

**입증책임분배에 있어서
법률요건분류설의 문제점에 관한 연구**

- 적극적 채권침해를 중심으로 -

연세대학교 대학원

의료법윤리학협동과정

법학전공

권 중 칠

**입증책임분배에 있어서
법률요건분류설의 문제점에 관한 연구**

- 적극적 채권침해를 중심으로 -

지도교수 **박길준**

이 논문을 박사 학위 논문으로 제출합니다.

2008 년 2 월 일

연세대학교 대학원
의료법윤리학협동과정
법학전공

권종철

권종철의 박사 학위논문을 인준함.

심사위원 _____

심사위원 _____

심사위원 _____

심사위원 _____

심사위원 _____

연세대학교 대학원

2008년 2월 일

차 례

수리말 요약 viii

제 1 장 서 론

1. 연구의 목적 및 대상 1
2. 연구의 방법 2

제2장 적극적 채권침해의 요건사실

1. 적극적 채권침해의 뜻 4
2. 적극적 채권침해 이론의 검토
 (1) 적극적 채권침해에 대한 통설의 입장 5
 (2) 통설에 대한 비판 6
 (3) 불완전이행의 유형의 검토 8
 (4) 채무불이행으로 인한 손해배상 청구권과 불법행위로 인한 손해배상 청구권
 의 경합 11
3. 두 책임(채무불이행 책임과 불법행위 책임)의 관계 17
4. 입증하여야 할 요건사실
 (1) 두 경우의 요건 사실
 (가) 채무불이행 책임(민법 제390조)의 경우 21
 (나) 불법행위 책임(민법 제750조)의 경우 22
 (다) 비교정리 22
 (2) 요건 ① 원인행위
 (가) 채무불이행 행위(채무불이행 책임의 요건) 24

(나) 위법한 행위(불법행위의 요건)	26
(3) 요건 ② 손해의 발생	26
(4) 요건 ③ 인과관계	26
(5) 요건 ④ 고의 또는 과실	
(가) 채무불이행과 불법행위의 고의, 과실 요건	29
(나) 고의	30
(다) 과실	31
(라) 고의, 과실과 有責事由	33

제3장 입증책임 이론의 검토

제1절 立證責任이란 무엇이며 어떠한 구실을 하는가?

1. 재판 과정과 입증책임

(1) 사실인정과 법률적용	36
(2) 피고의 태도 - 자백, 부인, 부지, 침묵	39
(3) 피고가 자백하는 경우의 재판	41
(4) 피고가 다투는 경우의 재판	41
2. 입증책임의 역할	42
3. 입증책임의 뜻	45

제2절 입증책임에 대한 법률의 규정

1. 입증책임 자체와 주요사실의 입증책임 부담에 관한 법률의 규정	46
2. 입증책임에 관한 단편적인 법률 규정	
(1) 민법의 규정	48
(2) 상법의 규정	53
(3) 어음법과 수표법의 규정	57
(4) 자동차손해배상보장법 제3조	59

(5) 문서의 진정성립에 관한 추정 규정	60
3. 입증책임은 이론에 맡겨져 있다	61

제3절 입증책임의 분배

1. 입증책임 분배의 중요성	61
2. 주요사실과 간접사실의 문제	62
3. 입증책임분배의 指導原理	64
4. 입증책임분배의 여러 이론	
(1) 여러 가지 입증책임 분배의 이론	66
(2) 법규분류설	67
(3) 소극사실설	68
(4) 외계사실설	70
(5) 인과관계설	71
(6) 통상사실설	72
(7) 최소한사실설	72
(8) 특별요건설	73
(9) 전부사실설	75
(10) 이익설	75
(11) 근거요건설	76
5. 통설인 법률요건분류설(근거요건설)	
(1) 로젠베르크의 이론	77
(2) 권리를 생기게 하는 규정과 그 반대규정의 구별	
(가) 권리에 관한 규정들	82
(나) 권리를 생기게 하는 규정(權利發生規定, 權利根據規定)	82
(다) 권리를 없애는 규정(權利消滅規定, 權利減却規定)	83
(라) 권리를 막는 규정(權利障礙規定, 權利妨害規定)	84
(마) 권리행사를 막는 규정(權利行使沮止規定)	87

6. 통설에 대한 비판과 다른 이론의 검토	
(1) 독일에서의 근본생각의 재검토	87
(2) 통설에 대한 石田穰의 비판론	
(가) 권리를 막는 규정과 권리를 생기게 하는 규정의 구별	89
(나) 간접반증의 경우	93
(다) 법률요건분류설에 맞지 않는 경우	94
(라) 石田穰의 결론	95
(3) 위험영역설(Gefahrenbereich)	
(가) 위험영역설의 특징	95
(나) 위험영역설의 내용과 근거	97
(다) 위험영역설에 대한 독일의 판례	99
(라) 위험영역설에 대한 비판	102
(마) 위험영역설의 값어치	103
(4) 증거거리설	104
(5) 통설에 대한 비판과 수정	105
7. 통설에 따른 입증책임 분배의 기준	
(1) 통설의 입증책임 분배의 기준의 원리	106
(2) 법률규정의 분석	108
8. 입증책임의 전환	
(1) 입증책임 전환에서 문제가 되는 것	
(가) 특별한 법률 규정으로 입증책임을 바꾼 것	111
(나) 추정 규정	112
(다) 기타	113
(2) 사실상 및 법률상 추정	
(가) 사실상의 추정	113
(나) 법률상의 추정	120
(다) 유사한 추정	125

(3) 입증방해와 간접반증	128
----------------------	-----

제4장 입증책임의 새로운 이론

제1절 법률요건분류설의 파탄

1. 법률요건분류설에 의하면 납득할 수 없는 사례들	132
2. 근본적인 이유의 잘못	136
3. 입증책임과 주장책임의 혼동	139

제2절 주장책임은 무엇인가?

1. 주장책임의 뜻과 구실	140
2. 주장책임의 이유, 변론주의	142
3. 주장책임의 분배와 입증책임의 분배	143

제3절 입증책임 분배의 기준을 찾아서

1. 주장책임과 다른 입증책임의 기준	146
2. 입증책임 분배의 여러 가지 기준	147
(1) 어떤 법률의 규정이 입증책임 분배의 기준이 될 수 있다.	148
(2) 어떤 사실이 일어났는가 안 일어났는가가 문제가 되면 일어났다고 주장하 는 쪽이 입증책임을 진다.	150
(3) 결과에 대하여 더 큰 영향력을 행사하는 이는 그 영향력 아래에서 일어난 일을 입증할 책임을 져야 한다.	150
(4) 증거를 더 많이 가지고 있어서 제출하기 쉬운 쪽이 입증책임을 진다.	152
3. 입증책임 분배의 기준을 어떻게 적용할 것인가?	153

제4절 입증책임론의 마무리.....	153
---------------------	-----

제5장 적극적 채권침해의 요건사실의 입증책임

제1절 학설과 판례의 경향	155
제2절 학설이 보는 채무불이행 책임으로 보는 적극적 채권침해의 입증책임	
1. 채무불이행 사실의 입증책임	155
2. 고의, 과실의 입증책임	158
3. 손해 발생과 인과관계의 입증책임	160
제3절 학설이 보는 불법행위 책임의 입증책임	
1. 위법한 행위와 손해의 발생의 입증책임	161
2. 고의 또는 과실의 입증책임	161
3. 인과관계의 입증책임	161
제4절 적극적 채권침해의 예, 의료소송과 제조물책임 소송의 입증책임	161
1. 의료소송의 입증책임	
(1) 의료소송의 입증책임에 대한 학설	162
(2) 대법원 판례	
(가) 대법원의 일반적인 태도	164
(나) 대법원 판례에 의한 인과관계의 입증책임의 경감	168
(다) 입증을 경감한 판례들	170
① 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결	171
② 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결	173
③ 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다28158, 28165 판결	174
④ 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다2342 판결	176
⑤ 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결	176

(라) 대법원 판례의 입장의 정리	178
(3) 의료소송의 입증책임에 대한 논의	179
2. 제조물책임 소송의 입증책임	
(1) 제조물책임의 뜻과 문제점	180
(2) 제조물책임의 성질	181
(3) 제조물책임법	182
(4) 제조물책임 소송의 입증책임에 대한 학설	182
(5) 제조물책임 소송의 입증책임에 대한 논의	183
 제5절 적극적 채권침해의 입증책임	
1. 적극적 채권침해의 입증책임의 정리	184
2. 각 요건사실의 입증책임의 분배	
(1) 가장 중요한 요건사실, 요건 ① 원인행위의 입증책임	185
(2) 손해발생의 입증책임 (요건 ②)	189
(3) 인과관계의 입증책임 (요건 ③)	191
(4) 고의, 과실의 입증책임 (요건 ④)	193
 제 6 장 결 론	198
 참고문헌	202
영문 요약 (Abstract)	207

우리말 요약

채무자가 채무를 이행하지 않으면 채무불이행 책임을 지게 된다. 채무자가 채무를 이행하지 않으면 채권자는 채무자로 하여금 그 채무를 강제로 이행하도록 할 수 있고, 손해배상을 청구할 수도 있다.

그런데, 채무자가 채무를 이행하다가 뜻밖에 채무를 넘어서서 채권자에게 손해를 끼치는 일이 있다. 회사가 기계를 팔았는데, 그 기계가 폭발해서 큰 손해를 끼쳤다거나 또는 의사가 치료를 하다가 예상 밖으로 환자를 죽게 하였거나 불구가 되게 한 것과 같은 경우이다.

이와 같이 채무자가 채무의 이행과 관련하여 채권자에게 채무를 넘어서는 손해를 입힌 경우에 관하여 민법에는 명백한 규정이 없다. 이 점에 관하여 학설은 민법 제390조의 채무불이행 책임을 확장하여 불완전이행 또는 적극적 채권침해라는 개념을 정립하여 민법 제390조를 적용하고 있다.

나아가, 이런 경우에 민법 제750조가 정하는 불법행위 책임과도 관련이 있다. 실제로 실무에서는 그와 같이 채무자가 채권자에게 채무를 넘어서는 손해를 끼친 경우에 민법 제390조의 채무불이행 책임을 묻기도 하지만 주로 불법행위 책임을 주장하기 때문이다.

이 논문은 이와 같이 적극적 채권침해가 일어나 손해배상 소송에 제기되었을 때, 그 요건사실을 누가 입증할 책임을 지는가를 탐구한다.

입증책임이란 요건사실에 관하여 증거가 부족하여 법원이 무엇이 진실인지를 알 수 없을 때, 입증책임을 지는 쪽의 주장이 거짓인 것으로 보아 불이익을 주는 제도이다.

입증책임에 관하여는 법률에 일반적인 규정이 없고, 단편적인 규정만 있을 뿐이다. 그리하여, 판례와 학설은 입증책임 분배의 이론을 발전시켜 왔는데, 현재 우리나라 법조계의 학설과 판례는 독일의 법학자 레오 로젠베르크(Leo Rosenberg)에서 비롯되는 법률요건분류설의 입장에서 서 있다.

법률요건분류설이란 기본적으로 권리를 주장하는 쪽이 그 권리를 이유 있게 하

는 요건사실을 모두 입증할 책임을 지고, 성립되려고 하는 권리를 성립되지 못하게 막는 사실(權利障礙事實), 생겨난 권리를 없애는 사실(權利消滅事實), 권리의 행사를 막는 사실(權利行使沮止事實)은 그러한 사실을 주장하는 쪽이 그 요건사실을 입증해야 한다는 학설이다.

우리나라의 대부분의 실무가와 학자들은 법률요건분류설을 온전히 그대로 적용해야 한다고 생각하지는 않으나 기본적으로 권리를 주장하는 쪽이 그 요건사실을 입증해야 한다는 입장은 부정하지 않고 있다.

이 통설에 대하여 독일과 일본에서 다소 그 입장을 수정하거나 바꾸자는 학설이 제기되었다. 위험영역설, 증거거리설과 같은 학설이 그러한 것이다. 그러나, 통설인 법률요건분류설은 아직도 확고한 지위를 차지하고 있다.

이 논문은 법률요건분류설에 반대한다. 나아가, 법률요건분류설이 근본적으로 잘못 되었다고 본다. 근본적으로 잘못되었다는 것은 다름 아니라, 그 학설이 입증책임과 주장책임을 혼동하였으며, 통설이 생각하는 입증책임 분배의 이론은 주장책임에 해당되는 것이고, 입증책임은 다른 원리에 의하여 분배되어야 한다는 것이다.

주장책임은 변론주의에 근거를 두며, 따라서 권리를 주장하는 쪽은 그 권리를 근거 있게 하는 사실을 주장하여야 한다. 그러나, 입증책임은 변론주의에 근거하지 않고, 어떠한 쪽의 주장을 거짓으로 보는 것이 진실에 가까운가 하는 이념과 공평성의 이념에 근거를 두기 때문에 무조건 권리를 주장하는 쪽이 입증책임을 진다고 보아서는 아니 된다는 것이다.

그러므로, 우리는 위와 같은 진실에 가까이 가려고 하는 이념과 공평성의 이념에 따라 새로운 입증책임 분배의 원칙을 찾아야 한다. 이 논문에서는 그 두 이념에 따라, (1) 법률의 규정이 입증책임을 정하고 있으면 그 규정에 따른다. (2) 어떤 사실이 일어났는가 안 일어났는가가 문제가 되면 일어났다고 주장하는 쪽이 입증책임을 진다. (3) 결과에 대하여 더 큰 영향력을 행사하는 이는 그 영향력 아래에서 일어난 일을 입증할 책임을 져야 한다. (4) 증거를 더 많이 가지고 있어서 제출하기 쉬운 쪽이 입증책임을 진다는 네 가지 기준을 세웠다. 이 네 가지 기준은 우열이 없으며, 절대적인 것도 아니다. 그리고, 각각의 경우에 그 하나 또는 여러 개의

기준이 적용되어야 한다.

적극적 채권침해로 인한 손해배상 소송은 민법 제390조의 채무불이행 책임과 민법 제750조의 불법행위 책임을 주장하게 된다. 이 두 가지 책임은 각각 ① 원인행위(채무불이행 사실 또는 위법한 행위), ② 손해의 발생, ③ 원인행위와 손해의 인과관계 ④ 고의 또는 과실의 네 가지의 요건사실을 필요로 한다.

우리나라의 통설과 판례는 적극적 채권침해의 경우에 그 입증책임을 모두 피해자인 채권자가 지는 것으로 보고 있다. 특히, 네 가지 요건사실 중에서 가장 중요하며 입증하기 어려운, 요건 ① 원인행위의 입증책임이 피해자에게 있음을 분명히 하고 있다. 이러한 태도는 특히 의료소송의 판례에서 명백히 언급되고 있다.

다만, 판례는 그렇게 하면 전문적인 지식, 기술과 증거에서 열세인 피해자에게 너무 불리한 결과가 되기 때문에, 피해자의 입증책임을 덜어주어야 한다는 입장에서 있다.

이 논문에서는 이 네 가지 요건사실에 위에서 정립한 입증책임 분배의 원칙을 적용하여, 결국 요건 ② 손해의 발생은 피해자인 채권자가 입증할 책임을 지지만, 요건 ① 원인행위과 요건 ③ 인과관계의 입증책임은 대부분 채무자인 가해자가 지고, 요건 ④ 고의 또는 과실의 경우는 고의와 과실을 나누어 고의는 피해자가, 과실은 가해자가 져야 한다는 결론에 이르렀다.

다만, 이것은 일반론일 따름이다. 즉, 적극적 채권침해는 계약 또는 다른 채권관계가 전제가 되고, 채무자 쪽이 어떤 채무를 이행할 의무가 있음을 전제로 하는데, 대부분의 경우에 채무자가 어떤 행위를 하게 되며, 채무자 쪽이 그 방면의 전문가인 경우가 많기 때문에, 채무자 쪽이 영향력을 더 많이 미치게 되고, 증거도 더 많이 가지고 있다고 보기 때문에 그러한 결론에 이른 것이다. 따라서, 만일 채무자가 아니라 채권자가 더 큰 영향을 미친 사정이 있거나, 채권자가 더 많은 증거를 가지고 있는 상황이라면 그 결론은 달라져야 한다.

이 논문이 다루는 주제는 이제 문제가 되기 시작한 의료잘못으로 인한 손해배상 소송과 제조물책임 소송에 적용된다. 현재 의료소송과 제조물책임소송에서는 법원 실무와 학설은 그것이 민법 제390조의 채무불이행으로 인한 손해배상 소송이던지,

민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상 소송이던지 어느 쪽이든지 피해자인 환자에게 모든 요건사실의 입증책임이 있다고 보는데, 다만 그것을 그대로 방치하면 피해자에게 너무 가혹하고, 정의롭지 않다고 보고, 입증책임을 완화하여야 한다고 한다. 그와 같이 피해자의 입증책임을 덜어주는 이론으로서 일단의 증명, 간접반증 이론 등 여러 가지 이론이 동원되고 있다.

그러나, 이 논문의 결론에 의하면, 의료 소송이나 제조물책임 소송에서는 그 요건사실 중 발생한 손해를 빼 나머지 세 가지 요건 즉, 채무불이행 행위 또는 위법한 행위, 인과관계, 고의 또는 과실의 입증책임을 의사와 제조사가 진다는 것이다. 이와 같이 단정적으로 주장하는 것은 현재의 실무와 학계로부터 많은 비판에 부딪칠 것이다. 그러나, 이 논문은 의료소송과 제조물책임 소송에서 단지 피해자의 입증책임을 덜어줄 것이 아니라, 아예 입증책임이 가해자에게 있다고 주장한다. 이것은 입증책임을 전환시킨 것도 아니고, 애초에 입증책임이 가해자에게 있어 왔다는 것이다. 이 논문은 왜 그러한가를 깊이 고찰한다. 그리고, 그 결론은 이것이 진실에 가까이 가는 길이며, 공평한 것이기 때문이라는 것이다.

제 1 장 序 論

1. 연구의 목적 및 대상

민법의 債務는 어떤 원인으로 인하여 어떤 사람(債務者)이 다른 어떤 사람(債權者)에게 어떤 일을 해 주어야 할 의무를 지는 것이다. 民法 제3편 債權은 이런 채무에 관한 여러 가지 법률관계를 규정한다.

채무자가 채무를 이행하지 않으면 債務不履行 責任을 지게 된다. 채무자가 채무를 이행하지 않으면 채권자는 채무자로 하여금 그 채무를 강제로 이행하도록 할 수 있고(민법 제389조), 손해배상을 청구할 수도 있다(민법 제390조).

그런데, 채무자가 채무를 이행하다가 뜻밖에 채무를 넘어서서 채권자에게 손해를 끼치는 일이 있다. 예를 들어, 채무자가 송아지를 팔아서, 채권자가 송아지를 데려갔는데, 그 송아지가 전염병에 걸린 송아지라서 그 송아지로 말미암아 채권자의 다른 소들이 전염병에 걸려서 죽었다던가, 목수가 돈을 받고 집을 수리해 주기로 하여 수리를 하다가 집을 망가뜨렸다던가, 버스회사가 버스에 손님을 태우고 가다가 운전사가 잘못하여 교통사고를 내서 손님을 다치게 하였다던가, 기계를 팔았는데, 그 기계가 폭발해서 큰 손해를 끼쳤다거나 또는 의사가 치료를 하다가 예상 밖으로 환자를 죽게 하였다거나 불구가 되게 한 것과 같은 경우이다.

이와 같이 채무자가 채무의 이행과 관련하여 채권자에게 채무를 넘어서는 손해를 입힌 경우에 관하여 민법에는 명백한 규정이 없다. 이 점에 관하여 학설은 민법 제390조의 채무불이행 책임을 확장하여 不完全履行 또는 積極的債權侵害라는 개념을 定立하여 민법 제390조를 적용하고 있다.

나아가, 이런 경우에 과연 민법 제750조가 정하는 不法行爲와는 아무런 관계가 없는가 의문이 든다. 왜냐 하면 실무에서 실제로 위와 같이 채무자가 채권자에게 채무를 넘어서는 손해를 끼친 경우에 민법 제390조의 채무불이행 책임을 묻기도 하지만 주로 불법행위 책임을 적용하기 때문이다.

이 논문은 이와 같이 채무자가 채무와 관련하여 채권자에게 채무를 넘어서는 손해

를 끼쳐서, 채권자가 채무자를 상대로 그 손해를 배상하라는 소송을 제기하였을 때 손해를 배상 받기 위하여 필요한 요건사실을 누가 입증할 책임이 있는가를 탐구하고자 한다.

이와 같은 경우 즉 불완전이행 또는 적극적 채권침해의 손해배상 청구 소송의 경우에 누가 요건사실의 입증책임을 지는가를 알아보려면 우선 그 前提로 그 손해배상은 어떠한 법규에 의하여 어떠한 책임을 지는 것인지를 알아보아야 하고, 그 요건사실이 무엇인지를 살펴보아야 한다.

그리고, 입증책임의 이론을 검토하여 그 이론이 적극적 채권침해에 어떻게 적용되는가를 살펴보아야 한다.

따라서, 이 논문은 우선, 적극적 채권침해가 무엇인가를 살펴보고, 그러한 경우에 적용되는 법조가 무엇이며, 그 법조에 의하여 채무자는 어떠한 책임을 지는가를 논하며, 채무자가 그러한 책임(손해배상 책임)을 지려면 어떠한 요건이 충족되어야 하는가를 살펴본다.

그리고 입증책임 이론을 검토한다. 특히, 입증책임의 분배에 관하여는 현재 법률요건분류설이 통설인데, 과연 이 통설이 옳은 것인가를 검토하고, 이 논문을 쓰는 이의 독자적인 입증책임 분배 기준을 제시한다.

그리고, 불완전이행 또는 적극적 채권침해에 의하여 손해배상을 받기 위하여 필요한 네 가지 요건이 무엇이며, 어떠한 것을 입증하여야 하는가를 살펴보고 마지막으로 각 그 요건을 누가 입증하여야 하는가를 따진다.

2. 연구의 방법

이 논문은 그 방법론으로 우선 우리 법학계의 이론을 검토하고, 판례를 검토한다. 특히, 법률요건분류설의 이론이 어떠한 것인가를 살피고, 그것이 실제로 어떻게 적용되는가를 살펴본다.

그리고, 판례 및 실무의 사정을 살펴본다.

그리고, 궁극적으로 재판실무에서 적극적 채권침해의 손해배상의 요건사실의 입증책임이 어떻게 분배되어야 하는가에 대한 결론을 제시한다.

제2장 적극적 채권침해의 요건사실

1. 적극적 채권침해의 뜻

우리 채권법에 의하면 채권이 발생하는 정형적인 원인으로 네 가지 원인이 있다. 그것은 契約, 不當利得, 事務管理 그리고 不法行爲이다. 채권은 이 네 가지가 아니라도 다른 원인으로 인하여 생겨날 수도 있다. 어쨌든 채권은 채권자가 채무자로 하여금 어떤 일을 하게 할 수 있는 권리이고, 채무는 채무자가 채권자를 위하여 어떤 일을 해 주어야 할 의무이다.

채권, 채무에는 履行하여야 할 내용이 있다. 따라서, 채권법은 그 채권의 내용을 실현하는 것을 목적으로 하고, 그 채권의 내용을 실현하기 위한 규정을 주로 두고 있고, 나아가 그 채권이 실현되지 못 하는 경우에 그 대신 손해를 배상하도록 하는 규정을 두고 있다.

그런데, 채무자가 채무를 이행하다가 엉뚱한 짓을 해서 채권자에게 본래의 채무와는 다른 손해를 입히는 경우가 있다. 앞에서 거론한 바와 같이, 채무자가 송아지를 팔아서, 채권자가 송아지를 데려갔는데, 그 송아지가 전염병에 걸린 송아지라서 그 송아지로 말미암아 채권자의 다른 소들이 전염병에 걸려서 죽었다던가, 목수가 돈을 받고 집을 수리해 주기로 하여 수리를 하다가 집을 망가뜨렸다던가, 버스회사가 버스에 손님을 태우고 가다가 운전사가 잘못하여 교통사고를 내서 손님을 다치게 하였거나, 기계를 팔았는데, 그 기계가 폭발해서 큰 손해를 끼쳤다거나, 또는 의사가 치료를 하다가 예상 밖으로 환자를 죽게 하였거나 불구가 되게 한 것과 같은 경우 따위가 그런 경우이다.

이와 같이 본래의 채권, 채무의 내용을 넘어선 손해가 발생한 경우가 적극적 채권침해이다.

이것이 문제가 되는 것은 민법이 이와 같은 경우에 적용될 법조문을 따로 마련하지 않았기 때문이다. 그러나, 뒤에 자세히 논하는 바와 같이 통설과 판례는 민법 제390조의 채무불이행으로 인한 손해배상을 불완전이행 또는 적극적 채권침해에 확장하여 적용하고 있다.

그리고, 이와 같은 불완전이행 또는 적극적 채권침해는 위법한 행위가 되어 민법 제750조의 불법행위 책임이 적용될 수 있다는 것이다.

그렇다면, 민법 제390조와 제750조는 어떠한 관계에 있는 것일까?

이 논문에서는 우선 이러한 문제들을 따져본다.

2. 적극적 채권침해 이론의 검토

(1) 적극적 채권침해에 대한 통설의 입장

민법 제390조는 계약에 의하여 어떠한 행위를 할 의무가 있는 자 즉 채무자가 그 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 그 상대방 즉 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

그런데, 통설은 예를 들어, 전염병에 걸린 소를 팔아서 매수인의 다른 소가 죽은 경우의 배상책임은 이른바, 불완전이행 또는 적극적 채권침해라는 유형으로서 민법에는 규정되지 않았지만, 학설과 판례가 인정하는 것이라고 설명한다.

즉, 우리 민법은 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 경우 즉 債務不履行으로서 履行遲滯와 履行不能만을 규정하고 있으며, 학설, 판례에 의하여 제3의 채무불이행의 유형으로서 不完全履行 또는 積極的債權侵害가 인정되고 있다는 것이다.¹⁾

즉, 학설은 불완전이행 또는 적극적 채권침해라는 것에 대하여 다음과 같이 설명한다.

“독일민법은 이들 세 가지의 모습(이행불능, 이행지체, 불완전이행의 세 가지 채무불이행의 유형) 가운데에서 이행불능과 이행지체만을 규정할 뿐이고, 이행이 불완전한 경우에 관하여는 일반적으로 규정하고 있지 않다. 그러나, 이에 관한 규율을 전적으로 단념하고 있지는 않으며, 중요한 개개의 채권관계에서 이른바 瑕疵擔保 책임이라는 별개의 제도로써 개별적으로 규율하고 있다. 독일민법전의 기

1) 박윤직, 채권총론, 박영사, 2007, 89-91쪽, 양창수, 민법주해 제 IX 권 채권(2), 박영사, 1995, 184쪽 이하, 김상용, 채권총론, 법문사, 2003, 133-134쪽, 이은영, 채권총론, 박영사, 2006, 238쪽, 김준호, 채권총칙, 법문사, 2007, 62쪽, 박종두, 채권법총론, 삼영사, 2007, 124쪽.

초자들은, 채무자에 의한 채권침해에는 이행불능과 이행지체의 두 가지가 있을 뿐이고, 그 밖에 給付가 불완전하다는 경우는 하자담보제도에 의하여 규율하면 된다고 생각하였다. 그러나, 이 假定은 옳지 않았다는 것이 그 民法典의 시행 후 곧 증명되었다. 즉, 이행불능이나 이행지체의 어느 것에도 속한다고 할 수 없는 경우가 있으며, 특히 불완전한 급부로 채권자에게 이행가치를 넘는 손해를 주었으나 그 손해를 하자담보의 규정에 의하여서는 상환케 하지도 못 하는 경우가 있게 되었다. 이 문제를 처음 제기한 사람은 슈타우프(Hermann Staub)였었다. 즉, 1902년에 그는, 지체나 불능과 같이 이행이 행하여지지 않음으로써 생기는 소극적 손해에 관하여서뿐만 아니라, 채무자의 적극적 행위에 의한 계약위반에 대하여서도 책임을 인정하여야 할 경우가 있다고 하면서, 이를 積極的契約侵害(positive Vertragsverletzung)라고 불렀다. 슈타우프가 제창한 적극적 계약침해에서 시작하여 그 후 이행지체나 이행불능의 어느 것에도 해당하지 않는 제3의 채무불이행의 유형으로 발전, 파악하게 된 적극적 채권침해 내지 불완전이행에 관한 독일의 이론은 의용민법시대부터 수입되었으며, 현행 민법의 해석론으로서도 이를 인정하는 데에 학설은 완전히 일치하고 있다."²⁾

어떤 학설은 마치 민법이 규정을 잘못하여 채무불이행으로서 이행지체와 이행불능만을 규정하고 있을 뿐인데, 학설, 판례가 이를 보완하여 불완전이행이라는 채무불이행의 유형이 인정되었다는 듯이 설명한다.³⁾

(2) 통설에 대한 비판

이와 같이 통설은 민법을 만든 사람들이 불완전이행이라는 것을 생각하지 못했고, 따라서 불완전이행에 대하여 규정을 두지 않았는데, 후에 학자들과 실무가들이 민법 제390조를 확장해석하여 이 조항을 불완전이행에도 적용되는 것으로 보아서 이 조항에 의하여 배상책임을 인정받는 것이라고 보는 것이다.

2) 박윤직, 앞의 책, 89-90쪽

3) 권오승, 민법특강, 홍문사, 1995, 330쪽, 김형배, 채권총론, 박영사, 1998, 220-222쪽, 김상용, 채권총론, 법문사, 2003, 136쪽.

그러나, 이 논문을 쓰는 이는 그렇게 생각하지 않는다. 우리 민법은 이른바 불완전이행이라는 것을 채무불이행으로 생각하지 않은 것이 아니고, 분명히 채무불이행으로 생각한 것이다. 즉, 학설, 판례가 인정하기 전에 또는 인정하든지 말든지 민법은 분명히 불완전이행을 채무불이행으로 삼고 있는 것이다.

독일 민법은 채무불이행의 세 가지의 유형 가운데에서 이행불능과 이행지체만을 채권총칙 부분에서 규정하였다. 그런데, 우리 민법은 채권총칙에 이행지체만을 규정하였을 뿐이다. 즉, 우리 민법도 이행불능을 규정하고 있지만, 채권총칙에 규정하지 않고 계약에 관한 규정 속에 두었다. 이 점에서 우리 민법과 독일 민법이 다르다.

우리 민법은 채권편(제3편) 총칙(제1장) 제3절 채권의 효력에서 제387조로써 채무자가 이행을 지체한 경우에 지체의 책임을 진다고 규정하고 있으며, 그 절 제390조에서 채무불이행과 손해배상이라는 제목으로 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

즉, 우리 민법은 채권총칙에서 채무불이행의 유형으로 이행지체에 관한 규정만을 두었을 뿐이고, 그밖의 채무불이행의 유형에 대한 규정을 두지 않았다. 이것은 채무불이행이라는 것에 이행지체만 있다는 뜻이 결코 아니다. 그 조항은 이행기에 이르렀는데 이행을 하지 않으면 채무자에게 이행지체의 책임이 있다는 규정일 뿐이고, 그 이외의 다른 채무불이행이라는 것이 없다는 뜻이 아니다.

그리고, 이어서 민법은 제390조에서 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때 즉 채무를 불이행하였을 때에 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하는데, 이때 채무불이행 즉 '채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 경우'가 이행지체의 경우에 한정되지 않는 것이며, 그 법률 규정 그대로, 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 모든 경우에 적용되는 것이다.

즉, 민법은 채무불이행이 이행을 지체한 경우만 있는 것이 아니고, 다른 경우도 많은데, 그것을 일일이 규정하거나, 유형화하기 곤란하기 때문에 개별적인 채무불이행의 모습을 규정하지 않고, 추상적으로 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니

한 경우라고 규정한 것이다.

따라서, 우리 민법의 채무불이행은 민법 총칙이나 다른 규정에서 규정된 유형화된 채무불이행만을 뜻하는 것이 아니며, 그 규정 그대로 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 경우”를 뜻한다.⁴⁾

통설은 채무불이행을 이행지체, 이행불능, 불완전이행의 세 가지로 나누고 이 유형을 설명하고 있고⁵⁾, 이 통설에 따라서 생각하면 마치 이 세 가지 이외에는 채무불이행이 없는 듯이 생각하게 되나, 그렇지 않다.⁶⁾

다만, 이와 같이 채무불이행을 세 가지로 나누는 것에 대하여 반대하는 학자들도 통설이 三分論을 지키고 있기 때문에 채무불이행을 그 세 가지로 나누어서 설명하고 있다.

이 논문에서 문제 삼고자 하는 채무불이행이 바로 이 불완전이행에 속하기 때문에 이 논문을 쓰는 이는 그 삼분론에는 반대하지만 그 삼분론에 따라서 분류된 제 3의 채무불이행의 유형인 불완전이행 또는 적극적 채권침해라는 유형에 대하여 검토해 보지 않을 수 없다.

(3) 불완전이행의 유형의 검토

불완전이행은 履行행위가 있었으나, 그 이행이 不完全한 것을 말한다. 불완전이행으로 논하여지는 사실은 다음과 같은 두 가지로 나누어진다.

첫째로, 채무자가 채무를 이행하였다고 하는데, 계약의 내용대로 하지 않고 다르게 이행하였고, 그것이 채권자에게 다른 해를 가하지 않았고 단지 채권자가 그 채권으로 인하여 달성하고자 하는 목적을 달성하지 못 하는 경우이다.

이것은 다시 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

먼저, 채권자가 이행기가 지나기 전에 이것을 안 경우이다. 이 경우는 아직 계약

4) 같은 뜻, 양창수, 앞의 책, 221쪽.

5) 박윤직, 앞의 책 70, 89쪽, 김상용, 앞의 책, 101쪽.

6) 같은 뜻, 박윤직, 앞의 책 91쪽.

이 이행되지 않은 것이다. 따라서, 채권자는 채무자에게 다시 제대로 이행하라고 독촉하여야 할 것이고, 이행기가 지나도 채무자가 새로 이행하지 않으면 이행지체가 된다.

나아가, 채권자가 이를 모르다가 이행기가 지난 후에 알게 된 경우가 있다.

이것은 민법 제387조가 정하는 履行遲滯이다. 따라서, 채권자는 아직 제대로 된 이행을 받아서 목적을 달성할 수 있다면, 상당한 기간을 정하여 이행을 독촉하고, 그 기간 안에 이행하지 않으면 이제 이행에 갈음하는 손해배상을 청구한다.(민법 제395조) 반면에, 그 이행을 받아보아도 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.(민법 제395조)

이 유형의 예가 씨앗을 잘못 공급한 경우이다. 즉, 원고가 피고로부터 감자종자를 샀는데, 피고가 잎말림병에 걸린 종자를 공급하여 수확이 줄어든 경우인 것이다. 피고는 건강한 감자종자를 공급하여야 하는 계약 내용대로 이행하지 아니한 것이고, 원고가 이행기가 지난 다음 나중에 이 사실을 알게 되었고 그때는 이미 농사철이 다 지나서 다시 제대로 된 감자종자를 받아도 이익이 없게 되어 버린 것이기 때문에 수령을 거절하고 이행에 갈음하는 손해배상을 청구하는 것이다. 이런 경우 법원은 제대로 된 감자종자를 받았으면 원고가 얻었을 평균수입금에서 실제로 얻은 수입금을 뺀 나머지 금액 즉 履行利益을 손해배상액으로 인정하였다.(대법원 1989. 11. 14. 선고 89다카15298 판결 사건)

즉, 이와 같이 채무자가 채무의 내용대로 이행하지 않고 달리 이행하였지만, 다른 손해를 가하지 않은 경우는 이행지체, 이행불능과 다른 유형으로 판단할 필요가 없는 것이다.

둘째로, 채무자가 채무를 이행하였는데, 계약 내용대로 이행하지 않았고, 그 결과로 채권자에게 채무이행으로 인한 목적 달성과는 관계없는 새로운 손해를 가한 경우이다.

많은 학자들이 불완전이행과 적극적 채권침해를 같은 뜻의 말로 쓰고 있는데,⁷⁾ 일부 학자들은 앞의 두 번째 것만을 적극적 채권침해라고 하고, 앞의 첫째, 둘째의 것을 포괄하는 것을 불완전이행이라고 구별하기도⁸⁾ 한다.

그런데, 가만히 생각해 보면 위에서 본 바와 같이 첫째의 경우는 이행지체인 것이지, 다른 유형이 아닌 것임을 알 수 있고, 둘째의 경우만이 이행지체나 이행불능과 다른 경우인 것을 알 수 있다. 따라서, 앞의 첫째 경우를 불완전이행으로 보지 않는다면, 불완전이행과 적극적 채권침해를 구별할 이유가 없는 것이다.

예를 들어, 학설 중에 “모든 채권관계에는 그것을 다른 채권관계와 구분케 하는 기본적인 채무(급부의무)가 있으나, 그 밖에도 그 기본적인 급부의무의 성립, 이행, 소멸 등의 과정에서 채권관계의 완전한 실현 내지 만족스러운 목적 달성을 위하여 당사자가 부담하”는 기본채무 이외의 용태의무(容態義務)가 있으며, 이것을 ‘기본채무 이외의 용태의무’로 부르며⁹⁾, 이행지체와 이행불능을 기본채무불이행의 모습으로 보고, 불완전이행 또는 적극적 채권침해의 본질은 본래의 급부의무에 따르는 부수적 의무 내지 기본채무 이외의 용태의무의 위반으로 보는¹⁰⁾ 견해가 있는데, 이것은 앞의 첫째 경우를 불완전이행으로 보지 않았다면 옳은 것이고, 첫째 경우까지 불완전이행이라고 본다면 옳지 않은 것이다.

그렇다면, 이제 우리는 적극적 채권침해라는 불완전이행의 법률관계가 어떻게 되는 것인가를 살펴보면 된다.

이러한 유형의 채무불이행의 대표적인 예가 병든 송아지를 팔아서 그 송아지를 산 채권자의 다른 소에게 병이 전염되어 다른 소가 죽은 경우, 목수가 집을 수리하다가 집을 망가뜨린 경우, 기계를 팔았는데 기계가 폭발하여 큰 손해를 가한 경우, 의사가 치료를 하다가 잘못 하여 환자가 죽거나 불구가 된 경우 따위이다.

7) 박윤직, 앞의 책, 90쪽. 김상용, 앞의 책, 135쪽, 김준호, 앞의 책, 81쪽. 윤철홍, 채권총론, 법원사, 2006, 146쪽, 장재현, 채권법총론, 경북대학교출판부, 2006, 122쪽.

8) 김용한, 채권법총론, 박영사, 1983, 159쪽, 김주수, 채권총론, 삼영사, 1985, 120쪽, 현승중, 채권총론, 일신사, 1975, 129쪽

9) 박윤직, 앞의 책, 17, 91쪽.

10) 박윤직, 앞의 책, 91쪽, 김상용, 앞의 책, 137쪽, 김준호, 앞의 책, 83쪽. 다만, 반대 이은영, 앞의 책, 237쪽. 반대학설은 급부의무와 관련이 없는 의무위반의 경우는 불법행위로 처리해야 한다는 것이다.

(4) 채무불이행으로 인한 손해배상 청구권과 불법행위로 인한 손해배상 청구권의 경합

(가) 통설은 이와 같이 채무자가 채무이행 도중에 잘못 하여 채권자에게 다른 손해를 가한 경우를 이행지체와 이행불능과 구별되는 제3의 채무불이행의 유형으로서 민법이 그러한 채무불이행의 유형을 규정하고 있지 않지만, 그러한 경우에도 손해배상 책임을 인정하여야 한다고 한다.

이와 같은 경우에 피해자는 손해의 배상을 구하게 되는데, 그 손해배상을 구하는 근거에 관하여 두 가지 법 이론이 구성될 수 있다.

그 첫째가 통설이 구성하는 것처럼 이와 같은 경우를 채무불이행으로 인정하여 민법 제390조에 의하여 손해배상 책임을 인정하는 것이고, 둘째가 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상으로 구성하는 것이다.

이 논문에서는 결론을 먼저 말하자면, 두 가지 이론 구성이 다 가능하다는 것이다.

(나) 우선 채무불이행으로 인한 손해배상 책임 이론을 살펴본다.

이미 앞에서 밝힌 바와 같이 일부 학설은 이런 경우를 제3의 채무불이행의 유형으로서 민법이 규정하지 않았지만 손해배상 책임을 인정하여야 하는 것이라고 주장하고, 역시 그 근거로는 민법 제390조를 든다.

민법 제390조는 채권자는 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”에 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데, 엄밀히 살펴보면, 적극적 채권침해는 이 조항에 해당되지 않는다고 볼 수 있다. 왜냐 하면, 제390조는 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때 즉 不作為의 경우를 규정하고 있지, 채무의 내용 이외의 다른 행위 즉 作為의 경우에 대하여는 언급하고 있지 않기 때문이다. 즉, 민법 제390조는 채무자가 채무의 내용에 따르는 이행을 하지 않음으로써 발생한 손해만을 배상하도록 한 것으로 해석하는 것이고, 채무와 다른 행위를 해서 채권자에게 손해를 가한 것은 이 조항에 해당되지 않는 것으로 보는 것이다.

이렇게 본다면, 채무와 다른 행위를 하여 채권자에게 손해를 끼친 경우의 배상 책임은 불법행위에 의한 손해배상 책임으로 넘어가게 된다.

즉, 병든 송아지를 판 경우를 살펴보면, 채무자는 분명히 계약에서 정한 채무를 이행하였다. 다만, 계약이 있었거나 없었거나 남에게 송아지를 넘겨주는 사람은 병든 송아지를 넘겨주어 건강한 다른 소에게 피해를 입혀서는 아니 될 의무가 있으며, 이 의무를 위반하는 위법한 행위로 채무자에게 손해를 입혔으니, 뒤에 보는 대로 민법 제750조에 의하여 불법행위로 인한 손해배상 책임을 져야 한다는 것이다. 의사가 치료를 하다가 잘못 해서 메스로 동맥을 잘라서 환자가 죽은 경우, 의사는 치료라는 채무는 이행한 것이다. 따라서, 채무불이행이 아닌 것이고, 의사의 잘못에 대한 책임은 불법행위 책임을 따져야 하는 것이다.

그러나, 학자들은 민법 제390조의 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하였다”는 것을, 이행을 하지 않았다는 不作爲로 한정하여 해석하지 않고, 본래 채무의 내용과 다른 이행을 하였다는 作爲까지도 포함하는 것으로 해석한다.

즉, 병든 송아지를 판 경우에 건강한 송아지를 팔기로 한 계약상의 채무와는 달리 병든 송아지를 넘겨 준 것이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 것이라고 해석하는 것이다. 또한 의사가 치료를 하다가 잘못 하여 메스로 동맥을 잘라서 환자가 죽었다면 그와 같이 잘못된 일을 한 것이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 것이라는 것이다.

이렇게 해석하면, 적극적 채권침해의 경우는 채무불이행 삼분론이나 독일 이론의 불완전이행의 이론을 빌려올 필요도 없이, 민법 제390조에 의하여 손해배상 책임이 인정되는 것이다. 왜냐 하면, 민법 제390조가 그렇게 규정하고 있기 때문이다.

적극적 채권침해라는 것은 채무자가 채무를 이행하는 도중에 채무의 내용대로 하지 않고 잘못 하여 엉뚱한 짓을 해서 채권자에게 본래의 채권, 채무와는 별개의 손해를 가한 경우이다. 그런데, 민법 제390조는 채권자는 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”에 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 채무

의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때를 부작위를 넘어서 채무의 내용과 다른 행위를 한 작위까지 포함하는 것으로 본다면, 적극적 채권침해는 이 규정에 딱 들어맞는 것이다.

예를 들어, 집을 수리해 주기로 계약한 목수가 수리 도중에 집을 망가뜨렸다면, 민법 제390조에 의하여 불완전이행(적극적 채권침해)에 대한 손해배상 책임을 져야 하는 것이고, 잘못된 기계를 공급하여 공장에서 폭발하게 하여 공장의 다른 기계를 망가뜨린 기계제조회사는 민법 제390조에 의하여 손해배상 책임을 져야 하며, 수술을 다 하고 나서 수술가위를 배 안에 놓아두고 꿰매어 환자가 죽은 경우 그 의사는 역시 민법 제390조에 의하여 적극적 채권침해로서 배상책임을 져야 하는 것이다.

(다) 나아가, 계약 관계에 있는 피해자 쪽은 민법 제750조의 규정에 의하여 책임을 물을 수 있다. 그 이유는 역시 민법 제750조가 그렇게 규정하고 있기 때문이다.

민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정한다. 적극적 채권침해는 계약을 위반하거나 채무의 이행을 하지 않음으로써 그 채무를 넘어선 피해를 끼치는 것이고, 이것이 위법한 행위이다.

계약을 위반하는 것은 위법한 행위이다.

위법(違法)이란 법(法)을 어기는(違) 것이다. 계약을 위반한다는 것은 계약 내용대로 이행을 하지 않는다는 것을 뜻한다. 그런데, 우리 민법 어디에도 계약을 내용대로 이행하라고 하는 규정은 없다. 그러나, 서양의 법 세계에는 “계약은 지켜져야 한다”(pacta sunt servanda)라고 하는 유명한 法格言이 있으며, 이 격언은 그야말로 不文律이라 할 수 있으며, 법 원칙 그 자체이다. 그리고, 이 원칙은 우리 민법에서도 不文律이다. 계약은 이행되어야 한다는 것은 너무도 당연하기 때문에 우리 민법은 그런 규정을 두지 않았다. 그러나, 민법 계약 편은 바로 이 “계약은 지켜져야 한다”는 대원칙 위에서 계약에 관한 법 규정을 전개하고 있다. 따라서, 계

약을 위반하는 것은 계약은 지켜져야 한다는 법원칙을 위반하는 것으로 법을 어기는 일 즉 위법한 행위인 것이다.

따라서, 계약을 위반하는 행위는 그것을 정당화시켜 주는 사유가 없는 한 위법이다. 따라서, 계약을 위반하여 상대방에게 손해를 가하면 그것 자체가 불법행위인 것이다. 계약 관계에 있는 송아지 매도인이 전염병이 든 송아지를 팔았다면, 이 행위가 위법한 행위이다. 그리고, 과실이 있는 것이다. 수술하는 의사가 잘못 하여 동맥을 잘라서 환자를 죽게 하는 행위도 위법한 행위이다.

나아가 좀더 확장하여 채무자가 채무의 내용대로 이행을 하지 않는 것은 위법이고, 고의 또는 과실이 있고, 손해를 가하였다면 불법행위가 되는 것이다.

따라서, 적극적 채권침해는 민법 제750조에 해당하는 불법행위인 것이고, 민법 제750조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있는 것이다.

(라) 우리는 이 논문에서 불완전이행 또는 적극적 채권침해의 채권자는 채무자의 잘못에 대하여 민법 제390조와 민법 제750조 두 근거에 의하여 두 가지 청구권을 행사할 수 있다는 것을 확인하였다. 그렇다면, 이 두 책임은 어떠한 관계에 있는지를 살펴보아야 한다.

보통 사람들은 민법 제390조의 채무불이행 책임은 계약상의 책임을 묻는 것이고, 민법 제750조의 불법행위 책임은 계약이 없는 경우의 책임이라고 생각한다.

이 생각은 조금 잘못된 것으로 생각된다.

우리 민법은 권리를 물권과 채권 그 외의 특수한 권리로 나누고, 재산권으로서 물권편과 채권편을 규정하고 있다. 그리고, 채권의 발생 원인이 되는 계약, 사무관리, 부당이득, 불법행위의 네 항을 규정하고 있다. 그런데, 민법 제390조는 계약의 항에 규정된 것이 아니라 채권총칙의 항에 규정되었고, 그 조문의 내용도 “채무자가 채무의 내용에 좇지 아니한 때”에 손해배상 책임을 지도록 하고 있다. 따라서, 민법 제390조는 계약의 경우뿐만 아니라, 사무관리, 부당이득, 불법행위 그 밖의 다른 어떤 채권 발생의 원인에 의하여 생겨난 채무라고 하더라도, 채무자가 그 채무를 내용에 따라 이행하지 않으면 손해배상 책임을 지도록 하는 규정임을 알 수

있다.

반면에 민법 제750조는 네 개의 채권 발생원인 중 하나인 불법행위의 후에 규정된 것이다.

즉, 이것을 표로 나타내 보면

채권 총칙(일반원칙) : 387조(이행지체 책임 규정), 390조(채무불이행 손해배상)

┌ (1) 계약 : 이행지체, 이행불능으로 인한

↑ | 계약 해제 규정(544조, 546조)

채무 발생 ← | (2) 사무관리

| (3) 부당이득

└ (4) 불법행위 : 750조

따라서, 채무라는 것은 계약, 사무관리, 부당이득, 불법행위로부터 나오는 것이며, 그렇게 생겨난 채무를 이행하지 않으면 손해배상 책임을 진다는 것이 민법 제390조이다. 즉, 이 규정은 계약의 경우에만 해당되는 것이 아니고, 계약뿐만 아니라 사무관리, 부당이득, 불법행위로 생겨난 채무에도 모두 적용되는 것이다.

그리고, 민법 제750조는 계약이 있었거나 없었거나, 위법한 행위를 하여 남에게 손해를 가하면 그 손해를 배상할 책임이 있다는 규정이다. 그런데, 계약을 위반하는 것이 위법한 행위인 사실은 위에서 밝힌 바가 있다. 따라서, 계약을 위반하여 남에게 손해를 끼치면 민법 제750조에 의하여 손해를 배상할 책임을 지는 것이다. 물론, 민법 750조는 계약이 없는 경우에도 적용된다. 지나가던 사람을 때려서 다치게 하면 아무런 계약이 없지만, 사람을 때리면 안 된다는 형법의 규정을 위반한 위법한 행위로 사람에게 손해를 입혔으니 그 손해를 배상하여야 하는 것이다.

이러한 분석에 의하면 결국 계약을 위반하여 남에게 손해를 끼치면 그것은 불법행위가 되어 민법 제750조에 의하여 손해를 배상할 책임을 지고, 아울러 계약상의 의무를 다하지 못 하여 손해를 끼친 것이니, 채권일반 원칙인 민법 390조에 의하여 손해배상 책임을 지게 되어 중복된 책임을 지게 되는 것이다.

그런데, 이 점에 대하여 통설은 불완전이행 즉 적극적 채권침해의 경우를 계약의 이행으로서 생긴 손해이므로 계약책임으로서 처리하는 것이 바람직하기 때문에 불법행위책임이라고 하는 것은 적당하지 않다¹¹⁾고 하여 민법 제390조의 채무불이행으로 인한 손해배상 책임만을 인정하고, 민법 제750조의 불법행위 책임은 인정하지 않으려고 한다.

반면에 어떤 학설은 “이행지체와 이행불능과 구별되는 독자적 채무불이행의 유형으로서 인정할 실익이 있는 불완전이행은 오로지 확대손해를 발생시키는 적극적 채권침해의 경우에 한하는바, 우리 민법에서는 적극적 채권침해의 문제를 불법행위책임의 영역에서 다루면 충분하므로, 불완전이행은 실정법상의 독립적인 채무불이행의 유형으로 인정할 실익이 우리 민법 하에서는 거의 없다고 해도 좋을 것이다”¹²⁾라고 하여 적극적 채권침해를 민법 제390조의 채무불이행 책임으로 보지 말고 민법 제750조의 불법행위 책임으로 보면 된다고 한다.

그러나, 법은 여러 가지의 다양한 법률요건과 효과를 규정하고 있기 때문에 어떤 경우에는 하나의 사건이 두 개 이상의 법률이 정하는 법률요건에 해당하여 두 개 이상의 중복된 법률 효과를 일으키는 일이 왕왕 있다. 이렇게 법률요건이 중복되는 경우에 그 여러 가지는 요건이 충족되는 한 모두 유효한 것이고, 특별한 사정이 없는 한 그 중 일부의 효력을 부정할 수 없다. 그리고, 그 중복된 효과 중 하나만을 실현하여야 하고, 일단 하나를 실현하면 나머지는 실현하면 안 되는 경우가 있다. 이것이 請求權의 競合이다.¹³⁾

우리가 논하고 있는 불완전이행 또는 적극적 채권침해가 바로 이와 같이 민법 제390조에 의한 손해배상 청구권과 민법 제750조에 의한 손해배상 청구권이 경합하는 경우이고 채권자는 그 중 하나의 효과만을 실현하면 되고, 그렇게 되면 나머지 법률효과는 포기하여야 하는 경우인 것이다.

11) 박윤직, 채권총론, 박영사, 1994. 신정판, 163쪽. 장재현, 앞의 책, 129쪽, 김준호, 앞의 책, 86쪽, 다만, 반대 박종두, 앞의 책, 124쪽.

12) 김대정, 채권총론, 피데스, 2007, 539쪽.

13) 청구권 경합에 대하여는 김형배, 앞의 책, 200쪽 이하에 자세히 나온다. 그리고, 다른 책으로는 강봉석, 채권총론, 법영사, 2005, 85-86쪽에도 나온다.

3. 두 책임(채무불이행 책임과 불법행위 책임)의 관계

(1) 적극적 채권침해로 손해가 일어난 경우에 그 책임을 채무불이행 책임과 불법행위 책임으로 구성할 수 있다. 이 두 가지 책임의 관계에 대하여는 학설의 다툼이 있었고, 어느 쪽으로 주장하는 것이 재판을 진행하는 쪽에게 유리한 것인가를 논하기도 한다.

(2) 학설은 이런 경우에 채무불이행책임과 불법행위 책임 두 가지 모두를 주장할 수 있는가 아니면 계약 책임만을 주장할 수 있는가를 따진다. 이것은 청구권경합설과 법조경합설의 대립이다. 즉, 계약책임과 불법행위 책임 두 가지 모두 성립되고, 피해자 쪽은 그 중 아무거나 주장할 수 있다는 것이 請求權競合說이고, 불법행위는 계약이 없는 경우에 주장하는 것이고, 계약이 존재한다면 피해자는 계약 책임 즉 채무불이행 책임만을 주장하여야 한다는 주장이 法條競合說이다. 이 논의에 있어서는 대체로 두 가지를 모두 주장할 수 있다고 하는 청구권경합설이 대세이기 때문에 피해자는 계약 책임과 불법행위 책임 중 하나를 골라서 주장할 수 있고, 나아가 두 가지 다 선택적으로 주장할 수도 있다는 것이 실무이다.

(3) 나아가, 학자들은 계약 책임으로 주장하는 경우와 불법행위 책임으로 주장하는 경우 어느 쪽이 피해자 쪽에게 유리한가를 논한다. 학자들 중에는 두 책임에 있어서의 차이를 견주어서 어느 쪽이 유리한가를 비교검토하기도 한다.

(4) 그리고, 두 책임을 비교함에 있어서 가장 큰 쟁점은 과실의 입증책임이 누구에게 있는가 하는 점이다.

즉, 대부분의 학설은 불법행위 책임의 경우는 가해자의 고의, 과실의 입증책임이 피해자 쪽에 있는데,¹⁴⁾ 채무불이행 책임의 경우는 고의, 과실의 입증책임이 채무자

14) 예를 들어, 오석락, 입증책임론, 박영사, 2002, 183쪽, 오석락 변호사는 “고의과실은 불법행위의 일반성립요건이므로 의료과오를 불법행위로 구성하는 경우 피해자(피해자) 쪽에서 가해자(의사)의 귀책사유를 입증할 책임을 부담하는 점에 대하여는 본래부터 의문이 있을 수 없다.”고 하고 있다. 이 견해가 바로 통설인 법률요건분류설의 입장에 선 것이다. 그러나, 이 논문은 이렇게 당연하다는 명제에 대하여 의문을 제기하고, 그렇지 않고, 고의과실의 입증책임은 의사에게 있다는 주장을 펴는 것이다.

즉 가해자 쪽에 있다고 본다.¹⁵⁾ 따라서, 피해자 쪽에서는 불법행위 책임보다는 계약 책임 쪽이 입증에 있어서 더 유리하다는 결론에 이르게 된다.

그러나, 이러한 논의는 다음 두 가지 이유 때문에 별로 쓰임새가 없다.

첫째로, 적극적 채권침해로 손해를 입어서 손해배상을 구하는 소송에서 그 청구권의 근거를 채무불이행 책임으로 볼 것인가, 불법행위 책임으로 볼 것인가는 원고나 피고가 주장할 일이 아니고, 법원이 판단할 일이다.

본래, 재판에서 당사자는 법률을 주장하지 않고, 사실을 주장하면 되는 것이고, 그 주장 사실이 법률이 정하는 요건에 들어맞아서 그 법률이 정한 효과를 원고 또는 피고에게 줄 것인가 말 것인가는 법원이 판단하여 정할 일이다.

적극적 채권침해에 관한 소송이 제기되면 피해자 쪽은 앞에서 거론한 채무불이행으로 인한 손해배상 책임의 요건사실과 불법행위 책임의 요건사실을 모두 주장한다. 즉, 앞의 요건사실은 ① 채무불이행, ② 손해발생, ③ 인과관계, ④ 고의 또는 과실이고, 불법행위의 요건사실은 ① 위법한 행위, ② 손해발생, ③ 인과관계, ④ 고의 또는 과실인데, 이 요건사실은 실제로는 겹친다. 즉, 채무불이행 사실이나 위법한 행위나 같은 사실인 것이다.

따라서, 피해자 쪽은 이런 요건사실을 주장하고, 따라서 손해를 물어 달라고 청구하면 되는 것이고, 이것이 채무불이행 책임인지, 불법행위 책임인지를 주장할 필요가 없다. 판사가 그 주장이 어떤 법 규정에 맞는지를 가려서 판결을 해 주어야 하는 것이다.

그런데, 실무에서는 판사가 원고 또는 피고에게 어떤 법 규정에 의하여 권리를 주장하는가를 묻는 경우가 많다. 즉, 적극적 채권침해로 인한 손해배상을 청구하는 소송의 경우에 판사가 원고에게 채무불이행 책임을 주장하는 것입니까, 아니면 불법행위 책임을 주장하는 것입니까 하고 묻는 경우가 있다.

그러나, 이것은 판사가 참고하고자 묻는 것으로 보아야 한다.

예를 들어 원고는 위에서 거론한 다섯 가지 요건사실을 모두 주장하면서, 채무

15) 예, 오석락, 앞의 책, 182쪽.

불이행 책임으로 손해배상을 청구하였는데, 판사가 보기에 채무불이행 책임은 인정되지 않고, 불법행위로 인한 손해배상에는 해당된다고 본다면, 판사는 원고의 청구를 기각하여서는 아니 되고 불법행위로 인한 손해배상을 인정하여야 한다.

따라서, 이런 사정이므로, 원고인 피해자 쪽에서 계약 책임을 주장하는 것이 유리한가 불법행위 책임을 주장하는 것이 유리한가를 따질 일이 아니게 되는 것이다.

이상과 같은 주장은 이른바 新訴訟物理論에 의한 것이고, 실무와 다르다. 우리 실무 즉 판례는 아직 舊訴訟物理論을 취하고 있으며, 구소송물이론에 의하면 법원은 당사자에게 소송의 대상물 즉 訴訟物이 무엇인가를 확인할 필요가 있다. 즉, 구소송물이론에 따르면 민법 제390조에 의하여 손해배상을 청구하는 것과 민법 제750조에 의하여 손해배상을 청구하는 것이 서로 다른 소송이다. 그래서, 예를 들어 불법행위를 원인으로 하여 손해배상을 청구하는 소송을 제기하여 패소를 했다고 하더라도, 다시 민법 제390조를 근거로 다시 소송을 제기할 수 있으며, 이것이 既判力에 저촉되지 않는다. 그러므로, 법원은 원고에게 도대체 소송에서 구하는 것 즉 소송물이 민법 제390조에 의한 것이냐 아니면 민법 제750조에 의한 것인가를 확인할 필요가 있게 되는 것이다.

이 구소송물이론에 대하여 많은 이론이 제기되어 왔다. 이 이론에 있어서의 가장 큰 문제점은 우리 법제도가 법을 모르는 보통 사람이 소송을 수행할 수 있도록 하고 있다는 점에 있다. 우리나라에서는 법을 모르는 보통 사람이 소장을 낼 수 있으며, 법정에 나가서 변론을 할 수 있다. 이와 같이 법정에 나온 법을 모르는 원고에게 판사가 원고의 청구가 민법 제390조에 의한 것인지, 민법 제750조에 의한 것인지를 물으면, 원고는 대답을 할 수 없게 된다. 구소송물이론에 의하면 이런 경우 법원은 원고의 의도를 짐작하여 그것이 민법 제390조에 의한 청구인지, 민법 제750조에 의한 청구인지를 정하여 판결을 하여야 하는 것이다.

신소송물이론은 청구권에 따라 소송물을 달리하는 것이 아니라, 그 법률관계 자체를 소송물로 하므로, 법원이 당사자에게 적용할 법률이나 소송물을 물어볼 이유

가 없고 법원이 알아서 그것이 민법 제390조에 맞는가, 민법 제750조에 맞는가를 따져서 판결을 내려 주어야 하는 것이다.

이 논문을 쓰는 이는 신소송물이론에 찬동하며 이 이론에 따라 논리를 전개하는 것이다.

둘째로, 고의, 과실은 주관적 요소로서 가치판단의 문제일 따름이기 때문에 실제로 그 입증책임이 문제가 되지 않는다.

채무불이행 또는 불법행위의 요건사실 중 나머지 세 가지 즉 채무불이행 또는 위법한 행위, 손해의 발생, 인과관계는 객관적인 사실이고, 고의 또는 과실은 행위자인 행위자가 사실을 알았는가 또는 마땅히 알아차려야 하는데, 알지 못 했다고 하는 행위자의 정신상태를 따지는 주관적인 요건인 것이다.

