

한 · 미 정보공개법상 숙의과정면책

정 하 명*

〈국문초록〉

2026년은 우리나라에 정보공개법이 입법된 30년이 되는 해이다. 이제 정보공개법은 상당수의 국민들이 인지하고 현실에서도 적극적으로 활용하는 제도로 정착되었다고 할 수 있을 것이다. 우리정부도 열린정부 홈페이지(<https://www.open.go.kr>)를 통한 전자적 정보공개체계를 구축하고 국민의 적극적 정보공개도의 활용을 권장하고 있는 상황이라고 할 수 있다.

미국은 정보공개법(FOIA)이 입법된 거의 60년이라는 세월이 지났음에도 불구하고 연방법원에서 그 적용범위와 관련하여 분쟁들이 다루어지고 있다. 그것은 정보공개법(FOIA)이 행정의 투명성을 제고하기 위하여 정보공개를 원칙으로 하고 있지만 행정의 효율성이라는 가치 또한 고려할 수 밖에 없는 중요한 가치이기에 구체적인 사례에서 가치판단의 요소가 배제될 수 없기 때문이라고 할 수 있을 것이다.

이러한 행정의 투명성 제고와 행정의 효율성 확보라는 정보공개법의 근본가치가 극명하게 대립하는 부분이 우리나라 정보공개법의 비공개사유인 의사형성과정 정보와 미국 정보공개법(FOIA)의 행정기관 상호 혹은 행정기관 내부의 각서 및 서신 (inter-agency or intra-agency memoranda or letters that are protected by legal privilege)이라고 할 수 있을 것이다.

대법원은 의사형성과정 정보와 관련해서는 공개의 가능성을 해당공무원들의 솔직하고 자유로운 의사소통을 어렵게 하여 적정한 행정이 어렵게 하는 효과가 있을 것을 우려해서 비공개사유의 하나라고 본 판결을 하였고 미국 연방대법원은 숙의과정특권(the Deliberative Process Privilege)을 적용하여 해당 정보가 최종 의사결정을 하기 전, 즉 의사결정전(pre-decisional)에 논의되었던 것인가와 숙의적 인가(deliberative)를 분석하여야 한다는 법리를 적용하고 있다. 투명한 국정운영을 위해서는 정보공개가 필요하나 과도한 정보공개는 오히려 폐해를 가져올 수 있다는 우려를 반영하고 있는 법리라고 할 것이다.

대법원과 미국 연방대법원은 거의 유사한 법리로 아직 최종적인 결정에 이루지 않은 상태에서 적정한 논의를 위하여 제공된 회의자료, 회의록, 내부검토 자료 등에 대해서 행정의 효율성을 유지한다는 차원에서 비공개대상정보라고 판단하고 있다고 할 것이다.

주제어 : 정보공개, 투명성, 회의록, 숙의과정특권, 효율성 등

• 투고일 : 2026.07.07. / 심사일 : 2026.07.24. / 게재확정일 : 2026.07.25.

I. 들어가며

정보공개제도는 공공기관이 보유·관리하고 있는 정보를 국민에게 공개함으로써 국민의 국정참여와 국정운영의 투명성을 확보하려고 설계된 제도이다. 이는 국민의 알권리를 실현하기 위하여 설계된 제도라고 할 수 있을 것이다. 민주주의 국가에서 주권자인 국민이 민주적 의사결정에 참여하기 위해서는 국정에 대해 알아야 하고, 이를 위해 정부는 국정운영을 공개할 의무가 있으며, 국민은 정부가 보유한 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리를 가진다는 사고에서 발전된 것이 국민의 알권리이다.¹⁾

우리나라의 경우 정부가 제안한 「공공기관의 정보공개에 관한 법률안」은 1996년 11월 30일에 국회 본회의에서 의결·통과되고 대통령은 1996년 12월 31일에 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」로 공포하였다.²⁾

정부의 공식적인 발표에 의하면 2023년 정보공개청구건수는 184만 2천여 건의 정보공개청구가 있었고 이것은 정보공개법이 최초로 시행된 1998년 약 70배 증가한 수치로 정보공개 청구가 국민의 생활 깊숙이 파고들어 보편적이고 일상적인 현상이 되었다는 것을 반영한다고 할 수 있을 것이다. 정보공개율도 2020년대에 들어와서는 94%이상을 꾸준히 유지하고 있어 상당히 높은 비율로 정보공개가 이루어지고 있다는 것을 알 수 있다.³⁾

헌법재판소는 “정보공개법은 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정의 투명성을 확보하기 위하여 제정된 것이고(정보공개법 제1조), ... 정보공개법은 원칙적으로 공공기관이 보유·관리하는 모든 정보를 그 공개대상으로 하고(정보공개법 제3조), 법률이 정하는 절차에 따라 공개하는 것이며, 비공개 대상정보거 법정되어 있고(정보공개법 제9조), 정보공개 여부는 대한 공개기관의 결정이 별도로 필요한 반면(정보공개법 제11조), ...”이라고 판시하여 정보공개법의 제정 목적과 기능에 대한 명확히 한 바가 있다.⁴⁾

미국에서 건국 초 헌법제정자들 사이에서 알권리의 중요성을 인식하고 연방

1) 안갑철, 정보공개법상 정보공개거부사유에 관한 고찰, 변호사, 제53집 2020, 265면 참조.

2) 김배원, 미국·일본·한국의 「정보공개법」 비교 고찰, 공법연구 제28집 제2호, 346면 참조.

3) file:///C:/Users/USER/Downloads/240902%20(%EC%A1%B0%EA%B0%84)%20%EC%B5%9C%EA%B7%BC%205%EB%85%84%EA%B0%84%20%EC%A0%95%EB%B3%B4%EA%B3%B5%EA%B0%9C%EC%9C%A8%20%EC%95%BD%2094%25%20%EC%88%98%EC%A4%80%20%EC%9C%A0%EC%A7%80(%EC%A0%95%EB%B3%B4%EA%B3%B5%EA%B0%9C%EA%B3%BC).pdf, 2026년 6월 20일 방문.

