〈논 문〉

自由心證主義에 관한 判例硏究*

宋 相 現**

《차 례》

一. 序 說
二. 判例를 통하여 본 自由心證主義의 槪念
Ⅰ. 證據取捨와 事實認定 —— 事實審의 專權
Ⅱ. 同一證據의 一部取信과 自由心證
Ⅲ. 여러 證據의 綜合判斷과 自由心證
Ⅳ. 自由心證의 範圍
三. 辯論의 全趣旨(gesamter Inhalt der Verhandlung)
Ⅰ. 그 一般的 意味內容
Ⅱ. 證據原因으로서의 獨自性
四. 證據調査의 結果(Ergebnisse der Beweisaufnahme)를 評價하는 法院의 態度
Ⅰ. 書證의 경우
Ⅱ. 人證의 경우
Ⅲ. 當事者本人訊問結果의 경우
Ⅳ. 鑑定의 경우
Ⅴ. 各種證據資料間의 證據力의 優越
Ⅳ. 證據共通의 原則
五. 論理와 經驗의 法則
Ⅰ. 證據取捨에 관한 論理法則
Ⅱ. 事實認定에 관한 經驗法則
六. 自由心證과 證據契約
七. 批判 및 結論

一. 序 論

事實을 認定하는 것은 證據에 의하는데, 그 證據의 價値를 정하는 方法에 法定證據主義(gesetzliche Beweistheorie)와 自由心證主義(freie Beweiswürdigung)가 있다.

法定證據主義는 證據의 價値를 法律로써 정하여 놓고 어떤 證據가 있는 때에는 반드시 어떤 事實을 認定해야 하고 또한 어떠한 證據가 있기 前에는 어떠한 事實을 認定할 수 없다고 規定하여 裁判의 根據에 관한 價値判斷에 制限을 加하는 主義를 말하고, 自由心證主義란 法官이 裁判의 基礎로 되는 事實을 認定함에 있어서 參酌하여야 할 證據의 證據力에 관하여 積極的으로나 消極的으로 法定하지 아니하고 오로지 法官의 自由로운 判斷에 一任하는 主義이다.

* 이 論文은 文敎部 硏究助成費에 의한 것임.
** 서울大學校 法科大學 助敎授.

中世처럼 아무나 法官이 될 수 있었던 時代에는 無軌道한 事實認定이 行해져서 法官의 專斷에 의한 不當한 裁判의 結果를 낼 때가 많았으므로 法定證據主義는 이를 막기 위하여 게르만法 이후 中世 이태리法과 독일의 보통법시대에 널리 施行되었다. 그러나 紛爭의 樣相이 複雜해지고 社會가 大規模組織社會로 發展됨에 따라 在來의 少數의 經驗法則을 法制化한 것으로는 복잡한 紛爭事實을 捕促·判斷하고 모든 證據方法과 證據價値를 規律할 수 없다. 뿐만 아니라 近代司法制度의 確立에 따라 法官의 專斷을 막을 必要性도 減少되었다. 또한 證據價値를 法定함에 있어서는 抽象的·一般的 法則을 規定하는 수 밖에 없고, 이에 의하면 具體的·個別的 事件에 있어서 抽象的·一般的 法則에 該當하는 證據가 있는 이상 法官이 어떤 事實을 眞實이 아니라고 믿는 경우에도 그 虛僞의 事實을 그대로 眞實이라고 確定시키지 않을 수 없는 矛盾이 생긴다. 自由心證主義는 이와 같은 具體的·個別的 事件에 있어서의 眞實을 發見하고자 등장한 것으로서 近世 프랑스法에서 採擇된 이래 오늘날 모든 大陸法國家의 證據法의 大原則이 되었다.(1) 民事訴訟法도 제187조에서 「法院은 辯論의 全趣旨 및 證據調査의 結果를 參酌하여 自由心證으로 事實主張의 眞實 與否를 判斷한다」고 하였고, 刑事訴訟法도 제308조에서 「證據의 證明力은 法官의 自由判斷에 依한다」고 하여 다 같이 이 主義를 採擇하고 있다. 自由心證主義에는 오로지 相當한 學識과 經驗에 의하여 職業的 訓練을 받은 사람만이 法官이 되어 그가 經驗法則과 論理法則에 의하여 良心的으로 公正하게 判斷한다는 前提가 들어 있다. 그리하여 自由心證에 의한 事實主張의 眞否判斷과 證據의 取捨判斷은 우선 當事者가 適法히 提出한 것이거나 法官이 適法하게 調査한 資料에 의하여야 하고, 法官의 判斷은 社會正義와 衡平의 理念에 立脚하여 論理와 經驗法則에 따라야 하는 것이다. 만일 그렇지 아니하면 法官에 대한 信賴가 喪失되는 一方 審理未盡이나 理由不備 또는 採證法則違反으로 되어 上告理由에 該當하고 만다.

그러나 한편 특별한 경우에 自由心證主義의 例外로서 다루어져야 할 때에는 法에 규정이 있다. 첫째 代理權의 證據方法으로는 書面이 要求되고(法 제54조 1항, 제81조 1항), 辯論의 方式에 관한 遵守 與否는 辯論調書만에 의하여 證明할 수 있다든가(제147조), 疎明을 위한 證據方法은 即時 調査할 수 있는 것에 限定되는 등(제271조 2항) 證據方法을 制限하는 몇가지 例外가 있고, 둘째로 文書成立에 관한 推定規定(제327조1항, 제326조)이라든가 當事者가 文書提出命令에 不應하거나(제320조) 文書에 대한 相對方의 使用을 妨害하고(제321조) 出席·宣誓·陳述의 義務를 이행하지 아니한 때(제341조)에는 法官의 心證과 관계없이 一定事項을 그에게 不利하게 認定하는 것은 正面으로 法定證據主義를 인정한 것이라고 보여진다.

(1) 英美證據法도 自由心證主義에 의하고 있으나 아직도 많은 경우엔 法定證據主義的 原則이 判例와 成文法에 의하여 維持되고 있어서 自由心證의 범위는 훨씬 좁다.

本論文의 目的은 民事訴訟法 제187조의 精神을 解釋·適用함에 있어서 各種證據調査의 結果에 대하여 法院이 실제로 어떻게 그 價値를 評價하고 있는가 하는 것을 一瞥하고 辯論의 全趣旨의 槪念과 內容 그리고 辯論의 全趣旨만으로도 事實認定을 할 수 있는지 여부를 判例를 통하여 살펴 본 다음에 自由心證의 下限的 基準으로서 提示되어 있는 論理와 經驗法則에 관하여 그 具體的 適用例와 現代的 意義를 다시 검토해 보고 간단히 결론을 내려보고자 하는 것이다.

二. 判例를 通하여 본 自由心證主義의 槪念

Ⅰ. 證據取捨와 事實認定 —— 事實審의 專權

◇ 大法院 1955. 3. 17. 判決·54民上 304·不動產所有權移轉登記抹消·上告棄却

〔判 決 理 由〕

그러나 證據의 取捨와 事實의 認定은 事實審法院의 專權에 속한 事項으로서 實驗則 또는 論理 등에 違背되는 違法이 없는 限 上告審에서는 그에 干涉할 수 없음은 多言을 要치 않는 바, 1·2審判決에 의하면 原審은 그 職權에 의하여 所論證人 중 朴晦根의 證言은 그 實質的 證據力을 排斥하고 證人 申學均의 證言은 그 證據力이 不足하다는 理由로써 이를 排斥하여 原告의 本件 登記原因無效에 관한 主張事實을 否定한 趣旨가 分明하고 一件 記錄에 의하여도 原審의 措置에 何等 違法 있음을 發見할 수 없으니 原判決은 正當한 것이요 論旨는 結局 原審의 職權行使에 관한 事項을 批難함에 歸着된 것으로서 理由없다.

Ⅱ. 同一證據의 一部取信과 自由心證

◇ 大法院 1951. 4. 10. 判決·49民上 57, 58

〔判 決 理 由〕

同一한 證據方法 중 그 一部를 取信하고 기타를 排斥하는 與否는 전혀 事實審理官의 職權에 속한 것이요 그것이 實驗則에 違反되지 않는 以上 他로써 容喙할 수 없는 것인 바, 原審에서는 原判文에 揭示한 各 證據와 對照하여 所論 乙 第1號證의 2 記載 중 認定事實에 符合되는 部分만 取信하고 이에 牴觸되는 部分은 取信할 수 없다 하여 이를 排斥한 것이고 또한 이것이 實驗則에 違反되는 바 없으므로 이것이 採證方法에 違反되었다고 할 수 없는 것이다.

◇ 大法院 1959. 5. 21. 判決·58民上 20·家屋明渡·上告棄却

〔判 決 要 旨〕

대개 일개 證據의 內容 중에서 그 一部를 取信·綜合하여 어떤 사실을 인정하였을 경우에는 그와 저촉되는 殘餘部分에 관하여서는 특히 이를 取信치 않는다는 明示가 없어도 그 證據價値를 否定한 것이라 봄이 타당한 것이며, 이를 判斷의 遺脫 또는 採證法則에 違背하였다고 할 수 없는 것이다.

◇ 大法院 1962.11.1. 判決・62 다 584

〔判 決 理 由〕

本旨는 原審이 그 認定事實의 證據로 채택한 을 제8호증을 제11호증 1·2호 중에 本件 동산이 가설되어 있는 순천염직공장의 소재지표시가 순천시 장천동(실지는 순천시 풍덕동에 있다)으로 되어 있는 점을 간과하고 그러한 虛僞의 기재가 있는 文書의 全部를 釋明 내지 알아보지 않은 것은 審理未盡이라는 것이다. 기록에 의하면 과연 論旨가 말하는 書證의 기재 중에 을 제5·13호증의 기재와는 다른 소재지표시가 되어 있는 것이 사실이다. 그러나 비록 論旨가 지적하는 바와 같은 虛僞의 기재부분이 있다 하여 그 나머지의 기재부분까지 虛僞라는 단정은 이끌어낼 수 없을 뿐더러 현실의 사실인정은 반드시 論旨가 말하는 書證의 기재에만 의존하고 있는 것도 아니므로 原審의 허물은 原審判決의 결과에 영향을 미치는 것이라고는 말할 수 없다.

Ⅲ. 여러 證據의 綜合判斷과 自由心證

◇ 大法院 1953.4.30. 判決・53 民上 14・土地所有權移轉登記節次履行請求・上告棄却(2)

〔判 決 理 由〕

證據의 綜合判斷의 경우에는 數多의 證據가 各其 獨立的으로서는 具體的 事實을 認定키에 그 證據力이 不足하거나 또는 各 證據間에 矛盾된 部分이 있다 하더라도 法官은 自由心證에 비추어 그 各個의 證據中에서 不必要 또는 矛盾性 있는 部分을 除去하고 必要適切한 部分만을 索出取集하여 이로써 그 具體的 事實의 認定資料에 供用할 수 있는 것이요 또 辯論의 全趣旨는 證據調査의 結果 以外 口頭辯論에 나타난 一切의 訴訟資料를 指稱한 것인 바 一件 記錄에 의하여 原判決을 檢討하면 原判決理由에 多少 不明確한 점은 있으나 原判決이 擧示한 乙 第1號證記載와 證人 C・同 R의 各 證言의 相互間에는 多少間 矛盾된 점도 있고 또 以上 證據만으로써는 所論 信託事實을 認定키 不足하다 할 수 있으나 前示 說明趣旨에 비추어 前示 各 證據와 當事者辯論의 全趣旨를 綜合考察하면 原判決과 같이 同 信託事實을 認定못할 바 없다. 原判決은 結局 以上과 同一趣旨에서 나온 것이라 볼 수 있으니 이를 違法이라 할 수 없고 이와 反對趣旨를 가진 論旨는 理由없다.

◇ 大法院 1956.12.22. 判決・56 民上 78

〔判 決 理 由〕

數多의 證據를 綜合・判斷한 경우에는 그 各 證據中 獨立的으로서는 具體的 事實을 認定하기에 證據力이 不足한 證據가 있거나 또는 各 證據間에 矛盾된 部分이 있더라도 法官은 自由心證에 의하여 그 各個의 證據中에서 不必要 또는 矛盾性 있는 部分을 除去하고 必要適切한 部分만을 索出・取集하여 具體的 事實을 認定하는 資料로 할 수 있는 것이다. 本件에 있어서 一件 記錄에 의하여 原判決 擧示의 各 證據를 檢討하건대 그 各 證據가 있음은 所論과 같으나 前示 各 證據中 證人 金在洙(第1審 2回), 同 李相洛(原審 1·2回), 同 李相默의 各 證言을 綜合하면 原告가 本件 定置網漁業에 대한 持分을 抛棄하고 被告가 單獨經營하여 온 事實을 充分히 認定할 수 있으므로 이 점에 관한 原審措置는 前說示理由에 의하여 正當하며 또 所論 檢證結果 判斷遺脫 및 原・被告 共同名義로 本件 漁業權期間更新申請 云云의 점은 原審이 前示事實을 適法하게 認定한 以上 所論 組合員名簿와 役員 및 議員名

(2) 本判決에 反對하는 旨의 評釋은 方順元, 「綜合證據와 證據判斷의 適否」 法學 제2권 1호73면(1960).

簿에 原告가 組合員 또는 監事라 記載되어 있고 原·被告 共同名義로 漁業權期間更新申請을 하였다 하더라도 그러한 事實만으로써는 原審의 前示 事實認定을 飜覆할 수 없는 것이고 따라서 擧證結果判斷 如何에 따라 原判決結果에 하등 影響이 없을 것이다.

◇ 大法院 1959.2.19. 判決·57民上847·損害賠償 及 慰藉料·上告棄却

〔判 決 理 由〕

法院이 數個의 證據를 綜合하여 特定한 事實을 認定한 경우에 綜合된 證據가 전연 趣旨를 달리하는 것, 예컨대 甲證據方法에는 毆打暴行을 한 일이 전연 없다는 것이고, 乙證據方法에는 毆打暴行한 것이 틀림없다는 것인데도 不拘하고 法院이 兩者를 다 取信하여 毆打暴行한 事實을 認定하였다면 이는 觀念의 混亂이라고 아니할 수 없으니 採證法則에 違反이라고 아니할 수 없으나, 兩者의 內容이 모두 不法行爲를 한 事實을 한 趣旨에는 同一하나 다만 그 手段方法 또는 時間 등 細密한 점에 관한 相違가 있음에 不過한 때에는, 더욱 그것이 經驗한 者의 陳述을 基礎로 한 것인 경우에는 그에 대한 觀察 또는 認識이 各人에게 同一하다고 할 수 없으므로 法院은 이를 綜合함으로써 自由로운 心證에 의하여 兩者의 全體의 趣旨에 違反되지 않는 範圍에서 事實을 認定할 수 있고 그와 符合되지 않는 兩證據의 各 具體的 部分을 排斥치 않았다고 하여 이를 採證法則에 違背한 것이라고 할 수 없는 것이다. (1) 原判決이 被告의 不法行爲 및 그로 인한 傷害를 認定한 各 證據內容에 의하면 모두가 被告가 原告에 대하여 石塊로 毆打暴行한 事實 및 原告의 被傷治療狀態를 記載한 것으로서 被告가 使用한 石塊에 관하여 혹은 拳大라 하고 혹은 그보다 小한 것이라고 할 뿐이고 原判決이 認定한 事實의 趣旨에 違背되는 것이 아니므로 原審이 同 證據를 基礎로 하여 原判示事實을 認定하면서 各 證據中 些少한 점에 관하여 이와 符合치 않는 證據部分을 排斥하는 判斷을 하지 않았다 하여 이를 採證法則에 違反이 있다 할 수 없고, (2) 原判決은 그 引用證人의 陳述內容에 의하여 原告는 農業과 蔬菜商에 從事하는 者로서 被告의 不法行爲로 인하여 被傷治療中 休業으로 平均 每日 6백환의 얻을 수 있는 利益을 喪失하였다는 것인 바, 一定한 業務에 從事하는 者의 將來에 관한 業務上 所得은 自己의 勤怠 기타 隨時事情에 따라 高低의 差等이 있을 것은 當然하고 每日 이 收得의 額數를 正確히 確定할 수 없는 것이다. 特別한 事由가 없는 限 一定한 業務를 生計로 하는 者는 從前의 狀態로서 同 業務에 從事하였다고 볼 것이며, 또 物品의 出廻消費量 기타 諸般去來事情에도 큰 變動이 없었다고 볼 것이므로 그와 相反되는 特別事情을 加害者側에서 主張·立證하지 않으면 被害者의 從前의 一定의 期間의 平均收入率에 의하여 損害額을 算定할 外 道理가 없는 것이다. 前示한 證人의 陳述에 의하면 原告가 從前에 있어 同 業務로 인하여 平均 日收入 6백환을 벌어 온 事實을 認定할 수 있는 것이고 被告는 이에 관하여 何等 主張과 立證이 없었으므로 原判決의 事實認定은 正當하고 何等의 違法이 없다.

◇ 大法院 1962. 5. 3. 判決·61民上1595·損害賠償·破棄還送

〔判 決 理 由〕

原判決이 인용한 第1審判決에 의하면 第1審은 을 제7호증(證人 오봉석 訊問調書), 을 제8호증(證人 조동을 訊問調書), 을 제9호증(이광래 陳述調書), 을 제10호증(이봉임 陳述調書), 을 제11호증(박종영 陳述調書), 을 제12호증(判決)의 각 기재와 證人 홍관식의 證言을 종합하여 1960년 1월 26일 오후 1시에 被告가 경영하는 被告 주택지 소재 위생목욕탕 여자 옷벗는 데서 原告 홍길순과 被告는 두 경계선관계로 시비가 벌어지고 말다툼 끝에 原·被告가 서로 머리카락을 잡고 차고 때리고 하여 격투를 한 결과 原告는 가슴打撲傷 등 완전치료하기까지 3주일을 필요로 하는 상처를 입었다고 인

정하였다. 그러나 을 제7호증으로부터 을 제11호증까지를 자세히 검토하여 보면 被告는 오히려 原告들로부터 무수하게 맞기만 하고 나중에는 실신까지 하였을 뿐이고 原告 홍진순을 차고 때리고 한 일이 없었다고 하니 이러한 證據內容은 原判決의 事實認定과는 전연 반대되는 사실이라 할 것이요 이러한 證據를 綜合證據의 하나로 하여 原判決과 같은 事實認定을 한 것은 採證法則에 어그러진다 할 것이다.

