

〈특집〉

## 『서울대학교 法學』 50년 - 민사소송법 분야의 회고와 전망 -

鄭仙珠\*

### I. 들어가며

법학전문대학원 체제가 들어서기 전까지 민사소송법은 실체사법에 비해 비교적 학문적 관심도가 낮은 분야였다. 전국의 모든 법과대학에 민사소송법 강의가 개설되고 있었지만 재판이라는 절차를 그 대상으로 하고 있다는 점 때문에 민사소송법 강의를 담당하는 전임교수가 확보된 경우는 많지 않았으며, 연구자의 수 역시 매우 적었다. 학문적인 연구활동이 본격적으로 시작된 것도 그리 오래되지 않아 대표적인 학술단체인 한국민사소송법학회가 결성된 것도 1992년에 이르러서였다. 이처럼 척박한 환경 속에서 그나마 다행스러운 것은 『서울대학교 법학』<sup>1)</sup>을 통해 민사소송법의 학문적 연구가 꾸준히 이어져 왔다는 사실이다.

“법학”은 민사소송법 분야에서 학술적 논의의 장을 제공했다는 점에서 매우 큰 의미를 가진다. 1959년부터 연구논문이 발표되기 시작하여 현재에 이르기까지 소송물론과 기관력론을 비롯한 민사소송법의 주요 논제를 깊이 있게 다루고 있으며, 중재를 비롯한 ADR에 관한 연구뿐 아니라 외국법제의 소개 등 비교법적 고찰까지 행해지고 있어 민사소송법의 이론과 실무 발전에 크게 기여해 왔다.

지난 50년 동안 “법학”에는 총 49편의 민사소송법 분야 저작물이 게재되었는데, 연구논문이 36편, 판례연구가 9편, 번역이 4편이며, 그 중 외국어로 작성된 논문(번역 제외)이 7편이다.

이 글을 위해 “법학”에 게재된 연구논문을 읽으면서 인상적이었던 점은 그동안 우리 민사소송법이 1960년 7월 1일 시행된 이래 2002년 전면적인 개정이 있

---

\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

1) 이하 “법학”이라 칭함.

기까지 크고 작은 몇 번의 개정<sup>2)</sup>을 경험하였는데, 개정 전에 행해진 “법학”의 연구내용들이 현재의 법이나 학술적 논의와 전혀 단절되지 않고 오히려 밀접하게 연결되어 있으며, 현재의 논의에 유용한 많은 시사점과 바람직한 방향을 제시해 주고 있다는 사실이다. 학문적 후속세대로서 선배연구자들의 혜안적인 연구에 경의를 표하지 않을 수 없는 부분이다.

이하에서는 민사소송법에 관한 “법학”의 연구내용을 주제별로 대별하여 그 의의와 구체적인 내용을 살펴본다. 우선 민사소송법 연구의 총론적인 내용으로서 민사소송법의 제정과정을 비롯한 민사소송 일반론에 관한 논문을 살펴보고, 다음으로 민사소송절차의 단계별 주요 논제를 다룬 논문과 외국법제에 대한 비교법적 연구를 살펴본다. 같은 그룹 내지 주제 내에서는 원칙적으로 논문 발표의 시간순으로 그 내용을 검토하는데, 이는 연구주제의 발전과정과 흐름을 살펴보는 데 적합하기 때문이다.

## II. 민사소송 일반론

### 1. 민사소송과 다른 소송

민사소송의 특질을 이해하는 데는 다른 소송과의 비교 고찰이 필요하다. “민사소송과 비송사건”(송상현, 1977)은 우선 소송사건과 비송사건을 유형적으로 구분하여 비송사건의 특질을 살펴보고 있다. 소송의 비송화 경향에 대해서는 그 문제점을 지적하는 데 그치지 않고, 능동적·창조적·합목적적 판단이 요청되는 분쟁 유형의 발생과 일반조항의 증가라는 실체법상의 흐름에 주목하여 전통적 소송원칙에 대한 과도한 신뢰에서 벗어나 새로운 유형의 분쟁에 적합한 비송절차적 해결방안을 적극적으로 받아들여야 함을 강조하고 있다.

### 2. 민사소송법의 제정과정

민사소송법의 제정과정에 관한 “민사소송법초안에서 수정시안까지”(이영섭, 1959)와 “신민사소송법의 특이성”(방순원, 1960)의 내용을 보면 우리 민사소송법

2) 대표적으로 교호신문제를 도입한 1961년 제1차 개정, 특별상고제를 폐지한 1963년 제2차 개정과 확정된 지급명령에 기판력을 배제한 1990년 제3차 개정 그리고 전문법원 설치와 사법보좌관제를 도입한 1994년 개정을 들 수 있다.

이 그동안 여러 차례 개정을 거쳤음에도 그 주요 부분에서는 늘 공통된 뿌리를 가지고 있음을 알 수 있다.

### (1) 제정 전

민사소송법 초안의 방향을 살펴보고 있는 “민사소송법초안에서 수정시안까지”(이영섭, 1959)는 민사소송법을 가장 투명하고 비윤리적인 법률이라고 표현하면서 민사소송의 목표로서 소송촉진을 강조하고 있다. 초안은 소송촉진에 중점을 둔 조선민사령에서 소송촉진을 위한 특수제도인 결석판결제도, 가액상소제와 집행증서제도 등을 삭제하려고 하였는데, 이에 대해 필자는 기본적으로 공정보다는 소송촉진이 당시 사회 현실에 더 적합한 목표임을 강조하고 있다.

소송의 촉진과 재판의 공정 사이에서 행해지는 고민은 오늘날뿐 아니라 민사소송법 제정 당시부터 존재하였던 민사소송법의 영원한 화두임을 알 수 있다.

### (2) 제정 후

“신민사소송법의 특이성”(방순원, 1960)은 신민사소송법의 제정과정과 내용의 특성을 소개하면서 민사소송의 발전을 위한 여러 제안을 하고 있는데, 이들은 현재에도 그 유효성을 인정할 수 있는 내용이다.

우선 소송촉진의 문제와 관련하여서는 소송촉진을 위한 제도마련도 중요하지만 소송사건 수의 급증에 대한 원인분석(정치적 불안과 경제적 불황, 국민전반의 도의심 저하)을 통해 정치·경제의 안정과 국민의 준법정신 양양이 절대로 요청됨을 강조하고 있다. 법원의 업무가중에 대해 보다 근원적인 해결책을 제시하고 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

그리고 병행심리주의의 시정 내지 보완을 촉구하면서 소송심리의 지연에 대한 해결책으로서 계속심리주의 등 심리원칙에 대한 변화보다는 조정, 중재 등 다양한 민사분쟁해결제도의 마련을 지적하고 있다. 이는 전 세계적으로 ADR의 활성화를 꾀하고 있는 오늘날의 민사소송의 방향과 일치하는 것이다.

나아가 가액항소에 대해 경미한 상소이익의 보호를 위해 막대한 비용과 노력을 들이는 것은 상소자의 이익뿐 아니라 공익을 위해서도 바람직하지 않다는 점을 지적하고 있다. 이는 현재 항소심의 효율적인 운영을 위해 불복이익을 기준으로 한 항소허가제에 대한 논의가 행해지고 있는 점<sup>3)</sup>에 비추어 볼 때 매우 미래

3) 한국민사소송법학회, **상소심 개선방안에 대한 사법정책 연구**(2009), 168면 이하 참조.

지향적인 견해이다.

### 3. 민사소송법과 다른 법의 관계

단일 법체계 속에 존재하는 다양한 법률들의 상호작용을 연구하는 것은 개별 법 자체의 발전을 위해서 뿐 아니라 전체 법체계 내의 조화를 위해서도 필요한 일이다. 이러한 관점에서 “신상법상의 민사소송법규 - 특히 사단관계소송법리의 확립을 제창하면서 -”(이영섭, 1962)는 1963년 1월 1일부터 시행된 신상법 내의 민사소송법규를 고찰함으로써 상법과 민사소송법의 조화를 도모하고 있다는 점에서 큰 의미를 가지는 것이다. 다른 법에서 규정하고 있는 내용이 민사소송법과 저촉되어 보이는 듯한 부분에 대해서는, 예컨대 상법의 공동지배인과 민사소송법의 개별대리의 원칙, 합병회사설립무효와 취소의 소의 본질에 대해서는 적절한 해석을 통해 양법간에 충돌이 발생하지 않도록 해야 함을 지적하고 있다. 즉, 공동지배인의 경우 개별대리원칙의 예외를 인정하여 공동으로만 소송대리를 할 수 있으며, 공동지배인간의 소송관계는 필수적 공동소송에 준하는 것으로 보고 있다. 그리고 합병회사설립무효와 취소의 소에 대해서는 둘 다 모두 형성의 소로 보고, 변론주의를 배제하고 직권탐지주의에 의하여야 함을 지적하고 있다.

