

## 소송제도와 이상적인 분쟁해결제도에 관한 연구\*

### - 대법원의 상고법원 설치안을 중심으로 -

신 한 동\*\*

- 
- I. 머리말
  - II. 상고법원 설치이유
  - III. 선진제국의 상고제도
  - IV. 분쟁해결의 이상과 이율배반관계
  - V. 결 론
- 

주제어 : 상고법원, 상고심, 상고율, 소송대체제도, 분쟁해결방법

## I. 머리말

대한민국 대법원은 폭증하는 상고사건의 문제점을 개선하기 위해 상고법원을 설치하겠다고 한다.<sup>1)</sup> 수년간 상고심제판제도에 대한 연구와 공청회를 개최하여 의견을 수렴해 온 결과 대법원의 과중한 업무 부담을 해소하는 동시에 국민들에게 재판받을 권리를 실질적으로 보장시키겠다는 것이다.<sup>2)</sup> 그러나 상고법원설치안은

\* 이 논문은 2015년도 한남대학교 교비학술연구조성비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 한남대학교 경상대학 무역학과 교수, E-Mail : shd777@hanmail.net

- 1) 상고법원을 설치해야 한다는 선행연구는 법원행정처에서 발간한 “상고법원 도입방안”(2014)이 있으며, 김춘호의 “상고제도 개선 방안”(법조 2014.9) 등 다수가 있다.
- 2) 2014.9.24. 법원행정처는 상고법원 도입방안을 발표하였으며, 국회의원 168명은 상고법원 설치를 위한 법률 개정안을 2014.12.19. 국회에 제출하는 등 상고법원을 곧 설치할 분위기이다.

위헌의 소지가 있다는 점, 4심제로 될 위험성, 분쟁해결지연으로 인한 사회적 비용의 증가, 상고법원을 그만둔 변호사의 상고사건 대리의 위험, 상고법원 운영비용에 대한 국민 부담을 가중 시킨다는 이유로 다양한 대법관 구성과 대법관 수를 증원해서 현재의 문제점을 보완해야 한다는 주장<sup>3)</sup>과 대립하고 있다.

대한민국은 1948.7.17. 헌법이 제정·공포된 이후 대법원의 이원적 구성<sup>4)</sup>(1959~1961), 고등법원에 상고부 설치<sup>5)</sup>(1961.8.12), 대법원에 상고재판부 설치(1963~1981), 상고허가제 실시<sup>6)</sup>(1981.3~1990.8.), 상고허가제 폐지(1990.8.~1994.8)를 실시한 경험이 있고, 지금은 심리불속행제도를 통해 상고를 제한하고 있다. 그렇지만 상고사건의 폭증을 막지 못하고 있다. 대한민국은 1967년부터 무역거래로 발생되는 상사분쟁에 한해 정부주도로 소송대체제도(ADR)를 통해 해결하는 방법을 취해왔지만 그 이용실적은 미미할 뿐 무역이나 국제운송 등 분쟁의 내용에 관계없이 대부분의 분쟁해결을 법원이 독점하고 있는 실정이다. 인구증가와 사회생활이 복잡해지면서 분쟁사건도 이에 비례하여 증가하는 것은 자연스런 현상이라 할 수 있으나 과거 10여 년 동안 본안사건이 감소하고 있는 상태에서 상고심 판결을 개선하기위해 상고법원을 설치한다는 것은 그 타당성에 의문이 있다. 상소율과 상고율의 증가원인, 상고사건에 대한 과기율 감소와 기각율의 증가 등에 대한 냉정한 분석이 요구된다. “상고법원은 국민을 위한 재판제도가 아니다”고 단언하는 선행연구<sup>7)</sup>에 주목할 필요가 있으며, 상고법원을 설치할 경우 상고사건을 담당할 판사를 모두 대법관으로 임명<sup>8)</sup>되어야 하는데 이는 간단한 문제가 아니다. 개방경제시대에서 소송을 통해서 모든 분쟁을 해결하려는 것은 그 집행문제와 같은 제도적 결함뿐만 아니라 복잡하게 얽혀있는 사실관계를 규명하는데 많은 제약이 있다. 이러한 맥락에서 상고법원 설치에 대한 찬반 이론과 주장에 대한 선행연구, 사법부가 국민들로부터 신뢰를 받고 있는 선진국가의 사법실태, 분쟁해결과정에서 실현해야 할 이상과 모순관계, 서방선진국의 ADR제도 활용 실태 등을 검토하여 우리경제 위상

---

3) 부산, 경남을 비롯해 13개 지방변호사 단체와 민주사회를 위한 변호사 모임은 상고법원 설치를 반대하면서 다양한 분야의 대법관 수를 증가할 것을 주장하였다. 특히 대한변호사협회는 2014년 12월 1일부터 28일까지 1,572명의 회원을 상대로 상고심 개선안에 대한 설문조사 결과 대법관증원이 필요하다는 의견이 51%, 상고법원 설치에 대해서는 34%만 찬성하는 것으로 조사되었다.

4) 개정법원조직법(1959.1.13) 제5조.

5) 상고심 재판이 고등법원에서 분산·관장됨으로서 법해석의 통일을 기하기 어렵다는 비판으로 폐지됨.

6) 1981.1.29. 소송촉진 등에 관한 특례법을 제정하여 같은 해 3.1.부터 시행.

7) 손경환(성균관대학교 로스쿨), 상고법원 설치를 반대하는 이유, 법률신문 제4260호(2014.10.6.)

8) 헌법에 따르면 대법원장과 대법관은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하게 돼 있다.

에 걸 맞는 분쟁해결제도를 거시적으로 확립할 필요가 있다고 보고 개방경제시대를 위한 이상적인 분쟁해결시스템을 모색하고자 한다.

## II. 상고법원 설치이유

현행 대한민국의 사법제도에 대한 신뢰도는 27%로서 OECD 회원국의 평균 신뢰도 54%의 절반 수준으로서 조사대상국 42국가 중 39위에 있는 심각한 수준이라 한다<sup>9)</sup>. 이는 대법원의 역할과 기능<sup>10)</sup>을 고려할 때 대한민국의 사법부가 사회로부터 신뢰받는 권리구제 제도로 인식 받지 못하고 있다는 객관적인 자료다. 민형사사건의 본안사건<sup>11)</sup>에 대한 상소율을 검토해보면 분쟁당사자 모두가 판결내용에 공감하지 않는 것으로 나타났다.

<표 2-1> 대한민국 법원의 본안사건의 심급별 접수현황

(단위 : 건수, ( )안은 처리건수)

심급 년도	제 1 심	항 소 심		상 고 심
		고등법원	지방법원	
2004	1,487,673 (1,468,257)	28,827 (27,629)	74,596 (74,998)	20,432 (20,073)
2008	1,601,807 (1,617,210)	34,665 (36,375)	88,576 (86,734)	28,040 (28,281)
2010	1,315,410 (1,339,057)	36,604 (35,513)	93,642 (95,237)	36,418 (35,168)
2013	1,436,155 (1,445,328)	35,684 (35,236)	97,628 (93,156)	36,156 (35,167)

자료 : 대한민국 대법원 사법연감을 참조하여 필자 작성.

9) 2015.8.10.자 조선일보 등 일간신문의 '한눈에 보는 정부 2015' 조사자료 기사.

10) 대한민국 대법원 홈페이지(2015.8.18).

11) 법원은 법원에서 관장하는 사건을 통계분석의 편의상 소송사건과 비송사건으로 분류하고, 소송사건 중에 민사·가사·행정·특허·선거·형사공판·치료감호사건을 본안사건이라 한다. 민사조정·독촉·집행·신청·비송·특허신청·형사약식·즉결·영장·과태료 등의 사건은 본안외 사건이라 한다.

