

독일의 민사소송연구 50년 : 구성주의에서 국제적 개방으로*

게르하르트 발터**

崔 秉 祚*** 譯

[일러두기]

이 글은 베른대학교의 게르하르트 발터교수가 이탈리아 민사소송법학자협회(Associazione Italiana fra gli Studiosi del processo civile)와 피렌체대학교(Università degli Studi di Firenze)가 조직하고 1997년 9월 27일 피렌체에서 개최되었던 《민사소송연구 50년》에 관한 학술대회(Convegno su 《Cinquanta anni di studi sul processo civile》)에서 이탈리아어로 한 연설문으로서, 이탈리아의 민사소송법잡지인 *Rivista di diritto processuale* 53/1 (Gennaio-Marzo 1998), 36-52에 게재된 것을 번역한 것이다. 원문에 충실하게 옮기고자 하였다. 그래서 연설문체를 그대로 살렸다. 또 독일어를 쓴 것은 그대로 독일어로 살리고 이탈리아어문만 우리말로 옮겼다. 독일어나 영어 등에 이탈리아어 번역이 붙지 않은 것은 역자가 []로 국역을 붙였다. 이탤릭체로 된 강조는 고딕체로 대체하였다. 인용부호는 원문의 《》를 그대로 살렸다. 그러나 지명 등은 이탈리아식이 아닌 독일어 원어대로 표기하였다(예: Stoccarda 대신 Stuttgart). 그 밖에 눈에 띄는 오식은 표시함이 없이 바로 잡았다. 초고를 서울대학교 법과대학의 민사소송법 전문가인 호문혁 교수께서 읽어보시고 몇 가지 개선점을 지적해 주셔서 대부분 수용하였다. 이 자리를 빌어 깊이 감사드린다.

A. 서 론

나에게는 지난 50년간의 독일에서의 민사소송연구의 역사적·학문적 파노라마를 논하는 커다란 명예가 맡겨졌습니다. 그러나 나는 나의 발표에서 교수들의 《연구》에 국한하지 않고 오히려 — 가능한 한 — 또한 입법과 판례도 포괄하려고 합니다. 독일에서는 이론(교수들)과 실무(입법/판례) 사이에 결실을 맺는 상호교환이

* 이 글의 원제는 Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania : Dal costruttivismo all'apertura internazionale 이다.

** Gerhard Walter : 베른대학교 정교수

*** 서울대학교 法科大學 教授

존재하는데, 이것은 무엇보다도 판사의 기능도 담당하는 교수들의 수가 항상 증대하고 있다는 점에서 드러납니다. 때때로 교수들은 심지어는 그들의 제안들이 입법자에 의하여 실현된 것을 보는 성공을 거두기도 합니다(나는 물론 소위 《슈투트가르트 모델》과 프리츠 바우어(Fritz Baur)의 업적들을 암시합니다).

나의 이 논고는 — 물론 — 제2차 세계대전 이후의 입법, 가장 중요한 판례 및 민사소송법학의 발전에 관한 완벽한 報告를 제공할 수는 없습니다. 대신에 나는 전체국면과 세 부분의 거친 혼합물을, 과거의 발전들과 미래를 위한 전망들에 중점을 두고서, 제시하고자 시도할 것입니다. 나는 가능한 좋은 방식으로 의장이자 동료인 화잘라리(Fazzalari)의 바람에 부응하기를 바랍니다. 그는 1996년 10월 22일자 초대 편지에서 이렇게 썼습니다: 《만일에 그들이 이탈리아의 연구들과 또한 어떤 관계 또는 만남을 가진다면 분명 그 사건은 환영받을 것입니다.》

B. 개별적 발전

《그러나 것처럼 많은 독일 소송법학자들의 부주의 속에서 국민적 소송법학의 시기는 끝나려 한다》 — 이렇게 독일소송법학자협회 회장이 《20세기가 끝나는 시기의 민사소송법학자》¹⁾에 관한 한 논고에서 확인하였습니다. 나는 이러한 (어쩌면 약간 충격적인) 평가에 동조하는데, 이러한 평가를 이미 타오르미나(Taormina)의 학술발표회에서 표현한 바 있습니다²⁾. 그러나 나는 이 논고의 끝부분에서 이러한 관찰로 되돌아오기 전에 독일에서의 민사소송의 최근 50년을 조망해 보려고 합니다.

준거점으로서의 나의 존경하는 대가 프리츠 바우어(Fritz Baur)의 *Entwicklungslinien des Zivilprozessrechts in den Jahren 1947-1987* (1947년-1987년간의 민사소송법의 발전노선)³⁾에 관한 報告가 활용됩니다. 그렇지만 다름 아닌 최근 10년에 있어서, 즉 1987년부터 1997년까지, 독일에서는 통일(과 유럽연합의 공고화)의 결과로 심대한 격변이 있었기 때문에 나의 報告는 제반사정상 프리츠 바우어의 보고의 단순한 속편 이상의 어떤 것입니다. 이제 개별적인 국면들을 하나 하나 살펴봅시다.

1) Rolf Stürmer, *Der deutsche Prozessrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts*, in *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhundert*, Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag (1997), p.829ss. (838).

2) Cfr. 줄고, *Aspetti internazionali del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, p. 1159ss. (p. 1174: 《...소송법의 통일화 또는 적어도 조화의 경향》).

3) *NJW* 1987, p. 2636ss.

1. 출발점: 독일소송법학의 본질적 성격인 체계적 구성주의.

