

多國籍民事訴訟法假案에 대한 일반적 고찰

宋 相 現*

I. 머리말

필자는 美國法曹協會(American Law Institute)의 국제자문위원으로서 현재 多國籍民事訴訟法假案(Draft of Transnational Rules of Civil Procedure, 1999. 4. 1.)을 성안하고자 토의하는 국제회의에 작년과 금년에 걸쳐 계속 참가한 바 있다. 一見이 초안은 주로 미국을 제외한 영미법계 국가, 즉 영국, 캐나다 및 호주의 민사소송법과 유사한 골격을 가지고 있다고 하겠다. 물론 이같은 다국적민사소송법을 성립시키려는 노력에 대하여 시기상조라거나 회의적 시각을 보이는 입장도 많다. 영미법과 대륙법의 차이, 그리고 영미법국가간에서도 특히 미국법과 그 실무의 독특한 발전 때문에 이같은 차이를 극복함이 과연 가능한가 하는 근본적 의문이 있다. 그러나 대륙법과 영미법의 구별에 너무 집착하거나, 미국법의 독특함, 즉 전체변론기 일전에 광범위하게 사실발견을 하고자 하는 證據開示節次(Pre-trial Discovery)와 陪審裁判制度(Jury Trial)에 대해서도 너무 겁낼 필요가 없다고 본다. 따라서 논의를 거듭한 결과 세계적으로 통용될만한 절차법은 배심재판을 배제하고 현재 미국에서 시행중인 것보다 훨씬 제한된 證據開示節次를 채택해야 된다는 점에는 일응 합의하였다. 또한 다국적민사소송법안의 적용범위에서 人命死傷 및 不法行爲 死亡訴訟을 제외하기로 합의하였다. 미국법의 입장에서는 그러한 종류의 사건에 배심재판을 불허한다면 위헌일 것이기 때문이다. 그러므로 본법안의 주된 적용범위는 결국 “비즈니스 분쟁(business dispute)”에 관한 것이다.

또 한가지 문제는 當事者 主導의 證據開示(discovery)가 적절한가 여부이다. 대부분의 대륙법국가에서는 당사자의 대리인인 변호사가 증인을 만나는 것조차 불법으로 본다. 만나서 대리인이 위증을 교사하는 등 증인을 오염시킬 우려가 있기 때문이다. 그러나 영미법국가에서는 증인이 의도한대로 증언하는 것이 실무상 공정한 절차를 위하여 기본적이라는 인식 하에 증언을 공개하려면 증인의 사전면담을 허용

* 서울大學校 法科大學 教授

하여야 한다고 본다. 이러한 차이에도 불구하고 본법안은 소송중 증인의 사전접촉을 정면으로 허용하기로 하였다.

본법안에 대하여는 대체로 긍정적 반응이 많다. 다소간의 반대가 없는 것은 아니나 본법안은 필자를 포함한 다수의 양대법계 민사소송법학자와 실무가들이 모여서 많은 토의를 거쳤고, 마지막 정리도 미국의 Geoffrey C. Hazard 교수와 대륙법계의 이태리 Michele Taruffo 교수가 공동으로 수고한 것이므로 균형을 잃지 아니하였다고 생각된다.

절차법의 국제적 조화는 국경을 초월한 각종 거래와 이동이 증가함에 따라 더욱 시급하게 되었다. 각국의 법제도상의 차이를 줄여서 유사한 경기규칙을 제정함으로써 국경을 초월한 법률분쟁의 비용과 불편을 극복할 수 있도록 調和를 추구하여야 한다. 물론 조화는 실체법에서도 가능하고 실체법에서 통일과 조화가 먼저 이룩되면 절차법에서의 조화가 더 용이해진다. 실체법, 특히 상거래나 자본거래분야에서는 다수의 조약이나 국제협약이 발효되었고, 심지어 근로자나 어린이 등의 인권을 다루는 분야에서도 유사한 조약이 성립되었다.¹⁾

반면에 절차법분야에서는 별로 진전이 없다. 그 이유는 각국의 절차가 너무 다르고 이는 각국의 정치적 연혁과 문화적 전통에 깊은 바탕을 두고 있으므로 법제도간의 차이점을 줄이거나 일치시키는 것이 허용되지 아니한다는 인식이 있기 때문이다. 물론 절차법에 관한 국제협약, 즉 國外證據蒐集에 관한 헤이그協約이나 判決承認에 관한 유럽協約 등이 없는 것은 아니다. 1997년의 民商事事件에 관한 國際管轄과 外國判決에 관한 헤이그 會議와 같이 인적 관할과 판결승인에 관한 일반적 협약에 관한 노력이 계속되고 있다.²⁾ 절차법에 관한 국제협약은 그 동안 주로 인적 관할의 기초와 소송개시를 위한 송달 메카니즘 및 판결의 승인에 관하여 주로 다루어져 왔다. 벨지움의 Marcel Storme³⁾ 교수의 준비작업을 보면 청구의 법률적 구성방법, 증거의 개발 및 결정절차 등에 관하여 대략 조화를 이룩할 수 있는 가능성을 제시하고는 있으나 사실 이런 문제들은 아직도 거의 국내법에 의하여 좌우된다.

國際商事仲裁은 국내법원에서의 재판에 가름하는 절차라고 볼 수 있다. 그러나 국제중재협약들도 司法節次에서의 국제소송을 다루는 협약들과 마찬가지로 제한된 적용범위만을 가지고 있다. 국제중재협약들은 중재절차개시와 중재판정의 승인에

1) 예컨대 아동권리협약(1989), 여성차별철폐협약(1979), 유엔인권규약 (A규약 및 B규약포함, 1996), 국가와 타국국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약(1965) 등.

2) 예컨대 Catherine Kessedjian, Hague Conference on Private International Law, International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (April, 1997).

3) Marcel Storme (ed.) Approximation of Judiciary Law in the European Union (Kluwer, 1994)

관하여 규정할 뿐 국제중재절차 그 자체에 관하여는 별로 언급이 없다.⁴⁾ 오히려 중재심리절차에 관하여는 절차적 기본규칙을 중립중재인이 결정하는 것으로 특약하는 경우가 많다.⁵⁾

본법안은 각국 정부가 비준하고 그 국가의 일반법원이 국제거래분쟁을 재판할 때 보편적으로 적용할 수 있는 절차를 마련하고자 의도하였다.⁶⁾ 부분적으로는 미국 각 주의 다른 절차를 통일하기 위하여 반세기전에 성립된 美國聯邦民事訴訟節次規則(The Federal Rules of Civil Procedure)을 많이 참고하였다. 왜냐하면 이 연방 규칙은 불가능하게 보이던 50개 주의 절차를 단일체도로 묶는데 성공하였기 때문이다.⁷⁾

II. 양대법계의 절차상 유사점

사실 대부분의 현대적 민사절차법과 제도는 각국의 내재적 요구 때문에 상당히 많은 기본적 유사성을 가지고 있다. 토론을 통하여 추려낸 8개의 유사점을 보면 1) 人的 管轄과 事物管轄의 基準; 2) 中立的 裁判官의 資格, 權限, 地位; 3) 被告에 대한 送達節次; 4) 請求(趣旨 및 原因)構成의 原則; 5) 證據를 통한 事實認定; 6) 鑑定 證言規定; 7) 審判節次와 不服節次; 8) 判決의 確定에 관한 原則 등이다.

이중에서 인적 관할에 관한 규정, 송달 및 판결의 승인에 관한 규정 등은 나라간에 상당히 유사하여 국제협약을 통하여 해결할 수 있을 것으로 보인다.⁸⁾ 중립적 재판관에 관한 문제는 각국의 절차법마다 법관이 당사자와의 관계에서 이해관계가 없음을 보장하는 규정을 가지고 있으므로 국제소송에서도 역시 이 원칙을 선언한 각국의 국내법 규정에 의존하면 된다. 일부국가에서는 확정된 재판을 재심판하는 절차와 요건이 다른 나라보다 융통성이 있는 것은 사실이나 재판의 확정이라는 개념도 일반적으로 인정된 것이고, 판결의 상호승인의 개념도 동일하다.

4) 예컨대 한국도 비준한 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) 참조.

5) Alan S. Rau and Edward F. Sherman, Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure, 30 Tex. Int'l. L. J. 89, 90 (1995).

6) Geoffrey C. Hazard, Jr., and Michele Taruffo, Transnational Rules of Civil Procedure, 30 Cornell Int'l. L. J. 493, 493-494 (1997) 참조.

7) 루이지아나는 대륙법절차를 가지고 있고, 버지니아는 1938년의 영미법 소송절차에 따르며 캘리포니아는 소송절차를 규율하는 독자적 성문법을 가지고 있다.

8) 인적 관할문제에 관하여서는 미국법만이 long-arm jurisdiction 등 이 개념을 필요이상으로 확대하고 있을 뿐이다.

Ⅲ. 양대법계의 절차상 차이점

영미법은 영국에서 비롯되어 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 남아연방, 인도, 미국, 이스라엘, 싱가포르, 버뮤다 등에 전파되었다. 대륙법은 유럽대륙에서 기원하여 로마법(유스티니아누스法典으로 성문화된 로마제국의 법)에 토대를 가진 국가와 教會法(로마법에서 파생되었지만 로마 카톨릭교회의 법)에서 파생된 국가들에게 전수되었다. 대륙법은 프랑스, 독일, 이태리, 스페인 등 모든 유럽대륙국가와 라틴 아메리카 및 일본, 한국 등 아시아 제국에 도입되었다.

양법계간의 주요 차이점은 대체로 네 가지라고 지적할 수 있다.

1) 대륙법계에서는 법관이, 영미법계에서는 당사자의 대리인인 변호사가 판결결과를 좌우할 증거제출과 적용될 법개념의 명확한 정리에 대한 책임이 있다. 그러나 대륙법계내에서도 법관이 이러한 직무를 행사하는 방법과 정도에 관하여 다양하게 변용된 모습을 볼 수 있다. 물론 이같은 차이는 한 국가내의 법원간 또는 동일법원내의 법관간에도 차이가 있을 수 있다.

2) 대륙법계에서는 소송절차의 진행모습이 짧은 심리를 여러차례 계속적으로 반복하면서 점차로 증거를 채택하고 이를 소송기록에 편철해간다.(併行審理主義) 반면에 영미법계의 소송은 예비단계 또는 전체변론기일전에 사실발견을 위한 증거개시절차를 거친 후 공판일에 집중적으로 모든 증거를 채택하는 방식을 취한다.(集中審理主義)

3) 제1심 단계의 사실심 법원의 판결은 대륙법계에서는 영미법계에서보다 상소심에서 좀더 철저한 사실심리를 다시 받는 경향이 있다. 대륙법계의 상소심에서는 사실문제와 법률문제 모두에 대하여 다시 심리한다.

4) 대륙법계의 법관은 일찍 임명되어 평생동안 전문법관으로 봉직하지만 영미법계에서는 오랜 실무경험 후에 변호사단체에서 선임된다. 그러므로 대륙법계 법관은 실무변호사로서의 경험이 거의 없다.

이같은 차이는 극복하지 못할 것은 아닌 것으로 생각된다. 다만 미국법은 영미법 국가 중에서도 독특한 발전을 해온 점을 인정해야 한다. 1) 陪審裁判이 헌법상 권리로서 광범위하게 이용되고 있으므로 민사소송에서 배심없는 재판이란 생각하기 어렵다. 2) 사실발견을 위한 미국식 證據開示節次(pre-trial discovery)는 잠재적으로 관련된 증거를 탐색함에 있어서 광범위한 융통성을 준다. 3) 미국식 當事者 對立主義(adversarial system) 하에서는 변호사가 다른 영미법국가에서보다 소송자료와 증거자료를 절차에 현출시킴에 있어서 훨씬 많은 권한과 융통성을 가진다. 이는 또한 배심재판 때문이기도 하다. 4) 미국제도는 소송비용과 관련하여 독특한 원칙이 있다. 각당사자는 승패간에 자기 변호사의 비용을 지급해야 하고, 이를 패소상대

방으로부터 회복할 수 없는 것이 원칙이다. 대부분의 국가에서 원피고간에 승소당 사자가 소송비용의 상당부분을 패소당사자로부터 회복할 수 있는 것과 다르다.⁹⁾ 5) 미국법관은 선임방식이 다양하여 선임방법 또는 정치노선 등에 따라 판결결과나 법원운영에 차이가 있을 수 있다. 다른 영미법계 국가에서 법관이 전문적 기준에 따라 선임되는 것과 다르다. 그러나 미국 행정소송절차에서는 배심없이 전문법관에 의하여 진행되고 있어서 다른 나라의 행정소송절차와 대단히 유사한 점이 있다.

IV. 請求(趣旨 및 原因)構成의 原則

청구취지와 청구원인을 어떻게 구성하여 訴狀을 작성할 것인가의 원칙은 대부분의 국가간에 거의 유사하다. 영미법 국가의 訴狀記載事項은 청구인이 소로서 제기한 去來에 관련된 인물, 장소, 시간, 일련의 사태발전에 관한 사실관계에 관하여 합리적으로 상세한 정도로 청구를 기재하여야 한다. 이같은 訴狀의 기재사항은 1938년 美國聯邦民事訴訟規則을 채택하기전의 요건과 본질적으로 동일하다.¹⁰⁾ 연방규칙은 청구기재의 정도에 관하여 명문의 규정을 두어 그에 대한 다툼을 제거하고자 하였으나 실패하였다.

V. 證據開示節次(discovery)

대부분의 영미법국가에서는 전체변론기일전에 선서한 증인의 신문조서(pre-trial deposition)를 작성함은 이례적이나, 어떤 나라에서는 증인이 기일에 출석할 수 없는 경우에 한하여 이 방법을 이용한다. 文書는 절차와 관련이 있을 때에 한하여 증거개시절차의 적용을 받는다. 이러한 맥락에서 關聯性(relevance)이란 소장이나 준비서면 기재사항과 관련된다는 뜻이고, 따라서 이 기재사항에는 원래 청구와 항변에 관한 세부특정사항을 포함하는 것이 원칙이다.¹¹⁾ 반대로 전체변론기일전에 광범위하게 사실발견을 하기 위한 증거개시절차를 수행함은 현대 미국민사소송의 필수 불가결한 부분이다.

9) 일반적으로 A. Tomkins and T. Willing, *Taxation of Attorney's Fees: Practices in English, Alaskan and Federal Courts* (1986) 참조. 그리고 A. Ehrenzweig, *Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society*, 54 Calif. L. Rev. 792 (1963); T. Rowe, *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview*, 1982 Duke L. Rev. 651 참조.

10) L. Tolman, *Advisory Committee's Proposals to Amend the Federal Rules of Civil Procedure*, 40 A. B. A. J. 843, 844 (1954); F. James, G. Hazard and J. Leubsdorf, *Civil Procedure*, sects. 3.5, 36 (4th ed. 1992).

11) C. Platto, ed. *Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide* (1990) 참조.

영미법상 文書提出原則은 1873년 및 1875년의 英國의 The Judicature Act에 그 기원이 있다. 1880년에는 영국에서 증거개시절차의 기준에 관한 선도적 판결이 내려졌는데 이것이 Peruvian Guano 판결이다.¹²⁾ 대륙법에서는 이같은 증거개시절차 자체가 없다. 당사자는 증인신문을 하기 위하여 법원에 증인신청을 하거나 상대방으로 하여금 문서를 제출하도록 명령해달라는 신청권을 가지고 있을 뿐이다.¹³⁾ 이는 대륙법상 당사자 대신 법원이 증거개발의 주도권을 갖는다는 원칙에서 나온 것이다. 더군다나 대륙법국가에서는 당사자는 자기에게 불리한 문서의 제출을 강요당하지 아니하도록 하는 입법례도 있으니 이는 마치 미국헌법에 규정된 민사상 불리한 진술강요(Self-incrimination) 금지에 비유할 수 있다. 다만 대륙법에서도 법관이 다툼있는 사실의 입증을 위한 유일한 증거의 경우에는 그 제출을 강제할 수 있다. 아무튼 대륙법에서 문서제출허용여부는 상당히 엄격한 의미의 관련성(Relevance)을 기준으로 통일되어 있다고 할 수 있다.

VI. 公判節次 進行上의 差異

대륙법에서는 증거의 수집 및 제출을 당사자 또는 그 대리인의 도움을 받아 법관이 주도하나, 영미법에서는 법관의 일반적 감독아래 변호인들이 증거를 수집 및 제출한다. 뿐만 아니라 대륙법에서는 절차진행에 따라 단계적으로 증거를 채택하지만 영미법에서는 증거채택은 집중적 심리절차에서 이루어지고 증인들은 이 절차기일에 출석 증언하여야 한다.

이같은 절차상의 차이점은 법관과 당사자간에 서로 다른 전문가적 기량을 요구한다. 대륙법상의 법관은 진실발견을 위한 신문의 틀을 짜서 이를 질서있게 추구해나가고 변호인은 그와 같은 신문진행에 주의깊게 따라가면서 필요한 수정 및 보충을 해나간다. 이에 비하여 영미법계에서는 전문적으로 요구되는 기량이 법관과 대리인간에 서로 반대이다. 즉 변호인은 진실발견을 위한 신문의 틀을 짜서 이를 체계적으로 이끌어 나가는 반면 법관은 추가신문 등에 의하여 이를 수정 및 보충하는 것이다.

VII. 上訴 및 判決確定性

본법안은 抗訴, 上告 및 再審에 관하여 法廷地法の 규정에 따르도록 일임하였으

12) *Compagnie Financiere et Commerciaux Du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* 11 QBD 55, 63 (1882)

13) 민사소송법 제280조 및 제315조 참조.

나 確定判決을 定義함에 있어서는 완결된 재판절차의 재개를 금지하는 방향에 입각해 있다. 왜냐하면 공정하게 진행된 재판이야말로 인간이 성취할 수 있는 眞實의 最近似值라는 생각을 토대로 하고 있기 때문이다. 그리하여 만일 절차상 詐欺 또는 제출되지 아니한 결정적 증거가 없는 한, 관점에 따라서는 다른 결론에 도달할 가능성이 있더라도 재판결과를 그대로 받아들이도록 하였다. 본법안은 판결의 확정에 대한 개념을 정립함에 있어서 영미법적 접근방법을 채택하였다.

