

악의적 소송에 관한 경제학적 분석: 한국의 민사소송법을 중심으로*

김일중** · 김재홍***

본고는 한국 민사소송법제를 대상으로 하여 ‘악의적 소송’ 발생의 문제를 다각적으로 평가하며 정책시사점을 제시한다. 우선 ‘승소확률이 매우 낮고 소익이 없다’는 사실을 소송당사자들이 ‘잘 알면서도’ 제소되는 ‘악의적 소송’, 즉 ‘완전정보하의 남소(frivolous suits: FS)’를 설명한 해외의 이론모형들 및 저자들의 기존 이론분석 결과를 함께 정리해 본다. 남소에 관한 연구가 아직 희소한 국내 상황에서, 이는 어디까지나 한국의 민사소송법 중 ‘악의적 소송’과 직접적 연관성을 갖는 법제들을 이미 축적된 이론들과 밀접히 연계하여 검토해 보려는 본고의 궁극적인 목적을 위함이다. 이론들의 핵심 함의에 근거하여 검토한 결과, 현행 한국 법제는 크게 보아 ‘완전정보하의 FS’가 상대적으로 덜 빈번히 발생하는 방향으로 제정되어 있다는 잠정적 결론을 내릴 수 있다. 이어 단기적으로 국내에서 도입가능한 몇 가지 유익한 정책들을 제안한다. 마지막으로, 한국 법제로의 반영에 다소 시간이 소요되더라도 이러한 FS 억제에 매우 효과적일 것으로 기대되는 실험적인 억제방식도 간략히 소개한다.

핵심주제어: 한국 민사소송법, 변론준비절차, 본안재판, 악의적 소송, 남소, 법정 제학

경제학문헌목록 주제분류: K13, K41

* 본 연구의 초기단계부터 귀중한 조언과 자문을 주신 대법원 권순일 판사님, 중앙대학교 법학전문대학원 이규호 교수님, 서울대학교 법학전문대학원 윤진수 교수님께 감사드린다. 건설적 논평을 해 주신 익명의 심사자분들께 사의를 표한다. 연구를 성실히 도와준 김진호·김현석 군에게도 고마움을 전한다. 본고는 산학협동재단의 지원으로 수행된 연구결과이다.

** 성균관대학교 경제학과 교수(교신저자), 전화: (02) 760-0488, E-mail: ijkim@skku.edu

*** 한동대학교 경영경제학부 교수(공동저자), 전화: (054) 260-1401, E-mail: jhong@handong.edu

논문투고일: 2009. 6. 8 수정일: 2009. 9. 22 게재확정일: 2009. 9. 30

I. 서 론

‘승소확률이 0에 가까운데도 불구하고’ 단순히 피고로부터의 합의금만을 겨냥하여 제기한 소송을 ‘濫訴(frivolous suit)’라고 부른다. 남소들이 만연하면 언젠가라도 그 잠재적 피해자(피고)가 될 수 있는 경제주체들이 입게 될 피해는 확연하다. 가령 그 잠재적 피고가 기업인 경우, 생산·마케팅·자금조달 활동 등은 심각하게 위축될 수 있다. 궁극적으로는 그러한 기업들의 피해가 소비자에게까지 그 파급효과를 미칠 것이다. 주지하듯 이러한 남소가 방치될 경우, 정당한 ‘權利救濟의 場’이 되어야 할 법원이 단순히 ‘富의 移轉을 위한 泥田鬪狗의 場’으로 바뀌게 된다.

세계적 베스트셀러 작가인 John Grisham의 법정소설 *The King of Torts*가 현실감 있게 보여 주었듯이, 미국과 같은 국가에서는 이미 이러한 남소 부작용이 매우 심각하게 인식되고 있다. 소비자의 정당한 권리구제를 목적으로 사용되어야 할 손해배상소송이 전문 ‘꾼’들에 의해 기업들을 위협하여 때론 막대한 수준의 합의금을 절취하는 매우 효과적이자 일탈적인 도구로 전락하고 있다는 점을 적나라하게 묘사하고 있다.

그런데 이러한 ‘남소우려론’이 한국 사회에서도 제기되고 있다.¹⁾ 물론 (특히, 기업대상 소송의 경우) 소비자주권에 대한 인식이 예전과 달리 강해지고 한국인의 전통적인 소송기피 성향이 줄어든 것도 일차적으로 제소증가를 불러 온 주요 원인이며, 이는 일면 바람직스런 현상이다. 반면 법률서비스시장으로의 접근성이 점차 용이해지고, 대량생산과 매스미디어의 혁신이라는 추세 속에서 제소를 당한다는 사실 자체가 해당 사업체에 막대한 타격을 줄 수 있다는 점 등을 악용하려는 유인 또한 남소의 주요 원인임에 틀림없다.²⁾ 더불어 2005년 초 시행되기 시작한 증권관련 집단소송법이, 아직 구체적으로 가시화되지는 않았으나 남소의 확산에 일조할 것이라는 주장도 국내 일각에서 꾸준히 제기되고

1) 이러한 우려는 최근 엄청난 숫자의 민사소송건수와 연관되어지는 경향이 크다. 물론 현재 늘어난 소송이 남소의 결과인지에 관해서는 계속적인 검증이 필요하지만(김두열, 2007), 본고에서 논의될 성격의 남소가 야기할 사회적 비용은 명백해 보인다.

2) 이러한 부정적 유인을 가리키는 다양한 용어들이 존재하지만, 대표적으로 Hamburg대학의 Schaefer 교수는 2000년 자신의 논문에서, (통상적인 변호사비용은 차치하고서라도) 기업의 ‘평판자산(reputational asset)’을 불모로 삼고, 경영차질로 야기되는 ‘(경영)분란의 내부 비용(internal cost of diversification)’을 기업에 부과하려는 경제적 유인이라고 표현한 바 있다.

있다.³⁾

남소의 가능성과 그 부작용은 언론, 학계, 법조계 일각에서 인지되고는 있으나, 남소발생의 원인들과 그에 대한 확실한 억제책은 아직 한국 사회에서 뚜렷이 제시되지 못하였다는 문제인식으로부터 본고를 시작하게 되었다. 그러한 제시작업 부재의 근본이유 중 하나는 남소라는 현상 역시 철저한 경제유인에 따라 발생하는 ‘체계적 경제행위’로 분석하기보다는, (함축하여 표현하면) 단순히 ‘일부의 일탈적 행위’로 치부하는 경향이 강하기 때문이다.

본고는 다음의 두 가지 목적을 갖고 있다. 첫째, 한국의 현행 ‘민사소송법’을 대상으로, 특별히 ‘당사자 모두 남소임을 뻔히 알면서’ 제소되는 ‘악의적 소송’ (또는 ‘완전정보하의 남소’) 문제에 관하여 경제분석을 수행하고자 한다. 구체적으로 한국 민사소송법제에 남소의 위험이 얼마나 내재되어 있는가를 검토한다. 둘째, 이상의 경제분석을 바탕으로 남소를 억제하기 위한 정책제안을 한다. 우선 가장 확실하고 신속히 도입할 수 있는 정책부터 제안한 후, 한국 법제로의 도입에 다소 시간이 소요되더라도 악의적 소송억제에 매우 효과적일 것으로 파악되는 정책제안도 소개한다.

이상의 목적을 위하여 본고는 다음 순서로 구성된다. 제Ⅱ절에서는 남소에 관한 해외학자들의 대표적 이론들에 저자들의 기존 분석결과를 추가하여 함께 재정리해 본다. 언뜻 보면 좀처럼 이해하기 힘든 이 ‘악의적 소송’에 관한 (국내 학계에 상대적으로 잘 알려지지 않은 것으로 사료되는) 관련 개념과 기존 연구 결과들을 정확히 이해함으로써 한국의 법제평가를 더욱 효율적으로 수행하기 위함이다. 제Ⅲ절에서는 한국의 민사소송법을 남소발생 위험성의 측면에서 개관한다. 이는 아마도 국내 최초로 이루어지는 작업일 것으로 판단되는 바, 전체 법조문들을 세부적으로 섭렵하기보다는 제Ⅱ절에서 제시된 핵심 이론적 함의들과 직접적인 연관성을 갖는 법제들을 중심으로 면밀히 점검하여 후속 절에서 이루어질 논의의 토대를 마련하고자 한다. 특별히 남소에 관한 기존의 경제분석은 대개 모두 ‘순서(sequence)’에 의존하는 이론모형이었다는 점을 반영하여, 저자들도 이른바 소송의 진행절차에 초점을 맞추어 관련 한국 민사소송법을 검토할 것이다. 제Ⅳ절에서는 앞 두 절의 이론 및 민사소송법제를 접목시키는 작업을 본격적으로 수행한다. 즉, 남소의 발생 및 그 억제 가능성이라는 차원에서

3) 새로이 도입된 이 미국식 집단소송제도는 그 명칭상 일면 흡사하게 생각되는 기존의 다수 원고관련 소송제도들과 다르다(정동윤·함영주, 2004, pp. 41~42; 이규호, 2001, pp. 70~75). 집단소송법의 도입과 관련하여 제기된 찬반논쟁과 그 효율적 운용을 위한 기본원칙에 관해서는 김일중(2006)을 참조할 수 있다.

한국 법제를 경제학적으로 평가해 본다. 이 평가결과를 바탕으로 남소 억제력을 제고하기 위하여 비교적 단기적으로 도입가능한 정책들을 제안하고자 한다. 제V절에서는 역시 이 주제의 탐구가 국내학계에서 아직 활성화되지 않았다는 상황을 감안하여 저자들의 실험적 연구결과를 한국적 상황에 비추어 간략히 소개한다. 구체적으로, 먼저 해외학자들에 의해 제시된 주요 남소억제책들을 평가한 후 그 단점을 보완할 수 있는 한 가지 대체방식으로써 설명해 본다. 마지막으로, 제VI절에서 논의를 정리하며 『사법연감』이나 법원의 판결문데이터베이스 등을 활용하여 바로 앞 절의 방식과 같은 보다 장기적 남소억제정책들의 개발을 위한 후속연구도 제시해 본다.

II. ‘완전정보하의 남소’현상에 관한 기존 이론

1. 남소의 정의

본고에서 집중적으로 분석하고자 하는 남소의 유형은 소송당사자들이 상호 뻔히 아는 ‘터무니없는 소송의 위협’이다. 저자들이 아는 한, 남소에 관한 경제학적 연구가 국내에서 전반적으로 희소하였으므로 제III절 및 제IV절에서 한국 법제를 평가하기 이전 먼저 주요 용어들을 잠시 정리한다.

첫째, 원고의 기대이익이 양(+인 경우를 ‘PEV(positive expected value)소송’, 그와 반대로 원고의 기대이익이 음(-인 경우를 ‘NEV(negative expected value)소송’이라고 한다. 본고의 대상이 되는 ‘NEV소송’은 해당 소송이 ‘본안재판(trial)’의⁴⁾ 최종판결까지 갈 것이라고 전제했을 때, 제소(filing)시점에서 원고가 기대하는 본안재판의 기대이익이 음(-인 소송을 의미한다. 여기서의 기대이익은 원고가 기대하는 법원의 손해배상 최종선고액에서 본안재판비용을 뺀 액수이다.

4) 미국의 민사소송절차는 소위 ‘filing→discovery→pre-trial stage→trial→judgement’의 순서로 진행된다. 여기서 ‘trial’의 번역에 대해서는 국내에서도 논란의 여지가 있어 왔다. 일반적인 개념으로서, 판결에 이르기 위하여 사건에 대한 본격적인 심리를 진행하는 (가칭) ‘정식재판’의 의미를 갖는다. 후술되듯 한국의 민사소송법제상, ‘trial’은 (변론준비절차를 마친 후) 집중증거조사를 하는 ‘변론단계’에 가장 가깝다. (또한 한국에서는 사법연감의 분류상 조정 등 비소송적 사건들에 대비한 개념으로서 ‘본안사건’이라는 용어를 사용하기도 한다.) 그럼에도 불구하고 본고에서는 특히 외국문헌과의 조화를 꾀하려는 서술편의상 ‘본안재판’이라는 용어를 사용한다. 이상을 지적해 주신 대법원의 권순일 판사께 감사드린다.

둘째, 위 'NEV소송 중 원고의 승소확률이 매우 낮은 (혹은 0에 가까운) 경우'를 남소(frivolous suit, 이하 간략히 FS)라고 정의한다. 물론 PEV소송이더라도 원고의 승소확률이 매우 작아 소송의도를 의심하게 되는 경우도 존재한다. 그러나 이 경우는 최소한 PEV소송이란 점에서 제3자가 이를 '사회적으로 바람직하지 못한' 소송이라고 단정지을 수는 없다. 따라서 상대적으로 소송의 불순한 동기가 분명한 'NEV소송이면서 동시에 원고승소확률이 매우 낮은 소송'만을 남소로 정의하는 것이다.