본안사건은 전체의 소송사건 중에 24.4%<sup>12)</sup>의 비중을 차지하는데 1심, 항소심 및 상고심의 접수현황을 보면 다음 표 <2-1>와 같고, 그 처리건수도 비슷한 실태를 보여주고 있다. 표에서 과거 10여 년 동안 1심법원에 접수된 본안사건은 2008년까지 약간 증가추세를 보이다가 그 후로는 10년 전 보다 오히려 감소하였으나(2004년 대비 96%), 항소사건은 점증하는 추세를 보이고 있다. 특히 2004년에 대비하여 상고사건은 177%나 증가 한 사실을 알 수 있다.

2012년 한 해 동안 지방법원판사 2,258명(법원장 제외)이 1,379,905건(1심)과 91,269건의 항소사건(본안사건)을 처리함으로써 판사 1인당 평균 651건을, 고등법원 판사(법원장 제외한 196명) 1명이 평균 169건을, 대법원에서 상고사건을 담당하는 판사(판사 12명과 재판연구관 118명) 1명이 평균 278건을 처리한 셈이다.

따라서 사건의 복잡여부에 관계없이 공휴일을 고려하면 지방법원 판사 1인이 매일 평균 2건을, 고등법원 판사가 매일 0.5건을, 대법원 판사가 매일 1건을 판결하는 것으로 나타났다.

### 1. 민사소송

대한민국에서 과거 5년 동안 민사사건에 대한 1심법원의 단독사건은 평균 상소율이 5.3%(33,094건)로 낮으나 합의사건은 평균 42.6%(14,610건)으로 훨씬 높다. 2심에서 지방법원의 판결에 대한 상소율은 평균 33.5%(6,233건)로 고등법원의 판결에 대한 상고율 평균 43.3%(4,752건)보다 낮다.

<표 2-2> 민사본안판결에 대한 심급별 상소율(2009-2013)

구분 년도	제 1 심				제 2 심			
	합의		단독(소액포함)		고등법원		지방법원	
	판결건	상소율	판결건	상소율	판결건	상고율	판결건	상고율
2009	33,024	41.6	645,714	4.9	11,000	42.3	15,430	34.9
2010	32,022	42.3	589,792	5.4	11,045	42.1	17,074	34.0
2011	33,662	44.0	594,410	5.6	11,016	42.6	18,625	32.9
2012	34,708	43.0	617,614	5.6	10,933	44.1	20,819	33.9
2013	38,071	42.3	684,567	5.2	10,882	45.4	21,086	33.0
평균	34,297	42.6	624,419	5.3	10,975	43.3	18,606	33.5

자료 : 대법원 사법연감을 참고하여 필자가 작성.

12) 2013년도 대한민국의 전체소송사건은 6,590,720건인데 그 중에서 각급(1심,2심,3심)법원에 접수된 본안사건은 1,605,623건이며 본안의 사건은 4,985,097건이다(2013년도 사법연감).

따라서 1심법원의 단독사건에 대한 항소율만 현저하게 낮을 뿐 그 외 사건의 상소율은 표 <2-2>와 같이 40%나 된다. 이러한 상소율로 보아 1심의 단독사건을 제외한 모든 사건의 판결내용에 대하여 불만이 많고, 그 결과 존경을 받아야 할 사법부 전체가 국민들로부터 신뢰를 받지 못하고 있는 요인이라 할 수 있다.

이러한 상소율이 높은데도 불구하고 대법원에 접수된 상고사건에 대한 파기율은 단독사건이 5%~7%, 합의사건이 8%~11%에 불과하고, 대부분의 상고사건이 기각되는 것으로 표 <2-3>를 통해 알 수 있다. 낮은 파기율에도 불구하고 높은 상고율에 높은 기각율은 상고심으로 권리구제를 바라는 욕구가 강하지만 실망과 불평도 그 만큼 크다는 점을 반영하고 있다는 결과다. 기각의 주된 이유는 심리불속행이유로 자신의 주장을 입증할 수 있는 기회조차 없었기 때문이라 할 수 있다. 특히 상고사건의 기각비율이 2003년에 47%에 불과했으나 2011년에 단독사건의 경우 91.9%까지(합의사건은 88%)까지 증가 하였는데 이는 수치상으로는 대법원이 상고사건에 대한 해결대책을 마련해야 한다는 당위성이 충분히 있다고 본다.

<표 2-3> 민사본안사건(단독 및 합의)에 대한 상고기각율과 파기율

	단독사건(소액사건포함)		합 의 사 건	
	상고심 기각	상고심파기율(%)	상고심 기각	상고심파기율(%)
2009	5,897(91.2)	6.4	3,463(86.7)	9.9
2010	6,053(91.6)	5.8	3,484(86.5)	10.4
2011	6,144(91.9)	5.1	3,605(88.0)	8.3
2012	6,501(90.9)	5.6	3,875(87.4)	8.7
2013	6,446(90.8)	6.0	4,175(85.7)	11.0

자료 : 대법원 사법연감을 참고하여 필자가 작성.

한편, 민사사건의 상고심 처리기간도 2009년 평균 131일에서 2012년엔 179일로 늘어남으로써 상고심에 대한 불만의 요인이라 할 수 있다. 민사사건에 대한 처리기간이 길어지고 상고사건에 대한 기각률이 높고 파기율이 낮다는 것은 남상고가 많은 것으로 분석될 수도 있으나 상고사건이 너무 많아 12명의 대법관(대법원장과 행정처장은 제외)이 사안을 검토할 시간이 없어 원심으로 인정했다고 할 수 있다.

이런 결과로 국민과 재야법조계로부터 부실한 2심과 상고심재판에 불만과 불신을 받게 되자 대법원은 최고법원으로서 위상과 기능회복을 위해 상고제도 개선책으로 상고법원을 서둘러 설치하려는 것으로 요약된다.<sup>13)</sup>

13) 임성근, 대법원 구성 및 심리방식 개선에 관한 세미나 발표문, 박영선 국회의원 주최 세미나 자료집, 2014.1.22, pp. 14~16, 조선일보 2014.9.25자 기사.

## 2. 형사소송

대한민국 1심법원이나 2심법원이 과거 10여년동안 형사공판사건으로 접수 처리한 현황은 다음 표<2-4>에서 보여주듯이 형사공판사건 역시 해마다 점증하였으나, 특히 상고심 사건은 거의 2배로 증가한 사실을 알 수 있다.

<표 2-4> 형사공판사건의 심급별 처리현황

(단위 : 건수)

	1심 사건	항소심(2심)사건		상고심사건
		고등법원	지방법원	
2004	237,512	9,426	52,446	10,678
2008	268,892	8,969	57,902	14,904
2010	277,722	9,990	62,149	20,988
2013	260,513	11,767	53,372	19,326

자료 : 대법원 사법연감을 참고하여 필자가 작성.

형사공판사건에 대한 상고사건이 크게 증가하였음에도 표 <2-5>에서 과거 5년(2009-2013)동안의 상고율<sup>14)</sup>이 상대적으로 낮게 나타났다. 이는 형사사건의 상고율이 사건수가 아닌 상소인수를 기준으로 산정했기 때문에 나타난 현상이다. 하지만 1심법원의 합의사건에 대한 항소율은 60% 이상으로 높고, 단독사건에 대한 상소율은 30%로 나타나고 있다. 그리고 2심으로 판결한 고등법원의 판결에 대한 상고율은 35%에서 43%로 증가하였고, 지방법원의 판결에 대한 상고율도 29%에서 33%로 해마다 점증했던 것으로 나타났다.

