

獨逸의 團體訴訟 Verbandsklage in Germany

함영주 (법률실무과)

Young-Ju Hahm (Dept. of Law)

Key Words : Verbandsklage(團體訴訟), Vollzugsdefizit(권리실현의 곤란), Klagerecht (訴權), Gruppeninteresse(集團利益), Kollektivrecht(집단적 권리), Unterlassungsanspruch(留止請求), Interessenverbände(營業利益促進團體), Dachverband(상부단체), Naturschutzgesetz(자연보호법), Massenverfahren (집단절차).

ABSTRACT: In complex disputes in modern society, individuals cannot match with giant business and entity in terms of their time and resources. For this reason, many countries in the world developed various systems. In Germany only limited Group actions(Verbandsklage) to certain entities are allowed as a rule. There are competitive merchant (Konkurrenten), interest group which exists for the purpose of improving their own commercial interest (Interessenverbände), consumer group(Verbraucherschutzverbände), and environmental preservation organization (Naturschutzverbände). This study makes us to understand German Group Actions(Verbandsklage) and then helps to review Korean Class and Group Action Draft of 1996.

1. 배 경

독일의 團體訴訟(Verbandsklage)은 法律의 規定¹⁾에 의하여 또는 단체구성원 개인이 소속 단체에 대하여 소를 제기할 권능에 기하여, 공공의 이익이 침해된 경우에 단체가 당사자가 될 수 있다. 이때 그 단체는 대표하는 다수의 소비자나 구성원을 위하여 그들이 입은 손해의 배상, 부작위 또는 침해행위의 유지를 청구하는 소를 제기할 수 있다. 이 중에서 단체의 구성원이 개별적으로 소속단체에 소를 제기할 권능을 부여하는 경우는 단체가 자신의 이름으로 소송을 수행할 권능을 가지는 것²⁾으로서 소송법상의 이른바 任意的 訴訟擔當의 한 형태로 유효하

1) 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlautern Wettbewerbs) 제13조, 보통거래약관규제법(Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen) 제13조에서는 영업상의 이익추진단체와 소비자단체에게 단체소송을 제기할 수 있는 당사자적격을 부여하고 있고, 경품법(Zugabeordnung) 제2조, 할인법(Rabattgesetz) 제12조와 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 제35조에서는 영업상의 이익추진단체에게 당사자적격을 부여하고 있다. 특히 경품법과 할인법에서는 부정경쟁방지법 제13조에서 소비자단체의 경우만을 제외하고 준용한다는 형식을 취하고 있다. 경쟁제한금지법은 법원이나 카르텔청의 처분을 요건으로 한다.

이외에 각州的 자연보호법상의 단체소송과 독일 행정법원법 상의 단체소송과 같은 공법상의 단체소송에 관한 논의가 활발하다. 이 논문에서는 부정경쟁방지법과 보통거래약관규제법을 중심으로 서술하고 공법상의 단체소송에 대해서는 최근의 개정을 중심으로 특별한 절차상의 문제점에 대해서는 간단히 서술하는 형식을 취하고자 한다.

2) 이것은 구성원의 授權에 의한 소송수행이 단체자신의 법률적 이익과 합치하는 경우에 인정된다. 독

다는데 異論이 없다.

문제는 당사자들의 법적 지식이 부족하거나 개개인이 부담하기에는 너무 많은 소송비용이 들거나 개개인의 이익의 흠결, 기타 사회적인 장해 등으로 개별적인 권리보호가 되지 않는 소위 權利實現의 곤란(Vollzugsdefizit)이 나타나는 경우이다. 이러한 문제는 자신의 이익이 침해되었음에도 불구하고 기존의 소송유형으로는 구제방법이 제한되어 있거나 실효성이 없다는 데서 발생한다.

이를 해결하기 위하여 역사적으로 여러 가지의 방안이 모색되었는데 그 중의 하나가 법률로 특정 단체에게 소권을 부여하는 방법이다.³⁾ 아래에서 보는 바와 같이 부정경쟁방지법(UWG), 경쟁제한금지법(GWB), 보통거래약관규제법(AGBG)에서는 법규정에 특별히 단체의 소권을 인정하였다.

이처럼 團體訴訟은 현대사회의 복합적 구조에서 파생되기 마련인 문제들에 對處하기 위하여 발생한 法政策的 認識의 產物⁴⁾ 또는 民事法的 救濟의 社會化(Sozialisierung)⁵⁾라고 할 수 있다. 그러므로 법규범으로부터 논리적으로 도출된 것이 아니라 사회현상에 대한 법적인 해결을 위한 노력의 과정에서 새로이 생성된 것이라고 할 수 있다.⁶⁾ 이 면에서 독일에서의 단체소송은 미국의 대표당사자소송과 동일한 토대 위에서 있다. 이러한 현상은 독일과 미국의 경우 뿐만이 아니라 고도화된 현대산업사회에서 필연적인 귀결인 대량생산 - 대량소비 - 대형불법(오염, 피해)행위의 발생이라고 하는 메커니즘을 따르고 있는 대다수국가의 문제이기도 하다. 그러나 독일은 현재 영업상의 이익단체와 소비자보호단체의 단체소송은 일반 사법에서 명시적으로 인정하나, 환경보호단체에 의한 단체소송은 주법의 차원에서 개별적으로 인정하는데 그치고 있다. 결국 독일의 집단소송은 집단으로 구성되고 실질적인 활동을 하는 단체만이 법원에

일연방대법원은 양조업조합이 고물상을 상대로 하여 조합원을 위하여 조합원소유의 맥주병의 소유권을 주장하는 것을 허용하였고, 변호사협회가 법률상담금지법에 위반되는 사례가 있는 경우에 소속변호사를 위하여 협회의 이름으로 유지청구권을 행사할 수 있다고 한다. : 鄭東潤, 民事訴訟法[第四全訂版], 法文社 1997, 908면.

3) 法務部, 獨逸團體訴訟에 관한 研究(Reinhard Urbanczyk, "Zur Verbandsklage im Zivilprozess", 1981), 법무자료 제94집, 1987, 32면.

4) 劉南碩, "獨逸 私法上 團體訴訟", 外國司法研修論集(14) - 裁判資料 第74輯 -, 1996, 77면.

5) 안법영, 환경오염사고와 위험책임 - 一般條項의 危險責任構成을 위한 法政策的 小考, 환경오염의 법적 구제와 개선책 한림과학원총서 47, 1996, 330면.

6) 역사적으로는 독일법의 전통적인 단체사상에서 그 起源을 찾을 수 있다. 이는 특히 Otto von Gierke가 로마법의 영향에 대항하여 단체에게 독일법 특유의 지위를 확보한 사상과도 통한다(Mitteis-Lieberich, *Deutsches Privatrecht*, 7. Aufl. 1976, Kapp.11; Manfred Wolf(井上正三·佐上善和 譯), *ドイツ聯邦共和國における團體訴訟 (Verbandsklage)의理論と實際(一)*, 民商法雜誌 80卷 3号, 1979., 20면). 이러한 사상을 기초로 집단적 이익과 결합된 개인의 이익을 단체에게 위임하는 법제도는 자연스럽게 도출되었다. 특히 부정경쟁방지법의 제정에는 중세 이래의 길드(Zunft)조직이 영업자의 부정한 행위를 통제하는 내부통제기능 또는 자기감독기능이 관념적으로 연결된 것으로 파악된다(Walter Hadding, *Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts*, JZ 1970, S.305). 이는 19세기에 접어들면서부터 1920년대와 1930년대까지 계속된 극단적인 자유경제에 대항하여 영업단체들이 자조적인 노력으로 카르텔과 기업결합을 이룬 데서 기인한다(Werner Kessler, Haver & Mailänder, *Consumer Protection under German Unfair Competition Law, Consumer Protection 2000: Public Interest and Corporate Priorities in the 1990s* (Deventer, Netherlands : Kluber Law and Taxation Publishers, 1994), p.87).

제소를 할 수 있으므로 그 외의 집단적인 피해는 정치적 또는 행정적인 절차에 의하여 해결할 수밖에 없다는 점에서 한계를 가지고 있다.

2. 단체소송의 필요성과 법적 성질

2.1. 권리실현의 곤란

이타적 단체소송의 필요성을 주장하는 사람들 즉, 단체소송을 옹호하는 사람들은 기존의 소송법의 체계가 個人的 權利救濟에 중점을 두고 있어서 환경과 같은 공공분야에서는 권리실현의 곤란(Vollzugsdefizit) 또는 權利保護의 缺陷(Rechtsschutzdefizit)이 발생한다는 데서 단체소송이 인정되어야 하는 근거를 찾는다. 이러한 권리보호의 결함은 법적으로 소를 제기할 자가 없는 경우⁷⁾나 사실상 법원에 접근하기가 어려운 경우⁸⁾에 발생한다. 특히 환경과 관련된 공법상의 단체소송과 달리 민사법상의 단체소송의 경우에는 소를 제기한 자들의 권익을 옹호하는 것은 국가의 법질서를 실현시키는 것이 아니므로 원칙적으로 검찰이나 이와 유사한 기관들이 소를 제기할 수 있는 것도 아니다.⁹⁾

이를 위한 하나의 방안으로서의 消費者團體의 訴訟은 소비자의 청구권을 양수한다고 보고 소송의 구성원으로 참가하지 아니한 당사자¹⁰⁾의 損害賠償請求權까지 행사할 수 있다.¹¹⁾ 이러한 점에서는 미국의 代表當事者訴訟이 모델이 되었다고 할 수는 없지만 미국의 제도가 하나의 실마리를 제공한 것은 사실이다.¹²⁾

그러나 단체소송을 반대하는 입장에서는 현재 독일의 환경보호와 관련하여 권리실현의 곤란이 존재하지 않는 것은 아니나 오로지 단체소송의 도입만이 이러한 현상을 시정할 수 있는 것은 아니며 行政이 책임을 지고 대처해야 하는 것이라는 주장¹³⁾한다. 또는 개인에게 금지되어 있는 것은 그것을 집단적으로 행한다고 하여 허용될 수 있는 것은 아니라고¹⁴⁾ 한다. 그러나 집단소송을 허용하는 것은 집단적으로 대처를 하면 개인에게 전혀 허용되지 않던 권리까지 인정해 주겠다는 것이 아니라 개인에 의해서는 권리실현이 곤란한 소송을 집단 또는 단체가 할 수 있도록 하면 당사자의 실질적 평등이 확보될 수 있다는 것이다. 또한 권리실현의 곤란은 개념의 차원이 아니라 현실이며 행정기관에서의 각종 특별위원회가 존재한다는 사실이 이를 뒷

7) 현재 우리 나라와 같은 경우에 피해를 입은 다수의 소비자가 단체명의로 소를 제기하는 경우가 이에 해당한다.

