

---

# 사법행정자문회의 대한변호사협회 제안 안건

- 디스커버리(증거개시제도) 도입 -

---

2021. 12. 8.

## 1

## 디스커버리 제도의 의의

- 현행 민사소송법상 법원은 당사자의 신청에 따라 증거조사를 실시할 수 있고(민사소송법 제375조), 서증으로 제출하고자 하는 문서를 상대방 또는 제3자가 소지하고 있기 때문에 직접 제출할 수 없는 경우 당사자가 문서제출명령을 구하는 신청을 함으로써 서증의 신청을 할 수 있음(민사소송법 제344조). 이처럼 민사소송법에 증거수집을 위한 절차가 규정되어 있지만 해당 증거 관련 규정은 법원의 증거조사를 위주로 구성되어 있어 당사자의 증거수집에 관해서는 규율이 부족한 상황이며, 증거의 구조적 편재 현상을 근본적으로 해결하기에는 한계가 있음.
- 미국의 경우, ‘디스커버리 제도’가 있어 본안 심리전 양측 당사자가 보유하고 있는 증거를 공개하도록 하고 있음. 즉, 본격적인 소송절차에 들어가기 전 서로가 가지고 있는 패를 초기에 공개해 당사자가 서로의 증거에 접근할 수 있도록 하고, 증거를 바탕으로 미리 쟁점을 파악하도록 하는 것임. 특히, 당사자의 주도하에 증거 조사가 이루어질 수 있다는 점이 특징적이라고 할 수 있음. 당사자에 대한 질문서 송부, 증인의 증언 녹취, 문서 등 제출 요구 등의 방식으로 소송과 관련한 증거를 확보하게 되고, 공개 규정을 위반할 경우 제재가 가능하도록 하고 있음.
- 이러한 디스커버리 제도는 심리에 들어가기 전 가능한 한 최대한 기본적인 이슈와 사실을 드러내어 소송이 공정한 경쟁 과정이 될 수 있도록 한다는 점에서 의미가 있음. 뿐만 아니라, 이는 당사자 간 조정 및 화해를 촉진하고 소송에 소요되는 비용도 절감하는 역할도 하고 있음. 사건과 관련된 증거가 조기에 공개되어 당사자 간에 공유되므로, 양보와 타협의 여지가 많아지고 증거 공개 과정에서 합리적인 합의점을 찾게 될 수도 있기 때문임.

## 2

## 디스커버리 제도의 국내 도입의 필요성

- 민사소송의 당사자는 자신이 주장하는 사실에 대하여 증명책임을 지는 것이 원칙임. 그러나, 국가·지자체·기업·의료기관 등에 증거가 집중되어 있는 경우가 많아, 소송에 있어서 일반 국민은 소송 상대방이나 제3자가 독점하고 있는 증거를 확보하기 어려운 실정임. 이로 인해, 소송당사자 간 정보 비대칭의 문제 및 증거방법 채택을 둘러싼 불만이 발생하고, 이는 사실심에 대한 불복으로 이어져 높은 상소율로 직결되고 있으며 재판 불신이라는 결과를 낳고 있음.
- 우리나라에도 미국식 디스커버리 제도를 도입하여, 기존의 입증책임 법리의 굴레를 벗어나 증거확보의 공정성을 담보함으로써 사실심을 충실화하고, 실제적 진실 발견과 승복하는 재판제도 마련의 필요성이 절실함.
- 디스커버리 제도가 도입되면 분쟁의 초반에 증인의 신선한 증언을 얻을 수 있게 되므로 증거의 신빙성을 확보할 수 있고, 시간이 흐름에 따라 자동적으로 삭제 혹은 폐기되는 전자정보도 조기에 확보할 수 있을 것으로 보임. 또한, 잠재적 당사자로 하여금 소 제기 전 단계에서 소송수행에 필요한 정보와 증거를 미리 획득하게 함으로써 쟁점을 원활하게 정리할 수 있으며 그에 따라 충실하고 계획적인 심리가 진행될 수 있을 것으로 생각됨.
- 참고로, 21대 국회에 조응천 의원 대표발의로 디스커버리 제도 도입과 관련된 「민사소송법」 일부개정법률안이 발의되어 있음. 다만 실효성 있는 디스커버리 제도 도입을 위해 그 내용이 보완될 필요가 있음.

