

정보공개청구법의 “타 법령 지정”에 따른 비공개에 대한 헌법적 검토

박 경 신*

차 례

I. 들어가는 말

II. 문제의 정의

문제점 1: 입법자에 의한 알 권리의 한계 획정을 실제적으로 심사하지 않는 것

문제점 2: ‘명령’에 비공개결정을 위임하는 법률

문제점 3: 하위행정기관에게 비공개 결정을 위임하는 법령

III. 대법원 판례 분석

1. 법률유보에 대한 실체적 평가의 문제 - 국가정보원법
2. 각종 공무원비밀엄수조항 및 위임이 없는 명령의 의미
3. 비공개대상의 추상적 범주에 대한 해석
4. 소결

IV. 문제의 분석

1. 알 권리의 위상과 “타 법령”지정에 따른 비공개
2. 외국입법례
3. 해법

V. 결론

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2015. 11. 25. / 심사일자 : 2015. 11. 30. / 게재확정일자 : 2015. 11. 30.

I. 들어가는 말

우리나라는 공공기관의정보공개에관한법(이하, “정보공개청구법”)이 상대적으로 일찍 제정되어 국민의 알권리를 보장해왔다. 2014년에는 612,856건의 정보공개 청구가 접수되어 2013년 552,066건 대비 11.1% 증가 추세에 있고, 정보공개법이 최초로 시행된 1998년의 26,338건에 대비 약 22배 증가하였다. 2014년 접수된 정보공개 신청 612,856건 중 청구인이 스스로 취하하거나 민원으로 처리된 경우 등을 제외하고 실제 정보공개 청구에 해당하는 381,496건에 대하여 처리한 결과를 살펴보면, 86%(326,086건)가 청구인의 요구에 따라 ‘전부 공개’되었고, 10%(38,575건)는 ‘부분공개’ 되었으며, ‘비공개’로 결정된 것은 4%(16,835건)이다.¹⁾ 미국, 일본, 독일, 영국과 비교했을 때 양적으로 질적으로 전혀 뒤떨어지지 않는다는 점도²⁾

하지만 일선에서는 아직도 정보공개가 제대로 이루어지고 있지 않다는 불만도 존재한다. 2014년 통계에서 정보공개가 거부된 1만6천여건을 살펴보면 다음과 같이 분석된다.

1) 2014년 정보공개연차보고서, 행정안전부, 18쪽

2) 김창조, 정하명, 손재영, “정보공개제도 운영의 개선방안”, 2008, 행정안전부 발주 (이하, “김창조 보고서”, 361쪽; <http://www.usdoj.gov>; www.bmi.bund.de; <http://www.soumu.go.jp>, 이상 최종방문일 2015.11.30)

표 II-18 정보 비공개 사유 현황

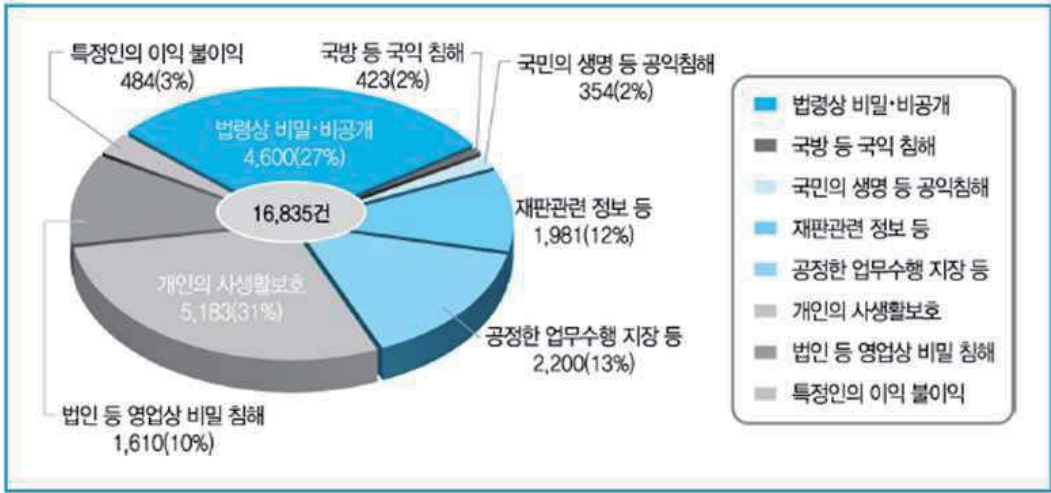


표 II-19 연도별 정보 비공개 사유 현황

단위: 건, (): %

구분	계	법령상 비밀·비공개	국방 등 국익 침해	국민의 생명 등 공익침해	재판관련 정보 등	공정한 업무수행 지장 등	개인의 사생활 보호	법인 등 영업상 비밀침해	특정인의 이익 불이익	정보 부존재 등
2014년	16,835	4,600	423	354	1,981	2,200	5,183	1,610	484	0
	(100)	(27)	(2)	(2)	(12)	(13)	(31)	(10)	(3)	(0)

그림 1 2014년 정보공개연차보고서, 행정안전부, 28쪽

위에서 보듯이 가장 주요한 정보공개거부사유는 개인의 사생활보호로서 31%에 달한다. 그러나 이와 함께 타 법령에 의해 비밀 및 비공개로 지정되어 공개거부되는 경우는 27%에 달한다.³⁾ “타법령 지정”에 따른 비공개건수는 매년 개인사생활보호와 함께 계속해서 비공개사유 1-2위를 다투었다.⁴⁾

3) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 [시행 2013.11.7] [법률 제11991호, 2013.8.6, 일부개정] 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

1. 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보. . .
6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. [이하 생략]

4) 김창조, 정하명, 손재영, “정보공개제도 운영의 개선방안“, 2008, 행정안전부 발주 (이하,

미국의 경우, “타 법령 지정”에 따른 비공개 건수를 연방행정기관에 대하여 살펴보면 2006년 10,446건으로 전체 118,675건의 10%에 미치지 않는 반면, 우리나라의 같은 해 중앙행정기관의 비공개건수 5,746건 중에서 “타 법령 지정”에 따른 비밀·비공개는 980건(17%)으로서 상대적으로 높다.⁵⁾

사생활보호를 위한 비공개의 경우 알 권리에 대한 이익형량이 또다른 헌법적 권리인 사생활의 비밀과 함께 이루어지므로 일견 정당성을 갖추고 있다고 보이나 “타 법령지정”에 따른 비공개의 경우 헌법적 권리인 알 권리에 대한 제약이 다수결주의적 판단과정으로 형성되는 법률, 명령 및 심지어는 하위행정기관의 판단에 의해 이루어진다는 점은 조금 더 심층적인 논의를 요구한다. 물론 청구권적 기본권의 경우 법률에 의해 그 절차와 범위가 제약되는 경우는 여럿 있지만 아래 살펴겠지만 그 법률도 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙 등의 실체적 제한을 받으며 이 헌법적 제한에 따라 해석되고 적용된다. 그런데, 정보공개청구법 제9조제1항1호의 “타 법령 지정”에 의한 비공개의 경우 법령의 존부라는 형식적인 검토만으로 비공개사유가 결정되는 외관을 띄고 있어 더욱 특별한 관심을 요구한다.

제1장에서는 타 법령의 지정에 따른 비공개 조항이 내포하고 있는 문제점들을 극명하게 보여주는 하나의 하급심판례를 통해 문제를 정의하고 제2장에서는 그 문제를 대법원 판례 분석을 통해 더 깊게 분석하고 제3장에서는 헌법이론 및 비교법적 분석을 통해 문제의 해법을 찾아본다.

II. 문제의 정의

여기서는 특정한 사건을 통해 우리나라 정보공개청구법이 가지고 있는 문제들을 살펴본다. 이렇게 하면 문제점들을 더욱 명확하게 체감할 수 있다.

