일본에 있어서의 「변론 겸 화해」와 소송촉진

李 明 雨
(建國大學校 法科大學 講義敎授)

< 目 次 >

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 일본민사소송법상의 소송상화해
1. 개설
2. 소송상화해의 법적 성질
3. 소송상화해의 요건
4. 소송상화해절차
5. 화해조서의 효력
6. 소송상화해의 하자와 그 효력
Ⅲ. 일본에서의 변론 겸 화해
1. 구민사소송법하에서의 화해
2. 신민사소송법에서의 화해권고방법
Ⅵ. 우리나라의 소송상화해제도
1. 소송상화해
2. 화해권고결정
Ⅶ. 결 론
參考文獻
Zusammenfassung

Ⅰ. 서 론

민사분쟁을 해결하는 방법으로서 국가기관의 공권적 판단인 재판에 의하는 방법과 분쟁당사자간의 자주적 의사에 의하는 방법으로 나누어 살펴볼 때, 재판에 의한 분쟁해결은 재판의 강제적 집행력으로 인하여 권리보호를 위한 확실한 방법일 것이다. 그러나 재판에 의한 분쟁해결은 분쟁당사자 사이의 감정대립이나 집행상의 문제까지는 치유하지 못한다는 난점을 가지고 있다. 이에 당사자 사이에는 분쟁의 이전보다 분쟁이 해결된 이후에 더욱 심각한 대립을 초래할 수 있고 또한 재판결과에 승복하지 못하는 경우에는 패소한 당사자의 상소의 남용으로 승소자의 권리실현을 지연시킬 수 있을 뿐만 아니라, 판결이 확정되어 집행의 단계에 이르더라도 순순히 이에 협력하지 않는 경우가 있으며, 나아가 이를 방해하는 행위까지도 서슴치 않는 경우가 종종 있다. 그렇게 되면 많은 노력과 비용을 들여 판결을 받았어도 그것은 무용화 내지는 실용성이 없는 것으로 되기 쉽다.

이와같은 공권적·강제적 분쟁해결방법인 재판 그 자체가 안고 있는 문제 이외에도 우리 사회가 급격히 변화함에 따라서 소송에 이르는 분쟁도 증가하는 현상이 나타나고 있다. 이에 반하여 법원의 인적·물적 설비가 소송에 이르는 분쟁의 증가속도를 따르지 못하여 사건의 해결이 지연되고 있다.

민사분쟁이 정의와 형평의 관념에 입각하여 적정하게 해결되어야 하겠지만, 분쟁해결의 적정성을 확보하기 위하여 소송이 지연된다는 것은 바람직스럽지 못하다. 적정한 해결도 지연됨으로써 권리를 구제받지 못하는 것과 같은 결과를 초래할 수 있으므로 분쟁해결은 항상 적정하고 또한 신속하게 해결될 수 있도록 하지 않으면 안된다. 그러나 현재의 제한된 인적·물적 시설을 가지고는 재판을 통한 신속한 분쟁해결에 한계가 있고,[1] 따라서 다른 방법에 의한 해결을 모색할 필요가 있다.

재판에 대체할 수 있는 분쟁해결(alternative Dispute Resolution, ADR)이 그것이다. 화해와 같이 당사자의 자주적 의사에 기초하여 분쟁을 해결할 수 있다면 재판을 통한 분쟁해결이 가지는 문제점을 극복할 수 있을 뿐만 아니라 구체적 사건에 따라서는 신속한 분쟁해결이 가능할 수 있을 것이다.

이와 관련하여 우리나라에서는 화해를 통한 분쟁해결이 전체 소송사건수의 5%내외에 지나지 않고 있는 실정[2]인데 반하여, 일본의 경우에는 30% 정도에 이르고 있다.

이하에서는 일본 민사소송법상의 소송상화해와 우리나라의 경우를 비교·검토하고, 화해의 활성화를 위하여 실무상 진행되던 '변론 겸 화해'를 살펴본 후 이들이 신민사소송법에서는 어떻게 반영되고 있는지를 검토한다.

Ⅱ. 일본민사소송법상의 소송상화해

1. 개설

소송상화해란 소송계속중에 당사자 쌍방이 소송물에 대한 주장을 상호양보하여 소송의 전부 또는 일부를 종료시키는 취지의 기일에서의 합의를 말한다. 이 합의는 변론기일에 양당사자가 함께 수소법원, 수명법관, 수탁판사 또는 준비절차를 하는 법관(일민소 제171조, 제264조, 제265조)에 대하여 진술하는 것이 원칙이다.[3]

---

1) 법관 1인당 사건부담건수는 지방법원의 본안사건을 기준으로 1991년에 660건이던 것이 2000년에는 964건으로 늘어난 것을 볼 수 있다(사법연감 2001(법원행정처), 568면 참고).

2) 예컨대 2000년도를 기준으로 제1심의 민사본안사건(소액사건은 제외) 202,313건 가운데 5,395건(2.7%)만이 화해에 의하여 해결되었다(사법연감 2001(법원행정처), 403면 참조).

3) 법원은 당사자가 원격지에 거주하거나 기타 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 의견을 들어 법원 및 당사자쌍방이

소송상화해가 성립하기 위해서는 기일에서 진술될 것을 요하기 때문에 재판외의 화해나 민법상의 화해는 소송상화해는 아니며, 소송계속전에 간이법원에서 행하여지는 소제기전의 화해(일민소 제275조)와도 다르다. 다만 소제기전의 화해가 성립한 때에는 소송상화해와 동일한 효력을 가진다(일민소 제89조, 제267조, 제275조).

또한 소송계속중이면 변론기일뿐만 아니라 증거보전절차, 소송구조신청절차, 소송비용액확정절차, 보전절차, 집행법원에 의한 강제집행절차 및 강제집행관계소송의 심리절차에서도 당해절차의 신청사항 또는 본안의 소송물에 대하여 소송상화해가 가능하다.

2. 소송상화해의 법적 성질

소송상화해의 법적 성질에 대하여는 견해가 나뉜다. 첫째로 소송상화해는 기일에 체결되는 사법상의 화해이고 화해조서는 이를 공증하는데 지나지 않는다고 하는 사법행위설,[4] 둘째로 소송상화해는 민법상의 화해와는 전연 다르고 소송물에 대해 일정한 내용의 실체상의 처분을 함으로써 소송을 종료시키는 취지의 소송상의 합의 또는 민법상의 화해를 기일에 양당사자가 진술하는 합동행위이고,[5] 소송행위로서 소송법에만 지배되고 민법의 적용은 받지 않는다고 하는 소송행위설[6]이 있다. 소송행위설은 다시 화해에 기판력이 인정되는지 여부에 대하여 학설이 나누어진다. 셋째로 소송상화해는 소송의 종료를 목적으로 하는 소송상의 계약과 화해라고 하는 사법상의 계약의 양행위가 병존하며 그 효력도 각각 개별로 판단되어, 사법상의 계약의 무효는 소송상의 계약을 무효로 하지만 소송상의 계약이 무효라도 사법상의 계약은 유효할 수 있다고 하는 양행위병존설[7]이 있다. 넷째로 소송상화해는 사법상의 화해와 소송행위라고 하는 이중의 성질을 가지는 1개의 행위이고, 실체상의 요건이든 절차상의 요건이든 어느 하나를 흠결하게 되면 전체로서 무효라고 하는 양행위경합설(또는 양성설)[8]이 주장되고 있다.

학설은 소송행위설도 유력하지만 양성설이 다수설[9]이다. 판례의 주류는 양성설에 따르는 것으로 이해된다.[10] 그러나 최근에는 소송상화해의 법적 성질론이 지나치게 이론을 위한 이론으로 되어 있기 때문에 소송상화해에 소송적 효과 이외에 실체적 효과를 인정할 수 있는지 하는 점에 성질론의 의의를 인정하고, 성질론 자체만으로 화해조서의 기판력의 유무를 정하는 것은 무

음성의 송수신에 의하여 동시에 통화할 수 있는 방법으로 변론준비절차기일에서의 절차를 진행할 수 있지만(일민소 제170조 제3항), 다만 이 기일에 출석하지 않고 변론준비절차에 관여한 당사자는 화해를 할 수 없다(동조 제5항).

4) 石川明, 訴訟上の和解の研究(慶應義塾大學 法學研究所, 1966), 24面.

5) 三ヶ月章, 民事訴訟法(有斐閣, 1982), 287面 參照.

6) 兼子一, 民事訴訟法體系(酒井書店, 1982), 306面.

7) 山田正三, 改正民事訴訟法 4卷(弘文堂, 1956), 879면.

8) 齊藤秀夫・渡部吉隆・小室直人, 註釋 民事訴訟法(5)(第一法規出版,1991), 174面 ; 齊藤秀夫, 民事訴訟法概論(有斐閣,1977), 347面.

9) 齊藤秀夫・渡部吉隆・小室直人, 上揭書, 175面, 195面 註3) 參照.

10) 最判 昭和 27.2.8. ; 最判 昭和 31.3.30. ; 最判 昭和 38.2.12. 等.

리라고 해석하는 경향이 있다.[11]

3. 소송상화해의 요건

소송상화해의 대상인 권리는 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하며, 화해의 내용을 이루는 권리의무가 공서양속위반 등 법적으로 허용되지 않는 것이 아니라야 한다. 따라서 가사소송과 같이 직권탐지주의가 지배하는 소송절차에서는 소송상화해가 허용되지 않는다. 다만 협의상이혼을 인정하고 있는 관계상 이혼소송에서는 소송상화해를 인정할 수 있을 것이다.[12]

소송요건에 대해서는 제소전화해가 허용되어 있는 것과의 균형상 그 일반적 요건은 불필요하다는 것이 통설이다. 다만 당사자의 실재나 권리보호의 자격 등은 소송상화해에 있어서도 필수의 전제요건이므로 이를 흠결하는 경우에는 소송상화해는 허용되지 않는다. 또한 소송요건 가운데 당사자능력, 소송능력의 구비는 소송상화해에서도 필요하다. 이러한 요건을 흠결하게 되면 소송행위인 소송상화해의 체결능력을 흠결하게 되기 때문이다.[13]

이외에도 대리인이 소송상화해를 하기 위해서는 특별수권 또는 위임이 필요하다(일민소 제32조 제2항, 제55조 제2항).[14] 소송물에 대한 양당사자의 상호양보를 필요로 하기 때문에 양보가 일방적인 경우에는 청구의 포기 또는 인락으로 될 수 있는데 지나지 않는다. 그러나 상호양보가 있으면 그 정도나 태양은 묻지 않는다.

