

公共訴訟에 관한 研究(Ⅱ)*

徐 元 宇**

目 次

一. 序 論	의 問題狀況(以上 제26권 1호)
二. 現代社會와 裁判制度의 役割	六. 公共의 利益訴訟의 特質과 節次的 保障(이하 本號)
1. 裁判의 政策形成機能	1. 法官의 役割
2. 現代型訴訟의 特徵과 訴訟制度上的 課題	2. 當事者의 聽聞을 받을 權利問題
三. 司法制度에 있어서의 原告適格問題	3. 總括的 結論—民事訴訟에 관한 法과 實際에 있어서 進行中인 革命
1. 現代的權利保障의 意味	七. 公共訴訟과 法官의 役割
2. 擴散의 利益과 原告適格問題	1. 問題의 提起
3. 擴散의 利益保護를 위한 두 가지 接近 方式	2. 종래의 傳統
四. 새로운 司法制度의 摸索	3. 公共訴訟모델
1. 專門政府法務長官制의 問題	4. 試驗的 評價
2. 專門政府法務長官方式의 缺陷	5. 正統性에 관한 몇 가지 考察
3. 「私의長官」方式과 「結合型」方式	八. Cappelletti와 Chayes의 論文에 대한 評價
五. 公共의 利益保護를 위한 司法的 對應	1. Cappelletti의 論文에 대한 評價
1. 프랑스의 附帶私訴에 있어서의 當事者構成	2. Chayes의 論文에 대한 評價
2. 英國 등 普通法諸國에 있어서의 告發者訴訟	九. 結 論
3. 美國의 集團의 訴訟	1. 兩論文의 聯關性
4. 大陸法系諸國에서의 公共의 利益訴訟	2. 韓國의 訴訟制度와의 關聯性과 實定法的 限界

六. 公共의 利益訴訟의 特質과 節次的 保障

大陸法과 普通法의 諸國에 있어서의 이른바 「理念의原告」(ideological plaintiff)는 多面的인 現象과 問題를 제기케 한다. 그러나 여기서 특히 다음의 두 가지 점에 관해서만 指摘하기로 한다. 그 하나는 公共의 및 集團的 訴訟에 있어서의 法官의 새로운 役割이고 다른 하나는 訴訟關係者에 대한 適正節次(due process)의 그리고, 보다 일반적으로는 公正한 聽聞의 權利保護에 관한 問題이다.

1. 法官의 役割

(1) 첫째로 法官의 役割에 대해서는 傳統的으로는 民事法官의 役割은 民事訴訟의 個人主

* 이 論文은 峨山社會福祉事業財團의 1984年度 研究費支援에 의한 研究論文임.

** 서울大學校 法科大學 教授(法學研究所長).

義의 資格과 私的 內容에 의하여 決定되었었다. 다시 말해서, 法官의 役割은 不利益을 받은 當事者에 대하여 그 權利侵害를 회복시켜주는 것이었다. 따라서 判決의 直接的 效果는 訴訟節次에 있어서의 現實의 訴訟當事者의 範圍를 넘어서지 아니하는 것이었다. 그러나 새로운 集合의 訴訟(actions collectives)이나 公共訴訟의 경우에는 傳統的인 「私的」圖式은 분명히 不充分하다. 그 定義上 原告는 자기자신을 위해서만 訴訟을 하는 것이 아니라 集合體를 위해 사람들의 하나의 集團을 위해 訴訟을 하는 것이다. 그 「集合的權利」(collective right)의 享受의 回復의 目的은 class인 것이며 단순한 當事者가 아니다. 그 결과로서 理念的原告와 法院의 主導的 責任이라고 하는 雙方的 義務가 한결 強化되어지게 된다. 즉, 한편으로는 當事者는 訴訟에 있어서 集合的權利를 自由로 「處分」할 수 없고, 다른 한편으로 「法官」은 當事者의 訴訟行動이 訴訟節次를 통하여 始終 公共의 事件의 「適切한 擁護者」의 그것임을 保障해 줄 責任을 지게 된다. 이 점에서 Homburger教授의 다음과 같은 指摘은 타당하다 할 것이다.⁽⁶⁶⁾

「集團訴訟의 가장 注目할만한 特徵은 法官이 訴訟節次의 指揮監督에 있어서 演出하지 않으면 아니 되는 積極的 役割이다. 集團訴訟遂行에 있어서의 公共의 利益은 보통의 民事訴訟에서 보다 훨씬 크다. 集團의 非訴訟當事者의 利益 및 諸利益을 保護하는 것은 法院의 機能이다. 따라서 集團訴訟의 成功의 處理는 美國의 制度에 있어서는 通常의 경우보다 더 크게 法院主導型의 進行을 요구한다.」

(2) 그리고 또한, 定義上으로도 公共訴訟에 있어서의 判決의 效果는 訴訟節次의 現實의 當事者의 範圍를 넘어서서 미치지 않을 수 없다. 既決事項(res judicate)의 效果는 現實의 訴訟關係者에만 限定된다고 하는 傳統的인 原理——「民事訴訟의 個人主義에의 최후의 逃避處」라고도 불리워지는——는 만일 擴散의 權利가 法院에 의해 保護되어져야 한다면 전혀 妥當하지 못한 것이 된다. 왜냐하면, 「理念的原告는 자기 자신의 損害回復을 위해 請求하는 것이 아니라, 오히려 不法行爲者에 대하여 자기의 集團·class·社會全體에 대한 損害의 賠償을 시키기 위해 出訴하고 있기 때문이다」⁽⁶⁷⁾. 예컨대 巨大한 汚染者는 만일 단순히 個人的 犧牲에 의해서만, 그리고 影響을 받게 될 수 많은 사람들 가운데 한 사람 또는 몇몇 사람만의 損害에 대해서만 訴求되는 것이라고 한다면 汚染者의 不法行爲의 留止를 強制하기란 거의 不可能할 것이라고 한다.⁽⁶⁸⁾

(66) See A. Homburger, *supra* note 46, p. 349.; 法官의 이러한 積極的 役割에 관해서는 後述하는 A. Chayes, *The Role of the Judges in Public Litigation* (*supra* note 2) 이외에도 특히 Note, *The Wyatt Case: Implementation of a Decree Ordering Institutional Change*, 84 *Yale L.J.* 1338, 1340-47 (1975) 참조.

(67) 이러한 個別的 侵害가 아닌 全體의 侵害에 대한 이른바 「流動的 賠償概念」(the concept of fluid recovery)은 최근의 不法行爲로 인한 損害賠償에 있어서 侵害要因活動에 대한 經濟的으로 最適水準(an economically "optimal" level of injurycausing activity)에의 到達이 보다 용이해짐을 의미하기도 한다는 것이다(See G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970, pp. 201-205).

(68) Cappelletti, *op. cit.*, p. 683.

2. 當事者の 聽聞을 받을 權利問題

(1) 확실히 集團訴訟에서 볼 수 있는 法院의 抵抗은 비록 正當化될 수는 없지만 理解가 되지 않는 바는 아니다. 문제의 焦點은 適正節次의 保障 가운데서 가장 根本的인 當事者の 聽聞을 받을 權利에 있다고 할 것이다. *audi et alteram partem*(他方側도 들어라)이라는 原則은 美國을 포함하는 많은 國家들의 憲法에서 승인되고 있으며, 또한 현재 18개국을 구속하는 유럽人權規約과 같은 現代의 超國家的인 人權章典에 의해서도 승인되고 있다. 그렇다면 우리는 公共의 利益과 관련하여 내려진 判斷은 그 拘束力을 現實의 訴訟提起者, 損害를 받은 사람들이나 때로는 聽聞의 有效한 機會가 주어지지 아니하였던 많은 사람들의 範圍를 넘어서서 미친다고 하는 事實을 여하히 容認할 수 있을 것인가? 엄격하게 해석할 경우, 適正節次란 聽聞되어야 할 權利의 不可缺한 要素인 충분한 通知가 判決에 의하여 영향을 받게 될 集團의 個個의 構成員 모두에 대하여 행해져야 함을 요구하는 것으로 생각될 수 있는 것이다. 「그러나 이러한 公正한 聽聞의 個人主義的 概念은 實際의 結果로서는 지나치게 엄격하다는 것이 명백해진다. 왜냐하면, 다수의 사람들을 포함하는 擴散의 權利의 司法的 保障은 傳統的인 通知나 公正한 聽聞의 要件에 固執하게 되면 實際上的 온갖 目的이 불가능해지는 경우가 많기 때문이다(예컨대 Eisen事件에서는 本人의 確認이 가능한 者만으로 限定하더라도 그 通知는 理念的 原告에게 225,000분의 費用이 들게 되어 그것은 분명히 불가능한 負擔을 과하는 것이었다).⁽⁶⁹⁾ 그러던 어떻게 하여야 할 것인가?

「自然的 正義」라고 하는 가장 神聖한 原理⁽⁷⁰⁾ 조차도 現代社會의 變化한 必要 앞에서는 再檢討되지 않으면 아니된다는 것이다. 그러나 이러한 再檢討는 반드시 그 拋棄를 의미하는 것은 아니고 오히려 그 適應을 의미하는 것이다. 美國式인 表現을 빌리자면, 「個人主義的 適正節次라는 비존은 社會的 혹은 集合的 適正節次(a social or collective concept of due process)에로 길을 양보하거나 혹은 統合되지 않으면 아니된다」는 것이다. 왜냐하면 그것만이 새로운 權利의 司法的 擁護를 확보하기 위한 唯一한 方法이기 때문이라는 것이다.⁽⁷¹⁾ 聽聞의 權利는 반드시 언제나 그 集團의 모든 個個人에 대해서가 아니라 理念的當事者에 대해서 주어지면 된다는 것이다. 이러한 當事者는 만일 적절하게 代表만 되고있다면 文字 그대로의 의미에 있어서 特定되어 있지 않고 送達도 받지 아니한 多數의 사람들을 포함하여 集團全體를 위하여 行動하는 것이 허용되어야 할 것이다. 사실 이들 集團을 구성하는 사람들은 個人으로서의 出廷할 수 없는 이상, 代表訴訟(representative litigation)이 허용된

(69) *Id.*, p. 685.

(70) 「司法的 公平性」(*nemo iudex in causa sua*)과 「聽聞을 받을 權利」(*audi alteram partem*)라고 하는 이른바 「自然的 正義」의 두 가지 基本原則에 관해서는 H. Marshall, *Natural Justice* (1959) pp. 3-20; S. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3d ed. 1975), pp. 134-245; M. Cappelletti, General Report, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, (1973) pp. 669-670 등 참조.

(71) Cappelletti, *op. cit.*, p. 686.

다면 그렇지 못한 경우보다도 보다 나은 「法廷의 날」을 가지게 될 것이다.

(2) 물론, 다음과 같은 問題가 없는 것은 아니다. 즉, 이른바 「適切한 代表」(adequate representation)이란 무엇이며, 「理念的原告」 혹은 「私的 法務長官」이 正直하며 準備가 되어 있으며, 또한 全體 class 내지 subclass를 適切하게 代表하는 것으로 생각될만큼 충분히 眞摯한가 어떤가는 여하히 決定할 것인가, 여하히 怠慢, 弊害, 恐嚇 등을 防止할 수 있을 것인가 등의 문제가 그것이다. 예컨대 프랑스의 人種의 少數派의 代表에 대한 1972年法(Statute No. 72-546 of July 1, 1972), 그리고 勞動紛爭의 領域에 있어서의 1970年의 이태리法("Statuto dei diritti dei lavoratori", May 30, 1970, No. 300)은 이 점에 관해 答하고 있다. 그러나 比較法的 分析이 보여주는 바에 의하면, 立法府에 대하여 問題의 完結하고도 통일적인 解決을 기대한다는 것은 어렵은 것임을 말해주고 있다. 도리어 중요한 것은 公共의 利益訴訟에 있어서는 法官이 司法의 柔軟한 裁量에 의하여 原告의 訴에 대한 眞摯성을 측정하지 않던 아니되며 이것으로부터 여러가지 다양한 判斷基準에 의하여 代表로서의 그의 「適切性」이 判明되어진다는 것이다. 이 경우 이들 判斷基準 가운데는 實제상 다음과 같은 것이 포함될 것이라고 한다. 즉, (i) 原告의 過去의 經歷, (ii) 內部的 組織, (iii) 資金의 出處, (iv) 私的 集團의 法令上의 目的, (v) 數와 地理的인 規模, (vi) 公共의 利益團體의 地方的·全體의 性格 등이 그것이다.⁽⁷²⁾ 요컨대 立法의 이며 엄격히 統一된 解決策을 채용한다는 것은 아직 設세한 外科手術에서 나뭇꾼의 도끼를 쓰는 경우와 같은 것 이라고 한다.⁽⁷³⁾

3. 總括的 結論—民事訴訟에 관한 法과 實際에 있어서 進行中인 革命

첫째로 Cappelletti에 의한 本論文의 結論的 見解는 普通法世界와 大陸法世界의 지마다의 特色의 制度의 比較를 試圖한 것 이라 할 수 있으며, 특히 갖가지 「救濟手段의 法創造」를 案出한 점에서 普通法의 法官이 나타낸 積極性과 構想力은 大陸法系世界의 實質的인 標的이 되어 있다는 점⁽⁷⁴⁾이 強調되고 있다.

둘째로 現代社會에 있어서의 民事裁判의 二當事者對立의 laissez-faire의 觀念은 衰退의 길을 걷고 있으며,⁽⁷⁵⁾ 그 傾向은 必야호로 다른 諸國의 立法이나 判決에도 엇볼 수 있게 되어, 이른바 「새로운 財產」(new property) 觀念⁽⁷⁶⁾의 登場이라든가 法院의 새로운 役割⁽⁷⁷⁾

(72) *Comparative Study*, pp. 865-866.

(73) Cappelletti, *op. cit.*, p. 687.

(74) 이점에 관하여, 예컨대 A. Pekelis, *Law and Social Action* (M. Konviz ed. 1950), pp. 42-74 참조.

(75) 지금부터 70餘年前인 1906년에 이미 Rosco Pound 教授는 訴訟節次의 複雜性과 遲延에 관한 깊은 關心을 表明한 바 있었다. (Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 40 *Am. L. Rev.* 729).

(76) Reich, *The New Property*, 73 *Yale L.J.* 733 (1964).