그런데, 실제로는 객관적인 요건사실인 채무불이행 또는 위법한 행위 그리고 인과관계가 밝혀지면 행위자의 정신상태인 과실이 있었는가 여부는 대부분 드러나게 된다.

예를 들어, 교통사고의 경우는 자동차손해배상보장법 제3조는 일반적인 불법행위 책임과는 달리 교통사고에 있어서의 고의, 과실의 입증책임을 자동차 운전자에게로 전환시켜 놓았다고 본다. 그러나, 실제로는 교통사고에 관한 한 과실의 입증책임이 실무에서 문제되는 경우가 전혀 없다고 하여도 지나친 말이 아니다. 그것은 다름 아니라, 교통사고가 발생하면, 공무원인 경찰관이 교통사고가 어떻게 일어났는지를 조사하여 기록으로 만들어놓기 때문이다. 판사는 자동차 사고 수사기록을 읽어보면 자동차 운전자의 위법한 행위와 인과관계를 쉽게 파악할 수 있고, 그 기록으로 위법한 행위와 인과관계를 판단한 판사는 쉽게 과실이 있었는지 없었는지를 가릴 수 있기 때문에, 과실이 있었는지 없었는지가 불분명하여 입증책임의 분배이론에 따른 판결을 할 이유가 없어지는 것이다.

적극적 채권침해로 인한 손해배상 소송에서는 채무불이행 행위 또는 위법한 행위 그리고 인과관계가 드러나면 가해자의 과실 여부는 쉽게 판단할 수 있는 일이 된다. 예를 들어 수술을 한 의사가 수술이 끝난 후에 수술가위를 배 안에 놓아 둔

채로 개복한 부분을 꺾어버린 사실이 밝혀졌다면 이것은 두 말할 나위 없이 의사에게 과실이 있다는 것을 알 수 있는 것이다.

물론, 이것은 저절로 다 되는 것은 아니고, 과연 가해자가 위법한 행위를 알아차리고 그것을 막아야 할 의무가 있었는가 없었는가 하는 판단이 필요하다. 이것을 밝히기 위하여 가해자에게 요구되는 주의의무의 정도가 어떠한가 하는 사실의 입증책임이 문제가 된다.

그러나, 대부분의 경우에 가해자가 채무의 불이행 또는 위법한 행위를 알아차리고 막아야 할 의무가 있는 것인지 아닌지는 보통 사람으로서 쉽게 가릴 수 있는 것이기 때문에 결국 과실의 입증책임이 어느 쪽에 있는가 하는 것은 큰 문제가 아닌 것이다.

실제로 입증책임에서 중요한 것은 원인행위(채무불이행 사실 또는 위법한 행위)와 인과관계의 입증책임이다. 원인행위와 인과관계가 밝혀지면 과실 여부는 쉽게 판단이 되는 것이다.

4. 입증하여야 할 요건사실

위에서 살펴 본 바와 같이 불완전이행 또는 적극적 채권침해에 의하여 손해를 입은 채권자는 민법 제390조에 의하여 손해를 배상받을 수 있고, 또한 민법 제750조에 의하여도 손해를 배상 받을 수 있다. 그렇다면, 이 두 조항은 어떠한 요건사실을 규정하고 있으며, 채권자가 손해를 배상 받기 위하여는 어떠한 요건사실을 입증하여야 하는지를 살펴보아야 한다.

(1) 두 경우의 요건 사실

(가) 채무불이행 책임(민법 제390조)의 경우

민법 제390조는 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정한다.

그러므로, 민법 제390조에 의하여 채권자가 채무자에게 손해배상을 구하려면 첫

째로 채무자가 그 채무를 이행하지 않았다는 사실이 드러나야 하고, 둘째로 손해가 발생해야 하고, 셋째로 채무를 이행하지 않았기 때문에 그 손해가 생겼다는 인과관계를 밝혀야 하고, 넷째로 채무를 이행하지 아니한 것이 채무자의 고의 또는 과실로 인한 것이 밝혀져야 한다.

(나) 불법행위 책임(민법 제750조)의 경우

민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정한다.

따라서, 이 경우는 첫째로 위법한 행위가 있었다는 사실이 밝혀져야 하고, 둘째로 그 위법행위가 고의, 또는 과실로 인하여 발생하였다는 사실이 밝혀져야 하고, 셋째로 손해가 발생해야 하고, 넷째로 그 위법한 행위 때문에 그 손해가 생겼다는 因果關係를 밝혀야 한다.

(다) 비교정리

이것을 정리하면,

채무불이행의 경우 ① 채무불이행, ② 손해발생, ③ 인과관계, ④ 고의 또는 과실

불법행위의 경우 ① 위법한 행위, ② 손해발생, ③ 인과관계, ④ 고의 또는 과실

이 그 밝혀져야 한다는 것을 알 수 있다.

이것을 견주어보면 ② 손해발생, ③ 인과관계, ④ 고의 또는 과실은 같고, 다만 채무불이행의 경우는 채무불이행 사실, 불법행위의 경우는 위법한 행위가 더해져 있는 것이다.

그런데, 사실은 이 채무불이행 사실과 위법한 행위는 같은 것으로 보인다. 즉, 적극적 채권침해에 있어서는 채무불이행 사실과 위법한 행위는 같은 행위를 법률

적으로 다른 관점에서 평가한 것으로 판단된다. 위법한 행위는 모두 채무불이행은 아니지만, 채무불이행은 기본적으로 위법한 행위이다. 즉, 앞에서 본 바와 같이 채무는 이행되어야 한다는 대원칙에 따라 채무를 이행하지 않거나, 다르게 이행하여 영똥한 손해를 끼치면 그것은 위법한 행위가 되고 불법행위가 된다. 채무불이행이 위법하지 않은 경우를 생각할 수 있는데, 그것은 위법성조각사유(違法性阻却事由)가 있는 것으로서, 불법행위가 되지 않을 뿐 아니라, 위법성이 없어지기 때문에 민법 제390조에 의한 채무불이행 책임도 지지 않는 것으로 보인다. 따라서, 채무자가 민법 제390조에 의하여 손해배상 책임을 져야하는 경우라면 그것은 거의 대부분 민법 제750조에 의한 불법행위 책임도 지는 것으로 보인다.

따라서, 결국 채무불이행으로 인한 손해배상이나 불법행위로 인한 손해배상이나 그 요건이 같다고 할 수 있다.

그리고, 이 네 가지 요건은 서로 밀접한 관련이 있다.

결국 두 경우의 요건사실은 ① 원인행위(채무불이행 또는 위법한 행위), ② 손해 발생, ③ (①과 ②의) 인과관계, ④ 고의, 과실의 네 가지로 나누어 볼 수 있고, 이것을 도표로 나타내 보면 다음과 같다.

① 원인행위 ----- ③ 인과관계 -----> ② 손해발생
 (채무불이행,
 위법한 행위) + ④ 고의, 과실

그리고, 이 요건을 이렇게 네 가지로 나누어 놓으면 편리하다. 그래서, 앞으로 이것을 요건 ①, 요건 ②, 요건 ③, 요건 ④로 표현하기로 한다.

이것을 의료과실을 예로 들어보면 다음과 같다.

① 가위를 배 안에 넣고 꿰맨 행위 --- ③ 그래서 복막염을 일으켜 → ② 사망

또는 잘못 하여 동맥을 자른 행위 --- 지나친 출혈로 → 사망

④ 조심해서 가위를 넣고 봉합하지 않아야 하고, 동맥을 자르지 않은 의무가 있는데, 그 의무를 위배했다.

이 예에서 보면 채무불이행 행위와 위법한 행위는 같은 행위에 대한 다른 법적인 평가인 것을 확인할 수 있다. 즉, 의사가 가위를 배 안에 놓아 둔 채로 개복한 부분을 봉합하는 행위나, 잘못 해서 동맥을 자른 행위는 채무불이행 행위일 뿐 아니라 위법한 행위이기도 하다.

(2) 요건 ① 원인행위

(가) 채무불이행 행위(채무불이행 책임의 요건)

민법 제390조의 채무불이행을 근거로 손해배상을 청구하려면, 먼저 채무가 있어야 하고, 그 채무를 이행하지 않아야 한다.

‘債務’라고 하는 것은 物權에 對比되는 債權의 반대개념인 債務를 말한다. 우리 민법은 재산권을 對世的 효력이 있는 강력한 권리 즉 物權과 대세적 효력이 없는 보통의 권리인 債權 그리고, 기타 특수한 재산권으로 나누어 규정하고 있다. 그리고, 채권의 발생 원인으로 계약, 사무관리, 부당이득, 불법행위의 네 가지를 想定하여 그 네 가지에 관한 규정을 두고 있다.

그러므로, 계약, 사무관리, 부당이득, 불법행위로 인하여 채권, 채무가 발생하는 것이며, 이 채무가 민법 제390조의 채무불이행의 전제가 되는 채무이다. 보통 390조의 채무불이행은 계약에서 생기는 채무의 불이행만을 생각하는데, 그렇지 않고 사무관리, 부당이득, 불법행위로 인하여 생겨나는 채무를 이행하지 않는 경우도 390조가 적용되는 것이다. 다만, 불법행위는 750조에서 불법행위로 인한 손해배상 규정을 두고 있기 때문에 불법행위로 인한 채무라는 것이 손해를 배상하는 채무이기 때문에 이 채무를 이행하지 않는다고 하여 다시 손해배상 책임이 발생한다는 것은 결국 중복이기 때문에 390조의 채무불이행 책임을 거론할 필요가 없다.

채무의 존재를 입증한다는 것은 결국 계약, 사무관리, 부당이득 또는 불법행위의 원인사실을 입증하는 것이다.

나아가, 채무의 불이행은 채무를 이행하지 않았다는 사실을 밝히는 것이다. 그리고, 나아가 통설은 채무불이행을 채무를 이행하지 않았다는 不作為만을 뜻하는 것이 아니라 채무의 내용이 아닌 다른 엉뚱한 짓을 했다는 作為까지 포함하는 것으로 보고, 이 이론에 의하여 채무불이행이 성립되는 것으로 보고 이 논의를 전개하고 있는 것이므로, 채무 이외의 어떤 짓을 했는지를 입증해야 하는 것이다.

다만, 통설은 계약의 主債務 또는 主給付義務 이외에 '기본채무 이외의 容態義務'¹⁶⁾ 또는 '附隨義務'¹⁷⁾라는 것이 있어서 이것도 계약의 내용이라고 보며, 그 의무를 위반한 것이 불완전이행 또는 적극적 채권침해로서 채무불이행이 된다고 본다.

그렇다면, 기본채무 이외의 용태의무 또는 부수의무를 위반한 사실을 입증하여야 하는 것이다.

병든 송아지의 경우, 송아지 매매계약을 입증하여야 하며, 건강한 송아지가 아니라 병든 송아지를 넘겨준 사실을 입증해야 하는 것이다. 의사가 잘못 하여 환자가 죽었다면, 의사가 어떤 행위를 하였기에 환자가 죽음에 이르렀는가를 입증하는 것이다.

여기서 '입증하여야 한다'고 하는 것은 원고 또는 권리를 주장하는 쪽이 입증하여야 한다는 뜻이 아니다. 즉, 피해자 쪽에게 입증책임이 있다는 뜻이 아니다. 여기서 입증하여야 한다는 것은 그러한 사실이 인정되어야 한다는 것이고, 만일 그러한 사실이 있었는지 없었는지가 불분명할 때는 어떻게 판단할지는 별개의 문제이고, 바로 그것을 해결하는 것이 이 논문의 주목적이며, 이는 뒤에서 자세히 따로 논할 것이다.

16) 박윤직, 채권총론, 박영사, 2003, 125쪽

17) 양창수 교수는 부수의무 위반을 불완전이행과는 다른 별개의 채무불이행의 유형이라고 주장한다. 즉, "계약의 당사자들은 급부를 실행하여야 할 뿐만 아니라, 계약의 명시적인 내용이나 법률의 규정 또는 신의칙이 요구하는 바에 따라, 상대방이 그 계약의 체결에 의하여 달성하고자 하는 목적의 실현에 필요한 일정한 행태에의 의무 또는 그 목적의 실현을 좌절시키는 행태를 하지 아니할 의무도 부담하는 것"인데, 이것이 부수의무이고, 이것은 불완전이행의 한 모습으로 볼 것이 아니라 독자적인 불이행 유형으로 파악하는 것이 합목적적이라 한다. 그 이유는 이 경우는 무엇보다 완전이행 청구가 문제되지 않기 때문이라 한다. 양창수, 민법주해, 제IX권, 박영사, 345쪽. 이것을 다른 채무불이행의 유형으로 본다고 하더라도, 결국 그런 경우에 민법 제390조의 채무불이행 책임을 지우자는 것이다.

(나) 위법한 행위(불법행위의 요건)

민법 제750조의 불법행위는 위법한 행위를 주요요건으로 한다. 위법한 행위는 법을 어기는 행위이다. 그리고, 계약을 위반하는 것은 위법한 행위이다. 나아가 계약 뿐 아니라 다른 원인으로 생겨난 채무도 이행하지 않으면 위법이다. 따라서, 채무불이행 행위는 위법한 행위가 된다. 그러므로, 적극적 채권침해의 경우에는 채무불이행 책임과 불법행위 책임이 경합하게 되는 것이다.

결국 위법한 행위를 입증한다는 것은 채무자가 해서는 안 될 짓을 하여 나쁜 결과가 발생한 사실을 밝히는 것이다.

병든 송아지를 넘겨준 사실, 목수가 집을 고치다가 집을 무너뜨린 사실, 의사가 수술을 하다가 동맥을 자른 사실, 또는 수술이 끝나고 가위를 배 안에 넣어 둔 채로 개복한 곳을 봉합하는 것이 곧 위법한 행위인 것이다.

違法성과 過失은 구별되어야 한다. 위법성은 그 행위가 사회적으로 용납되지 않는다는 것을 客觀적으로 판단한 것이고, 과실은 그러한 행위를 마땅히 알아차리고 하지 말아야 하는데, 그것을 알지 못 하고 잘못을 저지른 主觀적인 잘못의 판단이다.

(3) 요건 ② 손해의 발생

채무불이행 책임에 의하든, 불법행위 책임에 의하든 채무자의 행위로 인하여 채권자가 손해를 입어야 그 손해를 배상하라고 할 수 있다.

병든 송아지 때문에 건강한 소가 죽었다면 죽은 소 값이 손해일 것이고, 목수가 집을 무너뜨렸다면 무너진 집을 다시 세우는 비용이 손해가 될 것이다. 의사의 잘못된 치료로 사람이 죽었다면, 그 사람이 죽지 않았으면 벌었을 돈, 장례비, 본인 및 가족들의 위자료 따위가 손해이다.

(4) 요건 ③ 인과관계

채무자가 책임을 지자면 원인행위(채무불이행 행위 또는 위법한 행위)가 원

인이 되어 손해를 발생시켜야 한다. 즉, 원인행위와 손해 사이에 因果關係가 성립 되어야 한다.

인과관계는 단순히 원인이 되어 결과가 발생되었다는 관계를 말하는 것이 아니다.

우리 민법학은 相當因果關係說을 취한다. 이것은 어떤 사실이 원인이 되어 그 결과가 나와야 하거니와, 보통 그러한 원인이 있으면 그러한 결과가 일어난다고 할 수 있는 관계가 되어야 인과관계가 있다고 하는 것이다.¹⁸⁾ 달리 표현하면 어떤 사실을 발생시킨 모든 조건 중에서 우연한 사정 또는 그 채무불이행에 따르는 특수한 사정은 빼고 일반적인 것만을 원인으로 보는 것이다.¹⁹⁾

예를 들어, 교사가 다른 학생들이 보는 가운데에 어떤 학생을 마구 야단쳐서 그 학생이 창피스러워서 다른 학생들을 피하여 산 밑으로 가서 숨어 있었는데, 마침 산에서 바위가 굴러 내려와 덮쳐서 그 학생이 깔려죽었다면, 학생이 교사에게 야단을 맞지 않았다면 산 밑으로 가지 않았을 것이고, 그러면 바위에 깔려죽지 않았을 것이기 때문에 교사의 훈계는 분명히 학생의 죽음의 원인이 되었다. 그러나 보통 교사가 학생을 야단친다고 하여, 대부분의 학생들이 산 밑으로 간다고 할 수 없을 뿐 아니라 그러한 경우에 바위가 굴러 내려오는 일도 보통 일어나는 것이 아니므로, 결국 이러한 사건은 우연히 작용한 것일 뿐이고, 교사의 훈계와 학생의 죽음 사이에는 상당인과관계가 없는 것이다.

그리고, 학설, 판례 중에는 인과관계의 개념을 잘못 파악하고 있는 경우가 있다. 예를 들어, 판례 중에는 “주의의무의 위반과 손해발생과의 사이에 인과관계”(대법원 2005. 9. 30. 선고 2004 다 52576 판결, 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결), “의료상 과실과 그 결과 사이의 인과관계”(대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다19486 판결), “과실과 손해발생 사이의 인과관계”(대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결)라는 표현이 있는데, 즉, 이 판례들은 주의의무 위반 또는 과실과 발생한 손해 사이에 인과관계가 존재하여야 한다고 판시하고 있는 것이다.

18) 박윤직, 앞의 책, 112-115쪽. 김상용, 앞의 책 168-171쪽, 이은영, 앞의 책, 283쪽.

19) 지원립, 민법주해 제IX권, 박영사, 1995, 495쪽

또한, 독일의 입증책임 전환이론을 소개하면서, 그 내용이 “의사가 당해 사건에 있어서 일반적으로 현실적인 손해를 발생시키기에 적합한 중대한 과실을 저지른 경우에는 의사는 그 과실이 손해의 원인이 아니라는 점에 대한 입증책임을 부담한다”는 것이다.²⁰⁾라고 한 표현이 있다. 즉, 과실과 손해 사이의 인과관계를 의사가 입증하도록 하는 것이라는 것이다.

그러나, 인과관계는 채무불이행 행위 또는 위법한 행위와 발생된 손해 사이의 관계인 것이지, 주의의무 위반 또는 고의, 과실과 손해 사이의 관계가 아니다.

앞에서 분석한 바와 같이, 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상의 구조는 ① 채무불이행 또는 위법한 행위라는 채무자의 원인행위가 존재하고, 그 원인행위가 원인이 되어 ② 손해를 발생시키는 ③ 인과관계가 있어야 하고, 그러한 과정에 대하여 행위자에게 ④ 고의, 과실이 있어야 하는 것이다.

즉, 인과관계는 채무불이행 또는 위법한 행위와 손해발생 사이의 인과관계인 것이지, 주의의무 위반과 손해발생 사이의 인과관계가 아닌 것이다.

고의 또는 과실은 행위자의 주관적 요소 즉 정신상태인 것이다.

故意는 어떤 행위를 하면 어떤 결과가 발생한다는 것을 알면서 하는 것이다. 즉, 원인과 결과 사이의 관계 즉 인과관계를 아는 것이 바로 고의이다. 따라서, 고의와 손해 발생 사이에 인과관계를 따질 수가 없다.

過失은 그런 행위를 하면 그러한 결과가 발생한다는 사실을 알지 못 하고 잘못하여 그런 일을 한 것이다. 과실에는 두 가지가 있다. 즉, 하나는 자기가 위법한 행위를 한다는 것을 모르는 것이고, 둘째는 자기가 한 행위는 알았는데, 그 행위가 그런 결과를 불러온다는 인과관계를 모르는 것이다. 그렇기 때문에 과실과 손해 발생 사이도 인과관계를 따질 수가 없는 것이다.

사람들은 주의의무 위반이라는 개념에 집착하여, 주의의무 위반과 손해 발생 사이의 인과관계를 따져야 한다고 생각하나, 가만히 생각해 보면 그럴 필요가 없으며, 그것을 따지는 것이 무의미하다는 것을 알 수 있다. 주의의무 위반은 과실이고, 앞에서 본 바와 같이 과실은 두 가지이다. 즉, 자기가 위법한 행위를 하는 것

20) 오석락, 앞의 책, 187쪽

을 모른 것과 그 행위를 하는 것은 알았으나 나쁜 결과를 가져온다는 인과관계를 몰랐다는 것이다. 그런데, 이와 같이 두 가지 모른 경우에 무조건 행위자가 배상책임을 지는 것이 아니다. 즉, 그 행위자가 마땅히 조심해서 위법한 행위를 하지 말아야 하는데, 그 조심할 의무를 다하지 않아서 위법한 행위를 한 것이거나, 마땅히 그러한 행위가 그러한 손해를 불러오는 것을 알아차려야 하는데, 조심하지 않아서 그 인과관계를 알아차리지 못한 경우에만 책임을 진다. 이와 같이 위법한 행위를 하지 않도록 조심할 의무 그리고, 어떤 행위가 나쁜 결과를 불러온다는 것을 알아차려야 할 의무 이런 의무를 위반하여 위법한 행위를 저지르거나, 나쁜 결과가 나오도록 만든 것이 주의의무 위반이다.

이 점에서 1940년대의 독일제국대법원(Reichsgericht) 판결이 “의사가 잘못된 치료행위를 통하여 피해자를 위험에 처하게 한 경우에는 잘못된 치료행위와 손해 사이에 인과관계가 없음을 의사가 입증하여야 한다고 하였다.”²¹⁾고 한 것은 인과관계가 채무불이행 행위 또는 위법한 행위와 손해 사이의 관계라는 것을 정당하게 파악한 표현인 것이다.

즉, 위에서 주의의무 위반과 손해발생 사이의 인과관계 또는 과실과 손해 사이의 인과관계라는 것은 위법한 행위와 손해발생 사이의 인과관계인 것을 잘못 표현한 것으로 보이는 것이다.

(5) 요건 ④ 故意 또는 過失

(가) 채무불이행과 불법행위의 고의, 과실 요건

채무자가 채무를 이행하지 아니하였다고 하여도 고의와 과실이 없으면, 배상책임을 지지 않으며(민법 제390조), 가해자는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 남에게 해를 끼친 때에만 배상책임을 진다(민법 제750조).

따라서, 채무불이행이던지, 불법행위이던지 두 경우 모두 가해자의 고의, 과실이 증명되어야 한다.

21) 강봉수, 의료소송에 있어서의 증명책임, 재판자료 제27집 의료사고에 관한 제문제, 법원행정처, 1985, 317쪽.

(나) 고의

故意란 위법한 행위를 하는 것을 알면서 그와 같이 했다는 것이다.

고의의 뜻에 대하여는 학설은 “일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태”²²⁾라고 설명하기도 하고, “고의의 성립에는 단지 채무불이행의 결과 발생에 대한 인식만으로는 부족하고 나아가 意志的要素가 필요한데 이는 적극적인 의욕의 경우는 물론이고, 認容하는 것으로도 족하다”²³⁾라고 하기도 한다.

고의의 뜻에 대하여는 刑法學에서 깊이 다루어지고 있다. 그것은 형법이 기본적으로 故意犯만을 처벌하고, 過失犯은 특별한 규정이 있어야만 처벌하기 때문에 고의와 과실의 뜻을 명백하게 가릴 필요가 있기 때문이다. 그러나, 민사적인 법률관계에서는 많은 경우에 고의와 과실의 효과를 같은 것으로 규정하고 있다. 그러한 경우에는 고의와 과실의 차이를 따질 필요가 없다. 그러나, 민법에서도 고의로 인한 경우에 대하여만 법률효과를 부여한 규정이 있기 때문에 고의의 개념을 정립할 필요는 있다.

형법에서는 故意를 構成要件 사실의 認識과 意思로 이해한다.²⁴⁾ 즉, 자기가 어떤 행위를 하는 것인지를 알고서 하였는데, 그것이 구성요건에 해당하는 행위인 것이다. 그 행위가 위법하다는 것을 알 필요도 없고, 그러한 결과 발생을 의욕할 필요도 없다.

이러한 논의는 민법에서도 마찬가지이다. 민사법에서의 고의는 행위자가 무슨 일을 해서 어떤 결과가 발생한다는 것을 알면서 그러한 일을 하는 것이다. 그것을 적극적으로 의욕하여야 할 필요가 없다.

우리가 문제 삼는 것은 가해자가 어떤 위법한 행위를 하고, 그 행위가 원인이 되어 나쁜 결과 즉 손해가 생긴 경우이다. 가해자가 위법한 행위나 나쁜 결과를 알기만 하고 의욕하지 않는다고 하더라도, 가해자는 그 나쁜 결과를 막지 않는 것이니, 따라서 가해자에게 고의가 있다고 하면 그것은 가해자가 일부러 피해자에게

22) 박윤지, 채권각론, 박영사, 2003. 388쪽

23) 양창수, 민법주해, 제IX권, 356쪽

24) 이재상, 형법총론, 박영사, 2006, 158-159쪽.

손해를 가한 것이 된다. 이것은 가해자가 피해자에게 원한이 있거나 달리 어떤 목적이 있어서 하는 짓일 것이고, 따라서 그 행위에 대하여 가해자가 배상책임을 지는 것은 당연한 것이다. 그러나, 실제로는 이러한 일은 별로 없어서, 별로 문제가 안 된다.

(다) 과실

過失이란 어떤 나쁜 행위를 하려고 한 것이 아닌데 잘못하여 한 것이다. 즉, 보통 사람이라면 조심하여 그런 행위를 하지 않는데, 주의를 게을리 하여 그만 해 버린 것이다.

고의는 자기가 무슨 행위를 하는지 알고 그 행위가 나쁜 결과를 불러오는지 알고서 하는 것이고, 과실은 자기가 무슨 일을 하는지 모르고 한 경우 또는 무슨 일을 하는지 알았으나, 그것이 나쁜 결과를 가져온다는 것을 모르고 한 경우이다.

과실로 인하여 나쁜 결과가 온 경우는 두 가지 경우로 나누어진다. 첫째는 자신이 하는 위법한 행위 자체를 알지 못 하는 경우이고, 둘째는 자신이 하는 일이 무슨 일인지 알았으나, 그 행위가 나쁜 결과를 가져온다는 사실을 모른 경우이다.

학설 중에 과실을 “자신의 행위(부작위를 포함한다)에 의하여 채무불이행의 결과가 발생함을 인식(예견)하고 또 나아가 이를 회피하여야 함에도 불구하고, 이를 인식하지 못 하거나 또는 인식하였어도 이를 회피하지 못함으로써 그 행위에 의하여 채무불이행의 결과가 발생한 경우”²⁵⁾라고 설명하는 학설이 있다. 이 학설은 채무자의 豫見義務와 回避義務를 합친 注意義務를 전제로 하고,²⁶⁾ 결국 그 의무를 게을리 하여 결과를 예견하지 못 하여서 결과가 발생되게 하였거나, 예견은 했으나, 막을 조치를 취하지 않아서 결국 결과가 발생되었다는 뜻으로 이해되는데, 이러한 설명은 앞의 과실의 두 가지 경우 중에서 두 번째 경우를 설명하는 것이 될 수 있으나, 첫 번째 경우는 제대로 설명하지 못 하는 것이다.

첫 번째 경우는 다음과 같은 것이다.

25) 양창수, 앞의 책, 357쪽

26) 양창수, 앞의 책, 357쪽

의사가 수술을 마치고 가위를 창자 안에 놓아 둔 채로 봉합을 해 버렸다면, 의사는 가위가 창자 안에 남아 있으면 피해자가 죽거나 큰 일 난다는 사실을 예견하지 못 하는 것이 아니다. 의사는 가위를 창자 안에 놓아두면 안 된다는 사실을 알면서 깜빡 주의를 게을리 하여 가위를 창자 안에 놓아두고 꿰매 버린 것이다. 즉, 주의를 기울여서 가위를 창자 안에 놓아 둔 채로 꿰매는 일을 하면 안 되는데, 주의를 게을리 하여 그만 그런 행위 자체를 알지 못 하고 그런 행위를 한 것이다.

더 나아가 의사가 수술 도중에 실수로 멸균한 동맥을 잘라서 피해자가 죽은 경우도 마찬가지이다. 의사는 동맥을 자르면 피해자가 죽는다는 것을 너무도 잘 안다. 이것을 예견하고, 회피할 의무를 논할 필요가 없다. 의사는 그런 의무를 떠나서, 동맥을 자를 생각이 전혀 없었는데, 실수로 전혀 뜻하지 않게 동맥을 자른 것이다.

따라서, 과실은 예견의무, 회피의무로 설명할 것이 아니라, 조심해서 그런 행위를 하면 안 되는데, 그만 주의를 게을리 하여 위법한 행위를 하고 말았다는 것으로 이해해야 한다.

둘째의 경우를 설명하는 예는 의사가 어떤 피해자에게 페니실린 주사를 놓으면 그 병이 나을 것으로 알고서 페니실린을 주사하였는데, 병이 낫기는커녕 페니실린의 부작용으로 죽음에 이른 경우이다. 그리고, 그러한 피해자의 상태에서는 페니실린을 놓으면 안 된다는 사실이 의학계에 잘 알려져 있었는데, 그 의사가 그것을 모르고 페니실린을 주사하여 피해자가 죽은 경우이다.

이러한 경우, 의사는 자신이 페니실린을 주사한다는 사실을 안다. 단지, 그 피해자의 상태에서 페니실린이 부작용을 일으켜 나쁜 결과를 가져온다는 사실을 모른 것이다.

따라서, 과실이란 두 가지 경우를 아울러야 하므로, 행위자가 실수로(주의의무를 위반하여) 행위 자체를 모르거나(인식하지 못 하거나), 자신의 행위가 나쁜 결과를 가져온다는 것을 모르고 행하는 것이라고 이해하여야 한다. 그리고, 행위자에게 마땅히 그 행위를 알고서 하지 말아야 할 주의의무 또는 그러한 나쁜 결과가 온다는 것을 예견하고, 그런 행위를 하지 말아야 할 주의의무가 있어야 하는 것이다.

(라) 고의, 과실과 有責事由

통설은 고의, 과실을 책임 있는 사유, 또는 有責事由 또는 歸責事由와 같은 것으로 본다.²⁷⁾ 즉, 책임 있는 사유가 있다는 것은 고의 또는 과실이 있다는 것이고, 책임 없는 사유라는 것은 당사자에게 고의와 과실이 없는 것이라는 뜻으로 보는 것이다.

반면에 귀책사유 또는 유책사유를 고의, 과실과 다르게 보는 학설이 있다. 그 학설은 귀책사유는 고의, 과실을 넘어 더 넓은 개념이라고 하며, 채무불이행은 귀책사유를 성립요건으로 하며, 고의, 과실 만에 한정하지 않는다²⁸⁾고 한다. 나아가, 귀책사유는 책임주체 자신의 고의, 과실 뿐만 아니라 신의칙상 이와 동등시되는 사유 즉 이행보조자의 고의, 과실 등도 포함하는 것이므로, 고의 또는 과실보다 더 넓은 개념이라고 한다.²⁹⁾

이 논문을 쓰는 이는 통설과 위 반대설에도 반대한다.

민법은 제202조(점유자의 회복자에 대한 책임), 제315조(전세권자의 손해배상책임) 제1항, 제362조(저당물의 보충), 제538조(채권자 귀책사유로 인한 이행불능) 제1항 본문, 제546조(이행불능과 해제), 제600조(이자계산의 시기), 제729조(중신정기금 채무자 귀책사유로 인한 사망과 채권존속선고) 제1항에서 “책임 있는 사유로”라는 규정을 두고 있고,

제537조.(채무자위험부담주의) 제538조(채권자 귀책사유로 인한 이행불능) 제1항 단서, 제686조(수입인의 보수청구권) 제3항, 제908조의 4(친양자 입양의 취소 등) 제1항에서 “책임 없는 사유로”라는 규정을 두고 있다.

이 규정 중에서 채무불이행과 관련 있는 제537조, 제538조 제1항, 제546조를 살펴보기로 하자.

채무자위험부담주의를 규정한 제537조는 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 “책임 없는 사유로” 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행

27) 박윤직, 채권총론, 박영사, 2003, 63, 72, 77쪽 등, 양창수, 앞의 책, 351쪽, 김준호, 앞의 책 49쪽, 이은영, 앞의 책, 245쪽 등.

28) 김상용, 앞의 책, 103쪽.

29) 김형배, 앞의 책, 128쪽.

을 청구하지 못한다고 규정한다.

채권자 歸責事由로 인한 雙務契約의 이행불능을 규정한 제538조 제1항은 “쌍무 계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 ‘책임 있는 사유로’ 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다.”고 규정한다.

履行不能의 경우의 계약 해제를 규정한 제546조는 채무자의 “책임 있는 사유로” 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다고 규정한다.

민법은 이러한 규정에서 고의, 과실이라는 말을 쓸 수 있는데, 그러한 말을 쓰지 않고 책임 있는 사유, 책임 없는 사유라는 말을 쓰고 있다. 예를 들어, 민법 제202조는 “점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때”라고 규정하고 있다. 이 규정은 “점유물이 점유자의 고의 또는 과실로 멸실 또는 훼손된 때”라고 규정할 수 있었는데, 그렇게 하지 않았다. 제315조 제1항도 “전세권의 목적물의 전부 또는 일부가 전세권자에게 책임 있는 사유로 인하여 멸실된 때에” 전세권자가 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하는데, 역시 “전세권자의 고의 또는 과실로 멸실된 때”라고 규정하여도 될 것을 그렇게 하지 않았다. 제686조 제3항은 수임인이 위임사무를 처리하는 중에 수임인의 “책임 없는 사유로” 인하여 위임이 종료된 때에는 수임인은 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다고 규정하는데, “수임인의 고의나 과실 없이 위임이 종료된 때”라고 규정하여도 될 것으로 보이는데, 그렇게 하지 않았다. 이것은 다른 규정들도 마찬가지이다. 따라서, 민법은 고의, 과실과 책임 있는 사유를 달리 취급하는 것임을 알 수 있다.

본래, 고의, 과실이라는 것은 主觀的 요건이라는 것이다.³⁰⁾ 반면에 위법성은 客觀的 요건이다.³¹⁾

주관적 요건이라는 것은 사람의 精神狀態라는 뜻이다. 즉, 주관적 요건인 故意는 행위자가 그러한 결과가 일어난다는 것을 안다는 정신적 상태인 것이고, 過失이란

30) 박윤직, 앞의 책, 72쪽, 김상용, 앞의 책, 104쪽, 양창수, 앞의 책, 350쪽 등

31) 박윤직, 앞의 책 72쪽, 양창수, 앞의 책, 211쪽

잘못하여 그러한 위법한 행위 또는 결과를 인식하지 못 하였다는 정신적 상태인 것이다.

객관적 요건이라는 것은 사람의 정신상태와는 관계없이, 일어난 일의 성질을 따지는 것이다. 위법성은 행위자의 정신상태와는 관계없이 법을 위반한 상태이다.

이와 같이 고의 또는 과실은 채무자의 정신상태만을 따지는 것인데, 책임 있는 사유 또는 책임 없는 사유는 채무자의 정신상태뿐 아니라, 일어난 사건의 객관적 상태까지 모두 따지는 것으로 보아야 하는 것이다. 즉, 채무자가 고의 또는 과실로 한 행위가 위법하지 않다면 채무자의 책임이 있는 사유가 안 되는 것이다.

더 나아가, 책임 있는 사유 또는 책임 없는 사유는 그 말 그대로 그 행위자에게 책임을 지울 수 있는 사유, 책임을 지울 수 없는 사유로 해석되어야 한다. 즉, 이것을 주관적 요건인 고의, 과실이 있는가 없는가 만으로 한정하여서는 아니 되며, 객관적 요건까지 따져서 그 행위자에게 책임을 지울 수 있는 것인가 아닌가를 따져야 한다고 생각한다.

따라서, 책임 있는 사유를 고의 또는 과실과 같은 뜻으로 판단하여서는 아니 된다고 생각된다.

나아가, 귀책사유가 단지 이행보조자의 고의, 과실까지 포함하는 것으로 보는 것도 옳지 않다. 왜냐 하면, 그 학설들은 귀책사유를 채무불이행 책임의 요건으로 파악하고 있는데, 이것은 쓰임말을 잘못 쓴 것이다. 채무불이행의 책임의 요건은 귀책사유가 아니라, 고의 또는 과실이고, 귀책사유는 민법 다른 곳에 규정되어 있기 때문이다.

채무불이행의 경우는 이행보조자의 고의 또는 과실은 당연히 본인에게 그 효과가 돌아가기 때문에 이것을 민법 제390조의 고의, 과실에 해당되지 않는 것이고, 귀책사유에 해당된다고 볼 수 없는 것이다.

귀책사유는 고의 또는 과실보다 더 넓은 개념인데, 단지 이행보조자의 고의 또는 과실까지 포함하는 것이 아니고, 고의 또는 과실이라는 주관적 요건뿐 아니라, 그 행위가 위법하다는 객관적인 요건까지 갖추어져야 한다는 것이다.

제3장 입증책임 이론의 검토

제1절 입증책임(立證責任)이란 무엇이며 어떠한 구실을 하는가?

1. 재판 과정과 입증책임

(1) 사실인정과 법률적용

재판은 事實認定과 法律適用이라는 두 단계로 나누어진다.

이것은 민사소송과 형사소송, 행정소송, 가사소송 등 모든 소송에 해당되는 것이나, 이 논문은 적극적 채권침해의 입증책임을 연구대상으로 하기 때문에 적극적 채권침해에 관한 소송인 民事訴訟을 중심으로 논의를 전개한다.

민사소송은 다음과 같이 전개된다.

우선, 원고는 법원에 대하여 어떠한 사실이 있었다고 주장하고 그래서, 피고로 하여금 무엇을 하도록 명령을 내려주거나, 어떠한 법률관계가 변동이 되도록 하는 판결을 내려 달라고 요청한다.

이것을 도식으로 간략화하면

사실 주장 → 권리 주장

이라고 할 수 있다.

원고는 사실을 주장하여야 하지만, 法律適用은 주장할 필요가 없다. 즉, 원고는 무슨 법률 몇 조를 적용해 달라고 할 필요가 없이 그냥 어떤 법률효과가 나는 일을 해 달라고 주장하면 된다.

원고의 주장에 대하여 판사는 먼저 원고가 주장하는 사실이 진실인지 아닌지를 판단하여 사실을 인정 후 그 사실에 대하여 법률을 적용하여 어떤 법률효과가 발생하도록 하는 판결을 내리는 것이다. 원고는 법률을 어떻게 적용하여야 하는지를 주장할 필요가 없지만, 판사는 알아서 법률을 적용하여 법률이 정하는 法的效

결과를 주는 또는 주지 않는 판결을 내려야 한다.

이것을 도식화하면

사실 인정 + 법 적용 → 권리 판단

으로 표시할 수 있다.

보통 판결문에는 판사가 적용하는 법조문이 나타나지 않는다. 현재의 판결문은 형식을 타파하고, 자유스러운 형식을 취하기 때문에 무슨 법 몇 조에 의하여 그러한 판결을 내리는지를 지적할 필요가 없는 것이다. 그러나, 어떤 사실에 대하여 법적인 효과를 주어야 할지 말아야 할지의 법률관계가 복잡한 때에는 법원은 판결문에 그러한 판결을 내리는 근거가 되는 법조문을 거론한다.

그런데, 실제 재판실무에서는 판사가 당사자에게 어떤 법률을 주장하는가를 밝히라고 요구하는 경우가 많다. 즉, 원고는 불법행위 책임을 주장하는 것인가, 채무불이행 책임을 주장하는가를 밝히라거나, 도대체 어떠한 법률 규정에 의하여 권리를 주장하는가를 밝히라고 하는 것이다. 본래, 법률의 적용은 판사의 역할이며, 당사자들이 밝힐 필요가 없는 것이다. 당사자가 불법행위 또는 채무불이행에 해당하는 사실을 주장하고, 손해를 배상하도록 해 달라고 하면, 법원은 당사자가 불법행위나 채무불이행이라는 말을 거론하지도 않고, 그 법조문을 인용하지 않았다고 하더라도 그것이 불법행위의 요건에 맞는가, 채무불이행의 요건에 맞는가를 살펴서 판결을 내려주어야 한다.

이러한 주장은 앞에서 거론한 바와 같이 신소송물이론에 따른 것이다. 그러나, 우리 판례는 신소송물이론을 채택하지 않고 구소송물이론을 채택하고 있기 때문에, 이 점에서 이 논문의 이론은 현재의 실무와 어긋난다. 이 논문은 신소송물이론에 따라 이론을 전개하고 있는데, 이것은 앞에서 거론한 바와 같이 법률을 모르는 당사자가 소송행위를 할 수 있는 우리 법제도에 비추어 볼 때 신소송물이론이 옳다고 보기 때문이다.

재판의 원칙에 의하면 당사자에게 법률규정의 주장책임과 입증책임이 없다. 입증책임은 입증책임이 있는 자가 입증을 다 하지 못 하면 불이익을 받는 것인데, 법률규정은 당사자가 주장하거나, 입증하지 못 하였다고 하여 어느 당사자가 불이익을 받는 것이 아니라는 것이다.

따라서, 판사가 당사자에게 적용할 법률을 밝히라고 하는 것은 판사가 어떠한 법 규정의 적용 여부를 검토할지를 쉽게 파악하기 위해 당사자의 도움을 구하는 것으로 보아야 한다. 이것은 역시 신소송물이론에 따른 주장이다. 구소송물이론에 의하면 판사는 당사자에게 소송물을 특정하는 법률규정이 어떤 규정인지 물어서 확인할 필요가 있다.

法曹人은 당사자가 주장하는 사실에 적용할 법을 공부하고 익힌다. 사실에 적용하여 판결을 내리는 데에 쓰이는 법은 국회를 통과한 법률뿐 아니라, 판례의 입장, 관습법, 학설, 사물의 이치(條理) 따위가 모두 포함되는 것이다. 법조인은 이런 법을 알아내려고 많은 노력을 기울인다. 그러나, 실제 보통의 소송에서는 이런 법률을 알아내어 적용하는 노력보다는 무엇이 진실인가를 증명하고, 알아내는 노력이 훨씬 크다. 즉, 보통의 재판에서, 사실에는 다툼이 없고 어떠한 법률 규정을 적용할 것인가 말 것인가 또는 법률을 어떻게 해석하여야 할 것인가가 문제가 되는 사건은 적은 편이고, 대부분의 사건은 쌍방이 주장하는 사실이 서로 달라서 누가 주장하는 사실이 진실인가를 가려야 하는 것이다. 따라서, 재판에서 누가 주장하는 것이 진실인가를 가리는 것이 재판의 主業務가 되고 있다.

민사재판에서 만일, 원고와 피고가 주장하는 사실이 같다면 즉, 쌍방이 거짓말을 전혀 하지 않는다면, 재판은 매우 간단해진다. 즉, 사실이 확정되었으므로, 법원이 법률을 알아내어 그 확정된 사실에 적용하여 법이 정한대로 판결하면 되는 것이다.

예를 들어, 원고가 어떤 날, 어디에서 피고에게 돈 천만 원을 빌려 주었다고 주장하면서(사실 주장), 그 돈을 돌려 달라고 하는데(권리 주장), 피고가 그 돈을 빌린 사실을 인정하고, 달리 다른 사실을 주장하지 않으면, 법원은 다툼이 없는 사실

을 확정하고(사실 인정), 민법 제598조를 적용하여(법률적용) 그 돈을 돌려주라고 판결한다(권리판단).

반면에 피고가 원고가 주장하는 사실을 인정하지 않으면, 재판장은 원고와 피고에 대하여 각자 주장하는 사실을 증명하라고 한다. 그리하여, 원고와 피고는 각자 자기의 주장사실을 인정받는 데 도움이 되는 증거를 낸다. 그러면 판사는 그 증거를 종합하여 과연 누구의 주장사실이 옳은지를 판단한다.

예를 들어, 원고는 어떤 날, 어디에서 피고에게 돈 천만 원을 빌려 주었다고 주장하고, 그러니 그 돈을 돌려주라는 판결을 내려 달라고 소를 제기하였는데, 피고는 그날 원고로부터 돈을 빌린 사실이 없다고 주장하는 것이다. 그러면, 법원은 흘림이나 증인 따위의 증거를 통하여 그날 돈을 빌려 주었는지 아닌지를 가리게 되는 것이다.

그리고, 판사가 증거에 의하여 원고와 피고가 주장하는 사실을 확정하면 그 이후의 재판은 비교적 간단하다. 즉, 판사가 증거에 의하여 그날 돈을 빌려주었다는 주장이 사실이라고 판단되면, 민법 제598조에 의하여 돈을 돌려주라고 판결하고, 돈을 빌려주지 않았다는 주장이 사실이라고 판단하면 원고의 청구를 기각하는 판결을 내리는 것이다. 이런 경우라면, 굳이 법률을 깊이 공부하지 않은 사람이라도 쉽게 판결을 내릴 수 있는 것이다.

이와 같이 실제 민사재판에서는 사실만 확정되면 법률의 적용은 간단한 경우가 대부분이다. 따라서, 실제 재판에서 법률의 적용보다는 사실의 인정이 훨씬 큰 비중을 차지한다.

(2) 피고의 태도 - 自白, 否認, 不知, 沈黙

원고가 어떤 사실을 주장하면 피고는 그 주장사실에 대하여 세 가지 중 하나의 입장을 취한다. 첫째는 원고가 주장하는 사실을 맞다고 인정하는 것이고(自白), 둘째는 원고가 주장하는 사실이 진실이 아닌 거짓이라고 다투는 것이고(否認), 셋째는 그것이 진실인지 아닌지 모른다는 것(不知)이다. 그리고, 아무런 대답도 하지 않는 경우(沈黙)가 있을 수 있다.

원고 또는 피고가 상대방이 주장하는 사실 중 자기에 불리한 사실을 맞다고 인정하는 것을 自白이라고 한다. 그리고, 유리, 불리를 떠나 원고와 피고가 주장하는 사실을 상대방이 맞다고 인정하면 그 사실은 “다툼이 없는 사실”이 된다.

당사자가 辯論에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니한 때에는 그 사실을 자백한 것으로 본다. 물론, 변론 전체의 취지로 보아 그 사실에 대하여 다투는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(민사소송법 제150조 제1항).

원고가 주장하는 주요사실에 대하여 피고가 자백을 하면 원고는 그 사실을 입증할 필요가 없다(민사소송법 제288조). 따라서, 더 이상의 입증이 필요 없으며, 판사는 법률을 적용하여 권리를 판단하게 된다.

원고 또는 피고가 상대방이 주장하는 사실이 진실이 아니라고 주장하는 것을 ‘否認’한다고 한다. 그리고, 상대방이 주장하는 사실이 진실인지 아닌지 모르겠다고 하는 것을 ‘不知’라고 한다.

부인과 부지는 증거에서는 같은 대접을 받는다. 즉, 상대방이 주장사실을 부인하면 당연히 그 사실을 주장한 당사자는 그 사실을 증명하여야 한다. 만일, 그 사실을 증명하지 못 하면 그 주장사실은 거짓이 되어 버린다.

이것은 상대방이 부지라고 하여도 마찬가지이다. 상대방이 부지라고 하면 그것은 자백한 것이 아니고 다투는 것이 되고(민사소송법 제150조 제2항), 따라서 그 사실을 주장하는 사람이 그 사실이 진실임을 증명하여야 하며, 만일 증명을 하지 못하면 그 주장사실은 진실로 대접 받지 못 하고 거짓으로 판단되어 결국 否認과 같은 대접을 받는 것이다.

沈黙은 자백과 같은 대접을 받는다. 즉, 한쪽이 주장하는 사실에 대하여 명백히 다투지 않으면 자백한 것으로 보는 것이다(민사소송법 제150조 제1항). 다만, 2007. 11. 27.에 개정된 민사소송규칙은 원고의 청구에 대하여 피고는 답변서에서 소장에 기재된 개개의 사실에 대하여 구체적으로 답변하도록 규정하고 있어서, 침묵을 허용하지 않으려고 한다.(민사소송규칙 제65조 제1항 제1호)

그리고, 서증에 대하여 부인할 때도 그냥 부인할 것이 아니고 부인하는 구체적인 이유를 밝히도록 하고 있다.(민사소송규칙 제116조)

(3) 피고가 자백하는 경우의 재판

만일, 원고가 주장하는 주요사실을 피고가 자백해 버리면 재판은 쉽게 끝난다. 민사소송법은 이러한 경우를 규정하고 있다.

재판 도중에 피고가 원고가 주장한 주요사실을 자백하면 판사는 재판을 종결하고, 자백으로 다툼 없는 사실에 대하여 법률을 적용하여 판결을 내린다.

그런데, 애초에 재판에 들어가기 전에 피고가 자백하면 재판은 더 간단해진다. 우선, 피고가 원고의 주요주장 사실을 인정하는 뜻의 답변서를 내면 재판장은 변론을 열지 않고 막바로 판결 선고 날짜를 잡아서 자백으로 확정된 사실에 법률을 적용하여 판결을 내릴 수 있다.(민사소송법 제257조 제2항, 제1항)

피고가 소장을 받아보고도 30일 이내에 답변서를 내지 않으면, 법원은 피고가 원고의 주장사실을 자백한 것으로 보고, 변론기일을 지정하지 않고 바로 판결 선고 날짜를 잡아서 판결을 선고할 수 있다(민사소송법 제257조 제1항).

(4) 피고가 다투는 경우의 재판

피고가 원고가 주장하는 사실이 진실이 아니라고 다투거나, 그것이 진실인지 아닌지 모른다고 하면, 이제 법원은 辯論을 열어서 쌍방에게 주장 사실을 立證하게 한다.

立證이란 자기가 주장하는 사실을 증명하기 위해 증거를 내세우는 것을 말한다.

법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 自由로운 心證으로 社會正義와 衡平의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다(민사소송법 제202조).

이것을 自由心證主義라고 하는데, 그 뜻은 판사가 증거와 변론에서 나타난 사정을 자료로 하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실을 인정한다는 것인데, 이것은 증거의 자격(證據能力)과 증거의 값어치(證據力)의 기준을 따로 규정하지 않고, 판사가 양심에 따라 증거 능력과 증거력을 자유롭게 판단한다는 것이다.

그런데, 문제는 판사가 증거와 변론에서 나타난 사정으로 사실을 인정할 수 없

을 때인 것이다. 즉, 재판에서 나타난 모든 증거와 사정을 종합하여도 판사가 원고와 피고의 주장사실 중 어느 쪽의 주장사실이 진실인지 판단이 서지 않을 때인 것이다.

본래, 이러한 때에는 판결을 할 수가 없는 것이다. 판사가 누구 주장이 진실인지를 몰라서 사실을 확정할 수 없으면 법률을 적용하여 판결할 수가 없는 것이다.

이와 같이 판사가 사실을 확정할 수 없을 때, 만일 그것이 형사소송이면 피고인에게 무죄를 선고하여야 한다. 그러나, 민사소송은 그렇게 할 수가 없고, 원고 또는 피고 어느 한쪽의 승소를 판결하여야 한다.

이러한 곤란한 사정을 해결하는 것이 **立證責任**이라는 것이다.

2. 立證責任의 역할

입증책임은 이와 같이 판사가 사실을 확정할 수 없을 때를 구제하여 주는 법칙이다. 판사는 사실을 확정할 수 없더라도 판결을 내리지 못 한다고 할 수 없으며, 판결을 내려야 한다.

이러한 때, 판사는 입증책임의 원칙에 따라 입증책임을 지는 쪽에게 패소의 판결을 내리는 것이다.

입증책임의 원칙에 의하여 판사는 사실에 대한 확신이 서지 않더라도 판결을 할 수 있는 것이다. 따라서, 이런 기능 때문에 입증책임의 원칙은 증명의 규범(Regelung des Beweist)이 아니라, 증명이 없는 경우의 규범(Regelung der Beweistlosigkeit)이라고 하고,³²⁾ 입증을 규율하는 것이 아니라, 입증되지 않은 경우를 규율하는 것이다.³³⁾

민사소송의 판결문에서 입증책임을 직접 거론하여 판결을 내리는 경우는 드물다. 즉, 실제로 판사가 과연 어떤 주장이 진실인지를 판단내릴 수 없는 경우라도, 판결문에서는 보통 입증책임이 있는 쪽이 주장하는 사실을 증명할 증거가 없어서 그것이 진실이 아니므로 그쪽이 패소라고 판결한다.

그런데, 다음 판결은 원고가 주장하는 사실과 피고가 주장하는 사실 그 어떤 것

32) Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, 11 Aufl. 1974. 165쪽. 오석락, 입증책임론, 23 쪽에서 옮겨 왔음.

33) 야우에르니크(Othmar Jauernig) 지음, 김홍규 옮김, 독일민사소송법(Zivilprozessrecht), 신원문화사, 1992, 314쪽.

이 진실인지 잘 모르겠으므로, 입증책임을 지는 원고에게 패소판결을 내릴 수밖에 없다고 판결한 드문 경우이다.

이 사건(서울지방법원 동부지원 1994. 6. 2. 선고 93가단54256 사건)은 원고가 처남인 피고의 이름으로 한국수자원공사에 어떤 땅을 분양신청하여 당첨된 후, 피고의 이름으로 분양계약을 체결하고, 원고의 돈으로 대금을 모두 납부하고, 피고의 이름으로 소유권이전등기를 마쳤다는 사실을 주장하며, 이제 명의신탁(名義信託)을 해지하니 그 땅을 자기에게 넘겨 달라고 한 사건이다. 이 판결문은 다음과 같이 판결하였다.

“위 인정사실 중 피고가 분양신청금 8백만 원을 원고로부터 받아 분양신청한 사실, 중도금 및 잔금을 원고가 납부하고, 그 영수증 및 분양계약서 원본을 원고가 소지하고 있는 사실, 이 사건 분양금을 모두 피고에 대한 대여금의 변제조로 원고가 납부한 것이라고 한다면 원고는 결과적으로 위 인정의 금 2천만 원 및 금 1천만 원의 변제와 함께 분양신청금 8백만 원, 중도금 1천64만 원, 잔금 7,982,250원 등 합계 금 56,622,250원을 변제한 셈이 되어 금 6,622,250원을 초과변제한 것으로 되는 사실은 각 원고 주장의 명의신탁관계를 입증하는 사실들이고, 반면 피고가 원고에게 금 5천만 원을 대여한 사실, 분양신청을 한 사람이 피고 본인이고 분양계약을 작성한 사람도 피고로서 피고는 위 신청 당시 일정한 직업을 가지고 혼인한 독립한 생계의 가장인 사실, 피고가 취득세 등을 직접 부담하여 소유권이전등기를 경료하고 이 사건 부동산을 담보로 금원을 차용한 사실은 각 피고의 주장에 부합하는 사실들이라 할 것이다

따라서, 원고의 주장 및 피고의 주장은 어느 것이나 완벽하게 입증되었다고 볼 수 없고, 과연 원, 피고 사이에 원고 주장과 같은 명의신탁 약정이 있었는지의 점이 불분명하다 할 것이므로, 이 사건은 입증책임의 일반원칙에 돌아가 요건사실인 명의신탁 약정사실의 입증책임을 부담하는 원고에게 불이익하게 판단할 수밖에 없다 할 것이다. 그렇다면, 원고의 전 입증으로도 원고 주장의 명의신탁 약정사실을 인정하기에 부족하므로, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각“한다.

이 판결은 원고, 피고 어느 쪽의 주장 사실이 진실인지 알 수가 없어서 입증책임이 있는 원고 쪽에 패소판결을 내린다는 사실을 분명히 밝히고 있다. 입증책임은 이와 같이 판사가 어느 쪽의 주장 사실이 진실인지 확신이 서지 않을 때 그 기능을 발휘하는 것이다.

입증책임의 원칙은 더 나아가 입증의 정도에도 영향을 미친다. 입증책임의 원칙에 의하여, 법원은 어느 쪽이 어느 정도의 입증을 해야 하는지를 想定하게 되고, 그 정도의 입증에 이르지 않으면 입증책임이 있는 쪽에게 패소판결을 내리게 된다. 따라서, 입증책임 있는 쪽은 패소하지 않을 만큼 입증을 하여야 하는 것이다.

그리고, 이런 이유로 재판장은 소송을 진행함에 있어서 입증책임을 부담하는 쪽에게 입증을 促求하게 된다. 즉, 재판장은 입증책임을 지는 쪽에서 패소하지 않기 위하여 더 증거를 내세울 필요가 있는데 증거를 더 내세우지 않고 있으면, 패소의 위험성을 경고하고 입증을 촉구하는 것이다.

또한 입증책임은 판결서의 작성에 영향을 미친다. 즉, 판사는 원고 또는 피고 어느 쪽이 어떤 사실을 입증할 책임이 있는데, 입증이 되었다던가, 입증이 되지 않았다는 형식으로 판결문을 쓰게 되는 것이다. 이것은 보통 누가 입증책임이 있는데, 입증이 안 되었다는 노골적인 표현으로 쓰지 않으며, 판결서의 글귀에 은연중에 입증책임이 표현되어 나타나는 것이다.

예를 들어 입증책임을 지는 쪽에서 충분히 입증을 하였다면, 판결서에는 “이러 이러한 증거에 의하여 이러 이러한 사실이 인정된다”라고 표현한다. 예를 들어, “갑제1호증 차용증과 증인 김갑돌의 증언에 의하면 원고가 피고에게 돈 1천만 원을 빌려준 사실이 인정된다.”라고 쓰는 것이다.

반면에, 입증이 안 되었을 때에는, “이러 이러한 사실을 주장하나, 이를 인정할 증거가 없다”라고 표현한다. 즉, 그 사실을 주장한 쪽이 입증책임을 지는 것이며, 입증책임을 다하지 못 하였다는 것을 그렇게 표현하는 것이다. 좀 더 나아가, “이러 이러한 사실을 주장하나, 갑제1호증과 증인 박삼석의 증언으로는 이를 인정하

기 부족하고 달리 증거가 없다"라고 쓴다. 즉, 그 사실을 주장하는 쪽에 입증책임이 있어 갑제1호증과 박삼석의 증언을 증거로 내놓았으나, 그것으로는 그 주장사실이 진실한 것으로 믿을 수가 없어서 입증책임을 다 하지 못 하였다는 것이다. 어떤 경우에는 오히려 입증되어야 할 사실에 반대되는 사실이 인정된다고 하여 요증사실을 배척하기로 한다. 즉, "이러 이러한 사실을 주장하나, 이를 인정할 증거가 없고, 오히려, 을제1호증과 증인 정일만의 증언에 의하면 그러하지 아니한 사실이 인정된다"라고 표현하는 것이다.

이러한 판결서의 표현은 모두 입증책임을 염두에 두고, 특히 누가 입증책임을 지는가를 나타내면서, 입증책임을 지는 쪽이 입증에 성공하여 승소하였거나, 입증을 다하지 못 하여 패소하였다는 사실을 표현한 것이다.

3. 입증책임의 뜻

결국 입증책임이란 주장사실의 종류에 따라 원고와 피고 어느 한 당사자에게 그 사실을 증명할 책임을 지워서, 그 증명의 책임을 다하지 못 하면 그러한 사실이 없다는 사실을 인정하도록 하여 그 당사자에게 불리한 판결을 내리게 하는 제도라고 할 수 있다.

입증책임이라는 말 대신에 증명책임이라는 용어를 쓰는 분들도 있다.

이시윤 변호사님은 민사소송법 책에서 新法(2002. 1. 26. 전문이 개정된 민사소송법)상의 용어를 존중하여 입증책임을 증명책임으로 바꾼다고 밝히고 있다.³⁴⁾

이것은 개정 전 민사소송법 제126조 제1항에서는 "재판장은 소송관계를 명료하게 하기 위하여 당사자에게 사실상과 법률상의 사항에 관하여 질문하거나 입증(立證)을 촉구할 수 있다"라고 하여 입증이라는 말을 쓰고 있는데, 개정된 민사소송법 제136조 제1항은 "재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명(證明)을 하도록 촉구할 수 있다"고 하여 입증이라는 말을 "증명을 하도록"이라는 말로 바꾼 것을 지적한 것이다.

일본에서도 立證責任이라는 말과 證明責任이라는 말이 함께 쓰이고 있는데,

34) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2007, 479쪽

2004. 3.의 中野貞一郎 교수의 글에 의하면, 입증한다는 것은 증거를 낸다는 뜻이기 때문에 立證責任은 증거를 내는 책임의 뜻이 되기 때문에 그 뜻이 적절하지 않아 이제 證明責任이라고 부르는 것이 일반화되었다고 한다.³⁵⁾

우리나라에서는 예전에는 대부분 입증책임이라는 말을 써 오다가 근래에 이르러 학자들 중에는 오히려 증명책임이라는 말을 쓰는 분들이 더 많아졌다. 송상현, 호문혁, 양병희 교수 여러 분들이 입증책임이라는 말을 쓰고 있고³⁶⁾, 정동윤, 유병현, 김홍규, 홍기문, 강현중, 오시영, 박찬주, 최평오, 유승훈 여러 분들이 증명책임이라는 말을 쓰고 있으며³⁷⁾, 김용진 씨는 입증책임과 증명책임 두 말을 모두 쓰고 있다³⁸⁾.

우리 민사소송법은 전문 개정되기 전이나 그 이후나 입증책임 또는 증명책임이라는 말을 쓴 적이 없고, 입증책임이나 증명책임 자체를 거론한 사실이 없다. 그러나, 中野貞一郎 교수의 지적대로 立證이라는 말은 증거를 세운다는 뜻이고, 證明이란 사실을 밝힌다는 뜻이다. 그리고, 우리는 보통 생활에서 입증이라는 말을 쓰지 않고 증명이라는 말을 쓴다. 이 논문을 쓰는 이는 입증책임이라는 말보다는 증명책임이라는 말이 더 본래의 뜻에 가깝고, 적당하고, 좋은 말이라고 생각한다. 그리고, 입증책임이라는 말을 증명책임이라는 말로 바꾸고 싶기도 하다. 그러나, 현재 재판 실무에서 대부분 증명책임이라는 말을 쓰지 않고, 입증책임이라는 말을 쓰기 때문에 이 논문에서도 입증책임이라는 말을 그대로 쓰기로 한다.