소송물인 권리관계 이외의 사항을 포함시켜도 상관없다.[15] 이 경우에 소송물인 권리관계에 대한 상호양보가 없어도 소송상화해로 볼 수 있는지, 아니면 소취하로 보아야 할 것인지에 대하여 제262조 제2항의 재소금지규정과 관련하여 학설이 대립한다.[16] 청구에 대하여 상호양보를 요구하는 엄격설, 완화하는 설, 중간설 및 호양불요설이 대립하고 있지만 원칙으로 엄격설에 의하여야 할 것이다. 또한 소송상화해의 성립을 위하여 당사자 이외의 제3자를 개입시켜도 상관없다. 이 경우에 당사자와 제3자와의 사이에는 제소전화해가 성립한 것으로 볼 것이며, 그 제3자가 화해상의 채무자인 것을 허용한 경우에는 화해조서가 그 자에 대한 집행권원으로 된다.[17]

4. 소송상화해절차

법원은 소송이 어느 단계에 있던지 화해를 권고할 수 있다(일민소 제89조 전단). 즉 소송계속

11) 新堂幸司, 民事訴訟法(筑摩書房,1985), 258面 參照.
12) 兼子一, 前揭書, 307面 參照.
13) 齊藤秀夫 · 渡部吉隆 · 小室直人, 前揭書, 175面.
14) 법정대리권 없는 자가 행한 재판상화해가 무효라는 판례로는 大判 昭和 7.11.25.
15) 大判 昭和 13.12.3.
16) 齊藤秀夫 · 渡部吉隆 · 小室直人, 前揭書, 182面, 參照.
17) 兼子一, 前揭書, 305면 ; 三ヶ月 章, 前揭書, 442面 ; 新堂幸司, 前揭書, 253面.

중 언제라도 당사자에게 화해를 권고할 수 있고 변론종결후나 상고심에서도 할 수 있다. 수소법원에서의 기일에 한하지 않고 수명법관이나 수탁판사에게 화해를 권고시켜도 상관없다(일민소 제89조 후단). 준비절차를 담당하는 법관 등은 심리기일에서 화해를 권고하거나 또는 소송상화해를 위하여 별도로 화해기일을 정할 수 있다.

이와같이 화해의 권고를 널리 인정하고 있는 것은 민사분쟁의 자주적이고 원만한 해결과 법원의 부담경감을 꾀하기 위한 것이다.

소송상화해는 기일에서 당사자쌍방이 구술로 진술하는 것이 원칙이지만, 신민사소송법에서는 화해조항안의 서면에 의한 수락방식으로 화해가 성립될 수 있도록 하고 있다. 즉 당사자가 원격지에 거주하고 있거나 기타 다른 사유에 의하여 출석하기가 곤란하다고 인정되는 경우에 그 당사자가 미리 법원 또는 수명법관이나 수탁판사로부터 제시된 화해조항안을 수락하는 취지의 서면을 제출하고, 상대방 당사자가 변론기일에 출석하여 그 화해조항안을 수락한 때에는 당사자 사이에 화해가 성립한 것으로 간주한다(일민소 제264조).[18]

당사자가 화해조항안을 수락하는 취지의 서면을 제출한 때에는 법원은 그 서면을 제출한 당사자의 진의를 확인하여야 한다(일민소규칙 제163조 제2항). 화해조항안의 서면에 의한 수락에 의하여 당사자 사이에 화해가 성립된 것으로 간주되는 때에는 법원서기관은 당해 화해를 조서에 기재하여야 하며, 이 경우에 법원서기관은 화해조항안을 수락하는 취지의 서면을 제출한 당사자에게 지체없이 화해가 성립한 취지를 통지하도록 하고 있다(일민소규칙 제163조 제3항).

다른 한편 법원 또는 수명법관이나 수탁판사는 당사자의 공동신청이 있는 때에는 사건의 해결을 위하여 적당한 화해조항을 정할 수 있도록 하고 있다(일민소 제265조 제1항). 법원 등이 화해조항을 정하는 때에는 당사자의 의견을 청취하도록 하고 있다(일민소규칙 제164조 제1항).

화해조항이 성립되면 변론 등의 기일에 고지하거나 기타 상당하다고 인정되는 방법으로 고지하도록 하고, 당사자쌍방에게 고지가 된 때에는 당사자 사이에 화해가 성립된 것으로 간주하도록 하고 있다(일민소 제165조 제3항, 제5항). 다만 당사자는 화해조항의 고지전에는 상대방 당사자의 동의 없이 신청을 취하할 수 있다(일민소 제165조 제4항).

화해조항안의 서면에 의한 수락방식의 화해는 소송상화해의 경우에 한하여 적용되며 제소전화해에는 적용되지 않는다(일민소 제275조 제4항).

법정에서의 구두진술에 의한 화해에 한하지 않고, 서면에 의한 화해의 성립을 인정함으로써 화해의 활성화를 위해서는 바람직하다. 다만 당사자의 진의가 정확하게 반영되어야 하므로 화해서면의 기재가 불명료한 경우에는 우리 민사소송법상의 화해권고결정제도(제225조 내지 제232조)가 긍정적인 역할을 할 수 있을 것이다.[19]

---

18) 우리나라의 신민사소송법에서도 서면에 의한 화해의 성립을 인정하고 있다. 즉 필수적 변론기일에 당사자 일방이 출석하지 않은 경우에 그가 제출한 소장이나 답변서 등에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 보게 되는데(제148조 제1항), 이 때 답변서 그 밖의 준비서면에 화해의 의사표시가 적혀 있고 상대방 당사자가 변론기일에 출석하여 그 화해의 의사표시를 받아들인 때에는 화해가 성립한 것으로 본다(제148조 제3항).

5. 화해조서의 효력

화해를 조서에 기재한 때에는 그 기재는 확정판결과 동일한 효력을 갖는다(일민소 제267조). 조서의 기재는 소송상화해의 효력발생요건이며 성립요건은 아니므로, 요건을 구비한 유효한 화해의 진술이 있으면 화해조서의 작성전에도 임의로 철회할 수 없다. 다만 양당사자가 일치하여 철회하면 화해로서의 효력은 발생하지 않는다.[20]

화해조서의 기재가 확정판결과 동일한 효력을 갖는다는 규정과 관련하여 기판력의 유무와 화해무효의 주장방법의 문제에 관하여 견해가 대립하고 있다.

(1) 소송종료효과

소송상화해가 성립한 범위에서 모든 절차는 당연히 종료된다.[21] 소송비용에 관하여 화해의 내용에 별도로 정하지 않은 경우에는 각자가 지출한 비용을 부담한다(일민소 제68조). 당사자가 법원에서 화해를 한 경우에 화해의 비용 또는 소송비용의 부담이나 그 액수를 정하지 않은 때에는 그 액수는 신청에 의하여 제1심법원(소제기전의 화해에서는 화해가 성립한 법원)의 법원서기관이 정하도록 하고 있다(일민소 제72조).

(2) 집행력

화해조서의 기재가 구체적인 이행의무를 내용으로 하는 경우에는 집행력이 인정되어 집행권원이 된다(일민사집행법 제22조 제7호). 이행의무는 집행증서의 경우와 달리 그 종류는 묻지 않고 집행수락문언도 필요없다(일민사집행법 제22조 제5호 참조).

그러나 집행권원으로서의 성질상 집행기관에 의하여 이행의무의 내용이나 집행의 범위가 즉시 확정할 수 있을 정도로 특정되어 있지 않으면 안된다. 예컨대 토지임대차계약에서 상당한 차임을 지급하라고 하는 기재만으로는 집행권원으로서의 이행내용의 특정이 불충분하지만, 채무불이행이 있으면 계약을 해제하고 토지를 인도하라고 기재한 경우에는 집행력이 발생한다.[22] 화해조서에는 광의의 집행력도 인정되며[23] 화해조서에 의하여 집행력이 미치는 인적 범위는

---

19) 법원행정처, 민사소송법 개정해설내용(법원행정처, 2002), 55면.

20) 吉村德重 · 竹下守夫 · 谷口安平 編, 講義 民事訴訟法(靑林書院, 1987), 242面.

21) 最判 昭和 43.2.15.은 화해의 내용인 사법상의 계약이 해제되어도 화해에 의하여 종료된 소송이 부활하는 것은 아니라고 한다.

22) 最判 昭和 42.11.30.은 건물철거조항을 정한 화해조서에 채무명의로서 의문이 있는 경우에는 다시 건물철거소송을 제기할 이익이 있다고 한다.

23) 大判 昭和 9.11.26. 은 채무자에 대하여 등기절차를 명하는 조서의 기재에 기초하여 채권자가 단독으로 등기절차의 신청을 할 수 있다고 한다.

집행력있는 판결에 준한다(일민소 제115조의 준용).[24]

(3) 기판력

화해조서에 기판력을 인정할 것인지에 대하여 긍정설, 부정설, 제한적 기판력설이 대립하고 있다. 화해성립에 의사표시의 하자 등 무효나 취소원인이 존재하는 경우에 무효·취소의 주장의 가부, 특히 그 주장방법을 둘러싸고 견해가 나뉘어져 있다.

기판력긍정설[25]은 화해의 무효·취소는 판결의 무효 또는 재심사유에 준하는 사유가 존재하는 경우에만 허용되고 그 이외의 실체상의 무효나 취소원인에 기초하는 하자의 주장은 허용되지 않는다고 한다.

