



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

權利不發生抗辯에 관한 研究

2019년 2월

서울대학교 대학원
법학과 민사소송법 전공
정찬우

權利不發生抗辯에 관한 研究

지도교수 오 정 후

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2018년 10월

서울대학교 대학원
법학과 민사소송법 전공
정 찬 우

정찬우의 박사 학위논문을 인준함

2018년 12월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

입증책임분배에 관한 규범설의 입장에 선다면 권리불발생항변은 반드시 규명해야 하는 개념이다.

권리불발생항변의 개념을 규명하기 위하여 먼저 Rosenberg의 견해를 검토하였다. 검토한 결과 Rosenberg의 견해는 법률명제의 구성부분으로서의 법률효과라는 개념과 권리와 의무의 변동으로서의 법률효과라는 개념을 구분하지 못함으로써 ‘법률효과’를 통하여 권리불발생규정을 구분하려 하였고, 나아가 원칙/예외라고 하는 모호한 기준을 통하여 권리발생규정과 권리불발생규정을 구분하려 하였다는 문제가 있음이 밝혀졌다. 반면 Leipold는 권리발생규정과 권리불발생규정은 실체법적 법률효과를 통해서 구분되지 않고 오직 입증책임분배를 위해서만 의미가 있음을 밝혀내었고, 나아가 진위불명의 극복을 위하여 마련된 입증책임규범의 목적에 주목하도록 함으로써 입증책임규범의 실질적인 근거라는 새로운 사고를 할 수 있도록 하였다. 그러나 입증책임규범과 실체법규범이 분리됨으로써 규범설에서 이탈하려는 이론적 움직임이 발생하였고 그로 인하여 확고하고 안정적인 입증책임분배를 하는 것이 곤란하게 되었다. 이에 대하여 Prütting은 진위불명의 경우에도 어떤 재판을 하도록 의제하여야 함은 분명하고 이러한 의제는 단순한 ‘작동원리’에 불과하므로 규범의 지위를 가질 수 없다고 주장하면서 입증책임규범 개념의 폐기를 주장하였다. 나아가 보조적 규범에 불과한 입증책임규범이 실제로 진위불명으로 인한 불이익분배, 즉 입증책임분배까지 결정하는 것은 입증책임규범에 과도한 지위를 부여하는 것이라고 비판하였다. 결국 진위불명으로 인한 불이익분배는 실체법의 계층적 구조를 통하여 해결하여야 한다고 주장하였다. 그러나 이러한 실체법의 계층적 구조라는 관념은 앞서 본 Rosenberg의 원칙/예외라는 관계가 다시 부활한 것이라고 볼 수밖에 없으므로, 모호하다는 비판을 피할 수 없다. 반면 Musielak은 진위불명을 위한 입증책임규범이 반드시 필요하다고 주장하되 입증책임규범은 부정

적 의제를 하는 기본규정과 긍정적 의제를 하는 특별규정이 있으며, 나아가 특정한 입증책임분배의 실질적 근거가 있는 경우 권리발생표지의 모순적 반대가 권리불발생표지로 전환될 수 있음을 밝혀내었다. Musielak은 명시적 입증책임규정 외에 묵시적 입증책임 특별규정이 해석상 존재한다고 주장함으로써 논의를 번잡하게 만들기는 하였으나 입증책임 특별규정과 권리불발생표지를 명확히 구분하였다는 점에서 가장 발전된 형태의 이론구성을 제시하였다.

이러한 이론적 고찰을 토대로 내린 지금까지 내린 결론은 다음과 같다. 권리불발생항변은 그 규범적 형태에 따라 3가지로 구분된다.

첫째, Rosenberg가 말한 권리불발생규정의 첫 번째 종류로서, 독자적인 실체법 조문에 근거한 권리불발생항변이다. 민법 제103조에 근거한 권리불발생항변을 대표적인 예로 들 수 있다. 이러한 종류의 권리불발생규정은 독자적인 법률효과(즉 권리 및 의무의 발생 또는 소멸)를 가진 것처럼 오해를 불러일으키지만, 민법 제103조의 법률요건표지가 실현되면 그 법률행위는 처음부터 아무런 효력을 발휘하지 못한다는 점에서 Leonhard가 말한 의미의 법률효과는 갖지 못한다. 다만 법명제의 구성요소로서의 법률효과만을 가진다. 이러한 형태의 권리불발생항변은 쉽게 식별이 가능하므로 별 문제가 되지 않는다.

둘째, 입증책임 특별규정에 근거한 권리불발생항변이다. 입증책임에 관한 기본규정은 어떤 법률요건표지가 진위불명상태라면 그 사실은 존재하지 않은 것으로 의제하는 것이다. 그러나 특별한 실질적 근거에 의하여 입증책임에 관한 특별규정이 존재하는데, 우리 민법은 명시적 입증책임특별규정은 존재하지 않고 다만 추정 및 유사추정(잠정적 진실)의 조문만을 두고 있다. 이러한 특별규정이 존재할 경우 권리불발생항변이 인정된다.

마지막으로 증명주제 변경을 통한 권리불발생표지에 근거한 권리불발생항변이다. 이러한 증명주제 변경을 통한 권리불발생표지는 다시 2가지로 구분된다. 하나는 법률의 문구에 의하여 본문/단서, 원칙/예외의 형태로 권리불발생표지가 특정되어 있는 경우이고, 다른 하나는 법률해석에 의

한 증명주제변경을 통하여 권리불발생표지가 만들어진 경우이다.

주요어 : 입증책임, 입증책임분배, 규범설, 권리불발생항변, 입증책임
규정, 입증책임규범, 권리불발생규정, 권리불발생사실

학 번 : 2014-30437

목 차

제1장 서론	1
제2장 용어의 정리	5
제1절 권리근거규정/권리규정사실	5
제2절 권리장애항변/권리불발생항변	5
제3절 규정·규범/사실/항변	6
제4절 입증책임규범/입증책임규정	7
제5절 입증책임과 증명책임	9
제6절 법률요건표지/법률요건요소/법률요건사실/요건사실	10
제3장 권리불발생항변에 관한 견해들의 소개와 검토	20
제1절 권리불발생규정에 관한 Rosenberg의 견해(규범설)	20
1. Rosenberg의 규범설에 대한 소개	20
2. 규범설의 입장에서 본 권리불발생규정과 권리발생규정의 구분	25
가. Rosenberg가 주장한 첫번째 종류의 권리불발생규정	25
나. Rosenberg가 주장한 두번째 종류의 권리불발생규정	27
다. 검토	30
3. 소결	47
제2절 권리불발생규정에 관한 Leipold의 견해	48
1. Leipold의 주장 전반에 관한 소개	48
2. Leipold 이론에 대한 검토	55
제3절 권리불발생규정에 관한 Prütting의 견해	60
1. Prütting의 견해에 대한 전반적인 소개	60
2. Prütting의 견해에 대한 검토	70
제4절 권리불발생규정에 관한 Musielak의 견해	72
1. Musielak의 견해에 대한 전반적인 소개	72
2. Musielak의 견해에 대한 검토	88
제5절 소결	89

제 4 장 권리불발생항변에 관한 검토	90
제1절 검토결과 및 주장제시	90
1. 입증책임분배와 진위불명	90
2. 진위불명 극복을 위한 입증책임규범	91
3. 증명주제변경에 따른 변화 - 朝三暮四?	94
4. Rosenberg의 두번째 종류의 권리불발생항변의 2가지 유형	97
제2절 소송법 또는 증거법적 접근방법에 의한 권리불발생항변의 구성요소	97
1. 법률요건표지의 시간적 선행 또는 동시성- 시간적 요소[공통요소]	98
2. Rosenberg가 말한 첫 번째 유형의 권리불발생항변의 구성요소	98
3. Rosenberg가 말한 두 번째 종류의 권리불발생항변의 구성요소	99
가. 권리불발생표지의 형식적 근거-‘특별한 입증책임규정’ 또는 ‘증명 주제의변경’	99
나. 입증책임분배의 실질적 근거	99
제3절 권리불발생항변과 구별되어야 하는 개념들	113
1. 서론	113
2. 입증책임의 전환	113
3. 간접반증	115
4. 평가장애사실에 관한 주장	117
5. 검토결과	128
제4절 소결	128
제5장 구체적인 사건들에서 권리불발생항변 검토	131
제1절 서론	131
제2절 가장 간단한 권리불발생항변들	131
1. 교과서에 제시된 권리불발생항변들	131
2. 민법 제103조에 관한 검토	132
3. 일시사용을 위한 임대차	138
4. 민법 제428조의 2	139
5. 몇가지 강행법규들	140

제3절 법조문의 일부 법률요건표지에 관한 권리불발생항변에 관하여	143
1. 민법 제108조 제2항 선의의 제3자	143
2. 민법 제449조 제2항 채권양도금지특약	155
3. 준소비대차에서 구 채무의 존재	159
4. 상호속용	165
제4절 법률에 명문규정이 없는 경우	166
1. 배타적 사용수익권 포기 주장	166
2. 변제의 견련성에 대한 주장	169
3. 침해부당이득반환청구에서 정당한 권원이 있다고 하는 주장 ..	176
4. 전단적 대표행위의 효력	182
5. 임대차계약 무단양도 또는 무단전대에서 ‘배신행위로 볼 수 없는 사정’이 있다고 하는 주장	190
6. 채권자대위권에서 채무자의 권리불행사	197
제5절 소결	206
제6장 결론	206
참고문헌	209
Abstract	215

[약어표]

아래의 책들은 이 글 안에서 인용빈도수가 높기 때문에 편의를 위하여 아래와 같이 축약하여 기재한다(알파벳 순서임).

Leipold: Dieter Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin, 1966

Leonhard : Franz Leonhard, Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin, 1926

Musielak : Hans-Joachim Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin · New York, 1975

Prütting : Hanns Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München, 1983

Rosenberg: Leo Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., München, 1965

오석락 : 오석락, 입증책임론[신판], 박영사, 2002년

제1장 서론

민사소송에서 입증책임의 분배는 중요하다. 민사소송에서 입증책임분배의 중요성을 강조하기 위하여 ‘입증책임의 분배에 관한 理論(Lehre von Beweislastverteilung)’이 민사소송의 등뼈(Rückgrat)’라는 법격언은 자주 인용된다.¹⁾ 이러한 입증책임분배의 중요성에 비추어 보면, 입증책임분배에 관한 어려운 문제를 마주칠 경우 합리적으로 해결할 수 있는 능력은 법실무가로서는 반드시 필요한 자질이다. 이러한 능력을 갖추기 위해서는 입증책임분배에 관한 학문적·이론적 연구를 하는 것이 필요하다.

민사소송법 교과서에 의하면, 입증책임의 분배는 비교적 간단하다. 한 민사소송법 교과서의 서술은 다음과 같다.²⁾

현재는 증명책임의 분배를 법규의 구조에서 찾아야 한다는 법률요건 분류설 또는 규범설이 통설·판례이다. (중략) 이러한 법률요건분류설에 의하면 권리의 존재를 주장하는 사람은 자기에게 유리한 권리발생 규정³⁾의 요건사실에 대하여 입증책임을 지고, 권리의 존재를 다투는 상대방은 자기에게 유리한 반대규정의 요건사실에 대하여 입증책임을 지는데, 반대규정에는 권리불발생⁴⁾규정, 권리멸각규정, 권리저지규정의 3가지 종류가 있다. (중략) 권리발생규정과 권리소멸·저지규정과의 구별은 어렵지 않지만 권리발생규정과 권리불발생규정의 구별이 애매하여 문제가 있는데, 권리발생규정과 권리불발생규정의 관계는 원칙규정과 예외규정의 관계이다. (중략) 권리를 주장하는 자가 원고이고, 이를 다투는 자가 피고임이 보통이므로 원고가 권리발생사실, 즉 청구원인사실에 대해, 피고가 권리의 불발생·소멸·저지사실 즉 항변사실에 대하여 증명책임을 지게 되는 것이 통례이다. (중략) 입법자가 법규의 구성배열을 할 때에 공평의 원칙 등을 고려하여 발생규정, 불

1) 위 문구를 인용한 대표적인 예로 Rosenberg S. 61

2) 이시윤, 신민사소송법 제12판(2018년), 박영사, 545면 이하

발생규정, 소멸규정 등 3가지와 본문과 단서를 갈라놓은 것도 사실이므로 법률요건분류설을 근본적으로 버릴 것이 아니라 이를 원칙으로 하되 그 타당성이 현저히 결여되었다고 보일 때나 요증사실이 위 3가지 중 어디에 해당하는가 불명한 때에 이를 보충·수정하는 원리로 위험영역설이나 증거거리설을 받아들일 것이다(수정법률요건분류설).

이러한 교과서의 서술을 요약하면, 규범설의 입장은 법률문구에 따라 입증책임을 분배하되, 법률문구에 따라 입증책임분배를 할 경우 타당성이 결여되거나 법률문구만으로 입증책임분배의 문제가 명확하게 해결되지 않으면, 증거와의 거리 등의 원리에 의하여 이를 수정하면 된다는 것이다. 규범설의 입장을 취할 경우 자신에게 유리한 법률효과를 주장하는 당사자가 그 법률효과의 법률요건이 실현되었다는 점을 입증해야 한다고 결론이 도출되므로, 직관적으로 권리발생규정과 권리소멸, 저지규정을 구분할 수 있고, 그 결과 입증책임분배에 있어 확실하고 안정적인 기준을 제공받을 수 있다. 그러나 규범설에 관한 이러한 교과서의 설명이 실제 민사소송에서 얼마나 도움이 되는지는 다소 의문이다.

먼저 위 교과서에서 말하는 ‘권리근거규정과 권리장애규정의 관계는 원칙규정과 예외규정의 관계이다’는 부분이 무엇을 의미하는 것인지 명확하지 않다. 법률의 문구가 본문과 단서의 형태를 취함으로써 원칙과 예외의 관계를 표현하는 경우를 의미한다고 볼 수 있다. 그러면 본문과 단서와 같이 입증책임분배에 관한 힌트를 주는 명확한 법률의 문구가 존

- 3) 원문에는 ‘권리근거규정’이라고 표현되어 있으나, 이 글의 일관성을 위하여 ‘권리 발생규정’이라고 고쳐 기재한다. 구체적인 용어의 문제는 다음 장을 참조. 위 인용문구 전체에서 ‘권리발생’이라는 용어는 모두 원문에는 ‘권리근거’라는 용어로 기재되어 있음도 미리 밝힌다.
- 4) 원문에는 ‘권리장애규정’이라고 표현되어 있으나, 이 글의 일관성을 위하여 ‘권리 불발생규정’이라고 고쳐 기재하였다. 구체적인 용어의 문제는 다음 장을 참조. 위 인용문구 전체에서 ‘권리불발생’이라는 용어는 모두 원문에는 ‘권리장애’라는 용어로 기재되어 있음도 미리 밝힌다.

재하지 않는 경우는 어떻게 해야 하는지, 나아가 입증책임분배가 법률의 문구와 다르게 또는 정반대로 이루어지는 경우는 어떻게 이해해야 하는 것인가에 대한 명확한 설명을 찾기 어렵다. 그 다음으로 법률의 문구에 따라 입증책임의 분배를 한 결과 타당성이 결여된 경우 증거와의 거리 등을 통하여 수정하면 된다고 하는데, 구체적으로 무엇을 어떻게 하라는 것인지 도무지 알 수가 없다. 타당성이 결여된 것은 무엇을 의미하는지, 언제 타당성이 결여되는 것인지, 타당성이 결여된 것인지는 누가 판단하는 것인지, 타당성이 결여된 경우 무슨 방법으로 다르게 판단하는 것인지, 다르게 판단하는 과정은 무엇인지 등등 명확한 지침을 찾기 어렵다.

이 연구는 규범설의 입장을 취하는 것을 전제로 하되 그에 따라 입증 책임을 분배하기 어려운 경우나 그 결과를 납득하기 어려운 경우를 조금이나마 해결하고 설명하면서 명확한 입증책임분배의 기준을 찾아보기 위한 시도이다. 그러나 입증 책임을 분배하기 어려운 경우나 그 결과를 납득하기 어려운 경우는 대부분 권리장애규정과 권리근거규정 사이에서 발생하므로, 결국 권리장애규정에 관하여 연구한다면 입증책임분배의 핵심적인 영역을 다루게 될 것이다. 나아가 어떤 규정이 권리장애규정과 권리근거규정인지 여부를 조금이나마 명확하게 구분할 수 있는 기준을 마련하는 것이 이 연구의 목적이다.

다만 왜 이 연구의 주제가 권리장애‘규정’이 아니라, 권리장애‘항변’인지는 잠시 언급하기로 한다. 권리장애‘규정’을 논의의 주제로 삼을 경우에는, 독립적인 규정이 존재하는 경우만을 다룰 것으로 오인할 여지가 있다. 그러나 실제 소송에서 권리장애항변으로서 제기되는 주장은, 독립적인 별도의 규정의 법률효과를 주장하는 것뿐만 아니라(가령 민법 제 103조에 따른 무효 주장), 하나의 법률요건표지(Tatbestandmerkmal)가 존재한다거나 흠결되어 있음(가령 선의/악의, 정당한 이유의 존재/부존재⁵⁾ 등등)을 지적하는 것일 경우도 있다. 따라서 이러한 소송상 주장을

5) 가령 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다49570 판결은, 주식회사 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유 없이 그 임기만료 전에 이를 해임한 때에는 그 이사는 회

온전하게 연구하기 위해서는 독립적인 규정에 근거한 주장뿐만 아니라, 개별적인 법률요건표지의 실현여부에 대한 주장도 논의에 포함시켜야 한다. 따라서 개별적인 법률요건표지의 실현 여부에 대한 주장도 논의에 포함시키기 위하여 가장 넓은 범위를 다룰 수 있는 권리장애‘항변’을 우리의 주제로 삼을 것이다.

이 글은 앞서 본 바(1면)와 같이 규범설을 전제로 삼는다. 다만 본격적인 논의에 들어가기 전에, 용어를 먼저 정리해 보기로 한다. 물론 논의의 진전에 어려움이 있을 정도로 입증책임분배에 관한 극심한 용어의 혼란이 있는 것은 아니지만, 약간의 혼란으로 인하여 논의의 진행에 방해받을 수 있으므로 먼저 정리를 해두고자 한다. 구체적인 용어정리는 다음 장에서 할 것이다.

사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있는데(상법 제385조 제1항 후문), 이러한 경우 ‘정당한 이유’의 존부에 관한 입증책임은 손해배상을 청구하는 이사가 부담한다고 설시한 바 있다. 이러한 설시에 의할 경우 해임에 정당한 이유가 있다고 주장하는 피고(회사)측의 주장은 부인이다.

반면, 근로기준법 제23조 제1항은 ‘사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다’고 규정하고 있는데, 이 경우 해고무효소송에서 사용자인 피고가 원고에 대하여 한 해고가 정당한 이유가 있었다고 주장하는 경우, 위 주장은 법원의 재판실무상 항변으로 취급된다(신모텔과 요건사실, 법원행정처, 2004년, 310면).

제2장 용어의 정리

제1절 권리근거규정/권리발생규정

권리근거규정은 권리의 근거가 되는 규정을 의미하고, 권리발생규정은 권리를 발생시키는 근거규정을 의미한다. 이러한 용어는 모두 독일의 ‘Rechtsbegründende Regelung’의 번역어이다. ‘Begründung’이라는 단어의 사전적 의미(설립, 창시, 기초두기, 논거 들기 등)에 비추어 보면, 위 용어를 권리근거규정이라고 번역하는 것이 타당할 수도 있다. 그러나 ‘Rechtsbegründende Regelung’과 ‘Rechtsvernichtende Regelung’을 대조해 보고, 여기에 ‘Rechtsvernichtende Tatsache’를 권리소멸사실이라고 번역하는 것이 오늘날 지배적인 점,⁶⁾ ‘발생’과 ‘소멸’이 상호 대립적이면서도 상호 관련성이 있음을 나타내기에 적합하다는 점 등을 더하여 보면, ‘권리발생규정’이라는 용어가 더 적절하다고 생각되므로, 아래에서는 권리발생규정이라는 용어를 쓰기로 한다. 마찬가지로의 이유로 아래에서는 권리근거사실 대신 권리발생사실이라는 용어를 사용한다.

제2절 권리장애항변/권리불발생항변

권리장애항변은 ‘권리의 발생에 장애사유가 존재한다’는 주장이고, 권리불발생항변은 ‘권리가 처음부터 발생하지 않았다’는 주장인데, 결국 위 두 단어 모두 ‘권리의 발생과정에 장애가 있어 그 결과 권리가 발생하지 않았다’는 주장을 의미하고, 다만 전자의 경우 과정인 ‘권리의 발생과정 안에 있는 장애사유의 존재’에 강조점을 두는 반면, 후자의 경우 ‘권리의 불발생’에 강조점을 둔다는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 위 두 단어는 모두 독일의 ‘Rechtshindernde Einrede’의 번역어에 해당된다. 실제로 대부분의 교과서들은 ‘권리장애항변’이라는 단어를 사용하고⁷⁾ 소수의 교과서

6) 과거에는 권리멸각(滅却)사실이라는 일본의 용어를 직역한 단어가 그대로 사용되었고(가령, 정동윤, 민사소송법[전정판], 법문사, 1990년, 451면), 이러한 용어는 앞서 본 인용문(1면)에서 본 바와 같이 현재에도 여전히 사용된다.

7) 이시윤, 같은 책, 390면, 544면, 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제6판, 법문사, 2017년, 452면, 송상현·박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014년, 325면

만이 ‘권리불발생항변’이라는 단어를 사용한다.⁸⁾ 그러나 대법원 1997. 3. 25. 선고 96다42130 판결은 ‘그 약정에 따른 채무가 불발생한다거나 소멸하였다는 주장은 피고의 항변사항에 속한다’라고 실시함으로써, 권리의 ‘불발생’이라는 단어를 사용하는 등 권리불발생이라는 용어도 어느 정도 사용된다고 볼 수 있다. 살피건대, Rechtshindernde Einrede를 권리장애항변이라고 번역할 경우 hindern이 방해한다는 의미를 갖기 때문에 정확한 번역이라고 볼 수도 있다. 그러나 권리연기항변(Rechtshemmende Einrede)은 권리저지항변이라고도 하는데, ‘저지’라는 단어와 ‘장애’라는 단어가 헛갈리기 때문에, 확실하게 의미를 전달하기 위해서는 권리불발생이라는 용어를 사용하는 것이 더 바람직하다. 또한 앞서 본(1면) 교과서의 서술에서 본 바와 같이 권리발생규정과 권리불발생규정을 구분하는 것에 어려움이 있는데, 권리발생규정과 권리불발생규정의 대립관계를 잘 드러내 보이기 위하여서라도 권리장애항변이라는 용어 대신에 권리불발생항변이라는 용어를 사용하는 것이 더 바람직하다. 따라서 이하에서는 권리장애사실, 권리장애규정, 권리장애항변이라는 용어 대신에 권리불발생사실, 권리불발생규정, 권리불발생항변이라는 용어를 사용할 것이다.

제3절 규정·규범/사실/항변

입증책임분배에 관한 통설적 지위를 차지하는 규범설에 의하면, 어떤 사실에 대한 입증책임의 분배는 그 사실이 어떤 규범의 법률요건에 해당되는가에 따라 결정된다. 법률효과의 측면에서, 어떤 권리를 발생시키거나 근거짓는 규범의 법률요건에 해당되는 사실은 권리발생사실인 반면, 그 권리를 부정하는 반대규범의 법률요건에 해당되는 사실은 항변사실이다. 항변은 권리발생적인 규범에 반대작용을 하여 청구를 이유 없는 것으로 보이게 만드는 반대규범의 법률요건을 포함한다.⁹⁾ 물론 여기서 말하는 항변은 절차에 관한 소송상의 항변이 아니라 본안에 대한 항변만을

8) 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016년, 533면, 오석락 63면(오석락은 권리불발생항변 또는 권리발생장애항변이라는 용어를 사용한다)

9) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München, 2018, S.561

의미한다. 반대규범은 청구하는 사람이 주장하는 권리에 대하여 갖는 효과라는 측면에서 권리소멸규범, 권리연기규범, 권리불발생규범의 3가지 종류로 구분된다. 권리소멸규범은 권리를 주장하는 사람이 주장하는 권리를 소멸시키는 효력을 갖는 규범이고, 권리연기규범은 이미 발생한 권리의 행사를 뒤로 미루는 효력을 갖는 규범이며, 권리불발생규범은 처음부터 권리발생규범이 효력을 발생하지 못하도록 방해함으로써 권리발생규범의 법률효과가 전혀 발생하지 않도록 하는 규범이다.¹⁰⁾

한편 주장된 법률효과를 발생시키는 규범은 당해 규범의 법률요건표지가 실현된 경우에만, 즉 이러한 법률요건표지에 포섭될 수 있는 사실이 존재할 경우에만 적용될 수 있다.¹¹⁾ 권리소멸규범에 대한 법률요건표지에 포섭될 수 있는 사실을 권리소멸사실, 권리연기규범에 대한 법률요건표지에 포섭될 수 있는 사실을 권리연기사실, 권리불발생규범에 대한 법률요건표지에 포섭될 수 있는 사실을 권리불발생사실이라고 한다. 나아가 이러한 각 사실이 존재한다고 하는 주장을 각 권리소멸항변, 권리연기항변, 권리불발생항변이라고 한다.

제4절 입증책임규범/입증책임규정

입증책임규범은 Beweislastnorm의 번역어이고, 입증책임규정은 Beweislastregel 또는 Beweislastregelung의 번역어이다. 이 개념쌍에 대한 정확한 용어를 정의하기 위해서는 독일어 Norm과 Regel/Regelung의 정확한 의미를 검토하여야 한다.

독일어의 Norm은 規範, 規準(영어의 norm)¹²⁾으로 번역되는데, 사회생활 속에서 인간 및 사회집단의 행동을 규제하고 조정하는 규정들을 의미하고, 규범은 인간이 행위를 수행하거나 중지하는 데 관계하는 사상적인 태도의 확립을 뜻한다.¹³⁾ 규범은 가능한 행위 또는 행위방식의 영역에서 하나 또는 몇 개의 행위방식을 선택하는 결정을 내리게 하며, 이러한 결

10) A.a.O.

11) Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München, 2012, S.77

12) 정우형, 독일법률용어사전, 도서출판 길안사, 1993, 340면

13) 독일법령용어집, 한국법제연구원, 2008년, 548면

정을 일정한 정도의 사회적 책임과 결부하여 확립시켜 준다.¹⁴⁾ 반면 일본에서는 독일어 Norm을 規範으로 번역하기도 하지만,¹⁵⁾ Bestimmung, Vorschrift와 유사한 의미를 가진 것으로 이해하면서, 條項, 規定, 規格, 條文으로 번역하기도 한다.¹⁶⁾

반면 독일어 Regel은 우리나라에서 準則(영어의 rule), Regelung은 規律, 規定, 規制, 準則(영어의 regulation)으로 번역된다.¹⁷⁾ 일본에서는 Regel은 原則, 原理, 規範, 規定, 規律, 法規로, Regelung은 規律, 規定, 規制, 調定으로 각 번역된다.¹⁸⁾

국어사전에 의하면 規範은 ‘인간이 행동하거나 판단할 때에 마땅히 따르고 지켜야 할 가치 판단의 기준’을, 規定은 ‘규칙으로 정함. 또는 그렇게 정하여 놓은 것’이고, 規則은 ‘여러 사람이 다 같이 지키기로 작성한 법칙. 또는 제정된 질서’를 의미한다.¹⁹⁾

이러한 사전적 의미에 의할 경우에는 규범과 규정은 별다른 차이를 인식하기 어렵다. 그러나 법학 분야에서 실제 언어의 용법에 비추어 보면 규범은 구체적인 규정 속에 들어 있는 추상적인 내용을 가리키고, 규정은 규범이 구체화된 법조문을 가리키는 경우가 대부분이다. 법학분야의 전통적인 견해에 의하면, 규범은 규범텍스트의 배후에 자리잡고 있는 것이고, 구체적인 법률문구, 즉 법률텍스트(즉 법률규정)는 그 텍스트의 배후의 견고한 기초 위에 자리잡은 의미의 전달자 또는 표현에 불과하므로, 법적용자는 주어진 텍스트(법규정)의 배후에 감추어져 있는 의미, 즉 법규범을 포착해야 하고, 법문(법텍스트)에 감추어진 법규범을 발견한 후 이를 그대로 적용하여야 한다.²⁰⁾ 이와 같이 본다면 실제 우리가 접하는

14) 같은 책, 548면

15) 山田晟, ドイツ法律用語辭典, 大學書林, 1984. 273頁

16) 베르нд·겟츠, 和獨法律用語辭典[第2版], 2010, 330頁

17) 정우형, 같은 책, 412면

18) 베르нд·겟츠, 前掲, 384頁

19) 표준국어대사전 사이트 (<http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp>)에서 2019. 1. 4. 22:55 최종검색

20) 프리드리히 뮐러·랄프 크리스텐슨·미카엘 소콜로프스키, 이덕연 역, 법텍스트와 텍스트작업, 법문사, 2005년, 6면(Friedrich Müller·Ralph Christensen·Michael Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit: Schriften zur Rechtstheorie Heft 179,

구체적인 법률문구(기표)가 '규정'이고, 그 안에 자리잡고 있는 의미(기 의)가 '규범'이라고 할 수 있다. 그런데 규범과 규정의 관계를 기표와 기 의의 관점에서 연구하는 것은 우리의 연구주제와 관련이 없으므로, 이하에서는 '규정'이라는 용어를 사용할 때에는 그 안에 포함되어 있는 '규범' 을 의미하는 경우도 있을 것이다.

제5절 입증책임과 증명책임

입증책임과 증명책임은 모두 독일어 "Beweislast"의 번역어인데, 이를 "증명책임"으로 번역하는 문헌도 있고²¹⁾, "입증책임"으로 번역하는 문헌 도 있다.²²⁾ 한편 판례와 실무에서는 "증명책임"이라는 표현과 "입증책 임"이라는 표현을 모두 혼용하지만, 2002년 전면 개정된 민사소송법에서 '입증'이라는 단어 대신에 '증명'이라는 단어를 채택함으로써, 현재는 '증 명책임'이라는 용어가 대부분 사용된다. 이에 대하여 일본에서는 과거 오 랫동안 "거증책임" 또는 "입증책임"이라는 용어가 사용되었으나, "거증책 임" 또는 "입증책임"이라는 용어가 행위책임(즉 주관적 입증책임)을 상 기시키는 것으로서 적절하지 않고, 이 용어들을 대신하여 증명책임이라 는 용어가 사물의 본질을 파악하는데 더 적절하다고 하는 지적이 이루어 지자,²³⁾ 증명책임이라는 용어를 사용하기 시작했다고 한다.²⁴⁾ 즉, 일본에

Dunker&Humblot, 1997)

21) 이시윤, 같은 책, 541면, 김선석, 증명책임의 연구 1, 2권, 육법사, 1995, 각 서문, 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제6판, 법문사, 2017, 553면, 전병서, 민사소송 법강의 제4판, 법문사, 2002, 503면, 김홍규·강태원, 민사소송법 제2판, 삼영사, 2010, 420면.

한편 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2002년, 446면은 '개정 민사소송법상의 용어 를 존중하여 입증책임을 증명책임이라고 바꾼다'라고 하나, 2002년 전면개정전 민 사소송법에는 '입증책임'이라는 용어가 존재하지 않았고, 2002년 개정된 민사소송 법에도 '증명책임'이라는 용어가 존재하지 않았던 점에 비추어 보면, '입증'이라는 단어가 2002년 민사소송법 전면 개정을 통해 '증명'이라는 단어로 바뀌었다는 사 정만므로, '입증책임'이라는 용어를 '증명책임'으로 바꾸어야 한다는 당위성이 인 정될 수 없다는 점에서, 이러한 용어변경의 근거는 받아들일 수 없다.

22) 호문혁, 같은 책, 530면, 송상현·박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014, 537 면, 오석락 11면

23) ローゼンベルク, 證明責任論[全訂版], 倉田卓次 譯, 判例タイムズ, 1987, 3頁

24) 松本博之(마츠모토 히로유키), 證明責任の研究, 信山出版株式會社, 1996, 2頁

서 Rosenberg의 주저 “Die Beweislast”를 일본어로 번역한 倉田卓次(쿠라타 타쿠지)가 독일어의 “Beweis”는 ‘입증’ 또는 ‘거증’의 의미를 가진 동작명사인 “Beweisführung”과는 전혀 의미가 다른 것이므로, ‘입증책임’ 또는 ‘거증책임’이라는 표현은 오역이라고 지적하고 증명책임이라는 용어를 사용하자, 증명책임이라는 용어가 퍼지기 시작했다는 것이다.²⁵⁾ 이러한 지적을 받아들여, 우리나라에서도 앞서 본 바와 같이 다수의 교과서들이 ‘증명책임’이라는 용어를 사용하면서, 괄호 안에 ‘입증책임’이라고 병기하는 방식을 취하고 있다.

살피건대, ‘Beweislast’라는 단어를 직역하면 “증명책임”이 될 것이고, 번역의 정확성이라는 측면에서 앞서 본 倉田卓次(쿠라타 타쿠지)의 견해는 일응 수긍할 만한 측면이 있다. 그러나 주관적 입증책임 개념 역시 중요한 개념일 뿐만 아니라²⁶⁾, 입증책임이라는 단어는 주관적 입증책임과 객관적 입증책임을 모두 포함하는 개념임은 분명하다. 왜냐하면 ‘입증’이라는 말은 증거를 제출한다고 하는 행위를 가리킴과 동시에 입증활동을 마친 입증결과를 가리키는 말이기도 하기 때문이다. 따라서 입증책임이라고 번역한다고 하여, 반드시 이를 오역이라고 단정할 수 없고, 오히려 ‘입증책임’이라는 단어가 현재 입증책임의 역할이나 기능 등을 설명함에 있어 더 적절하다고 할 것이다. 따라서 이하에서는 증명책임이라는 용어 대신 입증책임이라는 용어를 사용하기로 하되, 판례를 인용할 경우 판례의 설시가 증명책임이라는 용어를 사용할 경우에는 굳이 입증책임이라고 고치지 않고 그대로 판례의 원문을 그대로 사용할 것이다.

제6절 법률요건표지/법률요건요소/법률요건사실/요건사실

‘법률요건표지’는 독일어인 ‘Tatbestandmerkmal’의 번역어인데, 위 단어는 ‘Tatbestand’라는 단어와 ‘Merkmal’이라는 단어를 결합한 복합어이다. ‘Tatbestand’는 원래 ‘사실’, ‘정황’, ‘사태’라는 의미인데, 형법에서는

25) 오석락 5면

26) Rosenberg는 “주관적 입증책임의 개념을 무용지물로 생각함은 목욕탕의 물을 버리면서 물속의 아이를 함께 버리는 것과 같은 것이 된다.”라고 하였다(Rosenberg S. 21).

‘구성요건’이라고 번역하고²⁷⁾ 형법 외의 분야, 특히 민법에서는 ‘법률요건’이라고 번역한다.²⁸⁾ ‘Merkmal’은 원래 ‘기호’, ‘부호’, ‘표지’, ‘특성’이라고 번역된다. 그런데 법률요건표지라는 단어는 그 자체로는 그 의미를 파악하기가 쉽지 않으므로 부가적인 설명이 필요하다.

전통적인 법학방법론에서 법률적용은 대전제, 소전제, 결론의 3단 논법이 사용된다. 즉 대전제의 구조는 ‘법률요건 T가 어떤 구체적인 사안에서 실현되면, R이라는 법률효과가 발생한다’고 하는 법률규정이고(T면 R이다), 소전제는 ‘현재 사건의 사실관계 S는 T가 실현된 것이다. 즉 S는 법률요건 T의 하나의 사례이다’라는 것이며(S는 T다), 결론은 ‘따라서 현재 사건의 사실관계 S에는 법률효과 R이 발생한다(S면 R이다)’는 것이다.²⁹⁾ 통상 이러한 과정을 사실관계 S를 법률규정(T면 R이다) 안에 포섭시키는 포섭추론의 과정이라고 볼 수 있다. 논리학에서 포섭추론이란, 포섭의 대상이 되는 더 좁은 개념이 더 넓은 개념 안에 종속됨으로써 성립하는 추론을 의미한다. 예를 들면 ‘말’이라고 하는 개념은 포유동물이라는 개념에 포섭될 수 있다. 왜냐하면 포유동물이라고 하는 정의에 필요·충분한 모든 특징(Merkmal, 가령 젖을 먹여 새끼를 키움, 털이 있고, 온혈동물임 등등)들은 말이라고 하는 개념 안에서 다시 반복해서 나타나기 때문이다.³⁰⁾ 이와 같은 맥락에서 이해하면, ‘Tatbestandmerkmal’이란 법률요건(Tatbestand)의 개념을 정의하기 위하여 필요하고도 충분한 특징들을 표현하기 위한 말이다.

따라서 법률적용에서 2번째 단계인 소전제는 다음과 같이 구체적으로 쪼개어 생각할 수 있다. ① T라고 하는 법률요건은 징표(특징, Merkmal) M1, M2, M3이라는 특징을 갖추어야 한다. ② 구체적인 사실관계 S는 징표(특징, Merkmal) M1, M2, M3를 모두 드러내고 있다. ③ 따라서 구체적인 사실관계 S는 T의 한 사례에 해당된다.³¹⁾ 물론 여기서

27) 가령 이재상, 형법총론, 박영사, 1998, 90면

28) 가령 라인홀트 치펠리우스, 김형배 역, 법학방법론, 삼영사, 1995, 44면

29) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, Berlin·Heidelberg·New York, S.92

30) A.a.O., S.94

는 ‘말’을 더 추상적인 개념인 포유동물에 포섭시키는 것과 같은 전형적인 포섭추론과는 달리, 어떤 사실이 법률에서 정한 법률요건이 가진 특징들을 모두 실현/발현시키는 것이라고 표현할 수 있다.

이와 같이 ‘Tatbestandmerkmal’이란 법률요건임을 정의할 수 있는 특징들, 나아가 어떤 사항이 어떤 법률요건의 일부임을 식별할 수 있게 해주는 표식/표지를 의미할 뿐만 아니라, 법률요건의 필수적인 구성부분을 의미하기도 한다. 전자의 의미에서는 ‘법률요건표지’라고 부를 수도 있고, 후자의 의미에서 ‘법률요건요소’라고 부를 수도 있다.

이와 함께 확인하여 둘 개념은 ‘요건사실’이라는 단어이다. 위 단어는 독일어인 ‘Tatbestandtatsache’의 번역어이고, 또한 일본의 ‘要件事實論’에서 말하는 ‘要件事實’의 번역어이다. 독일어인 ‘Tatbestandtatsache’의 경우 ‘법률요건에 해당되는 추상적인 사실’을 의미하는 단어로서 특별한 의미를 갖지 않고, 앞서 본 ‘법률요건표지’와 혼용된다. 따라서 구체적인 사건에서 ‘법률요건표지가 실현되었다’는 표현과 ‘(법률)요건사실이 존재한다’라는 표현은 같은 의미로 사용된다. 따라서 주요사실과 요건사실은 개념상 명백히 구분된다. 즉 주요사실은 변론주의가 적용되는 사실로 당사자가 주장하고 법원이 심리해야 하는 중요한 사실이고, 요건사실은 법원이 당사자가 구하는 법률효과를 인정하는 데에 필요한 사실이다.³²⁾ 통상적인 경우 주요사실과 요건사실은 동일한 의미로 사용되지만, 법적 평가가 가해지는 사항에서는, 양자의 의미가 달라진다. 즉 법적 평가가 가해지는 사항(가령 과실(過失), 소유권, 채권 등)의 경우 법률요건에 해당하는 사항을 요건사실이라고 표현하는 것뿐이고, 평가의 대상이 되는 구체적인 사실이 주요사실이 된다. 즉 과실이 요건사실이면 과실로 평가되는 행위, 즉 음주운전, 과속운전 등이 주요사실이 된다.³³⁾

그러나 일본의 ‘要件事實論’에서 말하는 ‘要件事實’은 앞서 본 요건사실(‘Tatbestandtatsache’의 번역어)과는 다소 다른 의미로 사용된다. 실제로

31) A.a.O.

32) 호문혁, 같은 책, 395면

33) 호문혁, 같은 책, 395면

일본의 要件事實論은 일본의 실무가들이 사법연수소에서 법실무 교육과정에서 만들어낸 입증책임이론을 의미한다. 즉 일본의 要件事實論은 입증책임을, 증명의 방법인 민사소송법의 측면에만 머무르는 것이 아니라 증명의 목적(대상)인 민법의 측면에서 다시 파악하려고 하는 시도로서, 증명의 문제를 판결삼단논법의 소전제(사실인정)의 문제로서만 파악하는 것이 아니라, 대전제(법규)의 문제로 다시 파악하려고 하는 사고방식이라고 한다.³⁴⁾ 일본의 요건사실론에 의하면, 법규가 권리의 발생, 불발생, 소멸의 각 법률효과의 요건으로서 정한 법률요건에 해당하는 구체적인 사실을 요건사실이고, 이와 같은 의미에서의 요건사실을 청구원인, 항변, 재항변, 재재항변의 순서로 정리하는 작업이 요건사실론이다.³⁵⁾

일본의 요건사실론의 구체적인 주장은 다음과 같다.³⁶⁾

① 구소송물 이론을 채택한다.

실체법상의 권리마다 소송물로 파악하는 소위 구 소송물이론을 채용하고, 신소송물이론은 채용하지 않는다. 따라서 소송물은 청구취지 및 청구원인에 의하여 특정된다.³⁷⁾

② 수정된 규범설³⁸⁾³⁹⁾에 따라 입증책임을 분배한다.

34) 坂本慶一, 新要件事實論-要件事實論の生成と發展, 悠悠社, 2011年, 100頁

35) 松本博之, 前掲, 331頁

36) 伊藤滋夫·難波孝一 編, 要件事實講座 1 [總論1], 青林書院(2005), 127頁 이하.

37) 다만 소송법설(신소송물이론) 중 이원설도 청구원인으로 소송물을 특정한다는 점에서 구실체법설(구식별설, 구소송물이론)과 같지만, 구실체법설(구식별설)과 소송법설 중 이원설은 청구원인에 무엇을 적어야 하는지에 따라 구분된다. 즉 구실체법설(구식별설)에서는 권리발생근거인 조문까지 적어야 청구원인이 정확하게 기재된 것으로 보는 반면 소송법설 중 이원설은 청구취지와 청구원인에 기재된 사실관계에 의하여 소송물이 특정된 것으로 본다(소장에 기재할 청구원인의에 관한 이론(사실기재설, 구식별설, 신식별설)에 대하여는 호문혁, 같은 책, 98면 이하 참조, 소송물이론(구실체법설, 소송법설, 신실체법설 등)에 관하여는 호문혁, 같은 책, 113면 이하 참조).

38) 원문에는 (수정된) ‘법률요건분류설’이라고 기재되어 있다. 일본에서는 입증책임 분배에 관한 ‘규범설’과 ‘법률요건분류설’을 별개의 것으로 보고 있는 듯하다. 물론 규범설이 법률요건의 특징에 따라 입증책임을 분배한다는 의미에서 법률요건 분류설의 한 종류임은 분명하다. 그러나 Rosenberg 이전에 존재하였던 법률요건 분류설은 이미 소멸한 이상, 현재 시점에서는 규범설과 법률요건분류설은 결국 같은 것으로 보아야 하고, 이를 정확하게 구분하는 것은 이 글의 주제와는 별로 상관이 없으므로 규범설이라고 표기한다.

39) 본래의 규범설에 관하여는 Rosenberg에 관한 다음 장 참조(20면 이하), 수정된

입증책임분배에 관하여는 ‘수정된 규범설’을 채용한다. 수정된 규범설의 전신인 규범설은 입증책임의 기준을 객관적인 법규의 구조 중에서 발견하려고 한 것이다. 즉, 문언의 형식, 예를 들면 단서가 되어 있는지 등에서 판단하는 것이다. 이것을 권리발생규정, 권리불발생규정, 권리소멸규정, 권리연기규정으로 분류한다. 권리발생규정은 원고가 입증하고, 불발생, 소멸, 저지규정은 항변으로서 피고가 주장해야 한다. 그런데 일본의 사법연수소가 주장하는 수정된 규범설은 기존의 규범설에 증거와의 거리, 공평 등의 관점에서 실제법조문을 변용한 형태로, 주장·입증책임의 분배를 고려하여야 한다는 점에서 수정이 이루어진 것이다. 수정된 법률요건분류설은 민법전의 조문의 문언, 형식을 기초로 하여 생각하면서도 입증책임부담의 면에서 공평·타당성의 확보를 항상 고려해야 한다는 견해이다.

③ 입증책임규범은 불필요하다.

일본의 요건사실론에 의하면, 어떤 규범의 법률요건표지가 존재하는지 여부가 불분명하다면(즉 진위불명의 상황), 당해 법규범을 적용할 수 없는 것이 당연하므로, 법률효과가 발생하지 않는다고 본다. 따라서 진위불명의 상황을 극복하기 위한 별도의 입증책임규범은 불필요하다. 그 근거는 다음과 같다: A사실이 존재한다고 증거상 인정되는 경우에 한하여 A사실이 존재한다고 소송상 취급하는 것도 가능하고, A사실이 존재한다고 증거상 인정되는 경우 및 A사실의 존부가 진위불명인 경우에도 A사실이 존재한다고 소송상 취급하는 것도 가능하지만, 전자의 경우가 더 알기 쉽고, 자연스러우며, A사실이 소송상 불명인 경우에는 소송상 A사실이 존재하는 것으로 취급할 수 없는 것이 대부분이다(즉, A사실이 증명이 된 경우에 한하여 A사실이 존재하는 것으로 인정하는 것으로 처리해도 별 문제가 없다).

④ 주장책임과 입증책임은 항상 일치한다.

앞서 본 바와 같이 입증책임을 이미 고려하여 요건사실을 추출한다.

규범설에 관하여는 Prütting에 관한 다음 장(60면 이하) 참조.

따라서 주장책임의 대상인 요건사실과 그에 대한 입증책임은 항상 일치할 수밖에 없다.

⑤ 주요사실과 요건사실은 동일한 것이다.

구소송물이론을 취하는 이상, 법률요건이 바로 주요사실이고, 요건사실이 되는 것은 당연하다. 다만 일본의 민사소송법 학계의 통설은 요건사실은 법률요건사실, 즉 법조문에 나온 추상적인 사실이고, 주요사실은 여기에 포섭되는 구체적인 사실로서 상호 구분되는 것으로 본다. 하지만 일본의 요건사실론에서는 이미 구체적인 재판규범으로서의 민법인 요건사실을 추출한 이상, 따로 추상적인 사실을 따로 둘 이유 없으므로, 주요사실과 요건사실 모두 구체적인 사실이라고 본다.

⑥ 평가적·규범적 요건이라고 하는 개념을 창설하여야 한다.

실체법의 법률요건 중에서 사실을 규정하는 요건이 있고, 사실에 대한 가치적·규범적 평가 자체 또는 그러한 평가를 포함하는 요건이 있는데, 전자를 ‘사실적 요건’, 후자를 ‘규범적·평가적 요건’이라고 한다.⁴⁰⁾ 평가적 요건은 평가의 기준이 일정한 가치관이지만, 규범적 요건은 평가의 기준이 규범 즉 법률이라는 측면에서 차이가 난다. 이러한 규범적·평가적 요건사실의 대표적인 예가 바로 소위 ‘일반조항’이다. 규범적·평가적 요건에 있어서는 이러한 평가를 가능하도록 하는 구체적인 사실을 ‘평가근거 사실’이라고 하고, 이러한 평가를 방해하는 구체적인 사실을 ‘평가장해사실’이라고 한다.

⑦ 조건과 기한은 항변으로 본다.

조건·기한의 주장·입증책임에 관하여 항변설과 부인설의 대립이 있다. 다수설은 항변설인데, 즉 조건·기한을 주장함으로써 이익을 받는 피고가 그 존재에 관하여 주장·입증해야 한다고 한다. 일본의 사법연수소도 이 입장을 채용한 후 이를 요건사실론의 핵심적인 주장으로 받아들였다.

⑧ 계약을 매매형과 대차형으로 분류한다.

일본의 요건사실론은 조건과 기한은 항변으로 본다는 점은 위 ⑦에서

40) 이러한 구분은 難波孝一, 規範的要件・評價的要件, 民事要件事實講座 1 200頁에서 참조하였다.

서술한 바와 같다. 반면 일본의 요건사실론은 계약을 매매형과 대차형으로 나누어, 대차형 계약의 경우에는 기한⁴¹⁾의 도래는 권리발생사실로 본다. 즉 我妻榮은 기한에 관하여, 일회적 매매형의 계약과 계속적인 대차형 계약을 구분하여, 후자에서는 기한은 계약의 본질적인 요소라고 하였다.⁴²⁾ 일본의 사법연수소는, 이러한 我妻榮의 견해를 근거로 계약을 매매형과 대차형으로 구분하고, 요건사실로서 기한의 취급을 달리 한다. 즉 매매형의 계약에서는 기한은 법률행위의 부관에 불과하기 때문에 청구원인에서 기한의 주장을 할 필요가 없다.⁴³⁾ 그러나 대차형에서는 일정한 기간 차주에게 사용하도록 하는 것이 계약의 본질적 내용이므로, 기한(도래)의 주장은 위 대차형 계약을 근거지우는 권리행사를 위한 필수요건이고, 청구원인에서 주장하여야 한다.

⑨ 소극적 사실-어떤 사실의 부존재-에 대한 주장·입증을 하도록 하지 않는다.

41) 여기서(⑧)의 ‘기한’은 ‘채무이행에 관한 이행기한’을 의미하는 것으로 앞서 본 ⑦의 법률행위의 효력에 관한 부관으로서의 ‘기한’과는 구별되어야 한다. 기한은 (1) 법률행위의 효력에 관한 부관으로서의 기한(여기에는 정지기한과 해제기한이 있다)과 (2) 채무이행에 관한 이행기한으로 구분되기 때문이다(지원림, 민법강의 제15판, 홍문사, 386면, 민법주해[IX] 채권(2), 박영사, 1999, 79면(양창수 집필부분)). 전자는 법률행위의 효력의 존부가 기한의 도래 여부에 좌우되지만, 후자는 법률행위의 효력과 무관하게 이행청구의 가능여부가 기한의 도래 여부에 좌우된다. 우리 민법 제152조 제1항(시기있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력이 생긴다)은 부관으로서의 기한 중 정지기한(시기)에 관하여, 제2항(중기있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력을 잃는다)은 부관으로서의 기한 중 해제기한(중기)에 관하여 각 규정하고 있다. 위 ⑦의 기한은 부관으로서의 기한을 의미한다. 한편 일본의 경우 일본 민법 제135조 제1항이 ‘법률행위에 시기를 붙여 한 때는 그 법률행위의 이행은 기한의 도래할 때까지 이를 청구할 수 없다.’ 제2항이 ‘법률행위에 중기를 붙인 때에는 그 법률행위의 효력은 기한의 도래할 때에 소멸한다’라고 각 규정함으로써 위 제135조 제1항은 부관으로서의 기한과 이행기한을 동시에 규정하는 반면, 우리 민법 제152조 제1항은 이와 달리 부관으로서의 기한만을 규정하고 있다. 다만 우리 민법의 경우 민법 제153조(기한의 이익과 포기)에서는 채무이행에 관한 이행기간을 규정하고 있다.

42) 我妻榮, 債權各論 1, 353, 373頁(岩波書店, 1957), 伊藤滋夫·難波孝一 編, 要件事實講座 1 [總論1], 青林書院(2005) 144頁에서 재인용.

43) 伊藤滋夫·難波孝一 編, 要件事實講座 1 [總論1], 青林書院(2005), 143頁. 이러한 원문의 표현에 의할 경우 일본의 요건사실론에서는 채무이행의 이행기한으로서의 기한과 법률행위의 효력에 관한 부관으로서의 기한을 개념상 구분하지 않고 있다는 인상을 준다.

소극적 사실에 대한 입증책임을 부담하도록 하는 것은 자연스럽지 않기 때문에, 소극적 사실에 대한 입증책임을 부담시키지 않도록 한다. 다만 예외는, 부당이득반환청구에서 법률상 원인이 없음은 원고가 입증해야 한다. 그 외에 상속의 권리의무 취득에서 ‘다른 상속인이 없다’는 사실 하는 부존재의 입증책임을 부담한다.

이와 같이 본다면, 일본의 要件事實은 이미 입증책임분배에 관한 이론적 전제들을 그 안에 포함하고 있는 단어이므로, 일본식의 要件事實이라는 단어를 사용한다는 것은 그 전제가 되는 이론적 전제들을 그대로 받아들인다는 것을 의미한다. 그러나 ‘입증책임규범이 불필요하다’거나 ‘수정된 규범설이 타당하다’거나, ‘주요사실과 요건사실이 같은 개념’이라든가, ‘평가적·규범적 요건사실을 인정해야 한다’거나 ‘법률행위가 조건부로 또는 기한부로 이루어졌다는 주장은 항변’이라는 등의 이론적 전제들은 다툼의 여지가 있고 논쟁을 거쳐서 입장을 정해야 하는 사안들이기 때문에 일본 사법연수소에서 정한 방침을 우리나라에서 아무런 검토도 없이 받아들여서는 안된다. 그럼에도 우리나라에도 사법연수원 교수들이나 실무자들이 이러한 일본의 요건사실론의 영향을 받아 ‘요건사실’이라는 용어를 많이 사용하고,⁴⁴⁾ 그 영향으로 우리나라에서도 요건사실이라는 용어를 일본의 要件事實과 별반 다르지 않게 사용하는 경우가 많다. 즉 우리나라 사법연수원 교재도 ‘실체법에서는 법률효과의 발생요건을 규정하고 있는데 이러한 발생요건을 법률요건이라고 하고 각 발생요건에 해당되는 구체적 사실을 요건사실’이라고 하는 등 일본의 要件事實論을 그대로 받아들이는 듯한 표현을 사용한다.⁴⁵⁾ 나아가 일본의 要件事實論은 법률요건표지와 입증책임분배에 관한 학문적·이론적 연구라기 보다는 실무자의 교육을 위한 매뉴얼 또는 지침의 성격을 가지고 있음을 부인할 수 없으므로, 논리필연적인 구분이 아니라, 자의적인 구분이 이루어지는 경우도 왕왕 있다.

44) 사법연수원의 교재인 요건사실론 및 사법연수원 교수 출신 변호사인 최진수의 ‘주요조문별 판례 중심 요건사실과 주장증명책임’ 등이 대표적인 예이다.

45) 사법연수원, 요건사실론, 2008년, 1면

구체적인 예를 들자면 다음과 같다. 일본 민법 제109조(‘제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여한다는 취지의 표시를 한 자는 그 대리권의 범위 내에서 타인과 제3자 사이에 이루어진 행위에 관하여 책임을 진다’⁴⁶⁾)에 관하여 요건사실론 측은 ‘표현대리의 효과를 주장하는 자에게 대리인에게 대리권이 없는 것에 관한 입증책임을 부담시키는 것은 입증책임의 분배로서 공평성을 흠결하고 상당하지 않다’는 이유로 대리인에게 ‘대리권이 없다’는 점은 위 일본 민법 제109조에 의한 법률효과를 주장하는 당사자가 입증책임을 부담하지 않는다고 설명한다.⁴⁷⁾ 또한 요건사실론 측은 ‘표현대리가 성립하기 위해서는 대리권이 없는 경우일 필요는 없다. 즉, 대리권이 있는 경우에도, 대리권이 없는 경우에도 표현대리는 성립한다’라고도 설명한다.⁴⁸⁾ 그러나 우선 지적할 점은 위 일본 민법 제109조의 문언에 의하면 ‘대리인으로 행위한 사람이 실제로 대리권을 부여받지 못했다’는 점은 법률요건으로 설시된 바 없다. 따라서 위 일본 민법 제109조에 근거하여 청구하는 당사자는 ‘대리인에게 대리권이 없다’는 점에 대하여 입증책임을 부담하지 않는 이유는 법률상 문구에 의한 것이지 공평성을 흠결하고 상당하지 않기 때문은 아니다. 나아가 위 일본 민법 제109조에 근거하여 청구하는 사건에서 실제로 구체적인 사실인정을 할 경우에는 당연히 대리인에게 대리권이 없다는 점이 드러날 수밖에 없다. 왜냐하면 ‘대리권을 수여한다는 취지의 표시를 하였다’는 법률의 문구는 사실은 ‘대리권이 없음에도 대리권을 수여의 표시가 이루어졌다’는 말이 함축되어 있기 때문이다. 또한 대리권이 없음에도 본인에게 책임을 묻는다고 하는 표현대리의 개념상 ‘대리인에게 대리권이 없다’는 점은 분명히 포함되어 있어야 한다. 따라서 대리인으로 행위한 자에게 대리권이 존재하지 않는다는 것은 표현대리의 법률효과의 발생요건이다.⁴⁹⁾ 가령 김승철(원고)이 임승규의 대리인 유태호(대리인)를 통하여 임

46) 위 번역은 이 글에서 이루어진 것이다. 위 조문은 우리 민법 제125조 본문(제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제삼자간의 법률행위에 대하여 책임이 있다)과 거의 같다.

47) 伊藤滋夫(이또 시게오), 續·要件事实と実体法, シリスト881号(1987. 4.), 93頁

48) 前掲, 95頁

승규(본인, 피고)에게 1억 원을 대여하였다고 주장하면서 임승규를 상대로 대여금 청구의 소를 제기할 경우, 임승규는 유태호라는 사람을 전혀 모르고 자신의 대리인이 아니라고 주장하였다고 하자. 이 경우 원고로서는 처음에는 정상적인 대리를 통한 계약을 주장했으나 피고가 대리인임을 다룬다면, 위 일본 민법 제109조와 같은 표현대리를 주장할 것이다. 이 경우에는 임승규가 ‘유태호가 자신의 대리인이 아니라’고 주장한 것은 위와 같은 표현대리에 근거한 청구에서는 대리인에게 대리권이 없다는 점에 대한 선행자백에 해당하고, 원고는 이러한 피고 측의 선행자백을 원용하여 표현대리 주장을 하는 것이다. 단지 피상적으로 고찰할 경우에만 위 표현대리 주장에서는 위 표현대리를 주장하는 측이 대리인에게 대리권이 없다는 점에 대한 입증책임을 부담하지 않는다는 결론이 나올 수 있다. 이러한 피상적인 고찰을 하는 데 일조하는 것이 주요사실과 요건사실을 구분하지 않는 요건사실론의 태도이다. 주요사실은 구체적인 사실이기 때문에 행위자(임승규, 유태호, 김승철 등), 시간, 장소, 행위가 특정되어야 하지만, 요건사실은 ‘대리인에게 대리인이 없을 것’이라는 추상적인 문구로 대체할 수도 있으므로, 요건사실이라는 측면에서 보게 되면 어떠한 개념이 요건사실에 해당되는지만을 고찰하게 되어 논의가 피상적으로 흐를 수밖에 없다. 나아가 마지막으로 소극적인 사실(즉 ‘대리권이 없다’)에 관하여도 법률에서 법률요건으로 정하였다면 이에 따라서 소극적인 사실을 증명하도록 법률해석을 하는 것이 바람직하다.

이와 같이 볼 경우 일본의 要件事實論에서 말하는 ‘要件事實’은 앞서 언급한(제12면 참조) 법률요건표지로서의 (법률)요건사실과는 다소 다른 의미를 가진다. 따라서 아래에서는 이와 같이 혼동될 수 있는 요건사실이라는 용어보다는 ‘법률요건표지’라는 용어를 주로 사용할 것이다.

49) 松本博之, 前掲, 352頁

제3장 권리불발생항변에 관한 견해들의 소개와 검토

앞장에서 대략적인 용어의 정리를 마쳤다. 이하 이 장에서는 권리불발생항변에 관한 규범설의 내용을 더 자세히 다루어 보고 그 논의의 흐름과 문제점 등을 검토해 보기로 한다.

제1절 권리불발생규정에 관한 Rosenberg의 견해

1. Rosenberg의 규범설에 대한 소개

규범설이 현재 우리나라에서 통설 및 판례임은 앞서 본 교과서(1면)의 서술과 같다. 왜 통설 및 판례가 규범설을 지지하는지 그 이유를 생각해 보면, 규범설이 입증책임분배에 관한 가장 확고하면서도 간단한 법원칙을 제시하기 때문이다. Rosenberg는 ‘다투어지는 주요사실의 주장이 입증되지 못한 데 따른 불이익을 어느 당사자가 감수하여야 하는가의 문제는, 확고하면서도 추상적인 법원칙에 따라 답변하여야 하므로, 학문은 이러한 법칙을 찾는 것을 포기할 수 없고 포기해서도 안 되며, 실무는 이러한 법칙을 필요로 하고 있으며 학자들에게 이러한 법칙을 제공해 달라고 요구하고 있다’고 한다.⁵⁰⁾ 법원의 입장에서 보면, 입증책임의 분배는 소송의 처음부터 끝까지 전체 과정에 작용하고 있는데 입증책임의 분배가 확고한 원칙에 근거하지 않고 각 법관들의 판단에 의존한다면, 각 당사자들은 큰 혼란에 빠질 것이다. 이 점에 관하여 Rosenberg가 다음과 같이 지적한다: “법관이 개별소송이라는 작은 배를 정의라는 별에 따라 조종하고자 한다면 대해의 폭풍우와 위난에 빠지게 되어 산산조각날 것”⁵¹⁾이다.

규범설에 의할 경우 입증책임분배는 다음과 같이 전개된다. 특정한 법률요건들이 모두 갖추어져 있다면, 특정한 법률효과가 발생한다고 하는 것이 일반적인 범명제의 구조이다. 즉 예를 들면 실제법상의 법률요건 $a+b+c$ 가 모두 갖추어져 있다면, 법률효과 A가 발생한다는 것이다⁵²⁾. 실

50) Rosenberg, S.98

51) Rosenberg, S.92

제 민사소송에서는 이러한 법률요건 중 일부, 가령 b에 관하여는 b가 존재하지 않는다(~b)는 점에 관하여 피고가 입증책임을 부담하는 경우가 있다. 가령 점유로 인하여 동산소유권을 취득하기 위해서는 동산을 소유의 의사로(a) 평온·공연하게(b) 10년간 점유(c)하여야 하는데(민법 제246조 제1항), 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되므로(민법 제197조 제1항), 실제 소송에서 점유취득시효를 주장하는 당사자는 10년간의 점유(c)만을 입증하면 되고(다만 위 10년간의 점유는 민법 제198조에 따라 전후 양시에 점유한 사실만 인정되면 위 10년 동안 계속 점유한 것으로 추정된다), 그 상대방은 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 타주점유인 점(~a) 또는 점유가 평온·공연하지 못한 점(~b)를 입증하여야 한다. 이와 같이 입증책임분배를 하는 것은 “원고에게 모든 증명을 하도록 하는 것은 사실상 처음부터 모든 권리추구에 대한 기대를 가로막는 것이며, 이로써 권리추구를 불가능하게 만들기 때문이다.”⁵³⁾ 이와 같이 민사소송에서 존재하는 원고와 피고 사이의 입증책임분배를 살펴보면, 도대체 어떠한 원리에 따라 입증책임을 부담하여야 하는가라는 문제가 필연적으로 따라 나오게 된다.

오늘날 우리나라에서 여전히 통설적 지위를 차지하고 있는 규범설을 정립한 Rosenberg는 이러한 문제를 해결하기 위하여 다음과 같은 주장들을 제기한다.

① 일정한 법규를 적용하지 않고서는 자신의 소송상 요구가 실현될 수 없는 당사자는 그 법규의 여러 요건들이 실제로 실현되었다는 사실에 대하여 주장책임 및 입증책임을 진다.⁵⁴⁾ 이러한 표현은, 곧 각 당사자는 자신에게 유리한 법규(그 법률효과가 자신에게 유리한 법규)의 법률요건사실의 존재를 주장하고 증명하여야 한다는 것과 같다.

② 법규정이 다양한 우리의 생활관계를 빠짐없이 규율하고자 한다면, 이는 법규정이 관련된 법률관계의 통상적인 사례(Normalfall)를 출발점

52) 물론 여기서 범명제는 하나의 법률조문만을 가리키는 것은 아니다.

53) Rosenberg S.91

54) Rosenberg S.98

으로 삼아 그 법률효과를 확정하는 방식에 의하여서만 가능하다. 사실관계의 구성이 이러한 통상적인 사례와 달라짐에 따라 법규정은 최초의 통상적인 규정에 반대되는 특별규정을 마련하는데, 이러한 특별규정은 반대규범으로서 이러한 특별규정은 일반규정의 효과를 변경시키거나 대부분의 경우 제거한다.⁵⁵⁾

③ 이러한 특별규정 중에는 처음부터 권리발생규정의 효과발생을 방해하여 권리발생규정의 효력을 전혀 발휘할 수 없게 하고 그 법률효과가 발생하지 않도록 하는 것이 있다. 이러한 규정을 권리불발생규범(Rechtshindernde Norm)이라고 한다.⁵⁶⁾ 또한 특별규정 중 나중에 권리발생규정과 대립하게 되어 당해 권리가 이미 성립하였으나 이미 성립된 권리를 소멸하게 하는 반대규정을 권리소멸규정(Rechtsvernichtende Norm)이라고 한다.⁵⁷⁾ 그 밖에 청구당하는 자(상대방)에게 형성권(Gestaltungsrecht)을 부여하고 상대방이 그 형성권을 행사함으로써 상대방에 대한 권리주장을 배제하도록 하는 규정이 있는데, 이 규정을 권리연기규범(Rechtsausschließende 또는 Rechtshemmende Norm)이라고 한다.⁵⁸⁾

④ 권리소멸규정과 권리발생규정은 쉽게 구분된다. 왜냐하면, 권리소멸규정의 법률요건은 언제나 권리발생규정의 법률요건보다 나중에 생긴 것이고 이미 발생한 법률효과의 소멸이라는 효과를 통하여 식별되기 때문이다.⁵⁹⁾

Rosenberg에 의하면, 권리소멸규정과 권리연기규정의 구별은 다소 모호하다. 위 ③에서 본 바와 같이 Rosenberg는 권리연기규정을 청구를 당하는 자에게 형성권을 부여하는 규정이라고 파악하는데, 권리연기규정은 이미 발생한 권리를 사후적으로 소멸시킨다는 점(결과 또는 법률효과의 측면)에서 권리소멸규정과도 유사하지만, 권리발생요건이 모두 실현

55) Rosenberg S.99

56) Rosenberg S.100

57) Rosenberg S.100

58) Rosenberg S.101

59) Rosenberg S.120

된 후 ‘형성권의 행사에 의하여’ 권리연기규정의 효과가 발생한다는 점에서 권리소멸항변과는 구별된다. Rosenberg가 분류한 바에 의하면 착오·사기·강박을 이유로 의사표시를 취소하는 규정(독일 민법 제119조 이하)들이 대표적인 권리연기규정에 해당하고, 변제, 공탁, 면제에 관한 규정들이 대표적인 권리소멸규정에 해당한다. 그러나 이러한 권리소멸규정과 권리연기규정의 구별은 우리나라 및 독일의 지배적인 견해와 일치하지 않는다. 우리나라의 지배적인 견해에 의하면 형성권의 행사(취소권 및 해제권)에 의하여 권리를 소멸시키는 규정들은 모두 권리소멸규정으로 분류하고, 다만 동시이행항변권과 같은 민법상의 항변권의 근거가 되는 규정들만을 권리연기규정으로 보기 때문이다.⁶⁰⁾⁶¹⁾ Rosenberg 자신도 동시이행항변권(독일 민법 제320조⁶²⁾)이나 소멸시효의 항변(개정 전 독일 민법 제222조⁶³⁾)을 모두 권리연기규정의 예로 들고 있는데,⁶⁴⁾ 이러한 규정들은 위 규정의 효력을 주장하는 당사자에게 급부거절권만을 부여할 뿐 권리를 소멸시키지는 않는다는 점에서 Rosenberg가 말한 권리연기규정의 개념과는 일치하지 않는다. 이와 같이 본다면 Rosenberg의 권리연기규정은 일관성이 없다고 하는 문제가 있다. 권리소멸규정은 이미 발생한 권리를 소멸시키는 규정이므로 이러한 법률효과의 측면에 주목하여 이미 발생한 권리가 형성권(취소권, 해제권) 행사의 결과로 소멸하든, 변제와 같은 사실행위에 의하여 소멸하든 구별하지 않고 모두 권리소멸항

60) 송상현·박익환, 같은 책, 541면, 이시윤, 같은 책, 545면, 정동윤·유병현·김경욱, 같은 책, 559면, 호문혁, 같은 책, 533면. 한편 독일에서는 취소권이나 해제권과 같은 형성권 행사에 따라 권리를 소멸시키는 규정을 권리배제적 규범(Rechtsausschließende Norm)이라고 부르고, 위 규정을 권리소멸규정 중의 하나로 보기도 한다(Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, München, S.611).

