

〈논문〉

民事訴訟法上 訴訟法律關係에 관한 고찰*

胡文赫**

요약

민사소송법상의 소송법률관계는 권리의무관계인 실체법상의 법률관계와는 그 모습이 다르다. 단순한 권리의무관계가 아니라 한편으로는 권리와 권능, 권한이, 다른 한편으로는 의무와 책임이 포함된 복잡한 관계이다. 오히려 민사소송에서는 권능과 책임이 더 전면에 나서는 면이 있다.

국민은 추상적으로 국가에 대한 기본권인 재판청구권을 가진다. 사법행위청구권도 이런 차원의 권리인데, 추상적 권리에서는 그 성립요건 등이 문제되지 않는다. 이러한 재판청구권이 민사소송에서 구체화된 지위를 권리보호청구권이라고 성격을 매길 수 있을 것이다. 이것은 공법적 성격을 갖는 권리이지만 권리보호를 받으려는 당사자의 의사를 존중하고 민사소송제도의 핵심적 목적이 사권보호임을 그 근거로 하며, 소송당사자가 실체법과 소송법에 따라 정당한 재판을 함으로써 자신의 권리를 보호해 줄 것을 법원에 요구하는 권리이다. 이에 대하여 재판권을 가진 법원은 직무상의 의무를 부담한다. 권리보호청구권은 소송에서의 구체적인 권리이므로 그 요건의 구비 여부를 따져야 하는데, 이 요건을 권리보호요건이라고 한다. 당사자권은 별도로 인정할 필요가 없다.

민사소송에서 권리라고 일컫는 것은 대부분 권리보호청구권의 내용을 이루는 권능이다. 그리고 당사자는 신의성실의무나 진실의무 등을 제외하면 민사소송에서 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다. 법문에서 의무라고 규정한 것들은 대부분 그 성격이 책임이다. 민사소송에서 의무라고 하려면 법질서가 의무의 이행을 강제하거나 이행하지 않더라도 이행한 것과 같은 결과를 만들 것을 규정한 경우라야 한다. 단순히 이행하지 않았을 때 불리한 판단을 받게 된다는 것만으로는 의무라고 할 수 없다. 이러한 경우는 소송상의 책임이라고 파악할 것이다.

주제어: 소송법률관계, 재판청구권, 사법행위청구권, 권리보호청구권, 당사자권, 권리, 권능, 권한, 의무, 책임

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 序 論

소송에서는 참여자들, 즉 원고와 피고, 법원 사이에 여러 가지의 법률적 관계가 성립한다. 소송에서의 이러한 관계도 일종의 법률관계이므로 이들을 통틀어 소송 법률관계라고 표현할 수 있다.¹⁾

실체법에서는 법률관계라고 하면 권리·의무관계를 말한다. 그 영향을 받아 소송법에서도 당사자의 권리나 의무를 인정하거나 논의하는 경우가 있다. 예를 들면, 민사소송법 조문에서 상고할 권리, 답변서 제출의무 등의 표현을 쓰고, 학설에서도 당사자권, 변론권, 증명권, 상소권 등의 권리가 인정된다고 하고 진실의무 등을 의무로 인정하자고 한다.

그러나 본래 소송에서는 권리나 의무보다는 권한과 권능, 책임이 문제되는 경우가 대부분이다. 때로는 권리와 권능, 의무와 책임이 제대로 구별되지 않고 뒤섞여서 논의되기도 한다. 이 글에서는 민사소송법상의 권리와 권능, 의무와 책임의 구별 기준을 세우고 통상 소송법에서 권리나 의무라고 불리는 것의 법적 성질이 무엇인지를 밝혀서 소송법의 정확한 해석에 기여하고자 한다.

II. 訴訟法律關係의 모습

소송법률관계가 어떠한 주체 사이에서 성립하는가에 따라 과거에 학설이 나뉘었다. 법원은 제외하고 당사자 사이에서만 법률관계가 성립한다는 견해와²⁾ 원고와 법원, 피고와 법원 사이에서만 법률관계가 성립한다는 견해도 주장되었으나,³⁾ 오늘날은 원고와 피고, 법원 사이에 3각으로 법률관계가 성립한다고 보는 것이 통설이다.⁴⁾

1) 소송이 법률관계인가 법률상태인가에 관하여 독일에서 논란이 있었으나, 여기서는 이 문제를 다루지 않는다.

2) Kohler, *Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, 1888, S. 6, zit. Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 Rdnr. 5.

3) Hellwig, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1. Teil, 1912, § 138 II, zit. Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 Rdnr. 5.

4) Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, S. 1 ff.; Wach, *Handbuch*, § 4 V; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 Rdnr. 6; Jauernig-Hess, § 32 Rdnr. 4; Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 204.

원고가 訴狀을 提出하면 우선 원고와 법원 사이에 법률관계가 성립한다. 다음으로 법원이 소장을 피고에게 送達하면 법원과 피고 사이에 법률관계가 성립하고, 동시에 원고와 피고 사이에도 서로 소송행위를 할 관계가 생기므로 이들 사이에도 법률관계가 성립한다. 당사자 이외에도 제3자가 소송에 참가하면 참가인에 대하여도 같은 법률관계가 성립하게 됨은 물론이다.

대부분의 중요한 소송행위는 상대방 당사자에 대하여 행하는 것이 아니라 법원을 상대로 행하게 되고, 상대방에 대한 행위도 법원을 매개로 하는 경우도 많다. 전형적인 예가 실체법상의 청구권의 행사이다. 소송 밖에서의 청구권의 행사는 직접 청구의 상대방에 대하여 하지만, 소송에서는 법원에 재판을 신청함으로써 청구를 하므로 間接的인 權利行使의 모습을 나타낸다. 피고도 원고의 소송상 청구에 대하여 이를 거절할 경우에 법원에 대하여 원고의 청구를 기각할 것을 신청하는 방법으로 한다.

소송법률관계는 소제기로 시작되어 판결의 확정이나 기타 소송종료 사유로(소취하, 화해, 포기, 인낙 등) 소멸한다. 소송 중에는 이송으로 법원이 변경되거나 상속 등으로 당사자가 변경되거나 청구의 변경이나 반소 등으로 소송물이 변경되어도 그 법률관계의 동일성이 바뀌지 않는다.⁵⁾

법률관계의 동일성은 유지되더라도 그 내용은 소송의 진행에 따라 당사자와 법원의 소송행위로 말미암아 단계적으로 계속 발전하고 변화된다. 이처럼 변화되는 각 단계를 訴訟法律狀態라고 한다. 한 단계의 법률상태에서 다음 단계의 법률상태로 넘어가면서 소송은 판결의 확정을 종점으로 하여 진행되고, 소송법은 이 과정이 신속하고 무리 없이 진행되도록 하는 방향으로 규율하는 것을 목표로 삼는다.⁶⁾

III. 法的 性格

앞에서 언급하였듯이 訴訟法律關係의 대부분은 당사자와 법원의 관계로 이루어 지는데, 이 경우 법원은 국가의 공권력의 행사자이므로 이들의 법률관계는 公法關係이다. 당사자 사이의 소송법률관계도 공법관계라고 보는 견해도 있으나,⁷⁾ 이는

5) Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 Rdnr. 8 f.; Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 204.

6) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 208.

7) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 206. Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 Rdnr. 7에서는 소송 법률관계 전체를 공법관계라고 한다.

경우를 나누어 보아야 할 것이다. 법원을 매개로 이루어지거나 법원의 판단을 받을 것이 전제가 되는 법률관계는 공법관계라고 할 수 있지만, 법원 앞에서 당사자들 사이에서 이루어지는 법률관계의 경우에는 굳이 공법관계라고 볼 필요가 없을 것이다. 예를 들면 訴訟上和解의 경우, 당사자 사이의 합의는 사법적 성격을 가지는 것이지만 그 화해의 결과를 법원에 진술하여 조서를 작성하도록 하는 단계에서는 공법적 성격을 가진다고 보는 것이 타당할 것이다.

訴訟法律關係는 실제법상의 법률관계와는 관련이 없다. 實體法上の法律關係는 소송에서 심판의 대상이 되는 것이고 소송법률관계의 성립에 필요한 요건도 아니고 그 내용을 이루는 것도 아니다. 그러므로 사법상의 법률관계가 이전되었다고 해서 당연히 소송법률관계도 이전한다고 볼 것은 아니다.⁸⁾

독일에서는 當事者 恒定の 원칙이 있어서 소송 중에 법률관계가 양도되더라도 양수인이 소송 당사자가 되지 않는다(§ 265 ZPO). 그렇기 때문에 사법상의 법률관계 이전이 소송법률관계와는 관계가 없다. 特定承繼로 인한 당사자 변경을 인정하는 우리나라에서는 독일과 같이 철저하게 분리되어 있지는 않지만, 실제법상의 법률관계가 이전되었다고 해서 소송에서 당연히 당사자가 변경되는 것은 아니므로 두 법률관계가 분리되어 있다는 점에서는 차이가 없다. 包括承繼에⁹⁾ 관하여는 독일과 우리나라의 통설, 판례가 실제법상의 법률관계가 승계되면 당연히 당사자가 변경된다고 본다.¹⁰⁾

IV. 當事者の 權利와 權能, 權限

實體私法에서는 법률관계라고 하면 당사자 사이의 권리와 의무의 관계라고 파악하지만, 민사소송법상의 법률관계는 그와 내용이 다르다. 소송법률관계에는 권리와 권능, 권한 및 의무와 책임이 모두 포함되어 있다.¹¹⁾ 실제로 소송법률관계에는 권리와 의무는 예외적으로 인정되고, 당사자 사이에서는 원칙적으로 소송상의 권리와

8) Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 Rdnr. 7.

9) 포괄승계를 일반적으로 당연승계라고 한다. 그러나 이는 정확한 표현이 아니므로 여기서는 포괄승계라고 쓰기로 한다.

10) 이러한 해석론은 문제가 있다. 여기서는 상세히 다루지 않는다.