VIII. 從前草案의 修正

종전의 초안내용은 이미 공표된 바 있다.¹⁴⁾ 이에 대하여는 즉각적으로 많은 비판이 제기되었다.¹⁵⁾ 그리하여 주로 재판부의 구성과 범위, 해석원칙의 편입, 증거개시의 순서와 범위, 화해절차의 특정 등에 관하여 수정안이 만들어졌다.

다른 한편 1999년 8월 비엔나에서 열린 제12차 절차법에 관한 세계대회에서 본법안이 다시 다루어졌고, UNIDROIT의 의뢰를 받은 ROLF STURNER 교수의 연구가 나올 것이므로 이를 토대로 2, 3년 후 또다른 수정안이 나올 것으로 전망한다.

IX. 本法案의 目的

본법안을 채택할 권한과 절차는 각 국가의 국내법이나 국제법에 달려있다. 따라서 본법안은 국제협약에 의하여 채택될 수도 있고 어느 국가의 재판에 적용하기 위하여 그 국가가 채택할 수도 있다. 단일체제국가에서는 중앙정부에게 채택권한이 부여되어 있으나 연방제 국가에서는 사정이 다를 수 있다. 본법안은 일반법원의 제1심절차에, 또는 전문법원이나, 아니면 상사분쟁에 대한 관할권을 가지는 일반법원의 재판부에 적용될 수 있도록 한정적으로 채택될 수도 있다.

본법안의 목적은 초국경적 거래에서 생겨나는 법적 분쟁의 소송당사자에게 공평

14) 전제 30 Cornell Int'l L.J. 493 (1997)과 33 Tex. Int'l. L. J. 499 (1998) 참조.

15) Gary Born, Critical Observations on the Draft Transnational Rules of Civil Procedure, 33 Tex. Int'l L. J. 387 (1998); Russell J. Weintraub, Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules of Civil Procedure, 33 Tex. Int'l L. J. 413 (1998); Jacob Dolinger and Carmen Tiburcio, The Forum Law Rule in International Litigation - Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or lex Diligentiae? 33 Tex. Int'l L. J. 425 (1998); Gerhard Walter and Samuel P. Baumgartner, Utility and Feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: Some German and Swiss Reactions to the Hazard-Taruffo Project 33 Tex. Int'l L. J. 463 (1998); Catherine Kessedjian, First Impression of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris and the Hague 33 Tex. Int'l L. J. 477 (1998) 등 많은 반응이 게재되어있다.

한 절차를 제공하는 것이다. 그리하여 낯설은 환경에서 소송을 해야 하는 당사자에게 수반되는 불확실성과 우려를 줄이고자 함에 그 목적이 있다. 법체제간의 차이점을 줄여가는 “法の 調和”는 그러한 공평성을 달성하는 한 측면이다. 그러나 실제상 더 중요한 것은 법관의 독립과 중립성 그리고 대리인인 변호사의 능력과 성실성이다. 본법안은 不偏不黨한 裁判의 理想을 표현하고자 노력하였는데 그런 관점에서 보면 본법안은 다른 법제에 속한 법원들이 상호간에 司法共助를 하고자 할 때 필요한 협력사항을 정리해놓은 요약서라고 할 수도 있다. 본법안에 수용된 원칙들은 각국의 판사나 변호사들이 불가피하게 갖는 자국 법제 위주의 편협한 견해를 다소 완화할 수 있을 것이다.

청구의 제시, 사실상 및 법률상 주장의 구성과 제출 및 판결의 확정 에 관한 제7조 내지 27조는 각국 법원절차나 중재절차에 채택될 수도 있을 것이다. 본법안을 채택하지 아니한 경우에도 국내법원은 국내법원리와 상치되지 않는 경우에는 본법안을 국제사회에서 일반적으로 승인된 民事條理로서 해석 적용할 수도 있을 것이다. 만일 본법안이 어느 국가에서 채택되는 경우에는 그 국내법상의 지위는 파산법, 소액사건심판법, 가사소송법 등 특별절차법과 유사하게 상사거래분쟁에만 적용되는 특별절차법의 지위를 가질 것이다. 또한 법정지법이 허용하는 경우에는 본법안을 계약관계에서 야기되는 소송에 적용되는 준거법으로 당사자간에 합의할 수도 있을 것이다.

X. 기본적인 節次上 原則

본법안은 문명국가에서 일반적으로 인정되고 있는 민사소송절차의 기본원칙을 포함하고 있다. 특히 當事者對立主義를 가장 잘 대표하는 영미법 전통과 판사중심의 절차를 가장 잘 대표하는 대륙법 전통을 합병하고자 용어나 개념의 면에서도 노력하였다. 그리하여 본법안이 채택한 기본절차적 원칙은 다음과 같다. 1) 사실상과 법률상 쟁점에 관하여 전문법관이 판단하고; 2) 청구와 답변 등 당사자의 진술은 이를 뒷받침하는 증거를 수반하여야 하고; 3) 증인과 감정인의 신분을 확인하고; 4) 서증의 開示는 제한적으로 강제하고 증언녹취는 필요성을 소명한 경우에 법원의 명령에 의해서만 할 수 있고; 5) 일반적으로 인정된 비밀준수의무의 적용을 받는 경우가 아니면 증거능력은 자유롭게 인정되고; 6) 사실에 관한 정확한 평가를 얻을 목적으로 증거채택을 규제 또는 한정하는 법원의 권한을 인정하고; 7) 판결에는 사실인정과 이유설시가 있어야 하고; 8) 상소는 법정지법의 일반절차에 따른다는 것이다.

이하에서는 본법안의 조문순서에 따라 간단한 평석을 해보기로 한다.

A. 適用範圍 및 人的 管轄 (Scope and Personal Jurisdiction)

1. 本法의 適用範圍 (Disputes to Which These Rules Apply)

(a) 본법에 의하여 폐지되지 아니하는 국내법 조항의 적용을 전제로 각국의 국내 법원은 (1) 去來上의 원고와 피고가 서로 다른 국가의 거주자이거나 (2) 어느 한 국가에 소재한 동산, 또는 부동산과 관련하여 다른 국가의 거주자가 그에 대한 소유권이나 담보적 이해관계가 있는 경우, 매매, 임대차, 금전대차, 투자 기타 營業去來에서 야기된 분쟁에 본법을 적용한다

(b) 주식회사, 유한회사, 비법인사단, 조합, 기타 단체의 주소는 설립허가를 받은 국가와 그 주된 사무소가 있는 국가로 본다.

(c) 당사자참가는 원고, 피고 또는 제3당사자라도 제2조의 규정에 의한다.

(d) 法廷地에 주소가 없는 당사자 전부의 신청이 있는 경우에는 소송절차는 법정지의 일반절차법에 의하여 진행한다.

(e) 法廷地法이 정하는 바에 따라 본법안의 적용범위에 다른 민사사건을 포함할 수 있다.

評釋: 제1(a)조는 본법안의 적용을 받는 사항(business disputes)을 규정하였다. 많은 토론을 거친 후 營業去來紛爭이란 계약분쟁과 계약관계에서 야기되는 분쟁, 재산권에 대한 침해나 간섭, 즉 동산, 부동산 및 저작권, 상표권, 특허권에 대한 침해, 그리고 상사거래에 기본적으로 존재하는 忠實義務(fiduciary duty) 위반으로 인한 침해를 의미하는 것으로 합의하였다. 아마 후일 해석을 통하여 관련된 부수거래에 관한 분쟁도 포함될 수 있을 것이다.

분쟁(dispute)의 개념도 나라마다 다를 수 있다. 예컨대 미국연방민사소송규칙 제20조에서는 분쟁이란 넓은 의미의 去來 또는 事件(transaction or occurrence)에 터잡아 廣義로 해석된다. 그러나 대륙법에서는 분쟁이란 원고의 청구에서 주장된 좁은 의미의 개념을 뜻한다. 법원은 국내법에 의하여 절차의 범위를 정하여야 하나 불분명한 경우에는 그와 같은 접근방법상의 차이를 고려하여야 한다.

개인의 常住 개념은 국제법의 일반원칙에 의하여 결정된다. 제1(b)조의 법인의 주소는 국제사법상 일반적으로 승인된 원칙에 따른다. 어느 단체가 한 국가에서 설립되었으나 다른 국가에 주된 사무소가 있는 경우 이 두 주소 모두가 상대방 당사자의 常設住所와 달라야 본법안의 적용이 있다. 그리고 법인의 주소에 관한 우리民法 제36조 참조.

여러개의 실체법적 기초에 터잡은 수개의 청구 중 적어도 그 중의 한 청구가 본법안의 적용을 받지 않는 경우가 있다. 이 경우 법원은 본법안의 적용을 받는 청구를 심리하는 외에 나머지 청구가 그 국내법상 동일법원의 관할에 속하는 때에는 나

머지 청구도 병합심리할 수 있다. 마치 우리 민사소송법상 關聯裁判籍 규정(제22조)에 의하여 청구병합이 일어나는 경우와 비교할 수 있다.

명시적으로 법원의 管轄權 欠缺을 다룬 경우가 아니면 應訴 후 이를 다시 다룰 수 없다. 또한 피고 또는 본법안의 적용에 이의하지 아니한 당사자는 본안에 관하여 변론한 후에는 본법안의 적용을 다룰 수 없다.

제1(e)조는 법정지법에 의하여 본법안의 적용범위가 확장되는 것을 허용한다.

2. 人的 管轄과 參加 (Personal Jurisdiction and Joinder)

(a) 본법에 따른 절차는 다음의 경우 그 국가의 법원에 계속될 수 있다:

- (1) 당사자간의 事前合意에 의하여 지정된 경우
- (2) 피고가 인적 관할권에 관한 그 국가의 법 또는 그 국가가 가입한 국제협약에 규정된 바에 의하여 그 국가의 司法權에 복종해야 하는 경우
- (3) 제1(a)(2)조에 의한 不動產所在地의 裁判籍의 경우에 부동산이 그 국가에 소재한 경우

(b) 관할권은 다음과 같은 자에게 행사될 수 있다:

- (1) 분쟁이나 사건에 法的 利害關係가 있는 자로서 절차에 참가신청을 한 자
- (2) (A) 그 자가 그 국가의 사법권에 복종해야 하고, (B) 그가 불출석하면 재판결과가 효과가 없거나 그 자의 참가가 정의의 관점에서 필요하다고 법원이 결정하는 경우 공정하고 능률적인 재판을 위하여 참가하여야 하는 자.

(c) 다음과 같은 경우에는 반드시 절차의 당사자로 되어야 한다:

- (1) 관할권 있는 법원이 그를 제7조의 규정에 따라 소환하는 경우;
- (2) 법원이 그 자에게 관할권이 없는 경우에는 그에게 소장부분과 준비서면 **등을** 송달하여 고지하고 소송참가의 기회를 준 경우.

(d) 제1(d)조에 규정된 경우를 제외하고는 당사자의 추가는 본법의 적용에 영향을 주지 아니한다. 만일 본안변론전에 당사자참가로 인하여 본법안 제1조가 적용되게 된 경우에는 법원이 질서있는 법집행을 이유로 다른 결정을 하지 아니하는 한 본법이 적용된다.

(e)公私間에 누구나 사건의 공정하고 적정한 해결을 위하여 도움이 될 수 있는 데이터, 정보, 진술 및 참고사항을 法廷助言書面(amicus curiae brief)으로 제출할 수 있다

評釋: 본조는 대부분의 국가에서 모두 인정되는 관할원칙을 선언하고 있다. 우리 민사소송법 제26조와 같이 合意管轄을 인정하고 있다. 다만 본법안은 당사자간의 사전합의에 의하여 관할이 창설된 경우 문제의 거래가 그 法廷과 아무 관계가 없는

때에는 관할권 행사를 거절할 수 있다. 원고는 본법안 하에서 소를 제기하여 절차를 개시함으로써 법원의 재판권에 복종한다. 이는 본법안이 허용하는 反訴와 第3當事者訴訟(Third party action)의 경우에도 동일하다.

(a)(2)규정은 그 국가에 일시체재중 불법행위를 범했거나 상사거래를 수행한 피고에게 적용될 수 있다. 본 규정은 회사와 같은 조직이나 개인 모두에게 적용될 수 있다. 국내법은 국제법에 비추어 해석되어야 하고 브릿셀협약이나 루가노협약과 같은 국제협약의 적용을 받을 수 있다.

(a)(3)규정과 같이 不動產所在地法院이 재산상 이해관계를 주장하는 자에게 관할권을 행사할 수 있는 것은 국제적으로 널리 인정되어 있다. 動產의 경우도 유사하나, 知的財産權의 경우에는 그 배타성으로 인하여 그렇지 못한 경우가 일반적이다. 동산과 지적 재산권의 소재는 국제사법의 일반원칙에 의하여 결정된다.

제2(b)(1)조에서 규정한 訴訟參加의 개념은 나라마다 다르다. 그러나 일반적으로 타인의 소송결과에 법률상 이해관계가 있는 자의 참가를 허용하였다.

제2(b)(2)조는 나라마다 다르지만 必要的 當事者의 개념을 규정하였고 이를 절차에 끌어들이지 않으면 소송은 원칙적으로 계속될 수 없음을 규정하였다. 제2(c)조는 필요적 당사자에 대한 告知節次를 규정하였다.

제2(d)조는 본법안 제2(c)조에 의하여 추가당사자가 소송에 참가하는 경우에는 법정지법상 일반절차보다 본법안이 우선임을 규정하였다.

제2(e)조의 法廷助言書面은 당사자 아닌 자가 사건의 적정하고 정당한 해결을 위하여 유용한 데이터와 정보를 법원에 제공하는 방법이다. 참가를 할만한 충분한 법률상 이해관계가 흠결되어 참가인이나 당사자가 될 수 없는 자가 이러한 서면을 제출할 수 있도록 허용하여야 한다. 그러한 서면의 채택여부는 법원의 재량이다.

3. 裁判籍 (Venue)

訴는 당해국가의 裁判籍에 관한 법에 따라 결정된 장소를 관할하는 법원에 제1심으로 제기되어야 한다.

評釋: 이는 절차가 진행되어야 할 국가내에서 소가 제기되어야 할 곳(locality)을 특정하였다. 이를 영미법에서는 裁判籍(Venue) 이라고 하고 대륙법에서는 土地管轄 이라고 한다. 이는 법정지법에 따라 결정된다. 민사소송법 제1장 제1절 참조.

4. 法院의 構成 (Composition of the Court)

법원은 法廷地法에서 통상 정하는 바에 따라 구성된다. 다만

(a) 법정지법이 허용하는 경우에는 법원은 3인의 법관으로 구성한다

(b) 당사자 전원의 동의가 있는 경우에는 법원은 분쟁사건에 대한 전문가 2인으

로 된 중립적 심리관(Assessor)을 임명할 수 있다. 이들을 선임함에 있어서 법원은 당사자들의 추천을 참작하여야 한다. 심리관은 판결에 관여하지 않으나, 법원은 승심時 판사실에서 이들과 협의할 수 있다. 심리관의 보수와 비용은 당사자에 의하여 또는 법원이 따로 결정하는 바에 따라 지급한다.

評釋: 대부분 제1심법원은 單獨判事로 구성된다. 그러나 대륙법계국가에는 3인법관으로 구성된 合議部가 이용된다. 배심제를 활용하는 영미법계와 대조적으로 대륙법계에서는 非法官專門家나 審理官, 또는 參審員 등을 재판부에 포함하는 경우가 많다. 본법안은 중립적인 심리관을 전제하고 있으나 심리관의 지정이 동등하게 균형이 유지되는 한 당사자와 이해관계있는 심리관도 허용될 것이다. 본조는 배심재판을 배제하였다.

5. 解釋原則 (Principles of Interpretation)

(a) 본법은 소송당사자의 법적, 문화적 전통을 고려하여 실체법적으로나 절차법적으로 공정성을 증진하도록 해석되어야 한다.

(b) 당사자는 자기 사건을 적절하게 절차에 현출시키고 평등대우를 받을 권리를 갖는다.

(c) 절차는 공정하여야 하고 시간과 비용면에서 효율적이어야 한다.

(d) 법원은 절차에 관여하고 있는 모든 자들의 적절하고도 전문가적 행위를 보장하여야 한다.

(e) 당사자 및 비당사자에 대한 절차적 제한과 벌칙은 그 목적에 비추어 상당한 것이어야 한다.

評釋: 민사소송법 제1조 참조.

6. 法廷地節次 및 法院의 일반적 권한 (Forum Procedure and General Authority of the Court)

제5조의 규정을 제외하고는 본법에 규정이 없는 경우에는 법정지의 절차법을 적용한다. 여기에는 절차적 문제에 관하여 법정지법에서 부과하고 있는 각종 기간제한을 포함한다. 본법안이 명시적으로 부여한 권한외에도 법원은 절차에 관한 방향을 제시할 권한과 정의구현에 필요한 결정을 할 권한을 갖는다.

評釋: 제6조는 법원은 본법안이 부여한 권한외에도 일반적 사법적 권한을 가지고 있음을 규정한 것이다. 영미법에서는 명문의 규정이 없더라도 이를 법원의 내재적 권한이라고 하는데, 대륙법에서는 성문법에서 법원의 기타 행정적 권한 등을 상세히 규정한다. 예컨대 민사소송법 제125조 이하의 소송지휘권 참조.

B. 節次 (Proceedings)

7. 訴訟의 開始 (Commencement of Suit)

(a) 소는 법정지법에 따라 제기된 것으로 본다. 이 절차는 다국적절차 (Transnational Proceeding)라고 명명된다.

(b) 訴狀의 제출과 동시에 피고에게 해당 국제협약에 따라 送達이 이루어져야 한다. 적용될 협약이 없는 경우에는 소장 부분과 원고가 본법안에 의하여 절차를 진행하기로 선택하였다는 통지서를 피고에게 송달한다. 이 통지서는 피고가 답변이 없으면 결석판결을 내릴 수 있다는 취지를 포함하여야 한다. 소제기 통지는 재판적의 언어 및 피고가 상주하는 국가의 언어로 작성한다.

評釋: (a)는 법정지법이 소장의 제출, 통지나 송달 등을 포함하여 절차의 개시에 관한 사항에 적용된다는 것을 밝혔다.

