

## 문서제출명령 신청서

사 건 2016가소5944347 손해배상(국) [담당재판부:민사7단독(소액)]  
원 고 외 21명  
피 고 대한민국

위 사건에 관하여 원고들의 소송대리인은 다음과 같이 문서제출명령을 신청합니다.

### 문서의 표시

첨부 문서제출명령신청서 참조

### 문서의 취지

첨부 문서제출명령신청서 참조

### 문서를 가진 사람

첨부 문서제출명령신청서 참조

### 증명할 사실

첨부 문서제출명령신청서 참조

### 문서제출의무의 원인

- 상대방이 소송에서 인용한 문서를 가지고 있음(인용문서)
- 신청자가 문서를 가지고 있는 사람에게 그것을 넘겨달라고 하거나 보겠다고 요구할 수 있는 사법상의 권리를 가지고 있음(인도, 열람문서)

- 문서가 신청자의 이익을 위하여 작성되었음(이익문서)
- 문서가 신청자와 문서를 가지고 있는 사람사이의 법률관계에 관하여 작성된것임(법률관계문서)
- 그밖에 제출이 필요한 문서사유( 사유 : )

## 첨 부 서 류

1. 문서제출명령신청서

2016.11.03

원고 소송대리인  
변호사 김가연

서울중앙지방법원 귀중

열람용

# 문서제출명령신청

사 건 2016가소5944347 손해배상(국)  
원 고 외 21인  
피 고 대한민국

위 사건에 관하여 원고들의 소송대리인은 주장사실을 입증하기 위하여 아래와 같이 문서제출명령을 신청합니다.

## 1. 문서의 표시 및 소지자

첫째, 이동통신사 등에 각 원고의 각 통신자료 제공을 요청한 자료제공요청서 (별지 참조)

둘째, 각 원고의 각 통신자료 제공을 요청한 구체적인 사유(구체적인 사건과의 연관성, 연관성이 있다면 해당 사건의 사건번호와 사건명, 혐의내용 및 피의자 또는 피고인명 등)

## 2. 문서의 취지

첫 번째는 각 원고의 각 통신자료 제공 건에 대해 피고가 제시한 자료제공요청서입니다. 전기통신사업법 제83조 제4항에 따르면 통신자료제공 요청은 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 “자료제공요청서”로 하여야 합니다. 두 번째는 해당 사건의 사건번호, 사건명 등 구체

적인 요청사유를 적시한 문서입니다.

### 3. 입증취지

피고의 권한 남용을 입증하기 위해서는 각 통신자료제공 건의 요청사유 확인이 반드시 필요합니다. 이동통신사의 통신자료 제공내역(갑 제3호증 - 제24호증)만으로는 통신자료 제공요청사유를 확인하기 어려우며 해당 이용자와의 연관성도 드러나지 않아 피고의 권한 남용 여부를 판단하기 불가능하기 때문입니다. 즉 자료제공요청서와 통신자료 제공 요청사유의 검토를 통해 피고가 통신자료의 제공 요청 권한을 남용하여 원고의 이익을 부당하게 침해한 것이 객관적으로 명백한지에 대해 입증하고자 합니다.

2016. 11. 3.

원고들의 소송대리인

변호사 김가연

서울중앙지방법원 민사7단독 귀중

## [별지] 문서의 표시 및 소지자



영광공

서울중앙지방법원

결정

사 건 2016가소5944347 손해배상(국)

원 고 외 21명

피 고 대한민국

문서소지인 피고 대한민국

주문

문서소지인은 이 결정을 받은 날로부터 7일 이내에 다음 문서를 이 법원에 제출하라.

문서의 표시 : 별지와 같음

이유

원고의 문서제출명령 신청은 이유 있으므로 주문과 같이 결정한다.

2016. 11. 7.

판사 우 광 택





## 문서제출명령에 대한 즉시항고

항 고 인                    대한민국  
(피고, 피신청인)        항고인의 대리인 정부법무공단  
                                  담당변호사 서규영, 최상철, 유일한, 부효준  
                                  서울 서초구 서초중앙로 79(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩

상 대 방                    외 21  
(원고, 신청인)        상대방들의 대리인 변호사 김가연  
                                  서울 서초구 서초대로 50길 62-9(서초동, 한림빌딩) 402호

본안사건                서울중앙지방법원 2016가소5944347 손해배상(국)

### 원결정의 표시

문서소지인 피고 대한민국은 이 결정을 받은 날로부터 7일 이내에 다음 문서를 이 법원에 제출하라.

문서의 표시 : 별지와 같음

### 항 고 취 지

원 결정을 취소하고 다시 상당한 재판을 구합니다.



## 항 고 이 유

### 1. 서울중앙지방법원의 2016. 11. 7.자 문서제출명령

상대방(원고, 신청인, 이하 '상대방'이라 합니다)들은 본안사건인 서울중앙지방법원 2016가소5944347 손해배상(국) 사건이 진행 중인 2016. 11. 3. 항고인(피고, 신청인, 이하 '항고인'이라 합니다)에게 아래와 같은 문서에 대하여 문서제출명령을 신청하였고, 원심은 2016. 11. 7. 위 신청을 그대로 받아들여 원결정과 같은 내용의 문서제출명령(이하 '이 사건 결정'이라 합니다)을 하였습니다.

첫째, 이통통신사 등에 각 원고의 각 통신자료 제공을 요청한 자료제공요청서(별지 참조)

둘째, 각 원고의 각 통신자료 제공을 요청한 구체적인 사유(구체적인 사건과의 연관성, 연관성이 있다면 해당 사건의 사건번호와 사건명, 혐의내용 및 피의자 또는 피고인명 등)

### 2. 항고이유1 - 이 사건 결정은 '별지'를 누락하였습니다.

가. 원심의 원결정을 살펴보면 “문서의 표시 : 별지와 같음”이라고 기재되어 있으나, 정작 결정문에는 아무런 별지도 첨부되어 있지 않습니다.



나. 이러한 상황에서 항고인으로서는 이 사건 결정만으로는 명령의 대상이 되는 문서가 무엇인지를 전혀 파악할 수 없으므로, 이러한 ‘별지’를 누락한 이 사건 결정은 위법합니다.

3. 항고이유2 - 이 사건 결정은 항고인의 의견을 적은 서면이 제출되지 않은 상태에서 이루어졌습니다.

가. 민사소송규칙은 제110조 제2항은 “상대방은 제1항의 신청에 관하여 의견이 있는 때에는 의견을 적은 서면을 법원에 제출할 수 있다.”고 규정하고 있고, 항고인은 2016. 10. 25. 본안사건의 제1회 변론기일에 출석하여 “원고의 향후 문서제출명령 신청이 있을 경우 추후 의견서를 제출하겠다.”는 취지로 구두변론하였습니다(다만, 원심은 지금까지 변론조서를 작성하지를 않아 현재 이러한 변론내용을 변론조서상으로 확인할 수는 없습니다).

나. 그런데 대법원은 “문서제출신청 후 이를 상대방에게 송달하는 등 문서제출신청에 대한 의견을 진술할 기회를 부여하는 데 필요한 조치를 취하지 않은 채 문서제출명령의 요건에 관하여 별다른 심리도 없이 문서제출신청 바로 다음날 한 문서제출명령”에 대하여 아래와 같은 이유로 위법하다고 판시하였습니다(대법원 2009. 4. 28.자 2009무12 결정).

“민사소송법 제347조 제1항이 정하는 문서제출명령은 문서제출신청의 상대방이 소

지하고 있는 문서가 서증으로 필요한 경우 민사소송법 제344조에 의하여 문서의 제출의무를 부담하는 문서제출신청의 상대방에 대하여 그 문서의 제출을 명하는 것으로서, 이에 따르지 아니한 때에는 그 상대방이 당해 소송의 당사자인지 여부에 따라 민사소송법 제349조에 의하여 법원이 문서의 기재에 관한 문서제출신청인의 주장을 진실한 것으로 인정하거나 민사소송법 제351조에 의하여 과태료의 제재를 할 수 있게 되는 효과가 있을 뿐 아니라, 민사소송규칙 제110조 제2항은 그 상대방이 문서제출신청에 관한 의견을 적은 서면을 제출할 수 있도록 규정하고 있으므로, 이와 같은 문서제출신청의 허가 여부에 관한 재판을 함에 있어서는 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 부여하고, 그 결과에 따라 당해 문서의 존재와 소지 여부, 당해 문서가 서증으로 필요한지 여부, 문서제출신청의 상대방이 민사소송법 제344조에 따라 문서제출의무를 부담하는지 여부 등을 심리한 후, 그 허가 여부를 판단하여야 한다.

그런데 기록에 의하면, 원심은 이 사건 문서제출신청 후 이를 그 상대방인 재항고인에게 송달하는 등 문서제출신청에 대한 의견을 진술할 기회를 부여함에 필요한 조치를 취하지 않은 채 문서제출명령의 요건에 관하여 별다른 심리도 없이 문서제출신청 바로 다음날 이 사건 문서제출명령을 하였는바, 이러한 원심의 조치는 앞서 본 법리에 비추어 위법하다 할 것이고, 이 점을 지적하는 재항고이유의 주장은 이유 있다.”

다. 이 사건의 경우, 상대방이 2016. 10. 24.자 준비서면을 통하여 향후 문서제출명령신청을 할 예정이라는 취지를 밝혔고, 이에 대하여 피고는 2016. 10. 25. 제1회 변론기일에서 “원고의 향후 문서제출명령신청이 있을 경우 추후 의견서를

제출하겠다.”고 밝힌 바 있습니다. 그럼에도 원심은 상대방의 2016. 11. 3.자 문서 제출명령신청에 대하여 별다른 심리도 하지 아니한 채 불과 4일 만인 2016. 11. 7. 이 사건 결정을 하였습니다.

라. 뒤에서 살펴보는 바와 같이 상대방들의 이 사건 문서제출명령 신청은 항고인이 인용한 문서가 아니고 공문서를 대상으로 하는 것으로서 문서제출명령 대상이 될 수 없고, 항고인은 이와 같은 내용의 의견서를 곧바로 제출하려고 하였으나 원심의 급작스러운 이 사건 결정이 있음으로 인하여 의견을 진술할 기회조차 얻지 못하였습니다.

더구나, 항고인은 대한민국으로서 다른 당사자들과 달리 위 의견을 서면으로 제출하기 위해서는 ‘국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률’에 따라 소관청 및 지휘청인 서울고등검찰청(또는 법무부) 등 여러 기관의 검토 및 지휘를 거쳐야 하는 특수성이 있어, 의견 제출에 다소의 시간이 필요함에도 불구하고, 앞서 본 4일은 항고인이 의견을 제출하기에는 턱없이 부족한 시간입니다.

마. 이상의 점을 종합하면, 이 사건 결정은 항고인에게 상대방들의 문서제출 명령신청에 대한 의견 진술의 기회를 부여함에 필요한 조치를 취하지도 않은 채 별다른 심리도 없이 신청 후 4일 만에 이루어졌으므로 위법합니다.

4. 항고이유3 - 상대방의 신청 내용은 문서제출명령의 대상이 될 수 없음에도, 원심은 이에 대한 별다른 심리도 없이 이 사건 결정을 하였습니다.

가. 이 사건 문서제출명령 신청의 근거

1) 상대방들이 2016. 11. 3. 제출한 문서제출명령 신청서에 의하면, 상대방들은 항고인 소속 직원들이 전기통신사업자들에게 보낸 통신자료제공요청서(이하, '이 사건 통신자료제공요청서'라고 합니다.) 등에 대한 문서제출명령을 신청하면서, 그 법적근거로 “상대방이 소송에서 인용한 문서를 가지고 있음(인용문서)”을 제시하고 있습니다.

2) 결국, 상대방들은 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 “당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때”를 근거로 이 사건 통신자료제공요청서에 대한 문서제출명령 신청을 하고 있는 것입니다.

나. 항고인은 이 사건 통신자료제공요청서 등을 본안에서 인용한 바 없습니다.

1) 민사소송법 제344조 제1항 제1호는 당사자가 소송에서 인용한 문서를 지칭하는 조항입니다. 여기서 인용문서는 소송에서 자기를 위한 증거로 또는 주장을 명백히 하기 위하여 끌어 쓴 문서라면 상대방에게도 이용시키는 것이 형평에 맞기 때문에 문서제출명령의 대상이 되는 것으로 규정하고 있는 것입니다.

2) 이에 대하여 대법원은 “민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 말하는 당사자

가 소송에서 인용한 문서라 함은 당사자가 소송에서 당해 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐 아니라 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서도 포함한다고 할 것”이라고 판시(대법원 2008. 6. 12. 자 2006무82 결정 참조)한 바 있습니다.

3) 살피건대, 항고인은 이 사건 통신자료제공요청서를 본안소송에서 항고인의 증거로 사용하거나 주장을 명백히 하기 위하여 인용한 바 없고, 문서의 존재와 내용을 언급하지도 아니하였음 또한 명백하므로, 민사소송법 제344조 제1항 제1호를 근거로 문서제출의무를 부담한다고 볼 수 없습니다.

다. 이 사건 통신자료제공요청서 등은 모두 ‘공문서’이므로 문서제출명령 대상에서도 제외됩니다.

