

재판상 화해에 관한 모색

장태환*

第1章 序 說

I 연구의 목적

II 연구의 범위

第2章 概念과 立法例

I 概念

II. 立法例

第3章 法的 性質

I 概要

II. 諸學說

III 判例檢討

IV 2000年代 判例

V. 結語

第4章 裁判上和解의 效力

I 形式的 確定力

II 實體的 確定力

III 創設의 效力

第5章 和解制度의 改善策

I 提訴前 和解의 問題・改善點

II 審理前協議와 和解促進

III 偽證者의 處罰強化와 當事者나

代理人 過怠料 制裁의 罰金刑化

IV 和解委員會設置와 和解前置主義

V. 辯護士和解制度의 導入

第 6 章 結 論*

第1章 序 說

I. 연구의 목적

우리나라는 사법상의 분쟁해결에 있어서 일도 양단적인 재판에 의하여 이루어지는 경우가 대부분이다. 1심재판에서는 청구의 포기와 인낙, 소취하 등으로 비교적 항소심이나 상소심에 있어서 보다는 소송의 신속성이라는 민사재판의 이상을 실현할 수 있다. 그러나 상급심에 갈수록 법관의 수는 적고 사건의 수는 너무 많고, 또한 원고와 피고는 물론 변호사까지도 기일연기, 기피신청 등 비양심적인 지연책으로 소송의

* 경기대학교 법학부 교수

신속성이 실현되지 않는 것이 우리의 실정이다. 또한 당사자, 대리인이 허위진술을 하더라도 과태료 처벌에 불과하고, 또한 거짓인 위증도 경미한 벌금에 그치기 때문에 사실문제에 확정에 있어서 당사자, 증인, 참고인 등의 거짓진술이 빈발하고 있다¹⁾.

이에 대하여 소송당사자는 감정이 악화되어 신의칙에 반하는 다각적인 술책이 동원되기 때문에 분쟁은 격화되어 소송은 지연되고 있다. 이 같은 실정에서 소송법상 화해는 분쟁을 타율적, 강제적으로 해결하지 않고 재판관의 개입하에서 상호 양보적, 자율적인 합의로 해결할 수 있는 제도다. 따라서 일도양단적·타율적인 재판과는 달리 당사자는 화해 후에도 다시 만나 계속적인 인간관계나 거래를 유지할 수 있고, 소송이 끝까지 가지 않아 장시간의 소송에서 비롯되는 고충도 감소시킬 수 있을 뿐만 아니라, 법관의 직무도 감소시켜 일조이석의 효과를 이룰 수 있다. 따라서 재판상 화해를 많이 이루어 내는 것은 소망되는 중요한 일이다.

우리나라는 민사소송 중에 일어나는 화해는 영국·중국·일본 등의 나라(90%, 70%)에 비하여 월등히 소수다²⁾. 이를 감안하여 소송법상 화해를 많이 이루어내면 당사자인 원고와 피고는 물론 법원까지도 편리한 제도이기 때문에 재판상에서 화해의 장애요소가 되는 점을 발견하고 가능한 한 많이 화해를 성립시켜 민사분쟁사건을 풀 수 있는 방법과 법제를 연구할 필요성이 크다.

본 논문은 분쟁의 신속 자주적인 해결을 위한 중재·조정 등 대체적 분쟁해결제도 중 우리의 재판상화해의 법적성질을 규명하고 재판상화해를 활성화하여 분쟁을 적정·신속하고 경제적으로 해결할 수 있도록 기여하여 소송법상 화해제도의 문제점에 개선책을 제시하고자 함에 있다

1) 소송법상 당사자가 선서하고 진술한 내용이 허위일지라도 위증죄가 되지 않고, 과태료만 부과된다(민소법 제370조) 또한 법정대리인이 고의와 중대한 과실로 문서의 진정을 다룬 때에도 과태료 처분을 받을 뿐이다(민소법 제363조 1항). 이는 소송상 거짓을 할 범위가 많아져 일방의 거짓에 속아 법관이 진실발견이라는 책무를 다하지 못하고 억울함을 당한 상대방 당사자는 감정이 악화되어 상고까지 하여 법원의 업무는 증대되고 당사자는 소송의 결과인 재판을 크게 불신하는 것이 우리의 현실이다

2) 司佐年鑑, 1993, 414面 1992년 現在 日本의 東京地裁의 和解率은 34.1%, 判決率이 47%이다 中國도 60~70%가 和解, 10~20%가 判決로 처리된다고 한다. 英美의 경우에 具體的 資料는 없으나, 英國에 있어서는 高等法院의 民事事件 중 trial을 거쳐 判決에 이르는 것은 年 2%内外에 그치고 약 98%는 判決 이외의 和解 등에 의하여 처리된다, 우리나라 法律新聞 96 2 8集中審理制와 自由陳述式 證人訊問制에 의한 示範裁判部의 和解率은 8.8%이다.

II. 연구의 범위

우리나라의 민사소송법 중 재판상 화해에 관한 규정에는 법원의 소송의 심급정도 여하에 불구하고 화해를 권고할 수 있다(제145조). 또한 재판상 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다(제220조). 화해권고결정(제225조), 화해조서의 집행력에 관한 규정(민사집행법 제56조 5호), 제소전의 화해 절차에 관한 규정 즉 화해신청방식(제385조), 화해가 성립한 경우(제386조), 화해가 성립되지 아니한 경우(제387조), 소제기신청(제389조) 등이 있다.

연구의 범위는 소송법상 화해에서 문제되는 난제는 재판(소송법)상 화해의 법적 성질을 소송법적 실체법적 요소를 감안하여 어떻게 파악할 것이냐 하는 재판상의 화해에 확정판결과 동일한 기판력을 인정할 수 있느냐라는 것은 논란이 심하다.

소송법상의 화해는 소송상 (제소후)화해와 제소전화해가 포함된다. 양자는 소송계속 여부 이외에는 대체로 법적 성질·효력 등에서 유사하다. 본 논문에서는 소송제소후 화해를 주로 고찰하고자 한다. 화해제도의 문제점, 개선책 활용 확대방안 등 사회경제적 강자가 약자의 권익을 해하는 방법으로 악용하고 있는 등 제반 문제점을 해결하기 위한 개선책을 알아보기 위하여 기존의 국내·외 판례와 학설을 탐색하고자 한다.

第2章 概念과 立法例

I. 概念

소송법상 화해(Prozeßvergleich)란 분쟁 당사자가 법관 앞에서 자주적으로 상호 양보에 의하여 사법적 분쟁의 해결점을 찾는 제도이다³⁾. 분쟁의 자주적인 해결제도에 는 화해이외에 중재·조정·알선이 있다.

화해는 엄격한 재판절차에 비하면 분쟁처리 방법에 관하여 제약이 없다. 어떤 절차에 의할 것인가에 관하여도 특별한 규제가 없는 비법률적인 해결방법이다. 일방 당사자가 화해를 응하지 않으면 분쟁의 해결은 불가능하게 된다. 따라서 화해에 의한 분

3) 金祥源, “訴訟上 和解”, 月刊考試, 1979 5月号, 74面; 木川統一郎·中村英郎, 民事訴訟法, 青林書院, 平成 10年(1998年), 36面

쟁의 해결은 당사자의 상호 양보에 따른 의사의 합치에 의존한다⁴⁾. 따라서 소송상 화해의 대상은 사익에 관한 목적물로서 당사자가 소송물에 대하여 변론주의에 의하여 임의로 처분 가능한 권리가 화해절차상의 심판의 객체가 되어야 한다⁵⁾.

소송법상에 있어서 화해에는 제소전화해와 소송상화해 즉 제소후화해로 구분된다. 제소전화해(Sühnevergleich)란 후일 소송으로 다툼이 생길 여지가 있을 때 미리 당사자가 법원에 신청하여 화해를 이루는 즉, 분쟁당사자의 일방이 소계속 전에 지방법원 또는 시군법원의 단독판사에게 화해를 신청, 당사자 쌍방이 출석하여 성립되는 화해이다. 즉 분쟁의 소송화를 방지하자는 것이다⁶⁾.

소송법상화해 중 제소전의 화해 아닌 소송상화해(Prozeßvergleich)란 제소 후 즉 일단 소송이 개시된 후 소송계속중 소송물인 권리관계에 대하여 당사자간의 호양에 의하여 일치된 합의를 도출시켜 법원에 진술함으로써 화해조서를 작성하여 확정판결에 이르지 않고 소송을 종료시켜 분쟁을 해결 방법이다. 제소전화해나 소송상화해 모두 공히 자주적 호양에 의한 합의점을 찾고, 판결에 의하지 않고 기판력을 얻을 수 있는 점이 동일하고 제도가치가 있다. 또한 양자 공히 기일에 법원의 법관 앞에서 이루어지는 화해라는 점은 동일하다.

소송법상의 화해는 사법상의 화해(außergerichtliche Vergleich, 민법 제731조 이하)와 구별된다. 사법상의 화해란 실체사법인 민법상의 채권각론이 규정한 14종의 전형계약 중 기타전형계약의 유형 중의 하나이다. 재판외의 화해라고 칭하기도 한다. 화해계약 성립 후 일방이 양보한 권리는 소멸되고 타방은 화해로 발생한 권리를 창설적으로 취득한다 따라서 화해 후 이전의 법률관계를 다룰 수 없게 되는 분쟁의 해결 방법이다. 사법상의 화해계약이 유효하게 성립된 때에는 법원이 어떠한 형식으로도 관여하지 않는다. 따라서 당사자 사이의 순수한 자주적 해결방식이다⁷⁾.

그러나 재판상화해는 법원이 개입하여 조서를 작성하고 소송법적 효과가 발생하고 재판상화해는, 소송과 밀접한 관련이 있고 실체법과 소송법 중 어떤 법의 규율을 받을 것인가에 대하여 논란이 있다. 분쟁을 해결하기 때문에 재판외의 화해와 달리 확

4) 梅本吉彦, 民事訴訟法, 信山社, 平成 14年(2002年), 953面

5) Fritz Bauer, Zivilprozeßrecht, 4 Aufl, (Frankfurt am Main · Alfred Metzner, 1982) S 140.

6) 渡邊綱吉, 民事訴訟法, 青林書院新社, 1983年(昭和 五八年), 182面 參照

7) 梅本吉彦, 前掲書, 953-954面

정판결과 동일한 효력이 발생한다.

소견으로는 화해는 소송법상 화해와 실체법상 화해로 대별하고, 재판상 화해를 소송법상 화해라 표기하여야 한다. 소제기 즉, 소송계속 여부를 기준으로 하여 제소전 화해와 소송법상의 화해로 구분하는 견해가 대부분이다. 그러나 재판은 소송이라는 의미를 뜻하고 같이 쓰는 경우가 많기 때문에 따라서 혼선을 방지하기 위하여 소송법상의 화해는 제소전의 화해와 제소후의 화해로 구분하여 표현하는 것이 더 정확한 표현이라고 본다.

II.立法例

1. 우리나라

해방 후 우리 민사소송법은 1960년대 법률 제547호로 제정, 시행되어 왔다. 재판상 화해에 관한 규정을 보면 당시 제135조는 법원은 소송의 정도 여하를 불구하고 화해를 권고 할 수 있다고 규정하였다. 제206조는 재판상의 화해(청구의 표기 또는 인낙)를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다. 제소전의 화해에 관하여 화해 신청의 방식, 화해성립, 화해불성립, 제소신청, 화해비용(제355조 내지 제359조)등을 규정하고, 제520조는 화해조서의 집행력에 관하여 준용규정을 입법했다.

이는 화해를 판결의 대응으로 본다는 제206조 이외에 준재심에 관한 제431조를 개정하여 화해조서에 대한 불복을 준재심에 의하게 함으로써 독일과 일본의 소수설인 '판결대용설'을 실로 완벽하게 입법화하여 재판상 화해에 관한 한 세계에서 그 유례를 찾아볼 수 없는 독자적인 입법이라는 비평을 받았다⁸⁾.

현행 2002년 법률 제6626호로 14차 개정 시행되고 있는 민사소송법 제1편 총칙 제4장 5절에 화해권고결정(제225조~제232조)을 규정하였다. 화해조서의 확정판결과 동일효력인정(제220조), 제소전의 화해절차(제385조~제389조) 등을 규정하고 있다.

2. 美國

법관이 심리전과정에 적극적으로 관여하고 소송진행에 어떠한 형태든 영향을 줌으

8) 姜玟中, 民事訴訟法, 博英社, 1998, 618面

로써 임의적이기는 하지만 현재의 절차가 내포하는 문제에 대처하려는 것이다. 심리 전 협의 절차에서는 판사는 당사자, 소송대리인에게 화해가능성, 화해절차에 관하여 협의하고 화해를 권유할 수 있다⁹⁾. 단순히 화해권고의사를 당사자에게 전달, 화해교섭과정에서의 법원의 정보제공은 당사자의 결과예측의 불확실성을 제거하여 화해를 촉진시키고 적절한 화해를 유도할 수 있다¹⁰⁾.