4) 헌법재판소, 도시 및 주거환경정비법 제81조 제1항 등 위헌소원 2011. 4. 28. 2009헌바90

수정헌법 제1조의 채택과정에서 알권리를 포함시킬 의도가 있었다는 주장도 있다. 그러나 알권리가 본격적으로 논의되고 법제도로 정비된 것은 제2차 대전 이후의 일이라고 할 것이다. 1946년 행정절차법(Administrative Procedure Act 이하 ‘APA’)을 개정하는 방향으로 미국 정보공개법(Freedom of Information Act 이하 ‘FOIA’)이 1966년 입법되었다.⁵⁾

미국 정보공개법(FOIA)은 ‘누구든’(any person)으로 정보공개청구권자를 규정하여 공개대상정보와 직접적 관련이 없더라도 모든 국민이 정보공개청구권을 가지고 있다는 것을 명시적으로 인정하였으며 예외로서 9개 항목의 비공개 대상정보를 두고, 행정기관의 정보공개거부에 대한 연방법원의 사법심사제도를 확립하였다. 정보공개법(FOIA)이 도입되었지만 운영과정에서 연방행정기관(agency)에서 예외조항을 지나치게 넓게 적용하고, 고액의 수수료를 부과하고 공개절차의 지연하는 등 여러 가지 문제점이 노정되어 시행초기에는 정보공개가 거의 이루어지지 못하였다.⁶⁾

1970년대에 있었던 Watergate사건을 계기로 1974년 정보공개법(FOIA)은 개정되었는데 개정된 정보공개법(FOIA)에서는 ‘국가안보’와 ‘법집행’ 정보에 대한 예외조항의 적용범위를 축소하고, 수수료, 정보공개기한, 분리가능성, 신속한 소송절차, 소송비용, 그리고 법원의 비공개심사 등 절차적 규정들이 강화되었고 1976년 정보공개법(FOIA)에서 ‘法律秘’라고 하여 다른 법률에서 비밀로 규정한 부분에 대해서는 정보공개법(FOIA)의 예외조항으로 인정하는 개정이 이루어졌다. 1986년 개정 정보공개법(FOIA)에서는 마약범죄 등으로 인한 치안질서의 악화, 국가안보에 대한 보수적 경향 등을 반영한 개정이 있었고 1996년 전자정보공개법(E-FOIA)에서 전자열람실(electronic reading room), 전자정보, 절차상 공개지연에 대한 대응 등을 담는 내용으로 개정되었다.⁷⁾

미국 정보공개법(FOIA)은 미국법전 제5편 제552조(5 U.S.C. §552)로 법전화되었다. 미국법전 제5편 제552조 (a)항에서는 연방기관들이 자동적으로 공개해야하는 정보의 범주들에 대해 규정하고 있고 정보열람실(reading room)과 전자열람실(electronic reading room) 등에 대해서 규정하고 있다.⁸⁾

우리나라 정보공개법도 미국 정보공개법(FOIA)과 같이 행정기관이 보유·관리하는 있는 정보의 공개를 규정하면서도 한편으로는 비공개사유를 입법화

5) 김배원, 앞의 논문, 339면 참조.

6) 김배원, 앞의 논문, 339면 참조.

7) 김배원, 앞의 논문, 340면 참조.

8) 김배원, 앞의 논문, 341면 참조.

하여 일정한 경우에는 정보공개법의 적용을 제외시켜서 정보공개를 거부할 수 있도록 규정하고 있다. 우연의 일치인지는 알 수 없지만 정보공개를 원칙으로 하면서도 비공개사유를 규정하고 있는 것도 매우 유사한 입법구조를 가지고 있다고 할 수 있을 것이다.

II. 양국 정보공개법상 비공개사유

1. 우리나라 정보공개법상 비공개 사유

우리나라의 경우 정부가 제안한 「공공기관의 정보공개에 관한 법률안」은 1996년 11월 30일에 국회 본회의에서 의결·통과되고 대통령은 1996년 12월 31일에 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」로 공포하였다.⁹⁾ 정보공개법에서 비공개사유를 규정하고 있다.

(1) 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한다)에 따라 비밀이나 비공개사항으로 규정된 정보(정보공개법 제1항 제1호)

이 조항은 정보공개법 이외의 다른 법령에서 특정 사항에 대해 비공개 내지 비밀유지의무를 부과한다면 정보공개법상 정보공개의 원칙과 상충되므로 법적 의무가 상호 충돌하는 것을 해결하기 위해 도입된 것이다. 대법원도 이 조항의 입법취지는 다른 법률 등에 비밀 또는 비공개사항으로 규정되어 있는 경우에는 이를 존중함으로써 법률 사이의 마찰을 피하기 위한 것이라고 판시하였다.¹⁰⁾

정보공개법 제9조 제1항은 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 되지만 비공개 대상 정보에 대하여 제한적으로 열거하는 규정을 두고 있다. 정보공개법 제9조의 전체조항을 살펴보면 해당 예외사유의 범위를 가능한 축소하고 일반인의 공공기관에 대한 정보 접근을 용이하게 하려는 취지를 분명하게 하고 있다.¹¹⁾

9) 김배원, 미국·일본·한국의 「정보공개법」 비교 고찰, 공법연구 제28집 제2호, 346면 참조.

10) 2013. 1. 24. 선고 2010두18918판결

국가정보원의 조직·소재지 및 정원에 관한 정보는 특별한 사정이 없는 한 국가안전보장을 위하여 비공개가 필요한 경우로서 구 국가정보원법 제6조에서 정한 비공개 사항에 해당하고, 결국 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호에서 말하는 ‘다른 법률에 의하여 비공개 사항으로 규정된 정보’에도 해당한다고 보는 것이 타당하다.

11) 안갑철, 정보공개법상 정보공개거부사유에 관한 고찰, 변호사, 제53집 2020, 275면 참조.

(2) 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보(정보공개법 제1항 제2호)

여기에서 ‘국가안전보장’이란 헌법 제37조 제2항, 군사기밀보호법, 통신비밀보호법 등에서 볼 수 있는 용어로 ‘국가안전보장’의 개념은 국가의 존립·헌법의 기본질서의 유지 등을 포함하는 개념이다.¹²⁾

국가의 독립, 영토의 보전, 헌법과 법률의 기능, 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 유지 등 국가의 안전을 확보하는 것과 동시에 사회영역도 포함하는 공동체의 안전을 확보하는 것으로 군사적 위협으로부터 국가의 방위, 핵전쟁, 전염병의 만연 등 새로운 위협에의 대응 등도 포함하는 다의적 개념이라고 할 수 있다.¹³⁾

‘국방’이란, 대외적 침략으로부터 대한민국을 수호하는 것을 의미하며, 주로 국군에 관한 인적, 물적 자원과 관련된 정보, 기타 전쟁수행자 관련된 민간경제시설에 관한 정보 등이 이에 해당한다. ‘통일’에 대해서는 남북이 대치하는 현실에 있어 국가안전보장 또는 국방과도 밀접한 연관이 있고, ‘외교’는 외국과의 교섭과 관련된 사항이라고 볼 수 있다.¹⁴⁾

대법원은 제9조 제1항 제2호에 의하여 비공개 대상으로 본 대표적 사례로는 한·일군사정보보호협정 및 한·일 상호군수지원협정과 관련하여 각종 회의자료 및 회의록 등의 정보가 있다.¹⁵⁾

(3) 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보(정보공개법 제9조 제1항 제3호)

국민의 생명·신체 등에 위해를 초래할 우려가 있는 정보는 비공개 대상에 해당한다. 공개로 인해 국민의 생명·신체 등에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 정보로 볼 수 있는 것은 전염병·질병, 독극물·위험물, 식품·환경 등에 관한 정보가 있고, 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 정보로는 국토이용계획, 신도시건설에 관한 정보 등을 그 예로 볼 수 있다.¹⁶⁾

12) 헌재 2014. 9. 25. 2011헌바358, 판례집 26-2상, 456~457면 참조.

