

일본의 소송 전 증거조사제도 도입방향

I. 서론

1. 변론의 준비와 집중

민사소송법은 민사소송 심리의 기본원칙으로 구술주의와 직접주의를 채택하고 있다. 따라서 법원은 당사자가 재판부의 면전에서 말로 하는 변론을 기초로 심리·판결하여야 한다. 그러나 당사자가 갑자기 변론에서 말로 진술하는 경우 상대방과 법원은 응답과 소송지휘에 어려움을 겪게 되고 이로 인하여 소송의 번잡과 지연을 초래하게 된다. 이를 대비하기 위해 당사자로 하여금 자기가 제출하려는 공격방어방법을 변론기일 전에 서면으로 작성하여 법원에 제출하도록 하고 그 부분을 상대방에게 송달하도록 하는 제도를 고안하게 되었는데, 이것이 준비서면 제도이다.

또한 구술주의와 직접주의의 요청을 효율적으로 실천하려면 변론에 앞서 주장과 증거

를 정리할 필요가 있는 경우가 있고, 이러한 요구에 따라 마련된 절차가 변론준비절차이다.

우리 민사소송법에서 준비서면 제도와 변론준비절차를 채택한 것은 변론이 효율적이고 집중적으로 실시되도록 하는 데 그 목적이 있다.¹⁾

2. 우리나라의 집중심리

우리 민사소송법은 “변론은 집중되어야 하며”(본조 제1항 전단)라고 하여 집중심리주의를 선언하고 있다. 이 조항은 1990년 민사소송법 개정 시 신설된 것으로 집중심리주의는 변론 및 변론준비절차와 밀접한 관련을 가진다는 점에서 이를 함께 규정하였다.

민사소송법은 변론준비절차를 대폭 보완하는 등 집중심리주의가 실질적으로 구현될 수 있도록 하였다. 이러한 심리방식의 변화는 선진 각국의 민사소송절차에 관한 입법례와도 그 경향을 같이 하는 것이다.²⁾

1) 김능환, 주석민사소송법 7판, 한국사법행정학회, 2012, 440면.

2) 집중심리방식에 따르는 외국의 예는 미국의 공판전 증거개시절차(Pre-trial discovery)와 이를 대륙법상의 절차에 맞도록 수정한 독일의 슈투트가르트 모델(Stuttgarter Model), 그리고 일본의 변론 겸 화해 및 계획심리가 있다. 손상현/박익환, 민사소송법, 박영사, 2014, 305면.

3. 소송본안 심리 전 단계에서 집중절차

우리의 집중심리방식은 소송 초기에 사건을 분류하여 차별화된 사건관리를 하는 것에 의하여 구현된다. 재판장은 자신이 맡고 있는 재판의 주재자로서, 사건 전체를 장악하여 개개의 사건별로 심리 및 처리 방향을 정하여야 한다. 즉, 조기에 변론기일을 지정할 사건, 쟁점정리 및 심리계획 수립을 위한 준비절차가 필요한 사건 등으로 분류하여 그 사건에 맞는 차별화된 심리방식을 선택하여야 한다. 그러나 이러한 절차는 소송이 제기되고 본안심리를 앞두고 있는 절차상 제도이다

일본 신민사소송법은 소제기전 조회(일본 민사소송법 제132조의2, 이하 일본 민소법이라 한다) 그리고 소제기전 증거수집처분(일본 민소법 제132조의4) 규정을 신설하였다. 당사자가 소제기 전에 사실이나 증거를 수집하고 사실 등에 관한 인식을 교환하는 것은 적정하고 신속한 본안의 심리를 하는데 도움이 되기 때문이다.

우리도 소송 전 증거조사 제도에 대한 도입이 집중심리에 도움이 될 수 있는지 여부에 대하여 이를 구체적으로 소개하고, 특히 실무적 절차로 검토되고 있기에 도입에 대한 방향을 모색할 필요가 있다고 할 것이다.

II. 일본에서의 소송 전 증거조사 제도

1. 의의

원고는 소송의 제기를 하기 전에 제소 후에 주장하는 사실 및 제출하는 증거를 미리 수집 또는 확인하고, 승소의 전망을 확인한 이후에 소송을 제기해야 할 것인가 아닌가를 결정할 수 있다면 합리적이라 할 것이다. 변호사 등이 원고에게서 소송수행을 수임할 경우에는, 자신은 사실 관계를 직접 파악하고 있는 것은 아니어서, 이러한 자료(사실과 증거)의 수집이라고 하는 확인절차의 기회가 특히 중요하다. 이하에서는 현행 일본 민사소송법에 따른 변호사에 의한 자료수집에 대해서 검토하고자 한다.

