

## 제4주차

### —증거와 심증(사실관계확정)—

#### I. 증거법 ‘Just do this’

##### ■ 증거법 일반

원고		법관	피고	
주장	증명	엄격한 증명	부인 / 항변 / 자백	
<b>(주요)사실</b> • 요증사실 • 불요증사실  <b>증명책임 없는 것</b> • 법규 • 경험칙(상고이유 가능 §423)	증거 (사실인정의 근거)  - 본증 - 반대사실의 증거 → 확신을 갖도록	증거조사신청  ↓ 채부결정 (§289, §290) [유일한 증거 - 채증법칙위반(상고이유)]  ↓	선행자백 인정여부 권리자백 인정여부  항변 : 자백 + 새로운 사실 [자백의 구속력]	
		증거조사 (증거능력-위법수집능력)	본증의 증명력 강화/약화	반증
① 주신문		① 증인신문 (§303~342) [교호신문/증언·선서능력:16세] [증언거부권 인부: 원칙 X] [취재원 비닉권: X] [유도신문가부: 반대만 O] ② 감정 (전문가의 의견) ③ 당사자 신문 (법인정점) ④ 검증 (법원의 오관) ⑤ 서증	① 반대신문	
		↓ 증거조사결과 + 변론전체의 취지  ↓ 법관의 심증[증거력]형성 <b>자유심증주의</b>		

- 유일한 증거 : 쟁점단위 / 전심급 통관 / 주요사실(예외: 서증(判) / 본증으로만 제한(判))  
제290조(증거신청의 채택여부) 법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정한 때에는 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 그것이 당사자가 주장하는 사실에 대한 유일한 증거인 때에는 그러하지 아니하다.
- 직접증거 / 간접증거
- 증거조사의 목적 → 심증형성
- 불법수집증거 : 증거력 인정 가능(민사소송) 증거능력 엄격판단하지 않음(견해대립)
- 증거계약
  - 허용여부 : O 일종의 소송계약 (증거력계약은 X)
  - 성질 : 사법계약설(判)
  - 구제책 : 항변권설(判) → 항변시 당사자와 법원 구속
  - 증거제한계약 : 적법설(多)/무효설 → 심증형성 불가시 법원구속여부 : 비구속설(多) (직권증거조사가가능 §292)

## ■ 증거법 용어

증거방법 : 증거조사의 대상물. (증인, 감정인, 당사자, 문서, 검증물, 그 밖의 증거)

증거자료 : 증거조사의 결과. (증언, 감정결과, 문서의 기재내용, 검증결과 등)

증거원인 : 법관의 심증형성의 원인. (변론전체의 취지, 증거자료)

증거능력 : 유형물이 증거방법으로서 증거조사의 대상이 될 자격.

자유심증주의를 채택하고 있으므로 원칙적으로 증거능력의 제한이 없다.

증거력 : 증거자료가 요증사실의 인정에 기여하는 정도.

직접증거 : 주요사실의 존부를 직접 증명하는 증거.

간접증거 : 간접·보조사실을 증명하기 위한 증거로 주요사실의 입증에 간접적으로 이바지.

본증 : 당사자가 자기에게 증명책임 있는 사실을 증명하기 위하여 제출하는 증거.

법관이 요증사실의 존재가 확실하다고 확신을 갖게 해야 한다.

반증 : 상대방이 증명책임을 지는 사실을 부정하기 위해 제출하는 증거.

요증사실의 존재가 확실치 않다는 심증을 형성하면 된다.

반대사실의 증거: 법률상 추정이 되었을 때 이를 깨뜨리기 위하여 그 추정을 다투는 자가 제출하는 증거. 본증이다.  
(증명책임의 전환)

증명 : 법관이 요증사실의 존재에 대하여 확신을 얻은 상태 또는 법관으로 하여금 확신을 얻게 하기 위해 증거를 제출하는 당사자의 노력. 진실에 대한 고도의 개연성으로 만족하는 역사적 증명을 뜻한다.

소명 : 증명에 비해 저도의 개연성에 이르도록 증거를 제출하는 당사자의 노력.

엄격한 증명 : 법률이 정한 증거방법에 대하여 법률이 정한 절차에 의하여 행하는 증명.

자유로운 증명 : 증거방법과 절차에 대한 법률의 규정에서 해방되는 증명.

## ■ 증거보전 일반

### 1. 요건 - 증거보전의 필요성

(1) 증거보전의 필요성이 인정되어야 하며, 이를 소명하여야 한다(제377조 2항).

(2) 미리 증거조사를 하지 아니하면 장래 그 증거방법을 사용하는 것이 불가능하거나 또는 곤란한 사정이 존재하여야 증거보전의 필요성이 인정된다. 여기서 ‘미리’라고 함은 소제기 이전은 물론이고 소송계속 중이라도 본래의 증거조사가 실시되기 이전이라는 뜻도 포함된다. 또한 증거보전의 필요성에는 방치하면 증거조사가 물리적으로 곤란한 경우뿐만이 아니라 현저히 경비가 증가할 경우도 포함한다 할 것이다. 증거보전의 대상이 되는 것은 모든 종류의 증거방법을 포함한다.

### 2. 소명의 정도

#### (1) 문제점

증거보전의 필요성이 소명되어야 하는데 어느 정도 소명해야 하는지에 대해 다툼이 있다.

#### (2) 학설의 대립

① 증거보전의 증거개시기능에 대해 소극적인 입장에서, 신청의 남용이나 상대방의 불이익을 우려하여 구체적인 소명이 필요하다는 엄격설과, ② 증거개시기능에 대해 적극적인 입장에서 증거가 왜곡될 우려가 큰 경우에는 구체적 사실로 소명하지 않아도 보전의 필요성을 인정하는 완화설이 대립한다.

### 3. 절차

신청에 의하여도 가능하나, 예외적으로 소송계속 중 직권으로도 개시된다(제379조).

### 4. 효과

증거보전의 결정에 대해서는 불복할 수 없다(제380조).

증거보전에 의한 증거조사결과는 변론에 제출됨으로써 본소송에 있어서 증거조사 결과와 동일한 효력을 갖게 된다.