11) Jauernig-Hess, § 32 Rdnr. 1은 권리와 의무, 책임의 합으로 이루어진 것이 소송법률관계라고 한다.

의무를 상정하지 않는다. 당사자에게는 소송상의 책임(부담)을 지을 뿐이다.¹²⁾ 소송법은 오히려 법원에 職務上의 義務를 부과한다.

여기서는 법조문에 명시되어 있거나 학설상 인정되는 권리나 권능, 권한의 관계를 고찰하고 그 법적 성격을 밝혀보기로 한다.

1. 訴訟法上 權利에 대한 검토

(1) 訴訟法上의 權利라고 불리는 사항

우리 민사소송법은 여러 곳에서 당사자의 권리를 인정한다. 법조문의 본문에서 직접 권리라는 표현을 쓴 경우도 있고, 조문의 표제에서 권리라는 표현을 쓴 경우도 있다. 당사자의 권리를 규정한 것으로는 다음이 있다: 보조참가에서 당사자의 이의를 신청할 권리(제74조), 소송절차에 관한 이의를 제기할 권리(제151조), 대리인을 선임할 권리(제385조), 상고할 권리(제390조).

민사소송법의 해석론으로 당사자의 권리를 인정한 것으로 대표적인 것이 일본에서 논의하고 우리나라에도 도입된 當事者權이다. 그 구체적 내용으로 절차진행을 감시하고 신속, 공정한 재판을 받을 권리로서의 기일지정신청권, 기일통지를 받을 권리, 소장과 판결의 송달을 받을 권리, 구문권, 이의권, 이송신청권, 제척·기피신청권을 열거하고, 소송물을 특정하고 처분할 권리로서의 소취하권, 청구의 포기·인낙권, 화해권, 불리한 재판에 대한 불복신청권으로서의 상소권, 이의권, 그 밖에도 증명권, 기록의 열람·등사권, 판결신청과 소송자료의 제출 기회를 갖는 변론권, 쟁점에 관한 의견진술권, 판결이유를 알 권리, 판결의 효율적인 집행권 등을 열거한다.¹³⁾ 이러한 당사자권 이외에도 소권, 소송수행권, 절차적 기본권 등을 언급하기도 한다.

(2) 權利와 權能, 權限

소송법에서 권리라고 언급되는 사항의 법적 성격을 구명하기 전에 먼저 권리와 권능, 권한의 개념부터 볼 필요가 있다.

權利란 그것을 가지는 주체가 그의 이익을 그의 의사에 따라 실현시킬 수 있도록 인정된 법적 지위를 말한다. 즉, 개인을 보호하기 위하여 법률에 의하여 그 개인에게 부여된 의사의 힘이다.¹⁴⁾ 법이 인정한 어떠한 가능성을 권리라고 하려면 그 권리자의

¹²⁾ Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 Rdnr. 11.

¹³⁾ 이시윤, 125면.

¹⁴⁾ Creifels-Weber (hrsg), *Rechtswörterbuch*, 17. Aufl. (München 2002), S. 1332.

이익을 보호하는 것이어야 하고, 그 권리자의 이익을 실현하려는 의사가 있을 것이 필요하다. 소유권, 전세권, 저당권, 채권, 청구권, 임차권, 형성권 등이 그 예이다.

權能이란 특정 권리의 내용의 일부로, 권리가 추구하는 권리자의 이익을 구체적으로 실현할 수 있는 힘을 말한다. 예를 들어, 소유권이라는 권리의 내용으로 사용권, 수익권, 처분권이 있는데, 이들이 권능이다.

權限이란 타인을 위하여 법률효과를 발생시킬 수 있는 일정한 지위 또는 자격을 말한다. 대리인의 대리권, 이사의 대표권, 대통령의 법률안거부권, 행정관청의 허가권 등이 그 예이다. 권리는 자신을 위하여 가지는 법률상의 이익을 추구하는 것임에 대하여 권한은 타인의 이익을 위하거나 타인에게 법률효과를 미치도록 하기 위한 것이라는 점에서 구별된다. 권한은 임의대리권 같이 수권행위로 주어지기도 하고 법정대리권 같이 법률의 규정에 의하여 주어지기도 한다.

(3) 裁判請求權

민사소송에서 당사자가 가지는 권리로 헌법이 규정한 裁判請求權이 있다. 즉, 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다(憲 제27조 제1항). 이 재판청구권이 민사소송에서 原告에게는 소를 제기할 권리, 즉 소권으로 나타난다고 보았다. 과거에 訴權의 본질에 관하여 독일에서 私法的訴權說이 주장되다가 소권이 公權임이 인식되어 공법적소권설이 등장하였고, 그 내용에 관하여서는 권리보호청구권설과 사법행위청구권설이 주장된다. 오늘날은 사법행위청구권설이 다수설, 판례의 지위를 차지하고 있다. 그러나 한동안 모습을 감추었던 권리보호청구권설이 1960년대부터 조금 내용을 달리 하여 신권리보호 청구권설로 부활하였다.¹⁵⁾

이러한 청구권에 관한 논의는 訴權의 본질에서 출발했지만, 오늘날 원고에게만 인정되고 피고와는 관계가 없는 소권에 관한 논의는 거의 없다. 판결절차 분야에서 누구나 검증되지 않은 아무 주장이라도 하면서 법원으로부터 그 청구가 이유 없다고 해서 기각되거나 부적법하다고 하여 각하될 가능성을 품은 채 변론과 재판을 유발할 수 있다. 권리는 요건이 불비되었을 때에는 배제될 가능성이 내포되어 있는 것인데, 소권처럼 법이 정한 요건과는 관계가 없이 누구나 행사할 수 있는 것은

15) 이러한 논쟁에 관하여 상세한 것은, Mes, *Rechtsschutzanspruch* 참조. 우리말로 간략히 소개한 것은, 호문혁, 85면 이하.

권리가 아니고 권능(Befugnis)에 불과하다.¹⁶⁾ 그리하여 오늘날에는 소권에 관하여 더 이상 논의하지 않는다.

(가) 司法行爲請求權

독일에서는 소송과 관련이 있는 여러 청구권을 인정한다. 사법행위청구권(Justizgewährungsanspruch)과 법적심문청구권(Anspruch auf rechtliches Gehör), 공정절차청구권(Recht auf ein faires Verfahren)이 그것이다. 이들의 관계에 관하여서는, 법적심문청구권은 독일헌법 제103조 제1항에서 명문으로 인정하는 것일 뿐만 아니라 헌법상의 법치국가 원리에서 나오는 공정절차청구권에서도 도출되는 것이고,¹⁷⁾ 사법행위청구권은 독일헌법 제103조 제1항이 아니라 법치국가의 원리와 유럽인권협약 제6조 제1항에서 도출되는 것이라고 한다.¹⁸⁾ 이 중에서 민사소송에서 주로 논의되는 것이 司法行爲請求權이다.

민사소송에서의 사법행위청구권의 근원이 오늘날 독일헌법상의 법치국가 원리와 유럽인권협약이라고 하나, 그 이전에도 이미 이 권리를 인정하자는 주장은 있었다. 1926년에 Groh가 주장한 것이 시초이고,¹⁹⁾ Rosenberg도 1927년에 이러한 주장을 하였다. Rosenberg는 국가(즉 법원)의 판결의무는 국가가 당사자들에게 부담하는 법률과 소송상태에 따른 사법행위를 할 일반적인 국가의 의무의 일부이고, 당사자의 판결청구권은 국가에 대한 사법행위를 청구할 일반적인 청구권의 한 단면인데, 이러한 청구권을 사법행위청구권, 줄여서 사법청구권이라고 할 수 있다고 한다.²⁰⁾ 사법행위청구권이 민사소송법에서 명시적으로 인정되어 있지는 않지만, 국가가 자력구제를 금지하였으므로 국민에게 그에 상응하는 사법행위를 할 의무를 부담하고, 따라서 국민에게는 사법행위청구권이 인정된다는 것이다.²¹⁾

사법행위청구권은 국가에 대한 公權이고, 법원의 심판활동을 목적으로 한다. 국가가 국민에게 법원의 심판을 제공하고 적절한 시간 내에 소송법규에 맞게 재판을 하면 이 청구권은 실현된다고 한다.²²⁾ 그리고 예를 들어, 법관이 이유 없이 기일을

16) Stein-Juncker, S. 6.

17) Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 82 Rdnr. 1.

18) Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 82 Rdnr. 3; Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 286.

19) Groh, "Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch)", ZZP 51 (1926), S. 145 ff.

20) Rosenberg, S. 227.

21) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 284.

22) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 290.

지정하지 않거나 증거조사를 하지 않음으로써 심판을 하지 않거나 심판을 지연시키든가, 심리가 사실문제에서나 법률문제에서 재판할 정도로 성숙하였음에도 불구하고 재판을 하지 않는 경우에 이 청구권이 침해된다고 본다.²³⁾

사법행위청구권은 법관의 활동 내용에 관하여서는 구체적으로 설명하지 않는다. 이 점에서 다음에 설명할 권리보호청구권과 다르다. 전자는 사법행위를 목표로 하는지 여부를 문제 삼는 것임에 반하여, 후자는 사법행위를 어떻게 할 것인지를 문제 삼는다는 점에서 차이가 있다. 이러한 점에서 권리보호청구권은 내용과 실체가 있다고 평가된다.²⁴⁾

(나) 權利保護請求權

이 견해는 Adolf Wach가 확인의 소의 법적 성질에 관한 논의와 관련하여 처음 주장한 것으로, 19세기 후반부터 20세기 초반까지 독일에서 많은 논쟁을 불러일으켰고, 그럼에도 불구하고 지배적인 학설로 군림하였다.

