

民事調停의 本質과 效力에 관한 研究

金 祥 燦*

〈 目 次 〉

- I. 序 論
- II. 民事調停의 意義
- III. 民事調停의 本質
- IV. 民事調停의 效力
- V. 結 言

I. 序 論

「재판의 시대」라는 말이 상징하는 바와 같이 최근의 자동차사고, 환경오염피해, 의료사고, 소비자보호와 생산물책임을 둘러싼 분쟁 등, 민사분쟁은 종래에 없이 다양해지고 있고, 법원에 提訴되는 민사사건은 점점 복잡하고 곤란한 모습을 띠고 있다. 따라서 이와 같은 여러 형태의 私的 紛爭을 해결하는데는 지금까지와 같은 當事者主義에 기초하는 民事訴訟을 중심으로 하는 재판절차만으로는 충분하지 않다. 분쟁당사자들은 증거의 불충분, 손해액산정 및 평가의 곤란, 소송비용의 과다, 敗訴의 위험 등의 이유로 민사소송을 제기하지 못하는 경우가 많다. 그럼에도 불구하고 민사분쟁사건은 날이 갈수록 많아지고, 소송사건수의 증가에 따른 법관의 부담이 가중되고 있어 결국 訴訟遲延을 초래하는 결과로 나타난다.¹⁾ 그러므로 세계각국은 민사분쟁해결절차의 전반에 걸쳐서 어떻게 하면 국민의 권리를 신속·타당하게 실현할 수 있을 것인가를 재검토하려는 입장에서, 和解·仲裁·調停 등의 제도에 관하여 일찍부터 관심을

濟州大學校 法政大學 法學科 專任講師

1) 1994년말 현재 우리나라 地方法院의 가동법관수는 885명으로서, 법관의 1인당 연간 소송 사건부담건수는 4,459건(총접수건수 3,946,181건), 처리건수 4,409,6건(총처리건수 3,902,486건)으로 집계되고 있다. 法院行政處, 「司法年鑑」, 1995, 478면.

가지고 연구해왔으며 점차 그 논의가 일반화되고 있다. 예컨대 미국에서는 ADR (Alternative Dispute Resolution)의 문제로서, 독일에서는 Alternative zur Justiz를 둘러싼 문제로서 재판외의 분쟁해결제도와 관련하여 代替的 紛爭解決方法에 의한 制度의 확대가 추구하고 있으며, 최근 우리나라에서도 이에 관한 논의가 활발히 진행되고 있다.²⁾

우리나라에 있어서 분쟁당사자에 의한 자주적분쟁해결제도의 대표적인 예로서 화해와 조정을 들 수 있을 것이다. 이 중 민사소송법 제 135조와 206조에 규정하고 있는 화해에 의한 해결은 오랫동안 시행되고 있음에도 불구하고 본안사건에 대한 화해의 비율이 매년 4%내외에 지나지 않는 실정이어서 그리 많이 활용되지 않고 있음을 알 수 있다.³⁾ 그러면 調停의 경우는 어떠한가. 주지하는 바와 같이 우리나라의 민사조정은 1987년 대법원이 「조정제도 활용을 위한 例規」를 제정하면서 본격적으로 시작되었다고 할 수 있으나 활성화가 되지 않다가,⁴⁾ 차지차가법, 소액사건심판법과 같이 절차에 의한 민사분쟁사건처리특례법상의 조정규정에 같음하여 民事調停法(1990. 1.13. 법률 제4202호. 이하 '법'이라 한다)이 새로 제정되면서⁵⁾ 활성화의 토대를 마련하게 되었다. 그러나 아직까지 민사조정이 제대로 활용되지 못하고 있다. 통계에 의하면 민사조정법 제정 첫해인 1990년 민사조정사건은 제1심민사사건의 0.5%에 불과하며, 1991년 0.25%, 1992년 0.11%, 1993년 0.38%, 1994년에도 1.32%만을 차지하고 있다.⁶⁾ 이러한 통계수치는 일본의 그것과 뚜렷이 대비된다. 일본의 경

2) 宋相現, 「裁判에 의하지 아니한 紛爭解決方法의 理念과 展望」, 「人權과 正義」 제215호, 1994.7. 8면 이하 ; 李在洪, 「簡易하고 새로운 民事紛爭解決制度의 提案」, 「司法行政」 제367호, 1991.7. 20면 이하 ; 姜玟中, 「韓國에서의 調停, 和解의 實務」, 「考試研究」 1991.3.133면 ; 張文哲, 「裁判에 의하지 않은 紛爭解決方式(ADR)」, 「人權과 正義」 제215호, 1994.7. 19면 이하 ; 梁炳晦, 「獨逸에서의 재판에 의하지 아니한 紛爭解決方法」, 「人權과 正義」 215호, 1994.7. 36면 이하 등.

3) 민사본안사건의 화해에 의한 처리결과를 보면, 제1심의 경우, 1990년 3.9%, 1991년 4.2%, 1992년 3.6%, 1993년 3.8%, 1994년 3.6%이며, 항소심의 경우 1990년 4.2%, 1991년 4.2%, 1992년 3.8%, 1993년 4.4%, 1994년 5.4%이고, 상고심은 1990년 0.1%, 1991년 0.1%, 1992년부터 1994년까지는 0.0%로 나타나고 있다(항소·상고심은 認諾 포함). 法院行政處, 「司法年鑑」, 1991-1995 참조.

4) 우리나라는 조정에 관하여 1962년의 차지차가조정법, 1963년의 노동쟁의조정법, 그리고 1963년의 가사심판법, 1973년의 소액사건심판법, 1970년 간이절차에 의한 민사분쟁사건처리특례법, 1981년의 광업법개정법률 등에서 산발적으로 규정되고 있었고, 통상의 민사사건에 관하여 조정에 관한 기본법이 제정되지 않고 있었다. 실제로 조정은 少額事件 등 부분적인 경우에만 0.5%정도 이루어지고 있는 실정이었다.

5) 民事調停法은 그 후 세차례 개정되어 1995.12.6 개정법률 제 5007호로 시행중이다.

6) 사법연감에 의하면, 1994년 제1심민사사건접수건수 1,615,116건중 조정사건은 21,388건으로서 1.32%에 불과하다. 이중 처리된 사건이 20899건(처리율 93.9%)이며, 조정 성립율은 34.9%, 조정성립:조정불성립의 비율은 71.8 대 28.2로 비교적 높게 나타나고 있다. 조정에 갈음하는 결정에 대한 이의신청은 21.7%로서, 대체로 결정에 따르는 것으로

우, 민사조정이 본격적으로 시작된 1948년에는 제1심 본안사건과 조정사건의 비율이 47% 대 53%로서 오히려 조정이 소송보다 앞서고 있었고, 그 후 조정사건이 차지하는 비율이 다소 감소하기는 했으나, 대체로 20-35%를 유지하고 있으며 1990년에는 25%를 차지하는 것으로 집계되고 있다.⁷⁾ 물론 우리나라는 일본과는 달리 통합적인 민사조정법이 제정된지 몇년 되지 않았기 때문이기도 하지만, 본질적으로 재판실무의 무성의와 더불어 이에 관한 홍보의 미흡에도 그 원인을 찾을 수 있을 것이다. 더욱이 민사조정의 법리에 대한 연구도 아직 미미한 실정이어서 이 제도가 정착되려면 무엇보다 먼저 이에 관한 연구가 절실히 필요하다고 하겠다.

그러므로 本稿는 민사조정의 법리를 구성하는 것을 목적으로, 우선 민사소송법과의 관련에서 민사조정의 기능의 독자성을 검토함과 동시에 민사조정의 본질에 관하여 고찰하고, 다음으로 민사조정의 효력에 관해서 既判力의 인정유무를 중심으로 고찰하고자 한다. 本稿에서는 民事調停만을 고찰대상으로 한정하고 家事調停은 제외시키기로 한다. 그것은 調停前置主義(가사소송법 50조)의 취지를 고려할 때, 가사조정과 민사조정간에는 그 기능이나 본질에 있어 공통되지 않는 몇가지 요인이 있어 같이 논의하는 것은 적당하지 않다고 생각되기 때문이다.

II. 民事調停의 意義

민사조정이란 민사에 관한 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자사이의 상호양해를 통하여 條理를 바탕으로 실정에 맞게 해결하는 것을 목적으로 한다(법 1조). 민사조정을 운영하는 국가기관은 法院(법 7조)과 그 내부에 설치된 調停委員會(법 8조)인데, 이러한 국가기관이 관여하여 분쟁해결을 위하여 사실을 조사하고 조정안을 권고하는 등 당사자의 합의형성을 원조한다. 이러한 조정절차는 당사자의 조정신청에 의하여 개시되는 것이 원칙이지만(법 2조), 受訴法院이 필요하다고 인정하는 경우에는 직권으로 調停에 회부할 수 있다(법 6조). 이 제도는 비용이 저렴하고 간이, 신속한 절차에 따라 진행되므로 민사분쟁의 해결을 위하여 국민 누구나 쉽게 이용할 수 있고, 또 법원과 친숙해 질 수 있다는 장점을 가지고 있다.