61) 독일의 경우 대표적으로 Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30.Aufl., München, 2011, S.176, Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 12.Aufl., 2014, S.258 등

62) 독일 민법 제320조 제1항 제1문: 쌍무계약에 기하여 의무를 지는 사람은 반대급부가 실행되기까지 그에 의무있는 급부를 거절할 수 있다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018년, 189면)

63) 2002년 개정전 독일 민법 제222조 제1항: 소멸시효가 완성된 후에는 의무자는 급부를 거절할 권리를 가진다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 1999년, 95면). 독일 민법의 경우 이와 같이 소멸시효가 완성될 경우 급부거절권이 발생할 뿐이다.

64) Rosenberg S.100

변이라고 하고, 동시이행항변권이나 정지조건의 존재 및 기한 미도래와 같이 권리의 실현을 연기시키는 규정을 권리연기규정이라고 하는 것이 법률효과라고 하는 측면에서 더 간명하게 구분할 수 있다.

마지막으로 권리발생규정과 권리불발생규정의 구별은 어려운 문제인데 이 구별은 이 글 전체의 주제이기도 하므로 이후 별도로 다룰 것이다.

⑤ 따라서 모든 소송에서 원고는 청구가 근거하는 규정의 법률요건사실에 대하여 주장책임 및 입증책임을 부담하고, 피고는 피고에게 유리한 반대규정의 적용을 정당화하는 사실에 대하여 주장책임 및 입증책임을 부담한다.

⑥ 이러한 권리발생, 불발생, 소멸, 연기규정은 반드시 민법전의 독립된 개별조문이라고 이해해서는 안 되고 일반적으로 권리의 발생, 불발생, 소멸이라는 결과를 초래하는 공동작용을 하는 법규의 총체라고 보아야 한다.⁶⁵⁾

⑦ 또한 법규는 권리의 발생, 불발생, 소멸, 저지만을 법률효과로 규정하고 있을 뿐, 권리의 존재(현존)을 그 법률효과로 삼고 있는 법규는 존재하지 않는다. 권리가 일단 발생하였다면, 그 권리에 대한 불발생, 소멸, 저지사유가 존재하지 않는 한 그 권리는 계속 존재하는 것으로 여겨진다. “권리의 존재는 기껏해야 추정될 뿐이다.”⁶⁶⁾

이와 같이 보면 입증책임의 분배는 매우 간단하다. 각 당사자는 자신이 원하는 법률효과를 얻기 위한 각 법규정의 법률요건표지가 실현되었다는 점을 증명하면 된다. 각 규정의 성질을 권리발생, 불발생, 소멸, 저지규정 중 어느 하나에 귀속시키기만 하면 모두 해결되어야 한다. 그러나 실제로 모든 문제가 규범설에 의하여 간단하게 해결되는 것은 아니다. 특히 Rosenberg 자신도 규범설에 따를 경우 권리발생규정과 권리불발생규정의 구분이 어렵다는 점을 인정한다.⁶⁷⁾ 아래에서 Rosenberg가

65) Rosenberg S.105

66) Rosenberg S.110

67) Rosenberg S.122

제시한 권리발생규정과 권리불발생규정의 구분방법에 관하여 좀더 상세히 다루어 본다.

2. 규범설의 입장에서 본 권리불발생규정과 권리발생규정의 구분

가. Rosenberg가 주장한 첫 번째 유형의 권리불발생규정

Rosenberg는 권리불발생규정에는 2가지 종류가 있다고 주장한다. 하나는 권리발생규정의 법률요건이 일부 실현되어 아직 효과가 발생하지 않았음에도 반대규정에 의하여 효과발생이 차단되는 경우이다.⁶⁸⁾ 이러한 종류의 권리불발생규정은, 권리발생사실의 일부가 성립된 후에 성립하는 경우로서, 권리소멸규정과 유사하지만, 권리소멸규정은 이미 발생된 권리를 사후적으로 소멸시키는 것임에 반하여 이러한 종류의 불발생규정은 생성 중인 권리에 대한 반대규정이라는 점에서 차이가 있다.⁶⁹⁾ 이러한 종류의 권리불발생규정의 예로 Rosenberg가 든 것으로는 추인 전에 이루어진 계약의 철회(독일 민법 제109조⁷⁰⁾, 178조⁷¹⁾ 등), 소멸시효의 중단(2002년 개정전 독일 민법 제208조⁷²⁾ 이하) 등이다. 위 독일 민법 제109조는 우리 민법 제16조 제1항과, 제178조는 우리 민법 제134조와, 제208조는 우리 민법 제168조 제3호와 유사한 내용이다. 그 중 독일 민법 제178조의 경우를 더 자세히 살펴보면, 독일 민법 제177조 제1항은 ‘어떤 사람이 대리권 없이 타인의 이름으로 계약을 체결한 때에는 본인에 대한

68) Rosenberg S.123

69) 오석락 53면

70) 독일 민법 제109조 [상대방의 철회권] ① 계약의 추인이 있을 때까지 상대방은 철회할 권리가 있다. 철회의 의사표시는 미성년자에 대하여도 할 수 있다. ② 상대방이 미성년자임을 안 경우에는, 미성년자가 진실에 반하여 대리인이 동의하였다고 주장하였던 때에 한하여 철회할 수 있다; 이 때에도 상대방이 계약 체결 시에 대리인의 동의없음을 알았다면 철회할 수 없다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018, 이하에서는 특별한 언급이 없다면 2002년 개정 이후 독일민법전의 번역은 모두 위 책의 번역을 참고한다).

71) 독일 민법 제178조 [상대방의 철회권] 상대방은 계약의 추인이 있을 때까지 철회할 권리가 있다. 그러나 그가 계약 체결시에 대리권의 흠결을 안 경우에는 그러하지 아니하다. 철회의 의사표시는 대리인에 대하여도 할 수 있다.

72) 개정전 독일 민법 제208조 [승낙에 의한 시효중단] 소멸시효는 채무자가 분할변제, 이자지급, 담보제공 또는 기타의 방법으로 권리자에 대하여 청구권을 승인한 때에는 중단된다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 1999).

계약의 효력 유무는 본인의 추인에 달려 있다'고 규정한다. 따라서 무권 대리인이 체결한 계약은 추인 여부가 결정될 때까지 아직 효력이 발생하지 않는데 추인 여부가 결정되기 전에 상대방이 위 178조에 따라 철회권을 행사할 수 있다. 또한 독일 민법⁷³⁾의 경우 소멸시효의 완성을 통하여 영구적 항변권이 발생한다⁷⁴⁾는 점에서 우리 민법의 해석⁷⁵⁾과 그 법률효과를 달리한다. 따라서 독일 민법의 경우 소멸시효가 완성되기 전에, 즉 이러한 영구적 항변권이 발생하기 전에 소멸시효가 중단되면 이러한 항변권은 그 발생이 사전에 방해를 받는다는 점에서 권리불발생항변에 해당된다. 반면 우리 민법의 경우 소멸시효가 완성될 경우 권리가 소멸한다고 해석하기 때문에 독일 민법과는 달리 볼 여지가 있지만, 소멸시효의 항변은 전형적인 권리소멸항변이고, 이러한 권리소멸항변이 발생하기 전에 시효중단을 하는 것은 권리소멸항변에 대한 권리불발생의 재항변이라고 이해할 수 있으므로, 우리 민법에서도 시효중단 역시 권리불발생항변이라고 볼 수 있다.

오석락은 시효의 중단, 청약·현상광고·유언의 철회, 조건의 성취 또는 기한(시기)의 도래 전 계약의 해제 등을 그 예로 든다.⁷⁶⁾ 가령 피고가 현상수배범을 신고할 경우에는 보상금을 지급하겠다는 취지의 현상광고를 하였고 원고가 이러한 신고를 하였다는 이유로 피고에게 보상금을 청구하는 사건을 생각해 보면, 피고가 원고가 신고를 하기 전에 민법 제 679조 제2항(광고에 행위의 완료기간을 정하지 아니한 때에는 그 행위를 완료한 자가 있기 전에는 그 광고와 동일한 방법으로 광고를 철회할 수

73) 독일 민법 제214조 [시효완성의 효력] ① 소멸시효가 완성된 후에는 채무자는 급부를 거절할 권리를 가진다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018, 97면).

74) '시효가 완성된 청구권은 소멸하지 않고, 오히려 채무자를 위한 급부거절권을 발생시킬 뿐인데, 이러한 급부거절권이 효력을 발생시키기 위해서는 항변과 같은 방식으로 주장되어야 한다. 이러한 급부거절권을 행사할 것인지 여부는 채무자의 의사에 달려 있다'(BeckOK BGB/Heinrich BGB §214 Rn. 1).

75) 우리 민법은 민법 제167조에서 소멸시효와 완성한 경우의 소급효에 대하여서만 규정하고 있을 뿐 달리 소멸시효완성의 효과에 대하여 규정하지 않고 있으나, 소멸시효가 완성하면 그 효과로서 권리가 소멸한다고 보는 것이 일반적인 견해이다[민법주해(III), 박영사, 2002년, 476면, (윤진수 집필부분)].

76) 오석락 53면

있다)에 의하여 이미 광고를 철회하였으므로 현상광고에 따른 보상금을 지급할 의무가 없다고 주장하는 경우, 이러한 피고의 주장은 아직 원고의 보수청구권이 발생하지 않았음에도 보수청구권이 발생할 여지를 미리 제거한다는 점에서 첫 번째 유형의 권리불발생항변에 해당된다. 이러한 유형의 권리불발생항변은 별도의 ‘사후적인 사유’를 주장함으로써 발생할 여지가 있는 권리의 발생을 실제로 차단한다는 점에서 권리소멸항변과 매우 유사하면서도 권리가 실제로 발생하지는 않았다는 점에서 보면 권리소멸항변과 명백히 구분된다. 또한 이러한 항변이 인정되면 권리발생이 방해받아 권리가 발생하지 않는다는 점에서 권리발생항변과도 쉽게 구분된다.

나. Rosenberg가 주장한 두번째 종류의 권리불발생규정

Rosenberg가 주장한 두번째 종류의 권리불발생규정은 권리발생규정과 ‘원칙과 예외’의 관계에 있는 규정을 의미한다. 즉 권리발생규정은 어떤 요건 하에서 권리나 법률관계가 발생함을 규정하지만, 권리불발생규정은 하나 또는 다수의 특정한 법률요건표지가 존재하면 이러한 권리나 법률관계가 예외적으로 발생하지 않음을 밝히는 것이다.⁷⁷⁾

Rosenberg는 이러한 종류의 권리불발생규정에 관하여 상세히 설명한다. 이러한 종류의 권리불발생규정에 관한 Rosenberg의 핵심적인 주장들은 다음과 같다(아래 ①~⑥ 각 주장은 Rosenberg가 서술한 순서에 따른다).

① 여기서 ‘원칙과 예외’라고 말할 때에는 단지 법률상의 원칙만을 의미하고⁷⁸⁾ 경험법칙이나 확률적 개연성을 의미하는 것은 아니다.

② 어떤 규정이 권리발생규정에 대하여 권리불발생적인 예외규정으로서의 성질을 갖는다는 것은 성문법전에서는 당연히 법조문의 문구에 의하여 알 수 있어야 한다.⁷⁹⁾

77) Rosenberg S.124

78) Rosenberg S.125

79) Rosenberg S.126

③ 법조문의 문구는 해석을 위한 수단에 불과하고, 해석(Auslegung)을 통해서만 어떤 법규정이 원칙규정인지 또는 예외규정인지 그 성격을 밝힐 수 있다.⁸⁰⁾ 따라서 원칙과 예외 관계를 통하여 권리불발생적 규정을 구별할 수 있다는 기본명제는 성문화되지 않은 법이나 학설과 판례의 활동을 통하여 새로이 정립된 수많은 원칙과 예외규정에도 적용된다.⁸¹⁾

④ 권리불발생규정이라는 개념을 인정하는 것은 이러한 성격의 규정이 고유하고도 독자적인 법률효과(eigene, selbständige Rechtswirkung)를 가진다는 사실에 근거하는데, 이 법률효과는 권리발생규정의 효과와 대립하는 것이므로 권리불발생규정의 요건은 권리의 확정을 피하려는 자가 입증하여야 한다.⁸²⁾

⑤ 실령 권리불발생규정이 고유한 독자적인 법률효과를 갖지 못하고 단지 입증책임분배에만 존재의미를 가진다고 하더라도, 입증책임분배를 위하여 기여하는 것 그 자체로 충분한 가치가 있다.⁸³⁾

⑥ 이러한 원칙규정과 예외규정의 관계를 통하여 법규의 실체법적인 내용이 가장 명료하게 표현된다.⁸⁴⁾ 즉 겉으로는 유사해 보이거나 동일한 내용인 것처럼 보인다고 하더라도, 자세히 들여다보면 전혀 다른 내용을 가진 실체법의 규정들이 존재할 수 있다. 이러한 규정들의 모습을 자세히 살펴보면, 무엇을 예외사유로 삼는지에 따라 실체법의 내용이 완전히 달라진다는 점을 알 수 있다. 이러한 주장을 뒷받침하기 위하여 Rosenberg는 여러 가지 예를 들지만, 간단한 것만 몇 가지 소개하면 다음과 같다.

가) ‘동산을 10년간 자주점유하는 자는, 악의가 아닌 한, 소유권을 취득한다’라는 조문과 ‘동산을 10년간 선의로 자주점유한 자가 소유권을 취득한다’라는 조문은 실체법적으로 전혀 다른 조문이다. 왜냐하면 실체법은 선의나 악의의 존재가 의심스러운 경우 전자의 규정에서는 소유권의

80) Rosenberg S.130

81) A.a.O.

82) Rosenberg S.132

83) Rosenberg S.134

84) Rosenberg S.138

취득에 유리하도록 규정하는 반면, 후자의 규정에서는 소유권의 취득에 불리하도록 규정하기 때문이다.⁸⁵⁾ 전자의 경우 ‘동산을 10년간 자주점유하는 사람은 소유권을 취득한다’는 것이 원칙이고, ‘악의로 동산을 10년간 자주점유하는 사람은 소유권을 취득하지 못한다’가 예외이다. 후자의 경우 ‘동산을 10년간 선의로 자주점유한 자가 소유권을 취득한다’가 원칙이고 예외를 따로 정하지 않았다. 전자와 후자는 유사해 보이지만 전자의 경우에는 위 조문의 효과발생을 저지하려는 당사자가 점유자의 악의를 증명해야 하고 후자의 경우 위 조문의 효과발생을 주장하는 당사자가 점유자의 선의까지 증명해야 한다.

나) 루터는 ‘성서의 본문에 반하는, 교회의 모든 교리와 제도를 제거해야 한다’고 주장한 반면, 칼뱅과 쾰링은 ‘성서에 의하여 증명되지 않은, 교회의 모든 교리와 제도를 제거해야 한다’고 주장하였다. 루터에 의하면, ‘성서와의 모순’이 교리와 제도가 존속하기 위한 불발생사유인 반면, 칼뱅과 쾰링에게는 ‘성서와의 합치’가 교리와 제도가 존속하기 위한 발생사유이다.⁸⁶⁾ 루터와 쾰링의 주장들은 유사해 보이지만, 전혀 다른 내용이다.

다) 프로이센의 교육문화부 장관은 1920년초 ‘프로이센 대학들의 정교수가 아닌 교수들은, 학부에서 임용을 강력하게 반대하는 자를 제외하고, 정교수로 임명하기로 하는 반면, 베를린 대학의 정교수가 아닌 교수들은, 학부에서 근거를 갖추어 임용을 신청한 경우에만, 정교수로 임명하겠다’고 발표하였다. 이러한 발표에 의하면, 베를린 대학의 교수들에 대한 처우와 다른 대학의 교수들에 대한 처우는 명백히 다르고, 베를린 대학의 교수들은, 프로이센의 나머지 대학의 교수들에 비하여 차별을 받는 셈이 명백하다.⁸⁷⁾ 베를린대학 교수들은 임용을 신청해야 임용될 수 있지만, 나머지 대학의 교수들은 원칙적으로 임용되고, 예외적으로 임용이 거부된 교수들만 임용되지 않는다. 위 2개의 처우는 유사해 보이지만, 전혀

85) Rosenberg S.135

86) A.a.O.

87) Rosenberg S.136

다르다.

라) ‘기차의 일등실에는 같은 실에 있는 모든 여행자의 동의를 있는 경우에만 담배를 피울 수 있다’는 규정조문과 ‘흡연은 다른 여행자의 항의가 있는 경우 금지된다’라는 법조문은 그 내용이 전혀 다르다. 전자는 흡연의 허가가 다른 여행객들의 동의에 달려 있고, 후자는 다른 여행객들의 이의에 따라 흡연이 금지된다.⁸⁸⁾ 전자는 여행자의 동의를 얻어야 담배를 피울 수 있는 것이 원칙이지만, 후자는 꺾연이 원칙적으로 허용되지만 예외적으로 다른 승객들의 이의가 있다면 꺾연이 금지된다. 이와 같이 무엇을 원칙으로 삼고, 무엇을 예외로 삼는가에 따라 실질적인 내용이 달라진다.

마) 로마법에 의하면 상속인은 상속을 승인하는 경우에만 상속을 받는다. 반면 독일민법에 의하면, 상속인은 상속포기를 하지 않는 한, 상속을 받는다. 양자는 실체법적으로 전혀 다른 규정이고, 그 차이는 입증책임의 문제가 아니다.⁸⁹⁾

Rosenberg는 이러한 예들을 근거로 삼아 실질적으로 유사하게 보이는 법규정이라고 하더라도 어떤 법률요건표지를 원칙으로 규정하고 어떤 법률요건표지를 예외로 규정함에 따라 그 실체법적인 내용과 입증책임분배가 완전히 달라진다고 주장하면서 원칙/예외 관계가 실체법의 내용을 더욱 세밀하게 표현하는 것임을 독자들을 설득하려 한다.

다. 검토

첫 번째 종류의 권리불발생규정의 경우 권리불발생항변의 근거가 됨은 명백하다. 또한 이러한 권리불발생규정은 권리발생규정 및 권리소멸규정과 쉽게 구분된다. 이러한 점에서 첫 번째 종류의 권리불발생규정은 논쟁의 여지가 없는 확고한 개념이라고 할 수 있다. Rosenberg 역시 권리불발생규정의 존재를 부정하는 Leonhard에 대하여 Leonhard 역시 첫 번째 종류의 권리불발생사실에 대하여는 피고 측(즉 권리행사의 상대방)이

88) Rosenberg S.136

89) Rosenberg S.136

입증책임을 부담한다는 점을 인정하고 있다고 하면서, 권리불발생규정의 독자성에 대하여 강조한 바 있다.⁹⁰⁾

논쟁이 벌어지는 부분은 두 번째 유형의 권리불발생규정이다. 두 번째 유형의 권리불발생규정에 관한 Rosenberg의 ①~⑥ 주장들을 검토해 본다. 만일 위 주장들이 타당하다면, 우리는 여전히 규범설에 기대어 안전하게 입증책임을 분배할 수 있을 것이다. 그런데 위 주장들은 크게 3가지로 구분된다. 첫째, 권리불발생규정은 독자적인 법률효과를 갖는 것인가?(④ 주장) 둘째, 원칙과 예외의 관계란 무엇인가?(①~③, ⑥ 주장), 셋째, 권리불발생규정이 오로지 입증책임분배를 위한 것이라고 해도, 과연 충분히 의미가 있는 것인가?(⑤ 주장)

(1) 권리불발생규정에는 고유한 독자적인 법률효과가 존재하는 것인지?(④ 주장과 관련하여)

위 ④ 주장의 핵심은 권리불발생규정이 고유한 독자적인 법률효과를 가진다는 것이다. 가령 우리 민법 제103조는 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다’라고 규정하므로, 어떤 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하면, 위 민법 제103조에 따라 위 법률행위가 무효가 되는 것이라고 볼 수 있고, 이를 실체법적인 법률효과라고 볼 여지가 있다. 그러나 이러한 실체법적인 법률효과가 권리발생·저지·연기규정과 동등한 정도의 고유한 독자적인 법률효과라고 볼 수 없다. 왜냐하면 위 민법 제103조의 법률요건사실이 존재한다고 인정된다면 권리는 처음부터 발생하지 않는 것이므로 ‘구체적인 권리나 의무의 변동’이라는 측면에서는 아무런 변화가 발생하지 않기 때문이다. 나아가 모든 권리불발생규정이 위 민법 제103조와 같은 수준의 실체법적인 법률효과를 갖는다고 볼 수도 없다. 가령 민법 제34조는 ‘법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다’라고 규정한다. 위 조문에 의하면

90) Rosenberg S.139

법인의 대표기관이 한 행위가 목적 외의 것이라면 그 효과는 법인에게 귀속되지 않기 때문에 무효가 된다.⁹¹⁾ 예를 들어 원고가 피고 법인(사단법인)의 대표자가 피고 법인 명의로 보증계약을 체결하였다는 이유로 피고 법인을 상대로 보증금 청구의 소를 제기하였다고 하였는데, 피고 법인이 보증계약의 체결은 피고 법인의 정관에서 정한 목적 범위 외의 행위로서 무효라고 주장한다. 이러한 피고 법인의 주장을 보증계약 체결행위는 피고 법인의 권리능력 및 행위능력이 흠결되었다는 주장으로 파악한다면, 위 주장은 권리불발생항변으로 볼 수 있고, 위 민법 제34조는 권리불발생규정이 될 수 있다⁹²⁾. 민법 제34조가 권리불발생규정이 될 수 있는 이유는 다음과 같다. 즉, 법률요건이란 결국 법률효과를 발생시키기 위하여 필수적인 요소들이라고 할 수 있는데 필수적인 요소를 갖추지 못하였다면 정해진 법률효과가 발생하지 않는 것은 법률요건의 개념상 당연한 것이기도 하다.

‘권리불발생규정은 고유한 독자적인 법률효과를 갖는다’는 Rosenberg의 주장에 대하여 Leonhard는 ‘권리불발생규정은 실체법과 연결된 법률효과를 갖지 못하고 권리발생규정과 권리불발생규정의 구별은 단지 입증책임의 관점 하에서만 이루어진 것’이라고 비판한다.⁹³⁾ 이러한 비판은 무릇 ‘법률효과’라고 함은 ‘법적 세계에 있어서의 모든 변화’를 의미하는데 권리불발생규정의 법률효과는 법적 세계에 아무런 변화를 일으키지 못한다는 점을 근거로 한다. Leonhard는 위와 같은 예를 통하여 Rosenberg의 견해를 비판한다: “행위능력이 없다⁹⁴⁾는 것은 행위능력이 있다는 것

91) 민법주해[I], 총칙(1), 박영사, 2002년, 579면[홍일표 집필 부분]

92) 위의 예와 같은 사안에서 대법원 1974. 11. 26. 선고 74다310 판결 및 그 원심인 서울고등법원 1974. 1. 17. 선고 72나2884 판결은, 이러한 주장을 항변(권리능력흠결로 인한 권리불발생항변)으로 보고 판단한 반면, 파기환송심인 서울고등법원 1975. 5. 30. 선고 75나200 판결은 이러한 주장을 위 보증계약체결의 법률요건이 흠결되었다는 취지의 이유부 부인(즉, 청구원인사실에 대한 부인)으로 보고 판단하였다.

93) Leonhard S.80

94) 독일 민법 제104조는 1. 7세에 이르지 아니한 사람 및 2. 정신활동의 병적 장애로 인하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 사람으로서 성질상 그 상태가 일시적이 아닌 사람을 행위무능력자(Geschäftsunfähigkeit)라고 규정하고, 제105조 제1항은 행위무능력자의 의사표시는 무효라고 규정한다(독일민법전, 양창수 역, 박영

과 같은 정도의 법률효과를 가진다고 볼 수 없다. 오히려 행위능력의 흠결은 결국 그저 법률적인 선택지 중의 하나에 불과하다. 법률이 행위능력의 존재에 대하여 특정한 법률효과를 부여하였기 때문에 행위능력의 존재는 법률효과를 갖지만, 행위능력의 부존재/흠결은 법률효과를 부여 받을 수 있을 가능성이 있는 선택지에 불과할 뿐 실제로 법률효과를 갖지 못한다.”⁹⁵⁾ 즉 법률이 어떤 법률요건표지의 존재에 법률효과를 부여할 수도 있고, 그러한 법률요건표지의 부존재에 법률효과를 부여할 수도 있지만, 실제로는 둘 중의 하나(법률요건표지의 존재/부존재)에만 법률효과가 부여되었으므로 나머지는 단순한 선택지에 머무를 뿐 실제 법률효과가 부여되는 것은 아니라는 것이다.

Rosenberg는 이러한 비판에 대하여 ‘이러한 견해는 법률효과라는 개념을 지나치게 좁게 파악하는 것이고, 법질서의 명령에 의해 법적 세계에 변화가 생기는 경우뿐만 아니라 변화가 생기는 요건이 존재함에도 특별한 사정에 의하여 그 변화가 생기지 않은 경우에도 법률효과가 존재하는 것으로 보아야 한다’고 반박한다.⁹⁶⁾ Rosenberg는 법적 세계의 변화가 방해 받는 경우⁹⁷⁾도 법률효과가 존재한다고 주장한다. 이러한 경우의 예로서 Rosenberg가 드는 예는 2가지이다. 첫째 ① 만약 형식적 거절사유가 없었다면 법률관계에 따라 발생했어야 하거나 발생하였을 채무나 부담이 (실제로) 발생하지 않은 것도 부당이득으로 인정된다는 점, 그리고 ② 만약 어떤 행위가 없었더라면 발생하였을 (타인 소유) 재산의 증가가 (실제로는 그 행위로 인하여) 좌절되었다면, 타인의 비용⁹⁸⁾에 의한 부당

사, 2018, 44면). 따라서 독일 민법은 행위무능력의 효력에 대하여 우리 민법과는 다르게 규정한다.

95) Leonhard S.156

96) Rosenberg S.133

97) Leonhard S.156의 표현이다.

98) 독일 민법 제812조 제1항 제1문: 타인의 급부로 인하여(durch die Leistung eines anderen) 또는 기타의 방법에 의하여 그의 **손실**로(auf dessen Kosten) 법적 원인 없이 어떤 것을 취득한 사람은 그에 대하여 반환의 의무를 진다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018, 659면). 이 경우 독일어의 Kosten은 비용 및 손실로 모두 해석되는데, 비용부당이득을 의미할 경우에는 Kosten은 비용으로, 부당이득반환청구권의 법률요건을 의미할 경우에는 Kosten을 손실로 새겨야 한다. 한편 부당이득의 유형을 급부부당이득, 침해부당이득, 비용부당이득으로 구분하는

이득(Bereicherung auf Kosten eines anderen)으로 인정된다는 것이다.⁹⁹⁾ 두 번째 예는 다음과 같다. 즉 미성년자에 대한 금치산선고(Entmündigung)도 여전히 법률효과를 가지는데, 이러한 금치산선고에 의하여 미성년자는 21세가 되더라도 완전한 행위능력을 인정받지 못하게 되기 때문이라고 한다.¹⁰⁰⁾

그런데 이와 같은 Rosenberg와 Leonhard의 견해 대립은 법률효과라는 개념을 서로 다르게 파악한 것에 기인한다. Engisch(칼 엥기쉬)에 의하면 법률효과라는 개념은 이중적인 의미를 가지고 있다. 즉 법률효과는 법률규정이 구체적인 사건에서 적용된 결과 발생한 구체적인 권리나 의무를 의미하는 것일 수도 있고, 이와 달리 법률규정이 기본적으로 갖추어야 하는 형식적인 구성부분, 즉 법률요건과 법률효과 중 법률효과(법명제의 구성부분)를 의미하는 것일 수도 있다. 즉 ‘혼동을 불러일으키는 모호함은 법률효과를 때로는 법명제의 구성부분이라고 부르는가 하면(법명제는 법률요건과 법률효과로 성립한다), 때로는 법명제에서 지시되는 내용, 즉 일정한 급부(손해배상으로 100만 원을 지급하라)나 형벌과 같이 권리 또는 의무의 성립 및 권리와 의무의 내용도 법률효과라고 부르는데 기인한다.’¹⁰¹⁾ 따라서 ‘선량한 풍속에 위반되는 계약은 아무런 **법률효과**도 발생하지 않는 **법률효과**를 갖는다’고 말할 때, 전자의 법률효과는 구체적인 권리와 의무라는 의미이고, 후자의 의미는 법명제의 구성요소로서의 법률효과를 의미한다.¹⁰²⁾ 이와 같이 보면 Leonhard는 법률효과를 ‘구체적인 권리와 의무’를 지칭하는 의미로 사용하였고, Rosenberg는 법률효과를 ‘법명제의 구성요소’라는 의미로 사용하였다고 볼 수 있다.

이와 같이 보면 권리불발생규정은 구체적인 권리와 의무라는 의미에서 고유한 독자적인 법률효과를 갖지 않지만, 법명제의 구성요소로서의 법

견해가 유력하게 주장되고 있고, 그 중 비용부당이득은, 타인의 채무를 변제하거나 타인 소유의 물건에 비용을 지출하였으나 비용지출자가 사무관리의 요건을 충족하지 못하는 경우에 성립한다(지원림, 같은 책, 1596면).

99) Rosenberg S.134

100) Rosenberg S.134

101) 칼 엥기쉬, 법학방법론, 안법영·윤재왕 역, 세창출판사, 2011년, 21면

102) 엥기쉬, 같은 책, 22면

를효과는 가진다고 볼 수 있다. Rosenberg와 같은 의미로 법률효과를 이해한다면, 모든 법률명제는 법률효과를 갖기 때문에, 권리불발생규정이 법률효과를 갖는 것은 당연하다. 그러나 권리발생규정, 권리연기규정, 권리소멸규정의 경우를 살펴보면, 권리발생규정, 권리연기규정, 권리소멸규정은 각 권리와 의무의 발생, 효력발생지연, 소멸이라고 하는 법률효과, 즉 권리와 의무라는 의미에서의 법률효과를 가진다. 반면 권리불발생규정은 이러한 의미의 법률효과는 갖지 않는 것은 명백하다. 따라서 권리불발생항변이 고유한 독자적인 법률효과를 가진다고 하는 Rosenberg의 주장은 법률효과의 의미에 관하여 오해를 불러일으킬 수 있는 표현이다.

이와 같이 법률효과의 측면에서 본다면 결국 첫 번째 종류의 권리불발생규정도 두 번째 종류의 권리불발생규정과 완전히 동일하다. 즉 첫 번째 종류의 권리불발생규정도 법률세계에 변화를 일으킨다는 의미, 즉 구체적인 권리 및 의무의 발생, 소멸, 변경이라는 의미에서의 법률효과를 갖지 않는 것은 동일하다. 첫 번째 종류의 권리불발생규정의 경우 아직 법률요건이 모두 실현된 것이 아니어서 권리발생이 이루어지지 않았으므로 구체적인 권리 및 의무의 발생, 소멸, 변경이라는 현상이 발생할 여지가 없기 때문이다.

(2) 원칙/예외의 관계란 구체적으로 무엇인가?(①~③ 및 ⑥ 주장과 관련하여)

①~③ 및 ⑥주장은 결국 원칙/예외의 관계를 통하여 실체법이 권리불발생규정의 법률요건을 좀더 명확하게 규정하고 있다는 내용이다. 따라서 규범설에서 말하는 ‘원칙/예외의 관계’가 무엇인지 검토해 보아야 한다. 권리발생규정과 권리불발생규정의 관계를 원칙/예외의 관계로 논리 필연적으로 환원시킬 수 있다면, 입증책임의 분배는 간단하게 해결될 수 있기 때문이다.

그러나 이러한 원칙/예외의 관계는 매우 모호한 의미를 가지고 있음을 쉽게 알 수 있다. Leonhard는 이 점을 집중적으로 비판하였다. Leonhard는 이러한 원칙/예외 관계가 오래된 입증책임분배이론 중 하나인 인과관

계설(Kausaltheorie)이나 최소한사실설(Minimaltheorie)에서 유래한 것임을 지적하였고¹⁰³⁾ Rosenberg도 Leonhard의 이러한 지적이 타당함을 전제로 자신의 논의를 전개하였다.¹⁰⁴⁾ 즉 원칙/예외 관계의 모호함에 관한 Leonhard의 주장은 ‘규범설이 말하는 원칙/예외 관계는 인과관계설 및 최소한사실설에서도 주장된 것인데 이러한 원칙/예외 관계는 규범설, 인과관계설, 최소한사실설에서 모두 애매모호하다’는 것이다. 인과관계설과 최소한사실설은 규범설이 등장하기 전에 주장되었던 과거의 학설로서 넓은 의미의 법률요건분류설에 속한다. 넓은 의미의 법률요건분류설이란 법률요건을 구성하는 사실과 그렇지 않은 사실을 구별하여 입증책임의 배분을 결정하는 이론이라고 규정할 수 있는데, 넓은 의미의 법률요건분류설 안에는 인과관계설, 통상사실설, 최소한사실설, 특별요건설, 전부사실설, 이익설, 근거요건설 등 다양한 학설이 존재하였다.¹⁰⁵⁾ 그 중에서 인과관계설의 내용을 간단히 요약하자면 다음과 같다: 법률효과의 발생을 주장하는 당사자는 “근본적으로”, “본질적으로”, “직접적으로”, “원칙적으로”, “긍정적으로(positiv)”, “통상적으로” 효과를 발생시키는 법률요건사실의 존재만을 증명하여야 하고, 반면 이미 발생한 법률효과를 예외적으로 방해하는 특별한 사실이 반대규정을 구성하는데, 이러한 반대규정의 법률요건사실은 상대방이 입증하여야 한다.¹⁰⁶⁾ 또한 최소한사실설의 내용을 간단히 요약하자면 다음과 같다: 법률효과의 발생을 주장하는 당사자는 최소한의 법률요건사실(Mindest Tatbestand) 즉, 청구권을 발생시키는 사실(ansprucherzeugende Tatsache)만을 증명하면 되고, 그 상

103) Leonhard S.78, S.83

104) Rosenberg S.133

105) 오석락, 74면 이하

106) Reinhold, Klagegrund 30(Leonhard S.67에서 재인용). 한편 Windscheid는 ‘어떤 사실은 어떤 청구권을 그 자체로(an und für sich) 근거 있는 것으로 만들 수 있다. 다만 어떤 장애가 그 권리발생적 효력을 방해하는 모든 사실관계에서는 그 사실(권리발생적 사실)은 청구권을 발생시키지 않는다(Eine Tatsache kann einen Anspruch zu begründen an und für sich im Stande sein, ohne dass sie ihn unter allen Umständen erzeugt, ihrer rechterzeugenden Kraft können sich Hindernisse entgegenstellen)’라고 표현한다(Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. Band 1., Stuttgart, 1879, S.406).

대방은 청구권발생사실에 대항하는 반대규범들이 효과가 발생하였다는 점을 증명하여야 하는데, 여기서 반대규범으로는 청구권불발생적(anspruchshindernde 또는 keimzerstörende¹⁰⁷⁾) 규범, 권리소멸적 규범 등이 있다.¹⁰⁸⁾

이와 같이 보면 Rosenberg가 말하는 원칙/예외의 관계도 이러한 과거의 학설들에서 사용하던 용어를 그대로 가져온 것이라고 볼 수 있다. Leonhard는 이러한 과거의 학설들에서 사용하던 원칙/예외의 관계가 매우 모호하고 무엇을 법적 원칙으로 보아야 하는가에 대하여 확실히 정할 수 없다고 주장한다. 원칙을 만들어내는 것은 학문의 임무인데, 학문의 결과로 만들어지는 원칙은 언제나 변화를 겪을 수밖에 없으므로, 원칙이 무엇인가에 대한 합의에 도달하는 것은 불가능하기 때문이다.¹⁰⁹⁾ Leonhard는 실제로 과거 입증책임분배에 관한 학설 대립이 심했던 조건, 대리, 가격에 관한 합의 등의 쟁점에서 각 논자들마다 무엇이 원칙이고 예외인지에 대하여 의견합치가 이루어지는 경우가 없었다는 점을 지적한다.¹¹⁰⁾

이러한 Leonhard의 비판을 제외하더라도 원칙/예외라는 관계가 매우 모호하다는 점은 동의하지 않을 수 없다. 먼저 이러한 원칙/예외라는 용어는 법조문의 문구를 지칭하는 것으로 볼 수도 있다. 즉 본문/단서 또는 제2항을 통하여 제1항의 효력을 배제하는 경우와 같은 매우 형식적인 규범구조를 지칭할 수도 있다. 특히 앞서 살펴본 인과관계설 및 최소한 사실설 등과 대조하여 보면 Rosenberg의 규범설은 결국 법조문의 문구, 즉 본문/단서, 제1항/제2항의 관계와 같이 형식적인 문구를 강조한다는 점{앞서 본 Rosenberg의 주장 중 ② 주장(27면)}에서 기존의 학설들과

107) 오석락·김형배·강봉수는 Rosenberg의 저서 'die Beweislast'의 해당부분을 번역함에 있어 위 단어를 '발생자체를 파괴시키는'으로 번역한 반면(레오 로젠베르크, 입증책임론, 오석락·김형배·강봉수 역, 박영사, 1995, 106면), 일본의 倉田卓次는 '胚芽破壞的'(배아파괴적)이라는 용어로 직역하였다(ローゼンベルク, 證明責任論[全訂版], 倉田卓次 譯, 判例タイムズ, 1987, 101頁).

108) B. Betzinger, Die Beweislast in Zivilprozeß, 3. Aufl., Berlin, 1910, S.36 ff

109) Leonhard S.81

110) Leonhard S.81

구분된다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 Rosenberg는 바로 뒤이어 문구는 결국 해석의 수단에 불과하고 원칙/예외 관계는 규범의 내용에 관한 것이라고 보충한다(앞서 본 Rosenberg의 주장 중 ③ 주장(28면)). 따라서 이러한 원칙/예외라는 용어는 추상적인 규범의 구조를 의미할 수도 있다. 그러나 원칙/예외라는 추상적인 규범의 구조가 언제나 입증책임을 지시하기 위한 목적으로만 사용되는 것은 아니다. 만약 법률요건 T에 특수한 법률요건표지 M이 더 해지면 T에 귀속된 법률효과 R이 발생하지 않는다는 내용의 규범이 있다고 하자. 이러한 제한적 법률요건표지(M)를 긍정적인 효력규정 안에 모두 집어넣으려고 하면 지나치게 어렵고 복잡한 법조문이 만들어지게 되므로, 가독성과 편의성을 위하여 이러한 경우에는 원칙/예외의 구조를 취하게 된다.¹¹¹⁾ 예를 들면 ‘계약은 계약당사자가 행위능력, 의사능력을 갖추고 있고, 비진의 의사표시에 의한 것이 아니며, 그 법률행위의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 않으면 유효하다’라는 하나의 법률문장과 현행 민법과 같이 민법 제103조, 제107조 등의 별개의 조문으로 분리시키고 원칙/예외 관계의 문구를 취하는 복합적인 다수의 법률문장들을 비교한다면, 후자가 그 규범의 의미를 잘 전달할 수 있음이 자명하다. 이와 달리 입법자는 원칙/예외 및 본문/단서와 같은 문장구조를 이러한 효율적인 규범내용 전달을 위한 입법기술적인 수단이 아니라, 입증책임분배를 위하여 사용할 수도 있다.¹¹²⁾

그 외에도 원칙/예외의 관계는 법학방법론에서 법률의 제한적 해석이나 목적론적 축소를 통한 법관의 법형성에서 등장한다. 여기서 법형성은, 법의 흠결이 확인된 경우, 법의 흠결을 메우기 위하여 법관이 새로운 규율을 만들어내는 행위를 지칭한다. 법문언의 가능한 의미 안에 머물러 있으면서 법률로부터 해당되는 사안에 대한 법을 찾아내는 것은 “법발견”에 해당되지만, 해당 사안에 대한 법적 결정이 법문언의 가능한 의미를 넘어선 것이라면, 이것은 바로 규율되어야 할 사안에 대하여 적합한

111) Larenz/Canaris, a.a.O., S.80

112) A.a.O.

법규정이 존재하지 않는 소위 법의 흠결이며, 여기서 유추 등의 추론방식에 의하여 법흠결을 보충하는 현상이 법관의 법형성이다.¹¹³⁾ 법형성은, 유추, 반대추론 및 목적론적 축소¹¹⁴⁾ 및 법원리¹¹⁵⁾을 통하여 법의 흠결을 보충하면서 이루어진다. 유추는 유사성을 중심으로 해당 법규범의 적용범위를 확대시키는 것인 반면, 목적론적 축소는 ‘차별성’을 기준으로 **예외적 사례**를 해당 법규범으로부터 배제시키는 논증구조를 지닌다.¹¹⁶⁾ 이러한 법해석과 법형성의 과정에서 등장하는 원칙/예외의 관계는 입증책임분배와는 전혀 무관하기 때문에 이러한 원칙/예외의 관계가 인정된다고 해서 언제나 권리불발생규정이 성립한다고는 볼 수 없다.

이와 같이 원칙/예외 관계는 다양한 의미로 사용되기 때문에 권리불발생규정을 식별하기 위한 기준으로서의 원칙/예외 관계는 혼동을 일으킬 수 있다.

결정적으로 Rosenberg 자신도 조건/기한 및 대리에 관한 주장에서 원칙/예외 관계를 오인함으로써 잘못된 주장을 펼치기도 하였다.

법률행위의 내용 중 부관(조건, 기한)이 있는지에 대한 다툼이 있을 경우 이러한 다툼을 부인으로 볼 것인지, 항변으로 볼 것인지에 대하여 부인설과 항변설의 대립이 있다. 부인설¹¹⁷⁾은 계약의 내용은 하나이기 때문에 부관에 대하여 다툼이 있는 경우 원고와 피고는 서로 다른 내용의 계약이 체결되었다는 주장을 하는 것이고, 원고는 무조건부의 계약이 체결되었음을 주장·입증하여야 한다고 주장한다. 따라서 이를 다투는 피고의 주장은 원고의 주장에 대한 반대사실의 주장, 즉 부인에 해당된다는 것이다. 특히 법률은 조건없는 법률행위(확정적인 법률효과의 발생)가 조건있는 법률행위(가정적인 법률효과의 발생)보다 원칙적인 것으로

113) 김영환, 법철학의 근본문제 제3판, 홍문사(2012), 411면

114) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., § 7 Rn. 16

115) 김영환, 같은 책, 258면

116) 김영환, 같은 책, 332면

117) Bernhardt, Zivilprozessrecht, 1968, S.226, Musielak·Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, München, 1984, S.173에서 재인용. Arwed Blomeyer, Zivilprozeßrecht-Erkenntnisverfahren-, zweite, vollständig überarbeitete Auflage, Berlin, 1985, S.374f.

정한 바 없고 단지 당사자들에게 조건없는 법률행위와 조건있는 법률행위라는 2가지 종류의 법률행위를 할 수 있도록 허용한 것이므로, 당사자가 조건없는 계약, 즉 확정적인 법률효과의 발생을 주장한다면 계약이 조건없는 상태로 체결되었다는 점을 증명하여야 한다.¹¹⁸⁾

항변설¹¹⁹⁾은, 조건 및 기한과 같은 부관은 결국 민법의 규정 중 조건 및 기한에 대한 법률 규정의 법률효과를 주장하는 것이므로, 피고가 그러한 취지의 합의를 하였다는 점을 항변으로 주장하는 것이며, 부인설은 계약이 물리적 단일체라는 관념에 사로잡혀 있는 것으로서 받아들일 수 없다고 한다.

특히 Rosenberg는 다음과 같은 근거를 들면서 정지조건에 관하여 항변설을 옹호하였다.¹²⁰⁾ 부인설을 취할 경우 원고는 무조건부의 계약이 체결되었음을 입증하여야 승소할 수 있는데, 이러한 입증에 실패할 경우 원고는 청구원인사실을 충분히 입증하지 못하였다는 이유로 청구기각판결을 받게 된다. 그런데 그렇다면 피고는 계약이 정지조건부로 체결되었다는 사실을 입증하지 않고서도 위 조건에 따른 법률효과(원고의 권리불발생)를 얻게 되어 부당하다고 한다. 왜냐하면 이러한 결과(피고가 원고 패소 판결이라고 하는 자신에게 유리한 결과를 자신에게 유리한 법규범의 법률요건을 입증하지 않고도 누리게 됨)는, 각 당사자는 자신에게 유리한 법률규정의 법률요건사실을 입증해야 한다고 하는 규범설의 대원칙에 위반된 결과이기 때문이라고 한다.

그런데 이러한 Rosenberg의 주장은, 독일 민법 제158조 제1항(법률행위가 정지조건부로 행하여진 때에는, 조건에 걸려 있는 효력은 조건의 성취와 함께 발생한다.¹²¹⁾)을 마치 예외규정인 것처럼 해석하는 것을 전제로 하는데, 이러한 경우 ‘모든 법률행위는 조건 없이 하는 것이 원칙이다’라고 하는 기이한 원칙을 전제로 삼게 된다.¹²²⁾

118) Blomeyer, a.a.O., S.375

119) Rosenberg, S.310

120) A.a.O.

121) 독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018년, 67면

122) Leonhard에 의하면 ‘법률행위는 조건없이 하는 것이 원칙이다’라는 명제는 불

생각건대, 당사자들이 법률행위의 효력 발생을 장래의 불특정한 사건의 발생에 결부시키고자 하는 의사합치에 이르렀다면, 그 특정한 사건의 발생이라는 사실은 당해 법률행위의 효력을 발생시킨다는 의미에서 권리 발생적인 성격을 갖는다.¹²³⁾ 다만 그러한 의사합치, 즉 당사자들이 법률행위의 효력 발생을 장래의 불특정한 사건의 발생에 결부시키고자 하는 의사합치가 존재하였는지 여부가 밝혀지지 않았다고 하면, 그러한 의사합치가 존재함을 전제로 재판을 할 수 없다. 이와 같이 본다면, 항변설이 결론적으로는 타당하지만, 이 경우 Rosenberg가 제시한 근거(원칙/예외의 관계)는 타당하지 않다.

대리에 관한 사안의 쟁점은 다음과 같다. 즉 원고가 피고를 상대로 대여금 청구를 하였는데, 피고는 자신이 대여금을 수령한 사실은 인정하면서도 ‘자신은 원고 및 피고의 지인인 김철수라는 사람의 대리인 자격으로 돈을 받은 것이므로 자신에게 대여금 청구를 할 것이 아니라 김철수를 상대로 대여금 청구를 해야 한다’고 주장하였다. 이 경우 이러한 피고의 주장을 부인으로 보는 견해와 항변으로 보는 견해가 나뉜다. 부인설¹²⁴⁾은 대리에 관한 민법의 규정은 언제나 권리발생적인 것, 즉 일방당사자가 대리인과 계약한 경우 대리에 관한 민법 규정으로 인하여 본인에게 그 계약의 효력이 미치게 되는 것이므로, 피고가 대리인이라고 주장하는 것은 단순히 자신은 계약당사자가 아니라는 부인에 불과하다는 것이다. 즉 규범의 분류에 따라 입증책임을 분배함에 있어 규범이라고 함은 법적 규율의 복합체인데, 대리인의 행위를 본인에게 귀속시키는 독일 민법 제164조 제1항¹²⁵⁾은 매매계약, 임대차계약 등과 같은 개별적 계약

가능한 원칙이다(Leonhard S.78). Musielak 역시 ‘무조건적인 계약이 더 간단하고, 매끄러우며, 더 정상적이기 때문에 원칙이다’라는 가정은 법률을 통하여 확인되지 않는다고 지적한다(Musielak S.335).

123) Musielak S.338

124) Lepa, Die Verteilung der Beweislast im Privatrecht und ihre rationelle Begründung, Diss. Köln, 1963, S.108, Musielak·Stadler, a.a.O., S.184에서 재인용

125) 독일 민법 제164조 제1항 제1문: 대리인이 그의 대리권 내에서 본인의 이름으로 한 의사표시는 직접 본인에 대하여 효력을 가진다(독일민법전, 양창수 역, 박

의 규정에 추가되어 그와 관련된 법규를 완전하게 하는 보충규범(Ergänzungsnorm)이지 결코 권리불발생규범은 아니라고 한다.

항변설¹²⁶⁾은 민법상 대리규정은 이러한 경우 대리인에 대한 법률효과의 발생을 원천적으로 저지하는 권리불발생규범으로 작용하기 때문에 피고가 스스로 대리인으로 계약을 체결한 사실을 입증하면 민법상 대리 규정인 독일 민법 제164조 제1항의 법률효과로서 계약상 의무가 피고가 아니라 본인에게 귀속된다고 설명한다. Rosenberg는 항변설을 지지하면서 다음과 같은 근거를 제시한다. 부인설을 관철시킨다면, 피고가 대리인이라고 주장할 경우 원고는 위 계약이 대리행위에 의하여 체결되지 아니하였다는 점까지 입증하여야 한다. 그렇게 된다면, 원고는 자기가 부담하는 입증책임, 즉 계약이 피고에 의하여 직접 피고의 이름으로 계약이 체결되었다는 것에 대한 입증책임을 부담한다. 나아가 위 증명사항을 입증하지 못한다면 원고의 청구는 기각되어야 한다. 그렇게 되면, 독일 민법 제164조 제1항을 그 법률요건의 입증 없이 적용한 결과가 되어, 어느 법률 규정도 그 법률요건표지가 실현되었음이 입증됨이 없이 적용되어서는 안 된다는 규범설의 기본원칙에 반한다는 것이다.¹²⁷⁾

그러나 이러한 항변설의 주장은 매우 기괴하다. 이러한 결론은 앞서 본 바와 같이(41면) 계약은 본인이 체결하는 것이 원칙이고, 예외적으로 대리인에 의해서도 체결할 수 있다고 하는 이상한 원칙/예외 관계를 형성할 수도 있다. 나아가 Musielak이 지적한 바와 같이 독일 민법 제164조 제1항을 권리불발생규정이라고 해석하기는 어렵다. 즉 독일 민법 제164조 제1항은 원고가 제3자가 원고의 대리인으로 체결한 계약으로부터 자신의 권리를 도출하는 경우를 생각해 보면, 권리발생규정이고, 만약 피고가 자신의 이름으로 행동하지 않았다는 것이 확정된다면, 그 자체로 원고의 청구를 부인하기 위하여 충분하다.¹²⁸⁾

영사, 2018년, 71면).

126) Rosenberg S.316

127) Rosenberg S.316

128) Musielak S.352

나아가 Rosenberg가 제시한 예들 역시 대부분 잘못된 것들이다. 이 점은 Leipold가 정확하게 지적한 바와 같다.¹²⁹⁾ Rosenberg는 겉으로는 유사하거나 동일한 내용처럼 보이는 법률문구라고 하더라도, 무엇이 원칙인지, 예외인지에 따라 그 내용이 전혀 다르다고 주장하면서, 앞서 본 바와 같이(28면 이하), 선의/악의, 루터/쯔빙글리, 대학교수 임용, 흡연, 상속 문제 등의 예를 든 바 있다. 그러나 Leipold가 지적한 바에 의하면, Rosenberg가 든 예들은 대부분(선의/악의를 제외하고), 실제로 전혀 다른 내용을 가진 규정들이고 겉으로도 유사하거나 동일한 내용처럼 보이지도 않을뿐더러, 어떤 사실이 권리발생적인 성격을 가지는 반면 그 사실의 모순적 반대가 권리불발생적 성격을 가지는 예에 해당되지 않는다. 가령 상속 문제에 관하여 보면, 상속 포기의 모순적 반대는 승인이 아니고, 상속 승인의 모순적 반대는 포기가 아니다. 포기와 승인의 선언 외에 유족들의 침묵이라고 하는 제3의 가능성이 존재한다.¹³⁰⁾ 유족들이 침묵할 경우 로마법에서는 상속이 이루어지지 않지만, 독일법에서는 상속이 이루어진다. 루터와 쯔빙글리의 사례도 마찬가지이다. 어떤 교리가 성경에 증거가 있다는 것의 모순적 반대는 증거의 부존재, 즉 성격의 침묵과 불일치 모두가 해당된다.¹³¹⁾ 대학교수 임용의 사례도 교수진의 요청이 있으면 임용되는 경우와 교수진의 반대의견이 없으면 임용되는 경우는 전혀 다른 규정인데, 요청의 모순적 반대는 비요청(요청없음, 즉 Nichtstellung des Antrags)이기 때문이다.¹³²⁾ 흡연 사례의 경우도 다른 승객들의 동의와 다른 승객들의 항의도 모순적 반대 관계가 아니다. 다른 승객들이 침묵할 경우 2개의 규정은 그 처리가 달라진다.¹³³⁾ Leipold는 Rosenberg가 든 예들 중 시효취득에 관한 선의/악의 만에 적절한 예인데, 이 경우 선의가 권리발생적이고, 악의가 권리불발생적이라는 점은 실체법적인 차이가 아니라, 오로지 입증책임분배를 달리한다는 점에서만

129) Leipold S.39ff

130) Leipold S.39

131) Leipold S.40

132) A.a.O.

133) A.a.O.

차이가 난다는 점을 지적한다.¹³⁴⁾

이러한 원칙/예외 관계의 허술함, 자의적임, 나아가 애매모호함 때문에 규범설은 심각한 문제가 있다. Leonhard는 다음과 같은 점을 지적한다: ‘우리가 무엇을 원칙으로 삼든 간에 이러한 원칙/예외의 형식을 취함으로써 우리의 목적을 용이하게 달성할 수 있다. 가령 초보자를 위한 강의에서는 초보자들에 대한 효율적인 교육과 이해, 설명을 위해서 이러한 원칙/예외 관계를 설정할 수도 있겠지만, 이러한 원칙/예외의 관계는 논리필연적으로 정해질 수는 없다.’¹³⁵⁾

이러한 Leonhard의 규범설에 대한 비판이 사실임을 확인시켜주는 진술도 충분히 존재한다. 일본에서 규범설의 지지자라고 알려진 倉田卓次(쿠라타 타쿠지)는 다음과 같이 기술한다: ‘동일사실의 존부를 권리발생사실과 권리불발생사실 중 어느 쪽으로도 규정하는 것이 이론적으로 가능하지만, 입법자의 결단이 어느 쪽을 택한 것인가를 법규의 규제형식에서 파악할 수 있으므로, 양자의 구별은 입증책임분배의 기준으로서 아직도 기능할 수 있고, 법적 실천에 봉사하는 법해석학으로서는 그로써 충분하다.’¹³⁶⁾ 이러한 倉田卓次の 입장을 보면 법규의 규제형식을 통해 입법자의 결단을 읽어내면 권리발생사실과 권리불발생사실을 구분할 수 있다는 것이다. 그러나 모든 사안에서 법규의 규제형식을 통해 입법자의 결단을 읽어낼 수 있다는 것은 지나치게 낙관적인 태도이다.

나아가 오석락도 다음과 같이 기술한다: 문언을 허심탄회하게 읽어보면 실제법규가 일정한 사실의 존재 또는 부존재에 기하여 일정한 법률효과 발생 또는 불발생을 규정하고 있으나 그 표현은 일방향적이며 평면적으로 표리관계에 있는 사항이라도 이를 표리쌍방으로는 표현하지 않는다. ‘선의라면 권리가 발생한다’는 것과 ‘악의라면 권리가 발생하지 않는다’는 것은 논리적으로 동의어가 틀림없으나 법규는 택일적으로 어느 한

134) Leipold S.41

135) Leonhard S.81

136) 倉田卓次, 民事實務と證明論, 日本評論社, 1987, 274頁

쪽의 표현만을 사용하지 양자를 병용하지는 않는다. 여기에 법규의 字句 구조에 의하여 권리발생규정이냐 권리장애규정이냐를 판정할 수 있는 근거가 있다.¹³⁷⁾ 오석락의 태도를 보면 법규의 문자구조를 보면 어떻게든 권리발생규정과 권리불발생규정을 구별할 수 있다는 것이다. 그러나 마찬가지로 법규의 문자구조를 통해 권리발생규정과 권리불발생규정을 구별해내겠다는 것 역시 지나치게 낙관적인 태도이다.

이러한 倉田卓次와 오석락의 각 서술과 Leonhard의 서술을 비교해보면, 규범설은 권리발생규정과 권리불발생규정을 구별함에 있어 엄밀한 학문적 精緻함을 포기하고 느슨한 구분에 머무르는 듯한 태도를 보여준다. 즉 원칙/예외 관계라고 하는 극히 애매한 기준만을 제시함으로써 과거에 배척되었던 최소한사실설이나 인과관계설의 논의를 그대로 받아들인다는 점에서 특히 그러하다. 나아가 Leonhard는 ‘권리발생규정과 권리불발생규정의 관계가 원칙과 예외의 관계’라는 표현은 학문적으로는 아무런 의미가 없고 단지 초보자를 위한 교재나 매뉴얼적 지침에 불과한 것에 불과하다고 비판하고 있는 셈이다.

(3) 권리불발생규정은 입증책임분배에 대하여 어떤 의미가 있는 것인가? (⑤ 주장과 관련하여)

Rosenberg가 강력하게 주장한 원칙/예외 관계는 애매모호함이 존재한다. 따라서 더 확실한 구분을 하기 위해서는 입증책임을 분배하는 수단으로서의 권리불발생규정이라는 개념일 것이다(⑤ 주장). 이에 대하여 Rosenberg는 ‘권리불발생규정이 단지 입증책임분배에만 존재의미를 가진다고 하더라도 충분한 가치가 있다’(genug groß)고 언급했음은 앞서 본 바와 같지만(28면), Rosenberg는 권리불발생규정의 입증책임분배 기능에 관하여 위 한 문장 외에는 다른 언급을 한 바 없고, 위 문장도 그나마도 가정법을 사용하였다. 즉 Rosenberg의 논조는 “설령 권리불발생규정에 관한 실체법적인 근거 제시(독자적인 법률효과 및 법률요건 제시)

137) 오석락 54면

를 하지 못한다고 하더라도 권리불발생규정은 입증책임을 분배하는 기능만을 하는 것이라도 충분히 가치가 있다”는 것이다. 따라서 이 부분에 관한 논의 및 근거제시는 규범설에서는 구체적으로 진행되지 않았는데, 아마도 너무나 자명한 이유라고 생각했기 때문일 것이다.

그러나 이러한 입증책임분배 기능에 대하여도 비판이 존재한다. 가령 Leonhard는 이러한 Rosenberg의 서술에는 ‘학문의 강력한 자기기만 (gewaltige Selbsttäuschung)이 존재한다’라고 비판하였다.¹³⁸⁾ Leonhard가 이러한 비난을 한 이유는 다음과 같이 추론할 수 있다. 즉 Rosenberg는 입증책임분배 기준을 밝히기 위하여 규범설을 주장하였다. 규정의 종류를 권리발생/불발생/소멸/연기규정으로 구분하고 권리발생규정의 법률요건사실은 원고가, 불발생/소멸/연기규정의 법률요건사실은 피고가 각 부담한다는 것인데, 권리불발생규정의 법률요건사실에 대한 입증책임을 피고가 부담하는 이유는 그 사실이 권리불발생규정의 법률요건사실이기 때문이다. 그런데 어떤 규정이 권리불발생규정에 해당되는지를 그 근거를 살펴보면, 실체법적인 근거(앞서 본(32면 이하) 별도의 법률효과, 원칙/예외 관계의 법률요건 등)나 논리필연적인 근거는 전혀 존재하지 않고 단지 입증책임을 피고에게 지운다는 점만이 근거로 제시된다. 그렇다면 권리불발생규정의 경우는 일종의 순환논증의 오류에 빠진다. 어떤 사실이 권리불발생규정의 법률요건사실이기 때문에 피고에게 입증책임이 있는데, 다른 한편 어떤 규정이 권리불발생규정에 해당되는 이유는 그 규정의 법률요건사실에 대하여 피고가 입증책임을 부담하기 때문이다. 이러한 맥락에서 권리불발생규범의 개념에 관하여는 ‘자의적’이고, ‘법률적 순환논법’이며, ‘결과론적인 논증’이라고 하는 비판이 제기되었다.¹³⁹⁾ 따라서 ⑤ 주장이 살아남기 위해서는 이러한 비판을 극복하여야 한다.

138) Leonhard S.80

139) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München, 2018, S.612

3. 소결

결국 권리불발생규정의 개념에 관한 규범설의 주장들은 모두 문제가 있다. 그렇다면 규범설은 확고한 기준을 제시하지 못한다는 결론에 도달한다. 권리발생규정과 권리불발생규정은 실체법적인 요건이 다르다[①~③ 및 ⑥주장]는 주장은 설득력이 없다. 권리불발생규정이 독자적인 실체법적 법률효과를 가진다는 주장[④ 주장]은 ‘법률효과’라는 단어의 의미가 권리발생, 소멸, 연기규정과 다른 의미로 사용된다는 점(즉 권리발생, 소멸, 연기규정의 경우 법률효과는 권리와 의무의 변동이라는 의미 및 법률명제의 구성부분이라는 2가지 의미로 모두 사용되지만, 권리불발생규정의 경우 법률효과는 법률명제의 구성부분이라는 하나의 의미만을 가진다)에서 논리적인 일관성이 흠결되어 있다. 위기를 극복하는 방법은 뭘까? 위 3가지 주장 중 충분히 전개되지 못한 주장은 ⑤ 주장이다. 로젠베르크는 단 한 문장만을 남겼기 때문이다. 규범설을 기반으로 삼아 논리필연적이고 확고한 입증책임분배기준을 얻으려면 결국 ⑤ 주장을 충분히 전개해야 한다. 위 ①~④, ⑥ 주장들은 일종의 실체법적인 근거에 의한 주장이었다면, ⑤ 주장은 소송법 또는 증거법적인 근거에 의한 주장이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 위 주장에 의하면 권리불발생규정은 주로 소송 안에서 입증책임을 분배하는 기능을 하기 때문이다.

앞서 본 논의의 결과 권리불발생규정과 권리발생규정을 실체법적으로 구분하려고 하는 시도는 성공했다고 보기 어렵다. 결국 그러한 구분을 하려는 학문적 시도는, 잘해봐야 초보자용 교재나 매뉴얼 수준을 벗어날 수 없고, 잘못하면 끝없는 애매모호함 및 자의성으로 빠져들 위험이 있다는 점이 드러났다. 권리불발생규정과 권리발생규정의 구별은 이제 소송법 또는 증거법적으로 이루어져야 하는데, 이 길은 규범설에서는 충분히 논의가 진행되지 않았고 나아가 앞서 본 바(46면)와 같이 순환논법이라는 비판에 여전히 노출되어 있다.

제2절 권리불발생규정에 관한 Leipold의 견해

1. Leipold의 주장 전반에 관한 소개

Rosenberg가 주장한 규범설의 기본 전제는 어떤 법규의 법률요건표지가 실현되었는지 여부가 진위불명인 경우 당연히 그 법규에 의한 법률효과가 발생하지 않는다는 것이다. 즉 법관이 어떤 법규를 적용하는 것, 즉 법률효과의 발생을 확정할 수 있는 것은 당해 법규의 법률요건사실의 존재에 관하여 적극적인 심증을 얻게 된 때에 그치는 것이므로, 법률요건사실의 부존재에 관하여 심증을 얻은 경우뿐만 아니라, 그 존재여부가 의문으로 남아있는 경우에도 법규의 적용은 이루어지지 않는다.¹⁴⁰⁾ 상식적으로 생각해보면, 이러한 Rosenberg의 주장은 타당한 것처럼 보인다. 대여금 청구 사건에서 금전소비대차계약이 체결되었는지 여부가 진위불명이라면, 당연히 원고의 청구를 기각하여야 하고 이러한 결론에 이의제기를 할 수 없다. 그런데 Leipold는 바로 이러한 Rosenberg의 주장이 잘못된 것이라는 비판에서 논의를 시작한다.

Leipold의 주장은 다음과 같다. 법률요건표지의 실현이 확정된 경우 당해 법규정은 법적용의 3단 논법(대전제-소전제-결론) 중 소전제가 확정되어 법적용이 이루어져서 법률효과가 발생한다. 반면 법률요건이 실현되지 않았다고 확정된 경우 당해 법규정은 소전제의 흠결로 인하여 적용되지 않고 법률효과도 발생하지 않는다. 즉 다투어지는 법률요건표지 중 어느 것도 충족되지 않았음이 확정된 경우 법률효과의 발생을 부인해야 한다는 이러한 원칙을 Leipold는 ‘부정적인 보충원칙’(negativer Ergänzungssatz)이라고 부른다.¹⁴¹⁾ 반면 당해 법규정의 법률요건표지가 실현되었는지 여부를 알 수 없는 경우에는 부정적인 보충원칙은 적용될 수 없다. 왜냐하면 부정적인 보충규정은 법률요건이 실현되지 않았다고 확정된 경우에만 적용되기 때문이다. 따라서 이러한 진위불명 상태에서는 법률효과의 긍정 또는 부정에 관한 불확실성이 발생하는데, 이러한 불확실성을 극복하기 위해서는 진위불명의 상태에 빠졌을 경우 특별한 판결내용을 지시하는 입증책임규범(Beweislastnorm)이 필요하다.¹⁴²⁾

140) Rosenberg S.12

141) Leipold S. 20

142) Leipold S. 34

Rosenberg 역시 입증책임규범 또는 입증책임규정이라는 용어를 수차례 사용하였으나,¹⁴³⁾ 그 구체적인 의미, 역할에 대하여는 자세히 언급하지 않았다. Leipold에 의하면, 입증책임의 분배는 입증책임규범에 의하여 결정된다. 즉 진위불명의 경우 법관이 법률효과의 발생을 긍정할 것인지, 부정할 것인지는 주어진 입증책임규정의 내용에 달려 있다.¹⁴⁴⁾ 이러한 입증책임규범은 법률상 추정규정이나 명시적인 입증책임규범¹⁴⁵⁾과 같이 실체법의 규범과 별도로 존재하는 경우도 있지만 이는 숫적으로 소수에 불과하다. Leipold는 대부분의 경우에는 현실적으로 존재하는 법규범에는 2가지 규범, 즉 실체법규범과 입증책임의 분배를 결정하는 입증책임규범이 동시에 존재한다고 설명한다. “문법적으로는 하나의 문장인데, 그 안에 2개의 법규범이 수록되어 있다: 하나의 법규범은 어떤 사실의 존재 또는 부존재만을 고려하는 실체법규범이다. 다른 하나의 법규범은 그 특정한 법률요건표지에 대한 입증책임규범이다.”¹⁴⁶⁾

이와 같이 본다고 하더라도 Leipold의 견해는 기본적으로 규범설에 속한다고 보아야 한다. 왜냐하면 실체법상의 법률요건표지에 따라 입증책임분배를 하여야 한다는 점에 대하여는 Leipold 역시 기본적으로 동의하기 때문이다. 즉 Leipold 역시 권리소멸 및 연기규정에 관하여는 각 규정의 실체법적 법률효과가 각 권리의 소멸 및 권리행사의 지연이라고 하는 점에서 권리의 발생이라는 법률효과를 갖는 권리발생규정과 명백히 구분되므로, 실체법규범의 법률효과에 따라 권리소멸/연기규정과 권리발생규정 사이에 입증책임을 분배하면 된다고 주장한다.¹⁴⁷⁾ 그러나 Leipold는 권리불발생규정의 경우 어떤 법률요건표지가 권리발생적인지, 권리불발

143) 가령 ‘사실주장의 진위를 확정할 수 없는 경우에 법관에 대하여 재판할 바의 내용을 지시해 주는 데 입증책임규범의 본질과 가치가 존재한다’(Rosenberg S. 3).