2005년 5월 서울행정법원 제13부(재판장 이태중)⁶⁾는 ‘국가보안법 철폐를 위한 건국대 학생모임 시놉티콘’ 회원 이호영 씨가 전년도 6월에 낸 공안문제연

”김창조 보고서“), 278쪽

5) 김창조 보고서, 115쪽

6) 서울행정법원 제13부 2005.5.31선고, 2004구합 17358 (서울고등법원 2005.11.2. 선고 2005누 12956 판결에서 별다른 판시 없이 1심판결 인용됨)

구소 이적표현물 감정목록 등에 대한 정보비공개 결정처분 취소청구를 기각했다. 재판부는 ‘보안업무규정에 의하여 3급비밀로 지정되는 비밀은 누설되는 경우 국가안전보장에 손해를 끼칠 우려가 있는 정보’로 ‘적법절차에 따라 3급 비밀로 분류, 지정된 정보는 원칙적으로 열람 및 공개가 제한되는 비공개대상정보’라고 판단했다. 재판부는 ‘이 사건 정보가 적법한 절차에 따라 3급 비밀로 지정되어 열람, 및 공개가 제한되어...이 사건 정보는 구 정보공개법 제7조, 제1항 제1호7) 소정의 비공개대상정보에 해당한다고 할 것이다’라고 하여 해당 정보가 정보공개 의무 주체였던 공안문제연구소에 의해 3급비밀로 지정되었다는 이유로 비공개결정을 인용하였다.

공안문제연구소는 경찰청 산하 행정기관으로서 “공산주의를 비롯한 좌익사상에 대한 연구 및 대응이론의 개발, 국가보안법위반 사건에 관한 증거물의 감정 등을 담당하고 있는데, 경찰청, 국가정보원, 국군기부사령부 등 공안관련기관으로부터 공식문서로 문건의 감정을 의뢰받으면 감정서를 작성한 다음.. 이를 의뢰한 기관에 송부하(판결문)”는 일을 한다. 관련 공개청구 대상이 된 정보는 ‘공안문제연구소에서 설립 후부터 지금까지 감정했던 해당 사건은 무엇이며 그에 따른 감정 도서 및 감정자 등은 어떻게 되는지(이 사건정보)’에 대한 것이었다. 이 정보가 중요했던 이유는 국가보안법상 이적표현물 소지죄가 적용될 때 해당 서적이 이적표현물인지에 대한 감정을 공안문제연구소가 하는데 국민들 입장에서는 공안문제연구소가 이적표현물이라고 지정한 서적들의 목록과 지정한 이유들을 알아야 국가보안법 위반을 피할 수가 있기 때문이다.

이 사건 재판부에 따르면, 국가정보원법 제3조 제2항과 그 위임에 의한 대통령령인 보안업무규정 제2조 제1호, 제4호, 제23조는 “국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀은 그 중요성과 가치의 정도에 따라 I급, II급 비밀 및 III급 비밀의 분류로 되고, 해당 등급의 취급인가를 받은 자에 한해 열람할 수 있다”고 하고 있고, 이 사건 정보가 위의 ‘다른 법률 또는 다른 법률에 의한 명령’에 의하여 “비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정되

7) 구 공공기관의정보공개에관한법률 [시행 1998.1.1.] [법률 제5242호, 1996.12.31., 제정]
제7조 (비공개대상정보) ① 공공기관은 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다. 1. 다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정된 정보

면” 제7조제1항제1호에 따라 공개불가하다.

그리고, 재판부는 어떻게 이 사건 정보가 위 조항들에 의거하여 어떻게 ‘비밀로 유지되거나 비공개 사항으로 규정되었는가’를 다음과 같이 설명한다.

공안문제연구소장은 1998.4.27 경찰대학공안문제연구소에서 1992년부터 1997.12.31까지 접수, 감정한 도서 및 유인물목록을 Ⅲ급 비밀로 지정하기 위한 보안심의위원회를 개최하여 줄 것을 요청하였다. 이에 경찰대학 보안심사위원회는 1998.5.1 위와 같이 작성된 감정목록이 외부로 누설될 경우 이적성 시비 및 창작, 표현의 자유를 제한한다는 논란을 야기시켜 사회문제로 된 가능성이 있고, 국내 대공기관에서 내사하고 있는 공작사항이 노출될 우려가 있으며, 목록에 수록된 자료 입수방법에 대한 적법 시비가 야기되어 보안수사 기관의 공신력을 훼손할 우려가 있다는 이유로 이 사건 감정목록을 Ⅲ급 비밀로 지정한 것을 의결하였다.

이에 따라 재판부는 이 사건 정보가 제7조제1항1호에 따른 타 법령에 의해 비공개로 지정된 정보라는 이유로 비공개결정을 인용한다.

문제점 1: 입법자에 의한 알 권리의 한계확정을 실제적으로 심사하지 않는 것

이 사건 재판부가 의지하고 있는 구 정보공개법 제7조 제1항 제1호의 “다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여”(또는 지금의 제9조제1항제호 “다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 의하여”)라는 문구의 취지는 간단하다. 입법부는 특정 정보를 비밀로 할 것을 미리 정할 수 있다. 즉, 정보의 공개 여부를 사법부와 행정부가 운영하는 정보공개법의 절차를 통해 결정되도록 내버려두는 것이 아니고, 입법부가 미리 공개여부를 결정짓는 것이다. 이와 같은 입법부의 결정이 정보공개청구법에 의해 무산되지 않도록 하기 위하여 7조1항1호와 같은 조항이 존재하며, 이와 비슷한 취지의 조항들은 미국의 정보공개법에도 존재한다.⁸⁾ 이에 따라 이 사건 재판부는 이 사건 정보가 국가정보원

8) The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552, As Amended By Public Law No. 104-231, 110 Stat. 3048 (b) This section does not apply to matters that are-- . . . (3) specifically exempted

법 제3조 제2항⁹⁾에 따라 비공개로 지정되었으므로 - 정확히는 그 법의 시행령인 보안업무규정의 절차에 따라 공안문제연구소장이 비공개로 결정하였으므로 - 정보공개청구 취소 청구를 기각한 것이다.

그러나, 이와 같은 논증의 헌법적 타당성에 대해서 고민이 필요하다. 알 권리는 헌법으로 보장되는 권리이다. 헌법재판소는 정보공개청구법이 존재하기 전인 1989년에 이미 정부가 보유하고 있는 특정 정보에 대한 국민의 알 권리를 천명하였다.¹⁰⁾ 이 당시에는 정보공개청구법이 존재하지 않았으니 당연히 ‘타 법령에 의한 비공개’규정도 존재하지 않았다. 물론 타 법령이 특정 정보를 비밀로 보호하는 경우도 있었겠지만 헌법재판소는 그 법령의 단순한 존재 만으로 정보의 비공개를 승인하지는 않았을 것이다. 아래 살펴보겠지만 헌법재판소는 1989년 결정에서 법령의 존부에만 천착하지 않고 실제 국민의 알 권리와 국가가 비밀로 유지할 권한을 헌법 제37조제2항 상의 이익형량을 통하여 결정을 내렸다고 보아야 한다. 그런데 정보공개청구법이 제정되면서 ‘타 법령에 의한 비공개’규정이 생겼다고 하여 타 법령의 존재 만으로 그와 같은 이익형량이 중단되어서는 안될 것이다. 정보공개청구법의 제정이 국민의 알 권리를 도리어 축소하는 모순된 결과를 초래하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 입법자가 정보공개청구법 제7조제1호의 제정을 통하여

from disclosure by statute (other than section 552b of this title), provided that such statute (A) requires that the matters be withheld from the public in such a manner as to leave no discretion on the issue, or (B) establishes particular criteria for withholding or refers to particular types of matters to be withheld;

9) 국가정보원법 [시행 2003.2.4.] [법률 제6855호, 2003.2.4., 타법개정]제3조 (직무) ① 국정원은 다음 각호의 직무를 수행한다. <개정 1996.12.31., 1999.1.21.>

1. 국외정보 및 국내보안정보(대공·대정부전복·방첩·대테러 및 국제범죄조직)의 수집·작성 및 배포
2. 국가기밀에 속하는 문서·자재·시설 및 지역에 대한 보안업무. 다만, 각급기관에 대한 보안감사는 제외한다.
3. 형법중 내란의 죄, 외환의 죄, 군형법중 반란의 죄, 암호부정사용죄, 군사기밀보호법에 규정된 죄, 국가보안법에 규정된 죄에 대한 수사
4. 국정원직원의 직무와 관련된 범죄에 대한 수사
5. 정보 및 보안업무의 기획·조정

②제1항제1호 및 제2호의 직무수행을 위하여 필요한 사항과 제5호에 정하는 기획·조정외의 범위와 대상기관 및 절차 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.[전문개정 1994.1.5.]

10) 헌재 1989.9.4. 88헌마22

그러한 이익형량을 중단할 의도를 가졌다고 가정하더라도 그러한 입법자의 판단이 헌법의 규범통제로부터 자유로운 것은 아니다.