3. 英國

당사자간에 분쟁이 해결되었다는 합의가 있는 경우 원고가 소송을 유지할 필요가 없어지므로 소취하 사유가 된다

보통법(common law)에서는 소취하가 광범위하게 인정되었다. 현금에는 피고 보호라는 면에서 제정법으로 제한하게 되었다¹¹⁾

당사자간의 화해는 상호의 양보에 기초하고, 복잡한 화해조항을 정하여 이행되는 때도 있었다.

원·피고 중 ① 자기에게 불리한 판결이 내려질 때 그 판결에 동의함으로써 원고나 피고 패소판결이 내려진다. ② 당사자가 합의 후 선고될 판결을 정하여 공동신청한 때 즉 화해가 성립되면 소의 속행은 불필요하다. 따라서 법원은 장래의 소송절차에 대한 정지 결정을 내린다. 만약 화해 성립후에도 원고가 소송을 진행하는 때는 피고는 절차의 정지를 신청할 수 있고, 법원은 신청 내용대로 판결을 내린다. 이것들은 모두 동의에 의한 재판이라 칭하지만, ①은 그 기초에 양당사자간의 합의가 있어야 된다는 것은 아니다. 인낙판결 또는 포기판결에 유사하다. ②는 반드시 양당사자간의 자주적인 해결이 전제된다. 그 합의에 판결이라는 형식을 부여한다 이 때문에 화해판결이라고 칭할 수 있다. 화해해결은 당사자 사인간의 합의이면서 형식은 공권적 판단을 임무로 하는 법원의 재판이다. 따라서 기판력이 문제된다. 화해판결에도 협의의 res judicata인 일사부재리가 적용되는 것은 다른 판결과 동일하다.

화해판결은 당사자간의 자율적, 자주적인 의사표시의 합의에 기초한다. 따라서 합의가 공서양속위반, 무권대리, 사기, 고지의무위반, 강박 등에 의하여 성립때는 취소

9) 허만, “美國에서의 司法裁判에 의하지 아니한 紛爭解決” 民事判例研究 XIV, 博英社, 1992, 445面.

10) 李明雨, “재판상 화해에 관한 연구” 건국대학교 박사논문, 1993, 45面

11) 谷口安平, “比較法的に見た 訴訟上の和解”, 京都大學法學會刊, 法學論叢, 第70卷 6號, 59面.

할 수 있다 다만 화해취소의 주장은 당해 화해판결이 내려진 소송절차의 속행신청으로 주장을 할 수 없고 별소를 제기해야 한다. 취소가 확정될 때까지 전의 화해판결은 당사자를 구속하는 공정력이 있다¹²⁾.

4. 獨逸

ZPO에는 인낙, 청구의 포기, 소송상화해에 관하여 화해를 조서에 기재하여야 하며, 이에 의하여 확정한다(§160 ZPO). 당사자간 또는 당사자와 제3자간의 분쟁을 해결하기 위하여 소송물의 전부 또는 일부에 대하여 독일 법원 앞에서 체결된 화해와 화해조서는 채무명이가 된다(§794 ZPO)는 등의 규정이 있다. 화해의 개념에 대하여는 「법률관계에 관한 당사자 사이의 다툼 또는 불명확을 상호양보에 의하여 제거하는 계약(화해)」이라고 규정하였다(§779 ZPO).

독일 민사소송법 제정 당시 초안에는 규정을 두지 않았다가 1875년에 개폐된 제17차 회의에 제안되었다¹³⁾.

「소를 제기하려는 자는 그의 청구의 대상에 대한 진술로 평화로운 해결의 시도(Sühneversuch)를 위하여 상대방을 그가 보통 재판적을 가지는 간이법원에 소환할 수 있다.

양 당사자가 출석하고 화해가 체결되면 화해는 조서로 확인되어야 한다. 화해가 이루어지지 않은 경우 양 당사자의 신청에 의하여 즉시 소송이 심리된다. 소의 제기는 이러한 경우 구술 진술에 의하여 이루어진다.

5. 日本

일본 민사소송법 제267조¹⁴⁾는 화해조서에 확정판결과 동일한 효력을 인정하였다. 제소전화해를 간이재판소에서 행하여지는 제소전화해를 두고 있다(일본 민사소송법 제275조¹⁵⁾)¹⁶⁾. 이점은 우리와 유사하다. 우리와는 달리 화해에 대하여 준재심을 인

12) 金皓三, “裁判上和解에 관한 研究”, 延世大學敎大學院 碩士論文, 1995, 31面

13) 趙宜然, “재판상화해의 법적 성질에 관한 연구”, 서울대 대학원 석사학위논문, 2001, 4面

14) 제267조 화해나 청구의 포기 혹은 인낙을 조서에 기재한 때에는 그 기재는 확정판결과 동일한 효력이 있다

15) 제275조 1항 민사상의 다툼에 대하여는 당사자는 청구의 취지와 원인 및 분쟁의 실정을

정하지 않는다.

소를 제기하려는 자는 소 제기에 앞서 상대방의 주소지의 간이법원에 화해 시도의 목적으로 그의 소환을 신청할 수 있다 수 개의 간이법원이 존재하는 지역에서는 그러한 소환은 관할권이 있는 간이법원의 관할구역 외일지라도 그 지역에 주소를 둔 모든 사람들에게 미칠 수 있다. 그러한 신청에 관한 재판에 대해서는 상소할 수 없다.

6. 結語

이상으로 재판상 화해에 관한 각국의 견해를 보았다. 사법분쟁에 관하여 당사자가 화해한 때에 법원이 방치하는 입법은 적다. 화해에 조력·간섭하는 형식은 둘로 대별된다.

① 화해판결은 영미법상의 consent judgement가 이에 속한다. ② 판결을 하지 않지만 조서에 이를 기재함으로써 집행력 등 일정한 효과를 재판상 화해에 인정한다. 독일과 일본이 이에 속한다. 여러 나라가 우리나라와 달리 간섭·조력을 하면서도 재판과 동일한 효력은 인정하지 않는다는 것이 공통점임을 알 수 있다¹⁷⁾.

第3章 法的 性質

I. 概要

소송법상의 화해는 실체법과 소송법 양면의 법적효과를 생각해야 하기 때문에 그 법적 성질에 관하여 의견이 분분하다¹⁸⁾. 소송법상의 화해는 당사자 모두 청구에 대한

표시하여 상대방의 보통재판적 소재지를 관할하는 간이 재판소에 화해신청을 할 수 있다

2항 전항의 화해가 성립되지 아니한 경우에 화해기일에 출석한 당사자 쌍방의 신청이 있는 때에는 재판소는 즉시 소송의 변론을 명한다. 이 경우에 화해신청을 한 자는 그 신청을 한 때에 소를 제기한 것으로 보고 화해의 비용은 소송비용의 일부로 한다

3항 신청인이나 상대방이 제1항의 화해기일에 출석하지 아니한 때에는 재판소는 화해가 성립하지 아니한 것으로 볼 수 있다.

16) 姜玆中, “제소전화해의 비교법적 고찰”, 변협지, 1983, 13面, 제소전 화해를 규정하였던 ZPO §510c를 계수한 것이다

17) 金命鎰, 裁判上 和解에 관한 研究, 건국대학교 석사논문, 1998, 42面.

주장을 양보한 결과로 합의를 이끌어 낸다. 따라서 당사자 쌍방의 호의를 통한 동일한 방향으로의 의사의 합치인 소송법상의 합동행위이다. 소송법상의 화해의 법적성질론에 대하여는 대답하는 여러 설 중 어느 설을 택하느냐에 따라 소송법상의 화해의 효력문제와 화해의 효력을 다루는 방법에도 차이가 있다¹⁹⁾. 민사소송은 사적 분쟁을 공권적으로 해결하는 제도다. 소송 중일지라도 사적자치적인 해결의 방법은 부인되지 않는다. 당사자의 자치적 화해계약을 인정하는 것은 소송 중이지만 법원이 승인하는 것이다. 소송 중에 화해가 이루어지면 분쟁은 해결되어 소송절차는 종료된다. 따라서 화해계약에 소송법적인 소송종료의 효과가 수반되는 이상 소송법상의 화해에도 일정한 법원의 행위가 수반될 수밖에 없다. 이와 같이 소송법상의 이중적인 화해의 성격·그 본질을 어떻게 판단하느냐는 난제에 속한다²⁰⁾. 재판상 화해의 성질에 관하여 우리는 학설이 소송행위설과 양성설로 대답하고 있다. 판례는 소송행위설을 지지한다. 소송상화해의 법적 성질에 관하여 독일의 학설은 민법상 화해계약과 동일하다는 사법행위설, 순수한 소송행위로 보는 소송행위설, 실체법적 측면과 소송법적 측면을 모두 지닌다고 파악하되 양측면의 관계를 독립적으로 파악하는 양행위병존설과 의존적으로 파악하는 양행위경합설 즉 양성설이 대답하였으나 현재 통설·판례는 양성설이 우세하다²¹⁾.

II. 諸學說

1. 私法行爲說

(가) 論據

소송법상 화해는 소송절차 중 변론기일에 법관의 개입하에 성립되므로 소송법상의 법률효과도 발생하지만 그 실체적 내용은 민법상의 화해계약과 본질적으로 동일한 성질을 갖는다²²⁾. 사법상의 화해(민법 제731조)와 다른 점은 소송 중에 법원이 개입하

18) 潘興植, “裁判外 紛爭解決制度에 관한 研究”, 全北大 大學院 博士學位論文, 1998 ; 崔成豪, “提訴前의 和解本質과 創設의效力”, 判例月報, 31호, 12면.

19) 趙宜然, “재판상화해의 법적 성질에 관한 연구”, 서울대 대학원 석사학위논문, 2001.

20) 韓宗列, 民事訴訟法, 慶北大出版部, 1993, 492면

21) Resenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., Munchen 1993, §131, III 1

여 화해가 성립되는 점뿐이다라는 견해다. 소송법상의 화해가 소송종료의 효과를 발생시키는 것은 사법상의 화해계약에 의하여 단지 소송의 목적이 소멸하기 때문이라고 본다²³⁾. 또한 소송종료의 효력이 발생하는 것은 계약으로 소취하라는 합의가 성립되었기 때문이라고도 본다. 다시 말하여 소송물에 관한 분쟁이 사법상의 화해계약에 의하여 소멸되었다고 본다²⁴⁾. 이상과 같이 화해조서를 작성하는 것은 사법상의 화해계약을 공증하기 위한 것에 불과하다고 주장한다²⁵⁾. 사법행위설에 따르면 소송법상 화해는 도중에 법원이 개입하여 법관의 앞에서 행한다는 점을 제외하면 사법상의 화해와 동일하다고 본다. 따라서 그 무효 취소의 문제는 전부 사법의 규정에 근거하여 해석해야 한다고 주장한다²⁶⁾.

(나) 批判

우리는 사법행위와 소송행위를 구별한다. 따라서 단순한 사법행위에 의하여 공법적인 소송법상의 효력이 발생할 수 없다고 보아 소송법상 화해의 소송종료라는 주된 효력이 소송법상 화해에 의하여 직접적으로 소송법적 영역에서 발생한다고 판단하여 소송법상 화해는 소송계약으로 보아야 한다. 따라서 판결에 의하지 아니한 당사자의 사법상의 화해계약의 확인·공증행위로부터 소송종료의 효력이 발생한다는 주장은 설득력이 없다.

사법행위설이 소송법상의 화해와 사법상의 화해계약을 동일시하여 소송법상 화해에 공법적 효력인 소송종료의 효과가 생기고, 조서가 작성되면 확정판결과 동일한 효력이 발생한다는 논거가 공색하다는 비판을 면할 수 없다²⁷⁾.

22) 梅本古彦, 上掲書, 954面, 金學機, “訴訟上 和解의 법적 성질에 대한 問題點과 改善策에 관한 研究”, 연세대 대학원 論文, 1993, 11面; 大判 1959 9 24 民上318, 大判 1981 12 22 78다2278.

23) 李俸, “裁判上 和解”, 月刊考試, 1983 3, 118面.

24) 吉村德重·竹欠守夫·谷口安平, 靑林書院, 平成 13年(2001年), 309~313面; 石川明, ‘訴訟上 和解의 研究’, 慶應大學法學會(昭和41), 3面; 金祥源, 前掲雜誌, 75面; 李時潤, 民事訴訟法, 博英社, 2001, 582-583面.

25) 元喜龍, “訴訟上 和解의 效力을 다루는 方法”, 考試研究, 1993 3, 263面.

26) 韓宗烈, 上掲書, 492面, 金祥源, “訴訟上의 和解와 條件”, 司法行政, 1968 3, 40面; 李俸, 前掲書, 118面, 大判 1959 9 24, 58民上318.

