creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

윤나리석사 학위논문

지식재산권법상 비밀유지명령제도의 민사소송법에의 도입에 관한 연구

2021. 8.

서울대학교 대학원
법학과 지식재산권전공
윤나리

지식재산권법상 비밀유지명령제도의 민사소송법에의 도입에 관한 연구

지도교수 정상조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2021. 5.

서울대학교 대학원

법학과 지식재산권전공

윤나리

윤나리의 석사 학위논문을 인준함

2021. 7.

위 원 장 _____

부 위 원 장 _____

위 원 _____

[목차]

[국문초록]

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구의 목적 ····· 1
제 2 절 연구범위와 방법론 ····· 4
제 3 절 논의의 순서 ····· 6

제 2 장 정보공개를 둘러싼 근본적인 고찰들 ····· 8

제 1 절 논의의 필요성 ····· 8
제 2 절 비밀보호의 필요성 ····· 11
1. 증거공개와 대립되는 다른 가치들 ····· 11
2. 사생활보호 ····· 12
3. 영업비밀 등 기술이나 경영상 비밀의 보호 ····· 15
제 3 절 증거와 절차보장에 관한 기초법적 논의 ····· 16
1. 논의의 전제 ····· 16
2. 의사소통적 소송이론 ····· 17
3. 확증편향의 극복 ····· 19
4. 주관적 절차적 정의 ····· 19
제 4 절 증거와 절차보장에 관한 헌법적 논의 ····· 21
1. 재판청구권 ····· 21
2. 공정한 재판을 받을 권리 ····· 22
3. 청문청구권 ····· 23
제 5 절 증거와 절차보장에 관한 민사소송법적 논의 ····· 24

제 6 절 소결론 ····26

제 3 장 민사소송절차상 증거공개 및 비밀보호제도 ····29

제 1 절 국내제도의 개관 ····29
제 2 절 민사소송법상 문서제출명령제도 및 인 카메라절차 ····31
1. 문서제출명령제도 ····31
가. 일반 ····31
나. 절차 ····32
(1) 문서제출신청 ····32
(2) 문서제출신청에 대한 심리와 재판 ····33
(3) 채부의 결정 ····34
(4) 서증으로 제출 ····34
다. 제출명령위반의 효과 ····35
2. 인 카메라절차 ····35
가. 의의 ····35
나. 절차 ····37
(1) 인 카메라절차의 진행 ····37
(2) 문서제시명령 ····37
(3) 프라이버시 또는 영업비밀 해당성 판단 ····37
(4) 보호가치있는 비밀인지 여부 ····39
제 3 절 민사소송법상 증거공개 및 비밀보호의 한계 ····41

제 4 장 외국의 민사소송절차상 비밀보호를 위한 제도들 ····44

제 1 절 논의의 필요성 및 순서 ····44
제 2 절 미국 ····45

1. 미국제도의 전반적 특징 ·····45
2. 디스커버리제도 및 보호명령제도 ·····46
가. 디스커버리제도 ·····46
(1) 디스커버리제도 일반 ·····46
(2) 구체적 절차 ·····51
(가) 디스커버리 계획에 관한 회합 ·····51
(나) 자동증거공개 ·····51
(다) 증거개시절차 ·····53
나. 디스커버리 제외사유 ·····56
다. 보호명령제도 ·····57
(1) 의의 ·····57
(2) 요건 ·····58
(3) 내용 ·····58
(가) 전면적 금지 ·····59
(나) 조건의 부과나 제한 ·····59
(다) 봉인명령 ·····60
(라) 동시교환 ·····60
(마) 비밀유지의무의 부과 등 ·····61
라. 디스커버리제도 및 보호명령제도의 특징 및 시사점 ·····62
3. 연방 정보공개법상 본 인덱스제도 및 인 카메라제도 ·····64
제 3 절 독일 ·····68
1. 뒤셀도르프모델 ·····68
2. 행정소송법상 인 카메라절차 ·····70
제 4 절 스위스 민사소송법상 인 카메라절차 ·····71
제 5 절 일본 ·····72
1. 민사소송법상 인 카메라절차 ·····72
2. 지식재산권법상 비밀유지명령제도 ·····73

제 6 절 외국 제도들의 분류 및 한계 ·····74
1. 분류의 필요성 및 기준 ·····74
2. 당사자뿐 아니라 판사에게도 공개되지 않는 경우 ·····74
3. 당사자에게는 공개되지 않지만 판사에게는 공개되는 경우 ·····75
4. 판사뿐만 아니라 당사자에게도 공개되는 경우 ·····77

제 5 장 지식재산권법 분야의 비밀유지명령제도 ·····79

제 1 절 의의 ·····79
제 2 절 요건 및 절차 ·····80
1. 지식재산권침해소송이 제기되었을 것 ·····80
2. 당사자의 비밀유지명령의 신청 ·····80
3. 이미 제출했거나 제출하여야 할 준비서면이나 증거에 영업비밀이 포함되어 있을 것 ·····81
4. 영업비밀의 사용 또는 공개를 제한할 필요가 있을 것 ·····82
5. 준비서면의 열람이나 증거조사 외의 방법으로 그 영업비밀을 이미 취득하고 있는 경우가 아닐 것 ·····82
6. 불복절차 ·····83
제 3 절 비밀유지명령의 효과 ·····83
제 4 절 비밀유지명령제도의 특징 및 한계 ·····84

제 6 장 비밀유지명령제도의 민사소송법에의 도입 ·····86

제 1 절 도입의 필요성 ·····86
제 2 절 구체적 구현형태 ·····90

제 7 장 결 론 ·····95

<참고문헌> ····· 98
[Abstract]

[초록]

민사소송에 있어 사실의 인정은 원칙적으로 증거에 의하여야 한다.

이에 따라 각 당사자는 다툼있는 사실관계에 대하여 자신에게 유리한 증거를 스스로 탐색·수집하고 이를 변론에 현출한다. 법원은 이렇게 제출된 증거를 조사하여 심증을 얻고 그에 따라 사실관계를 확정하게 된다. 그러나 자신에게 유리한 증거를 언제나 쉽게 수중에 넣을 수 있는 것은 아니다. 상대방 당사자나 이해관계가 없는 제3자가 결정적인 증거를 소지하고 있는 경우가 흔하다. 특히 환경소송, 제조물책임소송, 의료과오소송, 지식재산권관련소송 등 현대형 소송의 경우 증명책임을 부담하지 않는 당사자에게 증거와 정보가 편중되어 있는 소위 증거의 구조적 편재현상이 많이 발생되고 있다. 이의 시정을 위해 여러 가지 방안들이 고려되고 있지만 근본적인 해결책은 해당 증거가 변론에 현출될 수 있도록 하는 직접적인 방안을 모색하는 것이다.

재판을 판사뿐만 아니라 재판의 한 축인 당사자들이 함께 상호 인정하는 사실을 중심으로, 각 개인의 인지적 오류를 시정하여 공통된 인식에 도달하는 과정으로 바라보는, 즉 공정한 절차를 중시하는 의사소통적 소송이론에 따르면 당사자의 절차참여는 소송의 가장 중요한 요소이다. 그리고 이 이론에 따르면 사실인정절차의 목표는 가능한 많은 정보가 심리에 현출되도록 하여 실질적 대화와 토론이 가능하도록 심리를 준비하는 데 있다. 당사자와 법원 사이의 공통의 이해를 생성하기 위해서는 정보의 현출이 풍부해야하기 때문이다. 이는 당사자들이 본격적으로 의미있는 논쟁을 진행하기 위해서도 필요한 작업이다.

그러나 소송의 공정함, 실체진실의 발견이라는 민사소송이 추구하는 가치가 다른 모든 가치를 압도하는 것은 아니다. 국가적 이익의 보호, 선량한 풍속의 유지, 침범할 수 없는 사생활의 보호, 타인의 중요한 기술이나 경영상 비밀의 보호 등 공개되지 않고 비밀로 유지하며 보호되어

야 할 가치들도 많다. 특히 이들 비밀들은 한번 비밀성이 소멸되면 돌이킬 수 없는 결과를 가져 올 수 있으므로 미리 조심스레 보호되어야 한다.

따라서 소송과정에서 충분한 정보와 증거가 현출되게 하면서도 보호가치 있는 비밀들을 보호할 수 있는 방안을 모색해야 한다. 그런데 이러한 비밀보호제도는 보호가치 있는 비밀보호 그 자체를 위해서도 필요하지만 분쟁의 해결에 필요한 정보나 증거가 변론과정에 더 원활하게 현출되기 위해서도 필요한 제도이다.

현재 상태에서는 비밀로 보호할 가치가 있으면 이를 공개하지 못하도록 막거나 아니면 증거로 꼭 공개해야할 필요성이 있으면 비밀보호를 포기하는 양자택일만 가능하다.

그러나 재판에서는 공개된다 하더라도 재판외에서는 비밀로 유지되게 할 수 있는 제도가 존재한다면 증거로 공개되는 것과 비밀을 보호하는 것 둘 중 하나만 선택하지 않아도 된다. 즉 공개된 증거에 비밀이 포함되어 있을 경우 그 비밀을 소송수행 목적외의 다른 용도로는 사용될 수 없도록 하는 비밀보호제도가 잘 갖추어져 있다면 오히려 해당 증거를 더 쉽게 공개할 수 있다.

그러나 현행 민사소송법에는 그러한 제도가 없다. 부족하나마 증거수집기능을 수행하는 문서제출명령제도와 이 과정에서 비밀이 누설될 가능성을 피하기 위해 도입된 인 카메라절차가 있을 뿐이다. 그러나 문서제출명령제도상 인 카메라절차는 변론절차 자체가 아닌 문서제출의무 여부의 판단절차에만 적용된다. 그리고 인 카메라절차 진행결과 해당 문서에 기재되어 있는 사항들이 비밀로 유지되어야 할 필요성이 있다고 인정되면 해당 문서는 변론절차에 증거로 제출되지 못한다. 즉 해당 문서를 증거로 활용할 기회 자체가 박탈된다. 해당 문서에 대한 당사자의 증거수집권, 증명권을 심각하게 침해하는 것이다.

따라서 현행 문서제출명령제도상 인 카메라절차는 해당 문서의 비밀을 보호하는 데에는 충분한 역할을 하지만 해당 문서가 증거로 활용될 수

있도록 돕는 역할을 하지는 못한다. 이로 인한 폐해는 단순히 해당 당사자의 절차적 권한에 대한 침해에 그치는 것이 아니라 공정한 재판이라는 민사소송의 기본가치 및 나아가 공정한 사법제도가 달성하고자 하는 법치주의라는 이념까지 흔들리게 하는 결과를 가져온다.

이러한 상황을 타개하기 위해서는 각국의 증거공개 및 비밀유지제도들을 검토하여 이들 제도들이 실제 소송과정에서 일으키는 효과 및 한계를 비교분석해 볼 필요가 있다. 그리고 이들 제도들을 우리의 현실에 적용할 수 있는지에 대한 검토도 필요하다.

정보 및 증거의 수집, 그 과정에서의 비밀보호에 가장 앞서 있는 나라는 미국이다. 미국은 디스커버리제도 및 보호명령제도를 통해 가장 활발하게 당사자의 증거수집권을 인정해 주면서도 한편으로는 판사의 폭넓은 재량을 인정하는 보호명령제도를 두어 비밀유지가 필요하다고 판단되면 구체적 사안에 따라 다양한 보호명령을 발할 수 있다. 이렇게 판사가 내릴 수 있는 보호명령 중에는 해당 증거를 신청 당사자에게 공개하되 그에게 비밀유지의무를 부과하는 방안도 포함되어 있다. 그러나 미국의 보호명령제도는 원칙적으로 비밀보호를 위한 절차가 아니라 디스커버리제도의 단점을 보완하기 위한 제도인데 우리는 디스커버리제도를 도입하지 않고 있다. 뿐만 아니라 보호명령제도는 명령의 구체적인 내용이 정해져 있는 것이 아니라 사안별로 판사가 적정하고 필요하다고 생각되는 명령을 고안해서 사용하도록 하는 제도인데 이는 우리나라 판사들에게 익숙한 형태가 아니다.

독일은 기존에 존재하던 독립적 증거조사절차 및 서류열람청구권에 대한 가처분제도를 결합한 뒤셀도르프모델을 시행하고 있다. 이 모델에 따르면 판사는 해당 정보를 직접 보는 것이 아니라 해당 정보에 관해 법원이 선정한 감정인의 감정보고서를 볼 수 있을 뿐이고, 당사자도 판사의 허락이 떨어진다는 전제하에 해당 정보 자체가 아닌 이에 관한 감정보고서를 볼 수 있을 뿐이다. 결국 뒤셀도르프모델에 의하면 해당 정보 자체

는 완벽하게 보호할 수 있지만 당사자나 판사가 해당 정보 자체를 보지 못한 채 해당 정보를 추론할 수 있는 간접적 정보들만을 얻는 것에 만족해야 한다. 따라서 해당 정보의 내용 자체가 꼭 필요한 사안에는 사용될 수 없다는 한계가 있다.

변론과정에 증거가 현출되도록 하되 해당 증거의 비밀을 완벽히 보호하는 제도는 스위스의 인 카메라제도이다. 인 카메라제도란 판사만이 해당 증거를 직접 볼 수 있는 제도를 말하는데 스위스는 민사소송의 변론절차 자체를 인 카메라절차로 진행할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이는 명백하게 당사자의 증거조사참여권을 침해하는 것이다. 소송에서 사용되는 증거는 당사자의 음미, 탄핵의 기회를 거친 것에 한정되어야 한다는 것은 민사소송의 기본원칙이고 이러한 증거조사절차에 당사자가 참여할 수 있는 권리인 당사자의 증거조사참여권은 민사소송절차상 보장되어 있는 기본적인 권리인데 스위스의 인 카메라제도에 의하면 이 권리가 명백히 침해되는 것이다.

일본은 우리와 마찬가지로 민사소송법에는 문서제출명령과 관련된 인 카메라절차를 두고 있고, 지식재산권법에는 영업비밀보호를 위한 비밀유지명령제도를 두고 있다.

우리 역시 일본의 영향을 받아 지식재산권법에 비밀유지명령제도를 두고 있다. 지식재산권침해소송에 적용되는 비밀유지명령제도는 영업비밀이 준비서면 또는 증거에 포함되어 있을 경우 이를 소송수행목적 외에는 사용할 수 없도록 법원이 비밀유지의무를 내릴 수 있는 제도이다. 비밀유지의무를 위반할 경우 형사처벌이 가능하다. 이 제도는 해당 정보가 변론에 현출될 수 있게 해주고 판사뿐만 아니라 당사자 역시도 증거조사과정에 참여할 수 있게 해주어 당사자의 증거수집권, 증거조사참여권, 증명권이 존중된다. 다만 이 제도는 현행법상으로는 민사소송사건 중 오로지 지식재산권침해로 인한 금지청구, 손해배상청구, 가처분사건에서만 이용될 수 있을 뿐이고 일반 민사사건에서는 이용될 수 없다는 한계가

존재할 뿐만 아니라 비록 비밀유지의무가 형사벌에 의해 담보되기는 하지만 비밀누설가능성을 완전히 배제할 수 없다는 한계가 있다.

그러나 현재로서는 이 제도가 비밀을 완벽하진 않더라도 충분하게는 보호하면서도 필요한 정보나 증거가 변론과정에 원활히 제출되고 활용될 수 있도록 도와줄 수 있는 유일한 제도이다. 따라서 지식재산권법상의 비밀유지명령제도를 민사소송법상의 일반적인 제도로 도입하는 방안을 진지하게 고려해볼 필요가 있다.

주제어 : 디스커버리, 보호명령, 뒤셀도르프모델, 인 카메라, 문서제출명령, 비밀유지명령, 증거수집

학 번 : 2009-21355

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

2017. 8. 29. 삼성전자 LCD공장에서 근무하던 노동자의 '다발성 경화증'을 산업재해로 인정해야한다는 첫 대법원 판결이 나왔다.[1] 대법원까지 올라 온 삼성전자 LCD노동자의 산업재해 관련 사건 중 업무와 질병 발생·악화 간의 인과관계를 처음으로 인정한 판결이다. 이 사건의 원고는 고등학교 3학년에 재학 중인 2002. 11.부터 2007. 2. 퇴사할 때까지 5년이 넘는 기간 삼성전자 LCD공장에서 LCD 패널 검사작업을 하였는데, 퇴사한 이후인 2008. 6.경 다발성경화증진단을 받았다. 원고는 2011. 자신의 병을 업무상 재해로 인정해달라며 근로복지공단에 요양승인신청을 냈으나 근로복지공단은 요양불승인처분을 내렸다. 이에 원고는 요양불승인처분취소소송을 제기하였으나 1, 2심은 업무상 재해는 업무상 사유에 따른 근로자의 부상, 질병, 장해 또는 사망을 말하는데 재해가 업무에 기인해 발생한 것이라는 인과관계가 있어야 하고 이는 업무상 재해를 주장하는 측에서 증명해야하는데 그러한 증명이 부족하다고 지적하며 근로복지공단의 손을 들어주었다. 그런데 이와 같은 1, 2심의 판단에는 자기모순적인 면이 존재했다. 원고 및 원고 대리인들 역시 원칙적으로 원고 측이 업무와 원고의 발병 사이에 인과관계가 존재함을 증명해야할 책임이 있음을 모르지 않았다. 그리고 그러한 책임을 다하기 위해 다발성경화증 발병의 트리거가 되는 유해화학물질에 원고가 장기간 노출되었음을 증명하기 위해 1, 2심 재판부에 삼성전자에게 LCD패널 검사작업에 사용

1) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2015두3867 판결

하는 약품명들을 제출할 것을 명해달라고 신청하였다. 그러나 1, 2심 재판부는 삼성전자가 LCD패널 검사작업에 어떠한 약품을 사용하는지는 삼성전자의 영업비밀에 해당한다며 원고의 문서제출명령신청을 모두 기각하였다. 1, 2심 재판부는 원고가 자신의 발병과 업무 사이의 인과관계를 과학적, 직접적으로 증명할 유일한 증거수집방법의 채택을 거부한 것이다. 그런 다음 1, 2심 재판부는 원고가 업무와 재해 사이의 인과관계에 있어 자신의 증명을 다하지 못하였다며 원고의 청구를 기각하였다. 즉 재판부 스스로 원고의 손, 발을 묶어놓고서는 원고의 노력부족을 탓하며 원고에게 패소판결을 내린 것이다. 이에 대법원은 1, 2심의 문서제출명령기각결정에 대해서는 판단하지 않은 채, 법논리적으로 그 보다 윗 단계에 있는 업무와 손해에 관한 인과관계에 대해 원고가 져야 할 증명의 정도를 완화함으로써 원고의 권리를 구제해 주었다. 이는 대법원이 하급심의 사실인정 및 증거채택에 관해서는 원칙적으로 관여할 권한이 없기 때문으로 보인다. 그런데 대법원은 이렇게 원고가 증명해야할 인과관계의 증명도를 낮춰준 이유로 '삼성과 관련 행정청이 공정에서 취급하는 유해화학물질 정보가 삼성의 영업비밀이라며 공개를 거부해 원고의 증명이 곤란해진 특별한 사정'도 명시적으로 고려하였다.

이 사건은 이른 바 삼성전자산업재해사건으로 불리며 우리 사회의 여러 가지 모순과 부조리를 보여주면서 시민사회에 큰 경종을 울렸지만[2] 법률적인 측면에서도 여러 가지 시사점을 던져주었다.

현대형소송이라 불리는 산업재해소송, 공해소송에서는 인과관계의 증명이 아주 어렵다. 이러한 현대형소송을 진행할 때에는 증명의 어려움으로 인한 증명책임을 완화해주는 방안을 고려하거나 증거의 구조적 편재현상, 즉 중요하고 의미있는 증거들이 소송의 상대방, 즉 대기업이나 정부측에 몰려있는 현상을 고려해 이를 보완해 줄 수 있는 소송진행이 필

2) 결국 삼성전자산업재해사건은 법원이 아닌 사회적 합의로 해결되었다. https://news.joins.com/article/22823743, 마지막방문 2021. 4. 13.

요하다.

그럼에도 불구하고 위 사건의 1, 2심 재판부는 인과관계의 증명책임을 완화해 주는 법리적 판단을 전개하지도 증거의 구조적 편재를 시정해주는 재판진행도 하지 않았다.

이러한 1, 2심 재판부의 소극적인 태도에는 분명히 문제가 있다. 하지만 1, 2심 재판부가 이러한 소극적 태도를 취하게 된 제도적인 배경도 간과할 수 없다.

개별적, 구체적인 상황에서 인과관계의 증명 정도를 얼마나 완화해 줄 것인지는 제도적 측면보다는 해당 사건을 담당한 판사의 법리적 결단이나 개별적인 사건에 대한 주관적 상황인식이 더 크게 작용하겠지만, 유일할 수도 있는 증거에 대한 문서제출명령을 채택하지 않은 것은 문서제출명령제도 자체의 제도적 미비, 즉 보호가치 있는 영업비밀이 기재되어 있는 문서는 문서제출의무를 면해 준다는 규정이 더 근본적인 원인으로 보이기 때문이다.

즉 현행 제도 하에서는 당사자의 증거수집권 및 증거권과 영업비밀보호라는 증거소지자의 이익을 조화롭게 해결할만한 수단이 부족한 것이다.

따라서 이 논문에서는 이러한 문제의식에 입각하여 민사소송법 절차상 필요한 정보 및 증거가 충분하고 원활하게 현출되도록 하면서도 보호가치 있는 비밀 역시 충분히 보호될 수 있는 대안을 제시하고자 한다.

그 과정에서 미국의 디스커버리제도 및 보호명령제도, 독일의 뒤셀도르프모델, 스위스의 인 카메라절차를 검토해 보고, 현재 우리나라에 적용되고 있는 문서제출명령절차에 적용되는 인 카메라절차, 정보공개청구사건에 적용되고 있는 인 카메라절차, 지식재산권침해사건에 적용되는 비밀유지명령제도를 검토해 본다.

위 외국제도들 및 국내의 현행 제도들의 특징 및 한계점을 논의한 후 지식재산권침해사건에 적용되고 있는 비밀유지명령제도를 민사소송법상

일반적인 절차로 승격시키는 방안을 대안으로 제시하고자 한다.

제 2 절 연구범위와 방법론

환경소송, 제조물책임소송, 의료과오소송, 지식재산권관련소송 등 현대형 소송의 경우 증명책임을 부담하지 않는 당사자에게 증거와 정보가 편중되어 있는 소위 증거의 구조적 편재현상이 많이 발생되고 있다. 이의 시정을 위해 일응의 추정, 간접반증, 증명책임의 전환, 모색적 증명, 증명책임을 부담하지 않는 당사자의 사안해명의무 등이 논의되어 왔으나 이러한 방법들은 증거의 구조적 편재를 해결하기 위한 우회적인 수단에 불과하다. 보다 근본적인 해결책은 해당 증거가 변론에 현출될 수 있도록 하는 직접적인 방안의 모색이다. 그러나 한편 영업비밀, 프라이버시 등 공개하지 않고 비밀로 보호되어야 할 가치들도 무시할 수 없는 형편이다.

따라서 이 논문에서는 증거공개의 필요성과 비밀보호의 필요성이라는 일견 충돌하는 것처럼 보이는 가치들을 조화시킬 수 있는 효과적인 대안을 제시하고자 한다.

구체적인 대안을 제시하기에 앞서 먼저 현대 민사소송에서 증거의 의의 및 중요성, 당사자의 절차참여보장의 필요성에 대해 법철학, 헌법 및 민사소송법 등 관련 분야의 기존 연구들을 문헌조사하는 방법을 중심으로 고찰해 본다. 그리고 정보와 증거의 공개에 반대되는 가치들, 그 중에서도 사생활의 보호, 타인의 중요한 기술이나 경영상 비밀의 보호 등 공개되지 않고 비밀로 유지하며 보호되어야 할 가치들도 많다는 점을 인정하면서, 이렇게 보호되어야 할 비밀들에 대한 헌법적 근거도 고찰해 본다.

이러한 근본적인 고찰 이후 현행 민사소송법상 증거공개와 비밀보호제도를 문서제출명령제도와 인 카메라제도를 중심으로 살펴보고 현 제도의 한계를 비판적으로 검토해 본다.

소송과정에서 충분한 정보와 증거가 현출되게 하면서도 보호가치 있는 비밀들을 보호할 수 있는 구체적인 대안을 마련하기에 앞서 먼저 다른 외국 법제들 특히 미국의 디스커버리상 보호명령제도, 독일의 뒤셀도르프모델, 스위스의 비밀보호조치, 일본의 지식재산권법상 비밀유지명령제도를 살펴본다. 실제 소송과정에서 이 제도들이 일으키는 효과 및 한계를 먼저 알아야 이들 제도들을 우리의 현실에 적용할 수 있는지 검토할 수 있기 때문이다. 이 과정은 비교법적 연구방법으로 수행한다.

마지막으로 지식재산권침해소송에서 적용되는 비밀유지명령제도의 취지 및 적용범위를 기존 연구결과를 토대로 법규정을 중심으로 살펴보고, 이 제도의 장점 및 한계를 민사소송법상 증거조사원칙에 비추어 비판적으로 고찰해 본다.

그리고 현재 지식재산권침해소송에 한정되어 적용되고 있는 비밀유지명령제도를 민사소송법상 일반적인 제도로 승격시켜야 할 필요성을 기초법, 헌법 및 민사소송법의 기존 연구결과 및 실무관행의 측면에서 논증해 본다. 그리고 일반화를 위해 미리 고려해야 할 사항들을 정보공개의 필요성, 비밀보호의 필요성 측면 및 제도의 효과적이고 효율적인 이용이라는 세 가지 측면에서 합리적으로 고찰해 보고 기존 민사소송법의 체계를 고려한 실질적인 개정안을 마련해 본다.

제 3 절 논의의 순서

제 2 장에서는 민사소송에서의 정보와 증거의 가치, 비밀보호의 필요성에 대해 좀 더 근본적인 고찰을 해본다.

기초법적으로는 현대 민사소송의 대안적 소송관이라 할 수 있는 의사소통적 소송이론을 알아본다. 그리고 판사의 확증편향을 극복할 수 있는 방안 및 현대 민사소송과정에서 중요시 되는 주관적 절차적 정의에 대해서도 알아본다. 그리고 재판과정에서 정보의 공유, 당사자의 절차참여보장과 이러한 기초법적 논의들이 어떠한 관계를 맺고 있는지 고찰해 본다.

헌법적으로는 증거현출의 중요성을 재판청구권, 공정한 재판을 받을 권리, 청문청구권에 관한 기존논의를 중심으로 다루어 본다.

민사소송법영역에서는 형식적 변론주의를 극복하고 당사자의 절차적 지위를 보장하기 위해 주장되고 있는 당사자권에 대해 집중적으로 다루어 본다.

마지막으로 민사소송에서 정보와 증거의 공개에 대립되는 다른 가치들, 그 중에서도 사생활보호 및 영업비밀보호에 대해 알아보고 이들의 헌법적 근거를 검토해 본다.

제 3 장에서는 기존 민사소송법을 증거의 공개와 비밀보호라는 측면에서 검토하고 한계를 논해보되 특히 현행 문서제출명령제도와 인 카메라 절차를 중심으로 검토해 본다.

제 4 장에서는 외국의 민사소송절차상 비밀보호를 위한 제도들을 검토해 본다.

증거수집 및 보호절차가 가장 잘 갖추어진 미국제도를 먼저 검토해 본다. 가장 중요한 디스커버리제도 및 보호명령제도에 대한 자세한 설명과

함께 그 한계 및 우리나라에의 도입가능성을 검토해 본 후, 정보공개법상 본 인덱스제도와 인 카메라제도에 대해 자세히 검토해 본다.

독일의 경우 실무상 고안된 뒤셀도르프모델과 행정소송법에 도입되어 있는 인 카메라절차를 검토해 본다. 이들의 한계 및 우리나라에의 도입가능성도 검토해 본다.

대륙법계 국가 중 가장 과감한 형태로 비밀에 대한 심리 및 보호를 제공하고 있는 스위스의 민사소송법상 인 카메라절차에 대해 검토해 본다.

마지막으로 우리와 유사한 일본의 제도를 검토해 본다.

제 5 장에서는 국내 지식재산권침해소송에서 적용되는 비밀유지명령제도를 알아 보고 이 제도의 적용범위, 한계 및 장점을 검토해 본다.

제 6 장에서는 현재 지식재산권침해소송에 한정되어 적용되고 있는 비밀유지명령제도를 민사소송법상 일반적인 제도로 승격시켜야 할 필요성 및 그러기 위해 고려해야 할 사항들에 대해 검토하고, 구체적인 개정안을 마련해 본다.

제 7 장에서는 지금까지의 논의를 정리한 후 이 연구의 의의 및 한계를 검토해 본다.

