

모색적 증거신청의 부적법 판단 + 실무적 포인트 + 무효사유 관련 사실조회신청



민사소송법상 '**모색적 증거신청**'은 원칙적으로 허용되지 않습니다. 모색적 증거신청이란 증명할 사실과 증거의 관계를 구체적으로 밝히지 않거나, 증거조사를 통해 새로운 주장 사항을 만들어 내려는 의도에서 신청하는 증거방법입니다.

춘천지방법원 2015. 6. 3. 선고 2014가단32802 판결에서 사실조회신청을 모색적 증거신청으로 보고 증거신청을 기각하였습니다. 위 판결에서 관련 법리와 허용되는 예외적 사유를 상세하게 기재하고 있습니다. 판결문을 첨부하고, 그 중 주요 판시내용을 아래와 같이 인용합니다.

"증거신청을 채택하기 위해서는, ① 민사소송법과 민사소송규칙이 정하는 방식을 준수하여야 하는 증거신청의 적법성, ② 신청 당시를 기준으로 신청한 증거를 조사하면 요증사실을 인정될 수 있다는 요증사실 관련성, ③ 증명할 사실이나 증거가 쟁점판단에 필요하다는 쟁점판단 필요성, ④ 상대방이나 제3자에 대한 프라이버시 침해 우려 등의 요소와

비교·형량하는 등의 과정을 거쳐 공정하고 실효성 있는 권리보호를 위하여 필요하다는 절차운영의 적정성을 모두 구비하여야 한다.

그리고 당사자가 증명할 사실을 특정하지 아니한 채 증거조사를 통하여 새로운 주장사항을 만들어 내려는 **모색적 증거신청**, 즉 증거를 신청하는 당사자 스스로 알지 못하는 사실을 증거조사를 통하여 획득하고 이를 자기 주장의 기초로 삼으려는 의도로 증거를 신청하는 경우나, 당사자가 어떠한 'A 사실'을 주장하지만, 그러한 'A 사실'에 관한 아무런 실마리가 없는 경우에 그러한 'A 사실'을 증명하기 위한 증거신청을 하는 경우 등은 **원칙적으로 부적법하다**.

다만 ① **상대방의 배타적 증거 지배**, **신청인의 접근 곤란** 등으로 증명 취지를 밝힐 수 없는 구체적 사유가 있고, ② 해당 증거방법으로 증거조사 필요성(요증사실 관련성 및쟁점판단 필요성)을 추론하는 것이 합리적이라는 사정이 있어야 하며, ③ **다른 회피 수단이 없어 모색적 증거신청이 불가피한 사정이 존재**하여야 하거나, ④ 증거신청인에게 귀책사유가 없는 경우는 **예외적으로 허용할 수 있다**고 할 것이다."

법원은 위 판결 사안에서 사실조회 신청을 모색적 증거신청으로서 부적법하다고 기각하면서 나아가 다음과 같이 그 사실조회 신청이 유일한 증거방법에 해당하더라도 마찬가지로 판시하였습니다.

"피고의 위 증거신청이 **유일한 증거**라고 하더라도 그 신청은 적법하여야 하므로, 위 증거신청이 부적법하므로, 반드시 증거신청을 채택하여 증거조사를 하여야 하는 것도 아니다."

대법원 2014년 배포한 "**민사증거 채부기준 실무 운영방안_적정한 증거채부 실무운영 방안**"을 참고로 살펴봅니다. 위 실무운영방안 제13면에 모색적 증거신청에도 불구하고 예외적으로 증거신청을 허용해야 하는 경우를 다음과 같이 설명하고 있습니다.

▣ 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.

- 입증취지를 구체적으로 명시하지 않은 채 해당 증거신청을 하게 된 구체적 사유(예를 들면, 상대방의 배타적 증거지배, 신청인의 접근 곤란, 법령상의 제한, 증거에 대한 정보 부재 등)를 밝혀야 하고, 해당 증거방법으로 증거조사 필요성(요증사실 관련성이나 쟁점 판단 필요성)을 추론하는 것이 합리적이라는 사정(예를 들면, 경험칙, 전문지식, 그 밖의 개별 특성 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 입증방법으로는 요증 사실을 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 추론을 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 구체

적 사유 및 합리적 추론 중 상대방이 알 수 있는 사정에 관해 석명권 행사의 일환으로 불분명한 사실상 사항에 관해 상대방에게 질문하는 등의 조치를 취한 이후에 채부판단을 함이 상당하다.

변리사 22년/변호사 14년 경력, 특허심판소송, 손해배상, 형사소송, 해외분쟁, One-Stop 대응

T. 02-591-0657 E. kkh@kasanlaw.com H. www.kasanlaw.com