 평을 강제 수용하는 과정에서 당해 농지를 빼앗긴 농민들과 국가 사이에 발생한 분쟁을 의미한다. 당시 농민들을 농지개혁법, 농지개혁사업정리에관한특별조치법 등에 따라 적법하게 분배받았다고 주장하면서 소를 제기하였고 승소하였다. 하지만 위와 같은 내용의 승소판결이 확정되자, 검찰은 토지 소유권을 주장한 농민과 농민들에게 유리한 증언을 하고 농민들 주장에 부합하는 서류를 작성하였던 공무원들에 대한 수사를 벌여 농민들은 소송사기로, 공무원들에 대하여는 위증 등으로 기소하여 유죄 판결을 받아냈다. 국가는 이를 근거로 위 확정판결에 대하여 민사재심을 청구해 승소하면서 위 토지의 소유권을 다시 가져갔다. 그러다 2008년 7월에 이르러서야 ‘진실·화해를 위한 과거사정리위원회’(이하 ‘과거사정리위원회’라 한다)가 당시 수사기관이 농민 등을 집단적으로 불법 연행하여 가혹행위를 하고 자백을 강요하였다는 취지의 진실규명결정을 내렸다. 이에 피해자 유족들의 민·형사상 재심 청구가 잇따랐고, 대법원은 민사재심 및 손해배상 사건에서 피해자들의 손을 들어 주었다.

이처럼 과거사정리위원회의 진실규명결정 이후, 최근 10년간 민사재심과 손해배상을 비롯한 다수의 분쟁이 있었고, 대부분 대법원에서 마무리되었다. 위와 같은 분

* 정부법무공단 변호사

쟁 과정에서 다수의 민사재심 판결이 선고되었는데, 그 중에는 그동안 학계와 실무에서 구체적인 논의가 이루어지지 아니하였던 부분에 관하여 주목할 만한 판결들이 있다. 아래에서는 이른바 구로분배농지 관련 대법원 판결 중에서, 의미 있어 보이는 몇 가지 쟁점, 즉 재심의 심판대상, 재심의 이익, 재심청구와 통상의 민사상 청구의 병합에 관하여 살펴보기로 한다.

II. 사건의 경위 및 대법원의 판단

1. 사실관계

가. 구로동 일대 토지에 대한 농지분배 등

서울 영등포구 구로동 일대 약 30만 평의 토지는 전답이었는데, 일제강점기에 일본에 의하여 강제 수용되어 1942년 내지 1943년경 국(육군성) 명의로 등기가 마쳐졌다. 그러나 구로동 일대 토지는 위와 같이 국 명의로 등기가 마쳐진 이후에도 군용시설이나 군용지로 사용되지 아니하고, 원래의 경작자들에 의하여 농경지로 경작되었으며, 등기부상 지목 역시 전답으로 계속 남아 있었다. 1950년 3월 10일 농지개혁법이 개정·공포된 후 구로동 일대 토지에 대하여도 농지분배절차가 진행되었고, 국가로부터 농지분배를 받은 사람들은 1950년부터 1952년까지 사이에 일부 상환곡을 납부하기도 하였다. 그러나 국방부가 1953년 5월경부터 구로동 일대 토지가 육군이 관리하는 국유지임을 내세워 소유권을 주장하자 국가는 더 이상의 상환곡을 수령하지 아니하였다. 국가는 1961년 9월 1일 산업진흥 및 난민정착구제사업의 일환으로 구로동 일대 토지의 관리권을 국방부에서 재무부로 이관하였고, 서울시로 하여금 구로수출산업공업단지를 조성하게 되었다. 서울시는 1961년 8월경 판잣집 철거를 위한 공영주택 1,200세대, 간이주택 1,100세대의 신축을 착공하기 시작하여 1962년 8월경부터 1962년 9월경까지 준공·입주를 완료하였고, 위 구로동 일대에 구로공단, 구로남초등학교, 구로시장, 개인주택용지 등을 조성하였다.

나. 농민들의 민사소송 제기 및 승소

농지를 분배받은 농민들 중 85명은 1964년 6월 19일 국가를 상대로 서울민사지방법원에 이 사건 구로동 일대의 토지 중 78,422평을 자신들이 분배받았다고 주장하면서 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 서울민사지방법원은 1967년 3월 9일 위 원고들의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고(서울민사지방법원 64가5133), 국가가 이에 불복하여 항소하였으나, 서

울고등법원은 1968년 2월 9일 국가의 항소를 기각하였으며(서울고등법원 67나 1001), 국가가 다시 상고하였으나 대법원은 1968년 7월 16일 국가의 상고를 기각하였다(대법원 68다804). 당시 위 원고들 외에도 다수의 사람들이 국가를 상대로 모두 9건의 민사소송을 별도로 제기하였는데, 국가는 대부분의 소송에서 패소하였다.

다. 민사소송 제기 농민 등에 대한 검찰의 수사 및 기소

위 9건의 민사소송 중 일부 농민이 제기한 사건이 1968년 3월 19일 대법원에서 국가 패소로 확정되자(대법원 68다106), 서울지방검찰청은 1968년 3월 23일 농지분배 서류의 조작사실을 인지하였다면서 위 민사소송 사건에서 농지분배 된 사실을 알고 있다는 취지의 증언을 한 농림부 소속 공무원을 구속하는 한편, 각급 기관 농지담당 공무원들에 대한 수사에 착수하였다.

