

개정 민사소송법과 중재절차

정 선 주 *

〈목 차〉

- I. 들어가며
- II. 다수당사자분쟁
- III. 변론
- IV. 증거
- V. 판결 외의 소송종료사유
- VI. 변경의 소
- VII. 마치며

* 서강대 법학과 부교수

I. 들어가며

중재절차와 민사소송절차는 모두 당사자의 분쟁해결을 위한 제도라는 점, 그리고 적법한 절차를 거쳐 분쟁해결의 결론을 이끌어내어야 한다는 점 등에서 많은 유사점을 가지고 있다. 그렇지만 다른 한편으로 양 제도는 서로 본질적으로 다른데, 중재절차는 분쟁에 대한 판단이 사인에 의해 이루어지는 사적인 절차인데 비해, 민사소송절차는 법원이라는 국가기관에 의해 주도되는 공적인 분쟁해결절차이다.

중재절차의 당사자는 법원의 소송절차에서와는 달리 절차진행과 관련하여 광범위한 결정권한을 가진다. 양당사자는 보다 자유롭고 신속하게 절차가 진행될 수 있도록 절차규정의 구체적인 내용을 합의하여 정할 수 있다. 그리고 중재법은 중재절차가 법원의 소송절차보다 자유롭고 신속하게 진행될 수 있도록 공정한 절차진행에 꼭 필요한 최소한의 내용만을 규정하고 있다. 이처럼 중재절차에서는 당사자의 사적 자치에 의해 절차 운영의 묘를 살릴 수 있는 여지가 폭넓게 보장되어 있으며, 또한 실제로도 중재절차의 구체적인 진행에 대해서는 가장 먼저 당사자의 합의에 따르고, 그러한 합의가 없는 경우에는 중재법에 따르고 있다.

물론 중재절차가 법원의 소송절차와는 달리 당사자의 합의에 의해 그리고 중재법에 의해 자유롭게 진행될 수 있는 제도라 하더라도 민사소송법이 중재절차에서 전혀 의미를 가지지 않는 것은 아니다. 중재절차의 진행에 대해 당사자의 합의도 없고, 중재법의 규정도 없는 경우에는 중재판정부는 분쟁해결에 관한 일반적인 절차규정인 민사소송법을 참고하게 된다. 더욱이 중재절차와 관련하여 본질적으로 법원의 도움을 받을 수밖에 없는 경우, 예컨대 중재판정부가 행사할 수 없는 강제력이 수반되어야 하는 행위에 대해서는 법원의 협조가 필요한데, 이 때 법원은 민사소송법에 규정된 절차에 따라 협조를 제공하게 되

는 것이다. 이러한 의미에서 볼 때, 중재와 소송은 떼려야 뗄 수 없는 밀접한 관계 속에 존재하고 있다고 할 것이다.

근본적으로 중재는 민사소송법에 의해 지배되는 소송절차와는 다른, 엄격한 절차 형식으로부터 벗어난 자유로운 길을 통해 당사자 사이의 분쟁을 해결하려는 제도이지만, 그 자체의 내재적 한계로 인해 엄격한 절차 형식을 규정하고 있는 민사소송법으로부터 완전히 벗어나기는 어렵다. 오히려 중재와 소송은 상호 보완적인 관계 속에서만 더욱 발전할 수 있는 것이다. 이러한 의미에서 2002년 7월 1일부터 전면 개정되어 시행되고 있는 민사소송법의 새로운 내용은 중재절차의 형성에 직간접적으로 영향을 미칠 수 있으므로, 이하에서는 민사소송법의 주요 개정 내용¹⁾을 중심으로 중재절차의 변화 가능성을 살펴본다.

II. 다수당사자분쟁

현행 중재법은 다수당사자가 관련된 중재(Multiparty Arbitration)²⁾에 대해서는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그런데 실무에서는 대형건설사업의 예처럼 건축사, 소유자, 주계약자, 하청계약자 등 관련당사자가 여러 명인 경우가 드물지 않다. 또한 해사분쟁의 용선계약에서도 선박소유자, 용선자, 재용선자 등 다수당사자가 관련되어있는 경우가 많다. 특히 대규모의 국제적인 컨소시엄을 구성하는 프로젝트의 경우, 동일한 법률관계의 해결에 이해관계를 가지는 당사자들이 다수 존재하고 있는 실정이다. 이러한 경우에 분쟁이 발생하게 되면 관련당사자들은 하나의 절차에서 하나의 중재판정부에 의해 일거에 분쟁이 해결되기를 바라는 것이 일반적이다. 이들 관련당사자들이 사전에 다수당사자 중재의 성립 및 그 절차에 관해 합의를 한 경우라면 별문제 없이 순조롭게 절차가 진행되었지만, 그렇지 않은 경우에는 민사소송절차에 준하여 문제를 해결할 수밖에 없다.³⁾

1) 본 논문에서 주요 개정 내용에 관한 판례 소개는 아직까지 대법원판례가 거의 나와 있지 않기 때문에 매우 제한적이다.

2) 다수당사자중재에 관해서는 김명엽, 다수당사자중재의 문제점에 관한 고찰, 중재연구, 제13권 제1호, 208면 이하; 이강빈, 다수당사자중재에 있어서 절차병합과 중재인 선정, 중재학회지, 제8권, 39면 이하 참조.

민사소송절차에서는 공동소송과 소송참가가 대표적인 다수당사자 소송형태로서 인정되고 있다. 그 가운데 예비적 선택적 공동소송과 편면적 독립당사자참가에 대해서는 지금까지 그 적법여부의 논란이 있었는데, 이번 개정 민사소송법에서는 이를 명시적으로 허용함으로써 입법적으로 문제를 해결하고 있다.

1. 예비적 선택적 공동소송

개정법은 제70조4)에서 여러 명의 피고에 대한 청구나 여러 명의 원고가 제기하는 청구가 실제법상 서로 양립할 수 없는 경우, 이들 청구를 병합하여 하나의 소로써 주장할 수 있는 길을 열어두고 있다. 이에 따라 예컨대 중재절차에서도 실무상 거래 상대방이 회사인지 개인인지 분명하지 않은 경우, 이들이 중재합의의 당사자의 범위에 속한다면, 양자를 예비적 혹은 선택적으로 병합하여 계약책임을 물을 수 있는 것이다. 물론 일부 당사자만이 중재합의를 체결한 경우에는 이들에 대해서만 중재절차를 통해 책임을 물을 수 있을 것이며, 나머지 당사자에 대해서는 법원의 소송절차를 통해야 할 것이다.⁵⁾

제70조가 규정되기 전에는 예비적 당사자의 지위가 불안하다는 이유로 위와 같은 형태의 병합을 인정하지 않으려는 것이 판례의 입장이었으나,⁶⁾ 분쟁을 모순 없이 일회해결하여 당사자의 이익을 보호

3) 다수당사자분쟁의 복잡성을 이유로 이러한 형태의 중재는 원칙적으로 당사자 모두가 분쟁 발생 후에 다수당사자중재에 합의한 경우에 한하여 인정하여야 하며, 그렇지 않은 경우에는 각각 절차를 분리하여 진행하여야 한다는 견해로는 Lionnet, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 292.

4) 이하에서 범명의 표시가 없는 것은 민사소송법을 의미함.

5) 다수당사자중재의 전제요건으로서 모든 관련당사자들의 중재합의가 필요하다는 견해로는 Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 459 ff.; Lionnet, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 148.

할 수 있다는 점 때문에 이번 개정법에서 명시적으로 규정하게 된 것이다.

특히 개정법에서는 주관적 예비적 선택적 병합에 대한 종전의 비판을 고려하여, 객관적 예비적 병합과는 달리 모든 공동소송인의 청구에 관하여 판단하도록 함으로써 예비적 당사자의 지위에 대한 불안정성 문제를 해결하고 있다. 객관적 예비적 병합에서는 주위적 청구가 인용되면 예비적 청구에 대해서는 판단하지 않는데 비해, 주관적 예비적 병합에서는 주위적 피고와 예비적 피고에 대한 청구 모두에 관해 판단하도록 함으로써 예비적 피고의 지위가 불안정해지는 것을 막고 있는 것이다.

