

公共訴訟에 관한 研究 (I)*

徐 元 宇**

一. 序 論

裁判은 傳統的으로 典型的인 法的 機構로서 刑罰의 賦課라든가 權利의 實現이나 救濟 등, 法的 基本의 機能의 遂行에 있어서 불가결한 中樞的 位置를 차지해 오고 있다. 現代社會에 있어서 資源配分機能을 비롯한 法的 機能의 擴大와 더불어 法的 機能의 實現에 있어서 行政機關이 수행하는 役割이 비약적으로 커지고, 또한 裁判外의 各種의 權利實現·救濟機構도 확충되는 가운데서 法體系全體 속에서의 裁判이 점하는 位置나 그가 수행해야 할 役割에 는 상당한 變化가 나타나고 있다. 그러나 法體系全體의 公正하고도 實效的인 作動을 보장하는 최후의 방패로서의 裁判의 重要性은 더욱 키질지언정 결코 줄어지고 있지는 않다. 다만 우리나라의 경우, 歐美諸國에 비하여 刑事裁判을 비롯하여 民事裁判이나 行政裁判이 日 常的인 權利의 實現·救濟에 있어서 現實的으로 수행하고 있는 役割은 상당히 낮고 그 機能方式에 있어서도 여러가지 다른 特徵을 지니고 있음을 부인할 수 없다.

先進諸國의 경우, 1970年代 전후부터 各種의 住民運動이나 消費者運動 등에 의해 대표되는 權利鬭爭이 활발해지고, 그 一環으로서 民事裁判이 利用되는 機會도 늘어나고 있으며 일반적으로 權利의 實現·救濟에 있어서 民事裁判이 수행하는 機能에도 중요한 變化가 나타나고 있다. 또한, 80年代에 들어와서는 各種의 環境訴訟의 관련하여 예컨대 公共事業에 대한 留止請求를 내용으로하는 裁判例도 증가하고 있는 한편 이러한 事件에 있어서의 裁判 機能의 限界問題와 관련된 見解對立같은 것도 尖銳化하고 있다.

現代社會에서의 裁判은 이상에서와 같이 한편으로는 그 나라 그 社會에 있어서의 特殊한 法文化를 배경으로 하면서도 다른 한편으로는 法的인 利害對立, 紛爭의 複雜化·多樣化와 그 調整·解決을 위한 公權力機關의 配慮·介入의 強化, 傳統的인 私權中心의 實體的·具體的 權利로부터 國家의 積極的 活動을 請求하는 社會權이라든가 各種의 節次的 權利 등의 法的 權利觀念의 擴散 등, 現代法에서는 대체로 普遍的으로 볼 수 있는 展開까지도 포함하여 裁判에 대한 公共的 利益擁護 내지 政策形成的 機能 등의 機能擴大의 要求에 대하여 어떻게 對處해야 할 것인가라고 하는 매우 어려운 課題를 안겨주고 있는 것이다.

이상과 같은 課題에 直面하여 중대한 轉換期를 맞이하고 있는 現代의 裁判이 現代社會的

* 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 敎授(法學研究所長)

인 狀況 속에서 그가 수행해야 할 適正한 機能은 검토함에 있어서 本稿는 그 主題인 이른바 「公共訴訟(public law litigation)」에 관해 考察함에 앞서 우선 그 背景의인 問題狀況을 제시하는 의미에서 變化하는 現代社會에 있어서 裁判 내지 訴訟制度가 어떠한 새로운 座標를 요구하고 있는가에 관하여 基本的인 立場을 밝힌 다음, 최근 이른바 「正義에의 接近(Access to Justice)」論의 提唱으로 우리들의 關心을 끌고있는 M. Cappelletti⁽¹⁾의 「法院을 통한 公共의 利益의 擁護」問題를 原告適格論을 중심으로 比較法的 觀點에서 紹介·考察한 다음, 이어서 역시 최근 우리들의 커다란 關心의 對象이 되어 있는 A. Chayes의 이른바 現代型訴訟인 「公共訴訟에 있어서의 法官의 役割」에 관한 論議⁽²⁾와 R. Stewart의 이른바 「利益代表論」⁽³⁾을 紹介·檢討하기로 한다. 그리고 끝으로 이상의 최근의 論議나 問題提起가 우리나라의 民事訴訟이나 行政訴訟을 포함하여 널리 司法制度上的 問題 내지는 그 改革論議에 어떤 示唆을 주는 것이며, 아울러 어떤 問題點이 있는가 등에 관하여 試論적으로 檢討해 보고자 한다.

二. 現代社會와 裁判制度의 役割

1. 裁判의 政策形成機能

(1) 裁判의 本來的 機能은 既往에 발생한 具體的 紛爭을 事後的·個別的으로 해결하는 것이라 할 수 있다. 그리하여 이러한 機能을 公正하고 實效性있게 수행하기 위하여 裁判은 미리 定立된 一般的인 法的 規準에 準據하여 그 適用이라는 형식으로 행해질 것이 요청되며, 또한 政治的·社會的 諸勢力의 壓力으로부터의 裁判의 獨立이 制度的·節次的 기타의 方法으로 保障되고 있다. 따라서 裁判過程은 確實히 政治的·社會的 諸勢力의 對立·抗爭으로부터의 相對的 自立性이 확보되어진 곳에서 展開되고 있는 것이다. 그러나 이것은 결코 裁

- (1) 本稿의 主題인 公共의 訴訟 내지 現代型訴訟과 관련된 Mauro Cappelletti의 代表的인 論文과 著書로는 Vindicating the Public Interest through the Court: A Comparativist's Contribution, 25 *Buffalo Law Review* 643 (1976); Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study, 73 *Michigan Law Review* 793 (1975); M. Cappelletti and Bryant Garth, Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, 27 *Buffalo Law Review* 181 (1978); M. Cappelletti & J. Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation* (1975, Milan/Dobbs Ferry, N.Y. Giuffrè/Oceana Publications); M. Cappelletti (ed.) *Access to Justice and the Welfare State* (1981, Klett-Cotta, Stuttgart) 등 방대하다.
- (2) Abram Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976), 拙譯「公益訴訟에 있어서의 法官의 役割」, 法叢, 1984年 9, 10, 11月號; The Supreme Court 1981 Term, Foreword: Public Law Litigation and the Berger Court, 96 *Harvard Law Review* 4 (1982).
- (3) Richard B. Stewart, The Reformation of American Law, 88 *Harvard Law Review* 1671 (1975), 尹世昌譯, 美國行政法の 再構成, 1983, 三英社; 拙稿「美國行政法の 再構成」, 尤堂 尹世昌博士 停年紀念 現代公法學的 諸問題, 1983, 3-15면. 또한 A. Chayes와 Stewart의 論文을 紹介한 최근의 서울大 碩士學位論文으로 鄭洪泰, 美國行政法에 있어서의 公益法理에 관한 研究, 1984.

判過程이 社會에 있어서의 여러가지 價値·利益의 調整·配分과 관련된 政治的 狀況으로부터 완전히 격리된 곳에서 행해지고 있음을 의미하는 것은 아니다. 도리어 法院은 원래 政治過程 속에 깊숙히 連關되고 있으며, 그 속에서 일정한 獨自的인 政治的 役割을 수행하고 있는 것이며, 그때 그때의 政治的·社會的 狀況如何에 따라 法院의 政治的 役割, 그리고 또한 政治化現象도 그 態樣·程度가 결정적으로 규정되어진다고 볼 수 있는 것이다.

現代社會에 있어서의 裁判과 관련된 최근의 狀況을 볼 것 같으면, 급격한 社會的·經濟的 狀況의 變化나 사람들의 價値觀·利害關心의 分裂·多元化와 더불어 社會에 있어서의 價値·利益의 配分·對立狀況이나 政治的·社會的 勢力關係도 流動化·複雜化하여 法的인 權利義務關係의 次元에 있어서도 그 再調整이 광범하게 요구되고 있다. 그럼에도 불구하고 長期的인 保守政權의 存在와도 결하여 立法府와 行政府간의 癒着化가 극히 현저하기 때문에 社會에 있어서의 위에서 본 바와 같은 要求가 立法·行政의 次元에서는 반드시 公正·細密하게 吸收되지는 못하고 있는 狀況이라 할 수 있다.

이러한 狀況을 배경으로 하여 立法·行政次元에 있어서의 價値·利益의 調整·配분에 대하여 만족스럽지 못하게 생각하는 사람들이 본래는 立法的·行政的 措置에 의하여 해결되어야 할 政治的 色彩를 가진 紛爭을 法的 問題로서 法院에 가져오므로써 그 價値·利益의 確保實現을 도모하려는 것이 점차 頻繁하고 組織的으로, 더구나 다양한 問題領域에 걸쳐 행해지고 있는 것이 최근 先進諸國의 두드러지는 傾向이라 할 수 있다. 이러한 政治上·行政上의 不滿이 法院에 제기되어 法院이 본의아니게 政治的 소용돌이 속에 휘말리게 된다는 것 自體는 法制度的 立場에서 보더라도 여러가지 문제가 없지 않을 것이라는 論難이 쉽게 예상되는 반면, 實定憲法에 의하여 最高法院을 頂點으로 하는 司法裁判所에 違憲立法審查權이 부여되고, 또한 行政裁判所같은 것도 존재하지 아니하는 體制下에 있어서는 司法權의 範圍가 立法, 行政의 領域까지 확대되는 추세에 있다. 또한 오늘날에 있어서는 政治的 領域이 현저히 확대되어 社會에 있어서의 거의 모든 價値·利益의 調整·配分 내지 그 保護·實現이 어떤 형태로든간에 政治的 影響을 받지 않을 수 없게 되어 있다. 이러한 가운데서 法院이 社會에 있어서의 價値·利益의 對立으로부터 발생하는 일정한 紛爭의 法的 解決이라고 하는 그 本來的 機能을 個個의 具體的인 事案에 있어서 수행하는 경우에 있어서도 社會에 있어서의 여러가지 價値·利益의 一般的인 調整·配分을 도모하는 公益 내지 公共政策의 形成·實施 및 그것에 영향을 미치고자 하는 여러 活動에 의하여 이룩되는 政治過程으로부터 超然하게 격리된 領域일 수 없다는 것은 불가피한 宿命이라고도 할 수 있는 것이다.

(2) 그리하여 이와같은 형태로 本來 立法·行政의 次元에서 해결되어야 할 政治的 色彩를 지닌 紛爭이 法的 問題로서 法院에서 다루어질 경우, 裁判에 기대되고 있는 役割은 단순히 既存의 法的 規準에 準據하여 具體的 紛爭을 事後的·個別的으로 해결하고, 被害를

法的으로 救濟하는 것에 그치는 것은 아니다. 대부분의 경우, 立法·行政次元에서의 政策形成과 法院自身の 過去의 判例에 의하여 형성된 現存의 法的 規準 그 自體의 變更에 의하여 司法的 保護, 救濟를 強化, 擴充하는 先導의 役割이 기대되어 지는 것이다. 이런 경우, 裁判에 기대되어 있는 役割은 法院의 이러한 公權的 裁定이 判例로서 確立됨으로써 그 뒤의 동일한 法的 紛爭에 대한 裁判에 관한 先例로서 事實上 拘束할 뿐만 아니라, 이러한 判例가 裁判以外的의 여러가지 형태의 法的 紛爭解決의 規準으로써 쓰이게 되는 것이다. 따라서 個個의 裁判을 통해서 該當具體的 紛爭을 넘어선 보다 廣範圍의 사람들의 價値·利益의 相互調整이라든가 그 確保, 實現에도 一般의인 影響을 미치는 司法府獨自의 새로운 政策形成이 행해지는 것이 기대되고 있는 것이다. 그리고 비록 이러한 先導的인 判例의 獲得이 불가능하더라도 訴訟의 提起, 公開의 法廷에서의 當事者間의 攻防, 法院이 내리는 어떤 公權的 裁定 등이 그 裁判에서 다루어지고 있는 問題를 解決하기 위한 立法的·行政的 措置를 요망하는 輿論이나 社會運動을 불러일으켜 一般의인 政治的·社會的 狀況에 衝擊(impact)을 줌으로써 立法府나 行政府를 비롯한 다른 公權力에 의한 公共의 利益과 관련된 政策形成이나 制度改革에도 影響을 미치는 效果가 기대되는 경우가 적지 않은 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 憲法訴訟이나 行政訴訟이 政治的·社會的으로 利用될 수 있는 典型的인 경우라 할 수 있다. 특히 憲法訴訟의 경우, 法院이 그 守護者로 되어 있는 憲法의 改正이라든가 擁護라고 하는 것이 保守·革新勢力間의 對立·相克의 중요한 政治的 爭點을 이루고 있을 때에는 法院도 필연적으로 이러한 政治的 이데올로기의 對立으로부터 超然하기가 사실상 어려운 것이 現實이라 할 수 있다. 이러한 問題를 단순히 이룬바 統治行爲論이라는 次元에서 法形式論的으로 外面에 버리는 態度는 再考의 餘地가 없지 않다 할 것이다.

