

〈判例研究〉

事實의 認定과 辯論의 全趣旨

李 時 潤*

1958年 12月 18日 大法院判決(4290年 第 692號 建物撤去請求事件) 大法院判決集(法院行政處刊行) 9卷 民事 88・89面——破棄還送

〔判決要旨〕 當事者 사이에 다툼이 있는 事實을 當事者辯論의 趣旨만으로써는 認定할 수 없다.

〔事實〕 原告(上告人)은 本件係爭地에 관한 被告(被上告人)와의 和解金 400,000환 중 25,000환을 받았을 뿐 나머지 殘額을 履行치 아니하므로 이 和解契約를 取消하고 本訴請求에 이르렀다고 主張하고 被告는 原告所有地를 侵害한 데가로서 위 金員을 支給하였다 抗爭하므로 當事者 간에 다툼이 있는 事實임에도 불구하고 原審은 이를 當事者辯論의 趣旨만으로써 被告主張과 같은 事實을 인정하였으니 上告人은 이를 探證法則의 違反이라 하여 上告하였다.

〔判決理由〕 民事訴訟에 있어서 當事者間 다툼이 있는 事實의 全部를 認定하려면 반드시 證據에 의하여야 하고 當事者辯論의 趣旨만으로는 할 수 없는 것이다. 本件에 있어서 原判決理由에 의하면 原審은 原告는 被告로부터 金 25,000환을 受領한 것은 本件 係地에 관한 和解金 400,000환 중의 一部로서 受領한 것이다. 被告가 右 和解金의 殘額을 支拂하지 않고 其他 和解條項을 履行하지 않으므로 原被告間에 右 和解契約를 取消하고 本訴請求를 한다 主張하고, 被告는 被告가 侵害한 原告所有地의 代價로서 原告에게 金 25,000환을 支拂하였다고 主張하여 原被告 當事者間에 다툼이 있는 事實에 관하여 當事者間 辯論의 全趣旨를 綜合考察하면 右示 金 25,000환은 被告가 侵害한 原告係地의 代價로서 支拂한 金品이라는 것을 肯認할 수 있다고 認定하였던 바 이는 事實認定에 관한 民事訴訟法의 法理를 理解하지 못한 結果 當事者間 다툼이 있는 事實을 當事者辯論의 趣旨만으로써 認定한 것으로서 證據에 의하지 않고 事實을 認定한 違法이 있다.

破棄還送(關與法官 襄廷鉉・金斗・高在鎬・卞沃柱・金濟亨)

〔參照條文〕 民事訴訟法 第 187條

〔評釋〕 民事訴訟法 187條는 「法院은 辯論의 全趣旨와 證據調査의 結果를 參酌하여 自由心證으로 社會正義와 衡平의 理念에 立脚하여 論理와 經驗의 法則에 따라 事實主張의 眞實與否를 判斷한다」고 規定하고 있는데, 이 條文의 解釋에 있어서 證據調査의 結果, 즉 證據資

* 서울大學校法科大學 助教授

料만으로 當事者 사이에 다툼이 있는 事實 곧 係爭事實을 인정할 수 있음은 아무런 異論이 없다. 그러나 當事者辯論의 全趣旨만에 의하여 係爭事實을 인정할 수 있는가, 아니면 이는 다만 證據調查의 結果에 보충하여 證據原因이 될 수 있음에 그치는가는 同 187 條의 條文만으로 分明치 아니하므로 多少 論議가 있다. 本判決은 이 點에 관하여 앞서 判決要旨에서指摘한 바와 같이 係爭事實을 當事者辯論의 趣旨만에 의하여 인정할 수 있다 하여 辯論의 全趣旨의 證據原因으로서의 獨立性(筆者는 便宜上 이하 이런 文句를 쓰려 한다)을 明白히 하였다. 이제 本判決의 當否에 대한 筆者의 所見를 간단히 밝히고자 한다.

1. 먼저 이 問題에 관한 國內外의 學說 및 判例를 資料가 닿는 限 一瞥코자 한다.

(1) 獨逸: 우리 民事訴訟法 187 條의 母法이 되고 있는 獨逸民事訴訟法 286 條에서는 條文題目을 證據評價(Beweiswürdigung)이라 하여 「法院은 辯論의 全趣旨(gesamten Inhalts der Verhandlungen)와 혹 證據採擇을 하였으면 그 結果(Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme)를 참작하여 自由로운 心證에 의하여 事實主張의 眞實與否를 判斷하여야 한다」고 規定하고 있다. 이 條文에 대한 解釋에서 獨逸學者들은 한결 같이 辯論의 全趣旨만으로써 係爭事實의 認定이 可能한 것으로 解釋하고 있음을 注意할 必要가 있다.