(b)는 피고에 대한 소송서류의 送達(영미법상 service of process)에 관한 규정이다. 헤이그送達協約은 동협약 서명국의 절차에 적용되는 송달원칙을 규정하고 있다. 송달을 실시하기 위하여 타국법원의 사법공조가 필요한 경우에는 그러한 사법공조를 얻는 절차를 준수하여야 한다. 송달되는 통지서에는 소장 부분, 절차는 본법안에 의하여 진행된다는 취지 및 답변하지 아니하는 피고에게는 결석판결을 내릴 수 있다는 경고를 포함하여야 한다. 송달시의 언어는 피고의 언어를 사용함으로써 피고가 이해할 수 있도록 하기 위해서이다. 그 외에는 법정지법에 따르면 된다. 송달에 관하여는 민사소송법 제161조 이하 참조.

8. 訴狀 (Statements of Claim)

(a) 원고는 소장에 청구가 터잡은 사실, 청구를 뒷받침하는 법적 원인 및 청구가 본법에 따라 제기된 관할발생사유를 기재하여야 한다. 사실기재는 실무상 상당한 범위내에서 시간, 장소, 관계자 및 사건발생경과 등에 관한 세부사항을 기재하여야 한다. 원고는 법원의 허가를 얻어 소장을 사후에 수정할 수 있고, 법원은 상당한 이유가 있으면 수정을 허가하여야 한다.

(b) 원고는 그의 청구를 뒷받침하는 계약서 등 모든 서류사본을 첨부하여야 한다. 원고는 당사자 및 비당사자를 포함하여 청구를 유지함에 필요한 모든 증인목록을 제출하여야 한다. 증인목록은 성명, 주소 및 전화번호에 의하여 확인할 수 있어야 한다.

(c) 원고는 청구금액과 보전절차상의 신청 등을 포함하여 요구하는 청구취지를 기재하여야 한다.

評釋: (a)는 미국의 전통적인 성문법상의 실무(예컨대 California 주의 code

pleading 등)에서나 대륙법계에서 모두 요구하는 요건이다. 이는 미국연방민사소송 규칙(Federal Rules of Civil Procedure)이 극히 일반적인 訴狀記載만으로서 족하다고 하는 것과 대조적이다. 또한 본법안에서는 많은 법제에서 요구하는 바와 같이 원고는 자기청구를 법률적으로 구성하여 이를 유지하는 법적 기초를 반드시 언급하도록 하고 있는데, 이는 문제의 거래분쟁이 여러국가의 법과 관련되어 준거법 선택의 문제가 등장할 때 특히 필요하다고 하겠다. 다수국가의 절차법은 당사자의 소송 서류에 적용될 외국법규를 명시하도록 요구하는 수가 있다. 우리법상의 舊訴訟物論의 주장내용과 유사한 규정이다. 민사소송법 제226, 227조 참조.

(b)는 원고에게 청구를 뒷받침하는 문서나 증인목록을 첨부하도록 하고 있는데 이는 거의 모든 국가의 공통된 요건이다. 원고가 후일 추가로 증거자료를 수집한 경우에는 그에 따라 수정된 訴狀을 제출하도록 한다. 소장의 수정을 허용하는 범위는 나라마다 다르나 미국은 매우 융통성이 있는데 비하여 대륙법계는 그러하지 아니하다. 일부 대륙법국가에서는 청구의 사실적 기초와 구별하여 청구의 법적 기초에 관하여서만 수정을 허용하기도 하나, 事實的 記載의 修正은 새로 발견된 소명자료가 있거나 수정이 분쟁의 범위를 일탈하지 아니하였을 때에만 허용하는 수도 있다.

(c)는 請求金額을 필수적으로 기재하고 保全節次上的 救濟를 신청하는 경우에는 그 신청의 성질과 조건을 아울러 기재하라는 것이다. 被告 不出席의 경우에는 법원은 소장에서 청구한 것보다 많은 금액을 인용할 수 없게 함으로서 피고가 청구를 다룰 것인지 여부를 주어진 정보를 토대로 계산할 수 있게 한다는 것이다. 闕席判決은 원고가 승소판결을 받을 만큼 충분한 증거를 제출한 경우에 한하여 내릴 수 있다(제10(b)조 참조). 법정지법은 대체로 피고가 답변을 하지 아니할 경우 그에게 채차 통지를 하여도 불출석할 때에 한하여 권석판결을 내리는 규정을 가지고 있다.

9. 答辯書 (Statements of Defense): 反訴 등 (Counterclaims)

(a) 피고는 60일 이내에 원고주장에 대한 是認과 否認을 통하여 답변하여야 하고 사실관계에 관한 代替的 事實陳述과 적극적 항변을 제출할 수 있다. 답변기간은 당사자간의 합의 또는 법원의 결정에 의하여 상당한 기간 연장할 수 있다. 답변서는

- (1) 피고가 다투고 싶은 청구기재부분을 부인하여야 하고,
- (2) 피고가 다투고 싶지 아니한 경우에는 그러한 청구부분을 이유와 함께 시인하여야 하고,
- (3) 피고의 적극적 항변사실과 그 항변의 법적 근거를 진술하여야 한다.

(b) 청구기재에 관한 제8조의 규정은 항변에 적용된다.

(c) 피고는 법정지법이 허용하는 한 求償이나 寄與分을 주장하는 소송에서와 같

이 원고, 공동피고 또는 제3당사자를 상대로 反訴를 제기할 수 있다. 원고와 추가당사자는 반소 등에 대하여 답변서를 제출하여야 한다.

(d) 법정지법에 따라 당사자는 법원의 관할권에 복종하는 자를 당사자로 추가시킬 수 있다.

(e) 답변이 요구되지 아니하는 소송서류상의 진술은 부인한 것으로 본다. 답변이 요구되는 소송서류상의 진술은 부인하지 않는 한 시인한 것으로 본다. 시인하거나 시인한 것으로 간주된 사실은 꺾석판결과 관련하여 제10(b)조에 규정된 경우를 제외하고는 입증을 요하지 아니한다.

(f) 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로 좀더 자세한 진술이나 답변을 명할 수 있다. 당사자가 요구된 세부사항을 제출하지 못한 경우에는 법원은 그 사안에 관한 당사자의 주장이나 항변을 각하할 수 있다.

(g) 피고는 답변서에서 제13(a)조에서 규정하는 바에 따라 異議를 제기할 수 있다. 답변의 제출 또는 반소의 제기는 그러한 이의권을 포기한 것으로 되지 아니한다.

評釋: (a)는 피고의 답변은 다툼있는 사실을 설명과 함께 시인 또는 부인함으로써 사실상의 진술을 다루어야 한다. 다툼없는 진술은 소송의 목적상 그대로 인정한다. 代替的 事實陳述(Alternative statement of facts)이란 단순히 분쟁을 명확히 하기 위하여 피고가 주장하는 정황의 설명이다. 본법안의 적용을 받는 절차에서의 자백이 다른 절차에서도 동일한 효과가 있는지는 그 다른 절차에 적용되는 절차법에 따라야 한다.

(b)는 소장에 관하여 제8조가 규정한 것과 동일한 형식과 내용에 관한 원칙을 피고의 답변서에도 적용하는 취지이다. 즉 피고가 적극적 항변이나 대체적 진술로서 추가적 사실진술을 할 때에는 제8(a)조에서 요구하는 것과 마찬가지로 상세하게 하여야 한다. 요컨대 피고도 원고와 동일하게 수정할 권리를 갖는다는 것이다.

(c)는 피고가 법정지법에 따라 反訴를 제기할 수 있도록 허용한다. 대부분 대륙법 계국가에서는 반소는 원고청구와 牽聯性이 있는 경우에만 허용된다. 영미법계에서는 반소는 서로 다른 거래나 사건에 터잡은 상계를 포함하여 훨씬 넓은 범위로 허용된다(미국연방민사소송규칙 제13조 참조). 본항은 원고나 공동피고에게 반소나 cross claim에 대하여 답변서를 제출하도록 강제한다.

(d)는 당사자에게 법정지법의 절차에 따라 당사자추가를 허용한다. 그러나 법정지법이 규정하고 있지 않는 한 代表當事者訴訟(Class action)을 허용하지는 않는다. 본법안은 다른 분쟁에 입각한 반소는 허용하고 있지 아니하나 이는 법정지법에 따라 허용될 수도 있다. 만일 피고가 다른 법정에 계속된 본법안의 적용을 받는 절차에서 반소가 될 수 있는 청구를 주장하는 경우, 그 다른 법정은 이를 존중하는 뜻

으로 본법안의 적용을 받는 절차에서 반소임을 주장하도록 자기네의 법정지법을 적용할 수 있다.

(f)는 당사자가 상대방에게 좀더 구체적으로 사실을 진술하거나 다툼있는 주요사실을 시인 또는 부인함을 요구할 수 있도록 허용한다.

(g)는 피고에게 제13(a)조에 따른 신청 또는 소장에 대한 답변에 의하여 동조에 규정된 이의를 할 수 있도록 허용한다. 이는 특히 영미절차에서 피고가 이를 본안 전 항변으로 제기하지 않는 한 인적 관할에 대한 이의를 포기한 것으로 해석하는 것과 대조적이다. 裁判籍에 대한 異議의 拋棄를 강제하는 영미입법례도 있으나 본 조는 그러한 포기를 강요하는 것은 아니다.

10. 闕席判決 (Default Judgment)

(a) 피고가 답변을 하지 않거나, 실질적인 답변을 제공하지 아니하거나, 답변 후 절차를 진행하지 아니하는 경우에는 권석판결을 선고하여야 한다.

(b) 권석판결을 선고하기 전에 법원은 (1) 각종 통지절차가 적절하게 이행되었는지 확인하여야 한다. 소장이 정정된 경우에는 정정에 대한 통지가 이행되었어야 한다. (2) 법원은 청구가 손해배상액, 책임 및 구제책 등에 관하여 충분히 인정되는지 판단하여야 한다.

(c) 권석판결은 청구취지를 초과할 수 없다.

(d) 본법안에서 규정한 기간을 경과한 후 판결전에 답변한 당사자는 정당한 사유가 있는 경우에는 출석할 수 있도록 허용하여야 한다.

評釋: 권석판결은 다툼이 없는 경우 분쟁을 일방적으로 종식시킴으로서 피고에게 법원의 권한을 인정하도록 강제하는 수단이다. 민사소송법 제139조, 137조 참조. 이러한 권한이 없으면 피고는 법원의 절차를 무시하여 책임을 회피하고자 할 것이다. 그러나 권석판결을 선고하기 전에 피고에게 송달이나 통지가 제대로 되었는지, 아니면 그가 답변의 필요성을 혼동 또는 오해하였는지 주의를 기울여야 한다. 제10(c) 조는 권석판결 선고시 소장에서 요구한 액수의 한도를 초과하지 못하도록 하였다.

11. 多國籍紛爭의 和解請約 (Transnational Dispute Settlement Offer)

(a) 당사자간에는 한 개 이상의 청구와 그에 관련된 비용에 관하여 화해청약서를 송부할 수 있다. 화해청약은 승낙이 도달되기 전에 서면에 의한 철회가 도달하지 않는 한 60일간 유효하다.

(b) 상대방은 최소한 30일간 유효하게 수정된 청약을 전달할 수 있다. 수정청약이 승낙되지 아니한 경우 최초의 청약이 아직 유효한 때에는 상대방은 이를 승낙할 수 있다.

(c) 유효기간이 만료되기 전에 철회 또는 거절된 화해청약은 효력을 잃는다.

(d) 화해청약은 판결선고전에 공개되거나 법원에 고지하여서는 안 된다. 그러한 경우 제재, 기각 또는 결석판결의 벌이 있다.

(e) 판결선고후 10일 이내에 당사자는 화해청약을 법원에 開示할 수 있다. 법원이 그 화해청약 또는 청약의 기각이 불합리하다고 인정하는 경우에는 사건의 모든 정황을 참작하여 적절한 제재를 부과하여야 한다.

(f) 법원이 다른 제재를 정당화할만한 특단의 사정이 있다고 인정하지 않는 한 전항의 제재는 화해청약을 송부한 날로부터 화해청약자에게 발생된 비용상당액이어야 한다. 그 제재는 제27조에 의하여 결정된 비용에 추가될 수 있다.

(g) 승낙된 화해청약이 상당한 기간내에 준수되지 아니한 경우에는 승낙자는 화해를 강제집행하거나 절차를 계속할 수 있다.

評釋: 본조는 캐나다 온타리오주 민사소송절차에서 따온 것이다. 동법은 원피고간에 진지하게 화해를 제의하고 검토하는 것을 허용하는 상세한 절차를 규정하고 있다. 동시에 이 규정은 和解提議와 答辯이 법원에 알려져서 당사자에게 불리한 영향을 주게 됨을 방지하고자 한다. 그러한 이유로 영미법 실무상 세밀하게 규정된 절차를 마련하여 엄격하게 이를 준수하도록 하는 것이 화해촉진에 긴요하다는 생각이 있다. 반면에 법정지법에 따라서는 화해제의를 법원에 제출함을 강제하거나 허용하는 경우가 있다. 그러한 경우에도 이 절차는 당사자들이 다른 절차에서 화해노력을 기울임을 방해하지 아니한다.

본조는 타협이나 화해를 조장할 뿐만 아니라, 상대방이 적정 공평한 금액을 제공한 때에는 완벽한 절차진행을 현실적으로 필요로 하지 않는 사건을 소추하거나 방어하지 못하도록 함에 그 목적이 있다. 민사소송법 제2편 제4장 화해절차 참조.

12. 臨時處分 (Provisional Measures)

(a) 법원은 소송계속중 현상을 유지하거나 회복할 수 없는 손해발생을 예방하기 위하여 필요한 경우 법원의 권한에 복종하는 자의 행위를 금지 또는 강요하기 위한 보전처분을 발할 권한이 있다.

(1) 법원은 긴급한 필요와 임시구제의 적절타당성을 소명한 경우 상대방이 답변하기 전에 보전처분을 발할 수 있다. 명령을 받은 당사자 또는 관계인은 보전처분의 적절타당성에 관하여 답변할 상당한 기회를 가져야 한다.

(2) 법원은 이해관계인을 심문한 후 현상유지 또는 회복할 수 없는 손해예방을 위하여 필요한 조건과 함께 보전처분을 발하거나, 이를 경정 또는 수정할 수 있다.

(3) 법원은 보전처분을 발하기 전에 동 처분의 상대방에 대한 상황을 위하여

保證債權 供託 또는 기타 필요한 조치를 취할 수 있다.

(b) 保全處分은 법원의 권한에 복종하는 자에게 소송이 종료할 때까지 재산을 소재지로부터 이전함을 금하고 당사자로 하여금 신속하게 자기 자산이나 자기통제하의 자산 및 관련자의 신원이나 소재를 밝히도록 할 수 있다. 이러한 권한은 당사자가 법정지법에서 허용되는 압류 기타 유사한 구제책을 받는 것을 방해하지 아니하나, 법원은 본조 (a)항의 절차에 따라 보전처분을 종료, 정지 또는 그와 같은 압류를 제한할 수 있다.

(c) 재산이 해외에 소재하는 경우 보전처분의 집행은 재산소재지법에 따라 그 나라의 권한있는 법원의 명령으로 이루어진다.

評釋: 본조에서 保全處分이라 함은 특정행위를 강제 또는 금지하는 명령, 예컨대 재산을 그 현재상태에서 보전하는 명령, 또는 유지명령 등이다. (a)는 법원이 이같은 명령을 발할 수 있도록 규정한다. (a)(1)에서는 緊急한 必要(Urgent necessity)가 있는 경우에는 사전통지없이 일방적으로 보전처분을 발할 수 있다. 이는 당사자 일방의 신청에 의한 처분이다. 영미법상 그러한 명령은 대개 10일간의 효력을 갖는 臨時沮止命令(Temporary restraining order: TRO)이라고 한다. 일방적 보전처분 신청의 요건으로서 긴급한 필요라 함은 공평성을 고려한 실제적 개념이다. 公平性(fairness)은 영미법상 衡平(equity)을 고려한다는 개념과 상응한다. 법원이 일방적 신청을 검토할 때 참작할 포인트는 신청인이 그러한 명령이 소송상황에 비추어 회복할 수 없는 손해를 방지함에 필요한가 여부와 상대방이 다룰 기회를 가질 때까지 명령을 연기하는 것이 부적절한가 여부이다. 그러나 피신청인이나 보전처분 상대방에게 가능한 한 신속하게 다룰 기회를 주어야 한다.

(a) (2) 에서 규정한 바와 같이 법원이 일방적 보전처분 신청을 기각한 경우에도 당사자 쌍방을 심문한 후 보전처분을 발할 수 있다. 법원이 당사자 일방의 신청에 의한 보전처분을 발한 경우에도 심문에서 전개된 상황에 비추어 보전처분을 경정 또는 수정할 수 있다. (a)(3)은 법원은 보전처분으로 인하여 초래될 수 있는 방해와 손해를 방지하기 위하여 證券이나 償還擔保를 요구할 수 있도록 하였다. 상환담보에 관한 상세한 사항은 법정지법에 따라 정하여진다.

(b)는 법원에게 법정지국가 밖에 소재한 財産의 移轉을 금하고 당사자의 재산을 명시하도록 明示命令을 발할 권한을 주고 있다. 영국법에서는 이를 Mareva injunction이라고 부른다. 브릿셀협약은 동 협약의 서명국으로 하여금 그러한 명령을 승인하도록 하고 있다. 왜냐하면 이같은 명령도 하나의 裁判이기 때문이다. 본항은 명시명령이외에 법정지법상 가압류의 활용을 허용하고 있으나 법원이 그러한 구제책의 규제나 무효화를 할 권한도 아울러 부여하고 있다.

제28(b)조는 임시적 처분을 인용 또는 기각하는 명령의 불복절차를 법정지법에

의존하고 있다. 항고절차는 나라마다 다른 방법으로 규제하고 있으므로 본법안에서는 卽時抗告에 관한 일반원칙만 베풀고 있다. 보전처분이 일방적 신청에 의하여 발하여진 경우에는 불복을 보장해줌이 필요하나 동시에 그와 같은 불복절차는 시간손실과 절차적 남용을 초래할 수도 있다.

(c)항은 다른 나라에 소재한 권리나 자산에 관한 예비적 명령을 다루고 있다. 다국적소송에서는 계쟁물인 권리나 자산이 관할법원과 다른 나라에서도 처분금지되거나 明示되어야 할 필요가 있다. 민사소송법 제7편 제4장 가압류와 가처분 참조.

13. 本案前決定 및 제1회 期日 (Preliminary Determinations and First Conference)

(a) 법원은 다음의 경우 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 지체없이 본안전 결정을 하여야 한다.