<표 2-5> 형사공판사건 판결 및 상소율

(단위 : 사건수, ( )은 항소율(상소인원÷판결인원×100)%

	1심 법원의 판결에 대한 상소		항소심 법원판결에 대한 상고	
	합의사건	단독사건	고등법원	지방법원
2009	10,666(60.2)	69,051(29.9)	3,144(35.2)	16,243(29.4)
2010	11,543(62.8)	69,251(31.1)	3,667(38.8)	18,392(32.6)
2011	11,498(66.1)	67,923(29.6)	3,762(41.6)	18,398(33.9)
2012	13,674(51.1)	62,222(27.0)	3,919(39.4)	15,773(34.6)
2013	11,997(62.3)	66,889(31.6)	4,774(43.2)	15,932(33.5)

자료 : 대법원 사법연감을 참고하여 필자가 작성.

14) 여기서 상소율은 사건수를 기준으로 하지 않고 “상소인원÷판결인원×100”로 산정한 비율임.

이러한 상소율로 5년동안 대법원에 접수된 형사공판사건의 상고사건의 파기율은 표 <2-6>과 같이 평균 2.6%로 변화가 없으나 항소심의 평균 파기율은 36.5%이나 되어 형사사건의 상고심에 기대를 했던 당사자의 불만이 컸을 것으로 분석된다. 이에 반해 기각율은 86.9%에서 51.8%까지 해마다 줄었는데 그 차이는 상고를 취하했거나 선고유예사건의 누증현상(36%)으로 보인다.

따라서 형사공판사건의 상고율은 민사본안 사건에 비해 2심 지방법원의 판결의 경우 평균 33%내외로 비슷하고 고등법원의 판결에 대해서도 평균 43%내외로 서로 비슷하나 파기율은 평균 3%내외로 민사본안사건의 평균 10%에 비해 훨씬 낮은 것으로 나타났다. 이러한 차이는 민사사건에서 보다 형사사건에서 상고심에 대한 불만이 많은 것으로 분석된다. 하지만 형사사건의 경우 원고가 국가(검사)이고 검사만이 기소 독점권을 가지고 형사사건을 주도하기 때문에 기소권의 정당성을 입증하려면 항소율이나 상고율은 민사사건에 비해 낮아야 할 것이다.

<표 2-6> 형사공판사건의 항소 및 상고사건에 대한 판결결과

(단위 : 건수, ( )은 %)

	항 소 심		상 고 심	
	파 기	기 각	파 기	기 각
2009	25,832(36.9)	38,290(54.6)	506(3.1)	14,020(86.9)
2010	25,540(35.5)	40,404(56.2)	558(2.7)	13,624(65.0)
2011	24,016(34.6)	39,286(56.6)	460(2.1)	12,730(59.5)
2012	23,865(36.9)	34,625(53.6)	465(2.2)	11,334(54.9)
2013	25,044(38.6)	33,636(51.8)	604(3.1)	9,991(51.8)

자료 : 대법원 사법연감을 참고하여 필자가 작성.

그러나 민사사건과 비슷한 항소율과 상고율이 유지되는 상태에서 형사상고사건의 증가와 상고심의 저조한 파기율은 기소권의 남발이 원인이라 할 수도 있다. 형사사건에서 진실에 반하는 사실관계로 부당하게 기소되었다고 생각하는 피고인은 자신의 억울한 사정에서 벗어나기 위하여 끝까지 갈 데까지 가려고 하는 것이 불가피하게 자행할 수밖에 없다. 더구나 변호사 도움을 실질적으로 받지 못한 상태에서 유죄로 판결 받은 경우에는 심급에 관계없이 무죄판결을 받을 때까지 재판을 받으려고 하는 것은 너무도 당연하다. 1심에서 무죄판결을 받고도 2심에서 부당하게 유죄를 선고받은 경우에는 상고를 할 수 밖에 없을 것이다. 특히 형사사건에서 피고인은 대법원의 심리불속행제도로 기각될 것을 뻔히 알면서도 상고할 수밖에 없는 실정이고 보면 형사사건의 상고사건이 많다는 것은 2심의 판결내용에 문제가 있다.

### 3. 2심의 부실사례

“\*\* 부동산” 간판을 걸고 있는 소개업자를 통해 4층 주택 매입계약을 체결한 자가 중도금을 지급하는 날 주택일부가 무허가임을 알고 계약금을 회수하려 하였으나 거절되었다. 매입자는 소송을 피하고자 약 2시간의 언쟁 끝에 다시 계약서를 작성한 사건<sup>15)</sup>에서 매입자는 무허가 사실을 사전에 고지 받고도 고소행위를 취했다는 취지로 무고죄로 기소되었다. 매입자는 무허가 건물을 속이고 소개한 부동산 중개인과 매도인을 상대로 진정서를 제출하였으나 경찰서는 경찰서에 비치된 고소장서식에 따라 손해금액을 기재할 것을 요구하였고, 고소인은 수사관의 안내를 받아 고소장을 다시 작성하여 제출하였다. 그러나 경찰과 검찰은 매도인과 공인중개사보조인만 조사하여 매입자를 무고죄로 기소하였다. 이에 매수인은 국선변호사의 도움과 공인중개사의 증언으로 1심에서 무죄 판결<sup>16)</sup>을 받았다. 그러나 검사는 중개보조인과 공인중개사 사이의 증언이 서로 달라 대질신문이 필요하다는 이유로 항소 하였지만 2심에서 대질신문도 없이 1심판결을 번복하여 매수인에게 벌금형을 선고하였다<sup>17)</sup>. 매수인은 변호사를 선임하여 상고하였으나 기각<sup>18)</sup>되었다. 문제는 상고심으로 끝나지 않고 주택매도인이 위 형사소송과정에서 손해를 입었다고 다시 민사소송<sup>19)</sup>을 제기 하였는데 수소법원은 무고죄에 따른 위자료까지 인정하였다.

본 사건에서 ① 매수인의 진정서를 경찰이 무시하고 관련 서식에 따라 고소장을 작성하게 한 사실, ② 공인중개사는 조사하지 않고 건물매도인과 중개보조인의 주장과 진술만을 근거로 기소한 사실, ③ 2심에서 검사가 요구한 대질신문은 하지 않고 관련자 3인(매도인, 중개보조인, 공인중개사)의 서로 다른 증언<sup>20)</sup>을 들어 1심판결을 번복한 사실 ④ 최초계약 당시에 무허가 간판을 걸고 본 사건의 매매계약을 체결했던 중개보조인을 공소시효가 완료되었다고 무혐의로 처분한 사실<sup>21)</sup> ⑤

15) 무허가 주택을 매도한 자가 다시 임대받았다가 정산 후 이사하였다가 19개월 만에 일부 전세금을 받지 못했다는 민사소송을 제기(안산지원2010가소125189)하자 매입자가 매도자를 사기죄로 고소한 사건임.

16) 안산지원2012고단531 무고죄.

17) 수원지방법원2013노1104 무고.

18) 대법원 2014도983 무고.

19) 안산지원 2015가소11308.

20) 매도인과 중개보조인은 특약이 없는 계약서를 모른다고 하거나 부인하고, 공인중개사는 언쟁 끝에 작성한 후 추가로 단지 지저분하다는 이유로 다시 작성하였다는 내용에 대한 사실 확인부재.

21) 수원지방법검찰청 안산지청 2013형제16653호 불기소결정서 pp. 2~4.



3층이 무허가로 계약서에 고지되지 않은 사실 ⑥ 3인의 증언내용이 서로 다른데도 법정에서 선서가 없었다는 이유로 위증이 아닌 것으로 처분한 사실<sup>22)</sup> 등은 본 사건의 진위를 가리는데 최선을 다하였는지 납득하기 어려운 사실판단이다.

