

기록물의 정의와 요건을 둘러싼 법적 쟁점

정 호 영(행정안전부 법무관)

I. 들어가며

1. 논의의 배경

기록물 관리는 독립한 법률상 근거가 없었던 과거의 연혁에 비추어 그간 정부 및 공공기관의 행정 영역에 국한되는 사무로 인식되어 온 것으로 보인다. 그러나 「공공기록물 관리에 관한 법률」의 제정 및 기본권으로서 공공기관의 정보에 관한 국민의 알 권리에 대한 인식·행사의 제고 등으로 보다 많은 당사자들 및 다양한 사건들과 관련되는 경우들이 늘어나고 있다. 특히 기록물 관리와 관련되는 사실관계가 사법부의 판단의 대상 또는 검찰의 기소의 대상이 되는 사례들이 심심찮게 발견되고 있다.

그렇기 때문에 기록물 관리의 근거가 되는 법령에 대한 엄밀한 해석의 필요성 역시 대두되고 있다. 특히 법령에 관한 최종적인 해석 권한을 가지고 있다고 평가되는 법원이 「공공기록물 관리에 관한 법률」에 대하여 해석을 내놓기 시작하면서, 이미 해석이 나온 부분이든 앞으로 해석이 예상되는 부분이든 법체계 전반에 있어서 수용될 만한 타당한 해석이 요청된다.

아래에서는 기록물 관리에 관한 해석에 있어서 가장 근간이 되는 “기록물”의 정의와 요건에 대하여 살펴보도록 하겠다. 기록물에 대한 명확하고 적용 가능한 개념을 바탕으로 기록물을 관리하라는 행정상 의무의 이행을 정확하게 확보할 수 있고, 이를 통하여 기록물 관리가 지향하는 목적들이 충실히 달성되는 것으로 이어질 수 있을 것이다.

2. 논의의 범위

기본적으로 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제3조 제2호에 따른 “기록물”의 정

의 규정을 바탕으로 논의를 전개하겠다. 그런데 공공기관은 기록물의 생산·접수의 주체로서 같은 조 제1호에서 “국가기관, 지방자치단체, 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관”이라 정의되고 있으며, 그 위임에 따라 「공공기록물 관리에 관한 법률 시행령」 제3조에서 구체적인 범주들을 열거하고 있다.¹⁾ 이러한 공공기관은 기록물의 주체라는 측면에서 기록물의 정의와 요건을 살펴보는 데 있어서 반드시 짚고 넘어가야 한다. 그런데 실무상 어떤 기관 또는 단체가 위 시행령 조항 각 호의 어느 하나에 따라 공공기관에 해당하는지에 대해서는 해석에 어려움이 존재하여 기록물의 정의와 요건에 관한 다른 쟁점들의 총합 이상으로 많은 논의를 필요로 한다. 논의의 집중을 위해서 여기에서는 그러한 많은 논의를 대부분 생략하려 하며, 일단 기록물의 성립에 있어서 공공기관 요건은 일응 충족함을 전제하며 논의를 전개하고자 한다.

기록물은 생산 이외에 접수를 통해서도 성립하는데, 「공공기록물 관리에 관한 법률」에는 접수에 관하여 거의 규정되어 있지 아니하다. 접수가 무엇이고 어떤 것을 접수로 볼 것인지 또는 접수가 언제 종료되는지에 대해서는 이론의 여지가 거의 없는 것으로 보이며,²⁾ 이미 자료가 존재하는 상태에서 접수가 이뤄지는 것이므로 접수와 관련하여 그 객체에 대한 논의의 필요성이 크지 않은 것으로 보인다. 그렇기 때문에 여기에서 접수에 관해서는 논의를 생략하려 한다.

또한 기록물에는 많은 형태가 있겠으나 주로 문서를, 그리고 문서와 관련된 기록정보 자료에 대하여 살펴보겠으며, 그 밖에 생산에 있어서 형태가 명확하거나 「공공기록물 관리에 관한 법률 시행령」에 정의가 되어 있는 형태의 기록물에 대해서는 필요한 경우가 아니라면 언급하지 않겠다.