8) 각자가 피해가 소액이어서 소송으로 제기하게 되면 비용-이익의 관점에서 실익이 없는 경우가 이에 해당한다.

9) Reinhard Urbanczyk(洪準亨 譯), 앞의 책, 159면.

10) 미국 代表當事者訴訟에서의 nonapply의 개념에 해당한다.

11) 이에 대하여 자연보호운동을 활성화시키기 위하여 환경보호단체에게도 단체소송을 제기할 권리를 인정할 필요가 있다는 견해가 있으나 부정설이 강세이며 적어도 연방법의 차원에서는 인정되지 않는다. 다만 각 주의 개별입법에 의하여 인정되고 있다.

12) Manfred Wolf(井上正三·佐上善和 譯), 앞의 책, 5면.

13) F. Weyreuther, *Verwaltungskontrolle durch Verbände ? - Argument gegen die verwaltungsgerichtliche Verbandsklage im Umwelrecht*(Düsseldorf: Werner, 1975), S. 22f; 金炫太, 獨逸環境法上の 行政救濟制度, 東亞大學校 博士學位論文, 1994, 50-51면에서 재인용.

14) Betterman, *Die Grenzen der Grundrechte*, 2. Aufl., 1976, S.27; 金南辰, 公益訴訟으로서의 多數當事者訴訟, 多數當事者訴訟研究(法務資料 第90輯), 1987, 38면에서 재인용.

받침한다고 할 수 있다.

2.2. 법적 성질

2.2.1. 단체소송일반

단체소송의 법적 성질은 단체의 소권을 어떻게 볼 것이냐에 따라 사법적인 것으로 파악하는 입장과 공법적인 것으로 파악하는 입장으로 나뉜다. 그리고 공법적인 것으로 파악하는 입장은 다시 민중소송인정여부에 따라 나뉜다. 그 외에 법정소송담당으로 보는 견해도 있다.

1) 우선 私法的인 側面에서는 團體訴訟이 집단이익이 단체를 통하여 대표될 수 있다는 입장이라기 보다는 특정 법률에서 단체들에게 訴權(Klagerecht)을 부여하고 있기 때문에 허용된다는 관점이다. 이 관점에서는 단체소송이 단순히 절차법적인 규정의 문체에 불과한가 아니면 동시에 실체적 권리(Materielles)를 규율하는 하나의 규범인가 하는 것¹⁵⁾이 문제가 된다.¹⁶⁾

먼저 이러한 특별법상의 규정은 節次法的인 性格을 지니는 것이며 경쟁자의 행위의무를 확보하는데 원래의 의의가 있다고 보는 입장¹⁷⁾¹⁸⁾이다. 이 경우는 절차법적인 성격의 규정이 실체법에 섞여 있을 뿐 그 본질은 절차법이라고 하는 입장이다. 이러한 주장은 소송법적인 규율을 통하여 실체법상의 규율이 발생하고, 정당한 권리가 없이 실체법적 의무가 존재한다는 점이 난점으로 지적된다. 즉, 실체법부분과 절차법부분은 서로 개념적으로는 구분이 되지만 실제로는 하나의 규정 속에 융합되어 있는 경우도 많기 때문이다. 결국 단체소송은 실체법적인 청구권을 전제로 하지 않는 소극적 확인소송(Negative Feststellungsklage)만을 대상으로 하지 않는 한, 실체법적 성격과 소송법적 성격을 동시에 띠는 이중적 성질¹⁹⁾을 가지게 된다.

2) 다음으로 공법적인 측면에서는 단체소송의 민중소송적 성격을 둘러싸고 논의가 전개되고 있다.²⁰⁾ 민중소송설에 입각한 견해는 단체소송의 입법취지를 단체의 자기통제 또는 법률 통제적 기능에서 찾고 환경보호에 대한 단체소송을 법정책적으로 도입하려는 Rebinder와 단체소송의 해석론에 한계를 느끼고 새로운 법률안²¹⁾을 제출한 Bender를 들 수 있다.

15) Reinhard Urbanczyk(洪準亨 譯), '獨逸團體訴訟에 관한 研究'(法務資料 第94輯), 1987, 169면 이하.

16) 이에 대해서는 무엇이 실체법과 소송법을 구별하는 기준이 되느냐의 어려운 문제가 발생한다. 그러나 여기에서의 논의를 벗어나므로 생략한다.

17) Peter Reinel, *Die Verbandsklage nach dem AGBG*, 1979, S. 148ff; Walter Hadding, *Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs.1 UWG im System des Zivilprozeßrechts*, JZ 1970, S.305, 309; 특히 Hadding은 법률상 인정된 단체의 제소권은 동업조합제도가 소멸한 이후의 일종의 자기 감독적인 제도를 법률에 규정한 것으로서, 부정경쟁을 하는 被告人 競爭者에게 유지청구권만을 행사할 수 있도록 소송법상의 제소권만을 부여하고 있다고 한다.

18) 전통적인 소송관에 대하여 권리가 소송 이전에 존재한다는 주장은 일종의 도그마에 지나지 않으며 오히려 권리는 소송을 통하여 형성되는 것이며 소송 이전에 존재하는 것은 단순히 법규범 해당 사항에 지나지 않는다고 해석하는 견해도 있다; 三ヶ月章, 權利保護の資格と利益, 民事訴訟法講座, 第1券, 有斐閣, 1960, 131面.

19) 같은 책, 181-182면.

20) Peter Reinel, *a.a.O.*, S. 122; Walter Hadding, *a.a.O.*, S.307; 金炫太, 獨逸環境法上の行政救濟制度, 東亞大學校 博士學位論文, 1994, 53면.

21) DVBl, 1977, S.169ff.

이에 반하여 단체소송의 민중소송적인 성질을 반대하는 입장은 독일행정법원법 제42조 제2항에서 원고는 “자신의 권리를 침해받은 경우(seinen Rechten verletzt)”에만 소를 제기할 수 있다고 하는 규정을 근거로 든다. 따라서 소권을 개인주의적인 권리보호에 중점을 두는 전통적인 소송관에 의하는 한 민중소송을 인정하기는 어렵다²²⁾고 한다.

그러나 어느 나라도 누구나 소를 제기할 수 있도록 허용하는 완전한 의미의 민중소송을 인정하는 나라는 없다²³⁾는 견해에서 보듯이 단체소송을 민중소송으로 이해하거나 민중소송을 지향하는 방향으로 해석하는 것은 이론적으로는 가능하나 실제 사회구조 내에서는 설득력을 갖기 어렵다.

3) 그러나 단체소송을 이와 같이 私法的, 公法的 領域으로 구분하는 견해들은 단체소송의 성질 자체를 규명하기 위한 이론이라기 보다는 현대사회에서 더 이상 양당사자가 대등한 관계에 있지 않으며 이를 보완하기 위하여 단체소송제도가 존재한다는 것을 간접적으로 설명해 주는 이론들이라고 할 수 있다. 특히 공법의 영역이라고 주장하는 견해는 소송을 권리구제의 측면에서만 아니라 통제권능의 관점에서도 파악하여야 한다고 주장한다. Reinel은 단체소송을 통제권능의 관점에서 파악하면 사법적인 제도로만 분류할 수는 없다고 하면서, 경쟁법이 중시하는 공공복리의 측면을 중시하여 사법과 공법의 중간적 영역으로 분류한다.²⁴⁾

4) 이러한 여러 견해들에 대하여 사법적 청구권에 대한 법적 승인이 공익을 지향하더라도 그 請求權은 여전히 私法的 性質을 지니는 것이며, 비록 그것이 사회적 보호청구권(Soziale Schutzrechte)이라고 하더라도 국가가 권리실현자체를 주도하지 않는 한 공법이 되지는 않는다고 하는 견해²⁵⁾가 있다. 이 입장에서는 이익단체들이 사적 이익을 추구하기 위하여 활동하고 있는 한 단체소송은 여전히 民事法的 領域에 존재하게 된다고 본다.

결론적으로 경쟁단체들이 행정과 유사한 감독과 통제의 기능²⁶⁾을 행하는 것은 사실이나 그 원동력이 되는 동기는 단체의 지위 또는 사적 이익에 있으므로 민사법의 영역에 존재한다고 하여야 할 것이다. 독일의 단체소송을 부정경쟁방지법과 보통거래약관규제법을 중심으로 설명하는 입장이 대체로 이러한 관점에서 있다고 할 수 있다. 이러한 견지에서 이 입장이 현재의 단체소송에 관한 법에 대한 해석으로 가장 적합하다고 생각된다.

그러나 그럼에도 불구하고 이러한 논의의 가장 근본적인 논의는 현대의 다양한 분쟁에 대하여 원고적격을 어느 정도 확대하면서 단체소송을 인정할 것이냐 라는 그 사회 특유의 법적 상황을 고려한 법정정책적 인식의 산물이라는 점에서 출발해야 하고 그 점에 중점을 두어야 함은 물론이다.

2.2.2. 부정경쟁방지법의 경우

22) 金炫太, 獨逸環境法上の 行政救濟制度, 東亞大學校 博士學位論文, 1994, 57면.

23) Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interest in Civil Litigation*, in : Walter J. Habscheid, *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmäßige Ordnung - Die Generalberichte zum VII Internationalen Kongreß für Prozeßrecht Würzburg 1983 -* (Bielefeld : Giesecking Verlag, 1983), p. 159.

24) Peter Reinel, *Die Verbandsklage nach dem AGBG*, 1979, S. 124.

25) Reinhard Urbanczyk(洪準亨 譯), 앞의 책, 187-188면.

26) Peter Reinel, *a.a.O.*, S. 125.

통설은 단체소송의 제기는 단체의 고유한 권리이며 직접 손해를 입은 영업자나 소비자와 관계없이 행할 수 있는 실체법적인 유지청구권을 갖는다고 한다.²⁷⁾ 이 학설은 단체의 소권이 공공의 이익을 위하여 부여되었다는 점을 인정하면서도 단체에게 주어진 고유한 실체법에 근거한 유지청구권으로 파악한다.

그 외에 단체소송은 공익이 아니라 구성원의 이익을 보호하기 위한 것이라는 견해가 있다. 즉, 집단이익(Gruppeninteresse)을 보호하기 위한 것²⁸⁾이라고 한다. 또한 단체가 독자적으로 소송수행권(Prozeßführungsbefugnis)을 행사할 수 있다는 견해²⁹⁾와 소비자의 집단적 권리(Kollektivrecht)를 소송상 자기의 이름으로 행사하는 법정소송담당(gesetzliche Prozeßstandschaft)이라는 견해³⁰⁾도 있다.

2.2.3. 약관규제법의 경우

약관규제법에서는 단체의 법적 성질이 제13조 제1항의 해석을 둘러싼 학설³¹⁾의 형태로 나타난다.