2000년 제조물책임법의 제정을 계기로 이 법과 민사소송법과의 관계를 살펴보고 있는 “제조물책임법과 피해구제 체계”(박희주, 2001)는 피해자가 효율적으로 손해배상을 받기 위해서는 간이신속한 분쟁해결제도로서 조정, 중재 등 ADR의 정비와 활성화, 소액사건심판제도의 적극적 이용이 필요하며, 피해자의 입증부담을 덜어주기 위한 원인구명체제 및 위해사고정보수집제도의 정비가 필요함을 강조하고 있다. 피해자에 대한 손해전보를 확보하기 위해 제조물책임보험의 활성화 및 안전마크부 구제제도와 피해구제기금제도의 도입, 나아가 집단소송제도와 문서제출명령 및 징벌적 손해배상제도의 도입을 제안하고 있다.

## III. 법원

### 1. 심급제도

미국의 심급제도를 비교법적으로 고찰하면서 우리 심급제도의 개선에 대해 제안하고 있는 “심급제도에 관한 시론”(송상현, 1990)은 그 구체적인 내용에서 현

재의 상고심 개선에 대한 논의방향과 완전히 일치하고 있다. 상고제도의 개선책으로서 무엇보다도 먼저 상고제도의 목적에 대한 인식전환이 필요함을 강조하고 있는데, 즉 상고제도를 당사자의 권리구제를 위한 것이 아니라 법령해석의 통일을 위한 것으로 본다면 심급구조를 바꾸지 않고서도 상고사건의 선별방식과 기준을 시정할 수 있다고 보는 것이다. 이러한 입장은 현재 상고허가제의 도입 등 대법원에서 추진하고 있는 상고심제도의 개선논의에서도 출발점이 되고 있는 부분이다.<sup>4)</sup>

나아가 논문에서는 법률심의 본질에 맞게 상고이유를 엄격하게 해석하여야 하며 상고이유서의 제출과 기재를 강화하여 상고의 효율성을 도모하여야 함을 지적하고 있는데, 이 역시 상고심절차의 개선방안으로 현재 검토 중인 내용이다.<sup>5)</sup>

뿐만 아니라 권리상고를 폐지하고 모두 허가상고제로 전환하여야 하며, 특히 허가여부를 결정할 때는 원심판결과 상고허가신청서 및 이유서만을 토대로 판단하고 상고를 허가하는 경우에 한하여 비로소 원심법원의 소송기록을 대법원으로 이부하도록 하여야 한다는 주장은 현재 제시되고 있는 상고심 운영의 개선책과 일치하는 부분이다.<sup>6)</sup>

## 2. 법관의 지위

한국에서 법관의 지위를 고찰한 “Der richterliche Aktivismus in Korea”(호문혁, 1992)은 1989년 “법학”에 발표한 변론주의 연구<sup>7)</sup>의 연장선상에서 이 문제를 고찰하고 있다. 한국에서는 법관에 대해 특히 중재자로서의 역할이 강조되고 있으며, 사회적 소송관의 영향으로 변론주의를 배제하고 법관의 적극적인 활동을 주장하는 견해가 나타나고 있지만 변론주의는 그대로 유지되어야 함을 강조하고 있다. 이러한 입장에서 처분권주의, 변론주의 및 법관의 석명권과 관련하여 소송절차에서 법관 적극주의의 범주를 살펴보고, 실체법과 관련하여 그 범주를 설명하고 있다는 점에서 연구의 의의를 찾을 수 있다.

## 3. 관할

이송의 한 원인으로서 민사소송법 제35조는 현저한 손해나 지연을 피하기 위

4) 앞의 책, 195면 이하 참조.

5) 앞의 책, 224면.

6) 앞의 책, 209면 이하 참조.

7) 호문혁, 민사소송에 있어서의 이념과 변론주의에 관한 연구, 제31권 제3호·제4호.

한 경우를 규정하고 있는데, 실제 우리 대법원에서 이를 인정하는 경우는 거의 없다.<sup>8)</sup> 그런데 이 제도는 영미법상의 forum non conveniens법리와 맥을 같이 하는 의미 있는 제도이므로 그 활성화가 필요하다고 주장되고 있다.<sup>9)10)</sup> 2001년 국제사법 개정시에도 forum non conveniens법리의 도입여부가 논의되기도 하였다.<sup>11)</sup> 이 법리에 관해 상세히 고찰하고 있는 “영국에 있어서의 forum non conveniens를 이유로 하는 소송의 정지”(이호정, 1995)는 영국에서 The Abidin Daver [1984] A.C. 398에 의해 forum non conveniens법리가 정식으로 받아들여져 소송정지의 문제를 해결하기까지 그 발전과정을 소개하고 있다. 당사자의 편의와 비용 또는 정의실현을 위하여 외국 또는 다른 지역의 법정이 사건을 심리하는 것이 바람직하다고 여겨지면 영국법원은 재량에 의해 소송의 정지(a stay of action)를 허용할 수 있다. forum non conveniens에 대한 정확한 이해는 민사소송법 제35조의 적극적인 적용을 위해 꼭 필요한 부분인데, 위 논문이 이러한 역할을 하고 있다.

근래에 들어 많은 관심을 불러일으키고 있는 국제재판관할에 대해서는 “판례에 나타난 국제재판관할에 대한 이해에 관한 소고”(오정후, 2007)가 다루고 있다. 섭외사건의 증가 등으로 국제재판관할의 중요성이 커지고 있음에도 불구하고 실무상 국제재판관할에 대한 기본적인 이해가 부족한 점을 문제점으로 지적하면서, 특히 국제재판관할에 관한 항소심판결에서 소송요건으로서 관할여부를 판단하지 않고 본안심리의 결과에 따라 판단하고 있는 점을 비판하고 있다. 판례처럼 원고 청구의 당부를 심사하여 수소법원의 관할을 판단하는 것은 관할 조사의 기준으로 타당하지 않으며, 관할을 인정하기 위한 사실과 원고의 청구가 이유 있음을 인정하기 위한 사실이 서로 관련되어 있는 경우에는 소송요건의 조사단계에서는 그 사실의 진위를 조사하지 않고 원고의 일관성 있는 주장만으로 판단해야 함을 지적하고 있다. 그리고 의무이행지의 특별재판적의 경우, 규정의 적용 결과에 따라 국제재판관할의 인정여부를 결정하여야 하며 입법이유를 근거로 판단해서는 안 된다고 보며, 토지관할이 관련재판적에 의해 인정되었을 때는 국제재판관할

8) 각각한 사례만 있다, 호문혁, **민사소송법**, 197면.

9) 이시윤, **신민사소송법**, 110면.

10) 2002년 민사소송법 개정에서 지적재산권과 국제거래사건에 대해 심판의 적정을 위해 관할권 있는 법원이 다른 관할법원으로 이송하도록 한 것(민사소송법 제36조 제1항)은 현저한 손해나 지연을 피하기 위한 이송의 한 모습이다, 호문혁, **민사소송법**, 199면.

11) 법무부, **개정국제사법 해설**(2001), 25면.

뿐만 아니라 관할의 항정까지 인정될 수 있다고 보고 있다.

## IV. 당사자

### 1. 당사자의 사망

일반적으로 당사자의 사망이 소송절차에 미치는 영향에 대해서는 비교적 많은 연구가 행해진 편인데,<sup>12)</sup> 보전처분결정과 관련한 논문은 그다지 많지 않다.<sup>13)</sup> “사망한 채무자 명의의 가압류결정과 시효중단”(박영식, 1977)은 당사자의 사망과 보전처분결정의 관계를 깊이 있게 다룬 논문으로서 가압류 신청 당시에는 생존하였으나 결정 직전에 채무자가 사망한 경우 채무자 명의의 가압류결정이 당연무효가 아니라고 판시한 판례를 비판하고 있다. 사망한 당사자를 상대로 한 판결이 무효라는 대법원의 입장은 재판형식이 판결이든 결정이든 상관없이 인정되어야 함을 지적하고 있는 것이다. 가압류에 의한 시효중단의 효력발생시기에 대해서는 대상판례가 집행착수시로 보고 있는 점에 대해 보전처분 신청시로 보아야 함을 강조하고 있다. 소송계속 중 당사자가 사망한 경우, 판결이나 결정을 무효라고 하는 것과 시효중단의 효력을 신청시로 보는 것은 전혀 별개의 문제이므로 양자가 성립할 수 있다는 것이다. 특히 소송법상 판결이나 결정의 무효는 사법상의 무효개념이 아니라 그 내용에 적합한 효력이 생길 수 없다는 의미이기 때문에 소송계속 중 당사자의 사망은 이미 신청시에 적법하게 발생한 시효중단의 효력에 영향을 미치지 않는다는 것이다.