Ⅱ. 기록물의 요건과 관련하여 고려할 사항

1. 연혁

1) 제3조(공공기관의 범위) 「공공기록물 관리에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제3조제1호에서 "대통령령으로 정하는 기관"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 말한다.

1. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 기관
2. 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단
3. 특별법에 의하여 설립한 법인(다만, 「지방문화원진흥법」에 의한 문화원 및 특별법에 의하여 설립된 조합·협회를 제외한다)
4. 「유아교육법」, 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」, 그 밖에 다른 법률에 따라 설립된 각종 학교

2) 「민원 처리에 관한 법률」 제9조에 따라 민원문서를 접수하는 규정을 참조할 수 있을 것이다.

가. 「공공기록물 관리에 관한 법률」에 이르기까지

대한민국에 있어서 공문서와 관련된 규범의 효시라고 할 수 있는, 1950. 3. 6. 제정 및 시행된 「공문서규정」은 대통령훈령으로서 공문서의 종류 및 작성 방법의 준칙 등을 정하고 있었을 뿐 그러한 문서의 관리에 관해서는 규정하지 않았다. 그러다가 「공문서규정」을 폐지하고서 그 자리를 대신한 규범으로서 「정부공문서규정」이 대통령령으로 1961. 9. 13. 제정되어 1961. 10. 1. 시행되었는데, 공문서 보관처리에 관한 제6장에 문서편찬, 보존기간, 인계 등을 규정하였다. 그러다가 그 내용이, 1963. 12. 16. 제정되어 1964. 1. 1. 시행된 「공문서보관·보존규정」에도 함께 규정되었다.

그러다가 「공문서보관·보존규정」은 1984. 11. 23. 제정·시행된 「정부공문서규정」에 다시 합쳐져서 제3장에서 문서의 보관·보존에 관해서 규정하였다. 「정부공문서규정」은, 1991. 6. 19. 제정되고 1991. 10. 1. 시행된 「사무관리규정」에 「관인규정」 등과 함께 통합되었고, 1999. 1. 29. 제정되고 2000. 1. 1. 시행된 「공공기록물 관리에 관한 법률」에 이르러서야 기록물 관리의 근거 규정이 독립된 법률의 형태를 갖췄다.

나. 기록물 정의 규정의 연혁

「정부공문서규정」까지는 기록물의 의미에 대하여 따로 규정하고 있지 않다가, 「사무관리규정」 제3조제4호에서 “자료”에 관해서 “행정기관이 생산 또는 취득하는 각종 기록물(공문서를 제외한다)중 행정기관에서 상당기간에 걸쳐 이를 보존 또는 활용할 가치가 있는 도서·사진·디스크·테이프·필름·슬라이드 기타 각종 형태의 기록물을 말한다.”라고 하여서 간접적으로나마 기록물에 관하여 정의하였다.

「공공기록물 관리에 관한 법률」의 시행으로 위 정의 규정은 삭제되었고, 2000년 시행 당시 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제3조제2호에서 “공공기관이 업무와 관련하여 생산 또는 접수한 문서·도서·대장·카드·도면·시청각물·전자문서등 모든 형태의 기록정보자료를 말한다.”라고 기록물을 정의하였다. 그러다가 2006. 10. 4. 전부개정으로 행정박물이 추가된 이래 사소한 표현의 수정 외에는 오늘날에 동일하게 이르고 있다.

2. 판단 기준

가. 헌법적 가치

알 권리의 일부로서 공공기관이 보유한 정보에 대한 공개를 청구할 수 있는 기본권에 있어서 기록물은 그 기초가 되므로, 그러한 기본권이 충분히 실현될 수 있도록 기록물의 요건을 살펴보아야 한다. 알 권리의 실현이라는 측면에 집중한다면 아무래도 기록물의 범위는 확장되는 방향으로 전개될 것이다.

