

# 民事訴訟法の 理想과 立證責任論의 再照明

김 기 영\*

## I. 序 論

### 1. 立證責任의 概念

立證責任은 소송에 있어서 要證事實의 存否가 불명확한 경우에 不利한 法律判斷을 받게되는 當事者의 一方이 부담하는 不利益 내지 危險을 말하는 것으로, 이는 立證責任分配의 원칙의 존재를 전제로 하는 것이다. 民事裁判에 있어서 事實의 確定은 아무리 그 重要性을 강조해도 지나치지 않는 것이며 실제로 當事者나 事實審 法院의 가장 중요한 관심사가 되는 것이다. 한편 이러한 사실의 확정은 原則的으로 證據에 의하여야 하고 法院은 提出된 證據에 經驗則, 論理則등을 적용하여 要件事實의 存否를 확정하게 된다. 그러나 이러한 경우에도 事實審 辯論終結時까지 要證事實의 存否가 명확히 밝혀지지 않는 경우가 있는데<sup>1)</sup>, 法院은 이러한 경우 立證責任의 原理를 적용하게 되어 있는 것이다.

### 2. 立證責任分配論의 相對性

이러한 立證責任의 概念은 民事소송의 證據法상의 概念임에도 불구하고, 입증책임의 분배론은 실제 實體法規의 分析을 기반으로 하여 발달하여 왔고 이때에 그 指導原理는 대체로 訴訟節次上의 公平의 原則에 근거한 것으로 생각된다. 이러한 입증책임분배론은 아래에서 보는 바와 같이 要證事實分類說, 法律要件

---

\* 중앙대 법대 조교수

1) 當事者의 主張, 立證活動이 완료된 때 法院은 대부분의 경우 經驗則등에 기한 事實의 推定 방법등에 의하여 事實을 確定할 수 있는 경우가 보통일 것이다.

分類說 등의 전통적 견해가 있어 왔지만 筆者의 見解로는 이는 어디까지나 絶對的인 것이 아니고 보다 큰 法的 價値 理念에 봉사하는 相對的이고 實踐的인 意味를 갖는 것이 아닌가 보여진다. 종래 民事訴訟이 추구하고 달성하여야 할 理想은 適正, 公平, 迅速, 經濟의 原則등이라 할 것이고, 그중에서도 適正의 이상, 즉 法院은 올바르게 사실을 확정하고, 이 確定된 事實에 法을 올바르게 적용하여 裁判을 통해 社會正義를 구현하여야 한다는 理想은 모든 民事訴訟의 가치중 그 첫번째로 꼽혀왔다<sup>2)</sup>. 이렇듯 民事訴訟에 있어 實體的 眞實의 추구 및 이에 바탕한 社會正義의 實現은 民事訴訟法의 哲學的 價値構造論을 거론하지 않더라도 사실 訴訟當事者의 가장 첨예한 關心이 집중되는 사안이라 할 것이고, 이의 왜곡은 一般市民의 法院不信의 가장 큰 原因이 된다고 아니할 수 없다.

立證責任分配論이 역사적 사실재현의 불완전성의 현실과 法院이 裁判을 거부할 없다는 當爲性의 고려하에 그 理論的 존재의의를 갖는다 할지라도 그 探證活動상의 역할이 가볍게 看過 될 수는 없는 것이다. 따라서 傳統的 立證責任分配論이 소송당사자들의 實體的 眞實의 發見을 위한 充分하고도 誠實한 主張 立證활동을 유도하는데 실패하거나 오히려 障礙가 된다면 이는 진지하게 再考察할 필요가 있다고 아니할 수 없다. 이는 특히 當事者간의 事實關係가 複雜하고 傳聞的인 立證資料에 의존하는 現代型 訴訟에서 부각되어 나타나는 現象이라 할 것인 바, 이하 이러한 視角에서 立證責任論을 재조명 하여 보고자 한다.

## II. 立證責任의 分配

### 1. 立證責任 分配의 意義

立證責任의 分配란 심리의 종결후에도 主要事實의 存否가 不明인 경우에 그 결과를 어떤 當事者의 不利益으로 돌릴 것인가의 문제이다. 즉 원고가 賣買契約의 締結을 주장하면서 그 契約에 基하여 피고에게 賣買代金を 訴求하고 피고가 辨濟의 抗辯을 주장한 경우에 변제사실의 존부가 不明인채로 심리가 完結된 경우 法院은 이의 존재를 認定하여 원고에게 그 불이익을 돌릴 것인가, 그 존재를 否定하여 피고에게 그 불이익을 돌릴 것인가의 問題에 直面하게 되는 것이다.

2) 李時潤, 民事訴訟法, 26면; 宋相現, 民事訴訟法, 17면; 姜玆中, 民事訴訟法, 13면.

이러한 立證責任 分配의 理論은 입증의 책임은 主張하는 者에게 있고, 부정하는 자에게는 없다 라는 법언에서 볼 수 있듯이 古來 로마법이래의 法律問題로 등장하였고, 한편 이는 立證의 不明을 前題로 하는 것이므로 必然的으로 辯論主義 訴訟構造를 전제로 하는 것은 아니고 職權探知主義에서도 問題가 된다 할 것이다.

이러한 立證責任의 分配에 관하여는 그 原論的 基準에 관하여 現행법상 明文의 原則이 提示되고 있지 않으며, 개개의 實體法規의 探索을 통하여 개개의 경우에 그 기준이 제시되어 왔다<sup>3)</sup>. 한편 그 一般的 基準에 관하여는 아래에서 보듯이 크게 要證事實分類說과 法律要件分類說의 學說상의 기준이 있어왔다.

## 2. 要證事實分類說

要證事實分類說은 많은 이론적 비판을 통하여 過去之사가 된 학설로서, 要證事實의 性質이나 事實의 蓋然性을 표준으로 삼아 立證責任을 分配하여야 한다는 것을 그 주요내용으로 한다<sup>4)</sup>. 여기에도 다시 消極的 事實說과 外界事實說의 두가지 學說이 있다. 消極的 事實說에 의하면 積極的 事實을 진술하는 자는 이것을 立證하여야 하고, 消極的으로 이를 否定하는 者는 입증책임을 지지 아니하는 것으로 解釋하는 것이다. 外界事實說은 매매계약의 체결등의 外界事實은 이를 입증하여야 하지만, 内心의 意思등은 외계사실이 아닌 것으로서 立證을 요하지 아니한다고 본다. 消極的 事實說에 의하면 먼저 무엇이 積極的 事實인가의 概念限界가 모호하고 소극적으로 사실을 부정한다는 것은 동시에 積極的으로 그 대립되는 사실을 肯定하는 측면을 가지므로 입증책임의 분배에 관한 中立的이고 決定的인 기준을 제시하였다고 보기 어렵다는 批判이 있다. 外界事實說 역시 外界事實의 개념이 불명확하고 立證의 困難問題를 입증책임 분배에 도입하여 理論上의 混亂을 야기하고 있다는 批判을 받고 있다. 이러한 2가지 學說은 모두 法律要件을 도외시하고 단순히 要證事實의 性質이나 内容에 의존하여 입증책임을 분배하므로써 立證責任分配理論이 갖는 對立當事者간의 公平한 立證의 分擔이라는 利害調整적 측면을 輕視하고 있다는 약점을 또한 배태하고 있는 것이다.

3) 個個의 立證責任의 分配에 관하여 法律이 明文으로 규정하고 있는 경우, 예컨대 민법 제 135조 1항, 상법 제 115조, 자동차 손해배상보장법 제3조 단서 등의 경우에는 그에 따르면 될 것이다.

4) 梁炳晦, 立證責任의 分配에 관한 小考, 建國大學校 社會科學 第19集, 6면.

### 3. 法律要件分類說

法律要件分類說은 規範說이라고도 하는 것으로 각 當事者는 자기에게 有利한 法規의 要件事實의 存否에 대하여 立證責任을 지는 것으로 解釋하는 見解이다. 이 學說에 의하면 먼저 法規를 基礎法規(Grundnorm)와 反對法規(Gegennorm)로 區分하고 각 法規에 의한 法律上 效果를 主張하는 자는 그 效果發生에 필요한 法律要件을 構成하는 事實을 立證하는 責任을 負擔하는 것으로 그 分配의 基準을 삼는다.

이러한 法律要件分類說은 종래 因果關係說, 特別要件說, 利益說 및 根據要件說로 다시 세분된다<sup>5)</sup>.

(1) 因果關係說 : 이 설은 原因되는 事實과 단지 條件되는 事實을 구별하여 權利關係를 발생시키는데 가장 有力한 條件이 되는 것이 原因이고, 이를 構成하는 事實은 原因되는 事實로서 權利關係를 주장하는 자가 그 原因事實을 주장 입증하지 않으면 안되는 것이고 단지 條件에 불과한 事實은 反對當事者가 이를 입증하여야 하는 것으로 理論 構成한다. 그러나 有力한 條件이 되는 原因의 判定이 용이하지 않다.

(2) 特別要件說 : 이 설은 일정한 法律效果의 발생에 필요한 法律要件을 特別要件과 一般要件으로 나누고 特別要件은 당해 法律效果를 주장하는 자가 立證責任을 부담하고, 一般要件은 그 不存在를 주장하는 자가 이를 立證하여야 한다고 하는 理論이다. 이 설 역시 一般要件의 範圍의 불명확과 公平의 原則 등과의 관계에서 問題點이 있다는 批判이 있다.