제2절 입증책임에 대한 법률의 규정

1. 입증책임 자체와 주요사실의 입증책임 부담에 관한 법률의 규정

우리 법률에는 입증책임에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다.³⁹⁾ 특히, 민

35) 中野貞一郎, 要件事實の主張責任と證明責任, 法學教室, 282号(2004. 3.), 35頁.

36) 송상현, 민사소송법, 박영사, 2004, 624쪽, 호문혁, 민사소송법, 법문사, 2006, 442쪽, 양병희, 민사소송법강의, 삼지원, 2007, 324쪽.

37) 정동윤, 유병현 공저, 법문사, 2007, 499쪽, 김홍규, 민사소송법, 삼영사, 2005, 412쪽, 홍기문, 민사소송법, 대명출판사, 2005, 384쪽, 강현중, 민사소송법, 박영사, 2004, 528쪽, 오시영, 민사소송법, 학현사, 2004, 664쪽, 박찬주, 새로 쓴 민사소송법, 조선대학교출판부, 2007, 476쪽, 최평오, 민사소송법, 피데스, 608쪽, 유승훈, 민사소송법, 도서출판 신화, 2005, 566쪽.

38) 김용진, 실통본 민사소송법, 신영사, 2005, 435쪽, 438쪽.

39) 강봉수 판사는 이와 같이 입증책임에 관하여 법률 규정이 없는 것을 법의 흠결이라고 보고, 현행법에 내재하는 어떤 원칙 하에서 새로운 특칙을 세우는 방법으로 그 흠결을 보충하여야 한다고 하였다. 강봉수, 입증책임분배에 있어서의 위험영역이론(중), 사법행정 1975. 3호, 12쪽.

사관계에 있어서 가장 중요한 절차법과 실체법인 民事訴訟法과 民法에 입증책임 또는 증명책임이라는 말이 전혀 등장하지 않고 입증책임의 이치를 밝히는 규정도 전혀 없다. 다만, 어떤 경우에 어떤 사실을 어떤 쪽이 증명하지 않으면 불이익을 받는다는 단편적인 규정이 몇 개 있을 뿐이다.

우리 법률에 입증책임에 관하여 아무런 규정이 없다는 것은 두 가지에 관하여 법률의 규정이 없다는 것이다.

첫째는 입증이 되지 않아서, 판사가 어느 쪽 주장이 옳은지를 알 수 없을 때 어떻게 판결하라고 하는 규정이 없다는 것이다.

둘째는, 누가 주요사실의 입증책임을 지는지 즉 입증책임의 분배에 관하여 법률에 아무런 규정이 없다는 것이다.

우리 민사소송법은 판사가 어느 쪽 주장이 옳은지를 알 수 없는 경우 자체를 생각하지 않은 듯하다. 이것은 자유심증주의를 규정한 민사소송법 제202조에 드러나 있다. 즉, 민사소송법 제202조는 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 주장사실이 진실한지 아닌지를 판단하도록 하고 있으며, 그래도 주장사실이 진실한지 아닌지를 알 수 없을 때는 어떻게 하라는 규정이 없다.

즉, 판사는 자유로이 어느 쪽 주장이 사실이고, 어느 쪽 주장이 거짓인지를 확정 지을 수 있으며, 이것은 판사의 裁量이다. 그러나, 아무리 자유심증으로 논리와 경험을 동원하여도 과연 누구의 주장이 진실인지를 알 수 없을 때도 있는 법인데, 그러한 경우에 어떻게 하라고 하는 아무런 규정이 없다. 즉, 민사소송법은 판사가 자유심증으로 누구 주장이 사실이고, 누구 주장이 거짓인지를 판단할 수 없는 경우가 있다는 것을 전혀 생각하지 않은 것이고, 그 결과 판사는 그 어떠한 경우라도 자유심증으로 어느 쪽 주장사실이 진실인지, 아닌지를 판단하여야 한다고 의무

지우고 있는 것으로 보이는 것이다.

그러나, 현재 실무와 학설은 그러한 민사소송법의 태도를 따르지 않는다. 학설과 실무는 자유심증을 동원하더라도 누구의 주장이 진실인지를 결정할 수 없는 경우를 생각하고, 그것을 해결하기 위해 '立證責任'이라는 개념을 생각하여, 판사가 어느 쪽 주장이 진실인지 알 수 없을 때는 입증책임을 지는 쪽이 주장하는 사실이 거짓인 것으로 판단하도록 하고 있다.

나아가, 법률은 누가 어떤 사실의 입증책임을 지는가에 대한 일반적인 규정을 두고 있지 않다.

따라서, 법률은 누구에게 입증책임을 지울 것인가도 판사의 자유재량으로 맡겨 놓은 듯이 보인다. 그러나, 학설과 실무는 입증책임의 부담을 판사의 자유재량으로 보지 않고 입증책임에 관한 原理 또는 原則이 있다고 보고 그 원리 또는 원칙에 따라 입증책임을 부담시키고, 입증이 안 되는 경우에 그 입증책임을 지는 쪽이 주장하는 사실이 진실이 아니라는 판단을 내리도록 하고 있다.

결국, 우리 법률은 입증책임에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 실무는 확고부동하게 입증책임이라는 것을 인정하여, 누구 주장이 사실인지 알 수 없을 때에는 입증책임을 지는 쪽이 패소하는 것으로 판결하고 있으며, 누가 입증책임을 지는가에 대하여는 기본적으로 통설인 법률요건분류설을 따르면서, 개별적인 경우에 어떤 경우에는 통설을 벗어나서 누구에게 입증책임이 있는가를 판단하고 있다.

2. 입증책임에 관한 단편적인 법률 규정

(1) 민법의 규정

우리 법은 입증책임의 원칙을 밝힌 규정이나, 입증책임의 분배에 관한 일반적인 규정을 두고 있지 않고, 다만 어떤 경우에 어떤 사실을 어떤 쪽이 증명할 책임이 있다는 단편적인 규정만을 두고 있는데, 그 규정도 많지 않다.

우선, 민법에는 다음과 같은 증명에 관한 규정이 있다.

(가) 제135조 제1항 : “타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못 한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있다.”

즉, 이 규정에 의하면 대리권의 입증책임은 대리인에게 있으며, 대리권이 있는지 없는지 불분명하면 대리인에게 불리하게 즉 대리권한이 없는 것으로 판결하여야 한다.

(나) 제437조 (보증인의 최고, 검색의 항변) “채권자가 보증인에게 채무의 이행을 청구한 때에는 보증인은 주채무자의 변제 자력이 있는 사실 및 그 집행이 용이할 것을 증명하여, 먼저 주채무자에게 청구할 것과 그 재산에 대하여 집행할 것을 항변할 수 있다.”

보증인(保證人)이 최고(催告), 검색(檢索)의 항변권(抗辯權)을 행사하려면 주채무자가 갚을 수 있는 능력이 있는 사실과 집행하기가 쉽다는 사실을 증명할 책임이 있다는 것이다. 따라서, 주채무자가 재산이 있는지 없는지 모르겠거나, 집행이 쉬운지 어려운지 잘 모르겠다면, 보증인의 항변권이 인정받을 수 없는 것이다.

(다) 제197조 제1항 “占有者는 所有의 意思로 善意, 平穩 및 公然하게 占有한 것으로 推定한다.”

제2항 “善意의 점유자라도 本權에 관한 訴에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 惡意의 점유자로 본다.”

통설에 의하면 이 제1항의 규정은 입증책임의 전환 중의 하나인 法律上의 推定의 규정이라는 것이다. 즉, 본래 점유자가 소유의 의사, 선의, 평온, 공연한 점유를 입증하여야 할 책임이 있는데, 법률이 그 입증책임을 뒤집어서 이것을 다투는 상대방으로 하여금 입증하도록 책임을 지웠다는 것이다.

이것은 통설의 입장이고, 달리 생각하면, 점유자의 자주점유의 의사, 선의, 평온, 공연한 점유의 입증책임이 점유자에게 지워져 있다고 할 수 없고, 각각 경우에 따라 그 입증책임이 달라질 수 있는데, 점유의 성질상 정책적으로 소유의 의사, 선의, 평온, 공연을 일단 인정해 주어서 이를 다투는 쪽에게 입증할 책임을 지우도록 한 것이라 볼 수 있다.

어쨌든 이 규정은 점유에 관한 한, 점유자의 소유의 의사, 선의, 평온, 공연한 점유가 일단 인정을 받기 때문에 그 입증책임이 그것을 다투는 쪽에 있다는 데에는 이론이 없다.

그런데, 이 중 소유의 의사(自主占有)는 실무에서는 대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체 판결 이후 입증책임이 점유자에게 있는 듯이 운영되게 되었다.

즉 그 판결은 “민법 제197조 제1항에 의하면 물건의 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로 점유자가 취득시효를 주장하는 경우에 있어서 스스로 소유의 의사를 입증할 책임은 없고, 오히려 그 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유임을 주장하여 점유자의 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 그 입증책임이 있는 것이고, 부동산 점유취득시효에 있어서 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 他主占有인지 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 權原의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이기 때문에 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 증명된 경우에도 그 추정은 깨어지는 것이므로, 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위

기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이어서 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어진다.”라고 판결하였고, 그 이후 법원 판결들은 이 판례를 따르고 있다.

이 판결은 언뜻 보면 여전히 점유자의 자주점유가 추정되는 듯이 보인다. 그러나, 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 요건이 없는 것을 알면서 무단점유한 것이 입증되면 자주점유의 추정이 깨진다는 것은, 곧 점유자가 소유권취득의 원인이 될 수 있는 요건이 있었다는 사실을 입증하지 못 하면 무단점유가 되고, 자주점유의 추정이 깨어진다는 것이 되기 때문에 자주점유의 입증책임이 결국 점유자에게 넘어간 것이다.

실제로 실무에서는 자주점유의 추정이 문제되는 것은 그 토지를 20년 전에 매수하여 점유하기 시작하였는데, 다만 이전등기를 마치지 않았다고 주장하는 경우가 대부분이다. 이런 경우 점유자는 매수하여 대금을 다 치렀다고 주장하나, 그 증거가 부족하다. 따라서, 매수하였는지 매수하지 않았는지를 잘 모르는 경우가 되는데, 그렇게 되면 곧 매수하지 않았다는 사실을 인정하게 되고, 이것이 무단점유로 이어져서 자주점유의 추정이 깨어지는 것이다.

나아가 제2항의 규정은 엄밀하게 보면 입증책임에 관한 규정은 아니다. 입증책임은 그 책임을 지는 이가 있고, 입증이 안 되면, 그 책임자에게 불이익한 사실이 인정되는 것인데, 이 조항은 아예 증거로 惡意를 뒤집을 수 없게 해 놓았기 때문이다. 즉, 善意로 보아질 수 있는 점유자라도 본권에 관한 소에서 패소하면 소가 제기된 때로부터 악의로 인정한다는 것이어서, 더 이상 입증할 필요가 없다는 것이다.

(라) 민법에는 제197조 이외에도 어떤 사실이나 권리를 추정하게 하는 규정이 여러 개 있다. 이것이 법률상의 추정인데, 이 규정들도 입증책임을 전환시켰다

고 본다.

예를 들어, 민법 제246조 제1항은 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다고 규정하고 있으며, 제197조 제1항은 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다고 규정하고 있고, 제198조는 前後兩時에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다고 규정하고 있다.

따라서, 판례와 학설은 점유취득시효를 주장하는 사람은 그 부동산을 20년 동안 계속하여, 소유의 의사로, 평온, 공연하게 점유해 온 사실을 입증하여야 하는데, 민법 제197조와 제198조 때문에, 그 부동산을 20년 전 어느 시점에 점유하고 있었던 사실과 그로부터 20년이 지난 시점에 점유하고 있는 사실만 주장하면 입증책임을 다한 것이고, 20년간 계속 점유하지 않았다는 사실, 소유의 의사가 아니라는 사실, 평온, 공연하게 점유하지 않았다는 사실을 상대방이 입증하도록 입증책임이 전환되었다고 보는 것이다.

그 이외에 民法이 정하는 추정의 규정은 다음과 같다.

제30조 (동시사망) 2인 이상이 동일한 危難으로 사망한 경우에는 同時에 사망한 것으로 추정한다.

제153조 (기한의 이익과 그 포기) 제1항 期限은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다.

제200조 (권리의 적법의 추정) 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정한다.

제215조 (건물의 구분소유) 제1항 數人이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 附屬物 중 共用하는 부분은 그의 共有로 추정한다.

제239조 (경계표등의 공유추정) 경계에 설치된 경계표, 담, 구거(溝渠) 등은 相隣者의 共有로 추정한다.

제262조 (물건의 공유) 제2항 共有者의 持分은 均等한 것으로 추정한다.

제398조 (배상액의 예정) 제4항 違約金の 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.

제424조 (부담부분의 균등) 연대채무자의 부담부분은 균등한 것으로 추정한다.

제579조 (채권매매와 매도인의 담보책임) 제1항 채권의 매도인이 채무자의 資力을 擔保한 때에는 매매계약 당시의 자력을 담보한 것으로 추정한다.

제2항 변제기에 도달하지 아니한 채권의 매도인이 채무자의 자력을 담보한 때에는 변제기의 자력을 담보한 것으로 추정한다.

제585조 (동일기한의 추정) 매매의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정한다.

제709조 (업무집행자의 대리권추정) 組合의 업무를 집행하는 組合員은 그 업무집행의 代理權 있는 것으로 추정한다.

제711조 (손익분배의 비율) 제2항 (조합의) 이익 또는 손실에 대하여 분배의 비율을 정한 때에는 그 비율은 이익과 손실에 共通된 것으로 추정한다.

제830조 (특유재산과 귀속불명재산) 제2항 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부(夫婦)의 共有로 추정한다.

제844조 (남편의 친생자의 추정) 제1항 아내가 혼인 중에 포태(胞胎)한 자식은 남편의 자식으로 추정한다.

제2항 혼인성립의 날로부터 2백일 후 또는 혼인관계 종료의 날로부터 3백일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다.

(2) 商法の 규정

상법은 민법의 특별법으로서 상거래에 적용되는 법률이다. 따라서, 상법은 상거래의 특성을 감안하여 민법과 다른 규정을 많이 두고 있는데, 특히 상인은 그 거래의 전문가라는 사실을 많이 참작하여, 상인에게 상대방보다 더 무거운 입증책임을 물리는 규정을 많이 두었다. 그래서, 상법에서는 입증책임을 상인에게 지워놓은 규정을 여러 개 발견할 수 있다.

(가) 제115조 (운송주선인의 손해배상책임) “운송주선인(運送周旋人)은 자기

나 그 사용인이 운송물의 受領, 引渡, 保管, 운송인이나 다른 운송주선인의 선택 기타 운송에 관하여 주의를 해태(懈怠)하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 滅失, 毀損 또는 延着으로 인한 손해를 배상할 책임을 면하지 못한다.”

이 규정은 운송주선인에게 손해발생의 고의, 과실이 없었다는 사실의 입증책임을 지운 것이 명백하다. 그래서, 그 잘못 없음을 증명하지 못 하면 잘못이 있는 것으로 인정되어 배상책임을 지는 것이다.

(나) 제135조 (운송인의 손해배상책임) “운송인은 자기 또는 운송주선인이나 사용인 기타 운송을 위하여 사용한 자가 운송물의 수령, 인도, 보관과 운송에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임을 면하지 못한다.”

이 규정도 운송인에게 상법 제115조와 똑같은 입증책임을 지운 것이다.

(다) 제138조 (순차운송인의 연대책임, 구상권) 제1항 數人이 順次로 운송할 경우에는 각 운송인은 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착으로 인한 손해를 連帶하여 배상할 책임이 있다.

제2항 운송인 중 1인이 전항의 규정에 의하여 손해를 배상한 때에는 그 손해의 원인이 된 행위를 한 운송인에 대하여 구상권이 있다.

제3항 전항의 경우에 그 손해의 원인이 된 행위를 한 운송인을 알 수 없는 때에는 각 운송인은 그 運賃額의 비율로 손해를 분담한다. 그러나, 그 손해가 자기의 운송구간 내에서 발생하지 아니하였음을 증명한 때에는 손해분담의 책임이 없다.

이 규정은 여러 사람의 운송인들이 차례로 운송을 하였는데, 손해가 발생한 경우에 우선 그 여러 사람의 운송인들은 피해자에게 연대책임 책임을 지고, 그 내부적으로 그 책임을 나누어지도록 하는 규정이다. 내부적인 책임은 원칙이 어느 구

간에서 손해가 발생하였는지가 입증되지 않으면 각 운송인들이 운임액에 비례하여 책임을 부담하되, 그 손해가 자기의 운송구간에서 발생한 것이 아니라는 것을 증명한 사람은 손해배상 책임을 지지 않도록 한다는 것이다.

즉, 각 운송인들에게 자기 구간에서 손해가 발생하지 않았다는 사실을 입증할 책임을 지운 것이다.

(라) 제148조 (여객이 받은 손해의 배상책임) 제1항 운송인은 자기 또는 사용인이 운송에 관한 注意를 해태(懈怠)하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 여객이 운송으로 인하여 받은 손해를 배상할 책임을 면하지 못한다.

이 규정도 운송인이라는 상인에게 고의, 과실의 부존재라는 사실의 입증책임을 지운 것이다.

(마) 제152조 (공중접객업자의 책임) 제1항 公衆接客業者는 客으로부터 任置를 받은 물건의 滅失 또는 毀損에 대하여 不可抗力으로 因함을 증명하지 아니하면 그 손해를 배상할 책임을 면하지 못한다.

이 규정도 공중접객업자라는 상인에게 고의, 과실의 부존재라는 입증책임을 지운 것이다.

(바) 제160조 (창고업자의 손해배상책임) 倉庫業者는 자기 또는 사용인이 任置物의 보관에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 임치물의 멸실 또는 훼손에 대하여 손해를 배상할 책임을 면하지 못한다.

이 규정도 창고업자라는 상인에게 고의, 과실의 부존재라는 입증책임을 지운 것이다.

(사) 제212조 (합명사원의 책임) 제1항 회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때에는 각 사원(社員)은 연대하여 변제할 책임이 있다.

제2항 회사재산에 대한 강제집행이 주효(奏效)하지 못한 때에도 전항과 같다.

제3항 전항의 규정은 사원이 회사에 변제의 資力이 있으며 집행이 容易한 것을 증명한 때에는 적용하지 아니한다.

合名會社의 社員은 회사의 채무에 대하여 無限責任을 진다. 다만, 상법은 마치 민법의 保證人과 같이 회사에 자력이 있고, 그 집행이 쉬운 때에는 사원들에게 抗辯權을 주고 있는 것이다. 그 항변권을 행사하기 위해서는 사원이 회사에 자력이 있다는 사실과 집행이 쉽다는 사실을 입증할 책임을 지고, 그 입증을 하지 못 하면 채권자의 청구나 강제집행에 대하여 항변권을 인정받지 못 한다.

(아) 제655조 (보험 계약 해지와 보험금액청구권) 보험사고가 발생한 후에도 보험자가 제650조, 제651조, 제652조와 제653조의 규정에 의하여 계약을 解止한 때에는 보험금액을 지급할 책임이 없고 이미 지급한 보험금액의 반환을 청구할 수 있다. 그러나, 告知義務에 위반한 사실 또는 위험의 현저한 변경이나 증가된 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 그러하지 아니하다.

이 규정은 보험가입자의 잘못으로 보험계약이 해지되면, 보험자는 보험금을 지급할 의무를 지지 않도록 하는데, 다만 보험가입자가 그 보험가입자의 잘못이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 않은 사실을 입증하면 보험금을 지급하여야 하고, 그 입증이 되지 않으면 보험금을 지급하지 않도록 보험가입자에게 입증책임을 지운 것이다.

(자) 상법에도 推定の 규정이 여러 개 있다. 그 예가 제47조 제2항 商人의 행위는 營業을 위하여 하는 것으로 추정하는 규정, 제336조 제2항 株券의 점유자

는 이를 적법한 所持人으로 추정한다는 규정이다.

(3) 어음법과 수표법의 규정

어음법과 수표법은 채권에 관한 특별법이다. 어음법과 수표법은 어음, 수표의 유동성(流動性)을 보장하여야 하기 때문에 특별한 규정을 두고 있으며, 역시 이러한 특성은 입증책임 분배에도 영향을 미쳤고, 특별히 어떤 사실을 누가 입증하여야 하는가 하는 규정을 여러 개 두었다.

(가) 어음법 제16조 제1항, 수표법 제19조 (배서의 자격수여적 효력) “환어음(또는 수표)의 점유자가 背書의 연속에 의하여 그 권리를 증명하는 때에는 이를 適法한 所持人으로 추정한다.”

본래, 권리를 주장하는 자는 권리의 존재, 즉 권리가 발생한 요건을 모두 입증할 책임을 진다는 것이 통설인 법률요건분류설의 입장이다. 그러나, 어음법과 수표법의 이 규정은 어음이나 수표를 가진 이는 오직 배서의 연속만 입증하면 권리자인 것을 추정 받도록 하고 있는 것이다. 이것은 곧 법률상의 추정의 규정이다. 어음, 수표의 流通性을 보장하기 위하여 어음, 수표를 가진 이에게 입증책임을 아주 가볍게 지운 규정이다.

(나) 어음법 제16조 제2항, 수표법 제21조 (어음, 수표의 선의취득) “事由의 如何를 불문하고 환어음(또는 수표)의 점유를 잃은 자가 있는 경우에 그 어음(수표)의 소지인이 배서의 연속 또는 어음(수표)의 所持로 그 권리를 증명한 때에는 그 어음(수표)을 반환할 의무가 없다. 그러나 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 때에는 그러하지 아니하다.”

어음이나 수표를 가진 자와 상대방 사이에 그 어음, 수표의 정당한 권리자가 누구인지에 관하여 다툼이 생겼을 때, 어음, 수표의 소지인이 배서의 연속이나 수표

의 소지(所持)라는 사실만 입증하면 그 권리를 인정받는다는 것이다. 그리하여, 어음, 수표의 소지인은 배서의 연속 또는 수표의 소지라는 것만을 증명할 책임을 지고, 상대방이 소지인이 위법의 소지임을 알고서 또는 중대한 과실로 알지 못한 사실을 입증할 책임을 지도록 하는 규정이다.

어음과 수표의 유통성을 보장하기 위하여 소지인에게 입증책임을 아주 가볍게 지운 규정이다.

(다) 어음법 제44조 (소구의 형식적 요건) 제1항 인수 또는 지급의 거절은 공정증서(인수거절증서 또는 지급거절증서)에 의하여 증명하여야 한다.

이것은 입증책임에 관한 규정이라기보다 입증의 방법을 규정한 것이다.

(라) 어음법 제45조 제5항, 수표법 제41조 제5항 (인수거절, 지급거절의 통지) (어음이나 수표가 지급거절되면, 소지인은 발행인과 배서인에게 권리를 행사하기 위하여 통지를 하여야 한다.) “통지를 하여야 할 자는 적법한 기간 내에 통지를 하였음을 증명하여야 한다. 이 기간 내에 통지의 서면을 우편으로 부친 때에는 그 기간을 준수한 것으로 본다.”

이와 같은 통지를 했는가 안 했는가 하는 사실의 입증책임을 어음, 수표 소지인에게 지운 것이다.

(마) 수표법 제42조 제2항 “(지급이 거절된 경우 소지인이 통지를 하였는가 하는) 법정기간의 불준수(不遵守)는 소지인에 대하여 이를 원용(援用)하는 자가 증명하여야 한다.”

이 규정은 앞의 수표법 제41조 제5항과 모순될 수 있다.

(4) 자동차손해배상보장법 제3조

학설과 판례는 자동차손해배상보장법 제3조 규정이 입증책임을 전환한 규정이라고 한다.

자동차손해배상보장법 제3조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 인하여 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상을 당한 경우에 있어서 자기와 운전자가 자동차의 운행에 관하여 주의를 게을리 하지 아니하고, 피해자 또는 자기 및 운전자외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함 또는 기능에 장애가 없었다는 것을 증명한 때
2. 승객이 사망하거나 부상을 당한 경우에 있어서 그 사망 또는 부상이 그 승객의 고의나 자살행위로 인한 것인 때”

학설과 판례는, 자동차 사고로 사람이 죽거나 다쳤을 때, 그 손해배상청구의 근거는 민법 제750조의 불법행위 책임이므로, 입증책임의 일반원칙에 의하면 손해배상을 청구하는 피해자(원고)가 사고의 발생 사실, 손해의 발생과 손해의 정도, 인과관계, 고의, 과실의 책임을 모두 입증하여야 할 책임을 지는 것인데, 자동차손해배상보장법 제3조가 그 입증책임을 전환시켜서 손해의 책임과 발생에 관한 입증책임을 가해자인 자동차운행자가 지도록 만들었다고 본다.⁴⁰⁾

대법원 1967. 9. 26. 선고 67 다 1695 판결은 다음과 같이 판결하였다.

“자동차손해배상보장법의 제정목적은 같은 법 제1조에서 설명한 바와 같이 자동

40) 이동락, 재판자료 제20집 자동차사고로 인한 손해배상(상) 49쪽, 법원행정처, 1984.

차의 운행으로 사람의 생명 또는 신체가 사상된 경우에 있어서의 손해배상을 보장하는 제도를 확립함으로써 피해자의 보호를 도모하고, 자동차 운송의 건전한 발달을 촉진함에 있으며, 같은 법 제2조, 제3조, 제4조의 규정취지에 비추어 자동차 소유자가 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 타인의 생명 또는 신체를 사상한 때에는 그 손해를 배상하도록 되어 있고, 손해의 책임과 발생에 관한 입증책임을 자동차를 운행하는 자에게 과함으로써 민법 제750조의 특별규정이라고 보아야 할 것이"다.(같은 취지의 판결 : 1976. 10. 12. 선고 76 다 1200 판결, 1970. 11. 24. 선고 70 도 1501 판결 등)

즉, 이 판결은 본래 민법 제750조의 불법행위의 경우는 피해자가 손해의 책임과 발생에 관하여 입증책임을 지는데, 자동차손해배상보장법은 그 입증책임을 자동차운행자에게 지우도록 입증책임을 전환한 것이라고 해석한 것이다.

우리 법률은 누구에게 입증책임을 지우는가 여부에 대하여 일반적인 규정을 두고 있지 않지만, 통설은 민법 750조의 불법행위 책임은 그 손해배상청구권을 주장하는 쪽이 그 손해배상청구권을 발생하게 하는 사실을 입증할 책임이 있다고 보는데, 이것은 뒤에서 살펴 볼 통설인 법률요건분류설을 따른 것이다. 그리고, 위의 학설과 판례는 이와 같은 일반적인 입증책임 분배를 기정사실로 보고, 자동차손해배상보장법 제3조는 자동차 사고로 인한 손해배상청구의 경우는 손해의 발생과 책임의 입증책임을 불법행위일반론이 정한 반대쪽에게 돌려놓았다고 보는 것이다.

그러나, 이것도 통설인 법률요건분류설에서 벗어나면, 입증책임을 전환된 것이 아니고, 바로 이 법률에 의하여 그 입증책임을 자동차운행자에게 지워진 것이라고 보게 되는 것이다.

(5) 문서의 眞正成立에 관한 추정 규정

민사소송법은 다음과 같은 규정을 두고 있다.

제356조 (공문서의 진정의 추정) ① 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이

직무상 작성한 것으로 인정할 때에는 이를 진정한 공문서로 추정한다.

제358조 (사문서의 진정의 추정) 사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인(拇印)이 있는 때에는 진정한 것으로 추정한다.

보통 학설은, 증거로 제출된 어떤 문서가 진정하게 성립되었는지 여부는 그 문서를 증거로 제출한 자가 입증할 책임을 지는데, 위 두 조문은 문서가 공무원이 직무상 작성한 것으로 인정하였거나, 문서 작성자의 서명, 날인, 무인이 있는 경우에는 일단 진정으로 성립된 사실이 인정하도록 하는 것이고, 그렇지 않다고 주장하는 자가 그것이 위조되었다는 사실을 입증하도록 하여, 입증책임을 전환하는 것으로 해석한다.

이 규정은 주요사실에 관한 입증책임에 관한 규정이 아니라, 간접사실에 대한 입증책임인 것이다.

3. 입증책임은 이론에 맡겨져 있다

이와 같이 우리 법률은 단편적으로 입증책임 또는 입증방법에 관한 규정을 두고 있다. 그러나, 이들 규정 어디에도 입증책임 또는 증명책임이라는 말은 등장하지 않고 있으며, 그 규정이 너무 단편적이다.

이러한 규정은 그 일부 특수한 경우의 입증책임에 관한 규정으로 받아들여질 수 있으나, 전체적으로 우리 법률에 일반적인 입증책임에 관한 법률 규정으로 볼 수 없으며, 그러한 일반적인 규정은 없다.

그러므로, 입증책임의 기능과 의미 그리고, 입증책임의 일반적인 분배 원칙은 판례와 학설에 맡겨져 있는 것이다.

제3절 입증책임의 분배

1. 입증책임 분배의 중요성

이와 같이 우리 법률은 입증책임의 개념과 기능, 그리고 일반적인 입증책임에

관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나, 실무에서는 입증책임이라는 개념을 확실히 인정하고 있으며, 재판 진행 도중에 재판장은 입증책임이 있는 쪽에 입증 을 촉구하고, 가끔 판결문에도 입증책임이라는 용어가 등장한다. 그리고, 실제로 실무에서 어느 쪽 주장이 진실인지 알 수 없을 때, 입증책임을 지는 쪽이 불이익 을 받아서 패소하게 되기 때문에 입증책임은 매우 중요한 것이 아닐 수 없다.

입증책임은 이러한 중요한 기능을 수행하는데, 나아가 바로 이런 이유 때문에 누가 입증책임을 지는가 즉 입증책임의 분배가 매우 중요한 것이다.

입증책임은 어느 쪽도 증명을 하지 못 했을 때 작동한다. 그때, 입증책임을 지는 쪽의 주장이 거짓이 되고 그쪽의 패소로 연결된다. 따라서, 누가 입증책임을 지느냐 하는 것 즉 입증책임의 분배는 대단히 중요한 문제이고, 이것이 곧 입증책임을 논하는 이유이기도 하다.

2. 주요사실과 간접사실의 문제

입증책임을 논할 때, 主要事實과 間接事實을 나누어 따진다.

주요사실이란 법률요건에 직접 해당하는 사실이고, 간접사실은 주요사실의 존부를 경험칙의 적용에 의하여 推認케 하는 사실이다⁴¹⁾.

주요사실과 간접사실은 그 구별이 애매모호한 경우도 많고, 학설은 그 구별이 입증책임과는 직접적인 관련이 없다고 본다.

즉, 입증책임은 주요사실이 存否不明인 경우에 그 법률효과의 적용을 바라는 한 쪽 당사자가 부담하여야 하는 불이익을 뜻하므로, 주요사실을 직접 증명할 수 없어 주요사실을 추인케 하는 한 개 또는 여러 개의 간접 사실을 입증함으로써 주요 사실에 관한 입증의 목적을 이루려고 하는 경우든, 주요사실에 관하여 직접증명을 피하면서 그 직접증명의 증명력을 증강시키기 위하여 간접사실을 입증하는 경우 든, 간접사실의 입증책임의 분배는 주요사실의 입증책임의 분배와 운명을 같이한다고 한다.⁴²⁾

그러나, 이 논문을 쓰는 이는 그렇게 생각하지 않는다.

41) 오석락, 입증책임론, 1996, 박영사, 39 - 40쪽

42) 오석락, 앞의 책, 41쪽

간접사실은 당사자가 그 사실을 주장하지 않아도 증거 또는 변론의 취지로 나타나는 사실을 인정할 수 있으며, 자백의 대상도 되지 않아서, 비록 당사자가 자백하였다고 하더라도 법원이 다른 사실을 인정할 수 있는 것이다. 이것이 직접사실과 간접사실을 구별하는 이유인데, 이 이유 때문에 간접사실은 직접사실과 별도로 입증책임 분배의 대상이 될 수 있다.

학설은 위와 같이 간접사실의 입증책임의 분배가 주요사실과 운명을 같이 한다고 하는데, 이것은 통설인 법률요건분류설에 의하면 그러하다고 할 수 있으나, 다른 학설에 의하면 그러하지 아니할 수 있다.

그리고, 실제로 그 간접사실이 입증하고자 하는 직접사실이 어떠한 사실이며, 그 간접사실은 어떠한가에 따라 입증책임이 달라지거나, 입증책임이 달라질 수 있는 것이다.

예를 들어, 원고는 계약의 이행을 주장하는데, 피고는 그 계약을 합의해제하였다고 주장하면서, 합의해제하고 계약서 원본을 찢어 없앴다고 주장하는 경우를 살펴보자.

이러한 경우, 판례와 통설에 따르면 원고는 권리를 생기게 하는 사실인 계약의 성립 사실을 주장하고 입증해야 하는데, 그 사실을 피고가 인정하므로 따로 입증할 필요가 없게 되었다. 그리고, 피고는 합의해제되었다는 사실을 주장하는데, 이것은 권리를 없애는 사실(權利滅却事由)이므로 법률요건분류설에 따르면 그 사실을 주장하는 피고 쪽에 입증책임이 있다. 따라서, 계약이 합의로 해제되었다는 사실은 피고가 입증하여야 할 주요사실이다. 계약이 합의해제되었다는 주요사실을 입증하는 것은 원고와 피고가 계약을 해제하기로 합의한 사실을 입증하여야 하는 것이다. 만일, 원고와 피고가 그렇게 합의로 해제한다는 내용의 문서를 작성하였거나, 그렇게 합의해제하기로 하는 말이 오간 것을 본 증인이 있으면, 그 문서 또는 증언이 직접 주요사실을 입증하는 증거가 된다. 그런데, 그런 문서를 작성하지도 않았고, 본 사람도 없고, 다만 계약이 합의해제되었다는 표시로 원본계약서를 찢어 없애버렸다고 피고가 주장하는 것이다. 이런 경우, 원본 계약서가 존재하는가 여부는 직접 주요사실이 아니다. 그러나, 보통 계약을 합의로 해제하는 경우에 많이 들

계약서 원본을 찢어 없앤다. 따라서, 피고는 원본 계약서를 찢어 없애서 원본 계약서가 존재하지 않는다는 간접사실을 입증하여 주요사실을 추정하도록 하려고 하는 것이다.

그런데, 이 경우 주요사실은 계약이 합의로 해제되었다는 사실이고, 법률요건분류설에 의하면 그 주요사실의 입증책임은 피고에게 있다. 그런데, 피고가 주요사실을 입증하기 위하여 주장하는 간접사실 즉 계약서 원본이 존재하지 않는다는 사실의 입증책임은 피고에게 있는 것이 아니라, 원고에게 있다. 즉, 원고가 계약서 원본을 제시하지 못 하면 원고가 입증책임을 다하지 못 하여 계약서 원본이 없다는 간접사실이 입증되는 것이다.

이와 같이 간접사실의 입증책임 분배는 주요사실에 묻어가는 것이 아니고, 별도로 입증책임의 분배를 논하여야 하는 것이다.

이 논문은 입증책임을 논함에 있어서 주요사실의 입증책임만을 논하는 것이 아니라, 주요사실, 간접사실을 따지지 않고 어떤 사실을 증명하려고 하는 모든 사실에 적용될 수 있는 입증책임 분배의 법칙을 찾으려고 하는 것이다.

3. 입증책임분배의 指導原理

입증책임의 분배는 개개의 주요사실 또는 간접사실을 누가 입증할 책임을 지는가를 정하는 것이다. 그렇다면, 입증책임을 분배하는 기본적인 지도원리가 무엇인지를 생각해 보지 않을 수 없다.

입증책임 분배의 지도 원리는 다음 두 가지로 생각할 수 있다.

첫째로, 어느 쪽에 입증책임을 지워서 입증이 안 된 경우에 어느 쪽의 주장을 사실이 아니라고 판단하는 것이 진실에 가까운가 하는 것이다(眞實接近性).

입증은 증거를 내세워 진실을 파악하려는 노력이고, 그 목적이 진실 파악이다. 따라서, 입증책임의 분배도 그 분배에 따라 그 결론이 진실에 가깝게 가도록 하여야 한다. 어떻게 분배를 하면 진실에 가까워질 수 있는가를 생각하여야 한다.

둘째로, 어느 쪽에 입증책임을 지워서 패소시키는 것이 공평한가 하는 것이다(公平性).

민사소송에 있어서 당사자와 소송관계인은 信義에 따라 誠實하게 소송을 수행하여야 한다(민사소송법 제1조 제2항). 민사소송에서 사실의 확정은 매우 중요한 과정이고, 당사자들은 법원이 사실을 확정할 수 있도록 협조하고 노력할 의무가 있다. 따라서, 고의적으로 법원이 진실을 발견하는 것을 방해하거나, 의무를 게을리하여 법원이 진실을 발견하는 데에 지장을 초래하는 당사자에게는 그 당사자의 주장이 사실이 아니라고 인정하여 결국 패소에 이르게 함으로써 불이익을 주어야 한다. 그래야 공평하다.

이 지도 원리에 의하여 증거를 제출할 수 있는 쪽에서 증거를 내지 않아서 진실 발견을 곤란하게 한 경우에 그 쪽에 불이익을 주어야 한다는 결론에 이르게 된다.

보통 학계에서는 입증책임의 지도 원리로 공평과 정책적 고려를 들고 있으며, 그 정책적 고려의 예로써 보통의 불법행위의 손해배상 책임의 경우와 달리 교통사고의 경우 자동차운행자에게 고의, 과실의 입증책임을 지운 것을 든다.⁴³⁾

그러나, 그 정책적 고려라는 것도 공평성과 같은 이념으로 보아야 한다. 교통사고의 경우에 피해자에게 고의, 과실의 입증책임을 지우는 것이 불공평하기 때문에 가해자에게 입증책임을 지워서 공평성을 유지하려고 하는 것이다.

본래 학계에서는 입증책임 분배의 객관적, 추상적인 기준을 세우려고 노력하였고 그 결과 현재 법률요건분류설이라는 기준이 통설이 되었다. 법률요건분류설도 진실에 가까워지려는 노력과 공평성을 고려하지 않은 것은 아닐 것이나, 근래에 이르러 그 이론에만 의존하는 것은 진실에 가까워지려는 노력과 공평성에 있어서 문제가 있다고 보고, 학자들이 立證責任의 輕減, 轉換 또는 다른 이론을 제기하는 것이다.

43) 오석락, 앞의 책, 19, 20쪽

4. 입증책임분배의 여러 이론

(1) 여러 가지 입증책임 분배의 이론

본래 법학은 일반화된 원칙과 논리를 중시하기 때문에 학자들은 개개의 요건 사실이나 소송의 일정 분야에 한정되지 않고, 모든 민사소송에 공통적으로 적용되는 일관성 있고, 추상적이고, 체계적인 입증책임 분배의 기준을 만들려고 노력하였다.

그리하여, 주장하여야 하는 사실을 성질 별로 나누어 입증책임을 분배하는 방안을 생각했고, 또는 법률이 정하고 있는 규정을 분석하고 분류하여 일반적인 입증책임 분배의 기준을 세우려고 하였다. 독일법학자들이 이러한 노력을 하였고, 그 내용이 우리에게 알려져 있는데, 이러한 독일법학자들이 제시한 일반적인 입증책임 분배의 기준 이론을 살펴본다.

입증책임분배의 이론은 기준을 구하는 대상의 성질에 따라 다음과 같이 분류한다.⁴⁴⁾

법규분류설

사실분류설

 요증사실분류설

 소극사실설

 외계사실설

 법률요건분류설

 인과관계설

 통상사실설

 최소한사실설

 특별요건설

 전부사실설

44) 오석락, 앞의 책, 71쪽 이하

이익설

근거요건설

법규분류설은 법이 정하는 규정의 형식에 따라 입증책임을 분배하려고 하는 설이고, 사실분류설은 입증하려고 하는 사실의 성질에 따라 입증책임을 분배하려고 하는 설이다.

요증사실분류설은 입증하려고 하는 사실이 어떠한 성질의 사실이나에 따라 입증책임을 나누려는 것인데, 소극사실설은 적극적인 사실은 주장하는 쪽이 입증할 책임이 있는데, 소극적인 사실은 상대방이 입증책임을 진다는 학설이고, 외계사실설은 외부적인 사실은 입증할 책임이 있으나, 사람의 내부적인 사실은 입증책임을 지지 않는다는 학설이다.

법률요건분류설은 법률이 효과를 발생하기 위하여 필요하다고 정하여 놓은 요건의 성질에 따라 입증책임을 분배하려는 입장이다.

그 요건의 어떠한 성질에 따라 입증책임을 나누냐에 따라 인과관계설, 통상사실설, 최소한사실설, 특별요건설, 전부사실설, 이익설, 근거요건설로 나누어진다.

(2) 法規分類說

이 학설의 입장은 실체법의 규정을 원칙규정과 예외규정으로 구별하여 원칙규정의 적용을 주장하는 자는 그 규정의 요건사실을 입증하여야 하고, 예외규정의 적용을 주장하는 자는 그 요건사실을 입증하여야 된다고 하는 입장이라 한다.⁴⁵⁾

이 학설은 독일민법전을 만들 때, 입증책임을 분배를 염두에 두고, 원칙규정과 예외규정을 정하였다는 사정 때문에 독일민법을 제정할 당시에 성행하였던 학설이라 하고, 우리 법률은 규정에 있어서 입증책임을 분배를 고려하지 않기 때문에 이 학설을 우리나라에 적용하기 곤란하다고 한다.⁴⁶⁾

이 학설은 어느 정도 타당성이 있는 것으로 생각할 수 있다. 즉, 실체법 규정을 살펴보면, 본문과 단서 규정이 있는 경우에 본문은 그 본문을 적용하는 효과를 주

45) 방순원, 민사소송법(상), 한국사법행정학회, 1989, 311쪽, 오석락, 입증책임론, 71쪽

46) 오석락, 앞의 책, 71쪽

장하는 쪽이, 단서는 단서 적용의 효과를 주장하는 쪽이 각자 입증하도록 하는 것으로 볼 수 있는 것이다.

예를 들어 채권자취소권을 규정한 민법 제406조 제1항은 본문에 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다”고 규정하고 있으므로 채권자취소권을 주장하는 채권자는 채무자가 채권자를 해함을 알았다는 사실과 그것을 알면서도 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 한 사실을 입증하여야 하는 것으로 볼 수 있다.

그리고, 그 조항은 단서로 “그러나, 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 따라서, 전득자가 권리를 지키려면 자신이 채권자를 해한다는 사실을 알지 못 하였다는 사실을 입증하여야 한다고 보는 것이다.

그러나, 모든 법 규정이 이와 같이 입증책임의 분배를 엄두에 두고 규정되는 것이 아니고, 나아가 뒤에 자세히 논하는 바와 같이 이 학설도 입증책임과 주장책임을 혼동하는 것이다. 즉, 원칙과 예외 규정은 주장책임 분배의 기준일수는 있으나, 입증책임 분배의 기준은 아니라는 것이다. 입증책임의 분배는 법 규정의 형식과는 관계없이 진실에 가까이 가려는 목적과 공평성을 고려하여 정하여야 하기 때문에 이 학설은 채택될 수 없는 것이다.

(3) 消極事實說

이 학설은 로마법 주석학파의 Irnerius, Placentin, Johannes가 로마법에서 이끌어낸 것이라고 한다.

즉, 로마법에는 “주장하는 자는 입증을 요하고, 부정하는 자는 요하지 않는다(ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat)”, “사물의 성질상 부정하는 자는 입증을 요하지 않는다(cum per rerum naturam negantis nulla probatio sit)”는 규정이 있었는데, 이 규정에 의하여 “입증책임은 긍정하는 자에게 있고, 부정하는 자에게 없다(affirmanti incumbit probatio non neganti)”라는 법 격언이 생겨났으며, 입증책임은 적극적인 사실을 주장하는 자에게 있고, 소극적인 사실은 그 상대방이 입증책임을 부담한다는 주장이 나온 것이다⁴⁷⁾.

이 학설은 현재에 어느 누구도 주장하지 않지만, 그 근거가 되는 원리는 신중하게 음미할 필요가 있다.

예를 들어, 원고는 피고로부터 맞아서 다쳤다고 주장하는데, 피고는 때린 사실이 없다고 주장한다면, 원고에게 피고가 때린 사실(적극적인 사실)을 증명하라고 하는 것은 납득이 가지만, 피고에게 때리지 않은 사실(소극적인 사실)을 증명해 보라고 한다면 이상한 일이 된다. 때린 사실은 맞은 상처를 내보이거나, 때리는 것을 본 사람을 증인으로 심문하거나 하는 방법으로 증명할 수 있는데, 때리지 않은 사실을 증명하라 하면 난감해 지는 것이다. 이러한 예로써 적극적인 사실(때린 일)은 증명의 대상이 되는데, 소극적인 사실(때리지 않은 일)은 증명하기 어려운 것이기 때문에 적극적인 사실을 주장하는 쪽에 입증책임을 지우는 것이 타당한 것으로 보이는 것이다.

이 이론은 상당히 많은 경우에 들어맞을 수는 있다. 그러나, 이것을 모든 경우의 입증책임 분배의 일반적 원칙으로 인정할 수는 없다.

왜냐 하면, 우선 세상에는 적극적인 사실, 소극적인 사실로 구분이 되지 않는 요건 사실이 많기 때문이다. 예를 들어, 의사가 에이(A)형 피를 수혈하여야 하는데, 비(B)형의 피를 수혈하였다고 주장하는 경우에 그 행위는 적극적인 사실, 소극적인 사실로 구별할 수가 없다. 즉, 판사는 증거에 의하여 에이형이 수혈되었는지, 비형이 수혈되었는지를 가려야 하고 증거가 부족하면 모르겠다고 하는 것이지, 에이형이 수혈된 것이 적극적인 사실이고, 비형이 수혈된 사실이 소극적인 사실이라고 단정하여 입증이 안 되었다고 비형이 수혈된 사실을 인정할 수는 없는 것이고, 그 반대도 마찬가지이다.

그리고, 나아가 소극적인 사실이 입증이 어렵기는 하여도 입증할 수 있는 경우도 있다는 것이다. 예를 들어, 원고는 피고로부터 맞았다고 주장하는데, 무조건 맞았다고 주장해서는 안 된다. 즉, 원고는 어느 날 몇 시에 어떤 곳에서 피고로부터 어떻게 맞았다고 주장하여야 하는데, 마침 그때 원고와 피고와 함께 다른 사람이 그 자리에 처음부터 끝까지 있어서 보았다면, 피고는 그 사람의 증언에 의하여 때

47) 오석락, 앞의 책, 71, 72쪽

리지 않은 사실을 증명할 수 있는 것이다.

이러한 이유로 이 학설은 입증책임을 분배하는 원칙으로 인정받지 못하고 있다. 그러나, 많은 경우에 이 기준은 진실에 가깝고, 공정성에 맞는 결론을 내 줄 수 있다. 예를 들어, 원고는 돈을 못 받았다고 주장하고, 피고는 돈을 주었다고 주장하는데, 그 누구도 아무런 증거를 내지 못 하였다면, 그것은 돈을 안 준 것으로 판단하여야 진실에 가깝고, 공평한 것이 되는 것이다. 돈을 주었다는 아무런 증거가 없다면 보통 사람들은 돈을 안 준 것으로 판단할 수밖에 없는 것이고, 혹시 원고가 피고로부터 돈을 받고도 안 받았다고 거짓말을 하는데, 피고는 원고로부터 영수증을 받아놓지 않았다면, 그것은 피고가 증거를 확보하는 노력을 게을리 한 것이므로, 그 노력을 게을리 한 대가로 패소의 책임을 저도 불공평하지 않기 때문이다.

그래서, 이 논문을 쓰는 이는 이 학설을 여러 가지 입증책임 분배의 기준의 하나로 인정하고자 한다.

(4) 外界事實說

이 학설은 독일의 Helmolt, Langenbeck, Burkhard, Endemann 등이 주장한 견해라고 한다.

이 학설은 外界의 사실이란 사람의 五官의 작용에 의하여 지각할 수 있는 사실을 뜻하므로 법률행위 중에서 표시행위가 따르는 것은 입증할 필요가 있으나 효과의사나 능력과 같이 표시행위가 따르지 않는 것은 입증할 필요가 없다고 하고, 또는 판결할 때 외계에 표현되어 진실한 것으로 인정되는 사실은 입증할 필요가 없다고 한다고 한다.⁴⁸⁾

이 학설은 그 주장 자체로 입증책임 분배의 원칙으로 인정받기 어려운 것으로 보인다. 왜냐 하면, 입증책임 분배의 이론은 누군가에게 입증책임을 지워서 책임을 지는 자가 그것을 입증하지 못 하면 그것이 사실이 아니라고 보는 것이기 때문에 입증할 필요가 없다고 하면 그러한 경우에 도대체 어떻게 처리하느냐는 문제가 그

48) 오석락, 앞의 책, 72쪽

대로 남아서 문제가 해결되지 않기 때문이다.

예를 들어, 민법에는 어떤 사람이 어떤 사실을 알았는가(惡意), 몰랐는가(善意)에 따라 법률효과가 달라지는 예가 많다. 이 학설에 따르면 알았는가 몰랐는가는 內界의 사실이므로 입증할 필요가 없다고 하는데, 그렇다면, 그러한 경우에 그것을 입증할 필요가 없으면, 알았다 또는 몰랐다는 어떻게 정하며, 그것이 정하여지지 않으면, 도대체 누구에게 불이익으로 판결할 것인가가 해결되지 않은 채로 남는 것이다.

그리고, 外界의 사실이 아닌 사람 내부의 사실이라고 하더라도, 그것은 여러 가지 사정에 의하여 입증이 될 수 있는 것이다.

그러므로, 이 학설은 입증책임 분배의 원칙을 밝히기 위해서는 별로 도움이 되지 않는다.

(5) 因果關係說

이 학설은 독일의 Hellwig가 주장하였다고 한다.

이 학설은 일정한 권리관계를 발생하게 하는 사실을 원인사실과 단순한 조건에 불과한 사실로 구별하여 전자에 대하여는 입증책임을 부담하나, 후자에 대하여는 입증책임을 부담하지 않는다고 하는 주장이다. 나아가 여러 가지 조건 중에서 가장 유력하거나 상대적으로 유력한 조건을 원인으로 보고, 나머지는 단순한 조건이 된다고 하며, 또한 인과관계론에 있어서의 이른바 상당인과관계설에 의하여 권리관계의 발생을 주장하는 자는 인과관계로부터 추론하여 통상 그 권리관계를 발생케 하는 사실을 입증할 책임이 있다고 한다.⁴⁹⁾

그러나, 우리가 입증책임의 분배에 있어서 논하고자 하는 것은 어떤 사실은 어떤 쪽이 입증책임을 지고, 다른 어떤 사실은 또한 어떤 쪽이 입증책임을 지는가 하는 것을 정하고자 하는 것이다. 그런데, 이 학설은 입증해야 하는 사실과 입증할 필요가 없는 사실을 구별하고 있을 따름이지, 사실을 구별하여 이런 사실은 어느 쪽이, 그렇지 않은 사실은 다른 어느 쪽이 입증책임을 진다고 하는 학설이

49) 오석락, 앞의 책, 73쪽

아니다. 즉, 원인사실은 그 사실을 주장하는 쪽이 입증책임을 진다고 하나, 단순한 조건은 입증책임이 없다고 할 뿐 누가 입증책임을 지는가를 논하지 않는다.

입증책임의 분배는 모든 사실에 대하여 필요한 것이지, 어떤 사실은 입증책임을 분배할 필요가 있고, 어떤 사실은 입증책임을 나눌 필요가 없는 그런 것이 아니다. 왜냐 하면, 입증책임이라는 것 자체가 그 사실이 입증되지 않으면 입증책임을 지는 자에게 불리하도록 판단하는 것이기 때문에 입증책임을 분배할 필요가 없는 사실이라는 것이 있어서는 아니 되는 것이다.

따라서, 단순한 조건은 입증책임을 지지 않는다고 하는 이 학설은 입증책임 분배에 도움이 되지 않는다.

(6) 通常事實說

이 설은 독일의 Planck가 주장하였다고 한다.

이 학설은 법률요건사실을 통상의 사실과 특수한 사실로 구별하여 권리관계의 발생을 주장하는 자는 인간의 경험에 따라 통상 권리관계를 발생하게 하는 사실에 대하여는 입증책임을 부담하나, 본래 발생한 법률효과를 방해하는 특별한 사실 또는 예외적인 사실은 상대방이 그 입증책임을 부담한다고 한다.⁵⁰⁾

이 학설의 내용은 뒤에 나오는 현재의 통설인 로젠베르크의 근거요건설에 가까운 주장이다. 즉, 통상의 권리 발생 사실은 권리의 존재를 주장하는 자가 입증할 책임을 지고, 그 권리의 발생을 방해하는 사실은 권리의 부존재를 주장하는 자가 입증할 책임을 진다고 하면, 이것은 근거요건설의 일부가 되는 것이다.

그러나, 주장하는 사실을 통상의 사실과 특수한 사실로 구별하여 입증책임을 달리하도록 하는 것은 옳지 못 하다. 그렇게 구별할 이유가 없다. 이 학설은 근거요건설에 다가가는 도중에 나온 불완전한 학설로 보아도 무방할 듯하다.

(7) 最小限事實說

이 학설은 독일의 Betzinger가 주장한 학설이라 한다.

50) 오석락, 앞의 책 74쪽

이 학설은 권리관계의 발생에 관한 법규를 주요규정, 보충규정, 반대규정으로 분류하여 권리관계의 발생을 주장하는 자는 그 발생을 규정한 주요규정과 직접적 보충규정이 요건으로 들고 있는 최소한도의 사실 즉 최소한도의 법률요건에 관하여 입증책임을 부담하고, 반대규정이나 간접적 보충규정이 규정하는 사실에 관하여는 상대방이 입증책임을 부담한다고 한다. 그리고, 원칙규정과 반대규정의 관계는 상대적이지만 반대규정의 부정은 결코 원칙규정의 최소한적 법률요건이 되는 것은 아니라고 한다.⁵¹⁾

이 학설은 앞에서 거론한 법규분류설과 같이 법률규정의 형식에 따라 입증책임을 지우려는 한다. 물론, 많은 법 규정의 요건사실이 이러한 방식대로 입증책임을 분배에 맞기는 하나 과연 입법자가 모든 경우에 입증책임을 분배를 염두에 두고서 법률 규정을 만드는 것인가 하는 의심이 들기 때문에 모든 경우에 적용할 수 있는 일반적 원리로 받아들일 수 없다.

나아가, 최소한의 법률요건에 대하여만 입증책임을 부담한다고 하는 것은 입증책임을 분배에 도움이 되지 않는다. 입증책임을 어떤 사실에 대하여 어느 쪽이 입증책임을 지고, 그것을 입증 못 할 때에 누가 불이익을 받는가를 정하는 것이지, 어떤 것은 입증책임을 지우고, 어떤 것은 입증책임을 지울 필요가 없는가를 따지는 것이 아니다. 입증책임을 분배의 이론은 최소한 주요사실은 일정한 법칙에 의하여 입증책임을 분배하여야 한다. 그런데, 최소한사실설은 그러한 분배의 원칙을 제시하지 못 하고 있기 때문에 결국 입증책임을 분배에 있어서 쓸모가 없는 이론이 되고 만다.

(8) 特別要件說

이 학설은 독일의 Unger가 주장한 학설인데, 일본의 雉本朗造, 菊井維大, 中島弘道, 田中和夫가 지지하여 일본의 통설이 되었고, 우리나라의 방순원 변호사도 지지한다.

이 학설은 권리관계의 발생, 소멸에 필요한 법률요건을 권리관계의 발생, 소멸에

51) 오석락, 앞의 책, 74쪽

특유한 요건과 그렇지 않은 일반요건을 구별하여 권리관계의 발생이나 소멸을 주장하는 자는 그 특별요건을 구성하는 사실의 입증책임을 부담하나 일반요건을 구성하는 사실에 대하여는 입증책임을 부담하지 않고 오히려 상대방이 그 일반요건의 흠결에 대하여 입증책임을 부담한다고 주장한다.⁵²⁾

그러나, 권리관계의 발생, 소멸에 특유한 조건과 그렇지 않은 일반요건이 구별되는가가 의문이다. 예를 들어, 민법 제750조는 불법행위에 관하여 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하는데, 이 법 규정이 정하는 법률요건 중 어떤 것이 특유한 조건이고, 어떤 것이 그렇지 않은 일반조건이란 말인지 이해하기 곤란한 것이다.

이 점에 관하여 일본의 中島弘道 교수는 일반요건은 민법총칙편 중에 규정된 것을 뜻한다거나 특별요건을 규정한 법규는 원칙규정이고 일반요건을 규정한 법규는 예외규정이라고 설명하는데⁵³⁾, 이 주장은 그대로 받아들이기 곤란하다.

우선, 어째서 민법총칙편의 규정이 일반요건이 되는지 납득할 수 없다. 예를 들어 민법총칙에 속하는 민법 제13조는 금치산자의 법률행위는 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 위 학설에 따르면, 이 규정은 민법총칙편에 규정되었으므로 일반적인 규정이고 따라서 상대방이 그 흠결을 입증할 책임을 진다는 것이다. 그렇다면 이러한 경우 금치산자가 아니라는 사실을 주장하는 자가 입증책임을 지게 되는 것으로 해석되게 된다. 그러나, 현재 실무는 금치산자임을 주장하는 자가 입증책임을 지며, 금치산자인지 아닌지 증명이 안 되면 금치산자가 아닌 것으로 보는 데에 대하여 이견이 없다. 따라서, 민법총칙편에 규정된 것은 일반요건이므로 그 흠결을 주장하는 자가 입증 책임을 진다는 주장은 받아들일 수 없다.

나아가, 특별요건을 규정한 법규는 원칙규정이고 일반요건을 규정한 법규는 예외규정이라는 설명도 납득할 수가 없다. 위에서 본 바와 같이 무엇이 특별요건이고, 무엇이 일반요건인가 하는 것이 전혀 해결되지 못한 상황에서 특별요건이 원칙규정이 되고, 일반요건이 예외규정이 될 수 없다. 이것이 혹시 법률 규정을 일반 규정과 예외규정으로 나누어 그 규정이 정하는 요건의 입증책임을 지우는 것이라

52) 오석락, 앞의 책, 74, 75쪽

53) 中島弘道, 舉證責任の研究, 有斐閣, 1973. 50頁

면 이것은 결국 법규분류설이나 최소한사실설과 같은 주장이 되고 만다.

결국 특별요건설은 입증책임을 분배하는 일반적인 기준을 제시하지 못 하는 것이다.

(9) 全部事實說

이 학설은 독일의 Leonhard가 주장하고, 일본의 細野長良이 지지한다고 한다.

이 학설은 권리관계의 발생을 주장하는 자는 그 권리관계의 발생에 필요한 법률요건을 구성하는 모든 사실을 입증하여야 한다고 주장한다. 그 이유는 법률요건은 실체법상 절대적으로 규정되어 있으니, 그 법률효과를 주장하는 자가 그 모든 요건 사실을 증명하여야 하고 그 중 하나라도 빠면 법률효과가 발생하지 않기 때문이라는 것이다. 다만, 일반요건을 구성하는 사실에 관하여는 상대방의 질문이 없는 한 암묵의 주장과 입증이 있다고 보고 그 흠결에 관하여는 오히려 상대방에게 반증의무가 있다고 한다.⁵⁴⁾

이 학설은 결국 법률효과의 발생을 바라는 자는 그 발생에 필요한 모든 사실을 무조건 다 증명해야 한다는 것인데, 그 요건 사실의 성질을 전혀 무시한 주장이므로 납득하기 곤란하다. 특히, 이 학설은 주요규정(권리근거규정)과 반대규정(권리장애규정)의 구별을 인정하지 않는다고 하는데, 그렇다면, 권리장애규정의 사실은 누가 입증책임을 부담해야 하는 것인지 의심이 된다. 나아가, 일반요건을 구성하는 사실은 상대방이 가만히 있으면 입증이 되었다고 보는 것은 도저히 납득할 수 없는 것이다. 입증책임을 분배이론은 그 자체로 분배의 원리를 모색하는 것이지 당사자의 태도에 의하여 책임의 분배가 달라지도록 할 일이 아니다.

(10) 利益說

이 학설은 독일의 Ule가 주장하였다고 한다.

이 학설은 각 당사자는 자기에게 이익이 되는 법률요건 사실을 입증할 책임이

54) 오석락, 앞의 책 75쪽

있다고 주장한다.⁵⁵⁾

그러나, 어떤 사실이 한쪽에 이익이 되면, 그 사실이 부존재한다는 사실은 상대방에게 이익이 되니, 이 학설에 따르면 어떤 사실의 존재의 입증책임과 부존재의 입증책임이 동시에 있게 되어 양쪽이 모두 입증책임을 지게 되어, 어떤 사실이 증명되지 않는 경우에 어느 한쪽에게 불이익을 주려는 목적이 달성될 수가 없어져서 결국 논리적으로 모순이 되고 만다.

