

民事訴訟法草案에서 修正試案까지

李 英 燮

一 머 리 말

現在 우리가 쓰고 있는 民事訴訟法은 倭政時부터 써오던 法律로서 大韓民國憲法第百條에 의하여 그效力을 維持하고 있는 것이요, 한 걸음 더 거슬러 올라 간다면 朝鮮民事令에 의하여 依用된 法律이다.

六法 중에서 가장 透明하고 非倫理的인 法律이 民事訴訟法인 것은 周知의 事實이다. 解放以後 建國을 거쳐 十數年이 되었건만 解放當時의 모습을 그대로 保全하면서도 특별히 우리에게 適合치 않다는 두드러진 소리가 없어 쓰여 온 것도 사실은 이러한데 그 理由가 있는 것이다. 그리고 또 民事訴訟法이 가지는 이러한 技術性 때문에 그 法律의 繼受가 比較的 손쉽게 이루어졌던 것을 알 수 있다. 그 한 例로서 뒤에서도 도처에서 보겠지만 依用民事訴訟法의 前身인 日本國의 이른바 舊民事訴訟法(日本國 明治二十三年 法律第二十九號)은 實體法과의 均衡에서 오는 制約을 除外하고서는 現行獨逸民事訴訟法을 거의 그대로 繼受한 것을 들 수 있다.

財産關係와 身分關係의 發生, 變更, 消滅에 관한 尺度로서의 實體法도 아니요, 그러한 紛爭을 公正하고

迅速하게 가려내는 데 目的을 두는 民事訴訟法은 政治的色彩은 물론이거니와 倫理的이고 社會의인 色彩도 없기 때문에 그다지 우리의 문제의식에 떠오르지 않았고, 따라서 오늘날까지 옛 발을 벗지 못하고도 별다른 不平이 없이 存在할 수 있었다고 볼 수 있다.

그렇다고 하여 그것을 우리의 法典으로 制定하여 보려는 움직임은 일찍부터 있었으니, 그것이 檀紀四二八六年一月十三日 政府가 民議院에 提案한 「民事訴訟法草案」이었다. 이 草案은 法典編纂委員會가 多年間心血을 기울여서 엮은 龐大한 法案이다. 民議院法制司法委員會는 民事訴訟法案審議小委員會를 構成하여 이 法案을 檢討한 뒤에 두 차례에 걸쳐서 「民事訴訟法案修正試案」을 發表하였다.

本稿는 이 修正試案을 中心으로 하여 民事訴訟法草案이 걸어 나가려는 方向을 이모저모로 살펴 보려는 것이 目的이다.

二 民事訴訟의 制度的 理想

일찍기 民事訴訟制度的 理想은 公正하고 迅速한 民事裁判을 保障하는 것은 理想으로 삼아 왔다. 다시 말하면 適正、公平(公正)한 裁判인 同時에, 迅速하고 經濟的인 裁判을 保障하는 各種 制度로서 民事訴訟法典은 담아져야 된다는 것이다. 그런데 公正의 理念과 迅速의 理念은 서로 부딪치는 概念에 屬하는 것이다. 왜냐하면 公正한 裁判을 目的하려면 도저히 迅速하고 經濟的(法院 其他의 訴訟關係人의 時間과 勞力과 經費 따위의 節約을 意味한다)인 裁判을 하기 어려운 것이요, 또한, 迅速과 經濟的인 理念에만 目的을

둔다면 도저히 公正한 裁判을 하지 못하기 때문이다. 이러한 二律背反性은 生來의 民事訴訟制度가 지니는 生態인 것으로 생각된다. 이러한 關係로 한 나라의 民事訴訟制度는 위의 두 가지 理念이 어떠한 比率로 配定되어 있느냐에 따라서 各其 特色을 나타내고 있다. 이러한 基準에서 볼 때에 依用 民事訴訟法은 訴訟促進理念보다는 公正의 理念에 더 힘을 기울이고 있는 것 같은 느낌을 주고 있다. 특히 朝鮮民事令에 規定된 特殊한 制度를 考慮하면 더욱 그렇게 생각이 든다. 예를 들면 (1) 雙方不出席으로 인한 訴取下制度、(2) 地方法院單獨判事에 의한 闕席判決制度、(3) 訴取下에 관한 民事訴訟法第二百三十六條第五項과 第六項의 不適用制度、(4) 上訴制限價額制度 따위가 이를테면 訴訟의 促進을 위한 制度들인 것이다. 위의 (1)의 制度는 朝鮮民事令 第二十九條에、(2)의 制度는 同令 第三十四條 乃至 第三十八條의 九에、(3)의 制度는 同令 第二十八條에、(4)의 制度는 同令 第四十四條 乃至 第五十條、第五十一條에 各其 規定되고 있다. 이처럼 依用 民事訴訟法 자체는 틀림없이 訴訟促進에 덜 관심을 기울인 것 같다. 그러나、從來 우리나라에는 이 法律이 朝鮮民事令의 一部로서 위에서 본 다른 制度와 함께 施行되었으므로 結果의 으로는 比較的 訴訟促進에 重點을 둔 法律이 施行되어 왔다고 말할 수 있다. 바꾸어 말하면 現在 우리가 쓰고 있는 民事訴訟法은 日本國의 그것에 比하여 훨씬 訴訟促進에 힘을 기울인 法律이었다고 말할 수 있는 것이다.

내재로 한 나라의 民事訴訟法이 指向하여야 할 理念은 그 나라의 社會的인 環境、國民의 文化的 良識과 歷史的 傳統、經濟的事情 其他의 諸般事情을 考慮하여 이것에 알맞는 것이 우리나라와야 된다. 생각컨대 國民의 文化的水準이 알고, 아울러 政治的 經濟的地盤이 貧弱할 때에는 公正한 訴訟制度에 힘을 기울이기 보

다는 오히려拙速은 될지 몰라도訴訟促進에 注力하는 制度를 維持하여야 될줄 생각한다. 왜냐하면, 첫째 文化的良識이 알기 때문에義務履行에 대한責任感이 弱하고, 따라서提訴를 당한다 하더라도 별로羞恥스럽게 생각하거나, 또는, 不名譽스럽게 생각하지 않기 때문이요, 둘째로는, 政治的情勢와 經濟的情勢가 不安하면 企業에 대한 恒久性있는 投資를 할 수 없고, 모든 財産上 去來는 되도록 迅速하게 解決을 보아야 되기 때문이다. 우리나라의 現情勢를 두루 살펴볼 때 누구나 우리 國民의 文化水準이 高度임을 찬양할 사람은 없을 것이요, 또, 政治的 乃至 經濟的地盤이 굳건함을 자랑할 사람도 없을 것이다. 建國의 歷史가 얼마 되지 않은 現在에 있어서 어쩔 수 없는 형편이라 할 것이다. 그렇다면 우리가 가져야 할 民事訴訟制度는 公正의 理念보다는 訴訟促進의 理念에 主眼을 둔 制度로서 꾸며야 될 性質이 아닌가 생각하고 있다. 위에서 본 바와 같이, 現在 우리가 쓰고 있는 이른바 依用法上의 民事訴訟制度는 確實히 다른 나라의 法律에 比하여 訴訟促進에 한 걸음 앞서고 있는 것이 틀림없으나, 문제는 거기서 그치는 것이 아니고, 좀더 現行法보다 訴訟促進制度를 強化하여야 되지 않을까 하는 데 있는 것이다.

이러한 觀點에서 우선 民事訴訟法草案을 보고, 다음에 民事訴訟法案修正試案을 보기로 한다.

三 民事訴訟法草案 檢討

뒤에서 보는 바와 같이, 대체로 보아서, 民事訴訟法草案의 態度는 위에서 본 朝鮮民事令 中の 訴訟促進을 위한 特殊制度를 削除하려는 傾向을 보이고 있다. 이를테면 訴訟의 促進보다는 되도록 當事者의 權利

主張을 慎重히 다루어 주려는 慾心을 뚜렷히 보이고 있다. 그러한 傾向은 同草案이 한걸음 나아가서 公正한 審理를 保障하기 위한 制度를 적지 않게 增設하고 있는 점에서도 찾아 볼 수 있다. 이러한 점을 다음에 차례로 列舉하면서 보기로 한다.