(3) 利益說 : 이 설은 法律要件을 이익 불이익의 觀點에서 구별하여 一定한 事實의 입증에 一方 當事者에게 敗訴의 不利益을 면하게 하는 경우 이는 그 當事者에게 이익되는 要件事實로 보아 당해 당사자에게 그 立證責任을 分配하는 理論이다. 그러나 이는 사실에는 對立되는 反對事實이 존재하므로 그 反對事實에 관하여는 他方當事者에게 立證責任이 돌아 가게 되므로 쌍방당사자 모두에게 立證責任이 돌아갈 수 있다는 理論的 奇現象이 발생한다는 批判이 있다.

5) 梁炳會, 前掲論文, 78면; 鄭東潤, 民事訴訟法 450면 以下.

(4) 根據要件說 : 이 설은 法律要件을 권리관계의 發生, 消滅이라는 점에 착안하여 權利關係가 발생하는데 必要한 要件事實은 그 法律效果의 발생을 주장하는 자에게 立證責任이 돌아 가고, 이의 消滅 등에 관한 사실은 相對方에게 그 입증책임이 있다는 理論이다. 權利關係의 發生, 消滅의 법률효과를 발생시키는 根據要件을 중시하여 立證責任을 分配한다하여 根據要件說이라고 한다.

대체로 法律要件分類說에 의하는 경우 다음의 原則에 의하여 立證責任의 分配가 이루어 진다.

權利의 存在를 주장하는 자는 權利根據規定의 要件事實에 대하여 입증책임을 진다. 보통 이는 請求原因事實로서 나타날 것이다. 權利障礙規定, 예컨대 선량한 풍속위반 등의 부존재에 관하여는 이를 立證할 責任이 없다. 權利의 存在를 다투는 상대방은 反對規定의 요건 사실에 관하여 立證責任을 진다. 즉 不公正한 法律行爲 등의 權利障礙事實, 유치권의 존재 등의 權利沮止事實, 변제나 시효 소멸완성 등의 權利滅却事實 등의 要件事實을 주장 입증하여야 한다.

#### 4. 小結論

이러한 전통적 立證責任의 分配原則에 의할 때 가장 主要한 支配原理는 實體法規의 形式構造 및 趣旨 등이 될 것이나 구체적으로 이를 解하는데 있어 訴訟節次上의 公平의 觀念外에 당사자에게 能動的인 입증활동을 유도하고 實體的 眞實을 발견하는데 필요한 訴訟資料의 충분하고도 ̑족한 確保라는 정책적 고려를 看果해서는 아니될 것이다. 그런데 전통적 規範說의 部分的 修正에 그치지 아니하고 規範說을 전면적으로 부정하면서 新規準을 제창하는 新說등이 대두되고 있는 바 이에는 소위 독일에서 주창되고 있는 蓋然性說과 일본에서 새로이 제기되고 있는 石田穰의 利益較量說 등을 들 수 있다. 蓋然性說에 의하면 證明責任分配의 제1 기준으로 개연성을 들고 있는 바, 蓋然性은 原則, 例外의 고려에 기하고 있으며 公平性의 실질적 고량으로부터 원고는 통상의 경우를 증명하면 족하고 피고는 예외에 관해서 證明責任을 負擔한다고 설명한다. 한편 利益較量說에 의하면 입증책임은 衡平의 觀點으로부터 제시된 規準에 의하여 배분되어야 한다고 설명하고 민법 제 135조 1항, 민법 제 453조, 자동차손해 배상보장법 제3조 단서 및 민법 제 197조 등의 法律上 推定規定이 있거나 민법 제 755조 1항, 제750조등과 같이 이를 對比하여 考察할 때 一般不法行爲의 경우에는 피해자가 가해자의 故意, 過失의 존재를 立證하여야 하는 立法者의 意思가 명백히 推論되는 경우에는 그에 의하여야 할 것이나 그렇지 아니하는 경

우에는 입증책임의 배분에 관한 法律上的 規定의 類推解釋이나 反對解釋에 의하여 그 欠缺을 보충한다고 解釋한다. 나아가 그에 의해서도 보충되지 아니하는 경우에는 證據와의 거리, 事實의 性質에 따른 立證의 難易, 사실의 존재, 부존재에 관한 蓋然性, 실체법의 立法趣旨, 信義則 등의 規準에 의하여 입증책임을 분배할 것이라고 한다. 이러한 新學說들은 특정한 분야의 입증책임의 분배(예컨대 후술하는 不法行爲法 分野)의 문제의 해결에서 특히 實際的 長點을 부인 할 수 없다 할 것이다. 이에 대하여 이러한 說들이 일반적으로 타당한 立證責任分配의 原理로서는 너무 抽象的이고 막연하여 당사자에게 具體的 規準을 제시하였다고 보기에는 難點이 있다는 批判이 있다. 私見으로는 일반적인 이론으로서 傳統的 立證責任의 分配原則을 조명하여 볼 때 法的 安定이라는 관점에서 원칙적으로 종래의 通說的 立場인 規範說을 일거에 부정하기는 어려우나 法院의 積極的인 法形成作用의 입장에서 具體的인 境遇에 민사소송으로서 달성하려는 價値理念을 고려하여 實體的 眞實의 추구 및 당사자간의 公平의 確保라는 대명제를 지도원리로 삼아 위에서 본 利益較量說 등의 장점을 취하여야 할 것이다.

### III. 損害賠償請求訴訟과 立證責任論

#### 1. 醫療過誤訴訟과 立證責任

##### (1) 傳統的 立證責任論에 근거한 立證責任의 分配

(가) 醫療行爲의 범주를 어디까지 볼 것인가는 問題는 본고에서 논하는 醫療過誤訴訟의 개념한계와 관련하여 重要한 問題이다. 그러나 이에 관하여 一刀兩面的인 定義를 내리기는 매우 어려운 일이며 通念적으로는 첫째 사람의 질병의 진단, 치료에 향하여진 행위여야 하고, 둘째 그 行爲가 現代醫學의 原理에 적합하여야 하며, 셋째 醫師가 행하지 아니하면 保健衛生上 위해를 생기게 할 염려가 있는 行爲라고 일응 말할 수 있을 것이다. 따라서 이러한 醫療行爲와 관련하여 발생하는 豫想外의 惡結果를 의료사고로 볼 수 있고 醫療過誤訴訟이란 이러한 의료사고에 터잡아 의사에게 損害賠償責任을 추궁하는 유형의

訴訟이라고 일응 파악할 수 있을 것이다<sup>6)</sup>. 그런데 醫療過誤訴訟을 대별하면 의사의진료과오에 기한 珍療過誤訴訟과 의사의 환자에 대한 說明義務違反을 근거로한 소송으로 나눌 수 있다. 後者의 說明義務違反에 따른 醫療過誤訴訟은 소송수행에 있어 患者(債權者)측에게 많은 立證上의 負擔이 경감되는 측면이 있어 愛好되는 실정이다.

현행 민법상 醫師와 患者가 진료계약을 체결하고 患者가 진료계약상의 債權者로서 의사에게 善良한 管理者로서의 注意義務에 기한 진료행위를 請求할 수 있음은 의문의 여지가 없다고 했을 때, 醫療事故가 발생한 경우 환자가 의사에게 損害賠償責任을 추궁하는 理論的, 現行法的 根據로는 債務不履行責任과 不法行爲責任을 생각할 수 있다. 어떻게 보면 평이한 문제가 立證責任論의 영역에서 많은 理論的 論難을 가져온 까닭은 醫療行爲가 의사라는 전문인의 傳聞的 技術의 지배하에 이루어져 債務履行의 不完全性 및 歸責事由의 입증에 열악한 지위에 있는 환자에게 많은 立證上의 難點을 야기시킨다는 점에 있다. 이러한 傾向은 특히 필요한 訴訟資料의 편재현상으로 더욱 加重된다고 할 수 있다. 여하간 醫師의 責任을 채무불이행책임 또는 불법행위책임으로 理論構成할 때 양자의 관계에 관하여는 종래 兩 請求權의 實質的 競合을 인정하는 請求權競合說<sup>7)</sup>과 法條競合說<sup>8)</sup>의 대립이 있어 왔다. 의사의 책임을 不法行爲로 구성할 것인가 債務不履行으로 이론구성할 것인가에 따라 나타나는 가장 큰 差異點은 立證責任과 消滅時效期間의 장단에 있다고 할 수 있다. 일반적으로 不法行爲의 경우에는 가해행위가 피고의 過失에 의하여 발생함 것임을 立證할 責任은 피해자인 환자 즉 원고에게 있으며 반면에 債務不履行의 경우에는 채무자가 자기채무의 이행을 증명하지 않으면(소위 債務者說) 책임을 면할 수 없게 되어 있다. 消滅時效에 있어서는 不法行爲의 경우에는 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 不法行爲를 한 날로부터 10년<sup>9)</sup>이며 債務不履行의 경우 消滅時效期間은 권리를 행사할 수 있는 때로부터 10년으로 되어 있다<sup>10)</sup>.

債務不履行에 따라 채무자의 責任을 追及하는 경우 債務의 履行에 관한 입증책임에 관하여는 종래 債務者說(履行說)과 債權者說(不履行說)의 대립이 있어

6) 金先錫, 證明責任의 研究, 育法社, 185, 186면.

7) 郭潤直, 債權者論 305면, 대법원 1962.6.21. 선고 62다102판결등.

8) 加藤, 醫師의 責任, 我妻先生還曆記念, 損害賠償責任의 研究(上) 503면.