\* [첨부 1] 민사소송법 일부개정법률안(2110874, 조응천의원 등 11인)

[첨부 2] 민사소송법 일부개정법률안(2110939, 조응천의원 등 10인)

### ○ 디스커버리의 범위

미국 연방민사소송규칙은 디스커버리의 대상을 ‘양 당사자의 청구 또는 방어와 관련성이 있으며, 사건의 필요성에 따른 비례성을 충족하는 비닉 특권으로 보호되지 않는 모든 사항’으로 정하고 있음[Federal rules of civil procedure(이하, FRCP) 26(b)(1)]. 이는 미국에서 오랜 기간 판례의 집적으로 그 범위가 형성된 것인바, 우리나라에 디스커버리 제도를 도입할 시 제출 의무를 면제받는 예외범위를 명확히 할 필요가 있음.

### ○ 디스커버리는 ‘변호사의 비닉특권’ 도입을 전제로 도입 가능

- 미국의 디스커버리 제도는 가능한 한 최대한 사실을 드러낸 후 당사자 간의 공정한 경쟁과정을 만드는 것으로, 비닉특권(Privilege)에 의해 보호되는 사항은 디스커버리에서 제외하고 있음. 디스커버리에서의 비닉특권은 증언녹취서(depositions), 질문서(interrogatories) 등의 수단을 통해 디스커버리를 요구받는 자가 이를 거부할 수 있는 사유가 되는 특권으로, 배우자 간, 의뢰인-변호사 간, 환자-의사 간 등의 비닉특권을 의미하며, 그 중에서도 의뢰인-변호사 간의 비닉특권(Attorney-Client Privilege, ACP)이 핵심이라고 할 수 있음.
- 그런데, 우리나라는 아직 미국과 달리 의뢰인-변호사 간의 비닉특권이 인정되고 있지 않으므로, 디스커버리 제도 도입 전 반드시 변호사의 비닉특권이 입법화되어야 국민의 실질적인 방어권이 보장될 수 있을 것임.

- 대한변협은 변호사법 개정을 통해 변호사의 ‘비밀유지의무’ 외에 ‘비밀유지권리’를 도입하고, 변호사가 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 아니할 권리를 명시적으로 규정하는 법률 개정을 추진 중에 있음.

구체적으로, 의뢰인의 승낙이 있는 경우나 중대한 공익상 필요가 있는 경우 등을 제외하고는 변호사가 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 아니할 권리를 규정하고, 누구든지 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용 및 서류나 자료 등을 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구할 수 없도록 하며, 이를 위반하여 수집한 증거는 재판 또는 행정절차 등에서 증거로 할 수 없도록 함으로써 국민의 변호인의 조력을 받을 권리를 두텁게 보장하고자 하는 취지임.

\* [첨부 3] 변호사법 일부개정법률안(대한변협안) 참조

현 행	개 정 안
<p>제26조(비밀유지의무 등) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>&lt;신 설&gt;</p>	<p>제26조(비밀유지권리 및 의무) ① 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 아니할 권리와 의무가 있다. ----- -----.</p> <p>② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 변호사는 필요한 범위에서 직무상 알게 된 비밀을 공개할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 의뢰인의 승낙이 있는 경우</li> <li>2. 의뢰인이 범죄를 범할 목적으로 법적 자문을 받은 경우 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우</li> <li>3. 변호사가 자신의 권리를 실현하거나 방어하기 위하여 필요한 경우</li> <li>4. 직무를 수행하기 위하여 사회적으로</li> </ol>

<신 설>	<p><u>상당한 범위 내에서 제3자에게 정보를 전달하거나 처리하도록 하는 경우</u></p> <p>③ <u>누구든지 다음 각 호의 사항에 대하여 공개, 제출 또는 열람할 것을 요구하여서는 아니 된다.</u></p> <p>1. <u>직무와 관련하여 변호사와 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용</u></p> <p>2. <u>직무와 관련하여 변호사가 의뢰인으로 부터 제출받은 서류나 자료(전자적 형태로 작성·관리되는 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 물건</u></p> <p>3. <u>변호사가 수임받은 사건과 관련하여 작성한 서류나 자료</u></p>
<신 설>	<p>④ <u>제3항을 위반하여 수집한 증거는 재판 또는 행정절차, 그 밖에 이에 준하는 절차에서 증거로 할 수 없다.</u></p>
<신 설>	<p>⑤ <u>동조의 규정은 변호사가 직무를 수행함에 있어서 그 활동을 보조한 자에 대하여도 적용된다.</u></p>

