



제429회국회(정기회)
제10차 정무위원회

하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안

검 토 보 고

〈전문가 사실조사, 자료 보전명령 및 당사자신문 도입 등〉

■ 김남근의원 대표발의(의안번호 제2212139호)

2025. 11.

정 무 위 원 회

전문위원 이 선 주

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	4
1. 개정안의 발의 배경	4
2. 전문가 사실조사 도입	11
3. 자료보전명령 제도 도입	38
4. 당사자신문(진술녹취) 제도 도입	49
5. 부칙	69

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 김남근의원 등 33인
2. 제 안 일 : 2025. 8. 12.
3. 회 부 일 : 2025. 8. 13.

II. 제안이유 및 주요내용

스마트폰이나 반도체, AI 플랫폼 서비스와 같이 수만 개의 기술을 결합하여 제품이나 서비스가 만들어지는 21세기 산업에서는 어느 한 대기업의 기술만으로 첨단 제품이나 서비스를 완성하는 것이 불가능함. 이러한 환경에서는 기술을 주도하는 대기업이 수많은 중소기업, 스타트업의 기술을 모아 기술집약 제품과 서비스를 개발하고 혁신을 이끄는 수평적 기술 네트워크 생태계가 중요해지고 있음.

그러나 현실에서는 여전히 대기업이 우월적 지위를 이용하여, 소재·부품·장비를 납품하는 중소기업으로부터 기술자료를 부당하게 요구하고 이를 탈취·유용하여 제3자를 통해 저가로 납품하게 하는 행위가 만연하고 있음. 이러한 부당한 기술자료 요구 및 유용 행위는 중소기업의 기술개발 의욕을 꺾고, 소재·부품·장비 산업의 혁신 및 수평적 네트워킹 생태계 조성을 심각하게 저해하고 있음.

「하도급거래 공정화에 관한 법률」은 이러한 기술탈취·유용 행위를 금지하고 있으나(제12조의3), 침해 사실 및 손해 입증에 필요한 자

료 대부분을 대기업이 보유하고 재판에 이를 현출하지 않음으로써, 피해 중소기업은 증거를 확보하지 못하고 패소하거나 소송을 포기하는 사례가 빈번함. 이처럼 기술탈취 소송 구조 자체가 기울어진 운동장으로 작용하면서, 재판을 통한 진실 규명과 책임 추궁이 어려워지고 있으며, 21세기 첨단산업 시대임에도 불구하고 기술탈취라는 전근대적 갑을관계 관행이 여전히 한국 산업 현장에서 지속되고 있음.

이러한 기울어진 운동장 문제를 해결하기 위해, 독일 등 대륙법계 국가에서 시행하고 있는 ‘전문가 사실조사(Inspection)’ 및 ‘자료보전명령’ 제도와 미국 민사배심재판에서 시행하고 있는 ‘당사자신문 제도’ 등 소위 ‘한국형 디스커버리(Discovery)’ 제도를 도입하고자 함.

먼저, 법원이 지정한 전문가가 기술탈취 행위를 한 대기업의 사무실이나 공장 등을 방문하여, 침해 사실 및 손해 입증에 필요한 자료를 열람·복사하거나 장치의 작동·계측·실험 등을 수행한 후 조사보고서를 법원에 제출하도록 하는 ‘전문가 사실조사’ 제도(안 제35조의7, 제35조의8)를 도입하고자 함. 재판장은 이 보고서를 바탕으로, 해당 내용을 피해 중소기업이 증거로 활용할 수 있도록 하거나, 영업비밀에 해당하는 경우에는 법원만 열람하여 판결 자료로 사용할 수 있음.

또한, 전문가 사실조사 이전에 대기업이 자료를 폐기하거나 장치를 폐기하는 것을 방지하기 위해, 침해 발생일로부터 1년 이내의 기간을 정하여, 해당 자료 및 장치를 보관·관리하는 자에게 보전을 명령할 수 있도록 하는 ‘자료보전명령’ 제도(안 제35조의10)를 함께 도입하고

자 함.

아울러, 자료의 내용이나 장치의 작동·계측·실험 등에 대한 입증 과정에서는 자료 작성자, 장치 운영자, 관련 전문가 등의 진술이 필수적이나, 이를 모두 법정에서 증인신문을 통해 확보하는 것은 현실적으로 어려움이 있음. 이에 따라, 미국의 디스커버리(Discovery) 제도를 참조하여, 법원서기관이나 공증인 등 ‘신문업무담당자’가 진술인을 영상녹화 방식 등으로 신문하고, 그 내용을 요약한 ‘진술절차요약서’를 법원에 제출하도록 하는 ‘당사자신문’ 제도(안 제35조의11)를 도입하고자 함.

한편, “한국형 디스커버리 제도”라고 하는 이와 같은 ‘전문가 사실조사’, ‘자료보전명령’, ‘당사자신문’ 제도의 실효성을 높이기 위해 자료보전명령을 위반하여 자료를 고의로 훼손하거나 사용할 수 없게 한 자와 당사자 신문에서 위증한 자(안 제29조, 제30조의2)에 대한 형사처벌 조항을 신설하고, 전문가의 사실조사를 거부·방해·기피한 자에 대한 과태료 처벌 조항(안 제30조의3제8항)을 신설함으로써 기술탈취 소송에서의 ‘기울어진 운동장’의 문제를 해결하고자 함.

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안의 발의 배경

- 우리나라의 민사소송은 변론주의¹⁾ 원칙 하에 당사자가 자신의 주장을 입증할 책임을 지므로 당사자 스스로 증거를 수집하고 제출하여야 함.
- 법원은 원칙적으로 당사자가 제출한 소송자료를 바탕으로 판결을 내리는데, 증거가 부족하면 입증책임이 있는 자가 패소하게 되므로 입증책임이 없는 당사자는 적극적으로 증거를 제출할 필요가 없음.
- 이에 따라 실체적 진실의 발견이 어려운 문제가 발생하는바, 민사소송 절차의 일반법인 「민사소송법」 제343조²⁾는 상대방 또는 제3자가 가진 문서를 증거로 신청하기 위한 문서제출명령을 두고 있음.
 - 문서제출명령은 소송 상대방에게 상대방이 가지고 있는 증거방법을 포괄적으로 제출하도록 직접 요구할 수 있는 미국식 증거개시제도(discovery)가 인정되지 않는 우리나라에서 정보의 비대칭에 따른 증거의 구조적 편재를 시정하는 역할을 하고 있음.

1) 소송자료(사실과 증거)의 수집·제출 책임을 당사자에게 두고, 당사자가 변론에서 제출한 자료만으로 재판을 해야 한다는 원칙임.

2) 제343조(서증신청의 방식) 당사자가 서증(書證)을 신청하고자 하는 때에는 문서를 제출하는 방식 또는 문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명할 것을 신청하는 방식으로 한다.

- 즉, 「민사소송법」 제346조³⁾는 문서제출신청을 하는 자가 신청 대상이 되는 문서의 취지나 내용을 개괄적으로 표시하여 상대방에게 그 목록을 요구할 수 있도록 하는데,

이는 정보의 비대칭성으로 인하여 상대방이 어떠한 문서를 보유하고 있는지 알 수 없는 당사자가 문서를 특정하여 신청하기 어려운 경우 문서목록을 제출할 것을 요청하고, 그 목록에 기재된 특정한 문서의 제출을 추후 요구할 수 있도록 하여 분쟁의 당사자 사이에서 나타나는 정보의 비대칭성을 보완할 수 있음.

□ 하도급거래에서의 특별법 지위를 가지는 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」도 당사자의 입증책임을 완화하거나 증거수집을 용이하게 하기 위한 제도를 두고 있음.

- 즉, 현행법 제35조에서는 원사업자의 법 규정 위반으로 손해를 입은 자가 있으면 원사업자는 그 손해에 대하여 배상책임을 지도록 하면서 고의·과실에 관한 입증책임을 원사업자에게 지우고 있고,

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제110조에 따라 법원은 손해 배상청구의 소가 제기되었을 때 필요한 경우 공정거래위원회에 해당 사건의 기록을 송부하여 줄 것을 요구할 수 있도록 하고 있음.⁴⁾

3) 제346조(문서목록의 제출) 제345조의 신청을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는, 법원은 신청대상이 되는 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 있다.

- 아울러, 제12조의3제4항에서 금지하는 기술유용행위에 대한 손해 배상액은 손해의 5배 이내(징벌적 손해배상책임)로 정하고 있음.⁵⁾

□ 현행법의 규정에도 불구하고 하도급거래에서 상대적으로 열위적 지위에 있는 수급사업자인 기술유용피해사업자(원사업자가 제12조의3제4항을 위반하여 손해를 입은 자)가 기술유용행위에 따른 손해를 입증하기 어려운 측면이 있음.

- 기술유용행위를 입증할 증거자료가 원사업자에게 있는 상황에서 손해배상청구의 소를 제기하는 수급사업자가 그 자료를 확보하는 것은 쉽지 않음.
- 현행법상 기록송부제도도 강제성이 없고 공정거래위원회가 비밀유지의무 때문에 법원의 기록 송부 요구에 대해 주로 의결서나 결정서 등 공개된 문서만을 송부하고 있어 한계가 있음.

4) 제35조(손해배상 책임) ① 원사업자가 이 법의 규정을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 원사업자가 제4조, 제8조제1항, 제10조, 제11조제1항·제2항, 제12조의3제4항 및 제19조를 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 다음 각 호에서 정한 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제4조, 제8조제1항, 제10조, 제11조제1항·제2항 및 제19조를 위반한 경우: 손해의 3배 이내
2. 제12조의3제4항을 위반한 경우: 손해의 5배 이내

④ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제110조 및 제115조를 준용한다.

5) 제35조(손해배상 책임) ② 원사업자가 제4조, 제8조제1항, 제10조, 제11조제1항·제2항, 제12조의3제4항 및 제19조를 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 다음 각 호에서 정한 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제4조, 제8조제1항, 제10조, 제11조제1항·제2항 및 제19조를 위반한 경우: 손해의 3배 이내
2. 제12조의3제4항을 위반한 경우: 손해의 5배 이내

□ 「민사소송법」에 따른 문서제출명령도 불이행에 대한 제재조치가 없고, 문서제출신청 결정이 있더라도 즉시항고할 수 있으며, 이 경우 별도의 재판부가 즉시항고 절차를 진행하게 되므로 결국 재판이 지연되는 상황이 발생하는바 법원이 적극적으로 동 제도를 활용하기 어려운 문제가 있음.⁶⁾

□ 법원행정처는 이러한 문제를 해결하기 위하여 ‘사실심 충실화 사법제도개선위원회(2015년)’, ‘사법행정자문회의(2021년)’, ‘디스커버리연구반(2022년)’ 등을 운용하여 미국의 증거수집 절차인 증거개시(디스커버리) 제도 도입을 검토하였음.

- 법원행정처는 본격적인 변론의 진행 전에 법원의 관여 없이 당사자 주도로 서로 문서 및 정보 등을 교환하는 미국 제도보다는 법원의 감독 아래에서 서로 문서와 정보를 교환하는 것이 우리나라의 실정에 맞는 제도 도입이라는 결론에 도달한 바 있음.

□ 개정안은 법원행정처의 논의를 바탕으로 하도급거래에서 기술유평피해사업자가 손해배상청구의 소를 제기하는 경우 전문가 사실조사, 자료보전명령, 그리고 당사자신문(진술녹취) 제도를 도입하여 증거의 구조적 편재와 정보의 비대칭성을 완화하려는 것임.

6) 김정환, 최은정, ‘효율적인 증거개시수집을 위한 제도개선 방안에 관한 연구’, 「사법정책연구원 연구총서」 2015-05, 2015. 6., pp.37~41

□ 한편, 개정안과 유사한 취지의 법률안이 제21대 국회에 다수 제출되었음.

□ 제22대 국회에서도 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「특허법 일부개정법률안」, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안」, 「실용신안법 일부개정법률안」과 같이 유사한 목적과 내용의 개정안이 발의되어 우리 위원회와 산업통상자원중소벤처기업위원회에 계류 중이므로 해당 법률안의 논의 경과 및 논의 내용을 고려하여 심사할 필요가 있음.

