

民事訴訟에 있어서의 訴訟物理論의 발전*

Walther J. Habscheid**

胡 文 赫***譯

民事訴訟法에서의 理論은 그 자체를 위한 것이 아니다. 訴訟法學은 權利의 실현에 도움을 주므로 實務에도 이바지한다. 따라서 訴訟上の 理論은 法律 實務를 위한 보조수단이다. 理論은 국민에게 법원을 통한 효과적인 權利保護가 주어지도록 배려하여야 한다. 그리고 法的 平和를 회복한다는 訴訟의 다른 목적에도 가능한 한 광범위하게 이바지해야 한다. 理論은 그 자체를 위한 것이 아니며, 현실과 동떨어진 “유리알유회”가 아니고, 權利의 실현에 이바지하는 것이다.

이것은 訴訟物理論에도 적용된다. 이는 法을 適用하는 法律家에게 그가 法官으로서 무엇에 관하여 재판하여야 하는가, 辯護士로서 무엇에 관하여 “다투어야” 할 것인가를 제대로 결정할 범주를 정해줄 뿐만 아니라, 判決의 효력도 결정한다; 그것은 判決의 效力이 訴訟物의 범위에만 미치고 그보다 더 넓은 범위에 미치는 것이 아니기 때문이다.

독일의 法發展은 — 訴訟物에 관하여는 — 두 개의 思考 방향으로 특징지을 수 있다: 하나는 實體法的인 것이고 다른 하나는 訴訟法的인 것이다. 訴訟法的 思考方式을 判例가 채택한 뒤에는 이것이 “지배적 실무”가 되긴 하였지만 實體法的인 思考도 문헌에 끊임없이 나타나고 있다. 그러나 이를 가까이 들여다 보면 대개는 참으로 새로운 것을 제시하는 것이 아니라 하나의 다른 “설명 방법”, 즉 알려진 현상을 달리 설명하려는 시도라는 것을 알 수 있다. 그러므로 이는 일반적으로 새롭고 더 나은 귀결로 이끌지는 못한다.

訴訟的 思考方式은 학계에서 Karl Heinz Schwab의 1954년에 출간된 München의 教授資格論文으로써⁽¹⁾ 확고한 지위를 얻게 되었다: Schwab에게 있어서 訴訟物은 原告의 勝訴判決의 要求인데 경우에 따라서는 이를 특정하기 위해서는 기초가 되는 事實關係를 참작해야 한다는 것이다. 나는 Bonn의 教授資格論文으로⁽²⁾ Schwab의 일원설에 대항하여 이원설을

* 이 論文은 Habscheid教授가 1989.5.10 서울大學校 法科大學에서 한 강연 원고를 번역한 것이다.

** 스위스 Zürich大學校 및 Genf大學校 教授

*** 서울大學校 法科大學 助教授

(1) Karl Heinz Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1954 (아래서는 *Streitgegenstand*라고 한다); Rosenberg/Schwab, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, 14. Aufl. § 96 (아래서는 *Lehrbuch*라 한다).

(2) Habscheid, *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 1956 (아래서는 *Streitgegenstand*라고 한다); Habscheid, *Lehrbuch des schwei-*

주장하였다: 이에 의하면 訴訟物은 法官의 재판을 위하여 原告가 내세운 權利主張인 바 이에는 生活事實關係도 포함된다.

이상이 이 강연의 서론 부분이다.

I. 오늘날의 通說

1) 判 例

어떤 특정의 기본적 관점을 둘러싼 學界의 논쟁을 우선 지켜보고만 있던 實務에게 그 사이에 주사위가 던져졌다: 獨逸 聯邦大法院이 두 개의 판결에서 二元說을 지지한 것이다.⁽³⁾ 聯邦大法院에 의하면 訴訟物이란 特定の 生活事實關係에 기한 原告의 법적 요구이다.

여기서 기억을 되살려 보자: Karl Heinz Schwab에게 있어서 訴訟物은 단지 法的 要求이다. 그 기초를 이루는 事實의 복합체는 필요한 때에 그 要求의 해석(식별)을 도울 뿐이다. 그러므로 A가 B를 상대로 100,000DM의 지급을 구하는 訴를 제기한 경우에 이 履行判決의 요구가 訴訟物이 된다. 訴의 근거가 되는 事實關係, 즉 예컨대 (사실적 의미에서의) 賣買는 이 요구를 같은 종류의 다른 것들로부터 한계를 짓는 데에 이바지할 뿐이라고 한다.

그러나 내 생각으로는 이 訴訟의 訴訟物은, A가 B에 대하여 내세운, B가 A에게 100,000DM의 채무를 지고 있으므로 그 변제를 명하는 履行判決을 받아야 한다는 權利主張인데, 특히 債權을 발생시킨 生活事實關係(매매관계)에 기초를 둔 것이다.

獨逸 聯邦大法院은 이들을 절충하였다. Schwab의 이론에서는 要求라는 개념을 받아들였고 다른 한 면으로는 이 要求를 生活事實關係와 결합시켰다.