이 학설은 제267조의 문언에 충실하여 화해는 판결의 대용으로서 그 기능도 판결과 동등하게 취급하고 또한 소송종료효과도 가지기 때문에 착오 등 실체상의 하자에 기초하는 주장을 인정하지 않는 것은 오히려 당사자나 법원에게 충분한 주의를 요구하고 있다고 본다. 또한 구민사소송법을 개정하면서 포기·인락판결을 필요없는 것으로 하고 이들 조서에 확정판결과 동일한 효력이 있는 것으로 인정하여 이와같은 취지를 화해에도 미치도록 한 연혁적 이유를 들기도 한다. 나아가 일구민소법 제550조(일민사집행법 제22조 제7호)와 제562조 제3항(일민사집행법 제35조 제2항, 다만 집행증서에 의한 집행에 대하여 청구이의의 소에서는 일구법 제545조 제2항의 제한은 없다고 하는 문언은 민사집행법에는 없다)이 준용되어 기판력이 있다고 해석하는 것이 민사소송법의 체계에도 조화한다고 하는 것을 이유로 든다.

기판력부정설[26]과 제한적 기판력설[27]은 사법이 정한 바에 따라 화해의 실체상의 무효나 취소의 주장은 별도의 재심의 소에 의하지 않고도 인정되어야 할 것이라고 하고, 다만 제한적 기판력설은 화해에 하자가 없어서 유효한 경우에는 기판력을 긍정한다.

부정설에 따르면 화해는 당사자의 자치적 분쟁해결로서 법원에 의한 공권적 분쟁해결인 판결과는 서로 다르고, 기판력면에서도 구별하여 취급하여야 한다는 것이다. 또한 화해의 경우에 법원의 심사는 형식적인 것에 그치는 경우가 많고 하자의 존재에 대하여 당사자에게 충분히 공격·방어를 할 수 있도록 보장한 것은 아니기 때문에 실체상의 하자의 주장을 광범하게 배제하는 것은 당사자에게 지나치게 가혹할 뿐만 아니라 헌법상 재판받을 권리를 침해할 염려가 있으며, 나아가 화해조서는 판결주문에 대응하는 부분이 명확하지 않기 때문에 판결이유에 기판력을 인정하는 것과 동일하게 될 수 있다는 것 등을 이유로 든다.

제한적 기판력설은 화해에 실체법상의 무효나 취소원인이 있는 경우에 그 화해는 무효로 되

24) 最判 昭和 26.4.13.
25) 兼子一, 前揭書, 309面.
26) 三ヶ月 章, 前揭書, 444面 ; 宮脇幸彦, 訴訟上の和解, 民事訴訟法演習 I (有斐閣,1963), 232面.
27) 齊藤秀夫·渡部吉隆·小室直人, 前揭書, 185面 參照.

고 기판력도 발생하지 않는다고 하여 실질상 부정설에 가깝다.

학설과 판례는 대체로 화해의 법적 성질을 양성설을 취하여 제한적 기판력설을 취하고 있다.[28] 이 견해를 따라 판례[29]는 재판상화해에 대하여 사법상의 무효원인이 존재하는 경우에는 당연무효로 기판력이 발생하지 않기 때문에 청구이의의 소를 제기할 수 있다고 한다.

화해조서의 경정은 원칙으로 일민소 제257조를 준용하여 법원의 경정결정에 의하여야 하고, 다만 법원사무관 등이 경정조서를 작성하고 재판장이 이를 인증하는 취지에서 서명날인하는 방법도 가능할 것이다.

6. 소송상화해의 하자와 그 주장

(1) 소송상화해의 무효와 취소

소송상화해에 무효나 취소원인이 있으면 이를 다툴 수 있다고 할 것이다. 다만 이를 다투는 방법에 대해서는 견해가 나뉘어진다.

기일지정신청설은 제한적 기판력설이나 기판력부정설, 양성설을 취하는 입장에서 주장하는 견해로, 당사자가 무효나 취소원인을 주장하려면 화해를 한 법원에 대하여 구소에 대한 기일지정을 신청하는 방법으로 다툴 수 있다고 한다.[30] 이 견해는 당해 화해에 관여한 법원이 심리할 수 있으며, 구소의 소송상태나 소송자료를 이용할 수 있다는 편리함과 심리의 반복을 피할 수 있고 또한 상급심에서 화해가 성립한 경우에도 화해의 실체법적 요건의 존부의 심리는 결국 소송상화해가 소송법상 무효로 되어 소송종료의 효과가 발생하는지에 대한 판단을 위하여 행하여지는 것으로 그 한도에서는 재심사유의 존부나 소취하의 부존재·무효의 심리와 다르지 않고, 3심제의 보장이나 상고심의 법률심구조에 반드시 반하는 것은 아니라는 데 근거를 두고 있다.

신소제기설은 기판력부정설과 소송행위설 혹은 사법행위설을 취하면서 화해의 무효는 반드시 구소와 동일한 법원에서 구소의 계속으로서 다툴 필요는 없고, 신소에서 주장하는 편이 상급심에서 화해가 성립한 경우에 심급의 이익이 침해를 받지 않으며, 소송기록의 제1심으로의 반환 등에 따른 불편이 적을 뿐만 아니라, 이송에 의하여 전심의 관여도 가능하게 되는 것 등을 이유로 하자주장방법으로서 항상 새로운 화해무효확인의 소(또는 청구이의의 소도 포함한다)로써 하여야 할 것이라고 한다.[31]

경합설은 기판력부정설과 사법행위설을 취하면서 당사자에게 그 주장방법을 선택할 수 있도록 하여도 좋다고 하는 특징을 보인다.[32]

---

28) 最判 昭和 31.3.30. ; 最判 昭和 33.3.5. ; 最判 昭和 33.6.14.
29) 大判 昭和 14.8.12.
30) 宮脇幸彦, 前揭論文, 233면 ; 齊藤秀夫·渡部吉隆·小室直人, 前揭書, 190面 ; 最判 昭和 33.6.14.
31) 三ヶ月 章, 前揭書, 445面.
32) 新堂幸司, 前揭書, 259面.

기판력긍정설·소송행위설을 따르는 경우에는 재심사유에 준하는 사유가 있는 경우에만 재심의 소로 제기할 수 있다고 한다.[33]

판례는 제한적 기판력설·양성설에 입각하면서 경합적으로 화해의 무효·취소의 주장방법을 인정하고 있다.[34] 즉 실체법상의 무효·취소원인과 일부의 소송법상의 무효·취소원인이 있는 경우에는 화해는 무효이고[35], 소송은 종료되지 않으며 구소가 부활하고 기일지정을 신청할 수 있다.[36] 그 이외에 화해무효확인의 소[37]나 청구이의의 소[38]도 제기할 수 있고, 제338조 소정의 사유가 있는 경우에는 재심의 소[39]도 허용하고 있다.

(2) 화해의 해제

소송상화해의 내용을 이루는 사법상의 계약을 그 계약의 채무불이행 등을 이유로 해제할 수 있다는데 이설이 없다.[40]

소송상화해의 내용으로 되어 있는 사법상의 계약이 해제된 경우에 소송상화해의 효력, 특히 소송종료효과에 어떤 영향을 미칠 것인지에 대하여는 견해가 나뉘어진다.

소송행위설에 의하면 소송상화해의 전제로 된 사법상의 화해의 효력에 의하여 영향을 받지 않기 때문에 사법상의 계약이 해제되어도 소송상화해의 효력으로서의 소송종료효과에는 아무런 영향이 없다고 한다.[41]

그리고 이 점에 대하여 양성설 등 소송행위설 이외의 입장에서도 대체로 소송행위설의 입장과 같이 사법상의 계약이 채무불이행 등에 의하여 해제된 경우에도 소송종료효과에 영향이 없다고 한다.[42] 즉 채무불이행에 의한 해제나 합의해제 등 소송상화해가 성립된 후에 발생한 실체상의 이유에 의한 실체상의 화해의 소멸은 확정판결 이후에 판결에 의하여 확정된 법률관계에 변경이 있었던 것과 같은 상태이고, 이 경우에 판결에 의한 소송종료효과에 아무런 영향이 없는 것과 마찬가지로 화해의 경우에도 소송종료효과는 영향을 받지 않는다는 것이다.

이에 대하여 소송상화해의 내용인 사법상의 계약이 해제된 경우에는 그 화해에 의한 소송종료효과도 소급적으로 소멸하고 일단 종료한 소송이 부활한다고 설명하는 견해도 있다.[43]

---

33) 兼子一, 前揭書, 310面.
34) 大判 昭和 14.8.12.
35) 最判 昭和 33.6.14.
36) 大決 昭和 6.4.22.
37) 大判 大正 14.4.24.
38) 大判 昭和 10.9.3. ; 大判 昭和 14.8.12.
39) 大判 昭和 7.11.25은 재판상의 화해에 대하여서는 법정대리권의 흠결을 이유로 하여 재심의 소는 제기할 수 없다고 한다.
40) 町田 顯, 訴訟上の和解の取扱い, 實務民事訴訟講座 2(日本評論社, 1970), 204面 ; 大判 大正 9.7.15. 이후 일관하여 이를 인정하고 있다.
41) 兼子一, 前揭書, 309面 ; 三ヶ月 章, 前揭書, 445面.
42) 石川明, 前揭書, 153面 ; 岩松三郎·兼子一 編, 法律實務講座 Ⅲ(有斐閣, 1958), 159面 .
43) 中村英郎, 裁判上の和解, 民訴雜誌 7, 242面.

또 화해의 성립 당시부터 해제원인이 있는 경우와 화해의 성립 이후에 발생한 사유에 의한 해제의 경우로 나누어 전자의 경우에만 소송종료효과를 인정하지 않는 견해가 있다.[44]

판례는 화해의 내용인 계약의 해제에 의하여 당연히 구소가 부활한다는 태도이다.[45] 이에 대하여 토지명도소송중에 성립한 화해의 사정변경에 기초하는 해제의 경우에는 구소의 부활을 부정하기도 한다.[46] 또한 소송상화해가 해제조건부로 성립한 경우에는 조건성취에 의하여 화해는 실효하고, 소송은 종료하게 된다.[47]

Ⅲ. 일본에서의 변론 겸 화해

1. 구법하에서의 변론겸화해

(1) 변론겸화해

① 변론겸화해의 의의

변론 겸 화해는 구민사소송법상의 명문규정은 없고, 실무가의 경험 등을 통하여 안출된 것으로서 쟁점정리나 증거정리를 위하여 증거조사전에 행하는 방식의 하나로 실시되었다.