1) 대법원은 공문서에 대한 문서제출명령의 가부와 관련하여 “민사소송법 제344조 제2항은 같은 조 제1항에서 정한 문서에 해당하지 아니한 문서라도 문서의 소지자는 원칙적으로 그 제출을 거부하지 못하나, 다만 ‘공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’는 예외적으로 제출을 거부할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 ‘공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’는 국가기관이 보유·관리하는 공문서를 의미한다고 할 것이고, 이러한 공문서의 공개에 관하여는 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 절차와 방법에 의하여야 할 것이다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, ..., 나아가 이들은 ‘공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’에 해당하므로, 피신청인으로서 위 문서들의 제출을 거부할 수 있다고 할 것이다.”고 판

시하고 있습니다(대법원 2010. 1. 19. 자 2008마546 결정).

2) 그런데, 이 사건 통신자료제공요청서 등은 공문서임이 명백하므로 문서 제출명령의 대상이 아니고, 따라서 항고인으로서 위 문서들의 제출을 거부할 수 있다고 할 것입니다.

## 라. 소결

이와 같이 이 사건 통신자료제공요청서 등은 항고인이 본안에서 인용한 문서가 아니고, 모두 공문서로서 문서제출명령의 대상에서 제외되므로, 상대방의 2016. 11. 3.자 문서제출명령신청은 기각됨이 마땅함에도, 원심은 이러한 점에 대하여 별다른 심리도 하지 않은 채 이 사건 결정을 하고 말았으므로, 위법합니다.

## 5. 결론

이상과 같은 이유로 항고인은 민사소송법 제348조에 의하여 즉시항고를 제기하오니 이를 인용하여 주시기 바랍니다.





2016. 11. .

항고인의 소송대리인 정부법무공단

변호사 서 규 영

변호사 최 상 철

변호사 유 일 한

변호사 부 효 준

열림용

**서울중앙지방법원 귀중**



서 울 중 앙 지 방 법 원

결 정

사 건 2016가소5944347 손해배상(국)

원 고



피 고 대한민국  
서울 서초구 서초3동 서울고등검찰청 소송사무제1과

주 문

이 법원이 2016. 11. 7. 이 사건에 관하여 한 문서제출명령을 취소한다.

이 유

피고에게 의견 진술기회를 부여하는 것이 상당하므로 주문과 같이 결정한다.

2016. 11. 21.

판사 우 광 택



기 일	2016. 12. 15. 10:10
-----	---------------------

재판부	민사7단독(소액)	주심	
-----	-----------	----	--

사 건 2016가소5944347 손해배상(기)  
원 고 의 21  
피 고 대한민국

부분영수
2016. 7. .
인

## 문서제출명령신청에 대한 의견

2016. 12. .

피고 소송대리인 정부법무공단

서울중앙지방법원 민사7단독(소액) 귀중



**정부법무공단**  
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩  
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

## 문서제출명령신청에 대한 의견

사        건        2016가소5944347 손해배상(기)  
원        고                        외 21  
피        고        대한민국

위 사건에 관하여 피고 소송대리인은 원고들의 2016. 11. 3.자 문서제출명령 신청에 대하여 아래와 같이 의견을 개진합니다.

### 1. 원고들의 문서제출명령 신청 근거

원고들이 2016. 11. 3. 제출한 문서제출명령 신청서에 의하면, 원고들은 피고 소속 경찰관들이 전기통신사업자들에게 보낸 통신자료제공요청서(이하, '이 사건 통신자료제공요청서'라고 합니다.)에 대한 문서제출명령을 신청하면서, 그 법적 근거로 '상대방이 소송에서 인용한 문서를 가지고 있음(인용문서)'을 제시하고 있습니다.

결국, 원고는 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 "당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때"를 근거로 이 사건 통신자료제공요청서에 대한 문서제출명령 신청을 하고 있는 것입니다.



**2. 피고는 이 사건 통신자료제공요청서를 이 사건에서 인용한 바 없습니다.**

민사소송법 제344조 제1항 제1호는 당사자가 소송에서 인용한 문서를 지칭하는 조항입니다. 여기서 인용문서는 소송에서 자기를 위한 증거로 또는 주장을 명백히 하기 위하여 끌어 쓴 문서라면 상대방에게도 이용시키는 것이 형평에 맞기 때문에 문서제출명령의 대상이 되는 것으로 규정하고 있는 것입니다.

이에 대하여 대법원은 “민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 말하는 당사자가 소송에서 인용한 문서라 함은 당사자가 소송에서 당해 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐 아니라 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서도 포함한다고 할 것”이라고 판시(대법원 2008. 6. 12. 자 2006무82 결정 참조)한 바 있습니다.

살피건대, 피고는 이 사건 통신자료제공요청서를 본 소송에서 피고의 증거로 사용하거나 주장을 명백히 하기 위하여 인용한 바 없고, 문서의 존재와 내용을 언급하지도 아니하였음 또한 명백하므로, 민사소송법 제344조 제1항 제1호를 근거로 문서제출의무를 부담한다고 볼 수 없습니다.

**3. 이 사건 통신자료제공요청서는 공문서이므로 문서제출명령 대상이 아닙니다.**

대법원은 공문서에 대한 문서제출명령가부와 관련하여 “민사소송법 제344조 제2항은 같은 조 제1항에서 정한 문서에 해당하지 아니한 문서라도 문서의 소지자는 원

칙적으로 그 제출을 거부하지 못하나, 다만 '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'는 예외적으로 제출을 거부할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'는 국가기관이 보유·관리하는 공문서를 의미한다고 할 것이고, 이러한 공문서의 공개에 관하여는 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 절차와 방법에 의하여야 할 것이다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, ..., 나아가 이들은 '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'에 해당하므로, 피신청인으로서 위 문서들의 제출을 거부할 수 있다고 할 것이다."고 판시하고 있습니다(대법원 2010. 1. 19. 자 2008마546 결정).

그런데, 이 사건 통신자료제공요청서는 공문서임이 명백하므로 문서제출명령의 대상이 아니고, 따라서 피고로서는 위 문서들의 제출을 거부할 수 있다고 할 것입니다.

#### 4. 결론

이상과 같이 피고가 이 사건 통신자료제공요청서를 민사소송법 제344조 제1항 제1호를 근거로 문서제출의무를 부담한다고 볼 수 없고, 이 사건 통신자료제공요청서는 공문서로서 민사소송법 제344조 제2항의 문서제출명령 대상에서 제외되므로, 원고의 이 사건 통신자료제공요청서에 대한 문서제출명령 신청은 기각되어야 할 것입니다.





2016. 12. .

피고 소송대리인 정부법무공단

담당변호사 서규영

담당변호사 유일한

담당변호사 부효준

서울중앙지방법원 민사7단독(소액) 귀중



**정부법무공단**  
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩  
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

## 즉시항고에 대한 의견

사 건 2016가소5944347 손해배상(국)  
원 고 외 21인  
피 고 대한민국

위 사건에 관하여 2016. 11. 7.자 문서제출명령에 대한 피고의 즉시항고에 대해 원고들의 소송대리인은 다음과 같이 의견을 제출합니다.

- 다 음 -

### 1. 피고주장의 요지

피고는 문서제출명령에 대한 즉시항고에서 이 사건 통신자료제공요청서 등이 1) 피고가 본안에서 인용한 문서가 아니고, 2) 모두 공문서로서 문서제출명령의 대상이 될 수 없으므로 원고들의 2016. 11. 3.자 문서제출명령 신청은 위법하여 기각되어야 한다고 주장하고 있습니다.

### 2. 본안에서 인용한 문서가 아니라는 주장에 대하여

#### 가. 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 의의

민법 제344조 제1항 제1호는 당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고

있는 때 문서제출의무가 있다고 규정하고 있습니다. '소송'에서 인용한 문서라 함은 소송의 변론이나 준비절차에서 인용한 경우는 물론 변론에서 진술하지 않았더라도 준비서면에서 인용한 경우까지 포함합니다.

또한 '인용'한 문서라 함은 넓게 해석하여 문서의 내용에 관하여 언급하면 족하고, 문서를 명시적으로 증거로서 인용할 것을 요하지 않습니다. 피고가 원용한 대로 "당사자가 소송에서 당해 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐 아니라 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서도 포함"(대법원 2008. 6. 12. 자 2006무82 결정 참조)합니다.

## 나. 인용문서의 존재

피고는 이 사건 통신자료제공요청서 등을 본안에서 인용한 바 없다고 주장합니다. 그러나 원고가 문서제출명령 신청에서 요청한 자료제공요청서 및 자료제공요청사유(이하 "이 사건 자료제공요청서 등")는 아래와 같이 피고의 준비서면 및 제2차 답변서에 수차례 인용되었습니다.

### (1) 준비서면

먼저 2016. 10. 20. 제출된 피고의 준비서면 제2쪽에 의하면 피고는 전기통신사업법의 입법취지에 대해 설명하면서 "전기통신사업법 제 54조 제3항, 제4항(현행 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항)은... 통신자료에 대하여는 법원의 허가나 법관의 영장 없이도 일정한 사항을 기재한 수사기관의 자료제공요청서라는 서면요청에 의해 통신자료를 제공하여 수사에 협조할 수 있도록 한 것"이라고 하면서 자료제공요청서를 인용하고 있습니다.

또한 피고는 원고의 청구가 이유없음을 주장하면서 “이 사건 통신자료 제공요청은 전기통신사업법 제83조 제3항에 따라 수사를 위하여 이루어진 행위”(제1쪽), “전기통신사업법 제83조 제3항의 규정에 따라 통신자료 제공요청”(제2쪽), “전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항에 근거하여”(제3쪽), “이 사건 통신자료 제공요청은 법률에 근거한 적법한 공무집행에 해당함”, “전기통신사업법 제83조 제3항이라는 법률을 근거로 한 행위”, “통신자료 제공요청을 하는 것은 법률에 근거한 적법한 공무집행”(제6쪽), “전기통신사업법 제83조 제3항에 근거한 적법한 공무집행”(제7쪽), “전기통신사업법 제83조 제3항의 규정에 근거하여 전기통신사업자에게 통신사실 제공요청을 한 것”(제8쪽), “전기통신사업자가 전기통신사업법 등의 특별규정에 따라 통신자료를 제공할 수 있음”, “전기통신사업법 제83조 제3항에 근거한 행위로 적법한 공무집행”(제9쪽)이라고 수차례 전기통신사업법을 인용하고 있습니다.

전기통신사업법 제83조 제4항은 “제3항에 따른 통신자료제공 요청은 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면(이하 "자료제공요청서"라 한다)으로 하여야 한다”고 하고 있으므로, 위와 같은 인용은 피고가 피고의 행위가 위법하지 않다는 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 것이라 하겠습니다.

## (2) 제2차 답변서

다음으로 2016. 10. 21. 제출된 피고의 제2차 답변서에 의하면 피고는 제3쪽에서 “같은 법 제4항은 “제3항에 따른 통신자료제공 요청은 요청사유, 해당이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면(이하 "자료제공요청서"라 한다)으로 하여야 한다. 다만, 서면으로 요청할 수 없는 긴급한 사유가 있을 때에는 서면에 의하지 아니하는 방법으로 요청

할 수 있으며, 그 사유가 해소되면 지체 없이 전기통신사업자에게 자료 제공요청서를 제출하여야 한다.”고 규정하고 있습니다”라고 하였으며, 또한 별지로 전기통신사업법 제83조 및 전기통신사업법 시행령 제53조를 첨부하여 이 사건 자료제공요청서 등을 인용하고 있습니다.

그리고 피고는 “이 사건 통신자료제공 요청 행위는 전기통신사업법 제83조 제3, 4항에 근거한 적법한 직무집행”(제5쪽), “수사를 위하여 전기통신사업법 제54조 제3항, 제4항에 의하여 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청”(제6쪽), “전기통신사업자가 전기통신사업법 등의 특별규정에 따라 통신자료를 제공”, “이 사건 통신자료제공 요청 행위는 전기통신사업법 제83조 제3, 4항에 근거한 것”(제7쪽), “전기통신사업법 제83조 제3, 4항에 근거하여 이루어진 것”, “위 법률 조항에 근거하여 이 사건 통신자료제공 요청”(제9쪽)이라고 하여 전기통신사업법을 인용하고 있는 바, 이 또한 피고가 피고의 행위가 위법하지 않다는 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 것이라 하겠습니다.

#### 다. 소결

이상과 같이 이 사건 자료제공요청서 등은 피고가 “자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서”에 해당합니다. 그리고 만약 이를 부정한다면 그 자체로 이 사건 통신자료제공 요청 행위가 전기통신사업법을 위반한 것으로 적법한 직무집행이 아니었음을 스스로 인정하는 것이라 하겠습니다.

### 3. '공문서'로서 문서제출명령의 대상이 아니라는 주장에 대하여

대법원은 “민사소송법 제344조 제1항 제1호의 인용문서에 해당하는 이상, 같은 조 제2항에서 규정하는 바와는 달리, 그것이 '공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'라도 특별한 사정이 없는 한 문서제출의무를 면할 수 없다”(대법원 2008. 6. 12.자 2006무82 결정)고 판시한 바 있습니다. 따라서 위에서 본 바와 같이 이 사건 자료제공요청서 등이 인용문서에 해당하는 이상 '공문서'로서 문서제출명령의 대상이 아니라는 피고의 주장은 이유 없습니다.

### 4. 결론

이상과 같이 피고의 즉시항고는 이유없으므로 문서제출명령 신청을 인용해 주시기 바랍니다.

2016. 12. 7.