여기서 要求라고 할 것이냐, 權利主張이라고 할 것이냐는 내 생각으로는 語感의 문제이다. 스위스의 訴訟法들은⁽⁴⁾ 訴訟物의 의미로 “要求”나 “權利主張”이라는 말을 쓰며, 그래서 나는 내 스위스 民事訴訟法 교과서에서 이 법적 定義를 받아들였다.⁽⁵⁾ 내가 보기에 결정적인 것은 두 가지이다: 하나는 獨逸 聯邦大法院이 訴訟法說을 긍정한 것이고, 다른 하나는 “生活事實關係”로 표현되는 사실적 청구원인이 항상 訴訟物에 속한다는 것이다.

2) 訴訟法說

“法的 要求”(또는 權利主張)라는 표현으로 訴訟物概念이 구체적인 請求權과는 일치하지 않는다는 것이 명백해졌다. 더 나아가서 訴訟에서 實體法的인 請求權만이 訴求되는 것이 아니라 權利의 確認이 요구되거나 形成訴權이 실현되기도 한다. 訴訟物概念은 법원이 그에 기하여서도 訴를 심리해야 하는 구체적인 權利—— 이 경우에는 § 433 II BGB^(역주¹)에 의한

zerischen Zivilprozeßrechts, 1986, Nrn. 456 ff(아래에서는 Lehrbuch라고 한다).

(3) BGH LM § 253 ZPO Nr. 56; BGH NJW 1983, 389 1. Sp.

(4) 이에 관하여는 Habscheid, Lehrbuch Nrn. 457 ff, 462 ff.

(5) Nrn. 462 ff, 478.

(역주 1) “買受人은 賣渡人에게 합의한 賣買代金を 지급하고 買受한 물건을 받을 義務가 있다.”

매대금청구권 —— 와도 일치하지 않는다. 오히려 이 개념은 權利主張(要求)이 포섭될 수 있는 모든 法的 範疇를 포함한다.

訴訟物 개념을 구체적 實體法의 개념으로부터 해방시킨 것을 놓고 예를 들어 Arwed Blo-meyer는⁽⁶⁾ 訴訟法的인 논거를 주장하는 學者들에 대하여 訴訟法을 實體法으로부터 분리시켰다고 비난하였다.

이러한 비난은 정당하지 않다. 그것은 訴訟法說이 다름아닌 實體法의 효과적인 실현을 위하여 배려하는 것이기 때문이다. 이 說이 法的 要求나 權利主張의 바탕 위에 서는 것은 그 실현을 위해서 법관의 재판을 필요로 하는 實體的 權利가 訴訟의 對象임을 부인하는 것이 아니다. 이 見解는 오히려 분쟁이 일어난 권리를 actio법적 思考로부터 해방시켜 더 넓게 특정짓고자 하며, 그렇게 함에 있어서 實體法의 범주 —— 우리의 예에서 계약, 부당이득, 불법행위 —— 가 아닌 權利保護의 目標를 기준으로 삼는다. 예컨대 原告에게 100,000 DM을 요구하는데, 그는 그것이 賣買인지 不當利得인지, 또는 不法行爲인지에는 관심이 없으며 訴訟法的으로도 차이가 없는 것이다.

이렇게 하여 訴訟法說은 보통법상의 원칙인 “da mihi facta, dabo tibi ius(나에게 事實을 말하라, 그러면 너에게 權利를 주리라)”를 실현시켰는데, 여기서 “dabo tibi ius”는 “iura novit curia(法律은 法院이 안다)”로 보충되어야 한다. “iura novit curia,” 그 의미는, 法院은 그가 알고 있는 實體法을 事實關係에 적용해야 하므로 請求가 이유 있다거나 없다는 대답이 나올 때까지 要求(權利主張)를 實體法의 모든 범주와 —— 여기서는 계약, 부당이득, 불법행위 —— 관련시켜야 한다는 것이다.

따라서 다음과 같이 표현할 수 있다: 特定の 性質을 가진 實體法上的 權利 —— 예컨대 매대금청구권 —— 의 구체적 주장이 아닌, 100,000 DM의 지급을 받을 權利, 즉 特定の 內容을 가진 權利의 主張이 訴訟物이다. 그렇게 함으로써만이 原告는 권리보호의 최대한을 얻게 되며, 判決이 참으로 “중국적”이라는 것, 즉 예를 들면 賣買代金の 지급을 구하는 訴가 賣買契約이 체결되지 않았다 하여 棄却된 뒤에 이번에는 引渡된 物件이 소비되었고 그래서 不當利得에 기한 請求權이 인정되어야 한다는 주장으로 새로이 提訴되지 않는다는 것이 보장된다.

즉 기본적으로 訴訟法說은 —— 적어도 Lent의 “請求權競合”⁽⁷⁾ 이래 —— 사물의 實體法的인 관점에 익숙했던 사람들에게 차츰 인식된 것, 즉 근거가 여럿인 請求權이 존재한다는 것 —— 契約 不履行이 동시에 不法行爲일 수도 있다 —— 그래서 實體法에 대한 합리적 시각으로 보면 두 개의 請求 地位가 있더라도 하나의 請求를 인정해야 된다는 것을 주장한 것 뿐이다. 그리하여 訴訟法說은 어쨌든 單一 請求(訴訟物의 單一性)의 범위를 널리 확장시

(6) Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozeß, *Festschrift für Lent*, 1957, 43ff.

(7) *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*, 2 Bde. 1912 u. 1916.