(77) 效果的인 正義에의 接近을 위한 現代의인 平等理念에 立脚한 法官의 새로운 “積極的”(active)이며 “社會的”(social) 役割에 관해서는 Cappelletti, *Social and Political Aspects of Civil*

등이指摘됨으로써 그에 對應할 새로운 訴訟制度에의 改革과 관련된 民事訴訟의 낡은 原理나 構造의 再檢討가 要請된다는 것이다.

이상과 같은 總括에 이어 Cappelletti는 그의 풍부한 資料를 중심으로 구사한 示變에 찬 論文을 다음과 같은 文章으로 맺고 있다.

「本人은 이상에서 이들 최근의 現象과 必要와의 對決努力에서 엿볼 수 있는 머리를 들기 시작한 약간의 基本的 傾向——大陸法과 普通法을 포함하여——를 指摘하려고 試圖하였다. 하나의 根本的인 動搖,⁽⁷⁸⁾ 다시 말해서 그야말로 참다운 革命이 進行되고 있으며, 거기에서는 適正節次나 聽聞의 權利와 같은 司法審査의 가장 神聖한 理想과 命題가 挑戰을 받고 있으며 또한 이러한 挑戰의 結果로 根本的인 變化가 서서히 그리고 到處에서 생겨나고 있는 것이다. 확실히 傳統的인 構造와 오랜 歲月 승인되어 온 觀念의 變革을 唱導한다는 것은 知的으로는 그들의 維持를 단순히 提議하는 것보다 困難하다. 예컨대, “擴散的 權利”, “流動的 損害賠償”, “理念의原告” 등과 같은 새로운 觀念은 분명 위험한 偶像破壞的인 混亂을 초래하는 것처럼 보인다. 그러나 그것은 現代의 現實의 모습의 未曾有의 複雜性을 반영하는 것이라 할 수 있다. 그것은 無條件的인 拒否가 아니며 솔직한 分析을 요구하는 것이다. 이 論文이 단일 무엇인가 貢獻을 할 수 있다고 한다면, 그것은 이러한 새로운 觀念이 단순한 一地方的 性格의 發展을 나타내는 것이 아니며, 또한 美國이나 기타의 國家들에 있어서는 限定된 集團의 理念的 偏見이 아니라, 오히려 깊은 動機로부터의 全世界的인 次元에서의 主要한 傾向을 나타내는 것이라는 것을 指摘하는 데 있다고 할 것이다.⁽⁷⁹⁾

七. 公共訴訟과 法官의 役割

1. 問題의 提起

(1) A. Chayes의 「公共訴訟에 있어서의 法官의 役割 (The Role of the Judge in Public Law Litigation)」이라는 論文은 1970年代부터 美國의 聯邦地方法院이 公共政策의 改善을 위해 힘써온 많은 새로운 訴訟事件을 「公共訴訟」이라 類型짓고, 傳統的인 民事訴訟에 대한 根本的인 批判과 아울러 새로운 訴訟制度의 方向을 떠담하게 제시한 것으로 크게 注目을 받고 있으며 現代에 있어서의 訴訟制度와 法官의 役割을 이해하는 데 있어서 불가결한 중요한 文獻이라 할 수 있다. 이제 이러한 Chayes論文의 意義를 검토하고 「公共法모델 및 傳統

Procedure—Reforms and Trends in Western and Eastern Europe, 69 *Mich. L. Rev.* 847, 854-55, 870-81, 883-84 (1971)과 거기에 引用된 文獻 參照.

(78) 사실, 이러한 根本的인 動搖는 단순히 民事訴訟에 관한 法律을 넘어서는 것이며, 民事制裁(civil sanction)의 觀念 그 자체를 포함하며, 結果적으로 不法行爲, 民事責任 및 損害賠償의 分野에도 중대한 結果를 미치고 있다고 Cappelletti는 말하고 있다.

(79) Cappelletti, *op. cit.*, p. 690.

의 概念으로부터의 그 離脫」과 그것이 「美國의 政治制度 및 法制度에 있어서 法과 法院의 地位에 미치는 影響」이라는 觀點에서 Chayes의 主張을 概觀해 보기로 한다.

(2) A. Chayes는 「傳統的인 裁判概念과 그것이 의거하고 있는 諸前提」는 「새로운 民事訴訟의 모델」에 있어서 法院이나 法官이 遂行하여야 할 役割의 機能性・正統性에 대한 評價의 틀로서는 쓸모없는 것이 되고 있다는 觀點에서 傳統的인 民事裁判의 概念의 特徵을 誇張하는 감이 있지만 다음과 같은 다섯 가지로 要約하고 있다.

① 訴訟은 兩極的(bipolar)이며 二當事者間, 二單位의 利益間에서 展開되어 「勝者全取(winner-takes-all)의 原理에 따라 決定된다.

② 訴訟은 過去指向的(retrospective)이며 이미 발생한 事件에 관한 것이다.

③ 權利와 救濟手段은 相互依存의 關係에 있으며 原告는 被告의 義務違反에 의해 생긴 損害의 量만큼 賠償을 얻는다.

④ 訴訟은 하나의 自己完結的인 挿話(self-contained episode)이며 判決의 效力은 兩當事者에게만 限定된다.

⑤ 訴訟過程은 當事者의 이니셔티브를 취하며 (party-initiated), 當事者가 操縱한다 (party-controlled), 法官은 兩當事者間의 相互作用의 中立的인 裁判人에 지나지 아니한다.

그러나 Chayes에 의하면, 이상과 같은 傳統的인 訴訟모델⁽⁸⁰⁾은 그것이 歷史的으로 어느 정도 有效했건간에 오늘날의 民事訴訟들을 설명하기에는 확실히 不適合하다는 것이다. 近來의 聯邦訴訟事件의 두드러진 特徵은 訴訟이 私的當事者間의 私的 權利에 관한 紛爭으로 인하여 제기되는 것이 아니라는 점에 있으며, 오히려 訴訟의 目的은 諸政策의 憲法上 또는 制定法上의 正當性을 立證하는 데 있다는 것이며, 이러한 訴訟의 法的 基礎의 變化는 다음 아닌 公共訴訟(public law litigation)의 出現을 의미하는 것이라고 한다.

그리하여 이러한 이른바 새로운 公共訴訟의 모델은 前述한 傳統的인 民事裁判의 그것과는 對照的으로 다음과 같이 그 特徵을 要約할 수 있다는 것이다.

① 그 當事者構造는 현저히 柔軟하며 無定型的이고 訴訟過程의 進行에 따라 變化한다.

② 傳統的인 當事者主義的 關係 속에 여러가지 점에서 交渉과 和解의 過程(negotiating and mediating processes)이 混在하고 있다.

③ 法官이 事件을 構成하고 指導함에 있어서 中心的 存在이며 當事者나 辯護士들뿐만이

(80) 이러한 傳統的인 모델의 性格의 特徵은 17·18世紀에 展開된 普通法의 節次(common law procedure) 속에서 確固하게 形成되어 美國植民地나 州에 繼受되었다. 한편, 衡平法(equity)의 節次는 이상과 같은 엄격한 節次에 속박될 없이 訴訟의 當事者, 範圍, 救濟의 方式 등에 있어서 柔軟하고도 프라그마틱한 것이었다. 그리고 Chayes의 論文은 聯邦法院에 있어서의 民事訴訟의 論議에 限定되어 있으나 州法院에 있어서도 傳統的인 모델로부터의 離脫을 볼 수 있으며, 거기에서는 대부분의 事件은 義務懈怠(default)와 관련된 메카니즘에 의하거나 혹은 離婚이나 刑事事件에 있어서 처럼 「同意를 擬制함」(manipulation of consent)으로써 行政的으로 處理되고 있다고 한다(拙譯, 公益訴訟에 있어서의 法官의 役割, 法曹 1984년 8월호, 115-116면 참조).

아니라 광범하게 局外의 사람들(補助法官, 專門家, 監視의 立場에 있는 사람들)로부터의 助力을 구할 수 있다.

④ 중요한 것은 事實審의 法官이 流動的인 救濟의 복잡한 方式의 創造者, 運營者가 되었다는 점, 그들의 救濟方式은 裁判外의 사람들에게도 광범한 영향을 미치는 것이며, 그 運營과 實現에 관하여 法官의 關與를 필요로 한다는 점이다.

다음으로 이상과 같은 特徵을 가진 公共的 訴訟의 具體的 事件을 몇 가지 들면 다음과 같다. ① 學校에 있어서의 人種差別廢止事件, ② 雇傭에 있어서의 差別事件, ③ 在監者·收容者의 權利에 관한 事件 등을 비롯하여 ④ 獨占禁止問題, ⑤ 詐欺的有價證券去來問題, 法人企業의 行爲와 관련된 諸問題, ⑥ 破産과 會社更生의 問題, ⑦ 勞動組合의 支配權問題, ⑧ 消費者에 대한 詐害問題, ⑨ 住居에 관한 人種差別問題, ⑩ 選舉定數再配分問題, ⑪ 環境管理問題 등이 그것이며, 이들 모든 分野의 訴訟事件은 정도의 차이는 있지만, 公共的 訴訟의 特徵을 나타내고 있는 것이다.⁽⁸¹⁾

2. 종래의 傳統

(1) Chayes는 本論이라 할 수 있는 公共的 訴訟의 敘述에 앞서 먼저 종래의 傳統으로서 繼承되어온 訴訟의 概念을 검토하고 있다.

그에 의하면, 오늘에 있어서의 裁判의 傳統的 概念은 19世紀末의 社會觀을 반영한 것이며, 그러한 社會觀이 전제로 하고 있었던 것은 당시에 있어서의 社會·經濟의 裝置의 대부분이 自律的인 諸個人의 活動의 結果이라고 한다. 거기에서는 法院은 私인에 의한 秩序形成(private ordering)의 附屬物로 여겨졌으며, 그 本來의 機能은 個人間의 相互作用의 公正한 關聯性에 관하여 紛爭이 생겼을 경우 그것을 해결하는 것이었다.⁽⁸²⁾ 法的 責任을 지배하고 있었던 基本的 概念은 個人의 意思(intention)와 過失(fault)이었으며, 政府에 의한 規制의 活動은 일단 疑心의 대상이 되었고, 그 審査는 義務違反의 公務員個人을 直接 訴追하는 普通法上의 訴訟이라는 형식을 통해 이루어졌었다. 그리고 이러한 私法型모델(private law model)의 支配的 影響은 憲法訴訟 가운데서도 엿볼 수 있었으며, 그것은 *Marbury v. Madison*, 5 U.S.(1 Cranch) 137, (1803) 事件에서 처음 나타난 이래 다른 方法으로는 解決不可能한 私的紛爭의 解決이라는 司法府의 任務의 延長이라고 이해되었던 것이다.⁽⁸³⁾

(81) 拙譯, 上揭論文, 117면.

(82) H.M. Hart & A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, 1958, pp.185-86; R. Pound, *An Introduction to the philosophy of Law*, 1922, p. 189.

(83) See Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 *Yale L.J.* 1963, 1365~68 (1973); 이점에 관하여 日本의 한 憲法學者에 의하면, 이것을 「訴訟要件으로서 個人의 法的 利益의 直接的인 侵害라고 하는 傳統的인 事件性의 要件을 엄격하게 지키는 憲法訴訟모델」으로서의 古典的인 附隨的 違憲審査制인 「私權保障型」(Monaghan의 이른바 private rights model)으로 說明하고 있으며, 오늘날의 憲法訴訟은 그러나 Monaghan의 이른바 special function model에 로 그 性格이 變貌되었다고 하며, 이것을 「憲法保障型」이라 부르고 있다(芦部信喜, 憲法訴訟의

(2) 訴訟의 또 하나의 機能은 私人的 將來의 行爲의 指標를 제시하는 것이며, 이것은 先例拘束性의 原理와 함께 法曹專門家·學者들의 關心을 上級審의 判決에, 최종적으로는 最高法院의 判決에로 집중시켰다. 왜냐하면 司法過程은 上級審判決에서만 미르소 직접적인 當事者를 넘어서서 一般的으로 適用될 수 있는 法原則을 展開함으로써 보다 넓은 의미를 가질 수 있었기 때문이다. 그리하여 司法府의 機能에 관한 學問的인 論爭에 있어서 그 主人公은 上級審의 法官이었고(흥미롭게도 上級審의 法院이 아니었다), 敎育과 著述 및 分析의 照明을 받은 것도 거의 예외없이 上級審判決이었다는 것이다.⁽⁸⁴⁾ 그리고 그나마 그것은 몇몇 “影響力 있는” 聯邦 및 州의 上級審法官들에 限定되었다.⁽⁸⁵⁾ 그리고 이러한 批判的 檢討의 對象이 된 少數의 判決에 대하여 그 評價의 基準은 주로 判決中の 意見이 일거나 技術的으로 先例와 그 밖의 學說資料의 태두리 안에서 事件을 적절하게 해결하였으며, 그 결과 그 事件에 관련된 法原則들을 일거나 더 體系의이고 洗鍊된 형태로 다듬었는가 하는 것이었다.

(3) 이와 같이 法制度의 起動力이 부족한 上級審과는 대조적으로 傳統的 模型에서는 事實審法官의 機能은 이상하게도 無視되었으며, 이러한 受動性은 事件의 法律的 側面에만 국한된 것은 아니었다. 事實認定(fact finding)에 있어서도 法官의 關與는 制限되어 왔으며, 一般的으로는 簡審이 事實認定을 하며 法官은 中立的인 審判官에 불과한 것으로 되어 있었다.⁽⁸⁶⁾

法的 責任에 관한 諸準則의 體系의 宣言의 強調은 反面에 있어서 救濟의 問題에 대한 無關心을 의미하였다. 거기에서는 金錢에 의한 損害賠償이 通常의 方式이었으며, 將來에 향한 救濟(prospective relief)는 전혀 例外的인 것이었다. 또한 潛在的인 訴訟當事者(potential litigants)라는 것에 대해서는 생각이 미치지 아니하였으며 訴訟當事者가 訴訟過程을 管理(control)하고 있기 때문에 그 訴訟過程에 어떠한 機能上의 잘못이 있어도 그 責任은 當事者에게 부담시키는 것은 不公平한 일이었다.⁽⁸⁷⁾

그리고 이상과 같은 傳統的인 裁判모델은 19世紀의 美國이라는 狀況에서 원래가 찬양할 만 했을뿐만 아니라, 수많은 중요한 政治的·知的 要求에도 부응한 것이었다. 왜냐하면 訴訟은 私的當事者間에 있어서의 私的 抗爭이며 法院의 介入은 최소한에 그쳐야한다는 概念은 엄격히 制限된 政府權力이라는 一般의인 見解를 확인하는 것이기도 하였기 때문이었다. 이 점에서 중요한 것은 이상과 같은 理論的 方式이 通常的 意味에서 政治的으로 責任을 지지 아니하는 司法府의 活動이 사실은 한층 政治的인 影響力을 가지게 되었다는 것을 正當化하는

現代的展開, 1981, 144면).

