

민사소송에 있어서의 변론준비절차에 관한 연구

梁 炳 晦

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

I. 머리말	IV. 準備節次의 實施
II. 準備節次의 沿革과 必要性	1. 準備受命法官의 指定
1. 沿革	2. 準備受命法官의 權限과 限界
2. 爭點整理節次	3. 爭點 및 證據의 整理
3. 辯論準備節次의 必要性	4. 準備節次調書
III. 準備節次의 開始	V. 準備節次의 終結
1. 準備節次의 採否	1. 準備節次의 終結原因
2. 準備節次開始의 時期	2. 準備節次終結의 效果
3. 回附하는 方法	VI. 맺는 말

I. 머리말

1. 우리 民事訴訟法 제124조 제1항에서 “당사자는 소송에 관하여 법원에서 변론을 해야 한다”고 규정함으로써 반드시 口述辯論에 의해야 한다는 원칙을 선언하고 있다. 이처럼 民事訴訟은 口述主義(Mündlichkeit)를 원칙으로 하면서도 소장이나 상소장은 정확을 기하기 위하여 書面에 의하게 하고(제226조, 제367조, 제395조), 또 복잡한 사건에 있어서는 구술변론만으로는 당사자의 주장을 파악하기 곤란하여 準備書面(제245조), 準備節次調書(제254조) 등 심판의 기초가 될 중요한 소송행위를 녹취하게 하여 書面으로 작성하도록 하고 있어 書面主義(Schriftlichkeit)를 절충하고 있다. 이와 함께 변론을 충실하고 효율적으로 하기 위하여는 변론을 사전에 준비하도록 하고, 또한 집중적으로 행해져야 할 필요에서 集中審理制度를 도입하였다.¹⁾

또한 民事訴訟法 제189조 제1항에서는 “판결은 그 기본이 되는 변론에 관여한 법관이 해야 한

1) 李時潤, 民事訴訟法, 博英社, 1996, 452面; 姜玟中, 民事訴訟法, 博英社, 1997, 472(486)面 이하.

다"고 규정함으로써 直接審理主義를 채택하여 그 사건에 판결을 내릴 법관이 처음부터 끝까지 모든 변론에 직접 관여하도록 하고 있다. 그러므로 民事訴訟에서의 변론은 당사자가 受訴法院의 面前에서 구술로 진술하여야 할 것이고 법원은 이를 기초로 심리 및 판결을 하여야 할 것이다.

2. 민사소송법은 당사자로 하여금 자기가 제출하려는 공격방어방법을 변론기일전에 書面으로 작성하여 법원에 제출하게 하고, 법원은 그 부분을 상대방에게 송달하여 법원 및 상대방으로 하여금 이에 대비하고 응답할 수 있는 준비의 기회를 마련하고 있다(제247조). 민소법 제251조는 이를 철저히 관철하기 위한 조치로써 당사자가 준비서면으로 제출하지 아니한 경우의 불이익을 규정하는 등 準備書面(Vorbereitende Schriftsätze)에 관한 제도를 두었다. 이러한 準備書面制度는 당사자에 의한 변론의 준비인 점에서 법원에 의한 변론의 준비절차와는 다르나, 양제도는 구술주의·직접주의를 취하고 있는 민사소송에서 생기기 쉬운 소송의 지연과 법원의 업무부담의 증가를 방지하여 그 실효를 나타내게 하는 목적에 기여하고 있다. 뿐만 아니라 준비서면 및 준비절차제도의 채용으로 불필요한 변론의 回數를 줄일 수 있고 사건을 집중적으로 심리할 수 있어 소송경제적인 이점도 있다고 본다.

3. 合議事件은 일반적으로 事案이 복잡하고 그 심리를 위한 시간과 노력 등의 업무부담이 單獨事件에 비하여 많다. 이러한 合議事件을 심리하는 경우에 업무부담을 경감하고 변론의 집중을 기하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 合議部의 一員인 受命法官의 지휘아래 기일에 행해지는 변론의 준비절차를 準備節次制度라 한다. 준비절차(Das vorbereitende Verfahren)는 변론이 집중적으로 행하여 질 수 있도록 爭點 및 證據調査의 整理를 목적으로 受命法官의 주재하에 변론에서 진술할 신청, 공격·방어방법을 미리 진술하게 하고 또 상대방으로 하여금 이에 대한 진술을 하게 함으로써 사실과 쟁점을 정리하는 辯論의 豫行節次이다. 그러므로 準備節次에서는 변론은 아니지만 그 성질에 반하지 않는 한 변론에 관한 규정이 준용된다(第260條 참조). 準備節次에서 제출된 訴訟資料를 판결의 기초로 하기 위해서는 準備節次的 결과로서 辯論에서 진술되지 않으면 안된다(第258條).