최초 원고들이 제기한 위 서울민사지방법원 64가5133 사건에서 대하여도 위와 같이 상고가 기각되자, 서울지방검찰청은 1968년 8월경 수사를 확대하여 1968년 9월 20일 이미 사기 및 위증사건으로 구속되었던 농민들 외에 전 영등포구청 농지계장과 농지주임, 시흥군청 농지담당자를 허위공문서작성 및 행사 혐의로, 시흥군청 공무원과 영등포농지위원, 경기도 농지국 직원 등을 위증 혐의로 각각 수사하였다. 서울지방검찰청은 1968년 3월부터 1970년 7월까지 구로동 일대 토지의 소유권을 주장하면서 국가를 상대로 민사소송을 제기한 농민과 그들의 주장에 부합하는 증언을 한 공무원 등에 대한 수사를 계속하였다. 그 과정에서 체포되었다가 구속영장이 청구되기 전에 민사소송 또는 권리를 포기한 후 석방된 사람은 총 104명이었고, 구속된 후 기소 전에 소취하 또는 권리포기 후 불기소처분을 받은 사람은 39명이었으며, 최종적으로 기소된 사람은 41명이었다.

한편 위와 같이 기소된 농민 및 공무원 41명에 대한 재판은 항소심과 상고심, 일부 피고인들에 대한 거듭된 과기환송심 등을 거쳐 1984년 3월 13일에야 종료되었는데, 위 41명 중 12명에 대하여는 재판 중 사망으로 공소기각결정이 있었고, 1명에 대하여는 무죄판결이, 2명에 대하여는 공소시효 완성으로 면소판결이 선고되었으며, 나머지 26명에 대하여는 유죄판결이 선고되어 확정되었다.

라. 민사 확정판결에 대한 재심

국가는 1968년부터 1970년까지 이 사건 구로동 일대 토지의 소유권이전등기청구 사건 관련자들에 대한 수사를 진행하면서 이미 패소 확정된 4건의 민사판결에 대한 재심을 청구하였다. 국가가 청구한 재심사건은 관련자들에 대한 형사재판이 진행되

는 기간 동안 변론이 중단되었다가 형사재판이 모두 끝난 후인 1984년에 재개되었다.

국가는 재심사건을 심리하는 재판부에 위와 같은 관련자들에 대한 형사판결, 수사기록 등을 증거로 제출하여 재심사건에서 모두 승소하였다. 최초 원고들이 제기하여 승소한 서울고등법원 67나1001 판결을 재심대상판결로 한 재심사건(서울고등법원 68사24)에서 종전 재심법원은 1989년 12월 6일 최초 재심대상판결에는 유죄 확정판결을 받은 관계 공무원들의 위증이 증거로 사용되었으므로 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 민사소송법’이라 한다) 제422조 제1항 제7호의 재심사유가 있고, 허위공문서작성죄의 증거가 충분하나 공소시효가 완성되어 유죄의 확정판결을 받을 수 없었던 시흥군청 농지담당자가 작성한 ‘군용지 관리에 관한 건’이라는 회신문과 영등포구청 농지계장이 작성한 ‘군용지에 대한 농지분배 상황조사의 건’이라는 보고서가 각 증거로 사용되었으므로, 구 민사소송법 제422조 제1항 제6호의 재심사유가 있다고 판단한 후, 최초 재심대상판결 및 그 제1심 판결을 모두 취소하고, 최초 원고들의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다.

마. 과거사정리위원회의 진실규명결정

그 후 유죄판결을 받은 일부 피고인들과 유족 등 155명은 2006년 5월 26일 과거사정리위원회에 진실규명과 명예회복을 신청하였다. 과거사정리위원회는 위 신청사건을 ‘구로 분배농지 소송사기 조작의혹 사건’으로 명명하고, 1년여의 조사를 거친 후인 2008년 7월 8일 위 사건의 성격을 국가가 행정목적 달성을 위하여 민사소송에 개입하여 공권력을 부당하게 남용한 사건으로 규정하였다. 당시 민사소송을 제기한 농민들에게 소송사기의 책임을 묻기 어렵고 농민들을 집단적으로 불법 연행하여 가혹행위를 가하고 위법하게 권리포기와 위증을 강요한 것은 형사소송법상의 재심사유에 해당한다는 취지의 진실규명결정을 하였다.

바. 유죄판결에 대한 형사재심판결

유죄판결을 받은 26명 중 생존해 있는 일부 피고인들과 사망한 피고인들의 유족 등이 과거사정리위원회의 결정을 토대로 2009년 2월 4일 서울중앙지방법원에 재심을 청구하였고, 서울중앙지방법원은 재심을 청구한 피고인 21명에 대하여는 2011년 11월 29일 무죄판결을 선고하였다. 위 판결에 대하여 검사가 항소를 제기하지 아니하여 위 재심판결은 2011년 12월 7일 확정되었다. 그리고 다른 2명이 제기한 재심청구에 대하여도 서울중앙지방법원은 2012년 1월 27일 재심 청구를 받아들여

무죄판결을 선고하였으며, 위 재심판결 역시 검사가 항소를 하지 않아 2012년 2월 4일 확정되었다. 한편, 그 후 이 사건 구로동 일대 토지 농민과 관련 공무원에 대한 유죄판결이 뒤늦게 재심을 통해 무죄판결로 변경되어 농민에 대하여는 2014년 11월 11일, 공무원에 대하여는 2015년 7월 17일 및 2016년 2월 25일, 다른 농민에 대하여는 2018년 3월 7일 각 무죄판결이 확정되었다.