## ○ 디스커버리에 따른 증거 및 사실의 수집 수단

### - 질문서 (interrogatories; FRCP §33)

미국식 디스커버리 제도에서는 상대방 당사자에게 사실관계 파악을 위한 질문서(interrogatories)를 보내고 이를 받은 상대방 당사자가 일정한 기간 내에 선서 후 서면으로 답변하도록 하고 있음. 질문서에서는 사실관계 및 사건과 관련한 기초적인 데이터에 대한 질문부터 법의 적용과 관련된 의견이나 주장에 대한 질문 등 여러 질문이 가능하며, 당사자는 질문서에 대한 답변을 통해 얻은 정보를 토대로 소송 쟁점 파악, 디스커버리 대상

자료의 특정 등을 할 수 있음.

이러한 질문서 제도는 다른 디스커버리 수단 대비 비교적 적은 비용으로 자료 수집을 할 수 있는 장점이 있는바, 우리 민사소송절차에서도 이와 같은 제도를 도입하는 방안을 검토할 필요가 있음.

#### - 법정 외 증언녹취 (depositions; FRCP §30)

미국식 디스커버리 제도에서 ‘법정 외 증언녹취(Depositions)’는 정식사실심리(trial)에서의 증언을 미리 보전하여 소송 전에 사실관계를 조사하기 위한 수단으로 사용되고 있음. 이는 당사자의 청구에 따른 법원의 명령에 의하여 실시된다는 점에서 우리의 증거보전 증인신문과 유사한 점이 있지만, 청구 당사자가 정하는 시간에 법정 외에서 행해진다는 특징이 있음. 특히 판사의 개입이 없이 증인, 소송당사자, 변호사만 참여하여 증인이 선서 후 증언하도록 하므로 가장 강력하고 효과적인 디스커버리 절차라고 할 수 있음. |

우리 민사소송절차에서도 이와 같은 제도를 도입한다면 증언의 신빙성을 확보하고 사실과 증거의 왜곡·은닉을 상당 부분 방지할 수 있을 것으로 판단됨.

#### - 문서(Documents)·전자정보(Electronically Stored Information)·유형물(tangible things)의 제출(produce) 요구 (FRCP §34)

미국에서는 질문서에 대한 답변을 받아보면 상대방에게 문서나 전자정보 등을 특정하여 제출을 요구할 정도의 구체적 정보가 획득되는 상태에 이른다고 보고 있음. 이에, 당사자는 상대방에게 문서(Documents)·전자정

보(Electronically Stored Information)·유형물(tangible things)의 제출(produce)을 요구할 수 있고, 상대방이 소유·지배하는 부동산에 들어가 유체물을 조사(inspect)하게 해 달라고 요구할 수도 있음.

이는 우리나라의 문서제출명령보다 그 제출대상의 범위가 훨씬 넓고, 당사자가 아닌 제3자가 소지하는 경우에도 적용될 수 있다는 점에서, 보다 적극적인 증거수집수단이라고 할 수 있음. 이 제도를 우리나라에 도입한다면 보다 충실한 증거수집이 가능할 것으로 보임.

## ○ 개시의무 위반 시 제재

미국 디스커버리상 개시의무 위반 시 법원의 재량에 따라 다양한 제재가 가능하고 관련자 신체 구금 등 제재 수준도 높음. 적절한 제재가 정해지지 않으면 무분별한 자료 제출 요청이나 각종 의무 불이행 등으로 제도 남용에 대처하기 어려운바, 우리나라 도입 시 이 부분에 대한 검토가 필요함.

이와 관련하여, △ 법원의 명령에 대한 당사자의 신속한 이행 확보를 위하여 법원명령의 불이행에 대하여 법원모독죄로 처벌하는 조항을 형법에 도입하자는 의견, △ 중요증인의 출석 확보를 위한 강제수단으로서 출석 담보금(recognizance) 제도, 보증인 제도, 구금제도(법정 외 증언녹취를 요구하거나 보석금을 납부하고서 석방될 수 있음)를 도입하자는 의견, △ 증거조사 이행을 거부하거나 고의로 회피하는 경우 위반하는 쪽에 상대방의 변호사 비용을 부과하자는 의견 등이 있는바, 이러한 다양한 의견을 개정안 마련 시 참고할 수 있음.