통설은 제1항에서 유지와 철회청구권을 동시에 규정하고 있는 점에 중점을 두어서 단체소송을 단체가 실체법상의 사법적 청구권을 실현하기 위한 民事訴訟上の履行의 訴³²⁾로 파악한다. 특히 단체의 유지청구(Unterlassungsanspruch)와 철회청구권(Widerrufsanspruch)은 부당한 약관을 계속 사용하거나 사용을 추천하는 상황이 계속될 위험에 대하여 계약외적 방어권이며 불법행위에 대한 유지청구권으로서의 성격³³⁾을 지닌다고 한다.

그 외의 학설은 제13조 제1항에는 유지 및 철회청구권의 채권자에 대하여 언급이 없으며 단체가 제소권을 가진다고만 규정하고 있어 단체의 고유의 사적 이익은 상정하기 힘들다고 하면서 전통적인 실체법적인 청구권과 다른 특수한 효력이라고 한다. 즉 단체는 자신의 이익이 아니라 공익을 추구하는 사법적 통제 권한(Privatrechtliche Kontrollkompetenz)³⁴⁾을 가진다고 한다. 또 다른 학설은 단체소송에서 공익의 실현은 목적이므로 단체에게 소송수행을 하도록 한 것은 방법 또는 수단이라고 파악하여 실체법적 권리와 소송의 연결이라는 전통적인 사법체계와 조화되는 해석을 하는 견해³⁵⁾도 있다.

어떠한 견해이든 약관 조항의 유효 여부에 대하여 구체적 분쟁을 전제로 하지 않고 추상적

27) Adolf Baumbach & Wolfgang Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 14. Aufl., 1978, § 13

28) Manfred Wolf(井上正三·佐上善和 譯), 앞의 책, 4면.

29) Walter Hadding, *Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts*, JZ 1970, S.309.

30) Peter Gilles, *Prozeßrechtliche Probleme von verbraucher Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht*, ZZP 98 (1985), 9ff.

31) 劉南碩, “獨逸 私法上 團體訴訟”, 外國司法研修論集(14) - 裁判資料 第74輯 -, 1996, 95-99면.

32) Helmut Heinrichs, Beck'sche Kurz Kommentare Band 7 *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 54. Aufl., 1995, Vorb. § 13 AGBG Rdnr. 10; Johann Wilhelm Gerlach, *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1,2, Aufl., 1978, § 13 AGBG Rdnr. 6; Host Diether Hensen, *Ulmer·Brandner·Hensen AGB-Gesetz*, 6. Aufl., 1990, § 13 Rdnr. 23.

33) Gerlach, *a.a.O.*, § 13 AGBG Rdnr. 7·11.

34) Peter Reinel, *a.a.O.*, S. 125, 126-129.

35) Gerlach, *a.a.O.*, § 13 AGBG Rdnr. 9.

으로 심사한다는 점에서 실천적 의의가 있다. 이러한 관점에서 약관규제소송을 추상적 유지소송(abstrakte Unterlassungsklage)³⁶⁾이라고 부르기도 한다.

3. 단체소송에서의 중요 논점

3.1. 제소권이 부여된 단체

3.1.1. 부정경쟁방지법에서의 단체

부정경쟁방지법 제13조 제1항에서는 형벌의 대상이 되는 광고(Werbung)³⁷⁾, 파산을 빙자한 파산재단에 속하지 않는 물건의 매각³⁸⁾, 새로운 고객을 소개해 주면 할인 해주는 방식의 판매(Schneeballsystem)³⁹⁾, 기업의 직원을 매수(Bestechung)하여 반대급부를 제공하여 행하는 판매⁴⁰⁾를 하는 자에 대해서는 直接 被害를 입은 者가 그 행위의 유지(Unterlassung)를 청구할 수 있다고 규정하여 소권을 인정하고 있다.

그리고 제2항은 제1호에서 동일 또는 동종의 상품을 판매하는 競爭者(Konkurrenten), 제에서 영업상의 이익을 목적으로 하는 營業利益促進團體(Interessenverbände), 제3호에서 계상담을 통하여 소비자 이익을 보호하는 것을 정관의 목적으로 하고 있는 消費者團體, 제4호에서 商工會議所와 手工業會議所를 규정한 후 이들 단체에게 부정경쟁 행위의 유지를 청구하는 소권을 부여하였다.

입법자는 유사 소비자단체들의 소권 남용이 우려되어 소비자단체라는 명칭을 의식적으로 피하여 상담과 계몽을 통한 소비자의 이익의 옹호를 정관에 규정한 권리능력 있는 단체라고 규정하였다. 그러나 그럼에도 불구하고 초기에 소비자단체들의 소권 남용이 발생하자 특정 소비자의 이익을 옹호하고 實際로 活動을 하여야(tatsächlich wahrnehmen) 한다는 요건이 판례⁴¹⁾에 의하여 추가되었다. 이로서 소비자단체의 소권남용은 방지되었으나 경업단체가 다시 소권을 남용하기 시작하여 1994년의 개정⁴²⁾에서는 유지청구권의 행사가 그 시장에서 상당한 영향을 미치고 단체 구성원의 상당수가 그 시장에 속해 있는 경우에만 유지청구권을 인정한다

36) H. Gaul, *Die Erstreckung und Durchbrechung der Urteilstwirkungen nach §§ 19, 21 AGBG*, Festschrift für Beitzke, 1979, S.1021; 劉南碩, "獨逸 私法上 團體訴訟", 外國司法研修論集(14) - 裁判資料 第74輯 -, 1996, 99면에서 재인용.

37) UWG § 4.

38) UWG § 6.

39) UWG § 6c.

40) UWG § 12.

41) Adolf Baumbach & Wolfgang Hefermehl, *a.a.O.*, Rdnr. 21; BGH NJW 1986, 1347

42) 개정으로 추가된 내용은 밑줄과 같다.

제13조 제2항 ---- 다음 각 호의 자는 유지청구권을 행사할 수 있다.

1. 동일시장에서 동일 또는 유사한 종류의 상품이나 용역을 판매하는 營業者(Gewerbetreibende). 단, 유지청구권의 행사가 이 시장에서의 경쟁에 상당한 영향을 미치는 경우에 한한다.

2. 영업상의 이익의 촉진을 목적으로 하는 권리능력 있는 단체. 단, 이 단체에는 동일시장에서 동일 또는 유사한 종류의 상품이나 용역을 판매하는 營業者의 상당수가 속해 있고, 특히 인적, 물적, 재정적인 설비에 따라 실제 영업상 이익의 촉진을 정관상의 목적으로 하며, 게다가 유지청구권의 행사가 이 시장에서의 경쟁에 상당한 영향을 미치는 경우에 한한다.

고 규정하여 요건을 더욱 엄격히 제한하였다.

이러한 요건이 갖추어졌는지에 대해서는 법원이 직권으로 조사하며 단체가 요건을 갖추었다는 사실에 대해서는 원고인 단체 스스로가 증명책임을 진다.⁴³⁾ 판례로 소권이 인정된 단체는 변호사단체(Anwaltsvereine), 임대인단체(Vermieterverbände) 등이 있다.⁴⁴⁾ 그러나 단체의 종류가 중요한 것이 아니라 실제의 활동에 따라 그때그때 결정된다.

3.1.2. 보통거래약관규제법에서의 단체

보통거래약관규제법 제13조 제1항⁴⁵⁾은 무효인 약관을 사용하는 자에 대하여는 유지청구(Unterlassung)를, 다만 무효인 약관조항을 거래를 위하여 추천하는 자에 대하여는 유지와 철회(Widerruf)를 청구할 수 있다. 이 때 유지나 철회청구는 제13조 제2항의 一定한 要件을 갖춘 團體에 한해서만 허용하며 개인에게는 허용하지 않는다. 이는 부정경쟁방지법과는 달리 입법자가 약관규제법의 보호대상을 개별 고객이 아니라 자유롭고 공정한 법적 거래와 계약자유의 원칙으로 이해하였기 때문⁴⁶⁾이다.

특히 消費者團體는 정관의 목적이 소비자 이익의 옹호여야 하고 최소한 75인의 자연인을 구성원으로 하거나 소비자단체들의 上部團體(Dachverband)여야 한다. 이러한 규정은 소비자단체의 소권남용예방을 목적으로 하는데, 이는 일반적으로 부정경쟁방지법의 소비자단체의 제소권보다 要件이 強化된 것이다. 그러나 근래에는 부정경쟁방지법이 적용되는 경우에도 判例가 消費者團體가 實際로 活動하고 있을 것을 요건으로 해석하여 약관규제법과 마찬가지로 남소를 규제하고자 하므로 실제 운용에 있어서는 상호간에 큰 차이가 없는 것으로 보인다.

다만 부정경쟁방지법이 영업촉진단체와 같은 영업단체에 대해서는 단체구성원의 상당수가 그 시장에 속해 있는 경우에만 유지청구권을 인정한다고 개정되어 약관규제법보다 단체의 요건을 더 엄격히 제한하고 있다. 다만 약관규제법이 법원의 판결을 피고의 비용으로 聯邦公報에 실을 수가 있고, 법원이 단체소송에 대한 판결을 연방카르텔청(Bundeskartellamt)에 通知하고 연방카르텔청은 이를 등록하며 신청자에 대하여 이 정보를 제공하도록 하여 파급적 효과를 높이는데 역점을 두고 있어, 절차에서는 약관규제법이 더 제한적인 면이 있다.

그러나 적어도 제소권의 인정 범위에 관하여서는 부정경쟁방지법이 약관규제법에 상당히 접근하는 모습을 보인다고 평가할 수 있다.

43) Adolf Baumbach & Wolfgang Hefermehl, *a.a.O.*, §13 UWG Rdnr. 22; BGH NJW 1983, 1061.

44) 劉南碩, “獨逸 私法上 團體訴訟”, 外國司法研修論集(14) - 裁判資料 第74輯 -, 1996, 84면.

45) 보통거래 약관규제법 제13조

제1항 보통거래약관의 규정 중에 이 법 제9조 내지 11조에 따라 무효인 조항에 대하여, 이를 使用하는 자에 대하여는 留止請求(Unterlassungsanspruch)를, 이를 법적 거래에서 推薦하는 자에 대하여는 留止와 撤回(Widerruf)를 청구할 수 있다.

제2항 유지와 철회의 청구는 다음 각 호의 단체만이 할 수 있다.

1. 계몽(Aufklärung)과 상담(Beratung)을 통한 소비자 이익의 옹호(wahrnehmen)를 정관상(단체의) 사업 목적(Aufgabe)으로 하고, 이 사업 분야에서 활동하고 있는 단체나 최소한 75인의 자연인을 구성원(Mitglieder)으로 하는 권리능력 있는 단체.
2. 영업상 이익의 촉진을 목적으로 하는 권리능력 있는 단체 또는
3. 상공회의소 또는 수공업회의소.

