

美國民事訴訟法上の 開示節次

박 영 서*

《차 례》

- | | |
|-----------|---------|
| 1. 序 論 | 5. 保護決定 |
| 2. 開示의 利點 | 6. 制 裁 |
| 3. 開示의 方法 | 7. 結 論 |
| 4. 開示의 範圍 | |

1. 序 論

民事訴訟制度의 理想이 國民相互間의 權利紛爭을 完全無缺하게 解決 또는 調停함에 있음은 大陸法과 英美法 사이에 差異가 있을 수 없다. 따라서 裁判의 內容이 適正하고 過誤가 없으며, 利害關係人을 同等하게 待遇하여 利益主張의 기회를 賦與함으로써, 그 사람들로 하여금 主觀의으로도 裁判의 公正性에 대하여 危懼不信을 없게함과 동시에 最少의 費用으로 가장 迅速하게 그 權利를 實現시키고자 하는 目的에는 다름이 있을 理 없고, 더우기 民事訴訟은 刑事訴訟과 달리 政策의 考慮나 倫理的 色彩가 稀薄하므로 兩大法界 사이에 比較的 共通點을 많이 가진 法制度라 할 수 있을 것이다. 먼저 訴訟制度의 特徵을 가장 集約的으로 나타낸 訴訟審理에 관한 諸原則을 보더라도 兩者 共히 處分權主義 口述主義·直接主義 및 辯論主義가 각각 그 反對되는 主義보다 優越하다는 觀點아래 原則的으로 이를 採用하고 있음을 볼 수 있다.

그러나 우리의 그것들은 여러 가지 制約으로 말미암아 많은 例外를 인정하고 있는 것이 事實인데 反하여 美國法下의 民事訴訟은 좀 더 純粹하고 徹底하게 이를 施行하여 거의 例外를 認定하지 않고 있으며, 더 나아가 우리가 理想으로 인정하고 있으면서도 한 발도 내딛지 못하는 集中審理主義를 實行하고 있는 것이다.

이와 같이 우리가 理論的으로는 優越한 制度라는 것을 인정하면서도 全面的으로 實施하고 있지는 못하는 위 각 主義의 實現을 美國에서 可能케 하는 理由는, 높은 文化水準과 豊富한 經濟力 으면 民主傳統과 官權에 대한 뿌리깊은 不信 등에 있다 할 것이다. 또하나 決定的인 要因은 陪審裁判이라는 우리와 判異한 制度의 採用에 있다고 생각한다.

陪審員은 各界各層에서 選拔된 12人 以上の 人員으로 構成되어 있으므로 期日을 거듭하면

* 광주지방법원 부장판사

서 集合시킨다는 것은 事實上 不可能하므로 一法廷一件主義 즉 集中審理를 하지 않을 수 없고, 陪審員全員에게 文書를 廻覽·熟讀케 한다는 것은 時間經濟上 困難하며, 未熟한 陪審員들에게 事案의 內容을 쉽게 理解할 수 있도록 하기 위하여는 口述로 說明함이 書面보다 훨씬 效果의 일 뿐만 아니라, 直接主義는 口述主義와 結合되기 쉽기 때문이다.

陪審制度의 功過에 대해서는 그 擁護論으로서 ① 陪審制度는 國民을 敎育시키며 民主政治에의 信賴를 增進시키도록 하는 좋은 手段이고, ② 司法을 通하여 國民의 政治에의 參與意識을 높일 수 있고, ③ 無能 또는 腐敗한 事實審理官으로부터 國民을 保護할 수 있고, ④ 各界各層의 專門知識을 가진 人들을 裁判에 參與시키므로써, 事實判斷의 正確을 期할 수 있다고 主張한데 反하여, 反對論者들은 過重한 費用과 時間浪費, 事實認定의 非科學性 등을 들어 이를 攻撃하고 있는데, 裁判의 方式으로서는 官僚裁判이 優越하다는 것이 定說인 것 같고, 워렌 버키 大審院長도 民事陪審만이라도 廢止하는 것이 訴訟遲延을 防止하는 좋은 方法이라고 主張하고 있다.

우리 나라와는 달리 美國民事訴訟法은 辯論段階와 證據調査를 위한 公判段階를 明確히 區別하고, 州에 따라서는 辯論에 關與한 法官은 公判에 關與하지 못하도록까지 하고 있다.

當事者は 自己主觀으로 公判前의 辯論段階에서 訴訟物을 確定하고, 爭點을 完全히 縮少整理하여야 하며, 公判에서 調査할 證據資料를 남김없이 蒐集하는 등 우리의 準備節次와 證據保全節次에서 할 수 있는 모든 準備를 다해야 하는 것이다. 公判이 開始된 다음에는 原則的으로 새로운 證據方法을 提出할 수 없음은 물론 訴變更 등도 許容되지 않는 것이다. 아래에 간단히 소개코자 하는 開示(Discovery)制度는 訴訟提起의 前後를 通하여 當事者로 하여금 證言調書(Deposition), 質問(Interrogatory to parties), 書證 기타 證據物의 提出命令 및 檢證測量 등을 위한 出入承認要請(Production of documents and things and entry upon land for inspection and other purposes), 身體檢査 및 精神鑑定(Physical and mental examination of persons), 自由要請 (Requests for admission) 등을 通하여 證據資料와 訴訟資料를 蒐集하는 節次를 말하는 것이다.

2. 開示의 利點

訴가 提起되면 當事者는 事案에 關한 情報를 探知해야 되는데, 聯邦大審院規則으로 정한 書式(form)은 너무나 簡單하다. 그 書式 中 不法行爲로 인한 損害賠償請求에 關한 訴狀의 書式을 보면, 어느날 어느 高速道路에서 被告는 過失로 그가 運轉中이던 車로 그곳을 지나고 있던 原告의 車를 들이받아 原告를 車밖으로 튀어 나가도록 하여 다리가 부러지는 등 傷害를 입게 하였는 바, 原告는 事業에 從事하지 못하고 肉體的·精神的으로 많은 苦痛을 받았으며, 治療

및 入院費로 얼마의 損害를 입었으니 그 賠償을 바란다고만 되어 있다. 그러므로 過失의 具體的 內容을 모르고서는 效果的으로 防禦할 수 없으므로 當事者에게 質問을 할 수 있는 길을 마련해야 하며, 위에서 言及한 바와 같이 美式裁判은 한번 公判이 開始되면 그대로 繼續 審理하여 判決까지 끝마치므로 自身의 主張을 뒷바침하고 相對方의 主張을 粉碎할 수 있는 證據를 미리 準備하지 않으면 奇襲을 받아 防禦의 機會조차 갖지 못한 채 敗訴하게 될 것으로, 萬若 開示制度가 없다면, 實體的 眞實과는 아무런 相關없이 訴訟技術의 巧拙에 의하여 勝敗가 決定되는 不當한 結果를 낳고 말것이다.

開示制度의 長點 내지 目的으로서는 다음과 같은 점을 들 수 있다.

(가) 證據保全: 現代의 開示節次는 時間이 經過되면, 利用할 수 없는 證據를 미리 蒐集保全할 수 있도록 하기 위한 것이다. 重要한 證人이 사라지려고 할 때 그 者가 宣誓한 證據調書로서 證據를 保全할 必要가 있다고 할 것이다.