2. 변호사의 소송 전 자료수집

제소 전의 자료수집의 방법위임을 받은 변호사는 우선 의뢰자의 이야기를 듣고, 의뢰자가 미리 준비한 자료를 받는다. 그것들을 점검하고, 의뢰자 본인 혹은 관계자(특히, 의뢰자가 법인일 경우에는 사건에 직접 관계된 종업원 등)를 면담해서 사실 관계에 대한 질문을 하고, 사실을 추가한다. 필요에 따라 그것을 진술서의 형식으로 혹은 의뢰자 등에 보고서를 작성하게 하게 된다. 사회적으로 허용되는 커뮤니케이션의 범위 내에서 변호사가 의뢰자와 친밀한 관계에 서지 않는 사람에 대하여 질문하는 것도 물론 할 수 있다. 그러나 그 제3자가 회답을 거절할

경우에도 그 사람에게서 정보를 얻으려고 한다면, 통상의 커뮤니케이션 범위 외의 수단을 이용하게 되는데, 실정법에 의해 인정을 받고 있는 정보청구권으로서 예를 들면 다음과 같은 것이 있다.

(1) 실정법상 정보공개제도

개인은 개인정보취급사업자에 대하여 자기에 관한 개인정보를 보유하고 있을 것인가 여부 및 보유하고 있을 경우에는 그 내용을 공개하는 것을 요구할 수 있다(일본 개인정보보호법 제25조). 불특정인에 의해 수신되는 것을 목적으로 하는 전기통신의 송신에 의한 정보의 유통에 의해 권리가 침해된 사람은 발신자에 관한 정보가 손해배상 청구권의 행사를 위해서 필요한 경우 기타 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우, 전기통신역무제공자에 대하여 발신자에 관한 정보의 공개를 요구할 수 있다(프라이버시 책임법 제4조 제1항). 공유물이 분할되었을 경우에 각 분할자는 분할된 물건에 관한 증서를 보존하는 사람에 대하여 그 사용을 청구할 수 있다(일본 민법 제262조 제4항). 회사의 주주 및 채권자는 회사에 대하여 주주명부의 열람을 청구할 수 있다(일본 회사법 제125조). 해태에 대하여는 과료의 제재가 부과 된다(동법 제976조 8호).

실정법에 의해 명시적으로 인정을 받고 있는 것은 아니지만, 해석론으로서 주장이 되고 있다. 피해자에게는 가해자가 아니지만 불법행위에 일정한 관계를 가진 제3자에 대하여 실제법상의 청구권으로서 「피고로 해야 할 사람을 특별히 정하기 위한 정보 공개 청구권」을 인정 받아야 한다고 한다.³⁾ 이러한 권리는 최종적으로는 소송에 의하여 실현할 수 있고, 또 가처분에 의하여 임시의 권리보호를 받을 수도 있다.

(2) 민사사건의 기록 열람

민사사건의 기록 열람 등 법원 공무원이 보관하는 민사사건의 기록 열람·복사에 관하여 다음과 같은 규정이 있다. 민사 소송사건의 기록에 대해서는 누구나 법원 공무원에 대하여 그 열람을 청구할 수 있다(일본 민소법 제91조 제1항). 당사자 및 이해관계를 소명한 제3자는 소송 기록의 등사도 청구할 수 있다(동법 제91조 제3항). 민사집행에 관해서 이해관계를 가지는 사람은 법원 공무원에 대하여 사건기록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다(일본 민사집행법 제17조). 민사보전명령절차 및 보전집행절차와 법원이 하는 절차에 관해서 이해관계인은 법원공무원에 대하여 사건기록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.

3) 長谷部由起子, “提訴に必要な情報を得るための仮処分”, 『竹下守夫先生古稀祝賀』, 有斐閣, 2002, 473-501頁.

파산사건에 관하여 이해관계인은 법원공무원에 대하여 파산법 또는 파산 규칙의 규정에 근거하여 법원에 제출된 또는 법원이 작성한 문서 기타 물건의 열람을 청구하고 복사 또는 복사의 허가를 청구할 수 있다(일본 파산법 제11조, 파산법 규칙 제10조).