그런데 그러한 확장은 또 다른 헌법적 가치의 제약을 받는다. 알 권리를 실현하기 위하여 기록물 관리의 이행을 확보하는 차원에서 「공공기록물 관리에 관한 법률」은 행정상 의무를 강제할 수 있는 수단으로 행정형벌과 질서유지벌(과태료)에 관한 규정을 두고 있다. 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제12장 중 제50조와 제51조는 기록물을 ① 무단으로 파기한 자, ② 무단으로 국외로 반출한 자, ③ 무단으로 은닉하거나 유출한 자, ④ 중과실로 멸실시킨 자, ⑤ 고의 또는 중과실로 그 일부 내용이 파악되지 못하도록 손상시킨 자에 대하여 행정형벌로서 징역 또는 벌금의 법정형을 규정하고 있다.

이와 같이 “기록물”이 형사적 책임의 구성요건을 이루므로, 이러한 구성요건의 해석에 관한 헌법적 원칙인 죄형법정주의가 반드시 고려되어야 한다. 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구하는데, 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 아니한다(대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결).

나. 「공공기록물 관리에 관한 법률」의 입법 목적

「공공기록물 관리에 관한 법률」 제1조는 “이 법은 공공기관의 투명하고 책임 있는 행정 구현과 공공기록물의 안전한 보존 및 효율적 활용을 위하여 공공기록물 관리에 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.”라고 규정되어 있다. 그 중 “공공기관의 투명하고 책임 있는 행정 구현” 부분은 2000년의 제정 이유에만³⁾ 포함되어 있

3) 공공기관의 주요기록물에 대한 명확하고 체계적인 수집 근거와 국회·정부·법원등 국가기관 및 지방자치단체의 기록물 보존등에 관한 통일된 기록물관리방안을 마련함으로써 공공기관의 기록물을 체계적으로 관리하여 국정운영의 투명성 확보와 책임행정구현에 기여하고, 공공기록물의 훼손·멸실 또는 사

다가 2006년 전부 개정으로써 명시적으로 추가되었다.

Ⅲ. 기록물의 성립 요건

1. 기록물의 주체

「공공기록물의 관리에 관한 법률」 제3조제2호에 따라 기록물을 성립시키는 주체는 공공기관이다. 기관 자체 또는 그 기관을 대표하는 장뿐만 아니라 각 공공기관 내부에 마련되어진 재량 준칙으로서의 위임전결 규정에 따라 기관 자체 또는 기관장의 권한을 대신하여서 행사할 수 있는 주체가 작성한 문서 또한 공공기관이 작성한 것으로 볼 수 있다. 위임전결 규정은 재량의 준칙에 불과하기 때문에 위임전결 규정에 따르지 않은 위임 등도 유효하다.

2. 기록물의 업무관련성

직제나 설립 근거 법률 등의 법령을 통하여 해당 공공기관의 사무로 되어 있는 것을 우선 가리키며, 그 밖에도 그러한 사무를 수행하기 위하여 직접적 또는 간접적으로 필요한 사무까지 포함하여야 한다.

3. 기록물의 생산

가. 들어가며

「공공기록물의 관리에 관한 법률」 및 그 시행령과 시행규칙 어디에도 생산에 관한 일의적인 정의 규정이 없다. 그렇기 때문에 생산의 의미는 생산의 객체가 되는 문서 등의 기록 정보 자료 개개의 특성을 고려할 필요가 있다.

나. 문서 및 그에 부수하는 기록정보 자료

1) 문서

유화를 방지하는 등 기록유산의 안전한 보존을 기하며, 공공기관의 기록정보의 효율적 활용을 도모하려는 것임(공공기관의 기록물관리법 제5709호, 1999. 1. 29, 제정).

