

미국 연방민사소송규칙의 의무공개제도와 그 도입가능성에 관한 소고*

A Study on the Mandatory Disclosure of the Federal Rules of Civil Procedure and the Possibility of its Introduction in Korea

박 지 원**

Park, Ji Won

목 차

- | | |
|--------------------------------|-------------------|
| I. 들어가며 | III. 도입가능성에 관한 검토 |
| II. 미국연방법원에서 정보 및 증거의 의무
공개 | IV. 결론에 갈음하여 |

우리와 동일한 대립당사자주의(adversary system)에 기초한 민사소송제도를 운영하고 있는 미국의 경우에도 과도한 당사자주의에 의하여 증거개시절차를 진행함으로써 인하여 재판의 승패가 왜곡됨으로써 형평과 정의에 반하는 판결을 가져온다는 비판이 있었다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 미국 연방법원에서는 1993년부터 당사자가 상호간에 소지하고 있는 정보와 증거를 자발적으로 공유하도록 하는 의무공개(mandatory disclosure)제도를 실시하고 있다.

우리 법제의 시각에서 법원의 촉탁이나 명령 없이 일정한 시기에 자신이 알고 있는 정보를 상대방 당사자에게 자동으로 공개하여야 한다는 것은 상당히 낯설고 처음에는

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..56.105>

투고일: 2023. 11. 15. / 심사완료일: 2023. 12. 26. / 게재확정일: 2023. 12. 29.

* 이 논문은 2021년도 서울시립대학교 교내학술연구비에 의하여 지원되었음. 또한 이 논문은 2023년 11월 24일에 개최된 국회입법조사처-국립부경대학교 공동학술대회(주제: 민사소송절차 선진화를 위한 법·제도 정비)에서 발표한 논문을 수정·보완한 것임.

** 서울시립대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사
Professor, University of Seoul Law School

받아들이기 매우 어색할 것이다. 특히 투쟁적 소송관에 익숙한 우리 소송실무에서 상당한 거부감이 있을 수 있다.

그러나 증거와 정보를 숨기면서 소송지연의 수단으로 악용하다가 불시에 제출하여 실제적 진실에 반하는 승소판결을 받는 것 역시 정당한 것은 아니다. 변론주의 역시 그러한 상황을 정당화하기 위한 도구는 아니라고 할 수 있으며, 석명권이나 직권증거조사, 진실의무 등에 의하여 보완되어야 함에는 이미 견해가 일치되어 있다. 이러한 점에서 미국 연방민사소송규칙(FRCP)의 의무공개는 자신에게 유리한 정보 또는 증거로서 실제 변론에서 사용할 것만을 서면공방 종료 직후에 공개하도록 한 것으로서, 소송 전체로 보면 어차피 공개될 정보의 공개시기만을 앞당긴 것에 불과하다. 따라서 미국 민사소송제도의 대립당사자주의(adversary system)와 양립할 수 있는 것이며, 같은 이유에서 우리의 변론주의와도 양립가능하다고 본다. 특히 2002년의 개정민사소송법에서 도입된 적시제출주의와 실권효를 일정한 정보나 증거에 대하여 확대적용하는 것으로 이해할 경우에는 우리의 민사소송제도와 이질감은 더욱 덜 하다고 할 수 있을 것이다.

무엇보다 이 제도의 장점은 증거 자체의 공개라기보다는 정보공개제도로써 기능하게 함으로써 문서제출명령과 같은 증거수집절차의 효율적 활용을 가능하게 한다는 점에 있다. 현재에도 문서목록제출명령이 문서정보의 수집기능을 담당하고 있기는 하나 부제출에 대한 별 다른 제재가 없는 상황에서 도입 당시의 입법 목적을 제대로 달성하고 있는지는 의문이 있다. 따라서 문서목록제출명령에 대한 제재의 강화는 별론으로 하더라도, 문서정보의 의무공개와 실권효를 통하여 간접적으로라도 증거수집절차의 강화를 꾀할 수 있을 것이다.

[주제어] 의무공개, 최초공개, 증거개시, 변론주의, 대립당사자주의

I. 들어가며

민사소송은 모든 분쟁해결이 그러하듯이 당사자의 사회·경제적 능력과 시간과의 싸움이다. 당해 분쟁에 관하여 더 많은 정보와 증거를 가지고 있어서 여러 소송전략을 구현할 수 있고 판결의 지연을 버틸 수 있는 능력이 있는 자의 입장에서는 그러한 정보를 감추고 상대방이 그러한 정보 및 증거를 수집하는 것에 소극적 태도를 보이는 것으로 쉽게 소송상 유리한 지위를 얻을 수 있다. 비록 변호사에 의하여 대리되는 사건에서는 「변호사법」 제24조 제3항에 의한 진실의무가 있고, 당사자에게도 명문의 규정은 없으나 이론상 진실의무가 인정된다고는 하지만, 매우 투쟁적이고 대결적인 분위기에서 이루어지는 실제 법정에서는 사실에 반하는 주장을 하거나 진실을 부인하는 경우가 비일비재하다. 증거의 은폐까지 이르는 않더라도 사실조회 등 증거수

집절차에 대한 소극적 태도로 절차를 지연시키고 상대방 당사자를 고생시키는 것도 소송전략의 하나로 사용되고 있다.

이러한 투쟁적 소송문화 속에서 변론주의에 따라 주장과 증명책임을 부담하고 높은 수준의 증명도에 맞추어 주요사실을 증명하여야 하며 장기간의 소송수행을 유지할 자력이 없는 당사자의 입장에서는 실체적 진실에 반하는 패소나 불리한 화해의 위험성이 커질 수밖에 없다. 그렇다면 민사소송에서는 판결이 실체적 진실에 반하더라도 제도의 목적이 상대적 정의를 추구하는 것에 불과하므로 어쩔 수 없다고 치부하여야 할 것인가? 우리 민사사법제도가 잘 감추는 당사자에게 승리를 안겨주고 그러한 당사자의 태도를 정당한 것으로 보고 있는 지에 대하여 의문이 있다.

한편 우리와 동일한 대립당사자주의(adversary system)에 기초한 민사소송제도를 운영하고 있는 미국의 경우에도 일찍이 과도한 당사자주의에 의하여 재판의 승패가 기교적 주장이나 속임수, 허위진술 등에 의하여 왜곡됨으로써 형평과 정의에 반하는 판결을 가져온다는 비판이 있었다. 1938년 제정된 「연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 ‘FRCP’)」은 강력한 증거개시제도(discovery)를 도입함으로써 진실발견에 기여하고 있다고 평가되나, 여전히 증거개시제도에도 대립당사자주의의 관념이 지배함으로써 동일한 문제가 반복되고 있었다. 이러한 문제점의 해결을 위하여 미국 연방법원에서는 영국의 공개제도를 계수하여 1993년부터 당사자가 상호 간에 소지하고 있는 정보와 증거를 자발적으로 공유하도록 하는 의무공개(mandatory disclosure)제도를 실시하고 있다.

이하에서는 미국 연방법원의 의무공개제도를 살펴봄으로써 투쟁적 소송관에 관한 패러다임의 변화 가능성 및 우리 법제와의 조화가능성에 관하여 살펴보고자 한다.

1) ‘강제증거공개절차’라고도 하나(김정환/최은정, 효율적인 증거개시·수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2015, 73쪽), 민사소송절차에서 ‘강제’라는 용어의 사용은 새로운 제도에 대한 거부감을 더욱 증가시킬 수 있으므로 도입을 고려한다면 주의하여야 할 것이다. 이는 우리가 변호사강제주의를 ‘필수적 변호사변론주의’, ‘필수적 변호사선임제도’ 등으로 완화하여 표현하는 것과 궤를 같이 한다. 따라서 ‘필수적 공개’ 또는 ‘의무공개’ 등으로 완화하여 표현하는 것이 바람직하다.

II. 미국연방법원에서 정보 및 증거의 의무공개

1. 의무공개의 도입경위

1.1 도입 논의의 배경

미국에서 의무공개 개념은 1970년대 후반과 1980년대에 민사증거개시의 대립주의적 성격에 관한 당시의 우려를 해결하기 위한 방법으로서 처음으로 소개되었다. 1938년 FRCP 제정시에 가장 획기적인 특징이었던 광범위한 증거개시가 소송에 소요되는 기간과 비용을 증가시킴으로써 오히려 “모든 소에 대한 공정하고, 신속하며, 경제적인 재판”이라는 FRCP 제1조의 목적을 저해한다는 비판이 대두되었다.²⁾ 특히 변호사가 상대방 당사자들을 위협하기 위하여 증거개시제도(discovery)를 남용하고 있고 당시의 제도가 비효율적이며 고비용을 요한다는 지적이 법조(legal community) 안팎에서 대두되었다.³⁾ 그 결과 70-80년대에 이에 대한 해결방안으로서 조기공개 개념이 주장되기 시작하였다.

1974년 12월 뉴욕에서 개최된 제31회 Benjamin N. Cardozo 연간 강연회에서 Marvin E. Frankel 판사가 주제발표를 하면서 “대립당사자구조(adversary system)는 사법제도를 통해 이루어야 할 여러 가치들 중에 진실(truth)을 지나치게 낮게 두고 있다”라고 하면서 다음과 같이 비판하였다.⁴⁾

“대립하는 당사자들의 충돌은 진실을 캐내기 위한 강력한 수단이라는 관념이 일반적으로 받아들여지고 있다. 이러한 관념은 모든 사실관계를 빠짐없이 끌어낼 수 있을 때에 가장 잘 작동할 수 있는 것이고, 대립당사자 구조는 사실관계의 어느 것에 대해서도 의심이 들지 않을 때에 가장 유용하다. 우리는 대립당사자구조에 대하여 증명되지 않는 신뢰를 보내고 있으나, 다른 많은 국가에서는 다른 방식에 의하여 정의를

2) Wayne D. Brazil, “The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change”, *VAND. L. REV.* Vol. 31 No. 6, Vanderbilt University, 1978, p. 1301; William W. Schwarzer, “The Federal Rules, The Adversary Process, and Discovery Reform”, *U. PITT. L. REV.* Vol. 50, University of Pittsburgh Press, 1989, p. 715.