1. 調停의 對象

민사조정은 민사조정법 및 민사조정규칙 등이 정하는 절차에 따라 「民事에 관한 紛爭」에 대하여 행해지게 된다. 따라서 형사나 행정에 관한 분쟁은 민사조정의 대상으

나타나고 있다. 法院行政處, 「司法年鑑」, 1995, 489면 이하.

7) 林犀禮二 編, 「ジュリスト増刊「データブック民事訴訟」」, 有斐閣, 1993, 182면.

로 할 수 없다. 또한 가사소송법의 적용을 받는 家事紛爭도 민사조정 대상이 아니다. 다만 민사에 관한 것이면 좋기 때문에 商事나 農事에 관한 분쟁은 민사조정 대상이 된다.

민사소송에서 審判의 대상을 「訴訟物」이라고 하는 것처럼, 민사조정에서 審理의 대상을 「調停物」이라 한다.⁸⁾ 이러한 「調停物」을 어떻게 받아들일 것인가는 민사조정절차의 운영 및 해석에 중대한 영향을 미친다. 「調停物」을 「訴訟物」에 준하여 그 내용을 다룬다고 하는 학설⁹⁾도 있으나, 調停物은 시민사회에서 발생한 민사에 관한 분쟁 그 자체라고 해야 한다.¹⁰⁾ 「訴訟物」은 “법률적으로 當否의 판단이 가능한 일정한 이익의 주장 또는 일정한 실체법상의 권리, 법률관계의 存否의 主張으로서 특정되지 않으면 안된다.”¹¹⁾ 그러나 민사조에 있어서의 審理의 대상은 「訴訟物」처럼 엄격한 의미의 권리의무에 관한 분쟁일 필요는 없다.¹²⁾ 이른바 自然債務의 이행을 구하는 분쟁은 소송이나 강제집행의 절차에 의할 수는 없다고 하더라도 당사자의 임의이행을 구하는 것은 허용되므로 민사조에 따라 해결하는 것은 허용되어도 좋을 것이라는 견해¹³⁾도 있다. 다만 무언가의 私法上의 請求權에 해당하는 것을 판단하려는 것이지 않으면 안된다. 그것은 二重調停을 피하기 위하여 이러한 개념은 성질상 필요하기 때문이다.

2. 申請에 의한 調停과 「紛爭」性

조정을 신청하는데는 그 취지 및 분쟁의 요점을 명백히 하고, 證據書類가 있는 경우에는 동시에 그 원본이나 등본을 제출해야 한다. 「申請의 趣旨」란 조정 대상이 되는 분쟁에 관하여 申請人이 바라는 해결의 결론을 말한다.¹⁴⁾ 따라서 예컨대 交通事故事件에 있어서는 “상대방은 신청인에 대하여 상당액의 損害賠償金의 支給을 구한다”라고 하는 등 금액을 명시하지 않은 金錢支給申請도 허용된다. 이와 관련하여 1967.10.17. 日本最高裁判所 民事局長에 의한 「簡易法院에서의 交通調停事件의 處理에 관하여」라고 하는 다음과 같은 通知文書를 주의깊게 살펴볼 필요가 있다.

“교통사고의 격증을 생각하여 볼 때, 民事調停制度의 활용으로, 그 피해자 등의 권리의 간이·신속한 구제를 도모할 필요가 있다고 생각되기 때문

8) 石川明·梶村太市編, 「注解民事調停法」, 青林書院, 1986, 84面.

9) 上掲書, 85面.

10) 小山昇, 「民事調停法」, 有斐閣, 1978, 184面.

11) 兼子一, 「新修民事訴訟法體系」, 酒井書店, 1965, 162面.

12) 梶村太市·深澤利一, 「和解調停の實務」, 新日本法規出版, 新版, 1981, 200面.

13) 小山昇, 前掲書, 186面.

14) 梶村太市·深澤利一, 前掲書, 376面.

에, 이러한 종류의 調停事件의 처리는 가능한 한 다음과 같이 처리하도록 관내의 각 簡易法院에 전달, 적절한 운용이 이루어질 수 있도록 선처하여 주시기 바랍니다. 記 …손해의 명세나 금액은 반드시 이를 명확히 할 필요는 없고, 명확히 하는 것이 곤란한 경우에는 조정을 구하는 사항의 價額算定을 할 수 없는 것으로 보아 소정의 申請手數料를 납부하면 충분하고…”.

交通事故事件에 관하여는 過失의 有無, 그 比率, 因果關係의 存否 등이 명확하지 않기 때문에 손해액의 산정이나 평가가 극히 곤란하며, 조정을 신청하는 시점에서는 청구금액을 특정할 수 없는 경우도 많다. 이 경우 신청인에게 금액을 명시하지 않은 금전지급의 신청을 인정하면 조정절차에서 당사자의 주장, 증거조사 등의 절차를 통하여 청구금액을 특정시키는 조건이 명확하게 되는 경우도 생긴다. 日本最高裁判所 民事局長에 의한 위의 通知文書는 교통사고사건의 특성에 비추어 조정제도 이용자를 위하여 지극히 타당한 조치이다. 더구나 조정신청에 관한 民事調停規則 제2조의 해석으로서 “어떠한 분쟁에 관하여 어떠한 취지의 조정을 구하는 것인가가 명백하게 된다면 충분하고, 소송에 있어서의 請求의 趣旨 및 原因과 같은 엄격성·정확성을 필요로 하지 않는다”고 한 일본하급심판결¹⁵⁾은 조정신청에 관하여 탄력성을 보이고 있는 것이다. 日本最高裁判所 民事局長에 의한 通知文書와 위 판례는 조정에 있어서의 심리의 대상이 시민사회에 발생된 사적 분쟁 그 자체인 것을 고려하면 논리적으로도 모순되지 않는다. 따라서 금액을 명시하지 않은 금전지급의 신청을 일반화하여 교통사고 사건 이외의 케이스에도 적용하는 것이 가능할 것이다. 이러한 방법으로, 環境權眺望權 등은 권리로서 생성·발전될 토대를 구축하게 될 것이다.¹⁶⁾ 또한 기존의 권리에도 손해액 산정이 성질상 극히 곤란한 청구권도 존재한다. 정신적 손해에 대한 배상청구권, 즉 慰藉料請求權 등이 그 예이다. 정신적 고통이라고 하는 무형적 손해에 관한 금전적 산정은 성질상 곤란하지만, 이러한 청구권을 조정절차에 의하여 행사하는 경우 금전을 명시하지 않은 신청도 그 실효성을 발휘할 수 있을 것이다. 「調停物」을 민사분쟁 그 자체로 생각한다면 이러한 조정신청을 부적법하다고 할 적극적 이유는 찾을 수 없다.

일본의 판례를 살펴보면, 권리관계가 불확실하든가 권리실행이 불완전한 경우에도 분쟁은 있다고 하고 있다.¹⁷⁾ 그리고 현재는 다툼이 없어도 조정신청 당시부터 예측할 수 있는 장래의 분쟁발생 가능성이 있는 경우에도 분쟁은 존재하며,¹⁸⁾ 장래의 권리실행의 불안을 제거하기 위한 조정신청이라도 좋고,¹⁹⁾ 장래의 분쟁을 방지하기 위

15) 日大津地判 1971.3.15, 下民集 22卷 3·4號, 269面.

16) 梶村太市 外, “座談會 民事調停의 諸問題”, 「別冊判夕」 4號, 1977, 139面(萩原金美發言).

17) 日大阪高判 1956.5.22, 下民集 7.5.132.5.

18) 日名古屋高判 1960.1.29, 高民集 13.1.72.

19) 日仙台高判 1960.7.25, 下民集 11.7.1594.

해 당사자간의 법률관계를 명확히 하거나, 또는 債務名義를 얻을 목적으로 조정신청을 하는 경우라도 좋다²⁰⁾고 한다.

3. 職權調停의 要件

민사조정법 6조는 “受訴法院은 필요하다고 인정하는 경우에는 사실심변론종결시까지 訴訟이 係屬중인 사건을 결정으로 조정에 회부할 수 있다”고 규정하고 있다. 이것을 職權調停이라고 한다. 이 규정은 당사자에게 할 수 있는 한 자주적으로 분쟁해결을 할 수 있는 기회를 주는 것을 목적으로 한다. 다만 소송절차가 준비단계를 종료한 후에도 사건을 조정에 회부하는 것을 허락한다면 비록 조정이 성립된다 해도 그때까지의 소송절차는 무의미하게 되므로,²¹⁾ 직권으로 개시되는 조정에 일정한 제한이 따른다.