## ■ 증거조사의 대상

요증사실		불요증사실 §288		
증명책임	제288조(불요증사실) 법원에서 ①당사자가 자백한 사실과 ②현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다. (+ ③ 법률상 추정) 다만, 진실에 어긋나는 자백은 그것이 착오로 말미암은 것임을 증명한 때에는 취소할 수 있다.			
	재판상 자백		현저한 사실	
	피고가 기일에 불리한(패소가가능성설)진술[or 진술간주] 하는 것		변론주의 O → 주장책임은 O → 재판상 자백 대상 O (判주장요구설) *경험칙과 구분	
	변론기일에 법관에게 상대방이 주장한 자신에게 불리한 주요사실을 인정하는 후행 진술		공지의 사실 (ex.기대여명)	법원에 현저한 사실
	원칙 : 주요사실 / 후행자백 원칙 예외 : ① 서증은 간접사실이지만 인정 ② 상대방 원용시 선행자백도 인정 (원용전까지 철회 가능)		상고이유 O (判법률문제설)	판결문의 증명효 이론 ( 판결문 → 공문서, 현저한 사실, 유력한 증거 → 배척시 이유 필히 설시 → if not 상고이유 )
	법원과 당사자 구속 → 증거에 의해 반대로 X *자백간주와 구분 (예외적 : 5 동 경 착)		경험칙 ex. 가동연한	
권리자백 인정여부 <ul style="list-style-type: none"><li>- 법규의 존부/해석 X</li><li>- 사실에 대한 평가 O (구속X)</li><li>- 법률적 사실 O</li><li>- 선결적 법률관계 : 소유권시 예외적 성립(判)</li></ul>		<ul style="list-style-type: none"><li>- 변론주의 X (→ 주장책임 X) → 직권조사대상 O</li><li>- 자백 / 자백간주 X</li><li>- 특수한 전문적, 학리적 지식 → 증명필요설</li><li>- 상고이유긍정설(判법률문제설) → 파기환송</li></ul>		

## ■ 사실문제와 법률문제-경험칙

### 1. 문제점

경험칙이 상고이유로 되느냐에 대해 견해의 대립이 있다.

### 2. 견해의 대립

#### (1) 학설의 대립

① 경험법칙은 법규에 준할 것이므로 그 위배는 법률문제로 보아 상고이유가 된다는 법률문제설, ②경험칙은 법규와 달리 사실판단에 쓰이는 자료에 불과하고, 법률이 아닌 경험법칙은 상고심 법관이라고 해서 더 잘 안다는 보장도 없으므로 상고이유가 될 수 없다는 사실문제설 및 ③경험법칙의 적용에 현저한 오류가 있을 경우에만 상고이유가 된다는 절충설이 대립한다.

#### (2) 판례의 태도

농촌일용노동자가 매월 22일씩 가동한다고 인정한 것은 경험칙을 잘못 적용한 것이라면서 상고한 사건에서, 월가동일수는 경험칙상 25일로 추정된다고 하여 원심판결을 파기한바 상고이유가 된다는 법률문제설의 입장이다.

### 3. 현저한 사실과 비교

현저한 사실에는 공지의 사실과 법원에 현저한 사실이 있다. 예로서는 직종별월평균소득, 간이생명표에 의한 기대여명, 법관이 스스로 행한 판결, 여자나 농촌노동자의 가동연령 등. 다만 법관이 기억하지 못하는 사실인 경우 전원합의체 판례 다수의견은 그럼에도 불구하고 “법원에 현저한 사실이란 ① 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나, ② 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실”이라고 한다. 소수의견은 “법관이 명확히 기억을 하고 있지 않다면 법원에 현저한 사실로 볼 수 없다.”고 한다.

## II. 증거와 사실관계확정 심화정리

### ■ 현저한 사실

#### 1. 개념

법관이 명확하게 인식하고 있고, 증거에 의하여 그 존부를 인정할 필요가 없을 정도로 객관성이 담보되어 있는 사실이다. 법관이 명확하게 인식하고 있고, 증거에 의하여 그 존부를 인정할 필요가 없을 정도로 객관성이 담보되어 있는 사실이다. 현저한 사실에는 공지의 사실과 법원에 현저한 사실이 있다.

##### (1) 공지의 사실

통상의 지식과 경험을 가진 일반인이 믿어 의심치 않을 정도로 알려진 사실을 말하며, 일반노동에 종사하는 사람의 월평균가동일수가 25일이라는 사실, 현재의 환율, 종래 우리부동산 시가가 상승세에 있었다는 것 등이 있다.

##### (2) 법원에 현저한 사실

###### 1) 문제점

문제는 법관이 기억하고 있지 않은 사실이 현저한 사실이 되는가에 대하여 긍정설과 부정설이 나뉜다.

###### 2) 판례의 태도

전원합의체 판례는<sup>1)</sup> 다수의견은 “법원에 현저한 사실이란 ① 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나, ② 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실”이라고 하였으나, 소수의견은 “법관이 명확히 기억을 하고 있지 않다면 법원에 현저한 사실로 볼 수 없다.”고 하였다.

#### 2. 현저한 사실의 주장필요 여부(사실의 주장책임 적용)

##### (1) 문제의 소재

현저한 사실을 당사자가 주장하지 않아도 법원이 직권으로 판결의 기초로 삼을 수 있는지에 관하여 견해가 대립한다. 현저한 사실의 즉 주장필요 여부(사실의 주장책임 적용 가부)

##### (2) 견해의 대립

###### 1) 학설의 대립

① 현저한 사실은 당사자도 알고 있는 것으로 전제되므로 법원이 직권으로 고려할 수 있다는 적극설과, ② 제288조가 증거를 요하지 않는다고 규정했으므로 변론주의를 근거로 당사자의 주장이 필요하다는 소극설 대립이 있다.

###### 2) 판례의 태도

판례는 변론주의 하에서는 아무리 법원에 현저한 사실이라 할지라도 당사자가 그 사실에 대한 진술을 하지 않는 한 법원은 그것을 사실인정의 자료로 할 수 없다고 판시하여 소극설의 입장이다.