(一) 雙方不出席에 의한 訴取下制度 廢止 朝鮮民事令 第二十九條는 當事者雙方이 同一審級の 同種期日에서 前後合하여 두 번 缺席을 할 때에는 訴는 當然히 取下되는 것으로 봄으로써, 한편으로는 怠慢하기를 訴訟代理人들에게 訴訟促進에 대한 熱意를 북돋아 주는 同時에, 한편으로는 迅速한 訴訟進行에 拍車를 더하려 한 것이다. 그리하여 同令 第二十九條第一項은 「當事者雙方이 口述辯論의 期日에 出席하지 않거나, 또는, 出席하더라도 辯論을 하지 않을 때에는 裁判長은 期日을 定하여 當事者雙方을 召喚하라」 하였다. 그런데 民事訴訟法草案은 第二百四十二條에서 「當事者雙方이 辯論期日에 出席하지 아니하거나 辯論하지 아니하고 退廷한 境遇에 一月內에 期日指定의 申請이 없으면 訴訟取下로 본다」고 하여 法院은 當事者雙方의 不出席을 積極的으로 制裁하지 못하고 한 달 동안 傍觀만 하게 하였다. 물론 이러한 草案의 立法은 日本國民事訴訟法 第二百三十八條를 본만 것으로 짐작되는데, 草案起草者도 未安한 생각이 있어서 그랬던지 當事者의 期日指定申請期間을 日本國의 그것보다 三分의 一로 줄이고 있는 것이 注目을 끈다.

獨逸民事訴訟法은 本來는 口述辯論期日에 當事者雙方이 缺席할 때에는 그 중의 한 쪽으로부터 辯論期日指定申請이 있을 때까지 訴訟은 停止되는 것으로 보고, 一年以內에 이러한 申請이 없으면 本訴와 反訴가 取下되는 것으로 보았다(同國民事訴訟法 第百八十八條도 이와 마찬가지로의 規定을 採 것이었다. 그런데 그 뒤 法律改正에 의하여 同國民事訴訟法 第二百三十一條A 追加 當事者雙方이 缺席하더라도 從前의 辯

論과 提出된 書面에 의하여 判決할 수 있을 때에는 法院은 記錄에 의한 裁判의 宣告期日을 定하여 告知하고, 當事者로부터 過失없이 缺席하였다는 취지의 疎明이 없으면 判決을 宣告하도록 하고, 그렇지 않은 경우에는 法院은 新期日을 定하든지, 또는, 停止를 命할 수 있고, 停止가 되면 적어도 그 뒤 석 달 안에 常事者는 法院의 同意없이 그 續行을 要求할 수 없는 不利益을 입도록 한다 (Entscheidung nach Lage der Akten)。

當事者雙方이 두 번 同一審級에서 同種期日을 缺席하면 訴가 取下된 것으로 보는 規定은 日本國이 太平洋戰爭時에 어쩔 수 없는 社會情勢에서 立法하였다가 敗戰後에 廢止한 戰時民事特例法에서도 採擇된 例가 있었다。

(二) 闕席判決制度 廢止 朝鮮民事令第三十四條以下에 보면 地方法院의 事物管轄이 單獨事件일 때에는, 原告, 또는 被告가 最初에 할 口述辯論期日에 出席하지 않거나, 出席하더라도 辯論을 하지 않을 때에는 出席한 當事者의 陳述를 듣고 闕席判決로써 相對方의 敗訴를 宣告하라 하였다. 이 闕席判決에 대하여 敗訴者는 無條件 故障을 申請할 수 있고, 이 故障이 適法이면 訴訟은 闕席以前의 程度로 되돌아 간다 (同令第三十六條, 第三十八條의 五第一項)。

이 闕席判決制度는 獨逸民事訴訟法이 採擇한 制度이었다 (同國民民事訴訟法第三百三十條乃至第三百四十七條)。依用民事訴訟法의 前身이었던 日本國舊民事訴訟法도 그 第二百四十六條乃至 第二百六十五條에서 闕席判決制度를 두었다。 대체로 보아서 朝鮮民事令의 闕席判決의 본 보기가 되었다고 볼 수 있는 日本國舊民事訴訟法上の 闕席判決制는 다음과 같은 점에서 特色을 엿볼 수 있다。 즉, 첫째로, 事物管轄에 관하여 制限이 없었고, 둘째

로, 原告가 出席하지 않을 때에는 原告請求를 棄却하는 것이 아니요, 그 訴를 却下하게 되어 있다. 셋째로, 出席한 者가 被告일 때에는 被告가 原告의 事實上의 口述供述을 自白한 것으로 보고 原告의 請求를 正當하다고 할 때에는 闕席判決로써 被告의 敗訴를 宣告하고, 또, 그 請求를 正當하다고 하지 않을 때에는 그 訴의 却下를 宣告하라 하였다 (朝鮮民事令第三十四條의 解釋으로서도)。
 넷째로, 故障을 申請한 原告, 또 는, 被告가 口述辯論期日(適法인 故障申請이 있는 뒤에 일린 口述辯論期日)이나 辯論延定期日에 出席하지 않을 때에는 特定한 경우를 除外하고 出席한 相對方의 申請에 의하여 故障을 棄却하는 新闕席判決을 宣告한다 (朝鮮民事令第三十八條의 四第)。
 日本國이 簡易 迅速한 訴訟節次로서의 闕席判決制度를 없애고 現行法처럼 對席判決制度를 採擇한 데는 玆에 다음의 두가지 理由가 있는 것 같다. 첫째의 理由는 闕席判決을 받은 者에게 無條件 故障을 許諾하기 때문에 처음부터 訴訟延延을 目的으로 하는 者는 일부러 闕席判決을 받고 다시 故障申請을 하는 수가 있다는 것이요, 둘째로는 當事者를 되도록 公平하게 다루어서 攻擊防禦方法의 提出機會를 빈틈없이 保障하여 주려는 생각이다. 그리하여 民訴法의 審理原則이 口述主義임에도 불구하고 口述辯論期日까지 提出된 準備書面의 記載內容은 陳述한 것으로 봄으로써 書面主義를 加味하였던 것이다.

闕席判決制度는 現在 우리나라에서도 더러 訴訟延延의 道具로써 使用되기는 할지언정 輕微한 事件을 迅速히 處理하는데 있어서 적지 않은 구실을 擔當하고 있다. 그럼에도 불구하고 草案이 이 制度를 突然히 없앴다는 것은 訴訟促進을 爲主하여야 할 現實의 要求에 逆行하는 處事라 할 것이다.