예컨대 쟁점정리를 위한 변론 겸 화해의 전형적인 진행방식은 주장이 어느 정도 제출된 단계에서 대리인 및 당사자본인이 출석하여 화해실 등 법정 이외의 장소에서 사안에 대하여 구술에 의한 변론을 하고 증거 등과 대조하면서 쟁점을 정리하여 그 과정에서 화해의 실마리를 찾아 화해의 절충으로 들어가는 것을 말한다.

이러한 변론 겸 화해에는 그 목적이나 기능의 차이에 따라서 쟁점정리중점형, 화해권고중점형, 본인소송대책형의 세가지 유형으로 분류할 수 있지만, 이러한 분류는 이념적인 것으로 실제로는 이러한 분류에 따라 구분하여 실시되고 있는 것은 아니다.[48] 또한 개개의 사건에서 보아도 어느 하나의 유형에 시종 고정하여 실시하고 있는 것도 아니다. 그러나 쟁점정리중점형과 화해권고중점형은 상당히 유동적이다. 즉 당초에는 쟁점정리의 의도로 절차를 시작하였지만 아직 쟁점의 정리가 끝나지 않은 단계에서 화해의 분위기가 성숙된 경우에는 화해권고중점형으로 진

44) 木川統一郎・中村英郎 編, 改訂民事訴訟法(青林書院新社, 1983), 242面 ; 吉村德重・竹下守夫・谷口安平 編, 前揭書, 246面 ; 齊藤秀夫・渡部吉隆・小室直人, 前揭書, 191面.

45) 大判 昭和 8.2.18 ; 東京地判 昭和 8.2.18.은 대금채권에 대한 화해의 해제에서 구소는 계속하고 있다고 하여 기일지정신청을 인정하고 있다.

46) 最判 昭和 43.2.15. 別冊ジュリスト, 民事訴訟法判例百選 Ⅱ, No115(1992.2), 342-343面 參照.

47) 大阪高判 昭和 49.7.11. 判時767號, 51面.

48) 西謙二, 《ミニ・シンポジウム》辯論兼和解, 民訴雜誌 37(1991), 52面 ; 鈴木正裕, 辯論兼和解方式について, 民訴雜誌 36(1990), 3面 參照.

행하는 경우도 있고, 처음에는 화해권고중점형의 의도로 절차를 시작하였으나 도중에 화해가 난항을 겪는 것은 쟁점정리가 아직 되어 있지 않기 때문이라고 판단하여 그 단계에서 쟁점정리 중점형으로 운영되기도 한다.[49]

변론 겸 화해에 의할 경우에 우선 법정에서의 변론의 문제점으로서 개정시간의 제약이나 법정의 구조에서 오는 장소적 내지는 심리적인 제약 등을 극복할 수 있을 것이다.[50] 즉 화해실 등에서 무릎을 맞대고 의논하는 경우에는 그다지 다툼이 없는 주장이나 서증의 성립에 대한 인부에 대하여도 공개법정에서 처럼 대립적으로는 되지 않을 것이다. 또한 진정한 쟁점이나 당사자가 소송을 통하여 해결을 구하는 내용이 반드시 소송물 그 자체에 대한 것은 아니라고 하는 것이다.[51] 오히려 소송물 이외의 점에 대하여 다툼이 있는 인격소송의 양상을 나타내거나, 때로는 소송물과는 전혀 관계없는 점에 분쟁의 원인이 있는 경우도 적지 않다고 한다. 이러한 점을 해소하기 위해서는 화해실이나 준비실 등에서 당사자가 직접 담판하는 방식이 분쟁해결에 보다 효율적일 수 있다는 것이다.

쟁점정리에 있어서도 합의사건의 경우에는 준비절차가, 단독사건의 경우에는 변론 겸 화해가 각각 활용되고 있다. 즉 합의사건의 경우에는 통상적으로 사건이 복잡하고 곤란한 경우가 많을 것이기 때문에 어느 정도 쟁점정리를 할 필요가 있는 반면, 일단 쟁점정리를 한 이상은 이른바 실권효를 부여하여 구분하는 것이 상당하다고 할 것이다.

그러나 실권효를 염려하여 당사자가 가정적인 주장이나 증거신청을 함으로써 오히려 준비절차가 제 기능을 발휘하지 못할 뿐만 아니라, 구법 제255조에서 인정하고 있는 예외를 둘러싸고 나중에 다툼이 발생하여 그 해결이 복잡할 수도 있기 때문에 제255조는 실무상 거의 적용되지 않고 있었다.

이에 신민사소송법에서는 실권효가 배제되는 예외적인 규정을 삭제하고(일구민소 제255조 참조), 변론준비절차의 종결후에 공격·방어방법을 제출한 당사자는 상대방의 청구가 있는 경우에 상대방에 대하여 변론준비절차의 종료전에 이를 제출할 수 없었던 이유를 설명하도록 하였다(일민소 제174조, 제167조).

변론 겸 화해에 있어서도 이러한 사정은 마찬가지일 것이다.[52] 동시에 통상 수소법원의 구성원 전원이 모여 변론기일에 들어가는 것이 곤란하다고 하는 실제적인 이유에도 기인한다. 이에 비하여 단독사건의 경우에는 비교적 사건이 평이하기 때문에 구성원간의 문제가 없고 법관이 임기응변으로 변론기일에 들어갈 수 있을 것이다.

② 「변론 겸 화해」의 대상 및 실시시기

49) 西謙二, 上揭論文, 27面 ; 鈴木正裕, 上揭論文, 3面 參照.
50) 佐夕木茂美, 民事訴訟の審理を充實させるための方策案と實務における實施經驗, 民訴雜誌 36(1990), 247面 參照.
51) 西謙二, 前揭論文, 59面.
52) 中田耕三, 《座談會》民事訴訟における審理の充實と促進, 民商法雜誌 第100卷6號(1989.9), 81面 參照.

어떤 사건을 변론 겸 화해의 대상으로 할 것인가에 대하여는 사건의 종류나 당사자의 성격 등을 참고하여 정하여야 할 것이다. 변론 겸 화해는 화해실이나 준비실 등 비공개의 장소에서 행하여지므로 공개주의에 위배될 수 있다거나 법률상의 근거와 같은 문제가 있기 때문이다.[53] 따라서 이러한 것들이 문제로 될 수 있는 사건, 예컨대 기본적 인권과 관련한 사건이나 세상의 주목을 받는 사건과 같은 경우에는 처음부터 변론 겸 화해의 대상에서 제외되고 그 이외의 사건이 변론 겸 화해의 대상으로 될 것이다.

변론 겸 화해를 지정하는 시기는 사건의 종류나 성격 등에 의하여 반드시 동일하다고는 할 수 없고, 제1회의 변론기일이나 변론 겸 화해에 대하여 어떤 의미를 부여하고 있는가에 따라서도 달라질 수 있다. 즉 제1회 변론기일의 지정에 대하여 이른바 조기 제1회 기일지정방식을 채용하고 있는 경우에는 제1회 변론기일은 주로 사건분배의 목적으로 열리고, 주장 등은 아직 그다지 나타나 있지 않은 것이 보통이기 때문에 변론 겸 화해에 회부하는 것은 비교적 나중의 단계에서 일 것이고, 이에 대하여 이른바 서면선행형의 기일지정방식이 채용되는 경우에는 이미 제1회 변론기일전에 쌍방당사자로부터 상당한 정도로 주장이 이루어져 있기 때문에 비교적 일찍 변론 겸 화해에 회부하는 경우가 많다고 한다.[54] 다만 실무에서는 변론 겸 화해를 사건분배의 목적을 위하여 활용하거나 제1회 변론기일전에 당사자로부터 사정청취를 하고 있는 경우가 있기 때문에 이러한 경우에는 제1회 기일지정방식에도 불구하고 비교적 일찍 변론 겸 화해기일을 열게 될 것이다. 대체로 쌍방당사자로부터 서면에 의한 일응의 주장 등이 행하여진 단계, 통상적으로는 제2회 내지 제4회의 변론기일에 지정하고 있다고 한다.[55]

변론 겸 화해기일을 지정함에 있어서는 반드시 쌍방당사자의 의향을 확인하도록 하고 있다. 그 확인방법은 법정의 변론기일에 우선 화해의 가능성유무를 타진하여 쌍방당사자로부터 화해의 희망이 제출된 경우나 당사자 쌍방이 화해에 긍정적인 경우에는 직접 순수한 화해기일을 지정하지만, 그 이외의 경우에는 변론 겸 화해의 가부를 확인한 후 이를 지정하게 된다. 그리하여 일방당사자가 화해를 희망하지만 상대방 당사자가 소극적인 경우나 대리인은 화해를 적당하다고 생각하지만 본인이 소극적인 경우 등은 화해권고중점형의 기일을, 그리고 당장은 당사자쌍방 모두 전혀 화해의 의사가 없는 경우에는 쟁점정리중점형의 기일을 지정하게 될 것이다. 그러나 실제로는 기일에 쟁점정리형으로부터 화해권고중점형으로 또는 화해권고중점형으로부터 쟁점정리중점형으로 이행하는 경우도 있는데 이와같이 유연하게 대응할 수 있는 것이 오히려 변론 겸 화해의 장점이라고도 할 것이다.

③ 「변론 겸 화해」 기일의 출석자·장소

변론 겸 화해기일의 출석자는 소송대리인 이외에 필요에 따라 당사자본인이나 이와 동등한

53) 佐夕木茂美, 前揭論文, 249面 參照.
54) 三宅弘人, シンポジウム民事訴訟の促進について, 民訴雜誌 30(1984), 134-135面 參照.
55) 西謙二, 前揭論文, 55面.