1) 대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 전원합의체 판결: 【판시사항】 [1] 민사소송법 제261조 소정의 '법원에 현저한 사실'의 의미 [2] 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전의 기재 내용을 법원에 현저한 사실로 보아, 이를 기초로 피해자의 일일수입을 산정할 수 있는지 여부(적극) [3] 재산적 손해와 위자료 등에 관하여 하나로 선고된 판결에 대하여 그 소송물의 범위를 특정함이 없이 일정 금액 부분에 대해서만 항소한 경우, 항소심의 심판 범위

【판결요지】 [1] [다수의견] 민사소송법 제261조 소정의 '법원에 현저한 사실'이라 함은 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다. [반대의견] 일반적으로 법원에 현저한 사실이라 함은 민사소송법상 불요증사실의 하나로서( 제261조) 판결을 하여야 할 법원의 법관이 직무상 경험으로 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있는 사실을 말하므로, 법관이 직무상 안 사실이라고 하더라도 명확한 기억을 하고 있지 아니하면 법원에 현저한 사실에 속한다고 할 수 없다. [2] [다수의견] 피해자의 장래수입상실액을 인정하는 데 이용되는 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전의 각 존재 및 그 기재 내용을 법원에 현저한 사실로 보아, 그를 기초로 피해자의 일일수입을 산정한 조치는, 객관적이고 합리적인 방법에 의한 것이라고 보여지므로 옳다. [반대의견] 직종별임금실태조사보고서는 법관이 그 기재 내용을 기억할 수 없거나 또는 다른 사건의 증거조사 과정을 통하여 그 일부를 기억할 수 있을 뿐이므로 이를 전연 별개의 사건에서 법원에 현저한 사실이라고 하여 판결의 기초로 삼을 수 없고, 뿐만 아니라 이를 다수의견과 같이 법원에 현저한 사실에 속한다고 보게 되면 변론에 전혀 현출되지 아니하였음에도 불구하고 사실심 법원이 그 사실을 피해자의 수입을 인정하는 자료로 이용하게 됨으로써 소송당사자가 예상하지 못한 불이익한 재판을 받게 될 우려가 있다. [3] 인신사고로 인한 손해배상청구 소송과 같이 소송물이 다른 재산적 손해와 위자료 등에 관한 청구가 하나의 판결로 선고되는 경우, 당사자 일방이 그 소송물의 범위를 특정하지 아니한 채 일정 금액 부분에 대하여만 항소하였다면, 그 불복하는 부분을 특정할 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 불복범위에 해당하는 재산적 손해와 위자료에 관한 청구가 모두 항소심에 이입되어 항소심의 심판의 대상이 된다.

### (3) 소결-경험법칙의 비교

일상적 경험법칙에 관하여는 자신의 지식을 그대로 이용할 수 있으나, 특별한 경험법칙에 대하여는 감정(鑑定)을 통한 증명이 필요하다. 경험법칙의 존재는 법관의 직권조사 사항이지만 그것이 고려되지 않을 때에는 그로 인하여 이익을 받을 당사자가 그 존재를 주장·증명할 필요가 있다. 현저한 사실은 변론주의가 적용된다.

## 3. 현저한 사실에 반하는 자백 인부(자백의 구속력 배제 여부)

### (1) 문제점

현저한 사실에 반하는 자백도 자백으로서의 구속력을 인정할 것인가가 문제된다.

### (2) 견해의 대립

#### 1) 학설의 대립

① 현저한 사실에 반하는 자백이라도 당사자가 이에 기하여 분쟁해결을 구하면 변론주의 원칙상 법원은 이를 받아 들여야 한다는 긍정설과, ② 변론주의의 과장이며 재판의 위신실추를 가져온다는 이유로 구속력이 없다고 보는 부정설이 대립한다.

#### 2) 판례의 태도

판례는<sup>2)</sup> 자백한 사실이라고 하더라도 현저한 사실에 배치되는 경우에는 그 자백은 효력을 발할 수 없는 것이라고 하여 부정설의 입장이다. 그러나 이에 대한 논의와 해석의 여지가 있다. 즉 기대여명은 현저한 사실이지만<sup>3)</sup> 또한 자백의 대상이 되어 법원은 이에 구속되어야한다는 판례도 존재한다.<sup>4)</sup>

### (3) 현저한 사실의 효과-불요증사실(증거제출책임 배제)

현저한 사실은 어느 때나 진부를 조사할 수 있으므로 증거에 의한 증명이 필요 없다(제288조). 다만, 통설은 현저한 사실이 진실과 다르다는 반증은 할 수 있다고 한다. 그러하다면 자백도 성립한다고 볼 것이다.

2) 대법원 1959. 7. 30. 선고 4291민상551 판결: 당사자가 판결소에서 자백한 사실이라도 그것이 재판소에 있어서 현저한 사실에 배치되는 경우에는 그 자백은 효력을 발할 수 없다.

3) 대법원 1999. 12. 7. 선고 99다41886 판결: 통계청이 정기적으로 조사·작성하는 한국인의 생명표에 의한 남녀별 각 연령별 기대여명은 법원에 현저한 사실이므로 불법행위로 인한 피해자의 일일 수입 등 손해액을 산정함에 있어 기초가 되는 피해자의 기대여명은 당사자가 제출한 증거에 구애됨이 없이 그 손해 발생 시점과 가장 가까운 때에 작성된 생명표에 의하여 확정할 수 있다.

4) 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016다41869 판결: 인신사고로 인한 손해배상 사건에서 손해배상액을 산정하는 기초가 되는 피해자의 기대여명은 변론주의가 적용되는 주요사실로서 재판상 자백의 대상이 된다. 그리고 일단 재판상 자백이 성립하면 그것이 적법하게 취소되지 않는 한 법원도 이에 구속되므로, 법원은 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 관하여 성립된 자백과 배치되는 사실을 증거에 의하여 인정할 수 없다.

#### 판시사항

[1] 인신사고로 인한 손해배상 사건에서 손해배상액을 산정하는 기초가 되는 피해자의 기대여명이 재판상 자백의 대상이 되는지 여부(적극) 및 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 관하여 재판상 자백이 성립한 경우, 법원이 이에 배치되는 사실을 증거에 의하여 인정할 수 있는지 여부(소극)

[2] 수급권자가 장해보상연금을 지급받고 있는 경우, 산업재해보상보험법 제80조 제2항 후문에 따라 공제할 장해보상일시금의 액수(=수급권자가 장해보상일시금을 선택하였더라면 지급되었을 장해보상일시금 상당액) 및 수급권자가 장해보상연금을 지급받고 있던 중에 산업재해보상보험법 제59조에 의한 장해등급의 재판정 및 변경이 있거나 같은 법 제36조 제3항에 의한 평균임금의 증감이 있는 경우, 손해배상액에서 공제할 장해보상일시금 상당액 산정의 기준이 되는 평균임금(=최초의 장해등급 및 장해보상연금 지급결정 당시에 적용된 평균임금)

[3] 불법행위로 인해 장래 발생할 소극적, 적극적 손해의 경우, 불법행위 시가 그 손해에 대한 현가산정의 기준시기와 지연손해금의 기산일이 되는지 여부(원칙적 적극) 및 불법행위 시 이후 사실심 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 그 이후 발생할 손해를 그 시점으로부터 장래 각 손해발생 시점까지의 중간이자를 공제하는 방법으로 현가를 산정하고 지연손해금은 그 기준시기 이후부터 구하는 것이 허용되는지 여부(원칙적 적극)

## ■ 서증에서의 몇가지 쟁점

### I. 문서의 진정성립에 관한 자백

#### 1. 문제점

문서에 찍힌 인영의 진정함을 인정하는 진술은 결국 문서 전체의 진정성립이 추정되므로 문서의 진정성립에 관한 인정진술로 이는 보조사실에 대한 자백이나, 이에 대한 구속력을 인정할 수 있을지 문제된다.