당초에 CPO의 입법자들은 확인의 소를 인정하면서 이행의 소가 실제법상의 급부청구권을 실현하려는 것처럼 확인의 소는 실제법상 확인청구권을 실현하려는 방법임을 강조하였다.²⁵⁾ 이에 대하여 Wach는 확인의 소의 법적 성질이 실제법상의 청구권을 주장하는 것이 아니라고 논하면서, 여기서 출발하여 소송에서의 당사자가 법원에 대하여 가지는 청구권을, 私權에 대하여 2차적이기는 하지만 비교적 독립적이며, 사권과 소송을 연결시키는 公權으로 그 내용이 국가의 권리보호를 구할 청구권이라고 하고 이를 ‘권리보호청구권’이라고 이름 지었다.²⁶⁾ Wach는 이미 공법적 소권설을 주장한 Degenkolb²⁷⁾ 등의 추상적 소권설이 내용이 공허하기 때문에 구체적인 내용이 있는 청구권으로서의 소권을 권리보호를 청구하는 권리라고 설명한 것이다.²⁸⁾

Wach에 의하면 권리보호청구권은 민사소송상의 보호, 즉 소송의 목표인 司法行爲를 구할 권리이다. 이 청구권은 보호를 할 국가를 향한 것이고 또한 그에 대하여

23) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 290.

24) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 291.

25) Hahn-Stegemann, *Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung*, 2. Aufl. (Berlin, 1881), S. 255.

26) Wach, *Feststellungsanspruch*, S. 14 f.

27) Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklage* (Leipzig, 1877), S. 14.

28) Vgl. Rosenberg, S. 255.

보호를 할 상대방을 향한 것이기도 하다. 이는 공법적 성격을 가진 것이고, 사권에서 나오거나 사권이 표현된 것은 아니다. 또한 권리보호를 구할 청구권이라는 권리가 있다고 주장하는 이들 누구에게나 열려 있는 공적인 소제기 권능도 아니다. 이 청구권의 要件은 사법상의 권리의 요건과 다르고, 소송 밖에서의 구체적인 사실관계와 연결되어 있다. 이 청구권은 민사소송의 직접적인 대상이다.²⁹⁾ 분설하면 다음과 같다: 첫째, 권리보호청구권은 사권이 아니고, 사법상의 청구권은 더욱 아니다.³⁰⁾ 둘째, 권리보호청구권은 비교적 독립적이고 사법질서 유지에 이바지하는, 따라서 2차적 권리이며, 그 요건에서 독립적이다. 요건이 독립적이라고 함은 권리보호청구권의 요건이 정당한 권리보호이익, 즉 법률이 인정한 일정한 형태의 司法行爲로써 보호할 필요성이라는 것이다.³¹⁾ 권리보호청구권의 요건은 소송에서 본안변론과 본안재판의 대상에 속한다. 요청한 권리보호를 부여할 것인지는 소송의 적법성에 관한 것이 아니라 소송에 관한 것이다.³²⁾ 셋째, 권리보호청구권은 공법적인 성질을 가졌고, 한편으로는 국가를 향하고, 다른 한편으로는 상대방을 향한 것이다. 국가는 權利保護, 즉 사법행위를 부여할 것이고, 상대방은 이를 受忍하라는 것이다. 이 청구권은 사권에서 소송으로 나아가는 다리이다. 이 청구권에서 사권은 공법상의 힘을 얻게 된다. 즉 국가는 이 청구권으로 사권의 보장과 보호무기가 되는 것이다.³³⁾ 넷째, 권리보호청구권은 소송법의 기준에 의한 청구권이다. 이는 소송 밖에서의 사실관계의 결과이거나 변론과 판결을 구할 권리가 아니라, 정당한 자에게 유리한 권리보호행위를 구할 권리를 내용으로 하는 것이다. 다섯째, 소송의 대상은 실체법상의 권리관계인데, 그와는 다른 의미에서 원고나 피고의 소송상의 권리보호를 구하는 청구권, 즉 권리보호청구권도 소송의 대상이다. 소송은 정당한 권리보호의 부여를 위한 수단으로, 주관적으로 말하면 정당한 권리보호이익의 만족을 위한 것이다. 이유 없는 이행의 소나 적극적 확인의 소로 시달리는 피고는 이유 없는 청구의 기각을 받을 권리보호이익이 있다고 한다.³⁴⁾

Stein은 Wach와는 달리 소송요건이 구비되더라도 법원은 자의나 재량으로 재판을

29) Wach, *Feststellungsanspruch*, S. 15.

30) Wach, *Feststellungsanspruch*, S. 15 ff.에서 사법적 소권설을 상세히 비판하나, 이 글의 주제와 관련이 없으므로 생략한다.

31) Wach, *Feststellungsanspruch*, S. 22.

32) Wach, *Feststellungsanspruch*, S. 24.

33) Wach, *Feststellungsanspruch*, S. 27.

34) Wach, *Handbuch*, S. 19.

하는 것이 아니라 소송법의 구속을 받아서 심판하며, 구술변론 종결 시에 유리한 판결을 받을 실제법상의 요건까지 갖춘 당사자가 이러한 판결을 받을 공법상의 청구권을 갖게 되는데, 이것이 바로 권리보호청구권이고, 권리보호를 받을 요건으로 권리보호자격, 권리보호필요 등이 있으며, 이 청구권은 원고뿐만 아니라 피고에게도 주어진다고 하였다.³⁵⁾

Wach의 권리보호청구권설에 대하여서는 일찍이 Bülow와 Rosenberg가 비판을 가했다. Bülow는 권리보호청구권이란 소송법틀관계의 한 부분에 지나지 않고, 독자적인 권리로 인정할 수는 없다고 하였다. 유리한 판결, 즉 승소판결을 구하는 지위를 권리로 파악하는 것은 사람들이 당사자의 측면만을 보는 흔히 빠지는 오류이며 이는 채권관계에서 채권자의 채권이라는 측면만을 보는 것과 같다고 한다. 이러한 자세로는 법적 현상을 전체로 파악할 수가 없고 어느 한 면만을 보게 된다고 하였다.³⁶⁾

Rosenberg는 어떤 당사자도 법 적용에서 자신에게 유리한 결과를 얻을 권리는 가지지 않는다고 하고, 원고뿐만 아니라 피고도 본안판결 청구권이나 유리한 본안판결 청구권은 가질 수 없다고 한다. 법원은 단지 법률에 의하여 소송사건을 재판할 의무를 부담할 뿐이며, 그에 따라 소송법이나 실제법상의 이유에 의하여 원고에게 또는 피고에게 유리하게 재판하는 것이라고 한다. 그러므로 어떤 당사자가 법원에 대하여 미리부터 유리한 판결을 구할 청구권을 가진다면 이는 법원의 당사자에 대한 지위와 맞지 않으며, 당사자의 요구는 법관이 이를 심리하고 평가하는 것으로 충족될 뿐이며 그 이상은 필요하지 않다고 한다. 그러므로 권리보호청구권은 현행법상으로는 입법론상 인정할 수 없다고 한다.³⁷⁾

한동안 주장자를 찾을 수 없던 권리보호청구권설이 1960년대에 독일에서 앞서 본 비판을 극복한 새로운 모습으로 등장하였다.³⁸⁾ 그 중 Blomeyer와 Pohle, Kuchinke

³⁵⁾ Stein-Juncker, S. 13 f.

³⁶⁾ Bülow, “Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts, Betrachtungen aus Anlass von Richard Schmidts Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts”, ZJP 27 (1900), S. 233 ff.

³⁷⁾ Rosenberg, S. 226 f.

³⁸⁾ Blomeyer, “Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozeß”, *Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag* (1969); Henckel, *Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß* (Heldelberg, 1961), S. 34; Mes, *Rechtsschutzanspruch*; Stein-Jonas-Pohle, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 19. Aufl., Einleitung E I 3, zit. Stein-Jonas-Schumann, *Einleitung Rdnr. 216~222*; Schlosser, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile* (Bielefeld, 1966), S. 374 ff.

의 견해를 본다.

Blomeyer는 개인의 이익 보호를 위하여 국가를 상대로 법원을 통한 권리보호를 구할 권리, 즉 권리보호청구권을 인정할 수 있다고 한다.³⁹⁾ 그에 의하면, 이러한 공권은 그 권리의 침해가 있을 때에 피해자를 위한 강제가 법제도로 마련되어 있으면 인정된다(이러한 강제가 없는 경우에는 피해자는 권리보호규정의 반사적 효력을 누릴 뿐이다). 이러한 강제는 § 839 II BGB에 규정되어 있다. 즉, 법관이 재판에서 고의 및 형벌에 처해질 행위로 직무상 의무를 불이행한 경우에 피해자에 대하여 국가가 손해배상의무를 진다. 이를 근거로 권리보호청구권이 실정법상 인정되는 것이라고 한다.⁴⁰⁾

Pohle는 권리보호청구권은 당사자 중의 한 사람에게 유리한 재판을 구하는 권리로, 소송상 및 실체법상의 상황에 따라 원고나 피고에게 부여된다고 한다. 일단 양 당사자가 동시에, 상반되는 내용의 판결을 하라는 내용으로 이 권리를 주장한다.⁴¹⁾ 한 당사자가 실제로 그 청구권을 가질 요건은, ‘소송법과 실체법에 따라 그 당사자에게 유리한 재판이 이루어질 것’이다. 원고에게 유리한 본안판결이 있으려면 본안 재판요건으로서의 소송요건이 모두 구비되어야 하고, 나아가 권리보호자격과 권리보호필요라는 권리보호요건이 구비되어야 한다. 부적법한 소의 경우에는 피고에게 소각하 청구권이, 청구가 이유 없을 경우에는 청구기각 청구권이 인정된다.⁴²⁾ 원고는 소장을 제출함으로써, 피고는 청구의 기각이나 소 각하 신청으로 권리보호청구권을 주장하고, 소취하나 포기, 인낙, 소송상 화해로 주장된 청구권은 소멸한다. 실제로 유리한 판결의 청구권의 요건은 심리가 재판하기에 성숙되었을 때에 구비된다. 이 청구권은 그 요건 중의 하나가 불비되거나 법원이 재판으로 이를 충족시키거나, 불리한 재판으로 그 청구를 배척하면 소멸한다.⁴³⁾ 양 당사자에게 상반된 내용의 권리보호청구권이 동시에 성립할 수 없다는 비판에 대하여서 Pohle는 그러한 모순되는 상황은 생기지 않는다고 한다. 즉, 두 개의 상반되는 청구권이 주장되는 것은 분쟁인 소송의 본질에 속하는 것이며, 이 청구권은 소송의 상황에 따라 양 당사자 중의 어느 한 사람에게만 ‘성립’한다는 것이다.⁴⁴⁾ 권리보호청구권의 부정은

39) Blomeyer, S. 5.

