

적정한 증거채부 실무운영 방안

I. 서론

1. 기본 전제

▣ **전제1 : 당사자에게는 적정한 증거를 신청할 권리가 있다. 법원은 이러한 권리를 존중하고 충분히 보장한다.**

- 민사소송법은 소송자료, 즉 사실과 증거의 수집·제출의 책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 입장에서 있다.
- 당사자제출주의에 따라, 재판절차에서 현존하는 증거방법 중 어느 증거를 제출하여 조사를 신청할 것인지는 당사자가 선택할 사항이고, 법원은 이를 존중·보장한다.

▣ **전제2 : 법원은 당사자의 증거제출에 관해 적절한 방법으로 협력하여야 한다.**

- 당사자의 증거제출권을 존중한다는 의미가 당사자의 증거제출을 방관한다는 의미는 아니다. 증거조사절차도 공정, 적정, 신속, 경제라는 소송의 기본원칙에 부합하게 운영되어야 하고, 절차운영의 적정성을 도모하여야 하므로 당사자제출주의를 보완할 필요가 있다.
- 민사소송법령은 당사자제출 원칙의 보완방안으로, 석명권(법 제136조), 석명처분(법 제140조, 규칙 제29조), 직권증거조사(법 제292조) 등을 규정하고 있다. 또한 증거신청에 관하여 적시제출주의(법 제146조)를 채택하면서 이를 실현하기 위하여 재정기한의 설정(법 제147조), 실기한 공격·방어방법의 각하(법 제149조), 변론준비기일 종결의 효과(법 제285조) 등을 정하고 있다. 법원은 이러한 법적 수단을 적절히 활용함으로써 당사자의 소송자료 제출이 소송의 기본원칙에 충실하게 이루어지고 소송절차가 적정하게 운영될 수 있도록 협력한다.

▣ **전제 3 : 절차규정의 적법한 준수를 넘어 적정한 재판의 관점에서 증거채부를 판단하여 당사자의 청문청구권과 절차적 권리가 부당하게 제약되지 않게 배려한다.**

- 민사소송법규는 당사자가 신청한 증거가 증명할 사항과 관련되어 있지 않거나 이를 조사할 필요성이 없을 때에 조사하지 아니함을 정하고 있으므로(법 제290조, 규칙 제74조, 제109조 제1호 등), 이에 해당하지 않을 때에는 다른 법적 근거 없이 증거신청을 기각하여서는 아니 된다.
- 증거조사의 필요성 여부나 유일한 본증인지 여부와 같이 민사소송법규가 정하는 최소한의 요구사항을 충족하는지 여부만 심사하여 증거채부를 결정할 것이 아니라 당해 분쟁의 해결에 기여하고 당사자의 청문청구권과 공정한 재판을 받을 권리가 부당하게 제약되지 않아야 한다는 관점에서 증거채부를 판단한다.

▣ **전제 4 : 법원은 증거채부를 결정하기 전에 원칙적으로 증거신청인의 상대방에게 채부에 관한 의견진술의 기회를 부여한다.**

- 특별한 사정이 없는 한 그 증거조사에 이해관계를 갖는 상대방에게 채부에 관한 의견진술의 기회를 준다.
- 법원은 증거신청인의 증명취지뿐 아니라, 상대방으로부터 개진되거나 지적된 증거채부에 관한 의견과 고려요소를 신중히 검토하여 증거채부를 결정한다.

2. 증거채부의 판단영역의 구분

▣ **증거채부시 고려요소의 기초**

- 당사자가 신청한 증거방법은 증명하고자 하는 사실을 인정하는 수단이 되고, 증명할 사실은 당사자의 청구를 법적으로 판단하는 전제가 된다. 이러한 증거판단의 본질적 요소를 증거채부의 관점에서 고려할 수 있도록 민사소송법규는 증거조사의 필요성과 증거와 증명할 사실의 관련성을 규정하고 있다. ⇒ 제2영역
- 증거신청은 민사소송법규가 정한 방식에 따라야 하고, 증거신청의 요건이 구비되어야 하며 증거가 법률적으로 허용될 수 있는 자격을 갖추어야 한다. ⇒ 제1영역
- 또한 민사소송법규는 충실한 집중심리를 위하여 증거신청에 관하여 적시 제출주의를 채택하고, 실기한 공격방어방법의 각하, 변론준비기일의 종결 효과, 재정기한의 설정 등의 규정을 두고 있다. ⇒ 제3영역

▣ **고려요소의 개념적 구분**

- 위와 같은 증거조사의 본질적 요소와 소송법규가 정하는 증거신청방식과 절차진행의 각 규정에 따라, 증거채부를 판단할 때 고려하여야 할 사항을 개념적으로 구분해 보면 다음과 같은 3가지 영역을 상정해 볼 수 있다.

제1영역 증거신청 적법성	제2영역 증거조사 필요성		제3영역 절차운영 적정성
	요증사실 관련성	쟁점판단 필요성	
증거신청방법	증명할 사실과 증거의 관계	법적 판단	

■ 각 영역별 내용

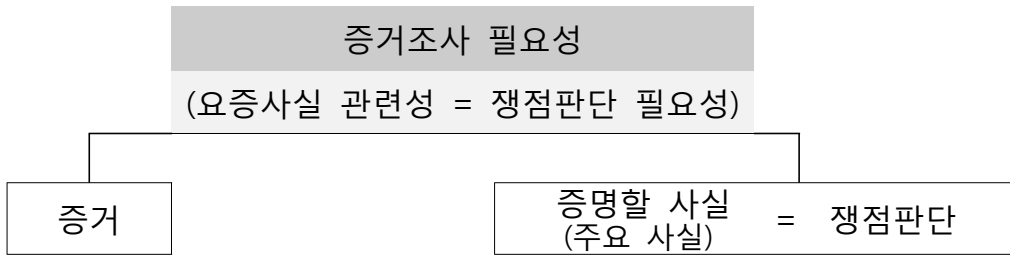
- ① 증거신청 적법성(이하, '적법성'이라 간략하게 칭한다)
 - 증거신청은 법규가 정한 방식에 따라야 한다. 그 흠결시의 보완방법과 조치방법에 관하여 판단기준이 제시될 수 있다(증거신청의 적법성). 또한, 문서제출명령과 같이 일정한 요건을 구비하여야 하기도 하고, 증거수집의 위법성이 없어야 하며 증거로서의 자격도 갖추어야 한다(협의의 증거신청 적법성).
- ② 증거조사 필요성(이하, '필요성'이라 간략하게 칭한다)
 - 민사소송법 제290조 본문은 "법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정한 때에는 조사하지 아니할 수 있다."고 규정하고 있다.
 - 이러한 증거조사의 필요성은 아래와 같은 2가지 단계를 거쳐 판단된다.
 - ㉠ 신청증거는 증명할 사실과 관련되어야 한다.
 - 신청 당시를 기준으로 조사할 증거 자체가 증명할 사실에 어느 정도 부합할 여지가 있어야 한다.
 - 민사소송규칙 제74조는 이러한 관련성(이하 '요증사실¹⁾ 관련성'으로 칭한다)을 심사하기 위해 증거와 증명할 사실의 관계를 구체적으로 밝히도록 규정하고 있다.²⁾
 - ㉡ 신청증거에 의해 일정한 사실관계가 증명되면 그것이 쟁점에 관하여 판단을 하고 법적 결론에 이르는 데 직·간접적으로 일정한 영향을 미

1) 참조 : 「요증사실」은 '증명의 대상인 사실' 또는 당사자가 증거로써 '증명할 사실'을 가리키고, 여기에는 강학상 주요사실(요건사실)뿐 아니라 간접사실, 보조사실 등이 포함된다.

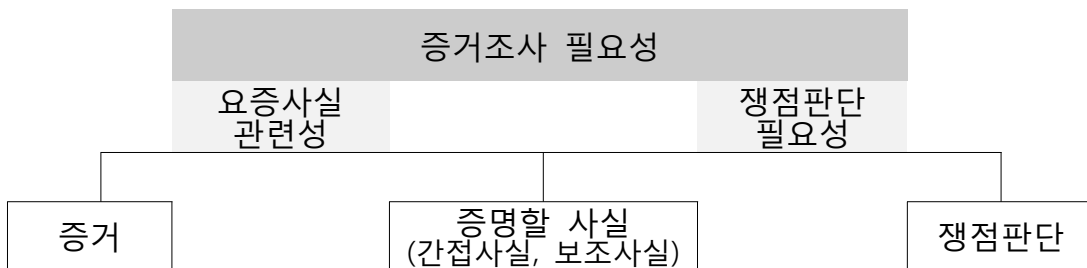
2) 참조 : 민사소송규칙 제74조, 제91조 제1항, 제109조 제1호 등의 '관계' 또는 '관련'은 요증사실과 증거와의 관련성 이외에 당해 사건의 판단과의 관련성도 포함하는 개념(쟁점판단 필요성)으로 이해할 수 있다. 그러나 여기서의 「요증사실 관련성」이라는 용어는 협의로 이해하여 사용하기로 한다.

칠 수 있어야 한다(이하 '쟁점판단 필요성'이라 한다).

- 증명할 사실이 주요사실인 경우, 증거조사의 필요성은 요증사실 관련성과 쟁점판단 필요성 단계의 구별 없이 판단될 수 있다. 그러나 신청증거로 증명할 사실이 간접사실이나 보조사실인 경우에는 요증사실 관련성과 쟁점판단 필요성의 판단 단계가 구별될 수 있다.



예) 원고와 피고 사이의 A부동산에 관한 매매계약 체결 여부가 쟁점인 사안에서 원고가 쟁점사실을 증명하기 위해 甲과 乙이 B부동산에 관해 작성한 매매계약서를 서증으로 제출한 경우, 이 매매계약서는 증명할 사실과 관련이 없고, 쟁점판단에도 필요하지 않다. 그리고 이러한 경우 관련성과 필요성의 판단은 한꺼번에 이루어질 수 있다.



예) 원고와 피고 사이의 A부동산에 관한 2014. 1. 1.자 매매계약 체결 여부가 쟁점인 사안에서 원고가 A주변 토지에 관해 2013. 12.부터 2014. 1.까지 3차례에 걸쳐 매매계약을 체결하였다는 간접사실을 증명하기 위해 원고와 피고가 그 주변토지에 관해 작성한 매매계약서를 서증으로 제출한 경우, 이 매매계약서는 증명할 사실과 관련이 있지만, 쟁점판단에도 필요한지는 다른 간접사실이나 경험칙 등에 관한 주장에 따라 달라질 수 있다.

③ 절차운영 적정성(이하, '적정성'이라 간략하게 칭한다)

- ①, ②의 고려요소를 모두 갖추었다고 하더라도 전체적인 소송절차의 관점에서 지나친 소송지연의 방지, 보호해야 하거나 대립되는 가치의 존중, 증거신청의 남용 방지 등을 위하여 증거채택을 소극적으로 평가하여야 할 상황이 있을 수 있다.
- 반면, ①, ② 고려요소에 다소 미흡한 부분이 있더라도 당사자 사이의 실질적 형평과 공정한 재판이라는 관점, 무익한 상소의 예방, 증거조사 전

증거평가(예단적 증거평가)의 방지 등을 위하여 탄력적으로 증거를 채택하여야 할 경우도 있을 수 있다.

▣ 영역별 판단방식과 상호관계

- 민사소송법 제290조의 증거조사 필요성 판단은 개념적으로 ②영역에 상응하나, 넓게는 ③영역에도 일부 포섭될 수 있다.
- ①영역은 그 위반 정도가 경미하더라도, 사후 보정되는 등의 조치가 없을 경우에 증거조사 자체가 적법하게 이루어질 수 없게 되므로 이를 판단하는 영역이다. ⇒ **존부의 판단**
- ②영역은 증거조사의 필요성을 구체적으로 판단하는 과정이다. 이는 증거채부 단계에서 신청된 증거와 당시의 소송자료를 기초로 판단하게 되므로 정확하게 그 존부를 판단하기 어렵고, 약함과 강함 등의 정도를 파악하여야 할 영역이다. ⇒ **강약의 판단**
- ③영역은 소송의 기본원칙(공정, 적정, 신속, 경제)과 적시제출주의 등의 적정한 절차운영의 원칙을 증거채부에 관하여 구체화하는 과정으로 ②영역과 상호형량이 필요하다. ⇒ **비교의 판단**

▣ 증거채부기준

- 증거채부기준은 위 3가지 판단영역에 적합한 판단기준을 구체화하는 작업이라 할 수 있다. 이하에서는 각 영역별 고려사항과 그 상호관계에 관한 총론적 가이드라인을 언급하고, 각 증거방법별로 구체적인 참조사항인 각론적 가이드라인을 추가로 제시한다.
- 이러한 가이드라인은 증거채부시마다 반드시 거쳐야 하는 판단과정이라기보다는 증거채부가 문제되는 경우에 그 판단에 도움을 주는 고려요소와 그 상호관계에 대한 판단방식을 참조할 수 있게 한다.

II. 증거채부에 관한 가이드라인

1. 총론

가. 증거신청 적법성(제1영역)

증거는 민사소송법과 민사소송규칙이 정하는 방식에 따라 신청하여야 하고, 개별 법규가 정하는 요건을 구비하고 증거로서의 적법성을 갖추어야 한다.

신청방식에 위반된 증거신청이 상당한 기한 내에 보정되지 않거나 증거조사에 상당한 지장을 초래할 때에는 해당 증거를 채택하지 않거나 채택결정을 취소한다.

▣ 증거방법별 신청방식의 예시

- 개별 증거방법에 관하여 민사소송법과 민사소송규칙이 정한 증거신청의 방식의 대표적인 예는 【덧붙임 1】 개별증거신청 방식 예시표에 기재된 것들을 들 수 있고 원칙적으로 그에 기재된 처리방법에 따른다.

▣ 증거신청방식의 보정

- 민사소송법과 민사소송규칙이 정한 증거신청방식에 따르지 아니하였으나 사후 보정할 수 있을 때에는 원칙적으로 기한을 정하여 1회 보정을 명한다.
- 보정하지 않거나 적법하게 보정되지 아니한 때에는 증거신청을 각하하거나 채택결정을 취소한다. 다만 증거조사에 상당한 지장을 초래하지 않는 경우에는 그러하지 아니하다.

▣ 입증취지 명시 원칙

- 부적법한 방식의 증거신청으로서 대표적인 예로는 증명할 사실(법 제289조 제1항) 및 그것과 증거의 관계(규칙 제74조)를 구체적으로 밝히지 않는 때를 들 수 있다.
- 증거조사를 통해 새로운 주장사항을 만들어 내려는 의도에서 신청하는 이른바 '모색적 증거신청'은 원칙적으로 적법한 방식에 따른 증거신청으로 볼 수 없다.
- 다만, 절차운영의 적정성 측면에서 모색적 증거신청이 예외적으로 허용될 수 있다(아래 다. 모색적 증거신청의 예외적 허용과 그 한계 참조).

▣ 증거조사비용의 예납

- 증거조사에 필요한 비용을 예납하지 않은 경우에는 원칙적으로 증거결정을 취소한다.
- 감정비용이 과다하고 신청인이 단기간 내에 이를 납부하기 어려운 처지에 있는 등 특별한 사정이 있을 때에는 그러하지 아니하다.

▣ 개별 증거조사의 요건 구비 심사

- 문서제출명령의 신청은 민사소송법이 정한 제출의무가 있어야 적법하게 되므로, 적법성 단계에서 그 대상자가 해당 문서를 소지하고 있는지 여부와 문서의 종류별 제출의무 및 그 예외의 범위를 심사하여 적법하다고 판단되는 경우에 이를 채택한다.

▣ 증거의 적법성 심사와 녹취록 등의 처리

- 불법검열·감청에 의하여 취득한 우편물, 전기통신이나 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음·청취하여 취득한 자료는 위법수집증거로서 증거로 사용할 수 없다. 반면, 대화상대방과 주고받은 말을 비밀리에 녹음한 녹음테이프 또는 녹음파일, 그 녹취서 등에 대한 증거채부는 해당 증거방법의 증거조사 필요성, 수집행위 방법과 피침해법의 등의 요소를 종합적으로 고려하여 채부를 결정한다.
- 신청인과 상대방의 대화를 포함하는 녹음물, 영상물이나 그 내용을 기재한 녹취서는 신청인으로 하여금 입증취지를 반드시 명시하도록 하고 그에 부합하는 부분을 구체적으로 특정하여 표시(시간대 특정, 밑줄, 형광펜 등)한 경우에 채택한다.

나. 증거조사 필요성(제2영역)

(1) 요증사실 관련성

신청한 증거와 증명할 사실 사이에 관련성이 있어야 증거를 채택한다. 만일 그것이 현저히 부족하다면 예외적 불채택사유에 해당한다. 그러나 신청한 증거를 조사하기 전에 미리 그 증거의 신빙성이나 증명할 사실관계의 존부에 관해 평가하여 그 관련성을 판단하여서는 아니 된다.

▣ 요증사실 관련성의 구성요소

- 신청한 증거와 증명할 사실 사이에 관련성이 있다고 함은 해당 증거를 조사하면 증명할 사실이 인정될 수 있음을 말한다. 신청 당시를 기준으로 해당 증거가 전혀 증명할 사실(요증사실)에 부합하는 내용을 담고 있지 않다거나 증명할 사실을 제시할 수 없음이 명백하다면, 법원은 그 증거를 채택하지 않을 수 있다.

▣ 관련성의 명시

- 증거신청을 할 때에는 요증사실 관련성을 알 수 있도록 해당 증거와 증명할 사실과의 관계를 명시하여야 하고 그것이 부족하여 최소한의 관련성도 제대로 확인할 수 없다면 증거신청을 각하한다.
- 증인신청을 할 때에는 증인이 증명할 사실을 알게 된 사연을 구체적으로 밝혀야 하고, 금융자료나 건강보험 등 개인정보에 관한 조회신청을 할 때에도 그것이 증명할 사실과 어떻게 관련되어 있는지를 최소한도로라도 언급하여야 한다.

▣ 증거조사 전(예단적) 증거평가의 원칙적 금지와 예외

- 신청한 증거의 증거가치(증거력, 증거방법의 신용성, 증거내용의 신빙성)가 별로 없을 것으로 예상된다는 것을 이유로 증거조사의 필요성을 부정하거나 증거신청을 기각하는 것은 원칙적으로 금지된다.
- 그러나 신청한 증거의 증거가치 없음에 대해 아무런 합리적 의심이 없는 경우(요증사실 관련성이 없는 경우)나 증명할 사실이 사소한 정황사실에 불과하여 주요사실 또는 쟁점판단에 별 영향을 미치기 어려운 경우(쟁점판단의 필요성이 낮은 경우) 등의 사유가 있으면 해당 증거를 채택하지 않을 수 있다. 그 밖에 절차지연이 예상될 경우에는 절차운영의 적정성 관점에서 해당 증거를 채택하지 않을 수 있다.