(三) 訴取下에 관한 民事訴訟法第二百三十六條第五項과 第六項의 不適用制度廢止 現行依用法에 의하

여 訴를取下하려면 原則的으로 書面으로 하여야 하나, 口述辯論이나 準備節次에서는 口述로도 할 수 있다. (民事訴訟法第二百三十六條第三項)。 그런데 相對方이 本案에 관하여 準備書面을 提出하였거나, 準備節次에서 陳述을 하고 口述辯論을 한 뒤에는 相對方의 同意를 얻어야 된다 (同條第二項)。 이러한 現行法の 解釋으로서 相對方의 同意를 얻어야 할 경우에 取下의 書面이나, 또는, 口述로 表示할 때에 함께 하여야 되는지, 혹은, 우선 取下의 效力을 생기게 하고 相對方의 不同意를 解除條件附로 하는지에 관하여는 의문이 있다. 이 점에 관하여 白漢成大法官은 分明하지는 않지만 대체로 나중의 意見에 贊成하시는 것 같은 態度를 취하고 계시다. 즉, 「訴取下의 同意는 普通 訴取下와 同時 即 連署 또는 對席하여 口述로써 하는 것이나 各別히 하여도 無關하다. 이 경우에는 同意있는 때 訴取下의 效力이 생긴다」라고 말씀하신다. (同大法官著 民事訴訟法釋義 後編 三九二面 參照)。 이러한 見解는 檀紀四二七一年(昭和十三年)法律第十九號에 의하여 日本國의 現行民事訴訟法 第二百三十六條第五項과 第六項이 追加되기 以前의 日本國民民事訴訟法에 있어서의 訴取下에 關한 日本國學者들의 見解와 취지를 같이 하는 것이다. 우리 依用民事訴訟法の 訴取下規定은 이를테면 이 당시의 日本國民民事訴訟法과 같은 것이다. 그러므로 參考로 이 당시에 있어서의 代表的인 日本國學者의 訴取下에 대한 解說을 必要한 程度로 살펴 보기로 한다. 즉, 細野長良氏 說에 의하면 다음과 같다. 대체로 訴의 取下는 被告의 在廷 與否에 관계없이 할 수 있는 것인데, 그 同意를 얻어야 할 경우에 被告가 在廷하지 않으면 비록 法文上의 規定은 없다. 그러나 訴取下를 記載한 辯論調書의 謄本을 相對方에게 送達함으로써 그 同意意見의 有無를 確認하라 하였다. 그리고 原告가 書面으로 訴를取下한 경우에는 法院은 그 書面을 相對方에게 送達한 뒤에 口述辯論을 열어서 被告를 出席시킨 다음에 그 同意 與否를 確認하라 하였다. 이러한 措施가 있는 경우에 被告의

同意가 드러나지 않으면 訴訟을 進行시키라 한다. 이러한 解釋論은 要件내 訴取下의 意思表示는 普通(被告의 同意가 必要할 경우에는) 相對方의 不同意를 解除條件이 붙어 있는 것으로 보아야 된다는 法理를 前提로 하는 것이다 (以上 同氏著 民事訴訟法要義 第二卷 第五百七面 乃至 第五百十三面)。

獨逸民事訴訟法上の 訴取下制度는 日本國 舊民事訴訟法上の 그것과 비슷하므로 여기서는 日本國 舊民事訴訟法에 나타난 訴取下의 規定을 紹介하기로 한다 (獨逸民事訴訟法 第二卷 第七十一條)。 즉 同民事訴訟法 第九十八條는 「訴의 全部, 또는, 一部는 本案에 관하여 被告의 第一口述辯論이 시작될 때까지는 被告의 承諾없이 取下할 수 있고, 또, 그 뒤 口述辯論의 終結에 이르기까지는 被告의 承諾을 얻어 取下할 수 있다 訴의 取下는 口述辯論에서 하지 않을 때에는 書面으로써 하여야 한다 訴狀을 이미 送達한 경우에는 訴取下의 書面은 被告에게 送達하여야 한다 (以下の 項은 省略)」라 한다.

要件내 依用法上에 있어서의 訴取下制度의 解釋으로서 一部學者의 見解와 같이 相對方의 不同意를 解除條件으로 하는 取下의 意思表示의 有效性을 認定한다면 訴取下는 언제 그 同意를 얻어서 有效性을 가지게 될는지 甚히 不安한 狀態에 놓이게 된다. 相對方이 同意하지 않는 동안은 訴訟審理는 空中에 뜨게 된다. 一般論으로는 訴訟行爲에 條件을 붙일 수 없게 하는 것은 이러한 訴訟節次의 不安定을 막아 보려는 것이 아니겠는가. 이러한 意味에서 筆者는 위에서 본 解除條件附 訴取下의 意思表示를 否認하고 싶다. 그러므로 現行法上 相對方의 同意를 얻어야 할 경우에는 書面인 경우에는 반드시 連署로 할 것이요, 口述로 할 경우에는 相對方이 在席하여 즉시 同意할 경우에만 그 效力이 있다 할 것이다. 그러므로 相對方이 그 期日에 同意를 拒否하면 訴取下의 意思表示는 效力이 없다 할 것이다. 바꾸어 말하면 訴取下의 意思表示나

同意的意思表示는 모두 法院에 대하여 하는 것이지만 同時에 하거나, 또는, 遲滯없이 하는 경우에만 그效力을 發生시키려는 것이 現行依用法의 正當한 解釋이 아닐까 생각된다. 이러한 解釋은 朝鮮民事令 第二十八條가 특히 日本國 民事訴訟法 第二百三十六條第五項과 第六項을 適用하지 않음으로써, 되도록 迅速한 訴訟處理에 이바지하려는 취지에 비추더라도 쉽게 이 끌어낼 수 있지 않을까.

그럼에도 불구하고 우리 草案第二百四十條는 第五項과 第六項으로서 「第三項(依用民事訴訟法 第二百三十三條第三項에 해당한다)後段의 境遇에 相對方이 期日에 出席하지 아니한 때에는 辯論 또는 準備節次의 調書의 謄本을 送達하여야 한다. 訴訟取下의 書面이 送達된 날부터 二週間 內에 相對方이 異議를 하지 아니한 때에는 取下에 同意的한 것으로 본다. 第三項後段의 境遇에 相對方이 期日에 出席한 때에는 訴訟取下한 날로부터 二週間 內에 相對方이 異議하지 아니한 때에도 같다」라는 規定을 두고 있다. 물론이 新規定은 日本國 民事訴訟法 第二百三十六條第五項과 第六項을 본만 것이다. 위에서 본 바와 같이 期日에 闕席한 相對方이나, 또는, 態度를 밝히지 않는 相對方을 위하여 期日을 處送하느니 보다는 차라리 訴訟進行을 빨리할만 같지 못할 것이다. 그렇게 하는 것이 訴訟促進에 더 도움이 되리라고 본다.

(四) 上訴制限價額制度廢止 朝鮮民事令第四十四條와 第五十一條는 財產權上의 請求에 關한 判決에 대하여는 上訴로써 받을 利益의 價額이 一定한 金額을 넘지 못할 때에는 再審事由가 없는 限, 上訴를 하지 못하게 하였다. 이러한 制度는 輕微한 不服利益을 위하여 쓰일 上訴法院의 勞力을 생각하여 上訴를 制限하려는 것이다. 民事訴訟이 늦어지는 理由의 重要な 하나가 上訴의 濫用에 있음은 識者들에 의하여 일찌기指摘되어 온 것이다. 대체로 上訴의 濫用은 이를테면 審級에서 쓰이는 時間을 두몹 乃至 세몹 하는

結果가 되기 때문이다. 그리하여 위에서도 보겠지만 一審을 強化하고 아울러 上訴의 길을 制限하며 그 濫用者를 制裁하려는 立法傾向이 立法例를 통하여 나타나고 있다. 獨逸民事訴訟法第五百十一條(a)는 財産權上의 請求에 關한 紛爭에 있어서 그 控訴價額이 五十마르크를 넘지 않으면 그 控訴는 不適法이라 하였고(Berlungssumme)、同法第五百四十六條는 上告制限價額으로서 六千마르크를 넘어야 한다고 한다(Révisionssumme)。上訴濫用者를 制裁하는 方法로서는 日本國民事訴訟法이 敗戰後에 劃期的인 制度를 採用하고 있다. 즉, 同國民事訴訟法第三百八十四條의 二는 控訴法院은 控訴를 棄却하는 判決에서 控訴人이 訴訟의 完結을 遲延시킬 目的으로써 控訴를 提起하였다고 認定될 때에는 控訴人에게 控訴狀에 貼用할 印紙金額의 十倍 以下の 金錢納付를 命할 수 있게 하였다. 이 金錢納付는 國庫에서 받아들이는 점에서 罰金이나 또는 過怠料와 同一하지만 그렇게 強한 制裁로 하지 않으려는 취지에서 特殊한 이들을 붙인 것이 다. 이러한 制度가 控訴濫用者를 制裁하는데 있어서는 적지 않은 구실을 할 것으로 짐작되는데 事實上은 別로 活用되고 있는 것 같지 않다는 것이 實情이다. 日本國도 英美系思想을 받아 들여 徹底한 法曹一元化를 피하였기 때문에 情實關係 其他로 因하여 그러한 制裁가 어렵지 않은가 생각된다.