II. 準備節次的 沿革과 必要性

1. 沿革

독일의 舊民事訴訟法(§120, 351-354a.F. /§§129, 348-350 ZPO)²⁾과 일본의 舊民事訴訟法(舊法

2) Vgl. Schönke, A./H. Schröder/W. Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. Karlsruhe 1956, S. 246ff.; Bernhardt, W., Das Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Berlin 1968, S. 272 f.; 李英燮/金祥源, 註釋民事訴訟法(中), 司法行政學會, 1980, 507面 이하.

제266조-제272조)에서는 準備節次를 財産分別事件이나 計算事件과 같은 복잡한 사건 (Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen)에 대하여 예외적으로 인정하였다. 준비절차는 수소법원의 변론을 간편하게 종료시키기 위하여 受命法官에게 쟁점을 정리 시키는 절차로서 인정되었으나 별로 실효를 거두지 못하였다. 독일에서는 1924년 民事訴訟法을 개정(Novelle von 1924)하여³⁾ 準備節次를 單獨判事의 면전에서 절차(Das Verfahren vor dem Einzelrichter)로 바꾸고 소송사건의 종류나 정도를 가리지 않고 수소법원의 재판장이 필요하다고 인정하는 때에는 準備節次를 행할 수 있게 하였다(§§348-350 ZPO).

獨逸은 1970년대부터 집중심리의 필요성이 인식됨에 따라 변론의 집중이라는 관점에서 사전절차가 논의되었고 1977.7.1. 이러한 내용으로 법이 개정(Vereinfachungs-Novelle 1976) 되었다.⁴⁾ 그 내용은 당사자들이 변론기일이전에 준비서면을 충분히 교환하여 서로의 주장을 정리한 다음 1회의 主辯論期日(Haupttermin, §272 Abs.1 ZPO)에 분쟁을 해결한다는 것이다. 당사자의 주장을 명백히 하기 위하여 준비서면(Vorbereitende Schriftsätze)의 필요적 내용이 명시되고, 실권효규정이 강화되었으며, 법원은 변론기일이전에 쌍방의 주장내용을 검토하여 서증제출, 필요한 증인의 소환 등 준비적 처분을 행한다(§141 f.ZPO).⁵⁾ 다만 이 제도는 事前準備節次(Pretial procedure)⁶⁾에서 증거조사와 수집을 배제하고 있다는 점이 미국의 개시절차제도(Discovery)와 다르다.

일본은 1926년 법개정으로 독일법과 같이 재산사건 등에 한한 準備節次制度를 폐지하고 대신 지방법원의 合議事件에 대하여 원칙적으로 受命法官에 의한 準備節次의 전치를 필요적인 것으로 하였으나 당사자들의 비협조로 오히려 소송이 지연되는 결과를 가져오게 되었다⁷⁾. 그 후 1948년과 1950년의 전면적 법개정에서는 準備節次를 예외적·임의적인 절차로 하였으나 별다른 실효성을 거두지 못하였다. 한편 소송사건의 증가로 인하여 그 필요성이 재고되자 準備節次를 地方法院單獨事件(日民訴 제249조)에 까지 확대 실시 할 수 있도록 조치를 취하고 있는 점이 우리 民事訴訟法과는 다르다.

2. 爭點整理節次

日本은 民事訴訟法을 全面改正(1996. 6. 26 공포 법률109호, 1998.6.26 시행예정)하여 현행의 準備節次에 관한 규정을 개정하고 名稱을 고쳐 辯論準備節次制度를 도입하였다(개정법 제168

3) Vgl.Jauernig, Zivilproßrecht, 24.Aufl.1991,S.248; Schönke/Schr nke/Niese, aaO,S.249.

4) Vgl.Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15.Aufl.1993, S.452f.,602; Walchsh öfer, Die Auswirkungen der Vereinfachungs-Novelle in der gerichtlichen Praxis, ZJP 94,S.179

5) Vgl.Jauernig, aaO, S.283.

6) James & Hazaro, Civil Procedure, 1985, P.223; Blond,N.C/J.Marafino, Blond's Civil Procedure.,1995, P.19.

7) 村松, 準備節次と訴訟の遅延, 民事裁判の研究, 81面.

조-174조)⁸⁾. 이는 현행법의 쟁점 및 증거의 정리절차가 잘 이용되지 않고, 實務에서는 辯論兼和解⁹⁾라고 불리우는 절차가 넓게 이용되고 있으므로 현행법상의 쟁점 등의 정리절차 및 변론점화해의 문제점을 시정하고 변론점화해의 장점을 살리려고 하는 취지에서 早期에 쟁점 등을 정리하고 입증할 사실을 명확히 하기 위한 爭點과 證據의 정리를 위한 절차(爭點整理節次)로서 개정 民事訴訟法은 제2편 “제2장 口頭辯論 및 그 準備”에서 “제3절 爭點 및 證據의 整理節次”를 마련하여 보다 충실한 심리를 목표로 하고 있다.