3) Jack Friedenthal/Mary Kane/Arthur Miller/Adam Steinman, *Civil Procedure 6th ed.*, West Academic Publishing, 2021, p. 388.

4) Marvin E. Frankel, “The Search for Truth: An Umpireal View”, *U. PA. L. REV.* Vol. 123 No. 5, University of Pennsylvania Law School, 1975, p. 1031.

추구하고 있다. 핵심은 대립당사자구조에 근거한 많은 규칙 그리고 절차적 도구들이 오히려 진실의 탐지과정(development)을 저해하는 경향이 있다는 점이다.”⁵⁾

Frankel판사는, “우리는 법률가로서 지나치게 대립(contentiousness)을 목적으로 하고 있으며 오히려 진실에는 관심이 없다”면서, 대립주의를 이상적으로 변경하고, 진실을 소송제도의 궁극적 목적으로 하여야 한다고 주장하면서, 이와 관련하여 추후 연구할 가치가 있는 영역은 증거개시(discovery)라고 하였다.⁶⁾

1978년 Wayne D. Brazil 판사는 Frankel판사가 비판과 대안의 제안을 통해 “미국 민사소송제도의 대립당사자적 성격에 관하여 충격적이며 근본적인 의문”을 제기하고 있다고 화답하였다.⁷⁾ Brazil판사는 좀 더 증거개시에 집중하여 논의를 발전시켰다.

“증거개시제도의 대립당사자적 구조는 미국 분쟁해결제도에 상당한 기능적 어려움을 초래함은 물론, 경제적 부담을 야기하고 있다. 이러한 부담과 어려움은 당사자의 대립적 관계로 인한 필연적 결과이므로, 과거와 같은 제한적인 증거개시규정의 개정으로는 제거할 수 없으며, 변론준비절차에서 당사자대립주의의 영향을 상당히 축소하는 근본적 변화가 이루어져야 한다.”⁸⁾

William W. Schwarzer 판사는 FRCP에 의해 고안된 변론준비절차 및 증거개시제도가 그 취지 및 목적과 달리 운영되고 있다고 지적하면서, 그 원인은 변호사들이 당사자대립주의에 따른 절차를 교육받고 그에 따라 소송수행하고 있기 때문이라고 하였다.⁹⁾

이러한 주장들은 1993년 자문위원회(Advisory Committee)¹⁰⁾의 FRCP 개정안 초안에서 구체화되었다.

5) Frankel, *Ibid.*, p. 1036.

6) Frankel, *Ibid.*, p. 1054.

7) Brazil, *op.cit.*, p. 1301.

8) Brazil, *Ibid.*, pp. 1296-1297.

9) Schwarzer, *op.cit.*, p. 715.

10) FRCP는 연방사법회의(Judicial Conference of the United States)의 제안에 의하여 연방대법원의 승인과 연방의회의 승인에 의하여 개정된다. 이때 연방사법회의는 자문위원회를 설치하여 관련 쟁점을 검토하고 개정안 초안을 작성한다. 연방민사소송규칙의 제·개정 절차에 관하여 자세히는 박지원, “2015년 미국 연방민사소송규칙 개정과 한국형 디스커버리제도에 대한 시사점”, 민사소송 제20권 제1호, 한국민사소송법학회, 2016, 110-113쪽 참조.

1.2 1993년 FRCP 개정안

1993년 FRCP개정안은 소제기 직후에 양 당사자가 모든 주요한 문서 및 정보를 즉시 공개하도록 하고 이후에 필요한 경우 정련된 추가적 증거개시를 하도록 하였다.

1.2.1 입법경과

최초공개(initial disclosure)¹¹⁾를 도입한 1993년 개정안의 주요 목적은 “사건에 대한 기초적 정보의 교환을 가속하고 [기존의 증거개시절차에서] 그러한 정보를 요구하는 데에 들어가는 서면작업들을 간소화”하기 위한 것이었다.¹²⁾ 그 이전에 개별 연방 지방법원에서 ‘당해 관할구역 내에서만 적용되는 특칙(local rule)’에 따라서 의무공개를 실시하거나 법원이 승인한 표준질문서(standard interrogatories) 등을 시범실시하였던 경험에 기초한 것이다. 자문위원회(Advisory Committee)는 이러한 시범실시에 대하여 본격적인 증거개시에 앞서서 최초공개할 경우 비용과 시간 모두에서 경제적인 재판이 가능하였다고 평가하였다.¹³⁾

그 결과 1992년 5월에 자문위원회(Advisory Committee)는 만장일치로 개정안을 연방사법회의(Judicial Conference)에 제안하였다. 이 제안에 대하여 연방사법센터(Federal Judicial Center)나 미국법정변호사협회(American College of Trial Lawyers) 등은 찬성하였으나, 제조물책임소송에서 기업을 변호하는 변호사들이 연방대법원의 승인 거부를 요구하는 등 공개적으로 반대하였으며, Antonin Scalia대법관 등 일부 대법관들도 이에 대한 반대 견해를 공개적으로 표명하였다.¹⁴⁾ Scalia 대법관은 개정안의 최초공개요건은 미국 민사소송의 대립당사자구조와 양립할 수 없다고 주장하였다.

11) ‘사전증거공개’라고하는 경우도 있으나(김정환/최은정, 앞의 보고서, 61쪽) 증거공개보다는 오히려 정보공개로서의 역할이 더 크다고 볼 수 있을뿐더러 ‘사전’의 의미가 명확하지 않다는 점에서 의문이 있다. 따라서 서면공방이 정리되고 즉시 공개된다는 점과 일련의 의무 공개제도 중에서 가장 먼저 공개를 요구하는 제도라는 점에서 이하에서는 ‘최초공개’라고 한다.

12) Memorandum to the Hon. Robert E. Keeton, Chairman, Standing Comm. on Rules of Practice and Procedure 64 (May 1, 1992) (draft Comm. Notes to Rule 26).

13) *Ibid.*, pp. 64-65.

14) Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, reprinted in 146 F.R.D. 401, 507. 스칼리아(Scalia) 대법관은 이러한 개정에 대하여 다음과 같이 주장하였다. 특히 소송당사자에게 상대방의 요청을 기다리지도 않고 ‘다툼있는 사실관계에 관련된’ 다양한 정보를 상세하게 상대방에게 제공할 계속적인 의무를 부과하는 것은 “급진적(radical)이며 잠재적으로는 재난이자(potentially disastrous) 확실히 설익은 것이다(immature)”.

그럼에도 불구하고 연방대법원은 이 개정안을 승인하였으며, 연방의회도 거부권을 행사하지 아니함으로써 개정안은 1993년 12월 1일부터 시행되게 되었다.

1.2.2 과도기로서 적용 예외의 인정과 2000년 FRCP 개정에 의한 통일

최초공개에 관한 격렬한 찬반논쟁으로 인하여 1993년 개정된 FRCP는 각 연방지방법원이 그 관할구역 내에 적용될 특칙(local rule)을 채택함으로써 모든 사건 또는 일정한 유형의 사건들에 대하여 의무적 최초공개의 적용을 유보(opt out)할 수 있도록 규정하였다. 또한 당사자들이 이러한 요건을 제외하는 것으로 소송상 합의(stipulation)하는 것을 허용하였으므로, 이러한 합의에 의하여 특정 사건에서 최초공개를 하지 아니할 수도 있었다.¹⁵⁾ 1997년의 연구에 의하면 94개 연방지방법원 중 49개 법원에서 최초공개제도를 실시하였으나, 45개 법원에서는 실시하고 있지 않았다고 한다. 다만 그러한 45개 법원에서도 18개 법원에서는 법관이 특정 사건에서 공개를 명령할 수 있으며, 1개 법원에서는 일정한 유형의 사건으로 제한하여 최초공개를 실시하였다고 한다.¹⁶⁾

여러 연방지방법원에서 유보권을 행사한 결과 연방사건임에도 상당히 상이한 증거개시규칙들이 병존하는 것에 대한 문제의식이 대두되었다.¹⁷⁾ 이에 따라 1996년 자문위원회는 최초공개제도의 통일적 적용을 위한 검토에 착수하였으며, 그 결과 FRCP 26(a)를 2000년에 개정하여 각 연방법원이 자신의 관할지역(district)내의 모든 사건에 대하여 의무적 증거개시를 유보할 수는 없도록 개정했다. 그러나 개정된 규칙에 의하더라도 판사들은 여전히 의무개시의무(duty of mandatory disclosure)를 사건별(case-by-case)로 변경하거나 유보할 권한을 보유한다.¹⁸⁾

당시 자문위원회에서도 논의되었듯이 최초공개제도의 일반적 적용은 소송제도의 국가적 통일성을 달성하기 위한 것이지, 대립당사자주의와의 양립가능성에 관한 논란이 완전히 해결되었기 때문은 아니었고, 미국 민사소송절차내에서 최초공개제도의 적절성에 관한 논란은 여전히 지속되고 있다.¹⁹⁾

15) Brittany K.T. Kauffman, "Initial Disclosures: The Past, Present, and Future of Discovery", *Akron L. Rev.* Vol. 51 Iss. 3, University of Akron, 2017, p. 791.

16) Kauffman, *Ibid.*, p. 792.

17) Friedenthal et al., *op.cit.*, p. 388.

18) Friedenthal et al., *Ibid.*, p. 388.

19) Memorandum from Paul V. Niemeyer, Chair, Advisory Comm. on Civil Rules, to the Hon. Alicemarie

2. 현행 의무공개제도

FRCP 26(a)에서는 ‘최초공개(initial disclosure)’, ‘전문가증인공개(expert disclosure)’, ‘변론기일 전 공개(pretrial disclosure)’의 3 종류의 의무공개(mandatory disclosure)를 규정하고 있다. 의무공개는 FRCP 26(a)(1)(B)에서 최초공개에서 제외되는 9개 유형의 사건에 해당되거나 법원의 명령이 있는 경우 또는 당사자가 소송계약으로 달리 정하지 아니하는 한 당사자 일방의 요청이 없더라도 반드시 양 당사자간에 이루어져야 한다.