職權調停에 회부되는 요건인 受訴法院이 “필요하다고 인정하는 때”를 어떻게 해석할 것인가. 즉, 어떠한 기준에 의하여 필요·불필요를 결정해야 할 것인가. 학설은 민사소송법에 있어서의 「訴訟物」과 민사조정법에서의 「調停物」과의 異同에 착안하여 직권조정에 회부되는 기준은 당해 민사소송에 있어서의 당사자 및 소송물과 당해분쟁 자체와의 관계, 말하자면 당해소송의 법률구성에 의하여 抽象된 사실관계의 정도에서 구해야 한다고 설명한다.²²⁾ 이 견해는 직권조정의 요건인 “필요하다고 인정하는 때”를 무엇을 기준으로 판단할 것인가에 대한 해석방향을 말해주는 것으로서 경청할 만하다. 그러나 추상적이어서 受訴法院이 사건을 조정에 회부하는 기준으로 삼기는 어렵다고 할 것이다.

조정 성립에 당사자의 합의가 필요한 이상, 職權調停에 회부할 것인가 아닌가를 판단하는 기준으로서 당사자의 합의를 전혀 무시하는 것은 타당하지 않다. 따라서 「필요하다고 인정하는 때」라 함은 분쟁해결에 관하여 당사자의 합의가 이루어질 가능성이 보이는 경우라고 생각해야 한다. 그러나 이에 관하여 일본의 內田恒久판사는 조정에서의 당사자의 의사가 유동적이라는 이유로 “調停回附에 있어서 당사자의 상호양해의 의사의 기여는 조정에 회부하는 것이 부적합하다고 하는 결정적 이유로는 될 수 없다”²³⁾고 지적하고 있다. 분쟁해결의 합의는 조정절차 중에 점차로 형성되어가는 것이므로, 조정회부시에 있어서 장래 당사자의 합의가 형성될 가능성을 예측하는 것은 매우 곤란할 것이다. 여기에서 직권조정에 회부할 경우에는 일단 당사자의 의사를 물어 이것을 참고하는 것이 그 후의 절차를 원활히 진행하기 위하여 필요하다. 內田恒久판사는 “당사자의 동의는 사건을 조정에 회부하는데 필요한 요건은 아니다. 그러나

20) 日東京高判 1953.4.23. 下民集 4.4.611.

21) 小山昇, 前掲書, 176面.

22) 佐佐木吉男, 「増補民事調停の研究」, 法律文化社, 1974, 193面.

23) 內田恒久, “職權調停에 回附하는 基準”, 「別冊判夕」4號, 59面.

受訴法院은 조정에 회부하는데 있어서 당사자의 의견을 듣고 가능한 한 쌍방당사자에게 반대의 의사가 없는 것을 확인한 후에 결정을 하는 것이 실무상의 通例이다”²⁴⁾라고 말하고 있다.

통계에 의하면 우리나라의 경우 1992년까지는 신청에 의한 조정사건이 직권조정건수보다 많았으나, 1993년부터는 직권조정이 훨씬 많아지고 있음을 볼 수 있다.²⁵⁾

4. 民事調停의 機能

1) 訴訟補充 機能

조정제도가 마련되게 된 연혁을 보면, 민사조정은 민사소송이 완수해야 할 기능에는 한계가 있기 때문에 그것을 보충하는 것으로서 기대되어 등장했다는 일면이 있는 것을 부인할 수 없다. 訴訟은 신속하고 간편하며 비용이 저렴한 것이 그 理想이라고 할 수 있는데, 실제의 소송은 그 이상과는 큰 차이가 있다. 그러나 調停은 소송과 비교하여 훨씬 신속하고²⁶⁾ 간편하며 또한 비용이 적게 든다. 특히 少額을 청구하는 경우에는 조정에 의하는 편이 보다 쉽게 목적을 달성할 수 있다. 이러한 調停制度는 民事訴訟制度의 부족한 기능을 보충하는 작용을 한다. 그러나 이 訴訟補充的 機能이 민사조정이 가진 모든 기능은 아니다. 만약 민사소송이 그 理想대로 운용된다면 民事調停制度는 그 존재의의를 잃게 될 것인가? 그렇지 않다. 民事調停制度는 다음과 같은 독자적 기능을 가지고 있기 때문이다.

2) 權利(法)創造 機能

環境權, 日照權, 嫌煙權 등과 같은 생성·발전중인 권리에 관한 분쟁은 소송에 의한 해결보다 조정에 의하여 해결하는 편이 적당할 것이다. 생성 발전중의 권리는 要件事實이 명확하지 않으므로 소송에 의하여 이러한 「權利 또는 利益」을 주장하는 것은 곤란하다. 조정절차 중에서 이러한 「利益」의 존재가 당사자의 합의에 의하여 확인되고 그것이 일반화된다면, 이러한 生成上의 利益은 단순한 이익이 아니라 법에 의하여 보

24) 上揭論文, 59面.

25) 法院行政處, 「司法年鑑」, 1991-1995.

구 분		1990	1991	1992	1993	1994
접 수	합 계	6,111	3,615	1,772	6,220	21,388
	신청	4,692	2,962	1,168	1,964	1,691
	조정회부	1,419	651	604	4,256	19,697
처 리	합 계	5,742	3,430	1,660	5,341	20,899
	신청	4,361	2,809	1,090	1,826	1,632
	조정회부	1,380	621	570	3,515	19,267

26) 통계에 의하면, 제1심 본안사건의 평균처리기간이 합의 6.4-7.0개월, 단독 4.1-4.4개월인데 반하여, 민사조정인 경우 대체로 1개월 이내에 60%정도가, 2개월 이내에 95%정도가 처리되고 있다. 法院行政處, 「司法年鑑」, 1991-1995 참조.

호해야 할 이익으로서 법적 승인을 받는 것이 되어 새로운 권리로 형성되어 정착화 될 것이다.²⁷⁾

조정은 이익조정을 필요로 하는 분쟁에 적합한 제도이므로 조정제도는 미래를 향한 새로운 권리형성에 기여하게 되고, 따라서 유동하는 법현실 속에서 항상 새로운 법을 창조해 가는 법창조적 기능을 담당한다.

3) 事件分配 機能

일본의 萩原金美교수는 民事調停의 機能에 대하여 “한 나라의 民事司法은 정도의 차이가 있기는 하지만 民事紛爭을 유형별로 나누는 체계가 필연적으로 요구된다. 이것은 실제로 법관이 재판하는데 필요한 사건을 선별함으로써 사건의 수요를 억제함과 동시에 재판의 고도의 수준을 획득하기 위하여 반드시 필요한 것이다”라고 하고 있다.²⁸⁾

處分權主義를 취하는 법제하에서는 민사조정절차에서 審理하는 편이 타당한 사건도 원고의 訴提起로 인하여 민사소송에서 심리하고 판결할 수 밖에 없는 경우가 생긴다. 그래서 일본의 舟本교수는 법관재직 당시의 경험을 회고하면서 민사소송의 適應性的한계에 관하여 다음과 같이 지적한다. “지금까지 민사재판에 관계하면서 실제 우리가 민사소송절차로서 맡고 있는 모든 사건이 민사소송에 적합한가에 대하여 항상 의문을 가지고 있었다. 法曹든 法官이든 高價의 사회적 비용을 들인 자격자가 관여해야 하는 사안인 것인가 하는 의문이다. 그러한 의미에서 재판제도 전체를 다시 생각해보아야 하는 것은 아닌가”²⁹⁾ 예컨대 지극히 소액인 慰籍料請求事件을 조정이 아닌 소송에 의하여 처리하는 것은 마치 닭을 잡는데 소칼을 쓰는 것과 같다. 이처럼 조정에서 처리하는 것이 적당한 사건, 소송에서 처리하는 것이 타당한 사건이 존재하는데, 사건관계자는 어떠한 절차를 선택해야 더욱 타당한 결과를 얻을 수 있는가를 고려해야 한다. 이와 같이 조정제도에는 사건분배적 기능이 있다.

나라마다 소송사건이 폭주하여 법원이 마비될 정도라는 비명을 우리는 익히 듣고 있다. 이러한 현상은 사소한 사건도 모두 법원으로 가져감을 의미한다. 가족, 학교, 교회, 마을 등이 분쟁을 비공식적으로 해결하는 역할을 담당했던 전통적인 수단과 사회제도가 근대화의 결과로 말미암아 법원이 경미한 분쟁까지 해결하는 임무를 떠맡게 되었다. 민사조정은 이같은 경향을 되돌려보려는 시도라고 할 수 있다.³⁰⁾ 아직도 민사조정으로 해결되는 사건수는 미미하여 법원의 부담을 크게 덜어주지는 못하는 실정이나 이것이 적극적으로 활용된다면 좀더 큰 몫을 담당할 수 있을 것이다.

27) 梶村太市 深澤利一, 前掲書, 225面 : 梶村太市外, 前掲座談會 萩原金美 發言, 139면.

28) 萩原金美, “民事調停の基本問題”, 「判夕」304號, 16面 以下.

29) 討論「民事訴訟の適應性の限度から」, 財團法人日本法律家協會 編, 「民事調停の研究」, 東京布井出版, 1991, 190面.

30) 宋相現, 前掲論文, 13面.