켰고, 이 학설은 그렇게 하면서 二元的 變形을 취하되 하나의 生活事實關係를 기준으로 삼게 되었다. 그러나 訴訟法說이 그로써 訴訟法과 實體法의 자연스런 연결을 깨뜨린 것은 아니며, 오히려 訴訟法을 實體法 秩序의 실현에 광범위하게 이바지하도록 하였다.

3) 生活事實關係를 둘러싼 “不安感”, 訴訟物과 辯護士獨占의 문제

獨逸 뿐만 아니라 “訴訟物을 둘러싼 논쟁에 일부 참여한” 외국에서도 “生活事實關係에 관한 일정한 불안감”이 존재한다. 그 한계 확정이 너무 막연하다고 한다. 나아가서 넓은 訴訟法的 訴訟物概念은 辯護士가 當事者를 대리하는 경우에만 공정하게 받아들여질 수 있다고 한다.⁽⁸⁾ 그것은 그 경우에만 當事者가 敗訴했을 때 무엇을 잃게 되는가를 알기 때문이라고 한다.

獨逸에서는 合議部에서 辯護士가 강제되는 것(§ 78 ZPO)이 사실이다. 그러나 法院이 판단해야 될 법률문제를 法院에다 제기하는 것이 當事者나 변호사의 임무는 아니며, 義務는 더더욱 아니다. 간단히 말해서, 辯護士가 할 일이란 當事者 本人訴訟에서 當事者가 簡易法院에서 변호사 없이 해야 하는 것과 다를 것이 없다; 즉, 그가 원하는 것(權利主張, 法的 要求)과 그가 권리를 도출하는 근거(生活事實關係)를 밝히고 신청하는 것이다. 다른 모든 것 — 法の 適用 — 은 法院이 할 일이다.

“*iura novit curia*”라는 원칙은 法院에 의하여 어느 事實이 裁判에 중요한지 그리고 法院이 법발견에 있어서 어느 法律問題를 다루게 될 지가 當事者들의 목전에 제시되는 경우에만 실현됨을 물론 나는 인정한다.

事實에 관하여는 우선 § 139 ZPO에서 裁判長은 당사자들로 하여금 모든 중요한 사실들을 완전히 설명하고 증거방법을 적시하도록 이끌어야 한다고 규율하고 있는 법관의 發問·釋明義務가 도움이 된다. 事實만이 문제되는 發問·釋明義務의 당초의 이러한 규정은, 매매계약에 기하여 100,000 DM을 지급할 것을 구하는 訴의 예에서, 법원이 사전 심사 결과 그 계약이 무효인 것으로 보일 때에——물론 訴訟物에 관해 범위를 넓게 잡는 訴訟法說에 있어서만——§ 812 BGB(부당이득)의 관점에서 상세한 진술이 가능하도록 법원에게 그 물건을 소비했는지를 물을 義務를 부담시켰지, 不當利得이 되는지의 법적인 문제를 언급할 義務를 부담시키지는 않았을 것이다. 어쨌든 이 사례에서 辯護士에 의하여 대리되지 않은 原告도 문외한의 영역에서 평행적 평가에 기하여 무엇이 문제되는가를 파악하게 될 것이다. 그러나 사건들은 대부분 더 복잡하다.

내가 辯護士였던 시절에 있었던 訴訟이 생각나는데, 다름 있는 本案陳述에 관하여 獨逸의 高等法院이 자세한 證據調查를 하였고, 그 뒤에 그에 관하여 辯論을 하였다. 그리고는 결론이 증거조사의 결과와는 관계가 없다고 하면서 請求를 기각하였다. 그 이유는 이러저

(8) 이 점에 관하여는 일본과 관련하여 최근에 Keizo Sakamoto, *Rechtskräftige Entscheidung und Nachforderung in Unterhalts- und Schadensersatzsachen in Japan*, Diss. Würzburg 1989, § 9.

러한 法的 考慮에서 — 그리고는 상세한 설명이 있었다 — 訴가 이유 없음이 드러났기 때문이라고 하였다.

原告나 被告 어느 쪽도 이런 法的 考慮는 꿈에도 생각하지 못했었기 때문에 이 재판은 豫期치 못한 判決이었다. 패소한 原告는 이에 대해해서 더 이상 아무 것도 할 수가 없었으며, 당연히 被告는 대단히 만족해 하였다.

§ 139 ZPO는 더 나아가 — 새로운 형식으로 — 규정하기를, 법원은 필요한 경우에는 事實關係와 紛爭關係를 당사자들과 法律的인 측면에서도 구명하여야 한다고 하였으며, 더우기 § 278 III ZPO는 다음과 같이 규정하였다 :

“한 當事者가 간과하였거나 중요하지 않다고 여긴 것이 명백한 法律的 觀點은, 그 점에 관하여 當事者에게 意見 陳述의 기회가 주어진 경우에만 이에 기하여 …… 裁判할 수 있다.”

法律的 觀點 : 이는 특히 實體法上的 請求權을 의미한다. 이로써 實體法的인 訴訟物 개념에 있어서보다 訴訟法的인 訴訟物 概念을 택할 때 더 우려되는 豫期치 못한 裁判은 法院이 자신의 義務를 이행하면 나오지 않게 된다. 그리고 이런 바탕 위에서 논의를 출발시켜야 할 것이다.