(나) 爭點의 縮少 整理: 傳統적으로 訴答(Pleading)의 가장 重要한 機能이 爭點의 浮刻과 그 縮少整理에 있었지만, 近來 訴答의 規則이 自由化하고 緩和되면서 부터 그 機能을 開示(Discovery)가 떠맡게 되었다. 事實問題 및 法律問題에 관한 참다운 爭點을 浮刻시켜 이것을 縮少整理하여 當事者가 公判 前에 完全히 이를 把握하고 理解함으로써 만이 實體的 眞實에 符合된 判斷을 받을 수 있는 것이다.

(다) 情報의 公開: 過去에는 勝敗의 關鍵이 될 만한 秘密은 當事者로 하여금 公開를 拒絕할 수 있도록 함이 公正하다 하여 이를 保有토록 하였으나, 지금은 公正한 裁判은 어떤 경우에도 奇襲과 術策으로써 勝負를 左右할 수 없도록 함이 可하다고 하여, 當事者의 主張事實과 이를 뒷바침 또는 粉碎할 수 있는 證據資料를 完全히 公開하도록 한 것이다. 公判에서 얻은 情報나 證據는 이미 시기가 늦어 그 訴訟에서는 使用할 수 없기 때문이다.

(라) 公判前 和解의 機會 增大: 事案의 眞實한 內容과 證據資料를 當事者에게 全部 알도록 함으로써, 自身의 弱點과 強點을 知得한 當事者는 自然히 和解할 機會가 많아 진다는 것이다. 開示制度가 美國社會와 法曹界에서 好評을 받고 있음은, 점차로 그 適用範圍를 擴大하여 오다가, 美國 聯邦大審院 民事訴訟規則 1970년 修正으로 從前의 未備한 점을 整備하여 그 適用範圍를 大幅的으로 擴張시킨 事實로서도 窺知할 수 있는 것이다. 그 反面 巧猾한 者가 輕率한 陳述人의 證言調書나 다른 사람에게서 얻은 開示의 結果를 精密하게 調查하여 그것을 參酌한 어떠한 架說을 꾸며 巧妙하게 線縱함으로써 自身이 企圖하는 줄거리대로 供述하도록 할 수 있어, 奇襲을 防止하도록 하기 위하여 考案된 開示制度가 그 反對로 惡用되기도 한다. 이러한 制度의 根本에 관한 問題를 잠간 捨象하더라도 開示制度는 그 費用의 過多로 인하여 富裕한 사람에게만 利益의 기회를 주고, 貧困한 者에게는 오히려 handicap을 안겨 준다는 것이다. 콜롬비아 씨베이(Columbia Survey)는 모든 開示制度는 適宜한 費用의 範圍內에서만 實施되는

경향이 있다고 하지만 開示制度가 富裕한 者의 貧困한 者에 대한 하나의 抑壓手段으로 惡用되는 例가 없지 않다고 한다.

3. 開示의 方法

1. 證言調書(Deposition)

當事者는 宣誓執行權者인 法律書記官 또는 公證人에게 相對方 또는 第三者에 대한 訊問을 要求하여, 一問一答式인 供述內容을 調書에 記載케 할 수 있는데, 이 調書를 證言調書라 하며 當事者 自身에 대한 訊問도 要求할 수 있다.

供述者는 宣誓를 하고 公判廷에서 하는 供述과 같이 먼저 開示要求當事者 또는 그 代理人에게서 訊問을 받은 다음 그 相對方에게서 反對訊問을 받으며, 그 訊問과 答은 速記式으로 記載되는 것이다. 알려진 相對方에게는 時間과 場所, 供述者의 人的事項 등을 通知하여 參與의 기회를 주어야 한다. 原告가 訴狀副本과 召喚狀 送達後 30日內에 證言調書를 받고자 하는 경우 이외에는 法院의 許可를 필요로 하지 않으나, 그런 때에도 急迫한 事情이 있으면, 法院의 許可없이 訴提起 후에는 어느 때나 이 證言調書를 作成하게 할 수 있다. 訊問의 內容은 뒤에 訴訟에서 問題될 수 있는 일체의 事項이 包含되나, 證言으로서 強要될 수 없는 것은 除外되며 傳聞證據의 法則도 適用된다. 法官이 主宰하는 節次가 아니기 때문에 異議가 있어도 그 자리에서 裁決할 수 없는 不便이 있다. 異議는 通常 相對方에게서 나오나, 供述者가 하는 경우도 있다. 먼저 異議理由로서 그 訊問이 開示를 求할 수 있는 範圍外라고 하면 그 理由는 調書에 記載되어 후에 法院의 判斷을 받으나 公判廷에서도 許容되지 못할 것인 이상 異議해 본들 아무런 意義가 없다.

다음 開示를 求할 수 있는 範圍內일지라도 公判廷에서 異議할 수 있는 事項일 때, 例컨대 그 訊問이 關聯性이 없다면, 不適當하여 公判廷에서라면 却下될 수 있거나, 訊問의 方式을 變更할 수 있는 경우에는 證言調書作成을 위한 訊問에서는 異議事由를 記載해 둘에 그치므로 訊問者에게는 不利하게 되는 것이다. 그러므로 法院에 따라서는 그 異議에 대하여 回答을 促求하여 調書에 記載시키고 그 異議와 더불어 法院의 判決을 받게 하고 있으나, 그렇게 되면, 異議가 理由있는 때에도 그 調書로써 얻어진 心證을 뒤 없는다는 것은 어렵게 될 것이다. 또한 供述中에는 어느 때나 供述이 煩雜·苦痛 또는 抑壓의 이라는 理由로서 法院의 保護決定을 받을 수도 있다.

앞에 적은 理由 등으로써 當事者와 供述者는 자연히 異議를 많이 하게 된다고 한다.

證言調書는 公判廷에서 當然히 證據能力을 갖고 있는 것은 아니다. 그러나 供述者가 公判廷에서 證言調書中에 記載된 供述內容과 符合되지 않는 陳述을 할 때에는 彈劾證據로 사용할

수 있고, 當事者 또는 그 代理人의 證言調書는 어느 경우에도 상대방에게 有利한 證據로 사용될 수 있고, 第三者인 供述者가 死亡, 國外 또는 100哩 이상 떨어진 곳에 滯在하거나, 疾病, 老衰, 虛弱, 在監 등의 事由로서 公判廷에 出廷할 수 없는 때에는 그대로 證據能力을 갖는다.

다음 證言調書는 書面訊問에 의해서도 作成할 수 있다. 當事者는 相對方 또는 第三者에게 書面으로 訊問書를 提出하고, 相對方은 反對訊問書를 提出할 수 있으며, 陳述者는 項目別로 明瞭하게 回答書를 作成하여 宣誓執行權者에게 送付하면, 宣誓執行權者는 陳述者를 召喚하여 宣誓를 시키는 것이다. 書面에 의한 證言調書는 口述에 의한 것과 달리 訊問者가 바라고 있는 答을 그 자리에서 이끌어내기 어렵고, 矛盾된 答을 卽席에서 指摘하여 是正할 수 있는 등의 利點이 없으므로, 그 利用의 頻度가 口述에 의한 것처럼 많지는 않으나 그 費用이 低廉하므로, 간단한 內容이면 이것으로써 充分히 目的을 達할 수 있고, 나아가 다른 方法에 의한 開示를 求할 수 있다는 長點도 있다.

