

가사소송법 제17조의 연혁과 문제점

—가사소송 절차에서의 직권탐지주의와 관련하여—*

권재문**

목 차

- I. 서언
- II. 가사사건과 직권탐지주의
 - 1. 변론주의와 직권탐지주의
 - 2. 가사사건과 직권탐지주의
- III. 가사소송사건에 대한 직권탐지주의 조항의 연혁
 - 1. 인사소송법의 제정경과와 특징
 - 2. 인사소송법 제9조의 연혁
- IV. 가사소송사건에 대한 직권탐지주의 조항의 문제점
 - 1. 모든 가사소송사건에 대한 필요적 직권탐지주의
 - 2. 당사자의 의견진술기회 미부여
- V. 결론

[국문요약]

현행 가사소송법 제17조는, 인사소송법 제9조를 그 제정 연혁 및 제정 당시의 시대적 상황을 충분히 고려하지 않고 거의 그대로 이어받은 것이다. 그 결과, 나류 가사소송사건에 대해서도 필요적 직권탐지주의가 적용되도록 하고, 직권으로 조사한 사실과 증거에 대한 당사자의

* 이 논문은 BK21 세계속의 한국법의 발전 교육연구단의 지원에 의해 작성되었음.

** 변호사, 서울시립대학교 법학부 강사.

의견진술기회를 보장하지 않은 인사소송법 제9조의 문제점을 바로잡지 못하였다. 이후 가사소송법이 개정될 때에는 이러한 문제점들을 반드시 시정하여야 할 것이다.

[주제어] 가사소송법, 가사소송법 제17조, 인사소송법, 인사소송법 제9조, 직권탐지주의, 가사소송, 당사자권

I. 서언

현행 가사소송법(1990.12.31. 법률 제4300호로 제정된 것. 이하 같음)¹⁾ 제17조는 모든 가류, 나류 가사소송사건에 대해 획일적·필요적으로 직권탐지주의를 적용하도록 규정하고 있다. 그러나 가사사건에 관한 절차라 하더라도 사건의 성질과 공익성의 정도에 따라 개별적·구체적으로 변론주의의 제한 정도, 즉 직권탐지주의의 적용 정도가 정해지는 것²⁾이 바람직하다고³⁾ 본다면, 위 조항이 도입한 강화된 직권탐지주의가 과연 타당한 것인지를, 특히 입법의도를 중심으로 하여 고찰해 볼 필요가 있을 것이다.

그런데, 현행 가사소송법은 종래의 인사소송법과 가사심판법을 흡수통합 하면서 제정된 것이기 때문에, 그 조문들 중 신설되거나 개정된 것에 대해서는 가사소송법 입법과정에서의 논의를 중심으로 고찰하여야 하겠지만, 종래의 법들로부터 이어받은 것에 대해서는 그러한 조항들이 처음 우리 법제에 도입된 계기와 배경으로부터 출발하여 연혁적으로 검토해 볼 필요가 있다. 그렇다면, 가사소송법 제17조와 같은 취지, 즉 가사소송사건에 있어서의 직권탐지주의를

-
- 1) 이하, 우리나라 법령은 법령 이름만 기재하며 시기에 따른 구별이 필요한 경우 법령명 앞에 제정 또는 개정 연도를 붙인다. 일본법령은 법령명 앞에 '일본'을 붙이고, 우리나라에서 의용된 적이 있으면 '의용'을 붙인다.
 - 2) 공익성이 강한 사안은 법원이 직권으로 탐지할 의무를 지고, 그 밖의 사항은 직권조사사항이라 하더라도 소송의 진행과정에서 직접 또는 간접적으로 현출된 자료를 토대로 하여 법원이 당사자의 주장이나 합의에 구애받지 아니하고 판단할 수 있도록 하는 것.
 - 3) 李在性, 「職權調查事項과 職權探知의 限界」, 『民事裁判의 理論과 實際』(법조문화사, 1973), 308쪽~309쪽.

규정한 인사소송법 제9조의 의미와 문제점을 밝히고 이것이 가사소송법에 도입되면서 변경된 내용이 무엇이었는지를 검토함으로써 가사소송법 제17조의 입법취지와 그 문제점을 파악할 수 있을 것이다.

이러한 비판적 고찰은 장래에 있을 가사소송법 개정에 대한 준비작업의 일환이라고 할 수 있을 것이다. 현재 진행중인 민법 친족·상속편의 개정작업⁴⁾이 완료된다면 결국 가사사건⁵⁾에 관한 일반적 절차법인 현행 가사소송법도 개정될 수밖에 없는데,⁶⁾ 이러한 경우, 신설되는 제도에 관한 분쟁해결절차를 추가하고 폐지되는 제도와 관련된 조항을 삭제하는데 그칠 수도 있겠지만, 개정의 기회가 주어졌을 때 그 해석·적용상 문제가 있는 조항들을 바로잡는 것 또한 필요하기 때문이다.⁷⁾ 특히 가사사건에 관한 일반적 절차법인 현행 가사소송법은, 실체법(즉 민법 친족·상속편)이 1990년 1월 13일에 개정된 후 단기간 내에 충분한 연구검토 없이 입법되었기 때문에, 입법에 참여했던 주체들조차 입법의 불비나 오류에 대해 자인하고 있을 정도임⁸⁾을 감안한다면, 장래의 가사소

4) 친족·상속편에 관한 개정안은, 2000년 이후만 보더라도 2000.10.16.(정부안), 2000.11.28.(최영희의원 대표발의), 2001.6.21.(안영근의원 대표발의), 2003.5.27.(이미경의원 대표발의), 2003.11.6.(정부안) 등 총 5차례나 제안되었다.

5) 가사사건은, 넓게는 ‘친족’을 양당자로 하는 모든 분쟁을 뜻하며, 좁게는 친족·상속법상 법률관계에 관한 분쟁을 뜻한다고 정의할 수 있다. 인사조정법(1961.12.27. 법률 제878호로 제정되어, 1963.7.31. 법률 제1375호 가사소송법 부칙 제3조에 의해 폐지된 것. 이하 같음) 및 가사심판법(1963.7.31. 법률 제1375호로 제정되어 1990.12.31. 법률 제4300호로 제정된 가사소송법에 흡수된 것. 이하 같음)은, “가족, 친족간의 분쟁사건, 기타 가정에 관한 일반적인 사건(인사조정법 제1조, 가사심판법 제10조)”을 적용대상사건으로 정의하고 있다.

6) 친족·상속법은 재산법에 비해 훨씬 더 실체법과 절차법이 밀접하게 결합되어 있어서(堀内節, 『家事審判制度の研究:附家事審判法關係立法資料』(日本比較法研究所, 1970), 6쪽), 실체법상의 각 법률관계는 이에 관한 분쟁을 처리하기 위한 고유한 절차법과 연결되기 때문에, 친족·상속에 관한 실체법(즉, 민법 제4편, 제5편)이 개정되면 이를 반영하기 위해 절차법 또한 개정될 수밖에 없다.

7) 현행 가사소송법 또한 1990년 민법 친족·상속편 개정을 계기로, 종래의 가사심판법·인사소송법의 개별조항만 조절한 것이 아니라 가사심판법의 시행과정에서의 문제점들을 시정하고 특히 두 법을 통합하는 등 가사사건 절차법 전반을 재구성한 것이다.

8) 徐廷友, 『새家事訴訟法の概説』, 『家族法學論叢 朴秉濂教授 還甲紀念 1』(박영사, 1991), 669쪽.

송법 개정에 대비한 연구는 더욱 철실하게 필요하다고 할 수 있다.

II. 가사사건과 직권탐지주의

현행 가사소송법 제17조⁹⁾는 비록 표제는 ‘직권조사’라고 되어 있으나, 그 내용은 직권탐지주의를 규정한 것이라고 할 수 있다. 따라서, 먼저 직권탐지주의의 의의를 간단하게 살펴본 후, 가사사건에서의 직권탐지주의에 관하여 개관한다.