(11) 根據要件說

이 학설은 독일의 로젠베르크(Leo Rosenberg)가 주장한 학설로서 오늘날 가장 널리 지지를 받고 있다. 이 학설을 자세히 밝혀 놓은 로젠베르크의 책 "입증책임론(Die Beweislast)"이 우리말로 번역되어 나와 있다.⁵⁶⁾

이 학설은 법률요건을 권리관계의 발생, 변경, 소멸의 관점에서 구별하여, 권리가 생겨나는 데 필요한 법률요건을 구성하는 사실은 권리가 있다고 주장하는 쪽이 입증책임을 부담하고, 권리가 생겨나지 않도록 막는 사실, 권리를 없애는 사실 또는 있는 권리가 효력을 발휘하지 못 하도록 막는 사실은 그와 같이 권리가 없거나 권리가 효력을 발생하지 못 한다고 주장하는 쪽이 입증책임을 부담한다는 것이다.⁵⁷⁾

이 학설은 법률효과의 근거가 되는 사실의 성질에 따라 입증책임을 분배한다고 하여 根據要件說이라 하고, 입증책임 분배의 대상이 되는 사실을 권리의 발생, 변경, 소멸의 요건사실로 나누어 각자 달리 분배하기 때문에 그 중 권리발생만 들어서 發生要件說이라 하고, 권리가 생겨나거나, 권리가 생겨나지 못 하도록 막거나, 권리를 없애거나, 권리의 효력 발생을 막는 것들이 모두 적극적인 요건사실이고, 이 적극적인 요건 사실을 주장하는 자에게 입증책임을 분배한다고 하여 積極要件說이라고 하며, 법률 조문의 규정 형식에 따라 권리의 발생, 변경, 소멸의 요건 사실을 나누어 달리 입증책임을 지우는 것이므로 法條分類說이라고도 하고, 요건이

55) 오석락, 앞의 책 76쪽

56) 레오 로젠베르크(Leo Rosenberg) 지음, 오석락, 김형배, 강봉수 공역, 입증책임론(Die Beweislast), 박영사, 1995.

57) 오석락, 앞의 책, 76쪽.

규정된 법 규범의 형식에 따라 입증책임을 분배한다고 하여 規範說이라고도 한다.

우리나라 실무에서는 보통 특별한 이유가 없는 한 입증책임을 이 근거요건설에 따르고 있으므로, 이 학설의 내용은 따로 자세히 살펴보기로 한다.

5. 통설인 法律要件分類說(根據要件說)⁵⁸⁾

(1) 로젠베르크의 이론⁵⁹⁾

로젠베르크는 일정한 법규를 적용하지 않고서는 자신의 소송상 요구가 실현될 수 없는 당사자는 그 법규의 여러 요건들이 실제로 실현되었다는 사실에 대해 주장책임 및 입증책임을 진다고 본다. 그래서, 각 당사자는 자신에게 유리한 법규의 요건을 주장하고 증명하여야 한다는 것이다.⁶⁰⁾

그렇다면, 어떤 규정을 원고에게 유리한 것으로, 또 어떤 규정을 피고에게 유리한 것으로 판단할 것인가 하는 문제에 이르게 된다.⁶¹⁾

로젠베르크는 이것을 따져보기 위하여 법 규정 사이의 관계를 살펴보았다.

그리하여, 서로 다른 두 개의 법률 규정은 다음과 같은 세 가지 관계에 놓여 있음을 밝혔다.

첫째로, 서로 보충하고 支援하는 사이로서, 같은 효과를 일으키는 규정들이고, 둘째로 서로 相反된 사이로서, 한 쪽 규정이 다른 쪽 규정이 만들어낸 효과를 없애거나 방해하는 규정이 되는 것이고, 셋째로는 서로 효과에 아무런 영향을 미치지 않는 관계이다.

첫째의 예로서, 민법 제109조 제1항 본문의 錯誤로 인한 의사표시의 취소 규정과 제110조 제1항의 詐欺, 強迫에 의한 의사표시의 취소 규정을 들 수 있다. 이 두

58) 법률요건설을 따르는 국내학설들은 다음과 같다. 이시윤, 앞의 책, 481쪽, 송상현, 앞의 책, 629쪽, 강현중, 앞의 책, 533쪽, 김용진, 앞의 책, 442쪽, 홍기문, 앞의 책, 386쪽, 호문혁, 앞의 책, 443쪽, 오시영, 앞의 책, 668쪽, 정동윤, 유병현, 앞의 책, 504쪽, 김홍규, 앞의 책, 413쪽, 양병희, 앞의 책, 325쪽, 박찬주, 앞의 책, 479쪽.

59) 아래 이론은 로젠베르크 지음, 오석락, 김형배, 강봉수 공역, 입증책임론, 박영사 책의 104쪽 이하의 내용이다. 다만, 그 책에는 독일민법 조문이 예로 등장한다. 독일민법전은 우리 민법과 다르기 때문에 이 논문을 쓰는 이는 그 예를 모두 우리 민법의 조문으로 바꾸었고, 경우에 따라서는 예를 바꾸어서 우리 민법의 예를 들었다.

60) 로젠베르크, 번역된 박영사의 책 104쪽

61) 로젠베르크, 앞의 책, 105쪽

규정들은 모두 의사표시가 취소될 수 있는 규정으로서, 그 의사표시를 없애는 효과를 얻으려고 하는 당사자는 그 어느 쪽이든지 주장 입증할 수 있으며, 이것을 중복으로 주장, 입증하여도 된다. 이러한 규정들은 입증책임의 관점에서 보면, 양쪽 모두 같은 쪽이 입증책임을 지는 것이므로, 특별히 살펴볼 여지가 별로 없다.

둘째의 예는, 민법 제109조 제1항 본문과 단서 규정이다. 즉, 본문은 내용의 중요부분에 착오가 있는 법률행위는 취소할 수 있다고 규정하는데, 단서는 표의자에게 중대한 과실이 있으면 취소하지 못한다고 규정한다. 즉, 단서 규정이 일정한 경우에 본문이 부여하는 법률효과를 부정하는 것이다. 이러한 예가 입증책임이 바뀌는 경우가 되어, 이러한 관계를 자세히 살펴보아야 하는 것이다.

셋째의 예는 민법 제554조 증여의 규정과 제568조의 매매의 규정을 들 수 있다. 이 두 규정은 보완도 아니고 상반도 아니다. 서로 관계없는 규정들일 따름이다. 따라서, 그 규정들은 서로 각각의 입증책임 이론에 의하여 서로 상관없이 입증책임이 지워진다.

이 세 가지 규정 중에서 로젠베르크가 주목한 관계는 둘째의 상반된 규정들이다. 우선 법률관계의 일반적인 경우가 출발점이 된다. 즉, 일반적인 규정은 그 법률효과를 규정하고, 이에 대하여 일반적인 경우가 아닌 다른 경우에 적용되는 특별규정이 만들어지는데, 이 특별규정이 처음 일반적으로 규정된 법률효과를 변경시키거나 없애는 것이다. 그리고, 여기에 또 다시 특별한 규정에 대한 특별한 규정이 덧붙여질 수 있는데, 이 특별한 규정은 새로운 법률효과를 발생하게 하거나, 본래의 일반적인 규정이 정한 법률효과로 되돌아가도록 한다.

이것을 다시 분석해 보면 Fitting이 지적한 바와 같이 법질서는 일반적인 통상규칙이 존재하고, 다수의 예외가 그 효과를 제한하는 것이다.

그리고, 그와 같은 일반적인 규정에 상반되는 규정 또는 예외규정은 그 성질에 따라 세 가지로 나누어진다.

즉, 일반적인 규정은 '권리를 생기게 하는 규정'(權利發生規定 또는 權利根據規

定)이다.

그리고, 그 일반규정에 대하여 세 종류의 반대규정이 있다.

첫째로 그 권리가 생겨나지 않도록 막는 상반규정이 있다. 이것을 '권리를 막는 규정'(權利障礙規定 또는 權利妨害規定)이라 한다. 그 예로써 불공정한 행위의 규정이 있다. 어떤 사람이 땅을 파는 계약을 체결하였으면, 그 상대방은 민법 제568조 규정에 의하여 그 땅의 소유권을 넘겨 달라고 할 수 있는 권리를 가지게 된다. 그런데, 땅을 판 이가 세상 물정을 모르고 너무 싸게 팔았다면 민법 제104조에 의하여 그 매매계약은 무효가 되어, 상대방은 땅 소유권을 넘겨 달라고 하는 권리를 얻지 못 하게 되는 것이다. 이런 경우 민법 제104조는 민법 제568조의 권리를 막는 규정으로 작용한 것이다.

둘째로, 생겨난 '권리를 없애는 규정'(權利消滅規定 또는 權利滅却規定)이 있다. 예를 들어 땅을 매도하고 그 땅 소유권을 넘겨주었다면 민법 제461조에 의하여 매수인이 가지는 이전등기청구권이 없어지는 것이다. 또는 매도인과 매수인이 합의하여 계약을 해제하면 제548조에 의하여 역시 이전등기청구권이 없어지는 것이다.

셋째로, 상반되는 규정이 의무자에게 形成權을 부여하여 권리가 효력을 발생하지 못 하도록 막는 경우가 있다. 이 규정은 '권리행사를 막는 규정'(權利行使排除規定 또는 權利行使沮止 規定)이라 할 수 있다.

이 경우는 그 형성권을 행사하여 권리를 행사하지 못 하도록 막는 경우이다. 그로써 매수인이 매매대금을 다 받지 못 하여 등기를 넘겨 줄 수 없다고 하는 동시 이행의 항변권(민법 제536조)을 들 수 있다.

이와 같은 권리를 막는 규정, 권리를 없애는 규정, 권리행사를 막는 규정에 대하여 이 같은 규정의 효력을 막거나, 효력을 없애거나, 그 권리행사를 막는 규정이 있을 수 있다. 즉, 예외의 예외 규정이 되는 것이다. 역시 그 예외의 예외에 대하여 또 다시 예외규정이 있을 수 있고, 이러한 法規의 相反으로 인한 권리 효력의 否定은 이론상 한 없이 계속될 수 있다. 이러한 규정을 들어서 싸우는 것을 抗辯, 再抗辯, 再再抗辯 으로 표현한다. 그 예로 다음과 같은 항변의 연속을 들 수 있다.

원고의 주장	피고의 주장
매매계약에 의하여 이전등기청구권 주장. (민법 568조 1항, 청구원인)	미성년자의 행위이므로 취소한다.(5조 2항, 항변)
법정대리인이 영업을 허락하였다. (8조 1항, 재항변)	영업의 범위를 제한하였다.(8조 2항, 재재항변)
원고는 그런 제한을 몰랐다. (8조 2항 단서, 재재항변)	

또는 다음과 같은 예를 들 수 있다.

원고의 주장	피고의 주장
돈을 빌려주었으니 돌려 달라. (민법 제598조, 청구원인)	10년의 소멸시효가 완성되었다. (162조, 항변)
시효 완성 전에 가압류하여 시효가 중단되었다. (168조, 재항변)	가압류가 잘못된 것이어서, 취소되었고, 따라서 시효 중단의 효력이 없다. (175조, 재재항변)

이러한 경우의 요건사실은 뒤의 요건사실이 앞의 요건사실을 인정하고 그 위에 다른 사실을 덧붙인다는 특징이 있다. 즉, 항변은 원고의 청구원인 사실을 인정하고, 다른 사실을 덧붙여서 청구의 효과를 뒤집고, 재항변은 항변사실을 인정하고 다시 다른 사실을 덧붙여 항변의 효과를 뒤집고, 재재항변은 재항변사실을 인정하고 다른 사실을 덧붙여서 재항변의 효과를 뒤집고, 재재항변은 재재항변사실을 인정하고 다른 사실을 덧붙여 재재항변의 효과를 뒤집으려고 하는 것이다.

달리 표현하면, 이러한 반대규정 또는 상반규정은 “그렇다, 그러나”의 형식을 따른다.

이것과 다른 관계 예를 들어 위의 세 번째의 서로 아무런 관계가 없는 관계에서는 그렇지 않다. 즉, 예를 들어, 원고는 어떤 물건을 매매하였으니, 민법 제568조의 규정에 의하여 대금을 달라고 하는데, 피고는 물건을 받았으나, 매매가 아니었고,

증여로 받았다고 주장하면서 제554조 규정을 들어 대금을 줄 수 없다고 하면, 피고는 원고의 주장사실을 인정하지 않는 것이다. 피고는 원고의 주장사실을 인정하고, 다른 사실을 덧붙여서 원고가 주장하는 효과를 뒤집으려고 하는 것이 아니고, 애초에 원고가 주장하는 사실을 부인하는 것이다. 즉, 이런 경우는 반대규정이 아니고 無關한 규정이기 때문에, 피고는 항변을 한 것이 아니고, 원고 청구원인을 부인한 것이다.

로젠베르크는 이와 같은 상반규정의 경우에 청구원인이 된 사실은 원고가 입증할 책임이 있고, 항변사실은 피고가, 재항변사실은 원고가, 재재항변사실은 피고가, 재재재항변사실은 원고가 입증할 책임이 있다고 보는데, 그 이유는 자신에게 유리한 규정의 적용을 바라기 때문이고, 법관은 법규의 요건사실의 존재가 밝혀진 경우에 그 법조문을 적용할 수 있기 때문이라고 한다.

원고는 어떤 법조문을 거론하여 그 법조문이 주고 있는 효과를 달라고 주장한다. 그러므로, 원고는 그 법조문이 바라는 요건사실을 모두 입증해야 판사는 그 효과를 줄 수 있는 것이기 때문에 원고는 그 요건사실을 입증할 책임을 진다는 것이다. 그리고, 피고는 원고가 주장하는 법조문의 요건사실을 인정하고, 다른 법조문을 들어서 원고가 주장하는 권리가 생겨나지 못 했다거나, 생겨난 권리가 없어졌다거나, 생겨난 권리를 행사할 수 없다고 주장하는 것이므로, 역시 그렇게 권리를 막거나, 없애거나, 행사를 막는 요건 사실을 모두 입증할 책임이 있다는 것이다. 그리고, 원고는 다시 피고의 항변사실을 인정하고, 새로운 법조문이 규정하는 다른 사실을 덧붙여서 막히거나, 없어졌거나, 행사가 막힌 권리를 다시 되살려서 행사할 수 있다고 재항변하는 것이므로, 역시 그 사람이 그 새로운 요건사실을 입증해야 한다는 것이다.

반면에 이와 같은 반대규정 또는 상반규정이 아니면 그렇게 입증책임이 넘어가지 않는다. 예를 들어, 위에서 거론한 바와 같이 원고는 매매를 주장하는데 피고는 증여를 주장하는 경우는 입증책임이 바뀌지 않는다. 즉, 원고가 매매를 주장하는데, 피고가 증여를 주장하는 것은 피고가 원고가 주장하는 매매사실을 인정하고 새로운 사실인 증여를 덧붙여 주장하는 것이 아니고, 애초에 매매사실을 부인하는

것이다. 따라서, 피고가 원고의 주장사실을 인정하는 것이 아니기 때문에 원고는 여전히 그 주장사실을 입증해야 할 책임이 남아 있는 것이고, 피고가 주장하는 증거가 사실인지 아닌지 여부와 관계없이 원고가 주장하는 매매사실을 입증할 책임이 있다는 것이다.

(2) 권리를 생기게 하는 규정과 그 반대규정의 구별

(가) 권리에 관한 규정들

이와 같이 로젠베르크는 권리를 생기게 하는 규정은 그 권리를 주장하는 쪽이, 그리고 권리를 막는 규정, 권리를 없애는 규정, 권리의 행사를 막는 규정은 그것을 주장하는 쪽이 각 입증할 책임이 있다는 결론을 내렸고, 이것이 오늘날 우리나라의 통설이다. 그렇다면, 권리를 생겨나게 하는 규정과 그 반대규정을 구별하는 것이 중요한 문제가 된다.

통설은 권리를 생기게 하는 규정과 그 반대규정은 실체법규의 규정형식에 따라 결정된다고 본다.⁶²⁾ 따라서, 우리는 어떠한 규정이 권리를 생기게 하는 규정이며, 어떠한 규정이 권리를 막는 규정 또는 권리를 없애는 규정이고, 권리의 행사를 막는 규정인가를 가려야 한다.

(나) 권리를 생기게 하는 규정(權利發生規定, 權利根據規定) : 어떤 쪽이 권리를 주장하려면 그 권리가 존재하고 있다는 것을 증명하여야 한다. 그런데, 법률 조문에는 어떤 권리가 존재한다고 하는 규정이 거의 없다. 따라서, 직접 권리의 존재를 그 자체로 입증하는 것은 곤란하며, 보통 권리가 생겨난 사실을 입증하고, 그 권리가 계속 이어져 현재까지 존재한다고 주장하고, 그렇게 권리가 계속된 사실이 추정을 받아서 증명이 되는 것이다.

권리를 생기게 하는 사실은 반드시 적극적인 사실만 있는 것이 아니라 소극적인 사실인 경우도 있다. 예를 들어, 민법 제750조의 불법행위에서는 가해자의 과실이 피해자의 권리 발생의 적극적 요건이다. 즉, 가해자에게 과실이 있어야 피해자

62) 오석락, 앞의 책 50쪽

가 손해배상청구권을 가지게 되는 것이다. 그런데, 반면에 민법 제245조 제2항의 등기부취득시효의 규정은 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다고 규정하여, 점유자에게 과실이 없는 것이 권리가 생겨나는 데 필요한 요건사실이다. 즉, 과실이 없다는 소극적 사실이 소유권이라는 권리가 발생하는 요건사실이 되는 것이다.⁶³⁾

이렇게 권리를 생기게 하는 규정은 법률에 비교적 명백히 나타나 있어서 구별하는 데 별 문제가 없다.

(다) 권리를 없애는 규정(權利消滅規定, 權利滅却規定) : 권리를 없애는 규정은 이미 생겨난 권리를 없애는 사실을 요건으로 하는 규정이다. 이 규정과 앞의 권리를 생기게 하는 규정을 구별하는 것은 비교적 쉽다.⁶⁴⁾

즉, 법은 '소멸(消滅)', '상실(喪失)', '종료(終了)', '과기(破棄)', '해소(解消)' 따위의 용어로 권리가 없어지는 요건 사실을 특정하고 있다. 그러나, 이와 같은 말이 없어도, 어떤 규정이 권리를 없애는 규정이라는 것을 쉽게 알 수 있다. 왜냐 하면 그 요건은 항상 권리를 생기게 하는 규정의 요건보다 나중에 나타나며, 또 이미 발생된 법률효과를 없애는 작용을 나타내기 때문에 이런 규정을 보고 권리를 없애는 규정으로 보면 되는 것이다.⁶⁵⁾

이 규정은 두 가지로 구별할 수 있다. 즉, 첫째는 그냥 단순히 생겨난 권리를 없애는 규정이며, 둘째는 형성권 즉 해제권, 상계권, 취소권 따위를 행사하여 권리를 없애는 경우이다.

예를 들어 가장 쉽게 들 수 있는 권리를 없애는 사실은 변제(辨濟)이다. 원고는 물품대금 청구권을 주장하는데, 피고는 그 대금을 갚았다고 주장하는 것이다. 이와 같이 물품대금 청구권을 없애는 변제의 요건사실은 청구권의 부존재를 주장하는 피고가 입증하여야 하는 것이다.

63) 오석락, 앞의 책 52쪽

64) 오석락, 앞의 책, 56쪽, 로젠베르크 앞의 책 126, 127쪽

65) 로젠베르크, 앞의 책 127쪽

형성권을 행사하여 권리를 없애는 예 또한 많다. 예를 들어 상계를 들 수 있다. 즉, 원고는 매매대금을 달라고 주장하는데, 피고는 전에 빌려준 돈의 반환청구권과 매매대금 채무의 상계를 주장하는 것이다. 상계권은 형성권이며, 상계권을 행사하면 쌍방의 권리와 의무가 없어져 버린다. 따라서, 그와 같이 상계에 의하여 권리가 없어졌다고 주장하는 피고는 그 상계권의 존재와 행사 사실을 입증하여야 하는 것이다.

(라) 권리를 막는 규정(權利障礙規定, 權利妨害規定) : 권리를 없애는 규정보다 좀 까다로운 것이 '권리를 막는 규정(권리가 생기는 것을 막는 규정)'이다.

권리를 없애는 규정은 권리가 일단 발생한 후에 권리를 없애는 것인데, 권리를 막는 규정은 권리의 구성요건이 완전히 실현되기 전에 작용하여 권리가 생겨나지 못 하게 하는 것이다.

종종 권리를 생기게 하는 규정과 권리를 막는 규정이 혼동된다. 즉, 권리를 막는 규정을 잘못 이해하여 권리가 생겨나는 것에 대한 소극적 규정으로 생각하는 것이다. 그러나, 권리를 생기게 하는 사실의 부존재와 권리를 막는 사실의 존재는 분명히 구별하여야 한다. 통설에 의하면 이 두 가지는 입증책임의 분배가 정반대이다. 권리를 생기게 하는 사실의 부존재는 권리를 주장하는 자에게 입증책임이 있고, 권리를 막는 사실의 존재는 권리의 부존재를 주장하는 자에게 입증책임이 있다.

권리를 막는 규정은 두 가지로 나누어진다.

첫째는 권리를 생기게 하는 사실이 일부 실현된 후에 권리를 막는 규정이 작용하는 경우이다. 이것은 권리를 없애는 규정과 비슷하나, 권리를 없애는 규정이 권리가 생겨난 후에 다른 사실에 의하여 권리를 없애는 것인데, 권리를 막는 규정은 권리가 생겨나기 위한 일부사실이 실현되고, 나머지 실현을 기다리고 있어서 아직 권리가 생기지 않았는데, 새로운 사실이 생겨나서 권리가 생기는 것을 막는 것이다.

이러한 규정의 예는 기간을 정하지 않고 현상광고를 낸 후 그것을 완료한 사람

이 아직 없을 때 청약을 철회하는 경우(민법 679조 제2항), 시효의 중단(민법 168조 170조), 유언의 철회(민법 1108조) 따위가 있다.

권리를 막는 규정 중에서 이와 같이 일부 요건이 실현된 후에 권리를 막는 규정은 권리를 없애는 규정과 비슷하여, 권리를 생기게 하는 규정과의 구별이 그리 어렵지 않다.

두 번째로, 권리를 막는 사실이 권리를 생기게 하는 사실과 같은 때에 성립되는 경우가 있는데, 이 경우가 권리를 생기게 하는 요건과 권리를 막는 요건의 구별이 까다롭다. 이 경우 권리를 생기게 하는 사실이 있는 때에 권리를 막는 사실까지 존재하여 두 사실이 정반대의 효과를 가지기 때문에, 권리를 막는 사실의 부존재가 권리를 생기게 하는 사실로 인식될 수 있기 때문이다. 따라서, 어떤 사실이 권리를 막는 규정인지, 그 사실의 부존재가 권리를 생기게 하는 규정인지 애매해지는 것이다.

이 점이 법률요건분류설에 반대하는 사람들이 공박하는 부분이다. 즉, 이들은 어떤 사실의 존재를 권리를 막는 요건이라고 하는 것과 어떤 사실의 부존재가 권리를 생기게 하는 요건이라는 것이 결국 같은 말이므로, 이것은 입법자가 다른 말로 표현한 것에 지나지 않는 것이라고 한다. 그래서, 그것은 권리를 막는 규정이라고 할 수도 있고, 권리를 생기게 하는 규정이라고 할 수도 있어서, 그 두 가지를 구별할 수 없다고 한다.⁶⁶⁾

그러나, 법률요건분류설의 입장에서는 그것이 뜻은 같을 지라도 기능은 다르다고 반박한다. 즉, “어떤 사실을 알았으면, 권리가 생기지 않는다”고 하는 것과 “어떤 사실을 몰랐으면, 권리가 생긴다”는 것은 그 말뜻은 같으나, 입법자는 이와 같이 표현 방식을 달리함으로써 말뜻을 넘어서서 다른 기능을 부여하였다는 것이다. 즉, 이 표현방식에 의하여 그것이 권리를 생기게 하는 규정인지, 권리를 막는 규정인지를 구별하는 것이고, 그 구별에 따라 입증책임이 갈린다는 것이다. “어떤 사실을 알았으면 권리가 생기지 않는다”고 규정되어 있으면, 이것은 권리를 막는 규정이고, 권리가 없다고 주장하는 쪽이 알았다는 사실을 입증할 책임을 지는 것이고,

66) 石田穰, 立證責任論の現狀と將來, 法學協會雜誌, 90卷 8号, 1086頁 以下.

“어떤 사실을 몰랐으면, 권리가 생긴다”라고 규정되어 있으면, 이것은 권리를 생기게 하는 규정이므로, 권리가 있다고 주장하는 쪽이 몰랐다는 사실을 입증할 책임이 있는 것이다.^{67), 68)}

이러한 예로는, 善良한 風俗 기타 社會秩序에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위를 무효로 하는 민법 제103조, 당사자의 窮迫, 輕率 또는 無經驗으로 인하여 顯著하게 公正을 잃은 법률행위는 무효로 하는 민법 제104조, 眞意 아닌 意思表示 중 상대방이 알았거나 알 수 있어서 무효가 되는 민법 제107조 제1항 단서 규정, 通情한 虛偽의 意思表示를 무효로 하는 민법 제108조를 들 수 있다.

다만, 이러한 예로서, 行爲能力이 없는 경우를 드는 경우가 있는데⁶⁹⁾, 이것은 이 경우가 아니라 앞에서 거론한 권리를 없애는 규정으로 보아야 한다. 왜냐 하면, 행위무능력자 즉 未成年者, 限定治産者, 禁治産者의 행위는 그러한 무능력자나 그 법정대리인이 취소하지 않으면 그대로 유효하기 때문이다. 즉, 민법은 무능력자가 한 행위는 取消할 수 있다고 규정하고 있으므로(민법 5조 2항, 10조, 13조), 취소권이라는 形成權을 행사하여야 권리가 없어지는 것이고, 그 권리를 행사하지 않으면 권리가 존재하는 것이기 때문이다.

법률요건분류설은 법률의 규정에 의하여 그것이 권리를 생기게 하는 규정인지 권리를 막는 규정인지를 구별하고, 입증책임을 달리 지운다. 그렇다면, 어떠한 규정이 권리를 막는 규정인가?

학설은 일반적으로, 앞에 권리를 생기게 하는 규정이 나오고, 그 다음에 “그러나, 이리이러한 때에는 그러하지 아니다”라는 규정이 나오면 그 뒤의 규정이 권리를 막는 규정이라고 본다.

마찬가지로, 앞에 권리를 생기게 하는 규정이 있고, 그 뒤에 “그러나, 이리이러한 때에는 무엇을 하지 못 한다”라던가, “이리이러한 때에는 이런 규정을 적용하지 않는다.”라고 규정한 경우도 권리를 막는 규정으로 본다.

67) 오석락, 앞의 책 54 - 55쪽, 같은 뜻인데, 그 표현을 달리하여 옮겨 왔음.

68) 이 권리를 막는 규정과 권리를 생기게 하는 규정의 구별에 대하여 독일에서 논란이 심하였다. Franz Leonhard는 Die Beweislast, 1904, 1926에서 권리를 막는 규정의 존재와 정당성 자체를 부인하였는데, 이 점에 대하여 로젠베르크는 상당히 자세하게 논박하였다. 그것이 로젠베르크의 번역된 책 140쪽 이하에 나온다.

69) 오석락, 앞의 책, 53쪽.

또한, “다른 정한 바가 없으면”이라는 규정이 있고, 그 뒤에 권리를 생기게 하는 규정이 나올 때, 그 “다른 정한 바”는 권리를 막는 규정이 된다.⁷⁰⁾

(마) 권리행사를 막는 규정(權利行使沮止規定) : 권리행사를 막는 규정은 일단 권리가 생겨난 후에, 그 권리를 없애지 않고, 다만 그 권리가 행사되지 못하도록 막는 사실을 규정하는 것이다. 이것은 권리가 생기는 것에 대하여 아무런 관여를 하지 않는 점에서 권리를 막는 규정과 구별되고, 권리를 없애는 것이 아니라는 점에서 권리를 없애는 규정과 구별된다.

즉, 권리는 인정해 주되, 그 권리가 효력을 발휘하지 못하도록 막는 사실을 정하는 것이다.

그 예로서는 물건을 유치하여 소유자의 권리행사를 막는 留置權을 규정하는 민법 제320조, 保證人이 채권자로부터 이행을 청구 받았을 때, 먼저 주채무자의 재산을 뒤져서 집행하라고 할 수 있는 보증인의 催告, 檢索의 抗辯權을 규정한 민법 제437조, 雙務契約에서 상대방이 채무의 이행을 제공할 때까지 자기의 채무 이행을 거절할 수 있는 同時履行의 抗辯權을 규정한 민법 제536조를 들 수 있다.

6. 통설에 대한 비판과 다른 이론의 검토

(1) 독일에서의 근본생각의 재검토

입증이 안 된 경우에 법률을 적용할 수 없으므로 패소로 연결된다고 하는 법률요건분류설의 근본적인 생각을 재검토해야 한다는 이론을 처음 내놓은 독일의 학자가 Leipold이다.

Leipold는 “구체적 사실이 존재할지도 모른다고 하면 구성요건도 존재할지도 모르는 것이 되고, 구체적 사실이 부존재할지도 모른다고 하면 구성요건도 부존재할지도 모르는 것이 된다. 따라서, 법률효과가 발생하지도 모르고, 또한 발생하지 않을지도 모른다. 즉, 사실의 불명은 구성요건의 불명으로, 구성요건의 불명은 법률

70) 오석락, 앞의 책, 55쪽

효과의 불명으로 이어져 법관은 청구를 인용할 수도 인용할 수도 없게 된다..... 그럼에도 불구하고, (통설에 의하면) 왜 그 (법률효과를 발생하게 할) 가능성이 배제되어야 하는가가 논리적으로 설명되어 있지 않다.”고 하며, 나아가, “로젠베르크는 증거가 안 되었다는 것(non liquet)에 의하여 법규는 적용을 보지 못 하며, 때문에 입증책임 부담자에게 불리한 재판을 하게 된다고 하면서 구성요건에 해당하는 사실의 부존재의 확신도 증거가 안 되었다는 것도 법규불적용의 점에서는 다를 게 없다고 주장하나 ... 사실의 부존재는 구성요건의 부존재, 따라서 법률효과의 불발생에 이르러 증거가 안 된 경우와 동일하지 않으며, 전자는 消極的 裁判을 후자는 非裁判을 초래하여 비재판의 경우는 실질적 기판력이 생기지 않게 되는 만큼 로젠베르크는 논리적으로 오류를 범하고 있다.”⁷¹⁾고 로젠베르크의 이론을 비판하였다.

Leipold의 이론은 매우 어려운 말을 쓰고 있는데, 그 내용은 결국 증거가 안 되었다는 것은 그 법률요건이 충족되었는지 안 되었는지를 잘 모르는 것인데, 그렇게 불명확한 때에 무슨 이유로 그냥 그 법률규정을 적용할 수 없다고 단정하느냐는 것이다. 법률요건이 충족될지 안 될지 모르는 때에는 그냥 충족 안 되었다고 보아 법률규정을 적용할 수 없다고 할 것이 아니고, 다른 원리에 의하여 어떤 경우에는 그 법률규정을 적용하지 않고, 어떤 경우는 적용을 하여야 한다는 것이다.

이러한 이론은 Musielak와 Reinecke에게 이어져, Musielak는 증거가 안 된 경우(non liquet)에 법률규정을 적용하지 않는 것이 아니라 그러한 경우에 작용하는 기능원리(Operationsregel)가 있고, 이것이 입증책임의 법리라는 것이다.⁷²⁾

Reinecke도 Leipold의 이론에 동조하면서, 입증책임을 분배하는 데 있어서 법관에게 넓은 재량권을 주어야 한다고 주장한다. 즉, 실정법규에 입증책임에 관한 규정이 없으면, 입증책임 규정의 消極的 效果의 양적, 질적 고려로부터 본질적으로 초래되는 합리적, 실질적 여러 이유가 존재하는 한 법관은 이미 立證責任의 轉換을 결단할 수 있을 것이라고 한다.⁷³⁾

71) Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Duncker und Humblot, 1966, s.19

72) Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Walter de Gruyter, 1966, s.19

법률요건분류설의 기본생각에 문제가 있다고 보는 이 이론들은 타당한 이론들이다. 이 논문의 결론도 이들 학자들과 생각을 같이 한다. 바로 그 점 즉, 요건사실이 불명확하기 때문에 또는 그 법률의 적용을 바라는 쪽이 그 법률이 정한 요건사실을 모두 입증하지 못 하였기 때문에 그 법률을 적용할 수 없다는 법률요건분류설의 기본명제에 대하여, 요건사실이 불명확하다는 것은 요건사실이 충족될 수 있다는 가능성이 있는데, 왜 무조건 법률규정을 적용하지 못 한다고 하는가 하는 반론과 법률이 정한 요건이 불명확하다고 하여 무조건 그것을 그 법률의 적용을 바라는 쪽에서 명확하게 만들 책임이 있다고 할 수 없다는 반론은 매우 타당한 것이다.

(2) 통설에 대한 石田穰의 비판론

(가) 권리를 막는 규정과 권리를 생기게 하는 규정의 구별

이미 앞에서 밝힌 바와 같이 법률요건분류설에 대하여는 권리를 막는 규정과 권리를 생기게 하는 규정의 구별이 무의미하기 때문에 법률요건분류설에 문제가 있다고 하는 비판이 있어왔다. 이러한 이론을 내놓은 대표적인 학자들이 독일의 Leonhard,⁷⁴⁾ Grunsky,⁷⁵⁾ Wahrendorf⁷⁶⁾와 일본의 石田穰이다. 그중 石田穰의 이론이 가장 논리정연하고 치열하므로, 그 이론을 여기에 소개한다. 그 비판 이론은 다음과 같다.

“권리를 생기게 하는 규정(權利根據規定)과 권리를 막는 규정(權利妨害規定)을 구별하는 것은 불가능하다. 즉, 권리를 생기게 하는 규정과 권리를 막는 규정은 실체법상의 규정으로서 결국 권리의 발생을 위한 규정인지, 권리의 변경을 위한 규정인지, 권리의 소멸을 위한 요건인지 구별하는 것은 불가능하다. 예를 들어 일본

73) Reinecke, Die Beweislastverteilung im bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitisch Regelungsaufgabe, 1976, s.84. 오석락, 입증책임론서설, 청림출판, 1992, 42쪽에서 옮겨왔음.

74) Franz Leonhard, Die Beweislast, 1926, s.8

75) Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 1974, s. 427

76) Wahrendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976, s.54

민법 제95조(우리 민법 제109조와 거의 같음)의 錯誤의 규정을 들어보자. 법률요건분류설은, 立法者는 일본 민법 제95조를 규정함에 있어서 착오의 존재를 가지고 권리를 막는 사유로 했기 때문에 이 조항은 권리가 생기는 것을 막는 규정이라고 할 것이다. 그러나, 이 주장은 잘못 되어 있다. 반대로, 입법자가 錯誤의 存在를 가지고 권리가 생기는 것을 막는 사유로 하였다고 한다면, 그것은 입법자가 錯誤의 不存在를 가지고 권리를 생기게 하는 근거사유로 했다고 하는 것과 같은 것이다. 결국 착오의 존재가 권리가 생기는 것을 막는 사유라고 하는 것과 착오의 부존재가 권리를 생기게 하는 근거사유이다 라고 하는 것은 같은 입법자의 뜻을 다른 말로 표현한 것에 지나지 않는 것이다. 그러므로, 일본 민법 제95조는 권리를 막는 규정이라고도 할 수 있고, 권리를 생기게 하는 규정이라고도 할 수 있으므로, 이 조항이 권리를 막는 규정이므로 착오의 존재를 주장하는 이가 그것을 입증하여야 한다고 할 수 없는 것이다.”77)

나아가, “입법자가 민법 103조(반사회질서의 법률행위)를 위와 같이 규정한 것은(선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다) 민법의 편찬에 즈음하여 입법기술상 의사표시의 유효요건을 적시(摘示)하는 것보다는 그 무효요건을 적시하는 편이 보다 간결하고 알기 쉽다고 생각하였기 때문에 그렇게 한 것뿐이며, 公序良俗違反을 주장하는 자에게 공서양속위반의 존재에 대한 입증책임을 부담시키기 위하여 그렇게 한 것이라고 단정할 수는 없다. 적어도 민법 103조의 문면상으로는 그와 같은 입법자의 의도를 확인할 근거를 찾아볼 수 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 법률요건분류설이 권리를 생기게 하는 규정과 권리를 막는 규정을 법규의 규제형식 그 자체에 의하여 구별할 수 있다고 하는 것은 다른 利益較量에 의하여 이미 결정된 입증책임의 분배를 정당화하기 위하여 내세우는 이론구성에 불과하다는 것이다.”78)

결국 이 이론이 옳은가 그른가는 법조문의 형식에 의하여 입증책임을 분배하는

77) 石田穰, 立證責任論の再構成, 判例タイムズ 322号, 3頁

78) 오석락, 입증책임론, 박영사, 2002, 79-80쪽

것이 옳은가 하는 점으로 귀착된다.

우선, 입증책임의 분배를 위하여 입법자의 의도를 類推하는 것은 옳은 태도가 아니라고 생각한다. 왜냐 하면, 법은 일단 만들어지고 나면 객관적인 법으로서 존재하기 때문에 입법자의 의도대로 해석되는 것이 아니고 그 법이 적용되는 시점에서 실정에 맞추어 해석자의 논리에 의하여 해석되어야 하기 때문이다.

나아가 그 이론을 살펴보면 위 비판론에 등장한 우리 민법 103조는 “법률행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여서는 아니 된다”라고 규정하지 않고, “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 내용의 법률행위는 무효”라고 규정하였는데, 현재 실무에서는 이 경우 입증책임은 법률행위가 무효임을 주장하는 자에게 지워져 있는 것으로 본다. 따라서, 어느 누구도 그 법률행위가 선량한 풍속과 사회질서를 위반하였다고 하는 주장, 입증을 다하지 않으면 그 법률행위는 유효하다고 보는 것이다.

이 해석에 의하면 민법 제103조는 법률요건분류설이 제시한 기준에 맞도록 입법이 되었으며, 이 조항의 형식에 의하여 입증책임을 분배하여도 좋다는 결론이 된다.

나아가, 민법 제390조와 제750조를 견주어 보아도 같은 결론이 나온다.

채무불이행의 경우의 손해배상에 관한 규정인 민법 제390조는 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나, 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다.

그리고, 불법행위로 인한 손해배상을 규정하는 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있다.

이 두 경우 모두 고의 또는 과실이 있어야 배상 책임을 지고, 고의, 과실이 없는 자는 배상 책임이 없다. 그런데, 390조는 고의, 과실이 없으면 책임을 지지 않는다고 규정하고, 750조는 고의, 과실이 있는 자가 배상책임을 진다고 규정하여, 규정 형식이 다르다. 즉, 앞은 고의, 과실의 부존재를 요건으로, 뒤는 고의, 과실의 존재

를 요건으로 하였다. 우리나라 통설은 이 경우 입증책임이 같다고 보지 않는다. 즉, 390조의 경우는 채무자가 고의, 과실이 없다는 것을 입증할 책임을 지고, 750조의 경우는 피해자가 가해자에게 고의, 과실이 있다는 것을 입증할 책임이 있다고 본다.

나아가, 민법 750조의 예외규정이라고 할 수 있는 자동차손해배상보장법 제3조까지 끌어다가 견주어보면 그것은 더욱 확실해진다.

즉, 자동차손해배상보장법 제3조는 “자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 인하여 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 자기와 운전자가 자동차의 운행에 관하여 주의를 게을리 하지 아니 함을 증명한 때.....에는 그러하지 아니하다.”

현재, 이 규정이 과실의 입증책임을 가해자인 차주나 운전자에게로 돌려놓았다고 하는 해석에 반대하는 사람이 없다. 즉, 역시 과실의 부존재를 요건으로 규정함으로써 과실이 없으므로 책임이 없다고 주장하는 쪽에 입증책임을 지운 것이다.

그렇다면, 민법 390조, 750조, 자동차손해배상보장법 제3조에 관하여는 분명히 그 법률의 규정 형식에 의하여 입증책임이 분배되고 있는 것처럼 보인다.

우리나라와 일본의 통설은 이런 법 규정 형식의 차이를 들어서, 어떤 사실의 존재를 법률요건으로 나타낸 법률 규정과 부존재를 법률요건으로 나타낸 규정은 다르기 때문에 그 형식에 의하여 입증책임이 달라지는 것이라는 입장을 지키고 있다.

다만, 뒤에서 보는 바와 같이 우리 대법원은 비록 민법 제390조에 의한 채무불이행 책임을 주장하더라도 의사의 잘못을 따지는 소송에서 의사의 고의 또는 과실은 피해자 쪽이 입증할 책임이 있다는 태도를 취하고 있으며, 학자들은 채무불이행의 경우에 누가 입증책임을 지는가에 대하여 그냥 법률요건분류설에 따르는 것이 아니고, 채무자 또는 채권자가 입증책임을 진다고 하면서 그 이유를 들어 치열하게 다투고 있다.

이 논문을 쓰는 이는 뒤에 나오듯이 이런 법 규정 형식의 차이는 입증책임을 나

는 것이 아니라 主張責任을 나눈 것이라는 견해를 제시한다. 입증책임은 진실에 가까이 가고자 하는 이념과 공평성의 이념에 따라 정해져야 하는 것이지, 법률이 정한 형식만 가지고 정할 수 있는 것이 아니다. 따라서, 권리를 생기게 하는 규정과 권리를 막는 규정을 이렇게 애써서 구별하고 따질 일이 아니다.

(나) 間接反證의 경우

나아가, 石田穰은 통설이 거론하는 간접반증은 입증책임 분배를 보충하는 것이 아니라, 입증책임 분배를 변경하는 것이기 때문에 이것을 보더라도 법률요건 분류설이 그대로 적용될 수 없다는 주장을 펴고 있다.⁷⁹⁾

간접반증 이론이란 입증책임을 지는 쪽이 일단 간접사실로써 주요사실을 추정할 수 있는 입증에 성공하면, 그 반대쪽이 그 간접사실을 인정하면서 다른 사실을 들어서 주요사실이 아니라는 증명을 해야 한다는 이론이고, 이 이론을 통설이 받아들이고 있다.

이 이론에 의하면 입증책임을 지는 쪽이 간접사실로써 일단 주요사실의 추정을 가져오는 입증에 성공하면 주요사실이 추정되기 때문에 이제 상대방이 그 추정을 깨는 간접반증에 성공하지 않으면 안 되기 때문에 사실상 입증책임이 상대방에게로 전환된다는 것이다.

통설은 이것을 입증책임이 전환된 것이 아니라고 본다. 그러나, 石田穰은 “ 간접반증은 입증책임의 분배를 변경하는 것으로 이해하는 것이 타당하고, 또 그 사례로 들 수 있는 대단히 많은 경우에 논리적으로도 입증책임 분배를 보충하는 것이라고는 할 수 없고, 입증책임을 변경하는 것이라고 할 수밖에 없다. 따라서, 이러한 경우 입증책임의 분배는 법률요건분류설에 의하여 결정된다고 하는 통설의 주장은 타당하지 않던가, 또는 사실에 반하는 것이고, 실은 입증책임의 분배는 법률요건분류설과는 다른 기준에 의하여 결정되고 있다고 하는 것이 타당하던가 또는 사실에 맞는 것이다.”⁸⁰⁾라고 지적하고 있다.

反證은 상대가 주장하고 증거를 낸 사실이 존재하지 않는다고 하면서 그 증거의

79) 石田穰, 前掲論文 4頁 이하

80) 石田穰, 前掲論文 7頁, 오석락, 입증책임론서설, 청림출판, 1992, 47쪽.

값어치를 부인하면서 방어하는 것인데 반하여 間接反證은 상대가 주장하여 증거를 낸 사실에 대하여 그것을 인정하면서(또는 인정하지 않은 채로 주위적으로 그 사실의 존재를 다투면서 예비적으로 그렇다고 하더라도 다른 사실로 요증사실이 입증되지 않는다고 주장할 수 있다), 다른 사실로 요증사실이 존재하지 않는다는 것을 입증하려고 하는 것이다.

間接反證은 반증이므로, 입증책임이 없는 쪽이 내는 증거이고, 本證은 입증책임이 있는 쪽에서 내는 증거이다.

따라서, 간접반증에서는 주요사실을 인정할 수 있는 간접사실을 인정하고, 그 간접사실과 양립할 수 있는 다른 간접사실을 제시하여 주요사실의 부존재를 입증하려고 하는 것이므로 그 입증이 입증책임이 있는 쪽에서 내는 증거와 별로 다를 바 없어진다. 그러므로, 통설에서는 간접반증을 반증이므로 입증책임이 상대방에게 있다고 보는데, 石田穰은 간접반증을 내는 쪽에 있는 것으로 보아야 한다고 지적한 것이다.

이것은 상당히 타당한 지적이다. 간접반증이라는 상황이 벌어지면 보통 상대방이 제시한 간접사실을 인정하고, 그 간접사실과 함께 존재할 수 있는 다른 간접사실로써 주요사실의 부존재를 입증하려고 하는 것이고, 이것이 성공하지 못 하면 결국 간접반증을 내는 쪽의 주장이 거짓이 되고, 패소하기 때문에 간접반증을 주장하는 쪽이 입증책임을 지게 되는 것이다. 법률요건분류설은 이러한 상황을 만족스럽게 설명하지 못 한다.

(다) 법률요건분류설에 맞지 않는 경우

石田穰은 나아가 실제 법률요건분류설을 적용해 보면 불합리하게 맞지 않은 경우가 있다고 하면서, 일본의 법률 규정 중 그러한 경우를 분석하고, 따라서 법률요건분류설을 무조건 적용할 수 없는 것이라는 주장을 하고 있다.⁸¹⁾

이러한 사정은 우리나라도 마찬가지이다. 우리나라 민법학자들은 은연중에 법률요건분류설을 신봉하면서도, 실제로 각 법률규정의 요건사실의 입증책임을 따질

81) 石田穰, 前掲論文, 7頁

때, 법률요건분류설을 끈이끈대로 적용하지 않고, 다른 여러 가지 사정을 모두 고려하여 누가 입증책임을 지는가를 따지고 있다.

(라) 石田穰의 결론

石田穰은 위와 같은 통설에 대한 비판을 가한 후, 새로운 입증책임분배의 기준으로서 첫째로 입법자의 뜻에 따른다, 둘째로 증거에 가까운 자가 입증책임을 진다, 셋째로 입증이 쉬우냐 어려우냐에 따라 또는 어떤 사실의 존재 또는 부존재의 개연성에 따라 입증책임을 분배하여야 한다, 넷째로 그래도 누구에게 입증책임을 지워야 할 지 모른다면 법률요건분류설에 따라야 한다는 기준을 제시하였다.⁸²⁾

(3) 위험영역설(危險領域說, Gefahrenbereich)

(가) 위험영역설의 특징

통설인 법률요건분류설에 대하여 중대한 도전으로 보이는 위험영역설은 1943년에 독일의 Michaelis가 처음으로 내세웠고, 그 후 프뤼스(Prölss)가 체계화하였다.⁸³⁾ 그리고, 독일의 제국법원(Reichsgericht)은 여객운송, 도급, 위임, 접객 또는 이와 비슷한 계약에 있어서, 사실관계로부터 채무자가 자기에게 부과된 주의의무를 위반하였다(이것은 위법성을 뜻한다)고 推斷될 수 있다면 채무자가 歸責事由의 부존재를 입증하여야 한다는 원칙을 세웠고,⁸⁴⁾ 이른바, 과마 사건에서 손해의 원인이 의심스러운 경우에 피고가 책임을 지는 위험영역에서 발생된 것이 증명된다면 반대사실이 증명되기까지는 피고의 과실이 입증된 것으로 본다고 하여 위험영역이라는 개념을 제시하고, 과실의 입증책임을 피고에게 지웠다.⁸⁵⁾ 그리고, 그 후 독일연방대법원(BGH)이 그 태도를 이어 받아서 위험영역설의 적용범위를 점차 넓혔다.⁸⁶⁾

82) 石田穰, 前掲論文, 7頁 이하.

83) 유르겐 프뤼스(Jurgen Prölss) 지음, 오석락 옮김, 손해배상소송에 있어서의 증명경감(Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess), 일신사, 1990.

84) RGZ 148, 148; 160, 153; 169, 84 등, 강봉수, 입증책임분배에 있어서의 위험영역이론, 사법행정 1979년 2호, 23쪽에서 옮겨 왔음.

85) 강봉수, 앞의 논문, 사법행정 1979년 2호, 23쪽.

86) 강봉수, 앞의 논문, 사법행정 1979년 2호 20쪽 이하, 이어서 3호 6쪽 이하, 4호 25쪽 이하

이 학설은 두 가지 특징이 있다.

첫째로 이 학설은 모든 경우에 적용할 수 있는 일반적인 입증책임 분배의 이론이 아니라는 것이다. 즉, 이 이론은 불법행위, 적극적 채권침해, 계약체결상의 과실 중 일부에만 적용된다.⁸⁷⁾ 본래, 독일 연방대법원은 증거에 대한 거리를 중심개념으로 하여 적극적 채권침해로 인한 손해배상에 있어서 그 귀책사유에 관한 입증책임을 채무자에게 부담시켰는데, 그것이 모든 형태의 적극적 채권침해에 적용한 것이 아니었고, 주로 도급, 여객운송, 위임계약과 같은 몇 가지 유형의 계약에 적용하였는데, 점차 임대차, 매매, 고용계약에도 확대되었고, 나아가 계약체결상의 과실과 불법행위 중 제조물책임에도 적용되게 되었다.⁸⁸⁾ 나아가, 독일 연방대법원은 의료과실 책임 소송에서는 위험영역설을 적용하지 않는 태도를 보이고 있다. 그 이유는 아무리 숙달된 의사라도 기계와 같이 정밀하게 일할 수 없고, 또한 의학이 아무리 발달했어도 인체 안의 현상을 완전히 밝힐 수 없다는 의료행위의 특수성 때문에 의사에게 그와 같이 엄한 책임을 지울 수 없기 때문이라고 한다.⁸⁹⁾

나아가, 모든 요건의 입증책임이 가해자에게 넘어가는 것도 아니고, 고의 또는 과실의 입증책임만 넘어간다. 학설 중에는 인과관계의 입증책임도 넘어가야 한다고 주장하는 것이 있으나⁹⁰⁾ 독일 연방대법원은 고의 또는 과실의 입증책임만 가해자에게 지우고 있다.⁹¹⁾

따라서, 독일의 위험영역이론은 입증책임 분배의 일반이론으로서 법률요건분류설을 타파하고 새로운 이론을 세웠다고 할 수 없는 것이다.

둘째로, 그럼에도 불구하고 이 이론은 법률요건분류설과는 전혀 다른 방법으로 입증책임 분배의 기준을 세웠다는 장점이 있다. 즉, 법률요건분류설을 약간 수정한 것이 아니라, 그 출발점 자체를 달리하여 전혀 다른 관점에서 입증책임 분배의 방법을 제시하였다는 것이다.

87) 오석락, 입증책임론, 박영사, 2002, 83쪽.

88) 강봉수, 앞의 논문, 사법행정 1979년 2호 25쪽.

89) 강봉수, 앞의 논문, 사법행정 1979년 2호 25쪽.

90) 프뢴스(Pröls)와 라렌츠(Larenz)는 위험영역설에 의한 입증책임의 전환은 과실 뿐 아니라 인과관계에도 적용되는 것이라고 적극 주장하고 있다. 강봉수 앞의 논문, 사법행정 1979년 2호, 32쪽.

91) 강봉수, 앞의 논문, 사법행정 1979년 2호 26-27쪽.

(나) 위험영역설의 내용과 근거

위험영역(Gefahrenbereich)이란 피해자에게 발생하는 손해에 관하여 피고가 자유로이 처분할 수 있는 법적, 사실적 수단을 가지고 일반적으로 지배하는 것이 가능한 사실적 생활영역을 말하며, 보통 피고의 직접 점유 하에 있는 공간적, 물적 지배영역을 말하며, 이러한 영역에서 손해가 생기면 가해자(채무자)가 주관적, 객관적 요건의 부존재를 증명하지 않으면 안 된다는 것이다.⁹²⁾

즉, 피해자는 손해가 발생하였다는 것과 그 손해가 가해자의 지배 아래에 있는 위험영역에서 발생하였다는 것만 입증하면 되고, 그 인과관계와 과실의 입증책임은 가해자에게 지워진다는 것이다.

이와 같이 입증책임을 지는 위험영역이란 우선 어떤 사람의 지배 아래에 있는 공간적 영역이고, 점유하고 있는 동산, 부동산이 그에 속한다. 나아가, 손해발생의 원인이 어떤 사람의 점유상태로부터 나오면 손해발생의 경과가 피고의 공간적 지배하에 있거나, 그 밖에 있거나 마찬가지로, 그 사람이 입증책임을 진다. 또한, 공간적 객관적 영역 외에도 시간적으로 경과한 과거의 외계도 포함한다. 즉, 피고가 지배할 수 있었던 사건이 그것이다. 그러므로, 피해자가 피고의 행위로 말미암아 상해를 입은 때에도 과실의 입증책임이 전환된다고 본다. 나아가 감시감독의 권한이 있어 지배력을 행사하는 사람들에 의하여 야기된 손해에 대한 책임이 실제법상 문제가 되는 한 이들의 행위에도 위험영역이론이 적용된다고 한다.⁹³⁾

프릴스는 이와 같은 입증책임 분배의 근거로 세 가지를 들고 있다.

첫째로, 피해자는 가해자의 위험영역을 감시할 수 없으며, 이 영역의 내부에서 일어나는 것을 입증하는 것이 불가능한데, 그 상태로 피해자를 패소시키면 부당하다는 것이다. 이렇게 되면, 사고 발생의 원인이 피해자의 위험영역에 속하지 않고 다른 사람의 위험영역에 속하는 수많은 사건에서 법이 부여한 손해배상청구권이 속절없이 무력화되고 만다는 것은 중대한 일이 아닐 수 없다.⁹⁴⁾

둘째, 손해배상의 경위가 잠재적 가해자의 지배영역에 속함으로써 가해자야말로

92) 오석락, 앞의 책 82-83쪽.

93) 프릴스, 앞의 책 85-86쪽, 강봉수, 앞의 논문, 사법행정 1979년 2호, 24-25쪽.

94) 프릴스, 앞의 책, 76쪽.

그 사실관계를 해명할 입장에 놓여 있다는 것이다. 이 이유는 앞에서 본 증거거리설의 근거이기도 한데, 프윌스는, 그리하여 사실관계를 명확히 하기 위하여 진력하여야 하는 실제적 필요상 증거와의 거리는 매우 중요한 역할을 하게 된다고 하며, 사실관계의 해명을 순수하게 사실적으로 이를 해명할 수 있는 위치에 있는 당사자에게 시켜야 하지 본래 그것이 불가능한 당사자에게 시켜야 할 것이 아니라고 한다.⁹⁵⁾

셋째로, 그러한 손해를 예방하기 위하여 가해자 쪽에 입증책임을 지워야 한다고 한다. 즉, 손해배상의 이행을 규율하는 모든 규범은, 초래된 손해를 배상케 하는 목적뿐만 아니라, 손해가 재발하는 일이 없도록 억지하는 목적이 있는데, 만일 손해배상소송에서 가해자가 자기의 위험영역에 속하는 사고의 경위를 피해자에게 입증하도록 함으로써 쉽게 재판에서 이길 수 있도록 한다면, 가해자는 피해자가 대부분 사고의 경위를 밝힐 수 없기 때문에 자신이 그 입증책임을 지는 때보다도 훨씬 덜 조심하게 된다는 것이다.⁹⁶⁾ 이것은 부당하므로, 가해자에게 입증책임을 지워서 위험영역을 지배하는 이로 하여금 조심하도록 하여야 한다는 것이다.

그밖에 독일에서는 위험영역설의 근거를 채권자가 이행을 인수한 채무자에 대하여 품게 되는 신뢰에서 찾을 수 있다고 하거나, 손해발생의 원인이 채무자의 위험영역에 속하는 한 손해원인이 밝혀지지 않음으로 인한 채무자의 책임은 이행의무 자체에서 인정되는 것이므로 채무자에게 입증책임을 지워야 한다고 하는 주장이 있는데, 프윌스는 이러한 주장은 납득하기 곤란하고, 위험영역설에서 가해자에게 입증책임을 지우는 이유가 될 수 없다고 한다.⁹⁷⁾

그리고, 프윌스는 개별적인 여러 법률규정이 바로 이런 이유 때문에 위험영역을 지배하는 쪽에게 입증책임을 지우고 있어서, 그 이론이 정당하다고 주장한다.

즉, 독일 민법 제282조와 제285조는 이행불능이나 이행지체의 경우에 고의 또는 과실의 입증책임을 채무자에게 지우고 있는데, 이것은 그 이행이 채무자의 책임영역에 속하기 때문이고, 독일 상법에서 도매상이나, 운송업자, 창고업자가 그 선량

95) 프윌스, 앞의 책, 77쪽.

96) 프윌스, 앞의 책, 77쪽.

97) 프윌스, 앞의 책, 77-79쪽.

한 관리자의 주의에 속하는 물품에 발생한 손해에 대하여 책임을 면하려면 면책의 입증을 하여야 한다고 규정하는 것도 그 물건이 상인의 지배영역에 속하기 때문이라는 것이다. 이러한 예는 해상거래에 있어서의 독일 상법 제429조 제1항의 운송업자, 독일 상법 제60조와, 독일 내륙운송법 제18조에 의한 운송인, 내륙운송업자, 독일 항공법 제45조의 항공운송인에게 면책사유의 입증을 과하고 있는 것, 그리고 의무위반으로 손해배상 소송을 당하게 되는 주식회사의 이사와 감사에게 무과실의 입증책임을 지우는 규정, 독일 보험법 제6조에서 주의의무를 게을리 한 보험계약자에게 무과실의 입증책임을 지운 것이 또한 그러하다는 것이다.⁹⁸⁾

(다) 위험영역설에 대한 독일의 판례

① 파마 사건 : 원고가 미장원에 가서 파마를 하게 되었다. 미장원 주인인 피고는 원고의 머리에 파마 장치를 하고, 머리를 말리는 전자기계를 가동시킨 후 자리를 떴다. 그러다가, 원고가 파마기계에서 나온 열로 화상을 입었다.

원고 쪽은 피고가 파마를 하는 주된 급부의무 외에 계속 자리를 지켜서 손님이 손해를 입지 않도록 할 부수적의무가 있는데, 그 의무를 저버리고 손해를 입혔으니, 적극적 침해로 책임을 지라고 주장하였다. 하급심은 피고의 歸責事由의 입증이 없다고 하여 원고의 청구를 기각하였다.

독일 제국법원은 손해의 원인이 의심스러운 경우에 피고가 책임을 지는 위험영역에서 발생된 것이 증명된다면 반대사실이 증명되기까지는 피고의 과실이 입증된 것으로 본다고 하여 원심을 깬다.⁹⁹⁾

② 화물자동차 사건 : 피고가 화물차에 원고를 태우고, 원고가 의뢰한 화물을 싣고서 운전하여 가다가 가로수를 들이 받아서 원고가 크게 다쳤다. 원고는 피고가 어떤 잘못으로 화물차를 가로수에 들이박게 만들었는지를 주장하지 않았고, 피고는 옆에 가던 다른 화물차가 자기 차를 추월하다가 다가와서 자기 차를 밀어서 자기 차가 그 차에 밀려서 가로수를 들이받았기 때문에 그 다른 화물차의

98) 프릴스, 앞의 책, 81-82쪽.

99) 강봉수, 앞의 논문, 사법행정 1979년 2호, 25쪽

잘못으로 사고가 난 것이고 자기는 잘못이 없으므로 책임이 없다고 주장하였다.

하급심은 화물차가 가로수를 들이받았다면 운전자의 과실이 사실상 추정되지만, 다른 차가 다가와서 밀었다면 그 이유로 가로수를 받았을 가능성이 있으므로 推定이 뒤집혔다고 하여 원고 청구를 기각하였다.

독일 연방대법원은 다른 차가 추월하였다는 것만으로는 사실상 추정이 뒤집혔다고 하기에는 부족하고, 또한 사실상 추정이 뒤집히는 경우에도 다시 손해의 원인이 피고의 위험영역에 있는가를 살펴보아야 한다고 하여 원심판결을 깨고 사건을 원심법원으로 돌려보냈다.¹⁰⁰⁾

③ 銅파이프 사건 : 온수배관업자인 피고가 원고의 집에 설치된 쇠파이프 배관에 동파이프 배관을 연결하는 공사를 하였다. 그 공사를 하고 나서 3년 후에 온수파이프가 깨져서 수리비가 들었다. 원고는 피고가 공사를 잘못해서 그런 사고가 일어났으니 수리비를 내놓으라고 소를 제기하였다.

하급심은 피고의 과실이 입증되지 않았다는 이유로 원고 청구를 기각하였다.

독일 연방대법원은 원심이 원고에게 입증책임을 지운 것은 잘못되었다고 하여, 원심판결을 깨고 사건을 원심법원으로 돌려보냈다.¹⁰¹⁾

④ 漏水사건 : 건물 임자인 피고가 2층 일부를 자기가 안과 의원으로 쓰고, 일부는 학원을 하는 이에게 세를 주었고, 1층은 원고에게 세를 주어, 원고가 그곳에서 양탄자 가게를 했다. 어느 날 누군가가 2층 공동화장실의 수도꼭지를 잠그지 않아 물이 흘러나와 1층으로 내려가 원고의 양탄자를 못 쓰게 만들었다. 원고가, 그 건물의 소유자이며 2층 일부를 안과 의원으로 쓰고 있었던 피고를 상대로 손해배상 소송을 제기하였다.