선후과정이 분명하고 입증서류가 있음에도 검찰의 처분내용과 2심법원의 판단은 본 사례에서처럼 상식적으로 납득하기 어려우니 사법기관을 부신하게 된다. 더구나 거래관계가 복잡한 무역행위와 관련된 국제기술이전거래분쟁,<sup>23)</sup> 신용장거래분쟁,<sup>24)</sup> 국제거래에 대한 준거법 결정,<sup>25)</sup> 의료분쟁 등에 대한 쟁점은 법리에 대한 지식보다 현장경험과 경험지식이 풍부한 전문가의 조언을 받아 판단할 필요가 있다고 본다.

### III. 선진제국의 상고제도

#### 1. 미국과 영국

미국은 지방법원, 항소법원, 대법원이 연방과 주에 별도로 설치되어 있는 3심 구조를 가지고 있다. 연방대법원은 사법부 최고기관으로서 연방지방법원합의부 사건, 연방항소법원 사건, 각주의 최고법원 사건에 대하여 상고심으로서 관할한다. 연방항소법원에서 패소한 당사자의 상고신청을 받아들여 연방대법원의 재량으로 상고허가를 함으로써 해당 사건을 심사할 수 있다. 이러한 형태의 제도는 연방대법원의 역할과 기능을 효율적으로 작동하기 위하여 1925년 법원조직법<sup>26)</sup>을 제정한 이후 오랫동안 고민 끝에 1988년 입법으로 정착된 제도라 할 수 있다.

12명의 연방대법관은 전원합의로 심리할 상고사건에 대한 심사목록을 작성하게 되는데 심사목록에서 탈락되는 사건은 폐기목록으로 분류되어 표결이나 탈락이유 없이 약식으로 상고신청이 기각된다. 그러나 상고가 허용된 사건은 정식으로 서면

22) 수원지방법검찰청 안산지청 2013형제30323호 불기소결정서 2면

23) 오원석, 국제기술이전계약의 몇가지 주요쟁점 검토, 무역상무연구 제59권, 한국무역상무학회, 2013.8, p. 3 이하.

24) 서정두, UCP 600이후 선하증권 하자관련 분쟁사례, 무역상무연구 제45권, 한국무역상무학회 2010.2, p. 111 이하.

25) 허해관, 국제무역거래상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응, 무역상무연구 제45권, 한국무역상무학회, 2010.2, p. 51 이하.

26) 1921년 연방대법원장으로 취임한 테프트는 사소하고 불필요한 사안으로 재판이 지연되는 것을 방지하고자 국민의 상고권을 축소시켜야 한다는 취지의 대법원 상고권허가 제도를 말한다.

공방이나 구술변론으로 심리될 수 있다. 매년 10,000여건의 상고사건이 대법원에 접수되는데 그 중에서 80~90 건이 상고허가 되고, 그 중에서도 50~60 건이 충분한 심사 없이 처리되는 실정<sup>27)</sup>이다.

영국 역시 상소사건은 12명의 대법관이나 원심법원(항소법원)의 상고허가를 받은 사건만이 본안심리가 허용된다. 상고허용 여부에 대한 결정은 필요한 경우에는 변론을 할 수 있지만 원칙상 변론 없이 3인 이상의 대법관에 의해 서면심리로 결정된다. 2014.4.1~2015.3.31. 사이에 231건의 상고사건이 접수되어 88건이 상고허가 되었으며, 같은 기간에 179건이 기각되고 2건이 파기환송 되었다.<sup>28)</sup>

## 2. 독일과 프랑스

독일 연방대법원은 12개의 민사재판부와 5개의 형사재판부 그리고 8개의 특별 재판부자로 구성되는데 민사사건은 원칙상 상고허가제로 하고, 형사사건은 당사자 자율을 상고를 허용하고 있다. 독일은 쟁점의 금액이나 내용에 따라 부분적으로 민사사건에 대해 상고허가제를 시행해오다가 1975년, 1991년, 2002년, 2004년에 점진적으로 개선하여 현재는 상고가액에 관계없이 항소법원 또는 대법원의 허가를 받도록 하는 상고허가제를 시행하는 조치<sup>29)</sup>로 국민들로부터 받는 사법부에 대한 신뢰도는 2015년 7월 현재 67%로서 세계에서 7번째로 높다. 상고민사사건은 원칙적으로 항소법원에서 상고허가를 받아야 하지만 그렇지 못한 경우에는 연방대법원으로부터 상고허가를 받아야 하는데 2004년부터 연방대법원은 항소법원이 허가한 상고사건이라 하더라도 상고허가 요건을 갖추지 못하거나 상고승소가능성이 없다고 확신하는 경우에는 만장일치제로 상고수리를 거부할 수 있다<sup>30)</sup>. 사건의 판결내용을 분명히 밝혀야 할 필요가 있는 법류문제를 제기하는 사건으로 근본적인 이유가 있거나 법규정의 부재를 보충하거나 관례의 통일성 보장이 필요한 경우에 상고허용 사유<sup>31)</sup>로 삼고 있다. 항소법원에서 상고불허가 결정을 받은 사건도 대법원에 상고할 수 있으며 항소법원에서 상고허가 되는 사건은 매년 700여건이며, 대

27) <http://www.supremecourt.gov/about/justicecaseload.aspx>에서(2015.8.22.방문) “The Justices’ Caseload” 제하.

28) <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2014-15.pdf> (2015.8.22. 방문) “Section Three serving the UK and Beyond : Jurisdiction and Casework” 제하의 글

29) 김춘호, “상고제도 개선 방안” 법조 2014.9(Vol. 63. No. 9), pp. 22~26.

30) 독일연방대법원이 2006년 한해에 상고수리를 거부한 사례는 15건에 불과하다(한국민사소송법학회, “상소심 개선방안에 대한 사법정책 연구”, 2009, p. 87).

31) 대법원, 사법정책자문위원회 백서, 2013-2014.

법원에 상고된 3,000여건 중 300여건이 상고를 허용 받고 있는 실정이다.

형사상고심 사건은 연방대법원과 고등법원이 각각 재판권을 나누어 행사하는데 그 재판관할은 원심법원에 따라 결정된다. 지방법원의 항소심 판결에 대해서는 고등법원이 관할하고, 지방법원 및 고등법원의 1심판결에 대해서는 연방대법원이 관할권을 가지며<sup>32)</sup>, 2심제와 3심제가 병존하고 있다. 살인이나 강도사건과 내란죄 2심이 상고심이다. 2012년 한 해 동안 처리한 형사상고사건은 독일 연방대법원이 2,971건이고 독일고등법원이 5,910건으로 민사상고사건 보다 많다.

한편 프랑스는 민사 및 형사사건 등 일반사건을 관할하는 사법법원과 행정사건을 전담하는 행정법원으로 2원화로 되어 있는데 사법법원의 최고기관으로 파기원이 있고, 행정법원의 최고기관으로 국사원이 있다. 파기원은 법적용의 통일성을 확보할 목적으로 사실심이 아닌 법률심으로 상고사건의 재판절차나 판결내용에 대한 적법성을 검토하여 파기여부를 최종적으로 결정한다. 파기원은 5개의 재판부(민사 3, 상사 및 재정 1, 사회1)와 1개의 형사재판부가 있는데 각 재판부에는 1명의 재판장, 15명 내지 27명의 판사, 10명 내지 16명의 연구판사와 1명의 검사가 있다. 파기원은 3명으로 구성된 상고심사부를 통해 상고불허가결정권은 물론 상고사건의 기각 및 파기를 할 수 있는 결정권을 행사한다. 2013 한해에 20,561건의 민사상고사건 중에 3,248건을 상고불허가 결정을 내리고, 8,168건의 형사상고사건 중에 3,955건(48%)을 상고불허가 결정을 내린 것<sup>33)</sup>으로 알려지고 있다. 따라서 프랑스 파기원은 상고사건의 적정성을 신속하게 선별하여 중요한 사건에 치중해서 심리를 할 수 있는 사법체제를 갖추고 법해석의 통일성 유지와 신속한 권리구제로 사회갈등을 해소하고 있는 것으로 보인다.