9) 민법 제766조.

10) 민법 제166조 제1,2항.

왔다. 債務者說에 의하면 민법 제 390조가 債務의 履行에 관한 一般原則의 特別規定으로 볼 수 없으며, 실체법상 채무의 불이행으로 인한 損害賠償債權은 본래의 채권과 同一性을 보유하고 있고, 채무자에게 履行의 立證責任을 부담케 하는 것이 당사자간 公平의 原則에 부합한다는 점을 그 論據로 들고 있으며 多數說이라 할 수 있다<sup>11)</sup>. 그런데 문제는 醫療過誤에 있어서는 債務不履行의 태양이 履行遲滯 또는 履行不能으로 나타나지 않고 소위 不完全履行의 문제에 귀착된다는 점이다. 즉 의사의 珍療義務의 履行에 瑕疵가 있었다 할지라도 어쨌든 履行은 있는 것이며 그 이행이 본래의 債務의 本旨에 따르는 것이 아니어서 債務不履行責任이 발생하는 것이므로 보통의 경우의 多數說인 채무자설이 그 대로 적용될 수 없으며, 債權者인 患者가 履行의 不完全에 관하여 立證責任을 부담하게 되는 것이다. 그렇다면 珍療債務의 履行에 있어 履行의 不完全을 어떻게 파악할 것인가의 문제가 대두된다고 할 것인데, 이는 珍療債務가 結果債務가 아닌 手段債務라는 점에 주목하여야 할 것이다. 대법원 판결도 이에 관하여 說示하기를 “의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 달성하여야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 이른바 수단채무라고 보아야 한다”고 하였다<sup>12)</sup>.

그리고 그 履行의 不完全<sup>13)</sup>의 구체적 내용에 관해서는 종래 다음의 세가지 見解로 나뉘어 진다고 한다. 즉 이를 (1) 客觀的, 外形的으로 포착하여 진료에 의한 病狀의 惡化 혹은 새로운 症狀의 發生이라고 이해하는 說 (2) 原因行爲를 될 수 있는 한 구체적으로 명백히 하고, 그것이 醫療水準에 적합하지 않다는 점을 珍療債務의 履行의 不完全으로 보는 說 (3) 단적으로 醫師의 過失이라고 보는 說등이다<sup>14)</sup>. 이러한 學說上의 對立은 결국 채권자인 원고가 訴訟에서 주장하여야 할 要件事實 및 立證責任의 分配와 직결되는 문제로서 특히 履行不完全과 채무자의 歸責事由의 交錯의 問題를 야기한다. 순수히 客觀的, 外形的인 측면에서 履行의 不完全을 파악하는 제1설에 의하면 症狀의 惡化 또는 진료전에 보이지 않았던 症狀의 發生事實만을 입증하면 채무자가 不完全履行을 한 것이

11) 李德煥, 醫師責任訴訟에 있어서의 立證責任, 漢陽大 法學論叢 115면, 吳錫洛, 損害賠償訴訟에 있어서의 證明輕減 162면.

12) 대법원 1988.12.13. 선고 85다카 1491 판결.

13) 일반적으로 不完全履行에 있어 履行의 不完全의 意味에 관하여 3分說, 2分說, 類型說의 대립이 있다고 한다. 그 詳細에 관하여는 金先錫, 前揭書, 168면 이하 참조.

14) 金先錫, 前揭書 200면.



되며 채무자는 珍療行爲에 있어 자신의 無過失을 주장, 입증하여야만 되는 것이다. 그러나 (2), (3)설에 依據할 때 履行의 不完全은 진료계약의 내용을 고려하여 規定되는 것으로 파악되며 이는 위 대법원판결과 契를 같이 하면서 珍療債務가 結果債務가 아닌 手段債務라는 점과도 論理上 상통하게 되는 것이다. 따라서 兩說은 이행의 불완전을 의사가 珍療契約에 따른 채무의 본지에 의거하여 부담하는 義務의 違反에 해당하는 事實 또는 그 義務違反을 이유있게 하는 事實이라고 파악하게 된다. 그렇다면 결국 履行의 不完全은 過失을 포섭하는 개념으로서 債務者인 의사는 不可抗力 또는 이와 同視할 수 있는 事由를 주장 입증하여야만이 自己의 責任을 면할 수 있게되는 것이다. 이러한 理論 構成의 結果 환자의 의사에 대한 醫療過誤訴訟에서 실질적으로 환자가 주장 입증하여야 할 事項의 範圍를 정함에 있어 債務不履行 또는 不法行爲 등 어떠한 이론에 의하든 그 차이가 없게되어 소송당사자간 實體的 公平을 기하는 결과를 가져오는 것이다<sup>15)</sup>.

(나) 醫療過誤訴訟에 있어 傳統的 立證責任의 分配原則에 依據, 환자와 의사간에 立證責任의 所在를 보면 다음과 같다.

(a) 債務不履行

債務不履行의 立證責任에 관하여 일반적인 경우에는 債務者說(履行說)이 지배적인 견해이나 珍療債務의 不履行은 不完全履行의 態樣으로 顯現되며 이는 원고측인 채권자가 입증하여야 하게된다<sup>16)</sup>. 따라서 의사측에서 환자의 病狀에 응하여 자기의 判斷과 裁量에 좇아 適正하다고 인정되는 措置를 취한 이상 일응 의료채무의 이행이 善良한 注意義務를 결하여 醫學上의 技術規準에 適合하지 않는 흠이 있는 것이라는 점은 債權者가 이를 立證하지 않으면 안되게 되는 것이다<sup>17)</sup>.

(b) 歸責事由

우리 민법상 債務不履行의 경우에는 過失의 立證責任에 관하여 規定을 두고

15) 金先錫, 前掲書, 200面, 江田五月, 實務法律大係(5) 醫療過誤, 國家賠償 109面 以下 참조

16) 醫療過誤訴訟에서도 일반의 債務不履行責任과 같이 債務者인 醫師에게 債務不履行事實 및 過失에 관하여 立證責任있음을 판시한 일본의 下級審 判決이 있다. 자루피라에스 주사에 의한 쇼크사사건에서 判示하기를 “환자의 사망에 의한 진료계약의 채무불이행에 대해 입증책임은 피고인 의사측에 있는 이상...” 神戸地龍支判, 1967.1.25 (하민18권 1,2호, p. 58), 鄭照根, 醫療過誤와 立證責任, 119면.

17) 李德煥, 前掲論文, 116면, 中野貞一郎, 珍療債務의 不完全履行證明責任, 現代損害賠償法構造(4) 日本評論社, 1974, 92-93면.

이지 않으나, 종래의 通說은 契約責任의 경우에 채무자에게 그 無過失의 立證責任이 있다고 한다. 그러나 앞에서 본바와 같이 이행불완전이 의사의 善管注意義務違反으로 이해됨에 따라 歸責事由의 立證責任을 의사측에서 부담한다고 하여도 그 立證負擔은 실질적으로 환자측에 돌아가는 결과가 된다고 할 수 있다. 이러한 結果로 의사의 책임을 不法行爲責任으로 이론구성하는 경우 過失의 立證責任이 원고인 환자에게 귀속되는 것이나 한편 이를 債務不履行으로 구성하는 경우에도 義務의 履行이 不完全하였다는 것은 醫學的 知識이나 技術水準의 평균미달로 인하여 平均的인 醫師라면 할 수 있었던 治療上的 처치를 잘못된 것이 그 內容이 될것이므로 결국 원고인 환자측의 實質的 立證負擔은 兩 責任에 있어 차이가 없다는 結論에 도달한다. 이는 基礎되는 事實이 실질적으로 同一함에도 法律的 理論構成에 의하여 소송의 결과가 달라질 수 있다는 不合理的가 없어지게 되어 현재의 有力說이다.

### (c) 因果關係

의사의 珍療過誤責任을 債務不履行 또는 不法行爲등 어떻게 구성하든지간에 우리 민법상 또 하나의 要件事實로서 필요한 것이 바로 加害行爲 또는 債務不履行事實과 損害와의 因果關係이다. 여기에서 말하는 因果關係는 규범적 의미에서의 相當因果關係라고 인식되고 있으며, 이를 분해하면 債務不履行과 損害의 發生과의 사이에 事實的 因果關係(責任根據因果關係)와 위의 손해중에서 賠償의 對象으로 되는 범위를 확정하는 因果關係(責任範圍因果關係: 相當因果關係)로 나눌 수 있고, 後者の 相當因果關係說이라 함은 법적 의미의 規範的 判斷이 개입하는 것으로서 債務不履行당시의 普通人이 알 수 있었던 事情과, 가해자가 특히 알고 있었던 事情을 함께 고려하여 無數한 條件的 因果關係로부터 책임의 범위를 合理的으로 限定한다는 점에서 法的으로 중요한 의미를 갖는 것이나, 醫療過誤訴訟에서 立證의 問題와 관련하여 問題로 대두되는 것은 기실 事實的 因果關係의 問題이다.

事實的 因果關係라 함은 前行事實과 後行事實과의 사이에 前者가 없으면 後者도 없었으리라는 관계로, 그 存否判斷의 기준은 원칙적으로 “*conditio sine quo non*”의 關係의 存在, 즉 珍療義務違反인 의사의 행위가 없었더라면 賠償을 구하고 있는 당해 損害는 發生하지 않았을 것이다라든가, 또는 당해 訴訟에서 다투어지고 있는 契約不履行의 事實이 存在하지 않았더라면 賠償請求의 대상으로 되는 당해 損害의 사실이 발생하지 않았을 것이다라고 하는 公式에 의하여

결정되게 된다<sup>18)</sup>.