- 특히 「하도급거래 공정화에 관한 법률」은 하도급거래에 관하여 적용되는 특별법이므로 민사소송 구조 및 절차의 일반법인 「민사소송법」은 물론, 기술유용행위에 대한 소송절차를 규정하고 있는 「특허법」이나 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 등의 내용과 현저하게 다른 방식으로 규정하는 것은 적절하지 아니할 것으로 봄.

<유사 내용의 발의 법률안(제21대국회)>

법률안	주요 내용
「민사소송법 일부개정법률안」 (2110874, 조웅천의원 대표발의)	○ 소제기 전 증거조사 도입, 증거보전 요건 개선 등
「민사소송법 일부개정법률안」 (2110939, 조웅천의원 대표발의)	○ 문서제출명령 개선, 즉시항고 폐지 등
「특허법 일부개정법률안」 (2103170, 김정호의원 대표발의)	○ 전문가 증거조사 제도 도입
「실용신안법 일부개정법률안」 (2104190, 이수진의원 대표발의)	○ 전문가 사실조사 제도, 법원의 자료보전명령 및 비밀유지명령 제도 신설
「특허법 일부개정법률안」 (2104191, 이수진의원 대표발의)	
「실용신안법 일부개정법률안」 (2107978, 이주환의원대표발의)	○ 진술녹취제도 도입 등
「특허법 일부개정법률안」 (2109394, 이주환의원 대표발의)	
「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안」 (2103855, 허영의원 대표발의)	○ 법원의 자료제출명령 제도 도입

<유사 내용의 발의 법률안(제22대국회)>

법률안	주요 내용
「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 (2205252, 유영하의원 대표발의)	○ 법원의 자료제출요구권 및 당사자 자료제출명령 제도 도입 등
「하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안」 (2205247, 유영하의원 대표발의)	
「대리점거래의 공정화에 관한 법률 일부개정법률안」 (2205253, 유영하의원 대표발의)	
「대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률 일부개정법률안」 (2205254, 유영하의원 대표발의)	
「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 일부개정법률안」 (2205255, 유영하의원 대표발의)	
「민사소송법 일부개정법률안」 (2203202, 정준호의원 대표발의)	○ 전문가 사실조사, 자료보전명령 및 진술녹취제도 도입 등
「실용신안법 일부개정법률안」 (2207729, 서일준의원 대표발의) (2211487, 박지혜의원 대표발의)	
「특허법 일부개정법률안」 (2207728, 서일준의원 대표발의) (2210890, 송재봉의원 대표발의) (2213972, 박상언의원 대표발의)	
「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안」 (2209043, 김동아의의원 대표발의) (2210900, 송재봉의원 대표발의) (2214278, 박상언의원 대표발의)	
「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률 일부개정법률안」 (2209179, 오세희의원 대표발의) (2210889, 송재봉의원 대표발의) (2214175, 김남근의원 대표발의)	

2. 전문가 사실조사 도입

1) 총괄 검토

□ 개정안은 기술유용행위에 따른 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 증거의 효과적인 확보를 위하여 법원이 필요한 경우 전문가를 지정하고, 전문가가 소송 상대방(원사업자)의 사무실 등에 출입하여 자료를 수집·조사할 수 있게 하여 그 결과를 증거로 사용하는 ‘전문가 사실조사’ 제도를 도입하려는 것임.

현 행	개 정 안
제29조(벌칙) ①·② (생략) <u><신설></u>	제29조(벌칙) ①·② (현행과 같음) ③ 제35조의8제2항을 위반하여 비밀을 누설한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금 에 처한다.
제30조의2(과태료) ① ~ ⑦ (생략) <u><신설></u>	제30조의3(과태료) ① ~ ⑦ (현행과 같음) ⑧ 제35조의7제6항을 위반하여 조사를 거부·방해·기피한 자 에게는 사업자 또는 사업자단체 의 경우 1억원 이하, 사업자 또는 사업자단체의 임원, 종업원과 그 밖의 이해관계인의 경우 5천 만원 이하의 과태료를 부과한다.

현행	개정안
	<u>는 경우 법원은 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 증거 확보를 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따라 다음 각 호의 사항을 종합·고려하여 조사할 증거와 관련된 분야의 전문가(이하 “전문가”라 한다)를 지정하고, 그 전문가로 하여금 상대방 당사자의 사무실, 공장 및 그 밖의 장소에 출입하여 조사를 받는 상대방 당사자 등에게 질문하거나 자료의 열람·복사, 장치의 작동·계측·실험 등 필요한 조사(이하 “사실조사”라 한다)를 하도록 결정할 수 있다. 이 경우 법원은 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려하여 사실조사 실시 여부를 결정하여야 한다.</u> <u>1. 원사업자가 제12조의3제4항을 위반하였을 상당한 가능성이 있는지 여부</u> <u>2. 사실조사의 필요성에 비하여 상대방 당사자의 부담이 과중한지 여부</u> <u>3. 당사자가 다른 수단으로 증거</u>

현행	개정안
	<u>를 용이하게 수집할 수 있는지 여부</u> <u>4. 손해배상 청구가 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 아니하는지 여부</u> <u>② 법원은 제1항에 따른 사실조사를 위하여 사건의 난이도·복잡성 등을 고려하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 중 1인 이상을 전문가로 지정할 수 있다.</u> <u>1. 「법원조직법」 제54조의2에 따른 기술심리관 또는 같은 법 제54조의3에 따른 조사관</u> <u>2. 「민사소송법」 제164조의2 또는 「특허법」 제154조의2에 따른 전문심리위원</u> <u>3. 「변호사법」 제4조에 따른 변호사의 자격을 가진 자</u> <u>4. 「변리사법」 제3조에 따른 변리사의 자격을 가진 자</u> <u>5. 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 자</u> <u>③ 법원은 제1항에 따른 사실조사의 결정에 앞서 변론준비기일</u>

현행	개정안
	<u>을 지정하여 각 당사자로 하여금 기술설명 또는 의견을 진술하는 기회를 부여할 수 있다.</u> <u>④ 제2항에 따라 지정된 전문가는 사실조사를 위하여 다음 각 호에 해당하는 행위를 할 수 있다.</u> <u>1. 상대방 당사자의 사무실, 영업소, 공장, 그 밖의 장소 출입 및 시설·자료·물건, 장치 등에 대한 조사</u> <u>2. 상대방 당사자, 관계인을 대상으로 하는 질문 및 자료의 열람·복사, 장치의 작동·계측·실험 및 그 밖에 이에 준하는 행위</u> <u>3. 상대방 당사자 등 관계인에 대한 진술청취 또는 진술서 제출 요구</u> <u>4. 상대방 당사자 등 관계인에 대하여 사실조사에 필요하다고 인정되는 자료 또는 물건의 제출 요구</u> <u>5. 법원의 결정에 따른 소송절차의 참여 및 각 당사자, 증인, 감정인 등의 소송관계인을 대상으로 하는 질문</u>

현행	개정안
	6. 그 밖에 법원이 원활한 소송 절차를 위하여 필요하다고 인정하는 행위 ⑤ 법원은 필요한 경우 신청 또는 직권으로 조사시간, 장소 등의 구체적인 범위를 정하여 각 당사자 대리인이 사실조사에 참여하는 것을 전부 또는 일부 허가할 수 있다. ⑥ 제1항에 따라 사실조사를 받는 자는 성실히 협조하여야 하며, 전문가가 요구하는 자료를 제공하지 아니하는 등 사실조사를 거부·방해·기피하여서는 아니 된다. 이 경우 사실조사를 받는 자가 정당한 이유 없이 사실조사를 거부·방해·기피하는 경우 법원은 당사자가 사실조사로 증명하려는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. ⑦ 법원은 필요한 경우 제1항에 따른 사실조사를 신청한 당사자에게 담보액과 담보제공 기간을 정하여 담보를 제공하도록 명할

현행	개정안
<신설>	수 있고, 당사자가 이에 따르지 아니하는 때에는 그 신청을 각하할 수 있다. 이 경우 그 담보에 관하여는 「민사소송법」 제122조, 제123조, 제125조 및 제126조를 준용한다. ⑧ 제1항에 따른 사실조사는 「민사소송법」의 증거보전 절차에도 활용할 수 있다. ⑨ 제1항에 따른 사실조사 결정에 대하여는 이의를 신청할 수 있다. 이 경우 이의신청에 관한 법원의 결정에 대하여는 독립하여 불복할 수 없다. ⑩ 제1항에 따른 사실조사에 관한 비용은 소송비용의 일부로 한다. ⑪ 제1항에 따른 사실조사의 범위 및 절차 등에 필요한 사항과 제5항에 따른 사실조사 참여에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다. 제35조의8(사실조사의 결과에 대한 보고서) ① 제35조의7제1항에 따른 사실조사를 실시한 전문가

현행	개정안
	<u>는 법원이 지정한 기일 내에 그 결과를 기재한 보고서(이하 “조사결과보고서”라 한다)를 법원에 제출하여야 한다.</u> <u>② 전문가는 사실조사를 통하여 알게 된 사실을 비밀로 유지하여야 한다.</u> <u>③ 법원은 사실조사를 받은 상대방 당사자에게 제1항의 조사결과보고서를 우선 열람하게 하여야 한다. 이 경우 상대방 당사자가 소송의 대상이 아닌 영업비밀이 조사결과보고서에 포함되었음을 주장하는 때에는 그 주장의 당부(當否)를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다.</u> <u>④ 법원은 제3항 후단에 따라 자료 제시를 명하는 경우 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다.</u> <u>⑤ 법원은 제3항 후단에 따른 상대방 당사자의 주장에도 불구하고 조사결과보고서에 포함된 영업비밀이 침해행위의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한</u>

현행	개정안
	<u>경우에 그 목적을 벗어나지 아니하는 범위에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여 사실조사결과보고서를 열람하게 할 수 있다.</u> <u>⑥ 법원은 제3항 후단에 따른 상대방 당사자의 주장이 타당하다고 인정되면 전문가로 하여금 소송의 대상이 아닌 영업비밀에 관련된 내용을 조사결과보고서에서 삭제하여 제출하도록 명하여야 한다. 이 경우 법원은 당사자에게 그 삭제 취지를 알리고 해당 내용에 대한 증거 확보의 필요성과 관련하여 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다.</u> <u>⑦ 당사자는 제1항부터 제6항까지에 따른 절차를 거쳐 제출된 조사결과보고서를 열람·등사하고 증거로 신청할 수 있다. 다만, 제5항에 따라 조사결과보고서를 열람할 수 있는 범위 또는 사람을 지정한 경우에는 그 범위 또는 사람에 한정하여 조사결과보고서를 열람할 수 있다.</u>

현행	개정안
<신설>	제35조의9(전문가의 제척 등) ① 제35조의7제2항에 따라 법원에 의하여 지정된 전문가에 대한 제척 또는 기피에 대하여는 「민사소송법」 제41조부터 제45조까지 및 제47조를 준용한다. 이 경우 “법관”은 “전문가”로 본다. ② 제척 또는 기피 신청을 받은 전문가는 신청에 관한 결정이 확정될 때까지 그 신청이 있는 사건의 소송절차에 참여할 수 없다. 이 경우 전문가는 해당 제척 또는 기피 신청에 대하여 의견을 진술할 수 있다.

□ 주요국은 개정안과 유사한 제도를 두고 있는데 다음과 같음.

- 미국의 경우 소송당사자 혹은 당사자가 될 자가 소송에 관계되는 정보를 획득하고 보전하기 위하여 서로 정보와 문서 등을 교환하는 절차인 ‘증거개시제도(discovery)’를 연방민사소송규칙에 두고 있음.⁷⁾

증거개시제도는 분쟁당사자가 정보·증거를 상대방과 투명하게

7) 김정환, 최은정, 위의 글, p.54

공유하도록 하여 실체적 진실이 파악된 상태에서 다양한 분쟁 해결방안을 모색하는 재판방식으로서 증거의 구조적 편재를 완화한다는 긍정적 평가를 받음.⁸⁾

- 독일은 신청인이 증명대상사실을 특정하여 검증, 증인신문, 감정 등의 증거조사를 하는 ‘독립적 증거조사(selbständiges Beweisverfahren)’ 제도를 독일 민사소송법에 규정하고 있음.