改正된 民事訴訟法은 통상의 口頭辯論, 準備의 口頭辯論 및 準備節次의 3종류의 절차를 두어 심리의 내용을 충실하게 함과 동시에 사건의 내용, 성질에 따라 적절한 절차 이용을 할 수 있도록 하기 위하여, 쟁점등 정리절차로서 「準備의 口頭辯論」(제164조-제167조)절차의 신설과 「辯論準備節次」(제168-제174조)를 규정하고 아울러 예외적 경우로서 「書面に 의한 準備節次」(제175조-제178조)를 도입하였다. 그러나 이들 절차는 어느 것이나 변론을 위한 準備段階의 節次이고 구두변론을 뒤에 예정하고 있으므로 그 절차의 내용이나 절차를 거친 효과등 문제도 많은 것으로 지적되고 있다.¹⁰⁾ 改正法에 의하면 節次의 公開는 필수적이 아니다. 그것 보다는 양당사자에게 기회균등이 부여되었는지의 여부 및 절차의 진행의 정도와 내용이 양당사자에게 알려져 있는가의 여부와 같은 節次의 公正性保障 등이 더 중요하게 취급되고 있다. 또한 辯論準備節次에서 행할 수 있는 행위로서 受命法官에 의한 書證의 調査가 가능하도록 하여 절차의 실효성을 고려한 규정도 우리 民事訴訟法이 辯論準備節次만을 규정하고¹¹⁾ 있는 것과는 다른 점이다.

우리 民事訴訟法上の 準備節次制度는 合議事件의 변론을 準備豫行하고 업무의 부담을 경감케 하려는 취지에서 마련한 것이다. 地方法院單獨判事의 事件은 대체로 사건이 간편하므로 준비서면의 제출을 강제하지 않으며 또 準備節次를 시행하지 않는다¹²⁾.

4. 辯論準備節次의 必要性

辯論期日에 있어서의 審理를 충실하게 하여 辯論主義를 실속있는 것으로 하기 위하여는 이를 위한 準備가 필요하다. 辯論主義 아래서는 상대방의 對應의 方法에 의하여 主張, 立證의 內容이 좌우되므로 서로 사전에 상대방의 主張, 立證의 內容을 아는 것은 審理를 신속하게 하고 빠짐

8) 法院行政處, 日本民事訴訟法教授(竹下守夫)招請 講演會 結果報告書, 1996, 21面이하; 李鎬元, 日本의 民事訴訟法改正試案中 “제4. 口頭辯論 및 그 準備”에 관하여, 人權과 正義, 제230호(1995/10), 125面; 中野貞一郎(鄭東潤/金祥洙역), 日本의 新民事訴訟法の 成立經緯와 重要內容, 法曹, 제490호(1997/7), 214面참조.

9) 姜玆中, 前掲書, 485面; 黃貞根, 準備節次의 實務上 諸問題, 司法論輯, 第23輯, 法院行政處, 1992, 151面이하.

10) 高橋宏志, 爭點整理手續立法序說, 民事訴訟雜誌, 第40號, 1994, 103面; 山本和彥, 辯論準備手續, ゴクリスト No.1098(1996.10.1), 59面.

11) 민소규칙 제55조 제2항에서는 준비절차에 있어서의 수명법관이 “증거의 정리를 함에 있어서 필요한 경우에는 당사자로 하여금 상대방이 제출한 서증에 대하여 의견을 진술하게 할 수 있다.”고 하였다.

12) 方順元, 民事訴訟法(上), 韓國司法行政學會 1987, 425面.

없는 辯論을 하도록 하기 위하여 필요하다. 準備書面制度는 이를 위한 것으로 서로 書面의 交換에 의하여 期日前에 각자의 主張, 立證의 내용을 豫告하여, 그것에 대한 對應을 사전에 생각할 수 있도록 하는 의미이다. 한걸음 더 나아가 準備節次는 사전에 爭點을 명확히 하여 필요한 資料를 整理하기 위한 節次이다. 즉, 양제도를 형식적인 면에서 비교하여 보면 準備書面制度는 변론의 豫告節次이고, 準備節次制度는 변론의 豫行節次이다.

Ⅲ. 準備節次의 開始

1. 準備節次의 採否

法院은 合議事件을 審理할 때에 필요하다고 인정하면 사건을 準備節次에 회부하여 準備節次를 개시하게 할 수 있다(제253조). 어떠한 사건을 準備節次에 回附할 것인가의 決定은 受訴法院의 재량에 맡겨진다¹³⁾. 準備節次制度의 취지면에서 생각한다면 爭點과 證據를 미리 整理할 필요가 있다고 인정되는 복잡한 사건을 準備節次에 回附하는 것이 좋을 것이다. 또한 訴訟의 全部만이 아니고 수 개청구의 一部나 1개의 請求라도 어느 특정의 쟁점에 한하여 準備節次를 명할 수 있고 그 범위를 정하는 것도 역시 法院의 裁量權 行使에 맡겨진다.