최근에는 이상과 같은 憲法訴訟과는 별도로 公害防止·環境保全이라든가 消費者保護 혹은 그들 被害者의 救濟를 위하여 組織化되어 活潑化해 오고 있는 住民運動, 消費者運動 등 새로운 형태의 政治的 運動의 一環으로도 裁判이 積極的으로 그리고 빈번하게 利用되고 있음이 주목되고 있다.⁽⁴⁾ 이러한 형태의 私的 紛爭에 대해서는 옛날에는 加害企業과 被害者인 地域住民·消費者와의 사이에서 法的 權利義務·責任의 存否, 內容에 관한 抗爭으로서의

(4) 日本이나 美國 등 先進國의 경우, 이러한 住民運動·消費者運動과의 關聯에서 民事裁判이 社會의 注目을 끌고, 新聞, TV 등 매스컴에 의해서도 대대적으로 다루어지는 예들을 흔히 볼 수 있다. 이러한 사실은 종래 보통 裁判이라고 하면 먼저 市民이 受動的으로 關聯이 되는 刑事裁判이 想起되고, 市民이 主體的으로 利用하는 民事裁判이 一般市民의 裁判이미지에서 차지하는 比重은 그다지 크지 못하여 民事裁判이 저널리즘에 의해 화려하게 다루어지는 예가 극히 드물었다는 점을 생각할 때 一般市民의 裁判이미지를 크게 변화시키고 裁判을 비롯한 法的 메카니즘에 대한 主體的 態도의 培養·定着에 寄與하는 바 적지 않고, 극히 意義있는 現象이라 할 수 있다(See, Vilhelm Aubert, Courts and Conflict-Resolution, in *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11(1967), pp.40-51).

訟事거리로 함이 없이 必要에 따라 政治家·行政官廳 혹은 地方自治團體 등이 非公式的으로 仲介하여 解決——사실상 默殺·울며겨자먹기식의 妥協에 끝나머리는 경우가 많았다——하는 處理方式이 일반적으로 행해지고 있었다. 그러나 최근의 급속한 都市化·産業化에 의하여 종래의 傳統的인 社會關係가 變容·解體하여 사람들의 社會意識·行動樣式이 변화됨에 따라 이상과 같은 非公式的인 社會制禦·紛爭解決의 메카니즘은 이미 그 전처럼 有效하게 기능을 발휘할 수 없게 된다. 그 대신 될 수 있는대로 法的 權利義務·責任의 存否·內容에 대한 抗爭으로 構成함으로써 보다 公式的인 紛爭解決機關으로서 설치된 法院에 대하여 法에 의한 審査·救濟를 구하게 되었다. 이 경우, 訴訟를 스스로 提起하거나 그것을 支援하는 사람들이 損害賠償이나 停止의 請求에 의하여 個個의 紛爭의 直接的인 被害者의 救濟를 目的으로 하는 것임은 두말할 나위도 없다. 그러나 동시에 가능하다면 法院의 積極的인 法的 判斷을 획득함으로써, 혹은 적어도 訴訟의 提起나 法廷에서의 相對方과의 攻防 등에 의하여 널리 立法府, 行政府 혹은 地方自治團體 등에 대하여 公害防止·環境保全이나 消費者保護 혹은 그들의 被害者救濟를 위한 一般的인 立法的·行政的 措置를 요구하는 運動이나 輿論을 불러일으켜 政治的 主張을 보다 有利하게 展開하려는 意圖도 내포되어 있음을 배제할 수 없는 것이다.

(3) 그러나 法院이 그 本來的 使命인 紛爭解決機能⁽⁵⁾과 함께 일정한 政策形成機能을 수행할 것을 강조하는 이상과 같은 論議에 대해서는 그 適否·限界라든가 有效性的의 問題 등과 관련하여 銳利한 見解對立이 있다. 즉, 한편으로는 現代의 裁判을 規定하고 있는 法이 ideo logi, 制度的 構造에 관한 극히 素朴한 法至上主義의 態度나 혹은 權力分立制나 民主制에 관한 硬直된 非現實的인 理解에 執着하여 裁判의 政治化現象을 法·裁判의 濫用, 逆用 내지는 政治過程의 病理的 現象이라 斷定하고 一方的인 非難·批判이 가해지는가 하면, 다른 한편으로는 거꾸로 法院에 대하여 오로지 戰略的으로 性急하고도 過大한 政治的 要求·期待를 걸거나 혹은 個個의 判決에 대하여 特定한 黨派的 ideo logi·利害關心을 바탕으로 短絡的인 讚揚이나 批判이 가해지는 경우가 있다. 그러나 이러한 兩極端의 見解가 不毛한 對立·相克을 되풀이하는 가운데서는 建設的인 議論의 進展을 기대할 수는 없는 것이며 또한 法院이 立法府나 行政府가 定立한 政策에 對應하여 나름대로의 政策形成機能을 適切한 형태로 수행해 나가기 위한 새로운 座標의 設定도 그만큼 어려워질 것으로 생각한다.⁽⁶⁾

(5) 民事裁判을 紛爭解決機能이라는 觀點에서 보는 것에 대해서는 크게 問題될 것이 없지만, 刑事裁判에 대해서는 여러가지 問題가 있을 수 있다. 이점에 관해서는 所一彦「刑法と 刑事裁判の 現代의 課題」, 黒木三郎編 現代法社會學講義(1976) 所收, 150-160면 참조. 다만, 本稿에서는 일용 刑事裁判에 대해서도 紛爭解決機能이라는 觀點에서 이해하기로 한다.

(6) 裁判의 政治化現象에 대하여 종래 極端的인 見解對立이 야기된 데에는 司法的 政策形成의 問題가 政治ideo logi의 尖銳한 對立에 聯關되기 쉬운 憲法訴訟을 中心으로 주로 論해지는 경우가 많았기 때문이라 할 수 있다. 이에 反하여 法院이 契約·不法行爲 등을 中心으로 하는 民事法·訴訟法 등등 오랜 歷史를 자랑하는 法學的 傳統과 오랜 歲月에 걸친 判例의 蓄積을 背景으로

요컨대 現代社會에 있어서의 裁判의 政策形成機能의 役割이나 그 可能性·限界 등의 問題를 고찰함에 있어서는 裁判의 政策形成機能만을 分離·孤立시켜 論해서는 아니되며, 그것을 裁判의 傳統的 使命인 紛爭解決機能과의 關聯下에서, 그리고 政治社會에 있어서의 紛爭解決·政策形成 메카니즘全體 속에서 位置지음으로써 다른 여러가지 公私의 메카니즘과도 有機的으로 關聯시키면서 論해나가는 것이 不可缺하다 할 것이다.⁷⁾

2. 現代型訴訟의 特徵과 訴訟制度上의 課題

(1) 公共的 利益 내지는 擴散的 利益擁護를 目的으로 하는 이른바 公共的 訴訟을 理解하기 위해서는 現代社會에 있어서의 訴訟類型의 一般的 特徵에 關係 살펴볼 필요가 있을 것 같다. 미묘 程度의 差異이기는 하지만 通常의 傳統的인 訴訟類型과는 다른 이른바 現代型 訴訟의 特徵으로서의 대략 다음과 같은 몇 가지를 들 수 있다.⁸⁾

① 첫째로, 原告, 被告라는 立場에서 등장하게 되는 當事者의 측면에서 볼 때, 被告는 公共事業의 主體인 國家나 公共團體라든가 消費物資를 大量으로 生産하는 大企業이라든가 혹은 이들 企業을 監督하는 地位에 있는 國家, 地方自治團體인 경우가 많다.

한편, 原告측은 그러한 被告측의 事業活動으로 말미암아 同種의 侵害를 받거나 받을 우려가 있는 市民의 集團이다. 이것은 廣域에 걸치는 公共的 事業活動의 策定·實施에 있어서 事業主體 내지 그 監督者가 충분히 예측하지 못하였거나, 혹은 예측하였더라도 오히려 公共性 때문에 事業을 遂行한 결과, 일부의 市民에 대한 利益侵害가 발생하게 되어, 그러한 이미 발생한 利益侵害의 回復이나 또한 그러한 事業의 繼續과 더불어 계속될 장래의 侵害의 排除를 구하여 市民의 集團 내지 그 代表者가 訴訟을 제기하는 형태인 것이라 할 수 있다. 이들 訴訟의 意圖 가운데는 事業活動의 策定·實施自體의 修正·變更을 구하거나 制約을 課한다고 하는 것이 많긴 적긴 내포되지 않을 수 없다.

이점에서 보는 바와 같이 原告측의 集團性外에 被告측에도 複數가 되는 경우도 적지 않다. 하나의 커다란 公共事業의 策定·遂行의 過程은 複數의 法主體가 저마다의 立場에서 여러가지 형태로 關聯되면서 展開되어 가는 것이 보통이며, 이러한 複數의 主體의 關聯性의 累積의 결과로서 原告들의 利益侵害를 야기시키는 것으로 볼 수 있다.

② 둘째로, 이들 訴訟의 請求面——즉 訴를 제기하고, 그에 대하여 判決을 인음으로써 직접 누리고자 하는 救濟內容은 무엇인가 하는 면——으로 볼 때는 어떠한가.

(가) 우선 請求는 過去에 일어난 損害의 賠償을 구하는 형태로부터 現在 받고 있는, 또

하여 構築된 이른바 「法曹法(Juristenrecht, lawyer's law)」의 領域에서의 비교적 溫健한 政策形成活動에 대해서는 자칫 소홀하게 다루어온 傾向이 있다.

(7) 拙稿, 「社會變動과 法律家의 役割——法曹職域擴大問題의 關聯하여——」, 法律新聞, 1985年 3月 4日字(第1579號) 4면 참조. 拙稿 「行政의 紛爭處理 機能」, 考試界 1984年 1月號·2月號 참조.

(8) 拙稿 「現代社會에 있어서의 訴訟·法曹·法律」, 大韓辯護士協會誌 1983年 1月號에서는 現代型 訴訟을 「政策志向型訴訟」이라는 이름아래 傳統的인 「紛爭志向型訴訟」과의 差異를 論한 바 있었다(55-56면 참조).

는 받을 우려가 있는 侵害를 장차 받지 않도록 그 侵害의 防止를 구하는 것으로 옮겨져 가고 있다. 損害賠償으로부터 留止請求에로라고 하는 것이 環境保全을 위하여 法院을 利用하려는 者의 하나의 共通的인 바램이라 할 수 있다.

그런데, 過去の 損害의 賠償이 아니라 장래에 있어서의 留止를 구하는 것이 될 경우에는 被告들의 公共事業 등과 같은 事業活動 그 自體에 직접 영향을 미치는 結果를 구하는 것으로 된다. 만일 留止請求를 인정하게 되면 그 內容에 따라서는 被告들은 事業活動自體의 制限을 甘受하지 않으면 아니되게 되며, 原告들에의 侵害의 防止를 위하여 값비싼 防止設備의 投資나 原告들의 移轉費用支出를 부담하여야 하거나, 事業活動自體의 停止도 불가피할지도 모른다. 이들 事業이 國家나 地方自治團體 등에 의하여 영위되고 있는 경우에는 이들 事業의 策定이나 實施에 관한 國家나 地方自治團體 등의 政策決定에 대해서도 어떤 형태로든 修正이 가해지지 않으면 아니될지도 모른다. 더구나 그 波及效果를 생각할 경우, 一國의 政策全體에 대한 挑戰이라는 성격조차 가지는 경우가 있게 된다. 그리하여 立法權이나 行政權과 司法權과의 相克이라는 문제가 진개되게 되며, 空港이나 高速道路建設 등과 같은 公共事業의 社會的 意義까지도 疑問視되어, 行政權이 내세우는 「公共性」에 대한 判斷內容이 原告들의 侵害利益의 무게와의 관계에서 되붙어지는 결과를 가져오게 하기도 할 것이다.