원고들의 소송대리인

변호사 김가연

서울중앙지방법원 민사7단독 귀중

## 문서제출명령신청에 대한 의견(2)

사 건 2016가소5944347 손해배상(기)  
원 고 외 21  
피 고 대한민국

위 사건에 관하여 피고 소송대리인은 원고들의 문서제출명령신청에 대한 의견에 대하여 반박하고자 아래와 같이 의견을 개진합니다.

### 1. 원고들 주장 요지

원고들은 대법원 2008. 6. 12.자 2006무82 결정을 인용하며 피고가 문서제출명령의 대상이 되는 자료제공요청서 등에 대하여 “자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서”에 해당함을 이유로 이를 인용하였다는 취지로 주장하고 있는데, 그 주된 근거로 피고가 그동안의 준비서면 등을 통하여 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항을 언급하고 있다는 점을 들고 있습니다.



2. 피고는 '적극적'으로 자료제공요청서 등 '자체'의 '존재'와 '내용'을 언급한 사실이 없습니다.

#### 가. 당사자가 소송에서 '인용'한 문서의 의미

1) 인용문서의 의미에 대하여 대법원 2008. 6. 12.자 2006무82 결정은 “민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 말하는 '당사자가 소송에서 인용한 문서'라 함은 당사자가 소송에서 당해 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐 아니라 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서도 포함한다고 할 것”이라고 밝히고 있습니다.

2) 나아가 대법원 2011. 7. 6. 자 2010마1659 결정은 “민사소송법 제344조 제1항 제1호는 민사소송에서 문서의 제출의무에 관하여 “당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때에 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정의 인용문서에 관하여는 민사소송법 제344조 제1항 제3호나 제2항과 달리 문서제출의무의 예외사유에 대한 아무런 규정이 없는 점, 이러한 인용문서의 경우 당사자가 소송에서 문서를 증거로 인용하거나 자신의 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자신의 주장의 근거 또는 보조로 삼은 이상, 상대방에게도 그 문서의 내용을 검토·비판할 기회를 보장하고 그 문서를 이용하게 하는 것이 공평의 견지에서 타당하다는 취지에서 문서제출의무가 인정되는 점, **비밀유지의익을 가지는 당사자로서는 소송에서 적극적으로 그 문서의 존재와 내용을 언급하지 아니함으로써 위와 같은 인용문서 제출의 부담을 회피할 수 있는 점**, 민사소송법에 의한 문서제출명령 제도와 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개 제도는 그 목적이나 취지, 연혁



등을 달리하고, 법원이 공공기관의 정보공개거부처분을 취소할 경우 취소판결의 기속력에 의하여 공공기관의 정보공개가 사실상 강제되는 것에 반하여(행정소송법 제30조 제2항, 제34조), 국가 등이 당사자로서 문서제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원이 소송상 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있는 데 그치는 점(민사소송법 제349조) 등 그 효력도 달리하는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 인용문서가 공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에 정하고 있는 비공개대상정보에 해당한다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서제출의무를 면할 수 없다고 봄이 상당하다.”고 판시하였습니다.

3) 그리고 상대방에게 제출의무가 생기는 것은 문서 그 ‘자체’를 인용한 경우이고 단지 그 내용을 원용한 데 불과한 경우는 ‘인용’문서에 해당하지 않습니다. 나아가 위 대법원 판례는 적극적으로 문서의 존재를 주장하였을 것을 요건으로 하는바, 이는 당사자가 그 비밀에 붙일 이익을 ‘적극적으로’ 포기한 것이 아니면 제출의무를 인정하는 것이 타당하지 않기 때문입니다(참고자료1 민사소송법상 인용문서에 관한 문서제출의무의 면제사유).

나. 피고는 ‘적극적’으로 자료제공요청서 등 ‘자체’의 ‘존재’와 ‘내용’을 언급조차 하지 않았습니다.

1) 원고들은 피고가 근거로 삼는 전기통신사업법 제83조 제3, 4항에 “자료제공요청서”가 기재되어 있다는 점을 주된 근거로 들어 피고가 이를 ‘인용’하였다고 주장합니다.

2) 그러나 피고는 이 사건에서 지금까지 이 사건 통신자료제공 요청 행위는 전기통신사업법령에 근거하여 적법하고, 관련 판례에 의하더라도 권한을 남용하지도 않았다는 주장만을 하였을 뿐, 원고들의 주장 내용에 의하더라도 피고가 ‘구체적’·‘적극적’으로 자료제공요청서 ‘자체’의 ‘존재’와 그 ‘내용’을 언급하면서 피고 주장의 근거로 삼은 적이 없음은 명백합니다.

3) 나아가 피고는 자료제공요청서 등에 대한 “비밀유지이익을 가지는 당사자”입니다. 그렇기 때문에 피고는 “소송에서 적극적으로 그 문서의 존재와 내용을 언급하지 아니함으로써 위와 같은 인용문서 제출의 부담을 회피”하려고 하였지, 그 비밀에 붙일 이익을 이 사건 소송을 통하여 적극적으로 포기할 아무런 이유도 없습니다.

4) 이와 같은 점을 고려하면, 피고가 자료제공요청서 등을 인용하였다는 내용의 원고들 주장은 독자적인 견해에 불과한 것으로서, 그 이유가 없습니다.

**다. 원고들의 이 부분 주장은 인용문서임을 인정하였던 대법원 판례의 사실관계와도 맞지 않습니다.**

앞서 말씀드린 인용문서의 의미에 관한 대법원 2008. 6. 12.자 2006무82 결정 및 대법원 2011. 7. 6. 자 2010마1659 결정의 각 사실관계는 아래와 같은 바, 위 두 판례 모두 최소한 해당 문서 ‘자체’의 ‘존재’를 ‘적극적’으로 언급함으로써 자기 주장의 근거로 삼았던 사안들로서 단순히 근거법령을 언급한 이 사건과는 사실관계를 달리함이 명백합니다.

① 대법원 2008. 6. 12.자 2006무82 결정 : 『원심결정의 이유에 의하면, 원심은, 재항고인(피신청인)이 이 사건 본안소송에 제출한 답변서를 통하여 제46회 사법시험 제2차 시험 형사소송법 과목의 문제은행 출제위원이 문제은행에 출제한 문제(이하, '원문제'라 한다)가 기재된 원심결정 별지 나항 기재 문서(이하, '이 사건 문서'라 한다)는 위 문제은행 출제위원이 2004년 3월경 ○○대학교 고시반 모의고사에 출제한 문제(이하, '모의고사문제'라 한다) 및 위 사법시험 제2차 시험 형사소송법 과목 1번 문제로 출제된 문제(이하, '실제문제'라 한다)와 그 내용이 다르다는 주장을 명백히 하기 위하여 구체적으로 이 사건 문서의 존재를 인용하였으므로 이는 민사소송법 제344조 제1항 제1호에 정한 인용문서에 해당하고, 그러한 이상, 이 사건 문서가 같은 조 제2항에 정한 공무원이 직무상 보관하고 있는 문서에 해당한다고 하더라도 그 소지자인 재항고인은 그 제출의무가 있다고 판단하였는바, 원심의 이러한 판단은 위와 같은 법리에 따른 것으로서 정당하다.

재항고이유의 주장은, 재항고인이 위 답변서에서 이 사건 문서 그 자체를 인용한 것이 아니라 '제15차 사법시험관리위원회 회의결과 공지사항'을 인용하였을 뿐이라는 것이나, 재항고인이 위 답변서에서 원문제와 모의고사문제 및 실제문제가 서로 다르다는 점을 주장하기 위하여 적극적으로 원문제의 존재를 언급하고 이를 자기 주장의 근거로 삼은 이상, 비록 '제15차 사법시험관리위원회 회의결과 공지사항'을 인용하는 형식을 취하였다고 하더라도 그 제출의무를 면할 수 없다.』

② 대법원 2011. 7. 6. 자 2010마1659 결정(참고자료 1 참조) : 『가. 상대방(갑 등 9인)은 북한주민접촉 신고가 거부당하자, 재항고인(대한민국)을 상대로 하여 위자료 소송을 제기하였다.

나. 재항고인은 위 소송상 답변서에서 '관계 법령에 따라 관계 기관 의견 협의를 실시하고, 그 이후 관계 기관의 회신 및 내부검토 과정을 거쳐 이 사건 거부처분이 정당하게 이루어졌다'는 취지로 답변하면서, 처리과정에 관하여 '의견협의를 실시함에 있어서는 해당 대상자의 규모 등에 따라 통상 일정한 기간이 소요(3~5일)되며, 관계 기관(법무부, 국가정보원)에서는 원고들에 대해 국가보안법 위반 및 과거 활동전력, 원고들이 간부로 소속되어 있는 연합단체(한국진보연대 등)의 성격 등을 종합적으로 감안하여 원고들에 대해 북한주민접촉 신고 수리를 거부함이 상당하다는 의견을 표명하였다'고 주장하였다. 아울러, "사회문화분야 대북교류 승인업무 처리 지침을 제정하여 접촉 및 방북승인에 대한 최소한도의 일정한 기준을 정하여 운영하고 있는데 등 지침 내용 중 '남북교류협력질서나 국가안전보장을 저해할 우려가 현저한 자라고 판단될 경우 접촉 및 방북승인을 불허'하고 있다."고 밝혔다.

다. 상대방은 위 소송에서 재항고인 소유의 '사회문화분야 대북교류 승인업무 처리 지침', '통일부장관이 이 사건 처분들을 함에 있어서 사전에 관계 기관(법무부, 국가정보원)과 협의하면서 왕래했던 문서 일체'에 대한 이 사건 문서제출명령을 신청하였다.』

## 라. 기타

1) 한편, 원고들은 자료제공요청서 등은 피고가 인용한 문서에 해당하고, 이를 부정한다면 그 자체로 이 사건 통신자료제공 요청 행위가 전기통신사업법을 위반한 것으로 적법한 직무집행이 아니었음을 스스로 인정하는 것이라고도 주장합니다.



2) 그러나 원고 주장대로라면 피고로서는 (비밀유지이익을 유지하기 위하여) 원고의 문서제출명령신청이 있기 전까지는 이 사건 통신자료제공 요청 행위의 근거법령에 대하여는 아무런 언급조차 할 수 없게 되는 결론에 이르게 됩니다. 따라서 이는 피고에게 사실상 이 사건에 대하여 문서제출명령신청이 있기 전까지는 어떠한 답변조차 하지 말라는 것과 다를 없으므로, 일고의 가치 없는 주장입니다.

### 3. 결론

이상과 같이 원고의 주장은 독자적인 견해에 불과한 것으로서 그 이유가 없으므로, 원고들의 문서제출명령신청을 기각하여 주시기 바랍니다.



## 참 고 자 료

1. 참고자료1            민사소송법상 인용문서에 관한 문서제출의무의 면제사유

2016. 12. .

피고 소송대리인 정부법무공단

변호사    서 규 영

변호사    최 상 철

변호사    유 일 한

변호사    부 효 준

**서울중앙지방법원 민사7단독(소액) 귀중**



민사소송법상 인용문서에 관한 문서제출의무의 면제사유 ( 2011. 7. 6.자 2010마1659 결정 : 미간행)

저자: 李洙영 발행년도: 2012

문헌: 대법원판례해설

권호: 89號 (2011 하반기)(2012년)

출처: 법원도서관

일자: 2011. 7. 6.

번호: 2010마1659

[ 316 ] 【決定要旨】

민사소송법 제344조 제1항 제1호는 민사소송에서 문서의 제출의무에 관하여 “당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때에 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정의 인용문서에 관하여는 민사소송법 제344조 제1항 제3호나 제2항과 달리 문서제출의무의 예외사유에 대한 아무런 규정이 없는 점, 이러한 인용문서의 경우 당사자가 소송에서 문서를 증거로 인용하거나 자신의 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자신의 주장의 근거 또는 보조로 삼은 이상, 상대방에게도 그 문서의 내용을 검토·비판할 기회를 보장하고 그 문서를 이용하게 하는 것이 공평의 견지에서 타당하다는 취지에서 문서제출의무가 인정되는 점, 비밀유지이익을 가지는 당사자로서는 소송에서 적극적으로 그 문서의 존재와 내용을 언급하지 아니함으로써 위와 같은 인용문서 제출의 부담을 회피할 수 있는 점, 민사소송법에 의한 문서제출명령 제도와 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개 제도는 그 목적이나 취지, 연혁 등을 달리하고, 법원이 공공기관의 정보공개 거부처분을 취소할 경우 취소판결의 기속력에 의하여 공공기관의 정보공개가 사실상 강제되는 것에 반하여( 행정소송법 제30조 제2항, 제34조), 국가 등이 당사자로서 문서제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원이 소송상 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 [ 317 ] 수 있는데 그치는 점( 민사소송법 제349조) 등 그 효력도 달리하는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 인용문서가 공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에 정하고 있는 비공개대상정보에 해당한다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서제출의무를 면할 수 없다고 봄이 상당하다.

참고자료 /

【參照條文】

민사소송법 제344조 제1항 제1호

【事件概要】

1. 사실관계

가. 상대방(甲 등 9인)은 북한주민접촉 신고가 거부당하자, 재항고인(대한민국)을 상대로 하여 위자료 소송을 제기하였다.

