

V. 민사소송법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임

1. 소송절차

가. 소송대리권의 증명

소송대리인의 대리권⁴⁶⁰⁸⁾ 존부는 법원의 직권조사사항이고, 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 한다. 소송대리권의 위임장이 사문서인 경우 법원은 소송대리권의 증명에 관하여 인증명령을 할 수 있다.^{4609) 4610)}

4608) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026 판결; “소송대리권의 범위는 원칙적으로 해당 심급에 한정되지만, 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있으므로, 상소장에 인지를 붙이지 않은 흠이 있다면 소송대리인은 이를 보정할 수 있고 원심 재판장도 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있다. … 피고 1이 소송대리인에게 원심 소송을 위임하면서 상소제기에 관한 특별수권을 하였으므로, 피고 1의 소송대리인에게 인지보정명령을 하고, 그 인지보정명령에 대한 불응을 이유로 상고장을 각하한 원심 재판장의 조치는 적법하다.”

4609) 민사소송법 제89조(소송대리권의 증명) ① 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 한다. ② 제1항의 서면이 사문서인 경우에는 법원은 공증인, 그 밖의 공증업무를 보는 사람(이하 “공증사무소”라 한다)의 인증을 받도록 소송대리인에게 명할 수 있다. ③ 당사자가 말로 소송대리인을 선임하고, 법원사무관등이 조서에 그 진술을 적어 놓은 경우에는 제1항 및 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

4610) ○ 대법원 1997. 9. 22.자 97마1574 결정; “소송대리인의 대리권 존부는 법원의 직권조사사항이라 할 것이고, 그 소송대리권의 위임장이 사문서인 경우 법원이 소송대리권의 증명에 관하여 인증명령을 할 것인지의 여부는 법원의 재량에 속한다고 할 것이나 상대방이 다투고 있고 또 기록상 그 위임장이 진정하다고 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없는 경우에는 법원은 그 대리권의 증명에 관하여 인증명령을 하거나 … 대리권의 흠결 여부에 관하여 조사하여야 할 것이다. … 소송대리인으로서 소 또는 상소를 제기한 자가 법원의 인증명령에도 불구하고 그 대리권을 증명하지 못하는 경우에는 법원은 그 소 또는 상소가 소송대리권 없는 자에 의하여 제기된 부적법한 것임을 이유로 각하할 수 있고, 이 때 그 소송비용은 그 소송대리인이 부담하여야 할 것이며, 이는 그 소송대리인이 법원에 대하여 사임의 의사를 표명한 경우에도 마찬가지이다.”

○ 대법원 2016. 6. 17.자 2016마371 결정; “민사소송법 제108조, 제107조 제2항에 의하여 종국판결로써 소를 각하하면서 소송비용을 당사자본인으로 된 사람을 대신하여 그 소송행위를 한 무권대리인에게 부담하도록 하는 경우에는 비록 그 소송대리인이 판결선고 전에 이미 사임한 경우라고 하더라도 판결정본을 송달하는 등의 방법으로 재판결과를 통지하여야 하고, 이는 항소심법원이 항소를 각하하면서 무권대리인에게 항소 이후

나. 변론재개 및 심리속행 의무의 요건

당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 이를 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속하고, 예외적으로 법원의 변론 재개 및 심리 속행 의무가 인정된다.⁴⁶¹¹⁾

다. 소송행위의 추후보완

소송행위의 추후보완⁴⁶¹²⁾ 사유의 유무는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다.⁴⁶¹³⁾

의 소송비용을 부담하도록 하는 경우에도 마찬가지이다. 만일 법원이 위와 같이 소송비용을 부담하도록 명한 무권대리인에게 재판결과를 통지하지 아니하여 그가 소송비용 부담 재판에 대한 항고기간을 준수하지 못하였다면 ... 그 무권대리인은 자기책임에 돌릴 수 없는 사유로 항고기간을 준수하지 못한 것으로 보아야 한다. ... 민사소송법 제108조, 제107조 제2항에 의하여 소송대리인이 그 대리권 또는 소송행위에 필요한 권한을 받았음을 증명하지 못한 경우라도, 소송대리인이 그 소송위임에 관하여 중대한 과실이 없는 경우에는 그 소송비용은 이와 같은 소의 제기를 소송대리인에게 위임한 자가 부담하도록 함이 상당하다.”

4611) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결; “당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 그러나 ① 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 ② 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 석명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 한편, 법원이 변론을 재개할 의무가 있는지 여부는 위와 같은 예외적인 요건 등을 갖추고 있는지 여부에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 예외적 요건 등을 갖추지 못하여 법원이 변론을 재개할 의무가 없는데도 변론이 재개될 것을 가정하는 다음, 그와 같이 가정적으로 재개된 변론의 기일에서 새로운 주장·증명을 제출할 경우 실기한 공격방어방법으로 각하당하지 아니할 가능성이 있다는 사정만으로 법원이 변론을 재개할 의무가 생긴다고 할 수는 없다. 다만, 실제로 법원이 당사자의 변론재개신청을 받아들여 변론재개를 한 경우에는 소송관계는 변론재개 전의 상태로 환원되므로, 그 재개된 변론기일에서 제출된 주장·증명이 실기한 공격방어방법에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 변론재개 자체로 인한 소송완결의 지연은 고려할 필요 없이 민사소송법 제149조 제1항이 규정하는 요건을 충족하는지를 기준으로 그 해당 여부를 판단하면 된다.” ■ 긍정례로는 2009다64635 판결, 2011다5592 판결, 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다277641 판결, 부정례로는 2010다20532 판결 및 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결 참조.

4612) 민사소송법 제173조(소송행위의 추후보완) ① 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다. 다만, 그 사유가 없어질 당시 외국에 있던 당사자에 대하여는 이 기간을 30일로 한다. ② 제1항의 기간에 대하여는 제172조의 규정을 적용하지 아니한다.

4613) 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없어 이에 대하여 판단하지 아니하였다고 하더라도 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없다(99다3150).

당사자가 항소를 제기하면서 추후보완항소라는 취지의 문언을 기재하지 아니하였다 하더라도 그 전체적인 취지에 비추어 그러한 주장이 있는 것으로 볼 수 있는 경우에는 당연히 그 사유에 대하여 심리·판단하여야 하고, 증거에 의하여 그 항소기간의 경과가 그의 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것으로 인정되는 이상, 그 항소는 처음부터 소송행위의 추후보완에 의하여 제기된 항소라고 보아야 한다(2007다41560). 이에 비해, ‘항소인이 추완항소임을 명백히 하지 아니한 이상 법원이 항소각하판결을 하기 전에 반드시 그 추완사유의 유무를 심리하거나 이를 주장할 수 있는 기회를 주어야 하는 것은 아니다.’라고 한 것도 있다(2011마1335).

추후보완의 대상인 기간은, 법률에서 명문으로 ‘불변기간으로 한다.’라고 규정하고 있는 기간인 ‘불변기간’에 한하나, 불변기간이 아닌 법정기간의 경우 법원이 직권으로 늘리거나 줄일 수 있다.⁴⁶¹⁴⁾

‘당사자가 책임질 수 없는 사유’라고 함은 당사자⁴⁶¹⁵⁾가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 가리키는데, 이는 추후보완 하고자 하는 당사자 측에서 증명하여야 한다(예컨대, 동거인에 대한 보충송달로 송달된 경우, 그와 함께 생활하지 않았거나 그의 판결 정본 수령에도 불구하고 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하였다는 점을 증명하여야 한다).⁴⁶¹⁶⁾

‘소장부분과 판결정본 등이 공시송달⁴⁶¹⁷⁾의 방법에 의하여 송달’되었다면 ‘특별한 사정’⁴⁶¹⁸⁾이 없는 한 피고는 과실 없이 그 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 피고는 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하는

4614) 대법원 2024. 6. 27.자 2024마5813 결정; “민사집행법 제15조 제2항에 의한 항고장 제출기간과 달리 민사집행법 제15조 제3항에 의한 항고이유서 제출기간을 불변기간으로 명시하는 법률 규정은 없으므로, 민사집행법 제15조 제3항에 의한 항고이유서 제출기간은 불변기간이라 할 수 없다. 그러므로 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에 소송행위의 추후보완을 허용하는 민사소송법 제173조는 불변기간이 아닌 항고이유서 제출기간에 적용되지 않는다. 그러나 민사소송법 제172조 제1항에 의하면 법원은 불변기간을 제외한 법정기간을 늘리거나 줄일 수 있으므로, 항고이유서 제출기간을 늘리는 것은 가능하다. 한편 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우 소송행위의 추후보완을 할 수 있는 것과의 균형상 항고인이 책임질 수 없는 사유로 말미암아 항고이유서 제출기간을 지킬 수 없었던 경우 법원은 제출기간이 지난 후에라도 민사소송법 제172조 제1항에 의하여 항고이유서 제출기간을 늘릴 수 있다고 보아야 한다.”

4615) ‘당사자’에는 당사자 본인뿐만 아니라 그 소송대리인 및 대리인의 보조인도 포함된다(99다9622).

4616) 대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다244980, 244997 판결; “직권으로 … 상고의 적법 여부를 판단한다. … 민사소송법 제186조 제1항에 의하면 근무장소 외의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 동거인 등으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람에게 서류를 교부하는 방법으로 송달할 수 있고, 여기에서 ‘동거인’은 송달을 받을 사람과 사실상 동일한 세대에 속하여 생활을 같이하는 사람이지만 하면 되며, 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하여 자신이 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간인 상소기간을 지키지 못하게 되었다는 사정은 상소를 추후보완하고자 하는 당사자 측에서 주장·증명하여야 하므로, 피고 15는 원심 판결 정본의 송달 당시 … 에서 소외인과 함께 생활하지 않았거나 매형인 소외인의 원심판결 정본 수령에도 불구하고 원심판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하였다는 점을 증명하여야 한다. 그러나 피고 15는 이와 같은 사정에 관하여 별다른 증명을 하지 아니하였다. 따라서 피고 15가 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 상소기간을 준수할 수 없었던 경우라고 볼 수 없으므로, 피고 15의 상고는 불변기간인 상소기간이 지난 후에 제기된 것으로서 추후보완의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.”

4617) 대법원 2024. 5. 9.자 2024마5321 결정; “재판서류를 공시송달의 방법으로 송달하기 위해서는 당사자 주소 등 송달할 장소를 알 수 없는 경우이어야 하고, 법원이 송달장소는 알고 있으나 단순히 폐문부재로 송달되지 아니한 경우에는 공시송달을 할 수 없다. 그러나 송달받을 사람이 주소나 거소를 떠나 더 이상 송달장소로 인정하기 어렵게 되었다면 이러한 경우에도 송달할 장소를 알 수 없는 경우에 해당된다고 볼 수 있다.”

4618) 피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 ‘특별한 사정’이란, 피고가 소송을 회피하거나 이를 곤란하게 할 목적으로 의도적으로 송달을 받지 아니하였거나 피고가 소 제기 사실을 알고 주소신고까지 해 두고서도 그 주소로 송달되는 소송서류가 송달불능되도록 장기간 방치하였다는 등의 사정을 말한다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다228745 판결; 소장부분 등이 이미 공시송달의 방법으로 송달된 상태에서 제1심법원이 피고에게 전화로 연락하여 소장부분 송달에 관한 내용과 변론기일 등을 안내해 주었다는 정도의 사정만으로는, 제1심판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 피고가 모른 데 대하여 피고에게 책임을 돌릴 수 있는 사유가 있다고 선불리 단정하기 어렵다고 한 예).

다.⁴⁶¹⁹⁾

‘소송의 진행 도중’ 통상의 방법으로 소송서류를 송달할 수 없게 되어 ‘공시송달’의 방법으로 송달한 경우에는 (소장부분의 송달부터 공시송달의 방법으로 소송이 진행된 경우와 달라서) 당사자에게 소송의 진행상황을 조사할 의무⁴⁶²⁰⁾가 있으므로, 당사자가 이러한 소송의 진행상황을 조사하지 않아 불변기간을 지키지 못하였다면 이를 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라고 할 수 없다.⁴⁶²¹⁾ 조정절차가 소송으로 이행된 경우,⁴⁶²²⁾ 당사자

4619) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다46601 판결 등.

○ ‘피항소인에게 항소장 부분 및 변론기일 소환장이 공시송달의 방법에 의하여 송달되었고, 판결정본도 공시송달의 방법으로 송달’되었다면, 피항소인으로서 항소심 절차가 진행되었던 사실을 모르고 있었다고 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 피항소인은 과실 없이 그 판결의 송달을 알지 못한 것이라고 할 것이고, 이러한 경우 피항소인은 그 책임질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 추완상고를 할 수 있다. 이 경우 피항소인은 당사자로서 절차상 부여된 권리를 침해당하였다고 할 것이므로, 당사자가 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 민사소송법 제424조 제1항 제4호의 규정(절대적 상고이유; 법정대리권·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때)을 유추 적용할 수 있어 원심판결은 직권으로 파기된다(95다21365).

○ 제1, 2심 모두 피고에 대하여 소장 부분 및 변론기일 통지서 등 모든 서류를 공시송달의 방법으로 송달하고 피고가 출석하지 않은 상태에서 변론기일을 진행하여 1심이 원고의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였고 이에 원고가 항소함으로써 2심도 추가로 원고의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고한 경우, 피고로서는 1심판결 중 피고 패소 부분에 대하여는 추후보완 항소를, 2심판결 중 피고 패소 부분에 대하여는 상고나 추후보완 상고를 각각 제기할 수 있다. 이러한 경우 1심판결에 대한 원고의 항소로 1심판결 전부가 2심법원으로 이심되어 그에 관한 2심판결이 선고되기까지 하였으나 1심판결 중 피고 패소 부분은 2심의 심판대상이 되지 않았으므로, 2심으로서 피고의 추후보완 항소가 적법하다고 판단되면 그 부분을 심판대상으로 삼아 심리한 후 그에 관하여 추가판결을 하면 된다. 그런데 2심이 피고의 추후보완 항소 부분에 관하여 심리하지 않고 있는 동안에 피고의 상고가 받아들여져 2심판결 중 피고 패소 부분에 관하여 파기환송 판결이 선고된 경우에는 환송 후 2심으로서 피고의 추후보완 항소가 적법하다고 판단되면 그 추후보완 항소 부분과 파기환송된 부분을 함께 심리하여 그에 관하여 하나의 판결을 선고하면 된다(2010다98948).

4620) 이러한 의무는 당사자가 변론기일에서 출석하여 변론을 하였는지 여부, 출석한 변론기일에서 다음 변론기일의 고지를 받았는지 여부나, 소송대리인을 선임한 바 있는지 여부를 불문하고 부담한다(2006다3844).

4621) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012다44730 판결 등.

4622) ○ 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다213322 판결; “조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 후 피신청인의 주소가 변경되었음에도 피신청인이 조정법원에 주소변경신고를 하지 않은 상태에서 민사조정법 제36조 제1항 제2호에 따라 조정이 소송으로 이행되었는데, 통상의 방법으로 변론기일통지서 등 소송서류를 송달할 수 없게 되어 발송송달이나 공시송달의 방법으로 송달한 경우에는 처음부터 소장 부분이 적법하게 송달된 경우와 달라서 피신청인에게 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있다고 할 수 없다. 따라서 피신청인이 이러한 소송의 진행상황을 조사하지 않아 상소제기의 불변기간을 지키지 못하였다면 이는 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것에 해당한다.”

○ 대법원 2011. 10. 27.자 2011마1154 결정; 원심이 판결 선고 후 두 차례에 걸쳐 피고에게 판결정본을 송달하려 하였으나 모두 폐문부재를 이유로 송달되지 아니하자 공시송달로 판결정본을 송달한 사안에서, 소송서류를 공시송달의 방법으로 송달하기 위해서는 당사자 주소 등 송달할 장소를 알 수 없는 경우이어야 하고 법원이 송달장소는 알고 있으나 단순히 폐문부재로 송달되지 아니한 경우에는 공시송달을 할 수 없으므로, 위 판결정본의 송달은 적법하다고 볼 수 없고, 공시송달이 요건을 갖추지 못하여 부적법하더라도 재판장이 공시송달을 명하여 일단 공시송달이 이루어진 이상 송달의 효력은 발생하나, 원심법원이 변론을 종결하면서 사건을 조정절차에 회부하고 조정기일만을 고지하였을 뿐 판결선고기일은 지정·고지하지 아니하였고, 조정기일에 피고가 출석하지 아니하자 조정불성립으로 조정절차를 종결하고 판결을 선고하여 원심법원의 잘못으로 피고에게 판결선고기일이 제대로 고지되지 아니하였고, 판결정본의 송달과 관련하여 공시송달 요건이 갖추어지지 않았던 사정을 종합하여 보면 피고가 조정기일 이후의 재판진행상황을 즉시 알아보지 아니함으로써 불변기간을 준수하지 못하게 되었다 할지라도 이를 피고에게 책임을 돌릴 수 있는 사유에 해당한다고 할 수는 없으므로, 피고가 직접 판결정본을 수령한 후 2주 내에 상고장을 제출한 것은 적법한 상고의 추후보완에 해당한

가 소송 계속 중에 수감된 경우⁴⁶²³⁾는 위와 다르다.

‘사유가 없어진 날’이라고 함은, ‘당사자’나 ‘당해 사건’에서의 ‘소송대리인’이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고 나아가 그 ‘판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때’를 가리키는 것이고, 다른 특별한 사정이 없는 한 통상의 경우에는 ‘당사자나 그 소송대리인이 그 사건 기록을 열람하거나 또는 새로이 판결정본을 영수한 때’에 비로소 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다.⁴⁶²⁴⁾ 다만, ① 피고가 ‘당해 판결이 있었던 사실을 알았고’ ② 사회통념상 그 ‘경위에 대하여 당연히 알아볼 만한 특별한 사정’이 있었다고 인정되는 경우에는, 그 경위에 대하여 알아보는 데 통상 소요되는 시간이 경과한 때에 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 된 것으로 추인하여, 그 책임질 수 없는 사유가 소멸하였다고 봄이 상당하다.⁴⁶²⁵⁾

다고 한 예.

4623) 대법원 2022. 1. 13. 선고 2019다220618 판결: “당사자가 소송 계속 중에 수감된 경우 법원이 판결정본을 민사소송법 제182조에 따라 교도소장 등에게 송달하지 않고 당사자 주소 등에 공시송달 방법으로 송달하였다면, 공시송달의 요건을 갖추지 못한 하자가 있다고 하더라도 재판장의 명령에 따라 공시송달을 한 이상 송달의 효력은 있다. 수감된 당사자는 민사소송법 제185조에서 정한 송달장소 변경의 신고의무를 부담하지 않고 요건을 갖추지 못한 공시송달로 상소기간을 지키지 못하게 되었으므로 특별한 사정이 없는 한 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 책임을 질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완 상소를 할 수 있다.” ■ 수감된 당사자에 대한 송달을 교도소장 등에게 하지 않고 당사자의 종전 주소나 거소로 한 것은 부적법한 송달로서 무효이고, 이는 법원이 서류를 송달받을 당사자가 수감된 사실을 몰랐거나, 수감된 당사자가 송달의 대상인 서류의 내용을 알았다고 하더라도 마찬가지이다. 따라서 수감된 당사자에 대하여 민사소송법 제185조나 제187조에 따라 종전에 송달받던 장소로 발송송달을 하였더라도 적법한 송달의 효력을 인정할 수 없다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다53 판결).

4624) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다305796 판결(이어서 “당사자가 다른 소송의 재판절차에서 송달받은 준비서면 등에 당해 사건의 제1심 판결문과 확정증명원 등이 첨부된 경우에는 그 시점에 제1심판결의 존재 및 공시송달의 방법으로 송달된 사실까지 알았다고 볼 것이지만, 다른 소송에서 선임된 소송대리인이 그 재판절차에서 위와 같은 준비서면 등을 송달받았다는 사정만으로 이를 당사자가 직접 송달받은 경우와 동일하게 볼 수는 없다.”라고 판시). ■ ① 자백간주판결인 경우에는 그 판결정본을 영수한 때 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보기는 어렵다(2007다41560). ② 해외에 거주 중인 피고에 대한 소장부분, 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달된 후 피고를 대신하여 재판기록을 열람·등사한 피고의 동생이 당해 사건에 관한 소송대리인이 아닌 경우, 재판기록을 열람·등사한 때에 추완사유가 종료되었다고 볼 수 없고 피고가 재판기록을 송부받아 소송의 진행 및 결과를 알게 된 때에 추완사유가 종료되었다고 보아야 한다(2000므87).

4625) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다46601 판결(피고가 소의 신용협동조합(제3채무자)으로부터, 채권압류·추심명령의 사건번호와 채권자(원고)만 기재되고 ‘법원의 요청으로 (피고의 예금) 계좌가 압류되었다’는 내용만 있을 뿐 이 사건 제1심판결에 관한 내용이 전혀 언급되어 있지 않은 문자메시지를 받았다는 사정만으로는 제1심 판결이 있었던 사실을 알았거나, 사회통념상 그 경위를 알아볼만한 특별한 사정이 있었다고 보기 어렵다 하여 이 사건 추완항소는 피고가 제1심판결정본을 영수한 날로부터 2주일 내에 제기되어 적법하다고 한 예). 사회통념상 그 경위를 알아볼만한 특별한 사정의 존재를 공정한 예로는, ① 당사자가 다른 소송의 재판절차에서 송달받은 준비서면 등에 당해 사건의 제1심 판결문과 확정증명원 등이 첨부된 경우(2018다25670), ② 제1심 판결이 있었던 사실을 알게 된 후 그 대처방안에 관하여 변호사와 상담을 하거나 추완항소 제기에 필요한 해외거주증명서 등을 발급받은 경우(2000다21222) 등이 있고, 부정한 예로는, ① 유체동산 압류집행을 당하였다는 등의 사정만으로는 위의 특별한 사정을 인정하기 어렵고(2019다217179), ② 채권추심회사 직원과의 통화 과정에서 사건번호 등을 특정하지 않고 단지 “판결문에 기하여 채권추심을 할 것이다.”라는 이야기를 들은 경우(2019다17836), ③ 원고가 피고의 채권에 대한 가압류결정을 받음에 따라 제3채무자가 피고를 피고박자로 하여 일정금액을 공탁하였고, 이에 원고가 제1심판결을 집행권원으로 위 가압류를 본압류로 이전하는 채권압류·추심명령을 받았는데, 공탁금에 대한 배당절차가 진행되어 배당기일통지서가 피고에게 송달된 경우

그 밖에, 위법 무효인 발송송달⁴⁶²⁶⁾(① 기록에 현출되어 있는 정확한 주소로 변론기일통지서 등을 먼저 송달해 보지 않은 채 바로 등기우편에 의한 발송송달을 한 경우, ② 소장의 원고 주소에 동·호수를 기재하였는데도 이를 제외한 주소지로 변론기일통지서 등을 송달하여 주소불명으로 송달불능되자 발송송달한 경우), 보충송달⁴⁶²⁷⁾(원·피고의 성년 자녀 동거인이 원·피고 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받은 경우)로 재판이 진행된 경우 등 불변기간을 준수하지 못하게 된 것이 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라 하여 '추완상소가 허용'된 사례는 아래와 같다.⁴⁶²⁸⁾

(2018다222228) 등이 있다.