그리고 주관적 예비적 선택적 병합에서는 필수적 공동소송인에 관한 제67조 내지 제69조가 적용되어 소송 자료의 통일과 소송 진행의 통일을 기하고 있다. 따라서 공동소송인 1인의 행위는 전원의 이익이 되는 경우에만 그 효력이 발생하며, 불리한 소송행위는 공동소송인 전원이 함께 해야 한다. 다만, 청구의 포기, 인낙, 화해, 취하와 같은 소송물에 관한 처분행위는 예외적으로 각자가 할 수 있다(제70조 제1항 단서). 그렇지 않으면 각 공동소송인의 소송물에 대한 처분의 자유를 지나치게 제한하는 것이 될 것이기 때문이다. 나아가 예비적 선택적 공동소송에서는 재판의 통일을 도모하여 모순 저촉되는 결과 발생을 방지하기 위해 변론, 증거조사, 판결은 같은 기일에 하여야 한다. 그러므로 중재절차에서도 당사자가 예비적 선택적으로 병합된 경우에는 심리를 분리하거나 일부에 대해서만 판정을 내려서는 안 될 것이다.

2. 편면적 독립당사자참가

타인간의 소송계속 중에 소송의 목적의 전부나 일부가 자신의 권리

6) 대법원 1982.3.23 선고, 80다2840 판결; 1996.3.22 선고, 95누5509 판결 등.

임을 주장하거나 소송의 결과에 의하여 권리의 침해를 받을 것을 주장하는 제3자가 당사자로서 소송에 참가하는 것을 독립당사자참가라고 한다. 이 소송에서는 원고, 피고, 참가자 3자간의 분쟁이 한꺼번에 해결되어 소송경제적으로도 유리할 뿐 아니라 판결의 저촉모순도 피할 수 있다.

지금까지 판례는 독립당사자참가의 요건으로서 참가인이 종전 소송의 원, 피고에 대해 각각 독립된 청구를 할 것을 요하는 쌍면참가만을 인정하였는데,⁷⁾ 개정법에서는 참가인이 원, 피고 양쪽이 아닌 한쪽에 대해서만 청구하는 편면참가도 명시적으로 허용하고 있다(제79조).

중재절차에서도 절차참가에 대한 당사자의 합의가 있으면, 보조참가등과 함께 편면적 독립당사자참가도 가능할 것이다. 예컨대, 참가인이 원, 피고 중 한 쪽에 대해서만 청구하고 다른 쪽에 대해서는 청구하지 않거나, 또는 참가인이 피고에 대해서만 청구를 하고 원고에 대해서는 원고청구기각을 구할 뿐인 경우, 또는 종전 당사자 모두에 대해 청구하였지만 한 쪽에 대한 청구는 소의 이익이나 확인의 이익이 없는 경우 모두 적법한 독립당사자참가로서 허용될 수 있다.

이러한 편면참가는 참가자가 양쪽 당사자 중 한쪽만을 상대로 청구를 한다는 점 외에는 쌍면참가와 동일하며, 참가요건이나 심리방법 모두 필수적 공동소송에 관한 규정을 준용하고 있다. 그리고 편면참가는 권리주장참가뿐 아니라 사해방지참가에도 인정된다.

Ⅲ. 변론

개정 민사소송법은 사건의 심리를 보다 충실하게 하여 소송당사자의 신뢰를 증진시키고 효율적인 절차진행을 위해 다양한 제도적 장치

7) 대법원 1962.7.19 선고 62다93 판결; 1966.11.29 선고 66다1525, 1526 판결; 1992.8.18 선고 92다18299, 18405 판결 등.

를 마련하였는데, 특히 적시제출주의를 채택하고 무변론판결제도를 도입하였으며 변론준비절차를 강화하였다.

1. 적시제출주의

지금까지 민사소송절차에서 당사자는 공격방어방법을 변론종결시까지 수시로 제출할 수 있었다. 이로 인해 절차 지연의 문제가 심각하게 대두되자, 개정법에서는 수시제출주의를 버리고 당사자로 하여금 소송의 정도에 따라서 적절한 시기에 공격방어방법을 제출하도록 하는 적시제출주의를 채택하였다(제146조). 이와 함께 그동안 실무상 거의 활용되지 않았던, 시기에 늦은 공격방어방법의 각하 규정을 적시제출주의 위반에 대한 실권효 규정으로 변경하여 적시제출주의가 실질적으로 실현될 수 있도록 보완하고 있다.⁸⁾ 즉, 개정법에서는 재판장이 공격방어방법의 제출기간을 정하여 그 기간 내에 제출하도록 하고, 만일 이를 지키지 않는 경우에는 정당한 사유를 소명한 때가 아니면 공격방어방법을 더 이상 제출할 수 없도록 하고 있다(제147조). 특히 재정기간제도는 소송절차가 신속하고 탄력적으로 운영되도록 하며, 심리의 집중을 꾀하여 국민의 재판청구권을 효율적으로 보장하기 위한 것이다.

법원의 소송절차 못지않게 중재절차에서도 효율적인 권리보호는 그 무엇보다도 중시되어야 할 관점이다. 중재절차가 영미법계의 당사자주의에 따르든, 아니면 대륙법계의 직권주의에 따르든 간에 적정절차(due process)는 반드시 보장되어야 한다. 중재절차에서 양당사자는 공정하고 평등하게 대우받아야 하며, 충분히 변론할 수 있는 기회를 보장받아야 하며, 또한 공격방어방법의 제출기회도 대등하게 부여되어야 한다. 그리고 집중적이고 효율적으로 절차가 운용되어 신속하고 공정

8) 이시윤, 신민사소송법, 295면.

한 결과가 나올 수 있어야 한다. 이를 위해서는 중재절차에서도 당사자간에 특별한 합의가 없으면, 개정 민사소송법의 적시제출주의를 준용하여 당사자는 자신의 공격방어방법을 단편적으로 여러 차례 나누어 제출하기 보다는 중재판정부가 지정한 기한 내에 적시에 제출하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 만일 이에 따르지 않는 경우에는 더 이상 그러한 공격방어방법을 제출하지 못하도록 하는 실권적 제재 역시 함께 가해져야 할 것이다. 물론 재정기간을 정하기 전에는 당사자의 의견을 들어 절차진행에 대한 당사자의 권리가 충분히 보장 되도록 하여야 한다.

2. 무변론판결제도

지금까지 민사소송절차에서 피고는 원고의 소장에 대해 반드시 사전에 답변서를 제출해야 할 의무를 부담하지 않았다. 그렇기 때문에 피고가 원고의 청구를 다투지 않아 자백간주로 종결되는 사건에서도 법원은 변론기일을 열어 당사자를 소환하고, 원고는 출석하여 소장을 진술하여야 했다. 개정법에서는 이처럼 불필요한 변론기일을 열어 당사자를 출석하도록 하는 비효율적이고 비경제적인 소송 진행을 피하기 위해,⁹⁾ 피고가 소장부분을 송달받은 날로부터 30일 이내에 답변서를 제출하지 않으면 변론 없이 원고승소판결이 가능한 무변론판결제도를 신설하였다(제257조). 피고가 원고의 청구원인사실을 전부 인정하는 답변서를 제출하고 다른 항변을 제출하지 않은 경우에도 마찬가지이다. 물론 이 30일의 답변기간은 지나치게 엄격하게 적용되어서는 안 된다. 30일 이내에 답변서를 제출하지 않은 경우에도 판결선고기일까지만 답변서를 제출하면 무변론판결을 할 수 없다(제257조 제1항 단서).

9) 민사재판 운영실무, 66면.

중재절차에서는 민사소송절차와는 달리 중재요청서(request for that dispute to be referred to arbitration)의 제출로 중재절차가 시작하며, 그 후 중재신청서(statement of claim)와 답변서가 제출된다.

중재요청서는 분쟁의 상대방에게 당해 분쟁을 중재에 회부하겠다는 의사표시이다.¹⁰⁾ 중재법 제22조에 따르면, 중재절차는 당사자 사이에 다른 합의가 없으면 피신청인이 중재요청서를 수령한 날로부터 시작된다. 이러한 중재요청서는 임시중재를 위한 것으로서 일방당사자가 상대방에게 중재요청서를 보내어 중재절차가 시작되도록 한 후, 중재인 선정절차를 거쳐 중재인에게 중재신청서를 제출하는 것이다. 이에 비해 상설중재에서는 중재기관에 중재신청서를 제출하면, 중재기관에서 부분을 상대방에게 통지하고 중재기관규칙에 따라 중재인을 선정하므로 당사자의 입장에서는 중재요청서와 신청서를 굳이 구별할 필요가 없다.