이 제도는 판사가 지정하는 제3의 전문가를 통해 필요한 증거를 조사하도록 함으로써 비교적 적은 비용으로 짧은 시간에 침해의 입증을 위한 증거조사가 가능하다는 장점이 있음.⁹⁾¹⁰⁾

□ 전문가 사실조사는 전문가의 증거조사를 바탕으로 당사자가 침해 사실과 손해를 입증할 수 있게 하므로 정보의 비대칭성을 완화한다는 장점이 있음.

□ 반면, 조사대상 기업의 부담이 가중되고 전문가 사실조사 과정에서 기업의 영업비밀 등 정보 유출의 가능성이 있다는 한계도 있음.

□ 이하에서는 개별 조문을 중심으로 구체적인 검토의견을 제시함.

8) 디스커버리 연구반(법원행정처), ‘디스커버리(증거개시) 제도 등 도입 검토’, 2022. 10., p.29

9) 일본은 2020년 독일방식의 전문가 증거조사제도를 도입하여 운영 중임.

10) 김재영, 이재민, ‘디스커버리 제도 입법동향과 소비자 관점에서의 시사점’, 「소비자정책동향」 제119호, 2022, p.8

2) 전문가 사실조사의 개시

제35조의7(전문가에 의한 사실조사) ① 기술유용피해사업자가 제35조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 법원은 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 증거 확보를 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따라 다음 각 호의 사항을 종합·고려하여 조사할 증거와 관련된 분야의 전문가(이하 “전문가”라 한다)를 지정하고, 그 전문가로 하여금 상대방 당사자의 사무실, 공장 및 그 밖의 장소에 출입하여 조사를 받는 상대방 당사자 등에게 질문하거나 자료의 열람·복사, 장치의 작동·계측·실험 등 필요한 조사(이하 “사실조사”라 한다)를 하도록 결정할 수 있다. 이 경우 법원은 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려하여 사실조사 실시 여부를 결정하여야 한다.

1. 원사업자가 제12조의3제4항을 위반하였을 상당한 가능성이 있는지 여부
2. 사실조사의 필요성에 비하여 상대방 당사자의 부담이 과중한지 여부
3. 당사자가 다른 수단으로 증거를 용이하게 수집할 수 있는지 여부
4. 손해배상 청구가 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 아니하는지 여부

③ 법원은 제1항에 따른 사실조사의 결정에 앞서 변론준비기일을 지정하여 각 당사자로 하여금 기술설명 또는 의견을 진술하는 기회를 부여할 수 있다.

⑦ 법원은 필요한 경우 제1항에 따른 사실조사를 신청한 당사자에게 담보액과 담보제공 기간을 정하여 담보를 제공하도록 명할 수 있고, 당사자가 이에 따르지 아니하는 때에는 그 신청을 각하할 수 있다. 이 경우 그 담보에 관하여는 「민사소송법」 제122조, 제123조, 제125조 및 제126조를 준용한다.

⑨ 제1항에 따른 사실조사 결정에 대하여는 이의를 신청할 수 있다. 이 경우 이의신청에 관한 법원의 결정에 대하여는 독립하여 불복할 수 없다.

⑩ 제1항에 따른 사실조사에 관한 비용은 소송비용의 일부로 한다.

⑪ 제1항에 따른 사실조사의 범위 및 절차 등에 필요한 사항과 제5항에 따른 사실조사 참여에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

□ 개정안 제35조의7제1항은 기술유용피해사업자가 손해배상을 청구하는 경우 법원은 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한

증거 확보를 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따라 ① 원사업자의 기술유용행위 가능성, ② 사실조사의 필요성과 원사업자에 대한 부담의 비교형량, ③ 다른 수단의 여부(보충성 원리), ④ 손해배상 청구의 적법성, 네 가지 요건을 종합적으로 고려하여 사실조사 실시 여부를 결정하도록 함.

□ 또한, 안 제35조의7제3항은 법원이 사실조사의 결정에 앞서 변론 준비 기일을 지정하여 각 당사자에게 의견을 진술하는 기회를 부여할 수 있도록 하면서,

제7항에서는 법원이 필요한 경우 사실조사를 신청한 당사자에게 담보를 제공할 것을 명할 수 있도록 규정하는 한편,

제9항에서는 제1항의 사실조사 결정에 대하여 이의신청을 할 수 있도록 하고 있음.

□ 개정안은 다음과 같은 긍정적 효과가 기대됨.

- 첫째, 사실조사에 대해 상대방 당사자에게 충분한 방어권을 보장하고 있음.

즉, 개정안은 제35조의7제1항 각호의 요건에 따라 법원이 사실조사 신청을 받아들일지 여부를 신중하게 고려하도록 하고 있고, 제3항에 따라 사전 의견진술권을 부여하며, 제9항에 따라 사실

조사 결정에 대해 이의신청 절차를 규정하고 있음.

- 둘째, 사실조사 신청을 남용하지 아니하도록 안전장치를 두고 있음.

개정안 제35조의7제7항에서는 법원이 필요한 경우 사실조사를 신청한 당사자에게 담보의 제공을 명하고 당사자가 이에 불응할 경우 사실조사 신청을 각하할 수 있는데, 이는 기술유용행위를 주장하는 피해사업자가 사실조사 신청권을 남용하고, 조사 대상자인 원사업자의 부담이 커지는 것을 방지하기 위한 것임.

□ 다만, 개정안은 다음과 같이 일부 수정이 필요할 것으로 봄.

- 먼저 법원행정처의 의견을 고려할 필요가 있음.¹¹⁾

법원행정처는 개정안 제35조의7제1항이 사실조사를 당사자의 신청 뿐만 아니라 법원이 직권으로 실시할 수 있도록 하고 있는데, 이는 당사자주의¹²⁾와 변론주의원칙에 반할 소지가 있고 개정안이 제35조의7제10항에 따라 사실조사를 소송비용으로 보고 있다는 점 등을 고려하여 신청에 의하여만 사실조사를 실시할 수 있는 것으로 수정하여야 한다는 의견임.

또한, 법원행정처는 개정안 제35조의7제3항이 사실조사의 결정에

11) 법원행정처의 의견에 대하여 공정거래위원회는 모두 동의하는 입장임.

12) 소송의 주도권을 당사자가 가지고 원고와 피고가 대립하는 구조임. 우리나라의 민사소송은 당사자주의를 채택하고 있음.

앞서 변론준비기일¹³⁾을 지정하여 기술설명이나 의견진술 기회를 부여하고 있는 것과 관련하여, 기술설명이나 의견진술 등은 변론준비기일 지정이 없어도 가능하므로 개정의 실익이 없다는 의견을 제시함.

마지막으로 법원행정처는 개정안 제35조의7제7항에서 규정하는 담보의 대상이 사실조사에 소요되는 비용에 대한 것인지, 사실조사에 수반될 수 있는 손해에 대한 것인지가 불분명하다고 지적하면서, 만약 전자인 경우 신청당사자로부터 예납받을 수 있으므로 담보 규정은 실익이 없고, 후자인 경우 일반적인 손해배상 소송절차에서 현장검증이나 감정 등 증거조사 과정에는 관련 담보 규정이 없어 법 체계상 균형이 필요하다는 의견임.

- 다음으로, 개정안 제35조의7제9항에서는 법원의 사실조사 결정에 대해 이의신청을 할 수 있도록 하고 있으나, 신청권자에 관한 규정이 명확하지 아니하므로 신청권자가 각 당사자라는 점을 명시하는 것이 적절할 것으로 봄.

13) 변론준비기일(辯論準備期日)은 본격적인 변론(재판)에 앞서, 소송 당사자들이 제출할 서류와 증거를 정리하고 사건의 쟁점을 미리 정리하는 절차상의 기일

3) 사실조사 전문가의 지정

제35조의7(전문가에 의한 사실조사) ② 법원은 제1항에 따른 사실조사를 위하여 사건의 난이도·복잡성 등을 고려하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 중 1인 이상을 전문가로 지정할 수 있다.

1. 「법원조직법」 제54조의2에 따른 기술심리관 또는 같은 법 제54조의3에 따른 조사관
2. 「민사소송법」 제164조의2 또는 「특허법」 제154조의2에 따른 전문심리위원
3. 「변호사법」 제4조에 따른 변호사의 자격을 가진 자
4. 「변리사법」 제3조에 따른 변리사의 자격을 가진 자
5. 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 자

⑤ 법원은 필요한 경우 신청 또는 직권으로 조사시간, 장소 등의 구체적인 범위를 정하여 각 당사자 대리인이 사실조사에 참여하는 것을 전부 또는 일부 허가할 수 있다.

⑪ 제1항에 따른 사실조사의 범위 및 절차 등에 필요한 사항과 제5항에 따른 사실조사 참여에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

제35조의9(전문가의 제척 등) ① 제35조의7제2항에 따라 법원에 의하여 지정된 전문가에 대한 제척 또는 기피에 대하여는 「민사소송법」 제41조부터 제45조까지 및 제47조를 준용한다. 이 경우 “법관”은 “전문가”로 본다.

② 제척 또는 기피 신청을 받은 전문가는 신청에 관한 결정이 확정될 때까지 그 신청이 있는 사건의 소송절차에 참여할 수 없다. 이 경우 전문가는 해당 제척 또는 기피 신청에 대하여 의견을 진술할 수 있다.

□ 개정안은 제35조의7제2항에서 사실조사를 실시할 전문가의 자격을 규정하면서 법원이 전문가를 지정할 수 있도록 규정하고 있음.

- 첫째, 기술심리관은 특허법원에 두는 4급 또는 5급 공무원 등 20인

이내의 공무원으로서 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」의 소송심리에 참여할 수 있는 사람임.¹⁴⁾

- 둘째, 대법원 및 각급 법원에 두는 조사관은 4급·5급 법원공무원 및 임기제공무원 등으로서 법관의 명을 받아 분야별로 심판에 필요한 자료를 수집·조사하는 사람임.¹⁵⁾

- 셋째, 전문심리위원은 분야별 전문적인 지식을 필요로 하는 소송 절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술하는 사람임.¹⁶⁾

14) 「법원조직법」 제54조의2(기술심리관) ① 특허법원에 기술심리관을 둔다.

② 법원은 필요하다고 인정하는 경우 결정으로 기술심리관을 「특허법」 제186조제1항, 「실용신안법」 제33조 및 「디자인보호법」 제166조에 따른 소송의 심리에 참여하게 할 수 있다.

③ 제2항에 따라 소송의 심리에 참여하는 기술심리관은 재판장의 허가를 받아 기술적인 사항에 관하여 소송관계인에게 질문을 할 수 있고, 재판의 합의에서 의견을 진술할 수 있다.

④ 대법원장은 지식재산처 등 관계 국가기관에 대하여 그 소속 공무원을 기술심리관으로 근무하게 하기 위하여 파견근무를 요청할 수 있다.

⑤ 기술심리관의 자격, 직제 및 인원과 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

15) 「법원조직법」 제54조의3(조사관) ① 대법원과 각급 법원에 조사관을 둘 수 있다.

② 조사관은 법관의 명을 받아 법률 또는 대법원규칙으로 정하는 사건에 관한 심판에 필요한 자료를 수집·조사하고, 그 밖에 필요한 업무를 담당한다.

③ (생략)

④ 조사관의 자격, 직제 및 인원과 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

16) 「민사소송법」 제164조의2(전문심리위원의 참여) ① 법원은 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차(증거조사·화해 등을 포함한다. 이하 이 절에서 같다)를 원활하게 진행하기 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 제164조의4제1항에 따라 전문심리위원을 지정하여 소송절차에 참여하게 할 수 있다.

② 전문심리위원은 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있다. 다만, 재판의 합의에는 참여할 수 없다.

③·④ (생략)

「특허법」 제154조의2(전문심리위원) ① 심판장은 직권에 따른 결정으로 전문심리위원을 지정하여 심판 절차에 참여하게 할 수 있다.

② 심판장은 제1항에 따라 전문심리위원을 심판절차에 참여시키는 경우 당사자의 의견을 들어 각 사건마다 1명 이상의 전문심리위원을 지정하여야 한다.