나. 재항고인은 위 소송상 답변서에서 '관계 법령에 따라 관계 기관 의견협의를 실시하고, 그 이후 관계 기관의 회신 및 내부검토 과정을 거쳐 이 사건 거부처분이 정당하게 이루어졌다'는 취지로 답변하면서, 처리과정에 관하여 '의견협의를 실시함에 있어서는 해당 대상자의 규모 등에 따라 통상 일정한 기간이 소요(3~5일)되며, 관계 기관(법무부, 국가정보원)에서는 원고들에 대해 국가보안법 위반 및 과거 활동전력, 원고들이 간부로 소속되어 있는 연합단체(한국진보연대 등)의 성격 등을 종합적으로 감안하여 원고들에 대해 북한주민접촉 신고 수리를 거부함이 상당하다는 의견을 표명하였다'고 주장하였다. 아울러, "사회문화분야 대북교류 승인업무 처리 지침을 제정하여 접촉 및 방북승인에 대한 최소한도의 일정한 기준을 정하여 운영하고 있는데 동 지침 내용 중 '남북교류협력질서나 국가안전보장을 [ 318 ] 저해할 우려가 현저한 자라고 판단 될 경우 접촉 및 방북승인을 불허'하고 있다."고 밝혔다.

다. 상대방은 위 소송에서 재항고인 소유의 '사회문화분야 대북교류 승인업무 처리 지침', '통일부장관이 이 사건 처분들을 함에 있어서 사전에 관계 기관(법무부, 국가정보원)과 협의하면서 왕래했던 문서 일체'에 대한 이 사건 문서제출명령을 신청하였다.

라. 그 후 재항고인은 위 소송상 준비서면에서 '관계 기관 간 의견협의 회신내용은 통일부장관이 북한방문 신청 및 북한주민접촉 신고와 관련된 내부의 의사결정을 합리적으로 도출함과 아울러 관계 기관 간 의견을 참조할 수 있는 행정기관 내부 간 문서이며, 동 회신내용에는 해당 신청단체의 성격 및 신청자에 대한 구체적인 법령 위반내용과 과거 활동전력 등이 포함되어 있어 대외적으로 보안성이 요구됩니다. 그러므로 관계 기관 의견협의 회신 결과와 관련한 구체적인 내용을 공개하는 것은 해당 당사자인 관계기관에서 동의하지 않을 뿐만 아니라 향후 관계 기관 간 원활한 의견협의 및 업무협조 등 여러 측면을 고려할 때 적절하지 않다고 판단됩니다'라고 주장하였다.

마. 제1심법원은 이 사건 문서제출명령을 발령하였다.

## 2. 항고심의 판단(항고기각)

항고심은, 이 사건 문서는 재항고인이 자기 주장을 명백히 하기 위하여 인용하고 있는 문서로서 민사소송법 제344조 제1항 제1호 소정의 문서에 해당하고, 제출된 자료만으로 재항고인이 주장하는 바와 같이 이 사건 문서의 내용이 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다거나, 달리 재항고인이 이 사건 문서의 제출을 거부할 정당한 사유가 있는 [ 319 ] 경우에 해당된다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

## 3. 재항고이유의 요지

민사소송법상 문서제출의무가 있다고 하더라도 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라고 한다)에 따라 비공개대상정보는 제출을 거부할 수 있다. 그런데 이 사건 문서제출명령 대상 문서들은 행정기관 내부 지침(사회문화분야 대북교류 승인업무 처리지침) 또는 방북승인 및 신고수리 업무의 보다 신중하고 공정한 판단을 위해 행정기관 간 의사결정과정 또는



내부검토과정의 문서(관계 기관 간 협의문서)로서 공개될 경우 향후 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 것은 물론 행정기관 간 신뢰성 저해, 사생활 비밀침해 등 상당한 우려가 있으므로, 정보공개법 제9조 제1항 제2호 또는 제5호, 동법 시행령 제9조에 의한 비공개문서에 해당한다.

**【解 說】**

1. 관련 조문의 정리

가. 문서제출명령 관련 조문

열람용

민사소송법 제344조 (문서의 제출의무)

① 다음 각 호의 경우에 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.

1. 당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때
2. 신청자가 문서를 가지고 있는 사람에게 그것을 넘겨 달라고 하거나 보겠다고 요구할 수 있는 사법상의 권리를 가지고 있는 때
3. 문서가 신청자의 이익을 위하여 작성되었거나, 신청자와 문서를 가지고 있는 사람 사이의 법률관계에 관하여 작성된 것인 때. 다만 다음 각 목의 사유 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

[ 320 ]

가. 제304조 내지 제306조 (☞대통령 등 공무원의 직무상 비밀)에 규정된 사항이 적혀있는 문서로서 같은 조문들에 규정된 동의를 받지 아니한 문서

나. 문서를 가진 사람 또는 그와 제314조 각 호(☞친족 등의 증언거부권) 가운데 어느 하나의 관계에 있는 사람에 관하여 같은 조에서 규정된 사항이 적혀 있는 문서

다. 제315조 제1항 각 호에 규정된 사항(☞변호사 등의 직무상 비밀에 관한 증언거부권) 중 어느 하나에 규정된 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지 아니한 문서

② 제1항의 경우 외에도 문서(공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서를 제외한다)가 다음 각 호의 어느 하나에도 해당하지 아니하는 경우에는 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.

1. 제1항 제3호 (나)목 및 (다)목에 규정된 문서
2. 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서

제347조 (제출신청의 허가 여부에 대한 재판)

① 법원은 문서제출신청에 정당한 이유가 있다고 인정한 때에는 결정으로 문서를 가진 사람에게 그 제출을 명할 수 있다.

② 문서제출의 신청이 문서의 일부에 대하여만 이유 있다고 인정한 때에는 그 부분만의 제출을 명하여야 한다.

③ 제3자에 대하여 문서의 제출을 명하는 경우에는 제3자 또는 그가 지정하는 자를 심문하여야 한다.

④ 법원은 문서가 제344조에 해당하는지를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 문서를 가지고 있는 사람에게 그 문서를 제시하도록 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 문서를 다른 사람이 보도록 하여서는 안된다.

제349조 (당사자가 문서를 제출하지 아니한 때의 효과)

당사자가 제347조 제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

제351조 (제3자가 문서를 제출하지 아니한 때의 제재)

제3자가 제347조 제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 명령에 따르지 아니한 때에는 제318조 (☞소송비용 부담 및 과태료 결정)의 규정을 준용한다.

[ 321 ]

나. 정보공개법 관련 조문

제9조 (비공개대상정보)

① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다. 다만 다음 각 호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다.

1. 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회 규칙·대법원 규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보

2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보

3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보

4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

6. 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만 다음에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.

가. 법령이 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 개인의 사생활의 비밀과 자유를 부당하게 침해하지 않는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로써 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

7. 법인·단체 또는 개인(이하 '법인 등'이라 한다)의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만 다음에 열거한 정보를 제외한다.

[ 322 ]

가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

8. 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보

② 공공기관은 제1항 각 호의 1에 해당하는 정보가 기간의 경과 등으로 인하여 비공개의 필요성이 없어진 경우에는 당해 정보를 공개대상으로 하여야 한다.

③ 공공기관은 제1항 각 호의 범위 안에서 당해 공공기관의 업무의 성격을 고려하여 비공개대상정보의 범위에 관한 세부기준을 수립하고 이를 공개하여야 한다.

## 2. 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 인용문서 <sup>주1)</sup>

### 가. 취지

소송에서 문서를 인용하여 증거로서 자기 주장의 뒷받침으로 인용한 이상, 상대방으로부터 신청이 있는 한 문서의 소지자에게 그 문서를 제출시켜 그것을 상대방에게도 이용할 수 있게 하는 것이 공평하다고 일반적으로 설명되고 있다. 즉, 상대방의 입장에서는 인용 당사자에게 일방적으로 유리한 심증이 형성될 위험을 회피하기 위하여 인용문서의 내용을 검토·비판할 기회가 절차적으로 보장되는 것이 공정하다는 것이다.

아울러 당사자가 문서를 인용한 경우 당사자는 인용문서에 관하여 비밀유지의 이익을 방기하였다고 볼 수 있다고 설명되기도 한다. <sup>주2)</sup>

### 나. '소송에서'의 의의

소송의 변론이나 준비절차에서 인용한 것에 한하지 않는다. 즉, 준비서면 중에 인용되어 있으면 아직 변론에서 진술하지 않더라도 이에 해당한다.

[ 323 ]

### 다. '인용'의 의의

학설상 ㉠ 문서 그 자체를 증거로서 인용하는 것을 지칭하고 그 문서의 내용을 인용한 것만으로는 해당되지 않는다는 설, ㉡ 당사자가 문서의 존재를 인용하고 있으면 해당된다는 설, ㉢ 증거를 위하여 인용한 경우와 주장을 명백히 하기 위하여 인용한 문서 모두를 포함한다는 설 등이 있다. 통설, 판례는 ㉡설로 보인다. 인용문서에는 공문서도 포함된다.

대법원 2008. 6. 12.자 2006무82 결정

민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 말하는 '당사자가 소송에서 인용한 문서'라 함은 당사자가 소송에서 당해 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐 아니라 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서도 포함한다고 할 것이고, 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 인용문서에 해당하는 이상, 같은 조 제2항에서 규정하는 바와는 달리, 그것이 '공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'라도 특별한 사정이 없는 한 문서제출의무를 면할 수 없다.

한편 제출의무가 생기는 것은 문서 그 자체를 인용한 경우이고 단지 그 내용을 인용한 데 불과

한 경우는 해당하지 않는다. 나아가 적극적으로 문서의 존재를 주장하였을 것을 요건으로 하는 바, 당사자가 그 비밀에 불일 이익을 적극적으로 포기한 것이 아니면 제출의무를 인정하는 것이 타당하지 않기 때문이다. 따라서 재판장의 석명에 의하여 소지를 시인한 데 불과한 경우는 이에 해당하지 않는다.

#### 라. 이 사건의 경우

재항고인이 본안소송에서 수리거부처분의 적법성의 주요 근거 자료로 이 사건 문서를 인용하고 있고, 공문서도 민사소송법 제344조 제1항 제1호 소정의 '인용문서'의 개념에 포함되므로, 이 사건 문서가 민사소송법 제344조 제1항 제1호 소정의 '인용문서'에 해당함에는 의문이 없다(이에 대하여는 재항고인도 다투지 않고 있다).

[ 324 ]

### 3. 논의의 전제(인용문서에 한정)

이 사건 문서는 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 인용문서에 해당하므로, 이 사건 쟁점에 관한 논의는 인용문서에 관한 경우로 한정하되, 본격적인 논의에 앞서 전제되는 사정들을 살펴보기로 한다.

#### 가. 법조문

민사소송법 제344조의 문언해석으로는 인용문서의 경우 무조건 제출의무를 부과하고 있다. 같은 조 제1항 제3호는 대통령 등을 포함한 공무원의 직무상 비밀에 관한 사항( 제304조 내지 제306조), 친족 등의 증언거부권이 있는 사항( 제314조) 및 변호사 등의 직무상 비밀에 관한 증언거부권이 있는 사항( 제315조)을 문서제출의무의 제외사유로 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 친족 등의 증언거부권이 있는 사항( 제314조), 변호사 등의 직무상 비밀에 관한 증언거부권이 있는 사항( 제315조) 및 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서를 문서제출의무의 제외사유로 규정하고 있음에 반하여, 인용문서의 경우에는 이러한 제외사유가 전혀 규정되어 있지 않다.

민사소송법에 의한 문서제출의무에 정보공개법의 비공개사유가 적용된다는 일반적인 근거 법령도 없다. 다만 증권관련 집단소송법 제32조(문서제출 명령 등) <sup>주3)</sup>는 명시적으로 문서제출명령의 거부사유로 정보공개법 제9조에 해당하는 경우를 규정하고 있다.

#### 나. 입법자료

[ 325 ] 민사소송법 제344조는 2002년 민사소송법 전부 개정으로 아래 <표>와 같이 개정된 조

문인바, 그 개정과 관련된 자료로 법원행정처의 ‘민사소송법 개정내용 해설’이 있는바, 공문서 공개 등에 관하여는 다음과 같이 기재하고 있다.