셋째, 한편 비록 NEV소송이지만 원고의 승소확률이 높은 경우는 사회적으로 바람직하지 못한 남소가 아님에 주의해야 한다. 원고의 승소확률이 충분히 높지만 기대배상액의 규모가 매우 작거나 혹은 재판비용이 매우 커서 원고의 기대이익이 음(-)이 되는 경우를 '정당한 소송(meritorious suit, 이하 MS라 함)'이라고 부른다. MS는 불순한 동기에 의한 소송도 아니며 사회적으로 억제되어야 할 바람직하지 못한 소송도 아님이 분명하다. 따라서 추후 남소를 억제하는 방법이나 정책을 고려할 때, MS는 억제하지 않으면서 단지 FS만이 억제되도록 신중을 기하는 것이 필요한 것이다.

전통적으로 외국학계의 소송절차에 관한 연구는 거의 대부분 PEV소송에 관한 것이었다. 반면 그 숫자가 그리 많지 않은 남소관련 기존 연구에서는 'NEV소송'을 분석대상으로 한 경우가 대부분이었다. 그러나 위의 정의에서 보듯, 엄밀히 말하면 NEV소송에는 MS도 포함된다. 따라서 본 연구의 주제인 '남소'는 'NEV소송'의 부분집합이다.⁵⁾ 하지만 전술한대로 기존의 연구가 대부분 'NEV소송'을 분석하였으므로, 특별히 구분이 필요한 경우를 제외하고 본고에서는 이 두 용어를 혼용한다.

2. 남소발생에 관한 기존의 이론적 설명

남소가 왜 발생하는가에 대해서 국외에서는 꽤 많은 연구가 진행되어 왔다. 원고와 피고 간의 비대칭정보, 법원 판결의 오류, 피고의 위험회피 성향 등에 초점을 맞춘 기존 연구들은 모두 남소가 발생할 수 있는 다양한 상황들을 찾아 내려는 시도였다고 할 수 있다. 우선 Posner(2007), Cooter and Ulen(2008) 등 대

5) 이미 언급한 것처럼 'NEV소송' 중 승소확률이 충분히 높은 'MS'는 결코 악의적이라 할 수 없다. 예를 들어, 승소확률이 100%이더라도 원고 1인의 피해액이 재판비용에 비하여 상대적으로 작으면 NEV소송이 될 것이다.

표적 법경제학 교과서에서 등장하는 소위 ‘전통적 소송모형(traditional litigation model)’들은⁶⁾ 남소를 다루기에 부적절하다는 인식을 학자들은 갖고 있었던 듯 한데, 그 이유는 전통모형은 전술한 PEV소송을 상정하고 있기 때문이다.⁷⁾ 따라서 연구자들은 다른 이론적 돌파구를 찾으려고 노력해 왔으며, 그 이론연구는 대체로 다음의 두 가지로 구분된다.

그 첫째는 NEV소송을 어떤 식으로든 피고가 PEV소송으로 인지하도록 전환시키는 이론들이었다. 저자들은 이 문헌그룹을 ‘PEV-생성모형’으로 부르고자 한다. PEV-생성모형 그룹에는 우선 대표적으로 ‘비대칭정보(asymmetric information)모형’이 있다. 비대칭정보의 핵심은 원고가 자신의 사적 정보를 이용하여 피고로 하여금 화해를 수용토록 한다는 것이다. 즉, 원고 자신은 해당 소송이 남소임을 알고 있지만, PEV소송일지도 모른다고 우려하는 피고가 본안재판을 회피하고자 화해를 제시하는 균형이 가능하다는 것이다. Png(1983), Bebchuck (1988), Katz(1990), Bone(1997) 등의 모형이 비대칭정보모형에 속한다.⁸⁾

다른 PEV-생성모형은 ‘재판착오(trial error)모형’으로서 Bebchuck and Chang (1996)과 Bone and Evans(2002)가 그 예이다. 법원의 판단에 착오가 존재하면, 비대칭정보가 없는 경우에도 남소의 원고는 소를 제기할 유인을 가질 수 있다. 마지막으로, 소송비용이 전체 소송과정을 통해 매기 일정액씩 나누어 발생한다는 사실에 착안하여 남소발생을 이론적으로 설명한 Bebchuck(1996)의 소위 ‘비용발생의 가분성(divisibility)모형’이 있다.

그럼에도 불구하고 이상의 첫 번째 PEV-생성모형들은 본고에서 다루려는 남소의 핵심을 설명하기에는 다소 미흡하다는 것이 저자들의 판단이다. 즉, 이러한 모형들에서 원고가 피고와 화해를 하는 공통적인 이유는 (실제로는 남소임에도 불구하고) 원고는 해당 소송을 PEV소송으로 인지하기 때문이다. 물론 이러한 모형들도 남소를 설명하는 중요한 업적들임에 틀림없지만, 이미 설명한 것처럼 피고와 원고 모두 해당 소송이 악의적 동기에 의한 남소임을 분명히 알

6) ‘전통적 소송모형’은 후술되는 <그림 3>을 의미하며, 이에 관해서는 제IV절에서 좀더 상세히 설명한다.

7) 현실적으로 NEV소송이 광범위하게 발견되에도 불구하고 소위 ‘완전정보하의 전통적 모형’하에서 NEV소송이 관심을 받지 못한 것은 사실이다. 그 이유는 (후술되는대로 원고가 본안재판 직전 소를 취하할 수 있는 상황을 감안한다면) NEV소송은 어차피 ‘믿을 수 있는 위협(credible threat)’이 되지 못하므로 애초 발생하기 어렵다고 판단하여 PEV소송에 초점을 맞추었기 때문이다(Bebchuck, 1988, p. 438).

8) 한편, 법경제학계에서 이러한 비대칭정보는 소송이라는 사건 자체가 발생하는 중요한 이유로도 설명되어 왔는데, 그 대표적 문헌에 관해서는 김일중·김재홍(2005)을 참조할 수 있다.

고 있는 상황에서 남소가 발생하는 것이 사회적으로 더 심각한 문제일 것이다.

한편, 이론구성의 본질상 전통적 소송모형의 한계를 극복하여 남소현상을 설명한 두 번째 이론은 완전정보를 상정한 Rosenberg and Shavell(1985, 이하 RS모형)로부터 시작하였다. 저자들은 본고의 제목에 표현된 ‘악의적 소송’을 설명하는데 있어서 이 두 번째 이론이 상대적으로 훨씬 더 적절하다는 관찰로부터 다음 소절에서 RS모형을 좀더 자세히 검토한다. 본고에서의 ‘악의적 소송’은 곧 ‘완전정보하의 남소’를 의미한다. RS모형을 집중적으로 검토하기 이전, 저자들이 본고에서 특별히 이 ‘완전정보하의 남소’를 주요 분석대상으로 삼는 이유를 세 가지로 재정리하면 다음과 같다.

첫째, 남소의 문제점에 대하여 가장 빈번하게 지적되는 주장이 “터무니없는 사건으로 제소하지만 피고들은 엄청난 압력 때문에 화해하려고 노력한다”(예: Priest, 1997, pp. 521~526; Fund and Wooster, 2000, p. 10 등)이기 때문이다. 피고는 본안재판으로 가면 자신이 확실히 승소할 것을 알지만 그 이전에 원고와 화해할 수밖에 없다는 주장이 남소우려론에서 가장 빈번히 대두된다. 둘째, 기존의 남소이론들이 이미 충분히 설명하고 있듯이, 완전정보가 전제되지 않는 여러 상황들에서도 원고는 화해를 이끌어낼 수 있다. 하지만 이들 경우는 일면 ‘덜 악의적’ 남소에 속한다고 볼 수 있다. 남소의 성공이 비대칭정보나 법원판결의 착오·부정확성 등에도 기인하므로, 한편으로 이들 상황에서는 남소위협이 실패할 수도 있고, 피고의 억울함이나 파생되는 비효율성도 덜 할 것이기 때문이다. 셋째, (역시 자세히 후술되겠으나) 꽤 오랜 기간 저자들의 문헌조사에 의하면, 특히 ‘완전정보하의 남소’현상에 관한 이론연구가 국외에서도 별로 없다. 악의적 소송에 대한 논의가 남소우려론에서 가장 큰 비중을 차지하면서도, 정작 그에 관한 이론적 설명이 상대적으로 희소하다. 그러나 이를 바꾸어 전향적으로 생각하면, 본 연구의 수행결과가 장기적으로는 국가 간 보편성을 가질 수도 있을 것이다.

3. Rosenberg-Shavell이론(RS모형)의 검토 및 이론확장의 가능성

RS모형은 ‘완전정보하의 남소’를 설명한 최초의 이론이었다.⁹⁾ 이론의 요체

9) 원래 RS모형은 남소가 아니라 (전술한대로 그보다 더 큰 집합인) NEV소송을 분석하였다. 후자의 발생을 설명했다면 당연히 전자도 설명가능하므로 편의상 남소라는 용어와 당분간 혼용한다.

중 하나는 제소 이후 곧바로 피고가 지출해야만 하는 이른바 ‘초기방어비용(early defense cost)’에 있다. 구체적으로, 악의적 소송에 직면한 피고는 초기방어비용을 지불하면서 본안재판을 향해 소송을 계속 진행하는가, 아니면 이 비용을 회피하고자 원고와 화해(settle)하는가의 선택에 직면하게 된다. 한편, 남소를 제기한 원고는 피고가 만약 본안재판으로 가려는 경우 그 직전 소송을 ‘취하(withdraw)’할 수 있다. 이상의 모형설정하에서 저자들은 남소가 발생하고 피고는 원고와 화해를 하는 균형을 보였다.

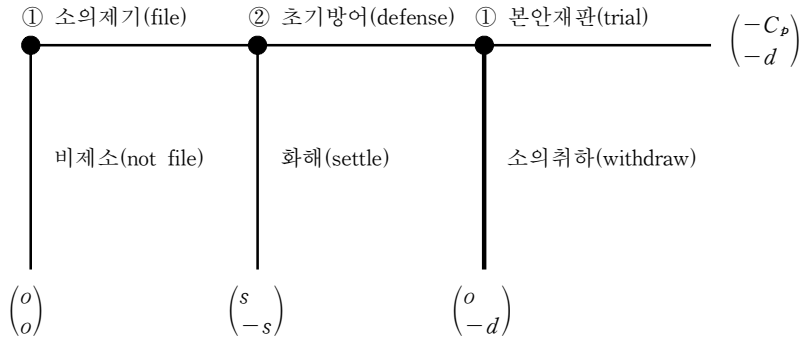
이 연구의 가장 큰 공헌은 (당사자 간) 정보비대칭이나 재판오류 등과 같은 PEV-생성 메커니즘에 의존하지 않은 채, ‘완전정보하의 남소’를 학계 처음으로 설명했다는 데 있다. 그럼에도 불구하고 저자들의 숙고에 의하면 RS모형을 완전정보하의 남소를 설명하는 ‘일반모형’으로 간주하기에는 다소 무리인 듯하다.¹⁰⁾ 그 이유는 제Ⅲ, IV, V절의 논의와도 직결되므로, RS모형을 좀더 상세히 살펴보자.

〈그림 1〉에는 RS모형이 나와 있다. 원래 게임모형보다 조금 단순화되었으나¹¹⁾ 본고의 핵심 논의에는 전혀 영향을 주지 않는다. 주요 변수들의 정의는 다음과 같다: s =화해액, d =피고의 초기방어비용, P =원고의 승소확률, W =본안재판에서의 배상선고액, C_a =피고의 재판비용(RS모형에서는 0이라고 가정), C_p =원고의 재판비용. 전술한대로 RS모형에서는 NEV소송을 분석대상으로 삼았으므로 $PW - C_p < 0$ 을 가정했으나, 여기서는 ‘남소’를 강조하기 위하여 $P=0$ 을 가정한다. 또한 논의의 편의를 위해 인지세 등을 포함하는 제소비용은 없다고 가정한다. 이 가정 역시 논의의 핵심에 전혀 영향을 주지 않는다.

〈그림 1〉을 게임용어로 표현하면 완전정보하의 ‘2인3단계(two-person three-stage)’ 게임이다. 제Ⅲ절에서 보게 되듯, 일면 간단하게 보이는 이 게임설정은 한국의 민사소송절차를 상당 수준 추상화하고 있다. 첫째 단계에서 원고는 제소 또는 비제소를 선택한다. 후자의 경우 게임은 종료된다. 만약 제소를 선택하면, 둘째 단계에서 피고는 방어와 화해 중에서 선택한다. 후자의 경우 화해액 s 는 Nash 협상에 의해 결정된다고 하자.¹²⁾ 반면 피고가 초기방어를 위한 비용

10) 이 점은 RS모형의 한 저자인 Shavell 교수에 의해서도 다음과 같이 인정되고 있다(Shavell, 2004, p. 422, 강조 추가). “매우 많은 상황에 이 모형은 적용될 수 있을 것이지만, 다른 다수의 맥락들에서는 적합하지 않을 수 있다.” 그러나 그 이상의 구체적인 언급을 하지 않고 있다.

11) 가령 〈그림 1〉 게임의 둘째 단계에서 피고는 방어 또는 화해 이외에도 ‘결석판결(default judgment)’의 선택을 할 수 있다. 하지만 후술되는 논의에서 보듯 이 옵션을 게임모형에서 생략하여도 주요 함의에는 전혀 영향을 주지 않는다.