제 2 장 정보공개를 둘러싼 근본적인 고찰들

제 1 절 논의의 필요성

이 연구 이전에도 민사소송절차상 비밀을 보호하기 위한 연구들은 상당수 존재해 왔다.[3] 그러나 이전 연구들은 그러한 비밀보호수단을 마련함으로써 그로 인해 침해될 우려가 있는 당사자의 증거에 관한 권리들, 혹은 재판의 공정성에 대해서는 크게 관심을 기울이지 않았다. 이는 관념적으로는 증거수집의 중요성, 당사자의 증거조사참여권의 중요성을 인식하고 있다고 생각하면서도 그러한 가치가 민사소송에서 얼마나 중요한지에 대한 구체적인 인식이 부족했기 때문으로 보인다. 그러나 양 제도는 서로 불가분적인 관계를 맺고 있다. 민사소송절차상 비밀보호만 강조하게 되면 실체적 진실발견 및 공정한 재판이라는 민사소송법의 이념과 충돌될 가능성이 높다. 다른 한편으로는 적정한 비밀보호수단을 마련함으로써 오히려 실체적 진실발견 및 재판의 공정이라는 이념에 더 기여할 가능성도 배제할 수 없다. 따라서 실천적이고 합헌적인 대안을 마련하기 위해서는 두 가지의 가치를 함께 고려해야 한다.

---

3) 이규호, 영업비밀보호를 위한 미국민사소송규칙, 연세법학연구(제6권 제2호), 연세대학교 법학연구소 1999; 이규호, 민사소송법상 증거조사절차에 있어 비밀보호, 민사소송(제10권 제1호), 한국민사소송법학회, 2006; 정선주, 민사소송절차에서 공개재판의 원칙과 비밀보호, 저스티스(제33권 제1호), 한국법학원, 2000. 3; 박익환, 민사소송절차와 영업비밀보호-부정경쟁방지법상 비밀유지명령을 중심으로-, 정보법학(제16권 제1호), 한국정보법학회, 2012. 4; 김창조, 비밀정보에 대한 사법심리방법, 법학논고(제40집), 경북대학교 법학연구원, 2012. 10; 반흥식, 민사소송에 있어서의 비밀보호-독일, 오스트리아, 스위스법을 중심으로, 민사소송(제17권 제1호), 한국민사소송법학회, 2013. 3; 정선주, 영업비밀보호와 in camera제도, LAW & TECHNOLOGY(제9권 제2호), 서울대학교 기술과법센터, 2013. 3; 반흥식, 민사소송에 있어서의 비밀보호, 민사소송(제17권 제1호), 한국민사소송법학회, 2013. 5; 정선주, 비공개심리와 비밀유지의무, 민사소송(23권 2호), 한국민사소송법학회, 2019. 6.

이 연구에서는 구체적인 대안마련에 앞서 이러한 불균형성을 해소하기 위해 현재 비밀보호에 대한 연구들에서 간과되고 있는 측면, 즉 민사소송법상 증거 및 당사자의 절차참여의 중요성에 대해 먼저 고찰해 보고자 한다. 민사소송에서 증거수집 및 당사자 절차참여의 중요성은 단순히 민사소송법 자체에서만 그 뿌리를 찾을 수 있는 것이 아니다. 오히려 그 뿌리는 민사소송법을 넘어 헌법, 기초법 분야까지 뻗어 있다. 이러한 뿌리들을 살펴보면 민사소송법상 정보공유 및 당사자의 절차참여의 중요성을 다시 한 번 환기할 수 있다.

다만 본격적인 논의에 앞서 민사소송절차의 순서와 특히 변론절차와 관련하여 '정보'와 '증거'가 어떤 의미로 사용되는지를 간단히 정리할 필요가 있다.

우리 민사소송절차는 크게 소제기 및 소장송달단계, 변론준비단계, 변론단계, 판결선고단계로 이루어 진다. 이러한 단계 중 공개된 법정에서 당사자들이 각자의 주장을 전개하고 상대방의 주장을 다투며, 주장의 진위를 가리기 위한 증거를 제출하고, 제출된 증거를 음미하고 탄핵하는 원칙적인 과정이 변론단계이다. 변론단계 중 특히 증거를 제출·채택하고 해당 증거의 내용을 확인하며 탄핵하는 절차를 전반적으로 증거조사절차라 한다.

민사소송법상 법관이 다툼 있는 사실을 인정하기 위해서는 원칙적으로 증거가 필요하다. 이러한 의미에서 '증거'는 다툼 있는 사실을 증명하기 위해 필요한 자료라고 할 수 있다. 그러나 현재 민사소송법상 증거라는 단어는 증거방법 · 증거자료 · 증거원인 등 여러 가지 의미로 사용된다. 증거조사의 대상이 될 수 있는 유형물 그 자체를 증거방법이라 하고, 증거조사의 결과 파악된 증거방법의 내용이 증거자료[4]이며, 이러한

4) 증거조사가 이루어진 이후에는 이를 증거자료라 하며 증거방법의 종류에 따라서 증언, 감정결과, 문서의 기재내용, 검증결과, 당사자신문결과, 그 밖의 증거의 조사결과, 조사촉탁결과의 7가지 종류가 있다.

증거자료 중에 법관의 확신의 원인이 된 것과 변론전체의 취지와 같은 그 외의 사정을 증거원인이라 한다.[5] 다만 구체적으로 그 의미를 특정하지 않고 단순히 증거란 용어로 사용되는 경우에는 증거방법 또는 증거자료의 의미로 사용된다.[6]

한편 '정보'란 사전적으로는 '관찰이나 측정을 통하여 수집한 자료를 실제 문제에 도움이 될 수 있도록 정리한 지식 또는 그 자료'[7]를 뜻하지만 현행 민사소송법상 사용되는 법률적 개념은 아니다.[8] 현재 국내 민사소송법 학계에서는 증거수집절차와 관련되어 '증거(evidence)'와 '정보(information)'라는 용어를 특별히 구별하여 사용하고 있지는 않는 듯하다. 그러나 일반적으로 정보는 증거보다 훨씬 광범위한 개념이다. 예를 들자면 증인의 성명, 주민등록번호 등과 같은 개인정보는 그러한 정보 자체의 존부가 다투어 지는 것이 아닌 한 주요사실의 존부확정에 직접적으로 관련되어 있다고 할 수 없어 증거는 아니다. 그러나 증인을 특정하기 위해서는 꼭 필요한 자료라고 할 수 있다. 또한 서증으로 제출하기 위해 문서제출명령을 통해 제출받았으나 증거로서의 가치가 부족해 서증으로 제출하지 않은 문서의 내용은 정보에 불과하다. 그리고 주요사실은 아니지만 주요사실을 설명하기 위한 경위로 어떠한 사실을 주장해야 할 경우도 있는데 그러한 경위사실에 대한 설명도 정보에 포함된다. 이러한 의미에서 민사소송에서 정보란 증거가 될 가능성이 있는 자료 혹은 그 자체가 증거가 될 가능성은 없으나 주요사실을 설명하거나 증거방법의 특정이나 수집에 도움이 되는 자료까지도 포함하는 개념이다.

---

5) 호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사, 2020, 487-488쪽.

6) 민사소송규칙 제120조에서도 제1항에서는 '증거자료'로, 제2항에서는 '증거'로 각각 달리 칭하고 있으나 그 의미는 동일한 것이다. 한편 민사소송법 제374조에서의 증거는 '증거방법'을 의미한다.

7) 국립국어원, 표준국어대사전(2021. 4. 1. 방문) <http://www.korean.go.kr/search/searchView.do>

8) 민사소송법 분야와 달리 지식재산권 분야에서는 증거와 구별되는 정보라는 용어가 사용되고 있다. 저작권법 제129조의2는 법원이 저작권침해소송에서 당사자의 신청에 따라 정보제공을 명할 수 있도록 규정하고 있다.

이 논문에서는 ‘증거’와 ‘정보’라는 단어를 엄밀히 나누어 사용하지는 않으나 정보라는 용어를 사용할 경우에는 위와 같은 넓은 의미로 사용하고자 한다. 뒤에서 보는 바와 같이 민사소송에서 진실을 발견하기 위해서는 인식의 오류를 줄이고 공통된 인식에 도달하는 과정이 중요한데 이러한 인식의 오류를 줄이기 위해서는 증거뿐만이 아니라 정보의 교환도 중요하기 때문이다. 그러나 일반적으로 증거라는 용어만 사용한다 하더라도 정보라는 의미를 배제하고 사용하는 것은 아니다.

제 2 절 비밀보호의 필요성

1. 증거공개와 대립되는 다른 가치들

민사소송이 추구하는 가치는 적정, 소송의 공정함, 신속과 경제성이다.[9] 적정이라 함은 법원이 사실을 인정할 때 정확하게 실체적 진실을 발견해야 하고 법률적용 역시 타당하게 하여야 함을 말한다.[10] 그리고 소송절차상 사실은 원칙적으로 증거에 의해 인정되므로 실체적 진실을

9) 민사소송법 제1조 제1항; “민사소송법은 적정, 공평, 신속, 경제의 네 가지 이상을 추구하고 있다. 여기에서 말하는 적정에 바로 객관적 진실이 포함되어 있으므로 민사소송법이 객관적 진실의 발견도 추구하고 있음에 틀림없다. 근래에 들어 소송촉진과 소송경제를 강조하는 경향이 생겼으나 신속한 재판이 이루어졌을 때 득을 보는 이는 승소한 원고뿐이고 승소한 피고는 큰 혜택을 보는 것이 없으며 누구를 막론하고 패소한 당사자는 전혀 즐겁지가 못하다. 그와 반대로 적정한 재판이 이루어지면 당사자들 어느 누구를 막론하고 법의 혜택을 받는 것이 된다. 이런 의미에서 민사소송의 최고의 이상은 역시 적정이라고 해야할 것이다. 따라서 객관적 진실의 발견은 어느 누구도 이의를 달 수 없는 민사소송의 목표라고 할 수 있다.” 호문혁, 민사소송에 있어서의 이념과 변론주의에 관한 연구, 법학(제30권 제3호), 서울대학교 법학연구소, 238쪽; 이시윤, 신민사소송법(제13판), 박영사, 2020, 25쪽-29쪽.

10) 호문혁, 전게서, 39쪽.

발견하기 위해서는 가능한 풍부가 증거가 공개되어야 한다. 그러나 소송의 공정함, 실체진실의 발견이라는 민사소송이 추구하는 가치가 다른 모든 가치를 압도하는 것은 아니다. 국가적 이익의 보호, 선량한 풍속의 유지, 침범할 수 없는 사생활의 보호, 타인의 중요한 기술이나 경영상 비밀의 보호 등 공개되지 않고 비밀로 유지하며 보호되어야할 가치들도 많다. 특히 이들 비밀들은 한번 비밀성이 침해되면 돌이킬 수 없는 결과를 가져 올 수도 있다는 점에서도 보호되어야 한다.

우리 민사소송법도 일정한 경우 이러한 비밀들을 보호하고 있다. 증인의무를 우리나라의 재판권에 복종하는 사람의 일반적 의무로 규정하면서도 증언이 자신이나 친족, 이러한 관계에 있었던 사람이나 자신의 후견인, 자신의 후견을 받는 사람이 공소제기되거나 유죄판결을 받을 염려가 있는 사항이나 자신이나 위 사람들에게 치욕이 될 사항에 관한 것인 때, 공무원·변호사 등 특수 직책에 있거나 그러한 직책에 있었던 사람이 공무상·직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때, 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때에는 증언을 거부할 수 있도록 규정하고 있고(민사소송법 제314조, 제315조), 문서제출의무 역시 일반적 의무로 규정하면서도 위에서 든 증언거부사유가 있으면 문서제출의무를 면제해주고 있을 뿐더러 해당 문서가 오로지 문서소지인이 이용하기 위한 문서인 경우에도 문서제출의무를 면제해주고 있다(민사소송법 제344조).

이러한 보호받아야 할 가치들 중 비교적 최근에 등장했으나 실무에서 자주 보호가 요청되는 가치들이 사생활보호 및 영업비밀의 보호이다.

2. 사생활보호

헌법은 사생활의 비밀과 자유를 보장한다(헌법 제17조). 사생활의 비밀과 자유라는 표현에도 불구하고 영문표기인 프라이버시(privacy)라는 표

현이 일반적으로 사용되므로 여기서도 프라이버시권으로 부른다. 프라이버시권에는 소극적으로 사생활의 평온을 침해받지 아니하고 사생활의 비밀을 함부로 공개당하지 아니할 권리뿐만 아니라 나아가 적극적으로 자신에 관한 정보를 관리·통지할 수 있는 권리도 포함된다[11].

프라이버시 침해행위는 여러 유형으로 나뉠 수 있는데, 사생활에 관한 정보의 공개금지, 오해를 낳게 하는 공개금지, 성명·초상·경력 등 인격권과 불가분의 관계에 있는 사사의 영리적 이용의 금지 등으로 나뉠 수 있다.[12] 이 논문에서 다루는 주제와 관련되는 부분은 주로 사생활에 관한 정보의 공개이다. 모든 기본권과 마찬가지로 사생활정보에 관한 개인의 자기결정권도 무제한으로 보장되는 것은 아니다. 경우에 따라 헌법 제37조 제2항에 의해 제한될 수 있다. 사생활의 비밀에 대한 국가의 침해행위가 존재하는 경우 사생활정보를 얻고자 하는 국가의 이익과 사생활영역을 외부로부터 차단함으로써 사적인 생활관계를 비밀로 유지하려는 개인의 이익 즉 사생활정보에 관한 개인의 자기결정권이 서로 충돌한다. 사생활에 대한 국가의 침해행위가 중대한 공익의 달성을 위하여 필요할수록 사생활영역에 대한 보다 광범위한 제한이 정당화되고 국가의 행위에 의하여 침해되는 사생활정보가 민감한 것일수록 사생활의 비밀을 침해하는 국가의 행위는 엄격하게 심사되어야 한다. 따라서 사생활정보를 공개하려는 국가의 공익 및 공개되는 사생활정보의 성격이 이익형량 시 중요한 역할을 한다.

보호되는 사생활영역은 영역별로 그 보호의 정도가 달라진다. 이를 영역이론이라 하는데 영역이론이란 보호되는 사생활관계 또는 개인정보가 인격적 핵심과 어느 정도로 밀접한 관계에 있는지에 따라 침해된 사생활영역의 보호를 달리 판단하려는 이론이다. 영역이론에 따르면 개인에 관한 정보는 원칙적으로 보호할 사생활이라고 할 수 없는 공적 영역에서 발생한 정보, 원칙적으로 사생활 영역에 해당하지만 보호의 정도가 다른

11) 성낙인, 헌법학(19판), 법문사, 2019, 1229쪽.
12) 성낙인, 전게서, 1232쪽.

내밀한 사적영역, 일반 사적영역, 사회적 영역에서 발생된 정보로 각 구분된다. 내밀한 사적 영역이란 개인 스스로의 인격적 핵심가치와만 관계된 영역으로 원칙적으로 침해될 수 없는 영역이다. 일기, 장래에 대한 희망사항, 성적취향, 성폭행으로 인한 출산사실[13] 등이 이에 해당한다. 사적영역이란 친척이나 가까운 지인관계 등에서 발생하는 정보들로 상견례장면, 데이트장면 등이 이에 해당한다.[14] 사적영역의 침해는 비례의 원칙의 엄격한 적용 하에 중대한 공익상의 이익이 있다면 그에 대한 제한이 정당화된다. 사회적 영역이란 직업상의 활동이나 공적활동과정에서 발생한 정보들로 사적영역에 비해 덜 엄격한 기준이 적용된다.[15]

민사소송이 달성하려고 하는 국민의 재판청구권 보장, 법치주의의 실현은 중요한 공적 이익이긴 하지만 이를 추구하기 위해 무한정 개인의 프라이버시를 침해할 수는 없다. 개인의 내밀한 사적영역은 비록 실체적 진실을 발견하기 위해서라 하더라도 원칙적으로 침해될 수 없으며 그 외의 사적영역은 비례의 원칙에 따라서 공개되어야 한다. 현재 민사소송법도 이러한 원칙에 입각해 프라이버시를 보호하고 있다. 문서제출명령시 프라이버시에 관한 사항이 기재되어 있는 문서를 민사소송법 제344조 제2항 제2호에 규정되어 있는 '오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서'에 포함되는 것으로 해석하여 문서제출명령대상에서 제외하고 있고, 자신이나 친족, 이러한 관계에 있었던 사람이나 자신의 후견인, 자신의 후견을 받는 사람들에게 치욕이 될 사항에 관한 것인 때 증언을 거부할 수 있도록 규정(민사소송법 제314조)하고 있는데, 이에 해당하는 사생활정보들은 모두 개인의 내밀한 사적영역에 해당하는 정보들로 재판에 필요하다 하더라도 공개를 금지하고 있다.

---

13) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654,661 판결.
14) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결.
15) 한수웅, 헌법학(제7판), 법문사, 2017. 2, 560쪽-562쪽..

3. 영업비밀 등 기술이나 경영상 비밀의 보호

헌법 제23조 제1항은 재산권을 보장하고 있다. 헌법 제23조에 의해 보호되는 재산권에는 민법상의 소유권뿐만 아니라, 재산적 가치있는 사법상의 물권, 채권 등 모든 권리가 포함된다.[16] 개인에게 귀속되어 사적 이익을 위하여 사용, 수익할 수 있고 원칙적인 처분권한이 인정되는 모든 재산적 가치가 포함되는 것이다.[17] 이 재산권에는 유체재산권뿐만 아니라 지식재산권도 포함된다.[18] 헌법 제22조 제2항은 재산권 중 특히 지식재산권을 보호하기 위한 특별규정에 해당한다. 영업비밀은 지식재산권의 일종으로 1991. 12. 31.부터 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)에 의해 보호되고 있다. 부정경쟁방지법은 영업비밀을 부정하게 취득하거나, 부정하게 취득하거나 비밀로 유지해야할 의무 등을 부담하는 자가 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위 등을 금지하고 있다. 따라서 영업비밀은 헌법에 의해 보장되고 있는 무체재산권이다.

또한 부정경쟁방지법에서 정의된 영업비밀 정도에는 이르지 않지만 또한 보호받아야 할 기술상 또는 경영상 비밀이 있을 수 있는데 이들 비밀들은 국민의 직업의 자유를 보장하고 있는 헌법 제15조에 의해 보호되고 있다. 직업의 자유는 직업결정의 자유, 직업수행의 자유, 직업이탈의 자유로 이루어져 있는데 그 중에서도 영업비밀을 제외한 기업의 비밀의 보호는 직업수행의 자유의 일부에 해당하는 영업의 자유에 속한다고 볼 수 있다.[19] 독일연방헌법재판소도 경영상 또는 사업상의 비밀보호는 '모든 독일일은 직업, 직장, 직업훈련소를 자유롭게 선택할 권리를 갖는다. 직업에의 종사는 법률에 의해 혹은 법률에 근거하여 규율된다.'고 규정한 독일기본권 제12조 제1항에 근거한다고 판시한 바 있다.[20]

---

16) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마1092 결정.
17) 헌법재판소 2002. 7. 18. 99헌마574 결정.
18) 성낙인, 전게서, 1292쪽; 한수웅, 전게서, 855쪽.
19) 이규호, 전게 민사소송법상 증거조사절차에 있어 비밀보호, 410쪽.

프라이버시권과 마찬가지로 민사소송이 달성하려고 하는 국민의 재판청구권 보장, 법치주의의 실현을 위해 개인의 재산권이나 기업의 자유를 무한정 침해할 수는 없다. 이에 현행 민사소송법 및 실무는 민사소송법 제315조 제1항에 의해 증언의무나 문서제출의무가 면제되는 기술상 또는 경영상 비밀에 영업비밀이 포함되는 것으로 해석하여 영업비밀이나 기타 기업의 비밀에 해당할 경우 증언의무나 문서제출의무를 면제해 주고 있다.

제 3 절 증거와 절차보장에 관한 기초법적 논의

1. 논의의 전제

민사소송상 주요사실은 원칙적으로 증거에 의해 인정되어야 한다. 따라서 실체적 진실을 밝혀 적정한 재판을 하기 위해서는 원칙적으로 증거가 있어야 한다. 민사소송절차에서 증거에 대한 기존 연구들은 이러한 증거들을 어떻게 법정에 현출시키고 이렇게 현출된 증거들의 가치를 어떻게 평가할 것인지에 논의가 집중되어 왔다.

그러나 마냥 증거가치 있는 증거들이 존재한다고 하여 실체적 진실이 발견되는 것은 아니다. 이러한 증거를 통해 사실을 인정하는 인식주체, 즉 판사의 합리적 인식능력이 있어야 하고 이를 보장하기 위한 소송절차가 구현되어야 한다. 또한 비록 민사소송의 주요한 이상 중 하나가 실체적 진실추구이긴하지만 그것이 실제 역사적으로 존재했던 사실과 완전히 일치할 가능성은 거의 없다. 오히려 민사소송절차를 통해 인정되는 진실

20) 반흥식, 전게 민사소송에 있어서의 비밀보호, 132쪽

은 소송절차를 통해 구성되는 부분적 진실일 수 밖에 없다. 견해에 따라서는 진실추구가 소송의 목적이라기보다 오히려 적정한 절차 진행이 소송의 목적이고 그러한 절차를 추구함에 따라 도출된 진실은 단지 그에 따른 결과에 불과하다고 보기도 한다.[21] 이러한 견해들은 절차 자체를 강조한다. 또한 국민의 재판에 대한 신뢰를 높이기 위해 주관적 절차적 정의라는 측면에서도 증거에 대한 당사자의 주도권이 논의되고 있다.

따라서 이 장에서는 증거재판주의라는 종래의 틀에서만 증거를 바라보는 관점에서 벗어나 적정하고 공정한 재판, 그리고 절차적 정의라는 측면에서 증거를 둘러싼 새로운 논의들을 소개하고 정리해보고자 한다.

2. 의사소통적 소송이론

종래 재판절차는 판사의 판단을 중심으로 인식되어 왔다. 재판은 판사가 공정한 법적 판단을 내리기에 적합한 절차라는 측면에서 인식되어 왔던 것이다. 그러나 현재는 판사뿐만 아니라 재판의 한 축인 당사자들이 함께 상호 인정하는 사실을 중심으로, 각 개인의 인지적 오류를 시정하여 공통된 인식에 도달하는 과정, 즉 공정한 절차를 중시하는 방향으로 소송관이 변하고 있다.[22] 이러한 소송관 중 대표적인 것으로 '의사소통적 소송이론'을 들 수 있다. 의사소통적 소송이론이란 소송을 소송참여자들의 참여적 의사소통을 통한 변증법적 진실규명절차로 보는 이론을 말한다. 대립된 참여자의 대화가 논쟁적인 쟁점을 화제로 삼으면 그것이 바로 토론이 되므로 분쟁상황에서 서로 자신의 입장을 논증하는 법정대화는 전형적인 토론의 모습을 띠게 된다. 이러한 관점에서 각 소송주체들의 소송활동은 근거를 사용하여 자신의 주장이 합리적으로 받아들여질 것인지 상호 검증하는 과정으로 이해될 수 있다. 이러한 과정을 통해 소

21) 변종필, 형사소송에서 법관의 지위와 역할- 지위론, 구조론 및 목적론의 연계구조와 관련하여, 형사정책연구(제52호), 형사정책연구원, 2002, 144쪽.
22) 사법정책연구원, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적정한 재판운영(책임연구자 : 이종엽), 사법정책연구원, 2019. 11, 243-245쪽.

송주체들은 공통된 인식을 도출하고 그에 따라 자신의 입장과 행위를 조정해 나간다. 이러한 점에서 소송은 법관과 당사자들을 포함한 소송주체들이 참여적 대화와 능동적 의사소통을 통해 변증법적으로 진실을 규명하는 대화적, 의사소통적 절차로 볼 수 있다.[23] 이러한 의사소통적 소송모델은 하버마스의 대화이론을 출발점으로 삼는다. 대화이론에서는 현대사회가 분화되고 다원화됨과 동시에 권리와 제도의 구속으로부터도 해방되었다고 본다. 따라서 이런 현대의 생활세계에서 사회통합은 합리적으로 수락가능한 규범에 의해 행위기대가 안정화됨으로써 가능하게 되는데 이러한 규범의 정당성은 규범을 산출하는 민주적 대화에서 기원한다고 본다.[24] 또한 규범의 제정뿐 아니라 규범의 해석과 적용도 규범 공동체 구성원의 자발적인 수락에 의해서만 정당성을 획득할 수 있으므로 재판 역시 규범을 적용하는 대화의 과정으로 이해한다.[25]

이러한 의사소통적 소송모델은 재판을 판사 개인의 고독한 작업이 아닌 당사자들과의 공동의 작업으로 이해하기 때문에 당사자의 절차참여가 재판의 정당성을 결정짓는 결정적 요소가 된다.[26] 또한 이러한 의사소통적 소송모델에 있어서 사실인정절차의 목표는 가능한 많은 정보가 심리에 현출되도록 하여 실질적 대화와 토론이 가능하도록 심리를 준비하는 데 있다. 당사자와 법원 사이의 공통의 이해를 생성하기 위해서는 정보의 현출이 풍부해야하기 때문이다. 이는 당사자들이 본격적으로 의미있는 논쟁을 진행하기 위해서도 반드시 필요한 사전작업이기도 하다.[27] 당사자들은 정보공유를 통해 분쟁의 기초가 되는 사실을 상호 이해하게 된다.[28]

---

23) 변종필, 전게논문, 142쪽.
24) Jurgen Habermas, 한상진・박영도 역, 사실성과 타당성, 나남, 2018. 68쪽.
25) 양천수, 법과 대화이론-클라우스 쿤터의 대화이론적 법이론, 법철학연구(제4권 제2호), 한국법철학회, 2001, 163-164쪽.
26) 이종엽, 전게서, 246-247쪽
27) 이종엽, 전게서, 265-269쪽.
28) 이종엽, 전게서, 298-299쪽.

3. 확증편향[29]의 극복

역사적 사실에 가까운 진실을 낳기 위해서는 판단자의 인지적 편향과 오류를 감소시킬 수 있도록 재판절차가 구성되어야 한다. 이러한 인지적 오류 중 자신의 가치관, 신념, 판단 등과 부합하는 정보에만 주목하고 그 외의 정보는 무시하는 사고방식을 확증편향이라고 한다.

사실확정에 관한 법원의 개입유형은 크게 탑다운(top-down)방식과 바텀업(bottom-up)방식으로 구분할 수 있다. 탑다운방식에서 법관은 사건을 대하는 초기부터 자신의 업무경험에서 나온 감에 의해 즉각적으로 가설을 성립한다. 법관은 성립된 가설을 기반으로 하향적으로 이를 확인하는 방식으로 소송을 지휘한다. 이에 반해 바텀업방식으로 소송지휘를 할 때에는 법관은 먼저 당사자의 주장을 확인하고 이에 따른 정보를 인식한 후 상향적으로 가설과 심증을 형성한다. 탑다운방식이 법관의 감에 의한 가설에 기반한 연역적 심증형성방식이라면 바텀업방식은 당사자들이 제공한 정보에 기반한 귀납적 심증형성방식이다. 그런데 이러한 탑다운방식은 확증편향의 위험이 나타날 가능성이 훨씬 크다. 즉각적으로 형성된 가설이 마치 렌즈처럼 법관의 소송지휘방향과 추론과정에 영향을 미치기 때문이다. 반면 바텀업방식은 보다 숙려된 반응이다. 이러한 접근은 가설을 형성하는 것을 가능한 뒤로 미루고 먼저 제출된 정보를 이해하는 데 소송지휘의 목적을 둔다.

따라서 법관의 인지적 오류를 줄이는 데에는 탑다운방식보다는 바텀업방식이 더 효과적인데 그러기 위해서는 당사자에 의해 재판 초기에 정확하고 충분한 양의 정보가 제공될 것이 요구된다.[30]

4. 주관적 절차적 정의

---

29)

30) B. L. Bartels, Top-Down and Bottom-Up Models of Judicial Reasoning, The Psychology of Judicial Decision Making, New York : Oxford University Press, 2010, 43-45.

절차적 정의라는 측면에서도 정보의 공유는 중요하다. 절차적 정의란 결론을 도출하는 절차 자체의 적정성을 말하는 것으로 판단자의 인지적 편향과 오류를 감소시켜 실체적 진실의 발견에 유리한 절차 자체를 의미하기도 하고, 절차에 관여한 사람들의 절차의 공정성에 대한 인식과 판단을 의미하기도 한다.[31] 전자는 객관적 절차적 정의라 하고 후자를 주관적 절차적 정의라 하는데, 객관적 절차적 정의는 의사소통적 소송이론, 바텀업방식의 소송지휘에 대한 논의와 중복되는 면이 많으므로 여기서는 주관적 절차적 정의에 대해서 집중적으로 검토해 본다.