(3) 일본 변호사법 제23조의2의 조회제도

변호사법은 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현하는 것이 변호사의 사명인 것에 비추어보아(일본 변호사법 제1조), 그 사명의 달성을 위해서 필요한 정보의 입수를 지원하기 위하여 변호사는 각각의 의뢰자의 이익을 위해서 활동하는 것이며, 정보의 제공을 요구받는 사람의 이익이 부당하게 침해되지 않도록 할 필요가 있는 것을 고려하여 동법 제23조의2는 소속 변호사회를 통해서 공무소 또는 공사의 단체에 보고를 요구하는 제도를 규정하고 있다. 변호사에게서 공무소 또는 공사의 단체에 조회가 필요한 사항에 대한 보고의 요구 제안을 받은 변호사회는 그 제안이 적당하지 않다고 인정할 때는 이를 거절할 사유가 없는 한 변호사회가 그 제안에 따라 공무소 또는 공사의 단체에 조회가 필요한 사항에 대한 보고를 요구했을 경우에 다음 요건을 충족하다면

보고 의무를 긍정해야 할 것이다.⁴⁾

III. 제소 예고통지 제도

1. 입법의 필요성

소송을 제기하려고 하는 사람은 입수한 자료에 근거하여 제소를 결단한다. 그 때 입수할 수 있는 자료가 많으면 많을수록 합리적인 판단이 가능해진다. 많은 자료에 근거해 소송을 제기하는 것이 이익이 된다는 판단에 이를 수 있다면, 이것에 의해 무용한 소송이 될 수 있다. 제소가 이루어진 경우라도 당사자가 미리 입수한 많은 자료에 근거해 심리의 준비가 행해지고 있으므로 신속한 심리를 기대할 수 있다. 이러한 효과는 피고가 되는 사람에게도 타당하다. 그에게 많은 자료를 입수할 기회가 주어져 있으면, 그는 소송에 응해야 할지 화해해야 할지에 대해서 보다 합리적인 판단을 할 수 있다. 소송에 응했을 경우라도 소송 시작 후에 수집해야 할 자료가 적어지므로 심리의 신속을 기대할 수 있다.

이러한 고려에 근거하여 제소 전에 상대방 또는 제3자에게서 자료를 수집하는 것을 가능하게 하는 절차(제소 전의 자료수집)가

4) 보고 의무를 지는 사람이 변호사회에 보고를 하는 것은 정당업무행위와 평가되어 이것에 의해 제3자가 손해를 받아도, 그 제3자에게 대한 위법행위는 되지 않는다고 한다.

일본의 경우에는 입법화 되어 있다(소의 제기 전에 있어서의 증거수집의 처분 등). 물론 이러한 절차도 비용이 소요된다는 측면에 있어서 그 유효성에 대한 평가가 필요하다. 또 제소 전에 상대방 당사자가 되어야 할 사람 또는 제3자에게서 자료를 수집하는 것을 가능하게 하는 제도는 소송 시작 후의 자료수집 절차보다도 남용될 위험성이 높다. 즉, 소송 개시 이후라면 피고가 응소의 태도를 내보인 뒤에는 원고는 피고의 동의가 없으면 소송을 철회할 수 없고(일본 민소법 제261조 제2항) 소송 중 법률관계는 판결에 의해 해결된다. 원고는 이러한 부담을 감수하고서 소송을 제기하고 있는 것이다. 그런데 제소 전의 자료수집 절차가 이루어진 경우에도 소송의 제소가 강제되는 것은 아니기 때문에 제소하려고 하는 사람은 이것을 이용하여 이른바 소송의 결과라는 부담이 없는 정보의 수집을 할 수 있다. 그러나 한편으로는 영업 비밀이나 프라이버시의 침해 수단으로서 악용될 가능성이 있다는 측면에 대한 부분도 검토되어야 할 것이다.⁵⁾

2. 제소 예고 통지

제소 예고 통지가 되는 절차에 따라 제소 전 소송상 법률관계가 발생하고, 예고 통지자와 피예고 통지자는 서로 상대방에 대하여 조회를 할 수 있어서(제소 전 조회), 일정 범위의 증거수집 처분을 법원에 주장할 수 있다. 이에 대한 당사자 간에서의 커뮤니케이션(통지, 대답, 조회)은 모두 서면으로 하는 것이 요구되고 있다(일본 민소법 제132조의2 제1항, 제132조의3 제1항). 이는 커뮤니케이션의 경과에 대해서 다툼이 발생하는 것을 막기 위해서이며 또한 서면이 많은 경우 냉정한 커뮤니케이션을 기대할 수 있기 때문이다. 한편, 이 커뮤니케이션은 당사자가 되어야 할 사람에게 법정대리인이 있을 경우에는 법정대리인이 해야 한다.

