

유럽 민사소송을 향한 길? —유럽에서의 법통일의 현황과 진전 경향—

디터 라이폴트*

胡 文 赫** 譯

I. 서 론

일반적인 법의 국제화 또는 세계화 경향은 民事訴訟法이라고 해서 예외는 아니다. 이는 특히 유럽에서 전개되는 상황을 보면 분명히 알 수 있다. 요즈음 벌써 “유럽 民事訴訟法”이⁽¹⁾ 자주 거론된다. 그렇기 때문에 얼핏 보면 마치 오래 전부터 이미 유럽 민사소송법을 향한 길이 닦여져 왔을 뿐만 아니라 이미 그것이 완성된 것 같은 인상을 줄 수도 있을 것이다. 그러나 겉모양은 믿으면 안 된다. 약간 듣기 좋게 그렇게 부르는 유럽 민사소송법은 國際民事訴訟法, 그러니까 국경을 넘나드는 법적거래와 관계된 사항에 국한되어 있다. 하지만 여기서 유럽법은 유럽경제공동체의 裁判籍 및 執行에 관한 協約의 모습으로 폭넓은 법통일을 이루었다. 이 法統一은 특히 루가노協約으로써 유럽공동체 국가의 범위를 넘어서 확산되었고, 어쩌면 심지어는 전세계에서 써먹을 수 있는 표본으로 고려될 수도 있을 것이다. 내 강연의 첫 부분은 점차 중요성을 더해 가는 이 法律素材의 기본 윤곽과 몇 개의 실제적 문제들을 다루기로 한다. 여기서 유럽법원의 判例가 법통일을 보장하는, 어쩌면 주도하기도 하는 존재로 드러나게 된다. 근래에는 그 判例가 유럽경제공동체의 條約의 差別 禁止를 민사소송상의 규정들에까지 적용함으로써 裁判籍 및 執行에 관한 協約을 넘어서는 문제에까지 손을 댈다. 내 강연의 두 번째 부분이 이 흥미로운 현상을 다룰 것이다. 統一된 유럽民事訴訟을 그냥 꿈꾸기만 하는 것이 아니라 실현 가능하다고 여기는 학자가 적지 않다는 것을 이른바 유럽의 민사소송법 통일을 위한 Storme위원회가 만든 제안이 보여준다. 이 강연의 셋째 부분에서 이 제안을 다

* Dieter Leipold : 독일 Freiburg대학교 법과대학 교수

** 서울大學校 法科大學 教授

(1) 예컨대 Kropholler의 EuGVÜ 주석서의 書名이 그러하다(Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 5. Aufl., 1996).

문 뒤에 끝으로 民事訴訟 분야에서 가까운 미래에 法統一이 얼마나 필수적인가, 아니면 적어도 바람직하다고 볼 것인가 하는 문제를 다룰 것이다.

II. 유럽 法院管轄 및 執行에 관한 協約(EuGVÜ)

1. 효력 범위 및 기본 원칙

1968. 9. 27의 民事 및 商事事件에 있어서의 法院管轄 및 法院裁判의 執行에 관한 유럽경제공동체(EWG)의 Brüssel 협약(아래에서는 EuGVÜ라고⁽²⁾ 표시한다)은 현재 벨지움, 덴마크, 독일, 프랑스, 희랍, 영국, 아일랜드, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 폴투갈과 스페인에 적용된다. 유럽연합이 확대되는 추세에 따라 장래의 회원국가에도 미치게 될 것인데, 그러기 위하여는 별도의 가입협상이 필요하다. EuGVÜ의 물적 적용영역으로는 EuGVÜ 제1조 1항에 따라 民事 및 商事事件이 포함된다. 위 협약 제1조 2항은 人事事件, 夫婦財産關係事件, 相續事件뿐만 아니라 破産, 和議 및 仲裁事件⁽³⁾ 등을 명시적으로 제외하고 있다.

EuGVÜ가 國際倒産法의 분야에 남겨 둔 공백은 1995년의 유럽倒産協約으로 메워질 것이다. 이 協約이 이루어지기까지 여러 차례의 사전 시도가 있었지만, 먼저 倒産實體法의 통일이 없었기 때문에 국경을 넘은 倒産에 관한 협정을 체결하는 것이 지극히 어려운 것으로 보였다. 유감스럽게도 倒産協約에 영국은 서명하지 않았다 - 서명기간이 바로 광우병에 관한 분쟁 때문에 영국이 전면적인 거부를 하는 기간과 일치하였던 것이다. 하지만 장기적으로 결국 倒産協約의 發效를 생각하고 있어야 할 것이다.

EuGVÜ는 유럽공동체의 설립을 위한 조약 제220조에 근거가 있다. 그에 따라 相互承認의 형식성의 완화와 법관 재판의 집행 간소화를 보장하기 위하여 회원국들이 협상을 개시하였다. 이러한 기반 위에서 성립한 EuGVÜ는 어느 정도 사후적으로 유럽공동체 안에서 국경을 넘어 判決을 승인하고 집행하는 것을 보장하는 것으로 만족하지 않고, 이른바 제1차적 國際管轄까지도 규율한다. 따라서 EuGVÜ는 한 유럽공동체 국가 안에서 조약국에 주소가 있거나 소재지가 있는 피고를 상대로 소가 제기된 경우에도 의미를 가진다. 예를 들어 Freiburg지방법원에 Lisbon 소재의 회

(2) 독일에서 일반적으로 통용되고 있는 이 略語는 Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungs-Übereinkommen(유럽 법원관할 및 집행협약)을 줄인 것이다.

(3) 仲裁事件은 EuGVÜ의 기초가 된 유럽공동체조약 제220조에 명시적으로 언급되어 있지만, 다른 국제협정, 특히 거의 모든 유럽공동체 국가들이 인준한 1958. 6. 10의 外國 仲裁判定의 承認과 執行에 관한 유엔協約에서 규정하고 있다. 자세한 것은, Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 1 Rdnr. 38 참조.

사를 상대로 소가 제기되면, 受訴法院의 국제관할권은 오로지 EuGVÜ에 의하여 판단되지 독일법(이른바 自國法)에 따르는 것이 아니다. 이 제1차적 國際管轄이라는 규율은 중전의 양국간 및 다국간의 承認 및 執行條約에 비하면 획기적인 진보이다. 그것은 중전의 조약들은 보통 단지 承認管轄만을 규정하는 것에 한정했었기 때문이다. 즉 그 조약들은 외국의 判決法院이 한 판결을 승인하는 데에 있어서 그 법원의 관할을 인정하는 데에 어떠한 요건이 충족되어야 하는가 하는 점만을 확정하였던 것이다.

EuGVÜ의 관할체계는 모든 사람은 住所나 所在地가 있는 국가에서 제소당한다는 원칙(EuGVÜ 제2조 1항)에서 출발한다. 이렇게 하는 본질적인 이유는, 국내에 주소가 없는 자연인과 회사에 대하여 廣範圍한 管轄이 인정되는 것을 막자는 데에 있다. 이같은 이른바 過剩管轄로 EuGVÜ의 적용영역에서 조약국에 주소를 둔 사람에게 적용되어서는 안되는 것에⁽⁴⁾ 독일에 재산이 있으면 주소가 없어도 그를 피고로 하여 제소할 수 있도록 한 독일의 財産所在地의 裁判籍(ZPO 제23조)도 해당된다. 또 예를 들면 프랑스 민법 제14조에 의하면 프랑스인이 프랑스 안에 주소가 없는 外國人을 상대로 제소할 수 있다고 管轄을 매우 광범위하게 인정하는데, 이것도 적용이 배제된다.