주관적 절차적 정의는 당사자의 재판절차에 대한 신뢰와 만족도와 직접 관련되는 요소이다. 연구결과에 의하면 재판의 결과와 무관하게 절차적 공정성이 재판에 대한 만족도의 결정적 요인으로 드러났다.[32] 즉 많은 당사자들이 재판결과가 자신에게 불리했다 하더라도 절차가 공정하다고 느꼈다면 재판에 만족하고 결과를 수긍했다는 것이다. 이는 인간이 합리적이고 이성적일 것이라는 고정관념과는 사뭇 다른 결과이다. 효용의 극대화를 추구하는 이성적 인간상은 관념적이고 이론적인 산물일 뿐이고 오히려 현실세계의 인간은 결과와 효용뿐 아니라 경험을 통한 정서적인 가치를 추구하는 존재이다. 따라서 재판도 결과의 공정만으로는 당사자에게 만족감을 줄 수 없고 오히려 절차의 공정성에 대한 당사자들의 믿음이 재판제도에 대한 신뢰에 보다 중요한 요소로 작용한다.[33]

이러한 주관적 절차적 정의를 결정하는 가장 중요한 요인은 당사자들이 절차에 대해 스스로 통제권을 행사하였는지 여부이다. 절차통제란 판결의 기초가 되는 정보의 선택과 심리의 성숙을 당사자들이 스스로 통제한다는 의미이다. 당사자들이 증거의 제출 및 증거조사계획을 스스로 설정하고 증거조사를 주도적으로 수행하였다면 높은 절차적 통제가 부여되었다고 할 수 있다.[34]

---

31) 이종엽, 전게서, 177쪽.
32) 이종엽, 전게서, 178쪽.
33) 이종엽, 전게서, 272-273쪽.
34) 이종엽, 전게서, 181-182쪽.

제 4 절 증거와 절차보장에 관한 헌법적 논의

1. 재판청구권

헌법 제27조는 제1항에서 '모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.' 고, 제3항에서 '모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.' 고 규정하고 있다. 이러한 권리를 재판청구권이라 한다.

재판청구권은 이른바 다른 기본권의 보장을 위한 절차적 기본권[35]이어서 국가의 법률형성의 여지가 넓긴 하지만 이 기본권의 구체적 내용, 효력이 입법자의 결단에 전적으로 내맡겨져 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 재판청구권은 구체적으로 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 재판받을 권리, 적어도 한번은 독립된 법원에 의하여 사실관계와 법률관계에 관하여 심사받을 수 있는 권리, 신속한 재판을 받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 청문청구권, 실효성 있는 권리보장을 제공하기 위해 그에 필요한 절차적 요건을 갖출 것을 요구할 수 있는 권리 등으로 이루어져 있다.[36] 우리 헌법재판소 역시 헌법 제27조 제1항의 재판청구권은 사법절차에의 접근할 권리뿐만 아니라 사법절차상의 기본권을 포함하는 포괄적인 권리임을 밝혀 왔다.[37] 헌법재판소에서 드는 재판청구권의 구체적 내용으로는 헌법과 법률이 정한 법관에 의해 재판을 받을 권리, 공정한

35) 절차적 기본권이란 자유권적 기본권의 실현을 위해 존재하는 기본권으로 사법제도의 존재를 전제로 하기 때문에 국가 또는 헌법질서에 의하여 비로소 형성된 실정법상의 기본권이라고 할 수 있다.

36) 한수웅, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총(제10권), 헌법재판소, 1999, 339-381쪽.

37) 헌법재판소 1996. 12. 26.선고 94헌바1결정; 헌법재판소 1997. 11. 27.선고 94헌마60 결정; 헌법재판소 1998. 12. 24.선고, 94헌바46결정.

재판을 받을 권리, 신속한 재판을 받을 권리, 효과적인 권리구제절차의 마련을 요구할 권리 등을 들 수 있다.

이러한 재판청구권의 구체적 내용들 중 특히 절차보장과 관련된 것은 공정한 재판을 받을 권리와 법적 청문청구권이다.

2. 공정한 재판을 받을 권리

우리 헌법은 명문으로 공정한 재판이라는 문구는 두고 있지 않으나 학자들 사이에는 우리 헌법 제27조 재판청구권이 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다는 점에 이견이 없으며, 헌법재판소 역시 여러 결정례에서 헌법 제27조의 재판청구권은 공정한 재판을 받을 권리를 포함하고 있다고 명확히 밝히고 있다.[38]

또한 헌법재판소는 '공정한 재판이란 헌법과 법률이 정한 자격이 있고, 헌법에 정한 절차에 의하여 임명되고 신분이 보장되어 독립하여 심판하는 법관으로부터 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 적법절차에 의하여 이루어지는 재판을 의미한다. 또한 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실체적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리일 뿐만 아니라 재판의 공정을 보장하기 위하여 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시 하에 재판의 심리와 판결을 받을 권리도 내용으로 하는 바, 이로부터 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 공격·방어할 수 있는 기회를 보장받을 권리, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두 변론주의가 보장되어 당사자에게 주장, 답변과 증명 및 반증의 기회가 부여되는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 파생되어 나온다.' 고 판시하고 있다.[39]

---

38) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌마496결정.
39) 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고, 93헌바26 결정.

3. 청문청구권

이 권리는 법정 분쟁의 당사자가 법원의 결정 이전에 판단의 근거가 된 사실관계와 법률관계에 관하여 진술할 기회를 가질 권리를 그 내용으로 한다. 청문청구권은 그 자체가 목적이 아니라 객관적이고 공정한 절차를 통하여 타당하고도 공정한 결과에 이르게 하려는 목적을 위한 중요한 수단이다. 청문의 기회가 보장되어야만 객관적이고 공정한 재판절차와 소송당사자간의 무기 및 절차적 지위의 대등성이 실현될 수 있기 때문이다. 청문청구권은 법원에 의한 권리보호에 있어서 공정한 절차를 요청하는 법치국가적 사고의 필연적인 산물로서 공정한 재판절차가 가능하기 위한 불가결한 요소이므로 청문청구권 역시 재판청구권에 의해 보장되는 것으로 보아야 한다.[40]

청문청구권 중 특히 소송절차에서 자신에게 필요한 증거를 수집하고 제출할 권리 및 증거조사에 참여할 수 있는 권리를 증거권이라고 한다.[41] 이러한 증거권 역시 헌법상 청문청구권에 포함되는지에 관해서는 당사자가 소송절차에서 의미 있는 진술을 하고 그 진술의 신뢰성을 확보하기 위해서는 그에 필요한 정보를 얻을 수 있어야 하므로 필요한 정보를 구할 권리도 포함된다는 견해들[42]도 있지만 아직 국내에서 활발하게 논의되고 있지는 않다.

헌법재판소는 당사자의 증거신청에 대한 증거채택여부를 일정한 경우를 제외하고는 법원의 재량에 일임한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제263조의 위헌여부를 다룬 사건에서 위 법 규정이 과잉금지원칙에 위배하여 재판청구권을 침해한 것이 아니라고 판시[43] 하였다. 비록 위 결정에서 헌법재판소가 증거권, 특히 자신

40) 한수웅, 헌법학(10판), 법문사, 2020. 940-941쪽.
41) 한충수, 민사소송에서의 증거조사절차에 있어 몇 가지 문제점-정보 및 증거수집제도로의 인식 전환을 위한 시론, 법학논총(제27권 제2호), 한양대학교 법학연구소, 2010, 23-25쪽; 정동윤, 증거에 관한 당사자권-이른바 증명권에 관하여, 법학논집(24권), 고려대학교 법학연구원, 1986. 12, 108쪽.
42) 한수웅, 전게서, 940-941쪽; 이시윤, 전게서, 478쪽

이 주장하는 바를 증명할 수 있는 증거를 제출할 수 있는 권리인 증거권이 헌법상 인정되는 권리인지에 대해서는 명시적으로 판단하지는 않았지만 헌법재판소 역시 헌법상 재판청구권에 민사소송법상의 증거권의 한 내용인 증명권이 포함되는 것으로 판단한 것으로 볼 수 있다. 증거에 대한 당사자의 권리가 재판청구권의 보호범위 내에 포함되어 있지 않다고 판단했다면 재판청구권에 대한 과잉금지원칙 위배여부를 논할 필요가 없기 때문이다.

제 5 절 증거, 절차보장에 관한 민사소송법적 논의

민사소송법 분야에서도 실체적 진실을 추구하고 당사자의 절차적 참여를 보장하기 위해 여러 가지 방향의 논의가 진행되고 있다. 실체적 진실을 추구하기 위해 재판을 진행하는 법관의 적극적인 참여를 촉구하는 취지의 석명권행사의 강화, 직권조사기능의 강화와 대립되는 당사자들이라도 진실을 발견할 때에는 서로 협력해야할 필요가 있다며 협력의무를 강화할 것을 주장하기도 한다. 민사소송절차 내에서 당사자의 절차적 지위가 강화되어야 한다는 측면에서는 당사자권이 적극적으로 논의되고 있기도 하다.

이러한 여러 논의 중 여기서는 이 연구의 주제와 관련되어 있는 당사자권에 대한 기존 논의들을 중점적으로 검토해 보고자 한다. 당사자권이란 당사자가 소송의 주체인 지위에서 절차상 인정받고 있는 여러 가지 권리와 권능을 통일적으로 파악하여 부르는 개념이다. 여기에는 기본적으로 소송상 문제되는 사항에 관하여 자료를 제출하고 의견을 진술할 권

43) 헌법재판소 2004. 9. 23.선고 2002헌바46결정.

리 즉 변론권과 증거권이 포함된다.[44] 이 중 증거권에는 법원에 대하여 증거를 제출할 수 있는 증거제출권뿐만 아니라 증거보전신청권, 증거조사참여권, 증거수집권까지도 포함된다.[45] 증거신청권이란 일정한 사실을 증명하기 위해 일정한 증거방법을 지정하여 법원에 그 조사를 청구할 수 있는 권리를 말하고, 증거조사참여권이란 당사자공개원칙[46]에 따라 법원이 증거조사를 할 때 증거조사절차에 참여할 당사자의 권리를 말하며, 증거수집권이란 법원에 대하여 증거수집을 도와줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다. 과거 증거권에 대한 논의는 증명할 기회의 보장을 의미하는 증명권[47]에 초점을 맞추어 진행되어 왔다. 그러나 사회가 전문화되고 증거의 구조적 편재현상이 두드러지게 됨에 따라 증거수집권이 점차 강조되고 있다.[48][49] 당사자들의 실질적인 불평등한 상태를 무시하는 형식적인 변론주의의 폐해와 환경소송, 제조물책임소송, 지식재산권소송 등 소위 현대형 소송에서 특히 두드러지는 증거의 구조적 편재현상으로 인한 실체적 진실발견의 어려움과 당사자의 실질적 절차보장의 어려움을 극복하기 위함이다. 다음 장에서 본격적으로 논의할 문서제출명령제도는 이러한 증거수집권이 민사소송법상 구체적으로 발현된 제도로 평가받고 있다.[50]

---

44) 이시윤, 전게서, 134-135쪽; 정동윤, 전게논문, 105-106쪽.

45) 한충수, 전게논문, 23-25쪽; 상대방에 대한 증거수집에 협력할 것을 요구하는 권리가 이에 포함된다는 견해로는 정동윤, 전게논문, 108쪽.

46) 당사자공개주의란 비밀심리를 배제하고 법원이 증거조사를 실시하는 경우 당사자에게 증거조사에의 참여권을 보장하라는 원칙을 말한다. 그러나 당사자에게 참여의 기회를 주면 족한 것이지 당사자가 증거조사기일에 참여하지 않으면 증거조사를 할 수 없다는 의미는 아니다. 이시윤, 전게서, 488-489쪽.

47) 증명권이 증명할 수 있는 기회보장 정도의 의미로 읽힌다면 증거권은 증명 전 단계인 증거를 확보할 권리, 상대방의 증명에 대해 참여하고 방어할 권리 등 증거절차와 관련된 전반적인 권리의 의미로 쓰인다. 한충수, 전게논문, 23-25쪽.

48) 한충수, 전게논문, 23-25쪽.

49) 증거수집권과 비슷한 개념으로 지식재산권법 분야에서 사용되는 정보제공청구권이라는 개념이 있다. 이는 독일 연방대법원에 의해 신의성실원칙을 규정한 독일 민법 제242조, 손해배상의 원칙에 관해 규정한 독일 민법 제249조에 근거한 실체법상 권리로 인정된 이후 독일 상표법 제19조에 명문으로 규정되었다. 우리 역시 그 영향을 받아 상표법 제70조에 서류제출명령이라는 제목으로 규정되었으나 독일과 달리 절차법적인 권리에 불과하다. 계승균, 독일상표법의 정보제공청구권 입법경위에 관한 소고, IT와 법연구(제5집), 경북대학교 IT와 법연구소, 2011. 33-45쪽.

제 6 절 소결론

이 장에서는 먼저 민사소송절차 내에서 보호받는 비밀 중 프라이버시, 영업비밀에 관한 헌법적 근거들을 살펴본 후, 이러한 비밀을 지나치게 보호함으로써 훼손될 수 있는 증거와 증거에 관한 당사자의 절차적 보장을 둘러싼 새로운 논의들을 각각의 법분야별로 나누어 살펴보았다. 특히 소송구조에 대한 근본적 이해의 변화, 즉 소송을 판사가 진실을 찾아가는 독백적 과정으로 보는 것에서 탈피해 당사자들과 판사가 함께 의사소통하면서 진실을 찾아가는 과정으로 이해하는 의사소통적 소송이론이 등장함으로써 당사자의 절차참여의 중요성이 더 부각됨을 알 수 있었다. 게다가 이러한 실질적 의사소통이 이루어지기 위해서는 정보를 충분히 공유하는 상황을 조성하는 일이 중요하다는 점도 알게 되었다. 소송을 판사의 판단과정을 가장 중시하는 관점에서 보더라도 정당한 결론에 이르기 위해서는 판사의 인지적 오류를 줄여야하는데 이를 위해서는 소송이 귀납적 방식, 즉 당사자들의 풍부한 주장과 정보가 먼저 현출되고 판사의 판단은 사후에 형성될 수 있는 바텀업방식으로 구성되는 것이 더 바람직하다는 점도 살펴보았다. 마지막으로 일반 국민들의 재판에 대한 신뢰성, 즉 주관적 절차적 정의의 측면에서도 당사자들이 판결의 기초가 되는 정보의 수집, 선택과 심리의 성숙을 스스로 통제한다는 느낌을 가질 수 있도록 당사자들에게 일정한 정도의 절차통제권을 부여하는 것이 중요하다는 점도 알게 되었다.

이러한 변화는 헌법적 측면에서도 같이 일어나고 있다. 재판청구권이 단순히 판사에 의해 법률에 의한 재판을 받을 권리를 형식적으로 보장한

50) 한충수, 전게논문, 25쪽; 박지원, 증거수집절차의 개선방안에 관한 연구-미국 디스커버리제도의 활용을 중심으로, 한양대학교 박사학위논문, 2009. 2, 16쪽.

다는 의미를 넘어 재판과정에서 당사자가 자신의 주장을 충분히 표현할 기회를 보장해야한다는 의미의 청문청구권과 공정하고 합리적인 절차를 강조하는 공정한 재판을 받을 권리까지도 포함하는 권리로 해석되고 있다. 그리고 재판청구권의 이러한 측면은 점점 더 부각되고 있다. 이는 세계사적 경험과 국민참여라는 민주주의의 진전에 바탕을 둔 변화임과 동시에 앞서 살펴 본 의사소통적 소송이론의 등장, 인지적 오류의 시정, 주관적 절차적 정의의 부각 등이 가져온 현상으로 보인다.

민사소송법 분야에서는 당사자권이론을 중심으로 당사자가 소송절차상 보장받는 권리 또는 권한들의 중요성에 대한 논의가 이루어지고 있는데 이러한 당사자권을 주장하는 학자들은 당사자권이 헌법상 재판청구권에 근거하고 있다고 주장한다. 따라서 헌법상 보장받는 당사자권에 제한을 가할 때에는 정당한 사유가 필요하고, 정당한 사유없는 제한은 헌법상 재판받을 권리를 침해한 것이 된다고 본다.[51]

이상의 논의들을 종합해 보면 소송절차 내에서 영업비밀, 프라이버시 등을 보호하는 입법은 헌법에 근거한 것으로 일응 정당하다. 그러나 한편 이로 인해 침해받을 수 있는 증거의 공개, 당사자의 절차참여권 역시 헌법상 재판청구권, 법치주의의 보호를 받고 있다. 따라서 소송절차에서 비밀을 보호하기 위한 방안을 마련할 때에는 침해될 수 있는 다른 헌법적 가치인 재판청구권, 법치주의를 고려해야한다. 먼저 양 규범이 조화롭게 적용될 수 있도록 노력해야한다. 그렇게 되지 않더라도 최소한 다른 규범의 본질적 내용을 침해해서는 안되며, 침해하더라도 비례의 원칙을 위반해서는 안 된다. 따라서 소송절차상 비밀보호수단을 마련함에 있어서는 이로 인해 침해될 우려가 있는 재판의 공정성, 당사자의 절차권을 세부적으로 나누어 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

51) 이시윤, 전게서, 478쪽

제 3 장 민사소송절차상 증거공개 및 비밀보호제도

제 1 절 국내제도의 개관

영업비밀이나 사생활 등이 재판과정에서 서면이나 증언, 서증, 법정발언 등을 통해 드러났을 경우 이를 보호할 수 있는 일반적인 비밀보호절차는 현재 민사소송법 상에는 존재하지 않는다. 비록 법원조직법(법원조직법 제57조 제1항)에 재판을 비공개로 진행할 수 있는 사유가 명시되어 있고 이 규정이 민사소송절차에도 적용되긴 하지만 이는 해당 재판의 당사자가 아닌 일반인들에게 비공개로 재판을 진행할 수 있다는 뜻이지 해당 소송의 판사, 당사자들에게까지 비공개로 재판을 진행할 수 있다는 의미는 아니므로 이 경우는 이 논문에서 말하는 비밀보호절차에는 포함되지 않는다. 또한 민사소송법은 제163조에 비밀보호를 위해 열람과 증명서의 교부청구를 제한하는 규정을 두고 있지만 이 제도 역시 해당 재판의 당사자가 아닌 일반인들에게 기록을 비공개로 할 수 있다는 규정에 불과하다. 따라서 현행 민사소송법에 증거제출의 필요성과 비밀보호의 필요성이 충돌할 때 이를 해결하기 위해 도입된 유일한 절차는 문서제출명령신청시 이용할 수 있는 인 카메라(in camera)절차이다.

민사재판은 사인간의 권리다툼에 관하여 구체적 사실을 소전제로 법률의 존부와 해석을 대전제로 하여 권리의 존부에 관하여 판단하는 절차이다. 따라서 권리의 존부에 관해 판단하기 위해서는 소송을 통해 구체적 사실관계의 확정이 먼저 이루어져야 한다. 또한 실제 소송사건의 70% 이상은 법률을 어떻게 해석하고 적용하는지보다 당사자가 주장하는 사실이 증거에 의해 인정되느냐에 달려 있다. 따라서 주장사실을 증명할 수 있는 증거가 존재하는지에 따라 소송의 승패가 갈린다. ‘가장 훌륭한

변호사는 증거다.’라고 말도 이런 의미로 받아들일 수 있다.[52] 현행 민사소송법이 인정하는 증거방법은 여러 가지가 있지만 가장 중요한 두 가지는 인증[53]과 서증[54]이다. 그러나 비록 선호되는 증거방법이긴 하지만 인증은 ‘증언은 가장 최악의 증거방법이다.’라는 말처럼 서증에 비해 증거가치가 확연히 떨어지는 증거방법이다.[55] 민사재판에서 가장 증거가치가 있는 증거는 주장하고자 하는 사실을 증명하기에 가장 적절한 ‘문서’, 즉 서증이다. 이러한 문서에 대한 증거조사절차는 문서의 원본을 법원에 제출하고 법원이 성립과정의 진위 및 내용의 진위를 살펴보는 과정으로 이루어진다. 그러나 법원에 해당 문서를 증거로 제출하기 위해서는 위 문서를 당사자들이 가지고 있어야 하는데 당사자들이 제출하고자 하는 모든 문서를 수중에 가지고 있는 것은 아니다. 이러한 사정은 사건이 복잡하고 전문적일수록 두드러진다. 그러나 현행 민사소송법은 미국의 디스커버리제도와 같은 일반적 증거수집절차를 마련하지 않고 있다. 대신에 서증으로 제출할 필요가 있는 문서가 있을 때에는 문서송부촉탁제도, 문서제출명령제도를 이용하도록 하고 있다.

문서송부촉탁제도란 문서소지자가 문서제출의무를 부담하는지 여부를 가리지 않고 문서소지자를 상대로 그 문서를 보내도록 촉탁해 줄 것을 법원에 신청하는 제도이다. 실무상 사인에게 송부촉탁을 신청하는 경우는 거의 없고, 국가기관, 법인, 병원 등 공공기관이 보관하는 문서를 서증으로 제출하고자 할 경우 흔히 이용되는 방법이다.[56] 그러나 이 제도는 말 그대로 촉탁에 불과하므로 촉탁을 의뢰받은 자들이 촉탁을 거절하

52) 이시윤, 전게서, 506쪽.
53) 증인의 증언으로부터 증거자료를 얻는 증거조사를 말한다. ‘증인’이란 과거에 경험한 사실을 법원에 보고할 것을 명령받은 사람으로서 당사자 및 법정대리인 이외의 제3자이다.
54) 문서의 내용으로부터 증거자료를 얻는 증거조사를 말한다.
55) 증언의 신뢰성에는 문제가 있으며 증인의 부정확한 관찰, 기억력의 한계에다가 위증의 성행, 정의보다 인정을 앞세운 풍토, 당사자의 증인동반, 예행연습 등 소송윤리가 타락하고 위증죄에 솜방망이식의 관용적인 우리 사회에서는 그 문제는 심각하다는 견해, 이시윤, 전게서, 489-490쪽.
56) 법원행정처, 법원실무제요 민사소송 III, 2017, 1470쪽.

면 아무런 제재수단이 없다. 반면 문서제출명령제도는 문서제출의무를 부담하는 문서소지자[57]에 대하여 법원이 그 문서의 제출을 명하도록 당사자가 법원에 신청하는 제도이다. 문서제출명령을 받은 상대방은 문서제출의무가 있으므로 그 의무를 위배할 경우 과태료나 다른 불이익[58]이 부과될 수 있다. 따라서 문서제출명령제도는 자신의 수중에 있지 않는 문서를 확보할 수 있는 가장 확실하고 효과적인 방법이다.

따라서 이 장에서는 현행법상 문서제출명령 및 인 카메라절차의 의의, 적용범위 등을 중점적으로 살펴본 후 이 제도 및 현행 민사소송법의 한계에 대해서 논해본다.

제2절 민사소송법상 문서제출명령제도 및 인 카메라절차

1. 문서제출명령제도

가. 일반

문서제출명령이란 문서제출의무를 부담하는 문서소지자에게 그 문서의 제출을 명하는 법원의 재판을 말한다. 어느 문서를 서증으로 제출하고자 하지만 이를 상대방 또는 제3자가 소지하고 있기 때문에 직접 제출할 수 없는 당사자는 법원에 그에 대한 문서제출명령을 구하는 신청을 함으로써 서증을 신청할 수 있다(민사소송법 제343조 후단). 민사소송법은 증인

57) 당해 사건의 상대방 당사자뿐만 아니라 당해 사건과 관계없는 제3자도 포함된다.
58) 상대방 당사자가 제출명령에 응하지 않을 때는 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있고, 제3자가 응하지 않을 때에는 과태료부과, 소송비용을 부담시킬 수 있음, 민사소송법 제349조, 제351조, 제318조, 제311조 제1항 참조.

의무 등과 균형을 맞추면서 증거의 구조적 편재 문제를 시정하기 위해 당사자와 문서 사이에 특별한 관계가 없는 경우에도 일정한 제외사유에 해당하지 않는 한 문서를 가지고 있는 사람에게 문서제출의무를 부담하도록 하고 있다(민사소송법 제344조 제2항). 따라서 문서의 소지자는 증거로 필요한 경우 일부 예외적인 경우를 제외하고는 원칙적으로 자신이 소지한 문서를 제출할 의무가 있다.

다만 민사소송법 제344조 제2항에 규정된 사정, 즉 공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서, 문서소지자나 근친자에 대하여 형사소추, 치욕이 될 증언거부사유가 적혀 있는 문서(민사소송법 제344조 제2항, 제1호, 제1항 제3호 나목, 제314조), 직무상 비밀이 적혀 있고 비밀유지의무가 면제되지 아니한 문서, 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항이 적혀 있는 문서(민사소송법 제344조 제2항, 제1호, 제1항 제3호 다목, 제315조 제1항), 일기나 사적인 편지 같이 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서일 경우에는 예외적으로 제출을 거부할 수 있다(민사소송법 제344조 제2항, 제2호).[59]

나. 절차

(1) 문서제출신청

신청인은 민사소송을 제기한 당사자여야 한다. 신청의 상대방은 소송의 당사자뿐만 아니라 해당 소송과 관계없는 제3자도 가능하다. 문서제출명령을 통하여 필요한 증거를 확보하기 위해서는 적시에 문서제출을 신청

59) 개인정보보유자는 해당 문서에 타인의 개인정보가 기재되어 있다는 이유만으로 문서제출명령을 거부할 수 없다. '개인정보보호법 18조 2항 2호에 의하면 개인정보보유자는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있고, 민사소송법 제344조 제2항은 각 호에서 규정하고 있는 문서제출거부사유에 해당하지 아니하는 경우 그 문서소지인에게 문서제출의무를 부과하고 있으므로 개인정보보호법상 개인정보에 해당한다 하더라도 이를 이유로 문서소지인이 그 문서의 제출을 거부할 수 있는 것은 아니다.'는 대법원 2017. 7. 1.자 2014마2239결정 취지 참조.

하여야 한다. 문서제출의 신청은 문서의 표시와 취지, 가진 사람, 증명할 사실, 문서를 제출하여야 하는 의무의 원인을 밝혀 서면으로 하여야 한다(민사소송법 제345조, 민사소송규칙 제110조 제1항). 상대방은 이에 관하여 의견이 있는 때에는 이를 적은 서면을 법원에 제출할 수 있다(민사소송규칙 제110조 제2항).

그런데 상대방이나 제3자가 구체적으로 어떤 문서를 소지하고 있는지 모르는 경우가 많아 신청자가 위 규정에 맞추어 문서를 특정해 신청하기 어려울 때가 많다. 이에 민사소송법 제346조는 문서제출의 신청을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 법원은 신청대상이 된 문서의 취지나 그 문서로 증명할 사실을 개괄적으로 표시한 당사자의 신청에 따라 상대방 당사자에게 신청내용과 관련하여 가지고 있는 문서 또는 신청내용과 관련하여 서증으로 제출할 문서에 관하여 그 표시와 취지 등을 적어 내도록 명할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 제도를 문서목록제출신청이라 하는데 이러한 문서목록의 제출신청은 실질적으로 문서제출신청의 일부로 볼 수 있으므로 서면으로 신청하여야 하고 상대방은 그 신청에 의견이 있는 때에는 이를 적은 서면을 법원에 제출할 수 있다(민사소송규칙 제110조 제3항).[60]

(2) 문서제출신청에 대한 심리와 재판

문서제출신청의 허가 여부에 관한 재판을 할 때에는 그때까지의 소송경과와 문서제출신청의 내용에 비추어 신청 자체로 받아들일 수 없는 경우가 아닌 한 상대방에게 문서제출신청서를 송달하는 등 문서제출신청이 있음을 알림으로써 그에 관한 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다.

그 결과에 따라 해당 문서의 존재와 소지 여부, 해당문서가 서증으로 필요한지 여부, 문서제출신청의 상대방이 민사소송법 제344조에 따라 문서제출의무를 부담하는지 여부 등을 심리하여야 한다. 문서의 소지자가

60) 전게 법원실무제요, 1459-1460쪽.

당사자이면 변론절차에서 심리하되 추가심리가 필요한 때에는 심문기일을 열어 심리하거나 신청기일 외에서 추가 소명을 하도록 명하면 된다. 그러나 제3자가 소지하고 있는 문서에 대하여는 그로부터 제출의무에 대한 의견을 들을 기회가 없기 때문에 그 제3자 또는 그가 지정하는 자를 심문하여야 한다(민사소송법 제347조 제1항, 제3항). 다만 문서제출신청을 각하하거나 기각하는 경우에는 재판 전에 제3자를 심문하지 않더라도 무방하다.