證言調書가 開示方法中の 大宗으로서 널리 利用되고 있는 理由는, (A) 開示를 求하는 當事者가 自己側 證人이 老衰, 疾病, 入營, 出國 등으로 公判廷에서 訊問할 수 없다고 생각할 때에는 證言調書로서 그 證據를 確保해 둘 必要가 있고, (B) 當事者가 相對方의 訴答(Pleading)에 관하여 그 內容을 完全히 把握하기 어려울 때에는 開示로서 그 內容을 明白히 하여 裁判에 對備할 수 있으며, (C) 相對方 또는 第三者가 自身에게 有利한 內容의 發言을 하고 있더라도 그를 證言調書로서 묶어두지 않으면, 다음 公判에서 相反된 證言을 할 때에 顛覆시키거나 彈劾할 方法이 없고, (D) 相對方 또는 第三者가 어느 사람에게 發言한 內容을 알고 있다 하더라도 原陳述者의 證言調書를 받아 놓지 않으면 그 사람의 陳述은 傳聞證據로서 證據能力이 否認된다. (E) 또한가지 證言調書로써 相對方의 決定的인 弱點을 暴露함으로써 本案審理에 들어가지 않고 略式節次(Summary Judgement)로써 訴를 끝맺게 할 수도 있다는 것이다.

그 短點으로서는 過重한 費用(辯護士의 報酬, 供述者의 日當, 旅費, 速記料 등 多額의 費用이 要求된다)으로 貧困한 사람에게는 그림의 떡이고, 比較的 富裕한 者나 優越한 金力과 組織을 가지고 있는 保險會社에 惡用되는 弊端 등을 들고 있다(美國民事訴訟事件의 7割 以上이 交通事故로 인한 損害賠償請求事件이며 거의 모든 車輛이 保險에 加入되어 있으므로 被告側은 事實上 保險會社에서 맡아서 訴訟을 遂行하고 있는 實情이다).

2. 質問(Interrogatory to parties)

原告는 訴狀副本과 召喚狀이 送達된 후 被告는 訴提起후 언제나 相對方에게 書面으로 事案에 關聯있는 事項 중 뒤에 든 開示範圍內에 속한 問題에 대한 質問을 할 수 있다.

質問을 받은 當事者 중 原告는 30日 被告는 45日內 (그 期間은 法院의 裁量으로 伸縮할 수 있다)에 理由를 明示하여 回答의 全部 또는 一部를 拒否하지 않은 이상, 宣誓下에 書面으로

回答할 義務를 負擔한다.

質問은 事實問題 뿐만 아니라 事實에 관한 意見이나 主張도 包含되며 法律을 事實에 適用하여 얻은 法的見解에 관하여서도 質問할 수 있다.

이 점에 대해서 從前에는 質問은 事實問題에 限한다는 見解를 固守하는 法院과, 事實問題와 法律問題와는 劃然하게 線을 긋기가 至極히 困難하며 事實에 關聯된 意見を 陳述하고 또 主張하려면 必然的으로 法을 事實에 適用하여 얻은 當事者의 法的見解에 대해서도 質問을 해야 한다는 法院이 對立하고 있었으나, 前述規則은 後者의 見解를 받아 들었다.

事實上 當事者 一方과 第三者 사이의 雇傭關係의 存否나 어느 財産이 當事者의 所有 또는 管理에 속한 與否 등의 問題가 爭點으로 浮刻되는 例가 많은 데, 이것이 事實問題인가 法律問題인가를 確然히 斷定하기는 어려우므로 後者의 見解가 妥當하다 할 것이다. 그러나 純粹한 法律問題가 質問의 對象이 될 수 없음은 물론이다.

回答은 各 條目別로 明瞭하게 해야하며 部分的인 回答拒否 일지라도 그 理由를 明示해야 된다. 回答을 拒否 當한 當事者는 그 全部 또는 一部에 대한 回答命令의 發付를 法院에 要請할 수 있다.

이 質問은 口述에 의한 證言調書와는 달리 安價한 費用으로 여러가지 有益한 情報을 얻을 수 있으므로 많이 利用되고 있다. 즉 이 質問에 의하여 事案의 具體的 內容과 相對方의 意見 主張 등을 探知할 수 있고, 相對方이 가지고 있는 書證의 存在 및 그 內容, 證人·鑑定人 등의 人의 事項을 把握한 후 證言調書를 받든가 文書나 證據物의 提出命令 등을 할 수 있기 때문이다.

質問을 받은 當事者는 質問을 받은 때에 알고 있었던 知識이나 情報에 대해서만 回答하면 足한가, 나아가서 그 후에 얻어진 것에 대해서도 繼續하여 情報을 提供하여야 할 義務를 지고 있는 가에 대해서는 각 法院의 見解가 對立되어 있었으나, 위 規則 1970年 修正에는 이미 發送했던 回答이 錯誤로 말미암아 事實이 아니었음이 發見되든가 回答發送後 正確한 情報을 얻었는데 모든 事情에 비추어 그릇된 回答을 그대로 放置하는 것이 客觀的으로 恰似 欺瞞하는 것처럼 보이는 경우에 限하여 뒤에 正確한 回答을 다시 할 義務를 負擔한다고 하였다. 위에 記載된 開示範圍內的 回答은 그 事件에 限하여 證據能力을 가진다.

質問과 書面에 의한 證言調書와의 差異에 관하여 보면, 質問은 當事者에 대해서만 發할 수 있으나 書面에 의한 證言調書는 第三者를 訊問할 수 있고, 書面에 의한 證言調書作成節次에서 訊問을 받은 當事者는 한 사람의 證人으로서 (美國訴訟法上에는 當事者와 證人의 區別없이 當事者도 證人이 된다) 자신이 經驗한 事實과 知得한 事實을 陳述하면 足하나, 質問을 받은 當事者는 그 자신이 알고 있는 것은 물론 그 代理人이 알고 있는 것뿐만 아니라 알지 못하는 것까지도 辯護士의 도움을 받아 回答하여야 한다.

3. 書證 기타 證據物의 提出命令 및 檢證測量 등을 위한 出入承認要請(Production of Documents and things and entry upon land for inspection and other purposes)

原告는 訴狀副本과 召喚狀 送達後 또는 送達과 동시에 被告는 訴提起後에는 相對方에 대하여 特定한 文書의 閱覽, 謄寫, 證據物의 檢査, 謄寫, 實驗, 見本을 認容할 것을 요구하며 필 요한 때에는, 그 提出을 命할 수 있고, 또한 檢證, 測量, 撮影, 實驗, 見本하기 위하여 相對 方이 所有 또는 管理중인 土地에 出入하고, 기타 財産에 接近함을 受忍토록 요구할 수 있다.

어떠한 物件들이 그 對象에 속하는가에 관하여 많은 다툼이 있었는데, 이에 대해서는 뒤에 開示의 範圍를 설명할 때에 논하기로 한다.

위와 같은 요구를 할 때에는 適當한 時間과 場所·方法 등을 明示하는데, 요구를 받은 當事 者는 앞에서 설명한 質問에서와 같이 30日 또는 45日內에 理由를 갖춘 書面으로 拒否하지 않 는 이상 이에 應할 義務가 있다. 다만 法院은 그 期間을 伸縮할 수도 있다.