醫療過誤訴訟에서의 事實的 因果關係의 立證責任에 관하여는 그것이 의사의 專門領域에서 이루어 진다는 점, 立證資料의 대부분이 채권자인 의사의 支配하에 있다는 점, 그리고 같은 專門人集團이라는 점에서 오는 探證上的 어려움등으로 인하여 후술하는 바와 같이 立證責任의 緩和 내지는 轉換을 인정하려는 趨勢가 두드러진다. 여하튼 傳統的인 法律要件分類說에 의할 때, 현재의 통설 및 판례로서 債務不履行 또는 不法行爲의 경우 兩者 모두 이는 피해자인 환자의 權利根據事實로서 환자가 입증책임을 진다고 할 것이다<sup>19)</sup>. 따라서 환자로서는 權利發生의 要件事實로서 因果關係의 存在를 입증하여야 할 것인데, 대부분의 경우 因果關係를 직접 입증하기는 매우 어려운 일로서 普通의 方法으로서는 間接事實들을 입증하여 경험칙에 근거한 事實上的 推定 등의 방법으로 主要事實인 因果關係의 存在를 추인케 하는 방법이 사용되고 있다. 그러나 이는 결국 傳統的인 自由心證主義의 한 적용에 불과한 것일 뿐만 아니라 經驗則의 適用에 있어 그 유형의 정립 역시 쉬운일이 아니다<sup>20)</sup>.

#### (d) 其他

한편 責任發生의 한 要件으로서 당해 加害行爲 또는 債務不履行이 위법할 것임을 요한다 할 것이나, 이러한 違法性에 관하여는 원고인 환자가 主張, 立證할 필요가 없고, 피고인 의사가 그 違法性阻却事由를 들어 抗辯하여야 한다는 것이 定說이다. 진료과오의 경우 의사의 違法性阻却事由로서는 빈도수가 높은 類型으로서 (1) 환자의 承諾 (2)법령에 기한 正當한 業務行爲 (3) 安樂死의 문제 (4) 許容된 위험 문제 (5) 裁量性의 문제 등이 있다<sup>21)</sup>.

損害의 發生 및 그 額에 관하여 그에 대한 입증책임은 전통적 法律要件分類說에 의할 때 당연히 환자측이 진다.

#### (e) 說明義務 違反의 問題

독일과 미국등에서는 의사의 醫療行爲에 의한 身體의 侵襲시 의사에게 說明義務가 있다는 前提하에 환자에게 이를 근거로 한 不法行爲 또는 契約法上的 損害賠償請求를 허용하고 있다. 이는 일반 珍療過誤에 있어서 의사의 過失部分에

18) 金先錫, 前掲書, 205면.

19) 李德煥, 前掲論文, 119면, 金先錫, 前掲書, 206면.

20) 因果關係의 存否判斷의 規準으로서 (1) 當該 醫療行爲와 障礙結果와의 時間的 接着性, (2) 原因으로 되는 醫療行爲上的 醫學原則違反 (3) 他原因의 介入可能性 혹은 他原因의 介入否定 (統計的 因果關係의 事實 등을 들 수 있다고 한다. 金先錫, 前掲書, 207면.

21) 松岡靖光, 實務法律大系, 醫療過誤 國家賠償 참조.

관한 환자측의 입증상의 곤란을 덜어 주는데 큰 役割을 하고 있다고 보여진다.

이때에 과연 身體侵襲에 대한 적절한 說明이 행하여 졌고 이에 기한 有效한 환자측으로부터의 同意가 있었다는 점에 관하여 누구에게 立證責任을 부담시켜야 할 것인가가 문제된다.

이에 대하여 독일에서는 원래 의사의 治療行爲에 의한 身體侵襲은 정규적으로 환자의 同意를 전제로 발생하여야 할 適法한 性格을 띠는 것을 예정하고 있으므로 例外的으로 의사로부터 適切한 說明이 없었고 따라서 有效한 同意가 없었다는 점에 관하여 환자에게 立證責任을 부담하여야 한다고 주장하는 說과 반면에 의사는 항상 記錄을 위한 手段을 보유하고 있으며 환자의 身體, 健康 및 自己決定權을 침해할 우려가 있으며, 또한 그 외의 許容된 範圍內에서 타인의 法益을 侵害한자는 예컨대 일종의 高權의 行爲(hoheitliche Handeln)를 할 때는 자신의 權能을 입증하여야 한다고하여 의사의 立證責任事項이라는데 문제가 없다는 설의 學說上的 對立이 있으며 판례와 통설은 後說을 지지하고 있다<sup>22)</sup>. 私見으로는 說明義務의 履行 및 환자측의 同意는 불법행위법상 違法性阻却事由에 해당된다고 할 것이어서 加害者인 의사측에 立證責任이 있다고 보는 것이 傳統的 立證責任論의 構造에 맞는다 할 것이고, 한편 契約法上으로도 珍療義務와 說明義務의 부대로 인하여 債務不履行에 관한 전통적인 債務者說에 따라 의사에게 立證責任을 賦課하는 것이 妥當하다고 생각된다. 일본 및 우리나라의 판례도 의사의 說明義務를 전제로 한 환자의 損害賠償請求를 허용하고 있으며 適切한 說明義務의 이행이 있었음에 관하여 의사에게 그 立證責任을 賦課하고 있다<sup>23)</sup>. 따라서 加害者인 의사는 환자가 說明義務 違反을 이유로 청구권을 행사하는 경우 그 자신의 說明義務를 履行하였으며 이를 어떠한 방법으로 履行하였는지를 입증하여야 하는 것이다.

한편 더 나아가 환자측의 明示的인 同意를 얻지 못한 경우 의사에게 환자로 부터 推定的 同意가 있었을 것이라는 立證에 기하여 違法性を 阻却케 할 것인가의 문제가 있게 되는 데, 이는 說明義務違反에 기한 도식적인 責任追窮의 認定과 均衡을 맞춘다는 의미에서 이를 인정하여야 할 것이나 환자의 身體에 대한 自己決定權과의 관계상 조심스럽게 認定하여야 할 것이다<sup>24)</sup>.

22) 李德煥, 前掲論文, 129면.

23) 廣島高判 1977. 4. 13, 判例時報 863호, 62면, 大判 1987. 4. 28. 선고 86 다카 1136.

24) 獨逸聯邦大法院은 患者가 醫師로부터 說明을 들었다고 假定할 경우 同意를 하였을 것이라는 醫師의 抗辯을 認定하면서 이 경우 醫師의 假定的 同意 및 適法한 代案行動 등에 대한 立證을

## (2) 立證責任의 緩和

醫療過誤訴訟에 있어 法律要件分類說의 엄격한 적용은 환자측과 가해자인 의사측과의 實質的이고 衡平的인 保護에 많은 문제점이 있다는 認識하에 환자측의 立證責任을 緩和하려는 시도가 있어 왔고 定說化 되어 가고 있다. 이러한 立證責任의 緩和의 論議는 여러 가지 요건사실중에서도 특히 의사의 加害行爲와 損害와의 因果關係에 그 초점이 맞추어져 왔는데, 이로서 專門知識의 缺如, 立證資料의 의사측 偏在등으로 인하여 환자측이 통상 격게되는 立證上의 困難을 구제하려는데 그 目的이 있다고 할 것이다.

그런데 이에대한 接根方法으로서 종래 表見證明의 法理에 기초하는 이론과 정면으로 立證責任의 轉換을 인정하려는 견해로 구분되어 왔고 그 限界에 관한 논의도 있어 왔다. 一部 學說에 의하면 醫療過誤訴訟에 있어 立證責任의 轉換理論에 회의를 제기하면서 여기에서 말하는 立證責任이 본래의 의미의 客觀的 立證責任인 것인지 아니면 主觀的 立證責任인 것이냐가 분명하지 않으며, 또한 立證責任의 轉換理論이 그 전제조건으로 내세우고 있는 (1) 醫療行爲上의 重大한 過誤가 있을 것, (2) 그리고 重大한 過誤 있는 당해 醫療行爲가 당해 손해를 일으킬 수 있는 充分한 適合性을 가질 것등이 證明된 경우에는 이미 表見證明에서 말하는 高度의 蓋然性이라는 經驗則의 要件이 충족된 것이라고 한다<sup>25)</sup>. 따라서 달리 治療過誤와 損害와의 因果的인 關聯에 대해서 立證責任의 轉換이 필요하지는 않는 것이라고 주장하며, 더 나아가 立證責任의 轉換論者들이 주장하는 바와 같이 表見證明이 反證에 의하여 쉽게 반복 될 수 있다는 論旨에 관하여는 이는 表見證明의 特性上 間接反證에 한하고 이는 經驗則의 適用을 저지시키려고 하는 것이기 때문에 表見證明外에 立證責任의 轉換論을 주장하는 것은 별다른 實益이 없다고 주장하기도 한다<sup>26)</sup>.

요컨대 이러한 論議는 결국 語義論的, 體係論的 論議에 불과한 것으로서 立證責任의 轉換의 前提要件으로서 學說, 判例 등을 통하여 제시되고 있는 위와 같은 要件은 실질상 表見證明에서 요구하는 “因果關係의 存在를 推認할 만한

患者의 決定上의 自由를 보장한다는 취지에서 특별한 요건의 전제하에 법적으로 가장 嚴格한 要求에 따라 인정하고 있다. BGH NJW 1981, 2004 ; BGH VersR, 1982, 169.