주: ①=원고(plaintiff), ②=피고(defendant)

〈그림 1〉 ‘완전정보하의 남소(악의적 소송)’발생 가능성(RS모형)

d 를 들여 항변에 성공하면 세 번째 단계로 진행되며, 다시 원고는 소송을 취하하든지 아니면 본안소송 전 단계(pre-trial stage)를 종료하고 본안재판으로 갈 것인지를 결정한다. 참고로 〈그림 1〉에는 각 단계마다 원·피고 각각의 기대이익(expected payoff)이 표시되어 있다.

후방귀납법을 사용하면 이상 RS모형의 결과를 예측할 수 있다. 가령 세 번째 단계에서 원고는 반드시 취하할 것이다. 본안재판으로부터의 기대이익이 음(-)이기 때문이다. 따라서 ‘이를 알고 있는’ 피고는 만약 $s \leq d$ 이면 화해하고, $s > d$ 이면 방어할 것이다. 하지만 전자의 경우가 후자의 경우와 비교하여 양 당사자에게 Pareto 개선이므로 $s \leq d$ 인 조건에서 화해가 이루어질 것이다. 화해액은 Nash 협상을 가정했으므로 $s^* = d/2$ 로 결정될 것이다. 마지막으로, 역시 ‘피고의 이러한 유인도 알고 있는’ 원고는 첫 번째 단계에서 제소를 선택할 것이다. 결론적으로, 완전정보하에서 화해액만을 노린 남소가 성공할 수 있다는 사실을 확인할 수 있다. 〈그림 1〉에서는 ‘유일한 부분완전균형(unique subgame perfect equilibrium)’이 존재한다.

RS모형에서는 초기방어비용 d 가 매우 중요한 역할을 한다. 저자들이 국내외 문헌을 섭렵한 결과, 특히 피고가 기업인 경우 이 가정에는 어느 정도 현실성이 있는 것으로 사료된다.¹³⁾ 하지만 RS모형에 관한 숙고결과 저자들은 다음의

12) 화해액은 피고와 원고의 협상(bargaining)에 의해 결정될 것인데, 본 논문에서는 원고와 피고가 대등한 협상력을 가진다는 가정하에서의 Nash 협상모형을 채택하기로 한다. 물론 Rubinstein 타입의 무한반복협상게임(infinitely repeated bargaining game)모형을 사용할 수도 있지만, 본 논문의 목적을 고려할 때 이러한 선택은 모형의 기술적인 복잡성은 매우 커지는 반면 추가적인 기여는 거의 없다고 판단된다.

두 가지(①, ②)의 중요한 이론적 탐구대상을 갖게 되었다.

① <그림 1>에서 (d 와 더불어) 중요 역할을 하는 것으로 보이는 취하옵션이 사실은 위 “완전정보하의 남소에서 피고는 화해를 하게 된다”라는 균형결과를 도출하는 데는 불필요하게 보인다. 이 직관이 가능한 이유는 남소게임을 가능하게 했던 핵심이 본안재판으로 가겠다는 ‘믿을만한 위협(credible threat)’이 아니라, 소송초기 본안재판까지 가기 위해 피고가 지불해야만 하는 방어비용이기 때문이었다.¹⁴⁾

② 그런데 더욱 흥미로운 사실은 위 ①의 추론에 따라 <그림 1>에서 취하옵션을 제거하면 RS모형은 ‘전통적인 소송모형’으로 회귀한다는 점이다. 전술한대로 법경제학 교과서에서 사용되어 왔던 ‘전통적 소송모형’이란 취하옵션이 없는 게임을 일컫는다. 물론 <그림 1>의 d 도 등장하지 않는다. 그러나 일단 취하옵션이 없는 상황에서 d 는 피고 재판비용(C_d)의 일부분으로 간주해도 무방하다. 따라서 이제 저자들이 직면한 문제는 (위 ①의 추론에 근거할 때) 대부분 PEV 소송만을 다루었던 전통모형 역시 ‘완전정보하의 남소’를 설명할 수 있지 않을까 하는 의문이었다.¹⁵⁾

이상의 두 가지 의문점들은 본고의 목적인 한국의 현행 법제를 평가하는 작업에 매우 중요한 역할을 한다고 사료된다. 따라서 이론 및 법제를 본격적으로 접목시키는 제IV절의 전반부에서 이 두 가지에 대하여 좀더 심층적인 이해를 하려고 노력할 것이다. 이제 법제평가의 출발점으로서, 이상의 주요 기존모형 및 이론함의들과 연계시키면서 한국의 민사소송법제는 과연 어떤 특성을 갖는지 검토해 보자.¹⁶⁾

13) 예를 들어, Coffee(1985, pp. 15~17), Silver(2003, p. 1363), Choi(2004, p. 1497), 이준섭(2001, p. 31), 김홍규(2004, p. 9) 등을 참조할 수 있다.

14) <그림 1>에서 취하옵션을 제거하고 다시 후방귀납법으로 게임을 풀어보면 역시 화해 및 남소가 발생한다는 사실을 확인할 수 있다.

15) 전통모형에 바탕을 둔 수십 편의 논문을 정리해 놓은 Cooter and Rubinfeld(1989, p. 1084)에는 이에 관한 실마리를 제시하고 있으며, 제IV절 제1항에서 상술한다. 이상 제II절 제3항의 서술 및 그림은 훨씬 자세한 이론적 분석들이 전개된 Kim and Kim(2008, Section 1)을 참조하였다.

16) 미리 밝히는 바, 후술되는 제III절의 목적은 한국의 민사소송절차 전반에 대한 검토를 하려는 것이 결코 아니다. 악의적 소송에 관한 기존 법경제학 이론들의 상대적 설명력을 파악하기 위하여 제도의 핵심요소들을 확인하는 것이 그 목적이다. 그럼에도 불구하고 경제학도들로서 관련 지식이 일천한 저자들에게 이 정도 이론과의 연계작업을 하는 것조차 쉽지는 않았다. 본고를 집필하는 여러 단계에서 자상하고 상세한 설명을 해 주신 여러 법조인들께 감사드린다.

Ⅲ. 한국의 민사소송절차: 이론에 근거한 소송의 주요 단계별 검토

1. 피고의 답변서 제출단계

민사소송법에 근거하여 <그림 2>에는 한국 민사소송의 일반적 절차 및 관련 법조문들이 표시되어 있다. 연구주제에 따라 민사소송법제의 구분작업은 매우 다양하게 수행될 수 있을 것이다. 그러나 제Ⅱ절에서 이미 보았듯이 남소에 관한 기존의 모든 경제분석은 모두 순서(sequence)에 의존하는 게임이론모형이다. 따라서 저자들도 본고의 목적상 순서에 초점을 맞추어 <그림 2>를 작성하였다.

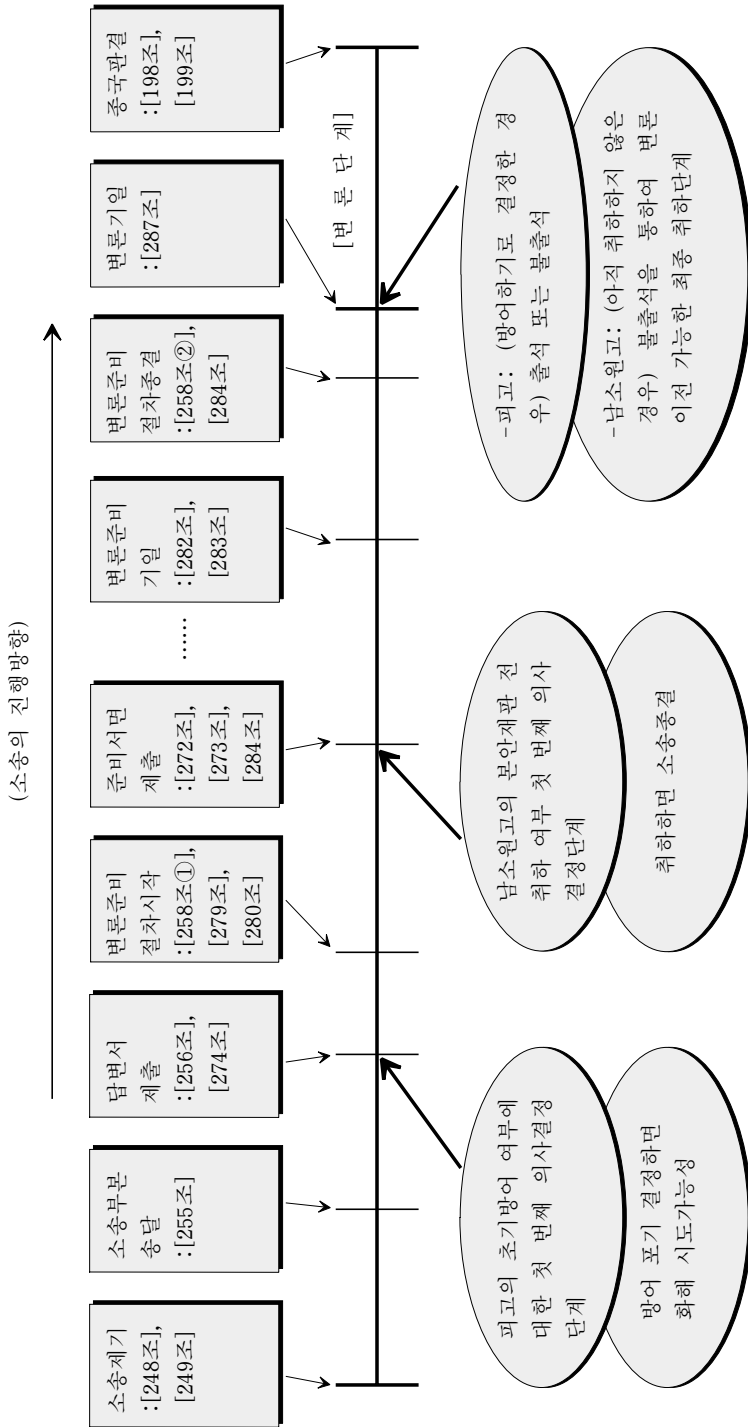
<그림 2>에서 본안재판 전(pre-trial) 단계의 비교적 초기인 ‘피고의 답변서 제출단계’에 먼저 주목하고자 한다. 답변서는 원고가 소를 제기하여 주장한 내용에 피고의 신청 및 답변을 밝히는 최초의 준비서면이다(사법연수원, 2006, p. 106). 법원으로부터 ‘소장부분’을 받은 피고가 원고의 청구를 다투어 응소할 의사가 있으면 소장부분을 받은 날로부터 30일 이내에 답변서를 제출한다([256조 ①]).

나아가 피고는 청구취지에 대한 답변 이외에도, (i) 소장에 기재된 개개의 사실에 대한 인정 여부 및 이에 대한 증거방법, (ii) 항변과 이를 뒷받침하는 구체적인 사실 및 이에 대한 증거방법을 적도록 하고 있다(정동윤·유병현, 2006, p. 391, 민사소송규칙 [65조 ①]). 특히, 피고는 소장부분을 받은 후에 변호사에게 소송을 위임하는 것이 일반적이다(사법연수원, 2006, p. 106).

한편, 답변서를 구체적 내용없이 단순히 “부인한다” 또는 “모른다” 등으로만 기재한 채 <그림 2>의 본안재판의 시작을 의미하는 변론기일에 출석하지 않을 때에는 원고의 제소에 방어할 의사가 없다고 인정되어 불이익을 받을 수 있다. 또한 제1회 변론기일의 조기지정 등 기타 필요한 조치를 할 수 있다(대법원 재판예규 제1136호 「사건관리방식에 관한 예규」 Ⅲ. 8).

특히, 피고가 답변서를 제출하지 아니하면 변론없이 피고의 패소판결을 선고할 수 있다(이시운, 2006, p. 327; 정동윤·유병현, 2006, p. 391; 사법연수원, 2006, p. 127).¹⁷⁾ (그러나 답변서를 미리 제출하여 두면 후술되는대로 변론기일

17) 답변서를 제출하지 않는다는 것은 초기방어를 전혀 하지 않는 것과 동일하고, 이는 본안 재판 이전 (RS모형에서의) ‘결석판결(default judgement)’이 될 것이다. 한국에서는 답변서를 제출하지 않아 변론기일을 열지 않고 본안재판 이전 피고패소를 선고하는 판결을 ‘무변론판결’이라고 한다.



〈그림 2〉 한국의 민사소송절차(민사소송법): 주요 단계별 검토 및 이론모형과의 연계

에 피고가 출석하지 아니하더라도 이를 진술로 간주하고 원고에게 변론을 명할 수 있다(민사소송법 [148조 ①]). 물론 원고청구를 그대로 인정한 경우에는 변론기일에 출석하지 않아도, 답변서를 제출하지 않아도 무방하다([150조 ③], [257조 ①]).