27) 李俸, 前掲論文, 118面; 宋相現, 民事訴訟法, 博英社, 1987, 487面, 李時潤, 前掲書, 657面.

제소후의 화해는 제소전의 화해와는 달리 법관의 개입이 화해의 내용·성립에 큰 영향을 가하는 때가 많다. 따라서 사법행위설은 이 점을 소홀히 하고 있다는 비난을 면하기 어렵다²⁸⁾.

또한 재판상 화해가 조서에 기재되어야 효력이 발생한다는 것과 소송상 화해는 당사자들이 화해에 의하여 소송을 종료시키는 행위를 할 의무를 부담하는 것이 아니며, 이와 관계없이 즉시 소송이 종료되는 소송법적 효력 발생을 간과하고 설명하지 못하고 있다²⁹⁾.

(다) 結語

사법행위설이 사법상화해와 소송법상화해를 동일시하는 것은 사인간의 법률행위를 사인이 소로서 제소한 후는 공권력 주체인 법원을 향하여 주장하는 새로운 면을 무시하고 소제기전의 법률관계로 파악, 동일시하는 것은 과거에 안주하여 소송으로 발전된 절차 공법적인 측면을 방관한 오류를 범하고 있다고 본다.

2. 訴訟行爲說

(가) 論據

소송법상의 화해는 사법상의 화해와는 전혀 별개의 순수한 소송법적행위로 보는 견해다. 그 소송행위, 즉 화해의 요건은 오로지 소송법에 의해서만 결정해야 한다. 소송법상에서 소송물에 관하여 실체법상의 처분을 함으로써 소송이 종료되는 절차, 공법상 즉 소송법상의 합의이다. 따라서 그 요건·방식·효력 등 모두 소송법에 의하여 성립·규율된다. 이로써 민법의 적용은 배제된다는 견해다³⁰⁾. 소송상화해는 소송을 종료시킬 목적을 갖는다는 소송행위설에도 2가지 견해가 있다.

(a) 1설인 합의설은 당사자의 『합의』로 본다. 심판의 대상인 소송물에 관하여 일

；李英燮，新民事訴訟法(上)，博英社，1980，207面

28) 金命鎰，前掲論文，47面

29) 趙宜然，前掲論文，9面

30) 吉村德重・竹欠守夫・谷口安平，前掲書，305面，兼子一，民事訴訟法體系增補版(昭和40)，306面，小山昇，三訂版 民事訴訟法(昭和54)，438面，宋相現，前掲書，524面，金洪奎，民事訴訟法 第4版，三英社，1999，642面，金澤鉉，“訴訟上の和解”，考試界，1967 10，50面；梁炳晦，“訴訟係屬中 當事者間の和解”，月刊考試，1982 1，38面；金學模，前掲論文，12面。

정내용의 실체법상의 처분을 함으로써 판결에 갈음하여 공법적으로 소송을 종료시키는 소송행위라고 주장한다. 소송법상 화해는 실체법상의 재판외의 화해와는 전연 별개의 소송법상 당사자 쌍방이 호양에 의하여 얻은 결과를 함께 일치하여 진술하는 소송을 종료시키려는 합의소송행위라는 주장이다³¹⁾

(b) 2설인 합동행위설은 소송법상의 화해는 실체법상의 화해인 계약과는 전연 별개인 공법적인 소송행위로 당사자 쌍방의 분쟁을 종료시키겠다는 동일한 방향의 호양 즉 양보·의사에 의한 소송종료를 도출하는 합동의사다. 즉 당사자간의 소송물에 관하여 동일한 방향의 호양의 결과인 실체법상의 처분을 이구동성이 되어 법원에 보고하는 소송법상의 『합동행위』로 본다. 우리나라의 다수설³²⁾, 판례³³⁾이다 일본에서는 소수설로 兼子一, 小山昇 등³⁴⁾이 이 설을 지지하고 있다. 이 설에 의하면 재판상 화해는 소송법의 규율을 받고 민법의 적용이 배제된다. 따라서 화해에 조건·기한 따위의 부관을 가할 수 없다. 화해에 기한이나 조건을 붙일 수 없어 분쟁의 탄력성 있는 해결이 불가능하다. 해제에 의하여 종료된 소송을 부활시킬 수 없다. 강행법규 위반, 반사회질서, 불공정한 행위 및 사기, 강박 따위의 실체법상의 무효·취소사유가 있어도 화해의 효력에는 아무런 영향이 없다고 본다

(나) 批判

소송법상의 화해를 실체사법행위와는 전혀 별개의 완전한 소송행위로 보고 화해조서를 확정판결과 동일시한다면 화해의 성립요건에 어떤 하자가 있을 때 재심사유에 해당하는 경우 이외는 그 무효·취소를 주장할 수 없게 된다³⁵⁾. 또한 3설인 실체적 소송행위설은 소송행위설을 지지하면서도 분쟁당사자가 서로 양보하여 실체법적인 분쟁을 종료시킨다는 실태를 간과하는 것은 화해의 본질을 무시한다는 비판을 감안하고

31) 宋相現, 前掲書, 193面

32) 金洪奎, 前掲書, 642面, 李英燮, 前掲書, 29面, 方順元, 民事訴訟法(上), 韓國司法行政學會, 1989, 297面, 韓宗烈, 前掲書, 47面

33) 大判 1960 9 29, 58民上511; 大判 1962 2 15, 61民上914, 大判 1971 1 26, 70다2535, 大決 1972 3 28, 71마155, 大判 1979 3 15, 78다1094.

34) 新堂幸司·伊藤 眞·井上治典 外 4人, “訴訟上の和解の瑕疵”, 演習民事訴訟法2, 有斐閣, 1985, 224面 以下 參照

35) 新堂幸司·伊藤 眞·井上治典 外 4人, 前掲書, 同面 參照.

재판상 화해에 기판력을 부인하거나 또는 실체법의 적용을 인정하는 견해가 있다 이것은 판례의 태도가 순수한 소송행위설로 일관하고 있지 못함을 지적한 견해이며 이를 실체법적소송행위설이라고 부르기도 한다.

재론하여 화해의 성립과 효력은 소송법상의 판결효과인 확정판결과 동일하다. 설령 사법상의 화해계약이 선행하더라도 이것은 소송법상 화해를 위한 동기에 불과하다고 본다. 이 때문에 실체법상의 화해계약에 하자가 있어 무효나 취소사유가 존재할지라도 소송법상 화해의 효력에는 영향을 미치지 않는다는 견해³⁶⁾ 즉 소송행위설은 무제한기판력설과 직결된다. 따라서 사회질서에 반하는 화해라도 기판력이 생기면 다시 다룰 수 없다. 따라서 화해를 탈법수단으로 악용해도 구제의 길이 없는 것이 불비점이다.

(다) 結語

재판상의 화해는 단독적인 소송행위는 아니다. 그러나 다른 소송계약과 비교해 보면 소송법상의 화해가 성립되려면 먼저 당사자간에 합의로 소송물에 관하여 동일한 방향의 호안에 의하여 새로운 법률관계를 성립시키는 합의 후 당사자는 이 합의를 법원에 알리고 인지한 법원은 이 합의가 판결에 의한 해결과 동일한 효력을 인정할 수 있다고 판단하였을 때 당사자의 보고행위를 조서에 기재케 함으로써 법적효력이 부여된다고 본다

이와 같은 논거는 소송법상의 화해를 하는 당사자의 합의는 단순한 소송종료만 원하는 것이 아니고 소송종료는 실체법상의 분쟁의 해결을 위한 전제조건일 뿐이다 따라서 소송법상의 화해는 소송종료라는 소송법상의 효과와 동시에 민법상의 화해라는 실체적인 성질을 내포하고 있기 때문에 이 점을 무시하는 소송행위설은 공·사법 측면을 모두 고려하지 않고 일면만을 강조한 논리임을 면할 수 없다고 본다. 이와 같은 견해를 밝힌 판례도 있다³⁷⁾.

3. 折衷說

36) 大決 1962. 5 31, 60 民再 6(判決代用說); 大判 1981 12 22, 78다2278, 그리고 이러한 大法院의 態度變更에 반대하는 입장으로는 金容晉, “訴訟上 和解의 性質”, 法曹 第11卷 12号, 1962, 64面

37) 大法 1955 9. 8, 4288民上12, 判例카드 4910, 大法 1957. 9 14, 4290民上427, 判例카드 4709

1) 兩行爲競合說

(가) 論據

소송법상의 화해는 1개의 법률행위다. 일면 당사자간에 있어서는 민법상의 화해계약이고 타면 당사자와 법원간에 있어서는 소송행위로서 공·사 양면성을 갖는다. 다시 말하여 1개의 행위가 일면 민법상의 화해계약으로 민법이 적용되고 또한 타면 소송행위로서 소송법이 적용된다고 본다. 즉 소송법상의 화해는 사법상의 화해인 동시에 또한 소송행위로서 외관상 일개의 행위중에 사법과 공법 양행위가 결합된 것이다.

따라서 양행위경합설은 병존설과 같이 소송법상의 화해에 소송종료의 효력과 동시에 당사자간의 실체법상의 분쟁을 자주적으로 해결하는 사법상의 화해계약의 효력도 인정하지만 타면 병존설과는 달리 소송법상의 화해는 1개의 행위로 본다 따라서 실체법이나 소송법상 양자 중 어느 하나의 법률행위의 요건이 흠결한 때 즉, 무효나 취소사유가 있을 때는 전체가 무효라고 설명한다. 이 견해는 우리나라³⁸⁾에서는 소수설이나 일본³⁹⁾에서는 다수설이며, 독일에서는 통설⁴⁰⁾이며 판례도 지지하고 있다.

(나) 批判

우리 민소법 제220조는 독일과는 달리 재판상의 화해를 조서에 기재한 때는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자는 재심 사유가 있는 때에만 그 취소와 변경을 주장할 수 있다고 규정하였다 이런 규정의 취지를 강조하면 실체법상의 하자를 이유로 무효와 취소를 주장할 수 있다는 주장은 조화될 수 없는 견해로서 비판을 받을 수 있다.

그러나 소송법상의 화해를 순수한 소송행위로 볼 때, 사법상의 화해계약이 있더라도 이는 소송법상의 화해의 동기가 됨에 불과하다고 볼 수 있다. 따라서 소송행위인 화해와 사법상의 화해계약은 1개의 소송법적인 법률행위로 보는 것이 타당하다고 생

38) 李時潤, “裁判上和解”, 서울人學校 法學 第7卷 1号, 1965, 98面 以下, 姜炫中, 前掲書, 621面, 胡文赫, 民事訴訟法, 法文社, 2001, 645面 以下, 鄭東潤, 民事訴訟法, 法文社, 1995, 24面, 이재성·민일영, 註釋民事訴訟法4, 1997, 240面, 李明市, 前掲論文, 137面.

39) 新堂幸司·伊藤 眞·井上治典 外 4人, “訴訟上の和解の不履行(1)”, 演習民事訴訟法 2, 有斐閣, 1985, 233面, 金學模, 前掲論文, 14面

40) Hellwig, System des deutschen Zivilprozess-rechts, Bdl. I (1912) S. 626f, Jauernig, Zivilprozessrecht, S. 159ff, Stein-Jonas-Munzberg, 19. Aufl., Anm. II zu §794, Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 65III, Leo Resenberg, Zivilprozessrecht S. 778 Anm. 32

각한다. 그 효력에 있어서도 성립상 상호의존관계 인정여부를 고려하여 사법상의 화해계약이 무효라고 하여도 소송법상의 화해는 소송행위로서 하자가 없는 이상 유효하다고 주장하거나 하자를 인정하여 그 실효 취소를 주장할 수 있다고 볼 수도 있다. 독일 민사소송법이 청구의 포기과 인낙의 경우에는 종국판결을 필요로 하고 반면, 소송상 화해는 판결에 의하지 않고 소송이 종료되는 것으로 하고 있다. 따라서 독일민사소송법상에서는 이 양성설이 타당할지 모르나 화해조서에 기재되어야 비로서 확정판결과 동일한 효력이 인정되고 또한 재심의 규정에 준하여 재심사유가 인정된 때에만 화해의 취소·변경을 주장할 수 있도록 규정하고 있는 우리 민사소송법(제220조가 화해·청구의 포기 또는 인낙이 조서에 기재된 때에는 확정판결과 동일한 효력이 있다고 규정)과는 조화될 수 없다. 이 규정의 취지는 비록 사법상의 화해계약이 있더라도 그에 의하여 성립한 법률관계가 제소후에 소송상의 진술했고 이에 근거하여 조서에 기재된 후에는 확정판결과 같은 소송행위라고 해석해야 한다. 그러나 청구의 포기 또는 인낙과 소송상 화해를 구별, 차이를 두어 소송상 화해만 사법행위설을 인정하는 것은 이론으로서 일관성이 없다고 볼 것이다. 이 설에 의하면 재판상 화해에 기판력이 인정된다. 그래서 화해의 소송형식을 존중하면서도 실체법상의 하자를 이유로 화해의 효력을 다룰 수 있게 함으로써 화해의 실체적 측면도 무시하지 않는 장점이 있다. 그러나 타면 소송상 화해가 성립한 후의 종국판결이 확정판결과 한 경우 기판력이 인정되고 당사자·법관까지 기속하는 판결의 실체적 확정력이 발생한다. 당사자가 기판력으로 확정된 법률관계를 믿고 법률생활의 안정을 실현해야 하는 본 법의 목적인 법적 안정성 실현이라는 측면에서 보아 사법상의 효과를 소송상 화해의 전제로 무효·취소를 쉽게 인정하는 면은 단점으로 비판을 면할 수 없다고 본다.