(a) Nikisch 教授는 「法院은 事實主張의 眞實與否에 대한 心證을 辯論의 全趣旨와 證據採擇의 結果의 自由로운 評價에 의하여 形成하게 되어 있다(286 條 1 項). 따라서 證據結果만을 참작하게 되어 있는 것이 아니므로 「證據評價」라는 表現은 너무 狹義로 나타나 있다. 왜냐하면 辯論의 趣旨에는 形式的인 訊問에 있어서 當事者의 陣述 뿐만 아니라, 當事者의 意思表示도 속하는 것이고 當事者가 무엇을 말하였는가, 어떠한 方法으로 말하였는가, 當事者의 一切의 態度 및 個人的인 信用이 法官의 心證形成에 매우 重要한 意義를 지니기 때문이다. 또한 內的인 蓋然性이 있는 것이라면 證據採擇을 하지 않고 그 밖의 訴訟資料(sonstigen Prozessstoffes)에 基하여서만 事實이 證明된 것으로 볼 수 있다.」고 하고 있다(Arthur Nikisch, Zivilprozessrecht, 2 Aufl. S. 331).

(b) Rosenberg 教授는 事實審法官이 立證責任이 없는 當事者가 그에게만 알려진 事故發生事實을 아는 證人을 가리켜 주는 것을 拒否하였을 때 實際로 그 當事者에게 不利하게 事實認定할 수 있음을 判示한 獨逸聯邦通常法院(BGH)의 判例를 引用하면서 「證明을 要할 主張을 證據採擇을 함이 없이……訴訟上 나타난 一切의 事實資料(Tatsachenstoff)에 대한 法官의 評價에 基하여 證明된 것으로 볼 수 있다」고 한다(Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9 Aufl. S. 543).

(c) Schönke-Schröder-Niese 諸 教授는 明確치는 않지만 앞서 Nikisch, Rosenberg 와 見解를 같이 하는 것 같다. 同教授들은 「法官은 證據評價의 原則에 있어서 自由이다. 法官은 辯論의 全趣旨에 의하여 心證을 形成하며, 분더러 證據採擇의 結果에 의하여 心證形成

을 한다. 法院은 그러므로 또 當事者나 代理人의 態度를 參酌하여야 하며, 特히 答辯이나 通知의 躊躇, 證據提出의 妨害, 眞實主張義務(Wahrheitspflicht)의 違反, 뿐만 아니라 證人의 態度 特히 證言을 躊躇하는 것 등을 참작하여야 한다」고 한다(Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozessrecht, 8 Aufl. S 61).

(2) 日本: 日本에 있어서는 이 點에 관하여 學說의 對立을 보이고 있다. 우리 民事訴訟法 187條에 해당하는 日本民事訴訟法 185條는 當事者間에 다툼이 있을 때에는 언제나 證據調査를 하여 반드시 辯論의 全趣旨와 證據調査의 結果를 참작할 것을 要한다는 意味라 하여 辯論의 全趣旨만으로써 事實認定을 할 수 없다는 消極說이 있으나(中島弘道, 日本民事訴訟法 1336面), 이것은 少數說이고, 通說은 積極的으로 解釋하여 이것이 可能한 것으로 보고 있고, 한 거름 나아가 證據調査의 結果보다 辯論의 全趣旨를 重하게 取扱될 수 있는 것이라 한다(兼子一, 條解 民事訴訟法 461面; 三月月章, 民事訴訟法 400面; 菊井維大·村松俊夫, 民事訴訟法 594面).

그리고 日本에 있어서 判例는 第三者作成文書의 成立의 認定에 관하여(日大判 1930, 6, 7 大審院民事裁判例集 9卷 619面, 同 1935, 3, 30 法學 4卷 1476面), 또 舉證者가 當事者가 作成한 文書에 대하여(日大判 1935, 7, 9 大審院民事裁判例集 14卷 1309面)에 각각 辯論의 全趣旨만으로써 事實認定이 可能함을 判示한 바 있다. 그러나 日本에 있어서는 아직 本判決과 같이 主要事實에 대하여 辯論의 全趣旨만으로써 인정할 수 있는 與否에 대한 아무런 判例가 없는 듯 싶다.