(a) 이탈리아 근대소송법학파의 창립자인 쥬젠페 끼오벤다(Giuseppe Chiovenda)와 더불어 이탈리아에서는 독일적 체계화가 뿌리 내렸습니다: 이것은 엘리오 파잘라리(Elio Fazzalari)가 그의 이탈리아 소송법학에 관한 글 “Dall’ 《azione》 al 《processo》 (1864-1994)” (“訴權”에서 ‘소송’으로 [1864-1994])⁴⁾에서 확인한 것입니다. 그리고 또 다른 이탈리아 필자, 즉 카르넬루티(Carnelutti)가 독일의 잡지 *Zeitschrift für Zivilprozess* (민사소송잡지)에서 독일의 법학이 — 19세기에 — 소송(procédure)에서 소송법(diritto processuale)이 발생하도록 하였다, 즉 手工的 성격을 띤 분야의 기술이 法 部門의 수준으로 고양되었고, 소송은 과학의 한 대상으로 승인되었다고 확인하였습니다.

끼오벤다의 이론의 양대 지주 모두가 독일기원입니다⁵⁾: 《訴權》(Klage)의 관념이든, 《소송법률관계》(Prozessrechtsverhältnis)의 관념이든, 바하(Wach), 코올러(Kohler), 뷔로우(Bülow), 헬비히(Hellwig) 등과 같은 독일 소송법학자들의 노력에 의해 재획득된 것입니다. 나는 이 점에 관하여 지체할 필요가 없습니다: 여러분은 — 수많은 이탈리아 동료학자들의 연구에 의하여 — 오늘날의 세대의 많은 독일 소송법학자들의 이러한 발전을 잘 추적하고 있습니다.

(b) 그렇다면 독일의 이 법학의 특성(proprium)은 무엇이었는가? 그것은 이 점에 있었습니다⁶⁾ — 민법의 판택텐법학과 유사한 방식으로 — 19세기말/20세기초의 소송법학이 로마와 보통법(ius commune)의 法源을 하나의 근대적 체계 속에서 재가공하였다는 점 말입니다: 그래서 *Rechtsschutzanspruch*(권리보호청구권), *Klage-recht*(訴權), *Einlassungszwang*(應訴強制), *Prozessrechtsverhältnis*(소송법률관계), *Prozesslage*(소송상태), *Prozesshandlungen*(소송행위) 등과 같은 논제들이 지배하였습니다.

(c) 소송에 관한 이러한 고찰방식은 — 이제 우리는 현대에 도달했습니다 — 제 2차 세계대전을 넘어서 지속되었습니다. 다음에서는 나는 단지 독일 동료학자들의 몇몇 저작, 즉 단행본과 교수자격논문들만을 인용하고자 하는데, 어떤 것을 특히 칭찬하거나 또는 빼놓음으로써 어떤 것을 평가절하하기 위해서가 아니라, 체계적인 구성이 계속해서 독일 소송법학의 특징이었음을 보여주기 위해서입니다. 문제가 되

4) In *Riv. dir. proc.* 1994, p. 911ss (914).

5) 충분한 전거를 갖춘 다음의 심도 있는 논고를 참조하라: Fazzalari, *loc. cit.* 및 N. Trocker, *Der Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft auf die italienische Prozessualistik*, in *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen (Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e. V. Band 5)* 1991, p. 121ss.

6) 同旨 Rolf Stürmer, *loc. cit.* pp. 830/831의 요약.

는 것은 다음의 저자들과 주제들입니다:

- Baumgärtel, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 2. Auflage 1972 (민사소송에 있어서 당사자의 소송행위의 본질과 개념, 제2판 1972)⁷⁾
- Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, 1970 (소송법과 실체법)
- Konzen, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, 1976 (소송당사자 간의 법률관계)
- Zeuner, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, 1959 (법적 의미연관의 범위 내에서의 기판력의 객관적 범위)

계속해서 선호된 대상이었던 것이 *Streitgegenstand*(소송물)의 이론이었는데,⁸⁾ 이 이론은 비단 전쟁 직후뿐만 아니라 또한 그 후속시기에도 소송법학의 중요한 주제가 되었고, 현안을 다룬 문헌에 반향되었습니다⁹⁾. 나는 단지 다음의 것들만을 인용하겠습니다:

- K. H. Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1954 (민사소송에 있어서 소송물)
- Habscheid, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 1956 (민사소송의 소송물과 非訟재판의 쟁송절차의 소송물)
- Henckel, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961 (민사소송에 있어서 당사자론과 소송물)
- Jauernig, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand*, 1967 (변론주의, 규문주의와 소송물)
- Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilprozessrecht*, 1970 (민사소송법상의 청구권경합)
- Rimmelpacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, 1970 (민사소송에 있어서 실체법상의 청구권과 소송물문제)

이밖에 *Prozessmaximen*[소송원칙]이론이 계속하여 특별한 관심의 대상이었습니다. 나는 여기서는 다음의 노력들을 인용하는 것으로 국한하겠습니다:

7) 이 주제에 관하여는 새로이: K. H. Schwab, *FS Baumgärtel*.

8) 고전: Arthur Nikisch, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen 1935.

9) 다음의 논문들을 참조하라: K. H. Schwab, *Festschrift Lüke*; Baumgärtel *JuS* 1974; *Lent ZZP* 65 (1952) + 72 (1959); Habscheid, *FS Schwab* + *ZVerglRWiss* (부록에 문헌).

- Arens, *Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess*, 1971 (민사소송에 있어서 구술주의와 소송의 신속화)
- Brehm, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, 1982 (법관의 당사자주장에의 기속과 자유로운 변론평가의 한계)
- Damrau, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, 1975 (1877년 帝國민사소송법 이래의 개별적 소송원칙들의 발전)

이런 인용된 노작들에서는 아직 전통적 구성주의적인 이러한 주제들로부터의 거리가 포착되지 않지만, 그러나 이미 소송의 현대적 문제들에 대한 일정한 개방이 인식될 수 있었습니다. 예컨대 다음의 책들에서 그렇습니다:

- Arens, *Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess*, (민사소송에 있어서 구술주의와 소송의 신속화)

이러한 경향은 1975-1985년의 10년간에 강화되었는데, 이 기간 중에는 — 일거에 — 증거법의 문제들이 관심의 중심으로 들어왔습니다. 증거법의 이론의 출발점 — 즉 입증책임의 규칙들 — 을 상대적으로 교의적인 방식으로 틀을 잡고 체계를 잡아야 했습니다. 그렇지만 우리가 증거 평가의 문제들 및 증거 기준의 문제들과 관계하는 경우에는 비단 제어되지 않은 판례상의 決疑論을 고정된 규칙들로 틀잡는 작업뿐만 아니라(이것은 작업의 《구성적》 부분이다), 또한 오히려 기술적 진보로부터 법정책이 이끌어낸 결과를 논하는 것이 문제입니다.