그러나 우리의 문제로 돌아가서, §§139, 278 III ZPO를 보면 民事訴訟에 있어서의 訴訟物 概念이 實體法的 범주에서 정의된 개별적인 權利보다 더 광범위하다는 것을 알 수 있다.

法院의 이러한 法的對話의 義務는 辯護士가 代理하고 있다고 해서 축소되는 것이 아니다. 이 점은 내 생각으로는 法律에 분명히 나타나 있다. 몇몇 法院이 辯護士 代理가 있을 경우는 이 義務의 이행을 요구함에 있어 더 관대한 기준이 적용되어야 한다는 견해를 갖고 있는데 이는 法律에 위반된다.⁽⁹⁾ 獨逸 聯邦大法院이 NJW 1978, 695에서 § 139 ZPO에 관하여 判示한 것, 즉 法院과 當事者들은 法的 觀點과 事實的 觀點에서 전반적으로 의견을 개진해야 한다고 본 것이 더 타당하다. 여기서 법원이 辯論主義가 적용되는 한에서는 그 범위를 지켜야 함은 물론이다.

이제까지의 논의의 귀결을 요약하자 : 이렇게 當事者 및 辯護士와 함께 法을 “찾는” 능동적 法官을 인정하면, 辯護士에 의한 必要的 當事者 代理가 없는 경우에 관한 訴訟法說에 대한 모든 비판은 그 대상이 없는 것으로 된다. 오히려 그런 法官을 인정하면 문제에 대한 訴訟的 視覺이 법적 분쟁을 가능한 한 광범위하게 해결하는 데에 이바지한다.

4) 請求의 原因(生活事實關係)

訴訟法說에서 본래 訴訟的인 것은 請求의 原因이다: “浮動的인” 實體法的 請求權이 訴訟物인 것이 아니라, 특정의 事實複合體, 즉 生活事實關係에 기하여 내용적으로 특정된 權利

(9) 이에 관하여는 예컨대 Thomas/Putzo, ZPO 14. Aufl. § 139 Anm. 2c, 3a, § 278 Anm. 3의 주석 참조.

가 訴訟物이다. 이렇게 내용을 정함으로써 權利主張은 實體法的 개별적 性質 決定의 범위를 넘게 되고, 生活事實關係와 관련됨으로써 實體法的 權利도 포함하는데, 이는 請求權 競合의 경우처럼 순수 實體法的으로 단위를 이루게 되는 것이 아니다.

그러므로 不法行爲와 契約 侵害에 기한 損害賠償請求의 訴의 문제는 請求權 競合의 의미에서 實體法的으로 해결할 수 있다 하더라도, 賣買를 원인으로 하고, 契約이 무효인 경우를 대비해서 예외적으로 不當利得을 원인으로 삼은 支給請求를 심리해야 할 경우에는 實體法的 해결이 불가능하다. 實體法的으로는 두 개의 請求權이 성립하고, 그들은 그 액수에 있어서 다를 수가 있다(보통은 이득반환청구의 경우, 특히 利得이 부분적으로 없어졌을 때에 더 적을 수 있다). 그러나 原告가 원하는 것, 즉 100,000 DM의 지급을 그에게 허용하고 紛爭을 해결하기 위해서는 訴訟目的이 하나의 訴訟物이 되어야 한다. 여기서 그 單一性을 부여하는 것이 바로 生活事實關係이다.

이 개념에 대하여 많은 批判이 있었다. 특히 별로 정확하지 못하다는 비판을 받았다.⁽¹⁰⁾ 특이하게도 獨逸의 實務가 이 의심을 함께 나누지 않았는데 이는 서두에 인용한 聯邦大法院의 판결들이 잘 보여주고 있다.⁽¹¹⁾ 그런 비판은 “탁상공론”이다.

그리고 비판자들 중에서 더 좋은 解決方法을 보여주는 자는 아무도 없었다. 그들은 보통 實體法에 유의하였고 그래서 빵 대신 돌맹이를 제공하였다. 그 이유는 實體法은 訴의 기초가 되고 判決의 근거가 되는 事實을 어떻게 確定할 것인가 하는 문제를 해결하지 못하기 때문이다.

생활상의, 자연스럽게 내용적으로 결정된 權利要求에 비추어 하나의 단위를 구성하는 事實의 전체로서의 生活事實關係라는 개념이 그 윤곽이 명확하지 못하기 때문에 모든 문제를 100% 해결할 수 없다는 점은 나도 인정한다. 그러나 이런 점은 實體法도 마찬가지다. 損害賠償請求權에서 因果關係의 적합성에 관하여도 구체적 문제에 있어서는 다름이 있을 수 있다. 生活事實關係를 통한 事實의 限界 確定에 있어서도 마찬가지이다. 어떤 사람들이 더 좋은 기준을 찾아내지 않는 한 나는 이 입장을 견지할 것이다.

5) 統一的 訴訟物 概念에 관하여

내가 파악한 訴訟物 概念은 民事訴訟 전체, 즉 모든 종류의 訴에 적용된다. 그런데 訴訟의 종류에 따라서 訴訟物을 달리 규정지으려는 경향이 있었고 요즘에 다른 새로운 경향도 생겼다.