### 3. 일본

일본은 세계대전 후 미국의 영향을 받아 과거 50명이던 대법관의 수를 15명으로 줄이는 조치와 함께 사법제도 개혁을 점진적으로 개혁해 온 결과 지금은 국민의 사법부에 대한 신뢰도가 65%로 세계에서 11위에 있다. 형사사건은 남상고를 막기 위하여 1948년부터 상고수리제도를 시행하고 있고, 민사사건은 상고심을 2원화하여 1998년부터 상고수리제를 시행하고 있다. 즉 민사사건의 경우 소비자신용사건, 교통사고 손해배상청구사건, 매매대금청구사건, 부당이득금반환사건 소가금액이

32) 독일 법원조직법 제121조 제1항 1호와 제135조 제1항 및 독일 형사소송법 제335조 제2항.

33) 김춘호, 전게서 p. 29.

적고 국민의 일상적인 생활에서 발생하는 사건은 간이법원에서 관할하도록 하고, 간이법원에서 관할했던 상고사건은 고등법원에서 판결한다. 그러나 고등법원에서 판결한 내용이 대법원의 관례와 상반되는 경우에는 대법원에 특별상고를 허용하고 있다. 그 외 민사사건은 헌법해석이나 판단의 잘못, 현저한 절차법 위반이 있는 경우에 상고수리 절차를 걸쳐 대법원판결을 받을 수 있다. 일본 대법원은 매년 총 7,000여건의 상고사건을 접수받아 그중에 수리한 상고사건은 불과 1% 이하에 그치고 있다<sup>34)</sup>. 형사사건의 상고 이유는 “헌법위반 또는 법령해석의 잘못”이 있거나 “대법원 관례와 상반된 판단내용”이 있는 경우로 제한하고 있다<sup>35)</sup>. 다만 이와 같은 이유(형사소송법에 명시된 상고이유)가 없더라도 판결에 영향을 미친 법령위반이나 중대한 사실 오인, 부당한 형의 양정 등이 있으면 대법원의 직권으로 원심판결을 파기할 수 있도록 제도를 모색하고 있는 것으로 보인다.

## IV. 분쟁해결의 이상과 이율배반관계

### 1. 분쟁해결의 이상

분쟁이 발생하는 경우 누구든지 분쟁을 어떻게 해결하면 가장 이상적일까? 하는 문제로 고민을 해야 한다. 어떠한 분쟁이던 분쟁당사자는 물론 분쟁해결을 주도하는 법관도 분쟁을 해결할 때 가장 이상적으로 해결되기를 바란다. 분쟁당사자가 추구하는 목적과 이상은 그들의 권리이고, 이들의 권리를 정당화 되도록 실현시키는 것이 재판관의 책임이요 의무라 할 수 있다. 판단의 주체가 되는 재판관은 분쟁의 사실관계를 확인·판단하여 그 시비를 가려서 법률에 따라 사회질서가 바르게 유지하도록 하는 동시에 국가이익에 반하지 않는 판결로 이해관계자의 권리를 정당하게 실현 시켜야 함은 물론 당시의 시대상을 잘 반영되도록 해야 할 것이다<sup>36)</sup>. 현재 지구상에는 사회질서를 유지하기 위한 규범으로서 실정법을 미리 만들어 놓고 사회질서를 유지하고 있는 성문법계 국가가 있는가 하면 상식이 곧 법률이라

34) [http://www.courts.go.jp/app/sihotokei\\_jp/search](http://www.courts.go.jp/app/sihotokei_jp/search)

35) 일본 형사소송법 제405조-406조.

36) 서울시는 정도 600년을 맞아 1994년 11월 29일 남산골 공원에 16.1미터의 깊이를 파고 당시의 문물을 대표하는 타임캡슐을 묻었는데, 자료 중에는 대법원 90다12243호 토지소유권 이전등기에 관한 판결(1991.12.24.선고)이 법원을 대표하였다(김이조, “타임캡슐에 들어간 판결문”, 인권과 정의, 1998.10).

하여 자연법에 근거하여 사회질서를 유지하고 있는 불문법계 국가가 있다.<sup>37)</sup>

그러나 수많은 법률을 가지고 사회를 통제하는 성문법계 국가가 불문법계 국가보다 개인의 권리실현에서 보다 논리적이고 타당해 보이지만 실상은 그렇지 못한 실정이다. 수많은 인명피해를 주고 크고 많은 전쟁을 일으켰던 나라는 주로 성문법계 국가들이었다. 성문법계 국가들이 수많은 제정법을 만들어 왔으나<sup>38)</sup> 재판관이 법률을 적용하는데 모자람이 있고, 제정법간에도 서로 상충되는 내용도 많다. 그러다 보니 사문화된 법이 있는가 하면 오히려 인간의 권익을 저해하는 법률도 많다.

문제는 이렇게 많은 실정법에도 불구하고 형사나 민사분쟁에서 당사자가 추구하는 목적과 이상을 국가가 얼마나 충족시키고 있는가? 하는 점이다. 논자는 분쟁 해결과정에서 당사자들이나 법관이 추구해서 실현시켜야 할 이상은 4가지로 정리되는데<sup>39)</sup> 그 첫째가 공평성의 이상이다. 분쟁을 해결하는 과정에서 당사자들은 자신의 주장, 입증 또는 반론을 제기 하는데 어떤 차별이나 방해를 받아서는 사실관계를 올바르게 밝혀낼 수 없다. 당사자는 자신의 직업, 지위고하, 권력이 있고 없고 또는 돈의 있고 없고에 관계없이 법 앞에 평등한 지위에 있다. 그래서 재판관은 안면이 있고 없고에 관계없이 당사자들에게 평등한 기회를 주고 평등하게 대우를 하여야 한다. 이러한 평등의 이상을 담보하기 위하여 소송에서는 심리의 공개, 법관의 제척·기피·회피, 당사자평등주의, 변론주의, 소송절차의 중지·중단, 제3자의 소송참가 등의 제도를 두고 있다. 둘째로 사실관계 즉, 진실이 밝혀지도록 적정성의 이상이다. 당사자는 진실이 밝혀지도록 모든 방법을 동원하여야 하고 법관은 이러한 기회를 당사자에게 충분히 제공하여야 한다. 사실이 밝혀져야 그에 부합하는 법률이 적용될 수 있다. 권리 위에 잠자는 자는 구제 받을 자격이 없듯이 당사자는 사실이 왜곡되지 않도록 증인 또는 감정인을 통해 진실을 밝히고 입증하여야 하며, 재판관 역시 사실을 확인하여야 한다. 사실관계가 규명될 때까지 아무리 시간이 오래 걸리고 경제적 부담이 되더라도 이를 감수해야 할 것이다. 소송에서는 적정의 이상을 담보하기 위하여 3심, 재심, 합의제, 특별항고, 전속관할, 구술주의, 상호신문제도, 직권증거조사, 석명권의 행사 등의 제도를 두고 있다. 세 번째는 신속성의 이상이다. 분쟁은 신속하게 해결되어야 한다. 신속한 분쟁의 해결은 당사자에게는 물론 국가적으로도 매우 필요하다. 분쟁을 해결하는데 수년이 걸린다면 그

37) 서양에서는 여러 법이 뒤섞여 로마법으로 정리되어 1,000여 년 동안 지속되어 오다가 불문법(common law)과 성문법(civil law)으로 발전되었다(Beckman, Law for Business and Management, McGraw-Hill).