2. 準備節次開始의 時期

準備節次는 변론을 開始하기 前에 행함이 원칙으로 하지만 필요에 따라서는, 예컨대 원고가 청구를 변경한다거나 제3자의 참가소송 등으로 변론의 쟁점이 복잡하게 된 경우에는 수소법원이 변론을 개시한 후라도 변론을 제한하거나 중지하고 準備節次를 명할 수 있다. 사건이 복잡하다고 판단되면 변론을 거치지 않고 準備節次에 붙일 수 있고, 최초의 변론이 행하여져 변론을 종결하지 않은 경우에 사건이 복잡하다고 인정하면 그 단계에서 準備節次에 붙일 수도 있다. 결국 사건을 어느 시기에 準備節次에 회부할 것인가는 법원의 소송지휘권에 속하므로 법원이 재량으로 정하게 된다. 따라서 사건이 항소심에 계속중일 때에도 준비의 필요가 있다고 인정하면 이를 準備節次에 회부하는데 지장이 없다. 다만 상고심에서는 법률심이므로 심급의 성질상 準備節次를 열 수 없다.

3. 回附하는 方法

법원이 사건을 準備節次에 회부하는 경우에는 어느 경우에도 準備節次에 回附하는 취지의 재

13) 鄭東潤, 民事訴訟法, 法文社, 1997, 396面.

판(準備節次回附決定)을 하여야 한다. 이 재판은 성질상 訴訟指揮에 관한 裁判으로¹⁴⁾ 決定의 형식에 의하여 법원은 어느 때라도 이를 取消할 수 있다(제208조). 이 결정은 불복의 대상이 되지 못한다. 법원이 準備節次로 회부하는 결정을 한 때에는 상당한 방법으로 告知하여야 하며, 告知한 때에 효력이 생긴다(제207조). 소송의 일부나 특정의 쟁점만에 대하여 準備節次를 명하는 경우에는 그 준비부분을 명시하여야 한다. 準備節次로 회부하는 결정에 대하여는 불복할 수 없다고 본다.¹⁵⁾

IV. 準備節次의 實施

1. 準備受命法官의 指定

準備節次에 붙이는 決定과 동시에 법원은 準備節次를 담당할 法官을 지정한다. 合議事件을 準備節次에 회부하여 개시할 경우에는 準備節次를 주재할 受命法官을 合議部員 중에서 지정한다. 受命法官의 지정권한은 수소법원에 있으며, 재판장 스스로를 지정하는 것도 위법은 아니다.¹⁶⁾

受訴法院과의 관계에서는, 사건 그 자체는 受訴法院에 係屬되어 있으므로 中間的 裁判은 受訴法院이 행하여야 하고, 당사자에게 準備節次 法官의 準備節次上的 소송지휘에 관한 裁判이나 處理(第126條, 第127條)에 대하여 不服이 있는 경우에는 受訴法院에 異議를 申請한다(第260條에 의하여 第128條).

2. 準備受命法官의 權限과 限界

준비절차를 담당하는 수명법관의 권한에 관하여는 재판장의 권한에 관한 규정이 준용되지만(제260조, 제125조)¹⁷⁾, 쟁점과 증거의 정리를 위한 권한만을 가진다. 準備受命法官의 權限으로 중요한 것은 아래와 같다.

1) 準備節次期日의 指定과 召喚

準備受命法官이 기일을 지정하여 당사자를 召喚한다(第152條 第2項). 나아가 미리 釋明해야 할 사항을 지시하여 준비하도록 하거나(第260條에 의한 第127條 準用), 일정기간내에 準備書面의 제출을 명할 수 있고(第256條, 第247條) 지정된 기일내에 준비서면을 제출하지 아니한 때에는

14) 方順元, 前掲書, 430面; 李時潤, 前掲書, 465面.

15) 金祥源/孫容根, 註釋民事訴訟法(III), 韓國司法行政學會, 1990, 229面.

16) 大決 1966.12.30, 66주 2; 宋相現, 民事訴訟法, 博英社, 1997, 424面; 鄭東潤, 前掲書, 395面.

17) Vgl. Schönke/Schröder/Niese, aaO, S.249 f.

準備節次를 終結할 수 있다(제257조). 또한 和解를 勸告할 수 있고(제260조, 제135조), 당사자는 受命法官 앞에서 請求의 拋棄나 認諾, 和解를 할 수 있다(제206조).