가) 문서의 의미 및 성립

문서란 무엇인지에 대해서도 「공공기록물의 관리에 관한 법률」에 규정이 없다. 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제3조 제1호에는 공문서에 관한 정의 규정이 있긴 하나,⁴⁾ 공문서가 문서 중에서 어떤 종류의 것인지에 관한 설명만 되어 있다.

이와 관련해서 대법원은 「형법」 제20장의 여러 조에 규정된 “문서에 관한 죄”의 객체인 문서에 관하여 “문서란 문자 또는 이에 대신할 수 있는 가독적 부호로 계속적으로 물체 상에 기재된 의사 또는 관념의 표시인 원본 또는 이와 사회적 기능, 신용성 등을 동시할 수 있는 기계적 방법에 의한 복사본으로서 그 내용이 법률상, 사회생활상 주요 사항에 관한 증거로 될 수 있는 것”이라고 판시하였다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도788 판결). 단순히 문서의 존재만으로 의미가 있는 것이 아니라 법률상, 사회생활상 통용될 수 있어야 하므로, 문서의 위조·변조 등을 처벌하는 문서에 관한 죄는 문서에 대한 공공의 신용성이라는 법익을 보호한다(1979. 6. 26. 선고 79도908 판결).

그러한 신용성이 담보된 공문서는 결재권자가 해당 문서에 서명(전자이미지서명, 전자문서서명 및 행정전자서명을 포함)의 방식으로 결재함으로써 성립한다(행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정 6조1항). 그렇기 때문에 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제10조에 따른 문서의 결재 이전에 이뤄지는 문서의 기안(행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정 8조) 및 문서의 검토 및 협조(행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정 9조)는 문서의 성립에 영향을 주지 않는다.

나) 기록물이 되기 위해서 등록을 요하는지

(1) 들어가며

그런데 이러한 “문서의 성립”과 “기록물의 생산”은 일단 그 문언상 서로 동일하지는 않다. 그렇기 때문에 양자를 같은 것으로 취급할 수 있는지에 대해서 논리적으로 충분히 의문이 제기될 수 있다.

이와 관련해서 기록물의 등록이 기록물의 생산의 요건에 해당한다는 해석, 다시 말

4) "공문서"란 행정기관에서 공무상 작성하거나 시행하는 문서(도면·사진·디스크·테이프·필름·슬라이드·전자문서 등의 특수매체기록을 포함한다. 이하 같다)와 행정기관이 접수한 모든 문서를 말한다.

해 등록·분류·편철 등 필요한 조치가 취해진 기록정보자료가 기록물이 된다는 해석을 일응 시도할 수 있다.

(2) 등록 관련 규정

「공공기록물 관리에 관한 법률」의 제4장은 기록물의 생산에 관한, 제5장은 기록물의 관리에 관한 장인데, 제4장에서는 제16조에서 생산의 원칙을, 제17조에서 생산의무를, 제18조에서 등록·분류·편철 등에 관하여 규정하고 있으며, 「공공기록물 관리에 관한 법률 시행령」 및 「공공기록물 관리에 관한 법률 시행규칙」에서도 마찬가지로 기록물의 생산에 관한 장에서 등록·분류·편철에 관하여 규정하고 있다.

(3) 등록이 필요하다는 해석의 한계

(가) 문언적 한계

그러나 기록물이 되기 위해서 등록을 거쳐야만 한다는 주장은 일단 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제18조의 문언에 비추어 타당하다고 보기 어렵다. 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제18조 본문은 “공공기관은 업무수행 과정에서 기록물을 생산하거나 접수하였을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 기록물의 등록·분류·편철 등에 필요한 조치를 하여야 한다.” 라고 규정되어 있는데, “등록·분류·편철 등에 필요한 조치”는 “기록물을 생산하거나 접수하였을 때”에 하여야 하는 것으로서, 과거형 표현에 비추어 생산 또는 접수가 이미 이뤄진 경우를 전제하는 것으로 해석하여야 한다.

