

민사소송에서의 증명도 기준의 개선에 관한 연구

한양대학교 법학전문대학원 교수 金次東

■ 논문요약 ■

증명도는 주장·증명책임이 있는 당사자가 사실을 주장하고, 증명한 상태에서 사실인정자인 법관이 그 사실을 인정하는데 필요한 주관적 확신의 정도를 의미한다. 중세 시대의 법정증거주의를 극복하고 자유심증주의(민사소송법 제202조)를 채택하기 시작한 근대 민사소송법 체계 하에서는 그 확신은 사실인정자의 주관적 확신을 일컫는다. 그렇다고 하여 사실인정자의 자의(恣意)에만 맡겨 둘 수가 없어 주관적 확신도 일정한 수준의 개연성 있는 확신이어야 하고, 그러한 개연성 없는 확신에 의거하여 사실인정을 했을 때는 경험칙·논리칙 위반의 사실인정으로 절대적 상고이유(민사소송법 제424조 제1항 제6호)로 삼아 자유심증주의의 한계로 여기고 있다. 초창기부터 우리나라 대법원 판례는 민사소송은 물론 형사소송에서조차도 “고도의 개연성” 있는 확신이란 증명도 기준을 설정하여 사실인정을 하도록 판시해 오고 있다. 물론 그 후 형사소송분야에서는 합리적 의심의 여지가 없는 확신에 의해 사실인정하도록 증명도 기준을 상향조정하고 형사소송법 제307조를 개정하여 입법적으로도 이를 수용하였으나 민사소송분야에서는 그대로 고도의 개연성 있는 확신이란 증명도 기준을 유지하고 있다. 그 결과 민사소송에서의 증명도 기준은 주관적으로 확신, 객관적으로는 고도의 개연성을 기준으로 설정되어 있는 셈이다. 상당히 많은 민사소송법 학자들은 이런 고도의 개연성을 십중팔구(十中八九)의 확률, 80~90%의 정확도라고 수치화하여 설명하고 있다. 이와 같은 증명도 기준은 일응 시민법계 국가의 전통을 이어받은 바탕 위에서 미국의 영향을 받고, 자체적으로 증명도 기준을 좀 더 활발히 연구한 일본의 해석론과 판례의 입장을 그대로 수용한 면이 있다. 이러한 태도는 일단 증명도 기준과 자유심증주의와의 조화로운 해석과 운용과도 정합성이 있다.

하지만 ‘고도의 개연성 있는 확신’이란 증명도 기준은 20%에서 80%까지 60%(80%-20%)에 걸친 광범위한 진위불명 범주를 설정하여 객관적 증명책임에 의존하여 판결하게 함으로써 소극적 오판가능성을 지나치게 높이고, 그 결과 주장·증명책임이 있는 자(특히 원고)를 불리하게 취급하고 있다. 그래서 권리자·약속의 상대방과 같은 자의 보호에 소홀하게 되는 부작용이 크다 아니할 수 없다. 민사구제제도의 약화는 필연적으로 민사사안의 형사화, 행정만능주의 등 병폐로 나타나게 된다. 최근 활발히 논의되는 객관적 증명책임 완화내지 전환의 법리나 입법화 경향은 이러한 부작용을 극복해 보고자 하는 노력의 일환이다. 차체에 증명도 기준을 증거의 우세함(preponderance of evidence) 수준으로 대폭 낮추어 운용함으로써 소극적 오판가능성을 크게 줄이고 객관적 증명책임의 완화나 전환가능성을 별도로 도입할 필요성 자체를 아예 차단할 필요가 있다.

[주제어] 증명도, 고도의 개연성, 증거의 우세함, 증명책임, 객관적 증명책임의 전환
 standard of proof, highly likelihood, preponderance of evidence, burden of proof,
 transfer of objective burden of proof

■ 목 차 ■

I. 서론	IV. 민사소송에서 증명도 기준으로서 증거의 우세함 기준 도입의 필요성
II. 사실확정과 증명도	1. 증거의 우세함(preponderance of evidence) 증명도 기준
1. 3단논법과 사실의 확정	2. 민사소송에서 증명도 기준으로서 증거의 우세함 기준 도입의 필요성
2. 증명도의 개념	V. '증거의 우세함' 증명도 기준 채택시 다른 증거법 이론에 대한 영향 검토
3. 증명도 기준	1. 객관적 증명책임 완화나 전환의 논의가 불필요해 진다.
III. 대한민국 민사소송에서의 증명도 기준으로서의 '고도의 개연성'	2. 민사판결 및 행정판결의 형사소송에서의 증명도 문제
1. 개설	VI. 결론
2. 자유심증주의와 증명도 기준	
3. 대법원 판례상 민사소송의 증명도 기준으로서의 '고도의 개연성'	
4. 민사소송법학계에서의 증명도 기준	
5. 대한민국 민사소송상의 증명도 기준 법리와 그 문제점	

* 논문접수: 2019. 6. 3.

* 심사개시: 2019. 6. 13.

* 게재확정: 2019. 6. 26.

I. 서론

민사재판에서 원고는 청구원인사실의 주장책임을 부담하면서 그 증명책임도 부담하는 한편, 피고는 항변 요건사실의 주장책임과 함께 그 증명책임까지 부담하고 있다. 비록 원·피고가 주장책임을 다했다고 하더라도 수소법원은 그 변론활동과 증거조사의 결과를 종합하여 자유심증주의¹⁾에 입각하여 심증을 형성하여 그 형성된 심증에 따라 사실을 인

1) 구 민사소송법 제187조에서 “법원은 변론의 진취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장의 진실여부를 판단한다.”고 규정되어 있었는데 전면 개정된 신 민사소송법 제202조에 의하면 “법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.”라고 수정되었다. 전체의 대강은 그대로 유지한 채 일부 자구만 수정되어 자유심증주의의 근거 규정이 되었다.

■ 법조 제68권 제3호(통권 제735호) 연구논문

정하여 판결하게 된다. 이때 형성된 심증의 강약을 증명도²⁾라고 한다. 그런데 대한민국 민사소송학계에서는 이렇게 중요한 증명도에 관한 연구는 실무가들의 몫으로 남겨 두고 특별한 연구는 하지 않은 채 (객관적) 증명책임의 완화와 전환에만 집중 논의하고 있다. 그래서 평소 언뜻 느끼기엔 수소법원이 0.01%라도 더 강한 확신으로 심증을 형성하게 해 준 당사자를 이기게 판결하고 있다고 속단해 버리곤 한다.³⁾ 대한민국 대법원판례는 이런 증명도 기준을 부정하고 “고도의 개연성(highly likelihood)”있는 심증을 형성케 하여야만 결국 증명책임을 다한 것으로 보아 증명책임을 부담하는 당사자를 승소하게 할 수 있다고 한다. 유력한 학설⁴⁾은 고도의 개연성을 “십중팔구(十中八九)”라고 설명함으로써 80%내지 90%의 강한 확신으로 심증이 형성되어야만 증명책임을 다한 것으로 보고 있다. 이러한 설명은 증명도 기준에 관한 시민법계(civil law jurisdiction) 국가의 일반적인 증명도 기준을 받아들인 것으로 50%+α라는 증명도의 직관적 이해에 현저히 반한다. 그렇다면 고도의 개연성이란 증명도 기준이 선택 가능한 다른 증명도 기준(예를 들면 ‘증거의 우세함’)보다 오판가능성을 줄이고 분쟁의 적정한 해결에 더 기여할 수 있는 증명도 기준인가라는 기준으로 냉정히 평가해 보아야 할 것이다. 하지만 현재까지의 증명도 기준에 관한 연구는 주로 고도의 개연성이란 증명도 기준의 내용을 밝히거나 다른 증명도 기준, 즉 보통법계(common law jurisdiction) 국가 민사소송의 증명도 기준인 증거의 우세함(preponderance of evidence)를 소개하는 수준에 그치고 있다. 양자를 민사소송의 이상 중 하나이자 매우 중요한 분쟁의 “적정”한 해결이란 관점에서 오판의 가능성을 줄여 실제적 진실발견에 기여하는 증명도 기준이 무엇인가를 분석하여 제시하는 논의를 없었던 것으로 보인다.

그래서 먼저 사실확정의 과정과 그 속에서의 증명도 기준이 하는 역할을 규명해 보고 (Ⅱ), 대한민국 증명도 기준인 고도의 개연성이 도입된 경우와 그 내용에 관해 살펴보고 (Ⅲ), 그 증명도 기준의 문제점을 지적한 다음 이를 극복하기 위한 증거의 우세함 증명

2) 증명도는 법관이 사실을 인정하는데 필요한 확신의 정도를 의미한다. 이를 ‘증명도’ 또는 ‘심증도’라고 하기도 한다(이시윤, 『신민사소송법(제12판)』, 박영사(2018), 534면 이하). 반홍식, “민사소송법에 있어서의 증명도—독일에서의 논의를 중심으로”, 민사소송(18권 2호), (2014. 11.), 182면에서는 “증명도는 재판상 중요한 사실주장이 증명되었다고 볼 수 있는 인식수준을 의미한다.”고 설명하고 있다.

3) 이와 같은 오해는 법원의 상징으로 오른 손에 저울을 들고 눈을 가린 채 조각된 정의의 여신상을 내세우고 있는 데서도 유래할 수 있다. 저울은 조금만 무게가 더해도 곧 기울어지기 때문에 증명도가 조금만 우세해도 그 당사자를 승소시킨다는 이미지가 생기게 된다.

4) 이시윤, 앞의 책, 535면.

도 기준의 전면적 도입 필요성을 피력한 다음(IV) 만약 증거의 우세함 증명도 기준을 채택하게 될 때 객관적 증명책임 전환이나 완화 논의가 불필요해 진다는 점을 지적하고, 민사판결에서 인정한 사실은 형사소송에서 증명도가 충분하지 않음으로 새로운 증명도 기준(합리적 의심의 여지 없는 증명)에 의해 재검증되는 방식으로 판례가 형성되어야 한다는 점을 지적하고(V), 나아가 결론(VI)을 내리기로 한다.

II. 사실확정과 증명도

1. 3단논법과 사실의 확정

민사법 관련 법문(法文)의 구조는 대체로 어떤 법률요건을 갖춘 경우 그에 따른 법률효과가 발생한다는 형태로 규정되어 있다. 이때 법문언상의 법률요건은 추상적인 사실로 구성되어 있으나 소송과정에서 당사자는 그에 해당되는 구체적인 역사적·자연적 사실을 주장·증명하여 해당 법률요건을 충족시킴으로써 그에 따른 법률효과의 수혜를 주장할 수 있게 된다. 사실인정자(fact-finder)인 판사는 당사자가 주장하여 증명하는 구체적인 역사적·자연적 사실이 인정되었다고 판단되면 해당 법률요건이 충족되었다며 그에 따른 법률효과를 부여하는 내용의 판결을 하게 된다. 이를 정리해 보면 ① 추상적인 법률요건 사실-② 구체적인 역사적·자연적 사실-③ 그에 따른 법률효과의 발생으로서의 청구권 성립이라는 3단논법적 구조를 갖게 된다.⁵⁾ 그래서 당사자의 변론활동은 ② 구체적인 역사적·자연적 사실의 주장과 그 증명에 집중되게 되고, 심판자는 객관적인 증거에 의하여 그 사실의 존부에 확신을 얻을 수 있어야 비로소 ② 구체적인 역사적·자연적 사실이 증명되었다고 하고, 이에 ① 추상적인 법률요건사실의 원리를 적용하여 ③ 해당 법률효과를 부여하는 내용의 판결을 하게 되는 것이다. 이때 사실인정자인 판사는 당사자의 주장·증명 활동 끝에 어떤 심증을 형성해야 그 구체적인 역사적·자연적 사실이 존재했다고 인정할 수 있는가라는 증명도의 문제가 대두되게 된다.