이상의 법제들에 미루어, 답변서 제출을 준비하는 시점부터 피고에게 본격적인 비용이 발생한다고 간주할 수 있을 것 같다. 따라서 이 시점은 앞서 <그림 1>의 RS모형에서 피고가 의사결정을 하는 두 번째 게임단계에 해당한다고 볼 수 있을 듯하다. 또한 이때 제기된 남소에 대한 답변서를 충실히 작성하는데 소요되는 비용은 RS모형의 초기방어비용 d 와 매우 흡사하다. 나아가 만약 d 가 너무 높아 초기방어를 하지 않기로 결심하면 역시 RS모형에서처럼 피고는 <그림 2>에서 ‘화해’를 시도할 것이다.¹⁸⁾ 종합하면, 한국의 민사소송절차에서는 답변서의 제출시점 무렵이 피고의 ‘초기방어 대 화해’ 여부에 있어서 ‘첫 번째’ 중요한 의사결정단계로 보인다.

2. 변론준비절차와 원·피고의 준비서면 제출단계

다음은 <그림 2>의 변론준비절차 시작시점부터 검토하자. 변론준비절차는 원칙적으로 모든 사건에 있어서 본안재판의 출발점인 변론에 앞서 거쳐야 할 절차이다(민사소송법 [258조 ①]). 변론준비절차를 거칠 필요가 없는 사건이 아니라면, 단독 또는 합의사건을 불문하고 재판장은 피고의 답변서 제출 후에 바로 그 절차에 부쳐야 한다(민사소송법 [258조 ①]).

이 단계에서는 소장과 답변서, 준비서면 등을 토대로 법원은 해당 사건에 대해서 질문과 입증을 요구할 수 있다. 또한 당사자의 질의를 통하여 사건과 관계있는 또는 무관계한 주장 및 주장의 일치점과 상이점을 골라내고, 불필요한 주장과 흠결된 주장을 철회·보충하며, 증거를 정리하여 주장과 증거의 관계를 명백히 하고, 증거조사에 의하여 증명할 사실을 확정한다(이시윤, 2006, p. 330). 종래에는 증거의 정리만 가능하였는데, 민사소송법 개정(2002년 1월) 이후 적극적으로 증거결정 및 증거조사도 할 수 있게 하였다(정동운·유병현, 2006, p. 390). 따라서 변론준비절차의 필요조건은 최소한 피고의 답변서 제출이 있어야 한다.

준비서면은 당사자가 변론에서 하고자 하는 진술사항을 변론기일 전에 기재

18) ‘소송상 화해’는 소송계속 중 언제든 가능하다(이시윤, 2006, p. 526).

하여 법원에 제출하는 서면을 말한다. 그 목적은 법원이나 특히 상대방 당사자가 복잡한 사안에 대하여 미리 이해하고 준비하여 변론에 임하게 하려는 것이다(이시윤, 2006, p. 325). 원고와 피고의 준비서면은 ‘피고의 답변서’→‘원고의 반박준비서면’→‘피고의 재반박준비서면’→…… 등의 순으로 교환된다. 하지만 피고의 답변서와 원고의 반박준비서면의 제출만 필요조건으로 규정되어 있고, 피고의 재반박준비서면은 피고의 선택 여부에 달려 있다. 답변서 제출 이후의 준비서면은 원칙적으로 변론준비절차가 시작되면 제출한다(이시윤, 2006, p. 327).

변론준비절차에서 저자들이 특히 주목하는 것은 ‘원고의 유인’이다. 피고가 답변서를 제출하면 원고는 준비서면을 제출하지 않을 수 있기 때문이다. 변론준비절차에서는 법원이 기간을 정하여 당사자로 하여금 준비서면을 제출하게 하며, 기간 내에 준비서면을 제출하지 않을 때에는 변론준비절차를 종결한다([284조 ①]). 만약 ‘정한 기간(재정기간)’이¹⁹⁾ 지나면 주장이 각하되는 불이익을 받을 수 있다. 따라서 다시 제Ⅱ절의 논의와 연계를 시킨다면, 준비서면 제출 여부를 결정할 무렵이 현실적으로 본안재판 이전 남소를 제기한 원고의 취하요건의 ‘첫 번째’ 단계로 볼 수 있다.

물론 이것이 본안재판 전 (남소)원고가 취하할 수 있는 최종단계는 아니다. 최소한의 준비서면 작성에는 별 비용이 들지 않으므로, 가령 단순히 위협을 하기 위해 일단 대략적인 준비서면을 제출하고 나중에 취하할 수도 있기 때문이다. 또한 준비서면의 부실기재 후 변론준비기간에 만약 재판장이 추가증거를 강하게 요구하면 원고는 그때 가서야 취하할 수도 있다. 그러므로 후술되듯, <그림 2>에서처럼 변론기일의 불출석이 원고에게 있어서는 그야말로 본안재판이 본격적으로 시작하기 이전 선택할 수 있는 ‘최종’ 취하시점이 되는 듯하다.

한편, 피고의 경우 소장부분에 대한 답변서를 제출하지 않았다면 전술한대로 변론준비절차가 필요 없을 것이다. 반면 답변서를 제출하였다면 (그리고 원고가 준비서면을 제출한다면), 재반박준비서면을 제출할 수도 있고 안할 수도 있다.²⁰⁾

19) 여기서 ‘정한 기간(재정기간)’이란 주로 본안재판의 시작시점인 변론기일 이전을 의미한다. 서면에 의한 변론준비절차는 부처진 뒤에 4개월을 초과할 수 없다. 이 경우에 쟁점이 제대로 정리되면 바로 변론기일에 부치나, 그렇지 않은 경우에는 변론준비기일을 개최하게 된다([282조 ②], [258조 ②]). 변론준비절차에 부친 뒤 6개월이 지나면 변론준비절차를 종결한다([284조 ①]). 즉, 서면에 의한 변론준비절차 및 변론준비기일의 기간을 합쳐서 총 6개월을 초과할 수 없다. 제Ⅳ절 제2항에서 후술되듯 이렇게 최대기한을 정해 놓은 것은 효율적인 제도라고 판단된다.

20) 재반박준비서면을 제출하는 작업에 소요되는 비용 역시 RS모형처럼 일종의 방어비용 d

또한 후술되듯 준비서면을 제출해도 본안재판의 변론기일에 출석할 수도 있고, 하지 않을 수도 있다.

3. 원·피고의 변론기일 출석단계

〈그림 2〉에서 나타난 것처럼 변론기일에서의 실제 변론단계를 통상 본안재판의 출발점으로 볼 수 있다. 그렇다면 변론기일 당사자들의 출·불석 의사결정에 본안재판의 개시 여부가 결정될 것이다. 우선 변론기일 당사자들의 불출석에 대한 민사소송법상의 조치는 어떠한지 개관해 보자. 당사자의 재판불출석에 대한 경우의 수는 i) 우선 원고와 피고 중 한 쪽 당사자만 불출석한 경우, ii) 양 쪽 모두 불출석한 경우, iii) 모두 출석한 경우의 세 가지가 존재한다.

위 i)에서 준비서면 제출 후 불출석하면 “원고 또는 피고가 변론기일에 출석하지 아니하거나, 출석하고서도 본안에 관하여 변론하지 아니한 때에는 그가 제출한 소장·답변서, 그 밖의 준비서면에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 보고 출석한 상대방에게 변론을 명할 수 있다”([148조 ①])고 명시하고 있다. 즉, 소장·답변서·준비서면에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 본다. 이를 ‘의제자백(또는 자백간주)’이라 한다. 다음으로, ii)에서처럼 최초 변론기일에 당사자 모두 불출석하면, 재판장은 다시 변론기일을 지정한다. 새로 정해진 변론기일에도 불출석하고, 1개월 내에 기일정지신청이 없으면 소의 취하로 간주한다(‘쌍불취하’)([268조 ②]; 이시윤, 2006, p. 367).²¹⁾

이제 원고의 불출석이 갖는 효과와 남소를 제기한 원고의 유인을 본격적으로 검토하자. 법적으로 원고의 불출석이 갖는 효과는 ‘준비서면의 제출 여부’와 ‘피고의 진술태도 여하’에 따라 달라진다. 우선 원고가 불출석했지만 준비서면을 제출하였다면, [148조 ①]에 따라 소장·준비서면에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 간주한다(즉, ‘의제자백’). 그런데 설사 원고가 준비서면을 제출했다고 하더라도, 남소이므로 부실기재하였을 가능성이 커서 역시 불출석할 가능성이 클 수 있다. 따라서 제Ⅱ절의 이론모형상, 특히 중요한 사실로서 바로 이 ‘변론

로 간주할 수 있을텐데, 만약 d 가 높다면 재판박준비서면을 제출하지 않고 화해 등의 다른 옵션을 선택할 것이다. 이것은 화해를 할 수 있는 기회를 다시 갖는다는 의미이다. 그러나 짐작할 수 있듯이, ‘완전정보하’에서 이 단계에서의 방어비용이 높다면 그 이전 단계에서 이미 화해를 시도할 것이다.

21) iii)의 경우 최소한 기존의 모형들에 입각하여 이론적으로는 남소와 해당사항이 없어 보이므로 논의를 생략한다.

기일 불출석'이 '본안재판 전'에 남소를 제기한 원고가 취하옵션을 '최종적으로' 행사하는 시점으로 보인다.

원고가 불출석했을 때 피고의 진술태도에 따라 다음의 두 가지 경우가 존재한다. 첫째, 피고가 출석했으나 아무런 진술을 하지 않을 때에는 재판장은 다시 변론기일을 지정한다. 새로 정해진 변론기일에도 출석하지 않거나 변론하지 않고, (당사자 어느 쪽에 의해서도) 1개월 내에 기일정지신청이 없으면 소가 취하된 것으로 처리한다(즉, '쌍불취하'). 저자들의 판단으로, 쌍불취하는 원고의 취하의사를 상호 확인하는 과정으로 보인다. 다른 특별한 이유가 없다면 비용이 많이 소요되는 본안재판으로 갈 유인이 피고에게도 없을 것이기 때문이다.

둘째, 원고청구에 대하여 피고가 진술하면 원고의 소장진술을 간주하여 재판 진행이 가능하다([148조 ①]). 하지만 역시 저자들의 판단으로는 남소의 원고가 불출석했다면 피고는 굳이 진술할 유인이 없을 듯하다. 재판비용을 더 들여가며 확정판결로까지 갈 필요는 없기 때문이다. 다만 미래의 또 다른 악의적 소송제기를 대비하여 선례로 남겨 놓겠다는 등 제3의 목적이 있다면 답변에 임할 수 있을 것이다. 그러나 (이론적으로는) 이 점 역시 원고에 의해 예측될 수 있으므로, 원고는 본안재판 전 초기단계에서 이미 취하했을 것으로 판단된다.

다음 이 시점에서 피고가 갖는 유인을 보자. 변론기일에 원고가 출석하여 소장을 진술한 경우, 피고가 불출석하고 답변서와 기타 준비서면을 제출하지 않았을 때에는 원고의 주장사실이 전부 진실하다고 인정된다([257조 ①]). 그런데 피고가 답변서와 기타 준비서면을 기일 내에 작성하지 않겠다는 결정을 하는 시점은 진술한대로 원고의 본안재판 전 '최종 취하옵션'시점(즉, 변론기일 불출석) '이전'으로 보인다. 왜냐하면, 제Ⅲ절 제1항에서 논의한대로 RS모형의 초기 방어비용 d 가 너무 높다고 판단되었다면 소송초기에 이미 '화해'를 시도했을 것이기 때문이다. 반대로 d 가 별로 높지 않았다면 피고는 변론기일에 불출석할 유인이 없다.²²⁾

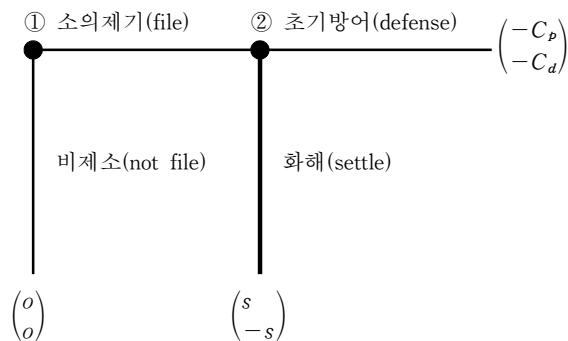
22) 그런데 후방귀납법에 따라 이론적으로 재검토해 보면, 피고가 변론기일에 출석한다는 사실을 남소의 원고가 알고 있다면 원고는 당연히 본안재판 이전 취하할 것이다. 한 단계 더 나아가 다시 후방귀납법을 적용해 보면, 이를 알고 있는 원고는 애초 이 소송을 제기하지 않을 것이다. 결론적으로 소송초기의 방어비용이 높지 않은 상황에서 본고에서 상정한 '완전정보하의 남소'는 발생하지 않을 것으로 추측된다.

IV. 한국 법제에 대한 전반적 평가 및 단기정책의 제시

1. 악의적 소송에 관한 좀더 확장된 이해

제IV절에서는 앞 두 절에서 간략히 소개한 기존의 남소이론들과 그와 연계하여 개관한 한국 민사소송절차를 바탕으로 전반적인 평가와 유익하다고 판단되는 정책제안을 해 본다. 그 전에 이 소절에서는 한국 법제로의 적용이라는 목적을 위하여 기존이론들을 좀더 종합적인 시각에서 재정립해 본다. 특히, 제II절 RS모형에 관한 평가의 마지막 부분에서 <그림 1>의 취하옵션을 없애면 ‘전통적인 소송모형’으로 회귀하며, PEV소송을 주로 다루었던 이 전통모형 역시 ‘완전정보하의 남소’를 설명할 수 있지 않을까 하는 의문을 저자들이 제기한 바 있다. 따라서 이하에서는 우선 ‘전통모형’을 매우 간략히 설명한 후, 이들 상이한 모형들을 하나의 통일된 틀 속에서 비교·평가한다.