25) 申殷周, 醫療過誤訴訟에 있어서 因果關係에 관한 立證責任의 轉換, 107面, 金先錫, 前掲書, 209-211面.

26) 金先錫, 前掲書, 209-211면, 中野貞一郎, 證明責任의 轉換(一), 判タ 342호 2면, 醫療裁判における 證明責任, シコリ 548호, 308면이하.

經驗則上의 高度의 蓋然性”이라는 立證과 訴訟實質上 같은 결과를 가져옴을否認 할 수 없으나, 한편 表見證明은 엄연히 事實上 推定 및 經驗則의 適用에 따른 法官의 自由心證主義의 한 적용에 불과한 것으로 立證責任의 轉換과는 구분된다 할 것이고, 表見證明의 覆滅이 反證에 의하든 間接反證에 의하든 입증책임의 전환과는 달리 主要事實에 관하여는 엄연히 反證이라 할 것이므로 立證責任의 轉換理論을 認定하되, 소송현실에 있어 表見證明과의 차이가 거의 없음을 否定할 수는 없다 할 것이다.

그렇다면 醫療過誤訴訟에 있어 表見證明의 法理는 어떠한 모습으로 전개되는가? 사실 表見證明은 법관의 自由心證主義 및 經驗則에 기한 證據考量作業에 불과한 것이다. 이러한 事實推定則에 관하여 미합중국 법원은 (1) 說明不能의 證據에 관하여 (2) 원고이외의 누군가의 過失 없이는 通常 발생하지 않는 事故이며 (3) 狀況이 다른 자보다는 문제되고 있는 피고의 過失임이 나타나고 있을 때에 적용된다<sup>27)</sup>. 그러나 醫療過誤訴訟에서의 表見證明의 理論은 多様な 變數, 그 중에서도 人體라는 복잡 미묘한 身體의 特性에 비추어 일반적인 經驗則을 추출해 내기가 어렵다는 특성이 있어, 사실 우리나라 판례중 이러한 事實推定則을 적용한 판례가 많음에도, 의료과오소송에서 이러한 表見證明의 理論을 정면으로 적용한 判決은 그다지 많지 않다고 한다<sup>28)</sup>.

醫療過誤訴訟에 있어 표현증명에 사용되는 代表的 間接事實의 類型으로는 (1) 당해 醫療行爲와 障礙結果와의 時間的 接着性 (2) 원인으로 되는 醫療行爲上의 醫學原則 違反 (3) 通計的 因果關係 등을 들 수 있다. 즉 醫學原則違反이 중대하면 할수록, 時間的 接着性이 근접하면 할수록, 通計的 因果關係의 수치가 높으면 높을수록 법원이 因果關係의 存在를 추인할 확률이 높다 할 것이고, 이는 他原因의 介入否定事實이 적극적으로 증명된 경우에는 한층 強化될 것이다<sup>29)</sup>.

한편 立證責任의 轉換을 인정하는 理論的 根據에 관하여는 여러 가지 學說上의 根據들이 제시되고 있는데 이하에서 간략히 살펴해보도록 하자<sup>30)</sup>.

첫째로 우선 蓋然性의 고려와 公平한 損害分擔의 정책적 고려를 들 수 있다.

27) 李德煥, 前揭論文, 123면, Johnston v. Wellesley Hosp. et. al (1971) 20R, 103, Ybarra v. Spangard 25 Cal. 2d 486. 表見證明에 관하여 詳細는 吳錫洛 譯, 前揭書 참조.

28) 李德煥, 前揭論文, 124면.

29) 金先錫, 前揭書, 208면. 여기에서 말하는 “他原因의 介入否定”은 所謂 假定的 因果關係論에서 立證責任轉換의 前提要件으로서 論하여지는 것과는 달리 間接事實에 不過하다. 假定的 因果關係論에 관하여는, 梁三承, 假定的 因果關係論, 外國司法研修論集 第 1卷 참조.

30) 申殷周, 前揭論文, 111면 以下 참조.

독일민법 제 891조의 登記의 推定力이라든지 安全事故防止規定違反의 경우에 판례와 통설이 그 違反과 損害와의 사이의 因果關係에 대해 높은 蓋然性을 이유로 변칙적으로 立證責任의 轉換을 인정한 것과 유사하게 의사의 醫療上의 重大한 過失로 인한 醫療規則 違反의 경우에도 의료규칙이 醫學的 經驗을 바탕으로 醫療事故防止를 위하여 만들어졌다는 점에서 위의 安全事故防止規定과 그 성격을 같이하고 이의 違反은 가해행위와 손해와의 사이에 因果關係가 존재한다는 高度의 蓋然性을 배태하고 있다는 것이다. 公平한 損害分擔의 原理는 손해배상범이라는 실체법상의 원리이긴 하지만 이는 立證責任의 分配의 原則으로도 기능할 수 있으며 종래의 規範說的 立證責任分配의 原則을 떠나 일정한 사건형태에 따라 特殊한 實體法的 基準에 따라서 입증책임을 분배할 수 있다고 한다.

둘째로 가해자인 의사가 立證責任을 부담하게 된다는 理論的 根據로 期待可能性說이 있는데 이는 立證責任轉換의 根據를 기대가능성으로부터 구하고 있다. 즉 의사가 故意 또는 輕率하여 환자를 위험상태에 빠뜨려서 損害를 발생한 경우에 因果關係의 존재를 환자에게 강요해서는 안되고 의사가 因果關係의 不存在에 관한 입증으로 나올 것을 기대하는 것이 타당하다고 주장한다.

셋째로 規範目的으로부터 立證責任의 根據를 구하는 견해이다. 즉 침해된 保護法規의 목적이 피해자를 일정한 身體的 危險으로부터 보호하는 것만이 아니고 이러한 모든 違反과 結合되어 있는 立證의 危險을 회피하려는 것에 있다고 보고 이를 立證責任轉換의 根據로 삼는 說이다.

넷째로 危險領域說의 입장에서 因果關係에 관한 입증책임을 인정할 수 있을 것인가가 문제되는데 이는 主觀的 義務違反 즉 過失의 경우에는 타당할 지 모르나 因果關係의 立證責任轉換理論으로는 부적합하다고 한다. 즉 危險領域說은 危險領域의 개념규정이 모호할 뿐만 아니라 대부분의 경우 의사의 危險領域에서 損害가 발생하였다는 것을 입증하는 것은 바로 因果關係의 立證과 동시할 수 있어 피해자의 立證輕減의 본래 취지와는 동떨어진다는 批判을 받고 있다.

독일의 학설과 판례에 의하여 인정되고 있는 醫療過誤訴訟에서의 因果關係의 입증책임을 인정되기 위한 要件으로는 (1) 重大한 治療過誤가 존재할 것 및 (2) 이러한 治療過誤가 損害를 야기하는데 適合할 것의 2가지 요건이 필요하게 된다. 즉 治療過誤는 重大하여야 하며 그렇지 않은 경우 환자로서는 表見證明에 의하여 因果關係를 입증하여야 한다. 重大한 治療過誤라 함은 기본적인 醫學技術法則을 위반하는 것으로서 이때에 醫學技術法則의 違反은 치료시점에서

판단되며 重大性은 不法한 行態의 存否 및 程度를 말하는 것이고 損害結果의 輕重과는 관련이 없다고 한다<sup>31)</sup>. 한편 또 하나의 요건으로서 原因適格性(geeignete Ursache)이라 함은 그 治療過誤가 실제로 발생한 손해를 야기하기에 適合한 性格을 가지는 것을 의미한다. 이는 過誤와 損害의 發生과의 사이에 類型的 可能性이 있으면 족하다 할 것이고 優越的 蓋然性의 판단을 요구하는 것은 아니다. 즉 損害發生에 대한 一般的 適合性으로 충분하며 이로써 立證責任은 가해자인 의사에게 轉換되며 구체적 사건의 경과로부터 因果關係에 대한 의문이 있는 경우 이는 의사의 因果關係不存在的의 입증의 문제에 귀착되게 된다<sup>32)</sup>.

### (3) 小結論

醫療過誤訴訟에서의 입증책임의 문제는 後述하는 製造物責任의 영역과 마찬가지로 法律要件分類說에 의한 도식적인 입증책임배분의 現實的인 問題點이 부각되는 소송영역으로서 많은 論議가 있어 왔다. 입증책임론의 기본적인 전제는 訴訟이라는 불완전한 現實司法的 限界의 인식에서부터 출발하고 있다. 이에 관한 理論的 論議는 결국 전통적으로 實體法的 規定形式을 가장 重要한 根幹으로하여 발전되어 왔음을 부정할 수 없다. 여기에 전통적 입증책임론을 民事訴訟法의 理想이라는 대명제와 訴訟現實의 有機體的 考慮라는 입장에서 재조명하여야 할 必要性이 대두된다고 생각한다. 司法現實의 發展은 다양한 소송유형의 發展論的 收容으로부터 나오는 것이며 法院의 政策決定者(policy maker)로서의 성격을 의면한 立法形式에 대한 圖式的인 追從에 있다고 볼 것은 아니다. 民事訴訟法의 理想을 추구하는 均衡을 잃지 않으면서도 積極的인 實體的 眞實의 追求라는 관점에서 전통적 입증책임론을 재조명하여야 한다고 생각한다. 이때에 實體的 眞實의 眞實의 철저한 추구에 의한 事實의 眞實된 確定은 소송당사자의 가장 尖銳한 關心이며 民事訴訟法의 첫 번째 理想이기도 하다. 입증책임의 분배가 당사자간 權衡을 잃지 않는 범위내에서 充分한 審理의 基礎를 제공할 수 있도록 하여야 한다. 醫療過誤訴訟에서 가해자인 의사측의 訴訟資料의 充分한 提出이 문제되고, 適切하고 公正한 鑑定證言 등의 아쉬움이 문제되고 있는 현실을 가볍게 보아 넘겨서는 아니 될 것이다. 독일에서도 醫療過誤訴訟에서의 입증책임의 전환의 重要한 方法論으로서 法院의 法形成作用을 그 하나로 들고 있다. 즉 법원의

31) 申殷周, 前掲論文, 123면, BGH NJW 1986, 1540.