결국 “타 법령 지정”에 따른 비공개는 타 법률의 헌법적 과잉성을 무시하고 그 법률의 비공개지정을 따르는 것으로 해석될 경우 과도하게 국민의 알 권리를 제약할 수도 있다는 헌법적인 문제가 존재하며 그 문제가 바로 공안문제연구소 사건에서 나타난 것이다. 법원 판결문을 자세히 살펴보면 국정원법 제3조제2항 및 그 조항에서 위임된 보안업무규정 또 그 시행령에 따른 하위행정기관인 공안문제연구소의 판단에 대해서는 실체적 심사가 없는 상태에서 오로지 이 법령을 따랐다는 형식적 확인 만으로 이 사건 정보에 대한 국민의 알 권리 제한을 승인하였기 때문이다.

위에서 말했듯이 미국법에도 비슷한 조항이 있고 한국법과 다른 점은 그 법률에 대해서도 해석자에게 “재량(discretion)”을 남기지 않거나 “특정된 기준(particular criteria)”을 정해야 한다는 형식적 요건을 부과하고 있다는 점이다.¹¹⁾

미국법은 상대적으로 입법자의 판단이 명확할 것을 요구하고 있지만 그럼에도 불구하고 미국법과 한국법 모두 입법자가 원하기만 한다면 비공개지정의 폭이 매우 넓은 “타 법률”을 통과시켜 정보공개청구법이라는 헌법적 권리를 형해화시킬 수 있는 위험이 있다.

문제점 2: ‘명령’에 비공개결정을 위임하는 법률

우리나라 정보공개청구법 상의 ‘타 법령’ 예외는 법률 만을 예외로 인정하는 것이 아니라 ‘법률에서 위임한 명령’에도 정보공개 의무를 면제할 권한을 부여하고 있다. 이는 위에서 살펴본 문제 보다 조금 더 심각한 문제인데 명령은 대통령 등의 행정기관이 정하기 때문이다. 즉 헌법적 권리에 대한 제한을 법률이 아닌 대통령령이 하고 있는 것이다.

11) The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552, As Amended By Public Law No. 104-231, 110 Stat. 3048 (b) This section does not apply to matters that are-- . . . (3) specifically exempted from disclosure by statute (other than section 552b of this title), provided that such statute (A) requires that the matters be withheld from the public in such a manner as to leave no discretion on the issue, or (B) establishes particular criteria for withholding or refers to particular types of matters to be withheld;

미국은 위에서 설명했듯이 법률에 의해서만 비공개지정이 이루어질 것을 요구하고 있다. 물론 행정명령(executive order)에 의해 비공개지정이 되는 경우도 있지만 그 지정이 “국가안보와 외교정책의 이익을 위해서” 이루어질 것이라는 실체적 요건이 부과되어¹²⁾ 우리나라 법의 제9조제1항제2호의 “국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보”에 대응되는 것이다.

이 사건 재판부는 너무 간단하게 “이 사건 정보가 적법한 절차에 따라 III급 비밀로 지정되어 열람, 및 공개가 제한되어 있는 사실은 앞서본 바와 같으므로 이 사건 정보는 구 정보공개법 제7조, 제1항 제1호 소정의 비공개대상 정보에 해당한다고 할 것이다”라고 하고 있어 보안규정이 국민의 알 권리라는 기본권에 비추어 타당한가에 대해 전혀 심사를 하고 있지 않다. 즉 국민의 알 권리가 법률 상의 위임만 있다면 대통령령에 의해 자의적으로 그 범위가 확장될 위험이 있는 것이다.

물론 하위법령이 기본권을 제한한다는 것 자체는 포괄위임입법금지 원리만 준수한다면 문제가 아니다. 그러나, 우리 정보공개청구법은 이렇게 일반적인 위임의 절차를 넘어서서 명시적으로 대통령령 등의 명령에 의해서 알 권리가 제한될 수 있도록 하고 있어 일반적인 수준의 이상으로 기본권제한의 권한이 법률에서 명령으로 위임된 것으로 볼 수 있다.

문제점 3: 하위행정기관에게 비공개결정을 위임하는 법령

위에서 법률이나 법률에서 위임한 명령이 정보공개업무로부터의 예외를 구성한다고 가정하더라도, 법률이나 명령이 구체적으로 X라는 정보를 직접 지시하여 비공개로 지정하는 경우에만 ‘타법령’ 예외가 유효한지 아니면 법률이나 명령이 추상적인 기준과 범주만을 정해놓는 경우에도 역시 예외가 유효한지가 문제가 된다. 공안문제연구소 사건에서는 해당 명령인 보안규정은 해당 행정기관인 공안문제연구소가 비공개정보를 지정할 기준과 범주만을 정해놓았

12) FOIA, 5 U.S.C. § 552(b) This section does not apply to matters that are--

(1) (A) specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order;

을 뿐 - 즉 보안업무규정 제2조 제1호, 제4호, 제23조는 “국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀은 그 중요성과 가치의 정도에 따라 I 급, II 급 비밀 및 III 급 비밀의 분류로 되고, 해당 등급의 취급인가를 받은 자에 한에 열람할 수 있다” - 구체적으로 이 사건 정보에 해당하는 정보유형(예: “이적표현물 심사기록”)을 특정하여 비공개로 지정하지 않았다.

생각건대 ‘타 법령’ 조항을 해석할 때 법률이나 법률에 의한 명령이 명시적으로 비밀유지를 정한 정보에만 한정하여 정보공개 의무가 면제되는 것으로 해석하여야 한다. 그렇지 않고 관련 법률이나 명령으로 위임받은 기관이 행정결정을 통해 비밀유지를 결정한 정보에까지 무차별적으로 예외가 확대해석할 경우, 위 조항은 정보공개법 전체를 형해화할 수 있다. 제9조제1항제1호(이 사건 당시에는 7조1항1호)를 해석할 때 ‘법률과 명령에 따라 행정기관에 의해 비밀로 지정한 정보에는 정보공개법이 적용되지 않는다’라고 해석하게 되면, 국가는 어떤 정보이든 공개하고 싶지 않은 정보가 있으면 행정기관에 요청하여 비밀로 지정하면 간단히 정보공개청구법의 적용을 피할 수가 있게 된다. 즉, 제9조제1항제1호의 예외가 정보공개법 전체를 무력화할 수 있다.

이와 같이 예외가 원칙을 무력화하는 결과를 피하기 위해 미국의 경우에는 관련 조문 자체에서 ‘다른 법률에 의해 비공개로 특정[될 것]’을 요구함은 물론 (A) 그 법이 비공개 여부에 대한 재량을 허용하지 않거나 (B) 비공개되는 정보의 기준과 종류를 특정한 경우에만 정보공개 의무가 면제된다고 규정하고 있다.¹³⁾ 즉 비공개 여부에 대해 재량이 없을 정도로 특정 정보를 직접적으로 비공개지정하거나 그에 준하는 수준의 특정된 기준을 요구하는 것이다. 물론 이 사건에서 국가정보원법과 국가정보원법에서 위임한 명령이 보안규정인 ‘국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀’이라는 비공개의 기준이 특정되어 있다. 그러나 첫째 그 구체성에 있어서 미국법이 요구하는 “특정된 기준 (particular criteria), 특정된 유형(particular types)” 충족시키지 못할

13) The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552, As Amended By Public Law No. 104-231, 110 Stat. 3048 (b) This section does not apply to matters that are-. . . (3) specifically exempted from disclosure by statute (other than section 552b of this title), provided that such statute (A) requires that the matters be withheld from the public in such a manner as to leave no discretion on the issue, or (B) establishes particular criteria for withholding or refers to particular types of matters to be withheld;

것으로 보인다.

물론 비공개정보를 특정하지 않고 그 추상적인 범주 만을 정한 경우에도 사법부가 그 범주에 따라 비공개지정이 제대로 이루어졌는지를 실체적으로 판단하면 되지만 이 사건에서 재판부는 이적표현물 심사기록이 보안업무규정 제2조 제1호, 제4호, 제23조 상의 “국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀”에 해당하는지를 실체적으로 심사하지 않았다. 이렇게 비공개정보를 특정하지 않고 추상적인 범주 만을 정하는 경우 사법부가 이와 같이 해당 법령이 정한 범주에 따라 하위행정기관의 비공개지정에 대해 실체적 심사를 하지 않을 가능성이 높다.

Ⅲ. 대법원 관례 분석

아래에서는 위에서 제기된 문제점들이 실제 대법원 관례에서 해소되고 있는지를 살펴본다.

1. 법률유보에 대한 실체적 평가의 문제 - 국가정보원법

국가정보원 직원의 배우자가 이혼소송 중에 국가정보원장에게 ‘국가정보원에서 갑에게 지급하는 현금급여 및 월초수당’ 등의 정보공개를 청구하였다.