연방지방법원별 특칙(local rule)이나 법원의 명령으로 달리 정하지 않는 한 모든 의무공개는 서명²⁰⁾한 서면으로 이루어져야 하며 상대방 당사자에게 송달되어야 한다. 최초공개 및 전문가증인공개는 당사자 사이에서만 이루어지며 법원에 제출되지 않는 것이 원칙이나, 변론기일전 공개는 법원에 제출되어야 한다.²¹⁾

최초공개의 시기는 당사자의 합의나 법원의 명령에 의하여 변경될 수 있으나, 전문가증인공개 및 변론기일 전 공개 시기는 법원의 명령에 의해서만 변경될 수 있다.²²⁾

2.1 최초공개

서면공방(pleadings) 이후에 당사자 간에 정보를 가장 처음 교환하는 것이 최초공개이다.

최초공개는 (i) 당사자의 요청에 관계없이 자동으로 실시된다는 점, (ii) 다른 어떤 증거개시보다도 가장 먼저 실시된다는 점, (iii) 기본이 되는 동일한 정보를 공개하도록 함으로써 질문서(interrogatories)를 대체하게 된다는 점, (iv) 오로지 자신의 청구나 방어를 뒷받침하는 유리한 정보만을 공개하도록 하고, 불리한 정보는 공개하도록 하지 않는다는 점에서 다른 증거개시절차와 구별되는 특징이 있다.

H. Stotler, Chair, Comm. on Rules of Practice and Procedure 7 (May 18, 1998).

20) 서명은 FRCP 26(g)(1)에 따라서 공개의 완결성과 정확성을 보충하기 위한 것이다.

21) Steven Baicker-McKee/William Janssen, *A Student's Guide to the Federal Rules of Civil Procedure 2020-2021 ed.*, West Academic Publishing, 2020, p. 357.

22) Thomas A. Mauet/David Marcus, *Pretrial 10th ed.*, Wolters Kluwer, 2019, p. 213.

2.1.1 공개의 범위

쌍방 당사자가 상대방으로부터의 요구를 기다리지 않고 자발적으로, 증인, 문서, 손해, 보험에 관한 다음의 정보를 상대방에게 공개하여야 할 의무를 부담한다^{($\frac{FRCP}{26(a)(1)(A)}$)}.

(i) 공개의무를 부담하는 당사자(disclosing party)가 그 청구(claims) 또는 방어(defense)를 유지하기 위하여 사용할 가능성이 있는 개시의무가 있는 정보(discoverable information)²³⁾를 소지하고 있을 개연성이 있는 개인의 성명(알고 있는 경우에는 주소, 전화번호를 포함한다) 및 그 정보의 주제(subjects). 다만 그러한 정보의 사용이 오로지 탄핵만을 위한 경우에는 그러하지 아니하다^{($\frac{FRCP}{26(a)(1)(A)(i)}$)}.

(ii) 공개의무를 부담하는 당사자가 소지·지배·관리하고 있으며, 그 청구 또는 방어를 유지하기 위하여 사용할 수 있는 모든 문서, 전자적으로 기록된 정보(electronically stored information), 유체물의 사본 1부 또는 그 카테고리 및 소재에 관한 표시. 다만 그러한 정보의 사용이 오로지 탄핵만을 위한 경우에는 그러하지 아니하다^{($\frac{FRCP}{26(a)(1)(A)(ii)}$)}.

(iii) 공개의무를 부담하는 당사자로부터 청구된 손해의 항목별 산정내역(computation). 또한 그 당사자는 각 손해액 산정의 기초가 된 문서, 그 밖의 증거방법(evidentiary material)을, 증거개시면제특권(privilege)이나 공개로부터 제외되는 대상이 아닌 한, FRCP 34에 따른 열람·등사에 제공하여야 한다^{($\frac{FRCP}{26(a)(1)(A)(iii)}$)}. 그 문서 또는 그 밖의 증거방법에는 피해자가 입은 손해의 성질 및 정도에 관한 것을 포함한다.

(iv) 당해 소송에서 예상되는 판결의 전부 또는 일부에 대한 지급의무 또는 그 판결금의 지급에 대한 환급(indemnify or reimburse)의무를 발생시키는 보험계약이 있는 경우, 그 보험계약을 FRCP 34에 따른 열람·등사에 제공하여야 한다^{($\frac{FRCP}{26(a)(1)(A)(iv)}$)}.

당사자는 “당시에 합리적으로 알고 있었던 정보(information then reasonably available to it)”에 근거하여 최초 공개하여야 하고, 아직 사건에 대한 조사가 진행 중이라든지, 상대방 당사자의 공개가 이루어지지 않았거나 공개되었더라도 적절하지 않다는 이유로 자신의 공개를 거부하지 못한다^{($\frac{FRCP}{26(a)(1)(E)}$)}.²⁴⁾ 당사자가 자신의 공개에

23) 따라서 FRCP 26(b)에서 규정된 증거개시범위에 포함되는 정보이어야 의무공개 대상이 된다.

24) 사건에 대한 사전조사를 완전히 마쳐야 하는 의무를 당사자에게 부담시키는 것은 아니므로 공개 당시에 알고 있다는 것이 합리적으로 인정될 수 있는 정보만을 공개하는 것으로 충분하다. Kauffman, *op.cit.*, pp. 790-791.

누락되거나 부정확한 부분이 있다는 것을 알게 되면 적시에(in a timely manner) 최초 공개를 보충(supplement) 또는 보정(correct)할 의무를 부담한다. 다만 그러한 보충 정보가 증거개시과정에서 또는 서면에 의하여 상대방에게 알려진 경우에는 그러하지 아니하다($\frac{FRCP}{26(e)(1)(A)}$). 법원의 명령이 있는 경우에도 보충 또는 보정할 의무를 부담한다($\frac{FRCP}{26(e)(1)(B)}$).

FRCP 26(a)(1)은 당사자가 자신의 청구 또는 방어를 뒷받침하기 위하여 사용할 수 있는 정보 및 문서만을 공개하도록 하고 있다. 따라서 당사자가 사용하지 아니할 정보로서 상대방에게 유리한 것이라면 당사자가 굳이 공개할 필요는 없다는 점에 주의하여야 한다.²⁵⁾ 즉 변론절차에서 사용할 유리한 정보 및 문서는 의무적으로 공개하여야 하나, 불리한 정보 및 문서는 의무공개 범위에서 제외하고 있다.²⁶⁾

또한 당사자는 비록 일정한 정보가 일반적으로는 적법한 증거개시 요청에 의하여 수집될 수 있는 것이라고 하더라도 단순히 탄핵할 목적으로만 그 정보를 사용할 의도라면 그 정보를 자발적으로 제공할 필요는 없다.²⁷⁾ 다만 탄핵과 ‘모순되는 증언(contradiction)’²⁸⁾은 구별되며, ‘모순되는 증언’은 의무적인 개시 조문의 예외에 해당하지 않는다.²⁹⁾

보험가입정보를 공개하도록 한다는 것도 공개제도의 큰 특징의 하나이다. 일반적으로, 이러한 정보가 허용성 있는 증거(admissible evidence)를 이끌어내기 위한(lead to) 것이 아니기 때문에 과거 일부 법원들은 이러한 정보는 증거개시범위에 포함되지 않는 것으로 판단하였었다.³⁰⁾ 그러나 보험의 존재나 보상범위는 화해(settlement)에

25) Friedenthal et al., *op.cit.*, p. 389.

26) 불리한 증거나 정보는 FRCP 34에 따라서 당사자가 제출요구한 경우에 한하여 제출의무가 있다. 다만 일부 주의 경우에는 유리한 정보는 물론 불리한 정보도 공개하도록 규정하고 있다. *Ariz. R. Civ. P.* 26.1(a)(4).

27) Friedenthal et al., *op.cit.*, p. 389.

28) 모순되는 증언에 의한 탄핵(impeachment by contradiction)이란 자신 또는 다른 증인의 증언과 모순되는 증언에 의하여 증인을 탄핵하는 것이다. *F.R.Evi.* 613.

29) *Klonoski v. Mahlab*, 156 F.3d 255 (1st Cir.1998), cert. denied 526 U.S. 1039(“당사자가 사실관계에 관한 일정한 주장을 하고자 할 때에, 상대방이 다른 사실을 증명하는 증거를 가지고 있다면 그러한 상대방의 증거는 모순에 의하여 당사자를 탄핵하는 경향이 있을 수 있다. 그러나 그러한 이유만으로 상대방의 증거를 공개에서 제외한다면 공개제도를 실질적으로 폐지하는 것과 같다. 이러한 모순된 증거는 반드시 공개의 대상이 되어야 한다”).

30) Friedenthal et al., *op.cit.*, p. 390; E.g., *Children v. Nicolopoulos*, 296 F.Supp. 547 (D.Okl.1969); *Beal v. Zambelli Fireworks Mfg. Co.*, 46 F.R.D. 449, 451 (W.D.Pa.1969); *Great Am. Ins. Co. v. Murray*, 437 S.W.2d 264 (Tex.1969); *Muck v. Clafflin*, 197 Kan. 594, 419 P.2d 1017 (1966); *Sanders v. Ayrhart*,

의한 소송의 종료를 위하여 중요하게 취급되며,³¹⁾ 보험증권보장한도의 공개로 프라이버시가 심각하게 침해되는 것도 아니라는 이유에서, 보험에 대한 의무공개가 허용되어야 한다는 것이 통설이고, 1993년 개정 FRCP에서도 보험계약을 최초공개의 대상으로 포함하였다.³²⁾ 마찬가지로 합리적 화해에 의한 해결 목적에서는 피고의 재력(*general financial ability*) 역시 공개대상이 되어야 한다는 견해가 있으나, 이는 상당한 프라이버시(*privacy*)의 침해를 수반하므로 허용될 수 없다.³³⁾

당사자는 청구 또는 방어를 유지하기 위하여 사용할 가능성이 있는 정보를 공개하여야 하므로 결과적으로 서면공방절차(*pleadings*)에서의 주장에 따라서 최초공개 범위가 영향을 받게 된다. 비록 노티스플리딩(*notice pleadings*)을 취하고 있는 현행 FRCP의 태도에 비추어 보면 소장이나 답변서에서 구체적 사실관계를 적시할 법령상의 의무가 있지는 않더라도, 실제로 변호사들은 최초공개 범위를 확정할 수 있어야 하기 때문에 상대방이 좀 더 상세한 서면을 제출하도록 법원에 FRCP 12(e)의 신청을 더 많이 하는 경향이 있다. 결국 최초공개의 도입으로 좀 더 구체적 사실관계에 기반한 서면공방이 권장되는 결과가 나타난다.³⁴⁾

2.1.2 공개의 예외

연방민사소송규칙은 의무공개가 중요한 역할을 할 것으로 생각되지 않는 다음의 9개 유형의 사건들을 예외로 규정하고 있다(*FRCP* 26(a)(1)(B)).