▣ 최적의 증거조사를 위한 증거협의

- 증명할 사실을 증명하는 여러 증거방법 중에서 그 사실의 존부와 내용을 판단하는 데 가장 적합한 증거를 우선 조사하는 것이 바람직하다(최적 증거 우선 조사의 방식).
- 증거조사 전(예단적) 증거평가는 금지되지만, 법원은 당사자와 증거협의를 통하여 관련성이 없거나 부족한 증거보다는 관련성이 큰 증거를 조사하고, 관련성의 정도가 비슷하다면 상대적으로 일반적인 신용성이 더 큰 증거를 우선하여 조사할 수 있도록 협력한다.
- 법원은 전문증인보다는 경험증인을, 우호적 증인보다는 중립적 증인을 앞서 조사할 수 있게 권유하고, 그럼에도 불구하고 관련성이 적거나 일반적으로 신용성이 낮은 증거를 신청하려고 할 때에는, 당사자로 하여금 보다 관련성이 크거나 일반적 신용성이 큰 증거를 신청하는 것이 곤란하거나 부적절한 사유를 밝히도록 한다.
- 신청할 증거방법의 선택권은 당사자에게 있으나, 법원은 위 권유과정에서 신청된 증거의 요증사실 관련성 정도나 일반적인 신용성 정도에 관한 견해를 당사자에게 밝힐 수 있다.

(2) 쟁점판단 필요성

증거에 의해 증명할 사실이 인정된다고 하더라도 증명할 사실이나 증거가 쟁점판단에 필요하여야 하고, 그렇지 않다면 해당 증거를 채택하지 않을 수 있다.

▣ 증명할 사실의 명시

- 증명할 사실은 쟁점과 결론에 영향을 미쳐야 하므로 증거를 신청할 때 그에 관하여 밝혀야 한다.
- 요증사실 관련성의 판단을 거쳤다면 신청인이 밝힌 증명취지(증명할 사실) 그 자체를 기초로 당해 사건에서 해당증거가 얼마나 유용한가를 판단한다.

▣ 증명할 사실의 종류에 따른 필요성 판단

- 증명할 사실의 내용과 종류에 따라 신청한 증거의 쟁점판단 필요성 인정 여부와 정도가 달라질 수 있다.
- 증명할 사실이 주요사실이면 쉽게 쟁점판단 필요성을 인정할 수 있다.

다만, 평가적 판단(예를 들면 '협력의무 불이행')을 위해 그에 관한 개별 사실(예를 들면 '계약서 초안 준비')을 증명하려 한다면 쟁점판단 필요성 여부를 개별 증명할 사실별로 판단한다.

- 반면, 증명할 사실이 간접사실일 경우 이를 기초로 논리칙과 경험칙에 따라 직접사실(주요사실)을 추단할 수 있다는 점도 함께 밝혀야 한다. 만일, 증명할 사실이 사소한 정황사실에 불과하여 그것이 증명되더라도 주요사실을 추단할 수 없거나 다른 증거에 의하여 인정되는 사실관계를 번복하기에 부족할 때에는 쟁점판단 필요성을 인정하기 어렵다.
- 기존 증거의 증명력을 탄핵·보강하기 위한 보조사실을 증명할 증거를 신청한 때에는 그것이 기존 증거의 증명력에 미치는 영향력뿐 아니라 쟁점판단에 미치는 영향력도 함께 밝혀야 한다.

■ 지엽적 정황증거나 성향증거

- 증명할 사실이 존재하더라도 요건사실의 인정이나 주된 증거의 평가에 큰 영향을 주기 어려운 지엽적인 사항을 입증하거나, 상대방이 스스로 책임을 인정하였음을 입증하기 위하여 합의제의를 하였다 등의 간접적 정황을 입증하기 위한 증거신청은 관련성을 낮게 평가할 수 있다. 그러나 다른 사유에 대한 충분한 고려 없이 이것만을 이유로 증거신청을 기각해서는 안 된다.
- 당사자, 증인 그 밖의 관련자의 성향(허위진술, 무모한 행위, 낭비벽, 폭력적 성향, 전과 등)에 기초하여 요건사실이나 주된 증거를 탄핵·보강하기 위한 증거신청은 증명할 사실이 인정되더라도 판결에 영향을 미칠 가능성이 없거나 낮아 쟁점판단 필요성이 약하게 평가될 수 있다.

■ 기왕의 증거조사결과와의 관계

- 선행한 증거조사결과에 따라 일정한 심증이 부동적(浮動的)으로나마 형성되기 마련이므로 그 상태도 쟁점판단 필요성 여부를 판단하는 데 영향을 미칠 수밖에 없다.
- 종래 재판부의 심증이 형성되지 않을 때에는 폭넓게 증거신청을 채택하더라도 해당 요건사실에 대한 적극적 심증 또는 소극적 심증이 형성된 이후에는 그에 대한 반증 또는 본증에 해당하는 증거신청을 기각하는 방식으로 실무를 운영하는 경우도 종종 있었으나, 이는 지양하여야 한다.
- 또한, 신청한 증거를 조사한 이후에 기존 심증에 변화가 없을 것이 예상된다라는 이유만으로 새롭게 신청한 증거의 증거조사 필요성을 부정하지

나 해당 증거신청을 기각해서는 안 된다(증거조사 전 증거평가의 금지).

■ 기존의 심증형성과 증거조사 필요성의 관계

- 선행하는 증거조사가 이루어진 경우 이를 보강 또는 탄핵하는 증거신청의 필요성을 판단할 때에는 선행하는 증거조사나 그에 따른 심증형성이 불가피하게 영향을 준다.
- 기존의 심증의 방향(적극적 심증과 소극적 심증)과 그 정도(강함, 약함), 새로 신청하는 증거의 요증사실 관련성의 강약에 따라 추가 증거의 채부 여부를 판단하는 데 일정한 판단기준을 제시하면 아래와 같다.

		본증의 요증사실 관련성		반증의 요증사실 관련성	
		강함	약함	강함	약함
심증 없음		○	△	▲	▲
적극적 심증	약함	○	△	○	△
	강함	×	×	○	△
소극적 심증	약함	○	△	▲	▲(×)
	강함	○	△	×	×

※ 표시의 구분 :

- 필요성 있음, × 필요성 없음, △ 필요성 있을 수 있음,
- ▲ 필요성 있을 수 있고, 채택한다면 본증과 반증을 동시에 채택

※ 요증사실 관련성 : 증명할 사실과 신청 증거와의 관련 정도
(예 : 전문증인은 관련성이 낮음)

- ▷ 심증이 형성되지 않았을 때에는 본증과 반증 어느 것이나 증거조사의 필요성을 인정할 수 있으나, 본증이 신청되지 않은 상태에서 먼저 반증부터 조사할 필요성은 인정되기 어렵다. 다만, 본증의 조사필요성을 인정하고 증거로 채택한다면, 반증의 필요성도 인정하여 동시에 채택, 조사함을 원칙으로 한다.
- ▷ 요증사실이 존재한다는 심증(적극적 심증)이 있을 경우에는 상대방에게 입증 기회를 부여한다는 차원에서 적극적 심증의 강약을 불문하고 반증의 조사필요성을 인정함이 바람직하다. 다만, 요증사실과의 관련성이 적다면 증거조사 필요성이 약하다고 볼 경우도 있을 것이다.
- ▷ 요증사실이 존재한다는 심증이 약한 경우에는 본증의 증거조사 필요성을 인정할 수 있다. 그러나 요증사실이 존재한다는 적극적 심증이 강하다면 굳이 본증을 조사할 필요성은 없다고 볼 수 있다.
- ▷ 요증사실이 존재하지 아니한다는 심증(소극적 심증)이 있을 경우에는 그 심증의 강약에 상관없이 본증의 기회를 부여함이 상당하므로 증거조사 필요성이 인정된다. 물론, 요증사실과의 관련성도 갖추어져야 한다. 반면, 반증을 조사할 필요성은 별로 없게 된다.

▷ 법원이 심증형성을 이유로 본증의 조사필요성을 인정하지 않을 때에는 본증 사실에 대한 적극적 심증이, 반증의 조사필요성을 인정하지 않을 때에는 본증 사실에 대한 소극적 심증이 강하게 형성되었음을 당사자들에게 알려주는 셈이 된다. 사안의 성질, 소송의 경과, 당사자의 태도 등에 비추어 심증교류의 필요성이 있을 경우에는 위와 같은 증거채부 판단을 통하여 의사소통이 이루어질 수 있다. 한편 심증교류의 필요성이 있기보다는 불필요한 오해의 소지가 있는 사건에서는 위와 조치로 인하여 재판부의 심증이 부적절하게 공개될 수 있으므로 이러한 사정을 감안하여 탄력적으로 채부판단을 함이 상당하다.

■ 중복적 증거신청

- 증명할 사실은 하나인데, 이에 대해 복수의 증거방법을 신청하는 경우에는, 법원이 당사자로 하여금 최적의 증거와 그렇지 못한 증거를 구분하여 증거조사의 우선순위를 정하도록 협력할 수 있다.
- 증명취지나 개별사정을 고려함이 없이 획일적으로 증거의 수를 1~2개로 제한하는 방식으로 실무를 운용하는 것은 지양하여야 한다.
- 일부 증거를 우선적으로 채택하여 조사하였다면 나머지 증거에 대하여는 앞에서 언급한 기왕의 증거조사결과와의 관계, 기존의 심증형성과 증거채부 판단과의 관계를 고려한 판단기준에 따른다.

■ 복수의 청구원인 또는 항변 등을 증명하기 위한 증거신청

- 동일한 청구취지의 근거가 되는 여러 개의 청구원인 또는 하나의 결과를 목적으로 하는 여러 개의 항변이 주장되고, 각각 주장에 관하여 별개의 증거신청을 한 경우 그 중 하나의 주장에 대하여 심증이 강하게 형성되었다는 이유로 다른 주장에 대한 증거신청의 조사필요성을 부정하는 것은 신중하게 판단한다.
- 원칙적으로 모든 주장에 대한 증거조사의 필요성을 인정하되 특별히 불필요함이 명백하다고 판단되는 증거방법이나 소송진행 경과에 따른 심증형성의 정도에 따라 쟁점판단 필요성이 명백히 부정되는 증거신청에 대하여만 기각함이 바람직하다.

다. 절차운영 적정성(제3영역)

적정한 소송절차진행을 위해 일정한 한도 내에서 증거신청이 채택되지 않을 수 있고, 반대로 불채택 고려요소가 있음에도 증거신청이 채택될 수도 있다. 이러한 적정성 요소는 해당 증거의 증거조사 필요성 정도와의 상관관계를 고려하여, 전체적으로 비교·판단한다.

▣ 모색적 증거신청의 예외적 허용과 그 한계

- 모색적 증거신청이라고 하더라도 증거의 구조적 편중의 해소, 공정한 재판의 실현 등이라는 관점에서 증거신청인이 아래와 같은 모색적 증거신청 허용기준에 해당하는 사유를 서면으로 밝히고 그 사유를 소명하는 경우에는 예외적으로 증거신청의 적법성을 갖춘 것으로 볼 수 있다.
- 즉, 입증취지를 구체적으로 명시하지 않은 채 해당 증거신청을 하게 된 구체적 사유(예를 들면, 상대방의 배타적 증거지배, 신청인의 접근 곤란, 법령상의 제한, 증거에 대한 정보부재 등)를 밝혀야 하고, 해당 증거방법으로 증거조사 필요성(요증사실 관련성이나 쟁점판단 필요성)을 추론하는 것이 합리적이라는 사정(예를 들면, 경험칙, 전문지식, 그 밖의 개별특성 등)이 있어야 하며, 그 밖에 다음 각 호의 사유 중에서 1개 이상이 충족되어야 한다.
 - ① 대체적 입증수단의 부재 : 기왕의 증거조사 결과 그 밖의 다른 입증 방법으로는 요증사실을 증명할 수 없다는 구체적 사정
 - ② 신청인에 대한 귀책 곤란 : 입증취지 명시를 위하여 최대한 노력을 다하였다는 등 그와 같은 증거신청에 관하여 신청인에게 귀책사유가 별로 없다는 사정
- 그러나 위 사유가 인정되어도 상대방에게 채부에 관한 의견을 물어야 하고, 심리과정에서 다음 각 호 중 어느 하나의 사유가 있음이 인정되는 때에는 아래에서 살필 절차운영의 적정성 관점에서 모색적 증거신청을 허용하지 아니함이 바람직하다.
 - ① 상대방 또는 제3자의 프라이버시, 생활상의 안녕, 명예 또는 권리를 과도하게 침해할 우려가 있는 경우
 - ② 소송상 필요에 비해 상대방 또는 제3자에게 심리적 고통을 주거나 재산적 피해를 입힐 우려가 더 큰 경우
 - ③ 당해 소송에서 필요한 사실의 증명 이외의 다른 목적으로 증거조사를 신청하는 경우
- 위 ①에 해당하는 경우에는, 증거신청인에게 구체적 사유 및 합리적 추

론을 바탕으로 증거조사 필요성(요증사실 관련성, 쟁점판단 필요성)이 높은 최소한도의 범위를 특정하도록 권유할 수 있고 그에 따라 침해의 과도성이 적절한 범위 내로 낮아진다면 그와 같이 범위를 한정하여 채택할 수 있다.

- ▶ 이 권유과정에서 상대방에게 증거신청인이 밝힌 구체적 사유 및 합리적 추론 중 상대방이 알 수 있는 사정에 관해 석명권 행사의 일환으로 불분명한 사실 상 사항에 관해 상대방에게 질문하는 등의 조치를 취한 이후에 채부판단을 함이 상당하다.

■ 실권적 효력의 적용 기준

- 소송절차의 적정하고 신속한 진행도 증거채부를 판단함에 있어 고려하여야 할 보호가치 있는 이익이다. 민사소송법은 이러한 이익을 보장하기 위해 실권적 제재를 가할 수 있는 요건을 규정하고 있다.
- 여기에 해당하는 경우로는 재정기한의 도과(법 제147조 제2항), 변론준비기일의 종결(법 제285조 제1항), 소송완결의 지연으로 인한 실기(법 제148조) 등이 있는데, 이러한 요건에 해당함을 이유로 증거신청을 각하할 때에는 정당한 사유의 부존재, 고의 또는 중대한 과실 등 귀책사유가 있어야 한다.
- 이러한 귀책사유의 존부는 객관적으로 해당 증거신청 자체가 얼마나 늦었는지 그리고 주관적으로 늦어진 제출을 합리화할 수 있는 사유가 무엇인지를 서로 비교형량하여 아래와 같이 판단한다.

		주관적 합리화 사유의 납득정도	
		강함	약함
객관적 절차지연의 정도	큼	×(△)	○
	작음	×	△

※ 표시의 구분 :

○ 귀책사유 있음, × 귀책사유 없음, △ 귀책사유 있다고 볼 여지 있음

- 소송대리인이 새로 선임되거나 교체되었다는 사정 자체만으로는 주관적 합리화 사유가 인정되기 어렵다. 다만, 교체·선임된 소송대리인이 증거조사 필요성이 큰 증거를 신청하고 이를 미리 제출하지 못한 사유(당사자 본인의 전문적 지식의 부재, 종전대리인 등의 법적 판단의 착오나 오류 등)를 밝히는 경우에는 그 사유 자체의 납득정도를 객관적 절차지연의 정도와 비교형량하여 실권효 제재를 위한 귀책사유의 존부를 판단할 수 있다.

■ 증거조사의 장애

- 민사소송법 제291조가 정한 증거조사의 장애가 있으면 증거를 조사하지 않을 수 있다. 이것 역시 절차운영의 적정성 영역에서 이미 채택된 증거 결정을 취소하거나 신청한 증거에 대하여 그와 같은 예측이 있을 때 채택하지 아니할 수 있는 사유가 된다.
- 증인, 문서송부촉탁, 감정 등에서 주로 문제되는데, 장애의 사유와 정도는 물론 증거방법별 특성을 함께 고려하여 판단한다.

■ 절차진행 고려요소

- 신청된 증거의 채부와 관련하여, 소송지연 여부 또는 적절한 절차진행의 측면에서 고려할 수 있는 요소로는 다음을 예시로 들 수 있다.

구분	내용
① 판결의 지연으로 통상보다 큰 손해가 예상됨	<ul style="list-style-type: none"> - 장기간의 강제집행 중단 또는 조속한 강제집행의 완료로 특별한 손해가 예상되는 경우 - 자금부족으로 원고의 사업파탄이 예상되는 등 극히 곤란한 상황이 초래되는 경우 - 일정기간이 경과하면 승소판결이 무익하거나 실질적으로 주요하지 않게 되는 경우 - 보전처분이 없었거나 보전처분을 사전에 하기에 곤란·부적절하였던 특별한 사유가 있는 경우
② 사건의 특성상 신속한 절차진행이 필요함	<ul style="list-style-type: none"> - 배당이의, 건물명도, 임차보증금반환 등 일반적으로 신속처리가 요망되는 사건인 경우
③ 제소일로부터 일정한 기간이 경과한 경우	<ul style="list-style-type: none"> - 합의, 단독, 소액 등의 소송목적의 값에 따라 설정된 일정한 기간(예 : 합의사건 2년 등)이 경과한 경우(단, 해당 사건유형의 통상적 심리기간 내로서 그 신청의 적시성에 문제가 없는 경우에는 이 요소를 고려하지 아니한다) - 소송의 경과에 비추어 변론종결이 충분히 예상되는 시점에 이른 경우
④ 증거조사의 곤란 또는 장기간 경과	<ul style="list-style-type: none"> - 증인의 소재불명이나 반복적 불출석, 관련사건의 결과가 장기간 내러지지 않는 상황, 추가감정 등에 과도한 기간 소요 예상 등의 사유가 있는 경우
⑤ 절차협약에 반함	<ul style="list-style-type: none"> - 사전에 증인불출석, 협의된 신청기한 경과 등의 사유가 있을 때에는 증거신청을 철회하기로 협의한 경우
⑥ 증거신청 지연에 대한 책임 존재	<ul style="list-style-type: none"> - 결심단계에서 비로소 증거신청을 하였으나 그 이전에도 해당 증거신청을 충분히 할 수 있었다고 여겨지는 경우 - 소송이 상당기간 경과한 이후에 형사고소를 하고 그 결과를 기다려 달라고 요청하는 경우 - 한쪽 또는 양쪽 당사자가 별다른 소송행위 없이 기록검토, 증거신

구분	내용
	청 탐색을 하겠다고 계속적으로 속행을 구하거나 불출석하다가 뒤늦게 증거신청을 하는 경우
⑦ 동일한 입증취지의 증거조사 완료	- 증명할 해당 사실에 관하여 이미 다른 증거조사를 실시한 경우 (증명할 해당 사실에 대하여 유일한 증거에 해당하는 경우와 대비됨)
⑧ 대체적 입증방법의 존재	- 증인신문을 대체하는 인증서 제출, 감정신청을 대체하는 증거 또는 법원에 의한 재량적 손해액 산정에 필요한 증거 제출
⑨ 당사자의 강력한 증거신청 의사 또는 상대방의 강력한 반대 의사	- 당사자의 주관적 생각, 종전의 관련사건의 경과, 당해 사건으로 처한 곤경의 과도함 등에 기초하여 해당 증거의 조사를 강력하게 바라거나 반대하는 경우

■ 고려요소별 특성과 반영

- ①~⑥사유는 소송지연에 관한 사정들이므로 적정성 관점에서 비중 있게 반영하고, 그와 구분되는 ⑨사유는 상대적으로 그보다 낮게 고려한다.
- ⑦과 ⑧는 필요성 관점에서 고려되는 요소이므로 적정성과 필요성 관점을 상호 비교할 때 감안한다.