1. 변론주의와 직권탐지주의

법률을 대전제로, 사실관계를 소전제로 하여 삼단논법에 따라 결론을 내리는 민사소송절차에 있어서, 사실관계의 인정은 소송의 승패를 좌우하는 매우 중요한 문제가 된다. 변론주의라 함은 이러한 사실관계를 인정하기 위한 소송자료(사실주장과 증거)의 수집·제출을 당사자에게 맡기고, 법원은 당사자가 수집·제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 입장이다.¹⁰⁾

반면, 직권탐지주의는 소송자료의 수집·제출책임을 당사자 아닌 법원이 지게 되는 입장으로서, 법원은 기록에 나타난 사실이면 당사자가 주장하지 않았더라도 이를 판결의 기초로 삼아야 하고, 당사자의 증거신청여부를 불문하고 법원이 원칙적인 증거조사의 책임을 지며, 변론주의로부터 파생된 원칙들 또한 적용되지 않는다.¹¹⁾ 일반적으로 직권탐지주의의 대상이 되는 것은 객관적 진실

9) 家庭法院이 가類 또는 나類 家事訴訟事件을 審理함에 있어서는 職權으로 事實調查 및 필요한 證據調查를 하여야 하며, 언제든지 當事者 또는 法定代理人를 訊問할 수 있다.

10) 李時潤, 『新民事訴訟法』(박영사, 2003), 274쪽~275쪽.

11) 자백의 구속력(민사소송법 제288조 중 자백에 관한 부분), 자백간주(같은 법 제150조 제1항), 시기에 늦은 주장제출 또는 증거신청 금지(같은 법 제147조 제2항), 실기한 공격방어방법의 각하(같은 법 제149조), 당사자의 문서부제출 또는 문서사용방해에 대한 제재로서의 사실인

발견이 필요하다고 인정되는 사건¹²⁾ 또는 공익적 사건이다.

2. 가사사건과 직권탐지주의

가사사건의 경우, 친자관계의 존부나 혼인 또는 이혼의 효력 등이 (통상의 민사소송사건처럼) 상대적으로 결정된다면, 사회의 최소단위인 신분관계에 관한 질서가 혼란스러워지기 때문에, 이를 대세적·획일적으로 해결하여 공익을 실현하기 위해 법원의 직권탐지가 인정된다.¹³⁾

가사사건 처리절차에 대한 직권탐지가 인정된다 하더라도, 그 정도는 사건의 성질에 따라, 즉 가사소송사건이나 가사비송사건이나에 따라, 더 구체적으로는 공익성의 정도, 대심적 구조의 존부, 법원의 재량적 판단의 필요성 정도 등에 따라 개별사건유형마다 다양하게 나타나야 한다. 가사소송사건은 기본적으로 신분관계의 발생·변경·소멸에 관한 법적쟁송인데, 가사소송사건의 처리를 가사심판이라는 재량적 비송절차에 맡기면, 실제법적으로 당사자의 권리를 약화시키고 절차법적으로는 당사자의 주장·입증권한을 해치기 때문이다.¹⁴⁾ 따라서 직권탐지주의는 가사‘소송’사건에 대해서는 제한적으로 인정되어야 한다고 본다. 이러한 점에서, 가사소송에 대한 별개의 절차를 폐지하고 모든 가사사건을 가사심판절차에 따라 비송적으로 처리하여야 한다는, 오래 전부터 주장되어 온 ‘가사소송의 비송화론’¹⁵⁾은 부당하다.¹⁶⁾

정상 불이익 부과(같은 법 제349조, 제350조).

12) 李時濶, 앞의 책, 282쪽.

13) 吉村徳重·牧山市治, 『注解人事訴訟手續法[改訂]』(靑林書院, 1993), 173쪽.

14) 위의 책, 13쪽~14쪽.

15) 사회존립의 기초로서의 신분관계에 대한 법원의 후견적 기능을 강화하는 것과 인사소송과 같은 대심적 소송절차는 어울리지 않는다고 하면서, 대립당사자가 되어 공방을 벌이면, 오히려 양당사자를 감정적으로 대립시키고 긴장관계를 격화시켜, 가사분쟁의 인간관계조절기능을 실현하지 못한 게 한다는 점을 논거로 든다(위의 책, 13쪽~14쪽).

16) 平賀健太郎, 人事訴訟, 民訴講座(5), 1289쪽 등, 위의 책, 13쪽에서 재인용.

현행 가사소송법을 보면, 가사비송에 대해서는 물론(제34조, 비송사건절차법 제26조¹⁷⁾) 가류, 나류 가사소송사건에 대해서도 법원의 직권조사 및 직권에 의한 사실조사촉탁을 허용하고 있으며(제17조, 제8조), 조정단계에서의 직권 사전조사(제56조), 조정진술의 변론원용허용(제49조에 의한 민사조정법 제23조의 준용제외), 소송절차로의 이행시 조정기록 송부(제61조) 등에 의해 직권탐지주의를 더욱 강화하며, 나아가 가정법원 재판장, 조정장 또는 조정담당 판사의 명을 받아 사실을 조사하기 위한 기관인 가사조사관을 두어(제6조) 직권탐지를 실질적으로 수행하기 위한 인적 조직까지도 갖추고 있다. 이처럼 우리 가사소송법은 가류, 나류 가사소송절차에 관해서는 거의 가사비송사건과 차이가 없을 정도의 직권탐지주의를 채택하고 있다.

III. 가사소송사건에 대한 직권탐지주의 조항의 연혁

가사비송은 물론 가사소송사건에 대해서도 적용되던 가사심판법은 직권탐지에 관한 조항을 두고 있지 않았지만, 소송사건에 관한 심판절차에 대해 인사소송법을 준용하였으므로 가사소송법 제17조는 인사소송법 제9조에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 따라서 가사소송법 제17조의 연혁은 그 전신인 인사소송법 제9조의 제정경과와 입법의도를 검토함으로써 밝혀질 수 있을 것이다.

1. 인사소송법의 제정경과와 특징

인사소송법은 그 제정경과¹⁸⁾만 알려져 있을 뿐, 각 조문의 성립과정은 알려

17) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

18) 인사소송법은 1961년 12월 6일 제38회 국가재건최고회의에서 의결되어 법률 제803호로 제

져 있지 않고, 입법과정에서 제시된 학계, 실무계, 사회단체의 의견 등에 관한 자료는 물론 국회 법제사법위원회 심의록조차 발견할 길 없어서¹⁹⁾ 실제로 이를 기초하고 심의하는 작업을 누가 담당했었는지조차 알기 어렵다.

다만, 1955년 7월 6일 제안된 인사소송법안²⁰⁾을 보면, ‘人事訴訟法(草案)’이라는 표제 옆에 ‘法典編纂委員會’라고 병기되어 있으므로, 당시 민사소송법의 기초작업을 담당하고 있던 법전편찬위원회가 인사소송법의 기초 또한 담당하였을 것으로 짐작할 수 있을 뿐이다. 또한, 민사소송법안 기초를 법전편찬위원회의 소위원회가 수행하였던 점을 감안한다면 인사소송법안 또한 법전편찬위원들 중 일부가 소위원회 등을 조직하여 기초하였을 것으로 생각된다.

그러나, 민사소송법안과 인사소송법안은 처음 제안된 날짜가 다를 뿐 아니라 이후 제안과 폐기가 반복되면서 같은 회기에도 제안된 날짜가 조금씩 다르고,²¹⁾ 민사소송법안이 국회를 통과하기 직전인 1959년 12월 3일에 법제사법위원회에서도 민사소송법을 심의하면서 인사소송법에 대해서는 전혀 언급하지 않았다.²²⁾ 이러한 사정에 비추어볼 때, 인사소송법안과 민사소송법안의 기초와

정되기 전까지, 1955년 7월 6일 정부안으로 제안된 이래 같은 내용으로 7회에 걸쳐 제안되었으나 번번히 회기불계속으로 인해 폐기되었다. 그 구체적 경과는 다음과 같다. 괄호 안의 날짜는 같은 회기에 민사소송법안이 제기된 날이며, 민사소송법안 또한 회기불계속으로 인해 폐기되었으므로, 폐기된 날은 같다.