Ⅳ. 自由心證의 範圍

◇ 大法院 1960. 3. 31. 判決・59 民上 247・慰藉料・破棄還送

〔判 決 理 由〕

證據取捨와 事實認定은 事實審인 原審의 自由心證에 一任된 바이나, 그 事實認定에 있어서의 心證形成을 위한 證據力評價는 證據資料의 內容檢討와 各種資料의 內容의 比較 등으로서 數多한 證據資料가 傳達하고 叙述하는 것에 대한 우리들의 實生活面에서 生起하는 實定率의 高低, 즉 換言하면 實驗則上의 蓋然性의 强弱을 比較檢討하는 것이요, 그 高度의 蓋然性에 대한 確信을 所謂 事實認定이라 하며, 만일 그 蓋然性이 우리 實驗則에 비하여 低度임에도 不拘하고 이로써 事實認定의 尺度로 한 時는 이는 自由心證의 範圍를 離脫한 것이라 할 것이다. 本件에 있어서 按하니 一件記錄에 의하면 原告와 被告 俞英子는 단기 4269년 6월 11일 結婚하여 단기 4277년 秋頃까지 夫婦生活을 하여 오던 중 3男妹를 出生하였고 被告 兩人은 단기 4277년 秋頃부터 事實上 夫婦로서 同居하여 今日에 繼續한 事實은 當事者間에 相爭이 없으며(上告理由 중 被告 兩人이 단기 4277년 秋頃부터 同居한 事實에 대하여 當事者間에 相爭이 없음에도 不拘하고 原審이 證人 朴惠敬의 證言으로써 原告가 被告 등의 同居事實을 안 것이 단기 4291년 春頃이라고 認定한 것은 當事者間 相爭이 없는 事實을 證據에 의하여 反對事實을 認定한 것으로서 違法이라 云云 하였으나, 然이나 一件記錄에 의한 全辯論趣旨에 의하면 被告等이 단기 4277년 秋頃부터 同居한 事實 自體에 대하여는 相爭이 없으되 그 同居事實을 知得하게 된 時日의 점에 대하여 다툼이 있었음이 明白하므로 이 점에 대한 同 論旨는 理由없다) 原告가 그 眞正成立을 認定하는 乙 第1號證의 記載內容(被告 俞英子에 대한 被疑者訊問調書)에 의하면 被告 俞英子는 原告와 8·15解放 전 4년간 서울特別市 城北區 安岩洞 番地未詳에서 夫婦生活을 하다가 그 집을 나온 바, 被告 俞英子는 原告와 離別한지 이미 15년이 經過되고 그간 原告는 他女와 事實上 夫婦로서 5男妹를 出產하였다는 事實이 認定되며 原審이 取信한 證人 朴惠敬의 證言에 의하면 被告等은 事實上 夫婦로서 同居하여 그간 4男妹를 出產하였고 被告 金山은 牧師로서 原告의 바로 앞집에 살고 있었다는 事實이 認定된 바, 以上의 事實을 綜合하여 考察하건대 解放前 平和時에 被告 俞英子가 原告家를 나와 바로 옆집에 居住하고 있는 被告 金山과 同居生活을 하고 있는 事實을 原告가 모르고 있을 리 萬無하고, 假使 被告等이 他處에서 同居하고 있었다 假定하더라도 妻를 잃은 男便인 原告가 自己妻의 行方을 찾지도 않고(行方을 찾았다는 점에 대하여는 原告의 主張도 없고 그 立證도 없다) 더욱 當時 被告 金山은 社會的 地位가 있는 牧師인 만큼 그의 行方을 찾으려면 容易하게 찾을 수 있음에도 不拘하고 解放前 2년, 解放後 14년간 無心 放任하였다가 16,7년을 經過한 단기 4291년 春頃에야 비로소 被告等의 姦通事實을 알았다 함은 別段의 事情이 認定되지 않는 本件으로서는 吾人의 實驗則에 비추어 그 蓋然性이 너무나 低率하다 아니할 수 없고, 況且 原告는 他女와 事實上 夫婦로서 同居生活을 하여(原告는 他女와의 同居가 단기 4279년이라 하고 被告等은 被告等이 同居하기 始作한 即時부터라고 相反된 主張을 하나 그 時點은 別問題라 하더라도) 그간 5男妹를 出產하고 團欒한 生活을 하고 있다는 事實을 認定할 때 더욱 그러하다 아니할 수 없다. 그렇다면 原審이 證人 朴惠敬의 「原告는 被告等의 同居事實을 단기 4291년 春頃에 비로소 알았다는 一言의 證言만으로써 原告 請求 一部를 認容하였음은

結局 自由心證의 範圍를 넘은 採證法則違反이라 아니할 수 없으므로 本件 上告는 理由있다.

◇ 大法院 1962. 10. 11. 判決 • 62 다 10

〔判 決 理 由〕

證據의 取捨判斷에 있어 自由心證主義를 채택하고 있는 現行民事訴訟制度 하에서는 論理法則과 經驗法則의 制約은 있을지언정 證據의 價値判斷에 관한 抽象的인 비중의 原則이 判例로서 확립되어 있음을 인정할 수 없고, 論旨는 결국에 있어 證據의 取捨判斷과 事實認定에 관한 事實審의 專權事項을 인정한 確定判決인 原判決을 논란하는 데 불과한 것으로서 채택할 수 없다.

三. 辯論의 全趣旨(gesamter Inhalt der Verhandlung)

Ⅰ. 그 一般的 意味內容

◇ 大法院 1962. 4. 12. 判決 • 61 民上 1078 • 不動產所有權保存登記抹消 • 上告棄却

〔判 決 理 由〕

證據原因으로서의 辯論의 全趣旨란 證據調査의 결과를 除外한 訴訟資料 全部를 말하는 것으로서 當事者의 主張內容 • 主張態度 • 事實主張이나 證據申請의 時期 • 當事者의 人的 關係라든가 辯論에 나타난 일체의 적극적 • 소극적 사항을 포함한 法官의 心證形成에 참작될 資料를 의미하는 것인 바, 所論證據調査인 檢證의 결과나 당사자간 다툼 있는 사실 자체는 證據原因인 辯論의 全趣旨에 포함된다고 볼 수 없고 原判決이 所論事實에 대하여 일일이 구체적으로 설명함이 없이 辯論의 全趣旨를 다른 證據와 함께 原判決 判示 事實認定의 證據資料로 채택하였음에 證據에 의하지 아니한 事實認定의 違法이 있다고 볼 수 없다.

◇ 大法院 1969. 12. 30. 判決 • 69 다 944

〔判 決 理 由〕

原判決에 의하면 原審은 原判示 原告名義로 作成된 이 事件 抗訴取下書는 原告가 作成 • 提出한 것이 아니고 原告의 아들인 訴外 문승일이가 原告名義의 印章을 僞造하여 原告 모르게 이를 作成 • 提出한 것이라는 原告의 主張을 排斥하고 위 抗訴取下는 原告의 意思에 의하여 이루어진 것이라는 趣旨의 判斷을 하고 위 原告主張에 符合하는 證據를 排斥하는 資料의 하나로서 辯論의 全趣旨를 들고 있다. 그리고 原審은 「辯論의 全趣旨」의 골자로 하는 바는 「原告는 처음 이 件 抗訴取下書의 原告名下의 印影을 是認하였다가 그 후 이를 飜覆하고 또한 抗訴取下證明願에 관한 陳述 역시 飜覆되고 있는 점」임을 그 判示理由에서 밝히고 있다. 그런데 記錄에 의하면 위 抗訴取下書가 原審에 提出된 후 原告의 期日指定申請에 의한 原審 第1次 辯論期日에서 原告訴訟代理人은 「抗訴取下書의 原告名下의 印影은 第3者가 盜用하여 捺印한 것이고 取下證明願의 印影은 僞造印章으로 捺印한 것」이라고 陳述했으나 그 후 第2次 辯論期日에서 「抗訴取下證明願의 原告名下의 印影은 原告의 것이나 白紙에 받아가서 提出하였기 때문에 原告의 意思에 反한 것」이라고 陳述했다가 第3次 辯論期日에서는 「第1次 調書의 抗訴取下書의 原告名下의 印影은 第3者가 盜用捺印한 것이고 取下證明願의 印影은 僞造印章으로 捺印한 것이라고 釋明한 것을 抗訴取下書 原告名下의 印影은 僞造印章으로 捺印한 것이고 取下證明願의

印影은 第3者가 盜用하여 捺印한 것」이라고 陳述함으로써 第1·2次 辯論期日에서의 陳述을 變更하였음을 알 수 있으며 그 陳述內容이 갈팡질팡하는 것 같아서 一應 위에서 본 바 그 辯論의 全趣旨가 原判決이 밝힌 바와 같다고 할 수 있다. 그러나 (1) 原告의 이 事件 期日指定申請書 記載內容과, (2) 印影鑑定의 結果 抗訴狀에 捺印된 原告名下의 印影과 抗訴取下書에 捺印된 原告名下의 印影이 서로 다르다는 것으로 判明되었음이 原判決 理由說示에 의하여 分明한 점 및 (3) 위의 印影鑑定申請이 原告訴訟代理人에 의하여 위 第2次 辯論期日에 있었다는 事實等에 비추어 볼 때 달리 特別한 事由 없는 한 原告訴訟代理人의 위 第1次 辯論期日에서 「이 件 抗訴取下書의 原告名下의 印影을 是認」하는 趣旨의 陳述을 錯誤로 인한 것이며 眞實에 反하는 것이라고 認定되지 못할 바 아니라 할 것이고 抗訴取下證明願에 관한 陳述 역시 그러하다고 보지 못할 바 아니고, 따라서 原判決이 指摘한 바 「辯論의 趣旨」는 쉽사리 原告主張事實에 符合하는 證據들을 排斥하기 위한 資料로 삼을 수 있는 것이라고는 볼 수 없다 할 것이다. 그렇다면 原判決에는 「辯論의 全趣旨」에 대한 證據判斷을 그릇한 잘못이 있다고 할 것이며 原判決에 그러한 잘못이 없었던들 證據取捨와 事實認定에 있어 그 判斷을 달리 할 수도 있었을 것이라고 보지 못할 바 아니라 하겠으니 原判決에는 採證法則을 그릇한 違法이 있다고 하겠고 論旨中 이 점에 관한 部分은 理由있어 다른 論旨部分에 대한 判斷은 하지 아니한다.

Ⅱ. 證據原因으로서의 獨自性

(가) 主要事實에 관하여

(a) 否 定 說

◇ 大法院 1955. 11. 24. 判決 · 55 民上 287

〔判 決 理 由〕

原判決에 의하면 原審은 甲 第1號證 내지 第3號證의 記載와 辯論의 全趣旨에 의하여 (1) 被告가 原告主張의 報酬約定에 訴外 兪販錫과 連帶責任을 負擔한 事實과 (2) 成功謝金을 原告主張과 같이 本件 係爭土地時價의 2분의 1에 相當한 金額으로 約定한 事實을 認定한 趣旨가 分明하나, (1)점에 관하여는 被告가 極力 否認하는 바이니, 辯論의 趣旨만으로써 이를 認定할 수 없고 甲 第3號證의 記載內容으로서는 原告가 訴外 兪販錫 외 1人名義의 契約書 1通을 盜難당한 事實만을 認定할 수 있을 뿐이요, 同 契約書가 原告主張의 原·被告間의 報酬金契約書인 점, 기타 同 契約書內容이 原告主張과 같은 점을 認定할 수 없고, 甲 第1·2號證 記載에 의하면 被告가 訴外 兪販錫에게 漫然히 原告에 대한 謝金關係責任을 지겠다는 意思를 表示한 趣旨의 記載 있음을 發見할 수 있으나, 이것만으로써는 原·被告間의 報酬約定事實을 認定하기에는 不足할 것이요, 더우기 (2)점에 이르러서는 前示 甲號證의 記載 및 辯論의 趣旨를 綜合하여도 도저히 이를 認定할 수 없다. 그럼에도 不拘하고 原審은 前示와 같은 理由로써 原判示와 같이 原告主張事實을 認定하였으니 原判決은 結局 證據에 의하지 않고 係爭事實을 認定한 違法이 있는 것으로서 破棄를 免치 못할 것이요, 論旨는 理由있다.

◇ 大法院 1958. 12. 18. 判決 · 57 民上 692 · 建物撤去 · 破棄還送[3]

〔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

(3) 本判決에 反對하는 趣旨의 評釋은 李時潤, 「事實의 認定과 辯論의 全趣旨」 法學 제6권 1호 149면 以下 (1964).

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 垈地에 관한 和解金 400,000환 중의 一部로서 受領한 것이다. 被告가 위 和解金의 殘額을 支拂하지 않고 기타 和解條項을 履行하지 않으므로 原·被告間에 위 和解契約을 取消하고 本訴請求를 한다 主張하고, 被告는 被告가 侵害한 「原告所有垈地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 前示 金 25,000환은 被告가 侵害한 原告垈地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.

(b) 肯 定 說

◇ 大法院 1948. 8. 5. 判決·48 民上 39

〔判 決 理 由〕

原判決이 證人 安在允의 證言에 의하여 甲 第3號證의 3의 成立과 아울러 그 內容의 證憑力을 認定함은 妥當하며, 記錄을 通覽컨대 原告 鄭武順의 安城邑 中央病院에 約 1個月間 入院治療하였다는 主張事實에 대하여 被告等은 明白히 抗爭치 아니하였은즉, 原審이 如斯한 辯論趣旨에 의하여 위 治療의 事實 및 그 費用關係의 證據되는 甲 第1·2號證 및 同 第3號證의 7·8의 成立을 認定함은 반드시 違法으로 論斷할 바가 아니며 甲 第5號證이 本件 傷害認定의 資料 되지 아니함은 所論과 같으나 原判決이 他證據에 의하여 傷害事實을 認定한 以上 同號證을 아울러 援用함은 錯誤에 不過하고 判決에 影響이 없는 바이며 論旨는 理由없다.

◇ 大法院 1962. 4. 26. 判決·61 民上 849·報酬金

〔判 決 理 由〕

原判決이 인용한 1審判決 判示理由에 의하면 訴外 이제호가 被告의 승낙을 받고 갑 제1호증(契約書) 말미에 3월 14일이라는 承繼한 일자와 그 밑에 被告의 署名을 原告의 代理人인 염창선으로 하여금 대서케 한 후, 그 밑에 이제호가 휴대한 被告의 印章을 捺印한 사실을 인정할 수 있다 判斷하고, 그 證據로서 갑 제1호증과 證人 염창선의 證言을 들었으나, 갑 제1호증의 기재내용에는 물론 證人 염창선의 證言 가운데에도 契約書에 被告名을 記入·捺印한다는 양해가 있어서 그 印章을 가지온 것으로 알고 있다는 추측에 불과한 陳述이 있을 뿐, 과연 被告가 訴外 이제호의 原告에게 대한 報酬金 債務를 引受承繼할 것을 승낙하고 印章을 이제호에게 내어 주었는지에 관하여는 이를 인정할 자료가 될 수 있는 陳述 있음을 발견할 수 없고, 오히려 辯論의 全趣旨에 의하면 原告가 被告의 代理人名義로 한 訴訟의 實質的 委任者는 訴外 이제호이고 被告는 그 訴訟의 實質的 利害關係者가 아님에도 불구하고 原判決이 위의 判示事實 認定의 證據資料가 될 수 없는 證據方法에 의하여 그 사실을 인정하였음은 採證法則의 違背라 할 것이고, 이 採證法則違背의 法令違反은 原判決의 결과에 영향을 미칠 가능성이 있다 할 것이다.

◇ 大法院 1962. 10. 25. 判決·62 다 425

〔判 決 理 由〕

原判決의 理由說明에서 의용한 所論 當事者辯論의 全趣旨는 當事者의 主張에 관한 것이 아니라 證

據原因으로서의 辯論의 全趣旨를 말한 것이며 이 證據原因인 辯論의 全趣旨만에 의하여 事實認定을 한다 하여 반드시 違法이라 단정할 수 없다.

(나) 文書의 成立에 관하여

◇ 大法院 1959. 10. 1. 判決・58 民上 728・賣買代金返還・上告棄却

〔判 決 理 由〕

當事者가 不知로써 다툰 書證에 관하여 擧證者가 특히 그 成立을 證明하지 아니하는 경우라고 할지라도 法院은 他證據에 의하지 않고 口頭辯論의 全趣旨를 斟酌하여 自由心證으로써 그 成立을 認定할 수 있다고 할 것이므로 本件에 있어서 原審이 擧示한 證人 李鍾國의 證言內容만으로서는 乙 第1號證의 成立을 認定하기에 未洽하다 하겠으나 原審이 同 證言 聽取에 의하여 얻은 心證과 아울러 기타의 口頭辯論 全趣旨를 斟酌하여서 乙 第1號證의 成立을 認定하고 이로써 事實判斷의 資料로 하였음은 正當한 措置이고 何等 違法된 바 없다고 할 것이다. 그리고 玆에 口頭辯論의 全趣旨라고 함은 證據調査의 結果 以外에 口頭辯論에 顯出된 一切의 訴訟資料를 말하는 것으로서 當事者의 主張內容・態度 기타 辯論聽取에서 直接 얻은 印象等 口頭辯論에 있어서의 一切 積極・消極의 事項을 말하는 것이므로 設使 原告訴訟代理人이 乙 第1號證의 認否를 陳述함에 있어서 所論과 如한 經緯가 있었다고 하더라도 原審이 口頭辯論에 顯出된 前記 訴訟資料 一切를 參酌하여 乙 第1號證의 成立을 認定하였음은 正當하고 論旨는 理由없다.

四. 證據調査의 結果(Ergebnisse der Beweisaufnahme)를 評價하는 法院의 態度

證據調査의 結果란 法院이 方式을 遵守하여 實施한 證據調査에 의하여 얻은 證據資料로서 各種 書證, 證人의 證言, 鑑定, 檢證 또는 本人訊問結果 등을 總稱한다. 證據調査에 의하여 얻은 이들 結果에 대하여 그 證據力의 評價는 法官의 自由心證에 의한 判斷에 따르게 되어 있으므로 判例가 각 경우에 이들의 證據評價를 어떻게 하고 있는지 체계적으로 살펴본다.

Ⅰ. 書證의 경우

(가) 書證一般

◇ 大法院 1952. 8. 26. 判決・52 民上 60

〔判 決 理 由〕

그러나 民事訴訟法上 證據에 관한 自由心證主義를 採用한 結果 當事者가 證據로 提出한 書證에 관하여 이것이 私署證書인 때는 當事者間 그 成立에 관하여 다툼이 없는 限, 또는 그 方式 및 趣旨에 의하여 公務員이 그 職務上 作成된 것으로 認定될 文書는 이를 眞正한 公文書로 推定하여 法院이 各其 文書의 成立을 是認하여야 하며 이에 反對되는 判斷을 할 수 없는 것이나, 그 記載內容이 係爭事實을 證明하기에 足한지의 與否는 다시 말하면 이의 採否는 전혀 實驗原則 및 社會觀念을 基礎로 한 法官의 自由心證에 의하여 法院이 任意로 決定할 바이고 어떤 文書의 內容은 반드시 採用하여야 한다는

法定義務가 없으므로, 또 原審이 所論 甲 各號證의 成立을 認定하면서 그 記載內容을 取信치 아니함은 適法하고 所論은 結局 原審이 適法히 한 證據의 取捨 및 事實의 認定을 非難함에 不過하므로 論旨 理由없다.

◇ 大法院 1954. 12. 23. 判決 • 54 民上 187

〔判 決 理 由〕

元來 第3者가 作成한 私文書의 成立에 대하여 다툼이 있는 때에는 法院은 證據調査의 結果에 의하든지 辯論의 趣旨 또는 그 文書의 趣旨나 方式을 參酌하여 自由心證에 비추어 그 眞正成立을 認定하여 係爭事實判斷資料에 供用할 수 있을 것이다.

◇ 大法院 1963. 8. 31. 判決 • 63 누 109 • 稅金賦課處分取消 • 破棄還送

〔判 決 要 旨〕

原判決에 의하면 原告가 교사신축을 위하여 제일은행 충무로지점에서 借入한 그 金員을 1961년도 所得으로 同年 2월 25일 1,000만환을 辨濟하였다는 原告主張에 대하여 原審은 「……그 立證으로 갑호 각증을 제출하였으나 갑호 각증은 모두 私文書이고 그 眞正成立에 관한 立證이 없으므로 이를 證據로 채택할 수 없고 기타 原告의 主張을 支持할 證據가 없다」고 判斷하고 있다.

그러나 記錄에 의하면 原審 1회 辯論時에 原告代理人은 立證으로 갑 1·2호증을 제출하고 그 文書의 作成者인 "갑"과 제일은행 충무로지점장을 證人으로 喚問할 것을 申請하였는 바 原審은 이에 대한 證據決定을 保留하였었고 6회 辯論時에 原審은 保留中인 證據는 조사하지 아니하겠다 하여 原告申請의 위 證人들의 訊問을 하지 아니하고 辯論을 종결하고 있음이 명백한 바 이와 같이 私文書의 眞正成立을 立證하기 위한 證人임이 엿보이는 위 證人을 喚問調査하지 아니하면서 그 文書의 眞正成立에 관한 立證이 없다 하여 이를 證據로 채택할 수 없다고 判示하였음은 違法하다 아니할 수 없다 할 것이다. 그럴 뿐만 아니라 職權主義가 가미되어 있는 行政事件의 審判에 있어서는 法院은 法院에 顯出된 證據는 어느 當事者에 의하여 제출되었던간에 이를 모두 감안하여 事實認定을 하여야 한다고 할 것인 바 原審이 取信하고 있는 證人 "을"의 證言에 의하면 「原告學園에서 1961년 2월 1일 제일은행 충무로지점에 負債 舊貨 1,000만환을 辨濟한 사실을 발견하였음니다라고 되어 있어 위 原告主張事實을 인정할 수 있는 證據가 있음에도 불구하고 기타 原告의 主張을 지지할 證據가 없다」고 判示하였음은 違法하다고 아니 할 수 없다.