독일 연방대법원은 임대차계약에서의 임대인의 의무는 임차인으로 하여금 임대 목적물을 사용하도록 하여 줄 것을 내용하는 주된 의무 외에 임차인에게 그 목적물 사용에 있어 손해를 끼칠 우려가 있는 위험을 배제할 배려의무까지 포함한다고

100) BGHZ 8, 239=NJW 53, 584=VersR 53, 117 (Lastwagenfall), 강봉수 앞의 논문, 23쪽에서 옮겨 왔음.

101) BGHZ 23, 288=HJW 57, 746=VersR 57, 251 (Kupferrohrfall), 강봉수 앞의 논문, 23-24쪽에서 옮겨 왔음.

판결하였다. 그래서, 임대인은 2층 화장실의 수도꼭지를 꼭 잠그도록 하여 아래층 임차인에게 피해를 끼치지 않을 의무가 있다고 하여 적극적 채권침해로 인한 손해배상을 인정하였다. 판결은 과실을 판단함에 있어서, 수도꼭지를 잠그지 않은 사람이 피고 자신 또는 피고의 가족이나 피고의 의원의 종업원이라면 그 사람들은 피고의 履行補助者이므로 피고가 그 사람들의 행동에 책임을 져야 하고, 다른 임차인인 학원 경영자 또는 그 학원생들이 그랬다면 이것은 피고의 위험영역 안에 있는 것으로서 피고가 과실 없음을 입증하여야 한다고 판결하였다.¹⁰²⁾

이 사건은 임대차관계에 위험영역설을 적용한 경우이다.

⑤ 바나나껍질 사건 : 원고가 피고의 백화점에 물건을 사러 갔다가 바닥에 떨어진 바나나껍질을 밟아 미끄러져 다쳐서 손해배상 소송을 제기하였다.

하급심은 피고 백화점에서 각 칸마다 쓰레기통을 설치하지 않았고, 바나나껍질을 조심하라는 안내판도 안 붙였는데, 이러한 사실에서 일단(一旦)의 證明에 의하여 그런 의무를 다 하지 않은 것이 원고가 바나나껍질을 밟아 다친 것의 원인이 되었고, 피고에게 과실이 있다는 사실이 인정된다고 판결하였다.

독일 연방대법원은 쓰레기통을 설치하지 않은 것과 바나나껍질을 밟은 것 사이에 일단의 證明을 적용할 수 없다고 하고, 한편 피고는 백화점 바닥이 미끄럽거나 바닥에 있는 물건으로 인하여 손님이 다치지 않도록 조치할 계약법상의 특수한 주의의무가 있다고 前提하고 손님이 미끄러져서 넘어지기 쉬운 바나나껍질이 바닥에 있었다면 그러한 위험의 源泉은 피고의 조직 및 위험영역에 속하는 것이므로, 피고에게 자기가 모든 조치를 게을리 하지 아니하였음을 입증할 책임이 있다고 판결하였다. 아울러, 손님이 계약체결을 목적으로 백화점에 들어섰을 때부터 이미 이와 같은 주의의무가 있는 것이므로 손님이 실제로 물건을 샀는가의 여부와는 관계없이 입증책임이 뒤바뀌는 것이라고 판결하였다.¹⁰³⁾

이 사건은 계약체결상의 과실에 위험영역설 이론을 적용한 사건이다.

102) BGH Versr 64, 72=NJW 64, 33=JZ 65, 26 (Wasserhahnfall), 강봉수 앞의 논문, 24-25쪽에서 옮겨 왔음.

103) BGH NJW 62, 31(Bananenschellenfall), 강봉수 앞의 논문, 25쪽에서 옮겨 왔음.

⑥ 닭페스트 사건 : 양계업자인 원고가 수의사에게 닭페스트 예방주사를 놓아 달라고 하였는데, 그 주사를 맞은 후 오히려 닭에게 페스트가 생겨서 수 천 마리가 죽었다. 원고는 악전 제조업자인 피고를 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다.

1심, 2심, 3심 모두 피고에게 배상책임을 인정하는 원고 승소판결을 선고하였다.

독일 연방대법원은 제조물의 문제점을 입증하자면 그 제조과정을 잘 알아야 하는데, 소비자는 이를 알 수가 없다고 지적하였다. 나아가 이전의 판례는 사실상의 추정 이론을 폈는데, 그 이론을 적용하면 제조업자들이 교묘하게 빠져나갈 수가 있어서, 입증책임을 전환시킬 필요가 있다고 하였다. 이러한 입증책임의 전환은 손해가 생산자의 조직 및 위험영역에서 거래안전 위반 상태로 인하여 생겼음을 피해자가 입증한 때에 인정할 수 있다. 왜냐하면 제조자는 전체의 제조과정을 파악하고 있고 제품이 완성되어 자기 손을 떠날 때까지 그 과정을 구체적으로 결정하고 조직하고 있으므로 손해의 원인이 그의 위험영역 안에 있음이 밝혀진다면 그로 하여금 구체적인 경위를 밝히어 무과실을 입증하도록 하는 것이 보다 공정하기 때문이라는 것이다.¹⁰⁴⁾

이 사건은 제조물 소송에서 악전제조업자에게 불법행위를 인정하면서 위험영역설을 적용한 예이다.

(라) 위험영역설에 대한 비판

이 이론에 대하여는 위험영역의 한계가 애매하다는 비판이 있고, 따라서 어떤 사실이 위험영역에 속하느냐 아니냐의 판단을 그 사실의 증명에 필요한 증거에 대한 거리와의 관계에서 추론하게 되기 때문에 증거와의 거리에 의하여 이미 결정된 입증책임의 분배를 정당화하기 위한 단순한 도구 개념으로 전락하여 버리고 만다는 비판이 있다.¹⁰⁵⁾

그러나, 이 비판은 옳지 못 하다고 생각한다. 우선, 위험영역의 한계가 애매하다

104) Hühnerpestfall BGHZ 51, 91= LM 823(J) BGB nR. 22= NJW 69, 269= JZ 69, 387= VersR 69, 155. 강봉수, 앞의 논문 사법행정 1979년 3호, 7쪽에서 옮겨 왔음.

105) Rosenberg-Schwab-Gottwald, Zivilprozessrecht, 1993, 589쪽

는 비판은 매우 무책임한 주장이다. 우리의 사회에서 어떤 영역이 어떤 사람에 의하여 강력하게 지배되는 경우가 있다는 것은 누구나 인정할 수 있는 사실이다. 물론, 어떤 영역이 한 사람이 아니라 여러 사람에 의하여 지배되는 그런 영역도 있을 것이고, 누가 지배하는지 판단하기 곤란한 경우도 있을 수 있다. 그러나, 그것은 공평성과 진실에 가까이 가야 한다는 기준으로 누구의 지배영역으로 볼 것인가를 판단하면 되는 것이지, 그것이 어려운 경우가 있다고 하여 더 이상의 이론 구성을 하지 못 할 것이 아니다. 누구의 지배 영역이라 할 수 없는 경우가 있다면 그러한 경우에 적용될 다른 기준을 마련하면 되는 것이지, 그런 경우가 있기 때문에 위험영역의 입증분배 기준을 세우지 못 한다고 할 수 없는 것이다.

나아가, 증거와의 거리라는 것은 뒤에서 거론하는 또 다른 이론에서 주목하는 방법인데, 그 방법에 의한 입증책임의 분배와 위험영역설에 의한 분배가 비슷한 결론에 이르는 것은 그 이론의 기본적인 생각이 같아서 그런 것이지, 위험영역설이 증거거리설의 도구가 되는 것이라 할 수 없다.

위험영역설은 그 손해가 발생한 곳을 누군가가 지배한다고 하는 개념에 착안하여 그 지배자에게 입증책임을 지우고자 하는 입증책임 분배의 이론이다. 이것은 훌륭한 이론이며, 이것이 증거거리설의 도구라고 볼 수 없다.

(마) 위험영역설의 값어치

위험영역설은 매우 훌륭한 이론이다. 이 이론은 손해배상의 분야에서 주로 적용되는 것인데, 바로 이 분야가 법률요건분류설에 의한 입증책임 분배를 그대로 적용하면 불합리한 경우가 많이 생기는 분야이고, 이 이론은 바로 그 점을 바로 잡아 주고 있다. 이 이론은 손해배상 분야에서 매우 합리적인 입증책임 분배의 기준이 되는 이론이라 할 수 있으며, 비록 그 이외의 분야에 적용할 수 없다고 하더라도 훌륭한 값어치가 있다.

이 논문이 대상으로 삼는 적극적 채권침해의 영역에서도 위험영역설은 매우 귀중한 이론이다.

(4) 證據距離說

이 학설은 일본의 石田穰이 제기한 학설로서 위험영역설에서 한 걸음 더 나아가 증거와의 거리라는 기준으로 일반적인 입증책임의 분배를 시도한 것이다. 이 또한, 통설인 법률요건분류설과는 전혀 다른, 증거와의 거리라는 것을 입증책임 분배의 기준으로 삼고자 하는 참신한 이론이다.

이 설에 의하면, 원고가 어떤 사실의 입증에 필요한 증거를 보유하거나 보유하기 쉬운 입장에 있는 반면, 피고는 그와 같은 증거를 보유하지 않거나 보유하기 어려운 입장에 있는 경우에는 원고가 그 사실을 입증할 책임을 부담하고, 이와 반대로 원고가 어떤 사실의 입증에 필요한 증거를 보유하지 않거나 보유하기 어려운 입장에 있을 때에는 피고가 그 사실을 입증할 책임을 부담하게 된다는 것인데, 이것을 일반화하여 어떤 사실의 입증에 필요한 증거에 가까운 사람은 그 사실에 대하여 입증책임을 부담한다는 원칙이 성립된다는 것이다.¹⁰⁶⁾

石田穰은 위에서 본 바와 같이 오로지 증거와의 거리에 의해서만 입증책임의 분배를 결정하여야 한다고 주장하는 것은 아니고, 첫째로 입법자의 뜻에 따라야 한다고 하며, 둘째로 바로 이 증거와 가까운 쪽이 입증책임을 진다는 기준을 제시하고, 셋째로, 입증이 쉬우냐 어려우냐에 따라 또는 어떤 사실의 존재 또는 부존재의 개연성에 따라 입증책임을 분배하여야 한다고 하며, 넷째로 그래도 누구에게 입증책임을 지워야 할 지 모른다면 법률요건분류설에 따라야 한다고 한다.¹⁰⁷⁾

이 논문을 쓰는 이는 앞에서 거론한 바와 같이 말 그대로 입법자의 뜻을 기준으로 삼는 것에 대하여는 반대한다. 입법자가 어떠한 뜻을 가지고 입법을 했더라도 그 법의 해석은 해석 당시의 사정에 따라 객관적으로 이루어져야 하기 때문이다. 따라서, 입법자의 뜻을 법해석의 기준으로 삼는다면, 그것은 법조문에 나타난 객관적인 사정에 따라 해석하는 것이 되어야 하는 것이다.

그렇다면, 입법자의 뜻에 따라 입증책임의 분배를 판단한다는 것은 결국 법조문의 해석론이 되는데, 이것이 법조문의 형식에 따라 입증책임을 분배하여야 한다는 법률요건분류설이 주장하는 방식의 입증책임 분배가 되어서는 아니 된다.

106) 石田穰, 立證責任論の現狀と將來, 法學協會雜誌 90卷 8号, 1091, 1092頁.

107) 石田穰, 立證責任論の再構成, 判例タイムズ 322号, 17-20頁.

즉, 이 학설에 따르면 법률요건분류설을 원칙으로 받아들이고, 특별한 경우에 증거와의 거리와 증명의 난이도에 따라 입증책임을 분배하는 일종의 수정론이 되거나, 아니면 입법자의 뜻을 추론하는 새로운 방법을 세워서, 법률요건분류설과는 사뭇 다른 이론이 될 수도 있다.

이 이론도 상당히 합리적이다. 특히, 이 논문의 대상인 적극적 채권침해의 소송에서도 이 이론은 대단히 유용하며, 경청하여야 한다고 생각한다.

(5) 통설에 대한 비판과 수정

앞에서 거론한 바와 같이 입증책임 분배의 지도이념은 진실에 가까이 가려고 하는 노력과 공평성이다. 즉, 어떤 쪽이 주장하는 사실이 진실이 아니라고 판단하는 것이 진실에 가까운 것인가 하는 원리와 누구에게 입증 책임을 지워서 입증할 수 없는 경우에 불이익을 주는 것이 공평한가 하는 것이다.

나아가, 입증책임의 이론 또는 체계는 명백히 납득할 수 있는 입증책임의 분배 기준을 제시해주어야 한다. 왜냐 하면, 입증책임은 사실이 증명되지 않을 때, 누구에게 불리하도록 판결하는가 하는 기능 뿐 아니라, 법원의 소송 지휘의 지표가 되고, 당사자에게 입증활동의 기준이 되기 때문에¹⁰⁸⁾ 판사, 변호사 나아가 소송 당사자에게 누구에게 입증책임이 있는가를 명백히 인식할 수 있도록 해 주어야 하기 때문이다.

이런 점에서 통설인 법률요건분류설은 일단 명백한 입증책임의 분배기준을 제기해 주어 실무자들이 그 이론에 따라 입증책임을 판단하여 적용해 왔기 때문에 매우 쓸모 있는 이론이었다.

그러나, 입증이 안 되는 경우에 법률요건분류설이 제시하는 방법에 의하여 사실을 판단하는 것이 과연 진실에 가까운 것인가와 그렇게 입증책임을 지는 이에게 불이익을 가하는 것이 과연 공평한가 하는 점을 생각해 보면 쉽게 그렇다고 대답하기 곤란하다.

불법행위로 인한 손해배상 소송에서는 특히 그렇다. 의사의 잘못을 따지는 소송,

108) 오석락, 앞의 책, 85, 86쪽

환경 피해 소송, 제조물 책임 소송 따위의 소송은 특별법이 제정되지 않는 한 민법 제750조의 불법행위에 의하여 손해배상을 청구하게 되는데, 법률요건분류설에 따라 인과관계와 과실 여부를 피해자에게 입증하도록 하는 것은 아무리 생각해도 진실에 가까운 결론을 얻을 수 있는 것도 아니고, 공평한 것도 아니다.

이 논문은 뒤에서 법률요건분류설의 문제점을 해부(解剖)한다. 법률요건분류설은 근본적인 전제가 잘못 되어 있는 것이다. 법학자들과 실무자들이 마법에 걸려 있는 것이다. 통설인 법률요건분류설의 문제점을 파헤치고, 새로운 입증책임 분배의 기준을 세우는 것이 이 논문의 목적이다. 우리는 이 점에 관하여 장을 바꾸어 자세히 논한다.

7. 통설에 따른 입증책임 분배의 기준

(1) 통설의 입증책임 분배의 기준의 원리

통설인 법률요건분류설은 법률의 표현이나 형식에 의하여 입증책임의 분배를 결정하는 것을 원칙으로 삼으려고 하는 것이고, 구체적으로 각 법률 조항을 분석하여 입증책임을 분배함에 있어서 합리적인 이론에 따라 걸으로 보기에 원칙론과는 어긋나게 입증책임을 분배하는 것을 허용하지 않는 것은 아니다.¹⁰⁹⁾

따라서, 통설에 의한 입증책임의 분배 기준은 그 원칙을 밝히는 것이고, 그 원칙에 대하여 예외로서 특별한 경우에 달리 입증책임을 분배하는 경우가 있을 수 있는 것이다.

법률요건분류설에 의하면, 입증책임 분배의 기본원리는 법률의 규정을, ① 권리를 생기게 하는 규정, ② 권리를 막는 규정, ③ 권리를 없애는 규정, ④ 권리행사를 막는 규정으로 나누어 그 중 ① 권리를 생기게 하는 규정은 권리의 존재를 주장하는 쪽이, ② 권리를 막는 규정과 ③ 권리를 없애는 규정과 ④ 권리행사를 막는 규정은 각 그 효과를 주장하는 쪽이 입증책임을 진다는 것이다. 이것은 권리를 생기게 하는 규정에 대하여 다른 세 경우를 반대의 규정으로 보아 각 대립되게 입증책임을 분배하는 것이다.

109) 倉田卓次, 民事實務と説明論, 日本評論社, 1987, 270頁

그리고, 나아가 ② 권리를 막는 규정, ③ 권리를 없애는 규정, ④ 권리행사를 막는 규정에 대하여 그 효과를 막는 규정이 있을 수 있으며, 그것은 반대규정에 대한 반대규정으로서는 반대의 반대쪽이 입증책임을 부담한다. 그리고, 그 반대의 반대의 반대규정도 있을 수 있고, 역시 입증책임이 반대로 넘어가고, 이런 순환이 이론상 무한히 계속 될 수 있다.

우선, ① 권리를 생기게 하는 규정과 그 반대되는 세 가지 규정(②, ③, ④)의 예를 든다. 매수인이 부동산 매매계약에 의하여 소유권이전등기를 하라고 주장함에 있어서, 매수인이 매매계약을 체결하였다고 하는 것이 권리를 생기게 하는 사실이다(민법 568조 1항, ①). 이에 대하여, 매도인이 그 매매계약이 폭리행위(불공정한 법률행위)라고 주장하는 것은 권리를 막는 사실이고(민법 103조, ②), 10년이 넘도록 이전등기를 안 해 갔으니 소멸시효가 완성되었다고 주장하는 것은 권리를 없애는 사실이고(민법 162조, ③), 잔금을 받지 못 했으니 이전등기를 못 해 주겠다고 하는 것은 권리행사를 막는 사실이다(민법 536조, ④).

이런 경우, 매매계약 사실은 매수인이, 폭리행위인 사실과 이전등기를 해야 할 시점부터 10년이 지났다는 사실과 잔금을 받지 않았다는 사실은 매도인이 각 입증책임을 진다는 것이다.¹¹⁰⁾

나아가, 입증책임이 반대 규정으로 인하여 여러 차례 넘어가는 예를 앞에서 든 예로 설명한다.

매수인이 매매를 원인으로 이전등기를 청구하면, 이것은 권리를 생기게 하는 사실이고(민법 568조 1항), 매수인이 입증책임을 진다. 이에 대하여 매도인은 미성년자였기 때문에 매매계약을 취소한다고 주장하면, 이것은 권리를 없애는 사실이고(5조 2항) 매도인이 입증책임을 진다. 이에 대하여, 매수인은 매도인의 법정대리인이 영업을 허락하였다고 주장하면, 이것은 권리를 없애는 사실에 대한 반대사실이므로(8조 1항), 매수인이 입증책임을 지고, 매도인이 그 영업을 범위를 제한하였는데, 그 제한을 벗어났다고 주장하면(8조 2항) 매도인이 입증책임을 지고, 매수인은 그

110) 우리는 이 점에서 법률요건분류설의 문제점을 발견하게 된다. 즉, 법률요건분류설에 의하면 잔금을 받지 않았다는 사실을 매도인이 입증할 책임이 지는데, 실제로는 매수인이 잔금을 지급하였다는 사실을 입증할 책임을 진다. 즉, 잔금을 지급하였는지 안 하였는지 알 수 없으면 잔금을 지급하지 않은 것이 되는 것이지, 잔금을 지급한 것이 되는 것이 아니다.

런 제한을 몰랐다고 주장하면(8조 2항 단서) 매수인이 그 사실을 입증할 책임을 진다.

이렇게 입증책임의 공은 이쪽에서 저쪽으로 넘어갔다가 이쪽으로 다시 넘어오고 또 넘어가는 것이다.

(2) 법률규정의 분석

(가) 그러면, 어떻게 규정된 것이 권리를 생기게 하는 규정이고, 어떻게 규정된 것이 권리를 막는 규정, 권리를 없애는 규정, 권리행사를 막는 규정인가? 그리고, 어떠한 규정이 반대규정인가?

우선, 권리를 생기게 하는 규정과 권리를 막는 규정, 권리를 없애는 규정, 권리행사를 막는 규정은 법률의 규정형식보다는 그 내용에 착안하여야 할 것이다. 즉, 그 법률의 규정이 권리를 생기게 하는 내용이라면 권리를 생기게 하는 규정으로서 그 권리를 주장하는 쪽에서 입증책임을 지고, 그 법률의 규정이 권리를 막거나, 없애거나 작용을 막는 내용이라면 그러한 효과를 주장하는 쪽에서 입증책임을 지는 것으로 해석하여야 할 것이다.

(나) 이것을 일반화하면 어떠한 법률효과에 대하여 적극적으로 작용하는 규정을 基本規定으로 보고, 소극적으로 작용하는 규정을 기본규정에 대한 반대규정으로 보는 것이다.¹¹¹⁾ 즉, 기본규정은 권리를 생기게 하는 규정이 되고, 그 반대규정은 권리를 막거나, 없애거나, 권리행사를 막는 규정이 되는 것이다.

다만, 모든 규정이 기본규정과 그 반대규정의 관계로만 되어 있는 것이 아니다. 어떤 두 규정은 서로 補充規定의 관계에 있다. 즉, 주요규정의 요건을 보충하거나 추가하는 규정이 있는 것이다. 예를 들어, 민법 제598조는 대체물을 빌려서 같은 종류의 물건을 돌려주는 소비대차에 관한 규정이다. 그리고, 민법 제606조는 代物貸借라 하여 유가증권 또는 다른 대체물을 빌렸으며 그 물건의 값을 돈으로 돌려주도록 하는 消費貸借를 규정하고 있다. 이 두 규정은 기본규정과 그 반대규

111) 오석락, 앞의 책 89, 90쪽

정의 관계에 있지 않고, 보충규정의 관계에 있다. 즉, 소비대차에 의하여 돈을 빌려주고 돈을 돌려받는 법률요건을 규정하는 민법 598조에 대하여 민법 606조는 돈 대신 다른 물건을 빌려주고도 돈으로 돌려받는 보충적인 요건을 규정한 것이다. 이런 경우 물론, 입증책임이 엇갈려서 넘어가지 않는다.

물론, 두 규정이 서로 아무런 관계에 해당되지도 않는 경우도 있다. 미성년자의 법률행위를 취소하는 규정과 불법행위로 인한 손해배상 규정은 아무런 관계가 없다.

따라서, 입증책임을 논하려면, 우선 기본규정을 찾고, 그 기본규정에 대한 반대 규정인가를 따지고, 또 그 주장을 다투는 주장의 근거가 되는 규정이 반대의 반대 규정인가를 따지고, 입증책임의 공은 기본에서 반대로, 다시 그 반대로 넘어가는 것이다.

이것을 원칙규정과 예외규정으로 분석하기도 한다. 위에서 본 기본규정을 원칙규정으로 보고, 그 예외규정은 반대규정인 것이며, 그 예외의 예외는 반대의 반대 규정인 것이다.

(다) 그러면 어떠한 형식의 규정이 기본규정 또는 원칙규정이고, 어떠한 형식의 규정이 반대규정 또는 예외규정인가?

① 본문과 단서

어떤 규정이 나오고, 그 단서로, “그러나,한 때에는 그러하지 아니하다.”라는 규정이 있다면, 본문은 기본규정 또는 원칙규정이고, 단서는 반대규정 또는 예외규정으로 본다. 이런 규정은 주로 본문은 권리를 생기게 하는 규정이고, 단서는 권리를 막는 규정인 경우가 많다.

이러한 규정은 그 예가 많다. 예를 들어, 민법 제390조 본문은 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하여, 이행을 하지 않은 것이 기본규정이므로, 채권자가 이행을 하지 않았다는 사실을 입증할 책임을 진다고 본다. 그러나, 그 단서에 채무자의 고의나 과실 없이

이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다라고 규정되어 있어서, 고의나 과실이 없는 경우가 예외규정이 되어, 고의, 과실 여부는 채무자가 입증책임을 진다고 보는 것이다.

또한, 민법 제406조 제1항 본문은 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다고 규정하여, 채권자 취소권을 행사함에 있어서 채무자가 사해행위를 하였다는 사실을 채권자가 입증할 책임이 있다. 그러나, 단서에 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다라고 규정하고 있어서, 이런 경우가 예외규정에 해당되어 제3자가 알았는가 몰랐는가는 그것을 주장하는 제3자가 입증할 책임이 있다고 보는 것이다.

그러나, 단서가 본문의 효과를 부정하거나 반대의 효과를 나타내는 내용이어야만 입증책임을 바뀌는 것이지, 단서가 본문을 추가하거나 보충하는 내용이 되면 그것은 위에서 본 보충규정이 되어 입증책임을 넘어가는 단서, 반대, 예외규정이 되지 못한다.

예를 들어, “그러나,한 때에 한한다.”라든가, “그러나,함을 요한다.”는 경우는 요건을 추가하거나 보충하는 것이므로, 입증책임을 넘어가는 예외규정이 아니다.

민법 제974조는 직계혈족과 배우자가 아닌 친족 간의 부양의무를 규정하고 있는데, 괄호 안에 생계를 같이 하는 경우에 한한다고 규정하고 있다. 이 규정은 예외인 단서가 아니라, 보충적인 단서 규정이다. 따라서, 부양을 청구하는 쪽이 생계를 같이 한다는 사실을 입증할 책임을 진다.

민법 제219조 제1항은 어느 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과도한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다고 규정하여 주위토지통행권이 생기는 규정을 두고 있다. 그런데, 그 단서에 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장

소와 방법을 선택하여야 한다고 하는 규정을 두고 있는데, 이것은 입증책임을 뒤바꾸어 놓는 예외규정이 아니라 본문의 요건을 보충하는 규정이므로 입증책임을 뒤바꾸지 않는다는 것이다. 따라서, 주위토지통행권을 주장하는 쪽이 선택한 길이 손해가 가장 적은 장소와 방법이라는 사실을 입증하여야 한다.

민법 제1063조 제1항은 금치산자는 그 의사능력이 회복된 때에 한하여 유언을 할 수 있다고 규정하고, 제2항에 전항의 경우에는 의사가 심신회복의 상태를 유언서에 부기하고 서명날인하여야 한다고 규정하는데, 이 역시 2항이 1항의 예외규정이 아니라 보충규정이어서 2항의 경우에 입증책임이 넘어가지 않는다고 본다.

② 일반규정과 특별규정

어떤 규정이 다른 규정의 특별규정인 경우가 있는데, 이 경우 특별규정은 일반규정에 대하여 입증책임을 뒤바꾸었다고 본다. 다만, 이것은 앞에서 본 바와 같이 그 특별규정의 내용이 일반규정이 인정된 법률효과를 부정하는 내용을 담고 있어야 그런 것이고, 그렇지 않고 보충하는 내용이면 입증책임이 뒤바뀌지 않는다.

특별규정은 일반규정이 나온 후 이어서 나오는 경우가 많기는 하나, 꼭 그런 것이 아니고 서로 많이 동떨어져 있는 경우도 많다.

따라서, 통설에 의하면 그 법 규정의 내용이 어떤 규정의 특별규정인가를 따져서, 입증책임의 분배를 논하여야 한다.

8. 입증책임의 전환

(1) 입증책임 전환에서 문제가 되는 것

(가) 특별한 법률 규정으로 입증책임을 바꾼 것

입증책임의 전환이란 어떤 쪽에 입증책임이 있는 것을 전제로 하고, 어떤 다른 이유로 그 책임이 상대방에게 넘어간다는 것인데, 이 말의 뜻은 잘 살펴보면 그 자체로 문제가 안 되거나 또는 입증책임의 전환이 아닌 경우가 있다.

우선, 법률의 규정이 입증책임을 전환시키는 경우가 있다. 즉 일반적인 규정과

특별한 규정이 있어서, 특별한 규정이 일반적인 규정에서 정한 입증책임을 뒤바꾸어 놓은 것이다. 이런 경우로 위에서 거론한 자동차손해배상보장법 제3조를 예로 들 수 있다. 즉, 민법 제750조에 의하면 일반적인 불법행위의 손해배상 청구 소송에서는 피해자가 모든 요건을 입증할 책임이 있는데, 불법행위 중 자동차사고로 인하여 손해배상을 청구하는 소송에서는 자동차손해배상보장법 제3조에 의하여 과실의 입증책임을 가해자에게 전환되었다는 것이다.

이러한 입증책임을 문제는 더 이상 거론할 필요가 없다. 그것은 곧 입증책임 분배의 문제이기 때문이다. 즉, 법률요건분류설에 의하면, 자동차손해배상보장법 제3조 자체가 그 입법의 형식과 표현으로 자동차사고로 인한 손해배상 소송에서 과실의 입증책임을 가해자에게 지우는 규정이기 때문에, 그 규정 자체로 입증책임을 가해자 또는 자동차 소유자에게 분배되는 것이다. 따라서, 엄밀히 말하면 입증책임을 전환된 것이 아니고, 입증책임을 그와 같이 분배된 것으로 보아야 한다.

다만, 특별한 경우에 입증책임을 일반적인 경우와 달리 바뀌는 것으로 보기 때문에 이것을 들어 입증책임을 전환되었다고 하는 것인데, 이 경우는 더 이상 이론적으로 살펴볼 필요성이 별로 없다.

(나) 推定 規定

어떠한 사실이 입증되면, 다른 어떤 사실이 있는 것으로 추정하는 것이 문제가 되는데, 이것은 종류가 여러 가지이고, 과연 이것이 입증책임을 전환한 것인가 그리고 그것을 어떻게 해석하여야 할 것인가가 문제가 된다.

우선 추정은 사실상의 추정과 법률상의 추정으로 나누어진다. 앞의 것은 법률에 아무런 규정이 없으나, 보통 사람들이 어떤 사실이 있으면 다른 사실이 있는 것으로 보아 주는 것을 말한다. 이것이 문제가 되는 것은 사실심 법원이 이런 보통의 사실상의 추정 원칙에 따르지 않으면, 이것이 상고이유가 되고, 대법원에서 파기환송되기 때문이다. 따라서, 이것이 입증책임을 전환한 것인가가 문제가 된다.

나아가, 법률의 규정으로 어떤 사실이 있으면, 어떤 다른 사실을 추정한다고 규정한 것이 있고, 또한 어떤 권리가 있는 것으로 추정한다는 규정이 있다. 이것이

법률상의 추정이다. 그리고, 더 나아가, 아무런 전제사실이 없이 무조건 어떤 사실 또는 권리를 추정해 주는 규정이 있다. 과연 이런 규정들은 어떻게 해석해야 하며, 입증책임이 어떻게 넘어가는가를 살펴보아야 한다.

(다) 기타

그밖에 한쪽이 입증을 방해한 경우에 어떻게 하는가 하는 문제가 있다.

민사소송에서 당사자는 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다.(민사소송법 1조 2항) 그런데, 한 쪽이 이 규정을 어기고 상대방의 입증행위를 방해한다면 이것을 그대로 방치할 수는 없는 일이다. 이것은 입증을 방해한 경우에 어떠한 효과와 제재를 가할 것인가가 문제가 되는데, 그러한 경우에 입증책임을 전환시켜서 입증을 방해한 자에게 입증책임을 지워서 불이익을 가하자는 의견이 있는 것이다.

나아가, 학계에서는 간접반증에 관하여 깊이 논하고 있다. 간접반증이란 간접사실에 대한 추정이 성립되어 주요사실이 인정받게 되어 불리하게 된 쪽이 그 간접사실과 모순되지 않는 다른 사실을 내세우고 입증하여 추정의 전제가 되는 간접사실이 있음에도 불구하고 요증사실이 인정될 수 없도록 만들어서 추정의 효과를 깨는 것을 말한다. 간접반증은 입증책임을 전환한 것으로 보기 곤란한데, 많은 학자들이 간접반증을 이용하여 입증이 곤란한 쪽의 입증을 덜어주려고 하는 노력을 하고 있으며, 또한 그것이 입증책임을 전환한 것이라고 주장하는 학자도 있어서, 간접반증에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

(2) 事實上 및 法律上 推定

(가) 事實上의 推定

'사실상의 추정'이란 어떤 사실이 입증되면 특별한 사정이 없는 한 어떤 다른 사실이 있었다는 것을 인정해 주는 것이다. 학설은 입증책임을 지는 자가 요증사실(직접사실)의 증명에 갈음하여 간접사실(證憑)을 증명한 경우에 경험칙에 의거하여 그 간접사실로부터 요증사실을 미루어 인정(推認)하는 것이라고 표현한다. 그리고, 이것을 증명의 관점에서는 표현증명(表見證明) 또는 '일단(一棼)의 증

명¹¹²⁾(prima facie Beweis, Anscheinsbeweis, Beweis des ersten Anscheins)이라고도 한다고 한다.¹¹³⁾

다만, 우리나라나 일본에서 표현증명 또는 일단의 증명을 사실상의 추정과 같은 뜻으로 쓰는 경우가 많은데¹¹⁴⁾, 그것을 구별해야 한다는 견해가 있다. 즉, 후자는 표현증명 또는 일단의 증명이 사실상의 추정보다 좁은 의미라고 하며, 그것은 불법행위의 요건인 인과관계와 고의 또는 과실의 추정에만 한정되는 것이고, 定型的事象經過가 있는 경우이며, 구체적인 내용을 특정함이 없이 인과관계나 고의 또는 과실이 추정되는 것이라고 한다.¹¹⁵⁾

이 두 가지 개념을 철저히 구별할 실익은 크지 않다고 생각한다. 우리가 사실상의 추정이라는 개념을 쓰는 것은 입증책임을 지는 쪽에서 간접사실을 입증하여 법원으로 하여금 그 요건사실이 존재한다는 확신을 얻을 지경에 이르렀다는 것이고, 이것을 그냥 놓아두면 상대방이 패소하기 때문에, 상대방은 무언가 증명할 필요가 생겼다는 것이다. 이 필요성과 그 이후의 상대방의 대응은 그 의미를 좁게 한정하더라도 표현증명 또는 일단의 증명이 이루어진 때와 다르지 않기 때문이다.

우리가 세상을 살다 보면 어떤 사실이 있으면 다른 어떤 사실이 있음을 대체로 미루어 짐작할 수 있는 경우가 많다. 즉, 어떤 사실이 있으면 특별한 일이 없는 한, 다른 어떤 사실이 일어나는 것을 경험으로 알 수 있는 것이다. 달리 말하면 어떤 사실(전제사실)이 있으면, 다른 어떤 사실(추정사실)이 일어날 가능성이 매우 높은 것을 대부분의 사람이 인정하는 것이다. 이것을 경험칙 또는 경험법칙이라고 한다. 그러나, 이러한 경험칙은 100 퍼센트 그러하지는 않다. 100 퍼센트 꼭 그러한 일이 일어나는 것은 자연법칙이다. 자연법칙에 의하여 사실을 입증하는 것은 추정이 아니라 완벽한 증명이다.

우리는 어떤 사람이 영수증을 가지고 있으면, 그 사람이 돈을 주고 그 영수증을

112) 법조계에서는 '일응(一應)'이라는 말을 널리 쓰고 있는데, 이 말은 일본말이고, 우리가 평소에 쓰지 않는 말이다. 이 말에 딱 들어맞는 우리말이 '일단(一旦)'이다. 법조계에서 쓰는 일응이라는 말을 일단이라는 우리말로 바꾸어 놓으면 그 뜻이 대부분 들어맞는다. 그래서, 이 논문에서는 일응의 증명이라는 말 대신에 일단의 증명이라는 말을 썼다. 같은 뜻, 정동윤, 유병현 공저, 민사소송법, 법문사, 2007, 514쪽, 그리고, 역시 일단의 증명이라는 말을 쓰고 있는 책으로는 박찬주, 새로 쓴 민사소송법, 조선대학교출판부, 2007, 489쪽.

113) 오석락, 앞의 책, 108쪽

114) 村上博巳, 証明責任の研究, 有斐閣, 1975, 43頁, 近藤完爾, 証明の証明力, 民事訴訟法講座 2卷, 有斐閣, 1954, 606頁, 倉田卓次, 民事交通訴訟の課題, 日本評論社, 1976, 146頁 등

115) 오석락, 앞의 책, 145쪽

받았을 것이라는 사실을 추정할 수 있다. 그러나, 사실은 내일 돈을 줄 터이니 미리 영수증을 써 달라고 하는 감언이설에 넘어가서 영수증을 써 주었기 때문에 돈을 주지 않았을 가능성도 있는 것이다. 그러나, 경험칙은 영수증을 가지고 있으면 (전제사실) 돈을 주었다는 사실(추정사실)을 추정하는 것이다.

그런데, 이와 같이 경험칙은 반드시 맞아 떨어지는 것이 아니라, 그러하지 아닐 가능성도 있는 것이다. 그러나, 그러한 사실이 있을 확률이 그렇지 않을 확률보다는 훨씬 높다. 이것을 高度의 蓋然性이라고 한다.

이와 같이 경험칙에 의한 사실상의 추정은 100 퍼센트 필연이 아니므로, 예외가 인정된다. 이 예외를 증명하면, 사실상의 추정을 깨게 되는 것이다.

사실상의 증명에 대하여 이를 입증책임이 전환되는 것이라고 보는 견해¹¹⁶⁾와 입증책임이 전환되는 것이 아니라고 보는 견해가 있다.

입증책임이 전환되는 것이라고 보는 것은 일단 전제사실이 입증되고, 경험칙이 적용되면 추정사실이 인정되는 효과가 발생하기 때문에, 일단 전제사실이 입증된 후에는 상대방이 이를 깨야 할 필요성이 생겨서 입증책임을 넘겨받기 때문에 입증책임이 전환된다고 보는 것이다. 입증책임이란 입증이 안 되면 입증책임 있는 쪽이 불이익을 입기 때문에 그 불이익에서 벗어나기 위해서는 적극적으로 입증할 필요성이 있는 것이므로, 사실상의 추정에 의하여 자신이 불리한 위치에 놓이게 된 당사자는 그것을 뒤집는 입증을 하지 못 하면 불이익을 받기 때문에, 결국 사실상의 추정은 입증책임을 뒤집어 놓는 효과가 있다고 보는 것이다.

그러나, 이에 대하여, 사실상의 추정은 어디까지나 법관의 自由心證의 범위 안의 사항이므로, 입증책임과는 아무런 관계가 없다는 견해가 있다.¹¹⁷⁾

이 견해는 사실상의 추정의 결과 요증사실이 추인되는 경우에도 상대방은 그 추정을 뒤집을 필요를 느끼는 일은 있어도 그 때문에 추정된 命題의 부존재에 대한 입증책임을 부담하게 되는 것은 아니라고 한다. 즉, 사실상의 추정이 성립된다고 하여 요증사실에 대한 입증책임의 전환이 빚어지는 것은 아니라는 것이다.¹¹⁸⁾

116) 末川博, 續民法論集, 評論社, 1962, 342頁

117) 오석락, 앞의 책, 111쪽

이것은 달리 말하면, 사실상의 추정이 있는 경우, 어떤 요증사실을 주장하는 이는 간접사실을 주장하고, 사실상의 추정을 받아서 그 사실을 입증했다는 것이다. 따라서, 상대방은 패소하지 않기 위해서는 이 입증을 깰 필요성이 생기는 것이지, 입증책임을 넘겨받은 것이 아니라는 것이다. 따라서, 상대방은 反證을 내세워 立證을 방해하는 것이지, 本證으로 새로운 입증을 하는 것이 아니라는 것이다.

여기서, 본증과 반증의 뜻을 명백히 할 필요가 생긴다. '本證'은 입증책임을 지는 쪽이 내놓는 증거를 말하고, '反證'은 입증책임을 지는 쪽의 입증을 방해하기 위하여 입증책임을 지는 쪽에서 내놓는 증거이다.

보통 입증책임을 지는 쪽이 증거를 내놓았다면, 상대방은 그 입증을 흔드는 시도를 한다. 즉, 反證을 내놓아 다투는 것인데, 이것은 책임 있는 쪽이 입증한 사실이 부존재하다고 다투는 것이다.

그런데, 입증책임을 지는 쪽이 어떤 간접사실을 입증하고, 그 간접사실에 대하여 사실상의 추정이 작용하여 주요사실이 입증되었다고 보게 되면, 그 상대방은 가만히 있으면 패소하게 되는 입장에 놓이게 때문에 그것을 깨기 위하여 증거를 내놓게 되는데, 그 방법이 상대방이 입증한 간접사실이 부존재하다고 다투는 방법 즉 사실상의 추정의 전제되는 사실을 공격하는 방법이 있고, 또한 그 간접사실은 그대로 두고, 그 간접사실과 함께 존재할 수 있는 다른 사실을 입증하여 사실상의 추정이 성립되지 않도록 하는 방법도 있다. 예를 들어, 원고가 영수증을 내놓아서 (간접사실) 돈을 지급하였다는 사실(추정사실)을 입증하였다면, 피고는 그 영수증이 위조되었다는 사실을 입증하여 간접사실을 깨버리는 방법(앞의 방법)과 그 영수증이 다음 날 돈을 줄 터이니 영수증을 써 달라고 하여 받아간 다음에 돈을 주지 않았다는 사실을 입증하여 사실상의 추정이 성립되지 않도록 하는 방법(뒤의 방법)이 있는 것이다.

이 뒤의 방법을 間接反證이라고 한다.

이 구조는 마치 법률요건분류설의 입증책임을 분배 방법과 비슷한 것이다. 즉,

118) 오석락, 앞의 책, 111, 112쪽

권리를 주장하는 쪽은 권리를 생기게 하는 사실을 입증할 책임이 있고, 권리를 막거나, 없애거나, 권리행사를 막는 사실을 주장하는 쪽은 그 사실을 입증할 책임이 있고, 나아가 권리를 막는 사실을 방해하는 사실을 주장하는 쪽은 역시 그 사실을 입증할 책임이 있다. 이때 권리를 주장하는 쪽이 권리를 생기게 하는 사실을 입증하는 것이 本證이고, 그 상대방이 권리를 생기게 하는 사실이 부존재하다고 다투는 입증은 反證이고, 권리를 생기게 하는 사실은 그대로 두고 그 권리를 막는 사실, 권리를 없애는 사실 또는 권리행사를 막는 사실을 입증하는 것은 本證이다.

間接反證은 상대방이 주장하는 사실은 그대로 두고, 그 사실과 함께 존재할 수 있는 다른 사실을 주장하여 상대방의 주요사실의 입증을 막는 점에서 권리가 없다고 주장하는 쪽이 본증을 내세우는 방법과 그 구조가 같다.

이런 점에서 간접반증은 본증의 성격을 띠고 따라서, 사실상의 추정은 입증책임을 전환시키는 것이라고 할 수 있을 것이다.

그러나, 통설인 법률요건분류설은 요증사실을 권리를 생기게 하는 사실, 권리를 막는 사실, 권리를 없애는 사실, 권리행사를 막는 사실 그리고 권리를 막거나, 없애거나, 행사를 막는 사실을 막는 사실 따위로 나누어서 입증책임을 분배하는 이론이다. 그런데, 사실상의 추정은 그 중 어떤 사실에 대하여 간접사실을 입증하면 그 사실을 추정하여 주는 것이다. 즉, 간접사실을 입증함으로써 그 요증사실을 입증한 것이고, 비록 간접반증에 의하여 그 입증을 막는다고 하더라도 그것은 요증사실을 인정하는 것을 막는 반증일 따름이다. 따라서, 그것은 입증책임을 전환한 것이 아닌 것이다.

다만, 재판의 각 단계에서 보면, 사실상의 추정은 흔히 있을 수 있으며, 어떤 간접사실이 입증되어 요증사실이 입증된 것으로 보게 되면 상대방은 가만히 있으면 패소하는 불이익을 당하기 때문에 그것을 막기 위해 입증을 하여야 하고 그 입증에 실패하면 패소하기 때문에 이것은 입증책임을 전환된 것처럼 보인다. 그렇기 때문에 판결 중에는 사실상의 추정이 성립되면 입증책임을 전환되는 것처럼 판결한 경우도 있다. 그러나, 통설의 입장에서는 그것은 입증책임을 있는 쪽이 내놓은

간접사실을 입증하는 증거에 의하여 요증사실이 입증된 것이지, 입증책임을 넘겨 받은 상대방이 입증에 실패하여 요증사실이 입증되는 것이 아닌 것이다.

판례에 보이는 사실상의 추정에는 다음과 같은 것이 있다.

처분문서는 그 문서의 진정성립이 인정된 이상 그 문서에 표시된 의사표시와 그 내용에 관하여 특별한 사유가 없는 한 실질적 증거능력이 있으므로 그 내용되는 법률행위의 존재를 인정하여야 할 것이다.(대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1760 판결)

인영(印影)의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상의 추정이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다.(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다59122 판결)

어떤 토지가 왜정시대에 조선총독부가 소류지(小溜池) 설치 공사를 시행하여 그 소류지에 편입된 사실이 입증되면, 왜정이 그 당시 보상금을 지급하고 그 땅을 사들인 것으로 추정된다.(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다52037 판결, 1997. 12. 12. 선고 97다40032 판결, 1962. 11. 1. 선고 62다577 판결, 1980. 9. 24. 선고 79다2269 판결)

독촉(催告)의 의사표시가 기재된 내용증명 우편물이 발송되고 반송되지 아니하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 그 무렵에 송달되었다고 볼 것이다.(대법원 1997. 2. 25. 선고 96다38322 판결)

교통사고가 난 차에 탄 사람은 특별한 사정이 없는 한 안전띠를 맨 것으로 추정

한다.(대법원 1995. 7. 14. 선고 94다51055 판결, 1992. 6. 9. 선고 92다10586 판결, 1991. 5. 28. 선고 91다9596 판결)

가옥의 전세나 임대차계약에 있어서의 전세보증금은 특별한 사정이 없는 한 임차인의 임차가옥 명도와 동시 또는 그 후에 반환하는 것이 통례이므로, 임차인이 임차가옥을 명도하지 아니하고 거주하고 있었다면 전세금반환채권이 존재하고 있었다는 점은 추정을 받는다고 할 것이므로 그 명도 이전에 전세보증금을 반환하였다는 점은 임대인이 이를 주장 입증하여야 한다.(대법원 1984. 12. 26. 선고 84다카1255 판결)

어떤 토지가 농지로 분배된 점에 부합하는 공문서인 서증이나 문서의 기재가 있을 뿐만 아니라 그 농지에 관하여 상환완료에 인한 소유권이전등기까지 경료되어 있는 것이라면 그에 대한 농지분배절차는 일단 적법하게 되었다고 추정되어야 하고 객관적으로 시인될 수 있는 합리적인 증거가 없는 이상 이와 상치되는 증인의 증언만으로 그 문서내용과 상반되는 사실을 인정하여 위 추정을 번복할 수 없다.(대법원 1984. 9. 25. 선고 80다610 판결)

특별한 사정 없이 동거하는 부부간에 있어 남편이 처에게 토지를 매도하고 그 소유권이전등기까지 경료한다 함은 이례에 속하는 일로서 가장매매라고 추정하는 것이 경험칙에 비추어 타당하다.(대법원 1978. 4. 25. 선고 78다226 판결)

그 산에 분묘가 100여개 존재하고 있다던가 호열자로 사망한 자들을 위한 위령비가 세워져 있다는 사실 및 피고 시가 분묘개장공고를 하였다는 사실 등만으로 이 사건 부동산 중 일부가 피고 시에 증여되고 나머지 부동산이 매도되었다고 추정한 것은 경험칙이나 논리칙에 맞지 않아 채증법칙에 위반된다.(대법원 1990. 2. 23. 선고 89다카18136 판결)

통설은 사실상의 추정은 자유심증의 문제로서, 입증책임의 전환이 아닌 것으로 본다. 즉, 판사가 개별적인 구체적이고, 개별적인 경우에 그 추정에 의하여 입증된 것인지 입증이 부족한 것인지를 결정할 일로 본다. 그래서, 사실상의 추정을 입증책임이 전환되는 것으로 보는 법률상의 추정과 달리 본다.

그러나, 사실상의 추정을 불러오는 경험법칙은 판사 개개인이 서로 다르게 판단할 수 있는 것은 아니고, 보통의 사람들이 수궁할 수 있는 것이어야 한다. 따라서 법으로는 규정되어 있지 않지만 누구나 수궁하는 경험법칙이라는 것이 있는 것이다. 그러므로, 사실심 법원이 그 경험법칙을 위반하여 판결하면 그것은 상고이유가 되고, 대법원에서 파기되는 사유가 된다.

이러한 사실은 사실상의 추정과 법률상의 추정을 달리 볼 이유가 없다는 결론을 이끌어내게 되는데, 이 문제는 뒤에서 자세히 따져서 논한다.

(나) 法律上の推定

법률상의 추정이란 법률에 “(가) 사실이 있으면 (나) 사실이 있는 것으로 추정한다.”라고 규정한 것이다. 이러한 경우, (가) 사실을 입증하면 (나) 사실이 추정되는 것이고, 상대방이 그것을 막으려면 그 추정을 깰만한 증거를 내놓아야 하는 것이다.

학설은 법률상의 추정을 사실상의 추정과 엄격하게 구별하여 달리 취급하여, 법률상의 추정은 사실상의 추정과는 달리 입증책임이 전환된다고 본다.¹¹⁹⁾

즉, 법률상의 추정은 전제사실이 증명되면 법률의 적용에 의하여 추정 사실이 미루어 인정되는 점에서 경험칙의 적용에 의하여 추정사실이 미루어 인정되는 사실상의 추정과 구별된다는 것이고, 법률상의 추정의 내용은 그 대부분이 사실상의 추정에 의하여도 성립될 수 있는 것이나 사실상의 추정이 순전히 사물의 蓋然性만을 바탕으로 하고 있음에 반하여 법률상의 추정은 입증책임의 분배의 경우에 있어서와 같이 당사자의 소송수행상의 지위의 균형을 꾀하려는 공평의 요구나 사안의 신속한 해결을 위한 합목적적인 고려 또는 어느 쪽 당사자를 보다 더 우대하는 것

119) 오석락, 앞의 책, 119, 120쪽, 田中和夫, 立證責任判例の研究, 松岩堂, 1967, 18頁, 三ヶ月章, 民事訴訟法, 弘文堂, 1982, 416頁.

이 정의감정에 적합한가 하는 문제 따위가 작용하고 있을 뿐인 경우도 없지 않다는 것이다.

따라서, 사실상의 추정을 뒤집는 것은 반증에 불과하나, 법률상의 추정을 뒤집는 것은 본증이라고 본다.¹²⁰⁾

그러나, 이 논문을 쓰는 이는 이러한 입장은 논리 모순이라고 본다.

즉, 사실상의 추정과 법률상의 추정은 근본적인 성격과 구조를 같이 하는 것이고, 이 두 가지를 달리 취급할 아무런 이유가 없다.

원칙적으로 세상에는 경험법칙에 따라 어떤 사실이 있으면 다른 어떤 사실이 있음을 미루어 짐작할 수 있는 일이 있다. 이러한 것을 법률로 모두 규정하여, 추정의 효과를 주는 것이 좋다. 그렇게 하면 법관이 재판하기에 매우 편하다. 그러나, 세상일은 복잡다단하기 때문에 가능성이 높은 경험법칙의 모든 경우를 법률에 규정할 수 없는 것이다. 그래서, 그러한 경험법칙 중에서 定型化할 수 있는 것을 골라서 법률에 규정하는 것이고, 정형화될 수 없는 것은 판사가 알아서 판단하게 하는 것이다. 그런즉, 그와 같이 정형화되어 법률에 나타난 것이 법률상의 추정이고, 정형화되지 못 하여 판사가 경험법칙에 따라 추정을 하는 것이 사실상의 추정인 것이기 때문에 이 두 가지를 달리 차별할 이유가 없는 것이다.

일부 학설은 사실상의 추정은 경험칙에 의하여 蓋然性에 따르는 것일 뿐인데, 법률상의 추정은 公平性, 合目的的인 고려, 正義 감정, 適合性이 작용하여 법으로 규정한 것이므로 차이가 있다고 한다.

그러나, 이 점에서도 두 가지 추정은 차이가 없다. 사실상의 추정 또한 공평성, 합목적성, 정의감이 작용하여 인정되는 것이지, 단지 높은 가능성만으로 인정하는 것이 아니기 때문이다. 예를 들어, 동거하는 부부간의 토지 매매를 가장매매라고 추정하는 것은 그러한 가능성이 높기 때문만이 아니고, 함께 사는 부부 사이에서는 그렇게 보는 것이 정의롭기 때문이라는 사정이 작용하고 있는 것이다.

따라서, 통설을 일관되게 관철하면, 법률상의 추정을 뒤집는 것도 본증이 아니라 반증이라고 보아야 한다. 추정을 뒤집는 것을 본증으로 보느냐 반증으로 보느냐

120) 오석락, 앞의 책, 115, 116쪽, 兼子一, 民事法研究 1卷, 有斐閣, 1961, 309頁.

하는 것은 그 이름만 달리할 뿐 실제 재판에서 아무런 차이가 없다.

사실상의 추정과 법률상의 추정이 차이가 없다는 것은 다름 아니라 실제 재판에서 아무런 차이가 없다는 것에서 입증된다. 즉, 하급심에서 법률상의 추정의 규정을 위반한 판결을 내리면 그것은 법률을 위반한 것이므로, 상고이유가 되고, 대법원에서 파기된다. 그런데, 이런 사정은 사실상의 추정에서도 마찬가지로인 것이다. 사실상의 추정의 근거가 되는 경험법칙도 법규이므로 그 경험칙을 위반한 판결은 법규를 위반한 것이므로 상고이유가 되고, 대법원에서 파기된다.

따라서, 결국 통설인 법률요건분류설의 논리에 의하면 법률상의 추정과 사실상의 추정은 같은 대접을 받아야 한다. 즉, 법률상의 추정이 입증책임을 전환한 것이라면 사실상의 추정도 입증책임을 전환하는 것으로 보아야 한다. 그리고, 사실상의 추정이 자유심증의 문제로서 입증책임을 전환시킨 것이 아니라면, 법률상의 추정 또한 입증책임을 전환하는 것이 아니고, 법률이 규정하는 전제사실을 입증한 사람은 그 사실을 입증함으로써 입증에 성공한 것이고, 이것을 깨려고 하는 상대방의 노력은 입증책임이 있기 때문에 본증을 내세우는 것이 아니라 상대방이 입증에 성공하였기 때문에 그 입증을 방해하려고 노력하는 반증일 따름인 것이다.

그리고, 한 쪽이 법률상의 추정에 의하여 입증이 성공하려고 하면, 상대방은 사실상의 추정과 마찬가지로, 그 전제사실을 공격하여 전제사실이 입증되지 않음으로써 입증이 되지 않도록 하거나, 전제사실은 인정하고, 그럼에도 불구하고 추정이 성립되지 않는 특별한 사정을 입증하여 그 입증이 되지 못 하도록 하는 것이다. 이 뒤의 입증방법은 당연히 간접반증이 되는 것인데, 학설은 법률상의 추정의 경우 입증책임을 전환되었다고 보기 때문에 그것을 본증이라고 보는 것이다.

법률상의 추정에는 법률상의 사실추정과 법률상의 권리추정의 두 가지가 있다.

사실 법률상의 추정은 그 규정이 그리 많지는 않다. 물론, 새로운 법률에 의하여 법률상의 추정은 얼마든지 만들어질 수 있다. 현재 우리 법률에서 발견할 수 있는 법률상의 추정 규정은 다음과 같다.

법률상의 사실 추정

① 민법 제30조 : 두 사람 이상이 같은 사고로 사망한 경우에는 동시에 사망한 것으로 추정한다.

② 민법 제198조 : 앞 뒤 두 시점에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다.

③ 민법 제844조 제1항 : 아내가 혼인 중에 포태한 자식은 남편의 자식으로 추정한다. 제2항 : 혼인 성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계 종료의 날로부터 300일 안에 출생한 자식은 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다.

④ 상법 제23조 제4항 : 같은 특별시·광역시·시·군에서 같은 종류의 영업으로 타인이 등기한 상호를 사용하는 자는 부정한 목적으로 사용하는 것으로 추정한다.

⑤ 어음법 제20조 제2항 : 날짜를 쓰지 않은 배서는 지급거절증서 작성기간이 지나기 전에 한 것으로 추정한다.

⑥ 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제38조 제1항과 제301조 : 파산 또는 회생절차개시를 신청하는 자는 파산의 원인인 사실을 소명하여야 하는데, 외국도산절차가 진행되고 있는 때에는 파산의 원인인 사실이 있는 것으로 추정한다.

⑦ 같은 법 제64조 2항 : 채무자가 회생절차개시 이후 채무자의 재산에 관하여 법률행위를 한 때에는 회생절차와의 관계에 있어서는 그 효력을 주장하지 못하는데, 채무자가 회생절차개시가 있는 날에 행한 법률행위는 회생절차개시 이후에 한 것으로 추정한다.

⑧ 같은 법 제68조와 제334조 : 파산 및 개인회생 절차에 있어서 파산 및 회생절차개시의 공고 전에는 그 사실을 알지 못한 것으로 추정하고, 공고 후에는 그 사실을 안 것으로 추정한다.

⑨ 같은 법 제102조, 제392조 : 파산 및 회생절차의 부인권 행사에 있어서, 이익을 받은 자가 채무자와 대통령령이 정하는 범위의 특수관계에 있는 자인 때에는 그 특수관계인이 그 행위 당시 지급의 정지 등이 있는 것과 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 사실을 알고 있었던 것으로 추정하고, 특수관계인이 그 행위

당시 채무자가 다른 회생채권자 또는 회생담보권자와의 평등을 해하게 되는 것을 알았던 것으로 추정한다.

⑩ 같은 법 제305조 제2항 : 채무자가 지급을 할 수 없는 때에는 법원은 파산을 선고하는데, 채무자가 지급을 정지한 때에는 지급을 할 수 없는 것으로 추정한다.

⑪ 같은 법 제329조 : 채무자가 파산 선고일에 한 법률행위는 파산선고 후에 한 것으로 추정한다.

법률상의 권리 추정

① 민법 제200조 : 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정한다.

② 민법 제215조 제1항 : 여러 사람이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속물중 공용하는 부분은 공유로 추정한다.

③ 민법 제239조 경계에 설치된 경계표, 담, 구거 등은 상린자(相隣者)의 공유로 추정한다.

④ 민법 제262조 제2항 : 지분 비율이 표시되지 않은 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정한다.

⑤ 민법 제830조 제2항 : 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다.

법률상의 사실 추정과 법률상의 권리 추정은 달리 취급할 이유가 없다. 법에서 사실이 문제되는 것은 그 사실에서 권리를 끌어내기 위한 것이기 때문이다. 즉, 어떤 사실에서 권리를 추정한다는 것은, 어떤 사실에서 다른 사실을 추정하고, 그 사실로부터 권리를 이끌어내는 것인데, 중간과정을 줄여버린 것일 따름이다.

여기서 우리는 등기부 기재의 推定力을 문제 삼지 않을 수 없다.

부동산에 관한 권리는 등기한다. 그러나, 우리 법은 등기에 公信力을 인정하지

않기 때문에 어떤 부동산이 어떤 사람의 소유로 등기되어 있더라도 그렇지 않다는 사실을 입증하면 그 등기는 말소되고 그 부동산의 소유는 진정한 권리자에게 돌아간다.

그러면서, 우리 판례는 일단 등기가 마쳐졌다면, 등기부의 기재사실이 존재하였다는 사실과 적법한 과정을 거쳐서 등기가 마쳐졌다는 사실을 확고부동하게 추정해 주고 있으며, 나아가 권리 추정력까지 인정해 주고 있다. 즉, 판례는 우선 등기부에 기재된 사실은 추정력을 가지기 때문에 등기부에 기재된 등기원인이 존재하였음을 추정하게 해 주고, 나아가 설혹 등기권리자가 그 등기원인과 다른 사실을 인정한다고 하더라도 그 권리를 부인하지 않고 여전히 권리를 추정해 준다.(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다17485 판결, 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결, 2005. 9. 9. 선고 2005다27966 판결 등)

그런데, 우리나라 어떤 법률 규정에도 등기부의 기재에 권리 추정력을 준다거나 등기 원인 사실이 존재하였음을 추정하게 한다거나 적법하게 등기가 마쳐졌다는 사실을 추정하게 한다는 규정이 없다. 그럼에도 불구하고 법조 실무에서는 등기부에 추정력이 있다는 사실은 법률의 규정이 있는 것보다도 더 확실히 인식하고 있으며, 이것은 경험칙에 의하여 인정되는 것이 아니라 법에 의하여 추정력이 인정되는 것이라고 생각한다.

즉, 등기부의 추정력은 법률에 규정이 없으므로 사실상의 추정으로 보아야 할 것인데, 실무에서는 이것을 사실상의 추정으로 여기지 않고 법률상의 추정으로 생각한다.

이 사실은 법률상의 추정이라는 것이 결국 사실상의 추정 중에서 정형화할 수 있는 것이 법률에 성문(成文)으로 나타난 것일 뿐이라는 이 논문을 쓰는 이의 주장을 뒷받침해 주는 증거이며, 곧 사실상의 추정과 법률상의 추정이 다르지 않다는 주장에 대한 중요한 증거이다.

(다) 類似한 推定

학설이 법률상 추정인 듯하지만 법률상 추정이 아닌 것으로 보는 것에는

잠정적 진실, 의사추정, 증거법칙적 추정의 세 가지가 있다.

‘暫定的眞實’이란 전제사실이 없이 어떤 사실을 추정해 주는 것을 말한다. 즉, 법률상의 추정은 어떤 전제사실을 입증하면 다른 추정사실을 추정해 주는데, 잠정적 진실은 전제사실 없이 어떤 사실을 추정해 주는 것이다.

학설은, 잠정적 진실은 추정사실을 법률요건으로 내세우고 있으나 실상 그것은 추정사실의 부존재의 입증책임을 상대방에게 부담시키는 취지를 간접적으로 표현한 것으로서 기본규정에 대한 반대규정, 본문규정에 대한 단서 규정의 성질을 띠고 있는 순전한 입증책임 전환 규정에 지나지 않는다고 한다.¹²¹⁾

그 예로 드는 것이 민법 제197조 제1항의 점유의 성질의 추정이다. 즉, 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정 받고(1항), 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 본다(2항).