4) 司法民主化 機能

민사조정을 운영하는 국가기관은 法院과 그 내부조직인 調停委員會이다. 조정위원회는 調停長 1인과 調停委員 2人以上으로 구성한다(법 8조). 조정장은 관할법원의 판사중에서 지정하도록 하고 있지만(법 9조), 조정위원은 학식과 덕망이 있는 자로서 위촉한다(법 10조)고 규정하고 있으며, 보통 민간인을 위촉하고 있다. 이는 民事司法에 대한 국민참여의 이념, 그리고 민주주의를 선언하는 헌법의 취지에도 합치된다. 재판절차에 陪審員이나 參審員 등 비법률가를 참여시키지 않는 법제하에서는 재판에 의하지 않는 분쟁해결절차에 비법률가를 적극적으로 참여시키거나 심지어 법률가의 참여를 완전히 배제하는 경우도 있다. 이는 사법민주화 내지 개방화의 첫걸음이자 국민에게 좀더 다가가는 奉仕司法을 구현하는 방법인 것이다. 調停委員會의 활동목적은 민사에 관한 분쟁에 대하여 당사자의 상호양해를 통하여 條理를 바탕으로 실정에 맞게 분쟁을 해결하는 것이다(법 1조). 여기에서 말하는 조리는 이를테면 살아있는 법인 바, 법관이 아닌 調停委員보다 직업법관이 조리를 보다 잘 이해하고 인식한다는 보장은 어디에도 없다. 조정위원회제도에 대하여 비판³¹⁾도 있을 수 있지만, 司法에 대한 국민참여라는 점에서 제도의 합리성을 인정해야 한다. 즉, 국민의 사법참여는 재판하는 자와 재판받는 자의 동질성을 확보하고 판결에 대한 공감대를 형성할 수 있으며 국민의 사법에 대한 사회적 관심과 이해를 높여 줄 뿐 아니라 국민의 사법기관에 대한 거리감이나 심리적 위화감을 해소시켜 주는 장점을 지니고 있다. 이러한 제도적 장치가 없는 국가에서는 사법으로부터의 국민의 소외감으로 인하여 국민의 사법에 대한 이해와 신뢰를 얻기 어렵다 할 것이다. 결국, 국민의 사법에 대한 신뢰회복은 국민의 사법에 대한 적극적인 참여를 통해서 가능할 것이고, 그것이 사법의 민주화에 기여하게 된다.³²⁾

5) 衡平法的 機能

법에 의한 민사재판의 타당성은 법의 완전무결성, 즉 무흠결성을 전제로 했을 때 가능한 것이고, 실정법의 결함이 입법의 불완전성이나 사회변화에 의하여 불가피하다고 볼 때에는 구체적 타당성의 근거가 약해질 수 밖에 없다. 민사조정제도는 실정법의 결함을 윤리적 요소에 의하여 보완하면서 조리에 의한 해결로 구체적 타당성을 실현하는데 중점을 두는 제도라 할 수 있다. 재판이 지향하는 이상적 가치는 正義와 衡平의 원리를 실현하는데 있다 할 것이다. 정의가 구체적·개별적 상황에 구애되지 않는 일반적·추상적 이상원리라고 한다면 형평은 구체적 사정을 고려한 특수성에 적합한

31) 梶村太市·深澤利一, 前掲書, 288面 以下; 內田恒久, "調停委員會の公務員法上の地位について", 前掲「民事調停の研究」, 東京布井出版, 1991, 175面 以下 등에서는 조정위원의 관료화, 관료통제 등 조정위원회제도에 대한 批判과 그 當否에 대하여 논의하고 있다.

32) 金永澈, "民事調停에 관한 研究", 「東山金斗熙博士華甲記念 現代法學의 諸課題」, 1987, 367面; 小島武司, "民事調停における國民の參加", 「別冊判夕」4號, 36面.

정의로서 구체적 판단의 타당성의 근거원리를 의미한다고 볼 수 있다. 급격한 사회변화로 인한 법과 현실과의 간격을 해결할 필요성은 더욱 절실해 가고 있다. 만일 이러한 현실을 극복하지 못할 경우에는 국민의 법과 재판에 대한 불만과 불신은 피하기 어렵게 될 것이다. 민사조정제도는 소송절차의 경직성, 법해석의 형식논리성, 법적용의 획일성 등을 완화하고 조리에 의한 형평의 원리를 탄력적으로 운영하여 具體的 妥當性을 실현하는 제도로서 형평법적 기능을 담당한다고 할 것이다.³³⁾

V. 民事調停의 本質

1. 民事調停上 성립된 合意의 法的 性質

조정은 조정신청의 却下, 조정을 하지 아니하는 決定, 조정신청의 取下, 조정의 不成立, 조정의 成立, 조정에 갈음하는 決定 등으로 종료된다. 위 조정의 종료원인 중에 조정에 의하여 분쟁이 해결되는 경우는, 조정에 갈음하는 결정에 대하여 법정기간 내에 당사자 또는 이해관계인으로부터 異議申請이 없는 경우와 조정이 성립된 경우로 나눌 수 있는데, 여기에서 공통되는 사항은 분쟁해결에 관한 당사자의 의사 내지 합의이고, 또한 조정에 갈음하는 결정의 효력 調停調書의 효력은 모두 裁判上의 和解와 동일한 효력을 가진다. 裁判上의 和解에 既判力을 인정한다면 화해의 효력은 안정되지만, 화해의사의 형성과정에 하자가 있었다고 하여도 기판력의 차단적 효과에 의하여 화해무효의 주장은 크게 제한된다. 재판상의 화해의 효과에 기판력을 부정하여 화해의 법적 성격을 私法行爲로 해석하면 하자있는 화해는 사법에 의하여 규율된다. 訴訟行爲로 해석하면 어떻게 되는가? 성립된 조정의 효과에 관하여도 이러한 형태로 화해와 유사한 문제가 발생한다. 이러한 문제에 관하여 和解의 본질을 둘러싼 학설을 인용하여 調停의 본질을 규율할 수 있을 것이다. 그러므로 여기에서는 재판상 화해의 법적 성질에 관한 학설을 검토하려 한다.

1) 私法行爲說

이 說에 의하면 소송상의 화해는 訴訟物에 관하여 이루어진 私法上의 和解契約이고, 그것이 소송절차 중에서 법원을 개입시켜 성립되는 점만이 다르다고 한다.³⁴⁾ 그러므로 소송상 화해의 무효나 취소사유가 있는 경우에는 실체법에 의하여 규율할 것이라고 한다.³⁵⁾ 화해에 의하여 소송종료의 효과가 생기지만 이것은 화해에 의하여

33) 小山昇, 前掲書, 89面; 佐佐木吉男, 前掲書, 23面.

34) 町田顯, "訴訟上の和解の無効と實務上の取扱い", 『實務民事訴訟講座2』, 日本評論社, 1969, 201面 以下.

35) 大判 1959.9.24. 58 민상 318.

심판의 대상인 權利關係의 存否를 둘러싼 분쟁이 종료되어, 소송이 그 목적을 缺하기 때문이라고 설명한다.³⁶⁾ 그러나 이 說에 대하여는 私法行爲와 訴訟行爲는 여러가지 다른 행위이고, 私法行爲에 의하여는 소송종료의 효과는 생기지 않는다고 하는 비판³⁷⁾이 있다. 이에 대하여 私法行爲說은 이 점을 다음과 같이 설명한다. 소송상의 화해는 소송절차에 있어서 이루어진 私法上의 和解契約과 법원에 의한 이 和解契約의 確認·公證行爲이며, 소송종료의 효과가 생기는 것은 이 법원에 의한 확인·공증행위에 의한 것이다. 그렇지만 법원에 의한 확인·공증행위에 의하여 소송종료의 효과가 왜 발생하는가가 의문이고, 소송상의 화해에는 私法行爲에 의하여는 설명하지 못하는 부분이 남아있다고 하는 비판³⁸⁾이 있다.

민사조정에서 당사자간에 분쟁에 관하여 합의가 되어 조정이 성립된 경우, 이 합의의 법적 성격에 관하여 私法行爲說을 채용한다면 다음과 같이 해석하게 될 것이다. 조정에 있어서의 당사자의 「合意」는 민사분쟁에 관하여 이루어진 분쟁당사자의 和解契約이고, 그것이 조정절차 중에서 행해진 것이다. 조정종료의 효과가 생기는 것은 화해에 의하여 조정절차의 대상인 민사분쟁이 소멸하는 까닭이다. 조정위원회가 민사분쟁에 관하여 당사자의 합의를 調停調書에 기재하는 것은 이 「合意」를 확인하고 공증하는 행위와 다르지 않다.

2) 訴訟行爲說

이 설은 우리나라의 다수설³⁹⁾이며 판례⁴⁰⁾의 입장으로서는 다음과 같이 주장한다. 소송상의 화해는 私法상의 화해와는 다른 소송법상의 합의이다. 재판상의 화해는 「和解」라고 하는 판결의 대용물을 작성하여 소송을 종료시키려고 하는 당사자의 합의 또는 성립된 화해를 당사자 쌍방이 법원에 진술하는 合同行爲⁴¹⁾이다. 따라서 화해의 하자과 관련한 법률문제는 소송법의 원칙에 지배되고 민법상의 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 소송상의 화해에 관한 당사자의 의사는 소송을 종결시키려는 의사가 있다고 하여도 당사자의 의사의 중요한 내용은 민사분쟁을 해결하는 것이다. 訴訟行爲說은 이 점을 간과하고 있다는 비판⁴²⁾이 있다.