사. 민사재심청구

1970년 무렵 이 사건 구로동 일대 토지 분배 사건에 대한 수사과정에서 위와 같이 기소되어 유죄판결을 선고받았던 피해자들 또는 그 유족들은 위와 같이 국가가 제기하여 받아들여졌던 재심판결에 대하여 서울고등법원에 재심을 청구하였고, 서울고등법원은 그동안 대부분의 사건들에서 재심청구를 받아들여 재심대상판결 중 재심을 청구한 해당 원고에 대한 부분을 취소하고 그 부분에 해당하는 국가의 재심청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 국가는 패소한 모든 사건에 대하여 상고를 제기하였다.

2. 대법원의 판단

대법원은, 서울고등법원 68사24호 재심사건을 심리한 재심법원은 확정된 중국판결인 서울고등법원 1968. 2. 9. 선고 67나1001 판결에 구 민사소송법 제422조 제1항 제6호, 제7호의 재심사유가 있다고 판단하였으나, 위와 같은 판단의 기초가 되었던 형사판결이 형사재심사건에서 무죄판결로 바뀌었고, 그 밖에 그 판시와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 이 사건 재심대상판결인 서울고등법원 1989. 12. 6. 선고 68사24 판결의 재심사유에 관한 판단에는 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유가 있다고 판단한 다음, 확정된 중국판결인 서울고등법원 67나1001 판결에 대한 피고의 재심청구에 관하여 다시 심리한 결과, 서울고등법원 67나1001 판결에 피고 주장의 재심사유가 인정되지 않는다고 판단하여 이 사건 재심대상판결 중 원고(재심원고)에 대한 부분을 취소하고, 서울고등법원 67나1001 판결에 대한 피고의 재심청구를 기각한 원심판결에 위법이 없다고 판단하였다.¹⁾ 이와 같은 구로 분배농지 관련 여러 민사재심 사건에서, 재심의 심판대상과 재심의 이익, 재심청구와 통상의 민사상 청구의 병합에 관하여 유의미한 판결이 선고되었으므로, 이하에 서는 항을 바꾸어 구체적으로 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 재심의 심판대상

1) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다27756 판결 등.

1. 재심의 의의와 성질

재심이란 확정된 중국판결에 중대한 절차상의 흠이 있거나 판결의 기초가 된 자료에 중대한 흠이 있어 확정된 판결을 취소하고 종결된 사건에 대한 재심리와 재판을 구하는 비상의 불복방법을 의미한다. 확정판결이 갖는 법적 안정성을 유지함으로써 얻는 법익보다 이를 취소함으로써 얻을 수 있는 구체적 정의의 실현 가치가 우선하는 경우 인정된다. 확정판결에 대해 재심리를 할 만큼 중대한 흠이 있는 경우에도 판결을 당연히 무효로 취급하지 않고, 일정한 절차에 의해 이를 취소하고 종전에 종결된 소송을 속행하도록 하여 실제심리를 반복하는 이유는 확정판결이라는 외관이 갖는 통용성을 무시할 수 없기 때문이다.²⁾ 재심소송은 법정의 재심사유를 주장하여 원판결의 취소와 종결된 소송의 부활을 구하는 소이므로, 확정판결의 취소를 구하는 점에서 소송상 형성의 소이고, 사건의 재심리와 재판을 구하는 점에서 부수소송의 성질을 갖는다.³⁾

2. 재심의 구조와 소송물

가. 재심의 구조

재심절차는 확정판결의 취소와 함께 종료된 종전 본안재판의 속행을 동시에 추구하므로 복합적인 성격을 갖는 절차이다. 구 민사소송법에서는 재심의 단계적 소송구조를 소송절차상에서 구분하지 않았다. 재심사유의 존부와 본안의 당부에 대한 심리가 함께 진행되고 그 결과는 중국판결에서 함께 판단되었다. 이에 대하여 재심사유와 본안에 관한 각각의 공격방어방법이 동시에 병행적으로 제출되어 심리가 복잡해지고, 재심사유가 존재하지 않는데도 본안심리에 들어가는 비효율·비경제가 있다는 지적이 있었다.⁴⁾ 이를 해결하기 위하여 민사소송법 제454조는 법원은 재심의 소가 적법한지와 재심사유가 있는지 여부에 관한 심리 및 재판을 본안에 관한 심리 및 재판과 분리하여 먼저 시행할 수 있고, 이 경우 법원은 재심사유가 있다고 인정한 때에는 그 취지의 중간판결을 한 뒤 본안에 관하여 심리·재판한다고 하여, 재심의 소가 단계적 소송구조임을 절차상 명확히 하면서 중간판결 제도를 신설하였다. 이와 같은 중간판결제도의 도입취지를 참작하여 재심사유가 있다고 인정되는 때에는 중간판결을 적극 활용할 것을 요구하는 견해⁵⁾도 있으나, 실무상 법원이 재

2) 한충수, 민사소송법 제2판, 박영사, 2018, 868면.

3) 이시윤, 민사소송법 제11판, 박영사, 2017, 932면.

4) 민사소송법 개정내용 해설, 법원행정처, 2002, 245면.

5) 피정현, 재심소송의 소송구조, 비교사법 제11권 제2호, 한국비교사법학회, 2004, 619면.

심절차를 진행함에 있어서 중간판결을 선고하는 경우는 거의 없는 것으로 보인다.