當事者는 文書 또는 證據物을 所持한 相對方을 證言調書로 訊問할 수 있는 동시에 持參命 令의 發付를 要請할 수도 있다.

옛날에는 質問에 대한 回答書에 必要한 書面의 添付를 구하여 그 目的을 達成하였다고 하 는데 지금은 廢止되고 修正規則은 當事者 아닌 第三者에 대하여도 文書 등 提出命令이나 土地 出入 등 承認要請을 할 수 있도록 하였다.

불론 다음에 보는 바와 같이 그 物件들이 訴에 關聯이 있고 또한 免除特權이 없어야 함은 말할 나위도 없다.

4. 身體檢査 및 精神鑑定(Physical and mental examination of persons)

當事者 또는 그 監護下에 있는 사람의 身體條件 精神狀態 등이 爭点이 될 때에는 當事者는 訴提起後 相當한 理由를 提示하고 法院에 申請하여 그 決定을 얻어 이러한 사람의 身體檢査· 精神鑑定·血液鑑定 등을 할 수 있다.

처음에는 身體傷害로 인한 損害賠償事件에만 適用되었기 때문에 身體檢査만 許容되었으 나, 차츰 사람의 精神의 能力이나 親子關係存否確認請求訴訟 등에도 適用하게 되어 精神鑑定 과 血液鑑定도 할 수 있도록 規定하였다.

檢査에 앞서 相對方이나 被檢査人에 時間, 場所, 檢査方法, 條件, 檢査의 範圍와 檢査하는 사람의 이름을 通知하여야 한다. 檢査를 要請하는 當事者는 醫師를 指定할 수 있고, 相對方 이나 被檢査者는 異議를 할 수 있다.

그런데 이 命令에 應하지 않는 者에 대해서는 強要를 求할 수 있으나, 어느 경우어나 物理的 強制는 할 수 없는 것이다.

診斷書나 鑑定書의 寫本은 相對方의 要求에 의하여 交付되고, 一旦 交付를 받은 當事者는 異議를 하지 않는 限 위에 다른 診斷書 등으로써 그 內容을 다룰 수 없는 것이다. 法院은 診斷書나 鑑定書의 提出期間을 定하고 그 期間을 過하여 提出된 文書의 證據能力을 否認할 수 있다.

5. 自白의 要請(Requests for admission)

當事者는 訴提起後에 當該 事件에 限하여 그 訴에 關聯있는 事項에 대한 自白을 書面으로 要請할 수 있다.

그 對象은 質問事項과 같아 만드시 事實問題에만 限하지 않고, 事實에 관한 意見이나 主張은 물론 法律을 事實에 適用하여 얻은 法的見解에 대해서도 自白을 要請할 수 있고, 文書의 眞否에 관한 認否도 要請할 수 있다. 自白의 要請을 받은 當事者중 原告는 30日 被告는 15日 內에 相當한 理由를 記載한 書面에 의하여 그 全部 또는 一部에 대한 自白을 拒否하지 않는 以上 回答할 義務를 진다.

回答은 要請된 事項과 符合해야 되며 通常의 方法으로 얻을 수 있는 情報 내지 知識에 대하여 現在 이를 갖고 있지 못하다는 理由로 그 回答을 拒否할 수 없고, 當事者는 그 回答이 不誠實하다고 인정되면 法院에 대하여 그 回答의 正當與否에 대한 決定을 申請할 수 있다.

法院은 그 回答이 不充分하다고 인정할 때에는, 그 事實을 自白한 것으로 看做하거나, 다시 正當한 回答으로 修正할 것을 命할 수 있으며, 때에 따라서는 公判前協議(Pre-trial Conference)時 또는 一定한 期間內에 回答하도록 命할 수도 있다.

自白의 要請을 받은 者가 그 對象이 너무나 龐大하고 複雜하여 이를 處理하기에 過重한 犧牲이 要求된다고 생각하면 法院에 대하여 保護決定을 申請할 수 있고, 法院은 그 理由있다고 인정하면 自白의 義務를 免除하거나 相對方에게 費用의 分擔을 命할 수 있다.

自白된 事項은 法院의 許可에 의하여 撤回되거나 修正되지 않는 以上 當該 事件에 限하여 羈束力을 갖는다.

法院이 自白의 撤回 또는 修正을 許可하려면 自白한 當事者가 그를 撤回 또는 修正함으로써만, 實體的 眞實에 合致되는 判斷을 받을 수 있음을 立證한 때에 限한다. 그러나 相對方이 그 撤回 또는 修正을 許容함으로써 因하여 事案에 관한 實體的 眞實을 具現하는데 不當한 不利益을 받게 된다는 것을 立證한 때에는 이를 許容할 수 없다.

自白의 要請으로서 不必要한 爭點을 미리 除去할 수 있는 利點이 있으나 그다지 많이 利用되고 있는 것 같지는 않다.

그것은 雙方辯護士들이 나타난 爭點이나 問題된 事項에 대해서 事前에 妥協하는 일이 많고, 要請받은 當事者는 否認하는 것이 普通인데, 그에 대한 制裁가 弱하다는 理由를 들고 있다.

4. 開示의 範圍(Scope of Discovery)

開示의 範圍에 대해서는 많은 論爭을 거듭하여 왔다. 聯邦大審院民事訴訟規則이 1970년에 修正되기 前에는 同規則 第34條의 文書 및 證據物 등의 提出命令과 第35條의 身體檢査를 要求할 때에는 相當한 理由(Good Cause)를 提示하도록 되어 있었으므로, 위 條文에 列記된 것 外에는 相當한 理由의 提示가 필요치 않은지? 또한 “相當한 理由”란 그 對象이 訴와 關聯性이 있고 또 免除特權이 存在하지 않다는 것만으로서 足한 것인지? 그 外 開示를 求할 必要性이 있음을 要하는 것인지? 더 나아가 開示를 하는 것이 公正하다고 인정되는 때에 限하는 것인지? 下級法院에서는 각각 다른 解釋을 하여 왔다고 한다.

그러던중 다음과 같은 指導的인 判例가 1947년에 公表되게 되었다. 즉 作業中인 테그보드가 原因不明의 事故로 沈沒하여 乘務員 數名이 死亡하였다. 테그보드의 所有者는 장애 있을지도 모르는 訴訟에 對備하여 곧 辯護士에게 事件調查를 依頼했고, 辯護士는 生存乘務員 기타 關係者와 面接하여 陳述書, 메모 등을 作成해 두었던 바, 그 후 死亡者의 遺族중의 一人이 보드 所有者에 대하여 損害賠償의 訴를 提起하고, 質問에 의하여 事件 前後의 모든 情況의 陳述을 要求함과 同時에 미리 作成된 陳述書의 寫本의 提出, 口述陳述인 것에 대하여는 상세한 그 內容의 陳述과 메모類의 提出을 要求하자 被告는 위 일체의 質問에 대해서는 回答하였으나 辯護士가 作成한 陳述書 메모 및 參考人陳述書의 內容에 대해서만은 訴訟에 對備하여 作成된 것이므로 그 開示를 拒否할 特權이 있다 하여 原告의 要求에 應하지 않았던 것이다. 이에 대하여 第一審인 聯邦地方法院에서는 本件 開示對象物에 대하여 免除特權이 認定되지 않는다고 했으나, 第二審인 聯邦抗訴法院에서는 이를 破棄하여 이는 辯護士가 業務上 作成한 文書(Work product of the lawyers) 이므로 被告에 대하여 特權이 있다고 하였는데, 이에 대한 聯邦大審院의 判決要旨는 開示의 規定은 되도록이면 넓고 自由스럽게 解釋해야 할 것이고, 本件에서 問題가 된 메모 陳述書 등이 辯護士와 依頼人間의 關係에 基한 特權이 미치는 範圍外에 있다는 점에 대해서는 第一審 法院과 見解를 같이하나, 本件 原告는 人的事項도 確實하므로 자신도 訊問할 수 있는 參考人들의 相對方에 대한 陳述內容의 開示를 要求하고 있으며, 그 뿐만 아니라 事件發生의 前後情況에 대하여도 이미 質問에 의하여 被告의 陳述을 얻고 있는 터이니 결국 本件에 관하여 原告는 그 必要性을 提示하지 못하고 相對方 辯護士의 書類綴 또는 머릿속에 있는 陳述內容과 陳述에 基한 印象의 開示를 要求하는 것으로서 許容될 수 없다는 것이다.