西獨에서는 Jauernig가 職權探知主義 절차와 辯論主義에 의한 訴訟에 있어서의 訴訟物은 다르다는 견해를 주장하였고,⁽¹²⁾ Gottfried Baumgärtel은⁽¹³⁾ 각각의 訴의 종류에는 별도의

(10) A. Blomeyer의 비판(각주 6) 참조.

(11) 위의 주 3; 또한 Habscheid, *Streitgegenstand*, S. 75 m. Nw. 참조

(12) *Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand*, 1967; 그에 대하여 Habscheid, *Bestimmen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime den Streitgegenstand?*, *FamRZ* 1971,

訴訟物概念이 있다고까지 주장하였다. 그리고 日本에서는 損害賠償請求訴訟에 있어서조차 그 청구가 積極的 損害에 관한 것인지, 消極的 損害에 관한 것인지에 따라서 訴訟物이 다르다는 견해가 주장되며 日本 最高裁判所까지도 이 견해를 지지한다.⁽¹⁴⁾

II. 근래의 論爭

이제 새로운 論爭에 관해서 이야기할 차례가 되었다. 이 論爭에서 몇가지 예로 든 명제만 보더라도 判例도 인정하고 있는 統一的 概念이 사라지고 우리가 概念의 혼란 속에 휘말려 들 위험이 나타나고 있음을 알 수 있다.

1) 訴訟物概念은 통일적이다.

이 主張으로써 나는 새 이론에 대항한다. 그 근거는 다음과 같다:

우선 Jauernig가 주장한 辯論主義와 職權探知主義에 있어서의 訴訟物概念의 차이는, 訴의 근거를 이루는 事實에만 해당될 수 있다. 즉 두 원칙은 누가 事實主張의 “지배자”이나, 當事者인가(辯論主義의 경우) 아니면 法院인가(職權探知主義의 경우) 하는 문제에 대한 대답이다. 生活事實關係가 請求의 근거가 되는 事實複合體라면, 이 원칙들은 누가 事實을 주장함으로써 또는 事實을 밝힘으로써 그 生活事實關係를 “채워야” 하느냐를 말해주는 것이다. 100,000 DM의 지급을 구하는 訴에 있어서 “매매—양도—소비”라는 生活事實關係는 그대로 남아 있고, 이 事實關係를 이루는 개별적인 요소들을 訴訟에 끌어들이는 것, 즉 訴를 완전하게 상세히 설명하는 것은 辯論主義에 있어서는 當事者의 임무이고, 職權探知主義에 있어서는 法院이 그 임무를 부담한다. 이는 訴訟物 그 자체와는 아무 관련이 없다.⁽¹⁵⁾

다음으로 訴訟物의 특징이 訴의 종류에 따라 다르다는 견해를 본다. Windscheid가 “타인에게 어떤 行爲나 不作爲를 요구할 權利”라고 정의한 의미에서의 “請求權”을 請求하는 履行의 訴로부터 訴訟物 論爭이 비롯된 것은 사실이다. ZPO는 이렇게 實體法上的 請求權에 의지하여 訴訟物의 뜻으로 “Anspruch”를 흔히 사용한다. 그러나 그러한 “請求權들”만이 訴訟의 대상이 될 수 있는 것이 아니라는 점은 논란의 여지가 없다. 確認의 訴에는 (보통) 請求權이 기초되어 있지 않고, 形成의 訴는 形成訴權의 실현에 이바지한다. 따라서 訴訟物을 정의함에는 確認의 訴와 形成의 訴도 마찬가지로 포함하는 현상을 나타내도록 해야 한다.

確認의 訴와 形成의 訴는 — 실제적 핵심을 보면 — 履行의 訴의 “아이들”이다. Windscheid가 고전적으로 되어버린 請求權의 정의를 위에서 본 것처럼 오늘날 § 194 BGB에 나

297 ff. 참조.

(13) Zur Lehre vom Streitgegenstand, *JuS* 1974, 69 ff.

(14) 이에 관하여는 Sakamoto(주 8), §89, 10.

(15) 이 점은 Habscheid(주 12).

타나 있는 대로 내렸을 때, 그는 確認의 訴의 특수성을 아직 알지 못했다. 뒤에 사람들은 이를 실제적인 確認請求權을 訴로써 주장하는 형태라고 여겼다. 스위스의 연방법원은 確認의 訴의 適法性を 여기에 근거를 두었고 또 오늘날도 두고 있다.⁽¹⁶⁾ 그리고 실제적 形成訴權을 관찰시켜야 하는 形成의 訴에 관하여는, 그런 權利가 있다는 것을 그 때까지 Windscheid는 알지 못했다. 形成의 訴라는 특별한 權利保護形態는 바로 금세기의 산물이다.

그러므로 訴訟物理論은 그 개념이 세가지의 權利保護形態를 모두 포함하도록 개념 형성을 하여야 한다. 訴訟法說의 개념정의가 이것을 고려한 것이다.

이제 所有權確認의 訴를 보자. 여기서 權利主張은 原告가 어느 물건의 所有者라는 主張이며, 要求라는 말을 택한다면 “原告가 자신의 어느 물건에 대한 所有權의 확정을 요구한다”가 된다. 어쨌든 이 權利主張, 이 要求는 여기서 어느 특정의 法律關係, 所有權을 지향한다. 이로써 특정의 성질을 가진 權利——所有權——가 法官의 判決을 받기 위하여 내 세워진다. 權利主張——要求——은 履行의 訴에 있어서처럼 내용적으로만 개괄된 것이 아니라 어느 특정의 實體法과 결합되어 있다.