③ ~ ⑥ (생략)

□ 개정안은 사실조사를 실시할 전문가의 자격을 법률에 규정하고 제척·기피 제도로서 「민사소송법」 제41조부터 제45조, 제47조를 준용하여 공정한 재판을 보장하고 있다는 점에서 긍정적인임.

□ 개정안에 대하여 법무부는 사실조사를 수행하는 전문가는 기술적 전문성뿐만 아니라 「민사소송법」 등 소송 관계 법령 전반에 대한 법률적 전문성도 요구되므로 안 제35조의7제2항제3호의 변호사를 제외한 다른 전문가 등이 단독으로 전문가가 될 수 있도록 하는 것이 적절한지에 대한 검토가 필요하다는 입장임.

그러나 안 제35조의7제5항에서 법원이 직원이나 신청으로 각 당사자 대리인이 사실조사에 참여하는 것을 전부 또는 일부 허가할 수 있도록 규정하고 있으므로 법무부의 이러한 의견은 반론의 가능성이 있음.

4) 전문가의 역할과 의무 및 영업비밀의 보호

제29조(벌칙) ③ 제35조의8제2항을 위반하여 비밀을 누설한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

제30조의3(과태료) ⑧ 제35조의7제6항을 위반하여 조사를 거부·방해·기피한 자에게는 사업자 또는 사업자단체의 경우 1억원 이하, 사업자 또는 사업자단체의 임원, 종업원과 그 밖의 이해관계인의 경우 5천만원 이하의 과태료를 부과한다.

⑨ 제1항부터 제7항까지의 규정에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 기준에 따라 공정거래위원회가 부과·징수하고, 제8항의 규정에 따른 과태료는 법원이 부과·징수한다.

제35조의7(전문가에 의한 사실조사) ④ 제2항에 따라 지정된 전문가는 사실조사를 위하여 다음 각 호에 해당하는 행위를 할 수 있다.

1. 상대방 당사자의 사무실, 영업소, 공장, 그 밖의 장소 출입 및 시설·자료·물건, 장치 등에 대한 조사
2. 상대방 당사자, 관계인을 대상으로 하는 질문 및 자료의 열람·복사, 장치의 작동·계측·실험 및 그 밖에 이에 준하는 행위
3. 상대방 당사자 등 관계인에 대한 진술청취 또는 진술서 제출 요구
4. 상대방 당사자 등 관계인에 대하여 사실조사에 필요하다고 인정되는 자료 또는 물건의 제출 요구
5. 법원의 결정에 따른 소송절차의 참여 및 각 당사자, 증인, 감정인 등의 소송관계인을 대상으로 하는 질문
6. 그 밖에 법원이 원활한 소송절차를 위하여 필요하다고 인정하는 행위

⑥ 제1항에 따라 사실조사를 받는 자는 성실히 협조하여야 하며, 전문가가 요구하는 자료를 제공하지 아니하는 등 사실조사를 거부·방해·기피하여서는 아니된다. 이 경우 사실조사를 받는 자가 정당한 이유 없이 사실조사를 거부·방해·기피하는 경우 법원은 당사자가 사실조사로 증명하려는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

제35조의8(사실조사의 결과에 대한 보고서) ① 제35조의7제1항에 따른 사실조사를 실시한 전문가는 법원이 지정한 기일 내에 그 결과를 기재한 보고서(이하 “조사결과보고서”라 한다)를 법원에 제출하여야 한다.

- ② 전문가는 사실조사를 통하여 알게 된 사실을 비밀로 유지하여야 한다.
- ③ 법원은 사실조사를 받은 상대방 당사자에게 제1항의 조사결과보고서를 우선 열람하게 하여야 한다. 이 경우 상대방 당사자가 소송의 대상이 아닌 영업비밀이 조사결과보고서에 포함되었음을 주장하는 때에는 그 주장의 당부(當否)를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다.
- ④ 법원은 제3항 후단에 따라 자료 제시를 명하는 경우 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다.
- ⑤ 법원은 제3항 후단에 따른 상대방 당사자의 주장에도 불구하고 조사결과 보고서에 포함된 영업비밀이 침해행위의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 경우에 그 목적을 벗어나지 아니하는 범위에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여 사실조사결과보고서를 열람하게 할 수 있다.
- ⑥ 법원은 제3항 후단에 따른 상대방 당사자의 주장이 타당하다고 인정되면 전문가로 하여금 소송의 대상이 아닌 영업비밀에 관련된 내용을 조사결과 보고서에서 삭제하여 제출하도록 명하여야 한다. 이 경우 법원은 당사자에게 그 삭제 취지를 알리고 해당 내용에 대한 증거 확보의 필요성과 관련하여 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다.
- ⑦ 당사자는 제1항부터 제6항까지에 따른 절차를 거쳐 제출된 조사결과 보고서를 열람·등사하고 증거로 신청할 수 있다. 다만, 제5항에 따라 조사결과보고서를 열람할 수 있는 범위 또는 사람을 지정한 경우에는 그 범위 또는 사람에 한정하여 조사결과보고서를 열람할 수 있다.

□ 개정안은 제35조의7제4항에서 법원으로부터 지정된 전문가의 사실 조사 범위를 규정함.

- 개정안에 따르면 전문가는 상대방 당사자의 사무실 등에 대한 출입 및 자료 조사, 상대방 당사자 등에 대한 진술 청취 및 자료의 제출 요구 등을 행할 수 있고, 조사를 받는 상대방은 이를 거부

· 방해 · 기피할 수 없음.

□ 또한, 개정안은 제35조의8제2항에서 전문가가 준수하여야 할 의무로 비밀유지의무를 규정함.

- 나아가 전문가는 사실조사를 실시한 후에 조사결과보고서를 작성하여 법원에 제출하여야 하는데, 조사결과보고서는 사실조사를 받은 상대방 당사자가 우선 열람하고, 그 이후에 당사자가 열람할 수 있고, 법원은 조사결과보고서에 소송의 대상이 아닌 영업비밀이 있는 경우 전문가에게 이를 삭제하도록 명할 수 있음.

□ 개정안 제35조의7은 전문가의 사실조사 범위를 구체적으로 규정하여 조사대상자인 상대방 당사자의 권익이 침해되지 아니하도록 한다는 점에서 긍정적임.

□ 아울러 안 제35조의8은 기술유용피해사업자와 상대방 당사자의 충돌되는 권익을 비교적 균형 있게 고려하고 있음.

- 즉, 개정안은 상대방 당사자의 영업비밀을 보호하기 위하여 ① 상대방 당사자에게 우선 열람하도록 하고, ② 소송의 대상이 아닌 경우 조사결과보고서에서 삭제하도록 하며, ③ 소송의 대상이 아니라는 사실을 입증하기 위해 제출한 자료는 다른 사람이 보지 못하게 함.

- 반대로, 소송을 제기한 당사자의 권익 보호를 위하여 ① 조사결과 보고서에 포함된 영업비밀이 소송의 대상이 아니라는 점의 입증 책임을 상대방 당사자에게 부여하고, ② 영업비밀이라 하더라도 침해행위의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 경우에 그 목적을 벗어나지 아니하는 범위에서 열람하거나 열람할 수 있는 사람을 지정(in-camera)할 수 있도록 하고 있음.

□ 다만, 개정안은 다음과 같은 사항을 고려할 필요가 있음.

- 첫째, 개정안 제35조의7제4항과 관련하여 ‘관계인’의 범위가 불분명함.

특히 관계인에는 상대방 당사자의 변호사도 포함되는 것으로 보이는데, 변호가 상대방 당사자에게 행한 법적 조언 등도 사실 조사 대상에 해당될 경우 「변호사법」에 따른 비밀유지의무¹⁷⁾와 다소 충돌할 소지가 없는지 논의할 필요가 있음.

나아가 변호인과 의뢰인 간 비밀리에 이루어진 의사교환 내용, 서류나 자료 또는 물건 등의 공개, 제출 또는 열람 등을 요구하지 못하게 하는 비닉특권(Attorney-Client Privilege)의 도입이 필요하다는 학계 및 산업계의 의견과 이를 도입하는 내용의 「독점 규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안」¹⁸⁾이 우리

17) 제26조(비밀유지의무 등) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

위원회에 계류 중이라는 점도 함께 고려할 필요가 있음.¹⁹⁾

이에 대해 법원행정처와 지식재산처도 미국 법제의 변호사-의뢰인 특권원칙(비닉특권), 업무성과물 원칙 등을 고려하여 사실조사의 대상에서 법률자문서는 제외하고 있다는 점을 고려하여야 한다는 입장임.²⁰⁾

법무부는 법률자문서 제외의 취지에는 공감하면서도, 그 제외여부는 변호사의 비밀유지권과 관련하여 「변호사법」과 같은 일반법의 개정을 통해 다루어야 한다는 의견을 제시함.

- 둘째, 개정안 제35조의7제4항제6호는 다소 그 범위가 추상적이고 모호하여 실제 전문가 사실조사 과정에서 법적 분쟁을 야기할 소지가 있으므로 이를 규정하는 것이 타당한지에 대해서도 검토가 필요할 것으로 봄.

즉, 기술유용피해사업자의 권익 보호, 재판 실무에서의 법관에 대한 넓은 재량권 인정 측면에서는 긍정적이나, 사실조사를 받는 소송당사자의 예측 가능성은 현저하게 떨어진다는 한계가 있음.

- 셋째, 개정안 제30조의3제8항은 사실조사를 거부·방해·기피한 자

18) 이해식의원 대표발의(2211120)

19) 비닉특권의 경우 한미 관세협정의 합의문에도 그 도입을 명시함.

20) 참고로 유사한 내용을 담은 「특허법 일부개정법률안」(서일준의원 대표발의, 2207728)과 「대중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률 일부개정법률안」(오세희의원 대표발의, 2209179)에서는 법률자문서는 사실조사의 대상에서 제외하고 있음.

에게는 사업자의 경우 1억원 이하, 사업자의 임원이나 종업원, 그 밖의 이해관계자에게는 5천만원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있는데, 그 적정성에 관한 검토가 필요할 것으로 봄,

즉, 「민사소송법」 제318조²¹⁾가 정당하지 아니한 증언거부에 대해 과태료 500만원을 부과할 수 있도록 하는 점을 고려하면 개정안의 과태료 규정이 형평성 측면에서의 우려를 야기할 수 있고,

제35조의7제6항에 따라 상대방 당사자가 사실조사를 거부·방해·기피하면 법원은 사실조사로 증명하려는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있어 결국 상대방 당사자는 소송의 패소로 이어질 가능성이 상당하다는 점을 고려하면 과태료 상한을 하향하거나 삭제하는 방안도 논의할 필요가 있음.²²⁾

- 넷째, 개정안 제35조의8제5항은 상대방 당사자의 주장에도 불구하고 조사결과보고서에 포함된 영업비밀 중 소송의 대상이 아니더라도 침해행위의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 경우에 그 목적을 벗어나지 아니하는 범위에서 열람할 수 있도록

21) 제311조(증인이 출석하지 아니한 경우의 과태료 등) ①증인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에 법원은 결정으로 증인에게 이로 말미암은 소송비용을 부담하도록 명하고 500만원 이하의 과태료에 처한다.

제318조(증언거부에 대한 제재) 증언의 거부에 정당한 이유가 없다고 한 재판이 확정된 뒤에 증인이 증언을 거부한 때에는 제311조제1항, 제8항 및 제9항의 규정을 준용한다.

22) 다만, 이에 대해서는 반론이 있을 수 있음. 현행 「민사소송법」 제349조와 제350조에서도 법원의 문서 제출명령에 따르지 아니하는 당사자에 대해 유사한 규정을 두고 있는데, 법원은 해당 규정은 그 문서에 관한 주장(문서의 성질, 내용, 성립의 진정)이 진실한 것으로 주장한다는 뜻이지, 그 문서를 통해 입증하고자 하는 상대방의 주장사실까지 증명되었다고 보는 것은 아니라고 판시하였음(대법원 93다 15991 판결)

하고 있는데, 상대방 당사자의 영업비밀을 과도하게 노출할 우려가 있지 아니한지 논의가 필요함.