■ 다른 보호법익의 침해 우려

- 증거조사를 통한 진실발견의 이익보다 더 큰 다른 보호법익을 침해할 우려가 현저한 때에는 절차운영의 적정성 측면에서 신청된 증거가 채택되지 않을 수 있다.
- 상대방이나 제3자의 재산·신체에 대한 프라이버시 침해 우려, 부당한 형사고소(위증고소를 포함)의 위험, 반복적 증거조사로 인한 폐해 발생 또는 증인의 직무상 비밀 누설이나 자기부죄금지특권의 침해 우려 등을 들 수 있다.
- 주로 증인신문, 금융자료 또는 건강보험 관련 자료의 조회신청·제출명령 등에서 문제되는데, 그 증거조사의 남용 우려 정도, 다른 대체수단의 준비, 증거조사 범위의 광협과 순차적 증거조사의 요부 등을 종합적으로 고려하여 증거조사 필요성(요증사실 관련성, 쟁점판단 필요성)의 측면과 비교 형량한다.

라. 영역별 상호관계

▣ 판단방식의 개요

- 논리적으로는 제1영역과 제2영역의 순서로 존부판단을 하여 각하 또는 기각 판단을 내릴 수 있다. 그러나 제2영역은 존부의 판단이라기보다는 강약과 대소의 판단을 내리고 종국적으로는 제3영역과 상호비교를 통하여 채부판단을 할 수밖에 없다.
- 따라서 이 가이드라인을 활용할 때에는, 각 판단영역의 개별적·독립적 의미에 얽매이기보다, 해당 증거신청에 관해 각 판단영역에서 고려할 요소와 다른 판단영역에서 고려할 요소를 누락하지 않고, 고려된 요소를 서로 유기적으로 비교, 형량하는 데 주안점을 둘 필요가 있다.

제1영역 증거신청 적법성	제2영역 증거조사 필요성		증거 채택 (+)
	요증사실 관련성	쟁점판단 필요성	
증거신청방법 증거조사 요건	증명할 사실과 증거의 관계	증명할 사실 또는 증거와 법적 판단의 관계	
모색적 증거신청의 허용조건	소송상 형평성·재판의 실질적 공정성 보장		
제3영역 절차운영 적정성			증거 채택 (-)
다른 보호법의 침해	절차지연 정도와 그에 대한 귀책, 다른 보호법의 침해		

▣ 절차운영 적정성의 유기적 고려

- 적시제출주의 또는 절차지연의 회피라는 소송의 기본원칙과 소송절차의 남용 및 보호법의 침해방지는 제3영역 적정성 판단의 핵심으로서 제1영역과 제2영역의 고려요소와 유기적인 관점(상호 비교 형량)에서 증거채부에 영향을 미칠 수 있다.
- 절차운영의 적정성과 관련된 요소들은 그 유사성과 특성을 고려하여 아래와 같이 구분·유형화하여 예시할 수 있다.

구분	해당 사유	비고
(A) 손해발생 우려	① 절차지연으로 손해발생 우려 있는 사안별 특수한 사정의 존재 ② 사건종류별 특성상 신속진행 요망 ③ 현저한 다른 보호법의 침해 우려	✓보정되지 않은 부적법한 증거신청을 각하할 수 있는 근거가 될 수 있음 ✓요증사실 관련성, 쟁점판단 필요성이 약한 사실에 관한 증거의 채부판단에 영향을 미침
(B) 한계시간 경과	④ 제소기간으로부터 일정기간 경과 ⑤ 증거조사 곤란 또는 장시간 소요	
(C) 귀책사유 존재	⑥ 절차협약에 반하는 증거신청 ⑦ 증거신청 지연에 책임 존재 ⑧ 대체가능한 다른 증거방법의 존부	

- 위와 같은 고려요소를 종합적으로 판단하는 데 활용할 기준으로 제2영역을 고려(제1영역의 증거신청 적법성은 이미 구비하고 있어야 한다)하여 증거조사의 필요성 정도를 평가하고, 제3영역에서 위와 같은 요소를 고려하여 절차운영의 적정성의 (우려)정도를 평가하여 상호비교하는 방법이 있을 수 있다. 구체적으로 살펴보면 아래와 같은 방법 1, 2 등을 생각해 볼 수 있다.

■ 방법 1

증거채택 고려요소	증거기각 고려요소
증거조사의 필요성을 상, 중, 하 중 어느 하나로 등급 부여	(A), (B), (C) 요소를 종합하여 상, 중, 하 중 어느 하나의 등급을 부여
"증거채택 고려요소 등급 ≥ 증거기각 고려요소 등급" ⇒ 증거채택 "증거채택 고려요소 등급 < 증거기각 고려요소 등급" ⇒ 증거기각 가능	

채택요소 등급 \ 기각요소 등급	상	중	하
상	○	○	○
중	△	○	○
하	△	△	○

부호표시 : ○ 증거채택 필요, △ 증거기각 가능 (음영 영역)

■ 방법 2

- 해당 증거가 쟁점판단에 반드시 필요한 증거라면(증거채택 고려요소 『上』으로 평가된 경우),
 - ① 절차지연으로 통상을 넘는 특별한 손해가 발생할 우려가 있고, 증거신청의 지연에 당사자에게 귀책사유가 있으며, 제소 시로부터 일정한 한계기간이 도과한 경우라도 증거신청을 기각할 수 없다.
 - ② 현저한 다른 보호법익의 침해 우려가 있더라도, 쟁점판단 필요성이 더 크다면 증거신청을 기각할 수 없다.
- 만일, 해당 증거의 쟁점판단 필요성이 다소 미약하다면(증거채택 고려요소 『下』로 평가),
 - ① 특별손해의 발생 우려가 있고 한계기한을 도과하면(증거기각 고려요소 『中』 또는 『上』으로 평가) 증거신청인의 귀책사유가 없어도 증거신청을 기각할 수 있다.
 - ② 당사자에게 귀책사유가 있고 한계기한을 도과하는 경우라면(기각 『中』 또는 『上』으로 평가) 특별한 손해의 발생 우려가 없어도 역시 증거신청을 기각할 수 있다.
 - ③ 특별손해의 발생이 예상되고 당사자에게 귀책사유가 있으면(기각 『中』 또는 『上』으로 평가) 한계기한과 상관없이도 증거신청을 기각할 수 있다.
 - ④ 현저한 다른 보호법익의 침해 우려가 있고, 그 법익의 보호가치성이 크다면(기각 『中』 또는 『上』으로 평가) 증거신청을 기각할 수 있다.
- 특별손해 발생 우려, 당사자의 귀책사유, 한계기간의 도과 등이 전혀 없거나 그 중 1개만 있는 경우, 침해가 우려되는 법익의 보호가치성이 상대적으로 낮은 경우 등에는(기각 『下』로 평가) 절차운영의 적정성을 이유로 해당 증거신청을 기각할 수 없다. 다만, 특별손해 발생이 극히 우려된다면(기각 『中』으로 평가) 증거신청 기각을 고려해 볼 여지가 있다. 특히, 쟁점판단의 필요성이 크지 않다면(채택 『下』로 평가) 전체적인 증거조사의 필요성이 없다는 이유로 증거신청을 기각할 수도 있다.

2. 각론

가. 증인

▣ 적법성

- 실무상 많이 볼 수 있는, 태일적·예비적 증인신청이나 소정의 증인신청은 적법성의 관점에서 문제점이 지적될 수 있으나, 상대방이 이의를 제기하지 않아 그의 반대신문권 등 절차적 권리를 침해하지 않는다면 소송촉진을 도모하기 위하여(절차운영의 적정성 관점) 채택할 수 있다. 다만, 증인을 사전에 특정하지 않으면 요증사실 관련성이 인정되지 않을 수 있어 증인신문의 채택이 어려워질 수 있다.
- 과도한 유도신문의 제한과 최적의 증인 조사를 위하여 증인신문사항 수정명령에 정당한 이유 없이 응하지 아니할 때에는 이를 증인채부에 반영한다.

▣ 필요성(1) : 증명할 사실과 증인과의 관련성

- 관련성은 주로 증인이 증명할 사실을 알게 된 사연(경험의 관점)을 중심으로 판단하고 증명할 사실의 증거방법으로서 증인이라는 증거방법이 적합한가(적합의 관점)도 부차적으로 고려한다. 경험과 적합성을 판단할 때에 **【덧붙임 2】 증명할 사실과 증인과의 관련성 판단항목과 그 예시**를 참조한다.
- 증인의 신용성이나 증언의 신빙성처럼, 예상되는 증거가치의 경중은 제2영역(증거조사 필요성)에서 원칙적으로 고려하지 않는다. 다만, 상대방이 이의를 제기하는 경우에 앞에서 언급한 제3영역(절차운영 적정성)에서 현저한 절차지연 등의 사유가 있으면 증거조사의 필요성 정도와 비교형량하여야 하는데, 그 때에는 일반적인 증거가치³⁾의 대소가 증거채부의 판단에 영향을 미칠 수 있다. 증인의 일반적 증거가치 평가에 고려할 사항을 예시하면 **【덧붙임 3】 증인의 일반적 증거가치 관련 평가요소 예시**와 같다.

▣ 필요성(2) : 증명할 사실 또는 증인의 쟁점판단 필요성

- 증명할 사실이 증인신문으로 증명됨으로써 쟁점판단에 어떠한 영향을 미

3) 참조 : 실제 당해 사건에서 신청된 개별 증인의 증언가치 자체를 신용성이 없는 것으로 예단한다는 의미는 아니다.

철 것이라면 증거조사 필요성이 인정된다. 만일 주요사실 그 자체 또는 논리칙·경험칙에 따라 주요사실을 추단할 수 있는 간접사실이 증명된다면 필요성은 크다고 볼 수 있다.

- 증명할 사실이 인정되더라도 (비록 증거신청인에게는 다소간 유리할 수는 있어도) 주요쟁점의 판단에는 별 영향을 미치지 않는 사소한 정황사실을 위한 증인이라면 필요성이 상대적으로 적게 된다. 이 경우에 절차 진행 적정성 요소와 비교형량하여 증인신문을 채택하지 않을 수 있다.
- 그러나 증언의 증거가치에 집착하여 증거조사 전(예단적) 증거평가를 해서는 아니 되며 이를 주된 이유로 삼아 증인신문의 필요성을 부정하거나 해당 증인신청을 기각하여서는 아니 된다.
- 재판부의 심증형성 단계에 따라 본증 또는 반증으로서의 증인신청이 있을 때, 그 증거조사 필요성의 가이드라인은 총론에서 살핀 바와 같다.

■ 적정성(1) : 증인신청의 남용

- 상대방 또는 제3자(특히, 증인으로 지목된 사람)로부터 증인신청의 주된 목적이 위증고소라거나 그 밖에 증인신문과 관련하여 신변상 불이익이 발생할 수 있다는 이의가 제기되고, 실제 그러한 우려를 인정할 수 있는 자료가 제시된 경우에는, 이러한 사정을 증거조사 필요성(요증사실 관련성 및 쟁점판단 필요성)의 크기와 다른 대체증거의 존부 및 조사용이성 등과 함께 반영하여 증인채부를 판단한다.
- 이에 관해서는 가이드라인 총론 라. 방법 1의 (A), 방법 2의 특별손해 등의 고려요소를 판단하는 기준을 참조한다.

■ 적정성(2) : 증인신문의 장애 우려 등

- 연락처 등 증인에 대한 정보제공이 없거나, 부정기한 증인신문을 실시할 수 없을 경우 등은 증인조사의 적법성 영역으로 분류할 수 있다. 그러나 장애 우려의 존부라는 이론적 측면보다는, 주로 장애 우려의 정도와 강약이 실무상 문제되므로, 개별 상황별로 적절한 조치를 취한다.
- 증인절차의 지연, 증인불출석, 구인·과태료 부과 등 증인신문의 장애가 발생하게 된 사유별로 재판장이 취하게 되는 적절한 조치에 대한 예시는 **【덧붙임 4】 증인신문의 장애가 발생하였을 때 재판장이 취할 절차와 같다.**

■ 적정성(3) : 그 밖에 실무상 문제되는 증인신청

- 다수의 증인을 신청하는 경우에는 입증취지(증명할 사실)별로 증거조사

필요성을 판단하여야 하고, 전체적으로 증인의 수를 몇 명으로 제한하는 방식으로 채부를 결정하거나 증거협의를 하지 아니한다.

- 동일한 증명취지로 중복적으로 증인신청을 한 때에는 그와 같은 신청의 불가피성을 밝히지 않는 한 최적의 증인을 우선적으로 채택하여 조사할 수 있다. 다만, 어느 증인을 우선적으로 채택하여 조사할 것인지에 관해 재판부와 당사자의 견해가 다르다면, 재판부는 당사자의 선택과 신청을 존중하고, 이에 대해 재판부의 견해를 강권하지 아니한다.
- 변론종결 무렵에 증인을 신청하는 경우에는 가이드라인 총론 라. 방법 1 또는 2에 따라 증거조사의 필요성과 절차운영의 적정성을 비교형량하여 판단한다. 재판부의 심증이 확고하다거나 시기적으로 늦게 신청하였다는 이유만으로 증인신청을 기각하거나 진술서 등으로 대체하도록 강권하여서는 아니 된다.
- 단, 다수의 증인신청, 중복적 증인신청, 변론종결 무렵의 증인신청의 채부를 판단할 때에는 '부득이한 사정이 없는 한' 일괄하여 증인이 신청되어야 한다는 일괄신청(규칙 75조)의 요청을 비중 있게 고려한다.

■ 적정성(4) : 증인재신문

- 이미 신문한 증인에 대하여 재신문을 신청하는 경우는 실무상 동일 심급 절차(변론갱신의 수단, 종전 신문사항의 누락 등)에서보다는 상대적으로 심급절차가 달라진 후(항소를 제기하고 제1심의 증인을 다시 신청하는 경우)에 흔히 볼 수 있다. 이러한 재신문은 종전 증인의 증언(제1심에서 증거가치를 인정된 것)을 탄핵하기 위한 경우와 해당 증언(제1심에서 증거가치가 배척된 것)에 신빙성을 부여하기 위한 경우로 구분해 볼 수 있는데, 동일한 증거평가를 유지하기 위한 법관 경질에 따른 변론갱신절차, 항소제기에 따른 제1심 변론결과 진술절차와는 차이가 있으므로, 적대적 증인과 우호적 증인의 구분, 재신문을 신청하게 된 의도 등을 반영하여 그 채부를 판단한다.
- 증인재신문 역시 총론 가이드라인 라. 방법 1 또는 방법 2에 따라 판단할 것이 권장되는데, 여기에다가 앞에서 본 재신문이 필요한 개별적 사유, 신청의도에 따른 구분, 독립적 증인의 반복적 출석에 따른 불편, 항소제기 이후의 사정변경(추가 쟁점, 새로운 증거조사 실시 등) 등도 함께 고려한다.
- 증인재신문의 증거조사 필요성이 인정될 수 있는 사례와 그렇지 않은 사례는 **【덧붙임 5】 증인재신문 사유의 예시**를 참조하다.

▣ **종합정리**

- 이상과 같이 증인신청에 관한 영역별 쟁점사안과 영역상호간의 비교판단 시 참조사항을 종합정리하면 **【덧붙임 6】 증인 채부 판단항목의 정리**와 같다.

나. 감정

■ 적법성 : 비용예납 및 감정인 자격

- 감정신청은 서면에 의하여야 하는 것 이외에 감정비용을 예납하여야 한다. 일정 기한을 정하여 감정비용예납명령을 내리고 이를 준수하지 못하는 경우에는 다시 기한을 정하여 예납을 명한다. 부득이한 사유가 없음에도 이를 준수하지 않을 때에는 상대방의 의견을 들어 감정채택결정을 취소할 수 있다.
- 기피신청이 받아들여진 감정인은 자격을 상실하고(법 제336조, 제337조), 선서하지 않은 감정인에 의한 감정결과는 증거가 될 수 없다는 판례가 있다(대법원 1982. 8. 24. 선고 82다카317 판결). 여기에 해당하는 사람을 감정인으로 지정해달라는 신청은 각하하여야 하고, 이미 행해진 지정은 취소하여야 한다.