46) 劉南碩, “獨逸 私法上 團體訴訟”, 外國司法研修論集(14) - 裁判資料 第74輯 -, 1996, 77면; BT-Drucks. 7/5422, S. 10.

3.2. 처분권주의와 변론주의의 적용 여부

단체소송에서 처분권주의와 변론주의가 적용되는가에 대하여서는 학설이 나뉘어 진다.

첫째, 단체소송은 부정경쟁방지법과 보통거래약관규제법에서 규정하고 있듯이 기본적인 목적이 자유경쟁을 유지하는데 있으므로 처분권주의와 변론주의를 제한하여야 한다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 단체는 단지 소를 제기할 것인가 말 것인가를 결정하는 유발자(Auslöser)의 역할⁴⁷⁾을 할뿐이며 법원의 허가가 없으면 소의 취하, 청구의 포기, 화해도 할 수가 없고 또한 이를 행하더라도 무효가 된다. 따라서 당사자는 부당하다고 생각되는 약관이 사용되고 있다는 것을 증명만 하면 되고 통상의 사건과 같이 판결이 전제가 되는 구체적 사실을 주장할 필요는 없다. 이 면에서 변론주의가 후퇴한 것이라고 평가되기도 한다.⁴⁸⁾ 이에 대하여 약관의 조항을 심사하는 것만으로 위법성이 판단되는 보통거래약관법 제11조에 대해서는 법원의 역할을 대폭 인정하고, 조항의 위법성이 경제상태나 사회상황을 고려하여 판단하여야 하는 제9조·제10조의 경우에는 변론주의가 적용되는 것으로 2분하여 보자는 견해도 있다.⁴⁹⁾

둘째, 변론주의와 처분권주의가 제한되지 않는다는 견해이다. 왜냐하면 단체가 소송수행권을 가지는 것은 다수의 이해관계인이 잠재적으로 가지고 있는 소송수행권을 법이 전체사법시스템의 안정을 위하여 단체의 고유 권한으로 부여했기 때문이라는 것이다. 그러므로 단체는 자기의 이익을 보호하기 위하여 부여된 권능을 행사하는 것으로 국가가 행하는 공익의 대표자로서 소를 제기한 것은 아니다. 그러므로 단체가 소송을 하는 경우에는 일반 민사소송의 경우와 마찬가지로 처분권주의, 변론주의가 제한되지 않는다.⁵⁰⁾ 이러한 입장이 통설로 받아들여지고 있다.

3.3. 기관력의 범위

1) 소를 제기하여 확정판결을 받은 경우에 독일 민사소송법 제325조는 원칙적으로 당사자 사이에만 판결의 효력이 미친다고 규정하고 있다. 그런데 집단소송의 경우에는 소송을 수행한 집단과 피해자는 서로 다른 당사자이므로 소비자 또는 다른 집단은 원칙적으로 새로이 소를 제기할 수 있다. 그러나 단체가 부당한 약관에 대하여 유지판결을 받은 후에도 피고가 계속하여 이 약관을 사용하는 경우에 소비자가 새로이 소송을 제기하여야 한다는 것은 문제가 있다.

47) Harald Koch, *Verbraucherprozessrecht : Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes*, Heidelberg : Müller, Jur. Verl., 1990, p.48.

48) Harald Koch, *Alternativen zum Zweiparteisystem im Zivilprozeß Parteiübergreifende Interessen und objektive Prozeßführungsrechte*, KritV 1989, S.332 Rn.29; 河村好彦, ドイツにおける團體訴訟について, 比較法研究, 比較法學會, 1991, 161면에서 재인용.

49) E. Schmidt, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Reihe Alternativkommentare, S. 23ff.

50) Walter Lindacher, *Zur »Sonderprozessnatur« der lauterkeitsrechtlichen Verbands- und Konkurrentenklage sowie der Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz*, ZZP 103, S.397ff.

이에 대처하기 위하여 독일에서는 보통거래약관규제법 제21조⁵¹⁾에 기판력의 편면적 확장을 규정하였다. 그러므로 여기에서는 전후소송의 주체에 따라 다음과 같이 구별하여 검토한다.

2) 먼저, 특정의 단체가 소송을 하여 판결이 확정된 후에 또다시 다른 단체가 소송을 하거나 단체들이 각자 소송을 하는 경우에 있어서의 기판력은 단체의 소권의 성질을 어떻게 이해하느냐와 연결되어 있다. 독일의 통설은 단체의 소권에 대하여 단체가 자신에게 부여된 實體法上的 請求權을 스스로 行使하는 것이라는 입장을 취하는데,⁵²⁾ 이 입장에서는 부정경쟁방지법 제13조에 규정된 다른 단체가 각자 소를 제기하거나 이미 판결이 확정된 후에 소를 제기한 경우⁵³⁾에도 그 판결의 효력이 다른 단체에게는 미치지 않는다. 즉 앞의 절차의 소송계속이 그후의 단체소송에 장애가 될 수 없고 원칙적으로 후소의 권리보호이익은 그대로 존재한다고 해석된다.⁵⁴⁾ 그러나 실제로는 앞의 소송에서 한 단체가 승소를 하면 반복의 위험이 없는 것으로 일응 추정되기 때문에 후소는 남용의 금지(Mißbrauchverbot)의 원리에 따라 허용되지 않는다.⁵⁵⁾ 단체가 패소한 경우에도 다른 단체의 제소는 가능하며 단지 구체적인 사건에서 권리남용⁵⁶⁾으로 다루어질 수가 있다.

3) 다음으로, 부당한 약관에 대한 단체소송에서 사용자가 유지판결을 받은 후에도 계속하여 약관을 사용하여 소비자가 새로이 소를 제기하여야 하는 경우이다. 그러나 이 경우는 새로 소를 제기하지 않고 보통거래약관규제법 제21조에 의하여 상대방이 원용하면 기판력이 확장된다. 이는 미국의 대표당사자소송이 당사자가 적극적으로 참가하지 않아도 전체적으로 기판력이 미치는 것과 비교되는 것으로 독일법의 단체소송에도 제3자에 대하여 내려진 판결의 효력을 인정하자는 기판력확장의 이론⁵⁷⁾이다. 즉 이는 보통거래약관규제법 제21조에서 “패소판결을 받은 보통거래약관의 사용자가 사용유지명령을 위반하는 경우에는 약관 중의 해당 조항을 계약의 상대방이 援用하는 경우에는 무효가 된다”고 규정한 것을 판결의 효력을 편면적으로 확장⁵⁸⁾한다고 파악하는 데서 출발한다. 기판력의 편면적 확장을 중심으로 독일에서는 다음과 같

51) 패소판결을 받은 보통거래약관을 사용자가 사용유지명령을 위반하는 경우에, 약관 중의 해당 조항은 계약의 상대방이 援用하는 경우에 한하여 무효가 된다

52) Peter Gilles, *Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung*, ZJP 98, 1985, S.7-8; Baumbach, Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 12. Aufl. 1978, § 13 UWG, Rdnr. 5.

53) 피고의 입장에서는 중복제소에 대한 항변이나 기판력의 항변이 된다; Peter Gilles, *Prozeßrechtliche Problems von verbraucherpolitischer Bedeutung*, ZJP 98, 1985, S. 8.

54) 특히 한 단체가 소송을 하여 확정력 있는 유지명령을 받은 경우에 다른 단체가 새로이 유지소송을 제기하면 권리보호의 필요(Rechtsschutzbedürfnis)를 인정할 수 있느냐의 문제가 생긴다. 유지판결을 받은 단체가 판결을 집행할지 여부는 불분명하기 때문에 유지판결 자체만으로는 권리보호의 이익이 소멸되는 것은 아니라고 한다(Baumbach, Hefermehl, *a.a.O.*, § 13 UWG Rdnr. 6a). 따라서 이 견해에서는 집행이 확실히 보장된 경우에 한해서만 다른 단체의 권리보호이익이 없는 것으로 판단해야 한다는 입장이다.

55) Walter Lindacher, *a.a.O.*, S. 407.

56) Johann Wilhelm Gerlach, *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1,2, Aufl., 1984, § 13 AGBG Rdnr. 36.

57) 단체소송에서의 소송물은 하나의 소만을 제기할 수 있는 국가의 유지청구권이라는 Marotzke의 입장도 이와 동일한 것으로 보인다; Wolfgang Marotzke, *Rechtsnatur und Streitgegenstand der Unterlassungsklage*, aus § 13 UWG, ZJP 98 - Zur Problematik des parallelen oder zeitversetzten Vorgehens mehrerer Berechtigter gegen dieselbe Person - , 1985, S. 198.

은 논의들이 있다.

i) 먼저, 부정경쟁방지법 제13조 제1항에 의한 전소의 유지판결은 개개 조항을 중간적으로 확인하는데 불과하므로 기판력이 아니라 항변(원용)을 하면 確認이 되는 第3者效라고 한다.⁵⁹⁾ 이와 다른 입장에서는 이 규정으로 약관 조항이 제3자에게도 무효가 되도록 기판력을 확장한 것이라고 한다.

ii) 다음으로, 유지청구는 실체법상의 청구권에 기초를 둔 것이 아니라 부정경쟁방지법의 절차규정에 의하여 기판력이 인정된다는 견해이다.⁶⁰⁾ 이에 의하면 법원이 유지판결로 그 범위내에서 소송물이 제한(verkürzter Streitgegenstand)된다는 것이다. 이 때에 후소는 권리보호의 필요가 없어 각하되게 된다.⁶¹⁾ 즉, 최초의 소송으로 당해 부정경쟁행위가 유효하게 저지되었다고 인정되는 경우에 법원은 후소에 반복위험이 있다고 인정하거나 권리보호의 이익이 결여되어 있다고 하여 부당한 중복제소를 피할 수 있다는 견해⁶²⁾이다.

iii) 끝으로, 법률상의 기판력은 부정하지만 여러 단체에 의한 여러 번의 소송은 금지되어야 한다는 입장에서 보통거래약관법 제21조에 맞추어 판결효력을 확장하려는 견해가 있다. 이 견해에서는 전소의 판결로 기판력이 미치는 것은 아니나 사실상 후소를 제기할 수 없는 규범적인 기속력(Normative bindungswirkung)이 발생⁶³⁾한다고 한다. 이는 우리 민사소송법상의 판결의 파급적 효력에 대한 논의와 유사하다.