<그림 3>에는 법경제학의 대표적인 교과서들에 등장하는 소위 ‘전통모형’이 묘사되어 있다. 모든 기호 및 화해의 협상방식 등은 <그림 1>과 동일하다. 따라서 후방귀납법으로 균형을 구하면, $C_d > C_p$ 의 조건을 충족시킬 때, 완전정보하의 남소는 발생하며 그때 화해액은 $s^* = (C_d - C_p)/2$ 라는 사실을 알 수 있다. 학계에서는 잘 알려져 있지 않으나, 앞서 언급한대로 수십 편의 전통적 소송모형들을 재구성한 Cooter and Rubinfeld의 서베이논문에는 “이상의 모형은 재판비용의 차이를 통하여 남소를 설명할 수 있다”(1989, p.1084)라는 짧은 문장이 분



주: ① = 원고(plaintiff), ② = 피고(defendant)

<그림 3> ‘완전정보하의 남소’발생 가능성(전통적인 소송모형)

명히 포함되어 있다. 요컨대, (RS모형과는 달리) 초기방어비용이 존재하지 않을 때에도 남소가 발생할 수 있다는 점이 흥미롭다.

주지하듯 전통모형과 RS모형을 현실의 법제에 그대로 적용하기에는 무리가 있다. 가장 눈에 띄는 점은 <그림 1>에서는 화해와 취하의 옵션이 ‘본안재판 이전’ 단 한 차례씩만 가능하며, <그림 3>에서는 아예 취하옵션마저 없다는 사실이다.

가령 한국의 민사소송절차만 보더라도, 제Ⅲ절 제1항에서 설명하였듯이 화해는 원칙적으로 항상 가능하다. 또한 제Ⅲ절의 모든 소절에서 여러 번 확인한대로 원고의 취하도 ([148조 ①]에 해당하는 상황 정도만 제외하면) 원칙적으로 언제든지 가능하다. 따라서 이러한 현실을 반영하려면, <그림 1>과 <그림 3>에서 본안재판 이전까지 ‘화해’와 ‘취하’의 옵션은 피고와 원고에게 계속 되풀이되어 주어지는 형태로 모형을 ‘확장’하는 것이 더욱 현실적일 것이다. 그렇다면 ‘확장된 모형’들에서 남소에 관련된 이론적 균형이 어떻게 변할 것인가는 후술되는 한국 법제의 평가에 중요하다. 지면관계상 핵심 결과만 간략히 축약하면 다음과 같다.²³⁾

첫째, ‘완전정보하의 남소’ 발생 여부에 가장 중요한 요소는 본안재판 시작 이전 ‘가장 마지막으로 가능한’ 옵션의 유형이다. 둘째, 취하옵션이 마지막에 위치하는 경우 후방귀납법에 의하면, $d > 0$ 일 때 화해액은 $s^* = d/2$ 이며 남소가 발생한다. 단, 여기서의 d 는 본안재판 이전 (각 단계마다) 발생하는 방어비용의 합계이다. 셋째, 화해옵션이 마지막에 위치하는 경우 후방귀납법에 의하면, $C_a > C_b$ 일 때 화해액은 (앞 소절에서 보았던 단순한 전통모형의 화해액과 동일한) $s^* = (C_a - C_b)/2$ 이며 남소가 발생한다. 넷째, 이제까지 악의적 소송을 설명할 수 있다고 논의한 제Ⅱ절 제2항의 ‘RS모형’과 제Ⅳ절 제2항의 ‘전통모형’은 화해와 취하의 옵션이 되풀이되는 형태로 ‘확장한 모형’들(즉, 전자는 취하옵션이, 후자는 화해옵션이 마지막 단계에 위치)이 각각의 ‘가장 단순화된 경우’라고 설정할

23) 본 소절 이하의 내용은 제Ⅳ절의 서술 및 가독성을 위하여 Kim and Kim(2008, Section 2)에서 이루어진 자세한 분석결과만 축약한 것이다. 독자들의 이해를 도모하기 위하여 그 분석과정을 직관적으로만 요약하면 다음과 같다. ‘확장된 모형’은 완전정보하의 유한반복 게임이므로 후방귀납법(backward induction)에 의해서 게임의 균형을 얻을 수 있다. 더욱이 피고의 화해옵션과 원고의 취하옵션이 동일하게 여러 차례 반복되기 때문에 게임의 균형은 본안재판 이전의 마지막 단계가 화해인지 취하인지에 의해 결정된다. 즉, ‘확장된 모형’은 본안재판 이전의 마지막 단계가 피고의 화해옵션이면 <그림 3>의 전통적 모형과 균형이 같아지며, 만일 원고의 취하옵션이 마지막 단계라면 <그림 1>의 RS모형의 균형과 같아진다.

수 있다.

2. 한국 민사소송절차에 대한 잠정적 평가 및 단기적 정책제안

결론부터 요약하면, 한국의 민사소송절차는 두 옵션이 되풀이되다가 취하 옵션이 마지막으로 주어지는 ‘확장된 RS모형’과 부합한다. <그림 2>에서 피고의 답변서 제출단계는 제소 이후 본안재판 개시시점까지 대략 최초의 화해옵션시점으로 간주할 수 있다. 원고의 준비서면 제출단계는 역시 대략적으로 최초의 취하옵션으로 볼 수 있다. 그 이후 변론준비절차 기간 동안 이 화해와 취하의 옵션은 반복된다. 그런데 이론모형상 중요한 사실로서, 무엇보다도 한국의 현행 법제상 ‘변론기일 불출석’이 ‘본안재판 전 단계’에서 남소를 제기한 원고가 취하 옵션을 ‘최종적으로’ 행사하는 시점이라는 사실로써, 확장된 RS모형과의 부합성을 강하게 부여받고 있다.

그렇다면 이제까지의 이론논의 및 확장된 RS모형과의 현실부합성을 전제할 때, 제Ⅲ절에서 이론모형과 연계하여 소송단계별로 검토하였던 한국 민사소송 절차 전반에 관하여 잠정적으로 몇 가지 평가 및 (남소억제를 위한) 정책제안이 가능할 것이다.

첫째, 현행 한국의 민사소송법제는 최소한 서론에서 언급한 ‘완전정보하의 남소’, 즉 ‘악의적 소송’에 대해서는 그 발생빈도를 (‘전통모형’들에 비하여) 상대적으로 줄이는 방향으로 제정되어 있다는 결론을 일단 내릴 수 있겠다.²⁴⁾

둘째, 위와 관련된 정책제안으로서 원고의 취하를 본안재판 이전의 마지막 옵션이 되도록 좀더 확실히 할 수 있는 법제의 개편을 생각해 보자. 환언하면, 현재의 ‘변론기일 불출석’보다 그 시점을 좀더 ‘명쾌히 앞당긴다면’, 소송 당사자들에게 더욱 확실한 신호를 줄 수 있을 것이다.²⁵⁾

24) ‘다른 조건들이 같다면’ 본안재판 이전 마지막 단계가 원고의 취하옵션인 경우가 피고의 화해옵션인 경우보다 남소발생을 더 잘 억제함을 다시 간략하게 증명하면 다음과 같다. 우선 $d > 0$ 인 경우에는, 즉 초기대응비용이 큰 경우에는 초기대응비용을 회피하기 위해 피고는 일찍 화해를 선택할 것이므로 추후의 화해와 취하옵션의 순서 및 위치와 상관없이 항상 남소는 발생하게 된다. 물론 이 경우에도 화해옵션이 마지막으로 올 때에 화해액이 증가하므로 재판비용, 제소비용 등 다른 조건이 일정하다면 그만큼 남소의 가능성은 커진다고 볼 수 있다. 한편, $d = 0$ 인 경우에는, 즉 초기대응비용이 그다지 크지 않은 경우에는 원고의 취하옵션이 본안재판 이전의 마지막 단계일 때 남소는 발생하지 않는다. (이와 반대로 피고의 화해옵션이 마지막 단계라면 남소는 일어난다.) 따라서 종합적으로 볼 때 원고의 취하옵션이 본안재판 이전의 맨 마지막 단계인 현행 우리나라 민사소송제도는 남소발생을 상대적으로 더 잘 억제하고 있다고 말할 수 있다.

셋째, 제소 이후 본안재판까지의 소요시간도 가급적 명쾌히 설정하는 것이 좋을 듯하다. 이제까지의 확장된 전통모형이나 RS모형 모두 본안재판의 시점이 사전적으로 정해져 있는 ‘유한 게임(finite-period game)’에 바탕을 둔 것이었다. 이론적으로 볼 때, 그래야만 소송당사자들의 후방귀납법 사용이 가능하기 때문이다. 그러한 맥락에서 제Ⅲ절에서 소개한대로 현재 한국의 민사소송법제에서 “서면에 의한 변론준비절차 및 변론준비기일의 기간을 합쳐서 6개월을 초과할 수 없다”는 식의 규정은 이 요건을 충족시킨다. 그런데 저자들은 여기에서 더 나아가 제소 이후 본안재판 시작단계까지의 ‘전체 소요시간’에 대한 최대기간을 좀더 명쾌히 설정하면 악의적 소송을 억제하는 데 도움이 될 것으로 추측한다.²⁶⁾

넷째, ‘확장된 RS모형’에서 남소의 발생에 직접적인 영향을 주는 요소는 피고의 초기방어비용 d 이다. 물론 d 는 특정 사건이나 피고의 특성 자체에 의해 결정되는 부분이 많을 것이다. 하지만 d 는 소송제도에 의해서도 영향 받을 수 있을 것으로 저자들은 판단한다. 가령 터무니없는 악의적 소송으로 간주되는 사건들에 대해서 ‘선별적으로’ 소송 초기단계에서 어떤 식으로든 일정 제약을 가할 수 있다면, (다른 조건이 일정할 때) 이 방식은 분명히 억울한 피고의 d 를 낮출 수 있을 것으로 기대된다. 어쨌든 d 를 잘 활용하면 남소의 문제를 해결하는 데 실마리를 얻을 수 있을 것으로 판단되므로, 다소 시간이 소요되더라도 그를 위하여 많은 전문가들의 상상력과 창의적인 노력이 필요하다.²⁷⁾

종합하면, 한국의 민사소송절차는 최소한 ‘악의적 소송’에 대해서는 상대적으

25) 가령 현재는 변론기일 이전 늘 화해가 가능하나, “변론기일이 정해지는 순간부터 변론기일까지는 화해를 하지 못한다” 또는 (다소 완화시켜) “변론기일 이전 x 일 동안은 화해 못한다” 등으로 변경한다면 취하가 최종 옵션이라는 점을 더욱 명쾌히 할 것으로 사료된다. 이들은 어디까지나 제Ⅱ절 및 제Ⅳ절 제1항의 이론적인 함의(특히, 본안재판 이전 마지막 발휘할 수 있는 옵션이 취하일 때 남소가가능성 및 화해액이 작아진다는 사실)를 개략적으로 반영한 것이며, 실제 법제의 구체적 개정형태는 민사소송절차 전문가들의 몫일 것이다.

26) 이 제언을 뒷받침하는 저자들의 직관은 다음과 같다. 본안재판이 시작되는 시점까지의 소요시간이 설사 물리적으로 좀 길다고 하더라도 법적으로 고정되어 있다면 (그리고 특히, 마지막 옵션이 원고의 취하로 설정되어 있다면) 제Ⅳ절 제1항에서 논의한 확장된 RS모형에 따라 남소발생의 여부가 결정될 것이다. 이렇게 본안재판 전 단계의 종료 여부에 대한 불확실성이 존재하면 당사자들의 시간비용(time cost)이 중요한 변수로 등장할 수 있다. 구체적으로 종료시점에 대한 불확실성이 클수록 피고는 시간비용을 절감하려는 유인을 크게 가질 것이며, 이 사실을 알고 있는 원고로서는 남소를 제기할 가능성이 높아질 것이다. 이상의 직관은 보편적으로 사법절차가 명쾌하지 못하고 더딘 나라일수록 그를 악용하는 전문 ‘꾼’들이 많은 것 같다는 저자들의 평소 관찰로부터 비롯된 것이다.

27) 다음 제Ⅴ절에서는 이러한 노력의 한 예를 제시하게 될 것이다.

로 억제기능을 발휘할 수 있도록 그 기본적인 틀은 마련되었다고 잠정적으로 판단된다. 또한 위에서 개략적으로 제시된 몇 가지 정책제언들은 이론모형에 근거하여 그러한 남소억제기능을 보완하기 위한 것들이며, 동시에 그 도입이 단기에 가능할 것으로 사료된다.