3. 예고 통지 실무절차

제소 예고 통지는 소송을 제기하려고 하는 사람이 소송의 피고가 되어야 할 사람에 대하여 소송의 제기를 예고하는 통지를 한

5) 개정법에서는 '제소 예고 통지'라는 방법을 고안하여 일정 기간 내에 소를 제기한다는 예고를 함으로써 소송계속에 준하는 상태를 형성하고 그 상태에서 당사자끼리 교환을 통하여 일정한 소송준비가 가능하게 하고 있다. 제소전이기 때문에 엄격한 규율을 하는 것은 어렵고 법원이 제소후와 마찬가지로의 관여를 하게 되면 가분수적인 절차가 되어 동일한 절차를 제소전과 제소후에 반복하게 될 우려도 있다. 이것은 법원의 부담이라는 관점이라기보다 불필요한 반복을 피하기 위한 관점에서 법원의 관여는 가능한 줄이고 당사자의 자유롭고 주체적인 활동에 의하여 증거자료의 수집이 가능하도록 하기 위한 취지라고 한다. 高橋宏志ほか, "座談會/民事訴訟法の改正に向けて-民事訴訟法改正要綱中間試案をめぐって", 「ジュリスト」1229, 有斐閣, 2002. 9, 147-149頁.

다(일본 민소법 제132조의2 제1항).

이 통지는 다음 사항을 기재한 서면으로 해야 한다.

- 일본 민소법 제132조의2 제1항의 규정에 의한 예고 통지의 취지(일본 민사소송규칙 제52조의2 제1항 3호)
- 예고 통지의 연월일(동 규칙 2호)
- 예고 통지를 하는 사람 및 예고 통지의 상대방 성명 또는 명칭, 주소 및 그들의 대리인의 성명 및 주소(동 규칙 1호)
- 제기하려고 하는 소송에 영향을 미치는 청구의 요지 및 분쟁의 요점(동법 제132조의2 제3항)을 구체적으로 기재하여야 한다(동 규칙 제52조의2 제2항)
- 가능한 소송 제기의 예정 시기(동 규칙 제52조의2 제3항)
- 예고 통지서 작성자(예고 통지자 또는 그 대리인)의 기명 날인, 대리인이 있을 경우에는 대리권 증명 문서를 첨부해야 함

4. 통지의 효과

이 통지가 실시되면 제소 전 소송 법률관계가 발생한다. 그 내용은 통지자·피통지자 모두 예고 통지의 날부터 4월 이내에 한하여 상대방에 대하여 제소 전 조회를 하고, 법원에 증거수집 처분의 청구를 할 수 있게 되는 것이다. 예고 통지에 대한 대답은 예고 통지서에 기재된 청구의 요지 및 분쟁의 요

점에 대한 답변의 요지를 회답하는 것을 ‘예고 통지에 대한 대답’이라고 말한다. 이 대답은 다음 사항을 기재한 서면으로 해야 한다(일본 민사소송규칙 52조의 3).

- 일본 민소법 제132조의3 제1항의 규정에 의한 대답인 취지
- 대답의 연월일
- 예고 통지자 및 피통지자의 성명 또는 명칭 및 주소 및 대리인의 성명 및 주소
- 청구의 요지 및 분쟁의 요점에 대한 답변의 요지
- 대답서 작성자(피통지자 또는 그 대리인)의 기명 날인. 대답 책임예고 통지에 대한 대답 자체는 의무로 여겨지지 않고 있음. 그러나 대답을 하지 않으면 피통지자는 조회 및 증거수집 처분의 주장을 할 수 없다고 하는 형태의 대답 책임을 부과하고 있음

5. 통지사항과 의무의 범위

예고 통지자의 제소 전 조회(일본 민소법 제132조의2) 통지자는 예고 통지를 한 날부터 4월 이내에 한하여 피통지자에 대하여 소송을 제기하는 경우의 주장 또는 입증준비하기 위해서 필요한 명확한 사항에 대해서 상당의 기간 안에 서면으로 회답하도록 조회한다(예: 의료 사고에 의해 손해를 받은 환자가 병원을 제소하려고 할 경우에 수

술에 관여한 간호사의 성명·주소를 조회한다.)