13) 김창조, 정보공개법상 비공개사유, 법학논고, 경북대학교 법학연구원, 2006, 제25권, 121면.

14) 안갑철, 정보공개법상 정보공개거부사유에 관한 고찰, 변호사, 제53집 2020, 279면 참조.

15) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2015두46512 판결.

16) 안갑철, 앞의 논문, 279~80면 참조.

(4) 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정(矯正), 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보(정보공개법 제9조 제1항 제4호)

사법절치의 구체적 진행과 관련된 정보는 절차의 적법성 및 공정성을 확보할 필요에 의해서 일반인들에게 가급적 공개하여야 하나 사법의 독립성과 신뢰성을 저해할 우려와 사법절차의 원활한 진행을 방해하여, 관련 당사자의 인격, 명예 등에 큰 피해를 줄 수 있는 우려가 있어 재판에 관한 정보는 ‘진행 중인’ 것으로 한정하였고 진행 중인 재판의 심리 또는 재판결과에 구체적으로 영향을 미칠 위험이 있는 정보로 한정된다고 보는 것으로 대법원도 인정하고 있다.¹⁷⁾

(5) 행정운영정보와 의사결정과정정보¹⁸⁾

행정기관의 업무 중 공개할 경우 그 업무 수행에 지장을 초래할 우려가 있는 정보는 행정운영정보로 비공개하는 것이 합리적이고 ‘감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리’는 행정기관이 행하는 업무로 공개하면 그 적정한 수행에 지장을 미칠 우려가 있는 정보를 의미하는 예시로 대법원은 보고 있다.¹⁹⁾

행정기관의 의사형성이 적정하게 행하여지는 것이 필요하다는 관점에서 행

17) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010두24913 판결.

18) 정보공개법 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다. <개정 2020. 12. 22.>

5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리에 관한 사항이나 의사결정 과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보. 다만, 의사결정 과정 또는 내부검토 과정을 이유로 비공개할 경우에는 제13조제5항에 따라 통지를 할 때 의사결정 과정 또는 내부검토 과정의 단계 및 종료 예정일을 함께 안내하여야 하며, 의사결정 과정 및 내부검토 과정이 종료되면 제10조에 따른 청구인에게 이를 통지하여야 한다.

가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

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

19) 대법원 2. 26. 선고 2014두43356 판결.

정기관의 최종적 의사결정 전의 사항에 대한 의사형성과정정보를 공개하는 것에는 신중할 필요가 있다는 보아 도입된 것으로 비공개 위원회의 회의록, 발언 내용이 공개 대상인지 등이 문제될 수 있다.²⁰⁾

(6) 개인정보²¹⁾

대법원은 ‘당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보’의 의미와 범위에 대하여, 비공개 대상이 되는 정보에는 ‘개인식별형정보’뿐만 아니라 그 외에 정보의 내용을 구체적으로 살펴 ‘개인에 관한 사항의 공개로 인하여 개인의 내밀한 비밀 등이 알려지게 되고, 그 결과 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 있는 정보’도 포함한다고 새겨야 한다.²²⁾고 판시하고 있다.²²⁾

(7) 경영상·영업상 비밀²³⁾

공공기관이 보유하고 있는 정보라고 할지라도 법인 등의 운영에 핵심적 사항이 노출된다면 법인 등의 운영 등에 큰 피해를 줄 수 있으므로 이를 방지함

20) 안갑철, 정보공개법상 정보공개거부사유에 관한 고찰, 변호사, 제53집 2020, 283면 참조.

21) 정보공개법 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다. <개정 2020. 12. 22.>

6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 「개인정보 보호법」 제2조제1호에 따른 개인정보로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 사항은 제외한다. 가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보 나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보 라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위 마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

22) 2012. 6. 18. 선고 2011두2361 전원합의체 판결.

23) 정보공개법 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다. <개정 2020. 12. 22.>

7. 법인·단체 또는 개인(이하 “법인등”이라 한다)의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 정보는 제외한다. 가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해(危害)로부터 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

에 있어 그 목적이 있다.²⁴⁾

대법원은 사업체인 법인 등의 사업활동에 관한 비밀의 유출을 방지하여 정당한 이익을 보호하고자 하는 것에 그 취지가 있다고 판시하고 있다.²⁵⁾

(8) 부동산 투기, 매점매석 관련 정보²⁶⁾

부동산 투기, 매점매석은 우리나라에서 심각한 사회문제로 인식되어 온 바에 의해서 이러한 정보는 공공기관이 보유하고 있다고 하더라도 비공개대상이 되는 것은 당연하다고 하겠다.²⁷⁾ 국토의 면적이 유난히 좁고 부동산투기가 사회문제로 여론이 거론된 우리나라의 독특한 비공개 대상이 되는 사유라고 할 수 있으나 현실적으로 이 조항만을 근거로 해서 비공개 결정하는 하는 경우도 매우 드문 것으로 알려져 있다.

2. 미국 정보공개법상 비공개 사유

미국법전 제5편 제552조 (b)항에서는 정보를 공개하지 않을 수 있는 9개의 예외사항이 (b)(1)~(9)로 규정하고 있다.²⁸⁾

미국 정보공개법(FOIA)의 비공개사유로 국가기밀정보(5 U.S.C. §552(b)(1)), 행정기관의 내부적 메모 등((5 U.S.C. §552(b)(2)), 영업비밀과 관련된 정보(5 U.S.C. §552(b)(4)), 프라이버시((5 U.S.C. §552(b)(6)), 법집행기록(5 U.S.C. §552(b)(7)), 금융기록관련정보(5 U.S.C. §552(b)(8)), 석유등 유정관련 정보(5 U.S.C. §552(b)(9)) 등이 비공개사유로 규정되어 있다.²⁹⁾

(1) 국가기밀이나 외교정책 관련사항(classified information for national defense or foreign policy)(Ex.1로 표기)미국대통령집행명령 제12958호에 따라 적절하게 기밀로 분류된 국방이나 외교정책과 관련된 정보를 행정기관이 공개

24) 안갑철, 정보공개법상 정보공개거부사유에 관한 고찰, 변호사, 제53집 2020, 286면 참조.

25) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두13101 판결.

26) 정보공개법 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다. <개정 2020. 12. 22.>

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

27) 안갑철, 정보공개법상 정보공개거부사유에 관한 고찰, 변호사, 제53집 2020, 287면 참조.

28) 김배원, 미국·일본·한국의 「정보공개법」 비교 고찰, 공법연구 제28집 제2호, 341면 참조.

29) 경건, 미국 정보공개법의 개관, 서울법학 제15권 제1호, 127면~128면 참조.

거부할 수 있다.

(2) 행정기관내부의 인사규정이나 관행들(internal personal rules and practices)(Ex.2로 표기)행정기관의 내부 인사규정이나 관행들에 관련된 기록물의 공개를 거부할 수 있는 근거가 된다.

(3) 다른 법률들에 의해서 공개제외대상으로 규정된 정보(information that is exempt under other laws) 다른 연방 법률들에 의해서 정보공개의 면제로 특별히 규정하고 있는 경우에 행정청이 정보공개를 거부할 수 있도록 하는 조항이다. 만약 연방법률들이 다음과 같은 것을 요구하는 경우에는 정보공개를 거부할 수 있다. (1) 정보공개를 거부하는 그 문제에 대한 재량이 없는 것으로 법률에서 요구하는 경우, (2) 정보공개를 거부하는 특정의 유형을 인용하거나 거부의 특정기준을 제시하고 있는 경우 등이다. 면제3에 속하는 법률의 사례로는 ① 1978년 대륙붕개정법률(Outer Continental Shelf Lands Act Amendments of 1978, 43 U.S.C. 1350조부터 1352조까지), ② 지하자원임차법(the Mineral Leasing Act)을 포함한 1976년 연방석탄임차에 관한 개정법률(Federal Coal Leasing Act Amendment of 1976), 30 U.S.C. 201(b)(3) 그리고 208-1(b)부터 (e)까지), ③ 1977년 노천광통제및회복에관한법률(Surface Mining Control and Reclamation Act of 1977, 30 U.S.C. 1257, 1268 그리고 1262), ④ 1998년 국립공원통합관리에 관한 법률(National Parks Omnibus Management Act of 1998, 16 U.S.C. 5937, Section 207) 등이 있다.

(4) 영업비밀과 기밀적 사업정보(trade secrets and confidential business information)(Ex.4로 표기)영업비밀이나 기업으로부터 취득한 상업적이거나 재정적 정보이면서 비밀이거나 특권에 속하는 것이 여기에 해당한다. 이 조항은 적정 정보를 정부에 제출하는 상업단체들의 이해들과 이러한 데이터에 지속적으로 접근하는 것을 확보하는 정부의 이해들을 함께 보호하기 위한 것이다.

(5) 법상 특권에 의해서 보호되는 행정기관 상호 혹은 행정기관 내부의 각서 및 서신(inter-agency or intra-agency memoranda or letters that are protected by legal privilege) 행정기관 상호간 혹은 행정기관 내부 각서나 서신들을 보호하기 위해서 고안된 것이다. 이러한 서신들이나 각서들은 법에 의해서 행정청과의 소송의 당사자가 입수할 수 없는 것을 말한다.(예를 들면, 이런 기록들은

통상적으로 증거개시절차를 통해서도 입수 가능한 것이 아닌 경우를 말한다)

(6) 개인적 파일과 의료적 파일, 그리고 유사 파일로 개인프라이버시 관련 정보(personal and medical files and similar files... unwarranted invasion of personal privacy) A. 이 예외는 개인적, 의료적, 그리고 유사 파일들의 개인들에 관한 정보의 공개거부를 허용하며 이러한 정보의 공개는 명백히 개인의 프라이버시를 침해하는 것이 된다.

(7) 법집행기록과 정보(law enforcement records or information) 법집행을 목적으로 수집한 정보나 기록들을 보호한다. 하지만 이러한 보호는 이러한 법집행기록이나 정보의 공개가 다음에서 열거하는 위해들 중 하나를 유발할 수 있는 범위 내에서 적용된다.

(8) 금융기관감독을 위한 정보(information concerning bank supervision) 연방준비이사회나 통화위원회같이 금융기관을 규제하거나 감독하는 책임을 가진 행정청의 사용을 위해 제작된 검사, 운영이나 보고서의 조건들에 관한 정보를 포함하고 있는 문서들은 면책조항⁸의 적용을 받는다. 이 조항은 내무성이 가지고 있는 기록들에는 잘 적용되지 않는다. 이러한 정보의 예에는 다음과 같은 것들이 있다. A. 은행검사보고서--은행의 안정성이나 재정상황이나 운영상황에 관한 평가보고서, B. 은행의 소비자보호법 준수사항에 관한 보고서 등이다.

(9) 유정관련 지도를 포함한 지리정보, 지질정보, 데이터(geological and geophysical information concerning wells)이 면책조항은 유정들에 관련된 지도를 포함한 지질적 지리적 정보나 데이터에 적용되는 예외이다. 이 조항이 적용되어 공개거부할 수 있는 정보의 예에는 유정의 목록이나 지도 지진정보 보고서, 그리고 정유회사 수추발견물들이 포함된다. 이 예외는 광범위하게 적용되어서 유정이나 가스정에도 적용된다.

3. 한·미 정보공개법상 비공개사유의 비교

우리나라 정보공개법상 비공개사유와 미국의 정보공개법상 정보공개예외사항을 수평적으로 비교하기 보다는 그 구체적 내용, 적용사례, 상황 등 여러 가지 요소들을 함께 살펴서 비교해보는 것은 좋을 것 같다. 시론적인 차원에서

비교표를 제시해본다.