◇ 大法院 1964. 9. 15. 判決 • 64 다 360

〔判 決 要 旨〕

民事訴訟에 있어서는 刑事訴訟과는 달라 文書의 證據能力에 대한 制限이 없다.

(나) 處分文書의 경우

◇ 大法院 1959. 12. 24. 判決 • 58 民上 853, 854, 855 • 店舖明渡(本訴) 및 店舖所有權移轉登記(反訴) • 破棄還送

〔判 決 理 由〕

處分文書는 그 成立이 眞正한 것으로 認定되는 以上 그 文書의 意義를 解釋함에 있어서는 同 文書의

明文을 基礎로 하여야 할 것이고 이를 無視하는 解釋은 이를 許容할 수 없다 할 것인 바 原判決理由에 의하면 原審은 證據에 의하여 本件 係爭建物의 敷地 7坪은 原告의 所有인 바 原判示 禁泉橋市場組合은 此를 原告로부터 賃借하여 그 賃貸借契約書를 訴外 韓重熙가 保管하다가 단기 4289년 2월경에 店舖貸借契約更新을 위하여 그 契約書를 原告에게 手交하였던 바, 原告는 그 후 此를 返還하지 아니하고 甲 第2號證(店舖貸借契約書) 契約文書 즉 敷地契約書를 店舖契約書로 作成하여 組合에 提出하고 組合에서는 訴外 文學瑀가 當時 위 組合常務理事(總務)로서 錯誤로 위 甲 第2號證에 當事者의 捺印을 하여 준 것이라고 判示하였으나, 記錄에 의하여 甲 第2號證을 檢討하건대 本件 係爭 201號店舖 1棟은 그 所有者인 原告가 단기 4289년 5월 18일에 連帶賃借人인 被告 千榮宇, 同 文敬善에게 被告 金在根의 連帶保證下에 月賃 金 2만 5천圜으로 단기 4290년 4월 말일까지 賃貸하기로 約定한 趣旨임이 分明하고 此를 禁泉橋市場組合이 原告로부터 本件 敷地 7坪을 賃借함에 있어서 錯誤에 인하여 店舖賃貸借契約書를 作成한 것이라고 볼 수는 없을 것이므로 原審은 此點에 있어서 判決結果에 影響이 없는 證據의 解釋에 誤謬를 犯하였다.

◇ 大法院 1960. 9. 29. 判決 • 59 民上 936

〔判 決 理 由〕

法院은 處分文書의 成立을 認定한 以上 反證이 없는 限 그 記載內容을 믿어야 하지만, 反證이 있으면 그 記載內容의 一部를 措信하지 아니할 수 있는 것이다. 따라서 本件에 있어서 그 眞正成立이 認定되는 甲 第1號證의 記載內容에 의하면 原告가 被告管理下에 있는 慶山農業倉庫 河陽支庫의 現場派遣人에게 粳籾 787叭(叭當 90斤) 62斤을 保管시킨 것으로 되어 있으나 證人 玄永夏의 證言內容과 成立에 다툼이 없는 乙 第10號證의 記載內容에 의하면 原告가 단기 4289년 4월 6일 위 河陽農業倉庫에 檢査完了한 粳籾 1等品 1叭, 2等品 210叭, 3等品 424叭, 合計 635叭을 保管한 事實을 認定할 수 있으므로 原審이 위 甲 第1號證, 乙 第10號證 기타 書證等의 記載內容과 證人 玄永夏 기타 證人等의 證言을 綜合하여 所論과 같은 事實을 認定하였음은 正當하다 할 것이다.

◇ 大法院 1962. 4. 4. 判決 • 61 民上 953 • 不動產所有權移轉登記 • 破棄還送

〔判 決 要 旨〕

原判決에 의하면 原審은 갑 제2호증(約定書)의 形式的 成立에 있어서나 그 內容에 있어서도 原告와 被告와의 사이에 있어서 自由意思에 의한 契約에 의하여 적법히 작성된 文書임을 확정하고, 原審은 위의 갑 제2호증의 記載內容에 의하여 本件 原告·被告間의 契約은 本件 林野를 어느 特定人에게 賣渡하는 경우에 한하여서의 契約이 아니고 장래 어느 때에 누구에게 얼마만의 金額으로써 賣渡하든지 간에 本件 林野를 賣渡하는 경우에 있어서는 賣渡代金의 多過를 불구하고 原告들은 금 4백만환을 受取함으로써 本件 林野에 대한 일체의 權利를 抛棄한다는 趣旨로 解釋하고 이상 認定事實과 排斥되는 證人의 證言을 排斥하였다. 그러나 原審이 확정한 사실 즉 갑 2호증을 작성할 당시에 被告와 訴外 대한산업주식회사와의 사이에 本件 林野에 대한 賣買契約이 成立되었음에도 불구하고 위의 會社가 그 契約을 履行하지 아니함으로써 위의 賣買契約이 解除되었다는 事實과 갑 2호증의 記載內容 중「금반 위의 林野를 賣却함에 있어서 위의 代金을 領收함에 운운 위의 代金領收時에는 3인 共同으로서 領收하여야 함. 위의 契約을 證明하기 위하여 본서 3통을 작성하여 각 한통씩 소지함」이라는 記載內容과를 종합하여 고찰하면 갑 2호증의 記載內容과 같은 契約은 訴外 대한산업건설주식회사와의 賣買契約에 의하여 被告가 그 代金을 領收하고 原告들이 위의 代金 중 4백만환을 받음으로써 原告들이 가지고 있는

本件 林野에 대한 일체의 權利를 抛棄한다는 것이고 장래 어느 때에 어느 누구에게 賣渡하든지간에 原告들은 금 4백만환을 受領하고 그 외의 일체의 權利를 抛棄한다는 趣旨라고는 解釋할 수 없을 뿐 아니라 原告들이 被告와 갑 2호증 記載內容과 같은 契約을 締結함으로써 금 4백만환의 受領 如否를 불구하고 즉시 原告들의 本件 林野에 대한 持分權이 상실되었다고는 解釋할 수 없다. 즉 장래에 本件 林野가 어느 때에 누구에게 얼마로써 賣渡될 것인지가 확실하지 아니함에도 불구하고 原告들이 갑 2호증을 작성함으로써 本件 林野에 대한 일체의 權利가 즉시 상실된다는 것은 原告들의 참된 의사에 부합된다고는 解釋될 수 없을 뿐 아니라 장래에 本件 林野가 금 4백만환 이하로 賣渡되는 경우에 있어서도 被告로서는 반드시 原告들에게 금 4백만환을 支給하지 아니하면 아니된다는 것도 역시 被告의 참된 의사에 부합된다고는 解釋할 수 없음에도 불구하고 原審이 갑 2호증의 內容을 原判示와 같이 解釋하였음은 당사자간의 法律行爲를 解釋함에 있어서의 違法이 있다고 아니할 수 없다.

◇ 大法院 1969. 2. 4. 判決 • 68 다 1931 • 工事代金殘額等 • 一部破棄還送

〔判 決 理 由〕

原判決理由에 의하면 제1차 竣工期間延期申請書에 첨부되어 있던 覺書(을 제2호증의 2)內容에 竣工期間 경과 후에는 契約條項 제12조에 의한 遲滯賠償金을 工事代金支給時에 공제하여도 異議 없다는 뜻으로 記載되어 있으나, 原告가 工事延期申請을 하게 된 事情, 兩當事者의 位置, 工事殘代金의 額數 등을 검토하면, 原告가 위 覺書를 제출한 참된 뜻은 原告도 물론 被告도 제1차로 延期된 期間인 1966년 2월 25일까지 竣工이 되지 못할 때에 비로소 그 다음날부터 遲滯賠償金을 賠償하겠다는 것으로 解釋된다고 判示하고 있다. 그러나 成立에 다툼이 없는 處分文書인 위 을 제2호증의 2(覺書)의 文面에 의하면 「工事延期申請을 제출함에 있어서 당초 契約滿了日인 1965년 12월 25일 이후에 대하여는 遲滯賠償金을 工事費 支拂時 공제하여도 異議 없다」고 명백히 표시되어 있는 바, 成立에 다툼이 없는 處分文書에 명백히 표시된 當事者의 意思는 合理的인 理由 없이는 排斥할 수 없는 것이며, 原判決이 本事由만으로써는 위 處分文書에 記載된 1965년 12월 25일이라는 것을 延長된 竣工期間인 1966년 2월 25일이라고 解釋할 수는 없다고 봄이 상당할 것이고, 原判決이 본 바와 같이 解釋할 것 같으면 그것은 本件 工事請負契約書(갑 제1호증의 1) 제1조, 제9조, 제12조에 의하여 당초의 契約만으로써 당연할 것이지 새삼스럽게 새로이 覺書를 授受할 필요도 없을 것이고, 더욱 原判決은 1965년 12월 25일 이후에도 遲滯賠償金을 約定하였다면 原告가 1966년 2월 25일까지 工事를 完了하더라도 遲滯賠償金 때문에 별로 찾아갈 돈이 없게 된다고 判示하고 있으나, 原判決이 確定한 바와 같이 設計變更으로 인한 工事費의 增額約定이 있었다는 점과 原告가 契約保證金을 被告에게 借入하였다는 事情을 아울러 고찰할 때에 더욱 그러하다. 그렇다면 原判決은 處分文書의 法理를 誤解한 違法이 있어 이는 判決에 영향을 미침이 분명하여 이 점에 관한 論旨 理由있다.

◇ 大法院 1969. 11. 25. 判決 • 69 다 1562

〔判 決 理 由〕

原判決은 原告 이금봉은 將來의 喪失收益額에 대한 賠償請求權을 抛棄하였다는 被告의 抗辯을 排斥하는 理由로서 原告 김홍섭은 原告 이금봉의 男便이고 原告 김계창은 그의 아들로서 大學을 卒業한 學力을 가지고 있는 者인데 이 事件 事故가 發生한지 약 6개월이 지난 뒤에 10여일에 걸친 折衝 끝에 原告 김계창과 被告會社 사이에 이 事件 事故에 관한 合意가 이루어졌는 바 그 約定內容은 原告 이금봉이가 이 事件 事故로 인한 傷處에 대한 治療費와 이에 따르는 一切의 費用 및 慰藉料名目으로

被告로부터 金 38만원을 받음으로써 治療費와 이에 따르는 一切의 費用 및 慰藉料에 관한 民事上의 損害賠償權을 拋棄한다는 것이고 將來의 喪失收益額에 대한 賠償問題에 관하여는 當時 雙方間에 論議도 된 바가 없다는 점을 證據에 의하여 認定한 다음 甲 第10號證(그 第1號證도 같다)의 記載만으로써는 이 점에 관한 合意가 이루어졌음을 認定하기에 未洽하고 證人 최순근의 證言部分은 믿지 아니하고 달리 證據資料가 없다고 說明하고 있다. 그러나 原判決이 認定하고 있는 바와 같이 原告 이금봉의 代理人인 김계창과 그 男便되는 原告 김홍섭이가 이 事件 事故發生後 6개월이 지나서 被告會社와 10여일에 걸쳐서 折衷한 結果 이루어졌다는 甲 第10號證(乙 第10號證) 合意書에는 原告 이금봉은 이 合意書作成 以後에는 이 事件 事故로 인한 身體上 再發症 또는 再缺陷, 生命의 有故가 있다 할지라도 何等 異議를 提起치 않을 것을 被告會社에 盟誓하고 原告 이금봉은 被告會社에 대하여 이 事件 事故를 原因으로 하는 民事上 損害賠償請求 기타 一切의 行爲를 拋棄한다고 記載되어 있는 바 앞서 說明한 바와 같이 10여일간 被告會社와 折衷을 繼續한 原告 이금봉의 代理人 김계창과 原告의 男便 김홍섭이가 乙 第1號證 合意書에 이러한 條項이 記載되어 있는 것을 모르고 이 合意書를 作成하였다고는 도지히 생각할 수 없는 것이고, 따라서 原審이 이 事件 事故로 인한 原告 이금봉의 將來의 喪失收益額에 대한 賠償問題에 관하여는 當時 雙方間에는 論議된 바가 없다고 본 것은 乙 第1號證의 明文에 背馳되고 또 經驗則과 論理則에 違背된 證據解釋이라고 보여지고 이와 같은 잘못은 判決結果에 影響이 있다 할 것이니 이 점에 관한 上告論旨는 理由있다.

(다) 提訴後 作成한 文書의 경우

(a) 證據能力否定說

◇ 大法院 1947. 5. 20. 判決 • 47 民上 51

〔判 決 理 由〕

原審에서 本件 不動產에 대하여 原告를 正當한 所有者라고 認定한 證據로서 成立에 다툼이 없는 甲 第1號證, 甲 第2號證(登記簿謄本) 기타 證人의 證言을 採用하였으나, 甲 第2號證은 시기 1946년 12월 4일 原判決 言渡後인 同月 20일에 作成됨이 記錄上 및 甲 第2號證에 明白하므로 原審에서 判決當時에는 이 存在치 아니한 甲 第2號證을 위 事實認定의 證據로 採用함은 採證法則違反이므로 論旨는 理由있다.

◇ 大法院 1947. 5. 27. 判決 • 47 民上 65 • 所有權確認 • 破棄還送

〔判 決 要 旨〕

訴訟提起後 그 訴訟의 係爭事實에 관하여 일 私人이 작성한 證明書는 證人으로서의 證據方法을 회피할 目的으로 작성된 것은 證據로 채용할 수 없는 것이다.

◇ 大法院 1956. 3. 17. 判決 • 56 民上 60

〔判 決 理 由〕

訴訟提起後 그 係爭事實에 관하여 第3者인 私人이 作成한 證明書는 相對方의 異議 있는 때에는 證據로 採擇할 수 없는 것이므로 乙 第1號證은 證據力이 없다 할 것이나, 原審은 判示事實認定에 있어서 위 乙 第1號證에만 依據한 것이 아니고 成立에 다툼이 없는 乙 第2號證의 記載內容에 第1審證人

黃斗善, 原審證人 李聖祚의 各 證言 및 原·被告間 本件 去來前 面識 없다는 當事者辯論趣旨를 綜合하였음을 窺知할 수 있고, 위 證據로써 判示事實을 充分히 認定할 수 있다 할 것이므로 所論과 같은 違法은 原判決 結果에 影響을 미칠 것이라 할 수 없다.

(b) 證據能力認定說

◇ 大法院 1968. 12. 24. 判決 • 67 다 1503 • 貸與金 • 上告棄却

〔判 決 理 由〕

被告訴訟代理人 신창동의 上告理由 제1점에 대하여,

대체로 提訴 후에 작성된 私文書라 할지라도 證據能力은 있다 할 것이고, 그 文書가 係爭事實에 관한 人證을 회피할 目的으로 작성된 것이라고 인정되지 아니하는 한 이러한 文書라도 實質的인 證據力을 인정할 수 있다 할 것이다(當院 1963.10.10. 宣告 63 다 360 判決, 當院 1964.9.8. 宣告 64 다 315 判決 참조). 그런데 기록에 의하면 이 事件에서 原告가 證據로 제출한 갑 제6호증의 作成名義人인 최이용은 그 후 原審에서 이 書證을 확인하고 그 內容이 틀림없다고 證言하고 있으므로 이를 人證을 회피할 目的으로 작성한 것이라 할 수 없고, 따라서 原審이 이 書證을 綜合證據의 하나로 채택하였다 하여 違法일 것은 없다. 또 原判決이 들고 있는 證據들을 종합하여 보면, 이 事件에 있어서 다툼의 핫점이 되고 있는 原告와 被告의 두 사람 이름으로 銀行에 預置하였던 所論 790만원의 當座預金은 모두 被告가 引出하여 간 사실을 인정 못할 바 아니므로, 原審이 위와 같은 사실을 인정하였다 하여 이에 採證法則을 違背한 違法이 있다 할 수 없다.

◇ 大法院 1970.12.29. 判決 • 70 다 2421

〔判 決 理 由〕

被告(再審原告)訴訟代理人들의 各 上告理由에 대하여 살피건대 原判決에 의하면 原審은 原判決 摘示의 證據와 原告(再審被告) • 被告間에 다툼이 없는 事實로서 다음과 같은 事實을 認定하였다. 즉 原告는 被告와 訴外 정연경을 相對로 本件 目的物 全體에 대한 所有權移轉登記請求訴訟을 提起하여 繫屬中 1968년 4월 4일 法廷에서 原告는 被告와 위 정연경의 訟訟代理人의 辯護士 최병해와의 사이에 本件의 法廷和解를 한 바 被告는 위 辯護士 최병해에게 訴訟代理를 委任한 바 없으므로 그 和解는 無權代理行爲로서 無效라는 被告主張에 符合한 듯한 原判示의 證據는 믿을 수 없고, 오히려 原判示의 證據로써 被告는 被告의 동생인 訴外 정연경과 被告의 男便인 訴外 이병규와 같이 辯護士 최병해 事務所에 가서 최병해辯護士에게 訴訟上의 和解에 관한 權限을 包含한 訴訟代理를 委任하였다는 事實을 認定할 수 있다고 判示하였는 바 記錄을 檢討하여도 위와 같은 原審의 證據取捨와 事實認定에 違法이 있다 할 수 없은즉 原審의 適法한 證據取捨와 事實認定을 非難하는 論旨는 理由 없을 뿐 아니라 所論과 같은 矛盾이 있다고도 할 수 없고, 假使 甲 第3號證과 第4號證이 所論과 같이 訴訟提起後에 作成된 것이라 하더라도 그와 같은 事實만으로써는 證據能力이 없다 할 수 없고 그 記載內容을 信用하였다 하더라도 다른 特別한 事情이 없는 한 이를 違法이라 할 수 없다.

(라) 公文書의 경우

◇ 大法院 1954.10.30. 判決 • 54 民上 131

〔判 決 理 由〕

事實認定과 證據의 取捨는 原審의 職權에 속한 事項이며 眞正成立이 認定되는 公文書라도 그 記載內容의 取信 與否는 事實審의 權限에 속하는 것이므로 所論 各 書證이 所論과 如한 事由에 의하여 公文書 類似의 信憑性이 認定되는 文書라 하더라도 그 內容의 取信 與否는 原審이 自由心證에 의하여 정할 수 있는 것일 뿐만 아니라 以上과 如한 信憑性이 認定되는 文書의 成立을 當事者가 立證치 아니하는 경우에는 職權으로 이를 調査하여야 한다는 法理도 없으므로 原判決에 採證法則違反이 있다 하여 攻擊함은 不當하다.

◇ 大法院 1964.9.16. 決定・64 마 564・戶籍訂正申請却下決定에 대한 再抗告・破棄還送

〔決 定 要 旨〕

再抗告人은 戶籍上 1936년생으로 되어 있는데 이것을 1928년생으로 訂正할 수 있도록 許可하여 달라는 것이 記錄上 명백한 바 원경 그 趣旨는 금년 당 29살로 되어 있는 것을 37살로 고쳐달라는 것이 된다. 생각컨대 우리 人間의 正常的인 發育 및 老衰狀態에 있어서 당 29세의 사람과 당 37세의 사람은 특별한 사정이 없는 한 再抗告人이 제출한 年齡鑑定書의 記載와 같은 特證에 의하여 그다지 어렵지 않게 判別할 수 있는 것으로 생각되므로 原審이 再抗告人이 제출한 年齡鑑定書의 記載를 사람의 體質과 營養에 따라 차이가 생길 수 있다 하여 取信하지 않은 것은 採證에 있어서 自由心證의 常規를 벗어난 것이라고 보지 않을 수 없다.

◇ 大法院 1967.2.28. 判決・66 다 2254・建物撤去等・破棄還送

〔判 決 理 由〕

被告訴訟代理人의 上告理由 제2점에 대한 判斷.