32) 申殷周, 前掲論文 124, 125면.



不斷한 法適用으로 인하여 발생한 判例法은 일정한 要件하에서 成文法 및 慣習法과 함께 其他의 法源으로 인정될 뿐만 아니라 소송에 있어서 實行價値 있는 規範으로 인정되게 된다. 이러한 法院의 法形成作用에서 법률에서 규정하고 있지 않은 立證責任의 轉換을 인정하는 근거를 구하고 있다는 것이다<sup>33)</sup>. 우리의 訴訟現實에서도 매우 타당한 模範이라고 생각된다.

## 2. 製造物責任訴訟과 立證責任

(1) 製造物責任訴訟은 또 다른 現代型 訴訟의 한 유형으로서 종래의 엄격한 個人主義的 私的 自治의 法原理에 따라 문제를 접근할 경우 피해자 구제에 있어 實質的 衡平을 잃게 되어 많은 論議가 있어 온 분야이다. 그러나 製造物責任 訴訟의 경우에는 입증책임의 분배에 관한 문제로서보다는 製造者의 歸責事由에 관한 實體法的 論議, 즉 嚴格한 過失責任主義의 修正이라는 측면이 더욱 浮刻되어진 면이 있다고 할 것이다.

이러한 製造物責任訴訟에 있어 가해자인 제조자에게 責任을 追窮하기 위한 근거되는 사실로서 (1) 缺陷의 存在 (2) 當該 缺陷이 製造者의 支配下에 있을 때 存在하였을 것 (3) 製造者의 過失 (4) 因果關係 등이 요구된다<sup>34)</sup>.

製造物責任訴訟에서의 製品의 缺陷이라 함은 製造物의 利用者, 消費者 또는 그의 財産에 대하여 不合理하게 위험한 缺陷狀態에 있는 것<sup>35)</sup> 또는 製造物의 特性, 通常 豫見되는 使用形態, 製造者 등이 당해 제조물을 引渡한 時期 기타 당해제조물에 關聯된 事情을 고려하여 당해제조물이 통상 가져야 할 安全性을 缺하고 있는 것<sup>36)</sup> 이라고 定義할 수 있다. 원칙적으로 缺陷의 存在 및 당해결함이 製造者인 피고측의 지배하에 있을 것이라는 要件은 원칙적으로 據權事實로서 원고측의 立證事項이 될 것이나 제조물을 통상의 正常的인 用法에 따라 사용한 경우에 被害가 發生한다는 것은 經驗則上 예외적인 경우에 해당하므로 事實上의 推定 등의 방법으로 원고의 立證의 負擔을 輕減하여야 할 것이다<sup>37)</sup>. 缺陷의 存在를 원고측이 직접 증명한다는 것은 當該事實이 技術的이고 專門的인 性格을 띠며, 製品에 관한 知識 및 立證資料의 대부분이 피고측에 偏在한 까닭에 소

33) Gaupp, aaO., S.75f.

34) 以下 김명엽, 製造物責任에 關한 研究, 建國大學校 碩士學位 論文 참조.

35) 美國 제2차 Restatement 제402조 (1)항

36) 日本 製造物責任法 제2조 제2항.

37) 李銀榮, 債權法各論, (서울 博英社, 1995), 687면.

송절차상의 實質的 不公平을 야기하며 審理의 未盡을 가져온다는 점에서 바람직하지 않기 때문이다. 따라서 피고는 事故의 原因이 된 제품이나 다른 同種의 製品을 조사하여 缺陷의 不存在를 입증할 수도 있고 또는 제3者の 行爲가 원인이 되어 예기치 못한 事故가 발생하였음을 입증하거나 損害를 발생시킨 缺陷이 제조물의 出荷시에는 존재하지 않았다는 것을 입증하여 責任을 면할 수 있다 하겠다.

製造物에 의한 損害賠償訴訟의 경우 製造者의 엄격한 過失責任主義의 原則은 영미법상 明白한 過失의 原理(Negligence per se)와 嚴格責任論(strict liability) 등에 의하여 被害者의 救濟쪽으로 전개 발전되어 왔다. 한편 判례법상 원고의 立證輕減에 관한 res ipsa loquitar(事物은 그 自體가 말한다)의 原理 등의 적용을 생각해 볼 수 있다. 즉 res ipsa loquitar의 原理란 過失이나 因果關係의 存在 등에 관하여 立證上의 推定을 인정하여 일정한 사항이 입증된 경우 反證이 없는 한 가해자의 損害賠償責任을 인정하는 경우로서 19세기 후반에 영국의 落下物에 의한 侵害訴訟(Byrne v. Boadle case)에서 Pollock 判事가 처음 사용한 말이다. 이 사건에서 원고는 어느 商店앞을 지나다가 창문앞에서 떨어진 밀가루통에 맞아 重傷을 입었는데 원고로부터 피고의 過失 및 因果關係에 관한 입증이 없었다는 피고의 抗辯에 대하여 Pollock 判事は “어떤 過失이 없었다면 통이 떨어지지 않는다. 그러므로 被害를 입은 원고가 창고안의 證人을 데리고 오지 않으면 안된다는 것은 이상하다…過失의 推定을 轉覆할 事實이 있지 않으면 안된다.”라고 한 이래로 判例法상의 한 原則으로 발전하였다. 그후 發展된 原則에 의하면 res ipsa loquitar가 적용되기 위하여는 (1) 當該 事故가 누군가의 過失 없이는 보통 발생하지 않는다고 하는 事情이 있을 것 (2) 그 事故가 피고의 排他的 支配하에 있는 사람의 行爲 또는 物的 施設에 의하여 발생한 것일 것 (3) 원고측의 自然的 行爲에 의한 過失의 競合이 없을 것 등이 전제되어야 하고 이때에는 經驗則에 基한 事實上의 推定과 類似한 過失의 存在 등에 관한 主觀의 立證責任의 轉換이 일어난다고 한다. 이는 그후 醫療過誤訴訟, 피고의 物的 施設內에서의 事故 등에 의한 손해배상청구 소송에서에서 피고의 過失 및 因果關係의 推定則으로 기능하여 왔으나 이것이 製造物責任訴訟에서도 적용될 것인지는 檢討가 要한다 할 것이다. 다시 말하여 製造物이 製造者의 支配範圍를 떠나 손해의 발생이 이미 피해자의 領域內에서 발생한 이상 피고의 排他的 支配下(within the exclusive control)에 있는 사람의 行爲 또는 物的 施設에 의하여 발생한 것일 것이라는 제2의 要件의 充足與否에 의문이 있기 때문이다. 요컨대 이러한 原則의 發展的 適用이 요망되는 것이다.

한편 製造物責任 등의 損害賠償請求訴訟에서의 원고의 立證責任의 輕減의 努力은 危險領域說(Gefahrenberei)이나 證據距離說 등의 입장에서 찾아볼 수 있다. 입증책임에 관한 危險領域說의 理論은 피고의 過失 등의 主觀的 義務違反의 경우에 종래 입증책임에 관한 方法論的 考慮, 즉 증명을 통하여 有利한 위치에 있는자에게 證明責任을 부담시키는 思考方式(이에 따르면 過失은 據權事實로서 원고의 立證責任事項으로 분류될 것이다.)으로부터 자기의 危險領域內에서 일어난 사실에 관하여는 證明缺乏의 해결차원에서 그 支配者가 입증 책임을 부담한다는 規範的 責任意識을 바탕으로 입증 책임을 피고에게 轉換시킨다는 이론이다. 이러한 危險領域論이 입각하고 있는 理念的 根據는 대체로 다음과 같다고 한다<sup>38)</sup>. 첫째로 피해자는 潛在的인 가해자의 危險領域을 監視할 수 없으며, 이 領域의 內部에서 일어나는 것을 입증하는 것이 불가능하다. 독일연방대법원의 판례가 지적한 바와 같이 被害者에게는 損害發生의 모든 경위가 가해자의 領域內에 있어 이를 밝히는데 有效한 手段을 갖지 못함으로 인하여 대부분의 경우 表見證明으로는 도움을 받지 못한다. 둘째로 損害賠償의 履行을 규율하는 모든 規範은 초래된 손해를 배상케 하는 목적뿐만 아니라, 마르톤이 주장한 바와 같이 損害發生을 豫防하여 이를 抑止하는 기능을 가지고 있는데 危險領域에 의한 입증책임의 분배는 責任規範의 豫防機能을 한층 강화하는 기능을 갖는다고 한다<sup>39)</sup>.