5) Leo Rosenberg, 오석락/김형배/강봉수(역), 『입증책임론』, 박영사(1995), 7~13면 참조; 강현중, 『신민사소송법 강의』, 박영사(2015), 335면

2. 증명도⁶⁾ 개념

가. 증명도 개념

증명도는 법관이 사실을 인정하는데 필요한 확신(確信)⁷⁾의 정도를 의미한다.⁸⁾ 증명도는 재판상 중요한 사실주장이 증명되었다고 볼 수 있는 인식수준⁹⁾이라고 설명하기도 하고, 증명도 대신 입증정도(standard of proof)라는 용어를 사용하면서 심판자가 사실을 인정하기 위해서 필요한 설득의 수준¹⁰⁾이라고 설명하기도 한다. 결국 증명도는 증명책임 을 가진 당사자가 변론과정에서 구체적인 역사적·자연적 사실을 주장하여 그 증명을 하게 되는데 심판자가 그 주장에 따라 그 사실의 진실성¹¹⁾이 증명되었다고 볼 확신의 정도 또는 확신의 수준을 지칭하는 것이다. 증명도를 이와 같이 이해하는 것은 법정증거주의를 포기하고 자유심증주의를 채택하면서 증명도를 사실인정자의 확신의 정도라는 주관적 기준을 설정하게 된 이래 형성된 기본적인 개념정의라 해야 할 것이다.

나. 주관적 확신의 정도로서의 증명도

증명도를 심판자의 확신으로 보는 한 주관적인 개념이 된다.¹²⁾ 이때 심판자의 인식수준으로서의 증명도는 분명히 사실의 발생가능성(발생개연성)이란 객관적 개념과는 먼 이 미 발생한 역사적·자연적 사실을 심판자가 인식하는 과정에서의 확신의 정도나 수준이

6) 과거에는 민사소송법상 입증(立證)이라는 용어를 많이 사용하다가 최근 민사소송법의 전면 개정이후에 증명(證明)이라는 용어를 널리 사용하고 있다. 그래서 과거에는 입증도라고 하던 것을 최근에는 증명도라고 하여야 할 것이다. 본 논문에서도 최근 용어사용례에 따라 입증도(立證度)란 용어의 사용을 지양하고 증명도(證明度)라는 용어로 통일하여 사용하기로 한다. 학자에 따라서는 증명도를 ‘증명정도’라는 용어로 사용하기도 한다. 그 외 심판자의 확신정도라는 의미에서 ‘심증도’라는 용어를 사용하기도 한다. 심증도는 증명도와 일정한 관계가 있다.

7) 증명도 기준 개념을 “확신” 중심으로 설명한 것은 松岡義正 박사가 일본 大正말기인 1925년경 『民事證據論』(嚴松堂書店)에서 독일 판례와 학설에 근거하여 제창한 이후 줄곧 사용되고 있다는 것이 정설이다. 본 논문의 작성목적도 증명도 기준으로 확신이 사용되게 된 유래를 밝히는 데도 있다.

8) 이시윤, 앞의 책, 534면 이하.

9) 반홍식, 앞의 논문, 182면.

10) 설민수, “민사 형사재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적·실증적 접근,” 인권과정의(vol 388), (2008. 12.), 82면 이하 참조.

11) 확신의 대상이 진실인가 개연성인가에 관한 논의도 있다. 이에 관해서는 반홍식, 앞의 논문, 202면. 필자는 확신의 대상이 진실이라는 입장에서 위와 같은 표현을 사용하고 있다.

12) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도(民事訴訟における證明度),” 法學研究 83卷 1号(2010. 1.) 19면.

된다. 즉 주사위를 600만 번 정도 던져 1이 나올 확률이 100만 번 정도(또는 1/6)라는 발생가능성은 객관적인 사실의 발생가능성이지만 소송의 과정에서 증명은 이러한 사실의 발생가능성을 증명하는 것이 아니라 “甲이 某년 某월 某시에 주사위를 던져 1이 나왔다”라는 사실에 대해 나중에 甲과 乙사이에 분쟁이 발생하여 소송이 제기된 후 甲이 그 증거로 위와 같은 사실을 주장·증명하는 과정에서 어느 정도로까지 증명해야 심판자가 실제로 甲이 던진 주사위상의 숫자가 1이었다는 것을 확신하는 수준에 이를 수 있을 까라는 논점에 관한 논의라는 것이다. 이런 측면에서 증명도를 뒤에서 설명하는 바와 같이 객관적 증명도로 파악하여 개연성의 우세함(preponderance of probability)으로 이해하는 태도는 잘못 되었다고 생각한다.¹³⁾¹⁴⁾

3. 증명도 기준

증명도 기준을 사실인정자의 관점에서 확신의 정도가 낮은 순에서 높은 순으로 나열해 보면 다음과 같이 생각해 볼 수 있다. ㉠절대 거짓(disbelief, 0% 확실함), ㉡경도의 심증(mere rationality)(30%¹⁵⁾ 확실함¹⁶⁾, ㉢증거의 우세함¹⁷⁾(preponderance¹⁸⁾ of evidence,

13) 실제로 증명도 기준을 “확신”대신 “개연성”으로 설명하여야 한다는 주장이 있다(Jackson, *Probability and Mathematics in Court Fact-Finding*, 31 N. Ir. Legal Q. 239, 241 (1980), “Statement of credibility is not a subjective belief but the degree of credence which a rational man will give to something based on the evidence available to him”). 이를 증명도 기준에서의 객관설이라고 소개하고 있다(春日偉知郎, 『民事證憑法研究』, 有斐閣, 1991, 63面). 객관설은 주관설이 심판자의 자의로 흐를 가능성을 지적하면서 그 보완을 위해 객관적인 한계설정이 필요하다고 그 학설적 정당성을 설명하고 있다. 하지만 주관설의 논리적 귀결로서 폐단을 보완할 필요는 있으나 그렇다고 하여 증명도를 아예 객관적 개념이라고 설명하는 것도 본문상의 설명처럼 타당하지도 않다. 그래서 “심판자의 개인적인 주관이 아니라 이념적인 주관이고, 이러한 이념적 주관의 실질은 자연법칙, 사고법칙, 경험법칙에 따른 합리적인 사실인정을 의미한다”라는 간주관설(間主觀說)이 주장되고 있다(加藤新太郎, “確信と證明度”, 鈴木正裕先生古稀祝賀論文集, 『民事訴訟法の史的展開』, 有斐閣, 2002, 566頁). 주관설을 간주관설처럼 수정하여 주장하거나 아니면 자유심증주의의 내재적 한계로서 남용배제 원리로서 경험칙, 논리칙에 부합하지 않는 확신은 사실오인, 이유불비에 해당된다는 설명이나 다 같은 내용을 설명하는 것이라고 보아도 무방하다. 그런 의미에서 필자는 종전 대법원 판례의 태도와 같이 주관설적 증명도 기준을 받아들이고, 자유심증주의의 내재적 한계로 경험칙, 논리칙에 부합하는 확신이 필요하다는 논리구조로 본 논문을 작성하기로 한다.

14) 더구나 미국 등 보통법계국가 민사소송법상 증명도 기준인 증거의 우세함(preponderance of evidence)을 개연성의 우세함으로 오역한 다음 이는 객관적 증명도 기준을 채택한 것이라고 규정하여 비판하는 태도는 보통법 증거법 관련 규정을 오해한 나머지 주장된 것으로 바로잡혀야 할 것이다.

15) 확신정도를 수치화(%)하는 것에 비판적인 시각도 있다. 하지만 우리의 언어습관에도 “심증 팔구 확실하다.”는 등으로 확신정도를 수치화하는 경향도 있고, 미국 증거법 학자들도 증명도를 수치화하여 표현하는 경향도 있다(Allen·Kuhns·Swift, 『Evidence-Text, Cases and Problems-(2nd ed.)』, 1997. Aspen Law & Business, p. 821). 그런 경향에 비추어 볼 때 확신정도를 수치화하여 설명하면 매우 이해하기 쉬울 수 있다.

■ 법조 제68권 제3호(통권 제735호) 연구논문

more probable than not),(50%+α; 즉 50% 이상 확실함)), ㉔명백하고도 설득력 있는 증거(clear and convincing evidence¹⁹)(70% 이상 확실함), ㉕고도의 개연성(highly likelihood)(80% 이상 확실함, 십중 팔구), ㉖합리적 의심의 여지가 없음(beyond reasonable doubt)(90% 이상 확실함), ㉗자연과학적 확실함(certainty)(99% or 100% 확실함)으로 나눌 수 있다. 만약 소송상 당사자로 하여금 ㉗자연과학적 확실함(certainty) 수준의 99% 또는 100% 확실함으로 사실을 증명하도록 하면 소송상 증명이 사실상 불

그래서 본 논문에서는 증명도 기준을 수치화하여 설명해 보기로 한다.

- 16) 일본에서는 최근 ㉘베이저안 통계론(Baysian Statistics)이나 ㉙인지심리학적 성과물을 인용하면서 증명도의 수치화를 정당화하려는 논문들이 발표되고 있음에도 증명도는 주관적 개념으로 비유적인 모델로 이해하는 정도의 의미밖에 없다는 견해도 있다(三木浩一, “민사소송에서의 증명도(民事訴訟における證明度),” 法學研究 83卷 1号(2010. 1.) 21頁).
- 17) 그럼에도 불구하고 일본은 물론 일본의 영향을 받은 대한민국 학계에서도 preponderance of evidence의 번역에 관해 “증거의 우월”이 더 보편화되어 있는 듯하다. 하지만 우월이란 표현으로 말미암아 훨씬 더 높은 수준을 뜻할 수 있다. 특히 명시적으로 preponderance of evidence는 50%+α이상을 의미한다고 명시적으로 지적하는 일본 학자들도 있다(三木浩一, “민사소송에서의 증명도(民事訴訟における證明度),” 法學研究 83卷 1号(2010. 1.) 22頁). 이런 이해는 preponderance가 원래 preponderate(저울에 달다)라는 동사에서 유래했을 뿐만 아니라 그래서 용어 자체가 조금이라도 더 우세하다는 의미를 갖게 된다는 의미로 쓰인다는 점을 몰이해한 결과라 아니할 수 없다. 많은 영미 문헌에서 preponderance of evidence를 more probable than not이라고 정의하고 있다(Allen-Kuhns-Swift, 『Evidence-Text, Cases and Problems-(2nd ed.)』 1997. Aspen Law & Business, p. 821). 따라서 본 논문에서는 이런 번역상의 오해를 피하기 위해 “증거의 우세함”이라고 번역하여 사용하고자 한다.
- 18) preponderance는 동사 preponderate의 명사형이다. preponderate은 “저울에 달다”라는 뜻이므로 결국 50%+α라는 수치화가 더 타당하다. 이와 같은 이해는 다음과 같은 문헌에서도 발견되고 지적되고 있다. “Preponderance of the evidence is perhaps the easiest burden to translate into percentages because **the terminology itself suggests that it is something just over fifty percent**” (C.M.A. McCauliff, *Burden of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, Vanderbilt Law Review vol. 35, p. 1301 참조).
- 19) 민사소송에서 명백하고도 설득력 있는 증명을 요구하는 경우는 윤리적으로 부도덕한 행위와 관련된 판단일 때이다(“In some civil proceedings where **moral turpitude is implied** the courts utilize the standard of ‘clear and convincing evidence’- a test somewhat stricter than preponderance of the evidence” United States v. Fatico, 458 F. Supp. 388, 404 (E.D.N.Y. 1978)). 더 나아가 “명백하고 설득력 있는 증명(clear and convincing evidence)”이외에도 “명백하고, 분명하며 설득력 있는 증명(clear, unequivocal and convincing evidence)”라는 기준을 추가적으로 마련하여 설명하는 경우도 있다. 만약 명백하고, 분명하며 설득력 있는 증명을 추가적으로 마련한 경우에는 개인의 자유를 제한하는 민사소송에서의 증명도 기준으로 역할을 한다 (“The situations where **the various interests of society are pitted against restrictions on the liberty of the individual**, a more demanding standard is frequently imposed, such as proof by clear, unequivocal and convincing evidence”). 하지만 명백하고 설득력 있는 증명에서 명백하고 분명하며 설득력 있는 증명을 분리하는 주장은 미국에서도 그리 흔하지 않는 분류법이고, 대부분 명백하고 설득력 있는 증명에 통합하여 단일한 증명도 기준을 설정하여 설명하는 것이 보통이다(Allen-Kuhns-Swift, 『Evidence-Text, Cases and Problems-(2nd ed.)』 1997. Aspen Law & Business, p. 821).