제안	폐기
1955년 7월 9일(3월 4일)	1957년 5월 4일
1957년 6월 17일(6월 20일)	1958년 4월 5일
1958년 6월 6일(6월 23일)	1958년 12월 31일
1959년 1월 30일(1월 20일)	1959년 2월 10일
1959년 2월 23일(2월 23일)	1960년 1월 20일(민사소송법은 1959년 12월 28일에 통과됨)
1960년 12월 1일	1960년 12월 31일
1961년 1월 31일	1961년 5월 3일

19) 대한민국 국회 의안정보시스템(<http://search.assembly.go.kr/bill/>)에서 검색함.

20) <http://search.assembly.go.kr/bill/>에서 검색함.

21) 주 18을 참조할 것.

22) 『제4대 국회 제33회 법제사법위원회 속기록』 제2호(국회사무처, 1959.12.3.). <http://search.assembly.go.kr/bill/>에서 검색함.

입법은 서로 다른 주체들에 의해 추진되었다고 할 수 있다.

그래서인지, 1948년에 작성된 민사소송법요강이 “말이 민사소송법요강이지 실질에 있어서는 현행[즉, 당시 의용되던] 민사소송법의 개정요강에 불과”²³⁾하였던 것과는 대조적으로, 인사소송법초안은 당시 의용되고 있던 일본 인사소송수속법²⁴⁾과 그 체제와 내용이 상당히 다르고 당시에 시행되고 있던 일본의 가사사건 절차법제²⁵⁾와도 거리가 있다.

따라서 우리나라 가사사건 절차법제는 당시에 의용되던 일본법제의 영향을 받기는 하였으나,²⁶⁾ 인사소송법 제정 경과와 그 초안에 비추어 볼 때²⁷⁾ 다음

23) 金甲洙, 『民事訴訟法要綱解説』, 『法政』 제3권 제11호(1948), 20쪽.

24) 일본 최초의 통일적 인사소송법전은, 일본 旧民事訴訟法(1890년 법 제29호, 明治24년 1월 1일 시행)제정에 이어 제정된 ‘婚姻事件養子縁組事件及ヒ禁治産事件ニ關スル訴訟規則’(1890년 법104호)이다. 이것은 형식적으로는 旧民訴法の 보칙이지만 실질적으로는 旧民法人事編(1890년 법98호)의 부속법전으로서의 의의를 가졌는데, 구민법이 이른바 법전논쟁에 휘말려 시행이 연기되었음에도 불구하고 민사소송법의 보칙으로서 예정대로 시행된 것으로 추측된다. 이 규칙은 明治民法의 부속법전으로서 함께 제정된 人事訴訟手續法 제정시 폐지되었다. 인사소송수속법의 초안은 모범인 1877년 독일민사소송법 제6편(혼인사건 및 금치산 사건)을 참조하여 구 비송사건수속법(1890년 법45호, 미시행상태로 폐지됨)에서 친자관계사건, 상속인폐제사건 및 실종사건의 규정을 가져와 작성되었다. 그 결과 최초의 인사소송수속법은 제1장 婚姻事件及ヒ養子縁組ニ關スル手續, 제2장 親子關係事件, 相續人廢除事件及ヒ隱居事件ニ關スル手續, 제3장 禁治産及ヒ準禁治産ニ關スル手續, 제4장 失踪ニ關スル手續, 총 4개장 80개조의 독립된 단행법으로 성립하였다. 독일과 달리 단행법의 형식이 된 것은 이러한 연혁상의 이유 때문이다(吉村徳重・牧山市治, 앞의 책(1993), 9쪽~10쪽 참조).

25) 일본에서는, 가사심판법이 1947년 12월 6일 법률제152호로 제정되어 1948년 1월 1일부터 시행됨에 따라, 인사소송수속법과 비송사건수속법이 적용되던 사건들 중 일부가 가사심판법의 적용대상으로 되면서, 그러한 사건들에 관한 조항들이 위 법률로부터 삭제되었다. 인사소송수속법에서는 부부의 동거에 관한 사건, 친권 및 재산관리권의 상실선고에 관한 사건, 금치산선고, 실종선고 및 그 취소에 관한 조항들이, 비송사건수속법에서는 부재자재산 관리에 관한 사건, 상속·유언과 관련된 사건에 관한 조항들이 각각 삭제되었다.

26) 1961년에 제정된 인사소송법, 비송사건절차법의 적용범위는, 의용 인사소송수속법, 비송사건수속법(즉 1947년 일본 가사심판법 제정으로 인해 개정되기 전의 일본법들)의 적용범위와 거의 비슷하다.

27) 인사소송법 초안은, 1955년 7월 6일에 최초로 제안된 것과 1960년 12월 1일에 제안된 것 두 종류를 확인할 수 있었는데(<http://search.assembly.go.kr/bill/>에서 검색), 그 내용은 활자본과 필

두 가지로 요약될 수 있는 독자적인 의도하에 구상되었다고 할 수 있다.

우선, 당시 시행되고 있던 일본의 가사심판제도를 도입하지 않은 점을 들 수 있다. 법전편찬위원회를 중심으로 각종 법제들을 정비할 당시에는, 의용되고 있던 일본 인사조정법과 인사소송수속법, 비송사건수속법 뿐 아니라 1947년에 제정된 일본 가사심판법까지도 알려져 있었다. 뿐만 아니라 당시 일본의 가정재판소와 가사심판법제가 상당한 호평을 받고 있었는데도,²⁸⁾ 인사소송법이 제정될 때까지 가사심판제도를 도입하려는 법안은 발견되지 않는다. 이는 당시 우리나라의 여건에 비추어, 일본 가사심판제도의 핵심인 특수법원(민간인의 활발한 참여를 보장한 것과 사회과학, 의학적 지식을 갖춘 전문가인 가사조사관을 둔 것이 일본 가정재판소의 주요한 특징이다)을 설치하기에는 무리가 있다고 판단하였기 때문이었을 것이다. 이러한 입법자들의 판단은, 인사소송법 제정으로부터 불과 2년 후에 가사심판법을 제정하면서 가정법원을 설치하였으나 제도적·인적 여건의 불비로 인해 원래의 취지를 충분히 살리지 못하고 있다는 문제점이 지적되기 시작한 점²⁹⁾을 감안한다면 상당히 정확한 현실인식이었다는 것으로 보인다.

다음으로, 인사소송법을 보강하여 이것을 가사사건에 대한 기본적 절차법으로 삼으려고 시도한 점을 들 수 있다. 인사소송법안은, 법전편찬위원회에 의해

사본이라는 것 외에는 다르지 않다.

28) 徐廷友, 앞의 논문(1991), 669쪽.

29) 대법원이 주도한 1972년 가사심판법 개정안에는 조정위원을 정신과의사, 사회사업가, 심리학자로 구성하도록 한 가사심판법 제4조 제3항 제1호가 삭제되었던 것으로 추정된다. 이에 대해 가사심판법 입법과 가정법원 설립에 깊이 관여했던 權純永은 ‘가정법원의 존재의의가 없어지는 것’이라면서 반대하고 있으나, 대법원이 이러한 시도를 한 것은 현실적으로 그러한 전문가들로 조정위원회를 운영하는 것이 어려웠기 때문이 아닐까 생각된다. 자세한 내용은 權純永, 『家事審判法改正案에 대한 私見』, 『사법행정』 13권8호(한국사법행정학회, 1972), 88쪽 참조. 또한 1977년 개정안이 제출될 당시에도 학계에서는 조정을 강조하는 반면, 실무계에서는 조정에 대한 비판적 태도를 보이고 있었던 것으로 여겨진다(韓正鑣·金嘯洙·朴禹東·李孝鍾, 『座談: 家事審判法 改正의 方向』, 『사법행정』 제18권 제11호(한국사법행정학회, 1977), 25쪽 참조).