입장에 있는 자도 출석하도록 할 수 있다.[56] 그 근거는 석명처분으로서의 당사자본인의 출석명령(일민소 제151조 제1호)[57] 또는 화해권고를 위한 당사자본인의 출석명령(일민소규 제32조 제1항)을 들고 있다.[58]

당사자본인 등의 출석을 요구하는 시기나 단계는 사건의 종류나 당사자의 대응에 따라 다양하며 전기일을 통하여 출석을 요구하는 것은 아니다. 이러한 상황은 법정에서와는 달리 편안한 분위기가 조성되어 논쟁적 변론을 하지 않는 효과적 방법을 취한다.[59]

민사소송규칙에서는 법원 또는 수명법관이나 수탁판사는 상당하다고 인정되는 경우에는 법원 외에서도 화해를 할 수 있도록 하고 있다(일민소규 제32조제2항).

④ 「변론 겸 화해」의 방법

변론 겸 화해에서는 대체로 둥근 탁자에 둘러 앉아 기탄없이 의견을 개진하여 절차를 진행하고, 법관도 법복을 입지 않고 평상복을 입고 진행한다. 다만 그 방식은 교호식이나 대석식에 의하여, 즉 목적에 따라 구별하여 논의를 주로 하는 기일에서는 양당사자를 별도로 이른바 교호면접식으로 청취하는 경우도 있지만, 쟁점정리를 목적으로 하는 경우에는 예외적인 경우를 제외하고 쌍방당사자가 동석한 이른바 동시면접방식으로 실질적인 변론을 행하는 것으로 하고 있다.[60]

쟁점정리형의 변론 겸 화해기일에서는 다툼이 있는 사건에 대하여 우선 이미 명확하게 된 법률상 및 사실상의 쟁점을 확인한 후 이것을 증명하는 직접증거의 유무, 간접사실의 주장, 나아가 이것을 증명하는 간접사실의 유무 및 그 평가, 관련성의 정도 등에 대한 의미나 의견교환 등을 중심으로 진행하게 된다.

이러한 단계에서 법원으로서는 적극적으로 쟁점정리에 관여하여 의견을 개진하고 이를 위하여 필요한 경우에는 넓은 의미에서의 심증개시를 하여 당사자의 화해를 촉진시킬 수도 있을 것이다.[61] 심증이라고 하여도 이것은 인증조사 전의 것이기 때문에 그 취지를 명확하게 알려서 변론의 강도나 오해가 없도록 하여야 하며, 이를 위하여 결론만이 아니라 그 이유나 순서까지도 명확하게 하도록 노력하여야 할 것이다.

⑤ 조서의 작성 및 법원사무관 등의 출석

쟁점정리의 과정에서 서증의 제출 및 그 열람 등도 행하여지지만 예컨대 증인신문이나 감정인신문 등과 같이 선서를 전제로 하는 증거조사는 행하여지지 않는다. 따라서 당사자본인이 기

56) 鈴木正裕, 前揭論文, 18面 ; 佐タ木茂美, 前揭論文, 248面 參照.
57) 鈴木正裕, 上揭論文, 12面 ; 西謙二, 前揭論文, 52面.
58) 三宅弘人, 前揭論文, 134面 以下.
59) 上揭論文, 135面.
60) 西謙二, 前揭論文, 57面.
61) 木川統一郎, 前揭シンポジウム(民訴雜誌 30), 109面 ; 宮崎公男, 前揭シンポジウム(民訴雜誌 30), 128面 以下 參照.

일에 출석한 경우에도 필요하면 다시 본인신문을 할 수 있다. 다만 준비절차의 경우와 달리 서증의 성립의 인부에 그치지 않고 증거의 채부나 재판 등을 행한다. 그러나 실질적 변론에서 명백하게 된 주장이나 증거관계라도 그것이 변론조서에 기재되지 않는 한 이른바 변론의 전취지로서 판결의 기초로 할 수 없게 되는데[62] 이것은 법관이 개인적으로 지득한 사항을 판결의 기초로 할 수 없는 것과 공통하는 것이다.

법원사무관 등은 기일에 항상 참석하여 조서를 작성하여야 하는 것은 아니다.[63] 당사자쌍방이 요구하거나 법원이 필요하다고 판단한 경우에는 당사자의 이해하에 법원사무관 등을 참석하게 하여 조서를 작성하게 한다. 다만 준비서면의 진술, 서증의 제출 및 그 성립의 인부 등과 같이 형식적인 사항에 대하여는 당사자에게 이의가 없고 장래에 분쟁이 발생하지 않을 것이 확실한 경우에는 법원사무관 등의 출석이 없어도 기일후에 적당한 방법으로 법관으로부터 법원사무관 등에 연락하여 조서에 기재하도록 하기도 한다.

또한 변론의 내용을 재판을 위하여 남겨 둘 필요가 있는 때에는 법원사무관 등이 출석한 후 조서에 작성하게 하거나 당사자에게 준비서면 또는 진술서를 작성하여 다음 기일에 진술 내지 제출하도록 한다.[64]

⑥ 「변론 겸 화해」의 종료

쟁점정리를 위하여 다시 기일을 요하는 경우에는 속행기일을 열지만 그러한 경우에 당해기일에서 명확하게 된 쟁점이나 제출이 예상되는 증거관계에 대해서는 다음 기일전까지 준비서면이나 서증의 사본을 제출하도록 하고 있다.

변론 겸 화해에 의하여 쟁점이 정리되면 통상적으로 그 단계에서 한 번 더 화해의 가능성의 유무를 타진하지만 해해의 여지가 없는 경우에는 바로 변론에 회부하게 되고 그러한 경우에 다음 기일에 증거조사기일을 지정하는 경우가 많다.

법정외에서의 기일이기 때문에 쟁점정리나 화해에는 마음이 없고 단지 지연의 목적으로 변론 겸 화해를 이용하는 경우도 적지 않다고 한다.[65] 이러한 경향이 보이게 되면 비록 쟁점정리가 되지 않았더라도 즉시 변론에 회부하여야 할 것이다.

변론 겸 화해에서 준비서면의 진술이나 서증의 제출 등이 변론조서에 기재되면 이것은 그대로 판결의 기초자료로서 이용할 수 있고, 특히 다시 변론 겸 화해의 결과를 변론에 상정하는 절차는 취하는 않는 것이 보통이다.[66] 그러나 예컨대 합의체법원이 그 구성원의 1인을 선임하여 변론 겸 화해를 담당하게 한 경우에는 직접주의의 원칙상 당사자에 의한 결과의 진술을 필요로 하는 경우도 있다.

62) 鈴木正裕, 前揭論文, 16-17面.
63) 上揭論文, 31面.
64) 前揭シンポジウム(民訴雜誌 30), 155面.
65) 西謙二, 前揭論文, 60面.
66) 鈴木正裕, 前揭論文, 32面.

(2) 변론겸화해의 문제점

① 절차의 비공개의 문제

우선 변론 겸 화해의 문제점으로 지적되는 것은 절차의 공개에 관한 것이다. 변론이라는 이름이 붙어있는데도 비공개로 절차를 진행하는 적법성의 근거를 찾기 어렵다는 것이다.

변론겸화해기일을 연 경우에 실제로는 화해실 등에서 행하여진 경우에도 법정에서 공개로 진행된 것과 같은 조서를 작성하고 있는데, 이는 현실과 괴리되는 문제가 있다.

변론겸화해에 대한 적법성의 근거를 찾기 위해서는 변론겸화해의 성질은 변론이 아니라고 해석하지 않으면 안될 것이다.

변론겸화해의 성질론으로서 첫째 준비절차의 일종이라는 견해, 둘째 준비적 변론과 화해의 복합이라는 견해, 셋째 변론도 화해도 아닌 중간의 신종의 소송행위라는 견해, 넷째 준비절차, 준비적 변론과 화해의 복합이라는 견해, 다섯째 교호형은 화해이고 대석형은 준비적 변론과 화해의 복합이라고 하는 견해가 있다.[67]

또한 절차재량을 근거로 설명하는 견해도 있다. 즉 변론겸화해는 법관에게 인정되는 절차재량중에서 소송수행목적 등에 비추어 유용한 사항에 대하여 다른 절차규제와의 균형을 벗어나지 않는 범위에서 실시할 수 있는 창설적 절차재량이라고 설명한다.[68]

결국은 변론겸화해의 유용성에 대해서는 실증될 수 있지만, 법정외에서 변론이 행해지는 것을 설명하는 데는 문제가 있다고 할 것이다. 준비절차라고 하는 견해는 공개하지 않는 것을 설명할 수 있지만, 서증을 조사하거나 변론을 종결하기도 하는 것을 설명하기 곤란하다.

② 운용상의 문제

운용면에서의 문제점은 당사자의 입장에서 보면 변론겸화해는 무엇을 주목적으로 하여 운영되고 있는지가 분명하지 않고, 쟁점정리의 이름을 빌려서 사실상 화해를 목적으로 운영되고 있다는 비판이 있다.[69]

변론겸화해는 실무를 중심으로 발전되어 온 것으로 법관에 따라 운용이 천차만별이고, 이러한 점은 변론겸화해가 유용하다고 하더라도 이용자측에서 보면 불투명한 부분이 있고 이것이 불신의 원인으로 될 수 있다고 한다면 국민의 입장에서 알기 쉬운 민사소송이라고 하는 관점에서도 반성하여야 할 것이라고 지적한다.[70]

기타 본인이 일찍 법관 앞에 등장하기 때문에 변호사의 입장에서 본인에 대한 보호가 곤란하게 된다고 지적하기도 한다. 후쿠오카방식에서는 다목적형 변론겸화해기일이라는 명칭하에 양

67) 加藤新太郎, 節次裁量論(弘文堂, 1996), 70面 參照.
68) 上揭書, 69面.
69) 龍井繁男, 當事者からみた辯論準備手續をめぐる若干の問題點, 判例タイムス 915호(1996), 49面.
70) 草野芳郎, 和解, 新民事訴訟法の理論と實務(下)(ぎょうせい, 1997), , 170面.