2) 兩行爲併合說

(가) 論據

양행위병합설에 의하면 소송상의 화해는 사법상의 화해계약과 소송법상의 소송종료의 합의가 병존한다고 설명한다⁴¹⁾. 따라서 사법상의 화해계약은 사법의 규율을 받고 소송법상의 효과인 소송종료는 소송법의 규율을 받기 때문에 그 효력이 각각 별개로

41) Schonke - Kuchinke, ZivilprozeßBrecht, 9 Aufl, (Karlsruhe · C. F. Muller, 1969) S. 325 ; Arwed Blomeyer, ZivilprozeßBrecht Erkenntnisverfahren, (Berlin, Göttingen, Heidelberg Springer, 1963), S. 324 ; Baumgartel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß 957, S. 192 ff , 梅本吉彦, 前掲書, 955面; 金學模, 前掲論文, 13面

판단되는 것이라고 주장한다⁴²⁾

다시 말하여 소송법상의 화해는 권리자와 의무자간의 사법상의 화해계약과 원·피고와 법원간의 소송종료의 합의인 소송행위가 각각 구별하여 존재하며 사법상 화해계약은 사법의 규율을 받고, 원·피고 법원간의 소송종료계약은 소송법의 규율을 받아서 그 효력도 각기 독립시켜 판단해야 한다고 본다⁴³⁾ 양행위병합설은 2행위 2성질설이라고도 한다⁴⁴⁾. 소송법상의 소송종료의 계약이 무효인 경우에도 사법상의 화해계약은 유효한 경우도 있고, 반대로 소송법상의 소송종료의 계약이 유효할 지라도 사법상의 화해가 무효로 되어 이로 인하여 소송법상의 화해가 무효로 될 수 있다고 본다⁴⁵⁾.

(나) 批判

양행위병합설은 동일한 1개의 소송법상의 화해를 2개 행위가 병존한다고 판단하고 1개의 법률행위의 성립을 사법상의 화해계약과 소송법상의 소송종료계약, 즉 요건과 효과를 각자 독자적인 것으로 보기 때문에 사법상의 화해계약의 효력이 무효·취소로 실효 될지라도 소송법상의 소송종료의 효력이 발생하는 경우가 있다 또한 반대로 소송종료의 효과는 발생하지 아니 한 때에도 사법상의 화해계약의 효력은 발생하는 때가 있을 수 있다 이 같은 논리 결과는 화해 당사자의 의사와 합치되지 않는다고 보며 지나치게 기교적인 논리다⁴⁶⁾. 또한 당사자간의 분쟁해결을 위한 합의 외에 당사자간에 또 하나의 소송종료의 합의가 있다는 논리에 의해 요건과 효과를 각각 독립시켜 판단하는 것은 형식적인 합리화라는 비판이 있다 통상 당사자의 소송종료의 의사와 사법상의 화해는 불가분의 관계로 서로 결합되어 있다 따라서 분리하는 것은 타당성이 미흡하므로 사법상의 화해계약과 추상적소송종료의 합의로 분리하여 양자가 독립병존한다고 볼 수 없다 오히려 병존설은 기판력에 관한 초기의 소송법설에서 보는 바와 같이 실체법과 소송법을 완전히 분절하려고 하는 이원론에 기초한 이론이라

42) 金炫中, “裁判上 和解”, 司法論集 第13輯, 法院行政處, 1982, 323~324面.

43) 宋相現, 前掲書, 524面, 李時潤, 前掲書, 650面.

44) 李俸, 前掲考試, 119面

45) Pohle가 주장하였고 이외에도 Botticher · Holzhamer · Tempel, 日本의 山田正三 教授 등이 지지하고 있다

46) 金明鎰, 前掲論文, 49面

는 점에 다시 결점을 가지고 있다는 견해는 설득력이 있다고 생각된다.

3. 結語

소송상 화해의 법적성질에 관한 각 학설의 내용을 고찰했다. 각 학설마다 비판의 여지가 있다. 따라서 어느 견해가 완전하다고 할 수 없으나 소송상의 화해는 법원에 대한 관계에서는 소송을 종료시키는 뜻의 소송상의 계약이고, 상대방에 대한 관계에서는 민법상의 화해계약인 성질의 양면성을 가지는 하나의 행위라고 보는 양성설이 부관, 의사표시의 하자를 비롯한 민법상의 규정을 준용할 수 있다는 주장은 모든 면을 고려한 타당을 갖고 있다고 본다. 또한 소송의 종료와 실체상의 처분을 불가분적으로 결합시켜 당사자의 의사에 맞는 해결을 실현할 수 있다. 가장 타당한 견해⁴⁷⁾에 동조하고자 한다.

그러므로 사법행위설과 소송행위설도 긍정하기 힘든 학설이며, 차라리 소송상의 화해는 법원에 대한 관계에서는 소송행위라 할 것이고, 당사자에 대한 관계에서는 그 내용이 민법의 적용을 받는 화해계약이라 본 양면성을 고려한 절충설이 공사를 포용하고 있는 점에서 성질과 효력을 논한 점에 더 우월한 점을 인정하고자 한다.

III. 判例 檢討

1. 1950年代 判例

대법원판례는 「재판상의 화해가 확정판결과 동일한 효력이 있음은 민사소송법이 규정한 바이지만 재판상의 화해는 확정판결과 달라서 일면 사법상의 계약과 같이 사법상의 무효의 원인이 있을 때에는 소송법상의 효력도 발생하지 않는 것이다. 따라서 당연무효가 되는 것이므로 어떠한 원인에 의한 무효의 주장은 확정판결에 대한 재심 사유에 해당하거나 아니하거나를 불문하고 이를 허용하여야 할 것은 물론이고 이를 주장하는 방법도 역시 재심의 소에 의할 것이 아니고 필요하다면 독립의 소를 제기하여 이를 주장할 수 있다고 보아야 할 것이다.」⁴⁸⁾라고 판시하였다

47) 鄭東潤, 前掲書, 630面.

48) 大判, 1995 9 8, 4288민상12 ; 金洪奎, 前掲書, 613面, 法院은 1955 9. 8, 4288民上12의 判決 이래 併存說 내지 兩性說을 維持하여 오다가 1962 2. 15, 61民上914

또한 재판상 화해를 하였음에도 불구하고 원고의 10여 번의 최고를 묵살하고 피고가 의무를 불이행 한 때 원고가 재판상 화해를 적법하게 해제하고 본소에 이르렀다는 주장에 대하여 원심은 재판상 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있으므로 화해조항을 불이행 한 때라도 강제집행이 가능하고 화해계약을 해약할 수 없다라고 보아 본소 신청을 기각하였다. 그러나 대법원은 재판상 화해의 법적성질에 관하여 원심판결은 기각을 면할 수 없다고 판시하였다⁴⁹⁾. 대법원판례는 재판상 화해로 종료된 사건에 관하여 변론재개를 위한 기일지정신청 또는 별소로 무효확인을 구할 수 있음은 물론 무효 또는 실효를 원인으로 하는 급부소송도 할 수 있다고 보았다. 제소전 지방법원 단독판사 앞에서 성립한 화해는 순전히 사법상의 계약인 성질을 가진 것으로서 사법상의 무효원인이 있는 경우에는 동화해는 당연무효이다. 따라서 사법상의 무효원인이 있는 한에는 동시에 민사소송법 재심사유에 해당여부를 불문하고 당해 화해는 재심의 소에 의한 취소를 기대할 필요없이 법률상 당연히 무효라 할 것이니 필요한 경우에는 별도로 독립의 소를 제기하여 주장함은 별개의 논리이고 재심의 소는 허용되지 않는다고 해석함이 타당하다⁵⁰⁾.

2 1960年度 判例

대법원은 「재판상의 화해가 조서에 기재될 때 그 기재는 확정판결과 동일한 효력이 있다 함은 민소법 제206조에 명시되어 있는 바이므로 재심의 소로 인한 취소 또는 변경이 없는 이상 당사자는 그 화해의 취지에 상반되는 주장을 할 수 없는 것인즉 원고의 본소 신청은 실효임을 면치 못할 것이다」⁵¹⁾라고 판시 소송법설을 취하였다.

그리고 대판 1962 2 15 61민상914부터 소송행위설로 변경되었다⁵²⁾. 소송법상 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 생기고 기판력이 재심에 의하여 취소 변경되지 않는 한 당사자는 그 화해에 반하는 주장을 할 수 없다. 또한 소송법상 화해는 판결의 대응으로서 분쟁상태에 있는 법률관계를 확정하는

判決에서 訴訟行爲說로 變更하여 現在까지 이를 維持하고 있다

49) 大判 1957 12 16, 宣告 參照

50) 大判 1959 9. 24, 判例, 法院行政處, 大法院判例集 7卷 民事 223-224面.

51) 大判 1960 9 29, 宣告; 法院行政處, 大法院判例集 8卷, 民事 145面

52) 大判 1962 2 15, 61民上914

효력이 있다. 따라서 순수한 소송행위로 볼 것이라 한다⁵³⁾.

또한 민소법 제206조는 화해·청구의 포기 또는 인낙을 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다고 규정하고 있다. 따라서 한번 재판상 화해가 성립된 때는 설령 그 내용이 강행규정에 위반 할지라도 단지 재판상 화해에 하자가 있음에 불과하다. 따라서 재심을 청구하여 구제를 받는 외에는 그 무효를 주장할 수 없다⁵⁴⁾.

3. 1970年代 判例

소송법상의 화해가 소송법으로 만 소송을 종료시키고 법률효과를 확정짓는 순전한 공법행위로 보는 소송행위설은 형식적이며 잘못이다. 화해당사자는 실질적으로 사법상 분쟁을 끝내는 현실적인 실체법상의 목적을 달성함과 동시에 소송을 종료시키려는 것이다. 당사자간에 법적 다툼을 그대로 남겨두고 소송만을 종결시키려는 화해는 존재하지 않는다. 이런 점들을 감안하여 실체적소송법설이 1966년에 등장하였다. 1970년대에 와서는 대법원판례는 재판상의 화해에 대하여 사법상의 화해계약과 같은 창설적효력을 인정한다. 재판상 화해는 확정판결과 같은 동일한 효력이 있고 당사자간의 사법상의 화해계약이 그 내용을 조성한다고 판시하였고 이는 재판상 화해에 사법행위성을 인정한 것이다⁵⁵⁾

4. 1980年代 判例

1) 論據

원고가 피고로부터 금 일천오백만원을 이자 월 5푼, 변제기를 정하여 차용하면서 그에 대한 제소전화해를 하였는데 화해조항은 「원고가 피고에게 원금 및 변제기까지의 약정이자 합계액 금 일천팔백만원이 지급할 채무이고 만일 원고가 기일을 넘기면 화해조서상의 부동산에 관하여 소유권이전등기를 담보의 목적으로 한다」라고 되어 있는 사안에서 「...제소전화해는 재판상화해로서 확정판결과 동일한 효력이 있으며 당사자간의 후의 화해계약이 그 내용을 이루는 것이며 화해는 창설적 효력을 가지는

53) 李時潤, 前掲書, 581面

54) 大判 1962. 4. 18, 1962민상1268

55) 大判 1971. 1. 26, 70다2535 宣告 ; 大判 1977. 6. 7, 77다235 宣告

것이니 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸한다…」고 판시하였다⁵⁶⁾.

소송법상의 화해가 순수한 소송행위로만 본다면 소송상화해는 소송법의 적용만 받고 민법의 적용은 받지 않게 된다. 통정허위·반사회질서·사기·강박행위 등이 있어 실제 사법상 무효와 취소사유가 있어 흠결이 존재할지라도 성립된 화해는 다시 다룰 수 없게되고 유효하게 된다는 것은 문제가 있다. 또한 재판상화해에 조건이나 기한을 붙일 수 없어 분쟁을 케이스 바이 케이스로 구체적 타당성 있게 처리할 수 없다고 보아 소송행위설을 비판하게 되었다⁵⁷⁾.