이에 국가정보원장은 세출예산의 요구에 있어 국회에 대해서 예산내역의 공개를 제한하고 있는 국가정보원법 제12조에 근거하여 비공개결정을 내렸다. 국가정보원법 제12조는 국가정보원의 세출예산의 요구는 그 관·항을 국가정보원비와 정보비로 하여 총액으로 하고, 그 산출내역과 예산안의 첨부서류는 제출하지 아니할 수 있으며(제2항), 국가정보원의 예산 중 미리 기획하거나 예견할 수 없는 비밀활동비는 총액으로 다른 기관의 예산에 계상할 수 있다(제3항)고 규정하는 한편, 국가정보원은 국회정보위원회에 국가정보원의 모든 예산에 관하여 실질심사에 필요한 세부자료를 제출하여야 한다(제4항)고 규정하면 서도, 국회정보위원회는 국가정보원의 예산심의를 비공개로 하고, 국회정보위원회의 위원은 국가정보원의 예산내역을 공개하거나 누설하여서는 아니 된다(제5항)고 규정하고 있다.

이에 대한 취소소송에서 대법원¹⁴⁾은 「국가정보원법 제12조가 국회에 대한 관계에서조차 국가정보원 예산내역의 공개를 제한하고 있는 것은 정보활동의 비밀보장을 위한 것으로서, 그 밖의 관계에서도 국가정보원의 예산내역을 비공개사항으로 한다는 것을 전제로 하고 있다고 볼 수 있고, 예산집행내역의 공개는 예산내역의 공개와 다를 바 없어, 위와 같이 비공개사항으로 되어 있는 ‘예산내역’에는 예산집행내역도 포함된다고 보아야 하며, 국가정보원이 그 직원에게 지급하는 현금급여 및 월초수당에 관한 정보는 국가정보원 예산집행내역의 일부를 구성하는 것이므로, 위 현금급여 및 월초수당에 관한 정보는 국가정보원법 제12조에 의하여 비공개사항으로 규정된 정보로서 정보공개법 제9조 제1항 제1호의 비공개대상정보인 ‘다른 법률에 의하여 비공개 사항으로 규정된 정보’에 해당한다고 보아야 한다」고 판시하였다.

이에 대해 이일세는 “국회와의 관계에서 세출예산의 공개를 제한하고 있는 것.. 을 가지고 국민 일반에 대한 예산집행내역(보수) 비공개의 법적 근거로 삼는 것은 위 제12조의 규정취지를 벗어난 해석이라 생각된다. 더욱이.. 특정 직원의 보수에 관한 사항은.. 국가정보원의 전반적인 예산상황 파악에는 별 영향을 미치지 못할 것이다.. 특정 직원의 보수에 대한 공개 여부는 정보공개법 제9조 제1항 제6호(사생활의 비밀)의 문제로 접근하는 것이 타당하다고 할 것이다”라고 비판한다.¹⁵⁾

생각건대, 더욱 심각한 문제는 국가정보원법 제12조가 대국민 공개여부에 대한 것이고 대상도 “예산내역”으로 특정했다고 할지라도 예산내역 전체를 비공개로 지정하는 것이 알 권리에 대한 정당한 법률유보인지 실제적 평가가 전혀 이루어지지 않았다는 것이다. 이혼소송 당사자인 직원의 직급 및 활동등을 밝히지 않고 그 직원의 보수총액 만을 밝히는 것은 국정원이 요구하는 비밀성에 영향을 미치지 않을 것이다. 또 그와 같은 비밀성을 충족하기 위한 별도의 조항인 국가정보원법 제6조¹⁶⁾가 있고 이 조항은 조직, 정원, 소재지

14) 대법원 2010. 12. 23 선고, 2010두14800

15) 이일세, “공공기관의 정보공개에 관한 판례분석 - 공개/비공개 사유를 중심으로“, 강원법학, 제45권, (2015. 6), 강원대학교 비교법학연구소

16) 국가정보원법 제6조 “국가정보원의 조직·소재지 및 정원은 국가안전보장을 위하여 필요한 경우에는 그 내용을 공개하지 아니할 수 있다”

만을 비밀로 지정하고 있으며 그마저도 ‘국가안보를 위해 필요한 경우’로 한정되어 있음을 감안하면 더욱 국가정보원법 제12조의 존재에만 의지한 대법원의 판결은 문제가 있다.

2. 각종 공무원비밀엄수조항 및 위임이 없는 명령의 의미

보안관찰 통계자료에 대한 정보공개를 청구한 사건에서 법무부장관은 i) 이 사건 정보는 형법 제127조 공무상 비밀누설죄 소정의 직무상 비밀에 해당하고, ii) 보안관찰법 제27조 제7항이 보안관찰처분업무 담당 공무원이 지득한 사실을 공표하거나 누설한 때에는 처벌하도록 규정하고 있으므로, 이 사건 정보는 정보공개법 제9조 제1항 제1호 소정의 ‘다른 법률에 의해 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보’에 해당하여 비공개대상이라고 주장하였다. 이에 관해 서울고등법원은¹⁷⁾ 다음과 같이 판시하며 공개대상이라고 판시하였고 이 판시는 대법원에서 확정되었다.¹⁸⁾

형법 제127조 소정의 공무상 비밀누설죄는 공무원 또는 공무원이었던 자가 직무상 알게 된 비밀을 누설함으로써 위협되는 국가의 기능을 보호하기 위한 형벌규정이고, 보안관찰법 제27조 제7항 소정의 사실공표·누설죄는 보안관찰처분의 업무에 종사하는 공무원 등이 보안관찰법에 의하여 지득한 사실을 공표하거나 누설함으로써 위협되는 국가의 기능을 보호하고 보안관찰처분대상자의 사생활과 명예를 보호하기 위한 형벌규정으로서, 그 행위의 대상이 되는 ‘직무상 비밀’ 또는 ‘지득한 사실’이라 함은 법령에 의하여 비밀로 분류된 경우뿐만 아니라 객관적·일반적으로 외부에 알려지지 않는 것에 상당한 이익이 있는 사항도 포함하는 반면, 정보공개법 제7조(현행 9조) 제1항은 정보공개의 원칙에 대한 예외로서 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정된 정보에 한하여 예외적으로 공개대상에서 제외할 수 있도록 규정하고 있으므로, 형법 제127조 소정의 공무상 비밀누설죄의 행위객체

17) 서울고등법원 선고 2001. 9. 6, 2000누15073

18) 대법원 선고 2004. 3. 18, 2001두8254

로서의 직무상 비밀에 해당하는 정보나 보안관찰법 제27조 제7항 소정의 사실공표·누설죄에 해당하는 정보라 하더라도 법령에 의하여 명시적으로 비밀 또는 비공개사항으로 분류·규정되지 아니한 이상 정보공개법 제7조 제1항 소정의 비공개대상정보에 해당하지 아니하고, 국민으로부터의 공개청구에 따라 정보를 공개하는 이상 공무상 비밀누설죄나 보안관찰법상의 사실공표·누설죄가 성립할 여지도 없다(피고의 주장과 같이 형법 제127조나 보안관찰법 제27조 제7항의 각 규정을 정보공개법 제7조 제1항 소정의 비공개사항을 규정하는 법률로 볼 경우 공무원의 직무에 관한 정보는 모두 비공개대상정보에 해당되게 되어 정보공개청구권이 인정될 여지가 없게 될 것이다).(강조- 편집자)

이에 대하여 이일세는 다음과 같은 견해를 제시한다. 즉, 국가공무원법 및 기타 공공기관들의 조직 및 설치에 관한 법률상의 비밀엄수의무는 국가의 안전보장 또는 사생활의 비밀과 같은 공사의 보호를 위해 포괄적으로 공무원에게 부여된 의무인데 대하여, 정보공개청구법 제1호는 제9조에서 정한 여러 비공개사유의 하나로서 명시적으로 ‘다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 따라 비밀로 규정된 정보’라고 규정하고 있으므로,¹⁹⁾ 정보공개법 제9조 제1항 제1호는 ‘다른 법률에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보’라고 규정하고 있음을 볼 때, 여기에서 ‘비밀이나 비공개사항으로 규정한 다른 법률’이란 어떤 정보가 비밀 또는 비공개대상인지 그 내용과 범위를 특정하여 규정한 경우만을 의미해야 한다고 한다.²⁰⁾

또, 대법원은²¹⁾ 불기소사건기록에 대한 정보공개청구 사건에서 「검찰보존사무규칙은 비록 법무부령으로 되어 있으나, 그 중 불기소사건기록 등의 열람·등사에 대하여 제한하고 있는 부분은 위임 근거가 없어 행정기관 내부의 사무처리 준칙으로서 행정규칙에 불과하므로, 위 규칙에 의한 열람·등사의 제한을 구 정보공개법 제7조 제1항 제1호의 ‘다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비공개사항으로 규정된 경우’에 해당한다고 볼 수 없다」고 판시하였다.