(3) 채부의 결정

법원은 문서제출신청에 정당한 사유가 있다고 인정한 때에는 결정으로 문서를 가진 사람에게 그 제출을 명할 수 있다(민사소송법 제347조 제1항). 법원은 문서제출신청이 방식위배로 부적법한 경우, 그 제출명령신청의 대상이 된 문서가 서증으로서 필요하지 아니하다고 인정할 경우, 문서제출명령의 대상이 된 문서에 의하여 증명하고자 하는 사항이 해당 청구와 직접 관련이 없는 경우 등에는 문서제출신청을 각하하거나 기각하는 결정을 한다.[61] 문서제출의 신청이 문서의 일부에 대하여만 이유 있다고 인정한 때에는 법원은 그 부분만의 제출을 명하여야 한다(민사소송법 제347조 제2항). 채부의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(민사소송법 제348조).

(4) 서증으로 제출

당사자는 문서제출명령에 의하여 법원에 제출된 문서를 변론기일에 서증으로 제출할 것인지 여부를 결정할 수 있다.[62] 당사자는 문서제출명령에 따라 입수한 문서의 증거가치를 스스로 판단한 후 이를 재판에 자신

61) 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정.
62) 전게 법원실무제요, 1464-1466쪽.

에게 유리한 증거로 제출할 것인지를 결정할 수 있다는 뜻이다. 달리 말하면 문서제출명령신청에 의해 입수된 문서라 할지라도 당사자가 변론에 증거로 제출하지 않으면 서증이 되지 못한다.

다. 문서제출명령위반의 효과

문서제출명령위반의 효과는 문서제출명령의 상대방이 당사자인지 제3자인지에 따라 다르다. 당사자가 문서제출명령, 일부제출명령, 비밀심리를 위한 문서의 제시명령을 받고도 이에 따르지 아니한 때에는 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다(민사소송법 제349조). 당사자가 위 명령에 따르지 않는 경우에는 법원이 상대방의 그 문서에 관한 주장, 즉 문서의 성질, 내용, 성립의 진정 등에 관한 주장을 진실한 것으로 인정하여야 한다는 뜻이다. 그러나 나아가 그 문서에 의하여 증명하고자 하는 상대방의 주장사실까지도 인정하여야 한다는 취지는 아니다. 주장사실의 인정 여부는 법원의 자유심증에 의할 뿐이다.[63]제3자가 정당한 사유 없이 문서제출명령에 응하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 500만원 이하의 과태료에 처할 수 있을 뿐이다(민사소송법 제351조).

2. 인 카메라절차

가. 의의

문서제출명령신청의 대상이 된 문서가 민사소송법 제344조 제2항 각호에 규정된 문서에 해당되는 경우 문서소지자의 문서제출의무는 면제된다. 민사소송법 제344조 제2항에 따라 문서제출의무가 면제되는 문서에는 앞서 살펴본 바와 같이 문서소지자나 근친자에 대하여 형사소추, 치

63) 대법원 93다15991판결 참조; 전게 법원실무제요, 1464-1465쪽.

욕이 될 증언거부사유가 적혀 있는 문서(민사소송법 제344조 제2항, 제1호, 제1항 제3호 나목, 제314조), 직무상 비밀이 적혀 있고 비밀유지의무가 면제되지 아니한 문서나 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항이 적혀 있는 문서, 일기나 사적인 편지같이 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서가 있다. 이에 문서제출신청을 받은 문서소지자는 위에서 열거된 다양한 문서제출의무 제외사유를 주장할 수 있다.

이러한 경우 문서제출신청을 받은 법원은 문서제출명령결정을 내리기에 앞서 정말 해당 문서에 제외사유들이 포함되어 있는지를 심리할 수 있다. 민사소송법 제347조 제4항은 법원이 그 문서가 민사소송법 제344조에 해당되는지를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 문서를 가지고 있는 사람에게 그 문서를 제시하도록 명할 수 있고, 대신 법원은 그 문서를 비공개적으로 심리하여 문서제출의무의 존재 여부를 판단하는 절차를 마련하였다. 이 경우 법원은 그 문서를 문서제출명령신청인을 포함한 다른 사람이 보도록 하여서는 안 된다(민사소송법 제347조 제4항 단서).[64] 이러한 절차를 통상적으로 인 카메라절차라 한다.

문서제출의무의 제외사유는 여러 가지가 있지만 문서제출명령이 신청되었을 때 문서소지자들이 주로 주장하는 사유는 프라이버시나 영업비밀이다.

이러한 민사소송법상 인 카메라절차에 관한 자세한 논의에 앞서 주의해야할 점이 있다. 이 절차는 당사자들의 주장과 그 주장을 증명하기 위해 제출된 증거들의 당부 및 증거가치를 가리는 절차, 즉 변론에 적용되는 것이 아니라는 점이다. 이 제도는 변론 전 단계인 정보의 수집단계로서, 서증으로 사용하기 위한 문서에 대한 제출명령단계에서 해당 문서의 소지자가 문서제출의무를 부담하는지를 심리하기 위해 활용되는 절차일 뿐이다.[65]

---

64) 전게 법원실무제요, 1461-1462쪽.

65) 같은 취지, 정선주, 전게논문, 4쪽; 이 점에 대해서는 아직 학계 내에서도 혼돈이 있는 듯 하다. 민사소송법상 문서제출명령의무의 판단에 있어 인 카메라절차를 변론절차에

나. 절차

(1) 인 카메라절차의 진행

인 카메라절차 진행여부는 현재는 법원의 직권에 의해서만 결정된다. 즉 당사자에게는 인 카메라절차진행에 관한 신청권이 없다.[66]

(2) 문서제시명령

법원은 인 카메라심리가 필요하다고 인정되면 문서소지자에게 문서의 제시를 명할 수 있다(민사소송법 제347조 제4항 본문). 문서소지자가 일방적으로 법원의 문서제시명령에 응하지 않는다면 이는 문서제출명령에 응하지 않는 경우와 다를 바 없으므로 문서제출명령에 불응한 경우와 같은 제재를 받게 된다. 즉 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.[67]

(3) 프라이버시 또는 영업비밀 해당성 판단

문서제출의무의 제외사유는 여러 가지가 있지만 가장 많이 문제되는 사유는 프라이버시나 영업비밀이다. 그런데 프라이버시나 영업비밀이라는 용어 자체는 문서제출의무의 제외사유를 규정하고 있는 민사소송법 제344조 제2항에 기재되어 있지 않다.

프라이버시에 관한 사항이 기재되어 있는 문서는 민사소송법 제344조

있어 공개재판주의가 예외적으로 부정되는 경우로 파악한 견해로는 최정열 · 이규호, 부정경쟁방지법(제4판), 진원사, 2020, 359쪽.

66) 문서제출명령신청의 상대방에게 비밀심리신청권을 부여할 필요가 있다는 주장, 최정렬 · 이규호, 전게서, 368쪽.

67) 민사소송법 개정내용 해설, 법원행정처, 2002. 6, 216-217쪽.

제2항 제2호에 규정되어 있는 '오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서'에 포함되는 것으로 해석되고 있다.[68] '오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서'는 통칭 자기이용문서라 불리는데, 자기이용문서에 해당하는지 여부는 문서의 표제나 명칭만으로 이를 판단하여서는 아니 되고, 그 문서의 작성 목적, 기재 내용에 해당하는 정보, 당해 유형·종류의 문서가 일반적으로 갖는 성향, 문서의 소지 경위나 그 밖의 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다. 통상적으로 일기, 메모, 가계부와 같이 프라이버시에 관한 문서나 단체 내부의 의사형성 과정에서 작성된 문서 등과 같이 대외적 공개를 목적으로 하지 아니한 문서를 말한다. 그런데 여기서 말하는 프라이버시에는 해당 개인의 내밀한 사적 영역 및 가족, 친척, 친구와 같은 가까운 타인들과의 상호관계는 포함되나, 직업상의 활동이나 공적활동과 같은 외부세계와의 관계는 포함되지 않는 것으로 보인다.[69]

영업비밀에 관한 사항이 기재되어 있는 문서가 제외되는 근거규정은 민사소송법 제344조 제2항 제1호, 민사소송법 제315조 제1항 제2호이다. 민사소송법 제344조 제2항 제1호는 증언거부사유인 민사소송법 제315조 제1항을 준용하도록 되어 있고, 위 규정 제2호에는 증언거부사유로 '기술 및 직업의 비밀에 속하는 사항'을 규정하고 있는데, 영업비밀은 위 기술 및 직업의 비밀에 속하는 사항에 포함되는 것으로 해석되고 있다.

여기서 말하는 기술에 관한 비밀사항이란 그 비밀이 공개되면 그 기술을 가지고 있는 자의 종전의 기술가치가 상실되거나 감소될 염려가 있는 경우를 말한다. 직업에 관한 비밀사항이란 그 사항이 공개되면 해당 직

68) '오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서'란 '일기, 메모, 가계부, 단체 내부의 의사형성 과정에서 작성된 문서 등과 같이 대외적 공개를 목적으로 하지 아니한 프라이버시에 관한 문서'로 한정하여야 할 것이라는 판시, 서울고등법원 2015. 6. 4. 자 2015라20062 결정.

69) 개인정보보호법에 규정되어 있는 개인정보와 일치하는 것도 아니다. 개인정보는 앞서 살펴본 바와 같이 일반적으로 문서제출명령의 대상이 된다. 대법원 2016. 7. 1.자 2014마2239 결정 참조; 이호원, 문제출의무의 범위에 관한 연구, 민사소송(제17권 제1호), 한국민사소송법학회, 2013. 5, 22쪽.

업에 심각한 영향을 미치고 이후 그 직업수행이 어려워지는 경우를 가리킨다. 기술에 관한 비밀사항의 예로는 기업 내에 비밀리에 전수되어 오는 약품을 제조하는 경우에 약재의 혼합의 비율, 온도의 고저, 변화의 모양 등과 같은 생산기술에 관한 비밀도 있을 수 있겠고, 그림 그리기, 조각품의 제조 등 예술상의 기술에 관한 것 등도 있을 수 있다. 직업에 관한 비밀사항의 내용은 제품의 원료가 무엇인가, 상품의 거래처, 거래가격, 거래한 수량 등은 물론이고 인사 또는 정치·경제에 관한 정보의 입수경로, 신문기자의 뉴스소스 등과 같은 것도 포함한다.[70] 그런데 이러한 기술 또는 직업에 관한 비밀은 통상 부정경쟁방지법상 영업비밀(부정경쟁방지법 제2조 제2호)에 대한 정의와 유사하므로 민사소송법 제344조 제2항 제1호의 면제사유를 판단함에 있어서는 영업비밀이라는 용어와 혼용되어 사용되고 있다.

(4) 보호가치있는 비밀인지 여부

어느 정보가 프라이버시 또는 영업비밀에 해당한다 하더라도 이 비밀이 보호가치 있는 비밀인지를 판단해야 한다.[71] 즉 단지 비밀사항인 것만으로는 부족하고 소송에 있어서 증거수집의 보장이라고 하는 공익을 희생할 가치가 있는 즉 보호가치 있는 비밀일 것이 요구되는 것이다. 법원은 그 비밀의 공개로 발생하는 불이익과 공개로 인해 달성되는 실체적 진실발견 및 재판의 공정성을 비교형량해야 한다.[72] 나아가 어느 정보가 보호가치 있는 비밀인지를 판단함에 있어서는 그 정보의 내용과 성격, 그 정보가 공개됨으로써 문서 소지자에게 미치는 불이익의 내용과 정도, 그 민사사건의 내용과 성격, 그 민사사건의 증거로 해당 문서를 필요로 하는 정도 또는 대체할 수 있는 증거의 존부 등 제반 사정을 종합하여

70) 주석 신민사소송법(V), 한국사법행정학회, 2004. 2, 250쪽.
71) 전게 법원실무제요, 1458쪽.
72) 곽경직, 영업비밀의 침해와 구제 및 소송상의 제문제, 민사재판의 제문제(제10호), 2000, 622-623쪽.

그 비밀의 공개로 인하여 발생하는 불이익과 이로 인하여 달성되는 실체적 진실 발견 및 재판의 공정을 비교형량하여야 한다.[73] 즉 그 정보가 객관적으로는 프라이버시 또는 영업비밀에 해당한다 할지라도 그 정보의 비공개로 인해 실체적 진실 발견 및 재판의 공정성에 현저한 위해를 가한다면 그 해당정보를 제출할 의무가 면제되지 않는다는 것이다.

우리 법원은 타회사와의 매매계약에 따른 수출입신용장에 적혀 있는 최종 판매가격이나 중개회사가 수령한 커미션 액수 등이 비밀준수의무가 있는 비밀이라 하더라도 소송에서의 진실발견과 공정한 재판의 필요성이 비밀의 중요성보다 우월하다며 문서제출을 긍정한 바 있고,[74] 키코계약에 관한 풋옵션 및 콜옵션 프리미엄 계산금액, 계산내역 등의 정보는 일반적으로 그것이 공개될 경우 다른 금융기관에 대하여 경쟁상의 이익을 주고 해당 금융기관에게 큰 불이익을 초래하는 등 해당 금융기관의 업무에 심각한 영향을 주고 그 이후의 업무 수행을 곤란하게 할 수 있으므로, 금융기관이 가지는 직업의 비밀에 해당한다고 볼 수 있지만, 피신청인이 프리미엄 계산서류를 제출하지 않을 경우 풋옵션 및 콜옵션의 프리미엄 계산금액과 그 계산내역에 관한 정보를 전혀 보유하고 있지 않은 신청인으로서는 이 사건 키코계약의 불공정성이나 피신청인의 기망행위를 증명하기가 곤란하고, 달리 이를 대체할만한 객관적이고 신뢰성 있는 증거를 제출하기도 어려운 처지에 놓이게 되고, 이러한 결과는 신청인이 이 사건 소송에서 청구원인 사실에 관한 증명을 통하여 자신의 권리를 실현할 수 있는 기회가 봉쇄되는 것을 의미하게 되므로, 프리미엄 계산서류는 증거로서 매우 중요한 가치를 가지고 있어 직업의 비밀에 관한 사항이 적혀 있는 문서라고 할 수 없다며 문서제출의무를 긍정한 바 있다.[75] 그러나 한편 우리 법원은 앞서 서론에 예로 든 삼성전자산재사건과 같이 사안에 따라서는 해당 문서가 증거로 제출되지 않으면 실체적

73) 대법원 2015. 12. 21.자 2015마4174결정.
74) 대법원 2015. 12. 21.자 2015마4174결정.
75) 서울고등법원 2010. 4. 16.자 2010라86 결정.

진실을 발견하기 어렵고 재판의 공정성을 담보할 수 없는 상황에서도 해당 문서에 보호가치 있는 중요한 영업비밀이 적시되어 있다는 이유로 문서제출명령신청을 기각하기도 한다.

제 3 절 현행 민사소송법상 증거공개 및 비밀보호의 한계

현행 민사소송법에는 미국의 디스커버리제도와 같은 일반적인 증거수집절차도 없고 증거수집 및 조사과정에서 드러나게 된 비밀들을 보호할 수 있는 일반적인 절차도 존재하지 않는다. 부족하나마 증거수집기능을 수행하는 문서제출명령제도와 이 과정에서 비밀이 누설될 가능성을 피하기 위해 도입된 인 카메라절차가 있을 뿐이다. 그러나 문서제출명령제도상 인 카메라절차는 변론절차 자체가 아닌 문서제출의무 여부의 판단절차에만 적용된다. 그리고 인 카메라절차 진행결과 해당 문서에 기재되어 있는 사항들이 비밀로 유지되어야 할 필요성이 있다고 인정되면 해당 문서는 변론절차에 증거로 제출되지 못한다. 즉 해당 문서를 증거로 활용할 기회 자체가 박탈된다. 해당 문서에 대한 당사자의 증거수집권, 증명권을 심각하게 침해하는 것이다. 따라서 현행 문서제출명령제도상 인 카메라절차는 해당 문서의 비밀을 보호하는 점에서는 충분한 역할을 하지만 해당 문서가 증거로 활용될 수 있도록 돕는 역할을 하지는 못한다.

이로 인한 폐해는 단순히 해당 당사자의 절차적 권한에 대한 침해에 그치는 것이 아니라 헌법이 재판청구권을 명문으로 보장함으로써 달성하고자 하는 공정한 재판이라는 가치 및 나아가 공정한 사법제도가 달성하

고자 하는 법치주의라는 이념까지 흔들리게 하는 결과를 가져온다. 이러한 주장은 단순한 비약이 아니다. 독일의 법학자 예링 역시 이러한 의미에서 '나의 권리에 대한 침해와 부정은 곧 법에 대한 침해와 부정이며 나의 권리의 주장과 회복은 곧 법의 주장과 회복이다. 피해자의 권리가 파괴되면 곧 법률 자체도 함께 파괴되는 것이다.' 라고 말한 바 있다.[76]

실제 서론에서 예를 든 삼성전자산재사건의 경우 산업재해를 증명할 수 있는 가장 중요한 단서인 서증에 대한 문서제출명령신청이 기각됨으로써 실질적이고 의미있는 심리 자체가 이루어지지 않았다. 이로 인해 관련된 여러 사건들에서 산재피해자들의 권리구제가 거부되어 사법부에 대한 신뢰가 흔들리고 법치주의라는 가치가 훼손되는 결과를 가져왔다.

법원에서 거부된 권리구제는 사회적 갈등과 혼란을 가져왔고, 결국 이 문제는 권리보호의 최후의 보루라고 일컬어지는 법원이 아닌 사회적 합의에 따라 해결되었다. 이 사례는 사법판단과정의 여러 가지 불합리성을 보여주지만 특히 문서제출명령절차에서의 인 카메라절차의 한계 및 이 제도가 실제에 있어 효용가치가 떨어진다는 점을 여실히 보여준다고 생각된다.

좋은 비밀보호제도는 보호가치 있는 비밀보호 그 자체를 위해서도 필요하지만 분쟁의 해결에 필요한 정보나 증거가 더 원활하게 잘 현출되기 위해서도 필요한 제도이다. 현재 상태에서는 비밀로 보호할 가치가 있는 정보는 이를 공개하지 못하도록 막거나 아니면 증거로 꼭 공개해야할 필요성이 있으면 비밀에 대한 보호를 포기하는 양자택일만 가능하다. 비밀은 한번 공개되어 버리면 비밀로써 유지될 수 없어 비밀보호와 증거공개는 서로 상반되는 관계에 있다는 전제에 서 있기 때문이다. 그러나 이러한 전제와 달리 즉 비밀이 변론에 필요한 범위 내에서는 공개되더라도 그 외의 경우에는 비밀로 유지되게 할 수 있는 제도가 존재한다면 변론을 위해 공개하는 것이 문제되지 않는다고도 볼 수 있다. 달리 말하자면

76) Rudolf von Jhering, 심재우 · 윤재왕 역, 권리를 위한 투쟁, 새물결, 2016, 87쪽.

공개된 증거나 서면에 비밀이 포함되어 있을 경우 그 비밀을 소송수행 목적 외의 다른 용도로는 사용될 수 없도록 하는 비밀보호제도가 잘 갖추어져 있다면 그러한 비밀보호제도가 없을 때보다 오히려 해당 증거를 더 쉽게 공개할 수도 있는 것이다. 그러나 현행 민사소송법에는 그러한 제도가 없다. 따라서 이를 보완하는 절차 도입이 시급하며 이를 위해서는 각국의 선진제도들을 살펴볼 필요가 있다.

제 4 장 외국의 민사소송절차상 비밀보호를 위한 제도들

제 1 절 논의의 필요성 및 순서

주로 민사소송절차상 제도를 다루겠지만 일반적으로 행정소송, 정보공개소송, 지식재산권 관련 소송절차 역시 민사소송절차가 준용되는 소송들이므로 이들 소송절차 역시 앞으로의 논의의 범위에 포함하여 다룬다.

그런데 주요 국가들의 증거수집절차와 비밀보호절차를 제대로 검토하고 음미하기 위해서는 증거수집절차, 증거조사절차, 변론절차의 의미 및 관계를 먼저 살펴볼 필요가 있다.

민사소송절차 중 공개된 법정에서 당사자들이 각자의 주장을 전개하고 상대방의 주장을 다투며, 주장의 진위를 가리기 위한 증거를 제출하고, 제출된 증거를 음미하고 탄핵하는 과정이 변론단계이다. 변론단계 중 특히 증거를 제출·채택하고 해당 증거의 내용을 확인하며 탄핵하는 절차를 전반적으로 증거조사절차라 한다.

당사자가 증거를 신청하는 것으로 증거조사절차가 시작되는데, 서증을 신청하기 위해서는 해당 서증을 법원에 제출해야 한다. 즉 원칙적으로 해당 서증을 증거신청자가 입수해서 제출해야하는 것이다. 그러나 증거조사가 필요한 모든 서증을 증거신청자가 자력으로 입수할 수 있는 것은 아니다. 이에 주요 국가들은 변론절차에 앞서 증거제출자의 수중에 있지 않은 문서 등을 수집하는 절차, 즉 증거수집절차를 마련하기 시작했다. 대표적으로 미국의 디스커버리제도를 들 수 있다. 우리나라와 일본의 문서제출명령제도 역시 비슷한 역할을 일부 수행하지만 변론절차의

일부인 증거조사절차와 명확히 구분되어 있지 않아 그 경계가 모호하다.

이러한 용어의 사용법 및 관계, 증거수집단계의 의의 등을 염두해 두고 여러 나라들의 증거수집절차 및 비밀보호제도를 살펴보아야 각국의 제도들의 의미를 좀 더 정확히 파악할 수 있다.

우리나라를 비롯한 대륙법계 국가들은 영미법계 국가들과 비교해 볼 때 증거수집절차의 중요성 및 비밀보호의 중요성을 충분히 고려하지 않고 있다는 인상을 준다. 또한 소송진행과정에서의 법관의 절차형성권한 역시 영미법계와 달리 폭넓게 인정하지 않고 있는 실정이다. 이에 따라 민사소송절차 내에서의 증거수집권과 영업비밀보호의 이익이 충돌할 때 사용할 수 있는 제도나 법관의 권한 역시 영미법계에 비해 빈약한 편이다.

따라서 증거수집절차 및 비밀보호절차가 가장 발달되어 있다는 평가를 받고 있는 미국의 제도부터 시작하여 대륙법계국가들의 사법제도에 가장 큰 영향력을 미치고 있는 독일, 대륙법계국가에서 가장 과감하게 변론절차 자체에 인 카메라절차를 도입한 스위스, 우리나라제도에 실질적으로 가장 많은 영향력을 미치고 있는 일본의 제도 순으로 검토해 본다.

제 2 절 미국

1. 미국제도의 전반적 특징

미국은 증거수집절차 및 비밀보호절차가 가장 잘 발달되어 있는 나라다. 이는 철저한 당사자주의에 입각한 미국사법전통과 영업비밀을 포함한 지식재산권에 대한 존중, 법관의 광범위한 소송지휘권에 연유한 것으

로 보인다. 미국의 민사제도 내에는 단계에 따라 다양하게 적용될 수 있는 비밀보호제도가 존재한다.

이 논문에서는 이러한 여러 가지 제도들 중 가장 시사점을 줄 수 있는 디스커버리제도(discovery)에 적용되는 보호명령(protective order)제도, 정보공개청구법에 규정되어 있는 본 인덱스제도(Vaughn Index) 및 인 카메라(In Camera)절차를 중점적으로 살펴본다.

2. 디스커버리제도[77] 및 보호명령제도[78]

가. 디스커버리제도

(1) 디스커버리제도 일반

미국의 디스커버리제도는 미국 민사사법제도의 고유한 절차[79]이다.

---

77) 현재 국내에서는 미국의 '디스커버리제도'를 다양하게 번역하여 사용하고 있다. 주로 '증거개시제도', '사전개시제도', '개시제도'로 번역하여 사용하고 있는 듯하나(박지원, 전게 박사학위논문, 48-50쪽), 뒤에서 살펴보는 것처럼 '디스커버리제도' 내에 자동적으로 공개해야하는 자동증거공개절차(disclose)와 대비되는, 청구가 있는 경우 공개해야하는 협의의 디스커버리절차를 별도로 두고 있어 2개의 디스커버리라는 용어가 혼동을 일으킬 우려가 있다. 따라서 이 논문에서는 제도 전체를 가리키는 의미로 '디스커버리제도'를 사용하고, 협의의 디스커버리절차는 '증거개시'라는 용어를 사용하기로 한다.

78) 이 장의 내용 중 디스커버리절차 자체에 대한 설명은 '윤세교, 증거수집절차의 개선방안에 관한 연구-미국 디스커버리제도의 활용을 중심으로(박사학위논문), 고려대학교 대학원, 2020.'을 주로 참고하였다.

79) 비록 미국의 디스커버리제도 자체는 영국의 제도에 기원을 두지만 뒤에서 살펴보는 것처럼 미국사법제도가 발전함에 따라 미국만의 독특한 제도로 자리잡게 되었다. 디스커버리제도는 1938년 미국 연방민사소송규칙의 제정을 통해 미국 민사사법제도의 중요한 일부분이 되었다. 1938년 연방민사소송규칙은 제26조 내지 제37조에서 처음으로 디스커버리제도에 관한 구체적인 내용들을 명시적으로 규정하였다. 증거개시단계에서 당사자가 활용할 수 있는 여러 수단의 사용을 보장하고, 그 허용범위를 확장하였으며, 당사자에게 변론절차 이전에 당해 사안과 관련된 모든 사실에 대하여 디스커버리를 인정한다는 원칙을 수립하였다. 이와 같은 연방민사소송규칙의 규정들은 과반수의 주에서 채용되었고 이후 대부분의 주에서 광범위한 효력을 가지게 되었다. 1938년의 제정 이후 디스커버리제도는 여러 번에 걸쳐 개정이 이루어졌다. 1970년의 개정으로 디스커버리제도 전반에 걸쳐 적용되는 일반규정이 신설되는 등의 변화가 있었으나 당사자가 주도한다는 원칙은 여전히 유지되었고 디스커버리를 위해 사전에 법원의 허가를 받아야 하는

광의의 디스커버리제도는 변론 전에 소송당사자 혹은 당사자가 될 자가 소송에 관계되는 정보를 획득하고 보전하기 위하여 서로가 가지고 있는 정보와 문서 등을 교환하는 절차 전체를 말한다. 변론절차(trial)에서 사용할 증거를 포괄적으로 수집하거나 자신의 주장을 보완할 근거를 마련하기 위한 절차로 법원이 관여하지 않고 당사자들이 자율적으로 진행하는 것인 원칙적인 형태이다.

소송을 제기한 당사자 뿐만 아니라 아직은 소송을 제기하지 않은 자도 이용할 수 있고, 상대방 역시 소송의 상대방뿐만 아니라 소송이 제기될 예정인 상대방, 그리고 제3자도 될 수 있다.

디스커버리를 통해 취득할 수 있는 대표적인 정보와 문서로는 증언조서(depositions), 질문서(interrogatories), 자백요구(requests for admission), 전자적으로 생성된 정보(electronic stored information, 이하 'ESI'라

절차가 폐지되었다. 이후 당사자들의 디스커버리제도 남용으로 인한 소송지연이 큰 문제가 되자, 1980년 개정에서는 디스커버리에 관한 사전회합(discovery planning conference)단계를 도입하고, 디스커버리단계에서의 쟁점을 한정하기 위한 법원의 명령, 디스커버리에 불응하는 상대방에 대한 제재 등에 관한 규정이 신설되었다. 1983년의 개정을 통해 과도한 디스커버리를 금지하고 사건의 규모에 맞는 적정한 정도의 디스커버리만을 인정하며, 이를 위반할 경우에는 법원에 의한 제재를 가할 수 있게 하였다. 그러나 이러한 규정에도 불구하고 80년대 내내 디스커버리제도의 남용은 근절되지 않았다. 이후 1993년의 개정을 통해 자동증거공개절차(mandatory and automatic disclosure)를 도입하고, 변호사의 자율성을 제한하였으며 증언조서와 질문서의 개수를 제한하였다.