#### 2. 문서의 진정성립에 대한 자백의 구속력여부

##### (1) 자백의 대상

자백의 대상이 되는 사실은 주요사실에 한하며, 간접사실과 보조사실에 대하여는 자백이 성립하지 않는다. 간접사실과 보조사실에 대하여 자백을 인정하면 주요사실을 판단함에 있어서 법관의 자유심증을 제약하게 된다.

##### (2) 학설의 입장

###### 1) 적극설

서증으로서 제출된 문서의 작성자가 누구이냐의 문제는 주요사실과 유사한 기능을 갖고 있으므로 그에 대한 자백은 법원과 당사자 양쪽을 구속한다는 견해로 통설의 입장이다.

###### 2) 소극설

보조사실은 간접사실의 일종이므로 서증의 진정성립에 관한 자백도 간접사실의 자백과 같이 취급하여 법원은 자백에 구속되지 아니하며 당사자도 자유롭게 자백을 철회할 수 있다는 견해이다.

##### (3) 판례의 입장 (대판 2001다5654<sup>5)</sup>)

판례는 문서의 성립에 관한 자백은 보조사실에 관한 자백이기는 하나 그 취소에 관하여는 다른 간접사실에 관한 자백취소와는 달리 주요사실의 자백취소와 동일하게 처리하여야 할 것이므로 문서의 진정성립을 인정한 당사자는 자유롭게 이를 철회할 수 없다고 할 것이고, 이는 문서에 찍힌 인영의 진정함을 인정하였다가 나중에 이를 철회하는 경우에도 마찬가지라고 하여 진정성립에 대한 자백의 구속력을 인정한다.

### II. 백지날인 문서의 증명책임

#### 1. 제358조 추정의 성격에 대한 견해 대립

제358조의 추정을 법률상의 추정으로 보고 이를 다투는 자가 본증으로 깨뜨릴 수 있다는 입장이 있으나, 多數說은 법률상의 추정이 아니고 법관의 자유심증의 작용으로서 경험칙을 사용하여 행하여지는 사실상의 추정을 규정한 것이기 때문에 증명책임이 전환되지 아니하므로 상대방은 위 추정을 간접반증으로 깨뜨릴 수 있다고 본다.

#### 2. 백지문서에 날인한 경우

##### (1) 백지문서에 날인한 경우 진정성립 추정 여부(대판 99다37009)

판례는 문서에 날인된 작성명의인의 인영이 작성명의인의 인장에 의하여 현출된 것이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립 및 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 먼저 내용기재가 이루어진 뒤에 인영이 압날된 경우에만 그러한 것으로 추정을 부정하고 있다.

##### (2) 백지문서 날인 주장의 성격

백지문서에 날인했다는 주장은 2단계 추정을 복멸하기 위한 주장으로서, 본증인지 간접반증인지 다툼이 있으나 어떻게 보든 작성명의인은 법관으로 하여금 백지문서에 날인한 사실을 확신하게 할 수 있을 정도로 증명해야 하므로 구별의 실익이 없다.

5) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001다5654 판결: [1] 문서의 성립에 관한 자백은 보조사실에 관한 자백이기는 하나 그 취소에 관하여는 다른 간접사실에 관한 자백취소와는 달리 주요사실의 자백취소와 동일하게 처리하여야 할 것이므로 문서의 진정성립을 인정한 당사자는 자유롭게 이를 철회할 수 없다고 할 것이고, 이는 문서에 찍힌 인영의 진정함을 인정하였다가 나중에 이를 철회하는 경우에도 마찬가지이다. [2] 보증보험약정서상의 연대보증인으로 입보한다는 의사가 객관적으로 표명된 인감증명서가 제출되어 있고, 인감증명서와 함께 제출된 한 묶음의 서류 중 일부의 인영날인 상태가 불량하지만 나머지 서류에 날인된 인영이 뚜렷하고 인감증명서의 그것과 동일하다면 날인상태가 불량한 서류의 진정성립이나 대리권한의 유무까지 별도로 조사하여야 할 의무는 없다고 한 사례.



### 3. 소결

법원이 백지문서에 날인한 사실에 관하여 확신을 얻지 못하면 2단계 추정은 유지된다. 따라서 백지날인문서라는 것은 문서명의인이 증명하여야 한다.

## III. 백지의 부당보충 증명책임

### 1. 문제점

乙이 백지문서에 날인한 사실에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없다면 2단계 추정은 복멸된다. 따라서 계약서의 진정성립을 인정되기 위한 요건이 문제된다.

### 2. 백지부당보충의 경우 진정성립요건

#### (1) 학설의 입장

위와 같은 판례의 태도에 대해 백지날인 문서를 교부한 것이 틀림없다면 백지보충권을 준 것으로 보아 문서의 진정성립을 추정해도 좋을 것이라는 반대견해가 있다.

#### (2) 판례의 입장(대판 99다37009)

판례는 작성명의인의 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충한 문서의 경우에 있어서는 문서제출자는 그 기재 내용이 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실을 입증할 책임이 있으며, 이와 같은 법리는 그 문서가 처분문서라고 하여 달라질 것은 아니라고 하여 서증제출자의 입증을 요구하고 있다.

### 3. 소결

판례는 백지부당보충의 의심이 있는 경우에는 추정의 도움을 받을 수 없고 사문서의 진정에 대해 거증자가 그 성립의 진정을 증명하여야 하는 원칙으로 돌아가 문서제출자가 그 보충한 기재 내용이 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실을 입증해야 한다.

## IV. 판결서의 보고문서성

### 1. 문제점

원고가 계약사실 부정 피고가 매매계약 체결사실을 주장. 이에 원고는 합의해제를 주장하면서 그에 관한 판결서를 제출한 경우 재판에서 서증으로 제출된 다른 사건의 판결서가 그 판결이 있었다는 사실의 입증(처분문서성)뿐만 아니라 그 판결의 판시 내용대로 어떤 사실이 있었는가를 입증하기 위한 증거로 될 수 있는지(보고문서성) 문제된다.