## ○ 대한변협 제안 사항

- 디스커버리 제도를 도입한다면, 당사자의 증거수집권을 확보하여 진정한 사실관계가 드러나게 함으로써 실체와 부합하는 판결이 누적되어 법원의 신뢰도도 제고할 수 있을 것임. 향후 법원에서도 디스커버리 제도 도입과 도입 범위, 입법화 추진 로드맵 등에 대한 검토 시 대한변협과 공동으로 실무적인 부분을 준비하고 상호 추진 상황 등을 공유할 수 있기를 희망함.
- 대한변협은 ‘디스커버리 제도 도입 TF’를 설립하여 미국 연방 및 각 주의 민·형사 디스커버리 규정 등을 번역한 「디스커버리 제도 자료집」을 발간한 바 있고, 현재 ‘디스커버리 제도 도입의 필요성과 법제화를 위한 연구’도 진행하고 있음.
- 앞으로 디스커버리제도 입법화를 위해서는 변호사와 법관을 비롯한 법조계 및 학계 등의 다양한 의견을 모을 필요가 있는바, △ 재조, 재야 법조인 대상 디스커버리 제도 도입에 대한 설문조사, △ 디스커버리 제도에 대한 토론회 등을 대한변협과 법원이 공동으로 수행할 수 있기를 바램.
- 또한, 디스커버리 제도를 도입하는 내용의 구체적인 민사소송법 개정안 마련을 위한 논의도 대한변협과 법원 간에 활발히 이루어질 수 있기를 희망함. 이러한 논의를 통하여 최종적으로 개정안을 확정된 후 의원입법을 추진할 예정임.

## ○ 디스커버리 제도 입법화 관련 계획안

일 정	내 용
2021. 12. 경	디스커버리 제도 관련 법조인 대상 설문조사 실시 ⇒ 대한변협, 대법원 공동 수행 희망
2021. 12. 말 ~ 2022. 1. 경	민사소송법 개정안 구체화 ⇒ 법제화 방안에 대해 대한변협, 대법원 간 논의 희망
2022. 2. 경	디스커버리 제도에 대한 토론회 개최 ⇒ 대한변협, 대법원(혹은 사법정책연구원) 공동 주최 희망
2022. 2. 경	‘디스커버리 제도 도입의 필요성과 법제화를 위한 연구’ 완료
2022. 3. 경	국회 토론회 개최 및 법안 발의

- 디스커버리 제도 관련 법조인 대상 설문조사 실시 (2021. 12. 경)  
재조, 재야 법조인을 대상으로 하여 디스커버리 제도 도입 필요 여부 및 그 범위와 방식에 대한 설문조사를 실시할 필요가 있음. 설문조사 문항 마련 및 설문조사 배포·실시에 있어서 대한변협과 대법원이 긴밀히 협조하여 공동으로 조사를 수행할 수 있기를 희망함.
- 디스커버리제도 도입을 내용으로 하는 민사소송법 개정안 구체화 (2021. 12. 말 ~ 2022. 1. 경)  
대한변협과 대법원 간의 활발한 논의를 통해 디스커버리 제도를 도입하는 내용의 민사소송법 개정안을 구체적으로 도출해 낼 수 있기를 희망함.
- 디스커버리 제도에 대한 토론회 개최 (2022. 2. 경)  
디스커버리의 도입 범위 및 방식에 대해 변호사, 법관, 학계 및 국민의 다양한 의견을 청취하기 위해 토론회·공청회를 개최할 필요가 있을 것으로 보임. 대한변협과 대법원 (혹은 사법정책연구원) 공동 주최로 ‘디스커버리 제도에 대한 토론회’를 개최하기를 희망함.

- ‘디스커버리 제도 도입의 필요성과 법제화를 위한 연구’ 완료 (2022. 2. 경)  
현재 대한변협이 연구용역을 발주하여 ‘디스커버리 제도 도입 필요성과 입법에 관한 연구’가 진행 중인 바, 2022. 2. 중순 연구가 완료될 예정임.
  
- 국회 토론회 개최 및 법안 발의 (2022. 3. 경)  
위 과정을 통해 마련된 민사소송법 개정안을 국회의원 발의로 국회에 제출하고, 법안 발의 전후로 국회의원 및 대한변협 공동 주최로 국회 토론회를 개최할 예정임.

※ 첨부자료

- ① 민사소송법 일부개정법률안(2110874, 조응천의원 등 11인)
- ② 민사소송법 일부개정법률안(2110939, 조응천의원 등 10인)
- ③ 변호사법 일부개정법률안(대한변협안)