2) 結語

실체사법상의 권리가 침해되었을 때 그 권리의 구제를 위한 하나의 제도가 재판상의 화해다. 따라서 공법적인 측면만 강조한 소송행위설의 일면성을 극복하기 위하여 1960년 후반 실체법적 소송행위설이 등장한 후 70년대 들어와 재판상 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자 간의 사법상의 화해계약이 재판상 화해의 내용이 된다는 판시는 공·사법 양면을 고려한 논리로 1960년 초반의 판례보다 타당성과 발전성이 인정된다.

5. 1990年代 判例

1) 論據

소송법상의 화해를 순수한 소송행위로만 보지말고 당사자와 법원관계에 있어서는 소송행위라고 볼 것이나, 원·피고 당사자관계에 있어서는 화해조항·내용이 사법인 민법의 적용을 받는 사법상의 화해계약으로 보고 소송행위설이 공·사법 양면을 고려해야 할 실질문제를 간과하는 잘못을 범하고 있기 때문에 우리 대법원판례는 소송행위설만을 계속 고집하지 못하고 사법상의 계약성을 논리로 인정하고 화해조항 자체에 실효조항을 명문화 한 때에는 그 조건이 성취되면 화해는 실효된다고 판시하였다⁵⁸⁾.

56) 大判 1977 6 7, 77다235

57) 大判 1981 9. 8, 80다2649, 大判 1981 12 22, 78다2778, 大判 1982 4. 13, 81다531, 大判 1984 8 14, 84다카207, 大判 1988 1 19, 85다카1792 등 참조

58) 大判 1988. 8. 9, 88다카2332; 大判 1993 6 29, 92다56056

제소전의 화해에 대하여 원·피고간에 사법상 화해계약이 그 내용을 이루어 화해가 성립되면 그 창설적 효력에 의하여 종전의 권리관계는 소멸된다고 판시하였다⁵⁹⁾.

2) 結語

1990년대가 되어서는 공법행위설인 과거의 사법행위설은 실제법적 소송행위설의 단계를 지나 소송행위설이 합의설, 합동행위설이 사법·공법적인 측면을 모두 고려하는 절충설인 경합설, 병존설로 발전된 것은 소송법상 화해의 절차적, 실제적인 양면성을 파악하여 그 성질과 효력을 논하고 판시한 점은 발전된 태도라고 판단된다.

6 2000年代 判例

당사자 일방이 화해조서(조정조서)의 당연무효 사유를 주장하며 기일지정신청을 한 경우, 법원이 취해야 할 조치에 관하여 당사자 일방이 조정조서에 대하여 불복하면서 제출한 서면의 제목이 ‘이의신청서’이고 민사조정법 제34조가 그 불복신청의 근거 조문으로 기재되어 있으나, 그 불복사유가 조정이 성립된 바 없는데도 조정이 성립된 것처럼 조정조서가 작성되어 조정조서가 무효라는 취지인 경우, 위 서면은 조정조서의 당연무효의 사유를 주장하면서 기일지정신청을 한 것으로 보아 처리하는 것이 상당하다고 본 사례에 대하여⁶⁰⁾ 재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자간에 기판력이 생기는 것이다(민사조정법 제29조, 민소법 제220조). 따라서 확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없는 한 재심의 소에 의하여만 효력을 다룰 수 있다. 그러나 당사자 일방이 화해조서의 당연무효 사유를 주장 기일지정신청을 한 때에는 법원은 그 무효사유의 존재 여부를 판단하기 위한 기일을 지정하여 심리를 거쳐 무효사유가 존재여부를 논한 후 무효가 인정되지 아니한 때에는 판결로써 소송종료선언을 하여야 할 것이라라고 판시하였다⁶¹⁾.

재판상화해의 조서는 확정판결과 동일한 효력이 인정되므로 기판력이 발생한다. 따라서 재심에 의한 취소나 변경이 가능하지 않는 한 당사자는 화해의 내용에 반하는 주장을 할 수 없다고 판시한 입장을 지켜왔었다⁶²⁾.

59) 大判 1988 1 19, 85다카1792

60) 大判 2001 3 9 2000다58668判決[건물명도] ; 大判 1990 3. 17 자 90그3 결정(공1990, 1224) ; 大判 2000 3. 10. 99다67703 判決(공2000상, 951).

61) 大判 2000 3 10 99다67703 判決 참조

제소전화해는 재판상화해로서 확정판결과 동일한 효력이 있고 창설적효력을 갖는다. 따라서 화해가 성립되면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸하며, 제소전화해 조항에 채무의 변제기와 채무원금만 정하고 변제기 이후의 지연손해금에 관하여 합의가 없었을 때에는 일반원칙에 따라 변제기 이후에는 민법 소정의 연 5푼 비율에 의한 지연손해금을 지급하여야 한다고 판시하였다⁶³⁾.

7. 結語

상술한 바를 종합적으로 분석하면 제소전의화해만은 순전히 사법상 계약인 성질을 가진바 사법행위설을 지지한 바 있다. 따라서 재판상화해에 실체법상 무효 또는 취소의 사유가 있을 때에는 소송법상의 효력도 당연무효로 보아 화해로 종료된 소송사건에 관하여 변론기일 지정신청 또는 별도로 그 무효확인청구나 이행소송을 제기할 수 있다고 판시하였다. 그후 우리 대법원은 종전의 판례 입장을 변경하여 줄곧 제소전화해이건 제소후화해나 재판상의 화해 모두 화해가 성립하여 화해조서가 작성되면 기판력이 인정되므로 판결의 무효사유가 있는 경우에는 별문제로 하고, 설사 실체법상의 무효의 사유가 있던 일이 있었다 하더라도 기일지정신청이라든가 무효확인청구에 의한 무효를 다룰 수는 없고 일반 확정판결과 같이 재심사유가 있을 때만 재심의 청구로 구제를 받을 수 있는 외에는 달리 그 무효를 주장할 수 없는 것으로 보았다⁶⁴⁾.

이같은 대법원 판례의 태도를 감안하여 새로운 이론정립을 시도해 왔다.

조정조서도 이의신청기간이 경과하면 화해조서와 같이 확정판결과 동일한 효력이 있다. 따라서 기판력에 의한 권리관계의 공권적 확정 후는 법원의 재판의 신뢰와 법적 안정성을 실현하기 위하여 재심의 사유가 있지 않는 한 다시 다룰 수 없다고 볼 것이나 본 판례에서 화해조서의 당연무효 사유를 주장하여 기일지정신청을 한 때에는 법원은 심리를 거쳐 무효사유의 존부를 논한 후 무효가 아닌 경우 소송종료 선고를

62) 大判 1962 2 15, 4291民上913, 大判 1971. 1 26, 70다2535, 大判 1977. 6. 7, 77다235, 大判 1981 8 25, 80다2645, 大判 1981. 9 8, 80다2649, 大法院判決集 19① 民 26面, 大法院 234集 344面, 法院公報 666號 14285面, 法院新聞, 1415號

63) 大判 1992 5 26, 91다28528; 人判 1990. 6 8, 89다카20481 和解條項에 債務元金の 支給과 擔保假登記抹消를 同時履行하도록 明文化 한 때에는 그 辨濟期까지 元金を 支給한 때에는 위의 同時履行條項이 適用된다 그러나 辨濟期 이후에는 債務의 辨濟와 擔保權抹消의 一般原則에 의거 債務의 履行이 先履行關係에 있다고 判示하였다

64) 大判 1962 10 18, 62다490

해야 한다고 판시한 것은 소송행위설에서 일본, 독일과 같이 우리 판례가절충설적 입장에서 실체법적인 면을 고려하여 논리를 전개하고 있는 점은 발전적이고 타당성이 있다고 본다.

第4章 裁判上和解의 效力

I. 形式的 確定力

1. 序言

당사자쌍방의 호양에 의한 화해의 합치된 진술이 있을 때 법원은 그 요건을 심사하여 유효하다고 판정되면 서기에게 화해의 조항을 조서에 기재토록 한다(민소법 제144조, 민소법 제149조). 화해가 무효이거나 불성립으로 판단되면 심리를 속행한다. 화해내용이 조서에 기재되기 전에는 양당사자가 일치하여 화해의 진술을 철회할 수 있다. 소송상화해의 진술을 법원에서 하고 그 화해 내용을 조서에 기재하면 이 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다(민소법 제206조, 동규칙 제28조 1항) 이 조항의 입법취지에 관련하여 화해조서의 기능으로 소송의 종료의 효력이 생기며, 집행력과 형성력, 등의 효력이 발생한다.

2. 當事者에 대한 確定力

당사자는 화해를 조서에 기재하면 확정판결과 동일한 조서의 효력에 불복하여 상소를 제기할 수 없다. 따라서 이로써 소송절차는 종료되고 그 사건의 소송계속도 소멸된다.

3 法院에 대한 拘束力

화해조서가 작성되면 당 화해사건에 관여한 법원 자신도 구속되며 그 후 화해조서에 위산, 오기 등의 오류가 있는 것이 명백함을 발견하더라도 법원은 직권이나 당사자의 신청에 의하여 경정결정절차에 의한 변경만 가능하고 (민소법 제197조) 이외에는 임의로 취소·변경을 할 수 없다⁶⁵⁾

II. 實體的 確定力

1. 執行力・形成力

㉑ 화해조서가 일정한 집행의무를 내용을 선언한 때에는 집행력이 인정되어 채무명의로 된다(민소법 제520조). 화해조서에 이행의무를 명시한 경우는 집행력은 당연히 발생한다. 재판상 화해가 공정증서보다 광범하게 집행력이 인정되는 결과 당사자들은 공정증서에 의한 집행력의 취득이 불가능한 때, 즉 물건의 명도나 부동산에 관한 등기 등의 경우에 집행력을 취득하기 위하여 재판상 화해를 주로 이용한다. 따라서 재판상 화해의 남용과 폐해의 문제가 대두되는 경우가 있다⁶⁶⁾.

㉒ 판결이 확정되면 실체적확정력인 형성력이 발생한다. 그 중 소가 이행의 소이면 급부의 소의 목적을 실현하기 위하여 채무명의에 의한 집행력이 발생하여 강제적으로 집행관에 의하여 화해 내용인 의무를 실현할 수 있다. 소가 형성의 소라면 확정판결에 의하여 권리의무를 발생·변경·소멸시키는 판결의 대세효가 있는 형성력이 발생한다. 즉 화해조서가 일정한 법률관계의 발생·변경·소멸을 내용으로 할 때에는 형성력이 인정된다(민소법 제206조).

2. 既判力

(가) 既判力否定說

ㄱ) 論據

소송법상 화해의 각 성질론에 따라 그 효력을 다르게 보는 점은 소송상화해에 사법상의 하자가 있는 때 무효·취소를 주장할 수 있는지의 문제이다. 이것이 바로 소송법상의 화해에 기판력이 있는지의 문제로 연관되어 기판력부정설·제한적기판력설·기판력긍정설(무제한적기판력설)이 대립하고 있다⁶⁷⁾. 그러기 때문에 기판력 문제도 화해의 각 성질론과 관련시켜 검토·분석해야 한다.

65) 人判 1960 8 12, 民卜 200, 人判 1967 6 13, 65다1522·1523

66) 姜玟中, 前掲書, 636面

67) 金洪圭, 前掲雜誌, 121面

㉑ 소송법상 화해의 법적성질에 관하여 사법행위론자는 소송법상 화해의 성질을 사법행위라고 보는 한 소송법상 화해에는 기판력이 부인된다고 주장한다⁶⁸⁾.

당사자가 법원의 판사 앞에서 진술하는 화해내용은 당사자간에 성립시킨 사법상의 청약과 승낙의 합의의 결과다. 따라서 합의에 사법상의 무효나 취소원인이 되는 하자가 있는 경우에는 하자를 주장할 수 있음은 당연한 논리이다.

㉒ 양행위병존설과 양행위경합설의 견해는 당사자가 법원에서 진술하는 화해내용을 사법상 합의와 소송법상 합의의 병존 또는 경합으로 본다. 따라서 재판상 화해는 양자 중 어느 한쪽에 하자가 있으면 소송법상 화해는 하자가 있게 된다. 따라서 소송법상의 화해에 병존 또는 경합하는 사법행위에 무효나 취소의 원인이 있으면 소송법상 화해도 무효 또는 취소의 원인이 인정되어 당사자는 그 하자를 주장할 수 있게 되어 결국 사법행위설과 동일하게 양행위병존설과 양행위경합설도 소송법상 화해에 기판력을 부인한다⁶⁹⁾.

ㄴ) 批判

㉑ 민사소송법 제206조 「화해 …그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다」라는 내용과 충돌되지만 이 규정이 꼭 기판력까지 긍정하는 뜻은 아니기 때문에 또한 민소법 제431조 준재심에 관한 규정이 기판력을 인정하고자 하는 취지에서 개정되었을지라도 재심의 규정은 소의 형식적확정력의 배제가 직접적인 목적이지 기판력을 인정하는 규정은 아니다⁷⁰⁾.