실무에서는 이 민법 제197조 제1항에 의하여 점유취득시효를 주장함에 있어서 그 요건인 선의, 평온, 공연, 자주점유가 추정되어 그 입증책임을 상대방에게 넘어간 것으로 본다.

잠정적 진실이라는 것은 법률상 추정과 별로 다를 것이 없다. 즉, 민법 제197조에 의하면 점유하고 있기만 하면, 그 점유가 선의, 평온, 공연, 자주점유가 추정된다는 것인데, 이것을 전제사실이 없는 추정이라고 볼 수도 있지만, 점유한다는 사실 자체가 전제사실이 되어 점유라는 전제사실이 있으면 선의, 평온, 공연, 자주점유가 추정되는 것이라고 볼 수 있는 것이다.

상법 제47조 제2항은 상인의 행위는 영업을 위하는 것으로 추정한다. 이 역시 전제사실이 없는 것처럼 보이나 상인이라는 사실과 상인이 행한다는 사실이 전제사실이 된다고 볼 수 있는 것이고, 어음법 제29조에 의하면 인수의 기재를 말소하였다면 그것은 어음의 반환 전에 한 것으로 추정되는데, 이 또한 인수의 기재가 말소되었다는 사실이 전제사실인 것이다.

121) 오석락, 앞의 책, 123쪽

따라서, 법률상 추정을 입증책임의 전환으로 보는 통설의 견해에 의하면 잠정적 진실도 입증책임의 전환인 것이다.

意思推定은 법률의 규정이 의사표시의 효과가 불분명한 경우에 그 내용을 추정하도록 하는 것이다.

학설은 추정이란 요건 사실의 존재 또는 부존재에 관한 것이므로 내심적 사실 즉 意思는 그 대상이 될 수 있으나 內心的事實로서의 의사가 아니고 단지 표시된 의사표시의 효과를 추정할 뿐인 것은 진정한 추정이 될 수 없다고 본다. 그러면서, 의사추정 규정이 있으면 그 적용을 다투는 자가 반대의 의사표시의 존재를 증명할 책임을 부담하게 되므로 진정한 추정과 유사한 효과가 있다고 한다.¹²²⁾

이 주장은 납득하기 곤란하다. 법률효과로서 의사표시가 문제가 되는 것은 표시된 의사이지, 내심의 의사가 아니다. 우리가 법률효과로서 논할 때의 대상은 표시된 의사일 따름인데, 표시된 의사가 불분명한 경우에 어떤 의사로 추정하라고 하였다면, 그것은 법률상의 추정밖에 아무 것도 아니다. 이것은 법률상의 사실의 추정 또는 권리의 추정과 다를 바가 없다.

민법 제153조 제1항은 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정하는데, 그것을 뒤집는 특별한 사정이 없는 한, 채무자의 이익으로 보는 것은 법률상의 사실 추정과 다를 바가 없는 것이고, 민법 제398조 제4항이 위약금의 약정을 손해배상액의 예정으로 추정하는 것도 마찬가지이다. 민법 제579조 1항, 2항, 민법 제585조도 마찬가지이다.

따라서, 의사의 추정도 법률상의 추정과 마찬가지로 취급되어야 하므로, 법률상 추정이 입증책임을 전환시킨 것이라고 보는 견해에 따르면 입증책임이 전환된 것으로 보아야 한다.

증거법칙적 추정은 어떤 증거방법이나 증거원인의 증명력이 법률의 규정에 의하여 추정되는 것이다.

122) 오석락, 앞의 책, 124쪽

그 예가 공무원이 직무상 작성한 것으로 인정된 문서는 진정한 공문서로 추정한다는 민사소송법 제356조 제1항 규정과 본인 또는 대리인의 서명(署名)이나 날인(捺印) 또는 무인(拇印)이 있는 사문서는 진정한 것으로 추정한다는 민사소송법 제358조의 규정이다.

학설은 요건사실과 직접 관계가 없는 소송상의 간접사실에 대한 추정은 진정한 추정이 될 수 없다고 하며, 따라서 이런 규정에 의한 추정을 뒤집으려는 노력은 본증이 아니라 반증이라고 한다.¹²³⁾

그러나, 법률상의 추정도 요건사실에 대한 추정만이 아니라 간접사실에 대한 추정도 있을 수 있다는 사실에 비추어 보면 이러한 주장은 옳지 않다고 판단된다. 예를 들어 앞뒤 두 시점에 점유한 사실이 있으면 점유가 계속되었다고 추정을 받는 예를 보더라도, 점유가 계속되었다는 사실이 반드시 요건사실이 되리라는 보장이 없으며, 그것이 간접사실이 될 수도 있는 것이다.

그러므로, 법률상의 추정이 입증책임을 전환시킨 것이라고 보는 한, 증거법칙적 추정 또한 입증책임을 전환인 것이다.

(3) 입증방해와 간접반증

어느 한 쪽이 입증을 방해하는데, 이것을 방치한다면 정의롭지 않은 재판이 되고 만다. 따라서, 입증을 방해한 쪽에 불이익을 주어 방해 행위를 막아야 할 것인데, 그 제재수단으로서 상대방이 입증하고자 한 사실이 입증된 것으로 보아 입증책임을 전환하자는 견해가 있다.

독일에서는 이미 오래 전부터 손해배상의무 또는 신의성실의 원칙의 위반을 근거로 증거방법을 보존하여야 할 실체법상의 의무위반의 존재를 요건으로 하여 입증책임을 전환을 인정해 왔다.¹²⁴⁾

그러나, 과연 한 쪽이 입증을 방해한 경우에 어떠한 효과가 발생하느냐에 대하여는 일본과 독일에서 입증책임을 전환된다는 학설과 단지 판사의 자유심증에 영향을 미칠 뿐이라는 학설이 대립하고 있다.

123) 오석락, 앞의 책, 124쪽.

124) 오석락, 앞의 책, 105쪽.

그리고, 우리나라의 판례는 “당사자 일방이 입증을 방해하는 행위를 하였다라고 법원으로서 이틀 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니다.”(대법원 1999. 4. 13. 선고 98다 9915 판결, 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결, 1993. 11. 23. 선고 93다41938 판결)라고 하여 독일의 실무와는 달리 입증책임의 전환을 인정하지 않고, 단지 자유심증에 영향을 미칠 뿐이라는 입장을 지키고 있다.

나아가, 민사소송법은 문서제출명령을 위반하거나, 문서나 검증목적물을 없앤 경우, 당사자가 소환이나 선서, 진술을 거부한 때에 불이익을 주는 규정을 두고 있다.

즉, 민사소송법 제349조는 문서제출명령에 따르지 아니한 때에 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하고 있으며, 제350조는 당사자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무가 있는 문서를 훼손하여 버리거나 이를 사용할 수 없게 한 때에 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하고 있다.

또한, 제360조는 對照에 필요한 筆跡이나 印影이 있는 문서, 그 밖의 물건을 법원에 제출하거나 보내야 하는데 그것을 방해한 경우에도 역시 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하고 있고, 제361조 제2항은 대조를 위하여 상대방에게 글씨를 쓰도록 하는데, 상대방이 정당한 이유 없이 그 명령에 따르지 아니한 때에 법원은 문서의 진정여부에 관한 확인신청자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있고, 筆致를 바꾸어 손수 쓴 때에도 또한 신청자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하고 있다.

제366조 제1항은 정당한 사유 없이 검증 목적물을 제출하지 않은 자에게도 같은 효과를 부여하고, 제369조는 당사자가 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부한 때에 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하고, 법정대리인이 그러한 경우에도 같은 효과를 주고 있다.

물론, 이 규정들은 입증책임을 전환한 것으로는 보이지 않는다. 그리고, 판례도

당사자가 문서제출명령에 따르지 아니한 경우에 법원은 상대방의 그 문서에 관한 주장 즉 문서의 성질, 내용, 성립의 진정 등에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있는 것이지 그 문서에 의하여 입증하고자 하는 상대방의 주장사실까지 반드시 증명되었다고 인정하여야 한다는 취지가 아니라고 보고(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다41938 판결, 1993. 6. 25. 선고 93다15991 판결, 1988. 2. 23. 선고 87다카2490 판결 등), 과연 그 주장을 진실한 것으로 볼 것인가 말 것인가도 법원이 재량으로 판단하는 것이라(대법원 1979.11.13. 선고 79다1577 판결)고 하였다.

이러한 판례의 태도는 민사소송법을 그대로 해석한 것이다. 그러나, 소송에서 한 쪽이 일부러 입증을 방해하는 것을 방치하는 것은 부당하다. 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조)을 위반하고, 법원으로 하여금 진실을 발견하기 곤란하게 만드는 입증의 방해에 대하여는 제재가 가하여져야 하며, 민사소송에서 가장 적극적인 제재는 그 쪽을 패소시키는 것이며, 그 전 단계로 입증책임을 전환시키는 것이다. 따라서, 당사자가 일부러 입증을 방해한 사실이 나타나면 그에 대하여 입증책임을 전환시킬 필요가 있다. 입증을 방해한 사실로 미루어 보아 상대방이 주장하는 사실 즉 입증을 막으려고 한 사실이 진실일 가능성이 높으며, 나아가 그런 비열한 행위를 한 자에게 벌로써 패소의 불이익을 가하여야 하기 때문이다.

입증의 방해는 입증책임을 전환이라는 점을 떠나서, 입증에 있어서 중대한 요소로 고려되어야 한다.

立證責任의 理想은 진실에 가까이 가고자 하는 것과 公平性인데, 입증방해는 법원이 진실에 가까이 가는 것을 막고, 증거를 가진 자가 증거를 내야 하는 공평성마저도 짓밟는 행위이므로 엄히 징계되어야 한다. 민사소송에서 가장 큰 징계는 곧 패소이며, 입증책임에서의 가장 큰 징계는 입증책임을 전환이다.

따라서, 우리 민사소송법 규정은 입증을 방해하는 경우에 상대방의 주장을 진실로 인정할 수 있다고 규정하여, 단지 판사의 자유심증에만 영향을 미치도록 하고 있으나, 그 규정은 강력하게 해석되어 가능한 한 상대방의 주장을 인정하여 상대방이 입증책임을 지도록 하여야 한다고 생각된다.

間接反證은 주요사실을 주장하는 쪽이 간접사실을 입증하고 사실상의 추정에 힘입어 그 간접사실로부터 주요사실의 존재를 미루어 인정받으려고 할 때, 그 간접사실은 그대로 놓아두고, 그 간접사실과 함께 존재할 수 있는 다른 사실을 입증하여 사실상의 추정이 일어날 수 없도록 하여 입증을 깨는 방식이다.

그런데, 환경소송, 의료소송, 제조물소송에서 이 간접반증을 입증책임을 완화하는 방법으로 쓰고자 하는 학설이 있다. 즉, 예를 들어 공해소송에서 ① 피해 발생의 원인물질이나 損害發生의 機制(mechanism), ② 원인물질이 피해자에게 도달한 경로, ③ 가해 기업에서 그 원인물질을 내보낸다는 사실 중에서 일부가 입증되면 기업에서 간접반증으로 자기들의 원인이 아닌 다른 원인에 의하여 피해가 발생하였다는 사정을 입증하지 못 하면 책임을 지게 하여야 한다는 이론인 것이다.¹²⁵⁾

그러나, 간접반증이 이런 소송에서 입증책임을 경감에 유용하다는 것은 적절하지 못 한 표현이다. 위와 같은 이론은 어디까지나 공해소송과 같이 피해자가 입증하기 어려운 분야의 소송에서 그 특수성을 참작하여 이론적으로 피해자에게 인과관계의 입증책임을 대폭 덜어주려고 하는 노력인 것이지, 간접반증 때문에 입증책임이 덜어지는 것이 아니기 때문이다.

125) 好美清光, 竹下守夫, イタイイタイ病第一次訴訟審判決の法的検討, 判例時報 646号, 114頁.

제4장 입증책임의 새로운 이론

제1절 법률요건분류설의 문제

1. 법률요건분류설에 의하면 납득할 수 없는 사례들

(1) 원고가 티브이 한 대를 가지고 있었는데, 화면은 잘 나오는데 소리가 나지 않아서 전파사에 가지고 가서 고쳐 달라고 하였다. 그런데, 며칠 후에 수리가 다 되었다고 해서 가 보니, 어찌 된 일인지 소리는 잘 나오는데, 화면이 전혀 나오지 않았다. 원고가 피고 전파사 주인에게 어찌 된 일이나고 물으니, 피고는 전혀 알 수가 없고, 자기 잘못이 아니라고 주장하였다. 원고는 화면이 나오지 않는 티브이를 쓸 데가 없어서 피고를 상대로 티브이 값을 물어내라는 소송을 제기하였다.

이러한 경우 그 소송은 피고의 계약위반으로 인한 손해배상 청구 소송이나, 불법행위로 인한 손해배상 청구 소송이 되는데, 통설인 법률요건분류설에 의하면 피고가 무슨 짓을 했다는 사실과 피고의 그 행위로 인하여 화면이 안 나오도록 망가졌다는 인과관계와 피고가 알고도 그렇게 하였거나, 잘못하여 그것을 알지 못한 채로 그런 손해가 생기게 하였다는 사실 즉 고의 또는 과실을 입증하여야 하고¹²⁶⁾ 그러한 입증이 성공하지 못 하면 패소하여 손해를 배상 받지 못 하게 된다.

이러한 경우, 소송에서는 티브이 전문가로 하여금 감정을 하게 할 것이다. 감정인이 어떠한 이유로, 누구의 잘못으로 그러한 결과가 생겼는가를 밝혀주면 판사는 그 결과에 따라 판결을 하면 될 것이다. 그러나, 입증책임은 입증이 되지 않는 경우에 작동한다. 즉, 감정인이 감정을 해 본 결과 그 원인과 책임을 알 수 없다고 하는 경우에 어떻게 될 것인가 하는 것이다.

바로 그러한 경우에 통설인 법률요건분류설에 의하면 티브이를 맡긴 소비자 즉 원고가 입증책임을 지고, 따라서 원고의 주장이 거짓이 되고, 패소한다는 결론에 이른다.

원고는 티브이의 열개나 기능에 관하여 전혀 무지한 사람이고, 그 티브이를 피

126) 통설은 불법행위로 인한 손해배상 청구 소송에서는 그 잘못되는 과정을 알았거나, 잘못 하여 알지 못 하였다는 사실 즉 고의 또는 과실을 피해자인 원고가 입증하여야 한다고 보고, 계약위반으로 인한 손해배상 청구 소송에서는 가해자인 피고가 고의와 과실이 없다는 것을 입증할 책임이 있다고 보는데, 이 부분은 예이기 때문에 뭉뚱그려서 마치 원고가 모든 입증책임을 지는 것처럼 표현했다.

고에게 며칠 동안 온전히 맡겼다. 피고는 티브이 전문가이고 그 티브이를 며칠 동안 맡아 가지고 뜯어서 무언가 했다. 그런데, 피고가 티브이를 고친다고 해 놓고서 무엇인지는 모르나 어쨌든 무언가를 해서 화면이 안 나오게 된 것이다.

그런데, 원고에게 피고가 도대체 무슨 잘못을 저질렀으며, 그 잘못이 어떻게 작용하여 화면이 안 나오게 되었는지를 증명할 책임을 지우고 판사가 납득할 만한 증명을 하지 못 하면 패소하게 된다는 것은 옳지 못 하다.

이런 경우 오히려, 전문가이고, 그 티브이를 맡아서 뜯어서 수리한 피고에게 어떠한 이유로 화면이 안 나오게 되었는지를 주장하고 입증하게 하고, 그 주장과 입증이 납득할 수 없는 것이면 피고가 패소하여 그 손해를 물어주게 하여야 한다.

(2) 원고가 자기 산에 좋은 나무를 줄지어 잘 심고 가꾸었다. 그런데, 어느 날 가 보니 처음 보는 이가 그 아까운 나무를 베어내어 나르고 있었다. 원고는 그 자에게 나무 값을 물어내라고 하였는데, 그 자는 피하여 도망가 버리고 나타나지를 않는다.

원고가 베어져 없어져 버린 나무 값을 배상 받으려면 도망간 이를 상대로 소송을 제기할 수밖에 없다. 이 소송은 민법 제750조에 근거한 불법행위에 의한 손해배상 청구 소송이다.

이미 잘 살펴본 바와 같이 우리나라의 통설과 판례는 불법행위의 네 가지 요건 사실을 피해자인 원고가 입증하여야 한다고 한다. 첫째 요건사실인 위법한 행위는 남의 산에 있는 남의 재산인 나무를 베어낸 사실 그 자체로 입증이 된 것이다. 둘째 요건인 손해의 발생은 멀쩡한 나무가 베어져 나가 버렸다는 것이고, 이것은 그 나무 값을 증명하면 된다. 셋째로 인과관계는 입증할 것도 없다.

넷째의 요건인 故意 또는 過失이 있음을 누가 증명하여야 하는지가 문제이다. 통설, 판례에 의하면 불법행위의 요건사실 네 가지 모두 피해자가 입증하여야 하니, 이 경우 피고가 고의로 남의 나무를 훔쳤는지, 아니면 자기 나무인 줄 잘못 알고서 잘랐는데, 그것이 주의의무 위반이라는 사실을 피해자인 나무 임자가 입증하여야 한다. 그런데, 남의 산에서 나무를 베어서 몰래 나르다가 들키자 도망가 버린

피고가 법정에서 고의, 과실에 대하여 아무런 증거를 내지 않고, 피해자인 원고도 피고의 고의, 과실에 대하여 아무런 증거도 내지 않은 경우에 어떻게 되는가를 살펴보자.

고의는 피고의 머릿속에 든 것이다. 갑자기 난데없이 영문도 모르고 나무를 도둑맞은 나무 임자가 나무를 훔쳐간 이의 머릿속에 든 고의까지도 증명을 해야 나무 값을 배상 받을 수 있다는 것은 납득하기 곤란하다.

그리고, 過失에 이르면 더 복잡해진다. 과실은, 모르고 했는데, 그것이 어떤 주의의무를 위반한 것이다. 내 나무를 도둑맞은 사람이 훔쳐간 자가 어떤 주의의무가 있는데, 어떻게 게을리 했고, 그것이 부당하다는 것을 증명해야 한다는 것은 옳지 못하다. 그것을 주장하고 입증하지 못 하였다고 배상을 받지 못 한다는 것은 온당하지 못하다.

내 산의 내 나무를 누군가가 베어서 가져갔다면, 즉 그 나무가 베어간 이의 나무가 아니라는 사실이 밝혀졌다면 이것은 위법한 행위라는 요건사실이 입증된 것이고, 그 행위에 대한 고의 또는 과실은 당연히 피고에게 입증할 책임이 있는 것이다. 우선, 보통 사람의 상식으로 특별한 이유 없이 남의 산의 나무를 잘라갔다면 그것은 나무 도둑인 것이다. 즉, 고의로 남의 나무를 훔친 것이다. 이것을 나무 주인이 입증할 필요가 없다. 오히려, 나무를 잘라간 이가 고의가 없었으며, 잘못 잘라갔는데, 그렇게 잘못 안 데에 정당한 이유가 있다고 하여 고의와 과실이 없다는 사실을 증명해야 하는 것이다.

나아가, 원론으로 돌아가, 원고의 나무를 피고가 베어갔는데, 피고의 고의 또는 과실에 대하여 아무런 증거가 없다고 하자, 그러면, 판사는 피고에게 고의 또는 과실이 있는지 없는지 모르게 된다. 그러면, 내 나무를 도둑맞은 원고가 고의, 과실을 입증하지 못 했다고 하여 남의 나무를 베어간 이에게 고의 또는 과실이 없다고 하여 피해자가 배상을 받지 못 하도록 패소판결을 받아야 하는 것은 옳지 못하다. 남의 소유인 나무를 베어갔다면, 그것은 고의 또는 과실이 있는 것으로 보아야 하고, 피고가 그것이 아니라고 주장한다면 고의와 과실이 없음을 주장하고 증명하여야 하는 것이다. 즉, 이때는 분명히 고의 또는 과실의 입증책임이 피고에게 지워

져 있는 것이다. 이 점에서 법률요건분류설에는 심각한 문제점이 있다는 것을 알 수 있게 된다.

(3) 원고는 피고와 매매계약을 체결하였음을 주장하며 계약의 이행을 청구한다. 그런데, 피고는 매매계약 사실을 인정하나, 그 다음 날 두 사람이 만나서 매매계약을 해제하고, 매매계약서 원본을 모두 찢어버렸다고 주장한다. 법률요건분류설에 의하면 피고의 주장은 권리를 없애는 사실을 주장하는 것이다. 따라서, 그 입증책임이 피고에게 있다.

그런데, 원고가 매매계약서 원본을 내놓지 못 하는 경우에 누구의 주장이 거짓으로 판단되는가를 따져 보아야 한다. 즉, 피고가 매매계약서를 파기하여 매매계약서 원본을 찢어 없앴다고 주장하고, 원고는 그렇지 않다고 하면서 달리 납득할 만한 주장과 증거를 내지 못 하면서 계약서 원본을 내놓지 않으면 결국 쌍방의 주장 중 누구의 주장이 옳은지 판단할 수 없는 사태에 이르게 된다.

이런 경우 법률요건분류설에 의하면, 권리를 없애는 사실을 주장하는 피고에게 입증책임이 있고, 따라서 피고의 말이 거짓이 되어, 원고는 매매계약서 원본을 제시하지 못 하고 달리 납득할 만한 증거를 제시하지 못 했는데도 승소 판결을 얻게 된다. 그러나, 실무는 그러하지 아니하다. 이러한 경우, 매매계약서 원본 또는 다른 납득할 만한 증거를 제시하지 못 한 원고 쪽이 패소를 하게 되고, 매매계약이 해제되었다는 피고의 주장이 진실로 인정받는다. 법률요건분류설은 이 경우를 해결해 주지 못 한다.

(4) 상가건물을 임대한 건물주가 임차인이 2기 이상의 借賃이 밀렸다는 이유로 민법 제640조에 의하여 임차인에게 임대차계약을 해지하고 상가에서 나가라는 소를 제기하였다. 이런 경우, 법률요건분류설에 의하면 임대인은 2기 이상의 차임을 받지 못 하였다는 사실에 의하여 임차인에 대하여 상가를 내놓으라는 상가 인도청구권을 가지게 되는 것이므로, 차임의 연체는 곧 인도청구권이라는 권리를 생기게 하는 사실이다. 이를 뒤집어도 마찬가지이다. 즉, 차임 연체는 임차인이 그

상가를 사용할 수 있는 권한을 없애는 사실이다. 즉, 권리를 없애는 사실이다. 통설에 의하면 이와 같이 인도청구권을 생기게 하는 차임의 연체라는 사실, 그리고 임차인의 상가사용권을 없애는 차임의 연체라는 사실은 모두 그 사실을 주장하는 임대인에게 입증책임이 있는 것이다.

그런데, 역시 임대인은 두 달 치 차임을 받은 사실이 없다고 주장하고, 임차인은 두 달 치 차임을 주었다고 주장할 뿐 어느 누구도 증거를 내놓지 않은 경우를 생각해 보아야 한다. 이런 경우, 통설을 따르면 입증책임을 지는 임대인에게 불리한 사실 즉 차임을 받았다는 사실이 인정되게 된다고 하게 되는데, 이것은 옳지 않다.

차임을 주었는지 안 주었는지가 밝혀지지 않으면 안 준 것으로 보는 것이 타당하다. 즉, 이때의 입증책임은 임차인에게 지워지는 것이다. 이 사례도 법률요건분류설은 무언가 잘못 되었다는 것을 알려주는 것이다.

(5) 이러한 예에서 보듯이 통설인 법률요건분류설은 무언가 중대한 결함이나 오해가 있다.

우리는 이제 법률요건분류설이 도대체 어떤 점에서 문제가 있는가를 살펴보아야 한다.

2. 근본적인 이유의 잘못

법률요건분류설은 무언가 큰 문제가 있는 것으로 보인다.

법률요건분류설을 비판한 대표적인 일본의 법학자인 石田穰 교수는 법률요건분류설이 첫째로 권리를 막는 규정과 권리를 생기게 하는 규정의 구별이 안 되는 것이고, 둘째로 간접반증의 경우 입증책임이 법률요건분류설과 관계가 없이 되며, 셋째로 나아가 법률요건분류설을 적용해서는 안 되는 경우가 많다는 문제점이 있다고 지적하였다. 그러나, 왜 그런 문제점이 발생하는지 그 원인에 대하여는 아무런 언급이 없었다.

법률요건분류설을 집대성하였다고 할 수 있는 로젠베르크의 주장에 대하여 독일에서 일찍부터 그 근본생각에 대한 재검토가 있었다.

즉, Leipold는 요건사실이 입증의 안 되었다면, 요건사실이 존재할지도 모르고, 존재하지 않을지도 모르는 것인데, 왜 통설은 법률효과를 발생하게 할 가능성을 배제해 버리는가 하는 반론을 제기하고, Rosenberg는 논리적으로 오류를 범하고 있으며, 요건사실이 존재하는지 존재하지 않는지 모를 때에는 무조건 그 법률규정을 적용하지 않는 것이 아니라 다른 원리에 의하여 법률규정을 적용할지 적용하지 않을지를 결정하여야 한다¹²⁷⁾고 하여 로젠베르크의 법률요건분류설의 근본명제에 대하여 문제를 제기하였다.

이러한 이론은 Musielak와 Reinecke에게 이어져, 무지라크는 증거가 안 된 경우(non liquet)에 법률규정을 적용하지 않는 것이 아니라 그러한 경우에 작용하는 기능원리(Operationsregel)가 있고, 이것이 입증책임의 법리라는 것이고,¹²⁸⁾ 라이네케도 라이폴트의 이론에 동조하면서, 입증책임을 분배하는 데 있어서 법관에게 넓은 재량권을 주어야 한다고 주장하였다.¹²⁹⁾

이 논문은 독일의 학자들이 우회적인 표현으로 나타내고 있는 근본적인 문제점을 지적하고 다루고자 한다. 그 근본적인 문제점은 다름 아니라, 그 근본적인 믿음, 大前提가 잘못되어 있다는 것이다.

법률요건분류설은 일정한 법규를 적용하지 않고서는 자신의 소송상 요구가 실현될 수 없는 당사자는 그 법규의 여러 요건들이 실제로 실현되었다는 사실에 대해 주장책임 및 입증책임을 지기 때문에 각 당사자는 자신에게 유리한 법규의 요건을 주장하고 증명하여야 한다¹³⁰⁾는 이론을 전개한다. 즉, 소송상 요구를 실현하고자 하는 사람은 그것을 실현하기 위하여 끌어와서 주장하는 법규가 정하는 요건사실을 입증할 필요가 있기 때문에 그 당사자에게 입증책임이 지워진다는 것이다. 이 이론은 권리를 주장하는 자가 권리발생에 필요한 법률요건의 존재에 대한 입증책

127) Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, s.19, 오석락, 입증책임론서설, 40, 41쪽에서 옮겨 왔음.

128) Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1966, s.19

129) Reinecke, Die beweislastverteilung im bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitisch Regelungsaufgabe, 1976, s.84, 오석락, 입증책임론서설, 42쪽에서 옮겨왔음.

130) 오석락, 입증책임론, 박영사, 2002, 71쪽, 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2007, 572쪽, 송상현 민사소송법, 박영사, 1996, 458쪽, 정동윤, 민사소송법, 법문사, 1995, 427쪽, 로젠베르크, 앞의 책 104쪽, 유르겐 프윅스, 손해배상소송에 있어서의 증명경감, 오석락 번역, 일신사, 1990, 16쪽, 강봉수, 입증책임분배에 있어서의 위험영역이론(하), 사법행정, 1979, 4호, 34쪽.

임을 부담하고, 상대방이 권리관계 발생을 방해, 저지하는 데 필요한 법률요건의 존재에 대한 입증책임을 부담한다¹³¹⁾고 단정 짓는다.

나아가, 이 大前提의 정당성을 설명하기 위해 법률속담까지 동원되고 있다.

“입증책임 분배에 관하여는 法諺이 잘 보여주고 있다. ‘주장하는 자는 입증을 요하고 부정하는 자는 요하지 않는다. 사물의 성질을 부정하는 자는 입증을 요하지 않는다’ 이 두 법칙을 결합하여 ‘입증책임은 긍정하는 자에게 있고 부정하는 자에게 없다’는 말이 생겼다.”¹³²⁾

이와 같이 권리를 주장하는 자가 권리발생에 필요한 법률요건의 존재에 대한 입증책임을 부담하고, 상대방이 권리관계 발생을 방해, 저지하는 데 필요한 법률요건의 존재에 대한 입증책임을 부담한다는 법률요건분류설의 대전제는 의심의 여지가 없는 眞理인 것처럼 받아들여지고 있다.

그러나, 소송상 요구를 실현하고자 하는 사람이 반드시 그 요건사실을 증명할 의무가 있다고 보는 것은 옳지 않다고 본다. 권리를 주장하는 이는 반드시 그 권리가 있게 되는 요건사실을 입증하여야 한다는 것도 옳지 않다고 판단된다.

소송상 요구를 실현하고자 하는 사람이 반드시 그 요건사실을 증명할 의무가 없다. 그럼에도 불구하고, 대부분의 법조인들이 그런 의무가 있다고 믿고 있다.

어떤 사람이 어떤 권리를 주장할 때, 어떤 경우에는 권리를 주장하는 사람은 권리를 주장하기만 하면 되고, 이미 증명이 되어 있어서 입증할 필요가 없는 경우가 있는 것이다. 그런데도 부득불 권리를 주장하는 이는 그 권리의 요건사실을 입증할 필요가 있다고 생각할 필요가 없는 것이다.

입증책임이라는 것은 입증책임을 분배하기 위하여 존재한다. 그리고, 입증책임의 분배의 근본이념은 앞에서 밝힌 바와 같이 진실에 가까이 가려고 하는 것과 공평의 이상이다. 즉, 어떻게 입증책임을 분배하면 진실에 가깝게 되는 것이며, 쌍방

131) 범경철, 의료분쟁소송 -이론과 실제-, 법률정보센타, 2003, 271쪽

132) 범경철, 앞의 책, 271-272쪽

당사자에게 공평한 재판이 되는가 하는 것이다.

그렇다면, 일정한 법규를 적용하여 소송상 요구를 실현하고자 하는 당사자가 그 법규가 정하는 여러 요건들이 실제로 실현되었다는 사실을 입증하도록 책임을 지우는 것이 과연 진실에 가깝게 되는 것이며, 원고와 피고 두 당사자에게 공평한 것인가? 도대체 무슨 근거로 그렇다고 할 수 있는가?

일정한 법규를 적용하여 소송상 요구를 실현하고자 하는 당사자는 그 법규가 정하는 여러 요건들이 실제로 실현되었다는 사실을 입증할 책임이 있다고 하는 것은 얼핏 보기에는 지극히 옳은 것으로 보인다. 그래서, 많은 법조인들은 그것이 옳다고 생각하는 것 같다.

그러나, 가만히 곱씹어 보면, 그 명제는 옳지 않다는 것을 알 수 있다. 일정한 법규를 적용하여 소송상 요구를 실현하고자 하는 당사자는 반드시 그 법규가 정하는 여러 요건들이 실제로 실현되었다는 사실을 입증할 책임이 있다고 할 수 없다.

즉, 법률요건분류설은 입증책임의 분배 기준을 세우는 이유가 옳지 않다는 것을 알 수 있다. 입증책임을 분배하는 이치는 진실에 가까이 가려고 하는 것과 공평성을 갖대로 삼아야 하는데, 법률요건분류설은 그 근본이치를 무시하고, 무조건 법규를 주장하여 어떤 요구를 하는 사람은 그 법규가 정하는 요건사실을 증명할 책임이 있다고 단정하고, 그것을 이유로 입증책임을 지우는 잘못을 범한 것이다.

우리는 이제 많은 법조인들이 단순하게 옳다고 믿고 있던 것을 다시 검토해 보아야 한다.

3. 입증책임과 주장책임의 혼동

법률요건분류설이 이와 같은 잘못을 범한 계기는 입증책임과 주장책임을 혼동하였기 때문인 것으로 생각된다. 즉, 법률요건분류설이 입증책임이라고 생각한 것이 입증책임이 아니라 주장책임인 것이다. 따라서, 법률요건분류설이 세운 가설은 앞에서 본 바와 같이 입증책임에 적용하면 이상한 결론이 되지만, 주장책임에 적용하면 딱 들어맞는다.

법률요건분류설이 세운 이론은 입증책임에는 맞지 않는 이론이며, 입증책임의

이론은 따로 세워야 하는 것인데, 이것을 무시하고 주장책임의 이론을 입증책임의 이론으로 잘못 알고 전개한 결과 그러한 결과가 온 것으로 판단된다.

로젠베르크는 “일정한 법규를 적용하지 않고서는 자신의 소송상 요구가 실현될 수 없는 당사자는 그 법규의 여러 요건들이 실제로 실현되었다는 사실에 대해 주장책임 및 입증책임을 지기 때문에 각 당사자는 자신에게 유리한 법규의 요건을 주장하고 증명하여야 한다”¹³³⁾고 하였다.

우리는 로젠베르크의 학설에서 “주장하고 증명하여야 한다”는 부분을 눈여겨보아야 한다. 로젠베르크의 학설에서 “주장하고” 부분은 맞는데, “증명하여야 한다”는 부분은 옳지 않다는 것이 이 논문을 쓰는 이의 주장이다.

그렇다면, 우리는 이제 주장책임이란 무엇인지를 살펴보아야 한다.

제2절 주장책임은 무엇인가?

1. 주장책임의 뜻과 구실

辯論主義가 지배하는 소송에 있어서는 당사자가 재판에 필요한 사실을 입증하는 것만으로는 부족하고 주장을 통하여 이를 소송에 나타내고 판결의 기초로 만들지 않으면 안 된다.¹³⁴⁾ 이것이 主張責任이다.

즉, 법률효과의 발생 또는 불발생의 요건을 이루는 주요사실이 변론에 나타나지 않는 결과 자기에게 이익 되는 법률판단을 받지 못하는 쪽의 당사자가 입는 위험 내지 불이익을 주장책임 또는 客觀的 主張責任이라 하고, 이에 대하여 이러한 고유의 의미의 주장책임의 관념을 전제로 당사자의 일방이 패소의 위험을 면하기 위하여 법원에 소송자료를 제출할 책임 내지 필요성을 主觀的 主張責任이라고 부른다.¹³⁵⁾

주장책임은 입증책임과 다르다. 이것은 쉽게 말하여 이런 것이다.

원고가 피고에게 돈을 빌려 주었으니 그 돈을 돌려 달라고 하는 소를 제기하였다. 원고는 당연히 그 돈을 갚을 날 즉 辨濟期를 밝혀서 주장하게 마련이다. 그런

133) 로젠베르크, 앞의 책 104쪽.

134) 로젠베르크, 앞의 책 46쪽.

135) 오석락, 앞의 책 12쪽.

데, 그 사건 소송은 갚을 날로부터 10년이 넘은 후에 제기되었다. 그렇다면, 그 대여금 반환청구채권은 소멸시효가 완성된 것이다. 원고의 주장과 원고가 내놓은 차용증이라는 증거에 의하여 원고의 청구 즉 소송이 10년의 소멸시효 기간이 끝난 후에 제기된 것이 객관적으로 명백히 드러났다. 그런데, 피고가 소멸시효가 완성되었다는 사실을 전혀 주장하지 않았다.

이러한 경우, 판사는 재판에 나타난 자료 즉 원고의 주장과 증거에 의하여 권리 행사를 막는 사실인 消滅時效 完成의 사실을 알 수 있지만, 피고가 소멸시효가 완성되었다는 사실을 주장하지 않았기 때문에 피고에게 유리한 소멸시효 완성의 사실을 끌어다 쓸 수 없으며, 따라서 피고는 원고에게 대여금을 갚으라는 원고 승소, 피고 패소 판결을 내리게 된다. 즉, 피고는 소멸시효 완성이라는 권리를 없애는 사실을 주장할 책임이 있는데, 그 책임을 다하지 않음으로써 소멸시효 완성의 효과를 얻지 못 하는 불이익을 받는 것이다.

또 다른 예를 들면 이런 것이다. 원고가 피고에 대하여 20년 전에 체결한 매매 계약을 이유로 땅의 소유권이전등기 절차를 구하는 소송을 제기하였는데, 피고가 매매계약이 무효라고 다투어 그 사실이 입증되었다. 그런데, 그 재판 도중에 나온 증거에 의하면 원고가 그 땅을 20년간 평온, 공연하게, 자기 것으로 여기고 점유한 사실이 인정되는데, 원고가 이 점유취득시효를 완성하였다고 주장하지 않는 것이다.

이러한 경우에 판사는 증거에 의하여 원고가 점유취득시효를 완성한 사실을 알지만, 원고가 그 사실을 주장하지 않았기 때문에 점유취득시효 완성을 이유로 소유권이전등기 절차를 이행하라는 판결을 할 수 없으며, 원고 패소 판결을 내려야 한다.

입증책임은 입증이 되었는지 안 되었는지 불분명한 경우에 그 책임을 지는 쪽에게 불이익하게 즉 그 쪽의 주장사실이 입증이 안 되었다고 판단하는 것인데, 주장책임은 주장했는지 안 했는지 불분명한 경우의 문제가 아니고, 주장책임을 지는 쪽이 요건 사실을 주장하지 않은 경우에 그 요건 사실이 주는 효과를 인정하지 않

는 것이다.

2. 주장책임의 이유, 변론주의

주장책임이 거론되는 근거는 辯論主義이다.¹³⁶⁾

변론주의는 소송자료 즉 사실과 증거의 수집, 제출의 책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 하는 입장이다.¹³⁷⁾ 즉, 법원은 당사자가 내놓은 주장만을 옳은지 그른지 판단하여야 하고, 당사자가 주장하지 않은 사실이 옳은지 그른지, 주장하지 않은 권리가 있는지 없는지를 판단할 필요가 없고, 판단하여서도 아니 된다는 것이다.

따라서, 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배되어 허용되지 않는다.(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005다21531 판결 등)

우리 민사소송법은 변론주의의 내용을 전혀 규정하지 않고 있으며, 나아가 변론주의라는 말 자체를 전혀 쓰지 않고 있다. 그러나, 학설은 변론주의를 인정하며 모든 민사소송법 책은 변론주의를 우리 민사소송의 원칙으로 인정하고 서술하고 있다. 그리고, 판례도 변론주의라는 말을 자주 거론하고 있으며, 의심할 나위 없이 변론주의가 우리 민사소송의 원칙임을 나타내고 따라서 당사자가 주장하지 아니한 사실은 판단의 자료로 삼을 수 없다는 원칙을 밝히고 있다.(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005다21531 판결, 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결, 1999. 7. 27. 선고 98다46167 판결, 1990. 6. 26. 선고 89다카15359 판결 등)

변론주의는 첫째로 당사자가 주장하지 않은 사실을 판결의 기초로 삼을 수 없다는 주장책임, 둘째로 법원은 당사자가 다투지 않거나, 자백한 사실에 반하는 사실을 인정할 수 없다는 自白의 拘束力, 셋째로 증거는 당사자가 내놓아야 하는 것이지, 법원이 수집하는 것이 아니라는 증거의 제출책임이라는 세 가지 모습으로 나타난다.

그리고, 통설과 판례는 변론주의 및 주장책임은 주요사실에만 해당되고, 간접사

136) 로젠베르크, 앞의 책 46쪽, 오석락, 앞의 책 12쪽.

137) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2007, 285쪽, 송상현, 앞의 책, 437쪽, 김홍규, 앞의 책, 357쪽.

실이나 보조사실에는 적용되지 않는다고 본다.¹³⁸⁾ 그리고, 주장책임은 사실의 주장에만 한정되고, 그 사실을 기초로 한 법적판단과 증거의 값어치 판단에는 미치지 않는다.

나아가, 완전한 변론주의는 법을 잘 모르는 당사자에게 부당한 불이익을 가하여 정의로운 판결을 그르칠 우려가 있으므로 법은 그러한 폐단을 막기 위해 특별한 경우에 법원이 사실을 탐지하고 증거를 조사할 수 있는 규정을 두고 있으며,¹³⁹⁾ 나아가 판사에게 석명권(釋明權)을 주어 당사자에게 사실을 물어서 사실을 밝히고 주장할 수 있도록 하고 있다(민사소송법 제136조).

3. 주장책임의 분배와 입증책임의 분배

통설인 법률요건분류설에 의하면 주장책임은 입증책임과 같은 원칙에 의하여 분배된다고 한다.¹⁴⁰⁾

로젠베르크는 “주장책임의 대상과 범위에 관한 문제는 입증책임 분배의 문제와 동일한 방법으로 해결하지 않으면 안” 된다고 보며, “주장책임과 입증책임은 상이한 두 개의 문제가 아니라 동일문제의 양면이며, 이것은 판결기초의 확정을 지향한 당사자의 활동이 주장과 입증의 양자로 이루어져 있는 양면성에 대응되는 것이”라고 한다. 나아가, “각 당사자는 자기에게 유리한 법규의 요건을 이끌어 낼 수 있는 사실관계를 주장해야 하며, 다툼이 있는 경우에는 입증을 요”하는데, “이로써 분명해 지는 것은 주장책임의 대상과 범위는 원칙적으로 입증책임의 그것과 일치하지 않으면 안 된다고는 것이다.”라고 하고 있다.¹⁴¹⁾¹⁴²⁾

오석락 변호사도 로젠베르크와 같은 취지의 논리를 펴고, “주장책임은 원칙적으로 독자적인 규정을 갖지 않고 입증책임에 관한 규정에 의하여 보충되면, 입증책임의 규정에 따라 결정된다. ... 필경 주장책임은 원칙적으로 입증책임의 분배와 동

138) 이시윤, 앞의 책, 291쪽.

139) 다만, 이것은 민사소송이 아니라 주로 행정소송이나 가사소송, 비송사건과 같이 공익이 관련되는 재판 절차에서 문제가 된다.

140) 이시윤, 앞의 책, 492쪽, 송상현, 앞의 책, 627쪽, 최평오, 앞의 책, 609쪽, 636쪽, 오시영, 앞의 책, 671쪽, 686쪽, 정동윤, 유병현, 앞의 책, 522쪽, 김홍규, 앞의 책, 410쪽, 양병희, 앞의 책, 331쪽, 박찬주, 앞의 책, 475쪽.

141) 로젠베르크, 앞의 책 52쪽

142) 야우에르니크(Jauernig)도 로젠베르크에 동조하여 주장책임과 입증책임은 원칙적으로 일치한다고 쓰고 있다. 야우에르니크, 김홍규 옮김, 독일민사소송법(Zivilprozessrecht), 신원문화사, 1992, 312쪽.

일한 원칙에 따라 분배된다.”고 한다.¹⁴³⁾

따라서, 통설에 의하면, 권리를 생기게 하는 사실(權利根據事實, 權利發生事實)은 권리를 주장하는 쪽이 주장책임을 지고, 권리를 막는 사실(權利障礙事實, 權利妨害事實), 권리를 없애는 사실(權利滅却事實, 權利消滅事實), 권리행사를 막는 사실(權利行使沮止事實)은 그 권리를 부정하는 쪽에서 주장책임을 진다고 한다.¹⁴⁴⁾

다만, 오석락 변호사는 이 논문에서 위에서 거론한 민법 제135조 제1항의 무권대리인에 대한 청구의 경우는 예외적으로 입증책임과 주장책임을 분리되는 경우라고 하고, 금전채무불이행의 경우에 그 손해를 법정이율 또는 약정이율로 인정해 주고, 손해의 증명을 요하지 않고, 채무자의 과실 없다는 항변을 받아들이지 않는 민법 제397조 제1항, 제2항 규정에 대하여 이 역시 손해액의 주장책임과 입증책임을 분리되는 예외라고 한다.¹⁴⁵⁾

과연 그러한가? 주장책임과 입증책임은 같은 문제의 양면이므로, 같은 원칙에 따라서 책임을 분배하여야 하는가?

이 논문을 쓰는 이는 그렇지 않다고 생각한다. 왜냐 하면, 주장책임과 입증책임은 그 근거가 다르기 때문이다. 즉, 주장책임은 그 근거가 당사자가 사실을 주장하지 않으면 판단해 주지 않는다는 변론주의의 원칙인데, 입증책임은 증거가 안 된 경우에 누구에게 불이익을 가하여 어떤 쪽 주장이 거짓이라고 판단하는 것이 옳은가 하는 진실에의 접근성과 공평성으로서 그 근거를 달리하므로, 이 두 가지는 같은 원칙에 의하여 분배되어서는 아니 되기 때문이다.

나아가, 오석락 변호사는 위의 두 가지 경우가 예외라고 하는데, 도대체 왜 그런 예외가 생겨나는지에 대하여 아무런 설명을 하지 않고 있다.

그것은 예외가 아니라, 주장책임과 입증책임을 같은 원칙에 의하여 분배되는 것이 아니라는 이치를 증명해 주는 사례인 것이다.

이 논문을 쓰는 이는 바로 통설인 법률요건분류설이 주장하는 입증책임의 분배

143) 오석락, 앞의 책, 15쪽,

144) 오석락, 앞의 책 15, 16쪽

145) 오석락, 앞의 책 17, 18쪽

의 기준이 바로 주장책임의 분배의 기준이라는 것을 거듭 강조한다.

즉, 권리를 생기게 하는 사실은 권리를 주장하는 쪽이 주장하지 않으면 불이익을 당하기 때문에 그러한 사실을 주장할 책임이 있다. 상대방에게 돈을 내놓으라고 주장하는 원고는 돈을 빌려주어서 돌려 달라고 하는 것인지, 물건을 팔아서 그 대금을 달라고 하는 것인지 그 청구권을 생겨나게 하는 사실을 주장할 책임이 있다.

그리고, 권리를 막는 사실, 권리를 없애는 사실, 권리행사를 막는 사실은 각자 그와 같이 권리 또는 권리의 행사를 부인하는 쪽이 주장할 책임이 있다. 매매계약에 의하여 땅을 넘겨 달라고 하는 매수인의 주장에 대하여 매매계약을 인정하는 매도인은 그 계약이 불법이기 때문에 넘겨 줄 수 없다면, 그 계약이 불법인 사실(권리를 막는 사실)을 주장해야 하고, 이전등기청구권의 소멸시효가 완성되어 못 넘겨주겠다고 소멸시효 완성의 사실(권리를 없애는 사실)을 주장하여야 하고, 잔금을 못 받았으므로 못 넘겨주겠다고 주장하는 사람은 잔금을 못 받았다는 사실(권리행사를 막는 사실)을 주장하여야 한다. 나아가, 이러한 권리를 방해하는 사실들을 인정하면서도 권리가 있음을 주장하려고 하는 매수인은 그러한 재항변사실을 다시 주장하여야 한다. 즉, 소멸시효가 중단되었다고 주장하는 것이 그러한 주장이다.

더 적나라한 예를 들자면, 원고는 빌려 준 돈을 돌려 달라고 하는데, 피고는 그 돈을 갚았다고 한다면 당연히 갚았기 때문에 못 돌려준다고 주장해야 하는 것이다. 피고가 돈을 갚았다는 사실을 주장하지 않으면 법원은 갚은 사실을 모르고 갚지 말라고 하는 판결을 내릴 수 없는 것이다.

그런데, 이러한 책임의 분배는 주장책임의 분배 기준이지, 입증책임의 분배 기준이 아닌 것이다. 앞에서 거론한 바와 같이 잔금을 못 받았기 때문에 땅을 못 넘겨주겠다고 하는 경우에 주장책임은 매수인에게 있지만, 입증책임은 매도인에게 있는 것이다.

즉, 우리는 진실에 가까이 가고자 하는 이상과 공평성을 잣대로 입증책임을 배

분하는 원리를 다시 찾아 세워야 하는 것이다.

제3절 입증책임 분배의 기준을 찾아서

1. 주장책임과 다른 입증책임의 기준

위에서 거론하였지만 거듭 강조하는 것은 주장책임과 입증책임은 그 근거를 달리한다는 것이다.

즉, 주장책임은 변론주의가 근거이다. 변론주의란 법원은 당사자가 주장하지 않은 사실은 판단하지 않는다는 원칙이다. 따라서, 권리를 주장하는 자는 권리가 있게 하는 사실을 주장하여야 하고 권리가 없어졌다고 주장하는 쪽은 또한 권리가 없어지게 한 사실을 주장하여야 하는 것이다. 그런 것을 주장하지 않으면 그런 주장이 인정받을 수가 없다.

그러나, 입증책임은 그 근거를 달리한다. 입증책임은 어떤 사실이 증명되지 않았을 때, 어떤 쪽의 주장을 거짓이라고 판단하는 것이 진실에 가깝게 되는 것이며, 어떤 쪽을 패소시키는 것이 공평한가 하는 이념에 바탕을 두고 있다.

그렇다면, 결코 권리를 주장하는 자가 권리가 생기는 사실을 입증해야만 할 이유가 없으며, 권리의 방해로 주장하는 쪽이 권리 방해 사실을 입증하여야 하는 책임을 부담할 이유가 없다. 그것은 진실에 가까운 것도 아니고, 공평한 것도 아니다.

물론, 통설인 법률요건분류설에 따라서 입증책임을 분배하면 그 결과가 진실에 가깝고 공평한 경우도 상당히 있다. 그러나, 그것은 우연히 그러한 것이고, 법률요건분류설의 이론이 옳기 때문에 진실에 가깝고 공평한 것이 아니다. 그리고, 물론 법률요건분류설에 의하여 도저히 설명할 수 없는 사례가 적지 않게 있다.

이 논문에서는 그러한 예를 위에서 여러 가지 들었다.

그러나, 이제 우리가 살펴보아야 할 적극적 채권침해 소송의 경우도 법률요건분류설에 의하여 입증책임을 분배하면 안 되는 전형적인 경우인 것이다. 나아가 환경 파괴로 인한 손해배상 청구 소송, 제조물 피해로 인한 손해배상 소송도 그러하고, 뭉뚱그려 불법행위로 인한 손해배상 소송 전체가 그러하다. 그리고, 더 나아가

계약위반으로 인한 손해배상 청구 소송도 그러하다.

이러한 소송에서 권리를 주장하는 자에게 그 요건사실을 모두 입증할 책임을 지워서 그 입증이 성공하지 못 하면 거짓을 주장한 것이 되어 패소하도록 하는 것은 진실에 가까운 것도 아니고, 공평하지도 않다.

그렇다면, 우리는 입증책임의 분배기준을 어떻게 세워야 할 것인가?

그것은 다름 아니다. 입증책임을 분배하여야 하는 근거로 돌아가야 하는 것이다. 즉, 우리가 의지하여야 할 근거는 어떤 것이 진실에 가까운가 하는 것과 공평성인 것이다.

이 논문은 굳건한 통설인 법률요건분류설에 반대하면서 그 분배기준을 부정하였다. 그리하여, 입증책임에 관하여 아무런 전제가 없이 출발점에 서게 되었다. 그러므로, 이제 이 논문은 법률요건분류설이 아닌 다른 이론에 의하여 입증책임의 기준을 찾고자 하는데, 그 지도이념이 진실에의 접근성과 공평성인 것이다.

2. 입증책임 분배의 여러 가지 기준

이제 이 논문은 어떻게 하는 것이 진실에 가까운가 하는 이념과 누구를 패소시키는 것이 공평한가 하는 이념을 받들고, 입증책임의 분배기준을 찾아 나서기로 한다.

우선, 이 논문을 쓰는 이는 모든 재판의 모든 요건사실에 대하여 일관적으로 적용할 수 있는 입증책임의 분배기준 또는 그러한 기준의 체계는 찾을 수 없다는 사실을 밝히고자 한다.

법률효과를 발생하게 하는 요건사실은 매우 다양하다. 이러한 요건사실들을 통설인 법률요건분류설과 같이 통일적인 성질 구분에 따라 나누어서 입증책임을 분배하는 것은 불가능하다.

그렇다면, 결국 일부 어떠한 성질을 가진 사실에 대하여 입증책임을 분배하는

기준을 생각해 볼 수 있으며, 나아가 요건사실이 처한 상황에 따라서 입증책임을 분배하는 기준을 세우도록 할 수 있으며, 이러한 기준이 서지 않은 경우는 어떠한 주장사실이 진실에 가까운가 하는 점과 누구에게 불이익을 주는 것이 공평한가에 따라 개별적으로 입증책임을 분배하여야 할 것이다.

그렇게 찾아볼 수 있는 부분적인 기준은 다음과 같다.

(1) 어떤 법률의 규정이 입증책임 분배의 기준이 될 수 있다.

즉, 법률 중에는 누가 입증책임을 지는지를 정한 규정들이 있다는 것이다.

그 가장 확실한 예는 법률상의 추정의 규정이다. 법률상의 추정 규정은 분명히 입증책임을 분배를 지시하는 규정들이다. 즉, 그 추정으로 인하여 불이익을 받을 사람이 입증책임을 지는 것이다.

예를 들어 민법 제198조는 전후양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다고 규정하고 있다. 따라서, 어느 한 쪽이 필요에 의하여 어떤 두 시점에서 점유한 사실을 증명하면, 계속 점유한 것으로 추정되며, 그와 같이 추정되는 사실에 의하여 불이익을 받게 되는 쪽은 그 사실을 뒤집을 입증책임을 지는 것이다.

민사소송법 제356조과 제358조가 공문서 및 사문서의 진정성립을 추정해 주는 경우도 마찬가지이다. 그러한 추정이 성립되면 그 추정된 사실에 의하여 불이익을 받게 되는 쪽은 그것을 부정할 입증책임을 지는 것이다.

나아가 법률의 규정이 누구에게 입증책임을 있음을 밝히고 있는 경우가 있다.

예를 들어, 민법 제135조 제1항은 “타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있다”고 규정하여 대리인이 대리권을 증명하거나, 본인의 추인을 얻었음을 입증할 책임이 있음을 분명히 나타내고 있는 것이다.

민법 제437조는 “채권자가 보증인에게 채무의 이행을 청구한 때에는 보증인은 주채무자의 변제 자력이 있는 사실 및 그 집행이 용이할 것을 증명하여 먼저 주채무자에게 청구할 것과 그 재산에 대하여 집행할 것을 항변할 수 있다.”고 규정하여 이른바 최고, 검색의 항변권을 행사하는 보증인에게 주채무자가 변제 자력이 있다는 사실 및 그 집행이 쉽다는 사실을 입증할 책임을 지웠다.

또한 자동차손해배상보장법 제3조 제1호는 “자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 인하여 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상한 경우에 있어서 자기와 운전자가 자동차의 운행에 관하여 주의를 게을리 하지 아니하고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함 또는 기능에 장애가 없었다는 것을 증명한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 하여 자동차의 운행자가 자신의 무과실 또는 제3자의 고의 과실로 인하여 사고가 난 것을 입증할 책임이 있음을 밝히고 있다.

민사소송법도 여러 곳에서 입증책임을 분배하는 규정을 두고 있다.

제58조와 제89조는 소송대리인은 서면으로 그 대리권을 증명할 책임이 있음을 규정하였다.

제107조 제2항은 법정대리인 또는 소송대리인은 소송비용 부담을 면하기 위하여는 대리권을 증명할 책임이 있음을 규정하였다.

제288조는 진실에 어긋나는 자백의 경우 그것을 취소하려고 하는 이는 착오로 말미암은 것이라는 것을 입증할 책임을 규정하였다.

제357조는 사문서는 제출하는 이가 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다고 규정하였다.

그밖에도 상법, 어음법, 수표법 등 여러 법률에서 어떤 사람이 어떤 사실을 증명

하지 않으면 불이익을 입게 됨을 규정함으로써 법률이 입증책임을 분배한 규정을 찾아볼 수 있다.

이러한 법률의 규정은 법률요건분류설이 주장하는 법률의 규정 형식에 따라 일률적으로 입증책임을 분배를 정하려고 하는 입장과 다르다. 이 논문을 쓰는 이는 법률의 규정에서 명백히 어떤 쪽이 입증책임을 지는지, 즉 어떤 사실이 증명되지 않으면 누가 불이익을 받게 되는지를 규정한 규정만을 지적하여 그 기준으로 삼는 것이지, 일률적으로 어떤 법 규정 형식에 따라 입증책임을 분배하고자 하는 것이 아니다.

(2) 어떤 사실이 일어났는가 안 일어났는가가 문제가 되면 일어났다고 주장하는 쪽이 입증책임을 진다.

이와 같은 기준을 세우는 이유는 그것이 진실에 가깝기 때문이다. 즉, 어떤 사실이 일어났는지 일어나지 않았는지가 분명하지 않으면 그 일은 일어나지 않은 것이 진실에 가까운 것이다.

예를 들어, 한 쪽이 돈을 갚았다고 주장하고, 다른 쪽이 돈을 받지 않았다고 주장하는데, 아무런 증거가 없으면, 그것은 돈을 안 갚았다는 쪽이 진실에 가까운 것이다.

그러나, 이것은 절대적인 기준이 될 수 없고, 다른 기준을 따르는 것이 진실에 가깝고, 공평한 것이라면 그 기준을 따라 가야 한다.

(3) 결과에 대하여 더 큰 영향력을 행사하는 이는 그 영향력 아래에서 일어난 일을 입증할 책임을 져야 한다.

이 기준은 앞에서 본 위험영역설과 같은 논리에 근거한다. 다만, 이 논문은 위험영역을 넘어서서, 영향력을 행사하는 영역 안에서 일어나는 일에 대하여 영향력 있는 자가 입증책임을 지게 해야 한다고 주장하는 것이다.

위험영역설은 피해자에게 발생하는 손해에 관하여 피고가 자유로이 처분할 수

있는 법적, 사실적 수단을 가지고 일반적으로 지배하는 것이 가능한 사실적 생활 영역을 위험영역(Gefahrenbereich)이라 하며, 보통 피고가 직접 占有下에 있는 空間的, 物的 支配領域을 말하며, 이러한 영역에서 손해가 생기면 가해자(채무자)가 주관적, 객관적 요건의 부존재를 증명하지 않으면 안 된다고 한다.¹⁴⁶⁾

이 논문에서는 지배를 넘어서 더 큰 영향력을 행사하는 경우로 그 범위를 넓히고자 한다.

여기서 우리는 위에서 살펴 본 티브이의 경우를 다시 살펴 볼 필요가 있다. 티브이 수리를 맡긴이는 티브이에 대하여 모른다. 반면에 티브이를 맡은 전과사는 티브이에 대하여 잘 안다. 그리고, 티브이를 맡아서 수리를 했다. 전과사는 분명히 티브이에 대하여 영향력을 행사하였다. 반면에 맡긴이는 티브이에 대하여 영향력을 미칠 수 없었다.

수리를 마친 티브이가 원인을 알 수 없이 화면이 나오지 않아서, 맡긴이가 전과사를 상대로 손해배상을 청구할 때, 보통 재판의 진행에 따르면 감정을 할 것이다. 즉, 원고 또는 피고의 신청에 의하여 그 티브이를 티브이 전문가에게 보내어 왜 화면이 나오지 않는가를 감정하도록 할 것이다. 감정인이 그 원인을 밝혀내면, 그런 결과가 온 인과관계와 누구의 잘못으로 그런 결과가 왔는지를 알 수 있다. 이렇게 감정을 하여 인과관계와 과실 여부를 가려낼 수 있다면 입증책임은 따질 필요가 없다. 그러나, 만일 그 원인을 감정할 만한 사람이 없거나, 아니면 감정인이 아무리 살펴보아도 그 원인을 알 수 없어서 결국 그 이유를 알 수 없는 경우에는 입증책임을 따지게 된다.

즉, 원인사실과 인과관계와 과실 여부를 알 수 없으면, 입증책임을 지는 쪽이 주장하는 사실이 거짓이 되어 패소하게 되는 것이다.

그런데, 법률요건분류설에 의하면, 원인사실과 인과관계와 과실은 계약위반으로 인한 손해배상 청구나 불법행위로 인한 손해배상 청구에서 손해배상청구권을 생기게 하는 사실이므로 손해배상을 청구하는 쪽에게 입증책임이 있다고 본다. 다만, 계약위반으로 인한 손해배상 청구의 경우 민법 제390조 단서가 과실 여부는 입증

146) 오석락, 앞의 책 82, 83쪽

책임을 전환시켜 놓아서 과실 여부는 가해자가 입증책임을 진다는 것이다.

그런데, 실제로 중요한 것은 원인사실과 인과관계이다. 즉, 도대체 무엇이 원인이 되어, 어떤 과정을 거쳐서 그런 손해가 발생했는가 하는 것이다. 이것이 밝혀지면 대체로 별다른 이유가 없는 한, 과실 여부는 밝혀지거나, 피고에게 과실이 있었는지 여부의 판단 문제만 남게 된다.

그런데, 어쨌든 도대체 어째서 그런 일이 벌어졌는가가 밝혀지지 않으면 인과관계는 입증되지 않으므로, 재판의 승패는 입증책임을 누구에게 있는가로 갈리게 된다.

법률요건분류설에 의하면 이런 경우 입증책임을 피해자인 원고에게 있으므로, 원고가 패소하게 된다. 그러나, 이것은 옳지 않다. 본래 화면이 잘 나오던 티브이를 전파사에 넘겨주고 다시 돌려받았을 때 화면이 나오지 않게 되었고, 그 이유를 모르는데, 말긴이가 입증책임을 진다는 이유로 패소하고, 전파사는 아무런 책임을 지지 않는다는 것은 도저히 납득할 수 없는 것이다.