(i) 행정기록(*administrative record*)의 사법심사(*review*)를 위한 소송

89 Idaho 302, 404 P.2d 589 (1965).

31) 마찬가지로 이유에서 의무공개제도를 유보(*opt out*)한 연방지방법원에서도 보험계약의 존재를 명시적으로 증거개시의 범위에 포함하는 경우가 있다. E.g., Or.Rules Civ.Proc., Rule 36B(2); R.I.Rules Civ.Proc., Rule 26(b)(2).

32) Friedenthal et al., *Ibid.*, p. 390.

33) 이러한 이유에서 증거개시범위에 포함되지 않는다는 판결로는 *Payne v. Howard*, 75 F.R.D. 465 (D.D.C.1977)참조; *Ranney-Brown Distributors, Inc. v. E. T. Barwick Industries*, 75 F.R.D. 3(S.D.Ohio 1977); *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 337 F.Supp. 1228 (E.D.Pa.1971); *Hillman v. Penny*, 29 F.R.D. 159, 161 (D.Tenn.1962); *Sawyer v. Boufford*, 113 N.H. 627, 312 A.2d 693 (1973); *Doak v. Superior Court*, 257 Cal.App.2d 825, 65 Cal. Rptr. 193 (1968) 참조. 다만 징벌적 손해배상(*punitive damage*)이 청구된 경우에, 사실인정자(*the trier of fact*)가 적절한 “징벌”을 부과하기 위하여 피고의 재무상황과 관련하여 배상액(*award*)을 결정하여야 하기 때문에 피고의 재정상태가 사건의 쟁점에 직접적으로 관련되어 증거개시위에 포함되는 경우도 있다.

34) *Mauet/Marcus, op.cit.*, p. 215.

- (ii) 연방제정법으로부터 발생한 몰수소송(forfeiture actions in rem)
- (iii) 유죄평결 또는 판결(criminal conviction or sentences)에 이의를 제기하기 위한 인신보호영장(habeas corpus) 또는 기타 절차의 신청
- (iv) 미합중국, 주, 또는 그 주의 기관에 의하여 구금중인 자가 변호사 없이 스스로 소송을 제기한 경우
- (v) 행정상의 소환(administrative summons or subpoena)을 집행 또는 취소(quash)하기 위한 소송
- (vi) 지급된 지원금(benefit payment)을 환수(recover)하기 위하여 미합중국이 제기하는 소송
- (vii) 연방정부가 보증한 학자금대출(student-loan guarantee)을 구상하기 위하여 미합중국이 제기하는 소송
- (viii) 다른 법원에서 계속중인 절차에 부수하는(ancillary) 절차
- (ix) 중재판정(arbitration awards)을 집행하기 위한 소송

2.1.3 공개의 시기

FRCP 26(a) 및 (f)에서 최초공개시기에 관하여 규정하고 있다. 먼저 당사자는 FRCP 16(a)에 의한 ‘변론준비기일(pretrial conference)’³⁵⁾이 개최되기 최소 21일 전 또는 FRCP 16(b)에 의한 일정명령(scheduling order)에 의하여 정해진 때 이전에 가능한 한 신속히 회합하여 증거개시계획(discovery plan)을 수립하여야 하고(^{FRCP}_{26(f)(1)}), 이를 ‘제26조 제(f)항 회합(26(f) conference)’이라고 한다. 증거개시계획에는 최초공개요건, 시기, 방식에 관하여 달리 합의하는 경우 그 내용, 이미 공개가 이루어진 경우 그 사실, 추후 예정이라면 그 예정에 관한 사항이 포함되어야 한다(^{FRCP}_{26(f)(3)(A)}). ‘제26조 제(f)항 회합’이 있기 전에는 증거개시가 실시되지 않는 것이 일반적이며,³⁶⁾ 당사자가 위 회합에서 최초공개가 적절하지 아니한 것으로 이의하거나 증거개시계획에 그러한 이의가 기재되거나 또는 법원이 달리 명하지 않는 한, 최초공개는 ‘제26조 제(f)항 회합’으로부터 14일 이내에 이루어져야 한다. 법원은 위 최초공개에 대한 이의에 대하여 그 공개여부 및 시기를 결정한다(^{FRCP}_{26(a)(1)(C)}).

35) Conference는 법원에서 개최되는 경우에는 기일로, 당사자 사이에 자율적으로 모여 회의하는 경우에는 회합으로 번역한다.

36) Mauet/Marcus, *Ibid.*, p. 214.

당사자 간의 합의나 법원의 명령으로 달리 정하지 않는 한, 종전 당사자들 간의 ‘제26조 제(f)항 회합’ 이후에 추가된 공동소송인은 송달받은 날 또는 추가된 날로부터 30일 이내에 최초공개를 하여야 한다($_{26(a)(1)(D)}^{FRCP}$).

2.1.4 제재 - 실권효

FRCP 26을 위반하여 공개의무를 해태한 경우, FRCP37(c)(1)에 의한 실권효의 강한 제재를 받게 된다. 법원은 최초공개(추가적 공개로 보정된 경우를 포함함)에서 제출되거나 제출된 목록에 기재되지 않은 정보는 이후 변론기일에서 증거방법으로 제출할 수 없다(excluded)($_{37(c)(1)}^{FRCP}$). 다만 그 불응에 상당한 이유가 있거나 그 부제출로 인하여 불이익이 발생하지 않은 경우에는 그러하지 아니하다($_{37(c)(1)}^{FRCP}$).

이러한 제재에 더하여 또는 대체하여, 법원은 당사자의 신청과 심리를 거쳐서 (i) 그 불응으로 비롯된 합리적 비용(변호사 비용을 포함함)의 부담을 명하거나, (ii) 배심에게 그러한 불응사실을 고지하거나, (iii) FRCP 37(b)(2)(A)(i) 내지 (vi)의 제재(요증 사실이 증명된 것으로 보거나, 불응한 당사자에게 일정한 주장이나 방어에 대한 증명 활동을 금지하거나, 서면공방에서의 일부 주장을 삭제하거나, 공개 시까지 소송절차를 중단시키거나, 소의 일부 또는 전부를 기각하거나, 불응한 당사자에 대하여 해태판결(default judgment)을 선고)도 할 수 있다($_{37(c)(1)(A)-(C)}^{FRCP}$).

만약 상대방의 공개가 불완전하거나 부적절한 경우, 당사자는 법원에 강제명령(motion to compel)을 신청하여 부족한 공개를 보완하도록 할 수 있다.³⁷⁾ 당사자가 공개를 강제하는 명령에 불응할 경우 FRCP 37에 의한 비용부담이나 청구기각 등의 제재는 물론 법정모욕(contempt)으로 처벌할 수도 있다. 만약 불완전한 공개에 상당한 사유가 있는 경우, 법원은 FRCP 26(c)의 보호명령(protective order)을 통해 상대방을 보호할 수 있다. 다만 상대방 당사자는 공개에 관한 문제를 해결하기 위해 당사자와 비공식적으로 논의하였거나 이를 시도하였다는 것을 증명하여야 보호명령을 신청할 수 있다.

이러한 제재는 ‘최초공개’ 뿐만 아니라 ‘전문가증언공개’나 ‘변론기일 전 공개’의무를 해태한 경우에도 동일하게 적용된다.

37) Baiker-McKee/Janssen, *op.cit.*, p. 355.

2.2 전문가증언(Expert Testimony)의 공개

2.2.1 공개의 범위

전문가증언의 공개범위도 상당히 광범위하다. 각 당사자는 변론기일에 증언할 전문가증인의 신원 및 전문가증인의 증언할 내용에 관한 완성된 진술서(complete statement)를 제출하여야 한다.

먼저 당사자는 FRE 702, 703, 705에 따라서 변론기일에서 증언할 전문가증인의 인적 사항을 상대방 당사자에게 공개하여야 한다($_{26(a)(2)(A)}^{FRCP}$). 다만 증언하지 않고 단순한 자문을 위하여 고용된 전문가증인의 인적 사항은 공개의 대상이 아닌 것으로 보이니, 실무상 법원마다 달리 운영하고 있다.³⁸⁾

또한 당사자가 달리 합의하거나 법원이 달리 명령하지 아니하는 한, 당해 사건에서 전문가증언을 제공하기 위하여 특별히 고용 또는 도급계약을 체결한(retained or specially employed) 전문가증인 또는 전문가증언을 업무로 고용된 근로자에 대하여는 그 전문가가 작성하고 서명한 진술서(written report)를 위 인적사항과 함께 제출하여야 한다($_{26(a)(2)(B)}^{FRCP}$). 이 진술서에는 (i) 전문가 증인이 증언할 의견의 내용 및 그 이유에 관한 완성된 진술, (ii) 전문가증인이 고려한 사실과 데이터, (iii) 전문가의견을 요약 또는 뒷받침하기 위하여 사용된 물증(exhibit), (iv) 최근 10년간 출판된 전문가 증인의 업적 등 전문가의 자격, (v) 최근 4년간 변론기일에 전문가증인으로서는 구술 또는 증언 녹취서(deposition)에 의하여 증언한 모든 다른 사건의 목록, (vi) 당해 사건의 연구 및 증언을 위하여 예정된 보수에 관한 진술이 포함되어야 한다($_{26(a)(2)(B)(i)-(vi)}^{FRCP}$). FRCP(a)(2)(B)에 따라서 진술서를 공개한 전문가증인의 대하여, 당사자는 그 진술서에 포함된 정보와 증언녹취절차³⁹⁾에서 진술한 정보 모두에 대하여 보충의무를 부담한다. 이러한 정보에 대한 추가 또는 교환은 FRCP26(a)(3)에 따른 변론기일 전 공개(pretrial disclosure)시까지는 이루어져야 한다($_{26(e)(2)}^{FRCP}$).