(나) 또한, 留止의 對象이 되는 原告들에의 侵害에 대하여 볼 경우에는 侵害의 性質·態樣은 可視的, 特定的, 明確한 程度의 것으로부터 점차 微視的이며 認識困難한 不特定多數에게 생기는 微量의 것이거나 혹은 보다 精神的인 것으로 擴散되어 가는 경향을 볼 수 있다. 예컨대 典型的인 公害訴訟事件에서 救濟가 청구되는 損害는 아무도 의심할 여지가 없는 미참한 것인 경우가 보통이지만 高速道路나 空港의 騒音·振動 등과 관련된 訴訟事件에서는 原告들로서는 견디기 어려운 것이지만, 대개 오랜 期間에 걸쳐 그것에 계속적, 반복적으로 시달림으로써 精神的인 被害가 增幅되어 가는 성질의 것이다. 家庭에서의 安樂함을 잃게 되고 安眠이 방해됨으로써 계속적인 不快感이나 焦躁感이 야기되거나 神經衰弱症勢가 나타나게 되고, 혹은 그러한 性格에의 影響을 받고 있다고 하는 強迫觀念이나 被害感을 낳게 하는 등의 心理的 影響이 被害의 特質이 되고 있다. 이러한 被害를 가지고 健康被害 내지 身體的 被害를 받아 受忍限度를 넘어섰다고 하는 法院의 認定을 받기에는 多大한 主張, 立證上의 困難性이 예상된다.

이상과 같이 被害가 精神的인 것으로 移行되어 가고 있는 경향과 함께 또한 原告들 個個人이 받는 被害가 점차로 微量의 것이 되어, 오히려 原告들을 포함하여 그와 동일한 立場에 있는 不特定多數의 市民全體 속에 擴散되어 가는 現象이 현저해진다. 그리하여 이와같이 損害自體가 한 사람 한 사람에 대해서는 이미 문제삼을 수 없을 정도로 微量의 것이 됨과 동시에 누구에게 언제 어떤 형태로 생겨날지 特定하기조차 어렵게 된다. 널리 市民一般,

혹은, 같은 立場에 있는 消費者一般의 被侵害利益을 한데 뭉쳐 파악함으로써 비로소 被侵害利益의 이른바 可視化가 이루어져 겨우 法官까지도 움직일 수 있게 되는 것이 現狀이라 할 수 있다. 그리하여 이러한 被侵害利益의 이른바 集積效果를 어떤 식으로 訴訟의 對象으로 구성한 것인가가 訴訟戰略上 중요한 課題가 되는 것이다.

(2) 이상, 典型的인 現代型訴訟의 特徵은 몇 가지 指摘하였지만, 그렇다면 이러한 現代型訴訟은 어떠한 問題를 제기하고 있으며, 그에 대하여 訴訟法理論은 어떠한 對應을 생각할 수 있을 것인가에 관하여 생각해 보기로 한다.

① 當事者의 互換性의 喪失: 市場의 自律的인 法則을 바탕으로 하여 去來當事者相互間의 立場의 互換性을 前提로 한 市民社會에 있어서는 그 市民間의 紛爭을 處理하는 경우에도 兩當事者가 市民이라는 사실만으로도 雙方이 對等하게 다룰 수 있는 地位가 保障되었다. 거기에서는 兩當事者에게 각자의 主張을 다할 機會을 形式的으로 平等하게 保障하는 것만으로써 訴訟의 結果에 대하여 自己責任을 다할 수 있는 것으로 생각되었다. 그러나 高度로 技術化하고 專門化된 現代의 消費社會에 있어서는 構造的으로 武器不平等의 狀況이 固定化하고 있는 것이다. 大量生産되는 商品의 供給者와 消費者, 公共事業이나 大企業과 그 事業活動에 의하여 生活環境을 침범당하는 住民, 行政과 市民이라고 하는 이미 日常化된 이들 現代型紛爭에 있어서는 이미 豫定調和的으로 기대되었던 當事者對等의 均衡은 現實에 있어 상실되고 있다. 실제로 民事訴訟으로 上程되어지는 紛爭에는 많건 적건 이러한 不均衡을 反映하는 事件이 적지 않다. 그리고 이러한 紛爭을 處理하는 訴訟節次에 있어서는 단순히 主張·立證의 機會을 平等하게 保障한다고 하는 形式的인 節次保障만으로는 이미 對等한 싸움을 기대할 수 없는 것이다. 거기에서는 形式的인 保障으로는 確保될 수 없게 되어 버린 武器對等의 原則을 實質的으로 回復할 필요가 있으며, 최근 Cappelletti 등에 의해 主張·推進되고 있는 이른바 「Access to Justice」 論議란 다음아닌 「法을 통한 實質的 正義實現」을 위한 司法制度改革論이라 할 수 있는 것이다.

종래의 形式的 節次保障만으로서의 訴訟制度가 본래 예정하고 있었던 當事者間의 對等한 勝負는 기대할 수 없는 경우임에도 불구하고 종래의 동일 訴訟의 結果에 대하여 自己責任을 묻는다는 것은 節次에 대한 正義感情을 현저하게 해치는 것이라 할 수 있는 것이다. 최근의 學界에서의 節次保障論의 법적되는 움직임도 이상과 같은 武器對等의 原則의 實質的인 回復의 必要라는 관점에서 주목할만한 추세라 할 수 있는 것이다.

② 爭點의 社會化現象: 종래에 있어서 民事訴訟의 對象이 된 紛爭은 보통 다투고 있는 當事者間의 權利義務가 中心이었고 그 事實에 관한 爭點도 當事者가 밀접하게 관계하고 있는 事實關係에 관한 것이었다. 그러나 이른바 現代型訴訟의 경우에는 爭點 자체가 當事者相互間의 事情에 한정되지 아니한다. 被告측의 公共事業의 「公共性」과 原告들이 받고있는 侵害가 비교된다고 하는 爭點에 있어서는 널리 그 事業에 의하여 社會一般이 받는 便益이

被告측의 防禦의 최대의 據點이 되고 있으며 公共事業의 意義와 관련된 價値關係的 論爭이 전개되는 것이다. 그것은 社會一般의 사람들에게는 커다란 關心事가 아닐 수 없으며 政治的 論爭에 알맞는 테마라 할 수 있는 것이다. 따라서 訴訟이라는 場에서 原告와 被告만에 의해 그러한 테마가 論해지고 그 議論만을 바탕으로 하여 法院이 그 公共性的 意義를 판단하는 것이 과연 適切한 것인가라는 문제가 제기되는 것이다. 즉, 첫째로 原告와 被告만의 議論으로 社會一般의 사람들의 意見을 반영한 충분한 判斷資料가 제시될 수 있을 것인가, 둘째로 주로 法適用作業의 法技術의 訓練을 받은 法官이 이와 같은 波及效果가 크고, 또한 將來의 展望까지도 포함한 政策의 判斷을 할 資格을 갖추고 있을 것인가, 그리고 또한 現在와 같이 任命制에 의하고 身分保障도 그다지 충분하지 못한 法官이 이와 같은 社會的인 爭點에 대하여 一般市民의 輿論사스가 어디에 있는가 라고 하는 判斷을 내리는 것이 과연 바람직 할 것인가 등과 같은 疑問이 제시되지 않을 수 없는 것이다. 그리하여 現代型訴訟에 있어서의 爭點의 社會化現象과 더불어 傳統的인 訴訟法理論에서의 이른바 事件性 이라든가 爭訟性에 관한 觀念自體에 대한 再檢討論같은 것도 論難의 對象이 될 수 있는 것이다.

③ 法適用作業의 裁量化現象: 爭點의 社會化現象은 法適用作業過程에서 고려해야 할 要素를 미약적으로 증대시킨다. 일반적으로 法規範에 있어서 要件事實에 관한 規定이 抽象的인 不確定概念에 의한 경우가 많아짐에 따라 法官에게 상당한 判斷餘地 내지 裁量の 餘地를 인정하지 않을 수 없게 된다. 물론, 여러가지 判例上의 基準, 예컨대 安全配慮義務와 같은 理論을 확립함으로써 裁量の 幅을 合理的으로 制御하는 것은 어느정도 가능할 것이다. 그러나 爭點의 社會化現象에 의하여 法官은 公共事業의 意義, 原告의 請求를 認容할 경우의 公共事業活動에의 波及程度의 豫測, 그리고 그 波及效果의 評價 등에 대하여 고려하지 않을 수 없기 때문에 爭點이 當事者間의 事情에 限定되어 있는 경우에 비해 고려해야 할 判斷要素는 비교할 수 없을 정도로 복잡하고 증대한다.

그리고 現代型訴訟에서는 이상과 같은 要件事實의 存否를 判斷하기 위한 考慮要素가 증대할 뿐만 아니라, 이러한 要件事實의 內容이 복잡미묘해짐에 따라 어떤 內容의 權利가 인정되게 되는가라고 하는 效果面에서도 選擇의 幅이 커지게 된다.⁽⁹⁾

이와같이 法適用作用의 實質이 將來의 豫測까지도 포함한 立法作業과 비슷한 것으로 變質하게 되면, 法官에 의한 判斷도 단순히 法에 豫定한 效果를 法이 命하는 바에 따라 確認하는 作用이라 할 수 없고, 오히려 단적으로는 法官이 거기에서의 紛爭解決基準을 자기의 責任下에 設定한다고 하는 樣相을 띠게 되어, 이러한 말하자면 法官의 責任이 表面에 나타

(9) 行政法上의 이른바 不確定概念의 解釋과 適用에 관한 論議에 관해서는 拙稿 「不確定概念의 解釋適用(上)(下)」, 考試界 1982年 8月號・9月號 및 同論文에 소개되어 있는 金南辰教授의 論文 참조.

나게 되는 것과 같은 裁判까지도 法官의 役割로서 받아들여야 할 것인가 어떤가라는 問題가 제기될 수도 있는 것이다.

④ 請求의 特定化의 困難性: 要件事實의 複雜化에 따라 어떠한 法律效果, 어떠한 內容의 權利가 인정되는가도 다분히 流動的인 것이 된다는 것은 當事者의 立場으로서는 訴訟의 始發段階로부터 어떠한 救濟가 權利로서 얻어질 수 있을 것인가라는 豫測이 곤란해짐을 의미하게 된다. 그 결과, 訴訟의 初期段階에서 請求의 特定에 관련된 論議가 생기게 된다. 原告로서는 最大限의 要求內容을 設定할 수 있다고 하더라도 그러한 要求內容이 어떠한 手段에 의하여 가장 效率的으로 달성될 수 있으며, 또한 그러한 效率的인 手段을 취하는 것을 被告에게 요구할 수 있을 것인가. 그 어느것이냐 豫測이 곤란한 문제라 할 수 있다.

확실히 보통의 給付訴訟에 있어서는 「被告는 原告에게 金 1,000만원을 支拂하라」라든가 「特定의 土地를 明渡하라」라는 식으로 被告가 履行해야 할 行爲를 具體的으로 特定하여 제기된다. 原告가 勝訴했을 때에는 바로 強制執行이 가능한 정도로 被告가 해야 할 行爲가 特定되어 있다. 그러나 公害訴訟에서의 留止請求의 예에서와 같이 原告가 요구하는 公害防止對策이 專門的이고 複雜한 內容의 것일 때에는 防止措置의 具體的인 特定을 구한다는 것 자체가 無理인 경우가 적지 않다. 따라서 口頭辯論終結時直前이라도 「一般的인 科學的 知見이나 例證, 혹은 被告가 發明한 技術로서 防止의 可能性을 주장하거나 입증하면 족하다」는 見解라든가, 技術的·專門的으로도 經驗을 쌓고있는 原告 아닌 被告측에 個個의 防止對策의 效果, 費用을 밝히게 하고 原告의 요구하는 정도까지 侵害를 억제한다는 것은 技術上 無理가 있다든가 혹은 經濟上 不可能을 강요하는 것이며, 그래도 被告에게 그러한 防止措置를 요구한다면 被告의 公共事業의 達成을 현저히 沮害하는 것이 되며, 그것은 事業의 公共性上 허용되지 아니한다는 뜻의 主張·立證을 기대할 수 밖에 없다는 見解같은 것이 나오게 되는 것이다.

⑤ 裁判의 長期化現象: 裁判에는 時間과 돈이 들기 마련이다. 이것은 通常의 訴訟에서도 마찬가지이기 때문에 새삼스러운 것이 아닐는지 모른다. 그러나 위에서 본 바와 같은 特徵을 가지고 있는 現代型訴訟의 경우에는 한걸 裁判이 長期化하는 것이 불가피하며, 동시에 金錢으로 代償될 수 없는 侵害의 留止請求 등에 있어서는 裁判의 이러한 長期化는 人間으로서의 生活의 侵害라고 하는 중대한 利益侵害가 長期間 固定化됨을 의미한다. 이것은 時間을 요하는 것은 裁判利用에 따르는 必然的인 代價라고 하여 그대로 放置해 둘 수 있는 것이 아니라 할 것이다. 따라서 短時間으로, 그러면서도 兩當事者에게 납득이 가는 暫定的 措置가 臨機應變的으로 도모될 수 있는 것과 같은 假救濟節次라든가 보다 簡易한 調停·仲裁·和解節次 등에 관한 講究가 불가결하며, 이러한 假救濟 내지 簡易節次도 本格的인 審理裁判과 밀접하게 關係되는 이상, 그것 역시 넓은 의미에서의 法院의 節次로서 考察되어야 할 課題인 것으로 생각된다.