144) Leipold S. 33

145) 가령 2002년 개정전 독일 민법 제282조는 ‘급부의 불능이 채무자에게 책임있는 사유로 인한 것인지에 관하여 다툼이 있는 때에는 채무자가 입증책임을 진다’(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 1999년, 121면 번역)라고 규정한다.

146) Leipold S.52

147) Leipold S.37

생적인지 여부는 실체법적으로 동일한 것이기 때문에 실체법적인 법률효과를 통해서 권리발생규정과 권리불발생규정을 구분하는 것은 불가능하다고 보는 점에서 차이가 있다. 앞서 본(28면 이하) Rosenberg의 사례들 중 취득시효에 관한 사례에서 선의가 권리발생적 법률요건표지이든 악의가 권리불발생적 법률요건표지이든 실체법적인 차이가 없다. 왜냐하면 2가지 규범들 모두 선의라면 권리를 취득하고 악의라면 권리를 취득하지 못하기 때문이다. Rosenberg는 선의와 악의의 존재여부에 대한 의심을 서로 다르게 규정하는 것이 실체법적인 차이를 가져온다고 주장했지만, Leipold에 의하면 이러한 선의와 악의의 존재여부에 대한 의심을 서로 다르게 규정하는 것 자체가 바로 입증책임규정이다.¹⁴⁸⁾ Leipold는 권리불발생규정은 오직 법률효과를 부인하는 사람이 당해 규정의 법률요건의 부존재에 대한 입증책임을 부담한다는 점을 통해서만 권리발생규정과 구분된다고 본다.¹⁴⁹⁾

그러면 Leipold에 의하면 권리발생규정과 권리불발생규정은 어떻게 구별할 수 있는가? 앞서 본 바와 같이 권리불발생규정은 별도의 실체법적 법률효과가 없고 오로지 입증책임을 분배만을 결정하는 입증책임규범일 뿐이므로, 실체법적 법률효과에 따라서 권리발생규정과 구분할 수 없다. 그렇다면 그 구별기준이 문제된다. Leipold는 이러한 권리불발생규정은 권리발생규정과 원칙과 예외의 관계를 통해 구별된다고 주장한다. “원칙과 예외의 구별은 권리발생적 사실과 권리불발생적 사실을 구분하는 고유한 내용이다.”¹⁵⁰⁾ 그러나 이러한 원칙과 예외의 관계는 앞서 본 Rosenberg가 말한 원칙/예외의 관계(27면 이하 참조)와는 그 내용을 달리한다.

먼저 Leipold는 ‘원칙’과 ‘예외’라는 언어적 문장구조에 강조점을 둔다. 여기서는 ‘예외’에 대한 반대로서의 ‘원칙’이라는 의미가 더 중요한데, 두번째 문장(예외규정)이 첫 번째 문장(원칙규정)의 정당성을 부정한다

148) Leipold S.41

149) Leipold S.43

150) Leipold S.53

는 점이 핵심이다. 첫 번째 문장은 그 자체로는 너무 적용범위가 넓어서 예외를 통하여 정당한 범위로 적용범위를 축소시키는 것이다. '언어적 측면에서 원칙은 조건이 부여된 정당함이고(정당성에 대한 잠재적 근거) 예외는 이러한 원칙에 대한 제한이다.'¹⁵¹⁾ 여기까지는 Leipold의 논리 전개는 Rosenberg와 크게 다르지 않다. 결정적인 차이는 Leipold는 이러한 원칙과 예외 관계라고 하는 형식적·언어적 도식이 구체적으로 어떻게 입증책임분배에 관여하는가라는 문제를 제기했다는 점이다. Leipold의 차별적인 논리전개는 다음과 같은 질문에서 시작된다. '언제나 옳은 것도 아닌데 굳이 원칙을 세우는 이유는 무엇인가?' Leipold에 의하면, 원칙은 예외를 통하여 효력이 제한된다고 하더라도, 더 많은 다수의 경우에 적용되는 것이다. 따라서 원칙은 이러한 확률적/추상적 개연성이라고 하는 실질적인 근거에 따라 대부분의 경우 정당성을 갖는다. Leipold는 앞서 본 바와 같이 진위불명을 극복하기 위하여 진위불명의 상황이 발생한 경우 법규를 적용할 것인지 여부를 결정하는 규범을 입증책임규범이라고 불렀다. 따라서 입증책임규범에 관하여 사고하기 위해서는 언제나 '진위 불명'이라는 상황을 전제로 생각해야 한다. 어떤 법률요건에 대하여 진위 불명인 상황이 발생했다고 가정해 보자. 이 경우 어떤 법률효과의 발생 또는 불발생을 사실관계의 불명확성 때문에 확실하게 밝힐 수 없다. 이와 같이 사실관계가 불명확할 경우에는 원칙이 적용되도록 그대로 놔두는 것이 타당하다. 왜냐하면 진위불명인 경우에는 원칙이 적용되고 예외가 존재하지 않는 것처럼 판단하는 것이 정당할 것이고 이러한 판단이 진정한 사실관계 및 법률관계에 부합할 가능성이 높기 때문이다.¹⁵²⁾

이와 같은 경우 원칙/예외의 언어적 구조라고 하는 외부적인 형식에 대한 내적인 근거는 개연성이지만, 개연성 외에도 원칙/예외의 형식적 틀에 대한 내적인 근거로 제시되는 것으로는 사회적 약자에 대한 배려, 증거와의 거리, 사건의 경과에 대한 인식(증명가능성), 외적 상태보호의 우대(현재 상태의 보호 및 법적 평화의 유지) 등 매우 다양하다.¹⁵³⁾

151) Leipold S.54

152) Leipold S.56

Leipold의 입증책임분배 이론에서 매우 중요한 것은, 이러한 원칙/예외 관계에 대한 실질적인 근거 및 이러한 원칙/예외의 형식적 관계를 뒷받침하는 정당화 사유에 대하여 사유할 수 있도록 이론을 전개하였다는 점이다. 특정한 법률요건표지를 권리발생사실(원칙)로 규정할 수도 있고 그 부존재를 권리불발생사실(예외)로 규정할 수 있지만, 당해 법률요건표지를 원칙으로 규정하는가, 예외로 규정하는가에 따라 그 법률요건표지가 진위불명이 되었을 경우 초래되는 결과가 달라지고, 이러한 결과가 원칙/예외의 형식적 관계에 대한 실질적인 근거가 된다.

가령 사회적 약자에 대한 배려가 원칙/예외의 언어적 구조에 대한 내적인 근거라고 해 보자. 이 경우 어떤 법률요건이 진위불명이 될 경우, 사회적 약자를 보호하는 결과가 초래되도록 원칙/예외의 언어적 관계가 설정되어야 한다. 다음과 같은 예¹⁵⁴⁾를 들 수 있다. 독일의 급여계속지급법(Entgeltfortzahlungsgesetz, EFZG) 제3조 제1항은 다음과 같이 규정한다: “만약 근로자가 자신에게 귀책사유 없는 질병으로 인한 노동불능 상태로 인하여 자신의 노무제공에 지장을 받았다면, 근로자는 사용자에게 노동불능 기간 중 6주 동안 급여의 계속지급을 청구할 수 있다.” §3 (1) Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, **ohne daß ihn ein Verschulden trifft**, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen].¹⁵⁵⁾ 여기서 문제가 되는 것은 ‘귀책사유 없는 질병’이라고 하는 법률요건표지이다. 근로자가 질병으로 인하여 노무제공을 하지 못하였는데, 이러한 질병이 근로자에게 귀책사유가 없는 것이라면 계속급여청구권이 발생한다. 위 문구에 의하면 그 질병이 귀책사유가 없다는 점은 권리발생을 위한 법률요건표지이다. 따라서 그 질병이 귀책

153) Leipold S.57

154) Prütting S.310에서 참조한 것임.

155) 위 번역은 이 글에서 이루어진 것임.

사유가 없다는 점에 대하여 계속급여청구를 하는 근로자(원고)가 입증책임을 부담한다. 그런데 사용자와 근로자의 동등취급이라는 위 법률의 목적에 비추어 보면, 병든 근로자를 가급적 보호해야 하는 점, 근로자가 스스로 자신에게 질병에 대한 귀책사유가 없다는 점을 증명해야 한다는 것은 근로자의 질병은 근로자 자신의 책임으로 귀속되어야 함을 전제로 하므로 인격권 침해의 가능성이 있는 점, 순수하게 통계적으로 보았을 때 근로자의 질병이 근로자 자신의 귀책사유에 의한 경우는 극히 예외적이라는 점 등을 들어 사용자 측에서 당해 질병이 근로자에게 귀책사유가 있다는 사실을 입증해야 한다는 식으로 입증책임분배를 하는 것이 독일에서 지배적인 견해 및 판례의 태도이다.¹⁵⁶⁾ 사회적 약자인 병든 근로자를 보호해야 한다는 내적인 근거에 의할 경우, 질병이 근로자 자신의 귀책사유에 의한 것이라는 점이 진위불명이라면 근로자에게 유리하도록, 즉 가급적 근로자가 계속급여를 받을 수 있도록 원칙/예외의 관계를 설정해야 한다. 따라서 “근로자가 질병으로 인해 노동불능 상태에 이르렀다면 6주간의 급여를 계속 지급받을 수 있지만, 다만 당해 질병이 근로자 자신의 귀책사유에 의한 것이면 위 급여를 받을 수 없다”라고 원칙/예외의 관계를 설정하는 것이 바람직하다.

요약하자면, Leipold는 입증책임규범의 독자성, 권리불발생규정이 독자적인 실체법적 법률효과를 가지는지 등에 관하여 Rosenberg와 견해를 달리하였음에도, 원칙과 예외라고 하는 언어적 구조는 권리불발생항변의 핵심적인 구성요소라고 보았다. 다만 Leipold는 원칙과 예외의 언어적 구조 내부에 있는 내적 근거를 살펴야만 진위불명을 극복하기 위한 입증책임규범의 진정한 모습을 밝혀낼 수 있다고 함으로써 실체법적인 원칙/예외의 관계에서 독립된, 별개의 원리나 요소를 통한 입증책임분배를 가능하게 하였다. 이와 같이 보면, 원칙/예외 관계를 앞서 본(36면 이하) 인과관계설 및 최소한사실설 및 규범설과 같이 실체법인 법률효과 및 법률요건으로 구성할 경우 발생하는 애매모호함을 극복할 수 있는 단초를 제

156) Prütting S.313 ff.

공한다. 왜냐하면 인과관계설 및 최소한사실설 및 Rosenberg의 규범설은 권리발생사실과 권리불발생사실은 ‘원칙과 예외’라고 하는 자의적인 기준(인과관계설은 그 자체로 권리를 발생시키는 사실과 반대사실, 최소한사실설은 권리를 발생시키는 최소한의 사실과 반대규범의 법률요건사실)에 따라 권리발생사실과 권리불발생사실을 구분할 수 있다고 주장하므로 혼란에 빠지게 되지만, Leipold의 견해에 의하면 원칙과 예외라는 것은 단순한 언어적 형식에 불과하고 그와 같이 권리발생사실과 권리불발생사실을 구분하는 ‘실질적 근거’ 및 나아가 그와 같이 구분함으로써 발생하는 ‘효과’에 따라 구분하여야 하므로, Leipold의 견해를 따라야만 더 구체적인 검토로 나아갈 수 있기 때문이다. 아울러 이와 같이 실질적 근거 및 효과에 관하여 고찰함으로써 ‘권리불발생규정은 오로지 입증책임분배만을 위한 규정으로서 순환논증에 불과하다는 비판’으로부터도 자유롭게 된다. 이러한 점이 Leipold가 주장한 견해의 주된 성과이다.

Leipold의 견해에서 더 강조되는 것은 결국 입증책임규범을 통한 진위 불명의 극복이다. 입증책임규정을 강조함으로써 입증책임규정의 실질적 근거, 즉 왜 특별한 입증책임규정은 통상의 입증책임규정과 다른 방식으로 입증책임을 분배하도록 지시하는지 그 근거에 대하여 탐구한다. 그런데 입증책임규정 자체를 명시적으로 규정한 경우는 드물다. 즉 법조문에 “00은 상대방이 입증하여야 한다.” 또는 “00에 대하여는 주장자가 입증책임을 부담한다”는 명문의 규정이 있는 경우가 드물기 때문에 입증책임규정의 특수성은 명시적으로 입증책임을 규정한 경우가 매우 적다는 것이다. 그러므로 입증책임규정의 실정법적 효력에 대하여 의문이 발생할 수 있다. 그러나 Leipold의 주장에 의하면 “어떤 법규정의 실정법적 효력에 대한 문제는 ‘법조문의 내용의 실질적인 근거가 무엇인가’라는 문제와 개념적으로 구분되지만, 어떤 규범의 현실적인 효력에 대하여 의문이 들고 효력의 한계에 대한 의심이 들 경우에는 실정법적 효력의 문제와 법조문 내용의 실질적인 근거의 문제는 더 유동적이 되고 경계가 모호해진다.”¹⁵⁷⁾ 실제로 우리가 법규범을 해석할 경우 법률의 문구, 체계적 위치

및 역사적 해석도 별 도움이 안될 경우 목적론적 해석에 근거하여 규범이 만들어진 목적과 근거를 검토하여 해석에 이르게 되는데, 앞서 본 Leipold의 주장은 이러한 목적론적인 해석과 맞닿아 있는 것으로서 충분히 지지할 수 있다. Leipold에 의하면 권리발생/연기/소멸규정의 경우 적용되는 입증책임규정(즉 법규의 법률요건사실이 진위불명이면 법규가 적용되어서는 안 된다)은 법적 평화를 깨뜨리는 사람이 변화의 원인을 제시하여야 한다는 점 및 현재 상태에 대한 우대/선호(Bevorzugung)가 근거가 되는 반면¹⁵⁸⁾, 권리불발생규정과 같은 입증책임 특별규정의 경우 개연성 등 기타 여러 가지 사정들이 그 실질적인 근거가 된다고 한다. 권리불발생규정과 같은 입증책임 특별규정의 경우 어떤 법률요건표지의 부존재를 입증하여야 하므로, 그 부존재를 입증하지 못할 경우 당해 법률요건표지는 존재하는 것으로 의제된다.

2. Leipold의 견해에 대한 검토

Leipold의 견해에 의하면 진위불명 상태를 극복하기 위하여 입증책임 규범이 필요한데, 권리발생/연기/소멸규정의 경우에는 기본적인 입증책임규정, 즉 진위불명인 경우에는 법규를 적용하지 말아야 한다는 규정이 적용되고, 권리불발생규정의 경우에는 그 자체가 특별한 입증책임규정으로서 당해 법률요건의 실현여부가 진위불명이면 당해 법률요건이 실현된 것처럼 의제하는 규정이 적용된다. 어떤 법률요건표지가 권리발생사실인지 권리불발생사실인지 여부를 결정함에 있어서 다양한 실질적인 근거 {앞서 본(51면 이하) 개연성, 현상보호, 사회적 약자보호 등}들이 그 배후에 있어야 한다.¹⁵⁹⁾

다시 원래의 문제로 되돌아가 보자. 입증책임분배를 어떻게 하는가에 대한 문제의식에서 출발해서 통설과 판례가 취한다고 하는 규범설을 검토하였다. 검토한 결과 Rosenberg가 주장한 규범설로는 권리발생규정과

157) Leipold S.44

158) Leipold S.46

159) Leipold S.57

권리불발생규정의 구별이라고 하는 문제가 충분히 해결되지 않음을 알게 되었다. 소송법/증거법적인 입장을 취하는 Leipold의 견해에 이르러서야 입증책임분배를 위한 다양한 실질적인 내적 근거를 검토함으로써 권리발생규정과 권리불발생규정을 구별하게 되었다. 그런데 이러한 다양한 실질적인 내적 근거를 밝힌다면 그것만으로 입증책임분배를 할 수 있는가라는 문제에 도달한다. Leipold는 구체적인 사건에서 어떻게 입증책임규범을 발견해야 하는지 그 구체적인 방법에 대하여는 별다른 연구를 진행하지 않았다.

Leipold의 입증책임규범이론을 받아들인 학자들은 명시적인 입증책임규범이 있는 경우 이러한 명시적 입증책임규범에 따르되 이러한 규정이 없는 경우 법의 흠결이 존재하므로 ‘법관의 법형성’을 통하여 입증책임규범을 만들어야 하는데, 이러한 법형성을 함에 있어서는 입법자로서의 관점, 즉 개연성, 증거와의 거리, 증명의 난이도 등을 고려하여야 한다고 주장한다.

가령 Leipold의 영향을 받은 Reineke는 다음과 같은 입증책임분배모델을 주장한다. Reineke는 법률을 통하여 명확한 입증책임분배가 지시되지 않은 경우, 어떤 방법으로 입증책임을 분배할 것인가를 기본적인 문제의 식으로 삼았다. Reineke는 명시적 입증책임규범이 없는 상태의 입증책임분배는, 규범의 흠결이라는 측면에서 법률흠결의 보충 및 법형성을 요구받는 법관의 관점¹⁶⁰⁾에서 문제에 접근하였다. 바로 이러한 관점을 취하였기 때문에 입증책임규정의 실질적인 근거에 대한 문제를 자세히 다루어야 한다고 주장하였다. 왜냐하면 이러한 입증책임규정의 실질적인 근거로부터 법관이 법률의 흠결을 보충하여야 할 경우 어떠한 속고/고려에서 출발하여야 하는가가 드러나기 때문이다.¹⁶¹⁾ 그리하여 Reineke는 법관이 이러한 흠결을 보충하기 위해서는 입법자의 역할을 하여야 하는데, 입법자가 명시적인 입증책임규범을 만들 경우, 추상적 개연성, 위험영역,

160) Gerhard Reineke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin, 1976, S.16

161) A.a.O. S.34

법정책적 관점 등을 고려하기 때문에, 법관도 이러한 입법자의 관점에서 추상적 개연성, 법적 거래의 촉진, 법정책적 관점(사고예방, 남소 방지) 등을 고려하여 입증책임규범을 형성하여야 한다는 결론에 도달하였다. 즉 “법률적인 입증책임규정이 존재하지 않을 경우, 법관은 (형성될) 입증책임규정이 발생시킬 부정적인 효과¹⁶²⁾에 대한 질적·양적 형량을 통하여 얻을 수 있는, 이성적이고 실질적인 근거가 존재할 경우, 입증책임을 전환시킬 수 있다.”¹⁶³⁾ Reineke가 가장 일반적인 입증책임분배의 실질적인 기준으로 제시한 것은 추상적인 개연성인데, 이는 개연성이 더 적은 사건이 입증되어야 한다는 것을 의미한다. Leipold가 이미 지적한 바와 같이 더 적은 사건을 입증하여야 할 당사자가 증명에 실패할 경우 입증책임을 부담하도록 하면, 오판(Fehlurteil)의 위험-진위불명이 된 법률요건표지가 입증되지 않은 것으로 보고 재판을 하였다고 하더라도(즉 입증책임재판), 실제 벌어진 사건과 판결에서 인정된 사실이 달라질 가능성-이 더 적다는 고려에 입각한다. 결론적으로 Reineke는 다음과 같은 입증책임분배를 주장한다.¹⁶⁴⁾ 대부분의 경우 입증책임은, 더 개연성이 적은 사건을 증명하는 방향으로 분배된다. 이러한 원칙은 입증책임의 기본원칙뿐만 아니라, 언어적 원칙/예외 구조를 통하여 명시적으로 표현되는 압도적인 다수의 입증책임 특별규정에도 적용된다. 여기서 법률적인 입증책임규정에 대한 명시적 표현수단과 입증책임규정에 대한 실질적인 근거를 분명히 구분해야 한다. 나아가 입증책임분배는 증명가능성 역시 고려하여 결정하여야 하는데, 다툼이 있는 사실관계에 대하여 상대방보다 더 정확히 규명할 수 있는 지위에 있는 사람이 증거를 제출하여야 한다. 또한 부정적인 사항에 대한 증명은 가급적 피하여야 한다. 그 밖에 입증책임은-특히 손해배상사건에서-자주 영역에 따라 분배된다. 이는 증명대상과 사실적인 거리가 가까운 사람이 더 나은 증명가능성이 있다는 것을 의미한다. 이러한 점들을 고려하면, 모든 입증책임규범을 하나의 기본적

162) 여기서는 오판, 즉 입증책임에 따라 재판을 한 결과가 실제적 진실과 다른 판결을 하였을 경우, 부작용을 의미한다.

163) A.a.O. S.191

164) A.a.O., 71 f.

인 생각, 가령 원칙/예외의 관계 또는 영역으로 환원하는 것은 불가능하고, 입증책임분배는 오직 여러 가지 고찰들을 동시에 고려하는 경우에만 가능하다.

또한 Leipold의 영향을 받은 일본의 石田讓(이시다 미노리)은 명시적인 입증책임규정이 없는 경우 법의 흠결에 해당되므로 법관이 입증책임규범을 형성하여야 한다고 주장하였다.¹⁶⁵⁾ 우선, 입증책임분배에 관한 입법자의 의사가 명확하면 입법자의 의사에 따른다. 입법자의 의사를 밝히는 수단은 주로 국회의 의사록, 법전조사회의 속기록, 기초자의 교과서 등이지만, 법문의 문구나 구성도 보충적으로 입법자의 의사를 밝히는 수단이 된다. 입증책임의 분배는 입법자의 의사가 분명하다면 입법자의 의사에 따라야 하지만, 입법자의 의사가 불분명하다면, 입증책임의 분배에 관한 법률의 흠결이 존재하고, 입증책임규범을 창조함으로써 법률의 흠결을 보충해야 하는데, 법률의 흠결을 보충하기 위하여 이미 존재하는 입증책임규정을 유추해석하거나 반대해석을 하여야 한다. 이러한 해석을 하기 위해서는 입증책임분배에 대한 입법취지를 정확히 밝혀야 하는데, 입법자료 등을 통하더라도 이를 명확히 밝히기는 어렵다. 결국 입법의 취지는, 이러한 규정이 예상하는 이익상황을 근거로 해석자의 판단, 즉 판례에 맡겨져 있고, 이러한 판례법에 의하여 입증책임분배가 결정될 수밖에 없다. 판례에 의하여 입증책임규범이 형성됨에 있어서는 고려될 수 있는 몇 가지 規準¹⁶⁶⁾을 제시하자면, 증거와의 거리, 사실의 성질에 따른 입증의 난이도, 사실의 존부에 대한 개연성, 실체법의 입법취지, 신의칙(금반언) 등을 들 수 있다. 신의칙의 경우, 예를 들면 유책하게 상대방의 중요한 증거를 멸실시킨 경우 그에 대한 제재로서 어떤 사실의 존부에 관한 입증책임을 부담시킨다는 것이다. 입법자의 의사가 명확하지 않은 경우에는, 이러한 規準들에 따라 직접 입증책임의 분배가 판례를 통하여 이루어져야 한다. 이러한 規準들의 적용순서에 관하여 보면, 실체법의 입

165) 石田讓, 民法と民事訴訟法の交錯, 東京大學出版會, 1981, 66頁 이하

166) 원문에 '規準'으로 기재되어 있는데(前掲 145頁), 실제 우리 법실무나 학계에서 '규준'이라는 말을 잘 사용하지 않지만, 원문의 의미를 그대로 살리기 위해 규준이라는 용어를 사용하였다.

법취지와 신의칙이 가장 우선적으로 적용되고 그 둘 중에서는 신의칙이 최우선적으로 적용된다. 이는 다른 規準들에 의한 입증책임분배가 신의칙 또는 실체법의 입법취지에 반하는 경우 수정된다고 하는 것과 같은 의미이다. 그 다음의 規準은 입증책임분배에 관한 입법자의 의사 및 그 유추해석이나 반대해석이다. 그 다음의 規準은 증거와의 거리, 입증의 난이, 개연성이라고 하는 순서로 적용되는데, 이러한 적용순서에 의하면, 증거에 대한 거리가 동일한 경우 증거와의 거리라는 規準은 작동하지 않고, 입증의 난이라는 規準이 적용되며, 입증의 난이도 동일한 경우 개연성이 적용된다. 그럼에도 정해지지 않으면 법률요건분류설에 의하여 정해야 한다. 법률요건분류설에 의한 입증책임분배는, 증거와의 거리, 입증의 난이, 사실의 존재/부존재의 개연성에 저촉되지 않는 한 기능하게 된다.

지금까지 Leipold의 견해와 그의 영향을 받은 Reineke 및 石田讓(이시다 미노리)의 견해를 살펴보았다. 이러한 부담과 같은 사실적인 요소를 제외한다고 하더라도, 결국 Leipold의 견해를 일정방향으로 끝까지 밀고 나간 Reineke 및 石田讓의 견해는, 규범의 구조가 아니라, 다른 요소나 원리들을 통하여 입증책임을 분배하여야 한다는 점에서 규범설을 벗어난다. 또한 규범의 구조가 아니라 다른 요소나 원리들에 의존할 경우 입증책임분배의 기준이 다시 애매하게 될 가능성이 높다. 나아가 Reineke 및 石田讓의 경우에는 명시적인 입증책임규정이 없는 경우에는 법흡결로 보고 법관이 그 때마다 법형성을 해야 한다는 결론에 도달한다. 법형성은 법의 흡결이 발견되었을 경우에 극히 예외적인 경우에만 한다는 것이 삼권분립의 원칙에 비추어 법관들의 통상적인 관념인데, 입증책임분배를 잘 모를 때마다 법형성을 해야 한다는 것은 개별법관들에게 지나친 부담을 지울 뿐만 아니라, 이와 같은 잦은 법형성이 발생한다는 것 자체가 바람직한 형상은 아닐 것이다.

이러한 점에 비추어 보면, Leipold의 견해를 Reineke 및 石田讓와는 다른 방향으로 발전시킬 필요가 있다. 즉 Leipold의 견해에 의하면 입증책임규범에 진위불명의 해결과 입증책임을의 분배라는 2가지 역할을 모두

맡긴 셈이다. 그런데 실제로 명시적인 입증책임규범은 법률상 추정이나 잠정적 진실(유사추정) 규정 정도에 불과하다. 나아가 독일의 경우 가령 독일민법 제363조¹⁶⁷⁾와 같이 직접 입증책임을 정하는 규정을 다수 두고 있으나, 우리 민법의 경우 법률상 추정이나 잠정적 진실(유사추정) 외에 이러한 형식으로 입증책임을 정하는 규정이 없다. 이러한 상황에서 대부분의 경우 명문으로 존재하지 아니하는 입증책임규범만을 근거로 하여 진위불명의 극복과 입증책임의 분배를 모두 해결하려고 하는 것은 입증책임규범에 지나치게 중한 부담을 지우는 것으로서 입증책임규범에만 근거한 입증책임분배가 정당화되지 아니할 우려가 있다.

제3절 권리불발생규정에 관한 Prütting의 견해

1. Prütting의 견해에 대한 전반적인 소개

Prütting은 자신의 견해를 ‘수정된 규범설(modifizierte Normentheorie)’이라고 스스로 부른다.¹⁶⁸⁾ Prütting은 Rosenberg의 규범설은 본질적으로 타당하지만 3가지만 수정하면 된다고 주장하는데, 위 3가지는 ① Rosenberg의 방법론적 사고방식, 즉 진위불명의 경우에 법규를 적용할 수 없다고 하는 사고방식, ② 권리불발생규정의 개념을 실체법의 구성요소(Bestandsteil)으로 보는 사고방식, ③ 규범설은 오직 법률의 문구와 문장구조로만 고정시키는 사고방식이다.¹⁶⁹⁾

① 진위불명의 극복방법에 대한 수정

Prütting도 진위불명의 문제는 단순히 법규를 적용하지 않는 것으로 해결될 수 없음을 인정한다. 다만 입증책임규범이 아니라 작동원리로 해결하여야 한다고 주장한다.

Prütting은 진위불명상황에서 법원이 하는 재판, 즉 입증책임재판을 3

167) 독일 민법 제363조: 채권자가 변제로서 제공된 급부를 변제로서 수령한 경우에 그 급부가 채무의 목적과 다르거나 불완전하다는 것을 이유로 하여, 그 급부에 변제로서의 효력을 부인하려고 하는 때에는, 채권자가 입증책임을 진다(강조부분 필자, 독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018년, 229면).

168) Prütting S.352

169) A.a.O.

단계(1. 진위불명의 경우에도 재판을 하여야 하는가? 2. 진위불명의 경우 법관은 어떠한 수단에 의존하여 판결을 하여야 하는가? 3. 진위불명의 경우 법관은 어떤 내용의 판결을 선고하여야 하는가?)로 나누어서 보아야 한다고 구분하였다. 그런 다음, 진위불명을 극복하기 위한 수단(위 2 단계)은 입증책임규범이 아니라, 단순한 작동원리(Operationsregel: 진위불명의 경우에도 뭔가 어떠한 실체적인 내용을 가진 판결을 해야 한다)이며, 작동원리를 통해 진위불명을 극복하고 판결을 할 수 있다고 보았다. 나아가 이러한 진위불명 상황에서 판결의 내용은 입증책임재판을 함에 있어서 입증책임분배 결과, 즉 진위불명에 따른 불이익분배 결과에 따라 결정된다고 주장한다.¹⁷⁰⁾ 여기서 ‘작동원리’라는 말은 Schwab이 만들어낸 용어인데, Prütting이 위 용어를 그대로 받아들였다. Schwab은 Rosenberg의 견해에 의하면, 입증책임은 어떤 법조문이 적용되지 않은 것에 대한 결과인데, 다만 Rosenberg가 어떤 ‘Operationsregel’에 근거하여 법관이 진위불명의 경우에 법규범을 부적용할 수 있는 권한을 받는가라는 문제를 명확히 표현하지 못했다는 것을 인정하면서¹⁷¹⁾ 위 ‘작동원리’라는 용어를 처음으로 사용하였다.

Prütting은 이러한 입증책임재판의 3단계 구조를 Pohle로부터 차용하였다. Pohle는 국제사법과 관련하여 국제민사소송에서 진위불명의 상황이 발생할 경우 어떻게 입증책임재판을 할 것인가에 관하여 연구하였다.¹⁷²⁾ Pohle는 우선 진위불명의 상황에서 입증책임에 따라 재판을 할 경우 원고 또는 피고의 양 당사자 중 1명에게 불이익이 돌아가게 되는데, 이러한 불이익 분배라는 측면에서 법적용을 하게 되면, 소송에서 법원은 누가 이득을 보는가(cui bono)를 묻지 않고 법을 적용해야 한다는 원칙에 위반되기 때문에, 오히려 진위불명의 상황 자체에 집중해서 논의

170) Prütting S.165

171) Karl Heinz Schwab, “Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, Festschrift für Bruns, Köln, 1978, S.506

172) Rudolf Pohle, Zur Beweislast im internationalen Recht, in: Festschrift für Dölle, Bd II, Tübingen 1963, S.317

를 전개해야 한다고 주장하였다.¹⁷³⁾ 그런 다음 입증책임이라는 것은 다층적인 문제라고 지적하면서, 위와 같은 3단계 논의를 전개하였다. 첫 번째 단계는 진위불명이 발생한 경우 법원이 본안에 관한 재판을 할 의무가 있는지의 문제이다. 즉 우선 법원이 실체법적인 주요사실에 관한 사실관계가 불명확할 경우 소를 각하하는 소송판결을 함으로써 본안 판단을 포기하거나 나아가 소송요건의 사실적 근거에 대한 의심이 존재하면 소송판결조차 거부하는 방식을 취하면, 진위불명의 문제를 가장 쉽게 해결할 수 있다.¹⁷⁴⁾ 그러나 이러한 방법을 취할 경우 ‘소송을 통하여 법적 확실성’을 만들어낸다는 소송의 목적이 좌절된다. 따라서 사실문제가 의심스러울 때에도 법률문제를 의심스러운 상태로 놔두는 것을 금지하는 것과 그 결과 사실문제가 의심스러움에도 법률문제에 대하여 판단을 하도록 명하는 것이 바로 입증책임문제의 첫 번째 단계이다.

재판의무가 일단 존재하면, 진위불명의 경우에는 어떻게 판단해야 하는가의 단계로 넘어갈 수 있다. 진위불명의 상황에서 진위불명의 경우에도 법을 그대로 적용하여 법률효과의 발생을 선언할 것인가, 아니면 법을 적용하지 않아 그와 다른 결과를 초래할 것인가가 문제된다. Pohle는 여기서 흥미로운 예를 제시한다. 즉 법이 진위불명의 경우 법적용 또는 법의 부적용이라는 양자택일이 아니라, 특정한 법률효과가 발생하도록 정할 수도 있는데, 이러한 경우 법적인 상태는 완전히 달라진다. 예를 들면,¹⁷⁵⁾ 구(舊) 독일 형사소송법 제467조 제2조 제1항(BGBI. I S. 735 1953년 4월 8일 3차 개정형법)은 소송비용 재판에 관하여 유죄판결(Verurteilung)과 무죄판결을 대비시킨다. 그러나 무죄판결의 경우, 처벌 가능한 행위에 대한 증명부족에 따른 무죄와 결백(Unschuld)¹⁷⁶⁾의 입증에 따른 무죄가 구별된다. 형사소송절차가 피고인의 결백(Unschuld)으로 끝나거나 또는 혐의사실이 존재하지 않는다는 점이 증명된 경우에만(여기서는 양자의 어느 것이든 관련이 없다), 법원은 피고인에게 발생

173) A.a.O. S. 319

174) A.a.O. S. 319

175) A.a.O. S. 320

176) 즉 그러한 범죄를 저지르지 않았다는 명백한 증거가 있는 경우를 의미한다.

한 필요비용을 국고에서 지불하도록 명령할 의무가 있다. 반면 무죄판결의 다른 경우, 즉 사실관계의 불명으로 인한 무죄판결의 경우 여전히 합리적 의심이 존재하는 경우에는 피고인에게 발생한 필요비용을 국고에서 지불하도록 명령할 것인지는 법관이 재량으로 판단한다. 또한 Pohle는 이러한 2단계에서 법률이 어떤 사실이 존재할 개연성에 따라 법률효과의 분량을 정해준다고 하는 태도를 정한다면, 그에 따라 법제도가 형성될 것이라고 하였다. 예177)를 들면, 피고가 일으킨 교통사고로 인한 손해배상청구의 소에서, 만약 피고에게 손해배상책임이 있다는 점에 대한 주장이 사실일 개연성이 70%라고 하면, 원고에게 손해배상의 70%를 인정하는 제도도 가능하다. 이러한 2단계는 진위불명이 어떤 특정한 법률효과와 연결될 수 있다는 점을 지적하는 것이다.

그리고 마지막 3단계가 바로 입증책임분배의 문제인데, 입증책임분배는 당해 규범으로부터 권리를 도출하는 사람이 권리발생적 사실에 대한 입증책임을 부담하고, 권리소멸, 권리연기, 권리불발생적 사실은 상대방이 부담한다는 일반적인 원칙에 따른다.

다시 Prütting으로 되돌아가자. Prütting이 이러한 3단계를 차용한 이유는 Leipold의 입증책임규범으로부터 ‘규범’적 지위를 박탈하기 위함이다. 즉 Leipold는 진위불명을 극복하기 위해서는 반드시 진위불명의 경우 당해 사실의 존재 또는 부존재를 의제하기 위한, 실체법과 구분되는 별도의 규범인 입증책임규범이 필요하다고 보았다. 그러나 여기서 과연 진위불명을 극복하기 위한 도구가 반드시 ‘규범’일 필요가 있을까? Pohle의 3단계 구분에 의하면, 진위불명의 경우에 법관이 어떤 결론을 내리기 위한 도구인 2단계는 어느 것이어도 상관없다. 즉 우리가 알고 있는 것처럼 원고 또는 피고의 불이익으로 귀속시킬 것인지, Pohle가 든 예에서처럼 진위불명의 경우 재량에 의한 국고부담명령이든, 아니면 비율에 따른 손해배상액의 결정이든, 무엇이든 자유롭게 결정될 수 있다.¹⁷⁸⁾ 이러한

177) A.a.O. S. 320

178) 다만 Prütting은 Pohle가 (2단계인) “법률적인 입증책임분배가 법관의 법 적용

관점에서 자세히 살펴보면, 진위불명의 경우 민사소송에서는 원고 또는 피고의 불이익 또는 어떤 사실의 존재 또는 부존재로 귀결될 수밖에 없는데, 이러한 단순한 작용을 굳이 규범이라고 볼 수는 없다는 것이다. Prütting에 의하면, 규범은 선택지가 존재하는 경우에 그 중에 하나를 선택하는 역할을 해야 하는데, 이러한 단순한 지정은 다른 선택지가 존재하지 않기 때문에 규범의 지위를 얻을 수 없다. “규범을 만드는 사람은 여러 가지의 내용적인 선택지 중 하나(aus einer Mehrzahl inhaltlicher Alternativen)에서, 특정한 근거에 터잡아 자신에게 가장 유리하거나 가장 적정한 것을 선택한다. 즉, 내용적으로 반대되는 원칙(inhaltlicher Gegensatz)이 존재하지 않는 것을 원칙이라고 선언하는 규범이란 의미가 없다는 것을 의미한다.”¹⁷⁹⁾ “법관은 존재하는 진위불명에도 불구하고, 무엇인가 확정적인 것을 의제해야 한다. 따라서 이러한 순수한 형식적 과정은 규범적 성격을 갖지 않는다.”¹⁸⁰⁾ 이와 같이 진위불명을 극복하기 위한 2단계의 기계적 의제과정을 Prütting은 “작동원리(Operationregel)”라고 부른다.

Prütting은 진위불명의 극복은 입증책임분배를 위한 수단이라고 여긴다. 작동원리라는 것은 결국 진위불명의 경우 입증책임분배(즉 진위불명으로 인한 불이익분배¹⁸¹⁾)를 누군가에게 하라는 지시일 뿐 아무런 내용

안에 포함되어(inbegriffen) 있는 것인지, 아닌지 여부를 확실하게(zweifelfrei) 표현하지 않았다”는 점에서 충분히 성숙되지 않은 견해라고 비판한다(Prütting S.165). 즉 Prütting이 Pohle의 이러한 3단계를 비판하는 지점은 Pohle는 진위불명이 발생할 경우, 발생하는 효과가 법관의 내부, 즉 심증형성에 나타나는 것인지, 아니면 어떤 법관의 외부, 즉 제도적인 형태로 나타나는 것인지에 대한 명확한 인식이 없다는 것이다.

179) Prütting S.170

180) Prütting S.170

181) Prütting은 주관적 입증책임은 부담(Last)이지만, 객관적 입증책임은 부담이 아니라, 변론종결시 진위불명으로 인한 확정위험(Risiko)에 불과하다고 한다(Prütting S.34) Rosenberg 역시 객관적 입증책임은 결코 부담(Last)이 아니라고 한다. 왜냐하면 객관적 입증책임은 당사자의 활동과는 관련이 없기 때문이다(Rosenberg S.54) 한편 소송상 부담과 소송상 의무는 제재라는 측면에서 구별된다. 소송상 부담을 위반한 제재는 당해 소송안에 머무르지만, 소송상 의무를 위반한 경우 제재는 실체법적 효과(형사처벌 등)를 가져온다(Wolfram Henckel, Prozessrecht und Materielles Recht, Göttingen, 1970, S.17)

이 없다(원고와 피고 중 누구에게 불리한 판결을 하라는 지시가 포함되어 있지 않다). 오직 중요한 것은 입증책임의 분배, 즉 ‘불이익분배를 어떻게 할 것인가’인데, 이 점에 관하여는 명시적인 법규정이 있을 경우에는 그에 따르면 되고(규범설), 명시적인 법규정이 없으면 실체법에 대한 해석을 통하여 입증책임분배의 실질적인 근거가 존재하는지 여부를 검토하여 결정하면 된다. Prütting은 입증책임재판에서 중요한 것은 증명실패로 인한 위험부담의 분배이지 진위불명의 극복 자체는 중요하지 않다고 주장한다. “입증책임에 관한 학설은 거꾸로 되어 있다. 입증책임규범의 진정한 내용은 진위불명상황의 극복을 위한 방법이 아니라, 오히려 입증책임분배의 문제이다.”¹⁸²⁾ 즉 Prütting은 진위불명의 극복은 작동원리에 맡겨야 한다고 하고, 입증책임규범의 진정한 내용은 입증책임의 분배에 있으므로, 입증책임의 분배를 특히 강조한다.

② 입증책임분배의 원칙(권리불발생규정과 관련하여)

입증책임의 분배는 기본원칙과 특별원칙에 의하여 이루어진다. 기본원칙은 법규부적용의 원칙인데 진위불명의 경우 당해 법규의 법률요건이 실현되지 않은 것으로 간주하는 것이다. 반면 특별원칙은 진위불명의 경우 법규의 법률요건이 실현된 것으로 간주한다. 기본원칙은 권리발생/연기/소멸규정의 경우에 적용된다. 특별원칙은 권리불발생규정의 경우에 적용되고, 이러한 특별원칙이 적용되는 것은 원칙에 대한 예외 관계가 성립할 때이다. 이러한 규범의 원칙/예외 관계를 확인하기 위해서는 통상 입증책임분배의 원리들, 입증책임분배의 실질적 근거를 법규해석을 통하여 찾아야 한다.

Prütting은 이어 입증책임분배의 기본원칙과 특별규정을 구분하여 입증책임을 분배한다(3단계). 입증책임분배의 기본원칙은 삭제된 독일 민법 제1초안(Erster Entwurf zum BGB) 제193조¹⁸³⁾에 기재된 것 바와 같

182) Prütting S.171

183) “어떤 청구를 주장하는 사람은, 그 청구를 근거지우기 위해 필수적인 사실을 증명하여야 한다. 어떤 청구의 철회 또는 그 효력의 연기를 주장하는 사람은, 이러한 취소 또는 연기를 근거짓는 데 필수적인 사실을 증명하여야 한다.”(이 글에

이 ‘권리발생적 사실은 권리를 주장하는 사람이 권리소멸적, 권리연기적 사실은 그 상대방이 부담한다’는 것이다. 반면 이러한 기본원칙과 다르게 입증책임을 분배하는 입증책임분배의 특별규정이 존재한다. Prütting의 설명에 의하면, 기본원칙은 청구를 하는 사람이 청구를 뒷받침하기 위한 법률요건을 모두 증명하여야 한다는 것이지만, 실제로 법률은 언제나 작은 부분, 즉 핵심적인 것으로 보이는 규범의 법률요건의 증명만을 요구하고 이러한 핵심적인 법률요건의 증명이 성공하면, 주장된 청구를 인정하는 것이 타당한 것으로 본다. 반면 주장된 청구에 대립되는 그 밖의 특별한 사실이 주장 및 증명된다면, 잠정적인 법률효과는 소멸하고, 청구하는 사람은 권리발생의 추가적인 법률요건표지를 증명하도록 요구받는다. 다른 방식으로 표현하면, 실체법은 법률의 구조에 따라서 다양한 층을 이루는 것으로 평가되고 나누어진다.¹⁸⁴⁾ 이러한 층을 권리와 반대권리, 권리와 항변, 원칙과 예외라는 다양한 표현을 사용하여 묘사할 수 있겠지만, 이 단어 자체가 중요한 것이 아니라, 오로지 법률적인 구조가 문제의 핵심이라는 인식만이 중요하다. 이러한 실체법의 계층화(Abstufung)는 입증책임분배의 특별규정을 조사하는 새로운 방법이 아니고, 단지 입증책임분배가 오직 문장구조에 따라 이루어지거나 통계적인 개연성(통계적인 원칙/예외 관계)에 따라 이루어지는 것을 방지하는, 모든 실질적인 논증과 방법론에 대한 상위개념이다.¹⁸⁵⁾ 이러한 실체법의 계층화를 통하여 권리발생규정과 권리불발생규정의 구분이 이루어진다.

③ 법률의 문구나 문장구조에서의 탈피

문제는 여기서 Prütting이 말하는 실체법의 계층화를 Rosenberg가 말한 실체법적 원칙/예외의 관계와 어떻게 구분할 수 있는가일 것이다. 만

서 번역된 것임). 원문은 다음과 같다: Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Tatsachen zu beweisen. Wer die Aufhebung eines Anspruchs oder die Hemmung der Wirksamkeit deselben geltend macht, hat die Tatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung oder Hemmung erforderlich sind.

184) Prütting S.285

185) Prütting S.287

약 이러한 실체법의 계층화가 Rosenberg가 말한 실체법적 원칙/예외 관계와 동일한 것이라면, Prütting의 견해는 단지 입증책임규범을 작동원리라는 말로 바꾼 것 외에는 전혀 달라진 것이 없을 것이기 때문이다. 이와 관련하여 Prütting이 Rosenberg의 규범설을 수정한 부분은 다음과 같다. 앞서 본 바와 같이(51면 이하) 원칙/예외의 언어적 구조를 설정할 경우 진위불명 상태에서의 입증책임재판의 관점에서 그 내적인 근거를 살펴야 한다는 것이 Leipold의 주장이었고, 이후 Leipold의 추종자들은 위 내적인 근거에 집중하여 여러 가지 입증책임분배원리들을 개발하였다. 앞서 본 바와 같이 추상적인 개연성 원리에 따라 입증책임을 분배해야 한다고 주장한 Reineke가 그 대표적인 사례이다. Prütting은 이러한 입증책임분배원리를 당해 문제되는 법조문의 해석을 함에 있어 법률해석의 방법론을 통해 받아들여야 한다고 주장하였다. Prütting은 여러 가지 법률해석의 방법들, 문리적, 역사적, 체계적, 목적론적 해석 등을 통하여 입법자가 입증책임분배를 고려할 때 염두에 두는 여러 가지 원리들이 반영된다고 본 것이다. “만약 구체적인 사례에서 입증책임분배의 실질적인 이유들에 대한 근거가 등장한다면, 이러한 입증책임분배의 실질적인 이유들은 통상적인 법률해석의 방법을 통하여 입증책임재판 안에 받아들여진다.”¹⁸⁶⁾ 따라서 Prütting은 독일 민법전이나 다른 법률에서 이미 입법자들이 입법을 할 때 입증책임분배를 위하여 고려한 원리들을 개별적으로 조사한 후 이러한 입증책임분배의 실질적인 근거가 되는 원리들을 열거하였다.¹⁸⁷⁾

입증책임분배의 실질적 근거는, 입법자가 법률을 만들거나 법관이 명시적인 법규정이 없을 경우 입증책임분배를 하기 위한 ‘원리’(Prinzip)들이다. 이러한 원리들은 이미 입법이 이루어진 여러 가지 법률들을 해석함으로써 파악할 수 있고, 그 원리들의 수는 한정된 것이 아니라, 계속 늘어날 수 있다.

현재까지 파악된 민사소송에서 입증책임분배의 원리들은 아래에서 열

186) Prütting S.284

187) Prütting S.257ff.

거한 바와 같다.¹⁸⁸⁾ Prütting은 자신의 주저인 ‘Gegenwartsprobleme der Beweislast’에서 규범설의 대안으로 제시된 여러 가지 견해들, 즉 규범의 구조가 아니라 여러 가지 원리들에 의하여 입증책임을 분배하여야 한다고 하는 견해들(가령 개연성설, 위험영역설 등)을 비판적으로 검토하면서 이러한 원리들에 의하여 입증책임을 분배하는 것은 잘못된 것이라고 주장하였다. 그러나 Prütting은 이러한 견해들이 내세운 입증책임분배원리들이 실제로 입증책임분배를 결정하는 수많은 근거들 중 하나임을 인정하였고, 이러한 원리들을 법률해석을 함에 있어서 받아들여야 한다고 주장하였다.

- (1) 추상적인 성질의 개연성 평가
- (2) 증거와의 거리
- (3) 사회적 약자보호
- (4) 헌법상 지위
- (5) 공격자 원리
- (6) 위험의 증가
- (7) 부정적인(또는 소극적) 사항에 대한 입증회피
- (8) 소송예방 및 소송감소
- (9) 분쟁 당사자의 증명곤란
- (10) 소송 당사자 간의 무기 대등
- (11) 증거방법의 제공과 확보
- (12) 일반적인 거래보호 및 법적 거래의 촉진
- (13) 추상적-일반적 의미에서의 기대가능성(Zumutbarkeit), 공평성, 신의성실, 목적적합성 및 평균적 정의
- (14) 힘의 균형
- (15) 책임법에서의 예방적 사고방식
- (16) 사물의 위험성
- (17) 소송 외적인 이행준비의 촉진

188) Prütting S.257ff.

- (18) 피고용인들에 대한 보증의무
- (19) 인간성과 인권존중
- (20) 특정한 바람직한 행위에 대한 유도
- (21) 경제적인 기대가능성
- (22) 증거법적인 보증의무

④ 소결

Prütting은 진위불명의 극복은 작동원리라고 하는 형식적인 도구에 맡겨두고 진위불명의 경우 입증책임은 누구에게 분배할 것인가를 결정하는 문제가 더 중요하다고 보고, 입증책임분배야말로 입증책임규범의 진정한 내용이라고 본다. Leipold의 경우 입증책임규범은 어떤 법률요건표지가 진위불명인 경우 법관에게 어떠한 재판을 할 것을 지시하는 규범이라는 의미이다. 반면 Prütting에게 이러한 입증책임규범의 개념은 입증책임규범이 재판결과를 좌지우지할 수 없는 단순한 보조적 수단임을 망각한 것이라고 비판하면서, 입증책임규범은 진위불명을 극복하기 위한 작동원리(2단계)와 입증책임분배에 관한 지시(3단계)가 결합된 것이고, 여기서 입증책임분배에 관한 지시가 더 핵심적인 역할을 한다고 주장한다.¹⁸⁹⁾ 어떤 법률요건표지의 실현이 진위불명이라면 작동원리에 의하여 그러한 표지가 실현되었다거나 실현되지 않은 것으로 간주되는데, 실현으로 간주될 것인지 불실현으로 간주될 것인지는 실체법의 해석을 통한 입증책임분배에 의하여 결정된다. 이러한 입증책임분배는 규범의 구조를 통하여 이루어지지만 규범의 구조가 명확하지 않으면 입증책임분배의 실질적 근거를 통하여 규범의 단계적 구조를 확인하면 된다. 다만 규범의 단계적 구조를 확인하기 위해서는 법률해석의 방법을 통해 입증책임의 실질적 근거가 있는지 검토하여야 한다.

2. Prütting의 견해에 대한 검토

189) Prütting S.171

Prütting의 견해는 Rosenberg의 규범설을 그대로 되살리면서 실체법 해석을 통한 입증책임분배를 피하고 있다. 그런데 여기서 우리는 다시 Leonhard의 Rosenberg에 대한 비판을 떠올려야 한다. Prütting의 견해와 같이 이러한 실체법의 해석을 통한 입증책임분배를 할 경우, 자의적이고 애매모호하여 논자마다 서로 다른 과정과 결론에 도달하는 입증책임분배를 벗어나, 논리필연적이며 확고하고 믿을만한 입증책임분배를 제공할 수 있는지 여부를 검토해야 한다. Prütting은 Rosenberg의 원칙/예외 관계(권리발생규정과 권리불발생규정의 관계)를 벗어나, 입증책임분배를 작동시키는 다양한 실질적인 고려를 해석의 도구를 통하여 실체법 해석에 반영하여야 한다고 주장한다. 그런데 Prütting이 말하는 실체법의 여러 층들(verschiedene Schichten)¹⁹⁰⁾은 앞서 본(36면 이하) 인과관계설과 최소한사실설이 다시 복귀한 듯한 느낌이 든다. 특히 ‘실제로 법률은 모든 법률요건 중 핵심적인 것(zentral)으로 보이는 법률요건의 증명만을 요구하고 이러한 핵심적인 것으로 보이는 법률요건의 증명이 성공하면, 주장된 청구를 인정하는 것이 타당한 것으로 보고, 주장된 청구에 대립되는 그 밖의 특별한 사실이 주장 및 증명된다면, 잠정적인 법률효과는 소멸하고, 청구하는 사람은 권리발생의 추가적인 법률요건표지를 증명하도록 요구받는다’는 서술¹⁹¹⁾은 앞서 본(36면 이하) 인과관계설과 최소한사실설의 설명과 동일하다. 그렇다면 과연 ‘핵심적으로 보이는 법률요건’은 무엇이고, 그와 대립되는 특별한 사실은 도대체 무엇인지, 의문이 들 수밖에 없고, 이 점에 대하여는 Leonhard가 가한 비판을 피하기가 어렵다. 이러한 애매함을 극복하기 위해서는 다시 진위불명의 극복과 그 과정에서 이루어지는 원칙/예외 관계의 실질적 근거에 대한 검토가 소송법 또는 증거법인 관점에서 이루어져야 하는데, Prütting의 견해는 진위불명의 극복을 내용이 비어있는 작동원리라는 도구에만 맡김으로써 이러한 소송법적/증거법적인 사고방식이 작동하지 못하게 막고 있다. 이러한 점에서 Prütting의 주장은 쉽게 받아들이기 어려우며, Rosenberg에 대한 비판을

190) Prütting S.285

191) Prütting S.285

극복하였다고 볼 수 없다.

게다가 ‘작동원리’라는 개념 자체도 그 법적 성질이 애매하고 법적인 근거도 희박하다. Leipold 역시 작동원리라는 관념 역시 규범설의 약점을 은폐하려는 임시방편에 불과하다고 비판한 바 있다. 즉 “작동원리라는 개념은 민사소송법상 찾을 수 없고”, “작동원리는 Rosenberg가 규범설에 대한 비판에 의하여 명백하게 된 문제점을 다시 기교적으로 은폐한 것에 불과하다. 결국 입증책임규범은, 당해 규범의 규정에서 형식논리적으로 추론하는 방법으로는 도출할 수 없고, 특정한 실질적 제 원리로부터 도출하는 것이며, 따라서 궁극적으로 입법자의 가치판단에 따른 것이다.”¹⁹²⁾ 즉 작동원리는 Pohle가 말한 3단계 중 2단계, 즉 진위불명상태에 도달하면 입증책임분배를 해야 한다는 매개적 역할을 담당하는 무색투명한 것에 그친다. 그러나 입증책임분배의 실질적 근거를 사고하기 위해서는 반드시 입증책임규범의 개념이 필요하다. 왜냐하면 입증책임규범의 개념은 진위불명의 경우 원고 승소 판결을 하는 경우 도달하는 결과와 원고 패소 판결을 하는 경우 도달하는 결과를 비교함으로써 입증책임규범이 달성하고자 하는 목적과 그를 통한 입증책임분배의 실질적인 근거를 사고할 수 있게 해주기 때문이다. 즉 추상적 개연성의 경우, 개연성이 적은 사실이 진위불명이 되면 그러한 사실을 부존재하는 것으로 의제하면 그만큼 그 판단이 진실일 가능성이 높다는 것이다.

제4절 권리불발생규정에 관한 Musielak의 견해

Prütting이 Rosenberg의 규범설을 그대로 받아들이고 이를 수정하기 위하여 노력한 반면, Musielak은 Leipold의 입증책임규범이론을 그대로 받아들인 후 이를 기본으로 삼아 논의를 전개하였다.

1. Musielak의 견해에 대한 전반적인 소개

① 진위불명의 극복과 입증책임규범

192) Dieter Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, New York · Berlin, 1985. S.18

Musielak은 Leipold의 입증책임규범이론을 그대로 수용한다. “진위불명에 대한 규율은 본안 판결을 할 수 있는 길을 열어 둘 뿐만 아니라, 재판의 내용을 확정하면서 법관이 당해 법규범의 요건의 실현이 진위불명 상태에서 어떤 판결을 할 것인지 구체적으로 미리 정하는 규정에 근거하여야 한다.”¹⁹³⁾ 기본적인 입증책임규범은 어떤 법률요건표지의 실현여부가 진위불명상태라면 그 법률요건표지가 실현되지 않은 것으로 간주하도록 지시한다.

Musielak은 입증책임의 분배는 입증책임규범에서 나오는 것이므로 입증책임규정을 통한 진위불명의 극복보다 입증책임의 분배 자체를 더 강조하는 것은 본말을 전도한 것이라고 주장한다.

② 법률요건표지의 종류: 권리불발생, 소멸, 연기표지

Musielak이 Leipold의 입증책임규범이론에서 더 논의를 발전시킨 부분은, 입증책임규범이론에 머무르지 않고 법률요건표지들 간의 구별에 대한 논의를 전개시켰다는 점이다. 이와 같이 개별적인 법률요건표지를 중심으로 당해 법률요건표지의 성격을 권리발생/불발생/소멸/연기적 표지로 구분하기 시작한다면, 더 정직한 논의전개를 할 수 있다. Rosenberg와 같이 각 법규정의 성격을 권리발생/불발생/소멸/연기적 ‘규정’으로 구분하는 것에 머무르고 각 규정의 ‘법률요건표지’의 개별적인 성질을 분류하지 않는다면, 권리불발생항변의 의미를 잘못 이해할 수 있다. 왜냐하면 앞서 본(52면 참조) 독일 계속급여청구권의 사례와 같이 근로자의 질병이 근로자에게 귀책사유가 있는지 여부가 다투어질 경우, 만약 권리불발생항변을 권리불발생규정의 법률요건사실에 대한 주장이라고만 새기게 된다면, 이러한 개별적인 법률요건표지의 존재 여부에 대한 주장은 권리불발생항변이라고 보지 않을 수 있다. 그러나 실제 소송에서 입증책임의 분배가 문제되는 것은 각 규정의 전체가 아니라 오히려 각 규정 중 일부 법률요건표지의 실현여부이고 이러한 실현 여부에 대한 주장도 당연히

193) Musielak S.20

권리불발생항변의 개념에 포함시켜야 한다. 따라서 Musielak과 같이 개별적인 법률요건표지의 성격을 권리발생/불발생/소멸/연기의 표지로 구분하고 이러한 각 법률요건표지의 실현 여부에 대한 주장을 항변으로 붙이 마땅하다.

하지만 이보다 훨씬 중요한 것은 권리불발생표지에 관한 Musielak의 견해이다. 권리불발생규정에 관하여 Musielak 역시 권리발생규정과 권리불발생규정은 실체법적으로 동일하다는 Leipold의 주장을 그대로 받아들인다. “권리발생적인 표지와 권리불발생적인 표지는 단지 증거법적인 근거에서만 구별된다는 것은 타당하다.”¹⁹⁴⁾ 그러나 Musielak은 권리불발생규정이 실체법적으로 권리발생규정과 동일한 것이라고 하더라도 충분히 의미를 가진다고 주장한다. 왜냐하면 입법자가 어떤 법률요건표지를 권리발생적인 표지로 구성하는가, 권리불발생적인 표지로 구성하는가에 따라 증명의 대상이 되는 사실(증명주제)이 달라지기 때문이다. 만약 어떤 규정에서 의사능력을 권리발생적인 요건으로 정했다면, 당해 규정은, ‘법률효과 X는, 의사능력자가 Y라는 의사표시를 한 경우 발생한다’일 것이고, 그러면 법률효과 X를 긍정할 수 있기 위해서는 의사능력자임을 확정하는 것이 문제가 된다. 따라서 의사능력이 증명의 주제이다. 만약 의사능력자인지 여부가 구체적인 사건에서 밝혀지지 않았다면, 이 경우 입증책임의 기본규정(부정적 의제)에 의하면, 법관은 당사자가 의사능력자임을 전제로 판결해서는 안 되고 따라서 법률효과 X가 발생한다고 판단해서는 안 된다. 반면 그와 모순적인 반대, 즉 의사무능력이 권리불발생적 표지로 형성된 경우에는, 실체법적으로는 내용이 동일하다. 즉, ‘당해 규정은, 법률효과 X는, Y라는 의사표시를 한 경우 발생한다. 다만 의사무능력자가 그러한 의사표시를 한 경우에는 그러하지 아니하다’일 것이다. 여기서도 실체법적인 결과를 위해서는 의사능력의 존재 여부가 문제되지만, 결정적인 차이는 법조문의 조문에 의하면, 증명의 주제가 이번 경우에는 ‘의사무능력’이고, 입증책임의 기본규정(부정적)에 의하면, 당해

194) Musielak S.298

사건에서 의사무능력여부가 진위불명이라면, 법관은 당사자가 의사능력이 있는 것처럼 재판을 해야 하므로, 법률효과 X는 긍정된다. 이와 같이 권리불발생사실은 법조문의 구조와 결합되어 입증책임재판에 중요한 영향을 미치게 된다.¹⁹⁵⁾

③ 특별한 입증책임규범

그런데 Musielak은 이와 다른 특별한 종류의 입증책임규범이 존재한다고 주장한다. 즉 어떤 법률요건표지의 실현여부가 진위불명상태라면 그 법률요건표지가 실현된 것처럼 간주하도록 지시하는 입증책임규범이 존재한다. “통상적인 경우 입증책임규범은 사실관계의 규명이 실패한 경우 법률요건요소의 사실적 실현에 대한 질문에 대하여 ‘no’라고 답변한다; 즉 입증책임규범은 법관으로 하여금 마치 법관이 법률요건표지의 사실적 요건이 충족되지 않은 것처럼 재판하도록 지시한다.”¹⁹⁶⁾ 반면 “특별규정은, 앞서 말한(위 ① 참조) 기본(원칙)규정과 달리, 개별적인 법률요건표지가 실현된 것처럼 의제하는 모든 규정을 의미한다.”¹⁹⁷⁾ Musielak에 의하면, 적극적인 입증책임규정(특별규정, Sonderregel)은 ① 명시적인 입증책임규정, ② 추정규정, ③ 묵시적인 입증책임규정이 있다.

먼저 명시적인 입증책임규정에 관하여 본다. Musielak이 명시적인 입증책임규정의 예로 들고 있는 것 중 하나가, 2002년 개정 전 독일 민법 제282조이다.¹⁹⁸⁾¹⁹⁹⁾ 위 조문에 의하면, 이행불능에 대하여 채무자에게 귀책사유가 있는지 여부가 불분명하다면, 채무자에게 귀책사유가 있는 것처럼 재판을 하게 된다. 우리나라 민법의 경우 입증책임을 명시적으로 지시하는 명시적 입증책임규정을 두지 않았다.

그 다음으로 추정에 관하여 본다. 추정을 진정한 추정과 유사추정으로

195) Musielak S.300

196) Musielak S.293

197) Musielak S.303

198) Musielak S.305

199) 2002년 개정 전 독일 민법 제282조는 ‘급부의 불능이 채무자에게 책임있는 사유로 인한 것인지에 관하여 다툼이 있는 때에는 채무자가 입증책임을 진다’(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 1999년, 121면)라고 규정하였다.

나누는 것이 우리나라의 통설로 보인다.²⁰⁰⁾

㉠ 진정한 추정

추정이라고 함은 일반적으로 어느 사실에서 다른 사실로 추인하는 것을 말한다. 흔히 추정에는 사실상의 추정과 법률상의 추정이 있다고 설명된다. 사실상의 추정(예: 매도증서를 보관하는 사실로부터 매수사실을 추정하는 대법원 1990. 1. 12. 선고 89다카14363 판결)은 일반 경험칙을 적용하여 행하는 추정을 말하고, 법률상의 추정은 이미 법규화된 경험칙, 즉 추정규정을 적용하여 행하는 추정을 말한다. 전자의 경우는 추정사실이 진실인가에 의심을 품게 할 반증으로 반복되지만, 후자의 경우는 추정사실이 진실이 아니라는 적극적인 반대사실의 증거가 있어야 반복된다.

교과서 다수는 사실상 추정을 경험칙을 기초로 하여 간접사실로부터 주요사실을 추인해 내는 행위라고 하면서 사실상 추정 개념을 당연시한다.²⁰¹⁾ 반면 이러한 사실상의 추정 개념에 대하여 ‘간접사실을 인정하고 그에 경험칙을 적용하여 사실을 추인하는 것은 통상의 자유심증의 과정과 다를 것이 없으므로 특별히 추정이라는 법적 개념을 사용하여 설명할 필요가 없다’는 이유로 그 개념 자체를 부인하는 견해도 있다.²⁰²⁾ 사실상 추정은 당사자의 한쪽이 입증책임을 지는 요건사실을 입증하지 아니하고 그러한 사실의 전제가 되는 간접사실을 증명하였을 때 법원이 그 증명된 간접사실에 경험법칙을 적용하여 주요사실을 추인하는 것을 말한다.²⁰³⁾ 사실상 추정의 예로 들 수 있는 것이 문서에 있어서 인영 진정 성립의 추정이다. 문서에 날인된 인영이 문서작성자의 인장에 의한 것이 인정되면(인영의 동일성), 그 인영은 문서작성자의 의사에 의하여 날인된 것으로 추정되는데, 경험칙에 의한 이른바 사실상의 추정이다. 여기서 확인할

200) 호문혁, 같은 책, 536~539면; 이시윤, 같은 책, 549~551면; 송상현·박익환, 같은 책, 549~551면; 정동윤·유병현·김경욱, 같은 책 565~568면.

201) 송상현·박익환, 같은 책, 549면, 이시윤, 같은 책, 549면, 정동윤·유병현·김경욱, 같은 책, 565면

202) 호문혁, 같은 책, 513면

203) 송상현·박익환, 같은 책, 519면

수 있는 경험칙은 문서에 자신의 인장을 날인하는 사람은 대개 자기 자신의 의사에 의하여 날인한다는 것이다. 즉 대전제(경험칙): 문서에 자신의 인장을 날인하는 사람은 자기 자신의 의사에 의하여 날인한 것이다. 소전제: 이 사건 문서에 날인된 인영은 A의 인장에 의한 것이다. 결론: 따라서 A는 자신의 의사로 이 사건 문서에 자신의 인영을 날인하였다. 사실상 추정의 또 다른 예를 들자면, 가처분 또는 가압류 후 본안 판결에서 패소한 경우 가처분 또는 가압류에 대한 과실의 추정이다. 부당 가처분에 대한 과실추정의 경우 이러한 추정은 사실상 추정으로 보는 견해가 많다. 이 경우 다음과 같은 경험칙을 적용한 3단 논법이 작동한다. 대전제(경험칙): 가처분 또는 가압류 후 본안 판결에서 패소한 사람은 가처분 또는 가압류 당시 제대로 자신의 권리를 제대로 조사하지도 않고 그러한 신청을 한 것이다. 소전제: 그런데 피고는 가처분 또는 가압류를 결정을 받은 후 본안 판결에서 패소하였다. 결론: 따라서 피고는 가처분 또는 가압류를 신청할 당시 권리관계를 제대로 조사하지 않은 과실이 있다.

살피건대, 대부분 사건에서 사실인정 자체는 귀납적인 추론과정을 통하여 이루어진다. 사실상 추정 개념을 인정하기 위하여는 추론의 전제가 되는 경험칙을 명확하게 확인할 수 있어야 한다. 이러한 경험칙을 확인할 수 있다면, 사실인정은 귀납적 추론과정이 아니라, 연역적 추론과정을 거친 것이 된다. 따라서 사실상 추정을 별도의 법칙을 형성할 수 있는 경험칙이 있는 경우로 국한하여 파악한다면, 추론의 특수성을 명확히 한다는 의미에서 사실상 추정이라는 개념 자체는 생각하여 볼 수도 있다. 그러나 실제로 경험칙을 이용한 연역적인 추론과정만을 이용하여 사실인정을 하는 경우는 극히 드물고, 대부분의 사실인정은 여러 가지 간접사실을 귀납적으로 추론하거나 연역추론과 귀납추론을 동시에 사용하여 이루어지기 때문에, 사실상 추정이라는 개념을 사용하는 의미는 없다. 흔히 실무에서는 ‘推認’이라는 용어를 사용하여 간접사실을 기초로 하여 사실상의 추정을 통하여 주요사실을 인정하는 과정을 표현하지만,²⁰⁴⁾ 이러한 추인이 사용된 판시에서 실제로 연역추론의 대전제가 된 경험칙이 명확

히 확인되는 경우는 거의 없다. 따라서 사실상의 추정은 법관의 심증 형성과정을 묘사하는 것에 불과함에도 굳이 ‘추정’이라는 법률용어를 사용하여 다음에서 보는 법률상 추정의 개념과 헷갈릴 우려가 있으므로, 폐기함이 마땅하다.