本判決의 意義를 要約하면 (1) 相對方 辯護士에 의하여 取得된 情報 및 證人의 陳述은 辯護士와 依頼人間의 關係에 基한 特權範圍內에 들어가지 않는다. (2) 訴訟의 準備過程에 있어서의 辯護士의 프라이버시 및 自由의 侵害를 防止한다는 政策的인 考慮도 이들 資料에 대한 開

示의 要求를 絶對로 妨害하는 것은 아니다. (3) 그러나 開示를 要求하는 當事者は 開示의 必要性이 인정될 만한 例外的 特權을 가지고 있다는 것을 證明할 責任을 진다. (4) 開示를 求하는 當事者가 마라고 있는 對象을 이미 다른 곳에서 얻었거나 또는 얻을 수 있는 때에도 위 負擔을 다 하였다고 할 수 없다는 점들이 있다.

그러나 이 判決로서도 從前에 論議된 問題가 모두 解決된 것은 아니다.

첫째 이 判決에서 말하는 業務上 作成된 文書의 概念속에 辯護士 以外の 者(本人도 包含해서)가 辯護士의 公判活動을 補助하기 위하여 蒐集한 資料도 包含하는가? 둘째 어떠한 경우가 正義를 위하여 業務上 作成한 文書의 開示를 必要하도록 하는 事態에 該當하는가? 셋째 當事者가 스스로 相對方의 辯護士에게 陳述한 內容에 관하여 開示를 求하는 경우에는 어떻게 되는가? 등이다.

辯護士와 依頼人間은 醫師와 患者, 聖職者와 信徒사이와 같이 充分히 그 職務上의 秘密을 保障해 줄 필요가 있으며, 公判廷에서 證言을 強要받지 않는 特權이 있다. 다만 辯護士가 依頼人 以外の 사람에게서 얻은 職務上의 秘密은 어떻게 할 것인가에 대해서는 見解가 對立되어 있다. 辯護士의 職業上의 戰略, 戰術은 充分히 保護받을 價値가 있고, 특히 첫 段階에서 자신이 맡은 事件에 관하여 證言을 強要當하여 依頼人에게 不利한 證言을 한다는 것은 不當할 뿐 아니라 한 當事者의 調査 結果가 그대로 全部 相對方에게 公開되어 그 攻擊·防禦의 武器로 使用토록 하면 自然히 事前準備를 怠慢히 하게 된다는 見解도 있으나, 準備를 한다는 것은 公判에 있어 絶對有利한 高地를 占領하게 될 것이므로 그것만으로써 訴訟準備를 게을리할 리 없고, 辯護士의 職務上保護도 모든 事件은 實體的 眞實에 의하여 判決되어야 한다는 正義의 要請에는 讓步해야 한다는 反論도 있어, 그 調和點을 어디서 發見하느냐는 實로 難問題일 것이다. 1970年 修正規則은 辯護士와 非辯護士를 區別하지 않고, 그들이 訴訟에 對備하여 作成한 文書에 대하여는 相對方이 訴訟準備에 必要不可缺한 것이며 지나친 困難을 겪지 않으면 그와 같은 資料를 얻을 수 없다는 證明을 한 경우에 限하여 開示를 求할 수 있다고 하였고, 當事者 自身の 陳述內容에 대하여는 特別한 理由를 提示치 아니하고서도 開示를 求할 수 있다고 하였는데, 이러한 것은 아무런 條件없이 相對方의 有利한 證據로 使用할 수 있으므로 原陳述者가 當然히 公開를 要求할 수 있도록 한 것이다.

上記한 理由를 提示하고 業務上 作成한 文書의 開示를 要求할 때에도 法院은 辯護士나 代理人의 個人的 印象, 結論, 意見, 法的見解 등에 대해서는 保護決定으로서 開示를 拒否토록 할 수 있다.

修正規則은 上記한 바와 같이 두가지 方法의 開示에만 規定했던“相當한 理由(Good Cause)”라는 條件 代身 一般的 共通規定으로서 訴에 關聯되고 免除特權이 없는 것이면, 文書, 書籍, 기타 有體物 人的事項 등 그 對象을 制限함이 없이 그 存在, 敘述, 性質, 保管, 條件, 位置

등에 관한 開示를 要求할 수 있다.

關聯性은 公判에 있어서의 證據의 許容性 보다 더 넓은 概念으로서 訴의 原因중에서 發生되고 處理될 것이면, 關聯性이 있다 할 수 있고, 만드시 訴答에서 爭點이 된 것임을 要치 않는다.

公判에서 直接 利用할 수 없는 情報일 지라도 그 情報에 의하여 公判에서 利用할 수 있는 어떤 事實을 發見한 可能性이 있는 것이면, 開示의 對象이 될 수 있다.

가장 問題가 되는 것은 위 判例에서 보는 바와 같이 文書라고 하겠는 데, 위 判旨와 修正規則을 綜合하면 다음과 같이 된다. (A) 辯護士가 訴訟에 對備하여 業務上 作成한 文書 및 그의 代理人 등이 訴訟에 對備하여 作成한 文書는 上述한 바와 같고, (B) 辯護士가 作成한 文書일지라도 訴訟에 對備한 것이 아니면 一般文書와 같이 關聯있고 免除特權없다는 것만 立證하므로서 充分하고, (C) 當事者 아닌 參考人도 자신의 陳述內容에 대하여 아무런 條件없이 開示를 要求할 수 있다.

當事者の 責任保險加入與否와 그 內容의 開示를 要求할 수 있느냐 없느냐는 各 法院의 取扱이 區區하였다.

責任保險加入與否는 不法行爲로 인한 損害賠償請求事件과 아무런 關聯이 없고, 또 그로써 關聯事項을 이끌어낼 만한 것도 아니므로 開示의 對象이 되지 못한다고 解釋하는 法院이 있었는가 하면, 責任保險의 存否와 그 內容을 相對方이 알아야 實際로 回復할 수 있는 範圍內에서 請求하고 法院도 實際로 執行possible한 金額으로 判決할 수 있으며, 被告가 責任保險에 加入되어 있다는 事實을 陪審員에게 알리므로써 原告를 더욱 保護할 수 있다는 實際上的 必要에서 이를 인정하는 法院도 있었는데, 위 修正規則은 後者の 見解를 따랐는 바, 이를 인정하게 된 理由는 위와 같은 理由외에 事實上 保險會社가 被告로서 裁判을 하고 있으며, 責任保險의 存在와 그 內容을 被告側에서만 알고 있을 必要도 없으며 私事不可侵의 原則을 侵害하는 것도 아니라는 데에 두고 있다.