조회 금지 사항으로 다음의 각 사항의 조회는 허용되지 않는다(일본 민소법 제132조의2 제1항).

- 소송 계속 후의 당사자 조회에 있어서 금지되고 있는 사항에 관한 조회(제163조 각 호의 어느 것인가에 해당하는 조회)
- 상대방 또는 제3자의 사생활의 비밀에 관한 사항에 관한 조회이며, 이것에 회답하는 것에 의해서 그 상대방 또는 제3자가 사회생활을 경영하는데 지장을 초래할 우려가 있을 것
- 상대방 또는 제3자의 영업 비밀에 관한 사항에 관한 조회 단, 제3자의 사생활상의 비밀(2호) 또는 영업상의 비밀(3호)에 대해서는 피통지자의 회답을 제삼자가 승낙했을 경우에는 조회 금지 사항에서 제외됨. 이 승낙은 예고 통지자가 사전에 받아 두어야 함

6. 조회서

조회서에는 다음 사항의 각 호를 기재해야 한다(일본 민사소송규칙 제52조의4 제2항).

- 조회를 하는 사람 및 조회를 받는 사람 및 대리인의 성명

- 조회의 근거가 되는 예고 통지의 표시
- 조회의 연월일, 조회 사항 및 그 필요성
- 일본 민사소송법 제132조의2 제1항의 규정에 의해 조회를 하는 취지
- 회답해야 할 기간
- 조회를 하는 사람의 주소, 우편번호 및 팩시밀리의 번호
- 조회서 작성자(조회자 또는 그 대리인)의 기명 날인
- 조회서는 대리인이 존재할 경우에는, 대리인에 송부 해야 함(민사소송규칙 제52조의4 제1항 마지막 문장)

회답서에서는 다음 사항을 각 기재한다(일본 민사소송규칙 제52조의4 제3항).

- 조회를 하는 사람 및 조회를 받는 사람 및 그들의 대리인의 성명
- 조회의 근거가 되는 예고 통지의 표시, 회답의 연월일
- 조회 사항에 대한 회답, 회답을 거절할 경우에는 그 거절의 이유(일본 민소법 제163조 각 호 또는 동법 제132조의2 제1항 2호 또는 동법 3호의 어느 것에 해당여부)를 기재함
- 회답서 작성자(조회를 받은 사람 또는 그 대리인)의 기명 날인

회답서의 송부처에 대해서는 특별한 한정 없으므로 통지자 본인 또는 그 대리인으로 하면 좋다. 만약, 회답을 대리인에 송부

하는 것을 희망할 경우에는 조회서에 그 취지를 명시해 두어야 한다. 한편, 법정대리인에게서의 조회에 대하여는 법정대리인에게 회답서를 송부해야 한다.

7. 피통지자에게서의 조회 (일본 민소법 제132조의3)

피통지자가 예고 통지에 대답을 하면 당사자평등원칙에 근거하여 제소 전 조회를 할 수 있다. 4개월의 조회 가능기간의 기산점은 대답한 때부터가 아니고 예고 통지가 행해졌을 때부터이다. 대답이 늦어지면 이 경우에만 조회 가능기간이 짧아진다. 이는 대답을 촉진하는 요인이 된다.

다음과 같은 조회가 예상된다. 교통사고에 의한 손해배상청구사건으로 피통지자(가해자)가 통지자(피해자)의 증상과의 인과관계에 대해서 주장·입증의 준비를 하기 위해서 통지자의 기왕증 및 진료 기관명과 그 소재지에 대해서 조회한 경우, 일본 민사소송법 제132조의2 제1항 2호에 해당하면, 이를 이유로 회답을 거절할 수 있다.

IV. 증거수집 처분

1. 총설

제소 전 자료수집의 또 다른 수단은 법원

에 의한 증거수집 처분이다. 통지자 및 대답자(대답을 한 피예고 통지자)는 “예고 통지에 영향을 미치는 호소가 제기되었을 경우의 입증에 필요한 것이 명확한 증거가 되어야 할 것”에 대해서 다음의 각 증거수집 처분을 주장할 수 있다.