그럼에도 불구하고 앞의 잠정적 평가와 제언들은 엄밀히 말하면, 사실 제II절에서 설명한 ‘완전정보하의 NEV소송’들의 억제와 관련된 것이다. 제II절에서 설명한대로 ‘NEV소송’에는 승소확률이 0에 가까운 FS도 포함되지만, 승소확률이 충분한 MS도 포함되어 있다. 원칙적으로 이 MS가 억제되어서는 안 되며, 사실 이는 법치주의를 위하여 매우 중요한 사안이다. 그러나 MS를 제외한 NEV소송들만 억제하기는 쉽지 않아 보인다. 다음 제V절에서는 이와 관련된 저자들의 실험적 생각을 소개해 본다.²⁸⁾

28) 주지하듯 제II절부터 이제까지의 모든 논의는 재판비용은 각자가 부담한다는 소위 ‘미국식 방식’을 따르고 있다. 그런데 한국의 민사소송법 [98조]는 (물론 [99조]나 [100]조와 같이 [98조]에 대한 예외조항과 함께) “소송비용은 패소한 당사자가 부담한다”고 규정하고 있다. 이른바 ‘영국식 방식(British rule)’에 상대적으로 가깝다고 할 수 있겠다. 따라서 이 재판비용 부담방식의 차이가 이제까지 저자들의 모든 논의에 어떤 변화를 줄 수 있는지에 관하여 숙고해 보았으나, 별 영향을 주지 않는 것으로 사료된다. 첫째, ‘완전정보하의 남소’를 다룬 RS모형(및 한국의 민사소송절차)에서 ‘이론적으로 볼 때’ 본안재판비용들은 별 영향을 주지 못한다. (단, 본안재판 전 단계까지 모두 포함하는 총소송비용은 영향을 준다.) 따라서 누가 부담하는가 역시 부차적인 문제이다. 둘째, 실제로도 패소자의 부담은 한국에서 그리 크지 않은 듯하다. 전술한 민사소송법 [98조]에도 불구하고, 그 운영은 ‘변호사보수의소송비용산입에관한규칙’(대법원규칙 02116호)에 따라 변호사비용의 일부만이 산입되기 때문에 패소자로부터 승소자가 지출한 소송비용 전체를 결코 받지 못하고 있다. 이 규칙이 승소자에게 다소 유리한 방향으로 2007년 개정되었으나, 법조전문가들에 따르면 승소자의 총소송비용에는 매우 미달된다고 한다.

종합하면, 총소송비용의 부담에 관한 전면적인 법제개편은 원칙적으로 남소억제력을 어느 정도 가질 수 있을지 모른다. 이와는 반대로, 이론적으로 보아 영국식 방식으로써 남소를 충분히 해결하기 힘들다는 견해도 존재한다(예: Katz, 1990; Polinsky and Rubinfeld, 1993 등). 더불어 어디까지 총소송비용으로 인정할 것인가의 현실적 문제뿐만 아니라, 영국식 방식이 경우에 따라서는 PEV소송까지 억제하는 부작용은 없는지에 대해서도 숙고가 필요하다고 본다. 가령 본안재판비용만 존재한다고 할 때, $C_p < PW < (1-P)(C_d + C_p)$ 관계가 성립하면 영국식 방식은 본고에서 PEV소송에 해당하였던 사건들까지 억제하는 효과를 갖게 된다. (참고로 위 조건은 미국식 방식에서 PEV소송인 $PW - C_p > 0$ 조건과 영국식 방식에서 NEV소송으로 만드는 $PW - (1-P)(C_d + C_p) < 0$ 조건을 동시에 만족하는 조건이다.)

V. 제소단계에서의 남소억제책: 실험적 제안

1. 기존 남소억제책에 대한 평가

남소를 억제하기 위하여 국외에서는 이제까지 몇 가지 민사소송절차 방안을 제시한 바 있다. 그 대표적인 예가 주로 미국 민사소송규칙(US Federal Rules of Civil Procedures)과 관련하여 다양한 제안을 한 Polinsky and Che(1991), Polinsky and Rubinfeld(1993), Che and Earnhart(1997), Miller(2004), Rosenberg and Shavell(2006) 등이다. 현시점까지 저자들의 평가에 의하면, 이들 제안들은 나름대로 장단점을 갖고 있다. 가령 일부 정책제안은 이론적으로 설득력은 크지만 제도도입상의 어려움을 갖는다. 특히, 반대로 도입 자체는 비교적 용이하게 보이지만, 남소에 국한되지 않고 정당한 소송들까지 억제할 수 있다는 부작용 등도 감지된다. 그 중 ‘대표적인’ 두 모형만 검토해 보자.²⁹⁾

가령 가장 최근의 예라 할 수 있는 Rosenberg and Shavell(2006, 이하 간략히 RS2모형)에 나온 제안을 보자. RS2모형에서는 전술한 RS모형을 이용하여 NEV소송을 억제하는 방법을 제시하고 있다. 핵심은 법원이 피고에게 <그림 1>의 소송 초기 ‘화해가능성을 제거시킬 수 있는 옵션(option to bar settlement)’을 주는 것이다. 그러므로 만약 NEV소송이라면 피고는 화해가능성을 제거할 것이다. 그런데 만약 화해가능성이 없어진다면 NEV소송의 원고는 처음부터 제소를 하지 않게 된다. 왜냐하면, 제소를 했다가는 본안재판으로 갈 것인데 그것은 결코 원하는 바가 아니기 때문이다.

RS2모형의 장점으로서 법원이 NEV소송 여부를 판단할 필요가 없어 추가행 정비용을 부담할 필요가 없다는 사실이 눈에 띈다. 나아가 이 방법을 사용하면 PEV소송이 억제되는 오류가 ‘거의’ 없다는 점이 가장 큰 장점이다. 주지하듯 PEV소송이라면 화해가능성이 없더라도 원고는 제소할 것이기 때문이다. 따라서 피고는 화해가능성의 제거를 법원에 요구하지 않을 것이다. 그러나 RS2모형의 제안은 다음의 ‘두 가지 측면’에서 다소 불완전한 남소억제책이다(Kim and Kim, 2008).

29) 여기서 ‘대표적’이라는 표현은 문헌에서 자주 인용된다는 사실뿐만 아니라, 두 모형이 각각 소송단계의 가장 초기와 가장 최종시점에서의 억제책을 제시하고 있다는 사실을 의미한다.

첫째, RS2모형(p. 50)의 저자들도 스스로도 인정하듯이 이 방법은 NEV소송 ‘전체’를 억제하므로 MS까지도 억제하는 문제점이 있다. 그러므로 MS의 제소가 사회적으로 잘못된 것이 아닌 이상, 이 방법은 심각한 부작용을 초래할 수 있다. 특히, 동일 피고가 그러한 속성을 갖는 피해를 다수에게 야기할 때에는 RS2모형의 메커니즘은 상당히 높은 승소확률을 갖는 소송들까지 무차별적으로 억제하는 부작용을 낳게 될 것이다.

둘째, 원고의 제소비용 f 가 존재한다면 RS2모형이 제시한 방법은 PEV소송마저도 억제해 버릴 수 있다. $PW - C_p \geq 0$ 인 전형적인 PEV소송을 생각해 보자. 만일 RS모형, 즉 <그림 1>에서처럼 화해가 가능하였다면 이러한 소송은 화해로 끝날 것이며, 따라서 ‘제소시점에서’ 원고가 얻는 기대이익은 $PW + (C_d - C_p)/2 - f$ 이다. 만일 $PW + (C_d - C_p)/2 - f \geq 0$ 이라면 원고는 제소비용을 지불하고 소송을 제기하였을 것이다. 그러나 RS2모형의 제안에 따라 화해의 가능성을 제거한다면 이러한 PEV소송은 최종판결까지 갈 것이며, 따라서 원고의 기대이익은 $PW - C_p - f$ 가 될 것이다. 그런데 화해를 상정하였을 때의 기대이익은 $PW + (C_d - C_p)/2 - f \geq 0$ 이지만 $PW - C_p - f < 0$ 이라면, 화해의 가능성을 제거함으로써 PEV소송마저도 억제하는 결과를 초래하게 된다.

Kim and Kim(2008)에서 제기되었던 이 두 가지 문제점 이외에도, 남소억제책과 관련하여 다른 대표적 연구로 간주되는 Polinsky and Rubinfeld(1993, 이하 ‘PR모형’)에서 제시된 정책 역시 실제 도입이 쉽지 않아 보인다는 사실을 본고를 집필하는 과정에서 저자들은 확인할 수 있었다. PR모형에서는 원래의(일차적인) 소송이 모두 끝난 후, 피고가 남소원고를 응징하기 위한 ‘제재소송(actions for sanctions)’을 제기할 수 있도록 함으로써 애초의 남소를 억제하는 방법을 제안하고 있다. 즉, 법원이 남소에 대해서 사후적으로(*ex-post*) 제재를 부과함으로써 사전적으로(*ex-ante*) 남소를 방지하는 방법으로서 일견 남소를 억제하는 매우 효과적인 방법으로 보인다. 그러나 PR모형의 방법은 다음의 세 가지 이유에서 본 논문에서 초점을 맞추고 있는 ‘완전정보하에서의 남소’를 억제하려는 목적에는 미흡하다고 사료된다.

첫째, PR모형에서 사용하는 남소의 정의는 이제까지 본고에서 사용한 것과 사뭇 다르다. PR모형에서는 “어떤 식으로 남소를 정의하든, 정당한 원고(*legitimate plaintiff*)로 가장하고 제소하는 남소의 원고는 본안재판에서 실제 정당한 원고보다 승소확률이 낮다는 사실만이 우리 모형에서 필요한 가정의 전부이다”(PR, p. 404)라고 정의한다. 그러나 (설사 PR의 정의가 틀렸다고 단정할 수는

없더라도) 이 정의는 학계에서의 보편적 정의와 다른 것이 사실이며, 특히 본고에서 줄곧 억제하고자 논의해 왔던 ‘악의적 소송’과 일치하지 않음은 분명해 보인다. 둘째, 당사자들이 화해한 직후 피고가 남소를 이유로 다시 원고에게 제재소송을 제기한다는 메커니즘은 그리 현실적이지 못해 보인다. 법원에서 이루어진 당사자 간의 자발적 화해에 대하여 다시 제재를 한다는 차원에서 법집행 체계의 일관성과도 꽤 모순이 된다고 판단된다. 셋째, 가장 큰 논리적 의문점으로서, PR모형에서는 이차적 제재소송을 거치면서 해당 소송이 남소라는 사실이 법원에 의해 밝혀진다고 가정한다. 그러나 일차적 소송에서 남소 여부를 알지 못하였던 법원이 제재소송에서는 그 여부를 판단할 수 있다는 이 가정은 쉽게 이해되지 않는 것이 사실이다. 보다 본질적 문제점은 제재소송에서 법원이 남소 여부를 가릴 수 있다고 가정한 점이다. 말하자면 원고의 사적정보인 특정 ‘P 값 자체’가 제재소송에서 갑자기 밝혀진다는 가정을 쓰고 있다는 의미이다. 그러나 법원이 제재소송에서 남소 여부를 판단할 수 있었다면 원래의 일차 소송에서도 남소 여부를 판별할 수 있었을 것이다.

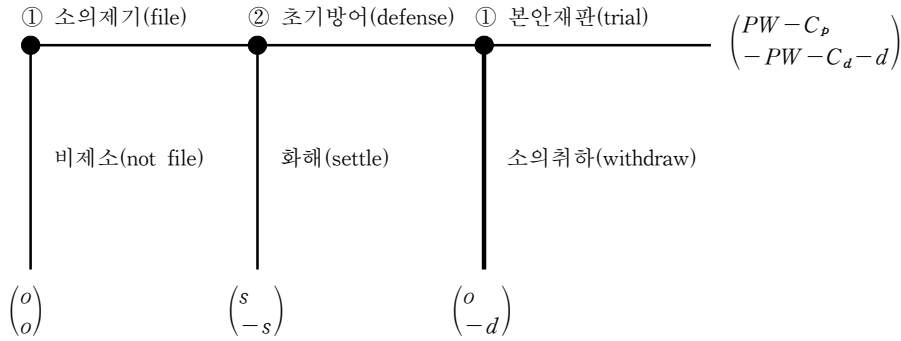
따라서 본고에서는 Kim and Kim(2008)에서 제시되었던 ‘완전정보하의 남소’를 억제하는 다소 새로운 방법을 간략히만 소개하고자 한다. 주지하듯 본안재판을 통해 얻는 원고의 기대이익은 PEV소송일 때가 가장 크다. 그 반대의 NEV소송일 때에는 (다른 조건이 일정할 때) 승소확률이 높은 MS의 경우가 승소가능성이 거의 없는 FS일 때보다 원고의 기대이익이 더 크다. 따라서 만약 법원이 PEV소송 및 MS의 것보다는 작으나 FS의 기대이익보다는 큰 값으로 제소비용을 정할 수 있다면, FS는 효과적으로 억제될 수 있을 것이다. 그러나 법원은 해당 소송이 FS인지 아닌지 알 수 없다. 따라서 과연 어떻게 법원이 PEV 및 MS는 억제하지 않으면서 FS만을 억제하는 제소비용을 찾아낼 수 있는지가 문제의 핵심이 될 것이다.