기초되어 상당히 이른 시기부터 입법이 추진(인사소송법 초안은 1955년에 이미 제안되었으며, 1961년 제정된 법과 그 내용이 거의 비슷하다³⁰⁾되었으며, 인사조정법과 비송사건절차법도, 가사심판법 제정작업이 본격화되기 이전에 제정된 것에 비추어 본다면, 인사소송법을 중심으로 하는 가사사건절차법제 정비라는 구상하에 제정된 것으로 보인다. 이러한 구상에 따른 가사사건 해결 절차를 보면, 일단 인사조정법상의 조정³¹⁾을 통한 해결을 시도하고, 조정이 안되거나 조정에 적합하지 않은 사건에 대해서는 가사소송사건과 일정한 범위의 가사비송사건은 인사소송법, 나머지 가사비송사건은 비송사건절차법에 따라 해결하도록 하였다. 이러한 기본틀은 종래 의용되던 일본의 법제와 거의 비슷하지만, 인사소송법 자체가 후술하는 바와 같이 일본 인사소송수속법과 상당히 다르고, 1961년 12월 6일에 제정된 인사조정법도 의용되던 일본 인사조정법과 전반적으로 비슷하기는 하지만 조정을 원활하게 하기 위해 당사자들이 자유롭게 조정절차에서 진술할 수 있도록 하기 위한 조항³²⁾을 추가하는 등의 나름대로 독창적인 입법을 시도하고 있다. 이러한 인사소송법의 독창성 중 가장 두드러진 특징은, ‘총칙’을 두어 가사사건에 전반적으로 적용될, ‘민사소송법에 대한 특칙’들을 규정한 것이다. 일본 인사소송수속법이 그 제정 연혁³³⁾으로 인해 별도

-
- 30) 의미가 크게 바뀐 것은, 제5조(후술함)와 제2조 제3호(‘…부부의 동거자녀의 감호 …’를 ‘…부부의 동거, 자의 양육…’으로 바로잡음) 정도이고, 나머지는 초안작성당시 적용되던 의용민법에 따른 조문을 새로 제정된 민법에 따른 조문으로 바꾸거나 용어를 정리한 것이다. 구체적으로 보면, ‘유언의 確認’을 ‘유언의 檢認’으로(제2조 제10호), ‘子女’를 ‘子’로(제2조 제4호, 제33조, 제34조, 제41조), ‘법률행위의 代表’를 ‘법률행위의 代理’로(제38조, 제39조, 제40조), ‘訴訟’을 ‘訴’로 또는 ‘訴訟의 提出’을 ‘訴의 提起’로(제3조, 제4조, 제6조, 제27조, 제28조, 제29조, 제32조 내지 제34조, 제36조, 제38조 내지 제40조, 제43조, 제47조, 제50조, 제53조 내지 제57조), ‘戶籍吏’를 ‘戶籍公務員’으로(제18조, 제41조), ‘判決’을 ‘決定’으로(제23조), ‘監護’를 ‘養育’으로(제25조), ‘유언받은 자’를 ‘受遺者’로(제57조) 변경하였다.
- 31) 당시의 의용인사조정법에 따르면 당사자가 조정신청을 할 수 있음은 물론, 수소법원이 직권으로 조정에 회부(의용인사조정법 제8조에 의해 준용되는 의용차지차가조정법 제4조의2) 할 수도 있었다.
- 32) 第32條(當事者 또는 利害關係人の 陳述의 援用不可) 調停節次에서의 當事者 또는 利害關係人の 陳述은 民事訴訟에서 援用하지 못한다.

의 충칙을 두지 않고(즉, 입법 목적을 명시하고 있지 않다) 제1장 혼인사건 및 양자결연사건에 관한 소송, 제2장 친자관계사건에 관한 소송, 제3장 雜則으로 구성되어 있는 반면, 우리 인사소송법은 ‘제1장 충칙’을 두어, 우선 제1조에서 그 목적³⁴⁾을, 제2조와 제6조에서 적용범위를 명시하였으며, 제3조부터 제13조까지 인사소송 전반에 대해 적용될 민사소송에 대한 특칙을 규정하고 있는데, 특히 제8조에서 재판장의 석명권³⁵⁾을, 제9조에서 재판장의 직권조사³⁶⁾를, 제11조에서 직권조정회부³⁷⁾를, 제12조에서 변론주의의 제한³⁸⁾을 각각 명시함으로써 인사소송절차에 관한 법원의 적극적·능동적 역할을 명확하게 드러내고 있다.³⁹⁾ 또한 유례없이 광범위한 사건을 인사소송사건으로 규정하여 일반절차법으로서의 면모를 확실하게 보여주고 있다.⁴⁰⁾ 그 외에도, 인사소송사건에 대한 검찰관의 관여⁴¹⁾를 배제한 점도 의용인사소송수속법과 다르다.

33) 주 24 참조.

34) 本法은 人格의 尊嚴과 男女의 平等을 基本으로 하고 家庭平和와 親族相助의 美風良俗을 維持向上하기 爲하여 人事에 關한 訴訟節次의 特例를 規定함을 目的으로 한다.

35) 裁判長은 事實의 眞相을 明瞭하게 하기 爲하여 언제든지 當事者本人 또는 그 法定代理人에 對 辯論을 命할 수 있고 必要한 事項을 訊問할 수 있다.

36) 裁判長은 職權으로 事實調査 및 必要한 證據調査를 하여야 한다.

37) 法院은 必要하다고 認定할 때에는 언제든지 事件을 調停에 붙일 수 있다.

38) 民事訴訟法 第138條(실기한공격방어방법 각하), 第139條第1項(의제자백), 第257條, 第259條(준비절차에서의 대만에 대한 제재로서의 준비절차 종결과 차단효), 第320條, 第321條(당사자의 문서제출명령 불응 또는 문서사용방해에 대한 제재로서 상대방이 주장한 사실을 인정함)의 規定 및 第206條中 請求의 認諾에 關한 規定, 第261條(불요증사실)中 自白에 關한 規定은 本法에 依한 訴訟의 節次에 適用하지 아니한다.

39) 그 외에도, 관할(제3조, 제4조), 신속·원활한 절차진행을 위한 소장제출시 사실관계명시의 무(제5조, 초안에는 후단에 ‘증거서류가 있으면 동시에 그 원본이나 등본을 첨부하여야 한다’고 규정되어 있었으나 이 부분은 제정과정에서 삭제되었다), 피고경정·청구변경(제7조), 특칙이 없을 경우 민사소송법 준용(제13조) 등의 특칙이 있다. 다만, 일반적으로 가사사건의 특수성에서 비롯된 특칙으로 주장되는 것들 중 ‘비공개원칙’, ‘보도금지’는 규정되어 있지 않으며, 확정판결의 대체효는 혼인관계사건에서 규정한 후(제32조) 이를 입양(제37조), 친권(제42조)관계 사건에서 준용한다.

40) 徐廷友, 앞의 논문(1991), 676쪽, 각주 11 부분 참조.

41) 일본 인사소송수속법 제5조 [검찰관의 입회] 혼인사건에 대하여는 검찰관이 변론에 입회하여 의견을 진술할 것을 요한다. 2. 검찰관은 수명법관 또는 수탁재판관의 심문에 입회하

2. 인사소송법 제9조의 연혁

이러한 전제하에 제9조(직권탐지주의)의 연원을 추적해 본다. 직권탐지에 의한 실체진실 발견은 당사자의 이익 뿐 아니라 다수인의 이해관계 및 사회일반의 공익에 영향을 미치는 인사소송의 본질로부터 인정되는 기본적 특질⁴²⁾이지만, 이를 구체적으로 실현하기 위한 입법은 다양한 형태로 나타날 수 있다.