가능하거나 가능하다 해도 오랜 세월이 걸릴 수밖에 없다. 그래서 거의 모든 나라에서 예외 없이 ㉔, ㉕, ㉖, ㉗ 중 하나 또는 이들을 조합하여 증명도 기준을 정하고 있다.

이해를 돕기 위하여 5가지 증명도 기준에 관한 여러 실무가들이나 학자들의 수치화 수준을 다음 표로 정리해 보기로 한다.

실무가 · 학자	경도의 심증	소명	증거의 우세함	명백하고, 설득력 있는 증명	고도의 개연성	합리적 의심 여지 없음
김차동	30%+a		50%+a	70%+a	80%+a	90%+a
이시윤					80%~90%	
설민수 ²⁰⁾					70%	89.35%
이순동 ²¹⁾			51%~65%	65%~75%	75%~85%	85%~95%
C.M.A. McCauliff ²²⁾			50%+a	70%+a		90%+a
Judge Weinstein						95%+a
田中和夫 ²³⁾			80%+a			90%~100%
村上博己		55%~70%	70%~80% ²⁴⁾	80%~90%		90%~99%
石井良三		60%+a	70%~80%			
倉田卓次		60%~80%	80%+a			

위 도표는 다음과 같은 세 가지 특징을 이해하고 검토했으면 한다. 첫째 시민법계 국가에서 처음 고도의 개연성이란 용어를 사용했을 때는 민사소송에서는 물론 형사소송에

20) 설민수, 앞의 논문, 100면 이하에서는 당시 수도권에 근무하고 있던 사법연수원 25기(당기 법관 경력 10년에서 13년 정도) 법관 17명을 상대로 설문조사 한 결과 그 43%가 민사소송의 증명도 기준으로 증거의 우세함으로, 나머지 57%는 고도의 개연성을 증명도 기준으로 삼아야 한다고 응답하였고, 평균적으로 70%정도로 수치화하였다는 설문조사 결과를 내놓았다.

21) 이순동, 『민사소송의 사실인정과 증인신문기법』, 진원사(2010), 69면.

22) C.M.A. McCauliff, *Burden of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, *Vanderbilt Law Review* vol. 35, p. 1301.

23) 이하 일본 학자와 실무가의 견해는 김완섭, “민사소송에 있어서 증명도”, 『민사증거법(상)』, 재판자료(제25집), 법원행정처(1985), 411면에서 재인용함.

24) 일부 일본 학자와 실무가들은 고도의 개연성을 증거의 우세함과 같은 수준의 증명도 기준으로 보고 수치화한 것으로 보인다(김완섭, 위의 논문, 411면 참조). 따라서 고도의 개연성은 “명백하고도 설득력 있는 증명” 수준보다 낮은 증명도 기준인 것처럼 이해하고 있다. 매우 재미있는 접근법이다.

서도 동일한 증명도 기준을 사용했으므로 분명 형사소송의 증명도 기준도 민사소송의 증명도 기준과 동일하였었다. 그래서 비록 그 후 합리적 의심의 여지가 없는 증명이란 용어를 도입하여 형사소송에 사용하고 있다고 하더라도 민사소송의 고도의 증명도 기준은 보통법계 국가에서 제시하는 명백하고도 설득력 있는 증명도 기준보다 높다고 보고 있다는 것이다. 둘째 위 증명도 기준 수치화는 구간개념(continuum-concept)일 뿐 특정한 지점개념(point-concept)이 아니다. 따라서 고도의 개연성(필자의 수치화)의 경우 80%를 초과하면 예를 들면 85%라도 고도의 개연성 증명도 기준을 만족시키는 것이다.

III. 대한민국 민사소송에서의 증명도 기준으로서의 ‘고도의 개연성’

1. 개 설

우리나라의 경우 시민법계 국가의 전통에 따라 민사소송법에 증명도 기준을 직접 정하는 규정은 없는 반면 자유심증주의(*la liberté de la preuve, free evaluation of proof*)를 정한 민사소송법 제202조의 해석론으로 증명도 기준이 논의되어 왔다.²⁵⁾ 원래 자유심증주의를 처음 도입해 입법화한 프랑스는 물론 이를 계수한 독일의 경우도 법정증거주의를 극복하기 위해 자유심증주의를 입법화하면서 법관의 주관적인 내적 확신(*intimate intime conviction*)에 따라 사실인정을 하면 될 뿐 민사소송에서든 형사소송에서든 똑같은 증명도 기준을 설정하여 그 차이를 두지 않았었다. 이런 전통을 이어받은 일본에서는 도입초창기에는 시민법계 국가의 전통을 충실히 따르다가 제2차 세계대전 후 미국의 영향을 많이 받으면서 민사소송에서의 증명도 기준을 형사소송의 그것과 분리하여 증명도 수준을 약간 낮추고 객관화하려는 경향을 보였다.²⁶⁾²⁷⁾ 이런 상태에서 우리나라 대법원은 특히 일본 증명도 기준의 영향을 많이 받아 증명도 기준을 확립하였다.

25) 이시윤, 앞의 책, 534면 이하; 김홍엽, 「민사소송법(제7판)」, 박영사(2018), 687면; 박재완, 「민사소송법강의」, 박영사(2017), 327면.

26) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도(民事訴訟における證明度),” 法學研究 83卷 1号, (2010. 1.) 23面.

27) 이순동, 앞의 책, 72면 참조(다만 독일의 경우도 최근 법관의 주관적 확신만으로는 객관성을 담보할 수 없다는 인식하에 ‘고도의 개연성’으로 사실을 확정하도록 증명도 기준을 설정하고 있다. 다만 그 고도의 개연성 증명도 기준이 형사소송의 그것과 차이가 있는지는 명확하지 않다).

2. 자유심증주의와 증명도 기준

우리나라 민사소송법 제202조에서 “법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.”고 규정하여 자유심증주의를 선언하고 있다. 원래 자유심증주의는 사실인정자인 법관의 주관적인 내적 확신에 근거하여 사실을 인정할 수 있다는 증거법 원칙이다. 그 결과 자칫 사실인정이 심판자의 자의(恣意)에 의해 좌우될 수 있다는 오해가 따를 수 있어 심판자의 자의를 배제하고 적정하고 공평한 사실인정을 하도록 유도하는 취지에서 그 재량권 남용 규제 원리가 개발되었다. 그래서 보다 객관적인 증명도 기준을 별도로 마련하고, 그 수준에 미달함에도 사실을 인정하면 논리법칙 또는 경험법칙 위반이 되고 이를 이유로 한 상소가 가능한 제도가 발달되었다. 우리나라 대법원도 처음부터 자유심증주의의 재량한계를 위반한 사실인정은 민사소송법 제424조 제1항 제6호에 의한 이유불비·이유모순라는 절대적 상고이유로 인정해 왔다. 이처럼 증명도 기준은 자유심증주의와 결합하여 사실인정자의 주관적 확신으로 사실인정을 해야 한다는 자유심증주의의 내용을 이루고, 그 사실인정이 고도의 개연성 있는 확신에 기초해야 한다는 자유심증주의의 내재적 한계와 연결되는 매우 중요한 규범적 의미도 있다고 아니할 수 없다.²⁸⁾

3. 대법원 판례상 민사소송의 증명도 기준으로서의 ‘고도의 개연성’

가. 증명도 기준에 관한 초기 대법원 판례의 태도

민사소송에서 증명도 기준으로 ‘고도의 개연성’을 확인한 초기 대법원 판결로 1960. 3. 31. 선고 4292민상247 판결을 들 수 있다. 동 판결에서 대법원은 “사실인정에 있어서의 심증형성을 위한 증거력 평가는 실험칙상의 개연성의 강약을 비교·검토하는 것이요, 그 고도의 개연성에 대한 확신을 소위 사실인정이라 하며 그 개연성이 우리 실험칙에 비하여 저도임에도 불구하고 이로써 사실인정의 척도로 한 때는 이는 자유심증의 범위를 이탈한 것이다.”고 전제한 다음 ‘부인이 1944. 가을경부터 다른 남자(목사)와 동거하여 자신의 바로 옆집에 살면서 4남매까지 출산하여 살아 왔고, 자신도 다른 여자와 동거하면

28) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도(民事訴訟における證明度)”, 法學研究 83卷 1号(2010. 1.) 18頁.

서 5남매를 출산하여 살고 있었다라면 1958. 봄경 비로소 간통사실을 알게 되었다는 사실인정은 실험칙에 비추어 그 개연성이 너무나 저율(低率)하다고 판시하면서 이러한 사실인정에 기초하여 유죄를 인정한 원심을 자유심증주의의 범위를 넘은 채증법칙 위반으로 파기환송하였다.

위 대법원 판결은 증명도 기준 제시에 있어 다음과 같은 특징을 갖고 있다. 첫째 사실 인정자의 ‘확신’을 사실인정의 기준으로 삼음으로써 자유심증주의의 원칙에 따르고 있음을 명백히 했고, 둘째 증명도 기준으로 ‘고도의 개연성’이란 개념을 사용하여 단지 주관적인 확신에만 머물지 않고 객관적인 개념까지 사용하여 증명도 기준을 설명하기 시작하였으나 셋째 확신을 “고도의 개연성에 대한 확신”으로 파악함으로써 고도의 개연성이 자유심증주의의 한계를 정하는 기능을 혼란스럽게 만들었다.²⁹⁾

나. 판례의 발전

그 후 대법원은 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카7730 판결에서 피해자가 피고 소유 화물자동차에 의한 교통사고로 입은 피해를 치료하던 중 의사의 중대한 과실이 개입하지 않은 채 사망한 사안에서 “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 필요하고 또 그것으로 족하다 할 것이다.”고 전제한 다음 교통사고가 피해자의 사망과 상당인과관계가 있다고 판시하였고, 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다65097 판결에서는 그 사안은 피해자가 1996. 11. 30. 교통사고를 당한 후 같은 날부터 1996. 12. 11.까지 고려의원에서, 1996. 12. 11.부터 12. 26.까지는 효동병원에서, 1996. 12. 26.부터 1997. 6. 22.까지는 K병원에서 입원치료를 받다가 폐색전증으로 인한 호흡부전으로 사망한 것이었는데, “민사소송에 있어서의 인과관계의 입증은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니고, 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 어떠한 결과 발생을 초래하였다고 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는

29) 반홍식, 앞의 논문, 204면 이하 참조해당 논문의 필자는 확신의 관련점으로 진실성의 확신과 개연성의 확신으로 나누고 전자는 이론적으로는 더 높은 증명도 기준을 추구하는 것이고 후자는 확신을 객관화하는 노력에서 나온 것이라고 설명하고 있다. 독일 민사소송법 학계에서도 진실성에 관한 확신인지(Schwab의 견해) 개연성에 관한 확신인지(Musielak 등)에 관한 치열한 논쟁을 소개하고 있다. 그래서 위 대법원 판시는 Musielak 류의 개연성에 관한 확신 주장을 채택한 듯한 인상을 주고 있다.)

것임이 필요하고, 또 그것으로 족하다.”고 전제한 다음 폐색전증은 골절, 수술 등으로 장기간 누워있는 환자의 하지에 혈전이 형성되어 폐동맥을 막아 호흡부전 등으로 사망하게 하는 질병이며, 피해자에게는 이전에 특별히 폐색전증을 일으킬 구체적인 원인이 없었고, 다른 원인의 개재도 없어 교통사고와 사망 사이에는 상당인과관계가 있다는 고도의 개연성이 있다고 판시하였다. 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다6755 판결에서는 피고 회사 직원들이 종이류가 보관되어 있던 코팅실에서 담배를 피워 난 화재로 입은 피해의 배상을 원고가 구하는 손해배상청구에서 “민사소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연설을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도일 것을 필요로 한다.”고 전제한 다음 화재가 발생할 무렵 피고 직원이 코팅실에서 담배를 피운 사실이 있고, 전기합선·방화 등의 가능성이 낮다는 점 등으로는 “이 사건 화재가 담뱃불로 발생하였을 상당한 가능성이 있다고 의심되나 이러한 의심만으로는 이 사건 화재가 피고 직원들이 피운 담뱃불로 인한 것이라고 인정하기에 부족하”다는 이유로 원고 청구를 기각하였다.