이러한 危險領域에 基礎한 입증책임의 분배론에서 말하는 危險領域의 概念的 樣態는 다음과 같이 포착할 수 있다<sup>40)</sup>. 먼저 加害者인 피고가 支配하는 空間的 客觀的 領域 즉, 피고가 直接 占有하는 動産과 不動産 전체를 의미한다. 이는 손해가 이러한 危險領域에서 발생한 것뿐만 아니라 有害物質이 피고의 占有하에 있는 物件에서 流出되어 그 支配領域밖에서 손해가 발생한 경우 즉 損害의

38) 吳錫洛, 前掲書, 76-79 참조.

39) 吳錫洛 辯護士의 위 前掲書에 의하면 危險領域에 기한 立證責任의 分配의 이론적 근거로 독일에서 주장되고 있는 채권자의 信賴保護論 및 채무자의 履行義務基礎論은 타당성이 결여되고 있다고 한다. 즉 채무자가 損害賠償責任을 수반하는 손해를 가하지 않으리라는 채권자의 信賴가 그같은 加害事實의 有無가 전혀 확정되지 아니하여 立證責任의 問題로 가는 경우에 무슨 역할을 한다는 것은 論理의 妥當性이 박약하다는 것이다. 또한 손해발생의 원인이 채무자의 危險領域에 속하는 한 損害原因의 不明瞭에 대한 立證義務가 채무자의 履行義務自體에서 認定된다는 논지도 위험영역론이 계약의 損害賠償請求에 있어서도 適用된다는 점 및 이러한 論旨가 채무자의 意思와는 전혀 거리가 먼 擬制에 不過한 것이어서 理論的 難點을 가지고 있다고 한다. 吳錫洛, 前掲書, 78-79.

40) 吳錫洛, 前掲書, 84-85.

原因만이 危險領域에 있는 경우도 包含된다고 할 것이다. 한편 이러한 客觀的 空間的 領域외에도 時間的으로 經過한 過去의 外界 즉 피고가 支配할 수 있었던 事件이 危險領域을 이룰 수 있다. 이는 앞서 본 醫療過誤訴訟의 危險領域論이 그 한 예가 될 것이다. 따라서 피해자는 立證責任의 轉換을 위하여 손해발생의 원인이 피고의 危險領域에 속한다는 事實과 자신 또는 제 3자의 支配下에 있는 危險領域에 屬하지 아니한다는 事實을 주장 입증하여야 하며, 그러한 경우에 가해자인 피고는 자신의 過失이나 因果關係 등의 不存在를 입증하여야 한다는 것이다.

이 理論은 製造物責任訴訟에서 1969년 독일연방대법원(Bundesgerichtshof)에서 처음으로 適用되었는데, 독일연방대법원은 養鷄業者인 원고가 獸醫師로 하여금 닭에게 페스트의 예방주사를 놓도록 하였는데 며칠 후 그 닭들이 페스트에 感染되어 죽자 製造業者를 상대로 제조물책임의 손해배상청구를 한 사건에서 危險領域에 의한 立證責任의 轉換의 法理에 따라 製造者의 賠償責任을 認定한 것이다<sup>41)</sup>.

危險領域說외에도 일본에서 새롭게 등장하고 있는 證據距離說에 의한 立證責任分配理論이 있다. 이는 당사자간의 實質的 利益較量에 기초하여 立證責任을 分配하여야 한다는 주장을 그 核心으로 하고 있는데, 종래의 單純한 法規的 趣旨에 기초한 立證責任分配의 사고방식에서 벗어나, 證據와의 距離, 立證의 難易, 蓋然性 및 信義則과 實體法의 立法趣旨 등에 의하여 立證責任을 分配하여야 한다는 것이다.

## (2) 小結論

製造物責任訴訟의 사실관계에 내재하고 있는 傳聞性과 技術的 性格은 전통적 입증책임론의 圖式的 適用의 상황하에서는 소송절차상 피해자인 원고의 劣惡의 地位가 문제시됨을 부인할 수 없다. 企業秘密이 資産化 되어가고 一般人의 接近可能性이 容易하지 않은 현실은 이를 더욱 惡化시키고 있으며, 民事訴訟法의 가장 큰 理想인 實體的 眞實의 發見을 위한 訴訟資料의 充分한 蒐集이 가능한 것인가마저도 懷疑가 들게하는 것이다. 물론 종래의 立證責任論이 兩 當事者主義, 民事上의 私的 自治에 기초한 辯論主義의 원칙하에 方法論的 接近의 產物인 점을 부정할 수는 없으나 民事訴訟에 있어서 新訴訟物論의 입지의 강화에서 보듯이

41) Hunnerpestfall BGHZ 51, 91=LM823(J) BGBNr+NJW69, 269=JZ69, 387=Vers R69, 155.

종래의 哲學的 基盤이 도처에서 緩和되고 있음을 看過해서는 아니될 것이다. “事實을 말하라, 그러면 너에게 法을 주리라”라는 법언은 法院의 事實確定의 重要性을 웅변하고 있으며, 立證責任의 分配에 있어 종래의 辯論主義에 기초한 法律要件分類說의 難點의 發展的 補完을 요청하고 있는 것이다. 訴訟資料의 대부분이 피고의 支配下에 있거나, 전문적 노우하우를 피고가 獨占하는 경우 主觀的 要件事實이나 複雜한 事實의 因果關係의 立證은 危險領域說이나 證據距離說의 立場에서 再檢討되어야 한다고 본다. 법원의 積極的인 法形成作用이 기대되는 것이다.

#### IV. 立證責任없는 當事者의 解明義務

##### 1. 序 說

立證責任의 分配는 裁判作用의 現實的 限界로서의 事實의 眞僞不明을 전제로 한 것이나 입증책임이 없는 당사자에게 事實關係의 解明에 협조하도록 訴訟法的 義務를 부여하려는 論議가 있다. 즉 事件의 性質상 입증책임있는 당사자가 立證의 顯著한 困難에 처한 경우라든지 청구의 기초되는 사실이 訴訟前 當事者 또는 제3者의 行爲에 기인한 경우에는 입증책임을 부담하는 당사자가 具體的 事實陳述과 具體的 證據申請을 하지 못하여 事實關係解明을 할 수 없게 되는 경우가 있다. 이는 결국 立證責任을 부담하는 당사자에게는 자신에게 有利한 訴訟資料提出의 방도가 봉쇄된 상태에서 訴訟上 責任만을 강요당하는 不合理를 內包하고 있고, 裁判의 主宰者인 법원에게는 公正하고 眞實에 합치하는 事實의 認定과 이에 기초한 事案의 실질적 해결을 가져오는 裁判을 行할 수 없도록 하는 것이다. 이러한 前提下에 입증책임없는 당사자라 할지라도 事實關係의 解明에 關與시키거나 이에 不應하는 경우에는 一定한 制裁를 가하는 등의 民事訴訟法의 탄력적 運營理論이 필요하게 되는 것이다.

현행 民事訴訟法에도 법원의 訴訟資料蒐集責任에 相應하여 당사자에게 일정한 要件하에 採證上의 義務條項이 있는 것은 사실이다. 즉 민사소송법 제316조의 當事者의 文書提出義務, 민사소송법 제314조의 2에 의한 當事者의 鑑定受忍義務 민사소송법 제339조 이하에 따라 當事者訊問에 出席하여 陳述할 義務가 認定되기도 하고, 또한 민사소송법의 대원칙으로 규정된 제1조의 信義誠實의 原則에서 派生되는 當事者의 眞實義務에 따라 事實關係의 解明에 關여하여야 할

경우가 있게 된다. 한편 職權探知主義가 적용되는 소송, 예컨대 家事訴訟 등의 경우에는 檢査受忍 등의 방법에 의하여 事實關係의 解明에 당사자가 관여하여야 하는 制度的 要請이 더욱 강해진다<sup>42)</sup>.

그런데 이러한 現行法上의 制度만으로는 입증책임 있는 당사자가 事實關係의 解明에 어려움이 있는 變化無雙한 多様な 境遇에 대처하기에는 미흡한 것이다. 즉 文書提出義務도 현재의 통설에 의할 때 制限的인 것이다. 입증책임을 부담하지 않는 當事者에게 文書提出義務를 부담하는 경우는 민사소송법에서 制限的으로 列擧하고 있는 경우에 限定되는 것이다<sup>43)</sup>. 鑑定受忍義務 및 當事者訊問에 의한 事實關係의 解明義務도 鑑定の 對象이 되는 모든 경우를 포함하지 못하였고 當事者訊問이 補充的 證據方法에 그친다는 점에서 문제의 終局的 解決을 가져오기에는 미흡한 것이다. 문제는 民事訴訟法 第1條의 信義則에 기한 眞實義務를 어떻게 파악하느냐 하는 것인데 종래의 通說에 의할 경우 역시 滿足스럽지가 않은 것이다. 즉 이때의 眞實義務는 단지 主觀的으로 確信한 것 혹은 알고 있는 事實에 反하는 사실진술을 금하는 것에 불과하고 當事者에게 積極的으로 事實關係의 解明에 나서야 하는 義務를 부담케하는 것은 아니다. 또한 眞實義務와 관련된 完全義務라는 것도 당사자가 事實關係의 一部를 陳述한 경우 그 나머지가 不利益한 事實關係라 할지라도 이를 陳述할 義務가 있다는 것에 불과한 것이다.