### 2. 판결서의 증거력

#### (1) 형식적 증거력

문서가 거증자가 주장하는 특정인의 의사에 기해 작성된 것을 문서의 진정성립이라고 하고 진정하게 성립된 문서를 형식적 증거력이 있다고 한다. 판결서는 공문서로서 진정성립이 추정되므로 판결서의 형식적 증거력은 상대방이 반증으로 다투지 않는 한 문제되지 않는다.

#### (2) 실질적 증거력

##### 1) 처분문서 여부

판결서는 판결이 있었다는 사실을 증명하는 한도에서는 처분문서이다. 그러나 해제를 그 판결서에 의해 행한 것은 아니므로 이 처분문서로서의 성격으로는 계약해제의 사실을 증명할 수는 없다.

##### 2) 보고문서-계약해제사실

판결서에서 판단한 사실관계와 관련하여서는 ① 대법원 전원합의체 판결의 다수의견은, 그 판시 내용대로의 사실이 있었는가를 증명하는 한도에서 보고문서성도 있어 자유심증으로 판결서를 사실인정의 자료로 삼을 수 있다고 하여 보고문서성을 인정했으나, ② 소수의견은 판결이 인정한 사실을 입증하기 위한 실질적 증거력은 없다고 한다. 다만 判例는, 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 유력한 증거가 될 수 있으나, 법원이 다른 증거들을 종합하여 그 확정판결에서 인정된 사실과 다른 사실을 인정하는 것 또한 그와 같은 사실인정이 자유심증주의의 한계를 벗

어나지 아니하고 그 이유설시에 합리성이 인정되는 한 법률상 허용된다고 한다.

### 보고문서의 실질적 증거력

처분문서와 달리 진정성립이 인정되어도 법관의 자유심증으로 실질적 증거력 유무를 판단한다. 다만, 判例는 보고 문서인 공문서의 경우 그 기재사항을 진실이라고 추정하는 경우가 많다. 등기부에 기재된 권리상태가 진실하고 등기 원인과 절차가 정당한 것이라는 추정, 토지대장, 임야대장의 소유권자등재는 소유권 귀속을 추정, 민·형사판결에서 확정된 사실은 특단의 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되므로 합리적 이유의 설시 없이 배척할 수 없다고 한다

### 3. 소결

판결서는 법원의 단순한 의견이 아니라 대부분 요증사실을 증명하는 증거자료를 근거로 하여 신중히 사실판단을 한 것이므로 보고문서적 성격을 가진다고 봄이 타당하다. 따라서 다른 사건에서도 그 확정판결서를 유력한 증거로 이용할 수 있는 것이다. 따라서 원고의 주장을 인정할 수 있다.

## V. 대리인에 의한 날인의 증명책임

### 1. 문제점

甲이 제시한 문서에는 명의인 乙인데, 명의인 乙이 아닌 제3자 A가 날인한 사실에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없다면 1단계 추정은 복멸되는데, 이때 제358조의 추정이 성립하려면 그 전제사실인 날인의 진정이 인정되어야 한다. 즉 '乙의 대리인 A에 의한 날인 사실'이 인정되어야 하는데 이에 대한 증명책임이 문제된다.

### 2. 판례의 입장<sup>6)</sup>

판례는 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상추정이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 진정성립 즉 날인행위가 작성명의인에 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다고<sup>7)</sup> 판시하고 있고, 나아가 문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 사실상 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 사실상 추정은 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 입증할 책임이 있다고 한다.

### 3. 소결

제358조의 추정이 성립하기 위하여서는 날인자인 A가 乙의 대리인이라는 점은 서증제출자인 甲이 증명하여야 한다.

6) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다41324 판결: 문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 사실상 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 사실상 추정은 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 입증할 책임이 있다.

7) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96재다462 판결: [1] 사문서에 날인된 작성 명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임이 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 그와 같은 추정은 그 날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀지거나 작성 명의인의 의사에 반하여 혹은 작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어진다. [2] 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상의 추정이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게할 수 있는 사정을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다. [3] 종전 대법원판결( 대법원 1987. 12. 22. 선고 87다카707 판결)은 "문서에 찍혀진 작성 명의인의 인영이 그 인장에 의하여 현출된 인영임이 밝혀진 경우에는 그 문서가 작성 명의인의 자격을 모용하여 작성한 것이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 입증하여야 한다."는 것으로, 인영의 진정성립을 다투는 자는 반증을 들어 그 진정성립의 추정을 깨뜨릴 수 있는 사정 등을 적극적으로 입증하여야 한다는 취지이고, 재심대상 판결은 그와 같은 경우에 "반증을 들어 그 진정성립에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 하면 진정성립의 추정은 깨어진다."는 원칙을 판시한 것으로, 두 개의 판결은 모두 대법원이 종전부터 취하고 있는 견해와 모순된다고 보기는 어렵다고 할 것이므로 상호 배치되는 판결이라고 할 수 없다.



## VI. 단순히 부지의 경우 법원의 조치

### 1. 단순부지의 문제점

#### (1) 민사소송규칙 제116조의 의미

문서의 진정성립을 부인하는 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀야만 이에 대한 심리가 효율적으로 이루어 질 수 있는데, 특별한 이유도 없이 상대방이 제출한 문서에 대하여 일단 부인하고 보자는 식의 무책임한 답변으로 인하여 집중심리가 방해되어 왔다. 이에 민사소송규칙 제116조는<sup>8)</sup> 문서의 진정성립을 부인하는 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀야 한다는 규정하고 있다.

#### (2) 단순부지의 경우 이유 실시 여부

문제는 문서의 진위에 대한 자기문서에 대하여 부지한다고 한 경우에도 이유를 실시하여야 하는지 쟁점이다.

### 2. 규칙 제116조 위반에 대한 처리

#### (1) 학설의 대립

① 자백간주 규정을 적용하여 진정성립에 대해 자백간주로 처리해야 한다는 자백간주설과 ② 법원이 석명권을 행사하여 진정성립에 대해 구체적으로 밝혀내야 한다는 석명권행사설이 대립한다.