[우리 정보공개법과 미국 정보공개법의 비공개사유 비교]

우리 정보공개법 비공개사유	미국 정보공개법(FOIA) 예외조항(exemptions)
제9조① 제2호 안보·국방·통일·외교 관련 정보	1. 국가기밀이나 외교정책 관련사항(classified information for national defense or foreign policy)
제9조① 제5호 의사결정과정이나 내부검토과정에 관한 정보	2. 행정기관내부의 인사규정이나 관행들(internal personal rules and practices)
제9조① 제1호 법령상의 비밀·비공개의 정보	3. 다른 법률들에 의해서 공개제외대상으로 규정된 정보(information that is exempt under other laws)
제9조① 제7호 경영·영업비밀정보	4. 영업비밀과 기밀적 사업정보(trade secrets and confidential business information)
제9조① 제5호 행정운영정보·의사결정과정이나 내부검토과정에 관한 정보	5. 법상 특권에 의해서 보호되는 행정기관 상호 혹은 행정기관 내부의 각서 및 서신(inter-agency or intra-agency memoranda or letters that are protected by legal privilege)
제9조① 제6호 개인정보	6. 개인적 파일과 의료적 파일, 그리고 유사 파일로 개인프라이버시 관련 정보(personal and medical files and similar files... unwarranted invasion of personal privacy)
제9조① 제3호 국민의 생명·신체·재산 및 공공안전관련 정보, 제9조① 제4호 재판·수사 등 관련 정보	7. 법집행기록과 정보(law enforcement records or information)
제9조① 제5호 감사·감독·계약 등 관련정보, 제9조① 제7호 경영·영업비밀의 정보	8. 금융기관감독을 위한 정보(information concerning bank supervision)
제9조① 제3호 공공안전 관련 정보	9. 지리정보, 지질정보, 데이터(geological and geophysical information)

흥미로운 것은 우리 정보공개법 제9조 ① 제5호 행정운영정보·의사결정과정이나 내부검토과정에 관한 정보와 미국 정보공개법(FOIA) 예외조항 5. 법상 특권에 의해서 보호되는 행정기관 상호 혹은 행정기관 내부의 각서 및 서신(inter-agency or intra-agency memoranda or letters that are protected by legal privilege)가 그 매우 유사한 규정이라고 할 수 있을 것이다.

특히 우리 대법원과 같이 ‘감사·감독·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리’는 행정기관이 행하는 업무로 공개를 하면 그 적정한 수행에 지장을 미칠 우려가 있는 정보 즉 행정의 효율성을 저해할 수 있는 정보를 의미하는 예

시로 해석한다면 이 조항은 행정기관이 행하는 거의 모든 행정에 적용할 수 있을 것이다.³⁰⁾ 이 비공개사유는 행정의 투명성 보장이라는 정보공개법의 대 원칙에서 보면 행정의 효율성의 담보라는 극명히 대립되는 가치를 보호하기 위한 규정으로 정보공개법의 운영의 묘가 가장 잘 드러나는 규정이라고 평가할 수 있을 것이다. 개인정보의 경우와는 대조적으로 해당조항이 적용되는 경우에는 부분공개보다는 전부비공개로 적용될 가능성이 많이 정보공개청구자에게는 치명적인 비공개조항이라고 평가할 수 있고 공공기관에서 비공개 사유 중에서 최후의 보루 같은 역할을 하는 조항이라고 평가할 수 있을 것이다.

의사형성과정에 있는 정보나 내부검토회에 있는 정보는 아직 최종적인 행정기관의 의사가 결정되지 않았기 때문에 행정 공무원의 솔직한 의사교환에 의한 적절한 최종적 결정의 과정을 보호하기 위해서 인정하는 규정이라고 할 수 있을 것이다. 미국에서는 이러한 경우를 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)이라고 부르고 있다.³¹⁾

우리 대법원과 미국 연방대법원의 구체적 판례를 통해서 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)이 적용된 판례를 소개하고자 한다.

III. 의사형성정보와 관련된 대법원 판결례

1. 사건의 개요

국가보훈처장은 국가보훈처 안장대상심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)가 망 소외 1 및 망 소외 2를 국립묘지에 안장할지 여부를 각 심의·의결함에 있어 그 심의·의결 과정 및 위원들의 발언 내용을 기록한 회의록에 대한 정보공개를 거부하는 처분을 하였는데 이에 불복한 정보공개청구인이 소송을 제기하였다.

2. 서울고등법원 판결³²⁾

서울고등법원에서는 이 사건 각 회의록에 관하여, ① 소외 1은 국회의원, 소

30) 안갑철, 정보공개법상 정보공개거부사유에 관한 고찰, 변호사, 제53집 2020, 282면 참조.

31) Breyer, Stewart, Sunstein, Vermeule, Herz, Administrative Law and Regulatory Policy (Wolters Kluwer 7th Ed., 2011), 725.

32) 서울고법 2014. 9. 26. 선고 2014누41376 판결.

외 2는 육군참모총장을 각 역임한 사람들로 일반적인 국립묘지 안장대상자들보다 강한 公人의 지위에 있는 점, ② 위 각 회의록은 회의의 진행방식과 내용 등에 비추어 그 내용이 공개되더라도 심의위원들의 공정한 업무수행에 지장이 될 내용을 포함하고 있지 않은 점, ③ 심의위원들의 명단과 발언자를 익명으로 할 경우 회의록의 공개가 심의위원들에게 주는 부담을 상당 부분 감쇄할 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 위 각 회의록의 경우에는 공개로 인한 국민의 알 권리 보장의 필요성이 비공개로 인하여 보호되는 이익보다 크므로, 이 사건 각 회의록 중 발언자 이름 및 발언자의 신원을 유추할 수 있는 참석대상자·참석자·불참자의 수 및 그 이름, 소속, 직위에 대한 부분을 제외한 나머지 부분은 정보공개법 제9조 제1항 제5호에서 정한 비공개정보에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

3 대법원 판결례³³⁾

서울고등법원의 판결에 대하여 정보공개거부처분을 했던 국가보훈처장이 대법원에 상고하였고 대법원에서는 원심판결인 서울 고등법원의 판결을 파기·환송하여 상고인의 정보비공개처분을 유지하였다.³⁴⁾ 대법원은 고등법원과는 달리 심사위원회의 심의의 본질에서 보면 공개를 염두에 두지 아니한 상태에서 심의가 더욱 자유롭고 활발한 문답과 토의를 거쳐 객관적이고 공정한 심의

33) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014두43356 판결.

34) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014두43356 판결.

“나. 안장 대상으로 신청된 사람의 국립묘지 안장이 국립묘지의 영예성을 훼손하는지 여부를 심의하기 위해서는 그 사람의 평생의 공과, 즉 그 사람이 어떠한 범죄를 범하였고 그 경위가 어떠한지, 그 사람이 사망 시까지 평생 동안 어떠한 공적을 세웠고 그 공적이 위 범죄를 감안하더라도 국립묘지에 안장될 정도로 충분히 큰지 등을 종합적으로 광범위하게 심의하여야 하므로, 심의위원회의 심의에는 심의위원들의 전문적·주관적 가치판단이 상당 부분 개입될 수밖에 없고, 이러한 심의의 본질에 비추어 공개를 염두에 두지 아니한 상태에서의 심의가 그렇지 아니한 경우보다 더욱 자유롭고 활발한 문답과 토의를 거쳐 객관적이고 공정한 심의 결과에 이를 개연성이 크다고 할 것이다.