19) 이일세, 154-155

20) 이일세, 160

21) 대판 2004. 9. 23, 2003두1370. 같은 취지의 판결: 대판 2006. 5. 25, 2006두3049.

이와 관련하여 2004년 개정에서 원래 “다른 법률 또는 법률에 의한 명령”으로 되어 있던 “타 법령”조항의 문구를 “다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령”으로 개정하여 법률에서 비공개결정을 구체적으로 위임한 경우에만 비공개지정이 유효하도록 하였다.

이에 따라 2004년 개정법이 적용된 사건에서 대법원은 교육공무원법 제13조가 “승진은 . . . 실제 증명되는 능력에 의한다”고 되어 있을 뿐 비밀지정에 대한 아무런 위임을 하고 있지 않은 상황에서 교육공무원승진규정 제26조: “평정결과는 공개하지 아니한다”는 규정에 따라 평정결과를 비공개한 사안에 대해 “법률에서 위임한 명령”이 아니라며 비공개처분을 취소하였다.²²⁾

생각건대, 입법자가 정보공개청구법에 대한 예외를 설정할 의도를 표명한 경우에만 “타 법령” 지정에 의한 예외를 인정해야 한다는 것인데 당연하다고 본다. 또 이일세의 견해처럼 이때 입법자에 의한 예외의 범위 획정이 구체적이어야만 “타 법령” 지정에 의한 예외설정이 인정될 수 있다고 본다.

3. 비공개대상의 추상적 범주에 대한 해석

법률이나 명령이 실제로 비공개대상을 명시적으로 특정하지 않고 추상적으로 정의하였다고 할지라도 법원이 해석을 통해 그 범위를 확정할 수 있다.

국가정보원법 제6조²³⁾에 대하여 대법원은 국가정보원 ‘부패척결 TF팀’의 조직과 활동내역에 대한 정보공개청구사건²⁴⁾에서 부패척결 TF팀의 조직과 활동내역에 대한 비공개결정에 대하여, 위 TF팀의 활동내역에 관한 사항까지 당연히 그 전부가 “국가정보원의 조직·소재지 및 정원”에 관한 정보로서 국가정보원법 제6조에서 비공개 사항으로 정한 정보에 해당하지는 않는다고 하였다. 즉, ‘국가안보를 위해 필요한 경우’에 포함되지 않은 것으로 본 것이다.

이와 관련하여 한미FTA협정문 초안에 대한 정보공개청구 사건에서도 외교통상부 장관이 국가정보원법 제3조 제2항에서 위임한 보안업무규정 제4조²⁵⁾를

22) 2006두11910

23) 국가정보원법 제6조 “국가정보원의 조직·소재지 및 정원은 국가안전보장을 위하여 필요한 경우에는 그 내용을 공개하지 아니할 수 있다”

24) 대법원 2013. 1. 24 선고 2010두18918, 서울고등법원 2010. 8. 25 선고 2010누7552.

25) 보안업무규정 제4조(비밀의 구분) 비밀은 그 중요성과 가치의 정도에 따라 다음 각 호와

들어 공개거부를 한 것에 대하여 법원이 역시 다음과 같이 판시하며 해당 명령인 보안규정 제4조에 이미 내재한 ‘국가안전보장’이라는 요건에 따라 실체적 심사를 한 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.²⁶⁾

보안업무규정 제4조에서 규정한 비밀의 요건인 ‘국가안전보장’의 개념은 국가의 독립, 영토의 보전, 헌법과 법률의 기능, 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 유지 등을 의미한다고 할 것인데, 미국과 사이에 FTA 체결을 위한 이 사건 각 협정문 초안이 국가안전보장과 관련된 정보라고 할 수 없어 그 실질적 내용상으로도 위와 같은 III급 비밀로 분류될 수 있는 상태에 있다고 할 수 없다.

국정원 부패척결TF 판결은 법률의 해석을 통해, 한미FTA초안 판결은 명령의 해석을 통해, 하위행정기관의 판단을 통제한 것으로 볼 수 있다. 위에서 지적된 “문제점 2 (대통령령에 알 권리의 한계 획정을 위임한 문제)”나 “문제점 3 (하위행정기관에게 알 권리의 한계 획정을 위임한 문제)”을 법원의 엄격한 해석을 통해 해결할 수 있는 가능성을 보여준다고 하겠으나, 위의 “타 법령”에는 모두 ‘국가안전보장에의 필요성’이라는 요건이 포함되어 있었기 때문에 위와 같은 통제가 가능했던 것으로 보인다. 대통령령이나 하위행정기관에게 비공개 범위의 획정을 위임하는 것은 최대한 지양해야 할 것으로 보인다.

4. 소결

위의 대법원 판결들을 살펴보면 위에서 “문제점 1, 2, 3”으로 지적된 것들이 법원에 의해 충분히 해소되지 않음을 알 수 있다. 즉 법원은 아직도 입법자의 알 권리의 한계 획정에 대한 실체적 판단은 하고 있지 않으며 형식적으로

같이 구분한다.

1. I급비밀: 누설될 경우 대한민국과 외교관계가 단절되고 전쟁을 일으키며, 국가의 방위계획·정보활동 및 국가방위에 반드시 필요한 과학과 기술의 개발을 위태롭게 하는 등의 우려가 있는 비밀
2. II급비밀: 누설될 경우 국가안전보장에 막대한 지장을 끼칠 우려가 있는 비밀
3. III급비밀: 누설될 경우 국가안전보장에 해를 끼칠 우려가 있는 비밀

26) 서울행정법원 2007.2.2. 선고 2006구합23098 판결

그러한 한계획정의 의도가 있는가를 판단하고 있을 뿐이다. 아직 “국가안전보장” 등의 제한요건이 없는 “타 법령”의 해석을 통해 대통령령이나 하위행정기관의 판단을 구체적으로 통제할 판례들은 발견되지 않고 있다. 즉 법원은 위임 여부만을 판단하고 위임에 따라 형성된 명령이나 행정기관의 판단이 헌법상 타당한 기본권의 유보인지 실체적으로 평가할지가 불분명하다. 현행법상 하위행정기관이 자의적으로 자신을 보호하기 위해 특정 정보를 비밀로 지정하여 국민의 알 권리를 제약하는 제2, 제3의 공안문제연구소 사건이 나올 가능성은 상존하고 있는 것이다.

IV. 문제의 분석

1. 알 권리의 위상과 “타 법령” 지정에 따른 비공개

여기서는 알 권리의 헌법적 토대를 살피고 알 권리의 법률유보에 대한 실체적 평가를 요구하는 것이 타당한가를 따져본다. 알 권리가 별도의 입법 없이도 다른 기본권처럼 헌법적으로 보장되는 것이라면 타 법령에 의해 비공개지정이 되어 기본권유보가 발생하더라도 그 유보는 헌법 제37조 제2항의 규범통제를 받아야 할 것이지만, 알 권리가 헌법적 권리가 아니라거나 입법을 통해서만 보장되는 어떤 권리라면 정보공개청구법(또는 법령)이 알 권리의 보호범위를 한정시킬 것이기 때문이다. 즉 후자라면 정보공개청구법이 ‘타 법령이 비공개로 지정한 정보에 대해서는 공개의무가 없다’는 제9조제1조제1항은 그 자체로 절대적이 되고 필자가 위에서 지적한 “문제점 1, 2, 3”은 문제제기의 타당성이 없어지게 된다.

우리 헌법은 알권리에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 헌법재판소 초기 결정인 임야대장 및 토지조사부의 열람불복사건(헌재 1989.9.4. 88헌마22)에서 알권리를 헌법상의 기본권으로 인정하였다.

