

〈논 문〉

獨逸 強制執行法에 관한 研究*

胡 文 赫**

I. 總 說

1. 序

우리 민사소송법을 포함한 民事法은 대체로 일본법을 통하여 獨逸法의 체계를 계수한 것이다. 그에 따라 민사소송법과 그 일부인 強制執行法도 독일의 법체계를 계수하였다고 볼 수 있다. 그러나 계수 과정에서 日本이 변형을 가하고, 우리가 민법과 민사소송법을 제정하면서 다시 변형을 가하여 여러 부분에서 독일법과 차이가 생겼다. 우리의 實體私法이 독일법과 달라지면서 당연히 그 절차법인 민사소송법도 달라지게 마련이고, 이 점은 판결절차보다 실제사법과의 관련이 더 밀접한 집행절차에서 더 뚜렷하게 나타난다.

독일 강제집행법은 구체적인 제도나 조문의 내용에서 우리의 강제집행법과 다른 점이 대단히 많다. 그러나 이들을 일일이 설명하는 것은 이 논문의 목적에서 벗어나는 것이므로 여기서는 주요한 제도로서 우리 법에 없거나 우리 법과 다른 것들을 고찰하고자 한다. 그렇게 함으로써 우리의 강제집행의 문제로 지적되고 있는 채권 실현의 가능성, 즉 實效性의 확보와 債務者의 保護라는 상호 모순되는 것으로 보이는 두 이상을 어떻게 실현할 것인가 하는 문제에 대한 해답을 구하고자 한다.

이 논문에서는 우선 총설에서 독일 강제집행법과 우리 법의 체계의 차이를 개관하고 강제집행의 종류와 관련하여 제도의 변천을 살펴본다. 다음에 본론에서 독일 강제집행법의 우리 법과 다른 특색을 살펴보고자 한다.

* 이 논문은 한국학술진흥재단의 1994년 국비해외과건 연구비의 지원으로 작성된 것이다.

** 서울大學校 法科大學 教授

2. 獨逸 強制執行法の 體系

우리 법과 마찬가지로 독일의 집행법은 집행의 종류를 선택함에 있어 집행법 독자적인 절차에 맞는 合目的性에 따르지 않고, 사법상의 영역에 속하는 집행의 목표에 따라 달리 정하고 있다. 이런 의미에서 집행법은 사법상의 권리 실현에 이바지하는 법으로서, ‘技術的인 法’에 속하는 것이 아니다. 하지만 재산에 대한 집행이라는 의미에서의 강제집행은 재화의 이동을 목적으로 하는 것으로, 법률행위로서의 處分이라는 방법이 아니라 國家의 高權的 행위라는 방법으로 이루어진다. 실체법에서의 ‘임의적 만족’ 대신에 ‘강제력에 의한 만족’으로 등장하는 것이다.¹⁾

強制執行의 種類에 관하여는 실체법상의 物權法定主義보다도 엄격한 제한을 두고 있다. 그것은 집행행위가 국가의 권력적 개입이어서 엄격한 合法性을 요구하기 때문이다. 법에 의하여 인정된 집행의 종류 사이에서도 ‘直接強制 優先’이라는 엄격한 원칙이 지켜진다. 그것은 채무자의 행위를 강제하는 집행방법은 채무자 보호를 위하여 다른 강제방법이 없을 때에만 허용할 수 있다는 사고방식을 기본으로 하기 때문이다.²⁾ 執行의 對象에 관하여 一般執行은 도산과 같은 부득이한 경우에 한하고, 個別執行을 원칙으로 한다. 즉 채권자를 만족시킬 수 있을 정도의 채무자의 개별 재산에 대하여만 집행을 할 수 있다. 연혁적으로는 고대 로마법과 게르만 법에서는 채무자가 그의 전재산으로 국가의 집행행위에 복종해야 했고, 고전시대 이후에 비로소 개별집행으로 넘어가는 과정을 거쳤다.³⁾

오늘날에는 物的執行이 원칙이고 人的執行은 예외적으로만 인정된다. 물적집행은 채무자의 집행 가능한 재산을 집행의 대상으로 삼는 것이고, 인적집행은 채무자라는 사람을 집행의 대상으로 삼는 것이다. 초기에는 채무자 자체가 채권자에게 예속되도록 만드는 것으로 출발하였다. 다음에는 金錢債權에서는 債務奴隸라는 형식으로 채무자 자체와 그의 노동력이 채권만족의 수단이 되었다. 채무자가 노동력을 제공함으로써 그의 채무를 변제해 나가는 방법이다. 그 다음에는 債務拘禁의 형태가 만들어졌는데, 이는 채무자를 공공의 채무감옥에 잡아 넣고 이러한 방법으로 채무자나 그의 친족이나 친지로 하여금 채무를 이행하도록 간접적으로 강제하였다. 이 중 채무노예 제도는 기원전 326년에 이미 완화의 길을 걸어 뒤에 채무구금으로 대체되었다. 채무구금도 주로 학생의 채무나 어음채무를 위한 기본적 강제 수단으로 쓰이다가 19세기에 이르러서는 대부분의 나라에서 없어지고, 1868년의 북독일연방의 법률로써 폐지되었다. 이렇게 하여 금전채권의 실현을 위한 강제수

1) Rosenberg-Gaul-Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11. Aufl., München 1997, § 9 I.

2) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO.

3) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 9 III 1.

단으로서의 人的執行은 부적법하게 되었다. 독일에서는 間接強制的 수단으로 強制拘禁, 秩序拘禁 등의 人的執行이 인정된다.⁴⁾

19세기까지는 민사소송에서 법원의 受動性이 강조되어 집행에서도 집행법원이 수동적인 자세를 견지하였으나 20세기에 들어와 법개정으로 수동성에서 탈피하게 되었다. 오늘날은 법원이 적극적으로 절차에 관여하게 되었는데, 특히 채권자 및 채무자의 보호라는 면에서 그러한 변화가 생겼다. 1930년 경의 위기상황, 그 이후의 전쟁 및 전후의 시기에 債務者 保護가 확대되었다.⁵⁾ 즉, 독일강제집행법은 프랑스법의 영향을 강하게 받아 처음 입법 당시에는 當事者主義 절차로 만들어졌다. 채권자는 금전채권의 실현을 위한 집행에서 집행대상이 될 물건을 지정할 수가 있었고, 집행의 시기도 채권자가 정할 수가 있었다. 집행법원은 채무자가 분할지급으로 채권을 만족시키는 것이 타당하다고 판단하더라도 스스로 그러한 조치를 취할 가능성은 갖지 못했다.⁶⁾ 그러나 이러한 내용은 그 후의 법개정으로 현저히 변경되었다. 특히 執行의 社會的 側面의 강조와 함께 법원 기능의 활성화가 이루어졌다. 채무자 보호를 위하여 압류금지물과 압류금지채권이 확대되었다.⁷⁾ 그리고 법원의 규율권이 확대되어 채무자의 인격과 경제적 상황 및 채무의 종류를 고려하여 환가를 중지할 권한 및 개별적인 집행조치가 가혹할 경우에 이를 실시하지 않을 권한(比例의 原則) 등이 인정된다.⁸⁾ 이러한 경향은 1929년의 경제공황, 제2차세계대전, 전후의 경제난 등 특별한 사태로 더욱 강해졌는데, 그 이후에는 경제상황의 변화로 다시 채권자 보호가 강조되기도 하여, 오늘날은 채권자의 권리보호와 채무자의 사회적 보호 사이의 균형을 추구하는 데에 이르렀다.⁹⁾

독일의 강제집행법의 法源은 우리와 마찬가지로 기본적으로 민사소송법이다. 부동산에 대한 강제경매와 강제관리에 관하여는 “강제경매와 강제관리에 관한 법률”(Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24. 3. 1897 = ZVG)을 별도로 제정하였다. 그 이유는 不動產 執行은 민법에서 특히 소유권과 저당권 규정을 어떻게 만드느냐에 결정적으로 좌우되는데, 민사소송법 제정 당시에는 통일된 독일 민법전이 제정되지 않아서 각 주의 입법으로 넘길 수밖에 없었고, 민사소송법에는 強制抵當에 관한 규정만을 두었다.¹⁰⁾ 그 이후 民法

4) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 9 III 2.

5) Jauernig, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 20. Aufl., § 1 III.

6) Baur-Stürner, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, 11. Aufl., Heidelberg 1983, Rdnr. 36.

7) Baur-Stürner, aaO., Rdnr. 37.

8) Baur-Stürner, aaO., Rdnr. 38.

9) Baur-Stürner, aaO., Rdnr. 39.