인사소송법은 의용인사소송수속법도 규정하고 있던 직권탐지주의를 도입하기는 하였으나, 그 근거조항인 제9조는 ‘총칙’편에 규정되어 있다는 점, 모든 사건에 관하여 전면적 직권탐지주의가 적용되도록 한 점에서 의용인사소송수속법과 큰 차이를 보인다. 일본 인사소송수속법은 친자관계에 관한 사건에 대해서는 전면적 직권탐지조항⁴³⁾을 두었으나, 혼인관계·양자관계에 관한 사건에 대해서는 이른바 ‘편면적 직권탐지’ 조항⁴⁴⁾을 두었는데, 후자는 그 모범인 독일민사소송법⁴⁵⁾에서 비롯된 것으로서 제정 당시부터 논란의 대상이었으며⁴⁶⁾ 제정 이후

여 의견을 진술할 수 있다. 3. 사건 및 기일은 검찰관에게 이를 통지하고 검찰관이 입회한 사건에 대해 그 성명과 신청을 조서에 기재하여야 한다. 제6조 [검찰관의 사실·증거방법 제출] 검찰관이 당사자로 된 때라 하더라도 혼인을 유지하기 위한 사실 또는 증거방법을 제출할 수 있다; 제31조 [직권탐지] 검찰관은 본장[친생자관계사건에 관한 수속]에 관한 소에 대해 사실 및 증거방법을 제출할 수 있다.

42) 吉村徳重·牧山市治, 앞의 책(1993), 4쪽.

43) 제31조 제2항: 재판소는 직권으로 증거조사를 하고 또한 당사자가 제출한 사실을 참작할 수 있다. 다만, 그 사실 및 증거조사의 결과에 대해서 당사자를 신문하여야 한다.

44) 제14조 [직권탐지] 재판소는 혼인을 유지하기 위해 직권으로 증거조사를 하고 또한 당사자가 제출한 사실을 참작할 수 있다. 다만, 그 사실 및 증거조사의 결과에 대해서 당사자를 신문하여야 한다.

45) 독일의 경우 혼인사건에 관한 절차도 민사소송법의 일부이며, 혼인의 존속에 관한 공적인 이해의 관점에서 일반 민사소송에서 적용되는 당사자주의나 변론주의의 원칙이 제한된다(文英和, 「독일에서의 가사분쟁해결절차」, 『裁判資料:外國司法研修論集(16)』 제81집(법원도서관, 1998), 760쪽). 특히 독일 민사소송법 제616조는, 혼인에 관한 사건의 경우 원칙적으로 당사자의 의견을 들은 후 직권조사를 할 수 있으며, 혼인유지에 기여하는 사실은 당사자의 이익이 있더라도 참작할 수 있도록 규정하고 있다. 원문은 다음과 같다: § 616 (1) 법원은 직권으로 증거조사를 명할 수 있고, 부부의 의견을 들은 후 그들이 주장하지 않은 사실도 고려할 수 있다(Das Gericht kann auch von Amts wegen die Aufnahme von Beweisen

에도 많은 비판을 받았고,⁴⁷⁾ 결국 2003년에 인사소송수속법을 폐지하고 인사소송법을 제정하면서 전면적 직권탐지주의가 채택되기에 이르렀다.⁴⁸⁾

인사소송법 제정당시에 의용인사소송수속법의 직권조사에 관한 규정체계를 따르지 하지 않은 것은, 이러한 편면적 직권조사에 대해 부정적으로 평가했기 때문이라고 생각할 수도 있겠지만, 오히려 인사소송법을 소송과 비송을 아우르는 가사사건의 일반절차법으로 구상하면서, 사건유형별로 내용이 다른 개별적인 직권조사조항을 규정한 의용 인사소송수속법과는 달리 가사사건 일반에 대해 적용될 수 있는 심리의 원칙으로서의 직권탐지주의를 도입하였기 때문인 것으로 생각된다. 즉, 인사소송법 제9조는 가사소송사건은 물론 가사비송사건(실종선고 및 그 취소, 부채자재산관리에 관한 사건)에까지 적용될 ‘총칙’이었기 때문에, 의용 인사소송수속법상 편면적 직권조사조항은 물론, 공익성이 강한 가사소송사건이라고 할 수 있는 친자관계에 관한 전면적 직권조사조항(제31조 제2항)보다도 더 강한 직권탐지주의⁴⁹⁾를 규정하기에 이른 것이라고 할 수

anordnen und nach Anhörung der Ehegatten auch solche Tatsachen berücksichtigen, die von ihnen nicht vorgebracht sind). (2) 이혼, 혼인취소, 혼인공동생활을 구하는 소의 절차에 있어서, 혼인 해소를 바라는 배우자 또는 혼인공동생활을 거부하는 배우자의 이익에도 불구하고, 주장되지 않은 사실이 혼인의 유지에 적합한 이상 법원은 이를 고려할 수 있다(Im Verfahren auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder auf Herstellung des ehelichen Lebens kann das Gericht gegen den Widerspruch des die Auflösung der Ehe begehrenden oder ihre Herstellung verweigern den Ehegatten Tatsachen, die nicht vorgebracht sind, nur insoweit berücksichtigen, als sie geeignet sind, der Aufrechterhaltung der Ehe zu dienen).

46) 吉村徳重・牧山市治, 앞의 책(1993), 172쪽~173쪽.

47) 그 핵심은, 협의이혼, 협의과양이 인정하면서 혼인관계 또는 양친자관계 유지만을 공익으로 간주하는 것은 모순이라는 점(위의 책, 99쪽)이다.

48) 제20조 [직권탐지] 인사소송에 있어서, 재판소는, 당사자가 주장하지 않은 사실을 참작하고 또한 직권으로 증거조사를 할 수 있다. 이러한 경우에 재판소는 그 사실 및 증거조사의 결과에 대해 당사자의 의견을 듣지 않으면 안 된다.

49) 의용 인사소송수속법 제31조 제2항은 임의적 직권조사(…スルトヲ得)와 그 결과에 대한 필요적 당사자 신문(…當事者ヲ訊問スヘシ)을 규정한 반면, 우리 인사소송법 제9조는 필요적 직권조사(…하여야 한다)만을 규정하고, 그 결과에 대한 당사자의 의견진술기회를 주고 있지 않다.

있다. 이러한 인사소송법 제9조는 당시의 입법기초자들이 창안해 낸 것이라고 할 수 있겠지만, 그 문언⁵⁰⁾과 당시에 시행되고 있던 일본 가사심판규칙⁵¹⁾ 제7조의 문언⁵²⁾이 매우 비슷한 것에 비추어볼 때, 이들을 어느 정도 참작하였을 가능성도 배제할 수 없다.

IV. 가사소송사건에 대한 직권탐지주의 조항의 문제점

이러한 인사소송법 제9조의 문제점은 크게 두가지로 요약될 수 있는데, 이들은 ‘일반절차법’의 ‘총칙’으로서 고안되었다는 연혁과, 가사소송과 가사비용을 구별하지 않고 가사사건 전반에 대해 법원의 적극적·능동적인 역할을 요구하던 사회적 배경으로부터 비롯된다. 또한 현행 가사소송법 제17조 역시 인사소송법 제9조의 내용을 거의 그대로 답습함으로써 마찬가지로의 문제점들을 드러내고 있다.

1. 모든 가사소송사건에 대한 필요적 직권탐지주의

그 연혁에 비추어볼 때, 인사소송법 제9조는, 일본 인사소송수속법이나 가사심판규칙을 따른 것이 아니라, 인사소송법을 ‘가사사건의 일반절차법’으로 자리매김 하려던 구상의 연장선상에서 독자적으로 창안되었다고 이해할 수 있다.

인사소송법 제정 전부터 제기되던, 가사심판법 제정을 둘러싼 1950년대 후반 및 1960년대 초반의 논의들⁵³⁾을 보면, 가사사건에 관한 한 소송과 비용을

50) 재판장은 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 한다.