“공문서의 공개에 관하여는 정보공개법이 별도로 정하고 있으므로, 공문서의 공개는 위 법이 통일적으로 규율하도록 민사소송법의 일반적인 문서제출의무의 대상에서 공무원이 직무상 보관하는 문서를 제외하였다. 그러나 문제된 공문서가 제344조 제2항이 아니라 제344조 제1항 각 호 중 어느 하나에 해당하여 문서제출의무가 인정되는 때에는 당연히 그 공문서에 대하여 문서제출명령을 발할 수 있을 것이다.” 주4)

2002. 1. 26. 개정 이전 주5)	현행
<p>제316조 (문서제출의무) 다음 경우에는 문서소지자는 제출을 거부하지 못한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 당사자가 소송에서 인용한 문서를 소지한 때</li> <li>2. 신청자가 문서소지자에 대하여 그 인도나 열람을 구할 수 있는 때</li> <li>3. 문서가 신청자의 이익을 위하여 작성되었거나 신청자와 문서의 소지자 간의 법률관계에 관하여 작성된 것인 때</li> </ol>	<p>제344조 (문서의 제출의무)</p> <p>① 다음 각 호의 경우에 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때</li> <li>2. 신청자가 문서를 가지고 있는 사람에게 그것을 넘겨 달라고 하거나 보겠다고 요구할 수 있는 사법상의 권리를 가지고 있는 때</li> <li>3. 문서가 신청자의 이익을 위하여 작성되었거나, 신청자와 문서를 가지고 있는 사람 사이의 법률관계에 관하여 작성된 것인 때. 다만 다음 각 목의 사유 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.                     <ul style="list-style-type: none"> <li>가. 제304조 내지 제306조에 규정된 사항이 적혀있는 문서로서 같은 조문들에 규정된 동의를 받지 아니한 문서</li> </ul> </li> </ol> <p>[ 326 ] 나. 문서를 가진 사람 또는 그와 제314조 각 호 가운데 어느 하나의 관계에 있는 사람에게 관하여 같은 조에서 규정된 사항이 적혀 있는 문서</p> <p>다. 제315조 제1항 각 호에 규정된 사항 중 어느 하나에 규정된 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지 아니한 문서</p> <p>② 제1항의 경우 외에도 문서(공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서를 제외한다)가 다음 각 호의 어느 하나에도 해당하지 아니하는 경우에는 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제1항 제3호 (나)목 및 (다)목에 규정된 문서</li> <li>2. 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서</li> </ol>

“ 제344조 제1항 제3호의 신청자의 이익을 위하여 작성되었거나, 신청자와 문서소지자 사이의 법률관계에 관하여 작성된 문서(이익문서·법률관계문서)에 관하여는 종래의 주류적인 해석을 받아들여 증언거절사유에 해당하면 문서제출의무를 부담하지 않는다는 점을 명시하게 되었다.” 주6)

다. 판례

대법원 2008. 6. 12.자 2006무82 결정

민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 말하는 '당사자가 소송에서 인용한 문서'라 함은 당사자가 소송에서 당해 문서 그 자체를 증거로서 [ 327 ] 인용한 경우뿐 아니라 자기 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기 주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서도 포함한다고 할 것이고, 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 인용문서에 해당하는 이상, 같은 조 제2항에서 규정하는 바와는 달리, 그것이 '공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'라도 특별한 사정이 없는 한 문서제출의무를 면할 수 없다.

.....(중략).....

재항고인은 이 사건 문서는 본안사건에서의 입증 취지와 전혀 무관하여 제출의 필요성이 없을 뿐 아니라, 이 사건 문서가 공개될 경우 사법시험 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 고도의 개연성이 존재하여 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 비공개대상정보에 해당하므로 문서제출의무의 대상이 되지 않는다고 주장하나, 재항고인의 이 사건 본안소송에서의 주장처럼 원문제와 모의고사문제 및 실제문제가 동일 또는 유사하지 않은지 여부를 가리기 위해서는 원문제, 즉 이 사건 문서가 제출될 필요가 있을 뿐 아니라, 이 사건 문서가 재항고이유에서 주장하는 바와 같이 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 비공개대상 정보에 해당한다고도 보이지 아니하므로, 위 주장도 모두 이유 없다.

위 판결의 일반적인 판시는 “ 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 인용문서에 해당하는 이상, 같은 조 제2항에서 규정하는 바와는 달리, 그것이 '공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'라도 특별한 사정이 없는 한 문서제출의무를 면할 수 없다.”고 선언함으로써 기본적으로는 정보공개법의 비공개사유 해당 여부와 상관없이 무조건 문서제출의무를 부과하는 입장에서 서 있는 것으로 볼 수 있다.

다만 재항고인의 주장을 판단하면서 “이 사건 문서가 재항고이유에서 주장하는 바와 같이 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 비공개대상정보에 해당하는지 여부를 따져 볼 필요도 없이”라는 표현이 아니라 “이 사건 [ 328 ] 문서가 재항고이유에서 주장하는 바와 같이 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 비공개대상정보에 해당한다고 보이지 아니하므로”라는 표현을 사용함으로써 비공개사유에 해당하는지에 관한 판단을 하였는데, ① 재항고인이 한 정보공개법 소정의 비공개대상정보라는 주장 자체도 이유 없다는 방론에 불과하다는 견해와 ② 비공개대상정보 여부를 판단함으로써 비공개대상정보에 해당하면 문서제출의무를 면할 여지도 있다는 전제에 서 있다는 견해의 양론이 있을 수 있다.

라. 학설

민사소송법 교과서 등에 인용문서의 경우 제344조 제1항 제3호 및 제2항의 제외사유가 (유추)

적용되지 않는다는 취지의 기재가 일부 보이나, 정보공개법의 비공개사유가 (유추)적용되는지에 관하여는 뚜렷한 논의가 없다.

이시윤 교수는 '인용문서는 형평상 어떠한 경우나 제출하여야 할 것이므로, 증언거부사유를 유추적용할 바가 아니어서 제344조 제1항 제3호의 문서와 달리 제출거부의 예외를 인정하지 아니하였다'고 하고 있다. 주7)

김홍엽 교수는 '인용문서는 형평상 언제나 제출되어야 할 경우이므로 이익문서나 법률관계 문서와는 달리 제출거부사유가 인정되지 않는다'고 하고 있다. 주8)

김용진 교수는 '인용문서의 경우에는 문서소지인이 문서제출의 거부를 정당화시킬 수 있는 비밀유지이익이 인정되지 않는다'고 하고 있다. 주9)

반면 한충수 교수는 제344조 제1항 제1, 2호에 대하여 소위 절대적 제출의무가 있는 문서를 명백히 인정한 것으로 보아야 할 것이라고 하면서도, 이러한 문서가 증언거부사유에 해당하거나 정보공개법이 규정하는 비공개대상인 경우에도 동일하게 해석하여야 할 것인지는 의문이라고 하는 견해를 피력하고 있다. 주10)

[ 329 ]

#### 마. 외국의 입법례 등

##### 1) 일본

원래 모법은 독일 민사소송법인데 우리는 이를 계승한 일본 민사소송법을 따른 것으로 보인다. 그런데 독일법은 우리와 조문의 내용과 체계에 차이가 있으므로, 비교법적으로는 일본법의 해석이 직접적 참고가 될 것으로 보인다.

일본의 경우 1996년 민소법의 개정으로 우리 민소법과 비슷하게 제4호에서 공문서를 제외하였다가, 2001년 민소법의 개정으로 제4호가 공문서와 사문서를 불문하고 일반적인 제출의무를 인정하고 있다. 조문구조상 민소법 제220조 제1호 내지 제3호에 해당하는 경우(구법 제312조를 그대로 계승)는 그대로 제출명령을 발하고, 제4호에 해당하는 경우는 그 각 목에 해당하는지 여부를 심사하여 결정하도록 하고 있다.



제220조

다음의 경우에는 문서소지자는 그 제출을 거부할 수 없다.

1. 당사자가 소송에서 인용한 문서를 소지한 때
2. 거증자가 문서소지자에 대하여 그 인도나 열람을 구할 수 있는 때
3. 문서가 거증자의 이익을 위하여 작성되었거나 거증자와 문서소지자 간의 법률관계에 관하여 작성된 것인 때
4. 前 3호의 경우 외에 문서가 다음의 어디에도 해당하지 아니하는 때
  - 가. 문서소지자 또는 문서소지자와 제196조(우리 현행 민소법 제314조에 해당) 각 호의 관계를 가진 자에 관하여 동조에서 규정하는 사항이 기재되어 있는 문서
  - 나. 공무원의 직무상의 비밀에 관한 문서로서 그 제출에 의하여 공공의 이익을 해하거나 공무원의 수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 것
  - 다. 제197조 제1항 제2호(우리 현행 민소법 제315조 제1항 제1호에 해당)에서 규정하는 사실 또는 동항 제3호(우리 현행 민소법 제315조 제1항 제2호에 해당)에 규정하는 사항으로서 묵비 의무가 면제되어 있지 아니한 것이 기재되어 있는 문서
  - 라. 오로지 문서소지자의 이용에 제공하기 위한 문서(국가 또는 지방자치단체가 소지하는 문서에 있어서 공무원이 조직적으로 이용하는 것을 제외한다)
  - 마. 형사사건에 관계된 소송에 관한 서류 혹은 소년보호사건의 기록 또는 이들 사건에서 압수된 문서

[ 330 ] 과거 일본에서는 구법 제312조에 대한 면제사유로 증언거절사유가 유추적용 된다고 일반적으로 설명되고 있었으나, 그 주된 설명이 제3호(이익·권리관계 문서)에 집중되어 있었을 뿐이다. <sup>11)</sup>

그러나 현재는 제220조 제3호 문서에 관하여는 증언거절사유가 유추적용 될 수 있다는 것이 다수설·판례이나(우리나라는 신법으로 입법적으로 해결되었다), 제1호에 관하여는 유추적용을 부정하는 견해만이 발견된다. <sup>12)</sup>

문서제출의무와 정보공개법 소정의 비공개사유와의 관계에 관하여는 많은 논문을 찾을 수 없으나, 민사소송법상 문서제출의무와 정보공개법에 의한 공개원칙이 정합성을 갖도록 하는 것이 바람직하지만, 양법에 의한 공개의 범위가 일치하지 않음을 당연한 전제로 하여, 정보공개법 소정의 비공개사유에 해당하는 경우라도 민사소송법상의 문서제출거부사유에는 해당하지 않는다거나 공무원 비밀문서에 해당되지 않는 경우가 있다는 등으로 설명하는 자료가 있다. <sup>13)</sup>

## 2) 독일

독일 민사소송법은 공문서의 경우에는 기본적으로 증거신청을 문서송부촉탁신청으로 하게끔 하고 있고, <sup>14)</sup> 조문의 체계 및 인용문서의 범위도 우리와 다르므로 직접 참고할 바는 아니라고 생각된다. 다만 독일 민사소송법에 의하더라도 제3자 점유 인용문서의 제출의무에 관하여는

증거부권이 있는 경우 등을 면제사유로 정하고 있는 것과는 달리, 당사자 점유 인용문서의 제출의무에 관하여는 따로 면제사유를 규정하고 있지 않다. 또한 공문서에 관한 민사소송법 제432조에 의한 문서송부촉탁 신청은 공무원 또는 공공관청이 상대방(Gegner)이 아니어야 하고 제3자(Dritter)이어야 한다고 하고, 상대방일 경우에는 문서제출명령에 의하여야 한다고 한다. 주 15) 따라서 [ 331 ] 관공서가 당사자로서 소송상 인용하는 문서에 관하여는 문서제출명령 대상이 되고, 문서제출의무에 대한 면제사유도 없는 것으로 보인다.

제142조 (문서제출명령)

① 당사자 또는 제3자가 문서와 그 밖의 서류를 점유하고 있고 당사자가 이를 인용하는 경우 법원은 당사자 또는 제3자에게 이를 제출하도록 명할 수 있다. 법원은 문서제출기한을 정할 수 있고, 제출된 서류를 법원에 의하여 정해진 기간 사무국에서 보관하도록 명할 수 있다.

② 제3자에 대하여 문서제출을 기대할 수 없거나 제3자가 제383조 내지 제385조에 따라 증거부권이 있는 경우에는 제3자는 문서를 제출할 의무를 지지 아니한다.

제423조 (인용한 경우에 있어서의 상대방의 제출의무)

상대방은 소송 중에 입증을 위하여 인용한 문서로서 그가 갖고 있는 문서는 그러한 인용이 단지 준비서면에서만 행하여진 것이라고 하더라도 제출할 의무를 진다.

제432조 (관공서 또는 공무원에 의한 제출증거신청)

① 증거신청인의 주장에 의하여 관공서 또는 공무원이 문서를 소지하고 있는 때에는 증거의 제출은 관공서 또는 공무원에게 문서의 송부를 촉탁할 것을 신청하여 이를 한다.

#### 4. 인용문서에 대한 문서제출의무와 정보공개법의 관계

##### 가. 견해의 대립

재항고인은 인용문서에 관한 문서제출명령 신청에 대하여 정보공개법 소정의 비공개사유를 들어 문서제출의무를 면할 수 있다고 해석할 수 있을지 견해의 대립이 가능하다.

##### 1) 긍정설

민사소송법상 공문서에 관한 문서제출명령의 범위와 정보공개법상 정보공개범위의 범위는 정합성 있게 결정되어야 하므로, 민사소송법에 명백한 규정이 없더라도 정보공개법상 비공개사유가 있다면 문서소지인은 문서제출명령을 거부할 수 있다고 보아야 한다는 견해이다.

[ 332 ] 그 논리구성에 관하여는, 정보공개법상 비공개사유가 문서제출명령에 직접 또는 유추 적용된다는 견해(【1】 견해), 민사소송법 제344조 제1항 제3호의 제외사유(‘공무원의 직무상

비밀에 관한 사항으로 소속 관청 등의 동의를 받지 아니한 경우')를 유추적용하여 정보공개법상 비공개사유를 공무원의 직무상 비밀로 제외할 수 있다는 견해(【2】 견해), 민소법의 문서제출명령과 정보공개법의 정보공개제도는 그 취지나 목적, 연혁이 다른 제도이므로 정보공개법의 규정을 직접 또는 유추적용하여 문서제출명령의 예외를 인정할 수는 없더라도, 문서제출명령의 예외를 인정하는 기준으로서 정보공개법 제9조 제1항 각 호에서 들고 있는 사유를 설정할 수 있다는 견해(【3】 견해)가 가능하다.