12) 대표적으로 김윤오, 당사자 사망이 소송에 미치는 영향, **사법행정**, 제10권 제12호(1969); 강현중, 소송물이 일신전속권인 경우의 당사자의 사망과 소송절차의 종료, **법조**, 제31권 (1982); 조관행, 당사자의 사망으로 소송절차가 중단된 것을 간과하고 한 판결의 효력, **민사재판의 제문제**, 제8권(1994); 김광태, 당사자의 사망으로 인한 소송중단을 간과한 승소판결에 대한 상대방의 상소, **민사판례연구 XX**(1998); 호문혁, 민사소송에서 당사자사망으로 인한 당사자 변경에 관한 연구, **21세기 한국민사법학의 과제와 전망**(2002) 등.

13) 이재성, 당사자의 사망이 강제집행절차에 미치는 영향, **사법행정**, 제4권 제9호(1963); 서기석, 당사자의 사망이 재판 및 집행절차에 미치는 영향, **인권과 정의**, 제266호(1998) 정도이다.

## 2. 다수당사자소송

다수당사자소송과 관련하여 오늘날 많은 관심의 대상이 되고 있는 것은 집단 분쟁의 효율적인 해결방안이다. 소액다수의 피해를 일괄구제하기 위한 방안을 논의할 때 늘 고려의 대상이 되어 왔던 것은 독일의 단체소송(Verbandsklage)과 미국의 대표당사자소송이다.

“미국 Class Action의 재고”(송상현, 1980)는 비교적 이른 시기에 집단분쟁해결 방안으로서 Class Action제도에 대해 우리나라에서의 도입 내지 응용가능성에 대비하여 그 내용을 살펴보고 있다. Class Action제도의 요건과 절차적 문제를 상세히 다루고 있어 우리나라에서 집단분쟁해결방안의 논의에 올바른 방향을 제시하는 역할을 하였으며, 최근에 도입된 증권관련집단소송이나 소비자단체소송의 길잡이 역할을 하였다.

## V. 소송의 개시

### 1. 소의 이익

소의 이익이 가장 문제되고 있는 확인의 소에서 확인의 이익을 다루고 있는 “사실혼관계존부확인청구문제”(정광현, 1966)는 과거 사실에 대해 확인의 이익이 인정될 수 있는지를 살펴보고 있다. 이 논문은 사실혼관계에 대하여 사실혼관계 존재확인청구의 법적 성질과 당사자자격 등을 중심으로, 특히 당사자일방이 사망한 경우의 문제를 깊이 있게 다루고 있다. 사실혼관계존부확인청구를 특수한 확인의 소라고 보고, 과거의 사실이라 하더라도 현재 확인의 이익이 인정되면 증서진부확인 소처럼 확인을 구할 수 있다고 판단하고 있다. 현재 실무에서는 이러한 입장을 받아들여 신분관계처럼 포괄적인 법률관계는 과거의 것이라 하더라도 일체 분쟁의 직접적·획일적 해결에 유효적절한 수단이 된다면 확인의 이익을 인정하고 있다.<sup>14)</sup>

확인의 이익에 대한 대법원의 판례를 분석 비판하고 있는 “확인소송에 관한 종합판례연구”(이시윤, 1967)는 제3자가 확인의 소의 당사자자격자가 아니라는 판례에 대해 확인의 대상이 되는 권리관계는 반드시 당사자간의 권리관계에 한

14) 대법 1978.7.11, 78므7; 1995.3.28, 94므1447 등.



정되는 것이 아니고, 제3자에 대한 권리의 존부도 당사자의 입장에서 확인의 이익이 있으면 확인의 대상으로 할 수 있음을 지적하고 있다. 이후 우리 대법원은 이러한 입장을 취하고 있다.<sup>15)</sup> 인사소송에서 확인의 이익을 재산상 청구에 비해 넓게 인정하고 있는 판례의 태도에 대해서는 신분상의 법률관계는 특히 법적 안정성을 요하므로 당사자적격을 재산권상의 소보다 확대해서는 안 됨을 강조하고 있다.

## 2. 소송물이론

소송물에 관한 연구는 민사소송법의 이론과 실무에서 매우 중요한 의미를 차지한다. 청구의 특정과 그 범위를 결정하는 절차의 개시단계부터 시작하여 기판력 등 절차의 종료단계에 이르기까지 전 소송절차에 걸쳐 소송물이론이 영향을 미치고 있기 때문이다. 이에 상응하여 “법학”에서도 다른 개별 주제에 비해 소송물에 관한 연구가 상대적으로 많은 편인데, 특히 소송물이론의 본산인 독일의 소송물이론에 대한 연구가 활발하다.

“신소송물론”(이영섭, 1961)은 2차 세계대전 이후 독일에서 활기차게 논의되었던 신소송물론을 상세히 소개하여 우리 소송법계가 신소송물이론을 정확하게 이해하고 이를 바탕으로 우리 소송물이론이 발전하는 데 기여하고자 하였다. 필자 자신은 신소송물론에 대해 회의적인 입장이어서 이 이론이 가지는 문제점을 지적하고 구소송물이론을 지지하고 있지만, 신소송물이론의 장점도 도외시해서는 안 됨을 강조하고 있다.

이 후 좀 더 전반적으로 독일의 소송물이론을 살펴보고 있는 논문은 “소송물이론에 관한 발전과 동향 - 서독 민사소송법학계의 경우 -”(이시윤, 1969/1971)이다. 독일의 구소송물론, 신소송물론 및 신실체법설을 중심으로 독일의 학설과 판례의 내용을 정확하게 파악하여 우리 학계의 논의에 올바른 방향을 제시하고자 하였다. 특히 논문에서는 구소송물이론에서 벗어나지 못하고 있는 판례와 학설의 입장을 비판하였는데, 이를 계기로 신소송물이론에 대한 학계의 관심이 커지고 입장변화가 생겨난 것으로 보인다.<sup>16)</sup>

소송물이론에 관한 독일의 새로운 경향을 엿볼 수 있는 것은 “민사소송에 있

15) 대법 1994.11.8, 94다23388; 1995.10.10, 95다26131·26148 등.

16) 현재 신소송물이론은 학계의 지배적인 견해이다. 대표적으로 이시윤, **신민사소송법**, 212면; 호문혁, **민사소송법**, 132면.

어서의 소송물이론의 발전”(Habscheid, 1990, 번역: 호문혁)을 통해서이다. 이 논문은 Schwab의 일분지설에 대해 비판적인 입장을 취하면서 이분지설의 입장에서서 소송물은 법관의 재판을 위하여 원고가 내세운 권리주장이므로 여기에는 생활사실관계도 포함되어야 한다고 주장하고 있다. 나아가 소송물개념을 통일적으로 규정하지 않으려는 독일의 새로운 동향이나 신실체법설 등에 대해서는 비판적 입장을 취하고 있다.

### 3. 소송구조

학술적 연구가 거의 이루어지지 않는<sup>17)</sup> 소송구조의 문제를 선구자적으로 검토한 논문은 “소송구조의 사상적 배경과 현대적 의의”(송상현, 1976)이다. 로마시대부터 시작하여 소송구조의 역사적 배경을 검토하고 각국의 현황을 살펴봄으로써 소송구조의 현대적 의미를 밝히고자 하였다. 이에 따르면, 19세기에는 법과 자선의 결합방식으로 법률구조에 접근한 반면, 근대에 들어서는 점차 법에 의하여 보호되어야 할 권리라는 접근방식을 취하고 있다. 그리고 법률구조에 대해서는 각국의 사회경제적 그리고 문화적 및 관습적 요소를 고려하여 이를 법률적 권리로서 또는 사회복지권으로서 인정하여야 할 것인지 결정하여야 하며, 그 선택에 따라 구체적인 법률구조의 내용이 정해질 수 있다고 본다.