법률상의 추정은 다시 법률상 사실추정과 법률상 권리추정으로 나뉜다. 甲 사실(추정기반사실: Vermutungsbasis²⁰⁵)이 있을 때에는 乙 사실(추정된 사실: Vermutete Tatsache)이 있는 것으로 추정한다고 규정된 경우가 법률상의 사실추정이다. 예를 들면 처가 혼인 중에 포태한 자에 대한 부의 친생자 추정, 점유계속의 추정이 그것이다. 이에 대하여 갑 사실이 있을 때에는 을 권리가 있는 것으로 추정된다고 규정된 경우가 법률상의 권리추정이다. 예를 들면 귀속이 불분명한 재산의 부부공유추정, 점유자 권리의 적법 추정이 그것이다.

추정규정이 있는 경우에도 입증책임이 있는 사람은 乙사실(추정되는 사실 또는 권리)을 증명할 수도 있으나, 보통은 그보다도 증명이 쉬운 甲사실(추정기반사실)을 증명함으로써 이에 같음하게 된다(증명주체의 선택). 따라서 추정규정에 의하여 혜택을 입게 되는 당사자는 갑 사실에 대해서만 입증책임을 지는 것이지, 을(사실 또는 권리)에 대하여까지 증명할 필요가 없게 된다. 이러한 의미에서 추정규정은 입증하여야 하는 부담을 완화시키는 것이며, 추정되는 사항은 증명하지 아니하여도 되는 불요증사실이 된다. 이에 대하여 상대방으로서는 을이 부존재한다는 것을 증명함으로써 추정을 번복할 수 있다.

㉔ 類似추정

법조문에 ‘추정’이라는 말을 사용하였지만, 그 모두가 엄격한 의미에서의 법률상의 추정이라고 할 수 없다. 엄격한 의미의 추정이 아닌 것을

204) 사법연수원, 민사재판실무(2000), 279면에서는 친생자확인청구의 소에서 친생자 여부가 다투어진 경우, ‘원·피고가 만난 경위, 성관계를 맺은 시기, 낙태를 시도하였다가 결국 출산한 경위, 유전자 검사 결과, 다른 남성과의 교제가 있다는 증거가 없는 점 등의 사정에 비추어 보면 사건본인이 친생자임을 넉넉히 추인할 수 있다’는 기재를 사실상 추정에 관한 모범기재례로 소개하고 있다. 그러나 이 예에서도 경험칙이 무엇인지는 전혀 확인되지 않는다.

205) Rosenberg S.217, Leipold S.91

유사추정이라고 하는데, 3가지가 있다.

1) 잠정적 진실

전제사실로부터 일정한 사실을 추정하는 진정한 법률상의 추정과 달리 그 전제사실이 없는 무전제의 추정(무조건의 추정)을 말한다(민법 제197조 제1항 : 어떠한 점유자가 아니라 점유자는 무조건 소유의사, 선의, 평온, 공연의 점유를 추정함. 상법 제47조 제2항, 어음법 제29조 제1항). 잠정적 진실은 그 반대사실의 입증책임을 상대방에게 전환시키기는 취지의 간접적 표현에 불과한 것으로 뒤집기까지는 일응 진실로 본다는 것이다. 기본규정에 대한 반대규정, 혹은 본문규정에 대한 단서규정의 성질을 가진 입증책임규범에 불과하다.

2) 意思추정

구체적인 사실로부터 사람의 내심이 어떠한지 그 의사를 추정하는 규정이 아니라, 법규가 의사표시의 내용을 추정하는 것이다. 법률행위 해석에 있어서 일종의 출발점을 설정하는 역할을 한다. 엄격한 의미의 추정이 아니고 법률행위의 해석규정이다(민법 제153조 제1항 : 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정, 민법 제389조 제4항, 579조, 585조).

3) 증거법칙적 추정

증거법칙적 추정이라고 함은 실체법의 요건사실과는 관계 없이 자유심증에 대한 예외를 규정한 것인데,²⁰⁶⁾ 어떤 사실의 존부를 인정하는 간접사실을 法定한 것이다.²⁰⁷⁾ 그 예로 민사소송법 제349조(당사자가 문서를 제출하지 아니한 때의 효과), 제350조(당사자가 사용을 방해한 때의 효과), 제369조(출석·선서·진술의 의무) 등을 들 수 있다.

이러한 추정들 중에서 우선 법률상 추정은 권리불발생항변의 근거가 될 수 있다. Musielak이 추정은 입증책임 특별규정일 뿐 권리불발생사실과는 관련이 없다고 주장하였음은 앞서 본 바와 같다. 그러나 추정된 사실이 존재하지 않는다고 하는 주장도 권리불발생항변이라고 보아야 한

206) 호문혁, 같은 책, 539면

207) 송상현·박익환, 같은 책, 552면

다. 권리불발생항변의 근거가 되는 권리불발생규정은 독자적인 실체법적인 법률효과를 갖지 않고 다만 입증책임분배를 결정하는 입증책임규정일 뿐임은 앞서 본 바와 같다. 그런데 법률상 추정규정은 어떤 법률요건표지가 진위불명인 경우 재판의 결과를 지시하고 있으므로 입증책임규정 중 하나에 해당함은 명백하다. Leipold가 지적한 바와 같이 법률상 추정규정은 권리발생사실과 권리불발생사실이 결합된 규정이므로 언제나 권리발생규정과 권리불발생규정으로 분해할 수 있다.²⁰⁸⁾ 법률상 추정의 전형적인 예인 민법 제198조의 예를 본다. 점유 개시 시점 및 현재 시점에 각 점유한 사실(각 추정기반사실)만 증명하면, 그 기간 동안(가령 민법 제246조 제1항에 따라 점유기간을 ‘10년간’이라고 하자) 계속 점유한 사실(추정된 사실)이 법률상 추정된다. 이 경우 상대방이 그 기간 동안 계속 점유한 사실을 다투고자 한다면, 법률상 추정된 사실인 10년간 계속 점유하지 않은 사실, 즉 중간에 점유가 중단된 사실을 증명하여야 하고, 이러한 점유 중단 사실을 입증하지 못하면(즉 진위불명의 경우), 10년간 계속 점유가 된 것(재판결과의 지시)으로 인정된다. 여기서 권리발생사실은 점유개시시점의 점유사실과 현재 시점에서의 점유사실이고, 권리불발생사실, 즉 권리를 발생하지 못하도록 방해하는 사실은 10년 동안 계속 점유하지 않은 사실이 된다. 이 경우 민법 제246조 제1항에 따라 시효취득을 주장하는 당사자는 10년간 계속 점유한 것(권리발생사실 1)을 직접 주장 및 입증할 수도 있고, 민법 제198조에 따라 점유개시시점의 점유 및 현재 시점의 점유사실(권리발생사실 2)을 주장 및 입증할 수도 있지만, 일방당사자가 위 법률상 추정 규정을 이용할 경우에는 그 상대방은 다시 권리발생사실 1(10년 간 계속 점유)의 부존재(즉 점유의 중단)를 권리불발생사실로 주장할 수 있는 것이다. 따라서 이와 같은 규정은 전형적인 권리불발생규정의 규정형식은 원칙/예외, 본문/단서, 제1항/제2항의 형식으로 다시 풀어서 쓸 수 있다. 즉 위 규정은 ‘점유개시시점의 점유하고, 현재 시점에서도 점유하였다면, 시효취득한다’(원칙, 본

208) Leipold S.91

문, 제1항)와 ‘다만 10년간 계속 점유하지 않았다면 그러하지 아니하다’ (예외, 단서, 제2항)으로 바꾸어 쓸 수 있다.

유사추정 중 잠정적 진실의 경우도 동일한 서술이 그대로 적용될 수 있다. 다만 잠정적 진실의 경우에는 추정기반사실이 별도로 존재하지 않는다는 점에서 법률상 추정규정과 다를 뿐이다. 잠정적 진실은 곧바로 추정된 사실이 진위불명인 경우에는 그러한 추정된 사실이 존재하는 것으로 사실인정을 하도록 지시하는 입증책임규정이므로, 그 자체로 권리불발생규정에 해당된다.

유사추정 중 의사추정규정은 단순한 법률행위 해석 규정에 불과하므로 진위불명의 문제가 발생하지 않고 따라서 권리불발생항변의 근거가 될 수 없다.

마지막으로 유사추정 중 증거법칙적 추정의 경우 단순한 심증형성에 대한 예외에 해당한다고 본다면 이 또한 진위불명의 문제와는 관련이 없으므로 권리불발생항변의 근거가 될 수 없다. 다만 지배적인 견해는 민사소송법 제356조(공문서의 진정의 추정) 및 제358조(사문서의 진정의 추정) 역시 증거법칙적 추정²⁰⁹⁾으로 보고 있으나²¹⁰⁾, 위 규정을 법률상 추정으로 보는 견해²¹¹⁾도 있다. 생각건대 민사소송법 제356조 및 제358조는 진정한 법률상 사실추정의 요건을 그대로 갖추고 있으므로, 법률상 사실추정으로 봄이 타당하다. 즉 추정기반사실(‘공무원이 직무상 작성한

209) Rosenberg는 증거법칙(Beweisregel)은 어떤 증거방법의 증거가치나 증거원인의 증명력을, 일정한 증명주제와는 무관하게, 따라서 모든 증명주제에 대하여 확정하는 데 그 특징이 있기 때문에 ZPO §437 I (공문서 진정성립 추정), §440 II (사문서 진정성립 추정)은 법률상 추정규정이 아니라, 증거법칙규정이라고 본다 (Rosenberg S.221). 다만 Rosenberg는 ‘모든 학설(gesamte Lehre)은 ZPO §437 I (공문서 진정성립 추정), §440 II (사문서 진정성립 추정)을 (법률상 사실) 추정으로 보고 있으나, 나 혼자만 이 규정을 (법률상 사실) 추정이 아닌 것으로 보는 견해를 취한다’라고 인정한 바 있다(A.a.O.).

210) 김상원 외 3인, 주석 신 민사소송법(V), 한국사법행정학회(2004), 418면, 429면, 송상현·박익환, 같은 책, 579면, 이시윤, 같은 책, 510면, 정동윤·유병현·김경욱, 같은 책, 609~610면.

211) 호문혁, 같은 책, 539면, 정선주, 문서의 증거력, 민사소송(Ⅲ), 한국사법행정학회, 256면, 오정후, “인영의 진정성립에 의하여 사문서의 진정성립이 추정되는 범위와 그 추정의 번복 방법”, 중앙법학 9집 2호(하), 835면

것으로 인정’ 또는 ‘본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때’)이 있으면 각 조문에 따라 다른 사실(공문서의 진정 또는 사문서의 진정)이 추정되는 것이다. 따라서 위 공문서 진정성립 추정 및 사문서 진정성립 추정에 관하여는 앞서 본 바와 같은 논의가 그대로 적용된다.

이렇게 보면, 권리불발생항변은 법률상 사실추정 및 잠정적 진실을 다투는 주장을 모두 포괄하는 것이 되고, 권리불발생표지(사실)와 권리불발생항변, 권리불발생규정은 서로 다른 적용범위를 갖게 된다. 즉 권리불발생표지(사실)은 특정한 법률요건표지의 부존재를 상대방이 입증하도록 하는 장치인 반면, 권리불발생규정은 권리불발생항변의 근거가 되는 독자적인 법규정을 의미한다. 반면 권리불발생항변은 권리불발생표지(사실) 및 권리불발생규정 모두에 근거한 상대방의 주장을 의미한다. 추정의 경우 추정기반사실이 존재하는 진정한 추정이든, 추정기반사실이 없는 부진정한 추정이든, 추정된 사실이 존재하지 않는다고 확정되지 않는 한, 추정된 사실은 존재하는 것처럼 인정된다. 가령 점유자가 선의인 것으로 추정된다면, 실제로 점유자가 선의라는 점이 진위불명상태에 있는 경우, 점유자는 선의인 것으로 인정된다.

마지막으로 묵시적 입증책임규정에 관하여 본다. Musielak이 묵시적인 입증책임규정의 예로 드는 것 중 가장 단순한 것이 독일 민법 제125조 제1문{법률에 정하여진 방식을 갖추지 아니한 법률행위는 무효(nichtig)이다²¹²⁾}이다. 위 법률문구에 의하면 형식의 흠결은 당해 법률행위의 권리불발생사실인 것처럼 기재되어 있다. 그러나 독일의 통설은 형식의 준수에 대한 입증책임은 형식이 요구되는 법률행위의 효력을 근거로 주장하는 당사자가 부담한다. 왜냐하면 위 법률행위는 형식을 갖추어야 효력이 발생하는 것이므로, 형식을 갖추는 것은 권리발생적 법률요건의 일부이기 때문이다.²¹³⁾ Musielak은 위 법률문구를 지배적인 견해와 같이 해석하기 위해서는 위 법률문구에 특별입증책임규정이 적용되어야 한다고

212) 독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018년, 53면

213) Rosenberg S.253

주장한다. 즉 ‘어떤 법률행위가 법률에 의하여 규정된 형식을 갖추지 못한 사실, 형식의 흠결이 진위불명상태에 있다면, 형식의 흠결이 존재하는 것으로 간주하는 묵시적 입증책임규정이 적용되어야 한다’는 것이다.²¹⁴⁾ 위 법률의 문구는 형식의 흠결이 증명주제이고, 법률효과는 무효이다. 이 경우 입증책임의 기본규정이 적용된다면, 형식의 흠결이 진위불명상태에 빠질 경우 위 조문에서 정한 법률효과는 발생하지 않아야 하므로, 당해 법률행위는 유효하게 된다. 그러나 이와 같이 해석하는 것은 형식의 준수에 대한 입증책임을, 당해 법률행위의 효력을 주장하는 당사자에게 부담시킨다고 하는 통설의 입장과 배치된다. 그러나 이 경우 ‘형식의 흠결’에 대하여 묵시적인 입증책임특별규정이 적용된다고 볼 경우 형식의 흠결이 진위불명상태에 빠진다면, 형식의 흠결이 존재하는 것처럼 의제하여야 하므로, 당해 법률행위는 무효가 되고, 그 결과 당해 법률행위의 효력을 주장하는 자에게 증명실패의 불이익이 돌아가기 때문에 통설과 같은 결론에 도달한다.

그 밖에도 Musielak은 (1) 독일 민법 제618조²¹⁵⁾에 관한 독일의 판결 {소위 수로안내인(Seelotsenfall) 사건}²¹⁶⁾ 및 (2) 독일 민법 제823조 제1항²¹⁷⁾에 따른 제조물책임에 관한 독일 연방대법원 판결²¹⁸⁾(소위 닭페스트사건)을 묵시적 특별입증책임규정의 예로 든다.²¹⁹⁾

(1) 판결은, 수로안내인이 선주(Reeder, 피고)와 사이에 고용계약을

214) Musielak S.310

215) 독일 민법 제618조 [안전배려의무] 제1항: 노무청구권자는 그가 노무의 실행을 위하여 제공하여야 하는 장소, 장비나 기구를 설치 및 유지하고 또 자신의 명령 또는 지시 하에 행하여지는 노무급부를 지휘함에 있어서, 노무급부의 성질상 허용되는 한도에서, 의무자가 생명과 건강에 대한 위험으로부터 보호되도록 이를 하여야 한다. 제2항: 의무자가 가정적 공동생활에 받아들여진 때에는 노무청구권자는 거실과 침실, 식사 및 노동시간과 휴식시간에 관하여 의무자의 건강, 풍기 및 종교를 고려하여 필요한 시설과 규율을 행하여야 한다.

216) BGH(14. 4. 58.-II ZR 45/57) NJW 1958, S.1437

217) 독일 민법 제823조 제1항: 고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 사람은, 그 타인에 대하여 이로 인하여 발생하는 손해를 배상할 의무를 진다.

218) BGH(26. 11. 68.-VI ZR 212/66) NJW 1969, S.269

219) Musielak S.184 및 Musielak S.180

체결하고 항해하던 중 배가 전복되어 사망하자, 유족들이 피고의 독일 민법 제618조 제1항 안전배려의무위반을 원인으로 수로안내인이 사망하였다고 주장하면서 피고를 상대로 손해배상청구를 한 사건이다. 연방대법원은 근로자 측에서 노무청구권자(사용자)가 독일 민법 제618조 제1항 및 제2항을 통하여 지워진 의무를 위반하였다는 점 그리고 이러한 의무위반이 사물의 통상적인 경과에 따라(nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge) 이러한 의무위반이 나중에 발생할 손해를 초래함에 적합한 것(geeignet, den später eingetreten Schaden hervorzureufen, 강조부분은 이 글에서 추가된 것임)이라는 점을 증명해야 하는 반면, 노무청구권자(사용자)는 의무위반에 대한 아무런 과책이 없다는 점 및 의무위반이 손해발생과 인과관계가 없다는 점을 증명하여야 한다고 판시하였다. 이를 전제로 연방대법원은 피고(사용자)가 손해에 대한 귀책사유 없음을 입증하는 데 실패하였다는 이유로, 원고(근로자 측)의 청구를 기각한 원심 판결을 파기하였다. Musielak은 위 판결에 관하여 의무위반과 손해 사이의 (자연법칙적) 인과관계가 규명될 수 없고, 의무위반과 손해 사이에 사물의 통상적인 경과에 따른 적합성이 존재한다고 확정된다면, 의무위반과 손해 사이의 인과관계가 실현된 것으로 의제(긍정적 의제)되는 것이라고 이해한다.²²⁰⁾ 이 경우 인과관계가 진위불명임에도 인과관계가 긍정적으로 존재하는 것처럼 의제된다고 하는 입증책임 특별규정이 존재한다고 하는 것이다.

(2) 판결의 사실관계는 다음과 같다. 양계장을 운영하는 원고가 수의사로 하여금 자신의 닭에 닭페스트 백신 접종을 하도록 하였는데 며칠 후 4000마리 이상의 닭이 닭페스트로 죽었고, 100마리 이상의 닭이 도살처분되었다. 원고는 닭페스트 백신 제조업체인 피고를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다. 심리한 결과 원고의 닭에 접종된 백신은 여전히 살아 있는 닭페스트 바이러스를 보유한 것으로 밝혀졌는데, 항소심 법원은 감정결과를 근거로 하여 피고의 사업장에서 혈청을 병에 담을 때 박

220) Musielak S.188

테리아가 병에 들어갔다는 것, 이러한 박테리아 오염이 바이러스의 재생을 초래한 것이라고 사실인정을 하고 원고 승소 판결을 선고하였다. 피고가 상고하자, 연방대법원은 위 판결에서 ‘공업생산물을 규정에 따라 사용하였을 경우 어떤 사람이나 물건이 그 생산물이 하자 있게 제조됨으로써 피해를 입었다면, 생산자는 그러한 하자에 관하여 귀책사유가 없다는 점에 대하여 증명하여야 한다’고 판시하고 피고의 상고를 기각하였다. Musielak은 위 판결에 대하여 가해자의 귀책사유의 존부가 명확히 밝혀지지 않았을 경우 법관으로 하여금 마치 귀책사유가 있는 것처럼 재판하도록 하는(긍정적 의제) 법관에 대한 지시를 포함하는 입증책임규정을 인정한 것이라고 설명한다.²²¹⁾

④ 입증책임분배의 방법

Musielak에 의하면, 입증책임규범에는 2가지 종류(부정적인 의제를 하는 기본규정과 긍정적인 의제를 하는 특별규정)가 있음은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면, 어떤 사실에 대한 입증책임을 피고에게 부담시키는 방법은 2가지가 있다. 우선, 증명주체를 바꾸어 어떤 사실의 부존재를 상대방에게 입증하도록 하는 것이 있고(권리불발생사실로 만드는 것), 증명주체는 그대로 놔두고 어떤 사실에 대하여 긍정적인 의제를 하는 특별입증책임규정이 적용되도록 하는 것이다.

Musielak에 의하면, 입증책임재판의 내용은 언제나 2가지 구성요소, 즉 사실적 의심과 관련 있는 법률요건표지와 이러한 의심을 극복하기 위한 긍정/부정의 사실확정을 의제하는 입증책임규범에 의하여 함께 결정된다.²²²⁾ 즉 법률요건표지를 권리발생적으로 규정할 것인지, 권리불발생적으로 규정할 것인지는 결국 증명주체를 어떻게 정하는가에 따라 발생한 차이가 존재하는데, 증명주체의 선택과 입증책임규정의 기본원칙/특별원칙이 상호 결합하여 입증책임분배가 이루어진다는 것이다. 가령 ‘소유의 의사로 토지를 20년간 점유할 경우 소유권을 취득한다’는 규정과

221) Musielak S.183

222) Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 12. Aufl., München, 2014, S.303

‘토지를 20년간 점유하면 소유권을 취득한다. 다만 점유자가 소유의 의사가 없었다면 그러하지 아니하다’는 소유권취득의 요건으로 소유의 의사를 요구한다는 점에서 동일하지만, 전자의 경우 소유의 의사 있음이 증명의 주제인 반면 후자는 소유의 의사가 없음이 증명의 주제라는 점에서 차이가 난다. 또한 소유의 의사가 있음에 대하여 입증책임의 기본규정이 적용되면 소유의 의사 존부가 진위불명 상태에 빠진 경우 소유의 의사가 없는 것으로 의제되지만, 소유의 의사 있음에 대하여 특별규정이 적용되면 소유의 의사 존부가 진위불명 상태라면 소유의 의사가 있는 것으로 의제된다. 따라서 Musielak에 의하면, 권리불발생표지 자체는 결코 입증책임규정이 아니다. 어떤 법률요건표지를 권리불발생적인 표지로 만드는 것은 입증책임규정이 사용하는 수단인데, 이러한 수단은 입증책임기본규정에 부합하는 입증책임규범을 적용할 경우 입증책임특별규정과 동일하게 작용한다. 따라서 그 목적은 오직 입증책임의 명시적 특별규정을 대체하는 것이다.²²³⁾

⑤ 입증책임분배의 실질적인 근거

그런데 이와 같은 입증책임분배를 결정하기 위해서는 입증책임의 기본규정에서 특별규정으로 변경하는 것 및 증명주체를 바꾸는 것(어떤 법률요건표지가 권리발생사실이었다면, 그 법률요건표지의 부존재를 권리불발생표지로 만드는 것)을 정당화하는 실질적인 근거가 필요하다.

Musielak에 의하면 기본적인 입증책임규정이 소극적인 의제를 하는 이유는 다음과 같다. 진위불명을 극복하기 위하여 입증책임규정을 만든다면 긍정적인 의제와 부정적인 의제 2가지 선택지밖에 없다. 그런데 만약 기본적인 입증책임규정을 긍정적인 의제로 한다면, 즉 어떤 법률요건표지가 진위불명이라면 그 법률요건표지가 실현된 것으로 본다면, 그러한 특정한 법률요건사실에 자신에게 유리한 당사자들은 아무런 입증활동을 할 필요가 없을 것이다.²²⁴⁾ 이러한 소송제도에서는 원고는 일단 소제

223) Musielak S.382

224) Musielak S.354

기를 하면 가만히 있어도 승소할 것이고, 피고가 오히려 원고가 주장하는 법률요건표지가 존재하지 않는다는 점을 입증하여야 한다. ‘중요한 판단을 할 때 의심스러운 사실을 조사하지 않은 채 진실한 것으로 여기는 것은 사법의 영역 밖에서 통상적인 사람이 취하는 태도와 배치된다.’²²⁵⁾

특별한 입증책임규정(긍정적인 의제)이 적용되는 근거는 개별적인 특별한 입증책임규정마다 다르다. Musielak은 이 부분에 대하여 민법전에 있는 특별한 입증책임규정들(추정, 명시적 입증책임규정들, 묵시적 입증책임규정)에 관한 실질적인 근거를 각 조문별로 설명하였다.²²⁶⁾ 이러한 실질적인 근거들은 앞서(67면 이하) Prütting이 제시한 입증책임분배를 위한 다양한 실질적인 근거와 같고 Prütting은 Musielak의 연구결과를 상당 부분 그대로 받아들였다. 예를 들면 앞서 본 독일 민법 제125조 제1항(이는 Musielak이 보기에는 묵시적 입증책임특별규정이다)의 경우 형식적 유효성의 입증은 일반적으로 상대적으로 간단하게 할 수 있으므로(증명의 난이도), 형식을 갖추었다는 점에 대한 증거를 법률행위의 효력을 주장하는 사람에게 제출하도록 하지 않을 이유가 없으며, 부정적인 사항의 증명을 가급적 피하려고 하는 노력(부정적인 사항에 대한 증명회피)도 중요한 역할을 한 것으로 본다.²²⁷⁾ 즉 위 조문에 의하면 법률에 정해진 방식을 갖추었는지 여부(위 법조문의 문구에 의한 증명주제: 형식의 흠결)가 진위불명이면 형식의 흠결된 것으로 의제함으로써 결국 그 법률행위는 무효가 된다(증명주제에 대한 긍정적 의제). 법률행위의 유효를 주장하는 당사자가 방식을 갖추었다는 점에 대한 입증책임을 부담하고(긍정적인 사항의 입증), 방식이 흠결되었다는 점을 상대방이 입증하도록 하지 않는다.

마지막으로 권리불발생표지의 경우에도 각 조문마다 서로 다른 실질적인 근거가 존재한다. Musielak에 의하면 권리불발생적, 권리소멸적, 권리연기적 요소들을 권리주장에 대한 부정적인 요건으로만 취급하는 법체계

225) Musielak S.355

226) Musielak S.359 ff.

227) Musielak S.371

도 생각할 수 있는데, 이러한 법체계에서는 소송에서 어떤 채권을 실현시키고자 한다면, 권리를 주장하는 당사자는 채권의 유효한 발생 뿐만 아니라, 권리의 존속, 즉 채권이 그 기간 동안에 변제, 포기 또는 다른 방법에 의하여 소멸되지 않았다는 점까지 증명하여야 한다.²²⁸⁾ 이와 같은 체계에서는 소송을 통한 권리추구는 절망적인 것이 될 것이다. 따라서 효과적인 권리보호를 위해서는 소송상 권리인정을 위하여 확정되어야 하는 법률요건을 제한하는 것이 필요하다. 이 경우 권리불발생적 요소를 권리발생적 표지로부터 뽑아내는 것은 권리보유자(Rechtsträger)의 이익을 위한 입증책임에 관한 특별규정이라고 할 수 있다.²²⁹⁾ 이러한 입증책임에 대한 특별한 규정은 앞서 본 입증책임 특별규정(즉 진위불명의 경우 부정적인 의제를 하는 입증책임 기본규정과 달리 긍정적인 의제를 하는 입증책임 특별규정)과 동일한 실질적인 근거를 가지는데, 이러한 실질적인 근거는 개별규정마다 개별적으로 조사되어야 한다.²³⁰⁾ 이러한 실질적인 근거들은 앞서(67면 이하) Prütting이 제시한 입증책임분배를 위한 다양한 실질적인 근거와 같다.

⑥ 소결

Musielak 모델 역시 진위불명에서 출발한다. 진위불명 상태를 극복하기 위하여 입증책임규범이 필요한데, 입증책임규정은 기본원칙과 특별원칙으로 구분되고, 이러한 2가지 입증책임규정과 권리발생/연기/소멸/불발생규정의 실체법 규정이 결합하여 입증책임분배가 이루어진다는 것이다. 또한 기본원칙에서 벗어나 특별원칙이 적용되기 위해서는 그러한 예외적 사정이 인정되기 위한 실질적인 근거가 필요하다.

2. Musielak의 견해에 대한 검토

Musielak의 견해는 문제가 있다. 가장 문제가 심각한 부분은 입증책임

228) Musielak S.356

229) Musielak S.358

230) A.a.O.

특별규정 중 묵시적 입증책임규정이다. 특히 독일 민법 제125조 제1항을 묵시적 입증책임규정의 예로 든 것은 단순한 편집상의 실수²³¹⁾라고 보편될 것을, 문제를 지나치게 복잡하게 만드는 것이다.

나아가 Musielak의 견해에 대하여는 보조적인 규범에 불과한 입증책임규범이 재판의 내용, 즉 입증책임분배를 좌우하는 핵심적인 역할을 수행한다는 점에서 본말이 전도된 이론이라는 비판이 있다.²³²⁾ 이러한 비판은 입증책임규범은 단지 진위불명의 극복이라고 하는 극히 형식적인 역할만을 수행하여야 함에도, Musielak이 주장하는 입증책임규범은 진위불명의 극복을 넘어 입증책임분배까지 결정함으로써 실체법에 의하여 결정되어야 하는 입증책임분배의 영역을 침범한다는 것이다. 그러나 이러한 비판은 받아들이기 어렵다. 어려운 문제를 제기하는 것은 권리발생규정과 권리불발생규정의 구별인데, 이러한 구별은 실체법 자체를 통해서 얻을 수 없는 것이었다. 이러한 구별은 Leipold가 지적한 바에 따라 오로지 소송법/증거법적인 접근을 통해서만 확실한 근거를 얻을 수 있다. 이러한 점에 비추어 보면, 입증책임규범이 입증책임분배를 좌우하는 것은 너무나 당연한 것이다.

그러나 방금 살펴본 문제(묵시적 입증책임특별규정의 존재)를 제외하면 지금까지 나온 견해 중에서 Musielak의 견해가 가장 타당하다. 우선 Rosenberg의 규범설이 가진 문제점, 특히 권리발생규정과 권리불발생규정의 구별이 어렵다는 점을 해결하였다고 볼 수 있다. 어떤 법률요건표지의 존재를 권리발생적으로 보든 그 표지의 부존재를 권리불발생적으로 보든 실체법적으로는 동일한 의미가 있음은 이미 Leipold의 연구에 의하여 명백히 밝혀졌지만, Musielak은 이러한 구별은 비록 실체법적으로는

231) 독일 민법 제1초안 제195조는 ‘법률행위에 근거하여 권리를 주장하는 사람은 그 법률행위에 대하여 필요한 형식의 준수를 증명하여야 한다’는 조문을 가지고 있었으나, 독회과정에서 위 조문이 다른 조문과 함께 삭제되었다. 그러나 위 삭제는 결코 다른 입증책임규정을 마련하였기 때문이 아니었으며 입법자료에서도 이러한 입증책임의 변경을 의도하였다는 자료가 없었다. 따라서 독일 민법 제125조 제1항은 진정한 입법자의 의지를 관철하기 위하여 수정해야 하는 편집상의 실수이다(Musielak S.317).

232) Prütting S.160

동일함에도 진위불명의 경우 어떠한 재판을 하여야 하는가라는 관점에서 보면, 결과적으로 소송에서는 중대한 차이를 유발한다는 점을 명확히 규명하였다.

제5절 소결

요컨대 Musielak의 견해가 권리발생규정과 권리불발생규정을 구분함에 있어 가장 확고하고 간단한 기준을 제공한다. 이하에서는 Musielak의 견해를 토대로 논의를 진행하기로 한다. 다만 권리불발생표지에 대한 Prütting의 단계적·계층적 사고방식은, 입증책임규범과 결합될 경우에는 계속 유의미한 기준으로 작동할 수 있으므로 이러한 사고방식은 계속 유지하기로 한다. 즉 이러한 규범의 단계적 구조에 대한 생각은 어디까지나 비유적인 것에 불과하고, 실체법적인 의미를 갖는다거나 또는 논리필연적인 규범구조를 의미하는 것이 아니며 단지 진위불명의 극복을 위한 입증책임규범의 의제과정의 일부에 불과할 뿐이다. 원칙/예외나 단계적 구조라는 말에 현혹되지 않도록 늘 주의를 기울여야 한다.

제4장 권리불발생항변에 관한 검토

제1절 검토결과 및 주장제시

지금까지 살펴본 규범설 내부에서의 여러 가지 견해들을 검토해 본 결과 권리불발생항변에 관한 바람직한 입장을 서술해 보면 다음과 같다.

1. 입증책임분배와 진위불명

입증책임분배에 관한 지배적인 견해인 규범설은, 확고하고 안정적인 입증책임분배 기준을 제공하는 것을 목표로 삼는다. 그리고 대부분의 경우에는 실제로 규범설을 취할 경우 확고하고 안정적인 기준을 제공받을 수 있다. 다만 규범설에 따를 경우 권리발생사실과 권리불발생사실을 구분하는 것이 입증책임분배에 있어서 난제 중 하나이다. 민사소송에서 입증책임분배가 문제되는 것은 ① 특정한 증명주제(법률요건표지)에 관하여 당사자들 간의 다툼이 있고, 당사자들이 증거를 모두 제출하였으나 여전히 증명주제의 존부가 밝혀지지 않은 ② 진위불명의 상황이 발생할 경우이다. 그러므로 입증책임분배는 이러한 진위불명의 상황을 전제로 생각해야 한다.

변론주의가 적용되는 민사소송에서 법관이 재판에서 사실확정을 하기 위해서는, 먼저 어떤 사실이 당사자들에 의하여 진술되는 것이 필요하다. 만약 당사자들 사이에 주요사실이 다툼이 없으면, 법관은 그 주요사실에 근거하여 판단을 해야 하고, 당사자들 사이에 주요사실에 관하여 다툼이 있다면 그 주요사실은 증명이 필요하다. 증명의 필요에 따라 입증활동이 이루어진 결과는 3가지 결론 중 하나에 도달한다.

- 증명이 성공한다. 즉, 법관은, 증명되어야 하는 사실이 발생한 것으로 확정한다.
- 증명이 부정적인 결과에 도달한다. 즉, 법관은 증명되어야 하는 사실이 실제로 발생하지 않은 것으로 확신한다.
- 증명이 실패한다. 즉, 증거를 통하여 증명되어야 하는 사실이 발생하였는지 여부가 규명될 수 없다.²³³⁾

결국 진위불명이란 증거가 실패한 경우를 가리킨다. 즉 진위불명은 다름이 있는 주요사실에 관한 일방 당사자의 주장이 당사자들과 법원의 모든 노력에도 불구하고 증명될 수 없는 상황을 의미한다²³⁴⁾. 법관이 구체적인 사건에서 특정한 사실주장을 증명된 것으로 보아야 하는지 여부에 대한 심사, 즉 증거평가를 마친 후 그 증거평가의 결과가 증거가 성공한 것인지 여부에 대한 기준, 즉 증명도를 충족시키지 못할 경우 증명실패가 발생한다. 증명실패가 얼마나 잦은 빈도로 발생할 것인지 여부는 증명도에 달려 있다. 즉 증명도에 대한 요구가 낮을수록 증명실패, 즉 진위불명에 빠지는 경우(입증책임재판이 이루어지는 빈도)의 빈도수는 더 적을 것이고, 증명도에 대한 요구가 높을수록 증명실패, 즉 진위불명에 빠지는 경우의 빈도수가 더 많을 것이다.²³⁵⁾

증명도와 진위불명의 관계가 이러하다면 통상 높은 수준의 증명도가 요구되는 형사소송의 경우, 민사소송보다는 더 많은 입증실패가 발생할 것이고 더 많은 입증책임재판이 이루어질 것이다. 증명에 있어 법관의 확신을 요구하는 우리 민사소송법 제도 하에서도 입증실패는 자주 발생한다. 가령 원고가 피고를 상대로 대여금 청구를 하면서 원고가 피고에게 100만 원을 빌려주었다고 진술하였으나 피고가 자신은 돈을 빌린 적이 없다고 부인한 사례를 보자. 이 경우 원고가 아무런 증거를 제출하지 않으면 원고는 입증에 실패한 것이고 원고의 청구원인사실(금전소비대차계약의 체결)은 진위불명상태에 빠진다.

2. 진위불명극복을 위한 입증책임규범

이러한 진위불명의 상황을 극복하기 위해서는, 입증책임규범이 필요하다. 소송을 사람들이 특정한 목적을 위해 일정한 규칙 안에서 경쟁한다는 점에서 게임이나 운동경기에 비유할 수 있을 것이다.²³⁶⁾

233) Musielak/Voit, a.a.O., S.301

234) Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, Köln·München, 2009, S.135

235) Prütting S.66

운동경기나 모의전투에서는 비겼을 경우 어떻게 처리하는지를 미리 규칙에 의하여 정한다. ① 2019년 1월에 개최된 아시안컵 축구경기에서 조별리그 최종전이 마무리되었음에도 베트남팀과 레바논팀은 승점, 골득실, 다득점이 모두 동률을 이룬 나머지 페어플레이 포인트를 비교하게 된 결과, 옐로카드 5장을 받은 베트남팀이 옐로카드 7장을 받은 레바논팀을 제치고 16강에 진출하게 되었다. ② 영화 ‘스타쉽 트루퍼스’를 보면 보병 훈련 중에 모의 전투장면이 있다. 모의 전투에서는 일방이 공격을 하고 상대방이 방어를 한다. 공격자 측은 상대방의 진지를 탈취하여야 확실하게 승리한다. 실제 모의 전투가 벌어졌는데, 공격자가 상대방의 방어를 뚫지 못했으므로 상대방의 진지를 탈취하지 못한 상태에서 전투가 종료되었다. 그러나 공격자 측은 거의 생존한 반면 방어자 측은 거의 생존하지 못했다. 이 경우 누가 승리한 것인가? 이 경우 누가 승자인지를 결정하는 규칙이 필요한데, 이 규칙에 따라 승자가 결정되고 승자나 누구인지에 따라 모의 전투 참가자들의 포상 또는 징벌이 이루어질 수 있다. 만약 공격자 측이 목표 달성에 실패했으므로 공격자 측이 패배한 것으로 볼 수도 있고, 반면 생존자 수에 따라 공격자 측이 승리한 것이라고 볼 수도 있다(즉 방어자 측이 거의 생존하지 못했는데 이를 승리라고 볼 수 있는가?)

그러면 이러한 예들에서 특정한 결과를 승리/패배/무승부라고 이유는 무엇인가? 그 이유는 다양할 것이다. 모든 조건이 같다면 좀더 신사적인 플레이를 한 측을 승리자로 선언함으로써 신사적인 플레이를 권장하려고 하는 윤리적인 목적도 가능하다. 또한 상대방의 진지를 함락시키지 못한 이상 패배한 것으로 선언함으로써 전쟁의 냉혹함 또는 임무달성의 중요성을 훈련받는 병사들에게 알려주는 것일 수도 있다.

물론 앞서 본 사례들을 민사소송을 그대로 끌어오는 것은 적절하지 않

236) Hart는 ‘법의 개념’에서 수차례 법현상을 설명하기 위하여 운동경기나 체스경기의 예를 든 바 있다{규범의 내적 측면을 설명하기 위하여 체스 경기자와 관객의 체스규칙에 대한 인식에 관한 예를 들거나(허버트 하트, 오병선 역, 법의 개념, 아카넷, 2002년, 76면), 법원의 판결에 대하여 운동경기의 득점기록자의 비유를 들었다.(같은 책 184면)}.

을 수도 있다. 다만 일정시간 내에 승부에 영향을 줄만한 결과가 발생하지 않으면, 어떤 규칙이 개입한다는 점만이 유사할 뿐이다.

이와 같이 보면 진위불명의 상황이란 승자와 패자가 명확하지 않은 상황인데, 소송에서는 승자와 패자가 명확히 결정되어야 하므로, 입증실패의 경우 원고 승소로 의제하든 피고 승소로 의제하든 특정한 결과를 의제하는 규칙이 필요하고, 이러한 결과를 정하는 규범을 입증책임규범이라고 부른다. 입증책임규범의 기본적인 형태(입증책임 기본규정)는 ‘특정한 증명주체가 진위불명상태라면 그 증명주체가 증명되지 않은 것으로 본다’고 하는 부정적 의제의 원칙이다. 그 근거는 법적 상태에 변화를 일으키고자 하는 사람이 변화에 필요한 사실을 입증해야 한다고 하는 공격자 원칙이고, 나아가 만약 부정적 의제의 반대인 긍정적 의제를 할 경우에는, 일방 당사자가 먼저 소를 제기하면, 반대당사자로서는 그 소의 청구원인이 존재하지 않는다는 점을 입증해야 하는 이상한 상황이 발생하기 때문이다.

반면 특별한 이유가 있을 경우에는 반대로 긍정적 의제가 이루어지기도 하는데, 이를 입증책임 특별규정이라고 하며, 대표적인 경우가 법률상 추정이나 잠정적 진실 등 명시적 입증책임규정이 있는 경우이다. 이러한 경우에는 통상적이라면 원고에게 존재에 대한 입증책임이 있는 증명주체가 특별한 이유로 인하여 그 모순적 반대인 부존재에 대한 입증책임이 상대방에게 넘어가 있는 것이다. 대표적인 것이 민법 제197조의 자주점유의 추정이다. 민법 제245조 제1항에 따라 점유취득시효를 주장하기 위해서는 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하여야 하는데, 원래대로라면 소유의 의사로 점유한 사실은 취득시효를 주장하는 측에서 입증하여야 함에도 민법 제197조에 따라 소유의 의사가 추정되기 때문에 상대방 측에서 그 점유가 타주점유라는 점을 입증하여야 한다. 민법 제197조에서 소유의 의사를 추정하는 것은, 점유와 소유의 결부를 전제로 점유를 소유권의 사실적 측면으로 파악하면서, 점유보호의 근거를 소유자를 위한 입증의 경감에서 찾고, 재산법적 가치로서의 점유를 실제로 소유권이익으로 이해하였기 때문²³⁷⁾이라고 볼 수 있다.

여기서 유의할 점은 Leipold나 Reineke가 주장한 것처럼 하나의 실체법 조문에 2개의 조문이 동시에 기재되어 있다는 사고방식은 문제가 있다는 것이다. 이 견해는 'P→Q'라고 하는 법률조문은 P가 인정되면 Q라는 법률효과가 발생한다는 의미인데, 나아가 P라는 법률요건표지의 실현이 진위불명상태라면, P가 존재하지 않는 것으로 의제해야 한다는 입증책임규범이 함께 존재한다고 보는 것이다. 그러나 입증책임만을 규정하는 명시적 입증책임규범은 긍정적/부정적 의제까지 모두 규정하고 있으므로 문제가 없지만, 다른 모든 법조문은 입증책임규범을 드러내고 있으나 다만 긍정적 의제인지 부정적 의제인지는 명시적으로 드러내지 않고 있으므로 별도의 법률해석을 통하여 어느 경우인지를 밝혀내야 한다는 문제가 있다. 나아가 성문법 규정에 정함이 없는 법률요건표지의 경우 매번 입증책임규범이 존재하지 않으므로 만들어내야 한다고 하는 번거로움이 존재한다. 따라서 실체법 조문에 2개의 조문이 기재되어 있다는 생각은 곤란하고 다만 실체법조문과 입증책임의 기본규정과 특별규정이 존재한다는 사고방식이 타당하다.

3. 증명주제변경에 따른 변화 - 朝三暮四?

입증책임재판은 다투어지는 증명주제에 대한 증명이 실패한 경우 발생하고, 입증책임재판은 입증책임 기본규정과 입증책임 특별규정의 2가지 원칙에 따라 이루어짐은 앞서 본 바와 같다. 그런데 입증책임 특별규정의 경우 특별한 목적을 달성하기 위하여 입증책임의 분배를 달리하는 것인데, 또 다른 방법으로 이러한 특별한 목적을 달성할 수 있다. 이는 증명주제를 변경하는 것이다.

법률요건 a, b, c가 모두 충족되어야 R이라는 법률효과가 발생할 경우, 특별한 목적을 달성하기 위하여 b에 대하여 입증책임 특별규정이 적용될 경우, b가 진위불명 상태라면 b가 존재하는 것으로 의제하여야 하므로, 원고는 a, c만 증명하면 되고, 상대방이 b에 대한 입증책임을 부담한

237) 최병조, 부동산의 점유취득시효와 점유자의 소유의사의 추정, 판례실무연구 I, 박영사, 1997, 161면

다. 반면 아예 증명주제를 바꾸어 원고가 a, c만 증명하면 R이라는 효과가 발생하고, 상대방이 b의 부존재를 입증하도록 변경하는 것도 동일한 결과가 발생한다.

이것은 ‘朝三暮四’와는 정반대의 상황이라고 할 수 있다. 아침에 3개의 도토리를 주고 저녁에 4개의 도토리를 주나, 아침에 4개의 도토리를 주고 저녁에 3개의 도토리를 주나, 하루에 7개의 도토리를 주는 것은 똑같다. 그러나 실제로는 조삼모사와 朝四暮三은 동일한 것이 아니다. 가령 점심 무렵을 생각하면 아침에 3개를 먹은 원숭이보다 아침에 4개를 먹은 원숭이가 더 배부를 것이고, 한밤중을 생각한다면 저녁에 4개를 먹은 원숭이가 저녁에 3개를 먹은 원숭이보다 더 배부를 것이다. 따라서 실체법적으로 R이라는 법률요건이 실현되기 위해서는 a, b, c의 3개의 법률요건이 갖추어져야 하는 것은 동일하다. 그런데 소송으로 오면 원고가 a, b, c를 모두 입증하도록 하는 것과 원고는 a, c만 입증하고 피고가 b의 부존재를 입증하도록 하는 것은 전혀 다른 효과가 발생한다. 즉 a, b, c 중 b의 부존재를 상대방에게 증명하도록 하면 권리를 주장하는 당사자는 a, c만 증명하면 되므로 권리주장이 더 쉬워진다. 가령 여기서 ‘b’를 의사능력의 존재라고 하면, 계약상 청구권이 발생하기 위해서 계약당사자들이 모두 계약 당시 의사능력이 있었다는 점을 계약상 청구를 하는 당사자로 하여금 주장 및 입증하도록 한다면, 그 반대의 경우(즉 계약의 효력을 다투는 측에서 의사능력의 부존재를 주장 및 입증하도록 하는 경우)보다 훨씬 권리행사가 어려워진다. 권리가 발생하기 위한 문턱의 높이는 누가 어느 법률요건을 입증하도록 하는가에 완전히 달라진다. 이러한 방식으로 이루어진 증명주제의 변경이 바로 권리불발생표지이다.

이와 같이 생각할 경우 주의할 점은 역시 원고가 a, b, c를 모두 입증하도록 하는 것과 원고는 a, c만 입증하고 피고가 b의 부존재를 입증하도록 하는 것은 실체법적으로 같은 의미를 갖는다는 점이다. 왜냐하면 그래야만 증명주제만을 변경한 것일 뿐 규범의 내용을 변경한 것이 아니게 되기 때문이다. Rosenberg가 원칙/예외의 관계의 예로 든 사례들이 잘못된 것은 증명주제를 바꾸는 과정에서 규범의 내용이 달라졌기 때문

이다.

로젠베르크가 든 예인 ‘기차의 일등석에서는, 같은 실에 있는 모든 여행자의 동의가 있는 경우에만, 흡연이 허용된다’는 규정을 본다. 만약 기차의 일등석에 타고 있던 임산부가 일등석에서 담배를 피운 사람을 상대로, 자신이 명백히 반대하였음에도 피고가 담배를 피웠다는 이유로 불법흡연을 원인으로 한 위자료 청구를 한다고 해보자. 피고는 그 당시 원고를 포함한 모든 승객들의 동의를 얻어서 담배를 피웠기 때문에 자신의 흡연을 적법하다고 주장한다. 위 규정의 문구로 보면, 1등석에서의 흡연은 원칙적으로 금지되지만, 예외적으로 모든 사람의 동의가 있다면 허용된다. 따라서 원고는 피고가 담배를 피웠다는 사실만을 증명하면 불법행위가 성립하고, 피고는 다른 사람들의 모든 승객의 동의를 받았다는 점을 권리불발생항변으로(면책사유) 입증하여야 한다. 모든 승객의 동의를 받았다는 점이 진위불명 상태에 빠진다면, 피고의 흡연행위는 규정을 위반한 것으로서 위법하므로, 원고가 승소할 것이다. 반면 위 규정은 ‘기차의 일등석에서는, 같은 실에 있는 모든 승객들의 동의가 있는 경우를 제외하고, 흡연이 금지된다’와 내용상 동일하고 이 규정은 다시 ‘기차의 일등석에서는, 같은 실에 있는 모든 승객들의 동의가 없다면, 흡연이 금지된다’와 내용상 동일하다. 이와 같이 보면 이 두 번째, 세 번째 규정도 흡연이 원칙적으로 금지되고, 예외적으로 모든 승객들의 동의가 면책을 위한 요건이 된다. 반면 Rosenberg처럼 위 규정을 ‘흡연은 다른 여행객의 항의가 있는 경우에는 금지된다’는 규정과 비교하는 것은 전혀 다른 내용을 가진 규정을 대조한 것으로서 부적절하다. 위 사례를 생각해 보면, ‘흡연은 다른 여행객의 항의가 있는 경우에는 금지된다’는 규정이 존재하고 위 규정에 따라 원고가 소를 제기하였다고 가정한다. 이 경우 흡연이 허용되는 상황에서 위 흡연이 위법한 것이 되려면 다른 여행객의 항의가 반드시 있어야 한다. 따라서 원고는 권리발생사실로서 다른 여행객의 항의가 있었다는 점을 적극적으로 증명하여야 하고 이러한 항의사실이 진위불명상태라면 원고의 청구는 기각될 것이다.

이와 같이 본다면 권리불발생표지는 선의/악의, 무효/유효, 존재/부존재

와 같이 서로 다른 진리값을 가지는 모순적 반대 관계에서만 성립하는데, 어떤 법률요건표지가 권리발생적이든 권리불발생적이든 실체법적인 내용이 동일하기 위해서는(a + b + c → R) 반드시 유지해야 하는 조건인 셈이다.

4. Rosenberg의 두번째 유형의 권리불발생항변의 2가지 유형

요컨대 진위불명의 상황에 따른 입증책임분배를 검토해 본 결과, Rosenberg가 말한 2번째 유형의 권리불발생항변은 다시 2가지 종류가 존재함을 확인할 수 있다. 우선 입증책임의 특별규정에 근거한 권리불발생항변이 존재한다. 자주점유 추정에 대한 타주 점유의 항변(93면 참조)이 그 예라고 할 수 있다. 이 경우 긍정적인 의제를 하는 입증책임 특별규정에 의하여 특정한 증명주체가 진위불명이 될 경우 그러한 증명주체(여기서는 소유의 의사)가 존재하는 것처럼 취급된다. 또 다른 종류는 증명주체의 변경에 의한 권리불발생항변이다. 결국 권리불발생항변이라고 함은, 권리불발생사실이 존재한다고 하는 사실상 주장이다. 권리불발생사실이라고 함은 ‘어떤 법률효과가 발생하기 위하여 갖추어져야 하는 실체법적인 법률요건사실들 중 일부가 존재하지 않는다’고 하는 사실상의 주장을 의미한다. 가령 어떤 법률행위가 효력을 발생하기 위해서는 그 행위자가 의사능력을 갖추어야 한다. 그러나 판례는 법률행위의 효력을 다투는 측에서 행위자가 의사능력이 흠결되었다는 점을 입증하도록 한다.²³⁸⁾ 의사능력의 존재가 아니라 그 부존재가 증명주체가 되는 것으로 변경된 것이다. 다시 한번 정리하자면 권리불발생사실은 특별한 입증책임규범에 의하여 근거한 것이 있고, 특별한 근거에 의한 증명주체 변경에 근거한 것이 있다.

제2절 소송법/증거법적 접근방법에 의한 권리불발생항변의 구성요소

법적 개념은 구성요소로 이루어져 있는 이상, 이하에서는 권리불발생

238) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다53093(본소), 2009다53109(반소) 판결 등 참조

항변의 구성요소를 검토해 보기로 한다.

1. 법률요건표지의 시간적 선행 또는 동시성- 시간적 요소[공통요소]

권리불발생항변에서 법률요건으로 주장되는 사실은 권리발생사실보다 먼저 존재하고 있거나 적어도 동시에 발생하는 것이다. 만약 그 이후에 발생한 사실이라면 권리소멸사실에 해당된다. “권리불발생규정의 요건은 권리발생규정의 법률요건이 완전히 실현되기 전에 존재해야만 한다. 그래서 우리는 양 규범의 법률요건은 권리의 발생을 위하여 결정적인 순간에 동시에 존재한다고 말할 수 있다.”²³⁹⁾ 또한 이로 인해 약간 어색한 느낌이 들 수도 있다. 가령 어떤 규범의 법률요건이 ‘a+b+c’로 구성되어 있는데 실제 소송에서는 a+c만 인정되면 일응 법률효과가 발생하지만, 나중에 b가 없음(-b)이 항변으로 제기되어 증명이 되면 당해 법률효과가 사라져 버릴 것이다. 이러한 소송의 흐름은 자연적인 시간순서에는 맞지 않아 거부감이 들 수도 있다. 앞서 본(52면 참조) 계속급여청구의 예에서 근로자의 질병이 근로자 자신의 귀책사유에 근거하였다고 하는 점, 즉 근로자 자신의 행위로 인하여 병에 걸렸다는 사실은 위 질병으로 인한 계속급여청구권이 발생하기 이전에 이미 발생한 것이다. 따라서 일단 계속급여청구권라고 하는 권리발생에 대한 판단에서는 당해 질병이 근로자의 귀책사유에 의한 것인지 여부는 판단하지 않고 지나가지만, 사용자 측에서 위 질병이 근로자의 귀책사유에 의한 것이라고 항변할 경우, 다시 논리적·시간적 순서를 되돌려 질병발생시점으로 되돌아가서 판단해야 한다. 이러한 시간적 선행성은 권리불발생적 법률요건표지의 가장 기본적인 요소로서, Rosenberg가 말한 첫 번째 유형의 권리불발생항변도 이러한 요소를 갖추고 있고, 이러한 요소로 인하여 권리소멸항변과 구분된다. 그러나 위 요소는 권리발생사실의 경우에도 동일하게 갖춘 요소이므로, 권리발생사실과 권리불발생사실을 구분함에 있어서는 구분기준이 될 수 없다.

239) Rosenberg S.122

2. Rosenberg가 말한 첫 번째 유형의 권리불발생항변의 구성요소

Rosenberg가 말한 첫 번째 유형의 권리불발생항변은 권리의 발생차단이라고 하는 법률효과를 초래하기 위한 별도의 사건/행위가 반드시 필요하다(소멸시효의 중단사유, 철회 등). 권리의 불발생(권리발생차단)을 위하여 별도의 추가적인 사건/행위가 필요하다는 점에서 권리소멸항변과 유사하고, 두 번째 유형의 권리불발생항변과 구별된다.

그러나 Rosenberg의 위 구분은 큰 의미가 없다. 왜냐하면 Rosenberg가 선별한 이러한 유형의 권리불발생항변은 권리소멸항변과의 유사성으로 인하여 권리발생에 관한 주장과 쉽게 구분되기 때문이다. 오히려 이러한 유형의 권리불발생항변이 의미를 갖는 것은 그 근거가 되는 권리불발생규정의 규정형식 때문이다. 이러한 유형의 권리불발생항변은 독자적인 별도의 규정으로서, 즉 법률명제의 형식(법률요건과 법률효과)을 갖춘 권리불발생규정에 근거한다. 따라서 첫 번째 유형의 권리불발생항변은 독자적인 권리불발생규정을 갖추고 있다는 점을 핵심적인 요소로 한다.

3. Rosenberg가 말한 두 번째 종류의 권리불발생항변의 구성요소

가. 권리불발생표지의 형식적 근거-‘특별한 입증책임규정’ 또는 ‘증명주체의 변경’

Rosenberg가 말한 두 번째 유형의 권리불발생항변은 다시 2가지 종류가 있음은 앞서 본 바와 같다(92면, 94면 참조). 하나는 어떤 법률요건표지에 관한 특별한 입증책임규정에 근거한 것이고, 다른 하나는 어떤 법률요건표지에 관한 증명주체의 변경에 근거한 것이다. 이러한 특별한 입증책임규정의 존재 및 증명주체의 변경이라는 현상 자체가 이러한 권리불발생항변의 핵심적인 구성요소가 된다.

나. 입증책임분배의 실질적 근거

앞서 본 바에 의하면, 어떤 법률요건표지에 관하여 입증책임특별규정이 적용되거나 권리발생적 표지들 중 하나를 분리시켜 그 법률요건표지의 부존재를 상대방에게 입증책임이 있는 권리불발생적 표지로 만들기 위해서는 이를 정당화하는 실질적인 근거가 필요하다. 따라서 이러한 실

질적인 근거는 권리불발생항변에 있어서 필수적인 요소이다. Prütting의 견해에 의하면, 권리불발생항변은 권리발생규정과 관계에서 원칙/예외 관계에 있는 권리불발생규정의 법률요건표지가 실현되었다는 주장이다. 따라서 원칙/예외 관계를 충족시켜야 한다. 다만 이러한 원칙/예외의 관계는 실체법적인 것이 아니라, 이러한 원칙/예외의 관계에 따라 입증책임분배를 다르게 할 정도로 입증책임분배의 실질적인 근거를 충분히 갖춘 것이어야 한다. 이러한 실질적인 근거가 필요하다는 점에서는 양자는 동일한 견해이지만 단지 표현만 약간 달리할 뿐이다.

따라서 이러한 입증책임분배를 위한 실질적인 근거는 권리불발생항변의 핵심적인 구성요소로 보아야 한다. 이러한 실질적인 근거에 대한 고찰을 게을리할 경우 다시 권리불발생항변은 ‘학문의 강력한 자기기만’인 순환논법에 불과하게 된다.

여기서 다루고 넘어갈 필요가 있는 것이 바로 권리발생사실과 권리불발생사실의 모순관계이다. Prütting은 권리발생규정과 권리불발생규정의 관계를 원칙/예외 관계 또는 규범의 단계적 구조로 파악하였지만, 실제로 당해 법률요건표지의 관점에서 보면, 결국 입증책임은 A라는 법률요건표지를 원고가 권리발생사실로 입증할 것인가, 아니면 ~A라는 법률요건표지를 피고가 권리불발생사실로 입증할 것인가라는 문제로 귀결된다. 이러한 각 법률요건표지 간의 논리적인 모순관계 또는 대립관계를 권리발생규범과 권리불발생규범 간의 원칙/예외 관계 안에서 어떻게 이해할 것인가? 가령 앞서 본 바와 같이(32면 참조) 7세 미만 미성년자의 법률행위를 무효로 보는 독일민법 하에서 “미성년은 권리불발생적이다. 왜냐하면, 미성년일 경우 계약상 청구권의 발생이 소멸하기 때문이다. 성년, 즉 태어난 지 21년이 지났다는 사실이 계약상 의무의 요건이라면, 성년은 권리발생적이다. 사람은 미성년자이거나 성년자이므로, 성년은 미성년의 모순적 대립물(kontradiktorische Gegenteil)이다.”²⁴⁰⁾ 여기서 모순 및 반대관계는, 논리학적 의미로 보아도 무방하다. 논리학에서 반대관계

240) Leipold S.38

(contrariety)는 두 개의 명제가 동시에 참일 수 없는 관계(둘다 거짓일 수는 있다)를 의미하고, 부분적 대립관계를 표현한다. 반면, 모순관계(contradiction)는 두 개의 명제가 항상 서로 다른 진리값을 갖는 경우를 의미한다.²⁴¹⁾

다른 예²⁴²⁾를 들자면, 독일의 Betriebsverfassungsgesetz(BetrVG)은 노사합의체의 일종인 Betriebsrat(‘경영위원회’라고 한다)에게 기업 경영 전반에 관한 광범위한 참여권을 부여하고 있다. 가령 경영위원회는 근로자에 대한 해고에 대한 동의권을 갖는다. 그런데 BetrVG 제118조 제1항은 ‘소위 경향기업(Tendenzbetrieb)²⁴³⁾에 대하여는, 당해 경향기업의 고유한 특성(Eigenart)이 이 법의 규정과 배치(entgegenstehen)하는 경우에는 이 법의 규정은 적용되지 않는다’라고 규정한다. 따라서 만약 근로자가 BetrVG에 따라 경영위원회의 해고 동의 없이 해고를 당하여 무효라고 주장한다면, 사용자 측에서는 당해 기업은 경향기업이고, 위 해고 관련 규정은 경향기업의 고유한 특성에 맞지 않기 때문에 당해 법조문이 적용되지 않는다고 주장할 경우, 누가 ‘당해 기업이 경향기업이라는 점’(즉 경향기업이라고 평가할 수 있는 근거가 되는 구체적인 사실들)과 경향기업의 고유한 특성에 맞지 않는다는 점(경향기업의 고유한 특성이라고 평가할 수 있는 근거가 되는 구체적인 사실)를 입증해야 하는가라는 문제가 등장한다. 이를 둘러싼 논쟁에서 ‘경영에 관한 노사의 공동결정과 경향보호 사이의 대립관계는 일반적인 원칙/예외의 단계구조 안으로 들어올 수 없으므로, 입증책임분배를 생각할 수 없다’는 견해가 제기되기도 하였다.²⁴⁴⁾ 즉 이러한 견해에 의하면 BetrVG는 기업의 노사 공동경영을

241) 이병덕, 논리적 추론과 증명, 이제이북스, 2001년, 37~39면

242) Prütting S.317 참조

243) 경향기업이란, 간접적이고 압도적으로 정치적, 결사정치적, 양심적, 자선적, 교육적, 학문적 또는 예술적인 결의들 또는 독일기본법 제5조 제1항 2문에 근거한 보도 또는 의사표현의 목적에 기여하는 회사이다.

(www.betriebsrat.com/lexicon/tendenzbetrieb, 2018. 7. 8. 12:41 방문)

244) Peter Hanau, Personelle Mitbestimmung des Betriebsrats in Tendenzbetrieben, in besondere Pressebetriebe, BB, 1973, 902, 906, Prütting S. 323에서 재인용.

위한 법인 반면, 위 제118조 제1항은 경향기업의 보호라는 서로 다른 목적을 갖고 있으나, 양자는 원칙/예외의 관계는 아니므로 이러한 기준에 따라 입증책임분배를 할 수 없다는 것이다. 그러나 원칙/예외의 단계구조는 앞서 규범설에서 본 바와 같이(27면 이하 참조) 권리발생규정과 권리불발생규정의 관계를 표현하는 것이고, 개별적인 법률요건표지의 단계에서 검토하면, 모순관계로 파악하여야 한다. 따라서 모순관계는 결국 당해 기업이 경향기업인지, 비경향기업인지, 그리고 당해 법률조문이 경향기업의 고유한 특성에 반하는지, 고유한 특성에 반하지 않는지 여부에서 성립한다. ‘당해 기업이 경향기업인 점’, ‘적용여부가 문제가 되는 법규정이 당해 경향기업의 고유한 특성에 맞지 않는다는 점’은 권리불발생표지에 해당할 것이다. 따라서 권리발생규정과 권리불발생규정 간의 원칙/예외 단계적 구조 속에는 반드시 예외의 핵심을 이루는 법률요건표지의 존재/부존재라는 모순적인 대립이 존재한다. 앞서 본 사안에서는 당해 법률행위를 한 사람이 성년자/미성년자라는 모순적 대립이 존재하는데, 당해 법률행위를 한 사람이 미성년자라면 무효이므로 예외에 해당한다. 경향기업 사안에서는 당해 규정이 경향기업의 고유한 특성에 반하는지/반하지 않는지라는 모순적 대립이 존재한다. 물론 이러한 모순적 대립 자체는 중요한 의미를 갖지 않는다. 왜냐하면 모든 법률요건표지를 모순적 대립관계로 뒤집어 놓으면 권리불발생표지가 될 수 있기 때문이다.

다시 원래의 논의로 되돌아 와서 입증책임분배의 실질적인 근거에 대하여 좀더 자세히 살펴본다. Musielak은 민법 각 조문에 흩어진 입증책임 특별규정 및 증명주제 변경으로 인한 권리불발생표지의 각 실질적인 근거를 연구한 바 있으나²⁴⁵⁾ 이를 전체적으로 정리한 것은 Prütting이다. 이하에서는 Prütting이 정리한 것을 토대로 논의를 전개한다.

(1) 추상적인 개연성 평가

245) Musielak S.359ff

추상적인 개연성 평가는 진위불명의 경우 개연성이 높은 원칙규정이 적용된다면 그 판단이 진실에 부합할 개연성이 높다는 생각에 근거한다. 추상적인 개연성 평가는 본질적인 중요한 의미를 갖는 것은 아니고 다른 실질적인 근거와 나란히 작용하는 경우가 대부분이다. 또한 추상적인 개연성 평가를 확률로 실제로 계산하는 것은 매우 어렵고, 또한 개연성 평가를 잘못할 가능성도 염두에 두어야 하므로 입증책임분배를 함에 있어 결정적인 요소로 작용하기는 어렵다. Prütting은 앞서 본(52면 참조) 계속급여청구권 사례에서 질병에 대한 귀책사유가 근로자에게 있다는 점에 대한 입증책임을 사용자 측에서 부담하는 근거 중 하나가 추상적인 개연성 평가에 있다는 점을 인정한다.²⁴⁶⁾ 통계적으로 보았을 경우 근로자의 질병이 근로자의 귀책사유에 의한 경우는 경험에 따르더라도 특수한 사례(Einzelfall)이기 때문이다.

(2) 증거와의 거리

일방 당사자의 공간적-대상적 영역이라고 국한시킬 수 있는 영역에서 어떤 법률요건표지가 실현된다면(즉, 어떤 법률요건사실이 일방 당사자의 영역에서 존재하는 것이라면), 이러한 사실관계 하에서 나타나는 증거와의 가까운 거리는 입증책임분배의 실질적인 근거가 될 수 있다²⁴⁷⁾. 그러나 당해 법률요건표지를 일방 당사자의 공간적-대상적 영역에 국한시킬 수 없고, 평가에 적합한 위험영역을 규범적으로 제한할 수 없다면, 증거와의 거리는 중요한 관점이 될 수 없다. 이러한 증거와의 거리라는 관점은 위험영역설과는 다른 것이다. 위험영역설의 경우 증거와의 거리뿐만 아니라, 상대방의 입증곤란 및 책임법의 예방적인 목적을 전제로 삼고 있기 때문이다.²⁴⁸⁾

(3) 사회적 약자보호

노동법 및 사회보장법의 분야에서 특별히 중요한 관점이다. 이러한 영역에서는 다양한 경제적 및 사회적 힘들어 존재할 수 있다는 점은 다

246) Prütting S.196, S.257

247) Prütting S.257

248) Prütting S.258

틈이 없다. 독일 민법 제618조는 근로자에 대한 일반적 보호의무를 규정하고 있는데, 이러한 법률조문은 사회적 약자보호라는 관점을 뒷받침할 수 있는 근거가 될 수 있다. Musielak은 이러한 독일 민법 제618조를 사회적 약자보호를 근거로 하는 묵시적 입증책임규정의 한 사례로 보고 있다.²⁴⁹⁾

(4) 헌법상 지위

헌법상 지위를 보호하거나 또는 범익형량을 통해 드러난 더 우월한 범익을 보호하여야 한다는 관점이다. 물론 실제로 민사소송에서 이러한 문제가 발생하는 경우는 많지 않았지만, 일단 문제가 된다면 중요한 기준으로 작용할 수 있다. 형사소송에서는 이러한 관점이 입증책임분배를 결정하는 결정적인 기준이 된다.