民事訴訟에서의 訴訟物에 관한 글에서 나는 이미 訴訟物을 이렇게 세분하여 정하는 것은 法律이 이를 허용하고 또는 (그리고) 原告가 그에 관하여 保護의 가치가 있는 利益을 가질 때에는 적법하다고 언급하였다.⁽¹⁷⁾ 이러한 세분화의 이익은 履行의 訴의 경우에는 원칙적으로 부정해야 한다. 그러나 確認의 訴의 경우에는 法律 스스로가 “어느 法律關係의 존재 또는 부존재의 確認”을 위하여 이 訴의 形態를 마련함으로써 (§ 256 ZPO) 그 세분화를 가능하게 하였고, 나아가 이런 세분된 權利確定을 하는 데에 原告가 法律上的 利益을 가져야 한다고 요구한다.

確認의 訴에 대한 이러한 귀결은 “訴訟法論者”들이 訴訟物을 實體法으로부터 분리시킨다고 한 實體法說의 비난이 어긋났다는 것을 보여준다. 民事訴訟에서는——물론——實體法的 權利의 실현이 문제된다. 그러나 이 權利는 訴訟의 目標(原告가 이루려는 것)에 맞추어져 있다. 그러므로 訴訟物의 “외형”은, 그 안에 예컨대 原告가 100,000 DM의 지급이나 물건의 인도를 요구하는 것만이 문제될 수 있는 履行要求 뿐만 아니라 특정의 法律關係에 관련된 具體的 主張도 포용할 수 있을 정도로 넓어야 한다.

그리고 確認의 訴의 請求의 原因, 즉 生活事實關係에 관하여는, 履行의 訴에 있어서와 다른 것이 없다. 그것은 항상 訴訟物에 속한다. 請求原因은 絕對權 確認의 訴를 식별하는데 아무 쓸모가 없다는 Nikisch의 명제는⁽¹⁸⁾ 잘못되었다. 이미 ZPO의 理由書는 적절하게

(16) Habscheid, *Lehrbuch*, Nrn. 429 ff, 435 참조; 연방법원은 바로 “確認請求權(Feststellungsanspruch)”이라고 한다.

(17) *Streitgegenstand* S. 151 ff.

(18) *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1935, S. 14 ff.

도 “명시적 法的 根據 없는” 訴로서의 確認의 訴는 허용하지 않는다.⁽¹⁹⁾ 所有權 確認의 訴가 “讓受”를 이유로 하였으면, 그것이 棄却될 경우 所有權이 완전히 부정되는 것은 아니다. 따라서 原告에게는 그 訴를 반복하고 이번에는 相續을 근거로 할 길이 열려 있다. 그것은 하나의 다른 生活事實關係인 것이다.

Nikisch의 견해를 기초로 한다면, 所有權은 請求棄却判決로써 간단히 부정될 것이다. 그러나 이것은 결과를 놓고 보아도 이미 옳지 않다. 뿐만 아니라 이런 判決은 辯論主義에 위반된다: 當事者들은 讓渡를 둘러싼 관계만 다루었고, 法官은 그가 알았더라면 다루었었을 相續을 다룰 수가 없었기 때문이다.

確認의 訴는 — Baumgärtel의 견해와는 달리 — 우리의 개념 정의에 포함됨을 알 수 있다. 訴訟物이 특정의 生活事實關係에 기한 形成要求로 이루어진 形成의 訴에도 같은 것이 적용된다.

日本에서는 損害賠償請求訴訟에 관하여, 訴訟物은 주장된 損害에 따라 각기 다르다는 견해가 주장된다,⁽²⁰⁾ 이런 구분은 독일의 문헌에선 찾을 수 없다. 그래도 그 견해가 損害 종류에 따라 實體法的으로 나는 것은 양 法秩序에 특징적인 개념적 구별에 도움이 된다. 損害의 種類에는 積極的 損害(예컨대 身體傷害)와 消極的 損害(신체 상해로 인한 逸失利益)가 있다; 나아가 그 損害가 財産的인 것일 수도 있고 精神的인 것일 수도 있다.

生活事實關係는 損害賠償請求의 訴에 있어서는 加害의 結果, 그 가해에 앞서 있었던 일 그리고 그 가해의 뒤에 있는 일이다. 그 결과 請求의 原因은 적극적 損害 뿐만 아니라 소극적 損害도 포함한다. 權利主張, 즉 예를 들면 100,000 DM 지급의 요구에 있어서는 이를 원칙적으로 實體法에서 강제된 積極的 및 消極的 損害라는 두 관점에서 심리하여야 한다. 그러나 이것이 原告는 財産上의 損害의 要求를 제한할 수 없다는 것을 의미하지는 않는다. 그는 이것을 請求趣旨를 적절히 제한함으로써 할 수 있다. 그러나 그렇게 되면 그의 訴는 一部請求가 되고, 이에 대한 裁判이 대부분 逸失利益을 추가로 청구하는 경우에 대한 先決問題가 된다.