2. 제소단계에서의 남소억제방안³⁰⁾

(1) ‘FS 억제방식’의 고안을 몇 가지 가정

먼저 이하의 논의들은 결국 ‘소권의 남용’이 존재하는 경우라고 볼 수 있으며

30) 참고로 본 소절의 논의는 남소와 그 억제책에 관한 국내연구가 매우 희소한 현상황을 감안하여, Kim and Kim(2008, Section 4)의 이론분석 내용들 중 핵심을 발췌한 후 한국의 법제와 연계시킨 것이다.



주: 1) ①=원고(plaintiff), ②=피고(defendant)
 2) 후속논의에서 제소비용 f 가 존재하나 <그림 1>과의 연계성을 위해 표시하지 않음.

<그림 4> PEV소송과 NEV소송을 모두 포함하는 일반화된 RS모형

로, 우리의 법제상으로는 크게 민사소송법 [1조 ②]에 규정된 ‘신의성실원칙의 위반’(이시윤, 2006, pp.193~209)과 연관지을 수 있을 듯하다. 또는 [205조]의 ‘소송물에 관한 소송요건의 흠결’ 중 소의검토조항과도 연관이 있을 것으로 보인다. 더불어 제소비용에 관한 내용이므로 민사소등인지법 [2조 ①]도 관련되어 있을 것이다.

<그림 1>의 RS모형을 PEV소송과 NEV소송 모두 포함하는 ‘일반화된 형태’로 재구성한 결과가 <그림 4>이다. 즉, 이제까지 논의와의 연계성을 높이기 위하여 저자들의 FS 억제방식도 RS모형을 기본으로 하여 발전시켜 보려고 한다. 우선 다음의 세 가지 가정을 세운다.

첫째, RS모형처럼 소송당사자들 사이에는 P 를 포함한 완전정보가 공유되고 있지만, 반면 법원은 W, C_d, C_p 값을 알고 있으나 P 는 알지 못한다. 둘째, <그림 4>의 초기방어비용 d 는 P 의 증가함수이다(즉, $d=d(P), d(0) \geq 0, d'(P) > 0$). 셋째, 화해가 이루어질 때 화해액은 이제까지와 마찬가지로 Nash 협상에 의하여 결정된다.

첫째 가정은 현실적 개연성이 있어 보인다. 특히, 민사소송 숫자가 폭증하고 있는 한국 법원의 상황을 감안하면 더욱 그러하다. 예를 들어, 당사자 두 명만 관련된 교통사고를 생각해 보자. 원고와 피고는 누가 어느 정도의 잘못(과실)을 했는지, 즉 본안재판으로 갔을 때 원고의 승소확률 P 가 얼마나 되는지 알고 있다. 그러나 법원은 P 에 대해서 알지 못한다. 다만 법원은 이제까지 비슷한 유형의 무수한 교통사고들의 재판경험 및 축적된 자료 등에 근거하여, 해당 사고와 관련하여 선고액(W)과 재판비용(C_d 및 C_p)에 대해서는 비교적 쉽게 추론

이 가능할 수 있다.

둘째 가정 역시 현실적으로 가능성이 크다고 판단된다. 원고의 승소확률이 낮으면 <그림 4>에서 피고의 ‘성공적인’ 방어비용이 적지만, 원고의 승소확률이 크면 피고의 성공적 방어를 위한 비용도 많아지는 것이 현실적일 것이다. 이는 제Ⅲ절의 논의에서 보았듯이 FS의 경우 피고의 답변서 및 재반박준비서면의 작성비용이 상대적으로 낮을 것이라는 사실로부터도 충분히 추론 가능하다.³¹⁾

(2) FS 억제방식의 핵심

소송은 본안재판을 기준하여 $PW - C_p \geq 0$ 인 PEV소송과 $PW - C_p < 0$ 인 NEV소송으로 구분된다. 따라서 $P^* = C_p/W$ 로 정의하면, $P \geq P^*$ 일 때 PEV소송이 되고 $P < P^*$ 이면 NEV소송이다. PEV소송의 경우를 보자. 따라서 <그림 4>에서 (앞서 셋째 가정에서 Nash 협상을 가정하였으므로) PEV소송으로부터 제소 직전 원고의 기대이익은 $s = PW + (C_d + d(P) - C_p)/2$ 가 된다($P = P^*$ 일 때는 $s(P^*) = (C_d + d(P^*) + C_p)/2$). 한편, NEV소송의 경우 (제Ⅱ절에서 보았듯이) 제소 직전 원고의 기대이익은 $s = d(P)/2$ 가 된다($P = P^*$ 일 때에는 $s(P^*) = d(P^*)/2$).

따라서 법원이 제소비용 f 를 $d(P^*)/2 < f \leq (C_d + d(P^*) + C_p)/2$ 의 관계를 만족시키도록 설정하면, PEV소송은 억제되지 않고 단지 NEV소송만 억제될 수 있을 것이라는 사실을 일단 추론할 수 있다. 하지만 이 방법은 모든 NEV소송을 억제해 버리는 문제점을 드러낸다.³²⁾ MS는 억제하지 않고 FS만을 억제하는 방법을 찾기 위해서는 우선 FS와 MS를 구별하는 기준이 필요하다. 본고에서는 제Ⅱ절에서 이미 구분한대로 일반적 관례를 따라 $PW - C_p < 0$ 인 NEV소송 중에서 ‘ P 가 작은 경우’를 FS, ‘ P 가 큰 경우’를 MS라고 구별하기로 한다.

그럼에도 불구하고 주지하듯 FS와 MS를 구별하는 P 의 크기가 얼마인지에 대해서는 기실 어떤 객관적 기준이 존재하지는 않는다. 예를 들어, $W = 200$, $C_p = 100$, $P = 0.4$ 인 경우(즉, NEV소송)가 FS에 해당되는지 MS에 해당되는지 판단하는 객관적 기준은 없다는 것이다. P 가 0에 매우 가까울 때는 물론 FS로 간주되겠지만, 과연 어디까지 낮아져야 FS로 간주할 것인가에 대해서는 확정하기 힘들다. 따라서 FS와 MS를 구분하는 기준이 되는 특정한 값 \tilde{P} (예: 0.2)는 결국 법원이 확정할 수밖에 없다. 즉, NEV소송인 경우에 한해서, $P \geq \tilde{P}$ 이면

31) 물론 <그림 1>의 RS모형에서 피고의 방어비용은 상수로 설정되어 있다. 그러나 본고에서 가정하듯 P 의 증가함수로 해석되어도 RS모형의 결과를 유지하는 데 아무런 문제가 없을 것이다.

32) 앞에서 지적한대로 바로 이 점이 RS2모형이 갖는 가장 큰 단점이었다.

MS로 간주하고, $P < \tilde{P}$ 이면 FS로 간주하는 것이다. 여기서 저자들이 강조하고 싶은 점은 P^* 와 \tilde{P} 는 소송당사자들에게 알려진 수치들이라는 사실이다. 앞서 설명한대로 P^* 는 법원이 이미 알고 있는 변수들에 의해 계산되며, \tilde{P} 는 사전적으로 확정한 값이다.

이상의 논의를 종합하면, ‘가변적 제소비용 부과방식’에 관한 다음의 최종결론에 도달한다. “법원이 특정 사건의 P 값을 모르는 상황에서 FS만을 억제하도록 유도하는 제소비용 \tilde{f} 는 다음과 같다. <경우 1> 만약 $\tilde{P} \leq P^*$ 이면, $\tilde{f} = d(\tilde{P})/2$ 를 부과한다. <경우 2> 만약 $P^* < \tilde{P}$ 이면, $\tilde{f} \in (d(P^*)/2, (C_a + d(P^*) + C_p)/2)$ 의 한 값을 부과한다.”

(3) FS 억제방식에 관한 추가 설명 및 고려사항

앞 소절의 <경우 1>과 <경우 2>를 구분하여 설명해 보자. 먼저 <경우 1>에서는 NEV소송에 FS와 MS가 모두 포함된다. 반면 <경우 2>에서는 NEV소송은 모두 FS이다. 따라서 모든 NEV소송을 억제하면 된다. \tilde{f} 가 $(d(P^*)/2, (C_a + d(P^*) + C_p)/2)$ 의 범위 내에 있으면 PEV소송은 억제되지 않고 오로지 모든 NEV소송(즉, FS)은 억제된다.³³⁾

이러한 억제방식은 물론 이론적인 것이므로 법원의 오류를 고려할 필요는 없지만, 현실에 적용할 때는 물론 법원의 정보부족이나 판단의 오류가 문제가 될 수 있을 것이다. <경우 1>에서는 FS와 MS가 단일의 정확한 값에 의해 구분된다. 따라서 현실적으로 만약 법원이 완벽한 정보를 갖지 못하는 상황하에서는 (\tilde{f} 를 과소계상하면) FS를 억제하지 못하거나, 반대로 (\tilde{f} 를 과대계상하면) MS마저도 억제하는 오류의 가능성이 발생할 수 있다.

한편, <경우 2>에서는 \tilde{f} 가 단일 값이 아니라 구간에서 선택할 수 있으므로 법원의 오류가능성이 <경우 1>에 비하여 낮다고 할 수 있다(또한 $C_a + C_p$ 가 클수록 오류의 가능성은 낮아진다). 하지만 <경우 2> 역시 현실적으로 법원이 필요한 변수들에 관한 완벽한 정보를 갖지 못하는 상황에서, $(d(P^*)/2, (C_a + d(P^*) + C_p)/2)$ 범위 내에서 \tilde{f} 의 선택은 ‘FS 억제력’과 ‘PEV소송도 억제될 오류’ 간의 상충관계(trade-off)를 초래한다. 따라서 현실적인 관점에서 최적의 \tilde{f} 는 양극단의 값이 아니라 위에서 설명한 상충관계를 고려한 중간어떤 값이 될 것으로 판단된다.³⁴⁾

33) 제II절에서 전술한대로 <경우 2>일 때 PEV소송 중에는 원고승소확률이 낮은 사건들도 포함될 것이지만, 최소한 ‘소익이 있다’는 측면에서 억제대상 소송으로 단정할 수 없다.

종합하면, 법원은 W , C_d , C_p 값을 알 수 있지만 P 는 알지 못한다.³⁴⁾ 그러나 법원은 NEV소송과 PEV소송을 구분되는 $P^*=C_p/W$ 를 계산할 수 있다. 또한 법원은 NEV소송 중에서 FS와 MS를 획정하는 \tilde{P} 를 사전적으로 정한다. 그 다음 \tilde{P} 와 P^* 의 상대적 크기에 따라 제소비용 \tilde{f} 를 위와 같이 정하여 원고에게 부과한다. 그렇게 되면 원고는 제소함으로써 부담해야 할 \tilde{f} 와 다른 한편으로 (당사자들에게는 이미 알려져 있는 자신의 승소확률 P 조건하에서) 발생하는 기대이익을 상호 비교함으로써 제소 여부를 스스로 결정한다. 이 과정에서 FS의 원고는 제소하지 않고, MS나 PEV소송의 원고는 제소하게 되는 것이다.

VI. 결론 및 향후 연구과제

본고의 목적은 한국의 민사소송절차를 남소역제의 차원에서 검토하는 것이었다. 승소확률이 매우 낮고 소익이 없다는 사실을 소송당사자들이 뻔히 알면서도 제소되는 ‘악의적 소송’, 즉 ‘완전정보하의 남소’에 관한 학계의 기존 이론 및 최근 저자들의 다른 논문에서 이미 수행하였던 확장된 이론연구 결과들 중 본고의 상기 목적과 가장 연관성이 크다고 판단되는 부분들을 추출하여, 궁극적으로 한국의 관련 현행 법제에 적용시키는 경제분석을 수행하였다.

이상의 목적을 위하여 ‘완전정보하의 FS’ 분석의 지평을 열었다고 평가되는 Rosenberg and Shavell(1985, RS모형)의 소개로부터 시작하였다. 특히, RS모형에서 소위 FS균형이 도출되는데 핵심적인 역할을 했던 가정 및 모형형태들을 추출하여 면밀히 검토하였다. 동시에 RS모형 이전부터 법경제학계에서 알려져 왔으나 남소현상을 설명하는 데는 거의 사용되지 않았던 ‘전통모형’도 함께 점검한 결과, 양자 모두 원칙적으로는 ‘악의적 소송’을 설명할 수 있다는 확인을 하였다.

34) 이는 이론적으로 볼 때 현실에서 법원 정보의 오류가 존재한다면 <경우 2>에서 \tilde{f} 는 구간의 중간 정도에 위치하는 것이 좋다는 의미이다. 그러나 한편으로 \tilde{f} 가 구간에서 낮은 값으로 책정되는 장점도 존재할 듯하다. 왜냐하면, 본고에서 소송의 목적은 불법행위의 ‘내부화(internalization)’에 두었으나, 실제로 ‘구제(remedy)’ 또한 소송의 중요한 기능으로 간주할 수 있기 때문이다. 따라서 \tilde{f} 를 높게 잡을수록 PEV소송 원고의 부를 이전하는 효과를 낳게 된다. 결론적으로, 법원 정보의 오류가 적을수록 \tilde{f} 는 $d(P^*)/2$ 에 가깝게 책정하는 것이 바람직할 것으로 사료된다.