「공공기록물 관리에 관한 법률 시행령」 제20조는 등록의 시점을 “공공기관이 기록물을 생산 또는 접수한 때” 라고 규정하고 있는데, “하였을 때” 만큼 명확한 과거형은 아니더라도 이 역시 문법상 생산이 이미 이뤄진 것을 전제하는 표현이다. 만약 “기록물을 생산하는 때” 라고 규정되었다면 생산 과정 속에서 등록이 이뤄지는 것으로 보아 등록을 거쳐 생산이 완결되는 것으로 볼 수도 있었을 것이다. 그러나 현행 문언은 그와 같은 가정적 문언과는 분명한 차이가 있으므로 그러한 가정을 실제 해석에 반영할 수 없다.

(나) 법체계적 한계

「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제11조 제1항은 “행정기관은 문서를 생산(제6조제1항에 따라 문서가 성립된 경우를 말한다. 이하 같다)하였을 때에는 지체 없이 「공공기록물 관리에 관한 법률 시행령」 제20조에 따라 생산등록번호(이하 “생산등록번호”라 한다)를 부여하고 등록하여야 한다.” 라고 규정되어 있다.

이에 따르면 문서의 생산을 문서의 성립과 동일시하고 있으며, 「공공기록물 관리에 관한 법률」과 마찬가지로 생산이 이미 이뤄진 문서에 대하여 등록이 이뤄진다. 이러한 규정과 「공공기록물 관리에 관한 법률」을 달리 해석하기 어렵다. 무엇보다 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」의 전신인 구 「사무관리규정」이 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제정 이전에 문서의 보존 및 기록물 관리에 관한 규정이었음을 고려하면, 「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」과 「공공기록물 관리에 관한 법률」을 서로 별개의 규범으로 취급할 수 없다.

(다) 연혁적 한계

「공공기록물 관리에 관한 법률」의 장(章, chapter)에 따른 구분은 그 명시적 문언과는 달리 그리 엄격한 해석 기준이 되기 어렵다. 연혁적으로 2000년 제정·시행 당시에는 생산의무에 관한 당시의 제11조 및 등록의무를 규정한 당시의 제12조가 “기록물관리”라는 제목의 제3장에 편제되어 있었다가, 2006년 전부개정으로 생산에 관한 장과 관리에 관한 장이 분리되었다. 그런데 현행 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제16조는 “기록물 생산의 원칙”이라는 제목을 가지고 있지만 제1항에서는 “업무수행의 모든 과정 및 결과가 기록물로 생산·관리될 수 있도록 업무과정에 기반한 기록물관리를 위하여 필요한 조치를 강구하여야 한다.”라고 하여서 관리에 관한 측면도 언급하고 있으며, 그 제2항에서도 “기록물관리를 위하여 필요한 사항”이라 하고 있다. 그렇기 때문에 “기록물의 생산”이라는 장에 있는 규정에 따른 내용이더라도 반드시 생산의 의미 영역에 포함된다고 볼 수는 없다.

게다가 1999. 12. 7. 이전까지는 구 「사무관리규정」에 문서의 등록에 관한 규정과⁵⁾ 보존대상기록물의 지정에 관한 규정이⁶⁾ 별개로 존재하였다. 현재는 기록물이 되기 위해서는 정의 규정을 충족하기만 하는 등으로 변화가 있긴 하나, 등록과 기

5) 제24조 (문서의 등록) 문서는 당해 문서에 대한 결재가 끝난 즉시 결재일자순에 따라 문서번호를 부여하고 처리과별로 행정자치부령이 정하는 문서등록대장에 등록하여야 한다. 다만, 비치문서는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 종류별로 당해 기관의 장이 정하는 바에 따라 따로 등록할 수 있다.

6) 제28조의2 (보존대상기록물의 지정) ①정부기록보존소장은 역사적으로 보존가치가 있다고 인정되는 사건·사고등에 관한 문서를 보존대상기록물로 지정할 수 있다.