### 4. 소 제기의 효과

#### (1) 중복제소금지의 효과

소 제기의 소송법상 효과로서 가장 중요한 중복제소금지의 효를 채권자대위소송과 관련하여 살펴보고 있는 “채권자대위소송과 중복제소”(호문혁, 1994)는 채권자대위소송의 본질을 새롭게 파악했다는 점에서 매우 큰 의미를 가지는 연구이다. 채권자대위소송의 본질을 대위권이라는 채권자 자신의 권리를 행사하는 것으로 파악함으로써 제3자의 소송담당임을 당연히 해왔던 판례와 다수설의 입장에 회의를 품게 하였다. 채권자대위소송을 제3자의 소송담당이 아니라고 보는 입장에 따라, 대위소송 계속 중 다른 채권자나 채무자가 제기하는 후소를 중복제소라고 보는 판례와 다수설의 입장과는 달리, 소송물이 각기 다르므로 중복제소가

17) 연구논문으로는 오석락, 공해소송과 소송구조, **법조**, 제27권 제12호(1978); 김홍규, 공해소송에 있어서 소송구조, **환경법연구**, 제3권(1981)이 있는 정도이다.

아니며 이 경우에는 대위권행사요건의 불비로 청구기각해야 한다고 보고 있다. 그리고 피보전채권의 부존재 등 실제법상의 문제를 당사자적격의 문제로 보고 있는 판례에 대해서는 소송요건과 실제법상의 법률요건을 구별하지 않고 법률요건을 소송요건화하고 있다는 비판을 가하고 있다.

## (2) 시효중단의 효과

소 제기의 실제법상의 효과로서 가장 중요한 시효중단의 효에 대한 “피고의 방어방법과 시효의 중단”(이시운, 1980)은 피고의 방어방법으로 주장한 권리는 확정되어도 시효중단사유가 아니라고 본 판례에 대해, 이는 민법 제168조에서 규정하고 있는 시효중단사유인 청구를 형식적으로 해석한 것이라고 비판을 가하고 있다. 단지 공격방어방법으로 주장한 권리라 하여도 그것이 청구를 이유 있게 하기 위한 전제로서 원고에 의해 주장되고 이를 기초로 청구가 인용된 경우 또는 청구를 배척하기 위한 전제로 피고에 의해 주장되고 이를 기초로 청구기각의 판결이 있는 때에는 소의 제기에 준하여 시효중단의 효력을 인정하여야 한다는 것이다. 이 경우에는 권리자가 권리 위에서 잠깐 것이라 할 수 없으며, 계속되는 사실상태에 의한 추정력도 깨어진 것이라고 보아야 하기 때문이다. 그리고 비교법적인 고찰로서 독일이나 일본의 판례동향은 시효중단의 대상을 소 제기를 통하여 직접 소송물로 삼은 권리(=기판력으로 확정되는 권리)만이 아니라 방어방법으로서 권리를 주장하여 용인된 경우까지 인정하는 방향으로 시효중단의 객관적 범위를 넓히고 있음을 밝히고 있다. 이후 판례는 그 입장을 완화하여 소유권을 바탕으로 한 명도청구소송에서 소유권에 시효중단의 효를 인정하고 있다.<sup>18)</sup>

## VI. 변론

### 1. 변론주의

민사소송절차의 기본원칙, 특히 변론주의에 관한 “민사소송에 있어서의 이념과 변론주의에 관한 연구”(호문혁, 1989)는 독일에서 변론주의가 발전해온 과정을 상세히 설명하여 변론주의에 대한 전반적인 이해를 돕고, 사회적 소송관의 문제

<sup>18)</sup> 대법 1995.10.13, 95다33047; 1997.3.14, 96다55211 등.

점을 지적하고 있다. 민사소송의 목적이 개인의 권리보호에 있고, 자유롭고 능력 있는 시민을 기본적인 인간상으로 전제하는 경우 민사소송에서는 당사자의 자유와 책임이 대원칙이며 그 파생원칙으로서 변론주의와 처분권주의가 있음을 인식하여야 하고, 이들이 법관의 독립, 법률에 의한 법관의 원칙과 함께 법치국가적 민사소송을 확립하는 데 중요한 요소가 된다고 보고 있다. 특히 그동안 독일에서 변론주의가 많은 변형을 거쳐 왔지만 여전히 민사소송절차에서 가장 중요한 기본원칙으로서 그 지위를 부정할 수는 없으며, 변론주의가 진실발견이라는 민사소송의 목적에 가장 적합함을 강조하고 있다. 그리고 민사소송의 목적과 법관의 역할, 변호사제도의 의의 등을 고려할 때 사회적 소송관이나 협동주의가 변론주의를 대체할 수 없다고 보고 있다.

## 2. 구술변론

구술변론에 관한 비교법적 연구인 “미국 민사소송절차에서의 구술변론 관련법제와 실무운용”(이우영, 2006)은 2002년 우리 민사소송법 개정에서 구술주의를 강화한 것을 계기로 구술주의의 구체적 실현을 위해 미국 연방민사소송규칙이 적용되는 제1심 민사절차를 중심으로 미국에서 구술변론의 법제와 실제적인 운용을 살펴보고 있다. 이에 따르면, 영국에 비해 미국은 구술주의가 많이 후퇴하여 주요사실과 법적 쟁점에 대한 당사자의 주장 중 많은 부분이 서면으로 행해지고 있다. 1심 재판전절차나 약식재판에서 구술변론은 임의적이며, 1심 재판절차에서는 개시진술, 증거제출 후 구술변론, 종결진술 등의 형태로 구술변론이 행해지고 있다. 또한 미국의 배심재판에서 구술변론의 현황을 상세히 소개하고 있어 한국 배심재판제도의 본격적인 운용에 유용한 자료를 제공하고 있다.

# VII. 증거법

## 1. 자유심증주의

사실인정의 실시방법과 관련한 “종합증거와 증거판단의 적부”(방순원, 1960)는 사실인정에 부합하지 않는 증인의 증언을 다른 증거와 결합하여 인정한다는 이유만으로 사실인정의 실시방법에 위법이 없다고 본 판례를 비판하면서 증거를 배척하는 이유를 판문에 명백히 하여야 함을 강조하고 있다.

자유심증주의에 관한 민사소송법 제202조에서는 명시적으로 “변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 ~” 라고 규정하고 있지만 변론 전체의 취지가 독립된 증거원인이 되느냐에 대해서는 논란이 있다.<sup>19)</sup> “사실의 인정과 변론의 전취지”(이시윤, 1964)는 변론 전체의 취지만으로는 계쟁사실을 인정할 수 없다고 한 판례에 대해 비판적인 입장을 취하고 있다. 이 문제를 필자는 변론 전체의 취지의 “증거원인으로서의 독립성”이라고 표현하면서 이를 인정하는 것이 실제적 진실발견에 충실해지는 것이라고 강조하고 있다. 우리 민사소송법은 당사자의 신청에 의한 증거조사를 원칙으로 하고 있기 때문에 증거조사에서 법원의 능동적인 역할이 제약받고 있는 것이 현실이므로 증거조사의 결과에만 의존하여 사실인정을 해야 한다면 실제적 진실발견이 곤란해질 우려가 있다는 것이다.<sup>20)</sup>

위의 견해와 마찬가지로 변론 전체의 취지가 독립된 증거원인이라고 본 논문은 “자유심증주의에 관한 판례연구”(송상현, 1974)이다. 자유심증주의원칙이 실제 재판에서 어떻게 구현되고 있는지를 판례분석을 통해 밝힘과 동시에 변론 전체의 취지의 개념과 내용을 명확히 하고 있다. 판례는 일관하여 증거가치를 평가할 때는 법관의 자유심증에 의하고 그 외의 별다른 제한을 가할 수 없다는 입장을 취하고 있는데, 이에 대해 증거를 종합판단할 때 어느 증거에 의하여 어떠한 사실을 인정하였는지 그 경로와 전후연결을 간결하게나마 명시하여야 한다고 지적하고 있다. 그리고 증거계약에 대해서는 적법한 증거계약은 법관을 구속하므로 그 한도 내에서 증거에 의한 사실인정이 불필요하므로 법관의 자유심증에 의한 증거평가를 제한하는 것으로 보고 있다. 마지막으로 영미증거법을 참고하여 법정증거주의에 보다 접근하면서도 법정증거주의의 추상적 구속성의 폐단을 지양하기 위해 증명과학의 방향으로 나아갈 것을 제시하고 있다.