당사자가 동의하거나 희망한 경우에는 법원이 변론겸화해기일을 지정할 수 있도록 하며, 첫째로 변론겸화해기일의 지정에 즈음하여 기일의 목적을 미리 명확하게 하여 당사자가 준비할 수 있도록 할 것, 둘째로 쟁점정리를 목적으로 하는 경우에는 원칙으로 양당사자 대석으로 할 것, 또한 쟁점정리의 결과는 양당사자가 확인하여 필요한 사항은 조서에 기재하도록 할 것, 셋째로 화해를 목적으로 하는 경우에는 원칙으로 서기관의 참석은 임의로 하고, 당사자가 번갈아 의견을 청취할 것, 넷째로 대리인과 본인이 모두 참석하고 있는 경우는 원칙으로 대리인으로부터 의견을 청취할 것, 다섯째로 화해를 목적으로 하는 변론겸화해기일에서 성립의 가능성이 없는 때에는 일찍 변론겸화해기일을 종결하여 신속하게 변론과 증거조사를 실시할 것이 합의내용으로 되어 있다.[71]

반대로 변론겸화해의 실시에 대하여 합의를 할 수 없으면 이를 삭제한 다음에 심리충실방책실시요령에 대하여 변호사회의 승낙을 얻은 법원도 있는데,[72] 이는 변론겸화해가 당면하고 있는 미묘한 문제점을 드러내는 것이라고 할 것이다.

2. 신법의 태도

(1) 구술변론의 활성화

신법에서는 변론겸화해를 그대로 인정하는 모습으로 개정되지는 않았다. 즉 구술변론의 활성화를 목적으로 한 준비적 변론, 준비절차에 의하지 않은 간이한 법정외에서의 쟁점정리절차의 법제화(변론준비절차, 서면에 의한 준비절차)가 핵심으로 되어 있다.

종전 변론겸화해의 모습으로 행하여질 수밖에 없었던 쟁점정리절차가 순화된 모습으로 변론준비절차가 신설되고, 그 한도에서 공개나 실권효의 문제점을 투명하게 하였다.

반면 운용상의 문제점에 대하여는 고려되고 있지 않다. 변론절차와 화해절차를 구별하는 것이 기본으로 되었다. 화해를 실패한 경우의 손실을 피하기 위해서는 변론절차와 화해절차를 교체하여 연속적으로 접속하여 손실을 적게 한다는 것이다.

(2) 신법하에서의 변론겸화해

신법하에서 변론겸화해가 위법한 것인지에 대하여 학설이 나뉘어진다. 민사소송제도 및 그 운용이 왜곡되어 본래 제도가 예상하지 않았던 것이 만들어졌다는 것을 생각하면 민사소송법의 개정으로 변론겸화해는 없어져야 하는 것이 원칙이지만 실제로 없어질지의 여부는 신법의 운영

71) 八木一洋, 福岡地方法院における民事訴訟法の充實, 促進方策の實施狀況について, 判タ 816호(1993), 6面.
72) 司法研修所 編, 民事訴訟の新しい審理方法に關する研究(法曹會, 1996), 101面.

에 달려있다고 할 것이라는 견해가 있다.[73]

또 변론겸화해는 소송수행목적 등에 비추어 유용한 사항에 대하여는 다른 절차규제와 균형을 일탈하지 않는 한 실시할 수 있는 창설적 절차재량에 해당하는데, 변론준비절차의 신설은 변론겸화해를 쟁점정리절차로 순화시키는 일정한 절차규제의 틀이 형성되었기 때문에 변론겸화해에서 발휘되고 있던 절차재량의 전제를 흠결하게 된다고 주장하기도 한다.[74]

이에 대하여 신법의 시행후에도 변론겸화해는 남게 되고, 변론준비절차겸화해라고 하는 것이 새로 만들어지는 것이므로 이를 부적법하다고 할 수 없다는 주장도 있다.[75]

3. 신법에서의 화해권고

(1) 화해에 대한 원칙

화해는 소송의 정도를 묻지 않고 권고할 수 있는 것으로 하고(구법제136조, 신법제89조), 성립한 화해를 기재한 조서는 확정판결과 동일한 효력을 가지는(구법제203조, 신법제267조) 것으로 한 점에 대하여서는 변경이 없다.

다만 화해를 위하여 당사자 본인이나 법정대리인을 출석할 수 있도록 한 규정이 구법에서는 제136조 제2항에 정하여져 있었으나 신법에서는 신민사소송규칙 제32조 제1항으로 옮겨졌다.

(2) 쟁점정리절차와 화해절차의 접속 및 교체

신법의 취지대로 이해하여 변론겸화해나 변론준비절차겸화해가 허용되지 않는다고 하면 그로 인한 결점을 피하기 위하여 쟁점정리절차와 화해절차를 접속, 교체시킬 필요가 있다.

준비적 변론이나 변론준비절차에서 화해를 하는 것 그 자체는 그 기본절차가 법정이나 준비실에서 대석적으로 행하여지면 문제가 없다. 이 경우에는 변론이나 변론준비절차 속에서의 운용이고, 화해권고도 변론이나 변론준비중의 하나의 행위라고 관념되게 되며 화해절차는 아닌 것이다.

당사자의 대석으로 준비적 변론이나 변론준비절차를 진행하는 경우에도 당사자의 진의를 확인할 수 없는 상황에서는 동석하고 있는 상대방을 잠시 퇴장하도록 하여 의사를 확인한 후에 동석시켜 절차를 진행하는 방법이 있는데, 이러한 경우는 화해를 권고하는 때에도 발생하는데 이는 당연히 허용되는 것이다.

---

73) 青山善充, 爭點整理節次の整備, シンポジウム民事訴訟法の改正-民事訴訟手續に關する改正要綱試案をめぐって, 民訴雜誌 41(1995), 104面.

74) 加藤新太郎, 前揭書, 42面.

75) 高橋宏志, 新民事訴訟法論考(信山社, 1998), 86面 以下 參照.

문제는 순수한 화해기일과 같이 당사자쌍방이 대석하지 않고 일방당사자를 번갈아 면접하여 화해에 대한 절차를 진행시키는 것이 가능하지만, 이는 준비적 변론이나 변론준비절차의 범위를 벗어나기 때문에 법원이 '지금부터 화해절차에 들어간다'는 뜻의 고지를 할 필요가 있다. 화해시도가 잘 되지 않아서 쟁점정리절차로 돌아가는 때에는 법원이 '화해절차를 끝내고 쟁점정리절차로 돌아간다'고 고지하면 된다.

(3) 화해기일 이외에서의 화해

법원은 소송정도에 불구하고 화해권고를 할 수 있기 때문에 화해기일 이외의 기일에서도 화해를 시도하여야 할 것이다. 특히 화해기일을 지정하지 않은 때에는 그 지정된 기일의 방식으로 화해를 권고하게 된다.

① 변론기일에 화해를 시도하여야 할 경우에는 법정에서 당사자 쌍방이 대석한 채 의견을 듣고, 화해를 권고하여 성립시키게 된다.

청구원인사실을 피고가 인정하여 분할변제의 화해를 희망하고 원고가 그에 응하는 경우나 당사자 사이에 미리 화해의 내용에 대한 합의가 있는 경우 등이 그 예이다.

증거조사에서 집중심리를 실시하여 사안이 법관과 당사자쌍방에게 명확한 경우에는 증거조사가 종료된 때 바로 화해에 들어가 법정에 재정한 채로 대화로써 합의에 이르는 경우도 있을 것이다. 다만 변론기일에 쌍방이 대화하여 자연스럽게 화해가 성립하는 것은 예외이다.

② 준비적 변론기일은 쟁점정리를 목적으로 하지만 일반적으로 법정이 아닌 라운드 테이블을 사용하여 진행하면 쌍방이 대석하여 대화하는 도중에 사안이 명확하게 되고 당사자가 조기에 화해를 희망하는 경우에는 화해가 성립된다. 이러한 경우의 화해도 일반적으로 변론기일에서와 마찬가지로 쌍방이 대석적으로 진행하지만 교호면접이 필요한 경우에는 화해절차에 들어가는 것을 알려 교호면접으로 옮겨간다.

③ 변론준비기일은 비공개로 진행되기 때문에 당사자와 법원의 거리가 가깝게 되어 화해의 기회가 많게 될 것이다. 종전에는 이러한 경우에 변론겸화해기일에서 하고 있었기 때문에 화해기일을 겸하게 되어 동일한 절차에서 자연히 화해의 교섭면접으로 들어갔던 것이다.

그렇지만 앞으로는 이와같은 모습으로의 절차재량은 타당하지 않다고 해석되기 때문에 번갈아 사정을 청취하고 싶은 때에는 당사자쌍방에게 지금부터 화해절차에 들어가는 것을 알려서 교호면접으로 옮겨가게 된다.

화해의 단계에 들어가 있는 때에는 그 한도에서 변론준비적인 것은 할 수 없지만, 필요한 때에는 화해절차를 종료시켜 변론준비절차의 단계로 돌아가게 될 것이다.

이러한 경우 양쪽의 단계가 동시에 진행되는 것은 아니고, 어느 한 쪽만이 진행되고, 다른 한 쪽은 종료하여 시간적으로 보면 양절차는 융합해 있는 것은 아니다. 이러한 것이 당사자에게 지

금 어느 단계에 있는지를 명확하게 인식시켜 적절한 대응을 하도록 하는 것이다.

변론준비절차에서는 당사자가 원격지에 거주하고 있는 경우 등에 한 쪽 당사자가 출석하여 이른바 전화회의장치를 사용하여 절차를 진행하는 것이 인정되어 있다(민소법 제170조 제3항). 이를 변론준비절차에서 행하는 화해에 사용하면 편리하겠지만 화해는 쟁점정리와 달리 재판을 종료시키는 것이기 때문에 보다 엄격한 절차가 필요하며, 전화회의장치를 사용하여 화해를 성립시킬 수 없는 것으로 규정하고 있다(민소법 제170조 제5항).

이와같은 경우에는 화해가 성립할 때까지의 사정청취나 의사확인은 전화회의장치를 이용할 수 있지만 화해를 성립시키기 위해서는 후술하는 바와같이 사전에 화해조항안을 상대방에게 보여서 서면에 의한 수락을 받고, 변론준비절차기일에서 일방 당사자에게 출석하도록 함으로써 화해를 성립시키게 된다.