(5) 공격자 지위

공격자 지위는 ‘법의 세계에 변화를 가져오려고 하는 사람이 이러한 변화가 발생하는 근거에 대하여 입증할 책임이 있다’는 관점이다. “법률 효과를 주장하는 사람은 지금까지의 지위를 변경하고자 하는 공격자의 입장에서 있다. 이러한 공격자의 지위 때문에 입증책임은 권리를 주장하는 사람에게 부과된다. 상대방은 방어적 지위에 있고, 상대방은 지금까지의 위치를 그대로 유지하고자 한다. 공격자에게 불리한 입증책임은, 가장 넓은 의미에서 점유상태, 즉 주어진 상태에 대한 보호라고 할 수 있다.”²⁵⁰⁾ 이러한 공격자 지위는 점유상태의 보호뿐만 아니라, 법적 평화의 보호, 실제 상태에 대한 보호 및 자력구제 금지의 원칙과도 연결되어 있고, 특히 권리발생적 법률요건표지로 분류함에 있어서 핵심적인 역할을 한다.²⁵¹⁾

(6) 위험의 증가

위험의 증가는 다음과 같은 관점이다. ① 모든 행위규범들은 추상적인 위험행위를 법률요건으로 삼고 있다. ② 만약 당해 행위규범의 통상적인

249) Musielak S.184, 311

250) Leipold S.48

251) Prütting S.258

전개범위 안에 있는 손해가 발생하였다면, 행위규범의 위반을 통하여 법익에 대한 위협을 증가시킨 사람이 당해 손해가 행위규범의 위반과는 무관하게 발생한 것이라는 점에 대한 입증책임을 부담한다.²⁵²⁾ 독일 민법 제282조 제2문²⁵³⁾ 및 제848조²⁵⁴⁾이 이러한 관점을 반영하고 있는 법률규정이다.

(7) 부정적인 사항(Negative)에 대한 입증회피

‘부정적인 사항을 증명의 주제로 삼지 않는다’는 관점이다. 이러한 관점은 입증책임분배에서는 실질적으로는 의미가 거의 없다. 왜냐하면 사실의 존재에 대한 입증도 경험칙에 의하여 간접적인 방법으로 이루어지는 것이 보통이고, 이러한 경우의 증명은 입증곤란의 점에서는 부존재의 입증과 동일하기 때문이다.²⁵⁵⁾ 그럼에도 입법자들은 여전히 부정적인 사항을 증명의 주제로 삼는 것을 꺼리는 경향이 있으므로 입증책임분배의 원리로서는 어느 정도 의미가 있다. 다만 위 원리는 해석을 함에 있어 법조문에 부정적인 내용을 긍정적으로 표현된 경우 입법자의 의도를 이

252) Prütting S.252

253) 2002년 개정전 독일 민법 제287조: 채무자는 지체 중에는 모든 과실에 대하여 책임이 있다. 그는 지체 중 우연에 의하여 생긴 급부불능에 대하여도 책임을 진다. 다만 그 손해가 급부가 적시에 행하여졌어도 발생하였을 것인 경우에는 그러하지 아니하다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 1999, 123면: Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. **Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich,** es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde)

2002년 개정 후 독일 민법 제287조: 채무자는 지체 중에는 모든 과실에 대하여 책임 있다. 그는 우연에 대하여도 급부에 관하여 책임을 진다, 그러나 급부가 적시에 행하여졌어도 손해가 발생하였을 것인 경우에는 그러하지 아니하다(독일 민법전 2018년판, 양창수 역, 박영사, 2018, 133면: Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. **Er haftet wegen der Leistung auch für Zufall,** es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, 강조부분은 이 글에서 추가된 것임)

254) 독일 민법 제848조: 불법행위에 의하여 타인으로부터 침탈한 물건을 반환할 의무를 지는 사람은, 물건의 우연적 멸실, 기타의 이유에 기한 우연적 반환불능 또는 우연적 훼손에 대하여도 책임을 진다. 그러나 멸실, 기타의 반환불능 또는 훼손이 침탈이 없어도 발생하였을 것인 때에는 그러하지 아니하다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 435면).

255) Rosenberg, S.331

해함에 있어 도움을 줄 수 있을 것이다.

(8) 소송예방 및 소송감소

만약 이행청구의 소에서 피고가 청구원인사실의 부존재에 대한 입증책임을 부담하도록 한다면, 불순한 의도를 가진 사람들은 쉽게 소를 제기할 것이고 따라서 소송사건의 수가 폭증할 것이다.²⁵⁶⁾ 즉 권리발생사실의 존재에 대하여 권리주장자에게 입증책임을 부담시키는 것만으로도 어느 정도 남소를 방지하는 효과가 있고, 이러한 관점이 입증책임분배의 근거가 된다.

(9) 일방 당사자의 증명곤란

앞서 본 증거와의 거리와 중복되는 경우가 있지만, 양자는 구분되어야 한다. 일방 당사자가 증거와 가깝다는 것과 그 상대방이 증명곤란 상태에 있다는 것은 전혀 다른 것이다. 통상 입법자는 적어도 의식적으로는 법조문에서 일방 당사자의 증명곤란 상태를 초래하지 않으려고 한다. 따라서 법원이 법해석을 할 때 일방 당사자의 증명곤란 상태를 고려하거나 법형성을 할 때 이러한 증명곤란 상태를 법형성의 출발점으로 삼는다²⁵⁷⁾ (의료소송 등).

(10) 소송 당사자 간의 무기 대등

법률분쟁에서 일방 당사자에게만 모든 입증책임을 부담시켜서는 안된다는 관점이다. 의료소송에서 무기대등의 원칙에 의하여, 의사는 환자(원고)에게 가능한 범위 내에서 사실관계에 대하여 설명을 하고 그 설명에 대하여 일반적인 신빙성을 제공할 정도의 증거를 제출하여야 한다.²⁵⁸⁾

(11) 증거방법의 제공과 보장

증거방법을 제출하고 확보하고 보유할 가능성이 있는 '유일한'사람이 입증책임을 부담한다는 관점이다. 이러한 관점은 독일 민법 제1646조 제

256) Reineke, a.a.O., S.65

257) Prütting, S.260

258) BGH, NJW 1978, 1682 ("Die "Waffengleichheit" erfordert es vielmehr, daß die Beklagtenseite gleichzeitig in zumutbarem Umfange Umstände darlegt und unter Beweis stellt, aus denen sich die allgemeine Vertrauenswürdigkeit der Aufzeichnung ergibt.")

1항²⁵⁹⁾, 독일 채권자취소법(Anfechtungsgesetz, AnfG) 제3조 제1항²⁶⁰⁾ 등에서 발견된다.²⁶¹⁾

(12) 일반적인 거래보호 및 법적 거래의 촉진

이러한 실질적인 근거는 의사표시의 영역에 많이 등장한다. 특히 선의의 전득자에 관한 규정에서 명확히 드러나는데, 이 경우 취득자가 자신의 선의를 입증하는 대신, 상대방이 악의를 증명해야 한다. 이러한 선의에 대한 입증책임분배는 이목을 끈다. 왜냐하면 이러한 입증책임분배는 증거와의 거리, 증명가능성 및 증거제공 및 확보의 가능성이라는 관점과 충돌하고 통상적으로는 증명곤란에 빠진 당사자에게 입증책임을 부과하는 것이기 때문이다.²⁶²⁾

(13) 추상적-일반적 의미에서의 기대가능성(Zumutbarkeit), 공평성, 신의성실, 목적적합성 및 평균적 정의

이러한 관점들은 엄격한 공격자 원리를 제한하기 위하여 가령 모든 입증책임을 일방에게 부담시키는 것이 부당하다는 것을 표현하기 위하여

259) BGB §1646 [Erwerb mit Mitteln des Kindes]

(1) Erwerben die Eltern mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerb das Eigentum auf das Kind über, **es sei denn, dass die Eltern nicht für Rechnung des Kindes erwerben wollen.**

부모가 아이의 재산을 가지고 동산을 취득하면, 이러한 취득과 동시에 그 소유권은 아이에게 이전된다. **다만 부모가 아이의 계산으로 취득하려고 한 것이 아니라면 그러하지 아니하다** (위 번역은 이 글에서 이루어진 것임). 위 조문은 부모가 아이의 재산을 가지고 아이의 부담으로(즉 아이에게 귀속시킬 목적으로) 부모 자신의 이름으로 행위한 것을 전제로 하는데, 이러한 부모의 행위로 취득한 동산은 아이의 재산이 된다. 취득한 재산의 소유권에 다툼이 있는 경우 부모가 아이에게 귀속시킬 목적으로 행위한 것이 추정되고, 그 재산이 부모의 소유임을 주장하는 당사자가 반대사실, 즉 부모가 아이에게 귀속시킬 목적으로 행위한 것이 아님을 증명하여야 한다(MüKOBGB/Huber, 7. Aufl., 2017, BGB §1646 Rn 2, 10).

260) AnfG § 3 Vorsätzliche Benachteiligung [고의적 침해]

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor der Anfechtung mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte. 채무자가 취소권행사일로부터 10년전 이내에 채권자를 해칠 의도로 한 행위는, 만약 상대방이 행위 당시에 채무자의 이러한 의도를 알았다면, 취소할 수 있다. 이러한 악의는, 상대방이 채무자의 지불능력 없음이 우려된다는 점 그리고 그 행위로 인하여 채권자가 해를 입었다는 점을 알았다면, 추정된다(위 번역은 이 글에서 한 것임).

261) Prütting S.261

262) A.a.O.

언급된다. 이러한 관점들은 일반성 및 불확정성 때문에 개별적인 입증책임규범을 해석할 때에 중요하다고 말할 수는 없다.

(14) 힘의 균형

법률이 일방 당사자가 더 약한 지위에 있다고 볼 경우에는, 입증책임분배는 이러한 힘의 차이를 제거하는 데에 기여한다.

(15) 책임법(Haftungsrecht)에서의 예방적 사고방식

사고예방이라고 하는 사고방식이 책임법규범 및 입증책임분배의 목적이란 점은 널리 인정된다. 손해예방을 위한 주의를 촉구하도록 하는 기능도 여기에 추가된다. 사고예방을 위해서는 일단 사고관련자들에게 책임을 지우고 다만 스스로 면책사유를 주장, 입증하여 책임을 면하게 하는 제도를 만들 수 있다.

(16) 물건의 위험성

물건의 위험성 때문에 입법자는 위험한 물건의 소유자나 점유자에게 입증책임을 부담시키려고 한다. 민법 제758조(공작물 책임) 및 제759조(동물 점유자의 책임) 등이 이러한 관점 하에서 만들어진 대표적인 법조문이다. 위험을 방지하기 가장 좋은 위치에 있는 사람이 위험을 막아야 하고, 자신의 잘못 때문에 위험이 실현된 것이 아니라는 점을 증명하여야 한다.

(17) 소송 외적인 이행준비의 촉진

입증책임분배는 입증책임분배로 인하여 발생할 우려가 있는 소송외적인 해약을 고려하여 이루어진다. 여기서 소송외적인 해약은 청구권자에게 입증책임이 있는 경우에는, 상대방이 자신에게 유리한 입증책임분배 때문에 존재하는 채권을 이행하지 않는 경우들이고, 상대방에게 입증책임이 있는 경우에는, 상대방이 자신에게 부담된 입증책임 때문에 채무가 존재하지 않음에도 채무를 이행하는 경우들이다.²⁶³⁾ 이러한 관점은 소송외적인 해약을 최소화하는 방식으로 입증책임분배가 이루어져야 한다고 표현할 수 있는데, 이는 계약법에서 입증책임분배의 기본원칙을 규명하

263) Reineke, a.a.O., S.60

는 것이라고 볼 수 있다.

이에 관하여 Reineke는 아래와 같이 설명한다.²⁶⁴⁾ 독일 민법 130조 제1항 2문²⁶⁵⁾의 경우 통상 철회에 대한 입증책임은 의사표시의 무효를 주장하는 사람, 즉 계약상 청구의 경우에는 보통 청구의 상대방에게 있다. 그 근거는 다음과 같다. 즉 실제로는 의사표시 철회가 이루어져서 계약상 청구권이 존재하지 않음에도 재판상 의사표시 철회 여부가 진위불명 상태인 것으로 인정되어 진위불명으로 인한 입증책임재판이 이루어질 경우 의사표시의 철회가 존재하지 않는 것처럼 인정되어 계약상 청구가 존재한다는 재판이 이루어질 것이다. 이러한 재판은 일종의 오판인데 현실적으로 의사표시에 대한 철회가 이루어지는 경우가 거의 없기 때문에 이러한 오판이 실제로 이루어지는 경우도 거의 없을 것이므로, 비록 철회 때문에 청구권이 존재하지 않는다고 하더라도, 위와 같은 입증책임분배로 인하여 의무 없는 당사자가 오판에 의하여 의무이행을 강제당하는 경우는 거의 없다. 반면, 청구권자가 의사표시의 철회가 없었다는 점을 입증해야 한다고 상상해 보면, 정반대의 결과가 나온다. 청구권자가 당해 청구를 근거지우는 의사표시가 철회되지 않았다는 점을 입증하는 것은 실제로 어렵기 때문에 이러한 철회가 없었음을 입증하지 못할 경우 당해 청구권이 재판상 인정되지 않게 되고 그 결과 청구의 상대방은 의무를 부당하게 면하게 되고, 청구권자는 희박한 승소가능성 때문에 소제기를 하지 못하게 된다.

(18) 고용인에 대한 보증의무

사용자책임에 관한 규정(독일 민법 제831조 제1항 제2문²⁶⁶⁾, 우리 민

264) A.a.O.

265) 독일 민법 제130조 제1항: 타인에 대하여 행하여지는 의사표시를 격지자에게 하는 때에는 그것이 상대방에게 도달하는 때에 효력이 발생한다. 의사표시가 상대방에게 도달하기 전이나 도달과 동시에 철회가 상대방에게 도달하는 때에는 의사표시는 효력이 발생하지 아니한다(강조부분은 이 글에서 추가된 것임).

266) 독일 민법 제831조 [피용자에 대한 책임] 제1항: 타인을 어느 사무에 사용하게 한 사람은, 그가 사무의 집행에 관하여 제3자에게 위법하게 가한 손해를 배상할 의무를 진다. 사용자가 피용자의 선임에 있어서, 또 사용자가 장비나 기구를 조달하거나 또는 사무의 집행을 지휘하여야 하는 한도에서는 그 조달이나 지휘에 있어서, 거래상 요구되는 주의를 다한 때 또는 그러한 주의를 하였어도 손해가 받

법 제756조 제1항 제2문과 유사하다)에서 이러한 관점이 잘 드러난다. 다른 사람을 자신의 사무에 종사하게 한 사람은, 위 피용자가 제3자에게 손해를 가한 경우에는 일단 손해배상책임을 부담한다.

(19) 인간성과 인권존중

특히 가족법 및 상속법에서 혼인과 가정보호, 친생자의 보호, 망자의 유언에 대한 보호 등을 그 예로 들 수 있다. 회사법/단체법에서 구성원간의 동등한 참여권의 보장이라든가, 양성평등과 관련된 법률분쟁에서 개입할 수 있는 관점이다.

(20) 특정한 바람직한 행위에 대한 유도

입법자가 어떤 행위를 추정과 결합하는 경우 이러한 관점이 명확히 드러난다. 독일 민법 제1377조 제1항은, ‘부부가 부부에게 속한 재산의 상태와 가치 및 이러한 재산에 속하는 대상들을 하나의 목록에 확정하면, 이러한 목록이 부부관계에서 정확한 것으로 추정된다’²⁶⁷⁾고 규정하는데, 이는 재산목록의 작성을 하도록 유도하기 위한 것이다. 이러한 규정을 통하여 부부가 재산목록을 만들도록 유도하고 그럼으로써 증식된 재산에 대한 계산을 쉽게 하도록 하는 법정책적 목적이 달성된다.²⁶⁸⁾ 이 또한 사전적 관점 및 한계점에서의 사고방식과 관련이 있다.

(21) 증거법적인 보증의무

증거법적 보증의무는 결국 ‘신뢰보호’와 ‘증거와의 거리’가 결합된 관점이라고 할 것이다. 신뢰보호는 앞서 본 바와 같이 타인의 행위로 인하여 야기된 정당한 신뢰를 보호하는 원리이고, 증거와의 거리는 증거에 가까운 쪽이 증거를 제출하도록 하는 것이 바람직하다는 원리이다. 이러한 관점이 잘 드러나는 예는 독일 민법 제179조²⁶⁹⁾(우리 민법 제135조와 유

생하였을 것인 때에는, 배상의무는 발생하지 아니한다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018년, 667면).

267) 위 번역은 이 글에서 이루어진 것임.

268) Musielak S.363

269) 독일 민법 제179조 [무권대리인의 책임] 제1항: 대리인으로 계약을 체결한 사람은, 대리권을 증명하지 아니하는 한, 본인이 계약의 주인을 거절하는 때에는, 상대방에 대하여 그의 선택에 따라 이행 또는 손해배상의 의무를 진다(독일민법전, 양창수 역, 박영사, 2018년, 77면).

사하다)이다. 대리인으로 행동하는 사람은, 계약상대방에게 신뢰를 유발한다. 타인의 대리인으로 계약한 사람이 자신의 대리권을 증명하지 못하면, 자신의 행위를 통하여 의식적으로 함께 인수한 진위불명의 위험을 부담해야 한다. 따라서 독일 민법 제179조는 진위불명에 대한 일종의 보증이라고 할 수 있다.

(22) 경제적 기대가능성(wirtschaftliche Tragbarkeit)

경제적 기대가능성에 관하여 Prütting은 다음과 같은 예를 든다. 구 독일 민법 제419조 제1항²⁷⁰⁾은 ‘계약에 의하여 타인의 재산이 인수된 경우에, 그 타인의 채권자는 계약이 체결된 때로부터 그 당시 존재하는 자신의 청구권을 인수인에 대하여도 행사할 수 있으며, 종전 채무자의 책임의 존속에는 영향이 없다’고 규정하였다.²⁷¹⁾ 그런데 판례에 의하면 채권자가 재산인수에 근거하여 재산인수인에 대하여 청구할 경우 채권자는 재산인수인이 기존 채무자의 경제적 상태를 알고 있었다는 점을 입증해야 한다.²⁷²⁾ 이러한 입증책임분배는 증거와의 거리, 증명가능성 및 증명의 어려움이라는 관점과는 배치되는데, Prütting에 의하면 이러한 입증책임분배는 재산인수라고 하는 엄청난 경제적 효과는, 인수인이 재산인수의 사실적인 요건을 알았다는 점이 긍정적으로 확정될 경우에만 정당화될 수 있기 때문이라고 한다.²⁷³⁾

이상으로 입증책임분배를 함에 있어 고려되어야 할 몇가지 원리들을 열거해 보았는데, 이러한 원리들 또는 관점들은 한정적인 것이 아니고 얼마든지 추가될 수 있다. 다만 주요하거나 핵심적인 것들은 모두 망라되었다고 할 수 있다. 이제 남은 것은 이러한 원리들 또는 관점들이 실제로 어떻게 작용하는지 살펴보고 그러한 고찰을 통하여 권리불발생항변

270) 위 조문은 1999. 1. 1.부터 효력을 상실하였다.

271) 독일민법전, 양창수 역, 박영사, 1999년, 179면

272) '(구) 독일 민법 제419조의 요건들에 대한 입증책임은 객관적인 표지뿐만 아니라 주관적인 표지에 관하여도 일반적인 원칙에 따라 원고에게 있다'(BGH, WM 1972, 610).

273) Prütting S.263

의 구성요소를 좀 더 구체화하는 일이다.

다만 여기서 주의할 것은, 이러한 입증책임분배원리들을 실제로 기능하게 하는 것은 진위불명이라는 요소라는 점이다. 즉 입증책임규범은 진위불명을 극복하게 하는 것이므로, 당해 법률요건표지가 진위불명인 경우 어떤 재판을 하도록 지시하는 것이 입법목적에 부합하는 것인가를 생각하는 것이 가장 기본적인 사고방식이다.

Prütting은 이러한 여러 가지 원리 중 가장 핵심적인 것은 (5) 공격자원리라고 보았다.²⁷⁴⁾ 공격자원리라고 함은 결국 법률관계의 변동을 가져오려는 사람, 즉 공격자가 법률관계의 변동을 가져오는 원인사실에 대하여 입증책임을 부담해야 한다는 생각이다. 이는 점유상태 및 법적 평화의 보호를 근거로 하여 받아들여지는 원리이다. 그러나 이러한 공격자원리에서 벗어나는 특별한 입증책임분배는 개별적인 사건에서 특징적으로 드러나는 실체법의 규범목적에 의하여 영향을 받는다. Prütting은 이러한 공격자원리와 개별적인 실체법 규범목적의 관계에 관하여 ‘의심스러운 경우에는 법률의 목적에 유리하게’라고 표현하면서, 입증책임 특별규정 및 증명주체의 변경에 관하여는, 개별적인 실체법 규범목적이 우선하여야 한다고 주장한다.²⁷⁵⁾

이러한 Prütting의 주장은 타당하다. 공격자원리가 가장 기본적인 입증책임분배의 원리가 되어야 하는 것은 당연하다. 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 공격자원리가 입증책임 기본규정의 근거이기 때문이다. 그러나 이러한 공격자원리는, 적용되어야 하는 실체법 규정의 개별적인 규범목적 을 달성하기 위해서라면 언제든지 개별규범 목적을 위하여 양보하여야 한다. 왜냐하면 이러한 개별규범 목적달성이야말로 입증책임 분배를 입증책임 기본규정과 달리 정하는 실질적인 근거를 제공하기 때문이다. 앞서 살펴본 여러 가지 입증책임분배원리들은 개별 규범들을 개별적으로 연구하여 도출한 것이다. 개별 규범들은 무수히 많고 개별 규범들의 목적 달성을 위하여 입증책임분배를 달리하게 되는 수많은 경우가 존재하

274) Prütting S.264

275) A.a.O.

지만, 이와 같이 연구결과 밝혀진 개별적인 입증책임분배원리들을 참조로 한다면 입증책임분배를 변경시키는 개별 규범들의 목적을 더 쉽게 인식할 수 있을 것이다.

제3절 권리불발생항변과 구별되어야 하는 개념들

1. 서론

앞서 고찰한 바에 의하면 권리불발생항변은, 상대방에게 입증책임이 부담된 법률요건표지를 설명하기 위하여 만들어진 개념이라고도 볼 수 있다. 그런데 권리불발생항변 외에도 상대방에게 입증책임이 부담시키는 경우가 존재한다. 따라서 이러한 유사한 제도들을 정리하여 두지 않으면, 확고하고 안정적인 입증책임분배에 혼란을 줄 수 있다. 권리불발생항변의 개념을 명확히 한다는 의미에서 상대방에게 입증책임을 부담시키는 다른 제도를 검토할 필요가 있다. 특히 Rosenberg의 규범설에 의하면 권리불발생항변의 개념은 권리불발생규정의 개념에 의존한다. 즉 권리불발생항변은 권리불발생규정의 법률요건에 대한 주장이라고 파악한다. 그런데 실제로 앞서 검토한 바에 의하면 권리불발생항변은 반드시 권리불발생규정의 법률요건에 대한 주장이라고 단정할 수 없게 되었다. 왜냐하면 입증책임 특별규정에 의한 주장이나 권리불발생표지에 관한 주장도 권리불발생항변에 포함되기 때문이다. 따라서 권리불발생항변이 아님에도 상대방에게 입증책임을 부담시키는 경우가 어떤 것이고 왜 그러한 것인지 명확히 규정하지 않으면, ‘항변은 상대방이 입증책임을 부담하는 주장’이고, ‘상대방이 어떤 사실에 대한 입증책임을 부담하는 것은 그 사실이 항변사실이기 때문’이라고 하는 순환논리에 빠질 위험이 있다.

2. 입증책임의 전환

이러한 맥락에서 보면 권리불발생표지라는 것도 결국은 원래는 원고에게 입증책임이 있던 사항이 특별한 근거로 인하여 피고에게 입증책임이 있는 것으로 전환되었다는 의미를 내포하고 있다.

입증책임에 관한 논의 중에서 ‘입증책임의 전환’이라는 용어가 사용되

는데, 그 의미는 여러 가지로 사용되므로 정리하여 둘 필요가 있다. 통상 입증책임의 전환이라는 용어는 대략 3가지 정도로 사용된다.²⁷⁶⁾

우선 입증책임의 전환은, 일반적으로 법률에서 정해진 입증책임분배를 변경한 것이라고 이해된다. 여기서 ‘전환’은 법률에서 정한 바를 벗어나는 것에 대한 비유적인 묘사이다. 법관이 판례를 통한 법해석 등을 통하여 법률에서 정한 입증책임분배를 변경하는 경우가 여기에 해당된다. 이러한 의미의 입증책임전환에 대한 전형적인 예로 제시되는 것은 제조물 책임에 관한 과거 독일 연방대법원의 판결들{그 대표적인 것이 뒤에서 살펴볼 1969년에 선고된 독일 연방대법원의 닭페스트 사건이다²⁷⁷⁾}이다.²⁷⁸⁾ 왜냐하면 독일 민법 제823조에 의하면 생산자에 대한 귀책사유에 관한 입증책임은 피해자가 부담하기 때문이다. 이러한 분배를 변경한다면, 입증책임은 규범적 기초와 다르게 분배된 것이고, 입증책임이 전환된 것이다.

그 다음으로 입증책임의 전환은, ‘청구권자가 청구원인 사실을, 상대방이 항변사실을 입증해야 한다’는 민법에서 인정된 원칙을 벗어난 입증책임분배라는 의미로도 사용된다. 이러한 의미에서 입증책임의 전환이 이루어진 예를 들면, 2002년 개정 전 독일 민법 제282조(금부의 불능이 채무자에게 책임 있는 사유로 인한 것인지에 관하여 다툼이 있는 때에는 채무자가 입증책임을 진다)가 여기에 해당된다.²⁷⁹⁾ 즉 위 조문에 의하면 이행불능에 대하여 귀책사유가 없다는 점에 대하여 채무자가 입증책임을 부담한다. 그런데 귀책사유는 채무불이행책임을 묻기 위한 권리발생사실로서 채권자 측에서 주장·입증하여야 하는 것이 원칙이다. 그러나 위 법률조문으로 인하여 채무자 측에서 귀책사유가 없다는 점을 항변으로 입증하도록 정해진 것이다. 이는 입법자가 입증책임분배의 기본원칙을 변경하는 입법을 함으로써 이루어지는 현상이다.

276) Prütting S.21

277) BGH(26. 11. 68.-VI ZR 212/66) NJW 1969, S.269(위 판결에 의하면 생산자가 생산물의 하자에 관하여 귀책사유가 없다는 점에 대하여 증명하여야 한다)

278) A.a.O.

279) A.a.O.

마지막으로 입증책임의 전환은, 구체적인 증거제출책임을 통하여 당사자에 대한 증명요구를 변경하는 것을 의미한다. 즉, 이 경우 재판에서 증명의 진행 정도에 따라 상대방에게 구체적 증거제출책임이 돌아가 있는 경우를 가리킨다. 예를 들면 대여금 청구 소송에서 원고인 채권자 측에서 금전소비대차계약의 성립을 증명할 충분한 증거를 모두 제출하였다면(차용증, 영수증 등), 피고 측 이를 반박할 만한 증거를 제출할 의무를 부담한다고 할 수 있는데, 이러한 경우를 입증책임이 전환된 것이라고 부르기도 한다.²⁸⁰⁾ 반면 ‘입증책임의 전환’은 단순한 증거제출책임을 전환이 아니라, 확정책임이 상대방에게 전환된 경우만을 의미하는 것으로 보는 견해²⁸¹⁾도 있다. 이 견해에 의하면, 이러한 세 번째 의미에서의 ‘입증책임의 전환’은 단순한 증거제출책임을 변경에 불과한 것으로서 진정한 의미에서의 입증책임의 전환이라고 볼 수 없다. 결국 위 세 번째 의미에서의 입증책임의 전환은 다툼의 여지가 있다.

결국 입증책임의 전환이라는 용어는 그 자체로 다양한 의미로 사용될 수 있으므로 어떤 의미로 사용되는지를 정확히 파악하고 사용하는 것이 바람직하다.

3. 간접반증

규범설에서 권리불발생항변과 가장 헛갈리는 제도 중 하나가 간접반증이다. Rosenberg는 간접반증의 중요성을 강조하면서 항변 외에도 피고가 자신이 하는 사실주장에 대한 입증책임을 부담하는 또 다른 경우라고 주장한다. 따라서 간접반증과 권리불발생항변을 구분하는 것도 의미가 있다.

통상 우리 민사소송법에서 직접증거는 다툼이 된 법률관계의 요건사실 등 주요사실을 증명할 수 있는 증거를 말하고, 간접증거는 주요사실 외의 사실(간접사실, 보조사실)을 증명하는 증거로서 간접사실 등이 입증되면 주요사실의 존부를 추측할 수 있다.²⁸²⁾ 본증과 반증은 입증책임의 소

280) A.a.O.

281) Musielak S.132

재를 기준으로 한 분류로서 당사자가 자기에게 입증책임 있는 사실을 증명하기 위하여 제출하는 증거를 본증이라고 하고, 상대방이 입증책임을 부담하는 사실을 부정하기 위하여 제출하는 증거를 반증이라고 한다.²⁸³⁾ 반증은 상대방의 주장사실이 진실이라는 확신을 법관이 갖는 것을 방해하거나 동요시키는 것이 목적이다.²⁸⁴⁾ 이러한 직접증거와 간접증거, 본증과 반증의 각 구분을 결합하여 보면, 직접본증, 간접본증, 직접반증, 간접반증의 4가지 구분이 성립한다. 간접반증은 간접증거의 일종으로 반증을 제출하는 당사자가 상대방의 주장사실이 없음을 직접 증명하지 않고 그러한 정황을 짐작하게 하는 다른 간접사실을 밝히는 증명을 말한다.²⁸⁵⁾

이와 같이 보면 간접반증과 권리불발생항변은 특별한 관련성이 없는 것처럼 보인다. 그러나 Rosenberg는 간접반증에 대하여 권리불발생항변과 유사한 기능을 부여하는 이론을 제시하였다. “간접반증의 대상이 되고 있는 사실들은 적극적으로 확정되어야 하며 이러한 한 반증제출자에게 그 사실에 대한 진정한 확정책임을 주어진다. 나는 이것이 아직 인정되지 않고 있지만 입증책임론에 대한 간접반증의 커다란 의의라고 생각한다.”²⁸⁶⁾ 가령 악의의 침묵이나 착오를 주장하는 경우 대부분 상대방 당사자가 주장하고 있는 문제의 사정에 대한 통지가 없었다는 사실인데, 만약 법원이 변론 전체의 취지나 증거조사의 결과에 의하여 밝혀진 사실 관계로부터 이미 악의의 침묵이나 착오에 대하여 확신하고 있는 경우도 있을 것인데, 이때는 통지가 이루어졌다는 주장이 간접반증의 수단 내지 대상이 되며, 입증책임을 있는 당사자의 상대방에 의하여 증명되어야 한다. Rosenberg는 간접반증으로부터 도출되는 입증책임은 반대규정에 근거하지 않는 것이고, 이 때문에 간접반증을 입증책임분배원칙에 대한 보충이라고 표현한다.²⁸⁷⁾

282) 호문혁, 같은 책, 469면

283) 이시운, 같은 책, 459면

284) 호문혁, 같은 책, 470면

285) 호문혁, 같은 책, 470면

286) Rosenberg S.194

287) Rosenberg S.198

그러나 Rosenberg의 간접반증이론은 간접사실을 종합한 사실인정의 과정과 평가의 대상이 되는 사실자료들을 통한 평가의 과정을 혼동함으로써 간접반증을 원래의 의미에서 지나치게 확장하는 문제가 있으므로 받아들이기 어렵다. 특히 Rosenberg는 상대방 당사자가 간접반증을 제출할 의무가 있다고 주장하면서 권리불발생항변과 유사한 지위를 부여함으로써 우리를 혼란에 빠뜨릴 우려가 있으므로, 이러한 혼란에 빠지지 않기 위해서는 간접반증의 원래개념을 정확히 숙지하고 간접반증과 권리불발생항변의 차이를 정확히 구분할 수 있어야 한다.

4. 평가장애사실²⁸⁸⁾에 관한 주장

가. 서론

평가장애사실에 관하여 검토하기 전에 먼저 규범적·평가적 법률요건이라는 개념에 관하여 살펴본다. 규범적·평가적 법률요건이라고 함은 ‘일반조항’, ‘추상적 개념’ 또는 ‘불확정개념’을 모두 포괄한다.

법에서 말하는 사실은 언제나 법적 개념을 매개로 하여 평가나 포섭의 과정이 본질적으로 내포되어 있다. 가령 민법 제108조 제2항의 통정허위 표시에서 말하는 제3자의 경우, 구체적인 사실관계 하에서 피고가 위법조문에서 말하는 제3자에 포섭되는지 여부를 판단하여야 하는데, 이 포섭 및 평가과정에서 다툼이 있을 수 있다. 법적 개념은 법률요건으로 기능하고, 법명제를 통하여 이 법률요건은 일정한 법률효과(즉, 권리와 의무)와 연결²⁸⁹⁾되므로, 개념에 대한 포섭은 법 적용 여부에 있어서 매우 근본적인 문제이다. 법적 개념이 법률요건으로서 기능할 경우, 특정한 사실관계가 어떤 법적 개념에 포섭되는지 여부에 관하여 다툼이 발생할 수 있고, 어떤 경우에는 포섭을 위하여 사실관계를 규명하여야 하고 이를 위한 증거자료의 제출도 필요한 경우가 있을 수 있다. 이러한 다툼은 특히 소위 ‘불확정개념’의 경우에 많이 발생한다.

288) 위 용어는 일본식 용어의 번역어인데, 일본어의 경우 한자표기법상 ‘장애(障礙)’라는 용어 대신에 ‘장해(障害)’라는 용어가 사용된다. 그러나 이 글에서는 우리나라의 용법에 맞추어 평가장애사실이라고 표현하기로 한다.

289) 칼 엥기쉬, 법학방법론, 안법영·윤재왕역, 세창출판사, 2011년, 17면

불확정개념이란 개념의 내용(내포)과 범위(외연)가 상당히 불확실한 개념을 말한다.²⁹⁰⁾ 불확정개념의 경우 개념의 핵심과 개념의 주변영역을 구별할 수 있는데, 개념의 의미와 범위가 명확한 경우에는 개념의 핵심에 해당되고, 이에 대하여 의문이 생기면 개념의 주변에 속한다.²⁹¹⁾ 불확정개념은 법률요건뿐만 아니라, 법률효과에서도 나타나는데, 가령 ‘--한 경우 적절한 조치를 취할 수 있다’라고 규정된 조문은 쉽게 발견할 수 있을 것이다.²⁹²⁾ 통상 불확정개념 속에 규범적 개념이 존재한다고 할 수 있다. 규범적 개념은 서술적 개념의 대립되는 개념인데, 서술적 개념은 쉽게 짐작할 수 있는 것처럼, 기본적으로 지각가능하거나 경험가능한 대상을 서술하는 개념이고, 규범적 개념은 이러한 맥락에서 지각 또는 경험이 아니라 규범의 관점에서 바라볼 때에만 사고 및 이해가 가능한 대상을 가리키는 개념이라고도 할 수 있다. 그러나 문제는 모든 법개념은 앞서 본 바와 같이, 법규범의 법률요건으로서 법규범을 통하여 그 의미와 내용을 갖게 된다는 점을 감안하면, 사실상 모든 법개념은 규범적이기 때문에 과연 규범적 개념이란 무엇인지 의문이 든다. 즉 마치 칸트가 감성적 대상을 도식이라는 틀을 통하여 인식할 수 있는 것처럼, 법관 앞에 나타나는 사건들은 법의 개념들에 의하여 알려지거나 법의 개념을 통하여 매개되어야 한다.²⁹³⁾ 예를 들면 미성년자는 일정 연령에 미달한 자이기 때문에 경험적으로 지각할 수 있는 개념이지만, 미성년자라는 개념은 민법의 행위능력이나 공법상 투표권 등의 규범의 관점에서만 의미를 갖기 때문이다. 따라서 규범적 개념의 특성은 결국 구체적 사건에서 규범적 개념을 적용하기 위하여 반드시 **가치평가를 필요로 한다**는 점이라고 할 수 있다.²⁹⁴⁾ 따라서 규범적 개념은 평가적 개념이라고도 할 수 있고, 이러한 규범적·평가적 개념은 평가가 필요하다는 점에서 그 개념의 내포와 외연이 확정되지 않았다는 점에서 불확정개념의 대부분을 차지한

290) 엥기쉬, 같은 책, 182면

291) 엥기쉬, 같은 책, 183면

292) 엥기쉬, 같은 책, 184면

293) 알렉산더 르페브르, 법-이미지, 한병준·허유선 옮김, 치우(2012), 38면

294) 엥기쉬, 같은 책, 187면

다. 이러한 불확정개념 및 규범적·평가적 개념과 다시 구분되는 개념이 일반조항이다. 일반조항의 개념은 ‘사례집단 중심’의(kausalistisch) 법률요건서술조항과 대립되는 개념이다. 즉 사례집단 중심의 법률요건 서술조항은 법률요건을 각각의 특수한 성격을 갖는 개개의 사례집단을 나누어 서술하는 방식을 말한다. 반면 일반조항이란 상당한 보편성을 갖고 하나의 사례영역을 포괄하면서 이를 법적으로 단번에 취급하도록 하는 형태의 법률요건서술방식을 의미한다.²⁹⁵⁾

개념쌍	불확정개념	규범적 개념	일반조항
	확정개념	서술적 개념	사례집단중심 서술조항
구별기준	개념이 가진 외연과 내포의 명확성 여부	적용에 가치평가가 필요한지 여부	법률요건의 서술방식

결국 불확정개념, 규범적·평가적 개념, 일반조항은 각 개념이 만들어진 맥락에 비추어 서로 다른 의미를 가지고 있다고 볼 수밖에 없다. 즉 불확정개념은 외포와 내연이 불명확한 개념이라는 의미로서 확정개념과 대립되고, 규범적·평가적 개념은 적용을 위하여 가치평가를 필요로 하는 개념이라는 의미로서 서술적 개념과 대립되며, 일반조항은 포괄적인 규정방식을 가진 개념을 의미하고 사례집단 중심의 법률요건서술조항과 대립된다. 이러한 개념 중에서 가장 핵심적인 것은 법적용자의 가치판단이 들어간다는 의미에서 규범적·평가적 개념이라고 할 수 있다. 이러한 규범적 개념은 가치평가를 통하여 개별사례의 특수한 사정 및 가치관의 변화에 탄력적으로 대응할 수 있는 장점이 있다.²⁹⁶⁾ 이와 같이 개별사례의 특수한 사정을 반영할 수 있다는 점 때문에 바로 규범적 개념에서는 포섭의 문제가 발생할 수 있다.

이제 이러한 ‘개념’이 특정한 법규범의 법률요건이 되었다고 생각해 보자. 실체법의 법률요건 중에서 사실을 규정하는 요건이 있고, 사실에 대한 가치적·규범적 평가 자체 또는 그러한 평가를 포함하는 요건이 있는데, 전자를 ‘사실적 법률요건’, 후자를 ‘규범적·평가적 법률요건’이라고 한

295) 앵기쉬, 같은 책, 204면

296) 앵기쉬, 같은 책, 216면

다.²⁹⁷⁾ 평가적 법률요건은 평가의 기준이 일정한 가치관이지만, 규범적 법률요건은 평가의 기준이 규범 즉 법률이라는 측면에서 차이가 난다.²⁹⁸⁾ 이러한 규범적·평가적 법률요건의 대표적인 예가 바로 소위 ‘일반 조항’이다. 즉 민법 제2조에서 말하는 신의성실 및 권리의 남용이 바로 규범적 법률요건의 예라고 할 수 있다. 민법 제750조에서 말하는 ‘과실’ 및 ‘위법행위’ 역시 이러한 규범적 법률요건이라고 할 수 있다. 또한, 민법 제536조 제2항(불안의 항변권)에서 정한 ‘상대방의 이행이 곤란한 현저한 사유’²⁹⁹⁾는 평가적 법률요건에 해당된다.

이러한 규범적·평가적 법률요건을 둘러싼 다툼의 한 사례로 들 수 있는 것이 앞서 본 Rosenberg의 ‘간접반증이론’에 대한 서술이다. Rosenberg가 제시한 간접반증이론은 입증책임의 분야에서 논란의 대상이 되어 왔다. Rosenberg가 사용한 간접반증이론은 Rosenberg 자신의

297) 이러한 구분은 難波孝一, 規範的要件・評價的要件, 民事要件事實講座 1 200頁에서 참조하였다.

298) 이러한 의미에서 규범적 법률요건은 Rosenberg의 ‘선결적·조건적 권리’와 관련이 있다. Rosenberg는 권리발생사실은 원고가, 권리불발생·소멸·연기사실은 피고가 각 입증하여야 한다는 원칙은 선결적·조건적 권리에도 적용되는데, 다만 법규가 오로지 권리나 법률관계의 ‘현존’만이 의미가 있다고 규정한 경우에는 원고가 권리불발생, 소멸, 연기사실이 없었다는 점까지 입증하여야 하는 경우가 있다고 하였다(Rosenberg, S.146). 또한 Rosenberg는 입증책임분배에서 법률효과 자체와 관련하여서는 당사자의 역할은 의미가 없으나, 개별적 구성요건사실에 관하여는 원고인지, 피고인지에 따라 차이가 발생하는데, 이는 법률이 하나의 요건사실을 어떤 의미에서 법률효과의 요건으로 하고 있는지가 결정적이라고 한다(Rosenberg S.176). 가령 민법 제141조 단서는, 제한능력자가 한 법률행위가 취소될 경우 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다고 규정하고 있는데, 위 법률의 문언 자체에 의할 경우 이러한 ‘현존이익’은 이익이 발생하였을 뿐만 아니라, 변론종결 당시까지 존재할 것(이익의 현존)을 요구한다고 볼 수 있다. 그러나 대법원은 이익이 금전인 경우에는 이익이 현존하는 것으로 추정하므로 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 자, 즉 무능력자측에 입증책임이 있다는 입장을 취한다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다 58367 판결 등 참조).

299) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다93025 판결은 ‘상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유’란 선이행채무를 지게 된 채무자가 계약 성립 후 채권자의 신용불안이나 재산상태의 악화 등의 사정으로 반대급부를 이행받을 수 없는 사정변경이 생기고, 이로 인하여 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말하고, 이와 같은 사유가 있는지는 당사자 쌍방의 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 판시하였다.

규범설(즉 규범의 실체법적 분석에 따른 입증책임의 일관적인 분배이론)을 근본적으로 변경하고 있다는 비판을 듣기도 하였다.³⁰⁰⁾ 그런데 Rosenberg가 간접반증이론을 설명하면서 들고 있는 사례 대부분이 바로 평가적·규범적 법률요건과 관련 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 가령 Rosenberg는 부당이득에서 원고의 주장 자체로 법률상 원인이 없다는 것이 드러난 경우(예를 들면 피고가 원고 소유의 토지에서 모래를 무단으로 채취한 경우 또는 피고가 원고의 예금계좌에서 예금을 인출하여 간 경우) 피고가 간접반증으로 법률상 원인이 있다는 것을 입증하여야 한다고 하였다.³⁰¹⁾ 그런데 ‘법률상 원인이 없다’는 것은 바로 규범적 법률요건에 해당된다. Rosenberg와 같이 ‘법률상 원인이 없다’는 것 자체를 주요사실로 볼 경우(아래에서 보는 ‘간접사실설’), 법률상 원인이 없다는 것을 뒷받침하는 구체적인 사실은 주요사실을 추인하게 하는 간접사실이 되고, 이러한 추론을 방해하는 별도의 간접사실에 대한 증거는 간접반증이 된다. 그런데 ‘과연 평가적·규범적 법률요건사실 자체를 주요사실로 볼 수 있는가?’라는 의문이 생긴다. 왜냐하면, 급부에 ‘법률상 원인이 없다’는 것은 규범적 평가 또는 법률의 해석 또는 포섭의 문제이므로 사실의 문제가 아니고, 진위불명의 문제도 발생하지 않는다고 볼 수 있기 때문이다.

따라서 권리발생사실이 이처럼 규범적·평가적 법률요건을 포함하고 있는 경우, 상대방이 권리발생사실이 존재하지 않는다고 주장하면서 다투는 경우 상대방의 이러한 주장의 성격이 무엇인지 문제 된다. 즉 피고가 새로운 사실을 주장하거나 원고가 주장하는 사실만으로 원고가 원하는 바대로 평가할 수 없다고 주장하는 경우 이것을 부인으로 볼 것인지, 아니면 ‘항변’으로 볼 것인지, 아니면 단순히 법률해석의 문제, 즉 법률상의 주장으로 볼 것인지의 문제 된다.

나. 평가근거사실의 성격에 관하여

300) 石田穰, 民法と民事訴訟法の交錯. 東京大學出版會(1981), 38~39頁

301) Rosenberg S.196

권리발생을 위한 법률요건이 규범적·평가적 법률요건사실을 포함하고 있거나, 규범적·평가적 법률요건사실 그 자체인 경우, 권리가 발생하기 위하여 법원은 구체적인 사실이 규범적·평가적 법률요건을 충족하는지 판단하여야 한다. 그러기 위해서는 권리발생을 주장하는 원고는, 구체적인 사실에 대한 사실상의 주장을 하여야 하는데, 이러한 사실상의 주장을 어떻게 보아야 하는지에 대한 견해의 대립이 있다.

1) 일본의 논의

일본에서는 간접사실설, 주요사실설 및 준주요사실설 등의 견해 대립이 있다.³⁰²⁾

우선 간접사실설³⁰³⁾은 변론주의의 대상이 되는 주요사실은 규범적·평가적 요소 그 자체이고, 추상적 또는 평가적 요소에 포섭되는 구체적 사실관계는 간접사실이라고 본다. 그 이유는 법률에서 정한 요건사실이 규범적·평가적 요소이기 때문이다.

다음으로 주요사실설³⁰⁴⁾은 ‘과실’, ‘정당한 이유’ 등의 평가를 주요사실로 파악하지 않고, 당해 평가를 근거 지우는 개개의 구체적 사실을 주요사실로 파악한다. 이 견해에 의하면, 당사자는 당해 평가의 근거가 되는 구체적 사실을 주장하여야 하고, 당해 구체적 사실이 공격방어의 대상이 되는 사실, 즉 주요사실이 된다고 한다.

마지막으로 준주요사실설³⁰⁵⁾은 일반조항의 경우 일반조항에 포섭되는 구체적인 사실이 주요사실이 되어야 하는데, 구성요건요소에 해당되는가가 보통의 조문과는 다른 점을 중시하여, 간접사실이라기보다는 주요사실로 보고 파악하여야 한다는 의미에서 ‘準주요사실’이라는 개념을 사용한다. 당사자는 평가 그 자체가 아니라, 당해 평가의 근거가 되는 사실(준주요사실)을 주장·입증하여야 한다고 주장한다.

302) 이하의 견해대립은 難波孝一, 前掲 211頁(靑林書院, 2005) 이하를 참조하였다.

303) 兼子一, 新修民事訴訟法体系[増補版], 164頁 (酒井書店, 1965), 難波孝一, 前掲 211頁에서 재인용

304) 山内敏彦, 一般條項ないし抽象的 概念と要件事實, 民事實務 ノート 制3卷, 6頁, 靑山善充, 主要事實・間接事實の區別と主張責任, 講座民事訴訟(4), 367, 396頁(弘文堂, 1985), 難波孝一, 前掲 211頁에서 재인용

305) 倉田卓次, 一般條項と證明責任, 民事實務と證明論, 日本評論社(1987), 259頁

② 우리나라에서의 논의

2) 우리나라의 논의

우리나라에도 간접사실설, 주요사실설, 준주요사실설의 견해 대립이 있다.

간접사실설³⁰⁶⁾에 의하면, 사실을 법규의 구조 속에서 파악하여 법률효과를 발생시키는 법규의 직접요건에 해당되는 사실을 주요사실로 보고, 그 밖의 사실을 간접사실이라고 하여 구별한다.

주요사실설³⁰⁷⁾은 주요사실은 변론주의가 적용되는 사실로 당사자가 주장하고 법원이 심리하여야 할 중요한 사실이고, 요건사실은 법원이 당사자가 구하는 법률효과를 인정하는 데에 필요한 사실로서, 양자는 명백히 구별되어야 하고 요건사실이 사실에 대한 법적 평가나 권리 그 자체인 경우에는 평가의 대상이 되는 구체적인 사실이 주요사실이 되어야 한다고 본다.

준주요사실설³⁰⁸⁾은 기본적으로 법규기준설에 따라 주요사실과 간접사실의 구별의 틀은 유지하되, 일반조항의 경우만은 일반조항의 요건사실을 주요사실로 볼 것이 아니라, 요건사실을 구성하는 개개의 구체적인 사실이 재판에서 중요한 역할을 함에 비추어 주요사실에 준하여 변론주의의 적용을 받도록 하여야 한다고 한다.

3) 검토

살피건대, 우선, 준주요사실설은 주요사실설에 포함된다. 왜냐하면, 일반조항이야말로 규범적·평가적 요소 그 자체를 법률요건으로 하는 법조문이기 때문이다. 따라서 별도로 논할 실익은 없다. 다음으로 간접사실설에 관하여 보면, 규범적·평가적 요소 자체를 주요사실로 보기 때문에 문제가 발생한다. 즉 변론주의에 의하면 주요사실에 대하여 다툼이 있으면 입증책임이 있는 당사자가 증거를 제출하여 입증하여야 하는데, 규범적·평가적 요소 자체에 대하여는 증거를 제출할 수 없고, 진위불명의 문제

306) 송상현·박익환, 같은 책, 358면

307) 호문혁, 같은 책, 395면

308) 이시운, 같은 책, 331면, 정동운·유병현·김경욱, 같은 책, 355면

도 발생하지 않는다. 또한, 당사자들이 실제로 다투고 있는 쟁점은 구체적인 사실관계인데(예를 들어 교통사고로 인한 손해배상청구 사건에서 피해자인 원고의 과실 비율을 정함에 있어 원고가 과속을 하였거나 신호를 위반하였는지 여부 등이 다투어진 경우), 이러한 쟁점이 간접사실에 대한 다툼으로서 법원이 당사자의 주장을 기다리지 않고 직권으로 판단할 수 있다고 하면(변론주의는 주요사실에만 적용되므로), 당사자는 예상하지 못한 타격을 당할 우려도 있다. 또한, 간접사실설에 의할 경우, 규범적·평가적 요소에 변론주의가 적용되어 당사자가 자백함으로써 권리자 백도 가능하게 된다. 따라서 추상적 또는 규범적 요소를 포함한 요건사실의 경우에는 구체적인 사실이 주요사실이 된다고 보는 주요사실설이 타당하다.

다. 평가장애사실의 성격에 관하여

이제 평가장애사실에 관하여 본다. 규범적·평가적 요소를 포함하거나 규범적·평가적 요소 그 자체인 법률요건이 충족되지 않았다고 다투는 상대방 주장의 성격을 어떻게 보아야 하는지 문제 된다. 이 점에 관하여는 국내의 논의는 발견하기는 어렵고, 다만 사법연수원에서 발간한 ‘요건사실론’에서 간접반증유추적용설과 항변설의 대립이 있다는 언급이 있으나,³⁰⁹⁾ 그 정확한 학설의 출처를 밝히지 않았다. 이러한 쟁점은 아마도 일본에서의 논의를 그대로 받아들인 것으로 보인다. 일본의 경우 이러한 주장의 성격에 대하여 간접사실설, 부인설, 간접반증유추적용설, 항변설이 있다.³¹⁰⁾

간접사실설은 앞서 본 간접사실설과 같은 맥락에서 유래한다. 일본에서는 규범적·평가적 요건사실을 충족시키는 구체적인 사실들을 가리켜 ‘평가근거사실’이라고 하고, 이러한 평가근거사실을 방해하는, 평가근거사실만으로는 규범적·평가적 요건사실이 충족되지 못한다는 점을 지적 또는 반박하는 반대사실을 가리켜 ‘평가장애사실’이라고 하는데, 이러한 용법은 ‘권리근거(발생)규정’과 ‘권리장애규정(권리불발생규정)’의 용어를 그

309) 사법연수원, 요건사실론(2008), 13면

310) 難波孝一, 前掲, 218頁 이하

대로 따온 것으로 보인다. 간접사실설은 요건사실 자체가 주요사실이기 때문에 평가근거사실도 간접사실이고, 평가장애사실도 간접사실이라고 본다.

부인설은 앞서 본 주요사실설과 같은 맥락에서 유래한다. 규범적·평가적 요건사실에서는 평가근거사실 자체가 주요사실이므로, 만약 상대방이 평가근거사실을 방해하는 별도의 사실, 즉 평가장애사실을 주장하는 경우, 그러한 평가장애사실이 존재하지 않는다는 사실도 규범적·평가적 요건사실의 충족을 주장하는 측이 입증하여야 한다. 왜냐하면, 법률의 효과를 주장하는 당사자는 그 요건사실을 모두 주장, 입증하여야 하므로 상대방에 의하여 평가장애사실이 주장되는 경우 자신의 사정은 물론, 상대방 측의 사정(즉 자신이 주장하는 평가근거사실만이 존재하고 상대방이 주장하는 평가장애사실은 존재하지 않는다는 점)까지 전부 법률효과의 발생을 주장하는 당사자가 모두 입증하여야 하기 때문이다.³¹¹⁾ 이러한 측면에서 보면, 평가장애사실을 주장하는 것은 일종의 부인에 해당된다는 것이다.

간접반증유추적용설은 준주요사실설과 같은 맥락에서 유래한다. 즉 간접반증은 간접사실로부터 주요사실이 추인되는 과정을 방해하는 것인데 반하여, 규범적·평가적 요건사실의 경우에는 준주요사실로부터 요건사실인 규범적·평가적 요건이 추인되는 과정을 방해하는 것이므로 ‘간접반증’을 유추 적용하는 셈이라고 한다.³¹²⁾ 즉 간접반증은 간접사실로부터 주요사실로의 추론을 방해하는 것인데 반하여, 평가적 요건의 경우 간접사실이 아니라 준주요사실로부터 요건사실로의 추론을 방해하는 것이므로 간접반증이 직접 적용되는 것은 아니라는 주장이다.

항변설은 앞서 본 주요사실설과 같은 맥락에서 유래한다. 평가장애사실은 평가근거사실로부터 당해 평가가 인정되는 효과를 방해하는 사실로서, 공격방어방법의 측면에서 보면, 항변의 위치를 차지하고 있다고 보아야 한다는 것이다. 평가장애사실과 양립할 수 없는 사실상의 주장을 하

311) 山内敏彦, 前掲 11頁

312) 倉田卓次, 前掲, 252頁,

는 것은 부인이지만, 평가근거사실과 양립할 수 있으면서 평가근거사실을 전제로 하는 평가장애사실에 관한 주장은 항변이라고 본다. 항변설의 입장에 의하면, 이러한 평가적 요건의 특질로는 ① 과잉주장이 허용된다, ② 주장 자체로 타당하지 않은 경우가 있다, ③ 평가근거사실 및 평가장애사실에 관하여 진위불명이 있어도 평가 그 자체에는 진위불명이란 없다, ④ 사실적 요건의 경우에는 항변은 청구원인사실을 그 논리적 전제로 하고 있으나, 평가적 요건의 경우에는 평가장애사실이 반드시 평가근거사실을 논리적 전제로 하고 있지 않다, ⑤ 사실적 요건의 경우에는 청구원인, 항변 및 재항변이 단계적 구조를 이루고 있으나, 평가적 요건의 경우에는 평가근거사실이 우월한지, 평가장애사실이 우월한지 마치 시소와 같이 왕복하는 구조를 가질 수도 있다는 점을 들고 있다.³¹³⁾ 말하자면, 이와 같은 평가적 요건의 특징에 비추어 보면, 평가장애사실을 항변으로 볼 수 있다는 논리이다.

살피건대, 간접사실설은 앞서 본 간접사실설의 문제점을 그대로 포함하고 있으므로 받아들일 수 없다. 다음으로 항변설은, 우리가 앞서 본(97면 이하 참조) 권리불발생항변의 개념과 전혀 들어맞지 않는다는 문제가 있다. 어떤 사실상 주장이 항변에 해당된다면, 피고 측이 입증책임을 부담하는 것은 대체로 타당하다. 그러나 피고 측에 입증책임이 있다는 이유만으로 항변에 해당된다고는 볼 수 없다. 권리불발생항변이 성립하기 위해서는 그 항변을 뒷받침하는 반대규정, 즉 별도의 권리불발생규정이 존재하거나, 추정과 같은 입증책임 특별규정이 존재하거나, 권리발생표지의 모순적 반대를 권리불발생표지로 변경하기 위한 입증책임분배의 실질적 근거가 존재하여야 한다. 그러나 평가장애사실에 관한 주장은 이러한 권리불발생항변의 요소는 전혀 갖추지 못했을 뿐만 아니라 단지 법률요건표지의 실현여부를 위한 평가 및 추론 과정에 대한 이의제기일 뿐이다. 따라서 이러한 평가장애사실에 관한 주장마저 항변으로 보면, 부인과 항변의 구별체계가 붕괴된다. 또한, 평가장애사실 하나하나가 항변이라고

313) 田村伸子, 平價的要件の判斷構造についての考察, 民事要件事實講座6, 青林書院(2010), 83~85頁

할 것인지, 평가장애사실을 종합적으로 고려한 것이 항변이라고 할 수 있을지 애매하다. 부인설의 경우, 평가장애사실의 부존재까지 입증하여야 한다고 본다면, 평가근거사실을 주장하는 측에 지나치게 가혹하다고 볼 여지가 있다. 그러나 부인설을 취한다고 하여 반드시 평가장애사실의 부존재까지 원고가 입증하여야 한다고 볼 수 없다. 왜냐하면 이유부 부인의 경우에도 부인하는 측에서 자신의 사실주장을 뒷받침하는 사실자료를 제출할 필요가 있는 경우가 있고, 이 경우 상대방 측이 이유부 부인을 하는 당사자의 사실주장이 거짓임을 입증해야 하는 것은 아니기 때문이다. 평가장애사실이 진위불명의 상태에 빠지면, 평가근거사실에 따라 사실인정이 이루어지고 따라서 권리발생을 주장하는 당사자가 승소한다. 따라서 위 예에서는 피고가 스스로 평가장애사실에 대한 증거를 제출함으로써 과실이 인정되지 않도록 저지하여야 한다. 이는 부인설을 취하더라도 마찬가지이다. 이러한 사고방식에서 피고가 입증책임을 부담하기 때문에 항변이라는 사고방식이 나올 수도 있다. 그러나 이것은 항변이라고 부를 수 없음은 앞서 본 바와 같다. 간접반증유추설은 간접사실로부터 주요사실을 추론하는 방식과 평가근거사실로부터 준주요사실을 인정하는 방식이 유사하므로 유추적용한다는 것인데, 귀납적 추론이 작동하는 사실인정의 문제와 연역적 추론이 작동하는 규범적 평가의 문제를 동일하게 볼 수 없으므로 유추적용의 한계를 넘은 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

결론적으로 주요사실설을 일관하는 의미에서 부인설을 취함이 타당하다. 부인은 앞서 본 바와 같이 사실상 주장에 속하는데, 평가장애사실을 주장하는 것은 요건사실이 존재하지 않는다는 주장이므로 마찬가지로 사실상의 주장으로 보아야 한다. 부인설에서의 ‘부인’은 ‘법률효과’에 대한 주장도 포함하지만, 그것은 논리 필연적 법률효과, 즉 법률요건사실의 충족에 따른 법률효과의 발생 및 그 법률효과의 직접적인 원용을 주장하는 것은 아니다. 규범적·평가적 요건사실의 충족여부를 검토하기 위한 규범적 평가를 함에 있어서 각종 관련 법규에 대한 종합적인 평가는 물론, 각종 증거방법으로부터 도출된 사실 인정상의 쟁점에 대한 평가도 한꺼

변에 이루어져야 한다. 따라서 이러한 과정은 하나의 법률효과를 주장하는 것과는 다르다. 부인, 항변, 재항변, 그것도 여러 가지 법리와 상황적 평가가 결합한 총체적 결론 또는 상황에 대한 진술이므로 이것은 연역적인 주장이 아니라 귀납적인 추론에 관한 주장이라고 보아야 한다. 따라서 평가장애사실이 존재한다는 사실상 주장은 부인으로 보아야 한다.

5. 검토결과

일방 당사자의 권리발생사실에 관한 주장에 대하여, 그 상대방이 권리불발생항변을 할 경우 권리불발생항변을 하는 당사자는 그 항변의 법률요건사실이 존재함을 입증하여야 한다. 한편 간접반증이나 평가장애사실의 경우 특정한 구체적인 사실의 존재에 대하여는 상대방이 증명하여야 한다. 따라서 특정한 사실에 대하여 상대방이 증명하여야 한다는 점에서 권리불발생항변과 간접반증, 평가장애사실은 공통점을 가진다.

그러나 상대방이 증명을 해야 하는지 그 근거를 따지고 보면 완전히 구분된다. 권리불발생항변의 경우 권리불발생규정이 별도로 존재하는 경우 및 입증책임 특별규정이 존재하는 경우에는 이러한 규정들이 반대규정으로서 입증책임분배를 뒷받침한다. 나아가 권리불발생표지에 근거한 권리불발생항변의 경우에는 언제나 당해 법률요건표지가 권리불발생표지로 해석되어야 하는 입증책임분배의 실질적인 근거들이 존재하여야 한다. 반면 간접반증이나 평가장애사실의 경우에는 별도의 반대규정은 존재하지 않는다. 또한 상대방은 어떤 법률효과 발생을 저지하기 위하여 특정한 법률요건표지가 실현되지 않았음을 소송상 드러내야 할 필요가 있다. 이러한 법률요건표지의 불실현을 증명할 필요는 오로지 소송에서의 승소라고 하는 당사자의 이익을 목적으로 할 뿐이고, 입증책임분배의 실질적인 근거에 의하여 뒷받침되는 것이 아니다.

제4절 소결

지금까지 권리불발생항변의 개념, 문제의식과 구성요소 및 구분되어야 하는 개념들에 관하여 검토하였다. 그 결과 입증책임분배 및 권리불

발생항변에 대한 이론 중 Musielak의 견해가 가장 타당하다는 결론에 도달하였다. 이 견해에 따를 경우 장점은 입증책임분배의 실질적인 근거를 통해 입증책임분배를 정당화할 수 있는 충분한 근거를 확보함과 동시에 규범설이 제공하는 확고하고도 추상적인 입증책임분배라는 성과를 얻을 수 있다는 것이다. 단점은 입증책임규정을 2가지로 구분함에 있어서 긍정적인 의제를 하는 입증책임특별규정의 경우 묵시적 입증책임특별규정이 다소 조잡하다는 것이다. 그러나 이러한 단점은 극히 사소한 것이고, 나아가 입증책임 특별규정과 증명주제 변경을 통한 권리불발생표지라는 2가지 종류의 권리불발생항변을 구분할 수 있게 된다는 점, 또한 이러한 개념적 도구들을 통하여 입증책임분배의 실질적 근거에 대하여 사고할 수 있게 된다는 점 등의 장점을 통하여 충분히 극복될 수 있다.

그렇다면 이제 권리발생사실에 관한 주장과 권리불발생항변을 구분할 수 있는 확고하고 안정적인 기준을 제시할 수 있는지 그 기준을 제시하여야 한다.

가장 먼저 살펴보아야 할 것은 실체법의 규정이다. 실체법의 규정에 추정규정이나 유사추정의 규정이 존재한다면, 이는 권리불발생항변이 명백하다. 이 경우에는 굳이 입증책임에 관한 명시적인 규정을 통하여 입증책임분배가 확실하게 이루어진 경우이므로 다시 입증책임분배를 위한 특별한 근거를 살필 필요는 없다. 추정이나 유사추정의 규정이 존재하지 않더라도, 본문/단서와 같이 법률문구상 증명주제의 변경이 이루어지는 방식으로 권리불발생표지가 존재하는 경우에는, 문리적 해석에 따라 일단 권리불발생표지가 존재한다고 볼 여지가 있다. 그러나 문구는 문리적 해석이라고 하는 해석 기준 중 하나에 불과하므로, 실제로 권리불발생표지가 존재하는 것인지 살펴보기 위해서는 개별규범의 목적에 비추어 입증책임분배를 달리할 실질적인 근거가 존재하는지 살펴보아야 한다(역사적, 목적론적, 체계적 해석). 이러한 실질적인 근거가 존재한다면, 권리불발생표지라고 확정할 수 있다. 문제는 법률에 명확한 규정이 없는 법률요건표지(즉 판례의 해석에 의하여 인정된 법률요건표지)의 경우 어떻게 권리불발생표지인지를 파악할 수 있을까? 이 경우에는 먼저 위 해석의

근거가 되는 법률규정의 규범목적은 먼저 살필 수밖에 없을 것이다. 또한 여기에 이와 유사한 입증책임 특별규정이나 증명주제 변경으로 인한 법률요건표지의 사례를 유추해석하거나 반대해석하여 권리불발생표지인지 여부를 파악할 수밖에 없을 것이다.

제5장 구체적인 사건들에서 권리불발생항변 검토

제1절 서론

Rosenberg의 규범설에서 출발하여 논의는 현재 소송법/증거법적인 권리불발생항변 개념에 도달하였다. 그러나 이러한 개념은 어디까지나 이론적인 고찰을 통하여 취득한 것이다. 따라서 이러한 권리불발생항변의 개념이 실제로 제대로 작동하는지, 실제 소송에서도 확고한 입증책임분배의 기준을 제공하여 주는지에 대하여 확인할 필요가 있다. 이러한 검증은 위하여 이제 몇 가지 사례들을 검토할 것이다. 순서는 입증책임분배에 관하여 교과서에 나오는 기본적인 사례들부터 검토하고, 그 다음으로 법률의 문구에 맞추어 비교적 쉽게 입증책임분배가 이루어진 경우를 검토하고, 법률의 문구와 다르게 입증책임분배가 이루어진 경우를 검토할 것이다. 마지막으로 법률에 명문의 문구가 없는 법률요건표지의 입증책임분배에 관하여 검토해 보기로 한다.

제2절 가장 간단한 권리불발생항변들

1. 교과서에 제시된 권리불발생규정들

우리나라 교과서나 문헌들은 권리불발생사실에 대하여 다음과 같이 서술한다.³¹⁴⁾

① “불공정한 법률행위라든가, 선량한 풍속위반, 통정허위표시 등과 같이 권리를 무효로 만드는 사실, 즉 권리불발생사실은 상대방이 이를 주장하고 그 진실임에 입증책임을 진다.”³¹⁵⁾

② “원고가 권리발생사실로 계약 등 법률행위를 주장할 때에, 피고가의 의사능력의 흠³¹⁶⁾, 강행법규의 위반, 통정허위표시, 공서양속의 위반,

314) 위 각 교과서나 문헌들의 용례를 그대로 사용하되, 다만 용어의 경우 이 글 전체와의 일관성의 측면에서 특별히 달리 부를 이유가 없는 한, 권리근거사실은 권리발생사실로, 권리장애사실은 권리불발생사실로 수정하였다.

315) 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 533면

316) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다53093(본소),2009다53109(반소) 판결은 ‘의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 측은 그에 대하여 입증책임을 부담한다’고 실시한 바 있다.