三. 司法制度에 있어서의 原告適格問題

1. 現代的 權利保障의 意味

(1) 現代社會의 性格은 흔히 大量生産과 大量消費라고 하는 大量化文明(massification culture)이며 그것은 經濟의 領域을 넘어서서 「社會關係, 人間感情 그리고 그에 관련된 紛爭」까지도 性格지우고 있다. 예컨대 勞動의 巨大組織, 階級鬭爭의 大規模化, 大衆指向型的 福祉國家政府의 登場, 매스·미디어에 의한 大衆心理狀況의 發展 등이 그것이며⁽¹⁰⁾, 都市의 爆發도 엿볼 수 있다.⁽¹¹⁾ 이러한 現象에 直面하여 社會秩序의 道具로서의 法은 以前에 볼 수 없었던 새로운 課題를 引受하지 않을 수 없게 되었다. 人間의 諸活動과 諸關係는 단순한 個人 혹은 數人의 個人보다는 人間의 集團(group), 範疇(category), 階級(class) 등과 관련되어지는 局面이 많아지고 있다. 그리하여 基本的 人權이나 義務조차도 18世紀 내지 19世紀의 自然法概念에 의하여 鼓吹되던 人權宣言이 아니라, 오히려 超個人的(meta-individual)이며 集合的인 諸團體, 共同體, 階級的 社會的인 諸權利와 義務로 바뀌어져 오고 있다. 그렇다고 해서 個人的 權利가 우리들의 社會에서 이미 重要한 地位를 차지하지 않게 되었다는 의미는 물론 아니다. 오히려 이러한 權利에는 만일 오늘의 狀況에서는 모든 사람이 眞正으로 接近하기 쉬운 有效한 것으로 하기에 필요한 社會的인 權利가 相伴되지 아니하는 限, 實際上 無意味한 것이라 할 수 있는 것이다. 그리하여 現代的 權利章典은 그것이 한 나라의 것이든 國際的인 것이든 단지 個人的 權利의 保護만이 아니라 國家나 公共團體에 의한 積極的인 介入이 本質的으로 요구되고 있는 새로운 社會的 權利를 保護하는 것이지 않으면 아니될 것이다.⁽¹²⁾ 즉, 貧困, 無知, 差別로부터의 自由, 健康한 環境, 社會保障, 巨大한 營利企業體나 政府의 壓迫과 詐欺로부터 保護를 구하는 權利라 할 수 있는 것이다.

(2) 그리하여 現代社會의 複雜性은 한 사람의 人間의 行動이 大多數의 사람들의 行動에 영향을 주기 때문에 兩當事者間의 事件(two party affairs)과 같은 傳統的인 訴訟機構(scheme of litigation)로서는 불충분하게 되었다.⁽¹³⁾ 예컨대, ① 大企業에 의해 제시된 虛像의 情報은 當該企業으로부터 株式을 구입하는 모든 사람에게 損害를 주게 된다. ② 反트러스트違反

(10) Mauro Cappelletti, "Vindicating the Public Interest through the Court: A Comparativist's Contribution." 25 *Buffalo Law Review* 646.

(11) A-Toynbee, *Cities on the Move* (London, Oxford University Press, 1970) p. 196.

(12) 이러한 의미에서 現行第5共和國憲法 前文에 繼受된 1946年の 프랑스憲法前文의 「社會的, 經濟的 權利」保障承認은 매우 注目할만한 것이라 할 수 있다. 그것이 保障하고 있는 傳統的인 人權에 添加되어져야 할 새로운 社會的, 經濟的 權利로서는 勤勞의 權利, 雇傭을 얻을 權利, 健康, 物質的 安全을 保障받을 權利, 子女와 母親 및 老人을 위한 慰樂施設의 保障을 받을 權利, 勞動能力 있는 者를 위한 適切한 生活對策을 保障받을 權利, 教育을 받을 權利 등이 그것이다 (Cappelletti, *op. cit.*, p. 647).

(13) See, e.g. W. Friedman, *Law in a Changing Society* (London, Penguin/Steven & Sons, 1972), pp. 119-60; Hazard, The Effect of the Class Action Device upon the Substantive Law, 38 *F.R.D.* 299, 308-10(1973).

은 不公正競爭에 의하여 영향을 받는 모든 사람에게 損害를 주게 된다. ③ 集團의 勞動協約의 雇用主의 違反은 그 被雇傭者 全部의 權利를 侵害한다. ④ 違憲的인 課稅나 社會保障給付金의 違法한 中斷은 다수의 市民生活에 有害한 것이 된다. ⑤ 廢棄物의 湖水·河川에의 投棄는 清潔한 물을 利用하는 모든 사람에게 害를 주게 된다. ⑥ 缺陷있는 非衛生的인 包裝은 모든 商品購買者에게 害를 주게 된다. 「이상과 같은 大量被害(mass-injuries)의 可能性이야말로 우리들이 살고 있는 時代의 特徵」이라 할 수 있는 것이다.⁽¹⁴⁾

(3) 이러한 事態에 대해서는 個人自身으로서는 有效하게 對抗할 수 없음은 너무나 明白하다. 필요한 것은 個人主義의이며 本質的으로 自由放任主義인 19世紀的인 訴訟觀念, 다시 말해서 단순히 自己自身の 個人的인 權利侵害만에 限定하여 訴訟을 제기하는 權利(예컨대, 汚染이나 用途地域制限에 대하여 民法上의 相關關係規定에 의하여 訴訟을 제기하는 경우 등)를 拋棄하는 것이라 할 수 있다. 새로운 社會的, 集合的, 擴散的인 權利·利益은 새로운 社會的·擴散的인 救濟와 節次에 의해서만 實效性있게 保護될 수 있는 것이다. 그리하여 이러한 새로운 救濟와 節次의 追求야말로 現代社會에 있어서 裁判法이 當面한 가장 중요한 課題 가운데 하나가 아닌가 생각된다.⁽¹⁵⁾ 이제 이러한 問題에 관하여 Capelletti의 論文을 中心으로 보다 구체적으로 고찰해 보기로 한다.

2. 擴散的 利益과 原告適格問題

(1) 이장에서 본 바와 같은 超個人的인 利益·權利의 出現은 現代社會의 現實을 여실히 반영하는 것이라 할 수 있지만, 반면에 있어서 그것은 오늘날에 있어서도 아직 法的 訴訟에 있어서 커다란 役割을 하고 있는 傳統的인 構造나 觀念 혹은 假說과는 一致되는 것이 아님을 留意할 필요가 있다.

傳統的 法理論은 특히 大陸法系의 世界에 있어서는 實體法과 權利 그리고 義務를 「私的」인 것과 「公的」인 것으로 峻別하여 왔다. 즉, 「私的인」 權利는 私的 個人에 속하는 것인데 대하여 「公的인」 權利는 國家 내지 公的인 것(Res publica)에 의해 表現되는 一般的 公衆—populus—에 속하는 것으로 보고 있다.⁽¹⁶⁾ 따라서 當事者適格(legitimatio as causam)에 관한 傳統的 理論은 出訴의 權利를 司法的 保護의 必要가 있는 權利를 保有하는 私的 個人이나 혹은 公的인 權利의 경우에는 國家自身에게 歸屬시키고 있다. 이 後者의 경우에는 그 機關, 즉 보통은 檢事(ministère public, Staatsanwalt),⁽¹⁷⁾ 다시말해서 訴訟에 있어서 國家 측의 全般的인 代表者인 政府法務長官에게 歸屬되고 있다.

(14) Capelletti, *op. cit.*, p.647.

(15) 抽稿, 「現代社會에 있어서의 訴訟·法曹·法律」 大韓辯護士協會誌, 1983年 1月號(通卷 83卷), 54-58면 참조.

(16) 羅典語의 publicus라는 形容詞는 populus 즉 公衆이라는 말로부터 緣由한다.

(17) ministère public에 관한 보다 상세한 比較研究와 歷史的인 事情에 관해서는 Capelletti, *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, 73 *Mich. L. Rev.* 800-37 (1975) 참조. 以下 Comparative Study라 함.

그러하여 民事訴訟에 있어서의 基本的인 原則은 出訴하는 資格(原告適格)이 係爭의 權利의 保有者이거나 그 法的 代表인 私的 個人에게 排他的으로 歸屬되는 데 대하여 刑事訴訟에 있어서는 公共的·國家的利益이 언제나 問題되는 것으로 보고 거기에서는 起訴의 「獨占」이 檢事に 속하게 된다(起訴獨占主義). 다만, 때로는 人事訴訟節次에 있어서의 無能力者나 婚姻訴訟節次の 경우와 같이 「公」權도 또한 民事訴訟의 主要테마가 되는 수도 있지만 이러한 例外的인 경우에는 檢察官은 의례히 民事訴訟의 形式에 따라 起訴하고 介入하는 地位를 가진다. 왜냐하면 거기에서는 國家는 係爭의 權利의 「所有者(owner)」로 간주되기 때문이다. 이와같은 權利와 原告適格(locus standis)에 관한 「管理所有權(proprietary)」이라는 觀念은 古代로마의 「公」과 「私」의 大分類 이래로 大陸法の 傳統에 있어서는 극히 明白·單純한 내용이었다. 그러나 오늘의 實狀은 이러한 抽象的인 二分法보다도 훨씬 複雜하며 多元的이다. 즉, 個人과 國家間에는 多數의 集團, 共同體가 있으며, 또한 傳統的인 의미에서의 「公的」이라고도 「私的」이라고도 區別하기 어려운 약간의 權利의 享受와 司法的 保護를 강력하게 주장하는 集合體가 존재하고 있다.

(2) 확실히 現代社會에 있어서의 「새로운 權利나 正當한 利益」은 로마法이나 大陸法の 意味에서는 「公的」인 것이라 할 수 없지만 그들이 特定한 一個人에게 속하지 아니 한다는 것과 個人은 그들의 不充分的 部分밖에 所有하지 아니한다는 의미에서 集合的(collective) 내지 擴散的(diffuse)인 것이라 할 수 있다. 도대체 우리들이 호흡하는 空氣의 所有者는 누구인가. 係爭의 實體的 權利가 속하는 단 한 사람 혹은 몇몇 사람의 獨占이라고 하는 古來의 原告適格의 權利라는 觀念은 모든 사람에게 속함과 동시에 어떤 한 사람이나 몇몇 사람에게도 속하지 아니하는 「保有者없는 權利(rights without holder)」에는 거의 適用될 수 없는 것이라 할 수 있다.⁽¹⁸⁾ 확실히 이러한 觀念을 엄격하게 適用하게 되면 이러한 權利의 司法判斷適合성은 부인될 수 밖에 없을 것이다. 그러나 바로 이러한 清潔한 空氣의 保全과 같은 보다 새로운 財產의 保護를 위한 鬭爭이야 말로 오늘날의 產業社會의 모든 法制度의 중요한 挑戰의 하나가 된다고 할 것이다. 集合的 및 擴散的 利益의 司法判斷適合性(justiciability)⁽¹⁹⁾을 부인한다는 것은——아직도 대부분의 國家에서는 法院은 여전히 그러하며,⁽²⁰⁾ 어느 정도까지는 公共的 利益訴訟에 대한 최근의 美國大法院도 그러하다⁽²¹⁾——係爭의 實體

(18) 「保有者없는 權利」와 一般個人消費者들의 權利처럼 特定個人에게 속하는 權利이기는 하지만 法的인 權利救濟를 請求하기에는 너무나도 적은 權利와는 觀念上 區別되어야 할 것이지만 그에 대한 實效性 있는 法的 保護의 必要性이라는 觀點에서는 兩者를 동일하게 다룰 수 있을 것이다.

(19) 여기서 司法判斷適合性(justiciability)이라는 말은 일반적인 의미에 있어서 司法的 保護를 享有할 수 있다는 의미이며 반드시 原告適格이라는 말과 같은 의미는 아니다. 그러나 兩者가 밀접한 連關性이 있음은 부인할 수 없다[See, e.g. Flast v. Cohen, 392 U.S. 83, p.4-101 (1968)]; 千柄泰, 「司法判斷適合性的 論理—Standing 法理의 擴大論展開를 위한 한 素材로서」, 牧村金道利 博士華甲紀念 現代公法の 理論(1982) 참조.