④ 신민사소송법은 세 번째의 쟁점 및 증거정리절차로서 서면에 의한 준비절차를 정하고 있다. 이를 이용하여 쟁점정리를 하고 있는 경우에는 화해의 기회가 성숙되면 법원이 화해안을 당사자쌍방에게 보내서 화해권고를 시도하는 것을 생각할 수 있다.

수락서면을 제출받으면 나중에 다른 당사자가 변론 등의 기일에 출석하여 그 화해조항안을 수락하면 화해가 성립한 것으로 간주할 수 있을 것이다.

⑤ 신민사소송규칙 제95조는 진행협의기일에 대하여 신설하고 있지만 이 기일에 화해를 시도하여 성립시킬 수 있는지는 문제이다.

화해의 의사를 타진하여 사실상 의견을 교환하는 것은 가능하지만 본격적인 화해교섭을 하거나 화해를 성립시키기 위해서는 화해기일을 지정하여 화해절차로 전환하는 것이 필요하다고 해석된다.

(4) 화해기일

화해만을 목적으로 하는 기일을 지정하는 것은 변론겸화해가 진행되는 경우에는 적었고, 제1회변론기일 이전의 화해, 증거조사와 병행한 화해, 수명법관이나 수탁판사에 의한 화해, 변론종결후의 화해 정도였다.

그렇지만 화해절차에 편리한 규정이 신설된 신민사소송법하에서는 순수한 화해기일의 지정이 늘어나고 있다. 현지화해는 순수하게 화해기일을 연 때에만 가능한 것이다. 그렇기 때문에 이들 절차를 진행하고자 하는 때에는 화해기일을 지정하는 것이 필요하다.

준비적 변론기일이나 변론준비절차기일에서도 화해절차에 들어 갈 수 있지만 당사자의 감정이 대립하고 있어서 차분히 시간을 두고 긴장을 풀 필요가 있는 경우 등은 오히려 최초부터 화해기일을 지정하여 시간을 두고 화해를 시도하여야 할 것이다.

순수한 화해기일이면 공개할 필요도 없고, 당사자 쌍방이 대석의 장소에서 할 필요도 없지만

최근에 화해의 절차규제가 유력하게 주장되고 있기도 하다.[76]

Ⅵ. 우리나라의 소송상화해제도

1. 소송상화해

민사소송법 제220조(이하의 법조문은 우리나라의 민사소송법을 가리킴)는 일본의 신민사소송법 제267조와 동일한 내용의 규정을 두고 있다. 따라서 제220조의 규정을 해석함에 있어서 일본의 경우와 큰 차이는 없다고 할 것이다. 다만 1961년 민사소송법의 개정으로 제461조의 준재심제도를 별도로 규정하고 있는 점이 일본의 소송상화해제도와 다르다.

화해의 법적 성질에 대하여 사법행위설, 소송행위설,[77] 양행위병존설[78] 그리고 양행위경합설(양성설)[79]이 주장되고 있는 점은 일본의 경우와 다르지 않다. 다만 우리나라에서는 화해의 법적 성질을 제461조의 규정과 관련하여 해석할 때 소송행위설을 취할 근거가 된다고 보는 견해가 유력하다.

1961년의 법개정이 있기 이전에는 대체로 양행위병존설 내지 양행위경합설에 따라서 화해의 성질을 이해하였으나,[80] 최근에는 양성설이 유력하다. 판례[81]는 소송행위설에 따르고 있다.

제220조는 화해가 성립하면 조서를 작성하고, 조서가 작성된 때에 '그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다'고 규정하고 있다. 여기서 '확정판결과 같은 효력'의 의미에 대하여 소송종료효과와 집행력 이외에 기판력을 인정할 것인지에 대하여 학설이 대립한다.

기판력은 법원의 공권적 판단에 인정되는 효력이라고 이해하여 당사자의 자주적 분쟁해결인 소송상화해는 판결과는 이질적인 것이므로 판결에 인정되는 기판력은 인정되지 않는다고 하는 기판력부정설[82]과 명문에 충실하여 기판력을 포함하여 확정판결이 가지는 모든 효력이 인정된

76) 山本和彦, ミニシンポジウム, 民訴雜誌 第43號(1996), 130面.

77) 김홍규, 민사소송법(삼영사, 2003), 528 면 ; 양병희, 민사소송법강의(삼지원, 2003), 325면 ; 방순원, 민사소송법(상)(한국사법행정학회, 1989), 549면 ; 이영섭, 신민사소송법(상)(박영사, 1978), 206면.

78) 현재 우리나라에서 이 견해를 취하는 분은 없다.

79) 강현중, 민사소송법(박영사, 2002), 610면 ; 이시윤, 민사소송법(박영사, 2003), 489면 ; 이재성, 소송상화해의 성질, 이재성판례평석집 Ⅰ(법조문화사, 1982), 354면 ; 정동윤, 민사소송법(법문사, 1999), 630면 ; 호문혁, 민사소송법(법문사, 2002), 653면 ; 전병서, 민사소송법강의(법문사, 2002), 602면..

80) 백한성, 민사소송법석의(일한도서출판회, 1953), 397면 참조 ; 대판 1955.9.15. 4288민상229 ; 동 1957.9.19. 4290민상427 ; 동 1957.12.26. 4290민상638.

81) 대판 1962.2.15. 4294민상914는 전원합의체에서 종전의 양행위병존설 내지 양성설을 취하던 입장을 변경한 것으로서 1961년 제431조의 개정에 영향을 받고 있다고 할 것이다. 그 이후로 대법원은 소송행위설의 입장을 유지하고 있다. 이외에도 소송행위설을 따르는 판례로서 1970.7.24. 70다960 ; 동 1981.12.22. 78다2278 ; 동 1987.10.13. 86다카2275 ; 동 1990.12.11. 90다카24953 ; 동 1992.10.27. 92다19033 등.

82) 정동윤, 전게서, 635면 ; 호문혁, 전게서, 661면..

다는 기판력긍정설로 나누어진다.

기판력긍정설은 다시 그 범위와 관련하여 무제한적으로 기판력을 인정하는 무제한기판력설[83]과 제한적으로, 즉 화해에 실체법상의 무효나 취소원인이 없는 경우에 한하여 기판력을 인정하려는 제한적 기판력설[84]이 있다. 이는 화해의 법적 성질을 어떻게 파악하는가에 따라 견해를 달리하게 되는데, 소송행위설을 취하는 입장에서는 소송상화해를 판결의 대용물로 보고 화해에 기판력을 포함한 확정판결과 동일한 효력이 있는 것으로 이해한다.

이에 대하여 사법행위설이나 양행위병존설, 양성설의 입장에서는 화해에는 사법행위가 포함되기 때문에 사법상의 화해가 유효하게 성립한 경우에는 기판력이 인정되지만, 그렇지 않은 경우에는 기판력이 발생하지 않고 화해의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 한다.

따라서 화해에 하자가 있으면 소송은 종료되지 않으므로 법원에 새로 기일지정신청을 하거나 또는 화해무효확인의 소나 재심청구를 하여 화해의 하자를 다툴 수 있다고 한다.[85]

화해의 법적 성질을 소송행위설에 따라 이해하면 사법상의 하자는 당연히 소송법상의 효과에 영향을 미치지는 않으므로 비록 화해에 사법상의 무효나 취소원인이 있을지라도, 예컨대 사자를 당사자로 한 화해[86]나 화해조서에 기재된 사항이 특정되지 않은 경우[87]와 같은 무효원인이 있는 경우를 제외하고는 화해의 취지에 반하는 주장을 할 수 없으며, 제451조의 재심사유나 이에 준하는 사유가 있는 경우에 한하여 그 하자를 주장할 수 있을 뿐이라고 한다.[88]

일반적으로 소송상화해는 계쟁물에 대한 일정한 처분이 유효하게 성립하는 것을 전제로 소송을 종료시키려고 하는 것이라고 볼 때, 양성설이 그 실태를 정확하게 반영하고 있다고 할 것이다. 제220조와 제461조의 관계를 살펴보면 화해에는 기판력을 포함한 확정판결과 동일한 효력이 있다고 해석하여야 할 것이다. 다만 그 전제인 계쟁물에 대한 사법상의 행위가 유효하게 성립하는 경우에만 화해에 기판력이 발생하고 그렇지 않은 때에는 기판력이 발생하지 않는다고 제한적으로 해석하여야 할 것이다. 즉 사법상의 무효·취소원인이 있을 때에는 화해 전체에 대하여 무효·취소를 주장할 수 있다고 할 것이다.

2. 화해권고결정

신민사소송법에서는 화해권고결정제도(제225조 내지 제232조)를 도입하여 법원·수명법관 또는 수탁판사로 하여금 소송에 계속중인 사건에 대하여 직권으로 당사자의 이익 그밖의 모든

83) 김홍규, 전게서, 533면 ; 방순원, 전게서, 551면 ; 이영섭, 전게서, 206면.
84) 강현중, 전게서, 616면 ; 이시윤, 전게서, 493-494면 ; 이재성, 전게서, 351면 ; 진성규, 제소전화해의 실태와 문제점, 부동산거래의 제문제, 민사판례연구회 간, 1979, 345면.
85) 이시윤, 전게서, 494면.
86) 대판 1955.7.28. 4288민상144
87) 대판 1965.2.3. 64다1387
88) 김홍규, 전게서, 535면 ; 방순원, 전게서, 551면 ; 호문혁, 전게서, 663면은 양성설로 설명하면 모순되는 점이 있으나 이는 입법정책으로 그와 같이 정해진 것이라고 볼 수밖에 없는 것으로 이해한다.

사정을 참작하여 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위안에서 사건의 공평한 해결을 위한 화해권고결정을 할 수 있도록 하였다(제225조). 물론 당사자는 법원의 직권에 의한 화해권고결정에 대하여 그 조서 또는 결정서의 정본을 송달받은 날부터 2주일내에 이의를 신청할 수 있도록 하고 있고(제226조), 이의신청이 적법한 때에는 소송은 화해권고결정 이전의 상태로 돌아가며, 화해권고결정은 그 심급에서 판결이 선고된 때에는 그 효력을 잃게 된다(제232조 제1항, 제2항).