- (1) 사건이 본법의 적용을 받는 분쟁이 아니거나, 법원이 동분쟁 또는 당사자에 대한 관할권이 없는 경우
- (2) 청구주장, 항변 기타 당사자가 이용하는 절차가 본법을 준수하지 아니하거나 변칙적인 경우
- (3) 당사자의 청구주장 또는 항변이 실체법상 무효이거나 또는 그 당사자에게 승소판결을 허용할 만큼 충분한 증거에 의하여 유지될 수 없는 경우. 다만 법원은 그러한 결정을 하기 전에 그 당사자를 위한 본법상의 증거개시 기회를 고려하여야 한다
- (4) 본안에 따른 적절한 재판을 함에 필요한 실체법 또는 절차법상의 요건에 관한 경우

(b) 전항의 규정에 따라 결정을 한 경우, 청구나 항변의 欠缺이 補正에 의하여 치유될 수 있는 때에는 법원은 불리한 결정을 받은 당사자에게 이를 보정할 상당한 기회를 허용할 수 있다.

(c) 법원은 당사자에게 제14조에 열거한 정보를 공개하도록 명령하여야 한다.

(d) 당사자의 대리인은 법원이 지정한 모든 기일에 출석하여야 하고 법원은 당사자에게 출석명령을 내릴 수 있다.

評釋: 법원은 일반적으로 본안심리에 들어가기 전에 사법정의를 위하여 당사자의 권리나 법원의 능력에 중대한 영향을 미치는 실체법상이나 절차법상의 요건들이 적법하고 충분한지 여부를 결정하는 절차를 거치게 된다. 대륙법계에서는 법원이 직권으로 소송요건이나 절차의 규칙성에 관한 중요요소를 세밀하게 심사할 권능을 주고 있다. 반대로 영미법국가에서는 보통 당사자가 신청을 통하여 이를 행사한다. 그러나 영미법국가의 법원도 직권조사가 가능하고 대륙법국가에서도 당사자의 신청에

의하여 행사될 수도 있다.

제9(g)조에 의하면 본항의 異議는 피고가 신청에 의하여 또는 소장에 대한 답변에 의하여 제기될 수 있다.

(a)(1)은 보편적 원칙인 법원의 소송지휘권, 분쟁사건에 대한 관할, 당사자에 대한 관할을 다룰 수 있음을 규정하고 있다. 그러한 항변이 받아들여지면 절차는 종결된다. 마찬가지로 당해 분쟁이 제1조의 규정범위 밖이므로 본법안이 적용되지 아니한다는 항변도 가능하다. 그와 같은 항변의 제출에 관하여 기간이나 다른 제한이 있는지 여부, 그와 같은 항변의 제출없이 절차에 참여하면 그것이 포기나 상실을 의미하는지는 나라마다 다르다. 제9(g)조의 예외를 제외하고는 그와 같은 쟁점에 관하여는 법정지의 절차법에 따르도록 하였다.

(a)(2)는 법원이 절차적 불비를 당사자로 하여금 보완할 수 있게 하고 있다. 보통 사법정의에 어긋나지 않는 한 법원은 이를 시정하기 위하여 당사자의 정정을 허용하여야 한다. (b)항 참조.

(a)(3)은 법원이 본안전단계에서 本案에 관하여 재판할 수 있게 하고 있다. 그것은 재판은 법률상 또는 사실상의 사항에 기초할 수 있다. 즉 청구나 답변의 기재내용으로 보아 법률적으로 불충분한 경우 그에 상응한 판결을 할 수 있다. 기재된 청구나 답변이 법적으로 충분하더라도 이를 유지하는 증거가 없음이 입증된 경우에도 각하판결이 가능하다. 증거불충분의 경우 법원은 증거개시절차가 충분한 증거를 제출할 수 있는지 검토하여야 한다.

대륙법계에서는 이러한 권한은 법원이 절차의 일상에서 행사한다. 영미법계에서 청구나 답변의 불충분함을 이유로 하는 법원의 각하결정권은 옛날 보통법의 妨訴抗辯에서 유래한 것이고 보통 당사자의 신청에 의하여 행사된다. 것처럼 각하할 수 있는 청구의 예는 금전지급청구를 확실한 서면계약에 근거한 경우, 또는 유효한 항변이 주장되지 아니한 특정재산에 대한 소유권청구 **등이다**. 각하될 수 있는 항변의 예는 시효 등 기간도과의 항변, 면제, 기판력 **등이다**. 영미법국가에서는 공판전에 청구나 항변이 증거에 의하여 뒷받침되지 않았다는 결정을 할 수 있는 권한은 보통 약식판결(Summary judgment)을 위한 신청에 근거하여 행사된다.

(a)(4)는 법원에게 절차적 결정을 내리는데 필요한 나머지 권한을 부여하고 있다. 일부 대륙법계국가에서는 이러한 권한은 구체적으로 특정되어 있다. 영미법국가에서는 이런 권한은 법원의 내재적 권한범위내에 포함된다.

(b)항은 법원에게 재량권을 부여하고 있다. 그리고 당사자에게 합리적 기회를 주어 訂正을 통하여 불비를 수정하거나 특정사실이나 법적 근거를 추가하여 보정하도록 강제하고 있다.

대륙법국가에서는 보통 증거개시의무는 법원의 명령에 의하여 당사자에게 부과된

다. 그러나 영미법국가에서는 절차규정 자체가 증거개시의무를 직접 당사자에게 부과하고 있다. 제14조는 법원이 동조에 규정된 증거개시를 명령하도록 하고 있다.

변호인의 참여는 분쟁해결의 원활한 진행을 촉진함에 필수불가결하다. 변호인에게 보통 소송수행에 관한 합의를 할 수 있는 어느 정도의 권한을 주는 국가도 있고, 당사자의 특별수권을 규정한 국가도 있다. 어느 사항이 그같은 권한범위 밖인지 명백하지 아니할 때에는 법원은 화해를 포함하여 사건해결의 진전에 관한 사항을 토의하고 풀어나가기 위하여 당사자 자신의 출석을 강제하는 권한을 가진다.

14. 明示 및 證據開示(Disclosure and Discovery)

(a) 상대방의 명시 또는 증거개시를 요구하기 전에 당사자는 증거로 제출하고자 하는 모든 문서를 명시하고, 신청하고자 하는 모든 증인의 증언요약을 제공하여야 한다. 이러한 목적을 위하여 당사자의 대리인은 증인이 될 사람을 면담할 수 있다.

(b) 당사자는 제24조에서 규정한 제3자를 포함하여 누구에게나 사건에 관련되고 분쟁에서 증거로 채택할만한 비밀준수의무없는 정보를 제출하도록 요구할 수 있다. 그러한 정보는 다음과 같다:

- (1) 다툼있는 사실과 관련되는 문서 및 기타 정보기록으로서 특별히 알려져 있거나 특정한 범주에 속하는 것;
- (2) 다툼있는 사실에 관한 개인적 지식을 가진 사람의 신원 및 소재;
- (3) 상대방 당사자가 신청하고자 하는 감정인의 신원 및 다툼있는 쟁점에 관한 감정인의 의견을 표명하는 진술서.

(c) 누구나 법정지법에서 인정하는 자기연루에 대한 보호를 주장할 수 있으나 정보가 이를 제공해야 하는 당사자에게 불리하다는 것은 유효한 이의가 아니다.

(d) 법원의 관할권에 복종하는 자의 신체적 또는 정신적 상태가 문제가 된 경우에는 법원은 상당한 의학검사를 명령할 수 있다.

(e) 법원은 당사자 또는 다른 증인에 대한 선서진술서를 포함하여 정의의 관점에서 필요한 비밀준수의무가 없는 사항의 제출에 관련된 추가증거개시를 명령할 수 있다. 그러한 선서진술서는 제15조에서 규정한 바와 같이 작성되어야 한다.

(f) 증거개시신청은 다음과 같이 할 수 있다:

- (1) 원고에 의한 최초의 신청은 소장에서 또는 피고답변후 60일 이내에 이루어져야 한다. 피고에 의한 최초의 신청은 답변에서 또는 원고의 신청후 15일 이내에 이루어져야 한다.
- (2) 두 번째 신청은 상대방이 첫 번째 요구를 준수한 후 30일 이내에 할 수 있다.
- (3) 그 이후의 신청은 그 이전의 신청에서 필요성을 합리적으로 예상할 수 없

었던 증거를 위하여 한다.

(4) 그 이외의 신청은 법원의 허가를 받아야 한다.

(5) 당사자의 합의 또는 법원의 명령이 없는 한 그러한 요구에 대한 답변은 30일 이내에 이루어져야 한다.

(g) 법원은 당사자의 신청에 의하여 선서진술녹취를 관장하거나 문서제출을 감독하거나 본법의 준수를 감독하는 것을 돕기 위하여 특별직무관을 임명할 수 있다.

(h) 적절한 증거개시신청을 실행하기 위하여 법원은

(1) 다툴있는 사실에 관하여 증거개시신청을 불준수한 당사자에게 불리하게 추정할 수 있다;

(2) 법원은 제23조 및 제24조에서 허용한 방법을 사용할 수 있다;

(3) 법원은 증거개시에 관련되는 청구, 항변 또는 진술을 각하할 수 있다.

(4) 법원은 원고에게 불리한 각하판결 또는 피고에게 불리한 궤석판결을 선고할 수 있다.

評釋: 본조는 소송진행의 모델로서 예비심리절차를 거친 후 전체적 집중심리제를 채택하고 있다. 제1단계의 핵심은 예비적 명시(preliminary disclosure), 증거개시(discovery) 및 증거에 대한 석명이다. 일원화된 집중심리를 채택한 것은 迅速理想의 구현을 위한 것이다. 이러한 목표를 달성하기 위하여 집중적인 전체심리를 하여 주장과 증거채택이 단 1회의 심리 또는 2, 3차의 연속심리절차에서 완결되어야 한다.

본조는 당사자의 역할과 권리, 자발적 명시 의무, 증거개시요구절차, 법원의 역할, 당사자로 하여금 증거개시요구에 응하도록 보장하는 수단 등을 규정한다.

제14(a)조는 상대방에게 증거개시를 요구하기 전에 당사자가 먼저 제8조와 제9조에서 규정하고 있는 明示를 하도록 강제하고 있다. 동조는 또한 당사자가 출석시키려고 하는 증인의 證言要約書를 제출하도록 하고 있다. 대륙법 국가의 윤리규정이거나 절차규정에서는 변호인이 증인과 만나 다툴있는 사항을 논의 할 수 없도록 하고 있다. 이러한 규정은 증언이 부적절하게 조작되지 않도록 보호하려는 취지이다. 영미국가와 같이 장래의 증인과 논의할 수 있는 제도를 가진 국가에서도 윤리규정이거나 절차를 두어 변호사가 증인에게 증언내용을 시사하거나 유도하는 행위를 금하고 있다. 그러나 본조는 변호사에게 증인을 접촉할 수 있도록 허용하면 남용의 위험이 있음을 인식하면서도 중요한 관련증거를 파헤치지 못하는 위험이 위증교사나 증거조작 위험보다 공정한 재판에 더 해롭다는 입장을 취하여 소송대리인이 증인을 면담할 수 있도록 하였다.

(b)항은 모든 당사자는 누구에게든지 그 자가 점유하고 있고 비밀준수의무가 없는 관련정보를 공개하도록 요구하여 이를 수집할 권리가 있음을 규정하고 있다. 이

상적으로 말하면 관련증거의 완전명시가 당사자간의 대화로 이루어져서 당사자들이 법원의 간섭없이 상호간의 요구사항을 자발적으로 만족시켜주는 것이 좋다. (b)항은 증거와 명시를 요구할 수 있는 정보를 관련증거로서 규정하여 목록을 제시하고 있다. 따라서 당사자는 미국연방민사소송규칙 제26조 하에서와 같이 광범위한 증거개시를 유도하는 권한이 없고, 오직 다툼있는 사실에 관한 증거와 정보개시요구에 대한 권한만 있다. 본조는 지나친 證據開示(overdiscovery)나 소위 낚시탐험(fishing expeditions)과 같은 증거개시의 남용을 예방하고자 한다.

요구받은 증거를 그 당시에는 갖지 아니하였으나 나중에 보유하게 된 경우에는 당사자는 그 요구를 준수하여야 한다. 증거개시의 대상인 문서는 물론 컴퓨터화한 정보(디스크, 데이터, 프린팅, 소프트웨어 시스템)를 포함하여 각종 물건(필름, 사진, 비디오테이프, 녹음테이프, 기타 모든 목적물)까지 관계된다. 요구하는 당사자는 반드시 청구나 항변을 뒷받침하는 사실관계를 입증 또는 반증하는 정보, 문서 또는 물건과의 관련성을 제시하여야 하고 명시되어야 할 문서와 물건을 식별하여 특정한 범주에 따라 가려내거나 명확하게 하여야 한다. 그리하여 문서는 날짜와 제목, 또는 예컨대 “9월1일부터 12월 31일까지 A와 B간의 거래에 관한 교신” 이라고 하듯이 특정한 기재를 하여 식별하여야 한다. 상대방은 이같은 조건을 충족하지 못하는 요구를 준수할 의무는 없다. 이같은 요구조건이 만족되었는지 여부에 관한 다툼 및 그러한 요구를 준수해야 하는지 여부는 당사자의 신청에 의하여 법원이 결정한다. 법원은 그러한 요구가 무효임을 선언할 수도 있고 필요하면 기간과 제출방식을 특정하여 문서와 물건의 제출을 명령할 수도 있다.

증거개시절차는 잠재적 증인들의 신분과 관계된다. 본법안에서 사용되고 있는 증인이라는 단어는 當事者 本人陳述을 별도로 취급하는 대륙법계국가와는 달리 당사자 본인진술을 포함하여 진술이 엄밀히 말해서 증거가 아니더라도 법원에 진술하는 자를 포함한다. 제14(a)조에서는 당사자가 소환하거나 법원에 신청하고자 하는 증인의 예상증언을 요약하여 상대방에게 제공하여야 한다. 당사자는 제14(e)조 하에서 법원이 허가한 경우를 제외하고는 선서진술서를 통하여 증인을 신문할 수 없다.

(b)(3)항은 어느 당사자든지 상대방이 출석시키고자 하는 장래의 감정인 신원을 알아내어 다툼있는 사항에 대한 감정인의 서면진술을 얻을 권리가 있다고 규정하고 있다.

자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않기 위한 답변거부권은 보편적으로 인정되어 있다. 그러나 이 권리는 반드시 불리한 사실인정을 초래할 문서의 제출을 거부할 권리를 포함하는 것은 아니다. 이는 법정지법에 의하여 결정되어야 할 쟁점이다. 나라에 따라서는 법이 당사자에게 답변을 거부하는 것을 허용하거나, 민사책임을 발생시킬 경향이 있거나 민사청구를 부정 또는 감소시키는 문서제출을 허용한다.

본조는 그러한 거절을 허용하지 아니한다.

4항은 법원이 정신적 신체적 상태가 다투어지는 당사자에 대한 의학적 검사를 허가할 수 있도록 규정한다. 의학적 검사는 합리적이어야 하는데 그 구체적 의미는 검사대상인 개인의 권리와 관련자들의 프라이버시가 존중되고 증거를 開示하는 당사자가 자신의 비용으로 임명한 의사에 의하여 검사가 이루어져야 한다는 뜻이다.

예비단계에서는 당사자들이 전체적 집중심리에 대비하여 그들이 필요한 증거를 수집하는 부담을 진다. 그러나 자신의 신청에 따라 이루어진 상대방의 명시가 불완전하여 증거가 불충분하거나 또는 법원이나 상대방에 대한 불의타를 초래하는 수가 있다. 그와 같은 경우에 대처하기 위하여 법원은 재량으로 당사자의 신청 또는 직권으로 추가명시를 명령할 수 있다. 예를 들면 법원은 당사자나 장래의 증인에게 사건의 사실관계에 관하여 증언녹취서를 제출하도록 명할 수 있다. 법원은 불응하는 증인을 구술로 증언하도록 소환할 수도 있다. 제15조 참조.

법원은 단지 관련증거를 들추어낼 수 있을지 모른다는 이유로 추가개시명령을 할 수 없다. 정의의 관점에서 보아 필요하다는 기준(necessary in the interest of justice)은 다툼있는 사항을 입증하는데 관련된다는 기준보다 좁은 개념이다. 더구나 법원은 비밀준수의무가 있는 사항에 대하여서는 개시명령을 내릴 수 없다. 그러나 제21(c)조 참조.

제14(f)조는 증거개시요구 및 그러한 요구의 준수를 위한 세부적 조서를 규정하고 있다. 당사자는 각종 소송행위기간내에 소송서류에 담긴 정보 및 진술에 비추어 증거개시의 요구를 할 수 있다. 원고의 요구가 소장에서 이루어진 때에는 피고의 요구는 보통 답변서에서 이루어진다. 원고의 요구가 60일내에 이루어진 경우에는 피고의 요구는 원고의 요구를 수령한 날로부터 15일내에 이루어져야 한다.

보통 이러한 요구는 증거개시를 위하여 충분한 기회를 제공한다. 그러나 제14(f)(4)조는 불공정하게 절차를 지연시키지 않는 한 정당한 사유를 소명하면 추가 증거개시명령을 내릴 수 있게 하고 있다.

많은 분량의 문서 또는 멀리 있는 증인, 기타 실제적 필요상 유사한 상황에 처한 경우에는 법원은 특별보좌관을 임명하여 증거개시를 감독할 수 있다. 그러한 보좌관은 사법공조에 의하여 다른 법원에 의하여 임명될 수도 있다. 것처럼 임명된 자는 불편부당하고 독립적이어야 한다.

제14(h)조는 만일 당사자가 증거개시요구를 준수하지 아니한 경우에는 법원이 증거개시를 실효성있게 하기 위하여 제재를 가할 수 있다고 하고 있다. 제재방법은 당사자 행위의 특징을 고려하여 법원이 재량으로 정한다. 제5(e)조 참조.

제재는 1) 사실관계의 최종적 인정을 포함하여 당사자의 청구나 항변을 뒷받침하는 사실에 관하여 불준수한 당사자에게 불리한 추정(제23조에 대한 평석참조), 2)

법원이 재량으로 결정한 금전적 벌과금, 또는 법정모욕을 포함하여 법정지법이 허용하는 다른 수단의 법적 강제, 그리고 3) 증거개시와 관련되는 청구, 항변 또는 진술의 기각이다. 이 제재는 불리한 추정을 하는 것보다 더 가혹하다. 불리한 추정은 청구나 항변의 각하와는 달리 패소를 의미하지는 아니한다.