기록물 성립 사이에는 연혁적으로 구분되어 왔음을 알 수 있다.

2) 문서 이외의 기록정보 자료

가) 들어가며

문서로 채 성립되지 못하여 기록물이 될 수 없다고 일응 판단된 기록정보 자료이더라도 기록물로 판단될 여지는 여전히 남아있다. 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제3조제2호는 “문서·도서·대장·카드·도면·시청각물·전자문서 등 모든 형태의 기록정보 자료”라고 하여 열거되지 않은 형태의 기록정보 자료도 기록물이 될 수 있음을 보여주며, 위와 같은 열거 또한 한정적이지 않은 예시적인 성격의 것으로 보아야 한다. 특히 열거된 전통적인 형태에 따르지 않은 기록물이 이미 등장하였거나 장차 등장하였다고 볼 수 있는 고도의 과학기술 사회에서는 적어도 형태에 있어서는 개방적으로 보아야 한다.

나) 그 밖의 형태의 기록정보 자료의 의미

(1) 정의의 부재

형태에 있어서 제약은 없더라도 어떤 것이 기록물에 해당하려면 일단 기록정보 자료이어야만 한다. 그러한 “기록정보 자료”에 대해서도 「공공기록물 관리에 관한 법률」에는 정의 규정이 없다. 뿐만 아니라 「공공기록물 관리에 관한 법률」에는 기록, 정보, 자료 세 단어에 대해서도 현재 각 별도의 정의를 두고 있지 않는다.

(2) 다른 법률 등을 통한 도출

행정의 투명성 구현이라는 입법 취지에 있어서 공통점이 있는 법률인 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서는 정보를 “공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다.”라고 정의하고 있다(2조1호). 이를 “정보란 기록된 사항이다.”라고 간단히 정리할 수 있는데, 이를 “기록 정보 자료”에 대입하면 “기록(된) 기록된 사항 자료”로 되어 동어반복에 불과하여 특별한 단서를 도출해낼 수 없다.

「전자정부법」에서는 행정정보를 “행정기관등이 직무상 작성하거나 취득하여 관리하고 있는 자료로서 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향, 영상 등으로 표현된 것을 말한다.” 라고 정의하고 있다(2조5호). 이를 “행정정보란 자료이다.” 라고 간단히 정리할 수 있는데, 역시 “기록 정보 자료”와 관련해서는 특별한 단서를 도출해내기 어렵다.⁷⁾

참고할 수 있는 정의로서 국어사전에 의하면 정보란 정리된 지식 또는 자료라고 하는데, 정리된다는 것이 정보의 속성인 것으로 파악할 수 있다. 구성 요소가 서로 같더라도 어떻게 배열하느냐에 따라 다른 결과물이 나올 수 있다는 점은 사회통념상 자명하므로, 기록물에 해당하는지의 여부에 대해서도 정리 여부를 요건으로 고려하여야 한다.

다) 그 밖의 형태의 기록정보 자료의 생산

문서와는 달리 그 생산에 있어서 분명한 규정이 없는 경우에는 기본적으로는 사회통념상 그것이 정리된 지식 또는 자료에 이를 정도의 것인지를 기준으로 판단하여야 하는데, 현실상 그 판단이 쉽지 않을 것이라 생각된다. 특히 이 부분과 관련해서는 지나치게 넓게 해석할 경우 죄형법정주의에 위반될 소지도 있다.