다. 실령 원심 판단과 같이 이 사건 각 회의록 자체만 놓고 보면 그 내용이 공개되더라도 심의위원들의 공정한 업무수행에 지장이 될 내용이 포함되어 있지 않다 하더라도, 심의위원들로서는 장차 회의록이 공개될 가능성이 있음을 인식하는 것만으로도 솔직하고 자유로운 의사교환에 제한을 받을 수밖에 없을 것이고, 특히 한 사람의 일생의 행적에 대한 평가 과정에서 심의위원들이 한 발언에 대하여는 유족들이 매우 민감한 반응을 보일 가능성이 높으므로 심의위원들이 이를 의식하고 허심탄회한 의견교환을 꺼리게 됨으로써 공정한 심의업무의 수행이 전반적으로 곤란해지게 될 것이며, 이와 같은 문제점은 이 사건 각 회의록을 익명으로 처리한다 하더라도 충분히 해소되기 어렵다. (밑줄 강조 첨가)

결과에 이를 개연성이 크다는 보고 심사위원들로서는 회의록이 공개될 것이라는 인식 자체가 ‘솔직하고 자유로운 의사교환에 제한을 받을 수 밖에 없을 것’이고 ‘심의회원들이 이를 의식하고 허심탄회한 의견교환을 꺼리게 됨으로써 공정한 심의업무의 수행이 전반적으로 곤란해지게 될 것이며, 이와 같은 문제점은 이 사건 각 회의록을 익명으로 처리한다 하더라도 충분히 해소되기 어렵다.’라고 판시하였다.³⁵⁾

이 판결은 문제가 된 회의록을 정보공개법 제9조 제1항 제5호에 근거하여 전면비공개를 인정한 판결이라고 할 수 있고 동법 제9조 제1항 제6호의 개인정보를 적용하는 경우에는 해당정보를 제외한 다른 정보는 공개하는 부분공개가 일반적이라는 것과 대조를 이룬다고 할 것이다.

대법원은 회의록이 공개될 것이라는 인식이 자유롭고 솔직한 의사교환을 방해하고 이로 인하여 공정한 심의업무 수행이 전반적으로 곤란해지는 악영향을 낳게 될 것이기 때문에 회의록을 익명으로 처리하는 것으로 그 문제점을 해소할 수 없는 어려움이 있으므로 해당정보를 비공개로 결정한 국가보호처장의 결정이 타당하다는 것이었다. 그 용어를 직접 사용하고 있지는 않지만 미국의 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)과 거의 유사한 논리적 근거를 제시하고 있다고 할 것이다.

IV. 숙의과정특권에 관한 미국 대법원 판결례

1. 사건의 발단

2011년 4월 미국 환경청(the Environmental Protection Agency)은 냉각수 주입구조물(cooling water intake structure)을 규제하는 법령을 제안하였다. 냉각수 주입구조물은 인접 수원에서 물을 끌어와서 장비의 열을 냉각하는 기계적 장치를 일컫는데 물을 유입하는 과정에서 물고기나 수생 생명체들이 같이 들어와서 폐사하는 경우가 많았다. 환경청(EPA)에서 제안한 법령이 수생 생명체들에 위협이 될 수 있기 때문에 시행을 하기 전에 1973년 멸종위기동식물보호법에 따라 관련연방정부기관(이 사례에서는 연방어업·야생동물보호국(the U.S. Fish and Wildlife Service)와 연방해양어업국(National Marine

35) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014두43356 판결.

Fisheries Service)을 말함)과 협의를 하도록 규정되어 있었다. 협의 과정에서는 관련연방정부기관은 제안된 환경청의 법령이 멸종위기 동식물에 위험(jeopardy) 혹은 안전(no jeopardy)을 초래하는 지에 대한 생물학적 의견서(biological opinion)를 제공한다. 만약 관련연방정부기관이 위험이라는 의견서를 제출하면 환경청(EPA)은 제안된 법령을 폐기하거나 멸종위기동식물위원회(the Endangered Species Committee)에서 거의 인정하지 않은 예외를 신청해야한다.

환경청(EPA)은 2년 이상 관련기관과 협의를 하였고 관련기관의 간부들은 2013년 12월 초에 위험이라는 생물학적 의견(안)을 완성하였는데 의사결정자들은 더 많은 시간들은 환경청(EPA)에게 주어서 제안된 법령을 개정하여 위험이라는 결과를 회피할 수 있도록 하였다. 몇 개월이 지난 후에 환경청(EPA)은 개정법령안을 통과시켰고 관련연방정부기관에서도 최종적으로 “안전”이라는 생물학적 의견서를 제출하였다. 환경청(EPA)에서는 최종 법령안을 시행하였다.

환경단체인 시에라 클럽(Sierra Club)은 관련연방정부기관에 2013년 12월 생물학적 의견(안)에 대한 정보공개를 청구하였는데 관련연방정부기관은 이 의견(안)이 숙의과정특권(the deliberative process privilege)에 해당한다는 이유로 정보공개를 거부하였다. 정보공개법(Freedom of Information Act)은 그 법률에서 인정하고 있는 9개의 예외사항인 경우를 제외하고는 정보공개청구자에 대하여 정보공개를 규정하고 있다. 5번째 예외사항이 “행정기관내부의 메모나 서한과 같이 법률의 규정에 의하여 행정기관의 소송당사자로 허용되지 않은 경우”라고 규정하고 있다.³⁶⁾

연방대법원은 이러한 예외조항을 숙의과정특권(the deliberative process privilege)³⁷⁾이라고 부르고 있다.

36) 5 U.S.C. §552(b)(5) inter-agency . . . memorandums or letters which would not be available by law to a party , . . in litigation with the agency,

37) Dep't of Interior v. Klamath Water Users Protective Ass'n, 532 U.S. 1, 8(2001). 의사형성과정특권(deliberative process privilege)은 조언적 의견, 추천의견을 반영하는 문서들과 정부의 결정이나 정책이 형성되는 과정으로 구성된 의사형성을 다룬다. The deliberative process privilege covers “documents reflecting advisory opinions, recommendations and deliberations comprising part of a process by which government decisions and policies are formulated.”