#### (2) 판례의 태도

판례는 서증들이 원고명의로 작성되고 무인이 압날되어 있는 것이라면 작성명의자인 원고가 부지라고 답변하는 것만으로 그 증거능력을 배척할 것이 아니라, 위 문서들의 서명이 원고 자신의 것인지 또는 그 명하의 무인이 진정한 것인지의 여부를 석명하여야 할 것이고 만일 그 서명이나 인영까지 부인하는 취지라면 상대방에게 입증을 촉구할 것이라고 한다.

### 3. 결론

판례에 따라 제150조 2항의 규정을 보더라도 부지의 진술을 자백간주로 처리하는 것은 무리가 있으므로 우선 석명권행사하며, 법원은 그에 대한 석명을 통해 인영까지 부인하는 취지(이는 반증이고, 이때 제출자가 인영의 진정을 입증해야)인지 아니면 인영은 인정하나 다른 사람이 인장을 도용해 날인(이 주장은 법관에 확신을 주어야 추정이 복멸된다)하였다는 취지의 항변을 하는 것인지 구체적인 답변을 이끌어 내야 할 것이다.

8) 제116조(문서의 진정성립을 부인하는 이유의 명시) 문서의 진정성립을 부인하는 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀야 한다.

## ■ 일응의 추정과 간접반증

### 1. 일응의 추정

#### (1) 개념

일응의 추정이란 사실상 추정의 하나로, 고도의 개연성이 있는 경험칙을 이용하여 간접사실로부터 주요사실을 추정하는 경우를 말하며, 추정된 사실은 거의 증명된 것이나 마찬가지로 보기 때문에 표현증명이라 한다.

#### (2) 각각의 추정과 차이

통상의 사실상의 추정과 같이 사건의 경위에 대한 상세한 입증이 더 이상 필요 없게 되는 점에서 입증책임을 경감시키는 기능을 한다. 그러나 증명책임이 상대방에게 전환되지는 않고 추정일 뿐 간주는 아니므로 반증으로 번복이 가능하다.

개념	추정 방식	반복 · 복멸
법률상 추정	법률	반대사실(본증)
일응의 추정 ★★★	고도의 경험법칙 정형적 사상경과	간접반증
사실상 추정	경험법칙	반증

### 2. 일응의 추정의 복멸방법-간접반증

#### (1) 개념

간접반증이란 주요사실에 대하여 일응의 추정이 생긴 경우에 그 추정의 전제되는 간접사실과 양립되는 별개의 간접사실을 증명하여 일응의 추정을 방해하기 위한 증명활동을 말한다. 즉, 특단의 사정의 입증을 간접반증이라고 한다. 이에 대해 전제사실을 직접 부정하기 위한 증명활동이 직접반증이다.

#### (2) 본증과 반증

법관으로 하여금 그 간접사실에 대해 확신이 가게 증명하지 않으면 안 된다. 따라서 주요사실에 대하여는 반증, 간접사실에 대하여는 본증이 된다.

### 3. 민사소송에서 적용

#### (1) 정형적 사상경과=표현증명된 경우

##### 1) 개념

사건의 경위에 대한 상세한 입증이 더 이상 필요 없게되므로 피해자가 증명책임을 지는 불법행위에 있어서 인과관계와 과실의 인정의 경우에 적용된다. 자동차가 인도에 진입해 인명사고 내거나 중앙선 침범해 충돌사고 낸 경우, 의사가 매스를 배속에 남겨 둔 경우, 건물이 신축 후 곧 붕괴된 경우 인과관계와 과실이 있다고 추정되는 등 정형적인 사상경과의 경우이다.

##### 2) 증명방법

가해자가 중앙선을 침범하여 피해자에게 손해를 입힌 경우에, 원래 운행과실은 피해자가 입증하여야 하지만, ① 피해자가 가해자의 중앙선 침범을 주장하면 일응의 추정에 의해 운행과실이 인정된다. 이때 중앙선침범에 과실이 없었음은 가해자가 입증해야 하고, ② 다른 차량이 갑자기 끼어들어 중앙선을 침범하였다는 사실을 입증하면 간접반증이 되어 일응의 추정이 깨어진다. 이 간접반증은 운행과실에 대해서는 반증이 되고, 중앙선침범의 과실에 대해서는 본증이 된다.

##### (2) 현대형 민사소송

의료소송이나 공해소송 등에서 피해자를 보호하기 위한 이론으로 쓰인다.

원고가 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고(즉 의사에게 무과실의 증명책임까지 지우지는 않는다. 그러나 참고로 의사는 설명의무에 대한 증명책임은 진다.) 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한다면 인과관계가 추정된다. 이때 의사측이 결과가 의료상 과실이 아닌 전혀 다른 원인으로 말미암은 것임을 입증해야 추정이 깨어진다.

공해소송은 일부 환경관련법으로 보완되는 부분이 있으나 여전히 그 논의는 실익이 있다.

### III. 심화정리 문제

#### 문제 1.

甲에게 5,000만 원을 빌려준 丙은 甲을 상대로 대여금반환을 청구하는 소를 제기하였다. 丙이 소장에 갑제1호증으로 첨부한 차용약정서에는, 「甲은 丙으로부터 5,000만원을 차용한다.」는 내용과 문서 하단에 날짜와 甲의 이름이 기재되어 있었으며, 이러한 내용은 프린터에 의해 인쇄되어 있었고, 甲의 이름 밑에 甲 명의로 된 도장이 찍혀 있었다.

갑제1호증에 대한 서증인증절차에서 甲은 “차용약정서에 찍힌 인영은 나의 도장에 의한 것이지만, 그 날인은 도용 또는 위조된 것이다.”고 주장하였다. 이에 대하여 丙은 甲의 도용 또는 위조 사실을 다투고 있다. 甲의 반증제출로 말미암아 서증의 진정성립이 깨어질 것을 우려한 丙은 변론기일에, “甲이 자신의 대리인 D를 보내니 甲의 도장을 가지고 와서 도장을 찍었다.”고 주장하였다. 이에 대하여 甲은 다시 또 “대리인 D를 보낸 적이 없다”고 주장하였다. 법원이 가입계약서를 증거로 사용 여부를 근거를 들어 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

일응으로 추정된 작성사실이 제3자의 D에 의한 날인으로 재판상 자백이 인정되어 2단의 추정이 깨어진 것인지 묻고 있다. 추정이 깨지는 경우 甲 명의를 날인한 D에게 날인 권한이 있는가에 대하여 입증책임 여부를 검토하여 증거로 사용할 수 있는지 검토할 수 있다.