나. 재심의 소송물

본안소송설(일원론)은 재심소송에서 확정판결의 취소는 종결된 소송의 본안 청구에 대한 재판을 받기 위한 전제조건일 뿐, 독자적인 소송물을 가리는 기준이 될 수 없다고 한다.⁶⁾ 형성소송설(이원론)은 재심소송에는 확정판결의 취소청구와 본래의 소송상 청구라는 두 가지 요소가 합쳐져 있는데, 재심소송의 소송물은 확정판결의 취소신청과 구소송의 소송상 청구로 구성되고, 그 중 확정판결의 취소신청에 대한 심리에 큰 비중이 있고 그 부분이 바로 독자적인 의미를 가진다고 한다.⁷⁾ 재심절차의 단계적 구조를 인정한다고 해서 반드시 소송물이 두 개라는 이원적 접근을 할 필요는 없지만, 재심절차에서 확정판결에 대한 취소요구가 갖는 중요성을 고려해야 한다는 점과 더불어 이를 소송물로 취급하는 것이 현행법을 해석하는데 보다 용이하다는 점⁸⁾에서 형성소송설을 따른다. 다만, 실무상 재심절차는 재개된 본안소송의 속심으로 보아 종전의 소송의 변론 차수에 이어서 변론을 진행하며 서증의 번호도 종전 절차에 이어서 붙이는 등 재심의 실제 운영은 재개된 본안 소송의 재심리와 판단 요구에 초점이 맞추어져 있다고 볼 수 있다.⁹⁾

3. 재심판결에 대한 재심청구의 심판대상

가. 문제의 제기

재심소송은 확정판결의 취소와 본안사건에 관한 확정판결에 갈음하는 한 새로운 판결을 구하는 복합적 목적을 가진다. 구로분배농지 사건에서 재심대상판결 즉, 국가가 제기하였던 재심판결의 소송물은 이 사건 최초 확정판결에 대한 취소청구와 이 사건 토지에 대한 원고들의 상환조건부 소유권이전등기청구로 구성된다. 그런데 위 재심대상판결의 취소를 구하는 재심소송에서도 재심대상판결에 대한 취소청구와 더불어 본안 사건의 위 상환조건부 소유권이전등기청구도 심판대상이 되는 소송상의 청구라고 볼 수 있는지 문제된다.

나. 본안 사건의 청구도 심판대상에 포함된다는 견해

본안 사건의 상환조건부 소유권이전등기청구도 심판대상에 포함되어야 한다는 견

6) 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제6판, 법문사, 2017, 920~921면.

7) 이시윤, 앞의 책, 934면.

8) 한충수, 앞의 책, 869면.

9) 주석 민사소송법(VII), 한국사법행정학회, 2004, 38면.

해(대상판결에서 국가의 주장)의 근거는 다음과 같다. 재심사유가 있다고 인정될 때에는 본안에 대한 심리에 들어가게 되는데, 본안에 대한 변론은 전 소송의 변론의 속행으로 그것과 일체를 이루게 되므로, 변론의 갱신절차를 받아야 하고(민사소송법 제455조, 제204조), 사실심이면 새로운 공격방어방법의 제출이 가능하다. 재심대상판결의 변론은 최초 확정판결의 변론과 연결되어 일체를 이루고, 나아가 이 사건 재심청구에 있어서도, 재심대상판결의 취소뿐만 아니라 최초 확정판결에 대한 소송물도 변론과 연결되어 일체를 이룬다. 위와 같은 전제에 의하면, 이 사건 재심청구에 있어서도 최초 확정판결에 대한 심리와 판단이 이루어져야 하고, 이 사건 재심절차에서 법원이 한 판결은 재심대상판결 자체뿐만 아니라 그와 일체를 이루는 최초 확정판결에 대하여도 유일한 것이 된다. 따라서 이 사건 재심절차에서 최초 확정판결에 대한 심판도 함께 이루어져야 할 필요가 있다. 재심대상판결이 확정됨으로 인하여 최초 확정판결은 중국적, 확정적으로 소멸되었다고 볼 수 있고, 재심대상판결이 취소된다고 하더라도, 이에 관한 별도의 민사소송법의 명문의 규정이 없는 이상, 재심대상판결에 의하여 취소된 최초 확정판결의 효력이 당연히 회복된다고 보기는 어렵기 때문이다.

다. 대법원의 판단

(1) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다17124 판결

민사소송법 제451조 제1항은 ‘확정된 중국판결’에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, 재심의 소에서 확정된 중국판결도 위 조항에서 말하는 확정된 중국판결에 해당하므로, 확정된 재심판결에 위 조항에서 정한 재심사유가 있을 때에는 확정된 재심판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있고, 한편, 민사소송법 제454조 제1항은 재심의 소가 적법한지 여부와 재심사유가 있는지 여부에 관한 심리 및 재판을 본안에 관한 심리 및 재판과 분리하여 먼저 시행할 수 있다고 규정하고, 민사소송법 제459조 제1항은 본안의 변론과 재판은 재심청구이유의 범위 안에서 하여야 한다고 규정하고 있는바, 확정된 재심판결에 대한 재심의 소에서 그 재심판결에 재심사유가 있다고 인정하여 본안에 관하여 심리한다는 것은 그 재심판결 이전의 상태로 돌아가 전 소송의 종전 재심청구에 관한 변론을 재개하여 속행하는 것을 말하므로, 따라서 원래의 확정판결을 취소한 재심판결에 대한 재심의 소에서 원래의 확정판결에 대하여 재심사유를 인정한 종전 재심법원의 판단에 재심사유가 있어 종전 재심청구에 관하여 다시 심리한 결과 원래의 확정판결에 재심사유가 인정되지 않을 경우에는 재심판결을 취소하고 종전 재심청구를 기각하여야 하며,

그 경우 재심사유가 없는 원래의 확정판결 사건의 본안에 관하여 다시 심리와 재판을 할 수는 없다.