중재신청서는 구체적인 신청취지와 신청원인사실을 기재한 서면으로서, 신청인은 당사자들이 합의한 또는 중재판정부가 정한 기간 내에 신청서를 중재판정부에 제출하여야 한다. 만일 신청인이 신청서를 제출하지 않은 경우에는 중재판정부는 중재절차를 종료하여야 한다. 그리고 피신청인은 신청인의 신청에 대해 서면이나 구술로 답변할 수 있다(중재법 제24조).

이처럼 현행 중재법은 종전의 민사소송법 규정처럼 답변서 제출을 의무로서 규정하고 있지 않다. 그리고 피신청인이 답변서를 제출하지 않은 경우에는 신청인의 주장에 대해 자백한 것으로 간주하지 않고 중재절차를 계속 진행하도록 하고 있다(중재법 제26조). 그런데 중재절차에서도 피신청인이 신청인의 주장을 전혀 다루지 않고 있거나 또는 다룰 의사가 없음이 명백한 경우에는 가능한 한 신속하게 절차가 종료될 수 있어야 한다. 이 경우 개정 민사소송법의 무변론판결제도를

10) 목영준, 상사중재법론, 144면.

참조하여, 중재절차에서도 변론 없이 중재판정을 내릴 수 있는 가능성을 고려해 볼 수 있을 것이다. 물론 중재판정부는 당사자 사이에 다른 합의가 없으면 구술심리를 할 것인지 아니면 서면심리로 끝낼 것인지를 자유롭게 판단하여 결정할 수 있어, 답변서를 제출하지 않은 경우에는 신청인의 신청서를 근거로 중재판정을 내릴 수 있다. 그렇지만 중재절차에서도 당사자가 명시적으로 구술심리의 배제를 합의하지 않은 한, 서면심리 중이라도 일방당사자의 요청이 있으면 구술심리를 열어야 한다(중재법 제25조 제1항 단서). 이 점을 악용하여 피신청인이 신청인의 주장을 다투려는 의사 없이 오로지 절차치연의 목적으로 구술심리를 요구하는 경우도 생길 수 있다. 그러므로 중재절차에서도 피신청인이 신청인의 주장을 전혀 다투고 있지 않거나, 또는 다툴 의사가 없음이 명백한 경우에는 개정 민사소송법처럼 변론 없이 중재판정을 내려 절차를 종료시킬 수 있는 가능성을 인정하는 것이 절차촉진면에서 바람직할 것이다. 이를 위해 중재절차에서도 당사자의 합의를 통해, 또는 중재법 등을 통해 답변서 제출기간을 명시적으로 정하고, 그 제출을 의무화하는 것을 고려해 보아야 한다.

3. 변론준비절차

개정 민사소송법에서는 민사소송의 심리방식을 지금까지 시행해왔던 병행심리방식에서 집중심리방식으로 바꾸면서 효율적이고 집중적인 심리진행을 위해 사전에 변론을 충분히 준비할 수 있도록 변론준비절차를 강화하였다.¹¹⁾ 이에 따라 원칙적으로 모든 사건에서 변론기

11) 사전에 철저히 변론을 준비하여 소송절차를 촉진시키려는 것은 전 세계적인 추세인데, 예컨대 독일에서는 서면선행절차(schriftliches Vorverfahren)나 조기 제1회 기일(Früher erster Termin)을 통해 쟁점 등을 조기에 정리한 후 1회의 주기일(Haupttermin)에서 사건을 종결하도록 하고 있으며, 미국은 discovery 절차와 pretrial conference를 통해, 일본은 준비적 변론절차나 변론준비절차 또는 서면에 의한 준비절차를 통해 신속하게 쟁점을 정리하도록 하고 있다.

일에 앞서 변론이 효율적이고 집중적으로 실시될 수 있도록 당사자의 주장과 증거를 정리하여 소송관계를 뚜렷하게 하는 변론준비절차를 거쳐야 한다. 변론준비절차는 서면방식과 기일방식으로 구분되는데, 전자는 준비서면, 기타의 서류를 제출 교환하게 하고 증거를 신청하는 등 서면의 공방으로 쟁점을 정리하는 방식이며, 후자는 서면 공방으로 쟁점정리에 한계가 있다고 여겨지는 경우에 양당사자 본인을 출석하게 하여 최종적인 쟁점정리를 목적으로 하는 방식이다. 서면에 의한 변론준비절차는 4개월을 넘지 못하며, 변론준비기일은 서면에 의한 절차를 합쳐 원칙적으로 6개월을 넘어설 수 없다(제284조).

변론준비기일은 기일이 열린 이상 기일에 제출하지 않은 공격방어 방법에 대해서는 원칙적으로 그 뒤의 변론에 제출하지 못하도록 하는 실권효가 적용된다는 점에서 실무상 의미가 크다. 물론 변론준비절차가 변론준비기일을 열지 않고 서면방식으로만 끝난 경우에는 실권효가 적용되지 않는다.

이처럼 개정 민사소송법은 변론의 준비를 6개월에 걸쳐 철저히 한 다음, 1회의 변론기일로써 심리를 마치는 구도를 상정하고 있어 변론기일은 변론준비절차에서 정리된 쟁점을 바탕으로 집중적인 증인신문과 당사자신문이 행해지는 집중증거조사기일이 된다. 서증의 조사나 검증의 실시, 감정의 촉탁 등 다른 증거조사는 변론준비절차에서 모두 허용되기 때문이다.

변론의 준비와 관련하여 중재절차에서 주목하여야 할 부분은 개정 민사소송법에서 추구하고 있는 “다준비 소기일”의 심리방식이다. 이는 특히 신속성과 경제성을 중시하는 중재절차에서 참고하여야 할 부분이다. 중재제도가 법원의 소송제도보다 더 낫다고 여겨지는 것은 중재인의 전문성과 함께 절차의 신속성과 경제성이다. 그런데 이제 민사소송절차가 소송법의 개정을 통해 보다 집중적이고 신속한 진행을 위해 노력하고 있다면, 중재절차는 이보다 더 효율적이고 집중적으로 운영될 수 있어야만 경쟁력을 가질 수 있을 것이다. 예컨대 중재절차에서

도 한번의 심리기일로 사건이 종결될 수 있도록 충분한 사전 준비절차가 마련되어야 한다. 특히 중재인이나 당사자의 사정에 따른 시간적 공간적 제약 때문에 심리기일을 정하는 것이 쉽지 않은 중재절차에서는 서면 등에 의한 철저한 사전 준비를 통해 최소한의 심리기일으로써 중재판정이 내려질 수 있도록 하는 것이 무엇보다도 필요한 것이다. 예컨대 중재판정부는 쟁점을 정리하기 위하여 적절한 기간 내에 준비서면 등을 제출하도록 당사자에게 기간을 정하여 주어야 하며, 만일 당사자가 이에 따르지 않는 경우에는 실권효 등의 불이익을 가하는 것을 고려해 보아야 한다. 그리고 준비서면 등의 교환으로 사건의 실체와 쟁점이 조기에 정리될 수 있다면, 이를 토대로 중재판정부는 보다 손쉽게 당사자간에 화해나 조정을 성립시킬 수 있을 것이다.

나아가 건설중재처럼 전문적인 식견을 필요로 하는 사건에서는 준비서면의 기재 내용만으로는 전문기술이나 지식에 대해 쉽게 이해하기 어렵기 때문에, 변론준비기일의 방식을 취하여 말로써 묻고 설명함으로써 쟁점을 빨리 파악하고 정리하여 분쟁이 한번의 변론기일에서 최종적으로 해결될 수 있도록 하는 것이 효율적일 것이다.

IV. 증거

중재판정부는 법원과 마찬가지로 사인간의 분쟁을 해결하는 기구이지만 강제력을 행사하지 못한다는 점에서 큰 차이가 난다. 이에 따라 중재절차에서는 법원의 협조가 반드시 필요한데, 특히 증거조사에 있어서 그러하다. 중재판정부는 강제력을 행사할 수 없기 때문에 증인의 출석을 강제할 수 없으며, 출석한 증인에 대해 선서시킬 수도 없다.¹²⁾ 이러한 제한 때문에 중재절차에서 법원은 일정한 범위 내에서 중재판

12) 이에 비해 영국의 중재법은 중재판정부가 증인 또는 당사자로 하여금 선서를 한 후 증언을 하게 할 수 있도록 규정하고 있다, 제38조 제5항.