(84) K. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, 1960, p. 4.

(85) M. Cohen, *Law and Social Order*, 1933, p. 36; Wyzanski, A Trial Judge's Freedom and Responsibility, 65 *Harv. L. Rev.* 1281, 1302 (1952).

(86) See K. Llewellyn, *supra* note 69, at p. 12; Frankel, The Adversary Judge, 54 *Texas L. Rev.*, 465, 468 (1976).

(87) 拙譯, 前揭論文, 122면.

機能을 영위하였다는 점이다. (88), (89)

3. 公共訴訟모델

(1) Chayes는 美國에서는 1875년에 社會經濟의 基本方向을 修正·規制하는 諸立法이 나타났으며, 司法審査에 의한 政治的 影響의 問題가 중대해짐에 따라 民事裁判을 私法的으로 구성하던 종래의 理論은 점차 根據가 위태로워졌다고 하며, 이에 대응하여 訴訟節次構造上에 나타나게 된 時代的 變化를 검토할 필요가 있음을 강조하고 있다. (90) 그것은 종래와 같은 傳統적인 方法에 대하여 訴訟의 機能性·效率性을 표적으로한 斷片的인 改革을 넘어선 法院의 機能과 法官의 役割에 대한 새로운 모델을 제시하는 것이었다.

(2) Chayes는 이러한 새로운 公共訴訟모델을 ① 兩極構造의 瓦解, ② 衡平法の 勝利, ③ 事實認定의 性格變化, ④ 判決, ⑤ 公共訴訟의 形態論 등의 다섯 가지 점에 걸쳐 검토하고 있다.

① 兩極構造(bipolar structure)의 瓦解

일반적으로 當事者의 併合(joinder of parties)은 普通法에서 엄격히 制限되어 있었으나 衡平法下에서는 當該紛爭에 利害關係가 있든 없든 사람들의 訴訟에의 參加를 요구하고 있었다. 法院은 당초 「利害關係」의 概念을 狹義로 받아들이고 있었으나 결국에 가서는 「合理性」과 「效率性」이라는 要請 앞에 굴복하였다. 또한 法典에 의한 訴答(pleading)의 自由化, 복잡한 訴訟方式의 一掃, 請求原因(cause of action)에 관한 規則의 設立, 權利와 救濟의 對應과 體系化에의 志向 등을 볼 수 있었으나, 「能率性」의 提唱者들은 보다 柔軟한 態度를 취할 것을 주장하였으며, 결국 訴訟의 焦點을 「法律上의 主張으로부터 事實上의 背景으로」, 다시 말해서 「請求의 基礎가 되어 있는 事實關係」(transaction or occurrence)으로 移行시켰다. 訴訟物(subject matter of the litigation)에 관한 이상과 같은 開放的인 見解는 訴訟當事者와 그에 대한 介入에로의 問題로 피드백되어 그것은 또한 訴訟을 제기하는 原告適格(standing)의 問題와도 필연적으로 결부되어 갔다.

주지하는 바와 같이, 原告適格의 問題는 특히 行政訴訟上의 現代的 問題이다. 그것은 傳統的 模型下에서는 請求趣旨의 當否(legal merits)——즉, 訴答에서 주장한 事實에 의하면 特定の 原告가 그가 救濟를 요구하고 있는 特定の 被告로부터 特定の 救濟를 받을 權利가

(88) See M. Cohen, *supra* note 70 at 144; J. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, (2d ed, 1927), pp. 99-100.

(89) 拙譯, 前揭論文, 122면.

(90) J. Hurst, *Law and the Condition of Freedom in Nineteenth Century United States*, 1956, pp. 88-89; Pound, *supra* note 68 at p. 344. ; 여기서 1875年이라는 해는 대략적인 年度이다. 예컨대 聯邦法院이 聯邦法의 問題로 一般的인 管轄權을 가지게 된 것은 1871年이었고, 또한 *Slaughter-House Case*, 83 U.S. (16 Wall) 36 (1873)과 *Monn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877) 事件에서 經濟規制와 修正憲法 14條間의 相互作用이 비롯된 當時였다. 그리고 近代型的 專門職業的인 法科大學(professional law school)의 發足도 비슷한 1870年代의 일이었다.

있는가의 여부——와一體가 되어 있었기 때문에 거의 問題가 될 수 없었다.⁽⁹¹⁾ 그러나 現代에서와 같이 訴訟의 堅固한 完結된 構造의인 體系가 浸蝕되게 되면 潛在的 原告의 範圍를 확대하려는 壓力이 거세지게 되며⁽⁹²⁾, 原告適格의 問題는 「訴訟을 제기하려고 하고 있는 狀況의 如何에 따라 중대한 영향을 받게 될런지도 모르는 모든 사람」(“anybody who might be significantly affected by the situation he seeks to litigate”)이라는 데까지는 가지 아니한 線에서 最高法院이 原告適格에 관한 定式을 확립하려고 健闘하고 있지만⁽⁹³⁾ 그 成果는 의문시 된다는 것이다.⁽⁹⁴⁾

이러한 「모든 사람들」——비록 그것이 「거의 모든사람」(almost anybody)이라 규정하더라도——이라는 파악으로부터 이른바 集團訴訟(class action)의 문제가 등장하게 된다. 그것은 傳統的 모เดล과는 달리 「個人과 社會와의 중요한 相互作用의 많은 部分이 機械的인 혹은 官僚化된 基盤에서 행해지고 있으며 이미 私人間에 있어서의 變務의 行爲(bilateral transaction)와 같이 파악할 수 없게 되었다는 것을 우리들이 깨닫기 시작하고 있음의 反映인 것이다. 다시 말하자면, 이러한 集團訴訟은 우리들의 社會 속에 많긴 적긴 잘 組織化된 集團이 激增하고 있다는 것과 또한 적어도 매우 중요한 局面에 있어서는 集團의利害로서 自覺的으로 파악하려는 傾向에 對應하는 것이라 할 수 있다는 것이다.

그러하여 이와 같이 集團訴訟이 訴訟의 現實的인 主體나 客體로서 출현함으로써 當事者適格問題를 비롯한 여러가지 광범한 새로운 問題가 제기됨에 이르렀다. Chayes는 그것을 다음과 같은 네 가지로 요약하고 있다. 즉, (i) 이러한 集團이 어디까지 擴大되며 均質化될 것인가, (ii) 이러한 集團의 代表와 상이한 見解의 主張을 어디까지 어떤 方法으로 인정하든 될 것인가, (iii) 判決의 效力이 法院外의 사람들에게까지 미칠 때에는 傳統的인 終局性(finality)이나 遮斷效(preclusion)의 原則을 適用할 수 있는가, (iv) 具體的으로 자기의 利害를 明確化할 수 없는 것과 같은 特定한 訴訟依賴者가 없는 경우에 있어서 法律家의 行動과 義務의 指針으로서 當事者主義的 構造의 前提에 그대로 의거할 수 있을 것인가 등의 문제가 그것이라고 한다.⁽⁹⁵⁾ 그리고 이와같이 크로즈업된 集團訴訟의 登장은 단순히 訴訟節次上의 裝置에만 관한 것으로 생각하는 것은 잘못이며 오히려 集團의 利害를 訴訟이라는

(91) Albert, Standing to Challenge Administrative Action: An Inadequate Surrogate for Claims for Relief, 83 *Yale L.J.* 425, 426 (1974).

(92) 예컨대 *United States, Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*, 412 U.S. 669 (1973); *Association of Data Processing Serv. Org's., Inc. v. Camp*, 397 U.S. 150 (1970); *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 38(1968); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) 등 참조.

(93) 예컨대 *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490 (1975); *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727(1972); See generally Scott, Standing in the Supreme Court—A Functional Analysis, 87 *Harv. L. Rev.* 645 (1973); Stewart, The Reformation of American Administrative Law, 88 *Harv. L. Rev.* 1667, 1723-47 (1975); 拙稿, 美國判例法上의 原告適格法理, 法學 제18권 1호(통권 37호) 참조.

(94) 拙譯, 前揭論文, 126면.

(95) See generally, Developments in the Law—Class Actions, 88 *Harv. L. Rev.* 1318.

場으로까지 끌어 내기 위한 하나의 메카니즘으로서 생각하여야 된다는 것이다.⁽⁹⁶⁾

② 衡平法の 勝利

今世紀에 있어서 訴訟節次의 發展 가운데 가장 중요한 것 가운데 하나는 衡平法(equity) 상의 救濟가 중요한 것으로 되었다는 점이다.⁽⁹⁷⁾ 衡平法上의 救濟를 例外的인 手段으로 보는 남은 생각은 이제 사라졌다.⁽⁹⁸⁾ 주목되는 것은 衡平法上의 救濟方法에 의하여 요구되는 原告·被告間의 競合하는 利害의 比較衡量이며, 그것은 「勝利者가 모든것을 자기 것으로 한다」(winner-takes-all)는 식의 解決方法과는 다른 方式을 취하는 것이었다. 이로부터 權利와 救濟의 對應關係는 分離되어 救濟의 方式은 *ad hoc*하게 形成되어진다. 救濟는 損害賠償金의 移轉에 의해서가 아니라 關聯있는 諸利益全部를 만족시키도록 將來指向的인 프로그램을 案出해 내는 試圖를 의미하는 것이 된다. 그리고 訴訟當事者가 아닌 사람들의 利益은 衡平法이 個別的인 禁止命令訴訟(injunction)에 있어서 社會的 利益과의 比較衡量을 행함으로써 어느 정도 인정되어 왔었으나 이것은 社會·經濟的 活動이 다수의 사람들의 集團에 의해 組織되는 일이 커짐에 따라 더욱더 切迫한 問題로 되었고, 그것은 衡平法上의 것에 限하지 아니하게 되었다(勞動爭議에 대한 留止命令, 徵稅問題의 違憲訴訟 등). 政府의 機能에 관해서도 訴訟의 爭點은 政府의 政策 또는 프로그램遂行의 可否, 當不當이 크게 문제삼아졌다. 또한 訴訟이 가지는 政治的 機能에 대한 認識이 司法判斷適合性(justiability)에 대한 傳統的 諸制限(統治行爲問題, 成熟性, 擬制性(mootness) 등등)의 種래의 思考方式을 크게 再檢討하게 하였고 公共訴訟에 의하여 영향을 받게되는 諸利益의 原告의 代表可能性이 문제되게 되었다. 그리고 私法型訴訟(private litigation)의 경우와 마찬가지로 단순한 禁止的 命令(prohibitory orders)만으로는 불충분한 경우에는 더욱 복잡해진다. 가령 精神病患者가 治療 받을 權利를 거부당했다고 訴訟을 제기했을 때 病院長에 대하여 “治療拒否를 中止하라”고 명령하는 것만으로 충분하지 못할 것이다.⁽⁹⁹⁾

教育이나 雇傭에 있어서의 人種差別이나, 議員選舉區의 劃定, 環境管理 등에 있어서도 마찬가지이다. 그리고 이들 目錄은 더욱 확장될 수도 있는 것이다. 司法府의 介入이 議會立法을 근거로 이루어질 경우에 그 前提로 당해 制定法이 積極적인 規制目的을 具體化함을

(96) 拙譯, 前揭論文, 127면.

(97) See Developments in the Law—Injunctions, 178 *Harv. L. Rev.* 994, 996 (1965).

(98) R. Field & B. Kaplan, *Materials for a Basic Course in Civil Procedure* (3d ed. 1973), pp. 307-8.; G. Gilmore, *The Death of Contract* (1974), p. 83, p. 140.

(99) 예컨대 결국 “治療를 받을 權利”(right to treatment)라는 根據下에 앨라배마州의 州立精神障害者保護施設들을 改革하기까지에 이른 Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 373, 344 F. Supp. 384 (M.D. Ala, 1972). 이 事件에서 당초의 原告는 州의 精神醫療豫算의 削減을 沮止하고자 하는 解雇된 從業員들이었다. See also Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727, 759 (1972). 이 事件에서는 Mineral King 地域의 어떤 住民도……자신에게 經濟的으로 有利한 狀況이라고 생각하게 될 것이니 이상, Disney會社와 政府의 事業計劃에 대한 反對當事者가 되지 않을 것이므로 非傳統的인 本件原告도 當事者適格을 가져야 한다고 判示하였다.

의도하고 있다는 것이다. 訴訟이 憲法規定——그것은 전통적으로 政府權力을 制限하는 것으로 인식되어 왔다——을 근거로 하는 경우조차도 그러한 憲法規定들은 적극적인 諸價値를 具現하려는 것이며 司法府의 活動에 의하여 그것이 育成・助長되어야 하는 것으로 취급하는 경향이 증가하고 있다.⁽¹⁰⁰⁾

특히 司法府가 介入하는 것은 制定法의 目的이나 價値를 實現하기 위한 적극적인 프로그램인 때가 많고 또한 法院은 競爭的인 利益이 屢연히 존재함이 屢연히 인정되면서도 그 상당부분이 訴訟當事者에 의하여 代辯되지 않기 때문에 그러한 未代辯利益을 적절히 救濟方法의 創出이라는 어려운 문제에 점차로 부딪히고 있는 것이다.⁽¹⁰¹⁾

③ 事實認定의 性格變化

傳統的 裁判모델의 주된 關心은 特定한 過去의 行爲事實이 當事者에 대하여 어떠한 結果를 가져왔는가에 있었거니와, 이러한 問題回顧的 態度는 公共訴訟에는 不適合하다. 따라서 政治的인 大規模의 集合體를 다루는 경우에는 意思(will), 故意(intention), 過失(fault) 등의 概念은 단순한 比喩的 意味밖에 가지지 못한다. 公共訴訟의 救濟에 있어서는 事實認定은 將來指向型이 된다. 事實審의 法官의 判決의 形成은 實體上의 잘못의 是正과 관련된 프로그램에 대한 評價나 檢討를 내용으로 하는 裁量의 過程이라 할 수 있다. 따라서 公共訴訟의 事實認定의 主된 問題는 「裁判의 事實」(adjudicative fact)이라기 보다는 判決(decree)을 가지고 將來에 있어서의 紛爭의 解決을 判決의 射程距離內에 있는 사람들을 구속한다는 점에서 「立法的 事實」(legislative fact)이라 할 수 있으며, 이 때문에 「事實認定」(fact finding)이라기 보다는 「事實評價」(fact evaluation)이라 불리워져야 한다는 것이다. 그리고 事實의 資料提出에 관한 종래의 當事者主義의 構造가 擴散됨에 따라 主張이 相反하는 兩當事者의 對立 속에서 事實問題를 명확하게 이끌어 내기가 불가능하게 되어 訴訟은 때때로 극단적으로 복잡하게 오랜 時間을 요하게 되며, 事實이라는 要素와 法律이라는 要素가 交錯되기도 한다. 그리하여 事實審의 法官은 訴訟을 形成하고 組織화하고 促進하는 데 있어서 能動的인 役割을 담당하지 않을 수 없게 된다. 그것은 大陸法系의 職權探知的(investigative) 法官에까지는 미치지 못하지만, 적어도 傳統的 모델에 있어서의 受動的인 法官의 役割을 훨씬 넘어서는 것이라 할 수 있다는 것이다.^{(102), (103)}

④ 判決

公共訴訟모델의 中心部分은 바로 그 判決에 있다. 그것은 將來의 方向을 調整하려는 것

(100) Compare F. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union* (6th ed, 1890) with A. Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government* (1976), pp.76-98.