라이폴트(Leipold)의 *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, 1975 (입증책임규칙들과 법률상의 추정)에 관한 첫 노작을 그후 다음과 같은 단행본들이 뒤를 이었습니다.

- Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, 1975 (민사소송에 있어서 입증책임의 기초)
- Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 1976 (민사소송의 당사자들의 해명의무)
- Gottwald, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, 1979 (손해귀속과 손해산정)
- Walter, *Freie Beweiswürdigung*, 1979 (자유심증주의)
- Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983 (입증책임의 현대적 제문제)

그리고 또 (요약적 내용)

- Leipold, *Beweismass und Beweislast im Zivilprozess*, 1985 (입증정도와

입증책임)

(d) 소위 사회적 민사소송의 문제들은 — 이것은 사실입니다 — 70년대에 사회과학(과 부분적으로는 법조)에서 일정한 흥성기를 가졌습니다. 여기서는 다음의 저작들만을 언급하고자 합니다:

- ▣ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Auflage 1987 (절차를 통한 정당화)
- ▣ Wassermann, *Der politische Richter*, 1972 (정치적 법관)
- ▣ Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, 1978 (사회적 민사소송)

그러나 독일의 민사소송법학은 이 주제를 상세히 다루지 않았습니다. 도대체가 이 방향으로 — 부분적으로는 이미 전쟁 직후에 — 적시할만한 것으로 간주된 2개의 주제를 지적할 수 있을 뿐이며, 그것은 다음과 같은 논제들입니다:

- 헌법과 민사소송, 및
- 민사소송의 신속화

프리츠 바우어(Fritz Baur)는 처음으로 그의 *AcP*에 실린 논문(1953)¹⁰⁾에서 소위 *Anspruch auf rechtliches Gehör*(재판을 받을 권리)를 주제화하였고 — 이와 함께 충분히 강력한 방식으로 오늘날까지 독일판례를 바쁘게 해야만 했던 하나의 주제를 공략하였습니다. 이 논고는 — 레르헤(Lerche)와 초이너(Zeuner)의 《재판청구권》의 의미와 범위에 관한 논문들과 마찬가지로 — 이탈리아에서도 지속적인 반향을 발견하였습니다 (트록커[Trocker]의 *Processo civile e costituzione*, 1974 [민사소송과 헌법]이 생각될 수 있습니다); 초이너(Zeuner)의 변호권과, 슈만(Schumann)의 헌법재판소(Corte Costituzionale)의 결정들이 민사소송에 미치는 영향에 관한 저작들에 대해서도 같은 것이 타당합니다.

나아가, *Access to justice*(司法에의 접근)의 문제가 다음과 같은 저작들의 주제입니다:

- ▣ Dütz, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht*, 1970 (私法에 있어서 법치국가적 재판에 의한 보호)

헌법과 민사소송의 관계에 관하여는 아주 늦게 특히 심도 깊은 방식으로 다음과 같은 저작들이 다루었습니다:

- ▣ Schumann, *Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess*, 1983 (연방헌법재판소, 기본법과 민사소송)
- ▣ Schwab/Gottwald, *Verfassung und Zivilprozess*, 1984 (헌법과 민사소송)

이 밖에 소송의 신속화의 주제가 특별한 관심을 발견했는데, 이 주제는 프리츠 바우어(Fritz Baur)가 1966년 *Wege zu einer Konzentration der mündlichen*

10) *AcP* 153 (1954), p. 393ss.

Verhandlung im Zivilprozess(민사소송에 있어서 구술변론의 집중화 방안)라는 제목의 저작에서 시발하였습니다. 이 논제에 관해서는 나중에 다시 다루겠습니다(후술 3c).

(e) 이 지점에서 내가 중간결론을 내리는 것을 허용해주시 바랍니다: 《파시즘 시기의 파국 후에도 독일의 소송법학은 구성적 교의학에서 새로운 확실한 증거점을 보았는바, 이것은 오랜 전통들의 재생을 허용하였다 — 분명 과거의 그늘 없이》¹¹⁾. 《이데올로기는 오히려 파괴적인 인자로서 두려움의 대상이었고, 중립화하는 체계에 충실이, 그의 . . . 객관적 기능에 대한 신뢰를 바탕으로, 선회되었다.》¹²⁾

우리는 이제 소송법학 밖의 민사소송의 발전으로 눈을 돌려봅시다.

2. 법상태의 복원과 법통일의 복원

최근 50년간 독일은 2차에 걸쳐서 법상태의 복원과 독재시기 및 합법성 결여의 상태 후의 법의 통일이라는 과제와 대면하지 않으면 안되었습니다.

(a) 1945년 연합국에 의한 *Reich*[帝國]의 점령과 함께 法停止의 상태(*iustitium*)가 현실화하였습니다; 이어서 실체법과 소송법은 오늘날 더는 상상할 수 없는 방식으로 斷片화된 상태였습니다: 《입법권》은 *Kontrollrat*(관리위원회, 즉 4 연합국의 공동기관)와 점령 4개 지역에서는 軍政에 의해 행사되었습니다; 일정한 범위에서 또한 *Länder*[諸州]의 정부가 가세하였습니다 등등.¹³⁾

BGB(민법전), GVG(법원조직법)과 ZPO(민사소송법)과 같은 기본적인 법률들은 점령지역에 따라서 수정되고 단편화되었습니다. 그러므로 하나의 《統一法域》에 대한 회구는 이해할 수 있는 사항입니다; 그러나 이에 앞서 하나의 법상태의 원칙들이 지배해야만 했던 국가통일의 복구가 필요하였습니다.