이런 경우, 전파사가 무언가를 잘못하여 그 손해가 발생하였다고 보는 것이 진실에 가깝고 공평한 것이다. 왜냐 하면, 원고는 티브이에 대하여 모르고, 아무런 행위도 하지 않았는데, 피고인 전파사가 티브이에 대하여 잘 알면서 수리하는 일을 했기 때문에 그 과정에서 전파사가 잘못하여 화면이 안 나오는 일이 벌어진 것으로 보는 것이 진실에 가까운 것이며, 수리를 하는 책임을 진 쪽에서 그 입증책임을 지는 것이 공평한 것이다.

이와 같이 두 당사자 중에서 그 결과 발생에 대하여 더 큰 영향력을 행사한 쪽에게 입증책임을 지우는 것이 진실에 가깝고 공평하므로, 이것이 입증책임 분배의 기준의 하나로 인정하고자 하는 것이다.

(4) 증거를 더 많이 가지고 있어서 제출하기 쉬운 쪽이 입증책임을 진다.

이 기준은 증거거리설과 근거와 논리를 같이한다.

즉, 증거거리설에 의하면, 원고가 어떤 사실의 입증에 필요한 증거를 보유하거나 보유하기 쉬운 입장에 있는 반면, 피고는 그와 같은 증거를 보유하지 않거나 보유

하기 어려운 입장에 있는 경우에는 원고가 그 사실을 입증할 책임을 부담하고, 이와 반대로 원고가 어떤 사실의 입증에 필요한 증거를 보유하지 않거나 보유하기 어려운 입장에 있을 때에는 피고가 그 사실을 입증할 책임을 부담하게 된다고 하여, 이를 일반화하여 어떤 사실의 입증에 필요한 증거에 가까운 사람은 그 사실에 대하여 입증책임을 부담한다는 원칙이 성립된다는 것이다.¹⁴⁷⁾

이 논리는 전적으로 옳으며, 이 기준은 하나의 훌륭한 입증책임 분배의 기준이다. 이 기준은 공평의 원칙에 맞는다. 증거를 가진 쪽은 증거를 내놓아 법원이 사실을 판단하도록 도와줄 의무가 있다. 그런데, 왕왕 증거를 가진 자는 자기에게 불리한 증거는 숨기게 마련이다. 이것을 막기 위하여, 증거를 낼 수 있는 쪽이 충분히 증거를 내지 않아서 법원이 진실을 알 수 없다면 그렇게 증거를 가진 쪽에게 불이익하게 판결하여야 공평한 것이다.

이 논문은 증거를 가지고 있어서 내놓기 쉬운 쪽에게 입증책임을 지우는 것을 입증책임 분배의 한 원칙으로 보고자 한다.

3. 입증책임 분배의 기준을 어떻게 적용할 것인가?

이 논문에서 제시한 입증책임 분배의 기준은 절대적인 것도 아니고, 그 전부도 아니다. 즉, 어떤 경우에는 그 기준이 적용되지 못 하는 경우도 있을 것이고, 입증책임을 분배하기 위하여 합당한 기준이 더 발견 될 수 있을 것이다.

그리고, 그 기준들이 실제 상황에서 서로 충돌할 수 있으며, 그러한 경우 기준 사이에 절대적인 우선순위도 없다. 다만, 법률의 규정이 명백하게 입증책임의 분배를 정한 경우는 거의 절대적으로 우선순위를 가지는 기준이 될 것이다. 그 이외의 기준은 상황에 따라 어떤 기준을 배제하고 어떤 기준을 적용할 것인지를 개별적으로 가려야 한다.

제4절 입증책임론의 마무리

147) 石田穰, 立証責任論の現状と将来, 法学協會雜誌 90卷 8号, 1091, 1092頁

결국 이 논문은 입증책임의 분배에 관하여 다음과 같은 결론에 이르렀다.

법률요건분류설이 주장하는 입증책임 분배 기준은 어떤 법규의 적용을 주장하는 이가 그 법규가 정하는 요건사실을 모두 입증할 책임이 있다는 전제가 성립되지 않으므로, 입증책임 분배의 이론으로 인정될 수 없다.

입증책임의 분배에 있어서 요건사실의 규정 형식이나, 성질에 따라 일관성 있게 모든 경우에 적용될 수 있는 통일적인 원칙을 찾을 수 없다.

따라서, 일부 경우에 적용되는 여러 가지 입증책임 분배의 기준을 찾아야 한다.

그 기준으로 (1) 법률의 규정, (2) 어떤 사실이 일어났는가, 안 일어났는가의 입증책임은 일어났다고 주장하는 쪽이 진다, (3) 더 큰 영향력을 행사한 쪽이 입증책임을 진다, (4) 증거를 쉽게 낼 수 있는 쪽이 입증책임을 진다는 네 가지를 제시할 수 있다.

이 기준은 절대적인 것이 아니고, 더 많은 기준이 발견될 수 있다. 그리고, 그 기준 사이에 정해진 우선순위는 없으며, 개별적인 상황에서 어떤 기준은 적용되고, 어떤 기준은 배척되어야 한다.

제5장 적극적 채권침해의 요건사실의 입증책임

제1절 학설과 판례의 경향

우리나라의 학설은 적극적 채권침해 소송의 입증책임을 논함에 있어서, 요건사실을 모두 거론하고 각 요건사실마다의 입증책임을 전부 따지지 않는다.

많은 학자들이 통설인 법률요건분류설에 따라, 모든 요건사실의 입증책임이 원고인 피해자 쪽에 있다고 믿고서, 그것을 전제로 하여 입증책임의 완화 또는 입증책임의 전환을 논하고 있다.¹⁴⁸⁾

이런 태도는 그리 바람직한 태도가 아니다. 입증책임이라는 것은 각 요건사실이 증명이 되지 않아서 그런 사실이 있는지 없는지가 분명하지 않을 때, 그런 사실이 있다고 볼지 없다고 볼지를 결정하는 것이다. 따라서, 각 요건사실을 분석하여 그 요건사실이 불분명할 때, 어느 쪽의 주장을 배척하여 패소하게 하는 것이 진실에 가까울 것이며, 공평한가를 따져 보아야 하고, 그런 연후에 어느 한 쪽의 입증책임을 덜어주거나 전환시킬 이론을 찾아야 할 것인데, 많은 학자들이 그렇게 하지 않고, 무조건 손해배상을 주장하는 원고 즉 피해자 쪽이 모든 요건사실을 입증하여야 할 책임이 있다고 단정하고 있는 것이다. 물론, 그렇게 단정하는 이유는 통설인 법률요건분류설을 신봉하기 때문이다. 즉, 권리를 주장하는 이는 그 권리의 근거사실을 입증할 의무가 있고, 권리가 없다는 것을 주장하는 이는 권리를 없애는 요건사실을 입증할 책임이 있다고 믿고 있는 것이다.

제2절 학설이 보는 채무불이행 책임으로 보는 적극적 채권침해의 입증책임

1. 채무불이행 사실의 입증책임

적극적 채권침해로 인한 손해배상을 청구하는 소송을 채무불이행 책임으로 보면 민법 제390조를 근거로 내세우게 된다. 민법 제390조는 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다고 규정

148) 범경철, 의료분쟁 소송 -이론과 실제-, 법률정보센터, 2003, 271-272쪽, 장흥기, 의료과오소송에 있어서 입증책임경감 이론 연구, 연세대 행정대학원 석사논문, 1997, 홍병철, 의료과오소송에서의 입증책임 경감법리에 관한 연구, 강원대 박사논문, 2006, 119쪽.

하고 있다. 따라서, 이 법률 규정에 법률요건분류설을 적용하면, 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하였다는 요건사실은 손해배상을 청구하는 채권자에게 입증할 책임이 있는 것으로 해석된다.

그런데, 법률요건분류설을 따르는 듯한 우리나라 학자들 사이에서는 이 채무불이행 사실이라는 요건사실에 관하여 누구에게 입증책임을 지울 것인가에 대하여 학설의 대립이 있다.

우리 학자들은 법률요건분류설을 따르는 듯하면서도 이 채무불이행 사실의 입증 책임에 관하여는 이상하게도 법률요건분류설에 의한 결론과는 정반대로 채권자가 입증할 책임이 있다고 보는 이행설(履行說, 채무자설, 원칙적용설)이 다수설이고, 본래 법률요건분류설을 따르는 불이행설(不履行說, 채권자설, 예외적용설)¹⁴⁹⁾이 소수설이다.

이행설은 다음과 같은 이유로 채무자가 입증책임을 진다고 한다.

첫째로, 채무의 이행여부가 다투어지는 경우에는 채무를 이행하였다고 하는 채무자가 입증책임을 지는 것이 원칙이고, 손해배상의 경우에도 예외로 볼 이유가 없다. 둘째로, 채무불이행으로 인한 손해배상 채권은 본래 이행을 구하는 채권과 같은 것이기 때문에, 채무의 이행여부가 다투어지면 채무자가 입증책임을 지는 것이다. 셋째로, 채무자에게 입증책임을 지우는 것이 공평하다.¹⁵⁰⁾

불이행설은 다음과 같은 이유로 채권자가 입증책임을 진다고 한다.

첫째로, 민법 제390조가 채무불이행을 손해배상 청구의 적극적 요건으로 규정하였으니 그 손해배상청구권을 주장하는 채권자가 그 요건사실을 입증할 책임이 있다. 둘째로, 본래의 채권이 손해배상 채권으로 바뀌었으니, 채권자는 그 변경사실을 입증할 책임이 있다.¹⁵¹⁾ 셋째로, 채무불이행은 손해배상채권의 권리발생근거 사실이므로 법률요건분류설에 의하여 채권자가 입증할 책임이 있다.¹⁵²⁾

민법 제390조의 채무불이행은 두 가지로 해석될 수 있다. 먼저, 채무불이행이라는 것이 말 그대로 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 것이라면 그 입증책임은

149) 채권자설의 예, 강현중, 앞의 책, 537쪽.

150) 오석락, 앞의 책, 176-177쪽

151) 오석락, 앞의 책, 178쪽

152) 오석락, 앞의 책, 177쪽

물론 채무자가 진다. 왜냐 하면 예를 들어, 채무자가 채권자에게 소 한 마리를 넘겨줄 채무가 있는데, 채권자는 소를 안 받았다고 주장하고, 채무자는 소를 보내주었다고 주장하는데, 아무런 증거가 없다면 그것은 안 보낸 것으로 보아야 하기 때문이다.

나아가, 통설은 채무불이행을 채무자가 채무의 내용대로 이행하지 않은 것뿐 아니라, 달리 엉뚱한 짓을 하여 채권자에게 손해를 끼친 것을 포함하는 것으로 보며, 이것을 불완전이행 또는 적극적 채권침해라고 하는 것이다. 이런 불완전이행 또는 적극적 채권침해가 되면 채무자가 채무이행 사실을 입증하여야 한다는 주장은 당연한 주장이 될 수 없게 된다.

이렇게 되면 채무자가 채무의 내용에 어긋나는 엉뚱한 짓을 하여 채권자에게 손해를 끼친 것이 문제되므로, 법률요건분류설로 돌아가 그런 채무자의 엉뚱한 짓에 의하여 손해를 입었다고 주장하는 채권자가 입증책임이 있다고 하는 결론으로 치닫게 된다. 그리하여, 학설은 의사 쪽에서 피해자의 병상(病狀)에 응하여 자기의 판단과 재량에 좇아 적정하다고 인정되는 조치를 취한 이상 일단 의료채무의 이행으로서의 급여(이행)는 있었다고 볼 수밖에 없는 것이므로 그 의료채무의 이행이 선량한 관리자의 주의의무를 결(缺)하여 의학상의 기술기준에 적합하지 않는 흠이 있는 것이라는 점은 채권자가 이를 입증하지 않으면 안 되게 되는 것¹⁵³⁾이라고 한다.

다만, 학설 중에는 여기서 원인사실의 입증과 고의, 과실의 입증을 혼동하고 있는 것이 발견된다.

즉, 채무불이행 사실의 입증을 논하다가, “의료채무의 불이행에 관하여는 일반채무불이행의 경우와는 달리 채권자는 의료계약의 성립의 주장입증만으로써는 부족하고, 그 이행불완전의 내용, 즉 채무자(의사)의 善良한 管理者의 注意義務 위반을 구체적으로 특정하고, 또한 이를 입증하지 않으면 안 된다”¹⁵⁴⁾고 갑자기 선량관리자의 주의의무 위반 사실 즉 過失의 입증을 이야기하고 있는 것이다.

이것은 학자들이 채무불이행 책임의 구조를 혼동하기 때문에 일어나는 현상이

153) 오석락, 앞의 책, 179쪽.

154) 오석락, 앞의 책, 180쪽

다. 앞서서도 지적하였듯이 주의의무 위반이라는 것은 과실의 내용이지, 채무불이행 행위의 내용이 아니다.

위 학설은 불완전이행과 귀책사유(고의, 과실)가 다 같이 선관주의의무 위반을 그 내용으로 하고 있다¹⁵⁵⁾고 하는데, 이 이론은 납득할 수 없는 것이다.

즉, 채무불이행으로 인한 손해배상 책임은 ① 원인사실(채무불이행 사실, 적극적 채권침해의 사실), ② 손해의 발생, ③ 인과관계, ④ 고의 또는 과실의 네 가지 요건사실을 갖추어야 하는데, 그 중 선량한 관리자의 주의의무를 위반하였다는 것은 네 번째의 요건사실 중 과실의 내용에 속하는 것이지, 첫 번째의 원인사실의 내용이 아닌 것이다.

채무불이행 사실 또는 적극적 채권침해의 사실은 가해자가 어떤 위법한 행위를 하였다는 것이다. 그것은 주의의무 위반인가 아닌가의 주관적 요소를 따지지 않고, 객관적으로 위법한 행위를 하였다는 것이다.

우리나라의 학설은 이행설 또는 채무자설을 취하여 적극적 채권침해 행위의 입증책임을 채무자 즉 가해자에게 지우는 것으로 보인다. 그러나, 이것은 추상적인 이론일 뿐이며, 실제로는 그렇지 않다. 단순한 채무불이행을 넘어서서, 채무자가 엉뚱한 짓을 해서 본래의 채권, 채무와 관계가 없는 손해를 가하였다고 할 때, 우리나라 학자들과 실무가들이 이렇게 채무자가 본래 채무와는 다른 엉뚱한 짓을 했다는 이 사실의 입증책임이 과연 채무자 즉 가해자에게 있다고 보는 것인가? 그렇지 않다. 가해자가 엉뚱한 짓 즉 위법한 행위를 하였다는 요건사실 또는 적극적 채권침해 행위의 요건사실은 그것을 주장하는 피해자가 입증하여야 한다는 것이 우리 학자들과 실무가들의 대체로 일관된 태도이다.^{156), 157)}

2. 고의, 과실의 입증책임

155) 오석락, 앞의 책, 182쪽

156) 김상용, 앞의 책 141-142쪽에서, 불완전이행의 입증책임은 채권자에게 있다고 보나, 다만 부수적 의무위반 사실은 채무자가 입증책임을 진다고 한다. 이은영, 앞의 책, 243쪽도 채무 존재 사실과 불이행한 사실을 채권자가 입증할 책임이 있다고 하고, 장재현, 앞의 책 131쪽도 불완전이행사실을 채권자가 입증해야 한다고 하고, 이상욱, 앞의 책 105쪽도 채무불이행 사실의 입증책임은 채권자에게 있다고 하고, 부수의무 위반 내지 보호의무 위반 사실도 채권자가 입증해야 한다고 한다.

157) 판례로는 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다43690 판결, 2000. 11. 24. 선고 2000다38718, 38725 판결이 있다.

歸責事由와 故意 또는 過失은 그 뜻이 다르다는 것은 앞에서 지적한 바 있다. 그런데, 일부 학자들은 귀책사유를 고의 또는 과실과 같은 뜻으로 보고 채무불이행으로 인한 손해배상 청구에 있어서 고의 또는 과실의 입증책임을 귀책사유의 입증책임이라는 말로 표현하고 있다.¹⁵⁸⁾

어쨌든, 우리나라의 통설과 판례는 채무불이행 책임에 있어서 고의 또는 과실의 입증 책임이 채무자에게 있다고 보며,¹⁵⁹⁾ 따라서 피해자 쪽이 채권자가 되는 소송에서 고의 또는 과실의 입증책임을 채무자인 가해자 쪽에 지우는 채무불이행 책임이 불법행위 책임보다 유리한 것이라고 지적하고 있다.¹⁶⁰⁾

통설은 불법행위 책임의 경우는 피해자가 가해자의 고의 또는 과실을 입증해야 하는 것이고, 그것이 권리를 주장하는 이가 요건을 입증해야 한다고 하는 법률요건분류설의 원칙이라고 보는데, 채무불이행 책임의 경우는 그 입증책임을 뒤집어서 채무자에게 입증책임을 전환시켰다고 보며¹⁶¹⁾, 그 이유는 다음과 같다.

첫째로, 채무는 본래 채무의 이행이 되는 것을 전제로 하여 예기(豫期)하고 있는 것인데, 채무가 이행되지 않았다면, 그것은 이행을 하여야 하는 채무자 쪽에서 문제가 있는 것이므로, 그쪽이 잘못이 없다는 사실 즉 고의, 과실 없음을 증명하여야 하는 것이다.

둘째로, 민법 제390조(채무불이행으로 인한 손해배상 청구)의 예외규정인 제397조 제2항(금전채무불이행에 대한 특칙)의 반대해석에 의하면 채무자에게 고의, 과실 없음을 입증할 책임이 있다는 것이다. 즉, 그 조항은 돈을 지급할 채무를 이행하지 않은 경우에 법정이율 또는 약정이율에 의하여 계산되는 이자 상당액을 손해로 보아 배상하도록 하되, 채무자가 과실이 없다고 주장, 입증하여도 그 이율에 의한 손해를 배상할 책임을 벗어날 수 없다고 규정한 것이다. 이 규정의 반대해석에 의하면 돈을 지급하는 채무가 아닌 경우에는 채무자가 과실 없음을 주장, 입증하면 손해를 배상할 의무가 없어지는 것이므로, 채무자가 과실 없음을 입증할 책임을 진다는 것이다.

158) 오석락, 앞의 책, 181쪽

159) 김상용, 앞의 책, 141-142쪽, 이상욱, 앞의 책, 105쪽.

160) 오석락, 앞의 책, 181쪽, 강봉수, 입증책임 분배에 있어서의 위험영역이론(하), 사법행정 1979년 4호, 29쪽.

161) 강현중, 앞의 책, 538쪽.

셋째로, 불법행위 책임을 규정한 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하는데, 채무불이행 책임을 규정한 제390조는 채무자가 채무에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있지만, 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다라고 하여 고의 또는 과실을 단서로 규정하였으므로 불법행위의 경우는 그 입증책임이 피해자에게 채무불이행의 경우는 채무자에게 있는 것이다.

넷째로, 불법행위는 시민으로서의 일반적인 주의의무의 위반인데, 채무불이행은 당사자 사이에 성립된 구체적인 주의의무의 위반이므로 입증책임 분배를 달리한다는 것이다.

이 논문은 법률요건분류설에 반대한다. 따라서, 법률요건분류설에 따르는 주장은 법률요건분류설을 따를 수 없는 이유 때문에 받아들일 수 없는 것이다.

그리고, 나아가 이미 지적한 바와 같이 고의 또는 과실의 입증책임은 큰 문제가 아니다. 네 개의 요건사실 중 나머지 세 가지인 채무불이행 사실, 손해의 발생, 인과관계의 사실이 모두 드러나면, 채무자가 과연 주의의무를 위반하였는가 위반하지 않았는가 하는 주관적 판단은 쉽게 형성되게 마련이다.

따라서, 실제로 나머지 세 가지 요건사실이 입증되었는데, 가해자의 과실(過失)이 있었는가 없었는가 하는 사실이 불분명하여 입증책임 이론이 발동되어 입증책임을 지는 쪽에게 패소하도록 하는 예는 전혀 없다고 해도 지나친 말이 아니다.

3. 손해 발생과 인과관계의 입증책임

손해발생의 입증책임을 누구에게 지울 것인가에 대하여 학자들은 그것은 당연히 원고인 피해자가 입증하여야 할 것으로 생각하는 것으로 보인다.¹⁶²⁾

학설은 채무불이행 행위와 손해 사이의 인과관계에 대하여도 채권자가 입증책임을 지는 것으로 본다.¹⁶³⁾

162) 강현중, 앞의 책, 539쪽. 장재현, 앞의 책, 131쪽, 이상욱, 앞의 책, 105쪽.

163) 장재현, 앞의 책, 131쪽, 이상욱, 앞의 책, 105쪽.

제3절 학설이 보는 불법행위 책임의 입증책임

1. 위법한 행위와 손해의 발생의 입증책임

학설은 위법한 행위의 입증책임을 따지지 않는다. 이것은 아마도 위법한 행위의 입증책임은 법률요건분류설에 의하여 당연히 피해자인 원고에게 있다고 보기 때문인 것 같고, 아울러 고의 또는 과실이 입증되면 위법한 행위가 당연히 성립되기 때문에 따로 위법한 행위의 입증책임을 따질 필요가 없다고 생각하기 때문인 것 같다.

그러나, 앞에서 이미 지적한 바와 같이 고의 또는 과실은 사람의 정신상태의 가치 판단이기 때문에 사실이 드러나면 그 판단만 남아서 입증책임이 문제가 되지 않는 것이고, 정작 중요한 것은 의사가 행한 위법한 행위와 그 행위와 손해 발생이라는 결과 사이의 인과관계를 누가 입증할 책임을 지는가 하는 점이다.

손해의 발생의 입증책임에 대하여도 학설은 무관심하다. 아마도 당연히 피해자인 원고가 입증할 책임을 지는 것으로 보는 것 같다.

2. 고의 또는 과실의 입증책임

학설은, 고의 또는 과실이 불법행위의 일반 성립요건이기 때문에 불법행위 책임의 경우에 피해자(피해자) 쪽에서 가해자(의사)의 귀책사유를 입증할 책임을 부담해야 한다는 사실에 대하여 본래부터 의문을 가지지 않는다.¹⁶⁴⁾

3. 인과관계의 입증책임

학설은 불법행위와 손해 사이의 인과관계의 입증책임은 불법행위의 효과를 주장하는 피해자 쪽에 있는 것이 당연한 것으로 본다.¹⁶⁵⁾

제4절 적극적 채권침해의 예, 의료소송과 제조물책임 소송의 입증책임

164) 오석락, 앞의 책, 183쪽, 강현중, 앞의 책, 538쪽.

165) 오석락, 앞의 책, 186쪽, 강현중, 앞의 책, 538쪽.

1. 의료소송의 입증책임

(1) 의료소송의 입증책임에 대한 학설

환자가 병원에 스스로 찾아가거나, 의식이 없이 다른 사람에 의하여 병원으로 운반되는 경우, 환자 자신 또는 가족이나 환자 쪽의 어떤 사람이 병원 또는 의사에게 치료를 해 달라고 의뢰를 하게 된다. 우리 현실에 의하면 이때 계약서를 쓰는 경우는 거의 없다. 따라서, 이러한 경우에 환자와 병원이나 의사 사이에 계약이 성립되었는가 또는 계약이 성립되었다면 그 계약은 어떠한 계약인가에 대하여 논란이 있다.

그러나, 계약서를 쓰지 않았다고 하더라도 환자 또는 그 가족 그밖의 환자 쪽 사람이 어떤 병원이나 의사에게 치료를 해 달라고 의뢰하고 병원이 그 환자를 받아들였다면 그것으로써 치료를 위한 계약이 성립된 것으로 보아야 한다.

따라서, 의사는 계약에 의하여 환자를 치료할 의무가 생기는 것이며, 치료를 하다가 잘못 하여 환자에게 손해를 가하면 이것은 곧 채무를 벗어나서 손해를 가한 것이므로, 채무의 불완전이행 또는 적극적 채권침해가 된다.

따라서, 앞에서 본 바와 같이 그때의 의사의 책임은 민법 제390조의 채무불이행 책임과 민법 제750조의 불법행위 책임을 따지게 되는 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 학설은 불법행위의 경우 그 입증책임이 전적으로 피해자인 환자에게 있는 것으로 보고 있으며, 다만 채무불이행 책임의 경우는 이행설, 채무자설의 입장에서 채무불이행 사실의 입증책임은 채무자가 진다고 하는 것이 다수설이고, 나아가 다수설은 불법행위의 고의 또는 과실은 피해자가 입증책임을 지는데 반하여 채무불이행 책임의 고의 또는 과실의 입증책임은 채무자가 입증 책임을 지도록 입증책임이 전환되었다고 본다.

그런데, 의료소송에서의 채무불이행 사실의 입증책임에 대하여 학설은 다음과 같이 이행설을 수정하여야 한다고 한다.

“의료 채무가 ... 불완전이행을 구성하는 경우에는 채무의 이행에 대한 입증책임은 그 불이행으로 인한 손해배상의 청구를 하는 경우에도 채무자가 이를 부담한다고 하는 원칙론은 수정되지 않을 수 없는 것이라고 하겠다. 로젠베르크의 설명을 빌리면 ‘불완전이행을 이유로 자기의 권리를 추행하는 채권자는 이행을 청구하고 있는 것도 아니며, 또 불이행의 효과를 주장하고 있는 것도 아니다. 왜냐하면 하자를 수반하였다고는 하여도 어떠한 이행은 있었기 때문이다. 그러므로, 채무자에 의한 이행의 입증은 문제될 여지가 없으며, 채권자 측에서 자기의 권리의 요건으로서의 불완전이행을 입증하지 않으면 안 되는 것이다.”¹⁶⁶⁾

즉, 학설은 의료채무의 불이행에 관하여는 일반채무불이행의 경우와는 달리 채권자는 의료계약의 성립의 주장입증만으로써는 부족하고, 그 이행불완전의 내용, 즉 채무자(의사)의 선관주의의무위반을 구체적으로 특정하고, 또한 이를 입증하지 않으면 안 된다고 하며, 이러한 채권자 측의 이행불완전에 대한 주장입증책임의 부담은 필경 의료과오의 계약책임적 구성의 경우에 있어서 중요한 특색을 이루는 것이라고 한다.¹⁶⁷⁾

채무불이행 책임에 있어서의 과실 여부에 대하여는 논란이 복잡하다.

학설 중에는 과실의 입증책임이 다음과 같이 채권자에게 있다고 보는 견해가 있다.

“의사 쪽에서 환자의 병상에 응하여 자기의 판단과 재량에 좇아 적절하다고 인정되는 조치를 취한 이상 일단 의료채무의 이행으로서의 급여는 있었다고 볼 수밖에 없는 것이므로 그 의료채무의 이행이 선관주의의무를 결하여 의학상의 기술규준에 적합하지 않는 흠이 있는 것이라는 점은 채권자가 이를 입증하지 않으면 안 되게 되는 것이다.”¹⁶⁸⁾

166) 오석락, 앞의 책, 178쪽.

167) 오석락, 앞의 책, 180쪽.

168) 中野貞一郎, 医療過誤訴訟の手續的課題, 法学セミナー, 1946. 8号 36頁 이하.

반면에, 다른 학설은 의료채무의 불완전이행의 경우에 있어서의 귀책사유에 관하여는 이행불완전의 입증책임의 분배관계와는 달리 입증책임분배의 일반원칙에 돌아가 채무자 측에서 그 부존재의 입증책임을 부담하게 된다고 한다.¹⁶⁹⁾

그러면서도 그 학설은 의료채무는 결과채무가 아니라 수단채무이기 때문에 이행불완전의 구체적 내용의 특징과 그 존재는 환자(채권자) 쪽에서 주장입증하지 않으면 안 되며, 그와 같은 주장입증은 의사의 선관주의의무위반의 주장입증과 가위일체불가분의 관계에 있는 차이므로 결국 의료과오에 관하여는 환자 쪽과 의사 쪽의 입증책임이 서로 교차하는 관계에 있다고 할 수 있다고 하며, 따라서 선관주의의무위배는 귀책사유와는 별개 독립적으로 판단할 수 없는 것이므로 귀책사유의 입증책임을 의사 쪽에서 부담한다고 하여도 그 입증부담은 실질적으로 환자 쪽에 돌아가는 셈이 된다고 한다.¹⁷⁰⁾

그리고, 학설은 의료과오소송을 불법행위책임으로 보는 경우에는 모든 요건의 입증책임이 환자 쪽에 있는 것은 의심할 나위 없는 것으로 보고, 다만 의료소송의 특수성을 감안하여 입증책임을 경감하는 방안에 대하여 언급하고 있다.¹⁷¹⁾

(2) 대법원 판례

(가) 대법원의 일반적인 태도

위에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 학설은 불법행위의 경우 그 입증책임이 전적으로 피해자인 환자에게 있는 것으로 보고 있으며, 다만 채무불이행 책임의 경우는 이행설, 채무자설의 입장에서 채무불이행 사실의 입증책임은 채무자가 진다고 하는 것이 다수설이고, 나아가 다수설은 불법행위의 고의 또는 과실은 피해자가 입증책임을 지는데 반하여 채무불이행 책임의 고의 또는 과실의 입증책임은 채무자가 입증 책임을 지도록 입증책임이 전환되었다고 본다.

169) 오석락, 앞의 책, 181-182쪽.

170) 오석락, 앞의 책, 182쪽.

171) 오석락, 앞의 책, 183쪽-188쪽, 홍기문, 앞의 책, 397쪽, 이시윤, 앞의 책, 491쪽, 박찬주, 앞의 책, 493쪽.

그러나, 의료소송에 있어서 대법원 판례는 이러한 학설을 무시하고 있다.

즉, 판례는 채무불이행 책임과 불법행위 책임을 가리지 않고, 원인행위, 손해의 발생, 인과관계, 고의 또는 과실의 입증책임을 모두 환자 쪽에 지우고 있다.

대법원 판례는 “일반적으로 의료행위에 있어서 그 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 일반적인 경우와 마찬가지로 의료행위상의 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하고 이는 이를 주장하는 환자측에서 입증하여야 할 것”이라고 밝히고 있다.(대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결, 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결, 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결)

그 동안 우리나라 실무에서는 대부분의 의료소송을 민법 제750조에 근거하는 불법행위 책임을 묻는 소송으로 보아왔다. 그래서, 재판 도중에 민법 제390조의 채무불이행 책임을 거론하지 않는 경우가 많았다. 그러나, 대법원 판례는 설혹 의사의 잘못을 따지는 소송을 민법 제390조의 채무불이행 책임으로 보더라도 그 요건사실의 입증책임을 불법행위와 다르지 않다고 밝혀온 것이다.

이러한 대법원 판례의 입장은 다음과 같은 내용이다.

① 대법원 판례에 의하면 환자 쪽이 입증책임을 진다. 대법원은 기본적으로 의료소송에서의 입증책임을 전적으로 환자 쪽에 있음을 밝히고 있다.

② 대법원 판례에 의하면 네 가지 요건 모두 환자가 입증책임을 진다.

대법원은 “첫째 주의의무의 위반”, “둘째 손해의 발생”, 그리고 “셋째 주의의무의 위반과 손해의 발생 사이의 인과관계”의 세 가지를 환자가 입증할 책임이 있다고 하였다.

얼핏 보면, 이것은 이 논문에서 분류한 요건 ④ 고의, 과실, 요건(첫째) ② 손해

의 발생(둘째), 요건 ③ 인과관계(셋째)만을 거론한 것 같다.

그러나, “주의의무의 위반”이라고 하는 부분은 원인행위(요건 ①)와 고의 또는 과실(요건 ④)을 합친 것이다. 이미 위에서 논한 바와 같이 인과관계라는 것은 과실과 손해 사이의 관계나, 주의의무 위반과 손해 사이의 관계가 아니다. 그것은 원인행위(적극적 채권침해 행위 또는 위법한 행위 또는 사무관리를 잘못된 행위)와 손해 사이의 관계이다. 고의는 의사가 위법한 행위 또는 적극적 채권침해 행위를 하여 손해를 일으키는 것을 아는 것이다. 그리고, 과실은 그것을 모르는데, 그것을 마땅히 알아차려서 그렇게 하지 말아야 하는데 주의를 게을리 하여 그렇게 하지 않은 것이다.

따라서, 인과관계라는 것은 주의의무 위반과 손해 사이의 관계가 아니라 원인행위와 손해 사이의 관계라고 하여야 하는데, 판례는 주의의무 위반과 손해 사이의 관계라는 표현을 쓰고 있다. 이것은 민법 제750조가 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하였기 때문에 고의 또는 과실로 인한 행위가 위법한 행위를 포함하는 것으로 생각하는 것이다. 즉, 판례는 주의의무 위반이라는 말 속에 고의 또는 과실의 개념과 원인행위 즉 채무불이행 행위 또는 위법한 행위 또는 사무관리를 잘못된 행위를 포함하고 있는 것이다.

그렇다면, 결국 대법원은 ① 원인행위(위법한 행위 또는 적극적 채권침해 행위), ② 손해의 발생, ③ 원인행위와 손해의 발생 사이의 인과관계, ④ 고의 또는 과실의 네 가지의 요건사실을 모두 환자 쪽에서 입증할 책임이 있다고 하는 것이다.

③ 대법원 판례에 의하면, 특히, 원인행위와 과실의 입증책임은 환자에게 있다.

대법원 판례는 환자에게 인과관계(요건 ③)의 입증책임을 경감시켜 준다고 하여도 원인행위(요건 ①)와 과실(요건 ④)의 입증책임은 환자 쪽에 있는 것이지 의사 쪽에 있는 것이 아님을 분명히 하였다.

즉, “..... 수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다고 하겠으나, 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니”(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결, 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결)라고 판결하였다.

이 판례는 과실의 입증책임이 환자에게 있다고 판시하였는데, 여기서 말하는 “과실”이라는 말은 원인행위(적극적 채권침해 행위 또는 위법한 행위)와 과실을 합친 말이다. 즉, 의사의 어떤 위법한 행위를 지적하고, 그것이 보통은 그러한 결과를 불러올 개연성이 높다고 하여 인과관계를 입증하여야 하는 것이지, 그런 개연성도 없이 단순히 결과가 나쁘다고 하여 의사의 위법한 행위와 그 행위와 결과의 인과관계 및 과실을 추정할 수는 없다고 판시한 것으로 원인행위와 과실의 입증책임이 환자 쪽에 있음을 명백히 한 것이다.

나아가, 대법원은 거듭 “의료상의 과실 있는 행위”의 입증책임은 환자 쪽에 있음을 명백히 하고 있다. 의료상의 과실 있는 행위를 입증할 책임이라는 것은 결국 원인행위(위법한 행위 또는 적극적 채권침해 행위, 요건 ①)와 과실(요건 ④) 두 가지를 입증할 책임이다. 판례는 인과관계(요건 ③)의 입증책임을 완화하여 주더라도 원인행위와 과실의 입증책임은 굳건하게 환자에게 입증책임이 있다는 것이다.

“의료행위의 특수성을 감안하더라도 먼저 환자 측에서 일반인의 상식에 바탕을 두고 일련의 의료행위 과정에 의료상의 과실 있는 행위가 있었고 그 행위와 하반신마비의 결과 사이에 다른 원인이 개재되지 않았다는 점을 입증하여야 한다.”(대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결)

“환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점(을 입증하여야 한다)” (대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결)

“환자 측에서 일단 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증(하여야 한다.)” (대법원 2005. 9. 30. 선고 2004다52576, 2003. 11. 27. 선고 2001다20127 판결, 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결, 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결, 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결, 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결, 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결, 1996. 12. 10. 선고 96다28158,28165 판결, 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결, 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결)

④ 대법원은 입증책임이 환자 쪽에 있기는 하나, 그 입증책임을 덜어주어야 한다고 생각한다. 이 점에 대하여는 항을 바꾸어 자세히 논하기로 한다.

(나) 대법원 판례에 의한 인과관계의 입증책임의 경감

대법원 판례는 원인행위와 손해의 인과관계(요건 ②)의 입증책임도 환자에게 있기는 하나, 그 입증책임을 덜어주어야 한다고 한다.

판례는 “의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에, 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서로는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해발생과 사이의 인과관계를 의학적으로

로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려운 일이므로”,

“의료사고가 발생한 경우 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실이 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 인한 것이 아니라 전혀 다른 원인에 의한 것이라는 입증은 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다.”라고 판결하였다.(대법원 2005. 9. 30. 선고 2004다52576 판결, 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결, 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결, 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결, 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결, 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결, 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결, 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결, 1996. 12. 10. 선고 96다28158,28165 판결, 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결, 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결)

즉, 의사가 잘못된 행위 즉 적극적 채권침해의 행위 또는 위법한 행위가 원인이 되어 상당인과관계를 거쳐서 그 손해를 일으켰다는 것을 자연과학적으로 의심의 여지없이 증명하여야 하는 것은 아니고, 보통 그런 의사의 잘못이 있으면, 그러한 결과가 온다는 정도의 확신만 주면 인과관계가 입증된 것으로 보자는 것이다.

이러한 판례의 태도는 일본의 개연성설의 입장과 비슷하다.

판례는 본래 “민사소송에 있어서의 인과관계의 입증은 경험칙에 비추어 어떠한 사실이 어떠한 결과발생을 초래하였다고 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임이 필요하다”(대법원 1990.6.26. 선고 89다카7730 판결)는 입장

이었는데, 위 판례들은 그러한 개연성의 정도를 낮춘 것으로 판단된다.

즉, 의료소송에서는 의사의 잘못된 행위와 결과 사이에 通常人으로서 의심을 품지 아니할 정도로 眞實性의 확신을 가지는 高度의 蓋然性을 입증할 것까지 없고, 그 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에는, 보통 의사의 그 잘못으로 그 손해가 발생하지 않았는가 하는 정도의 낮은 개연성으로도 인과관계를 추정하고, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 인한 것이 아니라 전혀 다른 원인에 의한 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 인과관계를 인정하여야 한다는 것이다.

(다) 입증을 경감한 판례들

이 논문에서는 입증책임에 있어서 가장 중요한 것이 원인행위의 입증책임(요건 ①)임을 밝혔다. 즉, 손해발생의 원인이 되었음직한 의사의 잘못된 행위를 입증하는 것이 가장 어려운 일이고, 이 원인행위의 입증책임을 누구에게 지우는가가 문제인 것이다. 우리 법원은 일관되게 이 원인행위는 환자 쪽에서 입증할 책임이 있다고 보고 있다.

그런데, 일부 대법원 판례는 그 입증책임을 상당히 덜어주어, 환자 쪽이 의사가 무슨 잘못을 했는지를 입증하지 못 하였음에도 불구하고 의사가 잘못하지 않았으면 그런 결과가 왔을 리가 없다는 사정이 성립되면 그 원인행위가 입증된 것으로 보아 의사 쪽이 책임을 지도록 하고 있다.

즉, 실제 재판의 실무에 있어서는 판사들은 네 가지 요건의 입증책임이 환자 쪽에 있다고 단정하고, 환자 쪽에 입증을 촉구하고, 입증이 안 되면 환자 쪽이 패소할 것이라고 한다. 그러면서, 판사는 환자 쪽에게 도대체 의사가 무슨 잘못된 행위를 해서 그것이 어떠한 과정을 거쳐서 손해가 발생되었으며, 의사가 주의의무를 다하지 않은 것이 무엇인가를 입증하라고 다그치고, 환자 쪽의 설명이 미흡하여 도대체 의사가 무슨 잘못을 했는지를 파악할 수가 없으면, 의사의 잘못이 아니면 그러한 결과가 올 수 없다고 판단되는데도 불구하고, 입증이 안 된 것으로 보고,

입증책임이 있는 환자 쪽에게 불리하도록 즉 패소의 판결을 내린다.

그러나, 의사가 과연 무슨 잘못을 저질렀는지를 환자 쪽이 입증한다는 것은 진실로 매우 어렵고, 눈에 보이지 않는 의사 쪽의 입증방해가 만만치가 않은 것이다.

따라서, 대법원은 이런 사정을 그대로 방치하지 않았으며, 환자 쪽에서 의사가 무슨 잘못을 했는지를 명확히 짚어내어 그것이 손해의 원인이라는 인과관계를 입증하지 않아도, 그 사정이 의사가 잘못하지 않고는 그런 결과가 올 수 없다는 것이라면 의사가 무언가 잘못하여 그것이 원인이 되어 그런 나쁜 결과가 온 것으로 인정하여야 한다는 판결을 내놓았다.

① 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결

이 판결은 위에서 언급한 바와 같이 의료소송에서는 “의료행위상의 과실과 손해의 발생 및 그 과실과 손해발생 사이의 인과관계가 있어야 하는 것이고, 이에 대한 입증책임은 환자 측에서 부담한다”고 하여, 위에서 본 네 가지 요건의 입증책임이 모두 환자 쪽에게 있음을 밝히면서, 다만 의료소송의 특수성을 참작하여, “이 사건에서와 같이 환자가 수술 도중에 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다”고 판시하고, 구체적으로 사건 내용을 설명하고 있다.

그 사건은 심방중격결손증이라는 진단을 받은 환자가 피고 병원에서 전신마취를 하고 개심수술을 받다가 대동맥박리(大動脈剝離) 현상이 일어나 사망한 경우이다. 이 사건에서 원인행위, 인과관계, 과실에 대하여 대법원은 다음과 같이 판결하였다.

“(환자의) 사망을 초래한 대동맥박리는 이 사건 심막중격결손 수술을 위한 캐놀라(개심술을 시행할 때 혈액을 펌프를 통하여 체순환시키기 위해 사용되는 작은 관) 삽관 직후에 나타난 것으로서 이 사건 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을

가능성이 없고, 그 발생 부위 또한 이 사건 캐놀라 삼관과 연관하여 볼 수 있는 부위로 보이고, 위 망인에게 이 사건 수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였으며, 한편으로는 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막에 대한 직접적인 열상이나 기계적인 압박 등 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있는데다가, 비록 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 0.16% 있지만 그와 같이 예외적으로 발생하는 경우도 주로 고협압 등 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 사정 하에서라면, 위 망인에게 발생한 이 사건 대동맥박리는 결국 대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막을 손상시키는 등 부적절한 캐놀라 삼관에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 할 것이다.”

이 판결 내용에서는 의사가 도대체 무엇을 잘못 했는지가 입증되지 않았다는 사실을 알 수 있다. 대동맥박리 때문에 사망하였는데, 그 대동맥박리가 의사의 어떠한 행위에 의하여 생겼는지가 전혀 밝혀지지 않은 것이고, 의사의 잘못이 없어도 그런 일이 일어날 수도 있다고 하였다.

이 논문에서는 채무불이행 책임이나 불법행위 책임을 묻기 위한 네 개의 요건사실이 ① 원인행위(위법한 행위 또는 적극적 채권침해 행위), ② 손해의 발생, ③ 원인행위와 손해의 발생 사이의 인과관계, ④ 고의 또는 과실임을 밝혔는데, 대법원의 판례의 입장은 이 네 가지 요건 모두의 입증책임이 환자 쪽에 있다는 것이었다.

그런데, 위 판례는 바로 가장 중요한 요건인 원인행위(요건 ①)가 입증되지 않았는데, 그것을 추정해 준 것이다. 즉, 그것이 무엇인지 모르겠으나, 의사의 무언가 잘못된 행위가 있었다는 것이고, 그 잘못된 행위가 원인이 되어 대동맥박리가 일어났으며, 그것이 사망으로 이어졌다고 인정한 것이다.

이것은 다른 말로 표현하면, 의사가 의사의 잘못이 없이 대동맥박리가 일어나게 된 다른 합리적인 원인을 설명하고 증명하지 못 하면 그것은 의사의 잘못으로 일

어난 것으로 볼 수밖에 없다는 것으로, 가장 중요하고 어려운 요건사실인 요건 ① 원인행위(위법한 행위 또는 적극적 채권침해 행위)의 입증책임을 의사 쪽에 지운 것이다.

나아가, 이 판결은 그러한 무언지 모르지만 있었을 것으로 보이는 의사의 잘못과 결과 발생 사이의 인과관계의 입증책임까지도 의사에게 떠넘겼다.

물론, 과실까지도 입증책임을 의사에게 넘어갔다.

즉, 이 판결은 앞에서는 채무불이행과 불법행위의 네 가지 요건 사실의 입증책임이 환자 쪽에게 있다고 밝혔으면서도 실제로는 손해의 발생(요건 ②)을 빼 나머지는 세 가지 요건사실 즉 원인행위(요건 ①), 인과관계(요건 ③), 과실(요건 ④)의 입증책임을 의사 쪽에 지운 것이다.

모든 우리나라 법원의 판결이 이와 같이 세 가지 요건사실의 입증책임을 의사 쪽에 떠넘긴 것으로 판결하지는 않았다. 오히려, 그 입증책임을 환자 쪽에 지워서 요건사실에 조금이라도 의심이 있으면 입증이 되지 않았다고 하여 환자 쪽에 패소 판결을 내린 예가 많다.

이 판례는 그러한 반대 판례들 사이에서 환자의 입증책임을 크게 덜어준 판결인데, 이 판결의 입장에 가까운 판례가 또 있다.

② 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결

이 사건은 환자가 척추전방유합술을 받은 후 예상하지 않은 하반신 완전마비증세가 나타난 경우이다. 이 사건에서 대법원은 다음과 같은 항소심 법원의 판결을 정당한 것으로 인정하였다.

“(환자의) 하반신 완전마비증세가 의사의 이 사건 척추전방유합술 시술 직후에 나타난 것으로서 위 수술과 위 증세의 발현 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성은 찾아볼 수 없고 오히려 수술준비과정이나 수술결과로 보아 다소 소홀한 면이 있지 않았나 짐작케 하는 사정들을 엿볼 수 있는데다가, 나아가 척추전방유합술의

시술과정에서 하반신마비가 생기는 원인들 중 허혈증으로 인한 경우는 전혀 보고된 사례가 없고 척추신경손상의 둘째, 셋째 및 넷째의 경우에는 위 원고처럼 급작스러운 하반신 완전마비가 오지 아니하는 것이라면, 결국 위 원고의 하반신 마비 증세는 의사의 위 수술과정상의 잘못, 그중에서도 척추신경손상의 첫째 경우, 즉 집도의가 부주의로 척추신경을 수술칼로 끊거나 소파술시 수술기구로 신경을 세게 압박한 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다”

이 사건에서도 의사가 도대체 무엇을 잘못하여 그것이 하반신마비증세를 불러왔는지 그 원인행위가 입증되지는 않았다는 것을 알 수 있다. 구체적으로 의사가 무엇을 잘못했는지가 입증되지 않았는데, 판결은 무언가 모르지만 의사가 잘못하여 하반신마비가 왔다고 판단하였다.

즉, 이 판결의 뒷면에는 의사가 자기 잘못이 아닌 다른 원인으로 하반신마비가 일어났다는 것을 입증하지 못 했기 때문에 의사가 수술칼로 척추신경을 끊었거나 수술기구로 신경을 세게 압박하여 그런 결과가 온 것으로 추정한 것이다.

이 또한 환자의 입증책임을 크게 덜어주어서 실질적으로 원인행위(요건 ①), 인과관계(요건 ③), 과실(요건 ④)의 입증책임을 의사에게 지운 것이다.

③ 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다28158,28165 판결

이 사건은 오른쪽 콩팥을 떼어내는 수술을 하다가, 뇌손상을 입은 사건이다. 판결은 이 사건에서 뇌손상이 어떤 원인으로 생겨났는지가 불분명한데, 하대정맥을 수술하다가 커다란 열상(裂傷, 찢어진 상처)이 생겨서 많은 출혈이 생겨났고, 그래서 혈압이 떨어져서 뇌에 피가 덜 공급되어 산소 결핍으로 뇌손상이 일어났다고 추정하였다.

판결은 다음과 같이 판결하였다.

“원고 홍금식의 우측신과 하대정맥의 유착가능성이 높아 신장을 절제함에 있어서 더욱 세심한 주의가 요구되었는데 다량의 혈액이 통과하는 위 하대정맥에 수술

시 보통은 발생하지 않는 정도의 커다란 열상이 생겨 대출혈이 일어났고 그로 인한 과다실혈로 급격히 혈압이 저하되어 상당한 시간 동안 뇌에 필요한 산소공급이 되지 못하게 되어 뇌손상이 생겨날 수 있는 상태가 야기된 것은 명백하고, 그러하다면 이는 하대동맥의 열상으로 인한 대출혈에 대응하는 효과적인 지혈조치와 수혈이 적시에 이루어지지 못한 것으로 봄이 상당할 것이고, 기록을 살펴보아도 원고의 뇌손상이 다른 원인으로 생겨났다고 볼 수 있는 특단의 사정을 찾을 수 없으며, 또 기록상 피고 주장처럼 현대의학으로 위와 같은 열상을 예방하는 방법이 없다거나 위와 같은 출혈이 피할 수 없는 합병증이라거나, 위 원고의 뇌손상이 결핵에 의한 혈관변병이나, 선천적 혈관 이상에 기인한 것이라고 볼 자료가 없고 보면, 위 원고의 뇌손상에 의한 기질성 장애와 시각유발전위체계의 기능부전은 위 의사들의 이 사건 수술과정에서의 잘못을 비롯한 피고 병원 쪽 의료과실에 기인한 것이라고 추정할 수밖에 없다”

이 사건은 결국 보통보다 큰 하대동맥의 열상과 뇌손상의 인과관계를 인정하였는데, 그 기본은 그것이 확실하지는 않지만 다른 납득할 만한 설명이 없기 때문에 큰 열상에서 피가 빠져나가서 혈압이 떨어지고, 결국 뇌에 피가 적게 공급되어 산소가 부족해서 뇌가 손상되었을 가능성이 있어서 그것을 인정할 수밖에 없다는 것이다. 즉, 하대동맥의 열상이 뇌손상의 원인이라는 사실을 막연히 추정하고, 의사로 하여금 그렇지 않다는 사실을 입증해 보라고 하고, 입증할 수 없으므로 그 인과관계를 인정한다는 것이다.

그리고, 이 판결은 큰 열상이 왜 일어났는지, 그것이 의사의 어떤 잘못으로 그런 큰 열상이 생겼는지 그 원인을 밝히지 못 했다. 그러면서도 어쨌든 그것은 의사가 무언가 잘못해서 생긴 것으로 추정한다고 한 것이다.

이 사건은 원인행위가 전혀 입증되지 않은 것은 아니나 다소 분명하지 않은데도 불구하고, 역시 원인행위(요건 ①), 인과관계(요건 ③), 과실(요건 ④) 모두 입증된 것으로 보아주고, 아니라고 하려면 의사 쪽에서 증거를 내서 뒤집어 보라고 한 것이다.

④ 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다2342 판결

이 사건 판결도 위에서 밝힌 대로 피해자 쪽에서 의료상의 과실 있는 행위를 입증하여야 한다고 전제하고, 다만 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있다고 밝혔다.

이 판결의 사건은 산부인과 의사가 산모의 질식분만을 시도하던 중 여의치 않자 제왕절개술을 시술하였으나 신생아가 출생 후 12시간여 만에 사망한 사건이다. 판결은 태아의 상태가 악화되는 양상이었으므로 빨리 제왕절개를 하여야 하는데, 늦게 수술을 하여 태아가 죽었다고 판단하였다. 이 사건에서 의사 쪽은 신생아가 조기 양막과수로 인한 감염 등 다른 원인으로 말미암아 사망하였다는 주장하였는데, 법원을 이 주장을 받아들이지 않고, 결국 제왕절개술을 빨리 하지 않아서 죽었다고 판결하였고, 의사 쪽에게 잘못이 있다고 판단하였다.

이 판결에서도 의사가 제왕절개를 빨리 하지 않았다는 사실만 지적하였을 뿐이고, 태아가 제왕절개 후 어떠한 과정으로 사망하였는지에 대하여 지적하지 않았다. 즉, 의사가 제왕절개를 빨리 하지 않은 행위는 물론 원인행위가 될 수 있으나, 그렇다면, 그 제왕절개를 늦게 한 것이 태아에게 어떠한 영향을 미쳐서 태아가 태어난 후에 죽었는지를 밝혔어야 할 것으로 보이는데, 판결은 그런 과정을 거치지 않았다.

이 판결도 결국 의사 쪽에서 납득할 만한 다른 원인을 입증하지 못 하였기 때문에 제왕절개를 늦게 해서 태아가 죽었다는 사실을 추정해 준 것으로 사실상 입증책임을 의사에게 떠넘긴 판결인 것이다.

⑤ 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결

이 사건은 이른바 디스크 수술이라고 하는 椎間板脫出症 수술을 받은 후 마취에서 깨어난 환자에게 하반신 완전마비 등 四肢不全痲痺 증상이 발생한 사건이다.

우선 판결은 이 사건 수술 이전에 환자에게 脊髓病變을 일으킬 만한 요인이 발

견되지 않았다는 사실을 지적하였다.

그리고, 수술 중 脊髓萎縮으로 인한 下半身痲痺가 생기는 원인으로서는 ① 외상성, 즉 외과수술로 인한 것, ② 세균감염으로 인한 것, ③ 탈수초성으로 인한 것, ④ 혈관성으로 인한 것, ⑤ 원인불명인 것(혈관내 혈류부족으로 인한 경우 포함)등 5가지가 있을 수 있다는 의학지식을 언급한 후, 그 원인들 중 ② 세균감염의 경우에는 열이 몹시 나는 前驅症狀이, ③ 탈수초성의 경우에는 먼저 눈이 안 보이는 전구증상이, ④ 혈관성으로 인한 것인 경우에는 全身紅斑 및 狼瘡이 나타나는 전구증상이 각 나타나는데, 원고에게는 이러한 전구증상이 없었으므로, 이들은 원인이 아닌 것으로 보인다고 판시하였다.

그러면 ① 외상성과 ⑤ 원인불명이 남는데, 頸髓에 혈액을 공급하는 전면척수동맥(Anterior Spinal Artery)은 척추동맥(Vertebral Arteries)으로부터 척수(脊髓)의 중심부를 타고 하향 파생된 동맥으로 1개 내지 3개의 신경근동맥(Radicular Arteries)과 합쳐지는데, 위 신경근동맥이 압박을 받으면 동맥경련 또는 혈전증이 생겨 척수병변을 발생시킬 수 있고, 척수 또는 전면척추동맥이 수술 중 외과적인 원인에 의하여 손상되면 운동마비 감각장애 등의 증상을 일으키는데, 이 사건과 같은 수술 후 극심한 합병증이 발생할 확률은 1퍼센트 미만인 것으로 알려졌다는 사실을 지적하였다.

따라서, 이러한 경우 비록 확률이 적더라도 달리 다른 원인으로 일어났다는 입증 없는 한, 원고의 사지부전마비 증세는 의사가 시술과정에서 수술기구 등으로 원고의 전면척추동맥 또는 신경근동맥을 과다압박 또는 손상하게 하여 척수혈류장애를 초래하였거나, 또는 환자의 제6 또는 제7 경추부위의 척수를 손상시킨 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 판결하였다.

즉, 이 사건은 환자 쪽에서 의사가 도대체 무엇을 잘못했는지를 전혀 입증하지 않았는데, 그 결과를 놓고, 의학에 의하여 밝혀진 가능한 원인을 하나하나 검토하여 가능성이 없는 것을 빼고 나니, 의사가 수술 도중에 잘못하여 척추를 다치게 하여 그런 결과가 온 것으로 볼 수밖에 없다는 결론에 이른 것이다.

즉, 환자는 의사의 원인행위를 입증한 바가 없고, 오히려 의사 쪽에서 다른 합당

한 원인에 의하여 그런 나쁜 결과가 왔다는 것을 입증하지 못 한 것이다. 이런 경우, 결국 원인불명인데, 그 결과를 의사의 잘못으로 낙착지은 것이고, 이것은 결국 원인행위(요건 ①), 인과관계(요건 ③), 과실(요건 ④)의 입증책임을 모두 의사 쪽에 지운 것이다.

(라) 대법원 판례의 입장의 정리

대법원 판결은 줄곧 의사의 의료상의 과실 있는 행위를 환자 쪽에서 입증하여야 하는 것이라고 밝히고 있다. 그러면서, 인과관계의 입증책임을 완화해 주는 판결이 있는 것인데, 위에서 본 바와 같이 일부 판결은 인과관계의 입증책임을 완화해 주다가 원인행위의 입증책임까지 의사 쪽에게 지워버렸다.

대법원 판결이 의료상의 과실 있는 행위를 환자 쪽에서 입증할 책임이 있다고 하는 것은 물론 통설인 법률요건분류설의 입장에 서는 것이다. 즉, 권리를 주장하는 이는 그 권리의 근거사실을 모두 입증할 책임이 있다는 법률요건분류설의 대명제에 근거하는 것이다. 그래서, 대법원은 의료상의 과실 있는 행위를 피해자이면서 권리를 주장하는 환자 쪽이 입증할 책임을 진다는 것을 판결에서 되풀이하고 있는 것이다.

그런데, 위에서 본 바와 같이 일부 판결은 겉으로는 입증책임이 환자에게 있다고 선언하고는 실제로는 원인행위(요건 ①), 인과관계(요건 ③), 과실(요건 ④)의 입증책임을 모두 의사에게 떠넘겼다. 판결은 그것이 의료소송의 특성 때문에 필요한 입증책임을 완화라고 생각한다. 그러나, 그것은 입증책임을 완화한 것이 아니다. 입증책임이란 입증이 안 되어, 판사가 그 나쁜 결과가 의사의 잘못으로 일어난 것인지, 아닌지를 알 수 없을 때 작동되는 것이다. 위의 몇 가지 판례는 의사가 도대체 무슨 잘못을 했는지 밝혀지지 않았다. 그런데도 판결은 무엇인지 모르지만 의사가 잘못해서 그런 일이 벌어졌다고 판단하였다. 이것은 다름 아니다. 입증책임을 의사에게 지운 것이다.

즉, 위 판례들은 원인행위(요건 ①), 인과관계(요건 ③), 과실(요건 ④)의 입증책임을 의사에게 지워놓고, 입증책임을 의사에게 지운 것이 아니라고 하고 있다. 대

법원이 이런 입장을 보이는 것은 법률요건분류설을 떠나지 않으려고 하면서 환자 쪽의 입증책임을 의사 쪽으로 넘기기 위하여 그런 것이다.

그런데 우리나라 대법원이나 하급심법원은 모두 위와 같은 판례의 입장에 선 것은 아니다. 수많은 대법원 판결이나 하급심 판결이 의사가 도대체 무엇을 잘못했는지 입증이 안 되었으므로, 의사의 책임을 인정할 수 없다고 판결하였다. 이것은 결국 판결이 구체적인 사례에 따라 달리 취급된다는 것을 뜻한다. 그러나, 결국 대법원은 의료소송에서 그것을 채무불이행 책임으로 보거나, 불법행위 책임으로 보거나 어떤 경우라도 모든 요건사실을 환자 쪽에서 입증할 책임이 있다는 입장은 확고히 지키면서 그렇게 하면 불공평하고 정의롭지 못한 경우가 생기므로, 의학에 문외한인 환자 쪽에게 입증의 짐을 덜어주어야 한다는 생각을 가지고, 어떤 경우에는 그 원인행위가 무엇인지 규명되지 않았는데도 의사의 책임을 인정하고, 어떤 경우에는 원인행위나 인과관계를 충분히 파악할 수 없으면 환자가 입증책임을 다하지 못 하였다고 하여 패소판결을 내리고 있는 것이다.

즉, 우리 법원은 의료소송에 관하여 통설인 법률요건분류설의 입장을 지키고 있는데, 다만 환자가 의료소송에서 매우 약한 입장에 서기 때문에 그 약한 입장을 보완해 주기 위하여 입증의 정도를 크게 덜어주는 판결을 한 것이며, 그렇게 입증의 부담을 덜어주다가 심한 경우에는 결국 입증책임을 의사에게 떠넘긴 것과 같은 결과가 되는 판결까지 한 것이다.

(3) 의료소송의 입증책임에 대한 논의

우리나라의 학설과 판례는 의료소송에 관하여 결국 법률요건분류설의 입장을 충실히 반영하고 있다. 즉, 그 권리를 주장하는 쪽이 요건사실을 입증하여야 하기 때문에 결국 네 가지 요건, 즉, 요건 ① 원인행위(채무불이행 행위, 또는 위법한 행위), 요건 ② 손해발생, 요건 ③ 인과관계, 요건 ④ 고의 또는 과실의 입증책임이 모두 채무자 또는 피해자인 환자에게 있다는 것이다.

그러나, 이 논문을 쓰는 이는 법률요건분류설을 벗어나 독자적인 기준에 의하여 입증책임의 분배를 논하고 있다. 따라서, 그 독자적인 기준에 의하면 다음과 같은

결론이 된다.

첫째 원인행위 즉 채무불이행 사실 또는 위법한 행위의 입증책임은 의료사고에 대하여 의사가 압도적으로 영향력을 미쳤으며, 증거도 의사가 모두 가지고 있는 반면에 환자는 영향을 미치지 못 하였으며, 증거도 없으므로, 결국 의사 쪽에서 입증책임을 져야 한다.

둘째, 손해발생은 환자 쪽에서 증거를 가지고 있으므로, 환자 쪽에서 입증할 책임이 있다.

셋째, 인과관계 역시 의사가 영향력도 크게 미쳤고, 증거도 가지고 있으므로, 의사 쪽에 입증책임이 있다.

넷째, 고의에 대한 입증책임은 고의가 있다고 주장하는 쪽이 환자 쪽이 될 것이므로, 환자 쪽에서 입증책임을 진다. 반면에 과실에 관하여는 영향력과 증거의 보유 사정 때문에 역시 의사 쪽에서 입증책임을 진다.

이러한 이론이 따르면 학설과 대법원 판례가 거론하고 있는 입증책임의 경감이나 전환을 논할 이유가 없다. 거듭 강조하지만, 의료사고에 대하여는 환자는 알지 못 한다. 반면에 의사가 그 행위를 하였으며, 그 사정을 잘 알 뿐 아니라 증거도 의사가 가지고 있다. 따라서, 위와 같이 손해의 입증을 뺀 나머지 세 가지 요건은 의사가 입증책임을 져야 한다.