불공정한 법률행위, 원시적 이행불능 등 그 법률행위의 무효사유로 대응하는 경우를 권리불발생항변이라고 한다. 뿐더러 원고의 부당이득 주장에 대하여 피고는 불법원인급여, 불법행위주장에 대하여 정당행위, 정당방위, 긴급피난 등 위법성 조각사유로 대응하는데, 이러한 주장도 권리불발생항변이다. (중략) 단서규정 또는 제외규정 등 예외규정의 요건사실은 권리불발생사실인 항변이 된다. 판례는 채권자취소권의 법조문이 수익자나 전득자가 선의인 때는 그러하지 아니하다고 한 체제로 보아 선의의 입증책임은 수익자나 전득자에게 있다고 하였다.”³¹⁷⁾

③ “권리불발생규정의 요건사실은 권리발생의 장애사유(예컨대 능력흡결, 비진의의사표시, 통정허위표시, 불공정법률행위, 반사회질서의 법률행위, 정당행위)를 정한 것이다.”³¹⁸⁾

④ “권리불발생 또는 권리발생장애항변은 권리장애사유에 기한 항변을 말하는데, 통정허위표시(민법 제108조), 원시적 불능, 비채변제의 경우 변제자의 악의(민법 제742조), 피용자의 선임감독에 관한 사용자의 상당한 주의(민법 제756조 제1항 단서), 소송행위를 주목적으로 하는 신탁(신탁법 제6조319) 등이 여기에 속한다. 이와 같은 사유는 권리발생사실과 동시에 또는 그 생성 도중에 발생하는 것이 특색이라고 할 수 있다.”³²⁰⁾

2. 민법 제103조에 대한 검토

이제 가장 확실한 권리불발생규정이라고 언급되는 민법 제103조의 법률요건표지가 존재한다는 주장이 이 연구에서 검토된 권리불발생항변의 구성요소를 충족하는지 확인해보기로 한다.

민법 제103조의 경우 당해 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위

317) 이시훈, 신민사소송법 제12판, 박영사, 2018, 390면

318) 송상현·박익환, 민사소송법 신정 7판, 박영사, 2014, 541면, 한편 위 교과서는 ‘착오’ 주장을 권리불발생항변에 포함시켰으나, 착오 주장은 우리 민법상 권리소멸항변에 해당되므로 이 글에서는 제외한다.

319) 현행 신탁법(2014. 1. 7. 법률 제12193호로 개정된 것) 제6조: 수탁자로 하여금 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 하는 신탁은 무효로 한다.

320) 오석락 63면

반된다고 하는 평가의 대상이 되는 구체적인 사실에 대한 입증책임은 각 법률행위가 무효임을 주장하는 측이 부담한다는 것에 다툼이 없다.³²¹⁾ 이러한 입증책임분배가 이루어지는 근거는 무엇인가?

먼저 법률의 문구를 살펴본다. 민법 제103조가 성문화되기까지의 과정은 다음과 같다.³²²⁾ 우리 민법의 경우 입법이유서가 존재하지 않으므로 민법 제103조의 제정과정과 입법배경은 민법 초안에 대한 국회 심의과정에서 그 면모를 엿볼 수밖에 없다. 현행 민법 제103조는 구 민법 제90조(현행 일본 민법 제90조와 같은 내용으로서 ‘공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효이다’라는 내용이다)와 동일한 취지로서, 원래 국회에 제출된 민법 초안에는 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위는 무효로 한다’는 내용이었는데 국회 법사위 심의과정에서 현행법의 내용으로 수정되었다. 민법 제103조의 입법과정에서 참고한 외국의 입법례로는 독일 민법 제138조 전단, 스위스채무법 제20조 전단, 프랑스 구 민법 제131조, 제133조, 중국 민법 제72조를 들고 있으며, 만주 민법 제100조는 구 민법과 동일한 것으로 소개하고 있다. 이와 같이 보면, 민법 제103조의 성문화 과정에는 구 민법상의 자구 수정에 관한 논의만 있을 뿐, 그 내용을 둘러싼 어떠한 논의나 반론 없이 구 민법상의 내용을 그대로 채택하였다.³²³⁾

일본 민법 제90조는 ‘공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효이다’라고 규정한다. 이 규정은 일본의 구 민법³²⁴⁾ 재산편 제328조 ‘당사자는 합의로써 보통법의 규정에 의하지 않

321) 민법주해[II], 총칙(2), 박영사(2002), 225면, [민일영 집필 부분], 같은 책, 252면 [민일영 집필부분]

322) 이상욱, 민법 제103조 선량한 풍속의 위상에 관한 비교법적 고찰, 영남법학, 10권 1호, 171면 이하

323) 같은 글, 172면

324) 일본 메이지 유신 이후 일본 정부는 외국 정부와의 불평등조약에 따라 법제의 정비가 급하게 필요하였다. 이에 일본 정부는 1870년 민법전 편찬작업을 시작하면서 그 당시 가장 현대적이고 완결된 체계를 갖춘 1804년 프랑스 민법전을 거의 직역하여 민법전으로 사용하려고 시도하였다. 이러한 흐름 하에 1880년 입법위원회가 구성되고 1873년부터 사법성 법학교의 교수로 초빙되었던 프랑스 법학자 Gustave Emile Boissonade de Fontarabie(일본에서는 ‘Boissonade’ 즉 ‘보아소나드’라고 불린다)가 재산법 분야의 초안 작성을, 2인의 일본인 법률가들이 가축

게 하거나 그 효력을 증강할 수 있다. 다만 공공질서 또는 선량한 풍속에 저촉될 수 없다'라는 규정을 근거로 한 것이며, 보아소나드(Boissonade) 초안 제349조에서 유래한다. 보아소나드에 의하면, 이 규정은 프랑스 국민법 제6조 '누구도 개별약정에 의하여 공공질서와 선량한 풍속에 관한 법률을 배제할 수 없다'는 내용을 근거로 한 것이라고 한다.³²⁵⁾ 그런데 이 국민법은 1892년 그 시행이 무기한 연기되면서 폐기되었고³²⁶⁾, 1893년부터 새롭게 설치된 법전조사회³²⁷⁾가 중심이 되어 초안을 '공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 행위를 목적으로 하는 의사표시는 무효이다'라고 제안하였다가, 결국 현행법의 내용으로 확정되었다.³²⁸⁾ 일본 법전조사회는 '본안에 있어서 불법의 목적으로 하는 의사표시의 무효를 정한 규정이 아니다. (불법적인 행위를 목적으로 하는 의사표시는 무효임)는 당연히 말할 필요도 없는 것이라고 생각되기 때문이다. 다만 반대의 의사표시로 그 적용을 피할 수 있는 성질을 가진 규정은 원래부터 불법이 아니기 때문에 이러한 원칙의 예외가 아님은 의심할 바 없으므로, 기존 규정들 중 일부 규정들은 무용한 규정이다'라고 설명한다.³²⁹⁾ 이러한 이유제시는 공서양속과 강행법규 위반의 관계에 관한

법 분야의 초안 작성을 맡았다. Boissonade가 가족법 분야에도 영향을 행사하여 주로 프랑스민법전을 모범으로 하여 초안을 작성하였고 위 법안이 1890년에 공포되었다, 이 법이 일본 최초로 공포된 민법전으로 1893년부터 시행될 예정이었으며, 이를 일본에서는 '구 민법'이라고 부른다(남기윤, 일본민법학 법사고와 법해석방법론, 광운비교법학 제6호(2005. 12.), 6면).

325) 이상욱, 같은 글, 175면

326) 구 민법전에 대한 시행을 반대하는 정치세력이 등장하여 구 민법 시행에 관한 극심한 논쟁(이를 '法典論爭'이라고 한다)이 벌어졌고, 결국 1892년 일본 제국의회 의 정치적 해결에 의하여 구 민법은 시행이 무기한 연기되었다(남기윤, 같은 글, 9면).

327) 1893년 법전조사회가 설치되고 3명의 동경제국대학교수들이 기초위원으로 임명되어 법전편찬작업을 시작하였다. 위 민법 편찬 작업은 1887년 공포된 독일 민법 제1초안에 의거하면서 1895년 제2초안을 고려하여 진행되었고, 판택텐 체계와 독일 민법의 여러 제도들이 수용되었고, 1898년 일본 민법이 시행되었다(남기윤, 같은 글 12면). 그러나 위 일본민법은 독일 민법의 단순한 모방이 아니라, 프랑스 민법적인 구 민법을 기초로 이를 수정 및 유지하는 모습을 띠고 있으므로 프랑스 민법적인 제도도 여전히 유지하고 있었다(남기윤, 같은 글 13면).

328) 이상욱, 같은 글, 177면

329) 樺壽夫·伊藤進, 公序良俗違反の研究-民法における総合的検討-, 日本評論社, 1995年, 24頁

것이기는 하지만, 결국 이러한 최종적인 문구가 공서양속을 위반한 법률 행위를 무효로 한다는 규정으로 확정된 점에 비추어 보면, 공서양속을 위반한 법률행위도 불법의 목적으로 하는 의사표시의 무효와 나란히 당연무효를 선언한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 일본 민법 제90조는 공서양속에 위반하는 법률행위를 무효로 하고, 그 무효의 내용은 처음부터, 당연히, 전부에 관하여, 누구로부터도, 누구에 대하여도, 언제라도, 확정적으로, 법률행위의 효력을 부인한다는 것이다.³³⁰⁾

한편 독일 민법의 경우 제1초안 106조는 ‘그 내용이 선량한 풍속(gute Sitte) 또는 공공의 질서에 반하는 법률행위는 무효이다’였고 제2초안 제 103조는 ‘선량한 풍속에 반하는 법률행위는 무효이다’였다. 제2초안은, ‘내용’이라고 하는 문구를 생략함으로써 양속위반의 판단에서는 주관적 요소도 가미한다는 점을 보여주고(즉 ‘내용’에 방점을 두면 객관적인 면만 고려하고 행위자의 비난받아 마땅한 주관적 태도는 고려하지 않게 된다는 이유로 ‘내용’이 삭제되었다), 나아가 공공의 질서라는 어구를 생략함으로써 개념의 한계가 불분명하게 되는 것을 피하였다(즉, 공공의 질서라는 용어는 국제사법, 국제법적인 용어로서 사용되지만 법질서 및 도덕질서를 모두 포함하는 것으로서 모호하다는 비판을 받았다).³³¹⁾ 위 제 2초안과 독일 민법 제138조 제1항이 동일하다.

이와 같은 연혁적 고찰에 의하면, 위 일본 민법 제90조는 보아소나드의 구 민법과 같이 본문/단서의 문구로 규정된 바 있었지만, 이러한 본문/단서의 문구는 무용한 것으로 보고 단순한 법률명제로 문구가 바뀐 것이다.³³²⁾ 제103조의 문구는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된 행위는 당연히 무효라고 하는 선언을 담고 있으며, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된 행위를 금지한다는 단순하면서 강력한 메시지를 법률문구를 통해서 전달하려고 하는 것이다. 이러한 선언은 그 자체로 법률명제로서

330) 前掲, 26頁

331) 大村敦志(오오무라 아츠시), 公序良俗と契約正義, 契約法研究 I, 有斐閣, 1995, 121頁

332) 물론 이러한 조문 형태는 독일 민법 제138조 제1항과 유사하므로 그 영향을 받은 것이 명백하다.

법률요건과 법률효과로 구성되어 있는데, 이러한 법률효과를 주장하기 위해서는 법률요건표지가 실제로 실현되었음을 주장하는 자가 입증하는 것이 규범설의 기본입장인 셈이다. 따라서 당해 법률행위의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된다는 점에 부합하는 사실에 대하여는 위민법 제103조의 법률효과를 주장하는 당사자가 입증책임을 부담한다.

물론 이러한 규범의 문구 외에도 입증책임분배의 실질적 근거가 존재하는지 여부를 검토할 수 있을 것이다.

추상적인 개연성 평가의 관점에서만 살펴본다. 만약 어떤 법률행위가 존재하는데, 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하거나 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 포함하고 있음을 알면서도 법률행위를 하였을 개연성과 그렇지 않을 개연성을 비교해서, 대부분의 당사자들이 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하거나 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 포함하고 있음을 알면서도 법률행위를 하지 않았을 것이라는 평가를 할 수 있다면, 추상적인 개연성 평가가 그 근거가 될 수 있을 것이다. 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 입증책임규범은 진위불명을 극복하기 위한 것이고, 개연성이 낮은 법률요건표지가 진위불명인 경우에는, 그러한 법률요건표지가 존재하지 않는 것으로 처리하는 것이 그 판단이 진실에 부합할 가능성이 높기 때문이다. 그런데 당사자들이 법률행위를 함에 있어 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 포함하고 있음을 알면서도 그러한 법률행위를 강행할 개연성은 매우 낮다. 따라서 추상적인 개연성 평가는 권리불발생적 구성에 대한 근거가 될 수 있다.

이러한 고찰을 종합해보면, 입법자의 의도는 선량한 풍속 및 기타 사회질서에 위반한 내용을 가진 법률행위의 효력을 부인함으로써 그러한 법률행위를 금지하는 것이다. 나아가 위 법조문의 입법과정에서 조문을 만들 당시 입증책임에 관한 특별한 고려를 하였다는 자료는 찾을 수 없다. 따라서 위 조문의 형태가 일반적인 범명제의 형식을 취하는 이상, 일반적인 범명제에서 적용되는 입증책임의 기본원칙에 따라 당해 법률규정

의 법률효과를 주장하는 측에서 당해 법률규정의 법률요건표지가 실현되었다는 점에 관한 입증책임을 부담하는 것은 규범설의 기본적인 태도에 부합하는 것으로서 당연하고, 이렇게 하여야 위 규범의 목적에 부합한다. 다만 여기서 말하는 법률효과는 앞서 본 바와 같이(34면 참조) 구체적인 권리와 의무의 변동을 의미하는 것이 아니라, 법률명제의 구성요소로서의 법률효과를 의미한다(31면 참조). 민법 제103조에 위반한 법률행위는 원래 무효였으므로, 이미 발생한 권리나 의무가 위 조문에 의하여 소멸하는 것은 아니다. 나아가 이러한 입법자의 실제 의도 외에도 이와 같이 입증책임분배를 할 경우 추상적 개연성이 보조적인 근거로 제시될 수 있을 것이다.

이와 같은 고찰을 그대로 적용할 수 있는 법조문으로는 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항(명의신탁약정은 무효로 한다), 이자제한법 제2조 제3항(계약상의 이자로서 최고이자율을 초과하는 부분은 무효로 한다), 앞서 본(132면 참조) 신탁법 제6조(수탁자로 하여금 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 하는 신탁은 무효로 한다) 등이 있을 것이다. 위 각 조문들은 위 규범의 입법목적 실현하기 위하여 각 해당행위를 금지하고 있고, 일반적인 법률명제의 형식에 따르고 있으므로, 법률효과를 주장하는 측에서 법률요건표지의 실현에 대하여 입증책임을 부담한다. 나아가 위 각 조문들의 법률효과에 대한 주장은 권리불발생항변으로 사용되는 경우도 많지만, 나아가 권리발생사실로 주장되는 경우도 많다. 가령 매매계약에 의한 소유권이전등기청구를 하는 경우 상대방이 위 매매계약은 명의신탁약정에 의한 것이므로 무효라고 주장하는 사례도 있겠지만, 대부분은 등기명의자에 대하여 위 등기가 명의신탁약정에 의한 것으로서 무효라는 이유로 소유권말소등기청구를 하는 사례도 있을 것이다. 또한 대주가 차주를 상대로 이자 지급 청구를 할 경우 차주가 청구된 이자가 이자제한법의 최고이자율을 초과한다는 이유로 다툴 수 있지만, 차주가 대주를 상대로 이미 지급한 이자가 이자제한법의 최고이자율을 초과하여 무효라는 이유로 그 초과부분에 대하여 부당이득반환청구를 하는 경우도 있을 것이다. 이러한 경우를 생각해 보면,

이러한 규정들이 일반적인 법률명제의 형식으로서의 법률효과를 주장하는 권리불발생규정임을 쉽게 알 수 있다.

3. 일시사용을 위한 임대차(민법 제653조, 주택임대차보호법 제11조, 상가건물 임대차보호법 제16조)

주택임대차보호법 제11조는 ‘이 법은 일시사용을 위한 임대차임이 명백한 경우에는 이를 적용하지 아니한다’라고 규정한다. 민법 제653조는 ‘제628조, 제638조, 제640조, 제646조 내지 제648조, 제650조 및 전조(강행규정)의 규정은 일시사용하기 위한 임대차 또는 전대차인 것이 명백한 경우에는 적용하지 아니한다’라고 규정한다.

주택임차인의 보호를 위하여 제정된 주택임대차보호법은 장기간에 걸친 임대차를 전제로 한 것이기 때문에 위와 같은 일시사용을 위한 임대차에는 적용하기 부적합하다. 즉 일시사용을 위한 임차인에 대하여까지 그를 두텁게 보호할 필요가 없고, 그 경우에는 계약자유에 맡겨놓아도 별 폐단이 발생하지 않기 때문이다.³³³⁾ 일시사용을 위한 임대차에는 주택임대차보호법도 적용되지 않고 임차인의 보호를 위한 민법상의 규정들도 적용되지 않는다. 위 조문의 입법목적은 이러한 주택임대차보호법의 적용범위를 명확히 선언하기 위함이다.

따라서 만약 일방 당사자가 임차인의 보호를 위한 주택임대차보호법의 규정(대항력 및 우선변제권) 또는 민법상의 규정(가령 민법 제646조의 부속물매수청구권)에 의한 주장을 할 경우³³⁴⁾, 상대방이 당해 임대차계약이 일시사용을 위한 임대차계약임을 주장하여 위 주장의 배척을 구한다면, 이러한 상대방의 주장은 권리불발생항변이 될 것이고, 일시사용

333) 민법주해[X V], 채권(8), 박영사, 2002년, 289면[민일영 집필부분]

334) 가령 원고가 피고에게 12평짜리 원룸을 월차임 100만 원, 관리비 6만 원, 임대차기간 8개월로 정하여 임대하였는데, 임대차기간이 만료되었음에도 피고가 퇴거하지 않자, 원고가 피고를 상대로 임대차기간 만료로 인한 임대목적물반환 및 미지급 차임 및 차임 상당 부당이득금을 구하는 소를 제기하였다고 하자. 이 경우 피고가 위 임대차계약이 묵시적으로 갱신되었다고 항변한다면, 원고는 위 임대차계약이 일시사용을 위한 임대차로서 주택임대차보호법 제4조 및 6조가 적용되지 않는다고 재항변할 것이다.

을 위한 임대차계약이라는 점에 대한 입증책임은 위 법조문의 법률효과를 주장하는 측에 있다.

4. 민법 제428조의 2

민법 제428조의 2 제1항은 ‘보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다’. 제3항은 ‘보증인이 보증채무를 이행한 경우에는 그 한도에서 제1항과 제2항에 따른 방식의 하자를 이유로 보증의 무효를 주장할 수 없다.’라고 각 규정한다. 위 규정의 경우 보증계약이 유효하기 위해서는 보증의 의사가 담긴 서면이 필요하므로 당연히 서면으로 표시하지 않은 경우는 무효이다. 따라서 문언에 비추어 볼 경우 보증의 의사가 담긴 서면의 존재는 보증채무에 대한 권리발생사실이다. 위 조문은 원래 보증인보호를 위한 특별법에 같은 조문이 있었으나, 2016년 2월 4일 개정된 민법 규정에 새로이 편입되었다.

이러한 입증책임분배를 뒷받침하는 입증책임분배의 전형적인 관점은 특정한 바람직한 행위에 대한 유도라고 하는 법정책적 관점이다. 법이 계약형식의 자유원칙에서 벗어나 예외적으로 형식(가령 서면 또는 공증을 요구하는 경우)을 요구하는 것은 이러한 형식을 통하여 당사자에 대한 경고기능(Warnfunktion)³³⁵, 경고보다 더 나아가 공증인을 통한 자문기능(Beratungsfunktion), 증거기능(Beweisfunktion) 및 문서화(Dokumentation) 기능, 당국에 의한 규제기능(Kontrollfunktion) 등을 달성하기 위한 것이므로³³⁶, 이러한 법정책적 목적을 달성하기 위하여서는 형식적 요건을 갖추지 못한 경우에만 법률적 효과를 인정하는 것이 바람직하다. 따라서 형식적 요건이 진위불명상태에 이르렀을 경우에는 법률요건을 갖추지 못하여 법률효과가 발생하지 않는 것으로 해석하는 것이 바람직할 것이다.

335) 보증인보호에 관한 특별법도 이러한 경고기능을 고려하였다.

336) MüKoBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, BGB §125 Rn. 8-11

5. 몇가지 강행법규들

법인의 기본재산 처분과 관련하여 민법 제45조 제3항, 제42조 제2항³³⁷⁾, 사립학교법 제28조 제1항³³⁸⁾, 공익법인의 설립운영에 관한 법률 제11조 제3항³³⁹⁾, 사회복지사업법 제23조 제3항³⁴⁰⁾ 등에서 주무관청의 허가 등을 얻도록 정하고 있는데, 주무관청의 허가를 받지 않는 법률행위는 무효이다. 이러한 법률행위가 무효이기 때문에 이러한 각 규정들을 권리불발생규정이라고 해석할 여지도 있고, 주무관청의 허가를 권리발생의 요건으로 해석할 여지도 있다. 각 법률규정 중 어떤 규정은 ‘허가를 받지 않은 법률행위는 무효’라고 규정하고 있고(민법 제42조 제2항), 어떤 규정은 ‘허가를 받아야 한다’(사립학교법 제28조 제1항, 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제11조 제1항, 사회복지사업법 제23조 제1항)라고 규정하고 있다. 이러한 단체들은 공익적 목적으로 인하여 강한 규제(허가)를 받기 때문에 만약 허가 여부가 진위불명인 경우라면, 허가를 전제로 하는 법률행위는 일단 허가가 없는 것으로 간주되어 무효라고 보아야 할 것이다. 따라서 당해 법률행위에 관하여 관할 당국의 허가가 없어서 무효라는 주장은 단순한 부인으로 보아야 한다.

또한 대법원 2015. 4. 9. 선고 2013다35788 판결은 세무사 명의 대여를

337) 민법 제45조 제3항(재단법인의 정관변경): 제42조 제2항의 규정은 전2항의 경우에 준용한다.

민법 제42조 제2항(사단법인의 정관의 변경): 정관의 변경은 주무관청의 허가를 얻지 아니하면 그 효력이 없다.

338) 사립학교법 제28조 제1항: 학교법인이 그 기본재산을 매도·증여·교환 또는 용도변경하거나 담보에 제공하고자 할 때 또는 의무의 부담이나 권리의 포기를 하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령이 정하는 경미한 사항은 이를 관할청에 신고하여야 한다.

339) 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제11조(재산) ③ 공익법인은 기본재산에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 주무관청의 허가를 받아야 한다. 1. 매도·증여·임대·교환 또는 용도변경하거나 담보로 제공하려는 경우 [증략]

340) 사회복지사업법 제23조(재산 등) ③ 법인은 기본재산에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 다만, 보건복지부령으로 정하는 사항에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 매도·증여·교환·임대·담보제공 또는 용도변경을 하려는 경우

금지하는 세무사법에 위반하여 동업으로 세무사업을 운영하기로 한 계약은 강행규정에 위반되어 무효라고 판시하였다. 즉, 위 판결에 의하면 ① 구 세무사법 제12조의 3은 ‘세무사는 다른 사람에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 세무대리를 하도록 하거나 그 자격증이나 등록증을 빌려 주어서는 아니 된다’고 규정하고, 구 세무사법 제22조의2 제1호는 ‘이를 위반하는 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금’에 처하도록 규정하고, 구 세무사법 제6조 제1항은 ‘세무사 자격시험에 합격한 자가 세무대리의 업무를 개시하고자 할 때는 재정경제부에 비치하는 세무사등록부에 등록하여야 한다’고 규정하고, 제20조 제1항 본문은 ‘제6조에 의하여 등록을 한 자가 아니면 세무대리의 업무를 할 수 없다’고 규정하고, 구 세무사법 제22조 제1항 제1호는 ‘세무사의 자격이 없는 자가 세무대리를 하면 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금’에 처하도록 규정하고 있었는바, 이들 규정의 입법 취지는 세무대리를 할 수 있는 사람을 세무사 자격을 가진 사람으로 엄격히 제한함으로써 건전한 세무질서를 확립하고 납세자의 정당한 권익을 보호하며 세무대리행위의 적정성과 공정성을 확보하고자 하는 데 있는 것이다. ② 위 각 규정은 세무사 자격이 없는 사람이 세무대리를 하는 경우에 초래될 세무행정의 원활과 납세의무의 적정한 이행상의 중대한 위험을 방지하기 위한 강행법규에 해당한다고 할 것이다. ③ 따라서 이를 위반하여 세무사와 세무사 자격이 없는 사람 사이에 이루어진 세무대리의 동업 및 이익분배 약정은 무효이고, 나아가 그와 같이 무효인 약정을 종료시키면서 기왕의 출자금의 단순한 반환을 넘어 동업으로 인한 경제적 이익을 상호 분배하는 내용의 정산약정을 하였다면 이 또한 강행법규인 위 각 규정의 입법 취지를 몰각시키는 것으로서 무효이다.

나아가 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다72692 판결은 마찬가지로 공인회계사 명의 대여를 금지하는 공인회계사법 제22조 제1항에 위반한 공인회계사 사무실 동업약정을 강행법규 위반으로서 무효라고 판단하였다. 위 판결에 의하면, ① 공인회계사법 제22조 제1항은 ‘공인회계사는 다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 공인회계사의 직무를 행하

게 하거나 그 등록증을 대여하여서는 아니 된다'고 규정하고, 제53조 제3항 제2호는 '이를 위반하는 경우 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금'에 처하도록 규정하고 있는바, 위 규정의 입법 취지는 대외적으로 영향력이 있는 회계 관련 사무를 할 수 있는 사람을 전문성 및 직업적 윤리관을 갖춘 공인회계사 자격을 가진 사람으로 엄격히 제한함으로써 회계 관련 사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 이해관계인의 재산권 등 권익을 보호하고 기업의 건전한 경영을 유도하여 종국적으로 국가 경제의 발전을 도모하려는 데 있는 것이다. ② 위 규정은 공인회계사가 아닌 사람이 회계 관련 사무를 행하는 경우에 초래될 국민의 권익보호와 기업의 건전한 경영 및 국가 경제의 발전에 대한 중대한 위협을 방지하기 위한 강행법규에 해당하고, 따라서 이에 위반하여 이루어진 약정은 무효이다.

이와 같이 대법원은 세무사법이나 공인회계사법에서는 명백히 금지되는 행위인 자격명의 대여행위를 특정하고 이를 위반한 경우 법률행위를 무효라고 선언하였으므로, 위 법조항에 위반되는 세무사사무실 및 공인회계사 사무실 동업약정을 모두 무효라고 보았는데, 이러한 사례가 앞서 본 전형적인 강행법규 위반으로서의 권리불발생규정의 예라고 볼 여지가 있다.

가령 원고가 피고를 상대로 세무사 사무실 동업으로 인한 동업청산금 청구의 소를 제기하였다고 하자. 판례에 의하면 이러한 경우 세무사법상 세무사와 비세무사간의 동업은 법률상 금지되므로, 당해 동업약정은 무효라는 이유로 위 동업청산금 청구가 받아들여지지 않았다(대법원 2015. 4. 9. 선고 2013다35788 판결). 공인회계사 사무실 동업으로 인한 동업청산금 청구의 경우도 마찬가지로 법리가 적용된다. 위 각 사건들에서 '각 동업약정이 강행법규에 위반되어 무효'라는 주장은 권리불발생항변으로 처리되었다.

앞서 본 권리불발생적으로 구성된 규정들(민법 제45조 제3항, 제42조 제2항, 사립학교법 제28조 제1항, 공익법인의 설립운영에 관한 법률 제11조 제3항, 사회복지사업법 제23조 제3항)과 권리불발생적으로 구성된 규정

들(세무사법 제12조의 3 및 공인회계사법 제22조 제1항)은 일단 조문 자체로 구분된다. 즉 권리발생적인 규정들은 ‘--허가를 받아야 한다’라고 긍정적으로 규정한 반면, 권리불발생적인 규정들은 ‘--해서는 아니된다’라고 부정적으로 규정하고 있다. 이와 같이 일응 법률의 문구에 의하여도 이러한 권리발생적 규정들과 권리불발생적 규정들이 구분된다. 앞서 본 민법 제103조에 관하여 본 바와 같이 법조문에서 명확한 금지를 표현한 경우 전형적인 법률명제의 형식에 부합하게 법률효과를 주장하는 측에서 법률요건표지의 실현에 대하여 입증책임을 부담하여야 한다.

제3절 법조문의 일부 법률요건표지에 관한 입증책임분배에 관하여 앞 절에서는 교과서에 나오는 전형적인 사례 및 독립적인 규정에 근거한 권리불발생항변에 관하여 살펴보았다. 독립적인 규정에 근거한 권리불발생항변은, ‘법률규정에 따른 법률효과를 주장하는 사람이 법률요건표지의 실현에 대한 입증책임을 부담한다’고 하는 규범설의 기본원칙이 적용되므로, 쉽게 식별할 수 있다. 이번 절에서는 법률문구의 일부분, 즉 일부 법률요건표지에 관한 주장이 권리불발생항변에 해당되는지 여부를 검토해 보기로 한다.

1. 민법 제108조 제2항 ‘선의의 제3자’

민법 제108조 제1항은 ‘상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다’, 제2항 ‘전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다’고 규정한다.

통정허위표시가 문제되는 사안 중에서 쉽게 볼 수 있는 사건들은, 허위대출에 관한 대출금 청구 사건이다. 즉 A 상호신용금고가 피고 회사에게 10억 원을 대출하여 주었는데, 나중에 A 상호신용금고가 파산하여 파산관재인 예금보험공사(원고)가 위 대출서류에 근거하여 피고 회사 측에 10억 원의 대출금 지급청구를 한다. 이 때 피고 회사는 사실은 위 대출은 A 상호신용금고가 비자금을 만들기 위해 피고 회사와 통정하여 허위로 대출한 것이고 피고 회사는 위 10억 원을 받아 그대로 A 상호신용

금고 측에 반환한 것이므로, 위 대출계약은 민법 제108조 제1항에 의하여 무효라고 주장한다. 이 때 파산관재인(원고)은 민법 제108조 제2항에 의한 선의의 제3자라고 주장한다. 이 경우 원고가 스스로 선의임을 입증하여야 하는지, 피고가 원고의 악의를 입증하여야 하는지 문제된다.

먼저 위 법조문에서 ‘대항하지 못한다’는 의미부터 간단히 검토해 보기로 한다. 대법원 1996. 4. 26. 선고 94다12074 판결 등은 “대항하지 못한다”를 “선의의 제3자에 대한 관계에서는 허위표시도 그 표시된 대로 효력이 있다”는 것으로 이해한다. 또한 지배적인 견해는 “대항하지 못한다”를 상대적 무효로 본다.³⁴¹⁾ 즉, “대항할 수 없다”는 것은 허위표시의 무효를 주장할 수 없다는 것이고 따라서 허위표시는 무효이지만 선의의 제3자에 대한 관계에서는 표시된 대로 효력이 생기게 된다(상대적 무효)는 것이다.

좀더 구체적으로 검토하자면, 위 ‘대항’의 의미에 관하여 ‘우리 민법 제108조의 규정은 프랑스 구 민법 제1321조의 취지를 일본 민법(제94조³⁴²⁾)를 통하여 계수한 것이라고 할 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한, 프랑스민법에서의 허위표시에 관한 해석론이 우리 민법에 대하여도 참조가 될 수 있다는 견해³⁴³⁾가 있다. 위 견해의 구체적인 내용은 다음과 같다. 프랑스의 학설은 프랑스 구 민법 제1165조(Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elle ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121, 계약은 계약 당사자 사이 외에는 효력이 없다; 계약은 제3자를 해하지 않으며, 위 제1121조에 규정된 경우 외에는 제3자에게 이익을 주지 않는다³⁴⁴⁾)가 규정하고 있는 계약의 상대성 원칙, 즉 계약은 당사자 사

341) 민법주해[II], 총칙(2) 376면, 박영사(2002), 376면(송덕수 집필부분), 지원림, 같은 책, 229면, 이영준, 민법총칙(개정증보판), 박영사(2007), 388면

342) 일본 민법 제94조 ① 상대방과 통모하여 행한 허위의 의사표시는 무효로 한다.
② 제1항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(위 번역은 이 글에서 이루어진 것이다).

343) 윤진수, 허위표시와 제3자, 저스티스 94호(2006. 10.), 255면

344) 위 번역은, 윤진수, 부동산의 이중양도에 관한 연구, 1993, 서울대학교 박사학위 논문, 141면에 의한다.

이에만 효력이 있다는 원칙과 판례가 제3자의 계약침해로 인한 불법행위 책임을 인정하고 있는 것을 조화시키기 위하여 노력한 결과, 계약의 효력을 강제력(effet obligatoire)과 대항력(opposabilité)의 2가지로 나누어, 위 제1165조는 전자의 강제력에만 한정되는 것이고, 후자의 대항력은 제3자에게도 미치는 것이 원칙이며, 이러한 대항력의 효과의 하나는 계약 위반에 가담한 제3자가 불법행위책임을 지는 것이다.³⁴⁵⁾ 따라서 프랑스 민법의 경우 계약의 대항력을 계약당사자 외의 제3자에게 미치는 대세적인 효력이라고 파악하고 계약의 대항력은 제3자에게 미치는 것이 원칙이다.³⁴⁶⁾ 한편 프랑스 구 민법 제1321조는 ‘반대증서는 계약당사자 사이에 서만 효력을 가진다. 반대증서는 제3자에 대하여는 어떠한 효력도 없다’고 규정한다(Les contre-letters ne peuvent avoir leur effet qu’entre les parties contractantes; elles n’ont d’effet contre les tiers).³⁴⁷⁾ 허위표시의 경우 당사자들은 실제 의사와는 다른 가장행위를 하게 되는데, 이 가장행위에 의하여 당사자들의 실제 의사에 따른 은닉행위가 숨겨지게 된다. 그리고 반대증서는 많은 경우 은닉행위와 같은 의미로 쓰이기도 하지만, 원래는 당사자의 진정한 의사를 회복시키는 서면을 말한다.³⁴⁸⁾ 따라서 당사자의 은닉행위는 당사자 사이에서는 효력을 가지지만 제3자에 대하여는 대항력이 없다.³⁴⁹⁾ 계약의 대항력은 제3자에게 미치는 것이 원칙인데, 예외적으로 계약의 제3자에 대한 대항력이 제한되는 경우 중 하나가 이러한 허위표시이다. 반대증서가 제3자에 대하여는 효력이 없다는 것은 이러한 의미이다. 이와 같이 프랑스 민법의 해석론을 그대로 받아들여야 한다는 견해에 의하면, 민법 제108조 제2항의 ‘대항하지 못한다’의 의미는, 은닉행위는 허위표시의 당사자 사이에서는 유효하더라도, (선의의) 제3자에 대한 관계에서는 무효이고, 가장행위는 허위표시의 당사자 사이에서는 무효이지만, (선의의) 제3자에 대하여는 유효한 것으로 취

345) 윤진수, 같은 글, 141면

346) 윤진수, 허위표시와 제3자, 저스티스 94호(2006. 10.), 245면

347) 번역은, 윤진수, 같은 글, 245면에 의한다.

348) 윤진수, 같은 글, 245면

349) 윤진수, 같은 글, 246면

급된다는 의미로 해석된다.³⁵⁰⁾

이에 대하여 민법 제108조를 해석함에 있어 프랑스 민법의 해석론을 그대로 적용해서는 안된다는 견해도 있다.³⁵¹⁾ 즉 프랑스 민법의 대항불능은 권리의관이론에 입각한 것으로서, 계약의 효력만으로 물권변동이 가능한 의사주의 하에서 주로 선의의 양수인을 보호하기 위한 제도인 반면, 우리 민법은 물권의 귀속을 분명하게 하기 위하여 등기와 인도를 물권변동의 성립요건으로 삼는 입법적 결단을 하였으므로, 의사주의를 취하는 프랑스민법이나 일본 민법과는 다르게 보아야 한다는 것이다. 이 견해에 의하면, 우리 민법 제108조 제2항은 통정허위표시에 터잡아 등기와 인도와 같은 성립요건까지 갖춘 제3자가 통정허위표시에 따른 무효로 인하여 권리를 박탈당하지 않도록 무효인 부분을 치유하는 기능을 할 뿐이므로, 등기나 인도가 이루어지지 않은 제3자는 보호받을 수 없다고 한다.³⁵²⁾ 이 견해는 다음의 사례가 있음을 지적한다. 즉, 당해 토지 소유자 X가 A에게 매매를 원인으로 소유권이전등기를 마쳐주었다. A는 B에게 X토지를 매도하고 매매대금을 전액 지급받았으나 소유권이전등기를 마쳐주지 않았다. 이러한 상태에서 B가 A를 상대로 위 매매계약에 기한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 위 소송에서 X가 독립당사자참가를 하면서 A를 상대로 위 X-A 사이의 매매계약이 통정허위표시로서 무효라는 이유로 소유권이전등기말소 청구를 하고, B를 상대로 토지인도 청구를 한다고 하자. 이러한 사례에서 X-A 사이의 매매계약이 통정허위표시임이 인정된다면 앞서 본 프랑스민법의 해석론에 따를 경우 위 매매계약의 무효는 원칙적으로 대외적으로 대항력이 있으므로 제3자인 B를 상대로도 무효주장을 할 수 있으나, B가 선의의 제3자라면 민법 제108조 제2항에 의하여 B가 등기를 갖추었는지 여부를 따지지 않고 X는 위 무효를 가지고 B에게 대항할 수 없으므로, 결국 B에 대한 인도청구는 기각됨으로써 진정한 소유자인 X가 B보다 열등한 지위에 빠지게 되고, 그

350) 윤진수, 위 같은 글, 256면

351) 제철웅, 불성립한 보증채무를 이행한 보증인의 보호와 민법 제108조 제2항-대
상판결 2000. 7. 6. 선고 99다51258 판결, Jurist, 376호, 2002년, 62면

352) 제철웅, 같은 글, 63면

결과 입법자가 물권법에서 배척하고자 했던 ‘권리귀속의 관계적 분열’을 가져올 것이라고 한다.³⁵³⁾

살피건대, 앞서 본 바와 같이 일본 구 민법은 프랑스 민법을 토대로 하여 만들어진 것이고, 실제로 시행된 일본 민법은 위 구 민법의 내용 중 일부를 수정한 것에 불과하다는 점, 우리 민법과 일본 민법의 내용이 매우 유사하다는 점 등을 고려하면, 연혁적으로 프랑스 민법의 해석론을 받아들이는 것이 마땅하다. 나아가 위 반대 견해는 통정허위표시에 의한 계약의 상대적 유무효의 문제가 물권변동의 형식주의(성립요건주의)/의사주의(대항요건주의)와 직접적인 관계가 없다는 점³⁵⁴⁾에서 문제가 있고, 나아가 만일 이러한 견해를 관철할 경우 적정한 공시방법이 없어서 대항요건주의를 취하고 있는 채권양도³⁵⁵⁾에서 가장행위가 발생하는 경우에는 민법 제108조 제2항은 전혀 적용될 여지가 없다는 문제도 있다. 또한 이와 같이 해석할 경우 민법 제108조 제2항에 의하여 보호받는 선의의 제3자를 실질적으로 ‘등기나 인도를 갖춘 선의의 제3자’로 축소시키는 결과를 초래할 것인데, 이러한 축소해석을 정당화시킬만한 근거를 찾기 어렵다. 따라서 이러한 견해는 받아들일 수 없다.

이와 같이 프랑스민법의 해석론을 참조하여야 한다는 견해를 따를 경우 ‘누가 무엇에 대하여 무엇을 대항할 수 없다’는 것인지가 규명될 수 있다. 민법 제108조 제1항은 통정허위표시가 무효라고 선언하는데, 이러한 무효가 대항력이 있다면 원칙적으로 계약당사자들 외의 다른 사람들에 대하여도 무효이다. 민법 제108조 제2항은 위 무효는 선의의 제3자에 대하여 대항하지 못한다고 규정하고 있으므로, 선의의 제3자에 대하여는

353) 제철웅, 같은 글, 62면

354) 윤진수, 같은 글, 256면도 이러한 점을 지적하고 있다.

355) 일본 민법에서는 채권양도의 통지나 승낙을 채무자에게 정보를 모아두기 위한 것이라고 본다. ‘채권에는 등기부 등이 없기 때문에, 양수인으로서, 우선 채무자의 집에 가서 원래 자신에게 채권이 있는 것, 달리 우선하는 채권자가 없는 것을 확실히 할 필요가 있다. 결국, 채무자가 등기소의 역할을 한다. 그래서, 채권이 양도된 경우에는 그 양도사실을 채무자에게 알리고, 채무자의 장소에 정보를 모아둘 필요가 있다. 채무자는, 말하자면, “정보센터”가 된다. 이 때문에 채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙이 대항요건이라고 하는 것이다’{内田貴(우치다 타카시), 民法Ⅲ 第2版, 東京大學出版會, 1999年, 201頁}

위 무효를 주장할 수 없게 된다. 따라서 대항할 수 없다는 것은, ‘계약의 당사자들이 제3자에 대하여 계약의 무효를 대항할 수 없다’는 것을 의미한다.

이러한 고찰에 터잡아 ‘대항할 수 없다’라는 동일한 문구를 사용하는 민법 제450조 제1항도 검토해 본다. 민법 제450조 제1항은 ‘지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자 기타 제삼자에게 대항하지 못한다’라고 규정한다. 여기서 채무자에 대한 통지 및 승낙에 관하여 채권양수인 또는 채무자 중 누가 입증책임을 부담하는가에 관하여 다툼이 있었다. 이에 관하여 항변설, 주장·입증책임분리설, 부인설 및 권리항변설, 청구원인설 등의 견해대립이 있었고,³⁵⁶⁾ 판례는 청구원인설을 취한다³⁵⁷⁾. 위 조문의 내용은 민법 제450조 제1항의 요건(통지나 승낙)을 갖추면 양수인은 채권자에게 채권을 행사할 수 있고, 이 요건을 갖추지 못하였다면, 양수인은 채무자에 대한 관계에서는 자신이 채권자임을 주장할 수 없으므로, 채무자는 당연히 변제를 거절할 수 있다는 것이다.³⁵⁸⁾ 이와 같이 본다면 채권자(양도인)와 채권양수인 사이에 채권양도의 계약이 체결된 경우, 그 채권양도계약은 계약의 상대적 효력에 의하면 제3자인 채무자에 대하여는 아무런 효력이 없는 것이 원칙이므로, 채권자와 채권양수인은 채무자에게 대항할 수 없는 것이 원칙이다. 다만 위 조문에 의하면, 통지 및 승낙을 갖출 경우 예외적으로 채권자와 채권양수인은 제3자인 채무자에 대하여 대항력을 갖추게 되어 위 채권양도의 효력을 제3자인 채무자에게 주장할 수 있게 된다. 따라서 채무자에 대하여 양수된 채권을 행사하는 양수인 측에서 청구원인으로 양수사실 및 통지 또는 승낙 사실까지 입증해야 하는 것이 타당하다. 이와 같이 대항요건을 청구원인으로 해석하는 것이 오늘날 지배적인 견해이다.³⁵⁹⁾

356) 과거의 견해 대립에 관하여는 김정만, 지명채권양도의 요건사실 및 입증책임, 청원논총 6집(2009년 1월), 사법연수원, 15면 참조

357) 채권양도의 대항요건이 갖추어졌다는 입증은 양수인이 사실심에서 하여야 할 책임이 있다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002다62500 판결 등 참조).

358) 양창수·권영준, 민법Ⅱ 권리의 변동과 구제, 박영사, 2012년, 192면

다시 원래의 문제로 돌아오면, 규범설의 기본입장은 제3자가 민법 제 108조 제1항에 따른 (통정허위표시의) 무효의 대항력에 맞서 위 통정허위표시의 유효를 주장하기 위해서는, 민법 제108조 제2항에서 정한 법률요건표지인 ‘선의’가 실현되었음을 증명하여야 한다는 것이다.

이에 대하여 우리나라의 다수설은 제3자가 악의라는 점은 제3자가 아니라 계약의 무효를 주장하는 측에서 입증해야 한다고 본다.³⁶⁰⁾ 그 이유로는 ① 허위표시의 유효를 주장하는 자(제3자)가 그의 신뢰를 정당화하는 외부적 표상의 존재를 증명하면 선의는 사실상 추정되기 때문에 무효를 주장하는 측이 제3자가 악의라는 점을 입증해야 한다³⁶¹⁾거나, ② 민법 제108조의 제도의 취지로나 선의취득, 표현대리 등 외관을 신뢰한 자의 보호를 위한 다른 제도에 있어서의 입증책임에 관한 해석과의 균형을 보더라도, 입증책임을 제3자에게 지우는 것이 타당하다³⁶²⁾고 하거나, ③ 또는 선의라는 것은 인식의 결여이며 소극적 사실이기 때문에 그러한 입증은 곤란하며 따라서 그만큼 제3자의 보호가 어렵게 된다는 점³⁶³⁾, ④ 허위표시의 당사자는 고의로 그러한 상태를 창출하였고 제3자가 허위표시의 사실을 알면서 이해관계를 맺는다는 것은 이례에 속한다는 점³⁶⁴⁾, ⑤ 일반적으로 신뢰보호법리에서는 그 신뢰의 정당성에 대한 입증은 신뢰보호를 주장하는 측에서 하여야 할 것이지만, 허위표시의 경우에는 표의자가 작출한 허위의 외관은 통상 그에 상응하는 외부적 표상을 포함하므로 그에 기초하여 거래한 제3자는 일반적으로 선의인 것으로 추정할 수 있다는 점³⁶⁵⁾ 등을 근거로 제시한다.

반면 제3자가 스스로 선의임을 입증해야 한다는 견해도 있다.³⁶⁶⁾ 그

359) 민법주해[X] 채권(3), 박영사, 2001년, 578면(이상훈 집필부분), 양창수·권영준, 같은 책, 192면, 지원림, 같은 책, 1232면

360) 민법주해 총칙 (2), 박영사, 2002, 374면(송덕수 집필 부분)

361) 김주수, 민법총칙[제3판], 삼영사, 1994년, 311면

362) 김용한, 민법총칙론, 전정판 1986년, 292면 {민법주해 총칙 (2), 박영사, 2002, 374면(송덕수 집필 부분)에서 재인용}

363) 고상용, 민법총칙[전정판], 법문사, 1990, 413면

364) 윤진수, 같은 글, 260면

365) 양창수·김재형, 민법 I 계약법, 박영사, 2012년, 659면

366) 오석락 383면, 지원림, 같은 책, 229면, 최진수, 요건사실과 주장증명책임 제4판,

근거로는 제3자의 선의가 추정된다고 하는 사례들은 대부분 등기추정력이 적용되는 경우이므로 이를 일반화시킬 수 없고, 가장행위는 물권변동과 관련해서만 이루어지는 것이 아니라는 점을 고려하면 선의의 제3자를 보호하는 민법 제108조 제2항은 원칙에 대한 예외에 해당하므로 제3자에게 선의에 대한 입증책임이 있다고 보아야 한다는 점을 든다.

판례는, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003다50078, 50085 판결, 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결 등에서 ‘민법 제108조 제2항에 규정된 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정되고, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다’라고 판시함으로써, 통정허위표시가 무효라고 주장하는 당사자가 제3자의 악의를 입증하여야 한다고 본다.

반면 일본의 경우 일본 최고재판소는 선의를 주장하는 제3자는 선의에 관하여 주장책임 및 입증책임을 부담한다고 판시하였다.³⁶⁷⁾ 일본에서 선의의 입증책임을 제3자에게 지우는 것은 허위표시의 효력문제로부터 허위표시자의 유책성 관념을 점차 배제하는 경향이 나타난 것이라고 한다.³⁶⁸⁾ 일본의 학설도 대부분은 일본 최고재판소 판례와 유사한 입장이지만, 악의에 대한 주장·입증책임을 상대방에게 부담시켜야 하는 견해도 있다.³⁶⁹⁾ 제3자가 스스로 선의에 대한 입증책임을 부담해야 한다는 근거는 일본 민법 제94조 제2항은 제1항에 대한 관계에서 반대규정으로서 제2항의 법률효과를 주장하는 자에게 그 요건사실인 선의의 입증책임이 있다는 것이다.³⁷⁰⁾ 반면 상대방이 제3자의 악의를 입증해야 한다고 보는 견해는, 법문형식의 원칙/예외 관계에 결정적인 의미를 부여할 수 없고, 허위표시에 의한 법률행위의 외형을 만들어낸 사람보다도 오히려 외형을 신뢰하여 이해관계를 가진 제3자가 보호받을 가치가 있으므로, 악의의 입증책임을 법률행위의 무효를 주장하는 자에게 지움으로써 거래의 안전

진원사, 2015년, 33면

367) 日最判 昭和 39(1964년). 5. 12. 裁判民集 73·493 등

368) 新版註釋民法(3) 總則(3), 株式會社精興社, 2003年, 356頁(稻本洋之助 執筆)

369) 松本博之(마쓰모토 히로유키), 證明責任の分配[新版], 信山社, 1996年, 81頁

370) 村上博已(무라카미 히로미), 證明責任の研究, 有斐閣, 1975年, 95頁

을 피할 수 있다는 점을 근거로 제시한다.³⁷¹⁾

살피건대, 민법 제108조 제2항과 그 모태가 되는 일본 민법 및 프랑스 민법의 태도를 살펴보면, 프랑스의 경우 법문에 (반대증서가) 제3자에게 효력이 없다고 기재되어 있을 뿐, 선의의 제3자라는 명문의 규정은 없다. 다만 해석상 반대증서의 효력이 미치지 않는 제3자는 선의의 제3자이고, 악의의 제3자, 즉 허위표시임을 안 제3자에 대하여는 은닉행위로 대항할 수 있으며, 이러한 선의는 추정되고 허위표시의 당사자가 제3자의 악의를 입증해야 한다고 한다.³⁷²⁾ 반면 일본 민법 제94조는, 일본의 구 민법 증거편 제50조의 규정을 수정한 것인데, 구 민법 증거편 제50조의 규정은 다음과 같았다: “당사자는 비밀로 둘 수 있는 반대증서로써 공정증서 또는 사서증서의 효력의 전부 또는 일부를 변경 또는 멸각할 수 있지만, 그 반대증서는 공정증서인 때에도 서명자 및 그 상속인에 대하여서가 아니면 효력을 가지지 않는다. 그러나 당사자의 채권자 및 특정승계인이 당사자와 약정할 당시에 반대증서가 있음을 안 것이 증명되면 그 채권자 및 승계인에게 대항할 수 있다.”³⁷³⁾ 이 규정은, 일본 민법을 기초한 보아소나드(Boissonade)가 대체로 프랑스민법 제1321조의 해석론과 같은 내용을 명문화한 보아소나드 초안 제1386조에 약간 표현상 수정을 가한 것이다.³⁷⁴⁾

이와 같이 본다면, 프랑스 민법은 규정상 제3자라면 허위표시무효의 효력이 미치지 않아 보호받을 수 있었으나, 해석상 악의의 제3자라면 보호를 받지 못한다는 형식을 취하고 있었던 반면, 구 일본 민법 제50조는 이러한 프랑스 민법의 해석론을 그대로 받아들여, 원칙으로 제3자는 보호받되, 예외로 악의의 제3자는 보호받지 못한다는 내용을 명문으로 정하였고, 나아가 일본 민법 제94조 및 우리 민법 제108조는 이 내용을 선의의 제3자가 보호받는다라는 취지로 문구를 다시 변경한 것이다. 실체법

371) 松本博之(마쓰모토 히로유키), 前掲

372) 윤진수, 위 같은 글, 246면

373) 新版註釋民法(3) 總則(3), 株式會社精興社, 2003年, 320頁(稻本洋之助 執筆) [번역은 윤진수, 같은 글, 252면에 의한다]

374) 前掲

적인 내용으로 보면, 선의의 제3자가 보호받는다라는 점에서 프랑스 민법, 구 일본 민법 50조, 현행 일본 민법 제94조 및 우리 민법 제108조는 모두 동일하다. 그러나 입증책임의 측면에서 보면, 각 법률의 태도는 전혀 다르다. 문구에 충실하게 본다면, 프랑스 민법이 제3자를 가장 강력하게 보호하고(제3자라면 무조건 보호를 받고, 제3자에게 허위표시의 무효를 주장하기 위해서는 악의라는 점을 계약당사자가 입증하여야 한다), 구 일본 민법 50조가 그 다음이며(제3자라면 무조건 보호를 받고, 제3자에게 허위표시의 무효를 주장하기 위해서는 악의라는 점을 계약당사자가 입증하여야 하는 것은 프랑스민법과 같지만, 허위표시의 무효를 제3자에게 주장할 수 있는 법적 근거는 명문으로 확실하게 규정되어 있다), 현행 일본 민법 제94조 및 우리 민법 제108조가 가장 약하게 보호하는 것이다(제3자는 허위표시의 무효로부터 보호받지 못하고 제3자가 스스로 선의라는 점을 입증하여야만 허위표시의 무효로부터 보호받을 수 있다). 법률의 문구만 고려하면, 앞서 본(94면 참조) 증명주체의 변경에 따른 권리불발생표지가 만들어진 셈이다. 그러나 이러한 법률문구의 변경이 이러한 입증책임의 변경까지 고려한 것인지 여부에 대한 자료는 찾을 수 없다. 위 각 법률 문구의 변화를 살펴보면, 그 범규범의 의미를 좀 더 간결하고 명확하게 표현하는 방향으로 발전한 것이라고 생각된다. 법률문구가 축약되는 과정에서, 그 실제법적 의미전달기능은 향상되었으나 오히려 원래 입법목적인 제3자 보호의 취지가 더 약해지는 부작용이 발생한 셈이다. 이와 같이 생각한다면, 제3자 보호라고 하는 원래의 입법목적에 충실하게 하기 위하여 계약당사자로 하여금 제3자가 악의임을 입증하도록 하는 것이 바람직하다. 따라서 우리나라의 다수설 및 판례가 취하는 입증책임분배가 타당하므로, 제3자가 악의라는 주장은 계약당사자가 제3자에 대하여 주장하는 권리불발생항변이라고 보아야 한다. 즉 앞서 본 사례(143면 참조)에서 보면, 원고인 파산관재인(제3자)이 계약당사자 중 하나인 피고 회사를 상대로 대여금 지급청구를 하는 경우, 원고가 스스로 자신이 선의라는 점을 입증하는 것이 아니라, 원고는 제3자의 지위에 있음만을 증명하면, 피고가 원고가 악의임을 알았다는 점을 권리불발

생항변으로 주장하는 소송구조가 형성될 것이다.

다만 우리나라 대법원 판례는 이러한 입증책임분배를 하기 위한 수단으로 ‘추정’이라는 표현을 사용한다. 여기서 말하는 추정은 무엇을 의미하는가? 추정은 법률상 추정과 유사추정으로 구분되고, 유사추정 중에 잠정적 진실, 의사추정, 증거법칙적 추정이 있음은 앞서 본 바와 같다(74면 이하 참조). 이와 별도로 사실상 추정이라는 개념이 통상 사용되지만, 사실상 추정이라는 용어를 사용하는 것이 바람직하지 않다는 점도 앞서 밝힌 바와 같다. 이러한 추정의 종류에 비추어 보면, 대법원 판례가 말하는 추정은 별도의 명문으로 ‘추정’이라는 용어가 사용되지 않은 이상, 법률상 추정 및 유사추정이라고 볼 수 없고 단지 사실상 추정이라고 볼 수 밖에 없다. 그러나 사실상 추정은 객관적 입증책임의 분배를 변경할 수 없으므로, 객관적인 입증책임을 변경한 것과 같은 위 설시는 잘못된 것이다.

판례가 ‘제3자의 선의는 추정된다’는 이유로 제3자의 악의에 관한 입증책임을 계약당사자에게 지운 것에 관한 충분한 논거가 있는 것인지 여부는 알 수 없다. 다만 입법자가 입증책임을 분배할 경우 고려하여야 할 몇 가지 전형적인 입증책임분배의 실질적인 근거들을 고려하면, 제3자의 악의에 관한 입증책임을 계약 당사자에게 지운 결론은 타당하다고 생각된다.

먼저 추상적인 개연성 평가를 생각해 볼 수 있다. 만약 어떤 통정허위표시가 존재(앞서 본 대출계약)하는데 제3자가 허위표시임을 알면서 법률관계를 맺을 개연성과 알지 못하고 법률관계를 맺을 개연성을 비교해서, 대부분 경우 제3자로서는 통정허위표시임을 알지 못했을 것이라는 추상적 개연성이 인정된다면, 추상적인 개연성 평가가 제3자의 악의 주장을 권리불발생항변으로 구성할 수 있는 근거가 될 수 있을 것이다. 왜냐하면 입증책임규범은 진위불명을 극복하기 위한 것이고, 개연성이 낮은 법률요건표지(제3자 악의)가 진위불명인 경우에는, 그러한 법률요건표지가 존재하지 않는 것으로 처리하는 것이 그 판단이 진실에 부합할 가능성이 높기 때문이다. 생각건대, 허위표시가 이루어졌을 경우 위 허위표

시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺는 제3자가 허위표시임을 알았을 개연성은 매우 낮다³⁷⁵⁾. 허위표시임을 알면서도 법률관계를 맺으려는 사람은 정상적인 거래를 할 생각이 없다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 추상적인 개연성 평가는 허위표시의 무효를 주장하는 측(계약당사자)에서 제3자가 악의임을 주장 및 입증하도록 입장에 대한 근거를 제공한다.

다음으로 증거와의 거리를 살펴본다. 입증책임규범이 진위불명상태 극복을 위한 것임을 고려하면, 어떤 사실이 진위불명상태에 빠졌는데, 그러한 사실에 증거상 가까운 사람이 입증책임을 부담하도록 한다면(즉 당해 사실이 진위불명상태라면 부존재하는 것처럼 인정된다면), 증거상 가까운 사람은 진위불명의 곤란을 피하기 위하여 당해 증거를 제출할 동기를 갖게 될 것이다. 또한 증거상 가까운 사람이 증거를 제출하지 못한다면, 그러한 사실은 원래부터 존재하지 않는 것을 가능성이 높다. 따라서 증거제출에 필요한 노력과 수고를 경감하고 실체적 진실발견 및 소송경제를 위하여 증거에 가까운 사람으로 하여금 증거를 제출하도록 하는 것이 바람직하다. 그런데 증거와의 거리라는 관점에서 살펴보면 제3자가 허위표시에 근거한 법률관계를 스스로 형성한 이상 제3자가 스스로 자신이 악의가 아니라는 점, 즉 선의라는 점을 스스로 입증하도록 하는 것이 바람직할 수도 있다. 그러나 앞서 Prütting이 주의를 촉구한 것처럼(103면 참조) 증거와의 거리는 반드시 어떤 법률요건표지가 일방 당사자의 영역에서 실현된 것인 경우에만 입증책임분배에서 의미가 있다. 그런데 허위표시라는 현상에 관하여 보면, 이러한 허위표시는 반드시 일방 당사자의 영역에서 실현된 것은 아니다. 왜냐하면 허위표시를 하기 위해서는 허위표시를 한 양 당사자 측의 합의(앞서 본 예에서는 상호신용금고과 피고 회사)가 필요하므로, 허위표시라는 법률요건표지는 상호신용금고 측에서도 발생한 것이고, 피고 회사 일방에 국한시킬 수 없는 사건이다. 따라서 증거와의 거리라는 관점은 입증책임분배에 있어 중요한 의미를 갖지 못

375) 윤진수, 같은 글, 259면도 이 점을 지적한다.

한다.

부정적/소극적인 사항(Negative)에 대한 입증회피라는 관점은 입증책임분배의 실질적인 근거가 될 수 있다. 이러한 관점에 의하면 선의는 인식의 결여, 즉 부정적/소극적인 것으로서 입증이 곤란하므로, 제3자가 악의라는 점은 허위표시가 무효라고 주장하는 측에서 입증하여야 한다는 결론이 나온다.

일반적인 거래보호 및 법적 거래의 촉진이라는 관점에 의할 경우 당해 허위표시의 무효를 주장하는 측에서 제3자가 악의라는 점에 대하여 입증책임을 부담해야 한다. 프랑스 민법의 조문 문구처럼 일단 계약당사자가 아닌 제3자에 대하여 허위표시의 무효를 주장할 수 없고 다만 제3자가 악의인 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다고 하는 것이 제3자를 가장 두텁게 보호하는 것이고, 이것인 민법 제108조 제2항의 입법목적임은 앞서 본 바와 같으므로, 이러한 실질적 근거가 가장 중요시되어야 한다.

입증책임분배에 관한 전형적인 요소를 이와 같이 고찰해 보면, 제3자의 악의는 통정허위표시의 무효를 주장하는 계약당사자가 입증하도록 하는 것이 바람직하다. 즉 개별규범의 목적이나 입증책임분배의 실질적인 근거들(추상적인 개연성, 부정적인 사항의 입증회피, 거래보호 등)에 비추어 보더라도 제3자의 악의를 계약당사자가 입증하도록 하는 것이 바람직하다. 다만 판례와 같이 추정이라는 불분명한 근거제시를 하는 것 보다는, 민법 제108조 제2항의 법률해석을 하면서 직접 증명주체를 ‘제3자의 악의’로 변경함으로써 권리불발생표지를 형성하는 편이 더 적절한 방법이라고 생각한다.

2. 민법 제449조 제2항 채권양도금지특약

채권양도금지특약이 주로 문제되는 전형적인 사안은 다음과 같다. 임차인이 임대차보증금 반환채권을 사채업자에게 양도하고 채무자에게 채권양도통지를 마친 다음, 사채업자가 임대인을 상대로 위 임대차보증금 반환청구의 소를 제기한다. 이에 임대인은 임대차계약서에 명문으로 ‘임대차보증금 반환채권을 양도할 수 없다’는 명문의 규정이 있었다고 주장

하면서 채권양도금지특약의 항변을 한다. 사채업자는 임대차계약서에 조그맣게 기재되어 있어서 채권양도금지특약의 존재를 몰랐다고 주장하거나, 계약서를 직접 입수하지 못해서 채권양도금지특약의 존재를 몰랐다고 주장한다.

또는 기계부품제조회사가 기계제작회사에게 부품을 공급하여 부품대금채권을 가지고 있었는데, 사업이 어려워지자 위 부품대금채권을 다른 거래처에 양도하였다. 채권을 양수받은 거래처가 기계제작회사를 상대로 양수금 청구의 소를 제기하면, 기계제작회사는 위 거래대금채권에 대하여 양도금지특약을 했다고 주장한다. 이에 대하여 거래처는 그런 특약은 존재하지 않거나 알지 못했다고 주장한다.

민법 제449조 제2항은 ‘채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다’라고 규정하고 있다. 위 문구에 그대로 따른다면, 채권양수인이 원고로서 채무자에게 양수금 청구의 소를 제기하였을 경우, 피고인 채무자가 채권양도금지특약이 있었음을 권리불발생항변으로 주장하여야 하고, 이에 대하여 채권양수인인 원고는 자신은 채권양도금지특약이 존재한다는 점을 알지 못했다는 점을 권리불발생항변에 대한 불발생항변으로 제기하여야 한다.

그런데 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다8310 판결 등은 ‘채무자는 제3자가 채권자로부터 채권을 양수한 경우 채권양도금지 특약의 존재를 알고 있는 양수인이나 그 특약의 존재를 알지 못함에 중대한 과실이 있는 양수인에게 그 특약으로써 대항할 수 있고, (중략) 제3자의 악의 내지 중과실은 채권양도금지의 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·입증하여야 한다’라고 판시함으로써, 양도금지특약의 효력을 주장하는 당사자가 제3자의 악의 또는 중과실까지 주장, 입증하여야 한다고 본다.

이러한 판례의 태도에 대하여 ‘민법은 원칙적으로 채권의 양도성을 선언하고 있고, 다만 채무자의 특수한 사정을 고려하여 특약에 의한 양도성의 박탈을 예외적으로 허용하고 있으므로, 채무자는 이러한 법의 특전을 주장하기 위해 필요한 요건사실, 즉 특약의 존재와 양수인의 악의 또

는 중과실을 주장, 입증하여야 한다고 봄이 타당하다'고 하면서 판례를 지지하는 견해³⁷⁶⁾와 '민법 제449조 제2항은 민법 제449조 제1항(채권은 양도할 수 있다)에 대한 예외이고, 동조 제2항 단서는 동조 제2항 본문의 예외임이 제449조 범문의 형식과 구조에 의하여 명백하므로 양수인이 선의임을 양수인 측에서 주장·증명하여야 한다'는 견해³⁷⁷⁾가 대립한다.

그러나 대법원 판결은 무슨 근거로 조문과 다르게 입증책임규범을 도출한 것인지 명확한 근거를 제시하지 않았다.

채권양도금지 특약의 효력에 관하여는 물권적 효과설과 채권적 효과설의 대립이 있다³⁷⁸⁾. 물권적 효과설에 의하면 채권양도금지 특약은 채권에 관하여 양도가능성 자체를 박탈하는 물권적 효과가 있다고 본다. 반면 채권적 효과설에 의하면 채권양도금지 특약은 채권자와 채무자 사이에서만 효력이 있다. 우리 민법 제449조 제2항의 모태가 된 일본 민법 제466조 제2항의 해석에 관하여는 일본의 통설 및 판례는 물권적 효과설을 취하였다.³⁷⁹⁾ 그러나 일본의 경우 일본 최고재판소 판결³⁸⁰⁾ 이후 채권적 효과설이 지배적인 견해가 되었다.³⁸¹⁾ 생각건대 물권적 효과설을 관철할 경우 양도금지특약은 제3자에게도 효력이 있는 것이 원칙이므로 선의의 제3자도 보호할 필요가 없다. 그럼에도 민법 제449조 제2항은 양도금지특약이 선의의 제3자에 대하여 효력이 없다고 규정하고 있으므로, 물권적 효과설로는 설명되지 않는다. 또한 채권적 효과설을 관철할 경우 양도금지특약이 제3자에게 효력을 미칠만한 근거가 없다는 점에서 문제가 있다. 그러나 민법 제449조 제2항은 양도금지특약의 효력을 '대항력'의 문제로 해결하고 있으므로, 앞서 본 민법 제108조 제2항과 마찬가지로 대항력의 문제로 파악하는 것이 타당할 것이다. 양도금지특약 역시 계약의 상대성 원칙에 따라 제3자에게는 효력이 미치지 않지만, 양도금

376) 박효관, 채권양도금지 특약과 선의의 양수인, 판례연구 8집(1998년 1월), 부산판례연구회, 1998, 256면

377) 김선석, 증명책임의 연구 제2권, 육법사, 1995, 77면

378) 전원열, 채권양도금지 특약의 효력, 민사법학 제75호(2016년 6월), 169면, 참조

379) 전원열, 같은 글, 180면

380) 日最判 平成 21(2009년). 3. 27. 선고 平成 19年(す) 1280號

381) 전원열, 같은 글, 182면

지특약을 알고 있던 양수인에 대하여는 그 양도금지특약의 효력을 인정하더라도(즉 양도금지특약의 대항력을 인정하더라도) 문제될 것이 없다. 이와 같이 본다면, 위 조문의 목적은 양도금지특약의 효력을 보호할 필요가 없는 제3자, 즉 악의인 제3자에 대하여서만 그 효력을 미치게 하는 것이다. 따라서 채권양도금지특약의 효력을 주장하는 측에서 제3자의 악의를 입증하도록 입증책임분배를 하는 것이 타당하다.

다만 판례는 별다른 근거를 제시하지 않았으나 제3자가 선의로 추정된다는 취지의 설시를 하지 않았고 곧바로 ‘제3자의 악의는 채권양도금지의 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·입증해야 한다’고 설시하였는데, 이러한 설시는 법률해석을 통하여 증명주체를 조문과 반대로 악의로 변경시키는 방법으로 권리불발생표지로 만드는 방법을 사용했음을 보여주는 것이다. 이와 같이 법률해석으로 충분한 법규범의 목적을 달성할 수 있다면 명시적 입증책임규정의 흠결을 법의 흠결로 보고 법형성을 할 필요는 없다고 생각되므로, 이러한 판례의 태도가 타당하다.