(20) 西獨이나 이태리의 예에 관해서는 *Comparative Study* pp.163-64 참조.

(21) See, e.g., Warth v. Seldin, 422 U.S. 490 (1975); Schlesinger v. Reservists Comm. to Stop

法上의 權利의 所持者에게만 訴權을 부여하는 觀念의 인격化的 論理的인 結果라 볼 수 있을 것이다. Cappelletti에 의하면 「이러한 否認은 그러나 우리들의 時代의 가장 중요한 價値와 切迫한 要求에 대한 攻撃이다. 왜냐하면, 擴散的 權利의 保護는 人類의 進歩, 이마도 人類의 生存을 위해서도 決定的인 重大事가 되었기 때문」이라고 한다.⁽²²⁾

3. 擴散的 利益保護를 위한 두 가지 接近方式

(1) 오늘날 한편으로는——특히 大陸法系世界的 경우——종래의 「管理所有權(proprietary)」 觀念이 뿌리깊기 때문에 새로운 集合的, 擴散的 利益은 法廷에의 接近이 阻害되고 있다. 그러나 이러한 傳統的인 構造·概念·擬制로부터 部分的인 離脫의 徵候는 약간의 유럽諸國에도 나타나고 있다. 그것은 「自己的 利害關係를 가지는」사람들 가운데 몇몇 사람에게 대해서, 혹은 國家에 대하여 出訴할 原告適格을 인정하는 것이지만, 前者의 경우에서는 그러나 私的 個人은 특히 여러 個人의 損害回復을 위하여 全體集團, 共同體, 階級的 集團의 利益을 擁護하는 것이라기 보다는 단지 그 自身의 利益을 擁護하기 위하여 出訴하는 것이 인정되는 「個人의 原告適格(individual standing)」의 解決方式이다. 後者의 경우에 있어서는 出訴의 資格은 訴訟이 係屬하는 國家의 傳統的인 代表인 檢察官 혹은 政府法務長官에게 歸屬되어 왔으며 이것은 「政府的 原告適格(governmental standing)」의 解決方式이라 할 수 있다.

(2) 이상의 두 가지 解決方式은 다같이 오늘날의 擴散的 利益의 領域에 있어서의 原告適格의 問題를 對象으로 하는 것이지만 결코 充分한 解決方式이라 할 수는 없다. 이제 이에 관해 검토해 보기로 한다.

(가) 個人으로서의 原告適格

우선 前者의 「個人으로서의 原告適格」의 解決方式은 擴散的 利益에 대해서는 분명히 不充分하다. 消費者問題의 예를 들자면, 한편으로는 한 사람 한 사람의 消費者의 利益에 대한 法院에의 告訴로 다루기에는 너무나도 規模가 작고, 다른 한편으로는 한 사람의 消費者가 出訴할만한 충분한 利益을 가진다고 하더라도 그 出訴에 의하여 加害者는 그 違法한 活動을 계속하는 것을 그만두지 않을 것이다. 이 解決方式은 널리 인정되고 있는 바와 같이⁽²³⁾

the War, 418 U.S. 208(1974); United States v. Richardson, 418 U.S. 166, 177-80 (1974). 이들 判決에 있어서 특히 注目되는 것은 納稅者나 市民들에게 原告適格을 인정하지 아니한 점이 라기보다 判決中에서 쓰고 있는 強한 批判的인 表現내지 語調라 할 수 있다. 예컨대 United States v. SCRAP, 412 U.S. 669(1973)에서의 같은 이론이나 原告適格自由化論(the liberalization of standing requirements)은 결코 平和롭게 받아들여질 發展도 이리더 不當한 司法權의 擴張이라고 批判하고 있다. 이러한 1975년을 前後한 現 Berger 大法院의 原告適格論에 관한 判例의 動向에 관해서는 拙稿 「美國判例法上의 原告適格法理」, 法學 제18권 1호(1977. 6) 41면 이하 참조.

(22) Cappelletti, *op. cit.*, p. 650.

(23) See, e.g., R. Posner, *Economic Analysis of Law* (1972: Boston, Little, Brown & Co.), pp. 348-51; G. Galabresi, *The Cost of Accident: A Legal and Economic Analysis*, (1970: New Haven, Conn. Yale Univ. Press., p. 205.

本質的으로는 經濟的 限界의 問題이며 訴訟法的 次元에서는 克服하기 어려운 면이 있다. 이와 비슷한 考察은 個人間的 利益의 侵害, 에컨대 人權, 宗教, 社會的 義務, 都市開發의 濫用, 環境汚染 등에도 기본적으로는 들어맞을 수 있다.

(나) 政府法務長官의 原告適格

後者인 「國家의 一般的 代表로서의 政府法務長官」에게 原告適格이 歸屬되는 解決方式도 不充分한 것이 立證되고 있다. 많은 大陸法系의 專門家들은 「集合的 利益」의 擁護者로서의 檢察官이 새로운 任務을 수행함에 있어서 볼 수 있는 解弛性과 受動的인 態度를 論難하고 있으며 에컨대 人種의 犯罪, 強壓的인 販賣慣行 혹은 環境破壞 등의 事件을 檢察官이 잘 法院에 公訴提起하지 아니한다고 非難하고 있다.

檢察官의 訴訟에 있어서의 役割이라는 점에서 볼 때는 위와 같은 諸問題는 그들에게는 너무나도 因緣이 멀고 또한 理解하기도 어려울 것이다. 우선 첫째로 歷史的 理由는 제쳐놓고라도 政府의 法務長官이란 政府의 政治部門에 너무나도 依存하고 있기 때문에 政治나 行政部門과 관련하여 惹起되고, 또한 그들에 의해 默認되고 있는 弊害를 非難하기 위한 참다운 代辯者로서 行動하기를 기대하기란 거의 불가능하다 할 것이다. 이러한 政治, 行政部門에의 檢察官의 依存的 態度는 大陸法系의 檢察官과 비슷한 普通法國家의 法務長官이나 地方 檢事들의 경우에는 한결 더 强하다.⁽²⁴⁾ 다음 둘째로 많은 大陸法系의 나라에서는 檢察官은 專門職業的인 司法部門의 一員이며, 地位·教育·心理面에서도 그렇고, 또한 一定期間은 政府의 辯護士의 役割을 수행하는 裁判官이기 때문에 비교적 단순한 典型的인 刑事事件에는 그런대로 適格일는지 모르나 複雜하고도 本質的으로 集合的인 性質의 現代型의 犯罪狀況에는 適格일 수 없다. 에컨대 多數의 小額의 預金主나 小株主의 利益을 해치는 銀行·會社의 經濟犯罪라든가 기타의 違法한 活動, 獨占의 濫用, 産業汚染, 不法한 土地開發, 詐欺廣告, 食料나 藥品의 法令違反 등이 그것이다. 이러한 새로운 集團的 利益의 擁護者로서 행동하기 위해서는 政府의 法務長官은 現在의 法律家 이상의 일을 하지 않으면 아니될 것이다. 그들의 參謀는 때로는 經濟學, 會計學, 銀行業務, 마케팅, 都市計劃, 化學, 生態學 기타 여러 分野에서의 專門的 學識을 몸에 지니지 않으면 아니될 것이다.

四. 새로운 司法制度의 模索

이 상에서 본 바와 같은 個人으로서의 原告適格 및 政府法務長官으로서의 原告適格이 어느 것이나 이른바 擴散的 利益의 領域에 있어서의 原告適格問題에 충분한 解答을 할 수 없는 것이라고 한다면, 그들에 갈음할만한 보다 새로운 解決策은 없을 것인가. Cappelletti는 이

(24) 大陸法系의 나라에서 이에 해당하는 이른바 「magistrates」들은 보통 司法府의 一員이며 에컨대 美國의 attorney general이나 district attorneys 등이 執行府의 一員인 데 미하여 相對的으로 獨立性의 程度가 강하다(Comparative Study pp. 828-31 참조).

問題에 관하여 比較法的인 考察을 통하여 다음과 같이 검토하고 있다.

1. 專門政府法務長官制의 問題

위에서 본 바있는 두 가지의 基本的인 傳統的 解決策은 어느 것이나 不充分하다는 것이 判明되었거니와 大陸法系세계의 内外를 막론하고 法制度上 보다 有效한 試圖로서 公共的 利益을 代表하는 在來의 政府法務長官의 突破口를 打開한 「專門政府法務長官(the specialized governmental attorney general)」 制度가 있다. 이들 機關은 특별히 그 專門의 領域에 있어서 民事訴訟을 제기하거나 혹은 그에 參加한 權限이 부여되어 왔다. 이제 比較分析的 觀點에서 몇몇 事例를 들어보면 다음과 같다.

① 스웨덴에서는 消費者옴부즈만이 1970년에 創設되었다. 그 事務所는 25名으로 구성되어 있으며, 옴부즈만, 副옴부즈만, 辯護士, 經濟專門家, 마케팅專門家 등을 포함하는 專門家의 팀을 이루고 있다. 消費者옴부즈만의 職務의 하나는 消費者에게 有害하게 될 不當한 마케팅과 廣告活動에 관한 事件에 대하여 新設의 「市場裁判所(Market Court)」에 訴訟을 제기하는 일이다.⁽²⁵⁾

② 英國에서는 「公正去來長官(Director-General of Fair Trading)」이 1973年 創設되었다. 그 職務의 하나는 公共的 利益에 反하는 獨占의 慣行에 대하여 특별히 消費者를 보호할 목적으로 「競爭制限慣行裁判所(Restrictive Practices Court)」에 提訴하는 일이다.⁽²⁶⁾

③ 英國에서는 또한 1968年以來로 「人種關係委員會(Race Relations Board)」가 設立되어, 거기에서는 무엇보다도 不法하지만 刑事犯罪까지는 되지 아니하는 여러가지 人種差別問題에 대하여 民事訴訟節次를 제기하는 임무가 주어지 있다.⁽²⁷⁾

④ 印度에서는 1969年の 「印度獨占 및 競爭制限慣行法」에 의거하여 規制의 去來協定の 登錄官이 規制의 去來協定과 慣行의 違反에 대하여 그것을 調査하여 提訴함으로써 「公共的 利益의 擁護者」로서 행동할 權限을 가진다⁽²⁸⁾

⑤ 끝으로 가나에서는 「環境保護審議會(Environmental Protection Council)」가 1974년에 設立되었다. 그것은 특별히 環境保護를 위한 民事訴訟을 進行하는 權限이 주어진 것인듯 하다.⁽²⁹⁾

여기서 指摘하지 않으면 아니될 것은 이상과 같은 것은 美國에서도 뉴딜政策以來로 이미

(25) *Comparative Study* pp.847-47; D. King, *Consumer Protection Experiments in Sweden* (1974: South Hackensack, N.J., Fred Rothman & Co.) pp.3-18.
(26) See I. Jacob, *The Representation of the Public Interest in English Civil Proceedings* (unpublished English report), pp.17-18, 33-38.
(27) See *Ibid.*, pp.17-18, 39-42; *Comparative Study*, p.841.
(28) See L. Singhvi, *Representation of Public Interest in the Indian Legal System* (unpublished Indian report), pp.8-10.
(29) See N. Ollennu, *Representation of Public, Collective, and Group Interests in Civil Litigation* (unpublished Ghanaian report), pp.5-6. *Comparative Study* pp.841-42.

數十年에 걸쳐 행해져 왔었다는 점이다. 예컨대 食品醫藥品局, 證券去來委員會, 聯邦公正去來委員會 등과 같은 機關 이외에도 環境保護局과 法律事業法人(legal services corporation), 消費者保護局 등의 設立이 그것이다.⁽³⁰⁾

2. 專門政府法務長官方式의 缺陷

확실히 專門政府法務長官制의 解決方式은 擴散利益의 「正義에의 Access」에로의 하나의 進歩를 의미하는 것이지만 이 점에서는 美國이 40年以上이나 앞선 先驅者임은 前述한 바와 같다. 그러나 이러한 解決方式을 가지고서도 진혀 不充分한 경우가 있음이 판명되었다. 즉, 專門화된 行政機關에도 官僚主義의인 心理나 階層的 構造에의 傾斜, 積極의인 意慾, 構想力, 柔軟性의 缺如를 엿 볼 수 있는 것이다. 이러한 점에서는 美國과 같은 대체로 數十年에 걸쳐 다분히 積極性을 띤 專門政府法務長官의 經驗을 가지는 나라에 있어서 조차 그것에 건 多少間의 幻想은 포기하지 않을 수 없었던 것이다. 그것은 예컨대, Stewart가指摘한 바와 같이,⁽³¹⁾ 오늘날 規制的 行政機關이 心理의으로나 政治的으로 그 規制의 對象인 利益集團에 의하여 왕왕 「볼모」가 되어 버리는 경우가 적지 않기 때문이라 할 수 있다.