「공공기록물 관리에 관한 법률」 제16조에 따르면,⁸⁾ 공공기관은 효율적이고 책임 있는 업무수행을 위하여 업무의 입안단계부터 종결단계까지 업무수행의 모든 과정 및 결과가 기록물로 생산·관리될 수 있도록 업무과정에 기반한 기록물관리를 위하여 필요한 조치를 마련하여야 한다. 즉 공공기관이 기록물 생산에 필요한 조치를 마련하여야 한다는 것인데, 논리적으로는 그와 같은 필요한 조치를 거치지 않은 자료라 하더라도 기록물로 성립될 수는 있을 것이긴 하다. 그러나 그와 같은 자료가 기록물로서의 다른 요건들, 즉 공공기관에 의하였을 것, 업무와 관련되었을 것이라는 요건들까지 충족되었다고 보기는 어렵다. 가령 공공기관의 직원이 업무와 관련하여 상관의 말을 받아적은 메모를 예로 들면, 해당 메모의 작성에 있어서 별도의 필요한 조치가 있다든가 위임전결이 되어 있다든가 하는 특별한 사정이 없는 한 그 메모를 기록물이라 보기 어렵다.

7) 다만 “표현된 것”이라는 것에 대해서는 행정정보 내지는 기록물의 성립에 있어서 중요한 고려 요소가 될 수 있는데, 이에 대해서는 기록물의 성립 요건 중 주관적 요소를 고려하여야 하는지 여부와 관련하여 후술하겠다.

8) 2000년 제정 당시의 제11조에서는 기록물의 생산의무라는 제목으로 “공공기관의 장은 역사자료의 보존과 책임있는 업무수행을 위하여 업무의 입안단계부터 종결단계까지 그 과정 및 결과가 모두 기록물로 남을 수 있도록 필요한 조치를 강구하여야 한다.”라고 규정하고 있었다.

그렇기 때문에 전통적인 형태가 아닌 기록정보 자료의 경우 그 생산 여부에 판단에 있어서는 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제16조에 따른 필요한 조치에 따라 생산된 것인지를 고려하여야 한다. 만약 어떤 형태의 자료에 대하여 공공기관이 생산에 필요한 조치를 마련하여 놓지 않았다면, 다른 요건을 충족시키면서 통념상 생산이 마쳐졌다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한 기록물로 볼 수 없다.

「공공기록물 관리에 관한 법률 시행령」 제16조는 “공공기관은 공식적으로 결재 또는 접수한 기록물을 포함하여 결재과정에서 발생한 수정내용 및 이력 정보, 업무수행과정의 보고사항, 검토사항 등을 기록물로 남겨 관리하여야 한다.” 라고 규정되어 있다. 이는 비록 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제16조로부터의 위임에 따른 규정은 아니나 서로 종합적으로 해석됨으로써 공공기관의 기록물 생산에 있어서 중요한 의미를 갖고 있다. 결재 과정에서 발생한 수정 내용 등을 공공기관이 생산하였다고 볼 수 있을 정도의 조치가 마련되어 있지 않으면 그것을 기록물로 남길 방법이 없기 때문이다. 그렇기 때문에 필요한 조치를 마련하여서 이를 기록물로 남길 의무가 1차적으로 존재하며, 전통적으로 생산·접수된 기록물과 함께 관리하여야 할 의무가 2차적으로 존재한다.

이러한 기록정보 자료의 생산 여부를 파악하는 데 있어서 등록은 나름의 일정한 의의를 가질 수 있다. 물론 앞서 본 바와 같이 생산에 있어서 등록은 본질상 그 구성요소가 될 수 없다. 그러나 적법성을 전제한 상태에서 일단 등록이 되었다면 그 등록의 객체는 생산 또는 접수된 기록정보 자료에 해당한다고 일응 볼 수 있는 것이다. 사실은 등록의 대상이 될 수 없다는 특별한 사정 등을 탐색하여 기록물 여부를 최종적으로 판단할 수 있다.

만약 기록정보 자료로서 생산된 것으로 보기 어려운 경우 마지막으로 남은 방법은 이를 잘 수집하여 접수하는 것이다. 물론 접수조차 이뤄지지 않았으며 생산 또는 접수가 이뤄진 것으로 추단할 수 있는 등록도 이뤄지지 않은 상황이라면 해당 자료를 기록물로는 볼 수 없을 것이다.