被告의 주소국의 국제관할 외에도 EuGVÜ는 많은 사건에서 다른 조약국의 관할권을 인정하고 있다. 그 중 契約에 의한 請求權에 관한 義務履行地의 국제관할(EuGVÜ 제5조 1호)과 — 이에 관하여는 바로 뒤에 자세히 본다 — 불법행위에 기한 청구권에 관한 不法行爲地의 관할(EuGVÜ 제5조 3호)이 특히 중요한 의미를 가진다. 그 밖에도 EuGVÜ는 保險事件(EuGVÜ 제7조 이하), 消費者事件(EuGVÜ 제13조 이하) 및 物權에 관한 訴에 대한(EuGVÜ 제16조) 特別管轄을 포함하고 있다.

국제 상거래에서는 법원의 管轄에 관한 契約에 의한 合意가 대단히 중요하다. EuGVÜ는 제17조에서 裁判籍 合意의 요건들을 매우 상세히 규정하고 있다. 그리고 피고가 異議 없이 應訴하여도 EuGVÜ 제18조에 의하여 國際管轄이 생긴다.

그밖에 EuGVÜ는 國際的 訴訟係屬(EuGVÜ 제21조)과 이와 서로 관련이 있는 節次의 中止(EuGVÜ 제22조)도 규정한다. 訴訟係屬의 규율에 관하여는 뒤에 다시 언급할 것인데, 그것은 바로 이런 예에서 국내와 유럽 민사소송법이 함께 적용되는 데에 따른 문제점들이 잘 드러나기 때문이다.

(4) EuGVÜ 제3조 2항에 이러한 바람직하지 않고 이 협약 영역에서 적용될 수 없는 管轄의 목록이 열거되어 있다.

EuGVÜ는 하나의 국제관할규정을 만들어서 유럽연합의 국가들에 있어서 권리추구를 위한 통일된 기초를 마련하였다. 회원국의 모든 법원이 이 관할 규율을 따라야 되므로 판결을 승인함에 있어서 원칙적으로⁽⁵⁾ 判決法院이 국제관할권을 갖고 있었는지를 심사할 필요가 없게 되었다. EuGVÜ는 承認을 이처럼 간소화한 것에 큰 의미를 둔다. 이는 제28조 3항에서 관할권의 심사를 명시적으로 금지하고 있을뿐만 아니라 관할에 관한 규정들이 公序에 속하지 않는다고 규정하기까지 함으로써 관할 심사가 EuGVÜ 제27조 1호(승인국의 공서에 위반될 경우의 승인 거부)에 의하여 간접적으로 행하여지는 것을 불허하였다.

相互主義의 심사도 물론 필요없으므로 이 協定은 승인의 요건들을 극히 간소화한 것이다. 公序 違反 외에도 특히 절차를 개시하는 書面이 適式인가, 그리고 適時에 送達되었는지도 심사한다(EuGVÜ 제27조 2호). 외국의 裁判이 승인국이 이미 한 다른 裁判과 합치될 수 없어도 승인을 거부할 사유가 된다(EuGVÜ 제27조 3호).

다른 조약국에서 한 判決이 별도의 절차를 밟을 필요 없이(EuGVÜ 제26조 1항) 承認되는 것과는 달리, 이런 재판에 기한 強制執行을 하려면 사전에 執行國에서 집행할 수 있음이 선언되어야 한다. 이를 위한 절차가 EuGVÜ에서 너그럽게 제시되어 있고 역시 극히 간소화되어 있다. 예를 들면, 債權者는 (독일민사소송법 제722조와 같이) 외국판결에 대한 執行判決을 구하는 訴를 제기할 필요가 없다. 단지 일방적인 절차에서 집행가능선언을 신청하면 되는데(EuGVÜ 제31조 1항), 이는 요건이 갖추어진 경우에 상대방을 심문하지 않고(EuGVÜ 제34조 1항), 외국의 재판에 대하여 실질 심사를 하지 않고(EuGVÜ 제34조 2, 3항 - *révision au fond*의 금지) 하게 된다. 그러나 執行債務者는 나중에 법적 구제수단을 주장할 수 있는데, 이에 관하여도 EuGVÜ가 자세하게 규율하고 있다(EuGVÜ 제36조 이하).

여기서 EuGVÜ의 내용 전체를 설명하지 않더라도, 국경을 넘은 民事訴訟의 중요한 문제들이 얼마나 광범위하게 규율되고 있는지가 분명해질 것이다. 이렇게 함으로써 참으로 지속적으로 통일된 법이 만들어질 수 있는지는 물론 법원의 재판실무에도 달려 있다. EuGVÜ의 통일된 해석과 적용을 보장하기 위하여 Luxemburg에 있는 유럽법원에 광범위한 裁判權이 부여되어 있다. 조약국의 법원들은 유럽법원에 해석상의 문제들을 판단하라고 제청할 수 있고, 국내의 최고법원들은 심지어는 제청할 의무까지 지고 있다. 이 규율은 서류상으로만 그렇게 되어 있는 것이 전혀 아

(5) 보험사건, 소비자사건 및 전속관할에 관한 협정의 규정들이 침해될 때에는 EuGVÜ 제28조 1항이 예외로 규정하고 있다. 이는 承認의 요건으로 심리될 수 있지만, EuGVÜ 제28조 2항에 의하여 判決法院이 자기의 管轄權을 인정한 근거가 된 사실인성에는 구속된다.

니다: 유럽법원은 EuGVÜ의 해석에 관하여 벌써 약 90개의 재판을 하였고,⁽⁶⁾ 이를 통하여 법통일에 현저하게 기여하였다.

2. 통일의 한계: EuGVÜ와 국내법의 공동 적용

EuGVÜ와 같은 國際法은 절차의 부분 부분들만 규율하므로, 처음부터 국내법과의 협동이 전제되어 있다. 여기서는 국내의 규범과 국제 규범의 공동 적용을 구명하기 위하여 몇 개의, 특히 유럽법원의 새로운 재판들을 보고자 한다.

(1) 義務履行地의 國際管轄權

유럽법원이 1976년에 유럽민사소송법 분야에서 한 첫 재판에서 바로 EuGVÜ 제 5조 1호에 규정된 義務履行地의 국제관할권이 문제되었다. 그 뒤에도 이 규율은 여러 관점에서 문제의 진원지가 되었다; 이에 관한 최근의 판결이 불과 수개월 전에 있었다. 여기서 다루는 裁判은⁽⁷⁾ 유럽법원이 여기서 EuGVÜ에서 사용된 개념들의 원칙적 해석에 관한 문제를 제기하였다는 것만으로도 주목을 끌 만한 것이다. 여기서 義務履行地의 개념을 어떻게 이해할 것인가를 다루었다. 유럽법원은 이와 같은 개념을, 적용 가능한 國內法으로 넘기는 것으로 이해할 것인지, 아니면 독자적으로 해석할 것인지는 일반적인 원칙으로 정할 것이 아니라, 구체적인 사안에 따라서 판단하여야 한다고 하였다. 하지만 그 후 20년간 유럽법원은 대다수의 사건에서 법의 통일성을 보장하기 위하여 條約 독자적인 해석이 권고할 만하다고 본 것으로 드러났다. 몇 개 안 되는 예외로는 뒤에 설명할 訴訟係屬 時點에 관한 재판과 義務履行地에 관한 재판이 있다.