조정에 있어서의 당사자의 합의를 訴訟法說에 의하여 규율하는 것은 아무래도 의문이 남는다. 민사조정에서 합의의 법적 성질을 訴訟法說에 의하여 이해한다면 다

36) 齊藤秀夫 編, 「注解民事訴訟法(3)」, 第一法規, 1973, 391面.

37) 町田顯, 前掲論文, 201面.

38) 上掲論文, 201面.

39) 方順元, 「民事訴訟法(上)」, 韓國司法行政學會, 1987, 549面 ; 李英燮, 「新民事訴訟法(上)」, 博英社, 1972, 206面 ; 金洪奎, 「民事訴訟法」, 三英社, 1992, 712面 ; 宋相現, 「民事訴訟法」, 博英社, 1995, 607面 등.

40) 大判 1962.2.15. 61 민상 914 ; 同 1960.9.29. 68 민상 511 등.

41) 町田顯, 前掲論文, 201面.

42) 齊藤秀夫 編, 前掲書, 392面.

음과 같은 해석이 가능할 것이다. 즉, 민사조정에서 분쟁해결에 관한 당사자의 합의는 사법상의 화해와는 별개인 民事調停法상의 合意(광의의 소송법상의 합의)이다. 따라서 하자있는 합의는 사법 내지 민법의 적용은 받지 않는다. 민사조정에서 합의는 조정을 종결시킨다고 하는 당사자의 합의, 혹은 성립된 합의를 당사자 쌍방이 法院 내지 調停委員會에 보고하는 合同行爲이다. 그렇지만 訴訟法說 자체에 의문이 있는 이상, 조정에서 당사자의 합의를 訴訟法說에 의하여 이해하는 것은 찬성할 수 없다.

3) 兩性說

이 說은 兩行爲併存說과 兩行爲競合說로 나뉜다. 兩行爲併存說에 의하면 소송상의 화해에는 사법상의 화해계약과 소송종료의 합의라고 하는 사법행위 및 소송행위가 각각 독립하여 병존한다. 이 경우, 소송종료의 합의에 사법상의 화해계약이 유효한 것을 전제로 하여 사법행위의 하자는 소송행위의 효력에 영향을 미친다고 설명한다. 兩行爲競合說에 의하면 소송상의 화해는 하나의 행위이지만, 사법행위로서의 일면과 소송행위로서의 일면을 가진다.⁴³⁾ 소송물을 둘러싼 분쟁에 관하여 당사자간에는 사법상의 화해계약이지만 법원에 대한 관계에서는 소송종료의 합의로서의 성질을 가진다. 또한 사법행위·소송행위의 하자는 각각 서로에 영향을 미친다. 兩行爲競合說은 일본의 다수설⁴⁴⁾이며, 독일의 다수설⁴⁵⁾과 판례⁴⁶⁾의 입장이다. 그러나 우리나라에서는 소수설⁴⁷⁾의 입장이며 일부 판례⁴⁸⁾에서 채용되고 있다.

이 설에 의하여 민사조정에서 합의의 규율을 다음과 같이 설명할 수 있을 것이다. 민사조정에서 합의의 법적 성질은 민법상의 화해계약인 동시에 法院 또는 調停委員會에 대하여 조정을 종료시킨다는 취지의 합의(광의의 소송법상의 합의)의 표시, 또는 合同行爲로서의 성격을 갖는다. 양자는 각각 상호 영향을 미치며, 한편의 失効는 다른편의 실효원인이 되고, 성립된 조정의 무효를 주장하는 것이 가능하다.

43) 上掲書, 392面.

44) 齊藤秀夫/渡部吉隆/小室直人, "和解·拋棄·認諾調書の效力", 『注解民事訴訟法(5)』, 第一法規, 1991, 173面 ; 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, 239面 등.

45) Jauernig, O., Zivilprozeßrecht, 23 Aufl., 1991, S.159ff ; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO-Komm., 20 Aufl., 1981, 7.Lfg. Anm. §794 II 2 ; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14 Aufl., 1986, §132 III 1 c) ; Zeiss, W., Zivilprozeßrecht, 7 Aufl., 1989, §66 IV.

46) BGHZ 16, 388 ; BGH NJW 1982, 2072.

47) 李時潤, 『民事訴訟法』, 博英社, 1994, 651面 ; 李在性, "訴訟上の和解의 性質", 『訴訟과 競賣의 法理』, 349面 以下 ; 梁炳晦, "民事訴訟上の和解制度에 관한 考察", 『社會科學』, 제11집, 建國大社會科學研究所, 1987, 71面 등.

48) 大判 1971.1.26, 70 다 2535 ; 朝高判 1910.8.14, 民集 7卷 361面 등.

2. 民事調停의 本質에 관한 學說

민사조정상 합의의 법적 성질을 소송상의 화해의 법적 성질에 관한 학설에 기초하여 규율하려는 입장은 다소 무리가 있는 것으로 보이며, 아무래도 이는 民事調停法 독자의 理解⁴⁹⁾에 의하여 해결되어야 할 문제라고 해야 한다. 말하자면 민사조정은 민사소송과 성질을 같이 하는 裁判이라고 해석해야 할 것인가 아니면 조정절차에서 이루어지는 특수한 和解契約 내지 合意라고 해석해야 할 것인가 하는 것에서 민사조정의 본질을 논의해야 한다. 민사조정의 본질에 관하여 우리나라에서는 아직 논의가 이루어지지 않고 있기 때문에, 이에 관한 일본의 학설을 살펴보면 대체로 調停裁判說과 調停合意說로 나누어지고 있다. 調停裁判說 취하면 어떠한 실익이 있고, 調停合意說을 채용하면 어떠한 실익이 있는가가 문제된다.

民事調停法 27조는 “調停擔當判事は 당사자사이에 합의가 성립하지 아니하거나 성립된 합의의 내용이 상당하지 아니하다고 인정하는 경우에 제30조의 규정에 의한 결정을 하지 아니할 때에는 조정이 성립하지 아니한 것으로 사건을 종결시켜야 한다”고 규정한다. 또한 법 제28조는 “조정은 당사자사이에 합의된 사항을 調書에 기재함으로써 성립한다”고 하고 있고, 이어서 법 제29조에서는 “조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다”고 규정하고 있다. 이러한 규정들을 통일적으로 고려하면, 調停調書에 기재된 「당사자의 합의」라 함은 조정기관에 의하여 “상당하다고 인정된 합의”와 다름이 없다. 요컨대, 당사자사이에 합의가 성립하여도 調停機關이 이 합의를 상당하지 않다고 판단하는 경우에는 조정을 거부할 수 있는 것이 된다. 이와 관련하여 법 제27조에 규정된 “相當”은 違法概念보다 넓고 不當을 포함한다고 해석하고 있다.⁵⁰⁾ 한편 소송상의 화해에 관해서는 民事訴訟法 제206조에는 이러한 제한이 없다. 이렇게 볼 때 재판상의 화해와 성립된 조정을 동일한 것으로 보는 것은 의문이다. 조정에 있어서의 합의의 법적 성격에 관하여는 民事調停法 독자적인 고찰이 필요할 것이다. 조정에 있어서의 任意性(당사자의 합의)와 判斷性(조정기관에 의한 相當性의 판단)은 상호 모순된 기능⁵¹⁾을 가진다는 인상을 준다. 양자의 관계를 어떻게 이해할 것인가가 문제이다.

결론부터 말하면, 조정기관에 의한 相當性의 판단을 조정의 본질이라고 이해한다면 調停裁判說⁵²⁾로 되고, 당사자의 합의를 조정의 본질이라고 이해한다면 調停合意說⁵³⁾로 된다. 調停裁判說에 의하면 성립된 조정에는 기판력·집행력이 인정되지만, 합의에 관한 사법상의 하자가 있다는 취지의 주장은 허용되지 않는다. 調停合意說에 의하면

49) 佐佐木吉男, 前掲書, 151面.

50) 石川明·梶村太市 編, 前掲書, 198面.

51) 山本戶克己, “民事調停における矛盾性”, 『別冊判タ』4號, 1977, 25面.

52) 梶村太市·深澤利一, 前掲書, 214面.

53) 上掲書, 213面.

성립된 조정에는 기관력은 없지만 합의에 사법상의 하자가 있는 때에는 조정무효의 주장이 인정된다. 우리 사회에서 민사분쟁의 해결을 구하는데 어느 쪽이 實效性이 있는 이론인가가 문제이다.