■ 필요성 및 적정성(1) : 감정방법과 감정사항

- 신청된 감정으로써 증명하려는 사실이 증명될 수 있어야 하고(요증사실 관련성), 그 사실이 쟁점판단에 필요하여야 한다(쟁점판단 필요성).
- 다음과 같은 사유가 있을 때에는 감정신청을 기각한다.
 - ① 쟁점판단에 필요한 감정사항과 그에 적합한 감정방법을 특정하지 아니한 때(단, 사전에 판단의 대상이 되는 쟁점이 정리·확정될 필요가 있다)
 - ② 당해 감정방법이 증명할 사실의 증거방법으로 적합하지 않다고 볼 특별한 사유가 있을 때(이 때에는 감정의 종류별 특성을 고려하여야 한다)
 - 원고가 신청한 감정비용이 당해 소송의 청구금액보다 과다한 경우
 - 임차목적물의 하자로 인한 손해배상청구사건에서 임차건물 내벽에 곰팡이가 슬어 임차건물을 사용할 수 없었는지에 대해 하자감정을 하는 경우
 - ③ 감정을 실시하는 데 상당한 시간과 비용이 소요되고 이를 대체하기에 손쉽고 적합한 다른 증거방법이 있을 때

■ 적정성(2) : 감정인의 편향성·불공정성 등에 관한 의혹제기

- 감정인의 편향성에 대한 의혹은 해당 감정인이 속한 직군의 직업적 요인에서 비롯된 경우와 감정인의 개인적 성향·관계에서 비롯된 경우로 나누어 볼 수 있는데, 어느 경우든 막연한 의혹이나 주장을 넘어 이를 소

명할 수 있는 구체적 사실과 자료가 제시되어야만 감정인 교체여부를 고려한다.

- 직업적 요인에서 비롯한 편향성에 대한 의혹이 제기된 경우 다음과 같은 사유가 없을 때에는 다른 군의 전문가 중에서 감정인을 지정하는 방안을 고려할 수 있다.

- ① 감정인 지정 이후에서야 문제를 제기한 때
- ② 대체할 다른 적합한 전문가를 찾기 어려운 때

- 개인적 성향에서 비롯한 편향성이나 불공정성이 지적된 경우에는, 이를 인정할 만한 구체적인 자료가 제시되었을 때에 한하여 예정감정인을 피하거나 지정된 감정인을 교체한다. 개인적 편향성이나 불공정성을 인정할 만한 자료의 예로는 다음을 들 수 있다.

- 감정절차 진행 중 당사자 일방에 대해 편파적인 언행(가령, 당사자 일방의 주장에 대해 '바보 같은 말'이라며 비하하거나 '몰염치한 주장'이라고 말하는 경우)을 하였음을 확인할 수 있는 자료
- 당사자 일방과 영업상 가까운 거래관계에 있거나 경쟁적 영업관계에 있음을 확인할 수 있는 자료

■ **적정성(3) : 적합한 감정인 부재 / 상당한 절차지연**

- 법원이 상당한 노력을 하였음에도 불구하고 적합한 감정인을 선정할 수 없고 신청인도 적합한 감정인을 추천하지 못한 때에는 감정신청을 기각하거나 감정채택을 취소한다.
- 소송의 경과에 비추어 감정신청이 상당한 기간이 경과하여 이루어진 경우에는 가이드라인 총론 라. 방법 1 또는 방법 2에 따라 채부여부를 판단한다.

■ **적정성(4) : 재감정**

[기본방향]

- 재감정을 신청할 상당한 사유가 있거나 상대방의 동의가 있다면, 이미 감정이 실시되었다는 이유만으로 재감정의 필요성을 부정하거나 재감정 신청을 기각할 수 없다.

[해명조치의 선행 여부와 그에 따른 판단]

- 재감정이 신청되면, 이에 대한 상대방의 동의가 없는 한 그 상당한 사유를 심사하여야 하므로, 재판부는 원칙적으로 기존 감정결과의 오류가능성 또는 감정인의 불공정성 등 신뢰성에 관하여 의심이 드는 사유를 제시할 것을 요구한다. 의심이 드는 사유로는 **【덧붙임 7】 기존 감정의 신뢰성을 의심할 만한 사유 예시**를 들 수 있다. 다만, 위와 같은 사유를 확

인하기 위하여 우선 증거협의를 통해 감정인신문, 감정보완조치, 전문심리위원의 활용 등을 통한 감정결과 내용의 해명조치를 우선적으로 고려한다.

- 만일, 기존 감정결과가 명확성, 정확성, 타당성 등에 상당한 흠결이 있거나 감정인의 편파성이나 불공정성에 대한 의심이 커서 해명절차를 거칠 필요가 없다고 판단되는 경우, 해명절차를 거치더라도 위와 같은 흠결과 의심이 쉽게 해소되기 어려운 경우 등이라면 증거조사 필요성을 높게 평가하여 곧바로 재감정 채택을 고려한다.
- 그렇지 않고 감정보완 등의 해명조치를 거친 경우 이를 통하여 기존 감정의 신뢰성을 의심할 만한 사유가 해소되면 재감정의 필요성이 없거나 낮다고 보아 채택하지 아니하고, 여전히 그 신뢰성을 의심할 만한 사유가 남아 있는 때에는 재감정의 필요성을 높게 보아 그 신청의 채택을 고려한다.

[해명조치의 선행 여부와 감정채택의 판단기준]

- 해명조치를 선행할 필요성이 없을 정도로 하자과 의심이 있는지 여부, 해명조치 이후에 그것이 해소되었는지 여부가 불명확한 때에는 아래와 같은, ① 소명의 주체와 기준, ② 고려사항, ③ 불고려사항 등을 모두 감안하여 재감정의 필요성을 높게 평가한다.

① 소명의 주체와 기준

- ㉠ 기존 감정의 하자과 의심은 신청인이 밝혀야 한다.
- ㉡ 그러나 그 존재는 명확하게 증명되어야 하는 것이 아니라 그 개연성을 확인할 수 있으면 충분하고, 보다 탄력적·개방적인 견지에서 판단한다.

② 고려사항 : 위 판단기준과 함께 아래 사정도 충분히 고려한다.

- ㉠ 감정결과의 비중 : 문제된 감정결과가 소송 결과에 결정적인 영향을 미치는 반면, 재감정절차가 전혀 무용한 경우가 아니라면, 절차운영의 적정성 측면에서 고려할 사정보다 재감정을 통한 증거조사 필요성이 더 클 수 있다.
- ㉡ 비전문가에 의한 논평의 한계 : 실무상 전문가에 의한 감정결과에 대해 당사자나 대리인 그리고 법원에 의한 실질적 평가와 검증에는 일정한 한계가 있을 수 있다.
- ㉢ 감정비용의 부담의사 : 재감정신청인 측이 스스로 비용부담의 의사를 밝혀왔다.
- ㉣ 공방을 통한 증거평가 필요 : 감정유형이나 쟁점사항의 내용에 따라서는 복수의 감정결과에 대한 공방을 통해 최적의 사실인정이 이루어질 수 있다.

- ③ 불고려사항 : 아래의 사정은 원칙적으로 참작하지 아니한다.
- ⓐ 재감정을 채택하면 비용이 투입된 기존의 감정결과가 무익·무력하게 될 수 있다
 - ⓑ 재감정 결과도 신뢰성이 담보된다고 장담할 수 없다.
 - ⓒ 기존 감정결과와 재감정결과가 상충될 때 그 타당성을 판단하기 곤란하다.

[증거협의]

- 그 밖에 양쪽당사자의 의사나 감정유형별 특이사항이 개별적 고려요소로서 재감정 채부의 심리과정에 영향을 미칠 수 있다. 가령, 토지의 시가감정처럼 감정인마다 일정한 평가요소에 대한 판단여지를 가질 수밖에 없는 감정유형에 대해서는, 법원이 감정인의 공정성담보를 전제로, 복수의 감정(기존감정과 재감정 또는 2개 이상의 재감정)을 실시하여 이를 산술 평균하는 방안이나 중재감정방안(대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다84867 판결 등 참조)을 증거협의안으로 제시할 수 있다.

[항소심 감정]

- 한편, 제1심에서 감정이 실시되었고 항소심에서 동일한 사항에 대해 재감정이 신청되는 때에는, 항소심의 속심적 구조를 감안하여 아래의 사정 중 전부 또는 일부가 인정될 경우에도 재감정의 필요성을 높게 평가한다.

- ▶ 신청인이 제1심 단계에서 감정결과의 신뢰성을 의심하게 하는 주장을 하였음에도 제1심법원이 이에 대한 아무런 판단을 하지 않았거나, 판단하였더라도 그 이유가 부실하거나 그 타당성에 의문이 제기되는 경우
- ▶ 제1심감정의 전제된 사실관계가 다투어졌으나 이에 대한 공방 없이, 재판부 또는 감정신청인이 제시하거나 감정인이 전제로 삼은 사실관계만을 기초로 감정이 실시된 경우
- ▶ 종전 감정시 신청인 또는 상대방이 감정에 관한 의견을 제시하였으나 그것이 제대로 반영되지 아니한 채 감정이 실시되었다고 주장하고 그 의견이 중요하다고 판단되는 경우
- ▶ (비록 명백하지 않더라도) 제1심판결이 종전 감정결과에 근거하여 확정한 사실관계의 정확성·완전성 등 신뢰성을 의심하게 하는 구체적인 근거가 제시되었고, 전문심리위원이나 그 밖의 자료를 통해 그 근거의 합리성이 인정되는 경우

[재감정을 할 감정인]

- 재감정인은, 종전의 감정인이 아닌 다른 감정인을 선정한다. 다만, 종전의 감정이 정확하지 않은 전제사실을 기초로 감정이 이루어졌고 그것이 감정인의 과실로 보이지 않는 등의 사유가 있거나, 상대방이 종전의 감정인에 의한 재감정에 동의한 때에는 예외로 한다.

다. 문서제출명령

■ 적법성(1) : 증거신청방식의 적법(적식성)

- 문서제출신청은 서면으로 하여야 하고(규칙 제110조 제1항), 신청서에는 민사소송법 제345조 각 호에서 정한 사항이 특정되어 있어야 한다. 특정 정도의 원칙적, 예외적 기준은 **【덧붙임 8】 문서제출명령 대상이 되는 문서의 특정의 정도**를 참조한다.
- 위와 같이 제시된 기준에 부합하는 정도의 특정을 하지 못하였다면, 문서제출명령신청은 부적법한 상태에 있다. 다만, 이 경우에도 바로 증거신청을 각하할 것이 아니라 신청인에게 합리적인 기간을 정하여 보정기회를 주거나 필요한 경우 『문서목록제출 제도』를 활용하도록 권유함이 바람직하다.

■ 적법성(2) : 문서의 소지와 제출의무의 존재

- 문서제출명령을 하려면 대상자가 해당 문서를 소지하고 있음과 민사소송법에 따른 제출의무를 부담함이 밝혀져야 한다.
- 지목된 사람이 문서를 소지하고 있는지는 적정한 심리(당사자라면 변론 또는 변론준비절차를 통해 심리하고, 제3자이면 기일 또는 서면에 의한 의견진술 기회를 부여하는 방법으로 심문한다)를 거친 이후에 이를 판단하여 채부를 결정한다.
 - 문서의 소지 여부에 관한 실질적 심리 없이 무의미하게 기일을 속행하지 않도록 유의할 필요가 있다.
- 민사소송법 제344조에 따른 문서제출의무의 대상문서 개요는 **【덧붙임 9】 문서제출의무의 대상문서 개요도**를, 문서제출의무가 인정되는 문서와 그 예외문서의 의미는 **【덧붙임 10】 문서제출의무의 대상문서와 예외문서의 상세**를 참조한다.
 - 제출의무 면제사유에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 증거조사 필요성과 절차운영 적정성이 함께 고려되어야 한다. 증거조사 필요성, 즉 증거조사의 소송상 이익이 크고 제출의무자의 사생활 보호나 영업비밀의 보호필요성이 상대적으로 작다면 면제사유에 해당하지 않는다고 해석할 수 있고, 반대로 제출의무 면제규정이 보호하려는 이익이 증거조사의 소송상 이익보다 크다면 면제사유에 해당한다고 보아야 한다.

■ 필요성(1) : 증명할 사실과 제출대상 문서와의 관련성

- 문서제출명령은 제출되는 문서의 내용을 알기 위한 것인데(즉, 그 자체로

증거자료가 되지 않고 서증신청의 방식에 해당), 증명할 사실(문서에 기재되었을 것이라 주장할 내용) 그 자체를 정확히 밝히기는 어려우므로 증명할 사실이 해당 문서가 통상적으로 담고 있는 내용과 관련될 경우에는 증명할 사실과의 관련성(요증사실 관련성)이 있다고 판단하고, 해당 문서에만 특별히 기재되어 있는 사항이라면 그 이유나 근거를 밝히도록 하고 그것이 합당하다면 증명할 사실과의 관련성이 있다고 판단한다.

<사례>

전직 임원이었던 원고가 종전에 자신의 과오를 이유로 피고회사에 배상한 돈의 반환을 구하는 사례에서 이사회 회의록에 관하여 문서제출명령을 신청하는 경우, 증명할 사실이 원고와 피고회사 사이에 반환약정을 하였다는 것이라면 이사회에서 그와 같은 문제를 논의하였을 가능성이 있으므로 증명할 사실과 제출문서 사이의 관련성을 어느 정도 인정할 수 있는 반면, 증명할 사실이 피고회사의 강박에 의하여 배상하였다는 것이라면 이사회 회의록에 원고에 대하여 배상을 구하는 내부결정사항이 기재되어 있을지라도 그것을 강박의 수단으로 하도록 하는 사항은 기재되어 있지 않을 것이므로, 원고가 이사회 회의록에 증명할 사실이 담겨 있다는 특별한 사정을 합리적으로 밝히지 않는 이상 증명할 사실과의 관련성(요증사실 관련성)이 낮다고 판단하게 된다.

▣ 필요성(2) : 쟁점판단 필요성

- 제출대상 문서의 기재내용을 어느 정도 밝히고 해당 문서와의 관련성이 어느 정도 인정되면 그 기재내용 자체로 쟁점판단에 필요하고 어느 정도 영향을 미칠 것인지를 판단한다.

<사례1>

강제사직이 비진의 의사표시임을 이유로 무효확인을 구하면서 원고가 원고 이외의 사직한 다른 직원에 대한 인사자료 카드의 제출명령을 신청하는 사례에서, 증명할 사실이 다른 직원의 사직사유와 퇴직금 관련 사항이라고 밝힐 경우에는 그것이 쟁점인 원고의 퇴직의사의 비진의 여부에 영향을 미칠 수 없어 필요성이 부정되지만, 증명할 사실을 다른 직원의 퇴직의사가 비진의이고 당시 동일한 사유로 대부분의 직원이 퇴직하였다는 것이라면 필요성을 긍정할 수 있다(다만 인사카드에 그와 같은 증명할 사실이 기재되어 있을 것이라는 특별한 사유가 소명되는 경우에만 앞 단계에서 판단될 요증사실 관련성을 인정받을 수 있음)

<사례2>

신청 문서에 의하여 피고가 입증하고자 하는 사항이 소외 회사와 원고 또는 위 수출신용회사와의 실질관계에 관한 것이어서 이 사건 환어음금 청구와는

직접 관련이 없는 것이라 할 것이니 원심이 피고의 위 문서제출명령신청을 받아들이지 아니한 데 어떤 잘못이 있다고도 할 수 없다(대법원 1992. 4. 24. 선고 91다25444 판결)

▣ 적정성

- 총론에서 언급한 바와 같이 적법성이 인정되는 경우 증거조사 필요성(요증사실 관련성과 쟁점판단 필요성)의 크기와 적정성의 정도를 비교형량하여 증거채부를 판단하게 되는데, 이를 판단하는 일응의 기준은 앞에서 제시되었다.
- 문서제출명령에서도 위와 같은 기준으로 증거조사 필요성의 정도를 평가하고(상, 중, 하), 적정성과 비교형량하는 방식으로 채부를 결정한다.
- 적정성 정도는 당해 사건의 전체적인 절차운영의 적정성 요소와 함께 해당 문서제출명령과 관련된 적정성 요소를 적법성 영역(제출의무 면제문서 해당 여부)에 가미하여 판단한다.

▣ 신청절차의 개요

- 문서제출신청 시부터 제출명령 판단 시까지의 절차개요도는 **【덧붙임 11】 문서제출명령 절차개요도**와 같다.

라. 문서송부촉탁

■ 적법성 : 증거신청방식의 적법성

- 문서송부촉탁의 방식은 문서제출명령에 관한 민사소송법 제345조의 방식에 준하되, 문서를 제출하여야 할 의무의 원인을 기재할 필요는 없다.
- 신청서 기재사항의 특정 정도도 문서제출명령에서와 같이 원칙적, 예외적 기준(【덧붙임 8】 문서제출명령 대상이 되는 문서의 특정정도)이 적용될 수 있다.
- 특히 법원, 검찰청, 그 밖의 공공기관이 보관하는 기록에 대해서는 그 기록의 불특정한 일부에 대해서도 문서송부촉탁을 신청할 수 있다(규칙 제113조 제1항).
- 당사자가 법령에 의해 문서의 정본이나 등본을 청구할 수 있다면 문서송부촉탁의 방식으로 증거를 수집할 것은 아니다(법 제352조 단서).

■ 필요성 : 증명할 사실과 촉탁대상 문서의 관련성

- 기본적으로 증명할 사실과 촉탁의 대상이 된 문서 사이의 관련성이 인정되어야 한다. 다만, 송부촉탁의 신청단계에서는 그 대상이 되는 문서의 내용이나 관련자료에 관한 구체적인 정보를 모르는 상태일 경우가 많은 점을 감안하여야 한다.
- 관련 민·형사사건에 대한 기록송부촉탁이나 공정거래위원회, 그 밖의 행정부의 사건담당부서에 대한 심사기록, 의료기관에 대한 진료기록 등은 문서송부촉탁이 신청된 당해 사건과의 관련 정도에 따라 관련성의 정도를 달리 볼 수 있다.
 - 당해 사건과 직접 관련된 민·형사사건은 관련성이 당연히 인정된다.
 - 당사자가 다르거나 사건내용이 직접 관련되지 않는 사건의 경우, 신청당사자로서도 그 사건의 내용을 정확히 알고 있지 않는 한 관련성을 명확하게 해명하기 곤란하다. 따라서 신청인 측(가족 또는 이해관계를 함께 하는 사람도 포함한다)이 직접 관여된 경우에는 촉탁대상사건이 어떤 사건인지를 구체적으로 밝히도록 하고, 그렇지 않은 경우에는 그 사건을 알게 된 경위와 정보출처를 밝히게 함으로써 그 관련성을 판단할 수밖에 없다.

■ 적정성(1)

- 검찰 등 피촉탁기관이 송부에 불응하거나 거부하는 경우나 불응이나 거부가 명백히 예상되는 경우에는 증거조사의 장애(법 제291조)나 절차진행의 무용(증거조사의 곤란)을 이유로 문서송부촉탁 신청을 각하 또는 기각할

수 있다.