유럽법원은 義務履行地는 사건을 다루는 법원의 抵觸規範에 따라 제정 義務에 기준이 되는 實質法에 따라 판단되어야 한다고 판시하였다. 이 법원은 義務履行地를 조약 독자적으로 정할 상황이 아니라고 보았는데, 그 이유는 그렇게 하면 契約關係의 내용을 다루어야 하는데, 실질법은 아직 통일이 전혀 되어 있지 않기 때문이라고 하였다.

실질법 질서들이 履行地에 관하여 매우 다양한 규율을 포함하고 있을 때에는 이에 대하여 반대할 수 있음은 물론이다. 관할을 근거지우는 효과에 있어서 國內法과는 독립된 기준으로 이 개념을 판단하는 것이 그럴수록 더 중요하다고 할 것이다. 그렇게 하지 않으면 각기 적용 가능한 실질법을 경유하면서 履行地의 裁判籍의 범

(6) 유럽법원의 판결을 모아 놓고 그 출처 표시까지 한 것으로는, *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, S. 548 ff. 1996년과 1997년에 벌써 몇 개의 재판이 추가되었다.

(7) EuGH Urteil vom 6. Oktober 1976, Ra. 12/76, *Industrie Tessili Italiana Como gegen Dunlop AG*, Slg. 1976, 1473.

위가 현저히 달라지는 것은 각오하게 된다.

實質法으로 넘기는 것이 어떠한 문제점으로 귀결될 수 있는지는 유럽법원이 재판한 다른 사건에서⁽⁸⁾ 특히 분명하게 드러난다. 그 사건에서 분쟁의 시원이 된 계약에 헤이그 통일매매법이 적용될 수 있었다. 그 제59조에 의하면, 달리 정한 바가 없으면 매수인은 매도인에게 賣渡人의 營業所에서, 영업소가 없을 때에는 그의 통상의 居所地에서 매매대금을 지급하여야 한다. 비엔나 유엔매매법(CISG) 제57조 1항에 의하더라도 달리 정한 바가 없으면 매매대금은 賣渡人의 營業所에서 지급하여야 한다. 이 규정들을 국제관할의 원칙이라는 의미에서 의무이행지의 확정이라고 받아들이면, 이는 바로 賣渡人이 매매대금을 원칙적으로 자기의 裁判籍에서 소구할 수 있다는 것을 뜻한다. 그러나 이러한 賣渡人 裁判籍은 모든 피고는 원칙적으로 자기의 주소지국에서 제소되어야 한다는 EuGVÜ의 근본결단을 별로 쓸모가 없게 만든다. 유럽법원도 판결이유가 아주 잘못된 이 재판에서⁽⁹⁾ 마찬가지로 義務履行地는 적용가능한 實質法에 의하여 정해야 한다는 태도를 유지하였으나, 이 실체법이 통일매매법인 경우에는 이에 따라야 한다고 하였다. 이러한 사례를 계기로 의무이행지 개념의 적어도 부분적으로 독자적인 해석을 할 기회를 유럽법원이 유감스럽게도 이용하지 못했다.

하지만 義務履行地의 개념이 그 사이에 어느 만큼의 소송상의 독자성은 얻었다. 여기서 義務履行地의 합의와 관할합의의 관계에 관한 것이다. EuGVÜ 제17조가 관할합의에 세밀한 형식요건을 내세우기 때문에, 義務履行地의 합의로 결과적으로 管轄이 確定될 경우에 이 승수에 있어서도 그 형식요건을 충족해야 하는 것이 아닌가 하는 문제가 대두된다. 그러나 유럽법원은⁽¹⁰⁾ 독일연방대법원이 제정한 이 문제에 대하여 그럴 필요가 없다고 하고는, 義務履行地는 적용가능한 實質法이 허용할 경우에는 口述로도 합의할 수 있다고 판시하였다. 그 당시에 재판된 이 사안은 대여금의 반환을 위한 의무이행지를 口述로 승수하여, 이런 방법으로 管轄을 인정하는 효과를 낳은 경우였다.

그러나 1997년에 이 판례는 중대한 제한을 받게 되었다. 프랑스 회사가 독일 Würzburg에 소재하는 어떤 기업으로부터 라인강에서 운항하기 위하여 선박을 임차하였다. 연방대법원은, 의무이행지가 Würzburg라는 口述승수로 독일 기업이 프

(8) EuGH Urteil vom 29. Juni 1994, Rs. C-288/92, Stawa Metallbau GmbH/Custom Made Commercial Ltd, Slg. 1994 I 2913=IPrax 1995, 31.

(9) 이 재판에 대하여 아주 비판적인 견해는 예컨대, *Jayme*, Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer - Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ, IPrax 1995, 13.

(10) EuGH Urteil vom 17. Januar 1980, Rs. 56/79, Siegfried Zelger gegen Sebastiano Salnitri, Slg. 1980, 89.

랑스 회사를 상대로 하는 선박손상에 기한 손해배상소송을 위한 국제관할권이 Würzburg에 인정되는지를 유럽법원에 다시 질문하였다. 유럽법원은⁽¹¹⁾ 이를 부정하고, 이 사건에서 계약의 실제와는 아무 관계 없는 義務履行地를 합의하였다고 확정하였다. 이런 가상적 의무이행지는 오로지 裁判籍을 정하는 데에 쓸모가 있을 뿐이고, 따라서 이런 사건에서는 EuGVÜ 제17조에 따른 裁判籍合意의 요건(특히 그 형식 요건)이 지켜져야 할 것이라고 하였다.

(2) 國際的 訴訟係屬

이 사항을 규율하는 EuGVÜ 제21조는 여러 條約國의 法院에서 同一한 請求에 기하여 동일한 당사자 사이에서 訴가 提起되어 있는 것을 전제로 한다. 그러한 경우에는 뒤에 제소받은 법원은 먼저 제소받은 법원의 관할권이 확정될 때까지 절차를 일단 직권으로 중지시켜야 한다(EuGVÜ 제21조 1항). 그 뒤에 전소 법원의 관할권이 확정되면, 후소 법원은 전소 법원을 위하여 관할권이 없다고 밝혀야 한다(EuGVÜ 제21조 2항).

유럽법원은 약간 오래된 재판에서⁽¹²⁾ EuGVÜ 제21조 1항이 말하는 “提訴狀態(Anhängigkeit)”를 어떻게 이해해야 할 것인지를 다루었었다. 그 사건에서는 독일에서 제기된 訴가 동일한 소송물의 이탈리아에서 제기된 訴보다 먼저 제출되었다. 그러나 被告가 이탈리아에 거주하였기 때문에 그 곳의 訴가 독일에서의 訴보다 먼저 송달되었다. 여기서 國際的 訴訟係屬의 범주에서 제출된 시점을 기준으로 할 것인지 아니면 송달된 시점을 기준으로 할 것인지가 문제되었다. 유럽법원은 前訴 法院은 궁극적인 訴訟係屬의 요건을 먼저 갖춘 법원이라고 보아야 한다고 판시하였다. 그러나 궁극적 소송계속의 요건은 각 해당 법원의 국내 규정에 따라 판단해야 할 것이라고 하였다. 따라서 국내 절차법이 訴訟係屬을 소장의 제출로 생기도록 하였으면 이것이 국제적 소송계속에도 기준 시점이 된다. 그와 반대로 다른 국가의 국내법이 송달을 기준으로 하면, 그 국가의 법원에서는 訴訟係屬이 국제간의 비교에 있어서도 送達로 비로소 생긴다.