## 2. 증명책임

증명책임과 증명의 정도에 대해 대륙법과 영미법의 차이를 살펴본 “입증책임과 입증의 정도 - 대륙법과 영국법의 비교 -”(Habscheid, 1991, 번역: 호문혁)는 영미 증거법상의 제도를 선불리 대륙법에 적용하려는 시도가 위험한 일임을 지적하고 있다. 특히 영미법에서는 민사소송이 법관의 내심의 확신에 의해서가

19) 긍정하는 견해로는 호문혁, **민사소송법**, 470면.

20) 그런데 그 후 입장이 바뀌어 지금은 보충적 증거원인설을 취하고 있다, 이시윤, **신민사소송법**, 466면.

아니라 더 큰 개연성에 의해 재판된다는 점에서 대륙법과 차이가 남을 강조하고 있다. 필자는 대륙법의 입장에 서서 권리를 주장하는 당사자에게 그의 권리를 완전히 입증할 것을 요구해야 하며, 만일 법관에게 확신을 심어 줄 입증을 하지 못한 때에는 당해 당사자가 입증책임을 부담하여 소송에서 이기지 못하는 것이 정당한 것이라고 보고 있다.

### 3. 증거개시제도

우리 민사소송법 개정 논의 때마다 빠지지 않고 등장하는 discovery(증거개시절차)제도에 대해서는 비교적 일찍이 “미국민사소송법상의 개시절차”(박영서, 1972)에서 상세히 다루고 있다. 형평법상의 재판에서 유래된 개시절차에 대해 그 장단점과 구체적인 내용을 소개하고 있다. 미국 민사소송에서는 집중심리주의와 일법정일건주의의 적용 그리고 배심제도 등에 의하여 재판의 사전준비가 철저되어야 하므로 개시절차가 필요하게 된 것이라고 그 배경을 설명하고 있다. 이러한 미국의 소송절차에 대한 이해를 전제로 우리나라에서 개시제도의 도입을 검토하면서 민주주의전통의 미약, 법률생활의 미성숙, 증인증언의 불확실성과 변호사비용 등을 이유로 소극적인 입장을 표명하고 있다.

### 4. 서증

문서의 진정성립에 관한 “공문서병존의 경우의 진정성립판단방법과 제3자작성의 사문서성립인정방법”(방순원, 1961)은 사문서에 공무원이 직무상 일정한 사항을 부기했다라도 사문서가 공문서로 되는 것은 아니며 양자가 병존하는 것이고, 진정성립에 관한 증거방법도 달리 취급하여야 한다고 보면서 이에 반하는 판례의 입장을 비판하고 있다. 이후 우리 대법원은 공사병존문서의 경우 공문서부분의 진정성립으로 사문서부분의 진정성립을 추정할 수 없다는 입장을 취하고 있다.<sup>21)</sup> 그리고 논문에서는 문서의 진정성립은 보조사실이기 때문에 당사자의 변론전체의 취지로 인정하여도 무방하다고 보고 있으며, 제3자작성의 사문서를 소송당사자 작성의 사문서와 달리 취급할 필요가 없음을 강조하고 있다.

21) 대법 1989.9.12, 88다카5836.

## VIII. 소송의 종료

### 1. 소송상 화해

당사자에 의한 소송종료의 주요한 원인인 재판상 화해에 대해서는 “민사소송 법상의 화해의 효력”(이영섭, 1960)과 “재판상의 화해”(이시운, 1965)가 판례를 대상으로 살펴보고 있다.

전자는 재판상 화해의 성질에 대해 독일과는 다른 입법적 상황을 근거로 소송 행위설을 지지하면서 판례가 취하는 양행위병존설을 비판하고 있다.<sup>22)</sup> 그리고 소 각하와 청구기각을 구분하지 않은 하급심의 태도를 신랄하게 비판하면서 법전편 찬위원회가 엮은 민사소송법초안이 소의 각하와 청구기각을 구별하지 않고 모든 경우에 기각으로 표현했던 점을 그 원인으로 지적하고 있다.

후자는 재판상 화해에 대한 대법원의 판례를 수집정리한 것인데, 화해조서의 효력에 대해서는 제한적 기판력설의 입장을 취하고 있다.<sup>23)</sup> 그 근거로는 공권적 해결방식인 판결과 자치적 해결방식인 화해가 본질적으로 다르다는 점, 그리고 정확한 사실확정과 법 적용 및 삼심제에 의한 검토 등을 통해 나온 확정판결과 당사자간에 법률을 떠난 이해관계조정의 결과로 나온 화해조서는 그 성립과정에서 차이가 난다는 점을 들고 있다. 이에 따라 민사소송법에 규정된 재심사유는 확정판결을 전제로 한 것이어서 이를 화해의 하자에 적용하는 것은 무리라고 보았으며, 화해조서에 재심 외에는 하자의 구제방법을 보장하지 않은 것은 국민의 재판청구권에 대한 침해라고 보았다. 그리고 화해조서에 기판력이 인정되면 확정 판결보다 기판력의 범위가 더 넓게 인정된다는 문제점을 지적하고 있다.

### 2. 외국법원의 판결

외국판결의 승인집행문제를 다루고 있는 “프랑스민법상의 국적전속재판관할규정 - 프랑스판결의 국내법상의 집행에 있어서 상호보증요건의 검토 -”(남효순, 2001)는 한국과 프랑스에서 요구하고 있는 외국판결의 승인요건을 기초로 하여 프랑스민법의 국적전속관할규정의 문제점을 살펴보고 있다. 즉, 프랑스인에게 국

22) 그러나 판례의 주류적인 입장은 소송행위설이다, 호문혁, **민사소송법**, 730면. 대표적으로 대법(전) 1962.2.15, 4294민상914; 1963.10.10, 63다333.

23) 우리 판례는 대법(전) 1962.2.15, 4294민상914 이래 무제한기판력설을 취하고 있다. 이에 비해 일본의 판례는 제한적 기판력설이다, 이시운, **신민사소송법**, 523면.

제사법상의 재판관할권에서 특권적 지위를 인정하고 있는 프랑스민법의 국적전속관할규정이 우리나라에서 프랑스판결이 승인집행되기 위해 갖추어야 할 상호보증요건에 어떠한 영향을 미치는지 그리고 프랑스판결이 우리나라에서 승인집행되기 위해 필요한 상호보증의 요건을 갖출 수 있는지를 검토하고 있다. 그 결과 우리나라와 차이가 있는 프랑스법상의 승인요건인 재판관할권과 입법관할권 때문에 우리나라의 판결이 프랑스에서 승인집행되기는 어려우며, 프랑스법상의 외국판결의 승인요건이 우리법의 그것보다 엄격한 요소를 가지고 있음을 지적하고 있다. 따라서 프랑스법이 실질적으로 우리나라에 대해 상호보증하고 있는 것으로 보기는 어렵다.<sup>24)</sup>

### 3. 기판력

기판력에 대해서는 우리와 법체계가 같은 독일법에 대한 연구뿐 아니라 영미, 특히 미국법에 대한 연구가 함께 행해졌다는 점이 주목할 만하다. 일반적으로 기판력 문제는 대륙법적 관점에서 접근하고 있기 때문이다.

우선 기판력의 기원과 본질에 관한 “기판력에 관한 연구”(방순원, 1962)는 독일의 기판력이론을 종합정리하여 소개하고 있다. 이를 바탕으로 기판력의 본질에 대해서는 소송법과 실체법이 구체적으로 교섭한 성과로서 종합적으로 파악하여, 기판력이란 확정판결이 당해 소송의 목적에 대해 발생하는 실체적 확정력에 기인하여 후소를 구속하는 소송절차상의 구속력이라고 정의내리고 있다. 기판력의 범위, 특히 주관적 범위에서는 채권자대위소송의 경우 채무자에게 기판력이 미친다는 입장을 취하고 있다.<sup>25)</sup>

영미법, 특히 미국의 기판력제도에 대해서는 “미국민사소송에 있어서 기판력에 관한 연구”(김주상, 1972)가 대륙법과 대비되는 미국법의 기판력에 대해 그 내용과 주관적 범위(Persons affected by Res Judicata)를 중심으로 설명하고 있다. 기판력의 내용을 흡수(merger)와 저지(bar)의 법칙(소송원인분할금지의 원칙 rule against splitting a cause of action)과 부수적 금반언(Collateral estoppel)으로 설명

24) 우리 판례는 상호보증의 요건을 완화하여 우리나라와 외국사이에 동종판결의 승인요건이 현저히 균형을 잃지 않고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없으면 요건이 충족된 것으로 보고 있다, 이시운, **신민사소송법**, 560면.