原判決이 說示한 理由에 의하면 原審은 證人 이상옥의 證言에 의하여 成立이 인정되는 갑 제3호증의 2 鑑定人 신현두, 이용승, 이경우의 合同鑑定結果(뒤에 믿지 아니하는 부분은 제외) 및 原審의 檢證結果와 當事者辯論의 全趣旨를 종합하여, 被告는 原告等所有인 原判決添附 別紙圖面 (ㄱ)部分의 垈地 위에 建造物(대문)을 所有하여 同 垈地部分을 점거하고, 또 同 圖面 (ㄴ)部分의 垈地를 점거하고 있다고 인정하고, 이에 背馳되는 鑑定人 윤상길의 鑑定結果, 위 合同鑑定結果 중 분할측량원도에 의한 鑑定部分 및 鑑定人 이용승의 意見書部分과 鑑定人 신현두 및 이용승의 각 鑑定結果 및 을 제1호증 證人 정진석의 證言은 위 證據에 비추어 믿기 어렵다고 하여 原告等 請求를 認容하였다. 그러나 原審이 믿기 어렵다고 한 을 제1호증을 기록에 의하여 보면 同號證은 地籍圖謄本으로서 公文書이고 (原告 등도 公文書인 점을 인정하고 있다), 同 地籍圖謄本의 記載에 의하면 現地籍圖上에는 과거에 잘못되어 있던 포항시 대흥동 722의 1 및 722의 7의 境界線이 訂正되어 있음을 알 수 있는데, 原審이 을 제1호증을 믿기 어렵다는 根據로 내세우고 있는 證據 중 鑑定人 신현두, 이용승, 이경우의 合同鑑定結果를 보면 이는 改造된 現地籍圖를 基準으로 측량한 결과, 被告가 原告等 所有垈地를 침범하고 있다는 것으로서 여기에 말하는 「改造된 現地籍圖」라 함은 그 地籍圖의 境界線이 잘못된 것이라 하여 訂正된 地籍圖(을 제1호증) 이전의 地籍圖인 것이 記錄上 명백한 바이고, 그 나머지 證據 중 갑 제3호증의 2는 현장모양을 촬영한 사진이고, 原審의 檢證結果는 被告의 原告等 所有垈地에 대한 侵犯 如否를 알 수 없다는 데에 지나지 않은 것이니, 위와 같은 각 證據만에 의하여 을 제1호증을 믿기 어렵다는 根據로 삼을 수는 없다고 할 것이다. 따라서 위의 原審措處는 수긍될 만한 아무런 合理的인 理由說示도 없이 만연히 을 제1호증을 排斥한 셈이 되고, 이는 을 제1호증의 價値判斷을 잘못한 採證法則違背의 違法이 있어 判決結果에 영향을 미쳤다고 할 것이다.

(마) 判決書의 경우

◇ 大法院 1961.12.21. 判決・61民上24

〔判決理由〕

原審은 所論과 같이 證人 金錫水의 證言과 甲 第8號證의 記載만으로써 被告들 兩人이 原告를 毆打致傷한 사실을 인정한 것이 분명한 바, 비록 民事法院이 刑事法院의 事實認定에 의하여 구속을 받는 것은 아니라 할지라도 이미 第1審判決이 上訴審에 의하여 取消 내지 破棄된 경우에 있어서는 그 取消 내지 破棄된 判決은 存在하지 않게 되는 것이므로 그것을 證據資料로 삼을 수는 없다 할 것이다. 그런데 原審이 證據로 삼은 前記 大田地方法院 단기 4292년 刑公 第143號 事件은 抗訴에 의하여 本件 被告 鄭宰薰에 관한 부분이 取消되고 또 上告審에 의하여 同 取消判決이 確定된 事實은 當院에 顯著한 事實이므로 原審이 이러한 判決을 證據로 삼은 것은 적어도 被告 鄭宰薰에 관한 한 잘못이라 할 것이다. 그 밖에 證人 金錫水의 證言이 被告 鄭宰薰의 毆打事實을 인정한 만한 資料가 될 수 없음은 明白한 바이므로 필경 被告 鄭宰薰에 관한 本件 上告는 理由있다고 아니할 수 없다.

◇ 大法院 1962.9.27. 判決・62다360

〔判決理由〕

被告는 1951년 8월 15일 서울地方檢察廳으로부터 本件 傷害事件에 관하여 혐의가 없다는 處分을 받았으므로 原審의 事實認定은 이러한 刑事處分과도 어긋난 것이라고 주장하나 記錄에 의하면 被告는 이러한 사실을 原審辯論이 종결될 때까지 주장한 사실이 없는 것이 뚜렷할 뿐 아니라 비록 그러한 사실이 있다손 치더라도 民事法院이 이러한 處分에 拘束을 받는 것이 아니다.

◇ 大法院 1971.5.24. 判決・71다425・所有權移轉登記抹消・破棄還送

〔判決理由〕

原判決에 의하면 原審은 本件 부천군 소사읍 소사리 산 39 林野 5단 7무보에 관하여 1964년 1월 20일 訴外 亡 이정하名義로 所有權保存登記가 된 다음 그 날자로 原告들의 被相續人 亡 최수봉 앞으로 그 所有權移轉登記가 되었다가 그 달 25일에 第1審 共同被告이었던 염창문 앞으로 그 所有權移轉登記가 된 후 다시 1965년 3월 5일 被告 앞으로 그 所有權移轉登記가 된 사실을 확정한 연후, 原告들은 위 林野를 원래 그 祖父인 訴外 亡 최덕유가 70여년 전에 買受 所有하던 것으로 위 최수봉은 그 死亡으로 이를 相續한 후 1964년 1월경에 위 염창문에게 부탁하여 위 이정하名義의 保存登記를 거쳐 자기 앞으로 移轉登記를 하도록 하였더니 그는 위와 같이 이정하名義의 保存登記와 최수봉 앞으로의 移轉登記를 한 다음 그 印鑑과 登記關係書類를 保管함을 기화로 다시 그 移轉登記所要書類를 僞造하여 멋대로 위와 같이 최수봉으로부터 자기 앞으로 그 移轉登記를 한 것이므로 이는 原因無效의 登記이고 따라서 그 후에 이루어진 被告名義 移轉登記 역시 抹消되어야 한다는 原告들의 청구를 排斥하는 理由로서 갑 제3호증(刑事判決)의 一部記載와 第1審證人 오순명의 證言은 原審證人 심승문의 證言과 辯論의 全趣旨에 비추어 믿을 수 없고 달리 위 염창문이가 文書를 僞造하여 최수봉으로부터 자기 앞으로 그 登記를 넘겨간 사실을 인정할 證據가 없으므로 原告들의 本訴請求는 그 前提에 흠결이 있다라고 說示하고 있다.

그러나 갑 제3호증에 의하면 위 염창문은 原告들 주장과 같이 그가 登記關係文書를 僞造하여 위 최

수봉名義로부터 자기 앞으로 本件 林野의 所有權移轉登記를 거친 후 이 林野를 自己所有인 것처럼 기장하고 被告에게 賣渡하여 이에 속은 同人으로부터 그 一部賣買代金名目으로 금 3만원을 騙取하였다 하여 私文書僞造, 同 行事, 公正證書原本不實記載, 同 行事, 詐欺罪目으로 1965년 11월 23일 징역 1년의 第1審 有罪判決이 宣告되어 上訴權抛棄로 그 判決이 확정되었을 뿐더러 그 判決에 의하면 그는 위 犯罪事實을 法廷에서까지 自白한 것이 엿보이는 이상, 이러한 刑事判決의 認定事實은 특별한 사정이 없는 한 유력한 證據資料가 될 것임에도 불구하고 原審이 심증문의 막연한 한마디의 證言에 의하여 이를 믿을 수 없다고 일축한 것은 필경 經驗法則을 違反한 違法이 있다고 않을 수 없다.

◇ 大法院 1971.6.8. 判決 • 71 므 18 • 離婚 • 破棄還送

〔判 決 理 由〕

그러나 家事裁判에 있어서 다른 家事裁判에서의 認定事實에 拘束받는 것은 아니라 할지라도 이미 確定된 關聯있는 家事判決의 認定事實은 特別한 事情이 없으면 有力한 證據資料가 된다 할 것이고, 乙 第1號證의 1(앞에서 본 67 드 16 離婚無效 家事審判)의 記載에 의하면 本訴請求人이 本訴被請求人에 대하여 特別한 理由 없이 싫어하게 되어 1958년경에는 離婚하자고 했으나 被請求人의 반대로 뜻을 이루지 못하고 그 翌年에는 請求人이 원도에서 중학교 교원으로 근무하던 중 請求外 전영업을 맞아들여 同居를 시작하는 한편 被請求人더러 親庭에 가 있으라고 하면서 비 9석 반을 주기에 被請求人은 이를 밀처삼아 布木行商을 하여 아들 주(現 中學校 3年生)를 敎育시키면서 現在에 이르렀다는 事實을 認定하였고 乙 第1號證의 2,3(抗訴審 • 上告審判決)에 의하면 위 離婚無效判決이 大法院의 上告棄却判決로써 確定된 事實을 알 수 있는 바, 原審은 特別한 理由라 할 수 없는 甲 第3號證(調査報告書)의 一部記載內容과 證人 최근복, 임석주, 임관주, 홍윤님의 各 一部證言에 의하여 앞에서 본 바와 같이 請求人과 被請求人이 1959년 겨울 離婚하기로 合意하여 慰藉料를 支給하여 別居하게 되었고, 그 후 請求人은 請求外 전영업과 婚姻式을 擧行하고 同居生活中이라고 事實을 認定하고, 위 乙 第1號證의 1,2,3을 措信할 수 없다 하여 排斥하였음은 採證法則을 違背하여 事實을 誤認한 잘못이 있다.

◇大法院 1971. 11. 15. 判決 • 71 다 1985 • 損害賠償 • 上告棄却

〔判 決 理 由〕

被告訴訟代理人 辯護士 홍현욱의 上告理由를 判斷한다.

原判決이 維持한 第1審 判決理由에 의하면 訴外 김두경이가 被告會社 所屬 서울 자 7—4103호 貨物自動車에 트레일라를 連結하여 서울에서 大邱方面으로 運行하다가 1970년 5월 16일 23시 20분경 忠南 大德郡 동면 새천리 소재 새천고개를 넘어 약 400미터를 더 간 약 45도의 좌커브 지점을 통과하다가 때마침 같은 지점을 위 차량과 같은 方向으로 自轉車를 타고 지나가는 訴外 이종황을 위 트레일라 오른쪽 뒷부분으로 들이받아 同 訴外人으로 하여금 땅에 넘어지게 하여 이로 인하여 두개골골 및 뇌좌상으로 같은 달 17일 11시 40분경 死亡케 한 事實을 認定한 다음, 自己를 위하여 自動車를 運行하는 被告로서는 自動車損害賠償保障法 第3條의 例外事由가 없는 이상 같은 法에 따라 그 運行으로 인하여 위 訴外 亡人과 原告들이 입은 財産上 또는 精神上의 損害를 賠償할 義務가 있고, 한편 訴外 亡 이종황도 當時 술에 취하여 自動車가 往來하는 길 가운데를 自轉車를 타고 비틀거리며 가다가 위 自動車에 衝擊된 事實이 인정되는 만큼 訴外人의 위와 같은 過失도 本件 事故發生에 있어서 競合되었다고 認定하였는 바, 기록에 의하여 顯出된 各 證據들을 精査하여 보아도 위 措置에 採證法則을 違背하였다거나 審理未盡, 理由不備 등의 違法이 있었다고 疑心할 만한 事由는 發見되지 않는 바이고, 本

件 車輛의 運轉手인 訴外 김두경이가 本件 事故로 인한 業務上 過失致死 刑事事件이 無罪로 確定되었다고 하더라도 반드시 損害賠償責任에 있어서 歩調를 같이하여야 할 理由는 없는 것인즉 所論의 論旨들은 모두 理由없다 할 것이다.

Ⅱ. 人證의 경우

(가) 證人의 證言

◇ 大法院 1948. 4. 15. 判決 • 47 民上 377

〔判 決 理 由〕

職權으로써 採用한 證人의 供述일지라도 判斷의 資料에 供할 수 있는 것이며, 假使 그 當時에 當事者의 援用이 없었다 할지라도 本件 原審 口頭辯論終結時에 當事者는 訴訟關係를 表明하고 證據調査의 結果에 관하여 辯論하였으니 此를 證據로서 採用함은 適法한 것이니 論旨는 理由없다.

◇ 大法院 1954. 3. 16. 判決 • 53 民上 31

〔判 決 理 由〕

審按하니 原審은 그 判決理由로서 證人 康善淑의 供述에 依據하여 訴外 洪在同이가 日本人 森田善市로부터 8•15解放 전에 本件 不動產을 買受하고, 爾後 同 訴外人 洪在同은 이를 訴外 朴炳起에게, 同 訴外人 朴炳起는 原告에게 順次 賣渡한 事實을 認定하였다. 그러나 證人 康善淑의 訊問調書에 의하면 本件 不動產은 日本人 森田善市의 所有이었던 바, 同 日本人은 이를 訴外 洪在同에게, 同 訴外人 洪在同은 訴外人 朴炳起에게, 同 訴外人 朴炳起는 原告에게 順次로 賣渡한 事實은 知得하였으나 그 賣買日字는 記憶이 없으며 다만 訴外 洪在同이가 日本人 森田으로부터 本件 不動產을 買受한 時期는 解放 전에 틀림없다라는 模糊曖昧한 供述을 하였을 뿐이요, 그 具體的 事實에 관하여서는 何等 供述이 없고 叙上 賣買에 대한 代金授受關係에 있어서도 一句의 言及이 없음에도 不拘하고 原審이 위 證人의 供述을 取信하여 賣買事實을 認定하였음은 採證法則에 違背라고 아니할 수 없을 뿐 아니라, 더욱 日本人 森田과 訴外 洪在同間의 本件 不動產의 賣買에 관하여 代金授受에 관한 判斷을 遺脫하였음은 歸屬財產賣買의 特殊性에 비추어 理由不備의 違法이 있다고 할 것이므로 原判決은 破棄를 免치 못할 것이고 論旨는 理由있다.

◇ 大法院 1957. 4. 6. 判決 • 57 民上 30

〔判 決 理 由〕

當事者와 內緣關係에 있는 者의 證言이라도 法院의 法的 節次를 履行하고 適法히 訊問한 以上 그 證言이 證明價値 없는 것이라 할 수 없고, 原判決은 所論 證人 吳正奎의 證言을 기타 證據와 綜合하여 위 判示事實을 認定하였는 바, 記錄에 의하여 原判決에 引用한 各 證據의 內容을 考査하면 이로써 該 判示事實을 認定치 못할 바 아니므로 論旨는 原審이 그 職權範圍內에서 適法히 行한 證據의 取捨 및 事實認定을 批議한 데 不過하고 이를 採用할 수 없다.

◇ 大法院 1962. 4. 18. 判決 • 61 民上 1362 • 損害賠償 • 破棄還送

〔判 決 理 由〕

原判決에 의하면 原審은 原告主張事實에 부합하는 證人 이두익, 정규호의 各 證言은 取信하지 아

니하고 갑 제1호증의 1,2는 그 眞正成立이 立證되지 아니하였으므로 證據資料로 할 수 없는 反面에 을 제1,2호증의 記載內容에 證人 원준옥의 證言을 종합하면 本件 垈地는 原告會社가 被告로부터 賃借한 事實을 인정할 수 있다 하여 原告의 本訴請求를 排斥하고 있다. 그러나 本件 去來當時 原告會社 진주지점 업무계장 또는 회계담당 고원으로 있어 그 去來關係를 기억하고 있고 현재는 原告會社와 관계가 없어 공정히 證言할 수 있는 立場에 있는 證人 이두익, 정규호의 各 證言을 取信하지 않고 도리어 被告의 아비지인 원준옥의 證言과 被告가 一般的으로 작성한 文書인 을 제1,2호증의 記載를 取信하였음은 아무런 특별한 사정이 엿보이지 않는 本件에 있어서는 論理法則과 經驗法則違反의 證據判斷이라고 아니할 수 없다.

◇ 大法院 1969. 12. 23. 判決 · 69 다 1723, 1724

〔判 決 理 由〕

被告 현병준 · 김병수 · 안재민들 代理人들의 上告理由를 본다. 第1點에 대하여 獨立當事者參加人이 이 事件 第2審에서 參加하기 전에 이 事件 第1審法院에서 證人으로 出席하여 이 事件 土地가 原告의 所有인 事實을 認定하였다는 事實만 가지고는 獨立當事者參加人이 이 事件 第2審에서 參加한 뒤에도 當事者로서 이 事件 土地에 대한 所有權이 原告寺刹에 歸屬되고 있다는 原告의 主張事實을 다투지 아니하는 趣旨라고는 볼 수 없다. 원경 論旨는 當事者가 되기 전에 證人으로서 證言한 內容이 곧 그가 當事者가 된 뒤에도 그것이 相對便의 主張에 대한 攻擊防禦方法이 될 수 있는 양 誤解하고 異論을 展開하는 것이므로 採用할 수 없다. 原審判決에는 獨立當事者參加의 要件에 관한 法理를 誤解한 違法이 없다. 그 밖에 記錄을 精査하여도 原告와 獨立當事者參加人과의 사이에 이 事件 土地에 관한 權利 내지 法律關係에 관한 實質的 紛爭이 없는데, 이것이 있는 것처럼 假裝하여 이 事件 獨立當事者參加申請을 하고 있는 것이라고 볼 만한 資料도 없다.

(나) 僞證罪로 告訴된 者의 證言

◇ 大法院 1962. 6. 7. 判決 · 61 行上 144 · 行政處分取消 · 上告棄却

〔判 決 要 旨〕

判決의 基礎가 된 證言을 한 證人이 僞證罪로 有罪의 確定判決을 받았음은 再審의 適法要件으로서는 法院의 判斷을 拘束하는 것이나, 과연 그 證言이 虛僞였던가의 與否에 관한 實質的 判斷에 관하여는 再審法院은 자유이고 有罪判決에 불구하고 虛僞가 아니라고 인정할 수도 있는 것이므로, 原審이 證據에 의하여 證人 「갑」의 證言이 虛僞하고 할 수 없다고 인정하였다 하여 違法하다고는 할 수 없는 것이다.

◇ 大法院 1970.11.30. 判決 · 70 다 2110 · 所有權移轉登記抹消 · 破棄還送

〔判 決 理 由〕

被告(再審被告, 이하 단순히 被告라고 略稱한다)訴訟代理人의 上告理由를 검토한다.

本件에 있어 이미 확정된 第2審判決(釜山地方法院 68 나 304 사건 1968.11.21. 判決) 理由를 보면 原告(再審原告, 이하 단순히 原告라고 略稱한다)가 被告에게 부산시 부산진구 범천동 338의 5 垈 1103평을 다른 土地와 함께 賣渡함에 있어 위 垈 1103평 중 本件 係爭土地를 제외하고 賣渡한 事實은 當事者 사이에 다툼이 없고, 갑 제1호증, 을 제1호증의 記載와 第2審證人 권덕수, 第1審證人 박인수, 정영갑의 各 證言에 辯論의 全趣旨를 종합하여 被告가 위와 같이 買受한 垈地上에 있는 建物을 原 · 被告 合意로 原告名義의 建物撤去의 債務名義로 철거하던 중 原告가 그 執行權을 抛棄함으로써 被告

가 입은 損害를 賠償하기 위하여 原告가 本件 係爭土地(당초의 賣買契約에서 제외되었던)를 被告에게 所有權讓渡할 것을 約定한 事實을 인정하고 있는 바, 원심의용의 갑 제4호증의 1·2(모두 判決)의 記載內容에 의하면 위에 채택된 證人 권덕수는 기억에 反하여 「최초 契約時에 이종석(原告)이가 128평(本件 係爭垈地)을 빼고 판다는 것은 아니었다」라는 證言을 하여 僞證하였다는 것이고, 證人 박인수는 證人 자신이 박영문(被告)과 같이 이종석(原告)을 찾아가서 收去權拋棄에 대하여 문의할 때, 이종석은 3·4년이나 지나도록 撤去를 완료하지 못하였느냐고 했음에도 불구하고 本件 垈地 1103평이 分割되어 있지 아니하니 全部 移轉登記를 하되 후일 이종석이 移轉을 요청할 때 時價의 60%를 損害金으로 支拂하고 移轉해 가겠다」라고 기억에 반하여 僞證한 것이라고 되어 있는 바, 證人 권덕수의 僞證內容은 위 確定判決에 本件 係爭垈地가 契約 당초에는 賣買에서 제외되었다는 當事者의 다툼이 없는 事項에 관한 것이고, 證人 박인수의 僞證內容은 위 確定判決에 인정한 事實과 전혀 관계없는 事項에 관한 것이므로 原審으로서는 위의 두 證人이 僞證罪로 確定判決을 받았다는 事由만으로 그 證人들의 證言을 모두 믿지 못할 것이라 하여 排斥할 것이 아니라 同 證人들의 證言內容의 全趣旨가 本件 爭點의 핵심인 垈地撤去權拋棄에 관련하여 損害賠償條로 本件 土地의 所有權을 讓渡하기로 하는 原·被告 사이의 合意가 이루어진 것인가를 合理的으로 判斷했어야 할 것이었으며, 위 證人들의 證言과 第1審證人 장영갑의 證言 등을 종합하면 原·被告 사이에 被告主張과 같은 경위로 本件 係爭土地를 被告가 原告로부터 損害賠償條로 所有權讓渡를 받기로 合意한 事實을 인정 못할 바 아님에도 불구하고, 原審이 위에 적은 證人들이 僞證罪로 確定判決을 받았다는 事實만으로 同 證人들의 證言은 물론 第1審證人 장영갑의 證言을 모조리 排斥하였음은 採證에 관한 우리의 經驗則을 違背한 違法이 있고, 그 違法은 判決結果에 영향이 있으므로 原判決은 破棄를 면할 수 없다.