이 재판으로부터 국내법에 거꾸로 생기는 효과는 여러 가지 관점에서 생각할 수 있다. 국내의 입법자가 국내 법원에 의한 권리보호를 특히 효과적으로 만들려고 하면, 또는 달리 표현하면, 입법자가 국내 법원에서의 소송을 국제적으로 뒤에 처지게 하지 않으려면, 그는 訴訟係屬을 소장 제출시에 이미 생기는 것으로 해야겠다는 생각을 할 수 있을 것이다. 이것이 독일법에서 제안되었는데 여기서 염두에 두어야

(11) EuGH vom 20. Februar 1997, Rs. C-106/95(MSG Mainschiffahrts-Genossenschaft eG /Les Gravières Rhénanes SARL), NJW 1997, 1431.

(12) EuGH vom 7. Juni 1984, Rs. 129/83, Zelger gegen Salinitri, Slg. 1984, 2397.

할 것은, 독일법에 의하면 몇 개의 재판권, 특히 行政法院의 절차에 있어서는 오늘날 벌써 제출을 소송계속의 기준 시점으로 하고 있어서, 이런 방법으로 독일 내에서의 통일도 이를 수 있을 것이라는 점이다. 그러나 독일의 입법자는 이러한 계기를 포착하지 않았다. 영국에서는 정반대 방향으로 일치를 보았다. 거기서는 이제까지 訴訟係屬이 소장의 제출과 날인으로 발생한다는 데에서 출발하였지만, 다른 법원에서의 후소를 완전히 차단하는 것과 결합되지는 못했다. 앞에서 언급한 유럽법원의 판결이 있는 지 얼마 뒤에 영국 抗訴院은,⁽¹³⁾ 訴訟係屬을 소장의 송달에 의하여 비로소 생기도록 한 것이 영국법에도 적절하다고 판시하였다. 그리하여 오히려 마치 訴訟係屬을 소장의 송달에 근거를 두도록 하는 것이 국제적인 표준이 될 수 있다는 것 같은 모습을 나타내었다.

유럽법원이 소송계속의 시점에 관하여는 국내법에게 결정을 맡기는 한편, 언제 '같은 청구에 기한' 두 개의 訴라고 할 수 있는가 하는 문제에 관하여 독자적인, 적어도 독일의 관점에서 보아서는 주목할 만한 결론을 내었다. 유럽법원은⁽¹⁴⁾ 이 요청은 조약 독자적으로 해석해야지 각 조약국의 소송법에 들어가서 판단해서는 안 된다고 판시하였다. 유럽법원은 訴訟係屬 규율의 목적은 다른 조약국의 법원에서 서로 합치될 수 없는 재판이 선고되는 것을 방지하는 것이라고 보았다. 그렇기 때문에 유럽법원은 請求의 同一性を 넓게 본다고 하였다. 이 법원은 대부분의 언어로 된 판결문에 (그러나 독일어는 아닌) 포함된 訴의 原因(cause)과 對象(object)이라는 표현방식을 끌어들이면서, 두 訴의 형식적인 동일성을 문제삼을 필요가 없다고 판시하였다. 한 訴가 계약의 이행을, 다른 訴가 계약의 무효의 확인을 구하는 것이면, 유럽법원의 관례에 의하면 같은 청구를 주장한 것으로 되어, 國際的 訴訟係屬이 개입한다. 유럽법원이 나중의 재판에서⁽¹⁵⁾ 명백히 밝힌 바와 같이, 國際的 訴訟係屬은 먼저 給付義務의 부존재 확정을 구하는 消極的 確認의 訴가 係屬한 뒤에 履行의 訴가 계속한 경우에도 개입한다.

독일 민사소송법 학자들은 주지하는 바와 같이 訴訟上 請求의 문제에 소송물 논

(13) Court of Appeal, July 1, 2 and 3, 1991, Dresser UK LTD. and Others v. Falcongate Freight Management Ltd. and Others(1991), 2 Lloyd's Law Reports, 557; 그 내용을 다시 실은 곳은, EuZW 1991, 613(Da). 그에 관하여 더 자세한 것은 *Leipold*, Vom nationalen zum europäischen Zivilprozeßrecht, Rechtshängigkeit, Rechtskraft und Urteilkollision, in: Kroeschell/Cordes(Hrsg.), Vom nationalen zum transnationalen Recht, Symposium der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka(1995), 67, 71f.

(14) EuGH Urteil vom 8. Dezember 1987, Rs. 144/86, Gubisch gegen Palumbo, Slg. 1987, 4861.

(15) EuGH Urteil vom 6. Dezember 1994, Rs. C-406/92, The Tatry gegen The Maciej Rataj, Slg. 1994 I 5439 = IPRax 1996, 108.

쟁의 모습으로 특히 집중적으로 매달렸고, 이 논쟁은 즐겁게도 예를 들면 나의 동료인 호문혁의 確認의 訴에 있어서의 請求權 概念에 관한 Freiburg 박사논문(1987)이 보여주듯이 외국의 소송법학자들에게도 관심을 끌었다. 訴訟物概念에 관한 논쟁은 독일에서 완전히 끝나지는 않았지만 어떻게 청구취지가 소송물을 제한한다는 점에는 대체로 의견이 일치되었다. 실무와 다수설은 더 나아가 진술된 생활사실관계를 의미하는 청구원인을 기준으로 삼는다 — 이른바 二元的 訴訟物論. 그러나 바로 이 거의 확립된 요소, 申請에 의한 제한이 유럽법원의 견해로 말미암아 이제 흔들리게 되었다. 消極的 確認의 訴와 履行의 訴를 동일한 대상이라고 하면, 이는 바로 두 소송의 請求趣旨들이 같을 필요가 없다는 것을 의미한다. 술한 다른 사건에서 청구취지가 다른 경우에도 유럽법원의 식별 기준에 따라 訴訟係屬이 개입되었다. 예를 들면 그 사이에 독일연방대법원이⁽¹⁶⁾ 재판한 것처럼, 하나의 소는 계약 무효 확인을 구하고 다른 소는 이 계약에 기하여 제공된 급부의 반환을 구하는 경우를 말한다. 계약의 이행을 구하는 소와 계약의 무효를 원인으로 하여 급부의 반환을 구하는 경우에도 같이 취급될 것이다. 연방대법원이⁽¹⁷⁾ 유럽법원의 입장을 정리하기를, 결정적인 것은 請求趣旨의 형식적 동일성이 아니라 두 소송의 핵심이 모두 계약의 무효에 관한 것이라는 점이다.

유럽법원의 판례는 간접적인 강제로 節次的 集中을 지향한다. 소극적 확인의 소가 먼저 제기되면, 이행의 소는 바로 그 같은 법원에 (反訴의 형태로) 제기될 수 있다. 이러한 해결에 맞춘다는 의미에서 국내법에 미치는 영향은 쉽게 짐작할 수 있다. 前訴訟의 피고에게 ‘集中責任’을 지우는 것이 국제적인 영역에서도 적절하다고 본다면, 한 국가 안에서 핵심이 동일한 분쟁관계인 경우 전소송의 당사자들에게 다른 법원에서의 二重 訴訟를 못하게 하는 것은 바로 예상할 수 있다.