2000년의 개정에서는 소송지연의 예방, 비용의 절감, 법원의 보다 광범위한 개입의 허용을 위한 제도의 개정이 이루어졌다. 2006년의 개정은 전자적으로 생성된 정보(electronically stored information, 이하 ESI라 한다)의 디스커버리에 관한 것이 그 중심이었다. 당사자들은 디스커버리에 관한 사전회합에서 ESI에 관한 쟁점들에 대해 다룰 수 있게 되었고, 질문서의 답변으로 ESI를 제공할 수 있도록 되었으며 문서제출명령의 대상에 ESI도 포함되게 되었다. 2006년의 개정에서는 디스커버리의 대상이 될 수 있는 모든 정보의 보전에 관한 논의를 해당 정보의 형식을 불문하고 디스커버리의 준비를 위한 회합에서 할 수 있도록 개정하였다. 2010년의 개정에서는 전문가증인에 관한 규정들의 개정이 이루어졌고, 그 범위가 전문가증인이 보유하는 "사실 혹은 정보(facts or data)"로 제한되었다. 또한 전문가증인의 자료에 대해서 작업물 보호의 원칙(work product doctrine)이 적용될 수 있도록 개정되었다. 2015년에는 디스커버리의 범위를 축소하고 디스커버리여부를 판단 할 때 비례성의 원칙을 고려하도록 하였으며 법원의 사건관리를 강화하는 방향으로 개정이 이루어졌다. 사법정책연구원(연구책임자 : 김정환), 효율적인 증거개시·수집을 위한 제도개선 방안, 2015. 6, 56-58쪽; 윤세교, 전게 박사학위논문, 42-52쪽.

한다)와 기타 유형물(tangible things)을 포함한 문서제출요구(requests for document and property), 신체 및 정신감정(physical and mental examination) 등 의학적 감정(medical examination) 등이 있다.[80]

미국에서 디스커버리제도가 발전하게 된 원인은 당사자주의[81]를 강력하게 채택하고 있는 영미법계의 법문화적 전통 및 배심이라는 미국의 민사제도의 특징에 기인한 것으로 보인다.

당사자주의는 대등한 당사자를 전제로 하지만 현실에서는 양 당사자가 대등한 능력을 갖추기 어렵고 특히 증명에 필요한 정보가 당사자 어느 한쪽에 편중된 경우 형식적 당사자주의를 그대로 관철하면 실체적 진실을 발견하여 정의를 실현하기 어렵다. 이 때문에 현실적인 정보의 불균형을 정보의 공유라는 방식을 통해 보완하겠다는 것이 디스커버리 제도의 첫 번째 의의이다.

미국에서 디스커버리제도가 발전한 두 번째 원인으로는 배심제도를 들 수 있다.

미국 민사사법제도는 사법전문가의 부족 및 식민지라는 역사적 전통으로 인해 법률전문가인 판사가 아닌 비전문가인 일반인이 민사분쟁과 관련된 사실관계확정의 책임을 지는 배심제도를 원칙적으로 채택하고 있다.[82] 또한 미국의 민사재판은 서면이 아니라 구두 공방에 의하여 심증을 형성하는 심리구조, 즉 구술심리주의에 의해 진행된다. 그런데 구술주의는 필연적으로 기일의 집중과 연속을 필요로 한다. 기일이 시간적 간격을 두고 분산되게 되면 기억의 손실 및 혼란으로 구술심리의 장점은 사라지고 오히려 비효율성이라는 단점만 부각되기 때문이다. 또한 직업

---

80) 이종엽, 전게서, 56쪽.

81) 민사절차의 개시 및 종료, 주장 및 증거의 수집 및 제출 책임을 법원이 아닌 당사자에게 주는 제도를 말한다. 변론주의 및 처분권주의는 당사자주의의 구체적 발현형태이다.

82) 미국 수정헌법 제7조는 '보통법상의 소송에 있어, 분쟁의 액수가 20달러를 초과하는 경우, 배심에 의한 재판을 받을 권리가 있고, 배심에 의해 심리된 사실은 보통법의 규정에 의하지 않고서는 연방의 어느 법원에서도 다시 심리받지 않는다.'라고 규정하고 있다. 이에 따라 법원은 재판의 운영 및 확정된 사실과 관련된 법률의 적용과 해석을 담당하고, 배심은 법원에 의해 채택된 증거의 가치를 판단하여 분쟁의 핵심이 되는 사실관계의 확정을 담당한다.

적 판사가 아닌 일상생활을 영위하는 일반인인 배심이 판단자로서 심리에 참여해야 한다는 측면에서도 심리가 집중적으로 이루어져야 한다.

그런데 변론기일이 집중적으로 이루어지기 위해서는 심리개시 전 당사자가 사건에 관한 다양한 정보를 수중에 미리 확보한 후 자신의 주장을 가다듬어 어느 정도 완결된 형태로 갖추어야 할 뿐만 아니라 수집된 정보가 증거로서 가치가 있는지를 음미한 후 필요하고 유용한 증거만 변론에 현출해야 한다. 이러한 점에서 디스커버리제도는 미국의 배심제도를 뒷받침하는 유용한 수단이 된다.[83]

미국과 달리 대륙법체계를 취하고 있는 국가들은 원칙적으로 변론절차 외에서의 정보 혹은 증거수집단계를 상정하지 않고 있다.[84] 대륙법계를 취하고 있는 우리나라를 예로 들어 보자면, 변론과정은 크게 당사자들이 각자에게 유리한 주장을 내세우는 과정과 이러한 자신들의 주장의 타당성을 증명하기 위한 증거조사과정으로 이루어진다. 이러한 증거조사과정 중 증거채택 전 단계에서 문서제출명령제도, 문서송부촉탁제도가 일부 증거수집역할을 하지만 법조문의 위치 및 조문의 제목, 체계 등[85]을 고려해 보았을 때 증거조사절차와 구별된 별개의 증거수집단계를 상정하고 도입된 제도들은 아닌 것으로 보인다.

이와 달리 미국의 디스커버리제도는 이러한 정보 및 증거수집절차를 증거조사절차와 구별하는 전형적인 모습이라 할 수 있다. 당사자는 자율

---

83) 이종엽, 전게서, 56쪽.

84) 대륙법계에도 본안절차 외에서의 증거수집의 필요성을 인정해 독립된 증거조사절차(독일), 증거보전절차(우리나라와 일본)를 두고 있다. 독일의 독립된 증거조사절차의 경우 어느 정도 미국의 디스커버리제도와 같은 증거수집기능을 하지만 당사자의 신청이 있는 경우에만 진행되고 증거방법도 검증, 증인, 감정에 한정되기 때문에 기능이 제한적이다. 우리나라 및 일본의 증거보전절차는 장래의 소송을 위해 미리 증거조사를 하지 않으면 증거를 사용하기 곤란한 경우 당사자의 신청에 따라 예외적으로 운영되는 절차이고, 이용률도 저조한 상태이다.

85) 조사의 촉탁제도는 민사소송법 제294조에 규정된 제도로 공공기관 등에게 그 업무에 속하는 사항에 필요한 조사를 촉탁하거나 그들이 보관 중인 문서 등의 송부를 촉탁하는 제도로 법원의 증거조사권한 및 절차에 관한 장에 규정되어 있어 법원의 증거조사의 한 방식으로 기재되어 있고, 민사소송법 제343조 내지 제351조에 규정되어 있는 문서제출명령제도 및 민사소송법 제352조에 규정되어 있는 문서송부촉탁제도는 여러 가지 증거방법 중 서증에 대한 증거조사신청의 한 방식으로 기재되어 있을 뿐이다.

적으로 디스커버리제도를 통해 정보를 수집하고, 그 정보를 분석하여 변론절차에서의 주장과 제출할 증거를 취사선택하는 변론전략을 수립하게 된다. 이후 변론절차에서 법원은 당사자가 신청한 증거에 대하여 채부결정을 통해 채택된 증거만을 증거조사의 대상으로 한 후 배심으로 하여금 또는 스스로 증거조사를 진행하게 한다.[86]

구체적으로 비교해 보자면 우리나라의 경우 당사자 및 변호인은 자신들과 개인적 친분이 있는 우호적 증인을 제외한 중립적 증인이나 적대적으로 추정되는 증인들의 증언내용을 증인신문 전에는 알기 어렵다. 변론에서 행하는 증인신문과정을 통해 비로써 알게 되는 것이다. 이에 따라 해당 증인의 증언 내용이 자신에게 유리할지 불리할지 정확히 알 수 없는 상황에서 유용하다고 생각되는 증인을 신청할 수 밖에 없다.

반면 미국의 디스커버리제도를 이용할 경우 증언조서제도를 통해 자신과 개인적 친분이 없는 증인의 증언내용도 변론 전에 미리 확보할 수 있다. 이에 따라 위 증언내용을 미리 검토한 후 자신의 주장을 증명하는데 필요하다고 생각되면 그때서야 변론절차에서 해당 증인에 대해 증인신청을 하면 되는 것이다.

따라서 당사자들은 디스커버리제도를 통해 변론절차를 대비할 수 있어 절차진행 중 당할 수 있는 기습적인 상황을 피할 수 있고, 변론절차를 대비하여 증거를 확보하고 보전할 수 있으며, 당해 사건의 쟁점을 정리할 수도 있다.

그러나 모든 제도가 그렇듯 이러한 디스커버리제도에도 중대한 단점이 있다. 소송지연이나 상대방에게 부담을 지우기 위한 목적으로 디스커버리제도를 악용하는 사례가 증가한 것이다.

이에 미국 연방민사소송규칙은 초창기에는 당사자의 자율을 보장하고 증가시키는 방향으로 디스커버리제도를 개정하였으나, 점차 디스커버리제도 남용으로 인한 소송지연과 비용증가문제를 해결하기 위해 디스커버

86) 박지원, 증거수집절차와 증거조사절차의 구별에 관한 시론-증거수집범위의 확대를 위하여, 민사소송(제23권 제3호), 한국민사소송법학회, 2019. 10. 226-227쪽.

리제도를 개정해 왔다.[87]

(2) 구체적 절차

(가) 디스커버리 계획에 관한 회합(discovery planning conference)[88]

일정한 예외적인 경우[89]를 제외하고는 디스커버리 절차를 시작하기 전에 거쳐야 하는 필수적인 절차이다.

이 회합에서는 장래 이루어질 디스커버리절차에 필요한 사항, 잠재적인 문제점 파악 및 예방책 등을 논의한다.

(나) 자동증거공개(disclosure)[90]

1) 의의

자동증거공개란 상대 당사자로부터 요청받지 않았더라도 일정한 요건에 해당하는 정보는 의무적으로 공개해야하는 제도를 말하는데, 이는 회합일로부터 14일 이내에 이루어져야 하는 초기자동증거공개(initial disclosure), 변론일 90일 전까지 공개해야 하는 전문가증언공개(disclosure of expert), 변론기일 30일 전까지 이루어져야 하는 변론 전 자동증거공개(pretrial disclosure) 등 총 3단계에 걸쳐 이루어진다.

2) 초기자동증거공개[91]

---

87) 김정환, 전게서, 56-58쪽.
88) 미국 연방민사소송규칙 제26조 (f).
89) '미국연방민사소송규칙 제26조 (a)(1)(B)에 해당되거나 디스커버리 계획에 관한 협의를 생략할 수 있다는 내용의 당사자의 합의 또는 법원의 허가가 있는 경우'를 말한다. 미국 연방민사소송규칙 제26조 (d)(1), (2) 참조.
90) 미국연방민사소송규칙 제26조 (a).
91) 미국연방민사소송규칙 제26조 (a)(1).

예외적인 경우를 제외하면 원칙적으로 당사자들은 회합 이후 14일 이내에 개시요청을 받지 않았다 하더라도 상대 당사자에게 일정한 사항을 공개해야 한다.

당사자가 공개해야 할 사항으로는 ① 본인의 주장을 뒷받침하기 위한 수단으로 사용할 가능성이 있고 증거개시(discovery)대상이 될 수 있는 정보를 가지고 있을 자들의 이름, 주소, 전화번호, 그리고 그들이 가지고 있을 정보의 개요(subject), 증언할 가능성이 있는 정보, ② 본인의 주장을 뒷받침하기 위한 수단으로 사용할 가능성이 있고 본인이 점유, 보관, 지배하고 있는 모든 문서, ESI 및 유체물의 사본 또는 범주별 내용의 설명 및 대상물이 존재하는 장소, ③ 손해배상을 청구하는 경우, 손해의 종류에 따른 금액 계산과 손해배상산정의 기초가 되는 계산방법 및 각 계산의 근거가 되는 유체물 또는 문서에 대한 사본 제출 및 열람제공, ④ 판결금의 일부 또는 전부를 변제할 책임이 있거나 변제 당사자가 가입하고 있는 보험계약이 있을 경우, 그 계약서의 사본 및 열람제공이 있다.

이러한 초기자동증거공개의무는 소송 당사자에게만 부과되는 것인데, 당사자는 본인이 모른다는 사정만으로는 그 의무를 면할 수 없고 합리적인 범위 내에서 조사했을 때 용이하게 알 수 있는 정보도 조사하여 제공해야 한다.

만약 초기자동증거공개에서 상대방 당사자가 적시에 증거를 공개하지 않았다면 이는 변론절차에서 해당 당사자의 증인신청 및 증거제출을 금하는 사유가 될 수 있다.[92]

3) 전문가증언의 공개[93]

92) 윤세교, 전게 박사학위논문, 87-94쪽.
93) 미국민사소송규칙 제26조 (a)(2).

전문가증인을 변론에 출석시키고 싶은 당사자는 그 증인이 누구인지 공개해야 하고, 그 증인이 그 임무를 수임[94]하였거나 당사자에 의해 고용된 경우에는 그가 작성하고 서명한 보고서도 함께 제출해야 한다. 제출해야 할 보고서에는 증인의 의견 및 그 이유, 위 의견을 형성하는 데 고려한(consider) 사실 및 자료, 증인의 자격, 다른 사건들에서 전문가증언한 경우 그 사건들의 목록, 증언에 대한 대가로 지급받는 보수가 기재되어야 한다.

위 전문가증언은 변론절차개시 90일 전에 이루어져야 한다.[95]

4) 변론 전 자동증거공개[96]

당사자들은 초기자동증거공개 및 전문가증언단계에서 증거공개한 사항 외에 자신이 변론기일에 사용할 증거에 관한 정보 중 증인의 이름, 주소 및 전화번호, 그 증인들의 증언조서, 문서 또는 기타 증거의 내역을 상대 당사자외에 법원에도 변론기일 전 30일 전에 제출해야 한다.

(다) 증거개시절차(discovery)[97]

(1) 서론

여기서 말하는 증거개시(discovery)란 디스커버리제도 내에 존재하는 절차 중 하나로 앞서 살펴본 자동증거공개(disclosure)와 함께 디스커버리 제도의 핵심절차 중 하나이다.

자동증거공개로 공개되는 증거는 당사자의 요청과 관계없이 일정 요건

94) 따라서 소송과 관련된 자를 진료한 의사가 진료행위에 대한 경험을 보고하는 내용의 증언을 할 예정이라면 그는 보고서를 작성할 의무가 없다.
95) 윤세교, 전게 박사학위논문, 94-99쪽.
96) 미국연방민사소송규칙 제26조 (a)(3).
97) 미국연방민사소송규칙 제26조 (b).

이 충족되면 반드시 공개되어야 하는 반면 증거개시절차에 해당하는 증거는 당사자의 요청이 있어야만 공개가 이루어진다.

미국 연방민사소송규칙에 의해 인정되는 증거개시방법으로는 증언조서, 질문서, 자백의 요청, 문서제출요청, 상대 당사자에 대한 신체 및 정신감정신청, 자백의 요청으로 총 5가지가 있다.

요청의 상대방은 구체적인 증거개시방법에 따라 다르다. 상대방에 대해서는 증언조서를 제외한 4가지 방법을 사용할 수 있으나, 제3자에 대해서는 증언조서, 문서제출요청제도만이 사용가능하다.

(2) 증언조서[98)]

증언조서란 증인을 신청하여 선서하게 한 후 당사자들이 합의한 법정 외의 장소에서 법원의 관여 없이 당사자들이 자율적으로 신문을 한 후 이를 녹취하여 작성한 조서를 말한다.

소송 당사자를 포함한 모든 사람에 대해 신청이 가능하며, 제3자의 출석을 강제하기 위해 법원에 의한 구인장도 발부받을 수 있다.

위 증언조서는 일정한 요건을 충족한 경우 변론절차에서 증거로 활용될 수도 있다.

(3) 질문서[99)]

일방 당사자가 상대 당사자에게 소송과 관련된 질문을 적은 서면을 보내면 상대 당사자는 이에 대해 서면으로 답변해야 하는 제도이다.

질문서는 상대 당사자에게만 신청할 수 있다.

질문서를 이용해 상대 당사자로부터 필요한 증거를 직접 제출받을 수는 없지만 이러한 증거에 대한 정보, 예를 들자면 필요한 정보를 가진

98) 미국연방민사소송규칙 제30조, 제31조.
99) 미국연방민사소송규칙 제33조.

사람의 인적사항, 필요한 문서를 특정할 만한 정보 등을 얻을 수 있다.

상대 당사자는 본인이 모른다는 사정만으로는 답변의무를 면할 수 없고 합리적인 범위 내에서 조사했을 때 용이하게 알 수 있는 정보도 조사하여 제공해야 한다.

(4) 문서제출요청제도[100]

이 제도는 당사자가 상대 당사자 또는 제3자가 소유, 보관 또는 지배하고 있는 문서 또는 ESI, 유체물 등의 열람 또는 사본 제출을 요청할 수 있고 또한 조사, 측정, 촬영, 표본 추출을 위한 토지 출입의 허락 또는 특정된 유체물의 제출을 요청할 수 있는 제도이다.

문서제출요청은 상대 당사자뿐만 아니라 제3자에 대해서도 할 수 있다.

상대 당사자에게 문서제출을 요청할 때에는 상대 당사자에게 제출대상 문서의 목록과 요청하는 이유를 기재한 요청서를 보내게 된다.

제3자에 대해서는 법원에 문서제출요청신청을 하면 된다. 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 문서제출을 명하는 문서제출명령을 내릴 수 있다.[101]

문서제출요청 또는 명령을 받은 상대 당사자 또는 제3자가 이를 불이행하면 신청 당사자는 법원에 이행명령을 신청할 수 있고, 위 이행명령에도 불응하는 경우 법원은 문서제출요청을 한 당사자가 주장하는 사실관계를 진실한 것으로 인정하거나 불응한 당사자의 해당 쟁점에 관한 증거 제출을 금지할 수 있다.[102]

(5) 신체 및 정신감정[103]

---

100) 미국연방민사소송규칙 제34조, 제45조.
101) 미국연방민사소송규칙 제45조 (a)(1)(D).
102) 미국연방민사소송규칙 제37조 (b)(2).
103) 미국연방민사소송규칙 제35조 (a)(1).

상대 당사자 또는 상대 당사자가 법률상 보호하는 자의 정신상태나 혈액형을 포함한 신체의 상태에 대해서 다툼이 있을 때 당사자는 법원에 신체 및 정신감정을 신청할 수 있다. 이 경우 법원은 상대 당사자로 하여금 그 또는 그가 법률상 보호하는 자의 정신상태나 신체상태에 대해 전문가로부터 감정을 받을 것을 명할 수 있다.

(6) 자백의 요청[104]

당사자는 상대 당사자에게 서면으로 분쟁에 대한 사실과 문서의 진정성립과 관련된 사항에 대해서 자백을 요청할 수 있고, 상대 당사자는 이에 대해 30일 내로 서면으로 답변해야 한다.

상대 당사자는 ① 자백, ② 부인, ③ 자백과 부인 모두 불가능한 상태, ④ 이의제기의 4가지 중 하나를 선택해 답변해야 한다. 부인을 선택한 경우, 부인하는 이유를 밝혀야 하고, 자백과 부인 모두 불가능한 경우에도 인정 여부를 밝힐 수 없는 이유를 밝혀야 한다.

정해진 기간 안에 답변하지 않는다면 자백 간주로 취급된다.

법원이 자백에 대한 정정이나 철회를 허가하지 않는 한 자백에 대한 증명은 확정된 것으로 간주된다.

나. 디스커버리 제외사유(privileged matter)[105]

원칙적으로 디스커버리의 대상이라고 해서 모든 증거가 개시되어야 하는 것은 아니고 일정한 제외사유가 있다. 이러한 제외사유는 절대적 제외사유와 상대적 제외사유로 나뉜다. 절대적 제외사유에는 자기부죄거부특권(privilege against self-incrimination)[106]과 변호사-의뢰인 특권

104) 미국연방민사소송규칙 제36조 (a).
105) 디스커버리 제외사유에 대해서는 박지원, 전게 박사학위논문, 94-114쪽.

(attorney-client privilege)[107]이 있고, 상대적 제외사유에는 작업물(work product)[108], 영업비밀, 사생활의 비밀(privacy) 등과 관련된 정보가 있다. 국가면제특권(governmental privilege)의 경우 그 종류에 따라서 절대적 제외사유 또는 상대적 제외사유로 취급된다.[109]

상대적 제외사유의 경우 법원의 이익형량(balancing)[110]과정을 걸쳐 개시여부가 결정된다.

다. 보호명령(protective order)제도

(1) 의의

디스커버리제도의 대상이 되는 당사자나 제3자가 특정사건에서 번거로움(annoyance), 모욕감(embarrassment), 압박(oppression), 또는 과도한 부담이나 비용을 이유로 보호명령을 신청하면 법원이 위 당사자나 제3자를 위한 일체의 명령을 내릴 수 있는 제도이다.[111]

---

106) 스스로의 진술로 인해 형사상 처벌을 받을 염려가 있는 자가 증언을 거부할 수 있는 특권을 말한다.

107) 변호사와 의뢰인의 관계가 성립한 경우 의뢰인이 변호사에게 그 직무관계의 범위에서 한 비밀성을 갖춘 대화내용에 대해서는 의뢰인의 동의가 없는 한 변호사가 이와 관련된 증언을 거부할 수 있는 특권을 말한다.

108) Jack H. Friedenthal · Mary Kay Kane · Arthur R. Miller, Civil Procedure(4th ed), St. Paul, MN : Thomson/West, 2005, 394-395.

109) 국가면제특권의 경우에는 (ⅰ) 제정법상의 국가의 거부특권(government's statutory privilege)의 경우에만 절대적 제외사유(absolute immunity)로 취급되며, (ⅱ) 정보원에 대한 국가의 거부특권(governmental informer privilege), (ⅲ) 군사상 또는 국가적 비밀에 관한 국가의 거부특권(government's privilege for military or state secrets), (ⅳ) 행정부의 거부특권(executive privilege)의 경우에는 상대적 제외사유에 해당되어 이익형량을 필요로 한다.

110) 이익형량시에는 양쪽 당사자의 곤란함이라는 사적 이익만을 비교함에 그치지 않고, 해당 디스커버리가 비합리적으로 누적되거나 반복적인지(cumulative or duplicative), 좀 더 편리하면서도 부담과 비용은 덜한 기타의 수단이 존재하는지, 디스커버리 신청인이 해당 정보에 관하여 소송상 이미 충분한 기회를 보장받았는지, 요구된 디스커버리의 부담 또는 비용, 소송물가액, 양쪽 당사자들의 자력(resource), 해당 디스커버리로 인해 증명하고자 하는 쟁점의 중요성, 쟁점해결에 있어서 디스커버리가 요구된 증거의 중요성 등을 고려하여야 한다. 미국 연방민사소송규칙 제26조 (b)(2)(C)(i).

111) 미국연방민사소송규칙 제26조 (c).

이러한 보호명령제도를 통해 디스커버리제도의 남용을 최소화할 수 있다.[112]

(2) 요건

보호명령을 신청할 수 있는 신청자는 디스커버리의 대상이 되는 자로 제3자도 포함된다.

신청자는 반드시 자신의 신청동기가 선의(good faith)이며 성실하게 법원의 개입없이 해당 디스커버리 분쟁을 해결하기 위해 디스커버리 신청인과 협의했거나 협의하려고 노력했다는 선서서를 제출해야 한다.

또한 자신이 해당 디스커버리로 인해 부담하기 곤란하거나 당황스러운 부담을 진다든지, 해당 디스커버리로 인해 부당하게 비용을 부담하거나 비용을 지급했다든지, 해당 디스커버리가 자신을 괴롭히거나 압박하기 위해 실시된다는 점을 주장하고 소명해야 한다.

이 경우 법원은 정당한 사유(good cause)가 있는지 판단해야 한다.[113]

또한 해당 정보가 상대적 제외사유에 해당해 이익형량이 필요한 경우 법원은 대립하는 이해관계를 가능한 한 최대한 충족시킬 수 있도록 노력해야 하며 이를 위한 재량권이 보장되어 있다. 그러나 이러한 재량권은 한계가 있으므로 판사는 반드시 해당 상황에서 가장 적합한 보호명령을 발령해야 한다.

(3) 내용[114]

미국민사소송규칙 제26조(c)(1)에는 판사가 내릴 수 있는 보호명령의 예로 ① 자동증거공개 또는 증거개시를 금지하는 명령, ② 시간이나 장

112) 이규호, 영업비밀보호를 위한 미국민사소송법제, 연세법학연구(제6권 제2호), 연세대학교 법학연구원, 1999. 273쪽.
113) 미국연방민사소송규칙 제26조 (c)(1).
114) 미국연방민사소송규칙 제26조 (c)(1).

소를 지정, 혹은 비용부담을 포함하여 특정한 조건 아래에서만 자동증거공개나 증거개시를 허용하는 명령, ③ 증거개시를 요구하는 당사자 측이 선택한 수단보다 다른 수단을 택하도록 하는 명령, ④ 자동증거공개나 증거개시의 범위를 제한하는 명령, ⑤ 증언조서작성절차에서 참가자를 제한하는 명령, ⑥ 증언조서를 봉인하게 하는 명령, ⑦ 기업의 영업비밀과 같은 비밀자료를 증거개시의 대상으로 삼는 것을 허가하지 않거나 특정한 방법으로만 증거개시를 허용하게 하는 명령, ⑧ 특정 문서를 봉인하에 제출하게 하는 명령을 들고 있는데, 이는 예시적 규정일 뿐이다.[115]

법원은 당사자를 적절하게 보호하기 위해 어떤 명령이라도 내릴 수 있다. 즉 보호명령의 구체적인 내용에 관해 판사에게 광범위한 재량권이 인정된다. 그러나 그렇다고 해서 판사가 당사자의 디스커버리절차에 응할 의무를 완전히 면제시켜 줄 수는 없다.

이하에서는 가능한 보호명령의 내용을 효력별로 분류해 검토해본다.

(가) 전면적 금지

법원은 전면적으로 자동증거공개를 하지 않도록 하거나 증거개시요구를 금지할 수 있다.

증거개시요구가 경쟁자의 정보를 수집하여 경쟁상의 이득을 얻고자 하는 경우와 같이 소송의 수행이나 방어 외의 목적으로 정보를 수집하거나 상대방을 위협하려는 의도로 이루어지는 경우가 이에 해당한다.

(나) 조건의 부과나 제한

법원은 자동증거공개나 증거개시에 시간과 장소의 지정과 같은 조건을 부과할 수 있다.

응답기간을 특정시기로 지정하거나 증거개시를 요구한 자로 하여금 관

115) 김정환, 전게서, 90-91쪽.

련비용을 부담하게 할 수도 있으며 증거개시가 특정한 순서대로 이루어지도록 명령할 수도 있다.

당사자는 법원의 불필요한 간섭 없이 필요한 증거개시절차를 선택하여 사용할 수 있음이 원칙이나 법원은 특별한 사유가 증명되면 증언녹취록 같은 특정한 절차에 대해서만 증거개시를 허용할 수도 있다.

법원은 특정한 범위에 속하는 사항에 대하여는 자동증거공개나 증거개시를 금지하거나 일정한 사항으로만 제한할 수 있다. 예를 들어 관할에 관해 다툼이 있는 경우 법원은 해당 쟁점에 관련된 사항으로만 증거개시의 범위를 제한할 수 있다.[116] 망인의 남편이 원고가 되어 제기한 불법사망소송(wrongful death action)에서 피고 변호사가 원고의 혼외정사에 관한 증거개시를 요구한 경우 법원은 원고에게 상간녀의 성명, 주소, 전화번호를 제외하고 답변할 것을 명령한 바 있다.[117]

한편 증거개시의 주관적 범위도 제한할 수 있다. 이에 따라 제3자에 대한 문서제출명령이나 증언녹취서 등을 금지할 수 있다.

(다) 봉인명령

증언녹취서를 봉인(sealing)하고 법원의 명령에 의해서만 개봉하게 할 수 있다.[118]

증언녹취서를 일단 봉인하게 되면 이 증언녹취서는 공개의무가 있는 공적기록(public records)에 속하지 않게 된다. 증언녹취서 외에 질문서의 답변이나 제출된 문서에 대해서도 동일한 내용의 명령을 발할 수 있다.

(라) 동시교환

116) Orchid Biosciences, Inc. v. St. Louis University, 198 F.R.D. 670 (S.D.Cal. 2001).
117) Morales v. Superior Court, 99 Cal.App.3d 283 (1979).
118) 미국연방민사소송규칙 제26조 (c)(1)(6).