40) Blomeyer, S. 6 f.

41) Vgl. Stein-Jonas-Schumann, Einleitung Rdnr. 216.

42) Vgl. Stein-Jonas-Schumann, Einleitung Rdnr. 217.

43) Vgl. Stein-Jonas-Schumann, Einleitung Rdnr. 218.

44) Vgl. Stein-Jonas-Schumann, Einleitung Rdnr. 219.

민사소송의 목적을 법질서유지에 두고 사권의 보호는 뒷전으로 밀어버리는 잘못되고 일방적인 관념으로 퇴행하는 것이며, 이 청구권을 인정하는 것이 우리의 법치국가의 모습에 알맞은 것이라고 한다.⁴⁵⁾ 청구권이란 고정된 법적 상태에서 직접 도출되어 특정 목표를 지향하는 것이 아니라, 예를 들어 토지에 대한 소유권 이전 청구권은 등기를 이전하기 전에 소유권 취득을 위하여 하는 측량, 거래허가, 토지문서의 교부 등의 온갖 행위를 해 줄 것을 구할 수 있는 것처럼, 권리보호청구권도 기일지정, 변론, 증거조사 등 종국판결에 이르기까지 여러 행위를 할 것을 구할 수 있는 것을 그 내용으로 한다. 결국 권리보호청구권이란 다수의 개별적인 청구권의 집합과 다를 것이 없는 것이라고 한다.⁴⁶⁾

Kuchinke는 국가의 사법행위, 즉 법원의 심판행위는 단순히 절차법에만 구속되는 것이 아니라 내용상으로 실체법에 구속된다는 점을 부각시켜 여기서 권리보호청구권을 인정하는 것이 정당화된다고 한다. 그에 의하면, 사법기관은 단순히 국가의 임무를 수행하는 것이 아니라 당사자들에 대하여 절차법을 지키면서 실체법에 따라 재판할 직무상의 의무도 부담한다. 당사자들의 권리는 한편으로는 사법기관이 법규에 맞게 절차를 진행할 것을 요구할 수 있고(절차적 보호), 다른 한편으로는 이를 바탕으로 실체적으로 올바른 재판을 구할 청구권을 포함한다(권리보호). 이 두 가지는 서로 독립된 다른 권리를 구성한다고 볼 것은 아니다. 이들은 모두 권리보호라는 동일한 목적에 논리적으로 연결되어 있기 때문이다. 권리보호청구권의 내용은 다음과 같다: 이 청구권은 권리를 구하는 이에게 유리한 재판을 구하는 데에 있지 않고 법규에 맞는 절차를 거친 정당한 재판을 구하는 데에 있다. 여기서 소송의 결과와 관계없이 양 당사자가 소송의 시작부터 청구권자이고 이 지위는 소송의 전 과정에서 유지된다.⁴⁷⁾

오늘날은 권리보호청구권설이 권리보호이익(필요)이라는 소송요건을 창출해 낸 공로는 인정하면서도 사법행위청구권 이외에 별도로 권리보호청구권을 인정할 필요가 없다는 것이 다수의 견해이다.⁴⁸⁾

45) Vgl. Stein-Jonas-Schumann, Einleitung Rdnr. 220.

46) Vgl. Stein-Jonas-Schumann, Einleitung Rdnr. 221.

47) Schönke-Kuchinke, § 3 II, S. 6 f.

48) Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 3 Rdnr. 8 f.; Jauernig-Hess, § 16 Rdnr. 5. Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr 241은 권리보호청구권을 인정할 실제적 필요성이 크지 않다고 하면서 판단을 유보한다.

(다) 檢討

우리 헌법상으로는 민사소송의 당사자들에게 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판받을 권리, 즉 裁判請求權이 인정된다(憲 제27조 제1항). 이와는 별도로 민사소송 분야에서는 재판을 요구하는 당사자의 지위를 사법행위청구권이라고 볼 것인가 권리보호청구권이라고 볼 것인가 하는 논쟁이 있을 뿐이다. 그런데 사법행위청구권은 우리 헌법에서 말하는 재판청구권과 같은 내용의 개념이므로 굳이 부당하다고 말할 수는 없지만, 기본권으로서의 재판, 즉 사법행위를 청구할 권리와 민사소송에서의 당사자의 권리는 차원을 달리하는 것이다. 사법행위청구권설은 19세기에 주장된 추상적 소권설과 비슷하게 구체적 내용이 없고 추상적으로 국민이 국가에 대하여 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판받을 권리일 뿐이라고 하고, 법원이 민사소송에서 부담하는 의무는 당사자의 권리에 상응하는 것이 아니라 직무상의 의무라고 하는 점에서 당사자들이 민사소송을 하는 주관적 의사 내지 목적이 완전히 도외시되어 있다. 즉, 사법행위청구권설은 재판청구권이 민사소송에서 구체화되었을 때에 어떠한 내용이 되는지에 관하여는 아무런 언급이 없다는 점에서 ‘민사소송에서의’ 본질을 구명하는 내용이 아니다.

권리보호청구권설에 대한 Bülow의 비판은 법률관계는 권리·의무관계라는 개념이 확립되기 이전의 사고방식을 전제로 한 것으로 보인다. 소송법률관계는 인정하면서 당사자의 소송법상 권리를 인정하지 않는 것은 설득력이 없다. Rosenberg의 비판이 가장 상세한 것이나, 당사자와 법원의 법률관계를 단순 평면적인 관계로 보고 소송의 동태적인 측면을 무시하고 이를 실체법상의 법률관계와 동일한 평면에 놓았기 때문에 이러한 비판이 나온 것이다. 소송법률관계는 Pohle가 지적하였듯이 고정된 법률상태를 놓고 거기에서 법률관계의 주체가 상응하는 권리와 의무를 부담하는 일회적인 관계로 끝나는 것이 아니다.

權利保護請求權에서 이 청구권과 대응하는 법원의 법적 의무를 상정할 수 없다는 비판은 타당하지 않다. 법원이 재판할 의무를 부담하는 것은 직무상 의무이지, 당사자에게 권리보호청구권이 있기 때문이 아니므로 이 청구권이 상대방인 법원의 의무와 상응하지 않는다고 하는 것은 실체법상의 권리·의무의 상응관계를 소송법상의 권리에 적용한 주장이다. 그러나 이는 소송법의 특징을 도외시한 것이다. 소송상의 권리는 실제로 그 권리가 있고 그에 상응하는 의무가 있는지가 문제되는 것이 아니라, 주장하는 것으로 충분하다는 특징이 있다. 그렇기 때문에 권리보호청구권의 내용이 ‘나의 주장이 정당하면’ 권리를 보호해 달라고 청구하는 것이며, 주장의 정당성을 인정

받기 위하여 당사자들은 공격과 방어를 하면서 여러 권능을 행사하고 책임을 부담하는 것이다.

權利保護請求權을 인정하는 의미는 실체법과 소송법의 차이를 뚜렷이 드러내면서 두 법영역의 관계를 명확하게 설명하는 데에 있다. 그리고 소송요건으로 일반적으로 인정하는 권리보호요건의 법적 성질과, 다른 소송요건과 구별되는 소송상의 특수성을 인정하는 데에 필요하며, 소송법률관계의 내용을 채워주는 핵심 개념이라는 점에서 그 중요성이 있다.⁴⁹⁾ 그리고 권리보호청구권을 인정하면 既判力이라는 확정판결의 효력을 잘 설명할 수 있다. 즉, 확정판결에 생기는 기판력은 실체적 권리가 아닌 權利保護請求權을 消耗하게 한다. 이러한 설명으로 기판력의 본질에 관한 실체법설이 극복되고 소송법설, 특히 그 중에서도 모순금지설이 타당성을 인정받게 된다.⁵⁰⁾ 또한 소송법이 적절한 절차 진행을 위해 마련한 술한 失權效도 권리보호청구권으로 설명이 된다. 즉, 기일에 결석하거나 소송지연을 획책하는 사람, 소송자료 제출을 늦추거나 소송상의 수단을 행사하지 않는 사람은 완전한 권리보호를 구할 청구권을 상실하는 것이다. 권리보호청구권은 당사자의 사법기관에 대한 지위와 절차 전체에서의 지위를 뚜렷이 파악할 수 있도록 하기도 한다. 권리보호를 요구하는 이는 단순히 국가기관의 배려의 대상이 아니라 개인적인 법적 힘으로 무장하는데, 그 힘은 권리보호요구로써 절차를 개시하고, 그 절차에서 스스로의 책임으로 행동할 수 있게 하는 것이다.⁵¹⁾ 또한 권리보호청구권을 인정하면 不提訴合意의 유효성을 설명하는 데에도 쓸모가 있다. 부제소합의에 관하여 이를 사법행위청구권의 포기라고 하면 기본권인 재판청구권의 포기이므로 유효라고 보기가 어려운 측면이 있다. 그러나 권리보호청구권을 인정하면 부제소합의가 기본권인 재판청구권이 아닌 당사자처분권주의가 적용되는 영역인 권리보호청구권을 포기하는 것이어서 그 효력을 인정하는 데에 무리가 없을 것이다.