## 2. 理論的 根據

그렇다면 이러한 立證責任없는 當事者의 解明義務의 이론적 근거를 어디에서 찾을 것인가의 문제가 대두되는데 독일에서는 民事訴訟의 根本的 性格으로부터 이를 구하는 訴訟觀說, 現行法規의 類推 및 擴大解釋 등에 근거하여 그 이론적 출발점으로 삼는 法律類推說, 민사관계에 있어서 일반적으로 요청되는 信義誠實의 原則에서 그 이론적 근거를 구하는 信義則說의 3가지로 大別해볼 수 있다고 한다<sup>44)</sup>.

42) 家事訴訟法 제29조, 以下 皮貞鉉, 立證責任없는 當事者의 解明義務, 延世大學校 碩士學位請求論文, 13面 以下 참조.

43) 民事訴訟法 제316조 1호 내지 3호 참조, 즉 訴訟에서 自身の 利益을 위하여 引用한 경우, 實體法上 引渡, 閱覽請求權이 인정되는 경우, 文書가 立證責任을 負擔하는 당사자의 이익을 위하여 作成되었거나 舉證者와 所持者간의 法律關係에 關하여 작성된 경우등이다.

44) 以下 皮貞鉉, 前揭論文, 29面 以下 참조.

訴訟觀說에 의하면 민사소송은 법원과 當事者間의 協力共同體라는 社會的 訴訟觀에 따라 종래의 辯論主義的 訴訟構造를 비판하고 있다. 새로운 社會主義的 福祉國家觀의 태동은 국가의 의무로서의 국민간의 隔差를 是正할 義務를 도입하고 있으며, 이는 민사소송법의 영역에서도 法官은 社會的 隔差를 補正하기 위하여 事實關係를 당사자와 協力하여 蒐集하고 당사자에게 事實關係를 解明할 義務를 부과하였다는 것이다<sup>45)</sup>.

한편 具體的인 實定法으로부터 그 이론적 근거를 구하는 見解가 있는데 이는 크게 독일민사소송법 제138조 제1항의 當事者의 眞實義務를 擴大解釋하여 입증책임없는 당사자의 해명 의무를 도출하는 견해와 독일민사소송법이 立證責任 없는 當事者에게 事實關係解明에 관여하도록 하는 취지의 個別規定<sup>46)</sup> 등의 考察을 통하여 法律의 欠缺이라는 결론을 도출하고 이에 근거하여 一般的 解明義務를 인정하는 견해로 나누어 볼 수 있다. 즉 민사소송법상의 眞實義務는 법관으로하여금 生活經過上의 올바른 認識을 하도록하여 實體的 眞實에 벗어나지 않는 올바른 재판을 하도록 保障하는데 그 根本趣旨가 있는 것인데, 법관의 事實關係에 관한 그릇된 認識은 적극적으로 진실하지 못한 主張을 하는데서만 발생하는 것이 아니라 事實의 變更效果를 갖는 狀況의 沈默에 의하여서도 발생할 수 있으므로, 眞實義務에 관한 종래의 通說的 立場에서 벗어나 이를 擴大하여 積極的으로 올바른 事實關係의 解明에 나설 義務까지도 포함하는 것으로 보아야 한다는 것이다<sup>47)</sup>. R.stürner에 의하여 整理 發展된 類推適用說은 위에서 본 여러 가지 個別規定들의 성격은 입증책임없는 當事者의 消極的態度에 의해서 아무런 制裁를 가할 수 없다는 原則에 대한 단순한 例外規定으로 볼 수 없으며, 이러한 個別規定들은 민사소송법이 바로 입증책임없는 當事者의 一般的 解明義務의 原則에 입각하고 있으며 이의 積極的 發現으로서의 例示規定으로 보는 것이다.

45) 이러한 根據에서 당사자의 解明義務를 人丁한 것은 von Hippel에 의하여 시도되었다. 이는 v. Canstein이 辯論主義는 실제적 진실에 부적당한 것이라고 지적하고 F. Klein이 독일제국 민사소송법에서 辯論主義를 채택한 것을 批判하는 등의 思想的 潮流가 그 밑바탕이 되고 있다. von Hippel, aa.O., S. 35, 36, 41, 42. 참조.

46) 眞實義務와 그 違反에 대한 制裁規定(제 138조 1,3호, ZPO 참조), 文書提出과 관련된 규정(제422, 423, 424조, ZPO 참조), 法院에게 立證責任없는 당사자가 알고 있는 것을 이용할 수 있도록 하는 當事者 訊問과 그 違反에 대한 制裁規程(제446, 453조 2호, ZPO 참조), 입증책임없는 당사자에게 血族關係를 확정하기 위한 鑑定人의 身體感情에 受忍하도록 인정하는 規定(제372a, 654ff, ZPO 참조) 등을 들 수 있다.

47) 이러한 眞實義務의 擴大解釋으로부터 解明義務의 이론적 근거를 구하는 見解는 독일의 R. Bruns와 W. Bernhardt에 의하여 主張되고 있다. W. Bernhardt, Zivilprozeßrecht, S.220면.

따라서 一般的 解明義務의 存在를 인정하는 것은 現行法の 根據가 충분하다는 것이다.

信義則說은 실체법상의 信義誠實의 原則에 근거하여 각 實體法에서 個別의 情報提供義務를 규정한 경우에 한하여 制限的으로 當事者의 解明義務를 認定하기도 하고, 소송법상의 誠實한 訴訟遂行의 要請은 당사자의 訴訟上의 權能을 具體的인 規範의 目的에 反하여 행사하지 못하도록 하는 訴訟上 保護機能을 인정하는 것이라고 보고 立證責任을 負擔하는 當事者가 어느정도의 說得力있는 根據를 제시할 요건의 前提하에 相對方當事者에게도 信義誠實의 原則上 자신이 알고 있는 事件經過를 陳述하고 자신만이 갖고 있는 證據를 법원에 제출하여야 할 立證義務를 負擔한다고 說明하기도 한다.

### 3. 要件

그렇다면 이러한 解明義務가 立證責任없는 當事者에게 賦課되기 위한 요건은 무엇인가? 이에 관하여는 (1) 立證責任있는 當事者에게 事實關係를 해명하지 못하는 것에 대하여 非難可能性이 없을 것 (2) 立證責任있는 當事者가 자기의 권리주장을 理性的으로 수증시키는 合理的 基礎로서의 根據點을 제시할 것 (3) 立證責任없는 當事者가 事實關係를 해명할 수 있고 이러한 事實關係의 解明을 期待할 수 있을 것 등의 要件이 필요하다고 한다<sup>48)</sup>. 여기에서 根據點이라는 것은 當事者의 具體化責任을 緩和한 것으로서 主張의 正當性에 관한 확신에 이르지 않는 低級의 蓋然性으로 足한 것으로서 現實訴訟에서는 어떤 確實한 事實關係에 기초한 주장이 구체적으로 陳述되지 않았으나 經驗則과 結付하여 구체적 사실의 존재에 관하여 合理的 根據를 제시한다든지, 事實의 具體的 摘示를 통하여 事件이나 狀態가 推定된다든지, 어떠한 法違反으로부터 다른 法違反을 推論할 수 있다든지 하는 態樣으로 具體化된다는 것이다<sup>49)</sup>.

48) 皮貞鉉, 前掲論文, 95面 以下 참조.

49) P. Arens, ZfP 96, 18; R. stürner, aa.O., S.124.



## V. 結 論

立證責任의 問題는 訴訟現實의 不完全에서 由來한다. 법원이 實體法規에 따라 私法上의 權利救濟를 具體化함에 있어 事實의 確定은 법규적용의 前단계로서 매우 큰 意義를 지니는 것이며, 過去의 事實의 再現이 현실적으로 不可能한 경우가 있는 緣由로 인하여 事實의 眞僞不明의 狀況이 있을 수 있기 때문이다. 立證責任論은 소송자료의 수집에 관한 辯論主義를 기초로하여 有利한 事實은 당해 당사자에게 立證責任이 歸屬되며 不利한 事實을 입증할 필요는 없다는 전제하에 實體法上의 法規의 規定形式, 法規의 趣旨 등에 근거하여 전개되어 왔다. 辯論主義의 哲學的 基礎는 그것이 私的自治의 原則에 바탕을 두고 있고, 한편 辨證法的인 構圖下에 實體的 眞實을 발견함에 있어 最適의 構圖라는 假定下에 있다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 辯論主義의 基本前提들이 현재에 있어서도 絶對적으로 妥當한 것인지 의심스럽다. 社會的 福祉國家觀의 憲法的 命題下에 국가의 積極的 機能이 요청되고 있는 현실에서, 民事訴訟의 領域에서도 社會的 訴訟觀<sup>50)</sup>의 대두는 주목하여야 할 것이다. 또한 많은 現代型 訴訟의 領域에서 변론주의에 기초한 傳統的 立證責任論을 고집할 경우 민사소송법의 가장 큰 理想인 實體的 眞實에 기초한 適正한 裁判은 어려움에 봉착할 수도 있는 것이다. 此際에 立證責任論의 영역에서의 危險領域論, 利益較量說, 立證責任없는 當事者의 解明義務 등의 새로운 이론의 전개는 주목하여야 할 것이며, 法院의 積極的인 法形成作用과 맞물려 立證責任論의 새로운 조명이 要請되는 것이다.

50) 이러한 社會的 訴訟觀은 소송이란 當事者와 法院이 協力共同體의 관계에서 보다 광범위한 事實關係의 해명을 眞實과 正義를 구현하는 權利救濟制度라고 규정하는 새로운 訴訟觀으로서 19세기 後半에 나타난 것이다. E. J. Cohn, aa.O., S. 41.