財産的 및 精神的 損害에 관하여는 日本 最高裁判所는, 결국 하나의 實體法上的 請求權이고 그래서 — 最高裁判所의 實體法的 관념이 바탕을 이루어 — 하나의 訴訟物이라는 입장을 표명하였다.⁽²¹⁾ 여기서 最高裁判所는 慰藉料 請求權은 財産的 損害賠償請求權을 보충하는 것이라고 하고, 그래서 原告가 재산적 손해 8백만엔과 정신적 손해 2백만엔, 합쳐서 천만엔을 訴求한 경우에, 法官은 原告가 통털어서 천만엔보다 많이 받아서는 안된다, 따라서 7백만엔을 財産的 損害, 3백만엔을 精神的 損害의 賠償으로 인정할 수 있다는 점을 전

(19) 그에 관하여는 Habscheid, *Streitgegenstand*, S. 191 ff. (194, 195).

(20) 위 주 14를 참조.

(21) *Minshu* Bd. 27, Nr. 3, 419. 그에 관하여는 Sakamoto(주 8) § 10 II.

제로 해야 한다고 하였다.

이 判決은 활발한 논쟁을 불러 일으켰다.⁽²²⁾ 사실은 實體法的으로 두 종류의 損害賠償이 서로 명백히 다르고, 이는 적극적 손해와 소극적 손해의 구별보다 더 명확하다는 점은 의심할 여지가 없을 것이다. 그러나 訴訟法的 觀點에서는 訴訟物은 두 實體法上的 請求權을 다 포섭하고 있고, 이 경우는 천만엔의 지급을 請求한 것, 그리고 請求의 原因, 즉 전후 사정을 포함한 事故에 있어서, 訴訟物은 두 實體法上的 請求權을 모두 포함한다고 보아야 할 것이다. 이렇게 설명했다라면 더 깔끔한 논거가 되었을 것이다.

그럼에도 불구하고 나는 독일의 判例를 따르고,⁽²³⁾ 일견 타당해 보이는 이 원칙을 좇지 않는다.

訴訟物은 訴訟法說에 의하더라도 主張된 權利이며, 내용적으로 질적이 아닌 양적으로 特定된 것에 불과한 權利이다. 그러나 이것이 하나의 權利임에는 변화가 없다. 그래서 實體法的 明確한 基本적 결정도 —— 여기서는 慰籍料의 예외적 성격 —— 訴訟法에 관철된다. 내가 “訴訟物”에서 이 점에 관하여 적은 생각을 30년 이상 지난 오늘에도 그대로 유지한다 :

“訴訟物을 訴訟法的으로 고찰함에 있어서” ...여기서... “하나의 異物質이라고 보는 경향이 있을 수 있다. 그렇더라도 이것(이 예외)을 부정할 것이 아니라 긍정해야 한다. 이런 견해는 精神的 損害賠償請求權의 특이한 성격에서 그 정당성의 근거를 찾을 수 있다. 우리 民法이 원칙적으로 非財產上的 損害의 賠償도 허용했다라면(그러나 § 253 BGB^(역주2) 참조), 아마도 여기서 인정되는 예외적 규율의 계기는 생기지 않았을 것이다...”⁽²⁴⁾

2) 新實體法說

각각의 제쟁 實體法的 權利가 하나의 訴訟物을 이룬다는 원래의 實體法說은 오늘날 전혀 또는 거의 주장되지 않는다. Jauernig와 Baumgärtel의 주장도 Windscheid의 民法上的 請求權概念으로의 복귀를 말하는 것이 아니다. 또한 請求權競合理論이 법적 분쟁을 될 수 있는 대로 철저히 재판하기 위해서 필요한 法官의 영역을 제대로 보장해 주지 못하며, 또 當事者, 특히 보통 그의 訴가 법적으로 어떻게 구성되느냐에 관심이 없는 原告의 이익과 일치하지도 않는다. 그래서 새 이론은 하나의 事實關係에서 나온 여러 개의 實體法上的 請求權을 새로운 종류의 하나의 實體法上的 請求權으로 결합시키려고 한다.

이 입장을 취하는 사람으로는 Larenz,⁽²⁵⁾와 Josef Esser,⁽²⁶⁾ 그리고 여러 개의 actio가 하

(22) 이에 관하여는 Sakamoto, a.a.O. § 10 II, 2.

(23) 이 判例에 대한 평석은 Streitgegenstand, S. 218/219.

(역주 2) “財産上的 損害 아닌 損害의 金錢賠償은 法律에 정해진 경우에만 이를 請求할 수 있다.”

(24) Streitgegenstand S. 218 및 여기서는 특히 BGH Großer ZS, JZ 1955, 670 ff. = NJW 1955, 1675 ff.

(25) Schuldrecht Bd. 2, 11. Aufl. § 75 N.

(26) Schuldrecht 2. Aufl. § 23; Esser/Schmidt, Schuldrecht Allg. Teil, 5. Aufl. Bd. 1, § 2 I, 2.

나의 단일한 “處分目的”을 이루는지가 중요하다고 한 Henckel⁽²⁷⁾이 있다. Grunsky도⁽²⁸⁾ 處分目的을 기준으로 본다. 끝으로 Georgiades는⁽²⁹⁾ 그 결합은 단일한 目標를 기준으로 하여 이루어져야 한다는 견해이다.

나는 앞에서 이 새 理論을 “같은 現象을 설명하는 다른 方法”이라고 말하였다.⁽³⁰⁾ 즉 밝은 빛 아래에서 보던 이 이론은 訴訟法에서 얻어진 더 넓은 請求權 概念을 實體法에 심은 것이다. 위에서 말한 몇몇 저자들은 이것을 인정하며, 다른 사람들은 동시에 “訴訟法論者”들이 해 놓았다는 實體法과 訴訟法의 분리를 비판한다.

원래는 우리의 문제를 實體法으로 되돌려 보내는 것을 탓할 것은 아니었다. 그랬더라면 전래된 actio체계를 訴訟法으로부터 분리시키려는 하나의, 아마도 결정적인 자극을 實體法이 받아들였을 것이다.

그러나, Karl Heinz Schwab은 이를 위하여는 法改正이 필수적일 것이라고 적절히 지적하였다.⁽³¹⁾ 개별적인 actio를 확대된 하나의 實體法上的 請求權의 “法律的 觀點”으로 강등시키는 이 思考가 그럴 듯하긴 하지만, 消滅時效期間이 다르고, 그것이 “契約에 기한 것이나 不法行爲에 기한 것이나”에 따라 立證責任이 달리 규율되며, 한 “法律的 觀點”은 相計에 적합하고 다른 하나는 그렇지 않다는 사실은 그대로 남아 있다. 이것이 그대로 남아 있는 한 實體法上的 의미에서의 단일한 “請求權”은 아니다. 따라서 履行의 訴에 있어서도 訴訟法的 의미에서의 訴訟物은 주장된 實體法上的 請求權과 동일시 될 수 없다는 점에는 변함이 없다.

3) Peter Böhm의 理論

“訴訟物을 둘러싼 論爭”이 널리 퍼져 나갈 뿐 아니라 계속 다시 再燃된다는 것은 1986년의 Kralik 紀念論文集에 실린 Peter Böhm의 論文인 “Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel”이 보여 주었다.⁽³²⁾ Böhm도 “生活事實關係에 대한 불안”을 갖고 있다. 그도 의견상 다시 현대화된 “實體法으로의 복귀”라는 경향을 벗어날 수 없어서 三元的인 訴訟物概念을 제안하고 있다. 그에 의하면, 權利保護의 目標(이것은 要求나 裁判의 기초가 되는 權利主張과 다를 것이 없다)와 근거가 되는 事實이 訴訟物을 특정함은 틀림이 없지만, 그러나 事實關係는 적용할 法規範의 도움으로 정리되어야 한다. 이 規範들이 같은 기능을 가지는 한, 이것이 그 한도에서 法的 效果(權利保護의 目標)와 事實關係의 단일성을 특정

(27) *Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1968.

(28) *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Aufl. S. 27 ff., 특히 40.

(29) *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, 1968.

(30) 나의 Rimmelspacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandslehre im Zivilprozeß*, 1970에 대한 ZJP 84, 360의 書評 참조.

(31) Rosenberg/Schwab, *Zivilprozeßrecht*, § 96 III, 4.

(32) S. 83 ff.

(33) A.a.O. 특히 121 ff.

짓기 때문에, 訴訟物에 포함된다는 것이다.⁽³³⁾

“개개 이론의 본질적 概念 要素들을 받아들이고, 비판적으로 수용하며, 종합적인 概念으로 통합하는 것”이 Böhm이 선언한 목적이다.⁽³⁴⁾ 내가 보기에는 Böhm이 너무 많은 것을 한다. 그는 서로 상치되는 것을 “하나의 모자 밑으로” 가져가려고 시도한다. 게다가 그의 공식은 비실제적이다. 그것은 實體法上的 서로 다른 權利들이 동일한 機能을 하는가 하는 문제에 관하여 사람들이 흔히 다투며 심지어는 法律家들 사이에서도 다툼이 있기 때문이다. 生活事實關係의 단일성에 관한 다툼이 오히려 문외한에게는 더 알기가 쉽다.

따라서 “實體法的으로 뿐만 아니라 訴訟法的으로도 해결”하려는 Böhm의 시도는 실패한 것이다. 그러므로 문제를 實體法的 觀點에서 보든가 訴訟法的 觀點에서 보든가 종전처럼 둘 중의 하나를 선택하여야 한다.

結 論

新實體法說은 아직도 그렇다고 극력 주장될지도 모르지만 訴訟法을 實體法으로 복귀시키자는 것을 의미하지는 않는다. 이 이론은 종래의 實體法的인 관념으로의 복귀는 주장하지 않는다. 오히려 民事訴訟에 있어서의 訴訟物의 관념에 따라서 새로운 實體法上的 請求權을 정립하려고 시도한다. 만일 이 목표가 달성되면 아마도 축하받는 자도 그의 訴訟法說을 처분하려고 내놓아야 할 것이다. 그러면 이 理論은 그것이 이루려고 한 것보다 더 많은 것을 성취하게 된다.

그러나, 民法上的 請求權 概念을 새로이 구성하는 것도 訴訟上으로는 履行의 訴에 국한된다. 確認 및 形成의 要求는 문 밖에 남아 있다. 訴訟法說은 일반적인, 모든 權利保護形式을 포괄하는 訴訟物 概念을 명확히 하고 그리하여 迷路에서 빠져 나올 수 있는 길을 인도하는 실용치를 實務에 건네주는 장점이 있다.

(34) A.a.O. 121.