다. 자유심증주의 한계로서의 ‘고도의 개연성’ 개념 선언

마침내 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다1828 판결에서는 보험계약상 면책약관 중 하나인 ‘피보험자 또는 이들의 법정대리인의 고의 또는 중대한 과실로 생긴 손해는 보상하지 아니한다.’ 중 면책사유에 해당하는 책임요소의 “증명은 법관의 심증이 확신의 정도에 달하게 하는 것을 가리키고, 그 확신이란 자연과학이나 수학의 증명과 같이 반대의 가능성이 없는 절대적 정확성을 말하는 것은 아니지만, 통상인의 일상생활에 있어 진실하다고 믿고 의심치 않는 정도의 고도의 개연성을 말하는 것이고, 막연한 의심이나 추측을 하는 정도에 이르는 것만으로는 부족하다.”고 전제한 다음 하급심 인정사실만으로는 “피고가 소외인과 공모하여 이 사건 화재를 일으킨 것이 아닌가 하는 의심이나 추측을 할 수 있을 따름이고, 더 나아가 이 점에 대하여 통상인의 일상생활에 있어 진실하다고 믿고 의심하지 아니할 정도의 고도의 개연성을 인정하기 어렵다”며 면책약관의 적용을 배척하였다.³⁰⁾

30) 같은 취지로는 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다72578·72585 판결; 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다56603·56610 판결; 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다94315 판결 등이 있다.

위와 같은 대법원 판례에 따르면 첫째 기본적으로 초창기의 판례에서 확인한 바와 그례를 같이 하는 증명도 기준인 사실인정자의 (진실성에 대한) 확신을 중심으로 설정하고 있다는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 자유심증주의의 내용으로 사실인정자는 주관적인 진실성에 대한 확신으로 사실인정해야 한다는 증명도 기준을 밝히고 있는 것이다. 둘째 증명도 기준을 사실인정자의 주관적 확신에만 의존한다면 자의에 흐를 위험이 있으니 그 확신이 ‘고도의 개연성 있는 확신’이어야 한다는 소위 자유심증주의의 한계를 설정하고 있는 것이다. 셋째 초창기 판례에서 사용하던 고도의 개연성에 대한 확신이라는 용어에서 고도의 개연성 있는 확신으로 전환하면서 고도의 개연성이 확신의 대상에 있는 것이 아니라 확신 그 자체가 고도의 개연성 있는 확신이 되어야 한다는 점을 밝히고 있다는 것이다. 그래야 자유심증주의의 한계 개념으로 명확해 지는 것이다. 위 대법원 판례는 이에 더 나아가 “통상인”과 “일상생활”이란 용어를 사용하여 자유심증주의의 한계를 심사함에 있어 구체적인 기준을 충분히 제시하고 있는 것이다.³¹⁾ 따라서 현행 고도의 증명도 기준은 자유심증주의의 내용을 설명하고 자유심증주의의 한계를 정하는 데는 충분한 자기완결적 개념은 된 셈이다.

4. 민사소송법학계에서의 증명도 기준

한편 민사소송법학계에서도 민사소송의 경우 증명책임이 있는 자는 법관이 확신을 가질 수 있도록 실제생활에 적용될 수 있는 정도의 정확성으로 요증사실을 증명하여야 한다고 전제한 다음 통상인이 일상생활에 있어 진실하다고 믿고 의심치 않을 정도의 “고도의 개연성” 기준으로 요증사실을 증명하여야 한다³²⁾는 견해가 다수설이다.³³⁾ 일부 학자들은 고도의 개연성 수준을 “십중팔구(十中八九)의 확신”³⁴⁾이라거나, “80% 내지 90% 정도의 정확성”³⁵⁾이라고 수치화하여 설명하기도 한다.

31) 증명도 기준의 이런 점을 강조하여 김홍엽, 앞의 책, 687면에서는 “자유심증주의는 ‘객관적으로는 고도의 개연성’, 주관적으로는 ‘법관의 확신’이 있을 것을 요한다.”라고 설명하거나, 홍기문, “자유심증주의의 몇 가지 문제점,” 민사법연구(3집), 대한민사법학회(1994. 12.), 1면 이하에서는 “확신 없는 개연성으로 족하지 않으며, 개연성 없는 확신은 자의(恣意)이다.”라고 주장하고 있는 것이다.

32) 이시윤, 『신민사소송법(제12판)』, 박영사(2018), 535면.

33) 이시윤, 『신민사소송법(제12판)』, 박영사(2018), 535면; 김홍엽, 『민사소송법(제7판)』, 박영사(2018), 687면; 박재완, 『민사소송법 강의』, 박영사(2017), 327면 등, 한편 소수설로는 정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법』, 박영사(2017), 513면 이하 참조.

34) 이시윤, 앞의 책, 535면; 김홍엽, 앞의 책, 687면 등.

35) 박재완, 앞의 책, 327면.

5. 우리나라 민사소송상의 증명도 기준 법리와 그 문제점

결국 현행 우리나라 민사소송상의 증명도 기준은 시민법계 국가에서 보편화된 시민법계의 증명도 기준을 일본을 통하여 받아 들여 운용하고 있다고 판단된다. 비록 초창기에는 ‘고도의 개연성에 대한 확신’이라고 표현해 일정한 혼란은 있었지만 민사든 형사든 모두 ‘고도의 개연성’ 증명도 기준을 채택하여 사실인정자인 법관의 주관적 확신을 중심으로 한 자유심증주의의 한 내용이며, 고도의 개연성이란 자유심증주의의 한계로 활용해 오고 있다. 또한 민사소송법 학계에서는 일본의 영향을 받아 이러한 고도의 개연성을 심증 팔구(十中八九, 80%~90%)로 이해하여 형사소송의 증명도 기준인 ‘합리적 의심의 여지가 없는 증명(beyond reasonable doubt)’(90% 이상 확실함)과는 구분되는 증명도 기준으로 이해하고 있다. 물론 민사소송 증명도 기준을 형사소송의 그것보다 낮게 이해하는 태도는 시민법계 국가들 중 독일 및 우리나라와 일본에서 나타나는 현상이라고 한다. 그 이유는 증거의 판단은 오로지 이를 담당하는 전문가인 법관의 자유심증주의에 기한 확신과 항소심을 통한 검증이라는 체계를 가지고 있었기 때문에 미국과 달리 어떤 특정한 정도의 증명을 전제로 하지도 않을뿐더러, 민사나 형사 재판에서 심증의 정도를 구분하지도 않는다고 설명하는 견해도 있다.³⁶⁾ 그런데도 일본과 우리나라에서 다른 태도를 취하는 이유는 다른 시민법계 국가들 보다 더 미국법의 영향을 받았고, 또 증명도 기준에 관한 논의가 상대적으로 활발한 데 그 원인이 있다고 본다.³⁷⁾

그렇다면 이렇듯 자기완결적인 현행 고도의 개연성 증명도 기준은 무슨 문제가 없을까? 우선 증명도 기준은 오판가능성을 줄여 실제적 진실에 부합하는 판단을 할 수 있도록 설정되어야 한다. 그러려면 증명도 기준이 사실인정자는 물론 당사자에게도 명확해야 한다. 그런 관점에서 현행 고도의 개연성이란 증명도 기준이 명확하고, 오판가능성을 줄이는 적절한 증명도 기준인지 검토해 보아야 한다. 결론적으로 말하자면 현행 고도의 개연성 증명도 기준은 명확하지도 않으며 오판가능성도 선택가능한 다른 증명도 기준인 증거의 우세함(preponderance of evidence)보다 더 높다. 이하에서 좀 더 자세하게 논의해 보자.

36) 이순동, 앞의 책, 72면.

37) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도(民事訴訟における證明度),” 法學研究 83卷 1号(2010. 1.) 23면.

IV. 민사소송에서 증명도 기준으로 증거의 우세함 기준 도입의 필요성

1. 증거의 우세함(preponderance of evidence) 증명도 기준

가. 개 설

보통법계 국가에서는 민사소송에서의 증명도는 원칙적으로 “증거의 우세함(preponderance of evidence)” 기준을 채택하고 있고, 다만 윤리적으로 부도덕한 사실을 인정할 때나 개인적 자유를 침해하는 사실을 인정할 때는 “명백하고 설득력 있는 증명(clear and convincing evidence)” 기준을 적용하고 있다. 증거의 우월함 증명도 기준을 구태여 수치화하면 50%+ α 수준의 증명도라고 이해하고 있다. 이에 반하여 형사소송에서의 증명도는 “합리적 의심을 품지 않을 정도의 증명(beyond reasonable doubt)”을 요구하고 있고 그 확실성 수치는 90%이상으로 이해하고 있다.

반면, 프랑스, 독일 등 유럽국가, 라틴 아메리카 등 시민법계 국가들에서는 민사소송에서의 증명도도 형사소송에서의 증명도와 같이 높은 수준의 증명도인 ‘고도의 개연성’ 증명도 기준이 요구된다는 견해가 일반적이다.³⁸⁾

나. 미국 민사소송법상의 증명도 기준인 ‘증거의 우세함’

(1) 영미 증거법상으로는 민사사건에서의 증명도 기준으로 ‘증거의 우세함(preponderance of the evidence)’을 들고 있다.³⁹⁾ 증명책임을 지는 자가 어떤 사실이 부존재한다기보다 존재한다고 볼 수 있는 정도의 증거를 제출하기만 하면 된다는 입장이다.(the existence of the contested facts is more probable than its non-existence)⁴⁰⁾ 즉 50%+ α 이기만 하면 증명책임을 다하고 승소할 수 있다고 보는 시각이다.⁴¹⁾

38) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도”, 法學研究 83卷 1号 (2010. 1.) 17頁 호문혁, 『민사소송법(제11판)』, 법문사(2013), 510면 참조

39) 영미법계에서는 대부분의 민사사건은 preponderance of evidence의 원칙으로 증명책임을 지지만 사기 또는 범죄라는 주장에 기한 민사적 주장은 clear and convincing evidence로 증명되어야 한다. {Allen·Kuhns·Swift, Evidence Text, Cases, & Problems(Second Edition), 1997, Aspen Law & Business, p. 830}.

40) Strong et, al, McCormick on Evidence(4th ed. 1992) p. 575.

41) David Kaye, The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation, 1982 Am. B. Found Res. J. 487 (The preponderance-of-the-evidence standard usually is understood to mean that the plaintiff must show that the probability that the

이에 반하여 형사사건에서는 합리적 의심이 없을 정도로 범죄 구성요건사실이 증명(beyond reasonable doubt)되어야 비로소 유죄를 인정할 수 있다고 한다.⁴²⁾ 그래서 형사사건에서는 범죄 구성요건사실을 통상 90% 이상 확실하게 증명하여야만 그 증명책임을 다했다고 할 수 있다.

다만 ① 윤리적으로 부도덕한 판단이나 개인적 자유를 침해하는 판단에 관련된 민사소송의 경우⁴³⁾나 ② 행정법원에 의해 행정상 제재⁴⁴⁾를 하기 위해서는 범위반행위가 명백하고 설득력 있는 증명(clear and convincing evidence)으로 증명되어야 한다. 증거의 우세함보다 더 높은 개연성이 있어야 한다는 것을 의미한다.(the fact is highly probable)⁴⁵⁾ 통상 clear and convincing evidence는 preponderance of the evidence(50%+ α)와 beyond reasonable doubt(90%)의 중간인 70%정도 확실하다고 증명된 것을 뜻한다.

(2) 증거의 우세함으로 증명도 기준으로 삼는 이유

민사소송에서 원고와 피고를 평등하게 취급하여야 한다는 취지에서 증거의 우세함으로 증명도 기준은 삼는다고 한다.⁴⁶⁾ 물론 만약 증명도 수준이 50:50으로 동일하다면 현상유지를 시키는 것이 더 바람직하므로 원고 청구를 기각하여 피고에게 유리한 판단을 하여야 한다는 취지를 포함하고 있다. 증거의 우세함으로 증명도 기준을 삼으면 원고나

defendant is in fact liable exceeds 1/2).