- 다섯째, 개정안은 제35조의8제3항에 따라 상대방 당사자가 소송의 대상이 아닌 영업비밀이 포함되어 있다고 주장하였을 때, 같은 조 제6항에 따라 그 주장이 타당하면 조사결과보고서에서 삭제하도록 하면서도, 제5항에서는 침해행위의 증명 또는 손해액의 산정에 필요하다면 조사결과보고서를 열람할 수 있도록(조사결과보고서에 포함하도록)하고 있어 제6항과 제7항이 충돌될 소지가 있음.

아울러 법원행정처는 제6항에 대해 상대방 당사자의 신청에 따라 영업비밀이 이미 삭제된 상황에서 당사자에게 추가로 증거확보의 필요성과 관련하여 의견을 진술할 기회까지 부여할 실익은 없다는 의견임.

- 마지막으로 개정안 제35조의8제7항은 당사자가 조사결과보고서를 열람·등사할 수 있도록 하고 있는데, 당사자가 상대방 당사자의 영업비밀을 열람·등사하게 할 경우 자칫 영업비밀 획득 목적으로 사실조사를 신청하는 등 기술유용의 수단으로 악용될 소지가 있다는 점을 고려할 필요가 있음.²³⁾

23) 참고로 「특허법 일부개정법률안」(서일준의원 대표발의, 2207728)은 당사자는 열람·복사의 대상에서 제외하고 있음.

5) 기타

제35조의6(손해액의 추정 등) ① 원사업자가 제12조의3제4항을 위반함으로써 손해를 입은 자(이하 이 조에서 “기술유용피해사업자”라 한다)가 제35조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 원사업자 또는 기술자료를 제공받은 제3자가 제12조의3제4항의 위반행위(이하 “침해행위”라 한다)를 하게 한 목적물 등을 판매·제공하였을 때에는 다음 각 호에 해당하는 금액의 합계액을 기술유용피해사업자가 입은 손해액으로 할 수 있다.

제35조의7(전문가에 의한 사실조사) ⑧ 제1항에 따른 사실조사는 「민사소송법」의 증거보전 절차에도 활용할 수 있다.

- 「민사소송법」 제375조는 법원은 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있다고 인정할 때 당사자의 신청에 따라 증거조사를 할 수 있도록 규정하면서 증거보전은 상대방을 지정할 수 없는 경우에도 가능(제378조)하고, 당사자의 신청뿐 아니라 법원의 직권으로도 할 수 있으며(제379조), 법원의 증거보전 결정에는 불복할 수 없도록 하고 있음(제380조).²⁴⁾
- 증거보전은 증거의 훼손과 소실을 방지하고 원활한 재판의 진행을 도우며, 실체적 진실의 발견을 위한 목적의 제도로서, 다른 방법으로는 증거조사가 어려울 때 보충적으로 운용됨.

24) 제375조(증거보전의 요건) 법원은 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란할 사정이 있다고 인정할 때에는 당사자의 신청에 따라 이 장의 규정에 따라 증거조사를 할 수 있다.

제378조(상대방을 지정할 수 없는 경우) 증거보전의 신청은 상대방을 지정할 수 없는 경우에도 할 수 있다. 이 경우 법원은 상대방이 될 사람을 위하여 특별대리인을 선임할 수 있다.

제379조(직권에 의한 증거보전) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 소송이 계속된 중에 직권으로 증거보전을 결정할 수 있다.

제380조(불복금지) 증거보전의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

□ 개정안은 전문가에 의한 사실조사를 「민사소송법」의 증거보전 절차에도 활용할 수 있도록 하여 증거보전 절차에서 진실한 실체의 발견을 보장하려는 것임.

□ 다만, 「민사소송법」의 증거보전 절차는 미리 증거조사를 실시할 긴급할 필요에 의해 보충적으로 인정되는 제도로서 개정안의 사실 조사와는 그 목적과 성격이 다르고,

민사소송 절차의 일반법인 「민사소송법」에 사실조사 관련 규정을 두지 아니한 채, 하도급거래를 규율하는 특별법인 이 법의 손해 배상 절차를 민사소송의 증거보전 절차에 적용하도록 하는 것은 신중히 접근할 필요가 있음.

3. 자료보전명령 제도 도입

1) 총괄 검토

□ 개정안은 기술유용피해사업자가 손해배상청구의 소를 제기하거나 제기할 것을 전제로 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료의 보전을 신청할 수 있는 근거를 마련하려는 것임.

현 행	개 정 안
제29조(벌칙) ① · ② (생략) <u><신설></u>	제29조(벌칙) ①·② (현행과 같음) <u>④ 제35조의10제1항에 따른 자료보전명령을 위반하여 자료를 고의로 훼손하거나 사용할 수 없게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.</u>
<u><신설></u>	<u>제35조의10(자료보전명령 및 효과) ① 기술유용피해사업자가 제35조에 따른 손해배상청구의 소를 제기하였거나 제기할 것을 전제로 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료의 보전을 신청하는 경우 법원은 해당 자료를 점유, 관리, 보관하는 사람(이하 “자료보관자”라 한다)이 이를 훼손하거나 사용할 수 없게 하는 것을 막기 위하여 1년의 범위에서 기간을 정하여 자료보전을 명할 수 있다. 이 경우 법원은 필요한 경우 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 그 기간을 연장할 수 있다.</u>

현행	개정안
	② 당사자가 제1항에 따른 자료보전명령을 신청하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 소명하여야 한다. 1. 자료보전명령의 대상이 될 자료를 특정하기에 충분한 사실 2. 자료보전을 명하지 아니하면 신청인에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있다는 사실 3. 필요한 증거를 미리 보전하지 아니하면 그 증거를 확보하기 어려운 사정 ③ 당사자가 제1항에 따른 자료보전명령을 신청하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 밝혀야 한다. 1. 자료를 점유, 관리, 보관하는 자 2. 증명할 사실 3. 보전하고자 하는 자료 4. 자료보전의 사유 ④ 법원은 제1항에 따른 자료보전명령에 앞서 자료보관자에게 의견을 진술할 기회를 부여할 수 있다. ⑤ 법원은 필요한 경우 제1항의 자료보전명령을 신청한 당사자에게 담보액과 담보제공의 기간을 정하여 담보를 제공하도록 명할 수 있고, 당사자가 이에 따르지 아니하는 때에는 그 신청을 각하할 수 있다. 이 경우 담보에 관하여는 「민사소송법」 제122조, 제123조, 제125조 및 제126조를 준용한다. ⑥ 자료보관자가 제1항의 자료보전명령에 따르

현행	개정안
	<u>지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실에 관한 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.</u> <u>⑦ 자료보관자는 제1항의 자료보전명령의 대상이 된 자료를 전자적 형태로 관리하고 있고, 업무상 이유 등으로 그 자료를 갱신할 필요가 있는 경우, 법원의 허가를 받아 그 명령이 내려진 때의 현상대로 그 자료의 사본을 만들어 법원에 제출한 후 그 자료를 갱신할 수 있다.</u> <u>⑧ 제1항에 따른 자료보전명령에 대하여는 이의를 신청할 수 있다. 이 경우 이의신청에 관한 법원의 결정에 대하여는 독립하여 불복할 수 없다.</u> <u>⑨ 제1항에 따른 손해배상청구의 소 제기 전 법원의 자료보전명령이 있는 후에도 당사자가 본안의 소를 제기하지 아니하는 경우 법원은 자료보관자의 신청에 따라 상당한 기간을 정하여 당사자에게 본안의 소를 제기하도록 명하여야 한다.</u> <u>⑩ 당사자가 정당한 사유 없이 제9항에 따른 법원의 명령에 따르지 아니하는 경우 법원은 직권 또는 상대방 신청에 따른 결정으로 자료보전명령을 취소하고, 당사자에게 자료보전명령에 관한 비용을 부담하도록 명할 수 있다.</u> <u>⑪ 제10항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.</u> <u>⑫ 제1항의 관할법원에 관하여는 「민사소송법」 제376조를 준용한다.</u>

□ 현행법 제35조의2²⁵⁾에서는 손해배상청구소송에서 당사자의 신청에 따라 상대방 당사자에게 해당 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있도록 하고 있음(당사자 자료 제출 명령).

- 당사자 자료제출 명령은 「민사소송법」 제347조의 문서제출명령²⁶⁾과 유사한 제도로서 1990년대부터 ‘서류제출명령’이라는 제도로 유지되어 오다, 한미 FTA 등 국제조약을 이행하기 위해 「특허법」²⁷⁾, 「저작권법」²⁸⁾과 같은 지식재산권법에서의 지식재산권 침해에 따른 손해배

-
- 25) 제35조의2(자료의 제출) ① 법원은 이 법을 위반한 행위로 인한 손해배상청구소송에서 당사자의 신청에 따라 상대방 당사자에게 해당 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 제출명령을 받은 자가 그 자료의 제출을 거부할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니하다.
- ② 법원은 제1항에 따른 제출명령을 받은 자가 그 자료의 제출을 거부할 정당한 이유가 있다고 주장하는 경우에는 그 주장의 당부(當否)를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다.
- ③ 제1항에 따른 제출 대상이 되는 자료가 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 영업비밀(이하 “영업비밀”이라 한다)에 해당하더라도 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 경우에는 제1항 단서에 따른 정당한 이유가 있는 것으로 보지 아니한다. 이 경우 법원은 제출 명령의 목적을 벗어나지 아니하는 범위에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여야 한다.
- ④ 법원은 제1항에 따른 제출명령을 받은 자가 정당한 이유 없이 그 명령에 따르지 아니한 경우 자료의 기재에 대한 신청인의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. 이 경우 신청인이 자료의 기재를 구체적으로 주장하기에 현저히 곤란한 사정이 있고 그 자료로 증명하려는 사실을 다른 증거로 증명하는 것을 기대하기 어려운 때에는 신청인이 자료의 기재로 증명하려는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.
- 26) 제347조(제출신청의 허가여부에 대한 재판) ① 법원은 문서제출신청에 정당한 이유가 있다고 인정할 때에는 결정으로 문서를 가진 사람에게 그 제출을 명할 수 있다.
- ② 문서제출의 신청이 문서의 일부에 대하여만 이유 있다고 인정할 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 안 된다.
- 27) 제132조(자료의 제출) ① 법원은 특허권 또는 전용실용권 침해소송에서 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에게 해당 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 그 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니하다.
- ② 법원은 자료의 소지자가 제1항에 따른 제출을 거부할 정당한 이유가 있다고 주장하는 경우에는 그 주장의 당부를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다.

상청구소송에서 특칙으로 강화되었음.²⁹⁾

나아가 증거의 구조적 편재가 심각한 영역에서 실체적 진실에 가까운 분쟁 해결을 도모하기 위해 2021년 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 전부개정을 통해 도입되었고, 이후 「하도급거래 공정화에 관한 법률」에도 적용되었음.

□ 다만, 자료제출명령 역시 전술한 기록송부제도³⁰⁾처럼 손해의 입증에 적극적으로 활용하기 어려운 측면이 있음.

- 즉, 자료제출명령을 받은 상대방 당사자가 자료의 보유를 부인하거나 이를 훼손할 경우 제도의 실효성을 확보하기 어려움.³¹⁾

□ 이에 따라 개정안은 자료의 훼손 등을 방지하기 위하여 기술유용 피해사업자가 손해배상청구의 소를 제기하기 전이라도 자료보관자에게 자료의 보전을 신청할 수 있는 제도를 도입하려는 것임.

□ 개정안은 현행 기록송부제도, 자료제출명령제도의 한계를 보완하여 실체적 진실의 발견을 돕고, 기술유용피해사업자의 권익을 보호할 수 있다는 점에서 긍정적임.

28) 제129조의2(정보의 제공) ① 법원은 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청에 따라 증거를 수집하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 다른 당사자에 대하여 그가 보유하고 있거나 알고 있는 다음 각 호의 정보를 제공하도록 명할 수 있다.

29) 한애라, ‘영업비밀 열람과 보호-공정거래위원회의 심의절차와 그 처분취소소송절차에서의 외부대리인 한정열람을 중심으로’, 사법 제1권 제58호, 2021, p.606

30) 4~7페이지 참조

31) 특허 침해소송 등에서도 유사한 문제가 제기되면서 개정안과 유사한 내용의 「특허법 일부개정법률안」이 등이 다수 발의되었음(19페이지 참조).