당사자들이 특정 문서나 정보를 봉인된 봉투에 넣은 후에 동시에 제출하여 법원의 지시대로 열람하도록 할 수 있다.[119]

(마) 비밀유지의무의 부과 등[120]

해당 정보가 영업비밀이나 기타 비밀연구, 상업정보 등인 경우 법원은 공개를 아예 금지하거나 특정한 방식으로만 공개하도록 할 수도 있고, 공개는 하되 비밀유지의무를 부과한 후 특정한 사람들에게만 공개하게 할 수도 있다. 문서의 일부를 공개하도록 하는 것도 가능하다.

소송의 당사자들은 배제한 채 이해관계 없는 제3자에게만 정보를 공개한 후 그로 하여금 비밀정보를 조사하도록 할 수도 있다.

이러한 보호명령이 발령되기 위해서는 일정한 요건들이 충족되어야 한다.

보호명령신청인은 해당 정보가 ① 영업비밀 또는 기타 기밀에 대한 연구, 개발 또는 상업정보라는 사실, ② 그러한 정보가 공개되면 신청인에게 손해가 발생한다는 사실, ③ 보호명령을 발하기 위해 정당한 사유(good cause)가 존재한다는 사실을 주장하고 증명해야 한다.

특히 ②번 요소와 관련된 손해는 구체적이어야 한다. 단순히 영업비밀이라는 사정만으로는 디스커버리를 면할 수 있는 사유가 아니기 때문이다. 일반적인 기업의 신용 또는 평판에 대한 손해만으로는 불충분하다.[121]

보호명령신청인이 이러한 사정들을 증명하면 법원은 디스커버리의 필요성과 공개할 경우 초래될 법익침해를 비교형량해야 한다. 법원은 해당 정보가 사업장 외부에 알려진 정도, 해당 정보가 내부에서 알려진 정도,

119) 미국연방민사소송규칙 26(c) (8).
120) 미국연방민사소송규칙 26(c) (7).
121) Jacqueline S. Guenego, Trends in Protective Orders Under Federal Rule of Civil Procedure 26(c): Why Some Cases Fumble While Others Score, fordham Law Review(vol. 60, issue 3), 1991, 553-559.

해당 정보의 비밀성을 보호하기 위해 취해진 조처 및 해당 정보의 가치를 고려하여 비교형량해야 한다. 영업비밀보유자 또는 비밀정보의 소지자에 대해 손해가 발생할 위험이 증거개시의 필요성을 초과하는 경우 공개를 강제할 수 없다.

그러나 법원은 공개로 인한 부정적인 영향을 최소화하면서 동시에 정의의 실현을 위해 보호명령의 내용을 정함에 있어서 상당한 재량권을 행사할 수 있다. 그래서 법원은 해당 정보의 공개가 필요하다고 판단되면 누구에게만 공개할 것인지, 그리고 어떠한 예방조처(precautions)하에 공개할 것인지 여부를 재량으로 결정할 수 있다.[122]

라. 디스커버리제도 및 보호명령제도의 특징 및 시사점

디스커버리제도는 본격적인 심리에 앞서 정보나 증거의 수집을 위한 절차이다. 이로 인해 정보의 편차가 극복되고 진실발견의 가능성이 높아지며 쟁점이 집중되는 효과가 있다. 게다가 이 절차는 원칙적으로 법원의 관여없이 당사자들이 자율적으로 진행하는 절차여서 절차진행에 있어 법원의 부담이 크지 않다. 그러나 이러한 장점에도 불구하고 디스커버리제도는 비용증가, 소송절차의 과도한 지연이라는 만만치 않은 단점이 있고 이러한 단점은 여러 가지 개선시도에도 불구하고 지금도 여전하다.

이러한 디스커버리제도의 단점 및 법원이 주도하지 않는 당사자주도라는 낯선 특징 때문에 우리나라를 포함한 대륙법계국가들이 이 제도에 대한 축적된 연구결과에도 불구하고 디스커버리제도를 전면적으로 도입하지 않고 있는 듯하다.

보호명령제도는 이러한 디스커버리제도의 단점을 보완하기 위해 도입된 제도이다.

즉 보호명령제도는 일반적으로 자동증거공개 및 증거개시의 광범위함

122) 이규호, 전게 영업비밀보호를 위한 미국민사소송규칙, 274-275쪽.

과 이로 인한 반대 당사자나 제3자의 불편함을 경감시키지 위한 제도이지 반대 당사자나 제3자의 비밀만을 보호하기 위해 있는 제도는 아니다.[123]

그러나 비록 보호명령제도가 반대 당사자나 제3자의 여러 가지 종류의 불편함을 줄여주기 위해 존재하는 제도이기는 하지만, 이들이 가지고 있는 영업비밀을 포함한 여러 가지 의미있고 가치 있는 비밀을 보호하기 위한 제도로도 활발히 쓰이고 있다.

특히 다른 대륙법계국가들이 일반적으로 비밀보호가치가 있는 비밀에 대해서는 아예 공개를 금지하거나 인 카메라절차 등을 이용해 그 내용을 판사외에는 공개하지 않는 절차를 취하는 반면 미국은 보호명령제도를 이용해 위 두 방식 외에도 비밀의 내용을 공개하되 소송수행목적 외에는 사용할 수 없게 하거나 다른 사람들에게는 그 내용을 공개하지 못하게 하는 의무를 부과할 수 있다.

미국 판사들은 보호명령을 내릴 때 보호명령의 구체적인 내용들을 스스로 만들 수 있는 재량이 있기 때문이다. 미국의 판사들은 보호가 필요한 상황이라면 연방민사소송규칙에 열거되어 있는 종류의 명령들 외에도 다양하고 새로운 방식의 명령을 내리는 것이 가능하다.

반면 우리나라를 포함한 대륙법계국가들은 일반적으로 판사들이 소송절차상 행사할 수 있는 명령 등은 법률에 한정적으로 규정되어 있다.

보호명령제도의 이러한 장점 및 유연성에도 불구하고 보호명령제도는 탄생 자체가 디스커버리제도의 단점을 보완하기 위한 것이므로 디스커버리제도와는 별개로 생각할 수 없는 절차이다. 그런데 디스커버리제도의 지나친 당사자주도성 및 여러 단점들 때문에 우리나라를 포함한 대륙법계 국가들이 위 제도를 적극적으로 수용할 가능성은 희박한 것으로 보인다. 또한 판사가 할 수 있는 소송지휘권의 내용 및 소송상 결정들이 법

123) Wayne F. Reinke, Limiting the Scope of Discovery: The Use of Protective Orders and Document Retention Programs in Patent Litigation, Bluebook 21st ed, Albany Law Journal of Science&Technology, 1992, 189-193.

령에 비교적 명확히 규정되어 있는 대륙법계와 달리 미국의 보호명령은 명령의 구체적 내용을 정함에 있어 판사의 재량이 너무 넓다. 이는 법령에 정해진 명령 중 일부를 선택하는 것에 익숙해 있는 대륙법계 판사들에게 매우 낯선 상황이다.

이러한 사정들로 인해 보호명령 자체가 우리나라 법제로 들어오기는 힘들 것으로 보인다.

3. 연방 정보공개청구법상 본 인덱스제도(Vaughn Index) 및 인 카메라제도(in camera)

미국의 경우 인 카메라(in camera)라는 용어는 어떤 제도나 시스템을 가리키는 것이 아니라 '비밀(비공개)' 상태를 가리키는 일반적 용어로 사용되고 있는데, 특별히 판사가 비공개 정보를 공개된 법정이 아닌 비공개된 판사실(camera)에 가져올 것을 명하고 판사만이 당해 문서를 열람하는 절차를 말하기도 한다.

이러한 인 카메라절차는 법률에 명시적인 규정이 없더라도 판사의 일반적인 소송지휘권에 당연히 포함되는 것으로 해석되어 왔다. 그러나 법원은 인 카메라절차가 필요한 국가기밀공개와 관련된 사건 등에서 위 절차를 진행하는 데 상당히 주저해왔다. 이에 연방의회는 공개청구대상 문서에 포함되어 있는 정보가 공개대상의 제외사유에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 인 카메라절차를 연방 정보공개청구법에 명시적으로 도입하였다.[124)125)]

그럼에도 불구하고 미국 판사들은 문서를 열람할 때 발생할 수 있는 선입견을 피하기 위해 인 카메라절차진행을 여전히 꺼린다고 한다.

또한 인 카메라절차를 거치게 되면 판사는 직접 문서를 보고 비공개사유에 해당하는지 여부를 판단할 기회를 가지지만 원고 측은 그 판단의

124) 미국 연방 정보공개청구법 제552조 (a)(4)(B).
125) 김창조, 전게논문, 221쪽.

근거를 알 수 없기 때문에 인 카메라절차를 통한 판사의 판단은 당사자에 의한 검증을 거치지 않은 일방적인 것이라는 비판도 피할 수 없다.[126]

이에 도입된 절차가 본 인덱스절차이다. 본 인덱스[127]절차란 행정기관에 공개가 요구되는 문서의 목록과 위 문서들이 비공개로 유지되어야 할 이유가 구체적으로 설명된 인덱스(index)를 제출하도록 하고 그것에 관해 상대방이 다투도록 하는 절차이다.

위 인덱스에는 문서의 목록뿐만 아니라 목록작성자의 신용성, 비공개사유의 종류와 비공개부분의 특정, 공개로 인해 발생하는 손해 등을 기재해야 한다.[128]

인 카메리절차를 거치게 되면 원고와 그 대리인은 당해 비공개기록에 대한 정보를 제공받을 수 없기 때문에 피고 주장에 대한 반론이 곤란하여 대심구조가 약화된다.

그러나 본 인덱스를 제출받게 되면 원고에게 비교적 많은 정보가 제공되어 대심구조를 유지하는 것이 가능하게 된다. 이를 위해서는 비공개정보의 내용 자체를 공개하지 않는 한도 내에서 가능한 상세한 본 인덱스를 제출하도록 하는 것이 필요하므로 법원은 제출된 인덱스가 너무 간략하다고 판단되면 보다 상세한 인덱스의 제출을 명할 수 있다.

그러나 법원이 본 인덱스만으로는 충분한 심증을 얻을 수 없을 뿐만 아니라 그 이상의 상세한 본 인덱스의 제출을 요구할 수도 없을 때에는 인 카메라심리를 행할 수 있다.[129]

우리 역시 미국의 정보공개청구법상 인 카메라절차를 본받아 현행 정보공개청구법에 인 카메라심리절차를 도입하였는데 이 제도 역시 증거공개시의 비밀보호라는 측면에서 중요한 제도이므로 여기서 상세하게 논의

126) 김창조, 전게논문, 221쪽.
127) Vaughn v. Rosen 사건에서 워싱턴 순회항소법원이 만든 절차이다.
128) 김창조, 전게논문, 222쪽.
129) 김창조, 전게논문, 224쪽.

할 필요가 있다.

우리 정보공개청구법은 국민의 알권리를 실현하기 위한 절차와 요건을 마련한 법으로 헌법 및 행정법영역에 속하는 법이다(정보공개청구법 제1조).

동법 제5조 제1항은 모든 국민에게 정보공개청구권이 있음을 인정하면서 이 권리를 행사하기 위한 별다른 요건을 부과하지 않고 있다.

다만 공공기관이 보유·관리하는 정보는 그 양이 방대하고 국가의 이익, 공공의 질서, 사인 및 기업의 비밀과 관련된 사항도 상당하므로 정보공개법은 제9조 제1항에서 비공개사유를 열거하고 있는데 그 사유는 상당히 많다.

정보공개청구를 받은 해당 공공기관은 해당 정보가 법령상 비공개대상정보 규정에 해당하는지 여부를 판단한 후 비공개시의 이익(해당 비공개조항이 추구하는 구체적 공익)과 공개 시의 이익(국민의 알권리 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등)을 비교형량하여 공개 여부를 결정해야 한다.[130]

이러한 판단을 거친 후 공공기관은 공개가 요청된 정보가 이러한 비공개사유에 해당할뿐더러 비공개시의 이익이 공개시의 이익보다 상회한다고 판단되면 정보공개청구를 거부할 수 있는데, 이 경우 정보공개를 청구한 자는 관할 행정법원에 정보공개청구거부취소의 소를 제기할 수 있다(정보공개청구법 제18조, 제19조, 제20조).

이러한 정보공개청구거부취소소송의 핵심 쟁점은 해당 정보가 비공개

130) '정보공개법 제9조 제1항 제5호에서 비공개대상정보로 규정하고 있는 '감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'란 정보공개법 제1조의 정보공개제도의 목적 및 정보공개법 제9조 제1항 제5호에 따른 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 볼 때, 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 말하고, 이에 해당하는지는 비공개함으로써 보호되는 업무수행의 공정성 등 이익과 공개로 보호되는 국민의 알권리 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 판단할 것이다.' 대법원 2012. 10. 11. 선고 2010두18758 판결.

사유에 해당하는지, 비공개사유에 해당한다 하더라도 비공개시의 공익이 공개시의 이익을 상회하는지 여부이므로, 이는 원칙적으로 변론과정에서 양 당사자가 서로 반박의 기회를 가진 채 논증되어야 한다. 그리고 이러한 과정을 충실히 이행하기 위해서는 원칙적으로 해당 정보가 변론과정에 현출되어야 한다.

그러나 한편 위 해당 정보가 변론에 현출된다는 것은 해당 정보의 공개를 원했던 당사자의 목적을 종국판결에 앞서 달성하는 효과를 가져올 뿐만 아니라 해당 정보를 비공개사유로 규정한 정보공개법 제9조 제1항의 취지에 반할 우려가 있다.

이에 정보공개청구법 제20조 제2항은 '재판장은 필요하다고 인정하면 당사자를 참여시키지 아니하고 제출된 공개 청구 정보를 비공개로 열람·심사할 수 있다.'고 명시하여 당사자를 참여시키지 않고 법원만이 심리에 참여하는 인 카메라제도를 인정하고 있다.

정보공개청구거부취소소송은 행정소송의 일종이므로 행정소송법이 적용되는 외에 보충적으로 민사소송법의 적용을 받는데(행정소송법 제8조 제2항), 민사소송법에는 이미 앞서 설명한 인 카메라제도가 존재하므로 정보공개청구법상 인 카메라제도는 무익한 것이 아닌가란 의문이 있을 수 있다.

그러나 민사소송법상 인 카메라제도는 앞서 설명했던 바와 같이 변론, 즉 당사자들의 주장과 그 주장을 증명하기 위해 제출된 증거들의 당부 및 증거가치를 가리는 절차에 적용되는 것이 아니다. 민사소송법상 인 카메라제도는 변론 전 단계인 증거의 수집단계로서 서증으로 사용하기 위한 문서에 대한 제출명령단계에서 해당 문서의 소지자가 문서제출의무를 부담하는지를 심리하기 위해 활용되는 절차이다.

그런데 앞서 살펴 보았듯 국민들은 공공기관이 관리하고 있는 정보에 대한 일반적 정보공개청구권이 있어 공개청구를 함에 있어 특별히 증명해야할 요건사실이 없으므로 정보공개거부취소소송에서 해당 문서가 비공개사유에 해당하는지 여부만이 해당 소송의 핵심적 쟁점으로 반드시

변론에서 다루어져야 한다. 그런데 정보공개청구법은 법관에게 이러한 변론절차 자체를 법관 외에는 당해 소송의 당사자들조차도 참여시키지 않은 채 진행시킬 수 있는 권한을 부여한 것이다.

정보공개청구법상 인 카메라절차는 반대 당사자의 참여를 배제한 채 법관만이 해당 문서를 검토할 수 있다는 점에서 민사소송법상 인 카메라 절차와 유사하다. 즉 반대 당사자는 해당 문서의 내용을 검토하고 이를 변론에 활용할 기회를 가지지 못한다.

그러나 정보공개청구법상 인 카메라절차는 변론 자체에 적용되는 절차라는 점에서 변론 전 정보수집단계에 적용되는 민사소송법상 인 카메라 절차와는 다르다.

제 3 절 독일

1. 뒤셀도르프모델

독일의 뒤셀도르프모델은 별도의 명시적인 법률에 근거하고 있는 제도는 아니다.

독일은 소송을 제기하기에 앞서 증거보전 등이 필요한 경우 본안소송과 별도로 증거조사만을 위해 마련된 독립적 증거조사라는 절차를 두고 있다. 우리 민사소송법 제375조에 규정된 증거보전절차와 유사하지만 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란할 사정이 있다고 인정될 때에만 이용할 수 있는 우리와 달리 적용범위가 넓다.

이 제도에 의하면 우리와 유사한 증거보전절차 외에도 사람의 상태 혹은 물건의 상태나 가치, 혹은 손해나 하자의 원인 등을 확정하는 것이 분쟁을 회피하는 데 기여할 수 있는 경우에는 감정인에 의한 서면감정을 신청할 수 있다. 독일은 미국과 같은 디스커버리제도가 없는 대신 독립

적 증거조사절차를 두어 사실관계를 명확히 밝힘으로써 소송을 예방하고 소송절차를 촉진시키는 효과를 거두고 있는 것이다.[131]

뒤셀도르프모델은 위 독립적 증거조사절차에서 이용할 수 있는 감정인에 의한 서면감정절차에 독일 민법 제809조[132]에 근거한 검사청구권 및 가처분제도를 결합하여 실무상 만든 제도이다.

위 모델은 특히 특허침해소송에서 많이 이용되고 있는데, 일반적으로 침해소송을 제기하기 전 당사자는 침해여부를 확정하기 위해 전문감정인의 감정의견을 구하기 위한 독립적 증거조사절차를 신청함과 동시에 감정인의 열람에 대한 상대방의 수인을 구하는 가처분을 함께 신청한다.

열람이 허용되는 경우 신청인과 피신청인이 배제된 채 감정인과 신청인의 대리인만 증거열람이 가능하며 이들에게는 비밀유지의무가 부과된다. 피신청인은 가처분 발령 전 심문의 기회를 가지지 않는다. 감정인이 작성한 감정의견서가 법원에 제출되면 그제서야 법원은 피신청인에게 구체적인 비밀유지 필요성에 대해 주장할 수 있는 기회를 부여한다. 이를 기초로 법원은 구술변론 없이 감정의견서에 대한 신청인의 열람 여부 및 그 범위, 피신청인의 비밀보호 여부 및 정도를 판단하게 된다.[133]

위 모델에서는 비밀이 유지되어야 한다고 주장되는 증거를 법원도 보지 못한다. 오로지 비밀유지의무가 부과된 제3의 중립적인 전문가인 감정인 및 신청인의 대리인만 볼 수 있다.

이 절차는 법원에 의해 임명된 전문가가 이후의 본안소송에서도 증거로 활용될 수 있는 감정을 하도록 한다는 장점을 갖고 있다. 또한 다툼에 있어 중요치 않은 그러나 청구권의 실현을 위해서는 급박하게 공개되어야 하는 사업상, 경영상의 비밀이 신청인에 대해서는 완전히 비밀로 유지된다는 장점도 갖고 있다.

그러나 뒤셀도르프절차는 결국 해당 증거의 공개가 권리 주장에 꼭 필

131) 한충수, 전게논문, 38쪽.
132) 독일 민법 제809조는 물건에 대한 권리를 가지는 사람이 물건의 소유자에게 그 물건에 대한 검사를 청구할 수 있는 권리인 검사청구권을 규정하고 있다.
133) 정선주, 전게 영업비밀보호와 in camera제도, 11-12쪽.

요한 경우에는 적용될 수 없다는 단점이 있다.

또한 해당 증거에 대한 검사과정에 신청인 자신의 참석이나 법적심문권이 제한된다는 문제가 있다.[134]

2. 행정소송법상 인 카메라(in camera)절차

독일은 소송절차에 인 카메라제도를 도입하는 것을 당사자의 헌법상 권리인 법적심문청구권에 반하는 것이라고 보아 오랜 기간 매우 소극적인 태도를 취해왔다. 그러나 1999. 10. 27. 연방헌법재판소에 의해 적법성이 인정된 후 2001. 12. 20. '행정소송의 상소제도정비법'에 의해 행정소송절차에 도입되었다. 독일 행정소송법 제99조 제1항에 따르면 행정청은 행정법원에 대해 원칙적으로 문서나 전자문서의 제출, 정보제공의 무를 부담한다. 그리고 이렇게 제공된 정보는 당사자의 신청이나 법원의 직권에 의해 상대방 당사자가 열람할 수 있으며 재판공개의 원칙에 따라 일반인에게도 공개된다. 그런데 이러한 정보공개가 연방이나 주의 이익을 침해하거나 기타 그 내용이 비밀에 부쳐져야 할 사정이 있는 경우에는 행정청은 문서 등의 제출이나 정보제공을 거부할 수 있다. 이 경우 당사자의 신청이 있으면 연방행정법원이나 고등행정법원의 전담재판부는 행정소송법 제99조 제2항에 따라 정보제공거부가 적법한지에 대해 심사하게 되고 이러한 절차는 법관 외의 당사자는 배제된 인 카메라절차로 진행하게 된다. 이러한 심사를 위해 최고감독관청은 당해 재판부에 제공이 거부된 정보자료를 제출해야 한다.[135]

독일 행정소송법상 인 카메라절차의 특징은 우리처럼 정보공개소송에 한정되지 않고 모든 행정소송절차에 적용된다는 점이다.[136]

---

134) 반흥식, 전게 민사소송에 있어서의 비밀보호-독일, 오스트리아, 스위스법을 중심으로, 135-138쪽.

135) 정선주, 전게 영업비밀보호와 in camera제도, 8쪽.

136) 우리는 행정소송법 자체에 인 카메라절차가 도입되어 있지는 않다. 그러나 행정법의 특별법에 해당하는 정보공개청구법에는 인 카메라절차가 도입되어 있다.

그러나 독일 행정소송법상 인 카메라절차는 정보공개소송 등과 같은 정보공개 자체를 목적으로 한 소송에서는 변론절차 자체에 적용되고, 문서 등의 열람 자체가 고유의 목적이 아닌 행정소송에서는 청구의 실현을 위하여 부수적으로 문서들의 열람을 구하는 것이므로 우리 민사소송법상인 카메라절차처럼 운영되고 있다.[137]

제 4 절 스위스 민사소송법상 비밀보호조치

2011년 1월 1일부터 시행된 스위스 민사소송법 제156조는 법원으로 하여금 당사자 혹은 제3자의 '보호가치 있는 이익'을 보호하기 위하여 '필요한 조치'를 취할 수 있도록 하고 있다.

이러한 조치는 민감한 정보가 상대방 당사자에게 공개되거나 일반에게 공개되는 것을 막는 것이 목적이므로, 일정한 증거조사를 비공개로 진행하거나 문서의 특정 부분을 감추는 것을 포함하며, 법원만 증거방법에 접근하는 것 또한 포함한다. 해당 규정에 의한 법원의 조치는 상대방 당사자의 법적 심문청구권을 제한하는 것이므로, 진실발견에 대한 이익이 크고, 비례성의 원칙을 준수하였으며, 상대방의 법적 심문청구권의 핵심적인 부분을 침해하지 않는다는 것이 인정된 경우에 이루어진다. 특히 증거조사절차에서 당사자가 배제되는 경우에는 당사자의 심문청구권보다 비밀보호에 대한 이익이 매우 크다는 점을 소명할 것을 요구하고 있다.[138]

스위스의 비밀보호조치는 미국의 보호명령제도와 마찬가지로 비밀을 보호하기 위해 판사에게 광범위한 재량권을 부여하고 있다는 점에 가장

137) 김창조, 전게논문, 238쪽.
138) 정선주, 전게 영업비밀보호와 in camera제도, 8쪽.

큰 특징이 있다. 이 조치에는 변론절차 자체에 반대당사자의 참여가 배제되는 인 카메라절차를 적용시키는 것까지 포함된다. 그리고 그 절차를 다른 대륙법계 국가들과는 달리 행정사건이나 정보공개청구법과 같은 특별한 소송절차에 한정시키지 않고 민사소송절차 전반에 걸쳐 적용한다.

제 5 절 일본

1. 민사소송법상 인 카메라절차

일본의 경우, 1998년 민사소송법 개정을 통해 민사소송절차에 인 카메라절차가 도입되었다. 그러나 이 절차는 우리와 마찬가지로 변론절차 자체에 적용되는 것이 아니라 그 전 단계, 즉 변론에 증거로 사용할 문서를 제출받는 과정인 문서제출명령단계에서 적용되는 절차이다.

일본은 1998년 민사소송법을 개정하며 문서제출의무를 일반화하면서 몇 가지 예외사유를 명시하였는데 그 중 중요한 사유가 우리와 같은 사생활보호 및 영업비밀보호다. 이에 문서제출예외사유에 해당하는지에 관한 판단이 필요한 경우 문서 소지자에게 그 제시를 하게 할 수 있고, 이 경우 누구도 그 제시된 문서의 공개를 청구할 수 없다고 규정하였다. 즉 상대방 당사자 및 일반인에게는 문서 내용을 알려주지 않은 채 판사만이 이 문서를 열람하여 제외사유에 해당하는가 여부를 판단하는 구조이다.[139]

다수설[140]은 우리 민사소송법상 인 카메라절차가 미국의 제도를 본 뜬 것이라고 하지만 앞에서 살펴보는 바와 같이 미국의 인 카메라절차는 변

139) 김창조, 전게논문, 225쪽.
140) 우리 민사소송법에 도입된 인 카메라절차는 미국의 정보공개법 제552조에 규정되어 있는 인 카메라절차에서 유래한 것이라는 견해, 이시윤, 전게서, 455쪽.

론절차 자체에 적용되는 것으로 우리의 인 카메라절차와는 적용범위가 다르다. 오히려 일본의 인 카메라절차가 앞서 검토한 우리 민사소송법상 인 카메라절차와 극히 유사한 점, 일본이 우리에 앞서 위 절차를 민사소송법에 도입한 점 등에 비추어 보면 우리 민사소송법상 인 카메라절차는 일본의 것을 모델로 한 것으로 보인다.

2. 지식재산권법상 비밀유지명령제도[141]

일본에서는 2004년 부정경쟁방지법에 비밀유지명령이 도입된 이래 특허법 등 다른 지식재산권법에도 위 제도가 도입되었다.

우리나라 지식재산권법상 비밀유지명령제도는 주로 일본의 위 제도를 모델로 만들어진 것이어서 일본과 우리의 제도가 극히 유사한데 우리나라의 비밀유지명령제도는 해당 부분에서 자세히 설명하므로 일본 비밀유지명령제도에 대해서는 간략한 개요만 설명하기로 한다.

일본도 우리와 마찬가지로 지식재산권침해사건에서만 비밀유지명령제도가 적용된다.

소송당사자는 이미 제출하였거나 제출하여야 할 준비서면 또는 이미 조사하였거나 조사하여야 할 증거에 자신의 영업비밀이 포함되어 있다는 것과 위 영업비밀이 해당 소송 수행 외의 목적으로 사용되거나 공개되면 당사자의 영업에 지장을 줄 우려가 있어 이를 방지하기 위하여 영업비밀의 사용 또는 공개를 제한할 필요가 있으며 다른 당사자 등이 해당 영업비밀을 그 소송수행 목적이외의 목적으로 사용하거나 다른 사람에게 개시하는 것을 금지하는 명령을 신청할 수 있다.[142]

법원은 당사자의 비밀유지신청이 있으면 위에서 언급한 여러 가지 사

141) 일본의 지식재산권법상 비밀유지명령제도에 관한 설명은 박익환, 민사소송절차와 영업비밀보호-부정경쟁방지법상 비밀유지명령을 중심으로-, 정보법학(제16권 제1호), 한국정보법학회, 2012. 4. 167-179쪽.

142) 일본 부정경쟁방지법 제10조 제1항.

유를 심리한 후 비밀유지명령을 내린다. 법원이 내린 비밀유지명령은 이후 법원에 의해 취소될 때까지 효력을 가진다.

위 비밀유지명령을 받은 당사자의 비밀유지의무는 법원의 비밀유지명령을 위반한 자를 형사처벌함으로써 효력을 유지한다.[143]

제 6 절 외국 제도들의 분류 및 평가

1. 분류의 필요성 및 기준

앞선 절들에서 미국을 비롯한 다른 나라들에서 시행되고 있는 여러 비밀보호제도들을 살펴보았다. 그런데 이런 여러 제도들을 개별적, 무작위적으로 살펴보는 것만으로는 우리 민사소송법상 비밀보호제도를 보완하는 과정에 필요한 의미있고 체계적인 통찰을 얻을 수 없다.

따라서 이번 절에서는 제2장에서 살펴 본 증거공유의 중요성 및 증거에 관한 절차보장의 중요성을 고려해 외국제도들을 이용하면 해당 정보가 증거로 변론에 현출되는지, 현출된다면 누구에게까지 공개되는지에 따라 분류해 보고 이로 인한 증거수집권의 침해 여부 및 당사자의 증거조사참여권의 훼손 정도를 중심으로 위 제도들의 한계를 살펴본다.