1) 調停裁判說

이 학설에 의하면 민사조정과 민사소송간에는 본질적 차이는 존재하지 않는다. 이 설은 법 27조에 규정된 조정기관의 권한의 성질은 공권력의 행사와 다르지 않으며, 이점 공권력의 행사인 민사재판에 있어서의 법원의 권한과 그 성질이 동일하다고 주장한다.⁵⁴⁾ 따라서 이 경우 조정의 본질은 재판으로 된다. 이 결론과 관련하여 민사조정에 있어서의 당사자의 합의는 민사조정절차, 특히 성립된 조정중에 어떠한 의미를 가지고, 현실로 어떤 기능을 하는가가 문제이다. 왜냐하면 調停調書에 기재된 합의가 당사자의 합의 그 자체라고 한다면 조정의 본질은 사법상의 화해계약과 다르다는 調停裁判說의 취지와 모순되는 까닭이다. 확실히 법 제27조의 규정을 문리대로 형식적으로 이해한다면, 조정에 관하여 분쟁해결에 관한 당사자의 합의가 성립되어도 그 합의는 당연히 調停調書에 기재되는 것은 아니다. 또한 조서에 기재되어 裁判上의 和解調書와 동일한 효력을 부여하는 것은 분쟁해결에 관하여 당사자사이에 성립된 합의 그 자체는 아니다. 조정기관에 의하여 相當性이 있다고 공권적인 판단을 내린 합의만이 調書에 표시될 뿐이다. 이 경우 조정기관은 공권적 판단의 자료로서 당사자 쌍방의 주장을 듣고 직권으로 事實調查證據調查를 행하며, 필요한 조사를 관공서 기타 적당하다고 인정한 자에게 촉탁할 수 있다. 민사분쟁의 해결을 담당하는 국가기관이 법률이 정한 절차에 따라서 조리를 바탕으로 민사분쟁에 대하여 공권적 판단을 행하는 것이고, 민사조정과 민사소송사이에는 이러한 의미에서 본질적인 차이는 없다. 이것이 調停裁判說이 주장하는 개요이다.

2) 調停合意說

이에 대하여 조정합의설은 분쟁해결에 관하여 조정절차에서의 당사자의 합의, 당사자의 任意性을 조정절차의 본질로 본다. 즉, 調停의 本質은 조정절차에서 이루어지는 특수한 和解契約이고, 조정기관은 분쟁당사자를 위하여 그 합의를 알선하는 國家機關에 지나지 않는다고 설명한다. 이 설을 지지하는 일본의 宮崎澄夫교수는 다음과 같이 주장한다. "조정"의 주체는 합의이며, 다만 그 내용이 조정판단에 적당한 것인 점이 강하게 요청되는데 지나지 않는다고 하는 것이다. 물론 문제는 지극히 델리케이트한 표현에 구애되어 서로 오해가 생길 염려가 있고, 또 조정판단을 구하는 점에서는 모두가 견해를 같이하는 바, 나도 역시 그 중 한사람에 속하지만, 다만 조정절차의 목표

54) 佐佐木吉男, 前掲書, 161面 : 森松万英, "調停裁判論に對する一考察", 「新報」, 71卷 12號, 1975, 51面 以下.

로서의 조정 자체는 합의이고, 더구나 이 합의는 단지 조정기관의 조정판단의 受諾이라고 하는 수동적인 것은 아니며, 당사자의 구체적인 법률관계를 일정한 내용으로 확정하려고 하는 의사의 합치를 옴은 견해라고 믿는 것이다....”⁵⁵⁾

3. 民事調停의 本質과 民事調停制度의 存在理由

민사조정 본질 및 당사자의 합의의 법적 성격을 고찰하는 한가지 방법은 법 제 27조 내지 제29조의 규정과 관련한 論理의 整合性을 고찰하는 것이며, 이것은 물론 중요하지만 이것만으로는 實效性이 있는 논리는 되지 못한다. 그래서 민사조정제도는 왜 필요한 것인가 하는 현실적 이유와 관련하여 민사조정의 본질을 당사자의 합의의 법적 성격과 관련하여 고찰해 보아야 한다.⁵⁶⁾ 민사조정을 신청하는 많은 당사자가 조정기관에 구하고 있는 것은 「調停物」에 대한 재판이 아니고 조정절차에 의하여 「調停物」에 관한 분쟁해결의 합의를 형성하는 기반을 구하고 있는데 지나지 않는다는 것이다. 이 사실은 간과할 수 없다.

조정기관이 인식하는 민사조정제도의 필요성과 민사조정제도의 이용자(신청인·상대방 등)가 인식하는 민사조정제도의 필요성은 반드시 동일하다고 할 수 없다. 그렇지만 민사조정제도는 민사분쟁, 즉 당사자의 私益에 관한 분쟁을 조정·해결하는 것을 목적으로 하며 調停調書의 성립에는 당사자의 합의를 전제로 하는 이상, 위 제도의 존재이유는 조정제도의 이용자, 즉 당사자의 인식을 기초로 하여 고찰되지 않으면 안된다. 민사분쟁해결을 위하여 조정제도를 이용하는 자(신청인·상대방)가 조정제도에 구하는 것은 和解意思의 存否·그 條件 등에 관하여 상호의 의사를 살피는 조정기관의 後見의 見解를 참고로 하여 분쟁해결을 위한 합의를 형성하는 것이다. 당사자가 조정기관에 구하는 것은 분쟁에 대한 공권적 판단은 아니다. 만일 분쟁에 관한 公權的 判斷이라고 하는 재판적 기능을 조정기관에 기대하려 한다면, 신청인은 조정이 아니라 민사소송을 제기할 것이다. 이와 같이 생각하면 민사조정에 관하여 주도권을 가져야 할 자는 어디까지나 당사자이고 法院이나 調停委員會는 아닌 것이다. 이러한 인식은 절차를 운영하는 조정기관의 자세에 더 필요할 것이다.

예컨대 법 21조는 조정전의 처분에 관하여 “調停擔當判事は 조정을 위하여 특히 필요하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 의하여 조정전의 처분으로서 상대방 기타 사건관계인에 대하여 現狀을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 기타 조정의 내용이 되는 사항의 실현을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위의 배제를 명할 수 있다”고 규정한다. 위 규정은 얼핏보아 민사소송에 있어서의 假處分과 비슷하나 다른 제도이다. 조정전의 처분에는 執行力이 없기 때문이다(법

55) 宮崎澄夫, “調停의 理念”, 「民事訴訟法講座5」, 有斐閣, 1962, 1380面 以下.

56) 小山昇, 前掲書, 47面.

제21조 4항). 다만 조정전의 처분을 實效性이 있게 하기 위하여 法 42조는 “당사자 또는 참가인이 제21조의 규정에 의한 조정전의 처분에 따르지 아니하는 때에는 직권으로 30만원이하의 過怠料에 처한다”고 규정하고 있다.

그러나 이에 관한 우리나라의 통계는 아직 보이지 않지만, 일본의 경우 司法統計年報에 의하면 簡易法院에 있어서 1981년 調停事件의 受理件數 78,841건 중, 조정전의 처분으로서 명령을 발부한 케이스는 57건, 이 명령에 따르지 않았던 자로서 과태료의 제재를 받은 자는 없다. 1982년, 1983년의 司法統計年報에 의하면, 簡易法院이 受理한 調停事件은 점차 증대하는 경향이지만 이 중 조정전의 처분으로서 명령발부의 총수는 43건, 이 중 과태료의 제재를 받은 자는 없다. 법원이 조정전의 처분에 관한 명령위반자에 대한 過怠料의 제재를 하면, 그 후의 조정이 원활한 진행이 된다고 하는 배려가 이러한 수치로 나타난 것이다. 어쨌든 분쟁해결에 관하여 당사자의 자유로운 의사의 형성을 해칠 염려가 있는 이러한 제재규정의 적용에 관하여 법원의 자세는 지극히 소극적이라고 할 수 있다. 요컨대 당사자는 강제가 아닌 자유로운 의사에 의하여 분쟁을 해결하려는 장을 조정제도에 구하고 있는 것이다. 따라서 이러한 일본의 司法統計에 나타난 수치는 위와 같은 당사자의 조정제도에 대한 기대를 배려한 법원의 자세를 반영하는 것일 것이다.

4. 私 見

법 27조에 의하면 분쟁을 해결하려는 당사자의 합의사항이 調停擔當判事가 相當하지 아니하다고 인정하는 경우에 제30조의 결정(조정에 갈음하는 결정)을 하지 아니할 때에는 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건을 종결시켜야 한다. 調停裁判說은 이 규정을 조정의 본질을 재판으로 파악하는 근거로 들고 있지만, 調停機關의 위 권한의 성질을 공권적 판단으로 결론짓는 것은 조금 논리의 비약이 있는 것 같다. 조정에 있어서의 당사자의 합의형성에의 과정에는 調停機關이 후견적으로 관여하고 있고(강제적 관여는 아니다), 성립된 합의는 이를테면 신청인·상대방·조정기관 등 3者の 합작이라고 해야 한다. 성립된 이 합의를 조정기관이 「상당하지 않다」고 부정하는 것은 지극히 특수한 경우에 한정시켜야 할 것이다. 특수한 케이스를 일반화하려는 견해에는 의문이 있으며, 調停裁判說에는 찬성할 수 없다. 조정기관이 가지는 현실적 기능은 민사분쟁에 관하여 성립된 당사자의 합의가 조리에 비추어 상당한가 아닌가 공권적인 판단을 하기 보다는 오히려 분쟁해결을 위한 調停案을 당사자에게 제시하는 것이 바람직 하다고 하겠다. 요컨대 調停合意說이 타당하다고 생각한다.