38) 우리나라는 2015년 8월 현재 공포된 법령은 72,553개로 알려져 있다(<http://law.go.kr/lsc.do?menuId=0&subMenu=4&tabNo=7>). 인권과 정의 제263호(1998.7), 대한변호사협회, p. 128.

39) 김홍규, 민사소송법(상), 삼영사, 1988. 6(제 4판), pp. 42~43.

과정에서 중요한 입증자료나 물적 증거가 변질 또는 분실되는 경우도 발생할 수 있어 사실대로 인정받기가 어려워질 수도 있다. 그리고 기력을 잃어 병을 얻을 수도 있고, 심지어 사망에 이를 수도 있다. 분쟁해결에 너무 오래 동안 진력하다 보면 다른 일에 소홀하게 되어 다른 문제를 야기할 수도 있어 분쟁은 신속하게 해결 되어야 한다. “재판의 지연은 재판의 거부다”라는 말이 있듯이 소송에서 신속한 해결을 담보하기 위하여 법원은 소송절차의 직권진행, 시기에 늦은 소송자료의 배척, 기일연장의 제한, 기피신청의 각하, 증인불출석에 대한 제재, 가집행의 선고, 상고이유의 제한, 단독제, 집중심리, 간이재판 등의 제도를 두고 있다.

마지막으로 경제성의 이상이다. 분쟁을 해결하는 과정에서 비용이 많이 발생한다면 당사자나 국가에게 그만큼 경제적 부담을 가중시키게 된다. 그러므로 비용부담을 가중시키는 분쟁해결 방법은 결코 좋은 제도라 할 수 없다. 소송에서 당사자는 인지대, 증인신문수당, 감정인 수당, 현장검증 조사비, 변호사 수임료를 부담하게 되지만 소송부대비용을 극소화 시켜야 할 것이다. 소송에서는 경제성의 이상을 실현시키기 위하여 소의 합병, 소송이송, 간이재판제도 등의 제도를 두고 있다.

이상 4가지 이상 외에는 분쟁을 해결하는 과정에서 더 이상 추가로 추가해서 실현시켜야 할 이상은 당사자 입장에서나 재판관의 입장에서 없다고 본다.

## 2. 이상 상호간의 모순

위에서 언급한 4가지 이상은 분쟁해결 과정에서 분쟁당사자나 법관이 반드시 추구해서 실현시켜야 할 과제이지만 동시에 실현시킬 수 없는 모순이 있다. 즉, 공평성과 적정성의 이상은 서로 비슷한 내용으로 분쟁해결과정에서 동시에 실현시킬 수 있지만 신속성과 경제성의 이상은 실현시킬 수 없다는 문제점이 있다. 사실관계 즉 진실은 당사자가 공평하게 대우받는 가운데 밝힐 수 있다. 그러나 공평성이 보장되는 가운데 진실을 밝히는 데는 많은 시간과 비용을 발생시킨다. 반대로 분쟁을 신속하게 해결하면 경제적 부담을 경감시킬 수 있지만 공평성과 적정성의 이상을 확보하기가 어렵다. 즉 사실관계를 입증하기 위해서는 증인, 감정인, 녹음기 또는 거짓말탐지기를 통해서 객관성을 확보하여야 하는데 그에 따른 절차지연과 비용 발생은 필연적이라 할 수 있다. 따라서 공평성과 적정성의 이상에 치중해서 분쟁을 해결하다 보면 신속성과 경제성의 이상을 실현하는데 소홀해 질 수밖에 없고, 반대로 신속성과 경제성의 이상에 치중해서 분쟁을 해결하다 보면 공평성과 적정성의 이상을 실현할 수 없는 현상이 발생하게 되므로 이상 상호간에 이율배반 관계가

발생한다. 그래서 공평의 이상과 적정의 이상은 신속과 경제의 이상과 상충되는 특성을 지니고 있기 때문에 분쟁당사자는 동시에 충족시킬 수 없다는 문제점을 인식하고 분쟁해결에 대비할 필요가 있다. 이러한 모순관계를 극복하기 위하여 분쟁당사자에게는 진실의 의무<sup>40)</sup>가 있고 법관에게는 소송절차를 신속하게 진행시켜야 할 의무<sup>41)</sup>가 있다. 진실의 의무는 민법(2조 1항)에 규정된 신의성실의 원칙으로서 “권리행사와 의무이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”는 것을 의미한다. 만약 당사자가 신의성실의 원칙에 위배되는 경우에 법관은 이를 부적격으로 각하하거나 또는 그 행위에 인정되는 소송법상의 효과를 부정해야 할 것이다. 진실이 결여된 판결은 상급심에서 번복될 위험이 있기 때문에 법관은 신속·경제의 이상보다 공평·적정의 이상에 치중해서 판결로 말해야 하는 현실적 어려움이 있다.<sup>42)</sup>

### 3. 분쟁해결 방법의 선택

앞에서 언급한 바와 같이 분쟁을 해결하는 과정에서 당사자들이나 재판관이 추구하고 실현 시켜야 할 4가지 이상에는 공평-적정의 이상과 신속-경제의 이상 사이에 이율배반적인 모순관계가 있다. 그래서 분쟁당사자나 재판관은 이들 중에 하나를 선택하여 분쟁을 해결하여야 하는 지혜가 필요하다. 오랜 역사를 가지고 분쟁을 해결하는 제도로 정착된 소송제도는 소송기간이 너무 길어서 소요비용도 그 만큼 많이 들기 때문에 “소송 3년이면 집안이 망한다”는 말이 있듯이 많은 비판을 받고 있다. 그 원인은 재판관은 쟁점에 대한 사실관계 즉, 진실을 확인하기 위해서는 아무리 시간이 오래 걸리고 비용이 발생하더라도 증거조사, 증인소환, 현장조사, 기록정독, 당사자 심문 등에 치중해서 진실을 판결로 밝혀야 할 책임과 의무가 있기 때문이다. 더구나 오판에 따른 문제를 해결하기 위해 소송제도는 3심까지 허용되므로 사안에 따라서는 하나의 분쟁을 완전히 해결하기까지는 많은 시간이 필요하다. 이로써 소송기간 중에 당사자가 사망하게 되는 문제도 발생한다.

대한민국 법원이 민사본안사건을 처리하는데 걸리는 평균처리기간은 표 <4-1>과 같이 심급별로 차이가 있겠으나, 한건의 민사사건을 3심까지 받게 된다면 최소한 3년 이상이 걸리는 것으로 추정할 수 있다.

40) 진실의무는 오스트리아 민소법 제178조와 1933년의 독일민소법 제138조 1항에 그 의무가 인정되었으며, 고의적 진실의무위반행위는 소송비용의 부과, 과태료 부과, 손해배상채무의 부담 또는 사기죄가 성립된다.

41) 소송촉진 등에 관한 특별법 제 5조. 소송절차를 지연시키거나 반복하는 행위를 금지하고 있다.

42) 신속·경제의 리상에 치중하여 판결된 문제는 재심이나 상급심의 대상이 되기 쉽기 때문이다.

〈표 4-1〉 민사본안사건의 평균처리 기간

(단위 : 일)

심급 처리		제 1 심			항 소 심		상 고 심	
		합의	단독	소액	고법	지법	합의	단독
종이 소송 전자	처리계	245	159	119	270	205	179	109
	판결	282	166	131	294	237	182	111
	기타	174	146	95	216	164	107	55
전자 소송	처리계	224	147	112	216	189	108	89
	판결	262	150	119	233	212	110	90
	기타	149	141	89	164	149	52	38

자료 : 대법원 사법연감 2014.