51) 1947년 일본 최고재판소규칙 제15호로 제정된 것.

52) 가정재판소는 직권으로 사실의 조사 및 필요가 있다고 인정되는 증거조사를 하지 않으면 안된다(家庭裁判所は、職權で、事實の調査及び必要か認める證據調をしなければならない)

53) 가사심판법 제정에 관한 의견, 그 제정경과, 입법의 배경과 입법에 관여한 기초위원 등에

엄격하게 구별하지 말고⁵⁴⁾ 다만 가사사건 자체의 특수성을 중시하여 법원이 능동적·적극적 역할을 수행하도록 절차법적 근거를 마련해야 한다는 것은 당시 실무계나 학계의 지배적인 견해였음을 알 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서 필요적, 전면적 직권탐지주의를 규정한 인사소송법 제9조는 이러한 시대적 배경하에 창안되어 별다른 비판 없이 당연하게 받아들여졌고, 이후 가사심판법이 제정된 후에도 준용되었다. 가사심판법 입법자들은, 이에 그치지 않고 직권탐지주의보다 훨씬 더 적극적이고 능동적인 법원의 역할을 구상하였다. 즉 가사심판법 제27조는 “조정위원회에서 회부된 사건의 심판은 조정위원회의 의견을 듣고 사실의 인정과 법의 해석·적용에 있어서 당사자 쌍방을 위하여 사회정의와 형평의 이념을 고려하고 모든 사정을 참작하여야 한다”라고 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 이처럼 가

대해서는, 邊鎮長, 『家事審判의 性格과 몇 가지 問題點』, 『司法論集』 제13집(대법원 법원행정처, 1982); 權純永, 『改正增補 實務家事審判節次總攬』(白映社, 1968)의 緒論을 참조.
54) 가사심판법 제2조는 가사소송과 가사비용을 구별하지 않고 오히려 조정전치주의가 적용될 수 있는지의 여부에 따라 사건을 분류하였고 같은 법 제24조는 가사소송사건까지도 심판으로써 재판하도록 하였다.

55) 가사심판법 기초요강을 작성했던 권순영은 원래 가정에 관한 일반적인 사건을 가정법원의 조정 뿐 아니라 심판의 대상에도 포함시켰는데, (당시 의회의 기능을 대신하고 있던) 국가 재건최고회의에서 이를 삭제하였다고 하면서, 이에 대한 아쉬움을 피력하였고(李英燮·權純永·李兌榮·金疇洙, 『특집 가정법원(좌담회), 가정법원제도와 그 운영』, 『사법행정』 제4권 제10호(한국 사법행정학회, 1963), 10쪽), 이에 대해 이태영, 김주수 등도 동조하고 있다(같은 문헌, 13쪽), 또한 “일본에서는 커다란 숙제로 되어 있는 문제 즉 인사소송을 폐지하고 그 대상이 되는 사건을 모두 심판절차로서 처리하도록 하는 문제를 해결한 것은 오히려 평가할 만하다(朴禹東, 『家庭法院 20年の 回顧와 展望』, 『裁判資料』 18輯(법원도서관, 1983), 21쪽)”고 한다. 한편, 여성계에서는 1962년 8월 5일 全國女性團體가 연합하여 國家再建最高會議을 비롯한 관계기관에 親族相續法改正과 家庭法院의 설치를 건의하였는데, 그 내용을 살펴보면 “가정문제의 해결은 만인 공개리에 法規定에 의한 판결보다는 인간의 도의와 인정과 경험에 호소하면서 특히 교육학자, 심리학자, 사회학자 및 의학자들의 관여하에 非公開 方法에 의한 調停·和解로서 적합한 처리를 할 수 있는 家事裁判制度가 가장 이상적이다”라고 하면서 “우리나라 實情下에서는 경제능력이 없는 當事者가 최소한의 費用으로 단시일내에 그 피해를 救濟받을 수 있는 방법이므로 더욱 긴급을 요하는 제도라고 인정되어 그 설치를 강력히 주장한다”고 하였다(李兌榮, 『한국이혼연구』(이화여자대학교출판부, 1969), 307쪽, 裴慶淑, 『家事審判法과 家庭法院의 當面課題』, 『家族法研究』 제5호(한국가족법학회, 1991), 150쪽에서 재인용)

사사건 절차법이 정비될 당시의 학계나 실무계에서는 가사사건에 관한 한 법원이 최대한 적극적·능동적으로 개입하는 것이 바람직하다고 여기고, 법률에 의한 재판, 당사자의 절차적 기본권 침해 등의 민사소송 절차에 관한 기본원칙과의 저촉여부에 대해서는 별다른 문제의식이 없었다.⁵⁷⁾

그러나, 가사심판법이 시행되고 난 후, 가사사건이라 하더라도 소송사건과 비송사건은 엄연히 성질이 다르기 때문에 절차법적으로 이들을 다르게 취급하여야 한다는 비판론이 실무계를 중심으로 대두⁵⁸⁾되었다. 이러한 비판론은 1977년 개정안으로 나타나게 되었으나 실현되지 못하고, 결국 가사심판법 제2조는 현행 가사소송법이 제정될 때까지 유지되었다.

가사심판법 개정 시도에 대해 좀 더 자세히 살펴본다. 우선, 1972년에 서울고등법원장과 7인으로 구성된 가사심판법개정위원회가 마련한 가사심판법개정 법률안⁵⁹⁾이 대법원의 사법제도개선심의위원회로 넘어가서 각 변호사회에 개정

56) 제27조는 조정을 거친 사건에 대해서만 적용되기 때문에, 직권탐지의 필요성이 더 강한 비대심적 비송사건이나 공익적 소송사건에는 적용되지 않고, 오히려 대심적 비송사건이나 당사자의 이해관계대립의 성질이 강한 가사소송사건(현행 가사소송법상 나류 가사소송사건)에 대해서만 적용될 수 있었다.

57) 가사심판법 기초위원이었던 이영섭(당시 대법원 판사)은, 이 가사심판법 제27조는, “원래 ‘신분법에 의해 생긴 권리의무관계를 지양하고자 그걸 너무 따지지 말고 그때 그때 원리적이라던지 기타 情宜, 기타 도의 이러한 것을 규범으로 해서 판단을 하는 것이 가정법원의 실정에 맞지 않느냐고 해서 좀 더 노골적으로 썼던 것을, 그렇게 된다면 …(중략)… 법률에 의한 재판을 받을 권리와 저촉이 된다는 민사법학회 기타 단체의 경청할 만한 건의도 있고 해서 여러 가지 토의를 해 타협을 한” 결과라고 하면서, 심판관들이 이 법의 정신을 살려 운영의 묘를 얻도록 부탁하고 있다(李英燮·權純永·李兌榮·金疇洙, 앞의 문헌(1963), 16쪽); 또한 당시 서울지방법원 少年部支院長으로서 가사심판법제정기초위원이었던 권순영도, 이 조항은 “가사사건의 조정 및 심판의 근본이념”이라고 하면서, “가정법원이 잘 운영되느냐 못되느냐는 심판관들이 이 27조를 어떻게 활용하느냐에 달려있다”고 하였다(權純永, 앞의 책(1968), 5쪽).

58) 당시 서울고등법원 부장판사 겸 서울지방법원 수석부장판사였던 한정진은 우리나라의 가사심판법이 일본과는 달리 소송사건까지 관할하고 있다는 점을 분명하게 인식하여, 가사심판법을 개정함에 있어서 가사심판제도의 중심을 조정에서 심판으로 전환시키고(韓正鎭·金疇洙·朴禹東·李孝鍾, 앞의 문헌(1977), 18~19쪽), ‘심판관’ 대신 ‘판사’라는 명칭을 사용하는 것이 타당하다(위 문헌(1963), 22~23쪽)고 하였다.