◇ 大法院 1972.7.25. 判決·70 다 586·所有權移轉登記抹消·破棄還送

〔判 決 要 旨〕

그러나 原審의 刑事記錄檢證結果에 의하면 原告로부터 被告 정성근名義로 이 件 不動產所有權移轉登記申請을 함에 있어 登記義務者인 原告의 인위 없는 保證書를 添附하였음을 알 수 있으므로 訴外 문완식이 被告 정성근과 이 件 不動產의 賣買契約을 할 當時 위 문완식이가 이 件 不動產에 관한 原告의 權利證을 所持하고 있었다고 認定하기 어려울 뿐 아니라 第1審證人 이병길은 그 證言에 관하여 僞證罪로 罰金 20,000원의 略式命令을 받은 바 있고, 第1審證人 염태순은 그 證言에 관하여 第1審法院에서 懲役 6月의 宣告를 받은 바 있음을 알 수 있으므로 同 證人 등의 證言을 쉽사리 믿기 어렵다 할 것임에도 不拘하고 原審이 同人 등의 證言을 믿어 위에서 본 바와 같이 認定하였음은 採證法則을 어긴 잘못이 있다 할 것이고 이는 判決의 結果에 影響을 미쳤다 할 것이므로 論旨는 理由있다.

(다) 傳聞證據

◇ 大法院 1959.9.24. 判決·58 民上 886

〔判 決 理 由〕

證人의 證言이라 함은 自己의 見聞에 의하여 係爭事實에 관하여 知得한 것을 法院에서 供述함을 말하는 것으로서, 法律上 如何한 原因에 基因하여 知得한 것은 證言으로 하고 如何한 事情에 의하여 知得한 것은 證言으로서 採用하지 못한다 하는 制限이 없으므로 證人이 스스로 係爭事實에 直接 關與함으로 인하여 이를 知得하였는가 또는 當事者 또는 他人으로부터 聽取함으로 인하여 이를 知得하였는가

는 此를 물을 必要가 없다. 따라서 原審에서 證人 朴在雲의 所論 傳聞事實을 採用하여 所論 甲 第1號證의 保管金額을 金 5만환으로 認定하는 資料로 삼는 것은 適法하고 또 甲 第1號證의 保管日인 단기 4290년 舊 5월 4일부터 同年 舊 12월 4일까지 閏 8월을 包含하여 計算하면, 同數로는 9개월이라고도 할 수 있고 또 去來上 如斯한 計算方法도 없지 않으므로 證人 朴在雲의 證言을 辯論의 趣旨와 綜合하여 所論 先利子 金 4만5천환을 加算한 事實을 認定한 原審措置를 違法이라 할 수 없고, 所論證人 姜淳好의 證言은 原審이 그 自由心證에 의한 證據判斷으로서 이를 取信치 아니하였음이 原判文上 分明하므로 上告論旨 第2點 역시 採用할 수가 없다.

◇ 大法院 1967.3.31. 判決 • 67 다 67

〔判 決 理 由〕

原告의 上告理由에 대하여 判斷한다. 原判決에 의하면 原審은 證人 정순원의 證言中 그 摘示와 같은 原告가 被告에게 白米를 貸與한 事實에 관한 證言部分을 證人 이춘길, 이영구 및 김기철의 그 摘示와 같은 內容의 各 證言部分에 비추어 믿을 수 없다 하여 排斥하고 證人 김순일과 김장묵의 그 摘示와 같은 위 白米貸與에 관한 各 證言部分은 그것들이 原告가 被告에게 白米를 貸與하는 것을 直接 目擊하였다는 內容이 아니므로 結局 原告主張의 被告에 대한 白米貸與事實은 이를 認定할 만한 아무런 證據가 없는 것이 된다 하여 原告의 本訴請求를 棄却하였음이 明白하다. 그러나 記錄에 의하여 當事者辯論의 趣旨(특히 被告의 主張事實)와 現出된 各 證據의 內容을 서로 對照 檢討하여 보건대 (1) 原審이 證人 이춘길, 同 이영구 및 同 김기철의 그 判決에 摘示한 바와 같은 內容의 各 證言으로서 證人 김순일의 그 判決에 摘示한 바와 같은 原告가 被告에게 白米를 貸與하였음에 관한 證言을 排斥한 措置도 當事者의 辯論內容과 위 各 證人들의 證言趣旨를 正確하게 認識하고 事理에 맞는 證據에 趣旨를 한 것이라고는 하기 어려울 뿐 아니라, (2) 證人 김순일, 김장묵의 그 判決摘示와 같은 內容의 各 證言은 그것들이 原告가 被告에게 白米를 貸與하는 것을 直接 目擊하였다는 것이 아니라 하여 그것들로써는 그 白米貸與事實을 認定할 수 없다는 趣旨를 判示하였음은 民事訴訟에 있어서의 傳聞證據의 證據力을 全的으로 否定하는 것으로서 採證法則에 違背를 免치 못할 것이며, (3) 더우기 記錄中 證人 이병용의 證言中(129張)에 原告가 1965년 陰曆 1월경 이춘길에 대하여 被告에게 原告로부터 借用한 白米를 갚으라고 말하여 달라는 말을 하는 것을 들은 事實이 있다는 趣旨의 證言部分이 있음에도 不拘하고 原審 그 證言에 관하여 아무런 判斷을 하지 아니하였음은 明白한 證據判斷의 遺脫이라고 않을 수 없는 바이니 原判決의 證據에 관한 判斷과 그 取捨를 나무라는 所論의 各 論旨(第1·2點은) 모두 理由있다 할 것이다.

Ⅲ. 當事者本人訊問結果의 경우

◇ 大法院 1962.2.8. 判決 • 61 行上 109 • 行政處分取消 • 破棄還送

〔判 決 要 旨〕

原審判示에 의하면 原審은 을 제2호증(同意書), 을 제4호증(約定書), 갑 제19호증(通告書), 갑 제20호증의 1,2(提出書類返還請求書 通告書), 갑 제21호증(賃貸借契約節次履行督促에 관한 건), 갑 제22호증(同意書返還要請에 관한 건), 갑 제23호증(賃借契約節次履行督促에 대한 건)의 各 記載內容과 證人 「갑」·「을」들의 證言 및 原告本人訊問結果의 內容을 종합하여 原告가 單獨名義로 賃借 중 支出된 모든 費用을 補助參加人이 반을 부담하여 이 돈을 原告에게 치르기로 約定하였고 被告도 이 約束을 履行한 뒤라야 이 事件에서 문제된 歸屬財産에 대한 共同賃貸借契約을 하여도 좋다는 決議를

한 事實을 인정하기에는 충분하다고 判示하고 있다. 그러나 이러한 事實認定에는 의문이 생긴다. 原審이 위와 같은 사실을 인정하기 위하여 證據로 삼은 위의 모든 資料 중 우선 書證의 記載內容을 살펴보건대 그중 을 제4호증의 約定書에 의하면 原告名義로 賃借運營 중 발생한 債權債務는 原告와 被告補助參加人 두 사람의 共同責任으로 처리하기로 한다는 것으로 되어 있고 그 밖의 書證內容들은 原告가 이 事件에서 문제되고 있는 不動産을 혼자 運營하다가 지게된 빚을 原告와 被告補助參加人이 어떻게 갚아야 되겠느냐는 점에 관하여는 거리가 먼 書證들이므로 論할 여지가 없다. 다음에 證據로 삼은 위의 證人들의 證言內容을 살펴보건대 證人「을」의 證言內容에는 도움이 될 만한 資料가 아무것도 없고 다만 證人「갑」의 證言과 原告本人訊問結果의 內容에 위의 을 제4호증에 적혀 있는 내용을 具體化하는 證言으로서 被告補助參加人이 먼저 費用의 반분을 부담한 뒤가 아니면 原告가 被告補助參加人과 共同賃貸借契約을 하지 않을 趣旨이었다는 대목이 있을 뿐이다. 그러나 우리 社會生活의 건전한 經驗法則에 비추어 볼 때 기왕 을 제4호증과 같은 文書를 작성할 바에야 費用을 부담하기로 된 被告補助參加人이 어느 때에 그 債務를 履行하여야 될 것이냐에 관하여 밝히지 않는다고 하는 것은 이해하기 어려운 것이요, 따라서 이러한 중요한 特約이 있었다면 반드시 文書에 밝혔어야 될 노릇이다. 그리하기늘 原審이 去來한 文書內容에 밝히지도 않은 이러한 特約의 存在를 다만 證人 한 사람과 原告本人訊問結果만에 의하여 인정하였다는 것은 그 自由心證權行使에 있어서 우리의 經驗法則을 어긴 것이라 할 것이다.

◇ 大法院 1965.6.29. 判決・64 다 263・立替契金返還・破棄還送

〔判 決 要 旨〕

原判決에 의하면 原審은 原告가 被告를 위하여 替當한 契金額을 인정함에 있어서 을 제2・제3・제4호증(실은 그중 被告가 記載한 部分만을 믿고 原告가 記載한 部分은 排斥하고 있는 것임)과 第1審 및 原審에서의 被告本人訊問結果를 종합하여 被告가 主張한대로의 事實을 인정하고 있다. 그러나 記錄에 의하면 原告는 을 제2・제3・제4호증에 대하여 그 記載 중 청색잉크부분은 자기가 記載한 것으로 眞正成立을 인정하나, 그 나머지 記載部分은 不知라고 陳述하고 있고, 또 原審이 確定한 바에 의하면 原告가 記載하지 아니한 나머지의 볼펜 및 연필로 記載한 部分은 被告가 記載하였다는 것인 바, 이러한 當事者의 主張 내지 原審의 確定한 事實에 記錄에 의하여 위 을 제2・제3・제4호증의 記載의 모양과 內容을 살펴보면 위 을호 각증은 原告에 의하여 먼저 記載되고 被告가 그 후에 추가하여 記載한 것인데 그 記載內容에 兩立할 수 없는 부분이 있음이 명백한 바, 그렇다면 위 文書가 어하한 目的으로 原告가 먼저 記載하여 被告에게 交付하였던 것이며 被告가 記載한 部分은 언제 어떠한 경위로 한 것이고 그 記載에 대하여 原告와의 合意 또는 原告의 諒解가 있었는가의 如否를 審理確定하기 전에는 原告가 먼저 記載한 部分은 度外視하고 被告가 追加로 記載한 部分만을 믿어 被告主張事實을 인정한다는 것은 被告의 主張에 의하여 被告의 主張事實을 인정하는 것과 다른 바 없고, 따라서 原審은 결국 被告本人訊問結果만으로 權利의 發生・變動에 관한 被告의 主張事實을 인정한 것이 되어 잘못이라 아니할 수 없으므로 위 을호 각증으로 被告主張事實을 인정한 것이 違法하다는 論旨는 理由있다.

Ⅵ. 鑑定의 경우

◇ 大法院 1962.10.18. 判決・62 다 299

〔判 決 理 由〕

原告의 附帶上告理由 중 2·3의 要旨는 專門家가 한 鑑定結果를 믿지 아니하고 證人의 證言으로써 사실을 인정함은 不當할 뿐 아니라 原審의 證據取捨에 있어서 違法이 있다는 趣旨인 바, 專門家의 鑑

定結果라 하더라도 그 證據價値의 有無에 대한 判斷은 法院의 裁量에 속하는 것이며 原判決에 摘示된 證據를 記錄에 의하여 檢討하여도 經驗則이나 論理法則에 違背되었다는 점을 발견할 수 없다.

◇ 大法院 1973.2.26. 判決・72 다 2537・建物撤去・破棄還送

〔判 決 理 由〕

記錄에 의하면 原告所有의 서울 중구 주교동 45의 3의 垈地를 侵犯하여 被告의 이 事件 建物이 建築되었다는 原告의 主張에 대하여 被告는 이를 否認하면서 原告所有의 위 주교동 45의 3과 被告所有의 同洞 45의 5는 같은 筆地의 45의 3 垈地였었는데 被告가 이 事件 建物의 建築을 始作하여 그 竣工 直前에 分割되어 그 分割은 被告의 이 事件 建物을 境界로 하여 分割되고 原告는 그 分割後에 위 45의 3을 買受하게 된 것이니 分割後의 45의 3 垈地를 侵犯할 여지가 없는 것이라는 趣旨로 다투고 있다고 보여지고(記錄 第44張, 第79張 參照), 原告는 이 事件 訴狀에서 被告의 이 事件 建物이 1973년 8월경 建築되었다는 것으로 主張하고 그 立證인 甲 第1號證에 의하면 登記簿上 이 事件 垈地 45의 3이 45의 5와 分割된 것이 1967년 12월 13일로 되어 있으므로 被告의 위와 같은 主張을 뒷받침하는 것으로 보여지며, 한편 原告所有의 위 45의 3 垈地를 이 事件 建物이 侵犯하였다는 部分의 主張과 證據關係를 살펴보면 原告는 當初에 0.58坪이 侵犯되었다고 主張하였으나 그 立證의 甲 第3號證(鑑定人 차범성作成의 서울民事地方法院 69 가 14986號 事件에 관한 鑑定書)에 의하면 0.34坪이 侵犯되었다는 것이고 被告의 檢證鑑定申請에 의하여 한 第1審鑑定人 마필만의 鑑定結果에 의하면(記錄 第110張) 被告所有의 이 事件 建物이 原告所有의 垈地 45의 3을 侵犯한 바 없다는 것이며 原審에서의 鑑定人 심의섭의 鑑定結果에 의하면(記錄 第179張) 0.86坪(6勺以上하여 0.9坪이라 함)이 侵犯되었다는 것으로서 그 侵犯部分을 確定할 만한 資料가 여러가지로 나와 있으니 특히 위 鑑定人 심의섭의 鑑定結果가 가장 妥當하다고 믿을 만한 事情이 있다고 볼 資料가 없는(오히려 同 鑑定人의 鑑定書에 의하면 그 鑑定方法에 대한 說示도 없다) 이 事件에 있어서 위 被告主張의 事實을 分明히 하여 이를 審理하고 이와 위 各 鑑定結果와 對照檢討함은 물론 그 鑑定方法 등을 審理하여 比較한 다음 採證을 하여야 할 것이었음에도 不拘하고 위 說示한 바와 같이 原審은 위의 被告主張事實에 대하여 아무런 審理判斷도 하지 아니한 채 위의 鑑定人 심의섭의 鑑定結果만을 取信하고 그와 結果를 달리하는 甲 第3號證의 記載와 第1審鑑定人 마필만의 鑑定을 모조리 措信할 수 없다는 것으로 排斥하였음은 審理를 다하지 아니하고 證據의 取捨選擇을 한 違法을 지지른 것이라고 할 수 밖에 없다.

Ⅴ. 各種證據資料間의 證據力의 優越

(a) 書證과 人證

◇ 大法院 1955.12.1. 判決・55 民上 252, 253

〔判 決 理 由〕

本件 記錄과 原判決이 引用한 第1審判決 摘示事實에 의하면 原告가 단기 4283년 5월 16일 被告 亡夫에게 本件 家屋을 代金 80만원에 賣渡함에 際하여 同日 契約金으로 金 50만원을 受領함과 동시에 殘代金 支拂期日은 同年 6월 16일로 정하고 所有權移轉登記 및 그 費用은 買主인 被告 亡夫가 負擔하기로 하되 만일 위 登記節次關係가 書類未完備로 인하여 위 殘代金 支拂期日까지에 不能될 時는 위 契約金 50만원을 傳貰金으로 하여 本件 家屋을 傳貰로 貸與하기로 約定하였다 主張하고, 이에 대하여 被告는 本件 家屋을 被告 亡夫가 原告 主張 日時에 同 金額에 買受하고 同 主張이 契約金을 支拂하였으며 同

主張과 같이 殘代金 支拂期日을 정하였음은 是認하나 만일 殘代金 支拂期日까지에 登記書類가 完備되지 못하는 경우에는 同 書類가 完備될 時까지 一時的 傳貰와 同一狀態로 看做하여 彼此 授受한 代金에 대한 利子나 家屋使用價 등에 대하여 云謂치 않기로 하였다 主張함이 明白한 바 當事者間 成立에 다툼이 없는 甲 第1號證인 原告와 被告 亡夫間의 本件 不動產의 賣買契約書의 記載內容에 의하면 그 第4項에 甲(原告를 指稱함)이 登記書類不完備로 인하여 登記가 不能할 時는 前記 金額(즉 50만원)으로 傳貰로 乙(被告 亡夫를 指稱함)에게 貸與키로 합이라 記載되어 있어 原告가 登記書類未完備로 인하여 登記不能時는 契約金 50만원을 傳貰로 하여 被告는 亡夫에게 貸與키로 約定하였음이 明白하다. 그럼에도 不拘하고 原審은 그 判決理由에서 當事者間 成立에 異論이 없는 甲 第1號證(不動產賣買契約書), 乙 第2號證(供託書)의 記載內容과 證人 王致聖의 證言 및 當事者間의 辯論의 全趣旨를 종합하여 前示 被告主張 同旨의 事實을 정한 후 原告의 請求를 排斥하고 나아가서 被告의 反對請求를 認容하였다. 그러나 元來 法律行爲의 特約에 관하여 當事者間 成立에 다툼이 없는 書面이 있는 경우에는 證據에 의하여 그 記載內容을 排斥한 후가 아니면 그 書面의 記載內容과 相反된 證人의 證言이 있다 하더라도 特別한 事由 없이는 證人의 證言을 取信하여 書面의 記載內容과 다른 事實을 認定할 수 없는 것이다. 本件에 있어서 一件 記錄과 原判決 擧示의 證人 王致聖의 證言을 세밀히 檢討하여도 前示 甲 第1號證(不動產賣買契約書) 第4項의 記載內容을 被告主張과 같이 認定함에 首肯할 만한 何等의 特別事由를 發見할 수 없음에도 不拘하고 原審이 前示와 같이 被告 亡夫의 實弟되는 證人 王致聖의 證言內容을 漫然히 取信하여 甲 第1號證에 明白히 記載된 內容과 다른 特約事實를 認定하였음은 採證法則을 違反한 違法이 있다고 아니할 수 없다. 따라서 이 점에 관한 論旨는 理由있고 原判決은 破棄를 免치 못할 것이다.

◇ 大法院 1964.4.14. 判決・63 아 56・垈地明渡・特別上告棄却

〔判 決 理 由〕

論旨의 要旨는 이 事件에 있어서 原告가 원소유자인 김인식으로부터 이 事件 垈地를 買受할 때에 締結한 賣買契約書(갑 제2호증)나 權利證(갑 제2호증) 또는 登記簿謄本(갑 제3호증)의 內容이 한결같이 垈地 151평으로 記載되어 있어서 151평 全部를 原告가 買受한 것이 분명하거늘, 이 事件에 문제가 되는 25평을 被告에게 팔고 그 部分을 原告에게 팔지 않았다고 證人 김인석 등에 證言으로 인정한 것은 採證法則違背가 아니라고 判斷하였으나 이는 확실한 書證을 믿지 아니하고 의심스러운 證人의 證言으로 확실한 書證을 排斥하면 採證法則違背라는 大法院判例에 違背된다는 것이다.