그리하여 최근에 와서는 西獨의 Kötz에 의한 綿密한 研究속에서도 證明되고 있는 바와 같이,⁽³²⁾ 많은 西歐諸國의 專門家들은 西獨에서 美國에 이르기까지 專門行政機構조차도 새로운 經濟的·社會的인, 그리고 集合體 내지 集團의 環境利益의 有效한 擁護者가 되지 못하고 있다는 見解를 품게 되었던 것이다.

3. 「私的 長官」方式과 「結合型」方式

傳統의인 解決方式이 불충분한 것으로 된 오늘날, 보다 複雜하고 技術的이며 柔軟한 셋째의 方式이 제시되고 있다, 이러한 새로운 解決方式은 다음과 같은 두 가지 점으로 이루어진다. 하나는 私人和 組織의 이니셔티브와 熱意를 利用하여 그들에게 一般的 혹은 集團의 利益을 위하여——비록 그들이 直接的으로는 자기의 個人的 權利를 侵害하는 것은 아니라 할지라도——法院에 있어서 行動하는 것을 허용하는 것이며, 다른 하나는 이러한 私的 熱意를 그것이 專門의 機關인가 아닌가는 가리지 않고 政府機關의 이니셔티브나 統制와 結合시킴으로써 그것을 統合하는 것이다. 前者의 경우는 J. Frank 判事의 유명한 말인⁽³³⁾ 이른바 「私的 法務長官(private attorney general)」의 解決方式이며, 後者는 「結合的」 혹은 「複合的인」(combined or multiple) 解決方式이라 할 수 있다.

(30) See C. Halpern, *Some Observation on Developments in the United States Regarding Representation of Public Interest in Civil Litigation*(unpublished paper on file at the University of Florence Institute of Comparative Law, June 1974) pp.15-18.

(31) R. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law," 88 *Harv. L. Rev.* 1667, 1685~86(1975); 尹世昌譯, 美國行政法の 再構成, 1983, 三英社 참조.

(32) H. Kötz, *Klagen Privater in öffentlichen Interesse*, in A. Homburger & H. Kötz, *Klagen Privater in öffentlichen Interesse*, (1975: Frankfurt am Main, Metzner Verlag) SS. 81-82.

(33) See *Associated Indus. v. Ickes*, 134 F. 2d 694, 704 (2d Cir. 1943).

이들 새로운 解決方式의 事例의 先驅도 또한 美國에서 볼 수 있는데, 이른바 集團訴訟(class action) 기타의 代表訴訟, 公共的 利益訴訟으로서 注目的 對象이 되어온 訴訟類型이 그것이다. 그러나 이들 訴訟은 美國聯邦大法院의 Eisen v. Carlisle & Jacquelin 事件⁽³⁴⁾ 등에서 볼 수 있는 바와 같이 엄격한 形式主義的인 諸制限에 의하여 法院의 혹독한 挑戰의 對象이 되고 있기는 하지만, 美國以外的 여러나라에서 최근 이러한 領域에서의 發展은 오히려 有望性을 더하고 있다는 의미에서 美國은 이점 매우 용감한 先驅者로서 期待되며 尊敬되고 있는 實情이라 할 수 있다.

이제 이러한 私的 法務長官의 解決方式에 관하여 좀더 자세히 살펴보기로 한다.

첫째의 私的 法務長官의 解決方式은 擴散的 權利를 위한 私人 혹은 組織의 이니셔티브에 의한 伸縮性 있는 利用이라 할 수 있으며 第二次大戰後의 최근의 새로운 制度로서 重要한 普遍的인 進化를 나타내고 있다. 그 약간의 實例를 들어본다.⁽³⁵⁾

① 바이에른에서는 自然人이거나 法人을 가리지 않고 누구나 直接 侵害를 받지 않더라도 바이에른州憲法裁判所에 대하여 立法에 의한 市民的 權利의 侵害를 이유로 出訴할 原告適格을 가진다(1964年의 州憲法에 의한 規定). 이 民衆訴訟 혹은 市民訴訟의 根底에 있는 생각은 한 사람의 人格의 基本權이 침해될 때에는 모든 사람의 自由가 間接的으로 侵害되고 있다는 것이다. 만일 法院이 申請된 法令을 違憲이라고 判斷하면, 그 判決은 對世의이고도 遡及的으로 效力을 가지는 것이 된다.⁽³⁶⁾

② 이태리에서는 1967年의 法律은 누구에게나 地方自治團體에 의한 違法한 建築許可의 發布에 관하여 出訴할 原告適格을 인정한다. 여기서도 또한 判決은 原告勝訴인 때에는 個人을 초월하는 效力을 가진다.⁽³⁷⁾

③ 西獨에서는 1909年의 法令(1965년에 改正)은 消費者團體에 대하여(商人과 그 團體以外에도) 不公正한 競争行爲를 法院에서 다룰 수 있게 하였다.⁽³⁸⁾

④ 인도⁽³⁹⁾, 이태리⁽⁴⁰⁾, 탄자니아⁽⁴¹⁾ 등 諸國에서는 民衆訴訟 혹은 市民訴訟은 違法한 選

(34) 417 U.S. 156(1974). 이 判決은 聯邦法院民事訴訟規則 23條(C) (2)에 의하면, 「合理的인 努力」에 의하여 特定할 수 있는 集團成員의 全部에게 原告의 費用으로 個別通知하지 않으면 아니되는 것으로 判定하고 있다. 또한, Zahn v. International Paper Co., 414 U.S. 291(1973)에서는 聯邦法院에 提訴에 필요한 1萬불의 係爭價格要件이 適用되는 集團訴訟에 있어서는 姓名을 들지 아니한 集團成員도(姓名을 들고 있는 成員과 마찬가지로) 各自 그 要件을 充足하지 않으면 아니되는 것으로 判定하고 있다.

(35) Cappelletti, *op. cit.*, pp. 661-62.

(36) C. Leusser, E. Gerner, K. Schweiger & H. Zacher, *Die Verfassung des Freistaates Bayern* 42 (2d ed. 1970: Munich, Beck).

(37) Law of August 6, 1967, No. 765, art. 10. 다만 이태리의 最高行政裁判所는 이 1967年法律制限의인 의미로 解釋하여 많은 批判의 대상이 되고 있다(Decision of June 9, 1970, No. 523).

(38) *Comparative Study*, pp. 877-78; Kötzt, *op. cit.*, pp. 93-94.

(39) *Ibid.*, pp. 877-78.

(40) *Ibid.*, p. 877.

(41) *Ibid.*, p. 878.

舉活動을 공격하는 것을 허용하고 있다.

이상과 같은 實例의 目錄은 보다 擴大되어 나갈 것이고, 그것과 類似한 發展은 비록 萌芽의이며 試行的인 樣相이긴 하지만 EC 등 國際的 組織에서도 볼 수 있다.⁽⁴²⁾

다른 또 하나의 새로운 解決方式인 「結合型 내지 複合型」 가운데 가장 注目되는 事例은 스웨덴의 消費者保護法에서 볼 수 있다. 前述한 바와 같이 消費者옹부즈만인 「專門政府法務長官」은 市場裁判所에 出訴할 權限이 있지만 그것은 法務長官에 專屬된 것은 아니다. 私的 消費團體도 또한 法院에 提訴할 수 있는 資格을 가짐으로써 專門的 行政機關의 이니셔티브를 代行하거나 刺戟한다.⁽⁴³⁾ 또한 스웨덴의 檢察官까지도 訴訟節次에 참여함으로써 結果的으로는 私的 團體와 專門·一般의 政府法務長官의 雙方的 權限, 이니셔티브, 統制가 매우 교묘하게 混合되고 複合되고 있는 셈이다.

1969년의 스웨덴의 環境保護法은 이 점에서 또 하나의 典型的 事例를 제공해 주고 있다. 그에 의하면, 法院에 대하여 自然環境에 有害한 活動의 留止請求를 얻기 위해서 提訴하는 原告適格은 단순히 行政機關(專門 政府法務長官 以外의)에 대해서 뿐만 아니라 私的 個人에 대해서도 「間接的인 權利의 侵害」의 경우까지도 인정하고 있다.⁽⁴⁴⁾

프랑스의 예도 또한 注目할만 하다. 前述한 檢察官(ministère public)에게서 볼 수 있는 消費者의 權利保障의 無氣力傾向 때문에 「로이에法(loi Royer)」이 1973年 12月 27日에 制定되어 消費者團體에게 法院의 出訴의 窓口를 넓히고 있다. 그리하여 「消費者의 集合의 利益을 直接·間接으로 侵害하는 事實」이 존재하는 경우에는 그것의 原告適格을 인정하고 있다. 그러나 同法은 또한 다른 한편으로 一連의 統制를 마련하고 있는데 그것에 의하여 消費자가 각각의 出訴團體에 의하여 충분히 代表되었음 保障하는 것과 一般的으로 그 團體에 의한 弊害를 豫防하는 것을 意圖하고 있다. 이와 같이 「로이에法」은 「私的 利益集團」이 갖기 쉬운 派黨的 熱意를 判事와 行政官의 中間에 있는 政府職員의 均衡과 公平과 中立性에 結合시켜 統合하는 여러가지 方法中의 하나의 實例를 나타내 주고 있다.⁽⁴⁵⁾

이와 비슷한 實例는 1970년에 制定된 美國의 大氣淨化法(the Clean Air Act) 42條가 環境保護局의 行政官뿐만 아니라 直接的으로 侵害되지 아니한 私인에게도 環境破壞者에 대하여 市民訴訟을 제기할 수 있음을 規定하고 있다는 점이다.⁽⁴⁶⁾

(42) See Council of European Consultative Assembly, *Parliamentary Conference on Human Rights*, p. 27, 66-67, 83 (1972); *Comparative Study*, p. 878.

(43) D. King, *op. cit.*, pp. 3-18; See, *Comparative Study*, pp. 840.

(44) Swedish Law of 1969. 環境保全에 관해서는 *Comparative Study*, p. 840, p. 877 참조.

(45) See, Cappelletti, *op. cit.*, p. 663 (note 79).

(46) See, *Comparative Study*, p. 843 (note 226), p. 877 (note 371); Adolf Homburger, *Private Suits in the Public Interest in the United States*, 23 *Buffalo L. Rev.* 394 (1974).

五. 公共의 利益保護를 위한 司法的 對應

이상에서 보아 온 바와 같이 私的 法務長官方式을 비롯한 여러가지 結合型 내지 複合型의 解決方式이 새로운 特別立法措置로서가 아니라 在來의 制度에 대한 漸進的인 對應이라는 형식으로 戰後 여러 나라에서 展開試圖되어 온 바 있거니와, 요컨대 한마디로 이것은 낡은 在來의 制度가 새로운 內容을 가지게 되었고, 새로운 活力素를 가지게 되었음을 의미하는 것이라 할 수 있거니와 이제 이러한 實例를 프랑스, 英國, 濠州, 그리고 美國의 예에서 세 가지 形態의 것을 보다 구체적으로 살펴보기로 한다.

1. 프랑스의 附帶私訴에 있어서의 當事者構成 (Constitution de Partie Civile)

여기서 다시 한번 想記하지 않으면 아니될 것은 프랑스의 政府法務長官——檢察官(ministère public)——은 傳統的인 犯罪의 有能한 檢察官이기는 하지만, 거꾸로 새로운 現代型의 犯罪의 告發에는 그다지 有能하지 못하다는 점이다. 프랑스의 政府法務長官은 다른 大陸法系의 諸國과는 달리 犯罪의 告發權限을 獨占하고 있지 않으며, 약간의 制限은 있지만 프랑스에서는 犯罪에 의하여 被害를 입은 個人 내지 私的 集團은 檢察官의 뜻에 反해서라도 刑事訴訟節次를 發動할 수가 있다. 그들 個人 내지 私的 集團은 犯罪에 의한 損害의 賠償을 위한 民事訴訟을 제기함으로써 그것이 가능한 것이다. 여기에서는 民事訴訟과 刑事訴訟은 單一의 訴訟節次에 併合되는 것이 된다. 그리고 犯罪을 告發하는 檢察官의 獨占의 權限에 대한 이러한 중대한 例外는 前述한 새로운 「集合的」 犯罪에 대해 취해진 有效한 保護方法이라는 점에서 매우 肯定的인 結實을 나타내는 것이라 할 수 있다.⁽⁴⁷⁾

2. 英國 등 普通法諸國에 있어서의 告發者訴訟(The Relator Action)

앞서 온 바와 같이 普通法下에서의 政府法務長官은 理論적으로는 *parens patriae*(나라의 어버이), 즉 廣義의 「公共的 利益」의 代表로서의 資格으로서 民事事件의 形式으로 訴訟을 제기하며, 그에 介入할 수 있는 廣大한 權限을 가진다. 이러한 權限속에는 共同社會의 온갖 分野의 利益을 促進하고 公共의 福祉에 대한 侵害를 가져오게 될 犯罪防止의 任務가 포함된다. 다만, 최근의 普通法諸國의 報告에 의하면, 政府法務長官의 그와 같은 廣大한 權限은 人材의 不足 등으로 말미암아 事實上 거의 行使되지 못하고 있는 듯하며, 그 결과 民事事件에 있어서의 普通法諸國의 法務長官의 現實的인 役割은 大陸法系의 그것보다 溫健한 것이 되어 있다.⁽⁴⁸⁾ 이것이 바로 어찌하여 그것과는 다른 傳統的 制度인 이른바 告發者訴訟(relator action)이 英國이나 濠州에 있어서, 그리고 集團訴訟(class action)을 거의 볼 수

(47) See, *Comparative Study*, pp. 837-39 (note 204); See, Audinet, La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations, 53 *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 211, 229 (1955).