그 외 전문가증인의 경우에는 위 진술서를 대신하여 (i) FRE 702, 703, 705에 따라서 증인이 제출할 증거의 입증사항(subject matter) 및 (ii) 증인이 증언할 예정인 사실 및 의견의 요지를 공개하여야 한다($_{26(a)(2)(C)(i),(ii)}^{FRCP}$).

38) Mauret/Marcus, *op.cit.*, p. 216.

39) FRCP 26(b)(4)에 의하면 당사자는 변론기일에 증언할 상대방 당사자의 전문가증인을 증거개시절차에서 신문할 수 있는 권리를 갖는다.

2.2.2 공개의 시기

당사자는 법원의 일정명령에 의한 순서(sequence)와 시기에 따라서 공개하여야 한다. 만약 법원의 명령 또는 당사자의 합의가 없는 경우에는, (i) 늦어도 변론기일 또는 충분히 변론절차를 진행할 수 있을 것이라고 판단된 날로부터 90일 이전 또는 (ii) 만약 그 증거가 오로지 다른 당사자가 FRCP 26(a)(2)(B)에 의하여 공개한 증거를 부인하거나 반박하기 위한 목적이라면 상대방 당사자의 공개가 있는 날로부터 30일 이내에 이루어져야 한다($_{26(a)(2)(D)(i),(ii)}^{FRCP}$). 이러한 전문가 공개의 각 기한은 FRCP 16의 일정회합(scheduling conference)에서 정해진다.

공개된 정보의 보충은 ‘변론기일 전 공개’ 전까지 이루어져야 한다($_{26(e)(2)}^{FRCP}$).

2.3 변론기일 전 공개(Pretrial Disclosures)

2.3.1 공개의 범위

당사자는 최초공개 및 전문가증언의 공개 이외에 변론기일에서 제출할 가능성이 있는 문서나 증인 등에 대하여 오로지 탄핵 목적인 경우를 제외하고 다음의 사항을 상대방 당사자에게 제공하여야 한다($_{26(a)(3)(A)}^{FRCP}$).

(i) 증인의 성명(이전에 제공되지 않은 경우에는 각 증인의 주소 및 전화번호를 포함한다). 당사자가 증인신청하려는 증인과 필요한 경우 신청하려는 증인을 구별하여 공개한다($_{26(a)(3)(A)(i)}^{FRCP}$).

(ii) 증언녹취(deposition)를 실시하여 그 증언녹취서에 의한 증언을 변론에 제출하고자 하는 증인의 특정 및 그 증언녹취에 대한 속기록이 작성되어 있지 않은 경우에는 그 증언녹취의 관련 부분의 녹취록($_{26(a)(3)(A)(ii)}^{FRCP}$).

(iii) 각 문서 또는 기타 물증의 특정(identification)(기타 증거방법의 요약을 포함한다). 당사자가 제출하려는 물증과 필요한 경우 제출하려는 물증을 구별하여 공개한다($_{26(a)(3)(A)(iii)}^{FRCP}$).

상대방 당사자가 소송의 초기에 FRCP26(a)(3)에서 공개될 정보에 관하여 질문서(interrogatories)를 보내더라도 어차피 공개할 것이므로 답변할 필요가 없고 나중에 ‘변론기일 전 공개’시에 변론기일에서 사용할 증인, 문서, 기타 물증에 관한 정보를 제공하는 것으로 충분하다.⁴⁰⁾

2.3.2 공개 및 이의제기의 시기

법원이 명령으로 달리 정하지 아니하는 한, 공개는 원칙적으로 늦어도 변론기일 30일 전까지는 이루어져야 한다. 법원이 달리 정하지 아니하는 한, 증언녹취에 의하여 취득한 증언을 FRCP32에 기초하여 녹취서 형태로 변론기일에 제출하는 것에 대한 이의나 증거로서 제출 예정인 자료의 증거능력에 대한 이의가 있으면, 당사자는 변론기일 전 공개가 있는 날로부터 14일 이내에 이의(objections)를 송달하고 즉시 법원에 이의목록을 제출하여야 한다($_{26(a)(3)(B)}^{FRCP}$). 즉 증언녹취나 물증에 대한 이의는 변론기일 전 공개 후 14일 이내에 이루어져야 하며, 만약 그렇지 않을 경우에는 관련성에 관한 이의를 제외한 모든 이의권이 포기된 것으로 본다.⁴¹⁾

III. 도입가능성에 관한 검토

1. 민사소송 이념과의 조화가능성

1.1 민사소송의 목적과 공개제도의 도입필요성

우리 민사소송법 제1조 제1항에서 “법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다”고 규정함으로써 “올바르고 과오없는 진실발견의 재판”이 소송의 가장 중요한 요소임을 천명하고 있다.⁴²⁾ 그러나 민사소송에서의 진실은 모든 사람에게 보편타당한 정의가 아니라 당사자 사이에서만 타당한 상대적 해결을 의미한다.⁴³⁾ 즉, 민사소송의 목적은 ‘형식적 진실 발견’으로서, 당사자의 의사에 의하여 진실로 주장되는 사실이며 청구의 포기·인낙, 화해와 같이 당사자의 의사에 의해 좌우될 수 있는 상대적 진실로서 사적인 문제라고 한다.⁴⁴⁾ 그 결과 우리 민사소송법은 본안의 심리에 있어서 당사자주의에 기반하여 처분권주의와 변론주의를 채택

40) Baiker-McKee/Janssen, *op.cit.*, p. 356.

41) Mauet/Marcus, *op.cit.*, p. 216.

42) 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023, 25쪽.

43) 이시윤, 위의 책, 26쪽.

44) 김혜경, “‘실체적 진실발견’은 형사소송법의 목적인가? -형사소송법의 제·개정 흐름을 중심으로-”, 형사법연구 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014, 165쪽.

하고 있으며, 판결도 그 소송의 당사자 사이에서만 상대적 효력을 가질 뿐이다.⁴⁵⁾ 민사소송에서 당사자주의는 당사자들이 사적 이익을 위하여 서로 투쟁함으로써 효율적으로 진실이 밝혀지고 분쟁이 해결될 것이라는 자유주의적 소송관에 기초하고 있고⁴⁶⁾ 이는 19세기의 자유시장경제의 이념이 변론주의에 투영되어 있는 것이다. 이러한 이념은 개인주의적이고 합리적이고 이성적인 자유로운 인간을 전제로 한다.⁴⁷⁾ 이에 반하여 형사소송의 목적은 ‘실체적 진실 발견’이므로 법원은 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 ‘객관적 진실’을 밝혀야 한다. ‘실체적 진실 발견’을 위하여 법원은 역사적으로 실재한 사건을 객관적으로 진실하게 인식하여야 한다.⁴⁸⁾

만약 민사소송의 목적이 ‘형식적 진실 발견’에 불과하고 ‘실체적 진실 발견’이 아니라면, 경직된 대립당사자주의로 인하여 실체적 진실과 판결이 괴리되는 것에 대한 문제의식을 갖기 곤란한 것은 아닌지에 관하여 의문이 있다. 이에 관하여 민사소송에서 객관적 진실발견을 강조하면 사적 자치의 원칙을 침해할 위험이 있으므로 상대적 진실 개념을 취할 수밖에 없다는 것이 통설이다.⁴⁹⁾ 그러나 소송의 결과가 진실과 합치한다는 인식 없이는 ‘법’규범이 그 정책적 목적을 달성하기 불가능하므로, 상대적 진실 개념을 고수할 경우 재판제도가 분쟁해결의 사회적 기능을 국민으로부터 위탁받기 곤란하게 될 것이라는 현실적 필요에 의하여 실체적 진실 발견을 지지하는 견해가 있다.⁵⁰⁾

45) 예를 들어 당사자가 자백한 사실은 역사적 객관적 사실에 반하는 것이더라도 불요증사실이 되고 변론주의에 의하여 법원이 다른 사실을 인정할 수 없게 되는데 이로 인하여 실체적 진실과 다른 판결이 선고되어도 적절한 판결이 아니라고 할 수는 없다.

46) 법제사적으로는 평화는 투쟁을 통해 얻어진다는 유목민적 사고에서 소송도 투쟁으로 보는 투쟁적 소송관이 형성되었다고 한다. 고대 그리스 소송관에서 전형적으로 볼 수 있는 아곤적(agonistic) 소송관에 따르면 투쟁 자체는 사회 구성의 원동력이며 생리 현상으로 긍정적으로 보고 있으며, 투쟁을 공정하게 하는 절차와 규칙이 요구되며, 이를 소송법으로 이해하고 있다.

이러한 투쟁적 사회관 때문에 규칙을 준수한 공정한 투쟁이라는 관념이 생긴다. 이러한 법관념은 ‘권리를 위한 투쟁 (Kamphums Rechte)’, 즉 ‘권리(또는 법)의 목표는 평화이며, 이를 위한 수단은 투쟁이다(Das Ziel des Rechts ist der Friede. das Mittel dazu der Kampf)’로서 현대에도 유지되고 있다. 木下毅, “日本法と外国法:法継受論(1)”, 北大法学論集 第46巻 第2号, 北海道大学大学院法学研究科, 1995, 420-421頁.

47) 호문혁, “민사소송에 있어서의 이념과 변론주의에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제30권 제3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1989, 243쪽.