25) 우리 판례는 채무자에게 기판력이 미치지 않는다는 입장이었다가 대법(전) 1975.5.13, 74다1664에 의해 채무자가 대위소송사실을 안 경우에는 채무자에게 미친다고 하는 절충설로 태도를 바꾸었다.



하고 있는데, 전자에 따르면 전소에서 승소한 원고는 청구와 청구원인이 전소판결에 흡수되어 다시 거론할 수 없으며, 청구원인의 일부가 누락되었다고 이를 기초로 다시 제소할 수 없다. 그리고 전소에서 승소한 피고는 전소의 주체가 되었던 모든 청구와 청구원인을 멸각시키므로 원고는 다시 소를 제기할 권리를 상실하게 되는 것이다. 부수적 금반언의 원칙은 전소에서 다투어져 결정된 사항에 대해서는 다시 다퉴 수 없도록 제한을 가하고 있는 것이다. 기판력의 주관적 범위에 대해서는 당사자나 당사자관계에 있지 않은 제3자라도 일정한 요건하에서는 전소판결을 인용할 수 있도록 하는 추세임을 지적하면서 이는 분쟁에 종지부를 찍어 법적 안정을 도모함과 동시에 소송경제 및 형평에 이바지하려는 것임을 강조하고 있다.

## IX. ADR

법원의 업무가중 등을 이유로 가능한 한 법원의 재판에 의하지 않고 분쟁을 해결하려는 방안을 장려하는 것은 오늘날 전 세계적인 경향이다. 우리나라 역시 예외는 아니어서 학문적으로나 실무적으로 대체적 분쟁해결방안에 대해 많은 관심을 보이고 있다. 이러한 현상을 반영하듯, “법학”에서도 ADR에 관한 연구가 상대적으로 큰 비중을 차지하고 있다. 한국의 중재제도 뿐 아니라 외국의 ADR에 관한 폭넓은 연구는 우리나라에서 ADR이 정착되고 활성화되는 데 중요한 기반이 될 것이다.

### 1. 중재제도 일반

한국 중재제도가 국제성을 가지기 위한 바탕을 검토하기 위해 중재제도의 일반론을 기초로 한국 중재제도의 특성과 성격을 살펴보고 있는 “한국중재제도의 국제성 검토”(정기인, 1981)에 따르면, 한국 중재법은 전통적인 대륙법계 중재이론을 바탕으로 하고 있으며, 중재인의 역할을 준사법적인 차원에 묶어두려고 하는데 그 특징이 있으며 우의적 중재(amicable composition)에 속한다. 이러한 본질을 가진 한국 중재제도의 국제성을 제고하기 위해서는 중재제도의 국제적 통일을 위한 움직임에 적극 참여할 것을 강조하고 있다.

한국의 상사중재제도에 관해 폭넓게 다루고 있는 “Commercial Arbitration: A

Dimensional Concept of Mediation – Korean Experience –(I)(II)”(송상현, 1985/1986)은 우선 분쟁발생과 해결방법을 사회적 관점에서 유기적으로 고찰한 후 이를 바탕으로 조정, 강제조정 및 알선에 대해 법원의 재판과 비교하여 그 장점 및 특성을 살펴보고 있다. 비교법적인 고찰로서 당사자주의가 지배하는 미국의 소송 구조로부터 우리와는 다른 법관과 변호사의 역할 그리고 이에 기한 ADR의 적극적 활용측면을 지적하고 있다. 구체적으로 중재에 대해서는 한국 중재법의 주요 내용인 중재합의, 중재절차의 구체적인 진행, 중재판정 및 집행을 중점적으로 설명하고 있다.

중재의 특수한 분야로서 오늘날 많은 관심의 대상이 되고 있는 소비자중재의 문제는 “소비자중재에서 소비자보호의 문제”(정선주, 2008)에서 다루고 있다. 분쟁해결의 신속성과 절차의 유연성 등 중재제도가 가지는 일반적 장점에 근거하여 소비자분쟁에서도 중재제도가 적극 활용될 필요가 있음을 지적하면서, 소비자중재에서 소비자보호의 필요성과 그 방안을 검토하고 있다. 소비자보호를 위해서는 소비자중재를 중재대상에서 제외하거나 중재합의의 시기나 방식에 대해 제한을 가하는 것보다는 예방적 차원에서 소비자에 대한 정확한 정보제공의무 부과 등이 필요하며, 소비자보호입법을 고려하지 않은 중재판정에 대해 취소의 소를 인정하는 것과 같은 사후적 통제방식은 피해야 함을 강조하고 있다.

## 2. 중재지

중재제도에서 중재지는 매우 중요한 의미를 가진다. 전통적으로 중재지는 법정지와 같은 의미를 가져 중재절차를 규율해 왔다. 물론 오늘날에 와서는 중재절차의 진행 등을 당사자의 합의로 정할 수 있어 종전보다 중재지의 의미가 상대적으로 약화되었지만 여전히 중재지는, 특히 국제상사중재에서는, 중재판정취소에서 결정적인 역할을 하고 있다.<sup>26)</sup> 중재판정의 취소사유 및 절차에 대해서는 중재지국의 법에 의하고 있기 때문이다.

“A Place of Arbitration: Laws and Regulations of Korea”(유성근, 1981)은 국제중재를 비롯한 중재에서 중재지가 가지는 중요한 의미를 부각시키면서 한국 중재법상 중재지에 관한 규정과 중재지에 관한 양자간 또는 다자간 국제협약 및 중재기구간의 협약내용을 중심으로 중재지 결정의 문제를 고찰하고 있다. 중재지 결정에서는 당사자의 의사가 중요하며, 특히 한국 중재법상 상사중재지 결정에서

26) 석광현, *국제상사중재법연구*, 195면 이하.

는 피고주소지원칙(defendant domicile rule)이 배제되어야 한다는 입장이다.

### 3. 국제상사중재

중재제도는 특히 국제상사관계에서 큰 의미를 가지는데, 국제상사분쟁의 효율적인 해결을 위해 중재제도가 활성화된 것이라고 해도 과언이 아니다.

“국제상사중재규범에 관한 일고찰”(송상현, 1983)에서는 국제상사중재에서 중요한 논점인 중재지, 다수당사자중재와 뉴욕협약에 관하여 검토함과 동시에 주요 국제중재지인 영국, 프랑스, 스위스의 중재법을 비교법적으로 살펴보고 있다. 또한 서구법체계와는 상이한 아랍국가의 중재법을 소개하고 있는 점이 눈에 띄인다. 그리고 근래에 들어서 관심의 대상이 되고 있는<sup>27)</sup> 다수당사자중재를 비교적 이른 시기에 살펴보고 있어 중재제도의 발전 방향을 예견하여 제시하고 있다.

국제상사중재에 관한 일반론을 넘어서 좀 더 구체적으로 대한상사중재원의 중재규칙을 검토하고 있는 논문은 “대한상사중재원의 2007년 중재규칙의 주요내용과 그에 대한 평가”(석광현, 2008)이다. 2007년 대한상사중재원의 중재규칙 중 중재인 선정방법의 국제화와 중재인 수당의 현실화 등에 대해서는 국제경쟁력 측면에서 긍정적으로 평가하고 있다. 그러나 중재법과 신규칙의 관계에서 나타나는 불명확성, 국제중재규범을 이원화하고 있는 점 그리고 개별조문에 나타난 문제점 등에 대해서는 비판적인 입장을 취하고 있다. 이 논문에서 지적하고 있는 사항은 현재 대한상사중재원의 중재규칙 개정작업에서 상당부분 반영되고 있어 중재실무의 발전에 견인차 역할을 하고 있다.<sup>28)</sup>

### 4. 조정

Berkeley Law School 교수인 Bundy는 “Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States and Korea: A Comparative Analysis”(Stephen McG. Bundy, 2001)에서 미국과 한국의 법원연계형 ADR에 대해 비교법적으로

27) 김명엽, 다수당사자중재의 문제점에 관한 고찰, **중재연구**, 제13권 제1호(2003); 강수미, 다수당사자중재에 있어서 중재인 선정방법, **중재연구**, 제18권 제2호(2008); 유병욱, 국제상사분쟁에서 다수당사자중재의 논의현황과 문제점에 관한 연구, **무역학회지**, 제13권 제1호(2008).

28) 대한상사중재원, 중재규칙 개정안 2009 참조.