- 처분(문서의 송부 촉탁)문서 (제231조 소정의 준문서를 포함한다)의 소지자에게 그 문서의 송부를 촉탁하는 것
- 처분(조사의 촉탁)이 필요한 조사를 관공서 등(공공 기관), 외국의 관청 (공공 기관) 또는 학교 상공회의소, 거래소 기타의 단체에 촉탁하는 것
- 처분(전문가의 의견 진술의 촉탁)전문적인 지식경험을 소유한 사람에게 그 전문적인 지식경험에 근거하는 의견의 진술을 촉탁하는 것
- 처분(집행관에 의한 조사)집행관에 대하여 물건의 형상, 점유 관계 기타의 현황에 대해서 조사를 명하는 것

첫째에서 셋째까지의 처분은 권력적 요소가 적은 처분(촉탁)이다. 수촉탁자는 정당한 거절 사유가 없으면 촉탁인에게 응할 의무를 지지만 강제 수단은 마련되어 있지 않다. 수촉탁자는 정당한 거절 사유가 있다고 판단할 경우에는 해당사유에 의해 촉탁인에게 응할 수 없는 취지를 회답하면 충분하다고 해석 한다. 넷째의 처분은 권력적 요

소가 있는 명령이다. 비용은 주장인이 부담한다(일본 민소법 제132조의9). 나중에 제소가 행해져도 패소자의 부담이 되어야 할 소송비용에는 산입할 수 없다. 한편, 제소 전의 증거수집 처분의 대상이 되는 증거이더라도 증거보전의 필요성이 있는 한 증거보전도 허용된다.

2. 주장 절차

주장권자는 제소 예고 통지자와 그 대답자이다. 주장기간증거수집의 주장은 제소 예고 통지의 때부터 4월의 불변기간 내에 해야 한다. 상대방의 동의가 있으면, 그 이후라도 할 수 있다. 단, 다음의 사항 및 민사소송규칙 제2조 소정의 사항을 기재한다.

- 주장인 및 상대방의 성명 또는 명칭 및 주소, 대리인의 성명 및 주소(일본 민사소송규칙 제2조 제1항 1호, 동 규칙 제52조의5 제2항 1호)
- 주장에 관계되는 처분의 내용(일본 민사소송 규칙 제52조의5 제2항 2호), 주장의 근거가 되는 예고 통지에 관계되는 청구의 요지 및 분쟁의 요점(동 규칙 3호), 예고 통지에 관계되는 소송이 제기되었을 경우에 입증되어야 할 사실(일본 민소법 제132조의6 제5항·제180조 제1항)
- 처분에 의해 얻을 수 있는 증거가 되어

야 할 것과의 관계(동 규칙 4호)

- 주장인이 증거가 되어야 할 것을 스스로 수집하는 것이 곤란한 사유(동 규칙 5호), 이에 대해서는 소명이 필요함(일본 민사소송규칙 제52조의5 제6항)
- 예고 통지가 된 날부터 4월의 불변기간 내로 된 주장인 것 또는 그 기간의 경과 후에 주장을 하는 것에 대해서 상대방의 동의가 있는 경우(일본 민사소송규칙 제52조의5 제2항 6호)
- 각 처분의 특유사항은 각 처분의 특질에 따르고 다음의 사항도 기재함(일본 민사소송규칙 제52조의5 제3·4항).
- 문서송부 촉탁에서 해당문서 소지자의 거처 및 송부를 요구하는 문서를 특별히 정할만한 사항, 조사의 촉탁에서 해당촉탁을 받아야 할 관공서 등의 소재지, 전문가의 의견·진술의 촉탁, 특정의 물건에 관한 의견·진술의 촉탁에 관계될 경우 해당 특정물건의 소재지 및 그것을 특별히 정할만한 사항, 집행관에 의한 조사에서 해당조사에 관계되는 물건의 소재지 및 특별히 정할만한 사항

서류주장서에는 다음의 서류를 첨부한다(일본 민사소송규칙 제52조의6).