48) 김혜경, 앞의 논문, 165쪽.

49) 호문혁, 앞의 논문, 238쪽.

50) 이종엽, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적절한 재판운영, 사법정책연구원, 2019, 142쪽.

생각건대 민사소송 역시 기본적으로는 실체적 진실의 발견을 추구하여야 하는 제도이고, 형식적 진실 발견이 민사소송의 목적으로 오해되어서는 안 될 것이다.⁵¹⁾ 당사자가 자기책임을 다하지 않으면 보편성 없는 정의가 생길 수 있는 가능성이 있고,⁵²⁾ 자기책임을 다하지 아니하여 형식적 정의가 구현되더라도 걱정하지 않은 판결이라고 볼 수는 없다는 예외적 의미이지, 민사사법제도가 형식적 정의만을 목적으로 하고 있다고 오해되어서는 안 될 것이다.⁵³⁾ 따라서 민사소송에서도 당사자가 자기 책임을 다하면 보편성 있는 정의가 달성될 수 있는 제도를 마련하도록 노력하여야 하며, 이를 위하여 진실발견을 위한 정보의 수집가능성을 확대하고 수집절차에서 당사자주의적 접근을 함으로써 반복되는 문제에 대한 대안을 마련할 필요가 있다.

1.2 대립당사자주의 및 변론주의와 공개제도의 조화가능성

우리 민사소송법에서는 대립당사자주의(당사자대립주의) 또는 이당사자대립구조를 취하고 있다. 민사소송절차가 애초에 대립하는 두 당사자 사이의 사법상의 분쟁을 해결하기 위하여 고안된 절차라는 점에서 민사소송을 이용하기 위한 필수적 조건이라고 할 수 있다.

다만 대립하는 두 당사자가 민사소송의 기본 구조(또는 골격)를 유지하기 위하여 필요하다는 점에는 공감하지만 대립하여야 한다는 점도 민사소송의 기본구조에 해당 하는 지에 대하여는 의문이 있다. 현행 민사소송법상 (i) 사자명의소송, 즉 이미 사망한 자를 상대로 소제기한 경우나, (ii) 동일한 회사의 본점이 지점을 상대로 제기하는 소송의 경우, (iii) 소송계속중 당사자의 혼동에 의하여 소송이 종료되는 경우가 대립 당사자구조가 무너지는 대표적 사례이다. 그런데 사자명의소송의 경우에는 사자인

51) 민사와 형사절차 공히 정의를 세우는 재판과정이라는 점에서 민사재판에서의 위법수집증거 허용을 비판하는 견해로는 한충수, 민사소송법 제3판, 박영사, 2021, 446쪽 참조.

52) 이시윤, 앞의 책, 26쪽.

53) 同旨: 이종엽, 앞의 보고서, 143쪽(“중요한 것은 [실체적 진실과 형식적 진실의] 불일치의 존재 자체가 아니라, ‘그 불일치가 제도적으로 어느 정도 허용되는가’ 하는 것으로서 민사소송에서는 의제된 진실이나 합의된 진실을 허용하는 반면, 형사소송은 그러한 진실을 허용하지 않으며 이를 사법작용의 실패로 간주하는 것이다. 그러나 민사소송에서도 소송은 언제나 양 당사자가 다툼이 있는 사실관계에 관하여 실체적 진실이 무엇인지 파악하는 것을 목표로 한다. 민사소송에서 대립되는 양당사자는 분쟁의 전제가 되는 역사적 사실과 관련하여 대립되는 이익을 갖기 마련이며, 민사소송에서의 변론주의와 당사자주의는 그 사실로부터 이익을 얻는 자의 노력과 경쟁에 의해 그 사실이 증명될 수 있기를 기대하는 것이지, 대립하는 당사자가 만들어낸 임의의 사실 창조를 전제하는 것이 아니다”).

당사자의 상속인으로 표시정정이 되지 않으면 부적법한 소로서 각하하여야 하는데, 판례는 대립당사자 구조 자체를 소송요건으로 보고 각하하거나,⁵⁴⁾ 당사자의 부존재 또는 당사자능력의 흠결을 이유로 각하하고 있다.⁵⁵⁾ 도교육감이 도를 대표하여 도지사로 대표되는 도를 상대로 소제기한 경우에는 권리보호의 이익이 없음을 이유로 각하하였으며,⁵⁶⁾ 혼동의 경우에는 소송이 종료된다고 한다.⁵⁷⁾ 결국 이러한 입장들은 원고와 피고의 존재를 소송요건으로 한다는 것이지 꼭 투쟁적 관계이어야만 소가 적법하게 되는 것까지 요구하는 것은 아니라고 생각된다.

다음으로 투쟁적이란 관념이 변론주의에서 어떻게 투영되는지는 진실의무 그리고 완전의무의 인정과 관련되어 있다. 진실의무란 자신의 주관적 인식에 반하여 진실이 아님을 알고 있는 사실을 주장하지 아니하여야 하고, 진실하다고 알고 있는 상대방의 주장을 다투지 아니하여야 한다는 것이다. 더 나아가 알고 있는 것은 유리와 불리를 불문하고 모두 진술하여야 한다는 것이 완전의무이다.⁵⁸⁾

문제는 유리한 허위사실의 적극적 주장은 진실의무에 반하므로 허용되지 않는다고 보아야 하나, 불리한 진실인 사실의 은닉은 진실의무에 반하는지 여부이다. 독일민사소송법 제138조에서는 진실의무를 규정하면서 “완전하고 진실에 맞게 진술하여야 한다”고 하여 완전의무도 진실의무의 일부로 보고 있다. 따라서 침묵이나 불완전한 진술로 소송을 방해하는 것도 허용되지 않는 것으로 이해되고 있으므로, 소극적으로 묵비하는 경우에도 진실의무 위반으로 본다.⁵⁹⁾ 따라서 비록 불리한 진실인 사실이며

54) 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법의 기본원칙상 사망한 사람을 피고로 하여 소를 제기하는 것은 실질적 소송관계가 이루어질 수 없어 부적법하다. 소 제기 당시에는 피고가 생존하였으나 소장 부분이 송달되기 전에 사망한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결; 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다274188 판결 참조). 사망한 사람을 원고로 표시하여 소를 제기하는 것 역시 특별한 경우를 제외하고는 적법하지 않다(대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결 참조). 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다289828 판결.

55) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다105310 판결(“민사소송에서 소송당사자의 존재나 당사자능력은 소송요건에 해당하고, 이미 사망한 자를 상대로 한 소의 제기는 소송요건을 갖추지 않은 것으로서 부적법하며, 상고심에 이르러서는 당사자표시정정의 방법으로 그 흠결을 보정할 수 없다”).

56) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다69341 판결(“지방자치단체로서의 도는 1개의 법인이 존재할 뿐이고, 다만 사무의 영역에 따라 도지사와 교육감이 별개의 집행 및 대표기관으로 병존할 뿐이므로 도 교육감이 도를 대표하여 도지사가 대표하는 도를 상대로 제기한 소유권 확인의 소는 자기가 자기를 상대로 제기한 것으로 권리보호의 이익이 없어 부적법하다”).

57) 김홍엽, 민사소송법 제11판, 박영사, 2023, 732쪽.

58) 이시윤, 앞의 책, 333-334쪽.

59) 김상훈, “진실의무에 관한 소고”, 민사소송 제4권, 한국민사소송법학회, 2001, 390쪽.

라도 상대방이 묻는다면 주관적 진실에 맞게 진술하여야 한다.

우리의 경우에는 독일의 경우와는 달리 진실의무에 대한 명문의 규정을 두고 있지는 않으나, 신의칙(민사소송법 제1조 제2항), 또는 문서성립 부인에 대한 제재(동법 제363조 제1항), 당사자신문에서 허위 진술에 대한 제재(동법 제370조 제1항) 등을 통해 진실의무가 인정된다고 해석하고 있다.⁶⁰⁾ 한편 완전의무도 진실의무에 포함되는 것으로 해석하면서도, 상대방을 위한 소송자료의 제공의무는 인정되지 않는다는 견해가 있는데,⁶¹⁾ 불리한 사실을 상대방이 묻는다면 주관적 진실에 맞게 진술하여야 하나, 이를 스스로 먼저 진술하여야 할 의무까지는 없다는 의미로 볼 수 있을 것이다.

한편 1970년대에 독일에서 사회적 소송관이 주장되면서 협동주의로 변론주의를 대체하여야 한다는 주장이 제기되었다. 이러한 주장에 의하면 법원의 직권을 강화하고 당사자와의 협업을 통하여 사안을 해명하여야 한다. 이러한 입장에 대하여 소송은 투쟁과정이라는 이유로 일고의 가치도 없다고 평가하거나,⁶²⁾ 당사자의 자기책임의 우선을 포기하여야 하는 문제가 있다고 지적된다.⁶³⁾ 그렇다면 법원의 사실조치나 문서제출명령, 검증물제출명령 등에 따라 자신에게 불리한 정보나 증거를 제출하는 것이 아니라, 당사자가 자발적으로 그러한 명령과 관계없이 정보나 증거를 제출하도록 하면 우리가 허용하지 않는 협동주의에 의한 것으로 현행 민사소송법의 심리원칙에 반하는 것이라고 볼 수 있을 것인지 의문이 있다.

우리의 통설적 입장에서는 불리한 사실에 대하여 당사자본인신문 등을 통한 상대방의 질문에 주관적 진실에 맞게 답하여야 할 의무가 있다고 할 수 있으나, 아무런 질문이 없어도 자발적으로 그러한 사실을 공개할 의무는 없다고 보고 있는 것으로 생각된다. 다만 이는 관련 제도가 없는 경우에 그럴 의무가 없다는 것이지, 만약 불리한 사실에 대한 의무공개가 변론주의에 반하여 입법조차 할 수 없는 제도라는 의미까지는 아니라고 생각된다. 대립당사자에 기반한 소송제도를 운영하고 있는 국가 중에, 미국의 의무공개 범위는 공개하는 당사자에게 유리한 정보나 증거로 한정되고 있으나, 영국과 같이 당사자에게 유리한 문서는 물론 불리한 문서의 정보도 공개하도록 하는 경우도 존재한다.⁶⁴⁾ 더 나아가 상대방의 요구에 의하여 어차피 진실을 밝혀야

60) 김홍엽, 앞의 책, 433쪽; 이시윤, 앞의 책, 334쪽; 한충수, 앞의 책, 325쪽; 호문혁, 민사소송법 제14판, 법문사, 2020, 431쪽.