#### 2. 재판상 자백과 추정의 복멸

##### (1) 일응의 추정이론

인영의 진위여부에 대하여 당사자가 동일성을 인정하면 일응 추정되고, 2단의 추정으로 형식적 진정성립이 인정되고 간접반증으로 복멸하지 않는 한 원칙적으로 복멸되지 아니한다. 날인의 진정성이 인정되더라도 날인 당시 작성명의인이 아닌 제3자가 날인한 도용사실이 밝혀지면 2단의 추정은 성립하지 아니한다.

##### (2) 서증에서 재판상 자백의 성립

###### 1) 보조사실에서 재판상 자백

서증의 진정성립여부는 보조사실이지만 판례는 이를 주요사실과 동일하게 취급한다. 통설과 판례는 문서의 진정성립에 관한 보조사실에 대해서도 재판상 자백 법리를 적용할 수 있다고 보는 입장이다. 따라서 상대방이 주장한 주요사실이나, 서증의 보조사실은 재판상 자백이 성립하므로 일응의 추정이 인정된다하더라도 그 추정은 복멸된다.

###### 2) 도용여부에 대한 재판상 자백

甲이 인영의 동일성 인정으로 인한 형식적 진정성립에 대한 사실에 대하여 丙이 D가 날인하였다고 인정하고 甲도 제3자의 행위를 주장하므로 재판상 자백이 성립하여 법원은 이를 판결의 기초로 삼아야 한다. 도용사실은 재판상 자백이 성립하여 이단의 추정은 복멸되었다.

##### (3) 사안의 경우

甲과 丙이 작성명의인 甲이 아니라 제3자 D가 작성하였다는 점을 인정하여 재판상 자백이 성립되었으므로, 추정의 전제사실이 성립되지 않아 진정성립이 추정되지 않는다.

#### 3. 대리권존부에 대한 입증책임

##### (1) 일응의 추정의 복멸

甲의 대리인 D의 날인 사실을 인정하고 있으므로, 결과적으로 날인이 제3자인 대리인D에 의하여 이루어졌다는 사실에 대하여 정당한 대리권이 존재하는 지에 대한 입증책임이 문제된다.

##### (2) 대리인으로 지목된 자의 대리권 존부 여부에 대한 증명책임

제3자에 의한 날인 사실이 밝혀져 문서의 진정성립에 관한 추정이 깨어지면, 증명책임은 원칙으로 되돌아와 문서제출자가 부담한다. 그 결과 문서제출자는 문서를 작성한 자가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 기하여 작성명의인의 인장을 날인하였다는 사실을 증명하여야 한다.

##### (3) 사안의 경우

차용약정서는 D가 甲의 인장을 사용하여 작성한 사실이 재판상자백에 의하여 밝혀졌으므로 문서의 진정성립은 추

정되지 않고, D에게 작성권한이 있다는 사실을 문서제출자인 丙이 증명하여야 한다.

#### 4. 결론

법원으로서 甲이 D의 대리권 존재를 증명하여 D의 대리권 존재에 대해 심증을 형성하면 차용약정서를 증거로 사용할 수 있을 것이고, 甲이 D의 대리권 존재를 증명하지 못하면 법원은 위 차용약정서를 증거로 사용할 수 없을 것이다.

## 문제 2.

甲은 아들 A(사고 당시 약 4세 5개월)와 함께 길을 가다가 운전자의 乙의 사고로 모두 생명이 위독한 상태의 사고를 당하였다. 사건 사고 후 얼마 지나지 않아 당시 甲은 아들 A가 사망하여 乙을 상대로 A에 대한 손해배상청구소송을 제기하였다. 제1심법원은 사망한 망아의 일실수입을 산정하면서 망아가 성인이 된 후 21개월의 군 복무를 마친 2031. 12. 7.부터 만 65세가 되는 2077. 3. 6.까지 도시일용노동에 종사할 수 있다고 인정하고 손해를 산정하여 원고의 청구를 인용하였다. 이에 乙이 항소하면서 원고가 구체적으로 주장한 바가 없는 가동연한을 60세로 65세로 법원이 직권으로 인정한 것은 부당하면서 항소하였다. 적절한 항소인지를 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

변론주의 원칙상 손해의 증명과 관련된 가동연한이 당사자의 주장이 필요한지, 현저한 사실인지 아니면 경험칙으로 법원이 직권으로 판단이 가능한지 문제된다.

### 2. 가동연한에 자유심증 여부

#### (1) 변론주의와 자유심증주의

당사자주의의 중요한 원리로서 변론주의는 법원은 당사자가 주장한 사실과 증명에 구속됨을 뜻한다. 법원이 변론주의 위반하여 청구의 당부를 판단하는 것은 위법한 판결로서 상소의 이유가 될 수 있다. 또한 증명이 없는 한 법원은 판단할 수 없으나 불요증사실이나 경험법칙이 자유심증주의에 위반되지 않을 수 있다.

#### (2) 현저한 사실과 경험법칙의 증명책임

불요증 사실로서 현저한 사실은 경험칙과 마찬가지로 증명책임이 면제되며 법원은 자유심증주의에 위반되지 아니하고 사실관계를 인정할 수 있다. 따라서 65세의 가동연한이 현저한 사실이든 경험법칙이든 법원이 직권으로 이를 판단하는 것은 일응 변론주의에 위반되지 아니한다.

#### (3) 65세의 직권판단의 당부

증거조사와 변론의 취지로 사실관계를 확정하는 대신에 생명침해로 인한 손해배상청구소송에서 법원이 가동연한에 대한 판단은 직권으로 가능하며, 65세로 최근 전원합의체에 의하여 인정된 바 있으므로 이에 대한 판단은 타당하다.

### 3. 당사자의 주장책임의 인정 여부

#### (1) 문제점

가동연한이 주장책임이 면제되는지 문제된다. 현저한 사실이 이라면 주장책임이 면제되제 아니하므로 위법한 판결이며, 경험칙인 경우 주장이 없으므로 법원은 직권으로 판단이 가능하다.

#### (2) 판례의 태도<sup>9)</sup>

다수의견은 육체노동의 가동연한을 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변화하였기 때문에 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하고 판단하여 경험칙으로 인정한다.

#### (3) 사안의 경우

판례에 의하는 경우 경험칙에 해당하여 당사자의 주장이 없어도 법원은 이를 직권으로 고려할 수 있다.