2. 제조물책임 소송의 입증책임

(1) 製造物責任의 뜻과 문제점

제조물책임(products liability)은 제조자가 제조한 제조물이 소매상을 통하여 소비자에게 판매된 경우에 그 제조물의 하자로 인하여 소비자 또는 이용자가 입은 손해에 대하여 제조자가 부담하는 책임을 말한다.

제조물책임이 거론되는 이유는 피해자인 소비자는 제조물의 제조과정을 잘 알지 못 하며, 그 제조에 대한 전문적인 지식이 없기 때문에 제조자의 잘못을 주장, 입증하기 곤란하기 때문이다.

(2) 제조물책임의 성질

제조물책임에 대하여는 민법상의 하자담보 책임(瑕疵擔保責任), 채무불이행 책임 그리고 불법행위 책임이 거론된다.

제조물책임이 다른 경우와 달리 취급되는 것은 제조자가 제조물을 도매상, 소매상을 통하여 소비자에게 팔기 때문에 소비자와 직접 계약을 체결하지 않고, 심지어는 소비자와 접촉조차 하지 않는다는 데에 있다. 그리고, 나아가 제조물에 의한 피해가 그 물건을 산 사람뿐 아니라 그 물건을 사지 않았지만 그 물건을 사용하는 사람에게도 일어날 수 있다는 점이 법률적 구성을 어렵게 하는 것이다.

계약은 두 당사자가 접촉하여 청약과 승낙을 함으로써 이루어지고, 그 효력도 두 당사자에게만 미치는 것이다.

그렇다면, 물건을 살 때 소비자는 소매상에서 사기 때문에 단순히 생각하면 계약은 소비자와 소매상 사이에만 이루어지고, 제조자는 계약 당사자가 아니므로, 제조물의 결함 때문에 소비자가 손해를 입어도 소비자는 제조자에게 계약상의 책임을 물을 수 없다는 결론이 될 수 있다.

그러나, 이 점에 관하여 제조자가 품질보증을 한 경우에 제조자가 계약당사자가 아닌 소비자에 대하여 계약책임을 인수하는 것이므로 그런 경우 계약책임을 물을 수 있다고 보는 견해가 있다.¹⁷²⁾ 그리고, 이런 이론을 더 발전시키면, 제조자는 명시적이든지, 묵시적이든지 항상 소비자에 대하여 품질을 보증하는 것이므로, 결국 소매상이 소비자에 대하여 지는 계약 책임을 인수한 것이라고 볼 수 있는 것이다.

이러한 논리전개는 타당한 것이다. 즉, 제조자는 항상 소비자가 그 물건을 사용할 것임을 알고서 물건을 제조하여 공급하는 것이며, 그 소비자가 그 제조물을 사용하다가 그 물건의 결함에 의하여 입는 손해를 배상할 책임을 진다고 보아야 하는 것이다.

따라서, 제조물의 결함에 의하여 소비자에게 뜻하지 않은 손해가 발생하였다면 제조자는 이것을 배상하여야 할 것이며, 이것은 결국 적극적 채권침해의 논리로 돌아간다.

172) 오석락, 앞의 책, 194쪽.

제조물의 결함으로 인한 손해배상은 민법이 정하는 하자담보책임에 의하여 책임을 물을 수 있지만, 이 논문에서 논하여 온 채무불이행책임과 불법행위책임을 물을 수 있는 것이다.

(3) 제조물책임법

제조물책임에 대하여는 2000. 1. 12. 제조물책임법(법률 제6109호)이 제정되었다. 제조물책임법은 제조자의 책임이 계약상의 책임인지, 불법행위 책임인지를 따지지 않고, 제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다고 규정하였다.(제3조 제1항) 즉, 입법으로 적극적 채권침해의 경우에 손해를 배상하라고 규정한 것이다.

그리고, 그 법은 제조자의 면책사유를 규정하고(제4조), 손해배상 청구권의 시효를 민법의 불법행위와 마찬가지로 안 때로부터 3년, 공급한 때로부터 10년으로 규정하고(제7조), 그 이외의 문제는 민법에 의하여 해결하도록 하였다(제8조).

학설은 이 법률에 의하여 제조물의 결함 때문에 손해의 발생이 확정되면 제조업자가 과실 없음을 입증하도록 책임을 지었다고 본다.¹⁷³⁾

(4) 제조물책임 소송의 입증책임에 대한 학설

적극적 채권침해로서의 제조물책임 소송에서의 입증책임 또한 이 논문에서 논하는 바와 같이 채무불이행 책임과 불법행위 책임으로 나누어 살펴보아야 한다.

채무불이행 책임의 경우, 학설은 어느 쪽이 요건사실의 입증책임을 지는지 명확히 논하고 있지 않다. 다만, 채무불이행 책임의 일반적인 이론에 따라, 역시 채권자 쪽에서 모든 요건을 입증할 책임이 있는 것으로 보는 것 같다.¹⁷⁴⁾

불법행위로 보는 경우도 불법행위 책임의 입증책임의 일반 이론에 의하여 모든 요건을 피해자가 입증하여야 하는 것으로 보되, 그 입증책임을 감해 주기 위해 위험영역설과 일단의 추정의 법리를 전개한다.¹⁷⁵⁾

학설은 결국 제조물책임 소송의 입증책임은 피해자에게 있으나, 그 책임을 완화

173) 이시윤, 앞의 책, 492쪽, 최평오, 앞의 책, 614쪽, 오시영, 앞의 책, 684쪽.

174) 오석락, 앞의 책, 194쪽-195쪽.

175) 오석락, 앞의 책, 196쪽-206쪽. 홍기문, 앞의 책, 396쪽.

시켜야 한다고 하며¹⁷⁶⁾, 판례도 그러한 입증책임을 완화하였다고 본다.¹⁷⁷⁾

(5) 제조물책임 소송의 입증책임에 대한 논의

제조물책임 소송에서의 입증책임 역시 앞에서 본 바와 같이 네 개의 요건에 대하여 따로따로 입증책임을 논하여야 한다.

첫째로, 제조물책임에 있어서 원인행위의 발생에 대하여는 의료소송과는 사정이 좀 다르다. 의료소송은 의사가 환자로서는 알 수 없는 치료 행위를 하다가 손해가 발생한 것이므로, 그 영향력이나 증거의 보유 상태를 살펴볼 때 의사 쪽에서 입증책임을 져야 할 것인데, 제조물책임 소송의 경우는 일단 제조물을 팔고 나면 제조자는 모르는 상태에서 소비자가 제조물을 사용하다가 손해가 일어나는 것이기 때문에 그 영향력이나 증거 보유 상태로 보아 그 입증책임을 쉽게 제조자에게 넘겨버릴 수 없기 때문이다.

예를 들어, 티브이를 사서 보다가, 갑자기 티브이가 폭발해서 소비자 집이 불타서 손해를 입었다고 하면, 당장 부딪치는 문제가 도대체 왜 티브이가 폭발하였는가 하는 것이다. 즉, 소비자가 손해를 배상 받으려면 우선 그 폭발이 제조물의 결함 때문에 일어났다는 것을 밝혀야 하는 것이다.

이것은 더 세분화되어야 할 것으로 보인다. 즉, 소비자는 우선 그 손해가 그 제조물로 인한 것이라는 사실은 입증하여야 할 것으로 보인다. 그 손해가 제조물과 아무런 관계가 없는 것이라면 제조자의 책임을 논할 수 없기 때문에 소비자는 최소한 그 손해가 제조물과 관계있다는 사실을 입증할 책임이 있다. 그리고, 그 손해가 제조물의 결함 때문이 아니라는 사실은 제조자가 입증할 책임이 있다고 보아야 한다. 이것은 채무불이행 책임으로 보던, 불법행위로 보던 마찬가지로이다.

둘째로, 손해의 발생은 소비자가 입증해야 한다.

셋째로, 인과관계도 제조과정의 전문성에 비추어 볼 때, 제조자가 영향력이 크므로, 제조자가 입증할 책임이 있다고 보아야 할 것이다.

넷째로, 고의는 문제가 되지 않고, 과실만이 문제가 될 것인데, 이 역시 제조자가 과실 없음을 입증할 책임이 있다고 보아야 할 것이다.

176) 유승훈, 앞의 책, 584쪽.

177) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다15934 판결, 2006. 3. 10. 선고 2005다31361 판결.

제5절 적극적 채권침해의 입증책임

1. 적극적 채권침해의 입증책임의 정리

적극적 채권침해로 인한 손해를 배상 받으려면 피해자는 민법 제390조의 채무불이행 책임, 또는 제750조의 불법행위 책임을 주장하여야 한다.

그리고, 그 책임이 인정되려면 그 각 조항이 정하는 요건사실이 증명되어야 한다. 그 요건사실은 다음과 같은 네 가지로 나누어진다.

- ① 원인행위(채무불이행 행위, 또는 위법한 행위)
- ② 손해발생
- ③ 인과관계
- ④ 고의 또는 과실

이 논문은 이 네 가지의 요건사실을 누가 입증할 책임을 지는가를 따져서 밝히려고 한다. 그런데, 우리나라의 통설은 이 네 가지의 요건사실 전부를 피해자가 입증할 책임이 있는 것으로 보고 있다.

이중 채무불이행 행위의 입증책임에 관하여는 다수설이 채무자인 의사 쪽에 그 입증책임이 있는 것처럼 논하고 있으나, 이것은 추상적인 채무불이행 책임일 때 그러할 뿐이고, 구체적으로 적극적 채권침해 사실을 입증하여야 한다고 하면 우리나라 대부분의 민법학자들과 실무자들은 당연히 피해자 쪽이 그 사실을 입증할 책임을 진다고 생각한다.

결국, ① 원인행위 즉, 채무불이행 행위, 또는 위법한 행위의 입증책임도 피해자에게 있으며, 나머지 세 가지 요건사실도 모두 피해자가 입증할 책임이 있는 것이며, 피해자가 그 하나라도 입증에 실패하면 손해배상을 받을 수 없다는 것이다.

이렇게 생각하는 근거는 다름 아니라 법률요건분류설이 대명제로 내세우는, 권리를 주장하는 자는 그 권리의 근거를 입증할 책임이 있다는 믿음이다. 거듭 강조하거니와 이것은 헛된 믿음이다. 어찌하여 권리를 주장하는 자가 모든 요건사실을

입증해야 하는가? 그런 명제는 존재하지 않고, 그런 주장은 옳지 않다. 권리를 주장하는 이는 그 권리의 근거가 되는 사실을 주장만 하면 되는 것이지, 반드시 그 근거사실을 입증하여야 의무가 있는 것은 아니다. 우리나라 학자들과 실무자들은 권리를 주장하는 이는 권리의 근거 사실을 입증할 책임이 있다는 마술과 같은 주문에 홀려 있다.

주장책임은 변론주의에 근거하기 때문에 권리를 주장하는 이는 권리의 근거 사실을 주장하여야 한다. 그러나, 입증책임은 변론주의에 근거하는 것이 아니고, 어느 쪽 말을 거짓으로 보아야 진실에 가까운가 하는 이념과 입증이 안 된 경우에 어느 쪽을 폐소시켜야 공평한가 하는 이념에 의하여 결정되어야 하는 것이다.

따라서, 이제 권리를 주장하는 이는 권리의 근거 사실을 입증해야 한다는 헛된 믿음을 깨고, 위에서 거론한 네 가지 요건사실의 입증책임이 누구에 있는가를 따져서 밝히도록 한다.

2. 각 요건사실의 입증책임의 분배

(1) 가장 중요한 요건사실, 요건 ① 원인행위의 입증책임

(가) 채무불이행 책임과 불법행위 책임에서 가장 먼저 거론되는 요건사실이 원인행위이다. 이것은 가해자가 잘못을 저질렀다는 사실이다. 채무자가 잘못을 저지른 것을 민법 제390조의 채무불이행 책임의 관점에서는 채무를 불이행하였다고 보는 것이고, 민법 제750조의 불법행위 책임의 관점에서는 위법한 행위를 하였다고 평가하는 것이다. 이것은 같은 사실을 놓고 법률적 관점에 따라 표현을 달리하는 것이다. 즉, 채무를 불이행하였다는 것과 위법한 행위를 하였다는 것은 그 내용이 같은 것이다.

여기서 보는 잘못, 즉 채무불이행 행위, 違法한 行爲는 過失과는 다른 것이다. 많은 법률가들이 이 원인행위의 법률적 평가와 과실을 혼동한다.

즉, 여기서 거론하는 잘못은 행위의 객관적인 평가이다. 즉, 무언가 잘못되었다는 것이다. 가해자의 심리 내부의 상황과는 관계없이 잘못이 일어났다는 것이다. 예를 들어서, 송아지를 파는 사람이 전염병에 걸린 송아지를 넘겨 준 것이다. 매도

인은 그 송아지가 전염병에 걸렸다는 것을 알고서 보냈을 수도 있고, 모르고 보냈을 수도 있다. 매도인이 그 사실을 알았는지 몰랐는지 하는 정신적인 상태와는 관계없이 전염병에 걸린 송아지를 보냈다는 그 잘못된 행위가 채무불이행 행위요, 위법한 행위인 것이다.

이와 같이 가해자의 주관적인 정신상태와 관계없이 잘못을 저지른 것이 첫 번째의 요건사실인 원인행위이다.

(나) 여기서 거듭 따지고 강조할 것이 違法性和 過失의 구별이다. 많은 사람들이 위법성과 과실을 혼동한다. 즉, 위법하다는 것은 잘못 했다는 것이요, 잘못했다는 것은 주의의무를 위반하여 해서는 안 될 짓을 한 것이니, 그것이 곧 과실이라고 생각하는 것이다. 그러나, 위법하다는 것은 잘못했다는 것이지만, 그것은 주의의무 위반을 뜻하는 것은 아니다. 주의의무 위반은 과실의 내용이다. 즉, 주의의무는 마땅히 조심하여 그러한 잘못을 저지르면 안 되는데, 잠시 주의를 게을리 하여 잘못하여 해서는 안 될 짓을 했다는 뜻이다. 그러나, 위법성이라는 것은 주의의무와 관계없이 객관적으로 잘못된 것이다.

예를 들어, 계약에 따라 집수리를 하던 목수가 일부러 집을 망가뜨렸다고 한다면, 이것은 고의로 위법한 행위를 한 것이다. 이것은 주의의무 위반이 아닌 것이다. 즉, 주의의무 위반이 아니면서 위법한 행위가 성립된 것이다. 집을 망가뜨렸다는 사실 자체가 위법한 행위인 것이고, 그것을 알았는가 몰랐는가, 알아야 하는 주의의무를 위반했는가 안 했는가는 위법성과는 관련이 없는 것이다.

(다) 나아가, 違法性은 消極的인 작용을 한다. 즉, 피해자에게 해가 되는 행위가 위법하다고 적극적으로 따질 것이 아니고, 그 행위에 위법성을 없애주는 요소가 없는 한 위법한 것이 되는 것이다.

예를 들어서, 의사가 알면서 즉 고의로 피해자의 다리를 잘라냈는데, 그것이 전혀 예상하지 못 한 것이었다면, 그것은 일단 위법한 것이다. 군더더기를 붙이자면 그것이 채무를 불이행한 것이다.

그런데, 의사가 피해자의 다리가 괜찮다고 보고서 수술을 하던 도중에 다리를 잘라내지 않으면 피해자가 죽을지도 모른다는 급박한 사정을 발견하였다면, 의사는 피해자의 목숨을 구하기 위하여 다리를 잘라야 하는 것이다. 이런 사정이 있다면 이것은 형법이 규정하는 긴급피난 행위로서, 위법성을 없애주는 사정이 되는 것이다.

위법성이라는 요소는 이와 같이 소극적인 작용을 한다. 예상 밖으로 피해자에게 해를 가하는 행위는 채무불이행 행위이고, 위법한 행위이다. 그리고, 의사가 그렇게 해야만 하는 적절한 사유가 있다면 위법성이 없어지는 것이고, 그런 일이 있으면, 의사는 채무불이행 책임 또는 불법행위 책임을 지지 않게 된다.

(라) 채무불이행 행위 또는 위법한 행위는 어떤 일을 해서 손해 되는 경우 즉 作爲뿐만 아니라, 해야 될 일을 안 해서 해가 되는 경우 즉 不作爲까지를 포함하는 것은 당연하다.

(마) 원인행위의 입증은 곧 가해자가 어떤 잘못된 행위를 하였다는 사실과 그것이 위법하다는 것을 밝히는 것이다.

따라서, 원인행위의 입증책임을 논하는 것은 가해자가 어떤 잘못된 행위를 하였다는 사실의 입증문제와 그것이 위법한가 아닌가를 가리는 입증문제로 나누어 파악하여야 한다.

앞에서 본 바와 같이 우리 학설은 채무불이행 책임에 있어서 다수가 이행설의 입장에 서서 채무불이행 사실 즉 적극적 채권침해 사실의 입증책임을 채무자에게 있다는 입장을 취한다. 그러나, 실무에서는 채무불이행 사실의 입증책임을 채권자에게 지우고 있다.¹⁷⁸⁾ 반면에 불법행위에서는 통설은 위법한 행위의 입증책임을 피해자에게 있다는 입장에 서 있다.

178) 오석락, 입증책임론, 박영사, 177쪽. 저자는 이 책에서 판례가 일찍부터 이행설 즉 채무자가 입증책임을 지는 것이라는 입장을 지지하고 있다고 하며 그 예로 일본의 最高裁判所の 판례를 들고 있다. 그러나, 우리나라 판례 중에서 그러한 입장에 선 판례를 찾아보기 어렵고, 오히려 적극적 채권침해의 한 유형인 의료소송에서는 위에서 본 바와 같이 분명히 입증책임을 채권자인 환자에게 있다는 입장을 지키고 있다.

적극적 채권침해의 입증책임은 얼핏 생각하면 그러한 행위가 있었음을 주장하는 피해자 쪽에서 입증할 책임이 있어서 만일 가해자가 무슨 잘못된 짓을 했는지가 밝혀지지 않아서 가해자가 잘못된 행위를 하였는지 안 하였는지를 모르겠으면, 그런 일이 없다고 보아야 한다고 생각하기 쉽다. 이 논문에서는 입증책임 분배의 두 번째의 기준으로 “어떤 사실이 일어났는가, 안 일어났는가의 입증책임은 일어났다고 주장하는 쪽이 진다”는 기준을 세웠는데, 그 기준에 의하면 그러한 식으로 생각하게 될 것이다. 이 이론에 의하면 채권자가 입증책임을 져야 한다는 결론에 이른다.

그러나, 이것은 공평하지가 않고, 진실에 가깝지도 않다. 적극적 채권침해에 있어서 채무자가 그 채무를 이행하다가 어떤 생각지 못한 나쁜 결과가 생겼다면, 우리는 우선 채무자가 무언가 잘못해서 그런 일이 생겼다고 생각할 수밖에 없다. 그러므로, 피해자에게 생각지 못한 나쁜 결과가 왔다면, 채무자는 그 결과가 자기의 잘못된 행위가 아니라 다른 원인에 의하여 생겼다는 사실을 입증하여 납득시켜야 하고, 그것이 납득되지 않으면 그것은 채무자의 잘못 때문에 일어났다고 판단하여야 하는 것이다. 그것이 진실에 가깝고, 공평하다.

이것은 이미 앞에서 밝힌 입증책임 분배의 세 번째 기준인 “더 큰 영향력을 행사한 쪽이 입증책임을 진다”는 기준과 네 번째 기준인 “증거를 가지고 있어서 쉽게 낼 수 있는 쪽이 입증책임을 진다”는 기준 때문에 그러하다.

입증책임의 부담은 판사가 왜 그런 일이 일어났는지를 알 수 없을 때 문제가 되는 것이다. 그런데, 이와 같이 그 원인을 알 수 없을 때, 현재의 우리나라 학자들과 실무자들은 이런 경우에 모두 피해자에게 입증책임이 있다고 생각하여 가해자에게 책임이 없다고 판단한다.

그러나, 이것은 부당하다. 적극적으로 채권을 침해한 채무자는 자신이 잘못된 것을 숨길 가능성이 있다. 그리고, 예상하지 못한 나쁜 결과는 채무자가 채무를 이행하던 도중에 무언가 잘못을 하여서 일어났을 가능성이 높다. 따라서, 그 원인을 알 수 없다면, 그것은 채무자가 잘못된 일로 그러한 결과가 일어났다고 판단하는

것이 진실에 가까운 것이다.

결론적으로 예상하지 않은 나쁜 결과가 생겼을 때, 진실에 가까이 가려는 이상과 공평의 이념에 따라, 가해자는 “더 큰 영향력을 행사한 쪽이 입증책임을 진다”는 기준과 “증거를 가지고 있어서 쉽게 낼 수 있는 쪽이 입증책임을 진다”는 기준에 의하여, 그 나쁜 결과가 자신의 행위로 인하여 발생하지 않았다는 사실을 입증할 책임이 있으며, 그 사실을 입증하지 못 하여 원인을 알 수 없다면, 판사는 의사가 무언가 잘못하여 그런 일이 일어났다고 판단하여야 할 것이다.

이것은 일반론이고, 구체적으로 적극적 채권침해에 있어서의 위법한 행위의 입증책임은 과연 어느 쪽이 그 행위에 더 큰 영향력을 미쳤는가 그리고, 그 행위 및 결과에 대한 증거를 누가 더 많이 가지고 있는가를 살펴서 더 큰 영향을 미쳤고, 증거를 더 많이 가지고 있는 쪽에게 입증책임을 지우도록 결정하여야 한다.

두 번째로 위법성의 입증책임은 가해자가 진다. 일단, 예상하지 못한 나쁜 결과가 생기면 그것은 가해자가 잘못하여 즉 위법한 행위를 하여서 그런 일이 생겼다고 추정되는 것이고, 가해자는 그것이 위법하지 않다는 주장과 입증을 하여야 한다.

예를 들어, 의사가 다리에 난 종기를 수술하다가 예상 밖으로 다리를 잘라냈다면, 그것은 적극적 채권침해이며, 위법한 행위이다. 그런데, 종기 수술을 하다가 예상 밖으로 다리가 썩어 있는 것을 발견하고 급히 다리를 잘라내지 않으면 목숨이 위태롭다고 판단하여 다리를 잘라냈다면, 그것은 긴급피난이고 적법한 행위이다. 따라서, 그러한 사실을 입증한다면, 의사의 행위는 적극적 채권침해가 아니게 되고, 위법한 행위도 아니게 되는 것이다.

이것도 더 큰 영향력을 행사하였고, 증거를 가지고 있어서 쉽게 낼 수 있는 쪽이 입증할 책임을 지는 기준에 의하여 가해자 쪽이 입증책임을 지는 것이다.

(2) 손해발생의 입증책임 (요건 ②)

(가) 손해발생의 입증책임은 피해자 쪽이 진다. 우리 판례와 학설은 이 점에

관하여 뚜렷한 입장을 밝히고 있지 않으나, 실무의 입장은 의심할 나위 없이 피해자가 입증책임을 지는 것으로 보는 듯하다.

이것은 어떤 사실이 일어났는가 안 일어났는가가 문제가 되면 일어났다고 주장하는 쪽이 입증책임을 진다는 기준과 증거를 가지고 있는 쪽이 입증책임을 진다는 기준에 의하며, 일어났다고 주장하는 피해자가 입증책임을 지게 되는 것이다.

즉, 손해가 생겼다고 주장하는 피해자와 손해가 없다고 주장하는 가해자 사이에 다툼이 있고, 증거가 없으며, 그것은 손해가 없는 것이 되어 결국 피해자가 입증책임을 지는 것이며, 나아가 적극적 채권침해로 인한 손해의 증거도 피해자 쪽이 가지고 있기 때문에 피해자 쪽에서 입증해야 하는 것이다.

(나) 다만, 우리 손해배상제도는 피해자가 실제로 입은 손해 중에서 증거로 입증된 손해만을 배상하도록 하고 있다. 그래서, 손해가 있었을 것이라고 예상되더라도 실제로 증거에 의하여 입증되지 않으면 인정해 주지 않는 경우가 많다.

예를 들어, 교통사고로 피해자가 다쳐서 통원치료를 하면, 교통비가 든다. 그 교통비는 당연히 피해자에게 발생한 손해이다. 그러나, 우리 현실 상 버스나 택시비의 영수증을 받지 않기 때문에 변호사들이 이런 교통비의 손해를 청구하지 않고 있고, 법원도 원고가 영수증과 같은 증거를 갖추지 않고 대략적인 교통비를 청구하면 그 청구를 인용해 주지 않을 것으로 보인다.

나아가, 통원치료를 하게 되면 보통 한나절 또는 반나절 동안 일을 할 수 없게 된다. 병원이 집이나 직장에서 멀리 있으면 시간이 많이 들고, 가까이 있으면 시간이 적게 들 것이다. 어쨌든 통원 치료를 하게 되면 어느 정도 시간을 까먹게 되고, 이것은 분명히 일실수입으로 인정해 주어야 하는 것이다. 그러나, 입증의 어려움 때문에 원고는 이런 손해를 청구하지 않는다.

이런 교통비나 일실수입은 작은 금액이기 때문에 굳이 청구할 필요가 없다고 생각할지 모르나, 그것은 꼭 그렇지 않을 수가 있다. 그리고, 작은 금액이라도 피해자가 입은 손해를 배상 받지 못 하면 그것은 정의롭지 못 하다. 이 논문을 쓰는 이는 오히려 그런 눈에 보이지 않는 손해나 입증하기 곤란한 손해를 예상하여 법

원은 가해자로 하여금 피해자에게 넉넉한 금액을 배상하도록 판결하여야 한다고 생각한다. 징벌적(懲罰的) 손해배상을 인정하지 않는 우리나라의 손해배상법 제도에 의하면 결국 피해자는 억울한 일을 당하고도 입은 피해를 전액 배상 받지 못하고, 작은 금액이라고 하여 무시당하는 그런 일이 벌어지는 것이다.

나아가, 이런 손해를 정신적인 피해를 보상하는 위자료로 별충해 주면 된다고 생각할지 모르나, 그것은 온당하지 못 하다. 정신적인 피해의 배상과 물질적인 피해의 배상은 다른 것이다. 따라서, 실제적으로 물질적으로 입은 손해를 정신적 피해의 보상으로 떠넘겨서는 안 된다. 그리고, 우리나라에서는 아직까지 정신적 손해 배상액이 그리 큰 금액이 아니다.

이 논문을 쓰는 이는 입증책임을 완화하여 입증하기 곤란한 이런 손해를 증거가 부족하더라도 판사의 재량으로 인용해 주어야 한다고 주장한다. 즉, 피해자가 영수증과 같은 증거 없이 통원 치료를 위한 교통비, 통원 치료로 입은 일실수입을 대략적인 계산으로 청구하면, 사회적인 여건에 비추어 판사가 재량으로 그 금액을 정하여 배상하도록 하는 판결을 내려야 한다는 것이다.

이런 손해를 배상해 준다는 것을 민법이나, 특별법에 명시하여 입법으로 해결하면 더 좋을 것이고, 그렇지 않더라도 법원은 이런 청구를 인용해 주었으면 좋겠다는 생각을 하는 것이다.

(3) 인과관계의 입증책임 (요건 ③)

(가) 인과관계는 가해자가 어떤 잘못된 행위를 하고 그 행위가 원인이 되어 어떤 나쁜 결과 즉 손해를 일으켰다는 관계이다.

앞에서 거론하였듯이, 판례 중에는 “주의의무의 위반과 손해발생과의 사이에 인과관계”(대법원 2005. 9. 30. 선고 2004 다 52576 판결, 2003. 1. 24. 선고 2002다 3822 판결), “의료상 과실과 그 결과 사이의 인과관계”(대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다19486 판결), “과실과 손해발생 사이의 인과관계”(대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결)라는 표현이 있는데, 이것은 인과관계의 뜻을 잘못 파악한 것이다.

인과관계라는 것은 가해자의 원인행위(채무불이행 행위 또는 위법한 행위)와 손해 사이의 관계인 것이지, 주의의무나 과실과 손해 사이의 관계가 아닌 것이다.

(나) 원인행위와 손해 사이의 인과관계는 그 자체로 원인과 결과 사이의 관계로 인정되는 경우가 많은 것이다. 예를 들어, 의사가 잘못 하여 수술 가위를 배 안에 놓아 둔 채로 꿰매서 그곳에 세균이 번식하여 창자가 썩는 결과가 발생하였다면, 의사가 가위를 배 안에 둔 채로 봉합한 원인행위와 창자가 썩은 결과 사이의 인과관계는 쉽게 인정할 수가 있다.

그러나, 이것이 그렇게 쉽게 파악할 수 없을 때에는 결국 자연법칙과 경험법칙 그리고 통계자료가 동원되어야 한다.

자연법칙은 어떠한 조건이 갖추어지면 반드시 어떤 결과가 발생한다는 것이 밝혀진 것이다. 이런 자연법칙이 적용될 수 있는 사정이라면 인과관계의 입증은 쉬워진다. 그러나, 세상일에는 자연법칙이 밝혀져 있는 것이 그리 많지 못하다. 그리고, 과학은 계속 자연법칙을 탐구하여 밝혀내고 있는 것이다. 의학에서도 자연법칙이 밝혀져 있는 것이 상당히 있지만, 자연법칙이 아직 밝혀지지 않은 분야와 현상이 매우 넓고 많다.

경험법칙은 어떤 조건이 갖추어지면 반드시 어떤 결과가 온다는 것이 아니라, 대체로 그런 결과가 온다는 것이다.

통계는 어떤 조건에서는 몇 퍼센트 정도가 어떤 결과를 가져오는지를 보여준다.

(다) 적극적 채권침해로 인한 손해배상 소송에서의 인과관계는 매우 전문적일 수 있다. 즉, 그 이행의 내용이 전문적이어서 전문가가 아닌 보통사람은 알 수 없는 경우가 많은데, 대부분 가해자(채무자) 쪽이 전문가이고, 피해자(채권자) 쪽은 전문가가 아니다. 따라서, 당연히 그 영향력은 가해자가 압도적으로 세고, 증거도 가해자가 거의 다 가지고 있는 경우가 많다. 따라서, 그러한 경우라면 인과관계의 입증책임도 가해자 쪽이 져야 한다.

다만, 인과관계의 입증에 문제가 되는 경우는 두 가지로 나누어진다.

그 하나는 가해자가 어떤 잘못을 저질렀다는 사실은 밝혀졌고, 그 잘못된 행위가 나쁜 결과의 원인이 되었는가 아닌가 하는 것을 잘 모르겠다는 경우이다. 이런 경우 가해자는 그 잘못된 행위가 나쁜 결과의 원인이 아니라는 것을 입증하여야 하고, 그렇지 못 한 경우 책임을 져야 한다.

둘째는 가해자가 무슨 잘못을 저질렀는지 밝혀지지 않은 경우이다. 그러나, 예상하지 못 한 나쁜 결과는 발생해 있다. 이런 경우도 가해자는 그 나쁜 결과가 자기의 행위로 인하여 발생하지 않았다는 사실을 입증하여야 한다. 즉, 그 나쁜 결과가 자기의 행위가 아닌 다른 어떤 원인에 의하여 일어났다는 사실을 입증하지 못 하는 한, 그것은 가해자가 무언가 잘못해서 그것이 원인이 되어 나쁜 결과가 일어난 것으로 판단하여야 하는 것이다.

이것은 가해자가 전문가이고, 증거를 거의 다 가지고 있다는 전제에서 이끌어내는 결론이며, 이것이 진실에 가까운 것이고, 공평한 것이다.

(4) 고의, 과실의 입증책임 (요건 ④)

(1) 고의와 과실은 행위자인 가해자의 주관적인 의식상태이다.

故意는 가해자가 어떤 행위를 하여 나쁜 결과가 온다는 것을 알면서 그 행위를 하는 정신상태이다. 즉, 고의는 원인행위(위법한 행위 또는 채무불이행 행위 또는 잘못된 긴급사무관리)와 인과관계까지 알아야 한다.

過失은 두 가지로 나누어진다. 첫째는 가해자가 위법한 행위를 하는 줄 모르고 하는 것이다. 즉, 자기가 하는 위법한 행위 자체를 모른 것이다. 둘째는 그 행위를 하는 것은 인식하였는데, 그것이 나쁜 결과를 가져온다는 인과관계를 모른 것이다. 이 경우에 가해자는 그 분야의 보통 수준의 사람으로서 그 위법한 행위를 알아차리거나, 또는 그 인과관계를 알아야 마땅한데, 그러지 못 한 때에 과실(過失)이 있다고 하는 것이다.

고의는 단지 행위와 인과관계를 알았다는 정신상태인 반면에 과실은 그것을 몰

랐다는 정신상태와 그것을 알았어야만 한다는 주의의무가 합쳐진 것이다.

(2) 가해자에게 고의가 있었다면, 그것은 원한이나 다른 이유로 피해자를 해치려 하였거나, 또는 다른 이익을 지키기 위하여 부득이하게 행한 위법성이 없는 행위일 것이다.

가해자에게 고의가 있었다는 사실, 즉 그러한 나쁜 결과가 온다는 것을 예측하고도 그러한 행위를 하였다는 것을 입증하는 것은 가해자의 정신상태를 알아내는 것이므로, 보통의 방법으로 알아내기 어렵다.

가해자에게 고의가 있었는가는 加害者の 精神 속으로 들어가 볼 수 없으니, 결국 주위의 여러 가지 사정으로 판단하는 수밖에 없다.

그리고, 이것은 고의가 있었는가 없었는가 하는 것을 판단하는 것이니, 입증책임 분배의 두 번째의 기준인 어떤 사실이 일어났는가 안 일어났는가가 문제가 되면 일어났다고 주장하는 쪽이 입증책임을 진다는 원칙에 의하여 피해자 쪽에 입증책임이 있다고 보아야 한다.

결국, 사실은 가해자의 고의를 입증하기 매우 곤란하다는 결론이 된다. 그러나, 가해자가 원한이나 다른 이유로 고의로 피해자를 해치는 경우는 매우 드문 일이기 때문에 그렇게 판단하는 것이 진실에 가까운 것이다.

그리고, 가해자에게 고의가 없다고 하여 가해자가 책임을 벗는 것이 아니다. 고의가 없더라도, 과실이 있었는가 하는 판단이 기다리고 있다.

(3) 과실은 첫째로, 부주의로, 해서는 안 될 위법한 행위를 한 경우와 둘째로, 인과관계를 잘못 알고 위법한 행위를 한 경우로 나누어 생각해 보아야 한다.

부주의로 위법한 행위를 한 경우는 예를 들어 의사가 수술을 하다가 수술칼을 든 손을 잘못 놀려서 멸절된 핏줄을 잘랐다면, 복막염 수술을 할 때 썩은 창자 부위를 잘라내고서 잘 봉합하지 않은 채로 수술을 끝내서 봉합되지 않은 부위에 극심한 감염이 다시 생겼다면, 여러 가지 검사 결과를 잘 살펴보았으면 그 병을

발견하여 일찍 처치를 할 수 있었는데, 잘 살펴보지 않아서 그 병을 발견하지 못하고 넘어가 그 사이에 크게 악화되어 버렸다던가 하는 따위이다.

이것은 어떤 일을 하거나, 하지 말아야 하는데, 잠시 깜빡 잘못 하여 할 일을 하지 않았거나, 해서는 안 될 일을 한 것이다. 이것은 보통 가해자가 전문가로서 제대로 정신을 차렸으면 그런 일이 없었을 터인데 그런 일이 생겼다면, 과실이 있는 것이고, 다른 보통의 전문가들도 그것을 알아차리지 못 하고 그리고 말했을 것이 라면 과실이 없는 것이다.

둘째로, 인과관계를 잘못 알고 위법한 행위를 한 경우는 예를 들어, 어떤 환자에게 페니실린 주사를 놓으면 부작용이 생겨서 큰 일이 나는데, 의사가 그러한 의학 지식을 모르고 인과관계를 잘못 알고 페니실린 주사를 놓아 부작용이 생긴 경우이다. 첫 번째의 예는 의사가 핏줄을 자르려고도 하지 않고, 자르는 줄도 모르고 실수로 잘랐는데, 두 번째의 예는 의사가 페니실린 주사를 놓는 것을 알고 놓았는데, 그것이 예상외의 나쁜 결과를 불러온 것이다.

이 경우는 의사가 그러한 인과관계를 알아야 할 의무가 있는가 없는가 하는 문제가 된다. 보통의 그 방면의 의사들이 그러한 부작용이 일어나는 인과관계에 관한 의학지식을 알고 있었는데, 그 의사가 몰랐다면 그것은 과실이 있는 것이며, 대부분의 의사들이 그 부작용이 일어나는 줄을 모르고 있다면 그 의사에게는 과실이 없는 것이다.

이러한 두 가지의 과실의 입증은 다른 요건사실의 입증과 많이 다르다. 다른 입증은 요컨대 '사실(事實, fact)'을 입증하는 것인데, 과실의 입증은 가해자가 주의해야 할 것이 무엇인가, 이런 행위를 하지 말아야 할 의무가 있는가 없는가하는 '규범(規範, norm)'을 입증해야 하고, 그 규범을 위반한 사실을 입증하는 것이기 때문이다.

본래 재판에서 規範은 立證의 대상이 아니다. 즉, 裁判의 準則인 법(法, 규범)은 당사자가 입증할 필요가 없으며 법관이 알아서 적용하는 것이다. 만일 법관이 재

판의 준칙인 규범을 알아내지 못 하였다면 어떻게 되는가? 규범을 입증할 책임이 있는 쪽이 패소하는 것이 아니라, 그 재판은 法官의 良心과 事物의 理致 즉 條理에 의하여 판단하게 되는 것이다. 사실, 영미법의 普通法(common law)은 이러한 사물의 이치가 판례에 드러난 것이다.

과실을 입증하기 위한 규범도 입증할 필요가 있는가? 이것은 입증할 필요가 있다고 할 수도 있고, 없다고 할 수도 있다. 즉, 원고와 피고는 재판에서 이기기 위하여 자기에게 유리한 규범을 찾아서 주장할 필요가 있다. 이런 점에서 당사자는 승소를 위하여 입증할 필요성이 있는 것이다. 그러나, 규범을 찾을 수 없으면 판단은 판사의 양심과 사물의 이치 판단으로 넘어가는 것이다. 따라서, 그 판단이 판사의 양심에 맡겨지는 것이지, 입증책임을 지는 쪽에게 불리하게 판단하는 것이 아니다.

그러므로, 과실 판단의 기준이 되는 규범은 입증책임의 대상이 아니고, 그 규범을 입증하지 못 하였다고 하여 과실이 있는 것으로 판단되거나, 과실이 없는 것으로 판단되는 것이 아니고, 그러한 경우란 없는 것이고, 어떠한 상황이라도 판사는 양심에 의하여 의사가 과연 그러한 행위를 하지 말아야 할 주의의무가 있었는가 없었는가를 판단하여야 하는 것이다.

따라서, 과실 판단의 기준이 되는 규범은 입증의 대상이 아니고, 그 규범을 위반하였는지 여부를 따질 행위는 이미 원인행위와 인과관계에서 드러난다. 따라서, 과실 그 자체는 이미 드러난 원인행위와 인과관계를 가해자가 지켜야 할 규범에 적용하여 과연 과실이 있는가 없는가를 가리는 것이기 때문에 결국 과실의 입증은 원인행위와 인과관계의 입증이 되는 것이다. 그런데, 이것이 원인행위와 인과관계의 입증 단계에서 드러나기 때문에 별도로 과실의 입증책임을 분배할 필요가 없다는 것이다.

이와 같이 과실 판단의 기준이 되는 주의의무의 내용은 입증의 대상이 아니다. 그러나, 주의의무를 위반한 행위 자체는 입증 대상이 된다. 다만, 그 행위가 요건 ① 원인행위와 요건 ③ 인과관계를 입증하는 도중에 드러나기 때문에 그렇게 드러

난 행위에 대하여 법관이 과실이 있다 또는 없다는 가치 판단을 하는 것이다.

그리고, 이미 원인행위가 입증이 된다면, 즉 채무불이행 행위 또는 위법한 행위가 입증된다면 그것은 일단 과실이 있는 것으로 판단되어야 할 것이고, 과실이 없다고 주장하는 가해자 쪽이 과실이 없다는 입증책임을 져야 한다. 이것은 역시 진실에 가까이 가려는 이상과 공평의 이념에 따라, 가해자는 “더 큰 영향력을 행사한 쪽이 입증책임을 진다”는 기준과 “증거를 가지고 있어서 쉽게 낼 수 있는 쪽이 입증책임을 진다”는 기준에 의하여, 자신에게 과실이 없다는 사실을 입증할 책임이 있고, 그것을 입증하지 못 하면 과실이 있는 것으로 판단하여야 할 것이다.

이것은 가해자(채무자) 쪽에서 어떤 행위를 할 의무가 있고, 그러한 행위를 하다가 피해자(채권자)에게 손해를 입혔다는 사정을 전제로 하고, 나아가 대부분의 경우 채무자는 그 방면의 전문가인 반면에 채권자는 전문가가 아닌 사정을 염두에 둔 것이다. 이렇게 되면, 가해자가 더 큰 영향을 미쳤으며, 증거도 가해자가 더 많이 가지고 있기 때문에 이 논문에서 거론한 세 번째, 네 번째의 입증책임 분배의 기준에 따라서 가해자에게 입증책임을 지운 것이다.

그러나, 만일 그렇지 않고 채무자(피해자) 쪽이 더 큰 영향을 미쳤거나, 채무자 쪽이 더 많은 증거를 확보한 사정이 있다면 그 입증책임을 분배는 달라져야 한다.

제 6 장 결 론

1. 이 논문은 적극적 채권침해로 인한 손해배상 소송에서 누가 입증책임을 지는가 하는 문제를 살펴보았다.

그 논의를 위하여 적극적 채권침해가 무엇이며, 어떠한 법률이 적용되는가를 살펴 본 결과 적극적 채권침해는 채무자가 본래의 채무를 넘어서서 채권자에게 손해를 가한 경우라는 것이며, 그러한 경우에 어떠한 법률 규정을 적용하여 손해배상을 할 것인지에 대하여 학설의 대립이 있음을 보았다. 즉, 적극적 채권침해를 민법 제390조의 채무불이행 책임으로 보지 말고 민법 제750조의 불법행위로 보아야 한다는 학설이 있는 반면에 거꾸로 그것은 불법행위가 아니고 민법 제390조의 채무불이행 책임으로 구성하여야 한다는 주장도 있는 것이다. 그러나, 다수설과 판례는 적극적 채권침해로 인하여 입은 손해의 배상을 구하는 소송은 민법 제390조의 채무불이행 책임과 민법 제750조의 불법행위 책임이 모두 적용되고, 그 두 가지 청구권이 경합된다는 것이다.

그리고, 그러한 적극적 채권침해의 경우에 손해를 배상받기 위하여 필요한 요건 사실이 무엇인가를 분석해 본 결과, 민법 제390조의 채무불이행 책임에 의하든, 민법 제750조의 불법행위 책임에 의하든지 그 요건사실은 ① 원인행위 ② 손해의 발생 ③ 인과관계 ④ 고의 또는 과실의 네 가지로 나누어지는데, 그 중 가장 입증하기 힘들면서도 중요한 요건이 요건 ① 원인행위인 것이다. 원인행위는 채무불이행의 경우는 채무를 불완전하게 이행하였다는 사실이고, 불법행위의 경우는 위법한 행위이다.

2. 우리나라의 통설과 판례는 적극적 채권침해의 경우에 그 입증책임을 모두 채권자가 지는 것으로 보고 있다. 이것은 물론, 로젠베르크 이래로 뿌리 깊이 자리 잡은 법률요건분류설의 영향이다. 아직도 우리 법조 실무가나 학자들은 권리를 주장하는 자가 그 권리를 이유 있게 하는 요건사실을 모두 입증할 책임이 있고, 그 권리를 생기지 못 하게 하거나, 생긴 권리를 없애거나, 권리 행사를 방해하는 요건사

실은 그러한 사정을 주장하는 쪽에 있다는 법률요건분류설의 대전제를 신봉하고 있다.

그러나, 실제로 그 이론을 현실에 적용한 결과 의료소송, 제조물책임소송, 환경소송과 같은 분야에서 피해자에게 너무 가혹한 결과가 온다는 것을 확인하였다. 그리하여, 학자들과 실무자들은 입증책임은 피해자에게 있되, 그 피해자를 입증책임을 덜어주는 이론을 발전시켰다. 혹은 입증책임을 가해자에게 떠넘겨서 입증책임이 전환되었다고 한다.

그러나, 이 논문에서는 이것이 부당하다는 것을 논하였으며, 각각의 요건사실 별로 입증책임을 분배하여야 함을 밝혔다.

그리하여, 각 요건별로 누가 입증책임을 질 것인가를 탐구한 결과 요건 ② 손해의 발생은 피해자인 채권자가 입증할 책임을 지지만, 요건 ① 원인사실(채무불이행 사실, 위법한 행위)과 ③ 인과관계의 입증책임은 대부분 채무자인 가해자가 지고, 요건 ④ 고의 또는 과실의 경우는 고의와 과실을 나누어 고의는 피해자가, 과실은 가해자가 져야 한다는 결론에 이르렀다.

이 논문의 결론은 적극적 채권침해의 경우에 입증책임을 가해자 또는 채무자에게 전환시키자는 것이 아니다. 그 입증책임은 애초에 가해자 또는 채무자에게 있었던 것이고, 그것은 특별한 사정이 없는 한 바뀌지 않는다는 것이다.

다만, 이것은 일반론일 따름이다. 즉, 적극적 채권침해는 계약 또는 다른 채권관계가 전제가 되고, 채무자 쪽이 어떤 채무를 이행할 의무가 있음을 전제로 하는데, 대부분의 경우에 채무자가 어떤 행위를 하게 되며, 채무자 쪽이 그 방면의 전문가인 경우가 많기 때문에, 채무자 쪽이 영향력을 더 많이 미치게 되고, 증거도 더 많이 가지고 있다고 보기 때문에 그러한 결론에 이른 것이다. 따라서, 만일 채무자가 아니라 채권자가 더 큰 영향을 미친 사정이 있거나, 채권자가 더 많은 증거를 가지고 있는 상황이라면 그 결론은 달라져야 한다.

3. 오늘 날 의사의 잘못으로 예상하지 못 한 일이 벌어져서, 환자가 죽거나 불구가 되는 일이 있고, 그것이 손해배상 소송으로 이어지는 경우가 많다. 또한 제조물

책임 소송도 빈번히 생기고 있다. 이 두 경우가 이 논문의 주제인 적극적 채권침해의 전형적인 경우이다. 이 두 가지 소송은 전문지식과 증거 자료를 의사 또는 제조자가 가지고 있고, 환자 또는 소비자는 그 분야에 문외한이고, 증거자료도 가지고 있지 않는 경우이다. 이런 경우에 채무불이행 책임 소송 또는 불법행위로 인한 손해배상 청구 소송을 하게 되는데, 이때 법률요건분류설에 의하면 그 모든 요건사실은 환자, 소비자가 질 수밖에 없다. 이것은 부당하다.

이것이 부당하기 때문에 독일, 일본, 우리나라의 판례와 학설은 환자와 소비자의 입증책임을 덜어주는 이론을 발전시켰다. 이 논문에서는 그러한 이론과 판례를 검토하였다. 특히, 의료소송에 관한 대법원 판례는 입증책임이 환자에게 있다는 입장을 지키면서도 실제로는 도대체 무슨 원인으로 사망 또는 불구의 상태에 이른 것인지를 법원이 알지 못한 경우에도 의사 쪽의 과실이 있으며 그 과실 때문에 그러한 결과에 이르렀으므로, 의사가 책임을 져야 한다는 판결까지 내 놓았다. 이러한 판결은 의료소송의 입증책임을 거의 모두 의사에게 떠넘긴 것이나 마찬가지이다.

그러나, 입증책임이 본래 환자에게 있다는 그 이론은 한계에 부딪치지 않을 수 없으며, 논리적으로도 옳지 않다.

결국, 우리는 입증책임의 지도원리로 돌아가 과연 누구의 주장을 거짓으로 보아야 진실에 가까운가 하는 이념과 누구를 패소시키는 것이 공평한가 하는 이념을 되새겨서 각 요건사실의 입증책임을 정하여야 한다. 그렇게 되면, 결국 채무불이행 책임과 불법행위 책임에 있어서 필요한 네 가지 요건사실 중 손해의 발생과 정도만 환자와 소비자가 입증책임을 지고, 원인사실(채무불이행 사실, 위법한 행위), 인과관계, 과실의 요건사실은 의사와 제조자가 입증책임을 져야 한다는 결론에 이른다. 이것은 환자와 소비자가 불쌍해서 봐 주어서 그런 것이 아니고, 법이론에 의하여 마땅히 그러한 것이다.

이 논문이 내놓은 이 결론은 물론 아직 현실적으로 법원에 의하여 받아들여진 것이 아니고, 법률요건분류설의 바탕 위에 서 있는 학자들도 받아들이기 어려울 것이다. 그러나, 지금의 학설과 판례는 문제가 있으며, 계속 유지되어서는 아니 되

며, 진실에 가까이 가려는 노력과 공평을 실현하고자 하는 노력에 의하여 그 요건 사실의 입증책임이 의사와 제조자에게 있다는 이 논문의 결론을 받아들여 줄 것을 간절히 바랄 뿐이다.

참고 문헌

단행본

- 강봉석, 채권총론, 법영사, 2005.
- 강현중, 민사소송법, 박영사, 2004.
- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2003.
- 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2003.
- 권오승, 민법특강, 홍문사, 1995.
- 김대정, 채권총론, 피데스, 2007.
- 김상용, 채권총론, 법문사, 2003.
- 김선석, 증명책임의 연구(제1권), 육법사, 1991.
- 김선중, 최신실무 의료과오소송법, 박영사, 2005.
- 김용진, 실통본 민사소송법, 신영사, 2005.
- 김용한, 채권법총론, 박영사, 1983.
- 김주수, 채권총론(민법강의 3), 삼영사, 1999.
- 김준호, 채권총칙, 법문사, 2007.
- 김형배, 채권총론, 박영사, 1998.
- 김홍규, 민사소송법, 삼영사, 2005.
- 민법주해 제 IX 권 채권(2), 박영사, 1995.
- 박종두, 채권법총론, 삼영사, 2007.
- 박찬주, 새로 쓴 민사소송법, 조선대학교 출판부, 2007.
- 방순원, 민사소송법(상), 한국사법행정학회, 1989.
- 범경철, 의료분쟁 소송 -이론과 실제-, 법률정보센터, 2003.
- 손명세, 이인영, 산부인과 판례로 본 의료소송의 이해, 동림사, 2001.
- 송상현, 민사소송법, 박영사, 2004.
- 신현호, 의료소송총론, 육법사, 2000.
- 양병희, 민사소송법강의, 삼지원, 2007.

오석락, 입증책임론, 박영사, 2002.

오석락, 입증책임론서설, 청림출판, 1992.

오시영, 민사소송법, 학현사, 2004.

유승훈, 민사소송법, 도서출판 신화, 2005.

윤철홍, 채권총론, 법원사, 2006.

이덕환, 의료행위와 법, 문영사, 1998.

이상욱, Quik Review 채권총론, 영남대학교출판부, 2005.

이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2007.

이은영, 채권총론, 박영사, 2006.

이재상, 형법총론, 박영사, 2005.

장재현, 채권법총론, 경북대학교출판부, 2006.

정동윤, 유병현, 민사소송법, 법문사, 2007.

최재천, 박영호, 의료과실과 의료소송, 육법사, 2002.

최평오, 신민사소송법강의, 피데스, 2007.

추호경, 의료과오론, 육법사, 1992.

현승중, 채권총론, 일신사, 1975.

호문혁, 민사소송법, 법문사, 2006.

홍기문, 민사소송법, 대명출판사, 2005.

번역본

레오 로젠베르크(Leo Rosenberg) 지음, 오석락, 김형배, 강봉수 공역, 입증책임론 (Die Beweislast), 박영사, 1995.

유르겐 프릴쓰(Jurgen Prölss) 지음, 오석락 옮김, 손해배상소송에 있어서의 증명경감(Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß), 일신사, 1990.

오토마르 야우에르니크(Othmar Jauernig) 지음, 김홍규 옮김, 독일민사소송법 (Zivilprozeßrecht), 신원문화사, 1992.

학위논문

- 김민중, 의료소송의 민사책임에 관한 연구, 전북대학교 대학원 석사학위논문, 1984.
- 김철수, 의료분쟁해결에 있어서 의사의 민사책임, 경희대 대학원 박사학위논문, 2000.
- 범경철, 의료과오소송에 관한 연구, 전북대학교 대학원 박사학위논문, 2001.
- 손용근, 의료과오소송에 있어서 입증책임, 연세대학교 대학원 법학박사학위논문, 1992.
- 신은주, 의료과오소송에 있어서 입증책임, 경희대 대학원 법학박사학위논문, 1992.
- 장흥기, 의료과오소송에 있어서 입증책임경감이론 연구, 연세대학교 행정대학원 석사학위논문, 1997.
- 조형원, 의료분쟁과 피해자구조에 관한 연구, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 1994.
- 추호경, 의료과오에 관한 연구, 서울대학교 보건대학원 박사학위논문, 1991.
- 한범도, 의료과오로 인한 민사책임의 법리구성과 입증책임에 관한 연구, 성균관대학교 대학원 법학과 석사학위논문, 1991.
- 홍병철, 의료과오소송에서의 입증책임 경감법리에 관한 연구, 강원대학교 대학원 법학과 법학박사학위논문, 2006.

법학논문

- 강봉수, 의료과오소송에서의 입증경감, 법조, 제29권 제6호, 1980.
- 강봉수, 의료소송에 있어서의 증명책임, 재판자료 제27집 의료사고에 관한 제문제, 법원행정처, 1985.

강봉수, 입증책임분배에 있어서의 위험영역이론, 사법행정 1979년 2호, 3호, 4호.
 권오승, 의사의 주의의무, 민사법학, 제8호, 한국민사법학회, 1990.
 권용우, 의료과오의 책임, 법률연구 제3집, 삼영사, 1982.
 김선석, 의료과오에 있어서 인과관계에 관한 제문제, 법조, 제382호, 제383호, 1988.
 김선석, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 재판자료 제27집 의료사고에 관한 제문제, 법원행정처, 1985.
 김성수, 독일민사소송에 있어서 표현증명의 법리, 재판자료 제20집 자동차 사고로 인한 손해배상(상), 법원행정처, 1984.
 박일환, 의사의 진료과실과 의사책임소송에서의 입증책임(Die arztlicher Behandlungsfehler und die Beweislast im Arzthftproze) : 독일에서의 학설·판례를 중심으로, 재판자료 제24집 외국사법연수논집 (6), 법원행정처, 1984.
 이동락, 자동차사고로 인한 손해배상(상), 재판자료 제20집, 법원행정처, 1984.
 이보환, 의료과오로 인한 민사책임의 법률적 구성, 재판자료 제27집 의료사고에 관한 제문제, 법원행정처, 1985.

독일 문헌

Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, 11 Aufl. 1974.
 Leonhard, Die Beweislast, 1926.
 Rosenberg-Schwab-Gottwald, Zivilprozessrecht, C. H. Beck, 1993.
 Leipold, von Dieter, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Duncker und Humblot, 1966.
 Musielak, Hans-joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Walter de Gruyter, 1966.
 Reinecke, Die beweislastverteilung im bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitissch Regelungsaufgabe, 1976.

Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, Gieseking, 1974.

Wahrendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976.

일본 문헌

兼子一, 民事法研究 1권, 有斐閣, 1961.

近藤完爾, 証明の証明力, 民事訴訟法講座 2권, 有斐閣, 1954.

末川博, 続民法論集, 評論社, 1962.

三ヶ月章, 民事訴訟法, 弘文堂, 1982.

石田穰, 証拠法の再構成, 東京大学出版会, 1980.

田中和夫, 立証責任判例の研究, 岩松堂, 1967.

中島弘道, 挙証責任の研究, 有斐閣, 1973.

倉田卓次, 民事交通訴訟の課題, 日本評論社, 1976.

倉田卓次, 民事実務と説明論, 日本評論社, 1987.

村上博巳, 証明責任の研究, 有斐閣, 1975.

石田穰, 立証責任論の再構成, 判例タイムズ 26卷 10号 322号, 1975.

石田穰, 立証責任論の現状と将来, 法学協会雑誌 90卷 8号, 1973.

好美清光, 竹下守夫, イタイイタイ病第一次訴訟第一審判決の法的検討, 判例時報 646号, 1971.

中野貞一郎, 過失の一応の推定について (1), (2) 法曹時報 19卷 10号, 11号, 1967.

中野貞一郎, 医療裁判における証明責任, ジュリソト, 548号, 1973.

영문 요약 Abstract

A Study on the Problems of the Prevalent Theory Concerning the Responsibility for Proving the Required Facts.

- Especially in the Cases of the Positive Invasion of the Obligatory Right -

The obligator is responsible to do something for the obligee. Then sometimes the obligator may damage to the obligee over the duty by doing something other than the duty. For example a physician may kill a patient under the operation by mistakes.

The Korean Civil Code has not provided the clear clauses concerning those cases. The Korean law professors, lawyers, and judges recognize a concept of "the incomplete performance" or "the positive invasion to the obligatory right" and apply the Clause 390 of the Civil Code to those cases. Clause 390 prescribes that the obligator who has not performed its duty should compensate the obligee for the damages arising from the default.

Also, the obligator who failed in performance should be responsible for the damage according to the tort law. Its base in the statutes is Clause 750 of the Civil Code.

The author of this thesis tries to probe into the problem of who is liable for proving the facts of the conditions prescribed in Clause 390 and Clause 750.

Let's assume the case in which judges are not sure whose word is true and whose false. Even in those cases the court should give a decision. The theory of burdens of proving works in such cases. The judge must decide the party who is responsible to prove the fact as a liar if he is not

sure whose argument is true. Therefore the court defeats the party which is burdened for proving.

The Korean statutes have not provided the general clauses concerning burdens of proving. Then the legal practice has developed the principles of responsibility of proving.

A German scholar, Leo Rosenberg presented a theory persisting that the one who claimed the right should prove all the facts of necessary conditions for the right prescribed in the law. If he fails to prove the conditions, he loses his right. So the obligee or the sufferer claiming damage is liable for proving the facts of the conditions prescribed in the law.

The majority of the Korean law professors, lawyers, and judges follow in Rosenberg's wake. They believe that the proposition "those who claim rights should prove the necessary conditions" is a truth without doubt. They are under magic spells.

The author of this thesis is opposed to the above theory. The above proposition is not a truth. Why should those who claim rights prove the necessary conditions? The party who is responsible for proving the conditions is not necessarily the one who claims a right. We should break the magic spells.

They have taken the Responsibility for Insisting as the Responsibility for Proving. The civil action is a controversy between the both parties. Each party insists the fact which makes his right proper, or the fact which obstructs the opponent's right. The court does not judge things which any party has not insisted. This proposition is called "Discussism". Because the court does not review the facts which have not been submitted, those who attempt to get rights through some facts should insist the facts in the

court. This is Responsibility of Insisting. It originates from Discussism. The proposition "those who claim rights should insist the facts for the necessary conditions" is a truth owing to Discussism. However, the proposition "those who claim rights should prove the facts for the necessary conditions" is not a truth, because Responsibility for Proving is not due to Discussism.

The criteria for deciding who should prove the fact for the necessary conditions for the right are guided by two ideologies. The one is "the access to the truth" and the other is "fairness".

The first is that which one among the facts insisted by both parties the judge regards as false is closer to the truth. Which one is more possible to be true? From this point of view the criteria for deciding who should be burdened for proving should be probed.

The second is that which party the court defeats is fair. For example if a party has all the means of proving, nevertheless he has not submitted any evidence, so the judge is not sure what happened, the court should think him concealing something true, therefore defeat the party. It is fair.

According to the two ideologies the author of this thesis has revealed four criteria for deciding who should prove the facts for the necessary conditions for the right.

(1) Some clauses of laws indicate who should prove the conditions. A good example is the presumption clause. This clause of law prescribes a certain fact to be presumed. In that case, those who argue against the presumption should prove that it is not true.

(2) The party who has influenced more to the result is burdened of proving. It is fair.

(3) The party who has more proofs should prove the facts.

(4) In case that the one insists an incident happened, but the other

persists it not happened, the court should decide it not happened without proper proving. For example a party insists having paid the debt, but the opponent claims not having obtained performance. Both parties have not submitted sufficient evidences. Then the court should regard the debt as not having been paid.

The conditions necessary for compensation for the positive invasion to the obligatory right are ① the cause (performance not proper or th illegal deed), ② damage, ③ causation between the cause and the damage, and ④ the wrongdoer's intention or fault.

The Korean legal prudence charges the obligee or the victim with burden of proving all the necessary conditions.

The author of this thesis dissents from the position of the majority and the case law. It is not fair. It is not nearer to the truth. According to criteria (3) and (4), the victim is liable for proving condition ② damage.

However, depending on criteria (2) and (3), the obligator or the harmer is burdened for proving condition ① the harmer's wrong deed, condition ③ causation between the cause and the damage, and condition ④ the wrongdoer's intention or fault.

Of course it is not absolute criteria. If the conditions are different, the burdens of proving may be changed.

No Korean laws have provided any clauses concerning the burden of proving. The judges have placed the responsibility of proving on the sufferer through interpretation of principles of laws.

Therefore I hope the court to change its opinion and to shift the liability of proving to the obligator or the harmer.