42) 영미법에서 비록 범죄 구성요건사실의 증명이 강화되어야 한다는 법제도 운용은 국가형사사법권의 확립된 시기까지 소급할 수 있지만 beyond reasonable doubt라는 용어를 사용하여 형사증거법칙은 완성한 때는 대체로 1789년경으로 본다(In re Winship, 397 U. S. at 362~364).

43) 영미법상으로는 위와 같은 3가지 증명력 기준에 더하여 the minimal standard of probability라는 기준이 더 있다. 이 기준은 the relevancy of the facts of the consequence라는 증거능력을 판단하는 기준으로 활용되고 있다(Allen-Kuhns-Swift, Evidence Text, Cases, & Problems(Second Edition), 1997, Aspen Law & Business, p. 149). the minimal standard of probability라는 기준은 통상 20~30%정도 확실한 상태를 지칭하는 것으로 대한민국 증거법상 소명자료의 제출에서 증거력을 정하는 기준에 유사하다 할 수 있다.

44) 이에 대하여 행정법원 판사(administrative law judge)의 판결에 대하여 불복하여 항소법원 등에 그 취소를 구하는 소송(일종의 항고소송)을 제기하는 경우에는 항소법원은 행정법원 판사의 판단에 관해 substantial evidence rule로 심사를 하게 된다. 실질적 증거 법칙(substantial evidence rule)은 증명도 기준이라기 보다는 어떤 사실인정이 제출된 실질적 증거로부터의 합리적 추론이어야 한다는 원칙으로 실질적 증거가 존재하는지 여부에 관한 기준이라고 할 것이다. 행정위원회 등에서의 판단에 대한 항고소송에서 재판소가 행정위원회의 판단이 실질적 증거에 의한 사실인정이라고 판단만 되면 더 구체적으로 사실확인 없이도 항고를 기각할 수 있다는 법원칙이다(Frank E. Cooper, "Administrative Law: The Substantial Evidence Rule," 44 A.B.A. J. 945. 1003, 1958).

45) U.S. v. Fatico, 458 F.Supp. 388(ED.N.Y. 1978).

46) Allen-Kuhn-Swift, 『Evidence Text, Cases, & Problems』, Aspen Law & Publishing, 1997, p. 828.

■ 법조 제68권 제3호(통권 제735호) 연구논문

피고는 동일한 수준으로 오판의 위험에 노출되게 된다. 만약 원고가 50% 이상의 확률로 개연성을 증명하면 원고 승소의 판결을 선고하여야 하고, 50% 이하의 확률로 개연성을 증명하면 원고 패소의 판결을 선고하여야 한다. 오판가능성이 정규분포를 형성하고 있다면 증거의 우세함 기준하에서는 원고의 오판위험도와 피고의 오판위험도가 균등하게 된다. 오판의 위험도가 동일한 한 증거의 우세함 기준은 원고와 피고를 평등하게 취급하면서 정의로운 결과를 낼 수 있다. 원고와 피고의 오판위험도가 정규분포를 그리고 있는가란 질문에 대한 답변은 실증의 문제(empirical question)로서 관련된 요소들을 정밀하게 실사한 다음 평가해 보아야 할 것이다.⁴⁷⁾ 통상 민사소송은 원고와 피고는 민간인들로서 증거를 수집하고 분석하여 제출하는 능력에 큰 차이가 없어 오판에의 위험도가 동일하다고 보아야 할 것이다.

그런데 오판확률이 정규분포를 이루어 당사자의 오판에의 노출 위험도가 동일하다는 전제는 다음과 같은 두 가지 상황하에서는 수정되어야 한다고 본다. 첫째 행정기관이나 검·경 수사기관은 조직적이고 전문적이며 공권력을 이용하여 증거수집에 나설 수 있고, 그 수집된 증거의 분석능력이나 제출하는 능력이 민간인보다 뛰어나 행정기관이나 검·경 수사기관의 상대방에 선 민간인에 비해 오판의 위험도가 현저히 줄어들게 된다. 이러한 상황하에서는 증명도를 높여 결과적으로 양측의 오판의 위험도를 맞추어 주는 것이 당사자들을 평등하게 취급하는 법원칙에 부합하는 것이다. 이를 오판위험도의 양적 균등화 시도라고 할 수 있다. 둘째 어느 한쪽 당사자가 오판으로 인한 피해가 다른 당사자에 비해 훨씬 더 심각하다면 그 당사자의 오판가능성을 줄여 주어야 한다는 것이다. 그래서 그 당사자에게 유리한 증명도 기준을 도입해야 한다는 것이다. 이를 오판위험도의 질적 균등화 시도라고 할 수 있다. 형사소송에서는 형사처벌을 전제로 하므로 오판으로 인한 피고인의 피해가 매우 크다. 그래서 전통적으로 의심스러울 때는 피고인의 이익(indubio pro reo)으로 하는 기치하에 소극적 오판가능성을 줄이는데 더 주력하고 있는 것이다.

(3) 이상 논의를 바탕으로 미국에서 뉴욕주 동부지방법원 판사들에 대한 증명도 기준 설문조사 결과가 있어 이를 인용해 본다. [Probabilities Associated with Standards of Proof Judges Eastern District of New York]⁴⁸⁾

47) Allen·Kuhn·Swift, *supra*, p. 829(해당 책에서 필자들은 오판가능성에 관한 정규분포를 중심으로 증거의 우세함이 가장 적절한 증명도 기준임을 잘 설명하고 있다).

48) Source: *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388, 410 (E.D.N.Y. 1978).

Judge	Preponderance	Clear & Convincing	Clear, Unequivocal & Convincing	Beyond reasonable doubt
1	50%+a	60%~70%	65%~75%	80%
2	50%+a	67%	70%	76%
3	50%+a	60%	70%	85%
4	51%	65%	67%	90%
5	50%+a	elusive & unhelpful		90%
6	50%+a	70%+a	70%+a	85%
7	50%+a	70%+a	80%+a	95%
8	50.1%	75%	75%	85%
9	50%+a	60%	90%	85%
10	51%	can not estimate numerically ⁴⁹⁾		

다. 일본에서의 증거의 우월함 증명도 기준 도입 주장

(1) 일본 판례 및 민사소송법 학계에서의 증명도 기준에 관한 논의

일본 민사소송법 제247조(자유심증주의)에도 “사실의 인정에 관하여, 재판관은 구두변론의 전취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증에 기해 사실에 관한 주장을 사실로서 채택할 수 있는지 여부를 판단한다.”라고 규정되어 증거가치의 유무 및 강약의 판단과 간접사실로부터 직접사실을 추인하거나 부인하는 경험칙 등을 판사의 판단에 맡겨두는 자유심증주의 원칙이 그대로 적용된다.⁵⁰⁾ 그래서 판사는 증거조사의 결과로부터 얻은 심증과 사실의 존부를 결정하는 기준이 되는 증명도와 비교하는 방식으로 사실인정을 하는 임무를 맡게 된다. 이때 증명도란 “증명대상인 사실명제의 진위를 정할 수 있는 심증도의 분기점이다.”⁵¹⁾ 다시 말하자면 (요건)사실상의 쟁점에 관하여 어느 정도의 심증도가 있으면 판사가 그 사실의 존재를 인정할 수 있는 심증을 형성하여도 되는가에 관한 기준을 의미한다.⁵²⁾ 증명도는 기본적으로 판사가 확신을 갖는 정도를 의미하고 널리 받아들여지고 있는 학설로는 양심·분별력·경험이 충분한 판사가 그 확신이 들면 그 사실의 증거가 있는 것으로 인정할 수 있으며 이러한 확신의 정도는 단지 그 사실이 있을 법하다는 정도나 확실해 보인다는 정도로서는 부족하고, 또 반대사실을 인정할 가능성이

49) 10번째 판사는 preponderance of evidence의 경우는 용어 자체의 의미상 51%라는 생각에서 수치화하였고, 나머지의 수치화에 대해서는 부정적 견해를 가지고 있는 것이다.

50) 加藤新太郎, 『民事事實認定論』, 弘文堂, 2014, 30면 이하 참조.

51) 太田勝造, 『法律 [社會科學의 理論과 모델 7],』, 東京大學出版會, 2000, 59면.

52) 加藤新太郎, 前掲書, 34면 이하.

전혀 없다는 정도의 절대적인 확신까지 요구하지는 않아도, 상식인이라면 일상생활의 와중에서 의문을 갖지 않고 신뢰하여 행동의 기준으로 삼을 수 있는 정도를 의미한다고 설명하고 있다.⁵³⁾ 마침내 증명도는 “고도의 개연성”으로 판사의 확신이란 심증이 형성되어야 한다는 학설이 통설이 되었다.⁵⁴⁾ 이처럼 고도의 개연성이란 확신으로 증명도 기준이 형성된 이유는 주관적 확신이론을 채용하고 있는 독일 판례의 영향이라고 한다.⁵⁵⁾

일본의 판례도 “소송상 인과관계의 입증은 한 점의 의문도 허용하지 않을 정도의 자연과학적 증명이 아니라, 경험칙에 비추어 증거들을 종합검토해서 특정한 사실이 특정한 결과발생을 초래하는 관계에 있다고 인정할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 증명이 있다고 판단할 수 있으려면 통상인의 의심을 배제할 수 있을 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것이어야 하고, 또 그 정도이면 족하다.”라고 판단하고 있다.⁵⁶⁾

요컨대 일본 민사소송법 통설은 물론 판례의 태도도 증명도를 고도의 개연성으로 기준을 삼아야 한다는 점에서 대한민국의 학설과 판례와 크게 다르지 않다.⁵⁷⁾ 고도의 개연성을 수치화하면 80%정도라고도 한다.⁵⁸⁾ 형사판단의 기준으로서 “합리적인 의심을 품지 않을 정도로 증명”할 것을 요구한다고 보며 고도의 개연성 증명보다는 높은 증명도 임을 분명히 하고 있다. 결국 일본 최고재판소의 경우에는 ㉠한 점의 의심도 허용지 않는 자연과학적 증명, ㉡합리적 의심도 품지 않을 정도의 증명, ㉢통상인이 의심을 품지 않을 정도의 증명(고도의 개연성) 등 3가지 증명도 수준을 제시하고 있는 셈이다. ㉡이 외에도 ㉢증명도 기준을 설정하여 80%정도의 수치로 파악하는 태도는 독일과는 다른 일본만의 매우 독특한 증명도기준이라고 설명하기도 한다.⁵⁹⁾ 그 이유로 미국의 강한 영향을 받은 점과 증명도 기준에 관한 활발한 연구 분위기 때문이라고 설명하기도 한다.

(2) 증명도 기준 완화 주장의 대두

최근 일본 민사소송법 학계에서도 통설과 판례의 태도에 의문을 품고 ① 증거의 우월

53) 兼子一, 『條解民事訴訟法(上)』, 弘文堂, 1965, 457면 이하.

54) 兼子一, 『新修民事訴訟法體系』, 酒井書店, 1965, 253면.

55) 加藤新太郎, 前掲書, 40면 이하.

56) 最高裁判所, 東大病院 룬바르(ルンバル)事件의 判決, 昭和 50. 10. 24. 民集 29卷 9号 1417頁 (민사소송의 증명도에 관한 leading case이다.) 그 이후로도 最高裁 平成 11. 2. 25. 判決 등에서 똑같이 판단하고 있다.

57) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도”, 法學研究 83卷 1号 (2010. 1.) 25면.

58) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도”, 法學研究 83卷 1号 (2010. 1.) 23면.

59) Kuo-Chang Huang, *Introducing Discovery into Civil Law* p. 140 (2003); 加藤新太郎, “證明度の軽減法理”, 『木川統一郎博士古稀祝賀論文集』, 115면.