(2) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014다25603 판결

이 사건 본안소송에 대한 재심판결인 이 사건 재심대상판결에는 판결의 기초가 된 형사판결이 다른 재판에 따라 바뀔 때에 해당하는 재심사유가 있고, 이 사건 재심대상판결은 더 이상 존재하지 않게 된 재심사유가 존재함을 전제로 이 사건 본안소송의 확정판결을 취소한 것이므로 취소되어야 하고, 피고의 종전 재심청구는 재심사유가 인정되지 않으므로 받아들일 수 없고, 따라서 종전 재심의 대상이었던 이 사건 본안소송의 확정판결은 그 효력이 유지되므로 다시 그 본안에 대하여 심리할 필요가 없다.

라. 검토

재심판결에 다시 재심사유가 존재하여 이를 별도의 재심절차에서 취소한 사례는 매우 이례적인 것으로서, 역사적으로 볼 때에도 구로분배농지 사건이 유일한 것으로 보인다. 대법원은 이 경우 법원은 재심대상판결에 대하여만 판단하는 것이 가능하고, 재심 전의 원래의 확정판결 본안에 관하여는 다시 판단하는 것이 불가능하다고 하여 재심판결에 대한 재심소송의 소송물은 재심판결의 취소청구라는 점을 분명히 하였다. 재심판결에 대한 재심소송의 소송물은 재심대상판결의 취소 여부일 뿐이고, 원래의 확정판결 본안은 그 소송물에 포함된다고 보기 어렵고, 원래의 확정판결에 재심사유가 존재하지도 아니하므로 현 시점에 원래 확정판결 본안에 관하여 심리하고 판단하는 것은 타당하지 않다는 점에서 위 대법원 판결은 타당하다. 또한, 만약 이 사건에서 법원이 원래의 확정판결 본안에 관하여 심리, 판단하여야 한다고 본다면, 아래에서 살펴보는 바와 같이, 농지 취득에 관한 법률 규정 및 법리에 의하여 현 시점에 분배받은 농지의 대가를 상환하고 소유권이전을 마치는 것이 불가능하므로, 확정판결 이후 농지법의 제정이라는 우연한 사정에 의하여 원고 승소 취지의 종전 확정판결을 취소하여야 하는 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 구체적 타당성을 위한 재심제도에서 소송물의 범위를 넓게 잡아 구체적 타당성을 덮어버리는 결과가 되어서는 아니 된다.¹⁰⁾

IV. 재심의 소의 이익

10) 호문혁, 민사소송법 제12판, 법문사, 2014, 986면.

1. 기본적인 형태와 소의 이익

재심소송은 기본적으로 소송상 형성의 소에 해당하므로, 재심에 관한 민사소송법의 규정에 따라 소를 제기한 경우에는 원칙적으로 소의 이익이 인정된다. 그러나 소송목적이 실현되거나 집행이 종료된 경우는 소의 이익이 부정된다. 이와 같은 소의 이익 소멸 여부는 당해 소의 근본적인 목적을 살펴서 결정해야 한다.¹¹⁾

2. 문제의 제기

구로분배농지 사건에서, 이를테면, 국가의 재심청구에 따른 종전 재심판결¹²⁾ 중에서, 다시 재심의 소를 제기한 원고에 대한 부분을 취소하게 되면, 위 재심판결에 의하여 취소되었던 본안판결, 즉 서울고등법원 67나1001 판결 및 그 원심판결인 서울민사지방법원 64가5133 판결이 소급하여 유효하게 된다. 그런데 이 사건 재심 절차에서 위 재심판결이 취소되어, 위 본안판결의 주문 즉, 피고는 원고로부터 정조 32석9두6승3홉을 수령하고 서울 영등포구 구로동 339의2에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이행하라는 내용의 판결이 유효하게 된다고 하더라도, 현재는 상환곡 납부 절차와 방법이 존재하지 않아 위 판결에 의하여 토지의 소유권을 취득하는 것은 현재 불가능하다. 그렇다면 이 사건 재심청구를 한 원고에게 그 취소를 구할 이익이 없는 것은 아닌지 문제된다.

3. 재심의 이익 유무

가. 농지취득 관련 법리

농지법(1994. 12. 12. 법률 제4817호로 제정되어 1996. 1. 1.부터 시행)은 그 부칙 제2조에서 농지개혁법 및 농지개혁사업정리에관한특별조치법을 각 폐지하는 한편, 그 부칙 제3조에서 “이 법 시행 당시 종전의 농지개혁법 및 농지개혁사업정리에관한특별조치법에 의하여 농지대가 상환 및 등기 등이 종료되지 아니한 분배농지에 대한 농지대가 상환 및 등기 등은 이 법 시행일로부터 3년 이내에 종전의 규정에 의하여 완료하여야 한다.”라고 규정하고 있는바, 이 규정에 의하면 농지법 시행일로부터 3년의 기간이 경과함으로써 농지대가 상환에 관한 근거 규정이 없어질 뿐만 아니라 그 후에는 농지대가 상환을 하더라도 농지개혁법 및 농지개혁사업정리에관한특별조치법의 적용을 받을 수 없어 법률의 규정에 의한 소유권취득이 불가능하게 되므로 농지법 시행일로부터 3년 내에 농지대가 상환 및 등기를 완료하지 않은

11) 한충수, 앞의 책, 192면.

12) 서울고등법원 1989. 12. 6. 선고 68사24 판결.

농지에 대하여는 더 이상 분배의 절차인 농지대가 상환을 할 수 없고, 따라서 위와 같은 농지는 분배되지 않기로 확정된 것으로 보고 그 소유권이 원소유자에게 환원된다.¹³⁾.