- 문서송부촉탁은 신청인 및 피촉탁기관의 협조가 없으면 상당히 오랜 시간이 걸리는 증거수집방법이다. 따라서 적시제출주의를 위반하거나 당사자의 증거절차이행에 지연사유가 발생할 경우, 절차운영의 적정성 관점에서 실권호 등을 적용하거나 증거조사 필요성(요증사실 관련성이나 쟁점판단 필요성)이 낮은 증거의 불채택 또는 채택 취소를 고려할 여지가 다른 증거방법보다 크다.

▣ 적정성(2)

- 당사자가 관련사건의 처리결과를 기다렸다가 그 결과가 나온 후 문서송부촉탁 등의 방법으로 증명하겠다고 요청하는 경우에 일응 관련 사건의 제1심 판결시까지 대기하는 기준을 설정해 볼 수 있다.
- 직·간접의 관련사건유형에 따른 절차진행의 단계별 가이드라인으로는 **【덧붙임 12】 관련사건 대기에 따른 절차진행 기준**을 제시해 볼 수 있다.

마. 사실조회 및 금융거래정보·과세정보·신용정보 제출명령

■ 적법성(1) : 사실조회

- 사실조회를 신청하기 위해서는 조회의 대상이 되는 자료의 소지자(피조회 기관)와 조회할 자료나 문서, 조회신청의 이유를 특정하여야 한다.
- 조회신청의 이유에는 사실조회로서 증명할 사항과 조회할 사항이 증명할 사항과 어떠한 관련성을 가지고 있는지가 기재되어야 한다. 다만, 사실조회도 증거수집절차의 일환이라는 점에서 문서제출명령이나 문서송부촉탁과 같이 일정한 사유가 있다면 관련성의 특정 정도를 완화하여 볼 수 있다.
- 사실조회에서 그 조회기관은 조회가 가능한 곳으로 정확히 특정될 필요가 있다.

■ 적법성(2) : 금융거래정보 및 과세정보·신용정보 제출명령

- 금융거래정보·과세정보 제출명령에 관한 예규(재일 2005-1) 제3조 제1항에서 정한 양식에 따라 제출명령을 하기 위해서는 조회의 대상이 되는 명의인의 인적사항, 요구대상 거래기간, 요구하는 거래정보 등의 내용이 기재되어야 한다. 또, 위와 같은 제출명령의 필요성을 판단하기 위해 증명할 사실 및 증명할 사실과 조회대상 정보 사이의 관련성(요증사실 관련성)도 밝혀져야 한다.
- 금융거래정보·과세정보·신용정보의 제출명령 신청도 대상 자료 및 증명할 사실과의 관련성을 구체적으로 특정하기 어려울 수 있으므로 문서제출명령·문서송부촉탁·사실조회처럼 일정한 사유가 있을 때 그 특정정도를 완화해서 볼 수 있다.

<사례>

원고가 피고의 사위·딸에 대해 물품대금채권을 가지고 있는데, 그 사위·딸이 피고 소유 건물에 거주하고 있음을 안 원고가, 그 건물이 사위·딸의 자금으로 취득한 것으로서 사실상 사위·딸의 소유라고 주장하면서 사해행위에 의한 증여 취소를 청구한 사례에서, 쟁점에 해당하는 피고 소유 건물의 자금출처를 증명하기 위해 증여일자와 증여액수를 특정하지 않고 피고 계좌 및 그 계좌로 돈을 입금한 계좌들에 대해 무차별적으로 약 20여건의 금융거래정보 제출명령을 신청한 경우, 이를 모색적 증거신청으로 볼 수도 있다. 그러나 원고 측이 구체적 사유, 합리적 추론을 제시하고 회피곤란 또는 귀책곤란의 사유를 밝힌다면 그 특정정도를 완화하여 볼 수 있다. 이러한 특정정도 완화과정에서, 법원은 불분명한 사실상 사항에 관해 석명권 행사의 일환으로 피

고를 상대로 질문을 할 수 있다. 예를 들어, 원고가 구체적 사유 및 합리적 추론에 관한 사유로서 피고의 일정한 자금거래내역을 제시하였다면, 법원은 피고에게 그 거래의 원인, 거래상대방과의 관계 등에 대해 질문할 수 있다.

■ 필요성(1) : 증명할 사실과 수집할 자료의 관련성

- 사실조회나 금융거래정보·과세정보·신용정보 제출명령을 통해 수집한 자료가 증명할 사실과 관련성이 있고, 따라서 위 제출명령 신청이 증명하려는 사실을 증명하기에 적합하여야 한다.
- 금융거래정보나 과세정보, 신용정보는 그 명의자의 사생활 침해와 조회결과의 부당한 사용 등과 같은 남용의 우려가 크기 때문에, 다른 사실조회와 달리 관련성 부분에 대한 엄격한 심사가 필요하다(증거조사 필요성과 절차운영 적정성의 유기적 고려).

■ 필요성(2) : 조회결과의 쟁점판단 필요성

- 조회결과가 당해 사건의 주요쟁점에 직접적인 판단자료가 되는 경우에는 당연히 그 필요성이 인정된다. 그러나 사실조회나 금융거래정보·과세정보·신용정보 제출명령은 일반적으로 해당 사건의 주요사실에 관련되기보다 간접사실이나 보조사실에 관련된 경우가 많다.
- 간접사실이나 보조사실에 관련된 경우라도, 그것이 사건의 결과를 좌우할 사실이라면 절차운영의 적정성(제3영역)에서의 고려요소에 영향을 받기 어렵고, 채택될 가능성이 크다.
- 반면, 조회 또는 제출대상 정보가 그 자체로 사건의 결과를 좌우할 것은 아니고 다른 여러 간접사실이나 보조사실 및 논리칙, 경험칙 등과 함께 종합적으로 고려될 때에서야 사건의 결론에 영향을 미칠 수 있는 경우라면, 절차운영의 적정성, 특히 다른 보호이익의 침해 문제, 절차지연의 문제 등에 의해 그 채부가 영향을 받을 수 있다.

<사례1>

유류분반환청구 사건에서 피상속인의 피고에 대한 금전 증여를 확인하기 위해 피고의 예금계좌에 대한 금융거래정보제출명령을 신청한 경우에는, 해당 계좌 내역을 통해 금전 증여라는 주요사실이 판가름 날 것이므로 당연히 쟁점판단 필요성이 인정된다. 다만, 유류분에 산입될 증여는 상속개시전의 1년 간에 행한 것에 한함이 원칙이고, 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 증여한 때에만 1년 전에 한 것도 산입되므로(민법 제1114조), 증여시점을 특정하지 않은 채 피상속인의 사망 1년 전의 거래내역에 대해 금융거래제출명령을 신청하는 때에는 피고와 피상속인의 인식과 증여가 있었다는 점에 관한

합리적 추론을 밝히는 등 모색적 증명의 특정정도 완화요건에 따라 증명할 사실을 정한 다음, 증명할 사실과 조회대상 정보와의 관련성을 확인하여야 하고, 쟁점판단의 필요성에 따라 제출을 명할 정보의 대상과 범위를 판단하게 된다.

<사례2>

기존회사가 채무면탈의 목적으로 기업의 형태와 내용이 실질적으로 동일한 피고 회사를 설립하여, 법인격남용을 이유로 신설된 피고 회사를 상대로 금지급청구소송을 제기한 사례에서, 기존회사와 피고 회사 사이의 자금흐름을 파악하여 두 회사의 실질적 동일성을 증명하려는 경우에는, 그 자금의 흐름 자체는 간접사실에 해당될 뿐이므로, 다른 간접사실이나 논리칙, 경험칙도 함께 제시되어야 증거조사 필요성이 인정될 수 있다.

■ **적정성**

- 사실조회나 제출명령이 제3자의 정보를 대상으로 하는 때에는 그 보호이익과 소송상 이익을 형량하여 채택여부를 결정한다.
- 특히, 의료정보와 같이 포괄적인 사실조회 등으로 개인의 사생활에 매우 민감한 내용이 공개될 우려가 있는 경우에는 피조회기관의 임의적 제출을 기대하기 곤란한 경우가 많기 때문에, 가급적 문서제출명령 신청절차에 따라 해당 기관을 심문하고(법 제347조 제3항), 이를 통해 요증사실 관련성과 쟁점판단 필요성이 있는 최소한의 정보에 관해서만 증거를 수집할 수 있도록 조치함이 바람직하다.
- 금융거래정보 제출명령 등과 관련하여, 조회대상 명의자가 상대방인가, 제3자인가 여부 및 그 조회의 범위에 관하여 **【덧붙임 13】 정보주체별 채부판단의 기준과 절차**를 참조한다.

3. 항소심에서의 증거채부

▣ 우선적 고려사항 : 항소심의 역할

- 항소심은 제1심의 잘못된 판단으로부터 당사자를 보호하는 권리구제적 역할뿐 아니라 제1심의 충실한 심리를 견인하고 효율적인 심급구조를 유지하는 역할도 담당한다.
- 민사소송법에 따라 속심형 심리구조를 택하고 있는 항소심에서도 기본적으로는 제1심의 증거채부에 관한 가이드라인이 적용되어야 한다. 다만, 그 채부의 심리과정에서는 위와 같은 항소심의 역할을 충분히 고려하여야 한다.

▣ 제1심법원의 증거배척 결과의 취급

- 제1심에서 배척된 증거를 항소심에서 다시 신청하는 경우에는 제1심의 배척판단의 당부에 관해 먼저 심사한다.
 - ① 제1심이 증거채부를 판단함에 있어 제1~3영역에서의 고려요소를 빠뜨리거나 어느 특정요소에만 치우쳐 고려하지 않았고, 항소심법원의 채부 판단시점까지 달리 볼 사정변경이 없다면, 제1심에서 배척된 증거에 대한 항소심에서의 재신청을 채택할 필요가 없다.
 - ② 제1심법원이 증거신청을 배척하였으나, 그 증거신청방식이 적법하였고, 증거조사 필요성이 인정되며, 달리 절차운영의 적정성 측면에서 채택하지 아니하는 것을 고려할 사유가 기록상 나타나지 않거나 나타나더라도 증거조사 필요성이 크다면, 항소심은 해당 증거신청을 채택함이 바람직하다.
 - ③ 제1심에서의 증거불채택이 정당하였을지라도, 항소심에서의 증거신청시를 기준으로 사정이 변경되어 증거신청방식의 적법성, 증거조사 필요성이 인정되고, 절차운영의 적정성 측면에서 불채택 고려사유가 없어지거나 경감되었다면 항소심에서 해당 증거신청을 채택할 수 있다.
 - 항소심에서 제1심과 다른 새로운 쟁점이 부각되거나 다른 증거제출로 재판부의 심증형성에 변화가 발생하는 등의 사정변경이 있고, 이로 인해 증거조사 필요성이 제1심에서의 증거채부 판단 시보다 더 커지게 되었다면, 증거채택은 긍정적으로 검토될 수 있다.
 - 증거조사의 곤란성이 항소심 단계에 이르러 해소되거나 신청된 증거의 무용성(무가치성)에 관한 합리적 의심을 불러일으키는 주장 또는 증거가 제출된 경우라면 항소심에서의 재신청 채택을 고려할 수 있는 요소가 된다.

■ 제1심에서 신청을 철회하였다가 항소심에서 다시 신청한 증거의 취급

- 기본적으로는 제1심에서 채택되지 아니한 증거를 다시 신청한 경우와 같은 방식으로 채부를 심사한다.
- 증거신청을 철회하였다는 사정만으로는 항소심에서의 해당 증거에 관한 증거조사 필요성이 낮다거나 절차운영의 적정성 측면에서 문제가 있었다고 추론하여서는 아니 된다.

■ 항소심에서 새로이 신청된 증거의 취급

- 항소심에서 새로이 신청된 증거의 채부에 관해서도, 원칙적으로 1심에서와 마찬가지로의 영역에서 채부의 고려요소를 심사하여야 한다.
- 다만, 피항소인의 항소심 심리범위에 대한 예측가능성 보장과 항소심의 복심화 및 절차지연의 방지를 위해 다음 사항을 추가로 고려한다.
 - 민사소송규칙 제126조의2 제3호, 제4호는 항소인이 항소장 또는 항소심에서 처음 제출하는 준비서면에 『항소심에서 새롭게 신청할 증거와 그 입증취지』, 『(해당) 증거를 제1심에서 제출하지 못한 이유』를 적도록 규정하고 있다.
 - 그럼에도 위 사항을 적지 아니한 채 항소심 제1회 변론기일 직전에서는야 또는 그 기일이나 그 이후에서야 새로운 증거를 신청하였고, 아래 ㉠ ~ ㉣ 중 어느 하나 또는 그 이상의 사정이 있을 때에는, 절차운영의 적정성 측면에서 이러한 사정을 비중 있게 반영하여 증거채부를 판단한다.

㉠ 판결의 지연으로 통상보다 큰 손해가 예상됨
㉡ 사건의 특성상 신속한 절차진행이 필요함
㉢ 제소일로부터 일정한 기간(해당 사건유형의 통상적 심리기간)의 현저한 경과
㉣ 상대방의 강력한 반대의사와 이를 통해 나타나는 절차지연
㉤ 증거신청 기한에 관한 절차협의 위반

- 다만, 항소심에서 새롭게 신청된 증거의 조사 필요성이 위와 같은 고려요소의 비중보다 더 클 때에는 증거신청을 기각 또는 각하하지 아니한다.
- 한편, 민사소송규칙 제126조의2 제3호, 제4호의 규정을 준수하여 새로운 증거를 신청하였다면 위 ㉠ ~ ㉣의 사유는 고려하지 아니한다.

■ 항소심에서 오로지 하나의 증거만 신청하는 경우의 취급

- 항소인이나 그 대리인 입장에서는 항소심에서 오로지 하나의 증거만 신청하였음에도 그 증거신청이 기각되면 항소한 목적 자체를 원천적으로 실현할 수 없는데, 이러한 사정은 절차운영의 적정성 측면에서 일부 반영될 수 있다.
- 따라서 항소심에서 제1회 변론기일(항소인의 출석 여부와 무관)까지 오로지 하나

의 증거만 신청된 경우에는 민사소송규칙 제126조의2 제3호, 제4호를 준수하였는지 여부와 무관하게, 위 ㉔ ~ ㉞의 사정이 있더라도 그 사정을 고려하지 않거나 비중을 낮게 볼 수 있다.

▣ 제1심에서 조사된 증거의 재조사 신청

- 주로 증인, 감정절차에 관해 문제되는데, 앞의 각론 중 증인, 감정의 해당 부분을 참조한다.

▣ 항소심 증거채부 실무현황을 반영한 권장사항

- 항소심에서 증거채부에 관하여는 위와 같은 기본적인 견해 차이로 인해 재판부별 편차가 발생하고 있고, 이에 대한 당사자·소송대리인의 불만도 제기되고 있는 상황이므로, 비록 업무가중이 예상되지만 항소심 재판부가 다음의 조치를 취할 것을 권장한다.

항소심에서 증거신청인이 그 증거신청의 이유와 근거를 제시하였음에도, 재판부가 그 증거를 채택하지 아니할 경우에는 증거신청인에게 채택하지 아니하는 이유를 고지한다. 신청인의 요청이 있으면 그 취지를 변론조서에 기재한다.

【덧붙임 1】 개별증거신청 방식 예시표

증거 방법	신청방식의 개요	법규정	처리방법의 개요	
증인	① 일괄신청의 원칙	규 §75 ①	절차운영 적정성(제3영역)에 따른 판단·처리	
	② 증인의 특정	법 §308	소정외 증인신청의 처리방식 선택적, 택일적 증인신청 관련	
	③ 증인신문사항 제출 ④ 신문사항 수정	규 §80 ① 규 §80 ③	소송지휘를 통하여 해결	
	⑤ 증인정보 제공 ⑥ 여비 등 납부	규 §75 ② 규 §77	증거채택 이후 조사곤란 등의 사유로 처리	
	서증	① 원본제출주의 ② 사본제출의무	법 §355 규 §105 ②	소송지휘를 통하여 해결
		③ 작성자 등 명시 의무 ④ 증거설명서 의무 ⑤ 번역문 제출 의무	규 §105 ① 규 §106 ① 규 §106 ②	이행촉구하거나 불이행 시 기각을 경고하였음에도 이를 거부한 경우에 한하여 채택하지 아니함
감정		① 감정사항 제출	규 §101	소송상 지휘를 통하여 해결(감정사항은 주요쟁점 관련성의 관점에서 판단)
		② 감정비용	규 §77	

<민사소송법과 민사소송규칙의 내용>

증거 방법	신청방식의 개요	내용
증인	① 일괄신청의 원칙	민사소송규칙 제75조(증인신문과 당사자신문의 신청) ① 증인신문은 부득이한 사정이 없는 한 일괄하여 신청하여야 한다. 당사자신문을 신청하는 경우에도 마찬가지이다.
	② 증인의 특정	민사소송법 제308조(증인신문의 신청) 당사자가 증인신문을 신청하고자 하는 때에는 증인을 지정하여 신청하여야 한다.
	③ 증인신문사항 제출 ④ 신문사항 수정	민사소송규칙 제80조(증인신문사항의 제출 등) ① 증인신문을 신청한 당사자는 법원이 정한 기한까지 상대방의 수에 3 (다만, 합의부에서는 상대방의 수에 4)을 더한 통수의 증인신문사항을 적은 서면을 제출하여야 한다. 다만, 제79조의 규정에 따라 증인진술서를 제출하는 경우로서 법원이 증인신문사항을 제출할 필요가 없다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다. 민사소송규칙 제80조(증인신문사항의 제출 등) ③ 재판장은 제출된 증인신문사항이 개별적이고 구체적이지 아니하거나