다음과 같은 논거를 생각할 수 있다. 즉 정보공개법상 비공개사유에 해당하는 사유들은 공공의 이익, 사생활보호와 영업상 비밀 등에 관련된 것으로 이러한 내용이 포함된 문서가 문서제출명령을 통하여 공개될 경우, 신청인이 소송목적을 넘어 이를 유용함으로써 위와 같은 이익을 침해할 우려가 있고, 그러한 유용에 대하여 법원에 비난이 가해질 수도 있다. 또한 국가안보 등을 위하여 도저히 공개되어서는 아니 될 문서가 관련 소송에서 국가가 이를 언급하였다는 이유만으로 당해 소송에서 제출되어 공개되어야 한다는 것은 부당하며, 이를 목적으로 한 주객전도의 관련 소송이 양산될 수 있다. 앞서 본 대법원 2006무82 결정의 이유 실시에서, 재항고인이 정보공개법상의 비공개대상사유에 해당한다는 주장을 하자 그 주장에 관하여 그러한 사유에 해당하지 않는다고 구체적으로 판단하였는바, 이는 정보공개법 소정의 비공개사유가 문서제출의무의 면제사유가 됨을 전제로 하는 것이다.

## 2) 부정설

정보공개법의 정보공개와 문서제출명령의 문서제출은 그 취지나 목적, 연혁이 전혀 다른 제도로, 서로 정합성 있게 운용되도록 법 제도를 정비할 필요가 있으나, 그러한 법적 근거가 전혀 없는 상태에서 정보공개법 소정의 비공개사유가 곧바로 문서제출명령의 면제사유가 된다고 보기는 어렵다는 [ 333 ] 견해이다.

다음과 같은 논거가 가능하다. 즉, 기본적으로 인용문서에 관해 제출의무를 부여하는 취지가 공평의 견지뿐만 아니라 당사자의 비밀유지 이익의 방기 등에 있으므로, 문서제출의무자의 문서제출로 인한 불이익이 크다고 할 수 없고, 또한 그러한 불이익을 피할 수 있는 회피수단이 있기 때문에(문서의 존재를 인용하지 않고 내용만을 간접적으로 인용하거나 추상적으로 주장할 수 있고, 법원의 석명에 의하여 비로소 문서의 존재를 밝힌 경우 제출의무가 인정되지 않음), 실제진실 발견을 위한 상대방의 이익이 더 크다고 볼 수도 있다. 또한 정보공개법은 그 청구의 목적과 청구인의 이해관계를 묻지 않고 누구에게나 공개청구를 권리로서 보장하는 것임에 대하여, 민사소송법상의 문서제출명령은 소송당사자가 소송에서 문제가 되어 있는 권리구제, 분쟁해결에 필요한 진실발견을 위하여 당해 문서의 제출을 구하는 부분에 한하여 발령되는 것이기 때문에, 이론적으로도 정보공개법에 의한 비공개사유가 민사소송법상 문서제출명령의 면제사유보다 더 넓을 것이다. 나아가 정보공개법 소정의 제2호 비공개사유는 결국 증거거부사유 중 공무원의 직무상 비밀( 민사소송법 제306조 16) )에 해당할 여지가 큰바, 공무원의 직무상 비밀도 인용문서에 해당하면 문서제출의무를 면할 수 없다고 해석되므로, 정보공개법의 비공개사유에 해당한다고 하여(그 중 공무원의 직무상 비밀에 해당하는 사항도 있지만 그에 미치지 못하는 개인정보보호 [ 334 ] 등 사익을 보호하기 위한 비공개사유도 있음) 문서제출의무를 면할 수 있다는 것은 균형상 맞지 않다.

그리고 문서제출명령에 정보공개법 소정의 비공개사유가 적용되지 않더라도 현실적인 해결책이 없는 것도 아니다. 즉, 긍정설이 우려하는 주객전도 소송(정보공개청구가 받아들여지지 않을 경우 민사소송을 제기하여 문서제출명령신청을 하는 경우)이 제기되더라도, 피고인 국가가 소송과정에서 문서의 존재를 적극적으로 거론하지 않으면 문서제출의무에서 벗어날 수 있으므로 큰 문제가 되지 않는다. 만약 정보공개법 소정의 비공개사유에 해당됨에도 소송당사자가 소송목적을 넘어 이를 유용하면, 모든 경우는 아니겠지만 민·형사상 책임을 물을 수도 있을 것이다. 가령 국가기밀 누설의 경우 간첩죄, 개인의 범죄전력 등을 공연히 적시하면 명예훼손죄 등이 성립할 것이다.

### 3) 절충설

비록 인용문서의 문서제출명령에 예외규정이 없고, 문서제출명령의 취지에 비추어 그 예외를 인정할지 신중한 검토를 요한다고는 하나, 그 예외를 아예 부정할 수는 없을 것이므로 일정한 경우 예외를 인정하는 견해이다.

그 논리구성에 관하여는 앞서 긍정설에서 본 바와 같이, 정보공개법상 비공개사유가 문서제출명령에 직접 또는 유추적용된다는 견해(【1】 견해), 민사소송법 제344조 제1항 제3호의 제외사유(‘공무원의 직무상 비밀에 관한 사항으로 소속 관청 등의 동의를 받지 아니한 경우’)를 유추적용하여 정보공개법상 비공개사유를 공무원의 직무상 비밀로 제한할 수 있다는 견해(【2】 견해), 민소법의 문서제출명령과 정보공개법의 정보공개 제도는 그 취지나 목적, 연혁이 다른 제도이므로 정보공개법의 규정을 직접 또는 유추적용하여 문서제출명령의 예외를 인정할 수는 없더라도, 문서제출명령의 예외를 인정하는 기준으로서 정보공개법 제9조 제1항 각 호에서 들고 있는 사유를 설정할 수 있다는 견해(【3】 견해)가 가능하다.

예외를 인정하는 기준은 구체적, 개별적으로 살펴봐야 하고, 그 기준으로 ① 일응 단순히 공공기관의 업무 수행에 현저한 지장을 초래하는 경우(제5호 사유)에는 [ 335 ] 상대방의 절차보장의 이익이 정보비공개 이익보다 더 크므로 예외로 인정할 수 없고, 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우(제2호 사유)에는 정보비공개 이익이 더 크므로 예외로 인정할 수 있다는 견해(①)견해), ② 문서의 종류, 내용 및 증거의 필요성, 상대방의 절차권 보장의 이익 등을 비교형량하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 결정하자는 견해(②)견해)가 가능하다.

#### 나. 결론(부정설 지지)

실정법에 근거 조항이 없고, 나아가 근거 조항 없이 적용을 인정할 만한 이론적인 근거도 박약할뿐더러 적용을 인정할 만한 현실적인 필요성이 높다고 할 수도 없으므로, 문서제출명령에 정보공개법 소정의 비공개사유를 (유추)적용하거나 민사소송법 제344조 제1항 제3호의 제외사유를 유추적용하거나 또는 정보공개법 소정의 비공개사유에 준하는 문서제출명령의 면제사유를 인정할 수는 없다. 구체적 논거는 다음과 같다.

① 우선 정보공개법의 정보공개와 문서제출명령의 문서제출은 그 취지나 목적, 연혁이 전혀 다른 제도로, 서로 정합성 있게 운용되도록 법제도를 정비할 필요가 있으나, 그러한 법적 근거가 전혀 없는 상태에서 정보공개법 소정의 비공개사유가 곧바로 문서제출명령의 면제사유가 된다고 보기는 어렵다.

정보공개법은 1996. 12. 31. 제정된 법률로, '공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함'을 목적으로 함( 제1조)에 반하여, 민사소송법상 문서제출명령은 소송당사자의 소송에서 문제가 되어 있는 권리구제, 분쟁해결에 필요한 실제적 진실발견을 그 목적으로 하고 있다. 또한 정보공개법은 국민(또는 외국인) <sup>주17)</sup>의 정보공개청구에 대한 공공기관의 의무, 공개절차, [ 336 ] 불복구제절차 등을 정하는 법으로, 문서제출명령과 같이 법원의 명령에 의한 공개를 상정하고 있지 않다. <sup>주18)</sup>

문서제출의무에 관한 규정은 2002년 민사소송법 전부 개정으로 변경되었는바, 당시 일반적 제출의무( 제344조 제2항 <sup>주19)</sup>)와 관련된 공문서의 공개에 관하여는 정보공개법이 별도로 정하고 있으므로 그 공개는 정보공개법이 통일적으로 규율하도록 민사소송법의 일반적인 문서제출의무의 대상에서 제외하고, 제344조 제1항 제2호의 '인도·열람문서'에 관하여도 공공기관의 문서 등 열람에 관하여 따로 정보공개법이 시행 중인 점을 감안하여 위 인도·열람청구권은 사법상의 권리만을 의미하는 것으로 명시하면서도, <sup>주20)</sup> 제344조 제1항의 경우에는 정보공개법과 관련한 다른 제외사유를 전혀 설정하지 않았다. 따라서 정보공개법 소정의 비공개사유에 해당되더라도 제344조 제1항의 경우에는 제출의무를 면할 수 없다고 보는 것이 법체계에 더 부합한다.

한편 정보공개법상 행정소송(비공개결정취소소송)의 경우 소송의 대상이 정보공개법 제9조 제1항 제2호에 의한 정보의 비공개처분에 관한 경우에 공공기관이 그 정보에 대한 비밀지정의 절차, 비밀의 등급·종류 및 성질과 이를 비밀로 취급하게 된 실질적 이유 및 공개를 하지 아니하는 사유 등을 입증하는 때에 당해 정보를 제출하지 아니하게 할 수 있다( 제20조 제3항 <sup>주21)</sup> ). 그런데 만약 위 제2호의 사유로 곧바로 문서제출의무가 면제된다면 [ 337 ] 공공기관의 입장에서 위와 같은 입증절차를 밟지 않고 민사소송에서의 문서제출의무를 면하게 되어 정보공개법상 절차와 균형이 맞지 않다. 그렇다고 해서 민사소송법상 문서제출명령에 위와 같은 입증절차가 적용된다고 보는 것도 부자연스럽다.

또한 증권관련 집단소송법 제32조(문서제출 명령 등) <sup>주22)</sup> 는 명시적으로 문서제출명령의 거부사유로 정보공개법 제9조에 해당하는 경우를 규정하고 있는바, 명시적인 규정이 없는 경우에도 이처럼 명시적인 규정이 있는 경우와 같이 해석하는 것은 법체계에 맞지 않다.

② 기본적으로 인용문서에 관해 제출의무를 부여하는 취지가 공평의 견지뿐만 아니라 당사자의 비밀유지 이익의 방지 등에 있으므로, 문서제출의무자의 문서제출로 인한 불이익이 크다고 할 수 없고, 또한 그러한 불이익을 피할 수 있는 회피수단이 있기 때문에, 실제진실 발견을 위한 상대방의 이익이 더 크다고 볼 수도 있다. <sup>주23)</sup>

[ 338 ] ③ 이론적으로도 민사소송법상 문서제출범위를 정보공개법 소정의 공개범위에 일치시킬 이유가 없다.

오히려 민사소송법상 공문서의 제출거부사유는 일반적으로 정보공개법 소정의 비공개사유에 비하여 좁은 범위라야 할 것이다. 즉, 정보공개법 소정의 비공개사유에 해당하는 경우라도 문서제출거부사유에 해당하지 않는 경우가 있는 등 보다 광범위하게 문서제출의무가 인정되어야 할 것이다. 왜냐하면, 정보공개법은 그 청구의 목적과 청구인의 이해관계를 묻지 않고 누구에게나 공개청구를 권리로서 보장하는 것임에 대하여, 민사소송법상의 문서제출명령은 소송당사자가 소송에서 문제가 되어 있는 권리구제, 분쟁해결에 필요한 진실발견을 위하여 당해 문서의 제출을 구하는 부분에 한하여 발령되는 것이기 때문이다. 주24)

④ 민사소송법 제344조 제1항 제3호의 제외사유(공무원의 직무상 비밀에 관한 사항으로 소속 관청 등의 동의가 없는 경우)가 유추적용된다고 볼 수 없고, 그와의 균형상 정보공개법 소정의 비공개사유를 (유추)적용하거나 문서제출명령의 면제사유로 설정할 수도 없다.

정보공개법 소정의 제2호 비공개사유는 결국 공무원의 직무상 비밀(민사소송법 제306조 주25))에 해당할 여지가 큰바, 이와 같은 사유가 제외사유로 [ 339 ] 규정된 민사소송법 제344조 제1항 제3호와 달리 인용문서에도 위 제외사유가 유추적용되는지 문제되는바, 다음과 같은 이유로 유추적용이 부정된다고 보아야 한다. 즉, 민사소송법 제344조 제1항 제3호에는 명문으로 위와 같은 제외사유가 있는 경우로 소속관청 등의 동의가 없는 경우에 문서제출의무를 면하는 것으로 규정하고 있고, 제1항 제1호에는 이러한 제외사유를 두지 않았으므로 조문체계상 유추적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 주26) 입법과정을 보더라도, 당초 개정안은 민사소송법 제344조 제1항은 구법 제316조 규정을 그대로 유지하고 제2항을 신설하고 제2항에만 증언거부사유를 제외사유로 두는 것이었으나, 공청회를 거치는 과정에서 제1항 제2호를 사법상 청구권이 있는 경우로 한정하고, 제1항 제3호에 관하여 증언거절사유를 제외사유로 추가하였으므로, 주27) 그 취지상 제1항 제1호에 관하여는 증언거절사유를 제외사유로 인정할 수 없다. 물론 증언거부사유와의 균형을 위하여 유추적용 되지 않는다는 것에 의문을 표시하는 견해 주28)가 있고, 법원행정처의 민사소송법 개정내용 해설 주29)에는 제2항의 신설로 기존의 제1항의 해석에 영향을 미치지 않는다고 하고 있으나, 기존의 구법상의 해석으로도 제1호 문서에 증언거부사유를 유추적용 한다는 논의는 찾아볼 수 없다. 오히려 앞서 본 바와 같이 신법의 인용문서에 대한 학설의 대체적인 입장은 증언거부사유가 유추적용 되지 않는다고 하는 것으로 보인다. 다만 과거 일본에서는 구법 제312조에 대한 면제사유로 증언거절사유가 유추적용된다고 일반적으로 설명되고 있었으나, 그 주된 설명이 제3호(이익·권리관계 문서)에 집중되어 있었을 뿐이다. 주30) 현재 일본은 제220조 제3호 문서에 관하여 증언거절사유가 유추적용 될 수 있다는 것이 다수설·판례이나(우리나라는 신법으로 입법적으로 해결되었음), 제1호에 관하여는 유추적용을 부정하는 견해만이 발견되고 있다. 주31) 만약 유추적용이 인정된다면 공무원의 [ 340 ] 직무상 비밀에 해당하기만 하면 소속관청 등이 동의를 하지 않는 이상 문서제출의무를 면할 수 있으므로, 법원의 인용문서에 관한 심리가 현저히 제한될 것이다.