(3) 우리나라: 辯論의 全趣旨가 證據原因으로서 獨立性이 있는가 證據調査의 結果에 대해 補充的 意義 밖에 없는가에 관하여 우리 訴訟法學界의 諸家는 이에 대해 아무 言及이 없는 것 같다. 다만 우리 大法院判例에 있어서 「대체 재판상의 자백을 상대방의 동의가 없는 경우에 있어서는 자백을 한 당사자가 그 자백이 진실에 부합하지 않는다는 것과 자백이 착오에 기인한다는 사실을 증명한 경우에만 이를 취소할 수 있다고 할 것이나, 재판상의 자백이 진실과 부합하지 않는 사실이 증명되면 변론의 전취지로 보아 그 자백이 취소된 것으로 인정된 때는 법원은 자백이 취소된 것으로 하며 자백의 효력을 배척하여야 할 것이다」하고 判示하여(大判 1962, 1, 8 大法院判決集(法院行政處刊) 10卷 1集 民事 37面), 自白의 取消의 경우에 錯誤를 인정함에 있어서 辯論의 全趣旨만에 의하여 족하다는 本判決과는 異趣旨의 判例가 있다.

이상 우리는 辯論의 全趣旨가 證據原因으로서 獨立性을 갖는가 하는 問題에 관한 内外國의 學說 및 判例를 더듬어 보았는데 主流的인 傾向은 이를 是認하고 있다 할 것이다. 따라서 判決은 이러한 흐름과는 逆行되는 一例라 할 것이다.

2. 辯論의 全趣旨는 우리 民事訴訟法 139條 1項 但書에서 쓰이는 것과 같이 辯論의 一體性

을 뜻하기도 하지만, 동 187條에서는 이와 別個의 意味로 쓰이는데, 이를 方順元大法院判事は「辯論에 나타난 一切의 訴訟資料에서 證據調査의 결과를 除外한 것, 즉 當事者の 陳述, 行爲, 不行爲, 例컨대 陳述이 矛盾되는 것, 命令 받은 釋明 또는 本人이 出席하지 아니한 것, 文書 其他의 物件의 提出命令에 應하지 않는 것 또는 이를 毀滅하는 등 一切의 態度를 포함한다」고 하시고(同大法院判事著, 民事訴訟法講義 328面), 朴商鎔教授는「當事者나 證人의 陳述의 模樣과 態度로부터 받은 印象 같은 것이라고 하신다(同教授著, 新民事訴訟法上卷 254面). 그리고 우리 大法院判例는「辯論의 全趣旨라 함은 證據調査의 결과 이외의 辯論에 顯出된 一切의 訴訟資料를 말하는 것으로서 當事者の 主張, 內容, 態度 其他 辯論의 聽取에서 直接 얻은 印象 등 口頭辯論에 있어서 一切의 積極, 消極의 事項을 말하는 것이다」(大判 1959, 9, 3 大法院判決集 7卷 民事 199面), 「증거원인으로서 변론의 전취지란 증거 조사의 결과를 제외한 소송자로 전부를 말하는 것으로서 당사자의 주장내용, 주장태도, 사실주장이나 증거신청의 시기, 당사자의 인적관계타든가 변론에 나타난 일체의 적극, 소극사항을 포함한 법관의 심증형성에 참작이 될 자료를 의미」(大判 1962, 4, 12 同判決集 10卷 2集 民事 67面)하는 것이라 判示하고 있다.

생각컨대 위에서 본 바와 같이 辯論의 全趣旨는 證據調査의 결과와는 달리 抽象性을 띤 것으로 具體的인 事件解決에 임하여 다소 曖昧해질 概念이고, 그 위에다가 이를 具體的으로 明記하여 記錄에 反映시켜 客觀化하여 놓는다는 것은 매우 힘들게 될 것이므로 原審이 무엇을 辯論의 全趣旨로 본 것인가 上級審이 審査함에 있어서 困難을 당할 수가 있을 것이다. 따라서 辯論의 全趣旨를 證據原因으로서 獨立性을 인정하여 이것만으로 事實認定을 可能하게 하면 法官이「辯論의 全趣旨」를 빙자하여 事實認定에 있어서 安易하게 쓰일 우려가 있고 恣意的인 事實認定의 餘地를 주게 된다. 한 便으로는 이 때문에 民事裁判에 대한 國民의 不信을 助成할 염려도 있을 것이다. 이러한 點을 考慮하여 우리 大法院이 本 判決과 같은 立場을 택하였을 것으로 생각한다. 그러나 생각컨대 期日調書의 作成을 專擔하는 書記官이나 書記가 技術的으로 綿密周到하게 이를 作成하면 辯論의 全趣旨를 構成할 訴訟資料를 記錄에 어느 程度 客觀化할 수 있다 할 것이고, 또 審理에 있어서 錄音器나 速記기 등을 利用하여 多少 科學化하면 그러한 憂慮를 解消시킬 수 있지 않을까 생각한다. 그리고 大法院判例에 의하면 係爭事實을 辯論의 全趣旨에 의하여 인정할 때에는 辯論의 全趣旨에 해당하는 心證形成의 資料를 판결문에서「구체적으로 석명」토록 하고 있으므로(前記 大判 1962, 4, 12) 法官이「辯論의 全趣旨」를 빙자한 恣意的인 事實認定의 弊端을 어느 程度 막아지리라 본다. 證據原因으로서의 辯論의 全趣旨의 獨立性을 인정함에 있어서 그 前提條件으로 法官이 무엇보다도 良心的이고 思慮깊은 良識의 人이어야 함은 우리도 인정하는 바이다. 現行制度가 좀 不完全하기는 하지만 이를 위해 상당한 制度的擔保(相當한 水準의 司法試驗受驗資格, 嚴