		<p>제95조 제2항 각호의 신문이 포함되어 있는 때에는 증인신문사항의 수정을 명할 수 있다. 다만, 같은 항 제2호 내지 제4호의 신문에 관하여 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
	<p>⑤ 증인정보 제공 ⑥ 여비 등 납부</p>	<p>민사소송규칙 제75조(증인신문과 당사자신문의 신청) ② 증인신문을 신청하는 때에는 증인의 이름·주소·연락처·직업, 증인과 당사자의 관계, 증인이 사건에 관여하거나 내용을 알게 된 경위, 증인신문에 필요한 시간 및 증인의 출석을 확보하기 위한 협력방안을 밝혀야 한다.</p> <p>민사소송규칙 제77조(증거조사비용의 예납) ① 법원이 증거조사의 결정을 한 때에는 바로 제19조 제1항 제3호 또는 같은 조 제2항의 규정에 따라 그 비용을 부담할 당사자에게 필요한 비용을 미리 내게 하여야 한다. ② 증거조사를 신청한 사람은 제1항의 명령이 있기 전에도 필요한 비용을 미리 낼 수 있다. ③ 법원은 당사자가 제1항의 명령에 따른 비용을 내지 아니하는 경우에는 증거조사결정을 취소할 수 있다.</p>
<p>서 증</p>	<p>① 원본제출주의 ② 사본제출의무</p>	<p>민사소송법 제355조(문서제출의 방법 등) ① 법원에 문서를 제출하거나 보낼 때에는 원본, 정본 또는 인증이 있는 등본으로 하여야 한다. ② 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 원본을 제출하도록 명하거나 이를 보내도록 촉탁할 수 있다. ③ 법원은 당사자로 하여금 그 인용한 문서의 등본 또는 초본을 제출하게 할 수 있다. ④ 문서가 증거로 채택되지 아니한 때에는 법원은 당사자의 의견을 들어 제출된 문서의 원본·정본·등본·초본 등을 돌려주거나 폐기할 수 있다.</p> <p>민사소송규칙 제105조(문서를 제출하는 방식에 의한 서증신청) ② 서증을 제출하는 때에는 상대방의 수에 1을 더한 수의 사본을 함께 제출하여야 한다. 다만, 상당한 이유가 있는 때에는 법원은 기간을 정하여 사본을 제출하게 할 수 있다.</p>
	<p>③ 작성자등 명시 의무 ④ 증거설명서 의무 ⑤ 번역문 제출의무</p>	<p>민사소송규칙 제105조(문서를 제출하는 방식에 의한 서증신청) ① 문서를 제출하여 서증의 신청을 하는 때에는 문서의 제목·작성자 및 작성일을 밝혀야 한다. 다만, 문서의 기재상 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>민사소송규칙 제106조(증거설명서의 제출 등) ① 재판장은 서증의 내용을 이해하기 어렵거나 서증의 수가 방대한 경우 또는 서증의 입증취지가 불명확한 경우에는 당사자에게 서증과 증명할 사실의 관계를 구체적으로 밝힌 설명서를 제출할 것을 명할 수 있다.</p> <p>민사소송규칙 제106조(증거설명서의 제출 등) ② 서증이 국어 아닌 문자 또는 부호로 되어 있는 때에는 그 문서의 번역문을 붙여야 한다. 다만, 문서의 일부를 증거로 하는 때에는 재판장의 허가를 받아 그 부분의 번역문만을 붙일 수 있다.</p>

감정	① 감정사항 제출	<p>민사소송규칙 제101조(감정사항의 결정 등)</p> <p>① 감정을 신청하는 때에는 감정을 구하는 사항을 적은 서면을 함께 제출하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 때에는 재판장이 정하는 기한까지 제출하면 된다.</p> <p>② 제1항의 서면은 상대방에게 송달하여야 한다. 다만, 그 서면의 내용을 고려하여 법원이 송달할 필요가 없다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>③ 상대방은 제1항의 서면에 관하여 의견이 있는 때에는 의견을 적은 서면을 법원에 제출할 수 있다.</p> <p>④ 법원은 제1항의 서면을 토대로 하되, 제3항의 규정에 따라 의견이 제출된 때에는 그 의견을 고려하여 감정사항을 정하여야 한다. 이 경우 법원이 감정사항을 정하기 위하여 필요한 때에는 감정인의 의견을 들을 수 있다.</p> <p>⑤ 법원은 감정에 필요하다고 인정하는 참고자료를 감정인에게 보낼 수 있다.</p>
	② 감정비용	<p>민사소송규칙 제77조(증거조사비용의 예납)</p> <p>① 법원이 증거조사의 결정을 한 때에는 바로 제19조 제1항 제3호 또는 같은 조 제2항의 규정에 따라 그 비용을 부담할 당사자에게 필요한 비용을 미리 내게 하여야 한다.</p> <p>② 증거조사를 신청한 사람은 제1항의 명령이 있기 전에도 필요한 비용을 미리 낼 수 있다.</p> <p>③ 법원은 당사자가 제1항의 명령에 따른 비용을 내지 아니하는 경우에는 증거조사결정을 취소할 수 있다.</p>

【덧붙임 2】 증명할 사실과 증인과의 관련성 판단항목과 그 예시

구분	심리사항
증명할 사실과 증인의 관련성	<p>① 증인이 증명할 사실을 알게 된 사연(경험의 관점)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▷ 문제된 약정체결에 직접 관여한 경우 ▷ 계약 체결에 의도적으로 입회한 경우 ▷ 단순히 계약장소에 같이 동석하거나 당사자와 함께 동반하였다가 목격 ▷ 직접 목격하지 못하고 특정인으로부터 전문하여 알고 있는 경우 ▷ 이러한 약정을 전제로 그와 관련된 업무를 담당하여 알게 된 경우 ▷ 약정 이후에 누군가로부터 들은 적이 있는 경우 ▷ 신청당사자로부터 들어서 알고 있는 경우(특히, 소송이후에)
	<p>② 증명할 사실의 증거방법으로서의 증인조사의 적합성 여부</p> <ul style="list-style-type: none"> ▷ 증명할 사실이 구체적 수치, 금액의 문제라서 증인의 기억만으로 정확한 수치 등을 증언할 수 있는지(송금관계, 금전지급사실 등의 입증 목적) ▷ 관련서류의 제출로 대체할 수 있는지, 이에 추가하여 당해 증인이 이를 기초로 증언하여 입증할 수 있는지, 이것이 불필요한지 ▷ 토지시가에 관하여 부동산중개인을 증인으로 신청하거나, 평소 아는 공사업자로 하여금 하자보수에 대한 견적을 산출하게 하고 증인으로 신청 ▷ 증인의 시각적 목격사항이나 청각적 경험사항이 증명할 사실인데, 시각장애인이거나 청각장애인이 증인으로 신청된 경우 ▷ 증인이 자신의 적법한 증언거부권을 행사할 것임을 미리 밝힌 경우(단, 증언거부권 행사가 예상된다는 사정만으로 관련성을 부정할 수 없음, 증언거부권 행사의사를 밝혔다가 이를 번복할 때에도 마찬가지임)

【덧붙임 3】 증인의 일반적 증거가치 관련 평가요소 예시

평가요소 예시

- ▷ 당사자와 증인이 친족관계(배우자, 자녀 등 가까운 친척), 친분관계(학연, 지연 등), 업무관계(종업원, 동료, 상사, 현재 퇴사 여부)등 우호적 관계에 놓여 있는지
 - ▷ 증인이 당사자와 특별한 관계에 있지는 않지만, 당해 사건의 결과에 관하여 증인이 밀접한 이해 관계를 갖고 있는지
 - ▷ 증인이 신청인에게 유리한 증언을 해줄 만한 다른 특별한 사정이 있는지
 - ▷ 증명할 사실을 경험·지득·전문 등으로 알게 된 이후로 오랜 기간 경과하였는지
-
- ▷ 증인이 상대방과 적대적 관계가 있는지 ⇒ 이 사건으로 인하여 피해를 입었는지
 - ▷ 증인이 양쪽 당사자 모두에게 어느 쪽에 유리한 증언을 하여도 난처한 입장에 처할 수 있는지
 - ▷ 증인이 중립적 증인에 해당한다고 볼 만한 사유가 있는지
 - ▷ 관련 사건으로 인하여 정확한 증언을 하기 곤란한 상황인지
-
- ▷ 우호적 증인일 경우에는 다른 중립적 증인의 존재 여부, 증인신문 이외의 증거방법의 모색 등 대체가능성이 있는지, 준당사자로서의 지위를 가진다고 판단될 때 당사자본인신문으로 대체할 수 있는지
 - ▷ 대체적 증거가 있다고 하더라도 당해 증인을 신문하는 것에 불가피한 사정이 없는지 확인

【덧붙임 4】 증인신문의 장애가 발생하였을 때 재판장이 취할 절차

구분	재판장이 취할 절차
증인절차의 부당한 지연	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 증인을 신청하고도 증인 출석을 위한 절차(대동하거나, 주소를 특정하고 여비를 납부하는 등)를 밟지 않을 경우에는 일정기간까지 그 이행을 명하고 합리적 사유 없이 이를 어긴 경우에는 증거결정을 취소할 수 있다.
연락·통지 수단의 강구	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 신청 당시 증인의 연락처를 잘 모르는 경우로서, 그 소재를 파악하기 위하여 상당한 시간이 소요되고 이에 따라 소송지연이 예상되는 경우에는 절차운영의 적정성 관점에서 증거조사 필요성(특히, 쟁점판단 필요성)의 정도에 따라 채택 또는 불채택을 결정한다. ▶ 성명과 생년월일, 종전 주소지 등을 알고 있는 경우에는 주민센터(동사무소)에 대한 사실조회 등을 통하여 통지할 주소 등을 파악하고 그에 따라 기일통지를 실시한다. ▶ 증인 채택 당시 송달가능성, 출석가능성이 확보되지 않았을 경우에는 증거조사 필요성이 큰 증인이 아닌 한, 다음 기일에 증인신문할 수 없으면 철회·취소하는 조건으로 증거협의를 하고 이를 조서에 기재한 다음 채택하는 실무운영도 고려해 봄직하다.
불출석에 대한 대처	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 증인이 출석하지 않는 경우(대동증인, 소환 증인 모두 포함)에는 신청인에게 증인유지 여부를 묻고 증인신문기일을 추가로 정한다. 다만, 추가 지정횟수는 1회를 원칙으로 하되, 다음의 사정이 있는 경우에는 증인채택을 취소할 수 있다. <ul style="list-style-type: none"> ① 증인이 증명할 사실에 대해 알지 못한다거나 관련성이 없다는 뜻을 서면 등으로 재판부에 알려 오고 이를 수궁할 수 있는 경우 ② 증인채택 이후 대체증거가 제출되어 증거조사 필요성은 약화되고, 반대로 증거절차의 지연이나 증거조사의 곤란 등의 사유가 드러나 절차운영의 적정성 측면에서 불채택이 고려될 수 있는 경우 ▶ 추가 지정된 기일에도 증인이 출석하지 않은 경우에는, 위 ① 또는 ②의 사정이 없더라도, 해당 불출석 기일을 기준으로 증거조사 필요성과 절차운영 적정성(절차지연 사유 등 고려)을 재심사하여, 추가 증인신문기일을 정하거나 당초의 증인채택을 취소할 수 있다. <ul style="list-style-type: none"> ◦ 가령, 추가 지정된 기일에 이르기까지 증인에 대한 출석통지가 되지 않은 상황에서, 상대방에게 절차지연에 따른 손해발생 우려가 크고 변론종결 단계에 이르렀으며, 신청인에게 귀책사유가 인정되는 경우라면 증거취소를 고려할 수 있다. 만일 그렇지 않으면 추가 증인신문기일을 지정한다. ▶ 증인이 출석하지 않은 경우(최초 지정기일, 추가지정기일 모두 포함) 신문사항의 내용, 출석하는 경우 소요될 시간과 경비, 증거조사 필요성의 정도 등을 감안하여 당사자에게 증인진술서 제출을 권유할 수 있다(법 제310조). <ul style="list-style-type: none"> ◦ 위와 같은 사유를 감안하여 증인소환 전에 증인진술서의 우선 제출을 권유할 수도 있다. ◦ 다만, 상대방의 이의가 있거나 반대신문의 필요가 있다면 출석·증언하도록 한다.
구인·과태료 등	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 증인이 정당한 사유 없이 불출석하는 경우에는 구인과 과태료 중 하나 이상의 강제조치를 취한다(실무상 실효성이 더 큰 과태료를 부과하는 경우가 더 많다).

구분	재판장이 취할 절차					
	<p>▶ 증거조사의 필요성이 인정되어 채택된 증인이 정당한 사유 없이 불출석하는 경우에는 과태료 등의 강제조치를 검토한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 소환증인에 대한 강제조치는 앞서 본 『불출석에 대한 대처』항목의 신문기일 '추가 지정횟수 1회 원칙'과 무관하게 검토한다. ◦ 다만, 아래 사유를 고려하여 증거조사 필요성과 절차운영 적정성의 관점에서 증인불채택 사유가 있는 경우에는 당초의 증인채택을 취소할 수 있는데, 이러한 경우에는 과태료 등의 강제조치를 취하지 아니한다. <ul style="list-style-type: none"> ① 증인이 증명할 사실에 대해 알지 못한다거나 관련성이 없다는 뜻을 서면 등으로 재판부에 알려 오고 이를 수궁할 수 있는 경우 ② 증인채택 이후 대체증거가 제출되어 증거조사 필요성은 약화되고, 반대로 증거절차의 지연이나 증거조사의 곤란 등의 사유가 드러나 절차운영의 적정성 측면에서 불채택이 고려될 수 있는 경우 ◦ 불출석 기일을 기준으로 볼 때 여전히 증인채택을 유지할 필요성이 크더라도 증인에게 적법한 송달이 이루어지지 않았거나 불출석에 관한 정당한 사유가 있는 경우에는 과태료부과 등의 조치를 취할 수 없다. <ul style="list-style-type: none"> - '정당한 사유' : 법정에 출석하기 어려운 정도의 병환이나 교통기관의 고장(○), 폭설 등의 천재지변(○), 긴급한 출장(○), 관혼상제(○), 출석요구서 기재사항의 불비(○), 출석에 지장이 없는 병환(x), 자기 업무의 과다(바쁘다, x), 증언거부권 보유(x, 그러나 미리 관련자료 제출한 경우는 제외) <p>▶ 과태료는 민사소송법 제311조 제1항에 따라 500만 원 이하의 금액으로 부과되, 증인의 증거조사 필요성의 정도, 불출석 사유, 경제적 사정 등을 종합적으로 고려하여 부과금액을 정한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 예를 들어 아래 표의 왼편에 해당하는 증인은 오른편에 해당하는 증인보다 고액의 과태료 부과대상이 될 수 있다. <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: 45%;">·증거조사 필요성이 매우 높은 요증사실을 직접 경험한 증인으로서 사실상 당사자이거나 그에 준하는 사람임에도 단순히 귀찮다는 이유로 불출석하는 경우</td> <td style="text-align: center; vertical-align: middle;">></td> <td style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: 20%;">·쟁점관련 사항을 경험한 제3자적 증인임에도 특별한 이유 없이 불출석하는 경우</td> <td style="text-align: center; vertical-align: middle;">></td> <td style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: 35%;">·단순 목격자·가담자, 하급실무자 등의 관련증인</td> </tr> </table> </div>	·증거조사 필요성이 매우 높은 요증사실을 직접 경험한 증인으로서 사실상 당사자이거나 그에 준하는 사람임에도 단순히 귀찮다는 이유로 불출석하는 경우	>	·쟁점관련 사항을 경험한 제3자적 증인임에도 특별한 이유 없이 불출석하는 경우	>	·단순 목격자·가담자, 하급실무자 등의 관련증인
·증거조사 필요성이 매우 높은 요증사실을 직접 경험한 증인으로서 사실상 당사자이거나 그에 준하는 사람임에도 단순히 귀찮다는 이유로 불출석하는 경우	>	·쟁점관련 사항을 경험한 제3자적 증인임에도 특별한 이유 없이 불출석하는 경우	>	·단순 목격자·가담자, 하급실무자 등의 관련증인		
부정기한 장애 또는 사실상 조사곤란	<p>▶ 법원과 증거신청인이 연락·통지를 위한 제반조치를 강구하였는지 (특히, 강제조치를 발동하기에 부적절하거나 이미 발동하였으나 실효를 거두지 못한 사정도 고려한다), 증인불출석을 수궁할 만한 합당한 사유가 있는지, 해당 증인의 증거조사 필요성(요증사실 관련성과 쟁점 판단 필요성)이 높은지 등을 종합적으로 평가하여 판단한다.</p>					
입증기회 부여의 관점	<p>▶ 한편, 증거조사 필요성은 낮지만 당사자의 증인신청을 기각하는 것이 가혹하다고 판단되어 채택한 경우에는 일정기한까지 말미를 주고 그 때까지 증인출석이 곤란할 경우 그 이후에 취소할 것임을 고지하고 그에 따라 절차진행</p>					

【덧붙임 5】 증인재신문 사유의 예시

재신문의 증거조사 필요성이 인정되는 경우

- ▶ 당초의 증인신문절차가 당사자 일방의 책임질 수 없는 불출석 상태에서 진행되었고, 증인신문 과정에서 불출석 당사자의 (반대)신문권이 보장되지 않아 보충이 필요한 경우로서, 재신문으로 절차가 현저히 지연되지 않는 경우
- ▶ 증인의 당초 증언에 모순점이 있었던 경우
- ▶ 증인신문 결과 대질신문의 필요성이 인정되는 경우
- ▶ 증인이 증언 후에 스스로 자신의 진술에 관한 보충이나 정정이 필요하다고 인정하는 경우
- ▶ 주요 쟁점에 관해 증언하였으나, 그 증언이 불명확 또는 불확정적이거나 다의적인 경우
- ▶ 증인이 해당 사건의 주요 쟁점을 제대로 이해하지 못한 상태에서 증언한 경우
- ▶ 증인의 진술이 조서에 잘못 기재된 경우
- ▶ 통역인이 선서하지 않은 경우
- ▶ 재판부 변경이 있었으나, 증인신문조서의 기재만으로는 불명확한 부분이 있는 경우
- ▶ 항소심 재판부가 1심증인 신문결과 자체의 신빙성이나 증인의 신용성을 1심법원과 달리 평가하려는 경우(*항소심은 1심증인에 대한 1심법원의 증거가치 평가가 의심스러울 때 다시 해당 증인을 직접 신문하여 새로이 증거가치를 평가함이 직접주의의 요청에 부합한다)
 - 1심에서 신용성과 신빙성이 있다고 본 증인의 증언 내용이 기록과 항소이유 등에 비추어 신용성 또는 신빙성이 없어 보이는 경우
 - 1심에서 신용성 또는 신빙성이 없다고 본 증인의 증언 내용이 기록과 항소이유 등에 비추어 신용성과 신빙성을 갖춘 것으로 보이는 경우

재신문의 증거조사 필요성을 인정하기 곤란한 경우

- ▶ 증거신청인이 1심에서 증인에 대해 충분히 신문하지 못하였다는 이유만으로 재신문을 신청하는 경우
- ▶ 당사자나 대리인이 종전 증언의 모순점, 불명확성, 무가치성 등에 관한 별다른 탄핵자료를 제시하지 않은 채, 증인이 종전에 한 증언의 모순점 등을 재신문을 통해 밝히겠다고만 주장하며 재신문을 신청하는 경우