사법행위청구권설은 소송 당사자의 법적 지위를 추상적으로 국가에 대한 기본권이라는 점만을 파악하는 데 반하여 권리보호청구권설은 당사자의 그러한 권리의 구체적 내용을 파악하려고 한다는 점에서 차이가 있다. 특히 권리보호청구권설은 소송제도를 이용하는 당사자의 주관적 목적까지 고려해서 이론 구성을 한다. 본래 민사법 분야에서 권리의 핵심적 요소는 權利者의 意思이다. 권리란 의사의 힘이라고

49) Vgl. Stein-Jonas-Schumann, Einleitung Rdnr. 222.

50) Schönke-Kuchinke, § 3 II. S. 7. 모순금지설의 타당성에 관하여는 호문혁, 681면 참조.

51) AaO.

Savigny가 주장한 이래 이익설, 권리법력설 등 여러 견해가 등장하였으나, 오늘날 통설이라고 하는 권리법력설이 권리의 핵심적 요소가 의사라는 점을 부정하는 것이 아니라 이를 긍정하는 것을 당연한 전제로 한다. 이러한 사정은 법률관계의 개념 정의에서 의사표시를 불가결의 요소로 한다는 것을 보아도 알 수 있다. 법률관계는 권리·의무관계인데, 여기서 의사표시가 불가결의 요소라고 하는 것은 권리가 의사의 힘이라는 점을 부인하고서는 성립할 수 없는 명제이다. 이러한 전제에서 私法秩序란 개인이 원하는 것을 이룰 수 있도록 국가가 법으로써 최대한 뒷받침해 주는 것을 목적으로 한다는 점을 이해할 수 있는 것이다. 그러므로 사법행위청구권이 헌법상의 재판청구권으로 인정된다는 점은 수긍하지만 민사소송법에서 당사자가 법원에 대하여 어떠한 지위를 갖는지를 설명하는 데에는 적절치 않다. 헌법상의 권리와는 달리 그 하위법인 민사법에서의 권리란 당사자의 의사와 목적이 특정되어 있고 그 발생요건이 구비되어야 인정된다는 점에서 민사소송법에서 권리보호청구권은 근거가 있고 타당성과 필요성도 인정된다. 만일 민사소송에서 권리보호청구권이라는 구체적 권리를 인정하지 않으면 당사자들은 헌법상의 추상적인 재판청구권을 갖고 소송을 하면서 구체적으로는 여러 가지 권능과 책임, 의무만을 가지게 되는데, 이러한 구체적인 권능과 책임, 의무가 추상적인 사법행위청구권이나 재판청구권에서 직접 도출된다고 볼 수 있는지 매우 의문이다. Pohle가 지적하였듯이 권리보호청구권의 부정은 민사소송의 목적을 당사자들이 의사와는 관계없는 법질서유지에 두고, 당사자들의 주된 목적인 권리의 보호는 뒷전으로 밀어버리는 잘못에 빠지는 것이다.⁵²⁾

그런 의미에서 민사소송에서 당사자들에게 인정되는 권리는 헌법상 인정되는 재판청구권과는 별개의 권리보호청구권이고, 그 내용은 그 사건을 심리하여 각 당사자의 ‘주장이 정당하면’ 권리를 보호해달라고 청구하는 권리이다. Pohle가 주장한 것처럼 당사자들이 가지는 여러 권능들의 집합물이 권리보호청구권이라고 볼 수는 없다. Pohle는 이러한 권능들을 모두 청구권이라고 파악했으나 이는 권리와 권능을 혼동한 결과라고 보인다. 각 당사자는 권리보호청구권을 가지고, 그 권리를 행사하기 위하여, 즉 자신의 주장의 정당성을 밝히기 위하여 민사소송에서 여러 가지 권능을 행사하고 경우에 따라서는 책임과 의무도 부담한다고 보는 것이 타당하다.

52) 민사소송의 목적에 관하여는 호문혁, 8면 이하 참조.

(4) 이른바 當事者權

국민에게 헌법상 기본권으로 재판청구권이 인정되고 민사소송에서 당사자들에게 권리보호청구권이 인정되며, 그에 따라 공격과 방어를 위하여 개별적인 내용의 권능이 인정되는데, 그와는 별개로 日本에서는 이른바 당사자권이라는 개념이 등장하였다. 이를 인정하는 견해가 우리 학계에 일부 소개되어 지지를 받고 있는데, 여기서는 이 당사자권 이론에 관하여 검토해 본다.

當事者權이란 당사자가 소송의 주체인 지위에서 절차상 인정받는 여러 가지 권리와 권능을 집약적으로 파악한 개념이라고 한다. 일본에서는 학자에 따라 설명 방법이 다른데, 그 예를 들면, 新堂幸司는 당사자의 지위에서 그 절차상 인정되는 여러 권리를 당사자권이라고 정의하고, 이들 권리에 이송신청권, 제척신청권, 기피권, 소송대리인 선임권, 소장과 판결의 송달을 받을 권리, 기일지정신청권, 기일통지를 받을 권리, 구문권, 소송기록열람권, 책문권, 상소권, 재판을 구하는 범위를 정하여 그를 위한 자료를 한정하는 권능, 소취하, 청구의 포기·인낙, 화해 등을 하는 권능 등이 인정되고, 특히 변론권과 불복을 신청할 권리가 중요하다고 한다. 그리고 당사자가 되는 것에 의하여 이러한 여러 권리를 보장받아서 자신의 이익을 주장하고 의견을 표명할 기회를 갖게 되는데, 이 때문에 그 절차의 결과로 내려진 재판에 당사자가 구속되는 것이 정당화된다고 한다.⁵³⁾ 伊藤 眞는 당사자에게는 소송절차에서 여러 가지 권능이 보장되는데, 이들 권능을 총칭하여 강학상 당사자권이라고 부른다고 하고 위에서 新堂가 열거한 것들을 열거한다. 그리고 이들은 그 성질에 따라 심판의 대상을 정하고 소송의 개시와 종료를 결정하는 권능과 소송절차에서 공평하게 공격·방어를 다하기 위한 권능으로 나뉜다고 하며, 이를 헌법상 보장된 재판을 받을 권리의 보장과 연결시켜 그 내용으로 수동적으로 판결을 받는 사람이라는 자격을 인정하는 것에 그치지 않고 판결의 대상이 되는 사항을 당사자가 결정하고, 판결의 기초가 되는 자료 제출의 기회를 양 당사자에게 공평하게 보장하는 것을 포함한다고 한다.⁵⁴⁾

우리나라에서 당사자권을 소개하는 내용은 다음과 같다:⁵⁵⁾ 당사자권은 절차에

53) 新堂幸司, 『民事訴訟法』(筑摩書房, 1975), 84~85頁. 新堂幸司, 『民事訴訟法 第二版補正版』(弘文堂, 1990), 84~85頁도 같은 내용이다.

54) 伊藤 眞, 『民事訴訟法』[第3版再訂版](有斐閣, 2006), 84頁.

55) 이하 당사자권에 관한 설명은 鄭東潤·庾炳賢, 157면 이하 참조. 이와 비슷한 설명은 金洪奎·姜泰源, 128면 이하. 鄭東潤·庾炳賢, 157면 이하에서는 일본에서 당사자권의 출발점부터 절차보장의 제3과까지의 이론 전개를 요약해서 설명하고 있다.

관한 권리와 실체에 관한 권리로 나뉘는데, 전자에는 ① 당사자의 이익을 옹호하기 위한 권리(기일지정신청권, 기일통지를 받을 권리, 소장과 판결의 송달을 받을 권리), ② 기일에 법원이 행하는 소송지휘의 불비를 보충하고 시정하는 권리(구문권, 소송 절차에 관한 이의권), ③ 그 밖에 이송신청권, 제척·기피신청권, 소송기록열람권 등이 있다고 하며, 후자에는 ① 처분권주의에 포섭되는 여러 권리(판결을 구할 사항과 범위를 정하고, 소취하, 청구의 포기·인낙, 화해 등 소송물을 처분할 권능), ② 소송상 문제되는 사항에 관하여 자료를 제출하고 의견을 진술하며, 그러한 기회를 박탈당하지 않고 재판받을 권리(변론권, 증명권), ③ 재판에 대하여 불복을 신청할 수 있는 권리(상소권)이 있다고 한다. 그리고 이러한 여러 권리를 인정하는 것을 節次保障이라고 한다. 이러한 당사자권 이론은 처음에 소송절차와 비송절차의 차이를 부각하고 소송절차에서는 당사자권이 보장되어야 함을 강조한 것에서 출발하여, 두 번째 단계로 당사자권, 특히 辯論權의 보장을 강조하고, 여기서 既判力이 당사자에게 미치는 근거가 있다고 설명하였다.

이러한 내용의 이른바 당사자권을 우리나라에서도 받아들이는 견해가 있다. 위의 설명처럼 일본의 이론을 소개하고 우리나라에서도 이를 인정할 수 있다고 한 견해가⁵⁶⁾ 있는가 하면, 아무런 근거 설명도 없이 당연히 우리 법체계에서 당사자권이 인정되는 것처럼 설명하는 경우도⁵⁷⁾ 있다. 특히 주목할 부분은 당사자권 이론이 당사자에게 판결의 既判力이 미치는 근거로 원용되고 있다는 점이다. 이러한 주장이 단순히 일본 학계의 주장에 머무르는 것이 아니라⁵⁸⁾ 우리나라에서도 일부 학자에 의하여⁵⁹⁾ 아무런 의심 없이 받아들여지고 있다.

이 당사자권 개념은 소송법상 인정된 당사자들의 여러 가지 권능을 모아서 하나의 권리로 파악한 것이다.⁶⁰⁾ 이러한 점에서는 Pohle가 다수의 개별적인 청구권의 집합과 다를 것이 없다고 파악한 권리보호청구권과 유사한 점이 있다. 다만 독일의 권리보호청구권 이론은 권리보호라는 당사자의 의사와 목적을 구체적으로 표현하고, 권리보호요건이라는 새로운 소송법상의 법률요건 체계를 개발한 데에 반하여 일본의

56) 이시윤, 125면; 鄭東潤·庾炳賢, 158면.