15. 證言錄取 및 宣誓自述書에 의한 證言 (Deposition and Testimony by Affidavit)

(a) 제14(e) 조에서 규정하는 바에 따라 법원이 정의의 관점에서 결정하는 경우에는 선서증언을 錄取할 수 있다.

(b) 제22(b)(2)조에 규정한 바에 따라 증언은 선서 직후 행하여야 하고 당사자의 합의 또는 법원의 결정에 따라 逐語的으로 시청각수단에 의하여 녹취하여야 한다. 記錄作成費用은 법원의 다른 결정이 없는 한 증언녹취를 신청한 당사자의 비용부담으로 한다.

(c) 증언녹취는 당사자가 합의하거나 법원이 결정한 시간과 장소에서 실시되어야 한다. 모든 당사자와 법원은 최소한 30일 이전에 증언녹취의 시간과 장소에 관하여 문서로 통지를 받아야 한다. 신문은 제22조에서 규정한 바에 따라 실시되어야 한다. 증언녹취전에 법원은 선서한 자가 답변할 추가질문을 제출할 수 있다.

(d) 증언녹취는 당사자간의 합의 또는 법원의 결정에 의하여 증언으로서 기록에 현출된다.

(e) 당사자는 사건에 관련되는 사실에 관한 진술을 포함하여 진실을 말하도록 선서를 주관하는 제3자가 서명한 宣誓自述書를 제출할 수 있다. 법원은 재량으로 그 같은 진술이 구술증언에 의하여 실시된 것으로 인정할 수 있다. 만일 상대방이 선서자술서에 의한 진술의 진실성을 부인하는 경우에는 그 당사자는 선서자술서의 작성자를 기일에 출석하도록 요구하는 명령을 법원에 신청할 수 있다.

評釋: 증언녹취는 영미법국가와 일부 대륙법국가에서 사용하는 증거수집방법이나, 본조에서는 證據開示를 위한 제한된 상황 하에서만 이용될 수 있도록 규정하고 있다. 제14(e)조 참조.

증언은 逐語的으로 서면, 또는 비디오나 오디오로 녹취되어야 한다. 당사자들은 녹취방식에 합의할 수 있으나 법원이 어느 방식으로 할 것인지 명령할 수도 있다. 증언을 요구한 당사자는 법원이 달리 명령하지 않는 한 녹취비용을 부담하여야 한다.

제15(c)조에 규정된 증언절차를 보면 신문이 당사자에 의하여 진행되거나 법원이 임명한 특별보좌관이 주재하는 경우를 제외하고는 일반적으로 신문은 법원에 증언을 출석시키는 경우와 동일하여야 한다. 제14(g)조 참조.

증언은 가능한 한 법관 앞에서 수집하는 절차를 따른다. 그러므로 증언을 수집하

는 당사자는 증인을 우선 신문하고, 상대방이 그후 보충적으로 신문을 한다. 제 15(c)조에 규정된 바와 같이 증언하기 전에 법원은 증인에게 질문할 신문사항을 특정한다. 증언의 시간과 장소는 당사자가 합의하거나 법원이 정할 수 있다. 아무튼 증언에 관한 서면통지는 당사자가 출석하여 적극적으로 참여할 수 있도록 적어도 30일전에 송달하여야 한다. 물론 법원에도 고지하여야 한다.

증거제출의 일반원칙은 증거를 구술로 전체변론기일에서 제출하는 것이다(제22조 참조). 그러나 전체변론기일에서 증인을 구술로 신문함이 불가능하거나 부담스럽거나 실제적이지 못할 수가 있다. 제15(d)조는 제15(c)조에 의하여 채택된 증언의 기록을 질병 또는 원거리소재 등의 이유로 편리하게 법원에 출석할 수 없는 증인의 증언을 받는 대신 법원에 제출함을 허용하고 있다. 증언은 법원이 사용한 언어이외의 언어로 작성하여 제출하는 경우도 예상된다. 증언은 제22(b)(7)조 하에서 채택할 수 있는 이해관계에 반대되는 진술을 포함할 수도 있다.

이같은 경우는 심리시 증거를 직접 제출하라는 원칙에 대한 예외이므로 선서진술서에 의하여 증언하고자 하는 당사자는 상대방으로부터 동의를 얻거나 선서진술서가 더 낫다는 이유를 제시하여 법원의 허가를 신청할 수 있다. 법원은 이같은 신청에 대하여 허부를 결정할 광범위한 재량이 있다. 어느 당사자든지 작성된 記錄의 眞正性이나 記錄物의 眞實性을 다룰 수 있다. 만일 그러한 이의가 받아들여지면 법원은 선서진술서에 의한 증언을 취소하고 당사자나 증인을 직접 신문할 것을 명할 수 있다.

(e)는 증언제출을 사건의 관련사실에 관한 진술을 포함한 선서자술서에 의하여 제출함을 허용하고 있다. 민사소송법 제281조의 2 참조. 그러한 진술은 법원이나 상대방 당사자가 증인을 반대 또는 보충신문할 수 없다는 점에서 일방적이다.

증인을 직접 구술로 신문하는 대신 선서자술서를 제출시키는 실무는 여러 법계에서 공통이다. 신속과 능률이 그 이유이다. 즉 증언의 좀더 신속한 이용가능성, 당사자 아닌 자에게 주는 훨씬 적은 부담과 비용, 법원이 훨씬 적은 시간을 소비하는 것 등이 그것이다. 이러한 방법은 다국적 소송에서는 특히 중요하다. 예를 들면 증인이 법원에서 신문을 받기 위하여 먼 나라까지 여행하여야 하는 경우가 그것이다. 물론 이러한 방법 이외에 국제법과 사법공조에 관한 국제협약에 규정된 수단들도 있다(예컨대 해외증거수집에 관한 헤이그협약). 즉 외교경로를 통한 요청, 설문식 답변증언(letters rogatory) 등이 그것이다. 그러나 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 선서자술서의 작성자를 기일에 구술로 신문하는 명령을 내릴 수 있다.

16. 證據開示와 情報明示에 관한 保護命令 (Protective Orders Concerning Discovery and Disclosure)

(a) 법원은 직권으로 또는 당사자나 제14조 또는 제24조에 의한 明示 또는 사실

발견의무가 있는 제3자의 신청에 의하여 정보명시나 증거개시요구의 준수가 부담스럽거나 채택할만한 증거를 제출하지 못할 우려가 있거나 비밀준수의무에 의하여 보호되는 증거의 제출을 강요하는 경우에는 명시나 개시절차를 제한 또는 금지할 수 있다.

(b) 명시를 요구받은 정보가 營業秘密인 경우, 또는 그 일반적 공개가 피해나 장애를 초래할 수 있으나 보호명령에 의하여 이를 회피 또는 감소시킬 수 있는 경우에는 법원은 그에 필요한 보호명령을 내려야 한다.

(c) 본법 하에서 법원의 권한행사에 도움이 되는 때에는 법원은 수집하고자 하는 증거를 판사실에서 조사할 수 있다.

評釋: 제16조는 강압적이거나 지나치게 침입적인 증거개시를 제한하는 광범위한 권한을 법원에게 부여하고 있다. 증거개시와 정보명시권한을 규정한 제14, 16, 24조에 담긴 철학은 미국이외의 영미법국가에서 발달된 것이다. 그러한 국가에서는 증거개시나 명시의 범위는 제14조에서처럼 특정되고 제한되어 있으나 그같은 특정된 범위내에서는 明示는 권리사항이다.

미국의 민사실무에서의 證據開示는 연방민사소송규칙에서 보는 바와 같이 채택가능한 증거와 정보를 추구할 강력한 권한을 포함하여 대단히 광범위하고 철저하다. 이같은 광범위한 증거개시는 흔히 재판비용을 증가시키는 요인으로서 비판되곤 하지만 합리적이고 철저한 증거개시는 진실발견을 촉진한다고 이해한다.

대륙법국가에서 이같은 증거개시는 훨씬 더 제한적이거나 존재조차 하지 아니한다. 특히 영업비밀의 명시를 거부하여도 광범위한 면책이 주어진다. 본조는 제한적인 대륙법계와 광범위한 미국법의 균형을 도모한 것으로 해석하여야 한다.

17. 公判前期日 (Subsequent Conferences)

(a) 법원은 1회 이상의 공판전기일을 명할 수 있다.

- (1) 법원은 그 단계에서 당사자의 다툼에 비추어 청구, 항변 및 쟁점의 추가, 삭제 또는 수정을 명할 수 있다.
- (2) 법원은 심리를 분리하여 사건의 하나 또는 그 이상의 쟁점에 대하여 따로 결정할 수 있다. 법원은 그 쟁점에 대한 판단과 그것의 사건잔부와의 관계를 다루는 중간판결을 내려야 한다.
- (3) 법원은 여러 사건이 동일 또는 관련거래를 다루고 있고 그들의 병합이 절차와 판결을 촉진할 수 있는 경우에는 본법안이나 법정지법에 따라 계속된 관련사건을 병합할 수 있다. 판결은 관련사건 전부를 다루어야 한다.
- (4) 법원은 증거의 증거능력에 관하여 결정할 수 있다.
- (5) 법원은 증인과 감정인의 신문 순서를 정할 수 있다.

(6) 법원은 전체변론기일을 정할 수 있다.

(7) 법원은 절차를 신속화시키는 명령을 발할 수 있다.

(b) 법원은 당사자에게 화해, 조정 또는 중재를 권유할 수 있다.

評釋: 본조는 증거개시가 종료되고 다툼있는 주요사실이 최종적으로 확정된 때 전체심리를 위하여 변론을 준비하는 법원의 역할을 결정한다. 법원은 준비단계를 어떻게 진행 또는 종결하고, 그후의 본안에 대한 전체심리절차를 어떻게 규정할 것인지 결정함에 광범위한 재량권을 갖는다.

법원은 쟁점을 명확하게 하고 전체심리에서 다툼있는 주요사실을 특정하기 위하여 일회 이상의 公判前會議期日(pre-trial conference)을 결정할 수 있다.

법원은 그러한 회의의 기일을 정한다. 당사자의 변호인이 출석해야 하나, 법원은 당사자들이 회의에 스스로 출석할 것을 명할 수도 있다(제13(d)조). 회의에서 법원은 당사자의 변호인, 적절한 경우에는 당사자와 개인적으로 사건의 쟁점, 다툼없는 청구와 항변사실, 새로운 다툼있는 사실이 明示로 인하여 추가되었는지 여부, 새로운 청구나 항변이 제출되었는지 여부, 전체심리에서 어떤 증거방법이 채택될 것인지 여부 등을 토의할 수 있다. 회의의 주요목적은 다툼없는 사실을 제외하고 정확하게 다툼있는 사실, 청구와 항변 그리고 변론기일이 개시될 때의 주제가 될 쟁점과 관련한 증거를 식별하기 위한 것이다.

법원은 이같은 준비 및 쟁점정리회의를 거칠 필요가 없다고 판단되는 경우에는 전체변론기일을 단순히 당사자들의 訴答書類(pleadings)와 節次에 관한 合意書(stipulations)에 기하여 진행할 수 있음을 결정할 수도 있다.

법원은 (a)(1)-(7)항에서 규정한 바와 같이 전체변론기일의 개시를 위한 결정을 내릴 수 있다. 법원은 청구와 항변의 내용을 요약하여 준비서면 등을 그에 맞게 수정하도록 명령할 수 있다. 다툼있는 사실을 특정한 후 법원은 증거의 채택가능성에 관한 쟁점에 관하여 결정하고 증인과 감정인을 포함하여 채택할 증거목록을 특정하는 동시에 그들의 신문방식과 절차에 관하여 결정할 수 있다. 법원은 또한 비밀준수여부에 관한 다툼을 해결하기도 한다. 법원은 전체심리기일을 정하고 그 절차가 공정하고 신속하게 진행됨을 보장하기 위한 명령을 발할 수도 있다.

제17조는 능률적인 심리를 촉진하기 위하여 법원의 여러 조치를 허용한다. 당사자가 철회한 청구와 항변을 제외하거나, 한 두 쟁점을 이번 심리에서 다루고 나머지 쟁점을 다음번 심리에서 다루도록 분리하거나, 변론을 병합하는 경우도 있다. 제17(a)(4)조에서 인정된 것과 마찬가지로 법원이 증거가 다량의 문서인 경우처럼 복잡한 때에는 이들을 제출하기 전에 그 채택여부에 관하여 결정하는 수도 있다.

법원은 당사자가 화해하거나 사건을 중재인 또는 조정인에게 회부할 가능성을 참작하여야 한다. 그러한 경우 법원은, (a)항에서 규정한 결정을 내리기 전에, 필요한

경우 법원 자신의 조정 또는 중재나 조정의 회부를 포함하여 화해가능성을 탐색하기 위하여 당사자와 그 변호인을 소환하는 기일을 정할 수 있다.

화해가 이루어지면 절차는 종료되고 화해조서가 작성된다. 당사자가 화해나 조정에 회부하기로 합의한 경우 그러한 합의는 사건기록에 편철되고 심리는 중지된다.

18. 言語 (Languages)

(a) 서증, 구술절차 및 증거를 포함하여 모든 절차는 법원이 당사자의 동의를 얻어 달리 정한 경우를 제외하고는 법정지의 언어로 실시되어야 한다.

(b) 문서가 길고 분량이 과다한 경우에는 번역은 당사자가 선택하고 법원이 결정한 바에 따라 그 문서의 관련부분만에 국한한다.

(c) 번역비용은 법원이 달리 결정하지 않는 한 증인이나 문서를 제출한 당사자가 부담한다.

評釋: 절차수행에 사용되는 언어는 법원이 유창하게 할 수 있는 언어이어야 한다. 보통 이는 법원이 소재한 국가의 언어일 것이다. 그러나 법원과 당사자는 절차의 전체나 일부분, 예컨대 증인의 모국어로 그의 증언을 수집해야 되는 경우에는 다른 언어를 합의할 수도 있다.

다국적소송에서는 증인이나 감정인들이 절차가 진행되고 있는 곳, 즉 사건이 심리되고 있는 국가의 언어에 능숙하지 못한 경우가 생긴다. 그러한 경우 법원과 당사자를 위하여 통역이 필요하다. 절차에서 증언은 법원이 달리 정하지 않는 한 통역비용을 지급하는 당사자와 함께 통역인의 도움을 얻어 이루어진다.

제2의 가능성은 법원의 명령 또는 당사자의 합의에 따라 제15(d)조에서 규정한다. 제15(a)조 참조. 이러한 조서는 번역하여 법원에 제출될 수 있다. 이러한 조서의 절차와 비용은 제15조에 따라 결정된다.

19. 證據의 關聯性 및 證據能力 (Relevance and Admissibility of Evidence)

(a) 다툼있는 사실에 관련되는 모든 증거는 정황증거를 포함하여 증거능력이 있다.

(b) 당사자를 포함하여 누구나 의사능력이 있는 자는 증거를 제출할 수 있다.

(c) 당사자는 자신을 포함하여 그의 증언이 관련성이 있고 증거능력이 있는 자를 소환할 수 있다. 법원은 동일조건 하에서 자신의 신청으로 누구든지 소환할 수 있다.

(d) 당사자는 관련성있는 서증으로서 진정한 것이거나 또는 예시적인 증거를 제출할 수 있다. 법원은 당사자 또는 당사자가 아닌 자에게 그의 점유 하에 있는 관련성있는 문서를 그대로 또는 예시적으로 제출하도록 명할 수 있다.

評釋: 본조는 심리시 적절하게 고려될 수 있는 증거방법의 조건과 한계를 일반적으로 정의하면서 증거법칙을 다루고 있다. 기본원칙은 사건의 관련사실의 판단에 합리적으로 유용한 모든 것은 증거로서 채택되어야 한다는 것이다

이런 원칙의 적용에는 세 가지 기준이 있다. 첫째 증거의 유용성이다. 증거의 채택가능성을 결정함에 있어서 법원은 제출하려는 증거를 사건의 쟁점과 연결시켜서 가정적 평가를 해본다. 즉, 제출된 증거방법을 토대로 여러 가지 가능한 결과에 관한 가정을 한다. 만일 실험적 추정이 사실에 대한 증거로부터 가능해지는 경우에는 그 증거는 논리적으로 관련성이 있다. 둘째 증거의 연관성은 증거가 뒷받침하는 지식의 합리적 신뢰성에 의하여 결정된다. 셋째 결과적으로 관련증거는 사건의 사실관계에 관한 지식, 특히 합리적으로 신뢰할만한 지식을 성취하는데 목적이 있다.

일부 국가에서는 여러 가지 방법으로 情況證據의 사용을 제한하는 원칙이 있다. 그러나 이는 부당하고 실제에 적용하기 어렵다. 정황증거가 다툼있는 사실을 인정함에 유용할 때 그 사용을 제한할 합리적 이유가 없다. 그러므로 원칙적으로 법원은 사건의 사실관계를 인정함에 관련되는 한 정황증거를 참작할 수 있다.

(b)항은 누가 적절하게 증거를 제출하고 진술을 할 수 있는지 규정하고 있다. 우리나라와 같이 일부 국가에서는 당사자나 이해관계있는 자를 증인에서 제외하는 입법례도 있다. 그러나 그러한 국가에서도 모든 증언을 차별없이 받아들여자는 경향이 있다. 증거를 제출하는 여부에 대한 적절한 기준은 관련성원칙이다. 그러나 이 말은 사건에 대한 증인의 주관적 또는 객관적 연관을 무시하여야 한다는 의미는 아니고 이것이 증언을 배제하는 근거는 못된다는 뜻이다. 이같은 연관, 예컨대 증인과 당사자간의 친족관계는 증명력을 평가하는 데에만 의미가 있을 수 있다.

관련사실에 관한 정보를 가진 자는 누구나 증거를 제출할 수 있다. 증인은 어느 국가의 절차에서나 요구하고 있듯이 진실을 말할 의무가 있다. 다수 국가에서는 그러한 의무를 증인의 선서에 의하여 강화한다. 선서의 종교적 의미 때문에 문제가 일어나는 경우에는 법원은 선서내용을 결정하거나 증인에게 진실을 말할 의무가 있음을 확인시킬 재량권이 있다.