정부의 증거조사에 협조하여야 한다. 중재법 제28조에 따라 중재판정부는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 관할법원에 증거조사를 촉탁할 수 있다. 그런데 관할법원의 증거조사는 민사소송법에 따라 행해지므로 증거법 분야에서 행해진 민사소송법의 개정 내용은 중재절차에서 특히 큰 의미를 가진다.

1. 증인신문

(1) 서면증언

원칙적으로 증인신문은 직접주의와 당사자의 반대신문권 보장을 위해 공개된 법정에서 실시하여야 한다. 그런데 경우에 따라서는 반드시 증인을 법정에 출석하여 증언하도록 하는 것보다는 서면에 의한 증언이 효율적일 수 있다.

개정 민사소송법에서는 구법에서 인정하였던 공정증서에 의한 증언이 실무상 거의 활용되지 않고 있던 점을 중시하여, 증인으로 하여금 증언할 사항을 적은 서면을 제출하여 증언에 갈음할 수 있도록 하고 있다(제310조). 이러한 서면증언은 상대방의 이의여부에 관계없이 법원이 상당하다고 인정하는 경우에 허용되며, 그 서면을 반드시 공증할 필요도 없다. 그리고 종전처럼 법원이 보내는 신문사항에 답변을 기재하여 제출할 수도 있고, 증인이 증언할 사항을 바로 적어서 낼 수도 있다.

원칙적으로 중재판정부는 구술심리기일에 증인을 신문할 수 있다.¹³⁾ 다만, 중재판정부는 강제력을 행사할 수 없기 때문에 임의로 출석한 증인에 한하여 신문할 수 있으며,¹⁴⁾ 불출석한 증인에 대해서는 출석을 강제할 수 없다. 증인의 출석을 강제해야 하는 경우에는 법원의

13) 목영준, 상사중재법론, 149면.

14) 구중재법 제8조 제2항에서는 “중재인은 임의로 출석한 증인 또는 감정인을 신문할 수 있다”고 규정하고 있었다.

협조를 구해야 한다(중재법 제28조). 증거조사방식에 대해서는 당사자의 합의가 있는 경우에는 그에 따르고, 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 적절한 증거조사방식을 결정하게 되는데, 예컨대 증인신문의 경우 중재판정부는 당사자간에 특별한 합의가 없으면 개정 민사소송법을 참조하여 반드시 증인을 중재판정부에 출석하도록 하기 보다는 서면증언방식을 활용할 수 있을 것이다.¹⁵⁾ 서면증언방식에 의할 경우 중재판정부는 증인의 진술을 보다 손쉽게 확보할 수 있을 것이다.

(2) 불출석 증인에 대한 감치

민사소송절차에서 기일통지를 받은 증인은 원칙적으로 지정한 일시, 장소에 출석하여야 할 의무를 부담한다. 증인이 정당한 사유 없이 출석하지 않으면 지금까지는 과태료의 제재만을 가했는데, 개정법에서는 과태료의 상한선을 500만원으로 인상함과 동시에 과태료 재판을 받고도 정당한 사유 없이 출석하지 않으면 7일 이내의 감치에 처할 수 있도록 하고 있다(제311조).

개정 민사소송법은 변론준비절차를 통해 쟁점을 명확하게 정리한 후, 변론기일에 증인을 한꺼번에 신문하여 증인상호간의 모순점을 발견함으로써 실체적 진실에 접근하고자 의도하고 있는데, 만일 증인의 출석이 보장되지 않는다면 민사소송절차의 전체 구도가 흔들리게 될 것이다. 이 점을 고려하여, 법 개정 과정에서 소송사건과 직접 관련이 없는 제3자에 불과한 증인에 대해 감치를 인정하는 것은 지나치며 영장주의원칙에 반한다는 비판이 있었음에도 불구하고, 개정법은 집중적인 증거조사를 통한 효율적이며 신속한 소송절차의 운영을 위해, 그리고 정의로운 재판의 실현과 실체적 진실 발견을 위해 감치를 최소한의 필요적 제재라고 보았다. 나아가 증인의무는 재판제도의 적정한 운영이라는 공익적인 목표를 위해 개인에게 부과하는 일반적인 의무이

15) 국제중재절차에서는 특히 서면증언(written statements)이 많이 활용되고 있다. Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 287 ff.

기 때문에 특별한 사유 없이 이 의무를 다하지 않은 경우에는 제재가 가해져야 한다고 판단한 것이다.¹⁶⁾

2. 문서제출의무

민사소송에서 문서제출명령은 상대방이나 제3자가 가지고 있는 문서로서 제출의무가 있는 문서에 대해 그 제출을 명하는 것으로서(제343조), 당사자가 증거를 수집하는 절차 중에서 효과적인 제재를 가할 수 있는 유일한 절차임에도 불구하고 그동안 그 대상범위가 너무 협소하여 실질적인 효과를 거두지 못하였다. 개정법에서는 공해소송이나 대기업을 상대로 한 소송에서 나타나는 증거의 구조적 편재를 시정하기 위하여, 일정한 제외사유에 해당하지 않는 한, 모든 문서에 대해 제출명령이 가능하도록 문서제출명령제도를 확대 강화하였다. 즉, 기존의 문서제출의무를 확대하여 형사소추, 모욕, 직무기밀 등의 증언거절사유와 같은 사유가 있는 경우, 그리고 공무원이 직무상 보관하는 문서를 제외하고는 모든 문서가 문서제출명령의 대상이 되도록 하고 있다(제344조).

나아가 법원은 문서제출명령을 신청하기 위해 필요한 경우, 상대방 당사자에게 관련 문서에 대해 문서정보공개의무를 부과할 수 있다(제346조). 이는 미국의 Discovery제도(증거개시제도, Federal Rules of Civil Procedure §§ 26 - 37)¹⁷⁾와 같은 효과를 기대하며 만들어진 것으로서, 소송당사자로서 문서를 소지하고 있는 경우에만 적용되며, 소송외의 제3자로서 문서를 소지하고 있는 경우에는 해당되지 않는다. 그

16) 민사소송법 개정내용 해설, 196면 이하.

17) Discovery는 상대방 당사자에 대하여 문서, 사진, 녹음테이프 등의 제출을 요구할 수 있는 제도로써, 일반적으로 양당사자의 대리인이 만나서 문서 등을 열람시킨 후 필요한 부분을 복사하게 하는데, 그 제출 여부에 대해 다툼이 있는 경우에는 법원이 재판한다(미국연방민사소송규칙 제26조).

리고 법원의 문서정보공개명령에 응하지 않은 경우, 이에 대한 명시적인 제재는 규정되어 있지 않지만, 적시에 제출되지 않은 공격방어방법으로서 각하하거나 정보제공거부를 변론의 전 취지로 참작하여 불이익을 가할 수 있다.

또한 개정법에서는 프라이버시와 영업비밀 등의 보호를 위해 이와 관련된 문서에 대해서는 비밀심리절차(in camera절차)가 가능하도록 하고 있다. 이에 따라 법원은 문서제출의무가 있는지 여부를 판단하기 위해 필요하다고 인정하는 경우, 문서소지자에게 그 문서를 제시하도록 하며, 다른 당사자의 참여 없이 문서를 열람하여 문서제출의무의 존부를 심리하고, 그 문서를 다른 사람들이 보도록 해서는 안 된다(제 347조).

개정 민사소송법에서 확대 강화된 문서제출명령은 중재절차의 증거조사에서도 유용하게 활용될 수 있다. 우선 중재법에 명시적인 규정은 없지만, 당사자의 합의 등을 통해 중재판정부에게 문서정보제공명령과 문서제출명령권한을 인정하도록 권유한다면, 일방당사자에게 증거가 편재되어 있는 사건에서 적절한 문제해결책으로 작용할 수 있을 것이며, 이로써 중재절차가 보다 효율적으로 운영되어 실제적 진실발견에 근접할 수 있을 것이다. 그리고 in camera절차는 법원의 소송절차에서는 당사자의 절차기본권 보장이라는 점과 관련하여 그 적법성 여부에 논란이 있지만,¹⁸⁾ 중재절차에서는 비공개성이라는 중재절차의 일반적인 특성에 부합하는 것으로서 중재판정부에 의한 증거조사절차에서 충분히 활용될 수 있는 것이다. 특히 기업 등이 법원의 재판보다는 중재를 선호하는 이유 중의 하나가 중재절차에서는 원칙적으로 심리가 비공개로 진행됨으로써 기업의 영업비밀 등이 보호될 수 있다는 점인데,¹⁹⁾ 만일 증거조사에서도 필요한 경우 중재판정부의 재량으로

18) 비밀절차에 대해 독일 연방대법원은 부적법하다고 본 반면(BGH NJW 1992, 1817), 연방노동법원은 그 적법성을 인정하였다(BAG NJW 1993, 612).