우리나라는 헌법 제21조에 언론출판의 자유 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데, 이 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표

의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다. 그런데 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다고 할 것이다. 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유 즉 “알 권리”는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하는 것이다. 이와 관련하여 인권에 관한 세계선언 제19조는 “모든 사람은 모든 수단에 의하여 국경을 초월하여 정보와 사상을 탐구하거나 입수 또는 전달할 자유를 갖는다”라고 하여 소위 “알 권리”를 명시하고 있는 것이다. . . 그 이외에도 자유민주주의 국가에서 국민주권을 실현하는 핵심이 되는 기본권이라는 점에서 국민주권주의(제1조), 각 개인의 지식의 연마, 인격의 도야에는 가급적 많은 정보에 접할 수 있어야 한다는 의미에서 인간으로서의 존엄과 가치(제10조) 및 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)와 관련이 있다 할 것이다.

위의 서술을 보면 헌법재판소는 알권리를 ‘자유권적 요소’로 즉 소극적으로 방해받지 아니하고 정보를 수령할 수 있는 자유권으로 자리매김하고 있는 것으로 보인다. 그러나 헌법재판소는 다음과 같은 서술로서 ‘알 권리’를 ‘청구권적 요소’를 포함하는 이중적인 내용의 기본권으로 파악하고 있다.

“알 권리”의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알권리 즉, 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것이며, 또한 자유민주적 기본질서를 천명하고 있는 헌법 전문과 제1조 및 제4조의 해석상 당연한 것이라고 봐야 할 것이다. “알 권리”의 법적 성질을 위와 같이 해석한다고 하더라도 헌법 규정만으로 이를 실현할 수 있는가 구체적인

법률의 제정이 없이는 불가능한 것인가에 대하여서는 다시 견해가 갈릴 수 있지만, 본건 서류에 대한 열람·복사 민원의 처리는 법률의 제정이 없더라도 불가능한 것이 아니라 할 것이고, 또 비록 공문서 공개의 원칙보다는 공문서의 관리·통제에 중점을 두고 만들어진 규정이기기는 하지만 “정부공문서 규정” 제36조 제2항이 미흡하나마 공문서의 공개를 규정하고 있는 터이므로 이 규정을 근거로 해서 국민의 알권리를 곧바로 실현시키는 것이 가능하다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 헌법재판소가 위 결정을 내림에 있어서 법률, 명령 또는 규칙의 형태로 입법자의 결단 또는 최소한 민주적 정당성을 갖춘 기구에 의한 결단이 필요했는지를 애매하게 남겨두었기 때문에 알권리의 청구권으로서의 본질에 대하여, ‘정보공개청구권이 헌법상 권리이기는 하나 추상적 권리에 불과하여 법률에 의한 구체화를 통해서만 구체적 권리로 된다’는 견해, ‘정보공개청구권으로써의 알권리를 실정법상 권리로 보아야 한다는 입장으로 이를 구체화하는 입법이 결여된 경우에도 사법적 실현이 가능하다’는 견해가 있다.²⁷⁾

김창조는 헌법재판소의 다음과 같은 판시에 주목하며 알 권리가 청구권이라 할지라도 입법 없이도 보장될 수 있다고 주장한다.

자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 ‘알 권리’는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어 국가권력의 방해받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질은 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 것에 대해 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바, 이는 정보수집권 또는 정보공개청구권으로 나타난다. 나아가 현대사회가 고도의 정보사회로 이행해 감에 따라 ‘알 권리’는 한편으로 생활권적

27) 최인호, “미국 정보공개법상 공개거부사유로서의 사생활보호”, 공법연구 제36집 제4호 2008년 6월, 한국공법학회, 547-548쪽; 정하명, “정보공개제도에서 개인정보보호에 관한 논의의 발전” 공법연구 제42집 제3호 2014년 2월, 한국공법학회, 35쪽; 김창조 보고서, 24쪽

성질까지도 획득해 나가고 있다(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133).

즉 알 권리의 복합적 성격을 인정하면서 즉 알권리는 표현의 자유와 프라이벌리티의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유한다고 하면서 알권리의 실현은 법률이 제정되어 있지 않더라도 헌법 제21조에 의해 직접 보장될 수 있다고 하여 구체적 권리로써 파악하고 있다.²⁸⁾

최인호 역시 “정보공개법이 제정되기 이전부터 개별적 정보공개청구권을 헌법에 근거하여 인정해 온 우리나라의 헌법재판소의 입장과 달리, 미국의 연방대법원은 . . . 알 권리의 직접적 효력을 일관되게 부인해 온 것이 큰 차이점이다. 다시 말해 정보자유법이 제정된 이유는 알 권리를 구체화하기 보다는 사법적으로 강제할 수 있는 알 권리를 창설하기 위함이었다.”라고 하면 우리나라는 입법이 없더라도 알권리가 보장되어온 체제임을 간접적으로 언급하였다.²⁹⁾

이에 따라 김창조는 다음과 같이 논리를 전개하며 입법적인 개선책까지 제시한다.

비밀과 관련된 대법원 헌법재판소의 판결들(각주19: 헌재 1997.1.16., 92헌바6, 26; 93헌바34, 35, 36 (병합); 대판 1996.10.11., 94누7171 (기업의 비업무용 부동산 보유실태에 관한 감사원의 감사보고서의 내용이 '직무상 비밀'에 해당하지 않는다고 본 사례)) 을 참조하고, 비공개사유에 대한 법원판결들이 비공개사유를 제한적으로 해석하는 것 등을 고려할 때 제1호 상의 비밀에 해당하여 정보가 비공개되기 위해서는 단순히 형식적으로 비밀지정이 된 것 만으로는 부족하고, 해당정보를 실질적으로 외부에 공개하지 않을 필요성과 상당성이 충족되어져 소위 <실질비>에 해당하여야 한다. (각주21: 현행 정보공개법은 형식비를 전제로 비공개여부의 판단기준을 제시하고 있으나 전술한 바와 같이 대법원판례가 실질비를 전제로 공무원법상 비밀엄수의무의 준수여부를 판단하고 있음을 고려할 때, 향후 법개정시에는 실질비의 기준을 명문으로 비공개사유

28) 김창조 보고서, 24쪽

29) 최인호, 547-548

정보공개청구법 “타 법령 비공개지정”에 따른 비공개사유에 대한 헌법적 검토

로 규정함이 타당할 것이다).³⁰⁾

실제로 토지조사부 결정으로 돌아가면 헌법재판소는 다음과 같이 논증한다.

“알 권리”도 헌법유보(제21조 제4항)와 일반적 법률유보(제37조 제2항)에 의하여 제한될 수 있음은 물론이며, “알 권리”는 아무에게도 달리 보호되고 있는 법익을 침해하는 권리를 부여하는 것은 아니다. 그리하여 여러가지 특별법에 알 권리를 제한하는 규정을 두고 있으나, 그 제한은 본질적 내용을 침해하지 않은 범위내에서 최소한도에 그쳐야 할 것이다.

아울러 국가안보, 질서유지, 공공복리 등 개념이 넓은 기준에서 일보 전진하여 구체적 기준을 정립해야 할 것이며, 제한에서 오는 이익과 “알 권리” 침해라는 해악을 비교·형량하여 그 제한의 한계를 설정하여야 할 것이다.

알 권리에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 공익에 장해가 되지 않는다면 널리 인정해야 할 것으로 생각하며, 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여서는 의무적으로 공개하여야 한다는 점에 대하여서는 이론의 여지가 없을 것으로 사료된다.

밀출친 부분의 서술은 정보공개청구법이 없이도 알 권리가 국민들에게 보장하였음을 천명한 것이다. 그렇다면, 정보공개청구법이 제정된 이후라고 할지라도 입법자의 비밀지정이 - 그것이 법률로 되든 명령으로 되든 법령이 비공개대상을 특정하는 형식으로 되든 법령이 비공개대상의 기준과 유형만을 추상적으로 정하는 형식으로 되든 - 헌법적으로 타당한가에 대해서는 별도의 심사를 필요로 하는 것이다.

30) 김창조, “정보공개법상 비공개사유”, 경북대학교 법학논고, 25권, 115-141 (2006), 121쪽

2. 외국입법례

미국은 위에서 밝혔듯이 정보자유법 제552조(b)(3)에 따라 “다른 법률에 의해 비공개로 특정된 정보이되, (A) 그 법이 비공개 여부에 대한 재량을 허용하지 않거나 (B) 비공개되는 정보의 기준과 종류를 특정한 경우”에 공개의무가 면제된다. 그 사례들은 다음과 같다.