㉒ 법원의 공권적 해결과는 달리 화해는 당사자의 자치적인 분쟁해결 방법이다. 양자는 전혀 다른 각기 별개제도이므로 상호 영향을 미친다는 것은 무리다.

㉓ 화해절차는 재판절차에 비하면 형식적일 뿐이다. 당사자가 하자에 대하여 공격·방어권을 다하지 못하였기 때문에 실체법상 하자의 주장을 극도로 제한 함은 당사자에게 절차기본권을 침해하는 가혹한 일이다.

68) 崔仁圭, 前掲雜誌, 303面, 元喜龍, “訴訟上 和解의 效力을 다루는 方法”, 考試研究, 1993 3 264面, 李俸, 前掲考試, 124面, 崔成豪, 前掲月報, 15-16面

69) 金洪圭, 前掲研究, 122面 私法上の 瑕疵를 理由로 裁判上 和解의 無効・取消을 認定하는 立場, 즉 既判力을 부정하는 訴訟法說도 既判力否認하는 軌道에 있는 것으로 생각된다. 日木 민소법과 같이 和解調書에 確定判決과 동일한 效力을 인정하는 規定을 두고 있지 아니하므로 訴訟法上 和解에 대하여 私法上の 瑕疵의 主張을 認定하고 있어서 既判力否認說에 立脚하고 있다

70) 李恩英, 債權各論, 1989, 467面, 崔成豪, 前掲月報, 16面.

④ 판결주문에 대응하는 부분이 화해조서에는 명확하지 않다. 따라서 판결이유 부분에 나타난 사항에까지 기판력을 인정하는 것은 부당하다⁷¹⁾.

(나) 制限的既判力說

ㄱ) 論據

① 그 의미는 소송법상 화해에 기판력을 인정하지만 무제한적으로 인정할 수는 없고 실체법상 무효·취소사유가 존재하면 화해도 무효가 되고 기판력도 그 효력을 잃는다는 견해다.

② 제한적기판력설은 그 취지는 재판상화해에 그 소송절차상에 하자가 있는 때에도 구제의 길을 봉쇄하는 것을 탈피하기 위하여 인정된 견해이다⁷²⁾.

ㄴ) 論據

① 우리 민소법에 재판상화해에 확정판결과 동일한 효력을 인정함과 동시에 재심원인이 되는 하자가 있는 때 재심에 의하여 그 취소를 할 수 있다고 규정했다(민소법 제206조 제431조). 따라서 재판상 화해에 기판력이 있다. 그러나 양행위병존설은 재판상의 화해에 확정판결과 동일한 기판력이 발생하는 것은 사법상의 화해계약이 유효한 때라고 본다.

② 그것은 화해에 의한 소송종료와 판결에 의한 소송종료간에는 본질상의 차이가 있기 때문이다. 판결에서는 사건이 변론으로 충분히 검토된 후 확정된다. 따라서 재심에 의한 구제만으로도 족하지만 화해는 절차가 미흡하고 소송종료 원인도 오로지 당사자에 의한 것이다 따라서 하자의 구제에 있어서 본질적으로 확정판결과와는 다르다. 따라서 실체법상의 화해계약을 무효와 동시에 소송법상에도 무효가 되어 실체법상 취소원인이 있으면 취소 또는 불이행으로 인한 화해의 해제가 인정된다. 취소 시에는 소송행위인 화해가 소급적으로 실효되는 결과 종전의 소송의 계속은 다시 살아난다 따라서 당사자는 기일 지정신청을 하여 속행을 구할 수 있고 또 화해무효확인 의 소를 제기할 수 있다. 또한 화해조서에 대한 청구이의의 소의 제기도 가능하다. 제한적기판력설은 대체로 양성설을 지지하는 학자와 일본판례가 택하는 견해이다 재심에 의한 구제도 인정해야 할 것이다. 이 설은 일본에 있어서 다수설⁷³⁾이고 판례⁷⁴⁾

71) 崔成豪, 前掲月報, 16面; 金祥源, 前掲考試, 80面 元喜龍, 前掲書, 264面

72) 진성규, “提訴前의 和解實態의 問題點”, 不動産去來 諸問題, 345面

73) 金洪奎, 前掲書, 123面, 菊井維大, 前掲書 下卷, 375面, 加藤正治, 前掲書, 304面, 中島

이기도 하다.

ㄷ) 批判

소송법상 화해에 기판력을 인정하는 것은 판결은 그 기판력의 내용의 유효·무효를 불문하고 그 판결에 반하는 주장 및 판단은 용납하지 않기 위해서 이다. 따라서 소송법상 화해의 내용의 유효·무효를 논하지 않고 화해에 저촉되는 주장이나 판단은 인정할 수 없기 때문에 당사자나 법원은 이에 기속 당해야 한다. 따라서 제한적기판력설과 같이 유효한 소송법상 화해만이 기판력이 있다고 판단하고 재판상화해의 효력의 내용의 유·무가 심리된다면 그것은 결국 기판력부정설과 같은 결과를 초래한다고 아니할 수 없다⁷⁵⁾

(다) 無制限既判力說

ㄱ) 論據

㉠ 그 의미는 무제한적기판력설은 재판상의 화해조서의 기판력 인정여부에 관하여 재판상화해는 소송행위로 그 요건·효과는 단지 소송법의 규율을 받고, 사법상의 화해의 무효·취소 등은 어떠한 영향도 받지 않는다는 견해이다. 소송법상의 화해를 순수한 소송행위라고 하고, 이는 확정판결과 같은 효력이 있다. 화해진술에 대리권 흠결이 있거나 또는 형사상 처벌될 타인의 행위로 인하여 화해가 된 때에는 재심으로 취소할 수 있다는 입장이다.

㉡ 그 취지는 무제한기판력설은 민사소송법규의 제206조와 제431조의 해석에 있어서 재판상화해를 확정판결의 대응물로 보고 화해의 내용에 무제한의 기판력을 인정하여 그 결과 재판상화해에 의한 분쟁해결의 실효성을 확보하자는 것이다.

㉢ 재판상 화해조서가 조서에 기재된 때는 전적으로 확정판결과 동일한 것이므로 화해조서의 기판력을 부인할 수 없다. 따라서 실체법상이나 소송법상의 원인에 의거 화해의 당연무효나 실체법상의 하자를 이유로 취소하여도 소송법상의 화해에 영향이 없다, 다만 화해성립절차에 확정판결에 대한 재심사유가 있으면 재심의 소에 준한 소에 의하여, 조서의 취소와 소의 재개를 신청할 수 있을 따름이라고 설명한다. 무제

弘道, 前掲書, 937面

74) 金洪奎, 上掲書, 同面, 大判 昭 7 11 25. 民集 11, 2125, 最判 昭 31. 3 30 民集 10, 3, 242; 最判 33, 6, 14 民集 12, 9, 1492

75) 李英燮, 前掲書, 206面, 宋相現, 前掲書, 489面, 方順元, 前掲書, 360面; 金洪奎, 前掲書, 123面

한기판력설은 주로 재판상화해의 법적성질에 관하여 소송행위설을 지지하는 학자들이 견해다⁷⁶⁾. 우리나라의 통설⁷⁷⁾·판례⁷⁸⁾이다.

통설·판례의 입장이 민소법 제206조·제431조 규정의 문구에도 합치된다. 또한 소송법상의 화해를 확정판결과 동일시함으로써 분쟁해결기능의 실효성을 확보 할 수 있으므로 타당하다고 본다.

㉔ 「소송법상의 화해는 판결의 대용물로서 소송물인 법률관계를 확정하는 효력이 있으므로 순연한 소송행위라고 보는 소송행위설이 타당할 것이다」고 하고 「화해가 성립한 후에는 조서는 확정판결과 동일한 효력을 가지며 그 내용에 따라 기판력 혹은 집행력을 가진다……그러므로 그 요건의 흠결에 기한 무효는 재심의 소에 기한 사유 및 방식에 의하여서만 주장할 수 있는 것으로 해석한다. 사법상의 화해계약의 무효 또는 취소의 주장은 기판력에 의하여 도단되므로 동시에 소송법상의 재심사유(예컨대 소송무능력, 대리권의 흠결 등)에 해당치 아니하는 한 이를 이유로 무효를 주장할 수 없다」고 한다⁷⁹⁾.

ㄴ) 批判

㉕ 무제한기판력설에 의하면 화해의 하자는 오로지 재심의 소에 의해서만 다룰 수 있다. 따라서 재심사유(민소법 제451조)에 해당하는 하자가 있는 때에만 다시 다룰 수 있을 뿐 실체법상의 하자, 즉 강행규정위반·무효·취소 등으로는 다룰 수 없게 된다. 이는 결국 강행규정에 위반한 화해조차도 법원이 허용하게 되는 결과가 된다. 이는 법의 일반정의관념에 반한다고 본다. 따라서 무제한기판력설은 어떠한 형식으로든지 수정·보완할 필요성이 있다고 본다.

㉖ 기판력은 주문에 포함된 것에 한하여 발생한다(민소법 제216조). 그러나 재판상 화해에는 주문과 이유의 구별이 없다 따라서 어느 사항에 기판력이 생기는지 구분이

76) 이재성·민일영, 註釋민소법4, 1997 6 11面, 宋相現, 前掲書, 594面, 李時潤, 前掲法學, 101面, 兼子 ; 體系 민소법, 309面, 中田淳一, 민소법講義 I, 157面

77) 姜垓中, 前掲書, 637面, 李英燮, 前掲書, 206面 以下, 韓宗烈, 前掲書, 260面.

78) 人判 1962 2 15 4294民上:914, 人判 1962 3 22 4294民上:967·968, 大判 1967 6 13 65 다1522·1523 등

79) 方順元, 民事訴訟法講義 395面 以下, 李時潤, 前掲研究, 103面 이와 같이 우리나라의 學說은 모두 無制限既判力을 認定하는 立場이므로 現在의 大法院判例는 學說도 同調하는 立場이라고 생각한다

어렵다. 화해조서 전체에 기판력이 발생한다고 보면 확정판결의 기판력보다 재판상 화해의 기판력의 범위가 넓어져서 불합리한 결과가 된다.

㉔ 확정판결에 기판력을 인정하는 것은 법원이 법이 정한 전형적인 소송 절차에서 당사자권익을 보호하면서 사법적 분쟁을 법과 양심에 따라 공평 적정하게 해결한 점에 중국성·확정성을 부여한다. 이에 대하여 재판상 화해는 당사자가 호양의 의사에 기하여 분쟁을 해결하는 것으로서 사적자치에 의한다는 점에서 판결과 차이가 있다. 물론 이러한 재판상 화해에 법률의 규정으로 기판력을 부여할 수 있다. 그러나 확정판결의 내용과는 그 의미가 다르다. 즉 확정판결의 기판력은 국가기관인 법원이 사적 분쟁에 관하여 공권적 판단이 따른다. 따라서 당사자는 이에 기속당한다는 의미가 강하다. 그러나 재판상 화해의 그것은 당사자가 사적자치원칙에 의하여 스스로 호양하여 분쟁을 해결하였으니 더 이상 다투지 말자는 의미가 크다. 이와 같이 양자간의 차이 때문에 기판력의 효력범위도 구별된다. 그러나 무제한기판력설은 차이 있는 것을 차이에 따른 상응조치를 취하지 못하는, 즉 양자의 차이를 무시하고 있는 우를 범하고 있다.

III. 創設的 效力

화해의 창설적효력이란 민법상 화해계약이 성립되면 당사자 일방이 양보한 권리는 소멸하고 타방은 그 권리를 취득하는 효력이 있다(민법 제732조)는 것을 뜻한다. 창설적효력이란 종래의 법률관계가 어떠하였느냐에 관계없이 화해로 새로운 법률관계가 형성되는 것을 중시한다. 즉 새로운 권리의 득실이 생기는 것이 핵심적 효력이다. 이때의 권리의 득실이라 함은 실제민법상 법률관계의 득실을 의미하고 소송상 법률관계의 득실을 가리키지 아니한다. 다시 말하여 종전의 진실한 법률관계가 어떠하였느냐를 묻지 않고 화해된 내용대로 법률관계를 확정하는 것이고 이러한 확정력이 창설적일 때에는 이는 당사자 일방이 양보한 권리는 소멸하고 타방이 취득하기로 한 권리는 그대로 취득하는 것으로 본다. 민법 제732조의 규정의 의미를 학자에 따라 달리 표현한다. 이와 같이 사법상의 화해계약에서 인정되는 창설적효력이 재판상 화해에서도 동일하게 인정할 것인가의 문제이다. 순수한 소송행위설에 의하면 이를 인정할 수 없다. 그러나 우리 대법원 판결은 재판상의 화해에 대하여 사법상의 화해계약에 특유한 창설적효력을 인정하고 있다⁸⁰⁾. 대법원은 「. 제소전 화해는 재판상 화해로서 확정판결과 동일한 효력이 있으며, 당사자간의 사법상, 화해계약이 그 내용을 이루는 것이

며 화해는 창설적효력을 가지는 것이니 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸한다.」⁸¹⁾고 판시하였다.