4. 공법상의 단체소송

4.1. 배경

권리의 침해나 법률상의 이익을 요하는 소송법의 체계상, 직접적인 권리침해를 당하지 않은 단체에게 원고적격을 인정하는 것은 그 필요성은 인정하나 법리에 맞지 않는다는 견해가 많았다. 이에 단체소송을 옹호하는 입장에서는 단체소송을 立法化하여 이를 해결하기 위한 노력을 다각적으로 전개하였는데 그 중에 주목을 끈 것이 1977년에 벤더(Bernd Bender)가 발표한 단체소송법안⁶⁴⁾이다. 그러나 벤더안은 1978년의 제52회 법조대회에서 단체소송 도입을 반대하는 입장이 압도적으로 우세하여 입법에 실패하였다. 그러나 이는 그후 州차원의 自然保護法에 직접적인 영향을 미쳐서 여러 주에서 단체소송을 도입하는 계기가 되었다.⁶⁵⁾

58) 河村好彦, ドイツにおける團體訴訟について, 比較法研究, 比較法學會, 1991, 162면.

59) Peter Reinel, *Die Verbandsklage nach dem AGBG*, 1979, S. 125, 84ff.

60) Walter Hadding, *Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts*, JZ 1970, S.310.

61) Walter Hadding, *a.a.O.*, S.311.

62) Dieter Leipold, *Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Gilles (Hrsg.), *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*, 1983, S.80-81.

63) Peter Gilles, *a.a.O.*, S.22f.

64) 金南辰, 公益訴訟으로서의 多數當事者訴訟, 多數當事者訴訟研究(法務資料 第90輯), 1987, 39-41면; 이 법안은 전문12개조로 구성되어 있으며 소송형식을 규정하고, 단체의 정관을 기준으로 일정한 단체만 행정청의 승인을 받아 원고적격을 갖도록 제한하며, 임시명령(Einstweilige Anordnung)을 두면서 제3자의 권리가 부당하게 침해받지 않도록 執行不停止의 原則을 취하였으며, 단체소송의 소송절차와 판결에 관하여 규정하였다.

65) 약 10년 후인 1986년 제56회 독일법조대회에서 獨逸環境保護法 제29조에서 규정하고 있는 公的

4.2. 각주의 자연보호법

4.2.1. 브레멘주 자연보호법(Naturschutzgesetz)

이 법 제43조에서는 단체가 一定한 要件⁶⁶⁾을 충족하는 경우에 환경청은 그 환경보호단체를 승인하고, 승인을 받은 단체는 행정청의 행위에 의하여 불이익을 받지 않은 경우에도 환경소송의 당사자적격이 인정된다고 규정하였다.⁶⁷⁾ 이는 환경소송의 경우에는 일반 시민의 이익이 침해되는 것이 보통이므로 이를 감안하여 일정한 요건하에 단체소송을 허용하자는 것이다.⁶⁸⁾

위와 같은 요건을 충족한 단체는 “자신의 고유한 권리가 침해되지 않았더라도, 주 또는 시·군·읍(Gemeinde)의 행정관청이 행한 발령(Erlaß; 결정), 거부(Ablehnung), 부작위(Unterlassung)와 같은 행정행위가 연방자연보호법, 브레멘주자연보호법 및 이들 법을 근거로 제정된 법규정에 위배되는 경우에는, 취소소송(Anfechtungsklage)이나 의무이행소송(Verpflchtungsklage)을 제기할 수 있다”⁶⁹⁾고 규정하여 단체소송의 범위를 폭넓게 인정하였다.

1990년까지 승인을 받은 단체는 14개 자연보호단체의 연합체인 운터베서 자연환경보호연합(GNUU) 하나뿐이며 단체소송이 허용된 지 11년이 될 때까지 총 6건이 제기되어 4건이 종결되는 이용상황을 보이고 있다.⁷⁰⁾ 그러나 브레멘주(404Km²)가 베를린주면적(883Km²)의 절반도 안될 정도로 작은 주라는 것을 감안하면 이용실적이 그리 저조한 것은 아니다.⁷¹⁾

4.2.2. 헤센주 자연보호법

헤센주의 자연보호법은 자연경관을 보호하는 이익을 침해하는 조치에 대하여 연방자연보호법(Bundesnaturschutzgesetz) 제29조 제2항에 의하여 승인된 단체가 소송을 할 수 있다

承認을 받은 團體에게 자연보호문제에 대한 단체소송제기권을 부여하자는 안건을 다시 표결에 붙였으나 찬성 53표, 반대 53표로 부결되었다. 부결은 되었지만 단체소송도입에 대하여 1978년에 비하여 긍정하는 입장이 많이 증가하였으며, 州法上の 단체소송을 반대하던 학자들까지도 연방법차원의 입법을 주장(Wassilios Skouris, *Landesrechtliche Einführung der Verbandsklage*, NVwz, 1982, S.226)하게 되었다는 점에서 앞으로의 연방법상의 단체소송도입의 전망은 밝아 보인다.

66) 첫째, 단체가 정관에 정하는 바에 따라서 잠정적이 아니라 오로지 자연보호와 자연경관의 유지, 보전의 목적을 추진할 것. 둘째, 정관상 적어도 한 개의 주 전체에 걸치는 활동영역을 가질 것. 셋째, 현재까지의 활동범위나 분야, 인적구성 및 활동의 결과를 고려해 볼 때 객관적으로 적절한 과제의 수행이 담보될 수 있을 것. 넷째, 공익의 추구로 법인세법 제5조 제1항 제9호에 의하여 법인세를 면제받을 것. 다섯째, 단체의 목적을 지지하는 모든 자에게 가입이 개방되어 있을 것: 김성수, “행정법상의 단체소송 - 독일의 환경법분야를 중심으로 -”, ‘집단소송의 법리’(법무자료 제149집), 1991, 213면.

67) Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege vom 17. 9. 1979, §44 Abs. 1, 2.

68) 그러나 이 규정이 단체구성원을 위한 이기적 단체소송만을 허용한다는 것인지 불특정다수의 시민이 향유하는 환경이익에까지 단체소송을 인정하는 이타적 단체소송도 허용한다는 것인지는 분명하지 않다.

69) Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege vom 17. 9. 1979, §44 Abs. 1.

70) Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *Die Verbandsklage im Naturschutzrecht*, Taunusstein: Eberhard Blottner, 1990, S.61.

71) 그리고 이용실적이 상대적으로 저조한 이유는 행정기관이 타협을 위한 행정절차를 잘 정비하고 있어서 예방적 효과가 크기 때문이라고 한다. 적어도 소송의 존재자체가 행정기관의 적극적 자세를 이끌어 내는 데는 성공한 것으로 보인다: Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.63.

고 규정하였다.⁷²⁾ 여기에서도 브레멘주의 규정과 유사하게 자연보호구역이나 국립공원 또는 자연경관을 침해하는 사업계획의 計劃確定節次(Planfeststellungsverfahren)⁷³⁾에 대한 處分이나 不作爲로 위법상태가 발생하였을 경우에 자연보호단체가 參加權(Mitwirkungsrecht)을 행사하면 단체소송을 할 수가 있다. 다만 브레멘주와는 달리 헤센주는 주 또는 시·군·읍과 같은 행정관청의 행정행위에 대하여 소를 제기할 수 있다고 명문으로 규정하고 있지 않다.⁷⁴⁾

그러나 1976년부터 1985년까지 연방자연보호법 제29조에 의하여 승인을 신청한 50개 단체 중 승인을 얻은 단체는 8개⁷⁵⁾에 불과하여 활발히 이용되지 못하고 있다. 이처럼 소수의 단체만이 승인을 얻은 이유는 단체의 정관이 자연경관의 보호를 主目的으로 하여야 하는데 단체의 정관이나 출판물이 이러한 요건을 충족시키지 못하는 경우가 많았고 연방자연보호법 제29조에 규정된 요건들에 대한 審査가 매우 嚴格했기 때문이다. 1990년 2월까지 헤센주에서 제기된 단체소송의 총수도 가치분과 증거보전절차(Einstweiliger Rechtsschutz- und Beweissicherungsverfahren)를 포함하여 50건에 불과하다.⁷⁶⁾⁷⁷⁾

이처럼 자연보호단체들에 의한 단체소송이 상대적으로 적은 것은 단체소송이 적용되는 법적인 범위가 제한되어 있다는 것 외에 무엇보다 과중한 訴訟費用負擔(Kostenrisiko)에 있는 것으로 판단된다.⁷⁸⁾ 그 외에 단체자체의 인적자원부족, 역할 수행의 어려움 등으로 단체가 자신의 홍보에 필요하거나 승소가 확실한 자연침해에 대해서만 소를 제기하는 것도 또다른 원인이 된다. 판례의 입장 역시 소극적이다.⁷⁹⁾ 이와 같이 단체소송의 이용이 저조하자 처음부터 濫用

72) Hesseisches Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege vom 19. 9. 1980., §36.

73) 독일에서는 도로, 수로, 원자력발전소의 건설, 쓰레기 소각장의 설치 등에 대하여 연방전체가 통일적으로 처리할 필요가 있어서 1976년에 제정된 행정절차법(VwVfG)에 규정하고 있는 절차이다. 먼저 聽聞官廳(Anhörungsbehörde)에 계획을 제출하여 청문을 한 후 계획확정관청(Planfeststellungsbehörde)에 보내어 계획을 확정한다.

74) Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.64.

75) 독일산림보호단체(SDW), 헤센주 조류학 및 자연보호단체(HGON), 조류보호독일연맹(DBV), 헤센수렵단체(der Landesjagdverband Hessen), 독일 환경·자연보호연맹(BUND), 독일산악·등산단체(der Deutsche Gebirgs- und Wanderverein), 헤센취미낚시동우회(der Verband Hessischer Sportfischer), 헤센자연보호식물학단체(die Botanische Vereinigung für Naturschutz in Hessen).

76) 이 수는 같은 기간 헤센 주의 행정법원에 제기된 소송과 절차신청의 건수가 20만건이었던 것에 비하면 약 0.025%에 해당하는 것으로 매우 적은 수라고 할 수 있다. 그리고 이 50건 중에는 프랑크푸르트 공항 서쪽 이륙활주로건설계획과 관련된 사건만 해도 16건 정도 된다고 한다: Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.65.

77) 그러나 다른 주에서 활용되는 단체소송의 수에 비하면 현저히 많은 것이다.

78) Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.66.

79) 판례에서도 단체소송의 허용범위는 현저하게 제한되어 연방정부차원의 계획에 대해서는 헤센주의 법으로는 연방수로법에 기초한 연방수로건설계획, 전신선로법에 근거한 공사, 국방시설에 대한 공사는 단체소송을 제기할 수 없다. 프랑크푸르트 서쪽활주로 건설을 위한 터널공사에 대한 소송과 신설 연방철도의 건설에 관한 소송에서도 헤센주의 행정법원은 적용범위를 제한하거나 청구를 기각하였다(Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.66-69). 또한 환경에 관한 단체소송은 計劃確定節次에 限定되는 경향이 강하고 간접적으로 자연보호의 이익을 침해하는 결정들에 대해서는 인정되지 않는다. 실제 프랑크푸르트 공항의 활주로 사건에서 행정청은 연방자연보호법에 의한 계획확정결정을 하지 않고 도로법상의 계획허가와 하천법상의 결정을 하여 단체소송을 회피하였는데, 이에 환경보호

의 危險性을 내세워 단체소송의 도입을 반대하던 견해를 취하였던 사람들은 침묵을 지키고 있다.⁸⁰⁾ 이처럼 단체소송의 제기건수가 가장 많은 주로 평가되고 있는 헤센주에서 조차 단체소송이 그리 활발하게 활용되지 못하고 있다.