正한 司法試驗, 2年間の 司法大學院生으로서 修習過程 끝에 判事의 (任官 등) 되어 있는 것이다.

3. 周知하는 바와 같이 辯論主義를 좇고 있는 民事訴訟에 있어서는 原則적으로 當事者의 申請에 의하여서만 證據調査를 하게 되어 있고(民訴 262條 1項), 다만 法院의 心證을 얻을 수 없을 때 비로소 職權證據調査가 可能하게 되어 있다(民訴 265條). 이와 같이 法院이 證據調査에 있어서 能動的인 役割이 制約되어 있기 때문에 만일 本判例와 같이 係爭事實의 認定을 證據調査의 결과에만 依存하고 겨우 辯論의 全趣旨을 證據原因으로서 補充性을 인정함에 그친다면 實體의 眞實發見이 困難하여지고 形式의 眞實에 滿足해지기 쉽다. 오히려 辯論의 全趣旨에 證據原因으로서 獨自性을 인정하는 것이 實體의 眞實發見에 充實해질 수 있지 않을까. 特히 오늘날 古典的 辯論主義의 修正이 要請되고 民事訴訟에 있어서 實體的 眞實主義가 強調되는 바탕에 있어서는 더욱 이 方向으로 解釋을 이끌어야 할 것이다.

그리고 刑事訴訟에 있어서는 證據裁判主義(刑訴 307條)에 의하여 오로지 證據調査의 결과인 證據資料만이 證據原因이 되게 되어 있고, 當事者辯論의 全趣旨은 參酌되게 되어 있지 않다. 이에 대하여 民事訴訟法은 辯論의 全趣旨과 證據調査의 결과 두 가지를 證據原因으로 하여 立法者로서는 確然한 差異를 보이게 規定하였다. 그런데 本判例와 같이 解釋하여 辯論의 全趣旨을 證據調査의 결과에 補充的인 意義 밖에 없는 것이라 한다면, 民·刑訴間に 別로 差異가 없게 되므로 立法者의 당초의 意圖와 거리가 멀어지는 결과가 될 것이다. 이제 끝으로 民訴 187條의 文理에 돌아간다. 同條에서는 「法院은 辯論의 全趣旨과 證據調査의 결과를 참작하여……事實主張의 眞實與否를 判斷한다」고 規定하고 있으므로 辯論의 全趣旨가 證據調査의 결과에 대하여 補充的意義를 지니는 것 같지 않으며, 오히려 兩者의 配列順序를 보면 辯論의 全趣旨에 重點이 두어진 것 같다.

4. 비록 傍論이기는 하지만 우리 大法院은 本判決 이후 辯論의 全趣旨만으로써 主要係爭事實을 인정한 異趣旨의 判例가 하나 나왔다. 즉 『……갑 1호증의 기재내용에는 물론 증인 열창선의 증언 가운데도 계약서에 피고명을 기입달인한다는 양해가 있어서 그 인장을 가져온 것으로 알고 있다는 추측에 불과한 진술이 있을 뿐 과연 피고가 소외 이제호의 원고에 대한 보수금채무를 인수승계할 것을 승락하고 인장을 이제호에게 내어주었는지에 관하여서는 이를 인정할 자료가 될 수 있는 진술이 있음을 발견할 수 없고, 오히려 「변론의 전취지에 의하면 원고가 피고의 대리인 명의로 한 소송의 실질적 위임자는 소외 이제호이고 피고는 그 소송의 실질적 이해관계자가 아님에도 불구하고」 원 판결이 위의 판시사실 인정의 증거자료가 될 수 없는 증거방법에 의하여 그 사실을 인정하였음은 채증법칙의 위배라 할 것이고 이 채증법칙위배의 법령위반은 원판결의 결과에 영향을 미칠 가능성이 있다 할 것이다』라고 판시하고 있다(大判 1962, 4, 25, 大法院判決集 10卷 2集 民事 228面). 이 判例는 傍論에