第5章 和解制度의 改善策

I. 提訴前 和解의 問題 · 改善點

제소전화해는 현존하는 「민법상의 정의」를 전제로 한 해결보다도 이미 당사자간에 성립된 다툼없는 계약내용을 조서에 기재하여 재판상 화해가 성립된 것 같은 상태를 만들기 위해 실무상 이용된다. 따라서 법원의 역할은 화해의 알선·권고가 아니라 당사자간의 계약에 단지 공증적 역할을 함에 불과하다 더구나 공증증서 의한 채무명 의는 금전채권에 국한한다. 따라서 특정물인도청구에 관한 채무명 의는 제소전의 화해만이 가능케된다. 제소전화해가 금전소비대차의 채권자가 경제적 강자의 지위를 악용하여 폭리행위를 취하고 이를 채무명의를 용이하게 얻기 위한 도구로 이용되어 왔다. 또한 우리 판례가 제소전화해의 조서에 무제한기판력설을 취하므로 채무자, 약자보호를 위한 강행법규를 탈법하여 재판상 다투는 길을 봉쇄하는 법으로 이용되어 왔다⁸²⁾⁸³⁾ 이와 같이 제소전화해제도가 제도 취지에 반하여 남용되는 면이 있어 이에 관한 입법론적·해석론적으로 분석이 요망되어 왔다.

제소전화해가 입법취지에 반하여 오용 내지 남용이 되어 고리대금업자나 강행법규

80) 大判 1967 6 13, 65다 1522·1523 대판(大判)1992.9.22, 다25335 판례(判例)도 「和解契約이 성립하면 특별한 사정이 없는 한 그 創設의效力에 의하여 종전의 法律關係를 바탕으로 한 權利義務 關係는 消滅 되는 것이므로 契約 當事者間에는 종전의 法律關係가 어떠하였느냐를 묻지 않고 和解契約에 의하여 새로운 法律關係가 생기는 것」이라고 判示 하였다

81) 大判 1977 6 7, 77다235

82) ① 大判 69 12 9 69다1565 · 제소전의 화해내용이 민법 제607조·608조에 위반되어도 이를 무효라고 할 수 없다 ② 大判 75 11 11 74다 634 : 재단법인의 기본재산인 부동산의 이전등기를 제소전의 화해에 의하여 하는 경우에, 재단법인의 결의와 주무관청의 허가를 얻지 아니하여도 이전등기의 무효를 주장할 수 없다

83) 大判 92 11. 27 92다8521 5·17 신군부가 부정적재자의 재산을 국가환수함에 있어서 먼 날에 강박을 원인으로 하는 위반소송을 봉쇄하기 위한 방편으로 이 제도를 활용한 예까지도 있다

탈법자를 위한 제도로 전락되는 예가 있는 것이 현실이었다.

그러므로 제소전화해에 관한 판례의 입장인 소송행위설, 무제한기판력설은 문제점이 있다 따라서 제소전화해의 요건인 「민사상의 쟁의」를 엄격히 해석하여, 권리관계의 존부·범위·대양·이행에 관하여 현실로 다툼이 이미 발생하여 민사소송절차에 의하여 소구할 수 있는 경우에만 제소전화해를 인정할 필요성이 크다. 단순히 권리관계와 실현에 관한 불확실성이 존재한다고 할지라도 분쟁 발생 이전에 미리 채무명의를 취득시키는 제소전화해는 할 수 없도록 해야 한다⁸⁴⁾.

II. 審理前協議와 和解促進

미국법원에서는 최근 민사소송제도에 관련 개시절차의 남용, 소송지연과 소송비용의 고액화, 소제기수의 폭발적 증가와 같은 문제가 빈발하였다. 심각한 상태의 소송지연이 발생되자 소송의 방법에 의한 분쟁의 해결운동인 화해제도 등의 실현 강화라는 문제가 활발히 전개되었다. 또한 분쟁당사자 간의 실질적 평등을 위하여 연방민사소송규칙은 개시절차제도를 마련하였다. 개시의 기능은 쟁점의 명확화, 증거의 보존, 소송자료의 조기확보에 있다. 그리하여 미국연방법원의 개시절차제도는 소송상의 제도로서 상당히 발달해왔다.

연방민사소송 규칙 제16조의 심리전협의에서 당사자 및 법관이 개시절차의 범위의 결정, 기일지정, 사실심리에서 심리되어야 할 쟁점에 대하여 자유롭게 협의하고 결정하고 이들 결정사항은 심리전 명령에 기재되며, 당사자는 명령에 기대된 소송과정에 따라야 한다.

동규칙 제16조는 「법관에 의한 사건관리(judicial case management)」를 규정하고 있다. 이같은 방법으로 미국연방법의 민사사건의 90% 이상이 사실심리까지 가지 않고, 그 대다수는 화해에 의하여 종결된다. 미국에서 화해에 의한 소송종결이 많게 되는 이유로는 개시절차를 포함하여 심리전절차에 많은 비용이나 시간이 소모된다. 따라서 그 이상의 소송비용의 지출을 방지하려고 당사자가 화해를 선택하고, 또한 심리전 협의에 법관이 당사자에게 적극적으로 화해를 유도하여 많은 실적을 얻게 되었다. 우리나라가 90%가 넘게 판결에 의해서 분쟁을 해결하는 실태는 법관의 과다사건이 배당에 의한 업무량의 증대로 인한 격무와 소송지연, 당사자들의 복잡하고 어려운

84) 鄭東潤, “裁判上和解制度의 問題點과 그 改善策”, 考試界, 1985 1, 66~67面.

소송절차상에서 정신적 고충과 소송하면 집안이 망한다는 과다 소송비용의 지출 등으로 어려움을 겪고 있다 법관·당사자는 물론 모든 소송관계인이 참가하는 소송절차개시전의 절차로 미국제도와 유사한 제도로 우리는 단독판사에 의한 준비절차가 있고, 이 준비절차에 단독판사가 변론의 개시·심리·증거방법의 수집, 쟁점의 정돈을 한다. 이를 집중적으로 효율성있게 운영하여 제소 이전에 거의 사실 문제를 확정지을 수 있도록 하여 화해의 근거와 유도를 이루도록 해야 한다

Ⅲ. 偽證者의 處罰強化와 當事者나 代理人 過怠料 制裁의 罰金刑化

상술한 바와 같이 증인이 위증하여도 소액의 벌금에 그치고, 당사자나 대리인이 허위진술을 하더라도 과태료나 물고 말기 때문 소송에서 거짓의 대회를 벌리는 경우가 많다. 이 거짓을 법원이 밝혀 주지 못하여 거짓에 의하여 고충을 당한 상대방은 감정이 악화될대로 악화되어 끝까지 싸우려고 상소하는 경우가 많다. 이로서 화해의 길은 멀어지고 만다. 상소심에 갈수록 감정 격화로 화해 도출이 어려운 것이 우리의 재판 실정임을 감안할 때 위증자, 허위진술자에게 경종을 울리기 위해 또한 허위의 진술, 증언, 증거제출을 막기 위하여 엄중한 형벌로 위협·예방기능을 발휘시켜야 한다. 이렇게하여 거짓을 보고 감정이 격화되는 경우를 감소시켜 상소율 즉 상소심의 사건을 대폭 줄이고 화해를 이끌 수 있는 기틀을 만들어 내는 일이라고 본다.

Ⅳ. 和解委員會設置와 和解前置主義

전형적인 사법재판적 직무 작용이 아닌 사법행정적 직무에 관하여, 즉 비송사건적 사건, 소송비용확정 사건, 공시최고사건 등을 사법보좌권이나 법원서기관에게 일임하는 독일, 일본 등의 입법례와 같이 소송법상 화해가 재판같은 엄격한 법률적·타율적 분쟁 해결 제도가 아니므로 법관 아닌 사회적으로 학식과 덕망이 있는 교육학자, 심리학자, 독지가, 목사 등으로 화해위원회를 구성하여 제소이전에 모든 분쟁을 대부분 소송 아닌 비법률적 화해에 의하여 해결하도록 하는 화해절차를 만들 필요가 있다

이를 위하여 화해위원회의 권한으로 비법률적 호양적 해결제도인 화해제도를 활용할 즉 법률적 강제적 해결보다는 분쟁의 근인을 찾아 설득으로 자발적인 타협을 유도

할 수 있는 입법이 필요하다고 본다. 예컨대 소송 이전에 필히 화해를 거치도록 하는 화해전치주의 도입, 분쟁이 끝내 화해에 이르지 못한 때는 소송으로 이관되는 길을 터놓으면 법원의 사법권의 침해 문제는 없을 것이다. 과다한 직무로부터 허덕이는 법관에게 업무 축소라는 도움이 될 것이다.

화해위원회가 성립시킨 화해 내용이 공서양속에 반하면 법원은 수정명령을 내리고 수정명령에 따르지 못할 때는 사건을 법원에 이송토록하는 규정을 두어야 할 것이다. 화해내용을 법원이 인정할 때에는 기판력과 집행력을 인정하여 화해 내용대로 권리가 실현 될 수 있게 해야 한다.

화해위원회에 조사위원을 두어 조사위원은 분쟁당사자의 가족, 친지, 동창, 스승 등의 관계를 파악하여 원·피고 양당사자가 존경하고 그를 도와준 잊지 못하는 사람을 찾아서 화해위원회에 참석시켜 설득 호양에 의하여 해결을 유도하고 화해가 성립된 경우에는 상당한 화해 성공 보수를 지급하는 규정을 두어 적극적 설득 노력으로 높은 화해율을 이루어야 한다.

V. 辯護士和解制度의 導入

독일의 변호사화해제도는 민사사건의 당사자가 변호사를 개입시켜 성립한 중재화해⁸⁵⁾와 같이 집행력을 부여한다. 변호사화해제도는 집행·채무명의로서 채권자⁸⁶⁾는 집행문을 부여받아 권리의 집행을 할 수 있다. 변호사화해제도는 복잡한 소송절차를 피해 변호사에 의해 분쟁을 해결하는 재판외의 분쟁해결제도이다. 이 제도는 무엇보다도 사법제도의 개선을 통한 민사법원의 업무경감·신속·경제성의 실현을 목적으로 한다 그 성공 여부 역시 독일변호사의 역할여하에 달려 있다⁸⁷⁾

독일에서는 소송자료를 1회의 기일에 모아 소송자료들이 수집될 수 있도록 사전에 조치를 취하고 변론을 집중시켜 소송을 촉진시키고자 한다.

1977년 독일연방정부는 간소화법의 시행으로 민사소송절차의 단계화와 당사자 및 법원의 의무를 강화시켜 변론을 집중적으로 실시하여 절차의 간소화와 심리의 충실을

85) Schiedsvergleich/§1044a ZPO

86) Vollstreckungstetel §794 NR. Z. 4a ZPO, 梁炳晦, “ADR와 和解制度의 活性化”, 金洪奎 博士 華甲記念 I 民事訴訟의 諸問題, 서울 삼영사, 1992

87) 梁炳晦, “獨逸의 辯護士和解制度”, 人權과 正義, 1994. 1

효과있게 실현할 수 있었다⁸⁸⁾.

이와 같은 독일제도를 분석하여 폭주하는 우리의 민사사건을 재판까지 가지 않고 많은 화해를 이끌어 낼 수 있는 방법 제도를 마련하는 것은 바람직스러운 일로 시도할 필요가 있다고 본다. 판·검사를 거쳐 법을 잘 알고, 법적 전문가로서 경험이 많고 인격자로 인정되는 변호사를 배출하여 화해를 많이 도출시킬 수 있어야 한다. 또한 변호사의 해결건수 당 사례금 지급 등의 지원책 등을 입법하여 적극적인 활용해야 한다

第6章 結 論

재판상화해의 법적성질·그 본질·효력에 관하여 여러 가지 설이 대립하여 왔음은 상술하였다.

민사재판은 사법상의 분쟁을 해결하기 위하여 권리자는 원고로 의무자는 피고로 권리주장의 당부판결을 국가기관인 법원을 향해 요구하는 것이다. 따라서 소송은 실체사법과 절차공법상의 요건을 모두 종합하여 판단해야 되는 법률관계이다. 사법행위설은 재판상화해의 법적성질을 순수한 실체사법상의 법률행위로 단정하고 법이론·소송이론을 주장한다.

이는 소제기후는 법원개입이라는 공법적인 점을 망각하고 있다. 이에 대립하는 공법적소송관인 소송행위설은 그 본질을 원·피고의 소송종료의 합의(호양)를 법원에 보고하는 순수한 공법행위로서 보는 소송관이다.