(101) 拙譯, 公益訴訟에 있어서의 法官의 役割(Ⅱ), 法曹 1984年 9月號, 113-119면 참조.

(102) 普通法上의 訴訟에 있어서의 判決은 被告에게 한 支給命令이 아니고, “原告는 被告로부터 그만큼의 賠償을 받는다고 判斷한다”는 記述이다. R. Field & B. Kaplan, *supra* note 84 at p. 104.

(103) 拙譯, 前揭論文(Ⅱ), 119-122면 참조.

이며 過去の 權利侵害를 補償하려는 것이 아니다. 그리고 그것은 단순한 一回뿐인 一方通行의 財貨의 移轉이 아니라 복잡하고도 지속적인 制度를 정하는 것이며, 法院은 紛爭에 終止符를 찍는 것보다는 오히려 그것을 연장하고 深化해나가는 것이며, 判決은 法院에 의한 命令(order)인 것이어야 한다는 것이다. 그렇다면 그 救濟는 어떻게 考案되는 것인가?

하나의 基本型(prototype)을 제시하자면, 그것은 첫째로 法院은 兩當事者에 대하여 法院의 命令에 同意할 것을 구하든가, 둘째로 一方의 當事者에 대하여 判決의 草案의 作成을 구하든가이고, 어느쪽이든 法院·兩當事者의 協議(negotiation)가 행해진다. 그리고 이러한 協議過程을 통하여 救濟의 諸問題가 當事者相互의 互讓을 거쳐 解決된다. 이와 같이 公共的 訴訟에서는 判決의 內容을 考案해나가는 過程에서 實際의 結果에 대하여 當事者의 統制(control)가 상당정도 이루어지게되며, 實體審理후에 命令이라는 형식으로 내려지는 救濟는 同意判決(consent)이나 和解(voluntary settlement)에 의해 얻어지는 救濟와 비슷한 경향을 띠게 된다. 그리고 이러한 事實은 거꾸로 積極的 救濟에 대한 주된 理論的 反對를 弱화시키는 효과도 있다.

이상과 같은 경우 法官은 여하히 適切한 救濟手段을 정하는가? 當事者의 救濟의 協議에 個人的으로 參加하는 것 외에 法官 이외의 外部의 補助法官, 法廷助言者(amicus),⁽¹⁰⁴⁾ 鑑定人, 鑑定人團, 諮問委員會 등에 대하여 救濟의 提案作成을 위한 助力을 의뢰하게 되며, 그들은 調停的 機能이나 裁判的 機能까지도 영위하는 셈이 된다. 그리하여 이러한 救濟의 制度가 確立되면 判決의 具體化와 實施에 관해서도 동일한 過程이 되풀이될 것이며, 그를 위한 法院의 積極的 行動(資料, 情報源의 收集 등)이 필요하게 될 것이다. 이러한 積極的인 救濟의 制度를 持續적으로 創設하는 裁判判決은 그 限度內에서 立法的 行爲라고도 할 수 있으며, 또한 判決의 形成·監督·當事者間의 調整을 행하고 스스로의 專門的 知識源, 情報源을 확대해나가는 事實審의 法官은 立法者의 役割조차 넘어서서 政策의 計劃者·管理者라고까지 불리워지게 되고 있다는 것이다.⁽¹⁰⁵⁾

⑤ 公共訴訟의 形態論

公共訴訟모델은 많은 점에서 종래의 傳統的 모델을 뒤엎는 것이라 할 수 있다. 그 特徵은 다음과 같다.

(i) 訴訟의 對象, 範圍는 外因的으로(exogenously) 주어진 것이 아니라 주로 法院과 當事者에 의하여 劃定된다. (ii) 當事者構造는 硬直된 兩極的인 것이 아니라 柔軟하며 定型이 없는 것이다. (iii) 事實의 審理는 過去指向의 裁判的인 것이 아니라 將來指向의 立法的인 것이다. (iv) 救濟는 實體法上의 責任으로부터 論理的으로 導出되는 方式으로 過去の 權利侵害를 報償하는 것으로 생각되는 것이 아니라 그 影響이 訴訟의 直接的인 當事者에 限定

(104) *amicus curiae* (*amici*는 *amicus*의 複數)는 法廷의 벗이라는 뜻으로, 當該事件의 辯護人이 아니면서도 事件의 處理에 關하여 判事에게 助言하는자를 말한다.

(105) 拙譯, 前揭論文(Ⅱ), 128면.

되는 것도 아니다. 오히려 그것은 다수의 사람들에 대해서 중대한 影響을 주는 것이다. (v) 救濟手段은 賦課되는 것이 아니라 協議를 통하여 결정된다. (vi) 判決은 事件에 대한 法院의 介入을 終熄시키는 것이 아니라 判決의 執行은 法院의 持續的인 關與를 필요로 한다. (vii) 法官은 當該事件에 적용될 法原則을 分析하고 宣言하는 制限된 機能만을 가진 受動的인 存在가 아니라 그는 能動的인 存在로서 事實을 精確히 評價할 責任뿐 아니라 正義롭고 實行可能한 結果를 확보하기 위하여 訴訟을 組織化하고 構成할 責任도 진다. (viii) 訴訟의 對象이 되는 것은 私的當事者의 私的權利에 관한 紛爭이 아니라 公共政策의 實施에 관한 다툼이다.

그런데 이상과 같은 節次의 手法은 사실은 오랜 옛날부터 衡平法上의 裁判節次에 있어서 익숙했던 것이었으며, 그러한 의미에서 衡平法의 現代의인 意義를 찾아볼 수 있는 것이다. 그리고 이러한 새로운 모델은 말하자면 二次的이며 一時的·附加的인 現象이 아니라 오늘날에 있어서의 두드러진 訴訟方式이 되었거니와, 그 指標가 되는 것은 訴訟事件에 있어서의 「相異한 市民間의 事件」으로부터 聯邦問題事件에로의 量的 變遷이며, 또한 質的으로도 公共訴訟에의 關心의 重要性和 增大를 의미하기도 한다. 그리고 한걸음 나아가서 이러한 새로운 모델은 社會經濟的 制度가 積極的인 立法活動의 所産이 되도록 하나의 社會的 規制體制를 反映하며, 그것에 關聯되고 있다는 점도 지적되어야 할 것이다. 이러한 體制下에서는 法의 實施와 適用은 規制의 政策의 實現을 의미하게 된다는 것이다. 그리하여 訴訟은 불가피적으로 의심할 나위없이 政治的인 討議場이 될 수 밖에 없으며, 法院은 또한 政治過程의 「보이는 손」(visible hand)이 되지 않을 수 없는 것이라고 한다.⁽¹⁰⁶⁾

4. 試驗의 評價

(1) 試驗의 對比

이상과 같은 公共訴訟모델에 對應하는 하나의 非難은 「그 性質上 본래 司法的 解決에 친숙하지 못하는 問題를 취급하는 것이며 立法·行政·執行·司法機能을 뒤범벅으로 한 그대로 보아 넘길 수 없는 것」이라고 하며, 이러한 機能은 어디까지나 寄生的인 것이며, 法院의 本來的 機能은 正統性和 道義的인 힘에 의존하지 않으면 아니된다고 하는 Lon Fuller教授의 發言에서 찾아볼 수 있다.⁽¹⁰⁷⁾ 그리고 어떤 의미에서는 현재의 Burger大法院도 傳統的인 裁判形態의 復活을 위한 手段을 當事者適格, class action, 公共訴訟에 있어서의 辯護士費用 등에 관한 判決에서 모색하고 있는 것으로 볼 수 있다. 확실히 Burger大法院의 改良主義者的인 結論은 Warth v. Seldin, 422 U.S. 499(1975)나 Rizzo v. Goode, 96 S. Ct. 598(1976)에서 엿볼 수 있다. 특히 公共訴訟의 見本이라고도 할 수 있는 後者에 있어서는

(106) 同上, 131면.

(107) L. Fuller, The Forms and Limits of Adjudication (unpublished manuscript on file with the Harvard Law School Library) pp. 94-104. 拙譯, 公益訴訟에 있어서의 法官의 役割(Ⅲ), 法曹 1984年 10月號, 120면 참조.

1871년의 Civil Rights Act에 의거한 class action으로서 提起되어(原告는多數의個人과 여러 社會團體의 큰 聯合이었다), 필라델피아市 警察官의 職權濫用事件 40餘件에 대한 證據調查가 행해졌으며 그 중 19件은 憲法上的 權利의 剝奪에 해당되는 것이었으며, 地方法院의 Fullam 判事는 이러한 事例들이 결코 「稀貴하거나 例外的인 事例」(rare or isolated instances)로서 다루어져서는 아니될 것이라 하면서, 市警察當局에 대하여 「合理的으로 인정된 最低水準」에 합치하는 不滿處理節次를 立案할 것을 命令하였다. 그리하여 原告측과 警察當局과의 協議를 거쳐 그러한 節次가 마련되어 上訴前까지 效力을 가졌으며, 또한 널리 歡迎을 받았던 것이다. (108)

그럼에도 불구하고 大法院은 그것을 否定하였으며 특히 注目되는 것은 本件의 救濟에 있어서 地方法院이 행한 判決은 地方自治團體의 行政機關이 자기의 內部事項을 신속하게 處理하는 것에 대하여 필요한 「自由裁量의 範圍」를 침범한 것이었다는 내용의 判旨였다. (109) 이러한 判決意見은 요컨대 原告 중의 어느 個人이 자기가 警察官의 거듭된 違憲的 暴力行爲를 당할 우려가 있다는 事實을 立證할 수 있는 경우에 限하여 일정한 종류의 留止命令의 救濟가 가능하다는 傳統的인 立場을 答습한 것이라 할 수 있다.

그러나 Chayes에 의하면, Rizzo v. Goode事件에서의 위와 같은 畸型的인 判決은 종래의 雇傭에 있어서의 人種差別이나 住宅問題, 學校에서의 人種分離, 그 밖의 行爲樣式과 實際에 있어서 여러 類似事件들⁽¹¹⁰⁾에서의 大法院의 立場과는 모순된다는 것이다. 그리고 選舉區再劃定問題와 人種統合問題를 비롯하여 精神障害者保護施設 및 矯導所問題에 이르기까지 聯邦法院의 判決은 일관하여 行政機關의 裁量行使에 대하여 個人的 憲法的 權利를 確實히 보장하기 위하여 보통은 州 및 地方公務員에 留保된 「自由裁量의 範圍」를 制限하였으며 大法院이 그것을 승인하는 경우도 많았다는 것이다. 그리하여 Chayes에 의하면, 「權力分立은 우리의 政治的·司法的 美辭 속에서 대단한 讚揚을 받아왔으나 모든 政府活動을 세 개의 그리고 단지 세 개의만의 뚜렷하고 서로 겹치지 않는 範疇로 구분한다는 것은 언제나 어려운 일이었다. 실제로는 法官을 포함한 모든 政府官吏들이 행사해 온 것은 뒤죽박죽이 된 여러 權力의 混合物이었으며, 또 그것은 불가피한 일이기도 했다. 모든 機關의 性格이 政府權力의 配分과 무관하다거나 法官들이 덮어 놓고 政治的 鬭爭에 뛰어들어야 한다는 뜻은 아니다. 그러나 이러한 考慮가 비록 問題를 決定해 주는 것은 아니라 할지라도 參考的인 것으로는 취급되어야 할 것이다. 「확실히 權力分立에 있어서의 司法府의 活動範圍에는 스스로의 限界가 있지만 裁判部門 내지 法官에는 다음과 같은 利點이 있음을 부인할 수 없다」⁽¹¹¹⁾.

(108) 96 S. Ct. at 610 (Blackman dissenting).

(109) *Id.* at 605-607.

(110) 예컨대 Keyes v. School Dist., 413 U.S. 189 (1973); Cases cited in Rizzo v. Goode, 96 S. Ct. 611 no. 2 (Blackman dissenting).

(111) 拙譯, 前揭論文(Ⅲ), 124면.

첫째는, 節次가 法官에 의해 主宰된다는 점이며, 그는 狹義의 政治的 壓力으로부터 隔離되어 있기도 하지만 法實務의 經驗, 職業倫理, 公共政策上的 問題에 관하여 상당히 넓은 범위의 識見을 가지고 있을 가능성이 많다.

둘째로, 公共訴訟모델에 있어서는 法官은 폭넓은 國家政策을 구체적 상황에 맞추어 臨機應變的(*ad hoc*)으로 適用 및 修正할 수 있게 해 준다.

셋째로, 決定에 의하여 直接的으로 영향을 받게 될 사람들의 代表를 訴訟에 參加시키는 것이 任意的 拒否權(*liberum veto*)을 인정하지 않고서도 비교적 높은 정도로 가능하다.

네째로, 法院은 當事者主義構造가 擴散되어 있는 公共訴訟下에서는 널리 情報의 提供을 받을 수 있다.