實際에 있어서는 保險會社는 專門交涉員으로 하여금 原告와 折衝케 하여 提訴前에 和解로써 거의 모든 事件을 終結짓고 있다고 한다. 當事者는 特別한 學識·經驗에 의하여 얻어진 判斷의 開示를 要求할 수 있다. 例컨대 鑑定結果의 交付要請 같은 것이다. 美國法에서는 證人과 鑑定人의 區別이 없이 모두 證人으로 取扱한다.

特別한 學識·經驗 그 自體와 그를 어떤 事物에 適用하여 얻은 判斷의 結果를 미리 人手하여 事前에 充分한 準備를 하지 않는 限, 反對訊問을 效果의으로 遂行할 수 없기 때문에 開示를 求할 수 있다. 한편 鑑定은 通常 많은 費用이 드는 것이며 또 相對方의 鑑定結果에 의하여 反射的인 利益을 얻는다는 것은 公平하다 할 수 없으므로, 法院은 相當하다고 인정할 때에는 鑑定結果의 開示를 拒否하거나 또는 그 利益에 比例한 費用의 分擔을 命할 수 있다.

5. 保護決定(Protective Orders)

法院은 開示要求를 받은 者의 相當한 理由를 갖춘 申請에 의하여 그 者를 富惑, 財政困難, 抑壓, 不當한 負擔, 또는 費用 등으로 부터 救濟하기 위하여 다음과 같은 保護措置를 取할 수 있다.

(1) 그 開示를 하지 못하도록 하든가, (2) 時間과 場所를 制限하는 등 特別한 條件을 붙이든가, (3) 當事者가 求하는 바와 다른 開示方法에 依하게 하든가, (4) 特定한 方法의 開示를 禁하거나 特別한 方法만으로 하도록 하든가, (5) 法院이 認定한 사람 外에는 開示에 參與하지 못하게 하든가, (6) 封緘된 證言調書の 開封은 法院의 命令이 있는 때에 限하도록 하든가, (7) 去來上의 秘密, 秘密을 要할 研究 및 그 結果, 去來上 情報 등의 公開를 禁하든가, 또는 特定한 方法에 따른 公開만을 許容하든가, (8) 다른 文書와 同封된 開示의 對象인 文書나 情報를 開披함에 있어서는 法院의 許可를 要하게 한다는 등의 方法들이다.

6. 制 裁(Sanctions)

相對方 또는 第三者가 證言調書の 作成을 위한 訊問에 應하지 않거나 當事者가 相對方의 質問에 回答하지 않거나 檢證・測量 등을 위한 出入要請을 承認하지 않을 때에는 그 強制命令을 받아 그대로 施行할 수 있고, 그들이 證言調書の 陳述命令에 不應하면 法廷侮辱罪를 構成하며 質問에 대한 回避 또는 不完全한 回答은 回答을 拒否한 것으로 본다.

當事者 또는 그 代理人이 證言調書, 質問, 文書 등 提出과 出入承認 身體檢査 등의 要求에 應하지 않을 경우에는 (A) 開示要求當事者의 그 訴에 있어서의 主張을 正當하다고 보든가, (B) 拒否한 當事者의 一定한 攻撃防禦方法을 不許하거나, 立證을 不許할 수 있고, (C) 訴答의 全部 또는 一部를 却下하거나, 命令에 따를 때까지 새로운 主張을 못하게 하거나, 訴에 있어서의 어떠한 申請을 却下할 수 있을 뿐만 아니라, 때에 따라서는 闕席判決로서 敗訴를 宣告할 수도 있다.

(D) 以上の 命令중 身體檢査命令을 除外하고는 이에 不應한 者는 法廷侮辱罪로 다루며 身體檢査不應者에 대해서만은 위 (A)(B)(C)만을 適用한다.

단약에 當事者가 文書의 眞正이나 어떠한 事項에 대한 眞實을 否認한 후에 그 文書가 眞正하거나 그 事實이 眞實임이 證明되면, 法院은 相對方의 要求에 의하여 그 眞實을 立證하기 위하여 消費한 費用과 상당한 額의 辯護士 報酬의 辨償을 命할 수 있다.

그러나 回答을 拒否할 수 있든가, 自白의 要請이 重要한 것이 아니든가 自白을 하지 아니

할 만한 相當한 理由가 있든가, 기타 正當한 理由가 있는 때에는 例外로 한다.

7. 結 論

이상에서 美國聯邦法院 및 거의 모든 州에 있어서의 民事訴訟節次上 施行되고 있는 開示節次의 大綱을 紹介하였거니와, 沿革上으로 보면, 裁判에서는 원래 公判開始前에 相對方에게 미리 攻擊防禦方法을 알리지 않았으며 開示節次는 衡平法上의 裁判에서 由來된 것이라 한다.

위에서 본 바와 같이, 美國에서는 集中審理主義를 採擇하여, 一法廷一件主義로 臨하고 있으니, 한번 公判을 열면, 그대로 審理를 繼續하여 判決까지 마치야 다시 다른 事件의 審理에 들어가고 있다.

이것은 美國民들의 生活習性이 한가지 일에 精力을 集中하여 그것을 完結하고 기분을 一新하여 또 다른 일을 着手하는 것을 좋아 하는데도 그 原因이 있겠으나 무엇보다도 陪審裁判主義를 採擇하고 있어 期日을 거듭하면서 陪審員들을 召集하기가 事實上 不可能하다는 것이 決定的인 理由라고 생각한다.

또 陪審員들은 裁判에 있어서 非專門家이므로 이들을 說得하여 自己主張을 貫徹하려면, 事前에 充分한 準備을 다하여 脚本을 만들어 놓고, 要所 要所에 重點을 두어 強調하면서 되도록이면 드라마틱하게 事件의 經過를 좇아 차례로 展開시킴으로써, 그들로 하여금 同情과 흥미를 갖도록 할 必要가 있고, 그러기 위해서는 미리 自己側의 主張內容을 完全히 把握하고, 이를 뒷받침할 수 있는 證據도 充分히 갖추고 있어야 하므로 事前에 證人과 面接하여 討論을 거쳐 證人訊問에 所要되는 時間까지 大綱 정하여 法院에 報告하고 거의 모든 事件에 當事者가 證人을 帶同하여 在廷證人으로 訊問을 要求하고 있는 것이다.

그런데 看過해서는 안될 것은 한번 公判에 들어가면 間斷없이 續行하여 그대로 끝맺게 되므로 豫期치 못한 奇襲을 받게되는 경우에는, 反擊의 기회마저 갖지 못하고 事案의 實體的 眞實과는 관계없이 그대로 敗訴할 수 밖에 없는 不公正한 結果를 가져온다는 것이다.