2. 연방제1심법원과 연방항소법원 판결

연방관계기관의 정보비공개결정을 취소하기 위해서 환경단체인 시에라클럽은 연방제1심법원(the U.S. District Court for the Northern District of California)에 소송을 제기하였다. 연방제1심법원에서는 2013년 12월 생물학적 의견(안)을 담은 문서가 “비교적 성숙한 안”(“relatively polished draft[s]”)으로 나타나기 때문에 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)에 의하여 보호할 수 없다고 판결하였다.

연방제9항소법원(the Ninth Circuit)은 연방제1심법원의 판결을 유지하였다.³⁸⁾ 버그 연방판사(Judge Berg)에 의하면 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)은 (1)의사결정전(pre-decisional)이고 (2)숙의적(deliberative)이라는 2단계심사를 통과하는 문서들에게만 적용할 수 있다는 것이다. 이 사건에서 문제가 된 2013년 12월 생물학적 의견(안)은 환경청(EPA)의 제안 법령안에 대한 관계연방기관의 최종적 의사결정자에 의하여 작성되었고 관계연방기관의 최종적 견해를 반영하고 있었던 문서였고 개정된 법령안에 대해 사후에 변경되었기 때문에 당시로는 최종 문서에 당한다는 것이다. 정보공개법(FOIA)가 광범위한 공개정책(a policy of broad disclosure)을 규정하고 있기 때문에 2단계 심사를 통과하지 못한 문서는 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)을 적용하여 비공개할 수는 없다는 것이다. 웰레스 연방판사(Judge Wallace)는 일부 찬성하면서도 생물학적 의견서(안)에 대한 부분에서는 반대의견을 피력하였다. 생물학적 의견서(안)은 관계연방행정기관에서 아직 생물학적 의견을 표명하지 않았기 때문에 의사결정전(pre-decisional)이고 환경청(EPA)과 의견을 교환하는 과정에서 작성한 문서에 해당하기 때문에 숙의 과정(the deliberative process)에 해당한다고 반대의견을 피력하였다.

3. 연방대법원 판결

연방대법원의 베렛 대법관(Justice Barrett)은 2013년 12월 문서(안)는 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)에 의해서 보호되는 문서에 해당한다고 판시하여 연방항소법원의 판결을 파기·환송하였다.³⁹⁾

38) Sierra Club v. U.S. Fish & Wildlife Serv., 925 F.3d 1000, 1018 (9th Cir. 2019).

39) Sierra Club v. U.S. Fish & Wildlife Serv., 141 S. Ct 777 (2021).

베렛 대법관(Justice Barrett)이 대법관으로 취임한 이후 최초로 작성한 다수의 의견이고 여기에 로버트 대법원장(C.J. Roberts), 토마스 대법관(J. Thomas), 케이건 대법관(J. Kagan), 엘리트 대법관(J. Alito), 고어쉬 대법관(J. Gorsuch), 캐바나 대법관(J. Kavanaugh)이 동참했고 브레이 대법관(J. Breyer)이 반대 의견을 작성하였고 여기에 소토마이어 대법관(J. Sotomayor)이 함께 했다. 다수의 의견과 소수의견이 7:2로 나누어졌다는 특징이 있는 판결이다.

그녀는 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)을 인정하는 논리적 근거는 “어항에서 행정기관이 운영되어지는 것을 방지하기 위한 것”이라고 한다.⁴⁰⁾ 공무원이 발언한 모든 내용이 신문을 장식하거나 언론보도의 대상이 될 것이라고 우려한다면 공무원은 솔직한 의견교환을 할 수 없게 될 것이다. 따라서 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)은 행정기관의 의사결정이 솔직한 의견교환에 의하여 이루어지도록 개선하고 공개로부터 예상되는 부정적 효과를 완화한다고 할 것이다.⁴¹⁾

숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)은 행정의사 결정절차를 모두 소진하고 의사결정자들이 더 이상 반복할 수 없는 실제적 운영효과(“real operative effect”)가 있는 최종 결정(a final decision)에는 적용하지 않는다. 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)은 항소심법원에서 채택하고 있는 2단계 심사과정을 통과해야만 적용할 수 있다. 의사결정전(pre-decisional)인가와 숙의과정(deliberative)인가의 문제는 분리되어 있다고 볼 것이 아니라 상당히 중첩적이라고 볼 수 있을 것이다. 따라서 어떤 문서는 의사결정전이 아니라면 숙의적일 수 없다는 것이다.⁴²⁾

이러한 2단계 심사를 2013년 12월 생명학적 의견서(안)에 적용하여 보면 해당문서는 항소법원의 판결과는 달리 잠정적 견해를 반영하고 최종적이 아니므로 의사결정전(pre-decisional)이고 숙의적(deliberative)이라고 한다.⁴³⁾ 2013년 12월 생명학적 의견서(안)는 환경청(EPA)과의 협의과정에서 수정을 거듭하게 되고 최종적 의사결정자가 아닌 직원들에 의해서 만들어졌다는 점 또한 해당 문서가 기관의 견해를 반영하는 최종문서에는 해당하지 않으므로 정보공개 대상에 해당하지 않는다고 판단한 것이다.⁴⁴⁾

40) Ibid, 785,

41) Ibid. 785,

42) Ibid. 786. “a document cannot be deliberative unless it is predecisional.”

43) Ibid. 788.

44) Ibid. 788.

브레이어 대법관(Justice Breyer)은 반대의견을 작성하였다. 최종적 생물학적 의견서와 생물학적 의견(안)을 구분할 수 있는지에 대한 의문을 제기하면서 생물학적 의견(안) 또한 당시 환경청(EPA)이 제안한 정책에 대한 연방기관의 최종적 견해를 반영하고 있는 것이므로 공개의 대상이 된다는 것이다.⁴⁵⁾ 첫째, 행정기관이 미래에 문서를 바꿀 수 있는 권한이 있다고 해서 문서의 최종성이 바뀌지는 것은 아니다. 이론적으로 최종적 생물학적 의견서도 새로운 의견서에 의해서 교체되거나 철회될 수 있기 때문이다.⁴⁶⁾

연방대법원은 Sierra Club 판결을 통하여 환경청(EPA)와 관계기관 사이에서 오고간 생물학적 의견서(안)에 대해 숙의과정특권(the deliberative Process Privilege)을 적용하여 정부투명성과 행정효율성이라는 정보공개법의 두 가지 고려사항 중에서 행정효율성에 좀 더 힘을 실어주는 판결을 하였다.⁴⁷⁾

V. 맺으며

2026년은 우리나라에 정보공개법이 입법된 30년이 되는 해이다. 이제 정보공개법은 상당수의 국민들이 인지하고 현실에서도 적극적으로 활용하는 제도로 정착되었다고 할 수 있을 것이다. 우리정부도 열린정부 홈페이지(<https://www.open.go.kr>)를 통한 전자적 정보공개체계를 구축하고 국민의 적극적 정보공개도의 활용을 권장하고 있는 상황이라고 할 수 있다.