나는 국내의 소송계속에 대한 이해가 국제적인 것에 적용되리라고 예상한다. 그러면 이제까지의 독일의 訴訟物理論이 어떻게 되는가 하는 문제가 제기된다. 어떤 사람은 벌써 유럽법원이 유럽식 소송물개념을 만들었다고 말한다. 이 표현은 내 생각에는 그릇된 것이다. 유럽법원은 訴訟係屬의 요건에 관하여서만 다루었지만, 소송물개념은 특히 既判力의 範圍에서도 중요한 것이다. 그럼에도 불구하고 유럽법원의 사고방식을 여기까지 확장하면, 예를 들어 계약의 履行에 관한 재판으로 계약의 有效性에 관하여까지 기판력 있게 재판한 것으로 인정하게 될 것이다. 이렇게 되면 독일법에서 기판력을 좁게 잡는 것과 완전히 반대가 될 것이다. 주지하는 바와 같이 독일법에서는 裁判의 結論에 해당하는 것에만 기판력을 인정하고(ZPO 제322조

(16) BGH NJW 1995, 1758.

(17) BGH NJW 1995, 1758, 1759.

1항), 先決問題에 관하여는 명시적인 中間確認의 訴를 제기할 가능성을 열어두고 있다. 다른 나라의 법에서는 기관력의 범위를 넓게 잡고, 한 번 재판 받은 분쟁은 약간 다른 형태로라도 새로이 소송의 대상으로 삼을 수 없도록 하는 데에 유의하고 있다. 이런 한에서 既判力을 — 조심스럽게 — 擴張하려는 경향은 독일법에서도 생길 지 모르는데, 이는 전적으로 찬성할 만한 일이다. 그것은 독일 민사소송법이 이제까지 節次的 集中이라는 것에 너무 무관심했기 때문이다.

3. EuGVÜ의 전파력, 특히 Lugano協約

EuGVÜ가 얻은 전파력과 가치평가는 특히 1988년에 체결된 民事 및 商事事件에 있어서의 法院의 管轄과 法院 裁判의 執行에 관한 Lugano협약에서 나타난다. Lugano협약은 Brüssel협약과 본질적으로는 일치한다; 이 협약은 국제관할과 외국 판결의 승인과 집행에 관한 같은 내용의 규율을 유럽연합에 속하지 않는 다른 유럽 국가들에게도 적용하려는 목적을 갖고 있다.

제3국가들에 대한 관계에서 이 각자 자국의 國際民事訴訟法의 적용에 있어서, 그리고 그밖의 특히 양국간의 승인 및 집행 조약의 적용에 있어서 변한 것은 없다. 그러나 Brüssel협약의 전파력은 국내 자국법에 현저하다. 가장 많은 영향을 받은 것은 이탈리아인데, 1995년의 國際私法 개정법 제3조 2호가 유럽경제공동체 협약 제2편 제2, 3, 4장에 따른 관할을 원용한다는 내용을 포함하는데, 따라서 거기서 규정된 관할은 제3국과의 관계에도 적용된다.⁽¹⁸⁾

그 사이에 헤이그 國際私法會議에서 전 세계적인 승인 및 집행 협정을 추진함에 있어서도 유럽경제공동체 협약을 모범으로 삼으려는 경향이 강했다고 들었다. 물론 이 일은 아직 진행 중이다. 管轄의 개념에서 유럽 국가들과 미국 사이 커다란 차이점이 완전히 또는 적어도 부분적 영역에서 극복될 수 있는지는 더 기다려 보아야 할 것이다.

유럽경제공동체 협약은 判例로써도 (그리고 유럽법원의 해석으로) 각국법에 영향을 미친다. 그래서 독일 연방대법원은⁽¹⁹⁾ 최근에 자국 獨逸法에 따라 불법행위에 기한 청구권에 국제적으로 관할권이 있는 법원에 다른 請求權, 예를 들면 계약이나 부당이득에 기한 청구권을 주장할 수 있는가 하는 문제에 답해야 했다. 그러한 事案關聯에 기한 管轄權은 독일의 학계에서 많은 지지를 받았다. 비록 유럽경제공동체 협약이 구체적인 사건에 적용될 수 없기는 하지만, 연방대법원은 유럽법원의 관

(18) 그에 관하여 상세한 것은, *Walter*, Reform des internationalen Zivilprozeßrechts in Italien, ZZP 109(1996), 3, 12 ff.

(19) BGH NJW 1996, 1411.

례에 결정적인 가치를 부여하였다. 유럽법원은⁽²⁰⁾ 불법행위지의 관할권에 관하여 EuGVÜ 제5조 3호에 따라 그 관할의 예외성을 강조하고 불법행위에 기하지 않은 청구권들에 재판관할권을 확대하는 것을 부정하였었다. 연방대법원은⁽²¹⁾ ‘國際的인法適用의 統一’이라는 이익을 고려하여 이러한 관점이 유럽경제공동체 협약 밖에서도 고려되어야 한다고 판시하였다. 연방대법원은 나아가 유럽경제공동체의 범위 안에서 사안관련성을 이유로 한 國際管轄을 배제하고, 그와 반대로 그 협약의 적용영역 밖에서 일반적으로 그 관할을 인정하는 것은, “비록 유럽국가공동체의 이익이 외국관련 사건에 있어서 가급적 통일된 절차원칙을 수립하는 것을 목표로 하고는 있지만” 납득할 수 없는 일이라고 하였다.

전체적으로 보면 유럽에서 國際民事訴訟法이라는 가장 중요한 규율의 통일이 이미 매우 높은 수준으로 달성되었음을 알 수 있다. 나아가 이미 성취된 것에서 국제협약의 경계를 넘은 그 밖의 통일을 지향하는 강력한 흐름의 효과가 나온다.

III. 國內의 民事訴訟法과 差別 禁止

유럽법은 EuGVÜ의 형태로만 각국의 소송에 영향을 미치는 것이 아니다. 매우 놀랍게도 유럽법원은 유럽공동체의 條約, 요새 말로 하자면 유럽연합의 조약에서 국내의 민사소송법을 위한 구체적인 요구들을 추려냈다. 첫번째로 유럽법원은 ZPO 제110조에 포함된 규율을 비난했는데, 이 규정에 의하면 외국인 원고가 피고에게 訴訟費用을 위한 擔保를 제공하여야 한다. 그러나 독일인은 반대의 경우에 아무런 담보를 제공할 필요가 없다. 원고가 유럽연합의 회원국에 속할 경우에는, 유럽법원이 판시하기를, 연합조약에 포함된 國籍을 이유로 한 差別 禁止에 위반된다. 그것은 독일인 원고는 소송비용을 담보할 의무를 부담하지 않기 때문이다. 이 점에 관하여 신고된 첫 재판에서 유럽법원은⁽²²⁾ 아직 차별 금지가 유럽연합조약의 제59조와 제60조에 들어 있는 것처럼 勞務의 自由라는 더 특수한 모습으로 나타난 것에 근거를 두었다. 영국의 Solicitor가 遺言執行者의 자격으로 상속재산의 인도를 구하는 소를 독일 법원에 제기하였다. 유럽법원은, 그가 독일에서 노무를 제공하였기 때문에, 같은 상황에서 독일국적자보다 더 불리한 지위에 서서는 안 된다고 하였다. 유럽연

(20) EuGH Urteil vom 27. 9. 1988, Rs. 189/87, Kalfelis gegen Schröder u. a., Slg. 1988, 5565 = NJW 1988, 3088(Geimer의 평석도 실려 있다).

(21) BGH NJW 1996, 1411, 1413.