민사본안사건 1심에서 서면(종이)이나 전자로 하던 소액사건은 평균처리기간이 3~4개월, 단독사건은 평균 5~6개월이 걸리고, 합의사건은 종이소송이 전자소송보다 약 20일이 더 소요되는 것으로 약간의 차이를 보이고 있다. 민사본안항소심에서도 지방법원 보다 고등법원이 20일 정도가 더 소요되며, 평균처리기간은 5~9개월이 걸리는 것으로 나타났다. 상고심에서는 단독사건의 경우 3~4개월, 합의사건에서는 종이소송이 평균 6개월이 소요되나 전자소송은 그 절반(3.5개월)이 소요된다.

이와 같이 소송제도는 종이소송이나 전자소송에서 소송기간이 20일 정도 차이를 보이며 판결에 이르기까지는 1심이나 항소심에서 6개월 이상 걸리고 상고심에서는 6개월 정도가 소요되는 것으로 분석된다. 비록 절차진행과정에서 차이가 있지만 소송제도는 동서고금을 막론하고 개인의 권리보호와 법질서유지라는 목적을 가지고 가장 구속력 있게 확립된 분쟁해결제도라 할 수 있다. 당사자는 소송기간 동안 발생하는 실비를 부담하는 것 외에도 변호사를 선임하는 경우에는 그 비용을 산정하기 어려울 정도로 많은 비용을 부담해야 한다. 심각한 문제는 소송에서 [유권무죄 무권유죄], [유전필승 무전필패] 또는 [유전무죄 무전유죄]라는 비판이 있듯이 당사자가 소망하는 대로 4가지 이상 중에 하나라도 실현시키지 못하는 경우도 있다는 점이다. 까다롭고 복잡한 소송절차로 승소할 당사자가 패하고, 반드시 패소할 사람이 승소하는 결과가 발생할 수도 있다는 점인데 서방선진국에서도 비록 정도의 차이가 있을 뿐 비슷한 실정이다. 더구나 [전관예우], [삼윤의 공생의식]<sup>43)</sup> 또는 [미뤄 조지기]<sup>44)</sup>라는 법원주변에서 떠도는 대한민국의 소송제도 현실은 대한민

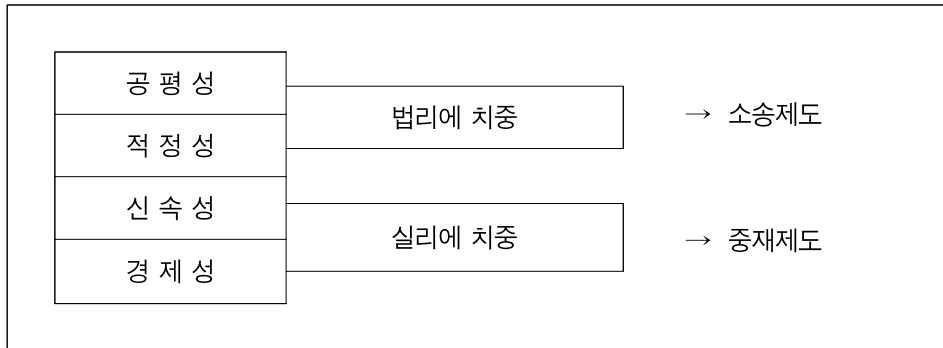
43) 법원과 검찰, 변호사집단을 가리켜 법조 삼윤이라 한다. 法을 떠받치고 있는 3바퀴라는 뜻으로 세바퀴에 이상이 생기면 법과 정의의 수레바퀴는 삐걱거릴 수밖에 없어 공생의 관계에서 서로 의존한다는 뜻이다.



국의 사법제도가 OECD 국가를 포함해서 42개 조사대상 국가 중에 39위라는 사실과 무관하지 않다.

소송제도가 안고 있는 이러한 실정을 고려해서 자연스럽게 소송으로부터 도피형태로 발전된 제도가 대체분쟁해결제도<sup>45)</sup>이고, 그 대표적인 분쟁해결방법이 중재제도로 인식되고 있다. 특히 중재인은 분쟁해결을 주도하고 판단하는 자로서 당사자의 합의로 선임되며, 유사분쟁에 대한 경험과 전문지식을 갖춘 자로 선정되기 때문에 쟁점에 대한 사실관계를 신속하고 바르게 정리하여 판단할 수 있다. 또한 중재제도는 소송과 달리 3심이 아닌 단심제로서 국제적 효력<sup>46)</sup>을 가진 제도적 특성이 있어 신속성과 경제성의 이상을 실현시킬 수 있다는 장점이 있다. 따라서 소송제도는 공정성과 적정성에 치중해서 분쟁을 해결하는 법리적 분쟁해결제도라 한다면 중재제도는 신속성과 경제성에 치중해서 분쟁을 해결하는 실리적 분쟁해결제도로 정리할 수 있다. 이러한 관계를 그림으로 정리하면 그림 <4-1>과 같이 정리된다.

<그림 4-1> 분쟁해결의 이상과 분쟁해결제도



대한민국에서 중재제도를 활용하게 된 동기는 대한민국 정부가 수출입거래의 촉진정책의 일환으로 무역거래와 관련하여 발생하는 상사분쟁에 한해 1967년부터 중재제도를 허용<sup>47)</sup>하여 오다가 1980년부터는 분쟁당사자들의 중재합의를 전제로 일반

44) 소설가 이문열은 “집구석은 팔아 조지고, 죄수는 먹어 조지고, 간수는 세어 조지고, 형사는 패서 조지고, 검사는 불려 조지고, 판사는 미뤄 조지고” 등 6가지 조지기를 나열 하였다. 이문열, 金翅鳥, 어둠의 그늘, 등지, 1995 1판 3쇄, pp. 249~318.

45) 이를 ADR( Alternative Dispute Resolution)제도라 하며 서방선진국에서 널리 활용되고 있다.

46) UN경제사회 이사회 노력으로 1958년 5월 UN총회 결의를 받아 체결된 뉴욕협약(외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약) 제2조, 줄서, 무역분쟁과 상사중재, 청목출판사, 2008, pp. 195~199.

47) 1966년 3월 16일 법률 제1767호로 중재법이 제정·공포되었다(줄서, 상사중재실무, 신영사, 1993, pp. 97~101 참조).

거래분쟁(건설, 노사고용, 매매, 임대과 등)까지 확대하여 적용하고 있는 실정이다.

대한민국 헌법에 대한민국 국민은 누구든지 신속한 재판을 받을 권리를 보장<sup>48)</sup>하고 있으나 소송은 지연되어 소송제도에 대한 불만이 가중되는 가운데, 대법원이 중재인 선정문제로 하나의 동일한 사건에 대하여 3차례나 결정<sup>49)</sup>한다거나 법리상 문제가 되지 않을 선택적중재합의를 무효라고 판단<sup>50)</sup>한 것은 대한민국에서 ADR 제도를 부인한 사례는 대법원의 독선적 횡포로서 개방경제시대에 역행하는 조치라 할 수 있다. 특히 재판지연으로 과도한 비용지출이 요구되고, 민사사건의 형사사건화 경향, 불법폭력에 의한 해결사 출현, 권력기관 또는 주무기관 심지어 언론기관 등에 직소하는 경향이 발생하고 있는데 당사자들은 소송과 중재제도 중에 어떤 분쟁해결방법이 자신에게 가장 유리한 것인지 냉정한 시각으로 사전에 선택할 수 있도록 정부와 사법부는 적극 지원 홍보할 필요가 있다.