안에 대한 의견을 제출해 달라고 요청하기에 이르렀으나⁶⁰⁾ 무슨 이유인지는 몰라도 결국 국회에 제안되지는 못했던 것으로 보인다.⁶¹⁾ 다음으로, 1977년 개정안은, 원래 대법원의 건의안형식으로 나온 것이 정부에서 다소 수정된 후 1977년 6월 28일 제안되고 그 다음날 법제사법위원회에 상정되었으나, 무슨 이유인지는 알 수 없으나 별다른 심의도 없이⁶²⁾ 2년여 동안 방치되던 끝에 국회 회기만료로 인해 자동폐기되고 말았다.

그러나, 1977년 개정안은 이후 가사소송법 제정에 영향을 미쳤다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 우선, 법원이 주도하였으나 학계인사와 사회적 명망가도 참여하였던 가사심판법 제정과는 달리, 1977년 개정안은 이후 1990년에 제정된 가사소송법⁶³⁾과 마찬가지로 대법원의 주도하에 법관들이 기초, 심의를 전담하다시피 하였기 때문에, 가사심판법에 대한 실무계의 문제의식을 엿볼 수 있다. 1977년 개정안은 가사사건을 성질에 따라 소송사건과 비송사건으로 분류(제13조⁶⁴⁾)하고 성질에 따라 인사소송법과 비송사건절차법을 각각 준용하도록 하였으나(제11조)였으나, 비송사건은 물론 소송사건의 심판절차에 대해서도 직권탐지주의를 유지⁶⁵⁾하였는데, 이러한 태도는 이후 가사소송법에 그대로 반영된다.

59) 주요골자 중에, 사건의 분류를 성질에 따라 재조정하는 것, 제27조의 전면적 직권탐지주의조항 삭제한 것을 주목할 만하다. 또한 주요골자만 놓고 비교해 볼 때, 1977년 개정안과 같은 내용은 아니었을 것으로 추정된다. 자세한 내용은, 권순영, 앞의 논문(1972), 88쪽~89쪽을 참조할 것.

60) 위의 논문, 88쪽.

61) <http://search.assembly.go.kr/bill/>에는 1977년 개정안에 대한 경과판 나타난다.

62) 국회 회의록 시스템(<http://search.assembly.go.kr/record/>)에서 검색되지 않음.

63) 가사소송법 제정과정에 대해 자세한 것은, 徐廷友, 앞의 논문(1991), 673~674쪽을 참조.

64) 당시 가사심판법의 사건분류 방식에 대한 비판과, 이에 대한 1977년 개정안의 취지에 대해 자세한 것은, 韓正鎭·金嘯洙·朴禹東·李孝鍾, 앞의 문헌(1977), 15~17쪽을 참조.

65) 제15조 제1항: 가정법원은 직권으로 사실을 탐지하여야 한다.

2. 당사자의 의견진술기회 미부여

가사소송법은, 가사소송사건에 대한 직권탐지주의를 정한 제17조를 제정하면서, 인사소송법 제9조와는 달리 다류 가사소송사건을 적용대상에서 제외함으로써 그 적용범위를 합리적으로 조절하였다.⁶⁶⁾ 또한 가사심판법 제27조를 삭제하여 비록 가사사건이라 하더라도 법률에 의한 재판 원칙이 적용됨을 분명하게 하였다. 그러나, 이렇게 인사소송법 제9조를 개선하면서도, 직권조사결과와 관련한 당사자의 절차적 권리를 보장하는 제도를 신설하지는 않았다. 이는 그 전신인 인사소송법 제9조의 연원에 대한 충분한 검토를 하지 않은 결과, 당사자의 주장·변론 권한의 침해가능성을 인식하지 못했기 때문이었던 것 같다. 만약 위에서 살펴본 입법연혁상의 특수성, 즉, 인사소송법 제9조는 총칙규정이었기 때문에 양당사자의 주장·입증 권한과 무관한 비대심적 비송사건에 대해서도 적용되었다는 점, 가사사건 절차 전반에 대해 당사자의 참여 기회 보장보다는 법원의 후견적 개입을 더 강조하는 분위기 하에서 제정되었기 때문에, 당사자의 주장·변론 권한에 대한 고려가 없었다는 점을 감안했다면, 가류, 나류 가사소송사건에 한하여 적용될 직권탐지조항인 가사소송법 제17조를 규정하면서 직권탐지 결과에 대한 당사자의 의견진술 기회 보장에 관한 내용을 누락하지 않았으리라고 생각한다.

민사재판을 받을 때 소송의 주체인 지위에서 누리는 절차상의 여러 가지 권리는 소송의 절차에 관한 권리와 소송의 내용(실체)에 관한 권리로 크게 나누어진다. 이들 중 특히 후자에 속하는 권리들 중 하나인 對論權(소송상 문제되는 사항에 관하여 자료를 제출하고 의견을 진술하며, 그러한 기회를 박탈당하지 않고 재판을 받을 권리인 변론권과 증명권을 포함하는 권리)은 공정한 재판을

66) 인사소송법 제9조는, 현행 가사소송법상 다류 가사소송사건에 해당하는 관련사건(가사소송 사건과 관련있는 원상회복, 손해배상청구 그 외의 재산상청구: 인사소송법 제6조에 대해서도 적용되었는데, 이러한 재산적 법률관계를 둘러싼 소송사건에 대해서도 직권탐지주의를 적용하는 것은 공정하고 평등한 재판의 이념에 반한다.

보장하려는 이념의 표현으로서 중요한 의미를 가지며,⁶⁷⁾ 판례⁶⁸⁾도 이러한 절차적 권리를 인정하고 있다. 그런데, 현행 가사소송법 제17조는 필요적 직권탐지에 관한 인사소송법 제9조를 개정하면서도 당사자들에게 법원이 수집한 소송자료에 대해 알려주고 의견진술의 기회를 부여함으로써 방어준비를 할 수 있게 해주기 위한 제도를 마련하고 있지 않다. 가사소송법 제17조 후단(언제든지 當事者 또는 法定代理人을 訊問할 수 있다)은 인사소송법 제8조⁶⁹⁾를 이어받은 것으로서, 당사자의 변론권을 명시한 것이라기보다 법원의 적극적 석명 또는 당사자본인신문의 보충성⁷⁰⁾에 대한 예외를 정한 것에 불과하다.

객관적 진실 발견의 필요성이 매우 강한 공익적 소송이기 때문에 직권탐지주의가 적용된다 하더라도, 직권으로 탐지한 사실이나 증거를 곧바로 판결의 자료로 삼는다면 당사자 일방에게 뜻밖의 불리한 재판이 될 수 있으므로, 이를 방지하기 위하여 미리 당사자에게 알려 법원이 직권으로 수집한 소송자료에 대한 의견진술의 기회를 부여하여야 하는 것(특허법 제159조, 소액사건심판법 제10조 제1항⁷¹⁾ 참조⁷²⁾)은 당사자의 절차적 기본권 보장을 위한 최소한의 요청이라고 할 것이다. 따라서 법원이 직권조사한 결과에 대하여는 당사자의 의견

67) 鄭東潤, 「證據에 관한 當事者權: 이른바 證明權에 관하여」, 『法學論集』 제24집(고려대학교 법학연구소, 1986), 106쪽.

68) 피항소인이 항소장 부분부터 공시송달의 방법으로 송달되어 귀책사유 없이 항소가 제기된 사실조차 모르고 있었고, 이러한 상태에서 피항소인의 출석 없이 원심의 변론기일이 진행되어 제1심에서 의제자백에 의한 승소판결을 받은 피항소인이 자신의 주장에 부합하는 증거를 제출할 기회를 상실함으로써 피항소인은 당사자로서 절차상 부여된 권리를 침해당하였다고 할 것이다(대법원 1997.5.30.선고 95다21365판결).

69) 재판장은 사실의 진상을 명료하게 하기 위하여 언제든지 당사자 본인 또는 그 법정대리인에게 변론을 명할 수 있고 필요한 사항을 신문할 수 있다.