35) 현실적으로 볼 때 이 가정은 ‘상대적 개념’이 될 것이며, 한국 법원의 상황을 적절히 반영하고 있다는 점은 이미 언급한 바와 같다.

이를 바탕으로 한국의 민사소송절차를 개관해 보았다. 그 주요 결과 및 단기적 정책제안은 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 현행 한국의 민사소송법제는 크게 보아 전술한 전통모형보다는 RS모형 류에 가깝다. 둘째, 따라서 최소한 본고의 분석대상인 ‘완전정보하의 FS’의 발생빈도를 대체로 줄이는 방향으로 제정되어 있다. 셋째, 본안재판 이전 당사자들이 화해할 수 있는 최종시점을 어떤 식으로든 다소 앞당기는 것이 좋을 듯하다. 넷째, 제소 이후 본안재판개시까지의 최대 소요시간을 현재보다는 좀더 확실하게 명시하는 방향으로 법제개편이 필요하다고 판단된다. 물론 물리적인 길이 자체는 여러 변수를 고려해서 결정해야 될 것이나, 그렇게 하여 정해진 최대시간을 법으로 명시함으로써 소송 당사자들의 유인구조를 더욱 명확히 할 수 있을 것이다.

마지막으로, 남소역제책에 관한 저자들이 한 이론논문에서 이미 수행하였던 다분히 실험적 연구결과를 간략히 소개하였다. 먼저 주로 해외학자들에 의해 제시된 주요 남소역제책들을 추가적으로 평가한 바, 이들은 나름대로 장단점을 갖고 있었다. 특히, 그 억제대상이 ‘NEV소송 전체’가 되어 버려 승소확률이 높은 MS마저 제약하는 단점을 극복하고자 하였다. 요컨대, 저자들의 실험적 제안에 깔린 핵심은 PEV소송 및 MS의 기대이익보다는 작지만, FS의 기대이익보다는 큰 값으로 제소비용을 ‘선택적으로’ 부과함으로써 FS만을 효과적으로 억제될 수 있을 것이라는 생각이었다. 하지만 법원은 해당 소송이 FS인지의 여부를 알 수 없으므로, 과연 어떻게 적절한 제소비용을 선택할 수 있는지가 해당 억제 메커니즘을 고안하는 데 관건이었다. 저자들은 그 과제를 어느 정도 해결하였다고 잠정적으로 기대한다.

그럼에도 불구하고 저자들이 제안한 남소역제책의 실제 도입에 관하여 Kim and Kim(2008)에서 이미 지적된 바를 한국의 상황과 연계하여 잠시 생각해 보고자 한다. 본문에서 수차례 지적한대로 이 억제책은 단기간에 곧바로 실행하기보다는 성공적인 도입을 위하여 중장기적으로 준비를 해야 할 것으로 보인다. 그 과정에는 여러 전문가들의 많은 노력이 필수적이겠지만, 매우 가치 있는 작업이 될 것으로 기대한다. 저자들은 특히 다음의 두 가지 고려가 필요하다고 판단된다.

첫째, 남소를 구분 짓는 원고승소확률의 경계치 \tilde{P} 를 한국의 법원이 정해야 하는 문제이다. 전술한대로 \tilde{P} 에 관해서는 객관적 잣대를 쉽게 제공하기 힘들다. 하지만 \tilde{P} 를 정해야 하는 논리적 근거를 따지자면, 법원의 자원 역시 희소성에서 자유로울 수 없고 소송사건들끼리 상호 구축효과를 야기하는 것만큼은

분명하다(예: Kim, 2002). 따라서 제한된 법원자원하에서 사법부가 최소한 어느 정도의 승소가능성을 갖는 사건에 한하여 그 자원을 배분할 것인가를 선택하는 차원에서 그 경제치를 결정하는 문제로 해석할 수 있겠다. 물론 그 값이 지나치게 낮아지면 법원자원이 남용될 소지가 커지고, 반대의 경우 위법행위의 빈도가 높아질 위험이 있다.³⁶⁾ 개념적으로는 위 상충관계를 반영하는 모든 변수들을 따져 \tilde{P} 의 최적값을 찾을 수 있을 것이지만, 현실적으로는 법원의 경험과 관례를 상당부분 따를 수밖에 없다. 매우 실험적인 생각으로서, 한국에서는 예컨대 『사법연감』이나 법원의 판결문데이터베이스 등을 사용하여 사건유형별 원고의 평균승소율을 구하여 어떤 식으로든 기본통계치로써 활용하는 방법이 있을 것이다. 법정경제학계에서 잘 알려진 바대로, 원고승소율은 사건유형별로 매우 다양하기 때문이다.

둘째, 이 억제방식을 제대로 운용하기 위해서는 \tilde{f} 를 잘 정해야 하는데, 이를 위해서는 각 사건에 대하여 여러 변수 값들의 추정이 필요하다. 말하자면 법원이 필요로 하는 정보량을 확보해야 하는 과제가 남아 있다. 구체적으로 핵심은 P^* 와 $d(P)$ 인 듯하다. 먼저 P^* 를 구하기 위해서는 W 와 C_b 가 필요한 바, 전술한대로 비슷한 유형의 축적된 사건자료들을 활용할 수 있을 것이다. 이는 C_d 에 대해서도 마찬가지이다. 그런데 $d(P)$ 에 대해서는 좀더 면밀한 준비가 필요해 보인다. 이 남소억제책은 RS모형에 기초를 두고 있는데, 원래 d 의 정의는 남소 원고에 대하여 피고가 ‘성공적 방어’를 하기 위한 비용이었다(이 비용에는 변호사수임, 평판손실, 시간 등 여러 요소가 포함될 것이다). d 는 이미 가정한대로(다른 조건이 일정할 때) P 가 높을수록 증가할 것이다. 이상의 속성들을 반영하는 $d(P)$ 를 추정하는 작업은 결코 쉽지 않을 것임을 저자들도 부인하지 않는다. 그러나 이 시점에서 저자들이 할 수 있는 말은 $d(P)$ 의 추정작업은 학술적으로는 물론 현실에서도 매우 높은 가치를 지닐 것이라는 점이다. 특히, 국내 사법절차상 발생하는 각종 비용에 관한 실증분석이 아직 매우 미미한 현시점에서 꽤 의미 있는 시도가 될 것이다. 물론 이를 위해서는 연구자들의 매우 창의적인 아이디어들이 절실히 보인다.³⁷⁾

36) 그럼에도 불구하고 한국에서 국민들의 재판받을 권한(헌법 [27조 ①])을 감안한다면 \tilde{P} 는 보수적으로 충분히 낮은 값에서 정해져야 할 것이다.

37) 예를 들어, 대법원이 주도하여 구축한 소송초기 화해된 사건들로 구성된 데이터베이스로부터 얻는 실제 화해액을 위시한 기타 정보들 및 해당 피고와의 설문조사를 통하여 구하는 P 값 등을 활용하여 d 를 추정하는 방식 등이 그 좋은 예가 될 것이다.

참 고 문 헌

- 김두얼, 『경제성장을 위한 사법적 기반의 모색(I): 민사소송의 현황과 정책과제』, 한국개발연구원, 2007.
- 김일중, 「한국 집단소송제도의 효율성을 위한 법경제학적 소고: 과학적 이해 및 생산적 연구방향의 제시」, 『한국경제연구』 제16권, 2006, 51~90.
- 김일중·김재홍, 「비대칭정보 하에서 소송절차」, 『계량경제학보』 제20권 제4호, 2005, 21~49.
- 김홍규, 「증권관련집단소송제의 도입과 남소의 방지」, 『상장협』 제49호, 2004, 3~19.
- 사법연수원, 『민사실무』 제1권, 2006.
- 이규호, 「증권관련 집단소송제도의 법적·경제적 분석」, 『규제연구』 제10권 제2호, 2001, 65~122.
- 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2006.
- 이준섭, 「증권관련 집단소송제 도입의 몇 가지 전제와 문제점」, 『상장협』 제44호, 2001, 19~34.
- 정동윤·유병현, 『민사소송법』, 법문사, 2006.
- 정동윤·함영주, 『증권관련집단소송제도의 도입과 기업의 대응방안』, 한국상장회사협의회, 2004.
- Bebchuck, Lucian, “Suing Solely to Extract a Settlement Offer,” *Journal of Legal Studies*, 17, 1988, 437~450.
- _____, “A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue,” *Journal of Legal Studies*, 25, 1996, 1~25.
- Bebchuck, Lucian and Howard Chang, “An analysis of Fee Shifting Based on the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11,” *Journal of Legal Studies*, 25, 1996, 371~403.
- Bone, Robert, “Modeling Frivolous Suits,” *University of Pennsylvania Law Review*, 145, 1997, 519~605.
- Bone, Robert and David Evans, “Class Certification and Substantive Merits,” *Duke Law Journal*, 51, 2002, 1251~1332.
- Che, Yeon-Koo and Dietrich Earnhart, “Optimal Use of Information in Litigation:

- Should Regulatory Information Be Withheld to Deter Frivolous Suits?" *Rand Journal of Economics*, 28, 1997, 120~134.
- Choi, Stephen, "The Evidence on Securities Class Action," *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, 1465~1525.
- Coffee, John, "The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation," *Law and Contemporary Problems*, 48, 1985, 5~81.
- Cooter, Robert and Daniel Rubinfeld, "Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution," *Journal of Economic Literature*, 27, 1989, 1067~1097.
- Cooter, Robert and Thomas Ulen, *Law and Economics*(5th ed.), Boston, MA: Pearson Addison Wesley, 2008.
- Fund, J. and M. Wooster, *The Dangers of Regulation through Litigation*, Washington, DC: American Tort Reform Foundation, 2000.
- Katz, Avery, "The Effect of Frivolous Lawsuits on the Settlement of Litigation," *International Review of Law and Economics*, 10, 1990, 3~27.
- Kim, Iljoong, "An Information Saving and Efficient Nuisance Rule," *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 158, 2002, 514~527.
- Kim, Iljoong and Jaehong Kim, "Frivolous Suits under Complete Information and the Deterrence of the Coerced Transfers," Department of Economics Working Paper, SungKyunKwan University, 2008.
- Miller, Geoffrey, "Review of Merits in Class Action Certification," *Hofstra Law Review*, 33, 2004, 51~87.
- Png, Ivan, "Strategic Behavior in Suit, Settlement, and Trial," *Bell Journal of Economics*, 14, 1983, 539~550.
- Priest, George, "Procedural versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions," *Journal of Legal Studies*, 26, 1997, 521~573.
- Polinsky, Mitchell and Yeon-Koo Che, "Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation," *Rand Journal of Economics*, 22, 1991, 562~570.
- Polinsky, Mitchell and Daniel Rubinfeld, "Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis," *Georgetown Law Journal*, 82, 1993, 397~435.
- Posner, Richard, *An Economic Analysis of Law*(7th ed.), New York: Aspen Law & Business, 2007.
- Rosenberg, David and Steven Shavell, "A Model in Which Suits Are Brought for

Their Nuisance Value,” *International Review of Law and Economics*, 5, 1985, 3~13.

_____, “A Solution to the Problem of Nuisance Suits: The Option to Have the Court Bar Settlement,” *International Review of Law and Economics*, 26, 2006, 42~51.

Schaefer, Hans-Bernd, “The Bundling of Similar Interests in Litigation: The Incentives for Class Action and Legal Actions Taken by Associations,” *European Journal of Law and Economics*, 9, 2000, 183~213.

Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004.

Silver, Charles, “We’re Scared to Death: Class Certification and Blackmail,” *Law Review*, 98, New York Univ., 2003, 1357~1430.

[Abstract]

An Economic Analysis of Frivolous Suits: With Emphases on the Korean Civil Procedure Act

Iljoong Kim · Jaehong Kim

The purpose of this paper lies in an economic analysis of the Korean Civil Procedure Act, as many commentators have recently expressed their concern about an ‘explosion of litigations’ in Korea. Specifically, we evaluate how effectively the Act has been designed to contain ‘frivolous suits’ (sometimes interchangeably used with the term ‘negative expected value suits’). We are particularly concerned with frivolous suits occurring under complete information between litigants, as they are what have been a most vexing question to researchers and should be deterred by judicial policy. For this goal, we first demonstrate the major tenets underlying existing representative models in the field of law and economics, and, based mainly upon our independent theoretical work, briefly introduce its analytic results regarding more comprehensive conditions for frivolous suits to take place. The next step as the main analysis in this paper is to apply these conditions to the Korean Civil Procedure Act in order to see if the Act commands a reasonable degree of deterring frivolous suits. A preliminary conclusion through these processes will be that, broadly speaking, the Act is relatively well-equipped to cope with them. We further provide a few short-term policy suggestions. Finally, we summarize and supplement, taking into consideration the current situations surrounding the Korean courts, our earlier attempt to design a institutional mechanism to contain the frivolous suit more fundamentally. We expect our various tasks in this paper to trigger, in yet fuller force, more academic research in Korea on this profoundly critical issue of judicial policy.

Keywords: The Korean Civil Procedure Act, pre-trial stage, trial, frivolous suits, settlement, law and economics

JEL Classification: K13, K41