이처럼 各國의 立法例가 上訴의 制限乃至上訴濫用에 대한 制裁規定을 둠으로써 訴訟의 促進을 생각하고 있음에도不拘하고 우리 草案은 새로운 制度를 두기는 커녕 依用되는 上訴制限價額制度마저 없애고 있는 것이다. 訴訟經濟의 理念을 伸張하기 위하여 再考할 문제인 것이다. 이 점에 관하여 筆者와 같은 見解를 취하는 분은 方順元教授이시다(同敎授著民事訴訟法第二九〇面)。그리고 白漢成大法官은 「그當否에 관하여는 疑問을 免치 못한다」라 하시고 草案의 態度를 支持하시는 것 같은 態度를 취하신다(同大法官前揭書)。同大法官이

무슨 理由로 草案의 態度를 支持하지는지는 分明하지 않으나, 이와 마찬가지로의 系列에 屬하는 朴商鎰教授는 注目할만한 意見을 가지고 계시다. 즉, 朴教授는 「空然히 訴訟을 遲然시킬 目的下에 上訴制度를 濫用하여 理由없는 上訴를 提起한 者에 對하여 一種의 制裁같은 것을 課하는 것은 別問題로 하고 事件의 輕微함을 理由로 制度 自身이 上訴의 制限을 包藏한은 違憲인 것이다(憲法七六). 따라서 그 朝鮮民事令의 規定은 死文이라고 하지 않으면 안 된다(同教授著 民事訴訟法第三〇三面)라 하신다. 그러나 筆者의 생각으로는 우리 憲法第二十二條가 「모든 國民은 法律의 定한 法官에 依하여 法律에 依한 裁判을 받을 權利가 있다」라 하였으므로 國民이 裁判을 받을 權利는 어디까지나 法律에서 定한 範圍內에 그치는 것 같다. 물론 이 法律에 의한 裁判이라 함은 法官이 裁判을 할 때에 法律을 적용한다는 뜻도 있겠지만 그렇지만 狹義로 解釋할 必要는 없을 듯하다. 民主主義社會의 特色은 個人的 權利를 어디까지나 透徹하게 保護하여 주는 데 있기마는 公共福利도 考慮하지 않을 수 없는 것이다. 비록 輕微한 利益을 위한 上訴事件이라 할지라도 그것 하나만을 생각한다면 分明히 上訴制限價額制度는 國民의 基本權을 侵害하는 것 같지만, 그 輕微한 不利益을 위하여 合議制인 上訴法院이 莫大한 勞力과 時間을 들여서 審判한다는 것은 그 餘力을 다른 事件에 기울일 수 없으므로 그만큼 다른 事件의 審理가 疎忽하게 되는 것이다. 이러한 경우에는 憲法第二十八條第二項이 말하는 「秩序維持와 公共福利」를 위하여 輕微한 事件에 대한 上訴制限의 法律으로써 容納되어야 하지 않을까.

(五) 執行證書制度 廢止

依用民事訴訟法第五百五十九條第三號는 簡易하게 債務名義를 얻는 方法으로서 이른바 執行證書制度를 두고 있다. 즉, 公證人이 成規의 方式에 따라 一定한 金額의 支給, 또는, 다른

代替物이나 一定한 數量의 有價證券의 給與를 目的으로 하는 請求에 關하여 만든 文書로써 債務者가 判決 節次를 거치지 않고 곧 執行을 받겠다는 뜻을 記載한 文書는 債務名義가 될 수 있다는 것이다. 이 制度는 中世이타리아法에서 인정된 「執行受諾約束」에서 그 根源을 찾을 수 있는 것이다. 프랑스民事訴訟法第五百四十五條는 債務者가 執行受諾을 約束하지 않더라도 公正證書이기만 하면 執行力이 생기는 것으로 한다. 이러한 執行證書制度는 訴訟을 거치지 않고 곧 執行에 着手할 수 있는 意味에서 이른바 簡易執行의 標本的인 것이다. 이 執行證書制度는 迅速한 財産追求를 할 수 있는 意味에서 去來社會에서 많이 利用되고 있다. 그럼에도 불구하고 草案이 무슨 취지로 이 制度를 없애버렸는지는 正確하게 알 길이 없으나 至少에 解放直後の 公證人制度의 亂狀狀態를 考慮한 것 같다. 이를테면 訴訟促進에 대하여서 보다는 適正한 債務名義를 保障하려는데 關心을 둔 것이다. 이 制度의 存廢問題에 關하여는 檀紀四二八年六月 大韓公證人會가 民議院法制司法委員長에게 提出한 建議書에 의하여 대충 짐작할 수 있다. 參考로 이 建議書의 內容을 抄하여 적기로 한다.

大韓公證人會에서는 다음의 두 가지 理由를 들어서 執行證書制度를 廢止한 草案의 態度를 批難하고 있다. 즉, 첫째 理由는 그 廢止가 金錢去來에 미치는 영향이 크다는 것이다.從來 執行證書制度는 主로 金錢貸借에 關하여 銀行, 無盡會社, 農業銀行의 前身인 金融組合, 會社들이 商工業者, 漁民, 農民들을 相對로 利用하는 率이 많았었다. 이를테면 個人들 사이의 金錢去來보다도 商工業者의 企業金融이나 零細한 庶民金融에 많이 利用되어 온 것이다. 金錢去來에서 執行證書制度가 많이 利用되는 理由는 低利(利息制限令의 限度 以內)로써 金融을 얻을 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 公正證書에 의한 金錢債務는 거의 大部分

이 強制執行에 이르지 않고 任意로 履行되고 있는 實情이라는 것이다. 그 證據로서 執行證書에 대하여 強制執行을 위한 執行文을 申請하는 件數는 公正證書 全體의 約二 퍼센트에 지나지 않음을 들고 있다. 이처럼 公正證書에 의한 金錢貸借는 債務者, 債權者 雙方에게 모두 便利한 制度임에도 不拘하고 이 制度를 廢止한다는 것은 金融機關 一般의 貸出을 抑制시키고 따라서 國內金融秩序는 一大混亂을 가져 올 것이라는 것이다. 왜냐하면 金錢債權을 推尋하기 위하여 一般民事訴訟에 呼訴할 수 밖에 없다면 金融機關으로서는 金錢循環에 莫大한 支障을 考慮하여 金員貸出을 躊躇할 것이기 때문이다. 다음에 執行證書廢止에 대한 不當한 理由로서는 民事訴訟事件의 激增에 따르는 裁判事務의 遲延을 들고 있다. 現下 民事事件의 實情을 살펴볼 때에 특히 金錢消費貸借事件이나 家屋明渡事件 따위에 있어서는 그 大部分이 上訴審에서 棄却될 것을 覺悟하면서도 義務者가 提訴하고 上訴하는 傾向이 있다. 公正證書에 의한 金錢貸借制度가 없어지면 모든 金錢請求는 終局判決에 의한 債務名義를 얻기 위하여 法院을 괴롭히게 될 것이다. 그러므로 法院도 이에 對備하는 人員의 増員과 豫算의 擴充을 피하여야 될 것이다. 이와 같은 두 가지 反對理由를 내세우면서 한편으로는 執行證書制度를 廢止하려는 一部見解를 推測하여 反駁學論하고 있다. 그 중의 하나로서 우리 國民은 「法律의 定한 法官에 依하여 裁判을 받을 權利」가 있음에 비추어(憲法第二十二條) 執行證書는 公證人에 의하여 作成된 것이므로 不當하다는 점을 論하고 있다. 이 점에 관하여는 債務者의 執行受諾約束을 無視한 所論이라 하여 顧慮할 바가 못된다고 말하고 있다. 나머지 하나로서는 公正證書制度는 高利貸金業者의 利用物이 되어 經濟的인 弱者를 抑壓할 念慮가 있다는 점을 부들어서 論하고 있다. 이 점에 대하여 그것이 皮相的인 觀察論임을 指摘하고 있다. 즉, 公證人이 執行證書를 作成할 때에는 利息制限令

을 넘는 比率의 利子는 違法이라 하여 認定하지 않고 證書記入을 許諾하지 않는다는 것이다.