□ 다만, 개정안의 일부 조문은 다소 불명확한 부분이 있으므로 이하에서는 개별 조문을 중심으로 구체적인 검토의견을 제시함.

2) 자료보전명령의 요건과 내용

제35조의10(자료보전명령 및 효과) ① 기술유용피해사업자가 제35조에 따른 손해배상청구의 소를 제기하였거나 제기할 것을 전제로 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료의 보전을 신청하는 경우 법원은 해당 자료를 점유, 관리, 보관하는 사람(이하 “자료보관자”라 한다)이 이를 훼손하거나 사용할 수 없게 하는 것을 막기 위하여 1년의 범위에서 기간을 정하여 자료보전을 명할 수 있다. 이 경우 법원은 필요한 경우 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 그 기간을 연장할 수 있다.

② 당사자가 제1항에 따른 자료보전명령을 신청하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 소명하여야 한다.

1. 자료보전명령의 대상이 될 자료를 특정하기에 충분한 사실
2. 자료보전을 명하지 아니하면 신청인에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있다는 사실
3. 필요한 증거를 미리 보전하지 아니하면 그 증거를 확보하기 어려운 사정

③ 당사자가 제1항에 따른 자료보전명령을 신청하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 밝혀야 한다.

1. 자료를 점유, 관리, 보관하는 자
2. 증명할 사실
3. 보전하고자 하는 자료
4. 자료보전의 사유

□ 개정안은 제35조의10제1항에서 기술유용피해사업자가 자료보전명령을 신청할 수 있도록 하면서, 같은 조 제2항과 제3항에서 자료보전명령의 신청에 필요한 사항을 열거하고 있음.

- 개정안은 기술유용피해사업자의 신청에 따라 법원이 자료보관자에게 자료보전을 명할 수 있고, 필요한 경우 그 기간을 연장할 수 있도록 함.

- 같은 조 제2항에 따라 기술유용피해사업자가 자료보전명령을 신청하려면 그 대상이 될 자료를 특정할 수 있어야 하고, 자료보전명령 없이는 회복할 수 없는 손해가 발생하여야 하며, 증거를 미리 보전하지 아니하면 확보하기 어렵다는 것을 소명하여야 함.

□ 개정안은 「민사소송법」상 증거보전절차와 유사한 자료보전명령 제도를 도입함으로써 손해배상청구의 소 제기 전에도 적극적으로 증거를 수집할 수 있는 근거를 마련하는 데 긍정적 의의가 있음.

□ 다만, 법원행정처는 개정안 제35조의10제1항 후단에 따라 법원이 직권으로 자료보전명령 기간을 연장할 수 있는데, 이는 적절하지 아니하므로 당사자의 신청주의로 수정할 필요가 있다는 의견을 제시하였다는 점을 고려할 필요가 있음.

□ 한편, 자료보전명령은 상대방 당사자에게는 침익적 효과를 발생시키고 보전에 비용이 소요될 수 있다는 점을 고려하여 기간 연장의 상한은 법률에 직접 규정하는 것이 타당하다고 봄.³²⁾

32) 참고로 2022년 법원행정처가 운영한 ‘디스커버리 연구반’은 기간 연장의 상한을 1년으로 제안하였음.

3) 자료보전명령의 실효성 확보 등

제29조(벌칙) ④ 제35조의10제1항에 따른 자료보전명령을 위반하여 자료를 고의로 훼손하거나 사용할 수 없게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

제35조의10(자료보전명령 및 효과) ④ 법원은 제1항에 따른 자료보전명령에 앞서 자료보관자에게 의견을 진술할 기회를 부여할 수 있다.

⑤ 법원은 필요한 경우 제1항의 자료보전명령을 신청한 당사자에게 담보액과 담보제공의 기간을 정하여 담보를 제공하도록 명할 수 있고, 당사자가 이에 따르지 아니하는 때에는 그 신청을 각하할 수 있다. 이 경우 담보에 관하여는 「민사소송법」 제122조, 제123조, 제125조 및 제126조를 준용한다.

⑥ 자료보관자가 제1항의 자료보전명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실에 관한 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

⑦ 자료보관자는 제1항의 자료보전명령의 대상이 된 자료를 전자적 형태로 관리하고 있고, 업무상 이유 등으로 그 자료를 갱신할 필요가 있는 경우, 법원의 허가를 받아 그 명령이 내려진 때의 현상대로 그 자료의 사본을 만들어 법원에 제출한 후 그 자료를 갱신할 수 있다.

⑧ 제1항에 따른 자료보전명령에 대하여는 이의를 신청할 수 있다. 이 경우 이의신청에 관한 법원의 결정에 대하여는 독립하여 불복할 수 없다.

⑨ 제1항에 따른 손해배상청구의 소 제기 전 법원의 자료보전명령이 있은 후에도 당사자가 본안의 소를 제기하지 아니하는 경우 법원은 자료보관자의 신청에 따라 상당한 기간을 정하여 당사자에게 본안의 소를 제기하도록 명하여야 한다.

⑩ 당사자가 정당한 사유 없이 제9항에 따른 법원의 명령에 따르지 아니하는 경우 법원은 직권 또는 상대방 신청에 따른 결정으로 자료보전명령을 취소하고, 당사자에게 자료보전명령에 관한 비용을 부담하도록 명할 수 있다.

⑪ 제10항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

⑫ 제1항의 관할법원에 관하여는 「민사소송법」 제376조를 준용한다.

☐ 개정안은 자료보전명령의 실효성을 확보하기 위하여 자료보전명령을 따르지 아니하는 경우 제재조항을 두고, 자료의 갱신이 필요한

경우 법원의 허가를 받도록 함.

□ 개정안은 상대방 당사자의 권익을 보호하기 위하여 자료보전명령을 내리기 전에 자료보관자에게 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하고, 자료보전명령에 대한 이의신청 절차를 규정하며, 무분별한 자료보전의 신청을 방지하기 위하여 담보의 제공, 신청자의 소제기 의무 등을 규정함.

□ 개정안에 대해 법원행정처와 법무부는 다음과 같은 의견을 제시하고 있으므로 심사 시 고려할 필요가 있음.

- 먼저, 법원행정처는 자료보전명령을 신청한 당사자에게 담보를 제공하도록 명할 수 있도록 한 개정안 제35조의10제5항에 대하여 담보의 대상이 자료보전비용인지, 자료의 보전에 수반하는 손해인지 불분명하므로 이를 명확히 할 필요가 있다는 의견임.

또한, 제35조의10제10항에서 직권 또는 상대방 신청에 따른 결정으로 자료보전명령을 취소할 수 있도록 한 것에 대해서는 법원이 제소여부를 확인하기 어려운 점, 변론주의의 원칙상 직권취소는 적절치 아니한 점을 고려하여 신청에 의하여만 취소할 수 있도록 수정하고, 이 경우도 상대방이 아닌 자료보관자의 신청으로 규정하는 것이 적절하다는 의견을 제시함.

- 다음으로, 법무부는 자료보전명령을 위반하여 자료를 고의로 훼손하거나 사용할 수 없게 한 자에 대해 징역 또는 벌금에 처할 수 있도록 하는 개정안 제29조제4항은 형벌의 최후수단성을 고려하여 삭제하는 것이 적절하다는 의견임.

즉, 개정안 제35조의10제6항에 따라 자료보관자가 자료보전명령에 따르지 아니하면 신청한 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정³³⁾할 수 있으므로 형벌을 규정할 실익이 적고, 「민사소송법」의 증거보전도 불복 시 처벌조항이 없으므로 법 규정의 형평성을 고려하여야 한다는 것임.

- 한편, 개정안은 자료보관자의 권익을 보호기 위하여 제35조의10제4항에 따라 자료보전명령에 앞서 의견진술권을 부여하고 있는데, 자칫 해당 조문을 자료보관자가 악용하여 자료 훼손으로 이어질 가능성은 없는지에 관한 검토가 필요할 것으로 보고,

개정안 제35조의10제8항에는 이의신청의 주체가 자료보관자임을 명확하게 규정하는 것이 적절하며,

같은 조 제9항에서는 자료보전명령이 있는 후 당사자가 본안의 소를 제기하지 아니하는 경우 법원이 상당한 기간을 정하여 본안의

33) 다만, 앞서 언급한 것(34페이지 참조)처럼 법원은 이러한 규정은 그 문서에 관한 주장(문서의 성질, 내용, 성립의 진정)이 진실한 것으로 추장한다는 뜻이지, 그 문서를 통해 입증하고자 하는 상대방의 주장사실까지 증명되었다고 보는 것은 아니라고 판시하였음(대법원 93다 15991 판결)

소를 제기하도록 하고 있는데, ‘상당한 기간’을 법률에서 명확하게 규정하는 것이 필요할 것으로 봄.

4. 당사자신문(진술녹취) 제도 도입

1) 총괄 검토

- 개정안은 기술유용피해사업자가 제35조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 법원이 양 당사자로 하여금 소송상 공격이나 방어방법과 관련된 사실이나 자료의 검증에 필요한 사람을 대상으로 상호 간에 신문할 수 있도록 하려는 것임.

현행	개정안
<신설>	제35조의11(당사자에 의한 신문 등) ① 기술유용피해사업자가 제35조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 법원은 당사자의 신청에 의한 결정으로 양 당사자로 하여금 소송상 공격 또는 방어방법과 관련된 사실이나 자료의 검증에 필요한 사람(당사자를 포함한다)을 대상으로 진술인의 수, 범위, 방법 및 장소를 정하여 상호간에 신문하게 할 수 있다. 이 경우 법원은 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. 1. 상대방 당사자에게 과도한 부

현행	개정안
	<u>답을 야기하는지 여부</u> <u>2. 당사자가 주장하는 사실이나 자료의 검증 또는 자료의 보전을 위하여 신문이 필요한지 여부</u> <u>② 법원은 제1항에 따른 신문과 관련하여 진술인의 수, 범위, 방법 및 장소 등을 정하기 위하여 필요한 경우 변론준비기일을 지정할 수 있다.</u> <u>③ 법원은 제1항에 따라 양 당사자로 하여금 신문을 하게 할 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(이하 이 조에서 “신문업무담당자”라 한다)에게 진술인의 진술을 녹음장치 또는 영상녹화장치를 사용하여 녹음 또는 영상녹화를 하도록 하여야 한다.</u> <u>1. 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보</u> <u>2. 「공증인법」 제1조의2제1호에 따른 공증인</u> <u>3. 제1호 및 제2호에 규정된 사람에 준하는 사람으로서 제1항의 신문에 관한 업무를 수행하는 데 적합한 사람</u>

현행	개정안
	④ <u>신문업무담당자는 진술인에게 제1항에 따른 신문에 앞서 선서를 하게 하여야 하고, 선서에 앞서 다음 각 호의 사항을 고지하여야 한다. 다만, 특별한 이유가 있는 때에는 신문한 뒤에 선서를 하게 할 수 있다.</u> <u>1. 사건번호 및 사건명</u> <u>2. 신문업무담당자의 성명</u> <u>3. 선서의 의무 및 취지</u> <u>4. 다음 사항에 대한 경고</u> <u>가. 당사자(법정대리인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 진술인인 경우: 거짓 진술에 대한 제재</u> <u>나. 당사자가 아닌 제3자가 진술인인 경우: 위증의 벌</u> <u>5. 그 밖에 법관이 제1항의 신문에 관하여 고지가 필요하다고 인정한 사항</u> ⑤ <u>제4항에 의하여 선서한 당사자 아닌 진술인은 「형법」 제152조, 제153조 및 제155조의 적용을 받는 증인으로 본다.</u> ⑥ <u>신문업무담당자는 제1항에</u>

현행	개정안
	<u>따른 신문이 완료된 후 지체 없이 다음 각 호의 사항이 기재된 진술절차요약서를 서면으로 작성하여 법원에 제출하여야 한다.</u> <u>1. 사건의 표시</u> <u>2. 신문업무담당자의 성명</u> <u>3. 출석한 당사자·대리인·통역인과 출석하지 아니한 당사자의 성명</u> <u>4. 신문기일 및 장소</u> <u>5. 진술인의 인적사항</u> <u>6. 신문의 내용, 방법 및 절차에 관한 당사자의 이의 요지</u> <u>7. 진술거부 및 선서거부가 있었다면 그 내용 요지</u> <u>8. 선서를 시키지 아니하고 당사자가 아닌 진술인을 신문한 경우 그 요지</u> <u>9. 그 밖에 신문의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항</u> <u>⑦ 제1항에 따른 신문의 진행 중 신문의 내용, 방법 및 절차 등에 관하여 이의가 있는 당사자는 이의내용을 명확히 진술하는 방법으로 이의를 제기할 수 있고, 신</u>

현행	개정안
	문업무담당자는 제기된 이의의 요지를 진술절차요약서에 기재하여야 한다. ⑧ 상대방이 부당하게 진술인을 괴롭히거나 진술을 강요하는 때에 진술인은 법원에 신문절차의 종료 또는 중단을 신청할 수 있으며, 이에 대한 법원의 결정이 있을 때까지 신문은 중단된다. ⑨ 양 당사자는 제3항에 따라 녹음 또는 영상녹화된 진술인에 대한 신문 내용 중 필요한 부분을 특정하여 녹음물 또는 영상녹화물과 이에 대한 녹취서를 증거로 제출할 수 있고, 법원은 필요하다고 인정하는 경우에 당사자에게 신문 내용 전체를 기록한 녹음물 또는 영상녹화물과 이에 대한 녹취서를 제출하도록 명할 수 있다. ⑩ 양 당사자 중 일방이 제1항에 따른 신문절차를 방해한 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따라 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 결정을 내릴 수 있다.