19) 비공개성이 중재절차의 신뢰성의 근거가 된다는 견해로는 Lionnet, Handbuch

비밀심리절차가 진행된다면, 비공개 심리라는 중재제도의 장점이 보다 적극적으로 보장된 절차진행이 가능하게 될 것이다.

3. 당사자신문

지금까지 법원의 소송절차에서 당사자신문은 소송결과에 가장 이해관계가 깊은 사람의 진술이라는 점 때문에 신뢰성을 인정받지 못하여 보충적인 증거방법으로서의 의미를 가졌을 뿐이었다. 즉, 당사자신문은 다른 증거방법에 대한 조사를 마친 후 그래도 심증을 형성하지 못한 경우에 한하여 사용할 수 있었다(소위 당사자신문의 보충성). 그런데 당사자 본인은 소송의 결과에 가장 깊은 이해관계를 가지고 있는 사람이기도 하지만, 다른 한편으로는 사실관계를 가장 잘 알고 있는 사람이기도 하다. 그러므로 경우에 따라서는 다른 증거조사에 앞서 당사자 본인의 진술을 듣는 것이 정확하게 사실관계를 파악하고 소송을 원활하고 신속하게 진행하여 실체적 진실을 확보하는 데 큰 도움이 될 수 있다. 이 점을 고려하여 개정법에서는 당사자신문의 보충성을 폐지하고, 소송의 어느 단계에서든 당사자신문이 가능하도록 하였다(제367조).

그리고 개정법은 당사자신문 전에 반드시 당사자를 선서하도록 하고 있다. 구법에서 당사자선서는 재판장의 임의적 판단사항이었다. 또한 선서한 당사자의 거짓진술에 대해서는 과태료의 상한선을 500만원으로 증액하여(제370조) 당사자신문이 보다 적극적으로 활용될 수 있도록 하고 있다.

4. 새로운 증거방법

지금까지 민사소송법에서는 전통적인 증거방법인 증인, 감정인, 서증, 검증, 당사자신문과 준문서의 증거조사방법에 대해서만 규정하고 있었을 뿐, 새로운 증거방법의 조사에 대해서는 명시적인 규정을 두고 있지 않았다. 그런데 과학기술의 급격한 발달에 따라 녹음테이프나 전자기록매체 등이 소송에서 새로운 증거방법으로 빈번하게 등장하자, 그 증거조사절차와 방법에 대한 통일적인 규율의 필요성이 커지게 되었다. 이에 개정법에서는 새로운 증거방법의 증거조사에 관한 사항을 대법원규칙으로 정할 수 있도록 하고 있다. 개정법 제374조에 따르면, 도면, 사진 등 기존의 준문서, 녹음테이프, 비디오테이프, 컴퓨터용 자기디스크, 그 밖의 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사방법은 감정, 서증, 검증 등 기존의 증거조사방법에 준하여 대법원규칙으로 정할 수 있다. 이처럼 새로운 증거방법에 대해 대법원규칙으로 정하도록 한 것은 과학기술의 발달로 매년 새로운 증거방법이 등장할 때마다 탄력적으로 대응할 수 있도록 하기 위한 것이며, 또한 일일이 법률로 규정함으로써 생기는 번거로움과 복잡함을 피하고자 한 것이다.

새로운 증거방법에 대한 대법원규칙에 의하면, 자기디스크 등에 기억된 문자정보를 증거자료로 제출하는 경우에는 그 문자정보를 읽을 수 있도록 출력한 문서를 제출하는 방법으로 증거조사를 할 수 있다(대법원규칙 제120조 제1항). 출력문서는 기계적으로 정확하게 저장된 자료를 서면화한 것으로서 비교적 정확성이 담보될 수 있다고 보기 때문이다. 이 경우, 증거방법은 자기디스크 등으로서 출력문서 자체를 서증으로 제출하는 것과는 구분된다.

그리고 녹음테이프나 광디스크 등 음성이나 영상을 녹음 또는 녹화하여 재생할 수 있는 매체의 경우, 녹음테이프 등을 재생하여 검증하는 방법으로 증거조사가 행해진다(대법원규칙 제121조). 녹음테이프 등의 증거조사에 대해서는 서증의 방식에 의하여야 한다는 견해가 있기도 하지만, 판례²⁰⁾나 다수설은 검증의 입장에서 서 있다. 한편 실무상

으로는 서증의 증거능력에 관하여 특별한 제한이 없는 한, 녹음테이프 등의 녹취서만을 서증으로 제출하는 것도 가능하다.

첨단기술을 이용한 새로운 증거방법은 중재절차에서도 적극적으로 이용되어야 한다. 특히 국제중재처럼 변론기일이나 증거조사기일에 당사자나 증인의 출석이 쉽지 않은 경우에는 원격영상이나 전자기록매체 등을 이용하여 당사자신문이나 증인신문이 행해진다면 증거조사의 효율성을 높일 수 있을 것이다. 따라서 앞으로 중재절차에서도 새로운 증거방법의 증거조사에 관해 규정하고 있는 민사소송법과 대법원규칙의 내용들을 주목하여 새로운 증거방법의 적극적인 활용을 도모하여야 할 것이다.

V. 판결 외의 소송종료사유

1. 서면에 의한 화해 등 의사표시

개정 민사소송법은 당사자가 답변서나 기타 준비서면에 청구의 포기, 인낙 또는 화해의 의사표시를 기재하여 공증사무소의 인증을 받아 제출하면, 당사자가 변론기일에 출석하지 않더라도 그 준비서면 등을 진술한 것으로 간주하여 청구의 포기나 인낙이 성립한 것으로 보고 있다(제148조). 또한 화해의 경우에도 출석한 상대방 당사자가 준비서면 등에 기재된 당사자의 화해의 의사표시를 받아들인 때에는 같은 취지의 화해가 성립한 것으로 보고 있다.

이러한 개정법의 태도는 청구의 포기나 인낙, 화해를 위해 반드시 당사자 본인의 출석을 필요로 하였던 구법과는 달리, 서면에 의해서도 얼마든지 가능하도록 함으로써 법정출석에 대한 당사자의 부담을 줄

20) 대법원 1999.5.25 선고, 99다1789 판결.

여 법원의 판결에 의해서가 아니라 당사자의 자발적인 의사에 의해 소송이 종료되는 것을 촉진시키려는 것이다. 다만, 청구의 포기, 인낙, 화해 등은 소송의 결과에 매우 중요한 영향을 미치는 의사표시이므로 당사자의 의사의 진정성을 확보하기 위해 공증을 요구하고 있다.

중재절차에서도 당사자들은 중재판정 전에 화해에 의해 중재절차를 종료시킬 수 있으며(중재법 제31조), 청구의 포기나 인낙을 할 수 있다.²¹⁾ 중재법은 이러한 의사를 표시한 서면에 대해 공증 등의 특별한 형식을 요구하고 있지 않다. 다만, 청구의 포기나 인낙, 화해가 일반적으로 분쟁해결절차에서 가지는 의미를 고려해 볼 때, 중재판정부는 당사자의 의사의 진정성을 확인하는 데 보다 세심한 주의를 기울여야 할 것이다.

당사자의 의사에 의한 절차종료사유 가운데 중재절차에서 문제가 되는 것은 청구의 포기나 인낙이다. 화해에 의해 중재절차가 종료되는 경우에는 중재법 제31조에 따라 당사자의 요청이 있으면 화해내용이 중재판정의 형식으로 기재되며, 화해중재판정은 본안에 관한 중재판정과 동일한 지위와 효력을 가진다. 그런데 이러한 화해의 경우에는 달리, 청구 포기나 인낙의 경우에는 어떠한 형식으로 분쟁이 해결되는 것인지 중재법의 내용으로는 명확하지 않다. 물론 중재절차종료사유를 규정하고 있는 중재법 제33조 제2항을 준용하여, 신청인이 청구를 포기하거나 피신청인이 신청인의 청구를 인낙한 때에는 더 이상 중재절차를 속행하는 것이 불필요한 경우로 보아 중재판정부가 중재절차의 종료를 결정할 수 있다.²²⁾ 그런데 중재판정부의 중재절차 종료결정만으로는 청구 인낙으로 승소한 당사자는 그 집행을 추진할 수 없다. 중재판정부의 종료결정에 대해서는 중재판정의 승인과 집행에 관한

21) Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit, S. 373.