(aa) 1949년 5월 23일자 독일연방공화국의 *Grundgesetz*(즉 헌법)는 법원조직과 법상태의 제원칙에 부합하는 하나의 절차의 복구를 가져왔습니다. 다음과 같은 사항에 관련된 조항들은 바이마르공화국 헌법에 대한 특히 중요한, 부분적으로는 또한 새로운 존중이었습니다.

- *Rechtsprechungsmonopol*(司法權독점. 제93조)과 법관 및 법관직의 독립(제97조, 제98조)
- 사법권의 5개 분야 내지는 5개 연방법원으로의 구분 (제92조, 제95조)
- 뒤에서 보게 되듯이 해가 지나면서 — 민사사법권에 대하여 매우 중요한 권한, 즉 기본권 또는 헌법이 보장하는 기타 권리의 침해¹⁴⁾에 대한

11) 同旨 Stürmer, *loc. cit.* p. 831.

12) 同旨 Stürmer, *loc. cit.* p. 832 (강조와 생략은 필자).

13) 상세는 Fritz Baur, *NJW* 1987, 2636 (*sub II*).

Verfassungsbeschwerde(헌법소원)의 가능성을 갖는 헌법재판소의 창설(제92조-제94조)

- 《자연인 법관》의 보장(제101조 제2문)을 통한 법원에의 접근권의 보호 및 공권력에 의한 개인권리의 침해시의 사법심사의 개방(제19조 제4항)
- 《재판을 받을 권리》, 제103조 제1항에 의해 보장됨.

(bb) *Grundgesetz*의 기초 위에서 또한 법의 통일성이 복구될 수 있었습니다. 이 일은 1950년 9월 15일부터 법원조직, 민사사법행정, 형사소송 및 사법비용 면에서 법의 통일 복구에 관한 법률에 의해서 일어났습니다.

나는 전쟁 직후의 시기에 이탈리아 소송법학과 독일 소송법학의 관계완화를 설명하기 위하여 이 역사적 배경을 간략히 서술해야만 합니다. 예컨대 엔리코 알로리오(Enrico Allorio)는 1950년 이곳 피렌체에서 열렸던 민사절차 국제학술대회에서 최근의 독일소송법학의 토론능력의 감소를 하소연하였습니다¹⁵⁾.

그는 독일의 새로운 교과서들에서 의견의 생생한 토론이 《정태적인 법의 목록》에 의해 대체되었음을 유감으로 생각했습니다. 그렇지만 이미 트록커(Trocker)도 《독일 소송법학의 이탈리아 소송법학에 대한 영향》에 관한 그의 논고에서 이러한 현상의 動因들을 분명하게 보았습니다: 법통일의 필요성과 《현대화된》 법전에 대한 분석적 주석작업이 독일 소송법학을 점점 더 장악했고, 이리하여 그것이 이 시기에 다른 나라의 법학에 대하여 영향력을 행사할 수 있는 가능성을 막았던 것입니다. 이밖에 (이 점을 묵비해서는 안되는데) 독일은 또한 양차대전과 전체주의적 정권하에서 문화적으로 고난을 받았습니다¹⁶⁾. 나는 트록커(Trocker)의 관찰을 다른 하나의 지적으로써 보완하고자 합니다: 독일은 1급의 인물들을, 즉 또한 소송법학에서도 일급수준의 역할을 했고 — 말살조치를 모면하여 생존한 경우 — 그들의 학문적 연구를 일차적으로 미국에서 (이리하여 *Common Law*의 민사소송에 전념하여) 계속했던 유대인 시민들을 박탈당하였습니다¹⁷⁾.

(b) 하나의 법상태의 庇護하의 법통일의 쇄신된 필요는 1990년 10월 3일의 재통일과 함께 생겼습니다. 1990년 8월 31일자 《독일연방공화국과 독일민주주의공화국간의 독일통일의 재설정에 관한 조약》은 연방공화국의 소송법전들을 舊민주주의공화국의 새로운 *Länder*[諸州]에 몇몇 예외와 유보를 둔 채로 도입하였고, 그리하여 독일에 있어서 법의 통일은 오늘날까지 완전하게 실현되지는 않고 있습니다. 예컨대: *Konkursordnung*(파산법)은 舊민주주의공화국의 영역에는 적용되지 않습니다;

14) Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, 1969년 1월 29일자 법률에 의해 삽입됨.

15) 이 점에 관하여는 Trocker, *loc. cit.*, p. 134 (sub 10).

16) 同旨 Trocker, *loc. cit.*

17) Lutter/Stiefel/Höflich, *Der Einfluß deutscher Emigration auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland* 1993.

1999년 1월 1일부터만 독일에서는 하나의 (새로운) 파산법, 즉 소위 *Insolvenzordnung*[倒産法]이 발효될 것입니다.

3. 법관, 法院 및 소송의 신속화

그 과업의 커다란 부분을 소송법학은 법원조직과 민사소송 분야의 개혁프로젝트들과 협동하는 것으로 부과되었(고 부과되어 있)습니다. 그러므로 나는 이 지점에서 이러한 개혁작업들에 관하여 간략하게 언급하고자 합니다. 이와 함께 나는 동시에 이탈리아와 독일에서의 각 민사소송법전의 발전의 차이점들과 유사점들에 대한 간략한 비교법적 분석을 하려고 합니다¹⁸⁾.