- 예고 통지서의 복사(예고 통지가 된 날부터 4월의 불변기간이 경과하고 있을

- 때는 상대방의 동의를 증명하는 서면)
- 피예고 통지자가 주장할 때는 대답의 서면복사, 1·3호 처분 또는 4호 처분을 주장할 때 대상물의 권리에 대해서 등기 또는 등록이 있을 경우에는 그 등기 사항증명서·등록 원부기재사항증명서(일본 민사소송규칙 제52조의6 제3항)

3. 관할·심리·재판

(1) 총설

관할법원은 다음의 토지관할하는 지방법원으로 한다(일본 민소법 제132조의 5). 본안이 완결된 사건의 경우에도 증거수집 처분은 지방법원이 관할한다.

- 처분 주장인 경우 상대방의 보통재판적의 소재지 또는 문서소지자의 거소, 이 경우의 거소는 제4조 2항의 경우와 다르고 주소와 일치해도 상관없음
- 처분 주장인 경우에는 보통재판적의 소재지 또는 조사의 촉탁을 받아야 할 관공서 등의 소재지
- 처분 주장인 경우는 상대방의 보통재판적의 소재지 또는 특정한 물건에 대해서 의견의 진술 촉탁이 되어야 할 경우에 있어서의 해당 특정물건의 소재지
- 처분 조사에 관계되는 물건의 소재지 이

송에 대해서 다음 규정이 준용됨

일본 민소법 제16조(관할 차이의 경우 취급) 제1항 기타의 이송 규정(예를 들면 동법 제7조 지체를 피하는 등을 위한 이송)은 준용되지 않는다. 실제상 그 필요가 없기 때문이다.

일본 민소법 제21조(즉시 항고), 동법 제22조(이송의 재판 구속력 등) 각하의 재판을 하는 법원은 기간준수의 요건 등의 절차적 요건이 충족되지 않고 있을 경우에는 주장을 각하한다. 본안의 재판 주장이 적법할 경우에는 법원은 다음 적극적 요건 및 소극적 요건에 대해서 판단한다.

(2) 각하의 재판

법원은 기간준수의 요건 등의 절차적 요건이 충족되지 않고 있을 경우에는 주장을 각하한다.

(3) 본안의 재판

주장이 적법할 경우에 법원은 다음 적극적 요건 및 소극적 요건에 대해서 판단한다.

1) 적극적 요건

- 처분에 의해 얻을 수 있는 자료가 해당예고 통지에 영향을 미치는 소송이 제기되었을 경우의 입증에 필요한 것이 명확한

증거가 되어야 할 것

- 주장인이 이를 스스로 수집하는 것이 곤란할 것

2) 소극적 요건

- 그 수집에 소요할 시간 또는 촉탁을 받아야 할 사람의 부담이 과다하거나 기타의 사정에 의하여 상당하지 않을 것

적극적 요건의 충족이 확인되어 소극적 요건에 해당하지 않으면 법원은 요구된 처분을 한다. 이 경우에는 미리 상대방의 의견을 듣지 않으면 안 된다. 요건이 충족되지 않을 경우에는 주장을 기각한다. 법원은 필요가 있다고 인정할 때는 촉탁을 받아야 할 사람 기타 참고인의 의견을 들을 수 있다(일본 민사소송규칙 제52조의7 제1항). 처분 후에 소극적 요건의 충족이 확인되었을 경우에는 법원은 그 처분을 취소할 수 있다.

(4) 불복주장

재판에 대하여는 불복주장은 허용되지 않는다(일본 민소법 제132조의8). 처분의 절차에서 법원이 주장을 인정해서 증거수집 처분을 할 경우에는 다음과 같이 한다.

- 처분 문서송부의 기간을 정하고 문서의 송부를 촉탁함. 문서의 송부가 있었을 경우에는 주장인 및 상대방에게 통지하고 이것을 이용에 제공하기 위해

서 문서를 1개월간 보관함

- 처분 조사 결과의 보고 기간을 정하고 조사를 촉탁함. 보고는 서면으로 한다. 보고서의 송부가 있었을 경우에는 주장인 및 상대방에게 통지하고 이것을 이용에 제공하기 위해 서면을 1개월간 보관함
- 처분 의견 진술을 해야 할 전문가는 법원이 지정함(일본 민소법 제132조의6·제213조). 의견 진술의 기간을 정하고 그 사람에게 의견 진술을 촉탁함. 의견 진술은 서면으로 함. 진술서의 송부가 있었을 경우에는 주장인 및 상대방에게 통지하고 이것을 이용에 제공하기 위해 서면을 1개월간 보관함
- 처분 조사 결과의 보고 기간을 정하는 것은 필요적이지 않음. 보고는 서면으로 함. 이 조사는 당사자를 입회시켜서 하는 것이 바람직하므로 이 명령을 받은 집행관은 조사를 실시하는 일시 및 장소를 정하고 주장인 및 상대방에 대하여 그 일시 및 장소를 통지함(일본 민사소송규칙 제4조 제1항·제2항·제5항 준용).