4.2.3. 함부르크주 자연보호법

함부르크주 자연보호법에서는 연방자연보호법 제29조 제2항에 의하여 승인을 받은 단체는 자연보호구역에 대하여 결정된 명령(Gebot)과 금지(Verbot)를 解除(Befreiung)한 결정에 대하여 取消訴訟를 제기할 수 있다. 그러나 團體自身的 權利가 侵害되었다는 事實을 主張할 必要는 없다.⁸¹⁾ 그 해제결정은 단체의 정관상의 임무범위에 위배되어야 하며 단체는 사전에 연방자연보호법 제29조 제1항에 근거하여 자신의 參加權(Recht auf Mitwirkung)을 行使하였어야 한다.⁸²⁾ 그러나 이 경우에도 해제결정이 행정법원법상의 쟁송절차에 의하여 내려진 경우에는 단체의 제소권은 인정되지 않는다.⁸³⁾ 이처럼 이 주에서는 명령과 留止決定의 取消訴訟만을 인정하고 계획확정을 대상으로 하는 소송은 인정하지 않음으로서 단체소송의 범위는 브레멘주와 헤센주의 경우보다 크게 축소되었다.

활용실태로 승인을 받은 단체의 수는 1988년 기준으로 6개⁸⁴⁾이며 전반적으로 단체소송이 잘 활용되지 않는 편이어서⁸⁵⁾ 도입후 1987년까지 제기된 소송은 단 한건 뿐⁸⁶⁾이었다. 그 이유는 함부르크주의 단체소송제도가 매우 제한적으로 되어 있다는 것과 자연보호구역 자체가 전체 주 면적의 2%에 불과하므로 분쟁이 적을 수밖에 없는 것이 중요한 원인으로 지적되고 있다.⁸⁷⁾

4.2.4. 베를린주 자연보호법

베를린주에서는 브레멘주와 헤센주와 같이 團體의 承認과 不作爲, 拒否, 發令(Erlaß; 결정)이 연방자연보호법에 위배된다는 것과 定款의 業務範圍에 저촉되는지를 주장하고 參加權을 행사하여야 한다는 면에서는 동일한 내용의 단체소송을 도입하였으나, 연방행정법원법 제42조에 의한 권리구제를 위한 다른 소송방법이 존재하지 않아야 한다는 補充性的 原則

단체가 이의를 제기하자 헤센주의 법원은 원칙과 형식을 중시하여 계획확정절차에서와 같은 단체의 참가가 없었으므로 이의의 대상이 될 수 없다고 하여 사실상 행정청의 편법을 인정하였다(VGH Kassel NuR 1983, 160).

80) Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.64.

81) Hamburgisches Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege vom 2. 7. 1981, §41, Abs. 1.

82) *Ibid.* Abs. 2.

83) *Ibid.* Abs. 3.

84) 함부르크식물학단체(die Botanische Vereine zu Hamburg), 독일 환경·자연보호연맹(BUND), 조류보호독일연맹(DBV), 함부르크자연보호단체(die Naturwacht Hamburg), 조류수렵금지위원회(das Komitee gegen den Vogelmord), 독일산림보호단체(SDW).

85) 함부르크주(755Km²)도 독일에서 베를린(883Km²)보다도 좁은 면적의 주이므로 단체소송이 적용될 자연보호구역자체가 매우 협소하다.

86) 자연보호구역내의 모래해변(Wattenmeer)에 석유시추를 허용한 결정에 대하여, 낚시꾼단체가 제기한 제1심에서는 이유가 없다고 원고청구가 기각되었으나 제2심에서는 피고인 석유회사가 자발적으로 시추작업을 포기하여 소송은 본안종료(Erledigung) 되었다; Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.76-77.

87) Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.76.

(Subsidiaritätsklausel)을 추가⁸⁸⁾⁸⁹⁾하였다.

베를린에서 승인된 단체는 1988년 6월까지 8개⁹⁰⁾가 있고 1990년까지 제기된 소송은 3건에 불과하다. 그 중 한건인 침전물쓰레기처리장사건은 자연보호단체의 소제기로 화해를 이끌어내어 결국은 사업계획을 포기하도록 하는데 성공하였으나, 나머지 두건은 補充性的의 原則을 충족시키지 못하여 자연보호단체는 소송의 목적을 달성하지 못하였다.

4.2.5. 자아르란트주 자연보호법

앞의 네개의 州보다 늦게 개정된 자아르란트주 자연보호법은 앞의 州들에서 애매했던 규정들을 보다 정리된 형태로 규정하고 있다. 그러므로 이는 그때까지의 여러 주의 단체소송규정의 운영을 참조하여 종합한 것이라는 의의가 있다.⁹¹⁾ 앞서 본 프랑크푸르트 공항의 활주로 사건에서 헤센주의 법원은 행정청이 연방자연보호법을 회피하여 도로법상의 계획허가와 하천법상의 결정을 한 것을 인정한 판결에 대하여 자아르란트주 자연보호법 제33조b 제3항에서는 이와 같이 단체소송을 회피하려는 편법의 효력을 배제하는 규정을 두었다.

승인을 받은 단체는 5개⁹²⁾이며 1987년 개정후 3년동안에 한건의 단체소송도 제기되지 않

88) Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege von Berlin, vom 30. 1. 1979, §39a Abs.2 Nr.3.

89) 이 보충성의 원칙과 관련된 사건에서 베를린 고등행정법원(DVG Berlin; 2심)은 이 원칙은 법적 안정성을 해치고 법치국가원리에 위배된다고 선언함으로써 무효라고 판시하였다(OVG Berlin, Urteil vom 17. 1. 1986 - OVG 2B 1485 -, DÖV 1986, S.388; NVwZ 1986, 318). 그러나 연방행정법원(BVerwG)에서는 이 원칙이 제소기간의 도과와 같은 사항에 대하여 행정절차에서 행정기관이 최종적으로 결정함으로써 단체에게 제소권이 있느냐를 결정하는 것이므로 헌법에 합치된다고 판시하였다(BVerwG, NVwZ 1988, S.526, 528f).

90) 독일 환경·자연보호연맹(BUND), 독일 파충류학 및 陸生動物學 團體(DGHT), 조류보호독일연맹(DBV), 독일산림보호단체(SDW), 베를린수렵단체(der Landesjagdverband Berlin), 베를린자연보호직장단체(die Berliner Landesarbeitsgemeinschaft Naturschutz), 자연보호조류연맹(Vogelbund Naturschutz), 수목보호단체(die Baumschutzgemeinschaft).

91) 이 자아르란트주 자연보호법 제33조b를 상술하면 다음과 같다.

제1항 연방자연보호법 제29조 제2항에 의하여 승인된 단체는 行政行爲, 行政行爲의 拒否 또는 不作爲가, 연방자연보호법과 자아르란트자연보호법 및 자아르란트자연보호법에 의한 법규명령이나 다른 법규명령을 위반하는 경우에는 자기의 권리가 침해되었음을 주장할 필요도 없이 행정법원법의 절차에 따라 권리구제를 청구할 수 있다.

제2항 전항의 권리구제는 다음 각 호에 해당하는 경우에만 허용된다.

1. 단체가 연방자연보호법 제29조 제1항 제1문 제3호와 제4호에 의하여 參加權이 인정된 단체일 것.
2. 행정행위나 행정행위의 거부 또는 부작위가 團體의 定款上的의 業務範圍와 關聯性을 갖는 (berühren) 것.
3. 행정행위가 發令(Erlass; 결정)되었거나 다른 행정행위를 發令할 방법이 없었을 경우.
4. 행정행위의 發令, 거부 또는 부작위가 행정법원법상의 소송절차에 근거한 재판에 의하지 않은 경우.

제3항 앞의 제1항과 제2항은 연방자연보호법 제29조 제1항 제1문 제3호와 제4호에 열거된 행정행위와 달리, 승인된 단체의 參加가 法的으로 保障되지 않는 행정행위로 不當하게 代替된 경우에도 有效하다.

92) 독일 환경·자연보호연맹(BUND), 조류보호독일연맹(DBV), 자아르란트 산림보호단체(Saarwald-Verein), 원예단체(der Verband der Gartenbauvereine), 독일산림보호단체(SDW); 자아르란트주 수렵가단체(der Vereinigung der jäger Saarlands)는 연방자연보호법 제

았다. 독일 환경·자연보호연맹의 분석에 따르면 대규모건설프로젝트(der Saarausbau)가 법개정전에 마무리되었으며 법개정후 성공가능성이 희박한 嚴格한 法律上的 要件때문에 소송 제기의 誘因이 부족하였다고⁹³⁾ 평가된다.

4.2.6. 구동독주들의 자연보호법

구동독지역의 5개주 가운데 브란덴부르크주(자연보호법 제65조), 작센주(자연보호법 제58조), 작센-안할트 주(자연보호법 제52조), 튀링겐 주(잠정법인 튀링겐 자연보호법 제46조)의 4개주가 단체소송을 도입하고 있는 점이 주목할 만하다.

특히 그 중에서도 브란덴부르크주와 작센주는 자연보호단체에 소권을 인정하는 단체소송을 이미 기본법의 수준으로 보장하는 두드러진 특징을 보이고 있다. 이러한 입법들은 그 지역의 정치적 상황을 반영하는 것이기도 하고 동시에 구동독지역의 환경문제가 구정권의 환경정책을 따른 결과 심각한 상황에 이르렀다는 것을 반영하는 것이기도 하다.⁹⁴⁾ 그리고 브란덴부르크주, 작센주, 튀링겐 주의 자연보호법도 자아르란트주의 자연보호법과 같이 단체소송을 회피하려는 행정청의 편법의 효력을 배제하는 규정을 두고 있다.

4.2.7. 평가

각주의 자연보호법상의 단체소송에 대하여 노이마이어(Neumeyer)는 “브레멘주의 단체소송의 운영은 합격점에 도달하는데 반하여 헤센주는 이에 미치지 못한다”고 평가한다.⁹⁵⁾ 그러나 헤센주의 경우 판례가 입법자가 의도한 기준을 엄격히 해석하여 제도의 적용범위가 좁아진 면은 있으나 단체소송의 허용요건을 충족한 사건들은 평균정도 이상으로 승소를 하였다.⁹⁶⁾ 이는 헤센주에서 단체소송이 객관적 규범통제의 제도로 발전하였다는 것을 의미한다⁹⁷⁾고 해석할 수 있다.