판결은 사법기관인 법관이 변론기일의 정식절차상에서 원·피고의 절차기본권이 보장되고 법관의 철저한 심리 진행 결과로 사실문제의 확정과 법률해석에 의하여 내린 선고로 말한다. 그러나 재판상화해는 당사자가 주가 되어 소송을 종료시키겠다는 주목적을 가지고 분쟁을 호양으로 종결시킨다 실무상 당사자가 작성한 합의 내용을 재판장이 형식적으로 검토한 후 서기로 하여금 조서에 기재시키면 조서 내용의 잘못 여부는 재검토 기회가 거의 보장되어 있지 않다. 이 같이 판결과 화해 양자는 차이가 있다

따라서 재판상화해의 법적 효력을 논할 때, 실체법적 입장과 절차법적 입장을 어떻

88) 姜炫中, “韓國에서의 調整·和解實務”, 考試研究, 1991 6, 48面, 洪基紋, “集中審理의 概觀”, 月刊考試, 1992 2, 88面, 梁炳晦, 前揭論文(三英社), 401面

게 과연 조화시킬 것이냐 하는 것은 어려운 문제이다. 즉 화해가 실체법적 측면 단계에서 무효·취소 원인이 있었을 때 소송법적 측면 단계에서는 화해의 성립 및 효력에 관하여 각각 분리하여 판단할 것이냐 연관시켜 판단할 것이냐가 각 학설의 분기점이 되는 것이다. 사법행위설은 실체법적인 측면만을 고집한 견해이고 소송법설은 절차공법적인 측면만 강조한 학설이다. 방법론상 실체법과 절차법 모두를 공히 요소로 삼아야 한다. 양자 모두 2가지 면을 고려하지 못하고 일면만 집착한 점에서 이론적 단점이 있다고 본다.

따라서 그 법적성질은 초기의 실체법적인 단계면을 거쳐 후기의 절차법적인 단계면으로 진행된 결론 즉 소송종료 단계인 소송에서 초기단계와 후기단계 모든 면을 종합적으로 감안하여 그 본질을 파악하는 것이 타당한 접근방법이라고 사료된다.

사법행위설과 공법행위설 중간에 서서 양설의 성립요건·효력을 감안 관련시켜 볼 때 재판상화해는 진실발견과 적법성 여부의 판별을 위한 신중한 법원의 심리보다는 원·피고가 주가 되어 자치적 법률적 분쟁해결로 소송을 종료시키겠다는 호양에 의한 의사합치가 중요하다. 따라서 의사표시에 흠결·하자가 존재함에도 조서의 효력을 중시하여 취소를 주장할 수 있는 길을 차단한다면 가혹하고 화해제도와 판결의 취지에도 반한다고 본다. 따라서 실체법상의 하자를 원인으로 하여 재판상화해의 효력이나 취소를 소송법적 단계에서도 인정하는 절충설인 양행위경합설, 소송법설 중 실체적소송법설은 사법과 공법 양면을 연관시켜 견해를 전개한 실천적이면서도 논리적인 가치있는 견해라고 본다.

둘째로 상술한 바와 같이 재판상화해의 기판력은 그 법적성질과 상관성이 있다. 이에 관한 학설로 무제한기판력설, 제한적판력설, 기판력부인설이 대립하고 있다.

무제한기판력설은 화해조서를 전적으로 확정판결과 동일시하고 있다. 분쟁의 해결 방법에는 법원에 의한 공권적 해결방법과 당사자의 자치적 해결방법이 있다. 자치적 해결은 소송외에서 허용될 뿐 아니라 소송중에서도 금지되지 않기 때문에 소송중에 해결하면 재판상의 화해가 된다. 재판상의 화해는 사적자치의 영역에 속하기 때문에 판결과 같이 정확한 사실의 확정과 법의 적용이 화해의 중요한 문제가 될 수 없다. 이와 같은점이 판결과 화해가 서로 다른 중요한 점인 것이다. 또한 무제한기판력설은 화해가 내용상의 하자있든 절차상의 하자있든 막론하고 그 하자가 재심사유에 해당할 경우에만 재심의 소를 제기하여 다투어 치유할 수 있을 뿐이라고 주장한다.

따라서 일반적인 실체법상의 하자, 즉 무효원인인 허위표시, 강행법규위반 및 반사

회질서행위 등의 사유로는 다시 다를 수 없다. 우리 실정은 화해의 치유를 위하여 그 무효를 제기한 사례가 아주 많다. 이는 화해절차가 신중성 없이 간이하게 이루어지기 때문에 빈번히 실체법상 무효의 원인이 나타나는 것을 실증하는 것이다. 이 같은 현실에서 하자의 치유방법이 무시된다는 것은 화해제도의 취지나 구체적 타당성의 실현이라는 측면에서 볼 때 비난을 면치 못할 것이라고 생각된다. 또한, 동설은 화해를 판결과 동일시하여 같은 기판력을 인정하면 화해조서에 확정판결보다 그 객관적범위가 더 넓은 효력을 인정하는 불합리한 점이 있다. 또한 하자의 구체책을 막는 것은, 헌법과 법률에 의한 법관에 의하여 법률에 의한 재판이라고 볼 수 없는 소송종료를 확정판결로 보아 심판을 거부하는 것과 다를 바 없는 것이다. 따라서 헌법상 보장된 국민의 재판청구권(헌법 제27조)의 침해가 아닌가 하는 위헌성 여부 문제가 제기되고 있다⁸⁹⁾.

우리 판례가 무제한기판력설을 지지하는 근거는 화해에 실체법상의 무효원인이 있을 때 일반적으로 제소할 수 있게 된다면, 일단 화해에 의하여 종료된 분쟁이 재연되어 법적 안정을 저해하기 때문이라고 보는 취지는 이해하지만, 공권적 판결과 같이 기판력에 의한 강제적 해결보다는 많은 장점을 갖고 있는 자주적 분쟁해결 방법인 화해를 장려하는 것이 오늘의 우리의 현실로 볼 때 타당성 있고 화해의 성립이 더 중요한 일이라고 판단된다.

따라서 무제한기판력설을 지지하는 대법원판례에는 동조할 수 없다 즉 소송상화해에 실체법상 하자가 없는 경우에만 기판력이 생기며 실체법상의 하자가 있으면 기판력을 인정할 수 없다는 견해를 취하는 제한적기판력의 입장을 지지하고 싶다.

끝으로 대법원판례는 양행위경합설을 지지한다. 제소전화해의 법적 성질을 양행위경합설의 입장에서 파악하여야 창설적효력을 무리없이 설명될 수 있다고 생각한다.

재판상화해의 법적성질을 당사자간의 의사를 중요 요소로 고려하여 양행위경합설입장에서 판단하면 화해에 실체법상의 창설적효력을 인정하는 것은 화해의 본질을 충실히 해석하는 방법이기 때문이다. 또한 화해의 구체적 내용은 구법률관계를 당사자가 자치적인 일치된 호양의 의사에 따라 신법률관계로 발생·변경·소멸시키는 것이라고 판단할 때 그 형성된 법률관계의 내용에 당사자가 따르는 것이 타당하다고 본다. 그러므로 판례가 제소전화해에 관하여 실체민법상의 효력인 창설적효력을 인정하는 면은 긍정적으로 해석하여야 할 필요가 있다고 본다.

89) 李時潤, 前掲書, 164面

전통적화해관은 “화해 판사는 되지 말라”라는 격언이 있다.

이 격언의 상징적 뜻을 살리면 민사소송은 판결이 원칙이고 화해는 예외적인 약식 절차이므로, 이 논리의 근간은 재판제도는 사법적 정의를 실현하고자 하는 점을 우선 시한다면 분쟁해결의 결과 즉 판결에 의한 기판력은 진실에 의거하여 정의가 실현되어야 한다는 것이 기초적·본질적 문제인 점을 강조한 것이다.

단지 판결에 대한 해결이 예외적으로 실질적 정의를 실현하기가 어렵거나 이에 반한다고 판단되는 경우 국민의 법의식, 시대의 조류·역사적 추이와 현행 실정법이 현실의 법적분쟁을 해결함에 적합하지 아니하고 또한 명확하게 당사자의 주장·진실에 반하는 결론이 나올 것이 분명한 때 실정법적으로 판단하면 부당한 결과가 야기될 수 있다. 이 때에 화해로 실정에 맞는 분쟁해결과 실질적 정의를 실현해야 하는 경우⁹⁰⁾, 또한 당사자가 강력하게 화해에 의한 해결을 요구할 때 굳이 판결에 의하지 아니하고 재판상화해에 의하여 분쟁을 종료시키는 것이 가장 구체적 타당성이 있고 분쟁을 평화롭고 적정·경제적으로 해결할 수 있기 때문에 요망되는 제도인 것이다.

재판상화해는 우리나라와 같이 판결에 의한 분쟁해결로 자신의 권익을 보호할 수 있는 법적·경제적 능력없는 국민은 화해라는 분쟁해결에 있어서 무지나 약자로 양보를 강요당하는 격이 되어 사법적 정의가 실현되지 못하는 사례는 교통사고시 합의, 가등기화해조서작성 등에서 많이 볼 수 있다. 이런 점은 화해의 불비점이며 시정되어야 할 점이다.

상술한 바와 같이 판결에 의한 일도양단적인 법률적 타율적인 해결보다는 비법률적 자율 호양적인 화해에 의한 분쟁해결은 간이한 절차에 의하여 신속하게 권리구제를 받을 수 있고 분쟁종료후에도 당사자간에 양보적 해결로 다시 인간관계를 유지할 수 있을 뿐만 아니라 꼭 실정법이나 절차법에 따른 법치적 해결 아닌 방법으로 당사자가 분쟁을 구체적으로 타당성 있게 해결할 수 있기 때문에 법원은 어느때, 어느 심급 어느 사건에서라도 화해를 권고할 수 있다고 규정하고 있다(민소법 제145조). 따라서 전통적화해관과는 달리 화해에 의한 분쟁해결의 장점을 실현하기 위하여 화해제도는 적극적으로 많이 활용해야 함은 중요한 일이라고 본다.

오늘날 자본주의 발달, 집중된 도시생활은 많은 분쟁을 야기시키고 적은 수의 법관

90) 草野芳郎, “訴訟上の和解についての裁判官の和解の變遷とあるべき和解運営の 摸索”, 民訴雜誌, 1989, 222面

에 많은 사건이 배정됨으로써 법관을 과로하고 힘들게 하고 있다. 법관증원, 사법행정 사건의 사법보조관·기술심리관·참심원 등에 의한 분권해결제도의 도입과 활용으로 법관의 업무량을 대폭 감해줄 필요성은 심각하다고 본다.

이 일환으로 소송이외의 분쟁해결제도인 화해·조정 등을 활용하여 우리나라도 영국이나 일본 등의 나라와 같이 화해율을 70%~90%로 높인다면 얼마나 많은 재판업무의 경감이 있겠는가?

“살찐 승소보다는 여윈 화해가 좋다”는 격언도 있다. 화해의 적극 활용은 수 차 강조하여도 무리가 없다고 본다



장태환

화해 소송법상 화해 사법행위설 소송행위설 양행위병합설
양행위경합설

[Abstract]

The Search of Judicial Reconciliation

Tae-FoanChang

The trouble of privatelaw settled almost by judgement a cutting in two with one stroke of sword in Korea. Judgement in the first trial accomplished quicker than a court of complaint, because the first trial be realized drop of a suit, abandonment easily.

Therefore we can achieve readily an ideal of civil procedure in the first trial.

But a court of complaint does not realize quickly a lawsuit, because this court has small number judge and lots of cases.

On our actual circumstances, even lawyers intend strategic challenge, stay of the given date of a suit.

Likewise, there are many cases, so to speak, though the parties to a suit and an attorney declare falsely, as well as strategic and a postponement of the given date in the court.

When a witness states a lying speaking, he be penaltied a small amount Also, they punish slightly a fine for default. Because of this reason, the witness, attorney, reference, parties to a suit and soon come into existence false declaration frequently.

Matters connected with them, the other party(one's opponent) goes to fad emotion angrily and many sided attack, multilateral artifice attempts.

Then, a dispute is intensified and a lawsuit is delay.

The disputation of private law can not solve efficiently in lawsuit. Under this present condition, it is a good institution that both of parties to a lawsuit solve the judicial cases mutal agreemently, concessively, self controllly with inspecting of a judge .

Judicial reconciliation is different from a judicial suit.

As a result of this, after judicial reconciliation, the both parties can continue human-relation, business meeting.

Because a judicial reconciliation does not progress lawsuit in the end, there is no difficulty of long-time suit. Also business of a judge diminish.

So, it is very important that we can realize a judicial reconciliation as possible as many

Regarding these problems, I studied preponderantly legal character and validity of judicial reconciliation of civil procedure. Once again, theories and judicial precedents of judicial reconciliation compared and examined according to ten divided years I analyzed the problem and suggested reformation of judicial reconciliation. Finally, with emphasizing necessity and importance of a judicial reconciliation.