(22) EuGH Urteil vom 1. Juli 1993, Rs. C-20/92, Anthony Hubbard gegen Peter Hamburger, NJW 1993, 2431 = RIW 1993, 855 = Slg. I 1993, 3777. 이에 대하여는 C. Wolf RIW 1993, 797.

합조약의 적용 영역에서 어떤 문제가 생길 것인가 하는 문제는 유럽법원이 더 이상 다루지는 않았는데, 그 이유는 조약에 의심할 나위 없이 규정된 노무의 자유에 관계된 것이라고 여겼기 때문이었다. 두번째 중요한 재판은⁽²³⁾ 영국의 회사가 두 명의 스웨덴 사람을 피고로 하여 스웨덴 법원에 제기한 상품대금청구의 소였다. 스웨덴 소송법에 의하더라도 여기서 원고는 피고의 신청에 의하여 訴訟費用에 대한 擔保를 제공해야 했다. 덴마크의 상고법원의 제청으로 유럽법원이 재판하기를, 공동체법에 의하여 보장된 基本的自由에 관계되는 訴가 문제되는 경우에 이는 회원국 국민의 差別禁止에 위반된다고 하였다. 유럽법원의 견해에 의하면 검토 대상인 국내 민사소송 조문은 공동체내의 재화와 노무의 교환에 간접적으로 영향을 미치기 때문에 이미 연합조약이 적용되는 영역에 속하게 된다. Saarbrücken 고등법원의 제청으로 유럽법원은⁽²⁴⁾ 독일 민사소송법 제110조에 관하여도 이 법적 견해를 확인하였다.

이렇게 하여 독일의 입법자는 민소법 제110조의 장래의 운명에 대하여 생각하지 않을 수 없게 되었다. 이 조문은 원고로서의 유럽연합의 국민이라는 관점뿐만 아니라 법정책적으로도 의심스러운 점이 있다. 그것은 외국의 원고가 국내에 주소와 충분한 재산이 있는 경우에도 그에게 擔保提供을 免除하지 않으면서, 독일의 원고에게서는 그가 국내에 재산과 주소가 모두 없어도 담보제공을 요구하지 않기 때문이다. 따라서 立法者가 유럽법원의 판례를 더 의미 있는 규율로 바꿀 계기로 받아들일 기회를 희망한다.⁽²⁵⁾

이미 유럽법원의 소송비용 담보에 관한 재판에서 나타난 것이 외국에서의 집행의 假押留理由에 관한 판결에서 완전히 명백해졌다. 유럽법원은⁽²⁶⁾ 공동의 경제영역을 위한 연합조약의 원칙을 민사소송법의 형성에도 확장한다는 점에 아무런 의심을 두지 않았다. 조약 제220조에 의하여 상호 승인과 집행의 형식상의 간소화가 유럽공동체의 목표에 속한다는 것이 — 이 조문이 EuGVÜ의 근거이다 — 유럽법원에게 조약과 국경을 넘은 집행과 어떻게라도 관련이 있는 국내 규정의 관련을 정립하기 위한 충분한 근거가 되었다. EuGVÜ 자체는 暫定的權利保護를 위한 國際管轄을 규율할 것을 포기하였으나(EuGVÜ 제24조), 이 점에 관하여 유럽법원은 더 이상 견해를 표명하지 않았다.

(23) EuGH Urteil vom 26. September 1996, Rs. C-43/95, Data Delecta Aktiebolag u. Ronny Forsberg gegen MSL Dynamics LTD., ZZP International Bd. 2(1997), 148(mit Anmerkung Ahrens)=Slg. I 1996, 4661.

(24) EuGH Urteil vom 20. März 1997, Rs. C-323/95, Hayes gegen Kronenberger, Slg. I 1977, 1711. 최근의 EuGH Urteil vom 2. Oktober 1997, Stephen Austin Saldanha u. a. gegen Hiross Holding AG, Rs. C-122/96, NJW 1997, 3299도 같다.

(25) 영국법과 비슷한 융통성 있는 해결을 제안한 Ahrens, a.a.O., 161도 같은 의견이다.

(26) EuGH Urteil vom 10. Februar 1994, Rs. C-398/92, Firma Mund & Fester gegen Firma Hatrex Internationaal Transport, ZZP Bd. 108(1995), 109.

민소법 제917조 2항이 다른 유럽국가의 국민에 대한 차별금지에 위반된다고 하는 그 이유도 주목할 만하다. 이 규정은 假押留 相對方의 국적에 따라 달리 규정된 것이 전혀 없다. 가압류의 상대방이 독일인이라도 국내에 재산이 없기 때문에 외국에서의 집행이 필요할 때에는 민소법 제917조 2항이 적용된다. 유럽법원은 민소법 제917조 2항이 적용되는 가압류 상대방에 있어서는 대다수의 사건에서 外國 國籍 者가 문제되었다고 하였다. 그러니까 외국인이 국내에 재산이 없는 경우가 더 많기 때문에 독일인보다 더 자주 적용대상이 되었다는 점만으로도 유럽법원이 민소법 제 917조 2항에서 國籍을 이유로 한 差別이라고 인정하는 데에 충분한 것이다.

이 裁判은 그 이유를 별로 납득할 수 없고,⁽²⁷⁾ 민소법 제917조 2항의 목적이 현실에 입각하여 보면 유럽공동체 내의 외국에서 집행이 이루어져야 할 경우라고 해서 퇴색된 것이 아니다. 그렇게 하면 執行이 다른 나라에서보다 단순해지기는 하겠지만 독일에서의 집행보다 더 복잡하고 특히 시간 낭비가 된다는 점은 아무도 진지하게 다루지 못할 것이다.

유럽법원이 연합조약의 基本的 自由라는 수단으로 회원국들의 民事訴訟法도 통제 하에 두는 길을 계속 갈 것인지는 미래에 밝혀질 것이다.

IV. 유럽 각국의 民事訴訟法을 統一하려는 노력

1. 前史

앞에서 설명한 바와 같이 — 더 많은 사례들이 있지만 — 통일된 國際民事訴訟法을 아주 다양한 국내 민사소송법들과 연결시키는 것은 여전히 문제점들을 던져 준다. 이것 때문이라도 벌써 진전 방향의 연장선상에서 각국의 소송법들을 서로 조화시키거나 아예 통일 유럽법으로 대체시키는 것이 어떤가 하는 문제가 제기된다. 유럽공동체의 회원국에서 민사소송학자들로 구성된 작업그룹이 이 문제를 다루고 있는데, 이 그룹은 Storme(Gent/Belgien) 교수를 좌장으로 하여 1987년부터 활동하였다. 처음에는 개인적, 학문적인 동기에서 출발하였는데, 1992년에 유럽위원회로부터 民事訴訟法 분야에서 法統一을 위한 안을 만들라는 위임을 받았다. 전문가 집단의 최종보고서가 1993년에 제출되었고 1994년에 어떤 부분은 영어로, 또 어떤 부분은 프랑스어로 책자 형태로 출간되었다.⁽²⁸⁾

(27) 이에 대한 예리한 비판은, Schack, Rechtsangleichung mit der Brechstange des EuGH — Vom Fluch eines falsch verstandenen Diskriminierungsverbots, ZZP 108(1995), 47ff.