그러나 만일 이러한 단체소송이 법관 측이 단체소송을 좋게 생각하지 않는 일시적인 성향때문에 허용되지 않는다면, 이러한 식의 단체소송은 자연보호에서 권리실현의 곤란을 통제하기 위한 제도라기보다는 오히려 부담을 주는 해악(Übel)이 될 수도 있다.⁹⁸⁾ 이 경우에 자연보호법을 준수하도록 하는 통제가 불가능하게 된 것은 단체소송법의 문제가 아니라 법원의 자세의 문제라고 할 것이다. 그러므로 단체소송은 결국 법정정책적인 성격이 강한 것으로서 이를 실제로 운영하는 법원 또는 법관의 태도가 매우 중요한 영향을 미친다는 것을 알 수 있다.

29조가 국가로부터 독립된 시민단체를 요건으로 하고 단체에 가입하는 것이 개방되어 있을 것을 승인의 요건으로 하는데 공법상의 단체(Körperschaft des öffentlichrechts)이고 가입이 개방되어 있지 않다고 하여 승인을 받지 못하였다(OVG Saarlouis, NVwZ 1986, 320).

93) Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.81.

94) 上原敏夫, *ドイツの團體訴訟制度の動向*, 一橋論叢 第117卷 第1号, 1997, 8面.

95) Dieter Neumeyer, *Erfahrungen mit der Verbandsklage aus der Sicht der Verwaltungsgerichte*, UPR, 1987, S.330; Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, 82면에서 재인용.

96) 종결되었거나 제1심에서 판결이 내려진 20건 중 7건이 승소를 하였으며 3건은 분안종료(Erledigung) 되었거나 당사자간의 화해가 성립되었다; Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.82.

97) Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *a.a.O.*, S.82.

98) *A.a.O.*, S.82.

4.3. 행정법상의 集團節次(Massenverfahren)

1) 1991년 개정된 독일행정법원법(4. VwGOÄndG)은 집단적 분쟁의 해결을 위한 또 하나의 방법으로 절차를 개선하고 촉진하며 당사자가 여러 명인 경우에 부담을 경감시키기 위하여 集團節次(Massenverfahren)를 規定을 두었다.⁹⁹⁾ 이 절차에서는 소송당사자수 50인 또는 20인이 중요한 기준이 된다. 즉, 개정전의 법 제56조의 송달(Zustellung) 다음에 제56조 a를 신설하여 제목을 公告(Öffentliche Bekanntmachung)라고 붙이고 50명 이상의 사람에게 동일한 내용을 告知하여야 하는 경우에는 법원이 個別的으로 送達하지 않고 일정기간 公告를 命함(Anordnung)으로서 告知(Bekanntgabe)의 효과가 발생한다고 규정한다.¹⁰⁰⁾ 법원은 언제나 이를 취소할 수 있으며 50명에 달하지 못한 경우나 못하게 된 경우에는 반드시 취소하여야 한다.¹⁰¹⁾

2) 다음으로 행정법원법 제65조 제3항 소환관련규정은 종래 소환(Beiladung¹⁰²⁾: 참가, 직권고지)을 규정하던 65조의 제3항을 4항으로 하고 새로이 제3항을 신설하여, 50인 이상이 소환과 관련이 되어 있는 경우에 법원이 일정한 기간 내에 申請한 자만을 소환한다고 決定하여 연방공보에 公高할 수 있게 하고 이 결정에 대해서는 다툴 수 없도록 하였다. 결정은 어떠한 소송이 계속중인지 본안의 상황이 어떠한지 왜 소환이 반드시 필요한지와 같은 내용을 인식할 수 있도록 행해져야 한다.¹⁰³⁾ 이 결정에 대하여 不服을 申請할 수 없다.

연방공보에 公高를 한 후에 최소한 3월의 신청기간을 주어야 하며 기간은 결정으로 정하여야 한다. 소송행위의 추완은 명문으로 인정된다.¹⁰⁴⁾ 또한 법원은 특별한 기준(in besonderen Maße)으로 당사자의 신청이 없는 경우에도 소환을 명할 수가 있다. 이 특별한 기준은 특별한 것을 요구하는 것은 아니고 각각의 경우에 소환이 필수적이며 법원이 그렇게 요구할 정도로 특별히 예견되는 경우를 말한다.¹⁰⁵⁾

이 조항은 소송법상으로 중요한 의미를 가진다.¹⁰⁶⁾ 이는 失權附 擬制的·必要的 소환(präkludierende, fiktive notwendige Beiladung)을 규정한 것이다.¹⁰⁷⁾ 이 결정은 모든 절차와 절차의 전기간을 걸쳐서 허용이 되며 가압류, 가처분과 같은 임시로 권리를 보호하기 위한 절차에도 적용된다.

3) 행정법원법 제121조의 既判力(Rechtskraft)에 관한 규정 제2호에 제65조 제3항과 같이 소환신청을 하지 않거나 기간 내에 출두하지 않은 자에게도 기판력이 미친다는 규정을 두고 있다.¹⁰⁸⁾ 이를 既判力の 擬制(Fiktion)라고 한다.

99) Passau Ferdinand Kopp, *Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1. 1. 1991*, NJW 1991, S. 523-524; 金鐵容, “集團訴訟立法化의 問題點 - 行政爭訟을 中心으로 -”, ‘集團訴訟法理’(法務資料 第149집), 1991, 41-43면.

100) Passau Ferdinand Kopp, *a.a.O.*, S. 523.

101) VwGO § 56a Abs. 1 Satz 6.

102) 소환(Beiladung)의 목적은 원고도 피고도 아닌 제3자인 참가자(Beteiligte)을 소송에 끌어들이 참가하게 하는 것이다. 이 결정은 합목적적이어야 하며 반드시 지속적 효력을 가져야 한다; Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 11. Aufl., Stuttgart; Berlin; Köln : Kohlhammer, 1994, S.359.

103) Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, *a.a.O.*, S.370.

104) VwGO § 65 Abs. 3 Satz 7.

105) Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, *a.a.O.*, S.371.

106) *A.a.O.*, S.369.

107) *A.a.O.*, S.360.

4) 대리인과 보좌인을 규정하는 제67조 다음에 제67조a를 신설하여 이해를 같이 하는 20인 이상¹⁰⁹⁾의 자가 1개의 法律上爭訟에 소송대리인이 없이 參加한 경우에 법원은 결정(Beschluß)으로 적당한 기간 내에 共通된 訴訟代理人(Gemeinsamer Bevollmächtigter)의 선임을 명할 수 있다. 이 기간 내에도 참가인이 共通된 訴訟代理人을 선임하지 아니할 경우에는 법원이 辯護士를 소송대리인으로 임명할 수 있다.¹¹⁰⁾ 그러나 20인 이상의 이해를 같이 하는 이해관계인은 이론적으로는 가능하나 실제로는 생기기 어렵다. 다수의 사람이 완전히 이해관계를 같이 하는 경우는 좀처럼 생기지 않기 때문이다. 그리고 변호사도 당사자들과 이해관계가 상충되면 최소한 그 부분에 한해서 만이라도 위임관계를 종료해야 된다.¹¹¹⁾

共通된 訴訟代理人이 임명되면 당사자들은 변론능력(Postulationsfähigkeit)을 상실하여 소송행위는 대리인들을 통하여서만 행할 수가 있다. 그 결과 변호사강제주의가 적용되게 된다. 법원의 결정으로 선임된 변호사에게는 연방변호사법(BRAO)과 연방변호사보수규제법(BRAGO) 제115조가 적용된다. 따라서 그는 체당금(Vorschuß)의 지급을 요청해서는 안되며 대리관계가 종료되고 나서도 비용의 지급이 지연되면 연방변호사보수규제법(BRAGO) 제36조a에 의거하여 州의 基金(Landeskasse)에서 지급을 받을 수 있다. 이러한 소송이 한 심급에서만 수년씩 걸린다는 점을 감안하면 소송이 종료되고 나서 보수를 받을 수 있다는 보수규정은 실효성과 현실성이 없어 보인다.¹¹²⁾¹¹³⁾ 법원의 결정(Beschluß)에 대해서는 불복할 수 없다. 그러나 이러한 결정은 당해심급에 한하며¹¹⁴⁾ 항소심에 올라가게 되면 처음부터 새로이 검토할 수 있다. 그리고 제67조a에 의하여 내려진 판결은 아직 발견되지 않는다.¹¹⁵⁾

5) 1991년 법은 종래 행정법원법 제93조 다음에 제93조a로 模範節次(Musterverfahren)¹¹⁶⁾를 신설하였다. 이는 행정청의 처분의 적법(Rechtmäßigkeit) 여부가 50개 이상의 절차의 대상인 경우에 1개 또는 적당한 몇 개의 절차인 模範節次를 우선 진행시키면서 다른 절차를 중지시킬 수 있게 한 것이다. 이 과정에서 참가인을 우선 심문할 수 있고 앞에서의 다른 集團節次와 마찬가지로 이 결정에 대하여 당사자는 다룰 수 없고, 법원도 이 결정에 구속된다.¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾

모범절차의 판결이 확정되면 법원은 이해관계인의 의견을 청취한 후에 이견이 없으면 중지된 다른 사안들에 대하여도 이미 확정된 모범절차와 본질적인 차이가 없다는 이유로 사안이 종국적으로 해결되었다고 선언할 수 있다. 이 절차는 모든 종류의 소송절차와 관련이 되어 50

108) Passau Ferdinand Kopp, *a.a.O.*, S. 523.

109) 1996년 11월 1일에 50인에서 20인으로 하향 조정되었다; Schönfelder 발간 VwGO 600, S.20; BGBI. I S. 1626.

110) Passau Ferdinand Kopp, *a.a.O.*, S. 523.

111) Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, *a.a.O.*, S.387.

112) Passau Ferdinand Kopp, Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1. 1. 1991, NJW 1991, S. 524.

113) *A.a.O.*, S.389.

114) *A.a.O.*, S.389.

115) Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, *a.a.O.*, S.371.

116) 여기에서 모범은 여러 개 중의 하나를 택하여 이로서 판단한다는 견본·표본(sample)이라는 의미이다.

117) Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, *a.a.O.*, S.537.

118) 이 방법은 5천여 명의 원고가 München의 Erding 신공항 건설을 둘러싼 건설계획확정결정(Planfeststellungsbeschluss)과 관련된 소송사건에서 모범판결(Musterurteile)을 한 경험을 근거로 규정한 것이다(BVerfGE, 54, 39; NJW 1980, 1511).

개 이상의 중복된 절차가 본안에 관한 것이거나 臨時救濟(vorläufiger Rechtsschutz)¹¹⁹⁾에 관한 것이어도 된다.