(c)항 및 (d)항은 당사자의 증언이나 서증 등 입증권을 규제한다. 당사자는 이해관계자이어서 자신을 위한 증인이 될 수 없게 하는 일부 대륙법국가에서는 허용되지 않는 절차이지만 본법안에서는 자신을 증인대에 소환할 수 있다. 또한 관련문서가 당사자나 비당사자의 점유에 있는데 이것이 자발적으로 제출되지 않는 경우에 법원은 직권으로 그에게 이를 제출하도록 명령할 수 있다. 절차적 수단은 召喚 및 文書提出命令(subpoena duces tecum)이다. 법원은 명령을 발함에 있어서 불복중시의 제재를 결정할 수 있다. 제24조 참조.

20. 鑑定證據 (Expert Evidence)

(a) 법원은 전문가의 증거가 사건의 쟁점을 해결함에 도움이 되는 경우에는 재량으로 중립적 감정인 또는 감정인단을 임명할 수 있다. 감정증언은 외국법과 국제법의 원칙을 다를 수 있다. 법원은 감정인이 다를 쟁점과 감정인이 사용할 실험, 평가 또는 기타 절차 등을 결정한다. 법원은 감정인의 조사와 보고를 용이하게 함에 필요한 명령을 발할 수 있고 감정인의 보고서 양식을 특정할 수 있다.

(b) 당사자는 쟁점에 대한 자신의 감정인이나 감정인단을 지정할 수 있다. 당사자의 감정인은 법원의 감정인이 수행하는 실험, 평가, 기타 절차에 참가하거나 관찰할 수 있다. 법원은 모든 감정인에게 그들의 의견을 제출하기 전에 상호간에 협의할 것을 명할 수 있다. 당사자의 감정인은 법원의 감정인이 사용한 보고서와 동일한 양식에 따라 법원에 그 자신의 의견을 제출할 수 있다.

(c) 법원이 달리 결정하지 아니하는 한, 法院鑑定人の報酬와 費用은 조사를 신청한 당사자가 잠정적으로 부담하며, 법원이 조사를 요구한 경우에는 원고가 부담한다. 각 당사자는 자신이 위촉한 감정인에 대하여 보수와 비용을 지급한다.

評釋: 감정인과 관련하여 본법안은 대륙법의 원칙을 채택하였는데, 그것은 법원이 중립적인 전문가나 전문가집단을 임명하는 것이다. 민사소송법 제2편 제3장 제3절 鑑定 참조. 법원은 직권으로 그 과학적 또는 기술적 성질로 인하여 법원이 스스로 평가하거나 확정할 수 없는 사실을 평가 또는 확인하기 위하여 감정인의 필요여부를 결정한다. 법원은 관련분야에서 감정인의 능력을 토대로 鑑定人 또는 鑑定人團(많은 국가에서는 전문가 리스트를 활용하여)을 임명한다. 만일 감정인의 중립성이 다투어지는 경우에는 이는 법원이 결정한다. 법원은 당사자의 추천에 의하여 감정인이 대답할 질문을 만들어 감정인의 조언이 필요한 기술적, 과학적 쟁점을 특정한다. 법원은 또한 감정인이 적용할 기술과 절차를 결정하고, 감정인이 할 실험, 질의, 연구의 각 관점과 감정인이 구술 또는 서면으로 결과보고를 할지 여부를 결정한다. 이같은 결정을 함에 있어서 법원은 당사자와 상의한다.

감정인은 법원의 감정인이다. 그 역할은 중립적이고 당사자나 다른 영향으로부터 독립적이어야 한다. 법원은 감정인의 의견이 건전하고 신뢰할만하게 보일 때에는 그의 감정결과를 채택할 것이다. 만일 그렇지 않으면 법원은 다른 감정인을 임명할 수도 있다. 그러나 법원이 감정인의 의견을 따라야 할 의무는 없다. 그런 경우 법원은 감정인의 의견이 배척된 이유와 법원이 다른 결론을 지지하는 이유를 설명하는 것이 좋을 것이다.

제20조는 감정인의 지위가 증인의 그것과 다소 다르고 나라에 따라서도 다르다는 것을 인정한다. 영미법계에서는 감정인의 역할이 직접 경험한 사실을 재구성하는 것이 아니라 재구성된 것을 해석하는 것임을 인정하면서 다른 증인과 동일한 기초

에서 당사자가 신청한다. 대륙법계에서는 당사자가 감정인을 신청하기도 하지만 보통 법원이 임명한 감정인의 의견을 보충 또는 다투는 것이다.

본조는 중간적 입장을 취했다. 법원은 감정인을 임명할 수 있으나 당사자도 또한 감정인의 선임을 신청할 수 있다. 법원이 임명한 감정인은 법원에게 과학적 또는 기술적 정보와 분석을 제공한다. 그러한 감정인은 양심과 감정인 전문집단의 기준에 따라 이 임무를 수행해야 한다. 당사자의 감정인은 증거보다 평가를 제공하며 진실을 말하도록 선서를 할 필요는 없는 경우도 있다.

(b)항은 당사자는 자신의 감정인을 임명할 권리는 있으나 그러한 감정인은 법원의 감독 하에 참여할 뿐임을 규정한다. 당사자가 임명한 감정인의 역할은 당사자에게 과학기술적 사항에 대하여 조언하고 법원의 감정인의 행위에 대하여 평하는 것이다. 따라서 당사자의 감정인은 법원감정인이 수행한 시험, 실험 또는 질의에 관하여 통보받을 권리가 있다. 그들은 문제를 제기하거나 질문을 하거나 평가, 데이터 및 정보를 법원의 감정인에게 제출한다

그러나 법원이 법원의 감정인으로부터 구술 의견을 받은 때에는 당사자의 감정인도 역시 동일하게 의견을 진술할 권리가 있다. 법원감정인이 서면보고서를 제출한 때에는 당사자의 감정인도 그렇게 할 수 있다. 법원은 모든 감정인에게 쟁점을 명확히 하고 그들의 의견을 집중하기 위하여 상호 협의하도록 명할 수 있다. 법원의 감정인은 중립적이고 불편부당한 데 비하여 당사자의 감정인은 당사자편을 들고 편파적이라고 하지만, 법원은 당사자감정인의 의견을 참작하거나 법원감정인의 의견을 무시하고 이를 채택할 수 있다.

감정인이 구술로 신문받을 때 제22조의 규정이 일반적으로 적용된다. 그러나 제20(a)조는 법원이 결과보고서가 제출된 후에 감정인의 서면보고와 감정인의 구술신문을 요구할 수 있도록 허용하고 있다.

(c)항은 당사자감정인의 보수는 당사자가 지급한다고 규정한다. 법원이 달리 정하지 않는 한 조사를 신청한 당사자 또는 법원이 조사를 요구한 경우에는 원고가 임시로 지급할 법원감정인의 보수도 지급한다. 그러나 법원은 당사자에게 비용을 분담하도록 또는 피고에게 이를 지급하도록 명할 수 있다.

법원감정인의 보수는 법원이 달리 정하지 않는 한 사건 종료후 패소당사자가 지급한다. 본법안 제27조 참조.

21. 證據法上 秘密遵守 (Evidentiary Privileges)

(a) 비밀준수의무의 적용을 받는 다음의 정보는 증거로 채택될 수 없다:

- (1) 法曹人의 秘密遵守
- (2) 和解交渉중의 意思疏通

(b) 법원이 진실발견을 위한 증거의 필요가 정보의 비밀성을 유지할 필요보다 크다고 결정한 경우 이외에는 의사소통이 이루어진 장소의 법이 인정하는 비밀준수사항인 정보를 증거로 채택할 수 없다. 그러한 정보는 법원의 비공개심리에서 당사자와 그 대리인들의 입회 하에 제출되어야 한다. 법원은 비밀준수자료에 관하여 秘密保護命수를 발하여야 한다.

(c) 문서에 관한 비밀준수요구는 상대방이 비밀준수요구를 다룰 수 있을 만큼 상세하게 기재하여야 한다.

(d) 비밀준수는 이를 원용할 권리가 있는 자에 의하여 포기되거나 그를 위하여 포기될 수 있다. 당사자는 비밀준수의 의사소통을 알고자 하는 질문이나 증거개시요구에 대하여 즉시 이의하지 않은 경우 비밀준수특전을 포기한 것으로 간주된다.

評釋: 비밀준수의무는 관련증거를 배제한다. 이 의무는 다양한 사회적 이해관계를 반영하는 것이다. 專門家集團(의사, 정신상담사, 회계사, 법률가 등)은 職務上 知得한 정보를 공개하지 아니할 비밀준수의무에 의하여 회원의 전문활동을 보호할 필요가 있다. 민사소송법 제275조 2항, 제276, 277, 278, 279, 285 및 286조 참조. 성문법과 관계법은 그러한 비밀준수의무를 꾸준히 확대해왔다. 그러나 그러한 확대는 立證의 質을 저해하고 진실발견에 상당한 비용을 발생시켰다.

제21(a)(1)조는 법률가집단에게 완전한 비밀준수의무를 부여하고 있다. 이 개념은 영미법과 대륙법간에 상이하지만 본조는 양 개념을 모두 포함시켰다. 영미법은 法律相談과 救助의 제공과 관련하여 이루어진 법률가와 고객간의 의사소통에 대하여 비밀준수의무를 인정한다. 미국법상으로는 法律家の 作業生産物 (lawyer work product) 에 대한 보호법리가 인정되어 추가로 소송에서 고객을 돕기 위하여 변호사가 개발한 자료를 보호해준다. 대륙법은 동일한 보호를 인정하지만 법률가의 직업적 비밀준수의 개념 하에서 이를 제한적으로 인정한다.

비밀유지는 소송에 관여한 당사자간의 화해협상중의 의사소통과 관련하여서도 준수되어야 한다는 것이 제21(a)(2)조에서 인정한 바와 같이 보편적 원칙이다. 그러한 의사소통의 보호를 위하여 다양한 격식과 표현이 인정된다. 다른 국가에서도 변호사간의 의사소통이나 화해를 위한 당사자간의 의사소통을 동일하게 비밀로서 보호하는 경우가 많다. 화해와 관련된 의사소통의 비밀유지범위는 그 의사소통을 지배하는 법에 의하여 결정된다. 그러나 위에 언급한 일반원칙이 고려되어야 한다. 제16조 참조.

제21(b)조는 財政相談士나 기타 전문가들에게는 한정적 보호만을 부여하고 있다. 대륙법은 많은 전문가들의 의사소통에 프라이버시 보호나 기타 추가적 비밀준수특권을 부여한다. 유럽人權法院은 은행가, 회계사 및 언론인 등 여러 전문가집단의 비밀유지특권을 인정한다. 다수국가는 가족구성원간의 의사소통에 관하여 비밀유지특

전을 부여한다. 미국의 다수의 주는 公認會計士의 비밀유지특전을 인정하고 다른 주는 병원과 기타 유사단체의 秘密特典을 인정한다. 그러나 일부 대륙법국가에서는 법원은 그러한 비밀이 다툼있는 사항에 고도의 관련성이 있는 것처럼 보일 때에는 그러한 비밀사항을 신문할 수 있다. 그러한 접근방법은 영미법에서는 條件的 秘密維持特典이라고 하는데 본조에서 이를 채택하였다. 그러나 그러한 증거의 채택을 허용하는 경우에는 분쟁 자체를 고려하는데 요구되는 만큼을 제외하고는 비밀정보를 모두 공개하여서는 안 된다.

법원은 참가자가 법원자신과, 당사자 및 당사자의 변호사에 국한되는 판사실 심문절차에서 조건적 비밀유지특전을 가진 정보를 채택할 것인지 여부를 결정할 수 있다. 법원이 공개하면 영업비밀과 같이 중요한 공적, 사적 이해관계를 손상시킬 수 있다고 판단하는 경우에는 법원은 이같은 방법을 비밀준수특전이 없는 정보를 위하여서도 사용할 수 있다. 비밀심리에서의 증거채택은 심리의 공개원칙에 비추어 예외적이어야 한다.

제21(c)조는 문서와 관련하여 비밀특전신청의 절차를 규정한다. 신청인은 상대방 당사자의 비밀보호신청에 대하여 예컨대 문서가 제3자에게 배포되었다는 적절하게 다룰 수 있도록 충분히 상세하게 문서를 특정하여야 한다.

비밀유지특전의 권리가 있는 자는 이를 포기할 수 있고 그러한 경우에는 비밀의 사소통에 있는 증거는 제한없이 채택된다. 포기는 명시적 또는 묵시적으로 할 수 있다. 묵시적 포기는 당사자가 시기에 맞추어 주장하지 않으면 발생한다. 그러나 법원은 포기를 인정함이 정의에 어긋나는 경우에는 포기를 무시할 수 있다.

22. 全體辯論期日 (Plenary Hearing)

(a) 증거채택은 법원이 당사자나 증거제출자의 편의를 위하여 또는 사법정의상 다른 명령을 한 경우 이외에는 단일 기일 또는 연속기일에서 집중적으로 이루어져야 한다.

(b) 기일에서의 증거채택은 다음 원칙에 따라 이루어진다:

- (1) 증거제출자는 진실을 말하겠다는 선서를 하여야 한다. 법원은 선서의 조건을 결정하여야 한다.
- (2) 증거제출자는 그를 소환한 소송대리인이 主訊問을 한다. 상대방 소송대리인은 그 다음으로 反對訊問을 함이 허용된다. 그 이상의 주신문과 반대신문도 법원에 의하여 허가될 수 있다. 법원은 이의 또는 신청을 통하여 관련성없는 증거나 부당한 유도신문을 배제하여야 한다. 법원은 증거제출자에 대한 방해와 괴롭힘을 방지하여야 한다.
- (3) 법원은 당사자의 신문이후 보충신문을 포함하여 증언내용을 명백히 하기

- 위하여 언제라도 신문할 수 있다.
- (4) 법원에 의하여 증거제출을 위하여 소환된 자는 법원이 최초의 신문을 할 수 있다. 당사자의 소송대리인은 그 다음에 신문할 수 있다.
 - (5) 주신문은 사건의 관련성있는 쟁점을 다룬다. 반대신문은 법원이 좀더 광범위한 신문을 허용하는 경우가 아니면 주신문에서 다룬 쟁점에 관하여 다룬다.
 - (6) 기록외에서 어느 당사자의 이해관계에 불리하게 기재된 진술서는 증거능력이 있다.
 - (7) 증인이나 감정인의 증명력은 당사자의 신문방법을 통하여 또는 증인의 신빙성에 영향을 주는 이전의 불일치한 진술이나 기타 증거를 고려하여 다룰 수 있다. 당사자는 증인을 탄핵할 수 있다. 법원은 증인의 신빙성에 영향을 주는 신문을 할 수 있다. 탄핵은 중요쟁점과 관련하여서만 그리고 증언의 신뢰성에 심각한 의문을 제공할 경향이 있는 경우에 한해서 허용된다.
 - (8) 법원은 문서나 진정한 또는 예시적 증거방법의 성립의 진정 및 내용의 진정성을 다룰 수 있다.
 - (9) 법원은 과학기술적 증거의 신뢰성을 통제할 수 있고 그러한 목적으로 절차와 기술적 방법을 결정할 수 있다.
 - (10) 법원은 감정인의 의견이 증거로 채택될 수 있는 만큼 신뢰할 수 있는지 여부를 결정하여야 한다.

評釋: (a)항은 전체변론기일의 節次的 構造에 관한 일반원칙을 규정한다. 이는 영미법의 trial 모델과 일치하는데 이는 증거채택이 일회의 심리에서 이루어져야 함을 의미하는 것이다. 하루의 기일이 불충분하면 전체심리는 연이어 날마다 계속되어야 한다. 대륙법에서는 유사한 구조가 集中審理에 반영되어 있다. 많은 국가에서는 아직도 옛날식의 分離審理를 사용하고 있지만 집중심리가 증거제출과 관련하여 좀더 나은 방법이다. 다만 예컨대 당사자가 증거를 수집하기 위하여 시간연장이 필요한 경우에는 법원의 재량에 따라 집중심리원칙에 대한 예외를 인정할 수 있다. 그런 경우 당사자의 지연책동은 법원에 의하여 제재되어야 한다.

대부분의 대륙법국가에서는 당사자의 진술은 증인의 증언보다 증명력이 낮은 것으로 취급한다. 일부 대륙법국가에서는 당사자는 다른 당사자의 신청에 의하여 증언할 것을 강요당하지 아니한다. 일부 국가에서는 당사자는 자신을 증인이라고 부를 수 없다. 반대로 영미법은 당사자를 완전한 능력이 있는 증인으로 취급하고 불리한 진술강요금지나 비밀준수특전 등의 예외를 제외하고는 상대방의 신청에 의하여 증언할 의무가 있다. 그리하여 영미법은 당사자들이 자신을 증언대에 소환함을

허용한다. 본조는 영미법상의 접근방법을 채택하여 당사자는 상대방이 소환하면 증언할 의무가 있는 동시에 그 자신의 신청으로 증언할 권리도 있다. 제19(c)조 참조. 정당한 사유없이 증언을 안 하면 법원이 사실에 대한 불리한 추정을 하거나 법정모독으로 다스리게 된다. 그러나 당사자가 준수하지 않은 것에 대하여 합리적인 설명이나 정당한 이유가 있을 수도 있다. 제재는 당사자가 응하기로 결정할 때까지 점차 증가한다. 이는 프랑스법상의 *astreintes* 모델이다. 제5(e)조 참조.

이 절차는 당사자가 진실을 말하거나 선서할 의무가 없다는 엄격한 의미에서 일부 대륙법국가에서 허용하는 당사자에 대한 자유신문(*free examination*)제도로부터 벗어난 것이다.

제22(b)(2)조는 證人訊問制度에 적용이 있다. 전통적으로 당사자의 주신문과 반대신문에 기초한 영미법과 법원에 의한 신문에 터잡은 대륙법간의 구별은 잘 알려져 있고 비교법학문헌에서는 널리 논의되고 있다. 양제도의 한계와 결점도 잘 알려져 있다. 영미법절차에서의 주된 결점은 남용의 위험과 진실왜곡을 초래하는 반대신문에서의 지나친 편파성이다. 대륙법상 주된 결함은 관련 정보에 도달하지 못할 위험을 초래하는 법원의 수동적 신문태도와 무관심이다. 양절차는 모두 대륙법계에서는 판사의 능률적 기량을, 영미법계에서는 변호인의 능률적 기량을 요구한다. 문제는 진실탐색을 목적으로 하는 구술증거의 제출에 효과적인 방법을 고안하는 것이다. 본조에서는 중간적 방법을 규정하고 있다.