나. 확정판결에 따른 소유권 취득 불가능

위와 같이 현재 농지대가 상환에 관한 근거 규정이 소멸하여 농지대가 상환을 하더라도 법률의 규정에 의한 소유권취득이 불가능하게 되었고, 농지법 시행일로부터 3년 내에 농지대가 상환 및 등기를 완료하지 않은 농지에 대하여는 더 이상 분배의 절차인 농지대가 상환을 할 수 없고, 그 소유권은 원소유자인 국가에게 환원된다. 따라서 국가가 제기하였던 재심판결을 취소한다고 하더라도, 원고들이 최초 확정판결에 의하여 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 있는 방법은 현 시점에는 없다.

다. 대법원의 판단 - 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014다25603 판결

재심의 소는 민사소송법 제451조의 재심사유가 있으면 제기할 수 있는 것으로, 설령 원고들이 더 이상 상환을 완료하고 분배농지의 소유권을 취득할 수 없게 되었다 하더라도 그러한 사유만으로 재심의 이익이 없다고 할 수는 없고, 이 사건 재심대상 판결의 존재가 원고들이 피고를 상대로 상환을 완료하고 분배농지의 소유권을 취득할 수 있는 권리를 상실하였으므로 이유로 손해배상청구를 하는데 아무런 장애가 되지 않는다고 단정하기도 어렵다.

라. 검토

소송에서 다투어지고 있는 권리 또는 법률관계의 존부가 동일한 당사자 사이의 전소에게 이미 다루어져 이에 관한 확정판결이 있는 경우에는 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고, 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없다.¹⁴⁾ 농지를 분배 받았음을 이유로 농지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소판결이 확정되었으나, 이후 국가가 제기한 재심절차에 의하여 농지를 분배받았다고 볼 수 없다는 이유로 패소판결이 확정되었다면, 확정된 위 재심판결의 효력은 그 후 소유권이전등기절차의 이행불능 등을 원인으로 하는 손해배상청구의 선결문제로 되어, 그 한도 내에서 기판력이 미친다고 할 것이다. 따라서 위 재심판결이 취소되는 등으로 그 효력이 소멸하지 않는 한 당사자인 원고는 확정된 위 재심판결에 저촉되는 주장을 할 수 없고, 법원으로서도 확정된 위 재심판결에 저촉되는 판결을

13) 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000다45778 판결.

14) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다3892 판결.

할 수는 없다.¹⁵⁾

비록 위에서 살펴본 농지취득 관련 법리에 의하여 농지분배에 따른 상환완료를 원인으로 소유권을 취득하는 것이 불가능하다고 하더라도, 최초 확정판결을 취소한 국가의 재심판결이 취소된다면, 분배농지의 소유권 상실을 원인으로 한 손해배상청구가 가능하므로, 원고들에게 위 재심판결의 취소를 구하는 재심의 소를 제기할 이익이 없다고 보기는 어렵다. 재심소송의 근본적인 목적을 고려할 때, 대법원의 이 부분 판단은 기본적으로 타당하다고 생각된다.

V. 재심청구와 통상의 민사상 청구의 병합

1. 문제의 제기

재심의 소송절차에서 통상의 민사상 청구를 병합하여 제기할 수 있는지 여부가 문제된다. 이를테면, 재심대상판결에 의하여 부동산 소유권의 이전등기가 마쳐진 경우, 재심대상판결의 취소 및 원고의 청구 기각을 구하는 재심의 소를 제기하면서 부동산 소유권 이전등기의 말소등기 또는 회복등기의 청구를 병합하여 제기하는 것이 가능한지 여부에 관한 논의이다.

2. 견해의 대립

재심소송은 재심대상 판결절차와 동일한 소송절차이기 때문에 병합소송의 요건을 갖추었다면 사실심 판결에 대한 재심의 소에 다른 민사상 청구의 병합을 허용하여야 할 것이라는 긍정설이 있다.¹⁶⁾ 이에 대하여, 재심의 소와 민사상 청구는 서로 다른 종류의 절차이므로 성질상 다른 청구와 병합할 수 없다는 부정설이 있다.¹⁷⁾

절충설은 두 가지로 나누어져 있는 것으로 보인다. 제1심 확정판결에 대한 재심인 경우에는 동일한 소송절차이므로 다른 청구를 병합할 수 있지만, 상소심에서 새로운 청구를 병합하는 것은 심급의 이익을 박탈하는 것이어서 허용되지 않는다고 한다. 재심법원이 제1심인 경우에는 굳이 병합을 막을 이유가 없다거나, 재심의 소와 견련관계가 있는 통상의 민사상의 소의 경우에는 재판의 모순방지와 소송경제를 위하여 병합 심리하는 것이 보다 바람직하다는 근거를 들고 있다. 관련청구를 병합시키는 것은 분쟁의 1회적 해결에 도움이 될 것이고, 또 관련청구의 병합을 허용하는 다른 제도와의 균형이 맞다고 한다.¹⁸⁾ 이와는 달리, 병합하려는 청구를 유형

15) 서울중앙지방법원 2012. 11. 23. 선고 2010가합68621 판결.

16) 이시윤, 앞의 책, 701면; 한충수, 앞의 책, 657면; 정동운·유병현·김경욱, 앞의 책, 948면; 강현중, 민사소송법강의, 박영사, 2013, 433면.

17) 김홍엽, 민사소송법 제6판, 박영사, 2016, 914~915면.