民事訴訟法은 證據法定主義를 채택하지 아니하고 自由心證主義를 채택하여 같은 法 제187조에 法院은 辯論의 全趣旨와 證據調査의 結果를 참작하여 自由心證으로 社會正義와 衡平의 理念에 입각하여 論理와 經驗의 法則에 따라 事實主張의 眞實 如否를 判斷한다고 규정하였으므로 일반적으로 書證의 비중이 人證의 비중에 비하여 중하다는 結論을 내릴 수 없다 할 것이니 原審이 이와 같은 趣旨에서 第2審의 證據取捨가 그 專權에 속하고 採證法則違背가 아니라고 判斷한 것은 正當하다 할 것이다. 다만 法律行爲의 特約에 관하여 當事者間 成立에 다툼이 없는 書面이 있는 경우에는 그 記載內容을 排斥한 후가 아니면 그 書面의 記載內容과 相反된 證人의 證言이 있다 하더라도 특별한 事由가 없이는 證人의 證言을 取信하여 書面의 記載內容과 다른 事實을 인정할 수 없다는 判例(1955.12.1. 선고 4288民上 252,253 判決)가 있으나 이 事件과는 적절한 것이 되지 아니하므로 論旨는 채택될 수 없다.

(b) 直接證據와 傳聞證據

◇ 大法院 1959.5.21. 判決・58民上242・損害賠償・上告棄却

〔判決要旨〕

證人이 직접 경험한 사실을 供述한 것이라고 할지라도 法院은 心證에 의하여 이를 措信치 않을 수도 있고, 그에 반하여 傳聞事實의 供述이라 할지라도 心證에 의하여 이를 事實判斷의 資料로 할 수 있는 것으로서 그 證據力에 차이를 둘 수 없는 것이다.

◇ 大法院 1961.10.19. 判決・60民上73

〔判決理由〕

原審判決에 의하면 原審은 被告 金成均의 先代인 金炳彩가 原告에게 本件 不動產을 단기 4289년 4월 15일자로 讓渡(賣買)한 것을 前提로 하여 原告에게 勝訴判決을 宣告하면서 「金炳彩는 4289년 2월 21일 訴外 孫聖基에게 本件 不動產을 代金 150만환에 讓渡할 것을 承諾한 바 있어 그 후 同年 4월 15일에는 原告가 同 訴外人을 통하여 위 讓渡代金中의 一部로 提供하는 金 10만환을 受領함에 當하여 殘金은 本件 不動產에 대한 所有權移轉登記節次完了時에 受領하기로 相約하였고, 그 후 同年 6월 27일까지간에 原告로부터 被告의 使者等을 통하여 數次에 亘하여 合計金 20만환을 위 讓渡代金中의 一部로 受領하였으며, 그 후 相互契約條項未盡中 原告는 4290년 10월 12일 前示 殘代金 120만환을 辨濟供託하였음을 認定」하고 있다. 그런데 原審判決의 이러한 認定事實은 原告가 買受人으로서 金炳彩로부터 本件 不動產을 讓受한 事實을 認定하였다기보다는 오히려 本件 不動產의 買受人은 訴外 孫聖基이었고 原告는 다만 孫聖基 기타의 使者들을 통하여 代金을 支給하여 준 데 불과한 것 같은 認定으로 밖에 생각되지 않는다. 뿐만 아니라 原審이 위에서 본 바와 같은 事實認定을 하는 데 바탕으로 삼았던 證據들을 살펴 보건대 金炳彩와 原告와의 賣買契約이 成立되었다는 점을 正面으로 認定할 만한 證據는 별로 보이지 않는다. 그중에서도 이 점에 관한 비교적 直接證據라고 인정될 만한 것으로는 甲 第1號證(承諾書) 및 甲 第2號證(領收證)과 甲 第2號證에 立會人으로서 署名捺印한 證人 孫聖基와 證人 金厚炫이 있을 뿐이요, 原審이 前記 認定을 하게 된 다른 證據인 甲 第3號證의 1 내지 5, 同 第4號證, 同 第12號證, 同 第14號證의 記載와 第1審證人 吳淑子・金奉鎬, 原審證人 房珉洙・林致成・張天圭 등의 證言은 間接證據라고 말할 수 있다. 그런데 直接證據라고 볼 수 있는 甲 第1號證의 記載는 단기 4286년 8월 12일 訴外 姜晏秀로부터 原告가 受託한 本件 不動產을 擔保로 하여 金炳彩로부터 金 70만환의 貸付를 받고 辨濟하지 못하여 이 不動產이 金炳彩名義로 所有權이 移轉되었으니 擔保物所有者인 동시에 債務者인 姜晏秀가 金 150만환을 全額支給하면 그 金額으로 債務를 減縮할 수 있다는 擔保物還買豫約書임이 분명하고 또 甲 第2號證은 訴外 孫聖基가 甲 第1號證에서 約定한 金 150만환 중 金 10만환을 그 一部로서 支給하는 것을 領收한다는 金炳彩의 證書에 불과한 것임을 알 수 있다. 그 밖에 本件 不動產인 前記 擔保物을 原告에게 讓渡한다는 아무런 記載가 없다. 그리고 甲 第2號證을 作成하는 데 參與한 第1審證人 孫聖基의 陳述에 의하면 「자기는 단기 4289년 3월 35일(21일의 誤記로 생각된다) 海南에 있는 隱跡寺에서 休養中에 있는 金炳彩를 찾아간 일이 있는데, 그 때에 金炳彩가 本件 不動產을 代金 150만환에 賣渡하기로 하고 자기가 그 不動產의 權利를 얻었고 그 뒤에 자기는 本件 不動產을 原告에게 賣渡하기로 하고 原告로부터 金 10만환을 받아서 同年 4월 15일 金炳彩를 찾아간 일이 있다」하였고 이 證人과 거의 마찬가지의 立場에 있는 第1審證人 金厚炫의 陳述에 의하면 「本件 不動產은 단기 4289년 3월경 孫聖基가 金炳彩로부터 買受한 것이요, 이 당시에는 原告는 전혀 관여한 일이 없다」하였다. 이처럼 金炳彩가 本件 不動產을 賣渡하는 데 있어서 직접적

으로 參與한 證人들의 供述이나 그때에 作成된 文書들의 記載들만에 의한다면 이미 위에서 引用한 原審判決의 一部와 같이 本件 不動産의 買受人은 어디까지나 孫聖基이었고 原告는 背後에서 代金만을 대주고 있었다는 事實은 인정할 수 있을 뿐이다. 그리고 이 위에서 지적한 바와 같은 다른 傳聞 내지 間接證據로서는 이러한 直接證據의 效力을 뒤집을 수는 없는 것이다. 이러한 의미에서 原審의 前示 引用과 같은 事實認定은 正當한 것이요 탓할 것이 없다. 그러나 原審의 前示 引用의 事實認定이 判決 全體의 前後關係로 보아서 本件 不動産의 買受人을 原告로 斷定하려는 취지의 서투른 表現이었다면 論旨와 같이 採證法則을 어긴 違法이 있다고 말할 수 있다. 그러므로 原審判決은 判決理由에 矛盾이 있는 경우이거나 그렇지 않으면 적어도 證據에 의하여 事實을 바르게 認定하지 못한 違法이 있다 할 것이다. 論旨는 理由있다.

Ⅵ. 證據共通의 原則

◇ 大法院 1951.8.21. 判決・50民上71

〔判 決 理 由〕

그러나 原判決이 揭示한 證據에 의하여 原判示事實을 認定치 못한 바 아니므로 原判示事實은 適法히 確定되었다 할 것이며, 記錄에 의하면 原告가 本件 金員을 被告에게 貸付하였다는 原告의 主張에 대하여 被告는 始終一貫하여 原告主張 日時에 原告로부터 金 15만원의 交付를 받은 것은 틀림없으나 이것은 原被告 및 訴外 李章漢이 3人 共同하여 金 60만원을 利息 日步 5錢 辨濟期 當日 午後 3時의 約定으로 訴外 閔某에게 貸付하기 위한 것이요 借用한 것이 아니라고 抗爭한 것이 明瞭하므로 被告가 原告의 主張事實을 다투지 않았다는 所論은 獨斷에 不過한 것이며, 또한 立證責任을 轉倒하였다는 所論은 原告의 提出한 證據로써 被告의 主張事實을 認定한 原判決을 攻擊하는 것이나, 立證責任이라는 것은 그 責任 있는 者가 擧證치 않음으로써 證明을 要하는 事實에 관하여 裁判上 不利益의 判斷을 받는 結果를 招來할 수 있다는 危險을 말함에 不過한 것이고 裁判所가 證據에 의하여 事實을 認定하는 데 관한 證據共通의 原則을 制限하는 것이 아니므로 一方의 擧證資料로써 立證責任 있는 相對方의 有利한 事實을 認定하여도 不法이 아니며 原告의 提出한 原判示 證據로써 被告의 主張한 原判示事實을 認定한 原判決은 適法한 것이라 할 것이다.

◇ 大法院 1957.3.30. 判決・56民上678

〔判 決 理 由〕

一方의 當事者가 提出한 證據中 相對方인 當事者에게 利益된 證據라도 그 相對方이 援用하지 않을 경우에는 判斷할 必要가 없는 것인 바, 所論證人 秤鎭觀・同 金明心은 原告申請의 證人으로서 記錄에 의하면 被告가 위 證人等의 證言을 援用한 事實이 없으므로 原審이 이를 判斷하지 않았다 하여도 하등 違法이라 할 수 없으며 거다 記錄을 精査하여도 原審의 措置가 實驗則이나 論理法則에 위배된 점을 발견할 수 없으므로 論旨는 결국 原審의 職權當行을 批議함에 不過한 것으로서 理由없다.

◇ 大法院 1961.7.13. 判決・60民上784

〔判 決 理 由〕

法院은 當事者의 一方이 提出한 證據를 相對方의 援用 有無를 不問하고 그 利益의 資料로 할 수 있는 것이나, 그 採否는 自由로운 心證에 의할 것이고 相對方이 援用하지 않은 證據에 관하여는 이를

그 利益으로서 採擇하지 않는 理由를 明示함을 要하는 것이 아니다.

◇ 大法院 1962.3.29. 判決・61 民上 1022

〔判 決 理 由〕

民事訴訟法上 當事者의 一方이 그 主張事實을 立證하기 위하여 提出 申請한 證據方法에서 얻은 證據資料를 法院은 相對方의 主張事實의 證明資料로 사용할 수 있는 것이므로, 被告가 그 主張事實을 立證하기 위하여 申請한 證人 임기순의 證言을 原審이 原告의 主張事實을 인정하는 證據資料로 하였다고 하여 아무런 違法이 없다.

◇ 大法院 1971.3.23. 判決・71 다 182, 183・建物撤去(本訴)・所有權移轉登記(反訴)・上告棄却

〔判 決 理 由〕

所論 原審에서의 鑑定人 신용만 작성의 鑑定書를 當事者 雙方이 援用하지 않았는데도 原審이 이를 證據로 한 것은 잘못이나 原審은 같은 鑑定結果에 의하여 被告 자숙자의 損害金에 관한 反訴請求를 排斥한 것이 아니고 같은 被告가 받은 損害와 原告의 不法行爲間에 因果關係에 관한 立證을 촉구하였음에도 불구하고 같은 被告가 이에 응하지 아니하고 立證이 없다고 陳述하였기 때문에 이를 排斥하였음이 記錄과 原審判決理由에 의하여 분명하므로 論旨는 理由없다.

五. 論理와 經驗의 法則

自由心證主義에 있어서의 「自由」는 無制限的 恣意가 아니라 眞實을 發見하기 위한 自由이므로, 그러기 위하여 法官은 반드시 論理法則과 經驗法則에 의한 證據評價基準의 羈束을 면할 수 없다. 自由心證主義가 法官의 敎養과 良心을 信賴하고 이것이 眞實發見에 가장 合理的이라고 생각되어 있는 根據는 法官이 經驗法則과 論理法則을 正確하게 判斷하리라는 期待이다. 自由心證主義는 이처럼 애당초 法官의 良心에 대한 信賴에서 出發하였으나 良心을 通路로 하여 證據의 證明力을 確保하자는 것이기 때문에 그 判斷基準의 下限은 論理와 經驗法則에 의하여 劃定되는 것이다. 만일 이 基準에 어긋나는 證據評價를 하게 되면 이는 理由不備 또는 理由矛盾으로 上告理由가 된다. 우리 나라 判例는 證據取捨에 관하여 論理的으로 앞뒤가 맞음을 보이기 위하여 중요한 경우에 그 採否의 理由說示를 要求하기도 하지만 이러한 要求를 철저히 貫徹하면 法官의 負擔이 너무 커진다는 점을 고려하여 대부분의 경우에는 證據取捨에 관한 理由說示를 要求하지 아니한다. 따라서 이 점에 관한 判例를 검토하고, 나아가서는 認定된 事實이 우리 日常生活의 經驗則에 違背되어서도 아니되므로 이 점에 대한 것도 차례로 一瞥하기로 한다.

Ⅰ. 證據取捨에 관한 論理法則

(가) 理由說示가 要求되지 않는 경우

◇ 大法院 1947.5.13. 判決・47民上45

〔判 決 理 由〕

被告의 抗辯事實을 被告의 全立證으로써 하여도 이를 認定할 수 없는 이상 그 趣旨를 判示하면 족하다 할 것이요, 原告의 提出한 證據로도 被告의 主張事實을 認定할 수 없는 理由까지 判示함을 要하는 것은 아니다. 그러므로 原審이 被告의 所論抗辯을 排斥함에 있어서 所論 甲號證에 대한 判斷을 하지 않았다 하더라도 하등의 違法됨이 없다. 論旨는 결국 原審이 適法히 행한 證據의 判斷을 非難하는 데 귀과하므로 그 理由없다.

◇ 大法院 1959.8.27. 判決・58民上430, 431

〔判 決 理 由〕

鑑定의 結果는 事實認識에 관하여 特別한 知識과 經驗을 要하는 경우에 法官이 同 特別한 知識經驗 있는 者의 知識經驗을 利用하는 데 不過한 것이므로 同一한 事實에 관하여 相反되는 數個의 鑑定結果가 있을 때에 法官이 其一에 依據하여 事實을 認定하였으면 그것이 經驗則 또는 論理則에 違反되지 않는 한 適法하고 기타에 관하여 반드시 採否의 理由를 說明할 必要가 없는 것이다. 그리고 原判決 記載에 의하여 原審은 甲 第10號證(鑑定書)에 의하여 乙 第5·8號證中 各 原告名下 印影이 原告의 印章이 아닌 事實을 認定하였음을 充分히 窺知할 수 있는 바인즉 所論 鑑定結果에 대한 說明이 없다 하여 原判決을 理由齟齬 또는 判斷遺漏라고 할 수 없으며 기타 이를 前提로 한 論旨 모두 理由없는 것이다.

◇ 大法院 1962.10.11. 判決・62다551

〔判 決 理 由〕

原判決理由에 의하면 原審은 1963년 3월 1일에 被告가 原告의 母親에게 대하여 욕설을 함으로써 配偶者의 直系尊屬에게 대한 중대한 侮辱을 하였다는 趣旨의 原告의 主張事實에 符合하는 갑 제2호증의 記載, 第1審證人 박상규・최두석, 原審證人 권기영・이향이・남상연의 證言을 排斥함에 있어서 1959년 3월 19일에 작성된 을 제1호증(原審判決이나 上告論旨는 제2호증으로 오기하였다)의 記載와 原審證人 심길림의 證言에 비추어 取信할 수 없다고 判示하였으나 原審이 위 原告의 主張事實에 符合하는 證據를 排斥함에 있어서 믿을 수 없는 理由를 설명함에 사소한 不備가 있다 하여도 원래 證據를 排斥하는 理由를 설명할 필요가 없는 것이므로 그 證據를 排斥한 결과에는 아무런 영향을 주지 못한다 할 것이니 原審에 採證法則違背의 違法이 있다고 할 수 없다.

◇ 大法院 1973.1.30. 判決・72다836・所有權移轉登記抹消・上告棄却

〔判 決 理 由〕

各 上告理由 各 第2點에 대하여,

具體的 事件에 관한 證據의 價値判斷은 모두 法官의 自由心證에 맡겨진 바로서 判決書에서 다툼

있는 主要事實에 대해서 어느 證據에 의하여 心證을 얻었는가를 具體的으로 밝혀야 하지만 그 認定의 合理的인 理由까지를 說明할 必要는 없을 것이며 또한 法院이 믿지 않고 排斥한 證據에 대하여 그 排斥한 理由를 밝힐 必要까지는 없다고 보아야 할 것이다.

이 事件에서 原判決說示理由를 보건대,

原審은 被告主張의 訴外 나연수名義의 登記가 同人의 主張 不法行爲에 의하여 이루어진 無效의 것이라는 主張을 排斥하는 대목에서 論旨가 指摘하는 甲 第2號證(認諾調書)의 記載內容과 第1審證人 박기순, 서덕기 및 第2審證人 박대순의 證言들을 모두 排斥함에 있어 論旨가 指摘하는 바 理由를 덧붙이지 않음이 아니나 뒤의 證據排斥에 관하여 說示한 法理에 따라 보면 이는 必要없는 군소리에 不過하니 그 部分의 論旨가 指摘하는 잘못이 있다 하여도 原審이 뚜렷이 排斥한 證據判斷에 관한 結論에 어떤 影響도 미침이 될 수 없으니 採用할 길이 없다.

(나) 理由說示가 要求되는 경우

◇ 大法院 1956.11.22. 判決・56民上316

〔判 決 理 由〕

書證으로서 그 記載內容이 主張事實에 符合하는 경우에는 他에 特別한 理由 있음을 明示하지 아니하면 이를 漠然히 排斥할 수 없는 것이다. 本件에 있어서 記錄 및 原判決에 의하면 原告는 訴外 王惠實에 대한 債務가 단기 4287년 7월 10일 現在 金 75만 2천환인 바 同日 金 40만 2천환을 辨濟하고 殘額金 35만환 및 이에 대한 月 1割 5分의 利息을 加算辨濟한 때에는 本件 抵當權設定登記를 抹消할 것을 約定한 것이라 主張하고 이에 符合하는 甲 第1號證을 提出하였음을 觀察할 수 있다. 그럼에도 不拘하고 原審은 被告도 그 成立을 認定한 위 甲 第1號證에 대하여 그 理由를 說示함이 없이 漠然히 原告主張事實을 認定할 수 없다고 判示하였음은 採證法則에 違背된 것이라 아니할 수 없다.

◇ 大法院 1966.6.28. 判決・66다797・貸與白米・破棄還送

〔判 決 理 由〕

原判決은 原告의 請求를 排斥하는 理由로서 原告는 1962년 3월 5일 被告에게 쌀 2가마니(1가마니에 125근들이)를 그 해 10월 30일까지 갚기로 하고 빌려주었고, 그 해 3월 10일에는 돈 3,000원을 같은 날까지 갚기로 하고 빌려주었으며, 다시 그 해 5월 17일 풍년초 40봉을 돈 200원에, 파랑새 90갑을 돈 450원, 해바라기 10갑을 돈 100원에 처서 賣渡하였는데 아직껏 代金을 치루지 않는다고 주장하나, 第1審證人 서임분・송주석의 證言은 原告主張을 인정할 資料가 못되고, 같은 證人 김금례의 證言 중 돈 3,000원과 담배 외상에 관한 部分을 原告로부터 들었다는 傳聞證據에 지나지 아니하고, 白米 2가마니 貸與件은 빌려준 사실을 안다는 정도의 證言으로서 어떻게 見聞하였다는 것인지 알 수 없어 결국 證據資料로 삼을 수 없다고 判示하였다. 그러나 證人 김금례의 證言 중 原告가 被告에게 白米 2가마니를 빌려준 사실이 있다(記錄 30장 參照)는 證言은 要證事實의 證據資料가 되는 것이고, 이 證言을 法院이 채택하느냐 아니하느냐는 것은 法院의 自由心證에 달린 것이라 한 것이니, 原審은 모름지기 위 證言部分이 막연히 證據資料가 될 수 없다고 判斷한 것은 採證法則에 違反한 것이라 할 것이요, 이는 判決結果에 영향이 있다 할 것이니 이 점에 관한 上告論旨는 理由있다.