IV. 民事調停의 效力

조정은 당사자사이에 합의된 사항을 調書에 기재함으로써 성립하며(법 28조), 이 조정조서의 기재는 裁判上의 和解와 동일한 효력이 있다(법 29조). 재판상의 화해조서의 기재는 確定判決과 동일한 효력을 가지므로(민사소송법 206조), 조정조서의 기재는 확정판결과 동일한 효력을 가지는 것이 된다.⁵⁷⁾ 그러나 조정의 효력으로서 既判力(實體的確定力)을 인정할 것인가에 관해서는 다툼이 있다.

주지하는 바와 같이 既判力이란 이미 조정이 성립된 것 등으로 그 효력이 확정되어 있는 이상, 이미 동일사항에 대해서 후에 재판에서 실질적인 판단을 할 수 없다는가, 전의 조정 등의 내용대로 판단하지 않으면 안된다는가 하는 효력이며, 調停 등에 實體的 不可爭性을 부여하는 효력을 말한다. 만약 성립된 민사조정에 既判力을 인정한다면, 그 차단적 효력에 의하여 성립된 조정의 효과는 매우 안정된 것이 된다. 그렇지만, 한편 분쟁해결에 관한 당사자의 합의에 要素의 錯誤·詐欺·強迫 등 私法上의 瑕疵가 있었다고 해도 기판력의 遮斷的 效力에 의하여 당사자는 합의형성에 관한 하자를 주장하는 것이 불가능하며, 또한 조정의 무효를 구하지도 못하게 된다. 이 경우, 조정절차의 실체에 비추어 구체적 타당성을 결한 調停調書가 유효한 것으로서 존재하는 결과가 되어 의문이 남는다. 따라서 성립된 조정의 효력을 둘러싸고 그 法的安定性과 具體的妥當性의 두가지 理想의 모순과 충돌을 어떻게 조화시킬 것인가가 문제된다.

여기에서는 기판력을 인정여부를 중심으로 민사조정 효력에 관한 학설을 개관하려 한다. 학설의 흐름은 크게 두가지인데, 하나는 재판상의 화해의 법적 성격을 둘러싼 학설(訴訟行爲說·私法行爲說·兩行爲併存說·兩性說)을 민사조정 효력의 본질의 해석에 관하여 원용하는 견해로서, 이는 “조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다”고 하는 법 29조의 규정을 근거로 한다. 다른 하나는 재판상의 화해에 대하여 민사조정 절차의 독자성을 인정, 이러한 입장에서 민사조정 효력의 본질을 고찰하는 학설(調停裁判說·調停合意說)이다. 여기에서는 調停合意說의 입장에서 이를 고찰하려 한다.

1. 既判力肯定說(無制限既判力說)

민사조정 본질을 재판이라고 이해하는 調停裁判說은 조정의 효력에 既判力을 인정한다.⁵⁸⁾ 이 설에 의하면 調停機關은 民事調停法·民事調停規則 등에 정해진 절차에

57) 조정이 성립한 경우 뿐 아니라, 조정에 갈음하는 결정의 경우에도 마찬가지로 해석된다. 다만, 민사조정의 기판력은 부정하지만, 조정에 갈음하는 결정의 기판력은 긍정하는 견해도 있다. 新堂幸司, 「民事訴訟法」, 筑摩書房, 1974, 408面.

58) 石川明·梶村太市編, 前掲書, 212面 ; 佐佐木吉男, 前掲書, 161面.

따라 민사분쟁에 관하여 공권적 판단을 하게된다. 따라서 민사조정과 민사소송사이에 본질적인 차이는 없다고 한다.⁵⁹⁾ 조정도 사법절차에 의한 분쟁해결절차로서 이것에 不可爭力을 인정할 필요성이 있으며, 또한 절차법상 기판력을 인정할 조건이 있으므로 調停調書에 기재된 사항은 집행력은 물론 확정판결과 동일한 기판력을 가진다.⁶⁰⁾ 분쟁해결에 관한 당사자의 합의에 착오·사기·강박 등 의사표시의 하자가 있더라도 既判力의 遮斷의效果에 의하여 합의의 하자를 주장하여 조정의 무효를 구할 수는 없다. 다만 위의 하자가 재심사유에 해당하는 경우에는 再審의 訴에 준하는 訴에 의하여 조정의 무효를 주장하는 것이 가능하다고 주장한다. 재판상의 화해와 민사조정 기능의 유사성에 착안하여 有力說은 재판상의 화해의 법적 성질의 해석에 관한 학설인 訴訟行爲說에 의하여 민사조정상의 합의의 법적 성격을 규율하려 한다. 대부분의 訴訟行爲說은 조정의 효력에 관하여 기판력을 인정하며,⁶¹⁾ 再審事由에 해당하는 경우 이외에는 조정무효의 주장을 인정하지 않는다. 재판상의 화해에 관하여 우리 대법원의 判例⁶²⁾는 이 설을 따르는 것으로 보인다.

2. 制限的既判力說

재판상의 화해의 법적 성질에 대하여 兩性說을 취하는 입장에서는 민사조정 효력에 관하여 制限的既判力說을 긍정한다. 兩性說은 조정상의 합의의 법적 성격을 私法行爲·訴訟行爲(광의)가 불가분하게 합체된 것으로 이해하고, 한쪽이 失效되면 다른쪽도 효력을 잃게된다고 해석한다. 즉, 성립된 조정에는 兩行爲가 유효한 때에 한하여 기판력이 인정된다. 그러므로 성립된 합의에 要素의 錯誤·詐欺·強迫 등 私法上의 瑕疵가 있을 때에는 조정무효의 주장이 허용된다.⁶³⁾ 그러나 성립된 조정이 실체법상 유효한 때에 한하여 기판력을 인정한다고 하는 制限的既判力說은 기판력의 본질에 반하며 실제로 既判力否定說과 같게 된다고 하는 비판이 있다.⁶⁴⁾

3. 既判力否定說

민사조정 본질을 당사자의 합의라고 이해하고, 調停機關은 이 합의를 알선하는

59) 佐佐木吉男, 上掲書, 161面.

60) 小山昇, 前掲書, 285面.

61) 方順元, 前掲書, 551面 ; 李英燮, 前掲書, 206面 ; 金洪奎, 前掲書, 717面 ; 宋相現, 前掲書, 611面 등. 다만, 鄭東潤, 「民事訴訟法」, 法文社, 1992, 558面은 訴訟行爲說을 취하면서 既判力否定說에 찬성한다.

62) 大判 1955.9.15, 4288 민상 229 ; 同 1957.9.19, 4290 민상 427 ; 同 1960.9.29, 4291 민상 511.

63) 李時潤, 前掲書, 658面 ; 姜玆中, 前掲書, 684面.

64) 石川明·梶村太市編, 前掲書, 215面.

권한을 가지는데 지나지 않는다고 이해하는 調停合意說⁶⁵⁾ 및 다수의 私法行爲說은 조정의 효력에 관하여 기판력을 부정한다. 그래서 합의형성에 하자가 있으면 조정무효의 주장을 허용한다. 기판력을 부정하는 이유로는 다음과 같은 점들을 들고 있다.

① 조정의 본질은 당사자의 私法上의 合意이다. 실질적으로 생각하면 조정기관은 調停裁判說이 주장하는 것처럼 공권적 권한을 가지지는 않는다. 조정기관의 권한은 분쟁해결을 위하여 합의를 알선하는 後見的인 實體를 가지는데 그친다. ② 조정에 있어서의 심리의 대상은 「사적분쟁 그 자체」이다. 이 점 소송에 있어서의 심리의 대상인 「訴訟物」과 비교하여 그 객관적 범위가 매우 불명확하고 기판력을 인정하는 전제조건이 흠결한다. ③ 調停條項은 판결주문과는 달리 객관적 범위를 정하기 어렵다.⁶⁶⁾ ④ 조정제도의 현상에서는 당사자의 합의형성 과정에 하자를 수반하는 것은 어느 정도 불가피하다.⁶⁷⁾ 조정의 효력에 기판력을 인정한다면 조정의 효과는 매우 안정될 수 있지만, 그 반면 합의형성에 관한 하자의 주장이 제한된다고 하는 중대한 폐해가 발생된다.