## V. 결 론

대한민국에서 과거 10년 동안 상고사건이 매년 증가함으로써 대법원 판사의 재판업무부담이 해마다 심각하게 가중되고 있다. 인구가 점증하고 있는데도 전체의 본안사건이 오히려 감소하고 있는 상태에서 1심의 민사단독사건을 제외한 모든 사건에 대한 상소율과 상고율은 모두 30% 이상으로 높다. 형사공판사건 중에서도 1심의 합의사건에 대한 항소율이 60%를 초과하고 있어 소송판결내용에 대한 불만이 가장 큰 것으로 나타났다. 이러한 높은 항소율과 상고율, 그리고 낮은 상고심과 기율과 90%이상의 상고심 기각율은 판결내용에 대한 불신의 결과라 할 수 있다. 따라서 상고사건의 증가원인은 전술한 사례<sup>51)</sup>와 같이 법률적용 문제가 아니라 사실을 밝히지 못하는 오판에 있고, 대부분이 부실한 1~2심의 재판내용에 있으므로 3심에서 해결대책을 모색한다는 것은 사리에 맞지 않다고 본다.

미국, 영국, 독일, 프랑스, 일본과 같은 선진민주국가들의 상고사건은 상고수리제도 또는 상고허가제도를 엄격하게 실시함으로써 상고신청사건이 소수에 불과하고 사실상 2심에서 민사는 물론 형사사건을 종결짓는 2심제도를 시행하고 있다.

48) “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다” 과거 헌법 제24조 3항 현행 헌법 제26조 3항.

49) 대법원 2009.4.15.2007그154결정, 대법원2009마1395결정, 대법원2010마1725결정.

50) 대법원 2003다21995, 대법원2004다42166, 대법원2005다12452 등.

51) 본 사례는 쟁점의 주장이 거짓이지만 단심으로 종결될 내용이 민사 2건 형사 3건(대법원 상고 포함)을 발생시킴으로써 상고사건의 수와 상고율을 높여주는 허수로 작용했을 뿐이다.

이렇게 상고제한 제도를 시행하고 있음에도 이들 국가들의 사법제도는 국민들로부터 50% 이상의 신뢰를 받고 있는 실정이다.

선진국가의 상고사건 처리제도가 이리함에도 대한민국은 20년 이상 상고허가제와 사실상 비슷한 심리불속행제도를 시행하면서도 상고사건은 해마다 증가한다고 해서 그 해결대책으로 선진 국가에서도 그 유래를 찾아볼 수 없는 상고법원을 설치하겠다는 것은 설득력이 없다.<sup>52)</sup> 전술한 바와 같이 분쟁을 해결하는데 마땅히 성취해야 할 4가지 이상은 이율배반관계에 있으므로 분쟁당사자는 4가지 이상 중에서 어차피 2가지 이상은 포기하더라도 나머지 2가지 이상만이라도 실질적으로 성취할 수 있도록 선택해야 한다는 것이 불가피하다는 점을 인식하여야 한다.

따라서 대법원은 사법부에 대한 신뢰도가 높은 독일(신뢰도 67%)이나 일본(신뢰도 65%)에서 처럼 상고제한제도를 실시하면서 1~2심을 강화하여 분쟁을 종결시키는 대책을 강구하는 동시에 사실상 2심제라는 사회인식을 널리 홍보함으로써 3심에 대한 미련을 버리고 원심에서 전력을 다하도록 하는 현행사법체제를 보완할 필요가 있다. 다만 사례에서 보듯이 1심과 2심 판결이 상반되는 경우에는 상고심을 허용하는 제도적 보완이 있어야 할 것이다.

이러한 맥락에서 상고법원을 설치한다는 것은 대법원의 몸집만 크게 할 뿐이며, 대한변호사회와 같은 전문기관의 추천을 받아 국제운송, 신용장, 무역보험, 의료행위, 특허등록, 건축행위 등 각종분야에 전문지식을 가진 자가 쟁점에 대한 사실관계를 판단할 수 있는 사법제도에 참여할 수 있는 제도를 확립하는 동시에 ADR제도를 활성화하여 당사자들이 소송과 ADR제도 중에서 하나를 선택하여 분쟁을 해결할 수 있는 분쟁해결체제를 확립하는 것이 필요하다고 본다. 즉 개방경제시대를 맞아 소송과 중재제도 중에서 국민들이 자율적으로 선택할 수 있는 선택적 분쟁해결제도의 확립과 함께 동 제도에 대한 홍보활동을 병행하는 정책이야말로 분쟁해결에 대한 정부의 막대한 경제적 부담을 줄이는 동시에 대법원 본래의 기능과 역할을 수행하여 사법부에 대한 신뢰도 27%를 탈피할 수 있는 대안이라 생각한다.

52) 대법원은 제1기(2009-2010)와 2기(2013-2014)에 거쳐 정책자문위원회를 구성하여 상고법원 설치방안을 논의했으나, 선진국에서도 유래가 없고 4심제로 호를 가능성이 크다는 지적을 받은 바 있다.

## 참 고 문 헌

- 김이조, 타임캡슐에 들어간 판결문, 인권과 정의, 1998.10.
- 김춘호, “상고제도 개선 방안”, 법조 제63권 제9호, 법조협회, 2014.9.
- 김홍규, 민사소송법(상), 삼영사, 1988. 6.
- 대한민국 법원행정처, 상고법원 도입방안, 2014.
- 대한민국 대법원 홈페이지 및 사법연감.
- 대법원, 사법정책자문위원회 백서, 2013-2014.
- 대법원 관례(1990-2015).
- 서정두, “UCP 600이후 선하증권 하자관련 분쟁사례”, 무역상무연구 제45권, 한국 무역상무학회, 2010.2.
- 손경한(성균관대학교 로스쿨), “상고법원 설치를 반대하는 이유”, 법률신문 제4260호(2014.10.6.)
- 신한동, 무역분쟁과 상사중재, 청목출판사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 상사중재실무, 신영사, 1993,
- 오원석 외 2인, “ICSID 중재판정의 승인과 집행에 관한 고찰”, 무역상무연구 제62권, 한국무역상무학회, 2014.5.
- 오원석, “국제기술이전계약의 몇가지 주요쟁점 검토”, 무역상무연구 제59권, 한국 무역상무학회, 2013.8.
- 이문열, 金翅鳥 어둠의 그늘, 둥지, 1995 1판 3쇄.
- 임성근, 대법원 구성 및 심리방식 개선에 관한 세미나 발표문(세미나 자료집), 2014.
- 허해관, “국제무역거래상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응”, 무역상무연구 제45권, 한국무역상무학회, 2010.2.
- <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2014-15.pdf>
- [http://www.courts.go.jp/app/sihotokei\\_jp/search](http://www.courts.go.jp/app/sihotokei_jp/search)
- <http://www.supremecourt.gov/about/justicecaseload.aspx>

## ABSTRACT

# A Study on the System of Litigation and Ideal Dispute Resolution

Han-Dong SHIN

The number of final appeal(the rate of final appeal: 43%) has been on the increase every year over the past ten years in Korea. The number of final appeal cases given to a justice of the Korean Supreme Court amounts to nearly one everyday, which makes it vulnerable to faulty decisions. Reversal rate of final appeal is as low as 10 % with most of the cases being dismissed and hence the percentage of people having trust in the judiciary is merely 27%. In this context, the Korean judiciary has announced its plan to set up a final appellate court in the Supreme Court. The establishment of final appellate court, however, is not only against the Constitution but also hardly seen in other nations. It would only overexpand the Supreme Court. Furthermore, the final appellate court would end up deteriorating into the court of fourth instance and impose extra burden on the government as well as on the disputing parties. Therefore, it is necessary to upgrade the quality of the court by increasing the number of judges in the lower court and let them focus on the fact finding process. Facilitating the ADR(Alternative Dispute Resolution) process such as arbitration would help improve the structure of the judiciary. The incompatibility among the four values of the dispute resolution process(equitability, truth, quickness and efficiency) calls for building comprehensive judicial system in which disputes are settled by choosing either jurisprudence or utility.

Keywords : Final Appellate Court, Supreme Court, Final Appeal, Judicial System, Judiciary