57) 김홍엽, 105면. 金洪奎·姜泰源, 128면 이하에서는 당사자권이 인정된다고 서술하고 뒤에 그 연원과 근거를 간략히 서술한다.

58) 참고로, 鄭東潤·庾炳賢, 158면 이하에서는 일본의 이런 주장을 소개만 하고, 우리나라에서도 당사자권을 기관력의 근거로 삼을 것인지에 관하여는 언급을 하지 않는다.

59) 김홍엽, 105면; 金洪奎·姜泰源, 130면.

60) 伊藤 眞, 앞의 책, 84頁.

당사자권 이론은 그 자체로 특색은 없고 그러한 권리의 성립요건에 관하여도 논의한 바가 없으며, 단순히 당사자가 가지는 권능을 집합하여 하나의 권리로 포장한 것에 불과하다. 이는 추상적인 헌법상의 재판청구권과 별다른 내용이 아닌 것이다. 다만 이를 근거로 다시 절차보장론을 개발하고, 나아가 기판력을 비롯한 각종 판결의 효력의 근거로 절차보장을 드는 데까지 나아갔다.

이러한 당사자권과 절차보장론이 우리나라에도 영향을 미쳐, 학자들이 곳곳에서 절차보장을 언급하고, 판례도 예를 들어 채권자대위소송의 확정판결의 기판력이 채무자에게 미치는지 여부에 관하여 대위소송이 소송담당이라고 하면서도 채무자가 대위소송 계속을 알았을 때에만 미친다고 판시하여 절차보장론을 수용함으로써 민사소송법 제218조 제3항을 정면으로 위반한 판결을 하였고,⁶¹⁾ 나아가 이를 바탕으로 심지어는 위 조항이 전혀 규정하지도 않은 채무자의 다른 채권자에게 대위소송의 기판력이 미치는지 여부를 전소송에서 채무자가 소송계속을 알았는지 여부에 좌우되게 하는, 기판력의 본질과는 어울리지 않는 매우 무모한 판시를 하였다.⁶²⁾

우리의 판례에서 보듯이 당사자권을 전제로 한 절차보장론은 우리 현행법과 맞지 않고, 확정판결 효력의 안정성을 근거로 인정된 기판력을 변질시키고 있다. 일단 판결이 형식적으로 확정되면 비록 그 판결이 부당하더라도 나중에 소송으로써 이를 고칠 수 없다는 것이 기판력 제도의 근본 취지이다. 다만 확정판결에 재판청구권을 침해하였다고 할 정도로 중대한 흠이 있을 때는 재심을 이용하도록 하는 것이 우리의 소송법 체계이다. 판례가 이를 버리고 절차보장 여부에 따라 기판력이 미치는지 여부를 좌우하게 하는 것은 이러한 소송법 체계의 근간을 흔드는 처사이다. 일본의 당사자권 이론이나 절차보장론을 이처럼 무비판적으로 받아들여서 우리의 법체계를 흔드는 일은 해서는 아니 될 것이다. 학계에서도 이에 대한 문제의식이 없이 판례의 태도를 맹종하는 것도 학자로서의 본분을 망각한 처사이다.

2. 民事訴訟法上 當事者の 權能

앞에서 언급한 바와 같이 민사소송법 법문에서 명시적으로 권리라고 표현한 것들이 있다. 이들 중 ‘대리인을 선임할 권리’는 2002년 민사소송법 개정 이전에는 ‘대리인의 선임권’이라고 표현되어 있었던 것이 이렇게 바뀌었고, 나머지는 개정

61) 大判(全) 1975. 5. 13, 74다1664 이후의 일관된 판례이다.

62) 大判 1994. 8. 12, 93다52808. 대위소송과 관련된 이러한 판례의 부당함에 관하여는 호문혁, 720면 이하.

전의 법문과 같은 표현을 쓴 것이다. 그리고 법문에서 명시적으로 권리라고 표현하지는 않았지만 보통 당사자권의 내용으로 여러 권리가 열거되고, 일본에서는 학자에 따라서 권리라 하기도 하고 권능이라 하기도 한다.

그러나 법문에서 권리라고 표현하였다고 그 성질이 권리가 된다고 볼 것은 아니다. 민사소송법에서 쓴 당사자의 ‘권리’는 모두 그 성질이 권능이다. 그리고 일본과 우리나라에서 말하는 이른바 당사자권의 내용으로 열거되는 것들도 모두 권능으로 볼 것이다. 이 점을 어느 정도 분명하게 한 것이 伊藤 眞의 설명이다.

다른 한편, 법원의 權限을 권능이라고 표현한 경우도 있다. 그 예로, 석명권은 법원의 권능이고,⁶³⁾ 소송지휘권은 법원의 소송 주재 권능이며,⁶⁴⁾ 재판권은 국가의 권능이라고⁶⁵⁾ 한 것을 들 수 있다. 권능을 권력기관의 권한이라는 의미로 쓰는 수도 있으므로 이러한 표현이 부적절하다고 할 수는 없을 것이다. 그러나 이 경우에 쓴 권능은 당사자의 권리의 구체적 내용으로서의 권능과는 전혀 다른 의미이다.

결국 민사소송법상의 권능은 헌법상 보장된 재판청구권이 민사소송법에서 구체화된 권리보호청구권을 이루는 내용으로 당사자들이 구체적 소송에서 법이나 제도, 해석으로 인정되는 개별적 작용이나 가능성 달성하려는 힘을 말한다. 여기서 속하는 것으로는 앞에서 Pohle가 권리보호청구권의 내용으로 열거한 것과 일본과 우리나라에서 당사자권의 구체적 내용으로 열거한 것들이 모두 포함될 것이다.

3. 民事訴訟法上 訴訟主體의 權限

법원은 국가의 권력인 주권의 행사자로서 裁判權을 가진다. 이 재판권은 권리가 아니라 권한이다. 재판권을 가진 사건에 대하여 법원은 구체적인 민사소송에서 管轄權을 가지는지를 조사하게 된다. 관할권 없는 사건은 관할권 있는 법원으로 이송하는 것이 원칙이다. 소송 사건의 심리에서 1심법원은 소송지휘권을 가진다. 이는 절차의 진행을 위한 소송지휘권과 소송의 내용 형성을 위한 소송지휘권으로 나뉜다. 전자에 기일지정권, 변론재개권, 질서유지권 등의 구체적인 권한이 속하고, 후자에는 석명권 등의 권한이 속한다. 이처럼 법원은 민사소송에서 다양한 권한을 갖고 심판에 임하게 된다.

당사자와 관련된 권한으로는 대리인의 代理權이 전형적인 예이다. 대리권은 임의

63) 이시윤, 318면.

64) 이시윤, 341면.

65) 이시윤, 54면.

대리인 같이 수권행위로 주어지기도 하고, 법정대리권 같이 법률의 규정에 의하여 주어지기도 한다. 대리권과 구별할 것이 訴訟遂行權이다. 이는 본래 당사자적격의 다른 표현으로 구체적인 사건에서 소송상 청구의 내용상 그 당사자가 된 것이 정당한지를 판단하는 기준이 된다. 그러므로 이는 권능이지 권한이 아니다. 제3자의 소송담당의 경우도 당사자가 되는 제3자가 타인을 위하여 소송을 수행하는 것이지만, 그 제3자가 스스로 당사자가 되는 것이므로 권한이라고 할 수 없다.

V. 當事者의 義務와 責任

1. 訴訟法上 義務라고 불리는 사항

민사소송법 법문에서 당사자의 義務라고 명시한 것으로는 다음이 있다: 소송비용에 대한 담보제공의무(제117조), 송달장소 변경의 신고의무(제185조), 피고의 답변서 제출의무(제256조), 문서제출의무(제344조 제1항 1호), 당사자의 출석·선서·진술의무(제369조), 공시최고신청인의 진술의무(제486조). 독일 민사소송법에서는 당사자의 소송촉진의무(§§ 141, 142, 421 ff. ZPO)와 진실의무를 인정한다.

그리고 해석상 또는 이론상 당사자의 의무로 인정되는 것으로는 신의성실 의무와 진실의무가 있다.

2. 訴訟法上의 義務

소송법상 의무에는 부담 주체에 따라 세 가지가 있다. 누구나 부담할 수가 있는 일반적 의무가 있고, 소송당사자가 부담하는 의무, 법원이 부담하는 의무가 있다.

(1) 一般的 義務

법원의 裁判權에 복종하는 일반 국민이면 누구나 다 부담할 수 있는 의무를 말한다. 증인의무(제303조), 감정의무(제334조), 제3자의 문서제출의무(제344조), 재판장의 질서유지권에 복종할 의무(法組 제58조) 등이 그 예인데, 이러한 의무는 소송법률관계의 형성이나 내용에 관계되기 때문에 인정되는 것이 아니라, 법원의 재판권에 복종하는 데에 따라 발생한다.⁶⁶⁾

⁶⁶⁾ Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 212.

(2) 當事者の義務

당사자에게 訴訟上 義務가 부과되는지 여부는 法文의 표현을 기준으로 판단하는 것이 아니다. 의무 여부를 판단하는 기준으로는 법적인 비난가능성을 드는 견해가⁶⁷⁾ 있고, 법규범이 명하는 행위를 하도록 하여 그 結果를 반드시 達成하려고 추구하는지 여부를 기준으로 삼는 견해도⁶⁸⁾ 있다. 전자는 이를 기준으로 다음에 검토하는 소송촉진의무를 법적인 의무라고 본다. 단순히 비난 가능성을 의무 인정의 기준으로 삼으면 그 ‘비난 가능성’의 기준이 무엇인지가 분명하지 않기 때문에 혼란이 올 수가 있다. 법적인 의무를 위반하면 그 행위는 위법하고, 법적으로도 위법행위로 취급하게 되는데, 예를 들어 단순히 소송을 지연시키는 등의 행위가 신속한 소송 진행을 어렵게 한다고 위법하다고 하는 것은 문제가 있다. 더구나 실권제재를 받을 정도로 소송자료를 늦게 제출하는 것이 모두 비난 가능하다고 볼 수는 없는 것이다. 그러므로 후자의 견해가 타당하다.

후자의 견해가 법적 의무를 인정하는 표지로 삼는 ‘결과 달성’의 방법에는 두 가지가 있다. 첫째는 당사자가 일정한 작위나 부작위를 이행하도록 법규범이 계속 추구하는 것, 즉 履行을 強制하는 방법이다. 법이 요구하는 행위를 하지 않았을 때 과태료 부과 등 일정한 강제수단을 동원하는 것이 여기에 해당한다. 둘째는 소송법이 당사자의 불이행이 있더라도 마치 履行한 것과 같은 結果가 되도록 규율한 것, 예컨대 법규범이 당사자에게 부작위를 요구함에도 불구하고 당사자가 이를 위반하여 일정 행위를 했을 때, 그 행위를 무시하여 행위가 없었던 것으로 취급하는 것이다. 이러한 두 방법 중 어느 하나를 사용하여 법규범이 추구하는 결과를 달성하려는 경우에는 단순한 책임이 아니고 의무라고 볼 것이다.⁶⁹⁾ 몇 가지 문제되는 예를 들어 본다.

(가) 信義誠實義務

소송법률관계의 당사자의 지위에서 부담하는 의무로 우리 민사소송법에서 규정한 것으로는 신의성실의무를(제1조 제2항) 들 수 있다. 예를 들어 신의칙에 위반된 소송행위는 무시하거나 각하하여 그러한 행위가 없었던 것과 같은 결과를 만든다. 이는 법규범이 신의칙 위반 행위의 효력을 인정하지 않음으로써 신의칙을 지킨 것과 같은 결과를 유지하려는 것이다.

67) Leipold, ZZP 93, 240 f.

68) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 214.

69) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 214.

(나) 眞實義務

해석론으로 인정할지 여부가 문제되는 것으로 진실의무와 소송촉진의무가 있다. 진실의무는 당사자와 대리인이 악의로 진실하지 않은 주장을 하지 않거나 악의로 상대방의 진실한 주장을 다투지 말아야 할 의무를 말한다. 독일법이 명문으로 인정하고 있는데(§ 138 ZPO),⁷⁰⁾ 우리나라에서는 해석상 이 의무를 인정하는 데에 아무런 이견이 없다. 다만 이 의무를 위반했을 때에 그에 대한 마땅한 강제 수단이 없다는 점에서 전형적인 소송상 의무라고 보기는 어려운 측면이 있다. 惡意로 진실하지 않은 주장을 하거나 상대방의 주장을 진실에 반하여 악의로 다투는 때 법원이 이를 무시하는 것은 - 신의성실의 의무를 위반한 경우와는 달리 - 의무를 위반했기 때문이라기보다는 진실하지 않은 주장을 법원이 믿지 않았기 때문인 것이다.

(다) 訴訟促進義務

이는 당사자가 적시에 소송자료를 제출하여 원활하게 소송이 진행되도록 해야 한다는 의무를 말하는데, 독일에서 이것이 의무인지 책임인지에 관하여 견해가 대립된다. 의무임을 인정하는 견해는 당사자들은 공격·방어방법을 가급적 일찍 제출해야 하며, § 282 ZPO가 규정한 소송촉진의무에 위반하여 제때에 제출하지 않은 공격·방어방법은 그 때문에 소송의 완결이 지연되고 그 지연이 중대한 과실로 인한 것이라면 법원이 § 296 II ZPO에 의하여 각하할 수 있다고 설명한다.⁷¹⁾ 즉, 실권효가 이 의무를 더욱 강화하며 이로써 당사자들을 적시에 소송행위를 할 것을 강제한다고 설명한다.⁷²⁾ 그리고 소송촉진의무가 의무인 것은 강제실현 때문이 아니라 그것의 위반이 법적 비난의 대상이 되기 때문이라고 하면서, 그 의미를 지연행위의 금지에 불과하고 소송을 촉진하는 행위를 할 의무는 아니라고 하며 실권제제는 금지의무 위반의 효과라고 보는 견해도⁷³⁾ 있다. 또한 이를 의무라고 표현하면서도 본래는 책임에 불과하다는 견해도⁷⁴⁾ 있고, 소송상의 의무를 설명하면서 소송촉진의무는 언급하지 않음으로써 이를 의무라도 보지 않는 입장도⁷⁵⁾ 있다. 우리나라에서는 이에 관하여 별다른 언급은 없고, 다만 적시제출의 원칙과 연결하여 실기한 공격방어

70) 독일법상의 진실의무에 관하여는, Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 65 Rdnr. 55 ff.

71) Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 81 Rdnr. 15 f.

72) Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 68 Rdnr. 3.

73) Leipold, ZZP 93, 240 f.

74) Schilken, Rdnr. 385.

75) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 211 ff.

방법의 각하와 재정기간 등을 언급하는 것이 일반적이다.

당사자가 適時에 소송자료를 제출하는 것을 법적 의무로 볼 것은 아니다. 적시에 제출하지 않은 소송자료는 각하되어 그 당사자가 패소의 불이익을 받을 위험에 놓이는 것이지, 실기한 제출이 違法한 것이 아니다. 그리고 당사자가 소송자료를 적시에 제출하도록 하거나 적시에 제출하지 않았을 때 마치 적시에 제출한 것처럼 취급할 수 있도록 강제할 방법은 없다. 이러한 당위는 주장책임, 입증책임과 같은 責任에 속한다고 보는 것이 타당하다.

(라) 當事者の 出席義務와 文書提出義務

독일법에서는 법원이 사안의 규명에 필요하다고 판단하면 직권으로 양 당사자에게 출석을 명할 수 있는데, 이 경우 출석하지 않은 당사자에게는 秩序金(Ordnungsgeld)을 부과할 수 있도록 하였다(§ 141 ZPO). 따라서 이러한 경우의 출석은 당사자의 의무이다. 이는 독일법이 변호사강제를 택하여 본래 당사자에게는 변론능력이 인정되지 않는다는 점과 관련이 있을 것이다.

또한 법원이 문서제출을 명했을 때 이를 소송촉진의무와 관련된 의무로 보는 견해도⁷⁶⁾ 있다. 그러나 독일법상 이를 위반했을 때 강제수단은 규정하지 않고 있기 때문에 이를 의무라고 볼 수는 없을 것이다.

우리 민사소송법에서는 법원이 석명처분으로 당사자의 출석을 명할 수 있는데(제140조 제1항), 출석하지 않은 경우에 대하여 아무런 제재도 규정하지 않는다. 따라서 당사자의 출석을 의무로 볼 것은 아니다. 문서제출을 명한 경우에도 마찬가지이다.

(마) 情報提供義務

미국법의 discovery 절차를 모범으로 하여, 당사자 상호간에 정보제공의무를 부담하는지에 관하여 독일에서 논의가 있었으나,⁷⁷⁾ 판례와 통설은 이를 인정하지 않는다. 독일법은 우리법과 마찬가지로 당사자나 제3자가 소지하는 문서 등 소송자료가 필요할 때에 법원의 제출명령(Anordnung)으로 해결하도록 규정한다(예컨대, §§ 142 I, 144 I ZPO).

⁷⁶⁾ Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 Rdnr. 15.

⁷⁷⁾ 특히 Stürmer, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 1976; ders., “Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß”, *ZfP* 98, 237 ff.는 당사자가 사안해명의무(Aufklärungspflicht)를 부담한다고 주장하였다.

(3) 法院의 義務

당사자에게 원칙적으로 의무가 인정되지 않는 것과 달리, 법원은 당사자에 대한 법률관계에서 公法上的 義務를 부담한다.⁷⁸⁾ 법원의 민사소송법 준수는 일정한 불이익을 감수하고 거부할 수 있는 임의적인 것이 아니라, 반드시 이행해야 하는 職務上 義務인 것이다. 여기에는 송달의무, 기일지정의무, 석명의무, 판결선고의무 등 소송법상 수많은 강행규정을 준수할 의무가 포함된다. 그 밖에도 법원은 당사자를 配慮할 의무도 부담한다고 새긴다.⁷⁹⁾

독일법에 따르면 당사자는 법관이 이러한 직무상 의무를 이행하지 않아 당사자에게 손해를 끼쳤을 때에는 손해배상을 청구할 수 있으나, 그 불이행이 형법상 처벌의 대상이 되는 행위인 경우에 한한다(§ 839 II BGB).

3. 訴訟法上的 責任

소송법은 당사자들에게 責任을 부담시키고 그 책임을 수행할 것인지 여부를 스스로 정할 수 있도록 허용한다. 만일 한 당사자가 소송행위를 하지 않으면 일정한 不利益을 받게 된다. 즉, 당사자는 책임을 완수할 것인지, 일정한 불이익을 감수하고 책임을 수행하지 않을지를 정할 수가 있다. 그 책임을 완수하지 않았다고 해서 위법한 행위라고 평가받거나 불법이라고 비난 받는 것이 아니다. 이 점에서 義務와 본질적으로 다르다.

원고가 訴를 提起할 의무를 부담하지 않는 것과 같이 피고는 應訴를 할 의무를 부담하지 않는다. 피고가 응소를 하지 않으면 무변론판결을(제257조) 받는다는 불이익을 입게 되고, 당사자들이 기일에 출석하지 않으면 자백간주(제150조), 진술간주(제148조 제1항) 등 기일을 게을리한 것에 대한 불이익을 받는다. 어떤 당사자도 자기에 유리한 사실을 주장하거나 이를 증명할 것을 강제당하지 않는다. 다만 유리한 사실을 주장하지 않거나 증명하지 않으면 불리한 사실이 확정될 수가 있고 그에 따라 패소할 위험을 부담하게 될 뿐이다(主張責任, 立證責任).

민사소송법에서 ‘義務’라는 표현을 쓴 경우에도 법적인 의무를 뜻하는 것이 아니라 책임을 뜻하는 경우가 대부분이다. 답변서 제출의무(제256조)는 답변서를 제출하지 않으면 피고가 패소한다는 불이익을 입을 뿐이므로 이는 책임에 불과하다. 당사자의 문서제출의무(제344조)도 당사자가 문서를 제출하지 않으면 문서의 기재에 대한

78) Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 219.

79) BVerfG NJW 1991, 418; Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 219.

상대방의 진술을 진실한 것으로 인정할 수 있을 뿐이다(제349조), 수기의무(제361조)도 수기를 거부하면 문서의 진정 여부에 관한 확인신청자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다는 불이익을 받을 뿐이다. 당사자신문에서의 출석·선서·진술의무(제369조) 역시 이를 거부하면 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다는 불이익을 입는다, 공시최고 신청인의 진술의무(제486조)와 송달받을 장소변경의 신고의무(제185조)도 마찬가지인데, 이러한 행위를 하지 않은 것이 위법하다는 비난을 받는 것이 아니라 일정한 불이익을 입을 뿐이므로 이들은 엄밀한 의미에서 의무가 아니라 책임이다.⁸⁰⁾

민사소송에서 당사자가 부담하는 의무 중에는 실체법상의 의무도 포함되어 있다. 예를 들면 訴訟費用 支給義務(제98조 이하)와 소송비용에 대한 擔保提供義務(제117조) 등은 실체법상의 의무이지 소송상의 의무가 아니다.

당사자가 그의 책임을 이행하지 않아서 일정한 소송상 불이익을 받게 되면 상대방 당사자는 그에 상응하는 이익을 얻게 된다. 이와 같은 이익을 얻을 기대를 希望의 展望(Aussicht)이라고 하여 책임(Last)과 대응시키는 견해도 있다.⁸¹⁾ 어쨌든 당사자의 책임이 의무가 아닌 것처럼 이러한 전망도 권리는 아니다.

VI. 結 論

민사소송법상의 소송법률관계는 권리의무관계인 실체법상의 법률관계와는 그 모습이 사뭇 다르다. 우선 국민은 추상적으로 국가에 대한 기본권인 裁判請求權을 가진다. 민사소송법 학계에서 말하는 사법행위청구권도 이런 차원의 권리일 뿐이다. 이러한 헌법상의 기본권은 추상적 권리이므로 일반적 권리와는 달리 그 성립요건 등을 따지지 않는다. 이러한 재판청구권이 민사소송에서 구체화된 지위를 權利保護請求權이라고 성격을 매길 수 있을 것이다. 이것은 공법적 성격을 갖는 권리이지만 권리보호를 받으려는 당사자의 의사를 존중하고 민사소송제도의 핵심적 목적이 사권보호임을 그 근거로 한다. 사법상의 권리와는 달리 권리의 상대방인 국가나 법원이 그에 상응하는 구체적 의무를 부담한다고 볼 필요는 없다. 법원이 실체법과 소송법에 따라 정당한 재판을 함으로써 자신의 권리를 보호해 줄 것을 법원에 요구

⁸⁰⁾ Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 209.

⁸¹⁾ Stein-Jonas-Brehm, vor § 1 Rdnr. 210.

하는 소송당사자의 권리라고 보면 된다. 이에 대하여 재판권을 가진 법원은 직무상의 의무를 부담한다. 권리보호청구권은 소송에서의 구체적인 권리이므로 그 요건의 구비 여부를 따져야 하는데, 이 요건을 權利保護要件이라고 한다.

민사소송에서 당사자가 권리를 가진다고 하는 수가 있는데, 그 법적 성격은 권리보호청구권의 내용을 이루는 權能이라고 볼 것이지 이들을 일일이 권리라고 파악할 것은 아니다. 그리고 당사자는 신의성실의무나 진실의무 등을 제외하면 민사소송에서 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다. 법문에서 義務라고 규정한 것들은 대부분 그 성격이 責任이지 의무가 아니다. 민사소송에서 의무라고 하려면 법질서가 의무의 이행을 강제하거나 이행하지 않더라도 이행한 것과 같은 결과를 만들 것을 규정한 경우라야 한다. 단순히 이행하지 않았을 때 불리한 판단을 받게 된다는 것만으로는 의무라고 할 수 없다. 이러한 경우는 소송상의 책임이라고 파악할 것이다.

투고일 2013. 5. 12	심사완료일 2013. 5. 28	계재확정일 2013. 5. 31
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

* 아래 참고문헌 중 자주 인용되는 것은 [] 안의 약어로 인용한다.

- 金洪奎·姜泰源, **民事訴訟法[第2版]**(三英社, 2010). [金洪奎·姜泰源]
김홍엽, **제3판 민사소송법**(박영사, 2012). [김홍엽]
이시윤, **제7판 新民事訴訟法**(博英社, 2013). [이시윤]
鄭東潤·庾炳賢, **民事訴訟法[제3판 보정판]**(法文社, 2010). [鄭東潤·庾炳賢]
호문혁, **민사소송법 제10판**(法文社, 2012). [호문혁]
Blomeyer, Arwed, “Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozeß”, *Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag* (1969).
_____, *Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren*, 2. Aufl. (Berlin, 1985).
[Blomeyer]
Bülow, Oskar, *Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen* (Gießen, 1868).
_____, “Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts, Betrachtungen aus Anlass von Richard Schmidts Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts”, *ZZP* 27 (1900).
Degenkolb, Heinrich, *Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklage* (Leipzig, 1877).
Groh, Wilhelm, “Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch)”, *ZZP* 51 (1926).
Hahn, Carl - Stegemann, Eduard, *Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung*, 2. Aufl. (Berlin, 1881).
Henckel, Wolfram, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß* (Heidelberg, 1961).
Jauernig, Othmar - Hess, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl. (München, 2011).
[Jauernig-Hess]
Leipold, Dieter, “Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung”, *ZZP* 93 (1980). [Leipold, *ZZP* 93]
Mes, Peter, *Der Rechtsschutzanspruch* (Köln · Berlin · Bonn · München, 1971).

- Rosenberg, Leo, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts* (Berlin, 1927).
[Rosenberg]
- Rosenberg, Leo - Schwab, Karl Heinz - Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl.
(München, 2010). [Rosenberg-Schwab-Gottwald]
- Schilken, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, 6. Aufl. (München, 2010). [Schilken]
- Schlosser, Peter, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile* (Bielefeld, 1966).
- Schönke, Adolf - Kuchinke, Kurt, *Zivilprozeßrecht*, 9. Aufl. (Karlsruhe, 1969).
[Schönke-Kuchinke]
- Stein, Friedrich - Jonas, Martin - Bearbeiter, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 20.
Aufl., Erster Band (Tübingen, 1984). [Stein-Jonas-Schumann]
- Stein, Friedrich - Jonas, Martin - Bearbeiter, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22.
Aufl. Band 1 (Tübingen, 2003). [Stein-Jonas-Brehm]
- Stein, Friedrich - Juncker, Josef, *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*,
3. Aufl. (Tübingen 1928). [Stein-Juncker]
- Stürner, Rolf, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (Tübingen, 1976).
_____, “Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß”, *ZZP*
98.
- Wach, Adolf, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Bd. I (Leipzig, 1885).
[Wach, *Handbuch*]
- _____, *Der Feststellungsanspruch* (Leipzig, 1889).
[Wach, *Feststellungsanspruch*]
- 伊藤 眞, *民事訴訟法[第3版再訂版]*(有斐閣, 2006).
- 新堂幸司, *民事訴訟法*(筑摩書房, 1975).
- _____, *民事訴訟法 第二版補正版*(弘文堂, 1990).

<Abstract>

Zum Prozessrechtsverhältnis im Zivilprozess

Ho, Moon-hyuck*

Die Prozessrechtsverhältnisse im Zivilprozess sind anders als die materielle Rechtsverhältnisse nicht bloß die Verhältnisse der Rechte und Pflichten, sondern die der Rechte, Befugnisse, Pflichten und Lasten. Im Zivilprozess stehen die Befugnisse und Lasten im Vordergrund.

Als Recht der Parteien spricht die herrschende Meinung von dem Justiz-(gewährungs)anspruch. Er ist in der Tat nichts anders als der Anspruch auf Justiz im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Verfassung. Dieser Anspruch liegt auf der Verfassungsebene, und daher geht es dabei um keine konkreten Tatbestände bzw. Voraussetzungen. Als ein konkreter Anspruch auf dem prozessualen Ebene ist der Rechtsschutzanspruch anzuerkennen, der öffentlichrechtlicher Charakter ist. Dabei sind der Wille der Parteien, die den Rechtsschutz suchen, und das Zweck des Zivilprozesses als Institut des Rechtsschutzes genügend berücksichtigt. Als Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs sind sog. die Rechtsschutzvoraussetzungen seit Ende des 19. Jahrhunderts anerkannt. Der Begriff des sog. Parteirecht ist überflüssig, über das man in Japan und Korea diskutiert hat.

Rechte und Befugnisse sind streng getrennt zu erkennen. Sowohl in der Lehre als auch im Gesetzestext spricht man nicht selten von „Recht der Parteien“. Die meisten davon sind in der Tat kein Recht, sondern nur eine Befugnis, z. B. sog. Recht auf Beweis. Nicht nur in der Literatur sondern auch im Gesetz kann man leicht den Ausdruck „Pflicht der Parteien“ finden. In der Tat sind sie keine Pflicht, sondern bloß eine Last, z. B. Pflicht zur Klageerwiderung. Um eine Pflicht der Parteien anzuerkennen, sollte der Wille der Gesetzgeber erkennbar sein, einen Zwang auszuüben.

Keywords: Prozessrechtsverhältnisse, Justiz(gewährungs)anspruch, Rechtsschutzanspruch, Parteirecht, Rechte, Befugnisse, Pflicht, Last

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