(a) 民事司法개혁준비위원회

민사소송 분야에서 장차의 개혁을 위해 특별한 중요성을 가졌던 것은 《民事司法개혁준비위원회》의 작업이었는데, 이 위원회는 연방법무부에 의해 설립되어 1955년부터 1961년까지 활동하였습니다. 소송법학의 대표자들로서 예컨대 로젠베르크(Rosenberg), 에버하르트 슈미트(Eberhard Schmidt), 씩케(Schönke), 렌트(Lent)와 프리츠 바우어(Fritz Baur) 교수들이 그 위원이었습니다. 그들의 토론과 성찰들은 기록되어 오늘날 불행하게도 잊혀진 한 보고서로 출판되었습니다. 이러한 것이 아주 자주 교수들의 의견의 운명이라는 것은 사실이지만, 바로 이 경우에는 특히 불쾌한 것인바, 왜냐하면 이 보고서에는 오늘날 여전히 현안문제이고 민사소송의 있을지 모르는 개혁을 위해 유관한 거의 모든 문제들이 토론된 것이 발견되기 때문입니다.

예: 관할권에 관한 성찰들과 간이법원과 지방법원간 제1심의 분할을 유지할 것인지 폐지할 것인지에 관한 성찰들, 심급에 관한 성찰들, 법원과 당사자간 책임의 분할에 관한 성찰들, 구술변론의 형식에 관한 성찰들, 법통일의 보장을 위한 상소수단으로서의 *Revision*(上告)에 관한 성찰들, 非訟절차(*freiwillige Gerichtsbarkeit*)에 관한 매우 정밀한 법률에 관한 성찰들 등등.

나는 물론 1994년 12월에 동료 주쥬페 타르치아(Giuseppe Tarzia) 주재하에 설립된 이탈리아의 위원회의 작업이 독일의 위원회의 작업과 같은 운명을 가지지 않기를 희망합니다.

(b) 법원 및 법관에 관한 개혁

민사에 있어서 법원조직(*Gerichtsorganisation*)은 본질적으로 불변인 채로 남았습

18) 이 점에 관하여는 다음의 논문을 충실히 참조하라: Trocker, *Der Einfluss des deutschen Zivilprozessrechts auf die italienische Verfahrenskodifikation*, in *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen* (cf. 위 주 5), p. 139ss.

니다. 제1심 법원은 간이법원과 지방법원으로 남았습니다. 제1심으로 유일한 단독판사가 재판기관으로 있는 유일한 심급을 창설하려는 시도들은 (모든 경우 공식적으로는) 성공하지 못한 채로 남았습니다.

그렇지만 지방법원의 제1심 관할권의 점진적인 감소가 확인될 수 있습니다. 이것은 다양한 입법조치들을 통해 이루어졌습니다:

- 간이법원의 관할권의 거듭된 확대(현재 1만 마르크); 법정책의 프로그램들 중에는 2만 마르크까지 확대하자는 제안까지 발견됩니다.
- 간이법원의 일부로서의 소위 《*Familiengericht*》(가정법원)의 형성; 물론 유일한 단독판사가 재판합니다 (이와 함께 이혼후속관계를 포함하는 모든 이혼사안이 지방법원의 관할권에서 제외되었습니다; 장차 *Familiengericht*의 관할권은 더욱 확대되어야 할 것입니다; *Familiengericht*의 재판에 대한 상소는 지방법원이 아니라 고등법원으로 합니다.)
- 단독심리판사(*giudice monocratico*) 원칙의 강화

1974년 *vorbereitende Einzelrichter*(예심단독판사)가 독일에서는 폐지되었습니다¹⁹⁾. 그렇지만 지방법원 민사부는 그 구성원 중의 1인에게 합의부의 모든 권한을 가지는 단독판사로서 재판하도록 위임 《할》 수 있었습니다(이탈리아 법원조직법 제48조 제3항 참조). 다만 사건이 사실이나 법률적 이유로 특히 어렵거나, 또는 원칙적 중요성을 가질 경우는 예외입니다.

이 권한(*kann*, 즉 《할 수 있다》)은 1993년 1월 11일자 법률에 의하여 *kann soll in der Regel*(《원칙적으로 해야 한다》)이라는 표현으로 대체함으로써 강화되고 실질적으로 의무가 되었습니다. 또 《민사소송 및 합의부절차 간이화법》²⁰⁾의 새로운 법률안에 의하면 이러한 단독심리판사 원칙은 더욱 강화되어야 될 것이었습니다: 제1심 민사소송에서는 지방법원에 앞서서 독자적 권한을 갖는 단독심리판사가 도입되어야 할 것이었습니다; 지방법원의 관할권에 속하는 상소의 경우에도 단독심리판사가 관할권을 가져야 할 것이었습니다.

연방과 Länder[諸州]의 법무장관회의는 그러한 단독심리판사의 도입을 지지하는 의결을 다수결로 하였습니다. 그렇지만 이외에도 대안적인 해결책, 즉 간이법원의

19) 이것은 약간의 단순화를 초래하고 있다: *vorbereitende Einzelrichter*는 부분적으로 《심리판사》(*giudice istruttore*)와 구별된다; 이 점에 관하여는 Trocker, *loc. cit.* (주 5), p. 149; R. Caponi, *Die Reform des italienischen Zivilprozessrechts*, in *Jahrbuch für italienisches Recht*, Band 11, Heidelberg 1998 (手稿 p. 4); Denti, *Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile*, in *Francesco Carnelutti a trent'anni dalla scomparsa*, Atti del convegno Udine 18 novembre 1995, p. 29ss 및 Franco Ciproani, *Francesco Carnelutti tra il giudice delegato e il giudice istruttore*, in *Atti*, *loc. cit.*, p. 85ss.

20) ZRP 1997, pp. 122-124에 公刊됨.

관할권을 2만 마르크까지 확대하는 것을 위한 논의가 지속되어야 할 것입니다²¹⁾

그렇지만 그러한 발전과 더불어 의문이 제기됩니다: 왜 《단독판결판사》가 아닌가²²⁾?

간이법원을 제1심으로 설치하려는 몇 년 전부터 주목될 수 있었던 경향이 눈에 띕니다.

이탈리아와 독일의 해결책들의 유사점은 명백합니다.