이리하여 大韓公證人會에서는 現行公證制度를 없애기커녕 執行證書의 範圍를 現在보다 더 擴張하여 主기를 要望하고 있다.

參考로 獨逸民事訴訟法이 가지는 執行證書制度를 보기로 한다. 이 나라의 民事訴訟法第七百九十四條第一項五號에도 대체로 依用民事訴訟法第五百五十九條第三號와 비슷한 執行證書制度를 두고 있다. 즉, 「獨逸法院이나 獨逸公證人이 그 職務管轄內에서 所定の 方式으로 作成한 文書, 이 文書는 一定한 金額의 支給이나 一定한 數量의 代替物 乃至 有價證券의 給與를 目的으로 하는 請求에 관한 것이고, 債務者가 그 文書에 즉시 強制執行을 받겠다는 취지를 記載하여야 한다. 抵當權, 土地債務(Grundschuld), 收益債務(Remenschuld) 또는 船舶抵當權에 관한 請求權도 金錢支給을 目的으로 하는 請求權으로 본다」라 하였다. 이 規定에서 보는 바와 같이 이른바 執行證書에 의한 要件은 依用民事訴訟法上の 것이나 獨逸것이나 大同小異하지만 하나 特異한 것은 獨逸法院에서 만든 證書(Urkunden, die von einem deutschen Gericht aufgenommen sind)도 執行證書가 될 수 있다는 점이다. 이 점은 뒤에서도 보겠지만 우리 民事訴訟法案修正試案이 마지막 項目에서 내걸은 研究題目과도 깊은 關聯이 있는 것이다. 奧地利民事訴訟法에 있어서도 法院에게 證書에 의한 債務名義 作成權을 認定하고 있다(Sein-Jonas: ZPO 17 Aufl. zu 794 VIII 1.)。獨逸에서는 司法委員(Rechtspfleger)도 法院과 같이 執行證書를 作成할 수 있다(Entlassungsgesetz Art. VII)。

위에서 본 바와 같이 우리 民事訴訟法草案은 訴訟促進에 必要한 現行制度를 大幅의 으로 없애 버리고 裁判

의 公正確保에 도움이 될 많은 制度로 바꾸어 놓았다. 그렇다고 하여 草案이 訴訟促進에 도움이 될 制度에 관하여 전혀 無關心하다고도 말할 수는 없다. 왜냐하면 다음과 같은 몇 가지 制度의 新設은 公正의 理念보다는 訴訟促進에 더 이바지되는 制度라고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 制度를 다음에 보기로 한다.

(一) 草案第百九十七條는 判決의 變更制度를 두고 있다. 즉, 「判決이 法令에 違背한 것을 發見한 때에는 法院은 그 宣告後 一週間 內 變更判決을 할 수 있다. 그러나 判決이 確定한 때에는 그러하지 아니하다. 變更判決은 辯論없이 이를 한다. 變更判決의 宣告期日의 通知는 公示送達의 境遇 外에는 送達받을 者の 住所, 居所, 其他 送達할 場所에 發送한 때에 送達할 것으로 본다」라 하였다. 이러한 制度는 日本國民 事訴訟法이 敗戰後에 新設한 것이다(同國民事訴訟法第百九十三條의二). 本來 判決에는 絕對的인 拘束力이 있기 때문에 法院은 스스로 한 判決에 즉시 明白한 法令違反이 있는 것을 알게 된 경우에도 當事者의 上訴가 없으면 그 過誤를 是正할 길이 없었다. 따라서 法官도 괴롭고 當事者에게도 不便하기 限이 없었다. 이러한 경우에 判決의 變更制度를 利用한다면 손쉽게 判決의 過誤를 고칠 수 있게 된다. 이를테면 訴訟促進에多大한 貢獻을 하게 된다.

(二) 草案第百三十八條二項은 單獨事件의 辯論續行期日에도 이미 提出된 準備書面の 陳述擬制制度를 採用하고 있다. 地方法院合議部의 節次에서는 口述主義를 徹底히 하기 위하여 口述辯論期日에 闕席한 當事者가 提出한 準備書面の 記載事項을 陳述한 것으로 보이는 것은 最初의 口述辯論期日로 限定하고 있다(依用民事訴訟法第百三十八條). 그러나 地方法院單獨事件은 그 內容도 輕微하고 더우기 當事者로 하여금 書面陳述을 위하여 出席하도록 한다는 것은 煩雜스럽기도 하다. 그러므로 陳述擬制의 效果를 地方法院單獨事件에

어서는 續行期日까지 擴張시키자는 것이다. 이러한 結果는 現行民事訴訟法이 公正한 裁判을 위하여 必要的으로 保障하고 있는 口述主義를 拋棄하는 結果가 된다. 왜냐하면 口述辯論은 口述主義를 바탕으로 삼는 것이기 때문에 陳述擬制의 擴張은 書面主義의 代替를 意味하는 것이기 때문이다. 草案이 이러한 制度를 채용한 것은 輕微한 訴訟物에 관하여 當事者가 드리는 勞力과 費用을 節約시켜 주자는 데 있다. 要컨대 이 制度는 訴訟促進을 위하여 果敢하게 適正의 理念을 무찌르려는 것이라 할 것이다. 따라서 草案대로 한다면 當事者가 最初의 口述辯論期日 후에 提出한 準備書面の 記載도 參酌하게 된다.

이처럼 民事訴訟法草案은 어느 면에 있어서는 제법 訴訟促進에 留意하는 것 같으면서도 다음과 같은 새로운 制度를 採擇함으로써, 오히려 適正理念에 커다란 힘을 기울이고 있다. 이에 관련되는 制度를 주어보면 아래와 같다.

(一) 草案第百六十一條는 不變期間을 徒過한 경우의 追完期間을 二週日로 延長하고 있다. 依用民事訴訟法第百五十九條는 그 期間을 一週日로 한다. 한 쪽에서는 強制執行이 開始 進行하여 새로운 利害關係人이 나타나고 있는데 追完申請人에게 二週日씩이나 餘裕를 認定할 必要가 있을 것인지 疑問이다. 여기에 參考되는 것은 獨逸民事訴訟法第百三十四條第一項과 日本國舊民事訴訟法第百七十五條第一項의 規定이다. 여기서는 現行法上の 訴訟行爲의 追完制度를 訴訟行爲의 原狀回復制度라 불렀다(Wiedereinsetzung in den vorigen Stand). 이 原狀回復申請은 障礙가 그친 날부터 十四日의 期間內에 하라 하였다. 日本國은 애초에 이처럼 二週日의 期間이었던 것을 改正法에서 한 週日로 短縮시켰던 것이다. 우리의 實情에 비추어 二週日로 延長할 必要가 있을 것인가.