4. 私見

조정에 있어서 법원이나 조정위원회의 관여는 형식적·소극적인 것에 지나지 않고 그 본질은 당사자간의 합의에 의한 自主的紛爭解決이라고 할 수 있다. 법원이나 조정위원회가 당사자간의 합의의 실제적 하자의 존부에 대하여 일반의 판결절차에 있어서의 訴訟物의 審理와 같이 충분한 심리를 거쳐 조정의 성립을 인정한다고 하기는 어렵다. 법 29조가 조정의 효력에 관하여 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다고 하고 있고, 민사소송법 206조는 재판상의 화해는 確定判決과 동일하다고 규정하고 있지만, 이 「확정판결과 동일한 효력」의 의미를 민사소송법 431조와의 관계에서 볼 때, 문언상 既判力을 인정하더라도 그것은 실제법상으로도 하자가 존재하지 않는 경우에만 하여 인정해야 할 것이다.⁶⁸⁾ 이와 관련하여 위의 규정들은 확정판결과 동일한 효력을 가진다고 규정하는데 그치며, 기판력을 가진다고 말하고 있는 것은 아니기 때문에 여기서 말하는 효력이란 소송종료효 및 집행력만을 가리키는 것으로 해석할 수 없는 것은 아니며, 同條가 원래 무리한 입법이므로 그와 같이 약간 무리한 해석을 하는 것도 부득이한 것이라는 견해도 있다.⁶⁹⁾ 요컨대, 조정의 현실에서 착오 등 실제법상의 하자를 수반하는 것은 불가피한 일이며, 조정에 기판력을 인정하는데 충분한 절차

65) 梶村太市·深澤利一, 前掲書, 687面.

66) 上掲書, 687面.

67) 石川明, 「民事調停の效力」, 「別冊判夕」4號, 66面.

68) 同旨: 鄭東潤, 上掲書, 558面; 梁炳晦, 前掲「民事訴訟上の和解制度에 관한考察」, 81面; 李明雨, 「裁判上の和解에 관한研究」, 建國大博士學位論文, 1993, 144面.

69) 三ヶ月章, 「民事訴訟法」, 有斐閣, 1982, 443面.

법상 당사자권등의 보장이 반드시 충분하다고 하기 어렵고, 또 그것을 인정하기에 충분한 법원의 인적·물적설비가 아직 완비되었다고는 볼 수 없는 현단계에서는 실제법상의 하자 등을 이유로 하는 조정무효의 주장을 허용하는 것이 일반적으로 조정이용자의 이익에 맞다고 생각한다. 그러므로 既判力否定說에 찬성한다.

5. 調停의 瑕疵와 그 主張方法

1) 期日指定의 申請

私法上の 合意가 무효인 조정은 아직 성립하지 않고 조정절차는 종료되지 않게 된다. 따라서 調停續行 期日指定을 신청할 수 있다. 다만 판례는 和解無效의 주장에 관하여는 이 方法을 인정하고 있지만,⁷⁰⁾ 조정무효의 주장에 관하여 期日指定의 신청을 인정한 판례는 보이지 않는다.

2) 調停無效確認의 訴

성립된 조정에 既判力이 없다고 하면 調停無效確認의 訴는 가능하다. 이러한 訴를 인정한 日本下級審判例⁷¹⁾가 주목된다.

3) 請求異議의 訴

調停調書는 지급의무를 포함하는 執行證書이다. 따라서 민사집행에 대하여는 請求異議의 訴를 제기할 수 있다. 이와 관련하여 이러한 請求異議의 訴를 不適法하다고는 하지 않았지만 異議理由는 결국 인정하지 않은 日本最高裁判所 判決⁷²⁾이 있으며, 그 후 이에 따른 판례가 많다.⁷³⁾ 조정의 무효사유에서 채무의 부존재를 다투는 경우는 請求異議의 訴에 의하여 執行力의 배제를 구하는 경우가 적지 않다.⁷⁴⁾

V. 結 言

지금까지 민사조정 관하여 조정의 본질과 효력을 중심으로 검토하여 보았다. 우리나라에서는 조정의 역사가 짧고, 통합된 민사조정법이 새롭게 제정된지 얼마 지나지 않아서 민사조정이 제대로 활성화되지 못하고 있을 뿐 아니라 이에 관한 이에 관한 연구도 그리 많지 않다. 그러한 우리로서는 외국의 제도와 학설 등을 고찰하고 그들을

70) 日人審院 1931. 4.22, 民集 10卷 7輯 380面 ; 日最判 1958.6.14, 民集 12卷 9號 1492面 ; 同 1963.2.12, 民集 17卷 1號, 171面 등.

71) 日鳥取地法米子支判 1956.1.30, 下民集 7卷 1號, 171面.

72) 日最判 1950.7.14, 最民集 4卷 8號, 353面.

73) 日東京地判 1961.7.7, 判例時報 272號, 23面 ; 日名古屋高法 金澤支判 1956.12.5, 下民集 7卷 12號, 3562面 등.

74) 石川明·梶村太市 編, 前掲書, 217面.

우리나라에 접목시킬 필요가 있는 것이다. 본고에서는 상당부분 일본의 학설을 살펴보았다. 주지하는 바와 같이 일본은 1875년부터 프랑스의 勸解制度(conciliation)를 모방하여 자주적 분쟁해결제도를 추구하여 오다가, 1920년대부터 1930년대까지 차차 조정법, 소작조정법, 노동쟁의조정법, 금전채무임시조정법, 인사조정법 및 광업조정제도의 도입, 그리고 1942년 戰時民事特例法の 제정 등을 거쳐, 1951년 종래의 각종 조정에 관한 규정들을 정리·통합하고 이를 단일화하여 통일입법으로 民事調停法을 제정하였다. 일찍부터 민사조정제도를 확립한 일본에 있어서는 이 제도가 국민들에게 널리 이용되고 있음은 이미 본고의 서두에서 살펴본 바와 같다. 이 연구가 우리나라의 조정제도를 활성화시키는데 도움이 되었으면 한다.

조정은 우리나라에서도 전통적으로 지역사회나 혈연집단 내에서 이웃간이나 친족간의 각종 분쟁을 자율적으로 해결하는 방식으로서 그 기능을 발휘해 왔다. 1990년부터 발효된 민사조정법은 우리나라 민사분쟁의 조정에 관한 통일된 원형을 제시하고 있는 바, 이제 근대적 분쟁해결제도의 하나로서 새로 단장된 민사조정은 서구에서 繼受된 소송제도와 우리 국민의 현실적 법률생활간의 괴리를 메꾸어 주는 역할을 담당할 수 있도록 운영해야 한다. 우리나라에서의 민사조정은 법원의 부담경감보다는 사법부에 대한 접근을 보다 쉽게하여 불신을 해소하고 사법민주화를 달성하는 방안으로서 효과적으로 활용되도록 방향을 설정할 필요가 있다. 왜냐하면 조정사건이 너무 적을 뿐 아니라, 그것도 신청에 의한 조정보다 직권조정이 훨씬 많기 때문이다. 아직도 機能主義보다는 人本主義가 지배하는 우리 사회에서 조정의 효용성은 크다고 생각하나 모든 분쟁이 司法化되어 가는 경향에 비추어 법원조정을 활성화시켜야 할 일차적인 책임은 법원에 있다고 하겠다.

조정제도는 현대사회의 복잡다양한 분쟁의 해결제도로써 적합하며, 화해 등 다른 제도가 감당하지 못하는 시민의 새로운 이익을 권리로 등장케 하는 권리창조기능을 담당할 것이다. 그러나 조정제도는 조정의 판단기준이 실정법이 아닌 도덕적 가치에 두는 경우가 많으므로, 국민의 권리의식을 억압하여 이로 인한 司法不信이 나오지 않도록 해야한다. 그러기 위해서는 조정위원의 자질과 능력, 당사자의 성의있는 출석, 신속한 조정을 담보하는 입법적 조치, 학문과 실무상의 꾸준한 연구 등이 뒤따라야 한다.

조정제도는 민간의 각방면에서 시민의 입장으로 참가하는 조정위원을 구성원으로 하는 조정위원회에 의해서 운영되는 것이며, 일반사회의 규범의식을 사법운영에 반영시킬 수 있는 민주주의적 원리에 입각하는 임의적 분쟁해결제도이다. 따라서 일반시민의 사회감과 일치한 건전한 양식을 가진 조정위원을 어떻게 확보할 것인가가 금후의 큰 과제로 남는다. 또 점점 복잡하고 곤란해지는 현재의 민사분쟁을 해결할 수 있을 만한 전문적 지식과 경험을 가진 유능한 조정위원을 발굴해가는 것이 필요하다.

오늘날 우리나라에서 민사조정이 활성화되지 못하는 것은 국민의 司法에 대한 신뢰

성이 부족한데도 원인이 있지만, 조정제도가 널리 국민들에게 홍보되지 않았고, 재판 실무에서도 이를 활용하지 않은 무성의에도 그 원인을 찾을 수 있다. 이 제도가 하루 빨리 정착되기 위해서는 이를 널리 홍보하여 모든 국민으로 하여금 제도의 필요성을 알게 하는 것이 무엇보다 중요하며, 또한 재판실무에 있어서도 이를 적극적으로 활용하려는 의지가 필요하다. 아울러 이제 산업과 국민경제의 발전에 따라 우리사회의 민사분쟁은 더욱 증가하고 있고, 특히 교통사고, 의료사고, 환경오염피해 등을 둘러싼 새로운 민사분쟁이 점차 증가하고 있는 시점에서, 이같은 새로운 형태의 민사분쟁의 특질에 대응할 수 있는 제도적 뒷받침도 필요하다.