◇ 大法院 1970.7.24. 判決・70다744・所有權移轉登記抹消・破棄還送

〔判 決 理 由〕

原判決에 의하면 原審은 그 摘示된 證據에 의하여 다음과 같은 事實을 인정하였다. 즉 本件 不動産인 原判決 添附 第1·2目錄 記載의 林野가 第1目錄과 第2目錄 林野로 分割되기 이전의 경기도 광주군 대왕면 심고리 山 81番地의 林野 2町 4反 4畝步는 原告가 1948년 2월 5일 訴外 김근준으로부터 金 8,800원(그 當時의 舊貨幣로서 위의 不動産 외에 다른 林野 3筆地와 같이) 買受하여 1948년 2월 21일 原告名義로 所有權移轉登記를 完了하고 그 후 다른 사람에게 賣渡한 바 없음에도 불구하고 被告 이상연은 6·25사변으로 위의 登記簿가 滅失되었음을 기화로 虛僞의 證明에 의하여 1953년 4월 17일 同 被告名義로 所有權移轉登記의 回復登記를 하였다는 사실을 인정하고 被告의 주장, 즉 被告 이상연은 原告로부터 本件 林野를 1948년 8월경 買受하여 所有權移轉登記까지 하였다는 被告抗辯을 排斥하고 위의 回復登記는 實體關係에 符合하지 않는 登記이므로 無效라고 判斷하고, 乙 第1號證 내지 第4號證은 위와 같은 事實認定에 아무 支障이 되지 않는다고 判示하였다. 그러나 原告가 그 공성부분을 인정한 乙 第1號證 納稅證明願에 의하면「대왕면 심곡리 내 81번지 林野 2.44町에 관한 1952년도 林野稅金 488원(그 당시의 화폐임은 乙 第4號證과 對照하에 명백하다)을 被告 이상연이가 納稅하였다」고 記載되어 있고, 原告가 그 成立을 인정한 乙 第3號證의 1 領收證에 의하면「被告 이상연이가 1952년도 林野 稅金 488원(그 당시의 화폐)을 納付하였다」고 記載되었으며, 原告가 그 공성부분을 인정한 乙 第4號證 證明願에 의하면「경기도 광주군 대왕면 심곡리 81번지 林野에 관한 1952년도 林野 稅金 488원(그 당시의 화폐)를 被告 이상연이가 納付하였다」라고 記載되어 있다. 그렇다면 위와 같은 乙 各號證의 內容으로 보아 被告 이상연이가 1953년 4월 17일 本件 林野에 관한 所有權移轉登記의 回復登記를 하기 이전인 1952년도의 本件 林野에 관한 林野稅를 被告 이상연이가 納付하였다(被告 이상연은 1952년 8월경 本件 林野를 原告로부터 買受하였다고 주장하다)는 사실을 엿볼 수 있으므로 原審으로서는 위와 같은 證據內容을 더 審理하고 이를 믿지 아니한다는 合理的인 理由說示가 있어야 할 것임에도 불구하고 漠然히 위의 을 각호증은 原審의 事實認定에 支障이 되지 아니한다고 說示하였음은 審理未盡과 理由不備의 違法이 있다.

◇ 大法院 1971. 10. 25. 判決·71 다 1977

〔判 決 理 由〕

原審이 引用한 第1審判決理由에 의하면 被告 이장재는 1969년 3월경 8촌형인 原告로부터 同人所有의 이 事件 不動産에 관한 所有權保存登記申請을 해달라는 부탁을 받고 그 所有權을 取得한 일이 없음에도 不拘하고 司法書士인 訴外 정성규에게 이 事件 不動産에 관한 原告名義의 保存登記와 自己名義의 所有權移轉登記申請을 함께 委任하여 1969년 3월 28일 그 判示와 같은 이 事件 登記를 經了하였다는 것으로 事實을 確定하면서 被告 이장재가 原告로부터 이 事件 不動産을 買受取得하였다는 趣旨의 被告 이장재의 주장에 符合되는 甲 第4號證의 一部記載와 乙 第1號證(賣買契約書), 乙 第2號證(合意書) 등은 이를 믿지 아니한다고 하여 排斥하였다. 그러나 處分文書는 그 成立이 眞正한 것으로 認定된 以上 그 內容되는 法律行爲의 存在를 認定하여야 하는 것이므로 이를 否定할 만한 分明하고 首肯할 수 있는 理由의 說示 없이 그 證據價值를 排斥함은 理論則과 經驗則에 違背된 採證上의 違法이 있다 할 것인 바, 記錄에 의하여 乙 第1號證과 乙 第2號證을 精査하면 이는 被告 이장재가 주장한 바와 같이 原告와 同 被告와의간에 이 事件 不動産에 관한 賣買가 있었다는 事實을 認定할 수 있는 處分文書임이 分明함에도 不拘하고 原審이 아무런 理由說示 없이 이를 믿을 수 없다는 것만으로 그 證據力을 排斥하였음은 處分文書에 관하여 審理를 다하지 않고 그 證據價值判斷을 잘못한 違法이 있다고 아니할 수 없다. 上告論旨는 이 점에 있어서 理由있다.

◇ 大法院 1973. 3. 13. 判決・73 다 70・所有權移轉登記・破棄還送

〔判 決 理 由〕

原審이 未洽證據로 한 甲 第2號證의 1(契約書), 2(領收證)의 記載에 의하면 原告는 被告 이범순으로부터 本件 垈地 및 그 地上建物을 代金 130,000원에 買受한 것으로 되어 있고 原審證人 김윤식의 證言에도 같은 趣旨의 陳述이 있으며 甲 第3號證의 1내지 9(領收證)의 記載를 보면 原告가 垈地稅等 公課金을 納付한 것이 窺知되고, 더구나 甲 第4號證인 登記權利證은 原告가 이를 所持하고 있으므로 原告는 어떤 經路로서 所持하게 되었는지 審理도 하지 아니하고 原告主張事實의 認定資料로서는 不足하다고 할 수 없을 것인데, 한편 被告 김차이는 本件 垈地에 대한 拂下代金을 共同被告 이범순이가 完納하였다고 陳述(1971년 7월 5일자 答辯書 參照)하고 있으니 만큼 被告 이범순이 本件 垈地를 買受한 것이 아니라면 어째하여 같은 被告가 拂下代金을 納付하게 되었는지 理解할 수 없는 점이 있고 被告 김차이가 原告로부터 本件 垈地에 대한 地料를 받지 아니한 점을 自認하고 있으므로 이같은 事情을 綜合하면 被告 김차이는 本件 垈地 및 그 地上建物을 함께 賣渡處分하고 이를 買受人에게 明渡한 다음 근처에 있는 貰집으로 移徙한 것이라고 認定하지 못할 바 아님에도 不拘하고 原審이 原告擧證資料들에 대하여 아무런 合理的인 理由說示도 없이 이를 모두 排斥하거나 未洽하다 하여 原告의 本件 請求를 棄却하였음은 採證法則違背 내지 審理未盡의 違法이 있다 할 것이다.

II. 事實認定에 관한 經驗法則

(가) 經驗法則에 違背되지 아니한 事實認定의 例

◇ 大法院 1951. 5. 15. 判決・49 民上 129

〔判 決 理 由〕

原判決이 依據한 證據에 의하면 原判決이 確定한 事實을 認定할 수 있으며 知人間의 去來에 있어서는 契約書 또는 領收證의 授與 없는 事例도 不無하므로 위 認定事實이 實驗則에 違反된다는 所論은 被告代理人의 獨斷에 不過한 論旨이다.

◇ 大法院 1962. 2. 22. 判決・ 61 民上 1107

〔判 決 理 由〕

論旨는 原告가 이 事件의 賣買契約을 締結한 것이 1954년 10월 23일이고 이 訴訟提起가 만 5년 10개월이나 지난 후이고 또 原告가 이 事件에서 敗한 契約金返還訴訟을 일으켜 大法院에서 敗訴로 確定된 1956년 8월 2일부터 만 4년이 지난 후에 被告에게 同時履行의 催告를 하였으나 이 事件의 目的物인 不動產은 價格이 10배 이상 앙등하였고 그 동안 아무런 말이 없었던 것을 보면 原告는 이 不動產을 買受할 意思를 抛棄한 것이고 原·被告間에 契約을 解除하기로 默示的인 意思의 合致가 있었다고 보는 것이 去來의 通念이나 經驗法則인데 原審이 契約의 存續을 前提로 判斷한 것은 經驗法則違反이라는 것이나 이는 被告代理人의 獨自的 見解에 지나지 않는다 할 것이다.

(나) 經驗法則에 違背되는 事實認定의 例

(a) 逸失收益・稼動年齡과 관련된 經驗則

◇ 大法院 1966. 10. 11. 判決・66 다 1399

〔判 決 要 旨〕

사람의 勞動可能年數가 그 사람의 健康狀態나 職業의 特殊性 등에 의하여 영향이 있음은 否定하지 못할 것이라 할지라도 通常의 경우 韓國人男子의 勞動可能年數가 만 55세까지라고 하는 것은 經驗則上 알 수 있는 것이다.

◇ 大法院 1966. 3. 22. 判決・66 다 210・損害賠償・上告棄却

〔判 決 要 旨〕

論旨는 보통의 경우에 있어서는 婚姻할 平均年齡에 이르면 結婚하고 또 出産하게 될 것이므로 婚姻하기 전에 있어서의 勞動은 사실상 중단된다고 보는 것이 상당하다는 것이다. 그런데 原審은 原告가 만 27년 1월의 未婚女性으로서 포목행상을 하여 돈벌이를 하여 왔으니 原告가 50세까지는 이러한 行商이 가능하리라 하여 損害額을 계산하고 있으므로 原判決은 經驗法則을 무시하고 損害額을 계산한 셈이 된다는 것이다. 그러나 婚姻前의 여자가 일정한 수입이 있는 業務에 종사하고 있다가 婚姻을 하여 자녀를 出産하게 된다 하여 반드시 곧 그 業務의 계속이 중단되는 것으로 보아야 된다는 論旨는 받아들일 만한 事由가 되지 못한다.

◇ 大法院 1967. 6. 13. 判決・66 다 1904

〔判 決 要 旨〕

規模의 大小를 막론하고 獨立한 工場을 統轄・運營하던 企業主가 그 工場運營에 관여치 못하였음으로 인한 喪失利益을 그 企業主가 自己의 補助者로 고용하였던 事務員의 勤勞收入額과 對等한 額이었다는 趣旨로 斷定한 것은 經營經濟의 原理 및 吾人의 經驗則에 反하는 事實認定(설사 勤勞收入을 基準으로 한다손 치더라도 對等한 程度의 企業主의 그것에 의하여야 할 것)이었다고 않을 수 없다.

◇ 大法院 1968. 7. 16. 判決・68 다 279

〔判 決 要 旨〕

鑛山事故로 사망한 鑛夫의 消極的 損害額을 算定함에 있어서 이들 鑛夫의 生計費와 諸般公課金은 經驗則上 대체로 總收入額의 4할이 所要될 것이라고 인정하여 이들의 장래 얻을 수 있는 收入額 중에서 이를 控除하였으나, 이와 같은 生計費와 諸般公課金을 인정함에 있어서는 證據에 의하여야 할 것이고 막연히 經驗則上 대체적 추측으로 인정할 수는 없다.

(b) 기타 採證上 經驗法則에 違背된 事實認定의 例

◇ 大法院 1957. 2. 21. 判決・56 民上 467

〔判 決 理 由〕

本件은 本院이 破棄還送한 事件인 바 本院의 同 破棄還送理由로 「甲 第2號證(賣買契約書)에는 買受人으로 原告의 男便인 申鉉璧의 署名捺印이 있을 뿐 賣渡人인 被告의 署名捺印이 없고 乙 第1號證(賣

買契約書)에는 이와 反對로 賣渡人인 被告의 署名捺印이 있을 뿐 申鉉璧의 署名捺印이 없는 것은 當事者가 交換치 아니하였으므로 契約成立을 證明할 資料가 되지 못함은 一般去來法則上 多言을 要치 않는 바이며 如斯한 賣買契約書의 交換이 없는 理由는 證人 柳時元의 證言에 의하면 申鉉璧이 그 書面內容을 檢査치 않고 받았기 때문에 錯誤로 乙 第1號證 대신 甲 第2號證을 交付받았다는 趣旨가 있으나 同人이 文盲이라는 事實이 證明되지 아니한 한 去來에 관한 實驗則에 違背한 것이며, 더욱 이 同證言은 契約金 만오천환을 原告가 自己名義로 本件 建物에 관한 保存登記를 經由한 후에 支拂하였다는 것이니, 이는 前示 各 書面의 內容記載와 相反되는 것일 뿐 아니라 當事者가 契約書의 內容을 檢討한 후에 그 趣旨에 따라 履行行爲를 하는 것이 通例일 것인 바, 그때까지도 申鉉璧이 契約上 아무 意味 없는 甲 第2號證을 乙 第1號證으로 誤信하여 이를 交換치 않고 依然 所持하였다는 것은 그간 特別한 事情이 認定되지 아니하는 한 이를 當然 信用할 수 없는 것이며 기타 原告의 主張事實을 確認할 것이 없다. 그러면 原審은 결국 去來에 관한 實驗則 또는 通例와 相反되는 證據를 特別事由의 有無를 審査함이 없이 原判示事實을 認定하였음은 審理를 다하지 않은 違法이 있어 破棄를 免치 못할 것」이라는 說示를 한 바 原審判決理由를 檢討하여도 本院의 前示 破棄理由에 說示한 諸事實에 관한 審理를 다하지 못한 違法이 있어 도저히 破棄를 免치 못할 것이다.

◇ 大法院 1962. 5. 31. 判決・62 다 116

〔判 決 理 由〕

原審은 甲 第1號證(物品賃貸借契約書) 第5條 第2項에 規定된「被告가 約定의 返還期日을 徒過할 時는 徒過日數에 따라 賃借料 및 遲滯料를 날자 計算으로 原告에 支給한다」라는 趣旨는 遲滯料에 관하여는 아무런 約定이 있음을 發見할 수 없으므로 本件 賃貸料 相當額의 損害金 외 이에 대한 年 5分의 比率에 의한 遲延利子를 意味하는 뜻으로 判示하였다. 그러나 甲 第1號證 第8條에는 本契約條項에 대하여 異議가 있을 때에는 原告의 決定하는 바에 의한다는 記載가 있고 原告는 本訴에서 賃借料에 該當하는 損害金 이외에 遲滯料로 賃借料와 같은 金額을 支給하기로 約定하였다고 主張하고 있으므로 特段의 事情이 없는 한 遲滯料에 관하여 原告主張과 같은 約定이 있었다고 認定함이 經驗法則上 妥當하다.

◇ 大法院 1962. 6. 28. 判決・62 다 182・離婚無效確認・破棄還送

〔判 決 理 由〕

原判決이 引用하고 있는 第1審 判決理由에 의하면「公文書이므로 直正成立을 追認할 수 있는 갑 제3호증, 을 제1호증의 記載內容에 證人 이봉도의 證言, 被告本人訊問의 結果 및 辯論의 全趣旨를 종합하면……단기 4293년 7월초에 協議離婚키로 合意하여 同 申告를 한 事實을 인정할 수 있다고 判示하고 있다. 그러나 記錄에 의하면 갑 제3호증은 그 全體가 公文書라 할 수 없을 뿐만 아니라 原告는 이를 거기에 本件 離婚合意의 證人으로 표시되어 있는 조이규, 박형종이가 虛無人이고 原告名義의 文書部分이 僞造임을 立證키 위하여 提出한 것으로 그 文書가 眞正한 것이라고 주장하고 있는 것은 아니며 또 證人 이봉도의 證言은 원방에서 우연히 들었다는 것으로 그 證言의 全趣旨에 비추어 信憑性이 薄弱한 것으로 모두 위 認定事實을 인정할 수 있는 움직일 수 없는 證據가 아니다. 그 반면에 있어 原告는 被告와의 사이에 2남 1녀를 생산하여 原告로서는 被告와 離婚할 意思가 추호도 없었고 다만 被告가 딴 여자와의 관계로 原告를 排斥하고 있음이 當事者辯論의 全趣旨上 明白한 바 이러한 경우에 있어 原告가 쉽사리 協議離婚에 同意할리는 만무한 것이므로 위의 薄弱한 證據를 取信하여 原告의 本訴請求를 排斥하였음은 經驗法則에 違背한 證據判斷이라 아니할 수 없다.

◇ 大法院 1962. 12. 27. 判決 • 62 다 750 • 垈地引渡 • 破棄還送

〔判 決 理 由〕

原判決에 의하면 原審은 原告는 本件 建物의 敷地 40평을 訴外 박만영에게 賣渡하였고, 박만영은 다시 建物과 함께 그 垈地를 被告에게 賣渡하여 위 敷地 40평의 實質的 所有權은 被告에게 있다는 被告의 主張에 대하여 成立에 다툼이 없는 을 제1,2호증의 위 主張事實認定에 도움이 되지 못하고 證人 박만영•우덕기•조정남의 각 證言은 신용키 어렵고 달리 위 主張事實을 認定할 만한 아무런 證據가 없다 하여 이를 排斥하고 있다. 그러나 原告主張에 의하더라도 原告는 그 所有이던 인천시 송현동 72의 17 垈地 817평을 本件 72의 78 垈地 40평, 72의 79 垈地 28평 외 24필로 分筆하여 그중 24필을 他人에게 賣渡하였던 것이고 訴外 박만영은 그중 40평의 垈地를 買受하여 本件 建物을 建築하였던 것이며 박만영에 이어 被告는 계속하여 15년 이상을 垈地에 대한 아무런 분쟁 없이 本件 建物에 居住하여 온 사실이 명백한 바 이러한 사정에 垈地를 買受한 사람은 특별한 사정이 없는 한 그 買受한 垈地 위에 建物을 건축하는 것이 常例인 점을 고려할 때 原審이 막연히 위 被告主張에 부합하는 各 證人의 證言을 排斥하였음을 採證法則에 違背한 證據判斷이라 아니할 수 없으므로 論旨는 理由있다 할 것이다.

◇ 大法院 1963. 1. 31. 判決 • 62 다 773 • 物品引渡 • 破棄還送

〔判 決 理 由〕

原判決은 原告가 訴外 김완중이 被告會社의 使用人 또는 商業使用人이라고 주장한 데 대하여 이에 符合하는 듯한 原審證人 김완중의 證言部分은 措信치 못하겠고 …… 他에 被告會社가 부산에 出張所를 두고 위 訴外人을 同 出張所長으로 임명하였다는 데 대한 하등의 證據가 없다고 判示했으나 갑 제10호증의 1 내지 갑 제13호증의 2의 記載內容과 證人 김완중의 證言을 종합하면 김완중이가 被告會社 釜山出張所長임을 인정할 충분한 자료가 됨에도 불구하고 原審이 위 갑호 각증을 고려에 넣지 않고 原告의 主張事實을 인정할 證據가 없다고 判示한 것은 判決에 영향이 미침이 명백한 중요한 證據에 관한 判斷을 遺脫한 것이 아니면 중요한 證據에 관한 解釋과 認識을 잘못한 違法이 있다는 데 있다. 그런데 被告會社가 訴外 김완중에게 通關을 의뢰하고 그 이름으로 通關業者에게 通關을 시켰으며 김완중으로 하여금 通關業者에 대한 出庫依賴書를 작성케 하여 이것을 物品買受者에게 交付하여 代金을 받아 온 사실이 있음을 自認할 뿐더러 第1審證人 김완중의 證言 一部와 갑 제11내지 제13호증의 각 1,2의 記載內容을 종합하면 訴外 김완중이가 被告會社 釜山出張所長으로 被傭되어 被告會社輸入物品의 通關物品販賣와 기타 業務를 수행하여 온 被告會社의 使用人임을 인정 못할 바 아님에도 불구하고 위와 같은 證據를 믿지 못한다거나 또는 믿을 만한 자료가 되지 못한다는 이유로 쉽사리 넘겨버린 것은 論旨에 지적하는 바와 같이 採證에 있어 우리의 經驗法則에 동떨어진 일이라 할 것이며 이 점에 대한 論旨 理由있고 이에 대한 答辯은 理由없다.