10) Hahn-Stegemann, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, Bd. 2,

典을 편찬하면서 ZVG도 그에 맞추어서 함께 제정하게 된 것이다. ZVG는 강제경매와 강제관리는 특별법으로 규율한다는 § 869 ZPO에 따라 ZPO의 특별법으로서의 성격을 가진다. 그밖에 강제집행에서 중요한 역할을 하는 司法補佐官(Rechtspfleger)의 활동을 규율하는 “사법보좌관법”(Rechtspflegergesetz v. 5. 11. 1969 = RPflG)이 중요한 의미를 가진다.

II. 押留債權者 優先主義

1. 立法例

집행을 당하는 채무자에게 채권자가 다수 있을 때 그 채권자들 사이에서 매득금을 분배할 때 어떠한 원칙에 따를 것인가에 관한 입법례로는 優先主義, 群團優先主義 및 平等主義가 있는데, 우리 민사소송법은 平等主義를 기본으로 하고 있으나, 독일 민사소송법은 優先主義를 택하고 있음은 주지의 사실이다.

優先主義는 채무자의 개별 재산에 대하여 압류한 채권자가 그 재산으로부터 ‘우선적으로’ 만족을 얻는다는 원칙이다. 이 원칙은 강제집행법이 취하는 個別執行의 원칙에 따른 배당절차에서의 원칙으로 一般執行을 원칙으로 하는 倒産節次와 대비된다. 倒産節次에서는 모든 채권자를 부분적으로나마 만족시키기 위하여 채무자의 전 재산을 환가하므로 채권자 사이에 우선순위가 없는 것이 원칙이다. 그러므로 우리 법이 취하는 平等主義는 도산절차와 더 잘 어울리고, 독일법이 취하는 優先主義는 집행절차의 본질에 맞다.¹¹⁾

2. 沿革

스파르타식 정신과 뿌리를 같이 하는 엄격한 법정신으로 인하여 로마에서는 초기의 도시국가 때부터 채무자의 존재 전체, 즉 그의 인격과 재산 전체를 집행의 대상으로 하였다. 그 뒤에는 法務官의 법집행에 따라서 어느 정도 규제는 되지만 그래도 채무자의 全財産을 집행의 대상으로 하였다. 이러한 집행의 성격은 공화정이 끝날 때 뿐만 아니라 후기의 제정시대에까지 유지되었다. 각각의 집행 채권자는 정무관이 모든 동산과 부동산을 압류하도록 하고, 그 물건들을 매도하도록 할 권리를 취득하였다. 그러나 하나의 유일한 목적물에 대해서만 집행이 가능할 경우에는 임의의 다른 채권자나 모든 채권자들에게 비율에 따른 배당에 참가할 가능

2. Aufl., Berlin 1881, S. 462.

11) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 50 III 3 e.

성이 주어졌다. 이러한 융통성 없는 법체제에서는 一般執行과 個別執行의 선택, 즉 비율에 따를 것인가 우선권을 인정할 것인가를 결정할 가능성은 전혀 생각할 수 없었다.¹²⁾ 로마에서 個別執行의 조짐이 나타난 것은 로마 제정 후기, 기원 2세기 말부터 3세기 초였기 때문에 로마 法源에서 그 모습을 파악하기는 불가능하였다.¹³⁾

로마제국의 멸망으로 유럽이 게르만의 원시적인 지배하에 들어가자 강제집행이라는 법제도는 소멸하고 게르만족의 원시적인 절차가 지배하게 되었다. 이때에는 옛 로마와는 반대로 개개의 재산에 대한 압류가 집행이 첫 단계였다. 그 형태나 내용은 자력구제를 기본으로 하는 매우 원시적인 것이었고 후대에 로마법의 영향을 받아 제도로서 정비되고 일반집행의 요소가 도입되기도 했지만 근간은 역시 개별집행이었다.¹⁴⁾ 그리하여 독일 普通法에 이르러 채무자가 도산에 이르기 전에는 깨어있는 채권자에게 우선권을 주자는 원칙인 *pignus in causa iudicati captum*이 확립되었고 여기서 優先主義가 유래한 것이라고 한다.¹⁵⁾ 그러나 프랑스, 이탈리아, 그리스 및 일본은 로마법의 전통에 따라 평등주의를 채택하였다.¹⁶⁾ 다만 프랑스는 1993. 1. 1. 시행의 개정법에서부터는 債權押留에 관하여는 우선주의를 취하고 있다.¹⁷⁾

3. 長短點

優先主義는 초과압류와 채권자의 즉시 경매의 위협 때문에 채무자가 조기 도산에 이르는 것을 방지하는 장점이 있다. 또한 실체법에 가까운 집행법의 본질에 맞다. 그리고 채권자의 주도권을 인정하는 것이므로 집행법이 이바지하는 사법에서의 사적자치와도 어울린다.¹⁸⁾ 優先主義에 대한 비판으로는, 시간적으로 조금 늦었다고 만족을 얻지 못하는 다른 채권자에 가혹한 면이 있다는 점,¹⁹⁾ 적어도 假押留 質權에 대하여는 헌법 위반이라는 점,²⁰⁾ 자력구제를 법원과 집행기관으로 이식하

12) R. Schmidt, Prioritätsprinzip oder ausgleichsprinzip im künftigen deutschen Vollstreckungsrecht, *FS Lehmann zum 60. Geburtstag*, Berlin 1937, S. 323.

13) AaO., S. 323 f.

14) AaO., S. 324 f.

15) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 5 VI 5.

16) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 5 VI 5. Fn. 148.

17) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 5 VI 5; Traichel, *Die Reform des französischen Zwangsvollstreckungsrechts*, 1995, S. 128 f.

18) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 5 VI 5, § 50 III 3 e.

19) Vgl. Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 50 III 3 e.

20) Schlosser, Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher-Gleichheitssatz, *ZZP* 97, 121, 130. 반대 견해는, Welbers, *Vollstreckungsrechtliches*

게 된다는 점²¹⁾ 등이 주장된다. 이 중 헌법 위반이라는 점에 대하여는, 헌법상의 평등권은 법원 앞에서의 기회균등을 의미하는 것이지 집행기관 앞에서의 채권자 상호간의 평등을 의미하는 것이 아니며 각 채권자 사이에恣意的인 차별을 하자는 것도 아니라는 점, 판결절차에서는 원고와 피고가 각기 자기의 승소를 위하여 소송을 수행하는 것이므로 그들에게 평등한 기회를 주어야 하지만 집행과정에서 각 채권자는 자기 채권의 만족을 위하여 행위를 하므로 이들을 평등하게 다루어야 하는 것이나 이는 모든 채권을 동등하게 만족시켜야 한다는 것과는 다른 의미라는 점에서 타당하지 않다고 본다.²²⁾

이러한 단점에도 불구하고 우선주의를 취한 것은, 平等主義와 群團優先主義는 우선주의보다 더 큰 단점을 갖기 때문이다. 平等主義는 강제집행보다는 집행기관에서의 직권절차에 의하여 이루어져야 할 倒産制度에 더 잘 어울리는 것이다.²³⁾ 群團優先主義는 1931년의 개정안에서 스위스의 입법례에 따라 제안되었지만, 이런 제도는 비상인의 개인파산을 알지 못하는 법제도하에서만 권할만하다는 점,²⁴⁾ 이는恣意와 偶然性을 끌어들이는 것이고, 특정 채권자집단에게만 이익을 준다는 점, 이러한 소규모 破産은 중앙의 집행기관에서의 직권절차에 의하여 이루어져야 할 것이라는 점 및 이는 결국 平等主義로 진전되고 말 것이라는 점에서 취할 바 못된다고 하여 1931년 당시의 제안자도 이에 동의하여 결국 입법화되지 못하였다.²⁵⁾

優先主義는 動産과 債權에 대한 집행에서 押留質權(Pfändungspfandrecht)과 그 순위에 따른 配當優先權으로 나타나고, 부동산에서는 押留優先權(Beschlagnahmeverrecht)과 그에 따른 배당절차에서의 賣得金請求權으로 나타난다. 그리고 이 범주에 假押留質權(Arrestpfandrecht)도 포함한다. 즉 이는 순위보전한 상태에서 나중에 債務名義를 얻으면 執行質權으로 변하게 된다.²⁶⁾

4. 押留質權

動産에 대한 압류가 이루어지면 채권자는 압류물에 대한 押留質權을 갖게 된다 (§ 804 I ZPO). 압류질권을 물건에 대한 담보물권으로서의 질권과 동일시하기 때문에 私法上的의 質權과 유사한 면이 있다. 그러나 압류질권은 국가의 강제력 행사

Prioritätsprinzip und verfassungsrechtliches Gleichheitssatz, Diss. Bonn, 1991

21) Behr, Reform der Zwangsvollstreckung, *Rpfleger* 1981, 417, 422. 반대 견해는, Welbers, aaO., S. 167 f.

22) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 50 III 3 e.

23) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 50 III 3 e.

24) Stürner, Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, *ZZP* 99, 325.

25) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 5 VI 5, § 50 III 3 e.

26) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO.

인 압류에 근거한 것이기 때문에 공법적인 성질을 가진다고 볼 수가 있다.

(가) 法的 性質

이러한 특색 때문에 押留質權의 본질에 관하여는 다양한 학설이 주장될 수 있고 실제로 매우 다양한 견해가 주장되고 있다.²⁷⁾ 이러한 학설들을 크게 분류하면 私權說, 混合說, 公權說로 나눌 수 있다.

私權說은²⁸⁾ 契約에 의한 質權과 法律의 규정에 의한 質權 이외의 제3의 질권으로 파악한다. 압류질권은 다른 종류의 질권과 마찬가지로 피담보채권이 성립하는 것을 전제로 하고(附從性), 채무자에게 속하는 재산만이 대상이 될 수 있다. 그리고 질권을 취득하는 것이 압류의 주된 효과이며, 압류질권의 실현이 그 뒤에 이어지는 집행의 목표, 즉 그 뒤의 집행은 전체가 그 질권의 실현이라고 본다.²⁹⁾ 그 효과도 집행법상의 특별규정을 고려하되 實體私法에 맞추어져 있다. 이 견해는 30년대 초반까지 통설, 판례였으나, 민사소송상의 강제집행이 채권자 개인의 집행권능에서 도출되는 것이 아니라 집행기관을 통한 국가의 高權의 행사라는 인식이 일반화되면서 이론의 기반을 상실하여 이제는 주장하는 이가 없게 되었다.

公權說은³⁰⁾ 押留質權이 실체법의 권리와 관계없이 유효한 押留와 押縛으로 성립하며, 압류 및 압박과 불가분의 관계에 있다고 본다. 압류질권은 소송법적이고 공법적인 질권이며 민법상의 질권과는 그 요건과 효과에서 본질적으로 다른 권리라고 본다. 그러므로 실체법상의 청구권의 성립을 전제로 하지 않는다. 즉 附從性이 인정되지 않는다는 것이다. 押縛과 직결되어 있기 때문에 제3자나 심지어는 채권자 자신의 물건에 대하여도 압류질권은 성립한다. 질권자는 그 권리의 본질적 내용인 換價權을 가진다. 이렇게 하여 공법적인 압류질권은 채권자의 만족을 목적으로 하는 換價의 기초가 된다. 이 환가권은 압류질권을 포함한 모든 질권의 본질적 표지이다.

混合說도³¹⁾ 押留質權을 민법의 규율이 원칙적으로 적용되는 사법상의 질권의 제3 형태로 파악한다. 역시 押縛과 기타 집행요건이 모두 갖추어져야 질권이 설정된다고 본다. 집행의 규정을 위반하면 압박은 성립하지만 질권은 성립하지 않는다고 본다. 私權說과 다른 점은 환가의 근거가 압류질권이 아닌 押縛에 있다고 본다. 그 근거는 압류된 물건의 양수인은 그 물건이나 권리의 하자에 대한 擔保責任을 물을 수 없다고 규정한 § 806 ZPO와 집행은 국가의 강제력의 발동이라는 오

27) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 50 III 3.

28) Vgl. Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 50 III 3 a; Jauernig, aaO., § 16 III A 1.

29) Goldschmidt, § 94 1.

30) Vgl. Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO.; Jauernig, aaO., § 16 III A 3.

31) Vgl. Jauernig, aaO., § 16 III A 2; Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO.

늘날의 관념에 비추어 볼 때 압류의 본질적인 효과는 집행대상물의 압박에 있다는 데에서 구한다. 이 견해는 학자에 따라 그 내용이 조금씩 다르지만 다수설, 판례가 지지하고 있다.

이 견해에 따라서 押留質權을 사법상의 질권으로 파악하는 것은 질권의 성립요건 뿐만 아니라 성립한 압류질권의 법적 운명도 집행법상 특별규정이 없는 한 민법상의 규정들에 따라 좌우된다. 가장 중요한 특색은 附從性이 있다는 점과 채무자 재산이 대상이 된다는 점이다. 즉, 집행채권자의 채권이 성립하지 않거나 質物이 채무자의 재산에 속하지 않을 때는 채권자는 압류질권을 취득하지 못한다. 그리고 압류질권의 성립이 실체법적인 재화귀속의 도구로서 채권자가 질권의 대상물, 궁극적으로는 매득금에서 만족을 얻을 권한에 관하여 결정한다는 점이다.

(나) 內容

押留質權은 § 804 II ZPO에 의하여 채권자에게 다른 채권자에 대한 관계에서 契約에 의한 質權과 같은 권리를 부여한다. 계약에 의한 질권이나 그와 동등한 다른 권리들에 대하여는 優先主義의 기준에 의하여 취득시기에 따른 순위를 가진다. 집행이 진행되면서 이 권리는 매득금에 대하여 존속하고 이를 지급함으로써 소멸한다. 이렇게 하여 채권자는 매득금에서 만족을 얻을 권리를 가진다. 채권자는 제3자에 대하여도 보호된다. 질권자와 마찬가지로 제3자에 대하여 引渡請求權 (§§ 985, 861, 1007 BGB), 不作爲請求權 (§§ 862, 1004 BGB) 및 損害賠償請求權 (§ 823 BGB)을 가진다.³²⁾

§ 804 III ZPO에 의하여 먼저 실시한 압류에 기한 질권이 나중에 실시한 압류에 기한 질권에 우선한다. 이로써 독일 민사소송법은 優先主義를 취하는데, 이는 실체법상의 질권 (§§ 1209, 1273 ZPO)과 일치한다. 이렇게 결정된 순위는 질권의 대상이 된 물건으로부터의 만족에 관한 다수의 압류채권자 사이의 관계를 규율한다. 이 원칙은 특히 質物로부터 집행에 참여한 모든 채권자가 만족을 얻지 못할 때에 의미를 가진다.³³⁾

5. 押留優先權

不動産에 대한 집행에서는 채권자가 押留(Beschlagnahme)하면 집행의 대상이 된 부동산으로부터 만족을 얻을 권리를 취득한다 (§ 10 I Nr. 5 ZVG). 그러나 부동산 강제경매는 압류채권자만 아니라 다른 채권자도 만족시킨다. 그렇기 때문에 여러 채권자의 권리 사이에서 순위가 정해진다.³⁴⁾ 그 순위는 다음과 같다 (§ 10 I ZVG):

32) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 50 III 3 d.

33) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 50 III 3 e.

① 경락 때까지 強制管理를 실시한 채권자의 그 토지의 유지나 개선에 지출한 비용이 다른 방법으로 지급되지 않은 경우 그 費用에 대한 補償請求權

② 農業이나 林業용 토지의 경우에는 그 토지의 경작등에 종사하는 사람들의 고용이나 노동관계 賃金債權

③ 토지에 대한 公課金債權 중 지난 4년간의 금액 또는 회귀적 급부와 분할상환할 금액 중 지난 2년간 해당액

④ 토지에 대한 物權에 기한 請求權. 이들 사이의 순위는 實體法에 따라 정해진다. 여기에는 당해 연도와 지난 2년간의 미지급 이자와 정기금 채권이 포함된다.

⑤ 執行債權者의 請求權. 집행채권자의 이러한 지위는 물권자의 최후순위에 해당한다. 집행채권자가 앞의 1 내지 4 순위의 권리를 갖고 있을 때는 선순위의 지위에서 집행을 하고, 오래 된 이자채권에 관하여만 5순위가 된다. 채권자가 物權的請求權(4순위)과 債權的請求權(5순위) 모두에 기하여 집행을 할 때는 선순위에 기하여서 1번만 만족을 얻을 수 있다. 집행채권자가 압류하면 나중에 실시되는 같은 순위의 채권에 기한 압류에 우선하여 만족을 얻을 수 있다(§ 11 II ZVG).

⑥ 押留로 인하여 채권자에 대하여 효력을 주장할 수 없는 제4순위의 物權에 기한 請求權. 여기에 해당하는 예로 압류의 효력이 생긴 뒤에 성립한 물권을 들 수 있다.

⑦ 公課金 중 3순위에 해당하지 않는 오래된 금액에 기한 請求權

⑧ 4순위의 물권에 기한 회귀적 급부청구권 중 4순위에 포함되지 않은 오래된 금액에 대한 부분. 7순위와 8순위의 청구권은 이들을 실현시키기 위하여 집행을 할 때에는 5순위가 된다.

이처럼 一般 債權者가 부동산에 집행하면 같은 순위 안에서는 압류 순서에 따라 우선권을 가진다. 이러한 優先權은 제3자에 대하여도 보호되는 압류질권과 같은 物權的인 權利는 아니고 § 268 BGB에 의한 제3자의 辨濟者代位の 근거도 되지 않는다.³⁵⁾ 경락인이 賣得金을 지급한 후에는 채권자의 우선권은 집행절차에 현저한 하자가 없는 한 매득금에 대한 保有權이 된다.³⁶⁾

III. 債務名義

독일법상의 債務名義(Vollstreckungstitel)로 우리 법과 다른 것이 受忍名義를 인정할 것과, 擔保權 실행을 위한 강제집행에 있어서도 채무명의를 있어야 한다는 점이다.

34) Jauernig, aaO., § 22 IV 4.

35) 제3자가 채무를 변제한 경우에는 집행절차를 잠정적으로 정지되도록 한다(§ 75 ZVG).

36) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 62 I 3 b.

1. 受忍名義

(가) 意義

債務者의 재산이 제3자의 使用權이나 管理權에 복종하는 경우에 그 재산에 대하여 집행을 하려면 그 소유자인 채무자에 대한 채무명의 이외에 사용권자나 관리권자에 대한 強制執行 受忍을 명하는 債務名義가 있어야 한다. 이러한 채무명의를 受忍名義(Duldungstitel)이라고 한다. 수인명의를 있으면 사용권이나 관리권이 있음에도 불구하고 그 물건에 대하여 집행할 수가 있다.

(나) 필요한 경우

受忍名義가 필요하다고 독일 민사소송법이 규정한 경우는 다음과 같다.

(1) 用益權이 설정된 財産

채무자가 채무를 부담한 뒤에 자기 소유의 재산에 用益權을 설정하였으면, 채권자는 채무자에 대하여 그 재산으로부터의 만족을 요구할 수 있다(§ 1086 S. 1 BGB). 이때 채권자는 채무자에 대하여 이행을 명하는 債務名義와 용익권자에 대한 受忍名義를 얻어 그 재산에 대하여 집행을 할 수 있다(§ 737 I ZPO). 相續財産에 용익권이 설정되어 있을 때 相續債權者도 이와 같다(§ 737 II ZPO). 다만 이때는 채권과 용익권의 발생시기의 선후는 묻지 않는다.

우리 民事訴訟法에서는 제3자가 사용할 때에는 채무자가 제3자에 대하여 갖고 있는 인도청구권을 압류, 추심하여 물건을 인도받은 다음에 그 물건에 대하여 경매를 하는 방법을 취한다.

(2) 遺言執行者가 관리하는 個別 相續財産

채무자의 個別 相續財産을 유언집행자가 관리하고 있을 때, 채권자는 債務者에게 이행을 명하는 채무명의를 얻어야 할뿐만 아니라 관리권을 행사하는 遺言執行者에 대한 受忍名義도 얻어야 한다(§ 748 II ZPO).

이러한 경우에 우리 민사소송법에서는 유언집행자를 訴訟擔當者라고 보는 것이 통설이므로³⁷⁾ 직접 遺言執行者를 채무자로 하여 집행에 들어갈 것이다.

(3) 夫婦財産共同制가 해소된 뒤의 合有物

독일 민법에서는 부부 중 채무자인 배우자가 점유하거나 부부 공동으로 점유하는 동산은 채무자인 배우자의 재산으로 추정한다(§ 1362 I BGB). 그러나 혼인계약에서 財産共同制(Gütergemeinschaft)를 취하기로 합의하면 각자의 재산이 공동

37) 반대 견해는 方順元, 全訂改版 民事訴訟法, 254.

재산에 속하게 된다. 그리고 부부가 혼인 중에 취득한 재산도 이 共同財産에 속하게 된다(§ 1416 I BGB). 이러한 경우에 共同財産에 대한 執行을 위하여는 부부 모두에 대하여 채무명의를 얻어야 하고, 만일 그 재산을 한 배우자가 단독으로 관리할 경우에는 그 배우자에 대한 채무명의만 있으면 충분하다(§ 740 ZPO). 부부 공동재산관계가 종료한 뒤 재산을 분리하기 전에 共同財産에 대하여 집행할 경우에는, 부부 모두에 대한 履行을 명하는 債務名義가 있거나 부부 일방에 대한 履行名義와 타방에 대한 受忍名義가 있어야 한다(§ 743 ZPO).

2. 擔保權 實行을 위한 競賣와 債務名義

우리 민사소송법에서는 담보권의 실행을 위한 경매를 하려면 不動産과 債權 기타 財産權에 대하여는 채권자가 담보권의 존재를 증명하는 서류를 첨부하여 신청하여야 한다(제724조, 제733조). 有體動産의 경우에는 占有로써 담보권을 추인할 수 있기 때문에 증명서를 요구하지 않고 있다.

이와는 달리 독일법에서는 抵當權(Hypothek), 土地債務(Grundschuld), 定期土地債務(Rentenschuld) 등을 실행하기 위한 不動産 換價는 強制執行의 방법으로만 하도록 하고 담보채권자를 만족시키기 위하여 토지의 소유권을 강제집행이 아닌 다른 방법으로 채권자에게 이전하는 것을 금지한다(§§ 1147, 1149 BGB). 담보권의 실행도 강제집행으로 하므로 집행을 하려면 債務名義가 필요하다. 반면에 동산에 대한 담보권의 실현을 위하여 담보채권자가 擔保物을 賣却할(§ 1228 BGB) 경우에는 채무명의가 필요 없으나, 強制執行 절차를 이용할 경우에는(§ 809 ZPO, § 1233 II BGB) 채무명의가 필요하다.

(가) 不動産擔保權의 實行

토지에 대한 담보권을 실행하려면 채권자에 의한 매각이 아닌 強制執行을 통하여야 한다. 動産의 경우에는 담보권자가 占有를 취득하는 것이 통상이므로 한 물건에 여러 제한물권이 성립하는 일이 매우 드물기 때문에 담보권자가 매각을 해도 별 문제가 없지만, 不動産의 경우에는 다수의 물권자가 존재하는 것이 가능하기 때문에 담보물의 매각에 매우 복잡한 절차가 따를 수 있다. 그렇기 때문에 반드시 법원에 의한 강제집행 절차를 거치도록 한 것이다.³⁸⁾

이때 담보권자가 얻어야 하는 債務名義가 무엇을 말하는지에 관하여 독일에서는 학설 대립이 있다. 담보물의 所有者에 대한 직접적인 給付請求權을 부정하고 담보물권에 기하여 강제집행에 대한 受忍請求權이 인정될 뿐이며 따라서 채무명의도 受忍名義라는 견해가 다수설이다.³⁹⁾ 이에 대하여 담보물의 소유자가 직접 채

38) MünchKomm-Eickmann, § 1147 Rdnr. 1.

권자에게 피담보채무를 지급할 의무가 있으며, 따라서 여기서 채무명의는 給付名義라고 하는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 여기서는 다수설, 판례에 따라 설명한다.

채무자나 담보물의 소유자가 채무를 이행하지(§ 1142 BGB) 않으면 담보권자는 부동산에 설정된 저당권 등을 실현하기 위하여 債務名義를 얻어야 한다. 채무명의를 얻기 위한 訴는 物權的 訴(dingliche Klage)로서, 訴訟上請求의 내용은 담보물의 소유자는 強制執行을 受忍하라는 것이 된다. 그 소송에서 채권자가 승소하면 受忍名義를 얻게 되고 그로써 담보부동산을 강제경매할 수 있다. 채무를 이행하라는 청구도 병합할 수 있는데, 채무자가 담보목적물의 소유자이면 請求의 併합이 될 것이고 채무자가 아닌 제3자가 소유자이면 共同訴訟이 된다.⁴¹⁾

債務名義는 반드시 소송을 하여서만 얻을 수 있는 것이 아니다. 채무자가 자기 부동산에 저당권을 설정할 때 부동산에 대한 執行에 服從하겠다는 조항을 포함시켜 이를 등기하면 그 부동산의 모든 소유자에게 효력이 생긴다. 이때 채권자가 담보물에서 만족을 얻으려면 피담보채무의 履行期가 도래했다는 점만 입증하여 법원이나 공증인 앞에서 執行文이 부여된 公正證書를 작성하면(執行證書) 그것이 채무명의가 된다.⁴²⁾

(나) 動産擔保權의 實行

動産에 대한 담보권자는 그 동산을 환가하여 만족을 얻는다. 동산의 換價方法으로는 ① 채권자의 매각, ② 강제집행 방법에 의한 환가, ③ 당사자의 합의에 의한 환가 ④ 법원의 재판에 상응하는 환가 등이 있다.

(1) 債權者의 賣却

債權者의 賣却은 동산 담보권 실행의 원칙적인 방법으로, 소유자에 대한 일반적인 채무명의나 수인명의 없이 매각하는 것을 말한다(§ 1228 I BGB). 매각의 방법은 채권자가 개인적으로 매수인을 찾아서 파는 것이 아니라 公競賣로써 하여야 한다(§ 1235 I BGB). 담보물이 헐값에 매각되어 채무자나 소유자를 해치는 것을 막자는 취지이다. 공경매로써 매각하더라도 채권자가 매도인이라는 점에는 차이가 없다. 경매를 담당하는 사람이 채권자의 代理人으로 매각하는 것 뿐이다. 公競賣를 하려면 질권자의 채권의 일부라도 이행기가 도래해야 하며(§ 1228 II BGB),

39) Enneccerus-Wolff-Raiser, *Sachenrecht*, 10. Aufl., Tübingen 1957, § 131 I, § 139; Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 36 II 2 a; Staudinger-Scherübl, *BGB*, 12. Aufl., Einl. zu §§1113 ff. Rdnr. 24; RGZ 93, 236.

40) E, Wolf, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 11 A; MünchKomm-Eickmann, § 1147 Rdnr. 4 f.

41) Baur, aaO., § 40 IV 4.

42) Baur, aaO., § 40 IV 5.

사전에 소유자에게 賣却을 豫告해야 하며(§ 1234 BGB), 競賣 公告를 해야 한다(§ 1237 BGB).⁴³⁾ 매각은 매수인이 대금을 즉시 現金으로 支給할 것을 조건으로 이루어져야 한다(§ 1238 I BGB).

(2) 強制執行

強制執行에 의한 換價는 담보권자가 목적물의 소유자에 대한 受忍名義를 얻어 강제집행 절차에 따라 하는 환가이다(§ 1233 II BGB). 이 경우 역시 일반적인 履行을 명하는 채무명의로는 부족하다. 채권자가 동산의 점유를 이미 취득하고 있으므로 집행법에 따른 押留는 필요 없다. 환가는 § 814 ZPO 이하의 규정에 따라 집행관이 하는데, 마치 집행관이 이미 압류한 것처럼 절차가 진행된다.⁴⁴⁾

(3) 合意에 의한 換價

환가는 當事者들이 合意로써 법률에서 정한 것과 다른 방법을 택할 수 있다. 예를 들어 매각 예고나 현금 지급 규정의 적용을 배제하는 합의를 할 수가 있다.⁴⁵⁾ 그러나 公競賣 규정(§ 1235 I BGB), 競賣公告(§ 1237 S. 1 BGB), 金銀物의 환가 기준(§ 1240 BGB) 등의 적용은 매각권한이 발생하기 전에 포기할 수 없다(§ 1245 II BGB).

(4) 法院의 裁判에 의한 換價

법률에서 정한 것과 다른 방법으로 환가하는 것이 참여자들의 利益에 합치할 경우에 한 당사자가 다른 당사자에게 이 방법으로 환가할 것을 요구할 수 있는데 (§ 1246 I BGB), 당사자 사이에 합의가 이루어지지 않으면 法院이 그 방법을 정한다(§ 1246 II BGB). 예를 들어 高價의 약기에 질권을 설정하였을 경우 일반 公경매에 의하는 것보다 전문점을 통한 판매가 더 제값을 받을 수가 있는데 채권자가 이를 다투면 소유자가 관할 簡易法院에 신청을 할 수 있다.⁴⁶⁾

IV. 強制抵當

1. 概念

強制抵當(Zwangshypothek)은 강제경매와 강제관리와 함께 不動產에 대한 강제집행의 한 방법으로 인정된 것이다. 이는 부동산등기부에 강제로 기입하는 保全抵

43) Baur, aaO., § 55 B IV 2.

44) Baur, aaO., § 55 B IV 3 a.

45) Baur, aaO., § 55 B IV 3 b.

46) Baur, aaO., § 55 B IV 3 c.

當舖으로, 다른 집행방법과는 달리 채권자를 직접 만족시키는 효과는 없고 채권자에게 물권의 일종인 抵當權을 취득시킴으로써 강제경매나 강제관리를 할 때에 자신의 抵當權의 順位에 따라 만족을 얻도록 하는 집행방법이다. 강제저당은 이미 확정된 순위를 가진 擔保物權을 가진 사람에게는 의미가 없고, 그러한 효력이 없는 債權을 가진 사람이 일단 순위를 확보하고 집행할 적절한 시기를 기다리고자 할 때에 사용할 수 있는 방법이다. 강제저당을 실시하는 집행기관은 登記所이다.

2. 節次

강제저당은 채권자의 신청으로 登記所가 등기부에 기입함으로써 한다(§ 867 I ZPO). 독립된 등기소가 있는 Baden-Württemberg를 제외하고는 簡易法院이 등기소를 겸한다. 登記所에서 실제로 登記를 담당하는 이는 司法補佐官이다(§ 3 Nr. 1 h RPflG). 집행기관으로서의 등기소는 신청이 있으면 모든 執行要件이 구비되었는지 조사하고, 등기법상의 요건도 조사한다. 이 요건의 하나로 채권자의 申請이 있어야 하고, 채무자의 동의는 필요 없다. 채무명의가 동의를 갈음하기 때문이다. 이러한 점에서 이 절차는 非訟事件에 해당한다. 그러므로 등기부에 기입하는 절차는 강제집행절차와 비송사건절차가 혼합된 형태이다.⁴⁷⁾

뒤에 채권자가 이 등기에 기재된 채무명의로써 강제저당이 포함된 저당권의 순위에 따라 強制競賣를 할 수 있고 별도의 受忍名義를 얻을 필요가 없다.⁴⁸⁾

3. 最少 債權額

강제저당으로 보전할 채권은 金錢債權이어야 하며, 그 금액이 1500마르크 이상이어야 한다(§ 866 III ZPO). 그 취지는 등기부가 다수의 소액채권으로 인한 저당권으로 복잡하게 되는 것을 막으려는 것이다. 뿐만 아니라 채무자는 일상적인 거래에서 발생한 채무로써는 부동산의 소유권을 위협받지 않는다는 믿음을 가질 수 있다는 부수적 효과도 있다.⁴⁹⁾ 한 채권자의 여러 채무명의는 합산할 수 있다. 채무자에게 여러 개의 부동산이 있을 때는 각 부동산에 대하여 분산하여 강제저당의 등기를 하여야 한다(§ 867 II 1). 이때는 각 부동산별로 채권액이 1,500마르크 이상이 되어야 한다(§ 867 II 2).⁵⁰⁾ 하나의 채무명의에 기한 집행이라도 여러 채

47) Jauernig, aaO., § 23 I.

48) 법개정 이전에는 별도의 受忍名義가 필요하다는 것이 통설이었다. 이러한 법개정은 집행절차를 현저히 간소화한 것이라고 평가된다(vgl. Jauernig, § 23 IV).

49) Jauernig, aaO., § 23 II.

50) 최근에 ZPO의 강제집행법 부분이 개정되기 전에는 이 부분이 명시되지 않아 하나의 채권으로 채무자의 여러 부동산에 대하여 강제저당을 할 경우에는 이러한 最少債權額의 제한을 적용하지 않는 것이 관습법이었다고 한다(vgl. Jauernig, aaO.).

권자의 다른 채권을 합산하는 것은 허용되지 않는다.⁵¹⁾

4. 不服方法

등기부에 기입하기로 하거나 신청을 기각하는 登記所의 재판에 대한 불복방법에 관하여 통설은 집행절차에서의 방법인 즉시항고로는 불복할 수 없고 등기절차상의 방법인 抗告로만 불복할 수 있다고 한다. 그 이유는 구제방법에 관한 혼선을 피하고 기간이 정해져 있는 불복인 집행법상의 即時抗告와 기간의 정함이 없는 등기법상의 抗告가 병행되는 것을 막자는 데에 있다. 따라서 司法補佐官이 신청을 기각하였으면 그에 대하여 異議(Erinnerung)를 할 수 있다. 그 사법보좌관이 이의를 받아들이지 않으면 법관이 재판하고, 법관의 이 재판에 대하여는 보통항고가 가능하다. 신청을 받아들여 등기를 한 경우에는 이의도 항고도 허용되지 않는다(§ 11 RPfIG).

V. 人的執行

독일법이 인정하고 있는 人的 執行은 다음과 같다.

1. 強制拘禁

強制拘禁(Zwangshaft)에는 不代替的 行위를 간접강제하기 위한 것파(§ 888 I ZPO),⁵²⁾ 宣誓에 같은 保證을 강제하기 위한 것이 있다(§§ 889 II, 901 ZPO).⁵³⁾ 강제구금은 그 기간이 6개월 이하이다(§ 913 ZPO).

2. 秩序拘禁

질서구금(Ordnungshaft)은 受忍義務나 不作為義務에 위반된 행위를 하였을 때 가해진다. 채무자의 위반행위에 대하여 채권자의 신청으로 제1심 수소법원이 50만 마르크 이하의 秩序金(Ordnungsgeld)을 부과하는데, 이것이 불가능하면 6개월 이내의 秩序拘禁을 과한다. 이 구금은 총 2년을 초과하지 못한다(§ 890 ZPO).

51) Musielak/Becker, § 866 Rdnr. 4.

52) 부대체적 행위를 강제하기 위한 또 다른 방법으로 5만마르크 이하의 強制金(Zwangsgeld)을 부과할 수 있다. 우리 법이 賠償이나 即時損害의 賠償을 명하도록(제693조 1항)한 것과는 대조적이다.

53) 우리 법은 재산관계의 명시신청 불응에 대하여 3년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금, 즉 刑罰을 가한다(제524조의8).

3. 保全拘禁

우리 법에서 보전처분은 물건이나 권리만을 대상으로 한다(物的 保全處分). 그러나 독일법에서는 금전채권이나 금전채권으로 전환될 수 있는 채권을 보전하는 방법으로 假押留(dinglicher Arrest)와 人的 保全拘禁(persönlicher Sicherheitsarrest)을 인정한다.

人的 保全拘禁은 물건에 대한 假押留로 충분하지 않을 때에만 보충적으로 인정된다.⁵⁴⁾ 채무자의 재산에 대한 강제집행이 제대로 실현되지 않을 가능성이 있을 때에 집행을 보전하기 위하여 실시한다(§ 918 ZPO). 債務者가 그 대상이고, 그 내용은 채무자를 구금하거나, 가택연금, 감시, 신고의무 부과, 신분증의 압수 등 신체의 자유를 제한하는 방법으로 실시한다(§ 933 ZPO). 여기서 補充性의 의미를 구체적으로 보면, 강제집행의 보전이 다른 방법으로는 이루어질 수 없는 것을 뜻한다. 다른 보전방법이 없는 경우뿐만 아니라 假押留로는 保全에 不充分한 경우도 포함한다. 채권자는 이를 신청할 때 채무자가 압류할 재산을 소유하고 있음을 소명해야 하므로, 채무자의 단순한 도주는 보전구금의 사유가 되지 않는다. 가압류로는 파악할 수가 없는 재산을 채무자가 隱匿하거나 逃避시킬 것이라는 구체적인 우려가 있어야 한다. 그밖에 宣誓에 같은 保證을 보전하기 위하여도 보전구금이 이용된다. 이 경우에 보전구금을 하기 위하여 별도의 債務名義가 필요한 것은 아니다. 假押留를 위한 채무명의로써 선서에 같은 보증을 보전하기 위하여 보전구금을 할 수 있다.⁵⁵⁾

VI. 司法補佐官

1. 司法補佐官의 資格과 職務 일반

司法補佐官(Rechtspfleger)은 고위직 司法公務員으로, 3년간의 교육과정을 마치고 사법보좌관 시험에 합격한 자가 된다. 교육과정은 전문대학(Fachhochschule)에서의 최소한 18개월의 교육과정과 법원과 검찰에서의 최소 1년의 수습과정으로 구성된다(§ 2 I RPflG). 교육과정에는 대학 입학의 준비과정으로 인정받은 교육이나 그와 동등한 교육을 받은 자가 들어갈 수 있고, 그 밖에 중급 사법공무원은 최소 3년의 경력을 쌓고 사법보좌관으로서의 자질을 인정받으면 이 교육과정에 참여할 수 있다(§ 2 II RPflG).

54) 補充性에 관하여 명문의 규정은 없으나 이를 인정하는 데에 아무 이설이 없다(vgl. Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 75 I).

55) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 75 II 2 b.

사법보좌관은 법관은 아니지만 재판기관으로서의 핵심적인 권한을 제외한 광범위한 권한이 부여되어 있고, 그 獨立性으로 인하여 간이법원의 법관과 유사한 지위와 권한을 가진다. 그렇기 때문에 법관과 같이 除斥이나 忌避의 대상이 된다(§ 10 RPflG). 이들은 특히 非訟事件, 強制執行과 倒産節次, 판결절차를 제외한 민사소송절차(예컨대 독촉절차)를 담당한다.

2. 強制執行에서의 司法補佐官의 職務

독일 민사소송법은 執行法院은 법관이 담당하도록 하고 있으나, 오늘날은 사법보좌관법에 의하여 집행법원의 직무 대부분이 司法補佐官에게 넘겨져 있다(§ 20 Nr. 17 RPflG). 그 밖에도 강제경매와 강제관리에 관한 절차도 ZVG에 의하여 거의 모두 사법보좌관에게 맡겨져 있다. 따라서 집행법원의 법관은 執行方法에 관한 異議(§ 766 ZPO)에 대한 裁判과 그 이의절차 중의 暫定處分(§ 766 I 2 ZPO) 및 執行文 附與에 대한 異議 절차 중의 잠정처분(§ 732 II ZPO) 등을 담당할 뿐이다.⁵⁶⁾

사법보좌관이 이처럼 광범위한 사법 기능을 담당하는 데에 대하여 헌법상 기본권인 ‘法官에 의한 裁判을 받을 權利’를 침해하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기된다. 그러나 사법보좌관의 재판은 ‘法院 안에서의 事前節次’라는 점에서 정당화된다고 본다. 즉 사법보좌관의 재판에 대하여는 異議로써 법관의 판단을 받을 기회가 보장된다는 것이다(§ 11 II RPflG).⁵⁷⁾

VII. 比例의 原則

독일 강제집행법에서 比例의 原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)을 인정할 것인지가 논의된다. 본래 비례의 원칙이란 憲法에서 인정된 것으로, 국가의 국민에 대한 권리를 관철시킬 때, 즉 국가와 국민 사이의 수직적 관계인 고전적인 行政法 관계에 적용되는 것이다.⁵⁸⁾ 이러한 원칙은 그렇기 때문에 본질적으로 채권자와 채무자의 관계인 強制執行에서 쉽게 적용될 수는 없다고 볼 수 있다. 강제집행에 국가가 개입하지만, 이는 어디까지나 국가가 채권자의 자력구제를 금지하고 상당한

56) 그 밖에 법관에게 남겨져 있는 세세한 직무는, Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 27 III 2 참조.

57) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 27 III 3; Jauernig, aaO., § 9 II; Münch-KommZPO-Arnold, § 764 Rdnr. 21.

58) Jauernig, aaO., § 1 X; Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 3 III 5 a.

비용이 드는 국가의 도움으로 대체시킨 것이기 때문이므로 공법상의 법률관계와는 본질적으로 다르다. 공법상의 비례의 원칙과 유사한 것으로 사법상의 配慮義務가 있어서 그것으로 채권자의 실체법상의 권리를 제한할 가능성이 생긴다. 그러나 일단 債務名義가 생긴 다음에는 배려의무를 이유로 채무자의 이익을 위하여 채권자에게 그의 권리를 포기하라고 강요할 수는 없는 것이다.⁵⁹⁾ 이러한 의미에서 강제집행에서 비례의 원칙은 예외적으로, 엄격한 요건하에서, 즉 恣意的 執行을 방지한다는 한도에서만 강제집행법에서도 인정할 수 있다고 본다.⁶⁰⁾

比例의 原則을 해석론으로 인정할 것인지와 무관하게 독일 강제집행법은 이 원칙을 반영했다고 볼 수 있는 채무자와 채권자의 이익 형량을 위한 규정을 다수 두고 있다. 比例의 原則과 동일한 취지에 따른 규정들로는 無剩餘押留 금지(§ 803 II ZPO), 交換押留, 高價의 動物에 대한 압류, 家財道具의 압류 제한, 동산과 부동산에 대한 最低競賣價格, 人的 保全拘禁의 제한(§ 918 ZPO), 擔保가 충분한 경우의 債務者 異議, 苛酷執行 禁止 등이 있다.⁶¹⁾

이들 중 우리 법에서 생소한 것으로 다른 곳에서 설명하지 않은 것들을 본다. ① 交換押留란 § 811 I i, v, vi ZPO의 押留禁止物에 대하여⁶²⁾ 채권자가 그 물건에 대체할 수 있는 다른 물건이나 같은 용도의 다른 물건을 매입할 금액을 제공하고 압류금지물을 압류하는 것을 말한다(§ 811a ZPO). ② 動物에 대하여는, 가정에 속하여 영업활동에 제공되지 않는 동물은 압류할 수 없으나, 그 동물이 高價인 경우에 이를 압류하지 않으면 동물의 보호나 그에 대한 채무자의 이익을 고려하더라도 채권자에게 가혹하게 되는 경우에는 압류할 수 있다(§ 811c II ZPO). ③ 家財道具의 압류 제한의 내용은, 채무자의 통상적인 가재도구에 속하고 채무자의 가계에 쓰이는 물건은 그것을 환가해도 그 가치에 비하여 현저한 불균형이 생길 경우에는 압류할 수 없다는 것이다(§ 812 ZPO). ④ 動産의 最低競賣價格이란 그 물건의 통상 판매가격의 반 이하로는 경락되지 못하도록 한 것을(§ 817a I ZPO) 말한다. 不動産에 대하여도 最高價買受申告額이 그 가격의 절반에 미치지 못하는 경우에는 경락을 허가하지 않는다(§ 85a I ZVG). ⑤ 債權者가 질권이나 유치권에

59) Jauernig, aaO.

60) Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO.

61) Vgl. Rosenberg-Gaul-Schilken, aaO., § 3 III 5 d. 여기서는 超過押留 禁止(§ 803 I 2 ZPO)도 비례의 원칙을 고려한 것이라고 하나, Jauernig, aaO.에서는 이는 비례의 원칙이 아니라 強制執行 본래의 目的에서 유래한 것이라고 본다.

62) 여기서의 押留禁止物은 의복, 침구 등 최소한의 개인 생활이나 가계 영위에 필수적인 물건(1호)과 소득활동의 계속에 필요한 물건(5호) 및 소득활동을 한 자의 미망인과 미성년의 상속인이 대리인을 통하여 그 소득활동을 계속할 때 그에 필요한 물건(6호) 등이다.

따라 채무자의 動産을 이미 占有하고 있어서 채권의 만족에 충분함에도 불구하고 채권자가 채무자의 다른 재산에 집행하려 할 경우에는 채무자는 異議를 제기하여 구제받을 수 있다(§ 777 1 ZPO). ⑥ 채권자의 보호를 전적으로 고려하더라도 강제집행이 채무자에게 선량한 풍속에 어긋나는 苛酷한 行爲가 될 경우에는 執行法院이 채무자의 申請으로 강제집행 조치를 전부 또는 일부 취소하거나 잠정적으로 중단시킬 수 있다(§ 765a I ZPO).

비례의 원칙에 관한 논쟁과 관련하여 § 765a I ZPO가 성립된 배경을 참고할 필요가 있다. 이 조문의 성격에 관하여는 이를 집행법의 일반원칙에 관한 규정으로 보는 견해가 있다. 즉 이를 집행법상의 信義則에 관한 규정이라고 보는 것이다.⁶³⁾ 여기서 두 가지 방향이 설정될 수 있다. 그 하나는 우리의 예상과는 달리 이 규정에서 채무자보호의 남용으로부터 채권자를 보호해야 한다는 주장이⁶⁴⁾ 나올 수 있고, 다른 하나는 이 규정을 더욱 일반화하여 권리남용의 색채를 지우고 일반적인 비례의 원칙을 선언하는 내용으로 바꾸려는 시도가 나올 수 있다. 이러한 시도는 이미 § 765a I ZPO가 입법되기 전에 실제로 입법되어 시행되었다. 즉, 제2차대전 전의 시작으로 執行保護는 비상조치법의 규율하에 들어갔는데, 1939년의 보호규칙(Schutzverordnung) 제6조 1항 3호라는 一般條項을 두었다. 그 내용은 집행법원에 채무자의 이익을 위하여 급박하게 필요하고 채권자에게 상황에 따라 요구할 수 있을 경우에는 모든 종류의 집행조치를 직권으로 금지, 취소 또는 중지할 권한을 주는 것이었다. 오로지 채권자와 채무자의 利益衡量이 전쟁상황이라는 관점에서 집행법원의 보호조치를 정당화할 근거가 되게 함으로써 집행보호가 실제적으로 완화된 요건하에서 전쟁상황에 확대될 것을 기대하였다.⁶⁵⁾ 그러나 이는 결과적으로 재화의 궁핍이라는 전쟁상황에서 채권자에 대한 금전 지급은 도외시되고 이익형량은 일방적인 채무자 보호 쪽으로만 기울었다. 동산에 대한 강제집행에서 집행보호가 원칙이 되고, 집행의 실시는 예외가 되고 말았으며,⁶⁶⁾ 결국 정상적인 집행제도의 해체라는 결과가 되었다.⁶⁷⁾ 이러한 일반조항의 내용은 2차대전 이후에도 한 동안 유지되다가 1953년에 집행조치법(Vollstreckungsmaßnahme-

63) Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikanenverbot im Erkenntnisverfahren, ZJP 69, 89 f.

64) AaO.

65) Jonas-Pohle, Zwangsvollstreckungsnotrecht, 14. Aufl., 1942, S. 163; Gaul, Treu und Glauben sowie gute Sitten in der Zwangsvollstreckung oder Abwägung nach "Verhältnismäßigkeit" als Maßstab der Härteklausele des § 765a ZPO, FS Baumgärtel, 1990, S. 83 f.

66) Jonas-Pohle, aaO., S. 164; Gaul, aaO., S. 84.

67) Bettermann, Vollstreckungsschutz und Vollstreckungsmissbrauch, SJZ 1947, 178; Gaul, aaO., S. 84.

gesetz)에 의하여 폐지되었는데, 이 법안 이유서에 의하면 그 일반조항이 전쟁 후에 무제한한 적용범위 때문에 집행법원들이 채무자에게 지나친 온정을 베풀도록 유도하였고 惡意的인 債務者가 집행조치를 무용지물로 만들거나 절차를 부당하게 지연시키는 것이 가능하도록 만들었다는 것이다.⁶⁸⁾ 이때 일반조항을 폐지하면서 새로 도입한 것이 바로 § 765a I ZPO이다. 입법자는 종래의 보호규칙의 일반조항을 아무런 대책 없이 폐지하는 것은 바람직하지 않다고 보았다. 그것은 풍속위반의 집행행위가 적법하게 될 수가 있기 때문이다.⁶⁹⁾ 그리하여 사회적, 인간적 집행이라는 건전한 사고에 상응하는 규정을 명문으로 민사소송법에 두고자 한 것이다.⁷⁰⁾ 이로써 利益衡量이라는 일반조항에 의한 막연한 기준 대신에 필요한 최소한의 구체적 기준인 風俗違反을 요건으로 집행보호를 부여해 준다는 원칙을 확립하게 되었다.

그러나 그 뒤에 다시 집행보호를 일반조항으로 개정하려는 시도가 나왔다. 독일 사법보좌관연맹에서 제안한 것인데, 그 내용은 다음과 같았다:

“(1) 집행조치가 사회, 경제, 또는 인간적인 이유에서 채무자의 특별한 관계에 따라 상당성을 넘은 가혹한 일이 될 경우에는 집행법원은 채무자의 신청에 의하여 집행조치를 금지, 취소 또는 중지할 수 있다.

(2) 채권자의 개인적, 경제적인 관계를 고려했을 때 신청한 보호조치의 실시를 기대할 수가 없는 경우, 특히 상당성을 넘은 불이익을 가져 올 때에는 신청을 기각하여야 한다.”

이 제안의 근거는 두 가지이다. 그 하나는 § 765a ZPO를 헌법적인 의미를 가진다고 평가하고 이 규정을 비례의 원칙의 구체화라고 본 聯邦憲法院(Bundesverfassungsgericht)의 판례이고⁷¹⁾, 다른 하나는 현행 조문은 채권자의 보호의 필요를 지나치게 강조하고 風俗違反의 개념 때문에 이 조문의 적용을 대단히 어렵게 하며, 이 조문의 표현과 연혁이 오늘날의 사회정책적인 규율의 의미와 목적과는 맞지 않기 때문에 타당하지 않다는 관점이었다. 그리하여 채권자와 채무자의利害를 공평하게 해결하고 구체적 사안에의 적용을 쉽게 하기 위하여 이러한 제안을 하였다는 것이다.⁷²⁾ 그러나 이 제안은 심한 반발에 부딪혔고,⁷³⁾ 결국 입법화

68) BT-Drucks. (1. WP) Nr. 3284, S. 13, zit. Gaul, aaO., S. 84 f.

69) Jonas-Pohle, aaO., S. 31; Gaul, aaO., S. 85.

70) BT-Drucks., aaO., S. 12; Gaul, aaO.

71) Vgl. Behr, Generalklausel für Vollstreckungsschutz, zur Reform des § 765a ZPO, *Rpfleger* 1989, 13 f. 여기서는 BVerfGE 49, 220, 227을 인용하고 있다.