결국, 공무원의 직무상 비밀도 인용문서에 해당하면 문서제출의무를 면할 수 없고, 그와의 균형상 정보공개법의 비공개사유에 해당하는 경우라도(그 중 공무원의 직무상 비밀에 해당하는 사항도 있지만 그에 미치지 못하는 개인정보보호 등 사익을 보호하기 위한 비공개사유도 있음) 문서제출의무를 면할 수 없다고 보아야 한다.

⑤ 대법원 2006우82 결정은 문서가 정보공개법 소정의 비공개사유에 해당한다는 재항고인의 주장에 대하여 사실관계상 이에 해당하지 않는다고 판시하였을 뿐이지, 정보공개법 소정의 비공개사

유가 있으면 문서제출의무가 면제되는지 직접 판시를 한 것은 아니므로, 부정설과 저촉되지 않는다.

⑥ 정보공개법 소정의 비공개사유가 문서제출명령에 (유추)적용되거나 면제사유로 설정되지 않더라도 현실적으로 큰 문제가 되지 않는다.

국가안보와 관련된 중요한 비밀의 경우 소송목적을 벗어나 사용될 우려가 있으므로, 이러한 중요한 비밀의 경우 문서제출명령에서 제외할 현실적인 필요성이 있는 것은 사실이나, 이는 장래 입법으로 해결할 문제로 보인다. 입법론적으로 본다면, 인용문서의 경우 상대방을 보호할 필요가 큰 만큼 정보공개법 소정의 비공개사유 전부를 문서제출 면제사유로 규정할지는 신중한 검토가 필요할 것으로 보인다. 현 단계에서는, 중요한 비밀의 경우 국가로서는 소송과정에서 문서의 존재를 주장하지 않고, 추상적으로 주장의 근거를 밝히거나 간접적으로 문서의 내용만을 원용하면서 인용문서의 제출의무에서 벗어날 수 있을 것이다. 주32)

긍정설이 우려하는 주객전도의 소송(정보공개청구가 받아들여지지 않을 [ 341 ] 경우 민사소송을 제기하여 문서제출명령신청을 하는 경우)이 제기되더라도, 국가가 비공개결정된 문서를 문서제출명령을 통하여 간접적으로 제출해야 하는 상황은 거의 없을 것이다. 즉, 문서 A에 대해 정보공개청구가 받아들여지지 않을 경우 청구인이 그 비공개처분의 위법성을 들어 손해배상청구를 하였을 경우, 국가는 비공개사유에 관한 주장·입증을 할 것인데, 문서 A 자체가 문서 A에 대한 비공개사유에 관한 주장·입증을 위한 인용문서가 되지는 않을 것이고, 비공개사유의 근거로 국가가 문서 B, C를 인용하였을 때 비로소 문서 B, C가 인용문서가 될 것이다. 국가로서는 문서 B, C의 존재를 적극적으로 거론하지 않고 간접적으로 그 내용만을 원용하면 문서 B, C의 문서제출의무에서도 벗어날 수 있으므로 큰 문제가 되지 않는다. 주33)

또한 국가의 입장에서 중요한 비밀이어서 제출할 수 없는 경우에는 제출하지 않음으로 인한 민사소송법상 불이익을 감수하면 될 것이고, 그 불이익의 정도가 매우 클 것으로 보이지도 않는다. 즉, 국가는 사실인정의 불이익을 받는 데 그칠 것인데, 사실인정의 불이익도 상대방 주장사실(이 사건의 경우 수리거부처분의 위법성 등)의 증명을 의미하는 것은 아니다. 주34)

법원의 입장에서도 이러한 중요한 비밀과 관련된 문서제출신청의 허가 여부에 관한 재판을 할 때에 문서가 서증으로 필요하지 심리할 수 있으므로, 그 재판을 할 때 서증으로서의 필요성을 엄격하게 살펴서 가급적 문서제출명령 채택을 자제하는 방향으로 운용하면 될 것이다. 주35)

[ 342 ] 나아가 민사소송법 제162조 제4항 등에 의하여 당사자는 비밀유지의무가 있으므로 규범적으로 함부로 비공개문서의 내용을 누설할 수 없고, 만약 정보공개법 소정의 비공개사유에 해당됨에도 소송당사자가 소송 목적을 넘어 이를 유용하면, 민·형사상 책임을 물을 수 있는 경우도 있다. 가령 국가기밀 누설의 경우 간첩죄나 국가보안법 위반죄로, 사생활비밀을 누설한다면 명예훼손죄로, 영업비밀을 누설한다면 부정경쟁방지법 위반죄로 형사처벌을 받을 수도 있고, 민사적으로 불법행위책임을 질 수도 있을 것이다.

절충설에 대하여는, 위와 같은 부정설의 논거가 그대로 그 비판의 논거가 된다. 특히 절충설 중 ①견해에 대하여는, 제2호와 제5호의 비공개사유를 구별할 이론적 근거를 찾기 어렵고, 제2호의 경우에도 상대방의 소송상 실체진실 발견의 이익을 무시할 수 없으며, 국가로서는 문서의 존재를 인용하지 않음으로써 사전에 인용문서의 구속에서 벗어날 수 있으므로, 굳이 제2호와

제5호를 구별할 필요는 없을 것이다. 절충설 중 ②)견해에 대하여는, 기존 설정 자체가 모호하고 추상적이며, 문서가 공개되지 않은 상태에서 그 내용을 따져 이익형량을 하기는 쉽지 않고, 법원이 이익형량하여 판단할 수 있다는 근거도 부족하며, 비밀유지이익이 매우 크다면 어차피 법원이 문서제출명령 재판을 할 때 증거로서의 필요성을 엄격하게 따지면 되므로, 굳이 이러한 기준을 설정할 필요는 없을 듯하다.

따라서 대상결정이 부정설을 채택하고, 나아가 그 근거로 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 문언, 인용문서에 관하여 문서제출의무가 인정되는 취지, 신청인과 문서소지인의 이해관계, 민사소송법상 문서제출명령 제도와 정보공개법상 정보공개 제도의 제도적 차이점 등을 명백히 제시한 것은 타당하다.

### 【對象決定의 意義】

대상결정은 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 문언, 인용문서에 관하여 문서제출의무가 인정되는 취지, 신청인과 문서소지인의 이해관계, 민사소송법상 [ 343 ] 문서제출명령 제도와 정보공개법상 정보공개 제도의 제도적 차이점 등을 두루 고려하여 민사소송법상 인용문서에 대하여는 정보공개법상 비공개사유가 적용되지 않음을 명확히 한 판결로서 그 의의가 있다.

주1) 편집대표 김상원, 박우동 외 2인, 주석 신민사소송법(5) (제1판), 한국사법행정학회(2004), 367 이하.

주2) 吉村徳重, 小島武司, 註釋民事訴訟法(7), 有斐閣(1995), 66.

주3) 最高裁判所 民事訴訟法 第323條 (문서제출 명령 등)

①) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 소송과 관련 있는 문서를 가지고 있는 자에게 그 문서의 제출을 명하거나 송부를 촉탁할 수 있다.

②) 제1항에 따른 문서제출 명령이나 문서송부 촉탁을 받은 자는 정당한 이유 없이 그 제출이나 송부를 거부할 수 없다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 문서의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조 제3항 및 제9조 제1항 각 호의 사유가 있는 문서

2. 「민사소송법」에 따라 제출을 거부할 수 있는 문서.

주4) 법원행정처. 민사소송법 개정내용 해설(2002), 208.

주5) 일본의 1996년 개정 이전의 제312조와 거의 동일함.



주6) 법원행정처, 민사소송법 개정내용 해설(2002), 209.

주7) 이시훈, 신민사소송법(제6판), 박영사(2011), 477.

주8) 김홍업, 민사소송법(제2판), 박영사(2011), 597.

주9) 김용진, 민사소송법(제5판), 신영사(2008), 362.

주10) 한충수, "민사소송법개정안의 문서제출의무 범위", 인권과 정의 229호, 48.

주11) 伊藤 眞, 民事訴訟法, 有斐閣(2010), 385.

주12) 伊藤 眞(주 11), 386; 松本博之, 上野泰男, 民事訴訟法, 弘文堂(2008), 449.

주13) 三宅直三 외 2인, 新民事訴訟法大系 3巻, 青林書院(1998), 166-167; 深山卓也 외 4인, "民事訴訟法の一部お改正する法律の概要(上)", JURIST(2001. 10.) 106, 108-109(각주 6부분).

주14) Vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo(Hrsg.), ZPO Kommentar, 2007, § 432, Rn. 1.

주15) Huber, in: Musielak (Hrsg.), ZPO Kommentar, 2007, § 432, Rn. 2.

주16) 민사소송법

제306조 (공무원의 신문)

제304조와 제305조에 규정한 사람 외의 공무원 또는 공무원이었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 그 소속 관청 또는 관청 장청의 동의를 받아야 한다.

제304조 (대통령·국회의장·대법원장·헌법재판소장의 신문)

대통령·국회의장·대법원장 및 헌법재판소장 또는 그 직책에 있었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 그의 동의를 받아야 한다.

제305조 (국회의원·국무총리·국무위원의 신문)

① 국회의원 또는 그 직책에 있었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 국회의 동의를 받아야 한다.

② 국무총리·국무위원 또는 그 직책에 있었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 국무회의의 동의를 받아야 한다.

주17) 공민기판 살충건의 자료요구 등에는 이 법이 적용되지 않을. 김중양, 정보공개법, 법문사(2000), 204; 국회의원에 대한 일정한 자료제공에 관하여도 국회의에서의 동연·감청 등에 관한 법률 제4조 등에서 별도의 절차를 마련하고 있다.

주18) 정보공개법 제2조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. "공개"라 함은 공공기관이 이 법의 규정에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본·복제물을 교부하는 것 또는 「전자정부법」 제2조 제10호의 규정에 의한 정보통신망(이하 '정보통신망'이라 한다)을 통하여 정보를 제공하는 것을 말한다.

제5조 (정보공개청구권자)

① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.

② 외국인의 정보공개청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.

주19) 제344조 제1항은 당사자와 문서 사이에 특별한 관계가 있는 경우의 제출의무에 관한 규정이고, 제2항은 그러한 관계가 없는 일반적인 경우의 제출의무에 관한 규정이다.

주20) 법원행정처, 민사소송법 개정내용 해설(2002), 208~209.

주21) 정보공개법 제20조 (행정소송)

① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

② 재판장은 필요하다고 인정되는 때에는 당사자를 참여시키지 아니하고 제출된 공개청구정보를 비공개로 열람·심사할 수 있다.

③ 재판장은 행정소송의 대상이 제9조 제1항 제2호의 규정에 의한 정보 중 국가안전보장·국방 또는 외교에 관한 정보의 비공개 또는 부분공개 결정 처분인 경우에 공공기관이 그 정보에 대한 비밀지정의 절차, 비밀의 등급·종류 및 성결과 이를 비밀로 취급하게 된 실질적인 이유 및 공개를 하지 아니하는 사유 등을 입증하는 때에는 당해 정보를 제출하지 아니하게 할 수 있다.

주22) 중경관령 집단소송법 제32조 (문서제출 명령 등)

① 법원은 필요하다고 인정할 때에는 소송과 관련 있는 문서를 가지고 있는 자에게 그 문서의 제출을 명하거나 송부를 촉박할 수 있다.

② 제1항에 따른 문서제출 명령이나 문서송부 촉박을 받은 자는 정당한 이유 없이 그 제출이나 송부를 거부할 수 없다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 문서의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조 제3항 및 제9조 제1항 각 호의 사유가 있는 문서

2. 「민사소송법」에 따라 제출을 거부할 수 있는 문서

주23) 이와 관련하여, 제344조 제1항의 문서는 신청인과 문서와의 사이에 특별한 관계 등이 있고 그 제출을 인정하여도 소지자에게 특별한 불이익을 주지 않으며 오히려 그 제출을 인정하지 아니하면 신청인에게 현저한 불이익을 주는 문서이고, 제2항은 신청인과 문서와의 사이에 특별한 관계 등이 없는 문서에 관하여도 일반적인 문서제출의무를 인정할 결과 문서소지자의 프라이버시나 직무상의 비밀 등을 침해할 위험성이 높으므로 행사소추명 예칭해문서 등의 일정한 문서에 관하여는 제출의무를 지지 않도록 하는 제외규정을 설정할 필요성이 있는 등 제1항의 문서와 제2항의 문서는 필격으로 다르다고 보는 견해도 있다. 이호연, "대법원의 민사소송법 개정안에 대한 소고", 법조 48권 5호, 234.