법원은 재량으로 먼저 진행할 하나 또는 여러 개의 절차를 선택하여야 한다. 모범소송은 계속중인 이의청구절차를 중단시킨다는 합의하에 행해지기도 하고, 시험절차(Testverfahren)의 결과에 따라 또는 합의의 내용에 따라 종결되기도 한다. 이 합의는 합의의 통지가 어렵거나 다른 소송절차가 모범소송보다 유리한 경우에는 성사되기 어렵다.¹²⁰⁾ 법원은 합의사항과 모범절차를 행한다는 사실 및 모범절차에 특별히 따르는 책임을 통지해야 한다. 법원은 계속중인 소송절차가 사실적으로나 법적으로 "중요한(wesentlich)"¹²¹⁾ 특성을 가지고 있는지의 여부를 심사하여야 하고 이 단계에서 이해관계인이 聽聞할 수 있도록 하여야 한다.

모범절차에 대한 판결은 중지되어 있던 나머지의 사안에도 기판력이 미친다(anknüpften). 여러 개의 시험절차(Testverfahren)도 가능하다. 또한 중지된 절차가 각각 다른 심급에 있는 경우에는 최고 심급에서 종국적인 판결을 함으로써 이들이 모두 종결되게 된다는데 중요한 의미가 있다.¹²²⁾

5. 결 어

독일에서의 團體訴訟에 관한 논의는 우리 나라에서도 매우 중요한 의의를 갖는다. 단지 우리의 법체계가 독일법계에 속한다는 점에서가 아니라 양국 모두 '단체 또는 전체를 중요시하는 경향'이 상당히 강하다는 점에서 그러하다. 그리고 少額多數의 集團的 被害가 빈발하는 현대산업사회에서 집단소송 또는 단체소송에 관한 논의는 어느 나라에서나 필연적으로 발생할 수밖에 없다는 사실에서도 그러하다.

실제 우리 나라에서도 근래에 들어서는 油類에 의한 大規模의 海洋汚染, 製造物責任訴訟, 醫療過誤訴訟, 고엽제와 관련된 소송 등에서 다수의 피해자를 둘러싸고 기존의 소송방식만으로는 적지 않은 문제점이 발생하고 있다. 이에 법무부에서는 '미국집단소송의 발전', '다수당사자소송 연구', '독일단체소송에 관한 연구', '집단소송의 법리'와 같은 자료를 발간하면서 근 10여 년에 걸친 자료수집을 토대로 1996년 6월에 집단소송법시안을 마련하였다.

이 시안은 독일의 단체소송제도를 많이 참조하고 있다. 특히 소송을 제기할 수 있는 단체에 관하여 소비자보호단체, 환경단체, 기타 공익을 추구하는 법인으로 한 것과 이 단체들의 활동 범위와 인적 구성에 대하여 상당부분을 그대로 적용하고 있다.

그러나 독일의 경우 상술한 바와 같이 적용이 엄격하여 그리 활발하게 이용되지 못하는 문제점이 있다. 더욱이 우리 나라에서 활동하고 있는 단체들이 재정상태와 활동실적이 독일의 경우보다 좋지 못하다는 현실을 감안하면 활성화를 위한 여러 가지의 장치가 필요하다. 물론 이를 위하여 우리 나라의 시안 제15조에서는 訴訟費用을 國庫金으로 替當할 수 있다는 획기적 규정을 두고 있기는 하지만 이것만으로 집단소송이 활성화를 기대하기는 어렵다. 그러므로 공

119) Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, *a.a.O.*, S.536.

120) *A.a.O.*, S.536.

121) "중요한" 것에는 기판력 있는 판결의 근거가 되는 법적으로 중요한 모든 것들이 포함된다; Konrad Redeker, *a.a.O.*, S.537.

122) *A.a.O.*, S.537; 이는 우리 나라의 일부청구이론이 확장된 형태라고 볼 수도 있고 일본의 Pick-송도 이와 유사하다.

익적 성격이 인정되는 단체소송은 원칙적으로 訴訟費用을 國庫金으로 替當하는 방안을 마련할 필요가 있다. 이 점은 독일에서 團體訴訟이 단체의 자금난으로 인하여 이용이 잘 되지 않는 상황을 고려하면 더욱 필요한 것이다.

그외 독일의 단체소송중에 환경보호단체에게 原告適格을 인정하는 것이나 행정법상의 단체소송도 포괄하여 다루는 자세는 우리에게 여러 가지 시사하는 점이 크다. 특히 현재 우리나라의 판례는 단체소송에 대하여 허용을 하지 않으려는 경향이 강한데 이를 적극적으로 보완하는데 독일의 입법과 사법의 경험이 많은 도움이 될 수 있을 것이다. 남용을 우려하여 지나치게 소극적으로 허용하였던 데 대해서는 비판적으로 접근할 필요가 있고 자연보호단체에 대하여 原告適格을 인정하는 주법의 태도에 대하여서는 적극적으로 평가할 필요가 있다.

그러나 중국적으로 이러한 모든 논의의 기본은 단체소송이 일대일당사자의 민사소송구조에서 자연적으로 발현되는 것이 아니라 현대사회의 대규모 집단적 피해를 규율하기 위하여 불가피하게 대두하게 된 것이라는 인식이다.

참고문헌

- (1) 金南辰, 公益訴訟으로서의 多數當事者訴訟, 多數當事者訴訟研究(法務資料 第90輯), 1987.
- (2) 金鐵容, “集團訴訟立法化의 問題點 - 行政爭訟을 中心으로 -”, ‘集團訴訟의 法理’(法務資料 第149집), 1991.
- (3) 金炫太, 獨逸環境法上の 行政救濟制度, 東亞大學校 博士學位論文, 1994.
- (4) 法務部, 獨逸團體訴訟에 관한 研究(Reinhard Urbanczyk, “Zur Verbandsklage im Zivilprozess”, 1981), 법무자료 제94집, 1987.
- (5) 三ヶ月章, 權利保護の資格と利益, 民事訴訟法講座, 第1卷, 有斐閣, 1960.
- (6) 上原敏夫, ドイツの團體訴訟制度の動向, 一橋論叢 第117卷 第1号, 1997.
- (7) 안법영, 환경오염사고와 위험책임 - 一般條項的 危險責任構成을 위한 法政策的 小考, 환경오염의 법적 구제와 개선책 한림과학원총서 47, 1996.
- (8) 劉南碩, “獨逸 私法上 團體訴訟”, 外國司法研修論集(14) - 裁判資料 第74輯 -, 1996.
- (9) 鄭東潤, 民事訴訟法[第四全訂版], 法文社, 1997.
- (10) 河村好彦, ドイツにおける團體訴訟について, 比較法研究, 比較法學會, 1991.
- (11) Manfred Wolf(井上正三·佐上善和 譯), ドイツ聯邦共和國における團體訴訟(Verbandsklage)の理論(一), 民商法雜誌 80卷 3号, 1979.
- (12) Reinhard Urbanczyk(洪準亨 譯), ‘獨逸團體訴訟에 관한 研究’(法務資料 第94輯), 1987.
- (13) Adolf Baumbach & Wolfgang Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 14. Aufl., 1978.
- (14) Baumbach, Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 12. Aufl., 1978.
- (15) Betterman, *Die Grenzen der Grundrechte*, 2. Aufl., 1976.BT-Drucks. 7/5422.
- (16) Dieter Leipold, *Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Gilles (Hrsg.), *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*, 1983.
- (17) Dieter Neumeyer, *Erfahrungen mit der Verbandsklage aus der Sicht der Verwaltungsgerichte*, UPR, 1987.
- (18) E. Schmidt, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Reihe Alternativkommentare.
- (19) F. Weyreuther, *Verwaltungskontrolle durch Verbände ? - Argument gegen die verwaltungsgerichtliche Verbandsklage im Umwelrecht*(Düsseldorf: Werner, 1975).

- (20)H. Gaul, *Die Erstreckung und Durchbrechung der Urteilstwirkungen nach §§ 19,21 AGBG*, Festschrift für Beitzke, 1979.
- (21)Harald Koch, *Alternativen zum Zweiparteisystem im Zivilprozeß Parteiübergreifende Interessen und objektive Prozeßführungsrechte*, KritV 1989.
- (22)Harald Koch, *Verbraucherprozessrecht :Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes*, Heidelberg : Müller, Jur. Verl., 1990.
- (23)Helmut Heinrichs, Beck'sche Kurz Kommentare Band 7 *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 54. Aufl., 1995.
- (24) Host Diether Hensen, *Ulmer · Brandner · Hensen AGB-Gesetz*, 6. Aufl., 1990.
Johann Bizer, Thomas Ormond & Ulrike Riedel, *Die Verbandsklage im Naturschutzrecht*, Taunusstein: Eberhard Blottner, 1990.
- (25) Manfred Wolf(井上正三 · 佐上善和 譯), ドイツ聯邦共和國における團體訴訟 (Verbandsklage)の理論と實際(一), 民商法雜誌 80卷 3号, 1979.
- (26)Reinhard Urbanczyk(洪準亨 譯), '獨逸團體訴訟에 관한 研究'(法務資料 第94輯), 1987.
- (27)Johann Wilhelm Gerlach, *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1,2, Aufl., 1984.
- (28)Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 11. Aufl., Stuttgart: Berlin: Köln : Kohlhammer, 1994.
- (29)Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interest in Civil Litigation*, in : Walter J. Habscheid, *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmäßige Ordnung - Die Generalberichte zum VII Internationalen Kongreß für Prozeßrecht Würzburg 1983 -* (Bielefeld : Gieseking Verlag, 1983).
- (30)Mitteis-Lieberich, *Deutsches Privatrecht*, 7. Aufl. 1976.
- (31)Passau Ferdinand Kopp, *Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung zum1.1.1991*, NJW 1991.Peter Gilles, *Prozeßrechtliche Probleme von verbraucher Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht*, ZZP 98 (1985).
- (32)Peter Gilles, *Prozeßrechtliche Problems von verbraucherpolitischer Bedeutung*, ZZP 98, 1985.
- (33)Peter Reinel, *Die Verbandsklage nach dem AGBG*, 1979.
- (34)Walter Hadding, *Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts*, JZ 1970.
- (35)Walter Lindacher, *Zur »Sonderprozessnatur« der lauterkeitsrechtlichen Verbands-und Konkurrentenklage sowie der Verbandsklage nach demGB-Gesetz*, ZZP 103.
- (36)Wassilios Skouris, *Landesrechtliche Einführung der Verbandsklage*, NVwz, 1982.
- (37)Werner Kessler, Haver & Mailänder, *Consumer Protection under German Unfair Competition Law, Consumer Protection 2000: Public Interest and Corporate Priorities in the 1990s* (Deventer, Netherlands : Kluber Law and Taxation Publishers, 1994).
- (38)Wolfgang Marotzke, *Rechtsnatur und Streitgegenstand der Unterlassungsklage*, aus § 13 UWG, ZZP 98.