22) 중재법 제33조 제2항 제1호에서 규정하고 있는 중재절차의 종료사유인 “신청인이 중재신청을 철회한 경우”는 민사소송절차에서 소의 취하에 해당하는 것이기 때문에 청구 포기는 제3호의 사유에 해당될 것이다.

규정(중재법 제37조)이 적용될 수 없기 때문이다. 법원에서 집행판결을 받을 수 있는 대상은 중재판정에 한정되어 있다.²³⁾ 그리고 청구 포기의 경우에도 중재절차의 종료결정만으로는 기판력이 발생하지 않아 동일한 사건에 대해 다시 다투어질 위험이 있다. 그러므로 청구의 포기나 인낙으로 중재절차가 끝나는 경우에도 화해중재판정에 관한 중재법 제31조를 준용하여, 당사자의 신청이 있는 경우에는 중재판정의 형식으로 포기나 인낙의 취지를 기재하도록 하여야 할 것이다.

2. 화해권고결정

개정법은 법원의 재판에 의한 일도양단적인 분쟁해결방법 대신 당사자간의 합의에 기초한 분쟁해결방법을 장려하기 위하여 8개의 조문(제225조 내지 제232조)을 신설하여 화해권고결정에 관해 비교적 상세히 규정하고 있다.

법원, 수명법관 또는 수탁판사는 소송의 정도에 불문하고 변론절차에서 화해권고결정을 내릴 수 있으며(제225조), 양당사자가 화해권고결정이 기재된 조서나 결정정본을 송달받고 2주 이내에 이의를 신청하지 않으면 재판상 화해가 성립된 것으로 본다(제231조). 구법에서는 화해를 권고하기 위해서는 민사조정법에 따라 조정회부결정을 내린 다음, 조정기일에 조정이 성립되지 않으면 그 때 비로소 조정에 갈음하는 형태로 법적 구속력이 있는 화해를 권고할 수 있었다. 그런데 개정법에서는 굳이 복잡한 조정회부절차를 거칠 필요 없이 소송절차 내에서 바로 화해권고결정을 내릴 수 있도록 하고 있으며, 대신 당사자에 대해서는 그 결정에 대해 자유롭게 불복할 수 있는 길을 열어 두고 있다(제226조 이하). 다만, 당사자가 이의를 신청하지 않으면 조정에 갈음하는 결정이 확정된 경우와 같은 효력이 인정된다.²⁴⁾

23) 목영준, 상사중재법론, 162면.

이러한 개정법의 화해권고결정제도에 대해서는 법원이 사실상 권위적으로 화해를 강제함으로써 당사자의 재판받을 권리를 침해한다는 비판이 없는 것도 아니지만,²⁵⁾ 법원이 화해에 의한 분쟁해결을 권유하면서 단순히 말로써 하는 것보다는 결정의 형식으로 하는 것이 화해 성립에 보다 긍정적으로 기여할 것이라는 점, 그리고 당사자에게 이익권이 보장되어 있어 언제든지 소송에 복귀하여 재판받을 수 있으므로 당사자의 재판받을 권리를 침해하는 것은 아니라는 점을 근거로 화해권고결정제도가 새로 도입된 것이다.

당사자의 사적 자치에 근거한 자발적인 합의에 의한 분쟁해결은 어떠한 형태의 분쟁해결절차에서도 당연히 추구하고 권장되어야 할 바람직한 해결방안이다. 중재절차에서도 마찬가지인데, 중재판정 외에 당사자의 합의에 의해 분쟁이 해결될 수 있다면 이는 옳는 것보다는 옳는 것이 더 많은 바람직한 분쟁해결방안이 될 것이다. 따라서 중재절차에서도 중재판정부는 당사자의 합의를 이끌어 내기 위해 많은 노력을 기울여야 한다. 중재법 역시 이러한 점을 고려하여 화해에 의한 중재절차의 종료를 권장하기 위해 화해중재판정을 명시적으로 규정하고 있다(중재법 제31조). 이에 따라 중재판정부는 중재절차 진행 중에 당사자들이 합의를 한 경우에는 중재절차를 종료하며, 그 내용을 중재판정의 형식으로 기재할 수 있으며, 이렇게 성립된 화해중재판정은 중재판정과 동일한 효력을 가진다.

이처럼 중재절차에서도 합의에 의한 분쟁해결은 큰 의미를 가지지만, 다른 한편에서 볼 때 중재제도는 법원의 재판과는 달리 그 성립부터 당사자의 합의에 기초하고 있다. 따라서 중재에서는 법원의 화해권고결정과 같은 구속력 있는 화해권고안 보다는 중재절차의 어느 단계에서든지 당사자의 합의가 자연스럽게 도출될 수 있도록 중재판정

24) 화해권고결정에 대해서도 재심사유에 관한 규정이 적용된다고 본 최근 판례로는 서울고법 2004. 4. 22. 선고 2003재나660 판결.

25) 민사소송법 개정내용 해설, 125면.

부가 당사자와의 적극적인 대화 등 다양한 방법으로 화해 성립을 위해 노력하는 것이 보다 중재의 본질에 상응하는 것일 것이다.

VI. 변경의 소

1. 개정법의 의의와 내용

개정 민사소송법은 제252조에서 독일 민사소송법(ZPO) 제323조(Abänderungsklage)를 모델로 하여 “정기금 판결에 대한 변경의 소”를 신설하여 규정하고 있다. 이미 발생한 또는 장래 계속적으로 발생할 손해에 대해 정기금의 배상을 명하는 판결이 확정된 후, 그 판결의 기초가 되었던 사실관계가 현저하게 변경되어 당초의 판결을 그대로 유지하는 것이 매우 불합리한 경우에는 정기금 지급을 명한 판결에 대해 변경의 소를 제기할 수 있다.

정기금 지급청구소송에서 법원은 장래에 비로소 이행기가 도래하는 급부를 포함한 하나의 청구권에 대해 재판하는 것²⁶⁾이므로 판결의 확정력은 장래에까지 미친다. 그리고 판결의 기판력은 장래 사실에 대한 법관의 예상까지 - 그 예상이 정확한지 여부를 불문하고 - 포함하기 때문에 원칙적으로 당사자는 판결의 기판력에 의해 사후의 사정변경을 주장할 수 없게 된다. 그런데 이를 엄격하게 적용하여 사후의 사정변경을 전혀 고려하지 않게 된다면 실제적 정의에 반하는 바람직하지 못한 결과가 초래될 수 있을 뿐 아니라, 당사자 사이의 형평을 고려할 때 공정하지 못한 결과가 나올 수 있다. 그러므로 사후에 사정이 본질적으로 바뀐 경우에는 그 변화된 사정을 주장할 수 있는 가능

26) BGH NJW 1982, 259; BGH FamRZ 1987, 368; Stein-Jonas-Leipold, § 323 Rdnr. 1.

성이 열려있어야 하는데, 그것이 바로 변경의 소이다.

일반적으로 변경의 소는 민법상 사정변경의 원칙(*clausula rebus sic stantibus*)이 민사소송절차에 표현된 제도라고 한다.²⁷⁾ 정기금 판결의 경우, 법원은 장래의 이행의무에 대해 이미 종결된 사실관계를 기초로 하여 판단하는 것이 아니라 장래의 사실에 대한 예상(*Prognose*)을 바탕으로 판단하게 된다. 그런데 실제의 상황이 법원의 예상과는 전혀 다르게 진행된 경우에, 예견대 사정이 바뀌었거나 또는 예상과는 달리 사정이 바뀌지 않은 경우에 실체적 정의의 요청에 따라 관련당사자는 변화된 사정을 주장할 수 있어야 하는 것이다.