(48) 다만 第二次大戰後 西獨에서는 民事訴訟에 있어서의 檢察官(Staatsanwalt)의 役割이 크게 制約되어, 오늘날에 있어서는 대부분의 普通法系國家에서보다 한결 더 溫健한 役割밖에 수행하지 못하고 있다(See, *Comparative Study*, pp. 812-13).

없는 普通法諸國에서 중요하게 되었는가를 설명해 주는 理由라 할 수 있다.⁽⁴⁹⁾

告發者訴訟은 「私的인 個人 혹은 集團에 의하여 公共의 利益에 대해서 제기된 訴訟」에 의해 構成된 것이며, 그 自體로서는 原告適格이 인정되지 않고 이들 個人·集團은 法務長官의 代理로서 혹은 法務長官의 同意나 許可를 얻어 出訴하게 된다. 法務長官은 訴訟의 全般的인 進行에 대하여 행사할 수 있는 強制的 權限을 保有한다.⁽⁵⁰⁾ 오늘날 가장 많이 볼 수 있는 告發者訴訟의 事例은 公害의 留止, 公共의 福祉에 有害한 行動의 抑止, 土地開發者의 規制, 그리고 公衆의 健康과 慰樂, 都市地域의 秩序있는 調整을 도모하기 위한 禁止制限의 訴訟 등에서 흔히 볼 수 있다. 요컨대 이상에서 보는 바와 같이 私的 個人이나 集團은 告發者訴訟에 의하여 政府法務長官의 躰性이 남긴 겹을 메꾸게 되는 셈이다.⁽⁵¹⁾

3. 美國의 集團의 訴訟

최근 약간 低調를 보이고 있지만 美國에 있어서 특히 1928年以後 눈부신 發展을 보여온 또 하나의 傳統的 制度인 集團의 訴訟 혹은 代表訴訟(representative action)이 있다. 여기서는 美國의 獨特한 制度인 class action에 관하여 주로 大陸法系의 學者들로부터의 觀察과 評價에 관해 고찰해 보기로 한다.

첫째로, 實際上으로는 오랜 英國의 衡平法에 그 뿌리가 있는⁽⁵²⁾ class action이 美國에서 異例의인 成長을 이룩한 理由는 무엇인가. 그것은 大量經濟와 大衆政治의 弊害에 대하여 柔軟한 集團과 集合의 利益의 能率의인 保護를 제공하기 위한 現代社會의 典型이라 할 수 있는 美國에 있어서의 強力한 必要성과 一致하며, 이 점은 다른 나라에 대해서도 示發的인 의미를 가진다. 요컨대 class action의 未曾有의 發展은 現代社會에 있어서의 가장 基本的인 問題 가운데 하나가 된 「보다 새로운 財產」인 擴散의 權利의 適切하고도 緊急한 保護를 위한, 말하자면 「美國의 解答」이었다고 할 수 있다.

둘째로, class action은 前述한 「結合된」 혹은 「複合的인」 解決方式과는 다르지만, 새로이 등장한 超個人的인 諸權利를 옹호하는 가장 能率의인 方法의 可能性을 가지는 것이다. class action에서의 原告는 典型的으로는 「私的 法務長官」이며, 그의 訴訟提起는 그 自身の 權利擁護에 限定되지 아니한다. 동시에 class action의 原告는 英國이나 濠洲의 告發者訴訟의 原告와도 다르다. 왜냐하면, class action의 原告는 許可를 필요로 하지 않으며, 또한 政府 法務長官의 統制에도 따르지 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고 그는 法院의 統制에는 따

(49) See, *Comparative Study*, pp. 851-52; 英國이나 濠洲에서 美國에서보다 class action이 훨씬 덜 活用되는 實情에 관한 說明으로 Alstone, *Representative Class Actions in Environmental Litigation*, 9 *Melbourne U.L. Rev.* 307, 310, 317 (1973) 참조.

(50) See, S. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action*(3d ed, 1973); London, Steven & Sons) p. 401; See, I. Jacob, *op. cit.*, pp. 50-52.

(51) 告發者訴訟에 관한 보다 상세한 說明은 *Comparative Study*, pp. 848-52 참조.

(52) 衡平法에 있어서의 class action의 元來의 目的은 關聯者의 數가 많다는 단순한 理由로 인하여 提訴하거나 提訴당함의 곤란해지면 안된다는 見地에서의 節次的인 配慮를 마련하는 데 있었다.

라야 하며 또한 立法府와 廣大한 司法的 裁量의 決定에 따라야 한다.⁽⁵³⁾ 특히 class action의原告가 現實에 있어 class의 一員인가 어떤가, 그가 class의 一般的 利益을 위해 行動하는가 어떤가, 그리고 그가 自薦이기는 하지만 class의 「適格한 (adequate)」代表者인가 어떤가를 確認하는 것은 法院의 任務이다. 이와 같이 class action은 私的 이니셔티브와 公的(法院)인 統制의 結合을 의미하는 또 하나의 魅力的인 事例라 할 수 있다.

물론, 이러한 結合은 보다 改善되지 않으면 아니되며, 또한 적지않은 濫用의 可能性에 대해서도 法令上의 制限이나 法院의 監督下에 두지 않으면 아니될 것이다. 「無條件의 class action의 熱狂主義者」가 아니라 class action이 「妥當한 統制」를 相伴하는 경우에만 커다란 價値가 있는 것으로 생각되고 있으며,⁽⁵⁴⁾ 이상과 같은 條件아래에서 大陸法系의 學者들은 一般的으로 class action을 評價하고 있다. 또한 바로 그렇기 때문에 이 分野에 있어서의 美國法學의 着實한 進歩를 가로막고 있는 듯이 생각되는 最近의 美國聯邦大法院의 判例⁽⁵⁵⁾가 오히려 大陸法系의 觀察者들에게는 그만큼 더 關心의 原因이 되고 있기도 하는 것이다.

여기서 특히 강조되지 않으면 아니되는 것은 아마도 이상과 같은 事例는 普通法國家에서만 것이 아니라 公共의 利益訴訟 一般에 대해서 適用될 수 있는 참다운 教訓일 수 있다는 점일 것이다. 美國에 있어서의 最近의 class action의 經驗이나 여러가지 어려운 展開에도 불구하고 class action에서 볼 수 있는 集合的 利益의 擁護는 아직까지도 美國의 法院쪽이 대개의 유럽大陸法系의 나라들에 있어서 보다도 더 큰 impact를 미치고 있으며 「보다 魅力的인 모델」로서 評價되고 있음을 부인할 수 없거니와, 이 점에 관해서는 대략 다음과 같은 세 가지 理由를 들 수 있다.

하나는 다른 나라들에서 볼 수 없는 公共利益法律事務所(public interest law firm)가 美國에서는 매우 重要視되고 있다는 점이다.⁽⁵⁶⁾ 美國의 法曹協會는 最近에 이르러 종래의 敵

[Montgomery Ward & Co. v. Langer, 168 F. 2d 182, 187 (1948)]; 宋相現著, 民事訴訟法概論(上), 經文社 1981, 97면 참조.

(53) class action에 있어서의 廣大한 司法的 裁量에 관해서 Weinstein, Some Reflections on the "Abusiveness" of Class Action, 58 F.R.D. 302 (1973) 참조. 1966年 class action에 관한 規定인 美國聯邦民事訴訟節次法 23條의 改正에 대한 反對理由로서 Black大法官은 바로 class action에 대한 지나친 司法的 裁量權의 認定을 들고 있다[Amendments to Rules of Civil Procedure for the United States District Courts, 383 U.S. 1029, 1035 (1966) Black, J., dissenting].

(54) 다만 이러한 「統制(control)」는 公式的인 制約(formalistic limitations)과 混同하거나 [e.g., Zahn v. International Paper Co., 414 U.S. 291 (1974)], 重要한 領域에 있어서 class litigation 自體를 排除해버리는 결과를 가져오게 하는 것[e.g., Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974)]라는 疑問이 구별하여야 할 것이다 [Cappelletti, *op. cit.*, p. 699 (note 111)].

(55) 前掲註(21)에 든 것과 같은 判決이 있음에도 불구하고 大陸法系의 나라들에 비할 때 대부분의 美國의 公共利益訴訟에 있어서 原告適格問題는 그다지 큰 障礙要因이 되어 있지 않다고 할 수 있다(拙稿, 前掲註(21)論文, 千柄臺, 「The Statutory-Aid Test」論考」現代公法學의 諸問題(尤堂尹世昌博士停年紀念), 1983 참조.

(56) See, C. Halpern, *op. cit.*, pp. 8-10; Green, The Perils of Public Interest Law, *The New Republic*, Sept. 20, 1975; 美國에 있어서의 public interest lawyer들의 役割의 現在 및 未來에

對的인 立場으로부터 「公共의 利益의 法的서비스를 提供」하기 위하여 法曹職業의 一般의 責任을 確認하는 立場으로 그 態度를 바꾸고 있다.⁽⁵⁷⁾

다른 하나는 최근에 와서 聯邦大法院이나 기타의 聯邦法院의 公共的 利益訴訟이나 私的 法務長官의 設置에 대한 敵對的 立場에도 불구하고 밝은 徵候도 없지 않다는 점이다. 그 예로서 1975年 9月 1日에 施行된 뉴욕州의 class action 訴訟에 관한 立法이 있으며,⁽⁵⁸⁾ 그것은 펜실바니아州, 캘리포니아州의 그것 등과 함께 州制度에 나타나기 시작한 注目할만한 實例라 할 수 있다.⁽⁵⁹⁾

이러한 뉴욕州法은 聯邦 class action規則 23條의 基本的 特徵을 그대로 維持하면서도 class action의 通知 등에 관하여 Eisen 事件[417 U.S. 156 (1974)]과 Alyeska Pipeline 事件[421 U.S. 240 (1975)]의 判決이 聯邦次元에서는 撤去되어 버렸다는 것을 받아들이고 있는 것이다. 그 밖의 최근의 뉴욕州立法은 U.S. v. Richardson [418 U.S. 166 (1974)]이라든가 Schlesinger v. Reservists Comm. to Stop the War [418 U.S. 208 (1974)] 事件 등에서의 聯邦大法院의 判決에 批判的인 立場을 나타내고 있다. 뉴욕州의 class action規則의 制定에 있어서 主要한 指導的 役割을 한 것으로 알려져있는 Homburger에 의하면, 「이러한 發展에 대하여 美國에 있어서 集團과 公衆의 實效的 救濟가 無視할 수 없는 것이며, 大法院의 엄격한 指導下에 놓인 聯邦法院에 있어서 公共的 利益訴訟이 점차 滅耗되어가는 것을 감안할 때, 오히려 諸州에 있어서는 그것을 메꿀만한 氣勢(compensating upsurge)를 기대할 수 있음은 기쁜 일이다」⁽⁶⁰⁾고 評價하고 있다.

셋째로, 여기서看過해서 아니될 점은 聯邦次元에 있어서의 現在의 여러가지 制約에도 불

관한 상세한 것은 Ford Foundation, *The Public Interest Law Program—Five Years Later*, October 1975 (unpublished manuscript) 참조.

(57) American Bar Association, Special Committee on Public Interest Practice, *Recommendations*, adopted in Montreal by the House of Delegates of the American Bar Association in August, 1975. [See, 61 *A.B.A.J.* 1084 (1975)].

(58) class action에 관한 뉴욕 民事訴訟規則 907條에서 909條까지는 比較法的으로 매우 貴重한 資料的 價値가 있으므로 附錄으로 그 原文을 소개하기로 한다.