이러한 해석론은 입증책임분배의 전형적인 관점들에 의하여도 충분히 뒷받침된다. 먼저 추상적인 개연성 평가의 관점을 본다. 만약 어떤 채권에 관하여 양도제한의 의사표시가 있는데(통상 임대차보증금반환채권의 경우 임대인이 위 보증금 반환채권이 양도되면 복잡한 법률관계가 발생하기 때문에 양도금지특약이 부동산자로 인쇄되어 있는 경우가 많다), 채권양수인이 이러한 양도금지특약을 알고 있음에도 채권양수계약을 하였을 개연성과 양도금지특약을 알지 못한 상태에서 채권양수계약을 하였을 개연성을 비교하여, 채권양수인이 양도금지특약의 존재를 알지 못한 상태에서 채권을 양수하였을 개연성이 더 크다면, 즉 대부분의 채권양수인이 양도금지특약을 알지 못한 상태에서 채권양수계약을 체결한 것이라면, 추상적인 개연성 평가가 제3자의 악의 주장을 권리불발생적으로 구성할 수 있는 근거가 될 수 있다. 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 입증책임규범은 진위불명을 극복하기 위한 것이고, 개연성이 낮은 법률요건표지(제3자의 악의)가 진위불명인 경우에는, 그러한 법률요건표지가 존재하지 않는 것으로 처리하는 것이 그 판단이 진실에 부합할 가능성이 높기 때

문이다. 생각건대, 채권양도금지특약이 이루어졌을 경우 채권양수인이 이러한 양도금지특약을 알지 못할 개연성이 더 크다고 보아야 한다. 특히 채권양도가 금지된 채권임을 잘 알거나 쉽게 알 수 있었음에도 위 채권을 양수하려는 당사자는 드물 것이고, 나아가 이를 알면서도 양수한 당사자는 굳이 보호할 필요가 없기 때문이다. 따라서 대부분의 채권양수인이 양도금지특약을 알지 못할 개연성이 크다고 할 것이므로, 채권양수인이 악의라는 점에 대하여 채권양도금지특약에 따라 채권양도가 무효라고 주장하는 측에서 입증책임을 부담하여야 한다.

부정적인 사항(Negative)에 대한 입증회피라는 관점은 입증책임분배의 실질적인 근거가 될 수 있다. 앞서 본 바와 같이 이러한 관점에 의하면 선의는 인식의 결여, 즉 부정적인 것으로서 입증이 곤란하므로 채권양도금지특약이 유효라고 주장하는 측에서 제3자가 악의라는 점을 입증하여야 한다는 결론이 나온다.

이러한 고찰을 종합하여 보면, 추상적인 개연성 및 부정적인 사항에 대한 입증회피 등의 일반적인 관점이 양도금지특약에 관한 판례의 입증책임분배를 지지할 것이다.

3. 준소비대차계약에서 구(舊) 채무의 존재

민법 제605조(준소비대차)는 ‘당사자 쌍방이 소비대차에 의하지 아니하고 금전 기타의 대체물을 지급할 의무가 있는 경우에 당사자가 그 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 때에는 소비대차의 효력이 생긴다’고 규정한다(강조부분은 이 글에서 추가된 것이다). 위 조문의 문구에 의하면 피고가 준소비대차계약의 효력을 다투면서 ‘금전 기타의 대체물을 지급할 의무가 없었다’(즉 구채무의 부존재)고 주장할 경우 이러한 주장은 민법 제605조의 법률요건표지 중 일부가 실현되지 않았다고 주장하는 단순부인에 불과하다.

그런데 일본 최고재판소는, 우리 민법 제605조와 거의 유사한 내용을 가진 일본 민법 제588조³⁸²⁾의 해석과 관련하여, 구 채무의 부존재는 위 준소비대차계약의 효력을 다투는 피고 측에서 주장·입증하여야 한다고

판시함으로써 권리불발생항변으로 파악하는 설시를 한 바 있다.³⁸³⁾ 일본에서도 구 채무의 존재에 대하여 채권자가 입증책임을 부담한다는 견해, 구 채무의 부존재에 대하여 채무자가 입증책임을 부담한다는 견해로 나뉘고, 채무자가 입증책임을 부담하는 견해도 그 근거에 관하여 ① 준소비대차에 관한 합의의 성립에 대하여 입증책임을 전환을 인정하는 견해, ② 입증의 난이도를 기준으로 하여 공평의 관념에서 근거를 구하는 견해, ③ 구채무의 부존재를 원시적인 불발생적 항변사유로 보는 견해 등이 있다.³⁸⁴⁾ 이러한 판례의 태도 및 판례의 입장에 찬성하는 견해들(즉 준소비대차계약의 채무자가 기존 채무의 부존재에 대한 입증책임을 부담한다는 견해)의 구체적인 논거는 다음과 같다.³⁸⁵⁾ ① ‘준소비대차계약을 체결할 경우 당사자의 의사는 종전의 법률관계를 가장 최근의, 간명한 소비대차로 바꾸어 법률관계를 단순화하려고 하는 것이므로, 구 채무 증서는 차주에게 반환하는 것이 일반적인데, 나중에 이미 채무증서를 반환한 채권자로 하여금 구 채무가 준소비대차계약 체결 당시 유효하게 존재하고 있었다는 점을 입증하라고 하는 것은 가혹하다’ ② ‘채권자에게 구 채무의 성립까지 입증하는 것을 요구하지 않는 것이 준소비대차계약 당시 당사자의 의사이다’ ③ 사안에 따라서는 ‘단순히 변제기를 연장하는 경우까지 준소비대차라고 하는 경우’도 있지만, ‘어쨌든 준소비대차라고 하는 형태로 합의한 이상, 결국 형식이 힘을 발휘하는 것이므로, 합의의 효력을 다투는 쪽에서 구채무의 부존재를 입증하여야 한다’고 한다.

반면 규범설을 주장하는 倉田卓次(쿠라타 타쿠지)는 위 법조문대로 준

382) 일본 민법 제588조: 소비대차에 의하지 않고 금전 기타 물건을 급부할 의무를 부담하는 자가 있는 경우 당사자가 그 물건을 소비대차의 목적으로 하기로 약정한 때에는 소비대차는 그로 인하여 성립된 것으로 간주한다(이 글에서 번역한 것임).

383) 日最判 昭和 43年(1968) 2月 16日 昭和 42年 (オ) 第687号, 民集 22卷 2号 217 頁

384) 村上博巳, 證明責任の研究, 有斐閣(1975), 183頁 참조

385) 村松俊夫, 準消費貸借での目的たる債務の存否の立證責任, 判例時報 519號 (1968 年, 判例評論114), 判例時報社, 233頁, 賀集唱, 準消費貸借における舊債務存否に關する立證責任, 判例タイムズ 223號 70頁, 倉田卓次, 民事實務と證明論, 日本評論社 (1987), 209頁에서 재인용

소비대차계약의 효력을 주장하는 채권자 측에서 구 채무가 유효하게 존재한다는 점을 입증하여야 한다고 주장하였다.³⁸⁶⁾ 그 근거는 다음과 같다. 구 채무의 존재는 법률상태로서 민법 제588조의 법률효과를 위한 선결적 법률관계이다. 어떤 권리 또는 법률관계가 법규의 법률요건으로서 선결적 관계에 있다고 하더라도, 그 권리 또는 법률관계를 주장하는 측에서 권리발생적 사실을, 그 상대방이 권리불발생적·권리소멸적·권리연기적 사실에 관하여 각 입증책임을 부담한다.³⁸⁷⁾ 다만 (1) 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 추정이 작동하는 경우에는, 추정을 다투는 자는 권리발생사실의 존재뿐만 아니라 권리소멸사실 및 권리불발생사실의 부존재를 증명해야 하고, (2) 일정 시점에서 혹은 일정 기간 중 권리 또는 법률관계의 존재가 법규의 법률요건으로 명시된 경우에도 그 법률효과를 주장하는 자는 권리발생사실 뿐만 아니라 권리불발생사실, 권리소멸사실의 부존재를 증명해야 한다는 예외가 있다.³⁸⁸⁾ 준소비대차에서 구 채무의 존재는 선결적 권리 또는 법률관계이지만, 법문상 구 채무가 존속할 것을 요구하므로 이 2번째 예외에 해당한다. 따라서 구 채무가 그 자체로 소송물로서 소구되는 경우와는 달리 준소비대차의 구 채무로서 주장되는 경우에는, 채권자(貸主)가 권리발생사실 뿐만 아니라 구 채무에 관한 권리소멸사실의 부존재 및 권리불발생사실의 부존재까지 입증해야 한다는 것이다.

다만 倉田卓次는 이러한 일본 판례의 입장에 대하여 Rosenberg의 영향을 받은 것이 분명한 독특한 간접반증이론을 제시하였는데 많은 비판을 받았다. 즉, 倉田卓次の 견해에 의하면, 준소비대차계약을 체결함으로써 새로운 차용증서를 작성하는 것이 보통인데, 이러한 새로운 차용증서는 새로운 채무에 대하여는 직접 증거로 작용하지만, 구 채무에 대하여는 구 채무의 존재를 강력하게 추정하는 간접증거가 되므로, 구 채무의 부존재를 주장하는 피고 측에서 간접반증으로 위 구 채무의 부존재를 주

386) 倉田卓次, 民事實務と證明論, 日本評論社(1987), 209頁

387) 倉田卓次는 선결적 권리관계에 관한 Rosenberg의 주장(Rosenberg S.145)을 그 대로 반복한다.

388) 이 또한 Rosenberg의 주장과 같다(Rosenberg S.146).

장 및 입증하여야 한다는 것이다.³⁸⁹⁾ 이에 대하여 石田穰(이시다 미노리)는 ① 새로운 증서의 작성에 의하여 구 채무에 관하여 변제의 부존재나 구 채무의 성립요건사실의 존재가 사실상 추정된다, ② 따라서 상대방은, 구 채무에 관하여 변제가 이루어졌다거나 구 채무가 성립하였다는 사실에 대하여 단순히 반증을 제출하면 충분하고, 구 채무가 변제되었다거나 구 채무의 성립요건사실이 부존재한다는 점을 입증할 필요는 없다, ③ 그럼에도 倉田卓次는 간접반증의 이름을 빌려 구 채무가 성립하지 않았거나 변제로 소멸하여 준소비대차계약 당시 존재하지 않았다는 점을 입증하도록 함으로써 입증책임의 분배를 자의적으로 변경하였다고 비판한다.³⁹⁰⁾

한편 우리나라에서는 이 쟁점에 관하여 판단한 대법원 판례는 없는 것으로 보이고 단지 강학상의 다툼이 존재할 뿐이다. 우리나라에서도 구 채무의 존부에 관하여는 준소비대차계약의 효력을 주장하는 자가 기초가 되는 채무의 존재에 대하여 입증책임을 지는 것이 아니라, 그 부존재를 사유로 하여 준소비대차계약의 효력을 다투는 자가 그 사실에 대한 입증책임을 진다는 견해³⁹¹⁾와 倉田卓次와 같은 이유로 민법 제605조의 규정 형식, 위 구 채무의 존재는 소비대차의 ‘금전교부’에 대응하는 요건인 점 등에 비추어 준소비대차의 효과를 주장하는 원고가 구 채무의 발생원인사실에 대한 입증책임을 부담하여야 한다는 견해³⁹²⁾가 대립한다.

민법 제605조에서 정한 준소비대차는 예컨대 종전에 존재하던 복수의 채무를 모아 한 개의 채무로 하거나 새로운 차용증서를 작성하여 채권채무관계의 명확화를 기하고 또 거기에 보증을 붙이거나 새로이 채무지급 방법을 정하는 등 채권자의 소구 편의를 위해 체결하는 경우가 많다. 따라서 준소비대차는 당사자들의 편의를 위하여 인정되는 제도이다.³⁹³⁾ 이

389) 倉田卓次, 前掲, 216頁

390) 石田穰, 前掲 證據法の再構成, 52頁

391) 민법주해[X V] 채권(3), 박영사(2002), 14면(김황식 집필부분)

392) 최진수, 같은 책, 616면, 양상훈, 소비대차와 준소비대차 및 임대차에 관한 증명책임의 몇가지 문제, 재판자료 제26집(1985), 법원도서관, 236면

393) 민법주해[X V] 채권(3), 박영사(2002), 12면(김황식 집필부분)

러한 준소비대차계약의 취지 및 민법 제605조의 규범목적에 비추어 보면, 채권자의 권리행사편의가 우선적으로 고려되어야 한다. 준소비대차가 소비대차관계를 단순화시켜 채권자의 권리행사를 쉽게 하기 위하여 인정되는 제도라면, 채권자로 하여금 구 채무의 존재까지 입증하여야 신채무를 소구할 수 있다고 한다면, 권리행사를 쉽게 하고자 하는 위 제도의 취지에 반한다.³⁹⁴⁾ 따라서 채무자로 하여금 구채무의 부존재를 입증하도록 하는 것이 위 규범의 목적에 부합한다.

추가적으로 입증책임분배의 실질적 근거를 살펴보면 다음과 같다.

먼저 추상적인 개연성 평가의 관점을 본다. 만약 어떤 준소비대차계약이 체결되었는데 구 채무가 존재하는 경우가 구 채무가 존재하지 않음에도 준소비대차계약이 체결된 경우를 비교하여 대부분의 경우에 준소비대차계약이 체결된 경우에는 구 채무도 존재하였다고 인정할 수 있다면, 추상적인 개연성 평가는 구 채무의 부존재를 권리불발생적으로 구성하는 근거를 제공해 줄 수 있다. 왜냐하면 입증책임규범은 진위불명을 극복하기 위한 것이고, 개연성이 낮은 법률요건표지(여기서는 구채무의 부존재)가 진위불명인 경우에는, 그러한 법률요건표지가 존재하지 않는 것(구채무가 존재함)으로 처리하는 것이 그 판단이 진실에 부합할 가능성이 높기 때문이다. 생각건대, 그 전제가 되는 구 채무가 존재하지 않음에도 준소비대차계약이 체결될 가능성은 매우 낮다. 그러나 이러한 개연성 평가는 실제 입증책임분배를 결정함에 있어 별 도움이 되지 못한다. 만약 구 채무가 존재하지 아니함에도 준소비대차계약이 체결되었다면, 이는 채권자 및 채무자가 모두 이러한 사정을 잘 알면서도 이러한 계약체결에 합의하였기 때문이다. 따라서 구 채무가 존재하지 아니함에도 준소비대차계약의 체결에 응한 채권자 및 채무자는 모두 그러한 외관 작용(준소비

394) 이 점을 지적하는 견해로는 賀集唱, 準消費貸借における舊債務成否の主張立證責任, 民事實務ノト 第1卷 判例タイムズ社(1971年), 123頁, 나아가 賀集唱는 어음금 소송에서 원고로 하여금 어음의 원인관계에 대한 사항은 아예 소장에서 기재하지 않도록 하고, 나아가 어음이 유효한 원인관계에 의하여 발생하였다는 점도 주장 및 입증할 필요가 없도록 하는 것은, 어음에 의한 권리행사를 쉽게 하기 위함인데, 준소비대차도 같은 관점에서 파악해야 한다는 점을 지적한다(前掲, 125頁).

대차계약서의 작성)에 책임이 있으므로, 이를 일방에게 불리하게 돌리는 것은 불공평하기 때문이다.

증거와의 거리라는 관점을 살펴보면, 통상 차용증과 같은 채무증서는 채권자가 보유하고 있을 것이므로 구 채무에 대한 채무증서 역시 채권자가 보관하고 있을 가능성이 높다. 따라서 채권자 측에서 구 채무의 존재에 대한 입증책임을 부담하여야 한다고 볼 수 있다. 다만 위 준소비대차계약 체결 당시 구 채무를 소멸시키는 의미에서 채권자가 채무증서를 반환하거나 폐기하였을 가능성이 있으므로³⁹⁵⁾, 증거와의 거리는 입증책임 분배에 관한 실질적인 근거를 제공한다고 보기 어렵다.

‘사회적 약자보호’라는 관점을 본다. 채무자가 사회적 약자이고 채권자가 사회적 강자라는 도식 안에서 살펴본다면 사회적 약자인 채무자를 보호하기 위하여 채권자의 권리행사를 어렵게 만드는 것이 타당할 것이다. 일본에서는 현실적으로 사채업자들은 채무자들이 일부 채무를 변제하더라도 영수증을 발행하지 않기도 하고, 준소비대차계약을 체결하더라도 구 채무증서를 돌려주지 않는 경우가 많다는 점을 들어 약자인 채무자 보호를 위하여 채권자가 구 채무의 존재를 입증해야 한다는 점도 제시된다.³⁹⁶⁾ 그러나 채무자가 반드시 약자이고 채권자가 사회적 강자라는 도식은 성립하지 않는다. 특히 대여금 명목으로 거액을 차용한 후 갚지 않는 사기의 범행, 즉 차용금 사기의 사례를 보면 채무자가 사기죄로 처벌받더라도 돈을 갚지 않겠다는 자세, 즉 소위 ‘몸으로 때우겠다’는 자세로 나오면 채권자로서는 대여금을 돌려받을 길이 없다. 나아가 이와 같은 방식으로 돈을 빌린 후 재산은 타인 명의로 취득한 후 갚지 않는 악성 채무자들도 다수 존재한다. 나아가 사회적 약자인 채무자를 보호하기 위하여 채권자의 권리행사를 어렵게 만들어야 한다는 것은 위 민법 제605조의 입법취지에 정면으로 반하는 것이기도 하다. 따라서 이러한 관점은 받아들일 수 없다.

이러한 고찰을 종합하여 보면, 입증책임분배의 실질적 근거라는 측면

395) 일본의 학설 중 공평설의 근거라고 한다. 村上博巳, 前掲 184頁

396) 村上博巳, 前掲 184頁

에서 본다면, 법률문구와 반대로 채무자로 하여금 구 채무가 부존재한다는 점에 대한 입증책임을 부담하도록 할 만한 충분한 근거는 존재하지 않는다. 즉 추상적인 개연성 평가, 증거와의 거리, 사회적 약자보호 등의 입증책임분배의 실질적 근거들은 위 조문 해석에서 큰 설득력을 발휘하지 못한다. 그러나 권리관계의 단순화를 통한 채권자의 권리행사편의를 위한다는 위 법률조문의 입법목적은 고려한다면, 법률문구와 반대로 채무자로 하여금 구 채무가 부존재한다는 점에 대한 입증책임을 부담하도록 위 문구를 해석하는 것이 바람직하다. 이와 같이 본다면, 이러한 구채무의 부존재라는 항변은 법률해석을 통한 증명주체 변경의 방법으로 권리불발생표지가 형성된 경우라고 볼 수 있다.

4. 상호속용

상법 제42조 제1항은 ‘영업양수인이 양도인의 상호를 속용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다’고 규정한다.

이 경우 제3자(채권자, 원고)가 상호를 속용하는 영업양수인(피고)을 상대로 양도인의 채무를 변제할 것을 청구하는 경우, 상호속용 영업양수인(피고)이 원고가 지급을 구하는 양도인의 채무는 영업으로 인한 채무가 아니라고 주장한다면, 위 주장은 부인인가?

위 법률의 문구에 의하면 원고가 채무의 영업관련성을 입증하도록 되어 있으나, 상법 제47조 제2항은 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다고 규정하고 있으므로, 피고 측에서 영업으로 인한 채무가 아님을 입증해야 한다고 본다.³⁹⁷⁾ 이러한 추정은 추정기반사실이 없으므로 진정한 법률상 추정은 아니고 유사추정 중 잠정적 진실에 해당된다. 개인상인의 경우 영업을 위한 행위인지가 반드시 명확한 것이 아니므로 거래의 안전을 도모하기 위하여 상법 제47조 제2항이 규정된 것이고, 따라서 보조적 상행위가 아니라고 주장하는 자가 그 행위가 영업을 위하여

397) 주식 상법 [총칙·상행위편], 제3판, 한국사법행정학회, 2003년, 326면 [손주찬 집필부분]

한 것이 아님을 증명하여야 한다.³⁹⁸⁾

이와 같이 본다면, 원고가 구하는 채권이 영업에 관련된 것이 아니라
는 피고의 주장은 입증책임 특별규정에 의한 권리불발생항변이다.

제4절 법률에 명문의 문구가 없는 경우

이번 절에서는 법률에 명문의 문구가 없는 경우를 다루어 보기로 한다.

1. 배타적 사용수익권 포기 주장

민법상 부당이득반환청구 중 전형적인 유형 중 하나가 국가나 지방자치단체가 개인 소유의 토지를 오랜 기간 동안 도로로 점유할 경우 토지 소유자가 토지 점유자인 국가나 지방자치단체를 상대로 차임 상당 부당이득금 반환청구를 하는 경우이다. 이러한 사건들에서 피고인 국가나 지방자치단체는 소를 제기한 원고 이전의 소유자들이 위 도로로 점유되는 토지에 관한 배타적 사용수익권을 포기하였다고 주장하는 경우가 대부분이다. 즉 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결은 ‘국가나 지방자치단체가 종전부터 일반공중의 교통에 사실상 공용되거나 또는 공용되지 않던 사유지상에 도로법이나 도시계획법 등의 법상의 절차와는 별도로 사실상 필요한 공사를 하여 도로로서의 형태를 갖춘 다음 그 토지를 여전히 또는 비로소 일반의 교통에 공용하는 경우에 토지소유자가 스스로 그의 토지를 도로로 제공하여 일반인들에게 무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여하였다면 그로서는 당해 토지를 위와 같이 도로로 개설하여 점유관리하는 국가나 지방자치단체에 대하여 불법점유를 이유로 한 부당이득반환청구나 불법행위에 기한 손해배상청구 등을 할 수 없다 할 것이나, 그와 같은 도로의 임의제공행위가 있었다고 하기 위하여는 토지소유자가 국가나 지방자치단체에 그 토지를 기부채납하는 등의 명시적인 의사표시를 하였다거나, 자기소유의 토지를 택지로 분할매각하면서 그 택지의 효용을 높이기 위하여 일부토지를 스스로 도로로 제공하

398) 같은 책, 442면

는 경우와 같이 적어도 제반사정에 비추어 그 사용수익의 포기 내지 도로로서의 사용승낙의 의사표시를 명백히 한 것으로 인정될 수 있는 경우이어야 하고, 그렇지 아니하고 단순히 토지의 위치, 환경때문에 주민들이 자연스럽게 그 토지를 통행로로 이용하고 있는 것을 방치한 채 다른 형태의 사용수익을 일시하지 않고 있는 상태에 있을 뿐이라든지, 또는 국가 등의 도시계획결정의 고시로 말미암아 도시계획법 제4조 등의 규정에 의하여 그 토지에 대한 건축허가 등이 규제되고 토지소유자로서는 그 토지를 사실상 사용·수익할 수 없게 됨으로써 다른 토지들을 처분하기 위한 방편으로 그 토지를 제외하고 나머지 토지를 분할매각한 결과, 그 토지가 인근주민들의 사실상의 통행로로 사용되기에 이른 경우 등에는 위와 같은 토지의 사실상의 이용 또는 분할매각의 사실만으로 바로 소유자가 그 토지를 도로로 제공하였다거나 소유자로서의 사용수익을 포기하였다고 단정하기는 어렵다'고 판시하였다.

이러한 배타적 사용수익권 포기 주장을, 부당이득반환청구의 법률요건 '법률상 원인의 흠결', '이득', '손실', '이득과 손실의 인과관계' 중 '손실' 및 '이득과 손실의 인과관계'에 대한 부인으로 보는 견해가 주장될 수 있다. 즉 종래 판례(대법원 1989. 2. 28. 선고 88다카4482 판결 등 참조)는 위 개념을 '지방자치단체의 점유 인정 여부' 판단과 결부시켜, '토지 소유자가 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하였다고 판단될 경우, 지방자치단체가 그 토지를 점유·관리한다고 볼 수 없다'고 판시하여, 지방자치단체의 점유가 결여되었음을 이유로 부당이득반환청구의 성립을 부정하여 왔다. 그러나 대법원 1991. 7. 9. 선고 91다11889 판결은 '토지 소유자가 소유자로서의 배타적 사용수익권을 포기 또는 상실한 사실이 있다면 지방자치단체의 점유로 인하여 토지 소유자에게 어떤 손실이 생긴다고도 할 수 없으므로 그 점유로 인한 부당이득의 반환을 청구할 수 없다'고 판시하였다. 이로써 종래 소유자의 배타적 사용수익권의 포기를 이유로 점유 자체를 부정하던 태도를 바꾸어, 사용수익권 포기와는 별도로 지방자치단체의 점유 여부를 먼저 판단한 후, 점유가 인정되면, 다시 소유자의 배타적 사용수익권의 포기가 있었는지 여부를 판단하

여, 이를 부당이득의 또 다른 요건인 ‘타인에게 손해를 가하였을 것’이라는 요건의 충족 여부의 문제로 취급하게 되었고, 그 이래로 위 입장이 대법원의 주류적 견해가 되었다.³⁹⁹⁾ 이러한 판례의 태도를 ‘소유자에 의한 배타적 사용수익권 포기가 인정되면, 점유를 하더라도 소유자에게 손실이 발생하지 않거나, 손실과 이득(점유) 사이에 인과관계가 없다’는 것으로 새긴다면, 배타적 사용수익권 포기 주장을 손실 및 인과관계에 대한 이유부 부인으로 볼 수도 있다. 나아가 배타적 사용수익권 포기 사실을 손실과 인과관계에 대한 간접반증으로 보는 견해도 주장될 수 있다. 즉 일단 타인이 제3자 소유의 토지를 점유할 경우 손실 및 인과관계가 일응 추인되지만, 만약 배타적 사용수익권 포기 사실이 인정되면, 점유 사실만으로 손실발생 및 인과관계의 존재를 더 이상 추인할 수 없게 된다는 이론구성도 가능할 것이다.

그러나 배타적 사용수익권 포기 주장은, 대법원 판례를 통하여 별도로 형성된 독자적인 법리에 의한 것이고, 그 법률요건은 부당이득반환의 청구원인사실(가령 도로 점유 사실)과는 전혀 중복되지 않는 새로운 사실(가령 도로 점유 개시 당시의 토지 분할과정 등)이라는 점에서 이유부 부인이라고 볼 수 없다.⁴⁰⁰⁾ 나아가 대법원 판례의 위 설시를 ‘타인에게 손해를 가하였을 것’이라는 법률요건의 충족 여부에 관한 것이라고 보더라도, 배타적 사용수익권 포기 주장을 권리불발생항변으로 볼 수 있다. 왜냐하면 모든 권리불발생항변은 권리발생사실과 관련되어 있기 때문이다. 앞서 본 상호속용(165면 참조)의 예를 들자면, 상호속용을 한 영업양수인에 대한 영업과 관련된 채권의 이행청구를 할 경우 상대방(상호속용

399) 김민정, 사실상 도로로 사용되는 토지에 대한 소유자의 배타적 사용수익권의 포기란 무엇이고, 토지의 특정승계인에게는 어떤 효력이 있는가, 재판실무연구(2010년 1월), 광주지방법원, 74면

400) Rosenberg는 다툼이 있는 주장을, 청구원인에 관한 삼단논법 안에 피고가 내세우는 형태로 파악하거나 원고가 주장했어야 하는 형태로 집어넣고, 만약 그 주장이 청구원인에 대한 3단 논법에서 아무런 역할을 하지 않는 경우, 즉 그것이 청구원인사실을 뒷받침하거나 배척할 능력을 갖지 않는 경우에는 피고의 입증책임에 속하는 것이라고 주장하면서 이유부 부인과 항변의 구별방법을 제안하였다(Rosenberg S.247).

을 한 영업양수인)은 당해 채권이 영업과 관련 없는 것임을 권리불발생 항변으로 증명하여야 한다.

나아가 간접반증은 순수한 사실인정에서만 문제되는 것인데, 이 경우에는 배타적 사용수익권 포기라는 법률적 평가가 손실 및 인과관계라는 또 다른 법률적 평가에 영향을 미치는 것이므로 간접반증에 해당되지 않는다.

이러한 배타적 사용수익권 포기사실이 인정된다면, 원고의 부당이득반환청구권의 발생이 방해를 받아 발생하지 않게 되므로, 개념 자체로 보아 권리불발생항변으로 보아야 한다. 권리소멸규정과 권리불발생규정은, 권리소멸규정은 언제나 권리발생규정의 법률요건표지보다 나중에 발생한 것⁴⁰¹⁾인 반면, 권리불발생규정은 당사자가 주장하는 권리발생요건의 표지가 완전히 실현되기 전에 당해 법률요건표지가 존재하여야 한다는 점⁴⁰²⁾에서 구별된다는 점을 고려하면, 이러한 배타적 사용수익권 포기 주장은 언제나 원고가 주장하는 부당이득반환청구권의 법률요건표지인 피고 국가 및 지방자치단체의 무단 점유라는 사실이 발생하기 이전에 원고 이전의 소유자가 배타적 사용수익권을 포기하였다는 것임이 명백하므로, 이러한 개념적 요소에 비추어 보아 권리불발생항변임이라고 볼 수 있다.

2. 변제의 건련성에 관한 다툼

다음의 사례를 본다. 원고는 원고가 원고의 지인 A를 통하여 알게 된 피고에게 수차례에 걸쳐 2억 5,000만 원을 대여하였다고 주장하면서, 피고를 상대로 대여금 청구의 소를 제기하였다. 피고는 이에 대하여 원고에게 위 대여금을 모두 변제하였다고 항변한다. 원고는 피고로부터 2억 5,000만 원을 지급받은 사실은 인정하지만, 위 돈은 위 대여금의 변제금으로 받은 것이 아니라, 피고가 원고를 통하여 지인 A에게 별도로 2억 5,000만 원을 대여하는 과정에서 원고가 전달자로서 건네받은 것이라고

401) Rosenberg S.120

402) Rosenberg S.122

주장한다. 만약 A가 소재불명이고 다른 증거자료도 없는 경우 변제의 효력은 인정되어야 하는가?

실체법상 변제로서의 효력이 발생하기 위해서는 첫째 급부가 주체, 객체, 시기, 장소의 점에서 채무의 내용에 적합하여야 하고, 둘째 급부가 당해 채무에 관하여 이루어져야 한다.⁴⁰³⁾ 급부가 당해 채무에 관하여 이루어진 것이라는 점에 관한 입증책임에 대하여는 채무소멸의 효과를 주장하는 자, 채무자 측이 부담한다는 견해(채무자설)와 변제의 효과를 다투는 자, 즉 채권자가 측이 부담하는 견해(채권자설)가 나뉜다.

가. 채무자설

채무자설을 주장하는 Leonhard의 주장은 다음과 같다.⁴⁰⁴⁾ 각 변제는 채무자의 일방적인 총당지정(Tilgungsbestimmung)을 포함하는데, 이러한 총당지정에 따라 어떤 급부가 바로 당해 채무의 변제를 위한 것임이 정해진다. 이러한 총당지정이 묵시적으로 이루어지는 경우에도 이러한 총당지정은 채무자가 입증하여야 한다. 이것은 하나의 채무만이 존재하는 경우에 특히 그러하다. 따라서 이 경우 채무자는 이러한 총당지정에 장애가 되는 사항이 존재하지 않는다는 점(Negative)도 증명하여야 한다. (중략) 채무자가 아무런 말없이 변제하였다는 점으로부터 묵시적인 총당지정이 도출될 수 있다. 이 경우에도 채무자는 묵시적인 총당지정에 장애되는 사항이 존재하지 않는다는 점(Negativ)에 대하여도 증명하여야 한다.

채무자설을 주장하는 Rosenberg의 주장은 다음과 같다.⁴⁰⁵⁾ 채무자는 이행이 완전하게 그리고 정당하게 이루어졌다는 점을 증명하여야 한다. (중략) 원칙적으로 급부(Leistung)의 인도(Hingabe)와 수령(Annahme)에 관한 채권자와 채무자 간의 의사합치(Einverständnis)가 필요한데, 채무자는 이러한 의사합치에 대하여도 증명하여야 한다. 따라서 어떤 급부의 성질에 관하여 당사자 간에 다툼이 생겨 피고가 급부가 당해 채무의 변

403) 김선석, 증명책임의 연구 제2권, 박영사, 1995년, 100면, 최진수, 요건사실과 주장증명책임[제4판], 진원사, 2015, 509면

404) Leonhard S.358

405) Rosenberg S.344

제에 충당된 것이라고 주장하고 원고는 그 급부가 피고의 전체 채무의 담보 제공을 위하여 이루어진 것이라고 주장하는 경우 피고가 위 의사합치에 대한 입증책임을 부담한다.

다만 Rosenberg는, ‘채무자가 주장한 급부가 채권자의 채무자에 대한 다른 채무의 변제와 관련된 것이라고 채권자가 주장하는 경우, 채권자가 다른 채무의 존재를 입증하여야 하는데, 만약 채권자가 이러한 다른 채무의 존재를 입증하는 데 실패하면, 청구채권의 소멸이 확정된다’고 주장한다.⁴⁰⁶⁾

일본 최고재판소는 ‘변제의 사실을 주장하는 자에게 있는 변제에 대한 입증책임은, 일정한 급부가 이루어진 것 및 그 급부가 당해 채무의 이행으로서 이루어진 것임을 입증하여야 비로소 충족된다고 할 것이므로, 법원은 일정한 급부가 이루어진 사실이 인정된다고 하더라도, 그것이 당해 채무의 이행으로 이루어졌다는 사실이 증명되지 않는 한 변제의 점에 대한 입증이 없다고 하여 위 변제항변을 배척할 수 있다’고 판시한 바 있다.⁴⁰⁷⁾

민법 주해 역시 ‘이미 채무를 부담하고 있는 자가 채무내용에 적합한 행위를 하는 때에는 특히 별단의 의사가 표시되지 않는 한, 그 채무의 변제로 된 것이라고 보는 것은 통상적이고, 변제충당에 관한 민법 제476조 제1항⁴⁰⁸⁾의 규정도 변제자의 지정을 우선하고 있으므로 먼저 채무자가 급부를 함에 있어 어떠한 지정을 하였는지부터 입증되어야 한다’는 등의 이유로 채무자설이 타당하다고 본다.⁴⁰⁹⁾

나. 채권자설

채권자설의 논거는 다음과 같다. 첫째, 급부와 채무의 결합은 항상 문

406) A.a.O.

407) 日最判 昭和 30(1955), 7. 15. (民集 9, 1058), 김선석, 같은 책, 101면에서 재인용

408) 민법 제476조(지정변제충당) ① 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제의 제공이 그 채무전부를 소멸하게 하지 못하는 때에는 변제자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 그 변제에 충당할 수 있다.

409) 민법주해[XI], 채권(4), 박영사, 1995, 30면, 김대휘 집필 부분

제가 되는 것이 아니라, 당사자가 변제충당을 위하여 특히 자기에게 유리한 변제를 주장하는 경우 이외에는 그다지 문제가 되지 않는다.⁴¹⁰⁾ 일정 금액의 채무를 변제하여야 하는 채무자가 변제기 후에 채권자에게 같은 액수의 금전을 지급하였다고 한 경우 별개의 소비대차나 임차 등 다른 목적으로 지급한 경우도 생각할 수 있으나 매우 이례적인 경우에 속한다.

둘째, 채무자가 같은 종류의 급부를 목적으로 하는 수개의 채무를 부담하고 있는데 실제 이행한 급부가 모든 채무를 소멸시키기에 부족한 경우, 즉 변제충당이 문제되는 경우에는 민법의 변제충당의 규정이 적용되기 때문에, 채무자가 변제의 효과를 주장할 때 급부와 채무의 결합을 적극적으로 주장·입증하여야 한다는 원칙은 이미 깨진 것이다.⁴¹¹⁾

셋째, 변제의 법률적 성질을 준법률행위라고 볼 경우 급부와 채무의 견련관계(어떤 급부가 당해 채무와 관련하여 이루어졌다는 점)는 소극적인 의미에서만 요건사실이 되는 것이므로 채권의 소멸하는 자가 급부의 실현하는 채무자의 행위가 있다는 것과 그 급부가 채무의 본지에 따른 것이라는 점을 주장, 입증하여야 하고, 이에 대하여 채권의 소멸을 다투는 자가 채무자가 변제 이외의 목적을 위하여 급부행위를 하는 의사를 표시하였다는 점을 주장, 입증하여야 한다.⁴¹²⁾

살피건대, 채무자설에 의할 경우, 채무자인 피고가 자신이 원고에게 지급한 돈이 원고의 대여금 채무의 변제를 위하여 지급된 것이라는 점을 입증하여야 하고 이러한 견련성이 있다고 평가할 만한 사실자료를 제출하지 못하면 변제로서의 효력이 인정되지 않는다.

반면 채권자설에 의할 경우, 채권자가 위 돈이 변제명목으로 지급된 것이 아니라 다른 명목으로 지급된 것임을 증명하여야 한다. 따라서 변제명목으로 지급된 것이라는 점에 대한 충분한 사실자료가 제출되지 않

410) 山木寬, 辨濟充當の主張立證責任, 民事法の諸問題 II 79頁, 김선석, 같은 책 102면에서 재인용.

411) 곽현수, 변제에 대한 증명책임, 재판자료 26집, 법원도서관, 1985, 202면

412) 김선석, 같은 책, 104면

으면 변제의 효력이 인정된다.

입증책임의 관점에서 보면, 이러한 문제는 피고로부터 받은 돈이 A로부터의 별도의 차용금이라고 하는 원고의 주장의 성격을 어떻게 보느냐와도 연결된다. 채무자설의 경우 이러한 원고의 주장은 피고가 한 변제의 항변(권리소멸항변)에 대한 이유부 부인에 해당된다. 따라서 피고가 위 권리소멸사실에 대한 입증책임을 부담한다. 반면 채권자설의 경우 이러한 원고의 주장은 피고가 한 변제의 항변(권리소멸항변)에 대한 권리불발생의 재항변에 해당된다. 따라서 원고가 위 권리불발생사실에 대한 입증책임을 부담한다.

채무자설과 채권자설이 대립하는 지점은 변제의 법률적 성격을 어떻게 보느냐라는 논점과도 관련이 있으므로(특히 채권자설의 3번째 근거) 이러한 쟁점부터 살펴본다. 변제의 법률적 성격에 관하여 법률행위로 보는 견해와 사실행위로 보는 견해가 있는데, 사실행위로 보는 견해가 통설이라고 한다.⁴¹³⁾ 그런데 과연 변제의 법률적 성격에 대한 논의와 채무와 급부의 견련성에 대한 입증책임분배가 논리필연적인 연관성이 있는지의 문스럽다. 사실행위로 보는 견해 중 사실적 급부실현설(Theorie der realen Leistungsbewirkung)에 의하면, 채무소멸은 변제의사의 효과가 아니고 이행은 실제적인 채권소멸행위로 충분하며 실현된 급부와 채무의 내용이 객관적으로 합치하면 변제의 효과가 발생한다고 본다. 반면 사실행위로 보는 견해 중 목적적 급부실현설(Theorie der finalen Leistungsbewirkung)에 의하면, 채무소멸을 위해서 급부목적에 대한 객관적인 합의는 적어도 요구되지 않더라도 채무자가 채권과 급부를 결부시키려는 사실상의 의사(급부목적의 지정행위)가 필요하다고 본다.⁴¹⁴⁾ 사실적 급부실현설에 의하면, 채무와 급부의 견련성은 아예 채무소멸이라는 법률효과를 일으키는 법률요건과는 관련이 없으므로, 입증책임분배 자체가 문제가 되지 않을 것이고, 목적적 급부실현설에 의할 경우에는

413) 민법주해[XI], 채권(4), 박영사, 1995, 24면, 김대휘 집필 부분, 곽현수, 같은 글, 199면

414) 위 견해대립에 관하여는 민법주해[XI], 채권(4), 박영사, 1995, 21면, 김대휘 집필 부분 참조

변제의 법률적 성격을 계약으로 보는 견해와 별반 다르지 않으므로 여전히 채무자가 이러한 견련성을 증명하여야 한다는 견해도 충분히 성립하기 때문이다. 따라서 사실행위설을 취한다고 하더라도, 채무와 급부의 견련관계는 여전히 변제의 법률요건에 포함될 수 있다. 독일의 경우에도 과거에는 변제를 위해서는 채권자 및 채무자의 계약 및 채무자의 일방적인 총당지정(Tilgungsbestimmung)이 필요하다는 견해가 있었으나, 오늘날 독일 민법 제366조에서 이러한 주관적인 요소를 법률요건으로 삼지 않는 이상 원칙적으로 채무자의 총당지정의사는 변제의 법률요건이 아니라고 본다고 한다.⁴¹⁵⁾ 다만 제3자를 통하여 급부가 이루어진 경우, 채권자가 여러 명인 경우, 아직 발생하지 않은 채권을 미리 변제하는 경우 등에는 예외적으로 일방적인 총당지정 및 총당합의가 필요하다고 한다.⁴¹⁶⁾ 이와 같이 보면, 이러한 견련관계의 부존재가 변제의 소극적 요건임을 전제로 한 채권자설의 3번째 근거는 설득력을 상실한다.

나아가 채권자설의 첫 번째 근거와 두 번째 근거도 역시 설득력이 없다. 첫 번째 근거는 결국 개연성에 근거한 주장인 셈인데, 이 사건과 같이 채무와 급부간의 견련관계는 ‘당사자가 변제충당을 위하여 특히 자기에게 유리한 변제를 주장하는 경우’에만 문제가 되는 것은 아니다. 두 번째 근거의 경우 변제충당에 대한 규정이 있는 것은 여러 개의 채무가 있는 경우에 해당되는 것인데, 채무와 급부의 견련성의 하나의 채무가 있는 경우에도 얼마든지 발생한다는 점에서 ‘채무자가 변제의 효과를 주장할 때 급부와 채무의 결합을 적극적으로 주장·입증하여야 한다는 원칙’이 존재한다고 주장하는 것은 이 사건 쟁점과는 논리필연적인 관련성을 갖지 않는다.

이와 같이 보면 변제를 사실행위라고 본다고 하더라도, 채무과 급부를 결부시키려고 하는 사실상의 의사가 필요하다고 보는 이상, 채무의 소멸을 주장하는 측에서 급부사실 및 채무와 급부의 견련성을 주장 및 입증하도록 하는 채무자설이 실체법적으로 고찰할 경우에는 설득력을 갖는

415) MüKoBGB/Fetzer BGB §362 Rn.9

416) MüKoBGB/Fetzer BGB §362 Rn.10

다. 즉 채무변제 및 그에 따른 채무의 소멸이라고 하는 법률효과를 주장하는 당사자가 채무변제의 요건을 증명하는 것이 마땅하기 때문이다.

나아가 여기에 그치지 않고 변제의 법률요건으로 사실행위만 요구할 경우와 사실행위 및 충당의사까지 요구할 경우를 비교하여 어느 것이 변제에 관련된 민법의 규범목적에 부합할 것인가를 검토해야 한다.

일단 사실적인 급부가 이루어지면 변제가 이루어진 것으로 보고, 다만 그 급부가 채무와의 관련성이 없는 것으로 밝혀진다면 변제의 효력을 부인하는 경우와 채무자가 사실적인 급부와 채무와의 관련성까지 입증하여야 변제의 효력을 인정하는 경우를 비교하면, 전자가 채무자에게 훨씬 유리하다. 왜냐하면 채무와의 관련성을 뒷받침하는 사실관계가 진위불명 상태라면 전자의 경우 일단 변제의 효력이 인정되지만, 후자의 경우 변제의 효력이 인정되지 않기 때문이다. 따라서 이러한 경우에는 채무자를 이중변제의 위험에서 보호한다고 하는 변제 관련 규정의 주요한 입법 목적을 달성하기 위하여 변제의 효력을 넓게 인정하는 채권자설이 더 타당하다.

그 밖에 나머지 일반적인 입증책임분배 근거들에 관하여 본다. 채권자설의 첫 번째 근거가 바로 추상적인 개연성 평가에 근거한 것이었다. 추상적인 개연성 평가는 오판의 가능성에 대한 고려에 근거한다. 즉 어떤 법률요건사실이 진위불명일 경우 그 법률요건사실이 실제로 존재할 개연성을 추상적으로 검토한 결과 실제로 존재할 개연성이 높다면, 그러한 사실이 존재하는 쪽으로 판단하는 것이 오판의 가능성이 줄어든다는 것이다. 이와 같이 보면 금전교부가 변제가 아닌 다른 명목임을 잘 알면서도 채무자가 채권자에게 증빙자료도 없이 돈을 선뜻 지급하는 것은 매우 이례적이다(물론 은행거래에서는 대출금 채무가 있어도 그와 별도로 예금이나 적금을 하는 경우도 다수 있으나, 은행거래의 경우 계좌번호, 지급시기 및 입금액수로 입금내역에 대한 증빙자료가 확실하게 갖추어져 있다). 따라서 희소한 사례, 즉 채권자로 하여금 관련성 없는 변제가 이루어졌다는 점을 입증하도록 하고, 이를 입증하지 못할 경우에는 관련성이 있는 급부가 이루어진 것으로 보는 것이 오판방지를 위하여 바람직한

것이다.

이와 같이 본다면 규범의 목적 및 입증책임분배의 실질적 근거에 의하여, 변제의 경우 증명주체를 바꾸어 채권자로 하여금 급부와 채무의 관련성이 없음을 증명하도록 하는 것이 바람직하다. 이 경우에는 법률해석 및 증명주체변경을 통한 권리불발생표지가 만들어진 것이다.

3. 침해부당이득반환청구에서 상대방이 정당한 권원이 있다는 주장

민법 제741조는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.”라고 규정한다. Rosenberg의 규범설에 의하면, 위 법률의 문구에 따라 부당이득반환청구를 하는 당사자가 상대방이 ‘법률상 원인 없이’ 이익을 얻었음을 입증하여야 한다.

그런데 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결은 “당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음 그 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는 이른바 급부부당이득의 경우에는 법률상 원인이 없다는 점에 대한 증명책임은 부당이득반환을 주장하는 사람에게 있다. (중략) 이는 타인의 재산권 등을 침해하여 이익을 얻었음을 이유로 부당이득반환을 구하는 이른바 침해부당이득의 경우에는 부당이득반환 청구의 상대방이 그 이익을 보유할 정당한 권원이 있다는 점을 증명할 책임이 있는 것(대법원 1988. 9. 13. 선고 87다카205 판결 참조, 강조 부분은 이 글에서 이루어진 것임)과 구별된다.”라고 판시하였다.

위 대법원 1988. 9. 13. 선고 87다카205 판결은 ‘이 사건 토지는 1972. 6. 1.경부터 군작전도로에 편입되어 국방부장관의 관리책임 하에 그 부지로서 점유 사용되어 오다가 1981. 3. 14.자 대통령령 제10247호로서 일반국도 제47호선의 도로부지로 편입된 후 현재까지 같은 용도로 점유사용되고 있다는 것인바, 그렇다면 피고는 이 사건 토지를 사용, 수익할 권원에 대한 주장, 입증이 없는 한 소유자에게 그 점유기간 동안 그 토지의 사용으로 인한 임료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다’라고 판

시함으로써, 도로 점유 주체인 피고 대한민국에게 점유할 권원이 있음을 입증하여야 한다는 입장을 취하였다.

위 각 대법원 판결의 실시 내용에 의하면, 급부부당이득의 경우 부당이득반환을 청구하는 사람이 법률상 원인이 없음을, 침해부당이득의 경우 부당이득반환청구를 당하는 사람이 이익을 보유할 정당한 권원이 있다는 점을 각 입증해야 한다. 이익을 보유할 정당한 권원이 있다면, 법률상 원인 없이 이득을 얻는 것은 아니므로, 결국 동일한 법률요건표지(법률상 원인)에 관하여 모순적 반대관계(없음/있음)가 성립한다. 이러한 대법원 판결의 법률해석은 정당화될 수 있을까?

독일의 경우 독일 민법 제812조 제1항은 “타인의 급부로 인하여 또는 기타의 방법에 의하여 그의 손실로 법적 원인 없이 어떤 것을 취득한 사람은 그에 대하여 반환의무를 진다. 법적 원인이 후에 소멸한 때 또는 급부에 의하여 법률행위의 내용상 목적된 결과가 발생하지 아니한 때에도 이러한 의무가 성립한다.”⁴¹⁷⁾라고 규정함으로써 우리 민법 제741조와는 문언이 다르다. 위 조문 자체에서 이미 부당이득의 여러 가지 유형이 존재할 수 있음을 상정하고 있다. 부당이득반환청구 제도의 기능은 부당하게 얻은 것을 정산하는 것이라는 결과적인 측면을 강조할 경우 그 과정이 급부를 통해서든 다른 방법에 의하든 결국 하나의 청구권이므로 이를 일원설이라고 한다. 반면 부당이득의 과정을 강조할 경우 특히 침해 부당이득은 급부와 수반하여 발생하는 급부부당이득과는 완전히 성격이 다르기 때문에 별개의 제도라고 볼 수 있는데, 이러한 견해를 분리설이라고 한다. 위 독일 민법은 급부부당이득과 비급부부당이득을 엄격하게 구분하고 있으므로 분리설을 취한다.⁴¹⁸⁾

독일에서 현재 지배적인 학설에 의하면, 독일 민법 제812조 제1항의 규정으로부터 ‘타인의 급부’에 의한 이득, 즉 급부이득반환청구권과 ‘기타의 방법’으로 인한 이득, 즉 비급부이득반환청구권이 구별되고, 후자는 다시 침해이득반환청구권과 비용이득반환청구권으로 나뉜다.⁴¹⁹⁾ 급부부

417) 독일민법전, 양창수 역, 박영사, 1999년, 417면

418) MünchKomm/Schwab, §812 Rn. 43(7. Aufl. 2017)

당이득청구(Leistungskondiktion)의 경우 부당이득반환청구권자가 법률상 원인이 없다는 점에 대한 입증책임을 부담한다.⁴²⁰⁾ 그러나 침해부당이득의 경우에는 법률적 원인의 존재에 대하여는 반환청구의 상대방이 입증책임을 부담한다.⁴²¹⁾ 이 점에 관하여 침해부당이득의 경우 반환청구의 상대방이 보호받는 채권자의 재산영역에 침입하였다는 사실로부터 취득한 이득이 법률적 근거 없이 주어졌음이 도출되므로, 반환청구의 상대방이 당해 이득을 보유할 권리가 있다는 점은 정당화될 필요가 있는 예외라고 할 수 있다는 점이 근거로 제시된다.

반면 우리 민법은 부당이득의 유형에 관하여는 하나의 종류만 규정한다. 우리 민법은 제741조는 1954년 10월 정부안으로 국회(당시의 명칭은 민의원)에 제출된 민법안 제734조에 약간의 자구수정을 가한 것이다.⁴²²⁾ 위 초안 당시 의용되던 일본 민법 제703조는 ‘법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 때문에 타인에게 손실을 끼친 자는 그 이익이 있는 한도에서 이를 반환할 의무가 있다’고 규정하였는데, 민법 제734조는 그 중에서 ‘그 이익이 있는 한도에서’라는 구절을 삭제하는 한편 ‘손실’이라는 말을 ‘손해로 바꾸었다.⁴²³⁾

의용민법, 즉 일본 민법이 시행되기 전, 일본의 구 민법 제361조 제1항은 ‘누구라도 유의인가, 무의인가, 또 착오인가 고의인가를 불문하고 정당한 원인 없이 타인의 재산에 대하여 이를 얻은 자는 그 부당한 이익을 반환하여야 한다’고 정하고 있었다.⁴²⁴⁾ 위 구 민법은 종래 보통으로 행하여지던 자연법상의 원칙, 즉 누구라도 타인의 손해로 인하여 자신의 이익을 취할 수 없다는 공평주의에 의한 것이라고 이해되었다.⁴²⁵⁾ 그러나 위 구 민법은 앞서 본 바와 같이(134면 참조) 시행되지 못한 채 폐기되었고 새로 마련된 민법, 즉 일본 민법(우리나라에 사용된 의용민법)이 시

419) 민법주해[XVII] 채권(10), 박영사(2005년), 120면 [양창수 집필부분]

420) MünchKomm/Schwab, §812 Rn. 436(7. Aufl. 2017)

421) MünchKomm/Schwab, §812 Rn. 444(7. Aufl. 2017)

422) 민법주해[XVII] 채권(10), 박영사(2005년), 143면 [양창수 집필부분]

423) 같은 글 143면

424) 같은 글 144면

425) 같은 글 144면

행되었는데, 위 일본 민법에 관하여는 ‘근세 일반에 시인되는 이론에 의하여 부당이득 반환의 의무는 법률의 규정에 기한 것으로서 법률상 원인 없이 취득한 이익은 모두 반환되어야 하는 것’으로 정한 것이라고 한다.⁴²⁶⁾ 즉 위 일본 민법의 ‘법률상 원인’은 구 민법의 ‘정당한 원인’과 대비되는 것으로서, 정당한 원인이라는 용어는 덕의상 또는 사교상의 의미도 포함한 것이므로, 법률상 정당하여도 덕의상 또는 사교상 정당하지 않은 원인에 의하여 이익을 받은 경우에라도 역시 법률의 힘에 의하여 반환해야 하지 않을까?라는 의문이 생긴다는 것이다.⁴²⁷⁾ 그러므로 위 일본 민법은 법률상 원인 없이 이득을 받은 경우에 한정함으로써 부당이득의 원인의 범위를 명확하게 하려는 것이라고 한다.⁴²⁸⁾ 이와 같이 자연법적 원칙 대신에 법률상 원인의 흠결을 부당이득제도의 중심적 위치에 놓는 태도는 독일 후기 보통법학의 성과인데, 독일 후기 보통법학의 성과를 법문화한 것이 독일 민법전이라고 할 수 있으므로 우리 민법 제741조는 독일 민법상의 부당이득에 관한 일반규정, 즉 독일 민법 제812조 제1항 제1문을 일본 민법 제703조를 거쳐 받아들인 것이라고 할 수 있다.⁴²⁹⁾

이와 같은 연혁적 고찰에 의하면, 우리 민법의 부당이득반환제도는 일본 민법과 같이 ‘누구도 타인의 손실에 의하여 이득을 얻어서는 안된다’고 하는 자연법적인 원리(공평주의)를 ‘법률상 원인’이 없는 경우로 범위를 제한하여 법조문화된 것이다. 우리 민법과 같은 일원론적인 입법을 취하는 경우에는 그 규범의 추상성으로 말미암아 법률해석의 과정을 통하여 여러 가지 부당이득의 유형론이 성립할 수 있는 것은 당연하다. 다만 이러한 부당이득의 유형에 따라 입증책임분배가 달라질 만한 실질적인 근거가 존재하는지를 검토해 봐야 한다. 비록 우리 민법 법률의 문구는 일원설적인 태도를 취하고 있음에도, 우리 대법원 판결은 이러한 독일 민법의 태도 및 학설, 판례 등과 동일하게 급부부당이득과 침해부당

426) 같은 글 145면

427) 같은 글 145면

428) 같은 글 145면

429) 같은 글 146면

이득에서 입증책임을 달리 분배한다. 다만 위 대법원 판례는 왜 침해부당이득에 대하여는 상대방이 정당한 권원에 있다는 점에 대하여 입증책임을 부담하는지에 대하여는 아무런 논증이 없다. 독일의 학설에서는 ‘정당화될 필요가 있는 예외’라는 표현을 사용함으로써 위 주장이 권리불발생항변에 해당함을 밝힌다. 왜냐하면 이러한 예외라는 표현은 Rosenberg의 규범설에 의할 경우 권리불발생표지를 식별하는 기준이기 때문이다.

공평성이라고 하는 규범의 목적을 고려해보면, 급부부당이득의 경우 반환을 청구하는 사람 측에서 법률상 원인이 없음을 증명하도록 하는 것이 더 공평한 것이어야 하고, 침해부당이득의 경우 반환청구를 당하는 사람 측에서 이익을 보유할 정당한 권원이 있음을 입증하도록 하는 것이 더 공평한 것이어야 한다. 급부부당이득의 경우 청구권자의 급부, 즉 그가 의식적으로 그리고 의욕하여 행한 타인의 재산을 증가시킨 것이 법적 원인 없이 이루어진 것임을 이유로 타인에 대하여 반환을 청구하는 경우를 말한다.⁴³⁰⁾ 반면 침해부당이득의 경우 타인의 물건이나 권리를, 그 소유자 또는 권리자와의 관계에서 그렇게 할 권한이 없으면서, 사용하거나 이용하거나 소비한 경우이다.⁴³¹⁾ 이와 같이 본다면 급부부당이득과 침해부당이득은 ‘타인의 이익’이 발생한 경위가 정반대이다. 즉 급부부당이득의 경우 부당이득반환청구를 한 사람이 타인의 이익을 스스로 유발한 것이고, 침해부당이득의 경우 부당이득반환청구를 당하는 사람이 자신의 이익을 스스로 만들어낸 것이다. 따라서 ‘누구도 타인의 손실로 인하여 이득을 얻어서는 안된다’는 공평의 원칙을 소송법상/증거법상으로도 충분히 실현하기 위해서는, 급부부당이득의 경우 스스로 만들어낸 타인의 이익이 사실은 잘못된 것임을 주장하는 측에서 그 법률상 원인이 없다는 점을 입증하여야 하고, 이를 증명하지 못할 경우(진위불명 상태에 있다면) 법률상 원인이 있는 것으로 보아 반환청구가 기각되어야 한다. 즉 자신이 자신의 적극적인 행위로 타인에게 그 급부를 제공한이상 스스로

430) 같은 글 120면

431) 같은 글 123면

그 잘못을 시정하도록 하는 것이 공평하기 때문이다. 반면 침해부당이득의 경우 자신이 스스로 만들어낸 자신의 이익이 정당한 것임을 스스로 입증하지 못하면 자신이 얻은 이익을 반환하여야 한다. 마찬가지로 자신이 자신의 적극적인 행위로 타인의 재산으로부터 재산을 얻은 이상 스스로 잘못이 없음을 증명하는 것이 공평하기 때문이다. 이와 유사한 입증책임분배의 원리는 독일 민법 제363조에서도 발견된다. 독일 민법 제363조는 ‘채권자가 변제로서 제공된 급부를 변제로서 수령한 경우에 그 급부가 채무의 목적과 다르다거나 불완전하다는 것을 이유로 하여, 그 급부에 변제로서의 효력을 부인하려고 하는 때에는, 채권자가 입증책임을 진다’고 규정한다. 위 규정은 명시적 입증책임규정인데, 이 규정은 모순된 행위의 금지를 목적으로 한다고 한다. 채권자가 변제로서 급부를 수령할 당시 그 급부가 채무의 목적과 다르다거나 불완전하다는 점을 충분히 검사하고 이상이 있음을 발견하였다면 수령을 거부함으로써 불완전한 급부로부터 충분히 보호받을 수 있었음에도 이러한 기회를 놓친 이상 채권자에게 변제의 불충분함에 대한 입증책임을 지워도 형평에 반하지 않는다는 것이다.⁴³²⁾ 이와 유사하게 급부부당이득의 경우 스스로 급부를 한 당사자로서 충분히 검토할 수 있는 기회가 있음에도 급부를 하였으므로, 법률상 원인이 없다는 점에 대한 입증책임을 부담하는 것이 타당하고, 침해부당이득은 스스로 침해행위를 한 당사자 역시 자신에게 법률상 권원이 있었는지 여부를 충분히 검토할 수 있었음에도 침해행위를 한 이상, 스스로 법률상 권원이 있었다는 점에 대한 입증책임을 부담하는 것이 타당할 것이다. 따라서 위 민법 제741조의 입법목적으로부터 급부부당이득과 침해부당이득 사이의 서로 다른 입증책임 분배가 정당화될 것이다.

그밖의 전형적인 입증책임분배의 근거들도 이러한 해석을 뒷받침할 수 있을 것이다.

부정적인 사항에 대한 입증회피는 어느 정도 관련성이 있다. 즉 원고

432) MüKoBGB/Fetzer, 7. Aufl. 2016, BGB §363 Rn 2.

측에서 정당한 권원이 없다는 점에 대한 입증책임을 부담시킬 것인지, 피고 측에서 정당한 권원이 있다는 점에 대한 입증책임을 부담시킬 것인지를 따져 볼 경우, 부정적인 사항에 대한 입증회피라고 하는 입법자적인 관점에 서면 피고 측에서 정당한 권원이 있다는 긍정적인 사항을 입증하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

증거방법의 제공과 보장이란 관점에 의할 경우 정당한 권원에 관한 입증책임을 부당이득반환청구의 상대방 측이 부담하는 것이 타당하다. 침해당하는 사람은 피해를 일방적으로 당하는 것이므로 정확한 침해의 시기, 경위, 방법을 잘 알기 어렵다. 반면 침해를 한 사람은 자신이 침해를 하게 된 경위, 침해시기, 침해방법 등을 스스로 잘 알고 있을 것이므로 증거방법의 제공과 보장이란 관점에서 보면, 침해부당이득반환청구의 상대방(즉 침해를 한 사람)이 자신의 행위가 정당하다는 점, 즉 정당한 권원이 있다는 점에 대한 입증책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다.

이러한 논의를 종합해 보면, 법률의 문구는 부당이득반환청구를 하는 당사자가 당해 이익이 법률상 원인이 없음을 입증하도록 기재되어 있음에도, 침해부당이득의 경우에는, 부당이득반환제도의 입법목적에 비추어 본다면 위 법률의 문구와는 정반대로 부당이득반환청구를 당하는 상대방이 자신이 보유한 이익이 정당한 권원에 의한 것임을 입증하도록 증명주제를 바꾸는 것이 타당하다. 그 밖에 부정적인 사항의 입증회피, 증거방법의 제공과 보장 등의 일반적인 입증책임분배의 근거들도 이러한 법률 해석을 뒷받침한다. 다만 추상적 개연성 평가의 경우에는 침해부당이득의 경우에도 점유의 적법성추정 등에서 알 수 있는 바와 같이 무단점유 자체를 예외적 사건으로 보기 때문에, 여전히 부당이득반환청구권자가 권한없음을 입증하도록 하는 근거가 될 수 있다. 그러나 앞서 본 규범의 입법목적 등이 우선시되어야 하므로, 추상적 개연성 평가의 관점은 고려에서 배제하여도 별 문제가 없다. 이러한 침해부당이득의 사례가 증명주제 변경에 의한 권리불발생표지의 생성의 전형적인 예라고 할 수 있다.

4. 전단적 대표행위의 효력

상법 제393조 제1항은 “중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회결의로 한다.”라고 규정하고 있다. 대법원 1999. 10. 8. 선고 98다2488 판결은 “주식회사의 대표이사가 이사회결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 이사회결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다 할 것이고, 이 경우 거래의 상대방이 이사회결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 회사 측이 주장·입증하여야 한다.”라고 판시하였다. 이러한 판례의 태도에 관하여, 거래상대방이 원고로서 회사에 대하여 거래행위에 대한 이행을 청구하기 위해서는 청구원인 사실로 ‘피고 회사의 대표이사가 피고를 대표하여 원고와 거래행위를 한 사실’을 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 피고 회사는 위 거래행위가 무효라는 권리불발생항변 사실로서 ① 그 거래행위가 이사회결의사항인 사실, ② 그 거래행위에 관하여 이사회결의를 거치지 않은 사실, ③ 원고가 그 이사회결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었던 사실을 주장·증명하면 된다고 보는 견해가 있다.⁴³³⁾

위 사안은 피고의 대표이사가 이사회결의 없이 원고(채권자)에 대한 A회사의 채무를 연대보증하였고 원고가 회사정리절차가 개시된 피고에 대하여 위 연대보증채무액만큼 정리채권확정의 소를 제기한 사안인데, 피고가 위 채무보증행위가 이사회결의가 없어 무효라고 주장하였으나, 원고가 위 이사회결의가 없음을 알았거나 알지 못했음에 과실이 없었다는 이유로 위 주장을 받아들이지 않았다.

판례가 실시한 내용에 의하면 이사회결의 사항에 대하여 이사회결의가 없다는 하자⁴³⁴⁾가 있는 경우 단순히 이러한 하자만으로 당해 거래관계가

433) 최진수, 요건사실과 주장증명책임, 진원사(2015년), 762면,

434) 한편 이사회결의에 절차상 또는 내용상 하자가 있는 경우에는 결의의 효력

무효가 되는 것이 아니라, 거래상대방이 이러한 하자를 알거나 알 수 있어야 무효가 된다는 것이다. 즉 판례의 설시내용에 의하면 주식회사와의 거래행위의 효력을 부인하기 위해서는 ‘이사회결의사항일 것’, ‘이사회결의가 없다는 것’ 및 ‘거래상대방이 이사회결의가 없다는 점을 알았거나 알 수 있어야 한다는 것’과 같은 3가지 요소가 필요하다. 그런데 이러한 법률요건표지들에 관한 주장이 권리불발생항변인지 검토해 볼 필요가 있다. 왜냐하면 상법 제393조 제1항은 ‘중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회 결의로 한다’라고 규정하고 있는데, 회사의 업무집행이 효력이 발생하기 위해서는 이사회 결의가 필요하다는 식으로 해석(권리발생적 구성)할 여지가 있기 때문이다. 이러한 3가지 법률요건표지들 중에서도 특히 위 상법 제393조 제1항의 해석을 통하여 ‘거래상대방이 이사회결의가 없다는 점을 알았거나 알 수 있어야 한다는 것’이라는 법률요건표지가 추가되었는데, 위 법률요건표지는 법률조문에는 기재되어 있지 않으므로 그러한 법률요건표지가 권리발생사실인지, 권리불발생사실인지를 구분할 수 있어야 한다. 따라서 이러한 법률요건표지에 관한 주장이 권리불발생항변인지를 중점적으로 검토한다.

살피건대, 이사회는 법령 또는 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 되어 있는 사항을 제외하고 회사의 업무집행에 관한 모든 사항에 관하여 의사결정을 한다. 이사회는 상법 제393조 제1항 외에도 주주총회 소집의 결정(상법 제362조), 대표이사의 선임(상법 제389조), 이사와 회사 간의 거래의 승인(상법 제398조), 신주의 발행(상법 제416조) 등 법령상 다수의 사항에 관하여 의사결정권한이 있다.⁴³⁵⁾ 결국 문제가 되는 것은 이사회 결의에 터잡은 (대표이사의) 후속행위의 효력 여부이다. 정관·이사회 규정 등에서 일정한 사항에 대하여 이사회 결의를 요하는 경우에는 대표권의 내부적 제한에 해당되므로, 이사회 결의의 하자를 선의의 제3자

을 어떻게 다룰 것인지에 대하여는 상법에 아무런 규정이 없으므로 민법의 일반 원칙에 따라 어떠한 하자이든 상관없이 이사회 결의는 무효이다(송옥렬, 상법강의 제7판, 홍문사, 2017년, 998면).

435) 주식 상법 제4판(회사Ⅲ), 한국사법행정학회, 2003년, 253면[박길준 집필부분]

에게는 대항할 수 없다(상법 제389조 제3항, 제209조 제2항).⁴³⁶⁾ 반면 상법에서 이사회결의를 요하고 있는 경우에는 후속행위의 효력은 이익교량을 통하여 결정할 수밖에 없다.⁴³⁷⁾ 이사회결의사항이 순수하게 내부적인 문제에 그치는 경우(지배인의 선임, 감사위원의 선임 등)에는 당해 후속행위는 무효이다.⁴³⁸⁾ 반면 상법 제393조 제1항 중요한 자산의 처분의 경우에는 이사회결의를 거치지 않은 후속행위의 효력을 검토함에 있어 회사의 이익과 거래의 안전을 모두 고려하여야 하므로 대표권의 내부적 제한과 같이 제3자에게 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 유효하다고 보는 견해⁴³⁹⁾(위 견해에 의하면 단순한 과실은 선의에 준하여 취급하는 것이 상법의 경향에 부합한다고 한다)와 앞서 본 판례의 입장에 찬성하면서 거래안전의 고려에서 상대방이 선의인 경우에는 유효, 악의 또는 과실있는 선의인 경우에는 무효라고 보는 견해⁴⁴⁰⁾가 있다. 위 두 견해 모두 거래의 효력을 부인하려고 하는 회사 측에서 상대방의 악의 또는 과실(중과실)을 입증하여야 한다고 본다. 그런데 상법 제209조 제2항(상법 제389조 제3항)에서 대표권의 제한을 선의의 제3자에게 대항하지 못하도록 정한 것은 대표이사는 원래 모든 행위(상법 제209조 제1항: 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 수 있음)를 할 수 있으므로(이를 권한의 획일성·정형성이라고 부른다⁴⁴¹⁾), 권한을 내부적으로 제한하더라도, 선의의 제3자에 대하여는 그 제한을 주장할 수 없다는 것을 의미한다. 반면 상법상 이사회결의를 거치도록 정하고 있다면 상대방은 이러한 권한제한에 대하여 쉽게 알 수 있다. 따라서 이사회결의를 거치지 않은 후속행위의 효력에 대하여는 대표권의 제한과 동일하게 볼 수 없고, 더 엄

436) 송옥렬, 같은 책, 1007면, 판례는 지배권의 경우 선의의 제3자의 범위에 과실이 있는 제3자는 포함시키지만, 중과실이 있는 제3자는 제외하면서, 제3자의 악의 또는 중과실에 대하여는 회사가 입증책임을 진다고 본다(대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결 등 참조).