설,⁶⁰⁾ ② 개연성설,⁶¹⁾ ③ 우월적개연성설,⁶²⁾ ④ 다단계적증명도설⁶³⁾ 등 다양한 견해가 제시되고 있다. ①증거의 우월설은 민사소송법상의 진실은 당사자간의 상대적 진실로서, 민사재판의 이념도 실체적 진실 발견주의가 반드시 타당한 것은 아니기 때문에 진실성 증명의 기준은 증거상 한 쪽의 증명도가 더 우월하다고 하는 증거우월의 법칙이어야 한다는 견해이다. 이 학설은 영미 증거법상의 the preponderance of the evidence라는 증명력 기준을 번역한 용어를 학설명으로 사용하고 있기는 하나 민사소송의 상대성을 강조하여 실체적 진실을 어느 정도 양보할 수 있다는 관점으로부터 주장된 것으로 앞서 설명한 영미 증거법상 the preponderance of evidence 원칙을 채택한 이유와 다른 근거를 바탕으로 한 것이다. 영미 증거법상 the preponderance of evidence를 채택한 이유는 오판위험성이 정규분포를 그리고 있다는 입장에서 피고를 원고에 비해 우대하면 오히려 오판위험도를 높혀 실체적 진실에 반한 판단을 할 가능성이 높아진다는 데 근거한 것이다. 그런 까닭에 증거의 우월 기준 채택을 민사소송의 상대성에서 근거를 찾는 것은 잘못된 것이다. ②개연성설은 원칙적으로는 고도의 개연성 기준을 의미하나 증거의 편재가 심한 공해·약해소송 등에 한해 상당한 개연성으로 증명도 기준을 낮추어야 한다는 견해이다. 기본적으로 위 ①설과 같은 근거에 기초한 것으로 앞서 한 비판과 같은 약점이 있다. ③우월적개연성설은 민사소송에 있어 증거수집수단에 제약이 많은 현실을 고려할 때 증명도 기준으로 고도의 개연성을 요구하면 오히려 진실과 괴리된 사실인정이 될 가능성이 더 커지므로 상대방의 반증활동을 충실하게 하여 적정한 사실인정을 실현하기 위하여 상당한 개연성이 있으면 바로 사실인정을 할 수 있도록 해야 한다는 견해이다. 학설의 명칭은 the preponderance of evidence와 다소 다르지만 그 근거는 가장 유사한 내용의 학설이다. 사실 고도의 개연성이란 증명도 기준은 증명책임을 부담하는 측에 너무 가혹한 증명부담을 지워 불공평할 뿐만 아니라 오히려 오판율을 높여 두었기 때문에 증명책임이 없는 측의 무성의로 증명활동이 비활성화되는 등 부작용이 더 커 이를 바로잡을 필요가 있다. ④다단계적 증명도설은 민사소송에서 원칙적으로는 고도의 개연성으로 증명해야 하지만 예외적으로 증거의 우월로도 족한 소송유형을 인정해야 한다는 견해이

60) 石田穰, 「證據法の再構成」, 東京大學出版會, 1980, 143면; 石井良三, 「民事法廷覺書」 중 “민사재판에 있어 사실증명”, 一粒社, 1962, 163면.

61) 徳本鎮, 「企業の不法行爲責任の研究」, 一粒社, 1974, 130면.

62) 伊藤眞, “證明, 證明度 및 證明責任”, 法教 254호, 2001, 33면; 伊藤眞, “證明도에 관한 諸問題- 節次的正義와 實體的眞實의 調和를 추구하며-”, 관례타임즈 1098호, 2001, 4면.

63) 小林秀之, 新證據法(제2판), 흥문당, 2003, 76면.

다. 일본 학자들 중에는 위와 같은 증명도 관련 용어를 수치화하는 데 대하여 독일 롤프 벤다의 견해를 채용하여 확신은 99.8%, 고도의 개연성은 75% 이상, 우월적개연성은 50% 이상, 저도의 개연성은 25% 이상을 의미한다고 설명하는 경우도 있다.⁶⁴⁾

2. 민사소송에서 증명도 기준으로서 증거의 우세함 기준 도입의 필요성

대한민국 통설과 대법원 판례는 민사소송의 증명도 기준으로 고도의 개연성을 들고 있고, 고도의 개연성을 수치화한 일부 학설에 따르면 십중팔구 또는 80~90%의 확실성을 의미한다고 한다는 것은 앞서 설명한 바가 있다. 이러한 증명도 기준은 증명책임을 진 자에 대해 너무도 가혹한 증명책임이 아닐 수 없다. 따라서 이러한 가혹한 증명책임을 부담시킨 이유를 분명히 해야 한다. 그런데 증명도 기준을 강화해야 무고한 범위반행 위성 인정을 막아 오판을 줄이고 실제적 진실발견의 이념을 구현할 수 있다고 설명하면서 실제적 진실발견을 위해서는 99.8% 이상의 확신을 뜻하는 합리적 의심없음이란 증명도 기준을 채택해야 하지만 민사소송은 오로지 당사자 사이의 분쟁의 해결만을 목표로 하는 상대성을 추구하기 때문에 고도의 개연성이란 다소 떨어뜨린 증명도 기준을 채택한 것이라고 통설과 판례의 근거를 설명하고 있다.

하지만 위와 같은 고도의 개연성 증명도 기준보다 증거의 우세함 증명도 기준이 두 가지 측면-명확하고, 오판위험도가 낮다-에서 더 우수하다. 첫째 명확성 측면에서 검토해 보자. 고도의 개연성은 어느 정도의 개연성을 뜻하는지 불분명하다. 일본에서 고도의 개연성은 90%로 이해하는 견해부터 80%나 70%로 이해하는 견해 등 다양하다. 우리나라 다수설은 80~90%로 이해하고 있으나 앞서 제시한 표에서와 같이 매우 다양한 견해가 존재한다. 그러나 증거의 우세함은 50%+α를 뜻하는 것으로 매우 분명하다. 일본이나 대한민국의 일부 학자들이 증거의 우세함을 우월적 개연성 또는 증거의 우월이라고 번역하면서 60% 운운 하는 등 혼란스럽게 만들고 있으나 proponderance의 사전적 의미로부터 우세함을 의미하는 것은 영어를 모국어로 사용하는 이들에게는 명백하다. 둘째 증거의 우세함 기준은 고도의 개연성 기준보다 오판의 위험성을 크게 줄일 수 있다. 원래 오판은 증명도 기준의 고저(高低)보다는 사실인정자에게 제공되는 증거(정보)의 질(質)과 양(量)에 좌우된다고 알려져 있다.⁶⁵⁾ 정말 오판을 줄이고 실제적 진실에 가까운 재판

64) 森勇=豊田博昭 驛, 롤프·벤다著『證明度』.

65) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도”, 法學研究 83卷 1号 (2010. 1.) 25面

을 하려면 민사소송에도 증거개시제도(discovery) 등 증거의 수집이나 제출에 관련된 각종 제도를 개혁하는 것이 더 빠른 길이다. 증명도 기준의 조정은 오판가능성을 줄이는 시도는 아니다. 왜냐하면 무고한 범위반행위란 오판가능성(이를 ‘적극적 오판’⁶⁶⁾이라 할 수 있다.)을 줄이기 위해 증명도 기준을 상향조정하면 무고한 범위반행위성이란 오판가능성은 줄어들지만 진정한 피해자의 피해구제 요청을 기각하는 오판위험성(이를 ‘소극적 오판’⁶⁷⁾이라 할 수 있다.)은 증가하게 되기 때문이다. 즉 무고한 범위반행위성 인정으로 인한 피고측의 오판의 위험성만 강조한 나머지 가혹한 증명도 기준으로 증명에 실패하여 피해를 입는 원고측의 오판위험성은 전혀 고려하지 않게 된다는 비판을 피하기 어렵다. 하지만 증명도 기준을 조정하면 관련 당사자들의 오판위험도를 조정할 수는 있다. 앞서 설명한 바와 같이 오판위험도가 정규분포를 이룬다고 한다면 관련 당사자에게 오판위험도를 균등하게 분산시켜 두기 위해서는 증명도 기준을 50% 근처로 낮추어야만 한다. 오판위험도에 관한 실증적 연구가 없다면 출발점은 양 당사자의 오판위험도를 동일하게 두는 증거의 우세함(the preponderance of evidence)이라는 증명도 기준을 출발점으로 하여야 한다.

이와 같이 증거의 우세함으로 증명도 기준을 정하고, 특정한 소송 분야에서 그 분쟁의 성격을 반영한 실증적 연구함으로써 그 결과에 따라 증명도 기준을 강화하거나 약화시켜 양 당사자를 실질적으로 평등하게 취급해야 할 것이다. 앞서 설명한 바와 같이 증명도 기준 강화는 다음과 같은 두 가지 압력으로 나타난다. 첫째 행정기관이나 수사기관과 같이 조직적이고, 전문적이며, 공권력을 통한 증거수집과 분석능력이 우월하고 증거제출의 기회가 많은 당사자에게는 그보다 열악한 상태에 있는 민간인에 비하여 증명도 기준을 높여 실질적인 오판위험도를 균등화시켜 주고 있다. 둘째 오판으로 인해 당사자가 처하게 되는 피해의 강도가 강하면 강할수록 오판으로 인한 피해가 심할 것이다. 그렇다면 오판가능성을 줄여 오판위험도의 질적인 균등화를 시켜 주어야 할 것이다. 그래서 행정기관이 행정법원에서 민간인을 상대로 행정적 제재를 할 것을 청구하려면 행정기관은 clear and convincing evidence로서 범위반행위를 증명해야 한다고 증명도 기준을 높여 두었고, 수사기관이 피고인을 상대로 형사처벌을 구하는 형사소송의 경우 beyond reasonable doubt라는 증명도 기준으로 범의요건사실을 증명하도록 한 것이다.

66) 적극적 오판이란 의무가 없는데도 오판하여 적극적으로 인정하는 내용의 오판을 지칭한다.

67) 소극적 오판은 의무가 있는데도 오판하여 소극적으로 인정하지 않는 내용의 오판을 지칭한다.

그런데도 민사소송의 증명도 기준을 고도의 개연성으로 설정하여 80~90%의 정확도로 증명책임을 다하게 한 대한민국의 통설과 판례의 태도는 지나치게 피고의 보호에 치중한 나머지 채무불이행이나 범위반행위로 인해 피해를 입은 원고측의 보호에는 소홀히 하고 있다는 비난을 피하기 어렵다. 대한민국의 경우 분명 피해를 입었는데도 증명책임을 다하지 못해 실제적 진실에 반해 피해를 구제받지 못한 피해자들이 더 많을 것이다. 이러한 법운용은 마침내 법의 민사적 집행을 약화시켜 행정적 제재나 형사처벌의 추가적 도입으로 귀결되고 마침내 행정만능주의, 민사사건의 형사사건화를 부추키고, 형사소추기관의 과도한 비대화의 한 원인이 되고 있다. 민사법을 전공하는 학자로서 대한민국 사회의 이러한 현상의 한 원인이 민사소송에서의 증명도 기준에 있음을 발견하고 개탄해 마지않는다.

V. ‘증거의 우세함’ 증명도 기준 채택시 다른 증거법 이론에 대한 영향 검토

1. 객관적 증명책임 완화나 전환의 논의가 불필요해 진다.

가. 객관적 증명책임

증명도 기준을 80%정도를 뜻하는 고도의 개연성으로 채택하면 필연적으로 증명하고자 하는 사실이 진실한지, 허위인지를 알 수 없는 진위불명의 상태가 존재하게 된다. 민사소송이란 원고와 피고 갈려 있는데도 고도의 개연성이란 증명도 기준을 채택하게 되면 진위불명이란 제3영역(20%⁶⁸⁾ < 진위불명 < 80%)이 존재하게 된다. 객관적 증명책임은 이러한 진위불명이란 제3영역에서도 재판을 거부할 수 없기 때문에 설정한 증명책임 이론으로 소송상 어느 증명을 요하는 사실의 존부가 진위불명일 경우 당해 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익이라고 한다.⁶⁹⁾ 이러한 객관적 증명책임(objektive Beweislast)이란 개념은 보통법계에는 없는 시민법계에 독특한 개념으로 일부 연구에 의하면 독일 학자인 레오 로젠베르크(Leo Rosenberg)에 의해 개발된 개념이라고 설명하기도 한다.⁷⁰⁾ 만약 증거의 우세함이

68) 고도의 개연성으로 허위로 판명되기 위해서 20% 이하의 개연성이어야 한다.

69) 이시윤, 앞의 책, 541면.