(二) 草案第三百五十五條는 證據保全節次에서 訊問한 證人의 口述辯論에서의 再訊問制度를 新設하였다. 즉, 「證據保全의 節次에서 訊問한 證人에 對하여 當事者가 辯論에서 訊問을 申請한 때에는 法院은 이를 訊問하여야 한다」라고 規定한다. 이러한 制度는 日本國의 敗戰 後에 同國民事訴訟法第三百五十一條의 二에서 새로이 채용한 制度이다. 草案의 이 制度는 直接主義를 徹底히 하기 위하여 證人에 대하여 保全이 된 경우에 本訴訟에서 그 證人을 再訊問할 수 있으면, 當事者가 願하는 限 再訊問을 한 뒤라야 證據調査의 結果를 채용할 수 있다는 것이다. 이러한 規定이 없더라도 保全節次에서 訊問한 證人을 다시 訊問하는 것이 相當하다고 認定하면 물론 再訊問을 할 수 있다. 따라서 草案의 이 制度의 新設意義는 當事者의 再訊問申請이 있는 경우에 法院에게 그 義務를 課하는데 있다. 그러나 한편 생각하면 訴訟의 遲延을 피하는 자가 이 制度를 惡用할 念慮도 없지 않은 것이다. 이러한 意味에서 草案은 訴訟促進의 理念을 犧牲하면서라도 適正한 裁判을 保障하려는 데 注力을 기울이고 있다고 말할 수 있다.

(三) 草案第四百二十條는 特別抗告制度를 新設한다. 즉, 「不服을 申請할 수 없는 決定이나 命令에 對하여는 法律, 命令, 規則 또는 處分이 憲法에 適合하는 與否에 對한 判斷의 不當함을 理由로 하는 때에 限하여 大法院에 特別抗告를 할 수 있다. 前項 抗告의 提起期間은 一週間으로 한다. 前項의 期間은 不變期間으로 한다」라 한다. 이 規定은 修正試案(67)項이 指摘한 바와 같이 우리 大法院에는 違憲審查權이 없으므로 그 修正이 必要하기는 하지만, 아무튼 이 特別抗告制度는 明文으로 不服申請을 禁하고 있는 경우뿐 아니라, 不服이 認定되지 않는 경우에 決定과 命令의 適正한 判斷을 保障하자는 것이다. 이를테면 適正의 理念을 伸張하기 위한 制度인 것이다.

要컨대 民事訴訟法草案의 態度는 어느면인가 하면, 適正의 理念에 훨씬 더 많은 힘을 기울이고 있다고 말할 수 있다. 이러한 草案의 態度는 果然 우리네 實情에 알맞는 것이라고 말할 수 있을 것일까. 위에서 또 여러번 指摘한 바와 같이 草案의 態度는 確實히 時代의 要請에 逆行하는 것 같은 느낌을 준다고 말할 수 있다.

四 民事訴訟法修正試案 檢討

그렇다면 國會法制司法委員會民事訴訟法案審議小委員會는 위에서 본 草案을 어떠한 方向으로 修正하려는 意圖일까. 대체로 위에서 문제삼은 대목을 하나 하나씩 檢討하면서 나중에 가서 結論을 내기로 한다.

(一) 修正試案(49)項目은 草案이 廢止한 朝鮮民事令의 이른바 雙方不出席二回에 의한 訴取下擬制制度를 復活하려 한다. 그리하여 草案第二百四十二條全文을 削除 修正하려 한다.

(二) 修正試案(51)項目은 草案이 廢止한 朝鮮民事令의 地方法院單獨判事の 闕席判決制度를 復活시키고 있다. 第二編第三章에 「闕席判決」이라는 項目을 두고 草案第二百六十一條의 二乃至十二를 新設하고 있다.

(三) 修正試案(58)項目은 保全節次에서 訊問한 證人의 口述辯論에서의 再訊問節次를 削除하고 있다. 그理由로서 만약 草案과 같이 法院에 대하여 再訊問에 대한 義務를 課하게 되면 當事者가 訴訟의 遲延을 目的으로 이 制度를 惡用할 念慮가 있기 때문이라는 것이다. 이러한 修正試案의 態度는 訴訟促進을 위하

여 歡迎할 일이지만 이러한 생각과는 反對로 修正試案 (39) 項目은 「單獨判事의 更法이 있는 境遇에 從前 審問한 證人에 對하여 當事者가 다시 訊問을 申請한 때에는 法院은 그 訊問을 하여야 한다. 合議部의 法官의 過半數가 更迭한 境遇에도 또한 같다」라는 規定을 두려 한다. 이러한 修正試案 (39) 項目의 취지는 修正試案理由가 말하고 있는 바와 같이 證言의 取信 與否를 判斷하려면 證言內容 以外에 證人의 言語, 態度, 人格等 이른바 直接審理主義를 제대루 적용시켜야만 비로소 얻을 수 있는 諸般資料를 參照하여야 되는 것이 實務上的 實情이다. 그러므로 法院의 構成에 變更이 있는 경우에 適正한 判斷을 保障하려면 修正試案과 같이 新任한 法官의 위하여 直接審理主義를 폐黜하여야 될 것이다. 이렇게 볼 때 修正試案이 訴訟의 促進에 拍車를 加하려면 草案第三百五十五條를 削除하는데 그칠 것이지 이것과 취지를 같이 하는 修正試案 (39) 項目은 新設을 保留하였어야 할 것이다. 그렇지 않는 限 修正試案의 態度는 理念의 混亂을免치 못할 것이다.

(四) 修正試案 (77) 項目과 (78) 項目은 문제의 이른바 執行證書制度를 復活하는 同時에 大韓公證人會의 建議를 받아 드렸음인지 「家屋明渡」에 관하여도 執行證書를 作成할 수 있게끔 範圍를 擴張시켜 놓았다.

이처럼 修正試案은 大幅의 訴訟促進을 위하여 巨步를 내어디디고 있음이 確實하다. 그러나 위에서도 본 바와 같이 (1) 法官更法의 경우의 證人再訊問制度를 採用한 것이란지, (2) 訴取下의 경우에 相對方의 同意가 必要할 때 거주장스러운 同意擬制에 관한 制度를 채용하려는 것은 訴訟促進의 理念과는 背馳되는 態度라 할 것이다. 뿐만 아니라 (3) 訴訟遲延의 重要한 原因의 하나라고 볼 수 있는 上訴濫用制度의 制限方法으로서 朝鮮民事令이 가지고 있는 이른바 上訴制限價格制度에 대하여 눈을 감고 있다는 것도

크게遺憾이라 할 것이다. 더우기 모처럼 第一回修正試案이 上訴濫用の制裁로서 金錢納付를 命하는 制度까지 採用하였었는데 이것마저 無視하여 버렸다는 것은 修正試案이 지나치게 小心한 것 같은 느낌을 준다. 參考로 第一回修正試案이 채용하려던 上訴濫用に 대한 制裁規定을 紹介하면 다음과 같다. 즉 「前條第一項 (控訴法院은 第一審判決을 正當하다고 認定한 때에는 控訴를 棄却하여야 한다)의 規定에 依하여 控訴를 棄却하는 境遇에 있어서 控訴人이 訴訟의 完結을 遲延시킬 目的만으로 控訴를 提起한 것으로 認定한 때에는 控訴法院은 이에 對하여 控訴狀에 添付할 印紙金額의 二十倍 以下の 金錢의 納付를 命할 수 있다. 前項의 裁判은 判決主文에 이를 揭示하여야 한다 第一項의 裁判은 本案判決을 變更하는 判決의 宣告로 因하여 그 效力을 喪失한다 上告法院은 上告를 棄却하는 境遇에 있어서는 第一項의 裁判을 變更할 수 있다」라고 한다. 이러한 控訴濫用に 對한 制裁規定은 日本國이 敗戰後에 채용한 制度이다. 日本國에서도 實地로는 이 制度가 별로 使用되는 것 같지는 않다 하나 兼子一著條解民事訴訟法Ⅲ二二三面 制裁를 출만한 可能性이라도 保障되어 있다는 意味에서 한 걸음 앞서고 있다 할 것이다.

끝으로 修正試案이 생각하고 있는 注目할 現象은 마지막 大목에 (研究)라 하여 提示한 案件이다. 이 案件은 다음과 같다.