美式裁判은 司法競技說로 說明되는 바와 같이, 當事者가 訴訟의 進行 및 攻擊防禦의 主導權을 完全히 주고 있고, 法院은 職權에 의한 證據調査를 할 수 없으므로 當事者의 事前準備의 完壁與否는 前述한 바와 같이 事案의 實體와 거의 관계없이 그대로 勝敗를 決定짓게 되는 것이다.

따라서 社會正義의 要求에 따라 事件의 實體的 眞實을 具現시킴으로써 司法의 正義와 司法에 있어서의 正義를 實現하려면, 公判前의 辯論段階에서 當事者들은 서로 자신뿐만 아니라 相對方이 가지고 있는 主張과 그 立證資料를 知得케 함으로써 相對方의 攻擊 특히 奇襲에 對備할 수 있을 뿐만 아니라, 反擊의 資料도 蒐集할 수 있게 되는 것이다. 陪審裁判의 公判過程을

傍聽하고서 느낀 所感은 陪審裁判은 開示制度를 前提로 해야만 運營될 수 있다는 것이었다.

물론 緻密한 作戰아래 用意倒하게 蒐集한 證據資料와 作戰計劃을 相對方에게 미리 提示함으로써 懶怠한 相對方에게 豫期치도 못한 不當한 利益을 주고 또한 巧猾한 者에 의하여 證據가 虛偽捏造될 危險이 있기도 하지만, 不當한 利益을 받는 者에게는 費用을 分擔시키는 등의 方法이 있으며, 나아가 完全한 開示가 僞證과 證據의 虛偽捏造 등을 防止하는데, 貴重한 役割을 한다는 開示制度擁護論이 壓倒的으로 優勢하여 國民들의 好評속에 所期 以上の 成果를 얻고 있는 것이 事實이라 하겠다.

그러면 우리나라에서 開示制度를 採擇할 경우의 利害得失에 關하여 한번 생각해 보기로 한다.

위에서 잠깐 言及한 바와 같이 美國에서는 이 制度를 점차로 擴大施行해 왔으며 1970年 聯邦民事訴訟修正規則에 의하여 앞에서 複雜하게 紹介한 바와 같이 大幅的으로 擴大하였다.

그러나 美國에서 이 制度가 잘 運營되는 것은 앞에서 言及한 바와 같이 陪審裁判制度를 破綻없이 運營하기 위하여는 이 制度가 必要不可缺하며 美國人の 傳統的인 “Fair play”精神이 그 運營軌道를 잘 遵守하고 豊饒한 그 社會가 높은 費用을 能히 負擔할 수 있으며, 그 사람들의 거의 生理化된 官權에 대한 뿌리깊은 不信과 嫉視의 感情이 나아가 自身の 權利保護手段은 자신의 힘으로만 講究하겠다는 自主理念을 일으켰고, 그들의 높은 文化水準에 卑近한 보기이나 電話·自動車 등의 交通通信手段이 極度로 發達하여 必要할 때에 必要한 사람을 必要한 場所에 迅速하게 集束시킬 수 있다는 모든 與件들이 이 制度를 成功的으로 이끌어가는 要因들이라 하겠다.

그러나 美國과 우리 나라와는 歷史的·社會的·文化的·經濟的으로 많은 差異가 있음을 直視해야 할 것인바, 周知한 바와 같이 美國은 이미 民主主義的傳統이 뿌리깊은 나라이지만 우리에게 이점이 결여되어 있는 것이다.

舊韓未 開化의 바람이 불어올 때까지도 우리民族은 訴訟에 있어서의 참다운 當事者의인 地位를 갖지 못했던 것이니, 옛날부터 우리 民族은 裁判은 官이 해주는 것이며, 百姓들은 다만 官앞에 나가서 抑鬱한 事情을 呼訴하면, 모든 것은 定해진 節次에 따라 處理되는 것으로 알아왔으므로, 지금도 本人이 漫然히 出席하여 不必要한 長廣舌을 늘어놓다가, 裁判長의 편찬을 받고는, 돈없고 權力 없는 사람은 하고 싶은 말도 하지 못하게 한다는 不平중에 敗訴判決의 送達을 받고 눈물짓는 사람이 적지 않은데, 이런 사람들에게 開示節次를 施行해 본들 그림의 떡 이외의 아무 것도 아닐 것이다.

社會的으로 우리 國民들은 아직도 法律生活에 익숙치 못하다. 8·15解放까지 繼續된 오랜 專制政治와 植民地統治는 國民들에게 法을 가혹한 專制의 手段으로 敵對視하도록 하였으며, 法을 지키지 않고 이에 反抗하는 態度를 하나의 義擧처럼 떳떳한 것으로 崇尚하여 왔던 것이다.

이러한 法無視의 思潮은 國民들의 日常個人去來生活에도 影響을 미치지 않을 수 없었으니, 國民들은 모든 法律行爲에 있어 證書의 作成을 게을리하며, 作成된 證書도 細密하지 못하고 粗雜하여 그 意味가 模糊하다.

특히 親密한 사이일수록 모든 것을 仔細하고 明白하게 하는 것을 싫어하여, 大綱만 定하여 두고 契約의 履行은 義理와 人情에 따를 것으로 漠然히 期待하여 確實히 決定짓지 않고 그대로 남겨 두는 것이 常例이다. 따라서 一但 訴가 提起되면 當事者도 自身들의 法律行爲의 內容을 如實히 알지 못하므로 自然히 契約條項을 自身에게만 有利하도록 꾸미는 것이다. 한때 높은 比率을 차지했고 그 性格에 관하여 論議가 많았던 稷事件이 그 두드러진 例일 것이다. 여기에 그 證據는 必然의으로 直接證據가 아닌 間接證據 내지는 情況證據가 될 수 밖에 없는 것이다.

記錄이 數卷이 되는 메모드 事件이라는 龍大한 事件일 수록 情況證據와 間接證據를 除外하던 아무것도 남지 않는 것이 現實이다.

우리들이 裁判하고 있는 實情을 살펴보면 原告代理人이 當事者에게서 傳受한 事實에 基하여 適當히 想像을 加해서 어떠한 架說을 꾸며 請求原因을 記載하였다가 被告의 應訴態度와 證據調査의 結果 및 裁判官이 나타내는 反應을 注意깊게 살피면서 訴變更을 거듭한 다음에 適當히 事件을 終結짓는 것이 所謂 複雜한 事件의 大部分임을 알 수 있는것이다. 그렇다면 果然 公判前에 辯論段階를 따로 두고 開示를 求한들 무엇이 얻어질 것인지 疑問이다.

大多數의 우리 國民은 아직도 司法에 대한 協助義務가 國民으로써 마땅히 完遂해야 할 높은 道義의 義務라는 데 대한 認識이 薄弱하여 證人이 되는것은 國家에 대한 忠誠보다도 當事者 一方에 대한 義理라는 觀念이 強하다. 또 無信仰者가 많아 宣誓의 效果도 대단히 疑心스러운 바 있다. 더욱 交互訊問制度를 採用하였으므로 證人과 當事者 또는 代理人과의 事前接觸과 討議를 禁할 길이 없어 僞證의 危險이 많은 것이다.

證人이 되는 것이 當事者 一方에 대한 義理 또는 施惠로 생각하는 사람이 公正한 證言을 해 주기는 事實上 바라기 어려운 것이며, 오히려 自身の 親戚 親知 들에 有利하기 위해서는 僞證을 하는 것은 그다지 非難받을만한 不道德한 行動이 아니라고 생각하고 있는 사람이 더 많다고 해도 過言이 아닐 것이다.