란 증명도 기준을 채택하면 개연성이 딱 50%라는 지극히 절묘한 상태가 아니라면 진실하다거나(50% + α) 허위라고(50% - α) 양분⁷¹⁾할 수 있어 결국 진위불명이란 딱 50%인 상태를 의미하는 것이어서 보통 보통법계 국가에서는 객관적 증명책임을 인정하지 않는 것이다.

나. 객관적 증명책임의 완화나 전환에 관한 논의들이 불필요함

이처럼 고도의 개연성이란 증명도 기준은 객관적 증명책임란 개념이 꼭 필요할 뿐만 아니라 그 완화나 전환까지 논의할 필요가 있게 된다. 왜냐하면 고도의 개연성 증명도 기준이 객관적 증명책임을 부담하는 자에게는 대단히 무거운 부담이고, 또 일정한 유형의 소송에서는 증명에 실패해서 부당하게 패소하는 경우가 많이 발생하게 되기 때문이다. 그래서 개별 법률의 제정·개정을 통한 증명책임을 경감하려는 시도가 널리 행해져 왔다. 그 중 증권관련집단소송법 제34조 제2항에서는 손해액 산정에 관하여 “여러 가지 사정을 고려하여 표본적·평균적·통계적 방법, 그 밖의 합리적 방법으로 손해액을 정할 수 있다”고 규정하고 있고, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제57조에서는 “그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다”라고 규정하고 있다. 더구나 민사소송법(2016. 3. 29. 개정) 제202조의 2에서는 “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.”고 규정하기에 이르렀다. 이러한 입법조치는 증명도 기준을 입법적으로 경감시키려는 시도 중 하나라 할 수 있다.⁷²⁾

또 대법원 판례를 통해 증명책임의 경감 시도가 이루어지고 있다. 즉 ① 장래의 일실 이익에 관한 증명은 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에 있어서의 ‘상당한 개연성’ 있는 증명으로 족하고,⁷³⁾ ② 공해소송·의료과오소송·제조물책임소송 등에서 위법행위와

70) 반홍식, “독일법의 증명책임과 증명경감론의 전개와 동향”, 민사소송(제16권 2호), 141면.

71) 민사소송의 증명도에 관해 *prepondance of evidence*란 증거의 우월성이라는 태도를 취하고 있는 영미법계에 서도 증거의 우월성을 50% + α 란 견해를 취하고 있기 때문에 딱 50%는 허위라는 범주에 포함시켜 진실, 허위라고 양분하고 있는 것이다.

72) 권오승, 『경제법(12판)』, 법문사(2015), 431면.

73) 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결; 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결; 대법원 1992. 4. 28. 선

■ 법조 제68권 제3호(통권 제735호) 연구논문

손해사이의 인과관계를 사회적·법적 인과관계로 증명할 수 있다거나,⁷⁴⁾ ③ 손해액을 평균수입액 등의 통계적 방법으로 산정할 수 있다거나,⁷⁵⁾ ④ 공해·약해소송 등에서 역학적 인과관계의 증명으로 족하다⁷⁶⁾ 등을 들 수 있다. 판례를 통한 증명도 경감은 “고도의 개연성”을 그 증명 정도가 낮은 “상당한 개연성”⁷⁷⁾ 또는 “개연성 또는 상당한 가능성”⁷⁸⁾으로까지 낮추어 객관적 증명책임 부담을 경감시켜 주는 방식⁷⁹⁾으로 행해지고 있다. 이러한 증명도 경감 시도이외에도 아예 일응의 추정이나 사실상 추정이론이란 이름 하에 상대방에서 본증으로서의 반증을 할 책임이 이전된다는 견해를 취해 증명책임을 전환하기까지 하고 있다.

그런데 증명도 기준으로써 증거의 우세함 기준을 채택하면 우선 객관적 증명책임을 전환할 필요가 없고, 더구나 그 증명책임 완화를 논의할 필요성도 없다. 이미 충분히 증명도 기준이 낮아져 있고, 또 객관적 증명책임을 문제되는 영역이 아주 좁기 때문에 부당한 사실인정으로 인한 패소와 같은 사회적 문제가 더 이상 발생하지 않기 때문이다. 물론 증거의 우세함 증명도 기준을 채택한다고 하더라도 객관적 증명책임 개념은 필요할 수 있다. 또한 통계학적으로 50%란 수치도 상한과 하한이 있는 구간개념(continuum concept)이기 때문에 오차도에 따라 49.7%(하한)에서 50.3%(상한)로 형성(오차도가 0.6%일 때)되거나 36%(하한)에서 64%(상한)로 형성(오차도가 28%일 때)될 수도 있다.⁸⁰⁾ 이런 경우 50%를 하한의 수치를 의미하는 것으로 본다면 신뢰도에 따라 여전히 일정한

고 91다29972 판결 등.

74) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다72734 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다12241 판결; 대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결 등 다수.

75) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90다카5198 판결.

76) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결(고엽제 소송); 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011다22092 판결(담배 소송).

77) 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결; 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결; 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결 등.

78) 화력발전소의 이황산가스 배출로 인한 과수원의 피해와 관련 된 사안에서 “당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니 하였으리라는 정도의 **개연성** ... 다시 말하면 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 **상당정도의 가능성**이 있다는 입증하므로써 족하고, 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다(대법원 1974. 12. 10. 선고 72다1774 판결).

79) 고도의 개연성과 상당한 개연성, 개연성, 상당한 가능성 등의 관계는 아직 정확하지는 않지만 고도의 개연성은 심증 판구판 입장에서 볼 때 상당한 개연성이나 개연성, 상당한 가능성은 이 보다 훨씬 낮은 단계의 정확성을 뜻한다고 보아야 한다.

80) 三木浩一, “민사소송에서의 증명도”, 法學研究 83卷 1号 (2010. 1.) 46頁(이 논문에서는 신뢰도 개념이 아주 잘 설명되어 있기 때문에 한번 정독을 권한다.).

정도의 진위불명 구간이 존재할 수는 있다. 그래서 객관적 증명책임이란 개념은 유지할 필요는 있으나 그렇다고 하더라도 부당한 패소 가능성이 매우 희박하기 때문에 구태여 객관적 증명책임 전환까지 논의할 필요는 없다는 것이다.

2. 민사판결 및 행정판결의 형사소송에서의 증명도 문제

가. 행정소송 및 형사소송에서의 증명도

(1) 행정소송에서의 증명의 정도 : 고도의 개연성(highly likelihood)

우선 행정소송법 제8조 제2항에 의하면 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”고 규정되어 있다. 또한 행정소송법에는 증거능력이나 증명력에 관한 특별규정을 두지 않았다. 그래서 결국 증거능력이나 증명력은 민사소송법리에 따라 처리될 것이다. 그런 이유로 대한민국 대법원의 경우 행정사건에 관해서도 “행정소송의 수소법원은 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제202조에 따라 변론의 전체 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단하여야 한다고 판시⁸¹⁾하여 민사소송에서의 증명력 정도와 같은 고도의 개연성이란 증명도 기준으로 사실을 증명하도록 하고 있다.⁸²⁾ 민사소송이나 행정소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합적으로 검토하여 어떤 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도일 것을 필요로 한다.”고 판시하였다.⁸³⁾

(2) 형사사건에서의 증명도 기준인 합리적 의심이 없음(beyond reasonable doubt)과 민사소송 증명도 기준과의 비교

(가) 초창기 형사소송에서의 증명도 기준으로서의 ‘고도의 개연성’

81) 대법원 2016. 11. 24. 선고 2015두54739 판결; 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두40016 판결 등.

82) 대법원 2016. 11. 24. 선고 2015두54739 판결.

83) 대법원 2016. 11. 24. 선고 2015두54739 판결.

형사소송법이 제정된 이래 제308조에서 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.”고 규정하여 자유심증주의를 선언하고 있었으나, 그 증명도에 관련된 규정은 없었다.

이때 대법원은 형사소송에서 “범죄사실의 증명은 고도의 개연성에 대한 심증을 갖게 되었을 때 비로소 그 증명이 있다 할 것이다.”라고 판시하여 시민법계 국가의 예에 따라 민사소송의 증명도 기준과 완전히 동일하게 판시하고 있었다.⁸⁴⁾ 이 무렵 대법원 판례를 통해 “형사재판에서 범죄사실의 증명은 법관이 합리적인 의심을 할 수 없을 정도로 고도의 개연성에 대한 확신을 요하”도록 증명하여야 한다고 판시하고 있었다.⁸⁵⁾ 단지 “피고인에게 의심이 간다는 사정만으로는 유죄로 인정할 수 없다.”⁸⁶⁾거나 “범죄사실에 대한 혐의정도거나 단순한 개연성 정도의 것으로는 아직 범죄의 증명이 있다고 할 수 없다.”⁸⁷⁾고 판시하고 있다. 이러한 판례의 태도는 민사소송의 증명도 기준과 큰 구분이 되지 못하고 있었다고 평가된다. 결국 시민법계 국가의 전통과 일치하고 있었다.

(나) ‘합리적 의심의 여지가 없는 증명’ 증명도 기준의 채택

그 후 대법원은 점차 미국 증거법의 영향을 받기 시작하면서 대법원 1991. 8. 13. 선고 91도1385 판결에서는 “범죄사실의 증명은 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 고도의 개연성을 인정할 수 있는 심증을 갖게 하여야 한다.”라고 판시⁸⁸⁾하기 시작한 이래 “피고인을 유죄로 단죄하기 위한 증거의 증명력은 합리적인 의심을 배제할 정도의 확신을 가져올 수 있는 것이어야 하며 단지 반대증거보다 우월한 정도의 증명력 으로서는 부족하다.”라고 판시하여 본격적으로 합리적인 의심이 없는 증거라는 용어를 사용하기 시작하였다. 이에 2007. 6. 1.경 개정되어 2008. 1. 1. 시행된 형사소송법 제307조에서 제2항을 신설하여 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”고 규정하기에 이르렀다.

개정된 형사소송법 제307조 제2항이 시행되고 난 이후에도 “범죄사실의 증명은 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 고도의 개연성을 인정할 수 있는 심

84) 대법원 1979. 12. 26. 선고 77다2381 판결; 대법원 1981. 5. 26. 선고 81도1108 판결.

85) 대법원 2000. 12. 22. 선고 99도4036 판결.

86) 대법원 2000. 12. 22. 선고 99도4036 판결. 이에 반하여 초기 대법원 형사판례 중에는 “범죄사실의 증명은 고도의 개연성에 대한 심증을 갖게 되었을 때 비로소 그 증명이 있다고 할 것이다.”고 판시(대법원 1979. 12. 26. 선고 77도2381 판결)하는 등 민사소송 및 행정소송에서 사용하고 있는 증명의 정도에 관한 문구를 그대로 사용하였던 판례들도 있다.

87) 대법원 1976. 2. 10. 선고 74도2823 판결; 대법원 1965. 6. 22. 선고 65도370 판결.

88) 같은 취지로는 대법원 2010. 7. 8. 선고 2008도7546 판결 등이 있다.

증을 갖게 하여야 하는 것”이라고 판시하고 있다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2015도3483 판결)가 최근에는 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다”⁸⁹⁾고 판시하여 오랜 고도의 개연성 기준을 폐기하고 있다. “형사재판에 있어 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야”한다고 판시하고 있다.⁹⁰⁾

(다) 합리적 의심의 여지 없는 증명과 고도의 개연성 비교

대한민국 민사소송학계를 중심으로 형사소송법이 위와 같이 개정되기 전에도 민사소송에서 추구되는 진실은 상대적 진실에 불과하고 그 증명도 역시 형사소송의 그것보다는 다소 떨어진다는 견해⁹¹⁾를 취하고 있었다. 그 이유는 대체로 형사소송의 경우 인권 보호를 위하여 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)”라는 원칙이 지배하고 있었기 때문에 범죄사실이 실제적 진실로 증명되어야만 국가형벌권을 행사할 수 있게 되었다.