◇ 大法院 1965. 3. 23. 判決 • 64 다 1675 • 家屋明渡 • 破棄還送

〔判 決 要 旨〕

被告들의 上告理由의 論旨는 原判決에 判斷遺脫이 아니면 理由不備의 違法이 있다는 것이다. 즉 被告가 本件 傳貰權登記는 外形上으로는 있으나 明渡訴訟을 하기 위하여 假裝된 것이며 眞正한 傳貰契約의 意思가 없었으니 無效라고 한 抗辯에 대하여 原審은 外形上 傳貰權登記가 있다는 外形的 事實의 認定만으로 被告의 抗辯을 排斥하였다는 것이다. 原判決理由에 의하면 原審은 原告가 第1審 被告등

補助參加人「갑」사이에 本件 傳貰權設定契約을 1962년 9월 20일에 締結함에 있어서 그 傳貰權存續期間을 겨우 같은 달 30일까지로만 정하고 그 傳貰權設定登記를 같은 달 24일에야 함으로써 傳貰權의 效力存續期間을 불과 수일간으로만 한 사실을 인정하였다. 그러나 우리의 經驗法則에 비추어 보면 모처럼 物權인 傳貰權을 設定함에 있어서 불과 수일간 밖에 效力이 存續되지 않는 物權을 設定한다 함은 特別한 事情이 介在되어 있지 않는 이상 지극히 희귀한 일에 속하는 것이라 아니할 수 없다. 그럼에도 불구하고 原審이 위에서 지적한 바와 같이 判示하였음은 本件 傳貰權設定이 當事者 사이의 眞正한 意思에 의하여 이룩된 것인지 當事者 사이에 그렇게 短期間의 傳貰權을 設定할 만한 特別한 事情이 있었던 것인지를 審理判斷치 아니하였거나 理由不備의 判示를 한 허물을 면할 수 없을 것이다.

◇ 大法院 1973. 2. 28. 判決・72 다 2291・求償金・破棄還送

〔判 決 理 由〕

農業協同組合法 第127條, 第43條 被告組合定款(甲 第1號證) 第52條에 따르면 總會의 議事에 관한 議事錄作成과 備置를 强制하고 있을 뿐더러 總會에 관한 節次에 관한 規定이 그 法과 定款에 소상히 規定되어 있으므로 被告組合이 原審認定처럼 總會를 열었다면 宜當 이에 대한 議事錄이 있어야 할 理致이다.

따라서 總會의 存否가 가장 重要한 爭點으로 되어 있음이 辯論의 全趣旨로 엿보이는 이 事件에 있어서 原審은 宜當 總會議事錄에 관하여 釋明하여 이를 提出케 하는 등 좀더 깊이 들어가 總會決議 與否를 따지어 보아야 했을 터이고 만일 審理하여도 그런 法과 定款에 따른 議事錄이 없다면 特別事情이 없는 한 總會 自體가 있었다고 볼 수 없는 것이 一般의 通念이리니 原判決처럼 한두명의 證言으로 說示內容議決을 한 總會가 열렸다고 볼 수는 없겠으므로 原判決은 審理를 다하지 않은 채 判決한 違法으로 結果에 影響을 준 違法을 犯하였다고 하겠으니 論旨는 理由있고 原判決은 破棄를 못 免할 것이다.

六. 自由心證과 證據契約

證據契約이란 넓은 의미로는 特定한 訴訟事件에 있어서 事實關係를 어떻게 정할 것인가에 대한 當事者間의 合意이고 좁은 의미로는 證據方法의 提出에 관한 當事者間의 合意를 뜻한다. 이에는 어떤 事實을 다투지 않기로 하는 自白契約, 證據提出은 特定한 證據方法만에 의하기로 하는 證據制限契約 또는 證據方法契約, 事實의 確定을 第3者의 判定에 맡긴다는 仲裁鑑定契約 또는 어떤 事實이 立證되었을 경우에는 다른 事實은 立證된 것으로 보기로 하는 事實推定契約 등이 있다.

이러한 證據契約에 관하여는 우리 나라의 民事訴訟法은 물론 日本과 獨逸의 法에도 明文의 규정이 없다. 立法例로서 찾아볼 수 있는 것은 오직 스위스 民事訴訟法이 相對方에 대하여 행하여진 裁判外의 自白이 法院에서 立證되었을 때에는 裁判上 自白과 同一한 效果를 가진다는 趣旨의 規定을 가진 것이 發見되고,(4) 오스트리아 民事訴訟法은 法官으로 하여금 裁判

(4) 스위스 民事訴訟法 제105조 참조.

外의 自白을 모든 事情을 愼重히 고려하여 그 裁量에 따라 判斷하도록 規定하고 있다.(5) 英美訴訟法에서는(6) 그것이 實體法上의 原則이든지 證據法上의 原則이든지간에 禁反言의 原則에 따라 眞實 與否와는 관계없이 일찌기 言行이나 書面으로 어떤 事實을 認定한 者는 나중에 訴訟에서 그와 反對되는 主張을 못하도록 되어 있다. 그리하여 裁判外의 自白은 그 자체 形式的 證據力이 認定되고 反證을 들어 번복할 수 없는 것이다. 이러한 立場에서 聯邦民事訴訟規則도 역시 當事者가 公判前의 準備節次라고도 할 수 있는 Discovery 에서 是認한 事實이나 證據方法에 관한 合意는 일단 Pre-trial order 에 記載되면 當事者를 拘束하며 證人이나 當事者가 interrogatory 나 deposition 때에 陳述한 바와 다르게 公判廷에서 陳述하면 deposition 등은 이 陳述의 信賴性을 彈劾하는 資料로 쓰인다.

明文의 規定이 없는 法制下에서는 이러한 證據契約의 效力에 관하여 대체로 세가지 立場이 있을 수 있다. 그 하나는 證據契約의 無效說인 바, 이는 그 理由로서 民事訴訟法은 公法이고, 公法은 當事者의 恣意로 變更될 수 없다는 점, 民事訴訟法은 完全無缺한 節次規定이므로 便宜訴訟은 認定될 수 없다는 점, 그리고 民事訴訟法은 法官의 自由로운 證據評價를 규정하고 있고 이것은 訴訟의 基本原則이므로 證據契約은 이 原則에 反한다는 것을 들고 있다. 이것은 19세기 이후 訴訟法의 公法的 要素가 강조되면서부터 證據契約에 관한 合意는 물론 그 외의 모든 訴訟에 관한 合意에 관하여도 原則的으로 訴訟法上의 效力을 否認하는 傳統的인 見解이다. 이에 대하여 證據契約의 私法的 效力說은 이 契約締結의 方式이 私法上 法律行爲이고 따라서 그 效力도 私法에 따라서 판단하여야 할 것이므로 裁判外 自白契約을 맺었더라도 訴訟에서 이에 反하여 다툴 수 있지만 私法上으로 그 契約은 效力을 가진다고 한다. 이에 대하여 證據契約의 適法性(Zulässigkeit)과 訴訟法上의 效力을 認定하는 見解에 의하면 民事訴訟法이 公法이기는 하나 이에는 强行法規와 任意法規가 있고 任意法規의 限度內에서는 便宜訴訟도 있을 수 있으며 訴訟法도 完全無缺한 것은 못되므로 私法에 있어서와 같이 欠缺補充의 可能性과 適法性은 認定되어야 한다고 하면서 證據契約은 民事訴訟法上의 公益規定인 自由心證主義에 대한 侵害라고 볼 수 없고 이는 오히려 辯論主義가 支配하는 領域에 속하는 것으로 보자는 것이다. 그리하여 證據契約은 訴訟上 紛爭解決의 過程에 있어서 法院과 當事者間의 權限分配의 문제요 兩當事者에 의한 訴訟支配의 共同行使로서 理解된다. 이러한 立場에서는 訴訟法이 當事者에게 어떤 範圍에서 그와 같은 權限을 부여하는가가 문제로 된다.(7)

證據契約도 역시 實體法的 要素와 訴訟法的 要素가 交錯되는 分野인 만큼 그 理論構成과 適法性을 判斷함에 있어서는 이 점을 종합적으로 고려하여야 될 것이다. 證據契約이 有效한

(5) 오스트리아 民事訴訟法 제266조 2항·3항 참조.
(6) Federal Rules of Civil Procedure 참조.
(7) 三ケ月章 民事訴訟法(法律學全集) 404面.

것이라고 認定되면 法院도 이에 拘束되며 이 限度內에서는 證據에 의한 事實認定이 不必要하게 되고 이 契約에 違反된 證據申請은 不適法却下하여야 할 것이다. 따라서 適法한 證據契約은 法官의 自由心證에 의한 證據評價를 그만큼 制約하는 것이 될 것이다.

七. 批判 및 結論

우선 判例는 證據調査에 의해서 얻어진 一切의 結果中 그 證據價値를 評價함은 法官의 自由心證에 의하여 判斷하여야 하고 그 외의 별다른 제한을 할 수 없는 것으로 一貫하고 있다. 그리하여 各種證據調査結果의 取信 與否, 그중 一部만 믿고 나머지는 버리는 與否, 여러 證據를 종합하여 事實認定을 할 與否, 各個證據價値判斷에 관한 抽象的 比重 등 一切를 法官의 判斷에 一任하고 있음을 엿볼 수 있다. 法定證據主義의 폐단을 止揚하고자 自由心證主義를 採擇하였던 本來의 觀點에서 보면 위로는 社會正義와 衡平의 理念이라는 上限과 밑으로는 論理와 經驗의 法則이라는 下限의 範圍內에서는 資格을 가진 專門家인 法官으로 하여금 自由心證에 의하여 證據를 評價하게 함이 正當하기는 하다. 그런데 다만 證據를 綜合判斷함에 있어서는 어느 證據에 의하여 어떠한 事實을 認定하였는지 그 經路와 前後連結을 간결하게나마 明示할 것이 要求된다고 하겠다. 또한 矛盾性 있는 證言이라도 信用할 수 있는 部分만 골라서 다른 信用할 수 있는 證據와 綜合하여 事實認定을 할 때에는 어느 部分을 信用하고 어느 部分을 버렸는지를 分明하게 判決文에서 밝혀주어야 할 것이다. 自由心證主義에 관한 判例를 검토함에 있어서 一貫된 印象은 이 점에 관하여 大法院 自體가 모호한 태도를 取하거나 下級審의 애매한 태도를 默認하는 듯한 立場에 서 있다는 것이다. 그리고 刑事判決이 確定하고 있는 事實 또는 刑事判決文과 같은 書證과 相値되는 事實을 民事法官의 自由心證에 의하여 認定할 수 있다고 함은 다소 自己矛盾일 수 있다.

둘째로, 判例는 辯論의 全趣旨도 事實認定의 資料로 된다고 하면서도 이를 證據調査의 結果와 同一한 證據價値를 인정하여 이것만으로 係爭事實을 認定할 수 있는지에 관하여는 그 態度가 一貫되어 있지 아니하다. 文書의 成立을 인정하기 위한 경우를 除外하고는 대체로 否定說을 取하고 있다고 볼 수 있다. 이것은 대체로 日本의 경우에 따른 결과가 아닌가 생각된다.[8] 왜냐하면 法 제187조를 읽어보면 「證據調査의 結果」와 「辯論의 全趣旨」는 並列的으로 同一比重으로 規定되어 있으므로 法條文의 解釋上 辯論의 全趣旨만은 事實認定에 있어서 오직 補充的·附屬的인 것이라고 볼 근거가 없고 제187조의 母法인 獨逸法下에 있어서도 우리의 判例와 같은 태도를 취하고 있지 않기 때문이다. 獨民訴法 제286조의 규정방식은 우

(8) 日本의 判例를 보면 文書의 成立에 관하여는 辯論의 全趣旨만에 의하여 事實認定한 케이스가 散見되나(예컨대 日大判 1935.7.9. 宣告) 係爭事實을 辯論의 全趣旨만에 의하여 인정한 것은 별로 없는 듯하다.

리 法과 같은데, 이에 관하여 學說들도 대체로 證據結果 이외에 訊問時에 있어서 當事者의 陳述, 意思表示나 그 方法·態度 등 辯論의 趣旨 또한 內的 蓋然性이 있는 것이면 證據採擇을 하지 않고 그 밖의 訴訟資料 또는 訴訟上 나타난 一切의 事實資料에 대한 法官의 評價에 의해서 證明된 것으로 볼 수 있다는 것이다.(9) 日本의 경우에도 學說은 오히려 辯論의 全趣旨만으로도 係爭事實을 認定할 수 있다고 하는 편이 우세하다고 하겠다.(10) 물론 辯論의 全趣旨의 槪念과 內容은 一般的·抽象的이므로 證據調査結果와 同一한 證明度를 부여할 수 없다고 해버리는 편이 確實하고 安全할 수 있다. 그러나 係爭事實도 辯論의 全趣旨에 의하여 認定할 수 있도록 하면서 이 경우에는 그 心證形成資料를 判決文에서 밝히도록 함이 보다 合理的인 態度일 것이다. 왜냐하면 法官이 事實審理過程에서 얻는 當事者나 證人의 態度 등 新鮮한 資料의 중요성은 다른 證據調査結果에 못지 않기 때문이다.

셋째로, 自由心證의 範圍의 上限的 境界線이라고 할 수 있는 社會正義와 衡平의 理念이 무엇인지를 밝혀주는 判例가 없음은 유감이다. 뿐만 아니라 그 下限基準이라고 할 수 있는 論理法則과 經驗法則이라고 하는 것에 대해서도 判例는 몹시 막연하게 다루고 있다. 오늘날에는 素朴한 論理法則과 經驗法則에 비추어 證據評價가 合理的이다 아니다를 論하기보다는 法官의 判斷이 어느 정도로 「證明」을 하여 주느냐가 중요하다고 하겠다. 判例의 立場은 어떻게 보면 一面 自由心證의 基準인 社會正義·衡平·論理와 經驗의 法則 등에 대한 明確한 觀念이 定立된 바 없으므로 사실상 法官의 거의 專恣를 許容할 素地가 있는 듯이 보이기도 하고 他面 實體的 眞實發見 그 자체보다도 良心的이고 合理的인 判斷에 만족함으로써 마치 과거에 法定證據主義에 있어서 어떤 事實의 證據力을 法律上 一定시켜 놓은 것과 같은 結果를 招來 할 수도 있겠다는 우려를 가져오기도 한다. 이런 觀點에서 보면 判例에서 依存하는 아리송한 論理와 經驗의 法則보다는 認識論的 分析과 心理學的·確率的 評價에 의하여 뒷받침되는 證據判斷이 要求되는 것이 아닐까. 自由心證主義라는 名目下에서는 事實認定의 具體的 過程이 提示되고 있지 않지만 證據를 判斷함에 있어서는 좀더 세밀하고 明確한 科學的 證明이 提示되어야 할 것이다. 즉 良心的 判斷에만 만족하기보다 한걸음 더 나아가서 科學的 證明을 통한 裁判的 證明의 方向으로 나아가야 하는 것이 아닐까.

裁判을 하는 것은 法官의 良心을 滿足시키는 것이 目的이 아니라 法官의 良心을 通路로 하여 眞實을 把握하는 것이 裁判의 目的이므로 條文의 論理的 解釋보다 社會的 現實의 合理的 調整이 法學의 重要課題가 되어 있는 오늘날 自由心證主義에 대하여도 하나의 懷疑가 없

(9) 예컨대 Rosenberg, 9 Aufl. S.542—543이나 Nikisch, 2 Aufl. S. 331등이 그것이다.

(10) 辯論의 全趣旨만에 의하여도 事實認定이 가능하다는 見解는 兼子一(條解民事訴訟法 460面), 菊井·村松(民事訴訟法 593—594面), 三ケ月章(民事訴訟法 400面) 등 有力한 학자들에 의하여 支持되고 있다. 다만 菊井교수는 辯論의 全趣旨의 槪念에는 當事者本人訊問이나 證人訊問時 그들로부터 받은 印象 등이 包含되지 않고 이는 오히려 證據調査의 결과 중에 包含시킬 것이라는 立場을 취한다(菊井維大 民事訴訟法講義 297面).

을 수 없다. 證據採擇과 評價에 있어서 우리보다 훨씬 더 法定證據主義에 接近하는 立場을 취하면서도 法定證據主義에서 오는 抽象的 拘束性의 폐단을 止揚하고 證明科學의 立場으로 나아가는 英美證據法은 우리에게 하나의 참고가 될 것이다.(11)

(11) 가령 Wigmore의 The Science of Judicial Proof(1913)나 Morgan의 Basic Problems of Evidence (1954) 등을 보면 立證過程의 分析과 構造를 밝히고자 試論을 펴고 있다.

Résumé

An Analytical Study of Court Cases on *freie Beweiswürdigung* in Korean Civil Procedure*

by Sang Hyun Song**

This paper deals with the admissibility of evidences presented to the court for proof and how a trial judge appreciates them and in his own free convinces himself under the Korean Code of Civil Procedure. The main attempt has been made to comb all the Korean Supreme Court decisions relating to *freie Beweiswürdigung* and analyse them to find out tendencies and attitudes of Korean Supreme Court.

The important questions to try to be answered here are: (1) Can a trial judge find a fact only with *die gesamten Inhalte der Verhandlungen* without considering *die Ergebnisse einer etwaigen Beweisaufnahme*? (2) Is there a need today to reappraise rules of logic and empiricism as the minimum criterion set by the Art. 187 of the Code? (3) Should a trial judge be required specifically to show in the reasoning of his decision how he has arrived at accepting the evidence?

To answer the first question, the author has compared relevant Korean cases with Japanese and German counterparts. Although the Art. 187 of the Korean Code is *verbatim* similar to the Art. 286 of the German Code, it is of interest to note that the interpretation of the article is quite opposite to each other. A few Korean cases are in the affirmative that a major fact at issue could be established only by *gesamte Inhalte der Verhandlungen*, while the absolute majority held otherwise. In Germany, such leading authorities as professors Rosenberg, Nikisch and Schönke-Schröder-Niese have advanced that with *gesamte Inhalte der Verhandlungen* alone it is enough to establish a major fact at issue. In Japan, while the majority view is identical to Germans, no cases can be found that has ever decided on the point clearly. A few cases held affirmative only with respect to documentary evidence. As indicated earlier, the tendency in Korean cases have deemed the role of *gesamte Inhalte der Verhandlungen* only supplementary for establishment of major facts. Under the principle of *die freie Beweiswürdigung*, however, what the judge acknowledges fresh in the courtroom, which is an *Inhalt der Verhandlungen*, is more effective than formal

* This paper is supported by a grant from the Ministry of Education.

** Assistant Professor of Law, Seoul National University Law School

Beweisaufnahme in making up his mind. It is submitted, therefore, that *gesamte Inhalte der Verhandlungen* should be deemed more important than *die Ergebnisse der Beweisaufnahme.*

Secondly, fact-finding must be at least conformed to rules of logic and common sense. This general principle has been originally based on the eighteenth century proposition that a judge must make a decision as his conscience directs and that the conscientious decision can be fully trusted. Judge's fact-finding based on his conscience alone can no longer serve the purpose satisfactorily, as the whole society is ever getting more complicated and developed. *Freie Beweiswürdigung* is not only a reliance on a judge's conscience, but on his scientific and logical judgment. The important question today is, therefore, to what extent conscientious judgment can lead to scientific proof, because the judicial proof is a science itself. It is submitted that rules of logic and common sense must be reviewed in this respect.

Thirdly, it has been the court's attitude that trial judges do not have to show in what way and by what evidence they have been convinced, and why they have excluded certain evidence from admission. The reason advanced thereto is that, if this were required to do so, their work load would be unbearable. It is believed, however, that to specify the reasoning is the best way to convince the parties and maintain people's trust on the judicial system.