당사자가 화해권고결정에 대하여 일정한 기간내에 이의신청이 없거나 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때 그리고 당사자가 이의신청을 취하하거나 이의신청권을 포기한 때에는 그 화해권고결정은 재판상 화해와 같은 효력에 인정되는 것으로 하였다(제231조).

이와같이 신민사소송법의 특징은 법원이 직권으로 화해를 통한 분쟁해결을 꾀할 수 있도록 하여 화해제도의 활성화를 시도하고 있다.[89] 다만 화해에 의한 분쟁해결은 소송물에 대한 상호양보를 전제로 자주적 해결기준을 만든다는 데 그 의미가 있는 것이므로 법원이 당사자의 진의를 충분히 파악하고 있지 못하거나, 법원의 직권이 지나치게 개입하여 당사자의 자주적 분쟁해결의 여지를 좁게함으로써 민사소송법의 대원칙인 당사자주의를 무시하지 않도록 하는 세심한 운영이 필요할 것으로 생각된다.[90]

Ⅶ. 결 론

민사소송은 적정하고 신속한 분쟁해결을 그 이상으로 하고 있다. 그렇지만 사회가 발전함에 따라서 소송사건수는 날로 증가하는 추세를 보이고 있고, 사건을 담당하는 법관은 그 증가속도를 따르지 못함으로써 결국은 사건 해결은 지연될 수밖에 없게 된다.

그러나 분쟁을 재판이 아닌 화해 등 당사자의 자주적인 의사에 기초하여 해결할 수 있다면 직접 재판에 이르는 사건수를 줄일 수 있을 뿐만 아니라, 당사자의 자주적 의사에 따라 분쟁의 해결기초를 마련하게 되어 재판에 의한 분쟁해결이 가지는 문제점도 극복할 수 있을 것이다. 여기에 재판에 대체하는 분쟁해결방법의 하나로서 소송상화해를 활성화할 필요가 있다고 할 것이다. 즉 사건에 따라서는 분쟁이 판결에 이르지 않고도 화해에 의하여 신속하게 해결될 수 있게 된다.

이러한 점에서 일본에서의 종래의 변론겸화해나 소송제도에 의한 사법운영은 우리에게 많은 것을 시사하고 있다.

이러한 제도를 도입하여 성공적으로 운영하기 위해서는 법관의 사건에 대한 적극적 관리자로

89) 송상현, 민사소송법(박영사, 2002), 588면 참조.
90) 이시윤, 전게서, 495면 ; 호문혁, 전게서, 664-665면 참조.

서의 의식이 무엇보다 필요하다고 할 것이다. 다만 법관이 사건의 관리자로서의 적극적 역할을 담당하는 경우에 있어서도 화해를 통한 분쟁해결이 단순히 분쟁을 신속하게 해결하여 판결에까지 이르는 사건수를 줄인다거나 판결서작성에 따른 부담을 덜 수 있다고 하는 형식적인 면에 초점을 맞추기 보다는 당사자 본인의 다양한 필요에 따라 자주적 의사에 의하여 분쟁을 해결한다고 하는 실질적인 면에 초점을 맞춘 접근이 이루어질 필요가 있을 것이다.

또한 화해의 법적 성질을 다수설이나 판례와 같이 소송행위로 이해하는 경우에는 재판에 의한 분쟁해결에 비하여 화해에 의하여 분쟁을 해결하는 경우에 그 취소가능성을 제한함으로써 당사자에게 불리하게 되고 재판청구권을 침해하는 등의 절차보장상의 문제가 있다고 할 것이므로 화해의 법적 성질을 실체에 부합하도록 양행위경합설로 이해하여야 할 것이며, 제220조와 제461조를 해석함에 있어서도 화해에 기판력을 포함하여 확정판결에 인정되는 모든 효력이 인정되는 것이라고 해석하여야 할 것이다.

그러나 기판력은 화해의 전제인 실체상의 법률행위에 하자가 있는 경우에는 화해 그 자체에 하자가 있는 것으로 보아 다툴 수 있도록 하여야 할 것이며, 하자주장방법으로는 화해가 무효인 경우에는 소송종료효과도 발생하지 않으므로 구소의 속행을 위하여 새로 기일지정을 신청하거나 화해무효확인의 별소를 선택적으로 행사할 수 있다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 이러한 법문에 따른 다양한 해석론상의 논의에 대하여 입법론적으로 검토해 보는 것도 가능할 것이다. 그 입법례를 찾아볼 수도 없는 제461조의 '제220조의 조서 또는'은 삭제하도록 하고, 제220조의 '화해……조서에 적은 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다'를 '조서에 적은 때에는 확정된다'고 개정하며, 나아가 민사집행법 제56에서 '확정된 화해조서'를 신설하여 종국적으로 법원의 판단에 의하지 않은 화해조서에 기판력은 인정되지 않고 집행력만 인정되는 것으로 하는 것이 좋을 것이다.

《參考文獻》

강현중, 민사소송법, 박영사, 2002.
김홍규, 민사소송법, 삼영사, 2003.
방순원, 민사소송법(상), 한국사법행정학회, 1989.
백한성, 민사소송법석의, 일한도서출판회, 1953.
송상현, 민사소송법, 박영사, 2002.
양병회, 민사소송법강의, 삼지원, 2003.
이시윤, 민사소송법, 박영사, 2003.
이영섭, 신민사소송법(상), 박영사, 1978.
이재성, 소송상화해의 성질, 이재성판례평석집 I, 법조문화사, 1982.
전병서, 민사소송법강의, 법문사, 2002.
정동윤, 민사소송법, 법문사, 1999.
진성규, 제소전화해의 실태와 문제점, 부동산거래의 제문제, 민사판례연구회, 1979.
호문혁, 민사소송법, 법문사, 2002.

加藤新太郎, 節次裁量論, 弘文堂, 1996.
兼子一, 民事訴訟法體系, 酒井書店, 1982.
高橋宏志, 新民事訴訟法論考, 信山社, 1998
宮崎公男, 前揭シンポジウム, 民訴雜誌 30(1984).
宮脇幸彦, 訴訟上の和解, 民事訴訟法演習 I, 有斐閣,1963.
吉村德重・竹下守夫・谷口安平 編, 講義 民事訴訟法, 青林書院, 1987
鈴木正裕, 辯論兼和解方式について, 民訴雜誌 36(1990).
木川統一郎・中村英郎 編, 改訂民事訴訟法(青林書院新社) 1983.
司法研修所 編, 民事訴訟の新しい審理方法に關する研究, 法曹會, 1996.
三ヶ月章, 民事訴訟法, 有斐閣, 1982.
山田正三, 改正民事訴訟法 4卷, 弘文堂, 1956.
三宅弘人, シンポジウム民事訴訟の促進について, 民訴雜誌 30(1984).
西謙二, 《ミニ・シンポジウム》辯論兼和解, 民訴雜誌 37(1991).
石川明, 訴訟上の和解の研究, 慶應義塾大學 法學研究所,1966.
新堂幸司, 民事訴訟法, 筑摩書房, 1985.
岩松三郎・兼子一 編, 法律實務講座 III, 有斐閣, 1958.

龍井繁男, 當事者からみた辯論準備手續をめぐる若干の問題點, 判例タイムズ 915호(1993).

齊藤秀夫, 民事訴訟法概論, 有斐閣, 1977.

齊藤秀夫・渡部吉隆・小室直人, 註釋 民事訴訟法(5), 第一法規出版, 1991.

町田 顯, 訴訟上の和解の取扱い, 實務民事訴訟講座 2, 日本評論社, 1970.

佐タ木茂美, 民事訴訟の審理を充實させるための方策案と實務における實施經驗, 民訴雜誌 36(1990).

中田耕三, 《座談會》民事訴訟における審理の充實と促進, 民商法雜誌 第100卷6號(1989.9).

青山善充, 爭點整理節次の整備, シンポジウム民事訴訟法の改正-民事訴訟手續に關する改正要綱試案をめぐって, 民訴雜誌 41(1995).

草野芳郎, 和解, 新民事訴訟法の理論と實務(下), ぎょうせい, 1997.

八木一洋, 福岡地方法院における民事訴訟法の充實, 促進方策の實施狀況について, 判例タイムズ 816호(1993).

Zusammenfassung

Die m□ndliche Verhandlung und Vergleich beim Verfahren und Prozessbechleunigung in Japan

Lee, Myung-Woo

(Visting Professor, Department of Law, College of Law, Konkuk University)

Zum Ausgleich der Zivilkonflikte ist die Entscheidung druch das Gericht ein typisches Mittel. Darüber hinaus sind der Vegleich und die Vermittlung ein effektive Mittel zur Lösung der Zivilsache. Insbesondere trägt der durch Prozessvergleich zur endgültigen Konfliktlösung sehr bei.

Die Konfliktlösung durch den Vergleich wird mehr als durch das Urteil angewandt. Denn jener ist ein effektives Mittel die Konflikt zwischen den streitenden Parteien zu mildern und den Vollzug zu erleichtern.

Bei dieser Arbeit handelt es sich um die Suche nach der Methode zur Beförderung des Vergleichs in Korea. Dafür ist es nötig, wie die mündliche Verhandlung und Vergleich beim Verfahren in der Praxis in Japan funktioniert, weil Japan eine ähnliche Institution hat.

Vor kürzer Zeit wurde die Zivilprozessordnung sowohl in Korea als auch in Japan neu geändert. Ich erörtere hier erstens über den Rechtsnatur des Prozessvergleich als nach der alten japanischen ZPO und des weiteren die in der Praxis angewandete mündliche Verhandlung und Vergleich beim Verfahren zur Förderung zum Vergleich. Darüber hinaus muss es untersucht werden, wie der überlieferte Prozessvergleich auf der neuen ZPO in Japan angenommen worden ist. Letztlich handelt diese Arbeit von den Prozessvergleich nach der neuen koreanischen ZPO.