61) 이시윤, 앞의 책, 334쪽.

62) 호문혁, 앞의 책, 404쪽.

63) 이시윤, 앞의 책, 327쪽.

할 사실 또는 제출하여야 할 증거라면, 조기공개에 의하여 공개시기를 소송의 초기로 앞당긴 것에 불과하므로 협동주의에 의한 것도 아니며 변론주의에 위반되는 것도 아니라고 보아야 할 것이다. 의무적인 조기공개는 소송절차의 효율적 운영을 위한 제도라는 점에서 불리한 사실의 조기공개에 지나치게 거부감을 가질 필요는 없다고 본다.

2. 제도의 고안

미국 연방법원에서는 (i) 최초공개, (ii) 전문가증인공개, (iii) 변론기일 전 공개의 3가지 의무공개제도를 두고 있으나, 우리의 경우 미국과 달리 공감정에 의하고 사감정에 의한 감정서는 서증으로 되므로 사감정을 한 경우에는 그 정보를 최초공개에 포함시키는 것으로 충분하여 ‘전문가증인공개’제도를 별도로 운영할 필요가 없고, 변론준비절차를 필수적 절차로 하지 않으며 배심제도를 운영하지 않고 모든 신청 및 각종 송달은 법원에 대하여 이루어지고 당사자 자율에 의하지 않는다는 점에서 ‘변론기일 전 공개’도 큰 실익이 없는 것으로 생각된다. 따라서 이하에서는 최초공개의 도입만을 전제로 논의한다.

2.1 공개범위

2.1.1 정보공개제도로서의 활용가능성

2.1.1.1 정보와 증거의 구별

우리 민사소송법학에서 정보와 증거를 일반적으로 구별하고 있는 것은 아니나, 증거수집의 관점에서 증거방법과 정보의 구별이 가능하다. 예를 들어 성명, 주민등록번호 등과 같은 증인의 인적사항은 그러한 정보 자체의 존부가 다투어지는 것이 아닌 한 요증사실의 존부확정에 직접적으로 관련되어 있다고 할 수 없고 오히려 증언을 얻기 위하여 증인을 특정하기 위한 협의의 정보라고 할 수 있다. 서면증거의 경우에는 문서의 소지인에 관한 인적사항이나 문서의 표시에 필요한 내용 역시 정보에 해당한다고 할 수 있을 것이다.⁶⁴⁾

64) 영국의 공개제도와 그 범위에 관하여 자세히는 박지원, “증거수집절차로서의 문서제출명령의 문제점과 개선방안 연구: 영·미 증거수집제도의 시사점을 중심으로”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 2009, 65-70쪽.

즉, 문서제출신청시에 신청인은 원칙적으로 소지자와 문서를 특정해야만 하므로(민사소송법 제345조) 이러한 요건을 충족시키기 위하여 소지자와 문서에 관한 정보를 미리 수집할 필요가 있다. 따라서 증거방법과 구별되는 정보란 요증사실의 존부판단에 직접적인 관련성은 없으나 증거방법의 특징이나 수집에 도움이 되는 내용을 의미한다. 따라서 이러한 정보는 그 자체로 증거가 되기보다는 그러한 정보에 의하여 증거방법에 대한 수집절차를 후속적으로 진행할 수 있도록 보조하는 것이다. 현행 민사소송법 제346조(문서목록의 제출)에서 규정하고 있는 소위 문서정보공개제도에서의 상대방 당사자에게 제출하도록 하는 문서의 목록이 대표적 예가 될 것이다.⁶⁵⁾

2.1.1.2 정보공개절차로서 의무공개

FRCP에는 증거개시절차로서 질문서, 증언녹취, 문서 또는 유형물의 제출요청, 신체 및 정신감정과 같은 다양한 절차들이 마련되어 있다. 이러한 각 제도들은 증거의 수집제도로써 또는 정보의 수집제도로써 기능하거나 양자의 기능을 동시에 갖고 있다. 예를 들어 일방당사자는 상대방 당사자에게 소송과 관련된 질문서를 보냄으로써 답변서를 요구할 수 있는데, 그 질문서에는 증거개시의 대상이 될 수 있는 정보를 가진 사람의 인적 사항, 문서를 특정할 만한 정보 등을 구할 수 있으므로 주로 정보수집제도로 이용된다고 볼 수 있다(FRCP₃₃). 따라서 질문서를 통해서 증거방법인 문서를 직접 수집할 수는 없지만, 문서제출요청을 하기 위하여 필요한 정보를 수집할 수 있다. 최초공개 역시 정보를 갖고 있을 만한 사람의 인적사항, 문서의 정보 등을 공개대상으로 하고 있으므로 본격적인 증거개시절차를 실시하기에 앞서서 사전적인 정보의 공개제도로써 활용되고 있다. 미국에서는 최초공개의 실시로 질문서의 필요나 질문의 양이 상당히 줄어들게 되었는데, 이 또한 최초공개가 주로 정보공개제도로써 기능한다는 점을 보여주는 것이다.

우리의 경우 현행 민사소송법상 증거에 관한 정보는 제346조에 의하여 상대방에게 문서목록을 제출하도록 하는 것이 유일하며,⁶⁷⁾ 질문서를 통한 정보의 수집 또는 의무공개절차를

65) 小林秀之, 新民事訴訟法の解説, 新日本法規, 1997, 234頁 (여기서는 당사자조회제도를 설명하면서 사건의 중요한 사실에 관해 알고 있는 자 또는 중요한 문서의 존부에 관한 정보를 알고 있는 자의 성명과 주소를 조사하기 위한 간이한 정보수집절차라고 하고 있다).

66) 박지원, “증거수집절차로서의 문서제출명령의 문제점과 개선방안 연구: 영·미 증거수집제도의 시사점을 중심으로”, 18쪽.

67) 문서목록제출명령을 문서에 관한 정보 부족으로 문서를 특정할 수 없어서 문서제출신청을 하지 못하는 경우를 보완하는 제도로 이해하고 있다. 이호원, “민사소송법 개정 법률안에 있어서의 증거조사절차”, 민사소송 제6권, 한국민사소송법학회, 2002, 64쪽.

통한 정보의 수집제도를 마련하고 있지 아니하다.⁶⁸⁾ 또한 관련성개념을 협소하게 해석하는 결과 문서제출명령을 정보수집제도로 활용하는 데에도 일정한 한계가 있는 것이 사실이다. 따라서 문서정보의 공개나 타 절차의 활용을 통하여 문서정보의 수집을 용이하게 하는 미국의 경우에 비하여 상대적으로 정보의 수집절차가 부족하다고 평가할 수 있을 것이다. 결국 정보의 원활한 수집 없이는 활발한 증거의 수집 역시 기대할 수 없다는 점에서 정보수집절차의 보완에 주목할 필요가 있다.⁶⁹⁾

2.1.2 유리한 정보 및 증거의 공개

앞서 살펴본 바와 같이 불리한 정보의 공개가 우리의 종전 민사소송법제와 양립불가능하지는 않다고 생각되고, 중국에는 유리한 정보는 물론 불리한 정보도 공개하도록 하는 것이 타당할 것이다. 다만 종전 실무에서의 거부감 등을 고려하여 보면 제도 도입의 초기에는 공개하는 당사자에게 유리한 정보의 공개만을 허용하는 것이 합리적일 것이다. 따라서 원칙적으로 상대방이 증명책임을 부담하는 사실을 증명하기 위한 증거방법에 관한 정보는 불리한 정보로서 의무공개 범위에서 제외하여야 할 것이다. 자신이 증명책임을 부담하는 사실(예를 들어 일정한 사실의 존재)에 관한 정보라도 그에 반대되는 사실(이를테면 그러한 사실의 부존재)을 증명할 수 있는 증거방법에 관한 정보는 제외하여야 할 것이다.⁷⁰⁾

2.2 절차

2.2.1 공개의 시기

미국에서의 최초공개 시기는 당사자의 소송합의(stipulation)이나 법원의 일정명령에 의하여 달리 정할 수 있다. 우리의 경우에는 편의소송 금지원칙에 따라서 관할합

68) 문서목록제출명령의 제도적 취지를 의무공개제도와 유사하다고 보는 견해가 있다(정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제10판, 법문사, 2023, 657쪽). 다만 문서목록은 당사자의 신청과 법원의 명령에 의한다는 점에서 차이가 있다. 한편 일본의 경우에는 미국의 질문서 제도를 참고하여 당사자조회제도를 마련하고 있다(박태신, “정보수집절차의 새로운 모색 -일본 신민사소송법상 당사자조회제도를 중심으로-”, 민사소송 제2권, 한국민사소송법학회, 1999, 413-414쪽).

69) 박지원, “증거수집절차로서의 문서제출명령의 문제점과 개선방안 연구: 영·미 증거수집제도의 시사점을 중심으로”, 121-122쪽.

70) 예를 들어 소유권확인 소송에서 원고가 자신에게 증명책임이 있는 이전등기 경로 사실의 부존재를 증명하는 증거방법에 관한 정보는 공개할 필요가 없을 것이다.

의나 불항소합의와 같이 극히 예외적으로 법정되어 있는 경우를 제외하고는 당사자가 임의로 소송절차를 변경할 수 없으므로 당사자들이 소송합의로 공개시기를 변경할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

따라서 공개 시기는 통상기간으로 법정하여야 할 것인 바, 피고의 답변서 제출 이후 일정한 기간 내에 이루어지도록 하는 것이 바람직할 것이다. 준비절차를 거치지 않는 경우 제1회 변론기일이 개최되기 전에 최초공개가 이루어져야 하므로 위 통상기간은 2주로 정하는 것이 합리적일 것으로 생각된다.