2. 당사자뿐 아니라 판사에게도 공개되지 않는 경우

미국의 정보공개청구법상 본 인덱스제도 및 독일의 뒤셀도르프모델을 이용할 경우 문제되는 정보 자체는 당사자뿐만 아니라 판사에게도 공개

143) 일본 부정경쟁방지법 제21조 제2항.

되지 않는다.

본 인덱스제도를 통해 판사 및 당사자가 접할 수 있는 것은 해당 정보에 대한 인덱스, 즉 개괄적 정보일 뿐이다. 위 인덱스에는 문서의 목록뿐만 아니라 목록작성자의 신용성, 비공개사유의 종류와 비공개부분의 특정, 공개로 인해 발생하는 손해 등도 포함되지만 어쨌든 해당 문서에 기재되어 있는 구체적인 정보 자체는 포함되지 않는다. 이로 인해 판사와 당사자는 공평하게 해당 문서 자체는 보지 못한 상태로 소송절차에 임하게 된다. 이로 인해 당사자는 문서에 관한 판사의 판단이 편파적이라는 의심은 거둘 수 있다. 그럼에도 불구하고 해당 문서에 관한 판사의 판단의 정확성은 해당 문서 자체를 판사가 직접 본 경우보다 떨어질 수밖에 없다.

이러한 사정은 독일의 뒤셀도르프모델을 이용하는 경우에도 마찬가지이다. 판사는 해당 정보를 직접 보는 것이 아니라 해당 정보에 관해 법원이 선정한 감정인의 감정보고서를 볼 수 있을 뿐이고, 당사자도 판사의 허락이 떨어진다는 전제하에 해당 정보 자체가 아닌 이에 관한 감정보고서를 볼 수 있을 뿐이다.

이 방법들은 결국 해당 정보 자체는 완벽하게 보호할 수 있지만 당사자나 판사가 해당 정보 자체를 보지 못한 채 해당 정보를 추론할 수 있는 간접적 정보들만을 얻는 것에 만족해야 한다. 위 제도들은 비록 당사자들의 증거수집권 및 당사자의 증거조사참여권을 완전히 침해하는 것은 아니지만 이러한 권리 및 원칙들의 실현을 어느 정도 훼손하는 것은 사실이다. 또한 이러한 간접적인 정보들만으로도 심증을 얻기 충분하다면 별 문제가 없지만 해당 정보 내용의 구체적인 확인이 반드시 필요한 사건의 경우에는 결국 위 방법들은 소용이 없게 된다.

3. 당사자에게는 공개되지 않지만 판사에게는 공개되는 경우

각국의 인 카메라절차가 이에 해당된다. 그런데 각국의 인 카메라절차

는 적용되는 단계에 차이점이 있다. 우리나라 및 일본의 민사소송법상 인 카메라절차는 문서제출명령이라는 증거신청에 대한 채부결정단계에서 적용되는 절차에 불과하지만 스위스의 비밀보호조치 중 하나인 인 카메라절차, 우리·미국의 정보공개청구법상 인 카메라절차는 증거조사과정 단계 자체에 적용되는 절차이다. 독일 행정소송법상 인 카메라절차는 문서 등의 열람 자체가 고유의 목적이 아닌 행정소송에서는 청구의 실현을 위하여 부수적으로 문서들의 열람을 구하는 것이므로 우리 민사소송법상 인 카메라절차처럼 운영되지만 정보공개소송 등과 같은 정보공개 자체를 목적으로 한 소송에서는 변론절차 자체에 적용되고 있다.

증거신청에 대한 채부결정단계에서 적용되는 경우에도 당사자의 증거조사참여권을 침해할 우려가 있다는 비판 및 판사의 예단이 생길 우려가 있다는 비판[144]이 제기되고 있지만 이 경우는 증거조사단계 자체에 적용되는 절차는 아니어서 당사자의 증거조사참여권이 명백히 침해되는 경우는 아니다. 그러나 변론절차 자체에 인 카메라절차가 적용되는 경우는 명백히 당사자의 증거조사참여권에 대한 침해가 발생하는 상황이다. 위 제도를 이용하면 해당 증거는 판사만이 증거조사과정에서 볼 수 있기 때문이다. 그 결과 당사자의 참여는 배제되어 당사자의 증거조사참여권이라는 절차적 권리가 침해될 뿐만 아니라, 판사가 어떤 근거로 해당 판단을 내렸는지에 대한 근거를 전혀 알 수 없어 당사자 또는 상급심에서 해당 판사의 판단을 견제할 수단이 없게 되어 판사의 자의를 방지할 수 없게 된다.

일본 최고재판소는 명문의 규정이 없는 한 가사 당사자가 스스로 참여권을 포기한다 하더라도 변론 자체에 인 카메라절차를 도입하는 것에 대해서는 부정적인 입장을 취하고 있다. 일본 최고재판소는 '소송에서 사용되는 증거는 당사자의 음미, 탄핵의 기회를 거친 것에 한정되어야 한다는 것은 민사소송의 기본원칙이고 정보공개소송에서 재판소가 비공개사유해당성을 판단하기 위하여 증거조사로서 인 카메라심리를 행한 경우

144) 강현중, 민사소송법(제6판), 박영사, 2004, 582쪽.

재판소는 비공개된 문서를 직접 보고 확인하여 본안판단을 함에도 불구하고 원고는 당해 문서내용을 확인한 후에 변론을 행할 수 없고 피고도 당해 문서의 구체적 내용을 원용하면서 변론을 행할 수 없다. 또한 재판소가 인 카메리심리의 결과에 의거하여 판결을 한 경우 당사자가 상소이유를 정확하게 주장하는 것이 곤란하고 상급심도 원심판단의 논거를 직접 확인할 수 없는 상태로 원판결을 심사하게 된다. 이와 같은 정보공개소송에서 증거조사로서 인 카메라심리를 행하는 것은 민사소송의 기본원칙에 반하기 때문에 허용되지 않는다.' [145]고 판단하였는데, 경청할만하다.

이러한 우려 때문에 우리나라 역시 아직도 비교적 쟁점(문서의 비밀유지 필요성 여부)이 단순하고 해당 쟁점을 심리하기 위해서는 문서의 내용을 반드시 확인해야 할 필요가 있는 정보공개청구법에만 인 카메라절차를 도입하고 민사소송법상 증거조사절차 자체에는 인 카메라절차를 도입하지 않고 있는 듯하다. 그러나 변론절차 자체에 인 카메라절차가 적용되는 경우에는 당사자의 증서수집권침해 문제는 발생하지 않는다. 비록 인 카메라절차로 진행되어 당사자가 증거조사과정에 참여할 수는 없지만 증거가 변론에 현출은 되기 때문이다.

이와 달리 문서제출명령제도에서 이용되는 인 카메라절차의 경우 그 절차를 거친 후 판사가 해당 정보의 제출명령을 내리지 않으면 해당 정보는 변론에 증거로 제출될 기회 자체가 없다. 이런 경우 당사자의 증거수집권 및 증명권은 침해될 수 밖에 없다.

4. 판사뿐만 아니라 당사자에게도 공개되는 경우

일본의 비밀유지명령제도와 미국의 디스커버리제도상 보호명령제도를 이용해 법원이 비밀유지의무를 부과한 경우가 이에 해당한다. 이 경우 비록 비밀유지의무가 형사벌 또는 각종 소송상 제재를 통해 간접적으로

145) 일본 최고재판소 2009. 1. 15. 결정, 김창조, 전게논문, 230-231쪽에서 재인용.

담보된다 하더라도 해당 비밀이 누설될 가능성을 완전히 배제할 수 없어 해당 정보를 비밀로 유지함으로써 정보의 보유자가 누리는 각종 이익이나 권리가 침해될 가능성은 있다. 그러나 해당 정보가 변론에 현출될 수 있고 판사뿐만 아니라 당사자도 증거조사과정에 참여할 수 있어 당사자의 증거수집권, 증거조사참여권, 증명권이 존중된다.

이러한 여러 가지 이점 때문에 우리도 지식재산권법에 비밀유지명령제도를 도입하였다. 다음 장에서는 이 제도에 대해 상세히 살펴본다.

제 5 장 지식재산권법 분야의 비밀유지명령제도

제 1 절 의의

2011년 12월 2일 법률 제11112호로 부정경쟁방지법을 개정하면서 동법 제14조의4에 비밀유지명령제도를 도입하였다.[146] 이 제도는 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(제18.10조 제11항) 및 이에 관한 서한교환의 합의사항을 국내법으로 이행하기 위해 도입된 것이다.[147]

이는 특허권, 상표권, 저작권, 영업비밀이 침해되었음을 이유로 금지청구나 손해배상을 청구하는 등 지식재산권침해에 관한 소송(이하 ’지식재산권침해소송‘이라 한다)에서 당사자가 제출한 준비서면 등에 영업비밀이 포함되어 있고 그 영업비밀이 공개되면 당사자의 영업에 지장을 줄 우려가 있는 경우 등에는 당사자의 신청에 따라 결정으로 해당 영업비밀을 알게 된 자에게 소송수행 외의 목적으로 영업비밀을 사용하는 행위 등을 하지 말 것을 명하고 이를 위반했을 경우 형사처벌을 가하는 제도이다.[148]

위 제도가 도입되기 이전에는 소송수행과정에서 자신의 주장을 증명하기 위해 자신의 영업비밀을 이용해야 할 필요가 있는 경우 위 영업비밀이 공개되는 불이익을 감수해야 했다. 그러나 이 제도로 인해 자신의 영업비밀의 비밀성을 포기할 필요가 없게 되었다.

---

146) 같은 날 같은 경위로 특허법은 제224조의3, 상표법은 제92조의7, 저작권법은 제129조의3로 각 비밀유지명령제도가 신설되었는데, 그 내용이 대동소이하므로 이 논문에서는 부정경쟁방지법상 비밀유지명령제도를 위주로 논의를 전개하기로 한다.

147) 정선주, 전게 비공개심리와 비밀유지의무, 46쪽.

148) 전효숙, 지식재산소송절차와 비밀유지명령제도, 법학논집(제17권 제2호), 이화여자대학교, 2012. 2. 39쪽.

또한 다른 일반 민사소송과 마찬가지로 지식재산권침해소송에서도 문서제출명령을 신청할 경우 보호가치있는 영업비밀이라는 이유로 문서제출명령신청이 기각되는 경우가 많았다. 그러나 이 제도로 인해 제출된 영업비밀이 비밀성을 유지할 수 있게 되었으므로 문서제출로 인한 소지인의 불이익은 종전보다 적게 되었다. 이에 따라 법원도 문서제출명령을 채택하는 데 따른 부담을 덜게 되었다.[149]

제 2 절 요건 및 절차

1. 지식재산권침해소송이 제기되었을 것

현행법상 비밀유지명령제도는 오로지 지식재산권침해소송이 제기된 경우에만 적용된다(부정경쟁방지법 제14조의4 제1항 본문). 따라서 지식재산권침해와 관련 없는 일반적인 민사상 손해배상청구, 금지청구 등에는 적용되지 않는다.

2. 당사자의 비밀유지명령의 신청

비밀유지명령신청은 소송의 당사자만이 할 수 있고, 당사자의 신청이 있어야만 법원은 비밀유지명령을 내릴 수 있다. 법원이 직권으로 비밀유지명령을 내릴 수는 없다. 그러나 상대방은 다른 당사자뿐만 아니라 다른 당사자를 위하여 소송을 대리하는 자, 그 밖에 해당 소송으로 인하여 영업비밀을 알게 된 자도 포함된다.

신청인은 유지명령을 내려줄 것을 서면으로 신청해야 하고, 그 신청서

149) 전효숙, 전게논문, 44쪽.

에는 ① 비밀유지명령을 받을 자, ② 비밀유지명령의 대상이 될 영업비밀을 특정하기에 충분한 사실, ③ 이미 제출하였거나 제출하여야 할 준비서면 또는 이미 조사하였거나 조사하여야 할 증거에 영업비밀이 포함되어 있다는 것과 위 영업비밀이 해당 소송 수행 외의 목적으로 사용되거나 공개되면 당사자의 영업에 지장을 줄 우려가 있어 이를 방지하기 위하여 영업비밀의 사용 또는 공개를 제한할 필요가 있다는 점을 기재해야 한다(부정경쟁방지법 제14조의4 제1항, 제2항).

3. 이미 제출했거나 제출하여야 할 준비서면이나 증거에 영업비밀이 포함되어 있을 것

여기서 말하는 ' 영업비밀 '이란 부정경쟁방지법 제2조 제2호에 따른 영업비밀을 말한다. 즉 공공연히 알려지 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.

위 영업비밀은 제출해야 할 준비서면이나 조사하여야 할 증거에 포함되어 있는 것이어야 한다. 따라서 소장에 기재된 영업비밀에 관하여는 비밀유지명령의 대상이 되지 아니한다.

위 증거에는 당사자가 자신의 주장을 증명하기 위해 자발적으로 제출하는 증거뿐만 아니라 법원의 문서제출명령에 따라 의무적으로 제출하는 증거도 포함된다.[150] 즉 법원은 한쪽 당사자를 위해서는 영업비밀이 포함된 문서에 대한 문서제출명령을 내리면서 동시에 문서제출의무자를 위해서는 그 문서에 기재된 영업비밀을 보호하기 위한 비밀유지명령을 내릴 수 있다.

조문의 문언상으로는 이미 제출한 준비서면이나 이미 조사한 증거에 포함된 영업비밀에 관하여도 비밀유지명령의 신청이 가능한 것으로 해석

150) 전효숙, 전게논문, 44쪽.

될 여지가 있다. 그러나 여기에 기재된 '이미 제출한'이라든가 '이미 조사한'이라는 문구는 비밀유지명령의 수령인을 사후적으로 추가하는 경우를 상정해 있는 것으로 해석해야 한다. 그렇게 해석하지 않으면 비밀유지명령발령 후 위반행위가 있었는지의 판단이 곤란해진다.

따라서 원칙적으로는 문서나 준비서면의 제출 후 또는 조사 후의 사항에 관한 신청은 허용되지 않는다.[151]

4. 영업비밀의 사용 또는 공개를 제한할 필요가 있을 것

영업비밀이 해당 소송 수행 외의 목적으로 사용되거나 공개되면 당사자의 영업에 지장을 줄 우려가 있어야 한다.

5. 준비서면의 열람이나 증거조사 외의 방법으로 그 영업비밀을 이미 취득하고 있는 경우가 아닐 것

비밀유지명령의 신청 시점까지 다른 당사자, 당사자를 위하여 소송을 대리하는 자, 그 밖에 해당 소송으로 인하여 영업비밀을 알게 된 자가 준비서면의 열람이나 증거조사 외의 방법으로 그 영업비밀을 이미 취득하고 있는 경우에는 발령대상이 아니다(부정경쟁방지법 제14조의4 제1항 단서). 비밀유지명령은 소송절차에서 개시된 영업비밀을 보호함을 목적으로 하여 도입된 것이고 소송절차와 관계없이 당사자가 취득한 영업비밀은 그러한 목적과는 관계없기 때문에 제외한 것이다. 따라서 자기의 영업비밀을 상대방이 부정하게 취득하여 사용하고 있다는 등의 이유로 사용금지나 손해배상을 구하는 사건에서 원고의 영업비밀은 비밀유지명령의 대상이 아니다. 위 소송에서 원고는 소송제기 전 피고가 이미 원고의 영업비밀을 취득하였음을 전제로 당해 소송을 제기하는 것인데 만약

151) 전효숙, 전게논문, 45쪽.

위와 같은 비밀에 관하여 피고에게 비밀유지명령을 내리게 된다면 해당 소송에서 원고가 구하는 종국적 결과를 판결에 앞서 미리 실현시켜주는 결과가 되기 때문이다.[152]

6. 불복절차

비밀유지명령에 관한 재판의 불복절차로서 비밀유지명령을 기각, 각하한 재판에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다(부정경쟁방지법 제14조의4 제5항).

그러나 비밀유지명령이 발령된 경우에는 즉시항고를 할 수 없으며, 비밀유지명령 발령요건을 갖추지 못하였거나 사후적으로 갖추지 못하게 된 경우 비밀유지명령취소신청을 할 수 있을 뿐이다(부정경쟁방지법 제14조의5).

제 3 절 비밀유지명령의 효과

비밀유지명령이 발령되면 비밀유지명령을 받은 자는 그 영업비밀을 해당 소송의 계속적인 수행 외의 목적으로 사용하거나 그 영업비밀에 관계된 비밀유지명령을 받은 자 외의 자에게 공개하여서는 안된다. 이 효력은 비밀유지명령이 내려진 재판이 종결되더라도 비밀유지명령이 취소되지 않는 한 지속된다.[153] 이는 재판이 종결되더라도 영업비밀 보호의 필요성이 사라지는 것은 아니기 때문으로 보인다. .

이러한 비밀유지명령을 정당한 사유없이 위반하면 형사벌이 가해진다.

---

152) 전효숙, 전게논문, 44-46쪽.
153) 전효숙, 전게논문, 50-52쪽.

법정형은 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로서 징역형과 벌금형을 선택해서 부과할 수 있다(부정경쟁방지법 제18조의4).

그러나 법인의 경우 양벌규정은 적용되지 않는다. 다만 저작권법은 징역형과 벌금형을 병과하여 부과할 수 있다고 규정하고 있으며(저작권법 제136조 제1항), 같은 법 제141조는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이 장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다고 하여 양벌규정을 적용하고 있다.

한편 비밀유지명령위반죄는 비밀유지명령을 신청한 자의 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없는 친고죄다(부정경쟁방지법 제18조의4 제2항).

제 4 절 현행 비밀유지명령제도의 특징 및 한계

지식재산권침해소송에서의 비밀유지명령제도를 이용하면 영업비밀 자체는 법관뿐만 아니라 상대방 당사자에게도 공개된다. 즉 상대방 당사자는 해당 영업비밀의 내용을 검토하고 이를 소송수행목적을 위해 자유롭게 이용할 수 있다. 다만 그렇게 공개된 영업비밀을 소송수행 목적 외에는 사용하지 않도록 비밀유지의무를 부담할 뿐이다. 이렇게 영업비밀의 내용이 상대방 당사자에게도 알려진다는 점은 앞서 살펴 본 민사소송법이나 정보공개청구법상의 인 카메라절차와 지식재산권침해소송의 비밀유지명령제도가 확연히 다른 점이다.

또한 영업비밀이 증거에 포함되어 있을 때 뿐만 아니라 준비서면에 포함되어 있을 때에도 비밀유지가 가능하다는 점에서 비밀이 증거로 이용될 문서에 기재되어 있을 때에만 적용되는 민사소송법이나 정보공개청구

법상 인 카메라절차와 다르다.

마지막으로 눈여겨보아야 할 점은 지식재산권침해소송에서 비밀로 유지되는 정보는 영업비밀에 한정된다는 점이다. 민사소송법상 인 카메라 절차는 영업비밀에 이르지 않는 기술상 또는 직업상 정보나, 프라이버시 사항이 기재되어 있는 문서에 대해서도 적용된다.

지식재산권침해소송에 적용되는 비밀유지명령제도는 비밀이 누설될 가능성을 완전히 배제할 수는 없지만 해당 정보가 변론에 현출될 수 있고 판사뿐만 아니라 당사자 역시도 증거조사과정에 참여할 수 있어 당사자의 증거수집권, 증거조사참여권, 증명권이 존중되는 제도이다.

다만 이 제도는 현행법상으로는 민사소송사건 중 오로지 지식재산권침해로 인한 금지청구, 손해배상청구, 가처분사건에서만 이용될 수 있을 뿐이어서 일반 민사사건에서는 이용될 수 없다는 한계가 존재한다.

제 6 장 비밀유지명령제도의 민사소송법에의 도입

제 1 절 도입의 필요성

현행 제도하에서는 사생활보호나 영업비밀보호를 위한 문서제출거부권이나 증언거부권이 인정되므로 당사자는 비밀로 보호되어야 할 정보나 문서를 사용하거나 증인의 진술을 이용할 수 없다. 이는 결국 공정한 재판결과를 기대할 수 없게 만든다. 따라서 사생활정보나 영업비밀 등을 충분히 보호하면서도 소송과정에서 적극적으로 정보와 증거가 현출되고 사용될 수 있는 제도를 마련할 필요가 있다. 그런데 비밀을 완벽하진 않더라도 충분히 보호하면서도 필요한 정보나 증거가 원활히 현출되고 활용될 수 있게 해주는 제도가 현재 지식재산권침해소송에 적용되는 비밀유지명령제도이다.

영업비밀 및 사생활보호의 필요성과 이로 인한 실체적 진실발견의 어려움은 지식재산권법의 적용을 받는 소송에서뿐만 아니라 일반 민사소송에서도 마찬가지이다. 제조물책임소송, 공해소송, 산재소송 등 다른 민사나 행정사건의 경우에도 영업비밀, 개인정보의 보호가 증거의 개시 단계에서부터 문제되고 있다. 앞서 설시한 삼성전자산재사건을 예로 들자면 만약 위 비밀유지명령제도가 민사소송법에 규정되어 있었다면 해당 문서의 제출의무 여부를 심리한 법원으로서도 가사 해당 문서에 삼성전자의 중요한 영업비밀이 포함되어 있다고 판단된다 하더라도 소송 관계자들에게 비밀유지의무를 부과함으로써 좀 더 쉽게 해당 문서의 제출을 명할 수 있었을 것이다.

부정경쟁방지법상 부정경쟁행위나 특허권이나 상표권 등 지식재산권침

해행위는 민사상 불법행위의 특수유형으로 발전해 왔다. 현행 민법상 불법행위에 관한 규정은 손해배상청구를 기본으로 하여 금전배상을 원칙으로 하고 있고, 불법행위로 인한 금지청구는 일정한 요건을 충족한 경우에만 예외적으로 허용되고 있다. 하지만 지식재산권을 침해하는 행위에 대해서는 사후적인 금전배상만으로는 손해를 충분히 배상할 수 없기에 지식재산권법에서는 일반적으로 손해배상청구권 뿐만 아니라 금지청구도 인정하고 있다.[154] 그러나 이러한 특별한 규정에도 불구하고 현재도 지식재산권법은 민법의 특별법으로 민법의 규정이 보충적으로 적용되고, 지식재산권침해사건은 일부 특례규정이 적용되지만 원칙적으로 민사소송이므로 민사소송법이 적용된다.[155] 즉 지식재산권침해소송은 민법 및 민사소송법이라는 일반법과 동떨어진 소송이 아니라 민법 및 민사소송법의 일반규정에서부터 발전된 소송형태이다. 그런데 특수법영역에서 발전된 제도가 일반법영역으로 확대적용되는 현상은 종종 발생되는 일이다.

게다가 민사소송사건의 일종인 지식재산권침해사건에만 중요한 제도를 예외적으로 두는 것은 소송법을 실제 재판과정에 적용하는 실무와도 일치하지 않는다. 지식재산권침해사건은 일반 민사사건으로 원칙적으로 민사사건을 담당하는 법원이 재판을 담당한다.[156] 가사 일부 대형법원처럼 지식재산권을 전담하는 재판부에서 맡는다 하더라도 서울중앙지방법원을 제외하면 그 재판부가 다루는 모든 사건이 지식재산권침해사건은 아닐뿐더러 전문재판부가 없는 법원이 더 많은 것이 현실이다.[157][158] 그리고 지

154) 최정열 · 이규호, 전게서. 6-7쪽.

155) 자료제출명령(부정경쟁방지법 제14조의3), 비밀유지명령(부정경쟁방지법 제14조의4), 소송기록열람등의 청구통지 등(부정경쟁방지법 제14조의 6), 기록의 송부 등(부정경쟁방지법 제14조의 7)과 같은 민사소송절차의 특례규정을 두고 있다. 최정열 · 이규호, 전게서, 8쪽.

156) 대법원이 발행하는 사법연감에 따르면 지식재산권사건은 민사사건 중 손해배상사건으로 분류되고 있다. 법원행정처, 2020년 사법연감, 769쪽.

157) 현재 서울중앙지방법원, 수원지방법원, 부산지방법원 등에서 지식재산 전문재판부가 운영되고 있는데, 이들 전문재판부는 기본적으로 민사부에 소속되어 있고 서울중앙지방법원을 제외하면 대부분 일반 민사재판도 함께 처리한다. https://seoul.scourt.go.kr/seoul/info_01.jsp 마지막 방문 2021. 4. 13.

식재산권 전문재판부라 하더라도 해당 재판을 담당하는 판사들이 지식재산권에 대한 실체법적 이론에 능한 것은 아니다. 하물며 소송절차진행에 필요한 절차법적 지식은 절대적으로 부족한 경우가 태반이다. 보통의 경우 민사소송절차를 진행하는 판사들은 기본이 되는 민사소송법에는 익숙하지만 특수한 소송절차에만 적용되는 특별법까지 숙지하고 있지는 않기 때문이다.

따라서 지식재산권법상의 비밀유지명령제도를 민사소송법상의 일반적인 제도로 확대하여 적용시킬 필요가 있다.[159]

이에 대해 현행 지식재산권법에 규정되어 있는 비밀유지명령제도도 제대로 활용되고 있는 것처럼 보이지 않는데 이렇게 활용이 미비한 제도를 구태여 민사소송법에 규정할 필요가 있는지에 대한 의문이 있을 수 있다. 그러나 이러한 사정은 비밀유지명령제도가 지식재산권법이라는 한정된 영역에서 탈피하여 일반 민사소송법으로 확장되어 적용되면 오히려 달라질 가능성이 높다고 생각된다. 현행 비밀유지명령제도는 원칙적으로 스스로 자신의 소송수행을 위해 자신의 영업비밀을 재판과정에서 적극적으로 드러내어 활용할 필요가 있는 당사자가 자신의 영업비밀을 드러내면서 동시에 법원에 상대방에게 비밀유지명령을 내려줄 것을 신청하는 방식이다. 즉 현행 제도 하에서는 당사자는 자신의 영업비밀을 드러낼 것인지를 스스로 선택할 수 있는데 비밀유지명령제도의 비밀유지 담보력에 대해 신뢰가 가지 않을 경우에는 재판상 불이익을 감수하고서라도 스스로 영업비밀을 공개할 필요가 없다.

그러나 영업비밀 공개가 당사자의 의사에 맡겨져 있지 않은 경우, 즉

158) 전문재판부의 구성 및 운영 등에 관한 예규 7. 가. 운영형태
전문재판부는 해당 전문 분야 사건 이외에 일반 사건도 동시에 배당받아 부분적 전문화의 형태로 운영하거나 특정 전문 분야의 사건수가 1개 재판부가 담당할 정도를 넘는 경우에는 그 전문재판부에 대하여 전면적 전문화의 형태로 운영할 수 있다.

159) 정선주, 전게 비공개심리와 비밀유지의무, 47-49쪽, 이러한 방안으로 재판공개의 예외사유로 영업비밀보호를 명시하고 비공개심리의 당사자 및 참석자에게 비밀유지의무를 부과하는 것을 들고 있다.

법원의 문서제출명령에 응해야만 할 경우에는 사정이 다르다. 이 경우 당사자는 자신의 영업비밀을 공개할지 여부에 대한 재량이 없다. 따라서 당사자는 보완책으로 비밀유지명령을 신청할 수 밖에 없다. 그리고 법원으로서도 해당 문서가 증거로써 제출될 필요성도 인정되지만 해당 문서가 보호가치 있는 영업비밀도 포함하고 있다고 판단할 경우 문서제출명령과 동시에 직권으로 비밀유지명령을 내림으로써 비밀유지명령제도가 없을 때보다 더 손쉽게 문서제출명령을 내릴 수 있다. 물론 현행법 상으로도 판사가 문서제출명령을 내릴 때 문서의 소지자가 비밀유지명령신청을 할 수 없는 것은 아니다.[160] 그러나 현재는 문서제출명령제도는 민사소송법에, 비밀유지명령제도는 지식재산권법에 규정되어 있어 법원이 문서제출명령을 내릴 때 자신의 영업비밀을 보호하기 위해 지식재산권법상 비밀유지명령제도를 이용할 생각을 하기가 쉽지 않을 것으로 보인다. 따라서 이러한 점에서도 민사소송법에 비밀유지명령제도를 도입할 실익이 있다.

또한 앞서 설명한 바와 같이 민사소송을 담당하는 판사들이나 변호사들은 민사소송절차를 총괄하는 법인 민사소송법에는 익숙하지만 그 외에 다른 특별법들에는 생소한 경우가 많다. 이에 따라 지식재산권침해소송을 수행한다 하더라도 민사소송법이 아닌 지식재산권에 특별히 규정된 비밀유지명령제도의 존재 자체를 알지 못하는 경우도 적지 않을 것이다. 따라서 이 제도가 민사소송법에 도입된다면 제도 자체에 대한 부지로 이용을 못하게 되는 상황은 줄어들 것으로 예상된다.