당사자가 소환한 증인을 위하여 당사자가 주신문 및 반대신문을 하는 영미법은 철저한 신문을 위하여 가장 적절한 방법이다. 증인은 우선 그를 소환한 당사자의 변호인에 의하여 신문된 후 상대방 당사자의 변호인에 의하여 반대신문된다. 필요하면 법원은 그 이상의 신문도 허용할 수 있다. 민사소송법 제298조 참조. 변호사에 의한 訊問權의 濫用을 예방하기 위하여 법원은 당사자의 이의나 직권으로 관계없거나 부적절한 질문, 또는 증인을 당황하게 하거나 괴롭히는 질문을 제외하여야 한다. 법원이 너무 피동적인 경우 변호사의 부적절한 행위를 예방하는 데에는 비효과적이다. 반대로 질의에 익숙지 못한 변호사는 효과적인 신문조사를 수행하지 못하는 수가 있다.

법원이 증인을 신문하는 대륙법상의 방법은 진실의 중립적 탐색과 법원이 관련사실을 이끌어내는 데 이점이 있다. 그러므로 법원은 증인신문에 있어서 적극적 역할을 부여받고 있다. 법원은 증언의 명확함을 위하여 당사자에 의한 질문과정에서 그러한 역할을 할 수 있다. 법원은 충분히 밝혀지지 아니한 사실이나 상황을 이끌어 내거나 석명하기 위하여 필요하다고 생각되는 때에는 당사자의 신문이후 증인을 독립적으로 신문할 수 있다. 민사소송법 제298조 3항 참조.

법원이 직권으로 소환한 증인은 법원이 먼저 신문하고 다음에 당사자가 신문한

다. 이는 당사자가 소환한 증인의 주신문에 상당하다. 법원은 주어진 증언을 석명, 제한, 또는 심화하기 위하여 필요한 때에는 증인을 더 신문할 수 있다.

증인신문의 목적은 진실의 완전한 발견이므로 당사자의 변호인과 법원의 질문범위는 선형적으로 제한되어서는 안 된다. 이 경우의 적용기준은 다툼있는 사실에 대한 증거의 연관성이다.

증인신문중에 당사자가 자신의 이해관계에 어긋나는 진술을 한 경우에도 그 진술은 보통의 증거방법으로 취급하여야 하고 다른 특별한 추정적 비중을 갖지 아니한다. 즉 그러한 진술은 구속력있는 自白으로 취급되어서는 안 된다. 제22(b)(6)조 하에서는 법정외에서의 당사자의 진술, 예컨대 선서진술서에 의한 증언조서의 경우에는 자신의 이해관계에 어긋나는 진술도 증거로서 채택할 수 있다. 그러한 진술은 또한 사실심법관의 자유심증으로 평가되는 일반증거방법으로 취급되어야 한다.

일반적으로 證人의 意見은 증거로 채택될 수 없다. 다만 그것이 자신의 증언을 석명하는 때에는 채택될 수 있다. 사실을 회고함에 있어서 지식과 기억은 무의식적으로 정리한 판단, 평가 및 의견과 뉘 수 없이 교차되어 있다. 때때로 사실이라고 해도 예컨대 증인이 다른 사람이 한 행위의 이유를 해석할 때 증인의 의견을 제시하게 된다. 그러므로 증인의 의견을 배제하지는 원칙은 다툼있는 事實의 再建에 도움이 되지 아니하는 코멘트를 금지한다는 뜻으로 이해하여야 한다.

제22(b)(7)조는 증인, 감정인 및 증인으로 신문된 당사자의 신뢰성을 탄핵함을 허용한다. 증인의 신뢰성에 의구심을 불러일으킬 가장 좋은 기회는 법원에서의 신문을 통해서이다. 증인의 신뢰성은 불리한 질문, 이전의 불일치하는 진술 또는 기타 이해관계, 사적인 관계, 고용이나 기타 유사한 관계, 사실을 인식하고 회고하는 능력 및 증언의 내재적 가능성 등 증인의 신뢰성에 영향을 미칠 수 있는 어떤 환경을 포함하여 모든 관련근거를 토대로 탄핵할 수 있다. 신뢰성을 평가하기 위하여 관련되는 다른 증거, 예컨대 증인의 불일치한 진술 등은 채택되어야 한다. 이전의 진술은 동일절차의 이전단계, 예컨대 증거개시시에 한 것일 수도 있다. 사법적 맥락밖에서 이루어진 이전의 진술 예컨대 소송계속 전의 진술 등은 입증이 되면 받아들일 수 있다.

그러나 반대증인을 탄핵하는 권리는 증인 괴롭히기 또는 증언의 왜곡 등을 통하여 남용될 수도 있다. 법원은 그러한 행위를 방지하여야 한다. 증인의 탄핵은 사건의 중요한 쟁점을 다루는 증인과 관련하여 탄핵할만한 상당한 이유가 있을 때에만 인정되어야 한다.

다른 항목의 증거, 서증이나 예시적 증거의 진정성이나 의존성도 당사자에 의하여 다투어질 수 있다. 公私文書의 진정성을 확인하는 별도의 소송형태가 많은 국가에 존재하는데 문서의 진정성이 다투어질 때에는 그러한 절차가 이용되기도 한다.

과학기술적 증거는 그 의존성이 의심스럽거나 다투어지면 세밀한 검토가 필요하다. 이를 어떻게 할 것인가를 미리 일반적으로 확정짓는 것은 불가능하므로 법원은 가장 효과적 절차와 통제기술을 선택할 재량이 있다.

23. 證據와 관련된 權限과 救濟方法 (Powers and Remedies Concerning Evidence)

법원은 직권 또는 당사자의 신청으로

(a) 관련성이 없거나 중복적 증거 또는 그 제출에 지나친 비용, 부담 또는 지연을 초래하는 증거를 배제할 수 있다.

(b) 당사자가 증언을 하지 않거나, 증인을 출석시키지 않거나 당사자가 제출할 입장에 있는 문서나 기타 증거방법을 제출하지 않는 경우 그 당사자에게 불리한 추정을 할 수 있다.

(c) 정당한 사유없이 법원의 명령에도 불구하고 증거제출을 위한 출석을 하지 않거나, 적절한 신문에 답변을 하지 않거나 문서 기타 증거방법을 제출하지 아니한 자 또는 사법방해를 한 자에게 벌금을 과하거나 법정모독결정을 할 수 있다.

(d) 정의의 관점에서 보아 증거관련법칙을 준수하지 아니한 책임으로부터 당사자를 면책시킬 수 있다.

評釋: 제23조는 증거에 관한 법원의 권한을 여러 측면으로 규정한다. 법원은 직권이나 당사자의 신청으로 그러한 권한을 행사하여야 한다.

제23(a)조는 법원에게 여러 가지 이유로 증거를 배제할 권한을 부여하고 있다. 우선 증거방법의 무관련성 또는 반복적 누적적 성격이다. 반복적 또는 누적적 증거방법이란 이론상 그 자체를 고려하면 관련성이 있으나 수집된 다른 증거와의 맥락에서 고려하면 그렇지 아니한 경우이다. 법원은 전체심리과정에서 관련이 없거나, 반복적이거나 누적적이라는 이유로 미리 배제된 증거를 후에 다시 채택할 수 있다. 지나친 비용, 부담 또는 지연을 이유로 한 배제기준은 신중하게 적용해야 한다. 이 권한은 당사자가 절차를 지연 또는 혼란시킬 분명한 목적으로 증거를 끌어들이는 때 주로 법원에 의하여 행사되어야 한다. 민사소송법 제298조 4항 참조.

(b) 및 (c)항은 여러가지 다른 제재를 규정한다. 법원은 당사자가 증언을 거부하거나, 소환할 수 있는 증인을 소환하지 않거나 제출할 수 있는 문서나 다른 증거항목을 제출하지 않는 경우와 같은 당사자의 행위로부터 불리한 추정을 할 수 있다. 불리한 추정이란 법원이 당사자의 행동을 당사자에게 불리한 정황증거로서 해석한다는 의미이다. 동일한 쟁점에 다른 증거가 없으면 법원은 그 쟁점을 결정함에 있어서 불리한 추정에 의존할 수 있다.

불리한 추정을 한다는 것은 당사자에게 대한 적절한 제재도 된다. 당사자 아닌

자에 대한 제재는 제32(b)(4)조의 예외를 제외하고는 법원모독 및 과태료부과이다. 제재대상행위는 증인이 출석을 안한 경우, 적절한 질문에 대답을 안한 경우, 정당한 이유없이 문서나 다른 증거항목을 제출하지 아니한 경우이다. 민사소송법 제282조 참조.

증거에 관한 원칙이나 명령을 준수하지 않은 경우에는 제재가 다르지만 법원은 불준수의 정도와 성질 그리고 부과될 제재의 종류와 방법에 관하여 재량이 있다(제 5(d)조 참조).

(d)항은 법원은 그 재량에 따라 증거원칙과 이를 적용하는 법원의 명령을 지키지 아니한 당사자를 면책시킬 수 있다고 하고 있다. 법원의 이 권한은 합리적으로 행사되어야 한다.

24. 제3자에게 부과된 명령 (Orders Directed to a Third Person)

(a) 법원은 당사자가 아닌 자로서 법원의 관할권에 복종하는 자에게 다음과 같은 명령을 발할 수 있다:

- (1) 제12(a)조에 의하여 내려진 보전처분을 준수할 것
- (2) 절차상 권리에 대한 다툼이 있는 금전이나 기타 재산을 보유할 것이고 이를 오직 법원의 명령에 따라서 처분할 것
- (3) 증거개시절차 또는 공판에서 증언을 할 것
- (4) 문서 또는 기타 물건을 증거로서 제출할 것

(b) 법원은 제3자를 강제하는 법원의 명령을 신청하는 당사자에게 그에 따른 비용을 상환하도록 요구할 수 있다.

(c) 제3자에게 내려진 명령은 불이행에 대한 금전벌칙의 부과 및 법정모독이나 증거자료 또는 기타 물건의 직접몰수 등 법원이 허용한 법적 강제에 의하여 집행될 수 있다. 제32조 참조.

評釋: 법원은 당사자와 비당사자에게 소송계속중 어떤 행위를 강제하거나 금지하고, 현상을 보존하거나 회복할 수 없는 손해를 방지하는 명령을 할 광범위한 권한을 가지고 있다. 당사자가 아니면서도 당사자간의 절차에서 내려진 명령에 복종해야 할 제3자가 자주 있다. 제12(a)조에 의하여 내려지는 명령은 현상유지와 회복불능의 손해를 방지하는 등 보전처분을 집행하기 위하여 그들의 협력이 필요한 한도에서는 비당사자를 관여시킬 수 있다. 법원은 재량으로 비당사자의 협력의 종류를 결정하고 그에 따라 명령을 발할 수 있다.

분쟁에 관련된 금전이나 기타 재산이 당사자나 비당사자의 점유 하에 있는 때에는 법원은 사건이 최종적으로 결정될 때까지 이를 보전하도록 명령할 수 있다. 법원은 財産占有者에게 법원의 추가명령이나 분쟁의 최종적 결정이 그 금전이나 재산

이 누구에게 引渡되어야 하는가를 결정할 때까지 保有하도록 명할 수 있다.

비당사자의 증언이 필요한 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 따라 법원은 증인에게 공판에서나 증거개시절차의 선서진술조서에 의하여 증언할 것을 명할 수 있다.

문서나 기타 관련 물건이 비당사자의 점유에 속한 때에는 법원은 증거개시절차나 기일에 이를 제출하도록 명할 수 있다.

제3자에게 내려진 명령은 불준수에 대한 제재에 의하여 강제된다. 이 제재는 금전적 과태료나 다른 법적 강제 즉 법정모독 등을 포함한다. 증거자료나 기타 물건을 확보함이 필요한 때에는 법원은 압수방법을 정하여 그러한 자료나 물건의 압수를 명할 수 있다. 제5(e)조 참조.

25. 證據記錄 (Record of the Evidence)

(a) 절차에 관한 요약기록은 법원의 지시에 따라 법원사무관이 보관한다.

(b) 절차에 관한 축어적 전체기록 또는 시청각기록은 비용을 지급하는 당사자의 신청에 의하여 보관된다.

(c) 당사자는 자신의 비용으로 축어적 기록전부를 등사할 수 있다.

評釋: 증거기록과 관련하여 두 가지 주된 방법이 사용될 수 있다. 첫째는 일부 영미법국가에서 전형적으로 사용하는 바와 같이 증거개시절차에서 진술한 모든 것을 축어적으로 기록하는 것이고, 다른 하나는 대륙법계 실무와 같이 최종결정에 관련되는 사항을 포함하여 법원의 감독 하에 법원사무관이 작성한 변론기록의 요약방법이다. 대부분의 대륙법계에서는 축어적 기록을 하는 절차가 없다. 축어적 기록은 완벽하고 상소에 좋은 기초를 제공하나 많은 경우 지나치게 부담되고 비싸다.

본조는 법원의 감독 하에 법원사무관이 작성하는 요약기록방식을 채택하였다. 법원은 要約記錄에 당사자와 증인이 말한 관련진술 및 증인의 신뢰성과 증거의 비중 등에 관한 최종적 평가에 유용한 기타 경과를 포함하도록 감독하면 된다. 이 경우 당사자는 특정진술의 포함을 요구할 권리가 있고 법원은 이를 수용할지 여부를 결정할 재량이 있다.

당사자가 자기의 비용부담으로 전체심리경과의 축어적 기록이나 시청각기록등본을 신청하는 경우에는 법원은 그렇게 명하여야 한다. 이러한 방법과는 따로 당사자는 자신의 비용으로 축어적 기록을 만들도록 준비할 수 있다. 법원은 그 기록의 한부를 공급받고 다른 당사자도 자기 몫의 비용을 부담한 후 한부를 가질 권리가 있다. 그러한 기록은 (a)항에 따라 보관되어야 할 공식기록은 아니다.

26. 最終審理와 判決 (Final Discussion and Judgment)

(a) 모든 증거를 제출한 후 각 당사자는 다투는 주장을 문서로 제출할 권리가 있

다. 법원의 허가가 있으면 당사자는 구술에 의한 최후진술을 할 수 있다. 당사자는 당사자의 대리인에게 상호간 및 법원과 사이에서 사건의 주요쟁점에 관하여 간단한 구술토론을 허용할 수 있다.

(b) 법원은 최종심리후 구술 또는 서면으로 판결을 선고한다. 다툴있는 사실은 입증책임에 관한 준거법에 따라 인정되어야 한다. 필요한 때에는 법원은 판결을 선고하기 전에 합議하기 위하여 판사실로 退廷할 수 있다. 사건의 복잡성으로 인하여 필요한 경우에는 법원은 結審하고 判決宣告를 위하여 신기일을 지정할 수 있다.

(c) 법원은 지체없이 관련증거 및 간접증거에 터잡은 事實認定과 판결을 지지하는 주요 법률상 이유를 포함한 判決書를 公刊하여야 한다.

評釋: 전체심리는 모든 증거가 제출되면 종료한다. 이 시점에서 사건은 판결하기에 성숙하게 되면 당사자는 원고 먼저, 그리고 피고가 그 후에 하는 순서로 구술로 최후진술을 하도록 허용해달라고 신청할 수 있다. 그와 같은 최후진술시에 당사자는 제출된 증거로부터 도달된 결론을 제의할 것이고, 간단히 그들의 청구와 다툼을 요약하고 사실상과 법률상 관점을 정리할 것이다. 필요하다면 법원은 당사자에게 자신들과 법원간에 사건의 주쟁점을 토의하도록 허용할 수 있다. 법원은 다투는 주장과 청구를 석명하기 위하여 당사자의 변호사들에게 發問할 수 있다.

당사자는 다투는 주장과 이런 주장이 터잡은 법리를 문서로 제출할 권리가 있다. 법원은 서면제출일자와 최종진술이 행해지고 구술 토의가 이루어질 추가심리기일을 정하여야 한다.

(b)항은 판결선고를 규정한다. 판결은 당사자의 최후진술이후 구술 또는 서면으로 선고된다. 법원은 합의를 위하여 판사실로 퇴정할 수 있으나 사건이 복잡해서 結審하고 판결선고일을 따로 정하는 경우 이외에는 즉시 판결을 선고해야 한다. 판결은 당사자의 청구와 항변에 관한 최종판단을 선고하는 것이어야 하고 사건기록에 편철되어야 한다. 민사소송법 제183, 191, 192조 참조.

영미법에서 민사사건에 일반적으로 적용되는 證명의 程度는 證據의 優越性(preponderance of evidence)이고, 대륙법에서는 증명의 정도는 법관을 확신시켜야 하는 것이다. 어떤 국가에서는 예컨대 詐欺의 立證 등 민사사건의 몇 쟁점에 관하여는 더 높은 증명의 정도를 부과한다. 이러한 정도는 형사사건에서 “合理的 疑心 없이 (beyond a reasonable doubt)”와 같은 더 높은 기준과 비교된다. 제26(b)조는 증명의 정도를 법정지법에 맡겼다.

증명의 정도에 추가하여 立證責任의 문제가 있다. 일반적으로 원고가 그의 청구에 긴요한 모든 쟁점에 대하여 입증책임이 있고 피고는 상대적으로 적극적 항변의 쟁점에 관하여 입증책임이 있다. 대륙법에서는 입증책임의 분배는 섭외사법과 관련해서는 실제법상의 사항으로 간주된다. 그리하여 法廷은 입증책임원칙을 결정하기

위하여 거래에 적용되는 법에 주목한다.

영미법에서는 입증책임분배는 일반적으로 법의 선택과 관련하여서는 절차적인 것으로 여겨진다. 그러므로 法廷은 그자신의 입증책임원칙을 적용한다. 영미법은 적어도 법률이 특별한 입증책임분배원칙을 규정하고 있는 경우에는 청구가 그 거래에 적용되는 다른 나라의 법에 기초하고 있는 경우 예외를 인정한다. 아무튼 영미법상 입증책임원칙은 일반적으로 대륙법에서의 입증책임원칙의 저변을 이루는 것과 동일한 실체적 정책적 고려를 반영한다.

고전적으로 어려운 문제는 입증책임분배에 있어서 쟁점분류이다. 즉 특정한 쟁점이 원고청구의 일부이어서 원고가 입증할 것인지 또는 적극적 항변사항이어서 피고의 입증사항인지 여부이다. 이 문제는 법정지에서 인정하는 적용법에 따라 해결되어야 한다.