9) 대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결: 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체 판결(이하 '종전 전원합의체 판결'이라 한다)에서 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람(이하 '육체노동'이라 한다)의 가동연한을 경험칙상 만 55세라고 본 기존 견해를 폐기하였다. 그 후부터 현재에 이르기까지 육체노동의 가동연한을 경험칙상 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하여 왔다. 그런데 우리나라의 사회적·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상·발전하고 법제도가 정비·개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변화하였기 때문에 위와 같은 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다. 원심이 피해자의 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정할 때에, 경험적 사실들을 조사하여 그로부터 경험칙상 추정되는 육체노동의 가동연한을 도출하거나 피해자의 가동연한을 위 경험칙상 가동연한과 달리 인정할 만한 특별한 구체적 사정이 있는지를 심리하여 그 가동연한을 정하여야 함에도, 그에 이르지 아니한 채 막연히 종래 경험칙에 따라 피해자의 가동연한을 만 60세로 인정하였고, 이러한 원심판단에 가동연한에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 이유로, 원심판결 중 일실수입에 관한 일부 원고들의 패소 부분을 파기환송한 사례

#### 4. 결론

가동연한은 경험칙으로 당사자의 주장이 없어도 법원이 직권으로 고려할 수 있으므로 65세까지의 일일이익을 자유 심증주의에 위반됨이 없이 사실관계를 인정하여 손해산정을 한 것은 적절하고 항소는 기각될 것이다.

### - 참고 문제 -

甲은 乙이 운전하던 A회사의 택시를 타고 가던 중, 乙이 丙이 운전하던 자동차와 추돌하는 바람에 중상을 입고 병원에 입원하여 치료를 받고 있다. 이 사고에 대한 乙의 과실은 40%, 丙의 과실은 60%로 확정되었다. 甲은 乙을 상대로 불법행위를 이유로 치료비 1,500만 원, 일실수익 3,000만 원, 위자료 1,500만 원 합계 6,000만 원의 손해배상청구소송을 제기하였다. 甲은 소송에서 乙이 앞차를 보고 제동을 하였으나 과속으로 달린 탓으로 택시가 정차하지 않고 밀리면서 앞차를 들이받았다고 주장하였고, 乙은 과속한 사실이 없다고 주장하였다. 법원은 甲과 乙 사이에 쟁점이 된 과속 여부에 대하여는 판단하지 않은 채, 乙이 전방주시의무를 태만히 하다가 뒤늦게 제동하는 바람에 사고가 발생한 것이므로 乙에게 손해배상책임이 있다고 판단하였다. 법원의 위 판단은 적법한지 설명하시오. (자동차손해배상보장법은 고려하지 말 것)

#### 1. 문제의 소재

과속한 사실, 전방주시의무를 태만히 한 사실이 과실로서 주요사실인지 간접사실인지 변론주의와 관련하여 법원이 전방주시의무 태만을 당사자의 주장 없이 고려할 수 있는지 여부가 문제된다.

#### 2. 변론주의의 적용

##### (1) 변론주의와 직권주의

사실의 주장책임, 자백의 구속력, 증명책임 등이 변론주의 주요내용이다. 사실관계 인정단계에서 당사자주의에 입각하여 법원을 구속하게 된다. 따라서 변론주의는 직권주의의 다른 영역을 지배한다.

##### (2) 사실의 주장책임

사실의 주장책임으로서 변론주의가 인정된다. 여기서 사실은 요건사실에 해당하는 주요사실을 말하고, 요건사실에 해당하는 주요사실은 법규기준설에 따른다는 것이 통설과 판례이다. 당사자가 주장한 주요사실에 대하여 법원을 다른 판단을 할 수 없고 위법한 판단으로 취급되는 문제가 발생할 수 있다.

##### (3) 사안에서 주요사실

불법행위를 기준으로 한 손해배상청구소송에서 주요사실은 원칙적으로 고의과실의 위법행위로 손해와 인과관계가 있어야 하며 원고는 이에 대한 주장책임과 피고의 대응에 대하여 자백의 구속력 생기지 아니하는 한 증명책임을 진다.

#### 3. 과실의 주요사실 범위

##### (1) 문제점

과실이 주요사실에 해당하는지 여부에 따라 법원의 판단범위가 달라질 수 있으며 이 부분에 대한 논의가 계속되어져 왔다.

##### (2) 학설의 대립

###### 1) 법규기준설(통설판해)

주요사실은 권리의 발생, 변경, 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 법규요건사실을 말함. 과실, 정당한 사유, 선량한 풍속위반, 인과관계 등 일반조항 내지 불특정조항도 주요사실이라는 견해이다.

###### 2) 제2설

변론주의의 근거를 사적자치에서 구하는 입장에서, 고도의 공익적 판단을 근거로 하는 선량한 풍속 그 밖의 사회질



서 위반은 주요사실의 주장이 없는 경우에도 법률효과의 발생을 부정할 수 있고, 자백의 효력도 배제할 수 있으며, 필요한 경우에는 직권증거조사도 할 수 있지만, 과실 등 그 외의 일반조항은 관념적 존재인 법적 평가나 권리로서 직접 이를 인식할 수 없어 증거가 불가능하므로 이를 요건사실로 보고 그와 같은 평가에 이르게 된 구체적 사실을 주요사실로 보아야 한다는 견해가 있다

### 3) 제3설인 준주요사실설

일반조항은 법적 평가가 필요한 요건사실일 뿐 주요사실이 아니고, 요건사실을 구성하는 개개의 구체적 사실을 주요사실에 준하는 준주요사실로 보아 변론주의를 적용하여야 한다는 견해이다.

### 4) 제4설

변론주의는 사실에만 관계된 것이고, 법적 평가와는 관계가 없으므로 과실이 요건사실이라고 하더라도 법적 평가이기 때문에 과실에 해당하는 구체적인 사실, 예컨대 음주운전·과속운전 등이 주요사실이라는 견해이다.

### (3) 판례의 태도

판례의 입장은 법규기준설에 따라 판단한다. 이같이 과실, 정당한 사유, 선량한 풍속위반, 인과관계 등 일반조항 내지 불특정조항도 주요사실이라는 견해인 법규기준설과 같다.<sup>10)</sup>

## 4. 결론<sup>11)</sup>

판례의 입장인 제1설의 법규기준설에 의하면 적법하다. 제2, 3, 4설에 따르면 부적법하다.

10) 대법원 1983.12.13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결: 가. 당사자가 변론에서 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기서 주요 사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실을 말한다. 나. 유권대리에 있어서는 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 법률효과가 발생하는 반면 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 다르다고 볼 수 밖에 없으니 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다.

11) 각 학설의 견해와 논리적으로 일관되면 배점 가능