4626) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다216462 판결; “[1] 민사소송법 제185조 제1항은 “당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 한다.”라고 규정하고, 같은 조 제2항은 “제1항의 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.”라고 규정하고 있으며, 민사소송규칙 제51조는 위 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 하도록 규정하고 있다. 민사소송법 제185조 제2항에 따른 발송송달을 할 수 있는 경우는 송달받을 장소를 바꾸었으면서도 그 취지를 신고하지 아니한 경우이거나 송달받을 장소를 바꾸었다는 취지를 신고하였는데 그 바뀐 장소에서의 송달이 불능이 되는 경우이다. 민사소송법 제185조 제2항은 이 경우에 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이므로, 비록 당사자가 송달장소로 신고한 바 있다고 하더라도 그 송달장소에 송달된 바가 없다면 그곳을 민사소송법 제185조 제2항에서 정하는 ‘종전에 송달받던 장소’라고 볼 수 없다. 또한 민사소송법 제185조 제2항에서 말하는 ‘달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우’라 함은 상대방에게 주소보정을 명하거나 직권으로 주민등록표 등을 조사할 필요까지는 없지만, 적어도 기록에 현출되어 있는 자료로 송달할 장소를 알 수 없는 경우에 한하여 등기우편에 의한 발송송달을 할 수 있음을 뜻한다. [2] 민사소송법 제187조는 “민사소송법 제186조의 규정에 따라 송달할 수 없는 때에는 법원사무관 등은 서류를 등기우편 등 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 민사소송규칙 제51조는 위 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 하도록 규정하고 있다. 민사소송법 제187조에 따른 발송송달은 송달받을 자의 주소 등 송달하여야 할 장소는 밝혀져 있으나 송달받을 자는 물론이고 그 사무원, 고용인, 동거인 등 보충송달을 받을 사람도 없거나 부재하여서 원칙적 송달방법인 교부송달은 물론이고 민사소송법 제186조에 의한 보충송달과 유치송달도 할 수 없는 경우에 할 수 있는 것이고, 여기에서 송달하여야 할 장소란 실제 송달받을 자의 생활근거지가 되는 주소·거소·영업소 또는 사무소 등 송달받을 자가 소송서류를 받아 볼 가능성이 있는 적법한 송달장소를 말하는 것이다.”
☞ 부적법한 발송송달로 항소취하 간주의 효과가 발생하지 않았다고 한 예.

4627) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020므11658 판결; “송달은 원칙적으로 송달받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소에서 송달받을 사람 본인에게 교부하는 교부송달이 원칙이나(민사소송법 제178조 제1항, 제183조 제1항), 송달기관이 위와 같은 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자 또는 동거인으로서는 사리를 분별할 지능이 있는 사람에게 하는 보충송달에 의할 수도 있다(제186조 제1항). 보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 소송서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과의 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 소송서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우 수령대행인이 원고나 피고 중 한 명과도 이해관계의 상충 없이 중립적인 지위에 있기는 쉽지 않으므로 소송당사자 쌍방 모두에게 소송서류가 제대로 전달될 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵다. 또한 이익충돌의 위험을 회피하여 본인의 이익을 보호하려는 데 취지가 있는 민법 제124조 본문에서의 쌍방대리금지 원칙에도 반한다. 따라서 소송당사자의 허락이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받을 수 없고, 그러한 보충송달은 무효라고 봄이 타당하다.”

4628) ◎ 추완상소를 허용한 사례

○ 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다53623 판결; ‘피고가 이행권고결정등본 등을 수령하였던 주소 1로 발송된 변론기일통지서 등이 주소불명으로 송달되지 아니하자, 기록에 현출되어 있는 정확한 주소 2로 변론기일통지서 등을 먼저 송달해 보지 않은 채 바로 등기우편에 의한 발송송달을 한 것은 위법하고 송달의 효력이 생기지 않으며, 피고가 변론기일통지서 등을 적법하게 송달받지 못하였으므로, 그 후의 재판진행상황을 알아보지 아니하였다고 하더라도, 공시송달된 1심판결에 대해 피고에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 항소기간을 지킬 수 없었다고 보는 것이 타당하다’고 한 예. ─ [동일 판시] 대법원 2021. 4. 15. 선고 2021두30051 판결; 원고가 소장의 원고 주소에 특수주소(동·호수)인 ‘(2-C-6)’을 기재하였는데도 제1심이 특수주소를 제외한 주소지로

제1심에서 원고 청구가 인용되고 기록이 폐기된 후에 추완항소가 제기된 사정만으로 권리발생의 요건사실에 대한 원고의 증명책임이 전환되지 않는다(다만, 원고에게 충분한 증명의 기회가 주어져야 한다).⁴⁶²⁹⁾

소송서류 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 확정된 제1심판결문을 기초로 등기권리자가 소유권이전등기를 마쳤으나 이후 제기된 추후보완항소에서 제1심판결이 취소되고 등기권리자의 청구가 기각되었다면, 등기의무자로서는 이미 등기명의를 이전받은 등기권리자를 상대로 위 추후보완항소 절차에서 ‘반소’를 제기하거나 별도로 소를 제기하여 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.⁴⁶³⁰⁾

변론기일통지서 등을 송달하여 주소불명으로 송달불능되자 발송송달로 송달 간주한 다음 재판기일을 진행하여 원고패소 판결을 선고하고, 판결정본을 공시송달로 송달한 사안에서, 원고의 특수주소를 포함한 정확한 주소로 송달하지 않은 채 이루어진 발송송달은 위법하여 송달의 효력이 발생하지 않으므로, 원고가 소 제기 후 적극적으로 재판진행상황 및 판결선고사실을 알아보지 않았다고 하더라도 원고에게 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간인 항소기간을 지킬 수 없었다고 판단한 예. [보충송달의 무효로 화해권고결정에 대한 이의를 긍정한 예] 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020므11658 판결; 원고의 피고에 대한 이혼청구소송의 제1심 법원이 원고와 피고가 이혼한다는 내용의 화해권고결정을 하였고, 그 결정 정본을 원·피고의 성년 자녀이자 동거인인 소외인이 원·피고를 대신하여 동시에 송달받아 위 결정이 확정된 후 피고가 위 결정 정본의 보충송달은 무효라고 주장하면서 위 결정에 대해 추완이의를 신청한 사안에서, 원심이 위 보충송달이 적법하다 하여 ‘소송종료선언’을 한 데 대하여, 대법원은, “동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받을 수 없고, 그러한 보충송달은 무효”라고 한 다음, 소외인이 피고의 허락을 받았다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 송달은 부적법한 송달로서 무효라고 한 사례.

○ 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다44679 판결; 1심이 2000. 11. 16. 변론종결하고 같은 달 30. 자백간주의 원고 승소판결을 선고한 다음, 그 판결은 같은 해 12. 23. 공시송달되어 2001. 1. 21. 확정되었는데, 피고는 2008. 12. 12.에야 원심에 추후보완 항소장을 제출한 사안에서, 원심이, 피고는 1심에서 공시송달이 아닌 다른 송달방법에 의한 소환을 받고도 변론기일에 출석하지 아니한 것으로 봄이 상당하고, 따라서 피고로서는 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있는데도 이를 알아보지 아니한 과실이 있다고 할 것이어서 피고의 항소는 추후보완의 요건을 갖추지 못해 부적법하다고 판단한 데 대하여, 대법원은, “제1심판결이 공시송달된 이 사건에서 피고가 불변기간인 항소기간을 준수하지 못한 데에 책임이 있다고 할 수 있으려면 그에 앞서 제1심의 변론기일통지서가 적법하게 송달되었다는 점이 전제되어야 할 것인바, 제1심이 민사소송법 제150조를 적용하여 원고승소판결을 하였다고 하여 그 변론기일통지서가 적법하게 송달된 것으로 추정된다고는 할 수 없고, 제1심의 소송기록이 이미 폐기된 이 사건에서 달리 제1심의 변론기일통지서가 적법하게 송달되었다고 볼 아무런 자료가 없으며, 오히려 기록에 의하면, 제1심판결에 기재된 피고의 주소 … 는 피고의 언니인 소외 1이 소유, 거주하다가, 제1심의 변론종결일 이전인 2000. 9. 25. 소외 2에게 매도하여 같은 해 10. 2. 그 이전등기까지 마치고 다른 곳으로 이사하였으며, 피고는 위 아파트에 주민등록을 하였으나 실제로 거주하지는 아니하였던 사실을 엿볼 수 있을 뿐이다. 사정이 이와 같다면 피고가 항소기간을 준수하지 못한 것은 그가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라고 봄이 상당하다.”라고 한 예.

○ 기타; 2007다54009 판결, 2000다19069 판결, 2000다31410 판결 등.

4629) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다42538 판결; “권리를 발생시키는 요건을 구성하는 사실은 특별한 사정이 없는 한 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있다. 따라서 금전을 대여하였다는 원고의 주장에 대하여 피고가 다투는 때에는 대여사실에 대한 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다. 제1심에서 원고의 청구가 인용되고 기록이 폐기된 후에 추완항소가 제기된 경우라 하더라도, 이러한 사정만으로 위와 같은 증명책임이 전환되지 않는다. 항소심은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 원고의 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단하여야 한다(민사소송법 제202조). 다만 원고가 제1심에서 제출한 증거가 무엇인지, 서증이라면 원본인지 사본인지, 기록과 함께 폐기된 종전 증거를 대체할 다른 증거가 있는지, 항소심에서 대체증거를 제출하는 것이 용이한지, 용이하지 않다면 그 이유가 무엇인지 등을 하나의 판단 자료로 삼을 수 있고, 원고에게는 충분한 증명의 기회가 주어져야 한다.”

4630) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다276225, 276232 판결; 원심이 피고가 반소로써 이 사건 본등기의 말소등기 절차 이행을 구할 소의 이익이 있다고 판단한 것은 정당하고, 피고가 반드시 본소(가등기에기한본등기절차)이행

이른바 ‘사위판결(詐僞判決)’의 경우로서, ① 당사자가 상대방의 주소·거소를 알고 있었음에도 불구하고 소재불명 또는 허위의 주소·거소를 기재하여 소를 제기한 탓으로 ‘공시송달’의 방법에 의하여 판결(심판)정본이 송달된 때에는, 재심을 제기할 수 있음(민사소송법 제451조 제1항 제11호)은 물론, 소송행위 추완에 의하여 상소를 제기할 수도 있으나,⁴⁶³¹⁾ ② 제소자가 상대방의 주소를 허위로 표시하여 변론기일소환장 등의 소송서류를 그 허위 주소로 보내고 다른 사람이 그 소송서류를 받아 자백간주의 형식으로 제소자 승소의 판결이 선고되고 그 판결정본이 같은 방법으로 상대방에게 송달된 때에는, 판결정본이 상대방에게 적법하게 송달되었다 할 수 없으므로 그 판결에 대한 상소기간은 진행을 개시하지 아니한다 할 것이어서 그 판결은 형식적으로 확정되었다고 할 수 없고, 기판력도 발생하지 아니하며, 따라서 소송행위 추완이나 재심의 대상이 될 수는 없고, 상대방으로서는 ㉠ 사위 판결에 대하여 상소를 제기하거나, ㉡ 사위판결에 기하여 마쳐진 소유권이 전등기는 원인무효이므로 사위판결에 대하여 상소를 제기하지 아니한 채 별도로 위 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.⁴⁶³²⁾

청구) 확정 이후 별도의 소로 위 본등기의 말소등기절차 이행을 구해야 한다고 보기 어렵다고 한 예.

4631) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다73540 판결. 공시송달에 의하여 판결이 선고되고 판결정본이 송달되어 확정된 이후에 추완항소의 방법이 아닌 재심의 방법을 택한 경우, 추완상소기간이 도과하였다 하더라도 재심기간 내에는 재심의 소를 제기할 수 있다.

4632) 대법원 1978. 5. 9. 선고 75다634 전원합의체 판결: “제소자가 상대방의 주소를 허위로 다른 곳으로 표시하여 상대방에 대한 변론기일 소환장 등의 소송서류를 그 허위주소로 보내고 상대방 아닌 다른 사람이 그 소송서류를 받아 의제자백의 형식으로 제소자 승소의 판결이, 선고되고 그 판결정본이 위와 같은 방법으로 상대방에게 송달된 경우에 있어서 위 사위 판결(판결이 형식적으로 존재하는 이상 사위 판결도 당연히 무효의 판결이 아니다)을 형식적 확정력이 있는 확정판결로 보고 그 판결에 기판력을 인정할 것인가에 관하여는 학설이 나누어져 있는바, 하나는 사위 판결은 상대방에의 판결정본의 송달이 무효이어서 항소의 대상이 될 뿐이고 확정판결이 아니니 기판력이 없는 것이라는 항소설이고, 다른 하나는 사위 판결은 형식적으로 확정된 확정판결이므로 기판력이 있고 따라서 사위 판결은 재심의 소의 제기나 상소의 추완신청 등에 의하여서만 구제될 수 있는 것이라는 재심설이다. … 판결정본이 제소자가 허위로 표시한 상대방의 허위주소로 보내져서 상대방 아닌 다른 사람이 그를 수령한 것이니 상대방에 대한 판결정본의 송달은 부적법하여 무효이고 상대방은 아직도 판결정본의 송달을 받지 않은 상태에 있는 것으로서 그 판결에 대한 항소기간은 진행을 개시하지 않은 것이라고 보아야 할 것이다. … 사위 판결은 형식적으로 확정된 확정 판결이 아니어서 기판력이 없는 것이라고 할 것이고 민사소송법 제422조 제1항 제11호에 「당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 불구하고 … 허위의 주소나 거소로 하여 소를 제기한 때」를 재심사유로 규정하고 있으나 이는 공시송달의 방법에 의하여 상대방에게 판결정본을 송달한 경우를 말하는 것이고(공시송달의 방법에 의하여 상대방의 허위주소에다가 판결정본을 송달 하였다고 하여도 공시송달의 방법을 취하였기 때문에 그 송달은 유효한 것으로 보아야 하기 때문이다) … 공시송달의 방법에 의하여 송달된 것이 아닌 경우까지 재심사유가 되는 것으로 규정한 취지는 아니라고 할 것이며 … 재심설에 따라서 … 판결정본의 상대방에의 송달이 유효함을 전제로 하는 … 판결 등과 사위 판결정본의 송달은 민사소송법 제422조 제1항 제3호 소정의 법정대리권, 소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 함에 필요한 수권의 흠결이 있는 자가 소송서류의 송달을 받아 소송행위를 한 경우에 해당하여 재심사유가 된다는 … 판결 등은 본 판결로서 모두 폐기하는 바이다. … 사위 판결에 기판력이 부정된다면 본건 사위 판결에 의거하여 피고 명의로 경료된 본 건 부동산에 관한 소유권이전등기는 실제적 권리관계에 부합될 수 있는 다른 사정이 없는 한 말소될 처지에 있는 것이어서 원고가 본건 사위 판결에 대하여 항소를 제기하지 아니하고(본건 사위 판결을 그대로 둔 채) 별소인 본건 소에서 본건 청구를 한다고 하여도 피고로서는 이를 거부할 수 없는 것이라고 할 것”

라. 기 판 력

기판력 있는 확정판결 등의 존부는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다. 기판력에 관한 상세한 설명은 실제 소송에서 많은 판례가 축적된 ‘소유권등기의 말소등기 청구’ 중 ‘기판력 저촉의 항변’ 부분에서 이미 기술한 바를 참조하면 된다.

마. 상소의 부적법 각하 사유

전부 승소 판결에 대한 상소⁴⁶³³⁾(예외: ‘명시하지 않은 일부 청구’에 관한 전부 승소 채권자의 청구 확장을 위한 항소⁴⁶³⁴⁾), 재판의 누락 부분(선택적·예비적 병합의 경우에는 ‘판단 누락’된 청구 부분이 상소심으로 이심되고 상소심의 심판 범위가 되므로, ‘재판의 누락’에 해당하지 않는다⁴⁶³⁵⁾)에 대한 상소,⁴⁶³⁶⁾ 항소심의 심판대상이 되지 않아 항소심이 판결하지 않은 부분에 대한 상고(일부 인용의 1심판결에 불복하지 않은 당사자의 2심판결에 대한 상고),⁴⁶³⁷⁾ 사망자가 당사자인 당연무효

4633) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결: “항소의 이익은 상소요건으로서 법원의 직권조사사항 ... 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여서만 제기할 수 있는 것이고, 재판이 상소인에게 불이익한 것인지는 재판의 주문을 표준으로 하여 상소제기 당시를 기준으로 판단하여야 한다.” ⇨ ‘상소이익의 판단기준’에 관한 ‘형식적 불복설’의 입장

4634) ① 2010두14534: “가본채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는 그 확정판결의 기판력은 나머지 부분에게 미치지 아니하는 것이어서 별도로 나머지 부분에 관하여 다시 청구할 수는 없는 것이므로, 일부 청구에 관하여 전부 승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용되지 아니한다면 나머지 부분을 소구할 기회를 상실하는 불이익을 입게 된다 할 것이고, 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 전부 승소한 판결에 대해서도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소의 이익을 인정함이 상당하다고 할 것이다.” ⇨ 공익사업을 위해 수용된 토지에 대하여 법 소정의 제소기간 내에 일부청구임을 명시하여 보상금의 증액에 관한 소송을 제기한 경우, 제소기간이 도과한 후에도 사실심변론종결시까지 나머지 부분의 보상금을 구하는 별소를 제기할 수 있어 청구취지 확장을 위한 항소의 이익을 인정할 필요가 없다고 한 사례. ② 91다40696: 원고가 채권자대위소송으로 소유권이전등기의 말소청구를 하면서 피보전권리의 발생원인을 매매계약으로 주장하였으나 원심이 이를 양도담보약정으로 인정하여 원고 승소판결을 선고한 경우 상소의 이익이 없다고 한 사례.

4635) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결: “예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 아니하며, 그럼에도 불구하고 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다.” ⇨ 수개의 청구가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그중 어느 하나의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 때에도 제1심이 판단하지 아니한 나머지 청구까지도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판 범위가 된다(2011다23040).

4636) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다237339 판결: “판결에는 법원의 판단을 분명하게 하기 위하여 결론을 주문에 기재하도록 되어 있어 재판의 누락이 있는지 여부는 주문의 기재에 의하여 판정하여야 하므로, 판결 이유에 청구가 이유 없다고 실시되어 있더라도 주문에 그 실시가 없으면 특별한 사정이 없는 한 재판의 누락이 있다고 보아야 하며, 재판의 누락이 있으면 그 부분 소송은 아직 원심에 계속 중이어서 상고의 대상이 되지 아니하므로, 그 부분에 대한 상고는 불복의 대상이 존재하지 아니하여 부적법하다.”

4637) ① 2014다229023: “직권으로 판단한다. 원고의 청구를 일부 기각하는 제1심판결에 대하여 피고는 항소하였으나 원고는 항소나 부대항소를 하지 아니한 경우, 제1심판결의 원고 패소 부분은 피고의 항소로 인하여 항소심으

판결에 대한 상소,⁴⁶³⁸⁾ 소 취하, 항소 취하 부분에 대한 상소,⁴⁶³⁹⁾ 소송비용의 재판에 대하여 독립한 상소 및 소송대리권 흠결에 따른 소 각하 판결의 당사자를 상대방으로 한 상소⁴⁶⁴⁰⁾ 등 상소대상이 되지 아니하는 부분에 대한 상소는 부적법하여 각하된다. 변호사 선임명령을 받고도 새 기일까지 변호사를 선임하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 소 또는 상소를 각하할 수 있다.⁴⁶⁴¹⁾

항소 취하(항소의 전부에 대하여 하여야 취하의 효력이 있다)⁴⁶⁴²⁾의 합의가 있는 경우 항소는

로 이심되나, 항소심의 심판대상은 되지 않는다. 항소심이 피고의 항소를 일부 인용하여 제1심판결의 피고 패소 부분 중 일부를 취소하고 그 부분에 대한 원고의 청구를 기각하였다면, 이는 제1심에서의 피고 패소 부분에 한정된 것이며 제1심판결 중 원고 패소 부분에 대하여는 항소심이 판결을 하지 않아서 이 부분은 원고의 상고대상이 될 수 없다. 따라서 원고의 상고 중 상고대상이 되지 아니한 부분에 대한 상고는 부적법하여 이를 각하하여야 한다.” ② 2010두14534: “원고의 청구를 일부 인용하는 제1심판결에 대하여 원고는 항소하였으나 피고는 항소나 부대항소를 하지 아니한 경우, 제1심판결의 원고 승소 부분은 원고의 항소로 인하여 항소심에 이심은 되었으나, 항소심의 심판대상은 되지 않았다 할 것이고, 따라서 항소심이 원고의 항소를 일부 인용하여 제1심판결의 원고 패소 부분 중 일부를 취소하고 그 부분에 대한 원고의 청구를 인용하였다면, 이는 제1심에서의 원고 패소 부분에 한정된 것이며 제1심판결 중 원고 승소 부분에 대하여는 항소심이 판결을 한 바 없어 이 부분은 피고의 상고대상이 될 수 없다 할 것이고, 항소심에서의 변경판결은 실질적으로는 항소가 이유 있는 부분에 대하여는 항소를 인용하여 제1심판결 중 일부를 취소하고 항소가 이유 없는 부분에 대하여는 항소를 기각하는 일부취소의 판결과 동일한 것인데 다만 주문의 내용이 복잡하게 되는 것을 피하고 주문의 내용을 알기 쉽게 하기 위한 편의상의 요청을 좇은 것에 불과한 것이므로, 원고 일부 승소의 제1심판결에 대하여 아무런 불복을 제기하지 않은 피고는 항소심이 변경판결을 한 경우에도 마찬가지로 제1심판결에서 원고가 승소한 부분에 관하여는 상고를 제기할 수 없다고 할 것이다.”

4638) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2013다95070 판결(원고 = 사망자), 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결(피고 = 사망자).

4639) ① 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다42666, 42673 판결; “직권으로 본다. 원심은 피고 1이 ... 반소를 취하한 것으로 보고 피고 1의 반소 청구에 관하여는 판결을 하지 아니하였으므로, 피고 1이 반소의 취하 여부에 관하여 원심에 기일지정신청을 하는 등으로 다투는 것은 별론으로 하고, 그에 관하여 상고를 제기하는 것은 그 대상이 없어 부적법하다고 할 것이다.” ② 대법원 2019. 8. 30. 선고 2018다259541 판결; “민사소송법 제268조 제4항에서 정한 항소취하 간주는 그 규정상 요건의 성취로 법률에 의하여 당연히 발생하는 효과이고 법원의 재판이 아니므로 상고의 대상이 되는 종국판결에 해당하지 아니한다. 항소취하 간주의 효력을 다투려면 민사소송규칙 제67조, 제68조에서 정한 절차에 따라 항소심 법원에 기일지정신청을 할 수는 있으나 상고를 제기할 수는 없다.”

4640) 대법원 2016. 6. 17.자 2016마371 결정; “소송대리인에게 대리권이 없다는 이유로 소가 각하되고 민사소송법 제108조의 규정에 의하여 소송대리인이 소송비용 부담의 재판을 받은 경우에는, 일반적인 소송비용 부담의 경우와는 달리 소송비용을 부담하는 자가 본안의 당사자가 아니어서 소송비용의 재판에 대하여 독립한 상소를 금지하는 민사소송법 제391조, 제425조, 제443조의 규정이 적용된다고 볼 것은 아니라고 할 것이나, 위 소송비용 부담의 재판에 의하여 소송대리인이 소송의 당사자가 되는 것은 아니고 법원으로서도 당사자 사이에서 분쟁에 관하여 재판을 한 것이라고 할 수 없으므로 당사자 등을 상대방으로 한 항소나 상고를 제기할 수는 없고, 소송대리인으로서 자신에게 비용부담을 명한 재판에 대하여 그 재판의 형식에 관계없이 즉시항고나 재항고에 의하여 불복할 수 있다.”

4641) 민소법 제144조 ④. 항소심의 경우 불이익한 제1심판결이 확정되는 결과를 가져오므로 법원은 변호사선임명령을 할 것인지 여부를 더 신중하게 판단할 필요가 있고, 소송구조를 통하여 소송관계를 분명하게 할 수 있는 사안인지도 아울러 살필 필요가 있다(대법원 2023. 12. 14.자 2023마6934 결정).

4642) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다241249 판결; “항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없으므로 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였다 하더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 그 자체의 효력에 아무런 영향이 없다.”

부적법하여 각하됨이 원칙이나, 항소심에서 청구의 교환적 변경이 적법하게 이루어진 경우, 항소심은 1심판결이 있음을 전제로 한 항소각하 판결을 할 수 없고, 사실상 1심으로서 새로운 청구의 당부를 판단하여야 한다.⁴⁶⁴³⁾

항소장의 방식 위배, 인지액 미납부,⁴⁶⁴⁴⁾ 피항소인에 대한 항소장 부분 송달불능⁴⁶⁴⁵⁾에 대한 항소심재판장의 보정명령에 대하여 흠을 보정하지 아니한 때나 항소기간 도과 후에 항소장을 제출한 경우,⁴⁶⁴⁶⁾ ‘항소장 송달 전’까지는 재판장의 명령으로 항소장을 각하하지만, ‘항소장 송달 이후’에는 법원이 판결로 항소를 각하한다.⁴⁶⁴⁷⁾ 제1심법원이 항소장 각하명령에 관한 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하여 재판을 경정한 경우, 그로 인해 불이익을 받는 상대방 당사자는 그 경정재판에 대하여 다시 즉시항고로 불복할 수 있다.⁴⁶⁴⁸⁾

4643) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결; “당사자 사이에 항소취하의 합의가 있는데도 항소취하서가 제출되지 않는 경우 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고, 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 그 항소를 각하함이 원칙이다. … 항소심에서 청구의 교환적 변경 신청이 있는 경우 그 시점에 항소취하서가 법원에 제출되지 않은 이상 법원은 특별한 사정이 없는 한 민사소송법 제262조에서 정한 청구변경의 요건을 갖추었는지에 따라 허가 여부를 결정하면 된다. 항소심에서 청구의 교환적 변경이 적법하게 이루어지면, 청구의 교환적 변경에 따라 항소심의 심판대상이었던 제1심판결이 실효되고 항소심의 심판대상은 새로운 청구로 바뀐다. 이러한 경우 항소심은 제1심판결이 있음을 전제로 한 항소각하 판결을 할 수 없고, 사실상 제1심으로서 새로운 청구의 당부를 판단하여야 한다.”

4644) 인지액을 송달료로 잘못 납부한 상소인에게는 원심재판장이 석명을 구하고 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여해야 하고, 곧바로 상소장을 각하하는 것은 위법하다(대법원 2021. 3. 11.자 2020마7755 결정). 재판장은 상소 제기 권한을 받은 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있고, 각하명령 원본이 법원사무관 등에게 교부되어 각하명령이 성립한 이상 당사자에게 고지되기 전에 부족 인지를 보정하였다 하여 각하명령이 위법한 것으로 되거나 제도의 고안에 의하여 취소할 수 있는 것은 아니다(2013마670). 소송대리인이 상소 제기에 관하여 특별한 권한을 따로 받았다고 하더라도, 실제로 소송대리인이 아닌 당사자 본인이 상고장을 작성하여 제출한 경우에는 소송대리인에게 상소장과 관련한 보정명령을 수령할 권능이 없으므로, 원심재판장이 소송대리인에게 보정명령을 송달한 것은 부적법한 송달이어서 그 송달의 효력이 발생하지 아니한다(대법원 2024. 1. 11.자 2023마7122 결정).

4645) 항소심에서 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1항, 제2항에 따라 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하여야 하고, 항소인이 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 명령으로 항소장을 각하하여야 한다(대법원 2021. 4. 22.자 2017마6438 전원합의체 결정의 다수의견).

4646) 민사소송법 제402조(항소심재판장등의 항소장심사권) 제1, 2항 참조.

4647) 대법원 2020. 1. 30.자 2019마5599, 5600 결정; “항소심재판장은 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명해야 하고, 항소인이 이를 보정하지 않으면 항소장 각하명령을 해야 한다(민사소송법 제402조 제1항, 제2항 참조). 이러한 항소심재판장의 항소장 각하명령은 항소장 송달 전까지만 가능하다. 따라서 항소장이 피항소인에게 송달되어 항소심법원과 당사자들 사이의 소송관계가 성립하면 항소심재판장은 더 이상 단독으로 항소장 각하명령을 할 수 없다. … 독립당사자참가소송은 … 세 당사자들에 대해서는 하나의 종국판결을 선고하여 합일적으로 확정될 결론을 내려야 하고, 이러한 본안판결에 대해 일방이 항소한 경우 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다. 이처럼 항소심재판장이 단독으로 하는 항소장 각하명령에는 시기적 한계가 있고 독립당사자참가소송의 세 당사자들에 대하여는 합일적으로 확정될 결론을 내려야 하므로, 독립당사자참가소송의 제1심 본안판결에 대해 일방이 항소하고 피항소인 중 1명에게 항소장이 적법하게 송달되어 항소심법원과 당사자들 사이의 소송관계가 일부라도 성립한 것으로 볼 수 있다면, 항소심재판장은 더 이상 단독으로 항소장 각하명령을 할 수 없다.”

4648) 대법원 2023. 7. 14.자 2023그585, 586 결정.

결정이 성립한 상태(결정 원본이 법원사무관 등에게 교부됨으로써 결정법원이 더 이상 그 결정을 취소·변경할 수 없게 된 상태)에서 제기된 항고는 적법하나, 아직 결정이 성립되지 아니하여 그 존재와 내용이 정해지기도 전에 한 항고는 부적법하다.⁴⁶⁴⁹⁾ 가압류결정을 취소하는 제1심결정에 따른 집행취소로 가압류결정에 기한 가압류등기가 이미 말소되었더라도, 가압류취소결정을 취소하는 항고법원의 결정을 집행하는 것이 불가능한 경우가 아니라면 항고의 이익이 있다.⁴⁶⁵⁰⁾

2. 불요증사실

재판상 자백 사실과 현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다.⁴⁶⁵¹⁾

가. 재판상 자백

1) 재판상 자백의 성립과 효과

재판상의 자백은, ① ‘변론기일 또는 변론준비기일’에서⁴⁶⁵²⁾ ② 상대방의 주장과 일치하면서 ③ 자기에게 ‘불리’한 ④ ‘사실’을 진술하는 것을 말한다.⁴⁶⁵³⁾ 일단 재판상의 자백이 성립하면 그것이 적법하게 취소되지 않는 한 법원도 이에 기속되는 것이므로, 법원은 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 관하여 성립된 자백과 배치되는 사실을 증거

4649) 대법원 2014. 10. 8.자 2014마667 전원합의체 결정의 다수의견; “판결과 달리 선고가 필요하지 않은 결정이나 명령(이하 ‘결정’이라고만 한다)과 같은 재판은 그 원본이 법원사무관등에게 교부되었을 때 성립한 것으로 보아야 하고, 일단 성립한 결정은 그 취소 또는 변경을 허용하는 별도의 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 결정법원이라도 이를 취소·변경할 수 없다. 또한 결정법원은 즉시항고가 제기되었는지 여부와 관계없이 일단 성립한 결정을 당사자에게 고지하여야 하고 그 고지는 상당한 방법으로 가능하며(민사소송법 제221조 제1항), 재판기록이 항고심으로 송부된 이후에는 항고심에서의 고지도 가능하므로 결정의 고지에 의한 효력 발생이 당연히 예정되어 있다. 일단 결정이 성립하면 당사자가 법원으로부터 결정서를 송달받는 등의 방법으로 결정을 직접 고지받지 못한 경우라도 결정을 고지받은 다른 당사자로부터 전해 듣거나 기타 방법에 의하여 결론을 아는 것이 가능하여 본인에 대해 결정이 고지되기 전에 불복 여부를 결정할 수 있다. 그럼에도 이미 성립한 결정에 불복하여 제기한 즉시항고가 항고인에 대한 결정의 고지 전에 이루어졌다는 이유만으로 부적법하다고 한다면, 항고인에게 결정의 고지 후에 동일한 즉시항고를 다시 제기하도록 하는 부담을 지우는 것이 될 뿐만 아니라 이미 즉시항고를 한 당사자는 그 후 법원으로부터 결정서를 송달받아도 다시 항고할 필요가 없다고 생각하는 것이 통상의 경우이므로 다시 즉시항고를 제기하여야 한다는 것을 알게 되는 시점에서는 이미 즉시항고기간이 경과하여 회복할 수 없는 불이익을 입게 된다. 이와 같은 사정을 종합적으로 고려하면, 이미 성립한 결정에 대하여는 그 결정이 고지되어 효력을 발생하기 전에도 그 결정에 불복하여 항고할 수 있다고 보는 것이 타당하다.”

4650) 대법원 2022. 4. 28.자 2021마7088 결정.

4651) 민사소송법 제288조(불요증사실) 법원에서 당사자가 자백한 사실과 현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다. 다만, 진실에 어긋나는 자백은 그것이 착오로 말미암은 것임을 증명한 때에는 취소할 수 있다.

4652) 증거조사의 방법 중의 하나인 당사자본인신문 결과 증에 당사자의 진술로서 상대방의 주장사실과 일치되는 것이 나왔다고 하더라도 그것은 재판상 자백이 될 수 없고(78다879), 관련 사건인 다른 소송에서의 당사자의 주장은 재판상 자백으로서의 구속력이 없다(96다31116).

4653) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2018다267900 판결(자백은 명시적인 진술이 있는 경우에 인정되는 것이 보통이지만, 자백의 의사를 추론할 수 있는 행위가 있으면 묵시적으로 자백을 한 것으로 볼 수도 있다. 다만 상대방의 주장에 단순히 침묵하거나 불분명한 진술을 하는 것만으로는 자백이 있다고 인정하기에 충분하지 않다).

에 의하여 인정할 수 없다.⁴⁶⁵⁴⁾

위 ③ 요건과 관련하여, 자백의 대상인 ‘사실’은 자신의 자백에 의해 상대방의 증명책임이 면제되므로 자기에게는 불리하게 되는 ‘상대방이 증명책임을 지는 사실’에 한하는 것(증명책임설)이 아니라, 그 사실을 바탕으로 판결이 나게 되면 패소될 가능성이 있는 경우로서 ‘자기에게 증명책임이 있는 사실’도 포함한다(패소가능성설).⁴⁶⁵⁵⁾

위 ④ 요건과 관련하여, 자백이 성립하는 대상은 법률 적용의 전제가 되는 ‘주요사실’에 한정되고(‘간접사실’에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 않는다), 사실에 대한 ‘법적 판단이나 평가’ 또는 ‘적용할 법률’이나 ‘법적 효과’는 자백의 대상이 되지 않는다.⁴⁶⁵⁶⁾ 소송물의 전제 문제가 되는 권리관계나 법률효과를 인정하는 진술은 ‘권리자백’으로서 법원을 구속하지 않고, 상대방의 동의 없이 자유로이 철회할 수 있다.⁴⁶⁵⁷⁾

4654) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다84288, 84295 판결 등.

4655) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다24899 판결; “원고들이 소유권확인을 구하고 있는 이 사건에서 원고들의 피상속인인 위 김OO 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 것이라는 점은 원래 원고들이 입증책임을 부담할 사항이지만 위 소유권이전등기를 마치지 않았다는 사실을 원고들 스스로 자인한 바 있고 이를 피고가 원용한 이상 이 점에 관하여는 자백이 성립한 결과가 되었다고 할 것이고 따라서 원고들로서는 그 자백이 진실에 반하고 착오로 인한 것임을 입증하지 않은 이상 함부로 이를 취소할 수 없다고 보아야 할 것이다.”

4656) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다81514 판결; 원고는 사건 운송계약이 몬트리올 협약의 적용대상이라고 주장하였고, 피고도 ‘이 사건 몬트리올 협약 내용 중 책임제한 적용에 대해서는 이의가 없다.’라고 진술한 바가 있으나, 이는 사건에 적용할 준거법 내지 법적 판단 사항에 대한 의견에 해당할 뿐 자백의 대상에 관한 진술이라고는 할 수 없다고 하고, 나아가 “당사자 자치의 원칙에 비추어 계약 당사자는 어느 국제협약을 준거법으로 하거나 그중 특정 조항이 당해 계약에 적용된다는 합의를 할 수 있고 그 합의가 있었다는 사실은 자백의 대상이 될 수 있지만, 소송절차에서 비로소 당해 사건에 적용할 규범에 관하여 쌍방 당사자가 일치하는 의견을 진술하였다고 해서 이를 준거법 등에 관한 합의가 성립된 것으로 볼 수는 없다. 소송대리인이 그러한 합의를 하려면 소송대리권의 수여 외에 별도로 정당한 수권이 있어야 함은 물론이다. 그러므로 설사 원심이 이르기까지 원고와 피고 사이에 이 사건 운송계약에 관한 분쟁에 몬트리올 협약을 적용하는 데 대하여 이견이 없었다고 볼 여지가 있다고 하더라도, 규범체제로 볼 때 이 사건 운송계약이 위 협약에서 정한 적용대상에 해당하지 않는 이상 이를 근거로 하여 손해배상책임의 범위 등을 판단할 수는 없다.”고 판시한 사례.

4657) 판례는, ‘이행불능에 관한 주장은 법률적 효과에 관한 진술을 한 것에 불과하고 사실에 관한 진술을 한 것이라고는 볼 수 없으므로 그 진술은 자유로이 철회할 수 있고 법원도 이에 구속되지 않는다 할 것인바, 따라서 자백의 취소에 관한 규정이 적용될 여지가 없다’고 하고(90다7104), 인신사고로 인한 손해배상청구사건에 있어 노동능력상실 비율이나 후유장애등급(2005다5485), 기대여명(대법원 2018. 10. 4. 선고 2016다41869 판결)은 자백의 대상이 된다고 한다.

법정변제충당의 순서를 정함에 있어 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 구체적 사실로서 자백의 대상이 될 수 있으나, 법정변제충당의 순서 자체는 법률 규정의 적용에 의하여 정하여지는 법률상의 효과여서 그에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수는 없다(90다카7262).

법률상 유언이 아닌 것을 유언이라고 시인하였다 하여 그것이 곧 유언이 될 수 없고 이와 같은 진술은 민사소송법상의 자백이 될 수가 없다(2000다66430, 66447).

그 밖에, ① 피고 법인은 원고들이 피고 법인의 근로자의 지위에 있었다는 점에 다툼이 없다고 진술하였으므로, 원고들이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고 법인에 근로를 제공하였다는 점에 대하여는 피고 법인의 재판상의 자백이 성립되었다고 보아야 할 것이고, 그 후 피고 법인이 원고들은 피고 법인의 정규 근로자가 아니라 시간제 근로자거나 피고 법인의 교직원이라는 등의 주장을 하는 것은 단순히 원고들과 피고 법인 사이의 근로관계에 관한 법률적 평가를 여러 가지로 바꾸어 주장하는 것에 지나지 아니하여 이를 자백의 취소로 볼 것은 아니라고 한 사례(2007다87061), ② 피고가 매매계약이 원고에 의하여 해제되었다고 자백하였다 할지라도 이를 철회한 이상 계약해제의 효과가 생긴 것이라고 할 수 없다고 한 사례(80다851), ③ 망 소외 3이 혼인 외의 자라고 한 원고의 주장은 부모의 혼인신고 전에 출생하였으니 혼인 외의 자라고 하는 하나의

직권조사사항은 자백의 대상이 될 수 없다.⁴⁶⁵⁸⁾

‘선행자백’⁴⁶⁵⁹⁾도 재판상 자백의 일종(어느 일방 당사자가 상대방이 주장하기도 전에 스스로 자신에게 불리한 사실을 진술한 것을 ‘자인 진술’이라 하고 이는 ‘선행자백’과는 구별된다)으로서⁴⁶⁶⁰⁾ 법원은 그 자백에 구속되어 그에 저촉되는 사실을 인정할 수 없다.⁴⁶⁶¹⁾

당사자가 주장하는 ‘법률효과’가 동일하다고 하더라도 그 주장하는 ‘법률요건’이 다를 때에는 당사자 사이에 법률관계에 관한 다툼이 없다고 볼 수 없다.⁴⁶⁶²⁾

법률적 견해의 표명에 지나지 아니하고 원고가 혼인식만 거행하면 법률상 혼인으로 인정하고 있던 그 당시의 혼인성립의 방식을 모르고 혼인신고를 하여야 법률상 혼인이 성립되는 것으로 잘못 알고 법률상 혼인 외의 자가 아닌 것을 혼인 외의 자라고 시인하였다 하여 땅 소외 3이 혼인 외의 자로 될 수 없는 것이므로 원고의 위와 같은 주장은 이른바 권리자백에 속하는 것이라고 한 예(79다62), ④ 월급 금액으로 정한 통상임금을 시간급 금액으로 산정하는 방법에 관한 당사자의 주장은 자백의 대상이 되는 사실에 관한 진술이라 할 수 없다고 한 사례(2013다74363) 등이 있다.

4658) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다42908 판결.

4659) ○ 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결: “재판상 자백의 일종인 이른바 ‘선행자백’은 당사자 일방이 자진하여 자기에게 불리한 사실상의 진술을 한 후 그 상대방이 이를 원용함으로써 그 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로 그 일치가 있기 전에는 전자의 진술을 선행자백이라 할 수 없고, 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 상대방의 원용이 있기 전에는 그 자인한 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며 이 경우 앞의 자인사실은 소송자료로부터 제거된다.”

○ 대법원 2018. 8. 1. 선고 2018다229564 판결: “당사자 일방이 한 진술에 잘못된 계산이나 기재, 기타 이와 비슷한 표현상의 잘못이 있고, 그 잘못이 분명한 경우에는 비록 상대방이 이를 원용하였다고 하더라도 당사자 쌍방의 주장이 일치한다고 할 수 없으므로 자백(선행자백)이 성립할 수 없다.”

4660) ‘자인 진술’을 ‘선행자백’으로 보는 견해도 있으나, 판례는, 상대방의 원용이나 일치된 진술이 있기 전의 ‘자인 진술’을 ‘선행자백’으로 보지 아니한다.

4661) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92다5546 판결: 원고가, 피고의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하고 계약금의 배액을 위약금으로 청구하는 소장에 의하여 원고와 피고가 위 매매계약 체결 당시 계약금을 위약금으로 하기로 특별히 약정하였다는 취지의 구체적인 사실을 진술하였고, 이에 대하여 피고가 준비서면을 통하여, 원고의 중도금 지급의무불이행을 이유로 위 매매계약을 해제하였으므로 원고로서는 위 위약금의 약정에 따른 위약금을 청구할 수 없음은 물론 계약금의 반환도 청구할 수 없다는 취지로 주장함으로써, 위 매매계약 체결 당시 계약금을 위약금으로 하기로 특별히 약정하였다는 점에 관한 한 원고의 진술과 일치되는 취지의 사실을 진술하였고, 그 후 원고가 최종 변론기일에서 “피고 주장대로 계약이 해제되었더라도 계약금은 반환되어야 한다”고 주장할 때까지, 원·피고 쌍방이 모두 위약금의 약정이 있었던 사실을 전제로 하여 서로 위 매매계약이 이행되지 아니한 책임이 상대방에게 있다는 주장만을 되풀이하면서 입증도 그점에 관하여만 하여 왔다면, 위 매매계약 체결 당시 계약금을 위약금으로 하기로 특별히 약정한 사실에 관하여 재판상 자백이 성립되었으므로, 원심으로서 그 자백에 저촉되는 사실을 인정할 수 없음에도, 원심이 계약금을 위약금으로 하기로 하는 원·피고간의 특약이 있었다는 사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로, 원·피고 사이에 위약금의 약정이 있었다는 피고의 주장을 배척한 것은 재판상 자백의 성립 및 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

4662) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다256968, 256975 판결: “법률관계, 특히 권리 또는 의무의 발생, 변경, 소멸이라는 법률효과는 그 원인 되는 법률요건이 충족될 경우에 그 결과로서 생긴다. 따라서 당사자가 주장하는 법률효과가 동일하다고 하더라도 그 주장하는 법률요건이 다를 때에는 당사자 사이에 법률관계에 관한 다툼이 없다고 볼 수 없다.” ⇨ 원심이, 원고가 피고의 계약위반을 이유로 전속계약을 해지하였으므로 원·피고 사이의 전속계약의 효력이 존재하지 아니함의 확인을 구하는 원고의 본소에 관하여, 피고가 소송 중에 준비서면의 송달로써 원고의 계약위반을 이유로 전속계약을 해지한다고 통지한 사실은 기록상 명백하므로 전속계약의 효력이 존재하지 않는다는 점에 관하여는 다툼이 없게 되었고, 따라서 전속계약의 효력의 존부에 관한 한 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 위험이나 불안이 있다고 볼 수 없다는 이유로 본소가 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였으나, 대법원은, 본소에서 원고의 주장은 피고의 계약위반을 이유로 한 전속계약 해지를 전제로 전속계약의 효력이 존재하지 않는다는 것인데 비하여, 피고는 피고의 계약위반을 부인하며 오히려 원고의 계약위반을 주장하고 있으므로, 원고가 주장하는 바와 같은 경위로 전속계약의 효력이 존재하지 않게 되었다는 데에 다툼이 없다고 할 수 없다 하여, 원심 판단에는 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에

행정소송에서도 원칙적으로 변론주의가 적용되고, 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 민사소송법상 자백에 관한 법칙이 적용된다.⁴⁶⁶³⁾

직권주의가 강화되어 있는 민사집행법하에서 집행에 관한 이의의 성질을 가지는 '강제 경매 개시결정에 대한 이의'나 '임의경매 개시결정에 대한 이의'의 재판절차에서는 민사소송법상 재판상 자백이나 의제자백에 관한 규정이 준용되지 아니한다.⁴⁶⁶⁴⁾

2) 재판상 자백의 취소

자백을 취소하는 당사자는 상대방의 동의가 없는 경우⁴⁶⁶⁵⁾에는 ① '자백이 진실에 어긋난다는 것'과 ② '자백이 착오로 말미암은 것'임을 증명하여야 한다.⁴⁶⁶⁶⁾

법률심인 상고심에 이르러서는 원심에서 한 자백을 취소할 수 없다.⁴⁶⁶⁷⁾

재판상 자백이 성립한 후 청구를 교환적으로 변경함으로써 원래의 주장사실을 철회한 경우, 이미 성립되었던 피고의 자백도 그 대상이 없어짐으로써 효력이 소멸된다.⁴⁶⁶⁸⁾

영향을 미친 잘못이 있다고 판단한 사례.

4663) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91누13229 판결.

4664) 대법원 2015. 9. 14.자 2015마813 결정: "민사집행법 제23조 제1항은 '이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사집행 및 보전처분의 절차에 관하여는 민사소송법의 규정을 준용한다.'고 규정하고 ... 있음은 재항고인의 주장과 같다. 그러나 위 민사집행법 제23조 제1항은 민사집행절차에 관하여 민사집행법에 특별한 규정이 없으면 성질에 반하지 않는 범위 내에서 민사소송법의 규정을 준용한다는 취지라 할 것인데, 집행절차상 즉시항고 재판에 관하여 변론주의의 적용이 제한됨을 규정한 민사집행법 제15조 제7항 단서 등과 같이 직권주의가 강화되어 있는 민사집행법하에서 민사집행법 제16조의 집행에 관한 이의의 성질을 가지는 강제경매 개시결정에 대한 이의의 재판절차에 있어서는 민사소송법상 재판상 자백이나 의제자백에 관한 규정은 준용되지 아니한다고 할 것이고, 이는 민사집행법 제268조에 의하여 담보권실행을 위한 경매절차에도 준용되므로 경매개시결정에 대한 형식적인 절차상의 하자를 이유로 한 임의경매 개시결정에 대한 이의의 재판절차에서도 민사소송법상 재판상 자백이나 의제자백에 관한 규정은 준용되지 아니한다고 할 것이다."

4665) 재판상 자백의 취소는 반드시 명시적으로 하여야만 하는 것은 아니고 종전의 자백과 배치되는 사실을 주장함으로써 묵시적으로도 할 수 있으며, 또한 자백은 사적 자치의 원칙에 따라 당사자의 처분이 허용되는 사항에 관하여 그 효력이 발생하는 것이므로, 일단 자백이 성립되었다고 하여도 그 후 그 자백을 한 당사자가 위 자백을 취소하고 이에 대하여 상대방이 이의를 제기함이 없이 동의하면 반진실, 착오의 요건은 고려할 필요 없이 자백의 취소를 인정하여야 할 것이나, 위 자백의 취소에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하고 있지 않다는 점만으로는 그 취소에 동의하였다고 볼 수는 없다(94다22897).

4666) 진실에 어긋난다는 사실에 대한 증명은 그 반대되는 사실을 직접증거에 의하여 증명함으로써 할 수 있지만, 자백 사실이 진실에 어긋남을 추인할 수 있는 간접사실의 증명에 의하여도 가능하고, 진실에 어긋남이 증명되었다고 하여 착오로 말미암은 자백으로 추정되는 것은 아니지만, 그 자백이 진실에 어긋남이 증명된 경우라면 변론 전체의 취지에 의하여 그 자백이 착오로 말미암은 것이라는 점을 인정할 수 있다(2000다23013).

4667) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다38305 판결.

4668) 대법원 1997. 4. 22. 선고 95다10204 판결: '피고가 제1심에서 토지의 소유권 일부 이전등기가 원인 없이 이루어졌다는 원고의 주장사실을 인정함으로써 자백이 성립된 후, 소변경신청서에 의하여 그 등기가 원인 없이 이루어졌다는 기존의 주장사실에 배치되는 명의신탁 사실을 주장하면서 청구취지 및 청구원인을 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기를 구하는 것으로 교환적으로 변경함으로써 원래의 주장사실을 철회한 경우, 이미 성립되었던 피고의 자백도 그 대상이 없어짐으로써 소멸되었고, 나아가 그 후 피고가 위 자백내용과 배치되는 주장을 함으로써 그 진술을 묵시적으로 철회하였다고 보이는 경우, 원고들이 이를 다시 원용할 수도 없게 되었고, 원고들이 원래의 원인무효 주장을 예비적 청구원인 사실로 다시 추가하였다 하여 자백의 효력이 되살아난다고 볼 수도 없다.'고 판시.

나. 자백간주

자백간주는 ① 당사자가 변론에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니한 때(민사소송법 제150조 제1항),⁴⁶⁶⁹⁾ ② 당사자가 변론기일에 출석하지 아니하는 경우(제3항), ③ 피고가 답변서를 제출하지 아니한 때(제257조 제1항)⁴⁶⁷⁰⁾에 성립한다.⁴⁶⁷¹⁾

다. 현저한 사실

현저한 사실에는 일반인에게 널리 알려진 ‘공지의 사실’과 ‘법원에 현저한 사실’이 있다.⁴⁶⁷²⁾

4669) 변론 전체의 취지로 보아 다투는 것으로 인정되는 때에는 자백간주가 성립하지 않는데, 변론 전체의 취지로 보아 다투었다고 볼 것인지는 변론종결 당시까지 당사자가 한 주장 취지와 소송의 경과를 전체적으로 종합해서 판단해야 한다. 자백간주 역시 재판상 자백의 경우와 마찬가지로 상대방의 사실에 관한 주장에 대해서만 적용되고, 법률상의 주장에 대해서는 적용되지 않는다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다280781 판결; 명예퇴직수당 차액 계산의 근거로서 봉급 동결이 없었을 경우 퇴직 당시 지급되었어야 할 정당한 봉급월액이 얼마인지에 대한 당사자의 주장은 재판상 자백 또는 자백간주의 대상이 되는 사실에 대한 주장이라고 볼 수 없다고 한 예).

4670) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다255085 판결; “제1심법원이 피고에게 소장의 부분을 송달하였을 때 피고가 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내에 답변서를 제출하여야 하고(민사소송법 제256조 제1항), 법원은 피고가 답변서를 제출하지 아니한 때에는 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있으나(이하 ‘무변론판결’이라 한다), 판결이 선고되기까지 피고가 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출한 경우에는 무변론판결을 할 수 없다(같은 법 제257조 제1항). 따라서 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 민사소송법 제257조 제1항에 따라 무변론판결을 선고하였다면, 이러한 제1심판결의 절차는 법률에 어긋난 경우에 해당한다. 항소법원은 제1심판결의 절차가 법률에 어긋날 때에 제1심판결을 취소하여야 한다(같은 법 제417조). 따라서 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 민사소송법 제257조 제1항에 따라 무변론판결을 선고함으로써 제1심판결 절차가 법률에 어긋난 경우 항소법원은 민사소송법 제417조에 의하여 제1심판결을 취소하여야 한다. 다만 항소법원이 제1심판결을 취소하는 경우 반드시 사건을 제1심법원에 환송하여야 하는 것은 아니므로, 사건을 환송하지 않고 직접 다시 판결할 수 있다.”

4671) 제1심에서 피고에 대하여 공시송달로 재판이 진행되어 피고에 대한 청구가 기각되었다고 하여도 피고가 원고 청구원인을 다투는 것으로 볼 수 없으므로, 원고가 항소한 항소심에서 피고가 공시송달이 아닌 방법으로 송달받고도 다투지 아니한 경우에는 민사소송법 제150조의 자백간주가 성립된다(대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다36167 판결). 당사자는 변론이 종결될 때까지 어느 때라도 상대방의 주장사실을 다투으로써 자백간주를 배제시킬 수 있고, 상대방의 주장사실을 다투었다고 인정할 것인가의 여부는 사실심 변론종결 당시의 상태에서 변론의 전체를 살펴서 구체적으로 결정하여야 한다(2004다21305). 일단 자백간주의 효과가 발생한 때에는 그 이후의 기일에 대한 소환장이 송달불능으로 되어 공시송달하게 되었다고 하더라도 이미 발생한 자백간주의 효과가 상실되는 것은 아니다(87다카961).

4672) ① 대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 전원합의체 판결의 다수의견; “법원에 현저한 사실이라 함은 법원이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다. … 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전의 각 존재 및 그 기재 내용을 원심법원에 현저한 사실로 보아서 이를 기초로 피해자인 원고의 일일수입을 산정한 조치는 위 법리에 따른 것으로서 객관적이고 합리적인 방법에 의한 것이라고 보여지므로 옳다.” ⇨ 이에 대해 반대의견은, ‘법원에 현저한 사실이라 함은 판결을 하여야 할 법원의 법관이 직무상 경험으로 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있는 사실을 말하므로, 법관이 직무상 안 사실이라고 하더라도 명확한 기억을 하고 있지 아니하면 법원에 현저한 사실에 속한다고 할 수 없다.’라고 하여 다수의견에 반대하였다. ② 대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결의 다수의견; “일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람은 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.” ⇨ 도시 일용근로자의 월 가동일수는 20일을 초과하여 인정하기 어렵다(대법원 2024. 4. 25. 선고 2020다271650 판결). ③ 대법원 1999. 12. 7. 선고 99다41886 판결; “통계청이 정기적으로 조사·작성하는 한국인의 생명표에 의한

3. 서 증

서증은 문서에 표현된 작성자의 의사를 증거자료로 하여 요증사실을 증명하려는 증거방법이므로 우선 그 문서가 증거신청당사자에 의하여 작성자로 주장되는 자의 의사에 기하여 작성된 것(형식적 증거력)임이 밝혀져야 하고, 이러한 형식적 증거력이 인정된 다음 비로소 작성자의 의사가 요증사실의 증거로서 얼마나 유용하느냐에 관한 실질적 증명력이 판단된다.⁴⁶⁷³⁾

가. 서증의 형식적 증거력

1) 인정방법

문서의 진정성립에 다툼이 없다면 당연히 형식적 증거력이 인정된다.⁴⁶⁷⁴⁾ 상대방이 '부인' 또는 '부지'로 인부하여 문서의 진정성립에 다툼이 있는 경우, 제출자가 성립의 진정(형식적 증거력)을 증명하여야만 증거로 삼을 수 있다. 민사소송법 제356조 이하의 추정규정이 적용되는 때에는 그에 의하여 진정성립이 추정되나, 그 밖의 경우에는 제출자가 이를 증명하여야 한다.

2) 공문서의 진정성립 추정

문서의 방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것이라고 인정될 때에는 진정한 공문서로 추정되고,⁴⁶⁷⁵⁾ 이는 외국의 공공기관이 작성한 것으로 인정한 문서에도 준용된다(민소법 제356조 제1, 3항).⁴⁶⁷⁶⁾ 따라서 문서의 방식과 취지에 의하여 공무원이 직무

남녀별 각 연령별 기대여명은 법원에 현저한 사실이므로 불법행위로 인한 피해자의 일일 수입 등 손해액을 산정함에 있어 기초가 되는 피해자의 기대여명은 당사자가 제출한 증거에 구애됨이 없이 그 손해 발생 시점과 가장 가까운 때에 작성된 생명표에 의하여 확정할 수 있는 것" ● 대법원 2019. 8. 9. 선고 2019다222140 판결; "피고와 제3자 사이에 있었던 민사소송의 확정판결의 존재를 넘어서 그 판결의 이유를 구성하는 사실관계들까지 법원에 현저한 사실로 볼 수는 없다. 민사재판에 있어서 이미 확정된 관련 민사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되지만, 당해 민사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 확정된 관련 민사사건 판결의 사실인정을 그대로 채용하기 어려운 경우에는 합리적인 이유를 설사하여 이를 배척할 수 있다는 법리도 그와 같이 확정된 민사판결 이유 중의 사실관계가 현저한 사실에 해당하지 않음을 전제로 한 것이다."

4673) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결.

4674) 문서의 성립에 관한 자백은 보조사실에 관한 자백이기는 하나 그 취소에 관하여는 다른 간접사실에 관한 자백취소와는 달리 주요사실의 자백취소와 동일하게 처리하여야 할 것이므로 문서의 진정성립을 인정한 당사자는 자유롭게 이를 철회할 수 없고(88다카3083), 이는 문서에 적힌 인영의 진정함을 인정하였다가 나중에 이를 철회하는 경우에도 마찬가지이다(2001다5654).

4675) 공증인이나 공증사무취급이 인가된 합동법률사무소, 법무법인의 구성원인 변호사가 촉탁인 또는 대리촉탁인의 신청에 의하여 자신이 직접 청취한 진술, 그 목도한 사실, 기타 실험한 사실을 기재한 공증에 관한 문서(공증인법 제25조 이하 참조)는 보고문서로서 공문서라 할 것이므로, 민사소송법 제356조 제1항에 의하여 그 진정성립이 추정된다(94누2046).

4676) ● 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다205373 판결; "당사자가 외국의 공문서라고 하여 제출한 문서가 진정한 공문서로 추정되기 위하여는 제출한 문서의 방식이 외관상 외국의 공공기관이 직무상 작성하는 방식에 합치되

상 작성한 것이라고 인정되면, 그 진정성립을 다투는 측이 위조, 변조 등의 사실을 증명하여야 한다(다른 특별한 사정에 관한 설시 없이 공문서의 진정성립을 부정할 수는 없다).⁴⁶⁷⁷⁾

3) 사문서의 진정성립

사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 하는데(민소법 제357조), 그 증명방법으로는 다음과 같은 것들이 있다.⁴⁶⁷⁸⁾

가) 진정성립의 추정

사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때⁴⁶⁷⁹⁾에는 진정한 것으로 추정한다(민소법 제358조).

사문서의 작성명의인이 스스로 당해 사문서에 서명·날인·무인하였음을 인정하는 경우, 즉 인영 부분 등의 성립을 인정하는 경우⁴⁶⁸⁰⁾에는 ‘반증’으로 그러한 추정이 반복되는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 그 문서 전체에 관한 진정성립이 추정된다.⁴⁶⁸¹⁾

문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라는 점, 즉 인영의 동일성이 인정되면⁴⁶⁸²⁾ 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 사실상 추정되고,⁴⁶⁸³⁾ 일단 인영의 진정성립이 추정되

어야 하고, 문서의 취지로부터 외국의 공공기관이 직무상 작성한 것이라고 인정되어야 한다. 법원은 이러한 요건이 충족되는지의 여부를 심사할 때 해당 공문서를 작성한 외국에 소재하는 대한민국 공관의 인증이나 확인을 거치는 것이 바람직하지만 이는 어디까지나 자유심증에 따라 판단할 문제이므로 다른 증거와 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수도 있다.” ② 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두14269 판결; “현실적으로 공문서의 진정성립을 증명할 만한 증거를 확보하기 곤란한 경우가 많은 난민신청자가 제출한 외국의 공문서의 경우, 반드시 엄격한 방법에 의하여 진정성립이 증명되어야 하는 것은 아니지만, 적어도 문서의 형식과 내용, 취득 경위 등 제반 사정에 비추어 객관적으로 외국의 공문서임을 인정할 만한 상당한 이유가 있어야 한다.”

4677) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다292244 판결; “민사소송법 제356조 제1항은 … 규정하고 있으나, 위조 또는 변조 등 특별한 사정이 있다고 볼 만한 반증이 있는 경우에는 위와 같은 추정은 깨어진다.”

4678) 문서에 대한 진정성립의 인정 여부는 법원이 모든 증거자료와 변론 전체의 취지에 터 잡아 자유심증에 따라 판단하는 것이고, 사문서의 진정성립에 관한 증명 방법에 관하여는 특별한 제한이 없으나 그 증명 방법은 신빙성이 있어야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009다10980 판결 등).

4679) 여기서 ‘서명이나 날인 또는 무인이 있는 때’라 함은 문서에 형식적인 서명 등이 존재하는 것을 뜻하는 것이 아니라, 본인이나 대리인의 의사에 기한 서명행위 등이 행하여진 사실이 있는 것을 뜻한다.

4680) 상대방은 ‘날인사실 인정’ 또는 ‘인영부분 성립인정’이라고 인부하게 되고, 이는 ‘인영부분 인정’과는 다른 것이다.

4681) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결.

4682) 인영의 동일성을 인정하는 경우 그 인부는 ‘인영부분 인정’으로 하게 된다.

4683) ㉠ 인영의 진정성립에 관한 석명의무: ① 작성명의자인 당사자가 ‘부지’라고 답변한 서증의 인영이 그 당사자가 진정성립을 인정한 다른 서증에 찍혀 있는 당사자 명의의 인영과 같은 것으로 보이는 경우, 법원으로서 이 서증이 진정한 것인지의 여부에 관하여 ‘부지’라고 답변하였다고 하여 바로 형식적 증거력을 배척할 것이 아니라, 위 당사자에게 위 서증에 찍혀 있는 당사자 명의의 인영이 본인의 인장에 의하여 찍혀진 것인지의 여부 등을 따져 보아 그 인영 부분이 진정하게 성립한 것인지의 여부를 석명한 다음, 그 결과에 따라 상대방으로 하여금 인영의 대조 등에 의하여 위 서증의 진부를 증명할 수 있는 기회를 주는 등의 방법으로, 심리를 더 하여 보아야 한다(91다30712). ② 매매계약서 중 일부 내용의 변조 여부가 다투어지는 경우 매도인이 그 성립을 부인한다고 하더라도, 법원으로서의 의당 그 서증의 진부를 함에 있어서 매도인의 인영날인 사실까지 부인하는지 여부를 석명하여 매도인이 그 인영의 진정을 인정한다면 그 진정성립이 추정되는 것이므로, 그 이후에

면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서전체의 진정성립이 추정되는, 두 단계의 추정
으로 문서의 진정성립이 추정된다. 위의 1단계 사실상 추정은 날인행위가 작성명의인
이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는
그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권한에 의한 것이라는 사실까지 증
명할 책임이 있다.⁴⁶⁸⁴⁾ 즉, '인영의 동일성(문서제출자의 증명) → 인영의 진정성립 추정(사실
상 추정) → 문서전체의 진정성립 추정(민사소송법 제358조 소정의 증거법칙적 추정) ↔ 작성명의
자 아닌 자에 의한 날인(작성명의자의 증명) ↔ 정당한 날인 권한(문서제출자의 증명)'의 공방구
조가 된다.⁴⁶⁸⁵⁾

한편, 인영 부분 등의 진정성립이 인정된다면 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 문서는
그 전체가 완성되어 있는 상태에서 작성명의인이 그러한 서명·날인·무인을 하였다고 추
정할 수 있고, 그 당시 그 문서의 전부 또는 일부가 미완성된 상태에서 서명·날인만을
먼저 하였다는 등의 사정은 이례에 속한다고 볼 것이므로 완성문서로서의 진정성립의
추정력을 뒤집으려면 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 간접반증 등의 증거가
필요하며, 만일 그러한 완성문서로서의 진정성립의 추정이 반복되어 백지문서 또는 미완
성 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충하였다는 등의 사정이 밝혀진 경우라면, 다시
그 백지문서 또는 미완성 부분이 정당한 권한에 기하여 보충되었다는 점에 관하여는 그
문서의 진정성립을 주장하는 자 또는 문서제출자에게 그 증명책임이 있다.⁴⁶⁸⁶⁾ 즉, 백지
내지 미완성 문서의 경우, '인영 부분 등의 진정성립(문서제출자의 증명) → 완성문서로서의
진정성립의 추정(사실상 추정) ↔ 작성명의자 아닌 자에 의한 백지문서 또는 미완성 부분의
보충(작성명의자의 증명) ↔ 정당한 보충 권한(문서제출자의 증명)'의 공방구조가 된다.

인영, 필적 등의 동일성이 다투어지는 경우, 감정인의 인영·필적 감정 결과, 법원의
인영·필적 대조 검증 결과 등에 의하여 작성 명의인 이름 다음의 인영이 그의 인장·필적

그 문서의 변조가 있었는지 여부에 관하여는 매도인이 증명을 하여 밝혀야 한다(95다4674).

4684) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다17864 판결, 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다69686 판결.

4685) 인영의 진정성립 추정과 그 반복 요건에 관하여 판례는 통일된 판시를 보여주지 못하고 있는데, 이점에 대해서
는 다음의 독립된 항에서 상세히 검토해 보기로 한다.

4686) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결 등.

이와 관련하여 타인에게 권한을 위임하거나 대리권을 수여하는 내용의 '위임장' 등이 작성된 경우 그에 의하여
위임한 행위의 내용 및 권한의 범위는 위임장 등 문언의 내용뿐 아니라 그 작성 목적과 작성 경위 등을 두루
살피, 신중하게 판단하여야 한다. 특히 위임장 등에 기재된 내용 중 일부가 백지인 상태로 교부된 후 수입인이
그 위임사항의 내용을 보충하여 기재한 경우라면 그것이 정당하게 위임받은 권한에 의하여 보충된 것이라는
점 역시 수입인이 증명할 책임이 있다. 따라서 채권자가 본인 겸 채무자의 대리인으로서 금전소비대차계약
공정증서의 작성을 촉탁할 경우 그 촉탁에 관하여 대리권을 수여하는 위임장을 교부한 사실이 있다는 것만으
로, 그 위임장에 기재된 채무의 금액이나 이율, 변제기 등에 대하여 사전에 그 내용대로 합의한 사실이 있다거
나 채권자가 보충할 권한을 위임받았다고 쉽게 인정할 것은 아니고, 특히 백지보충된 부분이 정당한 보충권한
에 의하여 기재된 것이라는 점은 채권자가 별도로 증명하여야 한다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2011다100923
판결).

에 의한 것임을 증명할 수 있다.

작성명의인의 인영에 의하여 ‘처분문서’의 진정성립을 추정함에 있어서는 신중하여야 하고, 특히 처분문서의 소지자가 업무 또는 친족관계 등에 의하여 문서명의자의 위임을 받아 그의 인장을 사용하기도 하였던 사실이 밝혀진 경우라면 더욱 그러하다.⁴⁶⁸⁷⁾

나) 인영의 진정성립의 추정과 그 번복에 관한 판례의 검토

(1) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결

인영의 진정성립 추정과 그 번복 요건에 관하여 종래에 판례는 통일된 판시를 보여주지 못하고 있었다.

그런데 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결에서, 배서의 자격수여적 효력에 관한 어음법 제16조 제1항이 어음채무자의 기명날인의 진정을 ‘법률상 추정’하는지에 관하여 다수의견⁴⁶⁸⁸⁾과 별개의견⁴⁶⁸⁹⁾이 나뉘었으나, 다수의견은 이를 부정하고 일반적인 사문서에 있어서의 ‘인영의 진정성립 추정’에 관한 판레이론이 어음의 경우에

4687) 대법원 2014. 9. 26. 선고 2014다29667 판결(처분문서는 진정성립이 인정되면 그 기재 내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 이상 문서의 기재 내용에 따른 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다는 점을 감안한 것이다).

4688) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결의 다수의견: “어음의 소지인이 어음채무자에 대하여 어음상의 청구권을 행사하는 경우에도 어음채무발생의 근거가 되는 요건사실, 즉 그 어음채무자가 어음행위를 하였다는 점은 어음소지인이 주장 입증하여야 된다고 볼 것이다. 배서의 자격수여적 효력에 관하여 규정한 어음법 제16조 제1항은 어음상의 청구권이 적법하게 발생한 것을 전제로 그 권리의 귀속을 추정하는 규정일 뿐, 그 권리의 발생 자체를 추정하는 규정은 아니라고 해석되므로, 위 법조항에 규정된 ‘적법한 소지인으로 추정한다’는 취지는 피위조자를 제외한 어음채무자에 대하여 어음상의 청구권을 행사할 수 있는 권리자로 추정된다는 뜻에 지나지 아니하고, 더 나아가 자신의 기명날인이 위조된 것임을 주장하는 사람에 대하여까지도 어음채무의 발생을 추정하는 것은 아니라고 할 것이다. 그렇다면 어음에 어음채무자로 기재되어 있는 사람이 자신의 기명날인이 위조된 것이라고 주장하는 경우에는 그 사람에 대하여 어음채무의 이행을 청구하는 어음의 소지인이 그 기명날인이 진정한 것임을 증명하지 않으면 안된다고 볼 수밖에 없다. … 그러나 피고 명의의 배서란에 찍힌 피고 명의의 인영이 피고의 인장에 의한 것임을 피고가 인정하고 있으므로 그 배서부분이 진정한 것으로 추정되기는 하지만, 그 인영이 작성명의인인 피고 이외의 사람이 날인한 것으로 밝혀질 때에는 위와 같은 추정은 깨어지는 것이므로, 이와 같은 경우에는 이 사건 어음을 증거로 제출한 원고가 작성명의인인 피고로부터 날인을 할 권한을 위임받은 사람이 날인을 한 사실까지 입증하여야만 그 배서부분이 진정한 것임을 증명되는 것인바(88다카6815; 89다카21569 등 참조) ▶ 그런데 위 전원합의체 판결의 참조판결인 89다카21569의 판시는 “문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립이 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서전체의 진정성립이 추정되나 이와 같은 추정은 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 작성명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 더 이상 유지될 수 없어 깨어지는 것이므로 문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 입증할 책임이 있다”는 것으로서 제6유형에 해당하는 것이고, 참조판결 88다카6815도 마찬가지이다.

4689) 별개의견은, “어음법 제16조 제1항의 규정은, 배서가 연속된 어음소지인의 어음상 권리행사를 손쉽게 할 수 있게 함으로써 어음의 생명인 유통성을 보장하려는 정책적 고려에서, 어음의 소지 및 배서의 연속이라는 외형적 사실을 바탕으로 하여 어음소지인의 적법한 권리취득 및 그 전제가 되는 어음채무의 발생 즉 어음채무자의 기명날인의 진정을 추정함으로써 어음권리자의 권리발생의 요건사실에 대하여 입증책임의 전환을 규정한 것으로 보는 것이 위 어음법 규정의 진정한 취지에 부합하는 해석이라고 생각한다.”라고 하고, “어음의 배서가 형식적으로 연속되어 있으면 그 소지인은 정당한 권리자로 추정되므로 배서가 위조된 경우에도 이를 주장하는 사람이 그 위조사실을 입증하여야 한다.”라고 하였다.

도 동일하게 적용되는 것이라 하였고, 그 판례상 준칙이 쟁점으로 된 것은 아니지만 다수의견은 다음 항에서 볼 제1유형의 판시를 채택하여 판시한 이상 인명의 진정성립의 추정과 그 번복에 관한 부분도 전원합의체에 의해 정리된 것으로 볼 수 있다.

하지만, 위 전원합의체 판결 후에도 인명의 진정성립 추정과 그 번복 요건에 관하여 판례는 통일된 판시를 보이고 있지 않는데, 큰 범주로 본다면 6가지 유형으로 나뉜다.

판시의 6가지 유형은, ‘문서에 날인된 작성명의인의 인명이 그의 인장에 의하여 현출된 것’(= 인명의 동일성)이라는 사실로부터 ‘그 인명의 진정성립’, 즉 ‘날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것’이라는 요증사실을 ‘추정’한다는 점에서는 차이가 없으나, 그 추정의 성질이 무엇인지, 그 추정을 번복시키는 사실은 무엇인지에 관하여 미묘한 차이를 보이고 있다.

(2) 판례의 유형별 검토

(가) 제1유형

대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다69686 판결⁴⁶⁹⁰⁾ 등⁴⁶⁹¹⁾은, “문서에 날인된 작성명의인의 인명이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인명의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 ‘사실상 추정’되고, 일단 인명의 진정성립이 추정되면 … 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 사실상 추정은 ‘날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것’임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는 그 ‘날인행위가 작성명의인으로부터 위임받

4690) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다69686 판결: “갑 제1호증(대출거래약정서)의 보증인란의 피고들의 이름 옆에 찍힌 피고들의 인명이 피고들의 인장에 의하여 현출된 것이라는 점에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없으므로 특별한 사정이 없는 한 그 인명은 피고들의 의사에 의하여 현출된 것으로 사실상 추정된다고 할 것이나, 피고들은 갑 제1호증에 피고들의 인장을 직접 날인한 자는 피고들 본인이 아니라 유OO이라고 주장하고 있고 원고도 이러한 주장을 다투지 않는 것으로 보일 뿐만 아니라, 원심이 배척하지 아니한 제1심 증인 김OO의 증언에 의하더라도 위 연대보증계약 체결 당시 유OO이 피고들의 인장을 지참하고 혼자 원고 사무실에 왔었다는 것이어서 피고들 인장의 날인행위가 피고들이 아닌 유OO에 의하여 이루어진 것임이 밝혀졌다고 할 것이므로, 문서제출자인 원고로서는 유OO의 날인행위가 작성명의인인 피고들로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 입증할 책임이 있다고 할 것인데, 기록을 살펴봐도 유OO이 피고들로부터 위 연대보증계약 체결을 위한 대리권을 부여받았다고 볼 증거가 부족하다.”

4691) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다41324 판결: “갑정인 김OO의 감정결과(기록 303쪽)에 의하면, 갑 제2호증의 2에 찍힌 피고의 인명이 피고의 인장에 의하여 현출된 사실을 인정할 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 그 인명은 피고의 의사에 의하여 현출된 것으로 사실상 추정된다고 할 것이나, 기록에 의하면 위 인명을 직접 날인한 자는 피고 본인이 아니고 위 강OO이 그 대리인의 자격으로 날인하였고(이 점은 당사자 사이에 다툼이 없다), 피고는 위 강OO에게 위 계약을 체결할 권한을 부여한 사실이 없다고 주장하고 있음이 명백하므로 갑정인 김OO의 감정결과만으로는 바로 위 서증에 대한 진정성립이 인정되었다고 볼 수 없으며, 문서제출자인 원고로서는 위 강OO이 원고를 대리할 권한이 있음을 주장입증하지 않는 한 민사소송법 제329조 소정의 추정을 받을 수 없다 할 것인바, 기록을 살펴봐도 위 강OO이 피고로부터 위 보증계약체결을 위한 대리권을 부여받았다고 볼 뚜렷한 자료가 없다.” “계약보증보험계약에 따라 강OO이 원고에 대하여 부담하는 구상금채무에 대한 연대보증계약을 피고를 대리하여 체결한 사안.

은 정당한 권원에 의한 것'이라는 사실까지 입증할 책임이 있다."라고 판시하고 있다.

즉, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정은 사실상 추정임을 명시하고, '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'을 위 추정(추인)을 동요시키는 간접반증사실로 들고 있다. 그런데 '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'만으로 과연 사실상 추정을 깰 정도의 간접반증이 성공했다고 볼 수 있는지에는 의문의 여지가 있을 수 있다.

(나) 제2유형

대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다59122 판결⁴⁶⁹²⁾은, "인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 '사실상의 추정'이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 '반증'을 들어 인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 '의심을 품게 할 수 있는 사정'을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다."라고 판시하였다.

즉, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정은 사실상 추정임을 명시하고, '인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'을 위 추정(추인)을 동요시키는 간접반증사실로 들고 있다. 제2유형의 판시는 간접반증사실에 관한 일반적인 추상적 법률론에 따른 설시로 볼 수 있고, 제1유형은 제2유형 판시의 구체적인 예, 즉 '날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것' = '의심을 품게 할 수 있는 사정'이라 할 수 있으므로, 결국 제1유형과 제2유형은 동일한 것으로 볼 수 있다. 위 2002다59122 판결의 구체적 사안도, '제3자에 의한 날인'의 입증으로 문서제출자인 원고가 '피고의 의사에 기하여 작성되었음'을 입증하여야 함을 밝힌 것이다.

(다) 제3유형

대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결 등은, "문서에 찍힌 인영이 그 명의인의 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기하여 이루어진 것으로 '추정'되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조의 규정에 의하여 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이므로, 문서가 '위조'된 것임을 주장하는 자는 적극적

4692) "소외 2는 피고의 위임을 받은 소외 3으로부터 이 사건 토지에 관하여 소외 3을 근저당권자로 하는 근저당권을 설정하여 달라는 부탁과 함께 피고의 인감도장과 인감증명서 3통을 교부받았음에도 불구하고, 이를 이용하여 마치 피고가 소외 2와 소외 4의 소외 신허에 대한 각 대출금채무에 대하여 연대보증한 것처럼 대출신청서와 차용금증서를 위조하였을 것이라고 충분히 의심되므로, 원고는 대출신청서 및 차용금증서가 피고의 의사에 기하여 작성되었음을 입증하여야 할 것"

으로 위 인명이 '명의인의 의사에 반하여 날인된 것'임을 입증할 필요가 있는데(81다684 판결 참조),"라고 판시하였다.

위 판시는, '인명의 동일성'으로부터 '인명의 진정성립'으로의 추정에 관하여 그 법적 성질을 밝힘이 없이 '추정'이라고만 설시하고, '인명이 명의인의 의사에 반하여 날인된 사실'을 작성명의인이 '입증할 필요'가 있음을 나타내고 있다.

위 '추정'을 사실상 추정으로 볼 경우 '인명이 명의인의 의사에 반하여 날인된 사실'을 과연 위 추정(추인)을 동요시키는 간접반증사실로 볼 수 있을지는 의문이다. '인명이 명의인의 의사에 반하여 날인된 사실'은 '날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것'이라는 요증사실의 반대사실에 해당하는 것이지, 추인을 동요시키는 간접반증사실로는 볼 수 없다고 본다.

위 판시는 '인명의 동일성'으로부터 '인명의 진정성립'으로의 추정을 법률상 추정으로 해석할 때 딱 들어맞는 판시이다. 전제사실인 '인명의 동일성'이 인정되면 상대방이 반증 아닌 본증으로써 '인명의 진정성립'의 반대사실 즉, '인명이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것'임을 입증하여야 하는 것이다.

실무상 문서의 진정성립을 다투는 경우 흔히 '위조 항변'으로 일컫고 있는데 '위조'란 결국 '제3자에 의한 날인+무권원의 날인'을 말하는 것으로서 '인명이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것'을 의미하므로, 이른바 '위조 항변'이라는 명칭은 위 판시처럼 '인명의 동일성'으로부터 '인명의 진정성립'으로의 추정을 법률상 추정으로 해석할 때에 부합하는 것이다.

위 2001다72029 판결은 지분이전등기말소청구 사건에서 등기원인증서인 증여계약서의 진정성립이 문제된 사안인데, 그 구체적 내용을 살펴보면 아래⁴⁶⁹³⁾와 같다.

4693) 원심은, 당시 19세 4월 남짓의 미성년자인 원고 1의 지분에 관하여 증여를 원인으로 위 원고의 모인 피고 명의의 이전등기가 경료된 사안에서, 피고가 위 원고의 인감도장 등을 소지하고 있음을 기화로 이전등기에 필요한 서류를 위조하여 이전등기를 경료하였다는 위 원고의 주위적 주장에 대하여는 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 배척하고, 위 지분을 피고에게 증여하는 행위는 친권자인 피고와 미성년의자인 위 원고 사이의 이해상반행위에 해당하므로 피고로서는 위 원고로부터 증여받기 위해서는 위 원고를 위한 특별대리인의 선임을 법원에 신청하여 그 절차를 밟았어야 할 것임을 전제로 하여, 등기권리증인 증여계약서에 위 원고의 특별대리인이 선임되었다는 표시가 되어 있지 아니한 사실에 의하면 피고가 위 원고를 위한 특별대리인을 선임하지 아니한 채 위 증여계약서를 작성하여 이전등기를 경료한 사실을 추단할 수 있으므로, 위 지분이전등기는 원인을 결여한 무효의 등기라고 판단하여 위 원고의 예비적 주장을 받아들였다.

이에 대하여, 대법원은, "어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정되므로, 전 등기명의인인 원고 1이 미성년자이고 이 사건 지분을 친권자인 피고에게 증여하는 행위가 이해상반행위라 하더라도 일단 이 사건 이전등기가 경료되어 있는 이상, 특별한 사정이 없는 한, 그 이전등기에 관하여 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다고 할 것이다."라고 한 다음, "또한, 문서에 찍힌 인명이 그 명의인의 인장에 의하여 현출된 인명임이 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 인명의 성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기하여 이루어진 것으로 추정되고, 일단 인명의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조의 규정에 의하여 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이므로, 문서가 위조된 것임을 주장하는 자는 적극적으로 위 인명이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것임을

이전등기말소등기청구 사건에서 등기신청서류의 진정성립이 문제되는 경우, 등기의 법률상 추정력 때문에 등기신청서류의 진정성립도 법률상 추정되므로, 원고로부터 피고로의 이전등기의 말소등기를 구하는 원고로서는 등기원인증서 등 등기신청서류가 위조된 것이라는 점, 예컨대 피고가 아무런 권한 없이 등기신청서류상 원고의 인영을 원고의 의사에 반하여 날인한 사실 등을 적극적으로 입증할 책임을 진다.⁴⁶⁹⁴⁾

입증할 필요가 있는데(81다684 참조), 위 증여계약서에는 원고 1이 본인으로서 이 사건 지분을 피고에게 증여한다는 내용의 기재와 함께 위 원고 명의의 인영이 현출되어 있고 그 인영이 위 원고의 인장(신고한 인감)에 의한 것임을 위 원고가 시인하고 있으므로 위 증여계약서는 진정하게 성립한 것으로 추정된다고 할 것이다.”라고 하고, “위 이전등기가 위조된 등기신청서류에 의하여 마쳐졌거나 위 원고에게 피고와 사이에 직접 증여계약을 맺을 만한 의사능력이 없는 사람이었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 원고가 피고와 사이에 직접 증여계약을 체결하였으며 그에 관하여 필요한 유효요건이 모두 갖추어진 것이라고 추정하는 것이 옳다. … 위 원고는 위 증여계약 당시 19세 4월에 이른 사람이어서 의사능력을 가지기에 넉넉한 나이였고 달리 기록상 피고가 위 원고를 제쳐놓고 위 원고의 친권자 겸 수증자로서 행위하여 위 증여계약을 체결하였다고 볼 아무런 자료가 없는 이상, 위 원고가 행한 증여계약은 가사 적법한 법정대리인의 동의가 없었다고 하더라도 무효가 아니라 취소할 수 있는 것에 불과한 데, 취소권을 행사할 수 있는 제척기간이 이미 지나갔음이 역수상 분명한 것으로 보인다.”라고 판시하여 원심판결에는 등기의 추정력과 문서의 진정성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하였다.

위 2001다72029 판결은 원고 1 대신 피고가 원고 1의 인장을 날인한 사실을 인정할 증거가 없는 사안이므로, ‘날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것’임이 밝혀진 경우에 ‘인영의 동일성’으로부터 ‘인영의 진정성립’으로의 사실상 추정이 깨어진다는 제1유형 판례에 의하더라도 위 사실상 추정이 깨어지지 않는 사안으로서 그 결론에 있어서는 동일한 것이다.

‘문서가 위조된 것임을 주장하는 자는 적극적으로 위 인영이 명의인의 의사에 반하여 날인된 것임을 입증할 필요가 있다’는 일반론의 설시에는 앞서 본 바와 같은 문제가 있지만, 원고 1의 지분에 관하여 증여를 원인으로 하여 그 모인 피고 명의로 이전등기가 경료된 사안이어서, 위 2001다72029 판결의 전반부 일반론처럼 일단 피고 명의의 이전등기가 경료되어 있는 이상, 특별한 사정이 없는 한, 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 법률상 추정되므로, 피고 명의의 이전등기가 ‘전 등기명의인인 원고의 의사에 반하여 이루어진 것’이라는 실제적 위법이나 ‘위조 또는 절취된 등기관계서류에 의해 마쳐진 것’이라는 절차적 위법을 주장·입증함으로써 등기의 추정력을 복멸시킬 수 있어, 원고 1로서는 증여계약서 등 피고 명의의 이전등기의 등기관계서류가 위조된 것이라는 점, 즉 피고가 아무런 권한 없이 증여계약서상 원고 1의 인영을 원고 1의 의사에 반하여 날인한 사실을 적극적으로 입증하여야 하는 것이어서 위 2001다72029 판결의 구체적 사안에서는 인영의 진정성립 번복에 관한 위 일반론의 적용이 타당한 것이다.

- 4694) 이러한 측면에서 위 2001다72029 판결이 그 이유에서 참조 판례로 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전원합의체 판결 전의 것으로서 등기원인증서 등 등기관계서류에도 해당하지 않는 연대보증계약서의 진정성립에 관한 사안인 대법원 1982. 8. 24. 선고 81다684 판결(“이 사건에서 갑 제4호증(연대보증장)에 날인된 소외 망 서OO(일본명 판본OO) 이름 밑의 인영이 동인의 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 이상 그 인영의 성립과 나아가서 위 문서 전체의 진정성립까지 추정될 수밖에 없으니 위 문서가 위조된 것임을 주장하는 피고 들 측에서 적극적으로 위 인영이 망 서OO의 의사에 반하여 날인된 것임을 입증할 필요가 있다고 할 것”)을 인용한 것은 타당치 않은 것이지만, 공보상 참조판례로 거시된 대법원 1986. 2. 11. 선고 85다카1009 판결(“을 제4호증(협의서)에 날인된 원고 이름 밑의 인영이 원고의 인장에 의하여 현출된 인영임을 원고가 자인하고 있는 이상 그 인영의 성립과 나아가서 위 문서 전체의 진정성립까지 추정될 수밖에 없으니 위 문서가 위조된 것임을 주장하는 원고 측에서 적극적으로 위 인영이 원고의 의사에 반하여 날인된 것임을 입증할 필요가 있다고 할 것이다. 원심판결 이유에 의하면 원심은 원고와 피고는 형제지간으로서 1977. 2. 19 그 선대인 소외 망인의 사망으로 이 사건 대지를 공동상속하였는데 피고가 같은 해 6. 26 위 을 제4호증(협의서)을 위조한 후 그것을 이용하여 같은 대지에 관하여 같은 해 7.30 피고 단독 명의의 소유권이전등기를 경료한 사실을 인정하고 있는바, 기록에 의하면 위 문서위조의 점을 뒷받침하는 증거로서는 제1심 및 원심증인의 증언이 있을 뿐이다. … 위 증인의 증언만으로 앞서 본 문서의 진정성립 추정을 깨뜨리기에는 부족하다고 아니할 수 없다.”)은, 쟁점 대지에 관하여 소외 망인으로부터 피고 앞으로 상속재산분할협의에 의한 재산상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되었는데, 상속재산분할협의서가 위조된 것이라 주장하여 위 소유권이전등기의 말소등기를 청구한 사건에서 등기원인증서인 상속재산분할협의서의 진정성립이 문제된 사안이므로, 위 2001다

그런데 위 2001다72029 판결 후에 등기원인증서인 증여계약서 등의 진정성립이 문제된 사안에서, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결은 앞서 본 제1유형의 2002다69686 판결을 참조판결로 하여 제1유형의 일반론을 판시한 다음, “피고 명의의 이 사건 소유권이전등기를 함에 있어 그 등기필증에 갈음하여 작성, 제출된 원고 본인 확인서면과 증여계약서 및 이사회결의서에 기입된 원고 명의의 무인과 서명이 모두 원고의 것이 아님이 밝혀진 이상 비록 위 증여계약서 및 이사회결의서상 원고 명의의 인영의 동일성 여부에 대해서는 다툼이 없다 하더라도 위 각 서류는 모두 ‘원고 이외의 자에 의하여 작성된 것’으로 볼 수 있고, 나아가 위 등기의무자 본인 확인서면이 소유권이전등기절차에 있어 지니는 중요성에 비추어 그 ‘작성권한의 위임 기타 원고의 의사에 기하여 작성된 것’이라고 볼 수도 없다” 할 것이니, 위 각 문서의 진정성립을 전제로 하는 상고이유의 주장은 이유 없다.”라고 판시하였다(제1유형의 일반론을 판시하면서도, 구체적 판단에 있어서는 추정반복사유로 제1유형의 ‘원고 이외의 자에 의하여 작성된 사실’만이 아니라 제3유형의 ‘작성권한의 위임 기타 원고의 의사에 기하여 작성된 것’이라고 볼 수 없다’는 점을 실시하였다).⁴⁶⁹⁵⁾

72029 판결과 동일한 사안이어서 참조판결로 적절한 것이라 할 수 있다.

4695) 위 2009다37831 판결은 위 판시에 앞서, “소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 현 등기명의인이 그 제3자가 전 등기명의인의 대리인이라고 주장하더라도 현 소유명의인의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 전 소유명의인으로서의 반대사실, 즉 그 ‘제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었다’든가 또는 ‘제3자가 전 소유명의인의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다’는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다”라고 하여 등기추정력과 말소등기청구의 증명책임에 관한 일반론을 판시한 후, “피고 교회의 최초 설립자이자 그 장로직에 있던 원고와 원고의 처 소외인이 이 사건 토지를 피고 교회의 신축 건물 부지로 제공하면서 이를 증여하겠다는 의사를 표시하였음에도 약속과 달리 그 소유권을 피고에게 넘기지 않고 있던 중 피고가 피고에게 협조적인 소외인의 도움을 받아 원고가 보관하고 있던 이 사건 토지의 등기필증에 갈음하여 원고 본인 확인서면, 원고와 피고 사이의 증여계약서 및 같은 취지의 교회 이사회결의서’를 작성, 제출하여 피고 앞으로 소유권이전등기를 경료함에 있어서 위 각 서류상 원고의 무인 및 서명 부분을 사실과 달리 허위로 작성한 사실’이 인정되고, 위 인정사실에다가 원고가 이처럼 비정상적인 방법으로 이 사건 토지를 피고에게 급히 넘겨주어야 할 별다른 이유가 없는 등 그 판시 각 사정들에 비추어, 이 사건 토지 중 그 소유권이전등기의 효력에 다툼이 없는 소외인 소유의 1/2 지분을 제외한 나머지 1/2 지분에 관한 피고 명의의 소유권이전등기는 ‘적법한 절차를 거치지 아니한 것’일 뿐 아니라 ‘전 소유자인 원고의 진정한 의사에 부합하지 않는 것’이어서 무효의 등기라고 판단한 것은 정당하다고 수긍할 수 있다.”라고 판시하였다(위 각 서류상 원고의 무인 및 서명 부분을 사실과 달리 허위로 작성한 사실’의 인정과 ‘전 소유자인 원고의 진정한 의사에 부합하지 않는 것’이라는 판단은 문서의 진정성립 여부에 관한 판단 부분과 실질적으로는 동일한 동어반복의 판단으로 볼 수 있다).

위 2009다37831 판결의 경우 이전등기말소청구 사건에서 등기원인증서인 증여계약서 등 등기신청서류의 진정성립이 문제된 사안이므로, 앞서 본 2001다72029 판결에 관하여 살펴본 바와 같이 피고 명의 등기의 법률상 추정력 때문에 그 등기신청서류의 진정성립도 법률상 추정되어, 원고로부터 피고로의 이전등기의 말소등기를 구하는 원고로서는 등기원인증서 등 등기신청서류가 위조된 것이라는 점, 즉 원고 이외의 자가 아무런 권한 없이 등기신청서류상 원고의 인영을 원고의 의사에 반하여 날인한 사실 등을 적극적으로 입증할 책임을 지는 것으로 판시함이 옳았을 것이다. 제1유형의 일반론을 판시한 점이나, 문서의 진정성립 여부에 대한 판단과 등기추정력과 말소등기청구의 증명책임에 관한 판단을 별도로 동어반복으로 판시한 점은 타당한 것이 아니라 여겨진다.

(라) 제4유형

대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다82158 판결은, “문서에 찍혀진 작성명의인의 인영이 그 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 성립 즉 그 작성명의인에 의하여 날인된 것으로 ‘추정’되고 일단 그것이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되는 것이므로, 그 문서가 ‘작성명의인의 의사에 반하여 혹은 작성명의인의 의사에 기하지 않고 작성된 것’이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 입증하여야 하고 이 ‘항변’사실을 입증하는 증거의 증명력은 ‘개연성만으로는 부족’하다(87다카707, 96재다462 등 참조).”라고 판시하였다.⁴⁶⁹⁶⁾

위 2007다82158 판결은, ‘인영의 동일성’으로부터 ‘인영의 진정성립’으로의 추정에 관하여 그 법적 성질을 밝힘이 없이 ‘추정’이라고만 설시하는 한편, ‘작성명의인의 의사에 반하여 혹은 작성명의인의 의사에 기하지 않고 작성된 사실’을 작성명의인이 ‘적극적으로’ 입증하여야 함을 밝히고, 이는 ‘항변’사실에 해당하며, 이를 입증하는 증거의 증명력은 ‘개연성만으로는 부족’함을 나타내고 있다.

위 2007다82158 판결은 제3유형 판결의 판시보다는 더욱더 위 ‘추정’을 사실상 추정이 아닌 법률상 추정으로 해석한 것으로 볼 수 있는 것이다. 추정의 반복 요건인 ‘작성명의인의 의사에 반하여’와 ‘작성명의인의 의사에 기하지 않고’는 동일한 것이므로 결국은 제3유형 판결의 판시와 동일한 것이라 할 수 있다.

(마) 제5유형

대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다38049 판결⁴⁶⁹⁷⁾ 등은, “사문서에 날인된

4696) 이는 소유권이전등기말소등기절차이행청구 사건에서 등기원인증서인 상속재산분할협의서의 진정성립이 문제된 사안이다(원심이, 피고가 쟁점 부동산 전부를 상속한다는 내용의 상속재산분할협의서를 원고들의 동의 없이 작성하고 원고들의 인감증명서를 첨부하여 피고 명의의 소유권이전등기를 경료한 사실을 인정함 다음, 위 소유권이전등기 중 원고들의 상속 지분인 4분의 3 지분은 원인 없이 경료된 부적법한 등기라고 하여 그 부분에 관한 말소등기절차의 이행을 명한 데 대하여, 대법원은, 쟁점 부동산을 피고가 단독 상속받는 것에 관하여 원고들이 동의하였을 가능성이 더 높은 것으로 보인다고 하고, 원심이 채택한 증거들만으로는 상속재산분할협의서의 진정성립의 추정이 반복되었다고 볼 수는 없음에도 원심은 위 증거들만으로 상속재산분할협의서가 피고에 의하여 위조된 것이라고 판단하였으니, 원심판결에는 문서의 진정성립의 추정에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례).

4697) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다38049 판결: “이 사건 제2차 매매계약서상의 매도인과 매수인 표시를 정정하면서 피고 2의 서명이나 무인이 행하여지지 아니한 점, 피고 2가 인주를 교체해 가면서 같은 자리에 겹쳐서 무인을 찍었다고 보기는 어려운 점, 피고 2가 피고 1로부터 손해 보지 않고 팔아달라는 부탁을 받았는데 피고 1이 매수한 가격보다 1억 원 이상 낮은 가격에 매도할 아무런 이유가 없는 점, 원고는 이 사건 제2차 매매계약이 체결되었다고 주장하는 1998. 1.경 이후부터 이 사건 소 제기 시까지 피고 1에게 한 번도 소유권이전등기절차의 이행을 요구한 적이 없는 점 등에 비추어 이 사건 제2차 매매계약서(갑 제6호증)의 진정성립의 추정이 반복되었다는 취지로 판단하였다. 앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 수긍할 수 있고, ….” ⇨ 2009다38049 판결의 구체적 사안은, 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구 사건에서 매매계약서의 진정성립이 문제된 사안으로서 ‘날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로

작성 명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임이 '추정'되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 추정은 그 '날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'임이 밝혀지거나 '작성 명의인의 의사에 반하여' 혹은 '작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것'임이 밝혀진 경우에는 깨진다고 할 것이고, 나아가 위와 같은 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 '사실상의 추정'이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 '반증'을 들어 인영의 진정성립, 즉 '날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨진다(2003다21384, 21391 등 참조).⁴⁶⁹⁸⁾라고 판시하였다.

즉, '인영의 동일성'으로부터 '인영의 진정성립'으로의 추정은 사실상 추정임을 명시하고, 제1유형 소정의 '날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'이나 제3유형 소정의 '작성 명의인의 의사에 반하여' 혹은 '작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것', 나아가 제2유형 소정의 '인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'을 위 추정(추인)을 동요시키는 간접반증사실로 함께 들고 있다.^{4698) 4699)}

-
- 하여금 의심을 품게 할 수 있는 여러 사정들'을 들어 진정성립의 추정이 번복되었다고 판단한 것이다.
- 4698) 위 2009다38049 판결은 제1, 2, 3유형의 혼합형 판시로 볼 수 있는데, 인영의 진정성립의 추정을 번복시키는 제1, 2, 3유형 소정의 각 사유를 서로 대등한 지위에 있는 간접반증사유로 보고 있는 것으로 보인다. 이미 제3유형에서 의문점을 제기한 바대로 요증대상인 인영의 진정성립의 반대사실인 '작성 명의인의 의사에 반하여' 혹은 '작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 사실'을 '날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것'이나 '날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정'과 같이 대등한 자격의 간접반증사실로 볼 수는 없다 하겠다.
- 4699) 한편, 대법원 1997. 6. 13. 선고 96재다462 판결은 '약속이행각서'의 진정성립이 문제된 사안에서 위 2009다38049 판결과 동일한 일반론을 판시하였다.
- 그리고 위 96재다462 판결은, 원고가 재심사유로서, "대법원 1987. 12. 22. 선고 87다카707 판결에서 '문서에 찍혀진 작성 명의인의 인영이 그 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 성립 즉 그 작성 명의인에 의하여 날인된 것으로 추정되고 일단 그것이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되는 것이므로 그 문서가 작성 명의인의 자격을 모용하여 작성한 것이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 입증하여야 하고 이 항변사실을 입증하는 증거의 증명력은 개연성만으로는 부족하다.'라고 판시한 바 있는데, 재심대상 판결이 '비록 사문서의 작성 명의인이 인영 부분을 시인하였다고 하더라도 반증을 들어 그 진정성립에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 하면 진정성립의 추정은 깨어진다.'고 판단한 것은 종래의 대법원 판례를 사실상 변경한 것이다. 그럼에도 불구하고 대법관 전원의 3분의 2 이상의 전원합의체에서 재판하지 않고 대법관 4인으로 구성된 부에서 재판하였으니, 이는 민사소송법 제422조 제1항 제1호 소정의 '법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때'에 해당한다"라고 주장한 데 대하여, "원고가 재심사유에서 지적하고 있는 87다카707 판결은 '문서에 찍혀진 작성 명의인의 인영이 그 인장에 의하여 현출된 인영임이 밝혀진 경우에는 그 문서가 작성 명의인의 자격을 모용하여 작성한 것이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 입증하여야 한다.'는 것으로, 인영의 진정성립을 다투는 자는 반증을 들어 그 진정성립의 추정을 깨뜨릴 수 있는 사정 등을 적극적으로 입증하여야 한다는 취지이고, 재심대

(바) 제6유형

대법원 1995. 3. 10. 선고 94다24770 판결은, “문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 ‘추정’되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되는 것이며, 다만 이와 같은 추정은 그 날인행위가 ‘작성명의인 이외의 자에 의하여’ ‘작성명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것’임이 따로 밝혀진 경우에 더 이상 유지될 수 없다고 할 것이다.”라고 판시하였다.⁴⁷⁰⁰⁾

위 판시는, ‘인영의 동일성’으로부터 ‘인영의 진정성립’으로의 추정에 관하여 그 법적 성질을 밝힘이 없이 ‘추정’이라고만 실시하고, “날인행위가 ‘작성명의인 이외의 자에 의하여’ ‘작성명의인의 의사에 기하지 않고’ 이루어진 사실”을 추정반복사유로 들고 있는 바, 이는 “제1유형 ‘and’ 제3유형”의 형식으로서 결국은 제3유형과 동일한 것이다.

(3) 정 리

‘인영의 동일성’으로부터 ‘인영의 진정성립’으로의 추정은 사실상 추정이고, 작성명의인이 위 추정을 반복하기 위해서는 간접반증사실로서 ‘날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 사실’ 등 ‘인영의 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정’을 입증하여야 하며, 이에 대하여 문서제출자는 그 ‘날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것’이라는 사실까지 입증할 책임이 있다(제1, 2유형의 원칙적 적용).

다만, 이전등기말소등기청구 사건에서 등기원인증서 등 등기신청서류의 진정성립이 문제되는 경우, 등기의 법률상 추정력 때문에 등기신청서류의 진정성립도 법률상 추정되므로, 원고로부터 피고로의 이전등기의 말소등기를 구하는 원고로서는 등기신청서류가 위조된 것이라는 점, 예컨대 원고 아닌 자가 아무런 권한 없이 등기신청서류상 원고의

상 판결은 그와 같은 경우에 ‘반증을 들어 그 진정성립에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 하면 진정성립의 추정은 깨어진다.’는 원칙을 판시한 것으로, 두 개의 판결은 모두 대법원이 종전부터 취하고 있는 견해와 모순된다고 보기는 어렵다고 할 것이므로 상호 배치되는 판결이라고 할 수 없다.”라고 판시하였는데, 과연 위 두 개의 판결이 상호 배치되는 판결이라고 할 수 없는 것인지 의문이라 하지 않을 수 없다.

4700) 이어서 “원심이 원고가 각 제출한 서증인 소외 망 김OO 명의의 인장이 위임인란에 찍혀 있는 위임장 2매(갑 제13호증의 3,4)와 같은 인장이 매도인란에 찍혀 있는 매도증서 2매(갑 제13호증의 5, 6)에 관하여, 상대방인 피고들이 위 각 인영이 위 망인의 인장에 의한 것임을 인정하고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 위 문서들은 위 망인에 의하여 작성된 것으로 추정된다고 본 조치는 옳고 거기에 무슨 잘못이 있다 할 수 없으며, 상고이유에서 내세우고 있는 사정만으로 위 각 문서상의 인영이 ‘작성명의인이 아닌 자에 의하여 권한 없이 날인’되었다고 단정할 수 없으므로, 이로써 곧바로 위 문서들의 진정성립에 관한 추정이 반복된다고 볼 수 없다.”라고 판시하였다. 이는 망인이 생전에 직접 날인한 위임장, 매도증서에 기재 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구한 사안으로서 등기의 추정력과는 무관하고, 제1유형이 적용될 사안에 해당한다.

인영을 원고의 의사에 반하여 날인한 사실 등을 적극적으로 입증할 책임을 진다(제3유형의 예외적 적용).

다) 증인의 증언, 변론 전체의 취지에 의한 인정

사문서의 진정성립을 사람의 증언으로 증명할 경우 반드시 작성자의 증언만에 의하여야 하는 것은 아니고 작성자 아닌 제3자의 증언으로도 증명할 수 있다.⁴⁷⁰¹⁾ 사문서는 진정성립이 증명되어야만 증거로 할 수 있지만 증명의 방법에 관하여는 특별한 제한이 없고, 부지로 다투는 서증에 관하여 거증자가 성립을 증명하지 아니한 경우라 할지라도 법원은 다른 증거에 의하지 아니하고 ‘변론 전체의 취지’를 참작하여 그 성립을 인정할 수도 있다.⁴⁷⁰²⁾ 변론 전체의 취지에 의한 사문서의 진정성립 인정은 남용하지 않도록 신중을 기하여야 한다.⁴⁷⁰³⁾

4) 병존문서의 진정성립

가) 공문서와 사문서의 병존

하나의 문서에 공문서 부분과 사문서 부분이 병존하는 경우에는 각각 성립의 진정이 인정되어야 한다. 공문서와 사문서가 병존해 있는 문서는 공문서 부분의 성립이 인정된다고 해서 사문서 부분까지 진정성립이 추정되는 것은 아니다.⁴⁷⁰⁴⁾ 사문서 부분은 보통 변론 전체의 취지에 의하여 그 진정성립이 인정될 수는 있다.

공증인이 사서증서를 인증함에 있어서 공증인법상 절차를 제대로 거치지 않았다는 등의 사실이 주장·증명되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립은 추정된다.⁴⁷⁰⁵⁾ 이는 사실상 추정에 해당하는 것으로 보아야 한다. 공증인이 서증

4701) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다21135 판결. 증인의 증언에 의하여 그 진정성립을 인정하는 경우 그 신빙성 여부를 판단함에 있어서는 증언 내용의 합리성, 증인의 증언 태도, 다른 증거와의 합치 여부, 증인의 사전에 대한 이해관계, 당사자와의 관계 등을 종합적으로 검토하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009다10980 판결 등).

4702) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다12070 판결 등.

4703) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다26935 판결 등.

4704) ① 매도증서 등에 등기소의 ‘등기제(登記濟)’의 기재가 첨가됨으로써 사문서와 공문서로 구성된 문서는 공증에 관한 문서와는 달라 그 공문서 부분 성립이 인정된다고 하여 바로 사문서 부분인 매도증서 자체의 진정성립이 추정되거나 인정될 수는 없고(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다292244 판결), ② 결 부분에는 우체국의 소인이 찍혀 있고 내용 부분은 사인이 작성한 회답서인 불합엽서의 경우, 이는 공증에 관한 문서와는 달라 공문서인 소인 부분에 관하여 성립에 다툼이 없더라도 사문서인 회답서 내용 부분까지 그 진정성립이 추정되는 것은 아니며(대법원 1995. 6. 16. 선고 95다2654 판결), ③ 확정일자 있는 사문서에 대하여 공성부분의 성립만이 인정된 경우에는 당해 서면이 확정일자 당시에 존재한 사실을 증명할 뿐이고 그 내용이 진정하게 성립되었다는 사실을 증명하는 효력은 없다(대법원 1974. 9. 24. 선고 74다234 판결).

☞ 상대방으로부터 발송되어 온 내용증명 우편물에 대한 인부는 실무상 보통 「공성부분 및 수령사실 인정」으로 하는 경우가 많은데, 그 중 「수령사실」에 관한 진술 부분은 문서의 성립에 관한 진술이 아니어서 서증의 형식적 증거력의 인정과는 무관한 것이다.

4705) 공증인법에 규정된 사서증서에 대한 인증제도는 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는

사본을 인증한 경우 서증 사본 자체의 진정성립 추정은 별론으로 하고 그 사본 원본의 존재와 그 진정성립까지 추정될 수는 없다.

나) 복수 작성명의인의 병존

하나의 문서에 작성명의인이 여럿인 경우 이 문서 전체를 증거로 쓰기 위해서는 각 작성명의 부분마다 각각 진정성립이 인정되어야 한다.

작성명의인이 여럿인 서증에 대하여 작성명의마다 공동소송인 별로 인부가 상이한 경우에는, 진정성립을 다투는 당사자에 대하여는 별도로 진정성립이 인정되어야 증거로 쓸 수 있다.

5) 사본의 진정성립

문서의 제출 또는 송부는 원본, 정본 또는 인증등본으로 하여야 하는 것이므로, 원본, 정본 또는 인증등본이 아니고 단순한 사본만에 의한 증거의 제출은 정확성의 보증이 없어 원칙적으로 부적법하나, '동일한 내용인 원본의 존재와 원본의 성립의 진정'에 관하여 다툼이 없고 그 정확성에 문제가 없기 때문에 사본을 '원본의 대용으로 하는 데 관하여 상대방으로부터 이의가 없는 경우'에는, 책문권(=소송절차에 관한 이익권)이 포기 혹은 상실되어 사본만의 제출에 의한 증거의 신청도 허용된다고 할 것이나, 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 있고 사본을 원본의 대용으로 하는 데 대하여 상대방으로부터 이의가 있는 경우에는 사본으로써 원본을 대신할 수 없다.⁴⁷⁰⁶⁾

반면에, 사본을 원본으로서 제출하는 경우에는 그 사본이 독립한 서증이 되는 것이나 그 대신 이에 의하여 원본이 제출된 것으로 되지는 아니하고, 이때에는 증거에 의하여 ① '사본과 같은 원본이 존재'하고 또 ② 그 '원본이 진정하게 성립'하였음이 인정되지 않는 한 그와 같은 내용의 사본이 존재한다는 것 이상의 증거가치는 없다.⁴⁷⁰⁷⁾

다만, ① 서증 사본의 신청당사자가 문서 원본을 분실하였다든가, ② 선의로 이를 훼손한 경우, 또는 ③ 문서제출명령에 응할 의무가 없는 제3자가 해당 문서의 원본을 소지하고 있는 경우, ④ 원본이 방대한 양의 문서인 경우 등 원본 문서의 제출이 불가능하거나 비실제적인 상황에서는 원본의 제출이 요구되지 아니한다고 할 것이지만, 그와 같은 경

날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 공증인이 증서에 기재하는 것으로서(공증인법 제57조 제1항), 공증인이 사서증서의 인증을 함에 있어서는 공증인법에 따라 반드시 촉탁인의 확인(제27조)이나 대리촉탁인의 확인(제30조) 및 그 대리권의 증명(제31조) 등의 절차를 미리 거치도록 규정되어 있기 때문이다(대법원 2009. 1. 16.자 2008스119 결정, 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다35816 판결).

4706) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다48667 판결; 농지소표 사본에 대하여 상대방이 부지로 다투고 있는데도 변론 전체의 취지에 의하여 그 원본의 존재와 진정성립을 인정한 원심을 파기한 예.

4707) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다38224 판결.

우라면 해당 서증의 신청당사자가 원본 부제출에 대한 정당성이 되는 구체적 사유를 주장·증명하여야 한다.⁴⁷⁰⁸⁾

4708) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2023다217534 판결. [동일 판시] ㉠ 2009다96403; 원심이, '필적감정결과 피고가 연대보증한 것으로 기재되어 있는 리볼빙결제신청서(갑 제6호증)의 필적이 피고의 자필인 사실이 인정되므로 갑 제6호증의 진정성립을 인정할 수 있고, 따라서 피고의 연대보증사실이 인정된다'라고 판단한 데 대하여, 대법원은, "원고는 피고가 연대보증한 것으로 기재되어 있는 리볼빙결제신청서의 '사본'을 갑 제6호증으로 제출한 사실, 피고가 제1심 이래 원고에게 지속적으로 갑 제6호증의 원본 제출을 요구하면서 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 이의를 제기하여 온 사실, 그럼에도 원고는 갑 제6호증의 원본 부제출의 구체적 사유에 대한 주장·입증 없이 원본을 제출하지 않고 있는 사실 등을 알 수 있다"라고 하면서, "원고는 갑 제6호증의 원본을 제출하지 아니하였고, 원본 부제출에 대한 정당성이 되는 구체적 사유를 입증하지도 아니하였으므로 갑 제6호증은 피고의 연대보증사실을 증명하는 증거로서의 가치가 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 갑 제6호증의 원본 존재 여부에 관하여 별다른 심리 없이 그 기재 사실에 대한 증거가치를 인정한 원심에는 사본이 제출된 서증 조사에 있어서 증거가치에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다."라고 판시한 사례.

㉡ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결; '피고는 원고가 제출한 각 서증 사본에 대하여 그 원본의 존재를 부인하고, 사후 조작가능성을 제기하면서 그 원본의 제출을 요구하였는데, 원고는 그 각 자료는 원고의 청구원인사실과 무관하다거나 이미 다른 서증에 의하여 매입사실은 모두 증명되었다고 주장하면서 피고의 그와 같은 문서제출요구는 위법하고, 원고에게는 해당 문서 원본의 제출의무도 없으며, 서울지점의 경우 피고가 요구하는 해당 문서를 소지하고 있지 않을 뿐 아니라 홍콩지점이 소지하는 문서의 제출을 요구하는 것은 홍콩의 사법주권 침해라는 등의 이유를 들어 거부하면서 원심법원의 매입자료의 추가적인 제출에 대한 석명준비명령에 대하여도 추가 제출자료가 없다고 답하였고, 나아가 원고는 원고 제출의 각 서증 사본은 홍콩 공증인의 인증과 주홍콩총영사관 영사의 인증, 국제민사사법공조에 의한 홍콩법원에 대한 서증조사촉탁 등에 의하여 그 형식적 증거력이 인정된다고 주장'한 사안에서,

① 원본 부제출의 정당한 사유 존부에 관하여는, "원고가 그 원본을 제출하지 못하는 정당한 사유라고 하는 위의 주장들은 사본을 서증으로서 제출한 당사자로서 원본을 제출하지 못하는 데에 대한 정당한 사유에 해당한다고 볼 수 없으며, 그 밖에 원고에게 원본을 제출 하지 못하는 정당한 사유가 있음을 인정할 자료가 기록상 드러나지 않는다."라고,

② 홍콩 공증인의 인증과 주홍콩총영사관 영사의 인증에 의한 사본의 진정성립 인정 여부에 관하여는, "사본인 서증들에 첨부된 홍콩주재 한국영사관 영사의 인증 부분은 공문서로서 그 진정성립이 추정되며 그 인증에 의하여 홍콩공증인의 인증 부분이 그 공증인에 의하여 진정하게 작성된 사실은 추정된다고 할 것이지만 그러한 사정으로써 그 공증인의 인증 내용인 그 사본과 동일한 원본이 존재하며 그 원본이 그 사본의 기재 일시에 그의 내용대로 진정하게 성립한 것이라는 사실까지 추정 또는 인정되는 것이라고 할 수는 없다."라고,

③ 우리나라 공증인의 사문서 인증에서의 증거력 법리의 적용 여부에 관하여는, "원고가 내세우는 ... 91다35816 판결에서 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립이 추정된다고 하는 취지는 우리나라 공증인이 작성한 문서는 공문서로서 구 민사소송법 제327조 제1항에 의하여 그의 진정성립이 추정될 뿐만 아니라 사서증서에 대한 공증인의 인증제도는 우리나라 공증인법의 규정(제3조, 제12조, 제13조, 제57조 내지 제61조)에 따라 자격을 갖춰 임명된 공증인이 그의 면전에서 사서증서 원본에 서명날인토록 시키거나 이미 서명날인된 사서증서의 경우에는 서명날인한 촉탁인의 확인이나 대리촉탁인의 확인 및 그의 대리권의 증명 등의 소정절차를 거쳐서 이루어지는 엄격성에 기하여 원본인 사서증서의 진정성립이 추정되게 하는 것이어서, 홍콩공증인이 인증한 서증 사본의 인증에 의한 원본의 성립인부에 위의 법리가 적용될 수 있다는 근거에 관하여 아무런 주장입증이 없는 이 사건에서 우리나라 공증인의 사문서 인증에서의 증거력 법리를 마찬가지로 적용시킬 수는 없을 뿐만 아니라, 가령 그 법리에 의한다 하더라도 공증인이 인증한 서증 사본 자체의 진정성립 추정은 별론으로 하더라도 그 사본 원본의 존재와 그의 진정성립까지 추정될 수는 없다고 할 것이다."라고,

④ 홍콩법원의 서증조사에 의한 사본의 형식적 증거력 인정 여부에 관하여는, "원고는 또한, 홍콩법원에 의한 서증조사가 이루어졌으므로 위의 서증 사본이 형식적 증거력을 갖추었다고도 주장하는바, ... 그 서증조사 절차에 의하여 조사된 문서는 쟁점이 되는 이 사건 매입사실에 관한 전체 문서가 아닐 뿐더러 홍콩지점 소속 직원이 조사될 일부 문서의 사본을 법원에 가져와 그것이 원본과 같다는 요지로 선서하는 방식으로 이루어졌을 따름이며 그 법원에 의하여 직접 그 원본 전체가 확인된 것이 아니었음을 알 수 있으므로 그 절차에 의하여 이 사건 서증 사본에 대한 원본의 존재와 진정성립이 입증되었다고 볼 수도 없다."라고 각 판시.

6) 증서진부확인 소

법률관계를 증명하는 서면이 진정한지 아닌지를 확정하기 위하여 확인의 소를 제기할 수 있는데(민사소송법 제250조), 증서의 진정 여부를 확인하는 소를 허용하고 있는 이유는 법률관계를 증명하는 서면의 진정 여부가 확정되면 당사자가 그 서면의 진정 여부에 관하여 더 이상 다룰 수 없게 되는 결과, 법률관계에 관한 분쟁 그 자체가 해결되거나 적어도 분쟁 자체의 해결에 크게 도움이 된다는 데에 있으므로, 증서의 진정 여부를 확인하는 소가 적법하기 위해서는 그 서면에 대한 진정 여부의 확인을 구할 이익이 있어야 한다.

‘법률관계를 증명하는 서면’은 그 기재 내용으로부터 ‘직접’ 일정한 현재의 법률관계의 존부 여부가 증명될 수 있는 문서를 가리키므로 단지 과거의 사실관계를 증명하는 서면은 여기에 해당하지 아니한다.⁴⁷⁰⁹⁾

서면의 진부가 확정되어도 원고 주장의 권리관계 내지 법률적 지위의 불안이 제거될 수 없고, 그 법적 불안을 제거하기 위해서는 당해 권리 또는 법률관계 자체의 확인을 구하여야 할 필요가 있는 경우에는 즉시 확정의 이익이 없어 부적법하다.⁴⁷¹⁰⁾

어느 서면에 의하여 증명되어야 할 법률관계를 둘러싸고 이미 소가 제기되어 있는 경우에는 그 소송에서 분쟁을 해결하면 되므로 그와 별도로 그 서면에 대한 진정 여부를 확인하는 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익이 있다고 볼 수 없고, 반면에 증서의 진정 여부를 확인하는 소가 제기된 후 그 법률관계를 둘러싼 소가 제기된 경우라면 후소로 인하여 전소가 부적법하게 되는 것은 아니다.⁴⁷¹¹⁾

7) 위조서류

일방 당사자가 증거서류를 제출한 취지가 그 서류가 위조되었다는 사실을 입증하

4709) ① 대법원 2001. 12. 14. 선고 2001다53714 판결; 세금계산서는 일반적으로 부가가치세법에서 정한 사업자가 공급받는 자에게 재화 또는 용역을 공급한 과거의 사실을 증명하기 위하여 작성되는 보고문서에 불과하여 세금계산서에 의하여 직접 당사자 간 현재의 법률관계 존부가 증명되는 것은 아니라 할 것이며, 따라서 그 진부확인에 의하여 당사자 간 법률관계상의 분쟁이 해결되는 데 도움이 될 것으로 판단되지 아니하므로 세금계산서의 진부 확인을 구하는 소는 증서진부확인 소의 대상이 되지 아니하는 문서에 관하여 제기된 것으로 확인의 이익도 없는 부적법한 소라고 한 예.

② 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다29290, 29306 판결; 영수증은 그 기재대로 일정 금액을 받았음을 증명하기 위하여 작성되는 서면에 지나지 아니하여 그로부터 법률관계의 성립 내지 존부가 ‘직접’ 증명되는 것은 아니므로, 증서의 진정 여부를 확인하는 소의 대상이 될 수 없다고 한 예.

4710) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다15317 판결.

4711) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다29290, 29306 판결(원고가 증서의 진정 여부를 확인하는 소를 제기하기 전에 피고가 원고를 상대로 임대차계약서, 영수증, 이행각서 및 지불각서를 증거로 하여 임대차계약의 체결, 임대계약금의 지급 및 위약 시 계약금의 배액 지급 약정 등이 있었음을 주장하면서 그에 기한 금원 지급을 구하는 소를 제기하였으므로, 피고가 위 소송에서 증거로 제출한 문서의 진정 여부에 대해서 원고가 다시 별도로 그 확인을 구할 이익은 없다 하여 원심을 파기 자판한 예).

기 위한 것일 뿐, 거기에 기재된 사상이나 내용을 증거로 하려는 것이 아닌 경우, 이는 서증으로 제출한 것이라 할 수 없으니 상대방이 성립을 인정하였다고 하여 성립에 다름이 없는 서증이라고는 볼 수 없다.⁴⁷¹²⁾ 즉, 위조문서라는 입증취지로 제출한 문서는 서증이 아니고 검증물에 해당된다.

8) 증거항변

상대방 당사자가 적극적으로 문서의 진정성립을 다투면서 증거항변을 하는 경우에는 그 문서의 진정성립이 인정되는 근거를 제시하고 증거항변을 배척하여야 한다. 증거항변의 서증목록상 기재는 ‘인부요지’란에 하고, ‘비고’란에 하여서는 아니 된다.⁴⁷¹³⁾

9) 불법검열 우편물 내용과 불법감청 전기통신 내용의 증거능력 부정

불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(통신비밀보호법 제4조).⁴⁷¹⁴⁾

나. 서증의 실질적 증거력

서증의 진정성립이 인정된다고 하더라도 그 내용의 신빙성(실질적 증거력)에 대한 판단은 법관의 자유심증에 의한다.

1) 공문서의 증명력

진정성립이 추정되는 공문서는 진실에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 증명력을 쉽게 배척할 수 없다.^{4715) 4716)}

4712) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다19459 판결 등.

4713) ‘민사 등 증거목록에 관한 예규(재민 2004-6)’ 제13조 제3항.

4714) 대법원 2024. 4. 16. 선고 2023므16593 판결: “제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 않고 전화통화 내용을 녹음한 행위는 전기통신의 감청에 해당하여 통신비밀보호법 제3조 제1항 위반이 되고, 이와 같이 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화 내용은 제4조에 의하여 증거능력이 없다. 이러한 법리는 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 같은 법 제14조 제1항을 위반하여 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 않은 타인 간의 발언을 녹음한 경우에도 마찬가지이다.” — 전기통신의 감청은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다고 해석함이 타당하므로, 전기통신에 해당하는 전화통화 당사자의 일방이 상대방 모르게 통화 내용을 녹음하는 것은 여기의 감청에 해당하지 않으나, 제3자의 경우는 설령 전화통화 당사자 일방의 동의를 받고 그 통화 내용을 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 이는 여기의 감청에 해당하고, 그 녹음된 전화통화의 내용은 증거능력이 없다(2021다236999).

4715) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658, 3665 판결(따라서 공문서의 기재 중에 의문점이 있는 부분이 일부 있더라도 그 기재 내용과 배치되는 사실이나 그 문서가 작성된 근거와 경위에 비추어 그 기재가 비정상적으로 이루어졌거나 그 내용의 신빙성을 의심할 만한 특별한 사정을 증명할 만한 다른 증거자료가 없는 상황이라면 그 기재 내용대로 증명력을 가진다고 보아야 한다).

4716) ○ 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다19072 판결: “국립과학수사연구소가 … 실제 필적과 동일성이 인정되어 이를 회보한다는 내용의 감정의뢰 회보로서 진정성립이 추정되는 공문서이므로, 별도의 신빙성 있는 반대 자료

2) 확정판결의 증명력

관련 사건의 '확정판결'에서 인정된 사실('주의의무 위반'과 같은 불확정개념이 요건사실인 경우 포함)은 특별한 사정이 없는 한 '유리한 증거자료'가 되므로, 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없다(당해 재판에서 제출된 다른 증거내용에 비추어 관련 확정판결의 사실판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다).⁴⁷¹⁷⁾ 미확정 판결 역시 증거로 사용할 수 있고, 다만 그 신빙성이 문제될 수 있을 뿐이다.⁴⁷¹⁸⁾

증명의 대상이 된 사실의 확인을 내용으로 하는 '행정처분'이 있었던 경우에도 마찬가지이다.⁴⁷¹⁹⁾

가 없는 한 이를 배척하고 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수는 없다.”

○ 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결: “사실조회 회보는 공문서로서 별도의 신빙성 있는 반대자료가 없는 한 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수 없는 것임에도 원심은 합리적인 이유의 설시도 없이 위 증거들을 취신하지 않는다고 배척하였으니 이는 채증법칙에 어긋난 처사라 아니할 수 없다.”

○ 대법원 1994. 6. 28. 선고 94누2046 판결: “공증인이나 공증사무취급이 인가된 합동법률사무소의 구성원인 변호사가 촉탁인 또는 대리촉탁인의 신청에 의하여 자신이 직접 청취한 진술, 그 목도한 사실, 기타 실험한 사실을 기재한 공증에 관한 문서는 보고문서로서 공문서라 할 것이므로, ... 공증인법은 그 보고 내용의 진실성을 담보하기 위하여 증서의 작성 이전에 반드시 촉탁인이나 대리촉탁인의 확인 및 그 대리권의 증명 등의 절차를 미리 거치도록 하고 작성 이후에는 열석자의 서명날인을 받도록 규정(공증인법 제27조, 제30조, 제31조, 제38조)하고 있는바, 이에 비추어 볼 때 신빙성 있는 반대 자료가 없는 한 함부로 그 증명력을 부정하고 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수 없다고 보아야 할 것이다.”

4717) ○ 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결: “민사재판에서 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유리한 증거가 되고, 특히 전후 두 개의 민사소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으나 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 않는 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에는 더욱 그러하다. 그러나 그러한 경우에도 당해 민사소송에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 확정된 관련 민사사건 판결의 사실인정을 그대로 채용하기 어려운 경우에는 합리적인 이유를 설시하여 이를 배척할 수 있다. 그리고 이와 같은 법리는, ‘주의의무 위반’과 같은 불확정개념이 당사자가 주장하는 법률효과 발생에 관한 요건사실에 해당할 때, 관련 민사사건의 확정판결에서 이를 인정할 증거가 없거나 부족하다는 이유로 당사자의 주장을 받아들이지 않았음에도 이와 달리 후소 법원에서 위와 같은 요건사실을 인정하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.” ⇨ 확정된 관련 민사판결의 증명력

○ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2011다81213 판결: “관련 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서 유리한 증거자료가 되나, 민사재판에 제출된 다른 증거 내용에 비추어 형사판결의 사실판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있는 것이고, 더욱이 형사재판에서의 유죄판결은 공소사실에 대하여 증거능력 있는 엄격한 증거에 의하여 법관으로 하여금 합리적인 의심을 배제할 정도의 확신을 가지게 하는 증명이 있다는 의미인 반면, 무죄판결은 그러한 증명이 없다는 의미일 뿐이지 공소사실의 부존재가 증명되었다는 의미는 아니다.” ⇨ 확정된 관련 형사판결의 증명력

4718) 대법원 1995. 4. 28. 선고 94누11583 판결.

4719) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결: “증거재판의 원리와 증명책임의 원칙은 증명의 대상이 된 사실의 존재를 확인하는 내용의 행정처분이 있었던 경우에도 근본적인 구도가 달라진다고 할 수 없다. ... 민사소송에서 증명의 대상이 된 사실의 확인을 내용으로 하는 행정처분이 있었던 경우에도 그 처분에 담긴 사실의 존재를 기초로 하여 국가의 손해배상 등을 청구하는 민사소송이 제기된 때에는 그 행정처분의 적법성과 내용의 신빙성은 그 소송절차 안에서 다시 확인되어야 한다. 특히 그 행정처분이 민사소송의 당사자 중 어느 한 쪽의 일방적 진술을 중심으로 이루어진 것일 뿐 객관적 자료의 뒷받침이 없고 반대 측의 의견진술 여지도 배제된 채 이루어진 것이고, 더욱이 처분 그 자체의 내용으로 보더라도 사실판단의 근거나 판단 기준에 대해 의문을 가질 수 있는 사정까지 있다면, 법원으로서 그 처분만을 유일한 근거로 해서 쉽게 사실을 확정할 것이 아니라 처분의 내용과 근거자료의 신빙성 유무에 대하여 필요한 검토와 증거조사를 거쳐 사실인정을 하여야 한다. ... 국가기관에 의한 조사 및 처분이 이루어졌다는 점을 감안하여 입증의 부담을 완화·경감시킬 수는

3) 처분문서의 증명력

민법-총칙-법률행위-‘의사표시의 존재와 그 해석’ 부분 참조.

4) 문서제출명령 및 그 불이행의 효과

문서제출명령 신청자는 ‘문서의 존재’와 ‘상대방의 소지’ 사실 및 ‘서증으로 조사할 필요성’⁴⁷²⁰⁾을 주장·증명하여야 한다.⁴⁷²¹⁾

‘당사자가 소송에서 인용한 문서’(인용문서)에 대한 제출의무를 면할 ‘특별한 사정’의 존재,⁴⁷²²⁾ ‘오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서’(자기이용문서),⁴⁷²³⁾ ‘기술 또는

있겠지만, 그 처분에서 어떠한 사실이 확인 또는 추정된다고 판단하였다고 해서 그에 대해 법률상 추정과 같은 정도의 증거가치를 부여할 수는 없다. 사실확인적 처분문서 역시 보고문서의 성질을 가지는 것일 뿐이다.”

4720) 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정; “자기이용문서 등 문서제출 거부사유가 인정되지 아니하는 경우에도 법원은 민사소송법 제290조에 따라 그 제출명령신청의 대상이 된 문서가 서증으로서 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 제출명령신청을 받아들이지 아니할 수 있고, 민사소송법 제347조 제1항에 따라 문서제출신청에 정당한 이유가 있다고 인정할 때에 결정으로 문서를 가진 사람에게 그 제출을 명할 수 있으므로, 당해 문서가 쟁점 판단이나 사실의 증명에 어느 정도로 필요한지, 다른 문서로부터 자료를 얻는 것이 가능한지 여부, 문서 제출로 인하여 얻게 될 소송상 이익과 피신청인이 문서를 제출함으로 인하여 받게 될 부담이나 재산적 피해 또는 개인의 프라이버시나 법인 내부의 자유로운 의사 형성 및 영업 비밀, 기타 권리에 대한 침해와의 비교형량 및 기타 소송에 나타난 여러 가지 사정을 고려하여 과연 문서제출이 필요한지 및 문서제출신청에 정당한 이유가 있는지 여부를 판단하여야 할 것이다. … 문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명할 것을 신청하는 것은 서증을 신청하는 방식 중의 하나이므로, 법원은 그 제출명령신청의 대상이 된 문서가 서증으로서 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 그 제출명령신청을 받아들이지 아니할 수 있다. 또한 문서제출명령의 대상이 된 문서에 의하여 입증하고자 하는 사항이 당해 청구와 직접 관련이 없는 것이라면 받아들이지 아니할 수 있다.”

4721) ○ 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정; “원심은, 이 사건 문서제출신청의 대상이 된 … 문서의 존재와 소지가 증명되었고, 서증으로 조사할 필요성이 있다는 취지에서 이 부분 문서제출신청을 인용하고 … 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, … 문서제출명령의 요건에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락한 잘못 등이 없다.”
○ 대법원 2008. 9. 26.자 2007마672 결정; “문서제출명령의 대상이 된 문서를 서증으로 조사할 필요가 있는 등으로 그 요건에 대한 소명이 있다고 보아 제1심의 이 사건 문서제출명령을 그대로 유지한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고”

4722) 대법원 2017. 12. 28.자 2015무423 결정; “민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 정하고 있는 인용문서는 당사자가 소송에서 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐만 아니라 자기주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기주장의 근거나 보조 자료로 삼은 문서도 포함한다. 또한 위 조항의 인용 문서에 해당하면, 그것이 같은 조 제2항에서 정하고 있는 ‘공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’라도 특별한 사정이 없는 한 문서 제출의무를 면할 수 없다. … 인용문서가 공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서 정하고 있는 비공개대상정보에 해당한다고 하더라도, ‘특별한 사정이 없는 한’ 그에 관한 문서 제출의무를 면할 수 없다. … 피신청인이 제출한 자료만으로 인용문서에 해당하는 이 사건 문서의 제출을 거부할 특별한 사정이 있다고 보기 어렵다.”

4723) 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정; “민사소송법 제344조 제2항은 문서를 가지고 있는 사람은 제344조 제1항에 해당하지 아니하는 경우에도 원칙적으로 문서의 제출을 거부하지 못한다고 규정하면서 그 예외사유로서 ‘오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서’(이른바 ‘자기이용문서’)를 들고 있다. 어느 문서가 오로지 문서를 가진 사람이 이용할 목적으로 작성되고 외부자에게 개시하는 것이 예정되어 있지 않으며 이를 개시할 경우 문서를 가진 사람에게 심각한 불이익이 생길 염려가 있다면, 이러한 문서는 특별한 사정이 없는 한 위 규정의 자기이용문서에 해당한다고 할 것이다. 여기서 어느 문서가 자기이용문서에 해당하는지 여부는 문서의 표제나 명칭만으로 이를 판단하여서는 아니 되고, 그 문서의 작성 목적, 기재 내용에 해당하는 정보, 당해 유형·종류의 문서가 일반적으로 갖는 성향, 문서의 소지 경위나 그 밖의 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 하는데, 설령 주관적으로 내부 이용을 주된 목적으로 회사 내부에서 결재를 거쳐 작성된 문서일지라도, 신청자가 열람 등을 요구할 수 있는 사법상 권리를 가지는 문서와 동일한 정보 또는 그 직접적 기초·근거

직업의 비밀에 속하는 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지 아니한 문서’,⁴⁷²⁴⁾ ‘공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’⁴⁷²⁵⁾ 등의 ‘문서제출 거부사유’는 문서소지자가 주장·증명하여야 한다.

당사자가 법원으로부터 문서제출명령을 받았음에도 불구하고 그 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 상대방의 그 문서에 관한 주장 즉, 문서의 성질, 내용, 성립의 진정 등에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있음은 별론으로 하고(민사소송법 제349조),⁴⁷²⁶⁾ 그 문서들에 의하여 증명하려고 하는 상대방의 주장사실이 바로 증명되었다고 볼 수는 없으며, 그 주장사실의 인정 여부는 법원의 자유심증에 의한다.⁴⁷²⁷⁾

통신사실확인자료에 대한 문서제출명령도 가능하고, 전기통신사업자가 통신비밀보호법 제3조 제1항⁴⁷²⁸⁾ 본문을 들어 통신사실확인자료의 제출을 거부할 수 없지만, 법원은

가 되는 정보가 당해 문서의 기재 내용에 포함되어 있는 경우, 객관적으로 외부에서의 이용이 작성 목적에 전혀 포함되어 있지 않다고는 볼 수 없는 경우, 당해 문서 자체를 외부에 게시하는 것은 예정되어 있지 않더라도 당해 문서에 기재된 ‘정보’의 외부 게시가 예정되어 있거나 그 정보가 공익성을 가지는 경우 등에는 그 문서를 내부문서라는 이유로 자기이용문서라고 쉽게 단정할 것은 아니다.”

4724) 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정; “민사소송법 제344조 제2항 제1호, 같은 조 제1항 제3호 (다)목, 제315조 제1항 제2호는 문서를 가지고 있는 사람은 제344조 제1항에 해당하지 아니하는 경우에도 원칙적으로 문서의 제출을 거부하지 못한다고 규정하면서 그 예외사유로서 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지 아니한 문서를 들고 있다. 여기에서 ‘직업의 비밀’은 그 사항이 공개되면 해당 직업에 심각한 영향을 미치고 이후 그 직업의 수행이 어려운 경우를 가리키는데, 어느 정보가 이러한 직업의 비밀에 해당하는 경우에도 문서의 소지자는 위 비밀이 보호가치 있는 비밀일 경우에만 문서의 제출을 거부할 수 있다 할 것이다. 나아가 어느 정보가 보호가치 있는 비밀인지를 판단함에 있어서는 그 정보의 내용과 성격, 그 정보가 공개됨으로써 문서 소지자에게 미치는 불이익의 내용과 정도, 그 민사사건의 내용과 성격, 그 민사사건의 증거로 해당 문서를 필요로 하는 정도 또는 대체할 수 있는 증거의 존부 등 제반 사정을 종합하여 그 비밀의 공개로 인하여 발생하는 불이익과 이로 인하여 달성되는 실체적 진실 발견 및 재판의 공정을 비교衡量하여야 한다.”

4725) 대법원 2024. 4. 25.자 2023마8009 결정; “‘공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’란 국가기관이 보유·관리하는 공문서를 의미하고, 이러한 공문서의 공개는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서 정한 절차와 방법으로 하여야 할 것이다. … 금융감독원 직원이 직무상 작성하여 관리하고 있는 문서인 이 사건 문서는 민사소송법 제344조 제2항이 적용되는 문서 중 예외적으로 제출을 거부할 수 있는 ‘공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’에 준하여 정보공개법에서 정한 절차와 방법에 의하여 공개 여부가 결정될 필요가 있고, 피신청인으로서 이 사건 문서의 제출을 거부할 수 있다.”

4726) 민사소송법 제349조(당사자가 문서를 제출하지 아니한 때의 효과) 당사자가 제347조제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

4727) 대법원 1993. 6. 25. 선고 93다15991 판결; 도급계약 시 피고가 작성하여 원고에게 제출한 ‘공사내역서’에 대한 원심의 문서제출명령을 위반하였다 하더라도, 그 효과는 피고 주장의 위 내역서가 진정하게 성립되었다는 것과 그 내역서상 석구조물공사에 있어서 원고가 석재를 공급한다는 사실이 기재된 것을 인정한다는 것이지, 법원이 그 문서에 의하여 증명하고자 하는 피고의 주장사실까지 인정할 수는 없는 것이고, 원심이 자유심증에 의하여 피고의 주장에 배치되는 원고 주장사실을 인정한 이상 원심판결에 위법이 없다고 한 예.

4728) 통신비밀보호법 제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다.
(개정 2009.11.2)

문서제출명령 신청의 채택 여부 및 범위를 신중히 결정해야 한다.⁴⁷²⁹⁾

5) 증명방해행위와 훼손문서의 증명력

증명방해 행위에 대한 명문의 규정⁴⁷³⁰⁾이 없는 경우, 법원으로서 증명방해 행위를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 증명책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니다.⁴⁷³¹⁾

4. 감정의 증명력

감정인의 감정 결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다.⁴⁷³²⁾ 어떤 특정한 사항에 관하여 상반되는

4729) 대법원 2023. 7. 17.자 2018스34 전원합의체 결정의 다수의견; “2002. 7. 1.부터 시행된 … 개정 민사소송법 … 제344조 제2항은 … 제3자를 포함한 문서의 소지자는 민사소송법 제344조 제2항 각호에서 정한 문서제출 거부사유에 해당하지 않는 한 원칙적으로 이를 제출할 의무가 있다고 규정하여 문서제출의무를 일반적 의무로 확대하였다. … 이미 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(‘정보공개법’) 제9조가 비공개대상정보로 정하고 있는 정보에 관하여, 민사소송법에 의한 문서제출명령 제도와 정보공개법에 의한 정보공개 제도가 그 목적이나 취지, 연혁 등을 달리하는 점 등에 비추어 볼 때 비공개대상정보라도 이를 당사자가 소송에서 인용하였다면 민사소송법 제344조 제1항 제1호에 따른 문서제출명령의 대상이 된다고 판단하였다(2010마1659). … 법원은 문서제출명령 신청의 대상이 된 통신사실확인자료의 내용 및 기간이 신청인이 제시한 증명사항과 밀접한 관련성이 있는지, 나아가 그 문서에 대한 서증조사를 통하여 증명사항이 사실로 인정되면 그러한 사실에 기초하여 신청인이 구체적으로 특정한 주장사실을 추단할 수 있는지를 심리함으로써 문서제출명령 신청의 채택 여부 및 범위를 신중히 결정하여야 한다. … 당사자가 협조하지 않는 등의 이유로 부득이하게 제출이 요구되는 통신사실확인자료의 내용을 구체적으로 특정하지 못한 상태에서 문서제출명령을 발령하여 전기통신사업자로부터 자료를 제출받은 경우라면, 주장사실과 관련성이 없는 부분을 즉시 폐기하거나 열람·복사를 제한하는 등의 조치를 취할 필요가 있다.”

4730) 민사소송법 제350조(당사자가 사용을 방해한 때의 효과) 당사자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무가 있는 문서를 훼손하여 버리거나 이를 사용할 수 없게 한 때에는, 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. ◀ 민사소송에 있어 당사자 일방이 일부가 훼손된 문서를 증거로 제출하였는데 상대방이 훼손된 부분에 잔존 부분의 기재와 상반된 내용이 기재되어 있다고 주장하는 경우, ① 문서제출자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 그 문서를 훼손하였다면 법원은 훼손된 문서 부분의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있을 것이나(법 제350조), ② 그러한 목적 없이 문서가 훼손되었다고 하더라도 문서의 훼손된 부분에 잔존 부분과 상반되는 내용의 기재가 있을 가능성이 인정되어 문서 전체의 취지가 문서를 제출한 당사자의 주장에 부합한다는 확신을 할 수 없게 된다면 이로 인한 불이익은 훼손된 문서를 제출한 당사자에게 돌아가야 한다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다81542 판결).

4731) 대법원 2024. 5. 17. 선고 2018다262103 판결. ▶ 의사 측이 진료기록을 사후에 가필·정정한 행위는, 그 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 증명방해행위에 해당하나, 당사자 일방이 증명을 방해하는 행위를 하였더라도 법원으로서 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 증명책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니며, 그 내용의 허위 여부는 의료진이 진료기록을 가필·정정한 시점과 그 사유, 가필·정정 부분의 중요도와 가필·정정 전후 기재 내용의 관련성, 다른 의료진이나 병원이 작성·보유한 관련 자료의 내용, 가필·정정 시점에서의 환자 및 의료진의 행태, 질병의 자연경과 등 제반 사정을 종합하여 합리적 자유심증으로 판단하여야 한다(2007다55866).

4732) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012다18762 판결(법원은 감정인의 감정 결과 일부에 오류가 있는 경우에도 그로 인하여 감정사항에 대한 감정 결과가 전체적으로 서로 모순되거나 매우 불명료한 것이 아닌 이상, 감정 결과 전부를 배척하여야 할 것이 아니라 그 해당되는 일부 부분만을 배척하고 나머지 부분에 관한 감정 결과는

여러 개의 감정 결과가 있는 경우 각 감정 결과의 감정 방법이 적법한지 여부를 심리·조사하지 않은 채 어느 하나의 감정 결과가 다른 감정 결과와 상이하다는 이유만으로 그 감정 결과를 배척할 수는 없다.⁴⁷³³⁾ 노동능력상실률을 정하기 위한 보조자료의 하나인 의학적 신체기능장애율 및 그에 대한 감정인의 감정결과 등은 참고자료에 불과한 것으로서, 동일한 사실에 관하여 일치하지 않는 수 개의 자료가 있을 때 법관이 그 하나에 의거하여 사실을 인정하거나 이를 종합하여 사실을 인정하는 것은 경험칙 또는 논리법칙에 위배되지 않는 한 적법하다.⁴⁷³⁴⁾

증거로 채택하여 사용할 수 있다).

4733) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다303216 판결; “동일한 감정사항에 대하여 2개 이상의 감정기관이 서로 모순되거나 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우 법원이 그 감정 결과를 증거로 채용하여 사실을 인정하기 위해서는 다른 증거자료가 뒷받침되지 않는 한, 각 감정기관에 대하여 감정서의 보완을 명하거나 증인신문이나 사실조회 등의 방법을 통하여 정확한 감정의견을 밝히도록 하는 등 적극적인 조치를 강구하여야 한다. 이러한 법리는 전문적인 학식과 경험이 있는 사람이 작성한 감정의견이 기재된 서면이 서증의 방법으로 제출된 경우에 사실심법원이 이를 채택하여 사실인정의 자료로 삼으려 할 때에도 마찬가지로 적용될 수 있다.” ■ 2012두 1570; “감정은 법원이 어떤 사항을 판단하기 위하여 특별한 지식과 경험을 필요로 하는 경우 그 판단의 보조수단으로 그러한 지식이나 경험을 이용하는 데 지나지 아니하는 것이므로, 보상금의 증감에 관한 소송에서 동일한 사실에 관하여 상반되는 여러 개의 감정평가가 있고, 그 중 어느 하나의 감정평가가 오류가 있음을 인정할 자료가 없는 이상 법원이 각 감정평가 중 어느 하나를 채용하거나 하나의 감정평가 중 일부만에 의거하여 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 논리나 경험의 법칙에 반하지 않는 한 위법하다고 할 수 없다. 그리고 손실보상금 산정을 위한 감정평가 중 어느 한 가지 점이라도 위법사유가 있으면 그것으로써 그 감정평가결과는 위법하게 되나, 감정평가가 위법하다고 하여도 법원은 그 감정내용 중 위법하지 않은 부분을 추출하여 판결에서 참작할 수 있다.”

4734) 대법원 2023. 11. 16. 선고 2020다292671 판결; “노동능력상실률을 적용하는 방법에 따라 일일이익을 산정할 경우, 노동능력상실률은 단순한 의학적 신체기능장애율이 아니라 피해자의 연령, 교육 정도, 종전 직업의 성질과 직업경력, 기능 숙련 정도, 신체기능장애 정도 및 유사직종이나 타 직종의 전업가능성과 그 확률 기타 사회적·경제적 조건을 모두 참작하여 경험칙에 따라 정한 수익상실률로서 합리적이고 객관성이 있는 것이어야 한다. 이러한 노동능력상실률을 정하기 위한 보조자료의 하나인 의학적 신체기능장애율 및 그에 대한 감정인의 감정결과 등은 사실인정에 관하여 특별한 지식과 경험, 통제치 등을 요하는 경우에 법관이 이용하는 참고자료에 불과한 것으로, 궁극적으로는 피해자의 모든 조건과 경험칙에 비추어 규범적으로 결정할 수밖에 없으므로 동일한 사실에 관하여 일치하지 않는 수 개의 자료가 있을 때 법관이 그 하나에 의거하여 사실을 인정하거나 이를 종합하여 사실을 인정하는 것은 경험칙 또는 논리법칙에 위배되지 않는 한 적법하다. 이와 같이 노동능력상실률을 정하는 것은 원칙적으로 사실심 법원의 전권에 속하는 것이지만 법관에게 이에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로, 법원은 형평의 원칙에 반하거나 현저히 불합리한 결과가 발생하지 않도록 앞서 열거한 모든 구체적 사정을 충실하고 신중하게 심리하여 그 평가가 객관성을 갖추도록 하여야 한다.”(무후각증에 대한 노동능력상실률에 대한의학회 장애평가기준에 따라 산정한 3%로 인정한 예) ■ ① 토안(눈이 잘 감기지 않는 증상)으로 인한 노동능력상실률을 감정 결과(국가배상법 시행령상 10%)의 절반인 5%만 인정한 원심이 잘못이 있다고 한 예(2020다219850). ② 복합부위통증증후군 또는 그와 유사한 통증장애에 대한 판단 기준을 제시하는 내용이 없는 맥브라이드표를 유추적용하여 노동능력상실률을 평가한 신체감정 결과를 그대로 채택한 원심이 위법이 있다고 한 예(2009다77198, 77204)./ 복합부위통증증후군의 진단에 사용되는 기준에는 미국의사협회(AMA) 신체장애평가지침 제5판 기준 및 이보다 완화된 기준인 수정 국제통증학회(IASP) 기준과 AMA 지침 제6판 기준 등이 있고, 1심의 신체감정촉탁 결과는 복합부위통증증후군 발생 여부에 관하여는 수정 국제통증학회 기준 중 임상용 진단기준 또는 AMA 지침 제6판 기준을 적용하면서도 그에 따른 신체기능장애율 산정에 관하여는 아무런 설명 없이 위 기준들보다 더 엄격한 AMA 지침 제5판 기준을 적용하였는데, AMA 지침 제5판 기준에 따른 경우 복합부위통증증후군이 발생되었다고 볼 수 없는데도, 위 감정촉탁 결과 중 AMA 지침 제5판 기준을 적용한 신체기능장애율 부분에 기초하여 노동능력상실률을 정한 원심판단은 잘못이라고 한 예(2015다 8902). ③ 복수의 감정 과목에 대한 신체감정촉탁 결과에는 감정의 중복·누락이 있을 수 있으므로, 신체감정촉탁 결과에 의하여 노동능력상실률을 평가하는 법원으로서 감정이 중복·누락되었는지 여부를 세심히 살펴야

5. 당사자본인신문

당사자신문절차에서 당사자가 ‘정당한 사유’⁴⁷³⁵⁾ 없이 출석·선서·진술의 의무를 불이행한 경우에 법원은 재량⁴⁷³⁶⁾에 따라 ‘신문사항에 관한 상대방의 주장’을 진실한 것으로 인정⁴⁷³⁷⁾할 수 있다.⁴⁷³⁸⁾

하고, 중복·누락이 있는 경우에는 필요한 심리를 통하여 이를 바로잡아야 한다(2020다216240).

4735) 당사자가 출석할 수 없는 정당한 사유란 법정에 나올 수 없는 질병, 교통기관의 두절, 관혼상제, 천재지변 등을 말하고, 그러한 정당한 사유의 존재는 그 불출석 당사자가 이를 주장·증명하여야 한다(2010다56616).

4736) 법원의 재량에 따라 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다는 뜻이므로, 상대방이 위 규정의 불이익 제재를 가해 줄 것을 변론에서 진술한 경우라도 법원이 이를 판단할 사항은 아니고, 그 점에 대한 판단을 아니 한 것이 위법사유가 될 수는 없다(73다1060).

4737) 법원이 진실한 것으로 인정할 수 있는 것은 “신문사항에 관한 상대방의 주장”, 즉 신문사항에 포함된 내용에 관한 것이므로 법원이 이를 적용함에 있어서는 상대방 당사자의 요건사실에 관한 주장사실을 진실한 것으로 인정할 것이라고 실시할 것이 아니라 당사자 본인신문사항 가운데 어느 항을 진실한 것으로 인정한 연후에 그에 의하면 상대방 당사자의 요건사실에 관한 주장사실을 인정할 수 있다고 판시하는 것이 정당하다(89다카1084).

4738) 민사소송법 제369조(출석·선서·진술의 의무) 당사자가 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부한 때에는 법원은 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.