(28) Storme(Hrsg.), Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union, Dordrecht/Boston/London(1994). — 이 제안에 대하여 1996년 4월 Münster의 독일 민사소송법학회에서 H. Roth(판결절차에

2. 제안의 내용

그 제안을 자세히 들여다 보면, 바로 환상은 깨어질 것이다. 위원회는 원래의 의도와 반대로 民事訴訟을 위한 표준 법률의 초안을 만드는 것을 포기하였다. 그 대신에 개별적인 부분영역에서의 법통일을 위한 제안들을 하였을 뿐이었다. 어떤 기준에서 이 개별 주제들이 선정되었는지는 보고서에 나와 있지 않다. 개개의 위원회 구성원이 각기 하나의 부분 영역에서 중요한 역할을 했기 때문에 아마도 위원회 구성원의 개인적인 취향도 영향을 미쳤을 것이다. 개별적인 주제는 다음의 목록에 나타나 있다(여기서 영어로 된 표시는 그 보고서가 독일어로 작성된 것이 없고 번역이 의미를 어느 정도 굴곡시킬 수 있기 때문에 부기하였다):

- 1) 調停(conciliation)
- 2) 節次의 開始(the commencement of the proceedings)
- 3) 訴訟物(subject matter of litigation)
- 4) 文書提出(discovery)
- 5) 證據(evidence)
- 6) 技術과 證據(technology and proof)
- 7) 訴取下와 請求拋棄(discontinuance)
- 8) 懈怠(default)
- 9) 費用(costs)
- 10) 暫定的 措置들(provisional remedies)
- 11) 支給命令(order for payment)
- 12) 判決과 支給命令의 強制執行(execution of judgements or orders for the payment of money)
- 13) 債權者를 위한 強制金(astreinte)
- 14) 기타 사항(miscellaneous provisions)
 - 14.1) 期間의 계산(computation of time)
 - 14.2) 瑕疵 있는 訴訟行爲(nullities)
 - 14.3) 法官과 判決에 관련된 規律(rules relation to judges and judgements)

이 목록을 얼핏 보면 대단히 인상적으로 보인다. 그러나 이 제목에서 말하는 문체영역들은 일부분만이 어느 정도 폭넓게 규율된다. 어떤 경우에는 자세히 들여다

관하여)와 Schilken(잠정적 및 약식의 권리보호 및 집행에 관하여)이 상세히 (그리고 대체로 비판적인) 입장을 표시하였다. 이 보고서들은 ZJP 109(1996), 271과 315에 실려 있다. 이 제안의 본문도 ZJP 109(1996), 345(영어 및 프랑스어로)에 실려 있다.

보면 오히려 과대포장이라는 인상을 받게 된다. “證據” 부분은 적법하게 소환된 증인에게 수소법원에 出席할 義務를 부과하는 단 하나의 규정만으로 되어 있다. “技術과 證據”라는 거창한 제목으로 된 규정은 우스꽝스러울 정도인데, 그 내용은 기계에 의한 녹취물은 書面調書를 대치하는 것이 허용된다는 것이다. “法官과 判決에 관련된 規律”이라는 제목에도 별로 많은 것이 들어 있지 않다. 여기에는 불공정성을 이유로 한 法官의 除斥, 1년의 最大上訴期間 및 義務的 上訴告知가 그 내용이다.

제대로 상세히 규정된 것은 節次的 開始, 文書提出, 懈怠節次 및 支給命令이다. 여기에는 국내법의 개정에서 토론되어야 할, 부분적으로는 이미 토론되고 있는 점들이 포함되어 있다. 그러나 여기도 제시된 통일안으로 반만 가다 만 것이 많다. “discovery”라는 명제 아래 각 당사자가 갖고 있는 文書의 목록을 提出할 義務를 상정하고 있는데, 그러나 이 의무는 국내법의 일반적 규율이나 당사자를 심문한 뒤의 법원의 조치 중 하나로 부과 근거를 삼을 수 있다. 문서의 제출을 거부할 수 있는 사유는 國內法으로 규율한다고 한다. 절차의 개시에 관한 부분에서는 특히 訴訟係屬의 발생에 관한 규율이 포함되어 있는데, 이는 앞에서 설명한 EuGVÜ 차원에서 문제상황이 계기가 되었음이 분명하다. 국내법에 의하여 소송이 訴狀을 提出하고 捺印을 하는 방식으로 소가 제기되는 경우에는 이 소장제출과 날인이 기준이 되는데, 여기에는 訴가 3개월 안에 送達되어야 한다는 제한이 있다. 그러나 피고에게 직접 송달함으로써 訴가 개시되면 그 사건은 이 송달이 適期에 법원에 登錄되면 이로써 제소된 것으로 본다. 이렇게 하여 통일이 달성된 정도가 도로 한계에 부딪힌다. 訴訟係屬의 효과에 관하여는 그 안은 EuGVÜ 제21조의 내용에 전적으로 따른다. 그렇게 되면 앞에서 언급한 유럽법원이 訴訟物의 同一性を 넓게 해석하는 것을 함께 받아들여지게 될 것이다.

단편적이고 극히 우연적인 내용 때문에도 이 제안은 비판을 불러 일으켰다. 독일에서의 비판은,⁽²⁹⁾ 그 권고들이 — 독일의 督促節次를 본받은 규율을 받아들여자는 제안을 제외하면 — 독일 민사소송법보다는 라틴계 법권과 영국의 민사소송법의 영향을 본질적으로 더 강하게 받았다는 점에서⁽³⁰⁾ 물론 이해가 가는 일이다. 적어도

(29) Storme 위원회의 제안에 대하여 1996년 4월의 독일민사소송법학회에서 Roth와 Schilken의 발표문(각주 28 참조)을 바탕으로 하여 토론하였고, 대체로는 신랄한 비판을 받았다. *Lemken*, ZP 109(1996), 337의 토론보고서 참조.

(30) 위원장인 M. Storme는 특히 독일 민사소송법을 멀리하는 것으로 보인다. 그가 70년대의 법원으로서의 길에 관한 토론을 민사소송법에 관한 학문적 활동의 시작이라고 보고 독일어권에서는 Franz Klein을 초기의 유일한 예외 현상이라고 한 것은 매우 기괴한 일이다(Rapprochement, S. 37 mit Fn. 73). 이에 대한 비판은 이미 *Roth*, ZP 109(1996), 309.

이러한 제안은 주의 깊은 비교법적 분석에 기해서, 그리고 민사소송의 현실을 고려하여 만들어질 것이라고 기대할 수 있어야 할 것이다. 그러나 이러한 점은 더러는 이 제안의 내용에서, 더러는 제안에 대한 설명에서 알 수 있듯이 찾아볼 수 없다.

V. 유럽 民事訴訟法을 위한 우리 시대의 使命

실패한 시도에서도 배울 것이 많다. Storme 위원회는 유럽을 위한 통일 民事訴訟法の 필요성을 확신하였다. 그러나 모범적 법을 만드는 것도, 부분적인 법통일을 위한 제안을 하는 것도 모두 이루지 못했다. 통일된 민사소송법의 필요성과 (현재의) 가능성을 우선 정확히 검토해 보아야 할 것이다.

단일한 경제영역이 하나의 民事訴訟法을 요구하는지는 의심의 여지가 있다. 내가 보는 바로는 이제까지 국내법들의 다양성이 국경을 넘나드는 상거래와 경제거래에 특히 방해가 된다고 주장된 적이 없다. Storme 위원회도 통일의 쾌감에도 불구하고 이를 입증할 의무를 벗을 수가 없다.