III. 결론

최근에 우리 대법원이 추진을 검토하고 있는 한국형 디스커버리 제도의 대략적인 모

습은 ‘소제기 전 증거조사절차’이다. 소제기 전에 증거의 수집과 조사가 가능한 절차를 새로 마련해, 민사분쟁의 다툼이 되는 사실을 확정하는데 필요한 ‘법률상 이익’이 있고 다툼 해결에 ‘필요’한 증거에 대한 조사를 당사자가 신청할 수 있도록 하는 것이다. 법원은 신청이 이유가 있다고 판단되면, 증거조사 결정을 하고 당사자들에게 ‘증거유지명령’을 내린다. 증거의 은닉과 위·변조를 막기 위한 조치다. 법원행정처 관계자는 “제도가 본격적으로 시작되면 기존 ‘증거보존명령’과 유사한 ‘증거유지명령’이 함께 진행되기 때문에 변형되거나 상대방이 일방적으로 폐기할 수 있는 ‘사안의 신속성’을 다투는 증거를 보존하는데 도움이 될 것”이라며 “소송 전 증거 조사만을 담당할 별도 재판부가 필요할 수도 있다”고 설명하고 있다. 필자도 최근 대법원이 추진하는 소송 전 증거제도의 도입에 원칙적으로 찬성한다. 다만, 그 운영상 문제 발생에 대한 충분한 검토가 필요하며 그 내용을 일본국뿐 아니라 미국의 절차를 참고하여야 할 것이며 우리 소송절차의 특성도 충분히 고려하여야 할 것이다.

소송 전 규약(Pre-action Protocol)은 일반적으로 소송을 제기하고자 하는 자는 이행을 촉구하거나 사건을 해결하기 위해 상대방에게 연락을 취하는 경우가 많다. 만약, 소송을 제기하기 전에 당사자 사이에 사건이 해결된다면, 양쪽 당사자는 소송에 들어가 지출해야 하는 막대한 비용과 노력을 절감할 수 있고,

법원으로서도 사건이 소송 전에 해결됨으로써 사건 심리의 부담이 경감되어 소송이 제기된 사건들에 더욱 많은 자원을 배분할 수 있어 효율적인 재판을 진행할 수 있다.

실사 소송 전에 분쟁이 해결되지 않더라도 당사자들이 서로의 주장과 입장을 미리 숙지하고 필요한 정보와 증거를 주고받음으로써 소송절차에서 소요되는 비용과 노력을 줄이고 심리를 능률적으로 진행하는데 큰 도움이 된다.

민사소송절차의 개혁과 더불어 도입된 소송 전 규약은 이와 같이 ① 당사자들로 하여금 주장과 반박을 미리 듣게 하여 쟁점을 명확하게 하고, ② 증거를 공개하여 실제 파악에 도움을 주며, ③ 분쟁을 조기에 해결하여 소송으로 나아가지 않도록 하고, ④ 소송이 제기되더라도 이전에 교환된 당사자들의 주장과 증거를 바탕으로 신속하고 효율적인 재판을 할 수 있도록 하는 장점을 가지고 있다.

최 성 호

(동국대학교 법학대학 겸임교수, 변호사)

참고문헌

김능환, 주석민사소송법 7판, 한국사법행정학회, 2012.

민사소송법(소송절차편)개정착안점, 서울: 법원행정처, 1995.

민사소송법개정안(소송절차편)공청회, 서울: 법원행정처, 1998.

민사소송법개정내용해설, 서울: 법원행정처, 2002.

송상현/ 박익환, 민사소송법, 박영사, 2014.

외국의 민사소송<미국·영국·독일·프랑스·오스트리아·스위스·일본>, 서울: 법원행정처, 1996.

高橋宏志ほか, “座談會/民事訴訟法の改正に向けて-民事訴訟法改正要綱中間試案をめぐって”, 『ジュリスト』 1229, 有斐閣, 2002.

長谷部由起子, “提訴に必要な情報を得るための仮処分”, 『竹下守夫先生古稀祝賀』, 有斐閣, 2002.