準備節次의 期日은 공개하지 않으나,¹⁸⁾ 그 절차에 관하여는 변론에 관한 규정이 적용된다. 準備節次期日의 소환은 변론기일 소환과 같다. 변론기일에서 準備節次에 회부하는 결정(付準備決定)이 있는 경우에는 受命法官이 당사자에게 제1회 기일을 지정하여 고지하면 된다. 최초의 기일은 당사자의 사정과 관계없이 정해지기 때문에 당사자의 합의가 있으면 기일변경을 허가한다(제152조 제4항).¹⁹⁾

2) 受命法官은 당사자로 하여금 상당한 기간을 두거나 두지 않고 準備書面을 제출하게 할 수 있다. 또한 소송관계를 명료하게 하기 위하여 당사자에게 필요한 사항의 발문을 구하고 또는 입증을 촉구하는 등(제125조, 제260조) 釋明權을 행사할 수 있고, 필요한 때에는 釋明處分으로서의 검증이나 증거의 촉탁 등도 할 수 있다.²⁰⁾ 準備節次에서 釋明處分으로 행한 檢證이나 檢證의 結果를 증거로 채용할 수 있으나 관하여는 견해의 대립이 있으나 이는 事實認定의 資料가 될 뿐이고 그 자체를 증거로 채용하게 되는 것은 아니라고 본다.²¹⁾

3) 終結한 準備節次라도 필요하다고 인정하는 때에는 再開를 명할 수 있으며(제132조) 당사자가 準備節次에서 상대방의 주장사실을 명백히 다투지 아니할 때에는 그 사실을 自白한 것으로 보고(擬制自白) 準備節次를 종결할 수 있다(제139조).

4) 당사자일방이 辯論期日에 不出席할 경우 그가 제출한 訴狀, 答辯書 기타의 準備書面을 陳述한 것으로 보고(擬制陳述) 준비절차를 진행할 수 있다(제260조, 제137조). 이 경우 출석자의 진술과 불출석 당사자가 제출한 서면의 기재사항을 대조하여 변론의 준비를 진행한다. 양당사자가 불출석한 경우에는 제260조에 의한 제241조의 준용하여 不處理하여야 할 것이다. 따라서 쌍방이 2회 불출석하고 1월내에 期日指定申請이 없거나 1월내의 期日指定申請 후에 3회째 기일해태가 있으면 訴는 取下(雙不取下)된 것으로 본다(제241조 2항).²²⁾

그러나 準備受命法官의 權限은 변론을 준비하기 위한 것이므로 그 性質上 制約을 받게 되는 사항이 있다. 즉, 受命法官은 증거신청의 採否를 결정하거나 證據調査를 시행하는 권한이 없으므로 證據方法으로서의 證人의 召喚이나 調査의 囑託(제266조), 문서의 제출명령(제318조) 그리

18) 헌법 제109조의 공개주의는 민사소송에서의 변론만을 의미하므로 준비절차는 비공개가 원칙이다.

19) 黃貞根, 準備節次의 實務上 諸問題, 131面.

20) 金祥源/孫容根, 前掲書, 229面.

21) 齊藤秀夫/林屋禮二, 注解 民訴法(7), 1990, 58面 참조.

22) 姜玟中, 前掲書, 490面; 宋相現, 前掲書, 363面; 鄭東潤, 前掲書, 397面.

고 檢證 등도 할 수 없다.²³⁾ 다만 民訴法規則에서는 準備節次에서 상대방이 제출한 書證에 대하여 認否를 할 수 있게 하여 準備節次的 集中審理에 도움이 되게 하였다(제55조 2항). 또 中間判決(제186조)이나 終局判決은 할 수 없으며 소송의 移送決定(제31조)과 같은 소송상의 재판도 할 수 없다. 이는 사건이 변론에 상정된 후에 合議部가 결정·시행할 사항에 속한다.²⁴⁾

3. 爭點 및 證據의 整理

당사자는 準備節次에 있어서 자신의 방법으로 공격방어방법의 제출에 진력하여 상대방의 그에 대한 응답을 완전하게 하도록 상호 협력하여 변론에서 심리할 쟁점을 명확히 하여야 한다.

準備節次는 변론의 豫行節次로서 당사자에게 主張·立證을 충분히 하게하고 이를 정리하여 集中的으로 변론을 할 수 있도록 하는 것이 목적이므로 변론에서와 같이 생각할 수 없고 특히 實權效가 적용되므로 실기한 공격방어방에 대하여 각하하는 경우에는 신중을 기하여야 한다. 準備受命法官도 釋明權을 행사하여 쟁점이나 증거의 수집·정리에 노력할 필요가 있다(第260條에 의한 第126條, 第127條, 第130條 準用).

4. 準備節次調書

준비절차에서 당사자가 어떠한 攻擊防禦方法을 제출하였고 상대방의 청구와 공격방어방법에 대하여는 어떻게 陳述하였는가 또 사건의 爭點과 證據에 대한 정리 등 소송관계를 명확하게 하기 위해 準備節次調書를 작성한다.

準備節次的 調書에 관하여는 특별한 규정이 없는 한 辯論調書의 규정이 준용된다(제260조, 제142조, 제143조). 調書는 법원사무관 등이 期日마다 작성하고 수명법관과 법원사무관 등의 署名과 捺印이 필요하다. 여기에는 특히 당사자의 主張, 그 認否, 證據의 提出, 協議結果의 要約 등 實質的 記載事項에 관한 調書의 記載는 證明力을 갖는 것에 불과하고 다른 증거에 의한 증명에 허용된다. 따라서 준비조서는 명확하게 기재되지 않으면 안된다.