사정변경을 이유로 종전 판결을 변경할 수 있느냐에 대해 우리 대법원은 1993년 12월 21일 전원합의체 판결(92다46226)에서 종전의 입장을 바꾸어 이를 허용하였다. 이 판결 전까지 대법원은 확정판결의 기판력이 후소에 미친다는 이유로 사정변경에 의한 종전판결의 변경을 허용하지 않았는데,²⁸⁾ 위 판결에서 장래에 대한 이행판결이 행해진 후 발생한 사정변경을 이유로 종전판결의 변경을 구하는 것을 허용하였다. 이 판결은 장래의 임료상당의 부당이득금 지급을 명한 판결이 확정된 후 그 임료가 9배 가까이 상승하자 전소의 원고가 그 차액을 추가로 청구한 사건에 관한 것이었다. 여기서 대법원은 전소의 청구를 명시적 일부청구로 보아 전소판결의 기판력이 그 차액 부분에는 미치지 않는다고 보고 변경판결을 허용하였는데, 이에 대한 논란이 거세지자²⁹⁾ 해석론에 의하기 보다는 독일처럼 입법적으로 이 문제를 해결하는 것이 바람직하다고 판단하여 개정법에서 변경의 소를 명시적

27) BGH NJW 1979, 1656.

28) 대법원 1971.4.30 선고, 71다430 판결.

29) 위 대법원 판결에 대해서는 다음과 같은 비판이 행해졌다. 우선 전소에서의 청구가 일부청구가 아니며, 경제사정이 반대로 변동하는 경우에는 오히려 전소가 초과청구가 된다는 점, 그리고 전소에서 청구의 일부가 기각된 경우라면 후소에서 오히려 그 기각부분을 다시 인용하는 결과가 되며, 나아가 전소와 후소의 소송물이 다르다고 하는데 그 구분기준이 명확하지 않다는 것이다.

으로 규정하기에 이른 것이다.

변경의 소에 대해서는 그 본질, 소송물 등과 관련하여 많은 논란이 있는데, 판례와 다수설³⁰⁾의 입장은 변경의 소는 확정판결을 그 대상으로 하며, 재심처럼 확정판결의 효력을 제거하는 특별한 권리구제 수단으로서 전 소송의 소송물과 동일한 소송물을 가지는 것으로 보고 있다.

2. 중재판정에 대한 변경의 소

중재절차에서도 장래에 이행기가 도래하는 청구권을 포함한 청구에 대해 장래의 예상을 전제로 중재판정이 행해질 수 있다. 예컨대 입금이나 이자 등에 대해 정기금 방식으로 그 지급을 명하는 중재판정이 행해질 수 있을 것이다. 그런데 이 경우, 중재판정부의 예상과는 달리 중재판정이 내려진 후 현저한 사정변경이 생긴 때에는 어떻게 하는 것이 당사자의 효율적인 권리보호에 바람직한 것인지 하는 문제가 생기게 된다. 사후의 사정변경을 이유로 중재판정의 변경을 구하는 것은 기판력에 저촉되는 것으로 보아 금지시킬 것인지, 아니면 기판력의 적용배제라는 예외를 인정하여 변경청구를 허용할 것인지 하는 문제인 것이다. 그리고 변경청구를 허용하는 경우에도 변경청구에 대해 새로운 중재합의가 행해져야 하는지, 아니면 변경청구에 대해서는 별도의 새로운 중재합의 없이 기존의 중재합의에 기초하여 중재절차가 진행될 수 있는 것인지의 문제도 있다.

(1) 적법성

우선 중재판정에 대해 개정 민사소송법 제252조를 준용하여 변경청

30) 이시윤, 신민사소송법, 533면; 이호원, 민사소송, 제7권 제1호, 138면 등. 반대 견해로는 호문혁, 민사소송법, 605면.

구를 허용할 것인지 하는 문제는 확정된 중재판정에 기판력이 인정되는지와 직접적으로 연관되어 있다. 제252조 변경의 소는 독일과는 달리 확정된, 즉 기판력이 발생하는 판결만을 그 대상으로 하고 있기 때문이다. 일반적으로 확정된 판결에 대해서는 동일한 당사자가 그 소송물에 대해 다시 다툴 수 없는 기판력이 발생한다. 그런데 중재판정의 경우, 형식적으로 확정된 중재판정에 대해 기판력이 발생하느냐에 대해서는 명확하지 않다.

우리 중재법에서는 중재판정은 당사자간에는 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다고만 규정하고 있을 뿐(중재법 제35조), 그것이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해서는 분명하게 밝히고 있지 않다. 영미법계에서는 이 문제를 금반언의 원칙을 이용한 기판력의 항변(plea of res judicata)으로 해결하여, 중재판정이 확정되면 당사자는 새로운 중재절차나 소송절차에서 중재판정의 내용과 모순 되도록 중재판정에서 결정한 소인(cause of action)의 존재나 부존재를 주장할 수 없도록 하고 있다. 독일 등 대륙법계에서는 우리와 마찬가지로 중재판정에 대해 확정판결과 동일한 효력을 인정하는 법규정을 가지고 있을 뿐이다.

살펴보건대, 중재가 법원의 재판을 대체하는 분쟁해결방안으로서 자리 잡기 위해서는 중재판정에 대해서도 기판력을 인정하여 중재판정의 대상이 된 소송물에 대해서는 새로운 중재절차나 소송절차에서 다시 다툴 수 없도록 하여야 한다. 물론 중재판정에 법원의 확정판결과 같은 기판력이 인정된다 하더라도 양자를 완전히 동일한 것으로 볼 수는 없다. 우선 확정판결의 기판력은 법원이 직권으로 조사하여야 하는 반면, 중재판정의 존재는 항변사항이다. 중재판정은 법원의 확정판결과는 달리 공권력에 기초하여 행해진 것이 아니라 당사자의 합의에 기초하고 있기 때문이다.³¹⁾ 다만, 법원에 의해 승인 집행판결을 받은

31) BGHZ 41, 107; Schwab/Gottwald, Schiedsgerichtsbarkeit, § 21. 반대 견해로는 Bosch, Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren, S. 63 ff.

중재판정의 경우는 직권으로 조사하여야 한다. 그리고 확정판결은 원칙적으로 재심의 소에 의하지 않고는 변경될 수 없는 반면, 중재판정은 중재판정 취소의 소를 통해 변경될 수 있다. 나아가 확정판결은 바로 강제집행이 가능하지만 중재판정은 법원에 의해 집행판결을 받아야 한다.

이처럼 중재판정과 확정판결의 기판력을 반드시 동일한 것으로 볼 수는 없다 하더라도, 중재판정에 일반적인 의미의 기판력을 인정한다면, 확정판결만을 그 대상으로 하고 있는 변경의 소의 적용범위 속에는 당연히 중재판정도 포함된다. 중재판정에 대해 변경의 소를 인정한다면, 이는 원칙적으로 단심으로 끝나 중재판정 취소의 소를 제외하고는 다른 특별한 구제수단이 없는 중재제도의 미비점을 보완하는 역할을 하게 될 것이다.

(2) 절차

중재판정에 변경청구를 인정하는 경우에는 변경청구의 판단을 위해 새로운 중재합의가 필요한지 하는 문제가 생긴다. 다수 견해처럼 변경의 소의 본질을 재심과 유사한 것으로 보아 변경청구의 소송물을 종전 판결의 소송물과 동일하다고 본다면, 중재판정의 변경청구에 대해서는 별도의 새로운 중재합의 없이 절차진행이 가능하다고 볼 수 있을 것이다. 다만, 변경의 소는 독립된 별도의 절차이기 때문에 종전의 중재판정을 선고한 중재판정부가 자동적으로 변경청구에 대한 판단권을 가지는 것은 아니다. 변경청구의 판단을 위해서는 새로운 중재판정부가 형성되어야 한다.

그리고 중재판정부는 구술변론 종결 후에 현저한 사정변경이 발생한 경우에 종전 중재판정의 내용을 변경할 수 있는데, 변경은 신청 이후의 시점에 대해서 적용된다. 변경시점에 대해서는 우리 민사소송법에 명문규정은 없지만, 제252조에서“.....장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는.....”이라고 표현하고 있으므로 소급하여 증감된 정기금

의 지급을 명할 수는 없다. 나아가 변경의 소는 장래의 정기적 급부를 명한 판결에 대한 것이므로 그러한 판결의 기판력으로부터 변경시점은 변경신청 이후라고 보는 것이 타당할 것이다. 만일 구술변론 없이 중재절차가 진행된 경우에는 마지막으로 진행된 서면제출기간이 변경청구의 기준시점이 될 것이다.