분석하여 한국의 ADR 발전에 주요한 시사점을 제시해 주고 있다. 한국과는 달리 미국 민사소송절차는 당사자주의에 기초하고 있어 법관의 역할이 매우 수동적인 데 비해 변호사가 핵심적인 역할을 하고 있는 점, 민사소송사건 수의 급증에 대한 대응방안으로 판사 증원의 어려움으로 인해 다양한 ADR을 도입하게 된 점을 바탕으로 ADR이 발전하게 된 이유를 지적하면서 한국에서 ADR의 활성화를 위해서는 제도의 도입목적, 효과 및 부작용에 대해 실질적으로 검토할 필요가 있음을 강조하고 있다. 특히 미국의 예에 비추어 ADR에 적합한 사건을 중심으로 숙련되고 경험이 많은 중립적인 제3자가 절차를 진행하도록 할 때에만 ADR에 의한 분쟁해결방안이 실질적으로 소송비용을 경감시키고 소송지연을 억제할 수 있음을 지적하고 있다. 나아가 한국의 ADR 발전을 위해 ADR에 대한 적극적인 교육의 실시 및 변호사의 참여확대 그리고 법원이 관여하지 않는 ADR기관의 별도 설치 등을 제안하고 있다.

경제학적 관점에서 ADR을 분석하여 ADR 활성화에 기여하고 있는 논문은 “대안적 분쟁해결제도(ADR)의 경제학 - 환경분쟁조정제도에 대한 평가를 중심으로 -”(조홍식, 2006)이다. 이 논문에서는 특히 환경분쟁을 대상으로 하여 적절한 분쟁해결방안으로서 ADR을 제시하고 있다. 환경분쟁에서는 소 제기가 사회적으로는 바람직하지만 개인에게는 소 제기의 유인이 없는 공공재적 성격과 집합행위의 어려움이라는 특성을 가지고 있어 환경소송이 과소제기되는 문제점을 안고 있는데, 이를 해결하기 위해서는 환경분쟁비용을 최소화하는 것이 필요하며 이에 가장 적합한 것이 ADR이라는 것이다. ADR의 성공적인 운용을 위해서는 특히 오판비용을 줄이는 것이 필요한데, 이를 위해서는 당사자 사이의 원활한 정보교환과 의사소통, 비용의 본인부담, 임의적 ADR의 권장과 구속력 인정, ADR 이용자에 대한 국가보조금지급의 금지, ADR에 대한 적극적인 홍보 그리고 재판 청구권 및 법치주의원칙의 준수 등이 보장되어야 함을 지적하고 있다. 오판비용을 줄여 환경분쟁조정제도를 활성화시키기 위해서는 환경분쟁조정위원회의 중립성과 독립성 보장, 분쟁조정절차의 공정성 제고 등이 필요함도 강조하고 있다.

## X. 민사집행법

민사집행법은 재판절차에 비해 상대적으로 학술적 연구가 미진한 부분이다. 이는 연구자의 부족도 한 원인이겠지만 지금까지 민사집행법이 법과대학의 개설과

목에서 제외되어 왔던 점, 국가시험과목에서 빠져 있었던 점 그리고 매우 복잡한 실무로 인해 집행절차 담당자가 아닌 한 그 내용을 정확히 알 수 없다는 어려움 등이 복합적으로 작용한 결과이다. 이러한 환경을 반영하듯, “법학” 역시 민사집행법 분야의 논문은 많지 않다. 그러나 개별 논문이 가지는 의미까지 결코 적은 것은 아니다.

“가집행선고부 처분금지가처분 취소판결에 대한 집행정지가처분결정”(김용진, 1972)은 가처분에 관한 판결에 대해 그 판결법원이 잘못된 판단을 하였더라도 강제집행정지조치로써 구제할 방도가 없다고 본 대법원의 기존 입장을 비판하면서 그 변경을 촉구하고 있다. 가집행선고부 가처분취소판결에 대해서도 집행정지를 청구할 수 있다고 보아야 함을 강조하고 있는데, 종전까지 대법원은 지속적으로 가처분에 관한 판결에 대하여는 상고가 제기되더라도 집행의 정지나 취소를 청구할 수는 없다고 보았다. 이 후 판례<sup>29)</sup>는 가처분의 내용이 중극적 만족을 얻게 하는 것으로서(회계장부 및 서류 등의 열람등사가처분) 집행에 의해 채무자에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 한하여 집행정지의 가능성을 인정하는 방향으로 바뀌었다.<sup>30)</sup> 그리고 민사집행법은 제309조 제1항에서 이러한 판례의 입장을 수용하여 엄격한 요건하에 이행적 가처분에 한하여 가처분의 집행정지와 집행취소의 가능성을 명시하고 있는데, 이러한 발전에는 위 논문이 기초가 되었다.

민사집행법 분야의 비교법적 연구로서 “독일 강제집행법에 관한 연구”(호문혁, 2001)는 독일 강제집행법의 특징을 우리법과 비교하여 살펴봄으로써 우리 강제집행법의 개정착안점을 제시하고 있다. 우선 독일은 압류채권자 우선주의를 취하고 있고 우리는 평등주의를 취하고 있는데, 강제집행이 도산절차와 유사한 모습이 되지 않도록 하기 위해서는 우리 법도 평등주의를 채택할 것을 제안하고 있다. 그리고 독일이 채무명의에 수인명의를 인정하고 있고 담보권 실행을 위한 강제집행에서도 채무명의를 필요로 하고 있는데 비해, 우리는 임의경매와 강제경매를 구분하여 강제경매에만 채무명의를 요하고 있는 점을 지적하면서 독일의 입법태도가 집행절차를 간명하게 할 수 있다고 판단하고 있다. 뿐만 아니라 우리나라에서 민사사건의 형사화를 막고 채권자의 효율적인 만족을 위해서는 독일에서 인정하고 있는 인적 집행의 도입을 고려해 보아야 함도 제안하고 있다. 마치

29) 대법 1997.3.19, 97그7.

30) 이시훈, **신민사집행법**, 546면.

막으로 사법보좌관제도를 단순히 법관의 보조자가 아니라 독일처럼 적극적으로 활용한다면 특히 강제집행절차에서 법관의 업무를 경감시킬 수 있을 것으로 보고 있다.

## XI. 비교법적 연구

외국법에 대한 연구는 우리 법의 발전을 위해 타산지석으로 삼을 수 있다는 점 그리고 우리가 외국에서 소송을 하게 될 때 외국법에 대한 정확한 지식의 결여로 입게 될지 모를 불이익을 방지할 수 있다는 점에서 큰 의미를 가지는 것이다. “법학”에는 그동안 외국법의 주요 내용을 연구한 논문과 외국학자가 직접 방문하여 강연한 내용이 수록되어 있어 비교법적인 연구에 많은 기여를 하고 있다. 특히 민사소송법 분야에서는 전체 49편의 논문 중 16편이 비교법적 연구이어서 상대적으로 큰 비중을 차지하고 있다. 비교법적 연구내용은 크게 영미법과 대륙법으로 나누어 살펴보면, 이미 앞에서 언급한 논문은 그 내용을 생략한다.

### 1. 영미법

영미법상 선례구속의 원칙은 Puerto Rico대학의 법대교수였던 Helen Silving의 “‘STARE DECISIS’ IN THE CIVIL AND IN THE COMMON LAW”(1964)에서 상세히 고찰되고 있다. 특히 이 논문에서는 선례(precedent)가 판례법과 성문법에서 가지는 의미를 독일법의 예와 비교하여 살펴보고 있다. 그리고 보통법(common law)에서 선례의 법학적 배경과 재판에 나타난 선례의 개념을 살펴보고, 판결이유(ratio decidendi)에 대한 선례구속의 원칙의 적용여부를 검토하고 있다. 선례구속의 원칙을 효율적으로 적용하기 위해서는 판결형식을 엄격하게 규정하여 판결주문과 이유부분이 명확히 드러나도록 해야 함을 강조하고 있다.

이에 이어 Florida법대의 E. L. Roy Hunt는 “AMERICAN CIVIL PROCEDURE: THE QUEST FOR JUSTICE”(1967)에서 그동안 형사소송에 비해 상대적으로 등한시 되어 왔던 미국 민사소송절차에서 적법절차원칙(due process)의 발전 과정을 살펴보고 있다. 실체적(substantive) 적법절차원칙이 일사부재리의 원칙이나 변호인의 조력을 받을 권리 등 주로 형사사건에서 중요성을 인정받은 데 비해, 절차적(procedural) 적법절차원칙은 민사재판에서 큰 의미를 가짐에도 불구하고 등한

시되어온 점을 지적하면서 민사재판에서 정의의 발전과정을 영국의 형평법시대부터 시작하여 미국의 식민지시대를 거쳐 근대에 이르기까지 역사적으로 고찰하고 있다. 소송을 스포츠경기와 같은 것으로 이해했던 입장이 1938년 연방법원에 보통법과 형평법이 융화된 연방민사소송규칙이 적용됨으로써 정의를 찾는 것에 가까워졌음을 강조하고 있다.