準備節次的 方式에 관한 규정의 준수는 調書만에 의하여 이를 證明할 수 있다(제147조). 준비절차가 실시되었는가의 여부, 수명법관의 관여, 당사자 및 소송대리인의 결석 등은 調書만에 의하여 證明할 것이고 다른 反證에 의하여 좌우될 수는 없다.²⁵⁾

또한 期日이 數回에 걸쳐 사건이 번잡할 때에는 準備受命法官은 最終期日에 준비의 결과를 要約整理하지 않으면 안된다. 民事訴訟規則 제56조는 受命法官의 爭點整理 및 證據整理를 통한 準備節次施行結果 및 受命法官 앞에서의 당사자 合意事項을 調書에 기재하도록 하고 있다.

23) 宋相現, 上揭書, 465面; 李時潤, 前揭書, 465面.

24) 鄭東潤, 前揭書, 396面.

25) 金祥源/孫容根, 前揭書, 234面.

V. 準備節次의 終結

1. 準備節次의 終結原因

準備節次를 실시하여 당사자의 주장과 쟁점 및 증거에 관한 정리가 완료되어 쟁점이 명확하게 된 때에는 準備節次의 目的을 달성한 것이므로 受命法官은 準備節次를 종결할 수 있다. 또한 당사자가 기일에 불출석하거나, 출석하더라도 상대방의 주장을 자백하는 등으로 準備節次의 속행이 더 필요가 없다고 인정되는 경우 또는 당사자가 受命法官의 명에 의하여 정해진 기일에 준비서면을 제출하지 아니하는 등 當事者의 不協力, 怠慢(第257條)으로 인하여 목적달성을 期待할 수 없는 경우에 準備受命法官은 準備節次를 종결할 수 있다. 나아가 일단 종결한 準備節次는 辯論開始前이면 準備受命法官은 재량에 의하여 재개할 수 있다(第260條에 의한 第132條 準용). 또한 辯論이 개시된 후에도 受訴法院은 필요에 의하여 다시 準備節次에 붙이는 결정을 내릴 수 있다.

당사자의 일방이 제1회의 기일에 출석치 아니한 경우에도 종결할 수 있는가에 대하여 문제가 되나 최초기일의 불출석만으로 현저한 해태라고 할 수 없으므로 受命法官은 準備節次謄本을 불출석한 당사자에게 송달하고 신기일을 정하여 쌍방을 소환하여야 할 것이다(제255조 참조). 또한 당사자가 受命法官이 정한 기일내에 준비서면을 제출하지 아니한 경우 당사자가 소송수행에 열의가 없는 것으로 보아 準備節次를 종결할 수 있다. 그러나 제출기간을 넘겨서라도 제출이 있으면 이에 대한 상대방의 응답을 위하여 속행기일을 정할 필요가 있으므로 準備節次를 종결하는 것은 타당하다고 할 수 없다.²⁶⁾

受命法官이 準備節次를 종결할 때에는 그 취지를 당사자에게 고지하여야 한다. 그러나 그 告知後에도 변론에 상정되기 전에는 準備節次再開를 결정할 수 있다(제132조, 제260조). 準備節次의 終決을 받아 受訴法院의 裁判長은 제1회 辯論期日을 지정한다.

2. 準備節次 終結의 效果(第259條)

1) 準備節次를 실시하는 이상 당사자가 소송자료와 증거자료를 準備節次에서 빠짐없이 제출하지 않으면 實效가 없으므로 그 제출을 태만하지 않게하기 위하여 準備節次調書에 기재하지 않은 사항을 주장하지 못하도록 失權的 效果를 규정하였다(제259조 1항).

準備節次에서 변론의 집중이 이루어지도록 하는 것이므로 準備節次에서 제출되지 않은 裁判資料(準備節次調書 또는 그에 갈음하는 준비서면에 기재되어 있지 않은 사항)는 예외적인 경우

26) 黃貞根, 前掲論文, 145面.

를 제외하고는 辯論에서 주장할 수 없다(第259條 1項). 그래서 상대방의 主張事實·書證의 認否도 準備節次 중에 명확하게 하여 둘 필요가 있다. 명확하게 다투지 않으면 辯論에서 다툴 수 없게 된다(第260條에 의한 第139條 準用). 이것은 제출할 수 있는 權能을 잃는다는 의미에서 失權의 效果(失權效)라고 하며, 抗訴審의 辯論에도 그 효과가 미친다(제380조). 이러한 失權效는 주장과 증거의 隨時提出主義에 대한 중대한 제한이므로 당사자를 간접적으로 강제하여 準備節次에 충실하게 함과 동시에 불성실한 당사자를 제재하는 기능을 한다. 따라서 法院이 失權效가 미치는 당사자의 주장을 각하하지 아니하고 판결의 기초로 한 경우에는 상대방은 이에 불복하여 上訴로 다툴 수 있다.²⁷⁾