Ⅶ. 마치며

중재제도는 민사소송과 마찬가지로 당사자들 사이의 분쟁을 해결하는 절차이지만, 중재제도의 활성화를 위해서는 엄격한 절차진행방식에 따르는 민사소송법의 영향으로부터 벗어나 가능한 한 자유롭고, 복잡한 형식에 얽매이지 않은 절차운영을 하는 것이 바람직하다는 것이 일반적인 견해이다. 이는 타당한 얘기이다. 만일 중재가 소송절차와 동일하거나 유사한 내용과 방식으로 진행된다면, 굳이 법원의 판결을 대신하여 중재판정으로 분쟁을 해결할 필요가 없을 것이다. 중재는 법원의 소송 보다 자율적이며 전문적으로 그리고 자유롭고 비공개적으로 진행된다는 데 매력에 있다. 그리하여 중재에서는 절차진행의 내용과 방식에 대해 당사자의 합의가 가장 우선적인 기준이 되고, 중재법의 규정은 특별한 경우를 제외하고는 당사자의 합의를 보완하는 역할에 그칠 뿐이다.

이처럼 중재와 소송은 분쟁해결이라는 목표에 있어서는 동일하지만, 그 목표에 이르는 길은 서로 다르게 진행된다. 그렇다하더라도 중재나 소송 모두 분쟁을 해결하는 절차에 관한 것이라는 점에는 변함이 없다. 중재절차가 소송절차에 비해 아무리 자율적이며 자유롭게 전개된다 하더라도 절차진행의 기본규칙은 지켜져야 한다. 만일 이를 무시하고 중재절차가 전적으로 당사자나 중재판정부의 의사에 따라 임의적으로 진행된다면, 이로부터 나온 결과물인 중재판정에 대해서는 법원

의 판결에 상응하는 신뢰를 부여하기 어려울 것이다. 중재판정이 진정한 의미에서 판결의 대용물로 자리 잡기 위해서는 중재절차에서도 절차적 기본권은 지켜져야 한다. 중재절차가 지나치게 임의로 진행되지 않고 절차적 기본권을 지키면서 자유롭게 진행되어 공정한 중재판정이라는 결과물이 나올 수 있도록 하기 위해서는 어느 정도 절차규칙이 필요하다. 물론 이를 위해 중재법의 규정이 존재하고 있다. 중재절차의 진행 등에 대해 당사자의 합의가 없는 경우 중재판정부는 중재법에 따라 절차를 진행하는 것이다. 그런데 만일 중재법에도 규정이 없는 경우에 중재판정부는 무엇을 기준으로 삼아 절차를 진행시킬 것인가. 이 때 중재판정부가 참고하여야 하고, 또 할 수 있는 것은 역시 같은 분쟁해결절차를 규정하고 있는 민사소송법이 될 것이다. 특히 중재판정부의 내재적 한계로 인해 법원의 협조가 필요한 경우에는 민사소송법의 규정 내용이 중재절차에 큰 영향을 미치게 된다. 그러므로 중재에서도 법원의 소송절차에 기준이 되는 민사소송법의 규정 내용을 정확하게 인식하는 것은 중재제도의 지속적인 발전을 위해서 필요한 일이다.

이러한 의미에서 소송절차의 촉진과 집중적인 심리를 위해 이번에 행해진 민사소송법의 개정 내용은 중재제도에서도 많은 관심을 가지고 살펴보아야 할 부분이다. 특히 다수당사자의 분쟁관계, 변론의 준비제도 강화와 적시제출주의의 도입, 증인신문과 문서제출명령 및 새로운 증거방법에 대한 규정 그리고 변경의 소 등은 중재절차에서도 충분히 활용될 수 있는 내용이다. 이들을 적절하게 활용하여 중재절차를 진행한다면 중재제도의 효율성을 보다 높일 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

- 김명엽 다수당사자중재의 문제점에 관한 고찰, 중재연구, 제13권 제1호, 2003, 208면 이하.
- 목영준 상사중재법론, 박영사, 2000.
- 이강빈 다수당사자중재에 있어서 절차병합과 중재인 선정, 중재학회지, 제8권, 1998, 35면 이하.
- 이시윤 신민사소송법, 박영사, 2002.
- 이호원 정기판결에 대한 변경의 소, 민사소송, 제7권 제1호, 134면 이하.
- 호문혁 민사소송법, 법문사, 2002.
- 민사소송법 개정내용 해설, 법원행정처, 2002.
- 민사재판 운영실무, 법원행정처, 2002.
- Bosch Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren, 1991.
- Lachmann Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., 2002.
- Lionnet Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 2001.
- Loritz Probleme der Rechtskraft von Schiedssprüchen im deutschen Zivilprozessrecht, ZZP 105(1992), 1 ff.
- Stein-Jonas-Leipold Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1994.

Zusammenfassung

Reform der Zivilprozessordnung und das Schiedsverfahren

Sun-Ju Jeong

Die staatliche Gerichtsbarkeit und die Schiedsgerichtsbarkeit haben es gemeinsam, dass sie eine Institution der Entscheidung von privatrechtlichen Streitigkeiten sind und dass ihre Entscheidungen auf ein rechtmässiges Verfahren beruhen müssen. Auf der anderen Seite aber unterscheiden sich die beiden Institutionen wesentlich dadurch, dass die Schiedsgerichtsbarkeit auf einer rechtsgeschäftlichen Parteihandlung, nämlich einer Schiedsvereinbarung beruht, während das Prozessverfahren vor den staatlichen Gerichten seine Legitimation in der Staatshoheit hat. Wegen der vertraglichen Basis der Schiedsgerichtsbarkeit können die Parteien in der Schiedsgerichtsbarkeit über das Verfahren verfügen, und beim Fehlen der Parteivereinbarung führt das Schiedsgericht nach freiem Ermessen das Verfahren durch.

Damit das Schiedsverfahren nicht zu einem quasi-Konventionalprozess wird und die Garantie der rechtsstaatlichen Prinzipien nicht ausser acht gelassen wird und ein geordnetes Schiedsverfahren zu gewährleisten ist, braucht das Schiedsgericht einen Massstab seines Ermessens. Die Regelungen der Zivilprozessordnung sind dabei in erster Linie in Erwägung zu ziehen, weil sie sich auf die rechtmässige Erledigung der Streitigkeiten richten. Die Zivilprozessordnung hat nicht zuletzt einen grossen Einfluss auf das Schiedsverfahren, sei es durch die Ausübung der Zwangsgewalt des staatlichen Gerichts bei der Beweisaufnahme oder

sei es durch das Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren des Schiedsspruchs.

Obwohl der Zivilprozess und das Schiedsverfahren sich im wesentlichen unterscheiden lassen, sind sie miteinander eng verbunden. Die staatlichen Gerichte haben nicht nur die Pflicht, im Wege der Aufhebungsklage und des Vollstreckbarerklärungsverfahrens die Schiedsgerichtsbarkeit zu kontrollieren, sondern auch die Aufgabe, bei der Entscheidung des Schiedsgerichts mitzuwirken. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist vor allem bei der Beweisaufnahme auf die Mitwirkung des staatlichen Gerichts angewiesen. Das ergibt sich aus dem Gewaltmonopol des Staates. Bei der Mitwirkung des staatlichen Gerichts spielt die Zivilprozessordnung eine entscheidende Rolle, weil das Gericht die Beweisaufnahme nach der Zivilprozessordnung durchzuführen hat.

Für die Änderung der Zivilprozessordnung im Jahr 2002 muss man daher auch in der Schiedsgerichtsbarkeit Aufmerksamkeit zeigen. Vor allem lassen sich die eventuelle, alternative subjektive Klagenhäufung, die Rechtzeitigkeit des Vorbringens, die Stärkung der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, der Zeugenbeweis und die Vorlegungspflicht der Urkunden sowie die Abänderungsklage auch auf das Schiedsverfahren anwenden und damit kann man die Effektivität des Schiedsverfahrens vertiefen und erhöhen.

Key Word : Reform der Zivilprozessordnung, die Mehrheit von Parteien, Rechtzeitigkeit des Vorbringens, Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, Schiedsspruch, Zeugenbeweis, Vorlegungspflicht der Urkunden, discovery, Abänderungsklage, Schiedsvergleich.