「第五百十六條에 關하여 小額의 金錢貸借에 있어서 公正證書에 依하지 아니하고 特히 公證人이 存在하지 아니하는 地方民의 債權을 保護하기 위하여 法院組織法第三十一條에 規定된 巡迴判事의 面前에서 調書를 作成하게 하여 그 調書의 謄本에 執行文을 添附하여 即時 強制執行을 할 수 있는 制度를 創設함」如 何 萬若 如斯한 制度를 創設함에는 法院組織法第三十一條을 改正하여 巡迴判事의 事物管轄에 이를 插入

하는 동시에 民訴法에 있어서는 和解節次에 準하여 第三百五十九條의 二로 此規定을 插入하여 和解節次와 그效果의 모든 規定을 準用함이 可할 것이다」.

要컨대 이 案件의 意圖는 小額債權者를 保護하기 위하여 손쉬운 債務名義取得方法을 認定하자는 취지이다. 그리하여 그 具體的方法으로서는 距離上으로 親近할 수 있는 巡廻判事의 面前에서 和解調書를 作成시키자는 것이다. 그리고 이 和解調書는 起訴前 和解調書와 마찬가지로 보아서 訴訟上 和解와 마찬가지로 效力을 認定하자는 것이다. 그러나 이러한 技術的方法에 대하여는 疑問이 있다. 즉, 和解調書라는 것은 紛爭當事者가 各自 自기의 主張을 조금씩 讓步하여 그 結果가 一致한 때에 비로소 成立될 수 있는 것이므로 消費貸借契約이 成立될 當時에 小額債權者가 債務名義를 얻어보려는 目的은 達成할 수 없게 된다. 따라서 修正試案이 企圖하는 目的을 達成하려면 차라리 巡廻判事의 面前에서 消費貸借契約書를 作成하게 하고, 제 때에 履行이 되지 않을 때에는 곧 強制執行을 받아도 좋다는 이른바 執行受諾約束을 巡廻判事에게 하던 곧 그것이 債務名義가 될 수 있도록 하여야 하지 않을까 한다. 그 執行文은 그 巡廻判事가 屬하는 法院의 書記官 또는 書記가 付與할 수 있게 하던 될 것이다. 筆者가 생각하는 위와 같은 方途는 依用 執行法上 認定되는 執行證書를 多少 制限된 範圍에서 巡廻判事도 作成할 수 있게 하자는 것이다. 이러한 筆者의 생각은 위에서 본 바와 같이 獨逸民事訴訟法第七百九十四條가 執行證書의 作成權限을 公證人 뿐만 아니라 法院乃至 司法委員에게도 付與하고 있는 것과 相通하는 것이다. 立法論上 구하여 小額의 消費貸借에 관하여 簡易 迅速한 債務名義를 마련할 수 있는 方途를 열어서 놓으려면 修正試案(77)項目에다가 公證人과 함께 巡廻判事를 插入하는 것이 適切한 것으로 생각된다.

五 筆者의 私案

民事訴訟이 遲延되는 理由는 대체로 보아서 口述辯論의 回數를 거듭하는 데 있다. 民事訴訟에서 口述辯論을 여는 데는 複雜한 準備가 必要하므로 口述辯論의 期日과 期日사이를 짧게 할 수 없는 것이 民事訴訟의 宿命的인 生理인 것이다. 그러므로 民事訴訟에서 時間을 節約하려면 무엇보다도 口述辯論을 여러 번 거듭하지 않도록 하는 데 있다 할 것이다. 이 점에 관하여는 民事訴訟法草案은 물론이거니와 修正試案도 아무 關心을 보이지 않고 있다. 檀紀四二九二年四月二十四日 第七回 司法監督官會議에서 淸州地方法院은 事件審理의 促進에 관한 方案으로서 다음과 같이 答申하고 있다. 즉, 「民事訴訟에서 審理가 遲延되는 理由는 口述辯論에서는 먼저 爭點과 證據를 整理하고 爾後는 集中的으로 證據調査를 하여야 할 것인데 爭點의 整理없이 證據調査를 하거나, 또 證據調査를 散漫히 하고 있는 점에 그 原因이 있는 것이므로 이를 除去하여야 할 것이며, 그렇기 위하여는 法官의 缺員補充과 그 質的向上을 꾀하는 것이 根本問題이나 우선은 다른 先進國家와 같이 大法院規則으로 ① 期日變更申請과 그 許容의 要件을 嚴格히 制限하고, ② 證據申請과 同時에 그 申請書, 또는, 그 寫本을 提出하고, ③ 口述辯論을 集中的으로 繼續施行할 것을 規定하고, ④ 法官으로서 그 權限을 濫用하여 期日을 變更하거나 訴訟代理人인 辯護士가 法規에 違反하여 審理의 迅速한 進行을 妨害하였을 경우에 司法行政上의 措置를 취하거나, 또는, 所屬辯護士會를 通하여 懲戒하도록 規定하거나, 또는, 上訴權을 濫用하지 않도록 講究하는 것이 좋을 것이다」라 하고 있다.

法曹第八卷第五號。
第八十五面參照。

答申內容의 骨子의 하나는 口述辯論을 한부로 거듭하지 말 것을 強調하는 것이다. 이러한 취지에서 筆者는 다음과 같은 事項을 立法化하였으면 좋을 것으로 생각한다.

(一) 訴訟書類는 簡潔한 文章으로 論理整然하게 記載할 것.

(二) 準備書面(訴狀과 答辯書 包含)에 事實上主張을 記載할 때에는 「請求의 原因」과 「抗辯」에 관한事實과 이것과 關聯있는 이른바 「事情」과를 區別하여 記載할 것.

(三) 當事者가 期日變更을 申請하러면 그 事由를 明白히 하여야 한다. 다시 말하면 醫師의 診斷書其他의 資料에 의하여 變更事由가 不可避한 것을 밝혀야 한다. 病故를 理由로 할 때에는 그 診斷書의 內容과 그 作成人인 醫師의 資格 따위에 관하여 法院은 調査할 수 있고, 그 結果 醫師에게 不正한 行爲가 있을 때에는 保健社會部長官, 또는 醫師團體에 대하여 適當한 措置를 취하도록 委囑할 수 있도록 할 것.

(四) 法院이 그 權限을 濫用하여 期日을 變更한 때에는 當事者는 書面으로 上級法院에 不服할 수 있도록 할 것.

(五) 最初의 口述辯論期日은 訴를 提起한 때부터 三十日 以內에 指定하도록 할 것.

(六) 準備節次를 거친 事件에 대하여는 法院은 準備節次 후에 있어서의 最初의 口述辯論期日 전에 證據採否決定을 하고 그 期日에 즉시 證據를 調査할 수 있도록 하여야 한다.

(七) 準備節次를 거친 뒤에는 그 때까지 事實과 證據에 대한 調査가 제대로 되지 않은 것을 理由로 하여서는 다시 期日을 變更하지 못한다.

(八) 證人이 期日에 出席하지 못할 事由가 생겼을 때에는 즉시 그 事由를 밝혀서 法院에 申告하여야

한다. 現行民事訴訟이 늦어지는 理由의 하나가 證人이 協力하여 주지 않는 데 있음은 周知의 事實이다. 그러므로 立法論으로서 證人이 協力을 아끼지 않을만한 雰圍氣를 만들이 주어야 될 것으로 생각한다. 그 方策으로서 는, 첫째로, 證人에게 實費를 칠선 넘는 程度로 旅費, 日當, 宿泊料를 支給하되, 그 支給方法도 쉽게 하여 訊問이 끝나면 즉시 받을 수 있도록 할 것, 둘째로, 證人은 모든 점에서 親切하게 대접하여야 할 것, 셋째로, 法院에서 訊問時間 以外에 헛된 時間을 보내지 않게끔 細心한 注意를 할 것 따위를 建議하고 있다. 그리고 이러한 制度를 實現한 다음에는 不出席證人에 대한 制裁를 現行法보다 強化할 必要가 있다(例를 들면 罰金 乃至 拘留處分도 課할 수 있게 한다).