70) 민사소송법(2002.01.26 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제339조(당사자신문의 보충성) 제1문 법원은 증거조사에 의하여 심증을 얻지 못한 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 당사자 본인을 신문할 수 있다.

71) 第10條(證據調査에 관한 特則) ① 判事は 필요하다고 인정한 때에는 職權으로 證據調査를 할 수 있다. 그러나 그 證據調査의 結果에 관하여는 當事者의 意見を 들어야 한다

72) 李時潤, 앞의 책(2003), 282쪽.

을 들어야 하며, 이러한 절차가 보장되지 아니한 경우에는 그 증거자료를 채택 하여서는 안 된다.⁷³⁾ 나아가, 가사비송사건에 대해서도, 원칙적으로 직권탐지 주의가 적용되지만, 쟁송성이 강한 심판사건의 경우에는, 심리를 함에 있어 적정절차의 관점에서 실질적으로 당사자의 방어권을 보장하는 등의 배려를 할 필요가 있다.⁷⁴⁾

이와 관련하여, 일본의 경우를 보면, 종래의 인사소송수속법 뿐 아니라 이를 폐지하면서 제정된 인사소송법에서도 직권증거조사를 하거나 당사자가 주장하지 않은 사실을 참작할 경우, 반드시 사실 및 증거조사의 결과에 대해 당사자에게 그 내용을 알리고 의견을 진술할 수 있도록 하여 실질적인 방어기회를 부여하고 있다. 이는 당사자가 예상하지 못한 사실이나 증거조사결과를 근거로 판결을 하는 ‘뜻밖의 재판’을 방지하기 위한 것으로서⁷⁵⁾ 이러한 기회가 주어지지 않고 판결을 한 경우라면 판결에 영향을 미친 것이 명백한 법령위반으로서 상고이유가 된다⁷⁶⁾고 한다.

V. 결론

현행 가사소송법상 직권탐지주의 조항인 제17조의 전신인 인사소송법 제9조는, 연혁적인 이유, 즉 인사소송법을 가사사건에 대한 일반적 절차법으로 삼으려는 입법자들의 구상과, 가사사건 절차에 있어서 법원의 적극적·능동적 역할을 강조하던 당시의 지배적 사조의 영향 때문에, 가사사건 전반에 대해 획일적

73) 위의 책, 408쪽.

74) 齋藤秀夫·菊池信男, 『注解家事審判規則(改訂)』(青林書院, 1987), 50쪽.

75) 日本國 法務省, 『法制審議會 民事·人事訴訟部會 人事訴訟法分科會 議事錄』 제8회 회의록(2003년 4월 5일)(<http://www.moj.go.jp/SHINGI/>에서 검색); 또한 日本女性法律家協會, 『人事訴訟手續法の見直し等に関する要綱中間試案に對する意見書』(2002, 웹문서, 원문은 <http://www.j-wba.com/topics/20020920.pdf>).

76) 吉村徳重·牧山市治, 앞의 책(1993), 176~177쪽.

으로 적용되는 ‘총칙’으로서 도입되었고, 그 내용 또한 법원의 필요적 탐지를 요구하는 상당히 강력한 형태로 규정되었다. 이후 가사심판법 개정이 시도되면서 가사소송사건은 그 성질상 가사비송사건과 달리 취급되어야 한다는 비판론이 실무계를 중심으로 대두되어 1977년 개정안과 가사소송법 제정안 등으로 구체화되었으나, 가사소송사건에 대한 직권탐지주의를 규정한 인사소송법 제9조에 대해서는 별다른 비판이 없었다. 그러나, 판례가 인사소송법상 직권탐지주의의 의미를 제한적으로 해석하고 있었던 것⁷⁷⁾에 비추어볼 때, 획일적인 필요적 직권탐지주의에 대해 어느정도는 문제의식을 가지고 있었던 것으로 여겨진다.

그럼에도 불구하고 대법원을 중심으로 이루어진 가사소송법 제정과정에서 인사소송법 제9조가 근본적으로 개선되지 않은 것은 아쉬움이 남는다. 특히 절차법의 경우 해석에 의해 구체적 타당성을 추구하기보다, 개정 기회가 생겼을 때 문제되는 조항들을 합리적으로 개선하여 되도록 그 문언에 따라 적용하는 것이 바람직하기 때문이다.

따라서 장차 가사소송법을 개정할 경우, 각 사건유형마다 공익성의 정도와 대심적 구조인지의 여부 등을 고려하여 변론주의 제한의 정도를 개별적으로 정할 필요가 있을 것이다. 즉, 비대심적 비송사건과 공익성이 강한 친자관계나 각종 친족법상 법률관계의 무효여부에 관한 소송사건에 대해서는 현행 가사소송법 제17조와 같은 필요적 직권탐지주의를 유지하고, 대심적 비송사건이나 당사자의 의사를 존중할 필요성이 강한 재판상 이혼이나 재판상 파양 사건 등에 대해서는 행정소송법 제26조와 같은 임의적 직권탐지주의, 즉 ‘법원이 필요하

77) 인사소송법 제8조, 제9조, 제12조의 규정취지는 어디까지나 사실의 진상을 밝히기 위하여 법원으로 하여금 적극적으로 필요한 조치를 취할 수 있게 함과 아울러 당사자의 잘못된 소송행위에 의하여 사실관계가 좌우되는 것을 방지하려는 것일 뿐 변론주의원칙 자체를 배제하려는 것은 아니라 할 것이므로 당사자가 주장하지도 아니하고 심리과정에서 나타나지도 아니한 독립한 공격방어방법에 대한 사실까지 법원이 조사하여야 하는 것은 아니[고](대법원 1990.12.21.선고 90트897), [심리과정에서 나타나지 않은] 독립된 공격방어방법의 제출을 촉구하는 따위의 석명은 인사소송에서도 허용될 수 없다(대법원 1987.12.22.선고 86트90 판결).

다고 인정할 때' 직권으로 사실조사를 '할 수 있고', 당사자가 주장하지 않은 사실에 대하여도 '판단할 수 있'도록 하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

뿐만 아니라, 직권탐지가 허용되는 사건의 경우, 법원이 직권으로 탐지한 사실 및 증거에 대해 그 요지를 설명하고 이에 대한 의견을 묻는 절차의 신설이 필요하다. 아무리 공익적 요청에 따른 실체진실발견이 중요하다 하더라도, 양 당사자대립구조를 취하고 있는 소송절차에 있어서, 그러한 절차 없이 당사자 중 일방에 대해 유리한 재판을 하는 것은 재판의 공정성과 당사자의 평등원칙과 저촉될 우려가 있기 때문이다.

The Origin and Problem of §17 of the Act on Procedure concerning Family Relations and Domestic Affairs

Kwon, Jae-Moon*

According to the §17 of the Act on Procedure concerning Family Relations and Domestic Affairs, the Family Court should play an active role in making facts clear and collecting evidence.

But there are two problems about this clause. First, it is applied to all disputes about family relations or domestic affairs without differentiating them by the characteristics of them, that is, the extent to which they are related to public interest. Indeed, it is desirable that the Family Court intervene in such cases as those concerning child adoption or custody, but if it works on behalf of one of the parties in such cases as those about divorce, alimony, property distribution, it will violate the principle of due process.

Secondly, there is no clause in §17 that informs the parties of the fact that the court has decided to take into consideration in its own initiative and of the evidence that the court has found by itself. Without such notice, the parties could not enjoy an opportunity to prepare defense to the facts or evidence collected by the court, and the decision pronounced under such condition is unable to be permitted just and reasonable.

These problems stem from overlooking the history and social backgrounds of the old clause corresponding to the current §17, that is devised to be applied to not only

* Attorney at Law.

lawsuit between parties but also the cases in which the Family Court should work to protect the interest of a person. So it is urgently necessary that the §17 be revised to reflect the characteristics of the cases and to inform the parties concerned of whatever evidence the court find by itself.

[**Key Words**] Family Court, the Act on Procedure concerning Family Relations and Domestic Affairs, initiative role of the Family Court.