위의 두 논문이 영미법상 민사소송법의 원론적인 내용을 다루고 있는 것이라면 우리 민사소송법 개정논의 때마다 등장하는 실질적인 문제를 다루고 있는 논문은 “미국민사소송법상의 개시절차”(박영서, 1972)와 “미국 Class Action의 재고”(송상현, 1980)이다. 전자는 집중적이고 효율적인 증거조사를 위해, 후자는 집단분쟁의 해결방안으로서 늘 관심의 대상이 되고 있는 미국의 두 제도를 비교적 이른 시기에 상세히 다루고 있어 민사소송법 개정논의의 방향을 제시하는 역할을 하였다.

미국의 기관력제도에 대해서는 “미국민사소송에 있어서 기관력에 관한 연구”(김주상, 1972)가 소개하고 있으며, “영국에 있어서의 forum non conveniens를 이유로 하는 소송의 정지”(이호정, 1995)는 2001년 국제사법 개정 시 논의가 되었던 영미법상의 forum non conveniens에 관해서 상세히 살펴보고 있다.

미국과 한국의 법원연계형 ADR을 비교분석한 “Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States and Korea: A Comparative Analysis”(Stephen McG. Bundy, 2001)는 한국의 ADR 발전에 필요한 중요한 제안 등을 통해 한국 ADR 발전에 기여하고 있다.

“미국 민사소송절차에서의 구술변론 관련법제와 실무운용”(이우영, 2006)은 미국에서 실제로 구술변론이 어떻게 운용되고 있는지를 법제와 실무를 통해 살펴봄으로써 2002년 개정 민사소송법에 의해 강화된 구술주의의 구체적인 실현에 주요한 착안점을 제시해주고 있다.

## 2. 대륙법

독일의 통일과 관련하여 법체계의 차이를 다루고 있는 “독일의 통일과 관련된 민법과 민사소송법상의 제문제”(Peter Arens, 1990, 번역: 호문혁)는 우리나라에서 남북한의 법통일을 대비하는 데 많은 점을 시사해주고 있다. 논문에서는 동독과 서독의 민법 및 민사소송법의 차이점을 대비하고 각 법의 발전과정을 설명함으로써 양국의 사법체계에 대한 이해를 돕고 있다. 대표적으로 동독의 민법(ZGB)

이 경제거래를 제외한 일상생활을 위한 순수한 소비자법인 반면, 서독의 민법(BGB)는 개인이나 경제단위의 경제활동을 대상으로 하고 있어 경제생활전체에 적용되는 법이라는 점에서 큰 차이를 보이고 있다. 또한 민사소송과 관련하여서는 법관의 지위, 즉 독립성에 대한 문제 및 객관적 진실확정주의가 적용되던 동독에서 변론주의 적용의 어려움을 지적하고 있다.

독일 내부의 통일을 넘어서 유럽 전체의 통합과 관련한 법통일에 대해 관심을 불러일으키고 있는 것은 “유럽 민사소송을 향한 길? — 유럽에서의 법통일의 현황과 진전 경향 —”(Dieter Leipold, 1997, 번역: 호문혁)이다. 여기서는 1968년의 브뤼셀협약(EuGVÜ, 민사 및 상사사건의 재판관할 및 재판의 집행에 관한 유럽 공동체협약)을 기초로 유럽통합과 함께 행해지고 있는 법통일 작업의 하나로서의 무이행지와 국제적 중복소송에 대한 유럽법원의 새로운 경향을 살펴보고, 소송비용담보에 관하여 차별금지를 명하는 유럽법원의 판례가 회원국의 국내법에 미치는 영향을 검토하고 있다. 나아가 유럽민사소송법 제정에 대한 Storme위원회의 제안내용을 소개하고 있으며, 마지막으로 유럽민사소송법의 바람직한 발전방향으로서 국제송달, 국제증거조사, 국제강제집행과 국경을 넘는 잠정적 권리보호제도에 대해 우선적인 통일을 이룰 것을 제안하고 있다.

이론적으로나 실무적으로 관심도가 높은 독일 소송물이론에 대해서는 “신소송물론”(이영섭, 1961), “소송물이론에 관한 발전과 동향 — 서독 민사소송법학계의 경우 —”(이시윤, 1969/1971)과 “민사소송에 있어서의 소송물이론의 발전”(Habscheid, 1990, 번역: 호문혁) 3편의 논문이 독일 소송물이론의 정확한 내용과 그 발전 과정을 이해하는 데 도움을 주고 있다.

영미법과 대륙법의 증거법의 차이를 설명하고 있는 “입증책임과 입증의 정도 — 대륙법과 영국법의 비교 —”(Habscheid, 1991, 번역: 호문혁)는 증명책임과 증명도에서 양법체계의 이해를 돕는 데 기여하고 있다.

독일 강제집행법의 특징을 우리법과 비교하여 살펴보고 있는 “독일 강제집행법에 관한 연구”(호문혁, 2001)는 우리 강제집행법의 개정착안점까지 제시하고 있어 강제집행법의 발전을 이끌고 있다.

“프랑스민법상의 국적전속재판관할규정 — 프랑스판결의 국내법상의 집행에 있어서 상호보충요건의 검토 —”(남효순, 2001)는 프랑스판결이 실제로 우리나라에서 승인될 수 있는지를 살펴봄으로써 외국판결의 승인집행에 대한 검토기준을 제시하고 있다는 점에서 큰 의의를 가진다.



## XII. 마치며

이미 서두에 언급하였듯이, “법학”이 민사소송법의 이론과 실무발전에 많은 기여를 한 것은 사실이지만, 민사소송법 자체가 안고 있는 한계, 즉 민사소송법의 학문성에 대한 인식 부족과 연구자 수의 절대 부족 등으로 인하여 “법학” 역시 민사소송법 분야의 논문 수는 상대적으로 적은 편이다. 연구주제 또한 몇몇 주요 쟁점에 집중되어 있고 전체 쟁점들을 다루지 못하고 있다. 그런데 이러한 한계는 앞으로 법학전문대학원 체제의 정착과 함께 극복되어질 것으로 보인다.

법학교육과 법조인 양성의 형태가 법학전문대학원 체제로 바뀐에 따라 가장 큰 관심과 필요성을 보이고 있는 분야는 바로 민사소송법이다. 전임자의 수가 대폭 증가하였고, 학문적 관심 역시 빠르게 성장하고 있다. 이러한 변화에 힘입어 앞으로 “법학”에서도 보다 다양한 주제들에 대한 연구가 활발히 이루어질 것으로 보인다. 다만, 그 전체 방향은 법학으로서 민사소송법의 이론적 측면 뿐 아니라 재판으로서 민사소송법의 실무적 측면이 함께 아우러질 수 있는 내용이 되어야 할 것이다.

이러한 입장에서 볼 때, 가장 최근에 발표된 “민사재판에서 이론, 법리, 실무” (권영준, 2008)는 민사소송법 분야의 발전 방향을 제시해주고 있다는 점에서 큰 의미를 가지는 것이다. 민사재판에서 이론, 법리, 실무의 세 가지 측면이 각각 어떠한 기능을 수행하고 있는지 그 역할과 조화가능성을 살펴보고 있는데, 이에 따르면 법리는 민사재판의 실제적 규범을 형성하는 것으로서 예측가능성을 높이고 합리적인 판단의 틀을 제공함으로써 안정화 기능을 수행하며, 실무는 추상적인 법리와 개별사건사이에서 그리고 전체적인 이론체계와 사회 현실 사이에서 조정의 역할을 함으로써 최적화 기능을 수행한다. 그리고 이론은 법리와 실무의 배후에서 이들을 정당화하는 기능을 수행한다. 이러한 세 가지 요소가 적절하게 서로 협력함으로써 바람직한 결과를 창출할 수 있으므로 실무가와 연구자, 법조계와 법학교육계, 재판과 사법행정의 의사소통과 역할분담이 이루어져야 함을 강조하고 있다.

이러한 결론은 법학전문대학원 체제의 출범과 함께 민사소송법 분야에서 “법학”이 나아갈 방향을 제시해주고 있는 것이다. 앞으로 “법학”의 민사소송법 분야에서는 이론과 법리, 실무를 종합하여 상호 유기적으로 작용할 수 있는 연구가 이루어져야 할 것이다.