따라서 현재 지식재산권법상 비밀유지명령제도의 이용이 저조하다는 사정은 비밀유지명령제도를 민사소송절차 내에 도입해야한다는 주장에 대한 큰 장애가 되지 않을 것으로 보인다.

160) 그러나 현행법 하에서는 비밀유지명령을 내리기 위해서는 당사자의 신청이 필요하므로 판사가 문서제출명령을 내리면서 직권으로 비밀유지명령을 내릴 수는 없다.

제 2 절 구체적 구현형태

비밀유지명령제도를 민사소송절차 전반에 적용되는 일반적인 규정으로 도입한다 하더라도 이 제도를 영업비밀을 보호하는 부정경쟁방지법에 두어야 할지, 민사소송법에 별개의 조문을 만들어 도입해야할지가 문제된다. 비밀유지명령제도의 일반화를 주장하면서도 이를 부정경쟁방지법에 두자는 견해도 있을 수 있다. 그러나 민사소송절차 전반에 적용될 비밀유지명령제도는 민사소송절차의 기본되는 법인 민사소송법에 규정하는 것이 더 맞다고 본다. 법률 전문가라 할지라도 모든 법률에 다 친숙한 것은 아니다. 민법, 민사소송법과 같은 일반법들은 대체로 잘 숙지하고 있지만, 부정경쟁방지법과 같은 특별법들은 해당 분야에 관심있는 법률 전문가들 일부에게만 친숙할 뿐이다. 그 결과 비밀유지명령제도를 특별법인 부정경쟁방지법에 둔다면 이 제도의 독보적인 장점에도 불구하고 활용도가 떨어질 것이다.[161] 따라서 신설되는 제도는 민사소송법에 규정되어야 한다.

다만 구체적인 조문내용은 수정이 필요하다. 지식재산권침해사건에 한정되어 적용되던 제도에서 민사소송절차상 일반적인 제도로 승격되는 것이므로 현행 부정경쟁방지법 제14조의4의 조문 중 ‘지식재산권침해사건에서’라고 한정되는 부분은 당연히 삭제되어야 할 것이다.

그리고 적용되는 범위 또는 구체적인 요건도 다시 고려해야 할 사항이다. 현재 이 제도는 지식재산권침해사건에서 제출할 ‘준비서면’ 또는 조사할 ‘증거’에 ‘영업비밀’이 포함되어 있는 경우에만 적용된다.

먼저 보호해야할 비밀을 ‘영업비밀’에 한정해야 할 것인지를 검토해

161) 비밀유지명령제도를 일반화한다면 민사소송법에 두어야 한다는 견해로, 최광선, 현행 문서제출명령제도의 문제점과 개선방안, 법과기업연구(제7권 제2호), 서강대학교 법학연구소, 2017. 8, 185쪽.; 그 외에도 비밀유지의무는 비밀유지가 문제되는 모든 절차에 적용될 수 있도록 법원조직법에 두고 이에 대한 처벌규정은 형법에 두자는 견해로 정선주, 전게 비공개심리와 비밀유지의무, 59-60쪽.

본다. 비록 현행 비밀유지명령제도는 ‘영업비밀’만을 보호하고 있지만 민사소송절차상 보호되어야 할 비밀, 즉 증언의무 및 문서제출의무가 면제되는 비밀은 영업비밀에 한정되지 않는 점[162], 다른 비밀들과 영업비밀을 차별적으로 취급해야 할 별다른 이유가 없는 점에서 민사소송절차상 비밀유지명령제도로 보호되어야 할 비밀을 ‘영업비밀’에 한정시키지 말고 ‘사생활보호, 영업비밀 등 기타 보호할 가치가 있는 비밀’로 확대시켜야 한다고 본다.

다음으로 현행 민사소송법상 인 카메라절차가 문서제출명령제도에 한정되어 적용되는 것과 마찬가지로 비밀유지명령제도 역시 문서제출명령시에만 적용되는 것으로 정해야 할지도 고려해봐야 할 문제이다. 현행 지식재산권법상 비밀유지명령은 ‘준비서면 또는 증거’에 기재되어 있는 비밀을 보호하는 것으로 규정하고 있는데 현행처럼 그대로 둘 것인지 아니면 보호범위를 축소하여 서증에 기재되어 있는 비밀만 보호할 것인지와도 연결된 문제이다. 현재 민사소송법상 인 카메라절차가 문서제출명령시에만 적용되는 것과 마찬가지로 비밀유지명령제도도 문서제출명령시에만 발령하도록 법률을 개정한다면 개정사항이 복잡하지 않고 적용요건도 간명하며 이해도 쉬워 실제 적용하기도 쉬워진다는 장점이 있다. 그러나 비밀유지명령제도가 적용되는 영역을 인 카메라절차가 적용되는 영역과 보조를 맞출 필요는 없다고 생각한다. 현행 민사소송법상 인 카메라절차가 소송의 전 과정에 들어오지 못하고 증거조사를 준비하는 단계에 불과한 문서제출명령절차에 들어오게 된 것은 인 카메라절차가 변론의 전과정에 적용되면 당사자의 증거조사참여권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 우려가 높기 때문이다. 그러나 비밀유지명령제도는 소송의 전 과정에 적용된다 하더라도 앞서 자세히 살펴보았다시피 당사자의 소송절차상 권리나 헌법적 가치 등을 침해할 우려가 없다. 또한 소송상

162) 현행 민사소송법 제334조 제2항은 기술이나 경영상 비밀, 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서에 대해서 제출의무를 면제하고 있다.

보호해야 할 비밀은 서증에만 담겨있는 것이 아니다. 증인의 증언이나 당사자의 준비서면에도 보호해야 할 비밀이 포함되어 있을 수 있을뿐더러, 소송에서 의사소통이 원활히 이루어지기 위해서는 증거뿐만 아니라 필요한 정보까지도 충분히 공개되어야 한다. 따라서 비밀유지명령제도가 보호하는 비밀은 현행처럼 '준비서면 또는 증거'에 포함되어 있는 비밀로 넓게 규정할 필요가 있으므로 비밀유지명령제도는 문서제출명령절차의 부수적인 절차가 아니라 독립된 절차로 들어와야 한다.

다만 현행 지식재산권법에는 당사자의 신청시에만 비밀유지명령을 발할 수 있는 것으로 규정되어 있으나 판사가 문서제출명령을 내리는 데 부담을 덜기 위해서는 판사가 직권으로도 비밀유지명령을 발할 수 있도록 규정하는 것이 필요하다.

이에 따라 민사소송법에 비밀유지명령제도를 새로 도입한다면 이는 민사소송법상 제2편 '제1심의 소송절차' 중 '제3장 증거'부분이 아닌 '제1편 총칙' 중 '제4장 소송절차'의 '제1절 변론'부분에 규정되는 것이 민사소송법의 전체적인 체계와 가장 부합한다고 본다. 앞서 검토한 바와 같이 민사소송법상 비밀유지명령제도는 서증이나 인증을 포함한 증거에 포함되어 있는 비밀만 보호하기 위해 도입되는 것이 아니라 준비서면에 포함되어 있는 비밀을 보호하기 위해서도 도입되는 제도이기 때문이다. 즉 비밀유지명령제도는 변론의 전과정에 적용되는 제도이므로 총칙편 중 변론절차에 규정되는 것이 제도의 취지에 부합한다는 의미이다. 특히 민사소송법은 '제1편 총칙' 중 '제4장 소송절차'의 '제1절 변론'부분 제163조에 비밀보호를 위해 제3자의 열람과 증명서의 교부청구를 제한하는 규정을 두고 있는데 신설되는 비밀유지명령제도 역시 비밀보호를 위한 제도이므로 위 조항의 하부조항으로 규정하는 것도 기존 체계에 부합할 것으로 보인다.

이에 따라 신설될 조문 내용을 작성해 보면 다음과 같다.

제163조의3(비밀유지명령)

① 법원은 그 당사자가 보유한 영업비밀, 사생활비밀 등 보호가치 있는 비밀(이하 ‘영업비밀 등’이라 한다)에 대하여 다음 각 호의 사유가 모두 소명된 경우에는 그 당사자의 신청 또는 직권에 따라 결정으로 다른 당사자(법인인 경우에는 그 대표자), 당사자를 위하여 소송을 대리하는 자, 그 밖에 해당 소송으로 인하여 영업비밀을 알게 된 자에게 그 영업비밀을 해당 소송의 계속적인 수행 외의 목적으로 사용하거나 그 영업비밀에 관계된 이 항에 따른 명령을 받은 자 외의 자에게 공개하지 아니할 것을 명할 수 있다. 다만, 결정 또는 그 신청 시점까지 다른 당사자(법인인 경우에는 그 대표자), 당사자를 위하여 소송을 대리하는 자, 그 밖에 해당 소송으로 인하여 영업비밀 등을 알게 된 자가 제1호에 규정된 준비서면의 열람이나 증거 조사 외의 방법으로 그 영업비밀 등을 이미 취득하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 이미 제출하였거나 제출하여야 할 준비서면 또는 이미 조사하였거나 조사하여야 할 증거에 영업비밀 등이 포함되어 있다는 것
2. 제1호의 영업비밀 등이 해당 소송 수행 외의 목적으로 사용되거나 공개되면 당사자의 영업에 지장을 줄 우려가 있는 등 비밀이 누설되는 것을 방지하기 위하여 영업비밀 등의 사용 또는 공개를 제한할 필요가 있다는 것

② 제1항에 따른 명령(이하 “비밀유지명령“ 이라 한다)의 신청은 다음 각 호의 사항을 적은 서면으로 하여야 한다.

1. 비밀유지명령을 받을 자
2. 비밀유지명령의 대상이 될 영업비밀 등을 특정하기에 충분한 사실
3. 제1항 각 호의 사유에 해당하는 사실

③ 법원은 비밀유지명령이 결정된 경우에는 그 결정서를 비밀유지명령을 받은 자에게 송달하여야 한다.

④ 비밀유지명령은 제3항의 결정서가 비밀유지명령을 받은 자에게 송달된 때부터 효력이 발생한다.

⑤ 비밀유지명령의 신청을 기각 또는 각하한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

제163조의4(비밀유지명령의 취소)

① 비밀유지명령을 신청한 자 또는 비밀유지명령을 받은 자는 제163조의3 제1항에 따른 요건을 갖추지 못하였거나 갖추지 못하게 된 경우 소송기록을 보관하고 있는 법원(소송기록을 보관하고 있는 법원이 없는 경우에는 비밀유지명령을 내린 법원)에 비밀유지명령의 취소를 신청할 수 있다.
② 법원은 비밀유지명령의 취소 신청에 대한 재판이 있는 경우에는 그 결정서를 그 신청을 한 자 및 상대방에게 송달하여야 한다.
③ 비밀유지명령의 취소 신청에 대한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.
④ 비밀유지명령을 취소하는 재판은 확정되어야 그 효력이 발생한다.
⑤ 비밀유지명령을 취소하는 재판을 한 법원은 비밀유지명령의 취소 신청을 한 자 또는 상대방 외에 해당 영업비밀에 관한 비밀유지명령을 받은 자가 있는 경우에는 그 자에게 즉시 비밀유지명령의 취소 재판을 한 사실을 알려야 한다.

민사소송법 제164조의5(비밀유지명령 위반죄)
① 국내외에서 정당한 사유 없이 제163조의3 제1항에 따른 비밀유지명령을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 죄는 비밀유지명령을 신청한 자의 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

제 7 장 결 론

적정한 비밀보호제도는 보호가치 있는 비밀보호 그 자체를 위해서도 필요하지만 분쟁의 해결에 필요한 정보나 증거가 변론과정에 더 원활하게 현출되기 위해서도 필요한 제도이다.

현재 상태에서는 비밀로 보호할 가치가 있으면 이를 공개하지 못하도록 막거나 아니면 증거로 꼭 공개해야할 필요성이 있으면 비밀보호를 포기하는 양자택일만 가능하다.

그러나 소송수행 목적을 위해서는 공개된다 하더라도 재판외에서는 비밀로 유지되게 할 수 있는 제도가 존재한다면 증거로 공개되는 것과 비밀을 보호하는 것 둘 중 하나만 선택하지 않아도 된다.

즉 공개된 증거에 비밀이 포함되어 있을 경우 그 비밀을 소송수행 목적외의 다른 용도로는 사용될 수 없도록 하는 비밀보호제도가 잘 갖추어져 있다면 오히려 해당 증거를 더 쉽게 공개할 수 있다.

그러나 현행 민사소송법에는 그러한 제도가 없다.

현행 민사소송법에는 미국의 디스커버리제도와 같은 일반적인 증거수집절차도 없고 증거수집과정에서 드러나게 된 비밀들을 보호할 수 있는 일반적인 절차도 존재하지 않는다. 부족하나마 증거수집기능을 수행하는 문서제출명령제도와 이 과정에서 비밀이 누설될 가능성을 피하기 위해 도입된 인 카메라절차가 있을 뿐이다.

그러나 문서제출명령제도상 인 카메라절차는 변론절차 자체가 아닌 문서제출의무 여부의 판단절차에만 적용된다. 그리고 인 카메라절차 진행결과 해당 문서에 기재되어 있는 사항들이 비밀로 유지되어야 할 필요성이 있다고 인정되면 해당 문서는 변론절차에 증거로 제출되지 못한다. 즉 해당 문서를 증거로 활용할 기회 자체가 박탈된다. 해당 문서에 대한 당사자의 증거수집권, 증명권, 증거조사참여권을 심각하게 침해하는 것

이다.

따라서 현행 문서제출명령제도상 인 카메라절차는 해당 문서의 비밀을 보호하는 데에는 충분한 역할을 하지만 해당 문서가 증거로 활용될 수 있도록 돕는 역할을 하지는 못한다. 이로 인한 폐해는 단순히 해당 당사자의 절차적 권한에 대한 침해에 그치는 것이 아니라 공정한 재판이라는 민사소송의 기본가치 및 나아가 공정한 사법제도가 달성하고자 하는 법치주의라는 이념까지 흔들리게 하는 결과를 가져온다.

지식재산권침해소송에 적용되는 비밀유지명령제도는 영업비밀이 준비서면 또는 증거에 포함되어 있을 경우 이를 소송수행목적 외에는 사용할 수 없도록 법원이 비밀유지의무를 내릴 수 있는 제도이다. 비밀유지의무를 위반할 경우 형사처벌이 가능하다. 이 제도는 해당 정보가 변론에 현출될 수 있게 해주고 판사뿐만 아니라 당사자 역시도 증거조사과정에 참여할 수 있게 해주어 당사자의 증거수집권, 증거조사참여권, 증명권이 존중된다.

다만 이 제도는 현행법상으로는 민사소송사건 중 오로지 지식재산권침해로 인한 금지청구, 손해배상청구, 가처분사건에서만 이용될 수 있을 뿐이고 일반 민사사건에서는 이용될 수 없다는 한계가 존재한다. 또한 비록 비밀유지의무가 형사벌에 의해 담보되기는 하지만 비밀누설가능성을 완전히 배제할 수 없다는 한계가 있다.

그러나 현재로서는 이 제도가 비밀을 완벽하진 않더라도 충분하게는 보호하면서도 필요한 정보나 증거가 변론과정에 원활히 제출되고 활용될 수 있도록 도와줄 수 있는 유일한 제도이다. 따라서 지식재산권법상의 비밀유지명령제도를 민사소송법상의 일반적인 제도로 도입하는 방안을 진지하게 고려해볼 필요가 있다.

이 연구 이전에도 민사소송절차상 비밀을 보호하기 위한 연구들은 상당수 존재해 왔다. 그러나 이전 연구들은 그러한 비밀보호수단을 마련함으로써 그로 인해 침해될 우려가 있는 당사자의 증거에 관한 권리들, 혹은 재판절차의 공정성에 대해서는 관심을 기울이지 않았다. 그러나 이

연구는 지금껏 다른 연구들에서 누락되어 왔던 재판과정에서의 정보공유의 필요성 및 절차보장적 측면을 강조하면서 민사소송절차에 새롭게 적용될 비밀보호수단을 제시해보았다는 데 그 의의가 있다. 새로운 대안을 마련하는 과정에서도 단순히 기존 외국법제들을 나열하여 비교하는 데 그치지 않고 정보공개와 비밀보호의 균형을 잡기 위해 정보의 공개 및 절차보장, 비밀보호의 측면에서 이들 제도들의 장단점을 비교해 보았다. 또한 단순히 지식재산권법상 비밀유지명령제도를 민사소송법으로 도입하자는 원론적 주장에 그치지 않고 그에 따른 예상 가능한 여러 가지 문제점들을 고려한 후 현행 민사소송법 체계와 어울리는 조문을 구체적으로 적시해 놓았다는 점에도 이 연구의 의의가 있다.

다만 민사소송절차상 증거의 공유 및 절차보장의 가치를 집약적으로 드러낼 수 있는 증거수집권에 대한 기존 논의들을 발전시키지 못했다는 점은 아쉬움으로 남는다. 그러한 부분은 추후 연구를 통해 보완될 수 있으리라 믿는다. 또한 정보공유와 비밀보호의 불가분적인 관계를 인식하면서도 민사소송법상 증거수집을 위한 제도를 전면적으로 개정하지 않은 채 새로운 비밀보호수단인 비밀유지명령제도만을 도입하자는 논의 자체에 근본적인 한계가 있음도 인정한다. 그러나 이러한 연구는 석사과정논문의 수준을 넘어서는 것으로 향후 지속적으로 연구해 나가야 할 분야이다. 이에 관해 미국의 디스커버리제도와 보호명령제도와의 관계처럼 증거수집기능을 강화할 수 있는 근본적인 틀을 다시 짜면서 그 과정에서 충돌될 수 있는 비밀보호기능을 보완하는 연구가 향후 필요하리라 생각된다.

〈참고문헌〉

단행본

강현중, 민사소송법(제6판), 박영사

Rudolf von Jhering, 심재우 · 윤재왕 역, 권리를 위한 투쟁, 새물결, 2016.

법원행정처, 민사소송법 개정내용 해설, 2002. 6.

법원행정처, 법원실무제요(민사소송Ⅲ), 2017. 7.

법원행정처, 2020년 사법연감

사법정책연구원, 효율적인 증거개시 · 수집을 위한 제도개선 방안(연구책임자 : 김정환), 사법정책연구원, 2015. 6.

사법정책연구원, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적정한 재판운영(책임연구자 : 이종엽), 사법정책연구원, 2019. 11.

성낙인, 헌법학(19판), 법문사, 2019.

이시윤, 신민사소송법(제13판), 박영사, 2020.

최정열 · 이규호, 부정경쟁방지법(제4판), 진원사, 2020.

Jurgen Habermas, 한상진 · 박영도 역, 사실성과 타당, 나남, 2018.

한국사법행정학회, 주석신민사소송법(V), 2004. 2.

한수웅, 헌법학(제7판), 법문사, 2017. 2.

허영, 한국헌법론(16판), 박영사, 2020.

호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사, 2020.

Jack H. Friedenthal · Mary Kay Kane · Arthur R. Miller,
Civil Procedure(4th ed), St. Paul, MN : Thomson/West, 2005.

논문

계승균, 독일상표법의 정보제공청구권 입법경위에 관한 소고, IT와 법연구(제5집), 경북대학교 IT와 법연구소, 2011.

곽경직, 영업비밀의 침해와 구제 및 소송상의 제문제, 민사재판의 제문제(10호), 2000.

김창조, 비밀정보에 대한 사법심리방법, 법학논고(제40집), 경북대학교 법학연구원, 2012. 10.

박익환, 민사소송절차와 영업비밀보호-부정경쟁방지법상 비밀유지명령을 중심으로-, 정보법학(제16권 제1호), 한국정보법학회, 2012. 4.

박지원, 증거수집절차의 개선방안에 관한 연구-미국 디스커버리제도의 활용을 중심으로, 한양대학교 박사학위논문, 2009. 2.

박지원, 증거수집절차와 증거조사절차의 구별에 관한 시론-증거수집범위의 확대를 위하여, 민사소송(제23권 제3호), 한국민사소송법학회, 2019. 10.

반흥식, 민사소송에 있어서의 비밀보호, 민사소송(제17권 제1호), 한국민사소송법학회, 2013. 5.

반흥식, 민사소송에 있어서의 비밀보호-독일, 오스트리아, 스위스법을 중심으로, 민사소송(제17권 제1호), 한국민사소송법학회, 2013. 3.

변종필, 형사소송에서 법관의 지위와 역할- 지위론, 구조론 및 목적론의 연계구조와 관련하여, 형사정책연구(제52호), 형사정책연구원, 2002.

양천수, 법과 대화이론-클라우스 균터의 대화이론적 법이론, 법철학연구(제4권 제2호), 한국법철학회, 2001.

윤세교, 증거수집절차의 개선방안에 관한 연구-미국 디스커버리제도의 활용을 중심으로(박사학위논문), 고려대학교 대학원, 2020.

이규호, 민사소송법상 증거조사절차에 있어 비밀보호, 민사소송(제10권 제1호), 한국민사소송법학회, 2006. 5.

이규호, 영업비밀보호를 위한 미국민사소송규칙, 연세법학연구(제6권 제2호), 연세대학교 법학연구소, 1999.

이시윤, 민사절차상의 재판을 받을 권리, 헌법논총(제21권), 헌법재판소, 2010.

이호원, 문서제출의무의 범위에 관한 연구, 민사소송(제17권 제1호), 한국민사소송법학회, 2013. 5.

장석조, 헌법과 민사소송법, 민사소송(제9권 제1호), 한국민사소송법학회, 2005.

전효숙, 지식재산소송절차와 비밀유지명령제도, 이화여자대학교 법학논집(제17권 제2호), 2012. 2.

정동윤, 증거에 관한 당사자권-이른바 증명권에 관하여, 법학논집(24권), 고려대학교 법학연구원, 1986. 12.

정선주, 민사소송절차에서 공개재판의 원칙과 비밀보호, 저스티스(제33권 제1호), 한국법학원, 2000. 3.

정선주, 비공개심리와 비밀유지의무, 민사소송(23권 2호), 한국민사소송법학회, 2019. 6.

정선주, 영업비밀보호와 in camera제도, LAW & TECHNOLOGY(제9권 제2호), 서울대학교 기술과법센터, 2013. 3.

한수웅, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총(제10권), 헌법재판소, 1999.

한충수, 민사소송에서의 증거조사절차에 있어 몇 가지 문제점-정보 및 증거수집제도로의 인식 전환을 위한 시론, 법학논총(제27권 제2호), 한양대학교 법학연구소, 2010.

호문혁, 민사소송에 있어서의 이념과 변론주의에 관한 연구, 법학(제30권

제3호), 서울대학교 법학연구소, 1989.

B. L. Bartels, Top-Down and Bottom-Up Models of Judicial Reasoning, The Psychology of Judicial Decision Making, New York : Oxford University Press, 2010.

Jacqueline S. Guenego, Trends in Protective Orders Under Federal Rule of Civil Procedure 26(c): Why Some Cases Fumble While Others Score, fordham Law Review(vol. 60, issue 3), 1991.

Wayne F. Reinke, Limiting the Scope of Discovery: The Use of Protective Orders and Document Retention Programs in Patent Litigation, Bluebook(21th ed), Albany Law Journal of Science&Technology, 1992.

[Abstract]

A study on the introduction of confidentiality protective order under the Intellectual Property Act into the Civil Procedure Act

Yun, Nari

School of law, Intellectual Property Law Major

The Graduate School
Seoul National University

In principle, the recognition of facts in civil litigation shall be based on evidence.

Accordingly, each party shall explore and collect evidence in its own favor about the disputed facts and present them in the defense. The court will investigate such evidence and obtain verification and confirm the facts accordingly. But evidence in one's favor is not always readily available. It is common for a third party that has no interest or other party to have conclusive evidence.

In particular, modern lawsuits, such as environmental lawsuits, manufacturing liability lawsuits, medical malpractice suits, and intellectual property rights lawsuits, have many structural compilation of evidence and information biased against parties who do not bear burden of proof. For its correction, one-sided estimation, indirect rebuttal, conversion of proof responsibilities, exploratory proofs, and the party's obligation to explain the issue without burden of proof have been discussed, but these are only a roundabout means to resolve the structural arrangement of evidence. A more fundamental solution is to

seek direct measures to enable the evidence to emerge in the defense.

The goal of the fact-finding process is to prepare for practical dialogue and discussion by allowing as much information as possible to be presented to the mind as a communication litigation theory that views trials as a process of correction and common perception. In order to generate a common understanding between the parties and the courts, information must be abundant. This is also necessary for the parties to proceed with meaningful debate in earnest.

In this respect, information and evidence should be sufficiently disclosed in civil litigation.

However, the value of civil litigation - the fairness of litigation and the discovery of substantive truth - does not overwhelm all other values.

There are also many values to be kept secret and protected, such as protecting national interests, maintaining good customs, protecting inviolable privacy, and protecting other people's important skills or management secrets.

In particular, these secrets should be carefully protected in advance, as once the secrecy is extinguished, it can have irreversible consequences.

Therefore, it is necessary to find ways to protect secrets worth protecting while ensuring sufficient information and evidence emerge in the course of litigation.

To this end, it is necessary to review each country's systems first to

find out the effects and limitations of these systems in the actual litigation process. And a review of whether these systems can be applied to our reality is necessary.

The United States is the country that precedes the collection of information and evidence, and the protection of secrecy in the process.

The U.S. has a protective order system that actively recognizes the right to collect evidence but recognizes the judge's broad discretion through the discovery and protective order system, so it can issue various protective orders depending on specific matters. Among the protective orders that the judge can issue is to disclose the evidence to the applicant but impose a confidentiality obligation on him. However, the U.S. protective order system is not a process for secrecy in principle, but a system to compensate for the shortcomings of the discovery system, and we are not introducing the system. In addition, the protective order system is not a system in which the specific details of the order are not set, but a system that allows judges to devise and use orders that they think are appropriate and necessary on a case-by-case basis, which is not a familiar form for Korean judges.

Germany is implementing the Düsseldorf model after combining the existing independent evidence investigation procedures and the disposition system for the right to claim documents. According to the model, judges can only see the court-selected appraisal report on the information, rather than the information themselves, and the parties can only see the appraisal report on the information, not the information itself, on the premise that the judge's permission is

compromised. Eventually, the Düsseldorf model provides complete protection for the information itself, but the parties or judges must be content to obtain only indirect information that can infer the information without seeing the information itself. Therefore, there is a limitation that the content of the information itself cannot be used on essential issues.

Switzerland's in-camera system allows evidence to emerge in the defense process, but protects the secret of the evidence completely. The in-camera system refers to a system in which only judges can see the evidence directly, and Switzerland allows the defense process of civil lawsuits itself to proceed with in-camera procedures. However, this clearly violates the parties' right to participate in the investigation. It is the basic principle of civil litigation that evidence used in litigation should be limited to the savourings and opportunities of impeachment, and the right of the party to participate in these procedures is a fundamental right guaranteed in civil litigation.

Currently, the secret protection system applied to civil litigation procedures in Korea includes the in-camera system at the submission order stage, the in-camera system under the Information Disclosure Claim Act, and the confidentiality protective order system applied in intellectual property infringement lawsuits.

However, the in-camera procedure in the document submission command stage results in the judge depriving the document of its opportunity to present itself as evidence if it is considered an exception to the document submission obligation when the document is examined

according to the in-camera procedure. Therefore, the parties' right to collect and certify evidence against the document is seriously infringed. The damage is not just a violation of the party's procedural authority, but also a shaking of the basic value of civil litigation as a fair trial and the ideology of the rule of law that a fair judicial system seeks to achieve.

Under the Information Disclosure Claims Act, the in-camera system is applied only to limited cases of information disclosure claims. Using the above system, only judges can see the evidence in their defense. As a result, the party's participation is excluded, which not only violates the procedural right of the party to participate in the investigation of evidence, but also prevents the judge's self-esteem because there is no basis for what the judge made the judgment.

On the other hand, the confidentiality protective order system applied to intellectual property infringement suits cannot completely rule out the possibility of confidentiality, but it allows the information to be disclosed to the defense and judges as well.

However, under the current law, this system can only be used in civil lawsuits, claims for damages, and disposals due to intellectual property infringement, and there is a limit that even though the obligation to maintain confidentiality is secured by criminal punishment, there is a limit.

For now, however, the confidentiality protective orderr system applied

to intellectual property infringement suits is the only system that protects secrets, if not completely, but allows necessary information or evidence to be submitted and used smoothly in the defense process.

The risk of trade secrets and privacy infringement and the resulting difficulty in finding substantial truth are the same in general civil litigation as well as in lawsuits subject to the Intellectual Property Act.

Therefore, the process of expanding the confidentiality order system under the Intellectual Property Act to the general system under the Civil Procedure Act is essential.

---

keywords : discovery, protective order, Dusseldorf model, in camera proceeding, the order of submit document, confidentiality protective order, access to evident

student number : 2009-21355