18) 호문혁, 앞의 책, 805면; 김홍규·강태원, 민사소송법 제2판, 삼영사, 2010, 660면; 강태원, 재심청

별로 분류하여 구체적으로 해결하려는 견해도 있다. 분쟁의 일회적 해결, 가집행선고의 실효에 따른 가지급물 등의 반환청구가 인정된다는 점 등에 비추어 보면, 재심원고가 승소할 경우를 대비한 원상회복 또는 손해배상청구는 심급과 관계없이 병합이 가능하고, 그 외의 청구의 병합에 관하여는 현재 재심절차에서 중간판결 제도를 도입하여 재심사유의 존부가 명확해졌고, 관련청구의 모순·저축을 피하고 동일한 소송절차에서 처리하는 것이 소송경제에도 부합할 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 재심의 소가 제1심에 계속 중인 경우에 청구의 병합을 인정하는 것이 타당하다고 한다.¹⁹⁾

3. 대법원의 판단

가. 종전 판례의 입장

대법원은 피고가 재심대상판결의 취소와 본소청구의 기각을 구하는 외에, 원고와 승계인을 상대로 재심대상판결에 의하여 경로된 원고 명의의 소유권이전등기와 그 후 승계인의 명의로 경로된 소유권이전등기의 각 말소를 구하는 청구를 병합하여 제기하고 있으나, 그와 같은 청구들은 별도의 소로 제기하여야 할 것이고, 재심의 소에 병합하여 제기할 수 없다고 판시하였다.²⁰⁾ 이와 같은 판시 내용에 비추어 판례는 부정설의 입장에 있다고 평가받고 있다.²¹⁾

나. 구로분배농지 사건 관련 대법원의 판단 - 대법원 2017. 11. 29. 선고 2013다 62285, 62292 판결, 대법원 2017. 11. 29. 선고 2013다41769 판결

재심대상판결에는 민사소송법 제451조 제8호가 정한 재심사유가 있고, 국가의 1953년 5월경부터 계속된 일련의 불법행위, 즉 상환곡을 수령하지 아니하고 공업단지를 조성하면서 이 사건 구로동 일대 토지 관련 민사소송에서 피고 패소판결이 확정되자 수사기관 등 공권력을 동원하여 증거를 조작하는 등 원고들에 대하여 소송 사기미수 등의 혐의로 유죄의 형사판결을 받게 하고, 원고들이 피고를 상대로 한 민사소송에서 위 유죄의 형사판결 등을 증거로 제출하여 원고들의 청구를 기각하는 판결이 확정되게 하는 등의 일련의 불법행위로 말미암아 원고들이 이 사건 분배농지를 적법하게 분배받았음에도 구 농지법 부칙 제3조에서 정한 기한인 1998. 12. 31.까지 이 사건 분배농지에 관하여 농지대가 상환 및 등기를 완료하지 못함으

구와 통상의 민사상 청구의 병합, 민사소송 제17권 제2호, 한국민사소송법학회, 2013, 253~255면.

19) 정영환, 신민사소송법, 세창출판사, 2009, 717면.

20) 대법원 1971. 3. 31. 선고 71다8 판결, 대법원 1997. 5. 28. 선고 96다41649 판결.

21) 한충수, 앞의 책, 656면.

로써 이 사건 분배농지의 소유권을 취득할 수 있는 수분배권을 상실하는 손해를 입게 되었고, 따라서 국가는 국가배상법 제2조 제1항 본문 전단에 따른 소속 공무원들이 그 직무집행과 관련하여 행한 위와 같은 일련의 불법행위로 말미암아 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있으므로, 재심대상판결을 취소하고, 변경된 청구취지에 따라 원심이 제1심 판결을 변경하여, 국가로 하여금 원고들에게 손해배상을 명하는 판결을 선고한 것에 잘못이 없다.

4. 검토

재심청구와 통상의 민사상 청구는 같은 종류의 소송절차에 따르는 것으로, 민사소송법이 정한 소의 객관적 병합의 요건을 갖추었다면, 분쟁의 일회적 해결의 필요성과 소송경제 등을 고려할 때, 재심절차에서도 통상의 민사상 청구를 병합하여 제기할 수 있다고 봄이 타당하다. 더구나 대법원은 민사집행법상의 소인 청구에 관한 이의의 소에서도 관련 손해배상청구를 인정하고 있으므로,²²⁾ 재심의 소에 대해서도 관련 민사상 청구의 병합을 허용하는 것이 바람직하다.²³⁾

대법원은 재심원고가 재심청구와 손해배상청구를 병합하여 청구한 구로분배농지 사건에 있어서, 재심대상판결²⁴⁾에 민사소송법 제451조 제8호의 재심사유가 있다고 보아 이를 취소하고, 손해배상을 명한 하급심 판결,²⁵⁾ 같은 취지의 재심대상판결²⁶⁾에 민사소송법 제451조 제8호의 재심사유가 있다고 보아 이를 취소하고, 위와 같은 이유로 손해배상을 명한 하급심 판결²⁷⁾을 그대로 확정하여, 종전과는 다른 판단을 하였다. 다른 구로분배농지 민사재심 사건과는 달리, 심판 대상을 본안에까지 확대하여, 피고에게 손해배상을 명하는 판단을 하였다. 이는 앞의 심판대상 부분에서 살펴본 바와 같이, 종전 국가의 재심판결 이외에 최종 확정판결의 본안 사건에 관하여는 재심절차에서 심리, 판단할 수 없다고 본 다른 판결과 모순되는 것은 아닌지 의문이 있을 수 있다. 하지만, 위 두 사건은 국가가 제기한 재심청구가 존재하였던 유형의 다른 사건들과 달리, 서울고등법원 69나172, 70나1122로 소송 계속 중에, 국가가 관련 형사 자료를 증거로 제출하여 원고들의 청구가 모두 기각되도록 하였으므로, 재심판결이 있는 다른 전형적인 사안과 다소 사실관계가 다르다. 법원은 위 사건에서는 위 각 확정판결을 취소하면서, 각 사건에서 이루어진 원고의 청구취지 및 청구원인변경 신청에 따라, 원고들 승소 취지의 상환조건부 소유권이전등기절차

22) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다85662 판결.