주24) 김원태, "신민사소송법에서의 문서제출의무의 범위", 재산법연구 22권 1호, 377.

주25) 민사소송법

제306조 (공무원의 신문)

제304조와 제305조에 규정한 사항 외의 경우엔 또는 공무원이었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 그 소속 관청 또는 감독 관청의 동의를 받아야 한다.

제304조 (대통령·국회의장·대법원장·헌법재판소장의 신문)

대통령·국회의장·대법원장 및 헌법재판소장 또는 그 직책에 있었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 그의 동의를 받아야 한다.

제305조 (국회의원·국무총리·국무위원의 신문)

① 국회의원은 그 직책에 있었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 국회의 동의를 받아야 한다.

② 국무총리·국무위원 또는 그 직책에 있었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 국무회의의 동의를 받아야 한다.

주26) 이호원(주 23), 234도 같은 취지로 보인다.

주27) 자세한 입법경과에 관하여는 한충수(주 10), 37~39.

주28) 한충수(주 10), 48.

주29) 법원행정처, 민사소송법 개정내용 해설, 208.

주30) 伊藤 眞(주 11), 385.

주31) 伊藤 眞(주 11), 386; 松本博之, 上野泰男(주12), 449.

주32) 문서의 내용만을 인용하는 경우에는 제출의무를 인정할 수 없고, 만약 추상적인 주장을 하거나 문서의 내용만을 인용하다가 재판부의 석명에 의하여 구체적으로 문서의 존재를 밝혀달라고 인용문서에 해당되지 않을 것이다. 이러한 경우 제2령의 공문서에 해당되어 결국 정보공개법에 따른 정보공개가 가능할 것이다.

주33) 이 사건의 경우에도 피고가 문서를 인용함으로써 비무소 알고들이 그 존재를 알게 되어 문서제출명령 신청을 할 것으로 보인다.

주34) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다60369 판결: 당사자가 문서제출명령에 따르지 아니한 경우에는 법원을 상대방의 그 문서에 관한 주장, 즉 문서의 성질, 내용, 성립의 진정 등에 관한 주장을 진술한 것으로 인정하여야 한다는 것이지 그 문서에 의하여 입증하고자 하는 상대방의 주장사실까지 반드시 증명되었다고 인정하여야 한다는 취지는 아니다.

주35) 대법원 2009. 4. 28.자 2009무12 결정: 문서제출신청의 허가 여부에 관한 재판을 할 때에는 그때까지의 소송결과와 문서제출신청의 내용에

비추어 신청 자체로 받아들일 수 없는 경우가 아닌 한 상대방에게 문서제출신청서를 송달하는 등 문서제출신청이 있음을 알렸으므로 그에 관한 의견을 진술할 기회를 부여하고, 그 결과에 따라 당해 문서의 존재와 소지 여부, 당해 문서가 서증으로 필요한지 여부, 문서제출신청의 상대방이 민사소송법 제344조에 따라 문서제출의무를 부담하는지 여부 등을 심리한 후, 그 허가 여부를 판단하여야 한다.

열람용

## 문서제출명령에 대한 즉시항고

항 고 인                 대한민국

(피고, 피신청인)       항고인의 대리인 정부법무공단

                              담당변호사 서규영, 최상철, 유일한, 부효준

                              서울 서초구 서초중앙로 79(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩

상 대 방                 외 21

(원고, 신청인)         상대방들의 대리인 변호사 김가연

                              서울 서초구 서초대로 50길 62-9(서초동, 한림빌딩) 402호

본안사건                서울중앙지방법원 2016가소5944347 손해배상(국)

### 원결정의 표시

문서소지인 피고 대한민국은 이 결정을 받은 날로부터 7일 이내에 다음 문서를 이 법원에 제출하라.

문서의 표시 : 별지와 같음

### 항 고 취 지

원 결정을 취소하고 다시 상당한 재판을 구합니다.



## 항 고 이 유

### 1. 서울중앙지방법원의 2016. 12. 15.자 문서제출명령

상대방(원고, 신청인, 이하 '상대방'이라 합니다)들은 본안사건인 서울중앙지방법원 2016가소5944347 손해배상(국) 사건이 진행 중인 2016. 11. 3. 항고인(피고, 신청인, 이하 '항고인'이라 합니다)에게 아래와 같은 문서에 대하여 문서제출명령을 신청하였고, 원심은 2016. 12. 15. 위 신청을 그대로 받아들여 원결정과 같은 내용의 문서제출명령(이하 '이 사건 결정'이라 합니다)을 하였습니다.

첫째, 이통통신사 등에 각 원고의 각 통신자료 제공을 요청한 자료제공요청서(별지 참조)  
둘째, 각 원고의 각 통신자료 제공을 요청한 구체적인 사유(구체적인 사건과의 연관성, 연관성이 있다면 해당 사건의 사건번호와 사건명, 혐의내용 및 피의자 또는 피고인명 등)

### 2. 항고이유 - 상대방들의 신청 내용은 문서제출명령의 대상이 될 수 없습니다.

#### 가. 상대방들이 주장하는 문서제출명령의 근거 요지

상대방들은 2016. 11. 3. 항고인 소속 직원들이 전기통신사업자들에게 보낸 통신자료제공요청서(이하, '이 사건 통신자료제공요청서'라고 합니다.) 등에 대한 문

서제출명령을 신청하면서, 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 “당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때”를 근거로 제시하였습니다.

또한, 상대방들은 2016. 12. 7. 준비서면을 통하여 항고인이 준비서면 등에서 전기통신사업법 제83조 제3, 4항의 규정을 적시하였는데, 위 규정의 내용에는 “자료제공요청서”가 기재되어 있으므로, 항고인이 전기통신사업법 제83조 제3, 4항을 적시한 것은 이 사건 통신자료제공요청서를 인용한 것으로 볼 수 있다고 주장합니다.

나. 항고인은 이 사건 통신자료제공요청서 등을 본안에서 인용한 바 없습니다.

#### 1) 민사소송법 제344조 제1항 제1호에 대한 법리

민사소송법 제344조 제1항 제1호는 당사자가 소송에서 인용한 문서를 지칭하는 조항입니다. 여기서 인용문서는 소송에서 자기를 위한 증거로 또는 주장을 명백히 하기 위하여 끌어 쓴 문서라면 상대방에게도 이용시키는 것이 형평에 맞기 때문에 문서제출명령의 대상이 되는 것으로 규정하고 있는 것입니다.

이에 대하여 대법원은 “민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 말하는 당사자가 소송에서 인용한 문서라 함은 당사자가 소송에서 당해 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐 아니라 자기주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기주장의 근거 또는 보조로 삼은 문서도 포함한다고 할 것”이라고 판시(대법원 2008. 6. 12.자 2006무82 결정 참조)한 바 있습니다.



나아가 대법원은 “민사소송법 제344조 제1항 제1호는 민사소송에서 문서의 제출 의무에 관하여 “당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때에 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정의 인용문서에 관하여는 민사소송법 제344조 제1항 제3호나 제2항과 달리 문서제출의무의 예외사유에 대한 아무런 규정이 없는 점, 이러한 인용문서의 경우 당사자가 소송에서 문서를 증거로 인용하거나 자신의 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자신의 주장의 근거 또는 보조로 삼은 이상, 상대방에게도 그 문서의 내용을 검토·비판할 기회를 보장하고 그 문서를 이용하게 하는 것이 공평의 견지에서 타당하다는 취지에서 문서제출의무가 인정되는 점, 비밀유지이익을 가지는 당사자로서는 소송에서 적극적으로 그 문서의 존재와 내용을 언급하지 아니함으로써 위와 같은 인용문서 제출의 부담을 회피할 수 있는 점, 민사소송법에 의한 문서제출명령 제도와 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개 제도는 그 목적이나 취지, 연혁 등을 달리하고, 법원이 공공기관의 정보공개거부처분을 취소할 경우 취소판결의 기속력에 의하여 공공기관의 정보공개가 사실상 강제되는 것에 반하여(행정소송법 제30조 제2항, 제34조), 국가 등이 당사자로서 문서제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원이 소송상 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있는 데 그치는 점(민사소송법 제349조) 등 그 효력도 달리하는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 인용문서가 공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에 정하고 있는 비공개대상 정보에 해당한다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서제출의무를 면할 수 없다고 봄이 상당하다.”라고 판시(2011. 7. 6.자 2010마1659 결정)하고 있습니다.

결국, 민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 의미하는 인용문서는 상대방이





소송에서 문서를 증거로 인용하거나 자신의 주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 그 자체의 존재와 내용을 인용한 경우를 의미하는 것이고, 단지 문서의 법률상 근거 조항을 밝히거나 일반적인 판례 이론을 실시하였다고 한 것까지 포함하는 의미라고 볼 수 없는 것입니다.

## 2) 사안의 경우

가) 항고인은 본안소송에서 이 사건 통신자료제공요청서를 항고인의 증거로 사용하거나 주장을 명백히 하기 위하여 인용한 바 없습니다. 또한, 항고인은 단지 전기통신사업법 규정을 언급하였을 뿐, ‘적극적’으로 이 사건 통신자료제공요청서 문서의 ‘존재’와 그 ‘내용’을 언급하면서 항고인의 주장의 근거 또는 보조로 삼은 사실이 전혀 존재하지 아니합니다.

나) 이에 대하여 상대방들은 항고인이 근거로 삼는 전기통신사업법 제83조 제3, 4항에 “자료제공요청서”가 기재되어 있다는 점을 주된 근거로 들어 이 사건 통신자료제공 요청서는 항고인이 ‘인용’한 문서에 해당한다고 주장합니다.

그러나 항고인은 본안사건 진행 중 이 사건 통신자료제공요청 행위는 전기통신사업법령에 근거하여 적법하고, 관련 판례에 의하더라도 권한을 남용하지도 않았다는 주장만을 하였을 뿐, 상대방들의 주장 내용에 의하더라도 항고인이 ‘구체적’·‘적극적’으로 자료제공요청서 ‘자체’의 ‘존재’와 그 ‘내용’을 언급하면서 항고인 주장의 근거로 삼은 적이 없음은 명백합니다.

나아가 항고인은 자료제공요청서 등에 대한 “비밀유지이익을 가지는 당사자”입니다. 그렇기 때문에 항고인은 “소송에서 적극적으로 그 문서의 존재와 내용을 언급하지 아니함으로써 위와 같은 인용문서 제출의 부담을 회피”하려던 하였지, 그 비밀에 붙일 이익을 이 사건 본안 소송을 통하여 적극적으로 포기할 아무런 이유도 없습니다.

다) 결국, 항고인은 ‘적극적’으로 이 사건 통신자료제공요청서의 ‘존재’와 그 ‘내용’을 언급하면서 항고인의 주장의 근거 또는 보조로 삼은 사실이 전혀 존재하지 아니하며, 항고인이 자료제공요청서 등을 인용하였다는 내용의 상대방들 주장은 독자적인 견해에 불과합니다.

그럼에도 불구하고 원심은 상대방의 문서제출명령신청을 인용하는 이 사건 결정을 하고 말았으므로, 위법하다고 볼 것입니다.

다. 이 사건 통신자료제공요청서 등은 모두 ‘공문서’이므로 문서제출명령 대상에서도 제외됩니다.

1) 대법원은 공문서에 대한 문서제출명령의 가부와 관련하여 “민사소송법 제 344조 제2항은 같은 조 제1항에서 정한 문서에 해당하지 아니한 문서라도 문서의 소지자는 원칙적으로 그 제출을 거부하지 못하나, 다만 ‘공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’는 예외적으로 제출을 거부할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 ‘공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서’는 국가기관이 보유·관리하는 공문서를 의미한다고 할 것이고, 이러한 공문서의 공개에 관하여는 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 절

차와 방법에 의하여야 할 것이다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, ..., 나아가 이들은 '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'에 해당하므로, 피신청인으로서 위 문서들의 제출을 거부할 수 있다고 할 것이다.”고 판시하고 있습니다(대법원 2010. 1. 19. 자 2008마546 결정).

2) 위 대법원 판례에 비추어 살펴보면, 이 사건 통신자료제공요청서는 공문서임이 명백하여 문서제출명령의 대상이 아니므로, 항고인으로서 위 문서들의 제출을 거부할 수 있다고 할 것입니다.

## 라. 소결

이와 같이 이 사건 통신자료제공요청서 등은 항고인이 본안에서 인용한 문서가 아니고, 모두 공문서로서 문서제출명령의 대상에서 제외되므로, 상대방들은 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서 정한 절차와 방법에 의하여 정보공개청구를 하여야 할 것임에도 불구하고, 원심은 상대방들의 문서제출명령을 인용하는 이 사건 결정을 하고 말았으므로, 위법합니다.

## 3. 결론

이상과 같은 이유로 항고인은 민사소송법 제348조에 의하여 즉시항고를 제기하오니 이를 인용하여 주시기 바랍니다.



2016. 12. .

항고인의 대리인 정부법무공단

변호사 서 규 영



변호사 최 상 철



변호사 유 일 한



변호사 부 효 준



서울중앙지방법원

귀중



정부법무공단  
Korean Government Legal Service

06600 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩  
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr