

〈서 평〉

宋相現 著 判例教材 民事訴訟法

—

해방 30년을 맞아 우리 法學도 「韓國學으로서의 우리 法學」으로 再定立할 때가 성숙되었다고 생각된다. 「韓國學으로서의 우리 法學」은 아마도 새로운 方法論에 입각하여 이루어져야 할 것이다. 그것은 우리 民族의 固有한 衡平觀, 즉 民族的 正義의 像에 터잡아야 할 것이다. 그리고 이 民族的 正義의 像을 발견하는 지름길은 무수한 判決에 內在하고 있는 衡平의 機能을 類型化하여 具體化하는 것이라고 생각된다. 물론 法史學的 方法으로 우리 法文化의 背景을 파악하고, 社會學的 方法으로 우리 民族의 法意識을 확정하며, 比較法學의 方法으로 우리 法機能의 特殊性을 부각시키는 것도 필수적일 터이다. 그러나 우리의 判決은 그 하나하나가 우리 社會에 뿌리박고 있는 우리 社會關係에 대하여 우리의 法官이 判決의 精神에 기하여 가장 衡平한 判斷을 한 結論이므로 이러한 結論에 도달하는 過程에 면면히 흐르고 있는 衡平의 機能을 抽出하여 具體化할 수 있다면 그 具體化된 實體는 좋은 실든 마로 우리 民族的 正義의 像일 수 밖에 없는 것이다.

흔히 생각하듯이 法理論이 法實務에 어떻게 나타나는가를 알기 위하여 우리 判例를 研究하여야 하는 것이 아니라, 韓國學으로서의 우리 法學이 서야 할 民族的 正義의 像을 발견하기 위하여, 환언하면 「우리」 法學의 方法論으로서 우리 判例를 研究하여야 하는 것이다.

學生들에게 判例를 가르쳐야 하는 이유도 마찬가지이다. 法實務를 떠난 法理論을 가르치는 것은 無用하다(즉 法을 4년 공부하고도 訴狀하나 쓸 줄 모른대서야 무엇인가 잘못된 것이 아니냐)라고 하는 프라그마티즘적인 反성에서가 아니라, 學生들에게 具體的인 判決을 가르치고 케이스를 실제로 풀게 함으로써 具體的 衡平이 무엇인가를 發見할 수 있는 힘을 길러주지 않고서는 學生들에게 法學이 도대체 무엇인가를 알게 할 수가 없는 것이다.

筆者는 이러한 觀點에 서서 宋相現 教授의 判例教材 民事訴訟法の 重要한 意義를 음미하고 싶다.

本書는 民事訴訟法에 관한 방대한 우리의 判例를 著書自身の 獨特한 體系로 分類하여 各 判決에 內在하는 衡平의 機能을 훌륭하게 類型化하고 있다. 그러므로 本書는 一著者의 의도가 어떠하였던가에 구애됨이 없이 一單純한 「判例教材」가 아니고 民事訴訟法을 「韓國學으로

서의 우리 法學]으로 수립하기 위하여 우리 나라에서 最初로 시도된 研究書인 것이다. 또한 本書는 후술하는 바와 같이 判決을 紹介한 후 「문제」欄에서 問題點을 提示하여 學生 스스로가 判決에 內在하는 衡平의 機能을 發見하는 方法을 관찰하고 있다. 따라서 本書는 위에서 본 法學教育方法에 입각할 때—또한 著者의 의도에 구애됨이 없이—單純한 「副教材」가 아니라 民事訴訟法 教科書의 지위를 占하게 되었고 오히려 傳統的 意味의 종래의 「教科書」를 위 「문제」를 풀 때 모르면 찾아보아야 할 參考書의 지위로 轉落케 하고 있음을 注目하여야 하는 것이다.

二

本書는 국관 873面に 우리 大法院判例 1,406件을 비롯한 우리 나라 下級審判例 253件 및 日本判例 27件, 獨逸判例 17件, 佛蘭西判例 6件, 美國判例 13件, 英國判例 5件을 대체로 講學上의 順序 및 概念에 따라 수록하고 있다. 判決理由를 摘記하거나 理由의 要旨를 記載하는 方法을 취하고 있고, 必要한 境遇에는 上告理由의 要旨 및 事實의 概要나 註解를 부기하고 있다. 要旨를 뽑은 것이 簡單하고 明瞭하며 正確하다.

本書의 注目할 部分은 每項目이 시작할 때 부연되어 있는 「鳥瞰圖的 說明」이다. 이것이 散在한 「珠玉같은 判例」를 「실」에 꿰어 있는 「구슬들」로 만드는 機能을 유감없이 발휘하고 있다. 本書가 判例를 編하면서도 「著書」로서 마땅하게 하고 있는 것도 바로 이 부분이다.

특히 第1編 序論에서 本書는 民事訴訟制度의 目的論, 民事訴訟法의 發達史, 民事訴訟法의 理想, 實體法과 訴訟法, 民事訴訟의 意義와 限界等 民事訴訟法의 根本理論에 관하여 他書의 追從을 不許하는 著者의 해박한 知識을 과시하고 있다. 著者는 「實體法과 訴訟法은 異質의인 것이기는 하나 現在와 같은 測然한 구별은 制度的 技術的 性格의 것이며 現實社會의 具體的 事件囊決에 있어서는 理論의으로나 實際의으로 相互交錯되어 協調할 뿐만 아니라 將來에는 制度的으로나 學問的으로나 상당한 程度로 그 差別이 止揚되고 綜合될 運命에 있다」고 갈피하고 있다(8面). 이는 著者가 商法과 民事訴訟法을 同時에 專攻하면서 實體法과 節次法의 峻別에서 오는 不合當을 깊이 認識하고 傳統理論에 대하여 새로운 方向을 提示한 것으로 理解되며 歐美諸國의 現傾向에 비추어 時宜에 맞는 敎示로서 注目할 것이다. 그 외에도 法院, 當事者, 訴, 第1審訴訟節次, 訴訟節次의 中斷과 中止, 判決節次의 終了, 證據一般, 自由心證主義, 證據調查節次, 抗訴審節次, 上告審節次, 抗告節次, 再審節次, 督促節次, 公示催告節次에 관하여 學說을 일목요연하게 整理하여 總說의 說明을 하고 있는 것은 「약간씩의 鳥瞰圖的 說明」을 초월하여 本書로 하여금 傳統的 意味에 있어서의 教科書의 役割 까지도 충분히 담당하도록 하고 있다고 말할 수 있다.

判例의 과감한 分類도 本書의 特徵이다. 우리 나라 大法院判決은 여러가지 事情으로 그

理由를 簡略하게 說示하는 것이 많고 學說과의 關係를 明示하고 있지 않기 때문에 --이 점에서 우리 나라 判例의 태도는 獨逸의 그것보다는 佛蘭西의 그것에 가깝다-- 과연 當該判例가 對立되는 學說中 어느 것과 軌道를 같이 하는 것인지 分明하지 않은 것이 대단히 많으므로 學說에 對應하여 判例의 입장을 명쾌하게 지적하여 分類한다고 하는 것은 대단히 어렵고도 危險한 일이다. 그런데도 著者は 명석하게 경우에 따라서는 判決의 底意까지도 看破하여 無理없이 大法院判例의 學說의 分類에 成功하고 있는 것이다. 當事者確定에 관한 우리 나라 判例를 表示說에 입각하고 있는 것과 意思說에 입각하고 있는 것, 行爲說에 입각하고 있는 것으로 分類하고 있는 것이라든지(149面 이하), 辯護士法 第16條違反行爲의 効力에 관한 判例를 有効說에 입각하고 있는 것과 折衷說에 입각하고 있는 것으로 分類하고 있는 것이라든지(130面 이하), 訴訟物에 관하여 舊訴訟物理論(實體法說)에 입각하고 있는 判例와 新訴訟物理論(訴訟法說)에 입각하고 있는 것으로 보이는 判例로 分類하고 있는 것이라든지(194面 이하), 請求의 變更에 대한 被告의 同意 및 應訴의 效果에 관하여 公益的要件說에 입각하고 있는 判例와 私益的要件說에 입각하고 있는 判例로 分類하고 있는 것이라든지(234面), 請求의 交換的 變更에 관하여 連續說에 입각하고 있는 判例와 結合說에 입각하고 있는 判例로 分類한 것이라든지(239面 이하), 既判力의 客觀的 範圍에 관한 문제중 可分的 權利關係의 一部請求의 許否에 관하여 一部請求否定說에 입각하고 있는 判決과 一部請求肯定說에 입각하고 있는 判決로 分類한 것이라든지(459面 이하), 訴訟係屬中の 和解의 性質에 관하여 私法行爲說에 입각하고 있는 判例, 私法行爲 및 訴訟行爲併合說에 입각하고 있는 判例, 訴訟行爲說에 입각하고 있는 判例로 分類한 것이라든지(505面 이하), 強行法規에 違反된 和解의 効力에 관하여 無効說에 입각하고 있는 判例와 有効說에 입각하고 있는 判例로 分類한 것이라든지(508面 이하), 和解의 既判力의 範圍에 관하여 制限的既判力說에 입각하고 있는 判例와 無制限既判力說에 입각하고 있는 判例로 分類한 것이라든지(514面 이하), 辯論의 全趣旨가 主要事實에 관하여 獨自性을 갖는 與否에 관하여 否定說에 입각하고 있는 判決과 肯定說에 입각하고 있는 判例로 分類한 것이라든지(586面 이하), 提訴後 作成된 文書가 證據能力을 갖는 與否에 관하여 否定說에 입각한 判決과 肯定說에 입각한 判決로 分類한 것이라든지(593面 이하), 附帶抗訴의 性質에 관하여 非抗訴說에 입각하고 있는 判例와 抗訴說에 입각하고 있는 判例로 分類한 것이라든지(692面 이하), 大法院判決의 羈束力의 性質에 관하여 中間判決効力說에 입각한 判決과 既判力說에 입각한 判決로 分類한 것(770面) 등이 그것이다.

外國民事訴訟判決 및 이에 관한 理論을 詳細하게 소개하고 있는 것도 종래 어떠한 教科書도 追從을 不許하는 本書의 長點이다. 任意的當事者變更에 관한 獨逸의 學說(52面)을 소개하고, 選定當事者와 關聯하여 英美의 Class Actions에 관한 制度를 概說하고 이에 관한 判例를 소개(69面 이하)한 것, 獨立當事者參加와 關連하여 美國의 The third party practice

에 관한 理論과 判例를 소개(99面 이하)한 것, 訴訟代理人의 地位와 權限範圍에 관한 英國, 美國, 西獨, 佛蘭西의 辯護士制度를 概觀한 것(133面), 權利保護要件에 관하여 우리 나라의 通說 判例와는 달리 抽象의 訴權說(裁判請求權說)을 取하고 있는 獨逸判例를 소개하고 있는 것(180面), 新訴訟物理論에 관한 獨逸判例를 소개하고 있는 것(200面 이하), 請求原因에 관하여 事實記載說(理由記載說)에 입각하고 있는 獨逸判例를 소개하고 있는 것(207面), 送達方法에 있어서 電話送達에 관한 美國判例와 理論을 소개하고 있는 것(270面), 送達場所에 관한 美國判例를 소개하고 있는 것(276面), 辯論期일에 있어서의 當事者의 不出席에 관한 獨逸, 佛蘭西, 英國, 日本 諸國의 制度를 概說하고 있는 것(352面 이하), 判決의 更正範圍에 관한 美國의 判例를 소개하고 있는 것(415面), 訴訟費用에 관련하여 辯護士費用의 負擔에 관하여 獨逸, 佛蘭西, 美國의 制度를 소개·비교하고 있는 것(437面), 既判力의 客觀的 範圍에 관하여 獨逸, 佛蘭西, 英國, 美國의 判例를 소개·비교하고 있는 것(451面) 등이 그것이다.

本書는 이처럼 各項目마다 基幹이 되는 概念과 學說을 整理하여 준 후 이에 대한 判例를 分類하여 제공한 다음 「問題」를 提起하여 學生들에게 「問題」의 풀이를 요구하고 있다. 이 「問題」가 本書의 價値를 크게 높이고 있음을 또한 注目하지 않을 수 없다. 各問題를 읽어 보면 「問題」가 갖는 機能이 多樣함을 알 수 있다. 많은 問題를 提示하고 있어 일일이 매거 할 수 없지만 대체로 그것은 學生들에게 이미 說明한 것의 復習을 시키려는 것, 이미 說明하고 提示한 資料에 의하여 스스로 새로운 問題를 풀 수 있는 訓練을 目的으로 하는 것으로부터 「問題」라는 이름으로 著者가 法の 改正을 促求하는 것, 判例의 態度에 대하여 理論的 懷疑를 표시하고 나아가 判例의 變更의 必要性을 온건하게 示唆하는 것 등 무궁무진하다. 이 「問題」들이 本書의 Case Method的 法學教育方法을 可能하게 하여주고 있음을 強調하지 아니할 수 없으며 著者의 問題意識에 대하여 높은 경의를 표하지 아니할 수 없다.

三

拙稿를 마침에 즈음하여 筆者는 本書가 우리 나라에 있어서의 民事訴訟法의 研究方法이나 教育方法으로 하여금 새로운 次元으로 進入케 하여주고 있다는 事實을 實感하고 있다. 이러한 著者의 業績은 著者가 判例를 공부하지 않으면 아니되었던 實務修習期間을 가지고 있었고, 長期間 留學하여 英美法과 獨逸法을 두루 研究할 기회가 있었으며, 實體法과 節次法을 함께 研究하고 講義하고 있기 때문에 可能하였고 著者의 明哲한 學者的 力量이 있어 비로소 可能하였다고 확신하는 바이다.

앞에서 본 바와 같이 本書는 大法院判決을 多樣하게 나누어지 있는 學說의 範疇에 넣어서 分類하고 있기 때문에 大法院判決의 相當數가 相互矛盾하는 것으로 부각되고 있다. 과

연 위 判決들의 眞意가 著者が 分類한 것처럼 相互矛盾하고 있는 것인지—만약 相互矛盾하는 判決들이라면 그 判決들은 再審事由에 해당하는 것이다—이에 관하여 앞으로 커다란 論議가 야기될 것으로 보이고 또한 論議가 야기되어야 할 줄 안다. 이런 觀點에서도 本書는 우리 民事訴訟法學上 問題作으로서 記錄되어야 할 것으로 생각된다.

아쉬움이 있다면 舊法時代의 大法院判例를 現行法에 관한 判例와 同等한 地位에서 다루어 多樣하게 나누어진 學說의 範疇에 넣어 分類하고 있는 點이 더러 보이고 判例가 廢止變更된 경우 그 表示를 明白히 하지 않고 있는 點이 보인다는 것이다. 그러나 이러한 아쉬움이 本書의 위에 말한 이정표적 가치를 減少시킬 수 없는 것도 또한 明白하다.

本書가 앞으로 學生들의 教科書로, 學界나 實務界에 종사하는 者の 研究書로 活用되어 우리 法文化向上에 크게 이바지할 것을 확신하는 바이다.

李 英 俊

〈大法院裁判研究官·判事〉