72) Behr, aaO., *Rpfleger* 1989, 13.

73) 이에 대한 강력한 비판은, Gaul, aaO., S. 75 ff. 참조.

되지는 못하였다. 이 제안에 대한 비판의 요지는, 뚜렷한 필요성도 없이 § 765a ZPO에 깔려 있는 집행법 특유의 권리남용 사고를 버리고 비례의 원칙이라는 일반적인 형량의 원칙을 도입하려는 것이며, 그로써 집행절차에서의 보호제도와 관련된 이제까지의 경험, 즉 이처럼 풍속위반이라는 표지를 포기하고 가치개방적으로 채권자와 채무자의 형량을 기준으로 하는 것은 집행제도의 해체를 초래한다는 역사적 경험을 도외시하였다는 것이다.⁷⁴⁾

이러한 역사적 경험을 토대로 보면 信義則과 같은 어느 정도 구체적 내용을 가진 일반조항도 判決節次에서도 신중하게 인정하고 적용하여야 할 것인데, 신의칙보다 더 내용이 추상적이고 가치중립적인 比例의 原則을 채무명의까지 확보된 상태에서의 強制執行에 도입하고 적용하는 것은 지극히 예외적인 경우에 한정해야 한다는 신중론이 훨씬 설득력이 있다고 생각된다.

VIII. 結 論

앞에서 독일 강제집행법이 우리 법과 다른 점들을 살펴보았다. 여기서는 독일 법에 대한 평가와 아울러 이러한 요소들을 우리 법에서 어떻게 참고할 수 있는지를 검토하기로 한다.

優先主義는 앞에서도 언급한 바와 같이 개별집행인 강제집행에 걸맞는 원칙이다. 그럼에도 불구하고 우리 법이 도산절차에나 맞을 平等主義를 채택함으로써 집행채권자는 다른 채권자들이 배당요구를 할 경우에 대비하여 초과압류를 하게 되고 이는 바로 강제집행이 도산절차와 유사한 모습으로 진행되고 결국 債務者는 모든 재산에 대하여 집행을 당하여 도산한 것과 다름이 없게 된다. 群團優先主義도 우연적인 사정으로 우선권을 인정하는 것이며 소규모 파산이나 다름 없게 되므로 적절하지 않다. 그러므로 우리 법에서도 優先主義를 채택하는 것이 타당할 것이다. 우선주의는 실체법상의 채권자 평등주의와 맞지 않다는 주장이 있을 수 있으나, 실체법상 다수 채권자가 동등한 지위에 서서 채권을 실현할 가능성을 가진다는 것과 실제로 집행에 들어가서 누가 먼저 채권의 만족을 얻는가는 전혀 별개 문제이다.

우리 나라에서는 이른바 任意競賣와 強制競賣를 구별하여 후자에만 채무명의를 요구하나, 債務名義에서 受忍名義를 받아들이고 담보권 실행을 위한 집행에서도 일반 강제집행과 마찬가지로 채무명의를 요구하는 것이 집행절차를 간명하게 하

74) Gaul, aaO., S. 77.

는 데에 도움이 될 것이다.

人的執行은 얼핏보면 사람에게 대하여 강제집행을 하는 것이어서 독일법이 아직 중세적 모습에서 완전히 벗어나지 못하고 있다는 인상을 준다. 그러나 이 점은 다시 생각할 필요가 있다. 우리 법에서는 채무자의 인격권을 존중하여 人的執行을 인정하지 않는 것으로 보인다. 우리 나라에서 상당수의 민사사건이 형사사건화하는 것은 채무자를 사기죄나 채무불이행죄로 처벌하거나 처벌할 위험을 보여 줌으로써 채권자가 신속하게 만족을 얻으려는 목적이 있기 때문이다. 그러나 채권자가 고소하더라도 엄밀히 사기죄 등이 성립하지 않는 경우가 많기 때문에 그 실효성이 의심스럽다. 그리고 민사사건이 형사사건화 하는 것은 단순 채무자를 형사상 범죄인으로 만들 가능성이 커지게 되므로 바람직하지 않은 현상이다. 그렇다면 차라리 독일법에서 인정하는 拘禁 등의 인적집행을 인정하면 민사사건의 형사화를 막고 채권자도 효율적으로 만족을 얻을 수 있을 것이다. 이런 의미에서 人的執行도 신중히 고려해 볼만하다.

司法補佐官 制度는 우리 나라에도 있지만, 독일의 그것과는 상당히 달리 운영되고 있다. 법관의 단순한 보조자가 아닌 準法官 내지 고급행정직으로서의 사법보좌관은 법관의 업무를 상당히 경감시킬 수 있을 것이다.

〈Résumé〉

Rechtsvergleichende Studie über deutsches Zwangsvollstreckungsrecht

Prof. Dr. Moon-Hyuck Ho*

Zusammenfassung

Korea hat zwar in großen und ganzen deutsches Zwangsvollstreckungsrecht übernommen, gibt es aber zwischen Rechtssystemen beider Länder einige wesentliche Unterschiede.

Deutsches Vollstreckungsrecht folgt bei der Erlösverteilung dem Prioritätsprinzip. Bei der Mobiliar- und Forderungsvollstreckung kommt es im Pfändungspfandrecht zum Ausdruck, bei der Immobiliervollstreckung im Beschlagnahmeverrecht. Es stellt einen elementaren Grundsatz der Einzelzwangsvollstreckung dar. Anders als deutsches Vollstreckungsrecht folgt koreanisches Vollstreckungsrecht dem Ausgleichsprinzip. Dies passt aber eigentlich mit dem Insolvenzrecht gut zusammen. In Korea besteht deshalb häufig die Gefahr der Überpfändung.

In deutschem Recht ist neben dem Vollstreckungstitel auf Leistung auch der Duldungstitel notwendig, wenn das Vermögen des Schuldners dem Nutzungsrecht oder Verwaltungsrecht eines Dritten unterliegt. Mit diesem Titel kann der Gläubiger direkt dem Dritten gegenüber Vollstreckungsmacht ausüben. In Korea hat der Gläubiger den Herausgabeanspruch des Schuldners zu pfänden und nach dessen Vollstreckung die Sache zu versteigern. Daher ist die Vollstreckung in diesen Fällen viel aufwendiger und komplizierter als in Deutschland. Außerdem ist in Deutschland der Vollstreckungstitel auch erforderlich, wenn der Gläubiger die Forderung mit Sicherungsrecht verwirklichen, was in Korea nicht nötig ist.

* College of Law, Seoul National University

Die Zwangshypothek ist eine Sicherungshypothek, die nur zur Sicherung einer dinglichen Rangstelle eines bisher rangmäßig ungesicherten Gläubigers. Sie wird auf Antrag eines Gläubigers aufgrund vollstreckbaren Zahlungstitels in das Grundbuch eingetragen. Diese Institution kennt koreanisches Recht nicht.

Im deutschen Vollstreckungsrecht ist noch die Personalexekution wie folgt anerkannt: Zwangshaft bis zu 6 Monaten zur Erzwingung von unvertretbaren Handlungen und der Abgabe der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung oder Unterlassungspflicht; Ordnungshaft bis zu 2 Jahren für die Zuwiderhandlung gegen eine Duldungs- oder Unterlassungspflicht; persönlicher Sicherheitsarrest zur Sicherung der gefährdeten Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners, entweder in Form der Haft bis zu 6 Monaten oder durch sonstige Beschränkungen der persönlichen Freiheit. Da es in Korea diese Regelungen fehlt, hält die Tendenz an, den Schuldner wegen Täuschung anzuklagen(Kriminalisierung der Zivilsachen). Beim Verfahren der Vermögensoffenbarung kann der Schuldner auch bestraft werden, wenn er das Verfahren gefährdet. Bestrafung wegen Zivilsachen ist aber überflüssig, die deutsche Regelungen sind dem Wesen nach dem Zivilverfahren angemessen.

Die Institution des Rechtspflegers in Korea ist völlig anders als die in Deutschland. Nach der deutschen ZPO ist das Vollstreckungsgericht zwar durch den Richter tätig. Dennoch sind die Geschäfte im Zwangsvollstreckungsverfahren umfangreich dem Rechtspfleger übertragen, der höherer Beamter des Justizdienstes. In Korea könnte auch mit solcher Regelung die Belastung der Richter erheblich erleichtern.

Über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zwangsvollstreckung diskutiert man in Deutschland heftig, was in Korea noch nicht geschehen ist. Nach der herrschenden Meinung ist aber dieser Grundsatz schon bei der Gesetzgebung genug berücksichtigt und daher darf man nicht die Vollstreckung an diesem abstrakten Grundsatz leichtsinnig scheitern lassen.