(c)항은 판결문을 公刊하도록 강제한다. 간행은 지역적 실무에 따라 이루어질 것이나 당사자는 전체 판결문의 정보를 송달받을 권리가 있다.

판결내용은 관련증거와 증거평가에 의하여 지지되는 事實認定 및 결론을 지지하는 主要法原則, 즉 관련 법규정, 원칙, 선례와 법원이 채택한 해석을 지지하는 주장을 참고하여 내린 법적 결론을 포함하여야 한다.

법원이 한사람 이상의 법관으로 구성된 경우에는 재판부 구성원은 구술 또는 서면으로 少數意見 또는 同調意見을 표시할 수 있다. 그러한 의견은 서면으로 된 경우 판결문과 함께 간행되어야 한다.

27. 費用 (Costs)

(a) 각 당사자는 법원비용, 변호사비용, 기타 부수적 비용을 포함하여 자신의 경비와 비용을 지급한다.

(b) 승소한 당사자는 패소한 당사자로부터 그의 경비와 비용을 상환받는다. 그러나 비용확정은 제32(c)조에서 규정한 바와 같이 집행정지와 함께 정지된다. 승소한 당사자는 판결선고 후 30일 이내에 당사자 또는 그 대리인이 인정한 비용과 경비에 관한 진술서를 제출하여야 한다. 패소당사자는 즉시 다툼있는 항목을 제외한 청구 금액을 지급하여야 한다. 다툼있는 항목은 법원이 결정하거나 당사자가 합의한 다른 절차에서 정한다.

(c) 법원은 패소당사자라고 하더라도 그자신의 소송상 입장에 관한 상당한 사실상과 법률상 기초가 있는 당사자로부터 비용과 경비의 회수를 제한할 수 있다. 법원은 악의로 다툼 것으로 인정되는 당사자에게 본조 제b항에 규정한 액수의 2배를 초과하지 않는 범위내에서 벌금을 부과할 수 있다.

(d) 상소의 경우에도 위에 규정된 원칙과 절차가 상소와 관련하여 발생한 비용과

경비에 그대로 적용된다.

(e) 법정지법이 허용하는 경우에는 법원은 비거주자인 당사자에게 비용과 경비에 관한 담보를 요구할 수 있다.

評釋: 미국 외에 보편적으로 인정된 民事訴訟費用分配法則은 승소당사자가 패소 당사자로부터 상환받을 권리가 있다는 것이다. 이 원칙이 본법안에 채택되어 있다. 미국법상의 원칙은 성문법이 다르게 규정하고 있거나 절차를 극히 남용한 경우 이외에는 각 당사자가 자신의 비용을 부담하는 것이다. 이러한 원칙 하에서는 쓸데없이 소송을 제기하거나 유지될 수 없는 소송의 방어를 고집하도록 유인을 제공한다.

그러나 영미법과 일부 대륙법계에서의 비용부담원칙은 법원에게 패소당사자에게 비용을 부담시키는 일반원칙을 수정할 권한을 부여한다. 제27(c)조는 이 원칙을 채택하였다. 본조는 또한 법원이 악의로 다툼 당사자에게 제재비용을 부과할 수 있게 한다. 악의란 상당한 증거다툼이나 전문적이고 책임있는 주장을 제시할 수 있는 법률적 다툼의 진술이 없는 경우를 포함한다.

(e)항은 법정지법이 허용하는 경우에는 법원은 비거주당사자에게 비용담보를 요구할 수 있음을 인정한다. 여러 법계에서 費用擔保를 법률상 평등취급원칙과 관련하여 適法節次위반으로 인정함은 잘 알려진 사실이다. 비용담보는 그런 담보를 제공할 충분한 돈을 갖지 못한 당사자를 차별하여 결국 돈있는 당사자를 우대하는 결과를 가져온다는 것이다. 반대로 일부 국가에서는 비용회복을 위한 정상적 수단으로 생각한다.

그러나 다국적소송에서는 그러한 고려는 통상의 국내소송에서보다 덜 중요하다. 더군다나 법정지국가의 거주자가 아닌 패소당사자로부터 비용을 회복할 수 없는 가능성이 더 높다. 그러므로 본조는 비용담보부과결정을 법원의 재량에 맡겼다. 법원은 지나치거나 불합리한 담보를 부과하지 않도록 주의하여야 한다.

민사소송법 제1편 제3장 소송비용 참조.

C. 上級審節次 (Subsequent Proceedings)

28. 抗訴 (Appellate Review)

(a) 본조 b항에서 규정한 것을 제외하고는 抗訴는 제1심법원의 종국판결에 대하여 할 수 있다.

(b) 제12조에 따라 신청한 보전처분을 인용하거나 기각하는 제1심법원의 명령은 즉시 검토되어야 한다. 보전처분은 이를 심리한 법원이 다른 명령을 하지 않는 한 항소심 계속중에도 효력이 있다.

(c) 종국판결과 (b)항에 따라 상소할 수 있는 명령을 제외한 법원의 명령은 제1

심법원의 허가 또는 항소법원의 명령에 따라 즉시 검토의 대상이 된다. 그러한 허가는 즉시 항소가 상급심절차에서 일반적 법률상 중요성이나 특별한 중요성을 갖는 쟁점을 해결할 수 있을 경우에 주어진다.

(d) 항소는 제1심법원에서 주장된 청구, 항변 및 반소에 국한된다. 명백하게 정의에 반하는 결과를 가져오는 경우가 아니면 이전에 제출가능했던 추가증거는 채택되지 아니한다.

評釋: 본조에 抗訴法院의 구조와 항소권을 행사하는 절차를 일일이 규정함은 실제적이 못된다. 고로 항소심은 법정지의 법원제도에 따르도록 하였다. 항소(appeal)는 공식적으로 항소라고 지정된 항소는 물론 상응한 여타 절차, 예를 들면 항소심 법원으로부터의 비상한 명령에 의한 심리 또는 제1심법원에 의한 항소인증 등을 포함한다.

(a)항은 종국판결만이 항소대상임을 규정하고 있다. 예외는 (b)와 (c)항에 규정되어 있다. 그러므로 중간적 불복심리는 비록 법정지법이 이를 허용한다 하더라도 제1심법원의 다른 명령에 의하여 허용되지는 아니한다. 민사소송법 제360조 참조.

(b)항은 보전처분을 인용 또는 기각하는 명령의 중간적 불복심리(pendente lite)를 허용한다는 취지이다. 제12조 참조. 보전처분은 불복심리법원이 다르게 결정하지 않는 한 불복심리동안 효력이 있다.

(c)항은 제1심법원이나 항소심법원의 주도에 의하여 최종판결이외에 명령의 중간적 불복, 즉 即時抗告를 허용한다. 당사자의 불복신청이 있는 경우에는 제1심법원판사나 항소심법원판사는 그 명령이 (c)항에서 규정한 중요성이 있음을 참작하여 이를 허가한다.

(d)항은 항소심은 제1심법원에 제출된 증거에 기초한 사실쟁점의 인정을 재검토함에 국한된다고 규정하고 있다. 이러한 제한은 영미법전통에서 이어온 원칙에 일치하고 일부 대륙법국가에서도 인정된다. 이같은 제한 하에 항소법원은 제1심법원이 배제한 증거는 받아들여졌어야 한다고 결정하거나 채택한 증거를 무시하여야 한다. 예컨대 제1심법원이 비밀유지특전의 주장과 관련하여 잘못된 결정을 내린 경우이다. 항소법원이 증거가 부적절하게 배제되거나 채택되어 그 효과가 권리침해라고 결정한 때에는 직접 판결을 내릴 수도 있고, 제1심법원에 취소환송 할 수도 있다.

항소심법원에 추가증거를 제출하는데 있어서의 제한은 영미법상의 실무를 반영하였다. 그러나 항소후 결정적 증거의 발견 등과 같은 예외적 사유가 발생한 경우에는 그러하지 아니하다. 민사소송법 제377조 참조.

29. 上告 (Further Appellate Review)

상고는 법정지법에 따라 제2심법원의 판결에 대하여 한다. 상고심이 하는 재심리

는 오직 실체법 또는 절차법상의 쟁점만 다룬다. 다름있는 사실은 재검토되지 아니한다. 다른 증거나 추가청구 또는 항변은 채택되지 아니한다.

評釋: 현대법원제도는 3심제로 조직되어 있다. 많은 경우 제2심법원에서 불복심리를 한 후에는 상고는 상고법원의 재량적 기초에 의하여서만 가능하다. 이같은 재량은 예컨대, 상고허가신청에 기초하여 상고법원이 행사한다.

어떤 국가에서는 사건 또는 사건내의 쟁점을 상고법원의 인증을 받음으로써 제2심법원이 그 재량을 행사하는 수도 있다.

본조는 그 이상의 불복심리에 대한 이용가능성과 절차에 관하여 법정지의 법원에서 절차에 참고로 채택하고 있다. 당사자는 상고를 추구함에 있어서 상당한 주의를 하고 판결전에 이의를 하지 못한 것에 변명할 수 없는 해태가 없었음을 증명하여야 한다. 민사소송법 제392, 393조 참조.

30. 再審

재심절차에서 신청인이 선관주의로 행동했음을 입증한 경우 다음과 같은 사유가 있을 때에는 판결은 취소될 수 있다.

(a) 판결이 소송물에 관한 관할이나 구제를 청구하는 당사자에 대한 관할권없이 선고되었거나;

(b) 판결이 법원을 기망하여 내려졌거나;

(c) 이전에 제출할 수 없었던 증거로서 다른 결과를 초래할 증거가 있거나;

(d) 판결이 명백히 정의에 반하는 경우.

評釋: 일반원칙으로서 확정판결은 제28조 및 제29조에서 규정한 불복사유의 경우 이외에는 다시 검토되지 아니한다. 극히 예외적인 경우에 한해서 새로운 절차에서 취소될 수 있다. 민사소송법 제422조 참조.

판결의 재심은 동 판결을 내린 법원에 신청한다. 그와 같은 신청을 하기 위해서는 당사자는 재심사유에 상당한 주의를 기울여 행동해야 한다. 법원은 특히 (c)사유를 주장하는 경우에는 그 적용을 신중히 해야 한다. 신청인은 전체변론기일에서 증거항목을 제출할 기회가 없었고 그 증거가 확정판결을 변경해야 할만큼 결정적이라는 점을 입증해야 한다.

(d) 사유를 해석함에 있어서는 단순한 실체적 절차적 원칙의 위반이나 증거비중을 평가함에 있어서의 잘못 등은 확정판결을 재심리할 정당한 근거가 못되고 다만 상소이유가 될 뿐(제28조 및 제29조 참조)임을 고려하여야 한다. 정의에 반하는 경우란 공정한 절차와 적절한 판결을 위한 최소한의 기준과 전제요건이 위반된 극단적 상황을 말한다.

31. 確定力 (Finality)

제30조에서 규정한 경우 이외에는 판결은 상소기간이 만료된 후에는 절차법적 또는 실체법적 타당성을 이유로 재심리하지 아니한다.

評釋: 판결의 확정력은 영미법과 대륙법에서 모두 인정한다. 그러나 다수 법계의 절차는 특정조건 하에서 확정판결의 재심 또는 경정을 허용한다. 일부 영미법국가에서는 新裁判(new trial)이 허용될 수도 있다. 전 법계가 그와 같은 절차를 이용함에 있어서 기간을 부과하고 있고 일반적으로 불복기간만료전에 이용하도록 규정하고 있다. 그러한 사항에 대해서는 법정지법이 적용되어야 한다.

32. 判決의 執行 (Enforcement of Judgment)

(a) 임시구제책에 대한 결정을 포함하여 확정판결은 (c)항의 규정에 의하여 정지된 경우 이외에는 즉시 집행할 수 있다. 특히 확정판결은 채무자 재산을 압류하거나 판결채무자의 채무에 터잡아 집행할 수 있다.

(b) 판결을 받은 자가 일정한 기간 내에, 또는 기간이 없는 경우에는 판결후 30일 이내에 판결을 준수하지 아니한 때에는 법원은 채무자에게 강제집행조치를 부과할 수 있다. 이러한 조치들은 강제적 재산명시 또는 채무자가 상대방 당사자나 법원이 지정하는 자에게 지급할 금전벌칙을 포함한다.

- (1) 그와 같은 제재는 판결을 강제집행할 권한이 있는 자가 신청할 수 있다.
- (2) 불준수에 대한 벌칙은 변호사비용을 포함하여 강제집행을 구하는 당사자에게 발생한 비용과 경비를 포함하고, 법원에 불복중한 벌칙을 포함하나 판결액의 2배를 초과할 수 없다.
- (3) 판결을 받은 당사자가 지속적으로 준수를 거부하는 경우에는 법원은 추가 벌금을 부과할 수 있다.
- (4) 판결을 준수할 경제적 기타 능력이 없음을 입증한 자에게는 벌칙을 부과할 수 없다.
- (5) 법원은 제3자에게 채무자의 재산에 관한 정보를 공개하도록 명령할 수 있다.

(c) 사실심법원이나 상소법원은 판결을 받은 당사자의 신청에 의하여 정의의 관점에서 보아 필요한 경우에는 상소계속중 판결집행의 정지를 명할 수 있다.

(d) 법원은 強制執行停止의 조건으로 상소인으로부터, 아니면 집행정지를 기각하는 조건으로 피상소인으로부터 채권이나 擔保를 요구할 수 있다.

評釋: (a)항은 확정판결은 즉시 집행가능하다고 규정한다. 만일 판결이 판결국가 내에서 집행되어야 하는 경우에는 집행은 確定判決執行에 관한 법정지법에 따라야 한다. 그렇지 아니하면 管轄과 判決執行에 관한 브릿셀 및 루가노 조약 등과 같은

국제조약상의 원칙이 적용된다. 金錢判決이 집행되는 경우에는 판결채무자가 소유하는 재산 또는 채권 등의 押留를 명할 수 있다. 법원은 액수에 대한 재량과 함께 (제5(e)조 참조) 履行遲滯에 관하여 금전적 부담을 부과할 수도 있다.

(b)항은 판결문 소지인의 신청에 의하여 법원이 판결불이행의 경우 판결채무자에게 금전적 부담을 부과할 수 있도록 하고 있다. 이 벌금은 판결채무자가 정해진 기간내 또는 기간의 정함이 없으면 판결확정후 30일내에 채무를 지급하지 않으면 효력이 발생한다. 금전적 벌금은 다음 원칙에 따라 부과되어야 한다:

- (1) 執行費用 및 罰金은 판결을 집행할 권리가 있는 당사자는 누구나 신청할 수 있다. 법원은 판결의 실제법적 기초에 따라 벌금을 부과해야 한다.
- (2) 집행비용은 집행에 드는 개략적 비용, 예컨대 변호사비용이나 법원에 불복종하는 경우 조건적으로 부과되는 벌금 등을 포함한다. 조건적 벌금은 판결금액의 2배를 초과할 수 없다. 법원은 벌금을 판결을 받은 자, 또는 법원이나 기타 다른 자에게 지급하도록 명할 수 있다.
- (3) 판결금액과 당사자의 경제적 상황을 고려하여 지급거부자에게 추가적 벌금을 부과할 수 있다. 이 경우에도 법원은 벌금을 판결을 받은 자, 또는 법원이나 기타 다른 자에게 지급하도록 명할 수 있다.
- (4) 판결이행능력이 없음을 법원에게 만족할만하게 입증한 자에게는 벌금을 부과할 수 없다.
- (5) 제3자는 채무자의 명의로 구좌를 갖고 있는 기관을 포함한다.

(c)항은 예외적인 경우에 제1심법원이나 상소법원에게 집행정지를 명할 수 있도록 하고 있다.

(d)항은 법원에게 즉시집행을 허용 또는 정지하는 조건으로 채권이나 다른 담보를 요구할 권한을 주고 있다.

33. 司法共助 (Judicial Assistance)

본법을 승인하는 국가의 법원이나 다른 국가의 법원은 다른 국가의 절차에서 내려진 사법공조명령을 집행할 수 있다.

評釋: 한 국가의 판결이 다른 나라의 법원에서 승인 및 집행될 수 있다는 것은 국제사법상의 일반원칙이다. 이 원칙은 중간결정, 예컨대 제3당사자 증인으로부터의 증언을 명하는 명령 등에 관하여도 인정되어왔다. 그러한 사법공조범위와 절차는 브뤼셀 및 루가노 협약에 의하여 지배된다.

제33조는 법정지의 국내법 사항으로서 다른 국가의 법원에 대한 공조는 적당한 범위내에서 제공된다고 하고 있다.

<Abstract>

A Critical Look at the ALI Transnational Rules of Civil Procedure

Sang-Hyun Song*

This article is to critically analyze and discuss the Draft of Transnational Rules of Civil Procedure presented by the American Law Institute in April, 1999. The draft is an endeavor to internationally harmonize civil procedure rules by which business disputes are litigated. It is thus the version to overcome the fundamental differences between common law and civil law systems.

The uniqueness of the American system, represented by the broad discovery and jury trial, is not much reflected on the draft.

In the process the procedural similarities between two systems are much discussed: Standards for personal as well as subject-matter jurisdictions; qualifications for a judge; notice to defendant; how to formulate claims; fact-finding based on evidence; expert testimony; rules for deliberation and decision; rules for appellate review; and finality of judgment. Among these the rules of personal jurisdiction, notice, and recognition of judgment are quite similar that an international convention can embrace them. With respect to other issues reliance can be placed on the local rules.

The procedural differences between two systems are as follows:

- 1) civil law litigation proceeds through a series of short hearing sessions, while common law litigation has a preliminary or pre-trial stage, and then a trial at which all the evidence is received consecutively.
- 2) In the civil law system the judge has responsibility to develop the evidence and articulate the legal concepts that should govern decision, whereas in the common law system the advocates has the same responsibility.

* Professor of Law, Seoul National University

- 3) A civil law judgment rendered by the court of first instance is subject to more extensive reexamination than a common law judgment with respect to facts as well as law.
- 4) Judges in civil law systems usually start legal career at the young age and serve for life. Therefore they lack the experience as a practitioner. The common law judges are selected from the bar at the later stage of their life.

The article also discusses rules for formulating claims, discovery, procedure at plenary hearing and second instance review and finality of judgment.

Finally analyses, comparisons, comments and criticisms are made on each article of the Draft, wherever applicable.