현행	개정안
	<u>1. 진술인의 진술 내용에 대한 상대방 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정</u> <u>2. 신문절차를 방해한 당사자에 대한 패소판결</u> <u>3. 소송비용 전부 또는 일부의 부담</u> <u>4. 1천만원 이하의 과태료 부과</u> <u>⑪ 법원은 제1항에 따른 신청의 상대방 당사자가 정당한 이유 없이 신문 실시 결정에 불응하여 제1항에 따른 신문이 실시되지 못한 경우 제10항 각 호의 어느 하나에 해당하는 결정을 내릴 수 있다.</u> <u>⑫ 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 당사자가 아닌 진술인을 제1항에 따라 신문하는 경우에는 「민사소송법」 제303조부터 제309조까지, 제311조, 제312조, 제314조, 제315조, 제321조부터 제324조까지, 제327조제1항, 제327조의2 및 제328조의 규정을, 당사자인 진술인을 제1항에 따라 신문하는 경우에</u>

현행	개정안
<신설>	는 「민사소송법」 제309조, 제321조, 제322조, 제327조제1항, 제327조의2, 제369조 및 제370조의 규정을 준용한다. ⑬ 당사자가 아닌 진술인이 진술 거부 또는 선서거부를 하는 경우, 진술인은 거부하는 이유를 소명하여야 한다. 이 경우 당사자는 법원에 진술거부 또는 선서거부에 관한 재판을 신청할 수 있고, 위 재판에 관하여는 「민사소송법」 제317조 및 제318조를 준용한다. ⑭ 제1항에 따른 신문에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다. 제35조의12(변호사 선임 명령) ① 법원은 제35조의11제1항에 따른 신문의 원활한 진행을 위하여 당사자가 변호사를 소송대리인으로 선임할 필요성이 인정되는 경우 그 당사자에게 기간을 정하여 변호사를 선임하도록 명할 수 있다. ② 법원은 당사자가 제1항의 규

현행	개정안
제36조(벌칙 적용에서 공무원의 제) 제24조의10에 따른 이행관리 업무를 담당하거나 담당하였던 <u>사람</u> 및 제25조의4제3항에 따른 심의위원회 <u>위원</u> 중 공무원이 아닌 <u>위원</u> 은 「형법」 제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.	<u>정에 따른 명령을 받고도 정해진 기간 내에 변호사를 선임하지 아니한 경우 제35조의11제1항에 따른 신문을 허용하는 결정을 취소할 수 있다.</u> ③ <u>법원은 제35조의11제1항에 따른 신청의 상대방 당사자가 제1항의 규정에 따른 명령을 받고도 정당한 사유 없이 이에 불응하여 제35조의11제1항에 따른 신문이 실시되지 못한 경우 제35조의11제10항 각 호에 따른 제재를 부과할 수 있다.</u> 제36조(벌칙 적용에서 공무원의 제) ----- ----- <u>사람,</u> ----- ----- <u>위원</u> 및 제35조의11제3항에 따라 진술인의 진술을 녹음 또는 영상녹화하는 사람 중 --- <u>사람은</u>----- -----.

□ 개정안의 진술녹취제도는 미국식 진술녹취제도와 다소 차이가 있음.

- 미국의 진술녹취(증언녹취)제도는 소송 초기 단계에서 변호사들이 상대방 증인이나 관련자의 진술을 법정 외에서 녹취할 수 있도록 허용하는 것으로 법원의 허가 없이도 상대방에 대해 증언을 요구할 수 있고 당사자가 주관하여 증인을 신문함.
- 이에 반해, 개정안의 진술녹취제도는 변론 종결 전까지 법원의 허가를 받아 당사자들이 진술을 녹취할 수 있는 절차로서 법원이 주관한다는 특징이 있음.

□ 진술녹취제도가 도입되면 소송의 당사자는 증거를 보다 용이하게 수집할 수 있으므로 증거의 편재 문제를 완화하고 충실한 재판이 가능해진다는 장점이 있음.

- 비록 법정 밖에서 진행되지만 증인의 선서 이후에 진술녹취가 되므로 증거수집이 용이하고, 판사는 법정에서의 짧은 신문에 의존한 진술이 아닌 정리된 녹화와 기록을 바탕으로 심리할 수 있어 정확하고 공정한 판단을 돕게 됨.

□ 다만, 진술녹취제도가 도입되면 법원의 결정이 있는 경우 소송 당사자는 반드시 변호사를 선임하여야 하므로 전반적으로 소송

비용이 증가할 가능성이 있고, 영세한 기업은 제도를 적극적으로 활용하기 부담스러운 한계가 있음.

- 또한, 일반법인 「민사소송법」에도 규정하지 아니한 법정 외 진술 녹취를 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」에 두는 것이 타당한지, 신문과정에서 영업비밀이 유출될 가능성이나 영업비밀을 획득할 목적으로 소 제기를 하는 남용 가능성 등에 관한 논의도 이루어질 필요가 있음.

2) 당사자신문(진술녹취)의 신청

제35조의11(당사자에 의한 신문 등) ① 기술유용피해사업자가 제35조에 따른 손해배상을 청구하는 경우 법원은 당사자의 신청에 의한 결정으로 양 당사자로 하여금 소송상 공격 또는 방어방법과 관련된 사실이나 자료의 검증에 필요한 사람(당사자를 포함한다)을 대상으로 진술인의 수, 범위, 방법 및 장소를 정하여 상호간에 신문하게 할 수 있다. 이 경우 법원은 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 상대방 당사자에게 과도한 부담을 야기하는지 여부
2. 당사자가 주장하는 사실이나 자료의 검증 또는 자료의 보전을 위하여 신문이 필요한지 여부

- 개정안은 기술유용피해사업자가 손해배상을 청구하는 경우 법원은 당사자의 신청에 의한 결정으로 양 당사자로 하여금 소송상 공격이나 방어방법과 관련된 사실이나 자료 검증에 필요한 사람을 대상으로 상호 간에 신문하게 할 수 있도록 하고 있음.

- 이 경우 법원은 상대방 당사자에게 과도한 부담이 되는지와 신문이 필요한지 등을 종합적으로 고려하여 결정하도록 하고 있음.

□ 개정안이 당사자의 신청을 전제로 법원이 사안을 종합적으로 판단하여 당사자신문(진술녹취)을 허용할지를 결정하는 것은 배심제도를 기본으로 하는 미국의 소송구조와 우리의 상황이 다른 점을 고려한 타당한 입법 방향임.

□ 다만, 당사자의 신청을 진술녹취의 개시요건으로 하는 개정안에 대하여 법무부는 당사자 신청이 아닌 당사자 상호 동의를 전제로 진행하는 것이 바람직하다는 입장이고, 이에 대해 공정거래위원회와 지식재산청은 제도의 실효성 확보를 위해 개정안처럼 일방 당사자만의 신청으로도 신문이 가능하도록 하는 것이 타당하다는 의견임.

- 법원행정처가 운영한 디스커버리 연구반이나 사법행정자문회의의 결과에서도 개정안처럼 당사자 신청을 개시요건으로 제안하였고, 법무부의 의견처럼 양 당사자의 상호동의로 운용할 경우 상대방 당사자의 동의를 얻기가 어려워 기술유용피해사업자가 동 제도를 활용하는 것은 현실적으로 어려운 문제가 있으므로 개정안과 같이 당사자의 신청만으로도 진술녹취가 가능하도록 하는 것이 적절할 것으로 봄.

□ 또한, 개정안은 당사자신문의 시점을 특정하지 아니하고 있으므로

변론종결 전까지 언제든지 당사자의 신청에 따라 법원의 허가를 얻어 진술녹취를 할 수 있는데, 이를 제한할지에 관한 검토도 필요할 것으로 봄.

- 즉, 동 제도가 재판 과정에서 이루어지는 증인신문과 달리 재판 전 당사자 간 증거수집이나 충실한 변론 준비가 이루어질 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다는 점을 고려하면 첫 변론기일 전에 당사자신문을 활용하도록 하는 것이 보다 적절할 것으로 봄.

참고로 2022년 법원행정처의 디스커버리 연구반도 최종의견서에 동 제도의 실시 가능 시점을 ‘제1회 변론기일 전’으로 제시하였음.

3) 당사자신문(진술녹취)의 절차와 효과

제35조의11(당사자에 의한 신문 등) ② 법원은 제1항에 따른 신문과 관련하여 진술인의 수, 범위, 방법 및 장소 등을 정하기 위하여 필요한 경우 변론준비기일을 지정할 수 있다.

③ 법원은 제1항에 따라 양 당사자로 하여금 신문을 하게 할 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(이하 이 조에서 “신문업무담당자”라 한다)에게 진술인의 진술을 녹음장치 또는 영상녹화장치를 사용하여 녹음 또는 영상녹화를 하도록 하여야 한다.

1. 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보
2. 「공증인법」 제1조의2제1호에 따른 공증인
3. 제1호 및 제2호에 규정된 사람에 준하는 사람으로서 제1항의 신문에 관한 업무를 수행하는 데 적합한 사람

④ 신문업무담당자는 진술인에게 제1항에 따른 신문에 앞서 선서를 하게 하여야 하고, 선서에 앞서 다음 각 호의 사항을 고지하여야 한다. 다만, 특별한 이유가 있는 때에는 신문한 뒤에 선서를 하게 할 수 있다.

1. 사건번호 및 사건명

2. 신문업무담당자의 성명

3. 선서의 의무 및 취지

4. 다음 사항에 대한 경고

가. 당사자(법정대리인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 진술인인 경우:
거짓 진술에 대한 제재

나. 당사자가 아닌 제3자가 진술인인 경우: 위증의 벌

5. 그 밖에 법관이 제1항의 신문에 관하여 고지가 필요하다고 인정한 사항

⑤ 제4항에 의하여 선서한 당사자 아닌 진술인은 「형법」 제152조, 제153조 및 제155조의 적용을 받는 증인으로 본다.

⑥ 신문업무담당자는 제1항에 따른 신문이 완료된 후 지체 없이 다음 각 호의 사항이 기재된 진술절차요약서를 서면으로 작성하여 법원에 제출하여야 한다.