다섯째로, 規制的 性格의 國家에 있어서는 公共政策의 프로그램에서 생기는 不滿이나 民怨의 受理나 對應이라는 점에서는 行政官僚나 議會와는 달리 그것에 應答하지 않으면 안 되는 法院이 보다 有效한 裝置일 수 있다.

여섯째로, 司法府는 非官僚的이라는 利點이 있다. 그것은 事案의 調查探求나 救濟手段의 評價에 있어 어떤 利害代表者의 個別的인 別動部隊(task force)로서 움직이는 것이다.⁽¹¹²⁾

이상과 같은 評價에 대해서는 다음과 같은 反論도 있을 수 있을 것임을 Chayes 자신 시인하고 있다. 즉, 行政府의 領域을 침해하는 것과 같은 法院의 判決에 대한 抵抗, 法官의 公正性維持에 대한 疑問 외에도 이러한 交渉을 통한 救濟가 法の 觀念을 허물어 드리지는 않을 것인지 그리고 專門化되어 있지 못한 事實審法官이 이 新모델의 要求에 적절하게 對應할 수 있을 것인가의 與否, 判決의 實施에 따른 財源의 問題들이 그것이다. 다만, Chayes가 이들 反論에 관해서 특히 강조하는 것은 이상과 같은 諸論議가 先驗的 方法으로서가 아니라 지금까지 발생한 구체적인 事件들을 바탕으로 하여 進行되었으면 하는 것이라는 점이다.⁽¹¹³⁾

(2) 利益代表問題

公共訴訟에 있어서는 광범한 영향을 미치기 때문에 영향을 받게 되는 諸利益團體가 節次過程 속에 충분히 代表될 필요가 있게 되어 公共法의 領域에 있어서 利益集團의 參加로서의 利益代表의 問題(*Interest Representation*)가 論해지게 된다. 이 점에 관해서는 行政法學者인 Stewart教授의 상세한 論文이⁽¹¹⁴⁾ 있다. 그는 거기에서 行政委員會와의 關係에 초점을 맞추어 行政委員會가 規制를 받아야 할 相對方에게 오히려 “불모”(capture)가 되어 있다고 하면서, 이러한 상황 아래서는 代表는 충분히 公正하게 반영될 수 없는 것이 아닌가라는 疑問을 제시하고 있다. 그러나 Chayes는 「오늘의 司法을 둘러싸고 있는 狀況은 “불모”論의 前提가 되어 있는 狀況과 동일하다고 할 수는 없다」고 보고 있으며, 聯邦司法府가 가지는

(112) 同上, 124-127면.

(113) 同上, 127면.

(114) 前掲 註 3참조.

傳統的인 獨立性이나 權威, 經驗에 비추어 볼 때 聯邦法官이 어떤 業者에 의하여 “불모”가 되는 일은 있을 수 없다고 한다. 또한 Stewart論文의 攻擊은 司法節次이진 行政節次이진 광범한 公共的 影響을 가지는 節次에 있어서 影響을 받게 되는 利益의 有無를 判別할 수 있는 明確한 基準이 없다는 데 있거니와, 이 점에도 문제가 없지 않다고 하면서 Chayes는 反論을 제시하고 있다. 즉, 訴訟參加에 관한 原則(intervention doctrine), 適切한 代表(adequate representation)와 集團(class)의 分割化(subclassification)를 위한 class action의 諸準則, 法官의 外部로부터의 見解의 參考, 聽取의 可能性, 司法制度의 運營技術의 柔軟性이라는 潛在的 能力에 대해서는 보다 積極的인 評價가 주어져 마땅하다고 한다.

다음으로 公共訴訟에 있어서의 代表의 幅의 擴大⁽¹¹⁵⁾와 관련하여 法官이 行할 수 있는 技術을 들자면 다음과 같다. ① 새로운 當事者(必要的當事者와 任意的當事者)의 訴訟에의 參加가 있을 때까지 節次的 進行을 中止시키는 것, ② class action에서는 이른바 「抽出의 通知」(sampling notice)를 採用할 것, ③ 代表되고 있지 아니한 利益을 위하여 訴訟進行을 위한 後見人(guardian ad litem)을 任命할 것, ④ 鑑定이나 amicus curie를 사용할 것, ⑤ 모든 階層의 公務員에 대하여 그 見解를 요구할 수 있다는 점 등이 그것이다.

이상과 같은 것은 Stewart 論文에 대한 「司法制度가 가지는 潛在的 能力」을 강조한 것이 또한 이러한 司法府의 힘의 擴大는 政治的 資源과 에너지를 動員할 수 있는 諸集團에 대하여 法院以外的 諸機關이 對應할 수 없다는 점과 관련된다는 것을 指摘한 것이라 할 수 있다.⁽¹¹⁶⁾

5. 正統性에 관한 몇 가지 考察

(1) 傳統的인 裁判觀은 代議政治의 理論(theory of representative government)에 適合하다는 機能을 가지고 있었으나, 19世紀 後半의 社會經濟的 變化가 급속하게 進行됨에 따라 美國憲法修正 14條와 관련하여 法院은 점차 거들거들 政治的 場에 關여하지 않을 수 없게 되었다는 것이다.

이에 관해서는 論爭이 적지 아니했지만, 이러한 論爭의 主流에는 古典的 見解와 現實主義的인 見解가 있다. 前者에 의하면, 法院은 公理(agreed first principle)로부터 法的 歸結을 客觀的·科學的으로 演繹하는 機能을 擔當하여야 한다는 것이고, 後者는 종래의 見解의 客觀性에 대한 外飾(pretention)에 挑戰하면서 司法上의 手法에 대하여 보다 柔軟한 見解를 가지고 代置할 수 있다는 것이며, 이 경우 「충분한 理由가 붙여진 運用」(reasoned elaboration), 「法の 內在的 道德性」(the inner morality of law), 「中立的 原理」(neutral principles) 등등의 信奉이 前提가 되어 있다는 것이다.^{(117), (118)}

(115) R. Rabin, Lawyers for Social Change: Perspectives on Public Interest Law, 28 *Stan. L. Rev.* 207, 230. m. 75 (1976).

(116) 拙譯, 公益訴訟에 있어서의 法官의 役割(Ⅳ), 法曹 1984年 11月號, 100-102면.

(117) 이상과 같은 內容의 것은 Hart & Sacks. *The Legal Process: Basic Problems in the Making*

(2) 그리하여 이상의 두 見解는 다같이 基本的으로는 傳統的 裁判觀을 인정하는 것이었지만, 반면에 있어 최근에 와서의 傳統的 모델이 批判을 받으면서 司法府의 正統性(legitimacy)와 責任性(accountability)에 대한 疑問이 다시금 제기됨에 이르렀다는 것이다. 이러한 公共訴訟의 機能이라고 하는 프라그마틱한 考察과 관련된어 問題는 政治理論의 次元, 즉 美國社會가 前提로하는 多數決原理와 이러한 새로운 모델에 입각한 裁判과의 調和를 어떻게 理解하여야 할 것인가 하는 문제가 있다. Chayes에 의하면, 이러한 調和의 方法은 訴訟事件과의 關聯에서는 聯邦議會의 立法(Act of Congress)을 바탕으로 하여 제기되는 경우와 憲法을 바탕으로 하여 出訴되는 경우에 따라 다르다고 한다.

前者에서는 法院은 聯邦議會의 委任에 의거하여 그 意思를 實行하는 것으로 되어 있으나, 실제에 있어서는 立法府에 의한 權限拋棄(abdication)라고 불리워질 정도로 司法府에의 委任의 裁量이 광범해지는 경우가 있다(예컨대, 基本的인 社會立法·經濟立法의 制定에 있어 議會는 一般的인 政治目標·方向만을 表明하는 데 그치는 경우가 적지 않다), 따라서 公共訴訟의 正統性을 包括적으로 옹호하기 위해서는 制定法上の 分野만이 아니라 憲法上の 分野에 있어서의 그 運用에 대해서도 檢討가 가해지지 않으면 아니된다는 것이다.

後者の 憲法上の 訴訟에 관한 傳統的인 制限의 基本的인 根據는 法院이 國民의 意思에 反하여 行動하게 되어질 우려가 있다는 점에 있었지만, 그러나 새로운 型의 憲法訴訟은 今世紀初의 適正節次原理下에서의 法院活動의 特徵과는 상당히 달라지고 있다. 즉, 經濟問題에 관한 適正節次關聯事件에 있어서는 法院의 活動은 「그 州에서 가장 有力한 勢力의 現在의 意思를 代表하고 있는 立法府의 成果를 霧散시키는 것이었으며, 더 나아가서 本來 政策의 對象이라 할 수 있는 광범한 領域에 立法府의 活動이 전혀 미치지 못하는 것으로 만들어 버리고 있었던 것이다」. 그에 비하면 公共訴訟은 立法府와 司法府에 侵入하는 정도에 강한 면과 弱한 면을 가진다. 즉 前者는 行政官에 대하여 積極的 行爲를 命令하는 경우가 있음을 의미하며, 後者는 그 活動이 보통은 教育·矯導所·精神醫療施設 기타에 관한 州나 聯邦의 政策實施의 態樣을 調整하는 것에 限定되는 경우가 있음을 의미한다. 그리하여 일반적으로 말해서, 여기에서 問題의 中心이 되는 것은 立法的 活動이 아니라 行政的 活動이며 立法府의 指示의 直接的 表現이라기 보다도 그 派生的 活動이라 할 수 있다. 다만, 法은 創造的인 實踐的인 다른 技術과 마찬가지로 무엇인가 우리가 認知할 수 있고 가르쳐줄 수 있는 技法을 지니고 있는 것이며, 그러한 技法이 그 手段의 發展을 통하여, 그리고 實

and Application of Law (1958); Fuller, *The Theory of Law* (1964); Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* (1959) 등의 文獻에 의하여 일찍부터 提言되어 온 것으로 되어 있다(拙譯, 前揭論文(N), 112-113년의 脚註 참조).

- (118) 예컨대 어떠한 立法府나 執行府도 그 機能의 성격상 그가 행한 價値의 選擇을 이세 理由를 붙여 說明함으로써 뒷받침할 義務는 없음에 反하여 이러한 義務는 司法活動의 本質的인 要素가 되고 있음을 指摘하고 있다[L. Fuller, *supra* note p.107; Dworkin, *Hard Cases*, 88 *Harv. L. Rev.* 1057 (1975) 등 참조].

務家를 批判하고 評價함에 있어서 키나란 役割을 수행함을 부정할 수 없다는 것이다.⁽¹¹⁹⁾

(3) Chayes에 의하면, 특히 公共法의 制度에 있어서의 司法運用의 方向을 形成하기 위한 要素로서 첫째로 聯邦法官의 能力과 誠實性에 대한 一般的인 期待, 둘째로 行爲와 職務에 관한 專門家들 사이의 傳統, 셋째로 職務上의 規範과 그 實際(canons and leeways of office)를 들고 있다. 그리고 보다 基本的인 것은 이러한 公共法의 制度 가운데 있어서의 法의 形成, 實施, 變更의 全過程에 대해서 종래와는 다른 評價가 필요하다는 점이라고 하면서, 새로운 모델의 訴訟을 正統性있는 것으로 만드는 것은 裁判의 職業專門인 技法이나 役割 같은 것이 아니라, 그 過程은 可塑的(plastic)이며 流動的이라는데 있다는 것이다. 그것에 대한 國民의 參與가 司法制度의 利用을 통하여 이루어지는 경우에 있어서도 그것은 단순히 「法이란 무엇인가」라고 하는식의 包括的인 不變의 宣言에 의해서가 아니라 다른 政治的인 諸要素——聯邦議會나 執行·行政機關, 法律專門家나 學者, 言論·出版界 등——와의 繼續的이고 또한 오히려 實驗的인 對話라는 형태로 행해지고 있다는 것이다. 그리하여 Bentham이 말하는 이른바 「法官과 그 同僚들」(judge and company)은 바야흐로 하나의 巨大集合體(conglomerate)가 되어버렸다는 것이다. 이러한 상황 아래에서는 司法府가 對話를 통하여 자신의 意見을 表明할 수 있는 能力과 司法府의 活動이 폭넓은 범위에 걸쳐 同意를 얻어낼 수 있는 힘이 그 正統性的인 궁극적인 試金石이 된다는 것이다.⁽¹²⁰⁾ 그러기 위해서는 社會 속에 존재하는 切實하고도 不斷한 正義에의 要求에 答할뿐만 아니라 그러한 要求를 불러일으킴으로써만이 正統性이 확보될 수 있을 것이며 司法府에 의한 決定의 훌륭한 敍知와 實踐可能性, 人間의 要求인 正義에의 敏感性이야말로 중요한 문제로서 直面하게 된다는 것이다.⁽¹²¹⁾

八. Cappelletti와 Chayes의 論文에 대한 評價

1. Cappelletti의 論文에 대한 評價

(1) Cappelletti의 論文은 그 방대한 資料(특히 상세한 註)와 함께 司法制度論에 대한 많은 問題提起와 그 解決을 위한 展望을 제시하고 있다. 우선 첫째로 指摘할 수 있는 것은 民事訴訟을 중심으로 한 광범한 司法制度 내지 比較法的인 分析에 대한 評價에 관한 것이라 할 수 있다. 이에 관해서는 Cappelletti의 大陸法系訴訟法學者의 立場에서의 美國訴訟制度에 관한 分析이 다음과 같은 세 가지 의미에서 우리 나라의 訴訟制度의 改革方向과 관련하여 귀중한 示唆를 주는 것이라 할 수 있을 것이다. 첫째는 우리 나라에 있어서의 民事訴訟法의 傳

(119) 拙譯, 前揭論文 (iv), 105면.

(120) A. Cox, *The Role of The Supreme Court in American Government* (1976), pp.29-30, pp. 99-118; Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term—Foreword: The Passive Virtues*, 75 *Harv. L. Rev.* 40, 47-51 (1961).

(121) 拙譯, 前揭論文 (iv), 106면.

統이 大陸法系 특히 독일法系였다는 점(이 점과 관련하여 class訴訟의 導入에 있어서의 大陸法系 諸國의 어려움에 관한 Cappelletti의 指摘은 우리 나라의 경우에도 타당할 것이다), 둘째로는 現行의 行政訴訟法制가 일반적으로는 아직도 民事訴訟을 그 原型으로 하고 있다는 점(行政訴訟法 8條 2項 참조),⁽¹²²⁾ 셋째로는 現行의 우리 나라의 司法制度의 改革이 政府樹立後의 美國法의 급격한 영향 아래 행해졌었다는 점이다. 그리하여 이들 세 가지 점에서 한편으로는 그 각각이 內包하고 있는 問題點을 個別·具體的으로 深化시켜 나가면서, 다른 한편으로는 이들 相互間의 關聯性을 오늘의 時點에서 再檢討하는 것이 필요할 것이다. 이러한 作業은 두말할 나위도 없이 狹義의 民訴法學者만에 내어 맡겨질 수 있는 성질의 것은 아니라 할 것이며, 최근의 行政訴訟의 중요한 테마가 되어 있는 「原告適格의 自由化」라든가 集團의 紛爭과 관련된 行政法學者들의 論議도 아울러 고려하여야 할 것이며, 또한 民訴法과 行訴法의 交錯과 관련하여 相互關聯的으로 推進되어져야 할 것이다. 그리고 보다 基本的으로는 現行의 司法制度改革에 있어서의 독일法的 傳統과 美國法的 影響과의 사이에 露呈되는 制度運用上的 艱을 여하히 배꾸어 改善을 도모할 것인가가 조속히 檢討되지 않으면 아니될 것이다.

(2) 둘째로 위의 문제와도 관련하여 比較法的 分析의 有效性 내지 가능한 前提의 基盤을 檢證하는 일이 문제된다 할 것이다. Cappelletti가 그의 序文에서 「巨視的 比較라고 하는 커다란 尺度」를 比較分析의 手法으로 사용하여 「약간의 基本的인 社會經濟的 및 政治的인 需要(needs)가 모든 先進的 社會에서 共有되고 있다고 하는 認識」下에 무엇이 法的 解答인가를 檢討함을 論文의 目的으로 한다고 말한 바 있거니와, 그에게 있어서의 이러한 比較分析은 그러나 「大量生産과 大量消費」의 文明, 大衆指向型的 福祉國家政府의 擡頭, 풍부한 매스·미디어를 특징으로 하는 現代西歐型社會를 共通點으로 가지는 社會의 存在를 전체로 하는 것임을 留意할 필요가 있다. 이러한 前提는 그대로 여러가지 司法制度의 改革을 當面課題로 안고 있는 現代韓國社會에 과연 어느 정도 妥當할 수 있을 것인가가 물어지지 않으면 아니될 것이다. 이에 대해서는 아마도 두 가지의 指摘이 가능한 것이다. 하나는 70年代 이후에 있어서의 급격한 韓國의 高度經濟成長이 한편으로는 다분히 西歐型 成熟社會의인 樣相을 出現케 하였다는 점이고, 다른 하나는 그와는 거꾸로 傳統的인 特殊韓國의 政治風土라든가 官僚制意識이 西歐型社會에 비하여 訴訟制度에 있어서의 불가결한 前提인 個人的 權利主張의 主體的 積極化를 阻害하고 있다는 점이라 할 수 있다. 이러한 두 가지 相反되는 指摘을 여하히 評價할 것인가는 결국 司法制度의 改革을 위한 提言을 내포하고 있는 Cappelletti의 主張을 우리가 여하히 받아들일느냐에 달려 있다고 할 수 있는 것이다.

(122) 舊行政訴訟法 14條가 「本法에 특별한 規定이 없는 事項은 法院組織法과 民事訴訟法의 定하는 바에 의한다」라고 되어있었던 것을 新法 8條 2項이 「行政訴訟에 관하여 이 법에 특별한 規定이 없는 事項에 대하여는 法院組織法과 民事訴訟法의 規定을 準用한다」고 表現함으로써 行政訴訟法의 獨自性을 강조하려고 하고 있으나 行政訴訟이 여전히 民事訴訟을 그 原型으로 하고 있음은 부인할 수 없다.

(3) 셋째로 Cappelletti의 論文에서 示唆되는 것은 일반적으로 말해서 크게 立法論的 次元의 것과 司法制度運用論의 次元의 것, 그리고 實定法的 解釋論의 次元의 것의 세 가지로 정리할 수 있을 것이다. 이것을 현재의 우리들의 立場에서 검토할 경우, 대개는 立法論的 次元의 問題에 속하는 것이며, 따라서 細部에 걸친 制度運用論이나 法解釋論의 問題로서 導入하기에는 아직도 많은 具體的 檢討와 未解決의 問題가 가로놓여 있음을 알 수 있다. Cappelletti의 論文에서는 한편으로는 傳統의인 民事訴訟制度上的 不備나 限界 등을 指摘하는 것에 重要關心이 주어지고 있지만 다른 한편으로는 行政法 내지 行政訴訟法的 觀點에서의 關心이나 指摘도 예컨대 Stewart나 Jaffe 教授의 論文의 援用 등에서 엿볼 수 있다. 따라서 Cappelletti의 論文內容까지도 포함하여 적어도 美國의 公共訴訟이나 class 訴訟의 檢討에 관해서는 傳統의인 民事訴訟, 行政訴訟과 같은 지나친 專門分化的 意識은 불필요하며, 어떤 의미에서는 도리어 有害하기조차 하며 오히려 그 對話와 連繫야말로 바람직하다 할 것이다.

2. Chayes의 論文에 대한 評價

(1) Chayes의 論文에 제시된 公共訴訟의 類型과 事例, 또한 거기에서의 法官의 役割의 變化, 그것을 요구하는 새로운 社會經濟的需要的 分析, 傳統의 모델에 갈음하는 訴訟形態의 새로운 把握의 必要와 觀點, 司法府의 叡知와 可能性에 거는 期待 등은 전반적으로 볼 때에는 참으로 先驅의 意義를 내포한 示唆에 찬 論文이라 할 수 있을 것이다. 그런데 그것이 美國의 法學界·實務界에서 어떻게 받아들여지고 있는가, 그리고 그에 대하여 Chayes가 自說을 어떻게 補強하거나 혹은 展開하였는가를 本稿에서 고찰한 論文(第1論文)發表 6年 후에 발표한 第2論文⁽¹²³⁾에도 言及하면서 잠깐 검토해 보기로 한다.

첫째로 Chayes의 第1論文의 趣意를 그 第2論文에서 다음과 같이 要約하며 回顧하고 있다. 즉, 「前論文에서 本人이 注意를 喚起시킨 것은 聯邦(약간 다르기는 하지만 州에서도)法官의 役割의 變遷, 즉 法官이 수행하지 않으면 아니될 司法的 業務의 性質과 形態에 있어서의 광범한 變化에 따른 그 變遷이었다. 약간의 주저감은 없지 아니했으나 本人은 이러한 새로운 종류의 訴訟을 “公共訴訟”이라 불렀다. 이러한 呼稱으로 本人이 意圖한 것은 이러한 事件에 있어서는 聯邦法官은 이미 私的 個人間的 私의 紛爭을 私法의 原理에 의하여 해결하는 것을 요구받고 있는 것이 아니라는 것이었다. 거꾸로 聯邦法官에게 요구되고 있는 것은 어떤 公共的 혹은 準公共的인 프로그램의 運營에 관한 不服을 處理하며 또한 適用 또는 法令 내지 憲法條項에 具體化된 公共政策을 옹호하는 것이었다. 그 結果로서 法院은 불가피하게 積極的으로 政治的인——만일 필요하다면 活動家(activist)의——役割을, 즉 우리들이 期待해야 하는 것으로서 배워온 지난날의 受動的인 審判官의 態度와는 對照的인 役割을 수행

(123) A. Chayes, The Supreme Court 1981, Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court, 96 *Harv. L. Rev.* 4 (1982).

하지 않으면 아니되는 것으로 된다」⁽¹²⁴⁾는 것이었다.

Chayes는 이상과 같이 第1論文當時를 回顧하고 그 뒤의 狀況展開가 얼마 뒤 公共訴訟에 批判的인 風潮가 나타났음을 지적하고 있다. 즉, 當初에는 公共訴訟이 上昇과 隆盛의 傾向을 나타냈다고 하면서 특히 人種差別과 관련된 隔離教育을 違憲이라고 한 劃期的인 Brown 判決(1954年, 1955年), 法院이 積極的인 隔離計劃의 構成을 한 것을 인정한 Swann 判決(1971年) 등에서 聯邦法院은 奮鬪하였다. 그리고 投票權의 實質的 平等을 위한 選舉區是正的 Baker判決(1962年), 또한 1960年代와 1970年代前半에 있어서의 Civil Rights Act (1976, 1980), Clean Air and Clean Water Acts (1980), Truth in Lending, Consumer Products Safety, Occupational Safety and Health Acts (1980), Freedom of Information Acts (1976) 등 수많은 國會制定法이 通過되었는데, 이들은 法院에 의한 積極的인 實行을 指示하거나 要求하는 것이었다. 이러한 立法府의 움직임 가운데서도 1966年の class action 規則(Rules of Civil Procedure의 改正)의 自由化는 이러한 傾向에 한층 拍車를 가하는 것처럼 생각되었다. 그리하여 1971年 Johnson判事は Alabama病院經營의 改革을 指示하는 상세한 파다다임構造改革의 判決(paradigm structural reform decree)을 내렸던 것이다 [Wyatt v. Strickney, F. Supp. 1941 (M.D. Ala, 1971)].⁽¹²⁵⁾

그러나 이상과 같은 傾向은 1970年代 後半부터는 逆流傾向이 나타나기 시작하여 이러한 政治的인 風潮上의 大變化는 學界·一般社會 그리고 최종적으로는 大法院의 判決에까지 反映되어왔다. 分離判決을 棄却한 Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974)이 그것이었고, 學界에서는 Glazer와 Horowitz 등의 著書⁽¹²⁶⁾가 出版되었고, 그 뒤 學界·言論界·政治評論의 一般的 흐름은 州·聯邦의 官僚制를 監督하려는 法院의 努力에 懷疑的으로 대하여 왔다.⁽¹²⁷⁾ 議會 역시 聯邦法院의 管轄權에 대한 制限을 고려하게 되었고, 法務長官도 法官에게 이러한 方向으로 敎導하기 시작하였다. 이상과 같은 背景下에 Chayes는 公共訴訟이라는 現象이 Burger大法院에서 어떻게 다루어졌었는가를 第2論文에서 檢討하고 있는 것이다.

Chayes에 의하면, 그의 「第1論文이 聯邦法官의 昂揚된 公共法分野에서의 役割을 뒷받침하는 것으로서 나름대로 받아들여졌었으나 그것은 한편에서는 革新派에 의한 熱中과 다른 한편에서는 保守派 내지 新保守派에 의한 輕視 혹은 驚愕으로 받아들여졌다」⁽¹²⁸⁾고 하

(124) *Id.* pp. 4-5.

(125) *Id.* p. 6.

(126) Glazer, *Toward an Imperial Judiciary, Public Interest*, Fall 1975; Donald Horowitz, *The Court and Social Policy* (1977).

(127) 예컨대 Diver, *The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions*, 65 *Va. L. Rev.* 43 (1979); Nagel, *Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies*, 30 *Stan. L. Rev.* 661, 661-64 (1978) 등 참조.

(128) Chayes, *supra* note 123, p. 7.

면서 이러한 狀況下에서 Burger 大法院의 判決이 公共訴訟의 節次와 要因을 그다지 歡迎하지 않은 것이 豫想되었었다고 한다. 그러나 Chayes에 의하면, 그가 第1論文에서 主張한 것은 公共法の 傾向이 단순히 聯邦法官의 世代에 있어서의 政治的 내지 理念的 色彩를 반영한 것이 아니라 이러한 發展은 보다 根本적으로 現代의 「法意識」(legal conciousness)——우리들의 法에 대한 思考方式이나 法制度——에 浸透하는 커다란 變化에 뿌리박고 있는 것이며, 나아가서는 보다 커다란 社會的·政治的·文化的 環境에 있어서의 變化와 관련된다는 것이다. 그리하여, 만일 이러한 主張이 옳은 것이라고 한다면 현재 進行中인 이러한 展開은 大法院의 持續的인 抵抗에 의해서도 극히 조금밖에 영향을 받지 않을 것이며, 根本的인 反逆은 그 根柢에 있는 政治的, 法的 文化的 變遷을 요구하게 되거니와 大法院은 이러한 變遷에 오랫동안 寄與할 수는 있을지언정 變遷을 成就시킬 수는 없을 것이라고 한다.⁽¹²⁹⁾

다음으로 Chayes는 第2論文에서 公共訴訟概念에 관한 세 가지 중요한 領域인 原告適格, class action, 救濟方法의 裁量에 관해 大法院의 判例分析을 중심으로 검토하고 있다.⁽¹³⁰⁾ 그리하여 Burger大法院의 公共訴訟에 대한 消極的 姿勢는 基本的으로는 「現代社會에 있어서의 깊고 持續的인 正義에의 要求」에 對應할 수 없다는 것이며, 大法院은 憲法 및 法令의 條項에 內在하는 公共的 價値·政策을 明言하고 實施하지 않으면 아니된다는 것이다. 여하튼 大法院은 「公共法을 위한 Forum」으로서 機能하지 않으면 아니된다는 것이다. 그리고 法院은 積極的인 프로그램의 遂行을 위한 중요한 파트너이며 大法院은 訴訟當事者의 利益의 적절한 代表와 救濟方法의 監督이라고 하는 「監視의 裝置」(oversight device)로서의 公共訴訟의 主要한 問題를 直視하고 그 解決에 힘써야 할 것을 강조하고 있다.

(2) Chayes 論文에 대한 一般的인 評價는 어떤 의미에서는 그의 第2論文 속에서 거의 論해지고 있는 바라 할 수 있지만, 그에 더하여 다음의 두 가지 점을 指摘할 수 있지 않을까 생각된다.

첫째는 訴訟法 내지 訴訟法學者로서의 見解와 美國의 現實, 특히 Burger大法院下의 判例 動向과의 關係이다. Chayes가 제기한 傳統的 모델과 公共訴訟모델의 圖式과의 對比는 말하자면 類型論的 論議이며 그것이 裁判判決의 現實에 있어서 어느 정도 受容되어 定着될 수 있는 것인가라는 問題, 즉 學者의 제시하는 모델과 實務的 判決과의 落差는 어느 정도 豫想되는 바라 할 것이다. 예컨대 一定한 領域에 있어서의 聯邦下級審, 특히 第1審인 事實審의 경우와 上級審, 특히 大法院次元과는 事案解決에 대한 姿勢나 그 受容의 程度가 미묘하게 다를 수 있을 것이다. 이 점은 Chayes의 第1論文에서도 言及은 되어 있는 것이었지만

(129) *Id.* p. 8.

(130) Chayes의 第2論文의 判例分析에 관한 題目을 소개하면 다음과 같다. I. Standing—A. Public Actions, B. Injury in Fact, C. A Balance Sheet. II. Class Action—A. Rule 23 (6) 3 Class Action, B. The Contours of the Class, C. Class Action meets Standing. III. Rights and Remedies—A. Deriving Remedy from Right, B. Constitutionalizing Remedies. C. Procedural Control of Remedial Discretion.

보다 상세하게 Burger大法院下에서 어떠한가를 分析하고 評價한 것이 第2論文이었다. 前述한 바와 같은 公共訴訟의 方向에 대한 疑問 내지 異論의 直接的인 原因은 保守的 내지 嚴格解釋主義의 色彩를 가지는 Burger大法院의 登場에 의한 것이었음은 두말할 나위도 없지만, 實質的, 理論的으로는 公共訴訟의 處理에 內在하는 “Government by Judiciary”(司法에 의한 統治)에 대한 危懼,⁽¹³¹⁾ 그리고 法院의 積極的 措置는 法院에게 주어진 寄生的인 것에 지나지 아니한다고 하는 前述 Fuller教授의 준열한 非難 등에 의해 代表되는 것이었다. 그러나 이에 대한 Chayes의 反論은 公共訴訟의 必然성이 現代의 法意識에 까지 浸透되고 있는 깊고도 커다란 變化 속에서 생겨나고 있다는 것이며, 보다 커다란 社會的·政治的·文化的 環境에 있어서의 이러한 變化는 이미 逆行이 허용되지 아니한다는 데 있었으며,⁽¹³²⁾ 筆者 또한 基本的으로는 이상과 같은 Chayes의 問題提起나 見解에 찬성하고 싶다. 왜냐하면 거기에는 前述한 Cappelletti의 論文과도 關聯되는 것이지만 現代國家에 있어서의 司法府의 叡知와 可能性·正統性에 대한 追求, 恒久的인 人間의 要求인 正義에의 깊은 感應을 評價하는 Chayes의 見解에 同感을 금할 수 없기 때문이다.

둘째로는 Chayes의 公共訴訟이 現代의 우리 나라 訴訟制度 一般에 주는 寄與問題이다. 公共訴訟은 廣義의 民事訴訟——刑事訴訟과는 範疇의 別로 다르다——의 一種이며, 오히려 現代의 發展에 있어서의 變種이라 할 수 있을 것이다. 그리고 Chayes가 말한 바와 같이 「公共法」(public law)을 私法(private law)으로부터 차등적 識別케 하는 것은——救濟節次의 形式이 아니라——爭訟의 性質, 適用되는 法源, 그리고 判決의 結果로부터 생기는 impact의 擴大인 이상, 우리 나라의 行政訴訟法과 民事訴訟法의 區別에서 볼 수 있는 것과 같은 狹義의 民事訴訟과 行政訴訟이라는 類型的 區別을 모색한다는 것은 그다지 커다란 意味를 가지지 아니한다 할 것이다. 즉, 어떠한 救濟節次의 形式을 선택할 것인가라고 하는 救濟節次의 形式은 우리 나라에서는 종래 「抗告訴訟의 補足性(어떤 事件에 관하여 民事訴訟의 提起가 허용되는 限, 抗告訴訟은 허용되지 아니한다는 見解)이나 혹은 民事訴訟·行政訴訟의 併用說(併行訴訟許容說)」과 관련하여 實務上으로는 중요한 問題를 내포하고 있다. 그러나 이와 같은 民事事件과 行政事件의 救濟節次形式의 區別이 없는 美國法의 경우에는 係屬事案의 爭訟의 性質이나 適用法令과 같은 實體的 問題야말로 중요한 것이고, 특히 「判決의 結果에서 생기는 impact의 擴大」라고 하는 現實的 配慮나 거기에 適用되는 종래의 私法原理와는 다른 法原理가 중요한 問題가 된다. Chayes가 이른바 公共訴訟이라는 이름 아래 列擧하는 訴訟事件의 具體例 내지 訴訟領域은 우리 나라에 있어서의 民事事件·行政事件의 區別과는 상관없는 광범한 여러가지 問題를 포함하고 있다.

(131) 예컨대 Berger, *Government by Judiciary* (1977)는 “judicial usurpation”에 대한 警戒心을 불러 일으킨다고 批判하고 있다. 또한 Lusky, “Government by Judiciary,” *What Price Legitimacy?*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 6, Winter 1979, No. 2, pp. 403-430 참조.

(132) Chayes, *supra* note 123, p. 58.

요컨대 公共訴訟은 實定法制上 民事訴訟·行政訴訟의 兩訴訟系列의 區別을 전제로 하는 우리 나라의 訴訟制度를 再檢討하는 데 있어서도 커다란 現代의인 問題性을 지니는 것이라 할 수 있으며, 判決의 姿勢라든가 構成에 관해서도 傳統的 모델의 硬直性에 再照明을 促求하는 것이라 할 수 있을 것이다. 그리하여 그것은 보다 일반적인 次元에서 訴訟制度의 基本의인 혹은 訴訟의 全過程에 걸치는 總體的인 再檢討에 대해서도 많은 示唆을 제공하는 것이라 할 수 있을 것이다.

(3) 다음으로 Chayes의 論文과 관련하여 제기될 수 있는 몇 가지 보다 個別的인 問題點에 관하여 論評해 보기로 한다. 그 첫째는 公共訴訟에 있어서의 法官, 특히 第1審의 聯邦法官의 役割에 관해서이며, 그것은 現實의 實務法官에 대한 약간의 期待過剩이 있는 것이 아닌가 하는 점이다. 확실히 公共訴訟에 있어서의 法官의 積極的 役割의 利點이라든가 그 必要性을 인정하는 데 인식하려는 것은 아니지만 그러한 法官의 役割에 전적으로 對應할 수 있기 위해서는 高度의 卓越한 識見, 先見性·創造性이나 柔軟한 思考, 강한 리더십 등등의 적어도 우리들이 日常 가지고 있는 平均的 職業專門法曹의 이미지의 必要要件을 훨씬 上廻하는 資質을 요구하고 있기 때문이다. 이것은 오랜 歲月 동안 陪審制나 法曹一元制가 定着되어 온 美國社會에 있어서는 거의 支障이 없을른지도 모르지만 적어도 韓國의 경우에는 法曹全體의 向上, 특히 司法當局의 姿勢나 傳統, 法官의 選任研修 등에 있어서 많은 改善·充實을 전제로 하지 않는 限, 솔직히 말해서 實現하기 어려운 것이 아닌가 생각된다. 예컨대 비록 一審判決이기는 하지만, 前述한 필라델피아 市警察官의 職權濫用事件의 解決과 관련하여 Rizzo 事件(1975)에서 Fullam 判事가 市の 警察當局에 대하여 「合理的인 最低基準」을 充足시킬 수 있는 民怨申請을 위한 節次의 立案을 명하고 原告와 警察측과의 協議를 거쳐 그것이 上訴審의 判決이 있을 때까지 實施되었고 받아들여진 것과 같은 경우라든가 發想은 裁判制度上의 差異를 고려에 넘더라도 도저히 우리 나라에서의 現實問題로서는 생각될 수 없는 것이며, 그것을 否定한 美國大法院의 態度를 오히려 당연한 것으로 보는 것이 우리 나라에 있어서의 일반적인 裁判常識이 아닌가 생각된다.

(4) 둘째로는 判決(decree)의 概念에 대한 把握方式의 문제이다. 公共訴訟에 있어서의 判決은 傳統的 모델의 救濟와는 달리 「장애의 方向을 調整(adjust)하려는 것이며, 過去의 權利侵害를 補償하려는 것(compensable)이 아니라」는 認識을 바탕으로 하고 있다. 그것은 法律上의 損害의 性質로부터 論理的으로 演繹된다고 보다는 意圖의으로 形成되어 가는 것이며, 요컨대 일을 수행해 나가기 위한 「하나의 複雜하고도 進行中인 制度」(a complex, on-going regime)인 것이다. 그리하여 왕왕 法院은 被告에 대하여 判決의 原案(draft)의 作成을 의뢰하는 때도 있거니와 그것은 필요로 하는 技術的 經驗과 變更을 필요로 하는 制度의 상세한 知識과를 結合시킬 수 있는 것은 그들뿐일른지도 모르기 때문이라 할 수 있다. 그러나 적어도 우리 나라의 경우에 있어서는 이상과 같은 判決의 作成方法이란 거의 생각할

수 없는 것이라 할 수 있다. 다만, 準司法的 行政委員會인 公正去來委員會의 審判 節次에서의 同意審決이 주목된다. 「獨占規制 및 公正去來에 관한 法律」 41條에 의하면, 經濟企劃院長官은 同法의 規定에 의한 是正措置를 함에 있어서는 公正去來委員會의 審議・議決을 거치기 전에 당해 違反行爲者에 대하여 是正措置에 따를 것을 勸告할 수 있으며(1項), 이러한 勸告를 받은 者는 지체없이 당해 勸告를 受諾하는지의 與否에 관하여 經濟企劃院長官에게 通知하여야 하는 것으로 되어 있다(2項). 이 경우 당해 勸告를 受諾한 때에는 經濟企劃院長官은 委員會의 審議・議決을 거치지 아니하고 是正措置를 할 수 있다(3項). 이러한 同意審決은 同意判決(consent decree)에 準한 節次이며 일종의 和解로 볼 수 있을 것이다. 다만 일반적으로는 이러한 判決의 作成은 傳統的 訴訟節次에 익숙한 法官에게는 새로운 創造的인 役割이며, 그 만큼 그 成功의 成否는 法官의 主導의 리더쉽에 關係人(行政廳을 포함한 訴訟參加人)의 協議와 合意가 어디까지 保障되는가에 달려 있다고 할 것이다. 그러나 美國에 있어서의 環境保全 및 消費者保護關係의 事件 등 公共訴訟은 우리 나라에서도 檢討해 볼 만한 충분한 가치가 있으며, 이 경우 Chayes의 제시한 判決의 方式이나 그 作成過程에 대해서는 배울 점이 적지 않을 것으로 생각된다.

(5) 셋째는 公共訴訟에 있어서의 利益代表에 관한 問題가 있다. 이 문제는 前述한 Cappelletti의 論文에서도 言及하고 있는 바와 같이 class action의 重要問題인 동시에 Stewart가 行政法의 傳統的 모델에 대한 轉換 내지 再構成의 問題의 一環으로서 論하는 내용의 것이기도 하다. (133) Stewart에 의하면 行政過程의 次元에서의 原告適格의 擴大라든가 參與權의 擴大에 의하여 行政法의 傳統的인 모델이 利益代表모델(model of interest representation)으로 향해 展開되고 있다는 것이지만, 여기서는 行政過程次元에서의 原告適格과 參與權의 擴大에 관해서는 省略하고 本稿의 主題와의 관련성, 司法府에 의한 利益代表制度에 관해 간단히 고찰해 보기로 한다. (134)

「최근 公共의 利益을 포함하는 判決에 있어서 一般大衆의 參與가 단순히 價値있는 것일 뿐만 아니라 不可缺한 것이라고 하는 생각이 더욱 더 많은 支持를 얻게 되었다」(Office of Communication of the United Church of Christ v. FCC, 405 F. 2d 519, 527, D.C. Cir. 1972)는 判示에서와 같이 行政廳의 裁決에 있어서의 利益集團代表의 原則은 好意的으로 받아들여지고 있거니와 司法府에 의해 實現되는 利益代表시스템의 適切성과 實行可能性의 問題는 가장 주의깊은 檢討를 필요로 한다.

여기에는 代表되는 諸利益의 確定問題와 그러한 代表가 확보되는 그 手段問題, 그리고 그 代表의 程度問題 같은 것이 있다. 무질서하게 흩어져 있는 末組織利益을 代表하려는 「公

(133) R. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, *supra* note 3.

(134) 原告適格과 參與權의 擴大에 관한 Stewart의 見解에 관한 간단한 要約은 前掲 論註 3의 拙稿, 8-10면 참조.

共利益擁護者」(public interest advocacy)가 온갖 未組織利益을 代表한다는 것은 그 擴散性이나 費用, 利益의 集合의性格 등 때문에 거의 불가능하지만, 公共利益辯護事務所의 私辯護士들에 의해 그것이 행해지는 경우가 있고, 때로는 政府가 行政廳의 公共利益代表를 제공하는 수가 있다. 예컨대 競爭者의 利益을 代表하는 法務省의 反트러스트部, 貧困者를 代表하는 經濟機會保障局, 利用者를 代表하는 運輸省 등이 그것이다. 다만, 일반적으로는 이러한 公共利益擁護者가 당면하는 어려움은 訴訟費用이라는 財源上的 問題만이 아니다. 예컨대 무질서하게 흩어져 있는 未組織市民의 諸利益間의 對立이 생긴 경우, 이러한 未組織集團의 優先的 利益을 確定할 裝置가 없기 때문에 그 代表의 利益의 選擇에 있어서의 裁量問題가 증대할 것이고, 또한 正式節次가 財源이나 遲滯라고 하는 諸代價를 수반할지라도 行政上의 質이나 偏見을 是正하기 위해서는 별수 없이 正式節次에 의할 수 밖에 없고, 반면에 있어서 이러한 正式節次는 對立되는 諸主張을 表出해 내는 데는 有益하지만 이러한 節次만으로는 實體의 政策을 決定할 裁量問題를 해결할 수 없는 어려움이 따르게 된다. 그리하여 Stewart는 결론적으로 「모든 關係諸利益의 代表性을 確保하기 위한 制度에로 行政法을 轉換시키려는 司法의 利益代表制度는 여러가지 問題點을 제기케 한다」고 하면서, 利益代表의 訴訟節次的 接近方法으로는 限界가 있기 때문에 訴訟節次的 次元 이외에도 보다 널리 行政的 次元, 政治 내지 立法的 次元까지도 포함하는 總體的인 複合的 裝置에 의해 對處되지 않으면 아니된다는 입장에서 公共의 利益의 司法節次를 통한 擁護를 주장하는 Chayes의인 解決方式에 대해 批判的인 見解를 나타내고 있다.⁽¹³⁵⁾

(6) Chayes의 論文에 대해서 個別的인 問題로서 끝으로 또 하나의 評價를 가하고자 하는 것은 衡平法上의 救濟制度에 대하여 새로이 그 現代의 意義를 강조하는 점이라 할 수 있다. 오늘날 衡平法上의 救濟를 「例外的인 手段」으로 보는 낡은 思考方式은 訴訟法上 退色되었다고 하는 指摘⁽¹³⁶⁾은 英美法系의 傳統을 가지지 아니하는 우리 나라의 訴訟制度和 그 改革과 관련하여 그 柔軟한 現實的이며 實質的인 比較衡量에 입각한 救濟方法이라는 점에서 새로이 그 意義를 再評價할 만한 것이 아닌가 생각된다. 이러한 衡平法上의 原理가 實定法의 嚴格主義를 넘어서서 具體的 妥當性을 追求한다고 하는 독특한 機能을 가지기 때문에 그것은 美國의 判例에서 볼 수 있는 것과 같이 우리 나라의 環境法과 관련된 紛爭解決 등에 있어서도 立法論上 내지 解釋論上으로 示唆하는 바가 적지 않다 할 것이다.

九. 結 論

前章에서 Cappelletti와 Chayes의 論文과 관련하여 불충분하지만 나름대로의 評價를 試圖

(135) 拙稿, 上揭論文, 11-13면 참조.

(136) Field & Kaplan, *supra* note 98, pp. 307-308.

한 바 있었지만 이하에서는 주로 두 論文이 널리 韓國의 訴訟制度, 특히 行政訴訟 및 民事訴訟의 理論과 實務에 있어서 立法論이나 實務運用面을 포함하여 어떠한 問題點을 示唆하는가라는 점에 관하여 結論과 결하여 살펴보기로 한다. 다만, 그 前提로서 前述한 Cappelletti의 論文과 Chayes의 論文이 서로 어떤 聯關性을 가지는가에 관하여 綜合的으로 몇 가지 먼저 言及해 보기로 한다.

1. 兩論文의 聯關性

Cappelletti의 論文은 「法院을 통한 公共의 利益의 擁護」를, 이에 대하여 Chayes의 論文은 「公共訴訟에 있어서의 法官의 役割」을 테마로 하는 것으로서 나같이 現代의 訴訟事件에 對應하기 위한 適切한 方策을 여러 가지 觀點에서 모색하며 그러기 위하여 舊모델(특히 民事訴訟의 傳統的 모델)을 批判하고 있다는 점에서 共通의인 네가 있다.

(1) 이러한 兩論文의 批判의 基本的 觀點은 그 根底에 있는 西歐型現代의 社會의 登場과 그에 適切하게 對應할 수 없는 現行訴訟制度와의 乖離에 대한 認識이라는 점에서 共通點이 있다. 그런데 이 점에 관해서는 오늘의 우리 나라 訴訟制度의 경우에도 그 例外라 할 수는 없을 것이다. 예컨대, 「公共的 利益」, 「公共訴訟」에 있어서의 이른바 “public interest”의 意味·內容 내지 概念·背景, 民事裁判의 兩極的·當事者對立訴訟모델에 대한 批判 같은 것이 그것이다.

그러나 Cappelletti의 論文에서는 「擴散的 利益」과 原告適格問題에 관한 多種多樣한 方式이나 接近의 探求가 주된 關心事인 데 대하여 Chayes의 論文에서는 公共訴訟모델의 提示와 그 訴訟法的 내지 訴訟技術的 構造 및 거기에서 제기되는 問題點의 究明에 力點이 두어지고 있다고 할 것이다. 물론 兩者는 새로운 모델의 摸索과 構想을 그 내용으로 한다는 점에서 共通의이고, 예컨대 class action이나 利益代表에 관해서는 兩論文 모두 多大한 關心事로서 다루고 있으며, 이 점 나같이 司法制度에 대한 根本的인 現代의 改革論을 展開하고 그 解決方法을 제안하고 있는 것으로 볼 수 있으며, 따라서 同一問題의 次元에서 評價되어야 마땅할 것이다.

(2) 그러나 兩論文의 接近方法에 있어서看過할 수 없는 觀點上的 差異로서는 Cappelletti의 論文이 널리 比較法的인 視點과 方法을 구사하고 있는데 대하여 Chayes의 論文은 주로 美國法, 특히 美國의 民事裁判 내지 民事訴訟法과 司法制度의 領域에서 美國의 法理論, 法制度, 判例를 檢討의 對象으로 하고 있다는 점이다. 따라서 Cappelletti가 이태리法學者로서 大陸法系에 있어서의 諸外國의 理論, 法制度, 判例에 관한 比較的 檢討를 거친 다음, 특히 普通法系의 代表國으로서의 美國의 訴訟制度에 대해서는 始終 특별한 關心과 考慮를 소홀히 하지 아니한 점에 대해서는 거꾸로 美國의 法學者들도부터도 나름대로의 關心이나 批判이 있어 마땅할 것으로 생각된다. 이러한 觀點에서 생각할 때 世界第2次大戰 前의 獨逸大陸法的 傳統과 戰後의 새로운 美國法的 繼受라고 하는 二重의 課題를 짊어지고 있는 오늘의

우리 나라 司法制度의 改革論議와 관련하여 示唆하는 바가 없지 않다 할 것이다. 이 경우 생각할 수 있는 하나의 檢討方向은 傳統的인 獨逸法的 民事訴訟法의 모델을 基本的으로는 維持하면서도 技術的인 法改正이나 運用面에서의 改革을 美國法으로부터 攝取하여, 예컨대 class action이나 判決의 方式 등 多彩로운 救濟方法을 한걸음 한걸음 試行錯誤를 쌓아가면서 創造해 나가는 것이고, 다른 하나의 方向은 傳統的인 獨逸法的 民事訴訟法모델을 美國의 法制度의 採用을 위하여 송두리째 과감하게 改編해 나가는 方法이다. 이 問題는 理論的으로는 兩者擇一의 문제일 수 있지만, 實際問題로서는 최근의 行政訴訟法과 民事訴訟法의 改正經緯에서도 대체로 엿볼 수 있는 것처럼 우리 나라의 法制度 내지 法意識, 특히 法院, 法曹界의 現狀 등을 감안할 때 아마도 前者의 方法이 보다 많은 實行可能性을 가질 것이고, 또한 실제에 있어서도 그 쪽이 妥當할 것으로 생각된다.

(3) 다음으로 兩論文에 대체로 共通되는 問題로서 現代에 있어서의 公共의 利益에 관한 訴訟에 있어서 期待되는 法院 내지 法官의 중요한 役割이 지적되지 않으면 아니될 것이다. 이 점에 관해서는 Cappelletti의 論文에서도 이미 檢討한 바와 같이 「私的 法務長官」의 構想의 中核으로서의 法院 내지 法官의 裁量이 Frank判事나 Jaffe 教授의 見解를 援用하면서 論及되어 있고, 또한 class action에 成否가 「通常의 경우보다 한걸음 法院主導型의 訴訟進行이 요구된다」고 하는 Homburger 教授의 見解의 援用에 의해서도 明白하다. 그러나 Chayes의 論文에 있어서는 한걸음 더 나아가서 「法官의 중대한 役割」을 그 大前提로서의 새로운 모델인 公共訴訟의 具體的 構造와 그 機能, 效果 등의 總體에 關係 상세하게 論해지고 있다. 이러한 法官, 특히 事實審의 聯邦法官의 役割에 대해서는 이미 고찰한 바와 같이 大法院에 의하여 반드시 歡迎받고 있는 것은 아니고, 또한 事實審인 下級法院과 大法院의 對應의 相違, 革新的인 裁判의 立場에서 는 學者의 研究論文과 實務法官의 判決間의 立場의 相違 등 여러 가지 問題 등이 없지 않기는 하지만, 公共訴訟의 基本的인 새로운 方向과 그것에 향한 漸進的인 時代의 흐름은 이미 沮止할 수 없는 것이 아닌가 생각된다.

2. 韓國의 訴訟制度와의 關聯성과 實定法的 限界

Cappelletti의 論文이나 Chayes의 論文이 제기하고 있는 諸問題가 우리 나라의 訴訟制度, 특히 民事事件一般으로서 實務上 處理되고 있는 現行民事訴訟法 내지 行政訴訟法의 現狀에 대하여 어떠한 impact나 示唆를 줄것이며 또한 거기에는 어떠한 限界가 있을 수 있겠는 가에 關하여 생각해 보기로 한다.

(1) 먼저 70年代의 高度成長期의 마이너스의 財産이라고도 할 수 있는 環境關係訴訟·消費者保護 내지 大量事故救濟를 위한 法理로서 최근 주목되고 있는 것으로 class action이 있다. class action에 대해서는 私法 내지 民事訴訟法의 觀點과 公法 내지 行政訴訟法의 觀點에서 여러가지 問題點이 지적될 수 있거니와, 우선 前者의 觀點에서 흔히 지적되는 基本的 問題點으로서 是 첫째로 1對 1의 現在의 法律關係를 前提로 하는 訴訟의 原則은 修正이

不可避할 것이며, 이러한 課題를 해결하는 하나의 手段으로서 class action의 導入이 고려될 수 있다는 점, 둘째로 class action의 導入에 관해서는 韓國의 現行法の 構造와의 蹉과 그것과 관련된 社會的 問題와 訴訟法上의 次元에서의 問題가 있을 수 있으며, 여기에서는 종래의 訴訟法理論의 테두리에서 벗어나는 것으로서 當事者適格, 代表者適格 등의 문제에 있어서의 發想의 轉換을 필요로 한다는 점, 셋째로 社會的 問題로서 class action을 탄생케 한 美國의 土壤과 韓國에 있어서의 法傳統이나 民衆의 權利意識의 強弱의 問題가 고려되어야 한다는 점, 그리고 네째는多數當事者를 포함하는 當事者適格의 問題의 處理는 필연적으로 法官의 裁量權의 擴大를 가져오게 되거니와, 이것은 그것을 뒷받침하는 立法措置가 없는 限, 法曹로부터의 拒否反應이 없지 않을 것이라는 점 등이 그것이다.⁽¹³⁷⁾

(2) 한편, class action에 대한 公法 내지 行政訴訟法의 觀點에서의 問題點은 주지하는 바와 같이 주로 「訴의 利益」을 中心으로 行政訴訟法 12條와 관련된 「原告適格의 擴大」가 커다란 테마가 되어 있다. 그것은 class action과도 聯關된다는 점에서는 前述한 Cappelletti나 Chayes의 論文이 제시하는 示唆와도 無關한 것은 아니라 할 것이다. 그러나 여기서는 오히려 「行政上의 集團의 紛爭과 訴訟理論」이라는 觀點에서의 이른바 「集團的 訴訟」이 주된 論議의 對象이 된다고 할 것이다. 集團的 訴訟(Verbandsklage, collective litigation)은 그 關係訴訟當事者라는 면에서는 class action과 비슷하며, 그 訴訟目的·對象이라는 면에서는 公共訴訟과도 接點을 가지는 것이라 할 수 있다. 한 論者는 集團的 訴訟을 「하나의 行政作用에 대해서 同種의 狀況에 놓여진 多數인이 共通의 利害關係를 가지는 경우에 그러한 集團的 利害關係에 의거하여 行政機關과의 사이에 다툼이 생겨 그것이 訴訟으로 발전하게 되는 경우」⁽¹³⁸⁾라고 規定하고 있거니와, 이러한 集團的 訴訟에 관하여 法的 또는 實務的으로는, 예컨대 民事上의 留止訴訟과 抗告訴訟 특히 取消訴訟과의 關係 및 選擇의 基準, 抗告訴訟의 適法要件에 관한 問題, 本案의 審理裁判의 內容에 관한 問題, 判決의 效果問題, 審理裁判의 節次에 관한 問題 등 여러가지 問題와 관련하여 傳統적인 行政訴訟觀에서 볼 때에는 實定法상으로 많은 限界 내지 論議가 있음을 알 수 있고, 行政訴訟에 관한 종래의 基礎적인 行政訴訟觀 자체에 대한 깊은 反省을 促求하는 契機가 되는 것이라 할 수 있다.⁽¹³⁹⁾

(3) 이상에서 公共訴訟과 관련된 諸問題를 최근 커다란 關心의 對象이 되어온 바 있었던 Cappelletti와 Chayes의 論文을 중심으로 比較적 상세하게 고찰한 다음, 이들의 論議가 오늘의 우리 나라 訴訟制度와의 관계에서 어떠한 示唆를 주는가를 나름대로 약간 檢討하여 보았거니와 거기에는 理論面으로나 實務面에 있어 여러가지 어려운 問題點이 적지 않음을

(137) 이상은 日本의 民法과 民訴法學者들의 class action에 관한 座談會에서의 結論을 整理한 것이지만, 韓國의 경우에도 거의 그대로 適用될 수 있는 問題들이라 생각된다. [座談會, クラス・アクション—權利を腐らせないための手續—ジュリスト 32 5號(1973. 2. 1) 18-37면 참조].

(138) 小早川光郎, 行政訴訟의 構造分析, 1983, 243면.

(139) 小早川, 上掲書, 246-259면 참조.

알 수 있었다. 그러나 이를 要約하면, 요컨대 첫째로 이들 가운데 많은 것들은 將來에 있어서의 法制의 整備를 비롯한 다분히 立法論的 課題에 속하는 것이라 할 수 있으며, 따라서 우리 나라 訴訟制度에의 導入이나 定着을 위해서는 司法府의 憲法上的 地位 내지 權限을 비롯하여 뛰어넘지 않으면 아니될 적지 않은 障害物과 曲折이 가로놓여 있음을 부인할 수 없다. 그러나 이러한 事實은 반드시 現行訴訟制度의 運用論 및 實定法的 解釋論에 대한 새로운 示唆가 반드시 否定되어야 함을 뜻하는 것은 물론 아니라 할 것이다. 둘째로, 도대체 「訴訟制度는 누구를 위하여 있는 것인가」라고 하는 「裁判을 받을 權利」(憲法 26條)라는 原點으로 되돌아 서서 우선 訴訟制度에 있어서의 行政訴訟과 民事訴訟의 位置設定과 關聯·交錯의 限界 내지 課題에 대하여 그 系譜나 特色 내지 選擇만이 아니라 널리 司法過程과 行政過程을 통한 總體的인 檢討와 再構成을 모색하고 장래를 향한 展望을 시도해보는 것이 요망되는 것이라 할 것이며, 本稿는 어떤 의미에서는 그러한 試圖을 위한 조그마한 序論的 考察이라 할 수 있을 것이다.