(59) 美國의 州政府次元에서의 class action과 관련된 判決 및 立法動向에 관해서는 Scott, *Two Models of the Civil Process*, in *Stanford Legal Essays*, (J.H. Merryman ed. 1975, Stanford Univ. Press) pp. 417-18 참조, 다만, 캘리포니아州의 경우는 최근의 州大法院의 判決 *San Jose v. Superior Court*, 12 Cal. 3d 447, 525 p.2d 701, 115 Cal. Rptr. 797 (1974)]을 통하여 class action에 대해서 중견의 進步的인 立場에서 다소 後退한 傾向을 보이고 있으나, 펜실바니아州, 일리노이州, 아이오와州 등에서는 class action을 自由化하는데 대하여 關心이 점차 커져가는 證據가 있다. See, e.g., Donne & Van Horn, *Pennsylvania Class Actions: The Future in Light of Recent Restrictions on Federal Access?*, 78 *Dick. L. Rev.* 460 (1974); Comment, *Federal and State Class Actions: Developments and Opportunities*, 46 *Miss. L.J.* 39 (1975); Note, *Class Actions in Illinois: A Viable Alternative to Federal Rule 23*, 8 *John Marshall J.* 113 (1974); Note, *State Class Actions: A Comparative Analysis*, 60 *Iowa L. Rev.* 93 (1974).

(60) Adolf Homburger 教授가 1975年 10月 31日字로 Cappelletti 教授에게 보낸 私信의 一句節이다. (Cappelletti, *op. cit.*, p. 674, note 126).

구하고 美國에 있어서의 class action은 아직도 강력한 救濟手段을 나타내 주는 것이며, 또한 그것은 公共의 利益의 目的에 봉사하기 위한 커다란 潛在力을 保有하고 있다는 점이다.

4. 大陸法系諸國에서의 公共的 利益訴訟의 問題狀況

美國과는 對照的으로 유럽大陸의 基本的 特徵은 아직도 class action이나 公共的 利益訴訟과 비슷한 諸裝置를 導入함에 있어서 特殊한 여러가지 어려운 障害가 가로놓여 있다. 이제 이러한 점에 관하여 概括的으로 검토해 보기로 한다.

첫째로, 大陸法系의 法官들의 精神的 性向에 관한 것을 들 수 있다. 그들에게 있어서서는 오늘날에 있어서도 아직 支配的인 民事訴訟의 個人主義的 思考가 특히 原告適格(locus standi)의 領域에서 강하게 차지하고 있거니와, 典型的으로는 官僚主義的인 「經歷職法官」이기 때문에 美國의 法官에 비할 때 訴訟節次面에 있어서 「現在의」 當事者를 넘어서서 미치는 것과 같은 새로운 裁判의 類型을 처리하기에는 適應力이 약하다.⁽⁶¹⁾ 일반적으로 大陸法系의 民事法官의 教育내지 訓練은 오랜 歷史와 權力分立의 엄격한 思考속에 뿌리박고 있어 裁判을 통한 法創造機能에 관해서는 매우 操心性있게 대응하게 만들고 있다.⁽⁶²⁾

둘째로, 中間的 社會集團에 대하여 敵對的인 革命的 傳統이 있다는 점이며 그것이 共通의 利益을 促進하기 위하여 結合한 集團을 受容하기 어려운 傳統的인 性格의 障害를 이루어 이 점이 美國과 다르다. 즉, 前述한 바와 같이 美國의 많은 class action이나 公共的 利益訴訟은 여러 未組織의 利益을 代表하기 위해 設立된 私的 集團과 自發的 組織에 의해 생겨났다. 事實, 個個人에게 최대한 原告適格을 허용하더라도 만일 「私的 法務長官」이 組織화된 集團(組織화된 私的 法務長官)으로서 結合하고 鬭爭하는 것이 허용되지 아니한다면 擴散的 權利의 主張에 대한 問題解決로서는 불충분 할 것이다. 그러나 이러한 事實이야말로 大陸法系 法院에 있어서 超個人的 利益代表에 대한 또하나의 障害를 이루는 것이라 할 수 있다. 그것은 프랑스 革命的 標的(길드, 封建身分, 大教區 등)이었던 이른바 「中間的 團體(corp intermédiaire)」, 다시 말해서 個人과 國家間의 中間에 位置하는 諸組織이 있어 그것이 一見 舊體制의 封建的 構造와 同一視되어 鬭爭의 對象이 되었던 것이다. 물론 이러한 「中間的 社會集團」에 대한 敵意와 嫌惡의 당초의 態度는 그 뒤 프랑스 革命後의 유럽社會의 심각한 變化에 直面하여, 특히 産業化의 進展에 따라 資本家階級과 新興勞動者階級の 雙方을 代表하는 組織으로 分化하게 되지만, 여전히 새로운 組織에 대한 抵抗은 강했으며, 예컨대 프랑스에서 勞動組合이 正식으로 認知된 것은 1884年以後의 일이었다.

(61) See, e.g., R. Buxbaum, *Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen*(1972, Karlsruhe, Müller) S. 26, S. 32.

(62) 유럽에 있어서 法官들의 오랜 傳統과 近代에 있어서 그것으로부터의 展開過程에 관한 최근의 研究들로 Baur, *Sozialer Ausgleich durch Richterspruch*, 1957 *Juristenzeitung* 198; M. Cappelletti, J. Merryman & J. Perillo, *The Italian Legal System* (1967, Stanford Univ. Press), pp. 195-97, 203-206, 249-77 등 참조.

法的 擬制가 흔히 現存하는 法律을 새로운 社會의 必要에 適應하게 하기 위하여 利用되곤 하거니와, 예컨대, 「法人格」은 擬制的으로 組織體, 會社, 職業團體 등에 歸屬의으로써 個個의 「人格」(自然人과 法人)만이 法的 및 司法的 過程에의 參加者일 수 있다고 하는 原則이 維持되었던 것이다. 따라서 自己의 權利保護以外的 目的에서 法院에의 access를 필요로 하는 法人格을 가지지 아니하는 組織化되지 아니한 團體나 組織體의 問題라든가 當該組織이 代表하려고 하는 class 내지 集團의 集合의 權利를 保護하는 問題같은 것은 이 경우 未解決의 問題였던 것이다. 이 問題는 法院에 있어서 現代의 公共의 利益의 擁護의 檢討에 있어서 中心을 이루는 것이라 할 수 있는 것이다.

셋째로는 「組織化된 私的 法務長官」으로서 行動하는 새로운 「中間的 社會集團」의 發生과 增大에 관한 것이다. 최근에 와서 우리들의 時代의 새로운 威脅인, 예컨대 人種的, 宗教的, 政治的 多數의 專制, 現代의 企業組織의 諸壓力, 官僚制의 形式主義, 生産者와 汚染者의 盲目的인 利己主義 등과 투쟁하기 위하여 새로운 集團이 출현하고 있으며 增加하고 있다. 이들 集團의 중요한 目的은 그들 자신에 「속하는 (belonging)」 權利를 보호하는 데 있지 않고 오히려 多數의 「조그만한 諸權利(small rights)」와 擴散된 「保有者없는 諸權利(rights without a holder)」, 즉 「보다 새로운 財産」의 總體를 대표하는 것이다. 그들의 本質이야 말로——Jaffe의 주지하는 바와 같은——이른바 엄격한 Hohfeldian Plaintiff로서가 아니라⁽⁶³⁾ 「이데올로기의 原告」로서 活動하는 것이며, 다시 말해서, 「組織化된 私的 法務長官」으로서 公共의 福祉를 위해 活動하는 것이라 할 수 있다.

물론 이러한 새로운 發展에는 그 自體 아무런 危險이 없는 것은 아니다. 그것에 반대하는 사람들은 이러한 發展이 可恐할만한 「封建制의 復歸」를 의미하는 것이며, 또한 새로운 弊害와 專制가 그것으로부터 싹틀수 있음을 비판하기도 한다. 勞動組合, 政黨, 國內 및 多國籍的 企業體, 專門의 組織이 그들의 構成員과 第三者의 雙方에 대해서 무서운 壓迫의 中心이 될 수도 있는 것이다. 그리고 消費者團體의 class action의 경우처럼, 그 자체로서는 분명히 價値있는 法制度이지만, 때로는 恐怖의 道具로서 쓰이는 경우도 없지 않는 것이다. 前述한 「複合的」인 「結合된」 解決方式을 성격짓는 抑制와 統制가 특히 중요한 것은 바로 이러한 理由 때문이기도 한 것이다. 그리하여 이러한 統制가 英國의 경우 告發者訴訟에서의 檢察總長에게, 美國의 class action에서의 法官에게, 그리고 프랑스의 消費者團體가 제기하는 訴訟에서 檢察官에게 각각 委託되어 있음을 想起할 필요가 있을 것이다. 그러나 이러한 弊害의 危險이라든가 강한 傳統墨守的 性向을 결코 무시할 수 없기는 하지만 오늘날 大陸法系의 諸國에 있어서도 점차 새로운 中間的 組織團體가 出現되고 있음을 부인할수 없다. 그들의 存在理由가 「이데올로기의 原告」로서 活動하는 것인 이상, 그들은 法院의 解釋과 立

(63) L. Jaffe, *The Citizen as Litigant in Public Actions: The None-Hohfeldian or Ideological Plaintiff*, 116 *U. Pa. L. Rev.* 1033 (1968).

法府의 干涉이라고 하는 傳統的인 法에서 오는 여러가지 制約 내지 障害를 서서히 克服하여 나가도록 노력하고 있는 것이다.^{(64) (65)} (未完)

(64) Cappelletti, *op. cit.*, p. 680; See, *Comparative Study*, p. 864.

(65) 이점과 관련하여 프랑스, 美國, 이태리 등에 있어서의 몇몇 實例를 들어 보면 다음과 같다. 즉, 이미 1913년에 1920年 立法으로 確認된 바 있는 破毀院의 劃期的 判決은 組合과 職業의 신디케이트가 「結社의 集合의 利害」를 法院에서 代表하는 權能에 있음을 인정한 바 있고, 최근의 西獨이나 프랑스의 法律은 消費者와 人權의 少數派의 擴散의 利益을 위하여 出訴할 原告適格을 私의 團體에 許可하였다. 이점에서 注目되는 것은 1973年 이태리의 大法院이 法院의 傳統을 깨뜨리고 Italia Nostra(우리들의 이태리)--이것은 美國의 Sierra Club事件의 유럽版이라 할 수 있다--라고 하는 民間의 環境保護團體에게 原告適格을 인정하여 環境保全의 「擴散」利益을 위해 政府를 相對로 하는 訴訟을 허용하고 있다는 사실이다. 이와같이 1973年의 判決에서 Italia Nostra에게 不利益을 받은 個個人의 代表로서가 아니라 오히려 하나의 組織으로서 出訴하는 것을 인정한 이후, 그것은 Sierra Club v. Morton 405 U.S. 727 (1972) 事件에 있어서의 美國의 聯邦大法院의 判決의 法理를 넘어선 커다란 한 걸음을 내디딘 것으로 評價되고 있으며, 그것은 또한 「이태리의 環境과 藝術의 遺産의 長期的인 抑制없는 破壞로부터의 轉換點」으로서 환영되고 있다. 끝으로 이른바 Hohfeldian 原則이 여전히 支配的인 西獨에 있어서도 특히 行政裁判所에 있어서 그것으로부터의 離脫이 1973년에 나타나고 있다. 즉 注目할만한 判決로서는 바이에른 行政裁判所가 호텔의 建築의 延期를 請求한 環境團體에 대하여 그 原告適格을 인정한 實例가 있다(Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Decision of February 2, 1973); 西獨에서도 70年代以後 이른바 Verbandsklage(團體訴訟)의 可能性與否에 관하여 行政法學者(Ule, Laubinger), 法社會學者(Rehbinder) 등을 中心으로 하여 活潑한 論議의 對象이 되고 있으며, 특히 1976年 Wiesbaden에서 開催된 第52次 獨逸法曹大會에서의 主題 가운데 하나로 다루어지고 있다. 그러나 대체로 消極的인 見解가 아직도 支配的인 趨勢에 있다. (拙稿 「行政訴訟과 集團의 利益保護—西獨에서의 團體訴訟에 관한 論議—」, 考試研究 1984年 7月號 참조). 한편, 西獨이나 이태리의 경우와는 달리 프랑스의 Conseil d'Etat는 일찍부터 一貫하여 行政決定에 挑戰하는 集團에 대하여 廣範한 原告適格을 인정하여 왔다[J.M. Auby & R. Drago, *Traité du Contentieux Administratif* (1975; Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence) pp.450-88, especially §1040, 1042].