우리가 暴力行爲나 傷害事件 등을 審理할 때 같이 現場에 있었다는 證人들이 어찌면 그렇게도 正反對의 證言을 表情하나 變함이 없이 태연히 陳述하고 있는지 항상 놀라움을 禁하지 못하고 있는 것이다.

위와 같이 證人이 되는 것이 當事者 一方에 대한 義理 또는 施惠로 생각하는 사람이 當事者와 戚分・親知 등의 관계나 有形・形無의 反對給與가 없으면, 證言하기를 꺼려하고 迴避의 態度로 나오는 것은 當然하다 하겠다.

그 뿐만 아니라 僞證의 危險은 또 다른 곳에도 存在한다.

法律行爲를 하는 當事者들이 그 內容을 明確히 하기를 게을리하고 각자 자기속셈과 어렵 짐작으로 解釋하는 등 眞實한 事實을 알지 못하는 當事者가 臆測과 獨斷으로 事件內容을 자신에게 有利하게 構成하여 不知不識問에 法院이나 그 代理人인 辯護士에게 眞實아닌 말을 하게 되며 意識的으로나 無意識的으로 證人에 대하여 僞證을 教唆하며, 本人에게서 眞相을 傳受받지 못한 代理人이 그러한 舉動으로 나오게 됨도 부득이한 것이다.

이러한 環境下에서 公判廷外 더구나 法官도 없는 곳에서 當事者가 어느 정도의 眞實에 가까운 證言을 이끌어내어 保全할 수 있을런지 疑問이다.

經濟的으로도 開示節次 특히 證言調書는 貧困한 韓國人에게는 實로 감당하기 어려운 負擔이 되는 것이다.

證言調査는 위에 說明한 바와 같이 그 自體로서는 當然히 證據能力을 갖고 있는 것이 아니므로 必然的으로 二重의 負擔까지 當事者에게 強要하게 되는 것이다.

現在 美國에서처럼 高價의 費用이 드는 證言調書를 作成하지 않은 當事者가 不利益을 받게 된다면 大多數의 韓國人은 不得已 訴訟을 斷念하게 될 것이다.

우리나라도 大多數의 合議事件과 多數의 單獨事件이 辯護士에게 代理되어 있다. 그런데 一時에 그 報酬를 支給할 수 있는 사람은 많지 않고, 대개 分割支給하고 있는 것이 實情이라고 한다. 費用도 다 받지 못한 代理人에게 公判前에 完全한 準備를 다해 줄 것을 期待하기는 어려울 것이고, 報酬를 完給하지 못한 當事者는 계면적어 辯護士를 尋訪하기를 꺼리게 되니 現在처럼 公判을 여러번 열면서 조금씩 審理해 가는 方式이 우리의 風土에 適合하다할 수 밖에 없겠다.

開示節次中에서 質問 身體檢査, 自白의 要請 등은 우리나라에서도 採用해 보는 것이 可할 듯 하나 證言調書나 公判前에 證據物 提出強要는 우리 民度로 보아서 時期尙早일 것이며, 또 集中審理主義를 取하지 못한 이상 그 必要도 없을 것이다.

民事訴訟法 第346條에 의하여, 法院은 미리 證據調査를 하지 아니하면 그 證據를 사용하기 困難한 事情이 있다고 인정한 때에는 當事者의 申請에 의하여 本章의 規定에 의한 證據調査를 할 수 있다고 規定함으로써 미리 證據調査를 하지 않으면, 그 證據를 사용하기 困難한 事情이 있는 때에 限한다는 制限이 있기는 하나, 訴提起 以前에도 모든 證據를 蒐集할 수 있도록 마련하여 必要한 證據가 公判까지 기다림으로써 散逸되는 것을 防止할 수 있도록 하였고, 同法 第253條에서는 法院은 合議事件을 審理하는 경우에 必要하다고 인정하는 때에는 部員에게 訴訟의 全部나 一部 또는 특정한 争點에 대한 辯論의 準備節次를 命할 수 있다고 規定하여 法院에서 이를 잘 活用하면 集中審理를 실현할 수 있도록 制度的으로는 충분히 保障되어 있는 것이다. 그러나 이 準備節次의 規定은 同法 制定 이래 몇 차례의 改正을 겪으면서도 實行

面에서 빈번히 失敗를 거듭한 机上立法의 산 標本이며 現在도 거의 死文化되어 있는 것이 實情으로 안다.

戰後 日本 東京地方裁判所에서도 “新件部”라는 獨立된 部를 따로 設置하여 복잡한 事件은 미리 그곳을 거쳐 完全한 事前準備를 다하여 公判에서 集中審理의 實을 거둬 보려고 努力했지만 결국 흐지부지 廢止하고 말았다 한다.

民事實務에 當하는 사람은 누구나 公判期日을 거듭함으로써 龐大하고 복잡한 記錄을 反覆하여 熟讀해야 하는 不必要한 精力과 귀중한 時間의 浪費와 時日經過로써 必然的으로 招來되는 記憶의 喪失은 直接審理主義를 有名無實케 하고 다만 調書에 依存한 判斷을 強요함으로 口述主義가 書面主義化하는 弊端은 莫論하고라도 不完全한 敘述로 인한 그릇된 判斷의 誘導 등 現行 審理方法에서 必然的으로 派生하게 되는 여러가지 缺点을 잘 알기 때문에 準備節次의 活用은 至極히 所望되는 것이라 할 것이다.

그럼에도 불구하고 그 施行의 實績은 低調하기 짝이 없어 準備節次期日의 空轉만 거듭하여 爭點의 浮刻·整理·立證準備의 完璧이라는 그 目的과는 오히려 동떨어진 成果만을 가져와 書證이나 하나 둘 조사하면 그대로 事案의 全貌가 判明될 것으로 알았던 立法者를 失望시키고 말았음은 顯著한 事實인 것이다. 우리國民의 法生活風土라고 할 수 있는 앞에 든 여러 가지 與件을 살핌이 없이 덮어놓고 他國의 優越한 制度만 그대로 導入하면 곧 잘 되리라고 가볍게 믿지 말아야 할 줄로 안다. 10餘年前에 새로 우리 訴訟法이 받아 드렸던 交互訊問制度도 그 評價는 各者의 觀點에 따라 다르겠으나, 當初에 立法者가 예상했던 바와 같이, 그로 인해서 우리가 하는 裁判이 좀 더 適正하여지고 國民의 信賴를 增進하게 되며 무엇보다도 事案의 實體的 眞實을 발견하기 容易하게 되었다 할 수가 있을런지 疑心하지 않을 수 없다.

要컨대 美國에서 成功하고 있는 開示節次도 우리나라에서 그러한 成果를 얻기는 어렵다고 보는 것이다.

그 보다는 더 時急히 實現됨을 바라고 싶은 것은 少額法院(Small Claims Court)의 設置와 強制辯護士代理制度를 實施하여 그 報酬를 法定하고 그를 負擔할 수 없을 정도로 貧困한 사람에게 대해서는 國家 또는 다른 法律救助機關에서 救濟해 주는 어떠한 措置가 所望된다 할 것이다.