유럽공동체를 단순한 경제적인 공동체라고 이해할 수 없다는 것은 오래된 이야기이다. 이 공동체는 회원국의 법질서에 標準을 만들자는 요구로써 하나의 확산하는 법영역을 형성한다. 그래서 유럽법원은 유럽기본권규정을 개발하였는데, 여기서 유럽공동체조약뿐만 아니라 개별 국가들의 기본권 목록, 그리고 특히 유럽인권협약도 바탕으로 삼았다. 民事訴訟이 개별 국가들에서건 모든 국가에서건 그러한 基本權에 대한 요구를 충족시키지 못한 것으로 드러났으면 유럽의 최소기준을 규정하는 것이 분명 정당할 것이다. 이것으로는 예를 들어 법원으로서의 길을 재산이 적은 당사자들에게도 訴訟費用扶助로써 보장한다는 것을 생각할 수 있을 것인데, 이는 Storme 위원회에서 앞서 언급한 것같이 民事訴訟法學의 시작이라고 보았지만 그 뒤로는 전혀 주의 기울이지 않은 것이다. 절차의 迅速化 영역도, 특히 상대방이 다투지 않는 채권의 경우 債務名義를 신속히 얻을 가능성의 영역에서도 그런 통일된 규정이 필요할 것이다. 그러려면 우선 현존하는 흠결을 확정해야 할 것이다 — 반대사실을 증명함에 있어서도 각각의 국내 민사소송 입법이 민사소송법의 權利保護의 목적과 소송상의 基本權에 맞추려고 그 나름대로 노력하고 있다는 것에서 출발해야 한다.⁽³¹⁾

그와 반대로 유럽내에서 합의할 수 있는 민사소송법의 부분 영역에서 먼저 部分

(31) 유럽 민사소송법들의 동가치성에 관하여는, *Stürner*, Das Europäische Zivilprozeßrecht-Einheit oder Vielfalt? in: Grunsky/Stürner/Walter/Wolf(Hrsg.), Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht, Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur(1992), S. 1, 10 ff. *Stürner*, aaO. S. 17 f.는 각국의 다양성을 유지하는 것을 지지한다. 그 견해에 나도 조망 가능한 장래에 관하여는 찬성한다.

的으로 法을 統一하는 것은 별로 의미가 없을 것이다. 이렇게 하는 것은 첫째로 法의 同化가 별로 중요하지 않은 세부에서 그칠 위험이 있다. 둘째로는 그와 같은 부분 영역에서의 통일적 규율은 나라에 따라 각기 다양한 소송법의 나머지 부분과 심한 마찰을 초래할 것이다. 民事訴訟法은 그 자체로 하나의 단위이고 기본적으로 모든 조문들이 하나의 技能的 聯關性을 갖고 있다. 각각의 민사소송의 형태는 국내의 法院組織과 가장 밀접히 결합되어 있고, 법원조직의 통일은 단기간 내에 생각할 수가 없다는 것은 틀림이 없다.

부분 영역에서 漸進的으로 統一을 이룸으로써 통일된 민사소송을 성취한다는 생각은 이미 각국의 민사소송법들 사이에서 원칙적인 일치가 충분히 이루어져 있다면 타당할 것이다. 만일 그렇다면 한 걸음씩 현존하는, 오히려 우연적인 차이들을 없애 갈 수 있을 것이다. 라틴계 민사소송법들 상호간의 관계에서는 그러한 진전을 생각할 수 있을 것이고, 어쩌면 독일어권 국가들까지 끌어 넣을 수도 있을 것이다. 그러나 유럽대륙의 민사소송과 영국의 민사소송 사이에는 내가 받은 인상으로는 여전히 대단히 큰 차이가 있어서 공통분모를 찾아 내는 것은 거의 상상을 할 수가 없다. 특히 (미국의 것과 마찬가지로) 영국의 민사소송에서 審理前(pre-trial)節次와 審理節次(trial) 사이의 근본적 차이점에 있어서 독일 민사소송에서는 전혀 그에 상응하는 것을 찾을 수가 없다. 主期日의 書面準備를 그것과 동일시하는 것은 그 핵심적인 차이점을 전혀 보지 못한 것이다.

통일된 유럽 민사소송을 원한다면, 서로 다른 각국의 모델 중에서 근본적 결단을 내리거나, 아니면 심지어는 새로운 모델을 발명해야 할 것이다. 1814년에 Friedrich Carl von Savigny는⁽³²⁾ 통일된 獨逸民法을 만들어야 한다는 당시의 使命을 부인하였다. 그럼에도 불구하고 독일민법은 마침내 제정되었는데, 다만 이는 지난 세기의 말에 비로소 이루어졌다. 유럽의 국가들이 계속 하나로 합쳐져 간다면 언젠가는 단일한 民事訴訟法이 생길 것이다. 각 주가 고유의 민사소송법을 갖고 있는 스위스와 미국의 예를 보면, 國家의 單一性조차도 필연적으로 民事訴訟法의 單一性을 초래하지 않는다는 점을 알 수 있다. 물론 스위스에서 이 법의 분열에 만족하고 있지 않고, 미국의 상황이 연방민사소송과 각 주의 민사소송이 뒤죽박죽 되어 있다는 특징은 있다. 1871년에 성립한 獨逸帝國이 즉시 새로운 民事訴訟法을 제정하였고 그로부터 4반세기 뒤에 비로소 통일 民法이 뒤를 따랐다는 것이 소송법이 실체법보다

(32) Friedrich Carl von Savigny는 “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”(1814)라는 글에서, 같은 해에 A. F. J. Thibaut가 “Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland”라는 글로 열심히 주장한 法의 統一에 반대하였다. 이 유명한 논쟁은 오늘날도 읽을 가치가 크다.

앞서 통일될 수 있다는 가능성을 보여준다. 하지만 이러한 역사적 진전이 모범적이라고 할 수 있는가는 의심스럽다. 그것은 1877년의 통일된 帝國司法法은 새로운 독일에서 帝國法院과 통일된 法院組織을 만들었다는 것과 밀접히 관련되어 있기 때문이다. 유럽은 아직 그 정도에 이르지 못했다.

가까운 장래에는 우선 각국의 경계를 넘는 민사소송법의 분야, 다른 말로 하면 國際民事訴訟法の 영역에 집중하여야 할 것이다.⁽³³⁾

EuGVÜ로써 성공적으로 진전된 法統一 과정이 — 유럽 倒産協約의 발효가 즉시 뒤따르기를 희망하는데 — 관련 헤이그협약이 그 희망을 부분적으로만 달성할 수 있게 된 이상 國際送達과 國際證據調査에 대한 규율을 개선함으로써 보충될 수 있을 것이다.⁽³⁴⁾ 國際強制執行과 국경을 넘은 暫定的 權利保護를 만드는 것도 訴訟法の 國際化라는 임무로 적절하다고 보인다. 국제민사소송법의 이런 분야에서 국내의 소송법을 부분적으로 통일하는 것은 유럽에서의 합의를 도출하려고 노력할 가치가 있을 것이다. 이렇게 하여 실제로 국제민사소송법의 시각에서 訴訟의 開始와 訴訟係屬의 開始에 관한 통일된 규율을 충분히 상정할 수 있다고 생각된다. 그리고 여기에서 통일의 유용성이 분명해질 것이다.

소송법 분야에서 比較法的 研究를 집중적으로 하는 것은 국제민사소송법의 계속적 발전과 결합되어 있다 — 바로 學問이 먼저 立法者의 작업을 準備할 任務를 가진다고 본 Savigny의 주장과 같이.

(33) Stürner(Fn. 31), S. 18도 같은 생각이다.

(34) 자세한 것은, Stürner(Fn. 31), S. 18 ff. 참조.