나. 전소 확정판결상 사실인정의 후속 사건의 수소법원 사실인정에의 구속력

(1) 자유심증주의의 한계로서의 전소 확정판결의 구속력

자유심증주의 원칙상 증거취사와 증거가치의 평가는 법관의 자유로운 판단에 일임되어 있다. 하지만 일부 증거에 대하여는 증거력을 구속하는 효력을 인정해 주고 있다. 그 중 전소(前訴) 확정판결상 인정된 사실을 동일한 사실에 기초한 후속 사건의 수소법원에서 사실인정함에 일정한 구속력을 인정하는 태도이다.⁹²⁾

(2) 민사사건 및 행정사건에서의 사실인정의 후속 민사사건 수소법원 사실인정에의 구속력

대법원은 “민사재판에 있어서는 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받

89) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2017도19499 판결; 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12649 판결; 대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도14160 판결; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008도11036 판결.

90) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2008도2344 판결.

91) 오석락, 『입증책임론(개정판)』, 일신사(1991), 236면.

92) 그 외에도 처분문서의 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 그 문서의 기재내용에 따른 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다(대법원 2000. 1. 21. 선고 97다1013 판결; 대법원 2000. 10. 13. 선고 2000다38602 판결 등)는 판시 등이 있다.

는 것이 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로, 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없고, 특히 전 후 두 개의 민사소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으니 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 아니한 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에 있어서는 더욱 그러하다.”라고 판시⁹³⁾한 바가 있다.

또 민사소송의 수소법원은 “...관련된 행정소송의 확정판결에서 인정한 사실은 특별한 사정이 없는 한 이 사건에서도 유력한 증거자료가 되는 것으로서 함부로 그 증명력을 배척할 수 없는 것이다.”라고 판시한 바가 있다.⁹⁴⁾

참고로 행정소송의 수소법원이 관련 형사재판의 사실 인정에 구속되는 것은 아니지만, 이미 확정된 관련 형사재판에서 인정한 사실은 당해 행정소송에서도 유력한 증거자료가 되므로, 해당 행정소송에서 제출된 다른 증거들에 비추어 관련 형사재판의 사실 판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한, 이와 반대되는 사실은 인정할 수 없다.⁹⁵⁾

(3) 형사사건에서의 사실인정의 후속 민사사건 수소법원 사실인정에의 구속력

대한민국 대법원의 경우도 형사사건에서의 사실인정은 합리적 의심이 없을 정도로 증명되어야만 하기 때문에 동일한 사실관계에 관하여 형사사건에서의 사실인정은 “유력한 증거자료가 되므로,” 후속 민사사건에서 “제출된 다른 증거들에 비추어 형사판결의 사실 판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한” 이와 반대되는 사실을 인정하여서는 아니 된다고 판시하고 있다.⁹⁶⁾

(4) 형사사건의 사실인정과 민사·행정사건의 사실인정이 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 힘의 차이점

앞서 설명한 바와 같이 민사사건이나 행정사건의 경우 사실인정을 위해 모두 고도의 개연성을 요구하는 점도 동일하고, 나아가 민사·행정사건에서의 사실인정이 동일한 사안에 관한 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 힘도 동일하다고 판단하고 있는 것은 이

93) 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다47292 판결; 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다58471 판결 등.

94) 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 판결 전원합의체 판결.

95) 대법원 1981. 1. 27. 선고 80누18 판결 등.

96) 대법원 1991. 1. 29. 선고 90다11028 판결; 대법원 1996. 5. 28. 선고 96다9621 판결; 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24276 판결 등 다수.

해할 수 있다.

그런데 형사사건의 사실인정이 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 힘과 민사·행정사건의 그것과 동일한지에 관해서는 앞서 든 대법원 판결의 문구들만으로는 확실하게 구분하기 어렵다. 즉 대법원의 태도들을 종합해 보면 앞서 본 행정소송에서 확정된 사실이 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 효과에 관한 91다32053 전원합의체 판결 등은 과연 민사소송과 후속 민사소송과의 관계를 정한 94다47292 판결의 논리와 형사소송과 후속 민사소송과의 관계를 정한 90다11028 판결의 논리 중 어느 논리를 채용한 것인지 잘 알 수 없다. 세 판결이 그 판결문에서 사용된 문구에서는 비슷해 보인다. 하지만 형사사건의 사실인정을 위한 증명도 기준이 고도의 개연성보다 더 강한 합리적 의심 없음까지 요구하는 점, 실제 판례의 구체적인 사안들을 더 정밀하게 분석해 보면 형사사건의 사실인정을 후속 민사소송에서 부인하기 위해 더 강력한 증거로 증명되는 특별한 사정을 요구하고 있는 방식으로 운용하고 있는 실정 등에 비추어 볼 때 형사사건의 사실인정의 구속력을 민사·행정사건의 사실인정보다 더 큰 구속력을 인정하고 있다고 보아야 한다.

VI. 결 론

이상 우리나라 대법원 판례나 다수설이 지지하고 있는 증명도 기준인 고도의 개연성 개념을 살펴보고, 사실인정자의 주관적인 진실성에 대한 확신이라는 자유심증주의의 내용을 이루고 고도의 개연성 있는 확신이라는 자유심증주의의 한계라는 기능을 한다는 점을 이해하였다. 그런데 이러한 고도의 개연성 증명도 기준은 불명확하고, 오판의 위험도가 증거의 우세함(preponderance of evidence) 증명도 기준보다 더 높다는 문제점도 파악하였다. 더구나 고도의 개연성이 80%의 확실성을 의미한다고 볼 때는 폭넓은(20% < 진위불명 < 80%) 진위불명 구간이 존재함으로써 객관적 증명책임을 적용하여 해결하는 사건의 규모가 커 증명곤란으로 패소하는 사례가 매우 높다는 것을 알 수 있다. 그래서 불필요한 객관적 증명책임의 완화 또는 전환논의가 이루어지고 있으며, 관련 입법이 이루어지고 있다는 점을 검토해 보았다. 이러한 관점에서 볼 때 자유심증주의를 도입하면서 그 자유심증주의의 한계를 지우기 위해 고안한 고도의 개연성 증명도 기준은 사실 인정자인 법관이 신중하게 재판한다는 단지 양두구육의 역할만 할 뿐이라는 지적도 있

■ 법조 제68권 제3호(통권 제735호) 연구논문

다⁹⁷⁾는 점을 뼈아프게 느끼면서 차제에 명확하고, 오관의 위험성도 대폭 줄일 수 있는 증거의 우세함 증명도 기준을 도입할 필요가 있다. 더구나 고도의 개연성 증명도 기준은 소극적 오관위험을 높여 채무불이행이나 위법행위의 발생을 걱정할 수준으로 관리할 수 없게 되며 합리적 피해구제나 걱정할 위험분배에 실패하는 등 부작용을 드러내고 있다. 오늘날 대한민국의 경우도 보통법계 국가들과 비교할 때 유난히 행정적 제재나 형사처벌이 강화되어 있고, 특히 민사사건의 형사화 현상, 행정만능주의, 형사소추기관의 지나친 비대화 등이 소극적 오관위험을 높인 증명도 기준도 한 원인이었다는 점을 깊이 반성해 볼 필요도 있다. 또 그렇게 함으로써 매우 만연한 객관적 증명책임 전환의 복잡한 논란을 걷어낼 수 있고, 그에 따른 증명책임을 완화하거나 전환시키는 누더기 입법도 막을 수 있을 것이다.

97) Kevin M. Clemont, *Standards of Proof in Japan and the United States*, 17 *Cornell Int'l L.J.* 263 (2004), p. 280.

■ abstract ■

A Study on the Standard of Proof of the Civil Litigation

Kim, Cha Dong*

The Korean Civil Procedure Law does not provide any standard of proof except for the free evaluation of proof at the article of 202. Therefore the Korean Supreme Court rules on the matter to adapt the highly likelihood as a standard of proof in the civil litigation. Almost all scholars who specialize in the civil procedure law give an opinion that the highly likelihood means more probable than 80%, which is very similar to the counterpart in Japan. They understand it has a function to draw line on limit of free evaluation of proof by the fact-finders.

But the highly likelihood standard has some demerits like unclear guidance which causes some confusion on the exact application and high increase in the wrongful decision. To reduce the wrongful decision there are more discussion on the transfer of the duty to proof in the various ways.

To get rid of such demerits of the highly likelihood standard I insist on the introduction of full fledged preponderance of evidence standard as a standard of proof in the civil litigation. If the Korean civil procedure law introduces such standard the Korean legislature can save to reshuffle the mechanism to optimize the standard of proof.

* Professor of Law School, Hanyang University.

■ 참고문헌 ■

〈국내문헌〉

단행본

- 강현중, 『신민사소송법강의』, 박영사(2015).
김홍엽, 『민사소송법(제7판)』, 박영사(2018).
박재완, 『민사소송법강의』, 박영사(2017).
오석락, 『입증책임론(개정판)』, 일신사(1991).
이순동, 『민사소송의 사실인정과 증인신문기법』, 진원사(2010).
이시윤, 『신민사소송법(제12판)』, 박영사(2018).
정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법』, 박영사(2017).
Leo Rosenberg, 『입증책임론』, 박영사(1995).

논 문

- 김완섭, “민사소송에 있어서 증명도”, 『민사증거법(상)』, 재판자료(제25집), 법원행정처(1985).
반홍식, “자유심증주의에서의 법관의 사실인정과 심증형성 과정의 합리화와 한계”, 민사소송(제18권 제1호), (2014).
_____, “민사소송에 있어서의 증명도”, 민사소송(제18권 2호), (2014).
_____, “독일 민사소송법에 있어서의 자유증명 규정의 해석과 적용”, 민사소송(제13권 2호), (2010).
_____, “독일법의 증명책임과 증명경감론의 전개와 동향”, 민사소송(제16권 2호), (2012).
설민수, “민사·형사재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적·실증적 접근”, 인권과정의(vol 388), (2008).
오용호, “민사소송에 있어서 입증의 정도 : 특히 불법행위에 관한 소송을 중심으로”, 사법논집(15집), 대법원 법원행정처(1984).
_____, “민사소송에 있어서의 입증의 정도”, 법조(40권 7호), 법조협회(1991. 7).
_____, “민사소송에 있어서의 입증의 정도와 개연성에 관한 이론(상)”, 인권과 정의(165호), 대한변호사협회.
홍기문, “자유심증주의의 몇 가지 문제점”, 민사법연구(3집), 대한민사법학회(1994. 12.).

〈외국문헌〉

- 兼子一, 『條解民事訴訟法(上)』, 弘文堂, 1955.
兼子一, 『新修民事訴訟法體系』, 酒井書店, 1965.
加藤新太郎, 『民事事實認定論』, 弘文堂, 2014.

- 石田穰, 『證據法の再構成』, 東京大學出版會, 1980.
- 徳本鎮, 『企業の不法行爲責任の研究』, 一粒社, 1974.
- 伊藤眞, “證明, 證明度 및 證明責任”, 法教 254호, 2001.
- 伊藤眞, “證明도에 관한 諸問題-節次的正義와 實體的眞實의 調和를 추구하며-”, 판례타임즈 1098호.
- 春日偉知郎, 『民事證據法研究』, 有斐閣, 1991.
- 太田勝造, 『法律 [社會科學의 理論과 모델 7]』, 東京大學出版會, 2000.
- 小林秀之, 新證據法(제2판), 홍문당, 2003.
- 三木浩一, “민사소송에서의 증명도(民事訴訟における證明度),” 法學研究 83卷 1号(2010. 1.).
- 加藤新太郎, “確信と證明度”, 鈴木正裕先生古稀祝賀論文集, 『民事訴訟法の史的展開』, 有斐閣, 2002.
- 加藤新太郎, “證明度の輕減法理”, 『木川統一郎博士古稀祝賀論文集』.
- Allen·Kuhns·Swift, 『Evidence-Text, Cases and Problems-(2nd ed.)』 1997.
- C.M.A. McCauliff, Burden of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?, Vanderbilt Law Review vol. 35.
- David Kaye, The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation, 1982 Am. B. Found Res. J. 487.
- Frank E. Cooper, “Administrative Law: The Substantial Evidence Rule,” 44 A.B.A. J. 945.
- Kevin M. Clemont, Standards of Proof in Japan and the United States, 17 Cornell Int'l L.J. 263 2004.
- Kuo-Chang Huang, Introducing Discovery into Civil Law p. 140 (2003).
- Jackson, Probability and Mathematics in Court Fact-Finding, 31 N. Ir. Legal Q. 239.