2.2.2 공개의 방식

당사자가 기명날인한 서면에 의하여 공개한다.

미국처럼 당사자사이에 자율적 제도로 설계할 것인지에 관하여, 실권효를 부여하여야 한다는 점과 우리 법제에서 당사자 사이에 자율적으로 운영되는 소송절차가 없으므로 절차적 이질감이 크다는 점 등을 고려하면 법원에 공개서면을 제출하도록 하는 것이 바람직하다.

2.2.3 불응 시 제재

미국의 경우 불응 시 제재가 다양하고 법원의 재량이 크다는 점이 특징이다. 무의미한 제도로 남지 않도록 하기 위하여 제재의 강화가 필요하나 문서제출명령에서의 제재와의 균형을 고려하면 다양한 제재의 도입은 다른 증거수집절차와 함께 고려하여야 할 문제이며 최초공개에만 적용할 것은 아니다.

다만 현실적으로 사문화되어 있다는 문제는 있으나 현재 우리 민사소송법에도 적시제출주의 실효성의 확보를 위한 실권효의 제재를 규정되어 있으므로, 이를 참조하여 실권효의 제재는 가능하다고 본다.⁷¹⁾ 공개의 시기를 법정하는 이상 소송의 정도에 따라 적절한 시기에 공격방어방법을 제출하도록 하는 적시제출주의를 도입한 취지에 부합하므로, 실권효의 제재도 함께 법정할 수 있고, 이 경우 그 기간을 넘긴 때에는

71) 법조신문, 김주영, “[법조시론]디스커버리제도는 진정 우리 민사소송법체제와 맞지 않는 것일까”, 2022. 9. 26, <<https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=25724>>, 검색일: 2023. 11. 13. (“상대방의 증거개시 요구를 기다리지 않고 의무적으로 일정한 핵심적인 정보를 공개하도록 하는 1차공개(initial disclosure)는 자신이 제출할 증거나 증인을 숨기고 있다가 변론이 진행되는 도중에 불시에 제출하는 것을 방지하기 위해 우리 민사소송법이 규정하고 있는 적시제출주의나 집중심리제도의 수단에 해당한다고 할 수 있다”).

정당한 사유가 없는 한 나중에 새로 주장을 제출하거나 증거를 신청할 수 없다.

IV. 결론에 갈음하여

우리 법제의 시각에서 법원의 촉탁이나 명령 없이 일정한 시기에 자신이 알고 있는 정보를 상대방 당사자에게 자동으로 공개하여야 한다는 것은 상당히 낯설고 처음에는 받아들이기 매우 어색할 것이다. 특히 투쟁적 소송관에 익숙한 우리 소송실무에서 상당한 거부감이 있을 수 있다.

그러나 증거와 정보를 숨기면서 소송지연의 수단으로 악용하다가 불시에 제출하여 실제적 진실에 반하는 승소판결을 받는 것 역시 정당한 것은 아니다. 변론주의 역시 그러한 상황을 정당화하기 위한 도구는 아니라고 할 수 있으며, 석명권이나 직권증거조사, 진실의무 등에 의하여 보완되어야 함에는 이미 견해가 일치되어 있다. 이러한 점에서 FRCP의 의무공개는 자신에게 유리한 정보 또는 증거로서 실제 변론에서 사용할 것만을 서면공방 종료 직후에 공개하도록 한 것으로서, 소송 전체로 보면 어차피 공개될 정보의 공개시기만을 앞당긴 것에 불과하다. 따라서 미국 민사소송제도의 대립당사자주의(adversary system)와 양립할 수 있는 것이며, 같은 이유에서 우리의 변론주의와도 양립가능하다고 본다. 특히 2002년의 개정민사소송법에서 도입된 적시제출주의와 실권효를 일정한 정보나 증거에 대하여 확대 적용하는 것으로 이해할 경우에는 우리의 민사소송제도와의 이질감은 더욱 덜 하다고 할 수 있을 것이다.

무엇보다 이 제도의 장점은 증거 자체의 공개라기보다는 정보공개제도로써 기능하게 함으로써 문서제출명령과 같은 증거수집절차의 효율적 활용을 가능하게 한다는 점에 있다. 현재에도 문서목록제출명령이 문서정보의 수집기능을 담당하고 있기는 하나 부제출에 대한 별 다른 제재가 없는 상황에서 도입 당시의 입법 목적을 제대로 달성하고 있는 지는 의문이 있다. 따라서 문서목록제출명령에 대한 제재의 강화는 별론으로 하더라도, 문서정보의 의무공개와 실권효를 통하여 간접적으로라도 증거수집절차의 강화를 꾀할 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김홍엽, 민사소송법 제11판, 박영사, 2023.
- 이시운, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023.
- 정동운/유병현/김경옥, 민사소송법 제10판, 법문사, 2023.
- 한충수, 민사소송법 제3판, 박영사, 2021.
- 호문혁, 민사소송법 제14판, 법문사, 2020.
- 小林秀之, 新民事訴訟法の解説, 新日本法規, 1997.
- Jack Friedenthal/Mary Kane/Arthur Miller/Adam Steinman, *Civil Procedure 6th ed.*, West Academic Publishing, 2021.
- Steven Baicker-McKee/William Janssen, *A Student's Guide to the Federal Rules of Civil Procedure 2020-2021 ed.*, West Academic Publishing, 2020.
- Thomas A. Mauet/David Marcus, *Pretrial 10th ed.*, Wolters Kluwer, 2019.

2. 학술지

- 김상훈, “진실의무에 관한 소고”, 민사소송 제4권, 한국민사소송법학회, 2001, 383-400쪽.
- 김혜경, “‘실체적 진실발견’은 형사소송법의 목적인가? -형사소송법의 제·개정 흐름을 중심으로-”, 형사법연구 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014, 161-192쪽.
- 박지원, “2015년 미국 연방민사소송규칙 개정과 한국형 디스커버리제도에 대한 시사점”, 민사소송 제20권 제1호, 한국민사소송법학회, 2016, 107-161쪽.
- 박태신, “정보수집절차의 새로운 모색 -일본 신민사소송법상 당사자조회제도를 중심으로-”, 민사소송 제2권, 한국민사소송법학회, 1999, 408-430쪽.
- 이호원, “민사소송법 개정 법률안에 있어서의 증거조사절차”, 민사소송 제6권, 한국민사소송법학회, 2002, 46-82쪽.
- 호문혁, “민사소송에 있어서의 이념과 변론주의에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제30권 제3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1989, 219-245쪽.
- Brittany K.T. Kauffman, “Initial Disclosures: The Past, Present, and Future of Discovery”, *Akron L. Rev. Vol. 51 Iss. 3*, University of Akron, 2017, pp. 783-816.
- Marvin E. Frankel, “The Search for Truth: An Umpireal View”, *U. PA. L. REV. Vol.*

123 No. 5, University of Pennsylvania Law School, 1975, pp. 1031-1059.

Wayne D. Brazil, “The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change”, *VAND. L. REV. Vol. 31 No. 6*, Vanderbilt University, 1978, pp. 1295-1361.

William W. Schwarzer, “The Federal Rules, The Adversary Process, and Discovery Reform”, *U. PITT. L. REV. Vol. 50*, University of Pittsburgh Press, 1989, pp. 703-723.

3. 학위논문

박지원, “증거수집절차로서의 문서제출명령의 문제점과 개선방안 연구: 영·미 증거수집제도의 시사점을 중심으로”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 2009.

4. 신문기사

법조신문, 김주영, “[법조시론]디스커버리제도는 진정 우리 민사소송법체계와 맞지 않는 것일까”, 2022. 9. 26, <<https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=25724>>, 검색일: 2023. 11. 13.

5. 보고서

김정환/최은정, 효율적인 증거개시·수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2015.

이종엽, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적정한 재판운영, 사법정책연구원, 2019.

[Abstract]

A Study on the Mandatory Disclosure of the Federal Rules of Civil Procedure and the Possibility of its Introduction in Korea

Park, Ji Won*

From the perspective of our legal system, it would be quite unfamiliar and very awkward to accept at first that a party must automatically disclose information known to itself to the other party at an early stage in the litigation without a request or order from the court. In particular, there may be considerable resistance in our litigation practice, which is accustomed to a adversarial structure of litigation.

However, it is also not fair to hide evidence and information and misuse it as a means of delaying litigation, then submit it unexpectedly and receive a favorable judgment that runs counter to the substantive truth. It can be said that the Principle of Party Presentation is also not a tool to justify such a situation, and there is already a consensus that it should be supplemented by the court's power of clarification, inquisitorial investigation of evidence, and duty of truth. In this respect, FRCP's mandatory disclosure requires that only the information or evidence that is favorable to itself to be used in the trial be disclosed immediately after the end of the pleadings, and when viewed as a whole in the lawsuit, it merely brings forward the timing of disclosure of information that would have been disclosed anyway. Therefore, it is compatible with the adversary system of the U.S. civil litigation, and for the same reason, it is also compatible with the Principle of Party Presentation in Korean civil procedure jurisprudence. In particular, if the Principle of Timely Submission and the penalty of loss of power to introduce undisclosed information in trial, which are introduced in the revised Civil Procedure Act of 2002, are understood as expanded application to certain information or evidence, the sense of difference with our civil litigation system can be said to be even less.

* Professor, University of Seoul Law School

Above all, the advantage of this system is that it functions as an information disclosure system rather than disclosure of the evidence itself, enabling efficient use of evidence collection schemes such as order to produce documents. Although the order to produce document list is still responsible for the collection of document information, there are doubts as to whether it is properly achieving the legislative purpose because of the absence of any sanctions against failure to disclose. Therefore, even apart from strengthening the sanctions on the order to produce document list, it will be possible to strengthen the evidence collection procedure indirectly through mandatory disclosure of document information and by precluding the party from using the undisclosed information as evidence at trial.

[Key Words] mandatory disclosure, initial disclosure, discovery, doctrine of party presentation, adversary system