437) 송옥렬, 같은 책, 1008면

438) 이철송, 회사법강의 제26판, 박영사, 2018년, 698면

439) 송옥렬, 같은 책, 1008면

440) 이철송, 같은 책, 698면, 710면

441) 송옥렬, 같은 책, 28면

격하게 보는 것이 타당하다.

나아가 제3자의 악의 및 과실을 거래의 효력을 부인하려는 회사 측에서 입증하도록 하는 것은 다음과 같은 입증책임분배의 실질적 근거에 대한 고려에 근거한 것이다. 회사와의 거래를 하는 상대방이 당해 거래에 관하여 당해 거래가 이사회결의사항이고 이사회 결의가 실제로 이루어지지 않은 사실에 대하여 알고 있고 있음에도 거래를 하였을 개연성과 이러한 하자를 알지 못한 상태에서 거래를 하였을 개연성을 비교하여 대부분의 경우 거래상대방은 실제로 이사회 결의가 없었음을 알지 못한 상태에서 거래를 한 것이라면, 추상적인 개연성 평가라는 관점은 제3자가 악의라는 점을 권리불발생적으로 구성할 수 있는 근거가 될 수 있다. 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 입증책임규범은 진위불명을 극복하기 위한 것이고, 개연성이 낮은 법률요건표지(제3자가 이사회결의가 사실은 부존재한다는 점을 알면서도 거래했다는 점)가 진위불명인 경우에는, 그러한 법률요건표지가 존재하지 않는 것(상대방이 선의라는 것)으로 처리하는 것이 그 판단이 진실에 부합할 가능성이 높기 때문이다. 그런데 거래상대방이 당해 거래가 이사회결의 사항임을 알고 있었고, 그럼에도 이사회결의가 없었음을 잘 알면서도 계속 거래를 하는 것이 더 개연성이 높다고 단정할 수 없다. 왜냐하면 법령상 하자가 있음을 잘 알면서 거래를 할 경우 상대방에 의하여 거래의 효력이 부인되는 등으로 복잡한 법률분쟁에 휘말리게 될 우려가 있으므로 특별한 사정이 없는 한 그러한 거래를 하지 않을 것이기 때문이다. 또한 이러한 법률상 하자를 알면서 경제적 이익만을 위하여 거래를 강행하는 당사자라면 굳이 당해 거래에 관한 법적인 보호를 제공할 이유가 없다.

규범목적 및 추상적 개연성 등에 비추어 보면, 계약의 효력을 다투는 측에서 이사회결의의 부존재/하자 및 거래상대방의 악의/과실에 대하여 입증하도록 해석하는 것이 바람직하므로, 이러한 주장은 권리불발생항변으로 파악하여야 한다.

이와 비교하여 할 사안 중 하나가 ‘주주총회 특별결의 사항에 관하여

특별결의가 없었다는 주장'에 관한 것이다.

원고는 주식회사인 피고를 상대로 매매계약을 원인으로 한 소유권이전 등기청구의 소를 제기하였다. 피고는 원고와 피고 사이에 체결된 매매계약은 사실상 영업의 전부 양도에 해당하므로 상법 제374조 제1항 제1호에 따라 주주총회 특별결의 사항인데 위 매매계약은 주주총회 특별결의를 거치지 않아서 무효라고 주장한다. 만약 위 매매계약이 특별결의 사항에 관한 것인 경우 주주총회 특별결의를 거치지 않았다는 피고의 주장은 권리불발생항변인가, 단순 부인인가?

상법 제434조는 정관변경을 위해서는 출석한 주주 결의권의 2/3 이상 및 발행주식 총수의 1/3 이상의 수로써 하는 특별결의를 요구하고 있고, 영업의 전부 등을 양도, 임대, 경영위임, 손익공통계약 등을 체결하는 계약과 같이 회사의 운명을 좌우하여 주주의 이익에 중대한 미치는 사항에 관하여 회사가 계약을 체결할 경우 상법 제374조는 회사로 하여금 정관 변경에 필요한 것과 같은 주주총회의 특별결의(상법 제434조)를 얻도록 정하였는데, 이는 중요한 사항을 결정함에 있어 주주의 의사를 반영하도록 하기 위함이다⁴⁴²⁾. 이러한 상법 제374조의 입법목적에 비추어 보면, 주주총회 특별결의가 흠결되었다는 주장은 권리불발생항변이 아니라 그 모순적 반대인 주주총회 특별결의를 마쳤다는 주장이 매매계약에 의한 이행청구를 함에 있어 청구원인 사실 중 하나로 증명되어야 한다.

한편, 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011다106143 판결은 “이 사건 매매계약은 상법 제374조에 의하여 그에 요구되는 원고의 주주총회의 특별결의가 없어 그 효력이 없고, 위 상법의 규정은 효력규정으로서 이에 위반한 처분행위는 상대방의 선의·악의를 불문하고 무효다”라고 하는 항소심 판결(대구고등법원 2011. 11. 10. 선고 2010나2276 판결)의 법리를 수긍함으로써 위 상법상 주주총회 특별결의를 요구함에도 이러한 특별결의를 거치지 않은 절차적 하자가 있는 경우에는 상대방의 의사와 무관하게 무효라고 보았다.

442) 주식상법 회사(Ⅲ), 한국사법행정학회, 2003년, 114면 [정동운 집필부분]

비교할 수 있는 또 다른 사례는 종중, 교회⁴⁴³⁾, 자연부락⁴⁴⁴⁾과 같은 권리능력 없는 사단의 경우이다. 종중에 관하여 본다. 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005다69908 판결은 ‘종중 소유의 재산은 종중원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 종중 규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 종중 규약이 없으면 종중 총회의 결의에 의하여야 하므로 비록 종중 대표자에 의한 종중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이다’라고 판시하였다. 또한 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다41567 판결은 ‘통합종중의 규약에서 통합 전 소종중의 재산이 통합종중에 귀속되는 것으로 정하였다 하더라도 이와 같은 통합 전 소종중원의 총유에 속하는 재산의 처분에 관하여는 그 소종중의 규약 혹은 종중총회결의에 따른 적법한 처분절차를 거치지 아니하는 이상 그 유효성을 인정할 수 없고, 그 주장·입증에 대한 책임은 처분행위의 유효를 주장하는 측에 있다 할 것이다’라고 판시하였다. 이러한 판시에 의하면, 종중의 경우 종중재산 처분에 관하여 총회의 의결을 거치지 않았다는 주장은 권리불발생항변이 아니라 단순한 부인에 불과하고 처분행위의 유효를 주장하는 측에서 총회의 의결 등 적법한 절차를 거쳤다는 점을 주장·입증하여야 한다.

위 사안은 원고 종중이 토지 소유자인 피고들을 상대로 피고들이 원고 종중 소유 토지의 명의수탁자로서 토지보상금을 받아갔으므로, 위 토지보상금을 반환하라고 청구한 것인데, 피고들이 명의수탁자라는 증거가 없고, 나아가 명의수탁자라고 하더라도, 원고 종중도 다른 종중과 통합되

443) ‘비법인사단인 교회의 대표자는 총유물인 교회 재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없다’(대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결 등 참조). 또한, 의결권을 가진 종전 교회의 교인 중 2/3 이상이 소속 교단을 탈퇴하거나 소속 교단을 다른 교단으로 변경하는데 동의한 경우에는 종전 교회의 실체는 이와 같이 교단을 탈퇴한 교회로서 존속하고 종전 교회 재산은 위 탈퇴한 교회 소속 교인들의 총유로 귀속된다. 이때 종전 교회의 교인 중 2/3 이상의 동의가 있었는지 여부는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 한다.(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다17062 판결 등 참조)

444) 권리능력 없는 사단으로서의 자연부락의 경우 의사결정에 있어서는 그에 관한 규약이나 관습이 없는 한 일반적으로 사단에서의 결의방법에 따라서 결의 당시 그 부락을 구성하는 가구의 대표자 과반수의 출석과 출석자 과반수의 찬성에 의하여야 한다(대법원 1991. 7. 26. 선고 90다카25765 판결 등 참조)

면서 위 토지의 명의수탁자가 된 것이라고 주장하고 있으나 위 통합에 관한 다른 종중과의 통합에 관한 종중규약의 존재 및 종중통합결의 사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 원고의 청구가 기각되었다.

종중의 경우에도 앞서 본 주식회사와 동일한 문제가 발생한다. 종중의 대표자가 종중 소유 부동산을 매도하였으나 소유권이전등기를 마쳐주지 않고 있을 경우, 매수인(원고)이 종중(피고)을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기한다. 이 때 종중은 ‘위 매매계약은 종중총회의 결의가 없었으므로 무효’라고 주장한다. 위 주장은 권리불발생항변인가, 단순한 부인인가? 위 대법원 판결의 취지에 의하면 위 주장은 단순부인이다.

민법 제275조는 “법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유한 때에는 총유로 한다.”라고 하여 권리능력없는 사단의 재산귀속형태를 규정한다. 따라서 소유권은 사원의 총유에 속하고, 나머지 재산권은 사원의 준총유에 속한다.⁴⁴⁵⁾ 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의로 한다(민법 제276조 제1항). 총유물의 사용·수익은 정관 기타의 규약에 좇아 각 사원이 할 수 있다(민법 제276조 제2항). 위 민법 제276조 제1항의 규정에 의하면 사원총회의 결의가 없다면, 총유물의 관리 및 처분은 이루어지지 않으므로, 위 조문은 결국 권리발생적인 이론구성의 근거가 된다. 즉 권리능력 없는 사단의 바람직한 의사결정과정을 보장함으로써 단체에 대한 참여의 원리를 실현하는 것이 위 민법 규정의 목적이라고 본다면, 위 규범의 목적을 실현하기 위해서는 당해 절차를 충족하는 경우에만 계약의 효력을 긍정하는 것이 바람직할 것이다.

반면, 증거와의 거리라는 관점을 살펴보면, 종중결의를 한 종중(위 사례에서는 피고) 측에서 언제나 당해 종중재산 처분에 관한 결의가 적법하다는 점에 대하여 입증책임을 부담하여야 한다. 종중과 거래하는 제3자(위 사례에서는 원고)로서는 종중결의가 적법하게 이루어졌는지 여부를 아는 것이 불가능하기 때문이다. 이 경우 ‘종중총회의 결의’라는 법률요건표지는 철저히 종중이라는 일방 당사자의 영역에서 발생한 사건이므

445) 지원림, 같은 책, 105면

로, 공간적-대상적 제한이 이루어진 경우이다. 그러나 이러한 관점을 취할 경우 종종총회 결의하자를 이유로 계약의 무효를 주장하든, 종종총회 결의가 유효함을 전제로 계약의 유효를 주장하든 언제나 종종 측에서 결의의 절차적 하자 및 절차의 적법성을 입증하여야 한다는 결론이 도출되므로, 이러한 관점은 앞서 본 규범의 목적보다 우선시 될 수 없다.

이러한 고찰을 종합하여 보면, 위 총유에 관한 민법 규정의 규범 목적에 비추어 보면, 매매계약의 효력을 주장하는 측에서 적법한 절차를 거쳤다는 점에 대한 입증책임을 부담하여야 하고, 이러한 적법한 절차준수 사실이 진위불명 상태에 빠졌다면 그 효력을 부인하는 것이 바람직하다.

5. 임대차계약의 무단양도 또는 임대차목적물의 무단전대로 인한 계약해지에서 ‘배신행위’로 볼 수 없는 사정.

대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다101275 판결은 ‘민법상 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못하고 임차인이 이에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있으나(민법 제629조), 이는 임대차계약이 원래 당사자의 개인적 신뢰를 기초로 하는 계속적 법률관계임을 고려하여 임대인의 인적 신뢰나 경제적 이익을 보호하여 이를 해치지 않게 하고자 함에 있고, 임차인이 임대인의 동의 없이 제3자에게 임차물을 사용·수익시키는 것은 임대인에게 임대차관계를 계속시키기 어려운 배신적 행위가 될 수 있는 것이기 때문에 임대인에게 일방적으로 임대차관계를 종료시킬 수 있도록 하고자 함에 있다. 따라서 임차인이 비록 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻지 아니하고 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도, 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에는, 임대인은 자신의 동의 없이 전대차가 이루어졌다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없으며, 임차권 양수인이나 전차인은 임차권의 양수나 전대차 및 그에 따른 사용·수익을 임대인에게 주장할 수 있다’라고 판시하였다.

민법 제629조 제2항에 의하면, 임차인이 임대인의 동의 없이 권리를

양도하거나 임차물을 전대할 경우 임대인은 임대차계약을 해지할 수 있다. 그러나 위 대법원 판례에 의하면, 임대인의 동의 없이 임대차계약을 무단양도하거나 임대차목적물 무단전대하더라도, 위 임차인의 무단양도 및 전대행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에는, 임대차계약의 해지권이 발생하지 않는다. 이러한 법리는 민법 제629조 제2항의 문구에 명백히 반하는 것으로서, 위 법조문을 축소해석을 함으로써 해지권의 발생범위를 제한하였다.

이러한 ‘배신행위라고 할 수 없는 특별한 사정’에 대한 입증책임이 임차인 측에 있다는 점은 이견이 없다. 그러나 그 근거에 대하여는 명확히 밝혀진 바 없다.

일본의 경우 이와 동일한 취지의 최고재판소 판결⁴⁴⁶⁾이 있었다. 위 일본 최고재판소 판결은 ‘토지의 임차인이 임대인의 승낙을 얻지 않고 그 임차지를 타인에게 전대한 경우에서도, 임차인의 이러한 행위는 임대인에 대한 배신행위라고 인정할 수 없는(背信行爲と認めるに足りない) 특단의 사정이 있는 때에는, 임대인은 민법 제612조 제2항에 의한 해제권을 행사할 수 없다. 그러나 이러한 특단의 사정의 존재는 토지 임차인이 주장·입증하여야 한다고 해석함이 상당하다’는 취지로 판시하였다. 일본의 경우 배신행위라고 인정할 수 없는 특단의 사정이 인정되는 예로는 ① 임차인이 절세 등을 위하여 개인사업을 법인화하여 형식적으로 양도, 전대가 이루어졌지만, 실태는 변하지 않은 경우, ② 양도·전대의 당사자가 친족 등 특수관계에 있어 영리성이 없거나 적은 경우, ③ 일시적으로 양도·전대가 이루어졌지만 이미 원상복구된 경우 등이 제시된다.⁴⁴⁷⁾ 위 판결 이전에도 배신행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 일본 민법 제612조 제2항에서 정한 해지권이 발생하지 않는다는 다수의 최고재판소 판결이 있었지만, 위 판결은 이러한 특별한 사정의 주장·입증책임이 임차인 측에 있다는 점을 명시적으로 판시한 최초의 판결이

446) 日最判 昭和 41年(1966) 1月 27日 民集 20卷 1号 136頁

447) 大村雅彦, 證明責任の分配(2)-背信行爲と認めるに足りない特段の事情, 民事訴訟法 判例百選[第3版], 別冊 ジュリスト, NO. 169, 2003/12, 有斐閣 151頁

라고 한다.⁴⁴⁸⁾ 일본에서는 이러한 특별한 사정에 대한 주장에 관한 성격에 관하여 권리불발생항변이라는 견해와 간접반증(부인)이라는 견해가 대립되었다.⁴⁴⁹⁾

石田穰(이시다 미노리)는 ‘배신적이라고 할 수 없는 특단의 사정은 증거와의 거리에서 보면, 임차인이 증거에 가깝다. 또한 임대인에 의한 불승낙이 명확하고, 배신적이라고 할 수 없는 특단의 사정의 존재가 불명한 경우까지 계약의 해지를 부정하는 것은, 지나치게 임차인을 보호하여 임대인의 해지권을 보장한 민법 제612조의 입법취지에 부합하지 않을 우려가 있다. 따라서 임차인의 측에서 배신적이라고 할 수 없는 특단의 사정이 있다는 점을 입증해야 한다’라고 하면서⁴⁵⁰⁾ 이러한 특단의 사정에 대한 주장을 항변이라고 파악하였다.

반면, 倉田卓次(쿠라타 타쿠지)는 다음과 같은 이유로 이러한 특단의 사정을 주장하는 것은 간접반증을 제기하는 것이라고 주장한다.⁴⁵¹⁾ 배신행위를 임대차계약 해지권의 발생요건으로 하는 불문의 법규가 존재하는데, 일본 민법 612조는 이러한 배신행위에 기한 해제권이 발생하는 하나의 사례이다. 따라서 임대인이 위 불문의 법규에 따라 임대차계약을 해지하기 위해서는 임차인이 배신행위를 했다는 점을 권리발생사실로 주장하고 입증하여야 한다. 그런데 여기서 임차인의 무단전대 및 무단양도사실은 배신행위를 추인하는 중요한 간접사실이고 추정력이 강하기 때문에 무단전대 및 무단양도사실만 입증하면 곧바로 배신행위를 하였다는 점이 증명된다. 이 경우 임차인이 이러한 배신행위를 다투기 위해서 무단양도

448) 大村雅彦, 前掲 150頁

449) 일본에서는 위 배신행위임을 인정할 수 없는 특단의 사정이 존재한다는 주장의 성격에 관하여, ① 배신행위임이 인정되어야 해지권이 발생한다는 전제 하에서 임대인 측에서 배신행위임을 주장, 입증해야 한다는 견해, ② 아래에서 살펴볼 간접반증이론에 따라 임차인 측에서 배신행위라고 볼 수 없는 사정을 간접반증으로 주장, 입증해야 한다는 견해, ③ 무단양도, 무단전대를 해지권 발생의 권리발생사실로 보고, ‘배신행위라고 인정할 수 없는 특단의 사정’을 권리불발생사실(항변사실)로 보는 견해로 나뉘었는데, ③설이 지배적인 견해라고 한다(大村雅彦, 前掲 151頁).

450) 石田穰, 前掲 證據法の再構成, 189頁

451) 倉田卓次, 前掲, 228頁

및 무단전대 사실을 부인하면서 반대증거를 제출하면 위 무단양도 및 무단전대 사실에 대한 반증을 제출하는 것이지만, 이런 방식이 아니라, 비록 무단양도 및 무단전대를 하였으며 배신행위는 아니라고 하는 특별한 사정을 간접반증으로 입증함으로써 배신행위라는 주요사실을 부인하게 되는 것이다. 따라서 이러한 배신행위라고 인정할 수 없는 특단의 사정은 간접반증사실이, 별도의 요건사실은 아니다.

그런데 우리 대법원 판결을 보면 ‘임차인이 임대인의 동의 없이 제3자에게 임차물을 사용·수익시키는 것은 임대인에게 임대차관계를 계속시키기 어려운 배신적 행위’가 될 수 있다고 보면서 위 倉田卓次の 견해에 동조하는 듯한 태도를 보이고 있다.

그러나 倉田卓次の 간접반증설은 잘못된 것이라는 점을 지적하여야 한다. 즉 사실상 추정이나 간접반증은 어디까지나 사실인정을 위한 문제일 뿐, 법적 개념에 대한 포섭이나 법적 평가를 위한 도구는 아니다. 따라서 가령 어떤 법률개념, 가령 ‘사해행위’라는 개념에 포섭하는 데 적합한 요소들과 포섭을 방해하는 요소들을 가리켜 권리발생 또는 권리불발생사실이라고 지칭하거나 또는 반대로 간접본증이나 간접반증이라는 용어를 사용하는 것은 모두 잘못된 것이다. 그런데 이러한 평가와 포섭을 다투기 위해 개별적인 사실에 대하여 다툼이 있는 경우 모두 부인으로 보아야 함은 앞서 본 바와 같다(117, 127면 참조). 즉 평가장애사실에 관한 주장은 그 주장이 근거하는 별도의 권리불발생규정이 존재하지 않고, 추정과 같은 입증책임특별규정이나, 권리발생표지의 모순적 반대를 권리불발생표지로 변경하기 위한 입증책임분배의 실질적 근거도 존재하지 않기 때문에, 권리불발생항변과는 관련이 없다. 따라서 임대차계약에 대한 평가적 해지사유로 임차인의 배신행위로 보고, 배신행위로 볼 수 없는 특단의 사정은 이러한 평가적 해지사유에 대한 간접반증이라고 보는 倉田卓次の 견해는 간접반증의 의미를 지나치게 확대한 것으로서 잘못된 것이고, 위 주장은 권리불발생항변으로 볼 여지도 충분하다.

이러한 특별한 사정이 있다는 주장이 민법 제629조 제2항에 기한 해지권 발생에 대한 권리불발생항변에 해당하는지 여부에 관하여 살펴본다.

민법 제629조의 입법취지는 다음과 같다. 민법상 임차권의 양도 및 임차물의 전대는 원칙적으로 금지되며, 단지 임대인의 동의가 있는 경우에만 유효하게 양도·전대할 수 있고, 임차인이 임대인의 동의를 받지 않고 임차권을 양도하거나 임차물을 전대한 경우에는 임대인은 임대차계약을 해지할 수 있다. 이처럼 민법 제629조가 임차권의 양도 또는 임차물의 전대에 임대인의 동의를 받도록 요구하는 것은 임대인의 보호를 위한 것이다. 즉 물건을 사용·수익하는 방법은 사람마다 다르기 때문에 임차권의 양도나 임차물의 전대를 자유롭게 할 수 있도록 하여 놓으면 임대인 으로서는 예기치 않은 불이익을 당할 수 있기 때문에 임대인의 동의를 받도록 한 것이다.⁴⁵²⁾ 다만 위 대법원 판례는 무단전대가 임대차관계를 계속시키지 어려운 배신적 행위가 될 수 있으므로 해지할 수 있다고 하면서, 배신적 행위라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있다면 해지할 수 없다고 설시하였다. 그러나 이러한 판례의 설시는 특히 대법원 1972. 1. 31. 선고 72다2400 판결의 설시와 배치된다는 점에서, 단순히 일본 최고재판소의 설시를 그대로 받아들인 것이 아닌가 의심된다. 즉 대법원 1972. 1. 31. 선고 72다2400 판결은, ‘임차인이 임대인의 동의 없이 임대물을 전대 하더라도 그것이 임차인의 임대인에 대한 배신행위라고 인정함에 족하지 않는 특단의 사정이 있는 경우 무단전대를 이유로 해지권이 발생하지 않는다’라고 하는 원심의 판단은 민법 제629조를 오해하고 **합부로 해석한 것**이라고 하면서 위 배신행위의 법리를 받아들이지 않았다. 앞서 본 바와 같이 민법 제629조 제2항은 임대인의 지위를 보호하기 위하여 일방적인 해지권이 부여된 것이지, 임대인과 임차인의 신뢰관계가 파괴되어 해지권이 부여된 것은 아니다. 따라서 일본의 배신행위 이론을 일방적으로 받아들이기 보다는, 오히려 입법취지에 맞게 무엇이 임대인을 더 두텁게 보호하는 것인지를 밝히는 편이 더 나았을 것이다. 즉 배신행위라서 해지권이 발생하는 것이 아니라, 임차인의 무단전대 행위가 오히려 임대인의 이익을 실질적으로 침해하지 않는다는 취지로 해지권이 발생하지 않

452) 민법주해[X V], 채권(8), 박영사, 1999년, 112면(민일영 집필부분)

는다는 것이 더 바람직하다. 즉 앞서 본 일본의 사례에서 보면 ① 임차인이 절세 등을 위하여 개인사업을 법인화하여 형식적으로 양도, 전대가 이루어졌지만, 실태는 변하지 않은 경우, ② 양도·전대의 당사자가 친족 등 특수관계에 있어 영리성이 없거나 적은 경우, ③ 일시적으로 양도·전대가 이루어졌지만 이미 원상복구된 경우가 배신행위가 아니라고 보았으나, 이러한 경우는 무단전대 및 무단양도에 대한 비난가능성이 극히 경미한 경우로서 이러한 무단전대 및 무단양도로 인하여 임대인에게 실질적인 손해가 발생하지 않았다고 볼 수 있는 경우에 해당된다.

일단 배신행위 이론을 받아들인다고 하더라도, 이러한 배신행위가 임대인의 이익에 기여하는 경우로 한정해서 해석하는 것이 바람직할 것이다. 나아가 임차인이 스스로 배신행위에 해당되지 않는 사정을 입증하는 이유는 이러한 주장이 증명주제 변경에 의한 권리불발생표지에 대한 주장으로서 권리불발생항변이기 때문이다. 민법 제629조 제2항이 임대인의 보호를 위한 규정인 이상, 임대인의 보호를 위하여 무단전대를 한 사실이 밝혀지기만 하면 해지권을 행사할 수 있도록 하여야 하고, 만약 임대인으로 하여금 그 무단전대가 배신행위에 해당된다고 볼 수 없는 사정까지 없다는 점도 입증하도록 한다면 임대인 보호라는 입법목적은 달성할 수 없다. 다만 위 무단양도가 임대인을 해치지 않는다는 점이 증명된다면, 해지권을 발생시키지 않는 것이 입법목적에 부합할 것이다. 위 무단양도가 임대인을 해치지 않는다는 특별한 사정에 대한 입증책임이 임차인 측에게 있는 이유는 다음과 같다. 먼저 무단전대를 한 사람은 임차인이다. 따라서 앞서 본 침해부당이득 및 변제에 관한 독일 민법 제363조의 입증책임규정을 유추적용하면, 자신이 스스로 한 행위가 정당하다는 점에 대하여는 스스로 입증책임을 부담하도록 하는 것이 임대인 보호를 위한 입법취지에 부합할 것이다.

그 외에 전형적인 입증책임분배의 실질적 근거를 검토해 보면 다음과 같다.

일단 추상적인 개연성 평가를 생각해 볼 수 있다. 만약 임대차목적물에 관한 무단전대·무단양도가 이루어졌는데, 이러한 무단전대·무단양도가

임대인에 대한 배신행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정이 존재할 개연성과 특별한 사정이 존재하지 않을 개연성을 비교해서, 무단전대·무단양도가 발생한 대부분의 경우 이러한 특별한 사정이 존재하지 않는다고 평가할 수 있다면 추상적인 개연성 평가가 그 근거가 될 수 있을 것이다. 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 입증책임규범은 진위불명을 극복하기 위한 것이고, 개연성이 낮은 법률요건표지가 진위불명인 경우에는, 그러한 법률요건표지가 존재하지 않는 것으로 처리하는 것이 그 판단이 진실에 부합할 가능성이 높기 때문이다. 생각건대 임차인이 임대인의 승낙없이 무단전대·무단양도하였을 경우에는 대부분의 사례에서 임차인이 임대인의 신뢰를 배신했 것으로 볼 여지가 크다. 대부분의 임대인들은 임차권양도 및 전대를 선호하지 않는다. 왜냐하면 임차권양도 및 전대가 이루어진다는 것은 임대인은 기존의 임대차관계가 정상적으로 작동하지 않는 것을 전제로 하기 때문이다. 이러한 경우 임차인과 임대인이 합의해지하고 새로운 임대차계약을 체결하는 것이 더 간명할 것이지만, 통상 합의해지를 하기 위해서는 임대인 측이 임차인 측에 추가적인 배상을 요구하는 것이 보통이다. 이를 피하고 임대차계약을 계속 유지하기 위한 목적으로 임차인 측은 임대인 측에 알리지 않고 임차권을 양도하거나 전대하는 것이다. 따라서 무단전대 및 무단양도가 이루어졌을 경우에는 대부분 배신행위인 경우가 많을 것이므로, 무단전대 및 무단양도가 이루어졌음에도 배신행위가 아닌 경우는 추상적 개연성이 적은 것이므로, 이를 주장하는 측에서 입증책임을 부담하는 것, 즉 진위불명인 경우 배신행위인 것으로 보는 것이 오판의 가능성이 적다.

증거와의 거리를 살펴보면, 石田讓이 앞서 지적한 바와 같이 배신행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정은 임차인 측이 그 증거에 더 가깝다고 할 수 있다. 이러한 특별한 사정은 임차인과 전차인 및 양수인과의 관계에서 발생한 상황에 관한 것이므로 임대인으로서도 도저히 알기 어려운 경우가 많을 것이다. 따라서 증거와의 거리의 관점 역시 권리불발생적인 입증책임분배의 실질적인 근거를 제공한다.

사회적 약자보호라는 관점에 관하여 보면, 임차인이 약자, 임대인이 강

자라고 하는 도식에서 보면, 임차인의 두터운 보호를 위하여 임대인이 무단전대가 배신행위라는 점을 입증하도록 하는 것이 마땅할 것이다. 그러나 현실적으로 이미 주택임대차보호법, 상가건물 임대차보호법 등으로 인하여 임차인의 지위가 강화되었고, 대출금 채무 등에 의존하여 부동산을 구입한 취약한 자력의 임대인도 다수 존재하는 이상, 임차인이 약자, 임대인이 강자라는 도식은 더 이상 성립하기 어렵다.

위험의 증가라는 관점은 권리불발생적인 입증책임분배의 실질적인 근거를 제공한다. 임차인은 무단전대·무단양도를 함으로써 임대차관계의 기본인 신뢰관계를 파괴하였고 그로 인하여 위 임대차관계에 위험을 초래하였다. 특히 임대인이 잘 알지도 못하는 전차인 또는 임차권양수인에게 임대차목적물이 이전됨으로써 임대차목적물의 보존·관리에 어려움이 발생하였다. 이러한 무단전대·무단양도가 발생한 경우, 이러한 행위로 인하여 위험이 증가하지 않았음, 즉 신뢰관계가 파괴된 것이 아니라는 점은 임차인 측이 증명하여야 한다. 따라서 위험의 증가라는 관점은 권리불발생적인 입증책임분배의 실질적인 근거가 된다.

이러한 고찰을 종합해보면, 입법목적 등에 비추어 보면 배신행위에 해당되지 않는다는 특별한 사정이 있다고 하는 임차인의 주장은 무단전대로 인한 민법 제629조 제2항에 따른 해지권 행사에 대한 권리불발생항변에 해당된다. 이러한 권리불발생항변은 법률해석(제한적 해석)을 수단으로 한 증명주제 변경에 따라 권리불발생표지가 만들어진 것이라고 할 수 있다.

6. 채권자대위권 행사에서 권리불행사

다음의 사례를 본다. 원고들은 건설중장비 임대업체로서 채무자 A에게 건설중장비를 임대하였으나 채무자 A로부터 그 임대료를 지급받지 못하였다. 채무자 A는 B회사로부터 공사를 하도급받고 위 공사를 진행하기 위하여 원고들로부터 중장비를 임차한 것이었다. 피고(건설공제조합)는 B회사가 도산하는 경우 B회사의 채무를 대신 지급하기로 한다는 취지의 보증서를 발급하여 A에게 교부하였다. 그후 실제로 B회사가 도

산하자, 원고는 A에 대한 장비임대료 채권을 보전하기 위하여 피고를 상대로 A의 B회사에 대한 공사대금채권의 지급을 구하는 채권자대위의 소(원고 → A → B의 보증인 피고')를 제기하였다. 이에 대하여 피고는 이미 A가 피고에 대하여 보증금 청구를 하였기 때문에 원고의 채권자대위권 행사는 허용될 수 없다고 주장하였다. 심리한 결과 채무자는 피고에게 보증금의 지급을 청구하는 내용증명우편 하나만을 보냈으나, 피고가 보증금 지급을 거절하자 아무런 법적 조치를 취하지 않고 있다. 이러한 피고의 주장은 항변인가, 부인인가?

채권자대위권의 성질에 대하여는 깊은 논쟁이 있지만, 여기서는 생략한다.⁴⁵³⁾ 다만 우리나라에서는 채권자대위권의 실제법적 요건은 1. 피보전채권에 대한 요건(채권의 존재/보전의 필요성/피보전채권의 이행기도래) 2. 대위의 객체에 대한 요건(대위의 객체로서 적합할 것), 3. 채무자가 스스로 그의 권리를 행사하지 않을 것 등이라는 점에 이견이 없다.⁴⁵⁴⁾ 이 사건에서는 원고는 채무자 B가 스스로 권리를 행사하지 않았다고 주장함에 반하여 피고는 채무자 B가 스스로 권리를 행사하였다고 다투고 있어 이 3번째 법률요건의 존부가 쟁점이다. 이 3번째 요건인 '채무자가 스스로 채무자의 권리를 행사하지 않을 것'은 법문상 명문의 규정이 없지만, 채권자대위권의 행사요건 중의 하나라는 점에 이론이 없다.⁴⁵⁵⁾ 왜냐하면, 채무자가 자신의 권리를 행사하였음에도 채권자의 대위를 인정한다면 채무자의 재산관리에 대한 부당한 간섭이 되기 때문이다. 여기서 채무자가 스스로 그 권리를 행사하지 않는다는 것은 채무자가 제3채무자에 대한 권리가 존재하고 채무자가 그 권리를 행사할 수 있는 상

453) 다만, 한 가지만 지적하자면, 만약 채권자대위권을 당사자적격의 문제로 파악하는 통설을 취한다면, 채권자대위권의 요건이 흠결되었다는 주장은 모두 앞서 본 소송상의 항변에 불과하여 진정한 항변이라고 볼 수 없어 권리발생요건인지, 불발생요건인지를 검토하는 것은 불필요하다. 소송요건의 대부분은 직권조사사항이어서, 반드시 피고의 주장을 기다릴 필요가 없고 소송요건에 해당하는 사실의 존재에 대한 입증책임은 원고가 부담하는 것이므로, 이러한 항변은 진정한 의미의 항변이라고 말할 수 없기 때문이다.

454) 가령 지원림, 같은 책, 1109면 이하

455) 민법주해[IX], 박영사(1999), 760면 (김능환 집필 부분)

태에 있으나 스스로 그 권리를 행사하지 않는다는 것을 의미한다. 권리를 행사할 수 있는 상태에 있다는 것은 권리행사를 할 수 없게 하는 법률적 장애가 없어야 한다는 뜻이며 채무자 자신에 관한 현실적인 장애까지 없어야 하는 것은 아니다.⁴⁵⁶⁾ 이러한 채권자대위권 소송에서 피고 측이 채무자가 이미 권리를 행사했다고 주장하는 경우 이러한 주장은 권리불발생항변에 해당하는가? 물론 여기서 채무자가 별도의 소를 제기하지 않고 내용증명우편 하나만 보낸 행위를 ‘권리의 행사’라고 볼 것인가는 법률요건에 대한 포섭 또는 법률적 평가의 문제이므로 입증책임의 문제와는 아무런 관련이 없다.

우리나라 민법 교과서에는 이 부분에 대한 명확한 기술을 찾기 어렵다. 한편 일본에서는 ‘채무자가 이미 자신의 채권을 행사하였다는 사실에 관하여 대위행사의 상대방이 주장·입증책임을 부담한다’는 견해(위 견해를 ‘항변설’이라고 부르기로 한다)가 지배적이라고 한다.⁴⁵⁷⁾ 그 이유는 ‘채무자가 이미 자신의 채권을 행사한 사실’은 채권자대위권의 행사에 있어서 청구원인의 법률요건은 아니기 때문이다.⁴⁵⁸⁾ 왜냐하면 원고가 채권자대위권을 행사하면, 피고는 이에 대하여 채무자가 이미 자신의 권리를 행사하였다는 취지로 항변을 하게 되는데, 결국 채무자가 자신의 권리를 행사하지 않았다는 것은 별도의 권리발생사실이 아니라, 다만 피고가 위항변(즉 채무자가 권리를 행사하지 않았다는 주장)을 제출하지 않은 상태를 가리키는 것에 불과하므로 별도의 권리발생사실은 되지 못하기 때문이라고 한다.

먼저 입법목적에 관하여 살펴본다. 채권자대위권에 관한 민법 제404조 제1항은 프랑스 古代法에서 발전된 프랑스 구 민법 제1166조(1804년 나폴레옹 민법전)를 계수한 일본 민법 제418조를 그대로 받아들인 것이다.⁴⁵⁹⁾ 프랑스 古代法에서 대위권제도는 채권자 자신이 채무자의 소권을

456) 같은 책, 761면

457) 新版 注釋民法(10)Ⅱ, 有斐閣(2011), 728頁, 平井宜雄(히라이요시오), 債權總論 [第2版], 弘文堂, 268頁

458) 加藤雅信(가토마사노부), 新民法大系Ⅲ, 有斐閣(2005), 185頁

459) 민법주해[IX] 채권(2), 박영사, 1999년, 742면[김능환 집필부분]

직접 행사하는 형태를 취하였는데, 재판상의 대위로서 대위권 행사 하기 위해서는 법원의 허가가 필요하였다.⁴⁶⁰⁾ 그러나 채권자 대위권 행사를 위하여 미리 법원의 허가를 받는 것은 절차상 번잡하고 시간과 비용이 소요되는 무익한 절차라는 비판을 받았고, 프랑스 구 민법(1804년 나폴레옹 민법전)에서는 법원의 허가를 구하는 부분은 채용되지 않았다. 프랑스 법학자인 보아소나드가 프랑스 민법전을 기본으로 삼아 기초한 일본 민법 초안 재산편 제359조 제1항은 ‘채권자는 자기의 채무자에게 속한 권리를 주장하여 物權과 人權을 구분하지 않고 그 소권을 행사할 수 있다’⁴⁶¹⁾라고 규정하였다.⁴⁶²⁾ 보아소나드는 채권자가 먼저 채무자에 대하여 권리행사를 최고하고 채무자가 이에 불응할 경우에는 채권자는 법원에 채무자의 권리를 행사하는 권한을 취득하기 위하여 지금까지의 상황을 기재한 대위신청서를 제출하여야 한다고 제안했다. 이러한 보아소나드의 제안이 받아들여져 일본 구 민법 제339조 제1항은 ‘채권자는 그 채무자에 속한 권리를 신청하여 그 소권을 행사할 수 있다’⁴⁶³⁾라고 규정하였다.⁴⁶⁴⁾ 나아가 채권자 대위권 행사 신청을 위한 별도의 법률로서 ‘裁判上代位法’이 마련되었고, 위 법 제1항은 ‘채무자에게 속한 소권을 행사하려는 채권자는 먼저 채무자에게 그 행사를 적법하게 최고하여야 한다’는 취지로 규정하였다.⁴⁶⁵⁾ 이후 구 민법은 앞서 본 바와 같이 법전논쟁의 결과 시행이 연기되었고 위 구 민법은 현행 일본 민법 제418조과 같은 형태로 수정되었다. 일본 민법 제418조 제1항은 ‘채권자는 자신의 채권을 보호하기 위하여 채무자에 속한 권리를 행사할 수 있다. 다만 채무자의 일신에 속한 권리는 그러하지 아니하다’⁴⁶⁶⁾라고 규정한다. 그런데 위 일본 민법 제정에 참여한 법전조사회의 입법취지 설명에 의하면, 현행 민

460) 池田辰夫(이케다 타츠오), 債權者代位訴訟の構造, 信山社出版株式會社, 1995年, 50頁

461) 위 번역은 이 글에서 이루어진 것임.

462) 前掲, 51頁

463) 위 번역은 이 글에서 이루어진 것임.

464) 前掲, 52頁

465) 前掲, 53頁

466) 위 번역은 이 글에서 이루어진 것임.

법은 구 민법은 지나치게 채권자의 권한이 방대하므로 이를 제한하기 위하여 ‘자신의 채권을 보호하기 위하여’라는 단어만을 추가하였다고만 설명할 뿐 그것 이외에는 구 민법의 내용을 변경할 의도는 없었다고 한다.⁴⁶⁷⁾ 또한 별다른 이유 없이 재판상대위법은 비송사건절차법 제4장 ‘재판상의 대위에 관한 사건’으로 변경되었고, 그 변경결과, 채무자에 대한 권리행사최고라는 관념이 제거되었음에도 그 경위는 명확히 밝혀지지 않았다.⁴⁶⁸⁾

이러한 입법연혁 및 입법목적에 비추어 본다면 채권자대위권을 행사하는 채권자 측에서 채무자의 권리불행사를 권리발생사실로 입증하는 것이 타당하다. 왜냐하면 채권자의 권리불행사는 채권자대위권 행사를 정당화하는 중요한 사유이기 때문이다. 즉 원래 채권자대위제도는 채권자의 중대하고 정당한 이익요인이라는 기본적인 법률요건을 갖추어야 하는데, 이러한 요건이 채무자의 자유영역에 대한 간섭을 정당화하는 근거를 제공한다.⁴⁶⁹⁾ 특히 일본 구 민법 제정 당시에는 재판상 대위를 위하여 채무자에 대한 권리행사최고 및 법원에 대한 신청을 필요로 하였으나 개정에 대한 명확한 근거나 이유제시 없이 이러한 절차가 생략되었음은 앞서 본 바와 같은데, 결국 채무자에 대한 권리행사최고라는 법률요건은 채무자의 자유영역에 대한 간섭을 정당화하는 중요한 근거를 제공한다. 그런데 채무자에 대한 권리행사최고라는 법률요건은 ‘채무자의 권리불행사’와 사실상 동일한 것이다. 왜냐하면, 채무자에게 권리행사최고를 하는 이유는 채무자로 하여금 권리를 행사하도록 요청하기 위함이고 이러한 최고에도 불구하고 채무자가 권리행사를 하지 않았을 경우에는 채권자의 대위행사가 정당화되기 때문이다. 만약 채권자가 채무자의 권리불행사사실을 입증하지 않고도 채권자대위권을 행사하도록 한다면, 그만큼 채권자대위권의 행사가 용이해질 것이고 그만큼 채무자에 대한 간섭은 증대될 것이다. 따라서 제도적 연혁이나 입법목적에 비추어 보면 채무자의 권리

467) 前掲, 55頁

468) 前掲, 57頁

469) 前掲, 50頁

불행사라는 법률요건표지의 실현에 관하여는 채권자가 입증책임을 부담하는 것이 타당하다.

반면 입증책임분배의 실질적 근거들이 항변설에 대한 근거를 제공한다. 먼저 증거와의 거리나 기대가능성이 항변설의 주요한 근거가 될 수 있다. 즉 원고는 채무자가 권리를 행사하였는지 여부를 도저히 알 수 없는 상황이다. 즉 채권자로서는 대위행사할 채권의 존재 여부도 알지 못하는 경우가 많은데 나아가 채무자가 그 채권을 행사하였는지 여부를 알기 어렵고(기대가능성), 안다고 하더라도 그 행사 또는 불행사에 대한 증거를 확보하기는 더욱 어렵다. 그러나 피고(제3채무자)는 권리행사여부를 쉽게 알 수 있고 그에 대한 증거자료도 확보하고 있을 것이므로, 피고 측에서 이를 항변으로 입증하도록 하는 것이 객관적 진실발견 및 증거제출 촉진을 위하여 바람직할 것이다. 또한 부정적인 사항의 회피라는 관점에 의할 경우, 원고에게 권리의 불행사라고 하는 소극적인 사실보다는 피고에게 권리의 행사라는 적극적인 사실을 입증하도록 하는 것이 바람직하다.

이러한 고찰을 종합해보면, 입법목적 및 연혁 등에 비추어 보면, 채권자대위권을 행사하기 위해서는 반드시 채무자의 권리불행사라는 핵심적인 법률요건표지가 실현되었음이 증명되어야 하고, 이러한 법률요건표지의 실현이 진위불명상태라면 채권자대위의 행사는 허용되어서는 안된다. 항변설의 경우 증거와의 거리, 기대가능성, 부정적 사항에 대한 입증회피 등을 근거로 제시될 수 있다. 증거와의 거리는 채무자의 권리불행사라는 법률요건은 물론 원고와 피고 사이에서 검토하면 피고 측이 증거에 더 가깝다고 할 수 있지만, 위 법률요건은 피고(제3채무자)와 채무자 양쪽에서 발생한 사건이므로 공간적-대상적 영역(102면 참조)이 피고 쪽에 제한되지 않고 따라서 증거와의 거리는 중요한 의미를 갖기 어렵다. 기대가능성에 관하여 보면, 원고가 채무자로부터 권리행사여부에 관하여 정보를 취득하고 증거를 수집할 수 있으므로(특히 원고가 채무자로부터 채권의 존재를 알게 되었을 수도 있다) 원고가 이에 대한 입증책임을 부담한다고 해도 반드시 기대가능성이 없는 행위를 요구하는 것은 아닐 것이

다. 원고가 권리불행사에 대한 입증책임을 부담할 경우 피고가 채무자의 권리행사가 없었다는 점을 다투지 않으면 자백한 것으로 보고 사실인정을 하면 된다. 따라서 항변설은 이러한 입법목적은 간과하고 단순히 부정적인 사항에 대한 입증회피라고 하는 형식적인 요소에만 착목하여 입증책임을 분배한 것에 다름 아니다.

제5절 소결

이 장의 논의를 정리하면 다음과 같다.

권리불발생항변은 그 기반이 되는 규범의 형식에 따라 3가지로 구분된다.

첫째, 독자적인 실체법 조문에 근거한 권리불발생항변이다. 민법 제103조(제2절 1), 일시사용을 위한 임대차에 관한 규정(제2절 2), 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항, 신탁법 제6조 등의 법조문에 근거한 권리불발생항변이다. 이러한 종류의 권리불발생규정은 독자적인 법률효과(즉 권리 및 의무의 발생 또는 소멸)를 가진 것처럼 오해를 불러일으키지만, 민법 제103조의 법률요건표지가 실현되면 그 법률행위는 처음부터 아무런 효력을 발휘하지 못한다는 점에서 Leonhard가 말한 의미의 법률효과는 갖지 못한다. 다만 법명제의 구성요소로서의 법률효과만을 가진다. 이러한 형태의 권리불발생항변은 쉽게 식별이 가능하므로 별 문제가 되지 않는다. 이러한 종류의 권리불발생항변 속에 Rosenberg가 말한 첫 번째 유형의 권리불발생항변(제3장 제1절 2.의 가)이 포함된다. Rosenberg가 말한 첫 번째 유형의 권리불발생항변은 일부 법률요건이 실현되지 않아 법률효과가 발생하지 않았음에도 반대규정에 의하여 법률효과 발생이 차단되는 경우를 말한다. 그런데 Rosenberg는 이러한 유형의 권리불발생항변에서 일부 법률요건이 실현되지 않았다는 점 및 추가적인 행위가 더 필요하다는 점(가령 계약의 철회나 소멸시효의 중단 행위 등)을 강조하였으나, 이러한 사항은 실제로는 별로 중요하지 않다. 이러한 사항들은 권리소멸규정과 권리불발생규정의 경계를 구분하기 위해서만 의미가 있기 때문이다. Rosenberg가 말한 첫 번째 유형의 권리

불발생항변은 권리불발생이라는 법률효과를 규정한 독자적인 법률조문에 근거한 항변이라는 점에서만 의미가 있다.

둘째, 입증책임 특별규정에 근거한 권리불발생항변이다. 입증책임에 관한 기본규정은 어떤 법률요건표지가 진위불명상태라면 그 사실은 존재하지 않은 것으로 의제하는 것(부정적인 의제)이다. 그러나 입법자는 법을 만들 때 입증책임분배의 실질적 근거들을 고려하는 경우가 있는데, 특별한 입증책임분배의 실질적인 근거들에 근거하여 증명주체에 관한 긍정적인 의제를 하는 입증책임에 관한 특별규정을 만들기도 한다. 이러한 경우 이러한 입증책임 특별규정에 따라 긍정적으로 의제되는 법률요건표지는 그 상대방이 그 모순적 반대, 즉 당해 법률요건표지의 부존재를 주장, 입증하여야 하고, 이러한 주장은 권리불발생항변이 된다. 한편 우리 민법은 명시적 입증책임특별규정은 존재하지 않고 다만 추정 및 유사추정(잠정적 진실)의 조문만을 두고 있다. 이러한 특별규정이 존재할 경우 권리불발생항변이 인정된다. 상호속용에서 채무의 영업관련성은 추정되므로 채무가 영업관련성이 없다는 주장은 권리불발생항변이 되는데, 이러한 종류의 권리불발생항변의 예이다(제3절 6.).

마지막으로 증명주체 변경을 통한 권리불발생표지에 근거한 권리불발생항변이다. 이러한 증명주체 변경을 통한 권리불발생표지는 다시 2가지로 구분된다. 하나는 법률의 문구에 의하여 본문/단서, 원칙/예외의 형태로 권리불발생표지가 특정되어 있는 경우이고, 다른 하나는 법률해석에 의한 증명주체변경을 통하여 권리불발생표지가 만들어진 경우이다. 입법자는 법률을 만들 때 입증책임분배의 실질적인 근거를 참조하여 조문을 만들 수 있는데, 문장의 원칙/예외 관계, 본문/단서, 제1항과 제2항과 같은 방식을 통하여 청구원인의 법률요건 중 일부를 상대방에게 돌릴 수 있다. 민법 제108조 제2항을 조문의 문구대로 통정허위표시의 제3자가 통정허위표시의 무효에 대항하기 위해서 스스로 선의임을 입증하여야 한다고 해석한다면(일본 최고재판소 판례 및 일본의 다수설, 제3절 1. 참조), 첫 번째 경우의 예에 해당할 것이다. 반면 법률해석의 과정에서 역사적, 목적론적 해석을 하게 되고 그 결과 특정한 법률요건표지는 그 모순적

반대를 상대방에게 입증책임을 지우는 것이 입법목적 및 연혁에 비추어 타당하다고 해석되는 경우 법원은 법률해석의 방법을 통해 증명주제를 변경하게 되고 이러한 과정에서 증명주제 변경을 통한 권리불발생항변이 발생하는 것이다. 침해부당이득에서 정당한 권원을 부당이득반환청구권의 상대방에게 입증하도록 하는 우리 판례의 태도(제4절 3.)는 두 번째 경우의 예에 해당한다.

제6장 결론

지금까지 권리불발생항변에 대하여 검토하였다.

입증책임분배에 관한 규범설의 입장에 선다면 권리불발생항변은 반드시 규명해야 하는 개념이다.

권리불발생항변의 개념을 규명하기 위하여 먼저 Rosenberg의 견해를 검토하였다. 검토한 결과 Rosenberg의 견해는 법률명제의 구성부분으로서의 법률효과라는 개념과 권리와 의무의 변동으로서의 법률효과라는 개념을 구분하지 못함으로써 법률효과를 통하여 권리불발생규정을 구분하려 하였고, 나아가 원칙/예외라고 하는 모호한 기준을 권리발생규정과 권리불발생규정을 구분하려 하였다는 문제가 있음이 밝혀졌다. 반면 Leipold는 권리발생규정과 권리불발생규정은 실체법적 법률효과를 통해서는 구분되지 않고 오직 입증책임분배를 위해서만 의미가 있음을 밝혀내었고, 나아가 진위불명의 극복을 위하여 마련된 입증책임규범의 목적에 주목하도록 함으로써 입증책임규범의 실질적인 근거라는 새로운 사고를 할 수 있도록 하였다. 그러나 입증책임규범과 실체법규범이 분리됨으로써 규범설에서 이탈하려는 이론적 움직임이 발생하였고 그로 인하여 확고하고 안정적인 입증책임분배를 위태롭게 하는 문제가 발생하였다. 이에 대하여 Prütting은 진위불명의 경우에도 어떤 재판을 하도록 의제하여야 함은 분명하고 이러한 의제는 단순한 ‘작동원리’에 불과하므로 규범의 지위를 가질 수 없다고 주장하면서 입증책임규범 개념의 폐기를 주장하였다. 나아가 보조적 규범에 불과한 입증책임규범이 실제로 진위불명으로 인한 불이익분배, 즉 입증책임분배까지 결정하는 것은 입증책임규범에 과도한 지위를 부여하는 것이라고 비판하였다. 결국 진위불명으로 인한 불이익분배는 실체법의 계층적 구조를 통하여 해결하여야 한다고 주장하였다. 그러나 이러한 실체법의 계층적 구조라는 관념은 앞서 본 Rosenberg의 원칙/예외라는 관계가 다시 부활한 것이라고 볼 수밖에 없으므로, 다시 모호하다는 비판을 피할 수 없다. 반면 Musielak은 진위불명을 위한 입

증책임규범이 반드시 필요하다고 주장하되 입증책임규범은 부정적 의제를 하는 기본규정과 긍정적 의제를 하는 특별규정이 있으며, 나아가 특정한 입증책임분배의 실질적 근거가 있는 경우 권리발생표지의 모순적 반대가 권리불발생표지로 전환될 수 있음을 밝혀내었다. Musielak은 명시적 입증책임규정 외에 묵시적 입증책임 특별규정이 해석상 존재한다고 주장함으로써 논의를 번잡하게 만들기는 하였으나 입증책임 특별규정과 권리불발생표지를 명확히 구분하였다는 점에서 가장 발전된 형태의 이론 구성을 제시하였다.

이러한 이론적 고찰을 토대로 내린 이 글의 결론은 지금까지 내린 결론은 다음과 같다.

지금까지 내린 결론은 다음과 같다.

권리불발생항변은 그 규범적 형태에 따라 3가지로 구분된다.

첫째, Rosenberg가 말한 권리불발생규정의 첫 번째 종류로서, 독자적인 실체법 조문에 근거한 권리불발생항변이다. 민법 제103조에 근거한 권리불발생항변을 대표적인 예로 들 수 있다. 이러한 종류의 권리불발생규정은 독자적인 법률효과(즉 권리 및 의무의 발생 또는 소멸)를 가진 것처럼 오해를 불러일으키지만, 민법 제103조의 법률요건표지가 실현되면 그 법률행위는 처음부터 아무런 효력을 발휘하지 못한다는 점에서 Leonhard가 말한 의미의 법률효과는 갖지 못한다. 다만 범명제의 구성요소로서의 법률효과만을 가진다. 이러한 형태의 권리불발생항변은 쉽게 식별이 가능하므로 별 문제가 되지 않는다.

둘째, 입증책임 특별규정에 근거한 권리불발생항변이다. 입증책임에 관한 기본규정은 어떤 법률요건표지가 진위불명상태라면 그 사실은 존재하지 않은 것으로 의제하는 것이다. 그러나 특별한 실질적 근거에 의하여 입증책임에 관한 특별규정이 존재하는데, 우리 민법은 명시적 입증책임특별규정은 존재하지 않고 다만 추정 및 유사추정(잠정적 진실)의 조문만을 두고 있다. 이러한 특별규정이 존재할 경우 권리불발생항변이 인정된다.

마지막으로 증명주체의 변경을 통한 권리불발생표지에 근거한 권리불발

생항변이다. 이러한 증명주제 변경을 통한 권리불발생표지는 다시 2가지로 구분된다. 하나는 법률의 문구에 의하여 본문/단서, 원칙/예외의 형태로 권리불발생표지가 특정되어 있는 경우이고, 다른 하나는 법률해석에 의한 증명주제변경을 통하여 권리불발생표지가 만들어진 경우이다.

이러한 권리불발생항변의 구분은 실무상 불필요한 것으로 보일지도 모른다. 그러나 실무에서 정말 판단하기 어려운 사례를 만난다면 근본으로 돌아가야 해결할 수 있을 것이고, 이러한 연구는 이러한 문제해결에 기여할 것으로 기대한다.

참 고 문 헌

[단행본]

국내문헌

- 김선석, 증명책임의 연구 제1,2권, 육법사, 1995
김영환, 법철학의 근본문제 제3판, 홍문사, 2012
김홍규·강태원, 민사소송법 제2판, 삼영사, 2010
독일민법전(2018년판), 양창수 역, 박영사, 2018
독일민법전, 양창수 역, 박영사, 1999
리페브르, 알렉산더, 법-이미지, 한병준·허유선 옮김, 치우(2012)
뮐러, 프리드리히·크리스텐슨, 랄프·소콜로프스키, 미하엘, 이덕연 역, 법
텍스트와 텍스트작업, 법문사, 2005년
[Müller, Friedlich·Christensen, Ralph·Sokolowski, Michael, Rechtstext
und Textarbeit: Schriften zur Rechtstheorie Heft 179,
Dunker&Humblot, 1997]
민법주해[I], 총칙(1), 박영사, 2002년
민법주해[II] 총칙(2), 박영사, 2002년
민법주해[III], 박영사, 2002년
민법주해[IV], 박영사, 2001년
민법주해[V], 박영사, 1999년
민법주해[IX], 박영사, 1999년
민법주해[X] 채권(3), 박영사, 2001년
민법주해[XI], 채권(4), 박영사, 1995년
민법주해[X V], 채권(8), 박영사, 2002년
민법주해[X VII] 채권(10), 박영사, 2005년
법원행정처, 신모델과 요건사실, 2004년, 법원행정처
사법연수원, 요건사실론, 2008년, 사법연수원

송상현·박익환, 민사소송법 신정7판, 박영사, 2014년
 송옥렬, 상법강의 제7판, 홍문사(2017년)
 양창수·김재형, 민법 I 계약법, 박영사, 2012년
 양창수·권영준, 민법 II 권리의 변동과 구제, 박영사, 2012년
 오석락, 입증책임론[신판], 박영사, 2002
 앵기쉬, 칼, 법학방법론, 안법영·윤재왕역, 세창출판사, 2011
 [Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl.,
 Stuttgart, 2010]
 이병덕, 논리적 추론과 증명, 이제이북스(2010)
 이시윤, 신민사소송법 제12판(2018년), 박영사
 이영준, 민법총칙(개정증보판), 박영사(2007)
 이철송, 회사법강의 제26판, 박영사, 2018
 전병서, 민사소송법강의 제4판, 법문사, 2002
 정동윤, 민사소송법[전정판], 법문사, 1990년
 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제6판, 법문사, 2017년
 정우형, 독일법률용어사전, 도서출판 길안사, 1993
 주석 민법 총칙(2), 한국사법행정위원회, 2001
 주석 상법 [총칙·상행위편], 제3판, 한국사법행정학회, 2003년
 주석 상법 [회사(Ⅲ)], 제3판, 한국사법행정학회, 2003년
 지원림, 민법강의 제15판(2017년), 홍문사
 최진수, 요건사실과 증명책임[제4판], 진원사, 2015
 하트, 허버트, 오병선 역, 법의 개념, 아카넷, 2002년
 [H.L.Hart, The Concept of Law, 2nd. ed. Oxford university, 1961]
 호문혁, 민사소송법(제13판), 법문사, 2016

독일문헌

Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast Grundlagen,
 Köln·München, 2008

Betzinger, B. Die Beweislast in Zivilprozeß mit besonderer Rücksicht

- auf das Bürgerliche Gesetzbuch, 3. Aufl., Berlin, 1910
- Blomeyer, Arwed, Zivilprozeßrecht-Erkenntnisverfahren-, zweite, vollständig überarbeitete Auflage, Berlin, 1985
- Henckel, Wolfram, Prozessrecht und Materielles Recht, Göttingen, 1970
- Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30.Aufl., München, 2011
- Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl., Berlin·Heidelberg·New York, 1995
- Leipold, Dieter, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin, 1966
- Leipold, Dieter, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, New York · Berlin, 1985.
- Leonhard, Franz, Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin, 1926
- Münchener Kommentar zur BGB, 7.Aufl. München 2015
- Musielak, Hans-Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin · New York, 1975
- Musielak·Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, München, 1984
- Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 12. Aufl., München, 2014
- Prütting, Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München, 1983
- Reineke, Gerhard, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin, 1976
- Rosenberg, Leo, die Beweislast, 5. Aufl., München, 1965
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, München
- Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. Band 1., Stuttgart, 1879
- Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München, 2012

일본문헌

- 加藤雅信, 新民法大系Ⅲ, 有斐閣(2005)
- 內田貴, 民法Ⅲ 第2版, 東京大學出版會, 1999年
- 池田辰夫, 債權者代位訴訟の構造, 信山社出版株式會社, 1995年
- 大村敦志, 公序良俗と契約正義, 契約法研究 I, 有斐閣, 1995年
- 倉田卓次, 民事實務と證明論, 日本評論社, 1987
- 伊藤眞, 民事訴訟法 第4版(2014), 有斐閣
- 伊藤滋夫, 難波孝一 編, 要件事實講座 1 [總論1], 青林書院(2005)
- 石田穰, 證據法の再構成, 東京大學校出版會, 1980
- 石田穰, 民法と民事訴訟法の交錯, 東京大學校出版會, 1981
- 坂本慶一, 新要件事實論, 悠悠社, 2011
- 村上博巳, 證明責任の研究, 有斐閣, 1975
- 松本博之, 證明責任の研究, 信山出版株式會社, 1996
- 民事要件事實講座 1, 青林書院, 2005
- 新版 註釋 民法(3) 總則(3), 株式會社精興社, 2003年
- 新版 注釋民法(10)Ⅱ, 有斐閣(2011)
- ローゼンベルク, 證明責任論[全訂版], 倉田卓次 譯, 判例タイムズ社, 1987
- 椿壽夫·伊藤進, 公序良俗違反の研究-民法における総合的検討-, 日本評論社,
1995年
- 平井宜雄, 債權總論[第2版], 弘文堂, 268頁

[논문]

국내논문

- 곽현수, 변제에 대한 증명책임, 재판자료 26집, 법원도서관, 1985
- 김민정, 사실상 도로로 사용되는 토지에 대한 소유자의 배타적 사용수익
권의 포기란 무엇이고, 토지의 특정승계인에게는 어떤 효력이 있
는가, 재판실무연구(2010년 1월), 광주지방법원
- 김정만, 지명채권양도의 요건사실 및 입증책임, 청연논총 6집(2009년 1
월), 사법연수원

- 남기윤, 일본민법학 법사고와 법해석방법론, 광운비교법학 제6호(2005. 12.)
- 박효관, 채권 양도금지 특약과 선의의 양수인, 판례연구 8집(1998년 1월), 부산판례연구회
- 양상훈, 소비대차와 준소비대차 및 임대차에 관한 증명책임의 몇가지 문제, 재판자료 제26집(1985), 법원도서관
- 윤진수, 부동산의 이중양도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1993
- 윤진수, 허위표시와 제3자, 저스티스 94호(2006. 10.)
- 윤철홍, 채권양도의 금지특약에 관한 소고, 법조 651호(2010. 12)
- 이상욱, 민법 제103조 선량한 풍속의 위상에 관한 비교법적 고찰, 영남법학, 10권 1호
- 전원열, 채권양도금지 특약의 효력, 민사법학 제75호(2016년 6월)
- 제철웅, 불성립한 보증채무를 이행한 보증인의 보호와 민법 제108조 제2항-대상판결 2000. 7. 6. 선고 99다51258 판결, Jurist, 376호, 2002
- 최병조 부동산의 점유취득시효와 점유자의 소유의사의 추정, 판례실무연구 I, 박영사, 1997

외국논문

- Pohle, Rudolf, “Zur Beweislast im internationalen Recht”, in: Festschrift für Dölle, Bd II, Tübingen, 1963
- Schwab, Karl Heinz, “Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, Festschrift für Bruns, Köln, 1978
- 伊藤滋夫, 續·要件事実と実体法, ジュリスト881号(1987. 4.)
- 田村伸子, 平價的要件の判斷構造についての考察, 民事要件事実講座6, 青林書院(2010)
- 大村雅彦, 證明責任の分配(2)-背信行爲と認めるに足りない特段の事情, 民事訴訟法 判例百選[第3版], 別冊 ジュリスト, NO. 169, 2003/12, 有斐

閣

賀集唱, 準消費貸借における舊債務成否の主張立證責任, 民事實務ノート
第1卷, 判例タイムズ社(1971年)

Abstract

A Study about right-hindering affirmative defense

Jung, Chan Woo

Department of Law, Graduate School, Civil Procedure
Seoul National University

Allocating burden of proof is crucial in civil procedure. However we do not have any statute about burden of proof. As a result, we should allocate burden of proof according to legal theory. When it comes to legal theories about burden of proof, the most successful and dominant theory is the norm theory by Leo Rosenberg.

Rosenberg starts his theory from this these : The party who can not get his own relief without the application of the particular statute, bears the burden of proof about the fact that all the requirements of the statute are fulfilled. This means that each parties have to prove the elements of the statute, of which legal effects are beneficial to them. The problem is what 'beneficial' means.

Then he starts to analyze the structure of the norm. Law makers start to make the general rules by assuming the most general situation for the rule to be applied more broadly. Therefore, it is necessary and inevitable for the law makers to create special rules, which is applied for some exceptional situations. These special rules make the effects of the general rules modified or void. The law and order appears to be carved up by these exceptions.

There are three kinds of these special rules.

① Some special rules prevent the general rule from working at the beginning(The right-hindering rule): For example, Korean civil code 108 provides that the fake manifestation is void, if both of the parties know it is false.

② Some special rules nullify the effects of the general rule (The right - abolishing rule): For example, Korean civil code 461 provides that the offering of payment exempt the liability of default. Accordingly, if the debtor prove the fact of the payment, then the liability of promisee will be denied.

③ Some special rules create new right to hamper the effects of the general rule(The right-delaying rule). This kind rules require the holder of the right to use the right against the opposing party. For example, Korean civil code 536 provides that the promisee the right to refuse to perform his own duty until the promisor perform his own duty in reciprocal contract.

The most difficult and important part of the norm theory is the distinction between the right-making rule and the right-hindering rule. To distinguish among the right-making rule, the right-abolishing rule and the right-delaying rule is quite simple. On top of that, many opposers of the norm theory attack on the notion of the right-hindering rule. We can easily agree with the idea that the right - making rule and the right-hindering rule sometimes deal with same elements because the elements of right-hindering rule are the negative elements of the right-making rule.

Norm theory provide stable standard to allocate the burden of proof. However there is an evitable problem, which is how to distinguish the right-making rule and the right-hindering rule. Rosenberg clarified two kinds of the right-hindering rules. ① First kind of the right-hindering rule means the rules that do not work because part of the elements has not been proved and this defective part makes the right prevented by the law. ② Second kind of the right-hindering rule are the rules that constitute the exception of the right-making rule. What the exception means should be decided not by the rule of thumb, but by the relationship between both legal rules. The problem is that what 'exception' means is too vague and confusing to give stable standard for allocating burden of proof.

As the first and best opposer of the norm theory, Leipold criticized the norm theory stating that the substantive distinction of the right-making rule

and the right-hindering rule is impossible. For example German civil code 104 and 105 provides that the transaction by minor under 7 years old is void. According to Leipold, the minority is the element of right-hindering rule. On the contrary, the majority is the element of right-making rule. But the a person is a minor or a major and the minority is contradiction to the majority. Therefore, the right-making rule and the right-hindering rule are as like as two peas in terms of the substantive law. The only difference is the allocation of burden of proof. On top of that, Leipold found that there is a rule to allocate the burden of proof in non-liquet situation.

I agreed with Leipold' theory basically, but we should move beyond his thoery. My conclusion is that there are three types of right-hindering affirmative defenses. The first one is based on independent rules or statutes. The second one is based on a special rule to allocate the burden of proof such as legal presumption. The third one is based on the change of the theme to be proved. The third type of right-hindering rule are based on either the statute or the decipher of the law.

**keywords : burden of proof, norm theory, affirmative defense,
rules about burden of proof, right-hindering rule,
non-liquet**

Student Number : 2014-30437