2) 그러나 失權效를 엄격하게 적용하면 당사자가 가지는 當事者權 내지 辯論權에 대한 중대한 침해가 된다는 면에서 몇 가지의 例外를 인정되어 있다(제259조 제1항 단서). 辯論에서의 새로운 主張을 전혀 허용하지 않는다고 하는 것은 판결의 기초로서 불충분한 경우도 있으므로 職權調查事項에 관한 陳述主張, 그 審理를 위하여 현저하게 訴訟을 遲滯시키지 않는 事項(예컨대, 在廷證人의 訊問申請), 당사자의 故意 또는 重大한 過失 없이 準備節次에서 제출할 수 없었음을 소명한 진술, 訴狀 또는 準備節次前에 제출한 準備書面에 기재되어 있는 것으로서 準備節次조서에 기재되지 아니한 사항의 경우에는 허용된다. 다만 이 예외의 경우에 해당하여 변론에서 주장할 수 있는 경우에도 준비서면으로 준비되지 않으면 상대방이 결석한 경우에는 주장할 수 없다(제259조 제2항).

VI. 맺는말

우리나라의 民事訴訟構造는 口述主義를 중심으로하여 書面主義를 보충적으로 채택하고 있다. 이는 適時에 신선했던 당사자의 진술에 의하여 정확한 事實을 판단하여 爭點整理가 촉진되며, 直接審理主義의 정신을 살리고자 하는 목적을 갖고 있다.

準備節次는 合議事件의 심리를 촉진하고 合議部의 시간과 노력을 경감하며 변론의 集中效를 얻으려는데 그 목적을 두고 있다. 그러므로 변론절차가 그 목적달성을 위한 기능을 충분히 발휘하지 못하면 오히려 準備節次 때문에 시간과 노력이 낭비되고 변론의 산만과 심리의 지연을 가져오는 결과가 된다. 그러나 법원의 실무 실정을 보면 準備節次에서는 오히려 본래의 변론절차에서 보다는 당사자가 가벼운 심정으로 준비에 무성의하고 자료의 제출을 게을리 하는 등의 비협조적인 모습을 볼 수 있다. 한편 準備受命法官이 경험부족 등으로 석명권의 행사를 적절히

27) 方順元, 前掲書, 433面; 李時潤, 前掲書, 468面; 姜玆中, 前掲書, 491面.

하지 못하여 사실이나 쟁점의 정리가 잘못되는 경우에는 소송관계를 오히려 복잡하게 만들고 그 결과 소송의 승패에도 부당한 영향을 미치게 되므로 準備節次의 적절한 운용이 요망된다.

이를 위하여 각국에서는 각각 그들의 실정에 따라 변론을 집중화하여 효율성을 높이기 위한 연구와 함께 이에 대한 개선책을 검토하고 있다.²⁸⁾ 準備節次制度는 원래 특정한 사건을 위하여 마련되었던 것인데, 이것을 일반화하여 그 意味를 強化하였다. 원래 이 제도는 合議部의 負擔輕減과 능률화를 위하여 고안되었지만, 地方法院의 심판권이 單獨制를 원칙으로 하였으므로 거의 주목받지 못하였다. 일본의 경우이지만 準備節次는 單獨制(單獨判事)를 위하여도 필요하다는 제 인식하에 單獨事件이라 하더라도 원칙적으로 準備節次를 거칠 것으로 규정하였으나 실무에서 이 제도를 적극적으로 활용하지는 않고 있다. 이러한 과정속에서 準備節次制度는 이념적으로는 몇 걸음 후퇴한 것이며, 현재까지도 이 제도의 활용은 그다지 활발하지 못한 실정이다.

그 失敗의 原因으로는, 첫째로 準備受命法官은 경험이 풍부하고 노련한 法官으로서 早期에 사건의 핵심을 파악하여 대담하게 사건정리를 할 수 있어야 하는데, 그것이 가능하지 않았다는 점이다. 경험있는 法官은 법원의 인적자원의 부족으로 準備節次를 담당할 수 없게 되어 그 결과 準備受命法官은 당연히 젊고 경험이 적은 法官이 담당하게 되어 사건의 정리가 곤란하였다고 본다. 둘째로는 準備節次에서 證據調査를 할 수 없는 점에 있다. 비록 숙달된 법관이 담당하여도 證據調査가 準備節次에서 할 수 없기 때문에 사건의 전반에 관한 파악이 곤란하다는 것이다. 節次에 內在하고 있는 문제점이라고 할 수 있을 것이다. 셋째로는 종전의 併行審理方式에 길들여진 관계자가 集中審理方式의 필요성을 인식하고 있지 않아, 이러한 改革에 적극적으로 협력하지 않았던 것이 거론되어 진다.²⁹⁾ 앞으로의 民事訴訟制度의 개혁³⁰⁾은 이러한 문제점을 극복한 후에 행해져야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 姜玟中, 民事訴訟法, 博英社, 1997.
 方順元, 民事訴訟法(上), 韓國司法行政學會 1987.
 宋相現, 民事訴訟法, 博英社, 1997.
 李時潤, 民事訴訟法, 博英社, 1996.
 鄭東潤, 民事訴訟法, 法文社, 1997.