지난 약30년의 정보공개제도의 운영경험에서 여러 사례들이 축적되어 온 것도 사실이지만 정보공개제도의 운영과 관련하여 특정인의 과도한 정보공개청구 사안, 정보공표와 정보공개의 연계문제, 다른 나라와 비교해서 저렴한 수수료문제 등 여러 문제점이 노정되고 있는 것도 현실이다. 현실적으로 완벽한 법제도를 설계해서 모든 문제들을 일거에 해결한다는 것은 있을 수 없는 일이고 치열한 논쟁 속에서 한걸음씩 나아간다는 심정으로 문제의 해결책을 모색할 수밖에 없을 것이다.

미국은 정보공개법(FOIA)이 입법된 거의 60년이라는 세월이 지났음에도 불구하고 연방법원에서 그 적용범위와 관련하여 분쟁들이 다루어지고 있다. 그것

45) Ibid. 789.

46) Ibid. 790.

47) Freedom of Information Act - Administrative Law - Deliberative Process Privilege - U.S. Fish & Wildlife Service v. Sierra Club, 135 Harvard Law Review 451, 456 (2021).

은 정보공개법(FOIA)이 행정의 투명성을 제고하기 위하여 정보공개를 원칙으로 하고 있지만 행정의 효율성이라는 가치 또한 고려할 수 밖에 없는 중요한 가치이기에 구체적 사례에서 가치판단의 요소가 배제될 수 없기 때문이라고 할 수 있을 것이다.

이러한 행정의 투명성 제고와 행정의 효율성 확보라는 정보공개법의 근본가치가 극명하게 대립하는 부분이 우리나라 정보공개법의 비공개사유인 의사형성과정정보와 미국 정보공개법(FOIA)의 행정기관 상호 혹은 행정기관 내부의 각서 및 서신 (inter-agency or intra-agency memoranda or letters that are protected by legal privilege)이라고 할 수 있을 것이다.

우리 대법원은 의사형성과정정보와 관련해서는 공개의 가능성을 해당공무원들의 솔직하고 자유로운 의사소통을 어렵게 하여 적정한 행정이 어렵게 하는 효과가 있을 것을 우려해서 비공개사유의 하나라고 본 판결을 하였고 미국 연방대법원은 숙의과정특권(the Deliberative Process Privilege)을 적용하여 해당 정보가 최종 의사결정을 하기 전, 즉 의사결정전(pre-decisional)에 논의되었던 것인가와 숙의적인가(deliberative)를 분석하여야한다는 법리를 적용하고 있다.⁴⁸⁾ 투명한 국정운영을 위해서는 정보공개가 필요하나 과도한 정보공개는 오히려 폐해를 가져올 수 있다는 우려를 반영하고 있는 법리라고 할 것이다. 건강을 위해서는 햇빛을 받아야하겠지만 지나치게 자외선에 노출될 경우에는 오히려 건강을 해칠 수 있다는 우려를 반영한 것이라고 할 것이다.

우리 대법원과 미국 연방대법원은 거의 유사한 법리로 아직 최종적인 결정에 이르지 않은 상태에서 적정한 논의를 위하여 제공된 회의자료, 회의록, 내부검토 자료 등에 대해서 행정의 효율성을 유지한다는 차원에서 비공개대상정보라고 판단하고 있다고 할 것이다.

48) Sierra Club v. U.S. Fish & Wildlife Serv., 141 S. Ct 777, 786 (2021).

[참고문헌]

- 김배원, 미국·일본·한국의 「정보공개법」 비교 고찰, 공법연구 제28집 제2호
김창조, 정보공개법상 비공개사유, 법학논고, 경북대학교 법학연구원, 2006, 제25권
경 건, 미국 정보공개법의 개관, 서울법학 제15권 제1호.
안갑철, 정보공개법상 정보공개거부사유에 관한 고찰, 변호사, 제53집(2020)
- Freedom of Information Act - Administrative Law - Deliberative Process
Privilege - U.S. Fish & Wildlife Service v. Sierra Club, 135 Harvard
Law Review 451 (2021)
- Breyer, Stewart, Sunstein, Vermeule, Herz, Administrative Law and Regulatory
Policy(Wolters Kluwer 7th Ed., 2011)
- 외 헌법재판소 결정례, 법원 판례, 미국 연방법원 판결례 등

[Abstract]

The Korean and American FOIA's deliberative Process Privilege

Jeong, Ha Myoung*

The year 2026 marks the 30th anniversary of the enactment Korean Freedom of Information Act. By now, the Act has firmly established itself as a system that a significant number of citizens are aware of and actively utilize in their daily lives. The Korena government has also built an electronic information disclosure system via the “Open Government” website (<https://www.open.go.kr>) and is actively encouraging the public to make use of these information disclosure services.

Even though nearly sixty years have passed since the enactment of the Freedom of Information Act (FOIA) in the United States, disputes regarding its scope of application continue to be litigated in federal courts. This is likely because, while the FOIA establishes a general principle of disclosure to enhance administrative transparency, it must also take into account the value of administrative efficiency; consequently, elements of value judgment inevitably come into play in specific cases. A point where the fundamental values of Korean Freedom of Information Act—namely, enhancing administrative transparency and ensuring administrative efficiency—come into stark conflict can be found in the grounds for non-disclosure: specifically, information regarding the decision-making process under Korea’s Information Disclosure Act, versus “inter-agency or intra-agency memoranda or letters that are protected by legal privilege” under the U.S. Freedom of Information Act (FOIA).

The Supreme Court of South Korea has ruled that information regarding the decision-making process may be withheld from public disclosure, citing concerns that such disclosure could hinder the candid and free exchange of views among officials, thereby impeding proper administration; similarly, the U.S. Supreme Court applies the “deliberative process privilege,” a legal doctrine

* Professor, Kyungpook National University Law School

requiring an analysis of whether the information in question was discussed prior to a final decision—that is, whether it was “pre-decisional”—and whether it was “deliberative” in nature. These legal principles reflect the view that, while information disclosure is essential for transparent governance, excessive disclosure can lead to adverse consequences.

It can be said that both the Supreme Court of Korea and the U.S. Supreme Court—applying largely similar legal principles—classify materials such as meeting documents, minutes, and internal review papers (provided to facilitate appropriate deliberation before a final decision is reached) as information exempt from disclosure, in the interest of maintaining administrative efficiency.

Keywords : Freedom of Information, Transparency, Proceedings, the Deliberative Process Privilege, Efficiency etc