1. 사건의 표시

2. 신문업무담당자의 성명

3. 출석한 당사자·대리인·통역인과 출석하지 아니한 당사자의 성명

4. 신문기일 및 장소

5. 진술인의 인적사항

6. 신문의 내용, 방법 및 절차에 관한 당사자의 이의 요지

7. 진술거부 및 선서거부가 있었다면 그 내용 요지

8. 선서를 시키지 아니하고 당사자가 아닌 진술인을 신문한 경우 그 요지

9. 그 밖에 신문의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항

⑦ 제1항에 따른 신문의 진행 중 신문의 내용, 방법 및 절차 등에 관하여 이의가 있는 당사자는 이의내용을 명확히 진술하는 방법으로 이의를 제기할 수 있고, 신문업무담당자는 제기된 이의의 요지를 진술절차요약서에 기재하여야 한다.

⑧ 상대방이 부당하게 진술인을 괴롭히거나 진술을 강요하는 때에 진술인은 법원에 신문절차의 종료 또는 중단을 신청할 수 있으며, 이에 대한 법원의 결정이 있을 때까지 신문은 중단된다.

⑨ 양 당사자는 제3항에 따라 녹음 또는 영상녹화된 진술인에 대한 신문 내용 중 필요한 부분을 특정하여 녹음물 또는 영상녹화물과 이에 대한 녹취서를 증거로 제출할 수 있고, 법원은 필요하다고 인정하는 경우에 당사자에게 신문 내용 전체를 기록한 녹음물 또는 영상녹화물과 이에 대한 녹취서를 제출하도록 명할 수 있다.

⑩ 양 당사자 중 일방이 제1항에 따른 신문절차를 방해한 때에는 법원은 직

권 또는 당사자의 신청에 따라 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 결정을 내릴 수 있다.

1. 진술인의 진술 내용에 대한 상대방 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정
 2. 신문절차를 방해한 당사자에 대한 패소판결
 3. 소송비용 전부 또는 일부의 부담
 4. 1천만원 이하의 과태료 부과
- ⑪ 법원은 제1항에 따른 신청의 상대방 당사자가 정당한 이유 없이 신문 실시 결정에 불응하여 제1항에 따른 신문이 실시되지 못한 경우 제10항 각 호의 어느 하나에 해당하는 결정을 내릴 수 있다.
- ⑬ 당사자가 아닌 진술인이 진술거부 또는 선서거부를 하는 경우, 진술인은 거부하는 이유를 소명하여야 한다. 이 경우 당사자는 법원에 진술거부 또는 선서거부에 관한 재판을 신청할 수 있고, 위 재판에 관하여는 「민사소송법」 제317조 및 제318조를 준용한다.
- ⑭ 제1항에 따른 신문에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

□ 개정안에 따른 당사자신문(진술녹취)의 절차는 다음과 같음

- 먼저, 법원은 진술인의 수, 범위, 방법, 장소 등을 정하기 위하여 변론준비기일을 지정하고(제2항), 양 당사자로 하여금 신문을 하게 할 경우 진술인의 진술을 녹음 또는 녹화하도록 법원공무원이나 공증인을 신문업무담당자로 지정함(제3항)
- 다음으로 신문업무담당자는 진술인에게 신문에 앞서 거짓진술에 대한 제재나 위증에 대한 벌 등을 고지하여 선서하도록 하고(제4항), 그에 따른 진술인은 「형법」의 적용을 받는 증인으로 간주하되(제5항), 민사상 진술거부 및 선서거부에 관한 규정을 준용함(제13항).

- 신문업무담당자는 신문이 완료되면 진술절차요약서를 서면으로 작성하여 법원에 제출하고(제6항), 양 당사자는 녹음 또는 영상 녹화된 진술인에 대한 신문내용 중 필요한 부분을 특정하여 증거로 제출할 수 있음(제9항)

□ 진술이 증거로 활용되므로 법원은 당사자의 신청 등에 따라 당사자신문 과정에 적극적으로 개입할 수 있음.

- 신문의 진행 중 신문의 내용과 방법 및 절차 등에 관하여 이의가 있는 당사자는 이의를 제기할 수 있고(제7항), 상대방이 부당하게 진술인을 괴롭히거나 진술을 강요하는 경우 진술인은 법원에 신문 절차의 종료 또는 중단을 신청할 수 있음(제8항).

□ 개정안은 당사자신문의 실효성을 제고하기 위하여 일방 당사자가 신문절차를 방해하면 법원은 직권 또는 당사자 신청에 따라 진술인의 진술이 진실한 것으로 인정하거나 신문절차를 방해한 당사자에 대한 패소판결, 소송비용의 부담 및 과태료 등을 부과할 수 있도록 하고(제10항), 신청의 상대방 당사자가 정당한 이유 없이 신문에 불응하여 신문이 실시되지 못한 경우에도 동일하게 처분함(제11항).

□ 개정안에 대해서는 다음의 사항을 논의할 필요가 있음.

- 첫째, 개정안은 법원의 당사자신문에 대한 불복절차를 두고 있지 아니한데, 그 필요성에 관한 사항임.

개정안은 신문의 내용과 방법 및 절차에 대한 이의신청 제도만 두고 있을 뿐 법원이 당사자에 의한 신문을 하는 것으로 결정하면 상대방 당사자는 이에 따를 수밖에 없는 구조이므로 방어권 보장 차원에서 불복절차를 두는 방안을 검토할 필요가 있다고 봄.

참고로 「민사소송법」 제348조³⁴⁾는 법원의 문서제출명령에 대해 즉시항고 할 수 있도록 규정하고 있고, 개정안도 자료보전명령에 대해서는 즉시항고할 수 있는 근거를 두고 있음.

- 둘째, 개정안은 제35조의11제3항에서 신문업무담당자가 진술을 녹음 또는 녹화를 선택적으로 할 수 있도록 규정하고 있는데, 법무부는 변론 전체의 취지를 제대로 확인하기 위해서는 양자를 모두 하도록 하는 것이 적절하다는 의견인바 이에 대한 고려도 필요함.
- 셋째, 개정안은 제35조의11제10항에서 법원의 직권 또는 당사자의 신청에 따라 소송비용의 부담이나 과태료 부과를 할 수 있도록 하고 있는데, 이러한 결정을 당사자의 신청으로도 가능하게 하는 것이 타당한지 논의할 필요가 있음.

34) 제348조(불복신청) 문서제출의 신청에 관한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

- 넷째, 같은 항의 과태료 결정의 경우 즉시항고와 같은 불복절차를 둘 필요가 있고. 개정안은 법정 외 진술녹취 방해에 따른 과태료 부과 상한(1천만원)이 현행 「민사소송법」에서 규정하는 법정 내 진술녹취 방해에 대한 과태료 상한(500만원)³⁵⁾보다 높은 문제가 있어 법 규정의 형평성 측면에서 입법정책적 논의가 필요할 것으로 봄.
- 마지막으로, 개정안 제35조의11제4항이나 제6항 등 일부 규정은 재판 실무절차에 관한 사항이므로 법률에 규정하는 것보다는 대법원 규칙으로 위임함으로써 입법기술적 측면의 효율을 기할 필요도 있을 것으로 봄.

35) 제311조(증인이 출석하지 아니한 경우의 과태료 등) ①증인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에 법원은 결정으로 증인에게 이로 말미암은 소송비용을 부담하도록 명하고 500만원 이하의 과태료에 처한다.
 ⑧제1항과 제2항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 다만, 제447조의 규정은 적용하지 아니한다.
 제370조(거짓 진술에 대한 제재) ①선서한 당사자가 거짓 진술을 한 때에는 법원은 결정으로 500만원 이하의 과태료에 처한다.
 ②제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

4) 변호사선임명령 등

제35조의11(당사자에 의한 신문 등) ⑫ 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 당사자가 아닌 진술인을 제1항에 따라 신문하는 경우에는 「민사소송법」 제303조부터 제309조까지, 제311조, 제312조, 제314조, 제315조, 제321조부터 제324조까지, 제327조제1항, 제327조의2 및 제328조의 규정을, 당사자인 진술인을 제1항에 따라 신문하는 경우에는 「민사소송법」 제309조, 제321조, 제322조, 제327조제1항, 제327조의2, 제369조 및 제370조의 규정을 준용한다.

제35조의12(변호사 선임 명령) ① 법원은 제35조의11제1항에 따른 신문의 원활한 진행을 위하여 당사자가 변호사를 소송대리인으로 선임할 필요성이 인정되는 경우 그 당사자에게 기간을 정하여 변호사를 선임하도록 명할 수 있다.

② 법원은 당사자가 제1항의 규정에 따른 명령을 받고도 정해진 기간 내에 변호사를 선임하지 아니한 경우 제35조의11제1항에 따른 신문을 허용하는 결정을 취소할 수 있다.

③ 법원은 제35조의11제1항에 따른 신청의 상대방 당사자가 제1항의 규정에 따른 명령을 받고도 정당한 사유 없이 이에 불응하여 제35조의11제1항에 따른 신문이 실시되지 못한 경우 제35조의11제10항 각 호에 따른 제재를 부과할 수 있다.

제36조(벌칙 적용에서 공무원 의제) 제24조의10에 따른 이행관리 업무를 담당하거나 담당하였던 사람, 제25조의4제3항에 따른 심의위원회 위원 및 제35조의11제3항에 따라 진술인의 진술을 녹음 또는 영상녹화하는 사람 중 공무원이 아닌 사람은 「형법」 제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

□ 개정안은 재판절차와 증인신문에 관한 「민사소송법」의 일반 규정을 준용하고, 법원이 필요하다고 인정하는 경우 양 당사자에게 변호사를 선임하도록 명할 수 있도록 하면서 이에 불응하는 경우 제재를 행할 수 있도록 함.

□ 또한, 개정안은 벌칙 적용에서의 공무원 의제 대상으로 신문업무 담당자를 추가하고 있음.

- 의제조항과 관련하여 법원행정처는 개정안 제36조에서 공무원으로 의제되는 대상에 사실조사를 담당하는 전문가가 제외되어 있으므로 이를 추가하자는 의견임.

- 그러나 이 경우 공무원 의제조항에 따른 비밀엄수의무 위반에 수반하는 제재조치(2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지)와 개정안 제29조에 따른 비밀엄수의무 위반에 따른 제재조치(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)가 상이하므로 논의가 필요할 것으로 봄.

□ 아울러 개정안 제35조의11제12항은 「민사소송법」 제369조³⁶⁾와 제370조³⁷⁾를 준용하고 있는데,

제369조는 당사자가 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부한 때에는 법원은 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하는 내용인데, 개정안 제35조의11제10항제1호³⁸⁾에서 신문절차의 방해에 해당하지 아니

36) 제369조(출석·선서·진술의 의무) 당사자가 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부한 때에는 법원은 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

37) 제370조(거짓 진술에 대한 제재) ①선서한 당사자가 거짓 진술을 한 때에는 법원은 결정으로 500만원 이하의 과태료에 처한다.

38) 개정안 제35조의11(당사자에 의한 신문 등) ⑩ 양 당사자 중 일방이 제1항에 따른 신문절차를 방해한 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따라 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 결정을 내릴 수 있다.

1. 진술인의 진술 내용에 대한 상대방 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정

하는지 검토가 필요하고,

제370조는 거짓 진술에 대해 500만원의 과태료를 부과할 수 있도록 하고 있는데, 거짓 진술도 개정안 제35조의11제10항제4호³⁹⁾에 따른 신문절차의 방해에 해당한다고 볼 경우 과태료 부과금액은 조정이 필요할 것임.

39) 개정안 제35조의11(당사자에 의한 신문 등) ⑩ 양 당사자 중 일방이 제1항에 따른 신문절차를 방해한 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따라 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 결정을 내릴 수 있다.

4. 1천만원 이하의 과태료 부과

5. 부칙

이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

- 개정안은 부칙에서 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행하도록 하고 있는데, 진술녹취제도만 도입하는 내용의 「민사소송법 일부개정법률안」⁴⁰⁾도 시행일을 ‘공포 후 1년이 경과한 날’로 규정하고 있고,

법원행정처도 소송 절차에 새로운 제도를 대거 도입하는 개정안의 특성상 규칙 정비, 전산시스템 개편, 법원 인력 개편 등 상당한 시일(2년 이상)이 소요된다는 의견을 제시한 만큼 시행일을 보다 연장하는 것이 적절할 것으로 봄.

문 의 처

02)6788-5109

40) 정준호의원 대표발의(2203202)