【덧붙임 6】 증인 채부 판단항목의 정리

영역구분		구체적 내용
『증인신청 적법성』		<ul style="list-style-type: none"> ① 증인의 특정과 입증취지의 제시(법289, 308, 규74) ② 증인신문에 관련된 정보(증인의 연락처, 당사자와 관계, 증명할 사실의 지득경위, 증인신문 소요시간, 증인출석 확보 방안 등)의 공개(규75) ③ 증인신문사항 제출과 수정명령의 이행(규80) ④ 증인조사 비용의 예납(규77)
『증거조사 필요성』	『요증사실 관련성』	<ul style="list-style-type: none"> ① 증인이 증명할 사실을 알게 된 사연(경험의 관점) ② 증명할 사실의 증거방법으로서의 증인신문 적합성 ③ 증인의 신용성과 증언의 신빙성은 원칙적 불고려 ④ 최적의 증거조사를 위한 증거협의
	『쟁점판단 필요성』	<ul style="list-style-type: none"> ① 해당 증언에 의하여 인정되는 증명할 사실이 당해 사건의 주요쟁점과 어떤 관련이 있는가(부연하면, 증명할 사실이 존재하는 것으로 확인되면 청구원인, 항변, 재항변을 판단하는 데 어떤 영향을 미치는가, 핵심쟁점의 근거가 되는 논거나 정황이 확인될 수 있는가 당사자에게 얼마나 유리한 상황으로 변경될 수 있는가 등) ② 이미 재판부가 심증을 형성한 경우라면 이를 얼마나 유효하게 변경·강화시키는 등으로 영향을 줄 수 있는가 ③ 기존에 조사된 증거와 함께 고려하면 중복되거나 불필요하지 않은가
『절차운영의 적정성』		<ul style="list-style-type: none"> ① 증인의 자격 구비 및 증언 허용성(법304~306, 314, 315, 322, 324) ② 신청된 증인신문을 실시하면 소송이 너무 지연되는 것이 아닌가 (이로 인하여 상대방에게 큰 불이익이 유발되는가) ③ 당사자가 증인신청을 빌미로 소송지연을 의도하는 것은 아닌가 ④ 당사자 뒤늦게 증거신청을 한 데에 귀책사유가 있지 않은가 ⑤ 증인에 대한 송달 또는 증인 출석 등의 문제로 증인신문이 너무 지연되지 않은가 ⑥ 이미 너무 많은 증인신문을 실시하여 이 사건에 과다한 사법자원이 투입되고 있지 않은가 ⑦ 증인에게 증언을 요구하는 것이 프라이버시나 증인 보호(위증으로 고소할 태도가 명백하게 드러나고 해당 증언이 없더라도 결론 내리는 데 지장이 없는 경우 등)에 문제가 없는가 ⑧ 증인이 출석하여 신문할 수 있을지, 언제 그리할 수 있을지를 알 수 없는 경우(부정기한의 장애)에 해당하지 않는가(법291, 규82)

【덧붙임 7】 기존 감정의 신뢰성을 의심할 만한 사유 예시

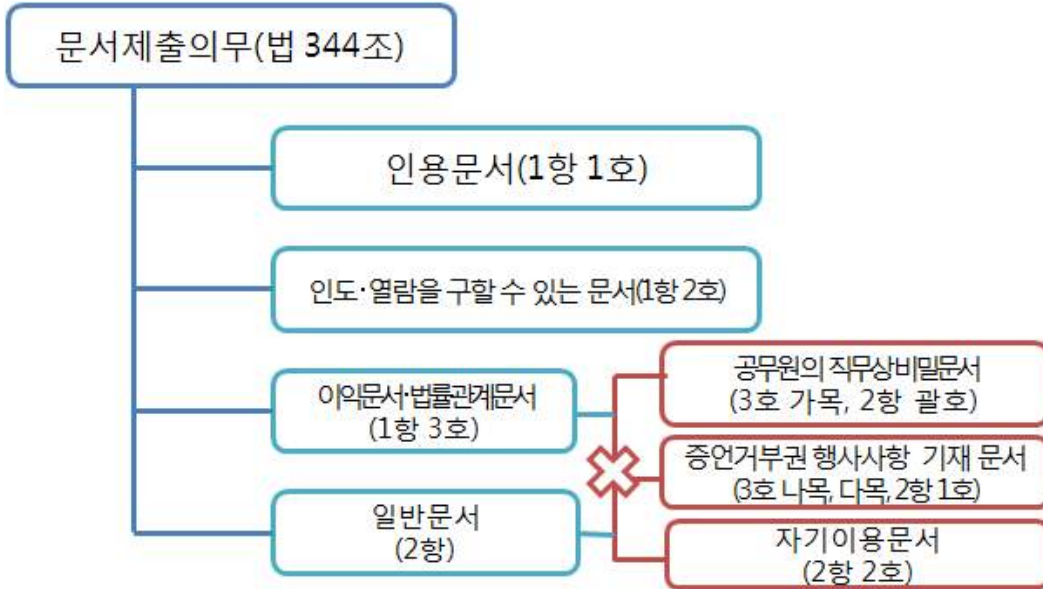
구분	내용 예시
▶ 종전 감정결과에 중대한 결함이 드러난 경우	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 감정결과에 논리적 비약 등이 있어 추론적 사고가 불가능한 경우 ◦ 감정결과에 상당한 모순이 발견되는 경우 ◦ 감정결과에 불완전하거나 불명확한 부분이 있고, 그 부분을 보완하는 것이 쟁점판단에 필요한 경우 ◦ 해당 사안에 부합하지 않는 전제사실에 기초하여 감정이 이루어진 경우 <ul style="list-style-type: none"> - 법원이 증거조사를 통해 인정한 사실이 아니라, 감정인이 독자적으로 판단한 사실을 기초로 감정을 진행한 경우 - 감정 후에 주장 및 증거가 이루어졌고, 그 결과 인정되는 사실 관계가 종전 감정의 전제사실과 다른 경우
▶ 감정인의 작업방법에 중대한 하자가 있는 경우	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 감정인의 감정준비 작업이 해당 전문분야에서 일반적으로 통용되는 전문적 방식에 부합하지 않는 경우 ◦ 선택가능한 다른 전문적 방식이 있음에도 이를 따르지 않았고 그러한 것에 대해 합리적 사유를 밝히지 못한 경우
▶ 감정인의 자격·능력에 문제가 있거나 감정인에게 기피사유가 있는 경우	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 감정인의 전문지식에 대해 의심이 드는 경우 ◦ 감정인에 대한 기피신청이 인용된 경우 ◦ 기피되지는 않았지만, 어느 당사자에 대하여 편파적인 처신을 하였음이 밝혀진 경우

【덧붙임 8】 문서제출명령 대상이 되는 문서의 특성의 정도

구분	특정 정도	
① 문서의 표시 (법 345조 1호)	[원칙]	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 매매계약서, 영수증 등 문서의 종류, 작성자, 작성일자, 표제 등으로 문서를 명확히 특정하여야 한다. ◦ 다른 서류와 합철되어 있다면, 그중 어떤 부분인지를 표시하여 특정한다.
	[예외]	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 신청인에게 개괄적으로 특정할 수밖에 없는 사정이 있고(구체적 사유 및 회피곤란 또는 귀책곤란), 소지인이 그 대상이 되는 문서를 명확히 인식할 수 있다고 추론되는 경우(합리적 추론)에는 그 한도에서 개괄적 표시가 허용된다(모색적 증명의 기준 참조). ◦ 가령, 행정소송, 공해소송, 국가배상소송 등에서, 신청인이 그 작성과정이나 기재된 사건에 관여하지 않은 문서의 제출을 신청하면서, “위 허가신청서 및 첨부서류 이외에, 甲공사가 피고(국가)에게 제출한 조사자료, 참고자료 일체”라 기재한 경우에는 해당 신청을 적법하다고 볼 수 있다. ◦ 위 판단기준은 모색적 증명에서의 증명취지를 완화할 수 있는 기준과 같다고 볼 수 있다.
② 문서의 취지 (법 345조 2호)	[원칙]	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 문서에 기재된 내용의 대강 또는 요지를 기재하여야 한다. ◦ ‘① 문서의 표시’와 더불어 문서제출명령의 대상인 문서를 특정하고, 소지인이 제출할 문서를 식별할 수 있도록 하여야 한다. ◦ ‘증명할 사실’과 제출대상 문서 사이의 관련성(요증사실 관련성) 판단자료로 기능한다. ◦ 문서제출명령에 따르지 아니하거나 제출의무 있는 문서를 훼손·폐기하는 등의 경우, 이러한 사정이 사실인정 자료가 될 수 있다.
	[예외]	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 문서의 취지를 특정하지 못할 구체적 사유가 있고, 이러한 사유를 회피하기 곤란하거나, 신청인에게 책임을 묻기 어려운 경우로서, 그 취지를 합리적으로 추론하여 기재한 경우에는, 문서의 취지를 개괄적이고 추상적으로 기재하더라도 예외적으로 신청이 적법하다고 볼 수 있다(모색적 증거신청의 허용기준 참조). ◦ 가령, “피고 회사는 원자력안전법 제10조 제1항에 따라 이 사건 발전용원자로의 설치 허가를 받기 위해 원자력안전위원회에 제출한 허가신청관계서류에, 이 사건 원자로 구조와 안전성조건을 기재하고 있지만, 여기에는 위 원자로 구조 및 안전성의 구체적 조건에 관해 본질적인 위험성이 내재되어 있음도 명시되어 있을 것이다.” 정도로 기재하였다면, 문서의 취지 기재가 부적법하다고 볼 수 없다.
③ 문서의 소지인	[원칙]	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 문서를 가지고 있는 사람의 성명과 주소를 명시하여 그를

구분	특정 정도	
(법 345조 3호)		<p>특정할 수 있도록 기재한다.</p> <p>▶ 문서의 소지인이 그 문서를 소지하게 된 사정에 관해서도 기재함이 원칙이다.</p> <p>◦ 가령, "서울 00구 00로 00, 김○○, 위 사람은 유언집행자로서 위 문서를 소지한다." 정도로 기재할 수 있다.</p>
	[예외]	<p>▶ 제출명령 심리과정에서 문서의 소지 여부가 다투어지지 않은 경우에는 반드시 문서를 소지하게 된 사정까지 기재할 필요는 없다.</p>
④ 증명할 사실 (법 345조 4호)	[원칙]	<p>▶ 민사소송법 제289조 제1항의 증명할 사실을 가리킨다.</p> <p>▶ 법원은 이 기재사항을 가지고 증거조사의 필요성(제2영역)의 판단을 내리게 되므로, 가능한 한 간명하면서도 구체적으로 적어야 한다.</p>
	[예외]	<p>▶ 모색적 증명 중 증명할 사실을 구체화하기 어려운 사정이 있고, 그것이 회피곤란 또는 귀책곤란하며, 합리적 추론에 기한 것이라면, 그 증명할 사실의 구체적 기재정도가 완화될 수 있다.</p>
⑤ 문서제출원인 (법 345조 5호)	[원칙]	<p>▶ 민사소송법 제344조 각 호의 어느 것에 해당하는지, 또는 상법 제32조에 해당하는지 등을 구체적 사실로써 밝힌다.</p> <p>◦ 가령, "위 문서는 원고의 이익을 위해 작성된 것이므로 유언서의 소지인인 김○○은 민사소송법 제344조 제1항 제3호에 의해 제출의무가 있다."와 같이 기재한다.</p>

【덧붙임 9】 문서제출의무의 대상문서 개요도



【덧붙임 10】 문서제출의무의 대상문서와 예외문서의 상세

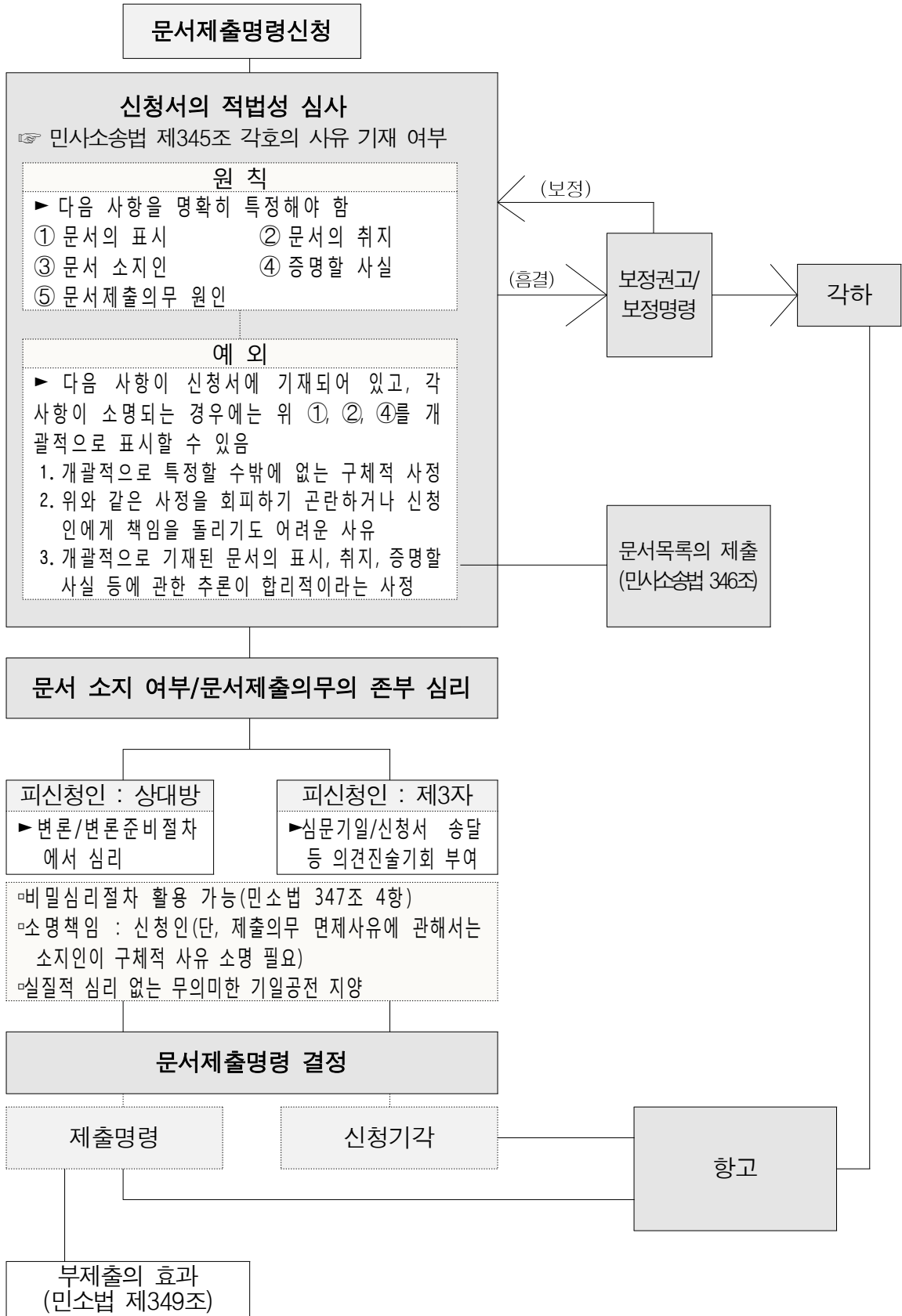
구분	내 용	
① 인용 문서	<p>▶ 소송의 변론이나 준비절차에서 (상대방) 당사자가 인용한 문서 [문헌에서 제시되는 예]</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 변론 전에 제출한 준비서면에 인용된 문서(○) ◦ 증거로 인용하였다가 철회한 문서(○) ◦ 보조참가인이 인용한 문서(○) ◦ 소송에서 탈퇴한 당사자가 탈퇴 전 소송에서 인용한 문서(○) ◦ 준비서면에 인용되지 않았으나, 서증으로 제출된 본인의 진술서나 당사자본인신문 중 에 적극적으로 그 문서의 존재 및 내용이 인용된 문서(○) ◦ 상대방의 증거신청에 대해 반론을 제기하면서 자기가 제출한 증거의 증명력이 높다는 것의 근거로서 그 존재와 내용을 밝힌 문서(○) ◦ 문서의 일부가 인용문서에 해당하는데, 그와 일체불가분 관계에 있는 다른 문서(또는 그 일부분)(○) ◦ 국가가 본안소송에서 자신의 주장을 명백히 하기 위해 인용한 문서(대법원 2011. 7. 6. 자 2010마1659 결정 참조)(○) ◦ 증인이 증언 과정에서 인용한 문서(x) ◦ 증인이 증언 과정에서 인용하였고, 당사자도 그 증언을 원용한 경우에 해당 증언에 나 오는 문서(x) ◦ 문서 그 자체는 인용하지 않고 그 내용만 원용한 경우에, 같은 내용이 기재되어 있는 문서(x) ◦ 문서의 일부가 인용문서인데, 그와 구분되어 있는 다른 문서(또는 그 일부분)(x) 	
② 인도 열람 청구 가능 문서	<p>▶ 당사자가 인도·열람을 구할 수 있는 사법(私法)상 청구권을 갖는 경우 [문헌에서 제시되는 예]</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 인도·열람청구권을 가지는 사람이 보조참가인인 경우(○) ◦ 인도·열람청구권을 가지는 사람이 선정자인 경우(○) ◦ 채권자대위소송이나 주주대표소송 등 소송담당에 의한 소송에서, 회사나 피대 위자 등 본인이 인도·열람청구권을 가지는 경우(○) ◦ 계약상 열람·인도청구권이 부여된 경우(○) ◦ 청구권의 근거가 공법이나 소송법에 근거한 경우(x) <p>·소송기록의 열람청구권(민소 162조) ·증명서 교부청구권(민소 162조) → 신청인이 자신의 공법상 권리로 ·등기사항 열람청구권(부등 19조) 인도·열람청구가 가능함</p>	
③-1 이익 문서	<p>▶ 증거신청인의 이익을 위해 작성된 문서</p> <p>▷ 본래 의미 : 증거신청인의 지 위, 권리 또는 권한을 직접 증명하거나 그 기초가 되는 법률관계를 처분하기 위해 작</p>	<p>제 출 의 무 면 제</p> <p>㉠ 공무원의 직무상 비밀문서</p> <p>▶ ① 공무원의 직무상 비밀에 관한 문서로서, ② 민사소송법 제304조~제306조의 동의를 얻지 못한 것</p>