다. 주관적 요건을 고려하여야 하는지

결재는 결재권자가 문서에 서명을 함으로써 이루어지는 것인데(행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정 6조1항), 결재에서의 서명이란 공문서에 자필로 자기의 성명을 다

른 사람이 알아볼 수 있도록 한글로 표시하는 것, 전자문서상에 전자적인 이미지 형태로 된 자기의 성명을 표시하는 것 또는 전자문서상에 자동 생성된 자기의 성명을 전자적인 문자 형태로 표시하는 것을 말한다(같은 규정 3조5·6·7항).

그러한 서명을 함에 있어서 서명을 함으로써 결재를 한다는 주관적 요건은 본질상 필요한 것으로 보인다. 그러나 그 밖에 문서의 성립 또는 기록물의 생산을 위한 주관적 요건까지는 필요하지 않다. 결재 이외에 성립과 생산을 각 위한 별도의 조치는 필요하지 아니하므로, 가령 결재를 하면서도 이를 문서로 성립시키지 않으려는 의사 또는 기록물로 생산하지는 않으려는 의사가 있었다더라도 그러한 의사를 이유로 성립 또는 생산을 부정할 수 없다.

만약 어떤 자료가 문서 또는 기록물이 되는 데 있어서 주관적 요건을 요한다고 한다면, 문서 또는 기록물의 성립 여부를 결재권자의 자의적 의사에 방치하는 결론을 초래할 수 있는데, 이는 공문서 또는 기록물을 통하여 관련자들의 책임을 담보하려는 취지와 충돌하게 된다.

또한 우리 법체계에서는 표시된 의사가 해석의 기준이 되어야 한다는 원칙이 적용되는데, 이를 표현하고 있는 「민법」 제107조제1항 본문에 따르면 의사표시는 표의자가 진의아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 위 조항 단서에 따르면 상대방이 표의자의 진의아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 되는데, 공문서의 경우 그 상대방은 불특정 다수로서 그러한 표시와 진의 사이의 괴리를 알았거나 알 수 있기는 극히 어렵다.

다만 기록물의 손괴 등에 관해서 형사적 책임 여부가 결정됨에 있어서 기록물로 생산할 의사까지는 없었다는 점이 고려될 여지는 있다. 즉 해당 기록정보 자료를 기록물로 보지 아니하였다는 것은 결국 그것을 손괴하는 등의 행위가 위법하지 않다고 판단한 것이고, 그러한 판단에 정당한 이유가 있다면 「형법」 제16조에⁹⁾ 따라 책임이 조각된다.

9) 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 별하지 아니한다.

IV. 마치며

논의를 종합하면, 기록물은 공공기관이 업무와 관련하여 생산한 문서 기타 기록정보 자료로서 문서는 공문서로서의 성립 요건을 갖춘 경우에, 아직 문서에 이르지 않은 형태 등의 기록정보 자료는 공공기관이 생산을 위하여 마련한 조치에 따라 생산된 경우에 원칙적으로 기록물로 볼 수 있다. 그러한 경우에 해당하지 않더라도 상세한 입증을 바탕으로 기록물에 해당할 여지가 아주 없는 것은 아니나, 범죄의 성립과 형벌의 부과 기초로 삼기에는 상당히 어려울 것으로 보인다.

특히 형사적 책임과의 관련성이 기록물의 해석을 좁힐 수 밖에 없어서 낱낱이 기록으로 남겨 관리하도록 하는 「공공기록물 관리에 관한 법률 시행령」 제16조가 채 관철되지 못하는 경우가 불가피하게 발생될 수 있다. 이를 해결하기 위한 입법론으로는 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제12장에 따른 벌칙의 적용에 있어서 “기록물(제18조에 따라 등록된 경우에 한한다. 이하 이 장에서 같다)” 라는 식으로 형사적 책임이 적용되는 범위와 관련된 경우 기록물의 범위를 애초에 한정해놓으면 그 밖의 다른 범위에서는 기록물의 범위를 좀더 넓게 잡을 여지가 생길 수 있다.