수사관들에 의해서 수집되어서 대배심원에 제출된 정보(연방형사소송 절차법규정), 특정증인신문자료(1978년 수사관련법률), 내부정보제공자의 신분관련정보(1978년 수사관련법률), 고고인류학적 역사적 자료에 관한 정보(1979년 고고인류학적 자원보호에 관한 법률), 동굴이나 유물발견 장소에 관한 정보(1988년 연방동굴자원보호법), 실패한 경매업자의 성명이나 계약제안서(연방재산과 행정서비스에 관한 법률, 41U.S.C.253b, 1997년 국가방위권한에 관한 법률로 개정), 특정 상황 속에서 국립공원체계관련자원의 특정위치에 관한 정보, 예를 들면, 국립공원 안에서 멸종위기에 있는 동식물의 종에 관련된 정보(1998년 국립공원통합관리에 관한 법률 제207조), 국가등록에 포함되어 있거나 포함될 만한 역사적 유물의 위치에 관련된 정보(1980년 개정국가유물보호법)등이 보호되는 정보의 예이다.³¹⁾

일본³²⁾과 영국³³⁾에는 타 법령에 의한 비공개 예외가 정보공개청구법 내에는 존재하지 않는다. 그 이유는 신법우선원칙 또는 특별법우선원칙에 의해 타 법률을 이유로 공개를 거부할 수 있기 때문으로 보인다.³⁴⁾

독일의 경우, 연방정보자유법 제3조 4호에서 “당해 정보가 보안업무의 실질적·조직적 보호를 위하여 법규정이나 일반 행정규칙에 의해 비밀엄수 또는

31) 김창조 보고서, 92쪽

32) 정보 공개에 관한 법률 제5조

33) FOIA 2000, Part II, Section 21-44

34) 이상천, “공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호의 법체계적 정합성”, 법학연구 제13집 제2호(2010.08) / 인하대학교 법학연구소

비공개 사항으로 규정되어 있거나 직업상 또는 특별한 공무상 비밀로 되어 있는 경우”가 있으며,

행정절차법, 연방공무원법 등에 의해 비밀엄수 의무가 규정된 경우, 그 대상이 되는 정보를 공개하지 못하도록 한 것에 대해서는 별다른 이견이 없다. 공직자뿐만 아니라, 변호사의 비밀엄수 의무 및 기업비밀, 영업상 비밀 등에 대한 특별규정도 존중되어야 한다.³⁵⁾ . . . 독일의 입법자는 정보기관의 조직과 전략 및 활동을 위해서는 정보공개원칙에 대한 예외가 필요하다고 보고, ‘내적 또는 외적 안전에 불리한 영향을 미칠 수 있는 경우’(독일연방정보자유법 제3조 제1호 c))와 ‘보안업무의 실질적·조직적 보호를 위하여 법규정이나 일반 행정규칙에 의해 비밀엄수 또는 비공개 사항으로 규정되어 있거나 직업상 또는 특별한 공무상 비밀로 되어 있는 경우’(동 법 제3조 제4호) 및 ‘연방 정보기관 및 행정청 그리고 그 밖의 공공기관이 안전심사법 제10조 제3호가 의미하는 직무를 수행하고 있는 경우, 그런 기관에 대하여 정보공개청구권은 존재하지 않는다고 규정하고 있다(동 법 제3조 제8호)³⁶⁾

이는 국내연구자가 보기에 “특이한 사항으로 . . . 행정규칙으로 비밀로 규정된 정보에 대해서도 비공개사유로 규정하고 있는데 이 규정과 관련하여서는 향후 법원판결이 주목된다”³⁷⁾고 할 정도이다. 실제로 이것이 사실이라면 법률이나 명령의 위임이 없는 하위법령인 행정규칙 만으로도 정보가 유효한 비공개지정이 이루어진다는 것인데 그렇다면 위에서 언급했던 상당히 많은 국내사건들의 결과가 독일에서는 달라지게 된다(교육공무원승진규정 사건 등). 단, 이와 같은 비밀지정에 대해서는 법원에서 다룰 수 있으나 잘 알려져 있지 않다고 한다.³⁸⁾

35) 김창조 보고서, 203쪽.

36) 김창조 보고서, 215쪽

37) 김창조 보고서, 244쪽

38) Arne Semsrott, Projectleiter FragDenStaat, Open Knowledge Foundation Deutschland e.V.과의 메일 인터뷰 2015.12.12.

3. 해법

첫 번째 문제점 즉 입법자가 알 권리의 보호범위를 자의적으로 확장하는 문제에 대해서는 입법적 개선 보다는 사법부의 합헌적 해석이 더욱 바람직할 것으로 보인다.

굳이 입법적 해결을 시도한다면 다음과 같은 개정안(A-1) 또는 폐지안(A-2)이 가능하다.

개정전	개정후
다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보	다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보로서 <u>비공개로 지정되더라도 국민의 알 권리를 침해하지 않는 정보(A-1)</u>
	다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보(A-2)

그러나 A-1의 경우, 위에서 보듯이 국민의 알 권리를 침해하지 않아야 한다는 의무는 입법자에게 편재적으로 적용되는 것으로서 모든 법률조항은 “헌법을 위반하지 않는다”는 조건이 이미 암묵적으로 포함되어 있다고 보아야 하기 때문에 위와 같은 수정은 혼란만 가중시킬 뿐이다. 도리어 헌법재판소는 여러 차례 헌법상의 의무를 그대로 답습한 법조항에 대하여 명확성의 원칙을 위반한다는 결정을 내린 바 있다.³⁹⁾

위와 같이 입법적 해결보다는 입법자가 특정 정보에 대해 비공개를 지정한

39) 헌법재판소 2009.4.20. 결정 2009고단304 전기통신기본법 제47조 위헌, 헌법재판소 2002.6.27. 결정 99헌마480 전기통신사업법 제53조 위헌.

경우 사법부가 보기에 그와 같은 지정이 적절한 법률유보가 아니라고 판단되면, 일반법원이 해당 ‘타 법령’이나 제9조제1항제1호에 대한 합헌적 해석으로 통해 부당한 결과를 피하거나 헌법재판소가 제9조 제1항 제1호에 대한 적절한 변형결정 또는 해당 ‘타 법률’에 대한 위헌결정을 통해 소기의 목적을 달성할 수 있다.

한편 ‘타 법령’ 예외는 신법우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙의 자연스러운 작용일 뿐 불필요하다는 견해도 있다(A-2).⁴⁰⁾ 즉 정보공개청구법도 법률이고 타 법률도 법률인 바 타 법률이 시간의 흐름 상 더욱 현재성을 갖추고 있어 현재의 입법자의 의도를 더욱 정확하게 표현하고 있거나 타 법률이 내용 및 대상이 더욱 구체적이고 세밀하여 정보공개청구법에 대한 특별법으로 기능할 수 있다면 타 법률에 우선해야 한다는 당연한 논리로서 제9조제1항제1호는 폐지되어야 한다는 것이다. 실제로 일본과 영국은 그와 같은 조항이 없다.

실제로 그렇게 될 경우, 법원이 타 법령의 존재 여부만 확인하는 형식적 심사에 그치지 않고 실제로 타 법령이 정보공개청구법이 실현하려는 기본권인 알 권리에 대한 법률유보로서 타당한가에 대한 실질적 심사를 할 가능성이 더 높아지기는 한다.

그러나 유의할 것은 그렇게 될 경우 정보공개청구법은 다른 조항에서 스스로 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한다’고 선언하고 있어 입법자의 의도를 맹목적으로 따르게 될 수 있다는 점이다.⁴¹⁾

두 번째 문제 즉 대통령 등 명령제정자에게 정보 비공개지정을 위임하는 면에 대해서는 입법적 개선이 더욱 우월할 것으로 보인다. 이와 함께 위에서 제시한 세 번째 문제에 대한 해법도 같이 제시한다면 다음과 같은 입법적 개선이 가능하다.

40) 이상천, 앞의 논문

41) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 [시행 2013.11.7] [법률 제11991호, 2013.8.6, 일부개정] 제4조(적용 범위) ① 정보의 공개에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

개정전	개정후 (B)
다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보	다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보

물론 이렇게 한다고 해서 포괄위임금지법리에 부합하는 선에서 명령으로의 위임이 불가능해지는 것이다. 단지 위와 같은 개정을 통해 포괄위임금지법리를 무시하고 명령이 자의적으로 알 권리의 적용범위를 재단할 가능성을 제거하는 것이다.

마지막으로 세 번째 문제 즉 하위행정기관에게 정보 비공개지정을 위임하는 문제에 대해서만 외과수술적으로 시정한다면 다음과 같은 입법적 개선이 권장된다. 즉 명령제정자에게 재량을 남겨두되 하위행정기관에 의해 비공개지정이 결정되지 않도록 개정하는 것이다. 이렇게 되면 공안문제연구소 사건과 같은 판결은 나오기 어려울 것이다.