(九) 證人을 訊問할 때에 쓸데 없는 質問을 避할 것. 즉, 具體的이거나 個別的이 아닌 質問, 誘導質問, 證人을 侮辱하거나 唐慌하게 하는 質問, 이미 한 質問과 重複되는 質問, 意見의 陳述을 要求하는 質問, 證人이 直接經驗하지 않는 事實에 대하여 陳述을 要求하는 質問 따위들이다. 이 경우에 當事者는 위와 같은 裁判長의 處置에 대하여 異議를 할 수 있게 한다.

(十) 鑑定人, 當事者本人들에게도 證人에 관한 위의 規定을 準用할 것.

(十一) 訴訟代理人인 辯護士가 訴訟節次에 관한 法律에 違反하여 審理의 迅速한 進行을 妨害한 경우에 法院은 그 辯護士가 屬하는 辯護士會에 通知하고 適當한 措置를 취하도록 請求할 수 있게 할 것.

위에 紹介한 事項들은 이미 日本國의 「民事訴訟規則」이나, 廢止한 「民事訴訟의 繼續審理에 관한 規則」에서 採用하고 있는 것이다.

x

x

x

끝으로筆者의 생각으로서는 修正試案이 모처럼 簡易 迅速한 債務名義의 形成에 많은 關心을 가지고 있음에 비추어 修正試案 末尾 揭記의 研究 參照) 그러한 方法의 하나로서 證書訴訟(Urkundenprozess)과 어음 乃至 手票訴訟(Wechsel und Scheckprozess)의 新設을 提唱하고 싶다. 이러한 特別訴訟은 이를테면 督促節次와 함께 簡易迅速하게 債務名義를 形成시키는 特別節次인 것이다. 이 證書訴訟과 어음 乃至 手票訴訟은 本來 依用民事訴訟法의 前身이었던 日本國舊民事訴訟法이 現行獨逸民事訴訟法을 模倣하여 채택하였던 것이다. 日本國舊民事訴訟法 第四百九十六條、現行獨逸民事訴訟法 第五百九十二條乃至 第六百五十五條(a)參照) 日本國은 中間의 改正에서 이 制度를 없앴는데 近者에 와서 다시 그 復活論이 學界의 論議가 되고 있는 것 같다. 이러한 傾向도 말하자면 公正의 理念을 止揚하고 訴訟促進의 理念을 高揚하려는 것이라 할 것이다. 法律時報 第三十一卷 第九號) 二六面 文獻月報 參照) 다음에 이 制度의 概要를 보기로 한다.

어음이나 手票 其他 證書에 의하여 請求를 證明할 수 있는 者는 대부분의 경우에 그 請求權의 存在를 推定할 수 있으므로, 특히 이러한 證書의 所持人에게는 簡易 迅速한 方法으로 債務名義를 인정 하려는 것이 目的이다. 이러한 訴訟의 特異한 審理原則은 證據方法을 書證에 限定하려는 것과, 原告勝訴의 判決에 대하여는 法院이 職權으로 假執行宣告를 붙여 주는 점이다. 被告에게도 立證方法으로서는 書證만을 許容하는 것이므로 被告가 原告의 請求를 다투었음에도不拘하고 被告를 敗訴시키는 判決은 終局的인 것이라 할 수 없다. 그리하여 이러한 경우에는 被告에게 完全한 防禦方法을 提出시키기 위하여 被告에게 權利의 行使를 保留하는 宣告를 한다. 따라서 이러한 判決은 假定的인 것이다. 證書訴訟과 어음 乃至 手票訴訟으로 나누어서 各其 要件을 分說하면 다음과 같다.

一 證書訴訟

(1) 請求의 內容은 限定的이다. 즉, 一定한 金額의 支給 其他 代替物、 또는 有價證券의 一定한 數量의 給與를 目的으로 하는 請求를 訴訟物로 삼아야 한다.

(2) 實體法上の 請求權을 主張하는데 必要한 事實의 全體를 證書에 의하여 證明할 수 있어야 한다.

(3) 證書訴訟의 訴狀에는 事實을 證明할 證書의 原本 乃至 謄本을 添附하여야 한다.

(4) 被告는 訴訟費用保證 欠缺의 抗辯을 除外하고 一切의 抗辯을 提出할 수 있다. 被告가 抗辯을 提出한 경우에도 本案辯論은 拒否하지 못한다.

(5) 被告는 反訴를 提出하지 못한다. 訴訟節次를 簡易하게 하기 위한다.

(6) 證據方法으로서의 書證提出도 當事者가 所持하고 있어서 使用할 수 있는 것에 限한다. 따라서 다른데 있는 書類를 가져오게 한다거나, 또는, 第三者에게 文書提出을 命하게 하여 비로소 使用할 수 있는 것은 適法인 書證이 되지 못한다.

(7) 被告가 原告의 請求를 다룬 경우라 할지라도 原告의 請求가 證明되면 被告가 適法인 證據方法으로써 그 抗辯을 立證하지 못하는 以上은, 被告의 異議는 證書訴訟에서 許容되지 않는 것으로 보고 排斥하여야 한다. 그러나 이하하여 敗訴의 宣告를 받은 被告는 後日에 普通訴訟으로 原告의 請求를 다루는 權利를 行使할 수 있게끔 保留를 받는다. 이러한 保留는 判決主文에 내어진다. 이러한 保留判決(Vorbehaltsurteil)의 性質上 中間判決이지만 上訴와 強制執行에 관하여는 終局判決로 본다. 이 保留判決이 確定된 때에는 訴訟은 普通訴訟節次로서 그 法院에 繫屬된다. 따라서 判決 確定 후에 當事者의 申請에 의하여 普通訴訟節次로서 訴訟은 進行된다. 이 節次에서는 다시 原告의 請求의 當否를 審理한다. 證書訴訟에서의 各

當事者の行爲는 이 節次에서도 效力이 있다. 이 節次에서 審理한 結果 原告의 請求가 理由없음이 드러날 때에는 終局判決로서 原判決을 廢棄하고 原告의 請求를 排斥한다. 그리고 그 때까지 생긴 費用의 全部, 또는, 一部の 辨償을 宣告하고, 또, 前判決에 의하여 被告가 支給하였거나, 또는, 給與한 物件의 辨償을 被告의 申請으로 原告에게 宣告한다. 이에 反하여 原告의 請求를 正當하다고 認定할 때에는 前判決을 維持하고 被告에게 訴訟費用을 負擔시킨다.

(8) 證書訴訟의 判決에서 被告에게 敗訴를 宣告하는 경우에 保留宣告를 따드렸을 때에는 當事者는 判決의 補充을 申請할 수 있다.

二 어음乃至手票訴訟

이 訴訟은 「手形小切手法」에 의한 어음이나 手票에 의한 請求를 證書訴訟節次로 主張하는 節次이다. 어음乃至手票는 流通證券이므로 迅速히 債務名義를 認할 수 있게 하기 위하여 認定되는 것이다. 어음乃至手票訴訟의 節次에는 原則적으로 위에서 본 證書訴訟節次에 관한 規定을 準用한다.

沿革적으로 보면 證書訴訟節次가 特別訴訟節次로서의 意義를 가지게 된 合理的 根據는 中世 伊太利法에 있어서의 債務者의 執行受諾約束(pacta executiva)에 있다. 이를테면 債務者가 證書(어음과 手票를 包含)를 通하여 債務負擔의 意思表示를 明白히 하였으므로 새삼스럽게 債務者의 區區한 辯明을 들이 볼餘地가 없다는 것이다. 이 執行受諾約束에서 우려나온 現代의 簡易執行制度로서는 위에서 본 執行證書制度가 있다. 그러기에 證書訴訟과 執行證書의 請求內容은 모두 金錢 其他의 代替物 또는 有價證券의 一定한 數量의 給與를 目的으로 하는 것이다. 修正試案이 執行證書制度를 擴張 採擇할 用意가 있다면, 이것과 같은 系統에 屬하는 證書訴訟制度도 採擇하여 보는 것도 過히 不條理한 일은 아닐 것이다(四二九・九・十七稿).