28) 법원행정처, 집중심리제요(사법정책연구자료 96-III), 1996; 李鎬元, 爭點節次에 관한 日本民事訴訟法 改正要綱試案, 法曹, 1996/3-4號; 竹下守夫, 日本民事訴訟法 改正作業의 經過와 現況 -특히 民事訴訟審理方式의 改革과 관련하여, 人權과 正義, 1996/8, 57面 참조.

29) 법원행정처, 집중심리제요, 5면 이하 참조.

30) 大法院民事訴訟法改正委員會, 民事訴訟法(訴訟節次編) 改正事項, 1997, 6面 이하 참조.

- 金祥源/孫容根, 註釋民事訴訟法(III), 韓國司法行政學會, 1990.
- 李英燮/金祥源, 註釋 民事訴訟法(中), 韓國司法行政學會, 1980.
- 李鎬元, 日本의 民事訴訟法改正試案中 “제4. 口頭辯論 및 그 準備”에 관하여, 人權과正義, 1995, 10월호.
- 李鎬元, 爭點節次에 관한 日本 民事訴訟法 改正要綱試案, 法曹, 1996, 3-4월호.
- 黃貞根, 準備節次的 實務上 諸問題, 司法論輯, 第23輯, 法院行政處, 1992, 151面 이하.
- 大法院民事訴訟法改正委員會, 民事訴訟法(訴訟節次編) 改正事項, 1997.
- 法院行政處, 日本民事訴訟法教授(竹下守夫)招請 講演會 結果報告書, 1996, 21面 이하.
- 法院行政處, 집중심리제요(사법정책연구자료 96-III), 1996.
- 高橋宏志, 爭點整理手續立法序說, 民事訴訟雜誌, 第40號, 1994.
- 齊藤秀夫/林屋禮二, 注解民事訴訟法(7), 1991.
- 竹下守夫, 日本民事訴訟法 改正作業의 經過와 現況 -특히 民事訴訟審理方式의 改革과 관련하여, 人權과正義, 1996, 8월호.
- 中野貞一郎(鄭東潤/金祥洙역), 日本의 新民事訴訟法의 成立經緯와 重要內容, 法曹, 1997, 7월호.
- Blond, N.C./J. Marafino, Blond's Civil Procedure., 1995.
- James & Hazaro, Civil Procedure, 1985.
- Jauernig, O., Zivilprozeßrecht, 24. Aufl., München, 1991.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München, 1993.
- Schönke, A./H. Schröder/W. Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe, 1956.
- Bernhardt, W., Das Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin, 1968.
- Walchsh fer, Die Auswirkungen der Vereinfachungs novelle in der gerichtlichen Praxis, ZZP 94, 179.

[Zusammenfassung]

Die Vorbereitung der Mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß

Byung-Hui Yang

(Juristische Fakultät der Kon-Kuk Universität)

Eine Erwägung der Konzentration und gesteigerten Wirkung des mündlichen Verfahrens ist immer erforderlich, und jedes Land macht je nach dessen Sachlage entsprechende Anstrengungen. Das Vorbereitungsverfahren, das ursprünglich für bestimmte Streitsachen geplant wurde, ist nun verallgemeinert von höchster Wichtigkeit.

Jedoch im Gegensatz zum ursprünglichen Sinn des Vorbereitungsverfahrens der in der Entlastung und Leistungssteigerung des Kollegialgerichtes liegt, zeigen die Parteien und das Gericht kein besonderes Interesse an diesem Verfahren. Es gibt gen gend Gründe zum Scheitern: Erstens, Der beauftragte Richter des vorbereitenden Verfahrens sollte von weiter Erfahrung sein, so daß ein fr zeitiges erfassen des kernpunkts und eine Regelung der Sache möglich ist. Doch leider ist dies nicht der Fall. Da der bewanderte Richter zuständig für die Verhandlung der Hauptsachen ist, hat der erfahrungsarme Richter wie selbstverständlich das Vorbereitungsverfahren zu Übernehmen, was einer Regelung der Sache im Wege steht. Ein zweiter Grund wäre, da eine Beweisaufnahme beim Vorbereitungsverfahren nicht möglich ist. Selbst einem erfahrenen Richter wäre die Erfassung der gesamten Sache unmöglich. Drittens, sei darauf hinzuweisen, daß der bisherigen parallelen Verhandlungsmethode vertrauten Richter aus Mangel ander Einsicht auf die Notwendigkeit der Konzentrationsmethode nicht(aktiv) an der Gesetzreform Anteilnahme nimmt. Für eine zukünftige Gesetzänderung ist eine Erwägung der obenerwähnten Probleme erforderlich.