개정전	개정후 (C)
다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보	다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 <u>정보로서 법령의 조문에 의해 직접 열거되거나 정보의 내용과 범위가 특정되어 규정된 정보</u>

최종적으로, 문제점 2와 문제점 3에 대한 입법적 개선책인 개정안 B와 C를 통합한다면 다음과 같은 해법을 제시할 수 있다.

개정전	개정후 (B+C)
다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보	다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보로서 <u>법률의 조문에 의해 직접 열거되거나 정보의 내용과 범위가</u> <u>특정되어</u> 규정된 정보

V. 결론

우리나라 정보공개청구법 제9조제1항은 타 법률 및 타 법률에서 위임한 명령에 의해 비공개로 지정된 정보는 정보공개 의무를 면제해주고 있다. 이 조항에 따라, 사법부는 정보공개청구법의 해석에 있어서 그와 같이 비공개를 지정한 법률 또는 명령이 있는가를 형식적으로 따질 뿐 실제로 그와 같은 비공개지정이 헌법적으로 타당한가에 대한 실체적 검토를 하지 못하고 있다. 심지어는 법률이나 명령이 특정 정보를 지정하지 않고 하위행정기관이 그러한 지정을 하도록 위임한 경우에도 비공개지정이 적법하게 이루어진 것으로 볼 것인지에 대해서도 논란이 남아 있다. 또 하위행정기관의 비공개지정이 해당 법령 하에서도 적절한 것이었는지에 대한 실체적 평가를 하지 못하는 경우도 있다.

정보공개청구법은 그 법이 만들어지기 전부터 존재했던 헌법적 권리인 알 권리를 보장하기 위해 만들어진 법으로서 이와 같이 입법자, 명령제정자, 또는 하위행정기관의 비공개지정에 의해 자의적으로 재단되어서는 아니되며 그렇게 되지 않도록 사법부가 정보공개청구법 해석 및 적용에 있어서 일정한 역할을 할 필요가 있고 그것이 어렵다면 입법적인 개선이 필요하다. 외국의 입법례들을 참조하여 알권리의 헌법적 위상을 제고할 필요가 있다.

우선 사법부는 ‘타 법령’의 비공개지정 자체가 헌법적으로 적정한 법률유보인지 심사하여 입법자나 명령제정자가 자의적으로 국민의 알 권리를 제한하지

않도록 감시해야 할 것이다. 또 법령에 의한 비공개지정은 비공개대상을 특정하여 이루어져야지 비공개대상의 추상적인 기준만을 정하는 것은 해당 법령을 해석하는 하위행정기관에 너무 폭넓은 재량을 부여한다. 사법부는 비공개대상이 특정된 법령만을 제9조제1조제1항 상의 유효한 ‘타 법령’으로 인정해야 할 것이며 그것이 어렵다면 법률을 개정할 필요가 있다. 또 사법부는 하위행정기관에 의한 비공개지정 자체도 해당 ‘타 법령’에 따라 적법하게 이루어졌는지 살펴볼 필요가 있다.

참 고 문 헌

- 이상천, “공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호의 법체계적 정합성”, 법학연구 제13집 제2호(2010.08) / 인하대학교 법학연구소
- 정하명, “정보공개제도에서 개인정보보호에 관한 논의의 발전” 공법연구 제42집 제3호 2014년 2월, 한국공법학회
- 최인호, “미국 정보공개법상 공개거부사유로서의 사생활보호”, 공법연구 제36집 제4호 2008년 6월, 한국공법학회
- 김창조, 정하명, 손재영, “정보공개제도 운영의 개선방안“, 2008, 행정안전부 발주
- 김창조, “정보공개법상 비공개사유”, 경북대학교 법학논고, 25권, 2006.
- 이일세, “공공기관의 정보공개에 관한 판례분석 - 공개/비공개 사유를 중심으로“, 강원법학, 제45권, (2015. 6), 강원대학교 비교법학연구소

<국문초록>

우리나라 정보공개청구법 제9조제1조제1항은 타 법률 및 타 법률에서 위임한 명령에 의해 비공개로 지정된 정보는 정보공개의무를 면제해주고 있다. 이 조항에 따라, 사법부는 정보공개청구법의 해석에 있어서 그와 같이 비공개를 지정한 법률 또는 명령이 있는가를 형식적으로 따질 뿐 실제로 그와 같은 비공개지정이 헌법적으로 타당한가에 대한 실체적 검토를 하지 못하고 있다. 심지어는 법률이나 명령이 특정 정보를 지정하지 않고 하위행정기관이 그러한 지정을 재량을 가지고 하도록 위임한 경우에도 비공개지정이 적법하게 이루어진 것으로 볼 것인지에 대해서도 논란이 남아 있다. 또 하위행정기관의 재량적인 비공개지정이 해당 ‘타 법령’ 하에서도 적절한 것이었는지에 대한 실체적 평가를 하지 못하는 경우도 있다.

정보공개청구법은 그 법이 만들어지기 전부터 존재했던 헌법적 권리인 알 권리를 보장하기 위해 만들어진 법으로서 이와 같이 입법자, 명령제정자, 또는 하위행정기관의 비공개지정에 의해 자의적으로 재단되어서는 아니되며 그렇게 되지 않도록 사법부가 정보공개청구법 해석 및 적용에 있어서 일정한 역할을 할 필요가 있고 그것이 어렵다면 외국의 입법례들을 참조하여 입법적인 개선을 통하여 알권리의 헌법적 위상을 제고할 필요가 있다.

우선 사법부는 ‘타 법령’의 비공개지정 자체가 헌법적으로 적정한 법률유보인지 심사하여 입법자나 명령제정자가 자의적으로 국민의 알 권리를 제한하지 않도록 감시해야 할 것이다. 또 법령에 의한 비공개지정은 비공개대상을 특정하여 이루어져야지 비공개대상의 추상적인 기준 만을 정하는 것은 해당 법령을 해석하는 하위행정기관에 너무 폭넓은 재량을 부여한다. 사법부는 비공개대상이 특정된 법령 만을 제9조제1조제1항 상의 유효한 ‘타 법령’으로 인정해야 할 것이며 그것이 어렵다면 법률을 개정할 필요가 있다. 또 사법부는 하위행정기관에 의한 비공개지정 자체도 해당 ‘타 법령’에 따라 적법하게 이루어졌는지 살펴볼 필요가 있다.

주제어 : 정보공개청구법, ‘타 법령’ 지정에 의한 비공개, 알 권리, 법률유보, 기본권
--

Constitutional review of “Other Laws and Regulations” Exception to FOIA Obligations

Park, Kyung-Sin*

Korea’s Freedom of Information Act Article 9 Paragraph 1 Item 1 exempts from disclosure obligations the information ‘designated as confidential by other statute or regulation authorized by such statute’. According to this provision, courts reviewing non-disclosure cases have engaged in only formal review of whether such statute or regulation exists but not in any substantive review of whether such designation is constitutionally proper. Furthermore, there remains a controversy on whether only those laws and regulations specifically referring to the confidential information qualify under the provision or also those laws and regulations abstractly defining the types of the confidential information qualify, which grant discretion to the interpreting authorities. Finally, some courts do not even review *de novo* whether the discretionary non-disclosure decision by the interpreting authority is proper within the meaning of the relevant ‘other law and regulation’.

FOIA is supposed to guarantee the constitutional ‘right to know’ which predates the statute and should not be arbitrarily excised by the legislature, the regulator, or the interpreting authority, and the courts should play a role in making sure such result, and if it is difficult, we need to make legislative changes, based on comparative-legal analysis, to restore the constitutional status of the right to know.

First of all, courts must substantively review whether each ‘confidentiality’ designation by statute and regulation constitutes a proper limitation on the right to know to make sure that the legislative or the executive do not excessively restrict that right. Also, the ‘confidentiality’ designation should be done specifically on the subject data not by abstractly defining it using criteria that grant too wide discretion to the interpreting authority. Courts must recognize only the specific laws and regulations as ‘other laws and regulations’ qualified under Article 9(1)[1]

* Professor, Korea University Law School

of FOIA, or FOIA must be amended to ensure such result. Finally, courts at least must substantively check whether confidentiality designation has been properly made even within the meanings of the relevant ‘other laws and regulations’.

Key Words : Freedom of Information Act, “Other Laws and Regulations” Exception to FOIA disclosure obligations, right to know, statutory restriction, basic right