이탈리아에서는 1989년 2월 1일자 법률 제30호와 1990년 11월 26일자 법률 제 353호가 간이법원과 지방법원의 융합 및 제1심의 단독심리판사 설치를 위한 전제들을 만들어 내었습니다. 그 징표들은 다음과 같습니다: 간이법원의 지방법원 수만큼으로의 축소 — 간이법원 管區가 지방법원 관구와 동일함 — 법률이 예정하는 합의사건의 소수의 유보를 제외한 지방법원의 단독심리판사로의 변형. 이와 함께 이탈리아에서도 제1심의 단독심리판사의 창설 방향으로 발전되었다는 사실은 白晝대낮과 같이 분명합니다²³⁾. 이러한 논리에 부합하는 것이 법률 제1245호 법률안으로, 이것은 최근 이탈리아 의회에 의하여 승인되었습니다.

독일에서는 상소에 대하여 결정하는 권한은 여전히 지방법원과 항소법원에 있다는 것은 사실이지만, 그러나 최소상소가액의 거둬진 증액이 있었습니다: 이것은 현재 1500 마르크입니다. 여기서도, 인용한 법률안에 의하여 또 제한이 있어야 할 것이었고, 이는 일차적으로 언급한 가액을 2000 마르크로 증액함으로써 행해질 것이었습니다. *Revision*(상고)가액은 현재 6만 마르크입니다.

(c) 소송의 신속화

독일법원들, 특히 민사법원들 앞으로의 소송의 파도는 항상적으로 증가하고 있습니다. 1980년에 — 연방의 舊 Länder[諸州]만의 경우에 — 대략 130만 건의 제1심 민사소송이 개시되었다면, 1993년의 대응수치는 210만 건이었습니다. 이것들은 엄청난 수치입니다. 연증가율이 약 3-5%에 이릅니다. 민사재판이 사건의 홍수 속에서 역사할 위험에 처해 있는 것입니다.

이 문제를 판사의 수를 늘림으로써 대처하려는 것은 두 가지 이유에서 불가능합니다.

첫째로, 이미 오늘날 독일의 판사밀도는 비상하게 높습니다. 이 세계의 어느 곳에서도 인구에 대한 판사의 비율이 것처럼 높은 곳은 발견되지 않습니다: 독일의 경우 10만명 주민당 26명의 판사가 있는 반면에, 프랑스의 경우에는 10명, 미국의 경우에는 5명입니다(이탈리아: 16명).

21) 이 점에 관하여는 다음 논문을 참조하라: Ring, in *ZRP* 1997, p. 138ss.

22) 이것은 이미 Fritz Baur, in *NJW* 1987, p. 2637의 비전이었다.

23) S. Remo Caponi, *loc. cit.*, p. 5.

둘째로, 공공재정상 쉼물인데, 이로 인하여 이 측면에서도 판사 수의 증대에 한계가 그어집니다²⁴⁾.

소송 수의 이러한 증가는 — 판사 수의 제한된 증대와 더불어 — 소송의 평균지속기간이 점점 더 길어지게 하고 있습니다.

1996년의 한 통계연구에 의하면 이탈리아에서는 간이법원 앞에서의 제1심 민사소송의 평균지속기간은 1년 8개월이고, 지방법원의 그것은 4년 반이라는 결론입니다. 항소법원 앞에서의 소송의 평균지속기간은 약 5년입니다. 독일에서는 지방법원 앞에서의 제1심 소송의 판결까지의 평균지속기간은 대부분의 경우 3-6개월이 걸리고, 최장기간은 1년입니다. 비록 소송의 평균지속기간이 독일에서는 다른 나라들에 비하여 단기이지만, 이러한 지속기간이 과도한 것으로 느껴지고 있습니다.

물론, 이것은 우리 시대의 현상만은 아닙니다. 소송의 더딤에 대처하고 그 지속기간을 줄이려는 시도들은 역사상 훨씬 전으로 소급하며 1877년의 *Reichsjustizgesetz*(帝國司法法律들)의 반포 이후에도 계속 재개되었습니다. 그렇지만 이러한 시도들은 성공의 冠을 쓰지 못했습니다. 독일연방공화국의 건립 이후 개혁이라는 주제는 다시 취해졌고 활력있게 추진되었습니다²⁵⁾. 사람들은 다시 자신의 이념을 1898년의 오스트리아 민사소송법(CPC)에서 실현시킬 수 있었던 프란츠 클라인(Franz Klein)을 상기하였습니다. (민사소송에 있어서 구술변론의 집중화 방안)이란 제목의, 1966년 출간된 한 저술에서 프리츠 바우어(Fritz Baur)는 클라인의 이념에 터잡아서 집중화된 구술변론을 위한 상세한 제안을, 현행법의 규칙들을 적용하는 방법을 동원하여, 시도하였습니다. (법원장 벤더[Bender] 하의) 슈투트가르트 지방법원의 민사 제20부는 이 이념을 실무에서 실현하였습니다: 1회에 한하는 구술변론, 여기에는 증거조사도 포함되는데, 당사자들과 법원에 의하여 잘 준비되었습니다. 이 모델, 소위 *Stuttgarter Modell*(슈투트가르트 모델)은 다른 법원들에서 지지자들을 발견했고 다른 많은 나라들에서 모델로 이용되었습니다. 입법자가, 마침내, 1976년 소위 *Vereinfachungs novelle*(간소화 개정법)으로써 개입하였습니다: 소송의 중심은 《구술주장을 위하여 충분히 준비된 변론》, *Haupttermin*(主期日) §272 ZPO입니다. 사건의 복잡성에 따라 재판부의 長은 *früher ersten Termin*(조기 1회기일, § 272 II) — 이것은 본변론의 준비를 위하여거나 또는 소송의 재판을 위하여 이용될 수 있습니다 — 을 명하거나, 또는 본변론(§278)의 심도 있는 준비를 목적으로 하는 예비적 서면절차를 개시합니다(§276). 예비적 서면절차는 선정 및 법정 기일에 의하여 이루어집니다. 법원 자체는 실제로 본절차에서 모든 증거방법의 조사를 가

24) 최근문헌: Hoffmann-Riem, *Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung*, in *ZRP* 1997, p. 190ss.

25) 본문의 후속논점에 관하여는 다음을 참조하라: F. Baur, *NJW* 1987, p. 2639 (sub VI).

능하게 하는 임시조치를 발할 의무가 있습니다 (§ 273, 275).

간략하게 독일의 상황을, 1990년 11월 26일자 법률 제353호, 1995년 6월 21일자 法律效令(decreto legge) 제238호 및 1995년 12월 20일자 법률 제534호에 의하여 결정된 바의 이탈리아 상황과 비교하면, — 유사점들은 피상적인 반면에 — 중요한 차이들이 존재한다는 결론이 나옵니다:

- 독일의 민사소송에서는 제1변론기일과 예비적 서면절차간의 선택지가 존재합니다; 이탈리아의 소송에서는 제1변론기일이 의무적입니다.
- 이 변론기일에서는 본안은 이탈리아의 경우 예외적으로만 재판합니다; 독일의 경우에는 재판을 안 하는 것이 예외입니다 (§ 275 II).
- 除斥규범들은, 1995년 6월 21일자 승(decreto) 제238호의 의하여, 다시 완화되었습니다. 반면에 독일의 해당 제척체계는 훨씬 엄격하게 적용됩니다; 이러한 엄격한 적용은 헌법재판소에 의하여 (최소의 수정 하에) 헌법합치적인 것으로 확인되었습니다²⁶⁾.

이제, 우리는 독일의 소송법학으로 돌아갑시다!

4. 구성주의에서 국제개방으로

(a) 위에서 (1.) 우리는 체계적 구성을 독일 학설의 특징적 징표로 규정하였습니다. 그렇지만 이것은 결코 국가적 고립을 의미하지는 않았습니다: 참으로 戰後의 시기에 결실있는 비교법적 共助의 시도들²⁷⁾이 있었으며, 바로 또한 이탈리아와 독일의 관계에 있어서도 그러하였습니다²⁸⁾: 나는 여기서 단지 덴티(Denti)와 캄펠렛티(Cappelletti), 할샤이트(Habscheid)와 프리츠 바우어(Fritz Baur)의 이름들만을 언급하고자 합니다.

(b) 비교법학에 대한 증가하는 이러한 관심은 — 한 이탈리아의 관찰자가 이탈리아의 동료학자들에 대하여도 확인하였고²⁹⁾ 국제학술대회에 대한 이탈리아의 수많은 대표단들에 의하여 그리고 이탈리아 비교법협회(Associazione italiana di diritto comparato)의 수많은 활동을 통하여 분명히 드러난 관심 — 이러한 관심은, 나는 이야기하건대, 그렇지만 (어쨌든 독일의 경우에는) 70년대까지도 구성주의적 형태를 가지고 있었습니다: 비교법이란 이론적 언명과 외국학설에 대한 체계적 비교였지만, 自國의 제도들을 의문에 붙이지는 않았습니다.

(c) 이러한 상황은 그 사이에 근본적으로 바뀌었습니다: 우리는 오늘날 — 독일

26) 더욱 상세는 다음 논문을 참조하라: Gottwald, *JZ* 1983, 523 (524 sub 2) 및 Gottwald/Honold, *JZ* 1995, p. 657 (sub I).

27) Stürmer, *loc. cit.* p. 833s의 전거를 참조하라.

28) 더욱 상세는 Trocker, *loc. cit.* p. 121ss.

29) Trocker, *loc. cit.* p. 136 (sub 13).

의 소송법학의 경우에도 — 주로 미국의 (소송)법의 한 수용국면에 처해 있지만, 또한 다른 외국법의 수용국면에 처해 있습니다. 비교법학은 오늘날 더 이상 구성주의적 비교에 국한하지 않고, 오히려 입법과 판례에 표현된 바로서의 외국법질서에 의하여 발견된 실제적 해결책들로 집중되고 있습니다; 《비교법학은 이와 함께 법정책의 중요한 한 도구가 된다》³⁰⁾.

법정책과 수용의 도구로서의 비교법학의 이러한 새로운 관념은 아주 분명하게 예컨대 다음과 같은 저작들에서 드러납니다:

□ Wolfgang Lüke, *Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess*, 1993 (민사소송에 있어서 제3자의 참여)

이 저작에서는 *Federal Rules of Civil Procedure*[미국 연방민사소송규칙]을 바탕으로 하여 실제로 미국식 해결책을 독일에 도입하려는 목적으로 *ZPO*[독일민사소송법]의 개정을 위한 제안들이 제시되었습니다.

오늘날 우리가 독일에서 (그리고 비단 독일에서만 아닙니다) 미국법의 한 수용국면에 처해 있다는 나의 주장에 대한 근거를 대기 위하여 나는 간략하게 5개의 논거를 제시하고자 합니다:

— 독일에서 대법률사무소의 젊은 변호사로서 출세하려는 자는 미국의 *Master*[석사] 학위를 제시하지 않으면 안 됩니다. 이 학위는 — 약간 완화된 — 대학에서의 새로운 학문세대에게도 가치가 있습니다.

나의 동료 베르나 비간트(Berna Wiegand)에 의하여 스위스에 대해 수행된 한 연구는 다음과 같은 결론입니다: 《법학 분야의 (국가에 의해 재정지원된) 재능 많은 대학생중의 약 2/3가 그들의 학문적 교육을 미국의 직업적 완성과정(*post graduate*)으로써 마무리짓는다. 이러한 장학금의 일차적 목적이 학문직접후속세대의 형성이고 이러한 목적은 괄목할 만한 정도로 달성된다는 점을 우리가 감안한다면 하나의 다른 결론이 불가피하다: 법의 분야에 있어서 장래의 대학교수들의 절반 또는 그 이상까지도 미국에서의 공부기간을 거칠 것이고 미국대학의 시험을 볼 것이다》³¹⁾. 대법률사무소에 대하여도 대학의 경우와 유사한 경향이 관찰될 수 있습니다³²⁾.

이탈리아에 대하여도 그러한 사실이 확인된다는 것을 나는 확신합니다.

— 이러한 (60년대의 소위 의회 밖의 야당의 *slogan*[표어]을 사용하자면) 《대

30) 명시적으로 同旨 Trocker, *loc. cit.* p. 136 (sub 13).

31) Wiegand, *Die Rezeption amerikanischen Rechts*, in *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988*, p. 229ss. (236s.); Id., *Americanization of Law: Reception or Convergence?*, in *Legal Culture and the Legal Profession 1996*, p. 137ss.

32) Cf. Wiegand, *loc. cit.* (*Festgabe*), pp. 237-239.

학들을 통한 미국법의 행진》은 그 사이에 엄청난 진전을 하였습니다: 1999년 1월 1일자로 전독일에서 발효할 독일의 새로운 파산법은 미국의 *insolvency law*[도산법]를 수용한 것입니다. 이 법률을 가공하기 위하여 지배적인 위치에 있는 독일의 교수들도 참여하였습니다.

- 또한 새로운 정보기술³³⁾도 수용을 유리하게 합니다. 《決疑論의 법의 자유로운 역동성을 향한 실무의 압력이 강화될 것이다. 이 세상에 어디에서 소송물이론이 그 지위를 유지할 수 있을 것인가?》, 《이렇게 슈튀르너(Stürner)는 그의 분석에서 숙고를 요구하고 있다》³⁴⁾.
- 통일소송법의 발전에 있어서 유럽사법재판소의 역할에 관하여는 나는 이미 다른 곳에서 언급하였습니다³⁵⁾. 표어: 흄바르트 대 함부르거(Hubbard/.Hamburger)(원고의 담보제공과 관련하여) 및 문트 웨스터 대 하트렉스(Mund Fester./Hatrex)(외국인에 대한 집행의 사실은 불충분한 압류사유). 이를 통하여 우리는 비단 미국법의 수용뿐 아니라, 또한 (주로) 영국법과 프랑스법을 수용한 것입니다. 소위 브뤼셀협약(Convenzione di Bruxelles)의 자율적 해석(*interpretazione autonoma*)은 영국법과 프랑스법 수용의 입구가 되었습니다; 다른 하나의 예는 《슈토르메계획》(*progetto Storme*)입니다³⁶⁾.
- 마지막 논거로써 나는 하자드/타루포(Hazard/Taruffo) 계획³⁷⁾, 즉 《세계민사소송법》 계획을 언급하고자 합니다. 이 계획은 모든 국내법원들에 의하여, 국제적인 사건에서, 적용될 一組(set)의 규칙들을 규정하려는 목표를 가졌습니다 — 그리고 이와 함께 나의 수용 명제에 대한 마지막 증거가 있는 것입니다.

5. 국제개방

이러한 발전에 비추어 독일의 소송법학에 남아 있는 자유의 여지는 어떤 것인가? 미래의 발전은 어떤 방향으로 갈 것인가? 우리의 주제를 깊이 있게 다루고 있는 동료학자들³⁸⁾은 — 부분적으로 다른 출발점으로부터 — 아주 유사한 결론들에, 즉 (표어로 표현하면) 다음과 같은 결론들에 이르고 있습니다:

- 국내법질서들은 미래에도 장애가 될 것입니다. 그러나 서로 영향을 미칠 상

33) 이 점에 관하여 同旨 Stürner, *loc. cit.* p. 838-9.

34) *Loc. cit.* p. 839.

35) Walter, *Aspetti internazionali del diritto processuale* (위 주 2), pp. 1160-1162.

36) Cfr. Walter, *loc. cit.* p. 1162s. (sub 3).

37) 이 계획에 관하여는 Walter, *loc. cit.* p. 1163s. (sub 4).

38) 특히 Stürner (위 주 1)과 Wiegand (위 주 31).

이한 법질서들 간에 보다 밀접한 관계가 존재할 것입니다.

- 그리하여 실무와 이론의 과업은 상이한 법적 구조들의 조정(coordinazione) 임무가 될 것입니다.
- 그런 고로, 자신의 위상에 대한 재고조사 및 분석을, 어떤 경우에도 포기되어서는 안될 요소들을 이러한 (조사와 분석의) 바탕 위에서 발견하려는 목적으로, 수행하는 것이 또한 필요합니다.
- 그 밖에 유럽민사소송법이라는 하나의 *ius commune*[보통법]의 근본노선들을 詳論하는 작업이 필요합니다.

그렇지만 이것은 독일 민사소송법학의 결별을 의미합니다 — 나는 (獨·伊)민사소송법학자협회(Associazione fra gli studiosi del processo civile)의 독일측 회장을 인용합니다 — 《판데텐법학적 구성주의의 한 시기에 그리고 국제적 및 유럽적 조정이라는 과제로의 그 개방》³⁹⁾.

독일의 소송법학은 이러한 과제에 대하여 준비된 것으로 보입니다: 예컨대, 1998년 4월 1일부터 4일까지 라이프치히에서 열리는 독일 민사소송법학자협회의 다음 회합은 전적으로 두 개의 국제적 주제에 전념할 것입니다. 즉

1. *Streitgegenstand*(소송물)에 관한 독일의 이론과 유럽재판소의 판례 — 하나의 유럽 *ius commune*[보통법]의 영향하의 국내법? 그리고
2. 국제민사소송을 위한 통일국제법?

나는 이로써 내 報告의 제목이 하나의 확인을 발견했다고 믿습니다: 구성주의에서 국제적 개방으로.

39) 同旨 Stürmer, *loc. cit.* p. 834.