23) 한충수, 앞의 책, 657면.

24) 서울고등법원 1974. 11. 21. 선고 69나172, 213 판결.

25) 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012재나105 판결.

26) 서울고등법원 1979. 10. 11. 선고 70나1122 판결.

27) 서울고등법원 2013. 5. 10. 선고 2012재나129 판결.

의 이행을 구하는 제1심 판결을, 손해배상을 명하는 것으로 각 변경하였다. 소송경제 등에 비추어 그 취지는 타당하다고 생각되나, 재심청구와 통상의 민사상 청구의 병합을 부정한 종전 대법원 관례와 모순되는지 여부에 관한 명시적 판단이 없어 아쉽다. 다만, 대법원이 관례변경을 위한 절차를 거치지 아니하였던 점 등에 비추어, 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 청구와 달리, 손해배상청구에 한하여 재심청구에 이를 병합할 수 있는 길을 열어준 것으로 이해된다.

참고로, 이 부분 쟁점 관련하여 주목할 만한 사건의 경과에 관하여 소개하고자 한다. 대법원은 종전에 「민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」(이하 ‘민주화보상법’이라고 한다) 제18조 제2항에 따라, 민주화운동과 관련하여 입은 피해들에 대하여 민사소송법의 규정에 따른 재판상 화해가 성립하였으므로 보상금 등을 수령한 원고들이 민주화운동과 관련하여 입은 피해들에 대하여 다시 위자료를 청구하는 국가배상청구의 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 판시하였다.²⁸⁾ 하지만, 헌법재판소는 최근 민주화보상법상 보상금 등에는 정신적 손해에 대한 배상이 포함되어 있지 않으므로, 정신적 손해에 대한 적절한 배상이 이루어지지 않은 상태에서 적극적·소극적 손해에 상응하는 배상이 이루어졌다는 사정만으로 정신적 손해에 관한 국가배상청구마저 금지하는 것은 국가배상청구권에 대한 과도한 제한에 해당하므로, 민주화보상법 제18조 제2항 중 정신적 손해에 관한 부분은 관련자와 유족의 국가배상청구권을 침해한다고 결정하였다.²⁹⁾ 위 헌법재판소 결정 이후 헌법재판소법 제75조 제7항에 근거하여, 그동안 위 대법원 판결 취지에 따라 확정된 판결들에 대한 재심청구가 이루어지고 있다. 그런데 상고심을 제외한 사실심에 제기된 모든 재심청구 사건에서, 재심청구와 함께 종전에 각하되었던 위자료의 지급을 구하는 손해배상청구가 병합되어 제기되고 있다. 헌법재판소의 위와 같은 사실상 한정위헌결정이 법원을 기속하는지 논란이 없지 않으나,³⁰⁾ 다수의 사건에서 재심청구와 손해배상청구가 병합되어 제기되고 있는 이상, 이 부분에 관한 명시적인 관례가 나올 것으로 보인다.

VI. 결론

2010년부터 본격적으로 소송이 제기되었던 다수의 구로분배농지 사건 중에서, 특히 민사재심 사건에 관하여 주목할 만한 몇 가지 쟁점에 관하여 살펴보았다. 대법원은 구로분배농지 관련 민사재심 사건에서, 재심대상판결에 발생한 흠결을 별도로

28) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2012다45603 판결 등.

29) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바180 등 결정.

30) 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결.

시정할 필요성과 기관력으로 인한 법적 안정성의 요청을 비교·형량한 결과, 전자가 후자에 비하여 우월한 것으로 보고 국민의 권리구제를 위하여 재심제도를 폭넓게 활용한 것으로 이해된다. 향후 구로분배농지 사건과 같은 불행한 역사가 반복되지 않아야 하겠지만, 이 사건으로 말미암아 그동안 상대적으로 깊이 있는 연구가 이루어지지 아니하였던 것으로 보이는 재심제도 관련하여 풍성한 논의의 수단이 생겼다고 생각된다. 앞에서 소개한 여러 판결들을 통하여, 재심 부분에서 그동안 다루어지지 아니하였던 쟁점에 관한 보다 활발한 논의와 연구가 이루어질 수 있는 계기가 되기를 희망한다.

<참고문헌>

1. 교과서 및 해설서

- 강현중, 민사소송법강의, 박영사, 2013
김홍규·강태원, 민사소송법 제2판, 삼영사, 2010,
김홍엽, 민사소송법 제6판, 박영사, 2016
이시윤, 민사소송법 제11판, 박영사, 2017
정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제6판, 법문사, 2017
정영환, 신민사소송법, 세창출판사, 2009
호문혁, 민사소송법 제12판, 법문사, 2014
한충수, 민사소송법 제2판, 박영사, 2018

민사소송법 개정내용 해설, 법원행정처, 2002

주석 민사소송법(VII), 한국사법행정학회, 2004

2. 논문

- 강태원, 재심청구와 통상의 민사상 청구의 병합, 민사소송 제17권 제2호, 한국민사소송법학회, 2013
피정현, 재심소송의 소송구조, 비교사법 제11권 제2호, 한국비교사법학회, 2004

토 론

장완규 교수(용인송담대학교)