구분	내 용												
	<p>성된 문서</p> <p>▶ 소송상 이익으로 확대 논의 : 실제적 이익뿐 아니라 쟁점의 해명이라는 '소송상 이익'을 위해 작성된 문서도 이익문서에 포함될 수 있다는 논의 있음</p> <p>[문헌에서 제시되는 예]</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 보조참가인, 소송담당자 수행 소송에서의 본인, 선정자를 위해 작성된 문서(○) ◦ 유언장, 계약서, 대리권한 증명용 위임장, 신분증명서 등 (○) ◦ 작성 동기나 목적이 증거신청인을 위한 것이 아닌 단순한 통신문서(x) 	<table border="1" data-bbox="850 392 1334 577"> <tr> <td>비밀주체</td> <td>국회의원</td> <td>국무총리/국무위원</td> <td>공무원</td> </tr> <tr> <td rowspan="2">동의기관</td> <td>국회</td> <td>국무회의</td> <td>소속관청/감독관청</td> </tr> <tr> <td colspan="3">국가의 중대한 이익 침해 시에만 동의거부 가능</td> </tr> </table> <p>*대통령, 국회의장, 대법원장, 헌법재판소장은 그의 동의가 필요함</p> <ul style="list-style-type: none"> - 해당 문서를 반드시 공무원이 소지하고 있어야 하는 것은 아님 <ul style="list-style-type: none"> ◦ 예 : 공군의 항공기 제작을 맡은 사기업이 국방부가 작성한 설계도를 소지한 경우 ▶ ❶ "공무원의 직무상 비밀에 관한 문서" <ol style="list-style-type: none"> ① 공무원이 직무상 알게 된 비밀 ② 비공지의 사실 ③ 비밀로서의 실질적 보호가치 <p>*공공기관의 정보공개에 관한 법률상 '공개정보'는 비밀이 될 수 없음. 그러나 '비공개' 정보라도 언제나 비밀이 되는 것은 아님</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ ❷ 동의거부사유로서의 "국가의 중대한 이익 침해" ≡ 진실발견이라는 소송상 이익보다 더 큰 국가적 손해 발생 우려 <p>*해당 문서의 성격에 의한 추상적 우려(x) *해당 문서 기재내용에 의한 구체적 우려(○)</p> <p style="text-align: center;">㉔ 자기부죄거부특권 행사가능문서, 치욕성 문서</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ ❶ 대상자 <ol style="list-style-type: none"> ① 문서소지인 ② 문서소지인의 배우자(전 배우자) ③ 문서소지인의 친족(친족이었던 사람) ④ 문서소지인의 후견인(구 후견인) ▶ ❷ 증거조사 필요성과의 형량 <ul style="list-style-type: none"> ☞ 진실발견이라는 소송상 이익과 해당 문서의 증거조사를 통해 위 대상자가 겪을 불이익, 그 우려의 정도를 형량하여 판단함 <p>*단, ①은 헌법 12조 2항 후단과의 관계상 절대적 보호대상이고, ②, ④도 보호이익이 크므로, 주로 형량의 문제는 ③에 관해 문제됨</p>	비밀주체	국회의원	국무총리/국무위원	공무원	동의기관	국회	국무회의	소속관청/감독관청	국가의 중대한 이익 침해 시에만 동의거부 가능		
비밀주체	국회의원	국무총리/국무위원	공무원										
동의기관	국회	국무회의	소속관청/감독관청										
	국가의 중대한 이익 침해 시에만 동의거부 가능												
③-2 법률 관계 문서	<p>▶ 증거신청인과 문서소지인 사이의 법률관계에 관해 작성된 문서</p> <p>[문헌에서 제시되는 예]</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 보조참가인, 소송담당자 수행 소송에서의 본인, 선정자를 위해 작성된 문서(○) ◦ 계약서, 화물배달수취장, 차임 지급통장, 매매계약 당시 교부된 인감증명서, 계약해제통 												

구분	내 용								
	<p>지서 등(○)</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 법률관계 그 자체가 기재된 처분문서는 아니나 법률관계와 관련된 사항, 법률관계를 발생시키는 사항이 기재된 문서를 포함한다. • 압수수색영장(○), 압수수색영장청구서(○), 구속영장청구의 자료가 된 고소장 및 피해자의 진술조서(○) • 사법시험 응시자들의 답안지(○), 국립병원 의료수가표(○) ◦ 증거신청인과 문서소지인 사이의 법률관계에 관한 문서라면, 반드시 증거신청인과 문서소지인 사이에 작성될 필요가 없다. ◦ 법률관계 요건사실의 전부 또는 일부 그 자체, 그 관계 전부 또는 일부의 기초가 되거나 표리관계에 있는 사항을 명확히 할 목적으로 작성된 문서(○) ◦ 오로지 자기가 사용하기 위해 작성한 데 지나지 않은 내부 문서(x) 								
	<p>㉔ 전문직의 직업상 비밀문서</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ ① 대상자 변호사·변리사·공증인·공인회계사·세무사·의료인·약사, 그 밖에 법령에 따라 비밀을 지킬 의무가 있는 직책 또는 종교의 직책에 있거나 이러한 직책에 있었던 사람 ▶ ② 대상자의 직무상 비밀에 속하는 사항 <ul style="list-style-type: none"> ① 대상자가 직무상 알게 된 비밀 ② 비공지의 사실 ③ 비밀로서 보호할 주관적, 객관적 가치(실질가치성) <ul style="list-style-type: none"> *개인(의뢰인)의 사적 비밀과 전문직업인의 일반적 직무수행을 보호하려는 규정취지를 고려하여 사적 비밀의 실질가치성의 정도를 판단함 *비밀의 주체가 스스로 문서제출명령을 신청한 경우나 제출에 동의한 경우에는 주관적 보호가치성 상실함 ▶ ③ 증거조사 필요성과의 형량 <ul style="list-style-type: none"> ☞ 진실발견이라는 소송상 이익과 해당 문서의 증거조사를 통해 대상자의 직무수행 곤란성 및 비밀주체의 불이익, 그 우려의 정도를 형량하여 판단함 								
	<p>㉕ 기술상, 직업상 비밀문서</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ ① 대상문서 <table border="1" data-bbox="837 1344 1332 1736"> <thead> <tr> <th>종류</th> <th>내용(예시)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>기술상 비밀문서</td> <td>공개되면 기술의 가치가 하락하여 사회·경제활동이 어려워질 우려가 있는 문서</td> </tr> <tr> <td>직업상 비밀문서</td> <td>공개되면 그 직업에 경제적으로 중대한 타격을 주는 문서(예 : 은행의 거래처에 대한 분석평가정보 중 신용관리 리스크 부분)</td> </tr> <tr> <td colspan="2">*제3자의 비밀은 여기에 해당하지 않음(예 : 금융기관이 자신이 소지하는 문서에 대해 고객의 비밀보호를 주장하는 때)</td> </tr> </tbody> </table> ▶ ② 비밀로서의 보호가치성 해당 정보의 내용, 성질, 그 정보가 공개됨으로써 해당 문서소지인에게 초래될 불이익의 정도 고려 ▶ ③ 증거조사 필요성과의 형량 <ul style="list-style-type: none"> ☞ 진실발견이라는 소송상 이익과 공개를 	종류	내용(예시)	기술상 비밀문서	공개되면 기술의 가치가 하락하여 사회·경제활동이 어려워질 우려가 있는 문서	직업상 비밀문서	공개되면 그 직업에 경제적으로 중대한 타격을 주는 문서(예 : 은행의 거래처에 대한 분석평가정보 중 신용관리 리스크 부분)	*제3자의 비밀은 여기에 해당하지 않음(예 : 금융기관이 자신이 소지하는 문서에 대해 고객의 비밀보호를 주장하는 때)	
종류	내용(예시)								
기술상 비밀문서	공개되면 기술의 가치가 하락하여 사회·경제활동이 어려워질 우려가 있는 문서								
직업상 비밀문서	공개되면 그 직업에 경제적으로 중대한 타격을 주는 문서(예 : 은행의 거래처에 대한 분석평가정보 중 신용관리 리스크 부분)								
*제3자의 비밀은 여기에 해당하지 않음(예 : 금융기관이 자신이 소지하는 문서에 대해 고객의 비밀보호를 주장하는 때)									

구분	내 용		
			<p>통해 소지인에게 미칠 실질적 손해의 크기, 그 우려의 정도(비밀로서의 보호가치성)를 형량하여 판단함</p>
<p>④ 일반 문서</p>	<p>▶ 인용문서, 인도·열람문서, 이익문서, 법률관계문서가 아니더라도, 오른쪽의 제출의무면제문서를 제외하고는 문서제출의무의 대상이 됨</p>	<p>제출의무면제</p>	<p>㉠ 공무원의 직무상 보관문서</p> <p>▶ 공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서</p> <p>- 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따른 정보공개제도를 통해 문서를 확보할 수 있음을 전제로 제출의무대상에서 제외하고 있음</p> <p>- 그러나 위 법률에 따른 공개에는 한계가 있기 때문에, 여전히 ③-1의 '이익문서'를 '소송상 이익'까지 포함한 개념으로 확대해석할 필요가 남아 있다는 논의가 있음</p> <p>㉡ 자기부죄거부권 행사가능 문서, 치욕성 문서</p> <p>▶ 위 내용 참조</p> <p>㉢ 기술상, 직업상 비밀문서</p> <p>▶ 위 내용 참조</p> <p>㉣ 자기이용문서</p> <p>▶ 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서</p> <p>- 정형적인 예시 : 일기, 가계부, 메모, 서신 등</p> <p>- 그 밖에 은행의 대출품의서, 기업 내 사내 통지문 등에 관해서는 학설상 견해 대립</p> <p>▶ 증거조사 필요성과의 형량</p> <p>☞ 진실발견이라는 소송상 이익과 공개를 통해 자기이용문서의 소지인에게 미칠 실질적 손해의 크기, 그 우려의 정도를 형량하여 판단함</p>

【덧붙임 11】 문서제출명령 절차개요도



【덧붙임 12】 관련사건 대기에 따른 절차진행 기준

□ 관련사건이 형사사건인 경우

구분	사건유형	기준
기소전 단계 (수사중)	직접관련 사건	▶ 기소 단계까지 대기 ◦ 불기소 처분 시 : 사건진행 ◦ 기소 시 : 제1심 판결 선고 시까지 대기
	간접관련 사건	▶ 쌍방 모두 대기 의견 ⇨ 대기 ▶ 당사자 중 일방이라도 진행 의견 ⇨ 진행
기소후 1심판결전 단계	직접관련 사건	▶ 1심 판결 선고 시까지 대기 ◦ 추정하면서 조서에 1심 판결시까지(만) 기다리기로 쌍방 합의한 사실 기재
	간접관련 사건	▶ 2~3개월 내 선고가능성 있는 경우 : 대기 ▶ 그 이외의 경우는 원칙적 절차진행
1심판결후 상소심절차단계	직접관련 사건	▶ 원칙적 미대기, 절차진행 ▶ 예외적으로 다음 사유에 대기 ◦ 1심에서 유리한 판결을 받은 당사자가 대기 요청에 동의 ◦ 1심 판결문, 항소장, 항소이유서 등을 검토한 결과, 1심 판결문 자체의 논리적 오류가 발견되거나 항소이유에 상당한 근거가 있고 이에 관한 핵심적 증거가 새로 제시된 경우 ◦ 동일한 법률적 쟁점에 관해 1심 또는 2심에서 서로 다른 결론을 내리고 있어 상급심에서 통일적인 해석을 내릴 것으로 기대되는 경우
	간접관련 사건	▶ 원칙적 미대기, 절차진행 ◦ 상소심 판결이 선고되면 증거 또는 참고자료로 활용

- 직접관련 사건 : 동일한 당사자 사이에 동일한 사실관계와 법적 쟁점을 다루는 다른 법원, 재판부, 수사기관 등의 사건
- 간접관련 사건 : 다른 법원, 다른 재판부의 재판이나 수사기관의 수사결과 등이 해당 사건의 사실관계나 법적 쟁점에 관한 판단에 영향을 미칠 수 있는 사건

[덧붙임 13] 정보주체별 채부판단의 기준과 절차

정보주체	채부판단의 기준과 절차
상대방 당사자	<p>▶ 조회대상 정보와 증명할 사실과의 관련성이 인정되면 쟁점판단에 필요한 대상과 범위를 정해 해당 정보의 제출명령을 내릴 수 있다(원칙).</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 조회대상 정보와 증명할 사실과의 관련성이 명백히 부정되면, 해당 제출명령신청은 채택하지 아니한다. 조회대상 정보 중 일부에 대해 관련성이 명백히 부정되면 해당 부분의 신청을 채택하지 아니한다. ◦ 관련성이 인정되더라도, 광범위한 기간의 상대방 금융정보를 무분별하게 제출할 것을 신청하는 경우에는 해당 정보의 쟁점판단 필요성 심사를 통해 범위와 대상을 제한한다. ◦ 만일, 상대방 당사자가 제출할 수 있는 다른 증거방법이나 그 밖의 대체적 증거방법이 있을 때에는 증거협의를 통해 이를 먼저 활용하는 방안을 권유할 수 있다. <p>[예시]</p> <p>피고의 자력상태에 비추어 원고와 동업계약을 체결한 것은 기망에 해당한다고 주장하면서, 피고 명의의 모든 예금계좌의 전체 거래내역에 관한 제출명령을 신청하는 경우</p> <ul style="list-style-type: none"> ☞ ① 피고로 하여금 계약체결 전후의 잔고현황을 밝히도록 하고, 원고가 그 잔고현황에 대해 합리적 의혹을 제기하는 계좌에 대해서만 계약체결 전후의 일정한 기간에 관한 거래내역을 조회하도록 제출명령을 내린다. ☞ ②① 피고가 현황을 밝히지 않는 경우에는 그 사유를 기록에 남기고 쟁점판단에 필요하다고 보이는 한도에서 범위와 대상을 제한하여 제출명령을 채택한다. ② 원고와 피고가 증거협의를 권유에 불응하는 경우에도, 그 사유를 기록에 남기고 쟁점판단에 필요하다고 보이는 최소한의 범위 내에서만 제출명령을 채택한다.
제3자	<p>▶ 조회대상 정보와 증명할 사실과의 관련성 정도와 쟁점판단 필요성 정도가 높은 경우에만 채택한다(원칙).</p> <ul style="list-style-type: none"> ◦ 우선, 대상이 된 금융정보와 증명할 사실과의 관련성 정도를 파악하기 위해서는 상대방과 제3자와의 인적 관계와 거래에 관한 구체적 내용이 증거신청서 등에 표시되어 있어야 한다. <ul style="list-style-type: none"> ▸ 보정의 기회를 주었음에도 이를 표시하지 않을 경우 부적법한 증거신청으로 각하할 수 있다. ▸ 상대방에 대한 금융거래정보가 변론에 현출되어 있다면, 증거신청서에 관련성에 관한 구체적 내용을 표시하기 용이하다. 따라서 상대방에 대한 금융거래정보를 현출하지 않은 채 제3자에 대한 금융거래정보 제출명령을 신청하는 경우에는 상대방에 대한 금융거래정보를 먼저 신청하도록 권유하거나 증거협의를 할 수 있다. ◦ 나아가, 증거신청서 등에 표시되어 있는 상대방과 제3자와의 인적 관계 및 거래에 관한 구체적 내용을 인정할 수 있는 자료도 제시되어야 한다. <p>[조회대상 정보와 증명할 사실과의 관련성 판단시 참고할 자료]</p> <ul style="list-style-type: none"> ▸ 당사자의 금융거래 시기 및 이 시기에 상응하는 당사자와 제3자 사이

의 금융거래관계, 당사자와 제3자 사이의 인적관계 또는 동거·독립 생계여부, 제3자의 직업, 당사자와 제3자의 통장관리실태 등을 종합하여 관련성을 판단한다.

▶ 가령, 상대방의 횡령이나 증여 또는 책임재산 면탈 등이 쟁점인 사안에서 제3자가 상대방의 가족이나 가까운 친인척, 피용자 등에 해당할 때에는, 비록 구체적 거래관계에 관한 명확한 자료가 제시되지 않고, 단지 의심할만한 자료가 제출된 경우에도 조회할 금융거래정보와 증명할 사실 사이의 관련성 정도를 높게 평가할 수 있다.

▶ 상대방과 제3자 사이의 인적관계가 약할수록 구체적 거래관계에 관한 근거자료는 더욱 충분히 뒷받침되어야 한다.

◦ 관련성의 정도가 높게 인정되더라도, 곧바로 제3자의 금융자료를 조회할 것이 아니라 다음의 과정을 거치도록 한다.

[제3자 금융자료 제출명령 전의 과정]

▶ 먼저 확인 또는 의심의 대상이 된 상대방과 제3자의 거래관계나 송금관계의 사유와 목적을 상대방에게 해명할 수 있는 기회를 부여한다. 이때 다음의 경우에 해당하면, 확인 또는 의심의 대상이 된 관계에 기초하여 직접 관련된 부분(쟁점판단 필요성이 높은 부분)에 한해 제출명령을 내린다.

① 기회를 부여하였음에도 상대방이 지체 없이 확인된 관계의 사유와 목적을 해명하지 않는 경우

② 상대방의 해명에도 불구하고, 신청당사자가 주장하는 사실의 존재에 관한 합리적 의심이 남아 있거나 그러한 의심을 다시 불러일으킬 만한 신청당사자의 다른 근거제시가 있는 경우

◦ 제3자의 금융거래정보에 대한 제출명령을 내리더라도, 조회 대상기관 및 기간을 필요최소한의 범위로 제한한다.

▶ 확인되거나 의심의 대상이 되는 구체적 거래관계 또는 송금관계와 직접적으로 관련된 대상기관과 기간 범위 내에서 제출명령을 내린다.

[제3자 금융거래정보 제출명령의 범위결정시 유의할 사항]

▶ 「제3자의 모든 금융기관에 개설한 예금계좌 일체」, 「상대방 명의로 된 계좌와 연결된 제3자의 모든 계좌」 등 포괄계좌 또는 포괄적 연결계좌에 대한 제출명령은 허용하지 아니 한다.

▶ 확인되거나 의심의 대상이 되는 구체적 거래관계나 송금관계의 시기, 거래금융기관을 최대한 특정하고, 그 범위 내의 기간과 대상기관을 정하여 제출명령을 내린다.

▶ 제출을 명하는 정보는 구체적으로 특정되어야 하고, 「관련 금융거래자료」, 「관련된 금융거래정보」 등의 불특정 정보를 제출하라는 명령은 내리지 아니한다.

◦ 금융거래정보 제출명령 결과에 따라 추가 제출명령 여부를 판단할 수 있으므로, 조회 대상기관 및 기간은 엄격하게 심사한다.